

‘퍼블리시티권’ 인정에 대한 비판적 소고

김 현 경*

목 차

| | |
|------------------------|---------------------|
| I. 문제의 제기 | IV. ‘권리’의 인정 필요성 검토 |
| II. 판례의 태도 및 입법시도 | V. 결론 |
| III. 퍼블리시티권 관련 현행법의 적용 | |

I. 문제의 제기

‘퍼블리시티권’에 대하여 판례는 “사람이 자신의 성명이나 초상 등을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 의미하는 것¹⁾” 또는 “재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리²⁾”라고 칭하고 있으며, 학설은 “전통적으로 인격권으로서 성명, 초상 등을 보호하는 초상권 또는 프라이버시권과는 달리 자기동일성이 지니는 경제적 가치를 자유롭게 향유할 수 있는 상업적 권리³⁾”라고 정의하고 있다. 그러나 그 향유주체에 대하여 유명인에 한정되는지 아니면 일반인까지 포함되는지, 그러한 권리가 양도 및 상속가능한지, 또한 권리의 존속기간은 언제까지인지 등에 대하여는 여전히 논의가 진행 중이다. 이러한 논의가 전개됨에 앞서 무엇보다도 중요한 것은

* 이 연구는 서울과학기술대학교 교내연구비의 지원으로 수행되었습니다.

** 서울과학기술대학교 조교수, 법학박사, hkyungkim@seoultech.ac.kr

*** 투고일자 2015.8.20, 심사일자 2015.8.26, 게재확정일자 2015.9.16

1) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결.

2) 서울지방법원 1995. 8. 23. 선고 94카합9230 판결

3) 정진근, “퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한”, *계간저작권 통권81권*, 2008. 3, 93-94면.

'퍼블리시티권'이 법이 인정하는 '권리'에 해당될 수 있는가 하는 점이다.

우리나라의 경우 명확한 성문법적 근거가 없는 상태에서 하급심 판결을 중심으로 그 가부에 대한 논의가 혼란스럽게 논의되고 있다. 국회 역시 입법화를 시도한 바 있으나 결실을 맺고 있지는 못하고 있는 상태이다.⁴⁾ 이러한 상황에서 유사사안에 대한 소송결과와 다른 소송당사자들에게는 황당함과 억울함을 유발하면서 결국 사법에 대한 불신을 초래하게 된다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 고에서는 '퍼블리시티권'에 대한 판례의 태도와 현행법의 적용 한계를 분석하고 이를 근거로 '독자적 권리'로서의 인정필요성을 검토하고자 한다. '독자적 권리'로 인정되어야 한다면 입법론적 논의가 우선되어야 할 것이며, 그렇지 않다면 초상권, 저작권, 부정경쟁방지 등 기존의 인격적·재산적 권리들의 부분적·복합적 적용으로 해결되어야 할 것이다.

II. 판례의 태도 및 입법시도

1. 판례의 태도

(1) 긍정

최초로 '퍼블리시티권'이라는 용어가 인용된 판례는 이휘소 사건⁵⁾이라고 할 수 있다.⁶⁾ 이 사건에서 법원은 "퍼블리시티권이라 함은 재산적 가

4) 2005년 박찬숙 의원의 발의와 2009년 이성현 의원의 발의를 퍼블리시티권의 신설을 내용으로 하는 저작권법 일부개정안이 발의된 바 있었으며, 최근 「인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안(2015년 1.13일 발의, 의안번호 13653)」이 발의된 바 있다.

5) 퍼블리시티권 관련사건의 경우 사건번호 보다도 문제가 된 유명인을 표기하는 것이 이해를 쉽게 하므로, 이하 사건번호 외에 해당 유명인의 이름(예명 포함)을 기재함으로써 사건을 특정하고자 한다.

6) 서울지방법원 1995. 6. 23. 자 94카합9230 결정. 원고들은 고 이휘소에 관한 소설 '무궁화꽃이 피었습니다'라는 소설을 쓴 소설가인 피고를 상대로 프라이버시, 성명

치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사람을 상업적으로 이용할 권리라고 할 수 있는데, 문학작품인 이 소설에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수 없으므로 위 주장은 이유없다”고 하여 원고의 프라이버시, 퍼블리시티권 등의 주장을 배척하였다. 다만 퍼블리시티권의 개념을 최초로 정의하고 인정한 사건이라고 할 수 있다. 그러나 퍼블리시티권을 인정한다 하더라도 퍼블리시티권의 법적 성질, 퍼블리시티권의 향유주체의 범위, 퍼블리시티권의 이전성(양도성·상속성)인정여부 등 구체적인 퍼블리시티권의 관련 쟁점에서는 판결에 따라 다소 차이를 보이고 있다. 우선 제임스 딘 사건(I)에서는⁷⁾ 퍼블리시티권의 존재를 인정할 여지가 있으나 그 권리가 인격권과 마찬가지로 상속될 수 없는 권리라는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 즉 퍼블리시티권을 인정하면서 그 상속성을 부정한 사례라고 할 수 있다. 그러나 이후 원고를 변경하여 제기한 또 다른 제임스 딘 사건(II)에서는⁸⁾ "퍼블리시티권(the Right of Publicity)은 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있으므로, 그 권리자 또는 그 권리를 상속하거나 양수한 자는 그 권리에 기하여 침해행위의 금지 또는 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위한 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다"며 양도 및 상속을 긍정하였다. 또한 비달사순 사건에서도⁹⁾ “유명인사의 성명과 초상이 가진 고

권, 퍼블리시티권 등의 침해를 이유로 출판금지가처분신청

- 7) 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결. 미국 유명 영화배우로서 이미 고인이 된 제임스 딘의 유족이 우리나라의 내의회사를 상대로 제임스 딘의 성명과 초상을 사용하지 말 것과, 허락 없이 사용하였으므로 손해를 배상하라고 하는 소송을 제기한 사건이다.
- 8) 서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결. 피고 주병진 및 피고 주식회사 좋은사람들이 제임스 딘의 성명 등의 기재된 표장을 사용하여 제품, 포장지, 간판 등을 만들어 판매하여 온 것에 대하여 Marcus D. Winslow Junior를 원고로 한 사건에서 계속 패소하자, 원고를 James Dean Inc.로 바꾸어 침해행위 금지 및 침해물건의 폐기를 구한 사건이다. James Dean Inc.는 제임스 딘 재단이 청산하면서 제임스 딘의 성명, 초상 등에 관한 재산적 권리를 양수받았다고 주장하였다.
- 9) 서울고등법원 2000. 2. 2 선고 99나26339 판결. 유명 헤어디자이너 “비달사순”의 성명, 초상권을 양수받은 미국의 P&G사가 국내 B미용학원을 상대로 낸 퍼블리시

객흡인력은 당해 유명인사가 획득한 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이는 당해 유명인사에게 고유하게 귀속되는 것이고, 그 유명인사는 이러한 객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 가지는 것이고, 이러한 재산적 가치를 이용하는 권리를 이른바 퍼블리시티권이라 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 있다”고 하였다. 즉 이 판결에서 법원은 인격권과 별개의 독립된 재산권으로서 퍼블리시티권의 존재를 인정하고 나아가 그 권리에 양도성이 있음을 명백히 인정하였다. 한류스타 사건에서도¹⁰⁾ 법원은 ”피고가 촬영한 원고 배우들의 사진은 사진제작자가 실연자의 허락 없이 그 사진을 원래 약정의 목적 달성에 필요한 범위를 넘어서 별도의 상업적 목적으로 사용하는 경우에 실연자는 여전히 그 사진에 관하여 초상권, 퍼블리시티권 등을 주장할 수 있다”고 판시하였다. 원고 배우들과 소속 연예기획사의 퍼블리시티권의 양도성에 대한 언급은 없지만, 침해로 인한 손해배상청구권을 양도받았다는 증거가 충분하면 양도성을 인정할 수 있다는 판시를 하여 간접적으로 퍼블리시티권의 양도성을 인정하였다고 볼 수 있다.

다음으로 이영애 사건에서는¹¹⁾ 원고의 퍼블리시티권 침해 주장에 대하여, 법원은 퍼블리시티권의 침해에 따른 손해배상청구를 인용하면서 다만, “초상권침해에 따른 정신적 손해배상청구에 대해서는 유명한 연예인의 경우 일반인과 달리 재산권인 퍼블리시티권의 보호를 받으므로 특별한 사정이 없는 한, 별도로 초상권 침해에 따른 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다”고 판시하였다. 즉 초상을 무단으로 사용할 때 유명인의 경

티권 등 침해금지 청구 소송이다.

- 10) 서울중앙지방법원 2007. 11. 14 선고 2006가합106519 판결. 원고 배우들의 사진을 그들의 허락을 받지 않고 전사회에 사용함으로써 그들의 퍼블리시티권을 침해하였으므로, 그에 대한 손해를 배상해야 한다고 주장한 사건이다.
- 11) 서울지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결. 인기여배우인 원고와 광고모델계약을 체결한 피고 화장품회사가 계약기간을 넘겨 원고의 초상을 광고사진으로 사용한 사건이다.

우에는 퍼블리시티권으로, 일반인의 경우에는 인격권 또는 프라이버시권으로 보호한다고 판시하고 있는바 퍼블리시티권을 인정하고, 유명인에게만 그 향유주체성을 인정한 사례라고 할 수 있다. 정준하 사건에서¹²⁾ 역시 법원은 “...유명연예인의 승낙 없이 그의 초상을 형상화하여 일반인들이 쉽게 알아 볼 수 있는 캐릭터 제작한 후 이를 상업적으로 이용한 것은 상업적 가치가 있는 자신의 초상과 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리인 유명 연예인의 퍼블리시티권을 침해한 것으로 불법행위에 해당한다. 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산상 손해액은 피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 성명이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액을 기준으로 삼아야 한다. 유명 연예인의 승낙 없이 그의 초상을 형상화 하여 일반인들이 쉽게 알아볼 수 있는 캐릭터를 제작한 후 이를 이동통신회사들이 운영하는 인터넷 모바일 서비스에 콘텐츠로 제공한 것만으로는 유명 연예인의 연예인으로서의 평가·명성·인상 등이 훼손 또는 저하되었다고 보기 어렵다”는 이유로 재산상 손해 외에 정신적 고통으로 인한 위자료의 지급책임을 부정하였다. 즉 이러한 사례 역시 퍼블리시티권을 인정하고, 유명인에게만 그 향유주체성을 인정한 경우라고 할 수 있다. 그러나 허브좌흔 사건에서¹³⁾ 법원은 결코 사람들에게 잘 알려져 있다고 볼 수 없는 주부 모델에 대해서도 퍼블리시티권을 인정하였을 뿐만 아니라, 그 권리의 양도성도 인정하였다. 즉 앞선 판례와는 달리 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정된다고 본 최초의 사례라고 할 수 있다.

또한 퍼블리시티권의 존속기간과 관련하여 소설가 이효석 사건에서는¹⁴⁾ “퍼블리시티권이 명문의 규정이 없는 권리이기는 하나 무한정 존속

12) 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결. 피고가 원고로부터 아무런 승낙을 받지 아니한 채 원고의 초상을 형상화한 캐릭터를 제작한 후, 인터넷 모바일 서비스에 콘텐츠로 제공하면서 캐릭터와 함께 원고의 유행어를 문구로 함께 게재하여놓고, 이동통신회사의 고객들이 돈을 지불하고 휴대전화로 이 사건 캐릭터를 다운로드 받도록 한 사건이다.

13) 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결.

14) 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결. 작고한 소설가 이효석 선생의 초상 및 서명, 단편 소설 ‘메밀꽃 필 무렵’ 등을 전면에 기재한 상품권을 발행

한다고 해석할 경우 역사적 인물을 대상으로 하는 상업적 행위가 대부분 후손들의 동의를 필요로 하게 되어 불합리한 결과를 가져올 뿐 아니라 현실적으로 상속인을 찾아 그러한 동의를 얻기도 사실상 불가능한 점, 본인의 사망 후 시간의 흐름에 따라 사자(死者)의 성명이나 초상을 자유로이 이용할 수 있도록 하여야 할 공공의 이익도 상당한 점 등에 비추어 그 존속기간을 해석으로나마 제한할 수밖에 없다고 할 것이다. 그 방법으로는 퍼블리시티권과 가장 성격이 유사한 권리의 존속기간을 참조할 수밖에 없는데, 퍼블리시티권은 현행법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다고 할 수 있고, 저작권법 제36조 제1항 본문은 저작재산권의 보호기간을 저자의 사망 후 50년으로 규정하고 있으므로 이를 유추적용하여 퍼블리시티권의 존속기한도 해당자의 사후 50년으로 해석함이 상당하다고 할 것이다”라고 하면서 저작권의 존속기간을 인용하였다.

(2) 부정

제임스딘 사건(III)에 의하면¹⁵⁾ “미합중국 연방항소법원 중 하나가 1953년 위와 같은 재산적 가치를 배타적, 독점적으로 지배하는 권리를 독자적인 재산권으로 인정하고, 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라 이름하여 보호한 이래 상당수의 미합중국 주법과 다수의 학자들에 의하여 지지되기에 이르렀고, 논란은 있으나 퍼블리시티권은 재산권이 아닌 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 광고산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여, 앞서 본 바와 같은 퍼블

한 피고에게 소설가 이효석의 상속인이 손해배상 및 초상 등의 사용금지를 청구한 사건이다.

15) 서울고등법원 2002.04.16. 선고 2000나42061 판결. 앞에서 언급한 제임스딘 사건(II)의 항소심이다.

리시티권이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 수궁할 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”라고 하면서 법상 재산권으로서의 퍼블리시티권의 성립을 부정하였다.

또한 연예인의 이름과 상품을 결합한 키워드 검색광고가 문제된 사건에서¹⁶⁾ “성명이나 초상, 서명 등이 갖는 재산적 가치를 독점적, 배타적으로 지배하는 권리인 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 충분히 수궁할 수 있다. 그러나 민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”라고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로, 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다. 그런데 재산권으로서의 퍼블리시티권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없다. 따라서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵고, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있다”며 현행 법상 퍼블리시티권의 성립을 부정하였다.

2. 입법 움직임

퍼블리시티권과 관련해서는 2005년 박찬숙 의원이 발의한 바 있다.¹⁷⁾

16) 서울서부지법 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결

이는 저작권법 일부개정안을 통해 '광고 또는 상품판매 등에 활용될 수 있는 초상, 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지가 본인의 동의 없이 무분별하게 상업적으로 이용당하는 것을 방지하기 위해 초상재산권을 신설하고, 초상재산권의 보호기간 설정 등 초상재산권의 권리를 양도할 수 있도록 하는 법적인 근거를 마련'하는 것을 주요 내용으로 하고 있다. 저작권법 제2조 제1호 '저작물'의 정의를 개정하여 '문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물 및 재산적 가치가 있는 개인(단체를 포함한다)의 초상·성명 및 음성 등 창작부산물을 말한다'로 하고, 제4조 '저작물의 예시 등'에 제10호 '초상·성명 및 음성 등의 초상저작물'을 신설하며, 제2장의 2 '초상재산권'을 신설하여 권리의 내용을 규정하는 것을 내용으로 한다. 즉, '초상저작물'에 대하여 저작재산권에 준한 초상재산권을 인정하되(제53조의2) 그 권리의 '보호기간'은 '생존기간'으로 하고, '양도·이용허락'을 허용한다는 것이다. 2009년 이성현 대표발의안¹⁸⁾ 역시 창작부산물을 저작권의 정의에 포함하고, '초상저작물'을 저작물의 예시로 신설, 양도·이용허락을 인정하며, 생존기간 동안 저작재산권적 지위를 부여하는 등 박찬숙 대표발의안과 실질적으로 거의 유사한 내용이다.

그러나 이러한 법안에 대하여는 저작권법은 본래 지적인 '창작물'을 보호대상으로 삼고 있는 바, 지적창작의 결과물이 아니라 개인이 본래부터 가졌던 초상, 성명, 음성에 대한 보호이론으로서 저작권 법리를 원용하고자 하는 것은 적절하지 못하다는 비판이 있다.¹⁹⁾ 이러한 비판을 반영이라도 하는 듯 최근에는 독자적 법률 형태인 「인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안」²⁰⁾이 발의된바 있으며 이 법은 개인의 성명, 초상, 목소리 등과 그와 유사한 것으로서 그 사람의 특징적 요소가 나타나 있는 것을 '인격표지'로 정의하고 이를 상업적으로 사용할 수 있는 권리를 '인격

17) 의안번호3276, 2005년 11.9 제출.

18) 의안번호 1804588, 2009.4.16.제출.

19) 박준석, "퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?", 산업재산권 제30호, 2009, 309면; 박영규, "인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 저스티스(통권 제112호), 한국법학원, 2009, 285면.; 김윤명, "퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰", 산업재산권 제33호, 2010, 332면.

20) 의안번호 13653, 2015년 1.13일 발의,

표지권'이라 하여 이에 대한 보호내용을 규정하고 있다.

3. 소결

지난 20여 년 간 대법원 결정과 성문입법의 부재 속에서 하급심 판결들은 마치 경쟁이라도 하듯 퍼블리시티권과 관련된 결정을 쏟아내고 있으며 입법적 시도 또한 다양하게 제안되고 있다. 판례는 퍼블리시티권의 존부 자체에 대하여 긍정하는가 하면 부정하기도 하고, 긍정하더라도 퍼블리시티권의 양도성과 상속성을 인정하는가 하면, 인정하지 않기도 하고, 상속성을 인정하는 경우에도 저작권법을 유추하여 사후 50년간 보호된다고 하기도 하나 이 역시 확정적인 것은 아니다. 한편 유명인에게만 인정된다고 하였다가 일반인에게도 인정된다고 하는가 하면,²¹⁾ 그 대상도 종래 초상, 성명을 넘어 유행어와 실제 초상이 아닌 그 사람을 연상시키는 것에까지²²⁾ 그 범위를 확대하고 있다. 퍼블리시티권을 인정하는 재판부는 통상적으로 재산적 손해의 배상을 인정하고 있는 반면 퍼블리시티권을 부정하는 재판부에서는 인격권 침해로 인한 비재산적 손해의 배상만을 인정하고 있다.

대부분 권리를 긍정하는 판례는 그 근거를 유추함에 있어서 미국의 판례를 참조로 작금의 현실, 업계의 현황 등 인정하지 않을 경우 부당이득이 발생하여 정의에 반하게 된다는 정도의 내용이 다수이다. 현재 판례를 통한 퍼블리시티권의 인정을 전제로 한 논의는 그 주체 및 객체, 양도성과 상속성 등이지만, 명백히 재산권적 성격을 인정하게 될 경우 담보설정, 과세대상, 침해금지청구, 이혼 시 재산분할 등으로 확대되어 논의될 수도 있다. 이러한 논의는 퍼블리시티권의 법적 성질을 어떻게 규명할 것인가와 본질적으로 연결되는 부분이다. 이미 엔터테인먼트 산업계에서 유통되는 일부 계약서에서는 명문으로 “퍼블리시티권”에 대한 내용을 규정

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

22) “웃찾사 따라와” 사건(서울중앙지방법원 2007. 1. 19. 선고 2006가단250396 판결), 정준하 사건(서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결), 임격정 사건(서울고등법원 1998. 10. 13. 선고97가합16508 판결) 등

하고 있다. 우리나라는 판례법주의 국가가 아니기 때문에 어떤 새로운 권리를 창설하는 기관은 법원이 아니라 입법부이다. 물론 예외적으로 관습법에 의해 새로운 권리를 창설하기도 하지만, 이는 매우 드문 경우라 할 수 있다. 퍼블리시티권을 인정하는 우리나라 판결들을 보면 대개 그와 같은 권리를 관습에 의해 인정된다고 하고 있어 관습법의 존재를 확인하는 구조로 되어 있으나, 일부 판결은 이를 부정하고 있는바²³⁾ 퍼블리시티권이 관습법의 내용으로 편입되었는지에 대하여 주도면밀하게 검토해 볼 필요가 있다. 따라서 이하에서는 퍼블리시티권이라는 권리를 창설함에 있어서 전제되어야 할 가장 기본적 요소로서 퍼블리시티권의 법적 성격, 독자적 권리로서의 인정 필요성 등을 검토해 보기로 한다.

Ⅲ. 퍼블리시티권 관련 현행법의 적용

1. 퍼블리시티권의 개념

미국은 *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.* 사건에서²⁴⁾ 퍼블리시티권이라고 불리는 독립된 訴因을 최초로 인정하였다. 이 판례는 퍼블리시티권에 대하여 “프라이머시권에 더하여, 그와는 별도로 사람은 누구나 가령 그의 사진을 출판함에 있어 독점권을 부여할 수 있는 권리와 같이, 그의 사진을 공표함에 관한 권리를 가지는 것이다”라고 하면서 “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”라

23) 2014년 김선아씨가 성형외과를 상대로 제기한 소송에서 재판부는 “퍼블리시티권의 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법은 존재하지 않으나 유명인이 자신의 사회적 명성, 지명도 등에 의해 갖게 되는 경제적 이익 또는 가치는 그 보호의 필요성과 보호가치가 있다”고 판시하였다.

24) 이 사건은 농구선수들 사진을 검의 사은품으로 제공한 행위에 대해 농구선수들로부터 독점적 권리를 양수한 자가 제소하여 승소한 것이었다.

고 하면서 프라이버시권이 인정되지 않는 공개된 사람의 경제적 이익에 대하여 퍼블리시티권을 인정하였다. 이후 퍼블리시티권의 대상을 초상뿐만 아니라, 야구선수의 기록,²⁵⁾ 특정인을 연상시킬 수 있는 문구,²⁶⁾ 특정인의 정체성을 떠올리게 하는 것(로봇, 세트 등)²⁷⁾ 등까지 확장시키고 있다.

우리나라에서 ‘퍼블리시티권’ 용어를 최초 사용한 판례는²⁸⁾ “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 사용한 권리”라고 하였다. 이후 판례를 통해 퍼블리시티권의 주체가 유명인 뿐만 아니라 일반인도 포함된다고 한 바 있으며,²⁹⁾ 그 권리의 내용에 대하여도 “일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리”³⁰⁾라고 하면서 권리의 성격이 독점배타적임을 밝히고 있다. 뿐만 아니라 판례는 “원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것”이라고 함으로서 별도의 재산권임을 밝히고 있다.

이러한 판례의 태도에 비추어 볼 때 퍼블리시티권은 i) 유명인에 한정되지 않고 일반인도 포함되며(死者의 포함여부는 판례에 따라 다르다) ii) 그 보호객체는 성명, 초상, 목소리뿐만 아니라 그 특정인의 정체성을 연상시킬 수 있는 일체의 것이고, iii) 이러한 객체를 상업적으로 사용하여 경제적 이익을 득해야 하며 iv) 이러한 권리는 “재산권”이고 v) 독점배타성을 가지므로 반드시 그 이용에 허락을 받아야 한다.

25) *Uhlaender v. Henricksen*, 316 F. Supp. 1277 (D. Minn. 1970).

26) 동 사건은 저명한 토크 쇼 진행자인 자니 카슨이, 간이화장실을 선전함에 있어 “여기 자니가 있습니다(Here's Johnny)”라는 문구를 무단으로 사용한 행위에 대하여 제소한 사건이었다. 연방 제6항소법원은 문제되는 친숙한 말머리가 오로지 심야 토크 쇼 진행자의 이미지를 떠올리게 하는 것이라면 퍼블리시티권이 침해된 것이라고 판단하였다. *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.*, 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983).

27) *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993).

28) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(이취소 사건)

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

30) 서울고등법원 2005.6.22. 선고 2005나9168 판결 및 그 원심(이영애사건)

2. 법적성격

(1) 인격권과 재산적 가치의 복합

퍼블리시티권의 개념, 법적 성질 등에 대해서는 많은 논의가 전개되고 있다. 특히 인격권과의 관계에 있어서 그 논의가 집중되고 있다. 일부는 퍼블리시티권을 재산권이 아니라 실제로는 자신의 프라이버시권을 포기할 수 있는 권리에 불과한 것이며, 다만 계약에 의해 개인의 동일성을 경제적으로 이용할 수 있는 권리가 재산권(청구권)에 해당하는 것으로 파악한다.³¹⁾ 다른 견해는 퍼블리시티권의 본질을 개념상 기본적으로 인격권과 독립된 재산권이지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 본인의 인격과 일체 불가분의 관계에 있는 것으로 본다.³²⁾ 한편 인격권은 프라이버시라고 하는 권리와 퍼블리시티라고 하는 권리로 구성되고, 외적 인격의 요소인 성명, 초상, 음성 등은 독립하여 재산권을 형성하게 되고 이에 따라 당연히 양도와 상속이 가능하다고 주장하는 견해도 있다.³³⁾ 또한 퍼블리시티권은 성명, 초상 등 개인의 인적 속성이 갖는 경제적 가치를 상업적으로 이용·통제할 수 권리이기는 하지만 본인의 인격으로부터 파생한 것으로 그 사용은 여전히 인격주체가 통제할 수 있어야 한다는 점에서 양도성은 부정되어야 하되, 다만, 사자 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 있다는 견해도 있다.³⁴⁾

한편 인간의 동일성표지가 인격표지라는 속성을 잃지 않으면서 상업적으로 이용되어 재산적 가치를 지니게 되는 경제상황의 변화에 비추어 볼 때, 인격권과 재산권의 이분법은 타당하지 않으며, 사람의 동일성표지

31) 엄동섭, “퍼블리시티(Publicity)권”, 서강법학연구 제6권, 2004, 147, 167, 168면.

32) 이한주, “경주마(競走馬)의 퍼블리시티권”, 저스티스통권 제85호, 2005, 6, 156면 참조

33) 정희섭, “재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리”, 재산법연구제20권제1호, 2003. 8., 133, 140면.

34) 박영규, “인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권”, 저스티스 통권 제112호, 2009, 284면.

에 대한 재산적 가치가 그 주체에게 독점적으로 귀속될 수 있는 것은 인격권이라는 권리의 작용으로 인한 것이므로 인격권의 재산권적 성격이 인정되어야 한다는 견해가 있다.³⁵⁾ 이러한 견해는 인격권이라는 포괄적인 권리가 인정되지 않는 나라에서 그 보호의 틈을 메꾸기 위해 등장한 퍼블리시티권은 인격권을 인정하고 있는 나라에서는 전혀 필요가 없는 것이며 오히려 유해하기까지 하다고 한다.³⁶⁾ 이는 퍼블리시티권을 인격권과 분리된 재산권으로 이해하는 것이 아니라 인격권의 범위 내에서 이해하고자 하는 것이라고 볼 수 있다.

그러나 판례는 퍼블리시티권이 재산권임을 명확히 규명하고 있다. 무단사용 되는 경우 입게 되는 손해에 대하여 “정신적 고통이라기보다는 오히려 자신들이 정당한 사용계약을 체결하였을 경우 받을 수 있었던 경제적인 이익의 박탈”이라고 보고 있다.³⁷⁾ 또한 퍼블리시티권은 “유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치로서 파악할 수 있는바, (중략) 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고들이 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고들의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 원고들의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다³⁸⁾고 하고 있다.

퍼블리시티권과 가장 근접한 재산권의 유형으로 거론되는 것이 지적재산권이다. 그러나 표현 그대로 지적재산권은 ‘재산권’에 해당된다. 재산권에 해당되지만 인격권적 요소를 인정할 뿐이다. 그러나 저작물, 발명,

35) 안병하, “인격권의 재산권적 성격-퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학, 2009, 106-107면.

36) 안병하, 전제논문, 114-115면.

37) 제임스딘 사건(I) 서울지방법원 서부지원 1997. 8.29 선고 94가합13831.

38) 이종범 외 122인 사건(서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결). 이종범 등 123명의 국내 프로야구 8개 구단에 소속된 프로야구 선수들이 “한국프로야구 2005”라는 명칭의 휴대전화용 게임물을 서비스하는 회사등을 상대로 게임물에 자신들의 성명을 사용해서는 안 되며, 사용으로 인한 손해배상금을 지급하라는 사건이었다.

상표 등의 무형물은 어떠한 물질적 실체로부터 추상되어 존재하는 것일 뿐만 아니라 그들을 창출해 낸 사람으로부터 독립하여 존재하는 것이다.³⁹⁾ 즉 무체재산권은 그 권리주체와 분리되어 외부에 독립적으로 존재하는 무체재와의 관계를 규율하는 권리인 반면 퍼블리시티권의 객체인 초상, 성명 등의 동일성표지는 그 주체와 완전히 분리되지 않고 그의 인격을 이루고 있는 인격체와 관련된다는 점에서 권리주체가 그 자기 자신 또는 자기 일부에 대하여 가지는 권리라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 이러한 면에서 퍼블리시티권의 대상이 되는 개인의 초상, 성명, 음성 등은 지적재산권보다는 인격적 요소가 더욱 강조되어야 한다. 인격적 요소의 상품화가 재산적 가치를 띠게 되어 인격적 가치와 재산적 가치가 병존하고 있으므로 인격권 보장의 기본원칙들이 존중되어야 하며, 재산적 가치에 대하여는 재산권 보장을 위한 원칙들이 구현되어야 한다. 그러나 양자의 성격이 서로 완전히 분리되어 발현되는 것이 아니므로 딱히 그 권리구현방법에 있어서도 명쾌하게 어느 한쪽의 권리의 성격만 강조할 수는 없다. 다만 인격권은 인간이 자신의 인격에 대하여 갖는 자연적 관계를 법적인 관계로 승화시키는 권리로서 모든 사람에게 인정되는 권리이므로⁴¹⁾ 포기될 수 없다는 점, 양도·상속이 극히 예외적인 경우에만 인정되어야 한다는 점 등은 마땅히 존중되어야 할 것이다.

(2) 강한 사회적 기속성

'퍼블리시티'라 함은 일정한 투자와 노력에 의해 형성된 고객흡입력에 기반 한 무형적 가치이다. 일종의 무(無)에서 창조되는 것이 아니라 인간 사이의 사회적 작용에 의해 창조되는 사회적 산물(social products)로서의 성격이 있다.⁴²⁾ 지적 산물이 우리에게 가치 있는 것이라면 명백히 저작권, 발명, 발명에 대한 권리처럼 인정될 필요가 있으나 그 가치의 전부가

39) Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, 516면.

40) 안병하, 전계논문, 101면.

41) Schwab, Einführung in das Zivilrecht, 16. Aufl., 2005.Rn. 279참조

42) Edwin Hettinger, Justifying Intellectual Property, 18 Phil. & Pub. Aff. 31 (1989). p.38.

전적으로 창작자의 노동에서만 비롯된 것이라고 볼 수 없다. 유형물의 생성은 통상 무에서 유로 창조되는 경향이 강한 반면, 무형물은 대부분 이미 존재하는 다른 유·무형적 기반 위에서 새로운 결과물이 형성된다. 즉 대부분의 ‘퍼블리시티’라는 일종의 무형적 가치는 일반적인 유체물과 달리 사회적 맥락(social context)에서 형성된다. 대표적인 무형적 가치에 대한 창작을 보호하는 저작물의 경우에도 어떤 경우에는 위대한 천재에 의하여 기존의 수준을 훌쩍 뛰어넘는 위대한 저작물이 나오기도 하지만, 통상은 소박한 일반인에 의하여 기존의 저작에 약간의 창작을 보태는 정도가 대부분이다.⁴³⁾

이처럼 지적재산에 있어서 비롯되는 사회적 기속성의 정도는 퍼블리시티권에 있어서 더 강하게 나타난다고 볼 수 있다. 스타의 상업적 가치 즉 재산권으로서의 가치는 오로지 그의 노력과 투자에만 기인한 것이라기 보다는 사회속에서 생성되는 문화적 산물이다. 퍼블리시티 가치는 특정인의 노동에 의해서만 생성되는 것이 아니므로, 그에게만 속해서는 안 된다는 주장⁴⁴⁾ 역시 퍼블리시티권 자체의 사회적 기속성을 강조한 견해라고 볼 수 있다. 퍼블리시티권은 특허권, 저작권, 상표권처럼 특정인이 연구실이나 개인적 공간에서 혼자만의 노력에 의해 만들기 보다는, 그 사회, 문화의 구성원과의 상호관계 속에서 만들어져 그 사회와 문화의 일부로 기능하는 경우가 많기 때문에⁴⁵⁾ 오히려 다른 지적재산권처럼 창작자에게 전유하도록 허용해줄 필요성 또는 당위성이 더 약하다고 할 수 있다. 따라서 그것이 대중에 의해 과용되더라도, 다른 지적재산권과 달리 퍼블리시티권 주체의 희생만이라고 단정하기 어렵다. 왜냐하면, 대중(소비자)이 문화적 산물인 특정 유명인의 퍼블리시티 가치에 대하여 그 탄생과 그

43) 정필운, “헌법 제22조 제2항 연구”, 연세대학교 법학연구 20권 1호, 2010, 212면.

44) Rosemary J. Coombe, *Authorizing the Celebrity: Publicity Rights, Postmodern Politics, and Unauthorized Genders*, 10 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* p.369 (1992).

45) Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 *Ind. L.J.* 1, 57 (1997). p57. Kwall은 본 고에서 “퍼블리시티권은 전적으로 우리의 역사와 문화유산과 관계되며 문화로서 우리가 포용하는 가치를 반영하고 있다. 사회학적 관점뿐만 아니라 철학적 관점에서 볼 때, 퍼블리시티권은 우리사회의 공유재산으로 취급되는 것이 정당하다.”고 언급하고 있다.

가치가 증대되는데 기여한 자신의 몫을 사용하였다고 볼 수도 있기 때문이다.⁴⁶⁾

(3) 권리범위 획정의 불확실성

물건에 대한 권리인 물권은 배타성이 있으므로 물권의 귀속과 내용, 즉 물권의 현상을 외부에서 인식할 수 있는 일정한 표상·인식이 필요하다. 이러한 기능을 수행하는 표상을 공시방법이라고 하고 이를 통해 물권의 현상을 공시하는 제도가 공시제도이다.⁴⁷⁾ 이러한 공시의 원칙을 갖추지 않을 경우에는 권리변동의 효과를 부인하는 등의 불이익이 주어진다. 즉 공시의 원칙으로부터 권리추정력이 나오고 다시 추정적 효력이 보완되어 공시의 원칙에 기한 효력이 인정됨으로서 신뢰의 보호를 획득하려는 것이다.⁴⁸⁾ 그러나 유체물이 아닌 무체물에 대한 권리는 그 권리객체의 비배타성에도 불구하고 배타적 권리를 인정하게 된다면 그에 대한 절적인 공시방법을 규정하기 곤란하다. 퍼블리시티권의 대상인 객체 즉 유명인 (또는 비유명인)의 초상, 이름 등에 어느 순간부터 배타적 지배권이 인정되는지가 불분명하다. 또한 이를 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 때 '상업적 이용'의 범위 역시 불분명하다. 영리/비영리를 기준으로 할 것인지, 비영리라 할지라고 상업성을 인정할 것인지, 어느 정도의 직간접성이 있어야 상업적 이용인지 등 권리 범위 자체가 불분명하다. 뿐만 아니라 퍼블리시티권의 존속기간을 정함에 있어서 어느 시점부터 발생하는가를 정하기가 쉽지 않다. 어떤 권리의 객체가 되는 동일성표시(초상, 이름, 목소리 등)가 어느 시점부터 경제적 가치를 득하게 되어 보호대상이 되는지 불명확하다. 전통적인 재산권인 소유권 등에서 보여주는 것과는 달리 취득요건과 절차 및 권리범위를 정함에 있어서 불명확하다.

46) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下)”, 저스티스 통권 제98호, 90면.

47) 우리민법은 부동산물권에 관해서는 등기를, 동산물권에 관해서는 점유를 그 공시방법으로 하고 있다.

48) 김형배 외, 『민법학 강의』 (제9판), 신조사, 2010, 434~436면.

3. 현행법의 적용

(1) 민법

헌법재판소는 헌법 제10조에서 인격권을 도출해 내고 있는데,⁴⁹⁾ 성명권, 초상권은 이러한 일반적 인격권의 구체적인 내용⁵⁰⁾으로서 또는 헌법에 열거되지는 않았지만 경시되어서는 아니 될 인간의 존엄과 가치를 신장시키기 위한 수단⁵¹⁾으로서 인정되고 있다. 최근 대법원도 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특징인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림으로 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리”라고 하여 이를 분명히 하였다.⁵²⁾ 이러한 성명, 초상 등의 인격권은 민법상 불법행위의 위법성 판단에 있어 일반적으로 非財産的 利益의 범주에 속하는 것으로 설명되고 있다.⁵³⁾ 현행 우리 민법 제750조⁵⁴⁾는 인격권 침해를 포함하여 불법행위 일반에 대하여 포괄적으로 규정하고, 제751조 제1항은 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다”고 규정하여 초상권 침해 구제의 근거가 되고 있다. 민법 제764조 역시 인격권 침해의 특칙으로 “타인의 명예를 훼손한 자에 대하여는 법원은 피해자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복에 적당한 처분을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 그러나 이러한 민법상 규정은 인격권에 관한 것일 뿐 인격과 분리된 재산권으로서 퍼블리시티권의 인정근거로 원용되고 있지는 않다. 즉 퍼블리시티권의 내용 중 민법상 구제받을 수 있는 부분은 인격

49) 헌법재판소 1990. 9. 10.자 89헌마82 결정 등 다수.

50) 김철수, 『헌법학개론』 제12전정판, 박영사, 2000년, 365면.

51) 허영, 『헌법학원론』 신정12판, 박영사, 1999년, 319면.

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

53) 광운직, 『제6판 채권각론』, 박영사, 2004년, 401면.

54) 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

권과 관련된 침해에 불과하며 인격적 가치의 침해에 대한 손해배상은 그 판단기준이 상이하며 무엇보다 배상금액에 있어 그것만으로는 유명인의 재산상 손해를 전보하기에 미흡하다. 손해액 산정의 기준으로 재산권에 대한 손해는 침해자의 이익과 피침해자의 손해액이 기준이 되며 아울러 우리 판례는 재산적 손해에 대하여는 원칙적으로 위자료를 부정함으로써 재산상 손해배상에 있어 위자료는 보충적 지위만을 인정하고 있다.⁵⁵⁾

(2) 개인정보보호법

우리나라 헌법재판소는 개인정보 보호의 근원을 다음과 같이 '개인정보자기결정권'에서 구하고 있다. "개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. ... 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다. ... 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주주의적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다."⁵⁶⁾고 하

55) 대법원 1990.1.12. 선고 88다카28518 판결; 1989.8.8. 선고 88다카27249 판결; 대법원 1991.6.11. 선고 90다20206 판결 등; "일반적으로 타인의 불법행위로 인하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이나 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있다면 이는 특별한 사정으로 인한 손해로서 그 위자료를 인정할 수 있다."

56) 헌법재판소 2005.05.26. 2004헌마190.

였다.

우리나라는 개인정보에 대한 기본법으로 ‘개인정보 보호법’이 제정, 시행되고 있다. 이 법에 의할 경우 “개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보로서 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다. 그 개념요소로서 우선 살아있는 개인이어야 한다. 개인정보의 주체는 자연인이므로 법인이나 단체의 정보는 개인정보에 포함되지 않는다. 또한 정보가 특정 개인의 정체성을 구별 또는 알아낼 수 있거나 과거·현재의 상태 등을 알 수 있는 경우 개인정보에 해당되며, 법상 개인정보의 유형 등에 제한이 없으므로 개인을 알아 볼 수 있는 정보에 해당하면 개인정보에 해당된다. 개인정보는 식별가능성이 있어야 하며 식별이란 해당 정보 또는 해당정보와 다른 정보를 결합하여 특정인을 다른 사람과 구분·구별할 수 있음을 의미하고, 해당 개인과 친분이 없던 자도 정보를 통해 특정인을 식별할 수 있는 경우를 포함한다.⁵⁷⁾ 개인정보는 법령에서 특별히 정한 사유에 해당되지 않는 한 원칙적으로 정보주체의 동의를 받아야 수집, 처리, 이용될 수 있으며, 제3자 제공에 있어서도 역시 마찬가지이다. 따라서 성명, 초상, 주민번호 등 개인정보에 해당되는 퍼블리시티권의 객체가 정보주체의 사전 동의 없이 이용된 경우 개인정보 보호법에 의해 규율될 수 있다. 다만 ‘특정인의 정체성을 연상시킬 수 있는 일체의 것’을 퍼블리시티권의 보호 객체라고 할 때 ‘개인정보 보호법’에 의한 퍼블리시티권의 보호는 개인을 식별할 수 있는 정보로 제한적일 수 밖에 없다.⁵⁸⁾ 그리고 개인정보는 살아있는 사람에 대한 정보를 의미하므로 사자(死者)의 초상이나 성명 등은 그 대상이 될 수 없다. 또한 개인정보 보호법은 그 법적 의무를 준수해야 하는 자를 "개인정보처리자"로 한정하고 있는바,⁵⁹⁾ 퍼블리시티권 침해자

57) 안전행정부, 「개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설」 (2011. 12), 13-15면.

58) 특정 유명인의 행태와 외모를 표방한 로봇, 특정인을 연상시킬 수 있는 문구의 사용, 야구기록 등은 개인정보에 해당되지 않는다.

59) 개인정보 보호법 제2조(정의)

5. "개인정보처리자"란 업무를 목적으로 개인정보파일을 운영하기 위하여 스스로

는 특정인의 초상이나 성명 등을 경제적으로 이용할 뿐 개인정보파일을 운용하기 위하여 개인정보를 처리하는 자에 해당되기 곤란하다는 한계가 있다.

(3) 상표법

상표법 제7조 제1항 제6호는 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표는 식별력을 갖추고 있다고 하더라도 상표등록을 받을 수 없도록 규정하고 있다. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 상표 등록이 가능하고, 착오로 등록된 경우 상표 등록일로부터 5년이 경과하기 전에 무효심판을 청구하여 등록상표를 무효로 할 수 있다. 한편 사자의 인격권 보호를 위해서도 상표법 제7조 제1항 제2호는 저명한 고인과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대하여 나쁜 평판을 받게 할 염려가 있는 상표는 등록받을 수 없도록 하고 있다.

다만, 저명한 고인의 성명을 무단으로 상표출원하는 경우에 상표법 제7조 제1항 제2호에는 해당하지 않지만 일반규정인 상표법 제7조 제1항 제4호에 규정된 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표에 해당되어 등록이 거절될 수 있는지의 여부는 명확하지 않다. “JAMES DEAN” 사건⁶⁰⁾에서 판례는, 출원상표 “JAMES DEAN” 자체의 의미에서 선량한 도덕관념이나 국제신의에 반하는 내용이 도출될 수 없어 상표법 제7조 제1항 제4호 소정의 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있는 상표에도 해당하지 않는 것으로 판시하였다. 또한 출원상표 “JAMES DEAN”(1955.9.30. 사망, 1994.1.20. 출원됨)은 단순히 고인의 성명 그 자체를 상표로 사용한 것에 지나지 아니할 뿐 동인과의 관련성에 대해 아무런 표시가 없어 이를 가리켜 상표법 제7조 제1항 제2호 소정의 고인과의 관계를 허위로 표시한 상표에 해당하지 않는

또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다.

60) 대법원 1997. 7. 11, 선고 96후2173 판결.

다고 판시하였다. 따라서 현행법상 사자의 동일성표지가 공공의 질서 및 선량한 풍속에 위배되지 않는 한 그리고 저명한 고인과의 관계를 허위로 표시하거나 이들을 비방 또는 모욕하거나 이들에 대하여 나쁜 평판을 받게 할 염려가 없는 한 상표등록은 유족의 허락 없이 가능하다. 다만 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 없는 한 이와 관련하여 상당한 기간이 경과한 역사적 인물의 성명, 초상은 공중에 의해 공공기관, 유적지 명칭 등으로 사용되어 공공의 유산에 포함되며 이러한 경우 식별력 결여로 그 성명 초상에 대한 상표등록이 거절될 것이다. 최근에 사망한 저명한 고인의 성명, 초상 등 인격권적 요소의 상표도 상속인의 승낙을 얻은 경우에 한하여 상표등록을 받을 수 있도록 하는 방안이 마련되어야 한다는 견해도 있다.⁶¹⁾

(4) 부정경쟁방지법

'부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'(이하 "부정경쟁방지법"이라 한다)은 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호 등과 동일·유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 상품 또는 영업과 혼동하게 하는 행위(가, 나목), 비록 혼동을 일으키지 않지만 그 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하게 하는 행위(다목)를 부정경쟁행위로 규정하고 있다. 다만 상품표지, 영업표지의 혼동방지요향은 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하는 점, 아울러 혼동방지를 요구하고 있다는 점에서 퍼블리시티권의 보호요건과는 차이가 있다. 그러나 최근 부정경쟁방지에 대한 '한정적 열거방식'을 탈피하고 '일반조항'을 도입함으로써 새로운 부정경쟁행위에 대응하여야 하며, 이러한 규정의 도입은 퍼블리시티의 보호에 기여할 수 있다는 주장도 제기되었다.⁶²⁾ 이러한 주장에 대한 필요성이 인정되어 2013년 「부정경

61) 박영규, 전계논문, 287-288면.

62) 박준우, "부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호", 한국산업재산권법학회 논집 통권 제22호, 2007, 190면. 다만 이 조항의 신설필요성은 퍼블리시티권의 인정필요성에만 근거하는 것은 아니다.

쟁방지법」에 부정경쟁행위에 관한 보충적 일반조항을 신설(안 제2조 제1호 차목)하였다. 즉 경쟁자의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 경쟁자의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위에 관한 일반조항으로 신설하고 있다. 이와 관련하여 최근 ‘연예인 000 티셔츠,’ ‘연예인 000 자켓’ 등의 키워드검색광고가 ① “상업적 가치를 갖는 자신들의 성명을 무단으로 이용하는 행위”로서 자신들의 퍼블리시티권을 침해하고, ② “인격권으로서 성명권 침해행위”에도 해당한다며 제기한 소송에서 법원은 “① 국내 법제상 물권 유사의 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵고, ② 키워드 검색광고에 이용되었다는 점만으로 성명에 관한 인격적 법익이 침해되었다고 보기는 어렵다”는 이유로 원고들의 청구를 전부 기각하였다.⁶³⁾ 이에 원고들은 기존 청구원인에, 키워드 검색광고가 ‘부정경쟁방지법’ 제2조 제1호 차목 “타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”에도 해당한다는 주장을 추가하여 항소를 제기하였으나 “① 퍼블리시티권이 인정되지 않는 이상 성명권은 인격권에 불과하므로 피고들이 원고들의 경제적 이익을 침해했다고 볼 수 없고, ② 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’이라고 인정하기는 어렵다”는 이유로 원고들의 주장을 모두 기각하였다.⁶⁴⁾

(5) 저작권법

퍼블리시티권과 관련하여 우리 저작권법상 저작인접권에 의한 보호를 생각해 볼 수 있다. 저작권법 제61조에 의하면, 실연(performances)은 저작인접권으로 보호되므로, 퍼블리시티권의 저작권 모델형태(copyright model type)인 실연(performances)은 이에 의해 보호될 수 있다.⁶⁵⁾ 다만,

63) 수원지방법원 성남지원 2014. 1. 22. 선고 2013가합201390 판결

64) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결,

실연자의 복제권은 저작권자의 복제권과는 달리 실질적으로 유사한 범위까지 미치는 것이 아니라 해당 실연을 거의 그대로 옮긴 경우에만 미치게 된다.⁶⁶⁾ 따라서 타인이 실연을 그대로 옮긴 것이 아니라 실질적으로 유사한 범위로 표현하였다면 이때 발생하는 권리침해 유무의 고려는 실질적으로는 더 이상 우리 저작권법상 실연자의 권리와 관련이 있는 것이 아니다. 뿐만 아니라, 이름, 초상, 이미지 등은 여전히 실연자의 권리 보호 조항으로도 보호 받을 수 없다.

그밖에 저작권법도 제35조제4항에서 “위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.”고 규정하고 있는데, 이 규정도 초상이 실린 사진저작물의 이용에 관하여는 초상본인의 결정권을 존중하고 있는 근거로 볼 수 있을 것이다.

IV. ‘권리’의 인정 필요성 검토

1. 관습법상 권리어부 검토

(1) 재산권의 발생과 소멸

우리헌법은 인간 개개인의 자유로운 생활영역을 영위하기 위한 전제로서 재산권을 기본권으로 보장하고 있다. 모든 국민의 재산권은 보장되며, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하되, 공공필요에 의한 재산

65) “저작권은 두 가지 모델이 있다. 전통적인 ‘저작권 모델’로서 창의적인 노력을 장려하고 인간 노동의 열매를 보호하려는 정책에 기반하는 것과 ‘부산물 모델’로서 주로 시장성 있는 창작물을 이용하여 취득한 부당이득에 대하여 창작자를 보호하는 전통적 모델의 부차적인 목표에 기반한다. 이 두 모델은 두 가지 형태의 퍼블리시터권 사례에 그대로 연결된다. 즉 실연에 대한 퍼블리시터권과 실연자의 이미지, 창의적인 노력 또는 운동선수의 노력의 가치있는 부산물에 대한 퍼블리시터권이 그것들이다.” Kevin S. Marks, *An Assessment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases*, 70 Cal. L. Rev. 786, 787 (1982).

66) 정상조 편저, 「저작권법 주해」, 박영사(2007), 792면 ; 송영식, 「지적소유권법(하)」, 율법사(2008), 693면.

권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 정당한 보상을 지급하도록 규정하고 있다(헌법 제23조).⁶⁷⁾ 헌법상 재산권 보장에 있어서 '재산'이란 '재산권'의 대상이 된다. 이러한 재산은 재산적·경제적 가치가 있는 모든 대상을 말한다.⁶⁸⁾ 우선 동산과 부동산 및 금전과 같은 '유형의 대상'이 포함되며 지적 재산과 같은 경우에는 재산적·경제적 가치가 있는 '무형의 대상'이 재산권의 대상이 될 수 있다. 이러한 재산에 대한 법적 지위가 재산권이다.⁶⁹⁾ 재산에 관한 법적 지위에는 재산적 가치가 있는 사법상의 권리뿐만 아니라 공법상의 권리도 포함된다.⁷⁰⁾ 따라서 재산권에는 민법상의 소유권 기타 물권, 채권, 그리고 상속권뿐만 아니라 특별법상의 광업권, 어업권, 수렵권과 아울러 지적 재산권에 속하는 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권도 포함된다. 한편 재산권에는 재산적 가치가 있는 공법상의 권리로서 그 주체의 노력이나 희생과 같은 기여가 있는 권리도 포함된다.⁷¹⁾

그러나 헌법 제23조가 보장하고 있는 재산권은 그 보장구조에 있어서 자유권적 성질의 기본권과 다른 보장 구조를 취하고 있다.⁷²⁾ 즉 헌법은 일반적인 자유권적 성질의 기본권에 대하여는 그것의 보호영역 및 그에 대한 제한 등의 구조로 그 보장체계를 규정하고 있지만, 재산권에 대하여는 헌법 제23조제1항제2문에서 "재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다"고 규정하며 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 취하고 있다. 그

67) 헌법 제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률으로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

68) 장영수, 『기본권론』, 홍문사, 2003, 468면 참조.

69) 여기서 법적 지위란 법적 주체의 법적 상황, 즉 법적 주체가 다른 법적 주체나 대상에 대해서 가지는 법적 속성이나 관계를 의미한다.

70) 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2004, 536면 이하; 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2006, 546면; 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, 471면 이하 참조.

71) 이준일, "재산권에 관한 법이론적 이해", 공법학연구 제7권 제2호, 2006, 225면.

72) 표명환, "헌법상 재산권의 내용규정과 헌법재판소의 보장 내용 법리에 관한 고찰", 법학연구 제46집, 2012.5.25, 26-27면.

리하여 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지므로 이 헌법상의 재산권 보장은 재산권 형성적 법률유보에 의하여 실현되고 구체화하게 된다.⁷³⁾ 재산권의 내용과 한계를 구체적으로 형성함에 있어서 입법자는 일반적으로 광범위한 입법 형성권을 가진다. 그렇지만 재산권의 본질적 내용을 침해하여서는 아니 되고 사회적 기속성을 함께 고려하여 균형을 이루도록 해야 한다는 등 입법형성권의 한계를 일탈해서는 안 된다.⁷⁴⁾

우리 헌법이론과 헌법재판소의 결정에 따르면, 헌법이 보장하는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다.⁷⁵⁾ 헌법재판소의 결정에 따른 헌법상 재산권의 기준은 사적 유용성, 경제적 가치, 처분권능, 구체성 등이라고 볼 수 있다. 사적 유용성을 보장한다는 것은 재산권주체의 재산에 대한 배타적인 사용·이용·수익을 가능케 한다는 의미이며, 처분권능을 보장한다는 것은 법률에 의거하여 재산에 대한 자유로운 처분을 가능케 한다는 의미이다.⁷⁶⁾ 다만 사적 유용성과 경제적 가치는 주관적인 측면이 있으므로 정교한 구분이 필요하고, 처분권능의 존재 여부는 좀 더 객관적인 판단이 가능한 기준이다.⁷⁷⁾

이렇게 볼 때 퍼블리시티권이 헌법상 보장되는 재산권의 내용이 되기 위해서는 법률에 의거하여 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을

73) 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 44-45면; 헌재 2000. 2. 24. 97헌바41, 판례집 12-1, 163면.

74) 헌재 2000. 2. 24. 97헌바41, 판례집 12-1, 164면.

75) 헌재 1996. 8. 29. 95헌바36, 90, 103; 1997. 11. 27. 97헌바10, 651, 664; 1998. 7. 16. 96헌바246, 283, 309-310; 2002. 7. 18. 99헌바574, 29, 44; 2003. 10. 30. 2001헌바700, 2003헌바11(병합); 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2009, 471면; 정중섭, 『헌법학원론』, 2010, 박영사, 673면.

76) 정극원, “헌정부의 부동산정책에 대한 헌법적 검토”, 공법연구 제34권 제3호, 2006. 2, 124면.

77) 이회정, “주파수이용권의 법적 성질에 대한 시론적 고찰(1)”, 행정법연구 제30호, 339면.

내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리이어야 한다. 퍼블리시티권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해져야 한다.

(2) “관습법”의 성립요건

앞서 언급하였듯이 퍼블리시티권이 재산권으로 인정되기 위해서는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해져야 한다. 국회에 의해 제정된 사인간의 재산권을 규율하는 일반법인 ‘민법’ 제1조에 의하면 ‘민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다’고 규정함으로써 성문법이 없는 사항에 대하여만 관습법의 보충적 효력 인정하고 있다. 따라서 헌법에 의거한 재산권 형성 법률로서 민법에 근거할 때, 퍼블리시티권에 대한 성문의 법률이 없는 상황에서 적용될 관습법이 있는지 검토할 필요가 있다. 따라서 퍼블리시티권이 관습법에 의해 인정된 권리인가를 파악할 필요가 있다.

관습법이라 함은 사실상의 관행에 의하여 성립된 관습이 사회의 법적 확신에 의한 지지를 받아 하나의 법규범으로서의 실체를 갖춘 것을 말한다.⁷⁸⁾ 오늘날 대부분의 법제와 법학자들은 관습법의 존재를 인정하고 이를 법원의 하나로 인정하고 있다. 그러나 관습법이 현행 법질서속에서 실제로 적용되기 위해서는 다음과 같은 요건을 갖추어야 한다.⁷⁹⁾

우선 장기적이고 항구적이며 일반적인 관행이⁸⁰⁾ 존재하여야 한다. 이와 같은 관행이 관습법의 구성요소가 되기 위해서는 첫째 그 관행에 반대의 이해관계를 가질 수 있는 자에 의한 심각한 항변 없이 그것이 형성되고 유지되어야 하며, 둘째로 관행을 구성하는 행위의 연속이 그 부작위와 반대행위에 의하여 중단되지 않고 정규적으로 반복되어질 정도로 항구

78) 권오승, 관습법의 법원성, 고시계 299('82.1) 86면.

79) 권오승, 전계논문, 89-91면.

80) 관행이라 함은 사회생활에 있어서 명백한 관례를 구성할 수 있는 성질을 가진 이해관계인의 일정한 행위나 작위(作爲) 혹은 위반(違反)의 일련을 의미한다. 관행은 행위면에서 본 것이고, 관습은 규범면에서 본 것인데 양자는 결국 동일한 것에 기초한다. 이영규, “관습법에 관한 연구”, 한양법학, 1991, 125면

적이어야 한다. 셋째로 그 관행은 그것이 행하여지는 사회의 구성원의 대다수에 의하여 지켜질 정도로 일반적이어야 한다.

두 번째 요건으로 관행이 '법적 확신'에 기하여 행해져야 한다. '법적 확신'이라 함은 관행을 따르는 자에게 그 관행이 마치 성문법과 마찬가지로의 구속력을 가지며 그것을 위반하면 사실상 법적 제재가 가해진다고 생각할 정도의 확신을 의미한다. 법적 확신의 정의에 대하여는 견해가 갈린다. 관습법의 구속력의 기초에 대하여 승인설⁸¹⁾을 취하는 학자들은 입법자의 묵시적 혹은 명시적인 승인이나 인용이 있을 때 법적 확신이 생긴다고 하고,⁸²⁾ 관습법의 구속력의 기초를 법원의 원용·적용에서 구하는 학자들은 법적 확신이란 의제적이고 불명확한 것이라고 하면서, 관행은 단지 법원의 판결에 의하여 적용될 때 그 적용이라는 사실에 의하여 강제력이 생긴다고 한다.⁸³⁾ 한편 관습법의 구속력의 기초를 사회적 필요성에서 찾는 학자들은 사회에서 일정한 관행이 법률적 필요성이 있다고 할 정도의 감정 내지 확신을 얻었을 때에 그 관행에 법적 확신이 생긴다고 한다.

세 번째 요건은 소극적 요건으로 관행이 사회질서에 반하지 않아야 한다.⁸⁴⁾ 법률관계의 안전이라고 하는 사회적 필요성이 관습법의 존재를 정당화시킨다고 할지라도 그것은 사회에서 요구되는 상위적 필요성, 즉 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 관습법은 효력이 없다고 하여야 할

81) 이 견해는 제정법률만이 이상적 법원이 되며 법률은 국민 혹은 입법자의 명시적 의사로서 이러한 명시적 의사에 의해 그 구속력이 인정되므로 관습법은 그의 존재가 법률에 의하여 인정되거나 법원에 의해 적용되는 경우에만 구속력을 가진다.

82) 이 견해에 대해서는 법률이 침묵을 지키고 있는 부분이나 법률과 다른 내용의 관습법이 형성되는 경우에는 관습법이 법률의 승인이나 인용에 의해 성립되는 것이라고 할 수 없으므로 부당하다는 비판이 있다. 이영규, 전계논문, 126면.

83) 이 견해에 대해서는 관습법과 판례법의 구별이 불가능해지고 또 법관에게 그와 같은 광범위한 법창조적 역할을 인정할 수 없을 것이고 또 법원의 항거에도 불구하고 관습법이 승리한 경우가 있다는 점을 보면 법적 확신은 법관에 의해 만들어지는 것은 아니므로 이 견해는 부당하다고 한다. Marty et Raynaud, Droit civil, T.1. 1961, p.490

84) 이 요건에 대하여는 과거의 역사를 보면 비합리적인 관습법이 많이 성립하였을 뿐만 아니라 이러한 것이 법적 구속력도 가졌던 것으로 보아 이를 관습법의 성립요건으로 둘 수는 없을 것이라는 견해도 있다.

것이다.

관습법에 의해 물권 또는 지적재산권을 창설한다는 것은 법관에 의해 재산권의 존재가 인정되고 그 범위가 확정지어 지는 것으로서 단순히 법을 해석하여 적용하는 것이 아니라 입법의 미비를 메우는 일종의 입법작용에 해당한다. 권력분립주의 및 법제에 있어서 성문법주의를 채택하고 있는 우리 헌법 하에서 이와 같은 법관의 입법기능은 매우 예외적인 것으로서 보조적인 것일 수밖에 없다.⁸⁵⁾

(3) “퍼블리시티권”의 관습법상의 권리 인정 여부 검토

우선 현재 ‘퍼블리시티권’에 대한 ‘항구적이며 일반적인 관행’이 형성되었는가를 검토할 필요가 있다. 이러한 관행은 계약서, 업계의 태도에 대한 인식조사, 각종 사회과학적 방법을 통해 조사할 수 있으나 결국 어떠한 방법론에 의할지라도 한계를 가질 수밖에 없다. 본 고에서는 학계의 태도와 엔터테인먼트 업계의 표준계약서 등에 근거하여 ‘항구적이며 일반적인 관행’이 형성되었는가를 검토하기로 한다.

학계에서는 퍼블리시티권을 인정해야 한다는 견해 즉 재산적 이익을 가질 권리를 인격권과는 별개의 권리로, 즉 새로운 퍼블리시티권으로 인정해야 한다는 입장과⁸⁶⁾ 그 인정에 대하여 회의적인 견해 즉 기존의 인격권으로 포섭되어야 한다는 입장으로 나뉘고 있고⁸⁷⁾ 어떠한 견해가 다

85) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上)”, 저스티스 통권 제97호, 2007, 136-137면.

86) 김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 민사법학, 제57호, 한국민사법학회, 2011, 88-102면; 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上): 호사유피 인사유명의 현대적 변용”, 저스티스 2007년 4월호, 135-166면 ; 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下): 호사유피 인사유명의 현대적 변용”, 저스티스 2007년 6월호, 86-121면; 남형두, “세계시장관점에서 본 퍼블리시티권”, 저스티스 2005년 8월호, 87-129면 ; 남형두 “스포츠경기와 퍼블리시티권”, 스포츠법학, 2007년 8월, 197-243면. ;정연덕, “아바타의 부정경쟁방지법에 의한 보호”, 창작과 권리 35호, 2004년 여름호, 52-101면; 박준우, “부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권의 보호”, 산업재산권 제22호, 2007년 4월, 173-194면 등

87) 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 2007년 6월호, 122-146면.; 박성호, “인격권의 변용—퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로—”, 법학논총 제23권 제2호, 한양대, 2006년 10월, 397-400면; 박성호, “실연자의 예명에 대한 법적 보

수설인지는 명확하지 않다.

또한 대한상사중재원의 유형별 엔터테인먼트 표준계약서(2008년 작성)에 의하면 상표권·초상권⁸⁸⁾에 대한 약정, 저작권·실연권 등에 대한 약정⁸⁹⁾은 포함되어 있으나 구체적으로 퍼블리시티권에 대한 약정을 포함하고 있지 않다. 2009년 5월 한국문화관광연구원이 제안한 공연예술분야표준계약서 시안 역시 촬영, 녹음 및 녹화와 관련된 실연자의 복제권 및 방

호”, 법조, 법조협회, 2007년 10월, 306면; 안병하, “인격권의 재산권적 성격: 퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학, 제45-1호, 한국민사법학회, 2009, 71-115면; 정경석, 퍼블리시티권의 허와 실, 2008, 79면 이하 등

88) <전속매니지먼트 계약서(연기자)>

제6조(상표권 등)① 갑은 본 계약기간 중 본명, 예명, 애칭을 포함하여 을의 모든 성명, 사진, 초상, 필적을 사용하여 상표나 디자인 기타 유사한 지적재산권을 개발하고, 갑의 이름으로 이를 등록하거나 이용할 수 있는 독점적인 권리를 갖는다. 다만 본 계약기간이 종료된 이후에는 모든 권리를 을에게 이전하여야 한다.

② 갑은 제1항의 범위 내에서 위 지적재산권을 제3자에게 양도하거나 라이선스 할 수 있다.

제7조(초상권 등) 갑은 본 계약기간 중 본명, 예명, 애칭을 포함하여 을의 모든 성명, 사진, 초상, 필적, 경력, 음성을 을의 연예활동 또는 갑의 업무와 관련하여 이용할 수 있다. 다만, 을의 명예를 훼손하는 방법으로 이용하여서는 아니되며, 본 계약기간이 종료된 이후에는 모든 권리를 을에게 이전하여야 한다.

89) <방송프로그램출연 표준계약서>

제10조 (권리의 귀속)

1. 본건 프로그램에 대한 일체의 저작권은 갑에게 귀속한다.
2. 본건 프로그램의 촬영과 관련하여 모든 결과물(연기, 아이디어, 주제, 플롯, 스토리 등) 및 그에 대한 권리는 갑에게 귀속되며, 을의 실연으로 인하여 발생되는 권리 역시 갑에게 귀속된다.
3. 제1항에도 불구하고 갑이 본건 프로그램을 방송 용도 이외의 수익사업에 사용하는 경우 또는 본건 프로그램을 재편집, 발췌하여 사용하는 경우에는 을의 사전동의를 받아야 한다. 다만, 본건 프로그램의 홍보를 위한 사용의 경우에는 그러하지 아니하며, 이 때에는 을의 이름, 사진, 목소리 및 영상 등을 사용할 수 있다.

<영화출연 표준계약서>

제16조 (권리의 귀속)

- ① 본건 영화에 대한 일체의 저작권 및 “을”의 실연자로서의 권리는갑에게 귀속된다.
- ② 본건 영화의 촬영과 관련하여 모든 결과물(연기, 아이디어, 주제, 플롯, 스토리 등) 및 이에 대한 권리는 갑에게 귀속된다.
- ③ 제1항에 불구하고 갑이 본건 영화를 재편집, 발췌하여 수익사업에 이용하고자 할 경우에는 을의 사전 동의를 받아야 한다. 다만, 본건 영화의 홍보 내지 마케팅을 위한 사용의 경우에는 그러하지 아니하며, 이때에는 을의 이름, 사진, 목소리 및 영상 등을 사용할 수 있다.

송권을 규정하고 있으나⁹⁰⁾ 구체적으로 퍼블리시티권에 대하여 규정하고 있지 않다. 한편 공정거래위원회가 공시한 '대중문화예술인(가수중심)표준전속계약서(표준약관 제10062호, 2009. 7. 6.)'와 '대중문화예술인(연기자중심)표준전속계약서(표준약관 제10063호, 2009. 7. 6.)'는 제9조에서 퍼블리시티권에 대한 약정사항을 담고 있다. "본명, 예명, 애칭을 포함하여 음의 모든 성명, 사진, 초상, 필적, 음성, 기타 음의 동일성(identity)을 나타내는 일체의 것을 음의 연예활동 또는 갑의 업무와 관련하여 이용할 수 있는 권한"을 퍼블리시티권의 내용으로 규정하고 이러한 권한은 계약 기간에 한하여 갑이 가지는 것으로 규정하고 있다. 이처럼 엔터테인먼트 업계가 참조할 수 있는 대표적 표준계약서를 검토한 결과 퍼블리시티권을 규정하고 있는 표준계약서는 일부에 불과하며, 학계의 견해 역시 다수설 혹은 통설에 이르는 견해의 일치가 형성된 것으로 보이지 않는 바 '항구적 관행'으로 정착되어 있다고 보기 어렵다.

다음으로 '법적 확신'이 인정되었는가 하는 점이다. 종래 우리나라 학설은 관습법과 단순한 관습을 법적 확신의 유무에 의해 구별하는 것이 일반적이다. 즉 사회에서 자연적으로 발생한 관행 내지 관습이 사회의 법적 확신에 의하여 법규범으로서 지켜질 정도에 이른 것을 관습법이라고 한다.⁹¹⁾ 법적 확신의 수반여부에 대한 판별은 어떠한 사회학적 방법에 의하더라도 지극히 어렵고 곤란할 수밖에 없다. 따라서 중국적으로 법을 정립하고 집행하는 것은 국가이므로 명시적 또는 묵시적으로 '국가'가 관습규범의 법으로서의 효력을 시인하지 않는 한 법이 될 수 없다.⁹²⁾ 이렇게 볼 때 추상적 '국가'의 구체화로서 국가의 승인은 관습을 적용하여 법원이 판결하는 것을 의미한다.⁹³⁾ 즉 법원의 견고한 판례를 통하여 그 관습

90) 박영정·강은경, "공연예술분야 표준계약서 제도 연구", (한국문화관광연구원 기본연구 2009-3), 116-117면.

제10조 (촬영, 녹음 및 녹화)(1) 갑은 원칙적으로 해당 공연의 기록을 위한 녹음 및/또는 녹화 이외에는 음의 사전 동의 없이 공연을 녹음 및/또는 녹화해서는 안 된다. 상기 기록물은 음과의 별도 협의 없이 상업적 목적으로 이용되어서는 안되며, 외부 반출이 필요할 경우 사전에 음과의 협의를 거쳐야 한다.

91) 곽윤직, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 27면; 이영준, 「민법총칙」, 박영사, 2005, 20면

92) 곽윤직, 전계서, 28면

에 대한 사회구성원의 법적 확신이 더욱 확고해 진다고 볼 수 있다.⁹⁴⁾ 실제로 현재 관습법상의 제도로서 인정되고 있는 관습법상의 법정지상권, 양도담보, 분묘기지권, 수목의 집단이나 미분리 과실의 소유권 이전에 관한 명인방법 등이 모두 법원에 의하여 인정됨으로서 관습법으로 성립한 제도들이다. 그러나 현재 퍼블리시티권의 인정과 관련하여서는 국가의 승인이라고 견줄 수 있는 판례의 태도가 확고히 정립되지 못하고 인정 여부에 대한 하급 법원의 모순된 판결이 난립하고 있는 상황이다. 앞서 언급된 관습법으로 성립한 제도들은 수십 년의 세월을 거쳐 어느 정도 하급심의 합의된 결정 및 대법원 판결을 기반으로 하고 있다. 그러나 앞서 판례를 통해 검토한 바와 같이 현재의 퍼블리시티권을 둘러싼 판결들은 하급심 판결 중심이며 시간이 지날수록 통일된 판시로 집중되고 있기 보다는 오히려 최근 관습법의 성립을 부정하는 하급심 판결이 등장하는 등 ‘국가의 승인’을 득한 ‘법적 확신’에 이른 관습이라고 볼 수 없다.

따라서 퍼블리시티권은 관습법에 의하여 형성된 권리로 볼 수 없다. 그러므로 헌법에 의거한 재산권 형성 법률로서 퍼블리시티권을 규정한 성문법이 없는 상황에서 민법 제1조에 근거하여 적용될 관습법이 없다면 퍼블리시티권에 대한 재산권의 인정여부는 판례를 통해 임의로 창설되는 것이 아니라 반드시 입법정책 차원에서 논의되어야 한다. 따라서 이하에서는 입법정책적 차원에서 퍼블리시티권의 입법당위여부를 기존의 입법필요성에 대한 근거를 중심으로 검토해 보고자 한다.

2. 입법필요성 검토

입법필요성을 주장하는 견해는 통상 현행법의 적용 한계, 비교법적 검토 특히 미국제도와 연관된 도입필요성, 한류의 재산권 보장 등을 그 근거로 한다. 따라서 이하에서는 각각의 필요성에 대하여 검토한다.

93) 박윤직, 전계서, 28면; 서광민, “관습법과 사실인 관습”, 고시계 414, 1991.8, 112-125면.

94) 이영준, 전계서, 20면

(1) 현행법의 재해석을 통한 적용가능성 검토

앞서 살펴보았듯이 퍼블리시티권이 “특정인의 정체성을 연상시킬 수 있는 일체의 것”에 대한 “상업적 경제적 가치의 일체”를 보호하고자 하는 것이라면, 현행법만으로는 한계가 있다고 한다. 저작권법상의 실연의 보호는 “실연 그 자체”에 한정되며, 부정경쟁방지법상의 부정경쟁행위에 해당되기 위해서는 상품이나 영업과 결합된 표지인 것과 아울러 혼동방지를 요구하고 있다는 점 등에 비추어 볼 때 그러하다. 또한 헌법재판소는 헌법 제10조에서 인격권을 도출해 내면서⁹⁵⁾ 성명권, 초상권은 이러한 일반적 인격권의 구체적인 내용⁹⁶⁾으로서 또는 헌법에 열거되지 않는지만 경시되어서는 아니 될 인간의 존엄과 가치를 신장시키기 위한 수단으로서 인정되고 있고,⁹⁷⁾ 이러한 성명, 초상 등의 인격권은 민법상 불법행위의 위법성 판단에 있어 일반적으로 비재산적 利益의 범주에 속하는 것으로 설명되고 있다.⁹⁸⁾ 즉 재산적 이익에 대한 손해배상은 곤란하다는 한계가 있다.

그러나 초상권의 객체를 순수 초상에 한정하지 않고 ‘초상, 음성, 연기’ 등까지 확대시킨다면 객체의 제한에 따른 기존법의 한계는 어느 정도 극복될 수 있다. 법원은 “사람은 누구나 자기의 성명이나 초상, 음성, 연기 등을 스스로 경제적으로 이용하거나 제3자에게 대가를 받고 일정한 기간 동안 전속적 또는 1회적으로 이용하게 할 수 있는 권리, 즉 이른바 초상권을 가지고 있다.”고 하면서 “본인의 동의 없이 이를 함부로 사용하는 경우 불법행위를 구성한다.”고 하였다.⁹⁹⁾ 통상 보통 퍼블리시티권의

95) 헌법재판소 1990. 9. 10.자 89헌마82 결정 등 다수.

96) 김철수, 「헌법학개론」 제12전정판, 박영사, 2000년, 365면.

97) 허영, 「헌법학원론」 신정12판, 박영사, 1999년, 319면. 최근 대법원은 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리”라고 하여 이를 분명히 하였다. 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

98) 광윤직, 「제6판 채권각론」, 박영사, 2004년, 401면.

99) 서울고등법원 1998. 3. 27. 선고 97나29686 판결(광고모델의 초상권 침해사건인

보호객체로 초상, 성명, 극중 역할, 음성, 특정인을 연상시키는 물건 등을 들고 있는데, 초상권의 보호대상을 “초상본인의 동일성”이라고 하면 그 보호대상을 초상본인의 얼굴, 외모뿐만 아니라 넓게 보호할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 그 재산적 손해의 보전과 관련하여서도 대법원은 초상권을 “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리”라고¹⁰¹⁾ 하여 헌법상 보장된 권리로 인정하면서 그 경제적, 재산적 측면까지도 함께 파악하고 있는바, 초상권 침해에 대한 손해배상의 산정에 있어서 인격적 손해로 한정할 이유가 없다. 따라서 재산적 이익에 대한 손해배상이 곤란하다는 한계는 손해액 산정의 기준이나 방법의 문제이지 퍼블리시티권 개념이 있어야만 반드시 초상권 침해로 인한 손해액 산정의 기준이 명확해 지고, 그 손해액이 늘어나는 것은 아니라고 할 것이다.¹⁰²⁾

한편 새로이 도입된 부정경쟁방지법의 일반조항이 동일성표지의 경제적 가치에 대한 보장근거로 역할 할 수 있다. ‘부정경쟁방지법’ 제2조 제1호 차목은 “타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위로 추가 규정하고 있다. 사람의 성명, 초상, 음성, 연기 등이 지니는 고객흡입력은 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’라고 볼 수 있으며, 이러한 고객흡입력을 이용하여 경제적 이익을 득하는 것은 ‘자신의 영업을 위하여 사용하여 경제적 이익을 침해하는 것’과 연결된다. 다만 ‘침해자의 경제적 이익’의 입증은 비교적 용이하나 ‘권리자의 경제적 이익의 침해’ 입증은 곤란하다는 난점이 있다.¹⁰³⁾ 그러나 이처럼 본인의 경제적 이익의 침해가

‘황인정의 돌코락스-S 광고 사건’). 또한 서울고등법원 2000. 4. 25. 선고 99나 30444판결에서도 위와 같이 초상권의 보호 대상을 성명, 초상, 음성, 연기까지도 포함된다고 하였다.

100) 정경석, “퍼블리시티권의 허와 실”, 지적재산권 제27호, 2008, 80면

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

102) 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 통권 제98호, 2007, 143면

103) 최근의 키워드검색광고 사건에서도 키워드검색광고에 ‘성명 등’을 사용한 것이

분명하지 않은 상태에서 잠재적으로 경제적 이익의 침해가 있을 수도 있다는 이유로 재산권의 침해를 인정하고, 금지행위로 규정하는 것은 타인의 영업의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있다.

(2) 비교법적 검토

퍼블리시티권이 국제적 재산권(international proprietary right)이 되기 위해서는 이 권리에 대한 각국의 태도를 검토해 볼 필요가 있다. 우리나라의 판례는 지나치게 미국의 판례 인용에 경도되어 있다고 보여진다. 퍼블리시티권의 강한 사회적 지속성이 각국의 독특한 사회, 경제, 문화적 상황을 내포하고 있다는 사실을 감안한다면 미국의 태도에만 경도되어서는 안 되며 국제적 흐름을 주의 깊게 살피되, 우리의 현실을 감안한 입법정책적 판단이 요구된다.¹⁰⁴⁾

미국의 경우 정신적 이익의 보호를 목적으로 하는 프라이버시권과 상업적 이익의 보호를 목적으로 하는 퍼블리시티권은 상호 독립적으로 존재하고 따라서 결과적으로 양자택일적으로 적용될 수 있다. 유명인의 성명·초상 등을 타인이 허락 받지 않고 광고 등 상업적 목적으로 이용하는 경우에도, 유명인은 목적적으로 공중에게 자신을 드러내고 대중성을 얻으려 노력하기 때문에 프라이버시권의 침해를 이유로 소를 제기하는 것이 인정되지 않았다.¹⁰⁵⁾ 또한 자신의 성명·초상 등을 타인이 허락 받지 않고 광고 등 상업적 목적으로 이용하는 것에 대해 유명인이 정신적 이익의 침해를 이유로 제기한 소는 실제로는 경제적 이익이 침해되었다는 것

“타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”에 해당되지 아니한다는 이유로 원고의 청구를 배척하였다(서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결).

104) Dougherty에 의하면, 퍼블리시티권이 지나치게 미국적인 권리(American Right)로 이해되어 왔다고 하면서¹⁶³⁾ 그것이 국제적 재산권(international proprietary right)이 되기 위해서는 이 권리에 대한 미국적인 생각을 다른 나라에 주입시켜서는 안 되고, 다른 나라의 역사, 사회, 문화에 대한 이해가 필요하다고 주장한다. F. Jay Dougherty, Foreword: The Right of Publicity - Towards a Comparative and International Perspective, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 421, 424-427 (1998).

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

을 이유로, 반대로 경제적 이익의 침해를 이유로 제기한 소는 프라이버시권은 경제적 이익이 아니라 단지 정신적 이익을 보호한다는 것을 이유로 인용되지 못하는 결과를 초래하였다.¹⁰⁶⁾ 따라서 미국은 개인의 성명, 초상 등에 대한 경제적 이익의 보호에 관해서는 법률적 흠결이 존재하였고 이러한 법률적 흠결을 치유하고 일신 전속적 권리로서 양도가 불가능한 프라이버시권과 달리 양도성과 상속성을 인정하여 경제적 수요를 충족시키기 위해 퍼블리시티권을 인정하였다. 다만 퍼블리시티권이 전제로 양도되고 양도인의 프라이버시권과 양수인의 상업적 이익사이에 충돌이 발생하는 경우에는 여전히 명확한 해결책이 제시되지 못하고 있다.

한편, 독일에서는 미국에서와 같은 퍼블리시티권을 인정하지 않는다. 그러나 그에 상응하는 일반적 인격권(**general right of personality**)을 인정함으로써 인격(**personality**) 전반에 걸친 권리를 보호해주고 있다.¹⁰⁷⁾ 즉 프라이버시권과는 별도로 발전한 미국에서의 퍼블리시티권과는 달리 독일의 판례는 전통적으로 일원론적 입장에서 성명, 초상 등에 대한 재산권적 이익을 인격권의 일부로 파악한다.¹⁰⁸⁾ 따라서 실제로 정신적 손해와 재산권적 이익의 침해가 동시에 발생했다 하더라도 정신적 손해에 대한 위자료 청구와 불법행위를 원인으로 하는 사용대가의 청구는 동시에 행사될 수 없다는 점을 명확히 하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이렇게 인격권의 일부로 인정되며 일반적 인격권이 개인의 인격에서 분리되지 않기 때문에¹¹⁰⁾ 양도성이 인정되지 않았다. 다만 ‘조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법률’¹¹¹⁾은 사후 인격권에 대해 제22조에서 별도로 규정하고 있다.¹¹²⁾ 초상에 대한 배포 전시에

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

107) Susanne Bergmann, *Publicity Rights in the United States and in Germany: A Comparative Analysis*, 19 Loy. L.A. Ent.L.J. P.502 (1999).

108) BGH GRUR 1956, S. 427, 429.

109) ‘Herrenreiter’ 사건(BGH GRUR 1958, S. 408, 409.)

110) Susanne Bergmann, *Publicity Rights in the United States and in Germany: A Comparative Analysis*, 19 Loy. L.A. Ent.L.J. P.520 (1999).

111) Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie(KUG).

112) 제22조 (초상권) : 초상은 본인의 동의를 얻은 경우에 한하여 이것을 배포하거나 전시할 수 있다. 본인이 자발적으로 촬영시키거나 보수를 받은 경우에 있어서 의

있어서 기본적으로 초상주체의 동의를 구해야 하며, 사후에는 유족(근친자)의 동의권을 10년간 보장한다. 그러나 독일 연방대법원은 Mephisto 사건¹¹³⁾에서, 사자의 인격이 증대하게 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. 그러나 Klaus Kinski 사건¹¹⁴⁾에서 독일연방대법원은 인격권의 일부를 구성하는 정신적 이익의 보호는 시간적으로 명확한 한계는 없다고 하면서도, 재산권적 이익의 보호는 사후 10년으로 종료한다고 판시하였다. 그러나 1992년 사망한 유명 여배우의 성명, 초상 및 서명과 같은 인격권적 요소가 상표 및 광고에 사용된 Marlene Dietrich 사건¹¹⁵⁾에서, 판례는 인격권은 정신적 이익뿐만 아니라 상업적 이익도 보호하여야 하는 것으로 판시하여 오랫동안 불가능한 것으로 여겨졌던 인격권 중 재산적 가치가 있는 부분의 상속성을 인정하였다. 따라서 인격권 중 재산적 가치의 소유자로서 상속인은 사자의 성명, 초상 등을 허락 받지 않고 상업적으로 사용하는 자를 상대로 손해배상 혹은 부당이득반환 청구를 행사할 수 있게 되었다. 또한 사자의 상속인은 사자 자신의 노력에 의해 획득된 명성 혹은 사자와 동일시 될 수 있는 요소의 공개가치 등을 제3자에게 이용 허락하여 이익을 취할 수 있게 되었다.¹¹⁶⁾ 즉 독일은 입법론에 대한 논의보다도 일반적 인격권의 해석을 통해 초상/성명 등의 상품화와 관련된 문제를 해결하고자 하는 듯 하다.

영국의 경우 퍼블리시티권을 성문법상 그리고 판례상 명백히 인정하고 있지는 않다. 미국 법원에서 이미 사망한 다이애나 황태자비의 퍼블리

심스러운 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.

113) BGH NJW 1968, 1773 - Mephisto.

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

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

116) Götting, "Persönlichkeitsmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke", GRUR 2001, S. 656, 667.

시티권이 문제되었을 때 법원은 “영국은 상속가능한 퍼블리시티권을 인정하지 않는다.”¹¹⁷⁾라든지, “영국은 퍼블리시티권을 긍정하고 있지 않다.”¹¹⁸⁾등의 기술을 통해 영국의 법령상 퍼블리시티권이 인정되지 않는다는 사실을 분명히 확인한 바 있다. 그밖에 일본 또한 퍼블리시티권에 대한 명시적인 법률규정은 없고 일본 민법 제709조 불법행위 규정에 의한 재판을 통해 개인의 동일성표지 관련 사례의 구제가 이루어지고 있다. 대부분 인격권으로서의 초상권과 성명권을 일반적으로 인정하여 보호하고 있으며 하급심 판례에서는 퍼블리시티권이란 용어가 통용되고 있고, 상당부분 일본 판례는 퍼블리시티권을 고객흡인력을 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리로 파악하고 있는 바,¹¹⁹⁾ 우리의 상황과 유사하다고 보여 진다.

이처럼 퍼블리시티권은 미국에는 확고히 인정되고 있지만 그 밖의 국가들 간에는 그 권리인정과 관련하여서는 여전히 논란이 있으며, 특히 우리와 유사한 성문법계를 따르고 있는 독일과 일본은 그 도입에 대하여 여전히 신중한 태도를 보이고 있다. 퍼블리시티권은 미국에서 발생, 성립하여 몇몇의 나라로 전파된 특정권리의 명칭이지, 특정인에 대한 동일성표지의 재산적 가치를 보호하고자 하는 모든 권리의 통칭이 아니다. 이는 퍼블리시티권이라 불리 우는 권리 없이도 동일성표지의 상업적 가치를 효율적으로 보호하고 있는 유럽 여타 여러 나라들이 존재한다는 사실을 봐도 그러하다.¹²⁰⁾

(3) 한류의 재산권 보장

퍼블리시티권의 대상이 되는 각종 서비스 및 재화는 국경 없이 거래

117) Cairns v. Franklin Mint Co., 24 F. Supp. 2d 1013, 1023-29, 49 U.S.P.Q.2d 1396, 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72387 (C.D. Cal. 1998)

118) Love v. The Mail on Sunday, 473 F. Supp. 2d 1052, 1057 (C.D. Cal. 2007).

119) 예술인의 성명초상을 상품화한 오냥꼬 클럽(おにゃんこクラブ) 사건(東京地判 平2.12.21, 東京高裁 平3.9.26.), 영국 ‘더비’ 경마경주의 씨말 ‘스탈리온’에 관한 명칭을 상품화한 Derby-stallion(ダービースタリオン) 사건(東京高判 平14.9.12.) 등

120) 안병하, “인격권의 재산권적 성격 비판”, 2009, 74면

된다. 최근 한류의 재산권 보장으로 퍼블리시티권을 도입하자는 견해가 있다. 일본, 베트남 등에 배용준 등 스타의 드라마를 수출하고 이를 한류로서 보호하기 위해서는 정책적으로 엔터테인먼트 산업을 뒷받침하는 수단으로 퍼블리시티권을 강화하자는 것이다.¹²¹⁾ 그러나 문제는 외국인이 외국에서 행한 퍼블리시티권 침해에 대하여 우리가 법적 근거를 가지고 있다 할지라고 그 효력이 바로 미칠 수 있는가 하는 것이다. 법률·명령위반에 대하여 강제적인 방법으로 행정기관이 행정처분이나 제재를 가할 수 있는 행정관할권(executive jurisdiction)과 법원에 의한 사법절차에 당사자를 복종시키는 대인관할권으로서 사법관할권(judicial jurisdiction)인 집행관할권이 확보되지 않는 한 외국에서 행해진 침해를 구제하는 것은 현실적으로 곤란하다. 집행관할권은 기본적으로 영토의 제약을 받는다. 국가는 타국의 동의 없이는 타국의 영역에서 자신의 법적 권한을 행사할 수 없는 것이 원칙이므로 집행관할권은 자국의 영토에 한정된다. 입법관할권도 이러한 집행관할권의 실제적인 가능성을 염두에 두고 그 범위를 정할 수밖에 없다.¹²²⁾ 이러한 상황에 비추어 볼 때 외국에서 집행력을 확보하지 못할 경우 퍼블리시티권의 입법은 결국 국내 사업자 등의 내국인의 영업의 자유, 표현의 자유만을 제한하는 역차별적 결과만 초래하게 된다.

무형물인 무체재산과 관련된 입법은 다분히 정책적 요소에 민감할 수밖에 없다. 보호할 만한 것을 많이 보유하고 있는 국가는 보호법에 치중할 것이며, 그렇지 않은 국가 입장에서는 비교적 '활용'에 주안점을 둘 수밖에 없다. 결국 퍼블리시티권을 인정하고 있는 미국과의 관계에서 볼 때 우리의 콘텐츠 경쟁력이 보호에 치중하는 입법정책을 가져가는 것이 유리한지여부는 우리가 미국에 비해 상대적으로 콘텐츠 강국의 위치에 있는지부터 면밀히 검토해 볼 필요가 있다. 한편 일본, 베트남 등에 비해

121) 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(上): 호사유포 인사유명의 현대적 변용”, 저스티스 2007년 4월호; 남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下): 호사유포 인사유명의 현대적 변용”, 저스티스 2007년 6월호; 남형두, “세계시장관점에서 본 퍼블리시티권”, 저스티스 2005년 8월호; 남형두 “스포츠경기와 퍼블리시티권”, 스포츠법학, 2007년 8월.

122) 윤중수, “인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용”, 공법연구 제39집 제1호, 2010, 42면

우리가 상대적으로 콘텐츠 강국이라고 할 수 있다고 가정한다 할지라도 우리의 집행관할권을 타국에서 확보할 수 있는지, 가사 집행관할권을 행사할 수 있다 할지라도 현 시점에서 다른 나라와의 관계 속에서 문화산업에서 우위를 차지할 수 있는 전략이 ‘활용’을 통한 문화전파에 주력하는 것인지, 수익을 위한 ‘보호’에 치중하는 것인지 대한 정책적 판단이 선행되어야 된다. 이러한 점을 감안한다면 결국 퍼블리시터권의 입법은 한류재산권 보장으로 기능하기 보다는 오히려 선진국의 퍼블리시티 이용에는 장애로, 그리고 내국인에게만 불평등 규제로 작용하는 결과를 초래할 수 있다.

V. 결론

본 논문은 퍼블리시터권의 현행법상의 적용가능성 및 신규입법의 필요성에 대하여 검토하였다. 성문법주의 하에서 재산권의 인정은 헌법에서 그 근원을 찾을 수 있다 우리 헌법은 재산권 형성적 법률유보 규정을 통해 재산권의 내용을 법률에 의해 구체화하도록 위임하고 있다. 따라서 퍼블리시터권이 재산권으로 인정되기 위해서는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해져야 한다. 성문법적 근원으로서 퍼블리시터권에 대한 특별법적 규율이 없는 상태에서 재산권을 규율하는 일반법인 ‘민법’이 적용된다. ‘민법’ 제1조에 의하면 ‘민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다’고 규정함으로써 성문법이 없는 사항에 대하여만 관습법의 보충적 효력 인정하고 있다. 그러나 현재까지 퍼블리시터권은 ‘항구적이며 일반적인 관행’으로 형성되지 못하고 ‘법적 확신’을 득하지 못했다는 측면에서 관습법으로 인정된 권리라고 볼 수 없으며, 이러한 상황에서 법률상 형성되지 않은 재산권을 인정하는 것은 곤란하다. 즉 현행 법률에 근거하지 않은 권리를 통칭하여 인정하는 것은 바람직하지 않으며 필요하다면 입법적 근거를 마련하여 법률상 재산권으로 규명되어야 한다. 그렇다면 퍼블리시터권이 독자적 재산권으로 인정되어야 하는 가에 대한 입법정책적 검토가 필요하다. ‘퍼블리

시티'라는 것이 형성된 근원 즉 경제적 이익을 취할 수 있는 재산권의 근원은 고객흡입력에 따른 경제적 가치라고 할 수 있다. 특정인의 투자와 노력에서만 찾는다면 그러한 노력은 보호되어야 마땅하다. 그러나 그러한 고객흡입력은 특정인의 노력에만 기하는 것이라기보다는 고객흡입력을 갖게 해준 미디어의 전파력, 대중의 호응, 이러한 호응이 가능할 수 있는 대중문화의 힘이 바탕이 된 것이라고 할 수 있다. 인간의 창작 및 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과는 마땅히 보호되어야 한다. 이러한 보호를 위해 우리나라는 저작권법, 부정경쟁방지법, 민법 등 다양한 법적 근거를 가지고 있다. 이러한 입법을 통한 보호는 수 십 년간의 논의를 거쳐 일반국민의 또는 국제세계의 일반적 승인을 득하였기에 가능해 졌다고 볼 수 있다. 누군가에 대한 새로운 권리의 인정은 다른 누군가의 권리를 제한하는 결과를 초래한다. 퍼블리시티권의 인정은 해당 주체와 그러한 주체로부터 권리를 양도받아 관련 비즈니스를 영위하는 자들에게는 경제적 이익을 통한 관련 산업 발전 유인이라는 장점이 있지만 반면에 이들을 이용하여 자신의 의사와 감정을 표현하려는 일반인들의 표현의 자유, 예술의 자유, 영업의 자유는 필연적으로 제한된다. 즉 일정한 표현에 대한 독점배타적 권리로서 퍼블리시티권 보장은 국민들이 정보에 자유롭게 접근하고 이용할 수 있는 표현의 자유와 그러한 표지를 이용해 영업을 할 수 있는 영업의 자유와도 일정한 갈등관계를 표출할 수밖에 없다. 따라서 새로운 권리의 인정을 위해서는 탄탄한 근거가 뒷받침 되어야 한다. 즉 현행법을 통해서도 현재의 심각한 문제를 해결할 수 없으며, 해당 제도가 이미 국제적으로 보편화 되어있어 우리가 이에 합당한 조치를 취하지 않으면 국제화에 역행하고 있다든지 또는 국부의 유출 방지 및 국력강화를 위해서 라든지 등의 정당성이 인정되어야 한다. 그러나 퍼블리시티권은 이미 성립된 초상권의 객체 확대 및 재산상 손해배상의 인정, 부정경쟁방지법상의 일반조항 해석을 통한 적용 등을 통해 그 상당부분이 포섭될 수 있다. 비교법적 검토에 의한다 할지라도 미국을 제외한 대부분의 국가에서 그 법적 권리로서의 도입은 여전히 논란이 분분하며 국제적으로 확립된 원칙이 존재하지 않는다. 또한 국익보호 즉 한류의 재산권 보장 측면에서도 문화강대국인 미국과 동일한 취지의 입법을 함으로서 오히려

우리보다 상대적으로 콘텐츠 강국인 미국의 콘텐츠 보호에만 일조하면서 그 밖의 국가에 대하여는 집행관할권 행사 곤란으로 내국인에 대한 상대적 불평등만 초래하게 될 수 있다. 따라서 퍼블리시티권을 법률상 새로운 재산권으로 규명하는 것은 그 타당성과 실효성 측면에서 바람직하지 않다.

【영문초록】

Study on the Approval of the Right of Publicity

Kim, Hyun-Kyung

Currently, in Korea whether to admit the "right of publicity" or not has been controversial and there are only the decisions of the lower courts not yet coming out Supreme Court's decision about "right of publicity". In this situation the difference of litigation results on similar matters makes the litigants feel unjustly, therefore lead to the distrust of the trial. On the basis of this critical perspective, this paper analyzed the Judicial precedents and application limits of the current law for the 'right of publicity' to review the need for recognition of the 'right of publicity' as an independent right.

In Korea's legislative framework in order to be admitted Property right, such rights has expressly based on the statute or shall be recognized as the common law by civil law Article first. However until now right of publicity can not be considered as ' permanent and common practice' and does not form a 'legal certainty', so it can not be considered as recognized by the common law rights. Therefore the right of publicity should be codified into law as a new right. But the recognition of new rights will inevitably entail a limitation of other rights. Recognition of the right of publicity is to restrict freedom of expression, freedom of business and so on. therefore the recognition of new property rights should be based on a solid support and strong evidence. However, the right of publicity can be solved by the extension of the object in the right of likeness that has already been established and the new supplementary general clause(Article 2, Paragraph 1, Subparagraph

10) to the Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act. Its introduction as a legal right is still controversial in most countries except the United States and the internationally established principles do not exist. It can also be caused only relatively unequal protection of interests of the nationals because of difficulties in exercising enforcement jurisdiction. Therefore, to codify the right of publicity as a new property right is undesirable in terms of its feasibility and effectiveness.

【참고문헌】

- 권오승, “관습법의 법원성”, 고시계 299, 1982.1
- 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 대한 연구”, 법학논총 vol.17 No.3, 2010.
- 권태상, “퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
- 김재형, “모델소설과 인격권”, 인권과정의, 통권 제255호, 1997, 11.
- _____, “인격권에 관한 입법제안”, 민사법학, 제57호, 한국민사법학회, 2011.
- 김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고 - 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위 -”, 법조(통권 제556호), 2003.1.
- 김형배 외, 『민법학 강의』 (제9판), 신조사, 2010.
- 김철수, 헌법학개론 제12전정판, 박영사, 2000.
- 김운명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권 제33호, 2010.
- 남형두, “세계시장관점에서 본 퍼블리시티권”, 저스티스 2005, 8.
- _____, “스포츠경기와 퍼블리시티권”, 스포츠법학, 2007.
- _____, “퍼블리시티권의 철학적 기반 (上)”, 저스티스 통권 제97호, 2007.
- _____, “퍼블리시티권의 철학적 기반(下)”, 저스티스 통권 제98호, 2007.
- _____, “퍼블리시티권의 입법적 보호방안 연구”, 문화관광부, 2011.
- 박성호, “인격권의 변용—퍼블리시티권에 관한 논의를 중심으로—”, 법학논총 제23편 제2호, 2006.
- 박영정·강은경, “공연예술분야 표준계약서 제도 연구”, (한국문화관광연구원 기본연구 2009-3), 2009.
- 박영규, “인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권”, 저스티스(통권 제112호), 한국법학원, 2009.
- 박준우, 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호, 2007.
- 박준석, 퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더

- 가까운가?, 산업재산권 제30호, 2009.
- 변지영, “엔터테인먼트 분야의 새로운 법적 과제 - 게임물, 퍼블리시터권 그리고 표현의 자유 - 미국의 판례가 주는 교훈들”, 스포츠와 법 vol.12 No2, 2009.
- 서광민, “관습법과 사실인 관습”, 고시계 414, 1991.8.
- 서태환, “퍼블리시터권(Right of Publicity)의 의의와 그 양도성 및 상속성”, 청구법률논단(통권 제1호), 1997.
- 안병하, 인격권의 재산권적 성격-퍼블리시터권 비판 서론, 2009.
- 양창수, “사생활 비밀의 보호 - 사법적 측면을 중심으로”, 저스티스 2003/12(통권 제76호)
- 엄동섭, “퍼블리시터(Publicity)권”, 서강법학연구 제6권, 2004.
- _____, “한국에서의 퍼블리시터권 논의; 법적 성격을 중심으로”, 민사법학 vol.57, 2011.
- 유미진 · 이천희, “스포츠선수 퍼블리시터권에 관한 관계자의 인식연구, 한국체육학회지, vol.20 No.4, 2011
- 오승중, “퍼블리시터권 도입에 대한 검토”, 박찬숙의원실 편, 2005.
- 이병린, “초상권은 지켜져야 한다,” 법률신문 1965. 3. 1.
- 이영규, 관습법에 관한 연구, 한양법학, 1991.
- 이영록, “퍼블리시터권에 관한 연구(I) - 그 주체객체에 대한 미국에서의 논의를 중심으로”, 저작권연구자료 43(저작권심의조정위원회), 2003.
- 이한주, “퍼블리시터권에 관하여”, 사법논집 제39집, 2003.
- _____, “경주마의 퍼블리시터권”, 저스티스 통권 제85호, 2005.
- 이호선, “퍼블리시터권(신원공표권)의 성격에 관한 연구 - 지적재산권관점, 과연 타당한가?”, 법학연구 vol.19 No.4, 2009.
- 한위수, “퍼블리시터권(성명초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)”, 인권과정의(통권 제242호), 1996.
- _____, “동(하)”, 인권과정의(통권 제243호), 1996.
- 허 영, 헌법학원론, 신정12판, 박영사, 1999.
- 정필운, 헌법 제22조 제2항 연구, 연세대학교 법학연구 20권 1호, 2010.

정연덕, “퍼블리시티권에 관한 연구; 부정경쟁방지법을 중심으로”, 산업재산권 vol.29, 2009.

정희섭, “재산권으로서의 퍼블리시티(Publicity)권리”, 재산법연구제20권제1호, 2003.

정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 통권 제98호, 2007.

_____, “퍼블리시티권의 허와 실”, 지적재산권 제27호, 2008.

최형구, “퍼블리시티권의 사후존속”, 산업재산권, 2011.

_____, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 vol.31, 2010.

F. Jay Dougherty, Foreword: The Right of Publicity - Towards a Comparative and International Perspective, 18 Loy. L.A. Ent. L.J., 1998.

Kevin S. Marks, An Assesment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases, 70 Cal. L. Rev., 1982.

Rosemary J. Coombe, Authorizing the Celebrity: Publicity Rights, Postmodern Politics, and Unauthorized Genders, 10 Cardozo Arts & Ent. L.J., 1992.

Susanne Bergmann, Publicity Rights in the United States and in Germany: A Comparative Analysis, 19 Loy. L.A. Ent.L.J., 1999.

《주제어(Keyword)》

퍼블리시티권(Right of publicity), 초상권(right of likeness), 관습법(Common law), 재산권(property rights), 인격권(personal right)