creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

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

Disclaimer

dCollection

[UCI]I804:24011-200000263482

2012년 8월

석사학위논문

퍼블리시티권의 인정실익과 한계에 관한 연구

조선대학교 대학원

법 학 과

양 준 호

퍼블리시티권의 인정실익과 한계에 관한 연구

Study about the practical benefits and limits of implementing the right of publicity

2012年 8月 24日

조선대학교 대학원

법 학 과

양 준 호

퍼블리시티권의 인정실익과 한계에 관한 연구

지도교수 권 상 로

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함.

2012年 4月

조선대학교 대학원

법 학 과

양 준 호

양준호의 석사학위 논문을 인준함.

위원장　조선대학교　교수　　한　지　영 인

위　원　조선대학교　교수　　김　재　형 인

위　원　조선대학교　교수　　권　상　로 인

2012年　　5月

조선대학교 대학원

목차

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 방법 및 범위 ····· 3

제2장 퍼블리시티권의 의의 ····· 4

제1절 퍼블리시티권의 개념 ····· 4

제2절 퍼블리시티권의 법적 성격 ····· 5

1. 이원론적구성론 ····· 7

가. 순수한 재산권으로 구성 ····· 7

나. 인격요소를 가미한 재산권적 구성 ····· 7

다. 대가청구권적 구성 ····· 8

2. 일원론적구성 ····· 8

제3절 퍼블리시티권 인정의 이론적 근거 ····· 9

1. 자연적 재산권 이론 ····· 9

2. 인센티브 이론 ····· 10

3. 경제적 정당화 이론 ····· 11

4. 혼동방지 이론 ····· 11

제4절 퍼블리시티권과 유사권리 ····· 12

1. 인격권과 퍼블리시티권 ····· 12

2. 초상권과 퍼블리시티권 ····· 12

3. 상표권과 퍼블리시티권 ····· 13

4. 저작권과 퍼블리시티권 ····· 13

제5절 퍼블리시티권의 형성과정 ····· 14
1. 미국 ····· 14
가. 프라이버시권의 성립 ····· 14
나. 퍼블리시티권의 성립 ····· 16
(1) Haelan판결 ····· 16
(2) Nimmer의 이론 ····· 17
(3) 1970년대 이후의 퍼블리시티권의 발전 ····· 18
2. 독일 ····· 19
3. 일본 ····· 20
4. 우리나라 ····· 21
가. 광고에의 무단이용 사례 ····· 21
(1) 비달사순 사건 ····· 21
(2) 윤석화 사건 ····· 22
(3) 임꺽정 사건 ····· 23
나. 광고에의 부정이용 사례 ····· 24
(1) 최애숙사건 ····· 24
(2) 한혜숙사건 ····· 25
(3) 김세원사건 ····· 26
(4) 황인정사건 ····· 26
(5) 이영애사건 ····· 27
다. 상품에의 사용 사례 ····· 28
(1) 제임스딘 사건 ····· 28
(2) 박찬호 사건 ····· 30
라. 창작물에의 이용 사례 ····· 31
(1) 이휘소 사건 ····· 31
(2) 최종림사건 ····· 33
마. 성명·상표로의 사용 사례 ····· 34
(1) 베르사체 사건 ····· 34
(2) 파울로구찌 사건 ····· 35
바. 소결 ····· 36

제3장 퍼블리시티권의 주체와 객체 ····· 37
제1절 퍼블리시티권의 주체 ····· 37
1. 유명인/일반인 ····· 37
2. 법인 등의 단체 ····· 39
3. 고인 ····· 40
4. 동물 및 사물의 퍼블리시티권 ····· 41
제2절 퍼블리시티권의 객체 ····· 43
1. 성명 ····· 43
2. 초상 및 사진 ····· 44
3. 음성 ····· 44
4. 캐릭터 및 이미지 ····· 45
5. 특정인을 연상시키는 사물 또는 동물 ····· 46
6. 서명 ····· 46

제4장 퍼블리시티권의 양도성과 상속성 ····· 47
제1절 퍼블리시티권의 양도성 ····· 47
1. 양도성 부정설 ····· 47
2. 양도성 긍정설 ····· 48
3. 외국사례 ····· 49
가. 미국 ····· 49
(1) Bi-Rite Enterprises, Inc. 판결 ····· 50
(2) Stephano 판결 ····· 50
(3) Factors, Etc. 판결 ····· 50
(4) 미국의 성문법 ····· 50
나. 독일 ····· 51
4. 양도의 범위 ····· 52
가. 양도성 인정의 필요성 ····· 52
나. 일부양도의 가능성 ····· 53
다. 등록 및 대항요건 ····· 54

제2절 퍼블리시티권의 상속성 ····· 54
1. 상속성 긍정설 ····· 55
2. 상속성 부정설 ····· 56
3. 외국사례 ····· 56
가. 미국 ····· 56
(1) Price 판결-Laurel과 Hardy사건 ····· 57
(2) Prirone 판결-베이브 루스 사건 ····· 57
(3) Marx Brothers판결 ····· 58
(4) Memphis Development Foundation 판결-앨비스 프레슬리 사건(Ⅰ) ·· 58
(5) Pro Arts, Inc. 판결-엘비스 프레스리 사건(Ⅱ) ····· 58
나. 독일 ····· 59
4. 상속성 관련 제반 문제 ····· 60
가. 요건 ····· 60
나. 존속기간 ····· 61
다. 범위 ····· 61
라. 제한 ····· 62

제5장 퍼블리시티권의 침해에 대한 구제 ····· 64
제1절 침해금지 및 예방청구권 ····· 64
제2절 손해배상청구권 ····· 65
제3절 부당이득반환청구권 ····· 65
제4절 명예훼손조치 청구권 ····· 66

제6장 결론 ····· 67

참고문헌 ····· 69

ABSTRACT

Study about the practical benefits and limits of implementing the right of publicity

by Yang, Jun-Ho
Department of Law
Graduate School of Chosun University
Adviced by Prof. Kwon, Sang-Ro, Ph.D.

These days, the influence of the Korean Wave spread to South-East Asia, and to a certain extent to the rest of the world. The right of publicity -that is to say the issues related to the commercial use of such a right including brand-naming, voice and image- raises a new set of problems. Recently, following the growing interest of people in the right of publicity, many legal actions and suits have been taken.

Therefore, this thesis will first discuss the new laws that have been approved in the US in the field of the right of publicity. It will then analyse whether these new rights have been approved in Korea; whether the foundations of such rights can be consolidated and what are the hurdles to implementing these rights to individual legal persons.

The right of publicity is the right allowing the extensive commercial use, the advertisement and sales of materials as well as compensations items including image, brand-naming and voice.

The legal property of the right of publicity is four-fold. First of all, it deals with the protection and enforcement of this right, the safeguard of the right of publicity and preventing the general public from using the name or image of famous people without permission. Second, it provides economic enticement for people involved in social and economically profitable activities; but it also forbids consumers to use the

right of publicity without reporting. Third, it prevents people from making illegal profits -including embezzlement, infringement and misuse of commercial influence- and from misusing famous people's time, money and efforts. Lastly, the right of publicity aims at preventing the dilution of commercial and economic value through misuse of commercial power.

Then, the main point of the right of publicity is not to limit this right to famous people or private individuals because common peculiar rights include not famous people.

While the right of publicity acknowledges the point of propaganda value, which is attached to self-identity, it should also be understood as a personal and thus peculiar right that everyone possess. So the right of publicity should become the privilege of normal people (excepting famous people). And as a right to own property, it should be handled as tangible property which can be transferred and inherited.

Exceptionally, in the case of ageing people, the subject of the right will be the heir -and not the person himself. A group can also become the subject of the right of publicity because this right is transferable. However, animals and goods on themselves cannot have this right nor become subjects of the right of property. Our Court of Justice recognises the the right of publicity as the right to own property and private belongings.

This Court considers not advisable to extend the application of the right of publicity to animals and goods themselves as they are not connected with the person's attributes and in that the point of a person's property symbolises self-identity and is inherent to the external personality -including brand-naming, image and voice. Therefore, the objects of protection of the right of property can be limited to persons specifically.

The problem of transferring the right of publicity is about the main frame of self-identity. This issue provides important grounds for recognising the right of publicity and for providing or not guarantees about brand-naming, image and voice as having the value of property. The conclusion reached is that the right of publicity can be transferred freely under the condition that people recognise the economic

value of a person's identity.

In the case of the inheritance of the right of publicity, it should also be possible to inherit it as a personal property. But only if the rights of the deceased person are inherited in a limited period of time so that the problem of transfer of such a right is mutually agreed on social and economic basis thus keeping in with the character of private property and public good.

In the US, people launched that debate in 1953 during the Haelin judgement, and now the American people recognise the transfer of the right of publicity as a written rule in thirty states. In the case of Japan, the Japanese recognise the existence of this right in de facto business affairs through precedents of the Court of Justice, but neither Japan nor Korea have enforced it as de jure rule. Even though the Court's precedents have set a ground-breaking example of the right of property as a transferable right, the right of publicity is still not recognised as a written rule. But it is true that the terms of the right of publicity, the right of announcement and the right of using names and image are confusing.

This confusion might persist as long as there are no clear standards on the definition, the requirements and the efficiency of the right of publicity during trials and in established legislation. In this state of aggravated confusion, the implementation of organised legislation as a standard for judgement is now a pressing issue.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

문화산업에 규모가 확대되면서 선진국을 중심으로 다양한 재산권 개념이 정립되고 발달하면서, 과거에는 재산권으로 인식되지 못했던 것들이 재산권으로 인정되고 있다. 특히 국가 간 교류가 확대되면서 위와 같은 개념에 익숙하지 못한 나라 사람들의 부지불식간 행동이 국제적인 재산권 분쟁으로 이어지고 있다.

우리나라도 최근 대중매체의 발달과 연예산업의 고도화로 유명 연예인이나 운동선수들의 공연, 연기, 초상, 운동경기 모습 등이 상업적으로 이용될 경우, 이에 대한 대가를 청구하는 것이 당연한 권리로 인식되고 있으며, 그 가치는 점점 더 높아지고 그런 권한이 일종의 재산권으로 인식되고 있다.

이러한 자기동일성(identity)에 기초한 성명·초상이 상업적으로 이용되면서, 유명인들은 자신의 성명·초상 등을 허락 없이 혹은 계약 범위를 넘어 이용할 경우, 인격적 침해로 인한 위자료 그 이상의 것을 청구하고 있다. 즉 이들 유명인들은 성명권이나 초상권의 침해로 인한 정신적 손해보다, 광고출연을 통해 지급받아야 함에도 지급받지 못한 재산상 불이익에 치중함으로서 개인의 성명·초상이 가지는 인격권측면보다 재산권측면을 더 중요시 하고 있다.

위와 같은 현상은 보편적으로 인정되는 인격권의 대상인 성명이나 초상 등에 경제적 가치를 인정할 수 있는가 라는 문제로 연결된다. 물론 법원은 그 침해에 대한 구제로 위자료와 재산상 손해배상을 개별 사안에 따라 인정하는 판결을 내리고 있으나, 쟁점은 이들 유명인들이 가지고 있는 재산적 가치라고 할 수 있는 자신의 성명·초상 등이 가지는 경제적 이익과 이용에 따른 효과가 일신전속적이기 때문에 이 가치의 충분한 활용, 즉 자유로운 양도나 상속 등이 가능하냐는 것이다.

위와 같이 개인 고유의 성명이나 초상이 인격으로서의 권리나 가치가 아닌, 상업적으로 이용가능성 및 재산적 권리 가능성에 관한 권리를 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라 하고 있으며, 1950년대 미국 판례를 중심으로 논의되었고, 점차 그 내용이 확대되면서 성문법적 보통법으로 인정되고 있다.

우리나라도 한류 스타인 장동건, 이병헌, 배용준 등의 사진이 개인의 의사와는 상관

없이 사용되어 편집된 음반이 대량 유통되면서 자신들의 퍼블리시티권이 침해되었다는 점을 이유로 일본의 한 출판사를 상대로 상당액을 청구한 소송이 제기된 적이 있다. 이러한 소제기는 유명인의 초상·성명 등이 상품판매에 많은 고객흡인력을 가지고 있기 때문에, 무단으로 이용될 경우, 유명인들이 얻을 수 있는 재산상 이익이 침해되었다고 판단했기 때문이다.

퍼블리시티권에 관한 명문의 성문법이 존재하지 않는 우리나라의 경우 개인의 성명·초상 등이 공개되어 권리가 침해되는 경우, 「헌법」 제10조의 '행복추구권', 제16조의 '사생활의 비밀과 자유에 관한 권리'를 바탕으로 인격권 내지 초상권 침해 및 민법상 불법행위 법리로 손해를 구제한 경우가 있으나, 이러한 법리 적용을 통한 퍼블리시티권의 손해 전보는 현실적으로 많은 어려움이 존재한다.[1)]

그러나 우리나라의 경우 위와 같은 사례가 종종 발생하고 있음에도 퍼블리시티권에 관한 명시적인 규정을 가지고 있지 않기 때문에, 일부 판례와 학설은 해석상 퍼블리시티권을 인정함에도 어떤 경우에 퍼블리시티권이 침해되었다고 보는지, 침해되었다면 구체적으로 어떻게 손해를 배상해야 하는지, 그 보호의 범위는 어디까지이며 퍼블리시티권의 양도와 상속이 가능한지에 대한 명확하고 통일된 기준이 마련되지 않아 많은 어려움을 겪고 있다.[2)]

이러한 문제의식을 바탕으로 본 논문은 첫째, 불문법주의를 택하고 있는 미국에서 발달한 퍼블리시티권이라는 새로운 권리가 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 인정될 수 있는지, 인정된다면 그 근거는 무엇이고 어떠한 실익이 있는지 살펴보고자 한다.

둘째, 퍼블리시티권의 유효성을 인정하더라도 절대적일 수 없음으로, 그 권리의 주체와 객체, 권리의 한계 등에 대해서 살펴봄으로서 권리의 내용을 분명히 하고자 한다.

마지막으로 재산권으로서 퍼블리시티권은 상속과 양도가 가능했을 때 완전한 재산권으로 인식될 수 있을 것이다. 이에 상속·양도가능성에 대한 분쟁가능성 및 해결방안 등에 대해 살펴볼 것이다.

---

1) 김태수, "인쇄광고의 초상권에 대한 일고찰", 「출판학연구」 제41호, 한국출판협회, 1999. 204면.
2) 권상로, "퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구", 「법학논총」 제17집 제3호, 2010. 82면.

제2절 연구의 방법 및 범위

제1절에서 기술한 연구문제를 해결하기 위해 퍼블리시티권의 개념을 명확히 하고 제반 쟁점 및 그 인정의 필요성이 대두된 배경을 살펴보기 위해 국내·외 관련 문헌과 판례 등을 분석하고자 한다. 이를 통해 퍼블리시티권의 개념에 대한 다양한 정의 및 사례의 이해를 통해 퍼블리시티권의 내용을 구체화하고자 한다.

둘째, 다른 나라의 퍼블리시티권에 대한 태도를 살펴보고자 한다. 각국의 퍼블리시티권의 보호에 관한 제반 규정을 분석하는 비교법적 분석방법을 통해 우리나라에서의 퍼블리시티권의 보호 정도가 다른 나라와 조화되면서도 우리나라 현실에 맞는 방향을 모색하고자 한다.

마지막으로 아직까지 일반화되지 않은 퍼블리시티권에 대한 국내 침해사례와 구제수단으로서 인식된 권리 양태를 파악하기 위해 신문기사 및 판례 분석을 실시하고자 한다.

본 논문은 다음과 같이 크게 6개의 장으로 구성되며, 그 내용은 다음과 같다.

제1장의 서론에 이어, 제2장은 크게 5개의 절로 구성되어 있다. 퍼블리시티권의 개념, 퍼블리시티권의 법적 성격, 퍼블리시티권 인정의 이론적 근거, 퍼블리시티권과 다른 권리들과 비교, 각국의 퍼블리시티권 형성과정 및 국내·외 사례분석 등이다.

제3장은 퍼블리시티권의 주체와 객체에 대해서 기술하고자 한다. 제3장을 구체적으로 살펴보면 자연인, 법인, 사자, 동물 및 사물 등의 퍼블리시티권 주체 가능성에 대해서 살펴볼 것이며, 다음으로 퍼블리시티권의 객체로 논의 중인 성명, 초상 및 사진, 음성, 캐릭터 및 이미지, 특정인을 연상시키는 사물·동물, 서명 등에 대해서 알아보고자 한다.

다음으로 제4장은 퍼블리시티권의 양도성과 상속가능성에 대해서 살펴보고자 한다. 구체적으로 양도성에 대한 긍정설과 부정설에 대해서 알아보고, 상속성의 경우는 학설, 요건, 존속기간, 범위, 제한 등에 대해서 살펴볼 것이다.

제5장은 퍼블리시티권 침해에 대한 구제방안으로, 침해금지 및 예방청구권, 손해배상청구권, 부당이득반환청구권, 명예훼손조치청구권 등이다. 마지막으로 제6장은 결론으로 구성되어 있다.

제2장 퍼블리시티권의 의의

제1절 퍼블리시티권의 개념

‘퍼블리시티권(Right of Publicity)’이란, 흔히 초상(肖像), 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지를 포함한 대상물을 광고 혹은 상품판매 등 상업적으로 널리 사용할 수 있는 권리를 말한다.

프라이버시권에 그 바탕을 두고 있는 퍼블리시티권은 1953년 미연방 제2순회 항소법원에 의해 판결된 Haelan[3]사건에서 확립되었다.

1953년 Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.사건에서 법원은 “프라이버시권에 더하여, 그와는 별도로 사람은 누구나 자기의 사진을 출판함에 있어 독점권을 부여할 수 있는 권리와 같이, 자기의 사진을 공표함에 관한 권리를 가지는 것이다”라고 판시하였다. 이 사건은 농구선수들 사진을 껌의 사은품으로 제공한 행위에 대해 농구선수들로부터 독점적 권리를 양수한 자가 제소한 사건으로, 법원은 위 결론에 도달함에 있어, “대중적으로 잘 알려져, 그들의 초상이 널리 일반에 공개되더라도 정신적 피해를 입을 여지가 거의 없는, 다수의 사람들이라도 광고를 허락함으로써 수입을 얻을 수 없게 된다면 피해를 보았다고 생각할 것이다.”라고 판시하고 있다.

그 후 Melville B. Nimmer는 1954년 ‘The Right of Publicity’ 논문에서 퍼블리시티권을 ‘자신이 창조한 또는 양도받은 공적 가치로부터 이익을 얻거나 통제할 수 있는 개인의 권리[4]’라고 정의하였으며, 미국법학원(American Law Institute)이 발행한 제3차 부정경쟁 리스테이트먼트[Restatement(third) of Unfair Competition(1996)] 제46조에서 프라이버시권과는 다른 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정하였다.

우리나라는 1995년 하급심 판결[5]에서 성명·초상은 프라이버시에 속하는 사항이고, 퍼블리시티권은 프라이버시에 결부되어 있음을 제시하였다.

이상에서 살펴본 내용을 정리하면, 퍼블리시티권은 광의로 ‘개인적 권리이며, 자신의 성명·초상 등 자기동일성에 바탕을 둔 어떤 대상이, 무단으로 상업적 이용에 대해

---

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

4) “the right of each person to control and profit the publicity values which he has created or purchased”

5) 서울지법 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결, 하집 1995(1), 323면

그 권리를 보호·소유할 개인적 권리-재산권적 소유권-’으로 판단할 수 있으며, 어떤 의미에서 프라이버시권과 표리 관계에 있다고 할 수 있다. 상술하면 성명·초상 등은 인격적 이익인 프라이버시권과 재산적 이익인 퍼블리시티권으로 구분될 수 있고, 그 권리 내용으로 볼 때, 전자는 임의로 공표되지 않을 일신전속권이며, 후자는 성명·초상 등의 사용을 독점할 권리로서 양도 가능한 것이다. 그리고 전자의 권리가 침해되었을 경우는 금지청구와 위자료의 청구로, 후자는 손해배상청구와 부당이득반환청구로 그 권리의 침해를 구제받을 수 있다.[6)]

문제는 퍼블리시티권을 개념적으로 정의함에 있어 그 주체를 유명인에 한정할 것인가는 별론으로 하더라도, 프라이버시라는 인격적 요소에 결부된 재산적 가치라는 점이다. 그리고 이 권리의 생성이 프라이버시로부터 나온 권리라는 점에서 인격권과 재산권의 충돌내지 관계설정이 어떻게 되어야 하는가 문제이다. 이러한 퍼블리시티권의 법리적 해석이 다양하게 전개될 가능성이 상존한 상태에서 퍼블리시티권의 개념을 명확히 하는 것은 매우 중요하다고 할 수 있다.

제2절 퍼블리시티권의 법적 성격

퍼블리시티권은 미국에서 프라이버시권으로부터 파생·발전한 경제적 성질을 가지는 권리로 퍼블리시티권에 대한 개념만큼 법적 성격 특히, 인격권적 성격과 관련해 다양한 견해들이 존재한다. 그 이유는 퍼블리시티권이 일단 재산권적 성격을 가진다는 점은 별론으로 하고, 성명·초상 등의 정체성이라는 것이 개인의 인격적 측면에서 유래한 것이기 때문에 퍼블리시티권에 대하여 인격적인 면을 인정할 것인가 여부에 따라 많은 차이가 있다. 결국 퍼블리시티권은 그 대상이 인격적 요소이며, 권리의 행사는 재산권적 측면이 강하다는 점에서 인격권적 성질과 재산권적인 성질의 관계가 문제된다.

핵심은 사람의 자기동일성에 대한 가치의 양면성을 가진 퍼블리시티권을 불가분일체인 것으로 인적속성에 한정해서 해석할 것인가? 아니면 재산가치와 인격가치를 구분할 수 있는 것으로 보아 각각 별개의 독립한 것으로 해석할 것인가이다.

이러한 근본적인 문제를 해결함에 있어 퍼블리시티권의 기본구조를 분석하는 방법으로 논리를 어디에서 시작할 것인가의 차이에 따라 두 가지로 나뉠 수 있다. 첫 번째

---

6) 송영식・이상정, 「지적재산권」, 세창출판사, 1999. 373면

는 퍼블리시티권의 출발점인 인격권과의 관계에 초점을 맞추어 권리의 객체를 성명·초상 등의 인적속성에 한정한 후, 그 재산가치(퍼블리시티권)를 인격가치(프라이버시권)와는 구분하는 것이다. 이러한 설명, 즉 인적속성접근 또는 인적속성한정접근에서 보면 퍼블리시티권은 '성명·초상 등 개인을 식별할 수 있는 인적속성의 퍼블리시티가치를 배타적 혹은 비배타적으로 보호하는 권리'가 된다.

두 번째는 퍼블리시티권의 가치를 순수한 경제가치로서 받아들인 후, 퍼블리시티권의 보호객체 대상범위를 인적속성에 한정하지 않고, 고객흡인력을 가지는 물건, 동물, 사업 등 비인격적인 속성을 가진 모든 것을 포함하게 되면 인적속성한정접근과 달리 퍼블리시티가치의 가능성이 다양한 형태에서 구해지고, 퍼블리시티권이 인격권과 구별되게 된다. 이러한 접근에서 보면 퍼블리시티권은 '실존 내지 허구의 사람이나 장소나 물건에 화체된 퍼블리시티가치를 배타적 혹은 비배타적으로 보호하는 권리'로 정의될 수 있다. 이러한 접근은 자기동일성이라는 인적속성이 가지는 인격적 이익과 경제적 이익 간에 불가분의 견련성을 가지게 된다.

이러한 구분은 양도·상속·소멸이라는 퍼블리시티권의 능동적 측면에 관한 문제에서 크게 영향을 미친다. 그리고 금지 및 배제청구권의 근거론이나 퍼블리시티권 거래계약 해석 등에도 영향을 준다. 퍼블리시티권의 양도, 상속이 본인의 사망에 의한 상속 및 사후권리존속이라는 과제에 대해서 전자의 입장은 소극적으로 해석될 것이고, 후자의 입장은 적극적으로 해석될 것이다.

이에 관한 논의는 주로 일본에서 활발하게 이뤄지고 있는데, 크게 이원론적 구성과 일원적 구성으로 나눠진다.[7] 이원적 구성이란 퍼블리시티권을 인격권과는 별개로 구성하는 학설로, 순수한 재산권만으로 구성된다는 관점과 재산권을 기본으로 하고 이에 인격적 요소가 가미된다는 관점, 그리고 대가청구권적 개념을 구성한다는 관점으로 나눠진다. 반면 일원적 구성은 독일의 인격권 개념을 전제로 출발하는 이론으로 저작권 일원론의 이론 구성과 그 형태가 유사하다. 이상의 내용을 상술하면 다음과 같다.

---

7) 정희섭, "퍼블리시티권(Publicity)권에 관한 고찰-개념과 법적 성격을 중심으로-", 동아대대학원논문집, 25, 2000. 73-74면; 권국현, "퍼블리시티권(Publicity)의 법적 성격에 관한 연구", 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2002. 41-43면.

1. 이원론적구성론

이원적구성론이란 퍼블리시티권을 인격권과는 별개로 구성하는 견해로 순수한 재산권으로 보는 입장과 재산권을 기본으로 하고 여기에 인격적 요소가 가미된다는 입장 그리고 대가청구권적으로 보는 입장으로 나뉜다.

가. 순수한 재산권으로 구성

퍼블리시티권을 순수한 재산권으로 보는 입장은, 인격권적 측면이 아닌 성명이나 초상 등을 재산권으로 보아 법적 제반 문제를 해결하는 것을 기본 원칙으로 하며, 퍼블리시티권을 저작인접권과 유사한 권리로 보아 준무체재산권의 일종으로 본다.

순수한 재산권으로 보는 입장은 퍼블리시티권의 양도성이나 상속성을 쉽게 인정할 수 있다는 장점을 가지고 있으며, 저작권의 제한규정이 그대로 준용되며 보호기간도 저작재산권이 준용된다.

미국의 학설이나 판례의 영향을 많이 받은 것으로 인격적 요소에 재산적인 가치를 부여한 점에서 의의가 있으나 인격적 가치를 양도한 이후에 그에 대한 통제권을 가지지 못할 수가 있어, 본인의 권리구제에 불충분 할 수 있다는 단점이 있다.

나. 인격요소를 가미한 재산권적 구성

퍼블리시티권이 재산권적인 요소가 강하다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없으나, 본인의 개성으로부터 파생된 것이므로 통상 상표권이나 저작권과 같이 양도할 수 없다는 입장이다.

퍼블리시티권에 재산권적 성질을 인정한다 하더라도, 내재적으로 인격적 요소가 있기 때문에 퍼블리시티권 처분에 어떠한 한계가 존재하며, 양도성 등의 재산적 처분 가능성에도 어떠한 한계가 있어야 한다는 것이다.

이 이론은 인격적 요소가 퍼블리시티권 전체에 어느 정도의 영향을 미치는가에 대한 구체적인 논의가 없고, 이러한 구성이 퍼블리시티권의 양도성이나 상속성에 어느 정도의 영향을 미칠 수 있는 것인지에 대한 기준이 불명확하다는 비판이 존재한다.

다. 대가청구권적 구성

퍼블리시티권에 일종의 독점권을 주는 것을 반대하고, 다만 사용대가에 일정한 청구권만을 부여함으로서, 퍼블리시티권을 불법행위에 관한 법리로 보호해야 한다는 관점이다. 이 학설은 기본적으로 정보의 자유로운 유통이라는 대전제 하에 소유권과 유사한 형태의 지적재산권 확대를 방지하는데 있다.

이 학설은 퍼블리시티권을 지적재산권의 일종으로 간주하여, 권리의 배타성을 인정하지 않을 경우 퍼블리시티권의 가치를 감소시켜 인격주체의 이익보호에 기여하지 못할 수 있다는 비판이 존재한다.

2. 일원론적구성

일원론적 구성은 독일의 인격권 개념을 전제로 하고 있으며, 저작권의 일원론적 이론구성과 유사하다.

퍼블리시티권의 양도에 있어서 설정적인 양도만 인정하고, 자권(子權)이 소멸하면 권리는 다시 모권에 복귀하고, 양도되는 권리의 범위는 당사자가 추구하는 범위에 한정되고 제3자가 권리를 침해하는 경우에는 모권 소유자는 침해배제를 청구할 수 있도록 하자는 것이다.

이상의 퍼블리시티권의 법적 성격과 관련한 내용을 정리하면 다음과 같다.

일반적으로 퍼블리시티권은 재산권의 성격, 배타적인 권리의 성격, 지적재산권의 성격, 상품화권의 성격 등을 가진다.[8)]

첫째, 퍼블리시티권은 성명, 초상 등을 상업적으로 이용하여 재산적 이익을 취할 수 있는 권리로 재산권적 성격을 띤다. 그 형태는 무체재산권의 일종으로 보아야 할 것이나, 이러한 권리가 물권에 준하는 재산권의 성질로 인식해야 하는지, 넓은 의미의 부정경쟁방지법상 인정되는 재산권으로 볼 것인지의 문제는 또 다른 문제라 할 수 있다.

둘째, 독점적 배타 권리로서 퍼블리시티권은 특정인이 아닌 모든 사람에 대하여 자신의 성명·초상 등 정체성을 독점적으로 사용할 수 있는 권리이다.

---

8) 오세용, 퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2005. 6-9면.

셋째, 지적재산권의 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 퍼블리시티권을 지적재산권으로 볼 수 있느냐가 정해질 것이다. WIPO설립조약에서는 지적재산권에 대하여 '문학·예술 및 과학적, 실연가의 실연, 음반 및 방송, 인간 노력에 의해 발명된 모든 분야, 과학적 발견, 의장, 상표, 상호 및 기타 명칭, 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관한 권리, 그밖에 산업, 과학, 문학, 예술분야의 지적활동에서 발생하는 모든 권리를 포함한다.' 라고 규정하고 있다. 이에 따를 경우 퍼블리시티권은 자신의 성명·초상 등에 관하여 본인의 노력으로 얻을 수 있는 고객흡인력 등 경제적 이익에 관한 권리임으로 엄밀히 말해서 위 정의에는 해당되지 않는다. 그러나 퍼블리시티권에서 보호하는 초상·성명 등의 재산적 가치는 엄밀하게는 지적 창조의 영역은 아니지만, 그러한 경제적 가치를 이루기까지 본인의 노력 없이 이뤄지지 않기 때문에, 결국 성명, 초상에 상표권, 저작권 같은 권리를 설정한 것과 마찬가지의 효과를 가지고 있으며 제3자에 대한 양도나 사용허락 등의 점에서도 상표권, 저작권 내지 부정경쟁으로부터의 보호 등에 관련된 권리 등과 유사한 측면이 있어 넓은 의미의 지적 재산권의 하나가 될 수 있다.

넷째, 캐릭터의 고객 흡입력이나 광고적 가치를 이용하여 경제적 이익을 올리는 것으로서 상품의 판매나 서비스의 제공 등에 이용되는 캐릭터를 소유할 수 있는 권리 내지는 그 캐릭터를 상품이나 서비스에 이용하려는 자에게 이용허락을 할 수 있는 권리를 상품화권[9]이라 할 때, 실존인물 또는 고인의 성명, 초상 등 정체성을 상품의 판매나 서비스 제공에 이용하는 것 또한 상품화권의 일종으로 보아야 할 것이다.[10]

제3절 퍼블리시티권 인정의 이론적 근거

퍼블리시티권을 인정하는 입장에서 이론적 근거를 살펴보면 다음과 같다.[11]

1. 자연적 재산권 이론

인간은 천부적으로 자기의 성명·초상 등 인격적 속성을 적극적으로 상품화하거나 이용할 수 있으며, 타인에 의해 임의로 상품화되는 것을 통제할 수 있는 권리를 가진다.

---

9) 최연희, "캐릭터 보호에 관한 연구", 이화여자대학교 대학원 석사학위논문, 1991. 56면
10) 대법원 1997. 4. 22. 선고 96도1727 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 96도 139판결
11) 윤기창, "퍼블리시티권에 관한 연구", 호서대학교 대학원 박사학위논문, 2010. 14면

이와 같은 권리는 자연의 기본적인 이치이며 영미법의 제1원칙이라고 할 수 있고 이에 기초한 퍼블리시티권은 당연히 인정되어야 한다는 것이다. 자연적 재산권 이론은 존 로크(John Locke)의 노동이론에 기초한 퍼블리시티권을 주장한 님머(Nimmer)교수의 이론이다.

자연적 재산권 이론에 근거한 퍼블리시티권은 당연히 인정되는 개인의 재산권으로 자신의 성명, 초상에 대하여 인격권이 인정되는 것과 마찬가지로 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 명문의 규정과 상관없이 인정되어야 하며, 타인의 성명이나 초상을 이용하여 경제적 이익을 얻는 것은 부당이득에 해당한다고 보는 것이 공평의 관점에서 적합하다.

자연적 재산권이론은 퍼블리시티권의 향유주체로서 유명인뿐만 아니라 일반인도 주체로서 보호될 수 있다는 이론구성과 퍼블리시티권의 재산권을 인정함으로써 이 권리의 양도성 및 상속성을 인정하는데 설득력을 가진다.

다만 퍼블리시티권의 개념이 태동하던 초기에는 노동이론이 매우 설득력이 있는 이론적 토대가 되었지만 오늘날 퍼블리시티권이 지나치게 확장되어 오히려 제한이 필요하다는 비판과[12] 더불어 개인에게 퍼블리시티권을 주는 것이 대중문화에 대한 사전 검열의 가능성이 있기 때문에 노동이론 이상의 강력한 인정근거가 필요하다는 입장도 있다.[13]

2. 인센티브 이론

인센티브 이론이란 퍼블리시티권을 인정함으로서 자기의 성명이나 초상이 가질 경제적 가치를 높이기 위해 각자 노력하도록 유도하는 것이 개인이나 사회 전체적으로 유익하다는 이론이다.

미국 연방대법원의 Zacchini판결에서 퍼블리시티권의 정당화에 대한 이론적 근거로 제시된 인센티브 이론은 저작권, 특허권 등 지적재산권과 마찬가지로 퍼블리시티권 역시 유능한 사람들로 하여금 유용하고 창조적인 활동을 할 수 있게 하는 동기부여 요인이 될 수 있으며, 이는 사회 문화 발전을 촉발시키는 요인이 된다는 것이다. 다만 인센

12) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상)”, 저스티스, 제97호, 2007. 156면
13) Michael Madow, “Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights”, 81 Cal.L. Rev. 136-137면

티브 이론은 퍼블리시티권을 정당화시켜 줄 수 있는 이론임에도 불구하고, 이미 연예인이나 스포츠선수로서 유명해 진 뒤에도 인센티브를 주는 것은 사회적으로 타당한가라는 비판이 있을 수 있다.

3. 경제적 정당화 이론

자유 시장경제 하에서 개인에게 자기의 자기동일성에 기초한 재산권을 인정하는 것은 개인의 성명이나 외모를 가장 바람직하고 효율적으로 사용할 수 있게 하는 동기를 제공하는 것일 것이다.

이러한 논리를 바탕으로 '개인의 성명이나 초상 등에 대해 일정한 재산적 가치를 부여하게 되면 상당규모의 시장이 형성될 것이고, 그 시장을 통해 성명이나 초상이라는 자원이 효율적으로 분배될 것이다' 라는 것이 경제적 정당화 이론의 논리이다.[14]

그러나 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정할 경우, 이른바 거래비용이 발생해 소규모 광고업자 보다는 대규모 광고업자가 주로 이용하게 되고, 사회 전체적 관점에서 자원의 효율적 배분이 오히려 저해될 수 있다는 반론이 존재한다. 또한 퍼블리시티권의 과용이 문제되는 것은 유명인에 국한되므로 일반인의 퍼블리시티권의 보호에 미흡한 점이 있다는 견해가 있다.[15]

4. 혼동방지 이론

혼동방지이론이란 성명이나 초상을 본인과 관계없는 기업이 임의로 사용하게 되면 소비자가 본인과 이용기업과의 관계를 오해할 수 있기 때문에, 성명이나 초상을 무단으로 사용하는 것을 금지해야한다는 이론이다.

이 이론은 사기적인 상술, 특히 오인 혼동으로부터 소비자를 보호하려는 것으로서, 유명개인의 자기동일성을 상업적으로 사용하는 것이 명시적 또는 묵시적으로 그 해당 상품과 유명개인이 관련 있는 것처럼 오인시킨다는 것을 전제로 한다.

퍼블리시티권의 가장 중요한 논거 중 하나는 바로 이와 같은 소비자를 잘못 유인하

14) 윤경, 「저작권법」, 육법사, 2005. 160면 ; 엄동섭, "퍼블리시티권", 서강법학연구 제6권, 2004. 159-160면

15) 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반(하)", 한국법학원, 2007. 6., 87면

는 것을 막는데 있다. 그러나 퍼블리시티권 침해는 자기동일성을 단순히 사용하는 것으로 충분할 뿐 소비자의 혼동을 요하지 않는 점에서, 소비자의 오인 혼동을 방지하려는 상표법상의 논리를 퍼블리시티권에 그대로 적용할 수는 없다는 점에서 비판이 있다.[16]

제4절 퍼블리시티권과 유사권리

1. 인격권과 퍼블리시티권

우리 헌법 제10조는 '모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다.' 라고 규정하고 있고, 이에 기반을 둔 인격권과 행복추구권이 국민의 기본권임을 인정하고 있다. 헌법이 보장한 인격권이란 개인의 자유, 명예, 신체, 건강 등 인간으로서 누릴 수 있는 이익의 총체를 말하는 것으로 해석되며, 헌법상 기본권으로 대표적인 공권이다. 한편 인격권을 일반적인 인격권과 개별적인 인격권으로 구분되며, 일반적인 인격권은 개별적 인격권의 상위 개념으로 자유·명예·신체 등 인격적 이익의 총체이고, 개별적인 인격권은 자유권, 명예권, 신체권 등 각각의 인격권으로 구성된다.[17]

퍼블리시티권은 앞에서 본 바와 같이 재산권적 성격을 가진 사권으로 공권인 인격권과 구분된다. 인격권은 개인의 존엄성에 기반을 둔 개인의 자유, 명예, 신체 등에 관한 인격적 이익을 국가공권력으로부터 침해받지 않을 권리를 의미하므로, 인격권을 일반적인 인격권과 개별적인 인격권으로 구분하는 견해에 따르더라도 개별적 인격권과는 구별된다 할 수 있다.

2. 초상권과 퍼블리시티권

우리나라의 경우 퍼블리시티권의 개념이 도입되기 전, 개인의 의사에 반하여 사진·초상 등이 공표된 경우, 개인의 초상권 침해에 따른 정신적 손해배상으로 위자료를 인

16) 상게논문, 104면
17) 김준곤, "언론의 인격권 침해와 구제", 「형평과 정의」 제11집, 대구지방변호사회, 1997. 71면

정한 판결이 있다.[18]

초상권이란 근대 시민사회로 접어들면서 자연법사상의 발달로 개인의 생래적 권리 중 하나인 인격권으로서의 프라이버시권의 일종으로 이해되고 있다. 따라서 사인에 의해 개인의 초상권이 침해된 경우도 기본권의 제3자적 효력에 따라 사법상 일반원칙의 규정에 의해 간접적으로 헌법상 기본권이 적용되는 것으로 해석된다.[19]

그러나 초상권 침해에 관한 대부분의 사안이 실제로는 퍼블리시티권 침해의 한 유형인 초상의 광고 이용이며, 그 판결 내용도 사실 퍼블리시티권에 관한 점을 인정한다면 더 이상 헌법상 기본권인 초상권을 무리하게 적용할 필요는 없을 것이다. 또한 개별적 인격권의 하나로 공권인 초상권은 어디까지나 국가공권력이 개인의 초상권을 침해한 경우에만 적용해야 할 것이다.

3. 상표권과 퍼블리시티권

상표는 상품을 표시하는 것으로서 제조·생산·가공 또는 판매업자가 자기의 상품을 다른 업자의 상품과 식별시키기 위하여 사용하는 기호·문자·도형 또는 그 결합을 말한다. 상표권이란 이와 같은 상표를 설정등록하고 그 등록상표를 지정상품에 독점적으로 사용할 수 있는 권리를 말한다. 이는 영업일반에 관하여 그 상품의 표시를 다른 업자의 상품과 식별하기 위한 것이라는 점에서 퍼블리시티권과 구분된다. 즉 퍼블리시티권은 어떤 상품의 판매 등을 증진하기 위한 목적의 홍보에, 실존하거나 실존했던 저명인물의 정체성을 이용하는 권리이기 때문이다.

또한 상표권은 설정등록을 요건으로 한다는 점에서 그러한 등록을 요하지 않는 퍼블리시티권과 차이가 있다.

4. 저작권과 퍼블리시티권

문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작 저작물에 대한 배타적·독점적 권리를 저작권이라 한다. 이는 저작자의 정신적 노력에 의한 사상이나 감정의 표현을 보호하기

18) 서울지방법원 1991. 7. 25 90가합76280 ; 서울고등법원 1989. 1. 23. 88나38770
19) 권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2001. 317-318면 ; 김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2002. 308면 ; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001. 253면

위한 것이다. 반면 퍼블리시티권은 개인의 성명·초상 등 정체성을 가지고 있는 부분에 상업적 가치를 보호하는 권리로서 개인의 정체성을 이용해 고객흡인력을 높이고, 고객 유인력을 얻기 위해 개인이 투여한 노력을 보호하기 위한 것이라는 점에서 저작권과는 차이가 있다.

하지만 퍼블리시티권의 성질에 관해 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 퍼블리시티권은 저작권과 성질상 매우 유사한 특징을 가지고 있다. 따라서 성문의 법 규정으로 규율되지 않은 퍼블리시티권의 권리 내용을 이해함에 있어 저작권법의 규정을 참고할 여지가 많다.[20]

제5절 퍼블리시티권의 형성과정

우리나라에서 퍼블리시티권을 인정할 경우, 그 개념을 어떻게 정하고 법적 성격을 어떻게 바라보며 권리 내용, 침해구제, 양도성, 상속성 등의 문제들을 어떻게 해결할 것인지를 밝히기 위해서는 우리나라보다 먼저 퍼블리시티권에 대해서 논의한 외국의 사례연구는 매우 중요하다. 그 중에서도 특히 퍼블리시티권을 최초로 인정하고 발달시킨 미국의 경우를 살펴보면 다음과 같다.

1. 미국

미국에서도 사람의 성명, 초상을 허락 없이 상업적으로 이용하는 행위를 처음에는 인격권으로, 프라이버시권을[21] 침해하는 행위로서 파악하였다가[22] 점차 프라이버시권과는 독립된 재산권적 성격의 퍼블리시티권으로 이동하는 과정을 거쳤다.

가. 프라이버시권의 성립

프라이버시권이라는 개념은 원래 영미법에는 존재하지 않았으나 1890년 S.D.

20) 임수현, "퍼블리시티권의 유효성과 그 한계에 관한 고찰", 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2005. 9-12면
21) 우리나라에서의 성명권, 초상권을 포괄하는 개념이다.
22) 프라이버시권도 20세기에 와서야 비로소 인정되기 시작하였다.

Warren과 L.D. Brandeis의 'The Right to Privacy' 라는 논문에서 제기되었다.[23] 당시 미국은 표현의 자유 중 하나인 언론 출판의 자유로 인해 언론사들이 독자들을 끌어들이기 위해 무부별한 사생활 폭로 내지는 성적 추문을 과장 보도하는 경향이 있었다. 이에 위 논문에서 신체에 대한 폭행과 같은 수준의 사생활 폭로성 기사에 대해서는 개인의 정서를 보호해야한다는 주장을 하였다. 그러나 이 논문의 발표에는 불구하고 법원에서 곧바로 프라이버시권을 독자적인 권리로 인정한 것은 아니었으며,[24] 1905년 Pavesich사건[25]에서 프라이버시권을 최초로 인정하였다. 그리고 프라이버시가 확고부동한 법원칙으로 승인되는데 결정적인 역할을 한 판례는 1931년의 캘리포니아 주 최고법원의 Melvin사건[26]이었다.

프라이버시가 하나의 독립적인 권리로 인정받기까지 Warren과 Brandeis의 논문이 결정적인 역할을 하였다면, 프라이버시권의 실제적인 방향과 법적 의미를 제공한 것은 캘리포니아 법대의 학장이었던 프로써(William L. Prosser)교수의 1960년에 발표한 논문[27]이었다.

프로써는 1960년에 발표한 논문에서 300개 이상의 프라이버시에 관한 판례를 분석한 후, 프라이버시권은 하나의 독립된 법익이 아니라 네 개의 상이한 법익을 보호하고 있다고 하면서 다음과 같이 네 가지 침해유형을 제시하였다. 첫째, 개인의 신체적·장소적·사적영역에 대한 침입 또는 그 사적 사항에 대한 침투, 둘째, 개인의 사적 사실 무단 공개, 셋째, 공중에게 오해를 불러일으킬 개인의 사적 사항 공표, 넷째, 개인의 성명이나 초상을 도용하는 행위 등이었다.

이러한 분류는 1977년 제2차 불법행위 리스테이트먼트에 그대로 채택됨으로서 미국의 거의 모든 주에서 초상·성명의 상업적 이용은 프라이버시권의 침해에 해당하는 것으로 인정되었다.

프로써의 분류 중, 네 번째 유형인 사사의 영리적 이용이라는 프라이버시 침해는 성명·초상·경력 등을 영리적 목적을 위해 사용하는 경우에 이뤄진다. 이러한 사사의 영리적 이용은 후술할 퍼블리시티권으로서 성명·초상이 가지는 재산적 가치로 독립적 권리로 인정되고 있다.

---

23) Warren, Samuel D. and Brandeis, Louis D., "The Right to Privacy", Harvard Law Review Vol. 4, 1890. 193-220면
24) Roberson v. Rochester Folding Box Co., 64 N.E. 442, 171, N.Y. 538(1902)
25) Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga. 190, 50 S.E. 68(1905)
26) Melvin v. Reid, 112, Cal. App. 285, 279 Pac. 91(1931)
27) William L. Prosser, "Privacy", California Law Review Vol. 48, 1960, 383-423면

그러나 프로써는 이 유형을 프라이버시권으로부터 완전히 독립한 퍼블리시티권으로 불리는 재산권으로서의 성질을 부정하고 있다. 논문에서 '이 권리는 양도할 수 없으며, 원고의 사후에도 특정한 주의 생존자 규칙에 따라 소송원인이 잔존해 있더라도 이미 사망한 자에 관한 공표에 대해 소송을 제기할 보통법(Common Law)상의 권리는 없다.' 라고 서술하고 있다.

이에 대하여는 프로써 교수가 인간의 정체성이 가지는 인격적 가치와 상업적 가치를 구별하지 아니하고 함께 보호되는 것으로 봄으로써 프라이버시권과 퍼블리시티권에 관한 혼란과 문제를 초래하였다고 보는 견해가 있다.

나. 퍼블리시티권의 성립

(1) Haelan판결[28]

사회적으로 프라이버시권이 인정되었음에도 불구하고 세상에 알려지기를 바라는 유명인의 경우, 성명이나 사진이 광고에 무단으로 이용될 경우, 그로 인한 정신적 고통이 있다고 할 수는 없다 하여, 프라이버시권 침해의 주장이 법률적으로 보호 받지 못하는 경우가 발생하면서, 1950년대에 들어 성명·초상 등을 상업적으로 무단 이용하는 데에 따른 정신적 고통에 대한 배상보다는 재산적 손해에 대한 배상을 구하는 소송이 많아지게 되었다.

마침내 공표권이라는 일반적 의미의 퍼블리시티권을 사람의 정체성에 관한 재산권이라는 특별한 의미로 사용한 최초의 판결이 나오게 되었는데, 이것이 바로 1953년 뉴욕 주를 관할하는 미연방 2순회 항소법원의 Haelan판결이다.[29]

이 판결은 위에서 서술하였듯이 유명 프로야구 선수들의 사진과 이름을 독점적으로 제품에 이용할 수 있는 권리를 보유한 껌 제조회사가 라이벌 회사인 피고가 동일 선수들의 사진을 실은 제품을 출시하자, 이를 금지시키기 위하여 소송을 제기한 사안으로, 법원은 "사람은 프라이버시권과 별도로 자신의 사진이 가지고 있는 공표가치에 대한 권리, 즉 자신의 사진을 공표할 배타적인 권리를 타인에게 부여할 수 있는 권리를 가진다. -중략- 이 권리를 퍼블리시티권이라고 할 수 있다. 왜냐하면 저명인은 그들의 모습이 대중에 노출됨으로 인한 정신적 고통과는 별개로 그러한 광고를 허락함에 대하여

---

28) Haelan Labortories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866(2d Cir. 1953)
29) 한위수, "퍼블리시티권의 민사적 구제", 「인권과 정의」 10-11, 1999. 31면

금전적 보상을 받지 못하게 되는 데에 큰 박탈감을 느끼게 될 것이기 때문이다.” 라고 판시하였다.

위 판결은 양도불가능성을 특질로 하는 프라이버시권과 달리 퍼블리시티권은 양도할 수 있는 권리이고, 이러한 권리를 전속적으로 양도받은 자가 이를 침해하는 제3자를 상대로 소송을 제기할 수 있다 하여 원고 청구를 인용하였다.

원래 초상권이나 프라이버시권과 같은 인격권은 일신전속적인 권리로서 초상 본인만이 그 침해의 정지 등을 구할 당사자적격이 있다. 이러한 논리에 따르는 한, 위 사건에서 원고회사는 피고회사를 상대로 침해정지 등을 구할 수는 없지만, 퍼블리시티권이라는 권리를 인정함으로서 이를 본인으로부터 양수받은 원고회사의 청구를 인용하였던 것이다.[30]

이 판결이 있기까지 미국의 법원은 프라이버시권과 퍼블리시티권을 구별해오지 않았기 때문에 개인의 성명이나 초상을 둘러싼 이 두 개의 권리는 모두 불충분한 보호만 받았다. 그런 의미에서 Haelan 판결은 이 문제에 방향을 제시한 것으로 평가받고 있다.

(2) Nimmer의 이론

미국 저적권법과 언론법학자인 Melville B. Nimmer교수는 1954년 “The Right of Publicity” 라는 논문[31]을 발표하였는데 이 논문은 후에 퍼블리시티권의 이론적 배경이 되었다.

Nimmer의 논문은 19세기 후반의 시민사회에서는 프라이버시권의 법리만으로도 개인의 초상보호에 별다른 어려움이 없었으나, 광고·영화·텔레비전·비디오 등 종래에 볼 수 없었던 새로운 시장이 거대화되면서 전통적인 프라이버시권만으로는 개인의 초상에 수반되는 ‘상업적 이익’을 적절히 보호할 수 없게 되었다고 지적하였다. 그는 초상에 수반되는 상업적 이익을 초상의 공적 가치(The Publicity Value)라고 표현하면서, 이러한 초상의 공적 가치는 종래의 프라이버시권이 아닌 퍼블리시티권의 보호대상이 된다고 본 것이다. 다시 말하면, 프라이버시권은 ‘초상의 무단 광고이용에 따른 당혹스럽고 모욕적인 감정’을 보호하기 위한 것이라면, 반대로 퍼블리시티권은 ‘초상의 상업적 가치’를 보호법익으로 한다는 것이다.

Nimmer는 저명인의 공적 가치가 그렇지 아니한 사람의 그것보다 크다고 할 수 있

30) 오승종・이해완, 「저작권법」, 박영사, 2001. 409-410면
31) Nimmer, “The Right of Publicity”, 19 Law & Contemporary Problem 203, 216(1954)

을지언정, 자신의 초상이 무단으로 공개된 때에는 누구나 그에 따른 상업적 가치의 반환을 청구할 수 있어야 한다는 입장을 취하였다. 이러한 초상의 공적 가치는 초상권자의 지명도에 따라 그 경제적 가치가 달라질 수는 있으나, 반드시 저명인들에게만 인정되는 것은 아니라고 하였다.[32]

(3) 1970년대 이후의 퍼블리시티권의 발전

1970년대에 들어서자, 대부분의 법원에서는 프라이버시권으로 보호되는 인격권적 이익과 퍼블리시티권으로 보호되는 재산권적 이익의 구별을 받아들이게 되었다.

Lugosi판결[33]에서도 "인간은 성명, 표현, 초상이라고 하는 퍼블리시티 특유의 가치를 가진 소위, 명성이라고 하는 이익은 프라이버시권으로부터 완전하게 구별되어 분리된 재산권이다." 라고 판시하였다.

그리고 Factors사건[34]에서도 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 상품이 된다. 그렇게 되면 타인의 부정한 경쟁으로부터 재산적인 가치인 명성이 보호될 필요가 있다.' 라고 하여 단순하게 고립된 프라이버시가 퍼블리시티로 변화하는 경우를 시사한 판례로 주목받고 있다.[35]

1977년 미연방대법원의 Zacchini판결을 계기로 퍼블리시티권은 부정할 수 없는 권리로 자리 잡게 되고, 논의의 중점은 퍼블리시티권의 인정여부보다는 퍼블리시티권의 인정범위 및 사후존속 여부로 옮겨지게 되었다.

앞서 본 바와 같이 미국법학원이 1995년 발간한 제3차 부정경쟁 리스트테이트먼트에서 퍼블리시티권을 '타인의 성명·초상 기타 개인의 정체성을 나타내는 표지를 아무런 승낙 없이 상업적으로 이용함으로서 그 개인의 정체성이 가지는 상업적 가치를 무단이용한 사람이 이에 대한 책임을 지는 것' 이라고 광범위하게 정의[36]하였는데, 제3차 부정경쟁 리스테이트먼트가 광범위한 퍼블리시티권을 인정하는데 큰 영향을 미친 사건은 우리나라에서도 잘 알려져 있는 White v. Samsung Electronics America, Inc.판결[37]이다.[38]

---

32) 정상기, "Publicity권에 관한 소고", 한국저작권논문선집 II, 저작권심의조정위원회, 1995. 124-125면
33) Lugosi v. Universal Pictures, 25 Cal. 3d 813(1979)
34) Factors, Etc. v. Creative Card Company, 444 F. Supp 279. 3 Med. L. Rptr. 1290(S.D.N.Y. 1977)
35) 정희섭, 전게논문, 69면
36) 정재훈, "퍼블리시티의 제한", 창작과 권리, 제10호, 1998. 94면

2. 독일

독일에서는 1907년의 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조에서 초상권을, 민법 제1조에서는 성명권을 각 규정하여 인격권으로서 초상권과 성명권을 보호하고 있다. 그러나 이들과는 독립된 재산권으로서의 퍼블리시티권을 따로 규정하고 있지는 않다.[39]

1965년 전면 개정된 현행 저작권법은 저작권과 인접 보호권(URG)을 말하는데, 이것은 종전의 두 가지 법률, 문학적 및 음악적 저작물의 저작권에 관한 법률(LUG)과 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG)을 합한 것이다. 초상의 보호에 관하여 규정하고 있는 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률 제22조 이하는 현재까지 그 효력이 있다(URG 제141조).[40]

거래상의 명칭에 대한 성명권의 보호는 무체재산권의 성격을 갖는다고 보는 것이 일반적이며, 성명을 허락 없이 광고에 사용하는 경우에는 성명의 경제적 가치에 대한 침해가 우선 문제가 된다고 한다.[41]

1958년 일명 기수사건은 광고에 의한 인격권 침해사건으로 유명하다. 아마추어 기수인 원고는 피고가 약광고 포스터에 원고사진을 무단 이용하자 손해배상을 청구하였던 사건으로, 주법원(LG)이 1,000마르크의 위자료 지급을 명하자 이에 불복하고 피고가 상고했지만 연방통상법원(BGH)은 기본법 제1조와 제2조에 의해 일반적 인격권을 사실상 권리로 승인하면서, 민법 제823조 제1항의 '기타권리'에 포함된다 하여 피고의 상고를 기각하였다.[42] 이 판결은 독일에서 일반적 인격권 침해 시 불법행위를 원인으로 위자료를 인정하였다는 점에서 큰 의의를 갖는다. 그 후 인격권 침해를 이유로 손해배상을 청구한 1961년의 고려인삼 사건에서도 이러한 입장을 재확인 하였다.[43]

또한 1959년 카테리나 바렌테 사건은 가수의 성명을 무단으로 광고에 사용한데 대하여 일반적 인격권이 침해되었다고 인정하고 위자료 및 사용금지 청구를 인용한 사

---

37) Vanna White v. Samsung Electronic America, Inc., 971F. 2d 1395, 1396(9th Cir. 1992)
38) 이호열, "퍼블리시티권에 관한 법적인 문제", 지적소유법연구, 한국지적재산권학회, 1999. 340면
39) 박선일, "초상재산권을 중심으로 본 초상권에 관한 고찰", 연세대학교 대학원 석사학위논문, 1998. 13면
40) 배병일, "초상권에 관한 연구", 재산법연구, 한국재산법학회, 1992. 제9권 제1호, 114-115면
41) 이건웅, "언론에 의한 인격권의 침해와 구제", 재판자료 제66집 외국사법연구논집[12], 법원행정처, 1994. 327-330면
42) BGHZ 26,349(Herrenreiter사건)
43) 정은종, "광고관련 퍼블리시티권에 관한 고찰", 경희대학교 대학원 석사학위논문, 2000. 15면

례[44]이다.[45]

초상권 판례로는 유명 축구선수의 초상을 쇼핑백에 인쇄 판매한 사건으로 축구선수의 초상권침해를 인정한 사례가[46] 있으며, 목소리 관련 판례로는 라디오 광고를 목적으로 목소리가 유사한 사람에 의해 Heinz Erhardt의 목소리를 모방한 것으로 일반적 인격권 침해임을 인정한 사례가[47] 있다.

나아가 연방통상법원(BGH)은 1986년 Nena사건[48]을 통해 '비록 네나는 성명권의 비양도성 때문에 사용권자에게 자신의 성명권 침해금지 청구권을 양도할 수는 없지만, 사용권자는 네나의 유사성의 상업적 이용에 대해 통상적으로 지급되는 대가를 청구할 권리를 가진다.' 라고 판시하여 초상권의 사용허락을 인정하였다.

3. 일본

일본의 경우는 명문의 법률규정은 없지만 인격권으로서의 초상권·성명권을 일반적으로 인정하여 왔다.

일본에서 퍼블리시티권을 인정한 최초의 판결은 마크 레스터(Mark Lester)사건으로[49], 사건의 개요는 영국의 아역배우인 마크 레스터가 주연한 영화의 한 장면을 광고로 이용한 데 대한 재산상의 손해배상을 구한 건이다. 이 사건에서 법원은 '유명배우는 스스로 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명과 초상을 유상으로 제3자에게 전속적으로 이용케 할 이익을 가지며, 그 결과 성명과 초상은 독립된 경제적 가치를 가진다.' 라고 판결하면서 재산상 손해배상을 명하였다.

그리고 미국의 영화배우 스티븐 맥퀸(Steve McQueen)사건[50]에서는 원고가 퍼블리시티권을 갖는 것을 전제로 원고와 피고사이에 체결된 계약의 범위 내에 피고들의 광고선전이 포함된다고 보아 원고의 청구를 기각하였다.

위와 같은 손해배상 사건이외에도 퍼블리시티권을 피보전권리로 하여 상품의 판매금지 등을 구하는 가처분 사건[51]에서도 신청인의 신청을 인용한 바 있다.

---

44) BGHZ 30,7
45) 한위수, 전게논문, 32면
46) BGHZ 1968.2.20. Ⅵ ZR 200/66
47) OLG Hamburg, 1989. 5. 8., 3W 45/89
48) BHGZ 1986.10.14. Ⅵ ZR 10/86
49) 동경지재 소화51(1976). 6. 29.판결
50) 동경지재 소화55(1980). 11. 10.판결

위에서 본바와 같이 일본 법원은 퍼블리시티권을 구체적으로 인정하고 있으며[52], 사망한 유명시인의 이름을 시 소유의 건물 및 버스정류장표시에 사용한 사건에 관한 판결에서 퍼블리시티권이란 용어를 정의하고 이를 전면적으로 인정하였으며 현재에 이르고 있다.

4. 우리나라

우리나라 경우는 미국 판례들을 소개하면서 퍼블리시티권에 관한 논의가 시작되었다. 그러나 과거 논의는 전통적인 의미의 프라이버시권에 속하는 초상권 침해여부였으나, 최근에 유명인의 성명이나 초상을 상업적으로 이용한 것과 관련한 분쟁으로 이동하고 있다.

학설의 태도는 대체로 퍼블리시티권을 긍정하는 것으로 보이지만, 그 법적 성격에 관해서는 크게 두 가지로 나뉜다. 퍼블리시티권은 프라이버시권에 속하는 권리로 인격권의 재산적 측면의 승인으로 인격권의 일부라고 보는 견해[53]와 퍼블리시티권은 인격권과 구별되는 재산권으로 기본적으로 양도성과 상속성을 인정해야 한다는 견해[54]이다. 현재 각급법원의 판결은 퍼블리시티권의 존재를 전제로 한 판결이 다수 나오고 있다.[55]

가. 광고에의 무단이용 사례

(1) 비달사순 사건

원고 미국 P&G는 유명 헤어디자이너 비달사순의 퍼블리시티권이나 여타 개인적 특징을 나타내는 표식에 관한 권리를 모두 양수한 자이다. 한편 피고회사는 미용학원을 경영하면서 건물의 외부 벽면에 “비달사순”이라는 간판을 부착하고, 학원의 내부에도 비달사순의 초상이나 서명이 들어 있는 대형사진과 “VIDAL SASSOON EDUCATION” 이라는 표시가 들어 있는 대형사진을 부착해 놓고 있었다. 이에 원고는

51) 동경지재 소화53(1978). 10.2.결정
52) 상게논문, 34면
53) 상게논문, 30면 ; 송영식・이상정, 전게서, 435면
54) 배병일, 전게논문, p.118 ; 정상기, “광고와 저작권법상의 제문제”, 계간 저작권 봄, 저작권심의위원회, 1997. 70면
55) 오세용, 전게논문, 31면

퍼블리시티권 침해를 이유로 그 침해금지를 구하였으며, 1심 2심 모두 원고가 승소한 사건이다.[56]

재판부는 '비달사순처럼 초상이나 성명 등에 독자적인 경제적 가치가 있다고 인정될 경우, 제반 권리를 양도하는 것이 인정되는 만큼 비달사순으로부터 권리를 넘겨받은 원고에게 승낙을 받지 않고 이를 사용한 경우 퍼블리시티권 침해'라고 판시하였다. 또한 퍼블리시티권의 개념에 대하여 '퍼블리시티권이란 재산적 가치가 있는 유명인의 초상·성명 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리로 일반적으로 인정되는 인격권에 기초한 권리이지만, 인격권과는 달리 양도가 가능하다.'고 정의내리고 있다.

(2) 윤석화 사건

일명 윤석화 사건[57]은 인천광역시 서구청(피고 구)이 구민회관이 준공되자 피고A가 운영하는 문화예술행사 대행업체에 구민회관 개관기념공연을 의뢰하였고, 원고는 사건 공연 예정일에 서울 서초구 소재 예술의 전당에서 '덕혜옹주'라는 연극에 출연하기로 되어 있었고, 이 사실을 일간신문을 통해 알게 된 피고 구는 피고 김경식에게 원고의 공연이 가능한지를 확인한 결과, 피고 김경식은 원고의 공연이 불가능함을 피고 구에 통보하였다. 한편 피고 A는 피고 구로부터 공연 대행 의뢰를 받은 날을 전후하여 원고에게 공연의 출연섭외 또는 교섭을 한 사실이 없었다. 이에 원고는 위와 같은 피고의 행위가 원고의 성명권을 침해하였다고 손해배상을 청구하였으며, 법원은 '우리 민법은 특별히 성명권에 관한 규정을 두고 있지는 않으나 인간이 자신의 성명에 관하여 가지는 법률상 이익으로서의 성명권은 일반적 인격권으로서 보호되어야 하고 이러한 성명권이 침해된 자는 가해자에 대하여 민법상 불법 행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다고 할 것이고, 이 사건의 경우 위 대행계약을 믿은 피고 구가 원고의 출연이 확정되기도 전에 이를 홍보함으로써 원고의 성명권이 침해될 가능성이 있으므로 공연 대행 의뢰를 받은 피고 김경식으로서는 피고 구에 대하여 원고의 출연이 확정될 때까지 홍보를 자제하도록 요청하는 등 원고의 성명권 침해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취해야 할 일반적 주의의무가 있다고 할 것이다. 또한 피고 김경식은 원고가 출연하는 연극 '딸에게 보내는 편지'를 피고 구민회관 개관기념 공연으로 개최하기로 피고 구와

56) 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결, 서울지방법원 1999. 4. 30. 선고 98가합79858 판결
57) 서울지방법원 1996. 4. 25. 선고 95가합60556 판결

대행계약을 체결하면서 그 계약 전후에 걸쳐 원고와 이 사건 공연에 대한 출연섭외나 교섭을 하지 않았으면서도 이 사실을 피고 구에 알리지 않고 나아가 홍보를 자제하도록 요청하는 등 필요한 조치를 취하지 않아, 피고 김경식이 원고를 섭외하여 이 사건 공연이 예정대로 개최될 것으로 믿은 피고 구가 이 사건 공연에 원고가 출연한다는 내용의 초청장 및 초대권을 발송 배부하고 같은 내용을 홍보함으로써 원고의 일반적 인격권으로서의 성명권을 침해하여 원고에게 정신적 고통을 가하였다고 할 것이므로 피고 김경식은 원고에게 이로 인한 정신적 손해를 배상할 책임이 있다고 할 것 이다.' 라고 판시하였다.

(3) 임꺽정 사건

임꺽정 사건은, 원고는 모방송사에서 창사 특집으로 제작한 텔레비전 드라마 '임꺽정'의 주인공인 임꺽정 배역으로 출연했던 연기자이며, 피고는 의약품을 제조하여 판매하는 회사이다. 피고는 1997년 2월 중에 10여 개 이상의 일간신문에 피고가 제조한 위장약을 소개하는 전면광고를 게재하였는데, 이 광고에는 위 드라마의 주인공 '임꺽정'으로 분장한 원고의 특징적인 부분들을 모방한 삽화가 들어가 있었다. 즉, 머리띠를 묶은 이마, 덥수룩한 머리털, 턱수염, 콧수염과 짙은 눈썹 부분 등을 목탄 스케치로 유사하게 재현한 인물화가 삽입되어 있고, 그 위에 큰 글씨체로 "속 쓰린 세상 내가 잡는다."라는 광고 문안이 적혀 있었던 것이다. 한편, 위 광고가 일간지에 게재될 당시 그 소재가 된 드라마 '임꺽정'은 1996년 11월에 첫 방송 이래 꾸준한 인기를 누려 시청률이 평균 32.5% 정도였고, 연극배우 출신으로 무명 연기자였던 원고는 드라마가 대중적 인기를 얻으면서 각종 대중매체에서 주목받는 신인 연기자로 부상하고 있었다. 이러한 시점에서 피고가 제조한 위장약에 대한 광고가 일간지에 게재되자 원고는 피고가 자신의 승낙 없이 자신의 초상과 유사한 인물화를 광고에 사용함으로써 자기 초상권을 침해하였다고 주장하면서 그로 인해 입은 정신적 고통에 대한 배상을 청구하는 소송을 제기하기에 이르렀다.

이 사건과 관련해 서울고등법원은 '비록 이 사건 인물화는 원고 정씨 실제모습과 다르고 수염 등 세부묘사도 완전히 동일한 것은 아니지만 드라마 주인공으로 분장한 정씨의 특징적 부분들이 대부분 표현되어 있다. -중략- 뿐만 아니라 드라마를 보았거나 원고를 알고 있는 사람이라면 누구나 이 사건 인물화를 보고 드라마의 임꺽정으로 분장한 원고 모습을 떠올리기에 충분하다. -중략- 따라서 적어도 드라마가 방영되는

동안에는 이 사건 인물화는 원고 정씨의 초상과 동일시된다고 봄이 상당하다.'[58]고 판시하였다.

이 사안은 극중 역할 내지 분장 모습에 대해서도 퍼블리시티권을 인정할 수 있는지에 관해 의미를 가지는 판결이라 할 수 있다.

나. 광고에의 부정이용 사례

(1) 최애숙사건

다국적기업 네슬레사의 우리나라 현지 법인 '테이스터스 초이스커피'와 모델 최애숙 사이에 계약한 제품광고계약에서 광고출연기간이 종료하였음에도 원고의 승낙을 득하지 않고 계속 광고를 방영함으로서 원고의 성명권과 초상권이 침해되었다고 주장, 이에 피고에 대하여 재산상, 정신상 손해배상을 청구한 사건이다. 이에 서울지방법원은 원고 일부 승소판결을 내렸다.

판결문에서 서울지방법원은 '개인은 그의 허락이나 동의 없이 자신의 성명과 초상이 제3자에 의하여 공포되지 아니할 인격적 이익을 가지고 있고, 이를 침해한 자에 대하여는 불법행위를 이유로 정신적 고통에 대한 손해배상청구권을 가지며, 비록 모델 등 대중과 접촉을 직업으로 하는 사람에 있어서도 통상 자기의 성명이나 초상이 널리 일반대중에 공개되는 것을 희망 또는 의욕하다는 점에 비추어 그 사용방법, 태양, 목적 등으로부터 그의 모델로서 평가, 명성, 인상 등을 훼손 또는 저하시키는 경우, 기타 자기의 성명이나 초상을 상품선전에 이용하지 않는 것을 의욕 한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 정신적 고통이 있다 할 수 있고, 따라서 손해배상청구권이 인정되는 경우도 제한된다 할 것이나, 위와 같은 모델 등은 자기가 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명이나 초상을 대가로 이득을 얻고 제3자에게 전속적으로 이용하게 할 수 있는 경제적 이익을 가지고 있어서 이를 침해한 자에 대하여 그 불법사용에 대한 사용료 상당의 손해를 재산상 손해로서 배상을 청구할 수 있으므로, 상품선전용 텔레비전 광고 출연계약 기간만료 후에도 광고주가 광고를 계속 방영하였다면, 그로 인하여 그 광고모델의 인격적 및 경제적 이익을 침해하였다 할 것이므로 광고주는 위 모델이 입은 재산상 및 정신상의 모든 손해를 배상할 책임이 있다.' 고 판결하였다.

또한 법원은 '위의 경우 위 광고모델이 위 계약에서 이미 보수를 받기로 약정하고

58) 서울고등법원 1998. 10. 13. 선고 97나43323 판결

용역을 제공한 것이라면 자기의 성명과 초상에 관하여 재산적 이익을 가지고 있다고 인정되고, 광고주는 모델의 승낙이나 동의를 받지 않고 그의 성명과 초상을 상품의 선전광고에 이용한 셈이 되어 그 방영에 의하여 모델의 위와 같은 재산적 이익을 침해하였다 할 것이며, 위 재산상 손해란 모델이 자유 처분할 수 있는 그의 성명 및 초상의 이용가치에 대한 평가를 의미하므로 비록 모델이 그 불법방영기간 동안 달리 전속계약을 체결하여 그에 따른 보수를 받음으로써 구체적인 금전적 수익의 감소가 없었다하더라도 재산상 손해가 없었다고는 할 수 없고 그 구체적인 손해액은 위 광고물의 제작에 대하여 용역을 제공함으로써 얻게 되는 보수가 아니라, 모델이 이미 제작된 위 광고물을 계속 방영하는 데 동의함으로써 그 방영 당시 얻을 수 있는 보수 중 그 방영 기간에 상응하는 금액으로 봄이 상당하다.[59]' 고 판시하였다.

(2) 한혜숙사건[60]

이 사건은 원고 한혜숙이 피고 럭키 금성 생산의 반도패션과 봄철 의류 전용 카탈로그 제작용 사진 모델 계약을 하였으나, 추가 약정 없이 원고의 카탈로그용 사진을 피고가 수종의 여성용 월간 잡지에 게재함으로서 원고의 초상권이 침해되었다는 이유로 손해배상을 청구한 사건이다. 당시에는 퍼블리시티권의 개념이 확립되지 아니하였으므로 초상권을 들고 있지만 퍼블리시티권이 문제될 수 있는 사안이다.

이에 법원은 '피해자를 모델로 한 카탈로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여만 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초 피해자가 모델계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별도의 광고방법인 월간잡지에까지 피해자의 카탈로그용 사진을 사용하는 행위는 초상권 침해로 인한 불법행위로 구성하고 위 월간잡지들이 발간된 이후에 피해자가 가해자와 별도의 모델계약을 체결하거나 위 카탈로그용 사진의 모델료를 수령하였더라도 이를 들어 곧바로 위와 같은 행위에 대한 묵시적 승낙이라고 보기 어렵다.' 고 판시하였다.

법원은 승낙의 범위를 벗어나 원고가 모델계약을 체결할 당시 예상한 것과 상이한 방법까지 피해자의 카탈로그용 사진을 사용하는 행위는 초상권 침해로 인한 불법행위를 구성한다고 하여 별도 모델료 상당을 손해배상액으로 인정하였는데, 이것은 초상권 침해에 대하여 종래와 같은 정신적 손해로서가 아니라 재산상 손해로 판단한 것이다.

---

59) 서울지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280판결
60) 한혜숙 v. 럭키금성 주식회사, 서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770판결.

(3) 김세원사건

1989년 12월 성우 김세원은 모제약회사 '모아겐' 라디오 광고에 출연하기로 하면서 계약기간 1년에, 출연료 100만원을 조건으로 구두계약 하였다. 제약회사는 광고의 반응이 좋아, 계약기간 만료 후에도 계속 광고를 진행하였다. 이 과정에서 김세원은 자신의 목소리가 회사 전화 안내에도 사용되고 있음을 알게 되었고, 이에 김세원은 제약회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다. 서울지방법원은 위자료와 음성사용료 600만원을 지급하라는 화해안을 제시, 피고 제약회사가 이를 받아들임으로서 소송이 종결되었다. 목소리에 대한 퍼블리시티권을 인정한 대표적인 사건이다.[61]

(4) 황인정사건[62]

황인정(원고)은 1991년 9월경 광고대행업체인 소외 주식회사 리젠시를 통하여 피고의 변비치료제의 영상광고물에 모델로서 출연하기로 하는 계약을 체결하였는데, 보수에 관하여만 약정하였을 뿐 계약기간이나 광고할 매체 등에 관하여는 명시적으로 정하지 아니하였다. 피고는 1992년 초부터 같은 해 말까지 원고가 모델로 출연한 변비치료제의 광고물을 KBS, MBC, SBS 등 일반 공중파 텔레비전 방송사의 방송망 등을 통하여 방영하였고, 1993년에 이르러 일단 이 사건 광고물 방영을 중단하였다가, 다시 1993. 11. 1.부터 1995. 5. 31.까지는 소외 교육방송원의 방송망(EBS)을 통하여 총776회 방영하였고, 1994년 2월 1일부터 1996년 8월 31일까지 서울과 지방의 37군데의 영화관에서 하루 약 2회 정도씩 상영하였다. 이에 원고는 자신의 초상권이 침해되었다는 이유로 손해배상을 청구하였으며, 서울고등법원은 '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 재산상 손해 외에 정신상 손해가 발생한다고 보기 어렵다' 고 판결하였다.

본 판결은 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하지는 않았으나, 사실상 퍼블리시티권과 동일한 권리를 인정하면서, 그 권리의 속성이 인격권이 아니라 완전한 재산권임을 인정하고 있다.

---

61) '목소리에도 권리있다', 동아일보, 1995. 9. 28. 31면
62) 서울고등법원 1998. 3. 27. 선고 97나29686 판결

(5) 이영애사건[63]

이 사건은 원고인 탤런트 이영애가 피고 도도화장품과 1년간 광고모델계약을 체결하였고, 피고 회사가 계약에서 정한 기간이 넘었음에도 기간에 연장 없이 원고의 초상을 이용, 광고물을 제작·사용하였다. 이에 원고는 피고가 원고의 초상권과 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하면서 손해배상 청구를 제기한 소송 사건이다.

법원은 '일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리라고 설명되는 퍼블리시티권(Right of Publicity)은 일찍이 광고 산업이 발달한 미국에서 판례와 각 주의 성문법에 의하여 보호되기 시작하였으며, 일본과 우리나라에서도 이러한 권리를 인정한 하급심 판결을 다수 찾을 수 있는바, 비록 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 앞서 인정한 사실에 비추어 볼 때, 원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것' 이라고 판시하였다.

원고가 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해배상과 별도로 초상권 침해로 인하여 정신적 고통에 대한 손해배상을 구함에 대하여는 '유명한 연예인으로서 그 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 더구나 이 사건의 경우 원고의 의사에 반하여 광고물을 제작한 것이 아니라 원고와의 계약에 기하여 이미 제작되어 공표한 적이 있는 광고물을 사용기간을 넘어 임의로 사용한 것이므로, 원고가 위에서 인정한 재산상 손해와는 별도로 정신상 손해까지 입었다고 보기 어려우며, 가사 원고에게 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것' 이라고 배척하였다.

항소심과 원심 모두 퍼블리시티권은 초상권과 분명히 구별되는 권리라는 점을 밝히

63) 서울중앙지법 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025판결

고, 나아가 원심은 유명연예인이 퍼블리시티권에 의하여 재산적 손해가 배상받는 경우 특별한 사정이 없는 한 초상권침해로 인한 정신적 손해배상은 문제가 되지 않음을 밝힌 점은 큰 의의가 있다.[64]

다. 상품에의 사용 사례

(1) 제임스딘 사건[65]

제임스 딘 사진 등 이미지 사용을 둘러싸고 벌어진 '제임스 딘' 사건은 1건의 판결로 그치지 아니하고 비교적 오랜 시간에 걸쳐 여러 법원에[66] 의해 여러 건의 판결이 내려진 사건이다. 이 사건은 복잡한 사건의 특수성으로 퍼블리시티권의 인정가능성이나, 그 특징에 관한 우리 법원의 미묘한 입장변화 내지 차이를 볼 수 있는 특징을 가지고 있다.

이미 고인이 된 '제임스 딘'의 퍼블리시티권을 보유한 제임스딘사(社)는 적극 당사자가 되어, 한국의 속옷 제조업체인 '좋은 사람들'이 출시한 브랜드 중 한 종류인 '제임스딘'에 관한 퍼블리시티권 침해와 '좋은 사람들'이 특허청에 등록한 상표를 대상으로 한 상표등록취소심판을 함께 청구한 사건이다.

최초 서울서부지방법원의 판결[67]에서는 퍼블리시티권을 우리 관습법상의 권리 중 하나로 긍정하면서도 그 상속성을 부정하였다. 이후 서울지방법원의 판결[68]에서도 상속성을 부정하였는데 여기서는 그 주체에 의한 생전사용이 있는 경우가 상속의 요건임을 밝히고 있어 만일 생전사용이 있을 경우 상속도 가능함을 분명히 하고 있다. 아울러 위 판결은 저작권법상 저작자의 권리에 대한 사후존속 기간 규정(사후 50년)을 유추하여 퍼블리시티권의 존속기간도 사후50년이라는 주장을 배척하고 있다.

한편 상표등록취소심판과 관련하여서는 특허심판원의 취소결정에 대하여 피고 측이 특허법원에 불복한 결과 특허법원이 판결을 내리게 되었다. 여기서 특허법원은 제임스딘의 퍼블리시티권이 상속되었다는 점, 이후 원고 등에게 양도되었다는 점, 이후 원고

64) 서울대학교 기술과법센터, "부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구", 연구보고서, 특허청, 2009. 28-29면
65) 상게서, 23-26면
66) 서울지방법원 서부지원 1997.8.29 선고94가합13831 판결; 특허법원 1998.9.2 선고 98허171, 201, 3101, 3095, 3118, 3125, 3132, 3149 각 판결; 서울지방법원 1997.11.21 선고 97가합5560판결; 서울지방법원 2000.7.14 선고99가합84901판결. ; 서울고등법원 2002.4.16.선고 2000나42061 판결
67) 서울지방법원 서부지원 1997.8.29 선고94가합13831 판결
68) 서울지방법원 1997.11.21 선고 97가합5560 판결

등이 소외 '제임스 딘 재단'에 신탁하였다는 점까지는 인정하였지만, 여기서 다시 '제임스 딘 재단'에 귀속된 권리를 원고 등에게 다시 신탁한다는 취지를 인정할 증거 없어 결국 원고 등이 퍼블리시티권을 가진 자가 아니어서 심판청구를 제기할 권한이 없다고 보아 청구를 배척하였다.[69]

나아가 위 특허법원의 판결에서 원고 등이 다시 재단으로부터 신탁 받은 사실이 없음을 이유로 패소하자, 새로운 당사자가 원고가 되어 제기한 소송에 관하여 서울지방법원은 아예 성문규정의 제정 없이는 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 입장을 표하고 있다.[70]

위의 판례에서 보는 바와 같이 우리 법원은 퍼블리시티권에 대해서 모호한 입장을 취하고 있다. 제임스 딘 사건과 관련한 가장 마지막 판례[71]에서 취지상, 인격권적 성질에 기인한 결과 종래 초상권이 가진 한계를 극복하기 위해 퍼블리시티권이 도입될 필요성이 있음을 긍정하면서도 여전히 현행법령 하에서는 퍼블리시티권의 인정가능성을 부정하고 있다.

'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 Publicity)이라 명명하여 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 우리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고 산업의 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 권

69) 특허법원 1998. 9. 24. 선고 98허171 판결
70) 서울지방법원 2000.7.14 선고 99가합84901판결.
71) 서울고등법원 2002.4.16.선고 2000나42061 판결

리 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 독점배타적 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.' [72]

위의 판결에서 보는 바와 같이 퍼블리시티권의 긍정적 의의를 상세히 설명하면서도 우리 법제상 물권법정주의 등을 들어 위 권리의 인정가능성을 부정하고 있다.

자기의 성명이나 초상, 음성, 연기 등을 스스로 경제적으로 이용하거나 제3자에게 대가를 받고 일정한 기간 동안 전속적 또는 1회적으로 이용하게 할 수 있는 권리를 초상권으로 표현하기는 하였으나, 종래 인격적 성질의 초상권과는 달리 이 분야에 재산적 측면의 권리가 존재함을 분명히 하고 있다. 뿐만 아니라 판례는 타인의 불법행위로 인하여 그 성명이나 초상 등을 이용할 수 있는 권리가 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신상 손해가 발생한다고 보기 어렵다고 판시하고 있는데, 이것은 해석상 종래 초상권과 분리된 새로운 재산적 권리를 긍정한 것이다.

(2) 박찬호 사건[73]

원고 박찬호는 미국 메이저리그 야구에서 탁월한 실적을 쌓음으로서 국내에 엄청난 명성을 쌓았는데, 피고가 원고와 사전협의 없이 일방적으로 신청인의 사진을 게재한 서적을 출판하고 아울러 그 부록으로 원고의 모습을 담은 브로마이드를 제공하였다.

원고는 위와 같은 피고의 행위가 초상권, 성명권 및 퍼블리시티권 침해를 주장하며 그 출판금지를 구하였고, 이에 법원은 '무릇 공적 관심의 대상이 되는 저명한 인물, 즉 공적 인물(公的人物)에 대한 서술, 평가는 자유스러워야 하고, 그것은 헌법이 보장하고 있는 언론, 출판 및 표현의 자유의 내용이기도 하다. -중략- 공적 인물의 생애에 관한 서술과 그에 관한 평가를 담은 평전에서는 그 저작물의 성질상 대상자의 성명을 사용하고 대상자의 사진을 게재할 수 있을 뿐만 아니라 대상자의 생애에서의 주요 사건이 다루어지고, 그에 대한 저자의 의견이 더하여지는 것이 당연하다 할 것이며, 그러한 평전의 저술은 그 대상자의 명예나 권리를 침해하지 않는 한 허용되어야 하고, 그 대

72) 서울고등법원 2002.4.16.선고 2000나42061 판결
73) 서울고법 1998. 9. 29.자 98라35 결정

상자가 되는 공적 인물은 이를 수인하여야 할 것이다. -중략- 이 사건 서적은 신청인에 대한 평전의 성격을 띠고 있다고 할 것이다. -중략- 이 사건 서적의 배포를 위한 광고 내용을 정사하여 보아도 그 내용에 나타나는 신청인의 성명과 사진이 공적 인물인 신청인이 수인하여야 할 정도를 넘어서서 신청인의 성명권과 초상권을 침해하는 정도로 과다하거나 부적절하게 이용되었다고 보이지 아니하고, 또한 신청인이 유명 야구선수로서 그 성명과 초상을 재산권으로 이용할 수 있는 권리, 즉 이른바 퍼블리시티권을 침해하는 것으로 볼 수 있을 정도로 신청인의 성명과 초상 그 자체가 독립적·영리적으로 이용되었다고 보이지 않는다. 다만, 신청인의 대형사진이 게재된 이 사건 브로마이드는 신청인에 대한 평전이라 할 수 있는 이 사건 서적의 내용으로 필요불가결한 부분이라 할 수 없을 뿐만 아니라 이 사건 서적과 분리되어 별책부록으로 제작된 것으로서 그 자체만으로도 상업적으로 이용될 염려가 적지 않고, 그와 같이 상업적으로 이용될 경우에 신청인의 초상권 또는 퍼블리시티권이 침해될 것으로 보여진다.'

판례에서 보는 바와 같이 명시적으로 표현하고 있지는 않지만, 법원은 표현의 자유가 우선할 경우 '상업적 이용'이 퍼블리시티권 침해요건으로 해당하지 않는다고 보고 있다. 물론 법원과 같이 논리를 구성하는 것이 불가능하지는 않겠으나, '상업적 이용'에 해당한다고 보아 퍼블리시티권 침해의 청구원인을 구성한다고 인정한 다음 표현의 자유에 해당한다는 사정을 피고의 항변으로서 처리하였다면 보다 간명하고 논리적이었다고 판단된다.[74]

라. 창작물에의 이용 사례

(1) 이휘소 사건[75]

물리학자 이휘소의 미망인 마리아 심리와 아들·딸인 조프리 파운틴 리, 아이앤 리가 '핵 물리학자 이휘소'의 편저자이며 '소설 이휘소'의 저자인 동시에 '소설 이휘소'의 발행인인 공석하와 '핵물리학자 이휘소'의 발행인인 황명혜, '무궁화 꽃이 피었습니다.'의 발행인인 김진명을 상대로 '1.피신청인 공석하, 황명혜는 '핵물리학자 이휘소'의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 안 된다.' 2.피신청인 공석하는 '소설 이휘소'의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는

74) 상게서, 19-20면
75) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230판결

안 된다. 3.피신청인 김진명, 송영석은 ‘무궁화 꽃이 피었습니다.’의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 안 된다’라는 출판 등 가처분 신청 사건이다.

법원은 ‘소설 이휘소’의 퍼블리시티권 침해여부와 관련하여 ‘퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리라 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로 위 주장은 이유 없다.’라고 퍼블리시티권을 인정하지 않았다.

반면 ‘무궁화 꽃이 피었습니다.’의 퍼블리시티권 침해여부와 관련하여 ‘문학작품인 위 소설에서 이휘소를 모델로 한 이용후의 행적을 흥미 있게 창작하는 것은 소설인 이상 당연한 것이고, 이것이 이휘소의 프라이버시에 관한 사항을 상업적으로 이용했다고 볼 수 없으며 또한 광고 등에서 위와 같이 이휘소의 퍼블리시티권을 침해했다고 하더라도 이는 이 소설의 출판금지를 구할 사유가 되지 아니함으로 신청인의 주장은 이유 없다.’라고 하였다.

본 판결은 다음 두 가지 측면에서 의의를 찾을 수 있다.[76] 첫째, 본 판결이 우리나라에서는 최초로 극히 제한적이긴 하나 퍼블리시티권을 인정하였다는 점이다. 그동안 상업적 이용권, 상업적 이용 또는 공표권, 명성판매권, 프라이버시 공표권 등의 여러 가지 용어로 불리어진 ‘Right of Publicity’를 본 판결에서는 ‘퍼블리시티권’으로 용어의 통일을 가져왔다. 그리고 본 판결에서는 퍼블리시티권을 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리로 개념정의하고 있다.

둘째, 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있다. 본 사건의 신청인들은 퍼블리시티권의 주체를 유명인물 이휘소와 신청인 3인으로 정하여 퍼블리시티권 침해를 주장하고 있으나, 서울지법에서는 이휘소만의 주체성을 인정하고 있다는 점과 또한 본건에 대한 신청인들의 신청취지를 본안에서 검토하고 있다는 점을 고려하면 퍼블리시티권의 재산적 성격에 기인한 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있는 판례라 할 수 있다.

그러나 이 판결은 ‘소설 이휘소’와 ‘무궁화 꽃이 피었습니다.’ 모두 문학작품이므로 상업적 이용에 해당하지 아니한다고 보고 있다는 점에서 상업적 이용의 범위를 지나치게 제한적으로 해석하고 있다는 비판을 받고 있다. 문학작품이라 하더라도 판매와 유통의 목적에 의하여 창작된 것이며, 그를 통하여 경제적 이익을 가져올 수 있다

76) 최은영, “판례 분석을 통한 퍼블리시티권의 입법 필요성 고찰”, 전북대학교 교육대학원 석사학위논문, 2008. 54면

면 문학작품 내의 개인의 상업적으로 이용되었다고 볼 수 있을 것이다. 또한 광고를 통하여 문학작품에 대한 판매 촉진 활동이 있었다면 퍼블리시티권의 요건으로서 상업적 이용은 명백히 성립된다고 할 것이다.

(2) 최종림사건[77]

최종림(원고)은 유럽에서 11년간 카레이서(자동차 경주자)로 활동하여 온 사람으로서 1987년 1월 1일부터 같은 달 22일까지 국제 자동차 경주대회인 '파리-다카르 랠리'에 참가하여 완주한 다음, 그 22일간의 자동차 경주에서의 경험과 원고의 사상을 일기체 형식으로 기록하여, 1988년 10월 15일경 '사하라 일기'라는 제명으로 소외 선일문화사라는 출판사를 통하여 발행하였다.

허영만(피고 1)은 만화가로서, 만화 주인공인 이강토가 한국자동차 산업을 발전시켜 일본의 혼다, 미국의 제너럴모터스 등 세계적인 자동차 회사를 누르고 세계 자동차시장을 석권한다는 내용으로 '아스팔트 사나이'라는 제명의 만화를 1990년 5월 2일경부터 1991년 9월 28일까지 스포츠조선이라는 일간신문에 연재한 다음, 그 무렵 소외 타임출판사를 통하여 위 만화를 12권으로 엮어 출판하고, 그 후 주식회사 세주문화(피고 2)가 1994년 12월 15일경부터 1995년 6월 12일경까지 사이에 위 만화를 6권으로 엮어 다시 출판, 판매하였다.

이에 최홍림은 자신의 경험 등을 만화 또는 영화로 만들려고 하였으나 허영만이 이 사건을 만화로 제작함으로서 이를 중단하게 되었기 때문에 원고의 상업적 이용 또는 공표권을 침해했다고 주장하면서 손해 배상을 구한 사건이다.

법원은 '상업적 이용 또는 공표권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명·초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 것인데, 이 사건 만화에서 등장인물의 캐릭터로 원고의 성명과 원고의 경력을 사용하였다고 하여도 만화 또는 예술적 저작물의 하나라고 보는 이상 이를 상업적으로 이용하였다고 보기는 어렵다.' 고 판시하였다.

이 사건은 이휘소의 사건과 마찬가지로 상업적 이용의 범위를 지극히 제한하고 있다는 점과 퍼블리시티권의 법적 성격을 인격권의 구체적 내용으로 고찰하고 있다는 점, 퍼블리시티권이라는 용어 대신에 '상업적 이용 또는 공표권'이라는 용어를 사용하여 용어의 혼란을 야기하고 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다.

---

77) 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고 95가합72771 판결

마. 성명·상표로의 사용 사례

(1) 베르사체 사건[78]

Gianni Versace는 이탈리아의 유명한 디자이너로, 그의 이름을 딴 'GIANNI VERSACE'라는 상표는 이미 이탈리아, 미국, 대한민국 등 60여개 국가에서 화장품, 의류 등을 지정상품으로 하여 상표등록을 받았으며, 위 상표가 부착된 상품들에 대한 선전·광고가 전 세계를 대상으로 광범위하게 행해지고 있었다. 그런데 원고 알프레도 베르사체는 그 후에 'ALFREDO VERSACE'라는 상표를 등록하였다가 피고 Gianni Versace측이 제기한 무효심판에 의해 무효로 결정되었다. 이에 원고는 자신의 상표를 무효로 하는 판결을 취소해 달라는 소를 제기하였지만 위 소송은 기각되었다.

법원은 '원고는 누구든지 인격권의 연장선상에서 자기의 성명을 상호나 상표로서 사용할 권리가 있으므로, 유사한 인용상표가 先등록되어 있다고 하더라도 부정경쟁의 목적이 없는 한 원고가 자신의 성명을 상표로 사용하는 것은 피고의 상표권의 침해를 구성하지 않는다고 주장한다. 보건대, 자연인의 성명은 인간의 동일성과 그 존엄성 인식의 기초이므로 인격권 행사의 한 측면에서 보면 가능한 한 넓은 범위 내에서 자유로운 사용이 보장되어야 할 것이나, 그것이 거래에서 자타상품을 식별하는 표식으로서의 상표로 사용되어 재산권적인 성격을 아울러 가지는 경우에는, 상표법이 상표사용자의 업무상의 신용유지와 함께 보호하고자 하는 또 다른 법익, 즉 수요자의 이익 보호를 위하여 일정한 범위 내에서 그 사용이 제한될 수도 있다고 할 것이다. 등록상표가 실존인물인 원고의 성명을 본따서 만든 성명 상표라도 인용상표와 그 표장 및 지정상품이 유사하여 함께 사용될 경우 소비자에게 상품의 출처에 관한 오인·혼동을 야기할 우려가 있음은 앞서 본 바와 같으므로, 이러한 객관적 사정이 존재하는 한 가사 원고에게 성명 상표인 이 사건 상표등록의 출원에 관하여 부정경쟁의 목적이 없다고 하더라도 이 사건 등록상표는 상표법 제7조 제1항 제7호에 해당됨을 면할 수 없다고 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다.'고 판시하였다.

78) 대법원 2000. 8. 18. 선고 99허8714판결

(2) 파올로구찌 사건[79]

Paolo Gucci는 이탈리아의 저명한 디자이너인데, 1982년 이탈리아에서 자신의 이름인 'PAOLO GUCCI'와 'P' 및 'G'자의 도형을 결합한 상표를 등록한 이래 우리나라에서도 'PAOLO GUCCI' 관련 상표들을 등록하였고, 트랙와이즈사와 사이에 위 상표의 전용사용권 설정계약을 체결하였다.

한편 파올로구찌는 1994년 미국 파산법원으로부터 파산선고를 받아 파산관제인이 선임되었으며, 우리나라 특허청에 등록된 위 상표들은 파산재단에 속하게 되었다. 그리고 1995년 파올로구찌는 사망하였는데, 구찌오구찌가 법원의 승인을 받아 위 상표들을 매수하게 되었고, 그로 인해 파올로구찌와 트랙와이즈사와의 상표계약은 적법하게 해지되었다. (주)크라운은 트랙와이즈사로부터 권리를 부여받아 복잡하게 도안된 도형과 그 도형의 중앙과 하단부에 'PAOLO', 'DESIGNED By' 및 'PAOLO GUCCI'의 문자가 표기되어 구성된 결합상품을 등록하였다. 이에 구찌오구찌는 (주)크라운의 등록상표에 대하여 상표등록무효심판을 제기하여 승소하였고, 손해배상을 청구하여 승소하였다.

법원은 '이 사건 등록상표들이 각기 일반 수요자들에게 강하게 인식되는 'GUCCI' 부분에 의하여 약칭되는 경우에는 인용상표와 칭호가 동일하게 되어, 양 상표들을 동일·유사한 지정상품에 다 같이 사용할 경우, 일반 수요자나 거래자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있으므로, 이 사건 등록상표들은 각 구 상표법(1990. 1. 13. 법률 제4210호로 전문 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제9조 제1항 제7호에 위반하여 등록된 것으로서 같은 법 제46조 제1호에 의하여 그 등록이 무효라고 보아야 할 것이다.'

'PAOLOGUCCI' 관련 표장이 'PAOLO'와 'GUCCI' 부분으로 분리하여 인식할 수 있어 각기 일반 수요자들에게 강하게 인식되는 'GUCCI(구찌)' 부분에 의하여 약칭되는 경우에는 '구찌(GUCCI)' 관련 상표와 호칭이 동일하므로, 양 상표들을 동일, 유사한 지정상품에 다 같이 사용할 경우, 일반 수요자나 거래자로 하여금 상품의 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있다.'고 판결하였다.

---

79) 대법원 1997. 3. 25. 선고 96후313판결, ; 대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359판결

바. 소결

퍼블리시티권과 관련하여 우리나라는 그 동안 성명·초상 등 개인의 정체성 요소 중 재산적 이익을 주로 인격적인 보호 측면 또는 상표권적인 보호 측면에서 다뤄져 왔던 것이 사실이다.

그러나 살펴본 바와 같이 우리나라는 퍼블리시티권에 대한 명문규정이 없어 관련 소송이 제기되었을 때 재판부에 따라 상이한 판결이 나오는 등 판결에 일관성이 없다는 비판이 있다.[80]

우리나라에서는 퍼블리시티권에 대한 성문법규는 존재하지 않지만 서울지방법원이 '이휘소 사건'에서 퍼블리시티권을 인정한 이래 많은 하급심판결에서 '우리나라에서도 퍼블리시티권을 인정할 수 있다'는 취지로 판결하고 있으며, 국회에서도 이성원 의원 및 박찬숙 의원 등이 저작권법을 일부 개정하여 퍼블리시티권을 입법화하려는 시도가 있었다.[81]

성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률·조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하는 것은 쉬운 일이 아니다.[82] 그러므로 유명인의 권리보호가 사회적 현상으로 자리 잡고 있고, 그에 대한 사회구성원의 합의가 존재한다고 본다면 이제 우리나라도 퍼블리시티권과 관련한 입법을 단행되어야 할 것으로 보인다.

입법화가 이뤄진다면 그 형태는 기존 저작권법이나 부정경쟁방지법의 일부내용을 개정하는 방법과 독립된 법률을 통한 방법이 있을 것이며, 이에 대한 논쟁[83]은 다양한 형태로 나타나고 있다.

그러나 연구자가 판단하기에 중요한 것은 입법의 형태 못지않게 시기와 내용일 것이며, 내용은 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호객체범위, 존속기간 그리고 침해가 있는 경우 구제수단 등이라 할 수 있을 것이다.[84]

---

80) 박은경, "늘어나는 퍼블리시티권 소송-박지성 사진 전시하면 불법", 「이코노미스트」 제902호, 중앙이코노미스트, 2007. 55면

81) 김세권, "퍼블리시티권에 관한 연구", 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2008. 15면

82) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결; 서울중앙지법 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결

83) 권상로, 전게논문, 94면.

84) 권상로, "한류열풍과 유명 연예인 등의 퍼블리시티권에 관한 연구", 「법학논총」 제15집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2008. 218면

제3장 퍼블리시티권의 주체와 객체

성문법제도를 취하고 있는 우리나라의 경우 퍼블리시티권에 관한 법규정이 없기 때문에 법원은 퍼블리시티권의 인정여부에 관한 일관된 판단을 하지 못하고 있으며, 학자들의 견해 또한 분분하다. 그럼에도 유명인의 초상침해에 한해 인정되던 퍼블리시티권의 주체에 관한 논의가 점차 확대되고 있는 것은 주지의 사실이다.

제1절 퍼블리시티권의 주체

1. 유명인/일반인

퍼블리시티권은 자신의 성명이나 초상, 기타 동일성을 독점적으로 이용할 수 있는 권리로 기본적으로 모든 개인에 대해 인정될 수 있다. 그러나 퍼블리시티권이란 개인이 자기 스스로에 대해 가지는 상업적 가치를 보호하는 결과 그 보호의 전제로 개인에게 상업적 이용가치가 있을 것이 요구된다. 따라서 퍼블리시티권을 인정한 대부분의 경우 그 보호주체는 자신의 초상이나 기타 자신의 동일성을 외부에 표출시키는 것을 직업인으로 하고 있는 연예인이나 운동선수 혹은 세상에 널리 알려진 유명인사였다. 유명인의 성명·초상 등은 그 주인공의 인기, 명성에 힘입어 대중의 관심을 끌게 되고 그 결과 상품의 선전 및 판매를 촉진하기 때문이다.

그러나 유명인과는 다른 일반인의 경우 퍼블리시티권을 인정할 것인가에 관해서는 의견에 대립이 있다.[85] 부정설의 논거는, 일반인에게는 그들의 이름이나 초상에 저명인과 같은 고객흡인력이 없고, 이름·초상을 상업적으로 사용한 바가 없어 설사 제3자가 무단으로 이들을 상업적으로 사용하더라도 재산적 손해가 있다고 할 수 없으며, 나아가 일반인에게는 인격권으로서의 성명권, 초상권의 침해에 대한 정신적 손해를 배상하여 줌으로써 족하다는 것이다. 이에 반하여 긍정설은, 저명인이 아니더라도 타인이 성명·초상을 광고 등에 상업적으로 사용하는 사실 자체가 그 사람의 이름, 초상에 상업적 가치가 있다는 것이며, 일반인도 광고에 출연하는 경우에 출연료를 지급받는 것이 업계의 관행이므로 재산상의 손실이 없다고 할 수 없으며, 무엇보다도 저명인과 일반인

85) 서울대학교 기술과법센터, 전게서, 87-91면

을 구별하는 뚜렷한 기준이 없으므로 저명인이냐 일반인이냐의 여부는 손해액의 산정에서 고려할 요소이지 권리의 존부 자체를 결정할 요소는 아니라는 것이다.[86]

우리나라 보다 먼저 퍼블리시티권의 개념을 도입한 미국의 경우 학설이나 판례도 일반인에게도 퍼블리시티권을 부여하자는 입장이다. 그러나 소수설은 퍼블리시티권이 유명인에게만 부여된다는 견지에서 이 권리가 오로지 의식적으로 자신의 이름이나 유사물(likeness)의 퍼블리시티 가치의 사용행위로부터 금전적 보상을 추구하는 자들에게만 부여될 수 있다거나, 퍼블리시티권은 그 이전 자신의 정체성(identity)을 활용한 적이 없는 자에게는 부여될 성질의 것이 아니라 한다. 미국 일부 법원의 판례 역시, 오직 유명인만이 퍼블리시티권을 갖는다고 판시하거나, 적어도 누구나 가질 수 있다는 측면을 의도적으로 외면한 판결을 한 사례가 있다.

그러나 미국 법원의 주류적 흐름은 일반인에게도 퍼블리시티권을 긍정하는데 아무런 문제가 없다는 입장이다. 사건마다의 정황에 따라 유명인은 물론 일반인도 프라이버시권의 침해나 퍼블리시티권의 침해, 혹은 양자 모두를 주장할 수 있다는 것이다. 연방 제9항소법원은 '당해 주체의 명성이나 악명이 차지하는 비중이 클수록 경제적 손해도 증가한다. 그러나 유명인의 정체성을 임의로 사용하는 행위라도 그 유명인에게 창피, 모욕이나 정신적 고통을 줄 수 있는 것처럼, 일반인의 정체성을 임의 사용하는 행위라도 경제적 손실을 주거나 그 사용행위 자체가 종전에 경제적 가치가 없던 대상에 경제적 가치를 부여할 수 있는 것이다.'라고 분명히 판시했다. 그린필드(Greenfield) 판사는 뉴욕 주법(州法)을 평가하면서 '관련된 법령과 판례로부터 도출된 결론이란, 모든 사람은 상대적으로 덜 알려진 단계부터 세계적으로 저명한 단계 중 어떤 상태에 있더라도 강제로 타인이 상업적으로 사용하는 행위로부터 보호될 자격이 있다는 사실이다'라고 판시하고 있다. 아울러 캘리포니아 주 항소법원에서도 '무명인 원고의 성명, 목소리, 서명, 사진이나 유사물을 임의로 사용한 행위가 유명인의 경우와는 다르게 경제적 손실을 크게 가하지는 않을지라도, 우리 주의 임의사용행위에 관한 규율은 유명인에게만 인정되는 것이 아니다.'라고 판결했다. 그 밖의 주에서 판시한 사례에서도 이런 입장을 쉽게 찾아볼 수 있다.

한편 '부정경쟁법 주해(Restatement of Unfair Competition)'에서도, 비록 현실에서는 주로 유명인들에 의하여 퍼블리시티권이 문제되지만 '무명인일지라도 자신의 정

86) 한위수, "퍼블리서티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)", 「인권과 정의」 242호, 대한변호사협회, 1996. 109-110면

체성에 관하여 상업적 가치를 보유할 수 있다.' 라고 명시하여 일반인도 퍼블리시티권의 보유자가 됨을 분명히 하고 있다.

반대 입장도 존재하지만,[87] 연구자의 판단으로는 퍼블리시티권을 유명인에게만 국한할 이유는 없다고 본다. 왜냐하면 일반인과 유명인 사이의 구별이 모호하며, 일반인 역시 TV나 인터넷 등을 통하여 자신의 초상이나 이미지가 상업적으로 사용되는 것에 대하여 프라이버시권 차원뿐 아니라 퍼블리시티권을 동원하여 적극적으로 통제하는데서 오는 실익이 최근 증가하고 있기 때문이다. 즉 유명인이 아니라도 고객흡인력이 있으면 퍼블리시티권 침해가 가능하다고 본다. 설령 일반인이더라도 이는 손해액산정의 문제일 뿐 보호대상에서 아예 제외하는 것은 부당하다고 판단된다.

2. 법인 등의 단체

자연인뿐 아니라 단체나 법인에도 퍼블리시티권을 인정할 지는 논란이 있을 수 있다. 정책적인 고려가 많이 적용될 쟁점이기는 하지만, 법인의 명예권이 인정된다는 우리 판례[88]의 태도나 종전의 인격권 혹은 프라이버시권과는 달리 퍼블리시티권은 상업적 사용을 대상으로 하는 것을 고려할 때, 단체나 법인 역시 그 명칭이나 이미지에 관하여 인정할 필요성이 있다고 본다.[89]

그러함에도 현재 논의는 크게 자연인에 한정해야 한다는 견해와 법인 또는 단체에도 인정해야한다는 견해로 구분되어 있다.

먼저 자연인에 한정해야 한다는 견해는 퍼블리시티권은 개인의 인격적 존엄성과 자율성을 보호하는 것이므로 자연인에게만 인정되고, 단체의 명칭이나 표장에까지 인정하는 때에는 상표법 및 부정경쟁방지법 등의 다른 지적재산권법과의 혼란을 야기함으로 법인 등의 단체로까지 확대하는 것은 적절하지 않다는 것이다.[90] 미국에서도 법인이나 단체에는 퍼블리시티권을 인정하지 않는 입장이 주류[91]라는 것을 근거로 하고 있다.

반면 법인 또는 단체에도 인정해야 한다는 견해는 자연인이 아닌 법인이나 단체의

---

87) 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반 (下)- 호사유피 인사유명" 의 현대적 변용", 「저스티스」 통권 98호 , 2007. 6., 90-91면

88) 대법원 1988.6.14. 선고 87다카1450 판결

89) 구재군, "퍼블리시티권에 관한 연구 - 국회에서의 입법논의와 관련하여-" , 외법논집 제30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008. 230면

90) 정상기, "Publicity권에 관한 소고" , 「한국저작권논문선집Ⅱ」, 저작권심의조정위원회, 1995. 128-129면

91) 오승종・이해완, 전게서, 412면

명칭에도 상업적 가치가 있는 경우가 많고, 퍼블리시티권이 인격권의 측면보다는 재산권의 측면에 중점을 두고 있는 것이므로 자연인에 한정 할 것은 아니고 상법, 특히 부정경쟁방지법, 상표법만으로는 법인의 이름이 함부로 광고 등 상업적으로 이용되는 데에 대한 제재를 가하기에 부족한 점을 감안하면 법인 또는 비법인 단체에게도 퍼블리시티권을 인정함이 타당하다고 한다.

퍼블리시티권은 개인적 인격적 요소라는 측면에서 유래되었으므로 원칙적으로 자연인에 한정해야 한다고 본다. 그러나 '소녀시대'나 '동방신기'와 같은 보컬그룹의 경우는 그 명칭에 고객흡인력이 저명한 자연인 못지않게 높게 나타나고 있으며, 단체명칭이기는 하지만 구성원의 개성이 그 명칭 속에 여전히 들어있다고 볼 수 있음으로 이러한 명칭을 무단으로 상업적으로 사용된 경우 퍼블리시티권의 침해를 인정해야 할 필요성이 있다고 본다.

그리고 단체 자체에는 법인격이 없으므로 단체 자체가 권리 주체가 되는 것이 아니라 구성원들이 권리의 주체가 되어야 할 것이다. 미국에서도 보컬그룹이나 음악연주그룹 같이 개개인의 개성이 여전히 남아 있는 단체에는 퍼블리시티권의 침해를 인정한 사례가 있다.[92]

그러나 주식회사, 사단, 재단처럼 개인의 인격적인 면이 전혀 존재하지 않는 법인에 대하여는 상법, 상표법, 부정경쟁방지법 등의 다른 법으로 규율해야 할 것으로 보인다. 참고로 미국 법학원의 제3차 부정경쟁재록에서도 퍼블리시티권의 주체는 자연인에 한정되며, 법인이나 단체의 경우에는 상표나 상호의 법리로 규율해야 한다고 설명하고 있다.[93]

3. 고인

사망한 개인의 퍼블리시티권이 인정되는 지에 관한 학설은 일치하지 않다. 사망한 자에 대한 퍼블리시티권 인정여부에 대한 실익은 퍼블리시티권의 상속성을 인정할 수 있는지에 대한 판단과 같다.

프라이버시권은 일신전속적인 인격권이므로 사자는 원칙적으로 그 권리 주체가 될 수 없다는 점에 이론의 여지가 없으나, 이에 반해 재산권인 퍼블리시티권은 본인이 사

92) 오세용, 전게논문, 70-71면
93) Restatement (third) of Unfair Competition §46 Comment d.

망한 경우 그 유족에게 상속되는 것인지에 관하여 학설 및 판례가 일치되어 있지 아니하다. 이에 관해서는 상속성의 문제와 관련하여 후술하고자 한다.

4. 동물 및 사물의 퍼블리시티권

퍼블리시티권이 인간에 국한되지 않고 동물에까지 확장될 수 있다는 주장이 있으며, 만일 동물에까지 확장한다면 이는 해당 동물을 보유하는 자가 권리주체가 될 것이다. 그렇지만 한국에서는 부정설[94]이 우세하다.

일본에서도 최고재판소의 2004년 판례(이른바 경주마 사건)[95]에서는 그 원심판결인 나고야 고등재판소의 판결[96]의 입장을 번복하면서, 동물에까지 확장될 수 있다는 주장에 분명히 반대하고 있다. 이 사건은 유명 경주마의 명칭을 무단 이용하여 게임을 제작, 판매한 업자를 상대로 유명 경주마의 소유자가 퍼블리시티권의 침해로 인한 손해배상을 청구한 사건이다. 법원은 논거로 '원고들은 본건 각 경주마를 소유하거나 소유하던 자이지만 경주마 등의 물건의 소유권은 그 물건의 유체물로서의 측면에 대한 배타적 지배권능에 그치고, 그 물건의 명칭 등의 무체물로서의 측면을 직접 배타적으로 지배하는 권능에 미치는 것은 아니기 때문에, 제삼자가 경주마의 유체물로서의 측면에 대한 소유자의 배타적 지배권능을 침범한 일이 없이 경주마의 명칭 등이 가지는 고객흡인력 등 경주마의 무체물로서의 측면에 있어서 경제적 가치를 이용하였더라도, 이런 이용행위는 경주마의 소유권을 침해한 것이 아니라고 해석해야 한다. -중략- 경주마의 명칭 등이 고객흡인력을 갖는다 하여도 물건의 무체물로서의 측면을 이용하는 종류인 경주마 명칭 등의 사용행위에 대해, 법령 등의 근거도 없이 경주마 소유자에게 배타적인 사용권 등을 인정하는 것은 타당하지 않다. 또한 경주마의 명칭 등의 무단 이용행위에 관한 불법행위의 성립에 있어 위법으로 된 행위의 범위, 태양 등이 법령에 의해 명확하게 되었다고 할 수 없는 현 시점에 있어, 이를 긍정하는 것은 불가하다고 해야 한다. 따라서, 본건에 있어 금지 또는 불법행위 성립을 긍정하는 것은 곤란하다' 고 판시하고 있다.

---

94) 이한주, '퍼블리시티권에 관하여', 「사법논집」 제39집, 2004. 378-79면; 최승재, "퍼블리시티권침해와손해배상의범위에대한연구", 「스포츠와 법」 제1권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008. 201면.

95) 最高裁 平成16.2.13 平成13(受)866 判決.

96) 名古屋高等 平成13.3.8. 平成12(ネ)144 판결.

이에 대하여 일본의 학설로는 위 판례의 결론에 찬동하는 입장에서, 특정한 '物'에 고객흡인력이 존재하는 것은 부정할 수 없더라도 이는 소유권의 효과 문제로서 처리하는 것이 타당하며, 퍼블리시티권의 문제는 어디까지나 '사람'에 한정하여야 한다는 입장이 존재한다.

반면, 다음과 같이 유력한 분석도 있다. 물건의 퍼블리시티권을 다투는 사안 모두가 보호의 대상에서 배제되어서는 안 되며 사안에 따라 지적재산권법이 목적인 적정한 수준의 유인(incentive)을 유지하기 위해 타인의 무임승차(free-ride)를 금지하는 것이 필요한 상황이라면 비록 물건의 퍼블리시티권이라도 보호해야 한다. 이런 견지에서 위 사건에서의 핵심은 '일본 경마산업을 유지·발전시키는 수익의 원천 중 하나로, 비록 새로운 미디어에 착안하였더라도 피고의 게임소프트 사업을 포함시킬 것인가'라고 할 수 있다. 그런데 게임소프트의 경마에 대한 의존도는 높은 반면 그에 대한 손해배상청구권을 인정하더라도 표현의 자유나 경제활동에 대한 과도한 제약으로는 보이지 않는다. 다만 그 경우라도 피고의 게임소프트 같은 집합형 게임은 개별적인 경주마보다도 경마 전체 사업 활동에 의존하고 있는 것이므로, 손해배상청구권을 인정하여 유인(incentive)을 보장해야 할 대상은 첫째가 '전(全)일본경마회(JRA)'이지 이 사건 1, 2심 판결에서와 같이, 개별 마주에게 청구권을 인정하여서는 타당하지 않다는 것이다.

한편 미국의 학설로는 긍정설과 부정설이 치열하지만 그대로 부정설이 더 유력한 듯하다. 부정설의 근거는 긍정설을 따르게 되면 퍼블리시티권의 원래 논리, 즉 인격적 정체성으로부터 출발한 권리라는 성격이 몰각될 위험이 있다는 것이다. 이에 관한 실제 사례에서 뉴욕 주 법원은 애완견의 사진을 피고가 과자광고에 사용한 행위에 관하여 주인이 애완견을 위하여 당해 뉴욕 주의 퍼블리시티권 규정을 원용할 수는 없다는 입장을 취한 바 있다.

역시 정책적인 고려가 많이 적용될 쟁점으로, 퍼블리시티권을 처음 도입하고자 하는 현재로서는 우리 역시 일본이나 미국의 판례, 주류적 학설을 따라 일단 신중한 입장을 취하여 부정하는 것이 타당할 듯하다.[97]

97) 서울대학교 기술과법센터, 전게서, 85-87면

제2절 퍼블리시티권의 객체

특정인임을 인식 또는 식별할 수 있게 하는 징표를 뜻하는 말로서, 종래에는 성명 및 외관이라는 표현을 사용하였으나, 근래에는 개성이라는 용어가 일반적으로 사용되고 있다. 특정인에 대한 인식은 성명과 외관 이외에, 사진, 초상, 음성, 동작, 취향 등을 통해서도 가능하기 때문에 보다 포괄적인 용어로 개성을 사용한다. 개성이란 특정인임을 식별할 수 있게 하는 징표에 내재되어 있는 상업적 가치의 총체를 뜻하기도 한다.

보호객체를 논함에 있어 주의할 점은 피고가 유명인의 동일성을 허락 없이 상업적으로 이용하여 일반인이 볼 때, 그것이 유명인의 실제 개성의 일부로서 생각하고 따라서 전체적으로 볼 때 피고의 상품을 유명인이 보증 및 후원하고 있다고 믿을 수 있느냐 없느냐에 달려있다고 할 수 있다.

1. 성명

퍼블리시티권의 침해에 관해 가장 빈번한 대상은 사람의 성명과 초상이다. 성명은 특정인을 다른 사람으로부터 구별하는데 가장 기본적이며 손쉬운 수단으로서 전형적인 퍼블리시티권의 객체라 할 수 있다. 그러나 수많은 사람 중에 같은 이름을 사용하는 사람이 많기 때문에 그 이름이 이용된 상황과 의미 등을 전체적으로 파악하여 특정인을 지칭함이 인정되어야 그 사람의 퍼블리시티권 침해를 인정할 수 있을 것이다. 일반적으로 특정인이 활동하는 분야와 관련된 상업적 이용의 경우에 특정인의 이름이 도용된 경우는 퍼블리시티권 침해를 인정하기가 쉬울 것이다.

성명은 실명만을 의미하는 것이 아니고, 특정인임을 식별할 수 있는 독특한 별명(nicknames)이나 예명 또는 필명을 포함하고, 저명인의 이름을 조금 변형한 경우나 타인의 사진에 저명인의 이름을 붙여 사용한 경우도 퍼블리시티권 침해로 인정될 수 있을 것이다.

2. 초상 및 사진

퍼블리시티권은 특정인의 초상이나 사진이 무단으로 이용되면서 제기되었다. 따라서 사람의 초상이나 사진은 성명과 마찬가지로 퍼블리시티권의 가장 중요한 권리의 객체이다.

특정인의 모습이 어떻게 被寫되었느냐에 대해서는 정면 초상이나 사진뿐만 아니라 뒷모습이나 옆모습이더라도 특정인임을 인식할 수 있다면 퍼블리시티권 침해에 해당한다고 할 수 있다. 또한 유명인과 유사한 인물을 광고나 선전목적으로 이용한 경우에 대해서도 퍼블리시티권의 침해가 인정되는 경우가 있다. 의상광고에 재클린 케네디 오나시스와 유사한 모델을 이용한 경우의 사건에서 뉴욕주 대법원은 '사진이나 인물그림은 특정인의 본질 및 외관을 전달하는 표현 모두를 포함하며, 그것은 실제적인 것뿐만 아니라 실제모습을 의도적으로 모방한 것까지 포함한다. -중략- 상품판매의 보증을 원하지 않는 사람의 외관을 무단으로 광고에 이용하는 행위는 무임승차와 동일하고 타인의 명성에 무임승차한 자는 그 대가를 지불해야 한다.'고 판시하여 퍼블리시티권 침해를 인정하였다. 이와 같이 유명인과 유사한 인물을 이용하여 공중의 주위를 끄는 때에는 퍼블리시티권 침해에 해당한다고 할 수 있다.[98]

3. 음성

사람의 음성이 다른 사람과 구별될 수 있는 독특한 특징을 갖는 경우는 당연히 퍼블리시티권의 보호대상이 된다. 사람의 음성을 퍼블리시티권의 보호대상으로 인정하기 시작한 것은 1984년 미국의 California 주법이 최초이다. 그 이전에는 비슷한 음색을 가진 다른 사람의 모창을 이용한 경우에서는 퍼블리시티권의 침해를 부정하였다.

사람의 독특한 목소리가 퍼블리시티권의 보호대상으로 인식된 최초의 판결은 1988년 Midler의 사건이다.[99] 이 사건은 Ford 자동차의 텔레비전 광고방송에서 Vet Midler라는 가수를 기용하여 그녀의 히트곡인 'Do You Want Dance'를 사용하려고 Midler에게 제의하였으나, Midler가 이를 거절하자 결국 그녀의 음색과 비슷한 사람으로 하여 그 곡을 부른 광고를 만든 것이다. 이에 대해 미연방 제9항소법원은 '음성은 얼굴과

98) 임수현, 전게논문, 27-28면
99) Midler v. Ford moter Co., 849 F. 2d 460. (9th Cir. 1988)

마찬가지로 독특하고 개인적인 것이다. 인간의 목소리는 특정인을 식별할 수 있게 하는 가장 유력한 수단의 하나이며, 이때의 목소리란 개인의 진정한 목소리뿐만 아니라 이를 흉내 낸 경우도 포함한다. -중략- 가수는 노래를 통하여 자신을 표현한다. 따라서 가수의 목소리를 흉내 내는 것은 가수의 정체성을 침해한 것이다.' 라고 판시함으로서 Midler의 퍼블리시티권 침해를 인정하였다. 또한 1992년 Tom Waits의 목소리를 모방하여 corn chip광고에 이용한 사건[100]에서도 퍼블리시티권의 침해를 인정하여 캘리포니아 주에서는 음성도 퍼블리시티권의 보호대상임을 확실히 하였다.

독일의 경우도 라디오 광고에 특정인의 목소리를 모방하여 이용한 사건에서 원고의 일반적 인격권 침해를 인정한 판결이 있으며, 프랑스에서도 타인의 목소리를 흉내 낸 경우 목소리도 인격권의 속성 중 하나라는 논리로 초상권 침해의 범위를 확대하여 초상권 침해를 인정한 판결과 라디오방송에서 유명한 성악가의 목소리를 동의 없이 녹음하여 방송한 것을 음성이미지서의 초상권 침해로 인정한 판결[101]이 있다.

우리나라의 경우도 위에서 살펴본 바와 같이 성우의 목소리를 퍼블리시티권의 객체로 인정한 판례가 있다.

4. 캐릭터 및 이미지

개인의 초상·성명 등 개인의 특정 부분이 아닌 특정인의 이미지를 연상시키는 형태로 표현하는 경우 퍼블리시티권에 의해 보호될 수 있는가에 대한 논의는 퍼블리시티권의 보호대상중 가장 민감한 부분 중 하나이다. 현재 미국 판례의 추세는 특정인을 연상시킬 수 있는 표현에 대해서 가능한 퍼블리시티권을 인정하려고 하고 있다. 유명한 토크쇼의 진행자인 죠니 카슨이 1957년 이래 자신의 쇼에 등장할 때마다 사용해온 'Here's Jonny' 라는 문구에 대해 퍼블리시티권을 인정하였고,[102] 미국 최장수 게임쇼의 여자 진행자의 의상, 역할을 모방한 로봇에까지 퍼블리시티권을 인정하고 있다.[103]

---

100) Waits v. Frito-Lay Inc., 978 F. 2d 1093(9th Cir. 1992)
101) 상게논문에서 재인용, 30면
102) Carson v. Here's Jonny Portable Toilets, Inc., 698 F. 2d 831 837 (6th Cir. 1983)
103) 박재영, "퍼블리시티권에 관한 연구", 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1999. 30면

5. 특정인을 연상시키는 사물 또는 동물

성명·초상 외에 특정인을 연상시키는 물건에 대하여도 퍼블리시티권이 성립될 수 있을 것이다. 다만 특정인이 그 물건의 소유자라는 점에 그쳐서는 안 되고, 그 물건이 초상이나 성명과 같이 그 사람을 상징함에 이를 정도가 되어야 한다고 할 것이다. 미국에서는 항상 독특한 무늬로 장식하고 특정한 번호를 붙인 프로 자동차 경주선수의 차를 담배 광고에 사용한 사안에 대해 그 선수에 대한 퍼블리시티권의 침해를 인정한 사례가 있다.[104] 그런데 특정인을 연상시키는 물건에 대하여 퍼블리시티권이 성립한다고 하더라도, 만약 그 특정인이 사망한 경우 그 퍼블리시티권이 사후에도 존속하는가에 대한 문제는 판단에 신중을 기해야 할 것으로 보인다.[105]

6. 서명

특정인의 서명도 개인의 정체성을 표시한다는 점에서 퍼블리시티권의 보호대상임에 명백하다. 종업원의 서명과 성명을 그의 동의 없이 광고물에 사용한 행위는 그의 재산권을 침해한 것이라고 한 판례도 있다.[106]

우리나라에서는 화가 피카소의 서명과 동일한 상표를 무단 등록한 사안에서 피카소 유족들이 제기한 상표등록 무효심판청구를 인용한 사례가 있다.[107]

---

104) Motschenbacher v. R.J. Raynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821(9th Cir. 1974)
105) 박귀영, “퍼블리시티권의 법적 보호에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 석사학위논문, 2003. 44면
106) United States Life Insurance Co. v. Hamilton, 238 S.W. 2d 289(Tex. ct. App. 1951)
107) 대법원 2000. 4. 21. 선고97후860 판결

제4장 퍼블리시티권의 양도성과 상속성

제1절 퍼블리시티권의 양도성

인격권적 성격을 가지는 프라이버시권이 양도가 불가능하다는 것과 관련해서는 논란의 여지가 없으나, 재산권적 성질을 보유하고 있는 퍼블리시티권의 양도성과 관련해서는 부정설과 긍정설로 나눠지고 있다.

국회에 계류되었던 '이성헌 의원 등의 저작권법 개정안'이나 그 이전의 '박찬숙 의원 등의 저작권법 개정안'은 모두 양도 가능성에 대해서 긍정하고 있음에 비하여, 학설에 일부는 양도성을 부정하고 있으며, 양도를 긍정하더라도 그 양도나 사용허락이 저명인의 기존의 영업이나 활동과 함께 이루어지거나 상충되지 않는 한도에서만 가능하여야 한다는 견해도 있다.[108]

1. 양도성 부정설

양도 부정설은 퍼블리시티권의 재산권성은 인정하더라도, 퍼블리시티권은 프라이버시권과 함께 인격권으로부터 파생되는 권리이며, 본인과 불가분의 일체를 이루기 때문에 통상적인 재산권과 달리 제3자에게 양도할 수 없다는 것이다. 그리고 퍼블리시티권이 프라이버시권과 다르다고 하더라도 인격권을 표상하는 성명·초상 등을 공유하고 있기 때문에 타인에게 양도 할 경우 그 사용에 인격 주체가 통제할 수 없는 부분이 생겨 양도성은 부정되어야 한다는 주장이다.

더불어 배우 등이 신인시절 경제적으로 어려운 상태에서 퍼블리시티권을 양도하였다가 유명해지게 된 경우 양도인에게는 엄청난 손해를, 양수인에게는 엄청난 이득이 발생함으로 형평성 차원에서 양도성은 부정되어야 하며, 자신의 동일성을 표상하는 성명·초상 등의 양도는 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반을 이유로 들고 있다.[109]

마지막으로 퍼블리시티권 침해에 대해서는 양도가 아니라 단순한 사용(혹은 이용)허락만으로도 허락받은 사용권자가 직접 침해자를 상대로 금지청구를 구할 수 있기 때문

108) 정상조, 「지적재산권법」, 박영사, 2004. 640면
109) 송영식, 전게서, 586-587면

에, 퍼블리시티권의 양도성은 부정되어야 한다는 입장이다.

지금까지 우리 판례는 이용권과 같이 대세적 효력이 없는 권리의 경우 원칙적으로 침해자를 상대로 금지청구권을 행사할 수 없음을 분명히 하고 있으며, 거의 유일한 예외가 독점적 사용권자가 사용 허락자를 '대위하여' 금지청구를 하는 경우였다. 더구나 물권의 경우와 달리 지적재산권의 경우에 대법원은 대위청구에 관하여 상당히 까다로운 입장을 취하여 왔고, 소리바다 관련 판결을 통하여서야 논란을 끝내고 독점적 사용권자로 하여금 저작권자를 대위하여 침해자를 상대로 한 금지청구를 구할 지위를 긍정하고 있을 따름이다.[110]

2. 양도성 긍정설

퍼블리시티권의 양도 부정설과 달리 양도성이 긍정되어야 하는 이유는 첫째, 양도부정설에서 제기하고 있는 퍼블리시티권의 대상을 타인에게 양도하는 것이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 하는 주장에 대해서는 인격권의 본질을 해하는 경우(명예훼손 등)는 양도인이 여전히 양도되지 못하고 남아있는 프라이버시권 등에 기하여 최소한의 통제가 가능한 이상, 퍼블리시티권만이 성명의 원래주체와 분리하여 유통되는 것을 부정할 이유는 없다는 것이다. 왜냐하면 원래 주체가 더 이상 프라이버시 차원에서 성명을 사용하지 못하는 것이 아니며, 후자의 유통은 상업적 유통으로 별개차원으로 취급될 수 있기 때문이다. 앞서 양도성을 부정하는 학설의 논거는 종래 프라이버시권권 혹은 초상권 등을 둘러싼 민법의 테두리 안에서는 무난하고 심지어 타당한 논리처럼 보일 수 있다. 그러나 위 학설은 퍼블리시티권을 논의한다고 하면서 실제로는 주로 인격권으로서의 성명, 초상만을 염두에 두고 있을 뿐 그런 것들이 자본주의시장에서 고객의 주의를 흡입하여 재산상 가치를 띠게 된 현재의 추세나 필요성, 특히 지적재산권법의 특수한 사정을 충분히 고려하지 않는 입장이라 판단된다. 가령 지적재산권법 중 상표법의 경우 이미 명문으로 당사자의 동의만 있으면 성명·초상이 상표권으로 해당 당사자와 별개로 거래상 취급될 수 있음을 분명히 인정하고 있다. 아울러 같은 상표법은 자기의 성명, 초상을 상표로 등록하여 활용하는 것을 전제로 등록된 상표권은 당연히 타인에게 양도가능하다. 이처럼 민법의 기본원칙에서 출발하였지만 성명이나 초상에 대한 지적재산권법 성문의 취급은 기본원칙과는 많이 다름에도 불구하고,

110) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결

반대 학설은 여전히 민법의 틀 안에서 '선량한 풍속 기타 사회질서'라는 기준을 내세우고 있는 것으로 보인다. 이런 기준은 전체 법체계에서 결코 경시할 수 없는 중요한 지위를 점하고 있는 것이지만 그런 기준과는 많이 판이하여 그 적용이 부적절한 경우까지 사용하여서는 곤란할 것이다.

성명이나 초상에 대한 권리의 양도가 '선량한 풍속 기타 사회질서'라는 기준에 비추어 볼 때 무효이므로 양도가 곤란할 것이라는 취지는 모든 법의 기본원칙이라는 민법 규정상 존중되어야 하는 불문율이지만, 지적재산권법에서 논의되어온 퍼블리시티권의 양도성이라는 의문에 대한 논리라고 인정하기에는 상당히 어려운 부분이 있고, 일반조항으로의 무분별한 도피라고 비판할 수 있다.

3. 외국사례

가. 미국

미국의 판례와 학설의 다수의견은 퍼블리시티권의 양도성을 인정하고 있으며, 각 주의 성문법도 대부분 양도를 명문의 규정으로 두고 있다.

퍼블리시티권의 양도는 양수인에게 그 권리를 이전시키는 것이며, 양도인은 양도계약에 구속되기 때문에 계약 조건에 어긋나게 사용할 수 없다. 퍼블리시티권의 양도는 개인의 정체성에 관한 상업적 이용의 동의라 할 수 있으며, 양수인은 그 권리의 보유자로서 제3자에 대하여 그 권리를 주장할 수 있는 지위를 가진다.

미국의 경우도 초기부터 퍼블리시티권의 양도성을 적극적으로 도입한 것은 아니었다. 그 이유는 퍼블리시티권이 양도가 불가능한 프라이버시권에서 유래하였고, 개인의 인격적 요소를 그 대상으로 하고 있기 때문이었다. 그러나 Haelan사건 이후 퍼블리시티권의 양도성을 명시적으로 인정하기 시작했으며, 그 외 대다수의 판결들이 퍼블리시티권의 양도성을 긍정하고 있다.

반면, 일부 판결들은 퍼블리시티권의 양도성을 부정하고 있으며, 그 대표적인 판결이 Stephano사건[111]이다. 뉴욕주는 퍼블리시티권이 뉴욕주 성문법(New York Civil Rights Law)에 의하여 보호되는 권리로 보았으면, 구체적인 법률은 New York Civil Rights Law §50, §51이다.

---

111) Stephano v. New York Group Publications Inc., 485 N.Y.S. 2d 220(Ct. App. 1984)

(1) Bi-Rite Enterprises, Inc. 판결[112]

이 사건에서 뉴욕주 법원은 퍼블리시티권의 양도성에 관하여 다음과 같이 판시하고 있다. '개인의 인격이나 감정을 보호하는 프라이버시권이 양도 불가능한 것과는 달리, 퍼블리시티권은 개인의 개성을 상업적으로 이용할 수 있는 재산적 권리라는 점에서 양도성이 있고 자유로이 이용허락이 가능하다. 이러한 재산적 이익은 저작권과 유사하다. 그 권리는 상품화할 수 있는 다발적인 배타적 권리로 구체화할 수 있으며, 그 보유자는 권리 전체로서, 또는 일부만 독점적 이용허락의 형태로 양도할 수 있는 것이다. 그 권리 보유자 및 독점적 이용허락자는 구체화된 배타적 권리를 침해받은 경우 그 경제적 이익을 보호받을 지위에 있다.'

(2) Stephano 판결[113]

이 사건은 직업모델의 사진을 사용허락된 범위를 넘어 다른 잡지에 실은 것이 문제된 사안인데, 항소법원은 퍼블리시티권은 프라이버시권의 하나로 Civil Right Law에 포함되는 것이므로 원고는 그와 독립한 Common Law로서의 퍼블리시티권을 주장할 수 없다고 판시하였다. 이 판결로 인해 뉴욕주에서는 퍼블리시티권의 양도성이 부정되는 것으로 정해지게 되었다.

(3) Factors, Etc. 판결[114]

이 사건에서 재판부는 '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 상품이 된다. 그렇게 되면 타인의 부정한 경쟁으로부터 이 재산적인 가치인 명성이 보호될 필요가 있다' 고 판시하면서 퍼블리시티권의 양도성을 긍정하고 있다.

(4) 미국의 성문법

미국 각 주의 성문법은 퍼블리시티권의 양도성에 관해 대부분 명문으로 인정하고 있으며, 실제로 퍼블리시티권을 제3자에게 이전하는 내용의 계약이 이뤄지고 있다.[115]

---

112) Bi-Rite Enterprises, Inc. v. Button Master, 555 F. Supp. 1188(S.D.N.Y. 1983)
113) Stephano v. New York Group Publications Inc., 485 N.Y.S. 2d 220(Ct. App. 1984)
114) Factors, Etc. v. Creative Card Company, 444 F. Supp 279. 3 Med. L. Rptr. 1290(S.D.N.Y. 1977)
115) 서태환, "퍼블리시티권의 의의와 양도성 및 상속성", 청주법률논단 1집, 충북법률실무연구회, 1997. 484면

구체적으로 살펴보면 켈리포니아주의 Civ. Code §990(b), 네바다주의 Rev. Stat. §599.986(1), 오클라호마주의 Stat. tit. 12 §1448(B), 테네시주의 Code Ann. §47-25-1103(b), 텍사스주의 Prop. Code Ann. §26.004 등에서 각 'post morate right'라는 규정을 둠으로서 양도성을 명시적으로 인정하고 있다. 그러나 네브라스카주의 Rev. Stat. §20-207은 양도성을 부정하고 있다.

나. 독일

독일은 미국의 퍼블리시티권과 일치한 권리가 존재하지 않지만, 저명인의 경우는 자신의 정체성에 대한 상업적 가치가 타인에 의해 무단 이용된 경우에 소를 제기할 수 있다.

독일은 초상이나 성명과 같은 개인의 정체성 보호에 관한 규정을 성문법으로 명시하고 있다. 예를 들어, 1907년 조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조 및 제23조는, 민법 제12조에서 규정한 초상권과 성명권을 보호하기 위해 명시적으로 보호에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 초상과 성명이외의 다른 개인의 정체성 요소들에 대한 보호 규정은 없기 때문에, 성명과 초상을 제외한 퍼블리시티권의 보호객체에 관한 내용은 법원의 판단에 의존하고 있다. 결국 독일 법원은 개별 사안에 따라 개개인의 상업적 가치를 무단으로 사용하거나 훼손시키는 경우에 대한 보호로서 일반적 인격권(General Right of Personality, Allgemeines Persoenlichkeitsrecht)이라는 개념을 발전시키고 있다.

1949년 독일기본법에서 인격권을 헌법상 기본권으로 규정한 것에 영향을 받아, 독일 연방대법원은 일반적 인격권을 독일 민법 제823조 제1항의 '기타의 권리'로 승인하게 되었으며,[116] 일반적 인격권은 독일 기본법 제1조 및 제2조에 기초한 헌법상 보장되는 기본권으로 간주하게 되었다. 이러한 일반적 인격권은 개인의 정체성 요소와 관련된 분쟁에 있어 성명권, 초상권의 특별규정이 적용될 수 없는 경우에만 적용된다고 할 수 있다.

미국에서는 퍼블리시티권이 자유롭게 양도 가능한 재산권으로 인식된 반면, 독일의 경우는 일신전속적인 권리로 인식되기 때문에 이론상 양도성은 부인된다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 개인의 이미지에 관한 권리는 현재 상업적으로 이용할 수 있는

116) 김재형, "언론의 사실보도로 인한 인격권 침해", 서울대학교 법학 106호, 1998. 193면

가치를 가진 것으로 평가되고 있다. 이러한 결론은 개개인이 대가를 받고 자신의 개성적 요소를 사용할 수 있도록 허락해줄 능력을 가지고 있다는 사실에 기초한 것이다. 실제 사람들은 위와 같은 이용허락을 부여하고 있으나, 이용허락의 효과는 어떠하고, 어떠한 권리가 이용허락 받은 자에게 부여되는지에 대해서는 불분명하다.

4. 양도의 범위

퍼블리시티권의 양도성을 인정할 것인가 부정할 것인가의 문제에 있어 주요 쟁점은 두 가지로 대별된다. 첫째, 퍼블리시티권은 그 보호대상이 개인의 인격적 요소인 개성이므로 이를 양도한 경우 양수인이 무제한으로 성명·초상 등을 사용하는 경우 양도인의 통제 불능에 대한 문제와 제3자가 무단으로 성명·초상을 상업적으로 이용하는 경우 양수인이 직접 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 문제이다.

가. 양도성 인정의 필요성

양도성을 부정하는 견해는 양도인의 통제 불능에 대한 문제는 양도를 금지함으로서 해결하고자 한다. 즉 양도인의 양수인에 대한 통제 가능성이 불명확함으로 애초부터 양도를 막음으로서 그러한 문제를 원천적으로 봉쇄하고자 한다. 그러나 제3자의 무단 사용에 대해서 명쾌한 답을 제공하지 못하고 있다.

양도를 금지하기로 한 이상, 양수인의 제3자에 대한 손해배상이나 침해금지 청구를 인정할 수 없게 되고, 그와 같은 상황이 발생하면 독점적 사용권을 얻은 자는 직접 청구를 허용해야 한다는 편법적인 해결책을 제시할 수밖에 없게 된다.

반면 양도성을 긍정하는 견해에서는 첫 번째 쟁점은 프라이버시권에 의하여 해결되어야 한다고 한다. 양도성을 부정하는 견해에서 말하는 그 위험한 상황은 프라이버시권의 적용대상이 되는 영역이라는 것이다. 즉 그러한 상황은 명예훼손적인 사용, 이미지 실추적인 이용 등에 대하여 퍼블리시티권의 양도에도 불구하고 유보되어 있는 인격권적인 프라이버시권 침해를 주장할 수 있는 것이다. 그리고 일부 양도의 경우 그 목적이나 매체를 초과한 이용에 대하여는 역시 남아 있는 퍼블리시티권의 침해로 보아 그 구제를 인정하는 것이다.

두 번째 쟁점에 대해서는 양수인이 무단 이용하는 제3자를 상대로 손해배상이나 침

해금지를 청구하는 것이 당연히 인정될 수 있다.

퍼블리시티권을 인정하게 된 것은, 경제적 가치 있는 초상·성명 등을 보유한 개인을 보호하고자 하는 측면과 높은 고객흡인력과 같은 경제적 가치를 발견하게 되고 이를 개발·이용하고자 하는 이들을 보호하려는 측면에 있으므로 양자의 이익을 잘 살펴 판단하여야 한다.

위에서 언급한 첫 번째 쟁점은 초상·성명의 본인을 좀 더 보호하고자 하는 측면이라면, 두 번째 쟁점은 이를 양수하고자 하는 이용자를 좀 더 보호하고자 하는 측면이라고 할 수 있다.

나. 일부양도의 가능성

퍼블리시티권의 양도성을 긍정하는 경우 일부양도 가능성이 문제가 될 수 있다. 지적재산권의 경우 저작권법에 지적재산권의 양도에 있어 전부 또는 일부의 양도가 가능한 것으로 규정하고 있으며 이에 대한 의문의 여지가 없으나, 퍼블리시티권의 경우는 아무런 성문법의 규정이 없기 때문에 그 가능여부가 문제될 수 있다. 예를 들어 지적재산권의 경우 복제권, 공연권, 방송권 등의 권리 중 하나 또는 몇 개를 구분하여 양도할 수 있다. 그와 같은 논리로 퍼블리시티권도 성명재산권, 초상재산권, 음성재산권 등을 따로 구분하여 양도할 수 있는가 하는 것이다.

퍼블리시티권은 재산권의 성질을 가짐으로 그 권리자가 자유로이 처분할 수 있다 할 것이고, 그 자유에는 처분을 하느냐 하지 않느냐의 결정뿐만 아니라 그 처분할 권리의 범위에 대해서도 자유의사에 의하여 정할 수 있느냐 하는 것이 포함되어야 할 것이다. 이렇게 본다면 초상·성명·음성 등을 분리하여 또는 사용지역이나 품목별로 분할하여 양도하는 것도 가능하다고 할 수 있다. 다만 양수인의 경우에는 이를 다시 제3자에게 양도할 수 있는 등 권리관계가 복잡하고 불명확해질 가능성도 적지 않으므로 퍼블리시티권의 일부양도를 인정하더라도 그 권리의 세분화에 있어서는 적정한 한계를 정할 필요가 있다고 판단된다.

세분화하여 양도하는 것이 허용되는 범위는 당해 인격요소(성명·초상 등)의 성질, 세분화된 권리의 이용양태, 세분화된 합리성 유무, 독립하여 취급할 사회적 필요성의 유무 및 그 정도, 실행관행의 유무, 다른 수단의 유무, 그로 인한 불명확 등의 불이익 유무 및 그 정도 등 제반사정을 고려해 결정하여야 할 것이다.[117]

다. 등록 및 대항요건

퍼블리시티권은 무체재산권이므로 그 형상이 눈에 보이지 않기 때문에 권리 양도시 권리 귀속 주체를 둘러싸고 분쟁 가능성이 높다. 퍼블리시티권의 양도계약 역시 의사의 합치로 이뤄지는 낙성계약의 형태가 될 것이기 때문에 더욱 분쟁의 가능성은 높다. 뿐만 아니라 타인의 초상이나 성명 등의 개성을 상업적으로 이용하고자 하는 입장에서도 퍼블리시티권이 이미 본인으로부터 양도되었다면, 그 권리의 귀속주체를 찾아내기까지 많은 시간과 비용이 필요할 것이다. 양도가 두 번 이상 이뤄진다면 그러한 문제는 더욱 심각하게 된다.

이러한 문제는 저작권에 있어서도 마찬가지이다. 그런 점에서 퍼블리시티권의 양도와 관련해서도 저작권의 경우와 같이 퍼블리시티권의 등록제도를 인정하여야 할 필요성이 제기된다. 즉 보통의 경우에는 퍼블리시티권의 주체는 성명, 초상의 본인이겠지만 이것이 양도되는 경우에는 양수인의 명의로 등록을 하여야 다른 사람들에게 대항할 수 있다고 하는 것이다. 이렇듯 그 등록을 대항요건으로 정하게 되면 등록의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 가지는 제3자를 보호 할 수 있을 것이다. 등록제도를 도입하면 2중 양도의 경우도 해결될 수 있고, 이용하려는 사람들도 권리자를 찾는데 비용과 시간을 절약할 수 있을 것이다.[118]

제2절 퍼블리시티권의 상속성

미국에 있어 1970년대 이후 재산권으로서의 퍼블리시티권이 인지되면서 이미 고인이 된 유명인들의 퍼블리시티권에 대한 사후문제가 제기되기 시작했다. 특히 대중적 인기인의 경우 사후에 오히려 생전보다 인기를 높아지거나 지속되는 경우가 나타나 더 많은 퍼블리시티권에 관한 쟁점들을 유발시켰다.

재산권으로서 퍼블리시티권의 양도성에 대해서는 특별한 논란 없던 미국에서도 퍼블리시티권이 상속될 수 있는가에 관해서는 많은 논란이 제기 되어 왔다.

미국 법원의 판례는 퍼블리시티권의 상속성을 부정하던 과거의 경향에서 생존사용(Lifetime Exploitation)을 전제로 상속성을 인정하는 절충안을 거쳐, 이제는 무조건 상

117) 오승종・이해완, 전게서, 297면
118) 오세용, 전게논문, 115-117면

속성을 인정하고 있는 듯하다. 그러나 퍼블리시티권의 상속과 관련한 많은 쟁점 중 사후 존속기간과 관련해서는 다양한 주장이 제기되고 있으며, 실제로 제정된 법률들이 인정하는 존속기간도 매우 다양하게 나타나고 있다.

이하에서는 상속에 관한 학설과 외국사례, 상속의 제한 등에 관해서 살펴보고자 한다.

1. 상속성 긍정설

유명인이 사망하더라도 그의 퍼블리시티권은 상속인들에게 상속된다고 하는 견해이다. 퍼블리시티권을 재산권으로 파악하는 경우 인격권과는 달리 주체의 사망으로 인하여 소멸되어야 할 이유가 없으며, 퍼블리시티권을 긍정한 우리 판례들 중 일부는 상속성을 긍정하고 있다.[119]

인격권의 성질을 가지고 있는 프라이버시권은 일신전속적 이기 때문에 권리 주체의 사망으로 권리 또한 소멸한다고 하지만, 퍼블리시티권은 재산권이므로 본인의 사망으로 소멸하지 않고, 상속인에게 상속된다고 보는 것이 타당하다. 퍼블리시티권은 그 성질이 저작권 또는 상표권과 유사한 권리라고 할 수 있는데, 저작권이나 상표권 역시 상속성이 인정되므로 법리의 균형상 인정되는 것이 합당하다.

그리고 퍼블리시티권의 상속성을 인정하지 않게 되면 권리자의 사후에 그의 성명, 초상 등 개성은 사회 공중의 영역으로 돌아가 모든 이가 사용할 수 있게 되어 생전에 그로부터 사용승낙을 받고 사용하고 있던 자의 이득을 보호할 수 없게 된다.

퍼블리시티권의 상속을 인정하는 것은 그 권리자가 사후에 그와 같은 권리를 자신의 상속인을 위하여 남겨둘 수 있다는 기대감에 부응하게 되고, 사후 일정기간 동안 사망자의 명예를 잘 보호할 수 있는 것이 바로 상속인이라 할 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 사망으로 인해 퍼블리시티권이 그의 상속인에게 상속된다고 보는 것이 타당하다.

퍼블리시티권보다 인격적인 요소가 적은 저작권이나 상표권도 사후 50년 보호규정을 가지고 있음에도 불구하고, 퍼블리시티권은 사망 후 소멸되어 아무나 자유로이 사용할 수 있게 한다는 것은 법리 균형에 맞지 않다[120]는 것을 논거로 하고 있다.

---

119) 서울동부지법 2006.12.21. 2006가합6780 판결
120) 박재영, 전게논문, 42면

2. 상속성 부정설

상속성 부정설은 퍼블리시티권은 유명인의 사망으로 소멸되기 때문에 결과적으로 권리자의 성명·초상 등의 상업적인 이용은 공중의 영역으로 돌아가게 되어 누구나 자유로이 사용할 수 있다는 입장이다.

상속성에 관한 최근 '이성헌 의원 등의 저작권법 개정안'이나 그 이전의 '박찬숙 의원 등의 저작권법 개정안'은 모두 이를 부정하고 있다. 마찬가지로 초기의 대표적 퍼블리시티권 관련판결인 '제임스딘 사건' 판결에서도 법원은 이를 부정하였다. 그 논거로 일신전속적인 것이라는 점, 상속을 인정하지 않더라도 유족은 명예훼손 행위가 있는 경우 사자의 명예훼손(형법 제308조) 등으로 이를 규제할 수 있는 점 등을 들고 있다.

그리고 퍼블리시티권의 재산권성을 인정하더라도 퍼블리시티권은 프라이버시권과 함께 본인의 인격으로부터 파생하는 권리로서 본인과 불가분의 일체를 이루는 것이므로 통상의 재산권과는 달리 본인의 사망으로 소멸한다고 보아야 하며, 연금청구권 역시 재산권이지만 상속되지 않는 권리인 것과 같은 원리라 한다. 또 다른 논리로는 퍼블리시티권의 상속성을 인정하여 사람들이 유족을 위해서라도 더 열심히 노력함으로서 얻게 되는 이익보다 저명한 망인의 성명과 초상을 자유로이 이용함으로서 얻는 공공의 이익이 더 중요하며, 퍼블리시티권의 상속을 인정할 경우 그 존속기간을 어떻게 정할 것인지가 문제되고 퍼블리시티권이 영원히 존속된다면 사후 수백 년이 지난 후에도 그 후손이 조상의 퍼블리시티권의 침해를 이유로 그 사용을 금지시키거나 손해배상을 구할 수 있게 되는 결과가 되어 명백히 부당하다는 점을 들고 있다.[121] 우리 하급심 판례도 상속성을 부인하고 있는 것으로 보인다.[122]

3. 외국사례

가. 미국

퍼블리시티권이 상속될 수 있는지에 대하여는 각 주 마다 견해를 달리하고 있으며

121) 한위수, 전게논문, 115-116면;정희섭, 전게논문, 76-77면
122) 서울지법 서부지원 1997. 8. 29. 선고94가합13831 판결

상속성을 인정한다고 하더라도 그 인정기간 역시 각 주마다 달라 현재 퍼블리시티권의 상속문제는 준거법이 어느 주법인가에 따라 결론이 크게 달라질 수 있다.

상속성을 인정하고 있는 주로는 워싱턴, 플로리다, 캘리포니아, 켄터키, 인디애나, 오클라호마, 네바다, 테네시, 버지니아, 텍사스, 조지아, 네브라스카, 코네티컷, 뉴저지, 유타 등을 들 수 있다. 이중 워싱턴, 플로리다, 캘리포니아, 네브라스카, 인디애나, 켄터키, 테니시, 오클라호마, 버지니아 주에서는 명문으로 상속성을 인정하고 있는 반면 뉴욕, 오하이오, 매사추세츠, 애리조나, 일리노이, 위스콘신, 로드아일랜드주에서는 명문으로 퍼블리시티권의 사후존속을 인정하지 않고 있다.[123]

(1) Price 판결-Laurel과 Hardy사건[124]

코메디언 Laurel과 Hardy의 미망인들이 사자의 성명과 초상을 사용한 Hal Roach Studios를 상대로 퍼블리시티권의 침해를 이유로 소를 제기하였는데, 법원은 퍼블리시티권의 상속성 인정을 전제로 원고들의 청구를 인용하였다.

(2) Prirone 판결-베이브 루스 사건[125]

야구선수인 베이브 루스의 딸들인 Dorothy Ruth Prione과 Julia Ruth Stevens는 베이브 루스 사후에 'Babe Ruth'라는 단어로 이루어진 상표를 등록하여 카드, 편지지, 봉투와 같은 종이 제품에 배타적인 권리를 가지고 있었다. 그러나 피고 MacMillan, Inc.이 달력에 베이브 루스의 사진을 사용하자, 원고는 상표권 침해, 부정경쟁, 퍼블리시티권 침해 등을 이유로 소를 제기하였다.

법원은 원고들의 상표권은 'Babe Ruth'라는 단어에 제한되어 있지 사진들에까지 그 효력이 미치는 것은 아니고, 2차적 의미 내지 식별력은 취득하지도 못하였으며, 피고의 달력에 성명 및 초상 사용이 유명한 야구선수로서의 의미로 사용하였기 때문에 피고의 사용이 상표권 침해가 되지 않는다고 보았다. 또한 달력 중에 베이브 루스의 사진은 극히 일부 사용되었기 때문에, 출처혼동의 가능성도 거의 없다고 보아 부정 경쟁이라는 주장도 배척하였다. 한편 원고들은 뉴욕 주 민법(New York Civil Right Law) 상의 프라이버시 구제를 구하면서 Common Law상의 퍼블리시티권을 주장하였지만, 이 주장에 대하여도 뉴욕주법 하에서 프라이버시권은 생존 중인 자에만 인정된다고 하여

123) 오세용, 전게논문, 121-122면
124) Price v. Hal Roach Studios, Inc., 400 F. Supp. 836 (S.D.N.Y. 1975)
125) Prione v. MacMillan, Inc., 894 F 2d 579(2d Cir. 1990)

받아들여지지 않았다. 게다가 Common Law상의 퍼블리시티권의 상속성 주장 역시 받아들여지지 않았다.

(3) Marx Brothers판결[126]

막스 형제의 퍼블리시티권과 관련된 사건에서 1심 법원은 권리 침해 발생지라고 주장된 뉴욕주법에 따라 퍼블리시티권의 상속성이 인정되었으나, 제2순회 법원은 막스 형제의 사망 당시 거주지인 캘리포니아 주법이 적용되어야 한다고 하면서 루고시 판결을 인용하였고 이 사건의 사실관계에서 '생존 중 행사요건'을 충족시키지 못하였다는 이유로 상속성을 부인하였다.

(4) Memphis Development Foundation 판결-엘비스 프레슬리 사건(Ⅰ)[127]

원고인 Factors Etc., Inc.는 엘비스 프레슬리의 상속재산의 배타적 이용허락자였는데, 피고가 25달러 기부에 대한 대가로 엘비스의 복제 밀랍상을 만들어 팔자 이를 금지하는 소를 제기하였다. 1심에서는 사전적 금지를 인용하였지만, 제6순회 법원은 퍼블리시티권은 상속되지 않으며 사망 후 이 권리는 일반 공중의 영역으로 돌아간다고 판시하여 1심 판결을 파기하였다.

(5) Pro Arts, Inc. 판결-엘비스 프레스리 사건(Ⅱ)[128]

유명가수인 엘비스 프레스리가 사망한 후, 피고 Pro Arts가 그의 사진을 확대하여 'In Memory, 1935-1977'이라는 문구를 삽입하여 포스터를 제작, 판매한 것이 문제가 된 사안으로 미국 연방 제2순회법원은 원고 Factors Etc., Inc.의 금지청구를 받아들여 엘비스 프레슬리의 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.

그러나 피고가 1심 판결에 불복 제2순회법원에 항소하였다. 제2순회법원은 '이 사건은 테네시 법이 적용되어야 하고 Memphis사건에서의 제6순회법원의 판결이 잘못되었다는 점이 입증되지 않는 이상 위 판결을 존중하여야 한다.'는 입장에 따라 기존의 태도를 바꾸어 금지청구를 부인하였다. 하지만 Mansfield판사는 위 제6순회법원의 판결은 테네시 지역법으로부터 나온 것이 아니고 상속성 관련 거의 모든 다른 판례들과 배

126) Groucho Marx Production, Inc. v. Day and Night Co., Inc., 689 F 2d 317(2d Cir. 1982) rev'g 523F. Supp. 4851(S.D.N.Y. 1981)
127) Memphis Development Foundation v. Factors Etc., Inc., 616 F.2d 956(6th Cir. 1980)
128) Factors Etc. Inc. v. Pro Arts., Inc., 529F. 2d 2115 (2d Cir 1978);496 F. Supp. 1090(S.D.N.Y. 1980)

치된다는 이유로 반대의견을 피력하였다.

이에 원고는 다시 1981년 테네시 주 형평법원 판결을 예로 들면서 상속성 인정을 주장하였는데, 제2순회법원은 테네시 주 형평법원의 연속된 다음 판결이 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있지 않다고 하면서 원고의 주장을 배척하였다.

나. 독일

독일은 미국처럼 퍼블리시티권과 동일한 권리를 인정하지 않고 있다. 그러나 독일에서도 성문의 규정을 통하여 초상이나 성명과 같은 개인의 정체성 보호에 관한 법률을 가지고 있으며, 초상과 성명이외의 다른 개인의 정체성 요소들에 대한 보호는 일반적 인격권이라는 개념으로 보호하고 있다. 일반적 인격권은 개인의 정체성 요소와 관련된 분쟁에 있어 성명권, 초상권의 특별규정이 적용될 수 없는 경우에만 적용된다고 할 수 있다.

독일에서 일반적 인격권의 양도성이 인정되고 있지 않는 것과 마찬가지로, 일반적 인격권의 상속성 역시 인정되지 않고 있다. 그래서 사망자는 위 권리를 상속재산의 일부로 상속할 수 없다. 하지만 이것은 어디까지나 원론적인 이야기이고 실제로는 예외적으로 사후 존속을 인정하고 있다. 독일의 통설과 판례는 사망자의 인격권을 긍정하고 있는데, 독일 기본법 제1조 제1항에 의하면 국가는 인간의 존엄과 가치를 보호해야 하는 의무를 가지고 있으며, 그 의무는 개인의 사망으로 종료되지 않고 생존시 창출한 가치와 작품이 존속하는 한 인격권이 존속한다는 하는 것이다. 이렇게 보호하려 하는 것을 사자(死者)의 이익(Interessen des Toten)이라고 부른다.

조형예술 및 사진저작물의 저작권에 관한 법률(KUG) 제22조는 사망자의 초상에 대해 친족에 의한 제한적인 보호를 인정하고 있는데, 사후 10년간 친족의 동의를 필요로 한다. 이 기간 동안 친족은 이용허락 대가를 받거나 금전배상을 받을 수 있으며, 사망자의 초상을 가지고 상업적으로 이용할 수도 있다. 이 권리가 상속된다고 할 수는 없지만 사실상 사후존속의 효과는 유지되는 셈이고, 동법하에서 사망자의 부인과 자녀들만이 이러한 권리를 행사할 수 있을 뿐이다. 살아있는 부인과 자녀가 없는 경우에는 사망자의 부모가 이 권리를 행사할 수 있게 된다.

4. 상속성 관련 제반 문제

퍼블리시티권의 상속성을 인정할 것이냐, 이를 부정할 것이냐는 결국 퍼블리시티권을 사후에 상속인이나 양수인이 독점적으로 이용하는 것을 인정할 것이냐 아니면 공중의 영역으로 놓아 모든 이들이 자유로이 망인의 개성을 상업적으로 이용할 수 있도록 할 것이냐 하는 문제라 할 수 있다. 상속인이나 양수인의 이익과 일반 공중의 이익사이의 형량 문제라 할 수 있을 것이다.

이 문제를 검토함에 있어서는 퍼블리시티권이 재산권인가, 인격권인가 하는 법적 성격의 문제가 우선 고려되어야 할 것이고 퍼블리시티권이 근래 대중매체의 발달로 생성된 권리인 만큼 아직 입법이 되지 않았기 때문에, 법리상의 어떤 권리와 유사한지 문제 또한 보아야 한다.

퍼블리시티권의 상속 인정은 개인이 생존 중에 행한 많은 노력으로 얻은 명성에 대한 대가이며 이는 자신의 이미지를 은행에 저축하는 것과 같다고 보아야 할 것이다. 사자와 전혀 관련이 없는 사람이 사자가 생존 중 자신의 노력으로 쌓아올린 명성에 기하여 이득을 얻는 것은 명백히 부당하다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 퍼블리시티권의 상속성을 인정하지 않으면 그 권리의 가치에도 좋지 않은 영향을 끼치게 된다. 상속성을 인정함으로서 저명인의 생존 중 권리의 가치를 강화시킬 수도 있게 된다면, 이는 퍼블리시티권의 인정취지에도 부합하는 결과가 될 것이다. 우리나라 대법원 판례[129] 중 피카소의 서명과 동일한 상표를 무단 등록한 사안에서 피카소의 유족들이 제기한 상표등록 무효심판청구를 인용한 사례가 있는데, 이 판결의 취지는 저명한 개인의 서명에 대한 이익이 사후에도 존속 가능함을 전제로 하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

가. 요건

일부 판결[130]은 유명인 자신이 퍼블리시티권을 실제 행사하고 있는 경우나, 생전에 이를 행사함으로써 그 권리가 구체화되었다가 그 유명인이 사망하는 경우에 상속이 이루어진다고 판단하고 있으며, 이를 찬성하고 있는 입장도 있다.

미국의 경우 대표적으로 캘리포니아 주에서 퍼블리시티권의 상속을 인정하는 요건

129) 대법원 2000. 4. 21. 선고97후860등 판결
130) 서울지방법원 1997. 11. 21. 선고 97가합5560 판결.

으로 생전에 권리행사를 전제로 하였지만, 나중의 성문입법은 이런 태도와 반대되는 입장을 명시적으로 취하고 있음은 이미 설명하였다. 재산권의 상속성을 인정함에 있어 상속인이나, 망인의 생전 권리 주장 유무를 기준으로 인정 여부를 결정하는 것은 크게 문제가 되지 않는다고 본다.

나. 존속기간

퍼블리시티권에 관한 상속이 인정되는 것을 전제하더라도 여전히 논란의 쟁점은 그 존속기간에 관한 것이다. 우선 퍼블리시티권을 인격권적인 것으로 파악하는 입장에서는 인격의 주체가 사망으로 소멸하는 경우, 당연히 퍼블리시티권도 더 이상 존속할 수 없다는 결론으로 귀결될 것이다. 반면 퍼블리시티권을 독립한 재산권으로 파악하는 입장에서는 아직 통일된 입장 없이 다양한 의견이 대립하고 있다.

이에 관하여 저작권법 규정을 유추하여 사후50년설을 주장하는 입장과 이에 수긍하는 판례[131]가 있다. 사후20년설은 민법 제162조를 근거로 하지만, 이는 퍼블리시티권을 여전히 인격권에 국한하여 파악하는 입장에서 파생된 결론에 불과하며 심지어 민법의 논의에서도 지적재산권은 소멸시효규정의 적용을 받지 않음이 통설[132]임을 충분히 고려하지 않은 것이다.

다. 범위

퍼블리시티권의 보호객체에는 성명·초상 등 생래(生來)적인 징표뿐만 아니라 그와 무관한 잠정적이고 인위적 이미지가 포함될 수 있다.

특정 성명이나 초상 등에 퍼블리시티권이 인정되는 경우 그 성명이나 초상의 일부분에도 퍼블리시티권의 효력이 미친다. 침해가 문제되었을 때 문제되는 일부분에 의하더라도 일반 공중이 해당 주체를 연상할 수 있었다면 침해가 긍정될 수 있을 것이다.[133] 기존의 판례[134] 중에는 반대취지의 판례가 있으나, 성명권 및 퍼블리시티권의 객체에 관하여 “성명권은 일반의 상표권과 달리 그 전체로서 대상을 특정 하는 기능

131) 서울동부지방법원 2006.12.21.선고 2006가합6780 판결.
132) 곽윤직 대표편저, 「민법주해」 Ⅲ, 박영사, 1992.
133) 한위수, 전게논문, 111면
134) 서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결.

이 있다고 할 것이고, 이를 분리하여 관찰한다거나 그 분리된 각 부분이 성명권 또는 퍼블리시티권의 보호객체가 된다고 보기는 어렵다"고 하면서 "성명권은 그룹명 전체인 '가비엔제이'가 그 객체가 될 뿐이어서, 그룹명의 일부분으로 피고들 그룹명인 '가비퀸즈'에 포함된 문구 '가비'는 성명권 또는 퍼블리시티권의 보호객체가 아니다."라고 판단하고 있는 것이 있다.

성명·초상이 아니라 배우 실연의 경우 한국 저작권법이 실연을 그대로 복제하거나 방송하는 행위는 실연자의 저작인접권으로 이미 금지하고 있으므로 미국에서의 퍼블리시티권 논의와 다르게 한국에서는 주로 성명·초상에 관한 퍼블리시티권이 문제될 뿐(이른바 '부산물' 모델), 실연(이른바 '저작권' 모델) 등에 있어는 퍼블리시티권의 보호가 실익이 없다는 반대의견도 있다. 그러나 실연에 있어서 이를 그대로 복제하지 아니하고 실질적으로 유사한 범위에서 활용한 경우 여전히 퍼블리시티권 침해를 논할 필요성이 있고 저작권법에서 보장하는 표현의 독점과 관련된 실연자의 복제권 판단은 퍼블리시티권에서 보장하는 징표의 독점에 관한 판단과 서로 다른 차원의 문제이므로, 결국 실연자의 복제권 등에 관한 우리 저작권법의 기존 규정을 적용하기 보다는 퍼블리시티권의 적용을 긍정하는 것이 논리적일 것이다.

라. 제한

퍼블리시티권의 명시적 도입을 지지하면서도 판례가 인정하는 속도와 범위에 관하여 표현의 자유 보장에 비추어 지나칠 수 있다는 우려를 표명하기도 하는 입장이 있다.[135] 나아가 앞으로 입법을 통하여 한국에서 퍼블리시티권을 보호하게 될 경우 결과적으로 세계적으로 가장 저명한 배우--주로 외국 유명배우--의 퍼블리시티권만 과도하게 보호되는 결과가 초래되지 않을지 우려가 존재한다. 실제 한국의 퍼블리시티권 판례에서 중요한 위치를 차지하는 '제인스 딘' 사건이 좋은 예이다. 그러므로 입법에 있어 퍼블리시티권을 반대당사자의 이익, 대표적으로 표현의 자유를 지나치게 제약하지 않는 범위내로 일정하게 제약할 수 있도록 제한사유를 입법화하는 것을 고려해볼 필요가 있다. 표현의 자유를 포함하여 더 넓게는 공정사용(fair use)에 의한 제한이 가능하다는 점은 퍼블리시티권에 있어서도 다른 지적재산권과 마찬가지이다.

표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제약을 긍정할 때, 소송기술적으로 이를 어떻

135) 남형두, 전게논문, 360면

게 취급할 것인지는 다소 논란이 있을 수 있다. '박찬호 브로마이드 사건'[136]에서는 브로마이드와 달리 박찬호를 언급한 책의 경우 퍼블리시티권 침해요건인 상업적 사용이 아니라고 보아 침해가 아니라고 판단한 듯하다. 여기서 상표에 있어 비교 광고에 의한 공정사용에서와 마찬가지로 퍼블리시티에 있어 가령 인물소설에서 활용하는 것은 표현의 자유보장에 비추어 공정사용으로 허용할 수 있음을 확인한 것은 타당한 취지이다. 그러나 판결과 같이 아예 상업적 사용이 아니라고 본 것은 비록 침해가 아니라는 결론에서는 타당할지 몰라도 그 논리구성에 문제로 보인다. 위 판결의 사안에서 도서는 상업적 사용으로 퍼블리시티권을 침해하지만 공정사용의 항변이 성립한다고 정리하는 것이 더 논리적이었다고 본다.

136) 서울고법 1998. 9. 29.자 98라35 결정

제5장 퍼블리시티권의 침해에 대한 구제

제도가 현실적으로 규범력을 갖기 위해서는 제도의 위반에 대한 구제수단이 강구되어야 한다. 퍼블리시티권의 침해에 대해서도 이를 배제하고 침해로 입은 손해를 보전받을 수 있는 수단이 있어야 한다. 아래에서는 현행법상 인정되는 퍼블리시티권 침해에 대한 구제수단에 대해서 알아보고자 한다.

제1절 침해금지 및 예방청구권

개인의 초상, 성명 등 인격권의 침해는 사후 구제가 사실상 불가능하므로 사전에 이를 억제하고 일단 시작된 침해에 대해서는 이를 신속히 정지 또는 제거하는 것이 가장 실효적이라 할 것이다.

인격권은 성질상 배타성을 가지는 것으로 명문의 규정은 없으나, 금지청구가 인정돼 왔다. 하지만 퍼블리시티권은 재산권에 불과하기 때문에 금지청구권 행사가 가능한지 문제가 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 서울지법은 P&G 대 '비달사순아카데미' 학원 사건에서 P&G가 청구한 침해금지 청구권을 받아들인바 있다.

허락 없이 성명·초상 등이 광고에 이용될 경우 인격권 침해와 퍼블리시티권 침해를 동시에 주장할 것이 예상됨으로, 금지청구를 인용함에 문제는 없을 것으로 판단된다.

저작권법은 침해금지 및 예방청구권, 침해물건 폐기청구권 등을 인정하고, 상표법에서는 침해금지 및 예방청구권, 침해물건폐기 및 설비제거 청구권 등을 규정하고 있다. 따라서 퍼블리시티권을 지적재산권과 유사권리로 이해하는 경우에도, 퍼블리시티권에 의한 금지청구는 당연히 인정된다.

퍼블리시티권에 의한 금지청구는 명예훼손과 달리 사실 공개를 금지하는 것이 아니라, 청구인의 초상·성명 등이 포함된 특정 광고만을 금지하는 것이기 때문에 명예훼손에 의한 인격권 침해와 달리 사후구제가 불가능한 것이 아니므로 이들 권리에 비해 요건을 더 엄격히 할 필요도 있다고 보인다. 따라서 금지청구의 인정여부는 허락 없이 초상·성명이 상업적으로 이용됨으로 인해 입은 본인의 불이익과 그로 인해 제3자나 공공이 얻은 이익 또는 금지로 인해 침해자가 받는 불이익 정도를 비교형량하여 결정되어야 할 것이고, 이는 초상·성명 등의 무단 이용 태양, 다른 구제수단의 적절 여부, 기타 구체적 사정을 참작 판단하여야 할 것이다.

제2절 손해배상청구권

퍼블리시티권의 침해는 민법상 불법행위에 해당함으로 피해자는 민법 제750조에 의해 침해자에게 손해배상을 청구할 수 있다. 손해배상을 청구하기 위해서는 침해자의 고의·과실, 위법성, 손해발생, 권리침해와 손해발생 사이의 인과관계 등 4가지 요건을 갖춰야 하며, 이들은 모두 권리침해를 주장하는 자가 입증해야 한다.

한편 초상권의 이중적 성격을 부인하고 인격권적 권리로만 이해하는 경우 민법 제750조의 적용은 불가능하며, 재산이외의 손해의 배상을 인정한 민법 제751조에 의존할 수 있을 뿐이며 이에 따라 위자료를 청구할 수 있다.[137]

그러나 초상권자 보호측면에서 살펴보면 재산권인 퍼블리시티권과 인격권인 프라이버시권을 모두 인정해야 할 것이다. 초상권자 본인은 적극적으로 자신을 공표할 수 있는 퍼블리시티권 침해에 따른 재산권 손실이 발생하면 이에 손해배상을 청구할 수 있을 것이고, 이와 별도로 본인이 원치 않은 광고에 이용될 경우 자신의 초상 등 이용결정권을 침해당한데 대한 정신적 고통이 있을 수 있기에 위자료 청구가 가능할 것이다. 자신의 초상 등을 광고에 사용하도록 허락한 경우에도 사용자가 허락의 범위를 넘어 명예를 훼손하는 방법으로 사용한때에는 정신적 고통에 대한 위자료를 청구할 수 있을 것이다. 특히 본인이 제3자와 전속 계약을 체결한 경우 동종업종에서 자신의 퍼블리시티권을 침해한 광고의 경우 이로 인해 이중으로 광고에 출현했다는 인상을 주어 본인의 명성이 훼손될지 모른데 따른 정신적 고통이 있음으로 이러한 침해에 대해서도 위자료를 청구할 수 있을 것이다.

일반인의 경우 재산상 손해의 산정이 어렵기 때문에 정신적 손해에 대한 위자료 청구를 통해 구제를 받는 것이 일반적이라 판단된다.

제3절 부당이득반환청구권

퍼블리시티권 침해는 법률상 원인 없이 타인의 초상 등을 이용하여 이익을 얻고 당사자에게 손해를 입히는 것이므로 민법 제741조 의한 초상 등의 이용가치 상당액의 부당이득반환을 청구할 수 있을 것이다.

---

137) 정상기, 전게논문, 374면

소멸시효기간을 볼 때 손해배상청구권은 당사자가 침해와 침해자를 안 날로부터 3년 또는 불법행위가 있는 날로부터 10년(민법 제766조)임에 비해 부당이득반환청구권은 10년으로 장기이고, 침해자가 악의인 경우 그 이익에 이자를 붙여 반환하도록 되어 있는 점(민법 제748조 2항)에서 부당이득반환청구권 인정 시 원고에게 유리한 측면이 있다.

제4절 명예훼손조치 청구권[138]

민법 제764조는 '타인의 명예를 훼손한 자에 대하여 법원은 피해자의 청구에 의한 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다.' 고 규정하고 있다. 과연 퍼블리시티권을 침해한 자에 대해서도 위 조문을 유추하여 침해회복에 적당한 처분을 할 수 있는가가 문제이다.

이에 대해 명예회복조치가 가능하다는 측은, 논거로 퍼블리시티권의 인격권성을 무시할 수 없고, 그 침해는 침해양태나 손해의 성질에 있어 명예침해와 유사성을 가져 민법 제764조를 유추적용 원상회복에 필요한 처분을 명할 수 있다고 한다.

한편 퍼블리시티권이 지적재산권임을 이유로 저작권법, 부정경쟁방지법, 상표법 등을 유추 적용 명예 또는 신용회복을 위해 필요한 조치를 구할 수 있다는 견해도 있다.

이에 반해 명예회복조치 청구가 불가능하다는 측은 법체계상 불법행위에 대한 구제수단은 손해배상을 원칙으로 하고 있으며, 원상회복은 예외로 인정하고 있고, 민법 제764조가 원상회복처분을 명예훼손의 경우에 한정하고 있음에 비추어 이를 퍼블리시티권 침해에 유추 적용하는 것은 불가능하다고 한다.

그러나 연구자가 판단컨대 명예회복조치 청구도 가능하다고 생각된다. 조악한 상품의 광고나 사기성 광고에 본인 허락 없이 초상이 무단으로 이용된 경우와 광고모델을 비하하는 광고 등의 경우는 본인의 명예가 훼손되었음을 부정할 수 없다. 따라서 퍼블리시티권 침해의 경우에도 명예 훼손적 침해 경우에는 이를 적극적으로 청구할 수 있도록 함으로서 본인의 명예를 보호해야할 것이며, 이는 본인의 상업적 가치를 보호하는 중요한 방법인 것이다. 과거 명예회복조치로 많이 이용되던 사죄광고는 헌법재판소의 결정에 따라 위헌으로 확정되었다. 따라서 현재는 법적으로 이를 청구할 수 없으며, 그 대안으로 침해자 비용으로 판결문의 게재를 청구하는 방법이 가능하다고 생각된다.

---

138) 정지윤, 전게논문, 102면

제6장 결론

최근 한류가 동남아를 넘어 세계 각국으로 확산되면서 퍼블리시티권, 즉 개인의 초상·성명·음성 등의 상업적 이용에 관한 권리를 어떻게 볼 것인가 하는 문제는 시급히 정리되어야 하는 문제 중 하나로 대두되고 있으며, 최근 퍼블리시티권에 관한 소송이 증가하면서 점차 그 관심이 고조되고 있다.

이에 본 논문은 미국에서 인정되고 있는 퍼블리시티권이라는 새로운 권리가 우리나라에서 인정될 수 있는지, 인정된다면 근거는 무엇이고 어떠한 실익이 있으며, 권리를 인정함에 있어 주의해야할 문제는 무엇인지 살펴보았다.

'퍼블리시티권(Right of Publicity)'이란, 초상(肖像), 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지를 포함한 대상물을 광고 혹은 상품판매 등 널리 상업적으로 사용할 수 있는 권리를 말한다.

퍼블리시티권의 법적 성질은 첫째, 퍼블리시티권을 보호하는 것이 일반대중에게 널리 알려진 인물의 초상이나 성명 등을 허락 없이 사용함으로서 일반대중의 혼동을 방지하고, 둘째, 퍼블리시티권의 무단이용을 금지함으로서 수요자를 보호할 뿐만 아니라 유명인들로 하여금 더욱 사회적으로 유익한 활동을 하도록 유인하는 경제적 동기를 제공하고, 셋째, 유명인들의 많은 시간, 금원, 노력 등이 투입되어 만들어진 고객흡입력이 무단 도용됨으로서 부당이득을 취하는 것을 방지하고, 마지막으로 고객흡인력의 상업적·경제적 가치 희석화를 막고자 하는 것을 가지고 있다.

다음으로 퍼블리시티권의 보호주체는 유명인에 한정되는 것이 아니라 비유명인은 물론 모든 사람의 고유한 권리이기 때문에, 어떤 특정한 개인에게 한정되는 것이 아니다. 퍼블리시티권이 자기동일성에 결부된 선전가치라는 점을 인정한다면 인간이 가지는 고유한 권리인 인격권과 같은 것으로 이해해야 한다. 그래서 퍼블리시티권은 유명에 상관없이 자연인이라면 당연한 권리의 주체가 되어야 하며, 재산권으로서 퍼블리시티권은 양도·상속에 있어 다른 유체재산권처럼 다뤄져야 할 것이다.

예외적으로 고인의 경우 사망한 본인이 아니라 권리의 주체는 상속인이 되며, 퍼블리시티권자로부터 양수받은 법인 등의 단체는 재양도가 가능하므로 권리의 주체가 될 수 있다. 그러나 동물이나 물건 자체는 퍼블리시티권의 주체가 될 수 없으며, 이전의 주체 또한 될 수 없다.

우리 법원은 퍼블리시티권을 프라이버시에 속하는 사항으로 재산권성을 인정하고

있다. 퍼블리시티권이 사람의 자기 동일성을 상징하는 성명·초상·음성 등 외적인격에 내재하는 인격재산권이라는 점에서 인적속성과 결부되지 않은 동물이나 물건에까지 권리를 확대 적용하는 것은 바람직하지 못하다고 생각한다. 그러므로 퍼블리시티권의 보호객체, 즉 이전의 대상이 되는 요소는 인물에 특정 하는 것으로 한정된다고 할 수 있다.

퍼블리시티권의 양도의 문제는, 자기동일성에 대한 권리의 기본구조에 관한 문제로, 재산권으로 인식하는데 중요한 근거를 제공하며, 재산적 가치를 가진 성명·초상 등에 관한 권리가 보장될 수 있느냐 없느냐에 문제로 귀결된다. 따라서 사람의 자기 동일성에 경제적 가치를 인정하는 한 재산권으로서 자유로이 양도가 가능해야 한다.

퍼블리시티권의 상속에 있어서도 인격재산권으로서 당연히 상속되어야 한다. 다만 퍼블리시티권의 사후존속에 관해서는 사유재산적인 성격만이 아니라 공익을 위한 면에서 사회적·법제적 합의를 필요로 하겠지만 그 기간은 한정되어야 한다.

퍼블리시티권은 미국에서 1953년 Haelin의 판결에서 논의가 시작되었으며, 현재는 30개주에서 성문 규정으로 이를 인정하고 있다. 일본의 경우는 우리나라와 마찬가지로 성문의 규정을 가지고 있지는 않지만, 법원의 판례를 통해 실무적으로 권리 존재를 인정하고 있다.

퍼블리시티권이 성문 규정으로 인정되지 않은 가운데 권리성을 인정하고, 양도 가능한 하나의 재산권으로 본 우리나라 법원의 판례는 획기적이라 할 수 있다. 그러나 공표권, 성명·초상이용권 등 퍼블리시티권이라는 용어 자체에 적지 않은 혼란을 주고 있는 것 또한 사실이다.

재판뿐만 아니라, 기존의 법률에서도 퍼블리시티권의 개념정의를 비롯한 요건과 효과 등에 명확한 기준을 제시하고 있지 않아 다양한 분야에서 혼란이 상태가 계속되고 있다. 이러한 혼란이 가중되고 있는 상황에서 판단에 기준이 될 수 있는 입법적 정비는 시급한 과제라 할 수 있을 것이다.

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

곽윤직 외, 「민법주해」Ⅲ, 박영사, 1992

권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2001.

김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2002.

송영식・이상정, 「지적재산권」, 세창출판사, 1999

송영식, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2008

양창수외 6인, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2008

오승종・이해완, 「저작권법」개정판, 박영사, 2001

윤경, 「저작권법」, 육법사, 2005,

정상조, 「지적재산권법」, 박영사, 2004

허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2001. 253면

2. 학위논문

김세권, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 전북대학교 대학원 박사학위논문, 2008

박재영, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1999

박귀영, “퍼블리시티권의 법적 보호에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 석사학위논문, 2003

박선일, “초상재산권을 중심으로 본 초상권에 관한 고찰”, 연세대학교 대학원 석사학위논문, 1998

오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원, 석사학위논문, 2005

유대종, “퍼블리시티권에 관한 고찰”, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 1999

윤기창, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 호서대학교 대학원 박사학위논문, 2009

임수현, “퍼블리시티권의 유효성과 그 한계에 관한 고찰”, 연세대학교 법무대학

원 석사학위논문, 2005

정은종, “광고관련 퍼블리시티권에 관한 고찰”, 경희대학교 대학원 석사학위논문, 2000

정지윤, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2003

정희섭, “퍼블리시티(Publicity)권리의 이전성에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2003

최은영, “판례 분석을 통한 퍼블리시티권의 입법 필요성 고찰”, 전북대학교 교육대학원 석사학위논문, 2008

3. 연구논문

구재군, “퍼블리시티권에 관한 연구 - 국회에서의 입법논의와 관련하여-”, 「외법논집」 제30집, 2008

권상로, “한류열풍과 유명 연예인 등의 퍼블리시티권에 관한 연구”, 「법학논총」 제15집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2008

권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 「법학논총」 제17집 제3호, 2010.

김재형, “인격권에 관한 판례의 동향”, 「민사법학」27권, 2005

김재형, “언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단”, 기념세미나 발표문-언론자유냐 사전예방이냐-, 한국언론법학회, 2005

김재형, ‘언론에 의한 인격권 침해에 대한 구제수단’, 「언론자유냐 사전예방이냐 : 제4회 철우언론법상 시상식 및 기념세미나 3-30」, 한국언론법학회, 2006

김태수, “인쇄광고의 초상권에 대한 일고찰”, 「출판학연구」 제41호, 한국출판협회, 1999.

남형두, “스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?”, 「스포츠와 법」 통권 제12호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2007

남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상)- 호사유피 인사유명의 현대작 변용”, 「저스티스」 제97호, 2007

남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(하)호사유피 인사유명”의 현대적 변용”, 「저스티스」 제98호, 한국법학원 , 2007

박성호, “실연자의 ‘예명’에 대한 법적 보호(上) - 성명표시권, 그리고 이른바 ‘퍼블리시티권’을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 「법조」통권 613호, 법무부, 2007

배병일, “초상권에 관한 연구”, 「재산법연구」 제9권 제1호, 한국재산법학회, 1992

엄동섭, “퍼블리시티권”, 「서강법학연구」 제6권, 2004

이건웅, “언론에 의한 인격권의 침해와 구제”, 「외국사법연구논집」 재판자료 제66집, 법원행정처, 1994

이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 「사법논집」 제39집, 2004

이호열, “퍼블리시티권에 관한 법적인 문제”, 「지적소유법연구」, 한국지적재산권학회, 1999

정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 「저스티스」제98호, 2007

정상기, “Publicity권에 관한 소고”, 「한국저작권논문선집Ⅱ」, 저작권심의조정위원회, 1995

정상기, “광고와 저작권법상의 제문제”, 「저작권」 봄, 저작권심의위원회, 1997

정재훈, “퍼블리시티의 제한”, 「창작과 권리」 제10호, 1998

정희섭, “퍼블리시티권(Publicity)권에 관한 고찰-개념과 법적 성격을 중심으로-”, 동아대대학원논문집, 25, 2000

최승재, “퍼블리시티권침해와손해배상의범위에대한연구”, 「스포츠와 법」 제1권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008

한위수, “퍼블리시티권의 민사적 구제”, 「인권과 정의」 10-11, 1999

한위수, “퍼블리서티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)”, 「인권과정의」 242호, 대한변호사협회, 1996

4. 판례

수원지법 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결

서울동부지법 2006.12.21. 2006가합6780 판결

서울서부지법 1997.8.29 선고94가합13831 판결

서울지법 1991. 7. 25. 선고 90가합76280판결

서울지법 1995. 6. 23. 선고 94카합9230판결

서울지법 1996. 4. 25. 선고 95가합60556 판결

서울지법 1996. 9. 6 선고 957}합72771 판결

서울지법 1997.11.21 선고 97가합5560판결

서울지법 1999. 4. 30. 선고 98가합79858 판결

서울지법 2000.7.14 선고99가합84901판결

서울지법 2000. 10. 18. 선고 99가합95970 판결

서울지법 2001. 10. 24 선고 2001나30680 판결

서울지법 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결

서울지법 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025판결

서울지법 2007. 12. 12. 선고 2007가합22441 판결

서울지법 2007. 12. 21. 선고 2007고합970 판결

서울지법 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결.

서울지법 2008. 12. 4.자 2008카합3599 결정

서울고법 1989. 1. 23. 선고 88나38770판결.

서울고법 1998. 3. 27. 선고 97나29686 판결

서울고법 1998. 9. 29.자 98라35 결정

서울고법 1998. 10. 13. 선고 97나43323 판결

서울고법 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결

서울고법 2002.4.16.선고 2000나42061 판결

서울고법 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결

서울고법 2009. 4. 15. 선고 2008나26416 판결

특허법원 1998.9.2 선고 98허171

대법원 1971.3.23. 선고 71후1 판결

대법원 1984.11.13. 선고 84다카722 판결

대법원 1988.6.14. 선고 87다카1450 판결
대법원 1989.8.8. 선고 88다카27249 판결
대법원 1990.1.12. 선고 88다카28518 판결
대법원 1991.6.11. 선고 90다20206 판결
대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614,40621 판결
대법원 1997. 3. 25. 선고 96후313판결
대법원 1997. 10. 24. 선고 96다17851 판결
대법원 2000. 8. 18. 선고 99허8714판결
대법원 2002. 8. 24. 2000다14545 상고취하
대법원 2003. 4. 25. 선고 2000다64359판결
대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다53865 판결
대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결
대법원 2007.12.13. 선고 2007다18959 판결

II 외국문헌

1. 외국논문

Felcher & Rubin, Privacy, Publicity and the Portrayal of Real People by the Media, 88 Yale L.J. n.78, 1979

Melville Nimmer & David Nimmer,「Nimmer on Copyright」, LexisNexis, 2006

Michael Madow, “Private Ownership of Public Image : Popular Culture and Publicity Rights”, 81 Cal.L. Rev. pp.136-137

Nimmer, “The Right of Publicity”, Law & Contemporary Problem 19, 1954

Steven J. Hoffman, Limitations on the Right of Publicity, 28 Bull Copyright Soc’y 111, 1980

Warren, Samuel D. and Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy”, Harvard Law Review Vol. 4, 1890

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

2. 외국판례

Carson v. Here’s Jonny Portable Toilets, Inc., 698 F. 2d 831 837 (6th Cir. 1983)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

University of Notre Dame Du Lac v. J.C. Gourmet Food Imports Co., Inc., 703 F.2d 1372, 10 Ed. Law Rep. 88, 217 U.S.P.Q. 505 (Fed. Cir. 1983).

Vanna White v. Samsung Electronic America, Inc., 971F. 2d 1395, 1396(9th Cir. 1992)

Waits v. Frito-Lay Inc., 978 F. 2d 1093(9th Cir. 1992)

BGHZ 1968.2.20. Ⅵ ZR 200/66

BHGZ 1986.10.14. Ⅵ ZR 10/86

OLG Hamburg, 1989. 5. 8., 3W 45/89

동경지재 소화51(1976). 6. 29.판결

동경지재 소화53(1978). 10.2.결정

동경지재 소화55(1980). 11. 10.판결

Ⅲ 기타문헌

동아일보, “목소리에도 권리있다”, 1995. 9. 28. 31면

박은경, “늘어나는 퍼블리시티권 소송-박지성 사진 전시하면 불법”, 「이코노미스트」 제902호, 중앙이코노미스트, 2007, 55면

박찬숙, “아직도 ‘퍼블리시티권’을 모르시나요? :도둑맞는 한류의 보호방안과 초상재산권 입법발의를 위한 선행연구”, 「국회 국정감사 정책보고서」, 대한민국 국회, 2006

서울대학교 기술과법센터, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 연구보고서, 특허청, 2009