creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000264092

2013년 8월

석사 학위 논문

판례에 나타난 퍼블리시티권에 관한 연구

A Study of Publicity Rights On The Cases

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 建 根

판례에 나타난 퍼블리시티권에 관한 연구

2013년 8월 23일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 建 根

판례에 나타난 퍼블리시티권에 관한 연구

지도교수 권 상 로

이 논문을 법학 석사학위신청 논문으로 제출함

2013년 4월

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 建 根

李建根의 석사학위논문을 인준함

위원장 조선대학교 교수 권 상 로 (인)

위 원 조선대학교 교수 강 혁 신 (인)

위 원 조선대학교 교수 정 구 태 (인)

2013년 5월

朝鮮大學校 大學院

-目 次-

Abstract

第1章 서 론

제1절 연구의 목적 ·····1

제2절 연구범위와 방법 ·····3

第2章 외국판례에 나타난 퍼블리시티권의 태동과 발전

제1절 미국에서의 퍼블리시티권의 형성과 발전 ·····4

1. 미국의 발달과정에 관한 개요 ·····4

2. 성명·초상권에 관한 논의를 촉발한 두 개의 판결 ·····5

가. Roberson판결 : 프라이버시권 논쟁의 시발·····5

나. Pavesich판결 : '혼자 있을 권리로서' 프라이버시권 인정 ·····6

다. Melvin 판결 : 확고한 프라이버시권의 인정 ·····7

3. 퍼블리시티권이 프라이버시권으로부터 분화되는 과정 ·····7

가. 재산적 요소를 인정하지 않는 프라이버시권 : 1950년대 이전·····7

나. 재산권적 요소를 내용으로 하는 퍼블리시티권의 인정 : 1950년대 이후 ·····8

다. 퍼블리시티권을 인정한 최초의 연방대법원 판결의 등장 : Zacchini 사건·····9

4. 퍼블리시티권에 관한 이론의 전개·····11

가. Publicity권의 본질에 관한 이론의 전개 ·····11

(1) Nimmer 교수의 공개가치이론 ·····11

(2) 자연법적 보수와 인센티브 이론 ·····12

나. 프라이버시권에 대한 침해유형 이론 ·····12

다. 상표의 'Persona'에 퍼블리시티권의 개념을 포함하려는 이론·····13

5. 퍼블리시티권 내용의 확대과정 ·····14

가. 퍼블리시티권의 주체에 관한 판결·····14

나. 퍼블리시티권의 대상 ·····15
(1) 유명인의 목소리 : Midler v. Ford 사건 ·····15
(2) 개인이 사용하는 슬로건 ; Johnny Carson 사건. ·····16
(3) 자동차 경주선수의 차량 : 1974년 Motschenbacher 사건 ·····16
(4) 로봇인형을 사용 : 1992년 삼성전자사건 ·····16
(5) 유명인의 경력 : Palmer 사건 ·····17
(6) 동물의 퍼블리시티권 : Lawrence v. Ylla 사건 ·····17
다. 상속의 인정여부와 사후 존속기간의 범위 ·····18
(1) 각 주의 퍼블리시티권 인정의 경향 ·····18
(2) 퍼블리시티권의 상속성에 관한 판례의 태도 ·····21
6. 미국의 판례에 나타난 퍼블리시티권의 내용과 향후 전망 ·····23
가. 미국 판례에 나타난 퍼블리시티권의 내용 정리 ·····23
나. 향후의 전망 ·····24
제2절 독일에서의 퍼블리시티권의 형성과 발전 ·····25
1. 독일의 퍼블리시티권에 대한 성문법 현황 ·····25
가. 초상권에 관한 규정 : 「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)」 제22조 ·····26
나. 성명권에 관한 규정 : 독일민법 제12조과 제823조 제1항 ·····27
2. 독일 판례에 나타난 퍼블리시티권의 발전 ·····28
가. 인격권 침해에 대한 보호의 인정과 재산적 가치의 인정 ·····28
(1) 초상권의 재산권성의 인정 : 1956년 Paul Dahlke판결 ·····28
(2) 초상・성명의 무단사용에 대한 불법행위책임의 인정 : 1958년 Herrenreiter 판결이후 ·····28
나. 퍼블리시티권의 내용확대 ·····29
(1) 양도성의 인정여부에 관한 판결 : 1986년 Nana 사건 ·····29
(2) 상속성의 인정문제 : 2000년 Marlene Dietrich판결 ·····31

(3) 초상권의 내용확대 : 1989년 Heinz Erhardt판결 ·····32
(4) 사후 존속기간의 문제 ·····32
다. 정리 : 독일 판례에 나타난 퍼블리시티권의 발전 과정의 평가 ·····35
제3절 일본에서의 퍼블리시티권의 형성 ·····37
1. 일본에서의 퍼블리시티권 개관 ·····37
2. 퍼블리시티권에 관한 하급심의 판례들 ·····38
가. 최초의 퍼블리시티권의 인정 : 1976년 Mark Lester 사건 ·····38
나. 퍼블리시티권의 부정 : 1980년 McQeen 사건 ·····39
다. 퍼블리시티권에 관한 본격적인 인정 : 1990년 오냥코사건 ·····40
라. 최초의 퍼블리시티권 용어사용 : '光 GENJI 사건' ·····40
마. 성명·초상 외의 대상에 퍼블리시티권 인정 : 1999년 킹크림슨 사건·····40
3. 그 밖의 일본판례와 정리 ·····41
第3章 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권
제1절 국내의 판례에 나타난 퍼블리시티권 ·····43
1. 국내 판례의 전개과정에 관한 개관 ·····43
2. 퍼블리시티권에 대한 논의의 촉발·····44
가. 초상권 침해에 대한 손해배상청구사건 -1989년 한혜숙 사건 ·····44
나. 초상권의 내용확대 - 1997년 MBC 시사매거진 사건 ·····44
다. 그 외 초상권침해를 인정한 사건 ·····45
3. 퍼블리시티권의 인정과 발전과정 ·····46
가. 퍼블리시티권의 정의 : 1995년 이휘소 사건·····46
나. 퍼블리시티권의 인정 : 1998년 황인정 사건 ·····47
다. 퍼블리시티권의 인정과 부정의 혼란 : 제임스 딘 사건 ·····48
(1) 퍼블리시티권을 인정한 1997년 제임스 딘 사건·····48
(2) 퍼블리시티권의 부정과 상속의 부정 : 2002년 제임스 딘 사건 ·····50

라. 퍼블리시티권의 양도성 인정 : 2000년 2월 2일 비달사순사건 ····· 51
4. 퍼블리시티권의 내용 확대과정 ····· 52
가. 발전과정의 개요 ····· 52
나. 퍼블리시티권 침해의 사례 유형화 : 2001년 신대철 사건 ····· 53
다. 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정된 판결 : 2004년 허브좌훈 사건 ····· 53
라. 유명인에게만 퍼블리시티권의 인정 : 2004년 이영애 사건 ····· 54
마. 캐릭터에도 퍼블리시티권을 인정 : 2005년 정준하사건 ····· 55
바. 휴대용 게임물에 퍼블리시티권을 인정 : 2006년 이종범 사건 ····· 56
사. 상속성의 인정과 사후 존속기간 50년 인정 : 2006년 이효석 사건과 ····· 57
아. 이후의 판결들 ····· 58
(1) 2007년 한류스타 사건 ····· 58
(2) 2007년 배드민턴 선수 사건 ····· 59
(3) 영문이니셜을 퍼블리시티권의 대상으로 인정 : 2010년 마구마구게임 사건 ····· 59
5. 최근의 주목할 만한 대법원 판결 ····· 59
가. 2010년 네이버 광고방해사건 ····· 60
나. 2012년 대장금 캐릭터 사건 ····· 60

제2절 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권에 관한 정리 ····· 62
1. 퍼블리시티권의 내용에 관한 판례의 태도 ····· 62
2. 평가와 전망 ····· 63

第4章 퍼블리시티권에 대한 입법화 논의

제1절 퍼블리시티권의 본질 ····· 65
1. 본질의 쟁점 ····· 65
2. Publicity權의 철학적 기반 ····· 66
가. 정당성에 관한 이론 ····· 66
(1) 자연권 이론 ····· 66

(2) 배분적 효율성(Allocative Efficiency) 이론 ·····66
(3) 유인(Incentive)이론 ·····67
(4) 부당이득의 금지(Preventing Unjust Enrichment)이론 및 노동이론 ·····68
(5) 혼동(False Endorsement)방지이론 ·····68
(6) 양도필요성론 ·····69
나. 소결 ·····69
3. 퍼블리시티권의 성질 ·····70
가. 논의 현황 ·····70
나. 법적 성질에 관한 학설 ·····71
(1) 프라이버시권을 포기하는 권리로 보는 설 ·····71
(2) 인격권과 독립된 재산권으로 보는 설 ·····71
(3) 인격권의 일부로 보는 설 ·····71

제2절 퍼블리시티권 관련 규정의 검토 ·····72
1. 개 관 ·····72
2. 퍼블리시티권 관련 법률들 ·····74
가. 부정경쟁방지를 위한 표지에 관한 규정 ·····74
나. 타인의 성명·초상 등의 임의적 이용의 제한에 관한 규정 ·····75
다. 저작물·초상화 등에 대한 성명표시에 관한 규정 ·····76
(1) 저작물 등에 대한 성명표시권 규정 ·····76
(2) 초상화 등의 사용에 대한 '이용동의' 규정 ·····77
3. 소 결 ·····78

제3절 퍼블리시권의 국내에 입법화에 관한 방법론 ·····79
1. 퍼블리시티권 도입방법에 관한 논의의 현황 ·····79
2. 제17대 국회에 제출된 적 있는 개정안에 대한 비판 ·····79
가. 저작권법의 개정을 통한 도입의 시도 ·····80
나. 민법개정을 통한 도입의 시도 ·····81

3. 퍼블리시티권의 입법 방안에 대한 사견 ·····82

第5章 결 론 ·····84

參 考 文 獻

ABSTRACT

A Study of Publicity Rights On The Cases

Lee Geon Geun
Advisor : Prof. Kwuon Sang-Roh, Ph.D.
Department of Law,
Graduate School of Chosun University

It is not justified to appropriate commercially others' names and images without their permission to gain profits. In this case, the victims should share the economic income, and have the authority to prohibit anyone from using their identity. The publicity rights are the way to keep one's own identity like this. To get economic income, many businesses are using famous person's name or likeness. This magnetism of a trade mark is known to have succeeded in increasing the companies' sales.

In the meanwhile, there happened a dispute between the owner of identity and the user of it over the publicity right, especially in the countries which have developed in the entertainment and media industry. The main country, America, acknowledged firstly the rights in the process of solving a lot of legal battles. The publicity rights have been set up as a firm right through many judicial precedents.

In Korea as well as the U.S. these rights have been paid attention to since 1980s. Recent Han Wave has made Korean celebrities' pictures and images used without their previous permission, which resulted in the legal disputes between the people who are earning commercial gains. It is likely that the number of such disputes will be larger as more people will get reputation around the world.

But no nations except America have regulated the rights directly or explicitly, which means the publicity rights should be confirmed only in the

judge-made laws, and accepted in the positive laws. In Korea as well, there is no legislation stipulating this right, and so the persons directly concerned should depend on the individual rulings of the courts. What is worse, the codification of publicity rights is not easy or simple.

The publicity rights are controversial because they exceptionally authorized financial values to the individuals and caused a lot of legal problems these days. For example, who can own the publicity rights, whether corporate bodies or organizations can have those rights, what is required to establish the rights, whether the right should be used only commercially or not, whether a person's identity modified or distorted can be the matter of the rights, whether the rights are assignable and inheritable, and if possible, how many generations can have the inheritance of the rights.

In the near future, we should legalize this rights considering our Continental law system. This thesis offers the direction of the legislature of the publicity rights by determining the essence and character of the rights through judicial precedents assuming we should enact the laws for the publicity rights. The second chapter studies the judgements of America, Germany, and Japan, and the third chapter treats our country's. The last chapter shows several theories and methods to make such a law. I hope this thesis should be helpful in making the laws of the publicity rights in Korea.

topic word: the publicity rights, publicity, identity, personal rights, privacy

第1章 서 론

제1절 연구의 목적

퍼블리시티권(Right of Publicity)이란 성명, 초상, 음성 등 개인을 징표할 수 있는 특성을 광고 등에 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 말할 수 있다.[1] 이러한 권리는 오늘날 소득수준이 향상된 경제적 상황에서 엔터테인먼트 산업, 스포츠산업, 문화산업 등이 대중매체의 발달과 인터넷 보급의 확산으로 인하여 빠르게 발달하면서 나타나는 개인에 대한 우상화, 포퓰리즘 등이 상업주의와 어우러져 나타나는 비교적 최근의 현대적인 개인의 권리라고 할 수 있다.

우리나라에 있어서도 최근 이른바 '한류스타 사건'에서와 같이 연예인 등에게 초상권, 성명권 등 인격권과 관련된 법적인 분쟁이 두드러지게 증가하고 있는 상황에서 퍼블리시티권의 관심이 증대되고 있다.[2] 경제적 소득수준의 상승과 함께 빠른 미디어 산업의 발달과 대중문화의 세계적 팽창, 엔터테인먼트산업의 국제적 확대, 스포츠산업의 해외로의 진출 등의 상황을 고려하면 앞으로 퍼블리시티권에 관련된 많은 법적인 분쟁이 나타날 것이라는 것을 예상할 수 있다.

이러한 사례에서 볼 때 유명 연예인이나 배우 등의 성명·초상을 상업적 이익을 목적으로 사용하여 불공정한 영업에 이용되는 경우 보호해 주어야 할 필요가 있음은 물론 정책적으로는 국제적인 산업으로 육성하여 이들의 퍼블리시티권을 국가적인 자원으로 활용할 수도 있을 것이다.[3]

---

1) 퍼블리시티권의 정의는 일반화된 것이 아니기 때문에 논의의 전개를 위해 일단 이와 같이 정의하기로 한다. 한편일각에서는 "퍼블리시티권이란 타인이 자신의 동일성의 표지를 자신의 동의없이 영리적 목적을 위해이용하는 것을 금지시킬 수 있는 권리"라고도 정의하기도 한다; 엄동섭, "퍼블리시티(Publicity)權",『서강법학연구』 제6권, 150면.

2) 이른바 '한류스타 사건'은 박신양, 송혜교, 왕지현(예명 전지현), 정우성, 조인성 등의 한류스타들의 사진을 이벤트 회사가 '대한류전'이라는 전시회와 홈페이지 등에 허락 없이 사용한 일로 인하여 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상이 제기되어 법적 분쟁이 된 사건을 말한다. 이에 관하여는 제3장에서 후술.

3) 강승묵, 법학논총 27권 4호 한양대학교 법학연구소, 2010, 12

그러나 문제는 우리나라의 법제적 현실은 퍼블리시티권을 온전히 보호해 줄만한 실정법이 완비되어 있지 못하다는 것이다. 즉, 퍼블리시티권은 어떤 경우에 성립되는가, 퍼블리시티권을 누릴 수 있는 주체는 누구인가, 퍼블리시티권은 다른 사람에게 매매나 이전이 가능한 것인가, 또 상속은 가능할 수 있는 것인가, 침해된 경우는 어떠한 방법과 절차에 따라 권리구제가 가능한가 등에 관하여 실정법이 해결해주지 못하고 있다는 것이다.

퍼블리시티권은 그 성질상 지적재산권관련 법률들에서 규정하고 있는 초상권, 상표권 등 다른 권리들과 관련되어 있다. 또 퍼블리시티권은 정신적 측면이 강한 인격권을 재산적 가치로 향유하는 독특한 성질을 지니고 있다. 그럼에도 불구하고 완비된 명문의 규정이 없는 상태에서 법적 분쟁에 이르게 되면 그 결과는 오로지 판례에 의존하여야 하므로 분쟁당사자의 법적 지위도 불안해 질뿐만 아니라 없는 권리의 보호도 제대로 이루어 질 수 없다. 이러한 상황에서 우리나라의 법원은 퍼블리시티에 관한 많은 법적 분쟁을 해결하였다. 법 현상이 그렇듯이 대륙법계와 영미법계를 막론하고 실정법이 없는 경우에 새로운 권리가 발생하는 데에는 판례의 역할은 매우 중요해 진다.

우리나라에 있어서 퍼블리시티권을 인정하고 보호해 주는 법원(法源)은 현실적으로 현재의 상태에서는 판례가 담당하고 있다고 해도 과언은 아니다.

우리나라의 판례는 아직 대법원의 판결에까지 이르고 있지는 못한 실정이어서 비록 하급심판결들이기는 하나 이미 퍼블리시티권의 존재를 인정하는 단계를 벗어나 발전하는 단계에 접어들었다고 해도 크게 비난받기는 어려울 정도로 상당한 판결들이 양적 질적으로 진전되어 있다.[4)]

하나의 새로운 권리가 초기의 형성단계에서 판결의 하나하나는 매우 의미 있고 또 중요한 권리형성기능을 한다. 우리나라의 법체계가 영미법계의 법체계가 아닌 이상 판례는 실정법으로 대체될 때까지 중대한 법기능을 담당한다.

본 논문은 퍼블리시티권에 관한 이런 국내적 법현실을 고려하여 향후 퍼블리시티권에 관한 입법화를 시도하기 위한 입법의 방향을 염두해 두면서 판례의 연구를 통해 판례에 나타난 퍼블리시티권의 본질과 법적 성질 등을 고찰해 보고자 한다.

---

4) 권오성, “과학기술법연구 19권 1호” 과학기술법 연구원 , 2013, 2

제2절 연구범위와 방법

이미 알려진 바와 같이 퍼블리시티권은 최초 자본주의적 산업이 발달한 미국에서 나타나기 시작하여 정착되어가고 있다. 영미법계의 법체계를 갖는 미국에서는 그 권리의 탄생이 실정법이 아닌 판례를 통해 나타난 것이다.

또 독일은 성문법계의 법체계를 갖는 대륙법계 국가로서 퍼블리시티권을 보호해 줄 수 있는 직접적이고 구체적인 법규정은 없지만 관련 규정들을 확대 내지는 유추하여 오면서 퍼블리시티권을 발전시켜왔다. 관련 법률들이 규정을 갖고 있다고는 하지만 직접적인 규정은 아니므로 영미법계에서와 마찬가지로 판례의 중요성은 여전히 남는다.

판례를 통해 퍼블리시티권의 본질과 법적 성질 등을 밝혀보고자 하는 본 논문에서는 영미법계에서 퍼블리시티권의 권리형성을 주도해온 미국의 판결들과 미진한 실정법의 확대 내지는 유추해석을 통하여 퍼블리시티권을 발전시켜온 대륙법계 법체계를 가진 독일의 판례를 집중적으로 분석해 보고자 한다.

그리하여 「제2장 외국의 판례에 나타난 퍼블리시티권의 태동과 발전」의 장에서는 미국과 독일의 판례를 중심으로 비교법적으로 퍼블리시티권의 발생과 발전과정을 고찰하며, 「제3장 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권」에서는 우리나라의 퍼블리시티권에 관한 판결들 중에서 퍼블리시티권의 형성에 중요한 의미를 갖는 판결들을 평석・고찰하여 그 결과를 「제4장 퍼블리시티권에 대한 입법화 논의」에 도입하여 판례연구의 결과를 실정법화하는 방안을 마련해 보았다.

이들을 연구함에 있어서의 연구방법은 해당 국가의 판결들과 실정법규정을 기초로 관련 문헌을 참고하며 비교법적 분석을 통해 퍼블리시티권의 발전과정을 통찰함으로써 논리적 방법으로 연구목적에 이르고자 한다.

第2章 외국판례에 나타난 퍼블리시티권의 태동과 발전

제1절 미국에서의 퍼블리시티권의 형성과 발전

1. 미국의 발달과정에 관한 개요

사람의 성명·초상을 허락 없이 영업적으로 이용하는 행위를 제한하거나 보호하려는 퍼블리시티권이라는 권리는 최초 미국에서 인정되기 시작하였다.

보통법체계 하에 있는 미국은 법원(法源)에서 차지하는 판례의 비중이 큰 법체계를 갖추고 있으므로, 판례에서 나타나는 권리형성은 곧 하나의 성문법과 같은 역할에 견줄 수 있다.

미국에서는 전통적으로 사람의 성명·초상을 허락 없이 영업적으로 이용하는 행위를 제한하거나 보호하려는 퍼블리시티권이라는 권리가 인정되지 않았으나[5], 프라이버시권의 내용으로 보아 불법행위의 한 형태를 이루는 명예훼손이라는 개념을 통하여 매우 제한된 범위에서 보호되었다.[6]

그러나 20세기에 와서 프라이버시권과는 다른 독립된 재산권적인 성질을 갖는 퍼블리시티권을 인정하는 과정을 거치게 되면서 확대·발전하여왔다.[7]

미국의 퍼블리시티권에 관한 판례는 다른 나라의 퍼블리시티권에 관한 권리 형성에 지대한 영향을 미쳐왔으며, 또한 미국 내 이론의 형성을 주도하여 왔다.

퍼블리시티권을 긍정하고 발전시키는 판결은 미국사회의 산업화의 발달에 따른 현실적인 필요성 내지는 수요에서 힘입은바 크다고 보여진다.

---

5) Prosser/Keeton, *The Law of Torts*, 5th ed.(West Publishing Co., 1984) p.785.

6) 이에 관한 영국의 상황에 관하여는 Pratt, *Privacy in Britain*(Associated Univ Pr., 1979); McCarthy, *The Right of Publicity and Privacy*(C. Boardman, 1987), §1.2, §6.21.

7) 한위수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임(상)”, 『인권과 정의』, 242호, 1996. 10, 30면.

2. 성명·초상권에 관한 논의를 촉발한 두 개의 판결 : Roberson판결과 Pavesich판결

가. Roberson판결 : 프라이버시권 논쟁의 시발

미국에서의 퍼블리시티에 관한 논쟁은 일찌기 1902년 Roberson사건에서 나타났다. 원고는 자신의 사진이 제분업자인 Rochester Folding Box 회사에 의해 무단으로 광고에 이용되자 제기한 소송이었다. 이 사건에서 뉴욕 최고법원은 프라이버시권이 미국 수정헌법 제1조에서 보장하고 있는 언론출판의 자유가 부당하게 제약될 위험성이 있고, 이를 인정할 경우 엄청난 소송사태에 직면하게 될 것이라는 이유로 프라이버시권을 부정하였다.[8)]

이 판결은 프라이버시권에 관한 많은 논란을 일으키는 계기가 되었고, 결국 이듬해인 1903년 뉴욕주 의회가 개인의 성명이나 초상 등이 본인의 동의 없이 상업적으로 이용되는 것을 금하는 이른바 '프라이버시에 관한 법률(New York Civil Rights Law §50~51.)'을 제정하는데에 큰 영향을 주었다.

이에 앞서 학계에서는 프라이버시권의 인정을 주장하는 노력이 있었다. 그 최초의 괄목할 만한 시도는 워렌(Samuel D. Warren)과 브랜다이스(Louis D. Brandies)의 1890년 "The Right to Privacy"라는 논문을 통해서 나타났다. 그 보고서는 사생활침해로 부터의 보호를 인정했던 미국과 영국의 판례들을 상세히 분석한 다음 1888년 영국의 Coddy 판사에 의해 언급된 '혼자 있을 권리'의 일부로서 프라이버시권("The Right to Privacy")이 인정되어야 한다고 주장하였다.[9)] '혼자 있을 권리'는 신체의 안전에 속하는 권리의 하나로 인격의 불가침성을 내용으로 하는 권리라고 보았다. 이러한 주장이 곧바로 사법적 판단에 반영되지는 않았지만 급기야 20세기에 이르러 독자적인 권리로서의 프라이버시권을 인정하게 되었다.

---

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

9) Warren/Brandies, "The Right to Privacy", Harvard Law Review(1890), Vol. 4, p.193, 196. : 양창수, "사생활 비밀의 보호 - 사법적 측면을 중심으로-", 『저스티스』, 통권 제76호, 2003. 12, 39-41면에서 재인용.

나. Pavesich판결 : '혼자 있을 권리로서' 프라이버시권 인정

한편 1905년 조지아주에서는 프라이버시권과 관련하여 위의 뉴욕주 최고법원 판결과 상반된 Pavesich사건이 있었다. 보험회사가 Pavesich의 이름과 초상, 그리고 그 명의의 허위의 보증서를 허락 없이 광고에 사용한 사건이었는데, 조지아주 최고법원은 프라이버시권의 인정 근거로 고대 로마법상 인정된 '혼자 있을 권리'를 들고 있었다. 이는 일찍이 프라이버시권을 주장하는 워렌(Samuel D. Warren)과 브랜다이스(Louis D. Brandies)의 견해를 반영한 것이라고 볼 수 있다. 즉, 타인 혹은 공중의 권리를 해하지 아니하는 한 사람은 '혼자 있을 권리'를 지니고 있다는 것이다.[10] '혼자 있을 권리'에 근거한 프라이버시권에 관한 인식은 미국에서 초기의 프라이버시권을 인정하는 중요한 이론적 바탕이 되었으며, Pavesich판결은 미국내 법원에서 프라이버시권을 인정한 최초의 판결로 기록되고 있다. 이러한 프라이버시권의 존재가 있다는 사실은 자신의 성명이나 초상 등이 자신의 의사에 반하여 공중에게 공개됨으로써 상업적인 이용을 통하여 경제적 이익을 얻거나 광고의 대상으로 활용되는 것을 차단하는 유효한 수단으로 활용될 수 있었다.[11]

그렇지만 이 판결은 퍼블리시티권의 기초가 되는 프라이버시권을 인정하였다는 점에서는 큰 의의를 갖고 있었으나, 프라이버시권이 어디까지나 인격권의 한 내용으로 보고 있었으며, 성명과 초상 등이 침해되는 것에 대한 보호수단으로서 소극적·방어적인 권리로서 정신적인 요소를 지닌 권리로 인식되었다는 점에서 퍼블리시티권의 보호를 위한 충분한 법원리로서는 일정한 한계를 갖는 판결이었다.

이러한 프라이버시권은 라디오, 영화, TV 의 등장으로 점차 가치변화에 직면하게 되지만 판례는 여전히 유명인의 성명 혹은 초상에 대한 경제적 이익을 보호하는 데에는 부정적이었다.[12]

즉, 오늘날과 같은 재산권성, 양도성, 상속성, 사후 존속성 등의 내용을 갖는 퍼블리시티권으로의 발전은 험난한 논란과정을 거쳐야만 할 것이라는 것이 예정되어 있었다.

아무튼 이 판결 이후에 프라이버시권을 인정한 판례가 증가하다가 1939년에 독자적

---

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

11) 동지 : 박영규, "퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 『저스티스』, 통권 제112호, 2009년 8월호, 269면.

12) 박영규, 앞의 논문, 269면.

인 불법행위로서 프라이버시권이 불법행위 Restatement에 정비되기에 이르렀다.[13]

다. Melvin 판결 : 확고한 프라이버시권의 인정

Melvin사건은 1931년 과거 매춘부생활을 하였던 Melvin이라는 여성이 자신의 동의 없이 자신의 불행했던 과거를 소재로 하는 '붉은 옷'이라는 영화를 제작・상영하자, 이에 대하여 정신적인 고통에 대한 피해보상을 청구한 사건이었다. 여기에서 캘리포니아주 최고법원은 프라이버시 침해를 이유로 원고 승소판결을 내렸다.[14]

이 판결은 Pavesich 판결에 이어 프라이버시를 정신적 침해에 대한 보호를 할 수 있는 확고한 법원칙으로서 승인하는데 결정적인 계기가 되었다.

이러한 프라이버시권을 인정하기에 이르기까지는 Warren과 Brandies의 논문의 역할이 결정적이었다.

미국의 판례에서는 인격적 요소를 내용으로 하는 프라이버시권이 정신적 침해를 방어하기 위한 주된 법원칙으로 확고하게 자리잡았다는 것은 재산권성을 내용으로 하는 퍼블리시티권을 인정할 수 있는 이론적 토대가 되었다.

3. 퍼블리시티권이 프라이버시권으로부터 분화되는 과정

가. 재산적 요소를 인정하지 않는 프라이버시권 : 1950년대 이전

프라이버시권을 인정한 Pavesich판결 이후 약 반세기 동안 많은 판결은 프라이버시권의 진전이 없는 듯 보였으며, 프라이버시권의 내용에 경제적 요소를 부정하는 것이 하나의 확고한 원칙이 되어가고 있었다. 그 대표적인 판결이 1941년 O'Brien 사건에서[15] 나타났다.

O'Brien은 당시 유명한 미식축구선수였는데, 그는 청소년의 알콜 섭취를 방지하기 위한 적극적인 계몽활동을 해오던 청소년 알콜섭취반대 운동가이기도 하였다. 이러한 이유로 그는 맥주회사와의 여러 차례의 광고계약을 거절하였지만, Pabst Sales 맥주회

13) Restatement of Tort, §867(1939).
14) Melvin v. Reid, 112, Cal. App. 285, 279 Pac. 91(1931)
15) O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2d 167(5th Cir. 1941).

사는 그의 허락 없이 그의 사진을 맥주광고에 사용하자 소송을 제기한 사건이었다. 이 사건에서 법원은 유명 스포츠인이었던 원고가 대중에게 알려지고자 지속적으로 노력해 왔기 때문에 이러한 원고의 사진을 배포하는 것은 원고의 프라이버시권을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.[16]

이러한 태도는[17] 자신을 널리 알리기 위해 노력하려는 유명인은 묵시적으로 프라이버시권을 포기한 것으로 간주하는 이른바 '웨이버 이론(Waiver theory)'을 반영한 판결이었다.[18] 여기서 '웨이버 이론(Waiver theory)'이란 유명인들은 대개는 의도적으로 대중에게 잘 알려지도록 활동하는 것이므로 자신의 유명성이 타인에 의하여 광고에 무단으로 이용될 지라도 유명인은 프라이버시권을 근거로 해서 어떠한 청구도 할 수 없다는 원칙 즉, 유명해지려고 하는 자는 결국 프라이버시권을 포기해야한다는 이론을 말한다.[19]

그러나 당시 유명인의 성명이나 초상 등을 무단으로 이용하는 사례는 증가하였고, 정신적 고통에 대한 보상보다는 재산상의 손해배상을 구하는 소송이 많아지게 되었지만, O'Brien 사건에서처럼 프라이버시권의 주장으로는 경제적 이익의 침해를 받았다는 손해배상은 인정되기 어려웠다.[20]

이러한 프라이버시권의 약점은 재산권을 인정하는 새로운 인격권의 발명이 필요하였을 것이며, 그 발명은 1950년대에 이르러서야 나타났다.

나. 재산권적 요소를 내용으로 하는 퍼블리시티권의 인정 : 1950년대 이후

위와 같이 프라이버시권으로는 개인의 성명이나 초상 등이 무단으로 상업목적에 이용되는 경우 손해배상을 청구하는 것이 어려웠던 현실을 해소할 수 있는 판결이 등장

---

16) 이 사건에서 법원은 "원고는 이제 사인이 아니므로 그의 초상이 공개되었다고 해서 권리를 침해받는 일은 있을 수 없다. 왜냐하면 원고가 항상 추구하고 향유하려고 했던 것이 바로 초상의 공개이기 때문이다."라고 판시하여 원고의 정신적 손해를 부정하였다.

17) 동 사건에서 법원은 스포츠선수로서 원고 자신이 스스로 행한 공개와 광고를 통해 비자발적으로 행해지는 공개를 구분하지 않고 동일시 하였다는 단점을 지적하고 있는 견해가 있어서 주목된다; 박영규, 앞의 논문 269면.

18) Gautiert v. Pro-Football, Inc., 124 F. 2d 167(5Th Cir. 1941).

19) 권상로, "퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구", 『법학논총』, 제17집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 84면.

20) Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, Inc., 24 F. Supp. 1004(1938), 39 U.S.P.Q. 221.

한 것은 1953년 Haelan사건이었다.[21] 라이벌 관계에 있던 껌 제조회사가 당시 유명한 프로농구 선수들의 사진을 제품에 이용하는 독점계약을 체결하여 이용해 오던 중 상대 라이벌 회사의 제품에 동일 선수들의 사진이 이용되자 이를 금지시키기 위해 소송을 제기한 사건이다.

이 사건에서 원고회사(Healen Laboratories)는 농구선수들의 사진에 대한 자신의 독점적 사용권이 침해되었으므로 자신들이 독점적으로 사용해온 농구선수들의 사진 이용을 금지해 줄 것과 피고회사(Topps Chewing Gum)에 의해 무단으로 농구선수들 사진의 사용으로 인한 손해배상을 청구하였다.

이러한 원고의 주장에 대하여 피고회사는 원고에게 인정되는 사진에 대한 독점적 사용권은 원고와 농구 선수 간에 한하여 유효하고 이는 농구선수의 프라이버시권이 침해되는 경우에 권리의 침해를 이유로 하여 농구선수가 소를 제기하지 않겠다는 것을 의미할 뿐이라고 주장하였으며, 프라이버시권은 일신 전속적 권리이고 양도가 불가능한 권리이기 때문에 피고에 대하여는 어떠한 권리도 인정될 수 없다고 주장하였다.

이러한 피고의 주장은 당시까지 판례가 일관되게 유지하고 있던 원칙과 부합된다는 점에서 소의 기각은 불가피해 보였지만 뉴욕주를 관할하는 미연방 제2순회 항소법원의 Jerome Frank 판사는 당시까지 판례가 유지하고 있던 원칙을 파기하고 인격권에 재산적 요소를 내용으로 하는 '퍼블리시티권'이라는 용어를 처음으로 사용하면서 프라이버시권과는 다른 내용의 권리형태를 인정하였다. 즉, '퍼블리시티권'이란 "사람은 프라이버시권과는 별도로 자신의 사진이 가지고 있는 공적 가치(publicity value)에 대한 권리"라고 정의하면서,[22] 프라이버시권과는 무관한 인격적 요소의 상업적 이용을 보호하는 재산권성을 전제로 하는 프라이버시권과는 달리 양도할 수 있는 권리이며, 이 권리를 양도받은 자는 제3자에게 권리를 주장할 수 있음을 인정하였다.

이 판결은 퍼블리시티권의 실체를 처음으로 인정한 판결이라는 점에서 역사적 의의를 갖는다. 그러나 이러한 새로운 권리에 대한 인정은 종전의 원칙을 유지하고자 하는 보통법의 특성상 더디게 진행되었다.[23]

다. 퍼블리시티권을 인정한 최초의 연방대법원 판결의 등장 : Zacchini 사건

21) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum. Inc, 202 F. 2d 866, 868 (2d Cir 1953).
22) aaO.
23) 박영규, 앞의 논문, 270면.

퍼블리시티권에 관한 그 동안의 판결들은 1970년대까지 각 주법원에 의해 주도되어 오다가 1977년에는 독자적인 퍼블리시티권을 인정하는 미 연방대법원의 의미 있는 판결이 등장하였다.

Zacchini 사건은 인간탄환 Hugo Zacchini가 방송국에서 자신의 공연실황[24]을 자신의 동의없이 뉴스시간에 무단으로 녹화방송하자 이에 대하여 퍼블리시티권의 침해를 청구함으로써 시작된 사안이다. 이와 같은 뉴스의 방송행위가 퍼블리시티권을 침해하는 것인지 또는 미국 수정헌법 제1조의 언론 및 출판의 자유에 의해 면책되는 것인지가 주된 쟁점이었다.

이 사건에서 미 연방대법원은 퍼블리시티권이 정신적 손해에 대한 보호를 목적으로 하는 프라이버시권과는 명백히 구별되는 권리이고, 개인의 동일성에 대한 재산권이라고 판시하여 퍼블리시티권의 독자적인 권리성을 인정하였다.[25]

1970년대 후반과 1980년에 들어서면서부터는 더 이상 이러한 퍼블리시티권의 존재는 부정되지 않게 되었고,[26] 이후 판례의 동향은 퍼블리시티권을 어디까지 인정되어야 하는가의 문제로 발전하게 되는 양상을 보였으며, 이 판결의 영향으로 많은 주에서 보통법이나 특별규정 혹은 양자를 근거로 하여 그 인정범위에 있어서 차이는 있지만 퍼블리시티권을 명문화[27]하고 있다.[28]

---

24) 실황의 내용은 Zacchini가 대포를 통해 15초 동안 200피트 정도를 날아가는 인간탄환 묘기를 보이는 것이었다.

25) Zacchini v. Scripps-Haward Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 571(1977).

26) 예컨대, Lugosi 판결, Factors 판결 등이 대표적인 예에 속한다.

Lugosi판결은 1930년 루고시는 유니버설 영화사와 계약을 맺고 드라큐라 영화주인공을 맡아 유명하게 되었다. 그의 사망 후 유니버설 영화사는 그의 드라큐라 캐릭터를 상품화하여 판매하자 루고시의 상속인들이 유니버설 영화사를 상대로 소송을 제기한 사건이다. 이사건에서 캘리포니아 최고법원은 상속인들에게 패소판결을 하였는데, 초상권이 상속되기 위해서는 살아있는 동안 상업적으로 이용되었어야 하는데, 루고시는 살아있는 동안 드라큐라의 캐릭터를 상업적으로 사용하지 않았기 때문에 그 권리를 주장할 수 없다는 것이었다.; Lugosi v. Universal Pictures, 25 Cal. 3d 813(1979).

Factors 판결에서 Tenney판사는 “개인이 가지고 있는 감정이나 명성이라고 하는 프라이버시적인 것은 상거래의 대상이 되지 않는 것이 통상이지만, 이것과는 대조적으로 프라이버시인 명성이 어떤 상품에 있어서 인격화되고 개성화되면, 시장에 있어서 우위를 차지하는 상품으로 된다. 그렇게 되면 타인의 부정한 경쟁으로부터 이 재산적 가치인 명성이 보호될 필요가 있다.”라고 하여 단순한 고립된 프라이버시가 퍼블리시티로 변화하는 경우를 시사한 판례로 주목받고 있다(Factors, Etc. v. Creative Card Company, 444 F. Supp 279. 3 Med. L. Rptr. 1290(S.D.N.Y. 1977) ; 한위수, 앞의 논문, 32면에서 재인용.

27) 각 주의 입법실태에 관하여는 이태섭, “미국 Publicityrnjs에 관한 연구”, 『재판자료:외국사법연수원논집(17)』 제84집, 1999, 125면 이하를 참조.

28) McCarthy, The Right of Publicity and Privacy", C. Boardman, 1987, §6.2-6.15.

뿐만 아니라 미국의 판례의 영향은 미국을 건너 다수의 국가에서 퍼블리시티권을 인정하게 되었고,[29] 이러한 추세는 퍼블리시티권이 오늘날 지적재산권의 독자적 영역으로 자리 잡게 되었다.

4. 퍼블리시티권에 관한 이론의 전개

퍼블리시티권을 인정하고 그 내용적인 확대를 가져오는 데는 판례뿐만 아니라 학자들의 노력이 수반되었다. 학자들의 퍼블리시티권에 관한 본질을 밝히려는 주목할 만한 노력에 대하여 이론들은 대표적으로 다음과 같은 이론들을 들 수 있다.

가. Publicity권의 본질에 관한 이론의 전개

(1) Nimmer 교수의 공개가치이론

1953년 Haelan판결이 있을 직후, Melville B. Nimmer 교수는 1954년 “The Right of Publicity"라는 그의 논문에서 초상・성명 등과 같은 사람의 동일성에 수반되는 상업적 이익을 ‘공표가치(The Publicity value)’라고 표현하면서 전통적인 프라이버시권만으로는 이 공표가치가 적절히 보호받을 수 없음을 지적하고, 공표가치는 양도불가능성을 특질로 하는 프라이버시권이 아닌 퍼블리시티권의 보호대상이 된다고 보았다.[30] 다시 말하면, 프라이버시권은 ‘초상의 무단광고 이용에 따른 당혹스럽고 모욕적인 감정’을 보호하기 위한 법리인데 비해 퍼블리시티권은 ‘초상의 상업적 가치’를 보호하기 위한 법리라는 것이다. 또한 Nimmer 교수는 이러한 퍼블리시티권은 공표가치상의 차이는 있을지언정 유명인들뿐만 아니라 일반인 모두에게 인정되는 권리라고 보았다. 이러한 Nimmer 교수의 이론은 Haelan 판결에서 탄생된 퍼블리시티권의 법리를 단단히 하는 토대가 되었다.

Nimmer 교수는 자신의 논문가운데 퍼블리시티권을 ‘퍼블리시티가치를 창출한 자가 그 가치를 배제하여 그것으로부터 이익을 얻을 권리’라고 정의한 바 있다. 그는 ‘동물

29) McCarthy, op. cit., §6.21-6.24.
30) 정상기, “Publicity권에 관한 소고”, 『계간저작권』, 제26호, 저작심의위원회, 1994, 16-17면에서 재인용.

에서부터 무생물 혹은 기업 그 외의 단체에 이르기까지의 모든 것은 생성되면서 퍼블리시티가치를 가지며, 그들 무생물의 소유자인 인간이 그 소유물에 있어 퍼블리시티권을 가진다'고 하여, 사람 이외의 물건에 대해서도 노력에 의해 그것을 인기 있는 것으로 만든 경우 그 물건의 소유자에게 퍼블리시티권이 인정된다는 것이다. 또 Nimmer 교수는 '공공의 이익에 반하지 않는 한 모든 사람은 그의 노동의 성과에 대하여 권리를 가진다는 영미법학의 제1원칙'에서 퍼블리시티권의 근거를 두고 있다.

(2) 자연법적 보수와 인센티브 이론

Mostert는 1986년 발표한 논문 중에서 '사람의 자기동일성에 있어서 퍼블리시티가치에 대한 인식은 자연법이론의 근저에 있는 보수이론과 인센티브이론에 의해 정당화된다고 한다. 자연법이론은 사람이 독자적인 노력과 노력에 의해 창조된 것은 그 사람의 재산으로서 그 사람에게 귀속한다는 기초이론에 근거하는 것이라고 한다. 상표, 캐릭터, 사람의 초상에 부여된 고객흡입력, 인기가치, 퍼블리시티가치의 창조자는 통상 그 결과에 달하기 위한 노력, 시간, 상당한 비용을 지불했을 것이기 때문에 그는 그들의 이용에 대하여 배타적인 독점권을 가지며, 이익을 받을 권한을 부여받아야 할 것이다.' 뿐만 아니라 '상표나 캐릭터에 부여된 고객흡입력이나 인기가치를 독립한 법적 이익으로서 보호할 필요가 있으며, 이들에 관한 노력을 가하여 새로운 권리를 창조하는 것이 아니라, 기존의 퍼블리시티권을 확대하여 동일의 지적재산적 이익인 이것들을 보호해야만 한다. 재산적 이익이므로 퍼블리시티권은 창조자로부터 독립하여 존재하고 창조자의 인격과도 분리되어 존재한다. 이와 같이 상표나 캐릭터에 부여된 고객흡입력이나 인기가치는 동일의 독립한 재산적 이익에 상당하는 것이기 때문에 사람의 초상에 대한 퍼블리시티가치가 보호되는 것과 같이 이들 재산적 이익을 보호하기 위하여 퍼블리시티권을 확대할 수 없는 이유는 존재하지 않는다고 본다.'고 주장하고 있다.[31]

나. 프라이버시권에 대한 침해유형 이론

캘리포니아대학의 법대 학장이었던 William L. Prosser 교수는 1960년에 발표한 그의 논문 'Privacy'에서 프라이버시권에 대한 침해유형을 4가지로 정형화하였는데,[32]

31) Mostert, "The Parasitic Use of the Commercial Magnetism of a Trade Mark on non-Competing Goods", 11 Eur, InterII(1986). Prop. Rev. 342.
32) William L Prosser, "Privacy", California Law Review(1960), Vol. 48, p.383, 389.

i) 사적 영역의 비합리적은 침해(intrusion) : 전화통화 감청 등과 같이 신체적·장소적 사적 영역에 대한 비합리적 침입(unreasonable intrusion into private affairs)

ii) 사생활의 공개(public disclosure cases) : 사적인 사항의 공개(public disclosure of embarrasing facts)

iii) 공중에게 잘못된 인식을 심어주는 행위(false light cases) : 공중을 오인케 하는 행위(presentation of people in false light)

iv) 성명·초상 등에 대한 침해(appropriation cases) : 성명, 초상의 영리적 사용(appropriation of name or likeness for commercial benefit)

등이 그것이다.

퍼블리시티권은 프라이버시의 4가지 유형 중에 성명·초상 등에 대한 침해(appropriation cases)유형으로부터 파생되는 것이다. 즉, Prosser의 견해는 프라이버시권은 퍼블리시티권을 내포하고 있는 권리로 보고 있다.

이러한 태도에 대하여 사람의 성명이나 초상에 관한 상업적 침해행위를 프라이버시의 한 유형으로 이론구성함으로써 퍼블리시티권의 독자적인 발전에 걸림돌이 되어버렸다는 견해가 있다.[33] 즉 Prosser 교수가 성명이나 초상 등의 자기 동일성이 갖는 인격적 가치와 상업적 가치를 구별하지 않고 유형화함으로써 프라이버시권과 퍼블리시티권에 관한 혼란을 가져왔다는 것이다.[34]

아무튼 당시의 Prosser의 이러한 견해는 프라이버시권이라는 법리의 일관된 법체계를 형성하는데 공헌하였고, 마침내 1977년 제2차 Restatement(Restatement(2nd) of Tons §§652A, 6521)에 그대로 채택되기에 이르렀으며, 대부분의 주에서 성명·초상 등의 이용을 프라이버시권의 침해로 보는 입법으로 형성되었다.[35]

그러나 오늘날은 Prosser의 네 번째 유형인 개인의 Identity를 영리적 목적으로 이용하는 침해는 퍼블리시티권이라는 성명·초상 등이 가지는 재산적 가치를 이용할 독립적인 권리로 분화되었다는 점을 주목할 필요가 있다.

다. 상표의 'Persona'에 퍼블리시티권의 개념을 포함하려는 이론

Winner는 1981년 발표한 논문에서 특정인임을 나타낼 수 있는 징표로서 그 징표에

33) 배금자, "미국에서의 퍼블리시티권", 『계간저작권』, 제67권, 2004. 가을, 3면.
34) 위 논문.
35) 한위수, 앞의 논문, 32면.

내재된 상업적 가치의 총체를 의미하는 'Persona'로서 상표의 보호에 퍼블리시티권의 개념을 이용할 것을 주장하였다. 'Persona'란 특정인임을 인식할 수 있는 개인의 자기동일성을 의미하기 위해서 뿐만 아니라 개인의 자기동일성에 내재되어 있는 재산적 가치의 총체를 의미한다고 보고 있다.[36]

상표의 Persona라는 것은 그 상표의 출처표시기능과는 다른 혼동의 염려나 희석화(dilution)이론의 기준 등의 전통적 제한을 넘어 그 상표자체의 자기동일성을 가리키는 것이라고 하고 있다.[37]

5. 퍼블리시티권 내용의 확대과정

가. 퍼블리시티권의 주체에 관한 판결

미 연방대법원의 1977년 Zacchini 판결 이후로 미국의 각 주와 법원에서는 대부분 퍼블리시티권을 인정하는 것이 대세가 되었다.

우선 퍼블리시티권은 유명인에게만 인정되고 일반인에게는 인정되지 않는다고 보는 판례가 있었지만[38] 유명인과 일반인을 가지리자 않고 퍼블리시티권을 인정한 판례가 뚜렷하게 나타나게 되었다.[39] 유명한 정도는 퍼블리시티권의 성립요건이 아니라 알려진 정도에 따라 시장가치가 확정된다는 점에서 단지 손해배상 산정의 중요한 인자에 불과하다는 것이다.[40]

그리하여 제3차 Restatement 제46조 d와 제49조 d에는 "알려지지 않는 사람의 자기동일성도 상업적 가치를 보유할 수 있다.", "일반인 또는 피고는 다른 일반인이나 직업모델로부터 유사한 서비스를 확보하기 위해 지급이 요구되었다고 인정될 만한 시장가격을 확정지어 그 이용가치로 측정된 배상을 받을 수 있다."고 규정되기에 이르렀다.

그러나 자연인이라면 개인은 물론 단체에게도 퍼블리시티권의 주체로서 인정하고 있

---

36) McCathy, op. cit., p.4-49.

37) Winner, "Right of Idenity: Right of Publicity and Protection for a Trademark's "Persona", 71 Trademark Rep., 193-214(1981).

38) 대표적인 판결로는 Ali v Playgirl, Inc., 447 F. Supp. 723, 729(S.D. N.Y. 1978); Jackson v. Playboy Enterprises Inc., 574 F. Supp. 10, 13(S.d. Ohio 1983).

39) 대표적인 판결로는 Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 498 F. 2d 821(9th Cir. 1974)
Tellado v. Time-Life Book, 643 F. Supp. 904, 913(D.N.J. 1986).

40) McCathy, op. cit., §1.2, §6.21.

는 판결이 나타나고 있지만[41], 법인에 대하여는 회의적인 태도를 볼 수 있다.[42]

이러한 태도는 퍼블리시티권이 인격적인 요소를 지닌 프라이버시권에서 유래한 것으로 보는 관점이 반영된 결과로 보인다.

나. 퍼블리시티권의 대상

미국에서의 퍼블리시티권은 애초에 개인의 성명이나 초상 등을 보호하려던 것에서 출발하였지만 이에 그치지 않고 점차 확대되어 개인의 동일성을 나타낼 수 있는 것은 물론 개인의 동일성을 암시할 수 있는 것까지도 포함하고 있다고 판시하는 등[43] 광범위하게 그 대상이 확대되어가고 있는 실정이다. 판례나 학설들에서도 초기에는 퍼블리시티권의 대상을 '성명이나 초상(name and Likeness)'이라는 단어를 많이 사용하였지만, 점차 Winner 교수가 정의한 'Persona'라는 표현을 사용하는 추세에 있다고 한다.

이러한 태도는 일찍이 Nimmer 교수가 표현하는 '공표가치(The Publicity value)'라고 표현한 초상·성명 등과 같은 사람의 동일성에 수반되는 상업적 이익이 될 수 있는 것이라면 모두 가능하다고 보는 견해가 그대로 반영되고 있는 것으로 보인다.

1995년 미국 법학원(American Law Institute)이 발간한 제3차 부정경쟁 리스테이트먼트에서는 퍼블리시티권을 "타인의 성명, 초상 기타 개인의 정체성(Idenity)을 나타내는 표지를 아무런 승낙없이 상업적 가치를 무단이용한 사람이 이에 대한 책임을 지는 것"이라고 정의하고 있다.[44]

이하에서 판례에 나타난 눈여겨 볼만한 대상들을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 유명인의 목소리 : Midler v. Ford 사건[45]

Ford 자동차 회사가 자사의 제품에 대한 홍보 및 판매촉진을 위하여 광고를 제작하

---

41) Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 552 F. Supp. 904 (D. N. J. 1986).

42) 이에 관한 대표적인 판결로는 Vassar Collage v. Looser-Wiles Biscuit Co., 197, 994(WDMo 1912).; Rosenwasser v. Ogolia, 172 AD 107, 158 NYS 56(1916).; University of Nortre Dame D.U Lac v. Twentirth Centry-Fox Film Corp., 22Ad2d 452, 256 NYS 301, 305(1965) aff'd, 15 NY2d 940, 259NYS2d 832, 207NE2d 508 등이 있었음.

43) Ali v. Playgirl, Inc, 447. Supp. 723, 728 (S.D. N.Y. 1978); Lerman v. Chuckleberry Publishing, Inc., 521 F. Supp. 228, 232 (S.D. N.Y. 1981)

44) Restatement(Third) of Unfair Competition §46(1995).

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

면서 그 배경음악으로 당대 허스키보이스로 유명한 Bette Milder의 음악을 허락 없이 모창하여 상업적으로 이용함으로써 소송이 제기된 사건에서 제9연방항소법원은 “음성은 얼굴과 마찬가지로 독특하고 개인적인 것이다. 인간의 목소리는 특정인임을 인식할 수 있게 하는 가장 유력한 수단의 하나이다. 누구나 전화상의 몇 마디로도 상대방이 누구인지 쉽게 알아차렸던 경험을 가지고 있을 것이다. 가수는 노래를 통하여 그 자신을 표현한다. 가수의 목소리를 모창하는 것은 가수의 독자성을 침해하는 것이다. … 널리 알려져 있는 가수의 독특한 목소리를 상품판매에 의도적으로 모방한 경우에는 자신의 것이 아닌 타인의 것을 이용한 행위이므로 불법행위에 해당한다.”고 판시하였다.

음성의 퍼블리시티권을 인정한 사례는 이 외에도 Waits v. Frio-Ray 사건에서도 인정되었다.[46]

(2) 개인이 사용하는 슬로건 ; Johnny Carson 사건.[47]

이 판결은 1962년부터 거의 매일 토크쇼에서 사회를 맡아 유면하게 된 Johnny Carson의 프로그램은 시작과 함께 Here's Johnny!라는 음성을 통한 광고와 함께 시작되었다. 동 사건에서 피고는 자신이 생산하던 이동용 화장실에 상품표지로 ‘Here's Johnny’라는 슬로건을 사용하였는데, 문제는 ‘John'이 속어로 화장실을 의미하였기 때문에 원고인 Here's Johnny을 자극하게 된 것이다. 슬로건은 아울러 ’The world's foremost Commodian'이란 문구와 함께 광고되었는데, ‘Commodian’은 화장실과 동의어 이고 동시에 코미디언(comedian)을 빗대어 이르는 말로 결국에는 Johnny Carson을 의미하였다.[48]

(3) 자동차 경주선수의 차량 : 1974년 Motschenbacher 사건[49]

항상 독특한 무늬로 장식하고 특정 번호를 붙인 프로자동차 경주선수의 차를 담배광

46) Waits v. Frio-Ray, Inc., 978 F2d 1093, 23 USPQ2d 1721(9th Cir. 1992) : 원고 Tom Waits는 작곡가 겸 가수로 자기 신념에 따라 광고출연을 하지 않고 있었는데, 피고가 자사의 광고를 제작하면서 원고의 허락없이 원고의 목소리를 흉내내어 광고에 이용함으로써 문제된 사건.

47) Carson v. Here's Johnny Protable Toiletts, Inc., 698 F. 2d 831 (6th Cir. 1983)=GRUR Int. 1985, S.64.

위 사건에서 판례는 원고와 밀접하게 관련되어 있는, 즉 원고의 동일성을 나타낼 수 있는 슬로건을 무단으로 상업적인 목적을 위해 이용하였다는 것을 근거로 퍼블리시티권의 침해를 인정하였다

48) 박영규, 앞의 논문에서 재인용.

49) Motschenbacher v. R.J. Raynolds Tabacco Co., 498F. 2d 821(9th Cir. 1974).

고에 사용한 사안에 대하여 그 선수에 대한 퍼블리시티권의 침해를 인정하였다.

(4) 로봇인형을 사용하여 개인의 동일성을 침해한 경우 : 1992년 삼성전자사건[50]

삼성전자는 'Wheel of Fortune'이라는 타이틀을 가진 오랫동안 인기 퀴즈프로그램 속에서 보조진행자 역할을 하던 Vanna White(원고)를 로봇으로 제작하여 자사의 VCR 제품광고에 이용하였다. 삼성전자는 퀴즈프로그램의 세트와 유사한 게임보드와 Vanna White가 프로그램 속에서 정해진 포즈대로 서있는 로봇을 제작하여 '서기2012년,[51] 가장 오래된 퀴즈 프로그램'이라는 자막을 내보냄으로써 시청자로 하여금 20년이 지난 후 2012년이 되어도 삼성전자의 제품이 여전히 이용되고 있을 것이라는 메시지를 전달하는 광고내용이었다. 이 사건에서 법원은 "퍼블리시티권의 침해여부를 판정하는 데에는 실질적으로 그 사람의 이미지의 동일성이 무단으로 침해되었는지를 기준으로 하여야 하며, 어떤 방법에 의하여 침해되었는지는 중요하지 않다. 삼성전자가 화이트의 이름이나 그와 유사한 것을 사용한 것은 아니지만 로봇인형을 이용하여 화이트의 이미지의 동일성을 무단으로 침해하였다."고 판시하였다.

(5) 유명인의 경력 : Palmer 사건[52]

이 사건에서 법원은 "이미 알려진 프로골퍼들의 경력이라 하더라도 이를 상업적 광고에 무단으로 사용하는 것은 개인이 자신의 이름이나 유사성을 독점적으로 사용할 수 있는 권리를 침범하는 것"이라고 하였다. 이와 관련하여 개인의 삶의 궤적 또한 퍼블리시티권의 영역으로 다루어 질 수 있는지 문제되는 바, 미국에서는 Hicks 사건과[53] Mattews 사건에서[54] 논의된 바 있지만 부정되었다.

---

50) Vana White v. Samsung Elect. Am, Inc., 971F. 2d 1395(9th Cir., 1992). 이 판결에 대한 평석과 내용은 정제훈, "퍼블리시티권의 제한-WHITE v. SAMSUNG(1993) 판결의 평석-", 『창작과 권리』, 제10호, 1998. 봄, 89면, 이호열, "퍼블리시티권에 관한 법적 문제", 『지적소유권법연구』, 제3집, 340면 등을 참조.

51) 광고를 행하던 당시는 1992년 이었으므로 20년 후의 미래를 마타내는 년도이었음.

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

53) Hicks v. Casablanca Records, 464F. Suoo. 426 (S.D.N.Y. 1978) : 유명한 추리소설가인 아가사 크리스티의 11일간의 행방불명 사건에 대하여 피고의 상상을 더하여 만든 소설 'Agatha'가 문제된 사건으로, 법원은 "유명인의 일생 중 어느 한 부분만을 소재로 삼고 도 그 소설의 내용이 가상에 기한 것임이 분명한 본건에 있어서 퍼블리시티권은 문제될 여지가 없다."고 판시하였다.

(6) 동물에게 퍼블리시티권이 인정되지 않는다고 본 판결 : Lawrence v. Ylla 사건[55]

비스켓 회사에서 애완견의 사진을 무단으로 과자 광고에 이용하자 애완견의 주인이 애완견을 대신하여 퍼블리시티권을 주장한 사안으로, 뉴욕주 지방법원은 "뉴욕주 법에 따르면 퍼블리시티권은 살아있는 사람에게만 인정된다."고 판시한 사건이다.

그러나 이 판결은 퍼블리시티권의 주체가 동물이 될 수 없다는 것을 판시한 것으로 보이며, 퍼블리시티권의 대상으로서 동물에게도 인정되는 것을 부정하기는 힘들 것이다.

일찍이 Nimmer 교수는 자신의 논문가운데 퍼블리시티권을 '퍼블리시티가치를 창출한 자가 그 가치를 배제하여 그것으로부터 이익을 얻을 권리'라고 정의하면서, 그는 '동물에서부터 무생물 혹은 기업 그 외의 단체에 이르기까지의 모든 것은 생성되면서 퍼블리시티가치를 가지며, 그들 무생물의 소유자인 인간이 그 소유물에 있어 퍼블리시티권을 가진다'고[56] 주장한 바와 같이 동물의 퍼블리시티권을 부정할 이유는 없을 것으로 본다.

다. 상속의 인정여부와 사후 존속기간의 범위

(1) 각 주의 퍼블리시티권 인정의 경향

퍼블리시티권이 상속성이 인정되는 지에 관하여는 각 주마다 다른 견해를 보이고 있

---

54) Mattews v. Wonzencraft, 30 USPD2d 1025(5th Cir. 1994) : 마약 단속원으로 일하다가 스스로 마약에 중독되어 향후 법의 심판을 받은 크레이그 매튜의 파란만장한 삶을 'Rash'라는 제목으로 소설화한 피고에 대하여 법원은 "매튜의 생애는 독자 및 영화제작자에게 흥미를 일으키는 것이지만 그 삶의 이야기 자체는 상업적 사용으로부터 보호되는 '이름 혹은 유사성'에 해당되지 않는다."고 판시하였다.

55) Lawrence v. Ylla, 184 Misc 807, 55 NYS 2d 343(1945)
Bayer v. Ralston Purina Co. 484 S.W. 2d 473,87 A.L.R. 3d 1275(Mo. 1972); 말의 사진을 무단으로 광고에 이용한 사건에서 법원은 "피고의 광고에 원고소유의 말의 사진을 이용하는 것은 원고의 동일성을 침해하는 것이 아니기 때문에 원고의 프라이버시권을 침해하는 것은 아니다."고 판시하였다. 이 판결은 동물의 초상권을 프라이버시권에서 접근하여 판시한 것이므로 동물을 대상으로 하는 퍼블리시티권을 부정한 판결로 볼 수는 없을 것으로 보인다.

56) Melvile Nimmer, The Right of Publicity", 19 Law & Contemprary Problem 203, 216(1954); 박영규, 앞의 논문에서 재인용.

다.

인정하는 방법에 있어서도 성문법을 두어 입법적으로 해결한 주가 있는가 하면, 성문법이 없이 Common Law를 근거로 인정하는 주들도 있다. 2009년 현재 각 주의 퍼블리시티권의 상속의 인정과 사후 존속기간의 인정에 관한 상황은 다음과 같다.[57]

① 보통법으로 인정하면서 성문법을 가지고 있는 주 : 8개 주

캘리포니아,[58] 플로리다, 일리노이, 켄터키, 오하이오, 펜실베니아, 텍사스, 위스콘신 등 8개 주는 보통법으로 퍼블리시티권을 보호하면서도 퍼블리시티권의 내용을 충분히 포섭할 만큼 폭넓은 성문규정을 별도로 가지고 있다.

② 상속을 인정하는 성문법을 가지고 있는 주 : 10개 주

여기에 더하여 뉴욕, 테네시, 워싱턴, 버지니아, 로드아일랜드, 오클라호마, 네바다, 메사추세스, 네브라스카, 인디에나 주 등 10개 주는 성문규정을 보유하고 있는데, 이들 중 일부는 '프라이버시'라는 표현을 사용하고 있지만 퍼블리시티권의 대부분 내용이 그 규정안에 포섭될 수 있다고 해석된다.[59]

③ 성문규정은 없지만 보통법의 해석상 판례를 통하여 인정하고 있는 주

한편 비록 성문규정은 없지만 해당 주의 보통법 내용을 해석한 법원의 판례를 통하여 퍼블리시티권을 명확히 인정하고 있는 주는 아리조나, 알라바마, 캘리포니아,[60] 코네티컷,[61] 플로리다,[62] 조지아, 하와이,[63] 일리노이,[64] 켄터키, 미시건, 미네소타,[65] 미

---

57) 이하의 내용은 박준석, "퍼블리시티권의 법적 성격-저작권과 상표관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?", 『산업재산권』, 제30호, 302면 이하에서 발췌・정리한 내용임.

58) 캘리포니아 민법전 (California Civil Code) 3344조와 3344.1조에 구체화되어 있다. 가령 3344조 (a)항은 "당사자의 사전 동의, 미성년의 경우에는 그 부모나 법정대리인의 사전동의 없음을 인식하고도(knowingly), 타인의 성명, 목소리, 서명, 사진, 혹은 유사물(likeness)을 일체의 방법으로 제품, 상품, 혹은 재화 상이나 혹은 그 속에 사용하거나, 제품, 상품, 혹은 재화 혹은 서비스의 광고 혹은 판매 또는 구매청약의 목적으로 사용하는 자는 그런 행위의 결과로 당사자에게 생기는 일체의 손해를 배상할 책임이 있다. … "고 규정하고 있다.

59) 그 예로 뉴욕 주의 경우를 살펴보면 뉴욕민법 제50조와 51조에 성명, 초상 등의 무단사용에 대한 보호를 프라이버시권의 보호차원에서 인정하고, 퍼블리시티권은 프라이버시권의 한 내용으로 보는 견해에 따라 해석되고 있다는 점이다.

60) Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tabacco Co., 498 F. 2d 821 (9th Cir. 1974); Clark v. Celeb Pub., Inc., 530 F. Supp. 979, 8 Media L. Rep. (BNA) 1261 (S.D.N.Y. 1981); Cher v. Forum Intern., Ltd., 692 F. 2d 634, 8 Media L. Rep. (BNA) 2484, 217 U.S.P.Q. 407 (9th Cir., 1982); Eastwood v. Superior Court, 149 Cal. App. 3d 409, 198 Cal. Rptr. 342, 10 Media L. Rep. (BNA) 1073 (2d Dist. 1983) 등.

61) Jim Henson Production, Inc., v. John T. Brady & Associates, Inc., 867 F. Supp. 175, 34 U.S.P.Q. 2d 1001 (S.D.N.Y. 1994).

62) Zim v. Western Pub. Co., 573 F. 2d 1318, 4 Media L. Rep. (BNA) 1467 (5th Cir. 1978). 다만,

주리, 뉴햄프셔, 뉴저지, 오하이오, 펜실베니아,[66] 텍사스, 유타,[67] 웨스트버지니아, 위스콘신 주 등 20곳(별도의 성문규정을 가진 8개주를 포함)에 해당한다.

결국 미국의 50개 주 중에서 성문규정이나 보통법을 통하여 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주는 2009년 현재 30개 주에 달한다.

<미국 각 주의 퍼블리시티권에 관한 성문법의 태도>[68]

성문법 있는 주 이름	입법년도 (개정년도)	보호대상의 범위	사후권리의 명문화여부	사후존속 기간	법적 구제수단	언론보도 예외조항 여부
캘리포니아주	1972(2007)	성,유,사,목	O	70년	손,징,변*	O
플로리다주	1967	성,유,사	O	40년	금,손,징*	O
일리노이주	1999	성,유,사,목	O	50년	금,손,징	O
인디애나주	1994	성,유,사,목	O	100년	금,손,징,변*	O
켄터키주	1984	성,유	O	50년	-	×
메사추세츠주	1974	성,유	× *	-	금,손,3배	×
네브래스카주	1979	성,유	O	규정없음	-*	O*
네바다주	1989	성,유,사,목	O	50년	금,손,징*	O
뉴욕주	1903(1995)	성,유,목	×	-	금,손,징	×
오하이오주	1999	성,유,사,목	O	60년	금,손,징,3배, 변	O
오클라호마주	1955(1986)	성,유,사,목	O	100년	금,손,징,변	O
펜실베니아주	2003	성,유,사,목	O	30년	금,손	O
로드아일랜드	1972(1980)	성,유	× *	-	금,손,3배	×
테네시주	1984	성,유,사	O	10년*	금,손*	O
텍사스주	1987	성,유,사,목	O*	50년	손,징,변*	O
유타주	1909(1981)	성,유	×	-	금,손,징,변	×
버지니아주	1904(1977)	성,유	O	20년	금,손,징	×
워싱턴주	1998(2008)	성,유,사,목	O	10년, 75년*	금,손,변	O
위스콘신주	1977	성,유	×	-	금,손,변	O*

프라이버시권'이라고 규정함.

63) Fergerstrom v. Hawaiian Ocean View Estates, 50 Haw. 374, 441 P. 2d 141(1968). 하와이 주에서도 '프라이버시권'이라고 칭함.

64) Stone v. Creative Communications, Inc., 216 U.S.P.Q. 261, 1981 찌 48140 (N.D. III. 1981). 1999년 1월 1일부터 일리노이주 성문법규("The Right of Publicity Acr",; Acr 90-747 1075/60)가 종래 보통법상 퍼블리시티권을 명시적으로 대체하였다.

65) Ventura v. Titan Sports, Inc., 65 F. 3d 725, 730 (8th Cir. 1995).

66) Apple Corps. Ltd. v. Button Master, P.C.P., Inc., 47 U.S.P.Q. 2d 1236, 1998 WL 126935 (E.D. Pa. 1998). 단, 펜실베니아는 보통법상의 퍼블리시티권을 인정한다.

67) 유타주는 1981년까지는 ②의 유형에 속하였으나, 1981년 개정법률은 논란의 여지를 남긴 채 퍼블리시티권이라기보다는 '거짓후원 표시금지(antifalse-endorsement)'법규 쪽으로 선회하였다.

<약어설명>
*보호대상의 범위 : '성'=성명, '유'=유사물(초상포함), '사'=사진, '목'=목소리
*법적구제수단 : '금'=금지청구, '손'=손해배상, '징'=징벌적 손해배상, '3배'=3배손해배상, '변'=상당한 변호사 비용

<*에 대한 부가설명>
*캘리포니아의 배상 : 위의 내용 외에 변호사비용 750불 또는 실손해액 중 큰 금액과 이득액 배상을 정하고 있음.
*플로리다의 배상 : 손해배상은 합리적인 오열티를 포함할 수 있음.
*인디애나의 배상 : 위 내용 외에 무단사용으로 인한 이득액반환 및 최소법정손해액 1000불을 규정함과 더불어 폐기・압류명령(impounding and destruction orders)을 규정하고 있음
*매사추세츠의 사후 권리 : '생존한'이라는 조건 없이 '일체의 자(any person)'이라고 규정하고 있음
*네브라스카의 법적 구제수단 : 단지 '법적 구제'를 부여한다고만 정하고 있음.
언론보도예외의 성문화 여부 - 모든 헌법상의 항변을 결부짓고 있음.
*네바다의 법적구제 : 위의 내용에 750불의 최소법정손해액을 정하고 있음.
*로드아일랜드의 사후존속기간 : '생존한'이라는 조건 없이 '일체의 자(any person)'라고 정하고 있음.
*테네시의 사후존속기간 : 10년 및 만일 상업적 사용이 계속될 경우 연장 가능함.
법적구제수단 : 피고의 이득액을 포함하여 폐기・압류명령을 규정하고 있음.
*텍사스의 사후존속기간 : 법정 권리는 오로지 사후에 적용되며, 생존한 자에게는 적용없음.
법적 구제수단 : 위 내용 외에 2500불의 최소법정손해액 혹은 실손해액 중 큰 금액과 이득액배상을 정함.
*유타 : 오직 허위의 승인이나 후원관계를 암시한 경우에만 법정 책임을 부담하도록 함.
*워싱턴의 사후존속기간 : 그 정체성이 상업적 가치를 가진 경우 75년, 그렇지 않는 경우 10년.
*위스콘신의 언론보도관계 : 모든 언론보도의 항변을 언급하여 인정하고 있음.

(2) 퍼블리시티권의 상속성에 관한 판례의 태도

따라서 보통법이 지배하고 있는 미국의 경우 성문법을 갖추고 있지 않은 주에서는 판례를 통하여 인정여부가 결정된다. 뉴욕주는 명문의 규정(뉴욕민법 제50조)은 있지만 이는 프라이버시권으로 해석되는 결과 퍼블리시티권에 관한 직접적인 명문의 규정을 두고 있다고 볼 수 없다. 이 뉴욕주의 판례를 살펴보면 다음과 같다.

① 상속의 인정 : 1975년 Price판결(Laurel과 Hardly사건)[69]과 1978년 Hicks판결[70]

이 사건에서는 유명한 코미디언이었던 Laurel 과 Hardly의 미망인 두 명의 성명과 초상을 사용한 Hal Roach Studio를 상대로 퍼블리시티권의 침해를 이유로 소를 제기하였다. 뉴욕법원은 퍼블리시티권의 상속을 인정하는 것을 전제로 원고들의 청구를 인

68) 박준석, 앞의 논문에서 재인용.
69) Price v. Hal Studios, Inc., 400 F. Supp. 836(S.D.N.Y. 1975).
70) Hicks v. Casablanca Records, 464F. Supp. 426(S.D.N.Y. 1978).

용하였다. 그러나 같은 법원은 1978년 **아가사 크리스티사건**의[71] Hicks 판결에서 생존 중에 퍼블리시티를 이용하였다면 상속될 수 있다고 판시하였다. 이후 Tennessee Williams 사건에서도[72] 상속을 인정하는 판결이 있기까지 퍼블리시티권의 상속성을 인정하는 판례는 확고히 굳어지는 것처럼 보였다. 그러나 다음의 판결에서 상속성을 부인하는 태도로 전환되었다.

② 상속의 부정 : 1984년 Stephano 판결

직업모델의 사진의 사용을 허용한 범위를 넘어 다른 잡지에 실은 것이 문제되어 소송이 제기된 사건인데, 항소법원은 퍼블리시티권은 프라이버시권의 하나로 Civil Right Law에 포함되는 것이므로 원고는 그와 독립한 Common Law로서의 퍼블리시티권을 주장할 수 없다고 판시하여 종전의 견해를 바꾸게 되었다.[73] 뉴욕주는 Haelan 판결 이후 퍼블리시티권의 보호의 근거를 Common Law에서 찾고 있었는데, 이 사건에서는 뉴욕주의 민법(New York Civil Right Law) §50, §51에[74] 규정된 프라이버시권 보호규정을 적용한다는 것이다. 즉, 퍼블리시티권을 프라이버시권의 하나로서 취급하여 프라이버시권에 관한 성문규정인 뉴욕민법 §50, §51에 따라 보호된다는 것이다.

그리하여 이 사건에서 판결은 종전의 태도를 바꾸어, 퍼블리시티권은 오직 생존 중의 사람에게만 인정한 성문법의 규율만을 받고 Common Law의 적용을 받을 수 없다고 판시한 것이다.

결국 이 사건 이후 뉴욕 주에서는 퍼블리시티권의 상속성이 부인 되었다.[75]

---

71) 각주 51) 참조.

72) Southeast Bank. N.A. v. Lawrence, 483 N.Y.S. 2d 218(N.Y. App. Div. 1984) : 피고가 설립한 사설극장에 유명한 극작가를 기념하기 위해 그의 이름을 따서 “Tennessee Williams Theatre"라는 이름을 붙였는데, 법원은 피고가 그 이름을 이용하여 극장의 명칭을 정하는 것은 금전적인 이익을 보전하기 위한 목적에서 나온 것이고 명성을 부당하게 도용하는 것을 막을 필요가 있다는 이유로 이는 퍼블리시티권의 침해에 해당한다고 판시하고 있다.

73) Stephano v. N.Y. Group Publication Inc., 485 N.Y.S. 2d 220(Ct. App. 1984).

74) 1984년 제정된 ‘The New York Civil Rights Law' 제50조는 “본인의 허락을 받지 않고 그 사람의 성명이나 초상 등을 상업적 목적으로 사용하는 자 또는 회사, 단체는 경범죄로 처벌한다.”고 규정하고 있고, 제51조에서 는 50조를 위반한 경우 손해배상이나 가처분신청할 권리를 규정하고 있다. 내용에서 알 수 있다시피 이 규정은 프라이버시권에 관한 직접적인 내용이 될 수는 있겠지만, 퍼블리시티권에 관한 직접적인 규정으로 보기 어려운 점이 있다.

75) 상속성이 부인된 판결로서 Pirone v. McMillan, Inc., 894 F. 2d 579(2d Cir. 1990); James v. Delilah Films, Inc., 144 Misc. 2d 374, 544 N.Y.S. 2d 447(Sup. Ct. 1989) 등을 들 수 있다.

Pirone판결은 미국의 전설적인 야구선수 Babe Ruth의 딸들이 McMillan 회사에서 야구달력 속에 Babe Ruth의 사진을 사용하자 상표권침해와 부정경쟁 및 퍼블리시티권의 침해를 이유로 소송을 제기한 사

6. 미국의 판례에 나타난 퍼블리시티권의 내용과 향후 전망

가. 미국 판례에 나타난 퍼블리시티권의 내용 정리

위에서 살펴본 대로 미국의 퍼블리시티권의 발전은 보통법체계를 바탕으로 하는 법원의 판결에 따라 시대적으로 점진적인 발전을 거듭해왔던 점을 발견할 수 있다.

한편 연방국가인 미국의 퍼블리시티권의 발전은 각 주마다 판례의 내용을 달리해 오면서 각 주마다 다소 차이를 지닌 내용으로 발전해 왔다.

그러나 전체적으로 보자면 각 주가 퍼블리시티권에 대하여 판결해온 내용은 공통적인 특성도 있다. 미국에서의 퍼블리시티권에 대한 인식과 발전해온 과정을 정리하면 다음과 같다.

우선 미국의 판례에 나타난 퍼블리시티권은 인격권의 내용인 프라이버시권으로부터 발전해 왔다. 퍼블리시티권은 Prosser 교수가 제시한 프라이버시의 4가지 침해유형 중에 성명・초상 등에 대한 침해(appropriation cases)유형으로부터 파생된다는 점에서, 프라이버시권은 퍼블리시티권의 발전에 기초하고 있다. 퍼블리시티권을 인정한 이래 그 초기에는 프라이버시권의 침해에 대한 방어적 권리로서 발전해 왔지만, 오늘날에는 퍼블리시티권이 프라이버시권과는 다른 재산적 요소를 내용으로 하는 별개의 독립된 인격권으로 발전해 온 것을 볼 수 있다.

퍼블리시티권은 성명・초상 등과 같은 인격적 요소의 상업적 이용을 통제할 수 있는 독점적 권리로서, 소극적인 의미에서는 허락을 받지 않고 제3자가 초상・성명 등 개인의 동일성 징표를 사용하는 것을 금지할 수 있는 권리이고, 적극적인 의미에서는 자신과 동일시 될 수 있는 징표의 재산적 가치를 실현하는 것을 타인에게 허락할 수 있는 권리로 인식되고 있다.[76]

연혁적으로는 이처럼 퍼블리시티권은 프라이버시권으로부터 출발하고 있지만 프라이버시권의 계속적인 발전의 결과라기보다는 프라이버시권에 적용되는 원칙이 파괴되는 모습을 띠고 있으며, 동시에 퍼블리시티권은 정신적 이익을 보호하고자 하는 프라이버시권과는 달리 경제적 이익을 보호한다는 점에서 프라이버시권과는 대척점에 있다고

건에서 Stephan 판결과 같은 논리로 상속성을 부인하였다.

76) McCarthy, §11.6.

평가되고 있다.[77] 즉, 미국에서는 정신적 이익의 보호를 목적으로 하는 프라이버시권과 상업적 이익의 보호를 목적으로 하는 퍼블리시티권은 상호 독립적으로 존재하고 따라서 결과적으로 양자택일적으로 적용될 수 있다.[78]

이러한 미국 판례의 이원론적 인식은 퍼블리시티권의 양도성여부의 문제에 직면하여서는 불리하게 작용할 수밖에 없는데, 양도불가능한 프라이버시권과 양도가능한 퍼블리시티권이 서로 다른 특성을 가지고 있기 때문에 조정하기 어려운 이익충돌의 상태에 이를 수 있게 된다. 예를 들면 이용의 방식이 권리자의 기본적인 확신과 일치하지 않기 때문에 양도 후 퍼블리시티권의 행사이익과 프라이버시권의 정신적 이익이 충돌한다면 어떠한 결정을 해야 하는지에 대하여 지금까지는 명확한 설명을 하지 못하고 있다.[79]

각 주마다 차이는 있지만 퍼블리시티권이 재산적 성격을 갖는다는 점에서 대체로 상속성은 인정 되고 있다. 퍼블리시티권의 상속성의 인정은 퍼블리시티권이 일신적속적인 권리가 아니라는 인식을 바탕으로 한다. 따라서 퍼블리시티권의 상속성의 인정과 양도성의 인정은 미국에서의 퍼블리시티권은 철저하게 경제적 가치를 지닌 독립적인 재산권으로 인식되는 것이다. 이점은 지극히 미국적이다.

사후 존속기간에 대하여도 각 주마다 큰 차이를 보이고 있지만 대치로 상속성을 인정하는 주에서는 실정법으로 사후 존속기간을 두고 있다. 사후 존속의 인정은 많은 주의 판례의 영향에서 오는 것 같지만 상속의 인정근거가 재산권성을 강조하면서 나타나는 판례로 보인다. 그러나 상속을 부인하는 판례 또한 만만치 않게 대두되고 있는데, 그 이론적 근거가 보통법에 근거규정이 없다는 이유와 논리적으로는 퍼블리시티권을 프라이버시권의 한 내용으로 보는 데에 기인하는 것으로 보인다.[80]

나. 향후의 전망

미국의 퍼블리시티권은 2000년대 이후에 들어서면서 디지털 기술의 발달과 인터넷 보급확대로 인하여 지적재산권 영역에서 많은 문제점l 야기되고 있듯이 퍼블리시티권 영역에 있어서도 디지털 상의 많은 문제점을 노출하고 있다. 도메인네임 등에 유명인의이름이 이용되기도 하고, 이로 인하여 퍼블리시티권이 미치는 상업적 이용과 비상업

77) 박영규, 앞의 논문, 271면.
78) 박영규 앞의 논문, 274면.
79) 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방향에 관한 연구”, 『법학논총』, 제17집 제3호, 2010. 86면.
80) Stephano v. N.Y. Group Publication Inc., 485 N.Y.S. 2d 220(Ct. App. 1984) 참조.

적・비영리적 이용이 상호 충돌하기도 한다.[81]

이러한 점에 관하여 퍼블리시티권이 디지털환경에 적응할 수 있는 방법을 고안해내야 하고, 보호범위가 지나치게 상업적인 이용에 한정되어 있는 점 등의 문제와 퍼블리시티권의 과잉보호에 대한 제한의 문제가 충돌할 것으로 바라보는 관점도 있다는[82] 점도 주시할 필요가 있다.

아무튼 이러한 디지털 시대에 이르러 퍼블리시티권은 더욱 정교한 이론이 필요할 것임에는 틀림없다.[83]

제2절 독일에서의 퍼블리시티권의 형성과 발전

1. 독일의 퍼블리시티권에 대한 성문법 현황

성문법체계의 모국이라고 할 수 있는 독일에서는 독립된 재산권으로서의 퍼블리시티권을 규정한 직접적인 법률을 별도로 갖추고 있지 아니하다. 성명・초상 등을 무단으로 사용하여 개인의 동일성을 침해하는 경우에 방어할 수 있는 실정법들은 몇 가지 존재한다.

「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률((Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kuenste und der Photographie, 약어 KUG)」 제22조에서 초상권에 관한 규정을 두고 있고, 독일 민법 제12조에서 성명권을 규정하고 있어서, 인격권으로서 성명권과 초상권을 보호하고 있다. 또 민법 제823조 제1항에서는 성명이나 초상 등의 무단 사용으로 인하여 개인에게 손해를 가한 경우에 손해배상에 관한 규정을 두고 있다.

---

81) 이영록, “퍼블리시티권에 관한 연구I - 그 주체・객체에 대한 미국에서의 논의를 중심으로-”, 저작권심의 조정위원회, 2003. 27-28면.

82) 이영록, 위 논문.

83) 제3절 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권 부분에서 후술하겠지만 국내의 인터넷 포털사이트 네이버에 자동으로 광고하도록 하는 프로그램을 제조・판매한 회사에 대하여 부정경쟁으로 인한 불법행위책임을 인정한 사건이 있다.

가. 초상권에 관한 규정 : 「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)」제22조

먼저 1907년 제정된 「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)」에 규정된 초상권에 관한 규정 제22조를 보면 “초상권은 본인의 동의를 얻은 경우에 한하여 이것을 배포하거나 전시할 수 있다. 본인이 자발적으로 촬영시키거나 보수를 받은 경우에 있어서 의심스러운 경우에는 동의가 있었던 것으로 추정된다. 본인의 사후 10년을 경과할 때까지는 그 근친자의 동의를 필요로 한다. 이 법률에서 근친자란 본인의 배우자 혹은 사실혼 관계에 있는 자 및 자녀를 말하고, 배우자도 자녀도 없는 경우에는 부모를 말한다.”고[84] 규정하고 있고, 이와 더불어 동법 제23조 제1항에서는 제22조에 적용에 대한 예외조항으로서 “다음 각 호의 경우에는 제22조에 의하여 요구되는 동의가 없더라도 배포하거나 전시할 수 있다.

1. 현대사 영역에 속하는 인물의 초상
2. 풍경이나 그 밖의 정경에 부수하여 찍혀진 모습
3. 집회, 행렬 및 동일한 행사에 참가중인 모습
4. 촉탁에 의하지 아니하고 작성된 초상으로, 예술상의 고상한 목적으로 말미암아 배포나 전시가 정당하다고 인정되는 경우”라고 규정하고 있다.

이 법률(KUG)은 제국시대의 마지막 수상이었던 Otto von Bismark의 영정사진이 공개됨에 따라 사후 초상에 대한 보호를 목적으로 1907년에 제정되었다고 한다.[85]

1965년 전면 개정된 현행 저작권법은 저작권과 인접보호권에 관한 법률(URG)을 말하는데, 이것은 종전의 두 가지 법률, 즉 「문학적 및 음악적 저작물의 저작권에 관한 법률」과 「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)」을 합한 것이다. 초상의 보호에 관하여 규정하고 있는 「조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)」제22조 이하는 현재까지 효력이 있다.(URG 제141조)[86]

---

84) 규정의 번역은 박영규, 앞의 논문 276면에서 재인용.

85) Reber, "Die Schutzdauer despostmortalen Persoenlichkeitsrechts in Deutschland Und den USA (von Marlene Dietrich ueber Klaus Kinski zu Marilyn Monroe) - ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?" GRUR Int. 2007, S. 492, 495; 박영규 앞의 논문 267면에서 재인용.

86) 배병일, “초상권에 관한 연구”, 『재산법연구』, 제9권 제1호, 114-115면.

나. 성명권에 관한 규정 : 독일민법 제12조과 제823조 제1항

성명권을 규정하고 있는 독일민법 제12조에서는 “어떤 성명을 사용하는 권리에 관하여 다른 사람이 권리자에 대해 그 권리를 다투거나 다른 사람이 권한 없이 동일한 성명을 사용함으로써 권리자의 이익이 침해된 때에는, 권리자는 그 다른 사람에 대하여 침해의 제거를 청구할 수 있다. 계속침해의 우려가 있는 때에는 부작위 소를 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다.

한편 독일 민법은 제823조 제1항은 “고의 또는 과실로 타인의 생명, 건강, 자유, 소유권 기타 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무를 진다.”고 규정하고 있는데, 이 규정에서 ‘기타 권리’ 속에 인격권이 포함된 된 것으로 해석하는 것이 일반적이다. 이 규정은 개인의 성명, 초상 등이 무단으로 사용되어 개인의 동일성을 침해한 경우에 방어할 수 있는 조항이 된다.

따라서 퍼블리시티권에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 않는 독일의 실정법 체계상 판례는 여전히 퍼블리시티권의 내용이나 성질 등에 관한 이론형성에 중요한 역할을 할 수 밖에 없다.

2. 독일 판례에 나타난 퍼블리시티권의 발전

퍼블리시티권에 관한 직접적이고 종합적인 규정이 없는 독일의 실정법체계 내에서는 퍼블리시티권의 법적 성격, 인정범위, 사후존속성 등에 관하여는 여전히 기존의 실정법 내에서 해석이 필요하다. 따라서 이에 대한 판례를 주시할 필요가 있다.

미국과는 대조적으로 독일 판례는 약간 주저하는 면은 있지만 재산권적 이익의 보호와 관련하여 정신적 이익보호에 초점이 맞추어진 ‘개별적 인격권’과 ‘일반적 인격권’[87]

87) ‘일반적 인격권이란 재산권이 아닌 개인의 자기동일성에 대하여 일반적으로 부여된 권리를 말한다.; 김재형, “언론의 사실보도로 인한 인격권 침해”, 법학 제106호(1998. 5), 서울대학교, 193면. 이에 의하면 독일은 독일기본법 제1조 및 제2조에 기초하여 개개인의 상업적 가치를 무단으로 사용하거나 훼손시키는 경우에 대한 보호수단으로서 ’일반적 인격권(allgemeines Persoenlichkeitsrecht)'이라는 개념을 발전시켜왔다고 한다. 이를 민법 제823조 제1항의 ‘기타의 권리’에 포섭하여 초상권도 이 일반적 인격권의 내용을 이루는 것으로 보는 것이 판례(BGH 25. 5. 1954, BGH 13, 334)를 통해 나타난 것이다. 그러므로 인격권 중 성명권이나 초상권에 관한 침해는 특별한 규정(KUG 제23조 또는 민법 제

에 의존하고 있다.[88]

가. 인격권 침해에 대한 보호의 인정과 재산적 가치의 인정

(1) 초상권의 재산권성의 인정 : 1956년 Paul Dahlke판결[89]

제2차 세계대전 이후 독일에서 인격권에 대한 재산적 가치를 인정한 판결은 1956년 Paul Dahlke 사건에서 있었다. 연방법원은 이 사안에서 초상권이 인격권적 성질을 가진 것임에도 불구하고 "초상권은 개인의 초상을 상업적으로 이용하여 얻은 이익을 보호할 수 있으며 유명인의 초상을 상업적으로 이용하는 경우에는 「조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법」 제23조 제1항의 예외조항은 적용되지 않는다."고 하여 재산적 가치가 있는 배타적인 권리라고 판시하였다. 일반적인 인격권은 제정 초기 개인의 인격적 이익만을 보호하는 수단으로 이해되었지만, 연방대법원은 이 판결 이후 경제적 이익까지도 그 보호의 범위에 속하는 것으로 인정한 것이다.[90]

(2) 초상・성명의 무단사용에 대한 불법행위책임의 인정 : 1958년 Herrenreiter판결[91]이후

이어서 인격권 침해사건으로 1958년에 있었던 이른바 '기수사건'이다. 이 사건은 아마추어 승마 기수 Herrenreiter가 약광고 포스터에 신문사가 촬영한 자신의 사진을 무단으로 이용하자 불법행위에 기한 손해배상을 청구한 사건이다.

이에 연방법원(BGH)는 1000마르크의 위자료 지급을 명한 주법원의 판결에 불복하고 상고한 피고에게 "이미 기본법 제1조와 제2조에 기해 일반적인 인격권을 사법상의 권

12조)에 따르고, 개개인의 상업적 가치있는 개인의 정체성요소에 관한 분쟁은 일반적 인격권으로서 민법 제823조의 규정을 적용하는 것이다.

88) 이봉림, "인격권의 법리검토와 입법제안", 『민사법학』, 제45권 제1호, 한국민사법학회, 2009. 161면 이하.

89) GRUR 1956, 427, 429.

90) 이 판결에 대하여는 인격권의 경제적 이익보호의 필요성을 강조한 점에서는 찬동하지만, 경제적 인격권은 경제적 인격권은 자신의 독립적인 권리로서가 아니고 일반적 인격권의 부분적 측면으로서 그리고 본질적인 요소로서 여겨져야 한다는 비판이 있다. 모든 생활영역을 포괄하고 또한 경제적 이익보호를 배제하고 있는 일원적인 일반적 인격권은 분할이 불가능하고 일원적인 인격과 부합한다는 것이다.; 권상로, 앞의 논문, 87면 참조.

91) BGHZ 26. 349.

리로 승인하였고, 그것은 민법 제823조 제1항 '기타 권리'에 포함된다."고 하여 피고의 상고를 기각하였다.

이 사안은 독일 민법 제823조 제1항의 불법행위 대상의 권리에 속하는가 하는 문제와 불법행위책임을 어디까지 인정할 것인가에 관심이 주목되는 판결이었다.

연방법원(BGH)은 본 사안에 대하여 무단광고에 의한 인격권의 침해는 독일 민법 제823조 제1항의 "고의 또는 과실로 타인의 생명, 건강, 자유, 소유권 기타 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에게 이로 인해 발생한 손해를 배상할 의무를 진다."는 규정 중에 '기타 권리'속에 포함되는 것으로 해석하였고, 위 규정의 권리는 소유권 등 절대권을 의미하는 것으로 보았다. 이것은 일반적인 인격권의 헌법상의 보호가 세계 제2차 대전 이후 제정된 Bonn기본법에서 명문화 되었고, 그 여파로 연방대법원이 일반적 인격권을 민법 제823조 제1항의 '기타 권리'로 승인하기에 이른 것이며, 이전까지는 일반적 인격권이 불법행위법의 보호대상이 아닌 것으로 여겼던 점에 비추어 퍼블리시티권 보호에 관한 획기적인 판결이라고 볼 수 있다. 뿐만 아니라 동 법원은 인격권의 침해에 대한 불법행위책임의 범위에 있어서도 불법행위에 기한 위자료를 인정한 것으로서 매우 발전적인 판결로 평가되고 있다.[92]

그러나 독일 연방대법원은 개인의 인격권적 요소가 허락되지 않은 채로 광고에 이용되는 경우에 당사자는 정신적 손해에 대한 위자료를 청구하거나 불법행위 혹은 부당이득을 원인으로 하여 해당 사용대가를 청구할 수 있는 것이지만, 실제로 정신적 손해와 재산적 이익의 침해가 동시에 발생하였다 하더라도 정신적 손해에 대한 위자료 청구와 불법행위를 원인으로 하는 사용대가의 청구는 동시에 행사될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다고 보고 있다.[93]

이와 더불어 1959년에는 가수의 성명을 무단으로 광고 등에 이용한 카테리나 바렌테 사건에서도[94] 법원은 일반적 인격권을 침해한 것이라고 하여 손해배상, 위자료 지급 및 사용금지 청구를 인정하였고, 유명인의 초상을 쇼핑백 등에 인쇄 판매한 행위에[95] 대하여도 인격권의 침해를 인정하였다. 바렌테판결은 민법상 일반적 인격권에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 위자료 청구권과 금지청구권을 불법행위법에 의해 인

92) Slaven Morinovic, Commercialization of Deal and Living Celebrities in the U.S. and Germany : Marilyn Monroe, Marlene Ditrich and Carloline von Monaco - Bericht vom 2. Hamburg International Media Law Forum am 3. Juni 2009, 26; BGH GRUR 1958, S. 408, 409.
93) 박영규, 앞의 논문, 277면.
94) BGHZ 30. 7; 五十嵐淸, 『人格權論』(一粒社, 1989), 124면 참조.
95) BGHZ 1968. 2. 20, VIZR 200/66.

정한 것이다.

나. 퍼블리시티권의 내용확대

개인의 사진을 허락없이 광고에 이용되는 경우에 불법행위책임을 인정한 Herrenreiter사건 이후로, 독일의 판결은 인격권의 양도성, 상속성, 사후존속기간 등의 인정에 관하여 어느 정도 일관된 법리로 자리잡고 있다.

(1) 양도성의 인정여부에 관한 판결 : 1986년 Nana 사건[96]

유명한 팝가수인 Nena는 그녀의 초상을 사업적으로 이용할 수 있는 모든 권리를 원고에게 양도하였는데, 피고는 이용허락을 양도받은 원고의 허락없이 Nena의 초상을 사진, 티셔츠, 문구류 등에 사용하여 판매해오다 원고로부터 Nena의 초상을 무단으로 사용한 것에 따른 금전배상을 청구당한 사건이다.

독일 연방대법원은 이 사안에서 “비록 Nena는 초상권의 비양도성 때문에 초상의 이용허락을 받은 자에게 자신의 초상권 침해금지 청구권을 양도할 수 없지만, 이용허락을 받은 원고는 Nena의 초상을 무단으로 이용한 피고에 대해 통상적으로 지급되는 이용료지급을 청구할 수 있다”고 판시하여 원고의 청구를 인용하였다. 즉, 이용허락(License)을 받은 자가 위 권리를 침해받은 것으로 인한 금전적인 손해에 대하여 배상을 구하는 소를 제기할 수 있는 지위에 있다는 것이다.

Nena 판결에서 법원은 이용허락을 받은 자에게 금전배상 청구권을 인정하여 줌으로써 양수인 내지 이용허락받은 자의 권리를 강화시켜주었다고 볼 수 있다. 하지만 양수인 내지 이용허락 받은 자가 직접 금지청구를 할 수 있는지 아니면 그 본인만이 금지청구를 할 수 있는지 여부는 여전히 불투명한 상태에 있다고 본다.[97] 퍼블리시티권에 양도성이 허용되지 않는다면, 개인의 성명, 초상 등을 이용하는 계약을 허락하는 방법으로 개인성에 대한 상업적 이용이 가능할 수 있다는 점을 인정한 것이므로 퍼블리시티권의 상업적 이용에 대하여 숨통을 트이게 한 판결이라고 볼 수 있다.

---

96) BGHZ 1986. 10. 14, VIZR 10/86.

97) Susanne Bergmann, "Publicity Right in the United States and in Germany : a Comparative analyis", 19 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 479(1999), p.514.; 오세용, “퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 양도성・상속성에 관한 연구”(서울대학교 석사학위논문, 2005), 100면에서 재인용.

이 판결 이후 독일의 판례는 일관되게 인격권의 재산권성 또는 상속성은 인정하면서도 양도성은 부정되는 성향을 보이고 있다.

한편 인격권에 재산권성은 인정하면서도 상업적 이용을 위한 그 양도성을 부정하는 이러한 독일의 판례의 태도는 저작권의 양도성을 부정하고 있는 독일 저작권법에서 제29조 제1항의 규정에 힘입은바가 크다고 보는 견해가 있다.[98] 독일 저작권법제29조 제1항에는 "사망으로 인한 처분행위의 이행으로 혹은 상속재산의 분할의 방법으로 공동상속인에게 양도될 수 있는 예외를 제외하고 저작권은 양도될 수 없다."라고 규정되어 있고, 다만, 동법 제31조 제1항에 따라 "저작자는 타인에게 저작물을 개별적인 혹은 모든 이용방식으로 이용시키는 권리를 부여할 수 있다. 이러한 권리(용익권)는 비배타적 혹은 배타적 권리로 아울러 지역적, 시간적으로 혹은 내용적으로 제한되어 부여될 수 있다."고 규정하고 있다. 이 조항은 인격적 요소에 대한 상업적 이익과 이를 관철하기 위한 인격권적 요소의 양도필요성은 단지 권리자가 대가를 받고 자신의 인격적 요소의 사용에 대해 타인에게 사용권한을 설정해주는 방법을 통해 제한적으로 인정하고 있는 것이라는 것이다.[99]

아무튼 독일에서는 퍼블리시티권을 일반적 인격권의 한 내용으로 취급하면서 정신적 요소를 강조한 나머지 일신전속성을 띠는 권리로 보고 있다. 미국에서의 퍼블리시티권에 대한 양도와 상속이 자유로이 인정되고 있는 것과는 달리, 독일의 이러한 태도에 대하여는 비판도 만만치 않은 상황에 있다.

(2) 상속성의 인정문제 : 2000년 Marlene Dietrich판결[100]

미국이 프라이버시권과는 독립적인 퍼블리시티권을 인정하는 반면에 독일 판례는 일원적으로 퍼블리시티권을 인격권의 일부로 파악하는 전통적인 일원론적 견해가 오랫동안 지배하고 있었다.

그러나 2000년 Marlene Dietrich판결에서 연방대법원은 인격권은 정신적 이익뿐만 아니라 상업적 이익도 보호하여야 하는 것으로 판시하면서, 오랫동안 불가능한 것으로 여겨졌던 인격권 중 재산적 가치 있는 부분의 상속성을 인정하게 된다. 즉, 인격권의 재산적 가치가 권한 없는 사용을 통해 침해되는 경우에 침해 정도에 관계없이 인격권

98) Forkel, "Lizenzen an Persoenlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsuebertragung", GRUR 1988, S.491; 박영규, 앞의 논문, 277면에서 재인용.
99) 박영규, 앞의 논문, 278면.
100) BGH NLW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - Marlene Dietrich

소유자에게 손해배상 청구권이 인정되고[101] 이러한 권리는 인격권의 소유자가 사망한 후에도 상속인에 의해 행사될 수 있다고 판시하였다. 다만 인격권의 상업적 이익은 정신적 이익의 보호기간을 초과해서 보호되지 않는다고 하였다.

이 판결은 인격권 중 재산적 가치의 소유자로서 상속인이 사자의 성명, 초상 등을 허락 받지 않고 상업적으로 사용하는 자를 상대로 손해배상 혹은 부당이득반환청구권을 행사하는 것이 가능하게 하였다. 또한 사자의 상속인은 사자 자신의 노력에 의해 획득된 명성 혹은 사자와 동일시 될 수 있는 요소의 공개가치 등을 제3자에게 이용을 허락하여 이익을 취할 수 있게 되었다.[102]

(3) 초상권의 내용확대 : 1989년 Heinz Erhardt판결[103]

한편 1989년 연방대법원은 사망한 Heinz Erhardt의 아들이 라디오 광고를 목적으로 목소리가 유사한 사람이 자신의 아버지의 목소리를 모방하는 것은 일반적 인격권을 침해한 것이라고 주장하면서 그 금지를 청구한 사건에서, 사후 존속을 전제로 개인의 개성의 모든 측면에 대하여 사후에도 같은 범위의 보호를 주어야 한다고 판시하였다. 이 판결은 KUG 22조에서 초상만을 규정하고 있는 것으로 해석하는 것을 초월하여 나아가 목소리에 대해서까지 보호를 확장한 획기적인 판결이라고 할 수 있다.

상속이 가능한 인격권의 재산적 가치가 있는 부분에는 성명, 초상뿐만 아니라 목소리는 물론이고, 극중역할이나[104] 분장모습 혹은 특정인을 연상시키는 불건 등도 인정됨에 따라 개인의 동일성을 암시할 수 있는 것도[105] 포함된다고 판시하고 있어서[106] Erhardt판결 이후에 KUG 제22조에 규정된 초상권의 범위는 폭넓게 확대되어가고 있는 실정이다.

(4) 사후 존속기간의 문제

---

101) BGH NJW 1995, 861 - Caroline von Monaco; BGH NJW 1996, 1128, 1129 - Caroline von Monaco III.

102) Goetting, "Persoenlichkeitmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke", GRUR 2001, S.656, 667.

103) OLG Hamburg. 1989. 5. 8. 3W45/89 : Heins Erhardt 의 목소리와 유사한 사람을 이용하여 라디오 광고를 목적으로 Heins Erhardt의 목소리를 모방한 행위는 일반적 인격권 침해라고 인정한 사건

104) Goetting, "Persoenlichkeitmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke", GRUR 2001, S.615, 617.

105) BGH GRUR 2000, 175=NJW 2000, 2201, 2202 - Der blaue Engel.

106) BGH NJW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - - Marlene Dietrich.

인격권을 정신적인 요소에 대한 가치로만 파악하여 권리주체와 분리될 수 없고 또한 포기할 수 없는 일신전속적 권리로 인식하여 상속을 부정하여 왔던 전통은 Klaus Kinski판결 이후 전환을 가져왔다. 독일은 오늘날은 인격권의 정신적 요소뿐만 아니라 재산적 요소도 고려되고 있다. 전술한 바와 같이 초상권의 사후 존속기간에 대한 규정은 KUG 제22조에서 본인의 동의, 본인의 사망한 경우에는 사후 10년을 경과할 때까지는 그 근친자의 동의를 얻은 경우에 한하여 배포되거나 전시될 수 있다. 한편 독일 저작권법 제29조 제1항에는 "사망으로 인한 처분행위의 이행으로 혹은 상속재산의 분할의 방법으로 공동상속인에게 양도될 수 있는 예외를 제외하고 저작권은 양도될 수 없다."라고 규정되어 있다.

초상권의 사후존속기간을 10년으로 제한하고 있는 KUG 제22조와는 달리 성명권이나 일반적 인격권에 대하여는 존속기간을 정한 바가 없기 때문에 이들의 사후 존속기간에 대하여는 판례의 몫으로 남겨져 있다. 인격권의 사후 존속기간에 관련된 판결을 살펴보면 다음과 같다.

① 인격권에 근거한 위자료청구권의 영구성에 대한 판결 : 1968년 Mephisto판결

사자의 인격이 중대하게 훼손되는 것을 방지하기 위한 한도 내에서는 인격의 가치가 사후에도 존속하고 정신적 이익의 침해로 인한 위자료 청구권 등은 사후 10년이라는 보호기간을 초과하여 사자에 대한 기억이 사라질 때까지 인정된다고 판시하였다.[107]

② 재산적 이익에 대한 사후 10년의 보호 : 2006년 Klaus Kinski판결

그러나 최근 인격권의 일부를 구성하는 정신적 이익의 보호는 시간적으로 명확한 한계가 없다고 하면서, 종전의 입장과는 달리 인격권 중에서 재산권적 이익의 보호는 사후 10년으로 종료한다고 판시하였다.[108]

그러나 KUG 제22조의 한정적인 사후 존속기간은 이미 오래전에 극복되었다고 인식되면서 본 판결의 태도에 대하여 많은 비판이 제기되고 있다.[109]

---

107) BGH NJW 1968, 1773 - Mephisto.

108) BGH NJW 2007, 684=GRUR 2006, 168 - kinski. klaus. de.

109) Reber, "Die Schutzdauer despostmortalen Persoenlichkeitsrechts in Deutschland und den USA (von Marlene Dietrich ueber Klaus Kinski zu Marilyn Monroe) - ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?" GRUR Int. 2007, S. 492, 493.

③ 실정법의 제한기간을 초과하여 인정 : 1999년 Emil Nolde판결[110]

하지만 초상·성명에 대한 사후의 보호는 사후인격권의 일부에 해당하기 때문에 사자의 인격이 현저히 훼손되는 방식으로 사용되는 경우에는 사후10년을 초과하여 보호되고 있다.[111]

따라서 인격권의 보호기간은 통상적인 기준으로 일률적으로 정해지는 것이 아니고, 다양한 기준 예를 들면, 침해의 정도, 알려진 정도 등에 의하여 정하여 지고 있다. 실제로 판례는 유명 미술가 혹은 유명인의 경우에는 인격권의 정신적 이익을 KUG 제22조에 규정된 10년을 초과하여 사망 후 30년 이상 사후인격권을 인정하는 판결이 나타났다.[112]

인격권의 사후 존속기간에 관한 논란을 야기했던 최초의 사건이 1999년 Emil Nolde 판결이다. 이 사안은 독일의 표현주의 화가인 에밀 놀데의 위조된 서명을 가지고 있는 두 개의 그림에 관하여 사후 존속기간이 문제된 사안이었다. 연방대법원은 사망자의 인격권 보호기간은 각 사건의 상황, 그 개인의 유명도 등에 따라 좌우된다고 하면서 이 사안에서 에밀 놀데의 저명성 때문에 적어도 30년 동안은 보호가 지속될 것이라고 판시하였다.

사후 보호기간에 대하여 특이한 점은 Marlene Dietrich판결에서 인격권의 상업적 이익은 정신적 이익의 보호기간을 초과해서 보호되지 않는다고 판시했었다.[113]

KUG 제22조의 적용영역 밖에 있는 권리의 경우에도 10년이라는 기간이 적용될지에 관하여는 아직까지 해결되지 않고 있는데, Nolde판결에서는 사망자의 지명도와 중요성 등의 상황을 고려하여 적어도 30년간은 보호가 필요하다고 판단한 것이다. 이러한 판례의 태도가 지속된다면 보호가 계속되고 있는 한, 상속인은 그 보호 권리를 포기할 수 있고 상업적 이용에 대해 허락할 수도 있을 것이다.[114]

④ 현재 독일의 인격권 보호기간의 논란

---

110) BGH GRUR 1995, 668. 'Emil Nolde'
111) Schricker/Gerstenberg/Goetting, UrheberR, 2. Aufl., C. H. Bech, 1999, §60/§22 KUG Rnd. 24
112) 혹은 67년까지 인정하기도 한다.; OLG Bremen NJW-RR 1993, 726.
113) BGH NJW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - Marlene Dietrich.; 박영규, 앞의 논문, 276면에서 재인용.
114) Susanne Bergmann, supra, S.516.

현대사회에서 인격권적 요소의 상업적 이용은 증가하고 있고 이에 따라 재산권적 이익이 침해되는 경우도 증가함에 다라 인격권의 재산권적 이익의 침해에 대한 보호의 필요성도 커지고 있다. 이를 반영하여 오늘날의 성명·초상 등에 대한 권리가 발전하고 있고 따라서 사후 인격권의 일부를 구성하는 재산권적 이익의 충분한 보호를 위해 예술저작권법도 보완이 필요하다는 주장이 강하게 제기되고 있다고 한다.[115]

다. 정리 : 독일 판례에 나타난 퍼블리시티권의 발전 과정의 평가

독일에서의 퍼블리시티권은 실정법에 직접적이고 구체적인 내용을 규정하고 있는 실정법은 없다. 다만 KUG(조형예술 및 저작물의 저작권에 관한 법률) 제22조와 제23조에 따라 초상권의 보호와 민법 제12조에 근거한 성명권의 보호가 행해지고 있고 이와 더불어 민법 제823조 제1항에 따라 불법행위에 대한 보호가 이루어지고 있다.

독일의 판례는 개인의 성명이나 초상 등 개인의 동일성을 나타내는 징표를 상업적으로 이용을 할 수 있는 퍼블리시티권을 미국의 판례와는 달리 인격권의 하나로 보는 일원론적인 입장에서 정신적 요소를 강조한 결과 양도성을 부정하는 특성을 보인다. 그러나 미국의 판례에서 확고하게 정립된 바와 같이 재산적 요소를 지닌 퍼블리시티권과 정신적 요소를 지닌 프라이버시권을 상호 독립된 것으로 인식하는 인격권에 관한 이원론에서와 마찬가지로 퍼블리시티권에 대한 재산권성을 전제로 상속성을 인정하며 성명권이나 초상권의 주체인 개인의 사후 존속성을 인정한다.[116] 이 점은 퍼블리시티권에 관한 직접적인 실정법 체계를 가지 못하고 있는 독일의 판례가 적지 않게 미국 판례의 영향을 받았을 것으로 본다.[117]

독일에서 퍼블리시티권의 양도성이 부정된다고 하여 이용허락에 의한 퍼블리시티권의 이용까지도 금지하는 것은 아니므로 현실적으로 퍼블리시티권에 대한 상업적 이용이 불가능한 것은 아니다.

독일의 판례는 인격권에 관하여 일반적 인격권의 내용에 관한 지속적인 노력과 의견의 일치로 인하여 성명권과 초상권 외의 개인의 인격적 요소를 권리로서 수용하는 데에 이론적 노력을 기울여 왔다는 점을 발견할 수 있다.

---

115) BVerfG NJW 2006, 3409 - Marlene Dietrich; 박영규, 앞의 논문, 276면에서 재인용.

116) 이 점에 대하여 독일이 퍼블리시티권을 인격권의 일부로 파악하는 일원론적인 입장이지만 실질적 결론을 보면 미국의 이원론과 완전히 다른 것은 아니라고 하는 견해가 있다. 예컨대 권상로, 앞의 논문, 87면.

117) 박영규, 앞의 논문 274면.

그러나 독일의 판례는 Herrenreiter판결에서 판시한 바와 같이 퍼블리시티권을 정신적 요소를 강조하는 인격권 속에서 파악한 결과 정신적 이익과 경제적 이익을 동시에 침해받은 경우에 양자 모두에 대한 청구권의 인정을 외면하고 있어서, 오늘날 상업의 발달과 개인의 일생을 통한 가치있는 노력과 명성을 재산적 가치로서 환산하여 상업적으로 이용하고 또한 양도 및 상속할 수 있는 법제적 터전을 마련하는 데에는 인색해 있다는 비판을 면키는 어려울 것이다.

제3절 일본에서의 퍼블리시티권의 형성

1. 일본에서의 퍼블리시티권 개관

일본에서도 예능인·스포츠 선수의 성명·초상 등을 무단으로 상업적으로 사용하여 법적 분쟁이 제기된 사례가 적지 않게 나타나고 있다.

일본의 성문법제는 퍼블리시티에 관한 직접적인 규정이 없어서 판례의 중요성은 독일에서나 우리나라의 법제 상황과 크게 다르지 않다. 그러므로 퍼블리시티권의 인정 문제는 판례의 몫으로 남겨져 있다고 보아야 한다.

일본의 법원은 우리나라와 마찬가지로 아직 최고재판소의 판결은 나타나지 않고 있지만 인격권으로서의 성명권과 초상권은 일반적으로 인정되어 왔다.[118]

그러나 일본에서는 전통적 의미의 초상권만이 문제되거나, 혹은 전통적 의미의 초상권과 퍼블리시티권이 함께 문제된 경우는 있어도 미국에서와 같이 퍼블리시티권 침해만이 다루어진 판례는 나타나지 않고 있어 퍼블리시티권에 대한 이론이 아직 확고하게 자리를 잡고 있지 못한 상황은 우리나라에 있어서의 현실과 유사하다고 할 수 있다. 이 점은 퍼블리시티권이 인정된 하급심판결은 상당히 축적되어 있음에도 불구하고 아직 최고재판소의 판결은 나오지 않고 있는 점에서도 큰 이유를 찾을 수 있다. 또 퍼블리시티권에 관한 일본의 하급심 판례에서의 특이점은 손해배상의 근거를 일반적 인격권과 퍼블리시티권 모두에서 원용하고 있는 태도를 보이고 있어서있어 아직 퍼블리시티권에 대한 독자적인 권리로서의 인식은 그리 확고하지 못한 것으로 보인다. 뿐만 아니라 퍼블리시티권의 양도성과 상속성에 관하여는 일관된 태도가 형성되지 못하고 있다.

그러나 현재 일본의 판례는 일반적으로 퍼블리시티권을 인격권으로서의 성명·초상과는 다른 독립된 재산으로서 어느 정도 인정하고 있는 추세에 있다.[119]

---

118) 대표적인 판결로는 最高裁判所 昭和44(1969). 12. 24 判決(초상권), 最高裁判所 昭和63(1988). 2. 16 判決(성명권) 등을 들 수 있다.

119) 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 『사법논집』, 제39집, 2004. 12, 346면.

2. 퍼블리시티권에 관한 하급심의 판례들

가. 최초의 퍼블리시티권의 인정 : 1976년 Mark Lester 사건[120)]

일본에서 퍼블리시티권을 인정한 최초의 판결은 Mark Lester 사건에서 나타났다.

이 사건은 영화의 TV광고사용에 의한 배우의 퍼블리시티권에 관한 사례로서, 1970년 12월 당시 영국 아역배우였던 마크 레스터가 주연한 '작은 목격자'의 한 장면을 롯데라는 제과회사의 초콜렛 광고제작에 무단 이용하자 초상권과 성명권을 침해를 이유로 불법행위에 의한 손해배상을 청구하였다.

문제된 부분은 피고 동경제일필름(주)이 이 영화를 일본에 배급하여 독점권을 얻고, 다른 피고회사 롯데제품의 광고와 위 영화의 광고를 함께 선전하기 위해 이 영화로부터 마크 레스터의 상반신을 클로즈업한 장면을 선택하여 남성음성으로 '마크 레스터도 아주 좋아합니다'라는 맨트를 삽입하여 편집한 광고필름을 제작하여 방영한 내용이었다.

피고들은 이 사용행위가 영화선전을 겸한 'Film-tieup 방식'에[121)] 의한 것이며, 따라서 위법성이 조각되는 것이기 때문에 불법행위는 되지 않는다고 주장하였지만, 동경지방재판소는 "…배우는 인격적 이익의 보호가 감소되는 반면, 일반시민이 자기의 성명이나 초상에 대해 통상 가지고 있지 않은 이익을 보유하고 있다고 할 수 있다.…이에 배우는 스스로 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명과 유상으로 타인에게 전속이용하게 할 수 있는 이익을 가지며, 또한 그의 성명이나 초상의 권한 없는 사용으로 인해 정신적 고통을 받지 않은 경우라 할지라도 경제적 이익을 이유로 법적 구제를 받을 수 있는 경우가 많다고 볼 수 있을 것이다."라고 판시함으로써 '퍼블리시티권'이라는 용어의 사용은 없었지만 퍼블리시티권을 인정하였다.

특이한 점은 퍼블리시티권을 인정한 최초의 판결로서 의미를 갖는 이 판결에서는 성명권과 초상권의 내용을 성명 및 초상에 관한 정신적 이익과 성명 및 초상에 관한 재산적 이익을 갖는 것으로 분류하여 파악하고 있는 점을 명시한 점으로 미루어 미국의

---

120) 東京地裁, 昭和(1976). 6. 29 判決(判例時報 817호 23頁; 김문환, "초상권", 『연세지적재산』, 창간호, 1988, 3면.

121) tieup 광고란 업종이 다른 상품이나 서비스의 광고를 동일광고매체 속에 공동으로 행하여 상호간에 광고효과의 상승을 노리는 광고형식을 말한다.

프라이버시의 재산적 요소를 내용으로 하는 퍼블리시티권으로 이해하고 있는 듯하다.

나. 퍼블리시티권의 부정 : 1980년 McQeen 사건[122)]

이른바 스티브맥퀸 사건은 '영광의 르망'이라는 제목의 영화에서 자동차 경주선수역할을 연기한 미국의 유명배우 Steve McQeen을 허락없이 제품선전에 사용한 사건이다.

이 영화의 일본내 배급권을 취득한 동보동화는 스티브 맥퀸의 초상을 영화에서 발췌하여 송화전기와 야쿠르트사의 상품광고와 영화광고를 조합한 타이밍 방식의 광고를 제작・배포하였다. 이에 대해 원고는 광고주 두 회사와 동보동화를 상대로 손해배상을 청구하였다.

이 사안에서 수소법원인 동경지방재판소는 앞의 Mark Lester사건과는 달리 "위 광고에서는 Steve McQeen의 명시적으로 그 상품을 보증하거나 권장하고 있는 나레이션은 없고, 광고에 사용된 McQeen의 초상을 중심으로 하는 영화부분의 상품선전에 대한 관계는 겨우 해당 상품의 광고에 대중의 주목을 모으는 역할을 한 것에 불과하다고 볼 수 있으므로 영화장면과 상품선전 부분은 대등한 형태로 병존하는 광고라 할 수 있을 것이다."라고 판시함으로써 퍼블리시티권을 부정하였다.[123)]

다만 이 판결은 원고가 퍼블리시티권을 갖는 것을 전제로 하면서도 피고들의 광고선전은 원고와 피고 사이에 체결된 계약의 범위 내라고 보았기 때문에 퍼블리시티권의 존재 자체를 부인하는 판결로 볼 수는 없을 것 같다.

이 판결에 대한 비판적인 견해에 따르면[124)] 앞선 Mark Lester 사건과 McQeen 사건의 차이점이라면 '광고에 사용된 유명인의 초상이외에 제품을 보증하거나 권장하고 있는 것처럼 해석될 수 있는 부분이 있느냐'의 여부일 뿐이었지만, 그 결과는 매우 판이하게 나타났다. 단지 특정 유명인의 초상만이 상품이나 서비스 선전에 이용된 경우라 하여도 일반대중 조금 더 특정해 본다면 그 유명인의 팬들 입장에서는 충분히 구매욕구를 느낄 수 있다. 따라서 광고에 굳이 몇 줄 또는 몇 마디의 선전문구를 추가하지 않고 그 초상 자체만 이용하더라도 광고의 목적은 달성할 수 있다. 이러한 점에서 일본 법원의 이 판결은 문제가 있다는 비판이 있다.

---

122) 東京地裁 昭和55(1980). 11. 10 判決(判例時報 981号 19頁)

123) 이 사건에 관한 판례평석으로는 阿部浩二, ステ-イブマツクイ-ン肖像權侵害訴訟", 別冊ジュリト 85호 マスコミ判例百選, 1995. 178頁 참조.

124) 김량은 역, 牛木理一, "Publicity의 권리와 상표법과의 관계", 『월간 지적재산』, 통권 제79호, 1995, 37면.

다. 퍼블리시티권에 관한 본격적인 인정 : 1990년 오냥코사건[125]

예능인의 퍼블리시티에 대하여 상세하게 판단한 최초의 판례로서는 이른바 '오냥코 그룹(おニャンコクラブ)사건'을 들 수가 있다. 이 사건은 오냥코클럽이라 칭하는 텔레비전 텔런트 집단에 소속된 사람들의 성명, 실연, 초상 등을 게재한 캘린더를 본인들의 게재 승낙없이 무단으로 판매한 업자를 상대로 당해 연예인들이 상품의 판매금지 및 폐기와 함께 손해배상을 청구한 사건이다.

이 사안에 대한 東京高等裁判所의 판결에 따르면 "고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 예능인의 성명・초상을 상품에 붙인 경우에는 해당 상품의 판매촉진에 효과를 도모하는 것은 알고 있는 바이다. 그리고 예능인의 성명・초상이 가진 이러한 고객흡입력은 해당예능인이 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등에서 생긴 독립된 경제적 이익 내지 가치로서 파악하는 것이 가능하기 때문에, 이것이 해당 예능인에게 고유한 것으로서 귀속되는 것은 당연하다."고 하여 퍼블리시티권을 '고객흡입력 이론'을 바탕으로 인정하고 있다. 다만 이 판결에서는 퍼블리시티권이라는 용어자체를 사용하지는 않았다.

라. 최초의 퍼블리시티권 용어사용 : '光 GENJI 사건'[126]

'光 GENJI 사건'에서는 퍼블리시티권에 기한 사용금지 가처분을 인정했고, 이에 대한 가처분취소소송에서도 이 가처분의 취소는 인정되지 않았다.[127] 이 가처분 이의사건에서는 판시이유 중에서 일본 법원으로서는 처음으로 "퍼블리시티권"에 대하여 언급하였다.

마. 성명・초상 외의 대상에 퍼블리시티권 인정 : 1999년 킹크림슨 사건[128]

이 사건은 세계적으로 유명한 미국의 락그룹 King Crimson의 리더가 그의 사진 및

125) 東京高裁 平成2(1990)년 12. 21 判決(判例時報 1400号 10頁).
126) 東京地決 平成元年(1989년) 9. 27. 決定
127) 東京地裁 平成9(1997년). 9. 27. 判決, 判例時報 1326号, 137頁.
128) 東京地裁 平成10(1999)년 1. 21 判決.

레코드 등의 재킷 사진을 게재하고 '킹 크림슨'이라는 제호를 사용한 서적을 승낙없이 출판한 데 대하여 퍼블리시티권의 침해를 이유로 불법행위에 기한 손해배상청구 및 서적의 판매금지를 청구한 사건이다.

당사자로부터 퍼블리시티권이 정면으로 주장되었고, 이에 대하여 「キングクリムゾン」사건 제1심 판결에서 퍼블리시티권을 "유명인이 그 성명·초상 등에서 생긴 고객흡입력이 가진 경제적 이익 내지 가치(이하 '퍼블리시티권'이라 한다)를 배타적으로 지배할 재산권"이라고 하여 퍼블리시티권의 정의를 시도하면서 퍼블리시티권을 권리로서 인정했다.

이 사건 항소심에서도 東京高等裁判所는 퍼블리시티권을 더욱 상세하게 다음과 같이 퍼블리시티권을 정의하였는바, "…유명인의 성명, 초상 등은 해당 유명인을 상징하는 개인식별정보로서 그 자체가 고객 흡입력을 가지게 되고, 하나의 독립된 경제적 이익 내지 가치를 보유하게 된다…유명인이 이 경제적 이익 내지 가치를 자기에게 귀속되는 고유한 이익 내지 권리로서 생각되고, 타인의 부당한 사용을 배제할 배타적인 지배권을 주장하는 것은 정당한 욕구이고, 이러한 경제적 이익 내지 가치는 현행법상 이를 권리로서 인정한 규정은 존재하지 않지만 재산적인 이익 내지 권리로서 보호되어야 하고 … 유명인이 그 성명, 초상 그 이외의 고객흡입력이 있는 개인의 식별정보가 가진 경제적 이익 내지 가치(이하 '퍼블리시티 가치'라고 한다)를 배타적으로 지배할 권리가 이른바 퍼블리시티권으로 불리는 것이다."고 하였다. 다만, 이 사례에서는 퍼블리시티권 침해로 되지 않는다고 판시하였다.

이 판결은 퍼블리시티권의 권리대상이 사람의 성명·초상에 한정될 필요가 없다고 판결은 일본 내의 최초의 판결로 평가받고 있다.

3. 그 밖의 일본판례와 정리

위 사건들 외에 유명 아구선수인 왕정치의 허락없이 왕정치의 사진과 이름이 표시된 메달을 제작·판매한 이른바 왕정치사건,[129] 인기가수의 초상과 이름을 무단으로 사용한 상품을 판매한 사건,[130] 사망한 유명 시인의 성명을 시 소유의 건물 및 버스정류장 표시에 사용한 사건,[131] 등에서는 퍼블리시티권이 인정되었다.

---

129) 東京地裁 召和53(1978). 10. 2 判決(判例 타임지 372号 97頁)
130) 東京地裁 平成元年(1989). 9. 27 判決
131) 横浜地裁 平成4(1992)년 6. 4 判決

위와 같이 일본에서도 퍼블리시티권에 관한 명문규정이 없지만 하급법원에서 판결을 통해 퍼블리시티권을 인정하고 있다.[132] 그 이론적인 근거를 고객흡입력을 이유로 하고 있음을 볼 수 있으며, 그 대상도 확대과정에 있는 것으로 볼 때, 앞으로의 판결에 대하여 주시해 볼 일이다.

132) 한위수, "퍼블리시티權(姓名・肖像등의 商業的 利用에 관한 權利)의 侵害와 民事責任(下)", 『인권과 정의』, 1996. 11, 34면.

제3장 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권

제1절 국내의 판례에 나타난 퍼블리시티권

1. 국내 판례의 전개과정에 관한 개관

대륙법계의 성문법주의 법체계를 지닌 우리나라에서는 퍼블리시티권에 관한 직접적이고도 구체적인 명문의 규정을 가지고 있지 아니하다. 개인의 성명·초상 등 개인의 동일성을 상업적 목적으로 사용하는 경우에 있어서 법률관계를 규율할 수 있는 법률들 중에 관련 있는 법률로서 민법을 비롯한 저작권법, 상표법, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 등이 있지만 그 어떤 법률도 퍼블리시티권에 관하여 종합적이고 체계적인 규정이 있는 것은 아니다. 이점은 독일에 있어서와 법제적 상황은 유사하다. 따라서 판결의 중요성은 퍼블리시티권을 형성 발전시키는데 매우 중요한 권리의 샘이 되고 있는 법현실에 있다. 역설적이지만, 어쩌면 실정법의 미비는 판례를 통한 현대적 새로운 권리형태인 퍼블리시티권을 형성하고 발전시키는데 좋은 여건이 될지도 모른다.[133] 아직 우리나라에서는 퍼블리시티권에 관한 대법원판례까지 나오지 못하고 있지만, 많은 하급심들에서 퍼블리시티권에 관한 판결들이 나타나고 있고, 입법에 관한 논의 역시 활발하게 진행되고 있으며, 그 결과로 지난 2005년 11월 9일 국회에 개정입법으로 제출된 저작권법에는 퍼블리시티권에 관한 많은 조문을 담고 있었다. 비록 18대 국회의 임기만료로 인하여 자동 폐기되어 개정이 무산되기는 했지만 그동안 퍼블리시티권에 관한 활발한 논의를 담은 입법의 시도가 있었다는 사실만으로도 많은 의의를 갖는 일이었다. 19대 국회가 대선을 치른 후 민생법안에 관심을 돌릴 수 있는 정치적인 상황이 도래한다면 퍼블리시티권에 관한 내용을 담은 법안이 다시 상정될 수 있을 것이라고 기대해 본다.

현재 우리나라는 경제적 소득수준의 상승과 함께 빠른 미디어 산업의 발달과 대중문화의 세계적 팽창, 엔터테인먼트산업의 국제적 확대, 스포츠산업의 해외로의 진출 등의

133) 문일환, “퍼블리시티권의 보호” 『동아법학 55호』 , 동아대학교 법학연구소, 2012, 5

상황을 고려하면 앞으로 퍼블리시티권에 관련된 많은 판결을 기대할 수 있을 것이다.

2. 퍼블리시티권에 대한 논의의 촉발

가. 초상권 침해에 대한 손해배상청구사건 -1989년 한혜숙 사건[134]

유명 TV탤런트 한혜숙은 반도패션 봄철 의류전용 카탈로그 제작용 사진 모델 계약을 체결하여 사진을 촬영하고, 달력과 광고만 허락하였는데 그 허락 범위를 넘어서 수종의 월간잡지에 모델 사진을 게재하자 초상권침해를 이유로 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건에서 서울고등법원은 "피해자를 모델로 한 카탈로그용 사진의 촬영 및 광고에 관해서만 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초 피해자가 모델계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별도의 광고방법인 월간잡지에 까지 피해자의 카탈로그용 사진을 사용하는 행위는 초상권 침해로 인한 불법행위를 구성하고 위 월간잡지들이 발간된 이후에 피해자가 가해자와 별도의 모델계약을 체결하거나 위 카탈로그용 사진의 모델료를 수령하였다 하더라도 이를 들어 곧바로 위와 같은 행위에 대한 묵시적 승인이라고 보기 어렵다"고 판시하여 우너고의 주장을 인용하였다.

이 판결은 초상의 영리목적 사용에 관한 최초의 사례로서 기존의 인격권 또는 프라이버시권 이론으로 설명하기 어려운 점을 초상권의 침해 법리로 판시하였다는 점에서 퍼블리시티권에 접근할 수 있는 판결로 평가되고 있다.[135]

나. 초상권의 내용확대 - 1997년 MBC 시사매거진 사건[136]

MBC 방송국 시사고발프로그램인 시사매거진 2580에서 당시 신입생환영회 때 선배들의 강요에 따른 억지 술 마시다 사망한 신입생 사건을 보도하는 과정에서 주로 교회의 성가대에서 봉사하는 성악과 학생들로 이루어진 연세대학교 음악대학 학생들이 신입생환영회 파티의 음주장면이 반영되자 성악과 학생들이 프라이버시권 또는 초상권

---

134) 서울고등법원 1989. 1 23 선고 88나38770판결.
135) 남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권-한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권-", 『저스티스』 통권 제86호(2005. 8), 101면.
136) 서울지법 남부지원 1997. 8. 7 선고 97가합8022 판결.

침해를 이유로 서울지방법원 남부지원에 손해배상을 청구한 사건이다. 이 사건에서 법원은 헌법 제10조와 민법 제750조 제1항(손해배상규정)규정을 근거로 초상권에 인격적·재산적 이익이 있으며, "…국가가 보장하여야할 인간으로서의 존엄과 가치는 생명권, 명예권, 성명권 등을 포괄하는 일반적 인격권을 의미하고, 이 일반적 인격권에는 개별적인 인격권으로서의 초상권이 포함된다고 보아야 하며…"라고 판시하였다. 이 판결에서는 특히 초상권의 정의를 시도를 하고 있는데, "…초상권이라 함은 사람이 자신의 초상에 대하여 갖는 인격적·재산적 이익 즉, 사람이 자기의 초상 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영되어 공표되지 아니하며 광고 등에 영리적으로 이용되지 아니하는 법적 보장…"이라 하였다. 이와 함께 이 판결은 초상권의 내용을 촬영·작성 거절권, 공표거절권, 초상영리권 등이 포함되어 있다고 구체화하였다.

우리나라의 초창기의 판결이지만 초상권을 재산적 가치 있는 인격권의 내용으로 보는 미국의 초창기 판례와 같은 논조에 바탕을 두고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이 사건을 두고 한국판 O'Brien case로 보는 견해가[137] 있을 정도로 이 판결의 퍼블리시티권의 발달에 있어서 역사적 의의는 크다고 볼 수 있다.

다. 그 외 초상권침해를 인정한 사건

그 외 하급심 판결로서 초상권 침해를 인정한 뉴스위크지 사건과 윤정희 사건이 있다.

1993년의 뉴스위크지 사건은[138] 뉴스위크지가 이화여대생들의 졸업사진 촬영을 위해 잘 차려입은 복장을 갖춘 여대생들을 "돈의 노예(Slaves to Money)"라는 제목으로 사진을 찍어 과소비하는 모습으로 비판적인 보도를 한 기사에 대하여 여대생들은 초상권의 침해와 명예훼손을 이유로 손해배상을 청구한 사건이었다. 이 사건에서 서울지방법원은 초상권침해를 인정하였다. 이 사건에서 여대생들이 소송당사자들로서는 다소 모험적일 수 있지만 초상권침해와 명예훼손의 주장대신 퍼블리시티권을 주장했었다면 유명인이 아닌 일반인에게까지 퍼블리시티권이 인정될 수 있는 좋은 사례이었다.

1997년의 윤정희 사건은[139] 과거 유명배우 윤정희의 가족사를 왜곡하여 허락없이 사

137) 남형두, 앞의 논문, 102면, 각주 61).
138) 서울지법 1993. 7. 8 선고 92가단57989 판결.
139) 서울지법 1977. 2. 26 선고 96가합31227 판결.

진까지 게재한 잡지사에게 손해배상을 청구한 사건이다. 원고가 공인이므로 프라이버시권이 제한되어야 한다는 피고의 주장과는 달리 법원은 은퇴한 영화 판시하였다.

배우에게 더 이상 공인으로 볼 수 없고, 설령 공인으로 인정한다하더라도 공인에게 프라이버시권을 제한해야 하는 사례가 아니라고 판시하였다.

이처럼 초기에는 퍼블리시티권의 보호는 초상권 침해에 대한 손해배상의 형태로 이루어 졌다.[140] 이는 소송당사자들 입장에서 볼 때, 아직 확고하게 인정되고 있지 않은 퍼블리시티권의 존재를 인정해 달라고 청구하는 것보다 전례가 있는 초상권침해에 대한 손해배상 형태의 소송을 수행하는 것이 수월했을 터이지만 불로불리의 원칙상 법원으로서는 직접적으로 퍼블리시티권의 존재에 대하여 판시할 기회가 없었던 시기라고 볼 수 있다.

3. 퍼블리시티권의 인정과 발전과정

가. 퍼블리시티권의 정의 : 1995년 이휘소 사건

이 사건은 미국에서 활동하였던 저명한 한국인 물리학자 이휘소를 소재로 하는 소설 '무궁화꽃이 피었습니다'에 관한 법정 분쟁이다. 이 소설에서 소설가 김진명은 박정희 대통령 당시 미군철수에 대비하여 미국에서 활동하고 있는 유명한 이휘소 박사를 국내에 불러들여 비밀리에 핵무기 개발계획을 세우게 되는데, 이휘소 박사는 이에 부응하여 노벨상을 받을 수 있는 기회마져 포기하고 고국으로 돌아오려는데 한국의 핵보유를 원치 않는 미국에서 이를 알아차리고 한국으로 돌아가려는 이휘소를 미국 정보기관 CIA가 교통사고를 가장하여 암살한다는 내용을 담고 있었다.

이에 고 이휘소 박사의 미망인과 그의 딸은 작가를 상대로 프라이버시권, 성명권, 퍼블리시티권 등의 침해를 이유로 출판금지가처분신청을 하게 된 사건이다.

법원은 이 사건에 대한 판결에서 "…퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 성

140) 그 밖에도 서울지법 2001. 3. 20 선고 99가합62260 판결에서 유명연예인의 사진을 출연하지도 않는 뮤지컬연극 광고현수막에 허락없이 게재한 피고에게 초상권 침해를 인정하였다.

명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로, 위 주장은 이유 없다"라고 판시하였다.[141]

이 판결에서 알 수 있는 바와 같이 첫째, 퍼블리시티권에 관한 용어를 사용함과 동시에 그것을 정의하였다는 점이다. 법원의 퍼블리시티권에 대한 당시의 견해는 i) 퍼블리시티권은 유명인에게 인정된다는 점, ii) 퍼블리시티권의 대상인 성명·사진 등은 재산적 가치가 있어야 하고 또 프라이버시에 속하는 사항이어야 한다는 점, iii) 퍼블리시티권은 그 대상이 상업적으로 이용될 때 보호될 수 있다는 점 등을 내용으로 하고 있다.

둘째, 성명이나 초상 등이 소설에 이용된다 하더라도 상업적 이용에 해당하지 않는다고 하였다.[142]

이 사건에서는 비록 법원이 퍼블리시티권의 인정이 거부되었지만, 이로 인하여 국내 법학계에 퍼블리시티에 관한 논쟁을 크게 촉발시켰다.

나. 퍼블리시티권의 인정 : 1998년 황인정 사건[143]

이 사건은 텔런트 황인정이 무명시절 피고 한국베링거인겔하임과 변비약 광고출연계약을 체결하면서 모델료만 정하였을 뿐 계약기간을 명시하지 않았는데, 피고 회사는 수년간 계속 방송과 영화관 등에서 위 광고를 방영함으로 인하여 자신의 초상권이 침해당하였다는 이유로 손해배상을 청구한 사건이다.

이 사례에서 법원은 광고모델 등 연예인의 성명이나 초상 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 일반인들의 그것과는 달리 일종의 재산권으로서 보호의 대상이 된다고 할 것이므로, 타인의 불법행위로 말미암아 그 성명이나 초상 등을 이용할 수 있는 권리가 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상의 손해 외에 정신상의 손해가 발생한다고 보기 어렵다고 판결하였다.

이 판결의 의미는 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하지 않고 있지만 사실상의 퍼블리시티권과 동일한 권리를 인정하였다는 점이며, 그 권리의 속성이 인격권이 아니라

---

141) 서울지법 1995. 6. 23 선고 94카합9230 판결.

142) 이에 대하여 동의하는 견해는 김재형, "모델소설과 인격권", 인권과 정의(Vol.255, 1997. 11), 61면과 한위수, 앞의 논문, 121면. 반대하는 견해는 남형두, 앞의 논문, 104면과 김세권, "퍼블리시티권에 관한 연구"(전북대학교 박사학위논문, 2007), 76면 등. 한편 이 논문에서는 표현의 자유에 의해 퍼블리시티의 사용이 허용되어야 한다고 주장한다.

143) 서울고법 1998. 3. 27 선고 97나29686 판결.

완전한 재산권적 권리로서 인정하고 있다는 점이다.[144]

이러한 시각의 판례는 이휘소판결과 함께 우리나라의 법원이 퍼블리시티권에 관한 관점이 미국적인 시각으로 빨려 들어가고 있음을 시사하고 있다고 본다.[145]

다. 퍼블리시티권의 인정과 부정의 혼란 : 제임스 딘 사건

(1) 퍼블리시티권을 인정한 1997년 제임스 딘 사건

제임스 딘 사건은 개그맨으로 명성을 떨치던 주병진이 아무런 연고 없이 미국의 유명한 배우 이름인 '제임스 딘'이라는 이름을 상표로 등록하여 의류, 신발, 화장품, 레스토랑 등에 사용한 것에 대하여 제임스딘의 유족 및 재단으로부터 여러 차례에 걸쳐 관련 소송을 제기한 일련의 사건을 말한다.

퍼블리시티권과 관련한 첫 번째 사건은 1997년 8월 29일 선고된 마르커스 디 윈슬로우 주니어 v. (주)좋은사람들(대표 주병진) 사건[146]을 말하는데, 제임스 딘 유족과 재단은 주병진이 설립한 내의회사인 (주)좋은 사람들을 상대로 제임스딘의 성명과 초상 등의 사용금지와 허락없이 사용한 것에 대한 손해배상청구 및 예방청구를 한 사건이었다.

이에 대한 수소법원인 서울지방법원 서부지원의 판시내용을 보면 다음과 같다.

"…근래 저명한 영화배우, 연예인, 운동선수 등의 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 등이 상업적으로 이용하는 경향이 보편화되었고, 따라서 위와 같은 영화배우 등의 성명, 초상 등이 본인들의 승낙 없이 무단히 사용되는 경우 본인들이 입게 되는 손해는 자신들의 성명, 초상이 무단히 사용된 데에 따른 정신적 고통이라기보다는 오히려 자신들이 정당한 사용계약을 체결하였을 경우 받을 수 있었던 경제적인 이익의 박탈이라고 파악하는 것이 법률학자들과 실무가들 사이에 유력하게 주장되고 있는데 이는 현실에 부합하는 해석론이라고 할 것이고, 이미 미국의 경우 22개 주에서 성문법으로 퍼블리시티권의 존재를 인정하고 있으며, 국내에서도 퍼블리시티권의 성립을 전제로 하는 판결이 나오고 있는 점 등을 고려하여 보면, 성명, 초상 등의 상업적 이용과 같은 특수분야에 있어서는 기존의 인격권의 일동으로서의 초상권과는 별도로

144) 남형두, 앞의 논문, 105면.
145) 같은 취지; 김세권 앞의 논문, 78면.
146) 서울지법 서부지원 1997. 8. 29 선고 94가합13831 판결.

재산적 권리로서의 특성을 가지는 이른바 퍼블리시티권의 성립을 인정할 여지가 있어 보인다. 그러나 퍼블리시티권이 상속이 가능한 권리인지에 관하여 보건대, 퍼블리시티권이 아직까지 성문법상의 권리로서 인정되지 않고 있고, 향유주체(저명인에게만 인정될 것인가, 저명인이 아닌 일반인 모드에게도 인정할 것인가, 또는 법인이나 단체에도 인정될 수 있는가의 문제) 및 양도의 가능여부 등에 관하여 아직 학설의 대립이 있을 뿐, 이에 대한 일치된 견해가 없는 점, 퍼블리시티권이 한 사람의 인격을 상징하는 성명, 초상 등을 상업적으로 이용이 가능한 특수분야에서 이용할 수 있는 권리를 의미한다는 점에서 볼 때 그 당사자의 인격과 완전히 분리된 독립된 권리 또는 무채재산권과 유사한 권리라고 보기 어려운 점, 재산권이라고 하여 반드시 상속이 가능한 것은 아닌 점(예컨대 연금청구권) 등을 고려하여 볼때, 일반적으로 인격권은 상속될 수 없는 것과 마찬가지로 퍼블리시티권도 상속될 수 없는 권리라고 파악하는 것이 타당하다고 할 것이다.(다만 저명한 당사자가 사망한 이후 그 성명이나 초상이 무단히 사용되는 경우에는 유족들이 입은 손해배상을 할 수 있을 것이다.) 가사, 퍼블리시티권의 상속이 인정된다고 하더라도, 이 사건의 소는 제임스 딘이 사망한 후 약 39년이 경과한 후에야 제기된 것인 자, 퍼블리시티권이 당사자의 사망 후에도 위 기간 동안 존속한다고 볼 만한 아무런 근거가 없고 권고의 주장과 같이 퍼블리시티권의 사후존속기간이 저작권의 경우와 동일하게 인정되어야 한다고 할 만한 근거는 더욱 없다"

비록 하급심이기는 하나 이 판결은 퍼블리시티권의 형성을 위해 대단히 중요한 이정표를 세우게 되는 의미있는 판결이었다. 판결전문에서 판시한 바와 같이 퍼블리시티권의 내용을 다음과 같이 파악하고 있다는 점이다.

첫째, 퍼블리시티권을 인정하되 그 인정근거를 관습법에 의한다는 것이었다.[147]

둘째, 재산적 성질을 갖는 퍼블리시티권이라 하더라도 인격과 완전히 분리된 독립된 권리가 아니라는 점.

셋째, 퍼블리시티권은 다른 재산권과는 달리 상속성을 인정할 수 없다는 점.

넷째, 퍼블리시티권의 양도성에 대하여는 결론을 유보하고 있다는 점 등을 볼 수 있다.

아무튼 내용이야 어떻든 연혁적으로 볼 때, 퍼블리시티권의 본질에 대하여 어느 정도 정리된 판결을 하고 있다는 점이다.

이 판결로 인하여 국내의 법학계는 퍼블리시티권에 대하여 본격적인 논의가 시작됐고, 판례의 퍼블리시티권에 대한 법리도 어는 정도 윤곽을 잡을 수 있는 계기가 될 수

147) 남형두, 앞의 논문, 106면.

있었다. 이러한 판결의 퍼블리시티권에 대한 내용이 고착화된다면 국내에서의 판례에 의한 퍼블리시티권은 매우 독일적인 내용에 접근한 퍼블리시티권으로 발전될 전망이었다.

(2) 퍼블리시티권의 부정과 상속의 부정 : 2002년 제임스 딘 사건

위에서 살펴보듯이 판례를 통해 순조롭게 진행되어갈 듯한 퍼블리시티권의 발전은 같은 법적 분쟁인 또 다른 제임스 딘 사건에서 큰 전환점을 맞게 된다.

1차 분쟁에서 패소한 제임스 딘의 재단인 측에서는 (주)좋은사람들이 상표권자인 주병진씨로부터 사용허락을 받아 등록상표 '제임스 딘'을 사용하는 행위에 대하여 퍼블리시티권의 침해를 이유로 표장사용금지 청구소송을 제기하게 됨으로써 또 다시 퍼블리시티권에 관한 논란에 빠져들게 된다.[148]

2000년 7월 14일 이 사건 1심의 수소법원인 서울지방법원은 이 사건의 판결에서 매우 이례적으로 퍼블리시티권이 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 있다고 판시하였다.[149]

그러나 이 판결은 2002년 4월 16일 서울고등법원의 항소심에서 원고패소 판결을 하면서, 퍼블리시티권에 대한 권리를 전면 부인하게 된다.[150]

"…고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우, 가수, 운동선수 등 유명인의 성명이나 초상 등이 상품에 부착되거나 서비스업에 이용되는 경우 그 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업활동이 촉진되는 효과가 있는데, 이러한 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력은 그 자체가 경제적 이익 내지 가치로 취급되어 상업적으로 거래되고 있으므로, 성명권, 초상권 등 일신에 전속하는 인격권이나 종래의 저작권, 부정경쟁방지법의 법리만으로는 이를 설명하거나 충분히 보호하기 어렵다.

그리하여 미합중국 연방항소법원 중 하나가 1953년 위와 같은 재산적 가치를 배타적, 독점적으로 지배하는 권리를 독자적인 재산권으로 인정하고, 퍼블리시티권(Right of

148) 이 소송 이전에 제임스 딘의 유족 측이 주병진씨가 등록한 상표 '제인스 딘'에 대한 특허무효심판을 제기하여 인용심결을 받게 되자 주병진씨는 곧바로 특허법원에 특허소송을 제기하여 승소하게 되는 등 특허분쟁이 여러 차례 있었다.; 남형두, 앞의 논문 106면 참조.

149) 서울지법 2000. 7. 14 선고 99가합84901 선고; 남형두, 앞의 논문, 108면에서 재인용.

150) 서울고법 2002.4.16 선고 2000나42061.

Publicity)이라 이름하여 보호한 이래 상당수의 미합중국 주법과 다수의 학자들에 의하여 지지되기에 이르렀고, 논란은 있으나 퍼블리시티권은 재산권이지 인격권이 아니므로 상속과 양도가 가능하다고 하며, 퍼블리시티권의 권리자 또는 그 권리를 상속하거나 양수한 자는 침해자에 대하여 손해배상은 물론 침해행위의 금지를 구할 수도 있다고 한다.

살피건대, 우리 나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여, 앞서 본 바와 같은 퍼블리시티권이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 수긍할 수 있다고 할 것이다.

그러나 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 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 원고가 주장하는 바와 같은 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이다."

즉, 퍼블리시티권을 인정해야 할 필요성은 있다고 하면서도 성문법주의를 취하고 있는 국내의 법체계에서는 명문의 근거규정이 없으므로 인정할 수 없다는 것이다.

이 사건은 상고가 취하되어 대법원 판결을 받아볼 기회가 사라지고 말았는데, 그동안 하급심에서 부분적으로 인정해 오던 퍼블리시티권의 형성에 찬물을 끼얹는 결과가 되고 말았다. 뿐만 아니라 이 판결의 2년 전에 있었던 같은 법원(서울고등법원)의 아래 소개하는 비달사순 사건에서 퍼블리시티권을 확고하게 인정하는 듯한 판결을 했던 직후에 나왔던 판결이라 법학계에서 예상치 못한 매우 어리둥절하게 하는 판결이었다.

라. 퍼블리시티권의 양도성 인정 : 2000년 2월 2일 비달사순사건[151]

세계적인 유명 헤어드레서인 비달 사순의 퍼블리시티권을 관리하는 회사가 서울의 (주)뷰티피플에서 운영하는 미용학원에서 비달 사순이라는 간판을 부착하고 건물내부에도 비달 사순의 초상이나 서명이 들어 있는 대형 사진을 부착하면서 영업한 행위에 대하여 퍼블리시티권의 침해를 주장하면서 침해의 금지를 구한 사안이었다. 이 사건에서 서울고등법원은 다음과 같은 논리로 퍼블리시티권의 경제적 가치와 양도성을 인정하는 판결을 하였다.

151) 서울고법 2000. 7. 14 선고 99가합84901 판결.

"…유명인사의 성명과 초상이 가진 이러한 고객흡입력은 당해 유명인사가 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적인 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이는 당해 유명 인사에게 고유하게 귀속하는 것이고, 그 유명인사는 이러한 고객흡입력이 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 귀속 주체는 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에 대하여 양도할 수 있다고 할 것이다. 따라서 위 권리의 양수한 자는 그 권리에 터잡아 그 침해행위에 대하여는 금지 및 침해의 방지를 실효성있게 하기 위하여 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다."

매우 획기적으로 퍼블리시티권에 대하여 양도성을 인정한 최초의 판결이었고, 독립한 경제적 이익이나 가치를 지닌 재산권의 하나로 보고 있다. 이 경제적 가치를 고객흡입력에 있다고 보는 미국의 Mostert의 이론에[152] 바탕을 두고 있다는 것을 알 수 있다.

4. 퍼블리시티권의 내용 확대과정

가. 발전과정의 개요

이후 2000년대에 들어서 우리나라의 판결에서 비록 하급법원이기는 하나 퍼블리시티권을 확발히 인정하면서 확대의 과정에 있었지만, 2002년 제임스 딘 사건의[153] 하나에서 명문규정 없는 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결이 나타나기도 하였다. 그후 김민희 사건에서도 성문법주의를 강조하는 퍼블리시티권을 부정하는 판결은 있었지만 대부분 퍼블리시티권의 존재 자체는 부인되지는 않았다.

우리 법원의 판결은 아직 대법원판결에 이르지는 못하고 있지만 조만간 대법원의 판결에서도 퍼블리시티권을 인정할 수 있는 유사 판결들이 나타날 수 있는 징후가 보인다.

---

152) 본 논문 제2장 제1절을 참조.

153) 제임스 딘 사건은 후술하는 바와 같이 우리나라의 인기 개그맨이었던 주병진이 운영하는 내의 판매회사 (주)좋은사람들의 브랜드인 '제임스 딘'이라는 상표를 둘러싸고 일찍 단명한 미국의 유명한 영화배우 제임스 딘의 유족 및 재단과 발생한 법적 분쟁에 관한 일련의 사건들을 말한다.

나. 퍼블리시티권 침해의 사례 유형화 : 2001년 신대철 사건[154]

인기 락그룹 시나위(리더 신대철)의 음악저작물에 대한 이용허락을 받은 피고가 허락의 범위를 넘어 원작자의 사진을 사용한 사안에 대하여 법원은 유명인의 초상권 침해유형을 3가지로 분류하여 그 중 퍼블리시티권의 내용을 정하였고, 다시 퍼블리시티권의 침해유형을 분류하여 퍼블리시티권을 적용할 수 있는 구체적인 사례를 세분화 하였다.

유명인의 초상권 침해 유형은 i) 촬영・작성거절권, ii)공표거절권, iii) 초상영리권 등.

이 중에서 초상영리권을 퍼블리시권이라고 하였다. 또 이 퍼블리시티권의 침해유형으로는 i) 사진게재목적, ii)게재로 인한 이익유무 및 다과, iii) 본인의 경제적 이익 침해 여부 등 3가지를 제시하였다.

이 판결은 다음과 같은 중요한 의미를 갖고 있다.[155]

첫째, 퍼블리시티권의 근원을 프라이버시권 중 하나인 초상권에서 찾았다는 점에서 퍼블리시티권에 관한 미국의 전통적인 Prosser → Nimmer → McCarthy의 흐름에 충실하였다는 점,

둘째, 퍼블리시티권을 유명인에게만 인정하였다는 점,

셋째, 표현의 자유와 관련하여 퍼블리시티권을 매우 좁게 인정하였다는 점.

다. 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정된 판결 : 2004년 허브좌훈 사건[156]

---

154) 서울고법 2001. 10. 24 선고 2001나30680 판결.

155) 이 신대철 사건판결에 대하여 남형두 변호사는 퍼블리시티의 발전과정에 있어서 대단히 획기적인 판결이라는 의미를 두고 자세히 분석하고 있다. 이하는 그 내용의 핵심을 소개한 것이다.; 남형두, 앞의 논문 109-110면 참조.

156) 서울동부지법 2004. 2. 12 선고 2002가합3370 판결((주)고려인삼라인 v. (주)정훈기공 사건) : 식료품, 의료품, 생활용품 등의 도매업을 하는 회사인 원고는 천연허브 중 범용허브와 기타 한방재료를 원료로 하여 개발한 한약제를 좌훈기에 넣고 앉아서 김을 쬐는 방법으로 체중을 감량하는 '허브좌훈 다이어트'를 개발한 후 정수기, 가전제품, 건강식품 제조업 등을 하는 회사인 피고와 허브좌훈 다이어트에 필요한 좌훈기 공급계약을 체결하였다. 그 뒤 원고는 개발한 한방약재를 피고로부터 납품받은 좌훈기와 함께 허브좌훈이라는 성명으로 소비자에게 판매하였다. 한편, 김월자(일반인)가 MBC의 한 프로그램에서 원고가 개발한 허브좌훈 다이어트의 효과나 방법이라는 것을 소개하지 않은 채 일반적인 허브(쑥, 냉이 등의 식품) 또는 귤 기타 과일의 껍질을 이용한 좌욕・훈증이 다이어트에 효과가 있다고 하면서 그 방법을 줄여서 허브좌훈 다이어트라 부르면서 출연한 적이 있었다. 이에 원고는 김월자

유명인에 대한 관련 사례에서는 퍼블리시티권은 유명인에 한정하여 인정되는 권리로 파악하였으나, 이른바 허브좌훈 사건을 통하여 퍼블리시티권의 향유주체를 일반인에게까지 확대하여 인정하였다. 이 허브좌훈 사건에 대해서 법원은 결코 사람들에게 알려져 있다고 볼 수 없는 주부모델에 대해서도 퍼블리시티권을 인정하였을 뿐만 아니라 그 권리의 양도성도 인정하였다. 물론 원고가 손해액을 입증하는데 실패하여 청구가 기각되기는 하였으나, 우리나라에서 일반인에게도 퍼블리시티권을 인정한 최초의 판결로 평가받고 있다.[157]

이에 앞서 2000년에 있었던 허영란 사건[158]의 판결에서는 아직 무명의 신예 연예인의 한복사진을 무단 광고게재한 사건에서 사회통념상 신인이라면 오히려 인기연예인과 반대로 잡지나 방송 등의 매체에 될수록 많은 기회에 자신의 사진이 게재되거나 방송되게 하여 자신의 지명도를 높이기 위하여 애쓴다는 점을 고려하여 무단성을 허락하지 않음으로써 퍼블리시티권을 인정하지 않았다. 이른바 'Waiver 이론'에 바탕을 둔 판결이라고 볼 수 있다.

라. 유명인에게만 퍼블리시티권의 인정 : 2004년 이영애 사건[159]

인기 여배우 이영애 사건은 원고(이영애)와 광고모델계약을 체결한 화장품회사(피고)가 계약기간을 초과하여 원고의 초상을 광고사진으로 사용하자 원고(이영애)는 퍼블리시티권 침해 주장하는 손해배상을 청구한 사례인데, 이에 대하여 법원은 원고승소의 인용판결이 있었다. 다만, 초상권침해에 따른 정신적 손해배상에 대하여는 유명 연예인의 경우 일반인과 달리 재산권인 퍼블리시티권의 보호를 받으므로 특별한 사정이 없는 한 별도의 초상권 침해에 따른 정신적 손해가 발생한다고 보기는 어렵다고 판시

의 퍼블리시티권을 양도받고 계약을 체결한 후 김월자의 허브좌훈의 효과, 성공사례, 진행과정 등으로 광고지에 다이어트 광고를 하였다. 그런데 피고가 한국농수산방송에 일정물품을 공급하면서 원고의 승낙없이 한국농수산방송으로 하여금 원고가 저작권을 가지고 있는 광고지를 광고에 이용하도록 하였고, 김월자가 출연한 프로그램의 화면과 허브좌훈 열풍 또는 허브좌훈 다이어트라는 진행자의 대사를 내용으로 하는 광고를 제작·방송하도록 하였는데 이에 원고가 피고의 퍼블리시티권의 침해등을 이유로 손해배상청구소송을 제기한 사건이었다. 이 사건에서 법원은 퍼블리시티권의 침해를 인정하였지만 원고가 손해액을 입증하는데 실패하여 청구가 기각되었다.

157) 이후 2007년 한류스타 사건(서울중앙지법 2007. 11. 14 선고 2006가합106519 판결)에서 퍼블리시티권을 인정하면서 퍼블리시티권의 정의에 퍼블리시티권의 향유주체를 일반인에게까지 포함하여 정의한 바가 있다.

158) 서울지법 2000. 3. 16 선고 99가합46206 판결.

159) 서울지법 2004. 12. 10 선고 2004가합16028 판결.

하였다. 사실은 이러한 법원의 태도는 손해배상청구소송에 있어서 그 동안 일관되게 정립되어온 대법원의 판례에 따른 것이기는 하나[160] 초상권침해로 인한 정신적 손해배상과 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산적 손해배상을 분리하여 다루지 아니하고, 하나의 손해배상사건으로 취급한 점으로 보인다. 이에 대하여는 그 동안 대법원은 지적재산권의 침해로 인한 재산상의 손해배상과 저작인격권의 침해로 인한 정신적 손해배상을 동시에 인정하고 있었던 점에 비추어 볼 때, 이 사건에 대한 판결은 일관된 판결로 보기 어렵다는 비판이 있다.[161]

이 사건의 판결은 초상을 무단으로 사용하게 되면 유명인은 퍼블리시티권으로, 일반인은 인격권이나 프라이버시권으로 보호한다는 원칙이 나타났다.

마. 캐릭터에도 퍼블리시티권을 인정 : 2005년 정준하사건[162]

유명 개그맨 정준하 사건은 그의 초상을 형상화한 캐릭터를 제작한 SKT, KTF, LGT 등의 이동통신사들이 운영하는 인터넷모바일 서비스에 콘텐츠로 제공하면서 이 사건 캐릭터 옆에 원고의 성명과 원고가 유행시킨 멘트 "…를 주번 죽이는 짓이예요", "…라는 편견을 버려" 등의 문구를 함께 게재하여 유료로 고객들에게 다운로드하여 사용하도록 한 사건이다. 이 사건에서 법원은 퍼블리시티권에 관한 많은 내용을 판시하고 있다. 우선 판시한 사항을 발췌하여 살펴보면, "…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 성질을 가지는 전통적 의미의 초상권과 구별된다고 할 것인바, 유명 연예인이나 운동선수 등의 경우 자신의 승낙없이 자신의 성명이나 초상이 상업적으로 사용되어지는 경우 정당한 사용계약을 체결하였다면 얻을 수 있었던 경제적 이익의 박탈이라고

---

160) 그동안 대법원은 재산상의 손해로 인하여 받는 정신적 고통은 그로 인하여 재산상 손해의 배상만으로 전보될 수 없을 정도의 심대한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해배상으로써 위자된다고 보았다(예컨대, 대법원 1998. 7. 10 선고 96다38971 판결 등).

161) 김세권, 앞의 논문, 81면, 각주 285 참조. 한편 유명모델의 요가장면을 촬영한 비데오를 홈쇼핑에서 방영하는 것을 금지를 구하는 가처분신청에서 법원은 초상권과 퍼블리시티권의 중복적 침해를 인정하고 원고의 주장을 인용한 사건이 있었다(서울남부지법 2004. 8. 4 선고 2004카합1285 결정). 이에 반하여 퍼블리시티권의 정신적 손해배상을 인정하지 않는 점은 당연하다는 평석도 있다.; 최성준, "퍼블리시티권의 인정여부", 『LAW & TECHNOLOGY』, 제1호 ,창간호(서울대학교 기술과법센터, 2005. 7), 127면.

162) 서울중앙지법 2005. 9. 27 선고 2004가단235324 판결.

하는 재산상 손해를 입게 된다는 점에서 이러한 퍼블리시티권을 별도의 권리로서 인정할 필요가 있다. 유명 연예인의 승낙 없이 그의 초상을 형상화하여 일반인들이 쉽게 알아볼 수 있는 캐릭터를 제작한 후 이를 상업적으로 이용한 것은 재산적 가치가 있는 자신의 초상과 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리인 유명 연예인의 퍼블리시티권을 침해한 것으로 불법행위에 해당한다."고 판시하였다.

더불어 손해배상의 내용에 관하여는 "…퍼블리시티권의 침해로 인한 재산상의 손해액은 피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 명성이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야할 대가금액을 기준으로 삼아야 한다. 유명 연예인의 승낙 없이 그 초상을 형상화 하여 일반인들이 쉽게 알아볼 수 있는 캐릭터를 제작한 후 이를 이동통신회사들이 운영하는 인터넷 모바일 서비스에 콘텐츠로 제공한 것만으로 유명 연예인의 연예인의 연예인으로서의 평가·명성·인상 등이 훼손 또는 저하되었다고 보기 어렵다"고 판시하면서 재산상의 손해 외의 정신적 고통으로 인한 위자료의 지급을 부정하였다.

이 판결이 주는 퍼블리시티권에 관한 내용을 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

첫째, 퍼블리시티권의 독자적 권리성을 인정하였다는 점, 즉 블리시티권은 경제적 측면의 권리이고, 이는 인격적 요소의 초상권과 다르다고 하여 양자를 구분하였다.

둘째, 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산상의 손해액의 기준은 "피해자 본인의 승낙을 받아서 퍼블리시티권을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액"이라고 하였다.

셋째, 정신적 손해인 위자료 지급책임을 부정하였다는 점 등에 있다.[163]

바. 휴대용 게임물에 퍼블리시티권을 인정 : 2006년 이종범 사건[164]

정준하사건과의 태도가 유사한 사례가 이른바 '이종범 선수 사건'에서 나타났다.

이 사건은 유명 야구선수 이종범의 이름을 휴대전화용 야구게임물로 사용한 사건이었는데, 이 판결에서 법원은 첫째 유명야구선수의 성명을 사용한 게임물에도 퍼블리시

163) 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산상의 손해가 있는 경우 인격권침해로 인한 정신상의 손해의 발생을 부정하는 것과 반대로 이른바 '트위스트 김 사건'에서는 퍼블리시티권과 인격권이 모두 침해되어 재산상의 손해와 정신상의 손해를 청구한 사례인데, 퍼블리시티권이 부인되어 재산상의 손해배상이 부인되고 정신상의 손해배상인 위자료만을 인정한 사건도 있다.; 서울중앙지법, 2007.12.26 선고 2005가합112203판결.

164) 서울중앙지법 2006. 4. 19 선고 2005가합80450 판결.

티권을 인정했다는 점, 둘째, 퍼블리시티권을 인격권과 독립된 별개의 재산적 권리로 인정하였다는 점, 셋째, 손해배상에 있어서도 정준하사건과 유사하게 정신적 고통에 대한 손해배상은 인정하지 않으면서 재산적 손해액에 대하여는 "퍼블리시티권자의 승낙을 받아 그의 성명을 사용할 경우 지급해야 할 대가 상당액"이라고 하고 있는 점 등은 앞서 서술한 정준하 사건에서의 판결의 태도와 유사한 점이 발견된다. 다만 퍼블리시티권의 인정을 성명권 중에서 성명을 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 것이 퍼블리시티권의 침해 사항으로 보고 있는 것으로 보아 성명권 중에서 성명을 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 것이 퍼블리시티권의 침해내용을 보는 특이한 판시사항을 볼 수 있다.

사. 상속성의 인정과 사후 존속기간 50년 인정 : 2006년 이효석 사건과[165]

상품권발행업 등을 목적으로 하는 회사가 우리나라 유명 문학가 이효석의 초상 및 서명, "단편소설 '메밀꽃 필무렵'"이라는 문구 및 이효석에 관한 간단한 설명을 전면에 기재한 스타상품권을 발행하여 영화관, 주유소, 백화점, 서점 등은 물론 성인오락실의 경품용으로 사용하였다. 이에 이효석의 유족들은 이효석의 인격권침해와 그의 명예훼손을 이유로 손해배상을 청구하였다.

이 사건에서 법원은 "…인격권으로서의 초상권은 일신전속적 권리라고 할 것이어서 사자(死者)는 원칙적으로 그 권리의 주체가 될 수 없고, 설령 일정한 경우 사자의 초상권이 인정될 수 있다고 보더라도 살아있는 사람의 초상권과 달라 그 보호의 범위를 제한적으로 인정하여야 할 것인데, 유사한 성격의 권리인 저작인격권의 경우 저자의 사후 그의 명예를 훼손하는 정도에 이르는 행위를 금지하는 방법으로 보호되고 있는 점(저작권법 제14조 제2항 참조) 등에 비추어 볼 때 사자의 초상권도 사자의 초상을 사용한 것이 드의 명예를 훼손하는 정도에 이른 경우에만 제한 적으로 인정될 수 있다." 고 판시하였다.

한편 초상권에 대해서는 별도의 개념을 정리하고 있는데, 초상권이란 "개인의 동일성을 파악할 수 있게끔 하는 모든 가시적인 개성들, 즉 자신의 초상이나 용모 또는 신체적 특징 등에 대하여 그 개인이 가지는 일체의 이익"을 내용으로 하는 권리라고 하

165) 서울동부지법 2006. 12. 21 선고 2006가합6780 판결.

면서, 구체적으로는 i) 함부로 초상을 촬영당하지 않을 권리, 즉, 촬영거절권으로서의 초상권, ii) 촬영된 초상 사진, 작성된 촉상의 이용거절권으로서의 초상권, iii) 초상의 이용에 대한 초상 본인이 가지는 재산적 이익, 즉 재산권으로서의 초상권 등으로 구분된다고 하였다. 또 이에 대한 자세한 설명을 곁들이면서 iii)의 권리가 재산권에 가까운데 비해 i), ii)는 인격권적 권리라고 할 수 있다면서 iii)의 권리는 퍼블리시티권의 일부라고 할 수 있다고 보았다.

뿐만 아니라 이 판결에서 퍼블리시티권의 내용에 관한 부분의 판시내용을 보면, 퍼블리시티의 독립된 재산권성의 인정이유와 함께 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정될 수 있다는 점, 그 대상이 특정인을 연상시킬 수 있는 물건 등에 널리 인정될 수 있지만, 퍼블리시티권의 대상이 초상일 경우에는 초상권 중 재산권으로서의 초상권과 동일한 권리가 된다는 점, 퍼블리시티권의 인정근거를 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정을 유추적용함이 상당하므로 상속성을 인정할 수 있다는 점, 사후 존속기간은 저작권법 제36조 제1항 본문의 50년을 유추적용 할 수 있다는 점 등을 판시하였다.

아. 이후의 판결들

이후의 최근 하급심 판결들을 정리해 보면 다음과 같다

(1) 2007년 한류스타 사건[166)]

한류스타(박신양, 송혜교, 왕지현(예명 전지현), 정우성, 조인성 등)들의 사진을 이벤트 회사가 '대한류전'이라는 전시회와 홈페이지 등에 허락 없이 사용한 사건.

퍼블리시티권의 경제적 가치를 지닌 배타적인 독립적 권리성의 인정. 손해배상액의 산정 기준을 침해자가 피해자의 허락을 받아 초상 등을 사용할 경우 그들에게 지급하여야할 보수 상당액으로 정함. 퍼블리시티권의 향유주체를 일반인에게까지 포함하여 정의. 퍼블리시티권의 양도성을 간접적으로 인정. 퍼블리시티권의 정당성 이론을 고객흡입력의 차원에서 설명.

(2) 2007년 배드민턴 선수 사건

166) 서울중앙지법 2007. 11. 14 선고 2006가합106519 판결.

세계적인 배드민턴 선수에게 일정 기간 활동비를 지급하고 그 기간 동안 그 선수의 성명과 초상을 무상사용하기로 계약한 자가 그 기간 만료 후에도 인터넷 홈페이지에 그 선수의 성명과 초상을 사용하여 광고에 사용한 사건.

퍼블리시티권을 인격권과는 별개의 경제적 가치 있는 배타적 권리로 인정

퍼블리시티권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명·초상을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액으로 함.

유명인의 퍼블리시티권 침해에 대한 손해배상이 있는 경우 초상권 침해로 인한 정신상의 손해배상은 발생하지 않는 것으로 봄.

(3) 영문이니셜을 퍼블리시티권의 대상으로 인정 : 2010년 마구마구게임 사건[167]

유명인의 성명을 영문 이니셜로 변경하여 야구게임에 등장하는 캐릭터에 사용된 경우 퍼블리시티권의 침해를 인정한 사건

전직 프로야구 선수들의 사전 동의 없이 위 선수들의 성명을 영문 이니셜로 변경하여 인터넷 야구게임에 등장하는 캐릭터에 사용한 행위가 위 선수들의 퍼블리시티권을 침해한 것이라고 본 사례

퍼블리시티권의 의의 및 어떤 사람의 성명 전부 또는 일부를 그대로 사용하지 않더라도 그 사람을 나타낸다고 볼 수 있을 정도로 이를 변형하여 사용하는 경우에도 퍼블리시티권을 침해한 것으로 볼 수 있다고 한 사례.

5. 최근의 주목할 만한 대법원 판결

우리나라의 퍼블리시티권에 관한 판례는 아직까지 대법원의 판결은 나타나고 있지 않으나 최근 대법원의 판시 내용에 퍼블리시티권을 인정할 만한 논지의 판결이 있어서 주목된다. 불고불리의 소송구조에 따라 소송당사자가 퍼블리시티권을 주장하지 않으면 퍼블리시티권 침해에 대한 적극적인 심리가 불가능하여 적극적인 퍼블리시티권의 법리를 판시한 내용은 없지만, 상표법위반이나 부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률위반, 민법상의 불법행위책임 등의 사건을 다루는 판결에서 퍼블리시티권의 법리

167) 서울서부지법, 2010. 4. 21 선고 2010카합245 판결.

에 근접한 내용들을 판시한 판결이 있어 주목되고 있다.

가. 2010년 네이버 광고방해사건[168]

피고 회사가 인터넷 사이트를 이용한 광고시스템 프로그램을 제공하여 이를 설치한 인터넷 사용자들이 원고(네이버) 회사가 운영하는 인터넷 포털사이트에 방문하면 그 화면에 네이버 회사가 제공하는 광고 대신 피고 회사의 광고가 대체 혹은 삽입된 형태로 나타나게 한 사안에 대한 가처분을 신청한 사건이다.

이 사안에서 대법원은 "경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다."고 판시하였다.[169]

이 사안은 퍼블리시티권의 향유주체가 법인도 될 수 있다는 전제에 따른다면 피고가 원고의 영업행위를 침해한 이유로서 대법원은 "…채무자의 이러한 광고는 위와 같이 인터넷 사용자들이 네이버에서 제공하는 서비스 등을 이용하기 위하여 네이버를 방문할 때 나타나는 것이므로, 이는 결국 네이버가 가지는 신용과 고객흡인력을 무단으로 이용하는 셈이 된다.…"는 내용은 '고객흡입력설'에 입각한 퍼블리시티권의 침해로 볼 수 있는 여지가 있는 것으로 보인다.

위의 사례는 어늘날 디지털산업의 발달과 인터넷보급의 확대에 따른 퍼블리시티권의 침해를 어떻게 보호할 수 있을까하는 새로운 현대적 퍼블리시티권에 관한 이론구성이 요구되는 점을 시사하고 있다고 생각된다.

나. 2012년 대장금 캐릭터 사건[170]

네이버 사건과 유사한 사건으로 대장금 사건 이 있다. 甲 회사로부터 "HELLO KITTY" 캐릭터를 상품화할 수 있는 독점권을 부여받은 피고 주식회사가 자신이 운영

168) 대법원 2010. 8. 25 선고 2008마1541 결정.
169) 이 사건에서 대법원은 민법 제750조 불법행위를 이유로 위 가처분 신청을 인용하였다.
170) 대법원 2012. 3. 29 선고 2010다20044 판결.

하는 홈페이지에 “HELLO KITTY” 캐릭터가 부착 또는 표시된 상품의 이미지 바로 아래에 있는 상품 이름 앞에 MBC 인기드라마의 제목인 “대장금”, “장금”, “주몽”이라는 표장을 표시한 행위가 등록상표의 상표권자인 MBC방송사 등의 상표권을 침해하는 행위에 해당하는지 문제된 사안에서, 위 표장이 상표로서 사용되었다고 볼 수 없다고 한 사례이다.

이 사건에서 대법원은 “…위 표장의 사용 태양, 위 등록상표와 “HELLO KITTY” 표장의 주지저명의 정도, 피고 회사의 의도와 위 표장의 사용 경위 등을 종합하면 전체적으로 피고 회사가 홈페이지에서 광고·판매한 위 상품들의 출처가 甲 회사 또는 동일 상품화 사업을 영위하는 집단인 것으로 명확히 인식되고, “대장금” 등 표장은 상품에 부착 또는 표시된 “HELLO KITTY” 캐릭터가 원고 방송사가 제작·방영한 드라마의 캐릭터로 알려진 ‘대장금’, ‘주몽’을 형상화한 것임을 안내·설명하기 위한 것일 뿐 상품의 식별표지로서 사용되었다고는 볼 수 없으므로, “대장금” 등 표장이 상표로서 사용되었다고 볼 수 없다… ”고 하였다.

이 사례는 원고 측에서 피고의 행위에 대하여 상표법과 부정경쟁방지 및 영업비밀의 보호에 관한 법률 그리고 민법의 불법행위규정 등의 위반행위로 보고 손해배상을 청구한 사건이었기 때문에 판단의 쟁점은 피고가 사용한 표장이 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1호 가목 또는 자목에[171] 규정된 “국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 표장(標章), 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것”에 관한 해석에 집중되어 있었지만 만일 원고가 법인에게 퍼블리시티권의 향유주체로 인정된다는 것을 전제로 퍼블리시티권의 침해를 주장한 사안이었다면 그 귀추가 매우 주목되는 판결이었음을 알 수 있다.

---

171) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조(정의) :

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

가. 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(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위

나. 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

다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위

뿐만 아니라 원고의 하나인 갑 회사에게 퍼블리시티권의 양도성의 인정여부도 판단해야 하는 사안이 될 수 있었다고 본다.

판결에서도 불법행위 인정여부의 판단에서 "…甲 주식회사가 자신이 운영하는 홈페이지에서 …원고 방송사가 방영한 '대장금'", '주몽' 등 제호하에 위 드라마가 연상되는 의상, 소품, 모습, 배경 등으로 꾸민 "HELLO KITTY" 제품을 제조·판매한 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다…"고 판시하였다. 이러한 태도는 퍼블리시티를 침해한 내용으로 볼 수 있는 논리가 될 수 있을 것이다.

이 사안은 부정경쟁과 퍼블리시티권의 침해라는 두 경계에 있는 미묘한 성격을 갖는 사례 이었으나 법인의 퍼블리시티권을 인정한다면 퍼블리시티권의 침해를 다투는 것도 무방한 사례였다고 보여진다.

제2절 국내의 판결에 나타난 퍼블리시티권에 관한 정리

1. 퍼블리시티권의 내용에 관한 판례의 태도

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 법원에서는 퍼블리시티권에 관한 대체로 다음과 같은 시각을 정리해 볼 수 있다.

첫째, 우리나라의 퍼블리시티권의 발달은 판례에 나타난 초상권 보호의 법리에서 비롯되었다는 점을 볼 수 있다.

둘째, 퍼블리시티권을 대체로 경제적 가치 있는 독립적인 재산권으로 파악하고 있다는 것을 볼 수 있다. 즉, 인격권과는 별개의 독립된 권리로 파악하고 있다는 점이다.

셋째, 인정근거를 고객흡입력에서 찾고 있는 판결을 많이 볼 수 있다.

이 점은 퍼블리시티가치에 대한 인식은 자연법이론의 근저에 있는 보수이론과 인센티브이론에 의해 정당화된다고 하는 미국의 Mostert이론을 반영한 것으로 볼 수 있다.[172]

넷째, 양도성을 인정하고 있는 판례가 다수 나타나고 있다. 아직 판례가 확고하게 고수하고 있는 입장이라고 볼 수는 없지만 양도성을 인정하고 있는 판례가 있었음은 위

172) 이에 관하여는 본 논문, 제2절 I. 4. 에서 전술한 내용을 참조

에서 살펴 본 바와 같다.

다섯째, 상속성을 인정하고 있다. 초기에는 부정하는 판례가 우세한 듯하였으나 이효석 사건에서는 상속과 사후 존속기간까지 구체적으로 정하여 판시하였다.

여섯째, 사후존속기간을 퍼블리시티 주체의 사후 50년으로 보는 판례도 있었다.

일곱째, 손해배상의 기준을 정당한 계약을 했었더라면 받을 수 있는 정당한 금액으로 보는 판결이 많았다는 점이다.

2. 평가와 전망

1990년대 들어 비교적 늦게 태동하기 시작한 우리나라의서의 퍼블리시티권에 관한 판례는 아직 대법원에서 인정하는 판례에까지 나타나지 못하는 초기적인 단계에 있기는 하나 대체로 미국의 판례와 이론을 배경으로 빠르게 흡수하고 있다고 볼 수 있다. 위에서 살펴 본대로 미국의 것을 그대로 답습한 것으로 볼 수는 없지만 그렇다고 하여 전적으로 독일적인 것은 아니다.

국내의 판례가 짧은 기간이었음에도 불구하고 어느 정도 확고한 것은 퍼블리시티권을 재산적 가치있는 독립된 하나의 권리로 인식하고 있다는 점이다. 그러나 구체적인 법적인 성질로서 권리의 향유주체, 양도성의 인정여부, 상속성의 인정여부, 사후존속기간 등에 관하여는 아직 발전 과정에 있다.

미국의 경우 퍼블리시티권을 프라이버시권과는 완전히 다른 경제적 가치있는 상업적 이용을 할 수 있는 것으로 파악하는 시각과는 달리 독일에 있어서는 퍼블리시티권을 정신적 요소를 강조하는 인격권 속에서 파악하고 있는 결과, 양도성과 상속성의 인정에 부정적인 방향으로 판례가 정착되어가는 듯한 추이와는 달리, 한국에서는 초상권의 한 내용으로 보고, 경제적 가치를 강조한 상업적 이용권으로 보는 점에서는 미국의 판례와 어느 정도 궤를 같이 하고 있음을 알 수 있다.

그러나 퍼블리시티권에 관한 대법원 판결에까지 이르지 못한 국내 판례의 현실에서 볼 때, 향후 판례의 태도는 얼마든지 방향을 선회할 수 있는 소지가 있다는 것 또한 부정할 수 없을 것이다.

모든 것이 입법적 해결이 가장 효과적이겠지만 이러한 판례의 태도는 향후 퍼블리시티권의 입법 내용에 어느 정도 방향성을 제시해 줄 뿐만 아니라, 입법이 결여되어 있는 현재의 상황이 지속된다고 하더라도 앞으로 나타날 대법원 판결의 향배에 영향을

미칠 것으로 생각된다.

제4장 퍼블리시티권에 대한 입법화 논의

제1절 퍼블리시티권의 본질

1. 본질의 쟁점

우리나라의 퍼블리시티권의 법적 성질문제에 관한 논란은 앞서 살펴본 바와 같이 그동안 판례의 퍼블리시티권에 관한 시각이 인격권의 범주에서 초상권이나 성명권에 대한 보호의 문제로 접근한 데서 비롯된 심화되는 쟁점인지도 모른다. 퍼블리시티권이 그 대상은 인격적 요소에서 비롯되는 개인의 동일성(identity)이면서 그 행사는 재산적 요소를 다루는 것이라는 점은 퍼블리시티권이 법적 성질이 무엇인가에 관한 논란이 심화되는 것이라고 생각된다. 즉 퍼블리시티권의 법적 성격을 인격권으로 볼 수도 있는 요소가 있으며 한편 무체재산성의 재산권으로 볼 수도 있기 때문이다.

따라서 퍼블리시티권의 정당성에 관한 논의는 2가지로 가닥을 잡을 수 있다. 첫째, 왜 인격적 요소를 재산적 측면에서 보호하는 하는가 하는 권리의 정당성에 관한 의문이고, 다음으로는 특히 정신적 이익의 보호를 목적으로 하는 인격권과 상업적 이익의 보호를 목적으로 하는 퍼블리시티권은 상호 독립적으로 존재하는지 혹은 성명, 초상 등에 대한 재산권적 이익은 독립적인 권리가 아니라 인격권의 일부분 혹은 본질적인 요소에 해당하는지 여부와 관련된 의문점이다.

이들의 의문점은 퍼블리시티의 철학적 기반을 이룬다. 여기에는 다양한 견해가 존재하고 있다. 이하에서 이론들을[173] 소개하고 사견을 제시해 보고자 한다.

2. Publicity權의 철학적 기반

173) 이 이론들에 관한 자세한 설명은 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상),(하)-“호사유피 인사유명”의 현대적 변용”, 『저스티스』, 통권 제97호(2007. 4)와 제98호(2007. 6)과 김세권, 앞의 논문, 24면 이하 등을 참조.

가. 정당성에 관한 이론

(1) 자연권 이론

Nimmer의 이론이라고 할 수 있는 자연권 이론은 John Locke 의 노동이론에 기초하고 있어서 'Labor-Desert 이론'이라고도 한다. 사람은 당연히 자신의 노동의 산물을 수취할 수 있는 권리를 가지므로 유명인은 자신의 노동의 산물을 수취할 수 있는 권리를 가지므로 유명인은 자신의 노력의 산물이라고 할 수 있는 명성으로부터 당연히 과실을 수취할 수 있는 바 그 권리가 곧 퍼블리시티권이라는 것이다.[174] 일생을 통한 노동의 대가로서의 재산권성을 인정하는 것이므로 양도와 상속이 인정될 수 있는 근거가 될 수 있으며, 유명인과 일반인을 가리지 않고 퍼블리시티권이 인정될 수 있는 결론이 도출될 수 있다. 초기 미국의 판례가 퍼블리시티권을 인정하는 이론적 기초가 되었음은 이미 살펴본 바와 같다.

이 견해에 대하여는 유명인뿐만 아니라 일반인도 Publicity권의 주체라고 본다면 일면 타당한 견해가 될 수 있으나, 유명인이 반드시 노동에 의해서만 이루어지는 것은 아니며, 개인의 노력에 의해서도 유명인의 명성을 갖지 못한 경우도 많다는 점을 지적하여 비판받고 있다.[175]

(2) 배분적 효율성(Allocative Efficiency) 이론

경제학적인 관점에 바탕을 두고 있는 배분적 효율성이론이란 Publicity권의 인정근거로

만약 사적인 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하지 않고 누구든 유명인의 Identity를 자유로이 사용할 수 있게 허용할 경우에는 그 유명인의 Identity가 과도하게 이용됨으로써그 가치가 희석(Dilution)되는 외부효과(Extrernalities)가 발생하게 되는

---

174) M. Nimmer, supra, p.216.; 엄동섭, "퍼블리시티(Publicity)권", 『서강법학연구』, 제6권 158-159면에서 재인용.

175) 이러한 비판적 입장으로는 Madow, "Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights", 81 Cal. L. Rev.(1993) p.193; Rosemary J. Coombe, "Authorizing the Celebrity : Publicity Rights, Postmodern Politics and Unathorized Genders", 10 Cardozo Arts & Ent. L. J.(1992) p.365, 369 등이 그 대표적 이다.

반면, 일정의 사적 재산권으로 퍼블리시티권을 인정하여 유명인의 Identity의 이용을 통제할 경우에는 그 Identity에 대하 가장 높은 가치를 부여하는 사람에 의해 그 Identity가 이용됨으로써 결과적으로 Identity라는 자원의 가장 효율적인 배분이 이루어질 수 있다고 주장한다.[176]

Ponser판사는 Douglass사건[177]에서 "Robyn Douglass나 그의 대리인들은 그녀의 누드 사진의 가치가 최대화될 수 있도록 그녀의 사진의 배포를 통제하여야 한다."고 판시하였다.

이 견해에 대하여는 첫째, 티셔츠와 같은 상품에 인격 요소를 이용함으로써 그 가치를 증대시킬 수도 있는 바와 같이 인격징표에 대한 기치는 사용할수록 그 효용이 떨어진다는 것이 반드시 경제적으로 타당한 논리는 아니라는 점, 둘째, 유체재산에 관한 경제논리가 반드시 유산에도 그대로 타당한 것은 아니라는 점에서 다소 부당한 논리라는 비판이 있다.[178]

(3) 유인(Incentive)이론

유인이론이란 주로 지적재산권을 인정하는 이론적 근거인바, 창작자가 그 창작물에 대하여 배타적인 이용권을 보유하도록 함으로써 새로운 창작을 유도하여 사회의 발전을 도모하고 그로써 그 비용은 다시 사회에 환원된다는 이론이며, 이는 미 연방대법원에서 채용한 견해이다.[179] 위 판결에서 대법원은 "물론 원고의 청구를 인용한 Ohio주의 판결은 Publicity 권이 그의 실연행위에 투자된 시간과 노력을 보상하기 위한 법리로부터 비롯되었다. 원고의 경제적 우인을 보호하는 것은 일반 대중이 즐길 수이는 실연행의가 이루어지는데 필요한 투자가 이루어지게 한다. 이것은 이 법원에서 강제하는 특허법이나 저작권법에서 강조하는 이념과 같은 것이다."라고 판시하였다.

이 이론에 대하여는 유명 인사들의 경우는 대부분 추가적인 수입을 원하지 않을 정도로 부유한 경우가 대부분이어서 경제적 보상이 과연 충분한 유인이 될 수 있는 경우가 대부분이어서 경제적 보상이 과연 충분한 유인이 될 수 있는가 하는 점이나 나쁜 의미에서의 명성을 위하여 오로지 유명인이 될 목적으로 범죄자가 되는 것을 방조할

176) Posner, "The Right of Privacy", 12 Ga. L, Rev(1978), p.393, 411.
177) Douglass v. Hustler Magazine, Inc., 769 F. 2d 1128, at 1138 (C.A.7 1985).
178) Madow, "Private Ownership of Public Image : Popluar Culture and Publicity Right" , 81. Cal. L. Rev(1993), p.127, 222.
179) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Company, 433 U.S. p.562, 576.

잠재성이 있는 비판[180]과 오히려 자신의 중심 분야가 아닌

부수적인 분야에서의 수입에 의존하게 되어 자기분야의 동기유발을 떨어뜨리는 결과를 가지고 올 수도 있다는 비판[181]이 있다. 그러나 유인이론의 가장 난점은 어떤 Publicity권의 가치의 증대를 위하여 이미지를 재고시키지 아니한 사람(예를 들어, 고테레사 수녀와 같은 경우 그녀의 Publicity value는 상당할 것이지만 그녀의 가치는 어떤 이익을 얻기 위하여 증대된 것이 아니다.)의 경우를 설명할 수 없다는 대 있지 않을까 한다.[182]

(4) 부당이득의 금지(Preventing Unjust Enrichment)이론 및 노동이론

이 이론은 유명인의 지위를 얻기까지 흘린 땀과 노력을 보상하자는 John Locke의 사상에서 유래하여, 유명인의 명성이 가지는 상업적 가치를 허락 없이 자신의 이익을 위해 이용하려는 사람들의 부당이득을 금지하여 유명인의 잠재적인 금전적 이익을 보호하는 기능을 한다는 이론이다. [183]이 이론에 대하여는 저작권법에서조차 배척된 이론이 Publicity권을 보호하는 정책적 근거가 되기 어렵지 않겠는가 하는 비판[184]과 Publicity권은 유명인의 노력보다는 산업상의 통제, 우연, 대중, 정책, 매스미디어 등의 요인들로 인하여 유명도가 결정되므로 노동은 하나의 요소에 불과하다는 비판[185]이 있다.

(5) 혼동(False Endorsement)방지이론

이 이론은 Publicity권을 인정함으로써 기만적인 행위로부터 소비자를 보호하고자 하는 이론이다.[186] Lanham 법 제43조에서도 개인의 인격적 징표의 무단 이용은 허위보

---

180) Linda J. Stack, "White v. Samsung Elec. Am, Inc's Expansion of the Right of Publicity, 89NY, U.L. Rev(1995), 1215면. 정재훈 “퍼블릭시티권의 제한”, 『창작과 권리』, 1998, 88면에서 재인용.

181) 박선일, “초상재산권을 중심으로 본 초상권에 관한 고찰”(연세대학교 석사학위논문, 1998), 51면

175) 예컨대, 연예인과 같이 처음부터 자신의 Publicity value를 높임으로써 수입을 얻고자 하는 사람들에게는 인센티브 이론이 유효하다고 할 수 있지만, 유명한 과학자와 같이 어떠한 업적을 얻는 과정에서 부수적으로 Publicity value가 높아지는 경우는 인센티브 이론으로 설명하기 곤란한 것으로 보인다.

183) Restatement (T hird) of Unfair Competition, §46 comment (1995).

184) 정재훈, 앞의 논문, 89면.

185) 박선일, 앞의 논문, 51면.

186) Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser", 39 NYU. L. Rev(1964), 962, p.990.

증을 구성한다고 규정하고 있는데, 다만 허위보증에 의한 소송과 Publicity권 소송원인이 중복되는 경우가 많다. 이에 대하여는 Publicity권을 보호하는 것은 유명인의 이름이나 초상을 보호하고자 하는 것이지 소비자 대중을 보호하기 위한 것이 아니라는 반론이 있다.

(6). 양도필요성론

이 이론은 인격권적 성격의 성명권 및 초상권은 그 성질상 타인에게 양도할 수 없는 것이므로 양도할 수 있는 재산권적 성격의 Publicity권을 인정하여야 자신의 성명과 초상이 가지는 경제적 가치에 대한 충분한 대가를 받을 수 있고, 또 그러한 권리를 양도받은 타인도 보호받을 수 있다는 이론이다.[187]

그러나 이 이론은 왜 Publicity권이 재산권인가 하는 점에 대한 답을 해줄 수 없는 순환론에 불과한 약점이 있다고 생각한다. 또한 Publicity권의 양도성을 부정하는 견해에 따르면 Publicity권의 본질을 설명할 수도 없게 되는 난점이 있다고 본다.

나. 소결

위의 학설들은 미국의 학설이나 판례를 통하여 나타난 이론들이다. 따라서 미국의 퍼블리시티에 관한 판례들은 위 이론들을 바탕으로 주도되어 왔다. 이들의 이론이 하나 또는 다수의 이론들이 퍼블리시티권의 정당성을 부여할 수 있는 이론들일 수 있지만, 이들 이론이 미국 판례의 역사적인 발전과정과 궤를 같이하며 발전해온 이론들인 까닭에 시대적으로 또는 퍼블리시티권을 도출해 낼 수 있는 법체계에 상응하는 이론들이라고 할 수 있다. 그러므로 이들 이론들을 완전히 비판 없이 그대로 수용할 수 없지만 나름대로의 역사적 상황과 시대적 상황에서 타당성을 갖고 있는 이론들이라고 할 수 있다.

3. 퍼블리시티권의 성질

가. 논의 현황

187) 오승종・이해완, 『저작권법』(박영사, 2001), 411면.

1991년 퍼블리시티권이라는 용어는 사용되지 않았지만 실질적으로 퍼블리시티권이 인정된[188] 후에[189] 판례는 퍼블리시티권을 재산적 가치 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)라고 정의하고 있다.[190]

그러나 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 재산적 가치를 독점적·배타적으로 지배하는 이른바 독자적 재산권으로서의 퍼블리시티권(right of publicity)이 우리 우리법상으로도 인정될 수 있는지 여부와 관련하여 본 논문 앞의 절에서 살펴본 바와 같이 판례는 일관된 입장을 보여주고 있다고는 보기 어렵다. 일부 판례는 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결도 있었다.[191]

이와는 달리 일부판례는 유명인의 성명, 초상을 사용하여 선전하거나 상품에 부착하는 경우 유명인의 성명, 초상이 상품의 판매촉진에 기여하는 효과가 발생하는데 이러한 효과는 유명인 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치라고 판시하였다.[192] 이에 기하여 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리인 퍼블리시티권은 인격으로부터 파생하는 것이기는 하지만 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 권리로서 인격과는 독립된 별개의 재산권으로 인정될 수 있다고 판시하였다. 이처럼 퍼블리시티권이 1991년에 실질적으로 인정된 이래로 다수의 판례가 퍼블리시티권의 존재를 인정하고 있지만 퍼블리시티권에 관한 명문의 규정이 존재하지 않는 상황에서 여전히 퍼블리시티권의 개념, 법적 성질 등에 대한 일치된 견해는 존재하지 않고 있다.

같은 취지에서 퍼블리시티권의 성립요건, 양도 상속, 보호대상과 존속기간, 침해가

---

188) 판례(서울지법 1991. 7. 25 선고 90가합76280 판결)는 "…모델 등은 자기가 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명이나 초상을 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 이용하게 할 수 있는 경제적 이익을 가지고 있어서 이를 침해란 자에 대하여 그 불법사용에 대한 사용료 상당의 손해를 재산상 손해로서 배상을 청구할 수 있다."고 판시하였다.

189) 초상의 영리목적 사용을 주로 초상권(right of portriat) 또는 프라이버시권(right of privacy)으로 보호하고 있던 시기의 사례에 대해서는 남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권-한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권-", 『저스티스』, 통권 제86호(2005. 8), 87, 101면 참조.

190) 서울지판 1995. 6. 23 선고 94카합9230 판결.

191) 이른바 "제임스 긴 사건" 중의 하나인 서울고법 2002. 4. 16 선고 2000나42061 판결. 그 외 서울중앙지법 2004. 10. 1 선고 2002가단254093 판결.

192) 위 판결.

있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권이 인정될 수 있는 점은 대륙법계 법체계를 취하고 있는 우리나라의 법제에서는 당연하다.

나. 법적 성질에 관한 학설

(1) 프라이버시권을 포기하는 권리로 보는 설

일부는 퍼블리시티권을 재산권이 아니라 실제로는 자신의 프라이버시권을 포기할 수 있는 권리에 불과한 것이며, 다만 계약에 의해 개인의 동일성을 경제적으로 이용할 수 있는 권리(청구권)에 해당하는 것으로 파악한다.[193]

(2) 인격권과 독립된 재산권으로 보는 설

다른 일부는 퍼블리시티권의 본질을 개념상 기본적으로 인격권과 독립한 재산권이지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 본인의 인격과 일체 불가분의 관계에 있는 것으로 본다.[194]

(3) 인격권의 일부로 보는 설

또 다른 견해는 인격권은 프라이버시라고 하는 권리와 퍼블리시티라고 하는 권리로 구성되고, 외적인격의 요소인 성명, 초상, 음성 등은 독립하여 재산권을 형성하게 되고 이에 따라 당연히 양도와 상속이 가능하다고 주장한다.[195]

미국의 판례를 통하여 형성된 이러한 견해는 인격권이 정신적 이익과 상업적 이익으로 분리되고 따라서 프라이버시권과 퍼블리시티권은 상호 독립적으로 존재한다고 하는 이론인데, 실제로 정신적 이익과 상업적 이익이 상호간에 밀접하게 관련되어 있다는 점에서 수긍하기 어렵다. 예를 들어 성명, 초상 등을 평판이 나쁜 제품의 광고에 이용하는 경우에는 정신적 이익과 상업적 이익이 동시에 침해될 수 있다. 도식적으로 프라

193) 엄동섭, “퍼블리시터(Publicity)권”, 『서강법학연구』, 제6권, 2004. 147, 167, 168면.
194) 이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 『저스티스』, 통권 제85호, 2005. 6, 156, 168면
195) 정회섭, “재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리", 『재산법연구』, 제20권 제1호, 2003. 8, 133, 140면.

이버시권과 퍼블리시티권을 구별하는 견해에 의하면 양도가 불가능한 프라이버시권과 양도가 가능한 퍼블리시티권은 상호 별개의 권리로 존재하기 때문에 정신적 이익과 상업적 이익이 동시에 침해되는 경우에 조정이 어렵다는 한계를 지니고 있다. 결국 퍼블리시티권은 성명, 초상 등 개인의 인적 속성을 갖는 경제적 가치를 상업적으로 이용·통제할 수 있는 권리이기는 하지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 그 사용은 여전히 인격주체가 통제할 수 있어야 한다는 점에서 양도성은 부정되어야 할 것이다.[196] 다만, 퍼블리시티권의 양도와 달리 사자에게 자신의 노력에 의해 획득된 명성 혹은 사자와 동일시 될 수 있는 요소의 공개가치 등을 제3자에게 이용하게 하여 사자의 상속인이 이익을 취하는 것은 허용되어야 한다는 점에서 그 상속은 인정될 수도 있을 것이다.[197]

제2절 퍼블리시티권 관련 규정의 검토

1. 개 관

퍼블리시티권은 우리나라의 법제에서 부정경쟁방지법이나 저작권법, 상표법 등 관련 지적재산권법률들의 적용영역과 관련성을 가지고 있다. 달리표현하면 퍼블리시티권은 이들 영역의 경계에 중첩되어 있거나 근접해 있다. 그러나 이들 지적재산권 법규상에 퍼블리시티권을 직접 언급하고 있는 규정은 존재하지 않는다. 하지만 퍼블리시티권과 일정한 관련이 있다고 볼 만한 조항 들은 여럿이 존재한다.

이러한 이유로 퍼블리시티권에 관한 명문규정을 굳이 도입할 필요가 없다고 주장하는 입장도 있다.[198] 또 실제로 우리의 판례들이 퍼블리시티권의 관련분쟁들에 대하여 판시하면서 은연중에 퍼블리시티권 문제가 부정경쟁방지법이나 상표법과 가장 밀접한 관계가 있음을 보여준 사례들이 있다. 예컨대, 2008년 가비엔제이 사건[199]에서 '가비엔

196) 박영규, 앞의 논문, 284면.
197) 위 논문.
198) 朴成浩, "實演者의 '藝名'에 대한 법적 보호(下)-성명권·성명표시권·상표권·그리고 이른바 '퍼블리시티권'을 둘러싼 몇 가지 문제점-", 『법조』, 2007. 11, 215면.
199) 서울 중앙지법 2008. 1. 18 선고 2007가합10059 판결

제이(gavy nj)' 에 대하여 '가비퀸즈(gavy queens)'라는 명칭사용이 퍼블리시티권을 침해하였지에 대한 사례를 판시하면서 "…피고들 여성 3인조 그룹의 명칭인 '가비퀸즈(gavy qeens)'는 원고들의 그룹명인 '가비엔제이'와 별개의 성명으로 보아야 할 것이고, 위 '가비퀸즈'라는 명칭이 일반인들로 하여금 오인되거나 혼동될 가능성이 있다고도 보기 어려우므로 피고들의 이러한 행위를 가지고 원고들의 성명권 또는 퍼블리시티권이 침해되거나 침해될 우려가 있다고도 할 수 없다"고 판시하여, 마치 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 규정의 문구를 들어 표현하고 있다.

반면에 퍼블리시티권의 보호에 해당하는 사례를 위의 지적재산권관련법령들을 적용할 것을 주장하는 사례들에 대하여 청구가 기각된 판결도 있다. 예컨대, '가수 박상민의 짝퉁가수사건'[200]에서 법원은 모자와 선글라스 착용하고 독특한 수염을 기르는 등 유사한 겉모습은 영업표지를 보호하는 부정경쟁방비법의 취지와 거리가 멀어 보호대상이 아니라고 판단하였으나, 만일 퍼블리시티권이 문제되었다면 다른 결론이 내려졌을 것이라는 분석이 있다.[201] 이와 같이 현실은 엄연히 이들 관련법을 적용하기에 어려움이 있는 사례가 발생하고 또한 앞의 절에서 살펴본 대로 퍼블리시티권의 법리를 들어 판시한 수십 건의 판례들이 나타나고 있는 점은 이들 판결이 실정법을 외면한 판결이라고 볼 수 없다. 왜냐하면 퍼블리시티권의 침해사례에 위의 관련법들을 유추적용한다 하더라도 이들의 법체계 내에서는 퍼블리시티권의 성립요건, 퍼블리시티권의 향유주체의 범위, 퍼블리시티권으로 보호되는 대상의 범위, 양도성의 인정의 문제, 상속성 인정의 문제, 사후 존속기간의 문제, 구제방법의 문제 등에 관하여 유추적용하는 데에는 한계를 갖게 된다는 점이다.

따라서 퍼블리시티권에 대한 입법은 현실적인 수요를 감안할 때 반드시 필요하다고 보아야 한다. 퍼블리시티권을 입법화하는 데에 기존의 법체계 내에서 법 간의 충돌을 피하고 법률들간의 모순을 피하기 위해서는 이들 법률들의 적용영역과 퍼블리시티권과의 관계를 살펴보아야 할 것이다.

2. 퍼블리시티권 관련 법률들

200) 서울고등법원 2008. 6. 19 선고 2008노 108판결 :
201) 같은 입장으로 송영식, 『지적소유권법(하)』(육법사, 2008), 590면.

가. 부정경쟁방지를 위한 표지에 관한 규정

부정경쟁방지법 제2조 제1호[202] 가목, 나목에서 규정한 상품표지 혼동행위나 영업표지 혼동행위는 각각 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하는 점, 아울러 혼동(confusion)을 요구하고 있다는 점에서 퍼블리시티권의 보호요건과는 차이가 있지만, 아직 퍼블리시티권을 직접 보호하는 규정이 존재하지 아니하는 현실에서는 퍼블리시티권이 보호할 만한 사건(가령 유명인의 외양을 모방하여 타인이 영업활동을 하는 경우)에서 근거규정으로 원용될 만큼 퍼블리시티권과는 밀접한 관계를 맺어 왔다. 예컨대 앞서 설명한 '가수 박상민의 짝퉁가수사건'과 같은 경우가 대표적인 사례에 속한다. 이 사례에서 원고가 부정경쟁을 이유로 청구할 것이 아니라 퍼블리시티권권의 보호를 주장했더라면 결론이 달라졌으리라는 예상을 해 볼 수 있다.

다만, 부정경쟁방지법상 비교적 최근에 도입된 이른바 '희석화 조항'(부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 다목, 동법시행령 제1조의2[203])의 경우, 퍼

---

202) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조(정의) : 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "부정경쟁행위"란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
   가. 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(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위
   나. 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
   다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위

……

203) 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률시행령 제1조의2(정당한 사유) : 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 제2조 제1호 다목에서 "비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 비상업적으로 사용하는 경우
2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우
3. 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(이하 "표지"라 한다)가 국내에 널리 인식되기 전에 그 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자(그 승계인을 포함한다)가 이를 부정한 목적 없이 사용하는 경우
4. 그 밖에 해당 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우

블리시티권과 달리 일단 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하고 있지만, 널리 인식된 타인의 성명을 특히 '상업적 이용'으로 이용할 것을 요구하는 등 퍼블리시티권의 골격 중 상당부분을 포섭하고 있다는 점은 인정될 수 있다.

그렇다고 하여 이 규정이 전적으로 퍼블리시티권의 본질 속에 파고들어 규정하고 있는 내용으로 보기는 무리가 있다.

나. 타인의 성명・초상 등의 임의적 이용의 제한에 관한 규정

타인의 성명・초상 등의 임의적 이용을 제지할 수 있는 또 하나의 중요한 규정이 상표법 제7조 제1항 제6호의 규정 내용이다. 이 규정은 상표등록을 받을 수 없는 경우의 하나로서 『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.』고 하여 개인의 초상, 성명 등을 보호할 수 있는 직접적인 규정처럼 보인다. 이 규정이 의도하고 있는 내용은 저명한 타인의 성명・명칭 또는 초상・서명・인장・아호・예명・필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 징표는 그 타인의 승낙을 얻은 경우가 아닌 한 등록할 수 없다는 것을 의미하고 있기 때문이다. 이를 좁게 해석하여 주로 인격권 보호를 위한 규정이라고 해석하는 취지의 판례도[204] 있지만 오늘날 인격권의 경제적 가치를 고려할 때 종래 초상권의 가치는 인격적 이익을 보호할 목적뿐만 아니라 재산상 가치에까지 보호하고자 하는 것으로 해석하는 견해[205]에 동의할 수 있다. 특히 일부 논자는 위 규정을 들어 퍼블리시티권의 성격이 저작권이 아니라 상표권에 가깝다는 견해도 있으며,[206] 상표권에 가깝기도 하지만 더 정확히는 부정경쟁방지법상의 권리라고 보는 견해도 있다.[207] 그러나 위조항의 적용은 어디까지나 상표의 등록에 있어서 적용되는 점을 고려하면 퍼블리시티권의 보호를 위한 규정으로 보기에는 거리가 멀다. 퍼블리시티권은 개인의 초상이나 성명 등이 반드시 상표로 사용되는 것만을 제지하고자 인정하려는 것은 아니기 때문이다.

---

204) "상표법 제5조 제1항에 의하면 등록할 수 없는 상표로서 그 제10호에 타인의 성명, 명칭 또는 상호, 초상, 서명 또는 인장과 동일한 것이라고 규정하고 있는 바, 이 규정의 취지는 주로 특정인의 인격권을 보호하기 위한 것이라고 할 것"이라고 본 대법원 1971. 3. 23 선고 71후1 판결 참조.
205) 박준석, 앞의 논문, 322면.
206) 정경석, "초상권의침해요건과 구제방법", 『저스티스』, 제98호, 한국법학원, 2007, 126면.
207) 박준우, 앞의 논문 322면.

다. 저작물・초상화 등에 대한 성명표시에 관한 규정

저작권법 제12조의[208] 성명표시권이나 제35조의[209] 초상화 위탁자의 초상 이용에 대한 동의권 등에 있어 '성명・초상'이라고 하여 마치 퍼블리시티권의 대상인 성명・초상과 흡사한 문구를 포함하고 있어 주의를 기울이게 한다.

(1) 저작물 등에 대한 성명표시권 규정

우선 저작권법 제12조에서는 저작인격권의 내용 중의 하나로 성명표시권을 규정하고 있고 이와 유사하게 최근 신설된 제66조에서는[210] 실연자(實演者)에게 성명표시권을 부여하고 있다. 그러나 이들 권리는 성명 자체를 대상으로 한 것이 아니라 다른 존재,

---

208) 저작권법 제12조(성명표시권) :

① 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

② 저작물을 이용하는 자는 그 저작자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 저작자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 저작물의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

209)저작권법 제35조(미술저작물등의 전시 또는 복제) :

① 미술저작물등의 원본의 소유자나 그의 동의를 얻은 자는 그 저작물을 원본에 의하여 전시할 수 있다. 다만, 가로·공원·건축물의 외벽 그 밖에 공중에게 개방된 장소에 항시 전시하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 미술저작물등은 어떠한 방법으로든지 이를 복제하여 이용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 건축물을 건축물로 복제하는 경우
2. 조각 또는 회화를 조각 또는 회화로 복제하는 경우
3. 제1항 단서의 규정에 따른 개방된 장소 등에 항시 전시하기 위하여 복제하는 경우
4. 판매의 목적으로 복제하는 경우

③ 제1항의 규정에 따라 전시를 하는 자 또는 미술저작물등의 원본을 판매하고자 하는 자는 그 저작물의 해설이나 소개를 목적으로 하는 목록 형태의 책자에 이를 복제하여 배포할 수 있다.

④ 위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다

210) 저작권법 제66조(성명표시권) :

① 실연자는 그의 실연 또는 실연의 복제물에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

② 실연을 이용하는 자는 그 실연자의 특별한 의사표시가 없는 때에는 실연자가 그의 실명 또는 이명을 표시한 바에 따라 이를 표시하여야 한다. 다만, 실연의 성질이나 그 이용의 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

즉 저작물이나 저작인접물에 대하여 성명을 표기할 권리를 정하고 있을 따름인 점, 타인이 해당권리를 침해하는 양상은 임의의 적극적인 성명표시가 아니라 소극적인 불표시나 누락행위에 의한다는 점 등에서 퍼블리시티권과는 본질적으로 차이가 있다고 보는 견해가 유력해 보인다.[211] 즉, 저작권법 제12조와 제66조의 성명표시권은 그 대상이 어디까지나 저작물 또는 저작인접물에 미치는 것이지 퍼블리시티에서 보호하고자 하는 개인의 Identity의 범위에까지 적용하기에는 한참을 미치지 못한다.

(2) 초상화 등의 사용에 대한 '이용동의' 규정

또 저작권법 제35조 제4항에서는 『위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.』고 규정하고 있다. 예컨대, 유명 연예인의 사진사가 보유하고 있는 사진이라 하더라도 본인의 동의 없이는 이를 전시하거나 하는 등의 이용을 할 수 없다는 것이다.

'이용에 대한 동의'란 자본주의 경제에서 다름 아니라 해당 저작물의 이용에 따른 수익배분에 참여할 수 있는 재산상의 이익 내지 권리를 의미하기 때문에 위 조항은 확실히 퍼블리시티권보호와 깊은 관련이 있다고 볼 수 있지만, 그러나 위 조항은 그 대상이 초상화나 사진 저작물에 국한 되어 있다는 점, 특히 이용에 있어 상업적 이용을 요구하지 않고 있어 퍼블리시티권에 관한 것이라기보다 초상권까지 아우른 규정으로 보일 뿐 퍼블리시티권과의 직접 관련이 없다는 점, 다른 법률의 유사한 사례에서 볼 수 있듯이 당해 법률이 부여하는 권리(저작권)와 그 법률 밖의 권리(초상권 내지 퍼블리시티권) 사이의 충돌을 해결하기 위한 조항에 불과하다는 점에 비추어[212] 저작권법이 이미 퍼블리시티권 관련 내용을 일부 포섭하고 있다는 논거로 비약되어서는 곤란하며, 오히려 저작권법은 초상권 내지 퍼블리시티권을 보호대상으로 삼고 있지 아니하다는

211) 박준석, 앞의 논문, 320면.

212) 이렇게 당해 법률이 부여하는 권리와 그 법률 밖의 권리사이의 충돌을 해결하기 위한 조항은 저작권 뿐만 아니라 지적재산권법의 모든 법률이 거의 필수적으로 구비하고 있는 조항이며 위 저작권법 제35조 제4항도 그런 결과물 중의 하나에 불과하다. 가령 저작권법 제35조제1항이나 제3항은 저작권과 소유권의 충돌에 대비하여, 특허권 제105조는 특허권과 존속기간이 만료된 디자인권의 충돌에 대비하여, 상표법 제53조는 상표권과 디자인권의 충돌에 대비하여, 디자인보호법 제54조는 마찬가지로 디자인과 특허권, 상표권 등과의 충돌에 대비하고 있다. 부정경쟁방지법에는 그런 조항이 명문화되어 있지 않으나 우리 판례(대법원 2008. 9. 11 선고 2007마1569 결정)는 상표권에 기한 권리행사의 외관을 갖추었더라도 부정경쟁행위에 해당할 수 있다고 하여 상호 저촉문제를 규율하고 있다.; 박준석, 앞의 논문, 320-321면에서 재인용.

반대근거가 될 수도 있는 성질의 것이라고 하는 견해에 귀를 귀울일 필요가 있다.[213)]

3. 소 결

결론적으로 말하면 현재의 법체제 하에서는 퍼블리시티권을 보호하고 있는 직접적인 규정은 존재하지 않는다는 것이다.

위에서 살펴보았듯이 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 나목에서 규정한 상품표지 혼동행위나 영업표지 혼동행위는 각각 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하는 점, 아울러 혼동(confusion)을 요구하고 있다는 점에서 퍼블리시티권의 보호요건과는 차이를 보이고 있어서 퍼블리시티권을 보호하는 데에 완전한 법률이 되지 못하고 있다.

또 성명표시권을 규정하고 있는 저작권법 제12조와 실연자의 성명표시권을 정하고 있는 동법 제66조 역시 퍼블리시티권을 보호하기에는 충분한 규정이 되지 못하며, 저작물, 초상화 또는 이와 유사한 사진 저작물을 이용함에 있어서 위탁자의 동의를 요구하고 있는 동법 제12조, 제35조 제4항은 그 대상이 초상화나 사진 저작물에 국한 되어 있고, '이용에 대한 동의'에 있어서도 상업적 이용에 대한 동의에 한정하는 것은 아니어서 퍼블리시티권 보호를 위한 직접적인 규정이 될 수 없다.

따라서 현행 실정법상 퍼블리시티권을 보호하기 위한 법규정은 많은 누수를 보이고 있으며, 하루 빨리 내용을 명확히 하고 구제의 수단을 마련한 퍼블리시티권에 관한 입법의 도입이 필요하도다고 할 것이다.

제3절 퍼블리시권의 국내에 입법화에 관한 방법론

1. 퍼블리시티권 도입방법에 관한 논의의 현황

퍼블리시티권의 입법 방법론에 관하여는 국내에서도 이미 논의가 진행된 바 있으며, 그의 결실로서 제17대 국회에 2004년 11월 9일 저작권법의 개정을 통한 도입을 시도

213) 박준석, 앞의 논문 321면.

한 적이 있었다. 물론 이 법안이 17대 국회의원 임기만료로 인하여 폐기되어 결실은 보지 못하였지만 개정과정에서 많은 토론들이 있었다. 이를 계기로 많은 논문들에서 이에 관한 의견을 나타내고 있다. 그러나 현재로서는 입법을 부정하는 견해도[214] 있지만, 도입긍정설에서도 통일된 의견은 형성되어 있는 것 같지는 않다. 그러나 이들 긍정설을 정리해 보면 대체로 단행법 제정 방법,[215] 부정경쟁방지법에 규율하는 방법,[216] 저작권법에 규정하는 방법,[217] 상표법에 규정하는 방법[218] 등으로 분류할 수 있었다.

본 논문에서는 위에서 살펴 본 바와 같이 지적재산권 관련 법률들을 통한 구제는 그들 이미 불충분하다는 점을 살펴보았으므로, 기존의 지적재산권관련법률이 아닌 단행법이나 민법에 규정하는 방안 중에 선택하는 방법에 관하여 서술하고자 한다.

2. 제17대 국회에 제출된 적 있는 개정안에 대한 비판

가. 저작권법의 개정을 통한 도입의 시도

2005년 11월 9일 제17대 국회에서 박찬숙 의원을 비롯한 31명의 의원은 퍼블리시티권을 저작권법에 명문화시키는 저작권법 개정을 발의하였다. 동 저작권법 개정안은 17대 국회에서 임기 내에 처리되지 못하고 폐기되고 말았다. 당시 개정안 제2조 제1호에 재산적 가치가 있는 개인의 성명, 초상 및 음성 등 창작 부산물까지 저작물에 포함시키고, 저작물 예시 규정인 제4조에 초상저작물을 신설하였었다. 하지만 저작물의 성립요건이 시대와 정책에 다라 달라질 수 있다 하더라도 재산적 가치 있는 개인의 성명이나 초상 등은 창작과정이나 창작 후에 형성 내지 육성되는 부산물로서 그러한 부산물 자체에 창작성이 인정되기는 어렵다는 점, 재산적 가치가 있는 성명, 초상 등을 사람의

214) 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 『저스티스』 제98호, 한국법학원, 2007. 145면과 박성호, “인격권의 변용”, 『법학논총』, 제23집 제2호, 한양대학교. 2006. 15면 이하 등

215) 권상로, 앞의 논문, 94면.

216) 정희섭, “재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리", 『재산법연구』, 제20권 제1호, 2003. 8, 133, 140면.

217) 제17대 국회에 2005년 11월 9일 제출된 저작권법 개정안 속에 도입하고자 하는 시도가 여기에 속한다.

218) 배상철, “상표법상 유명인(Celebrity)의 재산적 가치있는 성명・초상의 보호문제”, 『산업재산권』, 제18호, 2005. 264면.

사상이나 감정의 표현이라고 볼 수 없다는 점에서 타당하지 않다고 여겨진다.[219]

또한 당시의 개정안은 퍼블리시티권의 양도는 인정하는 반면에 초상재산권의 보호기간을 본인이 생존하는 동안으로 규정하므로써 초상재산권에 대한 상속은 인정되지 아니하였다(개정안 제53조의5, 제53조의6). 미국에서 퍼블리시티권이 인정되고 아울러 이러한 권리의 양도성 및 상속이 인정됨에 따라 한국에서도 인격권적 요소의 상업적 이용권한이 상속될 수 있는 지의 여부와 관련하여 논의가 진행 중인데, 사자의 동일성을 상업적으로 이용할 것인지의 여부는 상속인이 결정할 수 있어야 하고 방해받지 않거나 통제되지 않은 채로 제3자에 의해 사자의 동일성이 자유롭게 이용되는 것이 저지되어야 한다는 점에서 인격권적 요소의 상업적 이용권한은 상속이 인정되어야 할 것이다. 다만 그 존속기간과 관련하여 다양한 견해가 존재할 수 있는데, 저작권과 마찬가지로 50년으로 하는 것이 타당할 것으로 보인다. 이는 사진저작물 등의 경우 저작권과 성명, 초상 등에 대한 상업적 이용권한의 대상이 동일하고 초상 또한 사후 50년 동안 보호된다는 점에서 그 근거를 찾을 수 있을 것이다(저작권법 제35조 제4항, 제39조).

나. 민법개정을 통한 도입의 시도

2004년 10월 21일 국민의 정부에서 의안 발의한 민법개정안에는 1조의2를 신설하여 제1조의2(인간의 존엄과 자율) 조문에 『①사람은 인간으로서의 존엄과 가치를 바탕으로 자신의 자유로운 의사를 좇아 법률관계를 형성한다.

② 사람의 인격권은 보호된다.』는 규정을 설치하였다. 이에 대하여 법제사법위원회의 민법중개정법률안 검토의견(2005년 6월) 14~16면에서는 다음과 같은 의견을 담고 있었다.

『인격권은 선언적 의미에 불과하여 그 개념과 의미가 불명확하며, 헌법에서 보장하고 있고 민법 각론부분에서도 개별적으로 보호되고 있으므로 규정의 실익 내지 필요성에 의문을 제기하는 견해가 있으나, 인격권은 권리로서 특별히 존중되어야 한다는 점에서 동 규정의 신설은 의의가 있다고 보여짐.

다만, 이는 민법의 당연한 전제일 뿐만 아니라 개정안에는 인격권보호에 대한 실천규정이 전혀 포함되어 있지 않아서 규정의 실익이 없다는 지적이 있으므로, 실정법적 효용성의 측면에서 권리보호의 내용과 한계를 명시하거나[220] 현재 판례로 형성되고 있는 인격권침해

219) 구제군, “퍼블시티권에 관한 연구 - 국회에서의 입법논의와 관련하여-”, 『외법논집』, 제30집, 2008. 5, 209, 214, 215면.

에 대한 구제수단을 명문화하는 방안[221] 등을 검토할 필요가 있음[222].』

그러나 정부가 발의한 이 개정 법안은 임기만료로 인하여 폐기되었다.

그러나 이러한 개정안에 대해서도 인간의 존엄과 가치, 사적자치 등과 같은 인격권 보호를 규정하는 것은 심대한 법정책의 의의가 인정되나 너무나 당연한 내용이며 헌법적 차원의 의미를 가지는 것으로서 민법에 규정될 성질의 것이 아니라는 비판이 제기되고 있다.[223]또한 징벌적 손해배상제도도입 등 인격권 침해시 그 구제수단에 대한 보다 상세한 내용이 수반되지 못하고 있어 신속하고도 완전한 피해배상과 구제까지는 기대하기 어려울 것으로 보인다. 그리고 결정적으로 이번 개정안에서 인격권 조항의 신설되었다는 점은 정말 뜻깊은 일이지만 이는 어디까지나 말 그대로 '인격권에 관한 규정일 뿐'이라는 점에서, 인격과 분리된 독자적인 재산권으로서의 퍼블리시티권에 대한 인정근거라고 보기에는 다소 무리가 있다는 지적이 많았다.

3. 퍼블리시티권의 입법 방안에 대한 사견

퍼블리시티권의 보호를 위한 입법은 여러 가지 방법을 상정해 볼 수 있다.

첫째, 독립된 단행법을 만드는 방법, 이미 있는 지적재산권 중의 하나에 규정하는 방법, 부정경쟁방지법에 규정하는 방법, 민법에 규정하는 방법, 그 외 민법에 규정하면서 지적재산권의 하나에 규정하거나 독립법안을 만드는 방법 등을 고려해 볼 수 있다.

여기에서 고려해야 할 점은 첫째, 기존의 법체계와 어떻게 조화롭게 규정하느냐 하는 문제가 핵심적인 쟁점이 될 수 있으며, 둘째 어떤 방법으로 도입하는 것이 가장 퍼블리시티권을 잘 보호할 수 있을 것인가 하는 점에 있다고 본다.

그렇다면 앞에서 퍼블리시티권 관련 규정들을 살펴본 바와 같이 퍼블리시티권은 부

---

220) 스위스민법 제28조에는 인격권은 타인의 권리, 공공의 이익 및 법률의 규정을 침해하지 않는 한도 내에서 보호된다는 규정이 있음.

221) 이 견해는 민법 제214조 및 제764조와 스위스민법 제28조a 이하의 규정내용에 착안하여 손해배상 이외에 '침해예방청구권', '인격권회복청구권'을 규정함으로써 인격권 구제방법을 명확히 하는 방안(이 경우 민법 제764조는 삭제) 등을 제시하고 있음.
만약 이 견해에 따를 경우 구체적인 조문의 내용은 "인격권을 침해한 자에 대하여는 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 침해된 인격권을 회복하는 데 적당한 조치를 할 것을 청구할 수 있고, 인격권을 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에 대하여는 그 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다." 의 형식이 될 것으로 보임.

222) 인격권의 구체적 효력 부분은 채권각론 또는 불법행위편에 규정하는 것이 타당하다는 견해도 있음.

223) 황적인 등, 『민법개정안의견서』(서울:삼지원, 2002), 3-10면.

정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(약칭 '부정경쟁방지법')의 제2조에 부정경쟁행위로서 퍼블리시티권의 침해행위를 규정하는 방안도 고려할 수 있을 것이다. 실제로 일각에서는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의해 퍼블리시티권이 보호될 수 있다고 주장하는 견해가 있다.[224]

그러나 이러한 방법은 다음과 같은 문제가 있을 것으로 생각된다.

첫째, 부정경쟁방지법의 성격이 질서행정법적인 요소가 강하여 사권인 퍼블리시티권의 보호에 철저한 규정의 내용으로 보기 어렵다.

둘째, 부정경쟁방지법의 법체계가 너무 간단하여 퍼블리시티권의 행유주체, 성립요건, 보호대상, 양도성여부, 상속성여부 등은 물론 구제방법 등에 관한 충분한 내용을 담고 있지 못하다. 현행 부정경쟁방지법은 부칙을 제외한 30여개의 조문으로 구성되어 있고, 그 실체법적인 내용은 10여개 조문에 불과하며, 나머지 조문들은 국가적 의무, 위반에 대한 제재규정, 행정조치규정 등의 절차적 규정이 대부분에 해당한다.

셋째, 부정경쟁방지법은 그 법의 목적이 부정경쟁행위의 방지와 영업의 비밀보호에 복적을 두고 있는 법률이므로 퍼블리시티권이라는 사권을 보호하고자 하는 실체법적 성격의 법률과는 본질적으로 성질이 다르다.

넷째, 부정경쟁방지법에 규정을 두고 퍼블리시티권을 보호할 경우 퍼블리시티권의 내용이 지나치게 좁아질 우려가 있다. 이에 대한 이유는 앞의 장에서 어느 정도 살펴본 바와 같다.

따라서 이러한 법률에 퍼블리시티권을 밭길 수는 없는 노릇이다. 이왕에 도입한다면 단행법 내지는 단행법과 사법의 왕이라고 하는 민법에 동시에 규정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

다만 단행법으로 제정되었을 경우라 할지라도 퍼블리시티권과 관련을 갖고 있는 부정경쟁방지법, 저작권법, 상표법 등과의 충돌문제가 발생하지 않도록 유의해야 할 것이며, 퍼블리시티권의 내용은 물론이고 법적인 구제장치가 반드시 마련되어야 할 것이다.

---

224) 새로운 규정의 도입에 찬성하면서도 부정경쟁방지법에 의한 보호가 가능하다고 보는 견해로는 박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 보호-유명인의 유사물을 이용한 광고를 중심으로-", 『산업재산권』, 제22호. 2007. 184면 이하.; 박준석, 앞의 논문, 323면 이하 등이 있음.

제5장 결 론

미국의 퍼블리시티권의 발전은 세계 각국의 퍼블리시티권의 발전을 선도해 왔다. 성문법계 중심의 법체계를 지닌 독일에서의 퍼블리시티권의 발전도 미국의 판례의 영향에 힘입은 바 크다.

그러나 미국의 퍼블리시티권의 내용이 세계 각국의 퍼블리시티권이 확고한 권리로서 형성하는 데에 공헌한 것은 사실이지만, 어느 나라에서나 퍼블리시티권의 내용이 공통성을 갖고 있는 것은 아니라는 것을 각국의 판례들을 고찰해 보면서 확인할 수 있는 사실이었다. 퍼블리시티권이 문화산업, 엔터테인먼트 산업, 미디어 산업 등의 발달에 따라 나타난 권리인 점을 고려할 때, 각국의 문화적 인식과 윤리적 인식 그리고 규범적 인식에 있어서 차이를 보일 수 밖에 없을 것이므로 법체계의 상이한 환경 속에서 나름대로 그 나라의 토양에 적합한 특색을 가지고 발전을 해 왔음을 알 수 있다.

오늘날 미국의 퍼블리시티권은 각 주마다 권리로서 인정하는 양상이 달리 나타나고 있지만, 대체로 인격권을 구성하는 내용 중에서 정신적 요소를 내용으로 하는 프라이버시권과는 달리 퍼블리시티권은 재산적 요소를 내용으로 하는 권리로 인식하고 있는 점을 파악할 수 있었다. 그러나 그 구체적인 권리의 내용은 각 주마다 차이를 보이고 있지 양도성을 인정하는 하면서 상속권까지 인정하고 있는 주가 많다는 것을 알 수 있었다.

대륙법계의 본산이라고 할 수 있는 독일의 경우에는 저작권법(저작권과 인접보호권에 관한 법률 URG)과 민법 속에 규정된 성명권과 인격권 규정 속에서 퍼블리시티권의 실정법적인 근거를 도출하여 구체적인 내용의 형성에 관하여는 판례에 의존하여 왔다. 어느 정도 확고한 내용은 Nena 판결 이후 독일의 판례는 인격권의 재산권성 또는 상속성은 인정하면서도 양도성은 부정되는 성향을 보이고 있다. 이 점은 독일 저작권법 제29조 제1항이 자작권의 상속이 원칙적으로 허용되지 않는 점이 반영된 결과라고 볼 수도 있지만, 근본적으로 독일은 퍼블리시티권을 정신적 요소를 강조하는 인격권의 한 요소로 파악하는데서 오는 결과라고 보는 것이 더 본질적인 분석이라고 본다. 이러한 결과는 독일의 판례가 인격권에 관하여 일반적 인격권의 내용에 관한 지속적인 노력과 성명권과 초상권 외의 개인의 인격적 요소를 권리로서 수용하는 데에 이론적 노

력을 기울여 왔던 결과로 볼 수 있다. 결론적으로 퍼블리시티권에 관한 독일의 상황은 실정법의 확대해석을 통하여 독자적인 일반적 인격권 속에 퍼블리시티권을 이해하고 있으며, 어느 정도 정착되어가는 양상을 띠고 있다. 이러한 상황은 독일에서 퍼블리시티권을 명문으로 규정할 필요성을 약화시키는 환경을 만들고 있다고 본다.

일본과 한국에 있어서는 최고법원의 판결이 아직은 나타나고 있지 않지만 우리나라의 판결의 경우 대법원의 퍼블리시티권을 염두해 둔 판결 또는 퍼블리시티권을 수용할 수 있는 이론적 터전이 될 수 있는 판결이 최근 나타난 것을 보면 조만간 대법원 판결로서 퍼블리시티권을 수용할 수 있으리라고 전망한다. 이러한 결과는 1980년대 이후 끊임없이 있어왔던 하급심의 판결들의 노력이 반영된 결과라고 할 수 있다. 우리나라의 하급법원의 판결들의 대체적인 퍼블리시티권에 대한 인식은 미국의 판례의 태도나 미국학자들의 퍼블리시티권에 관한 이론을 수용하고 있는 양상을 보이고 있다. 이러한 영향은 우리나라의 문화적인 발전양상이 미국적으로 발전하고 있는 측면에서 비롯되었다는 점을 무시할 수 없을 것이다. 이 점은 퍼블리시티권의 양도성의 인정, 재산권성의 강조, 정신적 요소의 배제 등 권리의 본질성면에서나 퍼블리시티의 대상의 범위가 넓어져 가고 있는 점 등에서 상당부분 닮아가고 있는 경향을 보이고 있는데서 찾을 수 있다.

보통법에 기반을 둔 법체계를 지닌 미국이나 성문법체계를 근간으로 하는 법체계를 지닌 독일 또는 우리나라에서 퍼블리시티권에 관한 공통적인 판례의 양상은 퍼블리시티권의 보호대상으로서의 개인의 동일성(Identity)의 내용이 다양해지고 그 범위도 넓어지고 있다는 점이다. 이는 앞으로 개인의 동일성(Identity)의 징표가 되는 요소가 계속적으로 다양한 양상으로 나타날 수 있는 점에 비추어 보면 앞으로 이러한 추세는 계속될 전망으로 보인다.

아직 퍼블리시티권을 만족스럽게 보호할만한 확실한 실정법을 갖추지 못한 우리나라에서는 하급심의 판결을 통하여 어느 정도 꾸준히 퍼블리시티권을 인정해 왔고, 그 법적인 성질도 언급되고 있다. 더러는 성문법이 없다는 이유로 그 인정을 거부하는 판결이 나타나기도 하지만 대세는 인정하는 경향이라고 보아야 할 것이다. 다만, 성립요건, 향유주체의 범위(특히 단체나 법인의 퍼블리시티권의 인정문제), 양도성의 인정여부, 상속성의 인정, 사후존속기간의 제한 그리고 구체적인 쟁송적 구제방법 등에 있어서 형성과정에 있다고 보아야 한다. 그러나 이런 문제점들을 판례에만 의존하기에는 성문법계를 근간으로 하는 우리나라 법체계 속에 법주체의 지위가 너무나 불안정하게 된다. 사회적 환경은 더욱 발전해 갈 것이고, 최근 싸이라는 가수의 노래가 빌보드차트에

상위로 랭크되는가 하면 세계적인 스포츠선수, 연예인 등이 등장하고 있는 현실은 퍼블리시티권에 관한 성문입법의 필요성을 가중시키고 있다. 이는 국제사법적 측면에서도 절실히 필요하다. 정책적인 면에서도 이러한 세계적인 스타들의 탄생을 우리나라의 엔터테인먼트산업의 자원으로 만드는 한편 이들 자원을 국부(國富)로 삼아야 할 필요가 있기 때문이다. 현재의 법체계에서라면 제임스 딘의 유족은 우리나라에서 배상을 받아가고 우리나라의 김연아, 손연재, 박지성, 박찬호, 박태환, 최경주, 박세리, 신지예, 싸이, 이병헌, 장동건, 보아, 조수미, 나윤선 등이 다른 나라에서의 손해배상 분쟁이 발생하면 뒷짐 진 채 당하는 것을 구경만 할 수 밖에 없는 상황을 예견해 볼 수 있다. 실제로 사자의 성명, 초상 등의 실시허락을 통하여 제임스 딘의 상속인은 연간 3백 5십만 달러, 엘비스 프레슬리(Elvis Presley)의 상속인은 연간 1억달러, 마릴린 먼로(Marilyn Monroe)의 상속인은 연간 2백5십만 달러의 수입을 올리고 있다는 보고서도 있다.[225] 이처럼 현대사회에서 유명인의 성명, 초상을 이용한 상품의 선전이나 광고가 증가함에 따라 한국에서도 실정법을 마련하여 인격권적 요소의 상업적 이용을 법적으로 보호함으로써 국부유출을 막아야 한다.

국내에 퍼블리시티권에 관한 실정법을 도입하자는 주장에 대하여는 반대하는 입장도 있지만, 글로벌화되어 있는 현대에서는 퍼블리시티권의 법적인 성질과 권리의 내용 그리고 그 구제수단 등을 확고히 하여 권리자의 법적 지위가 불안한 상태를 조속히 해결해 주어야 한다.

생각건대, 퍼블리시티권의 재산적 권리로서 양도성을 인정하고, 그 향유주체를 단체나 법인에게도 인정해야 할 것이며, 상속성의 인정은 표현의 자유와 관련하여 신중을 기하여 결정하되 생전에 Identity를 활용했다는 요건 하에 상속을 제한적으로 인정하는 것이 바람직 할 것으로 본다. 이러한 권리의 내용의 입법화는 민법 규정에 인격권에 관한 규정을 두고, 개별법으로서 독립된 단행법을 두는 것이 퍼블리시티권을 효율적이고도 기존의 법체계에 조화롭게 자리잡을 수 있는 방법이라고 생각한다.

---

225) Seemann, “Prominenz als Eigentum ; Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persoenlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persoenlichkeitsschutz”, Nomos(1996). S.55; Schertz, *Merchandising*, 1. Aufl.(C.H. Beck, 1997), S.11.

參 考 文 獻

▣ 國內文獻

1. 單行本

곽윤직, 『민법주해 XVIII-채권 (11)』, 박영사, 2005.

김재형, “인격권 일반 : 언론 기타 표현행위에 의한 인격권침해를 중심으로”, 『판례연구XXI』, 박영사, 1999.

송영식 외6인, 『지적소유권법(하)』, 육법사, 2008.

오승종・이해완, 『저작권법』, 박영사(2001).

황적인 등, 『민법개정안의견서』, 삼지원, 2002.

2. 硏究論文

강승묵, “퍼블시티권의 상속에 관한 연구” 『법학논총 27권 4호』한양대학교 법학연구소, 2010, 12

구제군, “퍼블시티권에 관한 연구 - 국회에서의 입법논의와 관련하여-”, 『외법논집』, 제30집(2008. 5).

권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방향에 관한 연구”, 『법학논총』, 제17집 제3호. 2010.

권오성, “퍼블시티권에 관한 연구” 『과학기술법연구 19권 1호』, 2013, 2

김량은 역, 牛木理一, “Publicity의 권리와 상표법과의 관계”, 월간 『지적재산』, 통권79호. 1995.

김문환, “초상권”, 『연세지적재산』, 창간호. 1988.

김세권, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 박사학위논문, 전북대학교, 2007.

김재형, “모델소설과 인격권”, 『인권과 정의』, 제241호. 1997. 9.

"언론의 사실보도로 인한 인격권 침해", 『법학』, 제106호. 서울대학교. 1998. 5.

"인격권에 관한 판례의 동향", 『민사법학』, 제27호. 한국민사법학회. 2005. 3.

남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권-한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권-", 『저스티스』, 통권 제86호. 2005. 8.

박선일, "초상재산권을 중심으로 본 초상권에 관한 고찰", 연세대학교 석사학위논문, 1998.

박영규, "퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 『저스티스』 통권 제112호. 2009. 8.

박준석, "퍼블리시티권의 법적 성격-저작권과 상표관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?", 『산업재산권』 제30호.

박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 보호-유명인의 유사물을 이용한 광고를 중심으로-", 『산업재산권』, 제22호. 2007.

배금자, "미국에서의 퍼블리시티권", 『계간저작권』 제67권, 2004/가을.

배병일, "초상권에 관한 연구", 『재산법연구』, 제9권 제1호.

양창수, "사생활 비밀의 보호 - 사법적 측면을 중심으로-", 『저스티스』, 통권 제76호. 2003. 12.

엄동섭, "퍼블리시터(Publicity)권", 『서강법학연구』, 제6권. 2004.

오세용, "퍼블리시티권(The Right of Publicity)의 양도성・상속성에 관한 연구", 서울대학교 석사학위논문, 2005.

유대종, "Publicity권에 관한 고찰", 경희대학교 석사학위논문. 2000.

이봉림, "인격권의 법리검토와 입법제안", 『민사법학』, 제45권 제1호. 한국민사법학회. 2009.

이태섭, "미국 Publicityrnjs에 관한 연구", 『재판자료』, 외국사법연수원논집(17) 제84집. 1999.

이한주, "경주마의 퍼블리시티권", 『저스티스』, 통권 제85호. 2005. 6.

"퍼블리시티권에 관하여", 『사법논집』, 제39집. 2004. 12.

이호열, "퍼블리시티권에 관한 법적 문제", 『지적재산권법연구』, 제3집.

정경석, "초상권의침해요건과 구제방법", 『저스티스』, 제98호. 한국법학원. 2007

정상기, "Publicity권에 관한 소고", 『계간저작권』, 제26호, 저작심의위원회. 1994.

정재훈 "퍼블릭시티권의 제한", 『창작과 권리』, 1998.

정회섭, "재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리", 『재산법연구』, 제20권 제1호.

2003. 8.

최성준, “퍼블리시티권의 인정여부”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 제1호. 서울대학교 기술과법센터. 2005. 7.

한위수, “퍼블리시티權(姓名・肖像등의 商業的 利用에 관한 權利)의 侵害와 民事責任(下)”, 『인권과 정의』, 1996. 11.

“퍼블리시티권의 침해와 민사책임(상)”, 『인권과 정의』, 제242호. 1996. 10.

▣ 英美文獻

Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity : An Answer to Dean Prosser", 39 NYU. L. Rev. 962, 1964.

Julius. C. S. Pinckaers, “From Privacy toward A New Intellectual Property Right In Persona", Kluwer Law International, 1996.

Linda J. Stack, “White v. Samsung Elec. Am, Inc's Expansion of the Right of Publicity”, 89NY, U.L. Rev, 1995.

Madow, "Private Ownership of Public Image : Popluar Culture and Publicity Right" , 81. Cal. L. Rev. 127, 1993.

McCarthy, The Right of Publicity and Privacy, C. Boardman, 1987

Mostert, "The Parasitic Use of the Commercial Mognetism of a Trade Mark on non-Competing Goods", 11 Eur, InterII. Prop. Rev. 342, 1986.

Nimmer, The Right of Publicity", 19 Law & Contemprary Problem 203, 216, 1954.

Posner, "The Right of Privacy", 12 Ga. L, Rev. 393, 1978.

Pratt, Privacy in Britain, Associated Univ Pr., 1979

Prosser/Keeton, The Law of Torts, 5th ed., West Publishing Co., 1984.

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

Susanne Bergmann, "Publicity Right in the United States and in Germany : a Comparative analysis", 19 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 479, 1999.

Warren/Brandies, "The Right to Privacy", Harvard Law Review, Vol. 4, 1890.

William L Prosser, "Privacy", California Law Review, Vol. 48, 1960

Winner, "Right of Idenity: Right of Publicity and Protection for a Trademark's "Persona", 71 Trademark Rep., 193-214, 1981.

▣ 獨逸文獻

Reber, "Die Schutzdauer despostmortalen Persoenlichkeitsrechts in Deutschland Und den USA (von Marlene Dietrich ueber Klaus Kinski zu Marilyn Monroe) - ein Irrweg des Bundesgerichtshofs?" GRUR Int. 2007.

Schricker/Gerstenberg/Goetting, UrheberR, 2. Aufl., C. H. Bech, 1999.

Seemann, Prominenz als Eigentum ; Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persoenlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persoenlichkeitsschutz, Nomos, 1996.

Schertz, Merchandising, 1. Aufl., C.H. Beck, 1997.

Slaven Morinovic, Commercialization of Deal and Living Celebrities in the U.S. and Germany : Marilyn Monroe, Marlene Ditrich and Carloline von Monaco - Bericht vom 2. Hamburg International Media Law Forum am 3. Juni 2009

▣ 日本文獻

五十嵐淸, 人格權論, 一粒社, 1989

阿部浩二, ステ-イブマツクイ-ン肖像權侵害訴訟“, 別冊ジュリト 85号 マスコミ判例百選, 1995

▣ 참고판례

1. 국내의 판례

-대법원판결

대법원 1997. 7. 11 선고 96후2173 판결.

대법원 1998. 2. 13 선고 97후938 판결.

대법원 1998. 7. 10 선고 96다38971 판결.

대법원 2008. 9. 11 선고 2007마1569 결정.

대법원 2012. 3. 29 선고 2010다20044 판결

-하급심판결

서울고법 2008. 6. 19 선고 2008노 108 판결.

서울고법 1989. 1 23 선고 88나38770판결.

서울고법 1998. 3. 27 선고 97나29686 판결.

서울고법 2000. 7. 14 선고 99가합84901 판결.

서울고법 2001. 10. 24 선고 2001나30680 판결.

서울고법 2002. 4. 16 선고 2000나42061 판결

서울고법 2002. 4. 16 선고 2000나42061 판결.

서울고법 2002. 4. 16 선고 2000나42061 판결.

서울고법 2002. 4. 16 선고 2000나42061 판결.

서울남부지법 2004. 8. 4 선고 2004카합1285 결정

서울동부지법 2004. 2. 12 선고 2002가합3370 판결

서울동부지법 2006. 12. 21 선고 2006가합6780 판결.

서울동부지법 2006. 12. 21 선고 2006가합6780 판결.

서울서부지법 2010. 4. 21 선고 2010카합245 판결.

서울중앙지법 2004. 10. 1 선고 2002가단254093 판결.

서울중앙지법 2004. 10. 1 선고 2002가단254093 판결.

서울중앙지법 2004. 10. 1 선고 2002가단254093 판결.

서울중앙지법 2005. 9. 27 선고 2004가단235324 판결.
서울중앙지법 2006. 4. 19 선고 2005가합80450 판결.
서울중앙지법 2007. 11. 14 선고 2006가합106519 판결.
서울중앙지법 2007. 11. 14 선고 2006가합106519 판결.
서울중앙지법 2008. 1. 18 선고 2007가합10059 판결.
서울중앙지법 2007. 12. 26 선고 2005가합112203판결.
서울지법 1977. 11. 21 선고 97가합5560판결.
서울지법 1977. 2. 26 선고 96가합31227 판결.
서울지법 1991. 7. 25 선고 90가합76280 판결.
서울지법 1993. 7. 8 선고 92가단57989 판결.
서울지법 1995. 6. 23 선고 94카합9230 판결.
서울지법 1995. 6. 23 선고 94카합9230 판결.
서울지법 2000. 3. 16 선고 99가합46206 판결.
서울지법 2000. 7. 14 선고 99가합84901 판결.
서울지법 2001. 3. 20 선고 99가합62260 판결.
서울지법 2004. 12. 10 선고 2004가합16028 판결.
서울지법 남부지원 1997. 8. 7 선고 97가합8022 판결.
서울지법 서부지원 1997. 8. 29 선고 94가합13831 판결.

2. 영미의 판례

1985aits v. Frio-Ray, Inc., 978 F2d 1093, 23 USPQ 2d 1721, 9th Cir. 1992.
Ali v Playgirl, Inc., 447 F. Supp. 723, 729, S.D. N.Y. 1978.
Ali v. Playgirl, Inc, 447. Supp. 723, 728, S.D. N.Y. 1978.
Apple Corps. Ltd. v. Button Master, P.C.P., Inc., 47 U.S.P.Q. 2d 1236, 1998 WL 126935, E.D. Pa. 1998.
Bayer v. Ralston Purina Co. 484 S.W. 2d 473,87 A.L.R. 3d 1275, Mo. 1972.
Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 552 F. Supp. 904, D. N. J. 1986.
Cher v. Forum Intern., Ltd., 692 F. 2d 634, 8 Media L. Rep. BNA 2484, 217

U.S.P.Q. 407, 9th Cir., 1982.

Clark v. Celeb Pub., Inc., 530 F. Supp. 979, 8 Media L. Rep. BNA 1261, S.D.N.Y. 1981.

Douglass v. Hustler Magazine, Inc., 769 F. 2d 1128, at 1138, C.A.7 1985.

Eastwood v. Superior Court, 149 Cal. App. 3d 409, 198 Cal. Rptr. 342, 10 Media L. Rep. BNA 1073 2d Dist. 1983.

Factors, Etc. v. Creative Card Company, 444 F. Supp 279. 3 Med. L. Rptr. 1290, S.D.N.Y. 1977.

Fergerstrom v. Hawaiian Ocean View Estates, 50 Haw. 374, 441 P. 2d 141, 1968.

Gautiert v. Pro-Football, Inc., 124 F. 2d 167, 5Th Cir. 1941.

Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum. Inc, 202 F. 2d 866, 868, 2d Cir 1953.

Hicks v. Casablanca Records, 464F. Suoo. 426, S.D.N.Y. 1978.

Jackson v. Playboy Enterprises Inc., 574 F. Supp. 10, 13, S.d. Ohio 1983.

Jim Henson Production, Inc., v. John T. Brady & Associates, Inc., 867 F. Supp. 175, 34 U.S.P.Q. 2d 1001, S.D.N.Y. 1994.

Lawrence v. Ylla, 184 Misc 807, 55 NYS 2d 343, 1945.

Lerman v. Chuckleberry Publishing, Inc., 521 F. Supp. 228, 232, S.D. N.Y. 1981.

Lugosi v. Universal Pictures, 25 Cal. 3d 813, 1979.

Mattews v. Wonzencraft, 30 USPD2d 1025, 5th Cir. 1994.

Melvin v. Reid, 112, Cal. App. 285, 279 Pac. 91, 1931.

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

Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tabacco Co., 498 F. 2d 821, 9th Cir. 1974.

O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F. 2d 167, 5th Cir. 1941.

Palmer v. Schonhorn Enterprise, Inc., 96 N.J. Super. 72, 232 A. 2d 458, 1967.

Paramount Pictures, Inc. v. Leader Press, Inc., 24 F. Supp. 1004, 1938.

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

Pirone v. McMillan, Inc., 894 F. 2d 579, 2d Cir. 1990.

James v. Delilah Films, Inc., 144 Misc. 2d 374, 544 N.Y.S. 2d 447. Sup. Ct. 1989.

Price v. Hal Studios, Inc., 400 F. Supp. 836(S.D.N.Y. 1975).

Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538, 64 NE. 442, 1902.

Rosenwasser v. Ogolia, 172 AD 107, 158 NYS 56, 1916.

Southeast Bank. N.A. v. Lawrence, 483 N.Y.S. 2d 218, N.Y. App. Div. 1984.

Stephano v. N.Y. Group Publication Inc., 485 N.Y.S. 2d 220, Ct. App. 1984.

Stone v. Creative Communications, Inc., 216 U.S.P.Q. 261, 1981 WL 48140, N.D. III. 1981.

Tellado v. Time-Life Book, 643 F. Supp. 904, 913, D.N.J. 1986.

University of Nortre Dame D.U Lac v. Twentieth Centry-Fox Film Corp., 22Ad2d 452, 256 NYS 301, 305, 1965.

Vana White v. Samsung Elect. Am, Inc., 971F. 2d 1395, 9th Cir., 1992.

Vassar Collage v. Looser-Wiles Biscuit Co., 197, 994, WDMo 1912.

Ventura v. Titan Sports, Inc., 65 F. 3d 725, 730, 8th Cir. 1995.

WCarson v. Here's Johnny Protable Toiletts, Inc., 698 F. 2d 831, 6th Cir. 1983.

Zacchini v. Scripps-Haward Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 571, 1977.

Zim v. Western Pub. Co., 573 F. 2d 1318, 4 Media L. Rep. (BNA) 1467, 5th Cir. 1978.

3.독일의 판례

BGH 25. 5. 1954,

BGH 13, 334

BGH GRUR 1958, S. 408, 409.

BGH GRUR 1995, 668. 'Emil Nolde'

BGH GRUR 2000, 175=NJW 2000, 2201, 2202 - Der blaue Engel.

BGH NJW 1968, 1773 - Mephisto.

BGH NJW 1995, 861 - Caroline von Monaco.

BGH NJW 1996, 1128, 1129 - Caroline von Monaco III.

BGH NJW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - - Marlene Dietrich.

BGH NJW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - Marlene Dietrich.

BGH NJW 2007, 684=GRUR 2006, 168 - kinski. klaus. de.

BGH NLW 2000, 2195=GRUR 2000, 709 - Marlene Dietrich
BGHZ 1968. 2. 20, VIZR 200/66.
BGHZ 1986. 10. 14, VIZR 10/86.
BGHZ 26. 349.
BGHZ 30. 7
GRUR 1956, 427, 429.
GRUR 1988, S.491
GRUR 2001, S.615, 617.
GRUR 2001, S.656, 667.
GRUR Int. 2007, S. 492, 493.

4. 일본 판례

東京高裁 平成2(1990). 12. 21 判決.
東京地決 平成元年(1989). 9. 27 決定.
東京地裁 昭和53(1978). 10. 2 判決.
東京地裁 昭和55(1980). 11. 10 判決.
東京地裁 平成10(1999). 1. 21 判決.
東京地裁 平成9(1997). 9. 27 判決.
東京地裁 平成元年(1989). 9. 27 判決
東京地裁, 昭和(1976). 6. 29 判決.
最高裁判所 昭和44(1969). 12. 24 判決.
最高裁判所 昭和63(1988). 2. 16 判決.
横浜地裁 平成4(1992) 6. 4 判決.