

法學碩士學位論文

퍼블리시티권(The Right of Publicity)에
관한 고찰

2010年 2月

서울대학교 大學院

法學科

李美仙

국문초록

퍼블리시티권에 관한 고찰

이미선

본래 개인의 성명이나 사진 등 초상에 대한 보호문제는 주로 프라이버시권, 성명권 및 초상권과 같은 인격권 침해의 문제로 다루어져, 이러한 프라이버시권 등 인격권을 침해하는 행위가 불법행위를 구성하고 이에 대하여는 정신적 손해배상청구와 침해금지청구가 허용되어 왔다. 그런데 현대사회에서 연예산업·스포츠산업 및 광고산업이 급격히 발달함에 따라 유명인의 성명이나 초상 등 개인의 동일성 표지를 광고에 사용하거나 상표에 부착하는 등 상업적으로 이용하는 경우가 빈번해지면서 위 초상 등이 인격적 가치를 넘어 재산권으로서의 가치를 가지게 되었고, 이에 따라 유명인의 성명이나 사진 등 동일성표지가 가지는 경제적·재산권적 가치에 대한 관심이 높아지게 되었으며, 아울러 유명인의 성명이나 사진 등 초상에 대한 무단 사용으로 인한 침해행위도 빈번해지게 되었다. 엔터테인먼트 산업이 특히 발달한 미국에서는 1953년 연방항소법원이 위와 같이 '성명, 초상 등이 갖는 인격적인 요소가 갖는 경제적 이익 내지 가치를 지배, 이용할 수 있는 권리'를 'right of publicity'(이하 '퍼블리시티권'이라고 한다)라고 하여 인격권으로서의 초상권 또는 성명권인 프라이버시권과 구별되는 재산권으로서 인정한 이후 여러 주(州)에서 이를 명문화한 관련법이 만들어졌다.

우리나라에서도 인터넷 등 정보매체의 확산 및 다양화와 함께 엔터테인먼트 산업의 비약적 발전으로 인하여 특히 퍼블리시티권과 관련된 법적 분쟁이 증가하고 있고, 이에 따라 퍼블리시티권을 인정할 필요성이 있다는 점에 대해서는 어느 정도 공감대가 형성된 것으로 보인다. 그러나 우리나라는 아직 이에 대해 규율하고 있는 성문법이 없어 그에 대한 법원이나 학설의 태도가 일치되지 아니하여 실제 소송에서 각 법원마다 다른 결론에 이르는 경우가 있는 등 혼란이 가중되고 있다.

따라서 본 논문에서는 한류열풍 등으로 문화콘텐츠산업의 중요성이 증대됨에 따라 퍼블리시티권을 국내에 도입할 필요성이 지속적으로 요구되고 있는 상황에서 우리나라와는 법체계가 다른 미국의 comon law상 또는 실정법상 인정된 권리인 퍼블리시티권을 어떻게 우리나라 기존 법제와의 마찰 없이 그 실효성을 유지하면서 국내에 도입할 수 있을지가 주안점이다. 이를 위한 전제로서 먼저 퍼블리시티권의 여러 법적 쟁점들에 관한 고찰을 한 후 퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 논의를 펼쳐보고자 한다.

그에 대해 개략적으로 살펴보면, 먼저 우선 퍼블리시티권의 개념을 “개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리”라고 규정하였다. 퍼블리시티권이 기존의 프라이버시권만으로는 해결할 수 없었던 사안을 해결하기 위해 나름대로 일정한 역할을 담당하여 왔고, 이미 유명인의 성명·초상이 가지는 경제적 가치가 일반 상품처럼 거래의 대상이 되고 있는 현실에서 퍼블리시티권을 인정함이 기본적인 법감정에도 부합한다는 점 등에 비추어 퍼블리시티권을 인정할 필요성이 있고, 퍼블리시티권은 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로서 지적재산권의 일종이며 물권과 유사한 성질을 가지나 엄밀히는 물권과는 구별되는 별개의 재산권이라 할 것인바, 따라서 물권법정주의를 들어 우리나라의 법제하에서 그 성립 가능성을 부정하는 견해는 타당하지 아니하고 우리나라의 현행법상으로도 퍼블리시티권을 인정할 수 있다고 보았다. 이와 같이 우리 현행법상으로도 퍼블리시티권이 인정된다고 할 경우 유명인이건 비유명이건 자연인은 퍼블리시티권의 주체로서 인정되고, 개인의 인격적인 면이 존재하지 않는 법인 또는 단체, 동물이나 사물의 경우에는 그 향유주체로서 인정되지 아니한다. 또한, 개인의 동일성표지 즉, 개성과 관련되어 개인의 퍼블리시티 가치를 표상하는 것은 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있음을 언급하였다. 퍼블리시티권을 인정할 경우 가장 중요하면서도 어려운 쟁점인 퍼블리시티권의 이전성, 즉 양도성과 상속성의 인정 여부에 대하여는, 퍼블리시티권의 법적 성질을 재산권으로 보아 그 이전성을 적극적으로 인정하는 태도를 취하였다. 나아가 퍼블리시티권의 상속성을 긍정할 경우 그 사후 존속기간은 저작권과 같이 50년으

로 정함이 상당한 것으로 보았다. 그리고, 퍼블리시티권의 침해와 관련 침해의 유형별로 나누어 보고 그에 대한 구제수단으로서 현행 우리나라의 실정법상 인정될 수 있는 것으로서는 손해배상청구(재산적 손해배상 및 정신적 손해배상), 부당이득반환 및 침해금지청구만이 가능하고, 민법 제764조에 규정된 명예회복에 적당한 조치, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조 제1항에 규정된 바와 같은 반론보도청구 및 관세법 제234조, 제235조에 규정된 수출입금지의 경우에는 현행법의 해석상 퍼블리시티권의 구제수단으로는 적절치 아니하다는 점을 지적하였다. 그리고, 퍼블리시티권에 관한 위와 같은 제반 사항들에 대한 논의를 전제로 퍼블리시티권에 관한 현행법상 관련 규정들을 소개하면서 입법의 필요성과 그에 대한 입법안을 소개하고, 현재 논의되는 저작권법의 개정을 통한 퍼블리시티권의 도입 방안에 대하여 검토하였다. 마지막으로 퍼블리시티권의 법적 성질, 연원 및 사실상의 필요성 등에 비추어 볼 때, 현재 상황에서 기존 법의 개정을 통해 퍼블리시티권을 도입한다면 부정경쟁방지법에 새로운 조항을 추가하여 퍼블리시티권을 도입하는 방안이 가장 적절함을 주장하였다.

결국 퍼블리시티권의 인정 필요성에 비추어 이는 입법적으로 해결함이 바람직할 것으로 보인다. 다만, 퍼블리시티권에 관한 선부른 입법은 오히려 예상치 못한 문제를 발생시킬 수도 있기 때문에 입법 이전의 전제로서 퍼블리시티권에 대한 심도 깊은 논의 및 국민적 합의가 이루어져야 할 것이다. 나아가 퍼블리시티권은 독점배타적인 권리로서 그 권리가 인정되는 만큼 상대적으로 일반 공중의 언론의 자유나 알 권리, 학문과 예술의 자유 등이 제한받을 수 있으므로 위와 같은 권리들과의 조화 문제 또한 염두에 두고, 권리자 보호의 문제뿐만 아니라 그 적절한 보호범위의 설정에 대한 신중한 검토도 아울러 이루어져야 할 것이다.

주요어(keywords) : 퍼블리시티권, 법적 성격, 인정여부, 양도성, 상속성, 구제수단, 입법방안

학번 : 2003-22019

목 차

제1장 序論	1
I. 연구의 목적	1
II. 연구의 범위	4
제2장 퍼블리시티권의 의의 및 성격	6
I. 개념	6
1. 미국	6
2. 일본	7
3. 우리나라	8
II. 법적 성격	9
1. 재산권	9
2. 넓은 의미의 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률상 인정되는 재산권	10
3. 배타적 권리	12
4. 상품화권	12
III. 구별개념	12
1. 인격권	13
2. 프라이버시권	13
3. 성명권 및 초상권	15
4. 저작권	16
5. 상표권	16
6. 부정경쟁방지법과의 관계	17

제3장 퍼블리시티권의 인정 여부	19
I. 퍼블리시티권 인정의 근거 및 필요성	19
1. 퍼블리시티권의 정당화 이론	19
가. 자연권론	19
나. 부당이득금지이론(Prevention of Unjust Enrichment Theory)	20
다. 동기부여이론(Incentive Theory)	20
라. 효율적 배분이론(Efficient Allocation Theory)	21
마. 소비자보호이론(Consumer Protection Theory)	21
2. 퍼블리시티권 인정의 필요성	21
3. 소결	22
II. 각국에서의 논의	23
1. 미국	23
가. 초기 판례	23
나. Haelan 사건 판결 및 이후의 동향	25
다. 각주의 입법례와 Restatement 규정	26
2. 일본	27
3. 영국	29
4. 독일	29
III. 우리나라에서의 논의	30
1. 학설	30
가. 긍정하는 입장	30
나. 부정하는 입장	31
2. 판례의 태도	32
가. 이휘소 사건 이전의 판결	32
(1) 한혜숙 사건(서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결)	32
(2) 최애숙 사건(서울지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 판결)	33

나. 이회소 사건 이후의 판결	33
(1) 퍼블리시티권을 긍정한 경우	34
(㉠) 만화 아스팔트 사나이 사건(서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합 72771 판결)	34
(㉡) 제임스딘1 사건(서울서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판 결)	35
(㉢) 박찬호 선수 사건(서울고등법원 1998. 9. 29.자 98마35 결정)	36
(㉣) 홍명희 교수 사건(서울지법 1999. 7. 30. 선고 99가합13985 판결)	38
(㉤) 비달사순 사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결)	39
(㉥) 제임스딘 사건2 제1심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합 84901 판결)	40
(㉦) 장정 사건(수원지방법원 서부지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합 5032 판결)	41
(㉧) 허브좌훈 사건(서울동부지법 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판 결)	43
(㉨) 이영애 사건(서울지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판 결)44 (㉩) 정준하 사건(서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가 단235324 판결)	45
(㉪) 한국프로야구 게임물 사건(서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005 가합80450 판결)	47
(㉫) 이효석 사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판 결)	49
(㉬) 최지우 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합 45416 판 결)	50
(㉭) 심형래 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합 63759 판 결)	51

(거) 스크린 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2006가합 106519 판결)	53
(너) ensdaq 사건(2007. 12. 12. 선고 서울중앙지방법원 2007가합 22441 판결)	55
(더) 가비엔제이 사건(서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합 10059 판결)	56
(러) 박주봉 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합 2393 판결)	57
(머) 김미화 사건(서울중앙지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합 66455 판결)	58
(뎌) Von Duch 사건(서울북부지방법원 2008. 11. 27. 선고 2008가합 3187 판결)	60
(2) 부정한 경우	62
(개) 제임스딘 사건2 항소심(서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나 42061 판결)	62
(내) 김민희 사건(서울지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단54093 판결)	62
(태) 은지원 사건(수원지방법원 2005. 1. 13. 선고 2004가단20834 판결)	63
IV. 소결	64

제4장 퍼블리시티권의 내용

I. 주체	67
1. 자연인	67
가. 유명인	67
나. 일반인	68
2. 법인 또는 단체	69

가. 부정설	69
나. 긍정설	69
다. 절충설	70
라. 소결	70
3. 사자(死者)	71
4. 동물이나 사물	71
가. 긍정설(소수설)	72
나. 부정설	72
다. 소결	73
II. 보호대상	74
1. 성명 및 예명	74
2. 초상이나 사진	75
3. 목소리	76
4. 역할모방	77
5. 경력, 기타 개인정보 등	80
6. 서명	81
7. 특정인을 연상시키는 사물 또는 동물	81
8. 소결	82
III. 양도성 인정 여부	83
1. 외국의 동향	83
가. 미국	83
나. 독일	83
다. 일본	84
2. 우리나라	84
가. 학설	84
(1) 긍정설	84
(2) 부정설	85
(3) 설정적 이전설	85

나. 판례의 동향	86
다. 소결	86
3. 관련 문제	87
가. 양도	87
(1) 포괄적 양도	87
(2) 일부 양도	88
(3) 장래 권리의 양도	89
나. 사용허락	90
(1) 단순 사용허락	90
(2) 독점적 사용허락	90
IV. 상속성 인정 여부	92
1. 외국의 동향	92
가. 미국	92
나. 독일	94
다. 일본	95
2. 우리나라	95
가. 학설	95
(1) 긍정설	96
(2) 부정설	97
(3) 절충설	97
나. 판례	98
다. 소결	100
3. 관련 문제-사후 존속기간	101

제5장 퍼블리시티권 침해에 대한 구제

I. 침해의 유형 및 판단기준	104
1. 침해의 유형	104

가. 광고에 이용한 경우	104
(1) 무단이용	105
(2) 부정이용	106
(3) 무권리자의 허락에 의한 이용-필름 타이업(Tie-up)에 의한 초상사 용 문제	107
나. 상품 또는 서비스의 목적물로 이용한 경우	108
다. 상표 또는 도메인 네임으로 이용한 경우	109
라. 소설의 모델 등으로 이용한 경우	111
마. 게임물에 이용한 경우	112
바. 인터넷 사이트의 부가적 콘텐츠로 이용한 경우	113
사. 상품의 디자인으로 이용한 경우	113
2. 침해 여부의 판단 기준	114
II. 침해에 대한 구제	115
1. 손해배상청구	115
가. 재산적 손해배상	116
나. 정신적 손해배상	118
2. 부당이득반환	118
3. 침해금지청구	119
4. 명예회복에 적당한 조치	120
5. 반론보도청구	121
6. 수출입 금지	122
제6장 입법화에 관한 논의	124
I. 현행법상 퍼블리시권과 관련된 규정에 대한 검토	124
1. 민법	125
2. 저작권법	125
3. 상표법	126

4. 부정경쟁방지법	127
Ⅱ. 저작권법 일부개정법률안의 내용	128
1. 제안이유	129
2. 내용	130
3. 검토	131
Ⅲ. 퍼블리시티권의 타당한 입법방안에 대한 검토	131
제7장 결론	135
참 고 문 헌	139
Abstract	145

제1장 序論

I. 연구의 목적

성명과 초상은 인격권의 보호대상으로 본인의 허락 없이 촬영하거나 방송하는 것은 인격권의 침해로 인정되어 그에 대한 침해정지 및 손해배상이 인정되어 왔다.¹⁾ 즉, 개인의 성명이나 사진 등 초상에 대한 보호문제는 주로 프라이버시권, 성명권 및 초상권과 같은 인격권 침해의 문제로 다루어져, 이러한 프라이버시권 등 인격권을 침해하는 행위는 불법행위를 구성하고 이에 대하여는 정신적 손해배상청구과 침해금지청구가 허용되어 온 것이다. 그런데 현대사회에서 연예산업·스포츠산업 및 광고산업이 급격히 발달함에 따라 유명인의 성명이나 초상 등 개인의 동일성표지를 광고에 사용하거나 상표에 부착하는 등의 방법으로 상업적으로 이용하는 경우가 빈번해졌다. 이에 유명인이 광고나 상표에 자신의 성명, 사진 등 초상, 목소리, 역할모방, 그와 동일시 할 수 있는 물건, 나아가 경력 등을 이용하게 하고 그것이 가지는 상품선진력 또는 고객흡인력에 따른 광고료나 이용료를 받는 계약을 체결하는 등으로 위 초상 등이 인격적 가치를 넘어 재산권으로서의 가치를 가지게 되고, 유명인의 성명이나 사진 등 동일성표지가 가지는 경제적·재산권적 가치에 대한 관심이 높아지게 되었다. 아울러 위와 같은 현상과 함께 유명인의 성명이나 사진 등 초상에 대한 무단 사용으로 인한 침해행위도 점차 빈번해지게 되었다. 나아가 이와 같은 개인의 성명이나 사진 등 초상에 대한 경제적·재산적 가치에 대한 보호문제는 종래에는 주로 연예인 등 유명인의 경우에만 주로 문제가 되었으나, 현대 정보사회에서 유명인뿐만 아니라 일반인도 인터넷 등을 이용하여 자기의 성명, 초상 등의 동일성표지를 대중에게 유포하고 홍보할 수 있게 되면서 일반인에 대하여도 그의 성명, 초상

1) 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004, 제636면

등에 인격권적 보호와 별도로 재산권으로서 보호를 부여할 수 있을지 문제가 되고 있다.

미국에서는 위와 같이 ‘성명, 초상 등이 갖는 인격적인 요소가 갖는 경제적 이익 내지 가치를 지배, 이용할 수 있는 권리’를 ‘The Right of Publicity(이하 ‘퍼블리시티권’이라고 한다)’라고 하여 인격권으로서의 초상권 또는 성명권인 프라이버시권과 구별되는 재산권으로서 보호하게 되었다. 1953년 미국 연방항소법원이 퍼블리시티권을 처음 인정하는 판결을 한 이후 여러 주(州)에서 이를 명문화한 관련법이 만들어졌다. 가령 California 주는 퍼블리시티권을 보호하는 주(州) 제정법상의 규정 Civil code §3344를 두고, 타인의 성명, 음성, 서명, 사진, 용모를 그 타인의 동의 없이 고의적으로 광고나 판매 등에 사용하는 사람은 그로 인하여 타인이 입은 손해를 배상할 책임을 진다고 규정하고 있다.²⁾

우리나라에서도 연예인 등 유명인사의 퍼블리시티권 침해를 원인으로 한 소송이 증거하고 있는 추세이고, 1995년 서울지방법원³⁾에서 처음으로 퍼블리시티권의 개념을 정의한 이후 지금까지 퍼블리시티권의 존재를 인정한 판결을 비롯하여 그 양도성, 상속성, 그리고 보호기간에 대한 판결도 내려졌을 만큼 짧은 기간 내에 한국의 퍼블리시티권에 관한 법리는 발달하여 왔다. 그러나 다른 한편으로는, 성문법주의를 채택하고 있는 우리나라에서 퍼블리시티권에 관한 명문의 법규정이 없는 이상 이를 인격권과 별도의 재산권으로서 인정할 수 없다는 하급심판결도 선고되고 있다. 이렇듯 우리나라에서는 현재 퍼블리시티권의 개념 자체도 명확하

2) 구재균, “퍼블리시티권에 관한 연구-국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집 제30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008, 제211면

3) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결. 일명 이휘소 사건으로, 유명 핵물리학자인 이휘소의 상속인들이 ‘소설 이휘소’ 등 소설의 저자, 발행인 등인 피고들을 상대로 저작권, 인격권, 프라이버시권, 퍼블리시티권 등의 침해를 이유로 출판금지등 가처분을 신청한 사안이다. 위 사건에서 법원은, “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있다”고 하여 퍼블리시티권이 인정됨을 전제로 다만, 해당 사안의 경우 “문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없다”는 이유로 침해를 인정하지 아니하였다. 위 판결은 퍼블리시티권 인정의 근거에 대한 판단은 없으나, 퍼블리시티권을 인정한 최초의 사례로 평가된다.

게 정리되지 않은 상태일 뿐만 아니라, 하급심 판결들의 퍼블리시티권의 인정 여부에 관한 견해마저 통일되어 있지 않고 있고, 이에 대한 대법원의 판례가 아직 나오지 않은 상태에서 퍼블리시티권을 인정하는 입장에서 퍼블리시티권의 법적 성질, 권리의 주체와 객체, 양도 및 상속성, 침해와 구제 방법 등에 관한 통일된 해석이 이루어지지 않고 있다. 이러한 퍼블리시티권에 대한 입법적 불비를 해결하기 위하여 그 입법화 방안으로서 다양한 논의가 진행되고 있는바, 박찬숙 의원 등이 2005. 6. 23. 국회의원회관 소회의실에서 퍼블리시티권 도입 관련 세미나를 개최하고, 2005. 11. 9. 저작권법 일부개정법률안을 발의한 바 있다. 위 개정안은 2006. 12. 28.자 저작권법 전부개정시에 반영되지 못한 채 제17대 국회의 임기 내인 2008. 5. 29.까지 처리되지 못하여 임기만료와 함께 자동 폐기되었으나, 다시 이성현 의원이 2009. 4. 대표발의자로서 박찬숙 의원이 앞서 발의한 바와 유사한 내용의 저작권법 일부개정법률안을 발의하여 현재 위 법안이 국회에 계류 중에 있는바, 퍼블리시티권에 관한 입법의 필요성이 여전한 상황에서 위 개정안에 대한 검토 또한 필요하다.

따라서 본 연구에서는 한류열풍 등으로 문화콘텐츠산업의 중요성이 증대됨에 따라 퍼블리시티권을 국내에 도입할 필요성이 지속적으로 요구되고 있는 상황에서 우리나라와는 법체계가 다른 미국의 comon law상 또는 실정법상 인정된 권리인 퍼블리시티권을 어떻게 우리나라 기존 법체계의 마찰 없이 그 실효성을 유지하면서 국내에 도입할 수 있을지가 주안점이다. 이를 위해서 퍼블리시티권의 의의와 성격이 과연 무엇이고, 퍼블리시티권이 인정된다면 그 정당화근거가 무엇인지를 고찰함과 아울러 퍼블리시티권에 대한 주요국가의 입법례도 살펴본다. 그리고 퍼블리시티권과 관련된 쟁점들, 즉 퍼블리시티권의 향유주체 및 보호대상, 퍼블리시티권의 이전성 인정 여부와 관련하여 그 양도성 및 상속성의 인정 여부와 사후 존속기간, 퍼블리시티권의 침해의 유형과 그 침해에 따른 각종 구체책 등을 중심으로 퍼블리시티권을 인정함으로써 발생할 수 있는 여러 가지 문제점들을 검토하기로 한다. 그리고 마지막으로 이러한

퍼블리시티권에 관한 입법화에 관한 논의 및 적절한 입법방안도 살펴보고
도록 하겠다.

II. 연구의 범위

본 연구는 개인의 성명이나 초상 등 인격적인 요소를 상업적으로 지배, 이용하거나 그 침해를 배제할 수 있는 재산권으로서 퍼블리시티권의 우리나라에서의 올바른 도입 및 정착과 그 입법화를 위한 것으로서, 먼저 퍼블리시티권이 도대체 어떠한 권리인가에 관하여 그 의의 및 성격을 다른 유사한 개념들과의 비교를 통하여 검토해 보고 퍼블리시티권의 등장 배경과 각국에서의 퍼블리시티권에 관한 논의 및 입법례를 살펴서 국내 법제와의 조화가가능성을 검토하여 본다. 그리고 우리나라에서의 퍼블리시티권 인정 여부 및 그 이론적 근거를 살펴보고, 퍼블리시티권의 국내 법제와의 조화로운 해석을 위하여 퍼블리시티권의 내용으로서 퍼블리시티권의 향유주체 및 보호대상, 퍼블리시티권의 양도성 및 상속성의 인정 여부를 고찰하여 본 후 그 효과적인 입법론을 이끌어내는 방법으로 논문을 구성하고자 한다.

이 논문은 전체적으로 7개의 장으로 구성되며, 제1장 서론과 제7장 결론을 제외한다면 본문은 5개의 장으로 구성된다.

우선 서론으로서 제1장은 연구의 목적 및 연구의 범위를 언급하여 논의의 방향을 설정하고자 한다.

제2장에서는 퍼블리시티권의 의의와 개념, 법적 성격, 연혁 등을 외국 판례와 이론을 중심으로 살펴봄으로써 과연 퍼블리시티권이 무엇인지 그 개념을 명확히 한 후, 이러한 권리를 인정할 필요성 및 타 권리드로서의 관련성에 관하여 살펴보고자 한다.

제3장에서는 퍼블리시티권의 인정 여부와 관련하여 먼저 퍼블리시티권이 등장하게 된 연혁적 배경과 각국에서의 퍼블리시티권에 대한 입법태도 및 논의를 살펴본 후, 국내에서 퍼블리시티권의 인정 여부와 관련한

학설의 태도 및 법원의 판결을 검토하여 보고, 우리나라의 법제도 속에서 퍼블리시티권의 유효성을 인정할 수 있는지, 그 유효성을 인정할 수 있다면 어떠한 근거에 의한 것인지를 알아보고자 한다.

제4장에서는 우리나라에서도 퍼블리시티권의 유효성을 인정할 경우, 국내법과의 조화로운 해석을 위하여 퍼블리시티권의 내용으로서 주체 및 보호대상을 어느 범위까지 인정할 수 있을지, 퍼블리시티권의 한계로서 그 이전성, 특히 양도성과 상속성을 인정할 수 있을지, 만약 그 양도성과 상속성을 인정한다면 그 구체적인 법률관계는 어떻게 될 것인지에 관하여 검토하고자 한다.

제5장에서는 제4장에서 명확히 한 퍼블리시티권의 내용을 전제로 하여 구체적인 경우에 있어서의 사례를 중심으로 퍼블리시티권의 침해가 문제되는 유형을 살펴보고 퍼블리시티권의 침해를 판단하는 기준을 설정한 후, 그에 따른 구체적인 구제방법으로서는 어떠한 것이 있는지 살펴본다.

제6장에서는 앞서 논의된 여러 내용들을 바탕으로 하여 현재 논의 중인 입법화 방안들을 간략히 소개한 후, 우리나라의 현행 법체계와 조화될 수 있는 퍼블리시티권의 바람직한 입법 모델을 제시하고자 한다.

마지막으로 제7장에서는 퍼블리시티권에 관한 고찰의 결론으로서 앞의 내용들을 요약·정리하고, 퍼블리시티권에 대한 입법적 보호의 필요성과 함께 그 제한의 필요성과의 조화가 필요하다는 점에 대하여 강조하고자 한다.

제2장 퍼블리시티권의 의의 및 성격

I. 개념

1. 미국

퍼블리시티권의 이론·개념을 세운 것은 1890년 Warren & Brandeis의 논문 “The Right of Publicity”가 효시이고, 1954년 미국 저작권법의 대가인 Melville B. Nimmer 교수는 “The Right of Publicity”라는 논문에서 퍼블리시티권은 저명인뿐만 아니라, 모든 사람에게 인정되어야 한다고 주장하였고 이 논문은 퍼블리시티권의 이론적 초석이 되었다.⁴⁾ ‘퍼블리시티권’이라는 용어를 처음으로 사용한 판결은 1953년 Haelan 사건⁵⁾으로서, 위 사건에서 프랭크판사는 퍼블리시티권을 ‘자신의 사진이 가지고 있는 공개가치에 대한 권리’라고 정의하면서 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하였다.

이후 미국을 중심으로 퍼블리시티권에 관한 많은 연구가 진행되어 성과가 축적되었으나, 현재 미국에서도 퍼블리시티권에 관한 연방법 규정

4) 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)”, 인권과 정의 242호, 대한변호사협회, 1996, 제31면

5) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) : 이 사건은 직업야구선수가 그의 사진을 원고회사가 제조하는 껌의 광고에 독점사용권을 부여하는 계약을 체결한 후, 경쟁회사인 피고회사의 유인으로 동일한 내용의 독점계약을 이중으로 피고회사와 체결한 사건이다. 이 사건에서 원고는 “피고가 사용한 사진은 그 사진에 대한 원고의 독점적 권리를 침해했다”고 주장하였고, 피고는 “사진에 대한 원고의 이용권은 프라이버시권에서 나오는 것이며, 프라이버시권은 일신전속적이며 양도가능하지 않으므로 원고는 사진 사용계약으로 재산권을 얻을 수 없으며, 단지 프라이버시권 침해를 면제받는 것에 지나지 않는다”고 반박하였다. 이에 대해 연방 제2순회 항소심법원은 “프라이버시권에 부가하거나 별도로, 사람은 자신의 사진에 대한 독점 출판권을 부여할 권리를 가지며, 그러한 권리는 ‘a right of publicity’이라고 불려도 좋다”고 하면서, “많은 유명인들은 그들의 초상의 노출에 대해 감정이 상할 뿐만 아니라, 신문, 잡지, 버스, 기차 및 지하철 등에 광고, 전시 등의 대가로 돈을 받지 못하게 된다면 심한 상실감을 느낄 것”이라고 하였다. : 배금자, “미국에서의 퍼블리시티권”, (계간) 저작권 67호, 저작권심의조정위원회, 2004, 제4면

은 존재하지 아니하고 각 주별로 권리로서의 인정 여부, 보호요건 및 보호기간 등에 관하여 다른 취급을 하고 있다.

한편, 미국의 부정경쟁방지법에 관한 Restatement는 퍼블리시티권에 대하여 “영리 목적을 위해 사람의 성명, 용모 기타 자기동일성의 표지를 개인의 동의 없이 사용함으로써 그 경제적 가치를 무단이용한 자는 제 48조(금지청구), 제49조(금지배상)의 규정에 따른 책임이 있다”고 규정하고 있다.⁶⁾ 이에 따르면 퍼블리시티권이란 개인의 성명, 용모 기타 자기동일성이 가지는 경제적 가치를 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 것이다.

2. 일본

일본에서도 현재 퍼블리시티권에 관한 성문법은 존재하지 아니한다. 동경지법은 1997년 光GENJI사건⁷⁾의 퍼블리시티권에 기한 사용금지가 처분취소소송에서 그 신청을 각하하면서 이유 중에 최초로 퍼블리시티권이라는 단어를 언급하였으며, 위 법원은 퍼블리시티권을 ‘가수, 텔런트 등 연예인이 그의 성명, 초상으로부터 파생되어 나오는 고객흡인력이 가지는 경제적 이익 내지 가치에 대하여 가지는 배타적인 재산권’이라고 판시하였다. 이후 일본의 판례에서는 퍼블리시티권이라는 용어가 통용되고 있고, 이는 일반적으로 ‘연예인이나 스포츠 선수 등으로 대표되는 인간의 초상이나 성명 등을 무단으로 상업적 목적으로 사용하는 것에 대하여 이익을 말할 수 있는 권리’⁸⁾로 이해되고 있다.

6) Restatement of the Law 3rd. Unfair Competition §46.

7) 동경지법 평성 9. 9. 27. 판결(판례시보 1326호 137면) : 예명으로 "히카리 GENJI"라 칭하는 아이돌 그룹의 이름·초상을 표시한 상품을 당해 연예인의 허락을 얻지 않고 무단으로 판매하려고 한 회사에 대해, 당해 연예인 각자가 재산권으로서의 성명·초상권이 갖는 가치를 퍼블리시티의 권리라 정의하여 이를 피보전채권으로 한 판매금지의 가처분신청을 한 사건임, 동경지법은 판결이유에서 '퍼블리시티권의 귀속주체는 성명·초상이 갖는 독립한 재산적 가치를 적극적으로 활용하기 위해, 자신의 성명·초상에 관하여 제3자에 대해 대가를 얻어 정보전달수단으로 사용할 것을 허락할 권리를 갖는다고 해석된다.'고 언급하였다. : 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 39집, 법원도서관, 2004, 제345면

3. 우리나라

우리나라에서도 퍼블리시티권의 개념에 관한 다양한 의견이 있으나, 아직 그에 대한 명문의 규정이나 통일된 이론이 존재하지 아니하여 그 개념이 명확하지 아니한 점이 있다.

우선 법원은 1995년 이휘소 사건에서 퍼블리시티권을 ‘재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)’라고 판시한 바 있다. 그 이외 다양한 정의의 내용들을 정리해 보면 다음과 같은 견해들이 있다.

“자신의 성명, 초상, 목소리, 서명, 이미지 등을 상업적으로 이용하거나 그 이용을 허락할 수 있는 권리”⁹⁾

“유명인이 자기의 성명이나 초상에 대한 가치를 경제적으로 이용할 수 있는 권리”¹⁰⁾

“인격권과 섞여 있는 재산적·경제적 가치는 그 인격자의 유명한 아이덴티티에 의한 고객흡인력을 통해 형성된 가치이지만, 그 인격 부분과는 독립하여 재산권성·양도성·상속성을 인정하려는 것”¹¹⁾

“성명·사진 등 개인의 인적 속성이 갖는 경제적 가치를 상업적으로 이용하는 것을 통제할 수 있는 권리, 바꾸어 말하면, 퍼블리시티권은 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”¹²⁾

8) 김세권, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 전북대학교 박사학위 논문, 2008, 제9면에서 재인용

9) 정상조, 전계서, 제636면

10) 이호열, “퍼블리시티권에 관한 법적인 문제”, 지적소유권법연구 제3집(1999), 한국지적소유권학회, 제346면

11) 서달주, “한국저작권법”, 박문각, 2007, 제259면

12) 구재균, 전계논문, 제210-211면

“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”¹³⁾

이와 같은 다양한 견해들은, 결국 인격권성과 재산권성이 같이 존재하는 독특한 권리인 퍼블리시티권의 어떠한 면에 초점을 맞추느냐에 따라 달라진 것이라 할 것인데, 세부적인 면에 있어서의 차이는 있지만 결국 퍼블리시티권은 ‘개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리’를 의미한다 할 것이다.

II. 법적 성격

1. 재산권

퍼블리시티권이 인격권적 성격과 혼재해 있다고 하더라도 이는 기본적으로 성명, 초상 등 동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리로서 재산권적 성격을 가진다고 할 것이고, 이를 재산권으로 파악하는 견해가 일반적이다. 다만, 인격권과 완전히 독립된 권리인지에 관해서는 ① 퍼블리시티권은 기본적으로 인격권이 아니고 재산권이지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 본인의 인격과 일체 불가분의 관계에 있다고 하는 견해, ② 퍼블리시티권은 인격적 요소와 별개의 순수한 재산권이라는 견해, ③ 성명, 얼굴사진 등의 인격적 속성을 대상으로 한 퍼블리시티권은 순수 재산권도 아니고 일신전속적인 인격권도 아니며, 재산적 요소로 된 권리와 인격적 요소로 된 권리의 유기적 결합체라는 견해 등이 있다.¹⁴⁾¹⁵⁾

13) 한위수, 전계논문, 제29면

14) 김영훈, “하급심 관례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰”. 사법논집 44집, 법원도서관, 2007, 제6면

2. 넓은 의미의 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률상 인정되는 재산권

퍼블리시티권의 법적 성질이 재산권, 그 중에서도 지적재산권으로서의 성격을 가진다는 점에 대하여는 어느 정도 견해가 일치되어 있으나, 그 세부적 특성에 대해서는 논란이 있다. 즉, 개인의 인격적 속성에 관한 퍼블리시티권은 본인의 지적, 예술적 노력과 활동에 의하여 생겨난 인격발현이 갖는 경제적 이익을 보호법익으로 하므로 저작권(사상 또는 감정의 창작적 표현을 보호객체로 함) 또는 상표권(성명이나 얼굴 등 인격적 표식이 상품이나 서비스의 출처 기타 상품의 영업적 표식으로 이용될 경우 그 영업적 표식을 보호객체로 함)과 유사하므로 상표권, 물권에 준하는 것으로서 저작권과 유사한 지적재산권의 일종으로 보아야한다는 견해¹⁶⁾와 퍼블리시티권을 보호하는 것은 일반 대중에게 널리 알려진 인물의 성명이나 초상 등을 허락 없이 사용함으로써 수요자들이 그 출처나 후원관계에 대해서 기망당하거나 혼동을 일으키는 것을 방지하기 위한 것이고, 또한 퍼블리시티의 무단이용을 금지함으로써 수요자를 보호할 뿐만 아니라 저명인(publicity figures)들로 하여금 더욱 사회적으로 유익한 활동을 하도록 유인하는 경제적 유인(incentive)을 제공하고자 하는 취지도 있다는 점에 비추어 퍼블리시티권을 넓은 의미의 부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라고만 한다)상 인정되는 지적재산권으로 보는 견해¹⁷⁾가 있다.

15) 이와 관련하여 법원은 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 사건에서 “... 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 원고들의 성명권 중 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고들이 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고들의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 원고들의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다”고 판시한 바 있다.

16) 나윤수, 박홍진, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구 24집, 한국법학회, 2006, 제443면 : 이한주, 전개논문, 제355, 356면 등

살피건대, 저작권이 공공 영역에 있어야 할 지적산물에 재산권 권리를 부여하여 한시적인 권리를 부여하는 근거는 ‘창작성’을 전제로 하는 것인데, 퍼블리시티권의 보호대상인 ‘개성(identity)’에 어떠한 창작성이 있다고 할 수 없는 점, 퍼블리시티권에서 보호 대상으로 언급하고 있는 권리의 객체들은 현행 저작권법상 저작인접권의 대상이 되는 저작물의 해석이나 전달을 위한 표현물이 아니기 때문에 이를 저작인접권의 틀로 규율할 수도 없는 점, 미국에서도 퍼블리시티권에 의해 보호되는 성명이나 사진 또는 음성은 저작권 등록을 통해 저작권법으로 보호될 수 있다고 주장되기도 하지만, Restatement는 “퍼블리시티권 침해 주장은 일반적으로 연방법에 의해 우선적용되지 않는다”¹⁸⁾고 규정하여 퍼블리시티권의 대상이 되는 성명, 사진 또는 음성은 저작권법의 보호범주 밖에 있는 것으로 보고 있는 점¹⁹⁾, 현행 우리 민법은 제185조에서 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 명시적으로 규정하고 있으므로 명시적인 입법에 의하지 않는 한 막바로 물권에 준하는 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하기란 쉽지 않을 것으로 보이는 점²⁰⁾, 또한 퍼블리시티권의 개념을 발견하고 발전시켜온 미국에서도 퍼블리시티권은 특허권이나 상표권처럼 입법에 의해 창설되는 물권적 형태가 아니라, 저명인들이 많은 시간, 금원, 노력 등을 투자하여 이룩한 고객흡인력을 침해자가 무단으로 도용하여 이득을 취하는 것을 방지하고 수요자들의 혼동을 방지하고자 하는 부정경쟁법리적 측면이 더 강하였던 것으로 보이는 점²¹⁾ 등에 비추어 보면, 퍼블리시티권은 저작권, 상표권과 유사하게 물권에 준하는 재산권으로서 지적재산권의 일종이라기보다는 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로 봄이 타당하다고

17) 정상조, 전게서, 제639면

18) Restatement (Third) of Unfair Competition (1995) 제46조.

19) 이영록, 「퍼블리시티권에 관한 연구(Ⅰ)-그 주체·객체에 관한 미국에서의 논의를 중심으로-」, 저작권연구자료 43, 저작권심의조정위원회, 2003, 제39-40면

20) 오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 석사학위논문, 2005, 제62면

21) 최승재, “퍼블리시티(publicity)권의 인부에 대한 소고”, 법률신문 제3323호, 2004. 12. 16. 자, 제14면

할 것이다. 퍼블리시티 보호를 부정경쟁방지법의 일환으로 볼 때에 비로소 그 권리의 본질에 대한 정확한 이해와 그 양도 및 이용허락 그리고 상속과 구제수단에 이르는 모든 이론구성이 일관되고 설득력을 가지게 된다.²²⁾

3. 배타적 권리

퍼블리시티권은 모든 사람에게 자기의 성명·초상 등을 독점적으로 사용할 수 있음을 주장할 수 있는 권리로서 배타성을 갖는다. 그러므로 뒤에서 보는 바와 같이 제3자의 무단이용에 대하여는 손해배상, 부당이득 반환, 침해의 금지, 침해회복에 적당한 처분 등을 청구할 수 있다.²³⁾²⁴⁾

4. 상품화권

캐릭터의 고객 흡인력이나 광고적 가치를 이용하여 경제적 이익을 올리는 것으로서 상품의 판매나 서비스의 제공 등에 이용되는 캐릭터를 소유하는 권리 내지 그 캐릭터를 상품이나 서비스에 이용하려는 자에게 이용허락을 할 수 있는 권리를 상품화권이라고 본다면, 실존인물 또는 고인의 성명, 초상 등 동일성을 상품의 판매나 서비스 제공에 이용하는 것 또한 상품화권의 일종에 해당한다.²⁵⁾

Ⅲ. 구별개념

22) 정상조, 전게서, 제638면

23) 박종원, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 법학연구 25집, 한국법학회, 2007, 제3면

24) 퍼블리시티권의 본질을 인격권으로 보면 종래 이론에 따라 당연히 배타성을 갖게 되나, 재산권설에 의하면, 배타성을 인정하는데 이론적 난점이 있다. 그러나 재산권설에 있어서도 퍼블리시티권의 실효성을 보장하기 위해서는 물권에 준하여 또는 무체재산권에 준하여 배타성을 인정하여야 한다고 설명하고 있다 : 이한주, 전계논문, 제355면

25) 윤경, 「저작권법」, 육법사, 2005, 제872면

1. 인격권

인격권의 개념은 대단히 광범위하고 포괄적이어서 명확하게 정의할 수 없으나, 대개 ‘생명·신체·자유·명예·정조·초상·프라이버시 등과 같이 권리자의 인격과 분리할 수 없는 사회생활상 이익을 보호하기 위하여 인정된 권리’, ‘통상 인격에 전속하는 자유·명예·신체 등의 인격적 이익을 총칭하는 것이나 자유권·명예권·신체권 등 개별적 권리를 의미하는 것’, ‘건강과 생명을 보유·보존할 권리, 혹은 생명·신체·자유·명예·성명·정조·신용 등 인간 자신의 인격적 이익을 향유하는 것을 목적으로 하는 권리’라고 할 수 있다. 자연권으로서 인간의 모든 권리가 파생되는 근원적 권리라는 전제를 실정법으로 승인하기 어려웠으나 결국 Bonn 기본법(GG)은 일반적 인격권의 승인에 결정적으로 크게 기여했고, 그에 따르면 인격권을 신체·건강·자유·명예 등 인격적 속성을 대상으로 그것의 자유로운 발전을 위하여 제3자의 침해로부터 보호되어야 하는 제 이익의 총체라고 정의할 수 있다.²⁶⁾

명예권, 프라이버시권, 성명권, 초상권 등을 포함하는 상위개념인 인격권은 성명·초상 등 인격적 속성이 함부로 공개당하지 않을 권리고, 퍼블리시티권은 앞서 본 본질론에서 본 바와 같이 사람의 성명·초상 등 인격으로부터 파생한 것으로 사람의 인격과 일체 불가분의 관계에 있지만 나아가 적극적으로 사람의 인적 속성을 상업적으로 이용할 수 있는 권리이므로 기본적으로 인격권과는 별도의 독립된 재산권으로 보아야 할 것이다.²⁷⁾ 다만, 경우에 따라서는 하나의 행위가 퍼블리시티권의 침해를 구성함과 동시에 성명권, 초상권 등 인격권의 침해에 해당할 수 있을 것이다.

26) 박도희, “퍼블리시티권의 이전성에 관한 제고”, 법과 정책연구 제5집 제2호, 한국법정책학회, 2005, 제1152면

27) 이한주, 전계논문, 제358면

2. 프라이버시권

프라이버시권은 20세기에 들어 새로이 발달한 권리로서 시대·장소 및 사회·심리적 요인에 의하여 변화하는 상황적 개념이며, 다양한 환경에서 다른 의미로 사용되는 다의적 개념이므로 아직도 그 개념이 불명확한 것이 특징이나, 다만 프라이버시권을 한마디로 정의한다면 '남에게 간섭받지 않을 권리'(the right to be let alone)라고 말할 수 있다.²⁸⁾ 우리 대법원은 프라이버시를 권리로서 명시적으로 승인한 바는 없고, 이를 "사람이 자신의 사생활의 비밀에 관한 사항을 함부로 타인에게 공개 당하지 아니할 법적 이익"으로 표현하고 있으나, 프라이버시권이 권리임을 전제로 사생활의 비밀과 자유 또는 사생활의 평온이나 은밀에 대한 침해로 이유로 한 가처분 등을 인용해 옴으로써 간접적으로 그 권리성을 인정하고 있다고 할 수 있다.²⁹⁾

미국에서 프라이버시권은 헌법상의 프라이버시권과 불법행위상의 프라이버시권으로 구분되는데, 헌법상의 프라이버시권은 정부에 의한 행위로부터 보호하는 것이고 불법행위상의 프라이버시권은 원칙적으로 사적 당사자에 의한 행위로부터 보호하는 것이라는 점에서 큰 차이가 있다.³⁰⁾ 그 중 특히 불법행위상의 프라이버시권이 퍼블리시티권과 혼동될 수 있는데, 프라이버시권과 퍼블리시티권은 두가지 기준에 의해 구별할 수 있다.

첫째, 침해에 의하여 영향을 받는 것이 프라이버시권의 경우, 인격권으

28) 우리나라에서는 프라이버시권을 정의한 판결은 많지 아니하나, 영화배우 윤정희 씨의 여동생에 대한 여성월간지의 기사가 문제가 된 사건에서, 서울지방법원 1997.2.26. 선고 96가합31227 판결은 "프라이버시란 우리 헌법 제17조에 표현된 '사생활의 비밀과 자유'를 의미하는 것으로 프라이버시권이란 자기만이 간직한 비밀을 공개 당하거나 사생활의 간섭을 받아 정신적 타격을 받지 아니할 권리를 말한다"고 판시한 바 있다.

29) 한위수, "프라이버시 침해 관련 국내 판결의 동향", 언론중재 19권2호(71호), 언론중재위원회, 1999, 제49면

30) J Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*(2nd ed. vol. 1), Thomson/West, 2006, §1:3

로서의 개인의 존엄성에 대한 훼손인 반면 퍼블리시티권의 경우에는 재산권으로서의 재산적 손실이다. 따라서 프라이버시권은 일신전속적인 반면 퍼블리시티권은 양도가 가능하다.³¹⁾

둘째, 손해의 측면에서 프라이버시권의 경우, 정신적·육체적 손상 정도가 손해산정의 기준이 되지만, 퍼블리시티권의 경우에는 개성이 있는 재산권의 침해의 정도가 손해 산정의 기준이 된다.³²⁾

3. 성명권 및 초상권

성명은 사람의 동일성을 나타내는 것으로서 그 인격과 결합하여 당해 개인을 표상하는 기능을 하며, 성명권이란 사람이 자기의 성명에 대해 갖는 법적으로 보호할 가치 있는 이익을 말한다.³³⁾ 초상권이라고 하는 것은 한 개인의 동일성을 파악할 수 있게끔 하는 모든 가시적인 개성들, 즉 자신의 얼굴이나 용모 또는 신체적인 특징 등에 대해 그 개인이 가지는 일체의 이익을 내용으로 하는 권리라고 할 수 있다.³⁴⁾

우리 민법상 성명권 및 초상권의 보호에 관한 일반적인 규정은 존재하지 아니하나, 이들은 인격권의 일종으로서 보호되어야 한다는 것이 일반적인 견해이다. 만일 누군가가 무단으로 타인의 성명이나 초상을 사용하는 경우 이러한 행위는 불법행위에 해당하게 되고, 따라서 성명권이나 초상권을 침해당한 자는 그 침해자에 대하여 침해행위의 금지청구 및 손해배상청구를 할 수 있다.

이와 비교하여 퍼블리시티권은 사람의 성명·초상 등 인격으로부터 파생한 것으로 사람의 인격과 일체 불가분의 관계에 있지만 적극적으로 사람의 인적 속성을 상업적으로 이용할 수 있는 권리이므로 기본적으로 인

31) 박종원, 전개논문, 제3면

32) 박종원, 전개논문, 제3면

33) 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적 보호(상)-성명권·성명표시권·상표권 그리고 이른바 퍼블리시티권을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조 56권 10호(통권613호), 법조협회, 2007, 제292면

34) 고명식, “언론에 의한 초상권의 침해와 사법적인 보호법리”, 언론과 정보 9호, 부산대학교 언론정보연구소, 2003, 제2면

격권과는 별도의 독립된 재산권으로 보아야 할 것이라는 견해가 일반적이다.³⁵⁾

4. 저작권

저작권은 문화·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물인 저작물에 대한 배타적·독점적 권리로서 창작성의 보호를 목적으로 한다. 따라서 성명이나 음성은 저작권법상 보호 대상이 아니고, 사진은 창작성이 있는 경우에 한하여 사진저작물로서 저작권법상 보호될 뿐이다.

퍼블리시티권은 본인의 지적, 예술적 노력과 활동에 의하여 생겨난 인격발현이 갖는 경제적 이익을 보호법익으로 한다는 점에서 저작권과 일부 유사한 점이 있으나, 창작성을 보호하려는 것이 아니라 개인의 자기 동일성의 보호를 목적으로 한다는 점에서 차이가 있고, 따라서 성명, 창작성이 없는 사진, 음성 등은 퍼블리시티권에 의하여 보호될 수 있다.³⁶⁾ 그리고 저작권은 문학작품, 음악작물, 음성녹음 등 유형의 표현매체에 의하여 고정된 창작물 그 자체를 대상으로 하는 반면, 퍼블리시티권은 그러한 창작물에 나타난 성명, 외관, 음성 등 아이덴티티의 요소를 그 대상으로 하며 그것이 표현매체에 고정될 필요가 없다.³⁷⁾

5. 상표권

상표는 상품을 표시하는 것으로서 생산·제조·가공 또는 판매업자가 자기의 상품을 다른 업자의 상품과 식별시키기 위하여 사용하는 기호·문

35) 이재경, “퍼블리시티권의 법제화 가능성”, 법학논총 제15집, 숭실대학교 법학연구소, 2006, 제115면

36) 미국의 경우, “퍼블리시티권 침해 주장은 일반적으로 연방법에 의해 우선 적용되지 않는다”는 Restatement 규정에 의하여 퍼블리시티권의 대상인 성명, 사진, 음성은 저작권법의 보호범주 밖에 있는 것으로 본다.

37) 하홍준, “개인의 동일성(identity)의 상업적 이용에 대한 보호 법제-퍼블리시티권을 중심으로”, 비교사법 12권 3호, 한국비교사법학회, 2005, 제572면

자·도형 또는 그 결합을 말하고, 이러한 상표를 설정등록을 하여야 상표권이 발생하며, 등록상표(登錄商標)를 지정상품(指定商品)에 독점적으로 사용할 수 있는 권리를 상표권이라고 한다. 퍼블리시티권과 상표권은 광의에 있어서 모두 지적재산권이며, 불공정한 경쟁행위를 방지하고자 한다는 점에서 동일하고,³⁸⁾ 개인의 성명이나 초상 등 동일성표지가 상품의 영업적 표식으로 사용될 경우 그 동일성표지는 퍼블리시티권뿐만 아니라, 상표권에 의하여도 보호받을 수 있을 것이다.

그러나 퍼블리시티권과 상표권은, ① 식별대상(상표권은 특정한 상업적 출처를 식별함에 반하여 퍼블리시티권은 특정한 인간의 개성의 인식을 식별한다), ② 선행이용이 필요한지 여부(상표권은 선행이용이 반드시 필요함에 반하여 퍼블리시티권의 선행이용은 적어도 그 사람이 생존하는 동안에는 그 존재 또는 소유에 선행하는 조건이 아니다), ③ 침해여부의 판단기준(상표권의 침해 여부는 고객의 혼동가능성에 대한 판단을 기준으로 하고, 퍼블리시티권의 침해 여부는 개인으로서 원고의 인식가능성에 대한 판단을 기준으로 한다), ④ 각 권리의 이용허락 및 양도시 신용 및 품질 이전의 수반 여부(상표권은 이용허락 또는 양도시 신용 및 품질의 이전이 수반되어야 함에 반하여 퍼블리시티권은 이용허락 또는 양도시 신용 및 품질의 이전과는 무관하다) 등에 있어서 차이가 있다.³⁹⁾

6. 부정경쟁방지법과의 관계

부정경쟁방지법은 주지된 타인의 상품표지·영업표지 및 영업비밀을 부정하게 사용하는 부당경쟁행위를 통해 타인의 권리를 침해하는 것을 금지함으로써 신용이나 영업비밀 같은 무체재산권의 권리자를 보호하고 이를 통해 반사적으로 소비자를 보호하는 것을 목적으로 한다.⁴⁰⁾

38) 하흥준, 전계논문, 제572면

39) 박종원, 전계논문, 제3면 참조

부정경쟁행위는 일반적으로 경쟁관계에 있는 당사자들끼리 대중들로 하여금 서로 자신의 것을 상대방의 것으로 오인케 하여 판매하는 ‘기망 행위’가 있을 경우에 문제된다. 그러나 퍼블리시티권 침해의 경우는 그 목적이 기망행위가 아닌 경우도 있을 수 있으며, 비경쟁관계에 있는 사람들 간에도 발생할 수 있다는 점에서 차이가 있다.⁴¹⁾ 또한, 부정경쟁방지법상의 보호는 상품이나 영업의 출처에 관한 혼동이 있거나 그 식별력이나 명성의 손상이 있는 경우에 한정되어 있기 때문에 퍼블리시티권의 보유자가 상품을 판매하거나 영업을 수행하지 아니하는 경우에는 현행 부정경쟁방지법상의 요건을 입증하기 어려울 것이나, 퍼블리시티권의 침해로 구성할 경우 그러한 무단 사용 자체가 위법하다고 주장하며 구제를 청구할 수 있을 것이다.⁴²⁾ 그러나 앞서 본 바와 같이 부정경쟁행위의 요건에서 ‘혼동가능성’을 요구하지 않는 것으로 완화한다면 퍼블리시티권은 결국 부정경쟁방지법상의 권리와 가장 유사하다 볼 것이다.

40) 조지현, “부정경쟁방지법과 상표법의 관계-부정경쟁방지법 제15조의 해석”, 한림법학 FORUM 16권, 한림대학교 법학연구소, 2005, 제237면

41) 최지란, “퍼블리시티권의 국내 도입 방안에 관한 연구”, 숙명여자대학교 석사학위논문, 제8면

42) 최문기·김연·심재무, 「과학기술과 지적재산권법」, 신지서원, 2007, 제307면 참조

제3장 퍼블리시티권의 인정 여부

I. 퍼블리시티권 인정의 근거 및 필요성

현재 퍼블리시티권은 그 권리의 대상범위를 점점 확장해 가고 있는 추세이며, 우리나라뿐만 아니라 일본에서도 퍼블리시티권이 쟁점화되면서 현재 명문 규정이 존재하지 아니하는 이러한 권리를 어떻게 취급할 것인지에 관한 논의가 활발하다. 이와 함께 퍼블리시티권이 앞서 본 바와 같이 특히 유명한 등에게 부여되는 독점·배타적 권리라는 점에서 퍼블리시티권의 범위가 확장될수록 사회 구성원들의 표현의 자유가 제한된다는 문제점이 있고, 따라서 사회구성원들의 표현의 자유를 제한하면서까지 퍼블리시티권이라는 새로운 권리를 인정할 수 있는 근거는 무엇이고, 이를 인정할 필요성이 있는지에 관하여 한번 살펴볼 필요가 있다.

1. 퍼블리시티권의 정당화 이론⁴³⁾

가. 자연권론

자연권론은 퍼블리시티권을 사람의 자기동일성의 사용을 통제할 수 있는 자명한 자연권이라고 하고⁴⁴⁾, 자연적 정의 또는 자연적 질서에 사회 질서의 근본원리가 있다고 보는 자연법에 의하여 생래적으로 부여된 권

43) 이와 관련하여 이러한 퍼블리시티권의 정당화 근거들은 퍼블리시티권만에 대한 특별한 논의라고 할 수는 없고, 저작권, 상표권, 특허권 등 인간의 지적활동에 기초한 성과물, 즉 지적재산권을 보호하는 일반적인 근거라 할 것이며, 퍼블리시티권은 지적재산권의 개념이 급격히 발전·확대되면서 그 인정의 필요성이 대두된 것이고, 다른 지적재산권과 유사한 발전과정을 거쳐 지적재산권으로 인정받게 될 것일 뿐, 위와 같은 이론적 근거가 퍼블리시티권에만 특유한 것으로 그것만으로 법률이 입법되지 않은 상태에서 퍼블리시티권을 인정할 수 있다는 근거가 될 수는 없다는 견해도 있다. : 김영훈, 전제논문, 제13면 참조

44) McCarthy, op, cit, §2:2, p.83

리, 즉 인간이 태어나면서부터 원래 가지고 있는 권리의 하나라고 한다.⁴⁵⁾

나. 부당이득금지이론(Prevention of Unjust Enrichment Theory)

부당이득금지이론은, 유명인의 성명, 초상 등 명성이 가지는 경제적 가치를 무단으로 사용하여 경제적 이익을 얻는 것은 부당한 이득으로서 이를 방지하기 위하여 퍼블리시티권이 인정되어야 한다는 것이다. 이 이론은 제3자로 하여금 다른 사람이 노력한데 따르는 수확을 무단으로 이용하지 못하도록 하는 '부정사용(misappropriation)' 이론 내지 이마의 땀(sweat of the brow)' 이론에 근거를 두고 있는 것으로 보인다.⁴⁶⁾

다. 동기부여이론(Incentive Theory)

동기부여이론은 연예산업 등에 있어 유명세가 갖는 경제적 가치를 퍼블리시티권으로 보장해 주면 그러한 유명세 확보를 위해 많은 노력을 기울일 것이고 이는 사회 경제적으로도 많은 발전을 가져다주므로 유익하다는 이론으로,⁴⁷⁾사회적으로 유용하고, 창조적이며 또는 다양한 활동을 통해 이론 성공의 당연한 결과로서 대중의 시선을 끌게 되는 사람들에게 경제적 대가를 부여하여야 한다는 점을 강조한다. 이 이론은 개인의 지적 창작물이 그의 아이덴티티와 결합되었을 때 가장 설득력을 갖는다고 할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

라. 효율적 배분이론(Efficient Allocation Theory)

45) 이영록, 전계서, 제29면

46) 정재훈, “퍼블리시티권의 제한-WHITE v. SAMSUNG(1993) 판결의 평석-”, 창작과 권리 10호, 세창출판사, 1998, 제7면

47) 박우근, “퍼블리시티권의 도입 및 이전성에 관한 고찰”, 고려대학교 석사학위논문, 2008, 제10-11면 참조

48) 정재훈, 전계논문, 제24-25면

효율적 배분이론은, 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정함으로써 개인의 성명, 초상에 대한 시장이 형성됨으로써 그 시장을 통하여 효율적인 자원배분이 이루어질 수 있다는 점을 정당화 근거라고 한다.⁴⁹⁾ 위 이론은 자원을 가장 효율적인 방법으로 배분하는 것은 그 자원에 가장 높은 가치를 두는 사람에게 재산권을 주는 것이라는 원칙에 근거를 두고 있다.⁵⁰⁾ 퍼블리시티권에 관한 미국 연방대법원의 유일한 판결인 Zacchini 사건에서도 부당이득금지이론에 근거하여 판시하였다.⁵¹⁾

마. 소비자보호이론(Consumer Protection Theory)

소비자보호이론은, 본인의 성명 또는 초상을 본인과는 전혀 관련 없는 기업이 멋대로 사용하면 본인과 이용기업과의 관계를 오해할 수 있을 것이므로 퍼블리시티권을 인정하여 무단 사용을 금지하여 이러한 오해의 소지를 없애야 한다는 것이다.⁵²⁾⁵³⁾

2. 퍼블리시티권 인정의 필요성

퍼블리시티권의 존재에 대하여 부정적인 입장⁵⁴⁾에서는 성명·초상의 상

49) Posner, R. A., "the Rights of Privacy", 12 Georgia law review 393, 1978, 441 ; The Economics of Justice (1981), p. 255

50) 정재훈, 전계논문, 제10면

51) 김세권, 전계논문, 제27면 ; Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co, 433

US 564, 576 (1977) : ".....후자의 권리는 영업권(good will)을 훔쳐서 부당하게 횡재하는 것을 막는다는 것이 그 보호논리다. 시장가치가 있는 원고의 외모를 피고로 하여금 공짜로 쓰게 할 어떤 사회적 목적도 없다."

52) 이한주, 전계논문("퍼블리시티권에 관하여"), 제349면

53) 위 이론에 대하여는, 퍼블리시티권은 대중을 보호하기 위한 것이 아니라 유명인 등 개인의 성명, 초상을 보호하기 위한 것으로서 피고가 광고에서 소비자의 시선을 끌기 위해 원고의 아이덴티티를 사용한 경우에는 선전이 명시적이거나, 묵시적이거나 또는 전혀 선전이 없더라도 그에 상관없이 퍼블리시티권이 침해된다고 볼 수 있으며, 퍼블리시티권에 기한 책임을 지우기 위해서 기만 또는 소비자 혼동의 입증은 필요하지 않다는 비판이 있다 : 정재훈, 전계논문, 제10면 참조

업적 가치는 반드시 본인 스스로의 노력에 의해서만 창출되는 것은 아니고, 유명인들은 이미 그들의 노력에 대한 보상을 받고 있으므로 유명인들의 자기개발이 퍼블리시티권에 의해서 유도 되었다고 보기 어려우며, 퍼블리시티권이 인정됨으로써 발생한 거래비용이 사회적 비용을 증가시키고 표현의 자유를 지나치게 제한할 수 있다는 점 등을 근거로 퍼블리시티권의 인정에 있어 신중을 기할 필요가 있다고 주장한다.⁵⁵⁾

만약 퍼블리시티권을 인정하지 않는다고 하더라도 개인, 특히 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익을 침해하는 것은 불법행위에 해당하여 허용되지 아니될 것이다. 그러나 유명인은 특성상 자신의 성명이나 초상을 적극적으로 알리려는 입장이기 때문에 타인에 의해 무단으로 성명이나 초상이 도용되더라도 그에 대해 정신적 고통을 느끼기 보다는 만약에 초상의 사용을 정식으로 계약을 통해 허용했다면 그에 대한 경제적 이익을 얼마 정도 받을 수 있었는데 그것을 받지 못한 경제적 타격이 있는 것이라는 점에서 인격권과는 별도의 개념 구성이 필요하다.⁵⁶⁾ 또한, 독자적인 개념으로서 재산권인 퍼블리시티권을 인정하지 않는 이상, 이러한 침해행위는 인격권 침해를 원인으로 한 불법행위 책임으로 규율할 수밖에 없고, 그 경우 보호대상이 좁아지고 양도성을 인정하지 못하는 등 권리자의 보호에 미흡한 문제가 발생한다.⁵⁷⁾

3. 소결

위와 같은 퍼블리시티권의 정당화 근거 및 인정의 필요성에 관하여 일부 반론이 존재함은 사실이다. 그러나 퍼블리시티권이 기존의 프라이버시권만으로는 해결할 수 없었던 사안을 해결하기 위해 나름대로 일정한

54) Madow, "Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Right", 81 Calif L, Rev, 125, 1993, p.178

55) 최지란, 전계논문, 제10-11면 참조

56) 사법연수원, 「저작권법」, 2007, 제358-359면 참조

57) 김영훈, 전계논문, 제20면

역할을 담당하여 왔고, 이미 유명인의 성명·초상이 가지는 경제적 가치가 일반 상품처럼 거래의 대상이 되고 있는 현실에서 퍼블리시티권을 인정함이 기본적인 법감정에도 부합한다 할 것이다.⁵⁸⁾

II. 각국에서의 논의

1. 미국

미국에서는 개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 허락 없이 상업적으로 이용하는 행위를 처음에는 19세기 후반에 태동한 권리인 인격권으로서의 프라이버시권을 침해하는 행위로 파악하다가, 점차 프라이버시권과는 독립된 재산권적 성격의 퍼블리시티권을 인정하는 과정을 거치게 되었다. 퍼블리시티권은 연방대법원의 판례와 각 주의 판례, 각주의 성문법이 제정되었음에도 불구하고, 전국적인 연방 퍼블리시티권에 관한 법률은 아직 제정되어 있지 않은 상태이다.⁵⁹⁾

가. 초기 판례

프라이버시권의 개념이 처음 등장한 것은 1890년 The Harvard Review에 발표된 Samuel Warren과 Louis Brandeis의 공저 논문 “The Right to Privacy”에서이다. Warren과 Brandeis는 이 논문에서 사람들이 자신들의 사생활을 침해당하지 않을 권리로서 최초로 프라이버시권 침해라는 새로운 유형의 불법행위를 제안하였다.⁶⁰⁾

이후 미국 법원은 후술하는 Haelan 사건 판결이 있기 전까지 현재의 관점으로 퍼블리시티권의 침해가 문제될 수 있는 사안들에 대하여 프라

58) 최지란, 전계논문, 제12면 참조

59) 하홍준, 전계논문, 제573면

60) 배금자, 전계논문, 제2면

이머시권 침해의 문제로 다루어왔다. 미국에서 개인의 성명이나 초상이 광고 등에 상업적으로 사용됨으로써 문제가 사안에 대한 최초의 중요한 판결은 1902년의 Roberson v. Rochester Folding Box Co. 사건(로버슨이라는 젊은 여성이 프랭클린 제분소의 밀가루 광고 포스터에 자신의 초상이 무단으로 이용되자 프라이머시권이 침해되었다고 주장하며 소송을 제기한 사안이다)의 항소심판결(171 NY 538, New York Court of Appeals, 1902)로서, 그 다수의견은 이른바 소송홍수의 위험성을 경고하면서 프라이머시란 선형적으로 존재하는 원칙이라는 견해를 채택하지 않았으나 입법에 의해 프라이머시권이 규정될 수 있음은 인정하였다.⁶¹⁾ 이 판결이 나온 다음 해에 뉴욕주 의회는 광고나 거래목적 위해 타인의 성명이나 초상을 무단으로 이용하는 행위는 불법행위인 동시에 경범죄에 해당한다고 규정하는 법률을 제정하였다.⁶²⁾ 이후 1905년 Pavesich v. New England Life Insurance Co. 사건(피고가 생명보험 광고 가운데서 허위추천문구와 함께 화가인 원고 Pavesich의 초상을 무단이용함으로써, 이 광고를 보는 이들로 하여금 마치 원고가 피고 보험회사의 보험에 가입되어 있는 것처럼 착각하도록 한 사안이다)에서 조지아주 대법원은 "어떤 일정 한도 내의 프라이머시권은 자연법에서 유리하고 사회의 법원칙에 의해 승인되어 연방 및 주의 헌법에서 주의 시민들에게 보장되고 있다"라고 판시하여 프라이머시권을 최초로 인정하였다.⁶³⁾ 이후 프라이머시권은 1931년 캘리포니아 대법원에서의 Melvin v. Reid⁶⁴⁾ 판결을 통하여 확고부동한 법원칙으로 인정되기에 이르렀다.

나. Haelan 사건 판결 및 이후의 동향

61) 엄동섭, “퍼블리시티권”, 서강법학연구 6권, 서강대학교 법학연구소, 2001, 제4면 참조

62) 엄동섭, 전계논문, 제4면

63) 정희섭, “퍼블리시티권의 이전성에 관한 연구”, 동아대학교 박사학위 논문, 2003, 제13면

64) 과거 청소부였던 원고 Melvin의 불행했던 과거를 소재로 피고 Reid가 원고의 동의 없이 결혼 전의 그녀의 본명까지 사용하여 '붉은 옷(the red kimono)'이라는 영화를 제작하여 상영하였다. 이에 원고는 정신적 고통에 대한 피해보상의 청구를 제기하였는데 캘리포니아주 최고법원은 프라이머시 침해를 이유로 원고 승소 판결을 내렸다. : 이봉림, “인격권에 관한 각국의 입법례 검토”, 성균관법학 20권 1호 (2008.04), 성균관대학교 비교법연구소, 제215면

20세기 중반에 들어 유명인의 성명이나 초상 등이 광고나 홍보의 수단으로 이용되면서 이와 관련된 경제적 가치가 커짐과 아울러 유명인의 성명이나 초상 등을 상업적으로 무단 이용하는 사례가 증가하게 되어 그 보호의 필요성이 증가하였음에도 불구하고, 이와 같은 문제를 프라이버시권 침해의 문제로 보는 초기 판례의 입장은 유명인 즉, 공적인물의 경우 그 지위와 그 사람의 프라이버시권을 조화시키기 어렵다는 문제점이 발생하게 되었다.⁶⁵⁾

이러한 문제점을 해결하기 위하여 기존의 프라이버시권의 법리에 의한 문제해결방식을 넘어서 정면으로 퍼블리시티권이라는 개념을 사용하면서 퍼블리시티권이 프라이버시권과는 별도로 존재하는 권리임을 인정한 판결이 1953년도의 *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc* 사건이다. 위 사안에서 연방 제2순회 항소심법원은 “사람은 프라이버시권과는 별도로 그에 부가하여 자신의 사진이 가지는 공표가치에 대한 권리를 가지며 이를 공표할 배타적 권리를 가진다. 이를 퍼블리시티권이라 부를 수 있을 것이다. 왜냐하면 많은 유명인사가 그의 초상이 공중에 공개됨으로써 가지게 되는 감정상의 불쾌감과 별도로 광고에 출연한 대가를 받지 못하였다는 점에서 기분이 상할 것이라는 점은 쉽게 이해할 수 있는 일이기 때문이다. 또한 이 권리가 다른 광고주에 의한 사용을 금지하는 배타적 허락의 대상이 될 수 없다면, 아무런 금전적 이익을 가져다 줄 수 없다는 점은 자명하다.”고 판시함으로써 양도 불가능성을 특질로 하는 프라이버시권과는 달리 퍼블리시티권은 양도될 수 있는 권리이고, 이러한 권리를 전속적으로 양도받은 자는 이를 침해하는 제3

65) 즉, 유명인의 특성상 사생활의 보호를 보호법익으로 하는 프라이버시권의 보호대상에서 제외된다는 판결이 선고되었다. 대표적으로 1941년 제5연방항소법원은 *O'Brien v. Pabst Sales Co.* 사건(유명 축구선수인 원고가 맥주회사인 피고가 자신의 초상을 선전 캘린더에 무단이용하였음을 이유로 제소하면서 특히 자신이 그동안 금주단체에서 활동하면서 맥주 기타 알콜 음료를 추천해 달라는 제안을 거절해 왔기 때문에 정신적 고통을 겪었다고 주장을 한 사안)에서 원고는 사인이 아니며 따라서 자신의 프라이버시권을 포기한 것으로 보아야 한다고 판결하였다.

자를 상대로 소를 제기할 수 있다는 것을 인정하였다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

Haelan 사건 판결 이후 최근까지 퍼블리시티권의 발전에 있어서 중요한 의미를 가지는 판결은 1977년 연방대법원의 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.* 사건(원고가 약 15초 동안 인간포탄 묘기를 보이는 장면 전부를 원고의 동의 없이 피고 방송사가 TV 뉴스에서 방영한 사안이다)인데, 연방대법원은 위 사안에서 “프라이버시권을 통해 보호되는 이익은 평판 가운데에서의 이익인 반면 퍼블리시티권은 개인이 자신의 노력에 대한 보상을 받을 수 있도록 하는 데 초점을 맞추고 있기 때문에, 프라이버시권은 명예훼손과 밀접한 관계에 있는 반면 오히려 이 권리는 저작권이나 특허권에 유사하며 따라서 헌법상의 표현의 자유에 의한 제약을 받지 않는다.”고 판시하였다.⁶⁸⁾Zacchini 사건은 전형적인 퍼블리시티권에 관한 사안이라고 보기에 다소 무리가 있지만, 이 판결을 계기로 퍼블리시티권에 관한 논의의 중심은 권리의 인정 여부가 아닌 인정 범위 및 사후준속 여부로 옮겨지게 되었다.⁶⁹⁾

다. 각주의 입법례와 Restatement 규정

미국의 총 50개 중 가운데 28개의 주가 성문법 또는 common law로 퍼블리시티권을 인정하고 있다. 성문법으로 퍼블리시티권을 보호하고 있는 16개의 주 가운데 퍼블리시티권을 명백하게 상업적 가치가 있는 재산권으로 규정한 주는 California(1972 제정, 1985 개정), Indiana(1994 제정), Kentucky(1984 제정), Nevada(1989 제정), Oklahoma(1995 제정)

66) 하홍준, 전계논문, 제574면

67) 일반적으로 퍼블리시티권은 Nimmer에 의해 독립적인 법 영역으로서 정립되기 시작하였으며 (Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 *Law & Contemp. Probs.* 203 (1954)), McCarthy에 의해 그 이론이 정제되었다고 할 수 있다(J. THOMAS McCARTHY, *THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY*(2002)).: 남형두, “엔터테인먼트법에 대한 새로운 접근”, 민사법학 35호 (2007.03), 한국사법행정학회, 제306면

68) 엄동섭, 전계논문, 제6면 참조

69) 한위수, 전계논문 [“퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)”], 제32면

정, 1986 개정), Tennessee(1984제정), Texas(1987 제정) 등 7개 주이며, 프라이버시권에 관한 규정 아래에 퍼블리시티권을 규정한 주는 Florida, Massachusetts, Nebraska, New York, Rhode Island, Utah, Virginia, Wisconsin, Washington 등 9개 주이다.⁷⁰⁾ 한편, Arizona, Alabama, California, Connecticut, Georgia, Hawaii, Illinois, Kentucky, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, Ohio, Pennsylvania 등 19개 주는 보통법상의 권리로 퍼블리시티권을 인정하고 있다.⁷¹⁾ 퍼블리시티권을 성문법으로 보호하고 있는 주에서도 그 보호 대상(외모, 사진, 음성 등), 구제방법(금지청구, 손해배상, 징벌적 배상, 3배 배상, 합리적인 변호사비용 부담 등), 사후 특별규정의 유무 및 사후 보호기간 등에 관하여 그 내용이 상이하어 미국에서도 통일된 연방법의 제정 필요성에 관한 논의가 있다.

1977년 발간된 Restatement of the Law, Second, Torts는 퍼블리시티권을 프라이버시권의 일종으로 다루고 있었는데, 1995년 발간된 Restatement of the Law, Third, Unfair Competition은 아예 "Ch.4 Appropriation of Trade Value, Topic 3. Right of Publicity"이라는 타이틀 아래 §46(퍼블리시티권의 개념) §47('거래목적을 위한 이용 : Use for the Purposes of Trade'의 개념정의) §48(침해금지 : Injunction), 549(금전배상 : Monetary Relief) 등 4개의 조문을 뒀으로써, 종래의 프라이버시권과는 별개의 권리로서 퍼블리시티권을 규정하고 있다.⁷²⁾

2. 일본

명문의 규정은 없지만 일본에서도 인격권으로서의 초상권, 성명권은 일반적으로 인정되어 왔다. 일본에서는 1976년 마크·레스터 사건⁷³⁾에서

70) 임수현, "퍼블리시티권의 유효성과 그 한계에 관한 고찰", 연세대학교 석사학위논문, 2005, 제17면

71) 임수현, 전계논문, 제17면

72) 엄동섭, 전계논문, 제8면

배우, 가수, 프로스포츠 선수는 자기의 이름, 초상을 이용하여 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 그 이름, 초상을 이용시킬 수 있는 이익을 갖고 있고, 이러한 이익은 법적 보호 대상이 된다고 판시함으로써 퍼블리시티권이라는 명칭은 사용하지 않았지만 실질적으로 퍼블리시티권을 최초로 인정하였고, 그 후 동경고법은 1991. 오냥코 사건⁷⁴⁾에서 "예능인의 성명·초상이 갖는 고객흡입력은 해당 예능인이 획득한 명성·사회적 평가·지명도로부터 생긴 독립된 경제적 이익 내지 가치로 파악하는 것이 가능하므로 이것을 해당예능인에게 귀속시키는 것은 당연한 것이고 해당예능인은 이러한 고객흡입력을 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 갖는 것으로 인정함이 상당하다."라고 판시함으로써 실질적으로 퍼블리시티권을 인정하였다.⁷⁵⁾

이후 동경지법은 1997년 光GENJI사건에서 최초로 명시적으로 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하면서 퍼블리시티권을 “유명인이 그 성명·초상 등에서 생긴 고객흡입력이 가진 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 재산권”⁷⁶⁾이라고 한 이래 일본 법원은 인기가수의 표상과 이름을 무단으로 사용한 상품을 판매한 사안에 관한 東京地裁 평성 원년

73) 영국의 유명한 아역배우인 윈고가 주연으로 출연한 영화의 장면을 무단으로 텔레비전 선전광고에 사용한 사건, 피고 1은 외국회사로부터 마크·레스터가 주연한 영화 '작은 목격자'(이하 '본건 영화'라 한다)의 배급, 흥행에 관한 독점적 권리를 취득하고, 피고 2와 타이업방식(영화의 선전방법으로서 상품의 제조 또는 판매업자와 영화배급업자가 제휴하여 텔레비전에 의해 특정의 상품을 영화의 선전과 조합하여 행하는 방식)에 의한 광고를 제작하기로 하고, 피고 2 제품의 초콜릿 광고 중에 본건 영화 중 마크·레스터의 상반신이 화면 가득 클로즈업되는 신을 채용하면서 '작은 목격자에서, 마크·레스터'라는 자막을 넣고 그 광고화면과 함께 남성의 목소리로 "마크·레스터도 아주 좋아합니다."라는 내레이션을 삽입한 광고를 동경 등에서 수회에 걸쳐 방영시켰다. 윈고 마크·레스터는 피고들을 상대로 이름 초상이 갖는 인격권 침해를 이유로 손해배상을 청구하였다]에서 동경지법은 퍼블리시티권이라는 단어는 사용하지 않았지만 초상이 갖는 재산적 이익침해에 대하여 불법행위를 인정하고 이에 대한 손해를 배상하라는 판결을 내림으로써 실질적으로 퍼블리시티권을 인정한 판례로 평가받고 있다. 동경지법 소화 51. 6. 29. 판결(판례시보 817호 23면). : 이한주, 전계논문, 제345면

74) '오냥코 클럽'이라 칭하는 텔레비전 탤런트 집단에 소속된 사람들의 성명 및 실연(실연)초상을 게재한 캘린더를 본인들로부터 게재승낙을 받지 않고 무단으로 판매한 업자를 상대로 당해 연예인들이 당해 상품의 판매금지 및 폐기와 함께 손해배상을 청구한 사건임, 동경고법 평성 3. 9. 26. 판결(판례시보 1400호 3면). : 이한주, 전계논문, 제345면

75) 이한주, 전계논문, 제345-346면

76) 김세권, 전계논문, 제69면

(1989). 9. 27. 판결과 사망한 유명 시인의 이름을 시 소유의 건물 및 버스정류장표시에 사용한 사건에 관한 横浜地裁 평성 4(1992). 6. 4. 판결에서는 퍼블리시티권이란 용어를 정의하고 이를 정면으로 인정하기에 이르러 일본의 판례는 일반적으로 퍼블리시티권을 인정하는 입장에 있다고 보인다.⁷⁷⁾

3. 영국

영국에서는 전통적인 입장을 고수하여 프라이버시권 또는 퍼블리시티권이 인정되고 있지 아니하고, 타인의 성명 또는 초상을 허락 없이 상업적으로 이용하더라도 명예훼손 또는 기망(허위 사실을 말하거나 진실을 은폐함으로써 상대방을 착오에 빠지게 하는 행위, Passing-off)에 해당하지 않는 한 불법행위가 되지 아니한다고 하며, 학자들은 이러한 행위를 규제하기 위한 성문법의 제정이 필요하다고 보고 있다.⁷⁸⁾ 그렇다고 해서 영국에서는 이러한 침해들에 대하여 전혀 무방비상태인 것은 아니고, 여러 가지 지적재산권법 및 불법행위법 등과 같은 다른 법영역을 통하여 제한적인 정도의 보호를 하고 있는 실정이다.⁷⁹⁾

4. 독일

독일에서는 독일민법 제12조에서 성명권을, KUG(조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법률) 제22조⁸⁰⁾에서 초상권을 규정하고 있을 뿐,

77) 한위수, 전계논문 [퍼블리시티권의 침해와 민사책임(상)], 제34면

78) 최병규, “언론관련 저작권과 독점금지법의 상호관계”, 세계의 언론법제 2005.하권18호 (2005.12), 한국언론재단, 제134면

79) 김세권, 전계논문, 제55면

80) 동법 제22조에서는 초상은 본인의 동의를 받은 경우에 한하여 그것을 배포 또는 널리 전람할 수 있다. 본인이 자발적으로 촬영당하거나 보수를 받은 경우에 있어서 별단의 약속이 없는 경우에는 동의가 있었다고 추정된다. 본인 사망의 경우에 있어서는 사후 10년을 경과하기까지는 그 친족의 동의를 요한다. 이 법률에 있어서 친족이란 본인의 배우자 및 자녀를 말하고 배우자도 자녀도 없는 경우는 본인의 양친을 말한다고 규정하고 있다. 독일의 현행 저작권법은

퍼블리시티권에 대한 일반적 규정은 존재하지 아니한다. 그러나 위와 같이 명문규정이 있는 성명과 초상 외의 자기동일성의 객체는 일반적인 인격권으로 보호함과 아울러 독일 판례상 퍼블리시티권의 이전성을 긍정함으로써 법적 효과 면에서는 퍼블리시티권을 실질적으로 보호하고 있는 것으로 보인다. 하지만 퍼블리시티권의 구제방법으로서 손해배상만을 인정하고 금지청구 등을 명시적으로 인정하지 않고 있어서 법적 구제책으로서로는 다소 미흡한 점을 지적할 수 있다.⁸¹⁾

Ⅲ. 우리나라에서의 논의

우리나라에서는 현재 퍼블리시티권에 관한 명문의 규정이 없고, 이에 관한 대법원 판결도 아직 나온 바 없다. 성문법주의 및 물권법정주의를 취하고 있는 우리나라에서 독점·배타적인 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정할 수 있는지에 관하여 논란이 있다.

1. 학설

가. 긍정하는 입장

퍼블리시티권을 긍정하는 입장의 근거는 앞서 본 바와 같은 퍼블리시티권의 정당화 근거(자연권론, 부당이득금지이론, 동기부여이론, 효율적 배분이론, 소비자보호이론 등)를 근거로 들고 있다.

헌법이나 법률에 퍼블리시티권에 관한 명문의 규정이 없더라도, 사람

저작권과 인접보호권에 관한 법률(URG)을 말하고 이것은 종전의 두가지 법률 즉 문학적 및 음악적 저작물의 저작권에 관한 법률(LUG)과 조형미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)을 통일한 것이다. 그런데 초상의 보호에 관하여 규정하고 있는 조형미술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조 이하는 현재까지도 효력이 있다.(URG 제141조). : 배병일, “초상권에 관한 연구”, 재산법연구 9권1호, 한국재산법학회, 1992, 제115면

81) 김세권, 전계논문, 제65면

의 사진이나 이름을 상업광고에 이용할 경우 본인의 허락을 얻는 것이 관행화되어 있고, 그런 허락을 얻음에 있어 이용대가를 지불하고 있는 것이 일반적이나, 그러한 허락이나 금전의 지급은, 도의 내지 예의 차원을 넘어 당연히 사회적으로 보호되어야 할 법적 이익으로 인식되고 있다고 보이므로 사람의 인적 속성을 상업적으로 컨트롤할 수 있는 것을 내용으로 하는 퍼블리시티권은 관습법상 인정되는 권리라고 볼 것이라는 견해⁸²⁾이다.

다만, 퍼블리시티권을 긍정하는 입장에서도 그 법적 성격에 관하여는 ① 퍼블리시티권을 프라이버시권에 속하는 권리로 보아 인격권의 재산적 측면의 승인이라고 파악함으로써 인격권의 일부로 보는 견해⁸³⁾와 ② 퍼블리시티권을 하나의 독립된 재산권으로 인정하고 기본적으로 양도성과 상속성을 인정하여야 한다는 견해로 나뉜다.⁸⁴⁾

나. 부정하는 입장

이 입장에서는 ① 성명, 초상 등이 상업적으로 이용될 만한 경우는 이미 그 본인이 명성과 부를 축적한 경우가 대부분인데, 퍼블리시티권을 인정하게 되면 유명인을 더욱 부유하게 하여 부의 불평등을 초래하게 되고, ② 명성이라는 것이 본인의 노력 여하에 관계 없이 우연한 사정에 의해 생기는 경우도 많은데 그렇다면 이에 대한 지나친 보호라고 할 수 있으며, ③ 퍼블리시티권을 통한 수입은 부가적인 수입인 경우가 많은데 이미 명성을 얻은 사람은 그 수입 때문에 본래 직업에 대한 노력을 게을리 할 염려가 있어 사회적으로도 손해가 될 수 있고, ④ 퍼블리시티권을 인정하면 본인과의 교섭이 필요하여 사회적 비용을 증가시키며, ⑤ 굳이

82) 이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 실무연구IV(2005. 12.), 서울지방법원남부지원, 제289면

83) 한위수, 전계논문(퍼블리시티권의 침해와 민사책임(상)), 제30면 : 엄동섭, 전계논문, 제15면 : 배상철, “상표법상 유명인(Celebrity)의 재산적 가치가 있는 성명·초상의 보호문제”, 산업재산권 제18호, 한국산업재산권법학회, 2005, 제222면

84) 정상조, 전게서, 제600면

퍼블리시티권을 인정하지 않더라도 부정경쟁방지법 등 기존의 다른 법분야로도 분쟁이 해결 가능하고, ⑥ 퍼블리시티권의 인정으로 성명, 초상 등의 자유로운 사용이 금지되어 불가피하게 언론의 자유를 억압하는 기능을 한다는 것을 든다.⁸⁵⁾

특히 퍼블리시티권을 인정할 필요가 있다는 것과 우리나라의 현 상태에서 이를 인정할 수 있다는 것은 차원을 달리하는 문제이고, 세계시장 엔터테인먼트 산업의 절반 정도를 차지하는 미국에서의 논의와 동아시아 지역에서의 한류산업 공급자로서의 지위 등을 이유로 성급하게 이를 인정하는 것은 찬성하기 어려우며, 더욱이 성문법국가인 우리나라에서 별다른 합리적 근거 없이 법원이 새로운 배타적, 독점적 재산권을 창설하고, 그 권리의 내용을 형성해 가는 것은 적절하지 않다는 견해가 있다.⁸⁶⁾

2. 판례의 태도

가. 이휘소 사건 이전의 판결

(1) 한혜숙 사건(서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결)

피고 럭키금성상사 주식회사가 원고 한혜숙으로부터 카탈로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여만 허락을 얻었음에도 불구하고 별개의 광고방법인 월간잡지에까지 위 사진을 무단이용하자 원고는 피고 회사에 대하여 초상권 침해를 이유로 손해배상을 청구하였다.

법원은, ‘피해자를 모델로 한 카탈로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여서만 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초 피해자가 모델계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별도의 광고방법인 월

85) 윤경, 전제서, 제877면

86) 김영훈, 전제논문, 제14면

간잡지에까지 피해자의 카탈로그용 사진을 사용하는 행위는 초상권침해로 인한 불법행위를 구성한다'고 판시하고, 그 손해배상액을 '별도 모델료 상당'으로 인정하였다.

위 판결은 우리나라에서 초상권의 인격적 요소가 아닌 재산적 이용이 문제가 된 최초의 사안으로서 법원이 초상권 침해에 대하여 종래와 같은 정신적 손해로서의 위자료 청구가 아닌 재산상 손해배상청구를 인정하였다는 점에 그 특징이 있다.

(2) 최애숙 사건(서울지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 판결)

모델인 원고 최애숙이 피고와 체결한 '테이스터스 초이스커피' 선전을 위한 텔레비전 광고출연계약 기간이 만료된 후에도 피고가 계속 그 광고를 방영한데 대하여 성명권과 초상권이 침해되었다고 주장하면서 피고에게 재산상, 정신상 손해배상을 청구하였다.

법원은 '모델 등은 자기가 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명이나 초상을 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 이용하게 할 수 있는 경제적 이익을 가지고 있어서 이를 침해한 자에 대하여 그 불법사용에 대한 사용료 상당의 손해를 재산상 손해로서 배상을 청구할 수 있다'고 판시함으로써 퍼블리시티권이라는 명칭은 사용하지 않았지만 실질적으로 퍼블리시티권을 인정하였다.⁸⁷⁾

나. 이회소 사건 이후의 판결

위와 같이 우리나라 법원은 간접적으로 퍼블리시티권을 인정하는 태도를 보이다가 1995년 이회소 사건 판결(서울중앙지법 1995. 8. 23. 선고 94카합9230 판결)에서 처음으로 퍼블리시티권이란 용어를 직접 판결문에서 사용하게 되었다. 그 이후 몇몇 판결에서는 그와 반대되는 입장을

87) 이한주, 전계논문("경주마의 퍼블리시티권"), 제256면

취하고 있기도 하지만 많은 하급심 판결들에서 대체로 퍼블리시티권을 인정하고 있고, 최근에는 퍼블리시티권을 단순히 인정하는 것에서 나아가 퍼블리시티권의 근거 및 법적 성격, 대상, 양도성 및 상속성 인정여부, 침해 여부의 판단기준, 손해배상액의 산정 기준 등에 관한 구체적인 기준을 제시하면서 퍼블리시티권에 관한 법리를 발전시켜 나가고 있다. 그러나 여전히 대법원의 판단을 받은 사안은 나오지 않고 있는 상황이어서 법원마다 다른 결론을 내리는 경우도 있다. 이하에서는 이회소 사건 이후 퍼블리시티권에 관한 우리나라 하급심 판결들을 퍼블리시티권을 긍정한 경우와 부정한 경우를 나누어 소개하고자 한다.

(1) 퍼블리시티권을 긍정한 경우

(가) 만화 아스팔트 사나이 사건(서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합 72771 판결)

만화가인 피고 허형만이 ‘아스팔트 사나이’라는 제목의 만화에 유명 카레이서인 원고 최종림을 모델로 한 캐릭터를 등장시킨 것과 관련하여, 원고는 피고가 원고의 상업적 이용 또는 공표권(right of publicity) 등을 침해한 것이라고 주장하며 그 손해의 배상을 구하였다.

법원은, “상업적 이용 또는 공표권(right of publicity)이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 것이므로, 만화에서 등장인물의 캐릭터로 원고의 성명과 경력을 사용하였다고 하여도 만화 또한 예술 저작물의 하나라고 보는 이상, 이를 상업적으로 이용하였다고 보기는 어렵다.”고 판시하였다.

위 판결에서는 퍼블리시티권의 존재를 긍정하면서도 만화의 모델로 삼은 것은 퍼블리시티권의 침해를 판단함에 있어 ‘상업적 이용’의 요건을

충족하지 않는다는 이유로 그 침해를 부정하였는바, 이는 타당한 판시라고 생각된다.

(나) 제임스딘1 사건(서울서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결)

1955년에 사망한 미국의 유명 영화배우 James Dean의 성명을 국내 의류업체인 피고가 속옷의 상표로 등록하여 사용한 것에 대하여 제임스딘의 유족 및 재단으로부터 퍼블리시티권을 양도받았다고 주장하는 원고 마르커스 디 윈슬로우 주니어가 피고에 대하여 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상을 청구함과 아울러 불법상표사용행위의 금지 및 예방을 청구하였다.

법원은, 퍼블리시티권의 인정 여부와 관련하여, “근래 저명한 영화배우, 연예인, 운동선수 등의 성명, 초상 등이 상품의 표장이나 광고에 사용되는 경우 그 저명성으로 인하여 이를 사용한 상품이 소비자들 사이에 월등한 인지도와 신뢰성을 획득할 수 있기 때문에, 이들의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용하는 경향이 보편화되었고, 따라서 위와 같은 영화배우 등의 성명, 초상 등이 본인들의 승낙 없이 무단 사용되는 경우 본인들이 입게 되는 손해는 자신들의 성명, 초상이 무단히 사용된 데에 따른 정신적인 고통이라기보다는 오히려 자신들이 정당한 사용계약을 체결하였을 경우 받을 수 있었던 경제적 이익의 박탈이라고 파악하는 것이 법률학자들과 실무자들 사이에 유력하게 주장되고 있는데, 이는 현실에 부합하는 해석론이라고 할 것이고, 이미 미국의 경우 22개 주에서 성문법으로 Publicity권의 존재를 인정한 것을 비롯하여 판례로서 Publicity권의 존재를 인정하고 있으며, 국내에서도 Publicity권의 성립을 전제로 하는 판결이 나오고 있는 점 등을 고려하여 보면, 성명, 초상 등의 상업적 이용과 같은 특수 분야에 있어서는 기존의 인격권의 일종으로서의 초상권과는 별도로 재산적 권리로서의 특성을 가지는, 이른바 Publicity권

의 성립을 인정할 여지가 있다고 보인다.”고 판시하면서도 퍼블리시티권의 상속성 인정 여부에 관하여는, “Publicity권이 아직까지 성문법상의 권리로서 인정되지 않고 있고, 향유주체(저명인에게만 인정될 것인가, 저명인이 아닌 일반인 모두에게도 인정될 것인가, 또는 법인이나 단체에게도 인정될 수 있는가의 문제) 및 양도의 가능 여부 등에 관하여 아직까지 학설의 대립이 있을 뿐, 이에 대한 일치된 견해가 없는 점, Publicity권이 한 사람의 인격을 상징하는 성명, 초상 등을 상업적 이용이 가능한 특수 분야에서 이용할 수 있는 권리를 의미한다는 점에서 볼 때 그 당사자의 인격과 완전히 분리된 독립된 권리 또는 무체재산권과 유사한 권리라고 보기 어려운 점, 재산권이라고 하여 반드시 상속이 가능한 것은 아닌 점(예컨대, 연금청구권) 등을 고려하여 볼 때, 일반적으로 인격권은 상속될 수 없는 것과 마찬가지로 Publicity권도 상속될 수 없는 권리라고 파악하는 것이 타당하다고 할 것이다(다만, 저명한 당사자가 사망한 이후 그 성명이나 초상이 무단히 사용되는 경우에는 유족들이 망인에 대한 경애추모의 정을 침해한 것으로 인정하여 유족들이 입은 손해를 배상하게 할 수 있을 것이다).”라고 하여 그 상속성을 부정하였다.

위 판결은 관습법 등을 근거로 퍼블리시티권을 인정하면서도 퍼블리시티권을 인격권과 완전히 분리된 독립적인 재산권이 아닌 인격권의 일종인 것으로 파악하여 그 상속성을 부정하였다는 점에 특징이 있다.

(대) 박찬호 선수 사건(서울고등법원 1998. 9. 29.자 98마35 결정)

신청인 박찬호는 미국프로야구팀인 L.A. 다저스 소속의 유명 한국인 야구선로서 1996. 12.경 ‘Hey, Dude! 헤이, 두드!’라는 제목으로 자신의 야구선수로서의 성장과정과 활약상을 엮은 자서전(이하 ‘헤이, 두드!’라고 한다)을 출간한 바 있고, 피신청인 김창웅은 1997. 7.경 그가 과거에 개인적으로 수집·정리한 자료와 1994.경부터 일간지인 ‘스포츠서울’에 수회에 걸쳐 자서전 혹은 기자의 편집형식으로 연재된 신청인의 야구선수

로서의 성장과정과 활약상에 관한 기사 등을 엮어 ‘메이저리그와 정복자 박찬호’라는 제호의 320여쪽에 이르는 이 사건 서적을 저술하면서 그 서적의 특별부록으로 앞면에는 신청인의 투구모습을, 뒷면에는 신청인의 런닝모습을 천연색으로 인쇄한 가로 약 53cm, 세로 약 78cm인 포스터 형식의 이 사건 브로마이드를 제작하였으며, 피신청인 김진국은 위 김창웅으로부터 이 사건 서적과 브로마이드의 출판을 의뢰받아 이를 발매·반포하고 있는데, 피신청인들은 신청인으로부터 어떠한 허락이나 동의도 받은 바 없었다. 신청인은 피신청인들의 이 사건 서적과 브로마이드의 발매·반포, 그 광고행위로 인하여 신청인의 초상권, 성명권, 퍼블리시터권, 인격권, 프라이버시권이 침해되고 있고, 신청인의 명예도 훼손되고 있다고 주장하였다.

이에 대하여 법원은, “이 사건 서적은 신청인에 대한 평전의 성격을 띄고 있다고 할 것인데, 이 사건 서적의 표지구성형식과 내용, 그와 관련하여 게재된 신청인의 성명과 사진이나 이 사건 서적의 배포를 위한 광고내용을 정사하여 보아도 그 내용에 나타나는 신청인의 성명과 사진이 공적 인물인 신청인이 수인하여야 할 정도를 넘어서서 신청인의 성명권과 초상권을 침해하는 정도로 과다하거나 부적절하게 이용되었다고 보여지지 아니하고, 또한 신청인이 유명야구선수로서 그 성명과 초상을 재산권으로 이용할 수 있는 권리 즉 이른바 퍼블리시터권을 침해하는 것으로 볼 수 있을 정도로 신청인의 성명과 초상 그 자체가 독립적·영리적으로 이용되었다고 보여지지 아니하며, 그 밖에 달리 이 사건 서적의 저술·발매·반포, 그 광고행위 등으로 인하여 신청인의 초상권, 성명권 및 퍼블리시터권이 침해되었다고 볼 만한 점을 찾아 볼 수 없다.”고 하여 이 사건 서적의 저술·발매·반포, 그 광고행위 등으로 인하여 신청인의 초상권, 성명권 및 퍼블리시터권이 침해되고 있다는 신청인의 주장은 배척하였다. 한편, 퍼블리시터권 침해 주장에 대하여는, “신청인의 대형사진이 게재된 이 사건 브로마이드는 신청인에 대한 평전이라 할 수 있는 이 사건 서적의 내용으로 필요불가결한 부분이라 할 수 없을 뿐만 아니라 이 사

건 서적과 분리되어 별책 부록으로 제작된 것으로서 그 자체만으로도 상업적으로 이용될 염려가 적지 않고, 그와 같이 상업적으로 이용될 경우에 신청인의 초상권 또는 퍼블리시티권이 침해될 것으로 보이므로 이 사건 브로마이드의 발매·반포로 신청인의 초상권 또는 퍼블리시티권이 침해된다는 신청인의 주장은 이유 있다.”고 판시하였다.

위 판결에서는 브로마이드의 제작 부분이 신청인의 초상권 또는 퍼블리시티권의 침해로 인정될 수 있다고 언급하여 퍼블리시티권의 존재를 긍정하는 입장을 표명한 셈이나 초상권과의 관계 등에 대하여 깊이 다루고 있지는 않다. 평전으로서의 성격을 가지는 서적의 내용에 대하여는 퍼블리시티권의 침해를 인정하지 않고 브로마이드에 대하여만 퍼블리시티권 침해를 인정한 결론을 내린 것은 수긍할 수 있는 입장이라 생각된다.⁸⁸⁾

(태) 홍명희 교수 사건(서울지법 1999. 7. 30. 선고 99가합13985 판결)

소프트웨어 개발 및 판매업을 하는 피고 회사가 '교사용 교수 학습용 소프트웨어' 제품을 판매함에 있어서 그 포장 및 카탈로그에 위 제품을 감수한 사실이 없는 대학교수인 원고(학교교육 정보화 전문가)를 감수위원으로 표시하자, 원고는 피고 회사에 대하여 성명권 침해 및 명예훼손과 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상 및 정정광고 게재를 청구하였다.

법원은, 원고의 성명권 침해 및 명예훼손에 따른 위자료 청구와 명예 회복에 필요한 조치청구는 인용하고, “무릇 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 일반적으로 퍼블리시티권(the right of publicity)이라 하는바, 이는 비록 인격권에 기초한 것이나 본인이 자신의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 구체화하여 상업적으로 이용함으로써 그것이 인격과 분리되어 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관

88) 이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007, 제593면

화되었다면 인격권과는 별도로 법으로 보호되고, 따라서 그 침해행위는 불법행위를 구성한다고 할 것이다.”라고 하여 퍼블리시티권을 인정하면 서도 위 사건의 경우 원고의 성명이 인격과 분리되어 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관화되었다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 이 부분 청구는 기각하였다.

위 판결은, 고객흡입력을 근거로 ‘명의상품화권’이라는 용어를 사용하면서 퍼블리시티권 인정하였으나, 퍼블리시티권을 인정하기 위해서는 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관화될 것을 요구함으로써 결국 연예인 등 유명인이 아닌 일반인의 경우 퍼블리시티권의 성립을 부정할 것으로 해석될 수 있다.⁸⁹⁾

(배) 비달사순 사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결)

미용학원인 피고 회사가 비달사순으로부터 그의 성명 및 초상을 이용할 수 있는 권리를 양수받은 원고의 허락 없이 학원 건물 외부에 비달사순이라는 간판을 부착하고 건물 내부에도 비달사순의 초상이나 성명이 들어있는 대형사진을 부착한 것에 대하여, 원고는 피고 회사가 비달사순의 성명이나 초상이 가지고 있는 고객흡입력을 이용하여 미용학원 등을 경영하는 것이 원고가 독점적으로 가지고 있는 비달사순에 관한 성명이나 초상이용권을 침해한 것이라고 주장하면서 피고 회사에 대하여 비달사순의 성명이나 초상의 사용금지를 청구함과 아울러 침해로 인하여 조성된 물건의 폐기를 청구하였다.

법원은, “고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우나 가수 등의 예능인, 연주가, 스포츠선수 등과 같이 대중의 인기에 의하여 뒷받침되어 그 존재가 사회에 널리 알려지기를 바라는 유명인사의 성명과 초상을 상품에 부착하거나 서비스업에 이용하는 경우 그 상품의 판매촉진

89) 박준우, “퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구-판례에 나타난 피고의 이용형태를 중심으로 -”, 서강법학 제10권 제1호(2008. 06), 서강대학교 법학연구소, 제63면 참조

이나 서비스업의 영업활동 촉진에 효과가 있다는 것은 공지의 사실이다. 그리고 이러한 유명인사의 성명, 초상이 가진 이러한 고객흡인력은 당해 유명인사가 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립적인 경제적 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이는 당해 유명인사에게 고유하게 귀속되는 것이고, 그 유명인사는 이러한 고객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 가지는 것이고, 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 있다고 할 것이다.”라고 하여 퍼블리시티권과 그 양도성을 인정하면서 “위 권리를 양수한 자는 그 권리에 터 잡아 그 침해행위에 대하여는 금지 및 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위하여 침해물건의 폐기를 요구할 수 있다.”고 하여 퍼블리시티권에 기하여 그 침해행위에 대한 금지를 청구할 수 있음을 인정하였다.

위 판결에서는 인격권과 별도의 배타적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하였는바, 국내 판결 중 처음으로 ‘재산권으로서의 퍼블리시티권 침해’를 인정한 것이라는 점에 그 의의가 있다.

(배) 제임스딘 사건2 제1심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합 84901 판결)

유명 영화배우인 제임스딘의 퍼블리시티권의 상속인으로부터 그 퍼블리시티권을 전전 양도받은 원고 제임스 딘 인크(James Dean Inc.)는, 피고 회사들이 원고의 허락 없이 사회적 명성, 지명도 등을 획득한 배우인 제임스 딘의 성명, 초상, 서명 등을 상품 등에 부착하여 그 상품에 대한 판매촉진의 효과를 이용함으로써 위 제임스 딘의 성명, 초상 등에 관한 재산적 권리 등에 관한 권리자인 원고의 권리를 침해하고 있다고

주장하며 피고 회사들에 대하여 그 침해행위의 금지 또는 침해물건의 폐기를 구하였다.

법원은, “고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우, 가수, 스포츠선수 등과 같이 대중의 인기에 의하여 뒷받침되어 그 존재가 사회에 널리 알려지기를 바라는 유명인사의 성명과 초상 등을 상품에 부착하거나 서비스업에 이용하는 경우 그 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업활동 촉진의 효과가 있는데, 이러한 유명인사의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력은 당해 유명인사가 획득한 사회적 명성, 평가 및 지명도 등으로부터 생기는 독립적인 경제적 이익 내지 가치로서 이는 당해 유명인사에게 고유하게 귀속하는 것으로 볼 수 있고, 그 유명인사는 이러한 고객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 수 있는 재산적 권리를 가지는 바, 이러한 성명이나 초상 등이 갖는 재산적 가치를 지배하는 권리를 퍼블리시티권(the Right of Publicity)이라고도 하는데, 이는 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있으므로, 그 권리자 또는 그 권리를 상속하거나 양수한 자는 그 권리에 기하여 침해행위의 금지 또는 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위한 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다 할 것이다.”라고 하면서 다만 이 사건의 경우 원고가 제임스 딘의 퍼블리시티권을 양수하였다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 모두 기각하였다.

위 판결은, 앞서 본 제임스 딘 사건1의 판결에서 한 걸음 더 나아가 배타적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정함으로써 그 양도성 및 상속성을 인정함과 아울러 그 양수인이나 상속인도 퍼블리시티권에 기하여 침해행위금지 또는 예방청구권 행사할 수 있음을 인정하였다.

(사) 장정 사건(수원지방법원 서부지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결)

피고가 유명한 골프선수인 원고 장정의 동의 없이 피고가 판매하는 퍼팅연습기의 광고에 원고의 사진과 서명을 사용하자, 원고는 피고에 대하여 초상권 침해를 이유로 재산상 손해배상을 청구하였다.

법원은, “초상권은 인격권으로서의 초상권과 상업적 권리로서의 이른바 퍼블리시티권으로 구별되며, 전자는 양도가 불가능하고 그 침해에 대하여는 본인만이 정신적 손해의 배상을 청구할 수 있는 반면에, 후자는 양도가 가능하고 그 침해에 대하여는 양수인만이 재산적 손해의 배상을 청구할 수 있다고 할 것이다(이하 본인인 원고가 초상권의 침해로 인한 재산상 손해를 구하는 이 사건에 있어서는, 초상권을 위 퍼블리시티권의 의미로 한정하여 사용하기로 한다). 그리고 초상권의 양도는 초상권에 대한 통상사용권의 부여 또는 이용허락과 구별되는바, 초상권에 대한 통상사용권만이 부여되었거나 그 이용만이 허락된 경우에는 초상권은 여전히 본인에게 있다 할 것이고 따라서 제3자로부터의 침해가 있을 경우 본인만이 그 침해의 배제, 손해배상 등을 구할 수 있으며, 다만 통상사용권자 등은 그 특정 부분에 한하여 초상권의 양수인과 마찬가지로 제3자에 대하여 직접 손해배상을 구할 수 있는데 그친다.”고 판시하면서, 이 사건의 경우 원고가 소외 회사에게 초상권에 대한 통상사용권만을 부여하거나 그 이용만을 허락하였다 할 것이므로 원고는 피고에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다고 판단함으로써, 퍼블리시티권의 인정근거에 대한 설시 없이 퍼블리시티권을 인정하고, 그 양도가능성 또한 인정하였다. 또한, 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해의 범위에 대한 일반적인 설시 없이, 원고의 대중적 인기도에 따른 선전가치성, 피고의 이 사건 초상권 침해의 내용·방법과 기간·횟수 및 광고에 이르게 된 경위, 원고와 지누스 간의 후원계약의 후원금 및 상금 보너스 금액, 원고와 피고 간의 위 홍보모델사용권계약상 후원금의 금액, 한희원과 휠라코리아 간의 후원계약의 후원금 금액 등 이 사건 변론에 나타난 모든 사정을 참작하여 손해배상액을 산정하였다.⁹⁰⁾

위 판결은, 인격권으로서의 초상권과 퍼블리시티권 사이의 차이를 분명히 하고, 퍼블리시티권의 경우 양도가 가능하므로 그 양수인이 제3자에 대하여 직접 손해배상을 청구할 수 있음을 밝혔다는 점에서 그 의의가 있다.

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

원고가 범용허브 등 한약재를 이용하여 좌훈의 방법으로 체중을 감량하는 ‘허브좌훈 다이어트’를 개발하였고, 피고는 원고의 의뢰를 받아 ‘허브좌훈 다이어트’에 필요한 좌훈기를 제작, 공급하였으며, TV 프로그램에서 ‘허브좌훈 다이어트’로 체중을 감량한 주부모델 김월자의 사례를 방송하기도 하였다. 원고는 허브를 이용한 좌욕·훈증 방식의 다이어트와 관련한 김월자의 퍼블리시티권을 양도받았는데, 피고가 홈쇼핑에 자신이 제작한 좌훈기를 공급하면서 김월자가 출연한 TV방송 녹화테이프를 제공하여 홈쇼핑에서 이를 이용하여 피고의 제품을 판매하였다.⁹¹⁾

법원은, 피고가 원고의 승낙 없이 “김월자가 출연한 ‘21세기위원회’의 화면을 위 광고에 방영하도록 함으로써 원고의 퍼블리시티권을 침해하였다.”고 하면서도 그와 같은 침해행위로 인하여 원고가 입은 손해액을 산정할 수 있는 자료가 전혀 없고, 위 침해행위가 부정경쟁방지법의 적용대상이 되지 아니하는 이상 원고가 주장하는 것처럼 위 침해행위로 피고가 얻은 이익을 배상액의 기준으로 삼을 수도 없다는 이유로 퍼블리시티권 침해를 이유로 한 손해배상청구를 기각하였다.

위 판결에서는 퍼블리시티권의 인정근거 및 그 법정성격에 대한 설명은 없으나, 재산권으로서의 퍼블리시티권이 일반인에게도 인정됨을 인정함과 아울러 퍼블리시티권을 양도성을 인정하였는바, 이는 비유명인에게

90) 김영훈, 전계논문, 제33면

91) 김영훈, 전계논문, 제32면 참조

퍼블리시티권을 인정한 최초이자 유일한 사례로서 그 의미가 있다.⁹²⁾

(재) 이영애 사건(서울지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결)

화장품 제조·판매업자인 피고가 2000. 6.경 1년간 광고물을 사용하기로 하는 내용의 광고모델계약을 원고 이영애와 사이에 체결하였는데, 계약이 만료된 이후인 2003. 12월 매출이 부진하던 화장품 재고를 다른 회사에 저가로 양도하면서 원고의 사진이 들어간 화장품 책자까지 함께 넘겨 광고에 사용하도록 하였고, 이에 대하여 원고는 피고의 위와 같은 무단 사용으로 인하여 원고의 초상권 및 퍼블리시티권이 침해당하였다고 주장하며 손해배상을 청구하였다.

법원은, “피고가 사용기간이 종료한 이후에 계속하여 무단으로 원고를 모델로 한 광고물 등을 사용한 것은 그 목적 여부를 불문하고 원고의 인격권으로서의 초상권을 침해한 것이고, 나아가 피고가 위와 같은 원고의 초상을 상업적으로 사용한 것으로 보여 이는 텔런트, 영화배우 겸 광고 모델로 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권도 침해한 것이므로 피고가 위와 같은 불법행위로 인하여 원고가 입은 모든 손해를 배상할 책임이 있다.”고 판시하였다. 다만, 그 손해배상의 범위에 있어서는 “재산상 손해액은 원칙적으로 피고가 원고로부터 동의를 얻어 광고행위를 계속하기 위하여 원고에게 추가로 지급해야 할 보수 상당액이라 할 것이지만, 침해의 태양, 규모 및 정도 등에 비추어 피고의 위와 같은 원고의 초상 사용행위 전부에 대하여 이 사건 계약에서 정한 대로 재산상 손해액을 산정하는 것은 너무 과다하여 적정하지 아니하다고 보아 변론에 나타난 제반 사정 등을 종합하여 보면 원고가 입은 재산상 손해액을 15,000,000원으로 정함이 상당하다.”고 판시하였다. 한편, 원고의 정신적 손해에 대한 위자료 청구에 대하여는, “원고는 유명한 연예인으로서 그 초상권을 일반인들의

92) 최지란, 전계논문, 제60면 참조

그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 더구나 이 사건의 경우 원고의 의사에 반하여 광고물을 제작한 것이 아니라 원고와의 계약에 기하여 이미 제작되어 공표한 적이 있는 광고물을 사용기간을 넘어 임의로 사용한 것이므로, 원고가 위에서 인정한 재산상 손해와는 별도로 정신상 손해까지 입었다고 보기 어려우며, 가사 원고에게 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것이고, 그 외에 다음사이트의 공동구매란에서 염가로 판매되는 화장품의 광고에 원고의 초상이 사용되었다고 하더라도 위 화장품이 원래는 프랑스산 고가의 화장품이었는데 피고 회사의 사정으로 부득이하게 저가로 판매된 점, 위 사이트에서의 광고시간이 18시간으로 매우 짧았던 점 등에 비추어 원고의 광고모델로서의 이미지의 손상 등 재산상 손해배상에 의하여 회복될 수 없는 정신상 손해를 입었다고 볼 수도 없으므로, 원고의 위자료 청구는 이유 없다.”고 하여 이를 기각하였다.

위 판결에 대하여는, 퍼블리시티권이 재산권의 성격을 확실히 갖게 되는 것이 분명하고, 이 권리는 일반인들에게는 인정되지 않고 유명인에게만 인정된다는 입장을 확실히 표명하고 있다는 견해⁹³⁾가 있다.

(채) 정준하 사건(서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결)

피고 회사가 유명 코미디언인 원고 정준하로부터 아무런 승낙을 받지 아니한 채 원고의 얼굴을 형상화한 캐릭터(이하 이 사건 캐릭터라고 한다)를 제작한 후 이 사건 캐릭터를 인터넷 모바일 서비스에 컨텐츠로 제공하여, 이 사건 캐릭터 옆에 원고의 이름과 원고가 만들어서 유행시킨

93) 이재경, 전계논문, 제113면

유행어인인 “...를 두 번 죽이는 것이예요”, “...라는 편견을 버려” 등의 문구를 함께 게재하여 놓고, 이동통신회사의 고객들이 돈을 지불하고 휴대전화로 이 사건 캐릭터를 다운로드 받도록 하자, 원고는, 피고 회사가 원고의 초상을 이용한 캐릭터를 제작하거나 사용할 권리가 전혀 없음에도 불구하고 원고의 얼굴을 형상화한 이 사건 캐릭터를 무단으로 제작하고 이를 상업적으로 이용함으로써 유명 연예인인 원고의 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하며 피고 회사에 대하여 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상을 청구하였다.

법원은, “일반적으로 퍼블리시티권이란 사람이 자신의 성명이나 초상 등을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 의미하는 것으로서, 이는 초상 등의 경제적 측면에 관한 권리라는 점에서, 인격권으로서의 성격을 가지는 전통적 의미의 초상권과 구별된다고 할 것인바, 유명 연예인이나 운동선수 등의 경우 자신의 승낙 없이 자신의 성명이나 초상 등이 상업적으로 사용되어지는 경우 정당한 사용계약을 체결하였다면 얻을 수 있었던 경제적 이익의 박탈이라고 하는 재산상 손해를 입게 된다는 점에서 이러한 퍼블리시티권을 별도의 권리로서 인정할 필요가 있다고 할 것이다.”라고 판시함으로써 주로 유명인이 가질 수 있었던 경제적 이익의 박탈을 막기 위한 필요성을 근거로 퍼블리시티권을 인정하였다. 나아가 사안의 경우 피고 회사의 행위는 원고의 퍼블리시티권을 침해한 것으로서 그 손해액은 ‘피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 성명이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액’이라고 하여 그 기준을 제시하였다.

이 사건은 개인의 초상을 ‘캐릭터’로 제작하여 판매대상으로 한 것으로서 그 캐릭터가 원고를 표현한 것임을 쉽게 인식할 수 있었기 때문에 위 캐릭터도 그에 의하여 표상되는 연예인의 퍼블리시티권의 보호대상이 된 것으로 볼 수 있다. 다만, 위 캐릭터는 실존 인물의 특징을 잡아 미술 작품의 일종으로 창작한 것이므로 미술저작물의 일종으로서 그 창작자는 위 캐릭터에 대한 저작권을 가질 수 있다. 그러나 창작자에 대하여 위와

같이 저작권이 인정되는 것과 그것이 개인의 퍼블리시티권을 침해한 것과는 다른 차원의 문제이므로 창작자에게 위와 같이 저작권이 인정된다고 하여 퍼블리시티권의 침해가 부정될 수는 없다 할 것이다.

(캐) 한국프로야구 게임물 사건(서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결)

피고 회사들이 유명 프로야구 선수들인 원고들의 허락을 받지 아니한 채 원고들의 성명을 사용하여 휴대전화용 야구게임물을 제작한 후 이를 이동통신회사에 제공하자 원고들은 피고 회사들을 상대로 손해배상을 청구함과 아울러 성명사용의 금지 등을 청구하였다.

법원은, 퍼블리시티권이 인정여부와 관련하여 “일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리라고 설명되는 퍼블리시티권(Right of Publicity)은 일찍이 광고산업이 발달한 미국에서 판례와 각 주의 성문법에 의하여 보호되기 시작하였으며, 일본과 우리나라에서도 이러한 권리를 인정한 하급심 판결을 다수 찾을 수 있으나, 퍼블리시티권의 내용, 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지 않는 것은 사실이다. 그러나 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권은 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이 함부로 사용, 공표되지 않을 권리, 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 포함한다고 할 것이고, 유명인의 성명이나 초상을 사용하여 선전하거나 성명이나 초상을 상품에 부착하는 경우 유명인의 성명이 상품의 판매촉진에 기여하는 효과가 발생할 것인데 이러한 효과는 원고들과 같은 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치로서 파악할 수 있는바, 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 원고들의 성명권 중

성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고들이 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고들의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 원고들의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다.”라고 하면서 “피고들이 공동으로 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 성명을 사용한 이 사건 게임물을 제작하여 상업적으로 이동통신회사에 제공함으로써 원고들의 인격권으로서의 성명권 및 퍼블리시티권을 위법하게 침해하였다.”고 하여 퍼블리시티권의 침해를 인정하였다. 한편, 피고들이 원고들은 공적 인물로서 성명이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 한다고 주장한 것에 대하여는, 공적 인물이라 하더라도 그 성명을 상업 목적만을 위해 사용하는 경우까지 그 사용을 수인하여야 한다고 할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다. 나아가 법원은, 손해배상액의 산정 기준에 대하여 “피고들의 퍼블리시티권 침해행위로 인하여 원고들이 입게 된 재산상 손해는 피고들이 원고들의 승낙을 받아서 원고들의 성명을 사용할 경우에 원고들에게 지급하여야 할 대가 상당액이라고 할 것이고, 퍼블리시티권자가 자신의 성명에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 손해액 산정에서 한 기준으로 삼을 수 있다.”고 하였으나, 원고들의 위자료 청구에 대하여는 “원고들과 같은 프로스포츠선수들은 경기중계, 인터뷰, 광고 등을 통한 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람들로서 통상 자기의 성명 등이 일반대중에게 공개되는 것을 희망 또는 의욕하는 직업적 특성에 비추어 볼 때, 자신들의 성명이 허락 없이 사용되었다고 하더라도 그 사용의 방법, 목적 등으로 보아 원고들의 운동선수로서의 평가, 명성, 인상 등을 훼손 또는 저해하는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한, 그로 인하여 정신적 고통을 받았다고 보기는 어렵고, 가사 그렇지 않다고 하더라도 앞서 본 바와 같이 원고들과 같은 유

명 운동선수들의 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 재산권으로서 보호대상이 된다고 할 것이므로 타인의 불법행위로 말미암아 그 성명 등을 이용할 수 있는 권리가 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것인바, 이 사건의 경우 피고들은 피고 더스포츠앤드컬처의 프로야구 관련 자산에 기초하여 휴대전화용 야구게임인 이 사건 게임물을 제작함에 있어 각 구단의 선수인 원고들의 성명을 사용한 것에 불과하다는 점을 참작하면 피고들의 위와 같은 행위로 인하여 원고들의 운동선수로서의 평가, 명성, 인상 등이 훼손 또는 저해되어 원고들이 정신적 고통을 받았다고 보이지 아니하고, 가사 원고들이 피고들의 위와 같은 행위로 인하여 정신적 고통을 받았다고 하더라도 그 정신적 고통이 재산적 손해의 배상에 의하여 회복될 수 없을 정도의 것이라고 보이지 아니하므로 원고들의 위 주장은 이유 없다.”고 하여 위자료 청구를 인정하지 아니하였다. 한편, 성명권에 기한 성명사용금지 청구에 대하여는, “피고들이 원고들의 허락 없이 이 사건 게임물을 제작, 판매함에 있어 원고들의 성명을 사용함으로써 원고들의 인격권으로서의 성명권을 침해하였음은 앞서 본 바와 같고, 인격권으로서의 성명권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 원고들로서는 성명권 침해를 이유로 그 침해의 금지 및 예방을 구할 수 있다.”라고 하여 퍼블리시티권이 아닌 성명권에 기한 금지청구를 인용하였다.

위 판결은, 퍼블리시티권의 인정근거 등을 비교적 구체적으로 밝힘과 아울러 ‘성명’도 퍼블리시티권의 보호대상이 됨을 명시적으로 인정한 점에 의의가 있다.⁹⁴⁾

94) 위 판결에서 성명사용금지청구를 받아들인 근거를 퍼블리시티권이 아니라 성명권에서 찾고 있는 점과 관련하여, 이는 결과적으로 원고들의 성명에 인격권으로서의 성명권과 재산권으로서의 퍼블리시티권이 함께 작용하여 마치 하나의 저작물에 대해 저작재산권과 저작인격권이 동시에 작용할 수 있는 것과 유사한 구조로 판단하고 있는 셈인데, 이와 같이 퍼블리시티권에서 인격적인 요소를 개념적으로 사상하여 이 둘을 서로 병립하는 관계로 본 점에서 일종의 이원론적인 사유를 취한 것이라고 볼 수 있다면서 다만 이러한 입장이 우리 판례의 확립된 입장이라고 보기는 어렵고, 아직은 이론화의 과정 중에 있다는 견해가 있다. : 이해완, 전거서, 제589면

(태) 이효석 사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결)

원고는 1942. 5. 사망한 소설가 이효석의 상속인으로서, 피고 회사가 자신이 발행하는 상품권에 이효석의 초상 및 서명 등을 사용한 것에 대하여 퍼블리시티권 침해 등을 이유로 손해배상을 청구하였다.

법원은, “우리 법에 명문의 규정은 없으나, 대부분의 국가가 법령 또는 판례에 의하여 이를 인정하고 있는 점, 이러한 동일성을 침해하는 것은 민법상의 불법행위에 해당하는 점, 사회의 발달에 따라 이러한 권리를 보호할 필요성이 점차 증대하고 있는 점, 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분한 점 등에 비추어 해석상 이를 독립적인 권리로 인정할 수 있다.”고 하여 퍼블리시티권을 인정하고, 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 등을 근거로 퍼블리시티권의 상속성을 인정하였다. 또한, 그 존속기간을 정함에 있어서는 ‘퍼블리시티권은 현행법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다’는 이유로 저작권법을 유추하여 해당자의 사후 50년으로 제한된다고 판시하면서 이 사건의 경우 이미 위 사후 50년이라는 존속기간이 경과되었다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

위 판결은, 퍼블리시티권의 상속성을 인정하되, 그 존속기간을 해당자의 사후 50년으로 제한함으로써 퍼블리시티권의 상속성을 인정하되 그 존속기간에 관한 새로운 기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

(따) 최지우 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합45416 판결)

원고 최미향(예명 : 최지우)은 피고 주식회사 티에이엠엔터테인먼트가 2005년 여름경 그 소속 가수인 김범수가 일본에서 베스트 앨범을 발매함에 있어 당시 일본에서 한류열풍을 일으키고 있던 원고가 등장하는 드라마 ‘천국의 계단’의 한 장면을 무단으로 그 앨범의 표지 사진으로 사용한 것이 퍼블리시티권 침해라고 주장하며 손해배상을 청구하였다.

법원은, “일반적으로 퍼블리시티권이란 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리이고, 성명·초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있다면, 성명·초상 등을 권리자의 허락 없이 사용하는 행위 등은 민법상의 불법행위를 구성한다.”고 하면서 피고 회사의 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상책임을 인정하고, 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산상의 손해액은 “피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 성명이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액을 기준으로 삼되 초상 등 사용의 목적, 경위 및 그로 인한 이익의 규모 등도 아울러 고려하여야 한다.”고 하여 피고 회사의 원고에 대한 손해배상액을 2,000만 원으로 인정하였다.

위 판결은, 연예인의 실연 장면을 무단으로 사용한 것에 대하여도 퍼블리시티권의 침해를 인정하였다는 점에서 퍼블리시티권의 인정 대상을 더욱 폭넓게 인정한 것이라 할 것이다. 또한, 손해배상액의 산정과 관련하여 ‘피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 성명이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액’이라고 하여 일정한 기준을 제시하고 있다.

(해) 심형래 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합63759

판결)

피고 주식회사 하림은 개그맨이자 영화감독 등으로 널리 알려진 원고 심형래와 사이에 ‘용가리 캐릭터’를 피고 회사의 제품에 사용하는 계약만을 맺었을 뿐임에도 원고의 모습을 형상화하여 일반인들이 원고임을 쉽게 알아볼 수 있는 인물 캐릭터를 용가리 캐릭터와 함께 피고 회사가 생산·판매하는 ‘용가리 치킨’의 포장지 전면 우상단에 사용하였다.

법원은, “일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리라고 설명되는 퍼블리시티권은 일찍이 광고산업이 발달한 미국에서 판례와 각 주의 성문법에 의하여 보호되기 시작하였으며, 일본과 우리나라에서도 이러한 권리를 인정한 하급심 판결을 다수 찾을 수 있는바, 비록 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 초상 등의 경제적 측면에 관한 권리라는 점에서 인격권과는 구별된다고 할 것인바, 유명 연예인이나 운동선수 등의 경우 자신의 승낙 없이 자신의 성명이나 초상 등이 상업적으로 사용되어지는 경우 정당한 사용계약을 체결하였다면 얻을 수 있었던 경제적 이익의 박탈이라고 하는 재산상 손해를 입게 된다는 점에서 이러한 퍼블리시티권을 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다.”라고 판시하면서 퍼블리시티권 침해를 인정하고, 그 손해배상액은 “피고 회사가 원고의 승낙을 받아서 이 사건 캐릭터를 사용할 경우에 원고에게 지급하여야 할 통상의 대가 상당액이라고 할 것인바, 피고 회사의 침해 기간, 용가리 캐릭터에 관한 사용료, 이 사건 캐릭터의 사용 범위, 용가리치킨 제품의 매출액 등을 종합하여 볼 때, 침해기간 동안 피고 회사가 이 사건 캐릭터를 사용하는 통상의 대가는 20,000,000원이라고 봄이 상당하다.”고 판시하였다. 다만, 법원은 정신적 손해의 배상을 구한 것에 대하여는, “원고가 유명한 개그맨으로서 그 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로

특별히 보호받으므로 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고는 보기 어렵다.”고 하여 이를 배척하였다.

위 판결은, 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구체수단 등을 구체적으로 규정한 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않는 우리나라에서도 인격권과 독립된 별개의 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정할 수 있다고 명확히 판시한 점에 그 특징이 있다.

(거) 스크린 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2006가합106519)

피고는 자신이 발행하는 ‘스크린’이라는 월간 영화잡지에 기사나 화보를 게재할 목적으로 유명 배우인 원고들의 허락 하에 그들의 사진을 촬영하여 이를 위 잡지에 실은 후, 원고 배우들의 동의를 받지 아니한 채 2006. 6. 13.부터 같은 해 7. 2.까지 사이에 일본에서 후지TV 방송사 등과 공동 주최한 ‘대한류전(大韓流展)’이라는 제목의 유료 전시회에 원고 배우들의 위 촬영 사진을 전시함과 아울러 행사 홍보용 홈페이지, 포스터 등에도 그들의 사진을 사용하였고, 이에 대하여 원고 배우들 및 그 소속 연예기획사인 원고 회사는 피고가 원고 배우들의 사진을 그들의 허락을 받지 않고 위 전시회에 사용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하면서 손해배상을 청구하였다.

법원은, “일반적으로 퍼블리시티권(Right of Publicity)이란 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리이고, 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있다면, 성명, 초상 등을 권리자의 허락 없이 사용하는 행위 등은 민법상의 불법행위를 구성한다고 보아야 할 것이다. 피고가 촬영한 원고 배우들의 사진은 저작권법상 사진저작물⁹⁵⁾이라 할 것인데, 사진제작자가 실연자의 허락을 얻어 촬영

95) 저작권법 제4조 제1항 제6호

한 사진저작물을 당초 실연자와 약정한 목적대로 사용하는 경우에는 다른 특약이 없는 이상 실연자가 그 사진에 관하여 권리를 행사할 수 없다고 할 것이나, 사진제작자가 실연자의 허락 없이 그 사진을 원래 약정의 목적 달성에 필요한 범위를 넘어서 별도의 상업적 목적으로 사용하는 경우에는 실연자는 여전히 그 사진에 관하여 초상권, 퍼블리시티권 등을 주장할 수 있다고 봄이 상당하다.”고 전제하고, 피고가 당초 원고 배우들과의 약정 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 별도의 상업적 목적으로 이를 이용하였으므로 원고 배우들에게 퍼블리시티권 침해로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 판시하였다(한편, 원고 회사의 손해배상청구에 대하여는, 위 회사가 원고 배우들로부터 퍼블리시티권 또는 그 침해로 인한 손해배상청구권을 양도받았다는 등 피고를 상대로 원고 배우들과 함께 손해배상을 청구할 권리가 있음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다). 법원은 손해배상액의 산정에 있어서는 “① 통상 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해액은 침해자가 피해자의 허락을 받아 초상 등을 사용할 경우 그들에게 지급하여야 할 보수 상당액이라 할 것인데, 이 사건의 경우 그 보수 상당액을 가늠할 수 있는 구체적인 자료가 부족하기는 하나, 퍼블리시티권의 침해로 인한 구체적인 손해의 입증이 어렵다는 이유로 손해배상액을 지나치게 낮게 인정할 경우 유명인의 초상 등을 상업적으로 이용하려는 사람들이 정당한 계약에 의한 사용보다 무단사용을 선택할 가능성이 높아질 것으로 보이는 점, ② 원고 배우들의 사진이 그들의 허락 없이 상업적 목적으로 사용됨으로 인해 원고 배우들이 정신적인 피해를 입었을 것이라는 것은 분명한 점, ③ 피고는 위 전시회를 통해 얻은 수익금이 거의 없다고 주장하나, 피고로서는 일본에서 위 잡지를 홍보하는 등의 작지 않은 무형의 이익을 얻었을 것으로 보이는 점, ④ 그러나, 위 전시회는 일본 내 한류열풍을 진작시키기 위해 문화관광부의 후원을 받아 개최된 것으로 다소 공익적인 목적을 지니고 있었던 것으로 보이고, 위 전시회에 사진사용을 허락한 다른 국내 연예인들은 사용대가를 전혀 지급받지 않았고 위 전시회의 수익금

도 모두 유니세프에 기증되었다는 취지의 피고의 주장에 대하여 원고들도 별다른 반증을 제출하지 못하고 있는 점, ⑤ 배우들의 초상 사용으로 인한 손해의 정도는 그들의 대중적 인지도 및 상업적 가치와도 어느 정도 비례할 것으로 보이는데, 원고들이 제출한 증거에 의하더라도, 원고 배우들이 지급받은 광고출연료에 차이가 존재하는 점⁹⁶⁾ 등”을 종합하여 그 손해배상액을 산정하였다.

위 판결은, 실연자의 퍼블리시티권과 저작자와의 권리관계를 밝힘과 아울러, 퍼블리시티권의 양도성이 인정됨을 전제로 하고 있으며, 퍼블리시티권의 침해로 인한 손해배상액을 산정에 있어 정신적 고통도 함께 참작하였다는 점에서 그 의의가 있다.

(너) ensdaq 사건(2007. 12. 12. 선고 서울중앙지방법원 2007가합22441 판결)

“www.ensdaq.com”이라고 하는 인터넷 사이트를 운영하고 있는 피고 주식회사 엔스닥은 이 사건 사이트를 통하여 원고들과 같은 연예인을 포함한 사회적 공인(정치인, 스포츠 선수 등)을 하나의 가상회사로 추천받아 실제 증권시장과 유사하게 청약 및 공모를 진행해 최종 상장(등록)하여 팬들이 상장된 주식을 거래함으로써 해당 스타의 인기를 주가로 표현하는 사이버증권거래소를 운영하고 있고, 그 외에 투자정보(하위메뉴 : 전문가 시황분석, 시황 토론 게시판, 전문가 종목분석, 종목 토론 게시판), 엔스샵(하위메뉴 : 내충전계좌, 아바타 샵, 모바일 샵, 아이템 샵, 지수복권), 놀이마당(하위메뉴 : 게임마당, 영화마당, 포토마당, 이벤트마당) 코너를 함께 운영하고 있는바, 이 사건 사이트에 그 성명 및 초상이 등록되어 있는 원고들이 피고 회사가 원고들의 동의 없이 성명, 초상을 상업적으로 이용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하며 피고

96) 원고 박신양은 3억 8,000만 원, 원고 송혜교는 3억 7,000만 원, 원고 전지현은 10억 원, 원고 정우성은 6억 원, 원고 조인성은 5억 7,000만 원, 원고 지진희는 4억 5,000만 원, 원고 차태현은 2억 원이다.

회사에 대하여 이 사건 사이트에서 원고들의 초상 및 성명의 사용을 금지하고, 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상을 청구하였다.

법원은, 성문법주의를 채택하고 있는 우리나라에서는 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지 않는 점을 감안하여, 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 구체화하여 상업적으로 이용함으로써 그것이 인격과 분리되어 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등으로 그 경제적 가치가 객관적으로 분명한 경우에 한하여 퍼블리시티권을 인정하여야 함을 전제로, “이 사건의 경우 피고가 원고들의 성명, 초상 등을 이용한 엔스닥거래소의 주식거래를 통하여 직접적인 경제적 이익을 취득하는 것이 아니라 이 사건 사이트에서 운영하고 있는 부가적인 서비스를 이용하는 회원들을 통하여 그 영업수익을 창출하고 있는 이상 엔스닥거래소에서 이용된 원고들의 성명, 초상 등의 경제적 가치가 피고가 취득한 영업수익으로 전환되었음이 객관적으로 분명하다고는 볼 수 없으므로 원고들의 퍼블리시티권 침해 주장은 이유 없다.”고 판시하였다.

위 판결은, 우리나라 현행법상 퍼블리시티권이 인정될 수 있는 가능성을 긍정하면서도 그 성립의 요건에 일정한 제한을 가하고 있는바, 이는 퍼블리시티권의 인정 문제와 그 침해의 요건을 혼동한 것으로 보인다.

(더) 가비엔제이 사건(서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결)

여성 3인조 그룹 ‘가비엔제이(gavy nj)’라는 이름으로 활동 중인 가수 들인 원고들은 원고들의 그룹명칭인 ‘가비엔제이’ 또는 ‘가비’는 일반적으로 원고들을 지칭하는 명칭으로 인식되어 있으므로 ‘가비엔제이’ 또는 ‘가비’라는 성명권 및 퍼블리시티권이 원고들에게 귀속된다 할 것인데, 피고들이 새로운 멤버로 구성된 여성 3인조 그룹을 조직하여 ‘가비엔제이2’라는 명칭을 사용하여 음반을 출시하고 있으므로 이는 원고들의 ‘가비엔제이’ 및 ‘가비’라는 성명권 및 퍼블리시티권을 침해하거나 부정경쟁

방지법에서 금지한 부정경쟁행위에 해당한다고 주장하면서 피고들을 상대로 성명사용금지 및 간접강제를 구하였다.

법원은, “연예인의 경우 예명 또는 그룹명은 실명 못지않게 중요하고 대중들에게 예명 또는 그룹명으로 인식되고 다른 연예인과 식별하는 기능을 가지고 있으므로, 이러한 연예인의 예명 또는 그룹명 역시 성명권의 대상이 된다 할 것이고, 이 사건의 경우 ‘가비엔제이’라는 명칭은 원고들로 구성된 여성 3인조 그룹을 지칭하는 것으로 ‘가비엔제이’라는 성명권은 원고들에게 귀속되며, 성명을 상업적으로 이용할 재산상 권리인 소위 퍼블리시티권 역시 원고들에게 귀속된다고 봄이 상당하며, 위 예명 또는 그룹명이 당초 피고들에 의하여 창안되었다거나 피고들이 위 예명 중 일부를 가지고 상표권등록을 하였다든 사정은 위 인정을 달리할 만한 자료가 되지 못한다.”고 판시하였다. 또한 법원은, 다만 성명권은 일반의 상표권과 달리 그 전체로서 대상을 특정하는 기능이 있다고 할 것이고, 이를 분리하여 관찰한다거나 그 분리된 각 부분이 성명권 또는 퍼블리시티권의 보호객체가 된다고는 보기 어려우므로, 원고들의 성명권은 그룹명 전체인 ‘가비엔제이’가 그 객체가 된다 할 것이고, 그룹명의 일부분인 ‘가비’는 성명권 또는 퍼블리시티권의 보호객체가 아니라고 판시하였으며, 타인으로부터 자신의 성명권 또는 퍼블리시티권이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 그 타인을 상대로 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다 할 것이고 이는 부정경쟁방지법을 근거로 부정경쟁행위의 금지를 구하는 경우에도 동일하나, 이 사건의 경우 원고들이 ‘가비엔제이’의 성명권 또는 퍼블리시티권을 침해당할 우려가 있거나, 부당경쟁행위로 이익을 침해당할 우려가 있다고 보기 어렵다는 이유로 원고들의 피고들에 대한 성명사용금지 청구 및 이와 관련한 간접강제 청구를 기각하였다.

위 판결은, 유명인의 예명 또는 그룹명을 상업적으로 이용할 재산상 권리인 퍼블리시티권 역시 유명인에게 인정된다고 하여 유명인의 예명 또는 그룹명이 퍼블리시티권의 보호대상이 됨을 긍정함과 아울러 예명

또는 그룹명이 퍼블리시티권의 보호대상이 될 경우 상표권과 달리 그 침해 여부를 판단하여야 한다고 하면서 그 기준을 밝히고 있다. 특히 보컬 그룹과 같은 단체의 경우 구성원들이 단체의 명칭에 대한 퍼블리시티권을 가진다고 판시하여 단체의 경우 퍼블리시티권의 향유 주체가 될 수 있음을 인정한 점에 그 의의가 있다. 또한 위 판결에서는 퍼블리시티권을 직접적인 근거로 하여 퍼블리시티권을 침해한 자에 대하여 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있음을 명확히 밝히고 있다.

(러) 박주봉 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결)

배드민턴 관련 스포츠용품 제조·판매하는 피고 회사는 유명 스포츠 선수인 원고 박주봉에게 일정 기간 활동비를 지급하고 그 기간 동안 그 선수의 성명과 초상을 무상사용하기로 계약하였다가 그 기간 만료 후에도 인터넷 홈페이지에 원고의 성명과 초상을 사용하여 광고를 하였다.

법원은, “세계적으로 널리 알려진 전 배드민턴 국가대표 선수의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있으므로 이를 침해하는 행위는 민법상의 불법행위를 구성하고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 위 선수가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기 충분하며, 이는 위 선수의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 그 선수의 인격권과는 독립된 별개의 재산권이다.”라고 하여 독립된 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정하고, “퍼블리시티권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명·초상을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이다.”라고 하여 재산상 손해배상청구는 인정하였으나, 다만 위자료청구에 대하여는 “유명 스포츠 선수의 성명권, 초상권은 일반인들의 그것과 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 특별히 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된

경우, 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다.”고 하여 이를 배척하였다.

(머) 김미화 사건(서울중앙지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합66455 판결)

원고 김미화와 사이에 전속모델활동 계약을 체결한 소외 주식회사 카오리온이 위 계약에 따른 모델료 1억 원을 지급하지 아니한 채 1년의 계약기간 경과한 후에도 위 회사 홈페이지의 회사 소개란에 “화제의 카오리온 광고 - 김미화” 및 “카오리온 광고(NG) - 김미화”라는 제목으로 원고가 출연한 각 광고 동영상과 원고의 초상이 담긴 그림 파일을 각 게시하던 중 위 회사를 승계한 피고 주식회사 카오리온코스메틱스가 위 홈페이지를 자신의 홈페이지로 사용하면서 ‘추억의 카오리온 광고 및 홍보 영상’이란 설명 아래 위 홈페이지에 접속하는 사람들이 원고가 출연한 광고 영상 등을 보고자 하는 경우 이를 선택하여 볼 수 있도록 하는 방법으로 이를 게시하였다.

법원은, ‘이 사건 각 동영상과 그림 파일은 단순히 피고 회사의 소개를 위한 참고 목적으로만 사용함에 그치지 않고 피고 회사의 이 사건 홈페이지를 접속하는 일반인들을 상대로 피고 회사의 화장품을 홍보하는 광고 목적으로도 사용되었다 할 것이므로, 이는 피고 회사가 위와 같은 원고의 초상 내지 원고가 출연하는 동영상을 상업적으로 사용한 것으로서 개그우먼 겸 방송진행인으로 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권을 침해한 것으로서 피고 회사는 위와 같은 불법행위로 원고가 입은 재산상 손해를 배상할 책임이 있고, 원고의 퍼블리시티권의 침해로 피고 회사가 원고에게 배상하여야 할 재산상 손해액은 피고 회사가 원고로부터 동의를 얻어 이 사건 각 동영상 및 그림 파일을 이용한 광고행위를 계속하기 위하여 원고에게 추가로 지급해야 할 사용료 상당액이라 할 것인데, 이 사건 계

약에서 정해진 모델료에는 이 사건 계약에 의해 제작된 동영상 등의 사용료뿐만 아니라 원고가 6회 이상의 CF 촬영과 10회 이상의 지면광고 촬영에 응하는 대가인 보수 및 1년간 피고 회사의 전속 모델로서의 지위를 보유함으로써 원고의 동종 업계 활동이 제한됨에 따른 대가도 모두 포함되었다고 할 것이므로, 위 모델료 전액을 이 사건 각 동영상 및 그림 파일의 사용료라고 할 수는 없는 점, 이 사건 각 동영상은 제작된지 5년 이상이 경과된 것으로서 피고 회사는 이 사건 계약 기간이 종료한 후 그 계약 기간 중일 때처럼 전면적으로 원고를 모델로 내세워 광고활동을 한 것이 아니라 위에서 인정한 바와 같이 이 사건 홈페이지의 회사 소개란을 통하여 피고 회사의 홈페이지에 접속한 사람들이 원고가 출연한 광고 영상 등을 보고자 할 경우 이를 선택하여 볼 수 있도록 하는 방법으로 이를 게시하여 사용한 점 등을 종합하여 보면, 피고 회사가 원고의 동의 없이 이 사건 각 동영상 및 그림 파일 등을 사용함으로써 원고가 입은 재산상 손해액은 금 1,000만 원으로 정함이 상당하다'고 판시하였다.

위 판결은 퍼블리시티권의 인정여부 및 그 성격에 관하여 명시적으로 판단하지는 않았지만, 원고에게 퍼블리시티권이 인정됨을 전제로 그 침해자는 피침해자가 입은 재산상 손해를 배상할 책임이 있음을 밝히면서, 그 배상액의 산정 기준에 관한 하나의 지침을 마련한 점에서 그 의의가 있다.

(버) Von Dutch 사건(서울북부지방법원 2008. 11. 27. 선고 2008가합3187 판결)

미국인 망 케네스 하워드(Kenneth Howard, 이하 '망인'이라고 한다)는 '본 더치(Von Dutch)'라는 도형적 변형이 가미된 문자인 표장을 이용하여 '엔진 날개(The Wing of an Engine)'란 명칭의 저작물을 비롯한 회화저작물의 저작자로서, 원고는 미국인 망 케네스 하워드(Kenneth

Howard, 이하 ‘망인’이라고 한다)의 예명인 ‘본 더치(Von Dutch)’에 관한 모든 권리를 상속한 상속인들로부터 ‘본 더치(Von Dutch)’에 관한 퍼블리시티권을 양수하였는데, 피고들이 원고의 허락 없이 이 사건 표장을 이용한 상품을 생산, 판매하는 등으로 위 상품 등과 망인 사이에 어떠한 관련이 있는 것처럼 일반 대중으로 하여금 오인하게 하였으므로, 피고들은 원고가 위와 같이 양수한 ‘본 더치(Von Dutch)’에 관한 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하였다.

법원은, “퍼블리시티권(Right of Publicity)이라 함은 사람이 그가 가진 성명(아호, 예명, 필명 등 포함), 초상이나 기타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 의미한다고 할 것인데, 우리의 법에는 위와 같은 권리에 관한 명문의 규정은 없으나, 국가에 따라서는 법령 또는 판례에 의하여 이를 인정하고 있는 점, 이러한 동일성을 침해하는 것은 민법상의 불법행위에 해당하나 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려운 점, 사회의 발달에 따라 이러한 권리를 보호할 필요성이 점차 증대하고 있는 점, 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분한 점 등에 비추어 해석상 이를 독립적인 권리로 인정할 수 있다.”고 하면서 “또한, 퍼블리시티권은 유명인뿐 아니라 일정한 경우 일반인에게도 인정될 수 있고, 그 대상도 성명(아호, 예명, 필명 등 포함), 사진, 초상, 기타 개인의 이미지 등을 형상화하는 경우 특정인을 연상시키는 물건 등에 널리 인정될 수 있으며, 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있다.”고 판시하였다.

법원은, 퍼블리시티권의 침해와 관련하여서는 “퍼블리시티권의 침해가 인정되려면, 특정인의 ‘동일성(identity)’이 허락 없이 사용되어 그러한 동일성의 사용으로 인하여 그것이 당해 특정인을 ‘지칭(identify)’하고 있

는 것을 일반 대중이 인식할 수 있어야 할 것이다.”라고 하면서 이 사건의 경우 “망인이 ‘본 더치(Von Dutch)’라는 예명으로 활동하면서 ‘본 더치(Von Dutch)’라는 도형적 변형이 가미된 문자인 이 사건 표장과 여러 도형 저작물을 결합한 다수의 저작물을 창작한 점, 이 사건 표장은 상표화 되어 의류제품 등에 널리 사용된 점 등에 비추어 보면, 망인이 ‘본 더치(Von Dutch)’라는 예명으로 활동하여 왔고, 예명도 특정인을 식별하게 하는 징표로서 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수는 있으나, 이를 이용한 다수의 저작물과 그 저작물의 상표적 사용을 통해 일반 대중은 이 사건 표장의 사용으로 '케네스 하워드'라는 사람을 인식하기 보다는 위 망인이 창작한 저작물들과 상표적 가치를 인식한다고 볼 것이고, 달리 피고들의 이 사건 표장 사용으로 일반 대중이 망인을 지칭하는 것으로 인식하게 되었다는 점을 인정할 증거가 없다.”고 하여 퍼블리시티권의 침해는 인정하지 아니하였다.

위 판결은 퍼블리시티권을 인격권과 별개의 재산권으로 인정하고, 그 대상을 실시하면서 퍼블리시티권의 상속 및 양도가능성을 모두 긍정함으로써 퍼블리시티권에 관하여 종전의 판결보다 더욱 적극적인 입장을 취한 것으로 볼 수 있다. 또한, 퍼블리시티권의 침해기준에 관하여도 명확한 기준을 제시한 점에서 더욱 그 의의가 있다.

(2) 부정한 경우

(가) 제임스딘 사건² 항소심(서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결)

위 서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결(제임스딘 사건 2 제1심)의 항소심에서 법원은 원심과 달리, "성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리

시티권을 인정하기 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적 근거가 마련되어야만 비로소 원고가 주장하는 바와 같은 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이다."라고 판시함으로써 우리 법제 하에서 독점배타적 재산권으로서의 퍼블리시티권 자체를 인정할 수 없다고 판시하였다.

(나) 김민희 사건(서울지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단54093 판결)

피고가 텔런트 김민희의 이름과 초상을 약 1개월 간 자신이 운영하는 인터넷 사이트에 사용한 것에 대하여, 김민희와 전속계약을 체결한 원고는 김민희의 퍼블리시티권 및 손해배상청구권을 양도받았음을 이유로 피고에 대하여 손해배상을 청구하였다.

법원은, 우리나라에서도 최근 연예, 스포츠산업 및 광고 산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있어 퍼블리시티권이라는 새로운 개념을 인정할 필요성은 인정하면서도, “성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 원고가 주장하는 바와 같은 퍼블리시티권을 인정할 수 있다.”고 하여 퍼블리시티권을 부인하였다.

(다) 은지원 사건(수원지방법원 2005. 1. 13. 선고 2004가단20834 판결)

피고가 자신이 제작하는 학생복 등의 홍보 목적으로 유명 연예인인 원고 은지원이 주연배우로 출연하는 영화에 학생복 등을 협찬하였는데, 잡지나 방송에 위 영화에 대한 광고 등이 전혀 없자 영화사에 위 영화의 개봉 여부와 위 영화에 대한 광고 진행 여부 등에 대하여 문의하며 항의하였고, 그러자 위 영화사가 피고에게 피고가 교복광고를 할 때 사용하라며 원고의 화보촬영사진 2장을 보내주자 원고의 허락을 받지 아니한 채 위 화보촬영사진을 이용하여 광고포스터와 광고플래카드를 제작하여 경기도 부천시와 시흥시의 교복판매점에 공급하여 2004. 2. 11.경부터 약 3일간 원고의 사진이 들어 있는 광고포스터와 광고플래카드를 교복판매점에 게시하게 하였다.

이에 원고가 피고에 대하여 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상을 청구한 것에 대하여 법원은, 위 김민희 사건에서와 같은 이유로 퍼블리시티권을 인정하지 아니하여 재산권으로서의 퍼블리시티권이 인정됨을 전제로 한 원고의 청구 부분은 배척하고, 초상권 침해로 인한 위자료 500만 원만을 인정하였다.

IV. 소결

앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권을 부정하는 입장의 논거를 살펴보면, 이미 명성을 가졌다고 하여 이를 바로 경제적 풍요와 연결시키는 것은 비약이 아니라고 할 수 없고, 아무리 명성을 가진 자라도 자신의 본분을 충실히 하지 않는다면 그 명성이나 경제적인 가치가 떨어질 것이며, 타인의 초상이나 성명을 공중의 영역으로 남긴다면 어느 한 회사에서 사용하여 성공하면 다른 곳에서도 무임승차하려고 할 것이고 그러다보면 결국 스스로 경제적 가치 있고 고객흡인력 있는 초상 내지 성명을 찾으려는 노력을 등한히 하게 되고 소비자들 사이에서도 오히려 혼란과 분쟁이 증가하여 사회적 비용이 더 커질 것이고, 표현의 자유가 중요한 만큼 인간의 존엄성과 인격권도 중요하므로 퍼블리시티권의 제한 내지 한계의

문제가 되면 모를까 퍼블리시티권의 존재 자체를 막을 근거는 되지 못한다.⁹⁷⁾

유명인의 성명·초상 등 동일성표지가 가지는 가치는 오랜 기간 동안의 노력과 관리로써 얻어진 결과로 상업적으로 이용될 실익이 충분하다고 할 것이다. 상업적으로 이용될 실익이 있다 함은 양도 및 상속 등이 가능한 재산권적 성질이 강하다는 것을 알 수 있다.⁹⁸⁾ 인간은 실정법상의 명문의 규정 여하를 불문하고 생리적으로 자신의 속성을 상업적으로 제어할 수 있는 권리를 가지고 있을 뿐만 아니라, 유명인의 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력이 그 자체로 경제적 이익을 가지는 것으로 취급되며 그에 대한 상업적 거래가 빈번해지고 있는바, 이를 인격권의 일종으로 파악하여 보호하거나 종래의 저작권, 부정경쟁방지법 등의 법제도만으로는 보호하기에는 한계가 있다는 점에서 비록 우리 법제하에서 명문의 규정이 없다 하더라도 이를 인정할 수 있다 할 것이다. 특히, 인격권적 성격의 성명권, 초상권은 그 성질상 타인에게 양도할 수 없는 것이므로 양도성이 있는 재산권적 성격의 퍼블리시티권을 인정하여야 자신의 성명과 초상이 가지는 경제적 가치에 대한 충분한 대가를 받을 수 있고, 또한 그러한 권리를 양도받은 타인도 보호받을 수 있다.⁹⁹⁾

앞서 본 바와 같이 우리나라에서 퍼블리시티권의 존재를 부정하는 학설이나 판례는 대부분 그 인정 필요성은 긍정하면서 다만 성문법주의 및 물권법정주의에 근거하여 성문법상 근거가 없는 현재 상태에서는 배타적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 입장이다. 그러나 무형적인 권리를 포함하여 어떠한 배타적인 권리도 성문법의 명확한 근거가 없으면 일체 인정할 수 없다는 취지로 물권법정주의를 확대하고 절대화하여 적용할 필요가 있는지는 의문이다.¹⁰⁰⁾ 더욱이 앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권은 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로서

97) 윤경, 전계서 제878면-879면

98) 나윤수, 박홍진, 전계논문, 제444면

99) 「저작권법」, 사법연수원, 2007, 제359면

100) 이해완, 전계서, 제591면

지적재산권의 일종이며 물권과 유사한 성질을 가지나 엄밀히는 물권과는 구별되는 별개의 재산권인바, 따라서 물권법정주의를 들어 우리나라의 법제 하에서 그 성립 가능성을 부정하는 견해는 타당하지 아니하다 할 것이다. 우리나라와 법체계가 비슷한 일본에서도 별도의 성문법적 근거 없이 나름대로의 합리적 근거에 의하여 퍼블리시티권을 배타적 권리로 인정하고 있는 예를 보더라도 그러하다.¹⁰¹⁾ 그러므로, 더 이상 성문법주의와 물권법정주의를 취하고 있는 우리나라에서는 그 필요성이 있음에도 불구하고 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 견해보다는 위와 같은 합리적인 근거에 따라 퍼블리시티권의 존재가 인정됨을 전제로 우리 법제 하에서 퍼블리시티권의 존재를 인정할 경우 우리 법제와의 조화를 위해 퍼블리시티권의 구체적인 내용 및 침해지 구제방법을 어떻게 정리할 것인가에 중점을 두어 논의를 진행함이 타당하다.

101) 이해완, 전게서 제591면

제4장 퍼블리시티권의 내용

I. 주체

1. 자연인

가. 유명인

가수, 탤런트, 영화배우, 개그맨, 스포츠 선수, 정치인 등 유명인이 퍼블리시티권의 향유 주체가 된다는 점에 대하여는 별다른 의문의 여지가 없다. 위에서 본 바와 같이 퍼블리시티권의 존재를 인정할 필요성이 바로 그들 유명인의 고객흡인력 있는 성명, 초상 등이 무단으로 이용되지 않도록 하여 그 경제적 이익을 보호하기 위한 취지에서 출발한 것이었다.¹⁰²⁾ 이러한 관점에서 퍼블리시티권을 유명권이라고 부르는 경우도 있다. 그런데 유명인이라는 지위 내지 고객흡인력의 정도라는 것은 매우 상대적인 개념이고, 따라서 시간, 장소, 전문분야, 취미 등에 따라 달라질 수밖에 없는데 대체로는 유명인이란 많은 사람들이 말하거나 알고 있는 사람이라고 할 것이다.¹⁰³⁾ 또한 유명인이란 공적인물(public figure)을 말하는 것으로서 다음과 같은 유형의 사람들을 포함한다고 말할 수 있을 것이다. ① 정치인, ② 연예인, ③ 스포츠선수, ④ 관계·실업계의 인물, ⑤ 성직자·문필가·학자·교육자·변호사·의사·언론인, ⑥ 사교계의 인물, ⑦ 범죄 용의자, ⑧ 범죄 피해자, ⑨ 관심이 집중된 사건의 관계자 등이다.¹⁰⁴⁾

102) 이해완, 전거서, 제597면

103) McCarthy, op. cit., §4:2, p.191

104) 박성호, “인격권의 변용-퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로-”, 법학논총 23집 2호(2006. 10), 한양대학교, 제391면

나. 일반인

위와 같이 유명인이 퍼블리시티권의 주체가 될 수 있다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없으나, 일반인도 퍼블리시티권의 주체가 될 수 있는가에 대하여는 논란이 있다.

통설인 긍정설은, ① 유명인이 아니라도 타인이 성명, 초상을 광고 등에 상업적으로 이용하는 사실 자체가 그 사람의 이름, 초상에 상업적 가치가 있다는 증거이고, ② 일반인도 광고에 출연하는 경우에 출연료를 지급받는 것이 업계의 관행이므로 재산상의 손실이 없다고 할 수 없으며, ③ 유명인과 일반인을 구별할 기준이 모호하고, ④ 비록 유명인의 퍼블리시티권이 비유명인의 그것보다 경제적 가치가 월등하다고 할지라도 이는 단지 손해의 규모를 좌우할 뿐, 권리 자체의 존부까지 좌우하는 것은 아니라는 점¹⁰⁵⁾을 근거로 한다. 우리나라의 하급심 판례 중에서도 일반인의 퍼블리시티권이 인정됨을 전제로 판단한 사안이 있다.¹⁰⁶⁾ 이에 반하여 일반인의 경우에는 퍼블리시티 가치가 없고, 자기동일성이 이용되는 경우도 그들의 경제적 가치를 이용하기 위한 것이 아니므로, 일반인의 경우 자기동일성이 이용되어 그들의 권리 침해가 문제되는 경우 프라이버시권에 의한 보호로서 충분하다는 부정설도 있다.¹⁰⁷⁾

유명인이 퍼블리시티권의 주체로서 인정된다는 점에 이의가 없는 것은 유명인의 경우 당연히 고객흡인력이 인정된다는 점을 전제로 한 것이다. 따라서 어떤 사람이 퍼블리시티권의 주체로 될 수 있는가의 문제는 그 사람이 유명인인지 일반인인지의 구별에 따를 것이 아니라 그 사람이 고객흡인력을 가지고 있는가에 따라 판단될 문제라 할 것이고, 이러한 점에서 일반인도 퍼블리시티권의 향유주체가 될 수 있다고 보는 통설의 견해가 타당하다 할 것이다.

105) 이해완, 전계서, 제597면

106) 허브좌훈사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결)

107) 김세권, 전계논문, 제108~109면 참조

2. 법인 또는 단체

퍼블리시티권을 자연인뿐만 아니라 법인이나 단체에 대하여도 인정할 수 있을지에 관하여 논란이 있다.

가. 부정설

퍼블리시티권이 원래 개인의 초상, 성명에 대한 상업적 이용으로부터의 보호를 중심으로 발전한 것으로서 미국의 판례 및 주법 등에서도 자연인에 한하는 입장을 취하고 있는 점, 법인의 경우는 상법 등의 보호에 약간의 미흡한 점이 있다 하더라도 그러한 법률에 의하여 보호되는 정도로만 보호하여도 사회통념상 부당한 결과를 초래할 것으로 보이지는 않는 점 등을 감안할 때 법인 기타 단체는 퍼블리시티권의 향유주체가 될 수 없다는 견해¹⁰⁸⁾이다.

나. 긍정설

자연인 아닌 법인이나 단체의 명칭에도 상업적 가치가 있는 경우가 많고, 퍼블리시티권이 인격권의 측면보다 재산권의 측면에 중점을 두고 있는 것이므로 퍼블리시티권의 향유주체를 자연인에 한할 것은 아니라고 보이는 점¹⁰⁹⁾, 상법, 부정경쟁방지법, 상표법만으로는 법인의 이름을 함부로 광고 등 상업적으로 사용한 데 대한 제재를 가하기에는 부족하다는 점을 감안하면 법인 또는 비법인단체 등에도 퍼블리시티권을 인정함이 타당하다는 견해이다.¹¹⁰⁾

108) 이해완, 전거서, 제597, 598면 ; 정상기, PUBLICITY권에 관한 소고, 제128, 129면

109) 김세권, 전거논문, 제111면

110) 이상정, “퍼블리시티권에 관한 소고”, 아세아여성법학 제4호, 아세아여성법학연구소, 2001, 제320면 ; 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책

다. 절충설

퍼블리시티권이라는 것이 개인의 인격적 요소라는 측면에서 유래되었으므로 원칙적으로는 자연인에 한정하여야 하지만, 인기보컬 그룹인 GOD나 HOT같은 단체의 경우는 그 명칭의 고객흡인력이 저명한 자연인 못지않게 높다고 할 수 있고, 단체 명칭이기는 하지만 구성원의 개성이 그 명칭 속에 여전히 들어있다고 볼 수 있는 여지가 크므로, 이러한 명칭을 무단으로 상업적으로 사용한 경우에도 퍼블리시티권의 침해를 인정하여야 할 필요성이 있고, 다만 그 경우 단체 자체에는 법인격이 없으므로 단체 자체가 권리주체가 되는 것은 아니고 구성원들이 권리주체가 되며, 다만 주식회사, 사단, 재단처럼 개인의 인격적인 면이 전혀 존재하지 않는 법인에 대하여는 상법, 부정경쟁방지법, 상표법 등의 다른 법으로 규율하여야 한다는 견해이다.¹¹¹⁾ 미국의 판례로 Bi-Rite Enters 사건에서 뉴욕지방법원은, “퍼블리시티권은 프라이버시권과는 달리 개인뿐만 아니라 음악연주그룹과 같은 단체의 명칭에도 인정된다.”고 판시한 바 있다. 우리 하급심 판례에서도 보컬 그룹인 ‘가비엔제이’의 구성원들이 ‘가비엔제이’라는 성명을 상업적으로 이용할 재산상 권리인 퍼블리시티권을 가진다고 판시하여 단체의 구성원들에게 단체의 명칭에 대한 퍼블리시티권을 인정하는 취지로 판시한 바 있다. ¹¹²⁾, ¹¹³⁾

라. 소결

살피건대, 비록 퍼블리시티권이 배타적 재산권으로서의 성격을 가진다고 할지라도 이는 연원상 프라이버시권에서 기인한 권리로서의 한계를

입(하)”, 인권과 정의 243호, 대한변호사협회, 1996, 제111면

111) 윤경, 전거서, 제908-909면 참조

112) 앞서 본 ‘가비엔제이 사건’ (서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결)

113) Bi-Rite Enters., Inc. v. Button Master, 555 F.Supp. 1188(S.D.N.Y. 1983)

가진다고 보아야 하는 점, 법인에게까지 퍼블리시티권을 인정한다면 퍼블리시티권의 향유 주체가 무한정 확장될 소지가 있어 퍼블리시티권의 지나친 확장을 가져와 언론·출판의 자유와 저작물의 공정사용 등을 침해할 여지가 있는 점, 법인에게 퍼블리시티권을 인정하는 견해에 의하더라도 그 대상이 본질상 자연인에게만 인정되는 초상, 음성, 동작, 취향, 캐릭터나 이미지 등에 관해서는 해당되지 아니한다고 하는바, 결국 법인에게 퍼블리시티권이 인정될 수 있는 대상은 그 상호나 상표 등과 같은 것이어서 이는 상표법이나 부정경쟁방지법에 의한 보호가 가능한 부분인 점 등에 비추어 보면, 주식회사, 사단, 재단과 같이 개인의 인격적인 면이 존재하지 않는 법인이나 단체의 경우에는 퍼블리시티권을 인정하지 아니함이 타당하다고 할 것이다. 다만, 단체의 경우에도 연예활동 등을 하는 음악그룹이나 보컬그룹의 경우와 같이 그 구성원들 개인의 인격적인 면이 강하게 표출되는 경우에는 단체의 구성원들에게 그 단체에 관한 퍼블리시티권을 인정해야 할 경우가 있다.

3. 사자(死者)

프라이버시권은 인격권이므로 사자는 원칙적으로 프라이버시권의 주체가 될 수 없다는 점에 있어서는 이론이 없다. 그런데 퍼블리시티권의 경우 사자에 대하여도 이를 인정할 수 있을지가 문제가 된다. 이에 관하여 학설이 일치하지 않고 그 견해가 나뉘는데, 결국 이는 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 수 있을지의 문제와 연결된다. 퍼블리시티권의 상속성 인정 여부에 관하여는 이를 긍정하는 견해, 부정하는 견해, 제한적으로 인정하는 견해 등으로 나뉘는바, 이는 이후 퍼블리시티권의 상속성 인정 여부를 논하면서 자세히 살펴보기로 한다.

4. 동물이나 사물

동물이나 사물이 퍼블리시티권의 향유주체가 될 수 있는지와 관련하여 이론적으로 살펴보면, 퍼블리시티권의 성질을 인격권이나 인격권 겸 재산권이라고 보는 입장에 의하면 물건의 퍼블리시티권을 부정하게 되고 순수 재산권이라고 보는 입장에서는 물건의 퍼블리시티권을 긍정하는 견해와 부정하는 견해로 나뉠 수 있다. 그러나 실제의 학설은 반드시 그렇게 연결되어 있는 것은 아니다.¹¹⁴⁾ 이하에서 그 학설들을 살펴보고, 타당한 결론을 검토해 보기로 한다.

가. 긍정설(소수설)

긍정설은, 고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 연예인의 성명, 초상이 갖는 고객흡인력을 독립한 경제적 이익 내지 가치로 보고, 그 연예인에게 이를 배타적으로 지배하는 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정해 주는 것과 같이, 물건의 속성이 고유의 명성 내지 지명도가 있어 고객흡인력이 있는 경우 연예인의 고객흡인력과 같이 퍼블리시티권의 보호대상이 되며 그 퍼블리시티권은 물건의 소유자 또는 권리자에 귀속된다는 견해이다.¹¹⁵⁾ 이에 따르면 물건의 속성이 고유의 명성 내지 지명도를 가져 고객흡인력이 인정되는 경우 그 물건도 퍼블리시티권의 보호대상이 되고, 그 퍼블리시티권은 물건의 소유자 또는 권리자에 귀속된다고 한다.¹¹⁶⁾

나. 부정설

퍼블리시티권은 인간의 동일성을 나타내는 징표만을 보호하는 것으로서 자연인의 이름·얼굴 등 속성을 상업적으로 이용할 수 있는 권리이므

114) 이한주, 전계논문(“경주마의 퍼블리시티권”), 제266면

115) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제370면

116) 미국의 Nimmer 교수는 동물에게도 퍼블리시티권을 인정해야 한다고 주장하였다.

로 자연인 이외의 사물의 속성을 퍼블리시티권의 보호대상으로 삼을 수는 없다는 견해이다. 미국에서는 학설상 사람의 동일성(identity)만을 퍼블리시티권의 보호대상으로 삼는 견해가 우세한데 그것은 1995년에 제정된 부정경쟁방지법 리스테이트먼트(restatement)에서 "퍼블리시티권은 자연인에게 밖에 미치지 않는다"라고 규정되어진 것과 관계가 있다고 한다.¹¹⁷⁾¹¹⁸⁾

다. 소결

퍼블리시티권은 인간의 자기동일성 있는 인격적 표지에 대한 상업적 이용을 규제하기 위한 인간으로서 가지는 자연적 권리라 할 것이므로 사물이나 동물에게는 인정될 수 없다. 만약 동물이나 사물이 사람과 밀접하게 결부되어 있어 사람의 Identity를 나타낼 정도에 이른다면 이는 동물이나 사물이 아니라 당해 사람의 퍼블리시티권이 침해된 것으로 보지¹¹⁹⁾, 동물이나 사물에 대해 직접 퍼블리시티권을 인정할 필요는 없다 할 것이다. 우리나라 민법은 제3조와 제34조에서 권리의무에 주체에 관하여 규정하고 있는데, 이에 따르면 자연인과 법인만이 권리의무의 주체가 될 수 있다. 따라서 동물은 민법상 물건 중에 동산으로서 소유자의 사용수익권의 대상이 될 뿐 그 스스로 권리의무의 주체가 될 수 없다. 그러므로 소유자의 동물 이름 등을 무단으로 상업적으로 이용하였다면 이는 소유자의 사용수익권을 침해한 것으로 해결하면 될 것이다.¹²⁰⁾

117) 이한주, 전계논문("경주마의 퍼블리시티권"), 제268-269면

118) 미국의 경우, Bayer v. Ralston Purina co. 사건에서 법원은 원고의 말의 사진을 피고가 광고에 이용하자 원고가 프라이머시권의 침해를 주장하면서 제소했지만 법원은 광고에 사용되어진 말의 사진은 원고를 특정하고 있는 것이 아니라고 하여 프라이머시권의 침해를 부정했다.(Bayer v. Ralston Purina co., 484 SW2d 473, 87 ALR3d 1275(1972)) : 이한주, 전계논문("경주마의 퍼블리시티권"), 제274면 참조

119) 박우근, 전계논문, 제29면

120) 나윤수, 박홍진, 전계논문, 제447면

II. 보호대상

퍼블리시티권의 보호대상을 어느 범위까지 인정할 것이냐는 결국 퍼블리시티권이 인간의 자기동일성을 나타내는 징표만을 보호하는 권리라고 볼 것인지(다수설), 혹은 Publicity value 일반¹²¹⁾을 보호하는 권리인 것으로 볼 것인지에 따라 달라진다. 이하에서는 퍼블리시티권의 보호대상으로서 문제가 될 수 있는 성명 및 예명, 초상이나 사진, 음성, 역할, 개인의 경력 및 원고와 동일시할 수 있는 물건 등을 중심으로 살펴보고, 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있는 요건 및 그 기준을 설정해 보고자 한다.

1. 성명 및 예명

퍼블리시티권을 통하여 보호하고자 하는 대상으로 가장 일반적인 것 중 하나가 사람의 성명이다. 성명에 의해 보호받을 수 있는 범위는 실명뿐만 아니라 별명이나 예명¹²²⁾ 또는 직업상 이름을 포함한다고 보고 있으며, 그 이전에 사용하던 성명과 본인을 포함한 그룹명까지도 퍼블리시티권의 보호범위에 포함시키고 있다.¹²³⁾ 동일한 성명을 사용하는 자가

121) 여기서 Publicity value란 단어, 이름, 상징, 캐릭터 또는 인격적 이미지, 디자인 또는 이들의 결합으로 상품상에 이용됨으로써 소비자들의 수요를 창출하는 것들을 말한다. : 나윤수, 박홍진, 전계논문, 제448면

122) Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc., 698 F. 2d 831, 6th Cir., 1983. "The World's Foremost Comedian"이라는 상표의 이동식 변기를 제작하는 회사가 공고문안으로 "Here's Johnny"라는 문구를 사용한 사건에서, "Comedian", "Johnny"라는 단어는 각각 "comedian"과 "Johnny Carson"을 연상시키므로 이러한 이용행위는 Johnny Carson의 퍼블리시티권을 침해하는 행위라고 판시하였다. ; Gardella v. Log Carbin Prods. Co, 89 F. 2d 891, 891, 2d Cir., 1937. 미연방 제2순회항소법원은 "만일 예명이 특정인임을 직접적이고 광범위하게 인식할 수 있게 하는 경우라면 이를 이용한 무단광고로부터 보호되어야 할 필요성은 실제이름을 이용한 경우와 마찬가지로 시급하다고 할 것이므로, 광고주에 의한 예명의 남용(abuse)은 정당화될 수 없다"라고 판시하여 예명에 대한 법적 보호를 인정하였다. ; 박인수, "퍼블리시티권의 법리와 판례에 관한 연구", 헌법학연구 7권3호, 한국헌법학회, 2001, 제159면

123) 박인수, 전계논문, 제158-159면

많을 것이므로 퍼블리시티권의 침해를 주장하는 자가 자신의 성명이 무단으로 도용되었고, 그 사용된 성명이 바로 자신을 지칭하는 것이라는 점을 입증하여야 한다. 위와 같은 점이 인정된다면, 가사 성명 전부가 아닌 일부만 사용되거나 성명의 일부가 변형되었다 하더라도 그 특정인에 대한 퍼블리시티권의 침해로 보아야 할 것이다.¹²⁴⁾¹²⁵⁾ 앞서 소개한 우리나라의 하급심 판례 중 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결의 사안은 프로야구 선수들의 성명만을 이용한 경우 퍼블리시티권의 침해를 인정한 바 있다.

2. 초상이나 사진

사람의 초상이나 사진도 퍼블리시티권의 일반적인 보호대상 중 하나라 할 것이다. 실존하는 사람을 캐릭터로 표현하였다고 하더라도 그것이 그에 의하여 그 사람이 인식될 수 있다면 그 또한 퍼블리시티권의 보호대상이 될 것이다.¹²⁶⁾ 또한, 현재 인터넷의 급속한 발달로 사이버공간에서 자신을 대표하는 가상육체로 사용되는 아바타와 관련하여, 그것이 개인의 특정 이미지를 이용해 만들어진 경우 퍼블리시티권의 침해의 문제가 발생할 수 있다. 유명인의 얼굴은 드러나지 않고 신체의 일부만이 나타났다고 하더라도 그것이 다른 사항들과 결합하여 전체적으로 특정인을 나타내는 것으로 인식된다면 이는 퍼블리시티권의 침해에 해당한다. *Ali v. Playgirl, Inc.* 사건에서 *Playgirl, Inc.*는 *Playgirl Magazine* 1978년 2

124) 예컨대, 배우 Charlie Chaplin의 이름을 본따 "Charlie Aplin"이란 이름을 사용하는 것을 금지한 *Chaplin v. Amador*, 93 Cal.App. 358(1928) 판결 및 유명배우인 Peter Lorre의 이름을 본 딴 "Peter Lorie"란 이름을 사용하는 것을 금지한 *In re Weingand*, 234 Cal. App. 2d 289,41 Cal Rptr.778 (1964) 판결 참조. : 한위수, 전계논문, 제547면에서 재인용.

125) 그런데 앞서 본 '가비엔제이 사건(서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결)에서는, "성명권은 일반의 상표권과 달리 그 전체로서 대상을 특정하는 기능이 있다고 할 것이고, 이를 분리하여 관찰한다거나 그 분리된 각 부분이 성명권 또는 퍼블리시티권의 보호객체가 된다고는 보기 어렵다."고 판시하였으나, 성명 중 일부만이 분리되어 사용되었다 하더라도 그것이 누구를 지칭하는 것인지 쉽게 인식할 수 있는 경우라면 퍼블리시티권의 보호대상이 된다고 봄이 타당하다.

126) 앞서 본 정준하 사건(서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결) 참조

월호에 전 세계 헤비급 챔피언인 무하마드 알리의 얼굴을 가진 알몸의 흑인이 권투경기용 링의 구석에 앉아 있는 그림을 게재하고 이를 "Mystery Man"이라 명명한 다음 "the Greastest"라고 부기하였다. 이에 대해 법원은 위 그림의 인물이 무하마드 알리를 표현한 것은 누가 봐도 명백하다고 판단하고 무하마드 알리의 프라이버시권 및 퍼블리시티권에 대한 침해를 인정하였다.¹²⁷⁾ 또한, 유명인과 유사한 인물을 내세워 광고나 상업적 목적으로 이용하는 경우에도 퍼블리시티권의 침해가 인정될 수 있다. 의상광고에 재클린 케네디 오아시스와 유사한 모델을 이용한 경우의 사건에서 뉴욕주 대법원은 “사진이나 인물그림은 유사한 특정인의 본질 및 외관을 전달하는 표현 모두를 포함하며, 그것은 실제적인 것 뿐만 아니라 실제 모습을 의도적으로 모방한 것까지 포함한다. …중략… 상품판매의 보증을 원하지 않는 사람의 외관을 무단으로 광고에 이용하는 행위는 무임승차(free-ride)와 동일하고 타인의 명성에 무임승차한 자는 그 대가를 지불해야 한다.”고 판시하여 퍼블리시티권의 침해를 인정하였다.¹²⁸⁾

3. 목소리

목소리 또한 그 독특한 특성으로 인하여 동일성 식별의 징표가 될 수 있으므로 퍼블리시티권의 보호대상이 된다. 특히 라디오 광고 등의 경우 연예인 등의 얼굴이나 초상은 나오지 않지만 그 목소리만으로도 특징인임을 식별할 수 있는 경우 그 무단 사용은 퍼블리시티권의 침해에 해당하게 될 것이다. 우리나라에서는 목소리만의 무단 사용으로 인한 퍼블리시티권의 침해가 문제된 사안은 아직 없는 것으로 보인다.

미국에 있어서 종전에는 법원이 목소리에 대한 퍼블리시티권의 보호를

127) 서태환, “퍼블리시티권(Right of Publicity)의 의의와 그 양도성 및 상속성”, 청주법률논단 1집, 충북법률실무연구회, 2000, 제481면

128) Onassis v. Christian Dior-New York, 122 Misc. 2d 603, 472 N.Y.S. 2d 254(1984) ; 정희섭, 전개논문, 제55-56면에서 재인용

인정하지 아니하였지만, 제9연방항소법원이 Midler 사건¹²⁹⁾에서 허락을 받지 아니한 목소리의 묘사나 모방은 퍼블리시티권의 침해가 된다고 판시하였으며,¹³⁰⁾ 몇몇 주(州)에서는 주법으로 개인에게 그의 목소리에 대한 권리를 인정하고 있다.¹³¹⁾ 그러나 이는 실제 목소리 자체에 대하여 그 무단 사용을 금지하는 것일 뿐, 목소리의 모방에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 단순히 타인의 목소리를 모방한 것만으로는 일정한 경우 명예훼손의 문제가 발생할 수 있을 뿐이고, 타인의 목소리를 모방하여 광고 등 상업적으로 이용한 경우에 한하여 퍼블리시티권의 침해가 성립할 수 있을 것이다. 한편, 위와 같은 경우는 경우 실연자의 복제권과 관련하여 문제가 있을 수 있는데, 복제권의 침해가 인정되기 위해서는 실연 그 자체를 복제하여야 할 것이므로 모창 등의 경우에는 복제권의 침해로 볼 수 없을 것이나, 그 모창 등이 특정인을 연상시키고, 이를 상업적으로 이용하는 것이라면 퍼블리시티권의 침해에 해당하게 될 것이다.

4. 역할모방

영화배우나 코미디언 등이 유명드라마 등에 출연하여 자신의 배역을 연기하면서 자신만이 가지는 독특한 이미지를 구축하게 되어 그 캐릭터를 보면 즉시 해당 연기자를 연상하여 인식할 수 있을 정도에 이르러 그

129) Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 463 (9th Cir. 1988). 이는 유명 가수이자 여 배우이기도 한 원고의 목소리와 유사한 목소리를 가진 가수로 하여금 원고의 노래를 부르게 하여 이를 피고 회사 광고의 배경음악으로 사용하여 문제가 된 사안이다. 위 사안에서 법원은 '① 원고의 목소리가 특징이 있을 것(distinctive), ② 원고는 널리 알려져 있을 것(widelyknown), ③ 피고가 상품을 판매할 목적으로 원고의 목소리를 고의적으로 모사(deliberate imitation to sell products)하였을 것'을 요건으로 하여 퍼블리시티권의 침해여부를 판단하고, 사안의 경우 널리 알려진 유명 가수의 특색있는 목소리를 상품 광고를 위하여 사용하였으므로 퍼블리시티권의 침해에 해당한다고 판단하였다. : 박준우, "유명인의 목소리에 대한 퍼블리시티권의 보호", 지적재산권 제18호 (2007.03), 지적재산권법제연구원, 제16면 참조

130) 이후 1992년의 Waits v. Frito Lay, Inc. 사건(피고인 스낵제조회사가 가수인 원고의 목소리의 특징인 윙소리를 모사하여 라디오 광고 방송을 하자 원고가 손해배상을 청구한 사안)에서도 법원은 위 침해의 요건을 갖추었다고 보아 퍼블리시티권의 침해가 인정된다고 판결하였다.

131) 오승중, 「저작권법」, 박영사, 제827면

연기자와 극중 역할의 이미지가 결합될 경우 이러한 극중의 역할도 퍼블리시티권의 보호대상이 되어 그 연극자가 그 역할에 관한 퍼블리시티권을 갖게 되고, 작가, 연출가, 제작회사는 그 역할에 관하여 저작권법, 상표법, 부정경쟁방지법 등에 의하여 보호받을 수 있을 것이다. 미국 연방 제3항소법원은 McFarland v. Miller¹³²⁾에서 "연기자는 극중의 인물이 자신과 밀접하게 관련을 맺고 있어서 분리할 수 없게 되거나 연기자 자신의 대중적 이미지와 합성되어 버린 경우에 한하여 그러한 배역을 무단으로 이용하는 행위로부터 보호받을 수 있다."고 판시¹³³⁾하여 극중의 배역에 관하여 연기자의 퍼블리시티권의 인정 여부에 관한 기준을 제시한 바 있다. 이와 관련하여 미국의 판례 중 White v. Samsung Electronics America¹³⁴⁾ 사건을 살펴보면, 위 사건의 경우 광고에 나온 로봇이 Vanna White 자신과 밀접하게 관련을 맺고 있어서 분리할 수 없게 되거나 그의 대중적 이미지와 합성되어 버린 경우로서 이 사건 광고에서 위 로봇을 보는 소비자들이 즉시 Vanna White라는 특정인을 인식할 수 있게 된 경우에 과연 해당하는지에 관하여 의문이 있다.

한편, 드라마의 저작권자가 해당 연기자의 허락 없이 제3자에게 캐릭터의 이용하게 하였거나 자신이 직접 이를 상업적으로 이용한 경우 저작권자의 저작권과 개인의 퍼블리시티권의 충돌이 발생하게 된다. 미국의

132) McFarland v. Miller¹⁴ F.3d 972(3d Cir. 1994). 법원은 원고인 George "Spanky" McFarland가 'Spanky'라는 이름의 영화 캐릭터와 달리 생각할 여지없이(inextricably) 동일시되고 Spanky에 의해 원고의 아이덴티티가 연상되는지 여부를 가려볼 필요가 있다고 판단하며 사건을 파기 환송하였다. ; 정재훈, 전계논문, 제115면

133) 정재훈, 전계논문, 제115면

134) White v. Samsung Electronics America, Inc.,971 F.2d 1395, 1396 (9th Cir. 1992). 미국법인인 피고 삼성전자(Samsung Electronics America)는 VCR을 비롯한 자사제품을 선전하는 광고의 하나로, 진주목걸이를 하고 이브닝드레스를 입은 금발가발을 쓴 로봇이 Wheel of Fortune 게임쇼 세트에 나온 것과 유사한 게임판 옆에 서서 문자판을 돌리고 있는 모습을 방송하고, 그 화면 아랫부분에는 "가장 오래된 퀴즈프로그램. 2012년."이라는 자막을 함께 게재하였다. 위 광고가 게재된 후 위 쇼의 여성 진행자로서 출연하며 문자판을 돌리는 역할을 맡고 있던 원고 Vanna White는 위 로봇이 자신의 모습을 나타낸 것이므로 자신의 퍼블리시티권 등을 침해하였다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였다. 위 사건의 항소심에서는 퍼블리시티권의 침해는 '이름'이나 '초상'에 국한되는 것이 아니고 그 이외에도 유명인의 아이덴티티(identity)'를 이용하는 모든 행위에까지 확장되는 것인데, 이 사건 광고가 소비자들에게 혼동을 초래할 가능성이 있으므로 피고가 원고에게 403,000달러의 손해를 배상할 것을 인정하였다.

경우 George Wendt et. at. v. Host International, Inc. and Paramount Pictures Corporation 사건¹³⁵⁾(영화제작사인Paramount사가 공항 Bar 체인업체에게 자신이 저작권을 갖고 있는 드라마(Cheers)의 무대와 흡사한 공항 Bar의 개설을 허용하여, 위 체인업체가 그러한 Bar를 개설하면서 그곳에 그 드라마의 주인공 역을 맡은 배우들을 연상시키는 실제 인물 크기의 인형을 설치하자 그 역을 맡은 배우들이 자신들의 퍼블리시티권의 침해를 주장하면서 소송을 제기하였다)에서 제9연방항소법원은 ‘원고들이 추구하는 것은 Paramount사로 하여금 동사의 저작물을 전시하지 못하도록 하는 것이 아니며, 원고들의 청구가 저작권 침해와는 그 종류에 있어서 다른, 인적인 권리(personal rights)에 대한 침해라는 요소를 내포하고 있는 한, 그들의 청구는 연방저작권법에 의해 배제되지는 않는다’고 판시함으로써, 배역 캐릭터에 대한 권리는 저작권과는 별개의 독자적인 권리(퍼블리시티권)로서 실제로 그 역을 연기한 배우에게 귀속한다고 판단하였다.¹³⁶⁾ 우리나라의 경우 임격정 사건(서울고등법원 1998. 10. 13. 선고97나43323 판결, 피고가 원고인 정홍채가 유명드라마에서 임격정으로 분장한 모습을 의약품 광고에 사용한 것에 대하여 원고가 손해배상을 청구한 사안이다)에서 법원은, ‘이 사건 인물화는 원고의 실제 모습과는 사뭇 다르고, 수염이 바깥쪽으로 훑날리는 모습 등 세부적인 묘사에 있어서 원고의 임격정 분장모습과 완전히 동일한 것은 아니라고 보이지만, 위 드라마의 주인공으로 분장한 원고의 모습 중 특징적인 부분들이 대부분 표현되어 있을 뿐만 아니라 광대뼈, 콧날, 얼굴 윤곽도 실제 모습과 유사하고, 더군다나 그 광고 문안인 “속쓰린 세상! 내가 잡는다”를 이 사건 인물화에 더하여 볼 때, 위 드라마를 보았거나 원고를 알고 있는 사람이라면 누구나 이 사건 인물화를 보고

135) George Wendt et. at. v. Host International, Inc. and Paramount Pictures Corporation, 35 U.S.B.Q.2D (BNA) 1315 (9th Cir. 1995, 환송 전 항소심판결); 125 F.3d 806 (9th Cir. 1997, 환송 후 항소심판결); 197 F.3d 1284 (9th Cir. 1999, 앞의 판결에 대한 전원합의부에 의한 재심신청을 기각한 판결임); 121 S.Ct. 33 (Supreme Court of the United States, 상고기각판결).

136) 엽동섭, 전계논문, 제171면

위 드라마의 임꺽정 역과 그 임꺽정으로 분장한 원고의 모습을 떠올리기에 충분하다 할 것이므로, 적어도 위 드라마가 방영되는 동안에는 이 사건 인물화는 원고의 초상과 동일시된다고 보는 것이 상당하다'고 판시한 바 있고¹³⁷⁾., 앞서 본 최지우 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합45416 판결)에서는 원고가 출연한 드라마의 한 장면을 상업적으로 사용한 경우 연기자의 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.

살피건대, 드라마의 저작권자는 캐릭터에 대한 2차적 저작물 작성권을 가진다고 할 것이나, 연기자들이 스스로 어떠한 역할을 창조하여 대중적인 캐릭터를 만들고, 그 캐릭터에 해당 연기자의 아이덴티티가 강하게 드러나 그 캐릭터에 의해 해당 연기자를 떠올리게 되는 경우에는 그 캐릭터에 대한 권리가 그 배역을 담당한 배우에게 귀속되고, 퍼블리시티권이 저작권자의 권리보다 우선된다. 이와 반대로 연기가 주어진 역할을 단순히 연기한 것에 불과하여 그 캐릭터에서 그 연기자의 아이덴티티가 강하게 드러나지 않는 경우에는 그 캐릭터에 대해서는 저작권자의 권리가 미친다고 보아야 할 것이다.

5. 경력, 기타 개인정보 등

특정인의 경력이 그 특정인에 대한 동일성표지로서 기능하는 경우 그와 같은 경력도 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있다. 이와 관련해 유명한 판례로는 Palmer 사건¹³⁸⁾이 있다. 이 사건에서 법원은 이미 잘 알려져 이는 골프선수들의 경력이라 하더라도 이를 상업적 광고에 무단으로 사용하는 것은 퍼블리시티권에 대한 침해가 된다고 판시하였다.¹³⁹⁾

137) 다만, 위 사안에서는 퍼블리시티권이 아닌 초상권 침해로 인한 불법행위의 성립여부가 쟁점이 되었고, 법원은 피고의 불법행위의 성립을 인정하면서 이에 따른 위자료의 배상을 명하였다. 다만, 그 손해배상액의 산정에 있어서는 '원고가 피고 회사와 광고출연계약을 체결할 경우 얻을 수 있었을 광고모델료의 정도'까지 참작함으로써 사실상 재산상 손해의 면도 함께 고려한 것으로 보인다.

138) Palmer v. Schonhorn Enterprises, Inc., 96 N.J. Super. 72, 232 A. 2d 458(1967)

139) 박우근, 전계논문, 제36면

이와 관련하여 특정인의 삶의 궤적 또한 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있을지에 관한 논의가 있다. 이와 관련된 미국 판례로는 Hicks v. Casablanca Records¹⁴⁰⁾ 사건과 Mattews v. Wozencraft¹⁴¹⁾ 사건이 있는바, 위 각 사안에서 법원은 모두 특정인의 삶의 궤적은 퍼블리시티권의 보호대상이 되지 아니하는 것으로 판단하였다.

6. 서명

특정인의 서명(Signature)도 개인의 동일성표지로서 기능한다는 점에 서 퍼블리시티권의 보호대상이 된다. 미국의 판례로서는 종업원의 서명과 성명을 그의 동의 없이 광고에 사용한 것이 그의 재산권을 침해한 것이라고 판시한 것이 있다.¹⁴²⁾

7. 특정인을 연상시키는 사물 또는 동물

특정인과 동일시할 수 있거나 특정인을 연상시키는 사물 또는 동물에 관하여 퍼블리시티권을 인정할 수 있을지 문제가 된다. 앞서 본 바와 같이 사물 또는 동물은 그 자체로는 퍼블리시티권의 향유 주체가 될 수 없고, 특정인 소유의 사물 또는 동물을 상업적으로 무단 사용한 경우는 그 소유자의 사용, 수익권한의 침해 문제로 해결되어야 할 것이다. 그러나 나아가 예외적으로 특정인 소유의 사물 또는 동물이 특정인과 일체화되

140) Hicks v. Casablanca Records, 464F. Supp. 426 (S.U.D.Y. 1978). 유명한 추리소설 작가인 아가사 크리스티가 11일간 행방불명된 사건에 피고가 자신의 상상력을 더해 쓴 소설 'Agatha'가 아가사 크리스티의 퍼블리시티권을 침해한 것인지가 문제된 사안에서 법원은 '유명인의 일생 중 어느 한 부분만을 소재로 삼았고, 그 소설의 내용이 가상임이 분명한 이상 퍼블리시티권은 문제되지 않는다'는 취지로 판시하였다.

141) Mattews v. Wozencraft, 30 USPQ2d 1025(5th Cir. 1994). 피고가 마약단속반으로 일하다가 자신이 마약에 중독되어 처벌을 받은 원고 크레이그 매튜의 일생을 'Rush'라는 제목으로 소설화한 것에 대하여 법원은 '원고의 생애가 독자 및 영화제작자로 하여금 흥미를 일으키게 함은 사실이나 그 삶의 이야기 자체는 상업적 사용으로부터 보호되는 이름 또는 유사성에 해당하지 않는다'는 취지로 판시하였다.

142) United States Life Insurance Co. v. Hamilton, 238 S.W. 2d 289 (Tex. Ct. App. 1951)

어 그 사물이나 동물이 특정인과 동일시되어 그 사람을 인식시키는 것으로 볼 수 있다면 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있다.

이와 관련하여 미국 연방 제9항소법원은 *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*¹⁴³⁾ 사건(유명 자동차경주 선수인 원고는 항상 독특한 무늬로 장식하고 특정한 번호를 붙인 경주용 자동차를 애용하였는데, 피고 회사가 담배 판매 광고에 위 경주용 자동차의 사진을 사용하였다)에서 ‘경주용 자동차 가운데 원고의 얼굴, 모습 그 자체가 나타나지는 않지만, 위 경주용 자동차의 특징적인 장식과 특정 번호로 인하여 이를 본 사람들은 그 경주용 자동차가 원고의 것이고, 운전자도 원고라는 추측을 할 수 있어 원고가 피고가 생산하는 담배 제품을 광고하는 것으로 연상할 여지가 있다’는 이유로 원고의 퍼블리시티권의 침해를 인정한 바 있다. 위 판결에서도 역시 위 경주용 자동차 자체의 퍼블리시티권을 인정한 것이 아니라 위 경주용 자동차가 원고를 연상시키는 것으로 보아 원고의 퍼블리시티의 보호대상으로 그의 경주용 자동차를 포함시킨 것이다.

8. 소결

이상에서 퍼블리시티권의 보호대상의 범위에 관하여 살펴보았다. 이상에서 살펴 본 바와 같이 퍼블리시티권의 보호객체 즉, 상업적 사용의 대상은 인격의 발현이라고 볼 수 있는 구체적 징표로서의 개인의 속성이다. 이것은 미국의 관례, 학설상 설명되고 있는 개성(persona)을 의미한다.¹⁴⁴⁾ 따라서 타인과 구별될 수 있는 동일성표지라면 모두 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 여기서 주의할 것은 이에 따르면 퍼블리시티권의 보호대상이 무한히 확장되어 표현의 자유 등의 지나친 위축을 가져올 수 있으므로 그 보호대상은 그 동일성표지에 의하

143) *Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F. 2d 821 (9th Cir. 1974)

144) 이한주, 전제논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제365면

여 특정인을 직접적으로 바로 연상할 수 있을 정도로 특색 있는 것에 한정되어야 한다는 점이다.

Ⅲ. 양도성 인정 여부

프라이버시권과 같은 인격권의 경우에는 양도가 허용되지 아니한다는 점에 관하여 의문의 여지가 없으나, 재산권으로서의 성격을 가지는 퍼블리시티권의 경우 그 양도가 가능한지, 양도가 가능하다면 그에 따른 법률관계는 어떻게 되는지 등이 문제된다.

1. 외국의 동향

가. 미국

미국의 경우 초기에는 퍼블리시티권의 양도성을 인정함에 있어 소극적인 입장을 취하여 왔으나, 현재 주류적인 학설과 판례는 퍼블리시티권이 양도 가능한 권리임을 인정하고 있는 것으로 보인다. 미국 각 주의 성문법도 대부분 퍼블리시티권의 양도성을 명문으로 인정하고 있고, 실제상으로도 퍼블리시티권을 전부 제3자에게 이전하는 내용의 계약이 이루어지고 있다.¹⁴⁵⁾ 또한, 부정경쟁방지법에 관한 Restatement에서도 양도성을 명문으로 인정하고 있다.

나. 독일

앞서 본 바와 같이, 독일에서는 독일민법 제12조에서 성명권을, KUG (조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법률) 제22조에서 초상권을 규

145) 서태환, “퍼블리시티권의 의의와 그 양도성 및 상속성”, 청구법률논단 1집, 충북법률실무연구회, 1997, 제484면

정하고 있을 뿐, 퍼블리시티권에 대한 일반적 규정은 존재하지 아니하나, 독일 판례¹⁴⁶⁾상 이용허락을 받은 자가 그 권리를 침해당했을 경우 재산상 손해의 배상을 구할 수 있음을 긍정함으로써 실질적으로는 퍼블리시티권의 이전성을 긍정하는 것과 같은 태도를 보이고 있다.

다. 일본

일본에서는 앞서 본 동경지법이 1997년 光GENJI사건¹⁴⁷⁾의 퍼블리시티권에 기한 사용금지가처분취소소송에서 신청을 각하하면서 이유 중에 최초로 퍼블리시티권이라는 단어를 언급한 이래 퍼블리시티권을 순수한 재산권인 것으로 보고 그 양도성을 인정하는 것이 통설적 견해이다.

2. 우리나라

가. 학설

(1) 긍정설

퍼블리시티권이 경제적 가치를 갖는 권리인 것은 사실이고, 퍼블리시티권의 권리 대상으로 논의되는 것은 인격 그 자체가 아니고 인격의 발원물에 지나지 않는 점(즉, 권리양도의 관점에서 볼 때, 양도의 대상이 인격 그 자체는 아닌 점), 현실사회에서 프로덕션과 탤런트와의 계약 등에 의하여 퍼블리시티권이 양도되고 있으며, 양도의 필요성 또한 부정할 수 없는 점 등을 고려하면 퍼블리시티권의 양도를 인정하여야 할 것이라는 견해이다.¹⁴⁸⁾

146) BGHW 1986. 10. 14. VI ZR 10/86

147) 주 8번 참조.

148) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제386면

(2) 부정설

성문법상의 명확한 근거 없이 퍼블리시티권을 인정하기 위해서는 우리 법상 인격권의 법리에 의존하지 않을 수 없는 면이 많고 이를 일신전속적 성격의 인격권과 완전히 분리된 별개의 재산권으로 파악하여 그 양도 가능성까지 인정하기에는 무리가 있으며, 미국의 경우와 달리 우리나라에서는 아직 이러한 권리의 양도가 행해지고 있지 않고 필요시 독점적 이용허락계약을 통해 해결하고 있는 것으로 보이므로 양도성을 인정할 현실적 수요가 크다고 볼 수도 없으므로, 우리 법상으로는 이후 별도의 입법으로 뚜렷한 법적 근거가 마련되지 않는 이상 양도성을 인정하는 데 신중해야 한다는 견해¹⁴⁹⁾와 퍼블리시티권이 인격권과 다르다고 하더라도 인격권을 표상하는 성명·초상 등을 공유하고 있어 그 사용을 인격주체가 통제할 수 있어야 하고, 자신의 동일성을 표상하는 성명·초상 등의 양도는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되며, 양도를 인정하지 않더라도 이용허락을 통해 초상 등의 본인이 경제적 이익을 향유할 수 있으므로 퍼블리시티권이 재산권이기는 하지만 그 양도는 부정하는 것이 옳다는 견해¹⁵⁰⁾ 등이 있다.

(3) 설정적 이전설

퍼블리시티권의 양도성을 긍정하지만 퍼블리시티권은 인격과 불가분적으로 결합되어 있는 권리이므로 그 이전은 승계적 이전이 아닌 설정적 이전으로 제한된다고 보는 견해이다. 이에 따르면 퍼블리시티권의 양도는 재산적 측면의 권리만 설정적으로 이전되고 퍼블리시티권 자체는 본인에게 유보되며, 양도된 퍼블리시티권의 이용은 양수인의 이용 목적에

149) 이해완, 전계서, 제601, 602면

150) 이상정, 전계논문, 제318면

필요한 한도에 한하므로 제3자가 퍼블리시티권을 침해한 경우 퍼블리시티권의 보유자가 양수인과 관계없이 그 구제를 청구할 수 있으므로, 제3자가 퍼블리시티권을 침해한 경우 양수인은 제3자에 대하여 양수한 퍼블리시티권에 기한 손해배상청구는 가능하나 직접 침해금지청구를 할 수는 없다¹⁵¹⁾.

나. 판례의 동향

우리나라에서는 비달사순 사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나 26339 판결)의 판결에서 퍼블리시티권을 인정하면서, ‘이는 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니므로, 그 귀속주체는 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에 대하여 양도할 수 있고, 위 권리의 양수자는 그 권리에 터 잡아 그 침해행위에 대하여는 금지 및 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위하여 침해물건의 폐기를 요구할 수 있다’는 취지로 판시하여 긍정설의 입장을 취한 이래 퍼블리시티권이 양도 가능한 권리인지에 대하여 그 양도가능성을 인정함과 아울러 퍼블리시티권을 양수한 자가 퍼블리시티권의 침해자에 대하여 직접 손해배상 및 침해금지청구를 할 수 있다는 것이 주류적인 입장이다.¹⁵²⁾

다. 소결

퍼블리시티권에 관한 명문의 규정이 없는 우리나라의 상황 하에서 더욱이 퍼블리시티권이라는 것이 개인의 성명, 초상 등 본인의 인격권과

151) 이한주, 전제논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제384면 참조

152) 제임스딘1 사건(서울서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831), 제임스딘 사건2 제1심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결), 장정 사건(수원지방법원 서부지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결), 허브좌훈 사건(서울동부지법 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결), Von Duch 사건(서울북부지방법원 2008. 11. 27. 선고 2008가합3187 판결) 등

밀접한 관계에 있음을 고려할 때 이를 독립된 권리로서 인정함에 있어 그 양도성까지 인정함에 있어서는 신중해야 한다는 견해가 일견 타당성이 있을 수 있다. 그러나 퍼블리시티권이 독립된 배타적 재산권임을 인정하는 이상 민법의 대원칙인 계약자유의 원칙에 비추어 그 양도성을 인정함이 타당하고, 양도성을 긍정함으로써 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로서 인정하는 실익이 있다. 부정설이 언급하는 바와 같은 문제점은, 퍼블리시티권 양도의 범위 및 효과에 관한 당사자 의사표시의 합리적 해석과 아울러 민법 제103조, 제104조의 규정 등을 통하여 통제가 가능할 것이다.

3. 관련 문제

실제적으로 퍼블리시티권의 행사는 그 권리의 양도에 의하여 이루어지는 경우가 많고, 따라서 퍼블리시티권의 양도는 그 권리행사에 있어서 중요한 위치를 차지하고 있다. 그러한 양도의 방식에는 포괄적 양도와 부분적 양도가 있고, 양도가 아닌 단순한 사용의 허락과 독점적 허락이 있는바, 이하에서는 그 각 경우별로 나누어 법률관계를 살펴보기로 한다.

가. 양도

(1) 포괄적 양도

저작권법 제45조 제1항은 “저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다고 규정하여 저작재산권의 경우 포괄적인 양도 가능성을 인정하고 있다. 저작재산권과 같이 지적재산권의 일종인 퍼블리시티권의 경우에도 포괄적 양도가 허용될 것인가가 문제된다. 만약 퍼블리시티권의 포괄적인 양도계약을 허용한다면, 위와 같은 포괄적인 양도계약이 이루어진 후

에는 양도인은 자신의 퍼블리시티권에 관한 어떠한 권리도 행사할 수 없게 될 것인바, 퍼블리시티권이 독립한 재산권이기는 하나 개인의 동일성 표지를 대상으로 하는 것으로서 그 인격적 요소에서 기인하였다는 점에서 그 허용 여부를 검토하여 볼 필요가 있다. 이는 결국 계약자유의 원칙 내지 사적자치의 원칙과의 조화의 문제라 할 것이다. 만약 퍼블리시티권의 포괄적인 양도계약을 모두 무효라고 한다면, 이는 명백히 당사자의 의사에 반할 뿐만 아니라, 사실상 도리어 불합리한 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 양도인과 양수인의 평등한 지위가 보장되고, 양도인의 의사결정의 자유가 보장된 상태에서 이루어진 포괄적인 양도계약은 그 유효성을 인정할 수 있을 것이다. 다만, 일정한 경우 그 계약의 내용에 비추어 그것이 신의성실의 원칙에 반하거나 공서양속에 반하는 등의 사유로 무효가 되는 경우가 있을 수 있다.

위와 같이 퍼블리시티권이 양도되면 양수인이 그 권리를 행사하고, 제3자가 양도인의 초상, 성명을 무단으로 광고에 이용한 경우는 양수인이 직접 제3자를 상대로 손해배상 또는 침해행위의 배제를 구할 수 있음은 물론, 양도인이 자기의 초상, 성명을 상업적으로 이용한 경우에도 양수인이 양도인을 상대로 퍼블리시티권의 침해에 대한 배상을 청구할 수 있다. 그러나 퍼블리시티권이 이전되더라도 초상권, 성명권과 같은 인격권은 여전히 양도인만이 보유하고 있으므로, 양수인이나 제3자가 양도인의 초상이나 성명을 함부로 사용함으로써 인격권을 침해한 경우에는 양도인만이 인격권 침해로 인한 정신적 손해의 배상을 구할 수 있다.

한편, 퍼블리시티권이 이중으로 양도된 경우, 부동산과 같이 퍼블리시티권의 양도를 공시할 방법이 없는 현재 상황 하에서는 채권 이중양도의 법리와 같이 그 문제를 해결할 수밖에 없을 것으로 보인다. 다만, 향후 입법에 있어서는 퍼블리시티권의 양도 등에 관한 사항을 등록할 수 있는 제도를 마련하는 방안을 검토해 볼 필요성이 있다.

(2) 일부 양도

특정인의 자기동일성 내지 외적 인격에 내재하는 재산적 가치의 총체를 의미하는 퍼블리시티권의 일부 양도가 가능한지와 관련하여, 앞서 본 바와 같이 명문의 규정으로 권리의 일부 양도를 인정하는 지적재산권과 달리 퍼블리시티권에 대하여는 성문법상 규정이 없어 그 인정 여부에 관하여 논란이 있다.

부정하는 견해는, 퍼블리시티권의 양수인은 양수한 범위 내에서 그 권리의 배타적 이용은 물론 타인에 대한 양도도 가능하며 퍼블리시티권자와 일부 권리의 양수인이 각자 제3자에게 이용을 양도한 경우, 또는 위 권리자들과 침해자 사이에 손해배상 청구소송이 제기된 경우 등에 있어서도 상당한 혼란이 발생할 가능성이 많다¹⁵³⁾는 점을 근거로 한다. 이에 반하여 긍정하는 견해는, 당사자간의 계약자유의 원칙상 퍼블리시티권은 재산권이기 때문에 소유권의 한 내용인 처분권 행사 여부뿐만 아니라 처분권의 범위조차도 재산권인 퍼블리시티권의 보유자에게 있다¹⁵⁴⁾는 점을 근거로 한다.

살피건대, 퍼블리시티권이 배타적 재산권으로서 양도성을 가진다는 점을 인정하는 이상 그 일부 양도도 가능하다고 봄이 타당하다. 일부 양도를 긍정하더라도 퍼블리시티권의 보호대상 별로 분리하여, 또는 사용지역이나 품목 별로 분리하여 양도하게 될 것이므로 법률관계를 규율함에 있어 부정설이 근거로 하는 바와 같은 상황이 발생할 가능성은 크지 않을 것이다.

(3) 장래 권리의 양도

인격권적 요소에서 기인하는 퍼블리시티권에 있어서 그 보호 대상물이 발생하기 전에 미리 장래에 발생할 퍼블리시티권을 양도할 수 있는지가

153) 박도희, 전계논문, 제1165면

154) 김세권, 전계논문, 제147면

문제되나, 현재 사실상 신인 연예인과의 전속계약 등에 있어서 이와 같이 장래 발생할 퍼블리시티권의 양도가 빈번히 이루어지고 있고, 계약자유 원칙상 그 대상과 내용이 어느 정도 구체적으로 특정 가능한 이상 이를 부정할 이유는 없다고 보인다. 다만, 일정한 경우 그와 같은 계약이 공서양속에 반하거나 현저히 불공정한 계약으로서 무효가 되는 경우가 있을 수 있을 것이다.

나. 사용허락

사용허락에는 ‘단순허락’과 ‘독점적 허락’이 있고, 이러한 사용허락계약은 당사자간의 신뢰관계를 바탕으로 하여 이루어지는 것이므로 그 사용권은 퍼블리시티권자의 동의 없이 제3자에게 임의로 양도할 수 없다고 보아야 할 것이다.¹⁵⁵⁾

(1) 단순 사용허락

‘단순 사용허락(nonexclusive license)’은 허락에 의해 제한된 지역과 범위 내에서 허락자의 동일성표지를 사용하는 데 있어서의 단순한 허락을 의미한다. 단순 사용허락은 퍼블리시티권자가 복수의 사람에 대하여 권리의 사용을 중첩적으로 허락할 수 있는데, 이 경우에 사용권자는 이 권리를 배타적·독점적으로 사용할 수 없다는 점에서 단순허락에 의한 사용계약은 사실상 이루어지지 않고 있다.¹⁵⁶⁾ 이는 퍼블리시티권의 설정적 이전으로서, 퍼블리시티권자 본인에 대하여 사용자의 퍼블리시티권 사용을 정당화할 수 있는 채권으로서의 성격을 가질 뿐이다. 따라서 단순한 사용허락을 받은 자는 다른 제3자의 사용에 대하여 금지 및 배제청구나 손해배상청구 등을 할 수 없다.

155) 오세용, 전계논문, 제112면

156) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上)-호사유피 인사유명의 현대적 변용”, 저스티스 (2007. 04.), 한국법학원, 제178-제179면

(2) 독점적 사용허락

‘독점적 사용허락(exclusive license)’은 퍼블리시티권자가 그 사용자에게 일정한 범위 내에서 퍼블리시티권을 독점적으로 사용하는 것을 인정하거나 사용자 이외의 다른 사람에게는 사용허락을 하지 않기로 하는 특약을 체결하는 경우이다. 이러한 독점적 사용허락을 받은 자의 경우 제3자가 독점적으로 사용허락된 범위에서 퍼블리시티권을 사용한 경우 직접 그 제3자에 대하여 그 침해금지 및 배제를 청구할 수 있는지가 문제된다.

이에 대하여는, 독점적 사용허락이 채권적 계약이라는 의미는 퍼블리시티권이라는 물권적 권리의 승계적 이전이 아닌 설정적 이전이라는 것을 말하는 것일 뿐, 사용권자의 지위는 독점적 사용허락에 의해 사실상 퍼블리시티권을 양도받은 자와 비슷하므로 독점적 허락을 받은 사용자도 자신 이외의 자가 자신이 독점적으로 허락받은 범위에 속하는 퍼블리시티권을 사용할 경우 그 금지와 배제를 청구할 수 있다는 견해¹⁵⁷⁾와 독점적 사용허락을 받은 자도 퍼블리시티권의 보유자에 대하여 자신만이 퍼블리시티권을 이용하고 보유자는 퍼블리시티권을 행사해서는 안 된다는 내용의 채권을 갖고 있을 뿐이므로, 제3자가 이를 침해하더라도 위 채권에 기하여 직접 금지청구나 손해배상청구를 할 수 없고, 사용자가 채권자대위의 법리에 따라 퍼블리시티권자를 대위하여 침해자를 상대로 금지 및 배제청구권을 행사할 수 있을 뿐이며, 제3자의 침해가 민법상 일반적으로 인정되는 적극적 채권침해의 요건을 갖추는 경우 예외적으로 직접 손해배상청구가 가능하다는 견해¹⁵⁸⁾가 있다.

살피건대, 독점적 사용허락을 받은 자도 채권적 계약의 당사자에 불과하다는 점에서 아무런 실정법적 근거 없이 퍼블리시티권의 경우에만 이

157) 김세권, 전계논문, 제67-제68면 참조

158) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제381-제382면 참조 : 남형두, 전계논문, 제181면 참조

러한 채권적 권리를 가지는 자에게 물권적 권리를 인정할 특별한 이유가 없는 점, 채권자대위의 법리를 이용하더라도 이러한 경우 퍼블리시티권자의 무자력은 그 요건이 아니라 할 것이어서 독점적 사용허락을 받은 자의 권리 보호에 큰 문제가 없을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 독점적 사용허락을 받은 자의 제3자에 대한 직접적인 배제나 금지청구를 허용하지 아니하는 후자의 견해가 타당하다.

IV. 상속성 인정 여부

앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권이 인정 가능한지, 퍼블리시티권의 보호대상이 침해된 것인지 문제가 된 대부분의 사안들은 그 해당자가 생존한 경우였다. 그러나 앞서 제임스 딘의 성명과 관련된 일련의 사건 등에서 보듯이 퍼블리시티권의 보유자가 사망한 후에도 여전히 그의 성명, 초상 등 동일성표지의 경제적 가치가 존속하거나 오히려 더욱 높아지는 경우가 있다. 퍼블리시티권이 특정인의 동일성표지가 동의 없이 상업적으로 이용되는 것을 막기 위한 것으로서 재산권적 성격을 가지고 있다는 점에 대해서는 대부분 견해가 일치하나, 나아가 그와 같은 퍼블리시티권이 해당자가 사망한 후에도 존속하여 그 유족에게 상속되는지, 만일 존속한다면 그 존속기간은 얼마 동안이라고 보아야 할 것인지에 대하여는 상당한 논란이 있는바, 이에 관하여는 긍정설, 부정설 및 절충설(생존 중에 자신의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용한 사실이 있는 경우에만 사후에 존속한다고 보는 견해)이 있다. 또한, 퍼블리시티권의 사후 존속성을 긍정하는 입장에서도 그 존속기간을 어떻게 설정한 것인지에 관하여는 의견이 일치되지 않는다.

1. 외국의 동향

가. 미국

퍼블리시티권이 상속될 수 있는지에 대하여는 판례가 상속을 인정하는 입장과 부정하는 입장으로 나누어지고, 각 주마다 태도가 다를 뿐만 아니라, 퍼블리시티권의 상속 가능성을 인정하는 주에서도 그 존속기간에 있어서는 그 견해가 통일되어 있지 않다. 미국에서는 36개주가 보통법 혹은 성문법으로 퍼블리시티권을 인정하고 있는데, 이 가운데 18개주가 성문법을 제정하여 퍼블리시티권을 인정하고 있다. 성문법을 제정한 18개주 가운데에서 뉴욕주와 필라델피아주 등 2개주는 명시적으로 사망한 자의 퍼블리시티권을 부인하나 13개주는 이를 인정하고 있다.¹⁵⁹⁾ 성문법을 제정하여 사망한 자의 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주로서 대표적인 곳은 케네시주, 인디애나주, 캘리포니아주이고, 보통법상의 퍼블리시티권을 인정하는 주들 중 상속성을 폭넓게 인정하는 곳으로는 조지아주가 있으며, 뉴욕주는 퍼블리시티권을 일반 민사법에서 규정하여 보호하면서 상속성을 부인하고 있는데, 퍼블리시티권에 대한 미국 각 주법의 내용은 아래 표와 같다.¹⁶⁰⁾ 이와 같이 각 주별로 퍼블리시티권의 보호에 관하여 다양한 모습을 보이고 있어 통일적인 보호를 위하여 퍼블리시티권에 관한 연방법 제정의 필요성이 주장되고 있는 상황이다.

주	(제정년) 수정년	포함되는 identity	사후의 특별규정	사후 보호기간	구제	뉴스미디어 제외
캘리포니아	(1972) 1985	명, 초, 류, 성	유	50년	손, 징, 변	유
플로리다	(1967)	명, 초, 류	유	40년	금, 손, 징	유
인디애나	(1994)	명, 초, 류, 성	유	100년	금, 손, 징, 변	유
켄터키	(1984)	명, 류	유	50년	-	무
매서췌세츄	(1974)	명, 류	무	-	금, 손, 3배	무

159) 배금자, 전계논문, 제7면

160) 이상정, 전계논문, 제320면에서 재인용

네브래스카	(1979)	명, 류	유	없다	-	유
네바다	(1989)	명, 초, 류, 성	유	50년	금, 손, 징	유
뉴욕	(1903) 1995	명, 류, 성	무	-	금, 손, 징	무
오클라호마	(1955) 1986	명, 초, 류, 성	유	100년	금, 손, 징, 변	유
로드 아일랜드	(1972) 1980	명, 류	무	-	금, 손, 3배	무
테네시	(1984)	명, 초, 류,	유	10년	금, 손	유
텍사스	(1987)	명, 초, 류, 성	유	50년	손, 징, 변	유
유타	(1909) 1981	명, 류	무	-	금, 손, 징, 변	무
버지니아	(1904) 1977	명, 류	유	20년	금, 손, 징	무
워싱턴	(1998)	명, 초, 류, 성	유	10년 도는 75년	금, 손	유
위스콘신	(1997)	명, 류	무	-	금, 손, 변	유
명(이름), 초(초상), 류(유사한 것=likeness), 성(목소리), 금=금지청구, 손=손해배상, 징=징벌적 배상, 변=변호사비용 부담						

나. 독일

앞서 본 바와 같이 독일에서는 미국의 퍼블리시터권과 같은 권리를 인정하고 있지는 않으나, 명예권 등 인격권이 사후에 그대로 존속한다고 보는 것이 통설 및 판례의 입장으로서, 이에 따라 실제적으로 퍼블리시터권을 보호하는 것과 같은 효과를 얻고 있다.

독일 기본법 제1조제1항에 의하면 인간의 존엄은 불가침이고, 이를 존중하고 보호하는 것이 모든 국가권력의 의무라고 한다. 그리고 이러한

의무는 개인의 사망으로써 종료되지 않는다고 한다. 따라서 사자는 권리능력이 없지만, 생존시에 창출한 가치와 작품이 존속하는 한 이러한 것에 대한 권리, 즉 인격권이 존속한다고 한다. 그리고 사자의 인격권에 의하여 보호하려고 하는 것은 사자의 이익(Interessen des Toten)이라고 한다.¹⁶¹⁾

한편, 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22에서는 초상권에 관하여 규정하면서 본인의 사후 10년을 경과할 때까지는 근친자의 동의를 필요로 한다고 하여 사망한 자의 초상에 대하여 10년간의 보호를 부여하고 있다. 여기서 ‘근친자’란 본인의 배우자 및 자녀를 말하고 배우자도 자녀도 없는 경우에는 부모를 말한다고 한다.

다. 일본

일본에서도 퍼블리시티권에 관하여 입법이 이루어진 바 없어 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 것인지, 상속성을 인정한다면 그 존속기간을 어떻게 볼 것인지에 관하여는 논란이 있다. 학설로는 퍼블리시티권이 인격과 불가분의 관계에 있고, 그에 관한 명문의 규정이 없다는 이유로 상속성을 부정하는 견해와 상속성을 인정하되 그 존속기간에 관하여는 ① 일반 재산권과 같이 무기한으로 존속한다는 견해, ② 퍼블리시티권은 저작인접권과 유사하므로 저작인접권에 관한 규정을 유추하여 사후존속기간을 사후 30년으로 보아야 한다는 견해, ③ 독일의 KUG에 규정된 초상권의 존속 기간과 같이 사후 10년으로 보아야 한다는 견해, ④ 개인의 서명이나 초상이 타인의 영리목적으로 상품이나 서비스에 이용되는 한 존속한다는 견해, ⑤ 상속성을 인정한 이상 부당한 행사에 대하여는 신의칙이나 권리남용의 법리를 통해 해결함이 타당하다는 견해 등이 있다.

2. 우리나라

161) 김재형, “모델소설과 인격권”, 인권과 정의 255호, 대한변호사협회, 1997, 제63면

가. 학설

(1) 긍정설

사람이 사망하더라도 그의 퍼블리시티권은 상속인들에게 상속된다고 보는 견해로서 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

① 상품에의 사용을 명예훼손적 사용이라고 하기 힘들 것이고, 따라서 유족에 의한 규제가 쉽지 않고, 상속을 인정하지 아니하면 초상 등의 본인 사망하는 순간 그 초상 등을 이용할 수 있는 권리가 사업가 등으로 사실상 이전하는 형상이 되어 초상본인에게 가까운 자보다 초상본인과 무관한 사업가, 자본가에게 그 상속이 일어나게 되어 부당하다.¹⁶²⁾

② 퍼블리시티권은 프라이버시권으로는 해결하지 못하는 사안을 해결하기 위하여 등장하였고, 그 법률적 성질이 상표권, 저작권과 유사한 지적재산권의 일종이라는 점을 감안한다면 상속성을 인정한다고 해도 무리가 없다.¹⁶³⁾

③ 사람의 외적 인격은 출생과 함께 발생하지만, 사망으로 종식되지 않으며, 이러한 외적 인격의 발현이 외부로부터 평가되어 재산적 가치를 가진다면, 다른 재산권과 마찬가지로 이러한 선전가치성 내지는 고객흡인력이 있는 성명이나 초상 등은 독립하여 재산권을 형성하게 되고, 이 재산권은 인격권의 소멸과는 관계 없이 존속하게 되므로 이러한 재산권으로서의 외적 인격이 가지는 권리인 인격재산권은 당연히 이전성을 가지며, 인격재산권인 이른바 퍼블리시티권은 상속의 대상이 된다.¹⁶⁴⁾

④ 사람이 사망한 경우 인격 자체는 소멸하더라도 인격적 이익만은 유족에게 승계되는 것이므로 그 인격적 이익이 화체된 재화인 퍼블리시티

162) 이상정, 전계논문, 제320면

163) 나윤수, 박흥진, 전계논문, 제446면

164) 정희섭, '퍼블리시티(Publicity)권리의 이전성에 관한 연구, 동아대학교 박사학위논문, 2002. 제101면

권도 일반재산과 함께 유족에게 상속된다.¹⁶⁵⁾

(2) 부정설

이 견해는 권리자가 사망하면 그 사람의 퍼블리시티권도 함께 소멸하므로 그의 성명, 초상 등에 관한 상업적인 이용에 관한 권리는 공중의 영역으로 돌아가게 되어 누구나 자유로이 사용할 수 있게 된다는 입장으로서, 그 구체적인 내용들은 다음과 같다.

① 퍼블리시티권이 인격권과 불가분의 관계에 있을 뿐만 아니라 성문법의 근거가 없는 상태에서 보호기간을 자의적인 해석론으로 결정하기도 어렵다.¹⁶⁶⁾

② 퍼블리시티권이 재산권이라 하여 당연히 상속되는 것이라고 할 수 없고(예컨대, 연금청구권은 재산권적 성격을 가지나 상속성이 없다), 퍼블리시티권은 한 인간의 인격(동일성)을 상징하는 이름, 초상 등의 상업적인 이용에 관한 권리란 점에서 인격과 완전히 단절될 수 있는 것이라고 보기 어려우며, 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 경우 법률상 명문의 규정없이 그 존속기간을 한정하기는 어렵고 그렇다고 하여 퍼블리시티권이 영원히 존속한다고 한다면 사후 수백 년이 지난 후에도 그 후손이 조상의 퍼블리시티권의 침해를 이유로 그 사용을 금지시키거나 손해배상을 구할 수 있게 되는 결과가 되어 명백히 부당하므로(모 컴퓨터회사는 상품명을 솔로몬으로 하여 판매를 하고 있는데 이러한 경우 그 후손전부를 추적하여 승낙을 얻는 것은 사실상 불가능하다고 할 것이다) 퍼블리시티권도 본인의 사망으로 소멸하고 유족에게 상속되지 아니한다.¹⁶⁷⁾

(3) 절충설

165) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제392면

166) 이해완, 전계서, 제603면

167) 이한주, “퍼블리시티권-성명·초상등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임, 민사재판의 제문제 9권, 한국사법행정학회, 1997, 제555면

생존 중에 자기의 성명, 초상등을 상업적으로 이용한 적이 있는 경우에만 사후에 존속한다고 보는 견해이다.¹⁶⁸⁾ 이 견해는 본인이 생존 중에 자기의 성명, 초상을 이용하여 경제적 이익을 취한 바 없다면 퍼블리시티권이 발생하지 아니하였으므로 사후에 그의 성명, 초상이 상업적으로 이용되더라도 재산상 손실이 없고, 퍼블리시티권은 무형의 권리로서, 저작권이 구체적으로 표현된 경우에 비로소 인정되듯이 본인이 생존 중에 계약 등으로 양도 또는 사용허락하는 등 이를 권리로 행사하여야만 비로소 상속될 수 있는 재산권으로서의 구체성을 띠게 되며, 본인이 생존 중에 퍼블리시티권을 행사하지 아니하였다는 것은 사후에도 이를 행사할 것을 바라지 아니하는 것으로 해석될 수 있는데, 언론의 자유를 제약할 우려가 있는 퍼블리시티권을 본인의 의사에 반하여서까지 후손들에게 인정할 필요가 없다는 것을 그 근거로 들고 있다.¹⁶⁹⁾

나. 판례

우리나라에서는 퍼블리시티권에 관한 대법원의 판례는 아직까지 나오지 아니하고 이에 관하여 언급한 하급심 판결들만이 있다. 법원은, 제임스딘1 사건(서울서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결)에서는 1955년에 사망한 미국의 유명 영화배우 James Dean의 성명을 국내의 류업체가 속옷의 상표로 등록하여 사용한 것과 관련하여 ‘국내에서도 성명, 초상 등의 상업적 이용과 같은 특수 분야에 있어서는 기존의 인격권의 일종으로서의 초상권과는 별도로 재산적 권리로서의 특성을 가지는, 이른바 Publicity권의 성립을 인정할 여지가 있다’고 하면서도 “Publicity권이 아직까지 성문법상의 권리로서 인정되지 않고 있고, 향유주체(저명인에게만 인정될 것인가, 저명인이 아닌 일반인 모두에게도 인

168) 송영식·이상정·황종환, 「지적소유권법」, 육법사, 1994, 제989면

169) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제391면

정될 것인가, 또는 법인이나 단체에게도 인정될 수 있는가의 문제) 및 양도의 가능 여부 등에 관하여 아직까지 학설의 대립이 있을 뿐, 이에 대한 일치된 견해가 없는 점, Publicity권이 한 사람의 인격을 상징하는 성명, 초상 등을 상업적 이용이 가능한 특수 분야에서 이용할 수 있는 권리를 의미한다는 점에서 볼 때 그 당사자의 인격과 완전히 분리된 독립된 권리 또는 무체재산권과 유사한 권리라고 보기 어려운 점, 재산권이라고 하여 반드시 상속이 가능한 것은 아닌 점(예컨대, 연금청구권), 등을 고려하여 볼 때, 일반적으로 인격권은 상속될 수 없는 것과 마찬가지로 Publicity권도 상속될 수 없는 권리라고 파악하는 것이 타당하다고 할 것이다.”라고 판시함으로써 그 상속성을 부정하였으나,¹⁷⁰⁾ 제임스 딘 사건² 제1심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결)에서는 “(전략)…이러한 성명이나 초상 등이 갖는 재산적 가치를 지배하는 권리를 퍼블리시티권(the Right of Publicity)이라고도 하는데, 이는 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있으므로, 그 권리자 또는 그 권리를 상속하거나 양수한 자는 그 권리에 기하여 침해행위의 금지 또는 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위한 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다 할 것이다.”라고 판시함으로써 퍼블리시티권의 상속 가능성을 긍정하였는데, 다만 그 존속기간에 관하여는 언급하지 아니하였다.

이후 법원은 이효석 사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결)에서는, 퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점, 퍼블리시티권에 관하여는 그 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정

170) 이와 유사한 사안인 서울지방법원 1997.11.21. 선고, 97가합5560 판결에서는 원고가 제임스 딘은 42년 전에 사망하였으나 망인의 퍼블리시티권은 사후 50년간 존속한다고 주장한 것에 대하여, “퍼블리시티권의 상속이 인정된다고 가정할 경우에도 퍼블리시티권은 개인의 성과와 밀접한 관계가 있어 세월이 지남에 따라 그 권리로서의 존재가치는 희석화되고 일정기간이 지나면 결국 소멸되고 마는 권리”라고 판시하면서 ‘제임스 딘’ 혹은 ‘JAMES DEAN’이라는 표장이 포함된 상품에 대한 원고의 금지청구를 기각하였다.

을 유추적용함이 상당한 점, 상속성을 부정하는 경우 사망이라는 우연적 요소에 의하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되므로 부당한 결과를 가져올 우려가 큰 점 등을 근거로 퍼블리시티권의 상속성을 인정하면서 그 존속 기간에 관하여는 ‘저작권법을 유추하여 해당자의 사후 50년으로 제한된다’고 판시하였고, 최근 Von Duch 사건(서울북부지방법원 2008. 11. 27. 선고 2008가합3187 판결)에서도 ‘퍼블리시티권이 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있다’고 판시함으로써 퍼블리시티권의 상속 가능성을 긍정한 바 있다.¹⁷¹⁾

다. 소결

퍼블리시티권의 사후존속을 인정하여 사망자의 퍼블리시티권을 보호할 것인가의 문제는 원론적으로는 퍼블리시티권을 인격권으로 볼 것인지, 재산권으로 볼 것인지에 따라 달라지는 문제이기는 하나, 이를 재산권으로 보는 입장에서도 퍼블리시티권의 상속 가능성을 인정하는 것이 표현의 자유 등과의 관계에 비추어 공공정책적 견지에서 과연 타당한 것인가에 따라 결론이 달라진다. 결국 이는 상속성이 얻게 될 퍼블리시티 가치라는 이익과 공공의 이익과의 비교형량의 문제라 할 것이다. 앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권은 프라이버시권만으로 보호받지 못하는 부분을 보호하고자 하는 의도에서 인정된 권리로서 기본적으로 독점 배타적 재산권이라 할 것이고, 퍼블리시티권이 재산권이라면 그 상속성을 인정하는 것이 논리적이고, 연금청구권과 같이 상속을 부정할 만한 특별한 사유가 없어 보이는 점, 퍼블리시티권은 저작권과 같이 많은 노력과 시간이 소요되는 것으로서 지적재산권의 일종으로서의 성격을 가지는데, 우리 저

171) 이와 관련하여 박찬숙 의원이 대표발의한 ‘저작권법 일부개정법률안’ 및 이성현 의원이 대표 발의한 ‘저작권법 일부개정법률안’에서는 모두 초상재산권의 존속기간을 생존시로 한정하여 그 상속성을 부정하고 있다.

작권법도 저작인격권의 경우 상속성을 인정하고 있는 점, 만약 퍼블리시티권의 상속성이 인정되지 않는다면 유명인이 사망 직전 제3자에게 독점적인 라이선스를 부여하는 계약을 맺고 사망한 경우, 유명인의 사망 후에는 누구나 이를 이용할 수 있게 된다는 결과가 되어 불합리한 점, 부정설은 퍼블리시티권에 대한 입법이 이루어지지 않은 상태에서도 사자에 대한 경애와 추모의 감정을 해하는 정도에 이르러 사회통념상 위법성을 인정할 만한 경우에는 불법행위가 성립하므로 그에 따라 보호될 수 있다고 하나, 이 경우 위자료청구만이 허용될 뿐이어서 결국 퍼블리시티권이 생겨나게 된 연원과 배치되는 점 등에 비추어 보면 퍼블리시티권의 상속성을 인정함이 타당하다. 그리고 절충설과 같이 생존 이용을 요건으로 하는 견해는, 그와 같은 우연한 사정에 따라 권리의 상속 여부를 결정짓는 기준으로 삼는 것은 부당하고, 생존 중 권리를 행사하지 아니하였다고 하여 그 권리를 유족들에게 상속시키지 않으려는 의사였다고까지 추단할 수는 없는 점, 사망자가 생존 중 이를 이용하였는지 여부를 판단함이 반드시 명확하지도 아니한 점, 본인의 사망으로 비로소 유명인이 되는 경우도 있을 수 있는 점 등에 비추어 보면 타당하지 아니하다 할 것이다.

다만, 퍼블리시티권의 상속성을 인정한다 하더라도 그 권리가 영구 무한정으로 상속된다는 것은 공공의 이익과 지나치게 배치되고, 부동산과 같이 물리적 실체가 없는 관념상의 것에 대한 권리인 퍼블리시티권의 특성상 현실적으로도 가능하지 아니하므로, 퍼블리시티권의 사후 존속기간을 설정하여 이를 제한할 필요가 있다 할 것이다.

3. 관련 문제-사후 존속기간

긍정설의 입장에 따라 퍼블리시티권의 사후 존속가능성을 인정한다 하더라도 그 존속기간에 명문의 규정이 없는 우리나라의 경우 이를 어떻게 설정할 것인지 문제가 된다. 이에 관하여는 우리나라의 학설로는, ① 상

속인에게 승계된 퍼블리시티권의 존속기간은 사망 후의 세월의 경과 정도, 고인의 이름, 얼굴 등 인격적 속성에 관한 상품가치의 희석 내지 고객흡인력의 약화 정도, 이용의 태양, 이용자의 주관적 사정 등을 종합적으로 고찰하여 신의칙에 따라 합리적이라고 판단되는 기간으로 제한할 수 있다는 견해¹⁷²⁾, ② 영구적으로 또는 「영리적으로 이용되지 않을 때까지」 존속한다고 하는 것도 막연하여 법적안정성을 해치므로 초상사진의 저작권과 마찬가지로 사후 50년으로 하는 것이 타당하다는 견해¹⁷³⁾, ③ 퍼블리시티권을 채권 및 소유권 이외의 재산권으로 보아 현행 민법 제162조 제2항을 유추적용함으로써 20년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성하는 것으로 하여 사후권리에 대한 문제를 해결할 수 있다는 견해¹⁷⁴⁾등이 있다.¹⁷⁵⁾

앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권을 사후에도 일정기간 존속하는 것으로 인정할 필요는 있으나, 그 기한을 영구·무한정이라고 보는 것은 법 정책적으로나 실제상으로나 타당하지 아니하므로 그 법적 안정성을 위해서는 입법에 의하여 퍼블리시티권의 사후존속 가능성과 그 존속기간을 규정하는 것이 가장 바람직하다 할 것이다. 신의칙에 따라 합리적이라고 판단되는 기간으로 제한하여야 한다는 견해는 판단자에 따라 존속기간이 달라져 법적 안정성을 해할 수 있고, 각 경우별로 합리적이라고 판단되는 기간을 정하는 것도 쉽지 아니할 것으로 보이는 점에서 타당하지 않고, 존속기간을 20년으로 보게 되면 퍼블리시티권의 지적재산권으로서의 성격을 고려할 때 다른 지적재산권과의 형평에 비추어 상대적으로 너무 짧다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 소멸시효에 관한 규정을 권리의 존속기간에 관한 규정으로 가져온다는 것은 구조상으로도 맞지 아니하여 타당

172) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제393-394면

173) 이상정, 전계논문, 제320면

174) 정희섭, “퍼블리시티(Publicity)권리의 상속성에 관한 고찰”, 동아대학교 출판부, 2002, 제 252, 253면

175) 이에 반하여 미국에서는 퍼블리시티권의 사후존속기간에 대한 논의가 다양한데, ① 50년설, ② 50년 이하설, ③ 30년설, ④ 20년설, ⑤ 5~10년설, ⑥ 배우자 및 자녀의 생애설, ⑦ case-by-case 결정설, ⑧ 무기한설(상업적이용한도설) 등이 있다. : 김세권, 전계논문, 제162면

하지 않으므로, 결국 현재 입법이 이루어지지 아니한 상황에서는 저작권법의 규정을 유추적용하여 퍼블리시티권의 사후존속기간을 50년으로 설정함이 가장 타당하다고 보인다.

제5장 퍼블리시티권 침해에 대한 구제

I. 침해의 유형 및 판단기준

앞서 본 바와 같이 우리나라에서도 1995년 서울지방법원에서 처음으로 퍼블리시티권이라는 용어를 사용한 이후 퍼블리시티권의 존재를 인정하는 판결에서 나아가 그 양도성, 상속성 등에 관한 다양한 사안에 대한 판결이 나오고 있고, 각 사안에서 문제된 퍼블리시티권의 침해의 유형도 점점 더 다양해지고 있다. 우리나라의 문화, 광고 산업이 발달해감에 따라 그 침해의 유형은 더욱 복잡해지고 그 경우도 빈번해 질 것으로 보인다. 특히 퍼블리시티권이 인정되는지가 문제가 된 것은 결국 그 침해가 있었는지를 판단하기 위한 것이었고, 퍼블리시티권이 인정된다 하더라도 그 침해의 요건에 해당하지 않는다면 이는 공공의 영역으로 들어와 자유로이 일반 공중이 이용할 수 있는 경우에 해당하게 될 것이어서 결국 퍼블리시티권에 관한 논의의 핵심은 그 침해 여부에 관한 판단에 있다 할 것이다. 따라서 이하에서는 퍼블리시티권 침해를 국내 판례를 중심으로 그 유형별로 나누어 고찰해 보고, 이에 따라 퍼블리시티권의 침해의 판단기준에 관한 일반적 요건을 설정해 보고자 한다.

1. 침해의 유형

가. 광고에 이용한 경우

현실적으로 퍼블리시티권의 침해에 있어서 가장 많이 나타나는 것이 ‘광고’에 유명인의 성명, 초상 등 기타 동일성표지를 이용하는 경우라 할 것이다. 광고에 타인의 성명, 초상 등을 사용하는 것은 특수한 형태의 상업적 이용행위로서 사회통념상 그 성명, 초상 등의 귀속주체에게 일정

한 대가를 지급할 것으로 기대되는 영역이기 때문에 이 영역에 대하여 퍼블리시티권이라는 배타적 권리를 인정한다고 하여 표현의 자유에 대한 부당한 제한이라고 볼 수 없기 때문이다.¹⁷⁶⁾ 광고의 대상은 상품이거나 서비스일 수도 있고, 그 종류가 무엇인지는 문제되지 아니하며, 광고가 상품이나 서비스의 판매 등 영리목적에 위한 것뿐만 아니라 자선단체나 정부기관 등 비영리단체의 홍보를 위한 것일 때도 퍼블리시티권 침해에 해당할 수 있다. 그러나 광고되는 제품, 책, 연극, 뮤지컬의 제작자, 저자, 작곡자 또는 출연자를 밝히기 위하여 그의 성명, 초상을 광고에 이용하는 것은 승낙이 추정되어 허용된다고 본다. 미국의 뉴욕주, 오클라호마주, 로드아일랜드주, 플로리다주, 인디애나주, 매사추세츠주, 네브라스카주에서는 성문법으로 이를 허용하고 있다.¹⁷⁷⁾

유명인의 성명 또는 초상 등이 광고에 이용되는 경우는 이는 다시 아무런 계약이 없이 이루어지는 무단이용의 경우, 계약의 내용과 달리 부정이용하는 경우(이는 광고계약에서 정한 기간을 초과하여 이용하거나 위 광고계약에서 정한 광고매체 이외의 매체를 통하여 광고하는 경우 등이 있을 수 있다), 무권리자의 허락에 의한 이용 등으로 나누어질 수 있다.

(1) 무단이용

허락 없이 타인의 성명, 초상 등을 광고에 이용한 경우에는 당연히 퍼블리시티권 침해를 구성한다. 다만, 타인의 성명, 초상 그 자체가 아니라 이와 동일 또는 유사한 이미지를 광고에 사용한 경우도 퍼블리시티권의 침해에 해당할지가 문제가 된다. 우리나라의 판결로는 초상권의 침해가 문제된 것이기는 하나 이와 관련하여 앞서 본 임격정 사건(서울고등법원 1998. 10. 13. 선고97나43323 판결)이 있는데, ‘위 사안에서는 이 사건

176) 이해완, 전계서, 제604면

177) 한위수, 전계논문 [“퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”], 제119-제120면

드라마를 보았거나 원고를 알고 있는 사람이라면 누구나 이 사건 인물화를 보고 위 드라마의 임격정 역과 그 임격정으로 분장한 원고의 모습을 떠올리기에 충분하다'고 하여 그 캐릭터가 특정 유명인과 동일성을 가진다고 판단하였다. 미국의 판례를 보면, 앞서 본 Vanna White 사건에서 개인의 이미지를 무단으로 광고에 이용하여 퍼블리시티권 침해에 해당한다고 판시된 바 있다.

(2) 부정이용

실제 광고 이용을 통한 퍼블리시티권 침해가 문제되는 사안은 대부분 아무런 광고계약도 없이 이루어지는 무단침해의 경우보다는 광고계약 등 일정한 계약관계가 있기는 하나 그 계약에서 정한 기간이나 범위를 초과하는 이용에 의하여 발생하는 경우가 많다. 이는 광고계약 등의 내용이 명확하지 않은 경우가 많아 그 해석과 관련하여 분쟁이 생길 수 있는 여지가 많기 때문인 것으로 보인다.

광고출연계약에서 정한 기간이 만료된 경우에도 이용한 경우로서는, 최애숙 사건(서울지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 판결¹⁷⁸⁾), 이영애 사건(서울지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결¹⁷⁹⁾), 박주봉 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결), 김미화 사건(서울중앙지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합66455 사건) 등이 있다. 또한, 광고출연계약에서 정한 매체 이외의 매체에 이용한 경우로서는, 한혜숙 사건(서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결¹⁸⁰⁾)이 있다. 이와 관련하여, 유명인과 광고계약을 체결

178) 이는 우리나라 법원에서 퍼블리시티권이라는 용어가 등장하기 전의 것으로서 성명권과 초상권의 침해가 문제된 것이기는 하나, 앞서 본 바와 같이 실질적으로 퍼블리시티권의 침해가 문제된 사안이라 할 수 있다.

179) 같은 취지의 판결로는 의약품제조·판매업자인 피고는 유명 탤런트인 원고 최진실과 광고계약을 체결하였으나 계약기간이 지난 후에도 원고의 상반신 사진이 인쇄된 포장용기를 약 60개월간 약국에 공급한 사건이 있다 (서울고등법원 2000. 5. 16. 선고 99나30444 판결).

180) 위 판결 역시 우리나라 법원에서 퍼블리시티권이라는 용어가 등장하기 전의 것으로서 성명권과 초상권의 침해가 문제된 것이기는 하나, 앞서 본 바와 같이 실질적으로 퍼블리시티권의

한 회사가 위 광고계약상 별도의 내용이 없음에도 불구하고 당해 회사의 홈페이지의 회사 연혁 소개 부분에 그 회사의 상품 광고물을 게재한 경우 그 광고에 등장하는 유명인의 초상에 관한 이용이 퍼블리시티권의 침해에 해당하는지가 문제가 될 수 있다. 위의 '이영애 사건'에서 피고 회사는 그동안 피고 회사의 광고모델이었던 자들의 포스터들을 모아서 게재하고 있었는데, 이에 대하여 법원은 "피고 회사의 연혁을 기존의 포스터들을 모아서 보여주는 방법으로 설명하기 위한 것에 불과하고, 위 홈페이지의 방문자들도 그와 같이 인식할 것이며, 동종 화장품 업계 회사들 대부분도 마찬가지로 홈페이지 등에 회사의 연혁 등을 설명하기 위한 방법으로 기존의 광고물인 포스터 등을 모아서 게재하고 있는 점 등으로 보아 피고 회사가 위 포스터 뷰란에 원고의 포스터들을 게재한 것은 피고 회사의 연혁을 설명하면서 과거에 원고가 피고 회사의 모델이었다는 사실을 표방하는 것일 뿐이므로 위와 같은 정도의 초상사용행위는 원고가 묵시적으로 승낙하였거나 피고 회사가 이 사건 계약(광고출연계약)을 통하여 당연히 행사할 수 있는 권리범위에 포함된다."고 하며 퍼블리시티권의 침해를 부인하였다.¹⁸¹⁾

(3) 무권리자의 허락에 의한 이용-필름 타이업(Tie-up)에 의한 초상사용 문제

영화, 드라마 산업 등의 발달로 상품 제작, 판매자들 등 복수의 광고주가 하나의 광고 스페이스 또는 시간을 공유하여 상승효과를 노리고 영화나 드라마의 명장면이나 배우의 얼굴을 따와서 상품의 인지도를 높이는 광고를 사용하는 경우가 늘어나고 있는데 이러한 광고 방법을 타이업(Tie-Up)광고라고 한다.¹⁸²⁾ 이 경우 일반적으로 영화나 드라마에 등장

침해가 문제된 사안이라 할 수 있다.

181) 박준우, 전제논문("퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구"), 제54면

182) 이와 비교하여 PPL은 "Products in placement"의 줄임말로써 영화나 드라마 등에서 특정 제품을 노출시켜 광고효과를 노리는 간접광고를 말한다. 이러한 PPL광고는 브랜드명이나 협찬

하는 배우는 영화나 드라마의 촬영에 동의하였으므로 일정 범위 내에서는 영화나 드라마 광고를 목적으로 자신의 초상을 사용하는 데 있어서는 동의하였다고 볼 수 있을 것이다. 하지만, 나아가 영화나 드라마가 아닌 제품의 광고에 자신의 초상 등이 이용되는 것에도 동의하였다고 볼 수 있을지가 문제된다. 즉, 이러한 광고 방법을 사용하고자 하는 자가 영화·드라마의 제작자나 기획자로부터만 허락을 얻는 것으로 족한가의 문제이다. 결국 위와 같은 필름 타이업(Tie-up)에 따른 초상사용의 문제는 초상권자의 분명한 사전 허락 여부를 확인하여야 한다고 보며, 제작자나 기획사의 허락만으로는 후에 법적 분쟁이 발생할 여지가 없지 않다. 따라서 계약 당시 그에 관하여 분명한 내용의 합의를 해두어야 할 것이다.¹⁸³⁾ 우리나라의 경우, 원고 은지원이 출연한 영화의 제작사가 피고에게 원고의 화보촬영사진을 주어 이를 광고에 이용하도록 한 경우 초상권의 침해를 인정한 바 있다.¹⁸⁴⁾

나. 상품 또는 서비스의 목적물로 이용한 경우

타인의 허락 없이 그의 초상이나 성명이 새겨진 상품(화보집¹⁸⁵⁾, 브로

업체의 이미지 등을 노출시켜 관객이나 시청자들의 무의식중에 해당 업체의 제품에 대해 호의적인 이미지를 가질 수 있도록 하는 형태를 취한다. 즉, 영화나 드라마 속에 자사의 제품을 노출시켜 브랜드에 대한 소비자의 인지도를 높이는데 목적이 있다. 이와 달리 타이업(Tie-Up)광고는 영화나 드라마의 장면이나 배우의 얼굴을 따와서 광고에 사용하거나, 영화나 드라마의 촬영현장에서 광고 촬영을 겸하는 것으로 광고주들이 공동으로 광고를 하는 광고 방법을 말한다.

183) 윤경, 전개서, 제931면

184) 은지원 사건(수원지방법원 2005. 1. 13. 선고 2004가단20834 판결)

185) 배용준 영상화보집 사건(서울중앙지법 2007.1.31. 선고 2005가합51001 판결). 영상저작물 또는 음반의 출연자 또는 실연자의 성명이나 초상 등을 제품의 표지, 포장, 광고에 사용하는 것에 대한 허락을 얻은 제작자인 피고 회사들이 추후에 그 영상저작물 또는 음반을 다시 복제·생산하여 판매하는 과정에서 제품의 표지, 포장 또는 광고에 그 유명인인 원고의 성명이나 초상을 별도의 허락 없이 사용한 것과 관련하여, 법원은, 이 경우에도 피고 회사들이 해당 영상저작물 또는 음반의 제작에 대한 정당한 권한이 있는 한, 원고의 성명 또는 초상의 사용이 "그 영상저작물 또는 음반의 배포·통상의 홍보에 수반하는 필수적인 범위 내의 사용"인 경우에는 퍼블리시티권의 침해가 아니지만, 음반 및 영상물 제작·판매업자인 피고회사들이 뮤직비디오에 출연한 유명 영화배우인 원고들의 초상을 이용하여 영상화보집을 제작·판매한 것은 퍼블리시티권의 침해에 해당한다고 판시하였다.

마이드¹⁸⁶), 상품권¹⁸⁷) 등)을 제작, 판매하거나, 그의 초상 등을 서비스의 목적물로 이용하는 것(사진¹⁸⁸)이나 밀랍인형 등의 전시물¹⁸⁹), 핸드폰 캐릭터¹⁹⁰) 등)도 전형적인 퍼블리시티권의 침해 유형에 해당한다.

다. 상표 또는 도메인 네임으로 이용한 경우

현행법상 타인의 성명을 상표로 등록하고자 하는 자는 그 타인의 승낙을 얻어야 한다.¹⁹¹) 다만, 이미 사망한 자의 경우에는 상속인 등 유족의 승낙을 얻을 필요는 없다 할 것이다. 이와 관련하여 대표적인 사례로는 속옷 등 의류를 제조, 판매하는 피고가 사망한 유명 영화배우인 제임스인의 성명을 그 유족의 승낙 없이 제작 제품의 상표로 등록하여 사용한 사건이 있다.¹⁹²) 한편, 유명인의 성명 등을 상표로 등록하여 사용하는

186) 박찬호 사건(서울고등법원 1998. 9. 29.자 98마35 결정)

187) 이효석 사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결)

188) 스크린 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2006가합106519)

189) 배용준 밀랍인형 사건(서울고등법원 2006. 6. 14. 2006라229 결정). 신청인들의 초상을 이용하여 제작된 밀랍인형을 전시하려던 피신청인회사에 대하여, 법원은 일단 재산권으로서의 초상권을 인정한 후, 그 한계에 대하여 "예술의 자유 또는 표현의 자유와의 관계에 있어서는 창작의 목적, 창작물의 예술성 내지 심미성, 상업적 이용 가능성 및 잠재적 시장에 미치는 영향, 초상권 사용대가에 관한 협의의 경위와 초상권자의 의사 등"을 고려하여야 한다고 하였다. 그리고 예술의 자유 및 표현의 자유와 관련하여 "전시대상인 밀랍인형들이 의견상 신청인들의 실물을 제대로 묘사한 것이 아니어서 완성도가 떨어짐으로 인하여 신청인들의 명성, 인상 등을 훼손하거나 그 명성을 저하시킬 부려가 있음"을 이유로 "피보전권리인 신청인들의 초상권이 피신청인의 예술의 자유 또는 표현의 자유에 의하여 제한되지 아니하는 경우"라며 가처분을 결정하였다.

190) 정준하 사건(서울중앙지법 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결)

191) 상표법 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표)

①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조의 규정에 불구하고 상표등록을 받을 수 없다

6. 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다. (출처 : 상표법 제 09678호 2009.5.21 일부개정)

192) 제임스딘1 사건(서울서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831), 제임스딘 사건2 제1심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결). 그 외에도 비달사순 사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결), 박주봉 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결), 심형래 사건(서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합63759 판결) 등이 유명인의 성명이나 초상을 상표로 사용하여 문제가 된 사안들이다.

것이 퍼블리시티권의 침해에 해당하는지와 관련하여, 법원은 ‘각 표장의 등록상표에 대하여 무효심결이 확정되기 전까지는 상표권자가 상표권을 보유하여 이를 사용할 수 있으므로 이는 상표권에 기한 정당한 사용으로서 퍼블리시티권의 침해에 해당하지 아니한다’는 취지로 판시한 바도 있다.¹⁹³⁾ 그러나 등록상표라는 사정만으로 그에 대한 무효심결이 확정되기 전까지는 퍼블리시티권의 침해에 해당하지 않는다고 보는 것은 타당하지 않다고 보인다.

도메인 네임은 사람들이 인식하거나 기억하기 쉬운 형태로 전환시켜 표현한 상태의 인터넷 주소(Internet Address)로서, 인터넷에 연결되어 정보를 제공하는 컴퓨터의 가상적 위치를 숫자의 조합으로 나타낸 명칭인 인터넷 주소를 사용의 편의상 이해하기 쉬운 문자, 숫자 또는 기호의 형태로 변환시켜 사람들이 이를 쉽게 인식, 기억하고 사용할 수 있도록 할 뿐만 아니라 그것만 보고서도 어느 정도까지는 그 웹사이트의 성격과 내용을 이해할 수 있도록 한 것, 즉 인간친화적인(human-friendly) 인터넷 주소가 도메인 네임인 것이다.¹⁹⁴⁾ 도메인 네임을 등록함에 있어서는

193) 위 서울지방법원 99가합84901 판결 ; 피고 회사들이 제임스 닐의 성명, 초상 등을 이용한 각 표장의 등록상표권자로부터 그 사용허락을 받아 이를 제품과 그 포장지, 간판, 전단, 카탈로그, 포스터, 인터넷 도메인 등에 표시하여 의류, 벨트 등의 상품을 제조, 판매한 것이 퍼블리시티권을 침해하는지에 대하여, 법원은 “가사 원고에게 소의 땅 제임스 닐에 관한 퍼블리시티권 등이 귀속한다 하더라도, 소의 주병진이 이 사건 각 표장에 관하여 지정상품을 의류, 신발, 화장품, 레스토랑 등으로 한 상표권설정등록을 설정한 후 피고들에게 위 각 표장의 사용을 허락하여 피고들이 위 각 표장을 사용하여 의류, 벨트 등의 상품을 제조, 판매하여 오고 있는 사실은 위에서 본 바와 같은 바, 위 주병진의 이 사건 각 표장에 관한 등록상표에 대하여 무효심결이 확정되기까지는 위 주병진이 위 각 표장에 관한 상표권을 보유하여 이를 사용할 수 있다 할 것이어서, 위 주병진의 허락을 받아 위 각 표장을 사용하는 피고들로서는 위 각 표장에 관한 등록상표에 대하여 무효심결이 확정되지 아니한 이상 위 각 표장을 사용할 정당한 권리가 있으므로, 원고는 피고들에게 위 제임스 닐에 관한 퍼블리시티권의 침해를 이유로 그 침해행위의 금지 및 침해물건의 폐기를 구할 수 없다.”고 판시하고, 피고들의 등록상표권에 기한 이 사건 각 표장 사용이 권리남용에 해당한다는 원고의 주장에 대하여도, “피고들이 등록상표권에 기하여 이 사건 각 표장을 사용하고 있는 이상, 그 등록상표에 관한 무효심결이 확정되기까지는 등록상표권자는 그 상표를 사용할 수 있는 것이므로, 그 표장이 다른 사람의 퍼블리시티권을 침해한다는 사정만으로는 피고들의 등록상표사용을 권리남용에 해당하는 것이라 할 수 없다.”고 판시하였다.

194) 권영준, “도메인 네임에 관한 지적재산권 법적문제점”, 사법논집 31집(2000. 12.), 법원도서관, 제305. 306면

특별한 요건 없이 선등록주의 원칙이 적용되어 먼저 등록한 자에게 사용권이 인정된다. 만약 유명인의 성명을 이용한 도메인 네임의 등록이 단순한 유명인의 홍보나 팬클럽 운영 등의 목적이 아닌 유명인과 무관한 부당한 경제적 이익을 목적으로 한 것이라면 이는 퍼블리시티권의 침해에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 유명인 등 개인의 성명의 도메인 등록이 퍼블리시티권 침해에 해당하기 위해서는, ① 개인의 성명이 동의 없이 도메인 네임으로 사용되었을 것, ② 개인의 성명이 상업적으로 이용되었을 것, ③ 이로 인하여 손해가 발생되었을 것을 요건으로 한다¹⁹⁵⁾. 우리나라에서는 유명 법인의 상호 등을 도메인 네임으로 이용한 것이 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당하는지가 문제된 사안들¹⁹⁶⁾이 주로 있다. 다만, 피고가 연예인인 원고의 예명 ‘트위스트 김’을 자신이 운영하는 포르노사이트의 도메인 네임으로 등록하여 이용한 사건(2009. 4. 15. 선고 서울고등법원 2008나26416 판결)에서 법원은, 이러한 피고의 행위가 원고의 명예, 성명권 등의 인격권을 침해한 불법행위에 해당하므로 위자료 2,000만원을 배상할 의무가 있다고 판시하였으나, 원고의 퍼블리시티권 침해 주장에 대하여는 피고의 위 침해행위와 원고의 이미지가 실추되어 입은 재산상 손해 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니한다고 하여 그 주장을 배척한 바 있다. 이는 유명인의 성명 등을 도메인 네임으로 사용한 경우 퍼블리시티권의 침해에 해당할 수 있음을 전제로 한 것으로 보인다.

라. 소설의 모델 등으로 이용한 경우

연예인이나 스포츠 선수 등 유명인의 경우 그 사회적 관심에 따라 그를 모델로 하는 소설이 출간되는 경우가 종종 있다. 그 대표적인 사례가 일명 이휘소 사건이다. 위 사건에서 법원은 ‘문학작품인 소설에서 이휘

195) 권영준, 전계논문, 제357-제359면 참조

196) 서울지방법원 2999. 10. 8. 선고 99가합41812 판결, 서울지방법원 동부지원 1999. 11. 18. 선고 99가합8863 판결, 서울지방법원 1999. 11. 24. 99카합2819결정 등

소의 성명, 사진 등을 사용한 것은 상업적 사용이 아님'을 이유로 퍼블리시티권의 침해를 인정하지 아니하였다.¹⁹⁷⁾ 이와 관련하여 소설 등 문학작품이 유명인을 모델로 하여 창작되고, 그 과정에서 그의 성명이나 초상 등을 이용한 경우 퍼블리시티권의 침해에 해당하는지에 관하여 논란이 있다. 즉, 문학작품이라도 판매와 유통의 목적에 의하여 창작된 것이므로 그를 통하여 경제적 이익을 가져올 수 있다면 문학작품 내의 개인은 상업적으로 이용된 것이므로 개인의 성명 또는 초상을 소설에 이용한 것은 상업적 이용이라고 보아야 한다는 견해¹⁹⁸⁾, 개인의 성명 등을 문학작품에 이용하는 것은 상업적 이용이 아니라는 견해¹⁹⁹⁾, 문학작품에 개인의 성명 등이 이용되었다고 해서 상업적 이용이 아니라고 하기 보다는, 문학작품에 이용되었다고 그것이 표현의 자유의 보호범위에 포함되는가의 여부에 따라 상업적 이용 여부를 결정하여야 한다는 견해²⁰⁰⁾ 등이 있다. 이는 결국 표현의 자유와의 조화의 문제로서, 원칙적으로 평전, 소설 등의 저작물을 창작하는 것을 상업적 이용이라고 볼 수는 없을 것이나, 이를 일률적으로 판단하기 보다는 구체적 사안에서 그 창작의 수단, 목적, 내용 등을 종합적으로 검토하여 저작물의 창작이라고 볼 만한 여지가 없는 상업적 이용에 해당하는지를 판단해야 할 것이다.

마. 게임물에 이용한 경우

197) 앞서 본 박찬호 사건(서울고등법원 1998. 9. 29.자 98라35 결정)에서도 법원은 브로마이드에 관해서는 퍼블리시티권의 침해를 인정하였으나 서적의 경우에는 ① 공적인물에 대한 서술·평가가 자유로워야 한다는 것은 헌법상의 언론·출판·표현의 자유에 의해서 뒷받침되고, ② 공적인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담는 서적인 평전에서는 그 저작물의 성질상 대상자의 성명을 사용하고 그 사진을 게재하는 것은 당연하므로, 대상자의 명예나 권리를 침해하지 않는 한 허용되어야 하고, 그 대상자가 되는 공적인물은 이를 수인하여야 하며, ③ 신청인이 유명야구선수로서 그 성명과 초상을 재산권으로 이용할 수 있는 권리, 즉 퍼블리시티권을 침해하는 것으로 볼 수 있을 정도로 신청인의 성명과 초상 그 자체가 독립적·영리적으로 이용되지 아니하였다는 점을 근거로 퍼블리시티권의 침해를 부인하였다.

198) 남형두, "세계시장관점에서 본 퍼블리시티권: 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권", 저스티스 통권 제86호, 한국법학회, 2005. 8, 제104면.

199) 한위수, 전제논문 ["퍼블리시티권 침해와 민사책임(하)"], 제121면

200) 박준우, "퍼블리시티권의 침해요건 중 '상업적 이용'의 판단기준", 비교사법, 제13권 제2호, 한국비교사법학회, 2006. 6, 제515-제517면.

스포츠 선수의 경우 그 특성상 스포츠게임물 등의 캐릭터로 그 성명이나 초상 등이 이용될 수 있는데, 그 대표적인 사례가 앞서 본 ‘한국프로야구 게임물 사건(서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결)’이다. 위 사안에서 법원은 “피고들이 공동으로 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 성명을 사용한 이 사건 게임물을 제작하여 상업적으로 이동통신회사에 제공함으로써 원고들의 인격권으로서의 성명권 및 퍼블리시티권을 위법하게 침해하였다.”고 판시한 바 있다.

바. 인터넷 사이트의 부가적 콘텐츠로 이용한 경우

유명인의 성명 또는 초상이 인터넷사이트에서 상품 또는 서비스 자체, 광고수단으로 이용되는 경우 이외에도 인터넷사이트 콘텐츠로 이용되지만 상품 또는 서비스 자체도 아니고 광고수단도 아닌 부가적 콘텐츠로 이용되는 경우에도 퍼블리시티권의 침해가 주장될 수 있다.²⁰¹⁾ 그 대표적인 사례가 앞서 본 ‘ensdaq 사건(2007. 12. 12. 선고 서울중앙지방법원 2007가합22441 판결)’이다. 다만, 위 사안에서 법원은 위와 같은 형태로 퍼블리시티권이 침해될 수 있는 가능성은 인정하면서도 ‘이 사건의 경우 피고가 원고들의 성명, 초상 등을 이용한 엔스닥거래소의 주식거래를 통하여 직접적인 경제적 이익을 취득하는 것이 아니라 이 사건 사이트에서 운영하고 있는 부가적인 서비스를 이용하는 회원들을 통하여 그 영업수익을 창출하고 있는 이상 엔스닥거래소에서 이용된 원고들의 성명, 초상 등의 경제적 가치가 피고가 취득한 영업수익으로 전환되었음이 객관적으로 분명하다고는 볼 수 없으므로 원고들의 퍼블리시티권 침해 주장은 이유 없다’는 취지로 판시하여 퍼블리시티권의 침해를 부정하였다.

201) 박준우, 전제논문(“퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구-판례에 나타난 피고의 이용형태를 중심으로-”), 제64면

사. 상품의 디자인으로 이용한 경우

유명인의 성명이나 초상이 상품의 디자인으로 이용되는 경우에도 퍼블리시티권의 침해가 인정될 수 있다. 예를 들어, 유명 연예인이나 예술가의 성명이나 초상을 프린트한 옷이나 액세서리 등을 만들어 판매한 경우가 그것이다. 우리 법원에서 이와 같은 유형의 침해가 문제된 사례로는 앞서 본 ‘이효석 사건(서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결)’이 있는데, 위 사안에서 법원은 피고 회사가 자신이 발행하는 상품권에 유명 소설가인 이효석의 초상 및 서명 등을 사용한 것에 대하여 퍼블리시티권 침해가 되는지에 대한 직접적인 판단을 하지는 않았으나, 그 침해를 인정함에 있어서는 별다른 문제가 없을 것으로 보인다.

2. 침해 여부의 판단 기준

앞서 본 바와 같은 퍼블리시티권 침해의 유형들을 살펴보면, 결국 퍼블리시티권의 침해가 인정되기 위해서는 타인이 유명인 등의 성명, 초상 등을 허락 없이 광고에 사용하거나 이를 직접 판매하는 등 ‘상업적으로 이용’하였어야 한다. 따라서 공적 인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담은 서적인 평전에서 주인공인 공적 인물의 성명이나 초상을 이용하는 것, 정보를 제공하기 위한 목적으로 신문기사나 뉴스 등에 사용된 경우 등에는 퍼블리시티권의 침해로 인정되지 아니할 것이다.

국내에서는 아직 퍼블리시티권 침해 여부의 판단에 관한 구체적인 기준이 정립되어 있지 않고, 개개의 사안별로 판단이 이루어지고 있다. 이와 관련, 퍼블리시티권 침해 판단 기준에 관한 일본의 판례를 보면, ① 퍼블리시티권 침해 여부는 중요한 부분에 있어 해당 저명인의 고객흡인력을 이용하고 있는가 여부를 개별·구체적으로 판단하여야 한다는 판례, ② 고객흡인력을 이용하는 행위라고 하기 위해서는 그 행위가 오로지 저

명인의 고객흡인력에 착안하여 그 경제적 이익 내지 가치를 이용하려는 목적으로 삼고 있는 것인지 여부로 판단하여야 한다는 판례, ③ 초상, 물건의 명칭 등을 사용하는 목적, 방법 및 태양을 전체적·객관적으로 고찰해서 그 사용이 초상, 물건의 명칭 등의 퍼블리시티 가치에 착안해서 그 퍼블리시티 가치의 이용을 목적으로 삼고 있는지 여부로 판단하여야 한다는 판례가 있다. 일반적인 경우에 있어 퍼블리시티권의 침해 여부는 위 일본 하급심 판례 중 ③의 판례의 기준에 따라 판단하는 것이 타당하다고 생각된다.²⁰²⁾

II. 침해에 대한 구제

미국에서는 퍼블리시티권 침해가 발생하는 경우 그 구제방법은 크게 금지처분 청구, 보상적 손해배상 청구, 징벌적 손해배상 청구 등이 고려될 수 있다. 그 밖에 법률에 규정이 있는 경우 변호사 비용도 청구의 대상이 될 수 있다.²⁰³⁾ 우리나라의 경우 퍼블리시티권의 침해는 민사상 불법행위에 해당할 것이므로 우선 이에 대한 손해배상청구가 가능할 것이나, 다만 그 손해배상의 범위를 어디까지 인정할 것인가가 문제된다. 또한, 침해자가 타인의 퍼블리시티권을 침해하여 경제적 이익을 얻었다면 이는 법률상 원인 없이 이익을 얻고 타인에게 손해를 가한 것이므로 부당이득반환청구의 대상이 될 수 있을 것이다. 한편, 퍼블리시티권의 침해에 대한 직접적인 구제책으로서, 민법 제764조에 규정된 침해회복(신용회복)에 적당한 조치나 저작권법의 경우와 같이 금지청구를 구할 수 있을지, 반론보도청구를 할 수 있을지에 대해서는 논란이 있는바, 이하에서는 이를 나누어 살펴보도록 한다.

202) 이한주, 전제논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제406-제407면

203) 이영록, 「퍼블리시티권에 관한 연구(II) 침해이용과 권리행사 제한 그리고 구제수단에 대한 미국에서의 논의를 중심으로」, 저작권연구자료 47, 저작권심의조정위원회, 2004, 제82면

1. 손해배상청구

가. 재산적 손해배상

퍼블리시티권은 재산권이므로 이를 침해하는 행위, 즉 무단으로 타인의 성명, 초상 등의 동일성표지를 상업적으로 이용한 경우 이는 민법상 불법행위에 해당하므로 피침해자는 침해자에 대하여 그가 입은 재산적 손해의 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 피침해자가 퍼블리시티권의 침해로 인하여 입은 손해를 구체적으로 어떻게 산정할 것이냐가 문제된다. 이는 결국 침해자가 이용하여 문제가 된 침해자의 동일성표지의 공정한 시장 가치에 근거한다고 할 것이다. 그러나 이러한 시장가치를 평가한다는 것은 매우 곤란한 일이고, 미국 대부분의 주에서도 퍼블리시티권 침해의 경우 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있지만, 손해배상의 내용에 대하여는 정의하지 않고 있다.²⁰⁴⁾ 결국 침해된 성명, 초상의 시장가치는 침해자가 이를 사용하기 위하여 피침해자에게 지급하였어야 할 사용료 상당액이라 할 것인데, 이는 비교되는 이용, 사람, 액수 등에 대한 전문가의 감정에 따라 밝혀져야 할 것이지만, 만약 종전에 피침해자가 광고이용을 위하여 자신의 동일성표지의 이용을 허락한 바 있다면, 그 때 피침해자가 받았던 사용료를 기준으로 할 수도 있을 것이다.

그런데, 피침해자의 성명, 초상의 공정한 시장가치에 금전적 손해배상을 제한하는 것은 본래적으로 피침해자에게 부당할 수 있다. 왜냐하면, 모든 침해자가 피침해자의 동일성표지의 무단 이용에 대하여 지급하는 대가가 자발적인 협상에서 지급되었어야 할 합리적인 사용료와 동일하다면, 침해자는 변호사 비용을 제외하고는 그의 무단사용으로 인하여 손해

204) 미국의 경우 이러한 퍼블리시티권에 대한 평가기준의 부족에도 불구하고 다양한 법원의 판례들은 손해배상을 평가하기 위한 3가지 조합들을 사용하고 있다. 그것들은 ① 원고의 재산권의 공정한 시장 가치, ② 침해자가 원고가 진입하지 아니한 시장에 있는 경우에는 시가 또는 합리적인 저작권사용료, ③ 침해에 기인한 피고의 이익이 그것이다. ; 이영록, 전거서 [퍼블리시티권에 관한 연구(II)], 제94면

를 볼 것이 전혀 없게 되기 때문이다. 또한, 피침해자의 원상회복을 퍼블리시티 가치에 대한 공정한 시장가치의 평가에 제한하는 것은 그의 장래의 퍼블리시티가치가 그 이용에 의해 희석되는 피침해자에게는 본래적으로 부당할 수 있다. 왜냐하면 피침해자는 자신의 동일성표지를 누가 언제 어디서 어떻게 무엇을 위해 이용할 것인지에 관하여 스스로 결정할 권리를 잃게 되기 때문이다. 따라서 粗惡品을 위한 광고 또는 자기의 이미지를 해치는 광고 등 자발적으로는 결코 이용을 허락하지 아니하였을 이용행위에 대하여는 사용료 상당을 배상할 것이 아니라, 그러한 이용에 의하여 성명, 초상의 상업적 가치가 감소하게 된 부분의 평가액 또는 장래의 수입 감소분을 배상하여야 할 것이며, 특정 상품을 보증하거나 추천하는 취지의 허위광고를 하였거나, 본인의 명성이나 신용을 훼손하는 이용행위를 하였다면 이를 바로잡는 데 필요한 광고비용 등도 배상하여야 한다.²⁰⁵⁾

한편, 저작권법 제125조 제1항은 “저작권재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 “저작권재산권자등”이라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작권재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.”고 규정하고 있고, 상표법 제67조 제2항도 이와 유사한 취지의 규정을 두고 있는바, 이와 같은 규정을 퍼블리시티권의 침해로 인한 손해배상액의 산정에 유추적용할 수 있을지가 문제가 된다. 이에 대하여는 입법론으로는 몰라도 해석론으로는 이를 유추적용할 수 없다는 견해²⁰⁶⁾와 위 규정은 그 취지가 실제 손해액에 대한 입증의 곤란을 완화하기 위한 것과 그로 인한 침해행위의 완화에 있는 것이고, 퍼블리시티권은 지적재산권의 일종이며, 퍼블리시티권의 침해에 대한 손해액을 입증한다는 것은 저작

205) 한위수, 전계논문 [“퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”], 제123면

206) 한위수, 전계논문 [“퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”], 제123면

권의 침해에 대한 손해액의 입증보다도 더 곤란한 점에 비추어 볼 때 위 조항들을 유추적용할 수 있다는 견해²⁰⁷⁾가 있다. 살피건대, 저작권법과 같이 명문 규정이 없는 이상 손해액의 입증이 곤란하다는 사정만으로 위 규정을 유추적용하기는 무리가 있다고 본다. 따라서 별도의 입법이 이루어지지 아니하는 이상 법원이 제반 사정 등을 변론 전체의 취지로 고려하여 손해배상액을 산정함이 타당할 것으로 보인다.

나. 정신적 손해배상

퍼블리시티권이 재산권으로서의 성격을 가진다고 하더라도 그 침해로 인하여 정신적 고통이 발생한 경우라면 피침해자가 침해자에 대하여 이에 대한 위자료를 청구할 수도 있을 것이다. 예컨대 본인이 원하지 아니하는 광고나 제품에 이용되는 경우 자기의 성명이나 초상에 대한 결정권이 침해된데 대한 정신적 고통이 있을 수 있고, 또한 본인이 제3자와 광고전속계약을 체결한 경우 퍼블리시티권을 침해한 광고로 이중으로 광고에 출연하여 이익을 얻고 있는 인상을 주어 본인의 이미지가 나빠질지 모른다는 데에 대한 정신적 고통이 있을 수 있다.²⁰⁸⁾ 그러나 이러한 손해는 통상적인 경우가 아니라 특별한 사정이 있는 경우에 발생하는 것이라 할 것이어서, 피침해자는 침해자가 그러한 사정을 알았거나 알 수 있었다는 점을 입증해야 할 것이다. 앞서 본 우리나라의 하급심 판결에서는 퍼블리시티권의 침해가 문제된 사안에서 대부분 특별한 사정이 없는 한 재산적 손해의 배상으로 정신적 손해는 전보된다고 보고 피침해자의 위자료 청구를 기각하고 있다. 다만, 별도의 인격권 침해를 이유로 위자료 청구를 병합할 수는 있을 것이다.

2. 부당이득반환

207) 윤경, 전게서, 제936, 937면

208) 한위수, 전계논문 [“퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”], 제124면

퍼블리시티권이 재산권으로서의 성격을 가지고 있는 이상 민법상 부당이득의 일반 법리에 따라 타인이 유명인 등의 성명이나 초상 등을 법률상 원인 없이 사용하여 이득을 얻고 그로 인하여 유명인 등이 손해를 입은 경우 타인에 대하여 부당이득의 반환을 청구할 수 있다. 이와 같은 부당이득반환청구권은 앞서 본 불법행위에 기한 손해배상청구권과 경합할 수 있고, 그 성립에 있어 침해자의 고의나 과실을 요하지 아니하며, 소멸시효기간이 10년이라는 점에서 이점이 있다. 미국의 경우, 캘리포니아주 법령에서는 750달러 내지 허락 없는 사용결과로서 침해당한 당사자가 입은 손해액보다 큰 금액 그리고 허락 없는 사용으로부터 얻은 이익액에서 손해액 산정시에 요소로서 참작되지 아니하였던 금액에 대한 보상적 손해배상 중 큰 금액을 청구할 수 있다. 일리노이주 법령도 원고의 실제 손해배상에 부가하여 또는 함께 침해자의 이윤에 대해 제공하고 있다. 일리노이주 법령은 침해자는 1,000달러 또는 무권한의 이용으로부터 얻은 이윤인 실제의 손해배상 중 큰 금액 또는 둘 다에 대해 책임이 있을 수 있다고 규정하고 있다.²⁰⁹⁾

3. 침해금지청구

저작권법 제123조에서는 ‘침해의 정지 등 청구’로서 “① 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(제25조·제31조·제75조·제76조·제76조의2·제82조·제83조 및 제83조의2의 규정에 따른 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. ② 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 가진 자는 제1항의 규정에 따른 청구를 하는 경우에 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그

209) 이영록, 전거서 [퍼블리시티권에 관한 연구(II)], 제103면

밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다.”고 규정함으로써 저작권 침해의 경우 방해예방, 방해정지 및 방해배제청구 등 금지청구권을 부여하고 있다. 이러한 침해금지청구권은 ㉠ 현재 반복, 계속 중인 침해행위의 금지청구권(협회의 금지청구), ㉡ 장래 침해행위의 금지를 구하는 예방청구, ㉢ 위법상태 또는 위법행위 조성물건의 제거와 폐기를 구하는 제거청구로 구성되어 있다.²¹⁰⁾ 특허법이나 상표법 및 부정경쟁방지법에서도 마찬가지이다. 우리나라나 일본 모두 명문의 규정이 없음에도 불구하고 판례상 인격권 침해의 경우에는 금지청구권을 인정하고 있다.

이와 같은 금지청구가 재산권인 퍼블리시티권 침해의 경우에도 명문의 규정 없이 인정될 것인가? 이에 관하여는, ① 언론자유 보호가 강한 미국에서도 퍼블리시티권에 기한 금지가 인정되고 있고, ② 퍼블리시티권이 재산권이라는 하지만 물권 유사의 배타적 권리이고 무단이용의 객체가 성명, 초상 등 인격권과 관계된 것이며, 현재 침해가 일어나고 있는데 이의 금지를 청구할 수 없다면 가장 효과적인 수제수단의 하나를 빼앗는 꼴이 되며, ③ 퍼블리시티권이 지적재산권적 성격을 가지는 배타적인 권리라 할 것이므로 저작권법 제91조의 규정을 유추하여 금지청구를 긍정함이 타당하다는 것이 통설이다.²¹¹⁾ 앞서 본 우리나라 하급심 판결에서도 퍼블리시티권 침해의 경우 금지청구를 허용하고 있다.

4. 명예회복에 적당한 조치

우리 민법 제764조에서는 명예훼손의 경우의 특칙으로 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 가름하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 이와 같은 규정을 퍼블리시티권의 침해의 경우에 유추 적용하여 퍼블리시티권 침해의 경우 피침해자가 침해자에 대하여 정정보

210) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제412면

211) 이상정, 전계논문(“퍼블리시티권에 관한 소고”), 제326면, 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제412면 : 이해완, 전계서, 제609면 : 오승중, 전계서, 제836면 등

도나 판결요지의 게재 등 원상회복조치를 구할 수 있을지가 문제된다. 이에 대하여는, 위 규정은 입법에 의하여 예외적으로 둔 규정이므로 퍼블리시티권 침해의 경우의 구제수단으로 적용할 수 없다²¹²⁾는 견해와 퍼블리시티권에는 인격권적 측면이 있고, 그 침해는 그 양태나 성질에 있어 명예침해와 유사성을 가진다는 점을 근거로 이를 긍정하는 견해²¹³⁾가 있다. 살피건대, 퍼블리시티권은 재산권으로서의 성격을 가지는 점, 재산권 침해에 대한 구제수단은 손해배상이 원칙이고 원상회복은 예외적으로만 인정되는 점, 더욱이 민법 제764조는 명예훼손의 특칙으로 이를 규정함으로써 명예훼손이 있을 것을 요건으로 하고 있는 점 등을 고려하면, 위 규정은 퍼블리시티권의 침해에 대한 구제수단으로 적용될 수 없다고 봄이 타당하다.

한편, 저작권법 제127조도 명예회복 등의 청구로 “저작자 또는 실연자는 고의 또는 과실로 저작인격권 또는 실연자의 인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 위 규정도 역시 인격권 침해에 대한 것으로서 앞서 본 바와 같은 이유로 퍼블리시티권의 경우에는 적용되지 아니한다 할 것이다.

5. 반론보도청구

언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조 제1항은 “사실적 주장에 관한 언론보도등으로 인하여 피해를 입은 자는 그 보도내용에 관한 반론보도를 언론사등에 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이와 관련 퍼블리시티권을 침해하는 내용의 언론보도가 이루어진 경우 위 규정을 원용하여 언론매체에 대하여 반론보도를 청구할 수 있을지가 문제가 된다. 이에 대하여는 권리자는 자신의 승낙 없이 무단으로 광고에 이용되

212) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제414면

213) 정은중, “광고 관련 퍼블리시티권에 관한 고찰”, 경희대학교 석사학위논문, 2000, 134~136면 ; 이상정, 전계논문(“퍼블리시티권에 관한 소고”), 제326면 등

고 그 광고가 공표됨으로 인하여 받은 정신적 고통이 있음은 경험칙상 당연한 것이므로 퍼블리시티권자는 반론보도청구권을 가진다는 긍정설²¹⁴⁾과 광고는 언론기관이 광고주와의 계약에 의하여 광고주의 개인적인 의사표시를 그대로 게재해 주는 것으로 광고주의 주장에 불과할 뿐 언론기관 자체의 사실적 주장으로 볼 수 없으므로, 광고자체를 정정보도청구의 대상으로 삼을 수 없다거나²¹⁵⁾, 퍼블리시티권의 침해로 인정되는 유형인 광고, 상품에의 사용 등은 ‘사실적 주장에 관한 언론보도’로 인정되지 않을 것이며, 그러한 언론보도로 인정되면 퍼블리시티권침해로 인정되지 않을 것이므로 위 규정에 의한 구제가능성은 거의 없다²¹⁶⁾는 부정설이 있다. 살피건대, 반론보도청구를 인정한다면 언론매체가 광고 등 게재시 일일이 퍼블리시티권자의 동의를 확인하여야 하는데 이는 사실상 불가능하고, 광고의 게재로 인하여 피해를 입은 자는 광고주나 언론매체를 상대로 민형사상 별도의 구제수단을 강구할 수 있으므로 광고 자체에 대하여 퍼블리시티권 침해를 이유로 반론보도청구권을 인정할 이유가 없다고 보인다.²¹⁷⁾

6. 수출·입 금지

우리나라 관세법 제234조에서는 ‘헌법질서를 문란하게 하거나 공공의 안녕질서 또는 풍속을 해치는 서적·간행물·도화·영화·음반·비디오물·조각

214) 유대중, “퍼블리시티권에 관한 고찰”, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 제80, 81면

215) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제415면

216) 이해완, 전계서, 제608면

217) 서울지법 1992.9.15.자 92카기474 결정(언론중재 1992년 겨울호 166면)은 "광고는 언론기관이 광고주와의 광고계약에 의하여 광고주 개인적인 의사표시를 그대로 게재해 주는 광고주의 주장에 불과할 뿐 언론기관이 여론의 형성 등을 목적으로 공표한 사실적 주장이라고 할 수 없는데다가, 광고는 언론기관이 광고주로부터 그 대가를 받고 이를 게재해주는 것임에 반하여 정정보도는 이를 무료로 게재해 주어야 하는 것이어서 이른바 대등의 원칙에도 반하게 되는 점 등에 비추어 볼 때, 광고의 게재로 인하여 피해를 받은 자는 광고주 또는 언론기관을 상대로 민형사상의 구제수단을 강구하는 것은 별론으로 하고, 광고자체를 위 법에 의한 정정보도청구의 대상으로 삼을 수 없다."고 판시하였다. : 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제 415면

물 기타 이에 준하는 물품'의 수출 또는 수입을 금지하고, 제235조에서는 '상표법에 따라 등록된 상표권을 침해하거나 저작권법에 따른 저작권과 저작인접권을 침해하는 물품'의 수출 또는 수입을 금지하고 있다. 위 규정들을 유추하여 퍼블리시티권을 침해하는 물품에 대하여도 그 수출 또는 수입을 금지할 수 있을지가 문제된다. 이에 대하여는 위 규정은 국민의 수출·입에 관한 권리의무를 제한하는 규정이므로 위 규정의 적용대상은 열거적·한정적으로 해석하여야 할 것이고, 위 규정에 퍼블리시티권의 침해물품도 수입·수출의 제한을 받는다는 문구가 없으므로 퍼블리시티권의 침해물품에 대하여 위 규정을 유추적용할 수 없다는 것이 대체적인 견해²¹⁸⁾이다. 국민의 기본권 제한 규정의 경우 엄격한 해석이 요구된다는 점에 비추어 볼 때 위와 같은 견해가 타당한 것으로 보인다.

218) 이한주, 전계논문(“퍼블리시티권에 관하여”), 제415면 ; 김세권, 전계논문, 제219면 ; 오준화, “퍼블리시티권의 법적쟁점에 관한 연구”, 고려대학교 법학대학원 석사학위논문, 제156면 등

제6장 입법화에 관한 논의

퍼블리시티권은 앞서 본 바와 같이 개인의 프라이버시(privacy) 보호에 그 기원을 두고 있고, 최근 연예인이나 스포츠 스타를 중심으로 퍼블리시티권에 관한 소송이 늘어나고 있으며, 우리나라 법원에서도 이를 적극적으로 인정하고 있다. 이에 따라 퍼블리시티권에 대한 입법의 필요성에 관한 주장이 강하게 제기되면서 2005년 11월 9일 박찬숙 의원을 대표발의자로 하여 퍼블리시티권의 신설을 중심으로 한 저작권법 일부개정법률안이 발의된 바 있다. 위 개정안은 2006. 12. 28.자 저작권법 전부개정시에 반영되지 못한 채 제17대 국회의 임기 내인 2008. 5. 29.까지 처리되지 못하여 임기만료와 함께 자동 폐기되었다. 이후 이성헌 의원이 2009. 4. 다시 대표발의자로서 박찬숙 의원이 앞서 발의한 바와 유사한 내용의 저작권법 일부개정법률안을 발의하여 현재 위 법안이 국회에 계류 중에 있다. 개인의 성명이나 초상 등은 인격권과는 별도로 재산적 가치를 가지고 있으므로 퍼블리시티권의 보호를 통해 양도성과 상속성을 모두 인정하려면 성문법주의하의 우리나라 법제하에서는 구체적인 입법화 방안이 필요할 것이다.²¹⁹⁾ 일단 생각해 볼 수 있는 퍼블리시티권에 관한 입법형식으로는 저작권법의 개정, 상표법의 개정, 퍼블리시티권에 관한 단행법의 제정, 사생활·명예훼손·퍼블리시티권을 망라하는 법률을 제정하는 것 등이 있을 수 있다.²²⁰⁾ 이하에서는 우리나라 법제하에서의 퍼블리시티권에 관한 조화로운 입법을 위한 전제로서 먼저 현행법상 퍼블리시티권과 관련된 규정 및 이성헌 의원이 발의한 저작권법일부개정법률안의 내용 등을 검토한 후 타당한 입법의 방향을 제시해 보고자 한다.

I. 현행법상 퍼블리시티권과 관련된 규정에 대한 검토

219) 공영주, “퍼블리시티권에 관한 研究”, 영남대학교 대학원, 석사학위논문, 2007, 제78면

220) 구재균, 전제논문, 제212면

1. 민법

앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권의 침해는 원칙적으로 민법 제750조에 규정된 불법행위에 해당하기 때문에 피침해자는 침해자에 대하여 불법행위에 따른 손해배상을 청구할 수 있고, 이와 별도로 민법 제751조에 따라 부당이득의 반환을 청구할 수도 있다. 이밖에도 퍼블리시티권에 관한 계약의 성립 및 해석과 관련하여 민법상 법률행위에 관한 규정이나 계약에 관한 규정이 적용될 수 있다. 퍼블리시티권에 관한 민법상 규율은 퍼블리시티권의 침해의 경우 그 손해액의 입증이나 구제수단으로서의 금지청구의 인정여부 등과 같은 점에 있어 한계성이 있다. 또한 위와 같은 침해구제에 관한 한계성을 제외하더라도 민법은 일반 재산권의 기본법이라는 점에서 초상권만을 단독적으로 규율하기 어려운 법체계를 가지고 있으며, 다른 인격권과의 통일적 규율 또한 쉽지 않을 것이다.²²¹⁾

2. 저작권법

퍼블리시티권과 관련하여 저작권법이 적용될 수 있는 유형으로서, 먼저 유명인 등이 출연한 영상저작물을 저작권자의 허락 없이 재생하거나, 방송 또는 전송하여 상업적으로 이용하는 행위는 저작권 침해행위에 해당하므로 저작인접권에 관한 규정에 의하여 간접적으로 그 영상저작물에 출연한 유명인 등의 퍼블리시티권이 보호될 수 있다. 그러나 실연과 관련된 퍼블리시티권만 보호될 뿐, 퍼블리시티권 분쟁의 대부분을 차지하는 성명, 초상 등에 관한 퍼블리시티권의 보호는 여전히 미흡하다.²²²⁾

또한, 현행 저작권법 제35조에서는 ‘미술저작물등의 전시 또는 복제’라는 제목하에 제4항에서 “위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저

221) 최지란, 전계논문, 제82면

222) 남형두, 전계논문, 제101면

작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.”고 규정하고 있는바, 이에 따라 유명인 등의 초상화나 사진이 그 저작권자인 화가나 사진작가의 동의를 얻어 이용되었다 하더라도 그 촉탁자인 유명인 등의 동의 없이 무단 이용된 경우에는 위 규정에 따라 규제될 수 있다. 다만, 이 규정은 초상 또는 사진 본인의 인격권보호를 위하여 저작권자의 저작권을 제한하는 규정이므로, 이 규정을 통하여 퍼블리시티권자에게 발생한 재산상 손해에 대한 규제를 기대하는 것은 어렵다고 볼 것이다.²²³⁾

3. 상표법

상표법 제7조 제1항 제2호에서는 “국가·인종·민족·공공단체·종교 또는 저명한 고인과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대하여 나쁜 평판을 받게 할 염려가 있는 상표”의 상표등록을 금지하고 있다. 따라서 저명한 고인의 성명 등을 사용하는 상표의 경우에는 고인과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대하여 나쁜 평판을 받게 할 염려가 있는 경우에 해당하지 않는 한 상속인들의 동의를 받지 않고서도 이를 상표로 등록할 수 있다. 다만, 상속인들의 동의 없이 고인과의 관계를 허위로 표시한 경우, 그러한 상표는 상표법 제7조 제1항 제4호에 규정된 “상표 그 자체 또는 상표가 상품에 사용되는 경우 수요자에게 주는 의미와 내용 등이 일반인의 통상적인 도덕관념인 선량한 풍속에 어긋나거나 공공의 질서를 해칠 우려가 있는 상표”에 해당되어 상표등록이 거절될 수 있을 것이다. 그런데 이와 같이 저명한 고인의 성명 등을 상속인들의 동의 없이 상표로 등록하는 것을 허용하는 것은 퍼블리시티권의 상속성을 인정하는 것과 충돌의 문제를 일으킬 수 있다. 따라서 저명한 고인의 성명을 상표로 등록하는 경우에는 고인과 관련이 있는 기념사업회나 재단, 후원회 등과 같은 경우

223) 오준화, 전계논문, 제87면

에 한하여 상속인들의 동의 없이 상표등록이 가능한 것으로 상표법을 개정할 필요가 있을 것으로 보인다. 한편, 상표법 제7조 제1항 제6호에서는 “저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여, 생존 중인 저명한 타인의 성명 등은 그의 승낙을 얻은 경우에 한하여 상표로 등록할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 상표법의 규정에 따라 유명인의 성명 등이 무단으로 상표로 등록되는 것이 금지됨으로써 간접적으로 퍼블리시티권이 보호될 수 있으나, 그 보호가 매우 제한적이고 소극적이라는 문제점이 있다.

4. 부정경쟁방지법

우리나라의 현행 부정경쟁방지법에서는 부정경쟁행위의 유형을 제한적으로 열거하고 있다. 즉, 제2조 제1호에서는 ‘부정경쟁행위’를 각 규정하면서 가호에서는 “국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(반포) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위”를, 나호에서는 “국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위”를 각 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 그런데, 위에서 규정된 ‘국내에 널리 인식된 타인의 성명’이란 거래상 상품의 표시나 영업의 표시로서 상당 기간 사용되어 상표적 의미를 획득한 성명에 한정된다고 해석되고 있어 결국 위 규정으로 모든 유명인의 퍼블리시티권이 보호될 수 없다. 또한, 이 규정이 퍼블리시티권에 적용되기 위해서는 유명인의 성명 등이 상품 또는 서비스에 이용되고 있어 유명인과 유명인의 성명을 이용한 자가 경쟁관계 등에 있어야 한다.²²⁴⁾

또한, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 바목에서는 “타인의 상품을 사칭(詐稱)하거나 상품 또는 그 광고에 상품의 품질, 내용, 제조방법, 용도 또는 수량을 오인하게 하는 선전 또는 표지를 하거나 이러한 방법이나 표지로서 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하는 행위”를 부정경쟁행위로 규정하고 있고, 여기서 규정하고 있는 오인야기행위에는 상품에 대한 ‘추천·후원관계에 관한 오인’도 포함될 수 있다 할 것이므로 유명인의 초상 등을 상품이나 서비스의 광고에 이용하는 경우 위 바목의 적용이 고려될 수 있을 것이다. 한편, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 아목에서는 “정당한 권원이 없는 자가 다음의 어느 하나의 목적으로 국내에 널리 인 식된 타인의 성명, 상호, 상표, 그 밖의 표지와 동일하거나 유사한 도메 인이름을 등록·보유·이전 또는 사용하는 행위 (1) 상표 등 표지에 대하여 정당한 권원이 있는 자 또는 제3자에게 판매하거나 대여할 목적 (2) 정당한 권원이 있는 자의 도메인이름의 등록 및 사용을 방해할 목적 (3) 그 밖에 상업적 이익을 얻을 목적”을 부정경쟁행위로 규정하고 있는바, 위 아목에 따라 유명인의 성명이 상업적 목적으로 도메인 네임으로 무단 이용되는 것을 규제할 수 있을 것이다.

그러나 앞서 본 바와 같이 부정경쟁행위에 해당하기 위해서는 일반적 인 퍼블리시티권의 침해의 경우보다 그 보호대상 및 요건이 엄격하게 규정되어 있어 현행 부정경쟁방지법과 같은 요건을 요구할 경우에는 그에 의하여 퍼블리시티권이 보호될 수 있는 여지가 크지 않을 것으로 보인다.

II. 저작권법 일부개정법률안의 내용

2009. 4. 이성헌 의원 등이 발의한 저작권법 일부개정법률안은, ‘저작권

224) 오준화, “퍼블리시티권의 법적 쟁점에 관한 연구”, 고려대학교 법무대학원 석사학위논문, 2009, 제90면,

물의 정의'에 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물뿐만 아니라 재산적 가치가 있는 사람(단체를 포함한다)의 초상·성명 및 음성 등 창작 부산물까지 확대하고, 저작물을 예시하고 있는 제4조의 규정에 '초상저작물'²²⁵⁾을 신설하면서 초상재산권에 관한 별도의 장(章)을 신설하고 있다. 그 제안이유 및 구체적인 내용은 다음과 같다.

1. 제안이유

개인의 초상(肖像) 등이 공개되어 권리를 침해당하는 경우 인격적 측면에서 초상권침해를 이유로 손해배상에 의해 구제되고 있으나, 특히 영화배우, 운동선수 등 유명인의 경우 무분별한 초상의 도용(盜用) 또는 광고 등 상업적 이용으로 인하여 권리를 침해당하는 경우 인격적 측면의 구제만으로는 적절한 대응책이 되지 못하는 실정임.

현실적으로 유명인의 초상(肖像), 성명, 음성 등 각종 이미지는 상당한 구매입력을 수반하여 광고와 상품판매 등 경제활동에 이용할 수 있는 재산적 가치가 매우 큰 것임에도 불구하고 그동안 법적 근거가 마련되지 않아 무분별한 침해가 다수 발생하고 이에 대한 정당한 경제적 보상기회조차 박탈되어 왔음.

외국의 경우는 '퍼블리시티권(Right of Publicity)'이라는 개념으로 문화산업의 발전을 위해 그 권리의 대상범위를 점점 확대하는 등 적극적인 조치를 하고 있으며, 우리나라도 최근 한류열풍 등 국제시장에서 문화 콘텐츠의 산업적 가치가 높아짐에 따라 법적인 장치에 의한 보호가 더욱 절실해지고 있는 실정임.

이에 광고 또는 상품판매 등에 활용될 수 있는 초상, 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지가 본인의 동의 없이 무분별하게 상업적으로 이용되는 것을 방지하기 위해 초상재산권을 신설하고, 초상재산권의 보호 기간 설정 및 초상재산권을 양도할 수 있도록 하는 법적 근거를 마련하여 무분별한 도용을

225) 위와 같이 저작권법 일부개정법률안에서 “초상재산권”이라는 용어를 사용하고 있는 것에 대해서, 퍼블리시티권의 객체에는 개인의 초상 이외에도 성명 등 자기동일성이 모두 포함되는 것을 이유로 “자기동일성의 상업적 이용권”이라는 표현이 적절하다는 견해가 있다. : 나윤수, 박홍진, 전개논문, 제440면

막고 창작의욕을 높이는 동시에 문화산업의 발전을 도모하려는 것임.

2. 내용

제2조제1호를 다음과 같이 한다.

1. “저작물”은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물 및 재산적 가치가 있는 사람(단체를 포함한다)의 초상·성명 및 음성 등 창작 부산물을 말한다.

제4조제1항에 제10호를 다음과 같이 신설하고, 같은 조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.

10. 초상·성명 및 음성 등의 초상저작물

③ 제1항 제10호에 따른 초상저작물의 보호에 필요한 사항은 제8조부터 제56조까지의 규정에도 불구하고 제2장의2에 따른다.

제2장의2(제63조의2부터 제63조의6까지)를 다음과 같이 신설한다.

제2장의2 초상재산권

제63조의2(초상재산권) ① 저작자는 제4조 제1항 제10호에 따른 초상저작물에 관하여 제16조부터 제22조까지의 규정에 따른 권리(이하 “초상재산권”이라 한다)를 가진다.

② 초상재산권은 저작할 때부터 발생하며 어떠한 절차나 형식의 이행을 필요로 하지 아니한다.

③ 초상저작물을 본인의 동의 없이 광고 또는 상업적 목적을 위하여 이용할 수 없다.

제63조의3(보호받는 초상재산권) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 초상저작물은 이 법에 따른 보호를 받는다.

1. 대한민국 국민

2. 초상저작물의 보호와 관련하여 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 외국인

② 제1항에 따라 보호되는 외국인의 초상저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 초상저작물을 보호하지 아니하는 경우 그에 상응하게 조약 및 이 법

에 따른 보호를 제한할 수 있다.

제63조의4(초상재산권의 제한) ① 제23조부터 제37조까지의 규정은 제4조 제1항 제10호에 따른 초상저작물에 관하여 이를 준용한다.

② 초상저작물은 인터넷상에서 영리를 목적으로 하지 아니하는 개인 홈페이지 등에 게재할 수 있다. 다만, 저작자의 명예 등이 부당하게 침해되는 경우에는 그러하지 아니하다.

제63조의5(초상재산권의 보호기간) ① 초상재산권은 생존하는 동안 존속한다.

② 초상재산권을 공동으로 소유하는 경우 초상재산권의 존속기간은 마지막으로 생존하는 자가 사망하는 시점까지로 한다.

제63조의6(초상재산권의 권리의 양도·행사 등) 제45조제1항은 초상재산권자의 권리의 양도에, 제46조는 초상저작물의 이용허락에, 제47조는 초상재산권자의 권리를 목적으로 하는 질권의 행사에, 제48조는 초상재산권이 공동소유인 경우의 권리행사에, 제49조는 초상재산권자의 권리소멸에 관하여 각각 이를 준용한다. 이 경우 제45조제1항·제46조·제47조 및 제49조 중 “저작물”은 “초상저작물”로, “저작재산권자”는 “초상재산권자”로, “저작재산권”은 “초상재산권”으로 본다.

제129조 중 “각 저작재산권자는 다른 저작자 또는 다른 저작재산권자의”를 “각 저작재산권자 또는 초상재산권자는 다른 저작자·다른 저작재산권자 또는 초상재산권자의”로 한다.

3. 검토

위 개정안에서는 초상저작물을 저작물의 범위에 포함시키면서, 단체에 대하여도 퍼블리시티권을 인정하고, 퍼블리시티권을 재산권적 성질을 가진 권리임을 전제로 그 양도성을 인정하면서도 상속성은 인정하지 않고 있다. 한편, 위 개정안에서는 초상재산권 침해시에 대한 구제수단으로서 침해행위의 정지 및 손해배상에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여 보완이 요구된다.

Ⅲ. 퍼블리시티권의 타당한 입법방안에 대한 검토

저작권법의 개정을 통해 퍼블리시티권에 관한 입법을 하자는 견해는, 퍼블리시티권이란 사람이 자신의 성명이나 초상 기타 자기동일성의 상업적 이용 및 그 제한을 할 수 있는 재산권이라고 할 수 있고, 그 법적 성질은 저작권법에서 규정하고 있는 저작인격권이나 저작재산권과 유사하므로 지적재산권의 일종으로 보는 것이 타당하다는 전제에서 있는 것으로 보인다. 이에 대해서는 퍼블리시티권은 기본적으로 재산권적 성격이 강한 권리이지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 본인의 인격과 일체 불가분의 관계에 있는데, ‘초상재산권’에는 그러한 인격적 요소가 배제되어 있다는 근본적인 문제가 존재하며, 또한 재산적 가치가 있는 성명·초상 등은 창작부산물로서 저작권법에 의한 보호대상인 저작물과는 동등한 지위에 놓을 수가 없기 때문에 저작권법에서 ‘저작물의 정의’를 확대하고, ‘초상저작물’을 신설하여 초상재산권에 관한 별도의 장(章)을 저작권법 내에 신설하는 것은 타당하지 않고, 재산적 가치 있는 개인의 성명이나 초상 등은 이미 언급한 바와 같이 대체로 창작 과정이나 창작 후에 육성되는 부산물로서 저작물과 관련이 있으므로 저작권법상으로는 저작물과는 별도의 개념으로서의 창작부산물에 대한 정의 규정을 두고, 저작권법에 대한 특별법적 지위를 갖는 단행법(가칭 ‘퍼블리시티권보호에 관한 법률’)을 제정하는 방안이 타당하다는 견해도 있다.²²⁶⁾

그러나 앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권은 물권에 준하는 지적재산권의 일종으로서의 성격보다는 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로서의 성격을 가진다는 점에서 창작을 보호하는 법률인 저작권법에 퍼블리시티권에 관한 규정을 두는 것은 적절치 못하다고 보이는 점, 저작권은 새로운 저작을 촉진하는 공리주의(utilitarianism)를 추구하는데 반하여 퍼블리시티권은 유명인사라 하여도 일부 예외적인 경우를 제외하고는 그의 성명이나 초상 또는 이미지(celebrity image)를 많이 만들어 팔 것을 권장하지는 않기 때문에 근본적인 차이가 존재하는 점²²⁷⁾, 또한

226) 구재균, 전제논문, 제217면

저작물과 별도로 창작부산물에 대한 규정을 두고 퍼블리시티권을 저작인접권으로 규율하게 될 경우 저작권자는 없고 저작인접권자만이 존재하는 논리적 모순이 생기게 되는 점에 비추어 퍼블리시티권에 관한 입법을 저작권법 개정을 통해 해결하자는 방안은 적절치 못하다 할 것이다. 또한, 퍼블리시티권에 관한 단행법을 제정하자는 방안은, 퍼블리시티권에 관한 법적 규율과 그 해석의 측면에서 완전한 공백을 인정하는 셈이 되어 법적안정성 및 예측가능성을 떨어뜨리는 점, 새로이 단행법을 제정하는 경우 입법에 필요한 정보의 부족 또는 과도한 정보비용의 문제로 인한 법과 현실의 괴리문제가 발생하게 되는 점 등에 비추어 역시 타당하지 않다.

따라서 퍼블리시티권의 법적 성격, 입법의 효율성 및 현재 퍼블리시티권에 관한 법규정이 부존재하는 상황에서 법과 현실의 괴리 상황에 대한 해결 등을 고려할 때, 결국 퍼블리시티권에 관한 입법은 부정경쟁방지법의 개정을 통해 해결하는 것이 가장 타당할 것으로 보인다. 나아가 현행 부정경쟁방지법을 개정의 구체적인 방법으로서, 부정경쟁방지법상 일반적인 요건으로서 ‘혼동가능성’의 법리를 적용할 경우 퍼블리시티권의 침해 요건이 엄격해져 그 보호의 범위가 지나치게 좁아질 위험이 있다는 점에 비추어 이러한 ‘혼동가능성’을 요건으로 하지 아니하는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 상표의 희석화 금지조항 내지 동법 제2조 제1호 아목의 도메인이름 선점금지조항과 같이 별도의 목을 신설하는 것을 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 새로운 형태의 부정경쟁행위가 생길 때마다 별도의 목을 신설하는 것보다는 부정경쟁행위의 정의에 관한 일반조항을 두어 사법부가 부정경쟁행위에 해당하는 행위 여부를 판단하도록 하는 것이 타당하다고 생각된다.²²⁸⁾ 그 구체적인 내용으로는, 미국법

227) 박현일, 전계논문, 제35면 참조

228) 정상조, 전게서, 제601-제602면 참조 : 황의창, 황광연, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법」, 세창출판사, 2006, 제24-제28면 참조 : 이상정, "산업디자인의 법적 보호에 관한 연구-보호방법을 중심으로-", 서울대학교 박사학위논문(1995. 02.), 제234-제255면 참조 : 박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호-유명인의 유사물(유사물)을 이용한 광고를 중심으로-", 산업재산권 22호, 한국산업재산권법학회, 2007, 제192면 참조 : 류영선, "우리나라

학원(American LawInstitute)이 1995년 발간한 부정경쟁에 관한 세 번째Restatement에서 퍼블리시티권을 “타인의 이름, 초상 기타 아이덴티티의 표지를 상업적인 목적으로 이용함으로써 개인의 아이덴티티의 상업적 가치를 승낙 없이 이용하는 자가 책임을 지는 것”이라고 광범위하게 정의²²⁹⁾한 것을 참조할 수 있을 것이다.²³⁰⁾ 다만, 한편, 새로운 입법안을 생각함에 있어서 퍼블리시티권의 보호법익을 고려하는 것 못지않게 이로 인해 침해되는 이익 즉, 표현의 자유 및 국민의 알권리, 학문과 예술의 자유 등과의 조화 문제도 아울러 고려하여야 할 것이다.

법에 의한 산업디자인의 보호 및 한계”, 사법논집 제41집, 대법원 법원행정처, 2005, 제699면
참조 : 정연덕, “아바타의 부정경쟁방지법에 의한 보호”, 창작과 권리 35호(2004. 06.), 세창출판사, 제97-제98면 참조 등

229) “One who appropriates the commercial of a person identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability ……”Restatement (Third) of Unfair Competition § 46 (1995)

230) 위 규정에서는 퍼블리시티권을 부정경쟁법의 자격을 갖춘 한 부분으로써 강력히 인정하고, 허락 없이 개인의 자기동일성의 상업적 가치를 거래의 목적으로 이용하는 것을 불법으로 선언하였다. 또한 프라이버시권과 퍼블리시티권을 구분하면서, 프라이버시권은 개인 감정의 손상에 관한 것이고, 퍼블리시티권은 아이덴티티의 상업적 가치의 이용에 대한 시정을 제공한다고 선언하였다. Restatement는 퍼블리시티권을 개인의 위엄과 자치의 보호에 있는 것으로 보고, 법인 기타의 실체가 아닌 인간만이 퍼블리시티권을 갖는다고 결론지었다. 그리고 퍼블리시티권은 모든 사람 즉, 유명인이건 비유명인이건 고유의 권리임을 인정하였다. : 이영록, 「퍼블리시티권에 관한 연구(I) 그 주체객체에 대한 미국에서의 논의를 중심으로」, 저작권심의조정위원회, 2003, 제27면

제7장 결론

이상에서 아직 우리나라의 일반 국민에게는 잘 알려지지 않았다고 할 수 있는 퍼블리시티권에 관하여 관련 쟁점들을 중심으로 고찰해 보았다. 퍼블리시티권은 미국에서 Haelan 판결 이후 독자적인 권리로 인정되어 발전하여 왔는데, 여타 국가들에서는 아직 퍼블리시티권에 대한 법리가 제대로 정착되지 못하고 그 인정 여부나 입법 여부에 대한 정립이 이루어지지 못하고 있는 실정인 것으로 보인다. 퍼블리시티권에 대한 논의의 중점은 일단 우리와 다른 법체계를 가진 미국을 중심으로 생성, 발전되어 온 퍼블리시티권이라는 권리를 명문규정이 없는 우리나라 상황 하에서 이를 인정할 수 있을지, 이를 인정할 수 있다면 그 도입방안은 어떻게 하는 것이 타당할지라는 의문에서 이 논문이 출발하게 되었고, 그 전제로서 퍼블리시티권에 관한 여러 가지 쟁점들을 고찰해 보게 되었다.

우선 퍼블리시티권의 개념정의에 대한 국내외의 다양한 이론들을 살펴본 후 “개인의 성명, 초상 등 동일성표지를 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻거나 그러한 사용을 통제·금지할 수 있는 권리”라는 퍼블리시티권의 개념을 정립하였다. 이와 같은 개념 정립하에 이를 더욱 명확히 하기 위하여 그 법적 성질을 밝히고, 퍼블리시티권과의 구별개념으로서 인격권, 프라이버시권, 성명권 및 초상권, 저작권, 상표권과 부정경쟁방지법과의 관계를 비교·분석하였다.

퍼블리시티권의 인정 여부와 관련하여, 먼저 그 정당화이론으로 자연권론, 부당이득금지이론(Prevention of Unjust Enrichment Theory), 동기부여이론(Incentive Theory), 효율적 배분이론(Efficient Allocation Theory), 소비자보호이론(Consumer Protection Theory) 등을 살펴본 후 위와 같은 퍼블리시티권의 정당화 근거 및 인정의 필요성에 관하여 일부 반론이 존재함은 사실이나, 퍼블리시티권이 기존의 프라이버시권만으로는 해결할 수 없었던 사안을 해결하기 위해 나름대로 일정한 역할을

담당하여 왔고, 이미 유명인의 성명·초상이 가지는 경제적 가치가 일반 상품처럼 거래의 대상이 되고 있는 현실에서 퍼블리시티권을 인정함이 기본적인 법감정에도 부합한다는 점 등을 들어 퍼블리시티권 인정의 필요성을 설명하였다. 그리고 퍼블리시티권의 인정 여부에 관한 각국의 판례, 학설 및 입법례를 미국, 일본, 영국, 독일로 나누어 살펴보았는데, 그 과정에서 퍼블리시티권이 특히 엔터테인먼트 사업이 발달한 미국을 중심으로 발전해온 권리라는 사실과 각 나라에서도 퍼블리시티권과 관련된 분쟁이 빈번해짐에 따라 이를 자국의 사회·문화·정치·경제적 상황을 고려한 독특한 방식으로 해결하려 노력하고 있음을 알 수 있었다. 나아가 우리나라에서의 퍼블리시티권의 인정 여부에 관한 학설을 살펴보고, 퍼블리시티권의 침해가 문제된 사안에 대한 판결들을 시기적으로 정리하여 고찰해 보았다. 우리나라에서는 아직 명확한 이론이 정립되어 있지는 아니하나, 퍼블리시티권에 관한 하급심의 판결들을 살펴보면 단순히 퍼블리시티권을 인정하는 것에서 나아가 점차 그에 관한 세부적인 법리들을 발전시켜 오고 있다는 사실을 확인할 수 있었다.

다음으로 퍼블리시티권의 내용으로서 먼저 그 향유 주체와 보호대상을 살펴보았다. 먼저 자연인이 퍼블리시티권의 주체로서 인정되는 것은 이견이 없으나, 그 범위에 있어서 유명인뿐만 아니라 일반인도 포함되는지가 문제가 된다. 이에 대한 학설 및 판례는 통일되어 있지 않지만, 어떤 사람이 퍼블리시티권의 주체로 될 수 있는가의 문제는 그 사람이 유명인인지 일반인인지의 구별에 따를 것이 아니라 그 사람이 고객흡인력을 가지고 있는가에 따라 판단될 문제라 할 것이고, 이러한 점에서 일반인도 퍼블리시티권의 향유 주체가 될 수 있다고 보는 통설의 견해가 타당하다고 주장하였다. 또한 퍼블리시티권의 향유 주체를 자연인뿐만 아니라 법인 또는 단체, 동물이나 사물에까지 확대할 수 있을지가 문제되고, 이에 대한 견해의 대립이 존재하나, 퍼블리시티권의 연원 등에 비추어 개인의 인격적인 면이 존재하지 않는 법인 또는 단체, 동물이나 사물은 그 향유 주체가 될 수 없음을 밝혔다. 나아가 퍼블리시티권의 보호객체에 대하여

도 살펴보았는바, 개인의 동일성표지 즉, 개성과 관련되어 개인의 퍼블리시티 가치를 표상하는 것으로서 퍼블리시티권의 보호객체가 될 수 있는 것과 그 한계 밖에 있는 것을 구분하여 언급하였다. 다음으로, 퍼블리시티권의 내용 중 가장 중요하면서도 어려운 쟁점인 퍼블리시티권의 이전성, 즉 양도성과 상속성의 인정 여부에 대하여 살펴보았는데, 이는 결국 퍼블리시티권의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 것인바, 본 논문에서는 퍼블리시티권의 법적 성질을 재산권으로 보아 그 이전성을 적극적으로 인정하는 태도를 취하였다. 나아가 위와 같이 퍼블리시티권의 양도성과 상속성을 인정할 경우 나타날 수 있는 관련 문제로서, 양도에 따른 법률관계, 일부양도의 가부 및 사용허락 계약과 사후 존속기간의 설정에 관한 문제도 아울러 검토해 보았다.

퍼블리시티권의 침해에 대하여는 먼저 침해의 유형을 나누어 살펴본 후, 퍼블리시티권 침해의 요건에 관한 일반적인 기준을 도출하여 이를 소개하였다. 그리고 퍼블리시티권 침해의 경우 우리나라 현행 실정법상 인정될 수 있는 구제수단으로서 손해배상청구(재산적 손해배상 및 정신적 손해배상), 부당이득반환 및 침해금지청구가 가능함을 설명하고, 민법 제764조에 규정된 명예회복에 적당한 조치, 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제16조 제1항에 규정된 바와 같은 반론보도청구 및 관세법 제234조, 제235조에 규정된 수출입금지는 그 허용 여부에 관해서는 논란이 있으나, 현행법의 해석상 퍼블리시티권의 구제수단으로는 적절치 아니하다는 점을 지적하였다.

마지막으로 퍼블리시티권에 관한 위와 같은 제반 사항들의 논의를 전제로 퍼블리시티권에 관한 현행법상 관련 규정들을 소개하면서 입법의 필요성과 그에 대한 입법안을 소개하고, 현재 논의되고 있는 저작권법의 개정을 통한 퍼블리시티권의 도입 방안에 대한 비판을 하여 보았다. 그리고 퍼블리시티권의 법적 성질, 연원 및 사실상의 필요성 등에 비추어 볼 때, 현재 상황에서 기존 법의 개정을 통해 퍼블리시티권을 도입한다면 부정경쟁방지법에 새로운 조항을 추가하여 퍼블리시티권을 도입하는

방안이 가장 적절함을 주장하였다.

현대 사회에서 인터넷 등의 정보매체의 확산 및 다양화와 아울러 우리나라의 엔터테인먼트 산업의 발전 등으로 특히 퍼블리시티권과 관련된 법적 분쟁이 증가하고 있다는 문제의식은 공감대가 어느 정도 형성되어 있으나 여전히 그에 대한 법원이나 학설의 태도가 통일되어 있지 못하고, 그 내용도 아직 깊이 있는 수준에 이르지 못하고 있을 뿐만 아니라, 입법도 이루어지지 않고 있어 혼란이 가중되고 있다. 이러한 상황에서 퍼블리시티권에 관련된 다양한 쟁점들 즉, 앞서 본 바와 같은 퍼블리시티권의 개념 및 법적 성질, 인정 여부, 내용(주체, 보호대상, 양도성 및 상속성 등), 퍼블리시티권의 침해와 그에 관한 구제책 등에 대한 깊은 논의를 거쳐 퍼블리시티권에 관한 문제를 입법적으로 해결함이 바람직할 것으로 보인다. 다만, 퍼블리시티권에 관한 선부른 입법은 오히려 예상치 못한 문제를 발생시킬 수도 있기 때문에 입법 이전의 전제로서 퍼블리시티권에 대한 심도 깊은 논의 및 국민적 합의가 이루어져야 할 것이다. 나아가 퍼블리시티권은 독점배타적인 권리로서 그 권리가 인정되는 만큼 상대적으로 일반 공중의 언론의 자유나 알 권리, 학문과 예술의 자유 등이 제한받을 수 있으므로 위와 같은 권리들과의 조화 문제 또한 염두에 두고, 권리자 보호의 문제뿐만 아니라 그 적절한 보호범위의 설정에 대한 신중한 검토도 아울러 이루어져야 할 것이다.

참 고 문 헌

◎ 국내문헌

[단행본]

- 정상조, 「지적재산권법」, 홍문사, 2004
조용순, 「문화콘텐츠와 저작권법」, 2009
윤선희, 「지적재산권법」, 세창출판사, 2007
오승종, 「저작권법」, 박영사, 2007
이해완, 「저작권법」, 박영사, 2007
곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007
황의창, 황광연, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호법」, 세창출판사, 2006
윤경, 「저작권법」, 육법사, 2005
박준우, 「지적재산권법」, 박영사, 2005
권영성, 「헌법학개론」, 법문사, 2004
이영록, 「저작권연구자료. 47 : 퍼블리시티권에 관한 연구(I)」, 저작권심의조정위원회, 2004
이영록, 「저작권연구자료. 47 : 퍼블리시티권에 관한 연구(II)」, 저작권심의조정위원회, 2004

[논문]

- 구재균, “퍼블리시티권에 관한 연구 : 국회에서의 입법논의와 관련하여”,
외법논집 30집, 2008
김세권, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 전북대학교 대학원 박사학위논문,
2008
김세권, “퍼블리시티권의 침해와 구제에 관한 연구”, 법학연구 25집

92007. 10.), 전북대학교 출판부
- 김세권, “퍼블리시티권의 개념과 법적 성질”, 법학연구 24집(2006. 11.),
전북대학교 출판부
- 나운수, 박홍진, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구
24집, 2006
- 남형두, “재산분할청구권의 대상으로서의 지적재산권 : 퍼블리시티권을
중심으로”, 가족법연구 22권 3호(2008. 12.), 한국가족법학회
- 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下)-”호사유피 인사유명“의 현대
적 변용”, 저스티스 98호(2007. 06.), 한국법학원
- 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上)-”호사유피 인사유명“의 현대
적 변용”, 저스티스 97호(2007. 04.), 한국법학원
- 남형두, "세계시장관점에서 본 퍼블리시티권: 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리
시티권", 저스티스 통권 제86호(2005. 08.), 한국법학원
- 배금자, “미국에서의 퍼블리시티권”, (계간) 저작권 67호, 저작권심의조정위원회,
2004
- 박도희, “퍼블리시티권의 이전성에 관한 제고”, 법과 정책연구 제5집 제
2호“, 2005
- 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적 보호, 상 : 성명권·성명표시권·상표
권, 그리고 이른바 퍼블리시티권을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조 56
권 10호(통권613호), 2007
- 박인수, “퍼블리시티권의 법리와 판례에 관한 연구”, 헌법학연구 7권 3
호, 2001
- 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적 보호, 하 : 성명권·성명표시권·상표
권, 그리고 이른바 퍼블리시티권을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조 56
권 11호(통권614호), 2007
- 박우근, “퍼블리시티권의 도입 및 이전성에 관한 고찰”, 고려대학교 석
사논문, 2008
- 박종원, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 법학연구 25집, 2007

- 박준우, “퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구 ; 판례에 나타난 피고의 이용형태를 중심으로”, 서강대학교 법학연구소, 2008
- 박준우, “유명인의 목소리에 대한 퍼블리시티권의 보호 : 미국의 판례법을 중심으로”, 지적재산권 제18호, 2007
- 박준우, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호-유명인의 유사물(유사물)을 이용한 광고를 중심으로-”, 산업재산권 22호, 한국산업재산권법학회, 2007
- 박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 상업적 이용의 판단기준”, 비교사법 13권 2호, 2006
- 박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 상업적 이용의 판단기준”, 비교사법 13권 2호, 2006
- 서태환, “퍼블리시티권(Right of Publicity)의 의의와 그 양도성 및 상속성”, 청주법률논단 1집, 2000
- 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 서강법학연구 제6권(2004. 5.), 서강대학교 법학연구소
- 오세용, “퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 석사논문, 2005
- 유주선, “스포츠선수와 퍼블리시티권 : 퍼블리시티권의 침해에 대한 구제책과 입법의 타당성 여부”, 스포츠와 법 10권 4호, 2007
- 이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 저스티스 85호(2005. 12.), 한국법학원
- 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 제39집(2004. 12.), 법원도서관
- 이호열, “퍼블리시티권에 관한 법적인 문제”, 지적소유권법연구 3집, 1999
- 장재욱, “유명인 성명의 휴대전화 게임 사용 행위와 퍼블리시티권의 침해”, JURIST plus 412호 : 2007년 1호(통권 412호), 2007
- 정진근, “퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한 : 일본 게임회사 Konami 사례를 중심으로”, (계간)저작권 81호, 2008

- 정재훈, “퍼블리시티권의 제한”, 창작과 권리 10호, 1998
- 정희섭, “재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리”, 재산법연구 20권 1호 (2003. 08.), 법문사
- 정희섭, “퍼블리시티(Publicity)권리에 관한 고찰 : 양도성을 중심으로”, 대학원 논문집 27집(2002. 06.), 동아대학교 대학원
- 정희섭, “퍼블리시티(Publicity)권리의 상속성에 관한 고찰”, 동아법학 31호 (2002. 10.), 동아대학교 출판부
- 정희섭, “퍼블리시티(Publicity)권에 관한 고찰 : 개념과 법적 성격을 중심으로”, 대학원논문집 25집(2000. 06.), 동아대학교 대학원
- 조지현, “부정경쟁방지법과 상표법의 관계-부정경쟁방지법 제15조의 해석”, 한림법학 FORUM 16권, 한림대학교 법학연구소, 2005
- 최성준, “퍼블리시티권의 인정 여부”, Law & technology 제1호(창간호), 2005
- 최지란, “퍼블리시티권의 국내 도입 방안에 관한 연구”, 숙명여자대학교 석사논문, 2005
- 하홍준, “개인의 동일성(identity)의 상업적 이용에 대한 보호법제 : 퍼블리시티권을 중심으로”, 비교사법 12권 3호, 2005
- 한위수, “프라이머시 침해 관련 국내 판결의 동향”, 언론중재 19권2호(통권 71호 99. 06. 여름), 언론중재위원회
- 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사 책임(상)”, 인권과 정의 242호, 대한변호사협회, 1996
- 한위수, “퍼블리서티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사 책임(하)”, 인권과 정의 243호, 대한변호사협회, 1996

© 국외문헌

[단행본]

American Law Institute, Restatement (Third) of Unfair Competition
(1995)

J. Thomas McCarthy, "The Rights of Publicity and Privacy", West
Group, 2006

Lionel Bently & Brad Sherman, Intellectual Property Law, Oxford
University Press(2001)

Melville B. Nimmer , "The Right of Publicity", Law & Contemporary
Problems, vol.19, 1954

件木理一, 「商品化權」, 東京大法出版, 1980

五十嵐清, 「人格權論」, 一粒社, 1989

[논문]

David C. Bodette, "USE IT (EVERY TWO YEARS), OR LOSE
IT(FOREVER)-TENNESSEE'S PERSONAL RIGHTS
PROTECTION ACT AND THE POST-MORTEM RIGHT OF
PUBLICITY", 33 University of Memphis Law Review 83(2002)

Felcher & Rubin, "The Descendibility of the Right of Publicity : Is
There Commercial Life After Death?", 89 Yale Law Journal
1125(1980)

Flecher & Rubin, "Privacy, Publicity and the Portrayal of Rdal
People by the Media", 88 Yale Law Journal 1577, 1614, 1979

Guillermo Cabanellas, "THE RIGHT OF PUBLICITY UNDER
ARGENTINE LAW", 18 Loyola of Los Angeles Entertainment
Law Journal 449(1998)

- McEvoy S. A., "Pirone v. Macmillan Inc. : Trying to Protect the Name and Likeness of Deceased Celebrity Under Trademark Law and Right of Publicity", COMMUNICATIONS AND THE LAW, Vol. 19, No. 1, page 51(1997)
- Nimmer, "The Right of Publicity", 19 Law & Contemporary Problem 203(1954)
- Stephen R. Barnett, "First Amendment Limits on the Right of Publicity, 28 Bulletin of Copyright Society of the U.S.A. 111(1980)
- Susanne Bergmann, "PUBLICITY RIGHTS IN THE UNITED STATES AND IN GERMANY : A COMPARATIVE ANALYSIS", 19 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 479(1999)
- Thomas McCarthy, "The Human Persona as Commercial Property, Columbia VLA Law & Arts (1995. spring)
- Warren, Samuel D. and Brandeis Louis D., "The Right to Privacy", Harvard Law Review vol. 4 (1890)
- William L. Prosser, "Privacy", California Law Review vol. 48 (1960)
- 齊藤博, " 氏名・肖像の商業的利用に關する權利“, 特許研究 15号 (1993)

Abstract

Lee Mi-sun

Major in Intellectual Property Law

Graduate School, College of Law

Seoul National University

A study of the right of publicity

Protection of individual's rights to names, portraits, and such had been a matter of infringement of human rights to privacy, likeness, or name. Thus, the individual's rights had been protected by filing a claim for mental damages caused by the infringements and prohibiting them. In modern society, however, where entertainment, sports, and advertising markets are expanding rapidly, the individual's right of likeness, name, and such are no longer limited to human rights, but they now include commercial rights as celebrities' names and portraits are very often used commercially. Accordingly, the value of the representation of celebrities attracted more interest, and using the representation without consent have become frequent. In the US, where the entertainment business is very well developed, the Federal Court of Appeal differentiated the right of publicity, which is a right to control and manipulate commercial values in characteristic

elements such as names and portraits, from the right of privacy, which is a right of likeness or name as qualified station. This led several other states to pass bills that stipulated such differentiation.

In Korea, where entertainment business is growing at a rapid pace, legal disputes regarding the right of publicity are increasing fast. The right of publicity should be approved, as it seems that a social consensus has been formed that the right is indeed necessary. There is, however, no statute in Korea that defines the right and the lack of written law leads each lawsuit to a different outcome, producing much confusion.

Thus, the thesis statement is how to introduce the right of publicity, which was approved on common law or positive law, without losing its efficacy and without clashing with the existing legislation. As a prerequisite, issues of law on the right of publicity will be closely examined and legislation of the right will be discussed.

First of all, the concept of the right of publicity is defined as the right to control and prohibit a commercial use of an individual's name, likeness, etc. The right of publicity has been playing a role of solving issues that the right of privacy could not have. Celebrities' names and portraits have already been traded as

commercial products. These indicate that it is necessary to approve the right of publicity as they correspond to the basic legal mind. The right of publicity is classified as an intellectual property right as well as a property right, differentiated from a real right despite their similarities. Therefore, denial of the right of publicity based on the principles of a real right appears to be inappropriate and it is reasonable to approve the right of publicity on the basis of existing laws. If it is authorized, any individual is eligible to be a subject of the right while a company, an organization, or an animal which do not have personality are not. Also, individual's identity, or any other equivalence that represents values of the personal publicity may be protected by the right of publicity. The main issues when the right of publicity is authorized are its negotiability and inheritability, which are considered valid in this paper. Furthermore, if the validity of the inheritability is positively assumed, the posthumous effective period of the right of publicity is supposed to be 50 years as it is for copyrights. Also, infringements of the right of publicity are categorized and damage compensation claim, restitution of unjust enrichment, and request for infringement prohibition are indicated as appropriate legal measures of corresponding remedies, while means of reputation restoration, which is defined in the 764th article of the civil law, objection report claim, which is defined in 16, 1 of Act on the Press Arbitration And Damage Relief, and prohibition of overseas trade, which is defined in 234, 235 of

Customs Act are not. Premised on discussion of the facts defined above on the right of publicity, regulations related to the existing law, necessity of its legislation, and legislation bills are introduced and legislation schemes are examined. Lastly, considering the essence, origin, and practicality of the right of publicity, if the right of publicity is introduced on the existing laws, appending new provisions to Unfair Competition Prevention And Trade Secret Protection Act is most fitting in the present circumstances.

In conclusion, the legislative solutions are desirable taking account of the necessity of approval of the right of publicity. Imprudent legislation of the right of publicity, however, may cause unpredicted problems and therefore, profound discussions and the national consensus must precede as prerequisites for the legislation of the right of publicity. Furthermore, protection of holders of the right and the scope of the protection should be carefully reviewed since the right of the publicity, as an exclusive right, may confine rights of others such as freedom of the press, freedom of knowledge, freedom of study and art.

Keywords : the right of publicity, legal characteristics, possibility of approval, negotiability, inheritability, means of remedy, means of legislation

Student Number : 2003-22019