

# 퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구

남형두(연세대학교 법학전문대학원 교수)

2011. 12.



# 제 출 문

문화체육관광부 장관 귀하

본 보고서를 “퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구”의 최종 결과 보고서로 제출합니다.

2011년 12월 23일

연구책임자 : 남형두(연세대학교 법학전문대학원 교수)

# 퍼블리시티권의 입법적 보호 방안 연구

남형두(연세대학교 법학전문대학원 교수)

## 목 차

### I. 서론

1. 연구의 필요성
2. 연구의 구성

### II. 퍼블리시티권 판례 분석

1. 개설
2. 퍼블리시티권 이전 시대
  - 가. 한혜숙 판결 : 초상의 영리목적 사용에 관한 최초 사례
  - 나. 뉴스위크 판결 : 초상권에 관한 최초의 섭외사건
  - 다. 윤정희 판결 : 퍼블리시티권의 불인정으로 인하여 왜곡된 판결
3. 퍼블리시티권 인정 시대
  - 가. 이휘소 판결 : 최초로 퍼블리시티권의 존재를 인정한 사례
  - 나. 최진실 판결 : 퍼블리시티권이라는 용어만 쓰지 않았을 뿐 사실상 그 권리를 인정한 사례
4. 퍼블리시티권의 발전
  - 가. 제임스 딘 I 판결
  - 나. 제임스 딘 II 판결
  - 다. 제임스 딘 III 판결
  - 라. 제임스 딘 IV 판결
  - 마. 비달 사순 판결
  - 바. 시나위 판결
  - 사. 이영애 판결
  - 아. 허영란 판결
5. 반성 및 다지는 시기
6. 더욱 확대, 확산되는 퍼블리시티권
  - 가. 퍼블리시티권 인정 근거
  - 나. 퍼블리시티권의 주체와 관련된 판결
    - (1) 유명인에 국한하지 않는 판결
    - (2) 자연인(개인)을 넘어 그룹, 단체에까지 인정한 판결
  - 다. 양도성/상속성을 인정하거나 이를 전제로 한 판결
    - (1) 개설
    - (2) 양도성을 구 저작권법 영상저작물특례조항을 통해 인정해온 판결

(3) 소송신탁 논의에서 사실상 퍼블리시티권의 양도성을 인정한 판결  
라. 침해구제

(1) 금전배상(손해배상)

(가) 사실상 저작권법 유추적용

(나) 재산상 손해 외 정신적 손해를 인정한 사례

(다) 장래이행 부분을 인정한 사례

(2) 금지청구

마. 표현의 자유와의 갈등

7. 결론

### III. 도입론과 반대론의 찬반 논의

1. 개요

2. 도입론

가. 입법적 해결론이 대두된 경위

나. 법원 실무의 고충과 그에 대한 평가

3. 반대론

가. 내용적 반대론

(1) 표현의 자유 등 다른 기본권 제한

(2) 사회적 산물 / 문화적 산물

(3) 경제적 왜곡 현상 초래

(4) 부도덕 현상 초래 우려

(5) 인격권론 - 인간성 황폐화

(가) 잘못된 가치관 또는 자본의 논리라는 주장에 대한 반론

(나) 법의 역할론

(다) 인간의 상품화, 장기매매 비유 주장에 대한 반론

1) 양도성/상속성 있는 재산권으로 인정할 경우 통제권 상실로 인한 왜곡현상

2) 계약에 의한 통제 - 직접 계약당사자 간

3) 계약 외 통제 방법 - 전전 양수된 경우

4) 권리자가 오히려 원하는 바임 - 포기의 원칙(Doctrine of Waiver)

5) 오히려 정의롭지 않은 결과 초래

6) 소결

(라) 적극적 반론 - 산업정책적 고려

(6) 내용적 반대론에 대한 소결

나. 형식적 반대론

(1) 포기의 원칙(Doctrine of Waiver)에 대한 이해부족 - heroes v. celebrities

(2) 손해배상 범위나 입증의 차이

(3) subject matter 확대 문제

(4) 표현의 자유를 더욱 억압하는 모순 현상 발생

(5) 기존 법리로 해결하려다 보니 기이한 논리가 등장하는 예 - 은퇴한 공인의 보호 논리

(6) 인격권 침해에 따른 손해배상청구권의 양도에 의한 해법

- (7) 언어의 유희 - 용어 가지고 농하는 형식적 반대론에 대한 비판
  - (가) 퍼블리시티권이라는 용어만 사용하지 않았을 뿐, 그 용어 정의를 그대로 사용하고 있다는 점
  - (나) 초상권 침해라고 하면서도 재산적 손해 외에 정신적 손해를 인정하지 않았다는 점
  - (다) 손해액 산정방식
  - (라) 소결
- (8) 인격권론이 제시하는 대안론 및 그 한계
  - (가) 초상사용권의 허여제도
    - 1) 초상사용권 양도 제도
    - 2) 초상사용권 재허여(sublicense) 제도
  - (나) 퍼블리시티권이 아닌 초상사용권의 사후존속에 대한 입법 필요 주장
  - (다) 본인 사망 후 상속인이 없는 경우 퍼블리시티권의 존속에 관한 논의
  - (라) 상속여부 및 보호기간에 있어 저작권을 유추적용하는 것을 비판한 것에 대하여

#### IV. 퍼블리시티권 입법론 - 입법 형식

- 1. 대안적 고려 - 관습법에 의존할 것인가, 아니면 성문법을 제정할 것인가?
- 2. 상표법/부정경쟁방지법에 의한 보호
  - 가. 부정경쟁방지법에 포섭해야 한다는 견해
  - 나. 상표법에 포섭해야 한다는 견해
  - 다. 저작권법에 포섭하는 것은 부적절하다는 견해
  - 라. 소결
- 3. 저작권법 개정에 의한 보호
  - 가. 지적 창작물이 아니라는 근본적 한계 및 공격에 대한 방어 어려움
  - 나. property rule과 같은 강력한 보호가 반드시 필요한가의 문제
  - 다. 저작권법이 의율할 수 있는 한계
  - 라. 소결
- 4. 개인정보 관련 법률에 의한 보호
- 5. 소결 - 단행법 제정

#### V. 구체적 입법(안)

- 1. 법의 명칭
- 2. 법의 목적
- 3. 정의 규정
  - 가. 인격표지의 예시적 규정 형식
  - 나. 퍼블리시티권의 주체
- 4. 외국인의 퍼블리시티권
- 5. 인격표지의 이용 예시
- 6. 단체의 퍼블리시티권
- 7. 상속 및 보호기간
  - 가. 상속

- (1) 상속성 인정 여부
- (2) 퍼블리시티권자에 의한 사후존속 포기
- 나. 보호기간 여하
- 8. 양도성
- 9. 이용허락
- 10. 강제집행 등
- 11. 인격 훼손에 따른 이용 제한
- 12. 소멸
- 13. 퍼블리시티권의 제한
  - 가. 퍼블리시티권의 적용 제외
  - 나. 공정 이용에 따른 제한
- 14. 권리침해에 대한 구제
  - 가. 금지 청구
  - 나. 손해액 산정 문제
  - 다. 정신적 손해배상 등
  - 라. 단체의 퍼블리시티권 침해에 대한 구제
- 15. 온라인서비스제공자(OSP)의 책임 제한 문제
- 16. 형사책임 등 벌칙 조항

#### 별첨 (가칭) 인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안

## I. 서론

### 1. 연구의 필요성

유명인의 이름, 초상 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 의미하는 퍼블리시티권은 미국의 연방항소법원에서 인정된 후<sup>1)</sup> 불과 반세기가 지났을 뿐이나, 그 권리는 주체와 보호범위를 확장하는 쪽으로 매우 빨리 발전되어 왔다. 20세기 미국이라는 시간적, 공간적 환경에서 태어나 발전되어 온 퍼블리시티권은 같은 시대와 공간을 경험하고 있는 다른 나라에도 그 법체계의 상이함에도 불구하고 영향을 미치고 있다. 우리나라도 예외는 아니어서 지난 이십여 년 사이 하급심 판결을 중심으로 퍼블리시티권을 인정하고 그 권리의 외연이 지속적으로 확장되어 왔다.

그런데 하급심 판결 중에 일부이기는 하지만 성문법 제정 없이 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결이 선고된 적이 있고 최근 들어 학계에서도 퍼블리시티권의 인정에 대한 비판적 견해가 대두되고 있어, 재판실무에 혼란을 가져오고 학계의 논란을 불러일으키고 있다. 이와 같은 논란은 오히려 퍼블리시티권에 관한 깊은 논의를 가능하게 하고 있다. 퍼블리시티권이라는 생소한 권리의 소개로부터 판결에 의한 인정에 이르기까지 매우 짧은 기간이 걸렸다는 것은 아무리 이 권리를 인정해야 할 사회 환경이 조성되어 있었다고 하더라도 이 권리의 인정과 확장에 따라 다른 기본권, 예컨대 표현의 자유가 심각하게 제한된다는 점을 고려하면 반드시 바람직한 것은 아니기 때문이다.

대법원판결이 나오지 않은 가운데 하급심 법원 간에 퍼블리시티권 인정에 관한 엇갈린 판결이 선고되고 있고, 상속성 인정여부, 보호기간, 보호대상의 범위 등에 관해 명확한 기준이 없는 가운데 이 권리는 인정/불인정의 단계를 넘어 법적 안정성 측면에서 성문법 형식에 의한 재판규범을 요구하는 단계에 이르렀다. 나아가 이 권리가 인정되기 시작한 1990년대 중반 한류 드라마가 동아시아를 중심으로 하고 있었다면 2010년 이후에는 유럽, 미국, 중동 등으로 그 영역을 확장하고 있으며 갈수록 그 위세가 강해지고 있다. 한류를 중심으로 하는 문화산업, 엔터테인먼트산업은 매우 빠른 속도로 발전되고 있으며 우리 경제의 중요한 한 축을 담당한 지 오래되었다. 이런 상황에서 가수, 배우 등 연예인과 스포츠선수들과 이들을 활용한 각종 스포츠/엔터테인먼트 산업, 그리고 이를 이용하는 일반 대중은 퍼블리시티권이라는 권리의 범위에 대해 매우 민감하게 반응하지 않을 수 없게 되었다. 퍼블리시티권의 보호대상, 보호기간 여하에 따라 투자 또는 계약 체결 여부를 결정하는 상황이 빈발하기 때문이다. 따라서 퍼블리시티권에 관한 입법요구는 재판규범으로서 뿐만 아니라 이와 같이 행위규범으로서도 강하게 제기되고 있는 것이다. 즉 퍼블리시티권과 관련된 분쟁 발생 시 재판규범으로서 성문 법률이 필요할 뿐만 아니라, 분쟁 이전에 행위규범으로서도 성문 법률의 제정이 요구되고 있는 것이다. 위와 같은 필요성에 따라 본 연구는 시작되었다.

---

1) 미국에서 퍼블리시티권을 최초로 인정한 판결은 *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953) (이하 이를 “Haelan 판결”이라 한다)이고 이후 많은 판결이 뒤따르고 있는데, 연방대법원에서 선고된 판결은 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977) (이하 이를 “Zacchini 판결”이라 한다)이 유일하다. 원고의 15초짜리 인간포탄 실연행위(실제로 원고가 오하이오 주의 한 지역축제 행사의 일환으로 대포에서 발사되어 200 피트를 날아가 그물망으로 떨어지는 실연행위(“human cannonball act”)를 하였음)에 대해 지역방송사인 피고가 허락 없이 이를 녹화하였을 뿐만 아니라, 같은 날 뉴스프로그램에서 방영한 사건에서 연방대법원은 원고의 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.

## 2. 연구의 구성

본 연구는 “퍼블리시티권의 입법적 보호 방안에 관한 연구”로서 본 연구자의 기존 연구<sup>2)</sup>와의 중복을 피하고자 퍼블리시티권에 관한 미국적 논의(학설, 판례), 철학이론(미국 및 우리나라) 등은 과감히 생략하였다. 본 연구는 다음과 같이 구성되어 있다. 먼저 퍼블리시티권의 역사적 발전과정을 우리나라 법원판결을 중심으로 분석하였다. 우리나라의 퍼블리시티권 논의는 주로 법원판결에 대한 분석을 통해 이루어지고 있다는 점에서 판결의 추이를 살펴보는 것이 논의의 출발이 되어야 한다. 본 연구자가 선행논문에서 시도하였던 퍼블리시티권 판결의 시대적 구분에 더하여 본 연구에서는 법원판결의 시사점과 한계를 살펴보고 입법을 통한 해결 모색을 조심스럽게 타진하였다.(Ⅱ장) 이어서 퍼블리시티권 도입론과 반대론의 찬반 논의를 시도하였다. 도입론에서는 선행논문과 중복되지 않는 범위 내에서 입법적 해결에 의한 도입론을 중심으로 논의하였다. 여기서의 주된 논의는 반대론의 소개와 극복에 할애하였다. 후속 논의의 합리적 전개를 위해 반대론을 퍼블리시티권으로 보호되는 가치 자체를 부정하는 내용적 반대론과 그 가치를 인정할 필요는 있지만 현행 법체계로도 충분히 보호가 가능하므로 별도의 권리를 인정할 필요가 없다고 하는 형식적 반대론으로 나누어 살펴보았다. 반대론에 대한 논의를 통해 입법에 의한 해결이 불가피하다는 점과 입법 시 반대론의 지적사항을 수용하는 쪽으로 논의를 전개하였다.(Ⅲ장) 이와 같은 반대론의 극복은 자연스럽게 퍼블리시티권에 관한 구체적 입법론으로 연결되는데, 현재 논의되고 있는 부정경쟁방지법, 저작권법 개정 방식을 비판하고 단행법의 제정을 주장하였다.(Ⅳ장). 마지막으로 법안에 들어갈 구체적 내용을 하나씩 쟁점별로 논의한 후에,(Ⅴ장) “(가칭) 인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안”을 제시하였다.(별첨)

2) 본 연구에 앞서 본 연구자가 발표한 퍼블리시티권에 관한 연구논문은 다음과 같다.

- ① “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 저스티스 2005.8.(통권 제86호), 87-129면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류)”이라 한다).
- ② “엔터테인먼트법에 대한 새로운 접근 - 주체 측면에서의 이해”, 민사법학 2007.3.(제35호), 299-337면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트)”이라 한다).
- ③ “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.4.(통권 제97호), 135-166면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-철학 상)”이라 한다); “퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.6.(통권 제98호), 86-121면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-철학 하)”이라 한다).
- ④ “스포츠경기와 퍼블리시티권 - 스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?”, 스포츠와 법 2007.8.(통권 제12호), 197-243면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-스포츠)”이라 한다).
- ⑤ “재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권 - 퍼블리시티권을 중심으로”, 가족법연구 2008(통권 제33호), 337-372면(이하 이를 “남형두, 전제논문(퍼블리시티권-재산분할)”이라 한다).
- ⑥ *The Emergence of Hollywood Ghosts on Korean TVs: The Right of Publicity From The Global Market Perspective*, Pac. Rim L. & Pol’y J. Vol. 19. No. 3 (2010).



## II. 퍼블리시티권 판례 분석<sup>3)</sup>

### 1. 개설

우리나라에서의 퍼블리시티권의 발전과정은 미국에서처럼 명확히 시대를 구분할 수 있을 정도로 역사가 오래되었다거나, 이에 대한 판례가 많이 집적된 것은 아니고, 이에 대한 연구가 많이 되어 있지 아니하여, 역사적 발전과정을 고찰하기에 어려움이 있는 것이 사실이다. 또한, 우리나라 법제는 영미법계와 달리 대륙법계에 속하여 있어, 미국에서처럼 판례의 중요성이 강조되지는 않는다.

그러나, 비록 우리나라가 판례법주의 국가는 아니지만, 실무에 있어서 사실상(de facto) 판례의 선례로서의 기능 및 역할을 무시할 수 없으므로, 판례이론의 발전을 살펴 보는 것(case research)이 우리나라에서도 결코 소홀히 취급될 수 없다. 또한, 미국에 비하여 그 역사가 짧지만 법원의 판례를 중심으로 그 이론이 나름대로 발전해 왔고, 그 발전방향에 일종의 정형성을 찾을 수 있어, 다소 실험적이지만 퍼블리시티권의 발전과정에 대한 역사적 접근법(historical approach)을 시도해 보고자 한다.

한편 본 논의 특징은 퍼블리시티권이라는 특정 용어나 형식에 치우치지 않고 실질을 중심으로 사례를 수집, 분석한다는 데 있다. 따라서 초상권, 프라이버시권이라고 하더라도 그것의 실체가 퍼블리시티권이면 본 장의 논의 대상이 된다.<sup>4)</sup>

### 2. 퍼블리시티권 이전 시대

이 시기는 미국에서라면, 충분히 퍼블리시티권으로 보호가 가능한 권리의 침해가 있음에도 불구하고, 즉 상업적 이용가치가 있을 뿐만 아니라, 침해자에 의해 상업적 이용이 있었음에도 불구하고, 개인의 인격(personality)의 일부를 그 인격과 별개로 상업화하는 것을 사회적으로 용인하는 분위기가 활발하게 형성되지 아니하여, 그러한 주장이 법원에서 제기되지 않거나, 법원 스스로도 적극적으로 이러한 권리인정을 위한 준비가 되어 있지 않은 시기라 할 수 있다.

이 시기는 초상의 영리목적 사용을 주로 초상권(right of portrait) 또는 프라이버시권(right of privacy)으로 보호하고 있으나, 머지않아 퍼블리시티권이 인정되지 않을 수 없는 상황이 잉태되어 있다는 점에 그 특색이 있다.

#### 가. 한혜숙 판결<sup>5)</sup> : 초상의 영리목적 사용에 관한 최초 사례

3) 퍼블리시티권에 관한 우리나라 판결을 역사적으로 살펴보기 위해서는 부득이 본 연구자 선행 논문에 의존하지 않을 수 없었다. 본 장의 논의 중 2004년까지의 판결은 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류) 중 “III. 퍼블리시티권의 우리나라에서의 적용가능성”의 “3. 퍼블리시티권의 역사적 발전과정(The Historical Approach)”에서 가져왔지만 그 후 변화된 여러 가지 사정을 고려하여 일부 분석은 수정을 하였다. 이번 연구에서 새롭게 추가된 부분은 주로 2005년부터 2011년까지 선고된 판결이고 그에 대한 분석이라 할 수 있다.

4) 이를테면 Prosser 교수의 네 가지 분류의 프라이버시침해에 따른 불법행위 중 네 번째의 것이 여기에 해당한다. William L. Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383, 401-407 (1960).

5) 한혜숙 v. 럭키금성 주식회사, 서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결(이하 이를 “한혜숙 판결”이라 한다).

카탈로그용 사진촬영 및 광고에만 허락을 하였음에도 불구하고 별개의 광고방법인 월간잡지에 그 사진을 사용한 사건에서, 법원은 초상권침해를 인정하였는데, 종전과 달리 정신적 손해가 아닌 재산상 손해로 보고, 별도 모델료 상당을 손해로 인정하였다. 이는 초상의 영리목적 이용을 전제로 한 것으로서, 기존의 인격권(right of personality), 또는 프라이버시권 이론으로 설명하기 어려운 점이 있다. 이는 곧 있을 퍼블리시티권의 탄생이 우리나라에서도 예상되는 징후라고 하겠다.<sup>6)</sup>

한편, 한국판 O'Brien case<sup>7)</sup>라 할 수 있는 유사한 사건이 우리나라에서도 발생한 적이 있다.<sup>8)</sup> MBC 방송국 시사고발프로그램인 '시사매거진 2580'에서 당시 신입생환영회 때 선배들의 강요에 따라 억지로 술을 먹다가 사망한 신입생 사건을 보도하는 과정에서 주로 교회의 성가대에서 봉사하는 성악과 학생들로 이루어진 연세대학교 음악대학 학생들의 신입생환영회 파티의 음주장면이 방영되었는데, 이로 인하여 위 성악과 학생들(원고들)의 프라이버시권 또는 초상권이 침해되었다고 법원은 판단하였다. 이 사건에서 최초로 법원은 초상권에 3가지, 즉, 촬영·작성거절권, 공표거절권, 초상영리권이 있음을 인정하였고, 이는 후술하는 시나위 사건에서 그 중 3번째 그룹의 초상권이 퍼블리시티권이라는 인정을 받는데 단초를 제공하고 있다.<sup>9)</sup>

#### 나. 뉴스위크 판결<sup>10)</sup> : 초상권에 관한 최초의 섭외사건

1990년대에 들어서면서, 우리나라가 국제무대에서 상당히 알려지게 되자, 초상권에 관한 섭외적 사건이 최초로 발생하게 되었다. 뉴스위크 기자가 이화여자대학교 정문에서 나오는 5명의 여대생을 그들의 허락 없이 사진을 찍고 이를 돈의 노예들(Slaves to Money)이라는 캡션(사진에 대한 설명)을 달아 우리나라에 대하여 다소 비판적인 기사<sup>11)</sup>와 함께 뉴스위크 영어판과 일어판에 실었다. 이에 대하여 위 여대생들이 초상권 및 명예훼손을 이유로 손해배상청구

6) 김경옥 등 v. 예진미디어 주식회사, 서울지방법원 1997. 11. 7. 선고 97가합20064 판결(이하 이를 "H.O.T. 사건"이라 한다). 이 사건 원고들은 1990년대 말에 젊은 층 사이에서 대단한 인기를 끌었던 인기그룹 H.O.T.로서, 자신들의 허락 없이 사진집을 발매한 것에 대하여 손해배상을 구한 사건에서, 법원은 초상권침해로 구성한 것은 종전과 같으나, 손해액 산정 시 피고가 위 사진집을 부록으로 배포함으로써 얻은 영업상 이익의 정도를 고려요소의 하나로 제시하고 있다. 이는 위 한해숙 사건에서와 같이 초상권침해시 정신적 손해가 아닌 재산적 손해를 인정하고 있을 뿐만 아니라, 여기에서 더 나아가, 그 손해를 침해자가 침해로 인하여 얻은 이익을 피해자의 손해로 인정함으로써 대표적인 지적재산권인 저작권 또는 특허권의 침해시 손해액산정과 유사한 입장을 보이고 있다. 이는 결국 향후 퍼블리시티권이 인정되는 분위기가 조성되고 있음을 알 수 있다.

7) O'Brien v. Pabst Sales Co., 124 F2d 167 (5th Cir. 1941). 이는 독실한 기독교 신자이자 금주단체에서 활발하게 활동하고 있는 텍사스 소재 한 대학의 미식축구선수가 자신의 허락 없이 자신의 사진이 맥주회사의 광고에 이용되었다고 하면서 맥주회사를 상대로 손해배상청구를 한 사건이다.

8) 서울지방법원 남부지원 1997. 8. 7. 선고 97가합8022 판결(이하 이를 "시사매거진 2580 사건"이라 한다).

9) 물론, 이러한 초상권의 분류는 Prosser의 4가지 privacy 분류와 매우 밀접한 관계가 있어 보인다.

10) 서울민사지방법원 1993. 7. 8. 선고 92가단57989 판결(이하 이를 "뉴스위크 사건"이라 한다).

11) "Slaves to Money: Students at Ewha Women's University", Newsweek, Nov. 11, 1991, 11-16면. 기사는 한국전쟁 후 세계에서 가장 빈곤한 국가 중 하나였던 한국이 경제성장을 이루었지만 소비성향이 경제성장을 앞지르게 되었으며, 과거 경제성장의 주요인이었던 검약습관은 사라지고, 그 대신 사치가 판을 치게 되었다고 하면서, 대학생들은 고급스러운 카페에서 시간을 보내며 값비싼 옷을 입고 싶어 한다는 등의 비판적 내용을 담고 있어 동 기사와 함께 실린 사진 속 인물들에 다소 부정적 이미지를 줄 수 있었다. 그런데 사진 속 이화여대 정문에서 걸어 나오는 성장(盛裝)한 여대생들(이 사건 원고들)은 졸업식 사진을 찍기 위해 잘 차려 입은 것임이 재판 중에 밝혀졌다.

를 하였다. 법원은 초상권침해를 인정하였다. 미국에서라면 퍼블리시티권 침해가 논의될 수 있는 사건이었으나,<sup>12)</sup> 원고들이 이를 주장하지 아니하여 법원의 판단이 없었다는 점이 아쉬움으로 남는다.

특히 이 사건은 유명인이 아닌 일반인이 원고인 사안이므로, 유명인을 넘어 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정되는지 여부가 판단될 수 있는 좋은 사안이었으나, 퍼블리시티권에 대한 주장이 없어 이에 관한 판단이 전혀 없었다. 퍼블리시티권이 아닌 프라이버시권 침해로 인정됨으로 인하여 원고들은 자신들의 정신적 고통에 따른 위자료만을 지급받았을 뿐, 이 기사로 인하여 피고 잡지가 벌어들인 수익은 전혀 고려의 대상이 되지 않았다.

#### 다. 윤정희 판결<sup>13)</sup> : 퍼블리시티권의 불인정으로 인하여 왜곡된 판결

과거 유명 영화배우였던 원고의 가족사를 왜곡하여 그녀의 허락 없이 사진까지 게재한 잡지 사(피고)에 대한 손해배상청구소송에서, 원고가 공인이므로 프라이버시권이 제한되어야 한다는 피고의 주장에 대하여, 법원은 영화배우는 은퇴 후 더 이상 공인으로 볼 수 없고, 가사 공인으로 볼 수 있다 하더라도 공인은 프라이버시가 제한된다는 이론을 적용할 경우 현저히 부당한 결과를 가져온다는 이유로 공인임을 전제로 한 피고들의 주장 배척하였다.

물론 당사자가 주장하지 아니한 청구원인에 대해 판단할 수 없는 변론주의의 한계가 명백히 존재하지만, 이 재판이 있었던 때만 해도 퍼블리시티권이 법원실무에서 널리 알려져 있지 않다보니, 원고의 보호를 위와 같은 이론을 만들어 프라이버시권으로 보호할 수밖에 없었던 점은 이해할 수 있다. 그러나 이 사건 원고는 영화배우로서 은퇴한 후에도 유명 피아니스트와 결혼하고 끊임없이 세인(우리나라 사람들)들의 관심영역에 있어 왔음에도 불구하고, 공인의 지위를 잃었다고 한 판결논리는 납득하기 어렵다. 유명인이 은퇴 후에도 그의 일상적 삶이 세인들의 관심을 받을 정도라면, 해당 분야(영화, 드라마, 대중가요)의 활동으로 복귀하지 않더라도 여전히 일반인의 ‘알 권리’, ‘표현의 자유’에 의해 그의 사생활의 자유(프라이버시권)은 통상의 일반인과 같이 보호될 수는 없다. 물론 일반인들로부터 완전히 또는 거의 잊혀져 일반

12) 퍼블리시티권은 권리 인정 초기 단계에서는 유명인의 권리로 인식되었으나, 오늘날에는 인간의 고유의 권리(the inherent right of every human being)로 인정되고 있다. J. Thomas McCarthy, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY v.1, Thomson/West (2006), 3면. 실제 미국의 여러 주의 법 및 형평법(common law)에 의하면, 일반인에도 퍼블리시티권을 인정하고 있다. 한편 문제의 사진은 뉴스위크 영어판과 일본어판에 게재되었으며 영어판은 대서양 지역판, 태평양 지역판, 중남미 지역판이 있고, 특히 대서양 지역판의 경우 323,958부나 판매되었는데, 대서양 지역판이 판매되는 지역에 미국이 포함되어 있으므로, 이 소송은 뉴스위크의 본사소재지 또는 불법행위발생지 중의 하나인 미국 법원에도 관할권이 있다. 미국 연방법원에 제소하였다면, 기사내용이 특히 사진 속 인물과 관련 지어 볼 때 부정적 이미지를 줄 우려가 있으며 허위사실이라고도 볼 수 있다는 점에서, 거액의 징벌 배상도 가능하였을 것으로 생각된다. 참고로 우리나라 법원은 1심에서 원고들(사진 속의 여대생들)에게 각 3천만 원(미화 약 3만 불, 1,000/1\$ 기준)의 배상판결을 선고하였으나, 2심에서 2천만 원(미화 약 2만 불)으로 감액하였다. 이는 Los Angeles County Superior Court가 무명배우, Russel Christoff의 초상을 Taster's Choice label에 6년간 사용한 네슬레(Nestle) 사에 대하여 미화 1천5백만 불을 배상하라고 판결한 것과 크게 대조된다. 이 사건에서 당초 그 무명배우는 2시간동안 미화 250불을 받고 사진을 찍었을 뿐인데, Nestle사는 6년 동안 회사 이익의 5%에 해당하는 금액을 배상하게 된 것이다. "Model gets \$15.6 million award from Nestle", USA Today, February 3, 2005 참조.

13) 손미자 등 v. 세계일보 등, 서울지방법원 1997. 2. 26. 선고 96가합31227 판결(이하 이를 “윤정희 판결”이라 한다). 윤정희는 원고 손미자의 예명(stage name)으로서, 1970년대 우리나라에서 가장 인기 있는 영화배우 중의 한명이었는데, 돌연 은퇴한 후 프랑스에서 활약하고 있는 피아니스트 백건우와 결혼하여 연예활동을 중단하였다.

인과 거의 같은 수준으로 되었다면 은퇴한 배우, 가수 등은 프라이버시권 침해 여부가 논란이 될 때, 공인의 지위에 있지 않으므로 프라이버시권 보호 대상이 된다고 할 수는 있다(위 사건의 논리가 이 경우에는 타당함). 그러나 배우 등 연예인의 경우 은퇴하더라도 다시 복귀하는 경우가 빈번하고, 복귀 후 인기가 시들하면 다시 은퇴를 함으로써, 은퇴와 복귀를 거듭하는 예는 주변에서 흔히 볼 수 있다. 문제는 이와 같은 연예인, 스포츠선수 등 유명인들의 은퇴여부로 프라이버시권 보호 대상 여부를 가린다는 것은 법 논리적으로 설득력이 약할 뿐 아니라 현실에도 부합하지 않다고 생각된다.<sup>14)</sup>

이 사건에서 은퇴한 영화배우(원고 윤정희)를 공인으로 보더라도 퍼블리시티권으로 청구권을 삼았더라면, 그리고 법원이 퍼블리시티권을 인정하였더라면, 보다 자연스러운 논리로써 원고의 피해를 구제할 수 있었다. 한편, 이와 같이 유명인의 초상 등이 상업적으로 도용당한 사안에 대하여 비교적 최근까지도 법원에서 퍼블리시티권이 아닌 프라이버시 또는 초상권으로 구제받는 경우가 흔하다.<sup>15)</sup> 이렇게 된 근본적인 이유는 우리나라 법원이 퍼블리시티권이라는 새로운 권리의 존재를 인정하는데 소극적인 태도 있지만, 그보다는 당사자들 및 그 대리인들이 퍼블리시티권이라는 권리를 잘 활용하지 아니한 원인이 더 크다고 생각된다.<sup>16)</sup>

### 3. 퍼블리시티권 인정 시대

#### 가. 이회소 판결<sup>17)</sup> : 최초로 퍼블리시티권의 존재를 인정한 사례

우리나라에서 퍼블리시티권에 의해 원고의 권리를 구제한 것은 아니지만, 판시 중 퍼블리시티권이라는 권리의 존재를 인정하고, 이를 최초로 언급한 것은 이 사건이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup> 고 이회소<sup>19)</sup>의 미망인과 딸은 이회소에 관한 소설<sup>20)</sup>을 쓴 작가를 상대로 프라이버시, 성명권, 퍼블리시티권 등의 침해를 이유로 출판금지가처분신청을 하였다. 법원은 원고의 프라이버시, 퍼블리시티권 등의 주장을 모두 받아들이지 않았는데, 그 중 퍼블리시티권에 관한 주장을 배척한 부분을 옮겨보면 다음과 같다.

14) 1980년 경 ‘사랑과 야망’이라는 드라마의 여주인공으로서 인기 절정에 있다가 결혼과 함께 은퇴한 차화연이라는 텔런트도 위 윤정희와 마찬가지로 잡지사를 상대로 소송을 제기한 적이 있다. 법원은 윤정희 판결과 동일한 논리, 즉 은퇴한 유명인은 공인이 아니라는 논리로써 프라이버시권 침해를 이유로 위자료청구를 인정했다(서울중앙지방법원 2007. 1. 24. 선고 2006가합24129 판결(이하 이를 “차화연 판결”이라 한다)). 그런데 판결 선고 후 차화연은 TV 드라마에 복귀하여 왕성한 활동을 하고 있다.

15) 이병현 v. 이원희, 서울지방법원 2001. 3. 20. 선고 99가합62260 판결. 유명연예인인 원고가 출연하지도 않는 뮤지컬의 광고현수막(플래카드)에 마치 원고가 출연하는 것처럼 원고의 사진 허락 없이 원고의 초상을 전시한 사안에서, 법원은 원고의 초상권침해를 인정하였다.

16) 민사소송법의 변론주의의 원칙상 재판부는 당사자가 주장하지 아니한 청구원인을 심리하거나 인용할 수 없기 때문이다.

17) 마리안 심 리 등 v. 김진명, 서울지방법원 1995. 6. 23.자 94카합9230 결정(이하 이를 “이회소 판결”이라 한다).

18) 위 사건에 관한 본안사건은 서울지방법원 1998. 7. 31. 선고 94가합97216 판결이다.

19) 이회소는 우리나라 사람으로서 노벨물리학상에 가장 근접했던 과학자로 평가되고 있다.

20) 이른바 모델소설이라고 하는 것으로, 그 줄거리의 대강은 이렇다. 즉, 박정희 전 대통령은 미군철수에 대비하여 비밀리에 핵무기를 개발할 계획 하에 이회소 박사의 방한을 추진하였다. 이회소 박사는 이에 부응하여 노벨상을 받을 수 있는 기회를 포기하고 고국으로 돌아오려고 하였는데, 불행히도 우리 정부의 핵보유를 원치 아니하였던 미국정보기관(CIA)의 공작에 의해 자동차사고를 가장하여 암살당했다는 내용이다.

퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사람을 상업적으로 이용할 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 이유 없다.

이 판결은 우리나라 법원 판결 중에서 최초로 퍼블리시티권의 개념을 정의하였다는 점에서 의의가 있다. 이 사건 판결을 계기로 우리나라 학자들 간에 퍼블리시티에 관한 논쟁이 촉발되었다는 점에서, 미국의 Roberson 판결<sup>21)</sup>에 비교될 수 있다. Roberson 판결에서 뉴욕주법원이 비록 퍼블리시티권을 인정하지는 아니하였지만, 오히려 뉴욕주 의회에서 그 필요성을 인정하여 입법을 통해 퍼블리시티권을 성문법상의 권리로 인정하게 된 것 같이,<sup>22)</sup> 이휘소 사건 자체에서는 퍼블리시티권에 의해 권리구제가 이루어지지 않는 아니하였지만, 그 후 다른 많은 사건에 큰 영향을 준 것이 사실이기 때문이다.

타인의 인격적 표지로서의 삶의 이야기(story)는 것은 판매하기 위한 것이므로 소설 속에 특정인의 아이덴티티를 이용하였다면 그 자체로 상업적 사용(commercial use)이라고 할 수 있기 때문이다. 오히려 원고의 청구를 배척하기 위해서는 소설에의 사용이 상업적 사용이 아니라고 할 것이 아니라, 표현의 자유와의 충돌에 의해 퍼블리시티권이 제한된다고 하는 것이 더욱 설득력 있지 않았을까 생각된다.<sup>23)</sup>

이 사건에서 퍼블리시티권의 존재를 인정하면서도 법원은 문학작품인 소설에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용한 것은 상업적 이용에 해당하지 않는다는 이유로 퍼블리시티권에 관한 원고의 주장을 배척한 것<sup>24)</sup>은 추가적 논의가 필요하다. 소설 창작에 판매 목적 또는 상업적 이용 목적이 없다고 볼 수 없기 때문이다. 다만 상업적 이용에 해당한다고 보더라도 표현의 자유에 의해 퍼블리시티권이 제한된다고 보아 퍼블리시티권의 침해가 없다고 이론을 구성할 수도 있다. 정리하자면, 소설에서 특정인임을 알아차릴 수 있는 한 개인사를 이용한 것에 대해, (i) 이 판결처럼 상업적 이용이 아니라고 보아 아예 퍼블리시티권의 성립단계에서 좌절시킬 수도 있지만(이것을 앞으로 “통합적 판단론”으로 부르고자 한다), (ii) 상업적 이용이라고 보아 퍼블리시티권의 성립은 인정하되 다음 단계에서 표현의 자유의 한 내용이라고 할 수 있는 소설 창작의 자유와의 비교형량을 통해 퍼블리시티권이 제한되어 침해로 되지 않는다는 결론도 가능하다(이것을 앞으로 “2단계 판단론”으로 부르고자 한다).

한편, 2단계 판단론은 통합적 판단론과 비교할 때 다음 세 가지 점에서 유리하다.<sup>25)</sup> 첫째 후술하는 박찬호 사건<sup>26)</sup>에서 보는 바와 같이 같은 책 안에서도 퍼블리시티권 침해로 볼 수

21) Roberson v. Rochester Folding Box Co., 171 NY 538, 64 NE 442 (1902) (이하 이를 “Roberson 판결”이라 한다).

22) 뉴욕주법(N.Y. Civ. Rights Law) 제50조 “광고 또는 거래의 목적으로 동의를 받지 않고 살아있는 사람의 사진, 초상, 이름을 사용하는 개인, 기관, 회사는 경범(misdemeanor)에 해당한다.”

23) McCarthy도 소설이나 다큐드라마에서 특정인의 아이덴티티를 활용하는 것은 수정헌법 제1조(First Amendment)에 의해 보호되는 표현에 자유에 의해 퍼블리시티권 침해를 구성하지 않는다고 보았으며, 이것이 미국에서 주류의 견해라고 하고 있다. McCarthy, J. Thomas McCarthy, THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY v.2, Thomson/West (2006), 244면.

24) 김재형 교수와 한위수 판사(현 변호사)는 소설에의 이용이 상업적 이용이 아니라는 뜻에 같이 하고 있다. 김재형, “모델소설과 인격권”, 인권과 정의 1997.11.(통권 제255호), 61면; 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(하)”, 인권과 정의 1996.11.(통권 제243호), 121면 참조.

25) 통합적 판단론, 2단계 판단론은 본 연구자가 만들어낸 명칭이다. 그런데 미국 법원의 판결에서도 사실상 이와 같은 두 가지 이론에서 판시하고 있음을 알 수 있다. 예컨대 Cardtoons 판결, ETW 판결은 2단계 판단론에, C.B.C. 판결은 통합적 판단론에 근거하여 판단하고 있다. 이상, 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-스포츠), 211-217면 참조.

있는 부분과 표현의 자유에 의해 퍼블리시티권이 제한되어 침해로 되지 않는 부분이 공존할 수 있는데, 이러한 결론을 내는 데는 2단계 판단론이 유리하다. 둘째, 이 판결의 영향으로 실무 중에는 모델소설은 이 판결과 같이 상업적 이용에 해당하지 않으나 모델영화는 상업적 이용에 해당한다고 하여 소설과 영화의 장르 차이에서 바로 상업적 이용 여부를 나누려는 경향이 있는데, 소설 중에는 예컨대 이 사건의 “무궁화꽃이 피었습니다”와 같이 백만 부가 넘게 팔린 경우도 있는가 하면, 영화 중에는 관객 2천명도 채 모으지 못한 것이 있다.<sup>27)</sup> 그런데도 소설과 영화의 장르의 차이만으로 처음부터 상업적 이용 여부를 나누는 것은 바람직하지 않다. 통합적 판단론은 자칫 장르에 따라 상업적 이용 여부를 판단할 가능성이 있다는 점에서 좀더 세심한 판단이 가능한 2단계 판단론이 더욱 논리적이고 현실에도 부합한다고 생각한다. 셋째, 본고의 주제와 맞닿아 있는 것이기도 한데, 퍼블리시티권 도입론과 이에 반대하는 주장(인격권론)의 논쟁에서 퍼블리시티권 도입론에 힘을 실어주기도 한다. 사실상 통합적 판단론은 인격권론에 맞닿아 있기 때문이다. 이 부분은 후술하기로 한다.

#### 나. 최진실 판결<sup>28)</sup> : 퍼블리시티권이라는 용어만 쓰지 않았을 뿐 사실상 그 권리를 인정한 사례

퍼블리시티권이라는 용어만 쓰지 않았을 뿐, 사실상 그 권리의 내용과 동일한 권리는 인정하고 있는 사례가 여럿 있다. 인기탤런트인 최진실의 초상을 광고계약기간을 넘겨 사용한 제약회사에 대하여, 법원은 연예인이 자신의 성명이나 초상, 음성, 연기 등을 상품의 광고나 포장 등에 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 일종의 재산적 권리로서 보호의 대상이 된다고 하면서, 재산적 권리로서의 초상권을 인정하였다. 재산상손해만을 인정하고 정신적 손해를 인정하지 아니함으로써, 퍼블리시티권이라는 용어만 사용하지 않았을 뿐, 사실상 퍼블리시티권 침해를 인정한 사례이다. 이 사건에서는 유명인의 초상뿐만 아니라, 음성(voice), 연기

26) 박찬호 v. 김진국 등, 서울고등법원 1998. 9. 29.자 98라35 결정(이하 이를 “박찬호 판결”이라 한다).

27) 베니스, 베를린 등 유수의 국제영화제에서 감독상을 여러 차례 수상한 김기덕 감독은 15편의 영화를 내놓았는데 대체로 수천 명에서 10만 명 내외의 관객을 모으는데 그쳤다.

“악어”, 1996. 11. 개봉, 3,284명(이하 한국영화연감, 서울 관객 기준)

“야생동물보호구역”, 1997. 10. 개봉, 5,413명

“과란대문”, 1998. 10. 5,827명(1999년 제49회 베를린국제영화제 ‘파노라마’ 부문 초청)

“섬”, 2000. 4. 개봉, 32,137명(제57회 베니스국제영화제 ‘경쟁’ 부문 초청)

“실제상황”, 2000. 6. 개봉, 2,285명

“수취인불명”, 2001. 6. 개봉, 9,855명(제58회 베니스국제영화제 ‘경쟁’ 부문 초청)

“나쁜남자”, 2002. 1. 개봉, 298,926명(제52회 베를린국제영화제 ‘경쟁’ 부문 초청)

“해안선”, 2002. 11. 개봉, 123,633명(제7회 부산국제영화제 개막작)

“봄여름가을겨울 그리고 봄”, 2003. 9. 개봉, 57,000명(전국 기준 관객수, 제56회 로카르노국제영화제 ‘경쟁’ 부문에서 젊은심사위원상과 돈키호테상 등 수상)

“사마리아”, 2004. 3. 개봉, 171,514명(제54회 베를린국제영화제 감독상)

“빈집”, 2004. 10. 개봉, 95,124명(제61회 베니스국제영화제 감독상)

“활”, 2005. 5. 개봉, 1,398명(제58회 칸국제영화제 ‘주목할 만한 시선’ 부문 초청)

“시간”, 2006. 8. 개봉, 28,414명(제41회 카를로비바리국제영화제 개막작)

“숨”, 2007. 4. 개봉, 12,293명(제60회 칸국제영화제 ‘경쟁’ 부문 초청)

“비몽”, 2008. 10. 개봉, 51,242명(제56회 산세바스찬국제영화제 ‘경쟁’ 부문 초청)

이상, 배장수, “연출은 즐거워!”, 2011. 1. 22.자. 스포츠경향 [http://sports.khan.co.kr/news/sk\\_index.html?cat=view&art\\_id=201101212311523&sec\\_id=540401&pt=nv](http://sports.khan.co.kr/news/sk_index.html?cat=view&art_id=201101212311523&sec_id=540401&pt=nv) (2011. 12. 15. 방문).

28) 최진실 v. 한미약품, 서울고등법원 2000. 5. 16. 선고 99나30444 판결(이하 이를 “최진실 판결”이라 한다).

(performance)까지 재산적 권리(proprietary right)로 인정할 수 있다고 판시하고 있어, 우리나라의 판례가 미국의 판례에 더욱 가깝게 다가가고 있음을 알 수 있다.

한편, 황인정 사건<sup>29)</sup>에서 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 어렵다고 판결함으로써, 사실상 퍼블리시티권과 동일한 권리를 인정하면서, 그 권리의 속성이 인격권(right of personality)이 아니라 완전한 재산적 권리임을 인정하고 있다.<sup>30)</sup>

#### 4. 퍼블리시티권의 발전

##### 가. 제임스 딘 I 판결<sup>31)</sup>

이 판결은 우리나라에서 퍼블리시티권이 본격적으로 논의된 최초의 것으로서, 다음과 같은 두 가지 큰 의미를 갖는다. 즉 첫째, 퍼블리시티권의 존재를 인정하였으며, 그 인정근거로서 관습법을 들었다. 그런데, 이는 후술하는 바와 같이 성문법주의 국가에서 관습법에 의한 배타적 재산권의 창설에 대한 비판이론의 공격빌미를 제공한다. 둘째, 퍼블리시티권을 인정하되, 상속성은 인정하지 않았는데, 그 이유는 이 권리가 인격으로부터 완전히 독립된 권리가 아니라는 데 있다. 즉, 여전히 법원은 퍼블리시티권(Right of Publicity)을 재산권(right of property)과 프라이버시권(right of privacy)의 중간영역에 속하는 권리(hybrid right)로 보고 있는 것이다.

##### 나. 제임스 딘 II 판결

제임스 딘 유족 측과 주병진 간의 분쟁은 위 사건 외에도 상표등록과 관련하여 특허심판 쪽에서도 여러 건이 있었다.<sup>32)</sup> 즉, 제임스 딘 유족 측은 주병진이 우리나라에서 이미 등록하여 보유하고 있던 제임스 딘 관련 상표의 등록을 취소하기 위한 신청을 특허심판소에 제기하여 승소하였으나, 주병진이 이에 불복하여 특허법원에 그 심결을 구하는 사건에서 특허법원은 특허심판소의 심결을 모두 취소하고 주병진의 손을 들어주었다.

이 사건에서 제임스 딘 유족측은 제임스 딘이 미혼 상태에서 사망하였으므로, 인디애나주법에 따라 아버지인 윈튼 딘이 제임스 딘의 퍼블리시티권을 포함한 모든 권리를 상속하였고, 그

29) 황인정 v. 한국베링거인겔하임 주식회사, 서울고등법원 1998. 3. 27. 선고 97나29686 판결(이하 이를 “황인정 판결”이라 한다).

30) 재산권침해에 따른 불법행위시 그에 따른 손해배상을 하게 되면, 특별한 사정이 없는 한 정신적 손해는 회복된다는 관례이론(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등 다수)에 의하면, 이 사건에서 정신적 손해를 인정하지 않았다는 것은 초상의 영리이용에 따라 침해되는 권리가 완전한 재산권(right of property)임을 간접적으로 증명해준다 할 것이다. 한편, 이 사건 1심에서 통상 우리나라 법원이 인정하는 정신적 위자료로 보기 어려운 정도의 고액 68,333,332원(항소심에서도 42,500,000원)이 인정된 것을 보더라도, 재산권 차원에서 인정하고 있음을 알 수 있다.

31) 마르커스 디 윈슬로우 주니어 v. 주식회사 좋은사람들 등, 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결(이하 이를 “제임스 딘 I 판결”이라 한다). 본 연구자는 위 이회소 판결과 함께 이 사건에서 각 피고 측 소송대리인으로 재판에 참여한 적이 있다.

32) 특허법원 1998. 9. 24. 선고 98허171, 118, 201, 218, 3101, 3095, 3118, 3125, 3132, 3149 각 판결(이하 이를 “제임스 딘 II 판결”이라 한다).

가 다시 자신의 권리를 그의 여동생인 오르텐스 윈슬로우와 조카인 마르커스 윈슬로우에게 신탁하였으며, 윈슬로우 모자는 제임스 딘 재단신탁(James Dean Foundation Trust)에 그 권리를 신탁하였고, 이어서, 그 재단은 다시 마르커스 윈슬로우에게 그 권리를 신탁하였으므로, 동인은 주병진이 한국에서 등록한 제임스 딘 관련 상표의 등록취소를 구할 이해관계자에 해당한다고 주장하였다.<sup>33)</sup>

이에 대하여 특허법원은 위 재단에 이르기까지 제임스 딘의 퍼블리시티권이 상속, 양도, 신탁된 것까지는 인정하였으나, 재단으로부터 마르커스 윈슬로우에게 신탁된 사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 마르커스 윈슬로우의 주장을 받아들이지 아니하였다. 비록 제임스 딘 유족 측의 주장을 기각하였지만, 이 사건에서 특허법원은 위 제임스 딘 I 판결에서보다 훨씬 전향적인 판단을 한 것으로 보인다.

즉, 특허법원은 퍼블리시티권이 상속, 양도, 신탁될 수 있는 재산권임을 전제사실로 인정하고 있어서, 종전의 서울지방법원 서부지원이 내린 제임스 딘 I 사건에서 퍼블리시티권이 우리나라에서도 인정된다고 하면서도 상속성이 없다고 판결한 것과 대조된다.

만약, 특허법원이 제임스 딘 I 판결과 같은 입장을 유지하였다면, 상표등록취소에 있어서 이해관계자인지 여부를 따질 필요 없이, 퍼블리시티권이 상속될 수 없는 권리라는 이유로 기각할 수 있었다. 그러나, 특허법원이 제임스 딘의 퍼블리시티권이 어떻게 상속되고 신탁, 양도되어 왔는지를 면밀히 심리한 것은 퍼블리시티권의 상속성, 신탁, 양도성을 간접적으로나마 인정한 것으로서, 그 의미가 매우 크다고 할 것이다.

#### 다. 제임스 딘 III 판결<sup>34)</sup>

위 제임스 딘 I, II 사건들과 동일한 내용이나, 다만 피고를 물건을 판매하는 백화점으로 하였다는 것만 다르다. 그런데, 법원은 퍼블리시티권을 재산적 특성을 가진 권리라는 것을 인정하면서 상속성을 부인하였다는 점에서 위 제임스 딘 I 사건과 동일하다고 할 수 있다. 그런데, 이 판결은 다음과 같은 두 가지 점에서 의미가 있다.

- i) 유명인이 자신의 퍼블리시티권을 실제 행사하고 있는 경우나, 생전에 이를 행사함으로써 그 권리가 구체화되었다가 그 유명인이 사망하는 경우와 달리 (...) 상속성 인정하기 어렵다고 판시함으로써, 생전사용(lifetime exploitation)이 상속성의 요건임을 가정적으로 제시하였다는 점,
- ii) 저작권법상 저작자의 권리에 대한 사후존속기간 규정을 유추 적용할 수 없다고 판시한 점. 즉, 이 사건 제소 당시 사망한지 42년 되었음을 인정하고, 저작권법을 유추적용하여 그 보호기간인 50년이 지나지 아니하였으므로 보호되어야 한다는 주장에 대하여, 가사 상속성이 인정된다고 하더라도(가정적으로) 퍼블리시티권과 저작권은 그 권리발생요건, 보호목적, 효과 등을 달리하는 것으로서 유추적용할 수 없다고 판시하였다는 점.

이 사건에서 당장 상속성이 인정되지 아니하여 원고의 권리가 구체되지 않은 점은 있지만,

33) 상표법상 등록취소를 구하기 위한 이해관계자의 자격이 있다고 본 것이다.

34) 마르커스 디 윈슬로우 주니어 v. 주식회사 한화유통 등, 서울지방법원 1997. 11. 21. 선고 97가합 5560 판결(이하 이를 “제임스 딘 III 판결”이라 한다).



상속성 인정을 전제로 상속성 인정의 요건 및 그 보호기간에 대한 논의가 있었다는 점에서 이전 사건보다 진일보한 면이 있는 것은 사실이다.

#### 라. 제임스 딘 IV 판결<sup>35)</sup>

이 사건은 위 II 사건 또는 위 I 사건의 항소심에서 지적된 바와 같이 원고가 제임스 딘의 퍼블리시티권을 보유, 관리하고 있는 제임스 딘 재단으로부터 그 권리를 신탁받았다는 입증이 없다는 법원의 판결 때문에, 원고를 달리하여 동일한 건으로 소를 제기한 건이다. 이 사건 1심 재판부는 매우 이례적으로 퍼블리시티권이 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니어서 상속이 가능하고 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도할 수 있으므로, 그 권리자 또는 그 권리를 상속하거나 양수한 자는 그 권리에 기하여 침해행위의 금지 또는 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위한 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다고 판시하였다.

다만, 이 사건의 항소심<sup>36)</sup>에서는 미국 뉴욕주 법원이 Roberson 판결에서 원고의 청구를 기각하면서 성문법 제정을 간접적으로 촉구한 것처럼, 우리나라에서도 성문법의 제정 없이 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 판결함으로써, 향후 입법을 통한 문제해결의 방안을 제시하였다는데 의미가 있다.

이상 제임스 딘 I 내지 IV의 판결을 소개하였다. 미국에서 엘비스 프레슬리의 유족이 퍼블리시티권의 발전에 지대한 공헌을 한 것처럼, 우리나라에서는 제임스 딘 유족이 그 역할을 수행하였다고 할 수 있다. 제임스 딘 유족측이 원고와 피고를 달리하여 여러 법원에서 퍼블리시티권을 청구권원으로 하여 권리구제를 시도하였으나, 아직까지 우리나라 법원의 문은 열리지 않았다. 그러나, 그 첫 판결(I)과 비교할 때, 최종 판결(II, 또는 IV)에 와서는 비록 상급심에서 취소되기는 하였지만, 1심 단계에서는 퍼블리시티권을 인정할 뿐만 아니라, 상속성까지 인정하는 판결이 나오기 시작하는 등 향후 많은 발전가능성이 있어 보인다.

#### 마. 비달 사순 판결<sup>37)</sup>

서울에 있는 어떤 미용학원(주식회사 뷰티피플)이 학원건물 외부에 ‘비달 사순’이라는 간판을 부착하고 건물내부에도 비달 사순의 초상이나 서명이 들어 있는 대형사진을 부착한 것에 대하여 세계적으로 유명한 헤어드레서인 비달 사순의 퍼블리시티권을 보호하는 회사인 원고가 퍼블리시티권 침해를 이유로 그 침해금지를 구한 사안에서 법원은 원고의 청구를 인용하면서 다음과 같은 이유를 제시하였다.

고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우나 가수 등의 예능인, 연주가, 스포츠선수 등과 같이 대중의 인기에 의하여 뒷받침되어 그 존재가 널리 사회에 알려지기를 바라는 유명인사의 성명과 초상을 상품에 붙이거나 서비스업에 이용하는 경우에는 그 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업활동의 촉진에 효과가 있다는 것은 공지의 사실이다. 그리고 이러한 유명인사의 성명과 초상이 가진 이러

35) 제임스 딘 인크 v. 주식회사 좋은사람들 등, 서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결(이하 이를 “제임스 딘 IV 판결”이라 한다).

36) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결(이하 이를 “제임스 딘 IV 항소심 판결”이라 한다).

37) 리차드슨-빅스 인코퍼레이티드 v. 주식회사 뷰티피플, 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결(이하 이를 “비달 사순 판결”이라 한다).

한 고객흡입력은 당해 유명인사가 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적인 이익 내지 가치로서 파악할 수 있으므로 이는 당해 유명 인사에게 고유하게 귀속되는 것이고, 그 유명인사는 이러한 고객흡입력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리를 가지는 것이고, 이러한 성명이나 초상이 갖는 재산적 가치를 이용하는 권리를 이른바 퍼블리시티권이라고도 하는데, 이는 일종의 재산권으로서 인격권과 같이 일신에 전속하는 권리가 아니므로, 그 귀속주체는 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에 대하여 양도할 수 있다고 할 것이다. 따라서 위 권리를 양수한 자는 그 권리에 더 잡아 그 침해행위에 대하여는 금지 및 침해의 방지를 실효성 있게 하기 위하여 침해물건의 폐기를 청구할 수 있다.

이 판결에서 법원은 인격권과 별개의 독립된 재산권으로서 퍼블리시티권의 존재를 인정하고 나아가 그 권리에 양도성이 있음을 명백히 인정하였다.<sup>38)</sup> 그리고 그 권리인정의 근거로서 고객흡입력을 들고 있는 점이 특이하다.<sup>39)</sup>

#### 바. 시나위 판결<sup>40)</sup>

원고들로 구성된 인기 하드록 그룹의 음악저작물에 대한 이용허락을 받은 피고가 원고들의 허락을 받지 아니하고 원고들의 초상을 사용한 사안에서, 법원은 퍼블리시티권이라는 권리의 존재에 대해서는 인정하였으나, 이용허락 받은 음악저작물을 판매하면서 초상을 실은 데 그치고 사진을 판매한 것은 아니어서, 그 제재로 인하여 음반판매 증가에 따라 원고에게 더 이익이 되었으며, 원고가 사진계재를 금지해달라고 요청한 사실도 없다고 하면서, 표현의 자유와 관련하여 유명인의 수인범위 내에 있다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 비록 원고의 청구를 기각하였지만, 이 사건은 다음과 같은 매우 중요한 의미를 갖고 있다.

먼저, 유명인의 초상권침해 유형을 다음 3가지로 나누었는데, 이는 프로써(Prosser) 교수의

38) 퍼블리시티권의 존재 및 양도가능성을 언급한 다음 판결 참조. 이미연 등 v. 주식회사 뮤직디자인 등, 서울지방법원 2001. 12. 21. 선고 2001가합31184 판결; 박찬호 판결. 그 외 김영임 v. 박의병, 서울지방법원 2000. 9. 29. 선고 99가합83250 판결이 있다. 이 사건 원고는 국악인으로서, 그녀의 퍼블리시티권의 존재를 법원은 인정하였다. 한편, 그밖에 퍼블리시티권의 양도성에 관하여 잘 정리된 판결로서, 장정 v. 주식회사 스포텍코리아, 수원지방법원 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결(이하 이를 “장정 판결”이라 한다)이 있다. 이 사건에서 미국 LPGA에서 활동하는 프로골퍼인 원고의 퍼블리시티권 침해 주장에 대하여, 법원은 인격권으로서 초상권과 상업적 권리로서의 초상권인 퍼블리시티권을 엄격히 구분하면서, 전자는 정신적 손해에 대해서만 배상이 가능하고, 후자는 양도가 가능하며, 양도가 이루어진 경우 양수인만이 재산상 손해배상청구권이 있다고 하여, 초상권과 퍼블리시티권을 간명하게 잘 구분, 정리하고 있다. 이 판결에 의하면, 퍼블리시티권의 양도성이 명백히 인정되었을 뿐만 아니라, 나아가, 양도 후에는 양도인에게 권리를 인정하지 않음으로써 배타적 권리로서의 재산권성을 확인하였다는 점에서 의미가 있다.

39) 고객흡입력을 퍼블리시티권 인정의 근거로 삼은 판결로서, 홍명희 v. 쌍용정보통신 주식회사, 서울지방법원 1999. 7. 30. 선고 99가합13985 판결(이하 “홍명희교수 판결”)이 있다. 피고가 교육용 CD롬 타이틀을 제작하면서 대학교수인 원고의 감수를 받지 않았음에도 CD롬 타이틀의 포장 및 카탈로그에 원고를 감수위원으로 기재한 사안에서, 퍼블리시티권을 ‘명의상품화권’으로 칭하면서 “무릇 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 일반적으로 퍼블리시티권(the right of publicity)이라 하는바, 이는 비록 인격권에 기초한 것이나 본인이 자신의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 구체화하여 상업적으로 이용함으로써 그것이 인격과 분리되어 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관화되었다면 인격권과는 별도로 법으로 보호되고, 따라서 그 침해행위는 불법행위를 구성한다고 할 것이다”고 하여 퍼블리시티권을 인정한 사례다. 그러나 당해 사건에 있어서 “원고의 성명이 인격과 분리되어 독자적으로 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관화되었다”고 볼 수 없다는 이유로 퍼블리시티권에 기한 청구를 기각하고, 성명권 침해 및 명예훼손에 기한 위자료 500만 원 및 명예회복에 필요한 조치청구를 인용하였다.

40) 신대철 등 v. 주식회사 인터뷰즈, 서울고등법원 2001. 10. 24. 선고 2001나30680 판결.

네 가지 유형의 프라이버시권 이론에 영향을 받은 것으로 보인다.

- ① 촬영·작성거절권
- ② 공표거절권
- ③ 초상영리권

법원은 이 중 세 번째를 퍼블리시티권이라고 정의하였으며, 나아가 퍼블리시티권 침해여부에 대한 판단기준으로서 다음 세 가지를 제시하였다.

- ① 사진게재목적
- ② 게재로 인한 이익유무 및 다과
- ③ 본인의 경제적 이익 침해 여부

그런데, 이 사건에서, 첫째 해당 사진을 판매한 것은 아니지만, 사진게재로 인하여 음악저작물판매에 도움이 되었다면, 피고의 이익이 사진게재의 목적이라고 볼 수 있고, 둘째 판결은 음악저작물 사용료 증가로 인하여 원고에게도 더 많은 이익이 생겼다고 보고 있으나, 사진을 제대로 허락을 받고 사용하였더라면, 그 사진 사용에 따른 사용료를 추가로 더 냈어야 했으므로, 원고 입장에서는 일실수익(loss of profit)이 발생하였음에도 이를 간과하였다는 점에서 이 판결의 결론은 동의하기 어렵다. 그러나, 위와 같은 비판받을 점이 있음에도 불구하고, 위 판결은 다음과 같은 중요한 의미를 갖고 있다.

- ① 퍼블리시티권의 근원을 프라이버시권 중 하나인 초상권에서 찾았다는 점에서 퍼블리시티권에 관한 미국의 전통적인 Prosser → Nimmer → McCarthy의 흐름에 충실하였다는 점,
- ② 퍼블리시티권을 유명인에게만 인정하였다는 점,
- ③ 표현의 자유와 관련하여 퍼블리시티권을 매우 좁게 인정하였다는 점

#### 사. 이영애 판결<sup>41)</sup>

인기여배우인 원고와 광고모델계약을 체결한 피고 화장품회사가 계약기간을 넘겨 원고의 초상을 광고사진으로 사용한 사건에서 원고의 퍼블리시티권 침해 주장에 대하여, 법원은 퍼블리시티권의 침해에 따른 손해배상청구를 인용하였다.

다만, 초상권침해에 따른 정신적 손해 배상청구에 대해서는 유명한 연예인의 경우 일반인(non-celebrities)과 달리 재산권인 퍼블리시티권의 보호를 받으므로 특별한 사정이 없는 한, 별도로 초상권침해에 따른 정신적손해가 발생한다고 보기 어렵다고 판시함으로써,<sup>42)</sup> 초상의 무단사용 시, 유명인(celebrities)의 경우에는 퍼블리시티권으로, 일반인(non-celebrities)의 경우에는 인격권 또는 프라이버시권으로 보호한다는 원칙을 밝혔다.<sup>43)</sup>

41) 이영애 v. 주식회사 도도화장품, 서울지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결(이하 이를 “이영애 판결”이라 한다).

42) 이는 대법원의 확립된 판례이론이다. 즉 재산상의 손해로 인하여 받는 정신적 고통은 그로 인하여 재산상 손해의 배상만으로 전보될 수 없을 정도의 심대한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해배상으로써 위자된다고 할 것이다(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등).

43) 한편, 최윤영 등 v. 엘지홈쇼핑 주식회사 등, 서울남부지방법원 2004. 8. 4.자 2004카합1285 결정.

이 판결에 따르면, 퍼블리시티권은 재산권(proprietary right)의 성격을 확실히 갖게 되는 것이 분명하고, 이 권리는 일반인들에게는 인정되지 않고 유명인에게만 인정된다는 입장이 확실히 표명되었다 할 것이다.

#### 아. 허영란 판결<sup>44)</sup>

법원은 한복사진의 무단광고게재에서 허락유무가 쟁점인 사건에서, 사회통념상 연예계의 신인이라면 오히려 인기연예인과 반대로 잡지나 방송 등의 매체에 될수록 많은 기회에 자신의 사진이 게재되거나 방송되게 하여 자신의 지명도를 높이기 위하여 애쓴다는 점을 고려하여 무단성(허락없음)을 인정하지 않았다. 이 사건에서 법원은 인기연예인과 신인연예인을 구별하여 퍼블리시티권은 인기연예인에게만 인정되는 듯한 태도를 취하고 있다.<sup>45)</sup>

한편, 판결 중에는 이례적으로 유명인이 아닌 일반인(non-celebrities)에게도 퍼블리시티권이 인정된다는 취지의 것도 있다(허브좌훈 판결).<sup>46)</sup> 이 사건에서 법원은 결코 사람들에게 잘 알려져 있다고 볼 수 없는 주부 모델에 대해서도 퍼블리시티권을 인정하였을 뿐만 아니라, 그 권리의 양도성도 인정하였다. 물론 원고의 손해액 입증 실패로 청구가 기각되기는 하였지만, 우리나라에서 일반인(non-celebrities)에게 퍼블리시티권이 인정된다고 본 최초이자 유일한 사례라고 할 수 있다.

### 5. 반성 및 다지는 시기

퍼블리시티권은 우리나라 재판실무를 중심으로 처음 논의가 시작된 후 불과 10여 년 사이에 대부분의 법원이 이를 재산권 또는 재산적 권리로 인정해 왔다. 그런데 이러한 법원실무에 제동을 건 몇 건의 판결이 선고되었다. 이들 판결의 특징은 퍼블리시티권의 인정 필요성 자체를 부정하는 것이 아니라, 그 필요성은 있지만 우리나라와 같은 성문법 체제의 국가에서는 국회의 법률 제정 없이 재산권을 창설할 수 없다는 것이다. 예를 들어, 김민희 판결<sup>47)</sup>에서 법원은 미국법에서 인정되는 퍼블리시티권에 대하여 이례적으로 상세한 설명을 한 후에 다음과 같은 이유로 우리나라에서는 퍼블리시티권을 인정하지 아니하였다.<sup>48)</sup>

우리나라에서도 최근 연예, 스포츠산업 및 광고산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여, 퍼

---

유명모델인 신청인의 요가 장면을 촬영해 놓은 비디오를 홈쇼핑채널에서 방영하는 것의 금지를 구하는 가처분사건에서 법원은 신청인의 초상권과 퍼블리시티권의 중복적 침해를 인정하여 가처분신청을 인용하였다. 이는 위 이영애 사건에서 유명인의 경우 초상권에 의한 보호 대신 퍼블리시티권에 의한 보호만을 인정한 법원의 태도와 대조된다.

44) 허영란 v. 이재원, 서울지방법원 2000. 3. 16. 선고 99가합46206 판결(이하 이를 “허영란 판결”이라 한다).

45) 이 사건에서 원고(허영란)는 소송이 제기될 무렵에는 인기연예인이었으나, 처음 광고사진을 찍을 때는 잘 알려지지 않은 신인연예인이었다.

46) 주식회사 고려인삼라인 v. 주식회사 정훈기공, 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결(이하 이를 “허브좌훈 판결”이라 한다).

47) 한재남 v. 주식회사 이셀피아, 서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결(이하 이를 “김민희 판결”이라 한다). 이 사건에서의 원고는 인기 탤런트인 김민희로부터 그녀의 퍼블리시티권을 양수한 사람이다.

48) 이 사건에서 법원은 원고가 김민희의 초상권침해로 인한 손해배상청구권을 김민희로부터 양도받았음을 인정하여 원고의 청구를 받아들였다.

퍼블리시티권이라는 새로운 개념을 인정할 필요성은 인정된다고 할 것이나, 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, 양도상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 원고가 주장하는 바와 같은 퍼블리시티권을 인정할 수 있다고 할 것이다.<sup>49)</sup>

이와 같은 최근의 경향은 퍼블리시티권에 관한 한, 과거로 돌아간 느낌이 없지 않으나, 퍼블리시티권의 발전과정에 있어서 이 시기는 결코 과거에의 회귀로 해석될 수 없다고 생각된다. 그 이유는 퍼블리시티권을 인격권(right of personality)의 일부로 인정하였던 위 첫 번째 시기, 즉 퍼블리시티권 이전 시대와 달리, 이러한 권리의 인정 필요성은 법원도 공감하되, 법체계(legal system)의 한계상 인정할 수 없다는 것으로서, 이는 다른 측면에서 이 권리의 법제화(legislation)를 강하게 촉구하고 있다고 보기 때문이다.

본 연구자의 이런 생각은 단순한 추측이 아닌 것이, 미국에서도 이와 비슷한 발전과정을 겪었기 때문이다. 미국의 Roberson 판결에서 뉴욕주 법원이 퍼블리시티권을 common law에 의해 인정하지 아니하자, 이후 즉시 뉴욕주 의회가 성문법을 만들어 이 권리를 창설한 것을 상기해 볼 때,<sup>50)</sup> 오히려 위와 같은 판결이 지속적으로 나오고 그와 같은 판결이 현실과 동떨어져 보이면 보일수록, 입법에의 필요성은 더욱 강렬해지게 되어 결국 입법을 통한 해결이 실현될 것이다. 사실, 우리나라와 같은 성문법주의국가에서는 판례로써 물권과 유사한 배타적 권리의 발전이 지속되는 것은 바람직하지 않다. 법적안정성을 해하기 때문이다. 이런 점에서 조만간 입법이 기대된다.

또한, 위 제임스 딘 판결, 비달 사순 판결에서와 같이 당사자 일방이 미국인인 사건이 몇 건 있었으며, 이와 같은涉外적 사건에서 주로 퍼블리시티권이 이론적으로 치열하게 다투어져 온 것이 사실이나, 최근 들어 우리나라에서도 스포츠 엔터테인먼트 산업 분야의 눈부신 발달로 인하여 내국인간의 퍼블리시티권에 관한 분쟁이 늘어나고 있다는 점에서, 더 이상 이 문제를 관습법이나 판례이론에 의해 해결할 것이 아니라 성문법을 통하여 해결해야 할 시급한 문제가 되었다고 할 것이다.

특히, 위涉外적 사건에서 원고는 대부분 외국인이었으나, 모두에 제기한 바와 같이 한류열풍과 관련하여, 우리나라 사람 또는 기업도 원고가 되는涉外적 사건이 조만간 발생할 수 있다는 점에서도 퍼블리시티권의 입법화는 더 이상 미룰 수 없는 현안이라고 할 것이다.<sup>51)</sup>

## 6. 더욱 확대, 확산되는 퍼블리시티권

위 항에서 본 바와 같이 퍼블리시티권에 관한 우리나라 법원의 태도는 두어 건의 예외적 판결을 제외하고는 대체로 이를 긍정하고 있다고 할 수 있다. 이하에서는 지난 2005년 저스티스에 발표한 논문<sup>52)</sup> 이후에 선고된 사건과 그 논문에서 다루지 않았던 판결을 중심으로 더욱 확대, 확산되어 가고 있는 퍼블리시티권에 관한 사례를 판례를 중심으로 살펴보고 이를 분석하고자 한다.

49) 은지원 v. 유용기, 수원지방법원 2005. 1. 13. 선고 2004가단20834 판결(이하 이를 “은지원 판결”이라 한다)도 위 김민희 판결을 그대로 따르고 있다.

50) Roberson 판결 참조.

51) 남형두, 시론, “범람하는 한류 짝퉁 막으려면”, 중앙일보 2005. 4. 28.자 34면 참조.

52) 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류).

## 가. 퍼블리시티권 인정 근거

2005년 이후 퍼블리시티권에 관한 우리나라 법원판결은 매우 다양하게 발전되어 왔는데, 그 중에는 퍼블리시티권의 인정 근거를 제시하는 것들이 몇 건 눈에 띈다.

비달 사순 판결이나 홍명희교수 판결에 이어 고객흡입력을 퍼블리시티권 인정의 근거로 삼는 판결이 이어지고 있다. 유명인사의 성명과 초상을 상품에 붙이거나 서비스업에 이용하는 경우 그 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업활동의 촉진에 효과 있다는 것은 공지의 사실이며 이런 유명인사의 고객흡입력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산권 권리를 퍼블리시티권이라고 하여 당해 유명인사에게 고유하게 귀속되는 것이라고 한다.<sup>53)</sup>

앞서 거론한 은지원 판결과 김민희 판결 이후 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정에 제동이 걸린 점은 어느 정도 사실이다. 이후 판결들에서는 퍼블리시티권을 인정하기 위해 성문법을 대체할 만한 관습법이 형성되었다고 보기 어렵다는 판결이 많이 나온다. 대표적으로 이의정 판결이 그러한데 관련 판시를 옮겨보면 다음과 같다.

비록 퍼블리시티권의 보호대상, 존속기간, 구체수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지 않으나, 앞서 본 바와 같이 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 인격권과는 독립된 별개의 재산권이라고 하였다.<sup>54)</sup>

그런데 이들 판결에서 그럼에도 불구하고 민법상 불법행위에 해당하나 불법행위로 의율해서 만든 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다는 점에서 인격권과 구별된 독립적인 재산권으로 인정할 필요가 있다고 함으로써 사실상 퍼블리시티권을 인정하고 있다.<sup>55)</sup>

한편, 본 연구자는 자산유동화에 있어서 ‘유동화’라는 것은 법률적으로 양도불가능한 것을

53) 서울중앙지방법원 2010. 9. 3. 선고 2009가합137637(본소), 2010가합11359(반소) 판결(이하 이를 “윤사마 판광안내 판결”이라 한다); 서울중앙지방법원 2010. 5. 28. 선고 2009가합84719 판결(이하 “패션모델 정혜선 판결”이라 한다).

54) 서울동부지방법원 2010. 7. 14. 선고 2009가합16764 판결(이하 이를 “이의정 판결”이라 한다).

55) 서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합63759 판결(이하 이를 “심형래 판결”이라 한다); 서울북부지방법원 2008. 11. 27. 선고 2008가합3187 판결(이하 이를 “본더취 판결”이라 한다); 서울고등법원 2010. 2. 9. 선고 2009나47458 판결(이하 이를 “최진실(광고해제) 파기환송 후 판결”이라 한다). 최진실(광고해제) 판결(환송 전 판결, 서울고등법원 2006. 5. 2. 선고 2005나89300 판결)에서는 퍼블리시티권이 쟁점이 되지 않았으나, 파기환송 후 판결에서 피고들(망 최진실의 소송수계인으로 망인의 자녀들)이 피고의 계약해지 후 일정 기간 계속된 광고사용에 대하여 피고들이 망인의 퍼블리시티권 사용에 따른 손해배상채권으로 상계를 주장함으로써, 퍼블리시티권이 쟁점이 되었다. 여기에서 법원은 우리나라에서 퍼블리시티권을 규정한 실정법은 없지만 망인의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있었던 이상 이를 침해하는 행위는 명백히 민법상 불법행위에 해당하고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 망인이 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하며 이는 망인의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 망인의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 한다고 명시하였다는 데 큰 의의가 있다.

양도가능한 것으로 바꾸는 개념이 아니라 시장성을 갖추어 양도(거래)를 더 활성화시키는 것이라는 점에서, 법률적으로 양도불가능한 인격을 그 중에서 양도가능한 부분만을 분리해내서 거래의 대상으로 만드는 법적 기술인 퍼블리시티권에 ‘유동화’의 개념을 적용하여 퍼블리시티권을 ‘상업적 가치가 있는 인격의 유동화’라고 할 수 있겠다고 제의한 적이 있다.<sup>56)</sup> 그런데 퍼블리시티권에 관한 판결 중에 퍼블리시티권의 인정 근거를 판시하는 중에 이 개념을 사용한 것이 있어 다행으로 생각하며 향후 논의가 더 이어지기를 기대한다.

“현대사회에서 이른바 ‘인격의 유동화’ 현상이 발생함에 따라 이러한 권리를 보호하고 그 주체가 사회적으로 유익한 활동을 하도록 유인할 필요성이 증가하고 있는 점 ...(후략)”<sup>57)</sup>

판결 중에는 저작권법 제35조 제4항이 퍼블리시티권의 존재를 전제로 한 것이라는 취지의 것이 있다. 사진작가(얼음벽 등반사진을 촬영한 사진작가)가 작성한 사진저작물에 대하여 피고(노스페이스 상표로 산악장비 및 의류 판매 법인)가 허락없이 이를 복제하여 자사의 티셔츠 등에 복제하여 판매하였다는 이유로 복제권 침해를 주장한 사건에서 피고는 사진에 등장하는 사람(피고로부터 제품협찬을 받는 등반가)의 허락이 없이 촬영되었으므로 저작권침해의 책임이 없다고 주장하였다. 여기에서 법원은 저작권법 제35조 제4항에서 ‘위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다’라고 규정한 취지는 위탁자의 초상권 내지 퍼블리시티권과의 조화를 위하여 그 이용을 함에 있어서 위탁자의 동의가 필요하도록 규정한 것이라 할 것이고, 이를 저작권자와 위탁자 관계를 규율하기 위한 규정으로서 저작물에 관한 저작권자의 적극적 이용을 규제하기 위한 규정이라는 점, 저작권자가 위탁자의 사진 동의 없이 사실상 수익을 얻을 수가 있는 경우가 있다는 점, 위와 같은 규정을 이유로 저작권을 침해한 자에 대한 책임을 면제한다면 저작물을 무단으로 침탈한 자를 보호하게 되는 부당한 결과를 가져온다는 점 등을 들어 피고의 주장을 배척하였다.<sup>58)</sup> 여기에서 법원은 저작권법 제35조 제4항을 저작권과 퍼블리시티권과의 조화를 위한 규정이라고 함으로써, 저작권법이 퍼블리시티권을 전제로 하고 있다는 취지의 판시내용을 담고 있어 매우 이색적이다.

## 나. 퍼블리시티권의 주체와 관련된 판결

### (1) 유명인에 국한하지 않는 판결

앞서 본 허브좌훈 판결 이후 유명인 외에 일반인에게도 인정된다고 명시한 판결(본 더취 판결)<sup>59)</sup>이 있다. 허브좌훈 판결은 국내 비유명인에 대한 것이라면 본 더취 판결은 외국의 비유명인에 대한 것이다.

한편 홍명희교수 판결은 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정되지 않는다는 취지로 읽힐 수

56) 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류), 89면 중 각주 9번.

57) 서울동부지방법원 2011. 2. 16. 선고 2010가합8226 판결(이하 이를 “슬러거게임 판결”이라 한다).

58) 서울중앙지방법원 2010. 8. 13. 선고 2009가합136313 판결(이하 이를 “등반사진 판결”이라 한다).

59) 본 더취 판결. ‘본 더취’(Von Dutch)는 미국인 망 케네스 하워드(Kenneth Howard)의 예명으로서, 망인은 ‘본 더취’라는 도형적 변형이 가미된 문자 표장을 만들고 이를 이용하여 ‘엔진 날개’란 명칭의 저작물을 비롯한 회화저작물을 저작자로서, 특별히 유명인이라고 할 수 없는 사람이었다. 그러나 법원은 일반인에게도 퍼블리시티권이 인정될 수 있다고 하였다.

있다. 김영훈 판사는 대학교수인 원고의 경우 퍼블리시티권의 성립을 부정함으로써 일반인에 대해서는 퍼블리시티권이 인정될 수 없다는 취지로 해석될 수 있다고 한다.<sup>60)</sup> 이 건에서 먼저 일반인/유명인에 따라 퍼블리시티권 인정여부가 달라질 수 있다고 해석될 가능성이 있다는 김영훈판사의 견해는 일리가 있다. 이 판결이 그런 오해의 소지를 줄 수 있다고 보여진다. 그러나 허브좌훈 판결에서 보는 바와 같이 일반인에게 퍼블리시티권을 인정하지 않을 이유가 없다. 일반인과 유명인의 경계가 모호하다는 점에서 유명인에게만 퍼블리시티권을 인정하는 것은 바람직하지 않고 단지 퍼블리시티권침해에 따른 손해입증으로 돌리면 된다. 또한 일반인은 소극적으로 사생활의 자유를, 유명인은 적극적으로 자신의 사생활을 포기하고 사적 영역을 포함한 아이덴티티를 상업적으로 활용하고자 한다는 이분법적 사고는 퍼블리시티권에 관한 초기 논의로서 Nimmer가 주장했던 “포기의 원칙(Doctrine of Waiver)”에 영향을 받은 것이었으나,<sup>61)</sup> 오늘날은 역전현상이 자주 일어나고 있다. 즉, 일반인 중에는 적극적으로 자신의 사적 영역을 외부에 공개하고자 하는 사람이 있는가 하면, 유명인 중에도 자신과 가족의 사적 평온을 중시하여 사적 영역의 상업적 활용을 원하지 않는데서 나아가 적극 반대하는 경우도 심심치 않게 있다.<sup>62)</sup> 퍼블리시티권의 초기 단계의 논의 때와는 달리 위와 같은 시대적 변화를 고려한다면 더 이상 퍼블리시티권을 유명인에게만 인정되는 권리라고 볼 이유가 없다.

홍명희교수 판결에서 고객흡입력을 가지는 등 그 경제적 가치가 객관화되었다고 볼 수 없다는 이유로 퍼블리시티권에 기한 청구를 기각한 것을 두고, 유명인에게만 퍼블리시티권을 인정한 취지로 해석하기는 어렵다. 그런데 김영훈 판사의 견해대로 대학교수인 원고의 경우 퍼블리시티권의 성립을 부정함으로써 일반인은 퍼블리시티권의 주체가 될 수 없다는 취지로 이 판결을 해석한다는 전제하에 살펴보면 다음과 같은 이유에서 이 판결에 동의할 수 없다. 첫째, 대학교수인 원고에게 고객흡입력이 객관화되었다고 보지 않을 이유가 없다. 교육용 CD롬 제작시 해당 분야 전문가인 원고의 성명을 감수자로 기재하였던 피고의 행위가 다분히 원고 성명의 고객흡입력을 전제로 한 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 둘째, 판시이유와 같은 논리를 인정한다고 하더라도 ‘고객흡입력의 객관화’라는 것을 엄격히 해석한다면 실제 자신의 인격적 표지(성명, 초상 등)를 상업화해 본 경험이 있는 사람에 대해서만 퍼블리시티권이 인정될 수밖에 없을 것이라는 점에서 부당하다. 오히려 원고가 감수자로 등재됨으로써 이 책을 구입하는 독자, 소비자들에게 직접 또는 간접적으로 구매 동기로 작용하였거나 그럴 가능성을 통념상 인정할 수 있다면 원고의 성명이 이 분야 도서(CD롬) 구입 동기에 영향을 미쳤을 것으로 보인다는 점에서 고객흡입력이 없다고 볼 수 없고, 나아가 그 경제적 가치가 객관화되었다고 볼 수도 있다. 그 점에서 판시 이유는 동의하기 어렵다.<sup>63)</sup>

60) 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰”, 사법논집 2007(제44집)(이하 이를 “김영훈, 전제논문”이라 한다), 391면.

61) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemp. Probs. 203, 204-206 (1954).

62) 이에 대한 상세한 설명은 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-스포츠), 221면 중 각주 93번 참조.

63) 홍명희교수 판결은 퍼블리시티권을 인정하지 않고 성명권침해 및 명예훼손에 기한 위자료로 500만 원을 인정하고, 명예회복에 필요한 조치청구를 인용하였는데, 변론주의에 따른 제한이 있지만 가정적으로 저작권권 중 성명표시권에 의한 문제 해결도 모색할 수 있었을 것으로 생각한다. 원고가 저작권권 중 성명표시권에서 자신의 이름을 표시하지 않을 권리, 즉 “부의 성명표시권” 침해를 주장했다는 것을 전제로 한다면 성명표시권 침해를 인정할 수도 있지 않았을까 생각한다. 한편, 변론주의의 제한에 대해서도 사족을 달자면, 원고가 저작권법상 저작권권(성명표시권) 침해 주장을 하지 않고 단지 민법상 인격권침해에 의한 주장만 했다면 법원이 저작권법상 저작권권에 기한 청구를 인정하는 것이 변론주의의 위반되는지도 추가적으로 생각해 볼 일이다.



## (2) 자연인(개인)을 넘어 그룹, 단체에까지 인정된 판결

웃찾사 사건에서 법원은 원고 소속 연기자들이 TV 프로그램인 ‘웃찾사의 따라와’ 코너를 통하여 일반인들에게 널리 알려지게 되어 그들 개인의 용모, 이름, 음성, 동작, 실연 스타일 등 총체적 인성(personal identity)에 대한 상품적 가치인 퍼블리시티권을 가지게 되었다고 할 것”이라고 판시함으로써, 이 사건 퍼블리시티권의 주체로 한 연기자 ‘개인’이 아니라, ‘팀을 이룬 연기자들’을 상정하고 있다.<sup>64)</sup> 법원은 특정 엔터테인먼트 회사에 소속된 연기자들이 개별이 아닌 팀으로 활동해 온 점, 기타 변론에 나타난 모든 사정 감안하여 원고 소속 연기자들 전체로 평가하였는데, 이와 같이 한 개인이 아니라 여러 명이 팀을 이루어 하는 개그프로그램의 특징적 요소를 상업적으로 활용한 것에 대해 퍼블리시티권을 인정하였다는 점에서, 자연인 그리고 개개의 인격을 전제로 하는 인격권의 침해로 의율할 수 없는 한계에 있는 사건을 퍼블리시티권으로 의율함으로써 구제한 사건으로서 의의가 크다.

가비엔제이 사건<sup>65)</sup>에서 원고들은 여성 3인조 그룹<sup>66)</sup>의 가수들로서 이미 이 명칭으로 2장의 앨범을 발표하였고, 골든디스크 신인상을 수상하기도 하여 ‘가비엔제이’라는 명칭은 원고들로 구성된 여성 3인조 그룹을 지칭하는 것으로 알려져 있었다. 그런데 피고 회사들이 새로운 멤버로 구성된 여성 3인조 그룹을 조직하여 ‘가비퀸즈’라는 명칭을 사용하여 활동하자 이것이 원고들의 성명권 및 퍼블리시티권을 침해한다는 이유로 피고들을 상대로 성명사용금지 및 간접강제를 구한 사건에서, 법원은 ‘가비엔제이’라는 성명권은 원고들에게 귀속된다고 할 것이고, 성명을 상업적으로 이용할 재산상 권리인 퍼블리시티권 역시 원고들에게 귀속된다고 판단하였다.<sup>67)</sup>

이상, 웃찾사 판결이나 가비엔제이 판결에서 보는 바와 같이 한 개인이 아닌 팀을 이루어 활동하는 수명의 자연인으로 구성된 단체에도 퍼블리시티권을 인정하였다는 점에서 이는 인격권침해로 의율할 수 없는 한계를 퍼블리시티권의 논리로 해결한 것으로 의미가 있다. 나아가 법인이 아닌 이러한 단체에 퍼블리시티권이 귀속된다고 할 때, 그 자연인들 상호간의 퍼블리시티권 귀속에 관한 관계는 추가적 논의가 더 필요할 것으로 보이나 일응 조합의 법리로 해결을 모색할 수 있지 않나 생각된다.

## 다. 양도성/상속성을 인정하거나 이를 전제로 한 판결

### (1) 개설

박신양 등 판결<sup>68)</sup>에서, 법원은 박신양 등 원고 배우들의 퍼블리시티권 인정하면서도 원고

64) 서울중앙지방법원 2007. 1. 19. 선고 2006가단250396 판결(이하 이를 “웃찾사 따라와 판결”이라 한다).

65) 서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결(이하 이를 “가비엔제이 판결”이라 한다).

66) 판시에 의하면, 가비엔제이(gavy nj)의 n은 원고 노시현의 ‘노’를 뜻하는 이니셜이고, j는 원고 정혜민의 ‘정’과 원고 장희영의 ‘장’을 뜻하는 이니셜인 점에 대해서는 당사자 사이에 다툼이 없다고 한다.

67) 판시에 의하면, 위 예명 또는 그룹명이 당초 피고 엔터테인먼트 회사에 의해 창안되었거나 피고들이 위 예명 중 일부를 가지고 상표권등록을 하였다는 사정으로도 이 명칭에 대한 성명권과 퍼블리시티권이 원고에게 귀속된다는 것을 바꾸지 못한다고 하였다. 다만 법원은 가비퀸즈는 가비엔제이와 다른 별개의 성명으로서 일반인들이 오인하거나 혼동할 가능성이 없다는 이유로 사용금지 또는 예방청구는 기각했다.

배우들이 소속된 연예기획사인 또 다른 원고 회사의 같은 청구는 기각하였다. 그에 대한 판시에서 “원고 회사가 원고 배우들로부터 퍼블리시티권 또는 그 침해로 인한 손해배상청구권을 양도받았다는 등 피고를 상대로 원고 배우들과 함께 손해배상을 청구할 권리가 있음을 인정할 만한 아무런 증거가 없다”함으로써, 원고 배우들의 연예기획사가 원고 배우들의 퍼블리시티권을 양도받을 수 있음을 전제로 판결하였다. 이로써 법원이 퍼블리시티권을 양도 가능한 재산권으로 파악하고 있음을 분명히 보인 판결이라 할 것이다.

비달 사순 사건 판결과 같이 명시적으로 양도성을 인정하고 나아가 상속성까지 인정한 판결(본 더취 판결)이 있는가 하면, 우리나라에서도 최초로 상속성을 인정하고 보호기간까지 명시적으로 언급한 판결이 나오게 되었다(이효석 판결).<sup>69)</sup>

퍼블리시티권 사건에 있어서 그 권리를 인정하는 것 못지않게 중요한 것이 상속성 인정 여부이다. 나아가 상속이 된다고 할 때 그 보호기간은 얼마나 할 것인지 역시 매우 중요하다. 왜냐하면 이런 모든 사항이 법에 정해져 있지 않고 관습법에 의해 인정되는 것이므로 법관이 이를 인정하고 그 범위를 어디까지로 확정하는가 하는 것은 우리나라와 같은 성문법주의 법제를 취하고 있는 나라에서는 친숙한 일이 아니기 때문이다. 우리나라에서 퍼블리시티권에 관한 최초의 판결이라 할 수 있는 제임스 딘 I 판결(1997년 선고)에서 저작권법을 유추하여 사후 50년간 보호되어야 한다는 원고측 주장에 대하여 재산권이라 하여 반드시 상속이 가능한 권리가 아니라는 이유로 배척하였으나, 그로부터 10 여년 만에 이효석 판결(2006년 선고)에서 처음으로 퍼블리시티권의 사후보호에 있어서 저작권에 유사한 권리로 보아 저작권법 상 보호기간인 사후 50년을 적용해야 한다는 판결이 나왔다. 한편 “성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거없이 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”<sup>70)</sup>라는 취지의 보수적인 판결도 상존하고 있는바, 우리나라에서 퍼블리시티권에 관한 판결이 얼마나 요동치고 있는지 짐작하게 한다. 이효석 판결은 소설 “메밀꽃 필 무렵” 저자인 이효석의 상속인이 문화상품권의 일종인 스타상품권의 전면에 이효석의 초상과 서명을 “메밀꽃 필 무렵”의 문구와 함께 기재하여 발매해온 상품권발행회사를 상대로 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상 및 금지청구를 한 사건이다. 이 사건에서 법원은 최초로 퍼블리시티권의 상속성을 인정했을 뿐만 아니라 그 보호기간을 저작권법에 유추하여 사후 50년이라고 인정하였으나, 사후 50년이 경과하였다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

상속성에 대해서는 법원판결이 다소 엇갈리고 있어 아직까지 확정적으로 상속성이 인정된다고 단언하기 어렵다. 그러나 양도성에 대해서는 퍼블리시티권을 인정하면서도 아울러 명시적으로 이를 부정한 판결은 찾아보기 어렵다. 다시 말해 우리나라 법원은 상속성과 달리 양도성

68) 서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고 2006가합106519 판결(이하 이를 “박신양 등 판결”이라 한다). 원고들은 박신양 등 영화배우들이고, 피고는 ‘스크린’이라는 월간 영화잡지 발행하는 출판사인데, 피고는 원고들 허락 하에 사진을 촬영하여 잡지에 실었다. 그런데 그 목적을 넘어 일본에서 후지TV 방송사 등과 공동주최로 ‘대한류진’이라는 전시회를 개최하면서 이 사진들을 그대로 사용한 것에 대해, 법원은 원래 약정의 목적달성에 필요한 범위를 넘어서 별도의 상업적 목적으로 사용하는 경우 실연자는 여전히 초상권, 퍼블리시티권을 갖는다고 하였다.

69) 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결(이하 이를 “이효석 판결”이라 한다).

70) 위 제임스 딘 IV 항소심 판결.

은 퍼블리시티권을 인정하는 이상 이 권리의 당연한 속성의 하나로 보는 것이 아닌가 생각된다.

## (2) 양도성을 구 저작권법 영상저작물특례조항을 통해 인정해온 판결

저작권법은 영상저작물 특례조항을 두어 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 실연자의 실연복제권(제69조), 배포권(제70조), 방송권(제73조), 전송권(제74조)은 영상제작자가 양도받은 것으로 간주한다<sup>71)</sup>고 되어 있는데, 실연자의 퍼블리시티권이 양도 받은 것으로 간주(추정)하는 대상에 포함되는지 여부를 논한다는 것은 퍼블리시티권이 실연자의 저작권접권과 같이 양도 가능한 재산권의 일종으로 보고 있음을 전제로 한다 할 것이다. 실연자의 초상이나 성명을 상업적으로 이용할 수 있는 권리 또는 이를 금지시킬 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 보지 않고 인격권으로 의율한다면, 인격권은 인격과 분리하여 양도하는 것이 불가능하다는 점에서 여기에 위 저작권법상 영상저작물 특례조항을 적용하여 양도되는 것으로 간주하거나 추정한다는 논리를 전개하기가 어려울 것이기 때문이다.

한류스타인 김석훈, 배용준, 이병헌, 최지우, 문근영 등이 출연한 뮤직비디오를 제작하여 이를 일본에 판매하는 피고들이 DVD를 제작하여 판매한 것 외에 DVD 케이스 앞면에 “한류뮤직무비컴”이라는 표제 하에 뮤직비디오 속 출연배우들의 촬영 초상을 실었는데,<sup>72)</sup> 뮤직비디오는 저작권법상 영상저작물로서 구 저작권법 제75조 제3항에서는 영상저작물에 대한 권리와 관련하여 “영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 실연복제권과 실연방송권은 특약이 없는 한 영상제작자에게 양도된 것으로 본다.”는 특례규정을 두고 있으므로, 영상저작물 제작에 협력한 실연자는 초상권, 퍼블리시티권을 주장할 수 없게 되는지가 쟁점인 사건에서, 법원은 영상제작자라고 하더라도 실연자의 초상이 영상저작물의 배포, 통상의 홍보에 수반하는 필수적인 범위를 넘어서 실연자의 허락 없이 영상장면을 이용하여 일반광고에 사용하거나, 사진집, 브로마이드 사진, 상품 등에 임의로 이용하는 행위 등 별도의 상업적 목적으로 사용하는 경우까지 초상권 등 퍼블리시티권이 저작권접권에 흡수되었다거나 영상저작물 출연계약 자체에 의하여 배우가 퍼블리시티권을 행사하지 않기로 묵시적으로 합의하였다고 볼 수 없고, 실연자인 배우는 초상권, 퍼블리시티권 등을 여전히 행사할 수 있다고 하였다.<sup>73)</sup>

비슷한 시기에 선고된 것으로서 김석훈 등 판결과 사안이 유사한 배용준 등 판결은 이 부분 쟁점을 더욱 명확히 드러내 보여주고 있다. 이 사건 법원은 뮤직비디오 앨범 포장 케이스에 실린 초상은 DVD의 배포, 통상의 홍보에 수반하는 필수적인 범위 내의 사용이라고 보아 구 저작권법 제75조에 의해 영상제작자인 피고에게 양도되는 권리에 포함되나, DVD 제작 외에 영상화보집(뮤직비디오의 스틸사진을 모아 별개의 영상화보집을 제작한 것임)을 제작, 판매함

71) 2006년 저작권법 개정으로 “특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도 받은 것을 추정한다”는 규정으로 바뀌었다.

72) 후술하는 판결에 의하면, 일본의 아사히신문에 “껌과 윤사마를 씹어서 맛보자”라는 제목 하에 DVD 판매를 알리는 기사가 실리기도 했다고 한다.

73) 서울중앙지방법원 2007. 1. 25. 선고 2005가합101005 판결(이하 이를 “김석훈 등 판결”이라 한다). 이 사건에서 법원은 피고 껌 제조판매 회사의 껌제품을 광고하는 것으로 오인할 외관을 형성함으로써 뮤직비디오 자체나 DVD 자체의 홍보 및 배포에 수반되는 필수적인 초상의 사용과는 별도로 원고들의 초상을 껌 판촉을 위한 영리 목적으로 이용한 것으로서 이는 초상권, 퍼블리시티권을 침해한 것이라고 판결하였다.

으로써, 뮤직비디오 자체의 홍보 및 배포에 수반되는 필수적인 초상의 사용과는 별도로 원고들의 초상을 영리 목적으로 이용한 것은 영상제작자에게 양도되는 권리로 간주될 수 없다고 하였다.<sup>74)</sup> 여기에서 “별도로 원고들의 초상을 영리 목적으로 이용한 것은 영상제작자에게 양도되는 권리로 간주될 수 없다”고 할 때, 그 권리는 양도성을 지닌 재산권의 일종인 퍼블리시티권을 간접적으로 인정하고 있는 것이라고 하지 않을 수 없다.

김석훈 등 판결과 배용준 등 판결에서 결국 쟁점은 영상저작물 제작에 협력할 것을 약정한 실연자(배우)의 퍼블리시티권이 영상저작물 제작자에게 양도된 것으로 간주되거나 추정되는 권리에 포함되는지 여부는 그러한 초상이 영상저작물의 배포, 통상의 홍보에 수반되는 “필수적인 범위”에 들어가는가 아닌가에 달려 있다는 것이다. 여기에서 추론할 수 있는 중요한 의의는 다음 세 가지다.

첫째, 퍼블리시티권의 인정을 넘어 이 권리가 양도가능한 재산권임을 인정한 것이라고 볼 수 있다. 영상저작물 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 실연자의 실연복제권(제69조), 배포권(제70조), 방송권(제73조), 전송권(제74조)은 영상제작자가 양도받은 것으로 간주한다(2006년 저작권법 개정으로 “특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도받은 것을 추정한다”는 규정으로 바뀌었음)고 되어 있는데, 실연자의 퍼블리시티권이 양도받은 것으로 간주(추정)하는 대상에 포함되는지 여부를 논한다는 것은 퍼블리시티권이 실연자의 저작권접권과 같이 양도 가능한 재산권의 일종으로 보고 있음을 전제로 한다 할 것이다.

둘째, 위 판결들에서는 영상저작물의 제작에 협력한 경우다. 만약 협력하지 않은 경우라면 당연히 영상저작물 특례조항이 적용되지 않을 것이다. 이와 같이 영상저작물 제작에 협력하지 않은 실연자의 초상, 성명 등을 영상저작물 제작자 또는 그 제작자로부터 권리를 양도 또는 이용허락받은 자가 실연자의 허락없이 영리 목적으로 사용한다면, 이는 위 영상저작물 특례조항이 적용될 수 없기 때문에 당연히 실연자에 대한 침해가 될 것이다. 퍼블리시티권 침해 또는 인격권침해가 문제될 수 있다. 한편 이때 실연자의 실연(performance)을 그대로 쓰는 경우를 상정한다. 다시 말해 어떤 실연자가 실연을 하고 있고, 그 실연을 영상으로 촬영하여 녹화하는 영상저작물 제작하는 자가 있는데, 실연자가 그 녹화를 허락하지 않은 경우다.<sup>75)</sup> 이 경우는 당연히 영상저작물 특례조항이 적용될 수 없을 것이고, 오히려 실연자의 실연에 창작성이 있다면 저작권에 대한 침해가 되거나, 그렇지 않고 기존 창작물을 재연하는 것에 불과하다면 실연자의 권리(복제권 등)에 대한 침해가 될 것이다.<sup>76)</sup>

셋째, 협력을 한 경우라 하더라도, 양도된 것으로 추정 또는 간주되는 대상은 실연자의 실연에 대한 복제권, 배포권, 방송권, 전송권이므로, 당해 영상물에 나오는 실연자의 초상, 성명 등을 상업적으로 이용한 권리에 대해서는 위 양 판결과 같은 논의, 즉 영상저작물 제작자에게 당연히 양도되는 것으로 간주(추정)되지 않는다는 논의가 가능하여, 위 양 판결과 같이 해결할 수 있다. 그런데, 그 영상물에 출연하는 실연자의 실제 초상이 아닌 초상과 유사한 이미지(likeness)를 상업적으로 이용한다든가 특징적인 인격 요소(표지)를 활용(변용)하여 상업적으로

74) 서울중앙지방법원 2007. 1. 31. 선고 2005가합51001 판결(이하 이를 “배용준 등 판결”이라 한다).

75) 미국 연방대법원의 유일무이한 Zacchini 사건이 이에 해당한다. 녹화 자체를 실연자의 허락을 받지 않았거나, 녹화 후 방영하는 것을 허락받지 않았거나 모두 이에 포함된다. Zacchini 사건에서 피고 방송사는 원고로부터 녹화(촬영)나 방영에 대해 허락을 받지 않았다.

76) 이점에 있어서 미국의 Zacchini 사건에 대한 연방대법원 판결과 우리의 저작권법은 차이가 있다. 고정화(fixation)를 저작물성의 요건으로 삼지 않는 우리나라에서는 Zacchini가 한 실연행위(performance)도 저작권 또는 실연자의 권리로 보호될 수 있다는 점에서, 동 사건이 우리나라에서 발생했다면 굳이 퍼블리시티권 침해라는 법리를 구성하지 않아도 될 수 있었을 것이다.

사용하는 행위에 대해서는 위 양 판결과 또 다른 차원의 논의가 필요하다. 이와 같이 동일하지는 않지만 특정인임을 알아차릴 수 있는 특징적 요소가 있는 초상, 성명 등 인격표지는 퍼블리시티권에 의한 보호가 가능한데, 그 점에 있어서 영상저작물 특례조항의 적용여부와 관계없이 여전히 퍼블리시티권의 의의는 존재하게 된다. 즉 동일하지 않은 실연자의 인격적 표지에 대해서는 영상저작물 특례조항이 적용되지 않을 것이라는 점에서 실연자의 복제권으로 해결될 수 없는 이상, 퍼블리시티권의 존재 의의가 있다 할 것이다. 물론 영상저작물 제작에 협력하지 않은 경우에도 창작성 없는 실연의 경우에 동일하지 않다면(협력하지 않았다는 점에서 위 둘째의 경우와 같으나, 동일 실연에 대한 복제행위가 아니라는 점에서 위 둘째의 경우와 차이가 있음) 역시 여기의 셋째 경우에 해당한다. 즉 이 경우에도 퍼블리시티권이 적용되어야 할 독자적인 의의가 있는 영역이라 할 것이다.

### (3) 소송신탁 논의에서 사실상 퍼블리시티권의 양도성을 인정한 판결

앞서 본 바와 같이 김민희 판결은 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상청구권을 양도받은 자가 양수인의 지위에서 소송을 한 사건(양수금 청구)이었다. 물론 이 사건에서 법원은 퍼블리시티권을 인정하지 않았다. 한편, 퍼블리시티권을 인정하는 사건에서도 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상채권을 양도받거나, 침해가 발생하기 전에 장래 퍼블리시티권 침해에 발생할 경우를 예상하여 그에 따른 손해배상채권을 양도받거나, 또는 퍼블리시티권을 양도받은 자가 침해자를 상대로 소송을 제기하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 퍼블리시티권의 양도성을 인정하거나 인정하지 않거나 간에 퍼블리시티권 또는 손해배상채권을 양도받은 목적이 소송제기를 위한 목적인 경우에는 소송신탁이 될 가능성이 있다. 이에 대해 법원은 몇 가지 의미 있는 판결을 선고하였다.

세계 종합격투기 대회의 최정상급 선수인 러시아의 효도르가 양봉농협을 상대로 자신의 허락을 받지 않고 꿀음료 광고에서 자신의 시범경기 장면을 내보냈다는 이유로 퍼블리시티권 침해를 주장하였고, 또한 효도르의 매니저가 효도르의 모든 법적 권리를 독점적으로 행사할 권한을 위임받았다고 하면서 피고 양봉농협이 효도르의 퍼블리시티권을 침해한 것에 대해 자신(매니저)에 대해서도 손해를 배상하라는 사건에서, 법원은 원고 효도르에 대해서는 허락이 있었다는 이유로, 원고 매니저에 대해서는 소송신탁에 해당한다는 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.<sup>77)</sup> 퍼블리시티권을 양도받은 양수인의 지위가 아닌 퍼블리시티권자의 권리의 소송상 행사할 수 있는 권리를 신탁받은 지위에서 소송을 제기하는 것은 임의적 소송담당으로서 변호사 대리의 원칙(민사소송법 제87조)에 위배되고 소송신탁금지를 규정한 신탁법 제7조에 저촉될 염려가 있기 때문에 허용되지 않는다고 본 것인데, 이 판결에서도 퍼블리시티권이 양도 가능한 재산권임을 전제로 하고 있음을 엿볼 수 있다. 만약에 이 사건에서 법원이 퍼블리시티권을 양도 가능한 재산권임을 인정하지 않았다면, 굳이 소송신탁 논의를 할 것도 없이 바로 효도르의 매니저의 청구는 기각할 수도 있었을 것이기 때문이다.

한편 슬러거게임 판결에서 원고 일구회가 은퇴한 야구선수들로부터 손해배상채권을 양수받았다고 하더라도 이는 소송신탁을 주목적으로 한 것이므로 무효라는 피고의 항변에 대해 법원은 소송신탁에 해당하지 않는다고 하면서, 이와 같은 사건에서 소송신탁의 요건을 설시한 바 있는데 이를 옮겨본다.

77) 서울중앙지방법원 2009. 5. 13. 선고 2008가합20732 판결(이를 이를 “효도르 사건”이라 한다).

소송행위를 하게 하는 것이 주목적인지의 여부는 채권양도계약이 체결된 경위와 방식, 양도계약이 이루어진 후 제소에 이르기까지의 시간적 간격, 양도인과 양수인간의 신분관계 등 제반 상황에 비추어 판단하여야 할 것이다(대법원 2002. 12. 6. 선고 2000다4210 판결 등). ... (중략) ... 여러 가지 점을 종합하여 은퇴한 야구선수들이 원고<sup>78)</sup>에게 손해배상채권을 양도한 것은 다수 당사자가 권리를 행사하는 불편함을 없애고 채권의 효율적인 회수를 하기 위한 것으로 보일 뿐, 채권양도가 소송행위를 하게 하는 것이 주목적이라고 볼 수 없다.<sup>79)</sup>

## 라. 침해구제

### (1) 금전배상(손해배상)

퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해의 범위를 인정함에 있어서 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상 산정 방식에 의하지 아니하고 저작권법 또는 상표법 상의 손해배상액 산정 방식을 사실상 차용한 판결이 주류를 이루고 있다.

배용준 등 판결은 법원이 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상청구사건 판결의 전형적인 예라 할 수 있다. 이는 크게 다음 세 가지 점으로 요약할 수 있다.

- (i) 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해의 범위를 피고들이 원고의 승낙을 받아 원고들의 초상을 사용할 경우 피고들이 원고들에게 지급하여야 할 통상의 보수 상당액으로 판단함
- (ii) 원고들이 주장·입증한 보수액에 대하여 사실인정한 후 여러 사정을 감안하여 법원이 손해액을 정함
- (iii) 위자료청구에 대해 원고들의 유명연예인으로 그 초상권을 일반인과 달리 재산권으로 보호 받는다는 이유로 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생하지 않는다고 보아 기각

위 중 (iii)의 점은 법원이 퍼블리시티권을 재산권으로 파악하고 있다는 것을 보여주는 것이고, (i)과 (ii)의 점은 법원이 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해의 범위를 정함에 있어서 일반 민법상 불법행위에 따른 손해배상책임에 의한 손해 산정 방식이 아닌 저작권법 등 지적재산권 침해에 따른 손해액 산정방식을 따르고 있음을 보여주는 것이다.

### (가) 사실상 저작권법 유추적용

일반 민법상 불법행위로 인한 재산상 손해는 원칙적으로 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산 상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해와 장차 얻을 수 있는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해를 포함하는 것인데, 퍼블리시티권 침해의 경우 위와 같은 일반 민법상 불법행위에 따른 재산상 손해의 범위를 적용한다면, 특별한 사정이 없는 한 권리자가 다른 사람에게 성명, 초상 등을 사용하도록 하지 못하게 되는 경우는 거의 없

78) 원고 일구회는 은퇴선수협의회 운영과 수익사업 대행 및 관장, 각종 야구 친선리그 개최 등의 사업을 목적으로 설립된 법인이다. 위 슬러거게임 판결 참조.

79) 슬러거게임 판결.

으므로 원칙적으로 권리자에게 손해가 발생했다고 볼 수 없다는 점에서<sup>80)</sup> 위 배용준 등 판결에서 피고들이 원고의 승낙을 받아 원고들의 초상을 사용할 경우 피고들이 원고들에게 지급하여야 할 통상의 보수 상당액으로 판단한 것은 일반 민법상 불법행위에 따른 손해액이라 할 수 없고 저작권법 제125조 제2항을 적용한 것으로 보여진다.

이와 같은 방식으로 재산상 손해를 산정한 것으로는 이종범 등 판결을 들 수 있다. 이 사건에서 법원은 퍼블리시티권자가 자신의 성명에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 손해액 산정에서 한 기준으로 삼을 수 있다 할 것이라고 전제한 후, 증거 및 변론에 나타난 여러 사정을 참작하여 이 사건 게임으로 얻은 순매출액의 약 20% 정도가 원고들의 성명이 차지하는 비중이라고 판단하였다.<sup>81)</sup>

이의정 판결에서도 법원은 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해를 인정함에 있어서 저작권법을 사실상 유추 적용하고 있다. 법원은 “퍼블리시티권 또는 초상권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자 또는 초상권자가 자기의 성명·초상의 사용을 승낙할 경우에 지급받을 수 있는 대가 상당액이라 할 것이다”라고 판시하였는데,<sup>82)</sup> 이는 일반적인 민법상 불법행위로 인한 손해배상액 인정과는 다르다. 즉 원고는 피고의 불법, 무단사용으로 인해 자신의 초상을 다른 곳에 영리 목적으로 사용하지 못한 것도 아니기 때문이다. 불법행위로 인한 손해액이라는 상당한 인과관계가 있다고 할 수 없다. 굳이 말하자면, 불법적 침해사용으로 인해 원고의 모델료 단가가 떨어졌다면 그 상당액이 손해가 될 수는 있다. 그러나 본건에서와 같이 피고의 불법행위로 인하여 원고의 초상의 영리적 사용이 기회를 상실하였다는 증거가 없이 승낙할 경우에 지급받을 금액을 손해액으로 인정한다는 것은 일반 민법상 불법행위로 인한 손해배상액 인정에서는 쉽게 인정될 수 없는 것이다. 이는 지적재산권과 같은 무체재산권의 침해에 따른 손해배상액 산정에서 일반적으로 사용되는 손해배상액 산정방식이다. 즉, 나의 사용이 다른 사람의 사용을 방해하지 않기 때문에<sup>83)</sup> 일반 민법상 손해배상액 산정 방식으로 하면 손해액 산정이 적정하지 않다는 점에서 저작권법, 상표법, 특허법은 각기 손해배상액 인정에 관한 특칙을 두고 있다. 그런데 본건에서 광고계약 기간을 넘어 원고의 초상을 사용한 데 따른 재산상 손해액을 인정함에 있어 법원은 사실상 저작권법 등에서 정하고 있는 손해배상 산정방식을 따르고 있는 것이다(저작권법 제125조 제2항). 이는 사실상 법의 근거도 없이 손해배상액 인정에 있어서 저작권법을 유추적용하는 것으로서, 성문법의 제정없이 퍼블리시티권을 인정한다는 것에 대해 비판적 판결이나 학설이 이 점을 명확히 지적하고 있지는 않지만 매우 심한 법논리의 흠결이라고 하지 않을 수 없다.<sup>84)</sup> 이러한 법논리의 흠결과 실무상 어려움은 결

80) 김영훈, 전계논문, 363면.

81) 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결(이하 이를 “이종범 등 판결”이라 한다).

82) 이의정 판결. 이 사건의 사안 설명은 정신적 손해 부분에서 후술하기로 한다.

83) 물론 광고 노출의 빈도가 많음에 따른 광고모델료 단가의 하락은 별론으로 한다.

84) 이점에서 이를 지적하고 있는 김영훈의 견해는 매우 적절한 것으로 보인다. 김영훈 전계논문, 364-365면 참조. 한편 김영훈은 저작권법 125조 제2항의 적용은 그런대로 실무상 교육지책으로 이해하면서도 제126조를 유추적용하는 것에 대해서는 매우 부정적 견해를 피력하고 있다. 그러나 이의정 판결에서 보는 바와 같이 반드시 저작권법 제126조를 유추적용하지 않더라도 대법원판결(2005. 11. 24. 선고 2004다48508 판결; 2006. 9. 8. 선고 2006다21880 판결)에 따라서 법원은 사실상 저작권법 제126조와 같이 손해액을 재량으로 정할 수 있다는 점에서 실무에서 법적 근거 없이 저작권법 제125조 제1항, 제126조를 유추적용하는 것에 대해 다른 법적 평가를 내릴 필요는 없다고 본다. 그러나 어쨌든 법원이 퍼블리시티권 침해에 따른 손해액을 정함에 있어 저작권법의 손해배상액 산정에 관한 특칙을 적용하는 것은 엄밀히 따지면 법논리의 흠결이라고 할 수 있고(김영훈의 견해에 동의), 그 점에서 입법적 해결이 필요하다는 것은 분명해 보인다.

국 입법으로 통해 해소되지 않으면 안 될 것이라는 점에서 퍼블리시티권의 입법이 시급하다는 주장에 힘을 실어줄 것으로 보인다.

위와 같은 점에서 보면 계약기간 중의 모델료를 기준으로 재산상 손해액을 산정한 사례,<sup>85)</sup> 통상의 모델료를 기준으로 손해액을 산정한 사례,<sup>86)</sup> 피해자 본인의 승낙을 받아서 그의 성명이나 초상 등을 정당하게 사용할 경우에 지급하여야 할 대가금액을 기준으로 삼아야 할 것이나 초상 등 사용의 목적, 경위 및 그로 인한 이익의 규모 등도 아울러 고려해야 한다는 사례<sup>87)</sup>는 모두 일반 민법상 불법행위에 따른 재산상 손해액 산정 방식이 아닌 저작권침해에 따른 손해액 산정 방식을 따르고 있는 것으로 해석할 수 있다.

한편, 광고모델계약에서 기간을 도과한 후 모델의 초상 등을 사용한 사건에서 법원은 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상액은 모델료 상당으로서 광고행위를 계속하기 위해 원고에게 추가로 지급해야 할 사용료 상당액이지만, 이 경우 계약에서 정한 모델료에는 원고가 동종 업계 활동이 제한됨에 따른 대가도 모두 포함되어 있다고 보아 추가로 지급해야 할 사용료를 정함에 있어서 계약에서 정한 모델료 전액을 기준으로 하지 않은 예가 있다.<sup>88)</sup> 광고모델계약에서 기간을 도과한 후 모델의 초상 등을 사용한 것에 대해 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상액을 산정할 때, 이 사건 판결(김미화 판결)을 그대로 적용하는 것은 다소 위험하다. 김미화 사건은 계약내용에 계약기간 전속모델로 활동하되 동종 업계 활동이 제한된다는 내용이 들어 있었기 때문이다.

채시라 판결에서 전형적인 광고모델 계약의 기간 도과 후 사용에 대하여 퍼블리시티권 침해를 인정한 사안에서 계약기간을 도과하여 사용한 기간에 상당하는 모델료를 기준으로 손해배상액을 산정한 것은 전형적인 광고모델계약에서 기간 도과 후 사용에 관한 퍼블리시티권 침해 사건과 동일하다. 그런데 이 사건에서 특이한 것은 원고(채시라)가 광고물 무단 사용에 따라 원고가 동종 건설업계와 광고계약을 체결하지 못함으로써 입게 된 손해를 배상하라는 주장에 대해 기각한 부분이다. 법원은 증거부족으로 원고 청구를 받아들이지 않았다.<sup>89)</sup> 여기에서 원고의 주장은 일반 민법상 불법행위에 따른 재산손해를 구할 때 쓰는, 이른바 일실회익(소극적 손해)에 관한 것이었다. 저작권, 상표권 침해에 따른 손해배상청구액 산정에 있어서 저작권법, 상표법상의 특칙 조항은 일반 민법상 불법행위에 따른 손해배상 조항, 즉 민법 제750조를 배척하는 것이 아니다. 따라서 저작권자 또는 상표권자는 민법상 불법행위에 따른 손해배상청구를 할 수도 있고, 저작권법, 상표법에 따른 주장도 할 수 있다. 그런데 본건에서 법원은 민법상 불법행위에 따른 손해배상청구 부분을 증거부족으로 받아들이지 않으면서 원고의 통상 모델료 상당을 기준으로 손해액을 산정한 것은 다분히 저작권법 제125조 제2항을 유추적용한 것이라고 볼 수 있다.

#### (나) 재산상 손해 외 정신적 손해를 인정한 사례

퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상에 있어서 재산상 손해 외에 정신적 손해배상을 청구한 것에 대해 법원은 거의 예외 없이 재산상의 손해로 인하여 받는 정신적 고통은 그로 인하여 재산상 손해의 배상만으로 전보될 수 없을 정도의 심대한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 없

85) 최진실(광고해제) 파기환송후 판결.

86) 패션모델 정혜선 판결.

87) 서울중앙지방법원 2007. 10. 24. 선고 2006가합45416 판결(이하 이를 “최지우 판결”이라 한다).

88) 서울중앙지방법원 2008. 11. 6. 선고 2008가합66455 판결(이하 이를 “김미화 판결”이라 한다).

89) 서울중앙지방법원 2009. 9. 30. 선고 2009가합49341 판결(이하 이를 “채시라 판결”이라 한다).



는 한 재산상 손해배상으로써 위자된다고 할 것(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등)이라는 이유를 들어 기각하여 왔다. 그런데 이의정 판결<sup>90)</sup>에서 거의 유일하게 정신적 손해를 인정한 판결을 선고하였다.

법원은 “연예인으로서 그 성명권, 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 특별히 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기는 어려우나, 이 사건은 앞서 본 바와 같이 인터넷 포털사이트 등에 피고가 원고에 관한 허위사실을 적시함으로써 원고의 평가·명성·인상 등이 훼손 또는 저하되어 원고가 정신적 고통을 입었음은 경험칙상 당연하고, 위와 같은 정신적 손해는 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 회복된다고 보기 어려우므로, 피고는 원고에게 위 정신적 손해를 배상할 의무가 있다”고 하여,<sup>91)</sup> 매우 이례적으로 퍼블리시티권침해로 인한 손해배상을 구하는 사건에 있어서 위 대법원판결에 따라 재산상 손해의 배상으로 특별한 사정이 없는 한 정신적 손해는 회복된다고 하여 별도의 정신적 손해에 대한 배상을 인정하지 않았던 종래의 판결과 달리, 이 판결에서는 “특별한 사정”을 인정하여 재산상 손해배상 외에 정신적 손해에 대한 배상을 인정하였다.

물론 이의정 판결은 광고모델 계약에 있어 계약기간을 넘어 사용한 것에 대해 퍼블리시티권 침해를 이유로 하는 이 분야 전형적인 손해배상사건<sup>92)</sup>과는 달리 허위적 요소, 명예훼손적 요소가 있다는 점에서 퍼블리시티권 침해에 따른 재산상 손해배상 외에 정신적 손해배상을 인정할 만한 특별한 사정이 있다고 할 수 있다. 그리고 원고가 퍼블리시티권 침해 외에 초상권침해, 명예훼손 등의 청구권원을 함께 주장하고 있어 명확히 퍼블리시티권 침해에 대해 재산상 손해를 인정한 외에 정신적 손해도 인정한 것이라고 단정하기 어렵고, 위에서 말한 전형적인 사건에서도 이와 같이 퍼블리시티권 침해에 대하여 재산상 손해 외에 정신적 손해배상도 가능하다고 일반화하기는 어렵다. 다만, 판시 이유만으로 보면 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상액 인정에 있어서 재산상 손해 외에 정신적 고통을 인정하여 그에 따른 위자료를 인정한 것은 분명한 이상, 향후 유사한 사건에 상당한 영향을 미칠 수 있을 것으로 보인다.

한편, “특별한 사정”의 이와 같은 인정은, 위와 같이 광고모델계약 기간을 벗어나 사용한 사안 외에, 기간 내라 하더라도 사용범위를 벗어나 사용한 경우, 예를 들어 포르노물에 활용

90) 이의정 판결. 사안을 간략히 정리하면 다음과 같다. 원고(이의정)는 탤런트, 모델 겸 가수로 활동해 오다 2006. 10.말경 뇌종양 판정을 받고 치료를 받아 완치되었으며, 2009. 9.경부터 방송활동 재개, 피고는 전자기기제품 판매, 무역업 등을 목적으로 하는 회사다. 원고는 2007. 9.경 피고와 사이에 피고 제품인 북부운동기기의 홍보를 위해 이 기기를 착용한 원고의 전신이 나오는 사진 1장을 촬영하고 3개월 동안 지면광고에 한정하여 사용하기로 하는 광고모델계약을 체결하였고, 피고회사로부터 광고료 4백만 원을 지급받았다. 피고는 2008. 1. 1. 이후에도 이 재판 변론종결 당시에도 계속 인터넷 쇼핑몰 G마켓, 옥션, 11번가, 인터파크 등 인터넷 게시판에서 이 기기의 광고에 위 사진 및 원고의 다른 사진과 함께 원고가 이 제품을 사용 또는 추천하고 있다는 취지의 문구를 게재하여 사용하고 있다. 또한 피고는 2008년경부터 2009. 9.경까지 인터넷 포털 검색사이트 네이버에서 원고의 이름을 검색할 경우 ‘G마켓 이의정 - 이의정, 북부 운동기, 바디콘, 슈퍼팩스, 에스라인, 운동기구, 무료배송’이 검색되도록 광고용 키워딩을 설정하였다. 피고는 2008. 7. 무렵부터 2009. 9.경 사이에 G마켓 인터넷 사이트의 피고 제품의 광고에서, 사실은 당시 원고가 뇌종양 판정을 받고 치료 중이었음에도 원고의 사진 옆에 “아프다고 거짓말하고 성형수술 받고”, “눈, 코, 안면윤곽 등 성형 수술을 한”이라는 글을 게재하였다.

91) 정신적 손해배상액으로 금 1천만 원을 인정하였는데, 재산상 손해배상액 4천2백만 원에 비교할 때, 적지 않은 금액을 정신적 손해배상액으로 인정하였음을 알 수 있다.

92) 예컨대 최진실 판결, 이영애 판결, 황인정 판결 등. 광고모델계약은 아니지만, 법원은 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결(이하 이를 “정준하 판결”이라 한다) 등에서도 퍼블리시티권 침해에 대해 정신적 손해배상을 인정하지 않았다.

되었거나, 퍼블리시티권자의 특별한 사정(예컨대 O'Brien 사건처럼 금주단체에 가입되어 있는 사람의 초상, 성명을 맥주 광고에 사용한 경우)이 있는 경우 정신적 손해배상이 가능하다는 논거를 가져올 수도 있을 것이다.

#### (다) 장래이행 부분을 인정한 사례

이의정 판결에서 법원은 광고모델의 초상 등을 계속 사용할 경우 월 단위 금액을 정하여 손해배상판결을 내리고 있다.<sup>93)</sup> 물론 최초 광고모델계약 당시보다 원고의 광고홍보효과가 높았다는 점을 법원이 감안하여 사실상 광고모델의 단가를 올려줄 수는 있겠으나, 그렇다면 향후 원고의 인기저하 또는 불미스러운 사건의 발생으로 인해<sup>94)</sup> 원고의 피고 제품에 대한 광고효과가 떨어질 경우 판결 상의 월정금액은 재조정될 수 있는가? 그럴 수 없다면 피고는 어떻게 이를 재조정할 수 있는가? 광고사용 중단 외에는 방법이 없는가? 반대로 원고는 이런 단가를 유지하기 위해 자신의 인기를 유지해야 할 의무 또는 연예활동을 중단하지 않고 계속 활동하여야 할 의무를 부담하게 되는가? 그렇다면 강제노역의 결과가 초래될 수 있다는 점에서 부당하다고 할 수 있다. 여러 가지 점에서 미래에 대해서까지 손해배상판결을 내린 것은 재고의 여지가 있다 하겠다.

#### (2) 금지청구

퍼블리시티권 침해를 이유로 하는 금지청구에 대해 법원은 이를 인용한 경우도 있고 기각한 경우도 있다. 엄밀히 말하자면 퍼블리시티권 침해와 함께 초상권, 성명권 침해를 종합적으로 고려하여 금지청구를 인용하기도 하고 그렇지 않기도 하여, 우리나라 법원이 퍼블리시티권 침해의 경우 행위의 금지를 명하는지에 대해서는 명확히 말하기 어려운 점이 있다.

엔스닥 사건<sup>95)</sup>에서 법원은 판시 이유가 명백하지는 않지만,<sup>96)</sup> 초상의 이용에 대하여 초상본인이 갖는 재산적 이익, 즉 재산권으로서의 초상권과<sup>97)</sup> 인격권의 한 내용을 이루는 성명권 역시 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리<sup>98)</sup>가 초상권의 일부를 구성한다고 한 후, 원고

93) 오히려 광고모델계약에서 정한 것보다 고가의 모델료를 인정하였다. 이의정 판결에 따르면 당초 광고모델계약에서는 3개월에 4백만 원이었으나, 법원은 여러 가지 사정(피고가 원고를 모델로 이용하여 높은 매출신장을 일으켜 홍보효과가 상당하다는 점을 인정하였음)을 감안하여 기간을 넘어 계속 사용할 경우는 월 3백만 원을 인정하고 있다.

94) 예컨대 최진실(광고해제) 판결.

95) 서울중앙지방법원 2007. 12. 12. 선고 2007가합22441 판결(이하 이를 “엔스닥 사건”이라 한다).

96) 피고 엔스닥(사이버주식거래소)이 원고들의 성명, 초상 등을 이용한 사이버주식거래소의 주식거래를 통해 직접적인 경제적 이익을 취득하는 것이 아니라 이 사이트에서 운영하는 부가적인 서비스를 이용하는 회원들을 통해 그 영업수익을 창출하고 있다는 점에서 엔스닥거래소에서 이용된 원고 연예인들의 성명, 초상 등의 경제적 가치가 피고가 취득한 영업수익으로 전환되었음이 객관적으로 분명하다고 볼 수 없다는 이유로 원고들의 퍼블리시티권 침해 주장을 배척하였는데, 판시 내용만으로도, 즉 직접적이 아닌 간접적으로라도 원고들의 성명, 초상을 피고가 이용함으로써 피고의 수익 창출에 기여하였다면 퍼블리시티권 침해라고 보지 않을 이유가 없다는 점에서 수긍이 되지 않는다. 한편 이 판결은 이어서 피고의 위와 같은 행위는 원고들의 초상권 중 ‘재산권으로서의 초상권’을 침해하였다고 하여 손해배상 및 침해금지청구를 받아들였는데, 이때 ‘재산권으로서의 초상권’은 퍼블리시티권의 일부라고 하고 있어, 앞뒤가 매끄럽게 연결되지는 않는다고 생각한다.

97) 동 판결에 의하면, 괄호 안에 “이 권리는 위에서 본 퍼블리시티권의 일부라고 볼 수 있다”고 하고 있다.

98) 동 판결에 의하면, 괄호 안에 “이 권리는 위에서 본 퍼블리시티권의 일부라고 볼 수 있다”고 하고 있다.

연예인들의 초상, 성명을 사이버주식거래소 형태로 운영하는 피고(주식회사 엔스닥)의 행위에 대해, 원고들의 성명, 초상권 침해를 인정하고, 정신적 손해배상 외에 인격권으로서의 성명, 초상권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 하여 그 침해의 금지 및 예방을 명하였다. 이 판결은 퍼블리시티권 침해에 따른 금지청구를 인용하였다고 볼 수도 있지만, 그보다는 인격권(초상, 성명권) 침해를 이유로 침해금지 및 예방을 명하는 것이 용이하여 이와 같은 논거를 제시한 것이 아닌가 싶다. 이의정 판결에서 법원은 초상영리권, 퍼블리시티권 및 성명권 침해행위를 인정하고 피고의 침해행위에 대해 중지의무가 있다는 판결을 선고하였다. 침해금지청구의 권원이 되는 권리가 명확히 퍼블리시티권인지 여부가 불분명하지만, 초상영리권, 성명권 침해행위와 아울러 금지청구가 가능함을 명시하였다. 그러나 이것만으로는 퍼블리시티권 침해를 이유로 금지청구가 가능한지는 명확하지 않다고 할 것이다.

반면에 박주봉 판결<sup>99)</sup>에서 법원은 퍼블리시티권 침해를 인정하면서도 금전배상은 명하지만, 금지청구는 기각하였다. 피고가 자발적으로 삭제하여 현재는 침해 상태가 제거된 점, 별도의 계약에 따라 적법하게 사용할 수 있어 원고의 성명과 초상을 무단 도용할 필요성이 크지 않다는 점을 고려하여 장래에 대한 침해예방을 구하는 청구를 배척한 것이다. 한편, 가비엔제이 판결에서는 ‘가비콘즈’는 ‘가비엔제이’와 별개의 성명으로서 보아야 할 것이고 일반인들이 오인하거나 혼동할 가능성이 있다고 보기 어렵다는 이유로 원고들의 성명권 또는 퍼블리시티권이 침해되거나 침해될 우려가 없다고 하여 침해행위의 금지 또는 예방청구 기각하였다. 동일 명칭이 아니라는 점에서 금지청구를 기각한 점은 충분히 이해할 수 있다. 이 점에서 퍼블리시티권 침해를 이유로 하는 금지청구의 요건을 매우 엄격하게 한 것임을 알 수 있다. 다만 부정경쟁방지법 상의 법리인 소비자의 오인 혼동 가능성을 든 것은 퍼블리시티권 침해에서는 불필요한 것이 아닌가 생각된다.

#### 마. 표현의 자유와의 갈등

퍼블리시티권이 표현의 자유에 의해 제한될 수 있는 내재적 한계를 지닌 재산권이라는 점을 밝힌 판결<sup>100)</sup>이 있어 주목을 끈다. 퍼블리시티권에 관한 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지 않는다는 점에 비추어, 퍼블리시티권은 무제한적으로 인정되는 절대적인 권리가 아니라 공공의 이익 또는 다른 사람들의 이에 상충하는 권리들에 의한 한계가 내재되어 있는 상대적 권리에 지나지 아니한다 할 것이고 한 후, 퍼블리시티권의 침해를 인정함에 있어서는 표현의 자유, 영업의 자유 등의 보장을 위하여 일정한 한계의 설정이 필요하다 할 것이라고 하여 퍼블리시티권이 그 자체로 내재적 한계를 지닌 권리라는 점을 분명히 하였다.

한편, 위 윤사마 관광안내 판결에서 법원은 상업적 광고표현 또한 표현의 자유의 보호를 받는 대상이 되므로(헌법재판소 2000. 3. 30.자 99헌마143 결정, 위 윤사마 관광안내 판결의 각주 3번), 상업광고에 의한 표현의 자유도 인정이 되어 상업광고라 하여 무조건 퍼블리시티권 침해에 해당하는 것은 아니라고 함으로써, 연예인을 이용한 상업광고라고 하여 제한없이 퍼블리시티권 침해가 되는 것은 아니며, 표현의 자유와 비교형량이라는 과정을 거쳐야 함을 암시하고 있다.<sup>101)</sup> 윤사마 여행상품의 예약대행을 위하여 안내 자료를 인터넷 사이트에 게재하는

99) 서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결(이하 이를 “박주봉 판결”이라 한다).

100) “윤사마 관광안내 판결”.

101) 이는 후술하는 바와 같이 퍼블리시티권의 입법에 있어서 공정이용(fair use)의 요건으로 담을 수 있을 것이다.

과정에서 ‘윤사마’라는 원고 배용준의 예명이 여행상품의 명칭으로 사용되고 있지만, 이로써 이 여행상품에 원고 배용준을 직접 만나는 기회가 제공되는 등과 같은 원고 배용준과 이견 여행상품의 직접적 연관성을 인식하게 하는 어떤 내용도 포함되어 있지 않고, 여행안내자료에서 원고 배용준과 관계된 장소를 설명하기 위해 ‘윤사마’라는 예명을 불가피하게 사용하고 있으며, 그 사용도 필요최소한도에 그치고 있다는 점을 들어 퍼블리시티권 침해에 해당하지 않는다고 보았다. 반면, 관광정보제공에 있어서는 피고가 인터넷사이트를 통하여 일본인을 상대로 온라인 정보제공, 호텔 예약대행, 공연상품 예약대행, 투어상품 예약대행을 하면서 관련 수수료 및 배너광고를 통한 광고수익 등을 주요 수익원으로 하고 있다는 사실을 인정하고, 원고 배용준이 출연한 겨울연가 드라마의 촬영장소를 사이트에서 홍보하면서 배용준의 사진이미지를 포함하여 관광정보를 제공한 사안에서, 일부 사진은 촬영장소를 홍보하기 위한 것이라는 그 각 사진의 설치목적에 부합되는 범위 내의 이용이지만, 일부 사진은 촬영장소의 설명 기재 없이 원고 배용준의 이미지만을 전부 내지는 대부분 나타내는 것으로서 촬영장소의 홍보라는 설치사진의 설치목적에 압도하고 있어 그 설치목적의 범위를 벗어난 사용에 해당한다고 보아 퍼블리시티권침해를 인정하고, 그에 따라 인터넷을 통한 이미지 사용을 금지하였다.<sup>102)</sup>

한편, 윤사마 관광안내 판결에서는 퍼블리시티권이 표현의 자유에 의해 제한되었지만, 표현의 자유로도 퍼블리시티권이 제한되지 않는다는 판결도 있다. 슬러게게임 판결에서 은퇴선수들의 인적 정보를 사용하는 것은 공적인 정보를 활용하는 정도에 불과하여 헌법상 언론출판 및 표현의 자유에 의해 수인되어야 한다는 피고 주장에 대해, 법원은 피고가 이 사건 게임에 은퇴선수들의 성명 등 인적 정보를 사용한 것은 야구활동에 대한 사실의 적시나 의견의 표시 등 의사표현의 수단으로서가 아니라 이 사건 게임의 캐릭터를 개별적으로 특정하기 위한 명칭의 도구로 활용한 것이므로, 그 사용에 공공의 관심이나 이익이 관련되어 있다고 볼 수 없고, 공적 인물이라 하더라도 그 성명을 상업 목적만을 위해 사용하는 경우까지 그 사용을 수인하여야 한다고 할 수 없다고 판단하였다.<sup>103)</sup>

퍼블리시티권 보호와 표현의 자유에 의한 제한을 비교형량함에 있어서 윤사마 관광안내 사건 판결은 공공장소에 전시된 미술저작물등의 복제에 대한 저작권자의 제한 조항인 저작권법 제35조 제1항 단서 및 제2항의 범위를 퍼블리시티권이 그 속성이나 내용에 있어 저작권법과 유사하다는 점에서 유추 적용하고 있다. 즉 개방된 장소에 항시 전시되어 있는 원고 배용준의 초상이 문제되는 이 사건에서 저작권법 제35조 제1항 단서 및 제2항을 유추 적용하여, 그 규정의 취지에 비추어 위 초상의 가치를 대체할 정도의 이용, 예를 들어 설치된 포스터를 인터넷상으로 판매한다거나 원고의 초상을 원고가 직접 광고에 출연한다고 볼 수 있을 정도로 이용하는 등의 행위에 이르지 않았다면 그 이용이 상업적이라 하더라도 허용되어야 할 것이라고 본 것이다.<sup>104)</sup>

퍼블리시티권 침해 여부를 판단함에 있어 표현의 자유에 의해 비교형량되어야 한다는 윤사

102) 이상 윤사마 관광안내 판결 참조.

103) 슬러게게임 판결 참조. 한편, 야구선수의 초상, 이름, 기록 등을 상업적으로 활용했다는 점에서 슬러게게임 판결과 비교할 수 있는 미국 판결로는 Cardtoons 판결과 C.B.C. 판결을 들 수 있다. Cardtoons 판결은 야구 트레이딩 카드에서 메이저리스 선수들의 초상을 그리고 경력을 회화화하였는데, 법원은 퍼블리시티권 보호대상이지만 표현의 자유에 의해 퍼블리시티권이 제한된다고 보았다. C.B.C. 판결은 메이저리그 선수들의 이름과 기록을 판타지게임에 이용할 때 야구선수들의 퍼블리시티권의 효력이 미치느냐에 관한 것인데, 법원은 Cardtoons 판결과 달리 메이저리그 선수의 이름과 기록은 퍼블리시티권의 대상이 되지 않는다고 보았다. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-스포츠), 211-217면 참조.

104) 윤사마 관광안내 판결의 각주 6번 내용 참조.

마 관광안내 판결은, 퍼블리시티권 성립단계와 별도로 표현의 자유에 의해 침해인정 여부가 달라지는 단계로 나누어 보아야 한다는 본 연구자의 2단계 판단론과 일맥상통하는 것으로 퍼블리시티권 보호와 표현의 자유가 충돌할 때 합리적 결론을 얻기 위한 매우 유용한 틀이라고 할 것이다.

더 나아가 윤사마 관광안내 판결은 유명인의 대중에 대한 호의관계 내지 흡입력이 직접 그 사용자의 영업수익으로 전환되었다고 볼 수 있을 정도로 이용하였다고 인정되어야 퍼블리시티권의 침해를 인정할 수 있을 것이며, 이와 달리 유명인의 성명, 초상 등을 이용한 상품 내지 서비스를 제공하면서 그 내용에 있어서 유명인의 인격적 동일성 범위 내의 요소가 아닌 그 외적 요소만을 사용하고, 그 표현에 있어서도 상품 내지 서비스의 설명을 위한 필요 최소한도에 그쳐 유명인의 성명, 초상 등의 경제적 가치가 직접 그 사용자의 영업수익으로 전환되었다고 볼 수 없는 경우에는 퍼블리시티권의 침해가 될 수 없다고 하면서도, 물론 해당 상품의 판매, 서비스의 제공에 있어서 유명인의 명예훼손이나 사생활의 침해가 발생했다고 인정된다면 당해 유명인은 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있을 것이라고 판시하고 있다.<sup>105)</sup>

이는 매우 중요한 내용이다. 퍼블리시티권의 본질을 인격으로부터 분리된 순수한 독립적 재산권으로 본다면 표현의 자유와의 충돌은 “재산권과 표현의 자유와의 충돌”이 되지만, 인격적 요소가 결부된 권리(hybrid right)로 본다면 단순히 “재산권과 표현의 자유와의 충돌”과는 조금 다른 양상이 전개되기 때문이다. 물론 퍼블리시티권을 인정하지 않더라도 인격권으로 해결이 가능하다고 보는 견해(인격권론)에 의하면 표현의 자유와의 충돌은 “인격권과 표현의 자유와의 충돌”이 될 것이다. 각기의 경우 어떤 기본권이 우선할 것인가는 헌법적 논의가 필요하다고 할 것이나 대체로 표현의 자유와 충돌되는 상대방의 권리(기본권)가 재산권인 경우보다는 인격권인 경우가 보다 표현의 자유에 우선한다고 보는 것 같다.<sup>106)</sup> 퍼블리시티권을 인정하고 우리나라에 도입한다고 하더라도 인격적 요소를 완전히 배제한 순수한 재산권으로 보기는 어렵다는 점에서 퍼블리시티권에 내재되어 있는 인격적 요소가 표현의 자유에 의해 침해될 때, 표현의 자유는 제한될 가능성이 있다. 위 윤사마 관광안내 판결은 퍼블리시티권을 내재적 한계가 있는 권리로 파악했다는 점에서 평가받을 만하다고 할 수 있다. 나아가 뒤에서 자세히 살펴보겠지만, 인격권론자들이 퍼블리시티권 도입을 반대하는 논리 중 하나인, 퍼블리시티권을 인정하여 양도성과 상속성이 부여되면, 전전 양도된 후 퍼블리시티권을 보유한 자가 최초 퍼블리시티권자의 인격을 훼손하는 방법으로 그 인격적 표지를 사용하더라도 이를 통제할 수 없다는 것이었는데, 위 윤사마 관광안내 판결에 따르면 퍼블리시티권 인정과 별론으로 권리자의 명예를 훼손하거나 사생활을 침해하는 일이 발생한다면 별도의 불법행위에 기한 손해배상청구가 가능하다고 할 수 있으므로, 퍼블리시티권을 인정하여 그 권리에 양도성, 상속성이 부여된다고 하더라도 인격권론자들이 우려하는 일은 발생하지 않을 것이다. 즉 최초 퍼블리시티권자가 그와 같은 사용의 금지를 통제할 수 있는 길이 확보되어 있어, 퍼블리시티권을 인정하면 인격이 훼손될 것이라는 우려는 충분히 불식시킬 수 있을 것이다.

한편 퍼블리시티권이 표현의 자유에 의해 제한된다면 원고(퍼블리시티권자)의 청구는 기각될 것이다. 그러나 반드시 그런 결과가 도출되지는 않을 수도 있다. 예컨대 원고가 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상청구와 금지청구를 한 경우, 손해배상청구는 인용되고 금지청구는 표현의 자유에 의해 기각될 수도 있다는 뜻이다. 이점에서 후술하는 입법논의에서 상세히

105) 윤사마 관광안내 판결. 특히 그 중 각주 4번 내용 참조.

106) 표현의 자유와의 충돌을 퍼블리시티권의 본질과 관련하여 해법을 모색한 것으로는 남형두, 전계는 문(퍼블리시티권-스포츠), 234-235면 중 각주 127번 참조.

살펴보겠지만, 퍼블리시티권 침해에 대한 구제에서 손해배상청구의 요건과 금지청구의 요건을 달리하는 합리적 근거가 될 수도 있다. 다시 말해 금지청구의 요건으로는 표현의 자유를 감안하여 손해배상청구보다는 조금 더 엄격한 요건을 추가할 필요가 생기게 되는 것이다.

위와 같이 퍼블리시티권을 인격으로부터 분리된 순수한 독립적 재산권으로 보지 않는다고 하더라도, 표현의 자유와 충돌 관계에 있으면 항상 ‘인격적 가치우선의 원칙’에 따라 표현의 자유가 퍼블리시티권에 의해 제압된다고 할 수 있는가? 반드시 그렇지 않다는데 더욱 세심한 비교형량이 필요하다.<sup>107)</sup> 김석훈 등 판결에서 그 암시를 얻을 수 있다. 이 사건에서 초상권, 퍼블리시티권 침해 등으로 인해 정신적 고통을 받았으므로 재산상 손해배상 외에 정신적 손해를 배상해야 한다는 원고들의 주장에 대해 배용준 등이 출연하는 뮤직비디오를 담은 DVD가 껌 판매에 이용되었다고 하더라도 그것만으로 명예훼손적인 행위라고 볼 수 없다는 점을 감안하여, 재산상 손해배상에 의하여 회복할 수 없는 정신적 손해를 입었다고 볼 수 없다는 이유로 원고들의 이 부분 청구를 기각하였다. 즉 법원은 이 사건 원고가 보호를 구하는 권리가 퍼블리시티권만이 아니라 초상권도 포함되어 있음에도 불구하고, 상업적 표현의 자유의 일환으로서 원고들의 초상이 담긴 DVD를 껌 판매와 그 광고에 활용한 사안에서 ‘인격적 가치우선의 원칙’을 기계적으로 적용하는 대신, 사실상 표현의 자유에 의해 초상권, 퍼블리시티권을 제한한 것으로 이해할 수 있다.

여기에서 DVD 제작 및 판매를 위해 원고들의 인격적 표지를 활용할 수 있도록 하였음에도 그 DVD가 껌 판매에 이용된 것이 원고들에 대해 명예훼손적 행위가 아니라고 보아 정신적 손해를 인정하지 않았다는 것은, DVD 제작 및 판매를 위한 초상 등 인격적 표지의 이용허락 범위에 ‘껌’이라는 제품 판매에 그것이 활용되는 것이 포함되지는 않지만 명예훼손적 이용행위까지는 아니라고 본 것이다. 그런데 가정적이지만, 예컨대 이 사안에서 ‘껌 판매’가 아닌 포르노물에 원고들의 초상 등을 활용했다면 이용허락 범위를 벗어난 것은 말할 것도 없고 당연히 명예훼손적 행위에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 이 경우 초상권, 퍼블리시티권 침해를 이유로 하는 재산상 손해 외에 별도의 정신적 충격에 따른 손해배상도 인정될 수 있을 것이며, 금지청구도 인용될 수 있을 것이다. 이 점에서도 양도성 있는 재산권인 퍼블리시티권을 인정(도입)한다고 하여 퍼블리시티권자의 인격이 훼손되는 것을 통제하지 못할 것이라는 인격권론자들의 우려를 불식할 수도 있다.

퍼블리시티권과 표현의 자유의 관계는 매우 중요하고, 이 충돌 문제를 해결하기 위해서는 퍼블리시티권의 개념이 명확히 정립되어야 하고 그 점에서도 퍼블리시티권을 적극 인정할 필요가 있다. 개별 사건 해결에 있어서는 타당한 결론이라고 할 수 있지만 그 것이 후속 사건에 선례로서 영향을 미치지 못할 가능성이 있는 이유가 퍼블리시티권의 개념을 명확히 인식하지 못했기 때문인 사례 하나를 소개한다.

배용준, 최지우, 이영애 등 유명 연예인들을 밀랍인형으로 제작, 전시한 자에 대하여 그 전시금지를 구한 가처분신청 사건에서 법원은 가처분신청을 인용하면서도 퍼블리시티권에 의한 법리를 구성하지 않고 일종의 초상권의 재산적 사용 부분에 대한 보호이론으로 논리를 전개하였다.<sup>108)</sup> 결론에 대해서는 동의하지만 퍼블리시티권이 아닌 초상권으로 의율하면서 법원이 제시한 논거에 대해서는 다음과 같은 이유에서 동의하기 어렵다.

이 사건에서 채권자들이 보호를 구하는 권리는 다른 기본권에 의해 제한될 수 있다고 본 법

107) 이 말은 인격권, 재산권, 퍼블리시티권 등으로 분류한 후 이들 권리가 표현의 자유와 충돌될 때, 기계적으로 우월관계를 정해서는 안 된다는 뜻이다.

108) 서울고등법원 2006. 6. 14.자 2006라229 결정(이하 이를 “밀랍인형 판결”이라 한다).

원의 견해는 수궁이 간다. 그런데 다른 기본권, 예컨대 예술·표현의 자유에 의해 제한되는지 여부를 살펴봄에 있어서 “실물을 제대로 묘사한 것이 아니어서 완성도가 떨어진다, 그로 인해 채권자들의 명성, 인상 등을 훼손하거나 명성을 저하시킬 우려가 있다”는 점을 들고 있는데, 그렇다면 반대해석상 채권자들을 정밀하게 묘사하여 정확한 밀랍인형으로 제작, 전시하였더라면 채권자들의 명성이나 인상을 훼손하거나 저하시킬 우려가 없다고 보았을 것인지, 그리하여 결국 표현의 자유에 의해 채권자들의 초상권(초상권에 내재하는 재산적 부분)이 제한된다고 보았을 것인지 의문이다. 오히려 외국의 유명 관광명소에 가면 밀랍인형 박물관(wax museum)이 심심치 않게 보이는데, 이 중에는 영리목적으로 입장료를 받는 경우가 많이 있다. 유명 정치인의 경우 사실상 퍼블리시티권을 행사하여 그 수익의 일부의 반환을 구하는 예가 많지 않을 것이지만, 고인이 된 유명 연예인, 가수, 스포츠선수들의 경우에도 정치인들과 마찬가지로 퍼블리시티권 행사를 반드시 자제한다고 하기는 어려울 것이다. 이와 같이 실물과 거의 유사하게 묘사한 밀랍인형 박물관(물론 영리목적 박물관을 전제로 함)에서 유명인의 초상, 신체 등 인격적 표지를 상업적으로 사용하는 경우, 위 밀랍인형 판결에 따르면 실물을 제대로 묘사한 것이 아니어서 완성도가 떨어진다거나, 그로 인해 명성, 인상 등을 훼손하거나 저하시킬 우려가 있다고 볼 수는 없을 텐데 그렇다면 예술·표현의 자유에 의해 이들 유명인의 초상권 등의 권리가 제한된다고 볼 수 있을 것인지 심각한 의문이 들지 않을 수 없다.

이와 같은 딜레마에 빠지게 된 것은 밀랍인형 판결이 퍼블리시티권이라는 권리와 그 이론을 채용하지 않았기 때문이라고 단언할 수 있다. 초상권, 명예훼손 등의 법리에 의해 보호되는 것은 해당 유명인의 실제 초상을 전제로 하는 것이라면, 퍼블리시티권이라는 권리의 보호대상은 실제 초상 외에도 이에 유사한 것으로서 해당 유명인의 인격적 표지가 드러나는 것도 포함 된다는 점에서, 실물을 제대로 묘사했는지 여부, 그 밀랍인형의 제작완성도 여하에 따라 표현의 자유가 채권자의 권리를 제한하는지 여부를 결정하는 한 밀랍인형 판결은 위와 같은 모순적 상황에 빠질 수밖에 없다. 그런데 퍼블리시티권으로 의욕한다면 실물을 제대로 묘사했는지 여부, 그 밀랍인형의 제작완성도 여하와 관계없이, 정확히 말하자면 실물을 제대로 묘사하지 않고 완성도도 떨어진다 하더라도, 채권자의 인격적 표지를 상업적으로 활용하였다면 퍼블리시티권 침해가 될 수 있는 것이고, 다만 위 윤사마 관광안내 사건 판결에서 본 바와 같이<sup>109)</sup> 다른 측면에서 표현의 자유에 의해 채권자들의 퍼블리시티권이 제한될 수 있는지 여부를 가려 보는 것이 타당하다.

## 7. 결론

109) 윤사마 관광안내 판결을 여기에서 재론하면 다음과 같다. “이와 달리 유명인의 성명, 초상 등을 이용한 상품 내지 서비스를 제공하면서 그 내용에 있어서 유명인의 인격적 동일성 범위 내의 요소가 아닌 그 외적 요소만을 사용하고, 그 표현에 있어서도 상품 내지 서비스의 설명을 위한 필요 최소한도에 그쳐 유명인의 성명, 초상 등의 경제적 가치가 직접 그 사용자의 영업수익으로 전환되었다고 볼 수 없는 경우에는 퍼블리시티권의 침해가 될 수 없다고 하면서도, 물론 해당 상품의 판매, 서비스의 제공에 있어서 유명인의 명예훼손이나 사생활의 침해가 발생했다고 인정된다면 당해 유명인은 불법행위에 기한 손해배상청구를 할 수 있을 것이다.” 이를 본 건 논의에 적용한다면, 채권자들(배용준, 최지우, 이영애)의 밀랍인형을 제작, 전시함으로써 그것이 사용자의 영업수익으로 전환되는 것이 아닌 다른 서비스(예컨대 관광안내)를 위한 필요 최소한도에 그친 것으로 인정된다면 밀랍인형의 전시가 퍼블리시티권 침해로 되지 않을 수도 있을 것이다. 그런데, 본 건은 여러 유명인의 밀랍인형을 전시하여 그 자체로 수익을 올리는 것이었으므로, 윤사마 관광안내 판결에서와 같이 표현의 자유에 의해 퍼블리시티권이 제한된다는 논리를 가져오기는 어렵다고 생각한다.

미국에서 1890년 Warren & Brandeis의 논문<sup>110)</sup> 발표 이후 20세기 초에 Roberson 판결 Pavesich 판결,<sup>111)</sup> O'Brien 판결과 같은 프라이버시의 영역에 있는 개인의 인격이 상업적으로 사용됨에 따른 분쟁에 있어서 퍼블리시티권이 아닌 프라이버시권으로 피해구제가 이루어지다, 무려 60여년이 지난 1953년 Haelan 사건에 이르러서야 비로소 법원에서 퍼블리시티권이 인정되었다. 미국의 발전과정에 비하여 볼 때, 우리나라에서 프라이버시권에 관한 논의에서 퍼블리시티권의 인정에 이르기까지 걸린 기간은 매우 짧다고 할 수 있다.<sup>112)</sup>

그런데, 위에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 1980년대 인격권의 구성요소인 초상, 성명 등의 상업적사용에 관한 논란이 발생한 이래 불과 10여 년 만에 대륙법계 국가임에도 불구하고 법률의 규정이 없이 관습법 또는 판례에 의해 퍼블리시티권이 법원에서 인정되고 있다.<sup>113)</sup> 이는 지난 10-20년간에 인터넷을 비롯한 뉴미디어의 확산으로 인하여 상업적 가치가 높은 미국의 유명배우, 가수, 스포츠선수 등 유명인들(celebrities)이 더 이상 미국만의 유명스타(cultural icon)가 아니라 우리나라에서도 동일한 유명인이 되고 있기 때문이며, 또한 미국의 법제도 및 판례가 우리나라에도 급속도로 빨리 전파되고 있기 때문으로 이해된다.

비록, 최근 들어 우리나라 법원에서 입법 없이 관습법에 의해 퍼블리시티권을 인정하고 그 권리의 범위를 확장하는 것에 대하여 경계하는 경향이 있으나, 이는 이러한 권리 인정의 필요성을 부인하는 것이 아니라, 장래 발전 및 확장 가능성이 있는 이 권리의 조속한 입법을 촉구하는 뜻으로 보는 것이 보다 타당할 것이다. 한편, 퍼블리시티권의 인정여부에서 더 나아가 그 권리의 상속성 여부 및 그 기간, 일반인에게도 인정할 것인가 여부, 그리고 그 보호의 범위 등, 여러 가지 쟁점에 관하여 향후 지속적으로 논란을 거듭할 것으로 보이나, 결국 최종적으로 이 문제들도 입법을 통하여 해결될 것으로 보인다.

한편, 국내에서 퍼블리시티권에 관한 입법을 하더라도, 침해가 일어나는 한류 소비국가들에 있어서 우리의 법을 적용할 수 없다는 비판이 있을 수 있다. 그러나, 퍼블리시티권에 관한 법과 여러 가지 보호장치가 완비된 미국정부(또는 엔터테인먼트 기업)가 우리 정부에 자국의 퍼블리시티권 보호에 관하여 강력한 주장을 해온 것처럼,<sup>114)</sup> 우리의 경우에도 한류를 불법적으로 침해하는 국가들에 대하여 퍼블리시티권에 의한 보호를 주장하기 위해서는 국내에서도 이에 관한 입법 등 보호장치가 있는 것이 우리의 요구를 관철하는데 큰 도움이 될 것으로 보인다. 아울러, 한류에 관한 섭외적 계약관계에서 계약침해문제가 발생하였을 때, 중재 또는 재판관할을 국내로 정하고 나아가 준거법이 국내법으로 되어 있다면, 위와 같은 퍼블리시티권에 관한 법률은 내국인의 권리보호에 큰 도움이 될 것이라는 점에서, 입법이 한류의 재산권보장에 큰 도움이 되지 않을 것이라는 지적은 타당하지 않다고 생각된다.

110) Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right of Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

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

112) 이병린, “초상권은 인정되어야 한다”, 법률신문 1965. 3. 1.자 3면. 이 논문은 본 연구자가 발견한 한에 있어서는 우리나라에서 프라이버시에 관한 최초의 것이다. 본 연구자는 이 논문이 우리나라에서의 위 Warren & Brandeis 논문에 해당한다고 생각한다.

113) 위 이병린의 논문에서부터 본다면, 30년 정도가 걸린 셈이다.

114) 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류), 95-96면 중 각주 45번 참조.



### III. 도입론과 반대론의 찬반 논의

#### 1. 개요

본 장에서는 퍼블리시티권 도입을 찬성하는 쪽의 주장(도입론)과 반대하는 쪽의 주장(반대론)을 살펴보고 주로 도입론 입장에서 반대론을 비판하고자 한다. 본격적 논의에 앞서 그간의 찬반 논의를 검토하는 차원에서 본 연구자의 기존 논의를 간략히 언급하기로 한다. 본 연구자는 퍼블리시티권에 관하여 다음과 같이 총 6편의 논문을 발표한 적이 있다.

- (i) “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 저스티스(2005.8)
- (ii) “엔터테인먼트법에 대한 새로운 접근 - 주체 측면에서의 이해”, 민사법학(2007.3)
- (iii) “퍼블리시티권의 철학적 기반(상/하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스(2007.4/6)
- (iv) “스포츠경기와 퍼블리시티권 - 스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?”, 스포츠와 법(2007.8.)
- (v) “재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권 - 퍼블리시티권을 중심으로”, 가족법연구(2008)
- (vi) The Emergence of Hollywood Ghosts on Korean TVs: The Right of Publicity From The Global Market Perspective, Pac. Rim L. & Pol’y J. Vol. 19, No. 3 (2010)

본 연구자는 (i)논문에서 본 연구자의 퍼블리시티권 연구 방법론을 선했었다. 즉 연혁적(역사적) 접근(historical approach - case study), 철학적/원리적 접근(doctrinal approach), 정책적 접근(policy based approach)을 개괄하였다. 이 논문은 연구방법론 제시 외에 퍼블리시티권에 관한 기존 국내 연구와 다른 몇 가지 시도를 하였는데, 첫째 사례분석을 단계별로 하고 후속 연구의 편의를 위해 법원판례에 이름을 붙였다는 점이다. 둘째 국내 재판실무와 학계에서 적극적으로 하지 않는 산업적/정책적 측면에서의 고려를 적극적으로 하였다는 점이다. (ii)논문은 엔터테인먼트법의 핵심적 권리라고 할 수 있는 퍼블리시티권을 엔터테인먼트 산업의 역할자들(스타, 팬, 각종 매체 및 엔터테인먼트산업)과의 관계에서 분석한 것이다. (iii)논문은 (i)논문에서 충분히 다루지 못한 퍼블리시티권에 관한 철학적/원리적 접근을 본격적으로 시도한 것이다. 여기에서는 우리나라의 전통사상과 관습에서 퍼블리시티권을 어떻게 볼 것인가를 실험적으로 분석하기도 하였다. (iv)논문은 스포츠산업 분야에서 발생하는 퍼블리시티권을 논의하였는데, 표현의 자유와의 충돌 문제를 중요하게 다루었다. (v)논문은 연예인, 스포츠선수들의 이혼 시 퍼블리시티권이 재산분할청구의 대상이 될 수 있는가라는 다소 도발적인 문제제기를 통해 퍼블리시티권의 본질을 규명하고자 시도하였다.

여기에서 본 연구자 논문을 개괄적으로나마 언급한 것은 두 가지 목적에서다. 본 연구에서 중복을 피하기 위해 현재까지 본 연구자의 연구가 어디까지 이르렀는지를 밝히고자 하는 것과 또 한 가지는 그간 연구에서 본격적으로 거론할 만한 반대론이 없었기 때문에 반대론을 분석하고 그에 대한 반론을 제시하는 과정이 없었다는 점을 밝히기 위함이다. 본 장에서는 주로 반대론을 소개하고 그에 대한 반론을 통해 퍼블리시티권이 입법적으로 해결되어야 하고 그럴 수밖에 없음을 논증하고자 한다.

#### 2. 도입론<sup>115)</sup>

115) 본 연구자는 위 (i)논문과 (ii)논문에서 퍼블리시티권의 도입 필요성을 주장하는 가운데, 궁극적으로는 입법에 의해 해결될 수밖에 없음을 피력한 바 있다. 동시에 입법 전에는 관습법에 의한 재산권 창설이라는 논리에 기대어 퍼블리시티권을 인정할 수 있다고 주장하였다. 그러나 후술하는 바와 같이

## 가. 입법적 해결론이 대두된 경위

초상, 성명, 실연 등 인격적 표지를 본인의 허락 없이 상업적으로 이용하는 행위를 통제하고, 나아가 적극적으로 인격적 표지를 상업화하고 있는 현실, 산업계의 요구를 적절한 수준에서 보호하기 위해서는 기존의 초상권, 성명권과 같은 인격권이나 사생활 보호의 법리(right of privacy), 명예훼손 법리, 부정경쟁방지법 등으로 해결할 수 없는 한계가 명백히 존재한다는 점에서 퍼블리시티권의 존재 의의가 있다. 그러나 현행법으로는 이 권리를 인정할 만한 근거를 찾기 어려워 관습법에 의한 권리 창설에 기대는 판례가 나오기도 하였고 본 연구자도 이를 적극 찬동하였다. 즉 연예인, 스포츠선수 등 유명인을 중심으로 자신의 성명, 초상 등 인격적 표지를 상업화하고 있는 산업이 활성화되어 있다는 점에서 이를 배타적인 재산권의 하나로 인정할 수 있는 관습이 형성되어 왔다는 것인데,<sup>116)</sup> 근래 들어 이런 주장에 동의하지 않는 판결이 속출하고 있으며 법원에서 재판실무를 담당하는 법관에 의해 이와 같은 관습의 존재에 대한 이의 제기가 있는 가운데, 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정은 갈수록 힘을 얻기가 어렵게 되었다. 게다가 은지원 판결, 김민희 판결에서와 같이 성문법주의 국가에서 법 제정 없이 물권에 유사한 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결이 나오면서, 퍼블리시티권 분쟁은 법관에 따라 결론이 뒤바뀌는 그야말로 ‘법적 불안정’ 상태에 빠지게 되었다.

그러나 위와 같은 관습의 존재를 인정할 수 없다는 판결(A 그룹)이나 성문법의 제정 없이 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결(B 그룹)은, 퍼블리시티권이 보호하는 개인의 인격적 표지의 허락 없는 상업적 활용을 무시한다거나, 이를 통제할 권리를 개인에게 줄 필요가 없다는 것이 아니라는 점에서는 적어도 공통점이 있다고 할 수 있다. 한편 현재 국내 판결은 위 A 그룹이나 B 그룹에 속하지 않는 것으로서, 예컨대 퍼블리시티권이 보호하는 개인의 인격적 표지의 허락 없는 상업적 활용을 무시한다거나, 이를 통제할 권리를 개인에게 줄 필요가 없다는 취지의 판결은 거의 없다. 그렇다면 법원의 판결을 통한 퍼블리시티권 분쟁의 해결은 이미 그 한계에 봉착해 있으며, 결국 퍼블리시티권의 입법을 통한 해결 외에는 현존하는 ‘법적 불안정’ 상태를 해소할 방법이 없다고 할 것이다. 이 점에서 관습법에 의해 퍼블리시티권을 인정하기 곤란하다거나(A 그룹), 성문법 제정 없이 퍼블리시티권을 인정할 수 없다(B 그룹)는 판결은 역설적으로 퍼블리시티권의 입법화 주장의 논거로 되기에 충분하다.

## 나. 법원 실무의 고충과 그에 대한 평가

법학 또는 법학적 논의는 그것이 최종적으로 재판이라는 분쟁해결 절차에서 어떻게 구현되는가를 떠나서는 존재의 큰 의미를 갖기 어렵다. 실무를 떠난 법학적 논의의 공허함은 길게 설명할 필요가 없다. 여기에서 본 연구자는 법률의 근거가 없는 가운데 퍼블리시티권을 인정하는 것의 어려움을 매우 이론정연하게 토로한 한 현직 판사의 글<sup>117)</sup>을 소개한다.

---

도입에 찬성하는 법원판결과 실무가 중에 관습법의 존재에 대하여 의견이 일치하지 않기 때문에 도입론 중에 입법적 해결론은 더욱 힘을 얻을 수밖에 없게 되었다. 따라서 본 연구의 이하 도입론은 주로 “입법적 해결론”을 중심으로 그 논의를 전개하고자 한다. 다시 말해 “입법적 해결론” 이전의 논의로서 퍼블리시티권 도입 찬성론은 본 연구자의 기존 논문(위 (i), (ii)논문)으로 대체하기로 하고 본 연구에서는 재론하지 않기로 한다.

116) 대표적인 판결이 국내에서 최초로 퍼블리시티권을 인정한 “제임스 닌 I 판결”이다.

117) 김영훈, 전게논문, 339-340면.

김영훈 판사는 퍼블리시티권을 인정할 필요성은 충분히 공감된다고 하면서도 현행법에서는 퍼블리시티권을 인정할 근거를 찾기 어렵다고 한다.<sup>118)</sup> 그는 여기에서 더 나아가 법률의 근거가 없는 가운데 퍼블리시티권 인정여부, 주제, 양도성, 상속성, 존속기간, 손해배상액 산정방식(지적재산권법상 특례규정 유추적용 여부), 인격권과의 관계 설정(침해 시 금지 및 예방청구 인정 여부, 위자료 별도 인정 여부), 등기 또는 등록을 통해 외부 공시하거나 담보 제공이 가능한지 여부, 평가는 어떻게 할 것인지 등 수많은 법률적 문제가 있는데 이를 판결로 해결하는데 한계가 있다고 한다.<sup>119)</sup> 그러나 학계와 실무에서 퍼블리시티권에 관한 적극적인 논의를 하고 하급심에서도 이를 인정하는 판결을 하는 것은 법체계상 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 소극적인 이유로 그 책임을 입법부에 미루는 것보다는 의미 있다고 하면서도, 구체적인 입법이 없는 현 단계에서는 우리의 법률의 해석론과 균형을 맞출 수 있는 정도에 그쳐야 한다는 견해를 피력하였다.<sup>120)</sup>

구체적 사안에 법을 적용하는 판사의 입장을 대변하는 타견으로서 입법이 없는 상태에서 현직 법관이 할 수 있는 최선의 길을 모색한 글로 평가하고 싶다.<sup>121)</sup> 특히 본 연구자가 은지원 판결과 김민희 판결에 대해 퍼블리시티권을 부정한 판결이라기보다는 입법촉구형 판결이라고 말했던 것<sup>122)</sup>에 대한 일선 법관의 일종의 화답이라고 할 수 있어서 매우 반갑고 다행으로 생각한다.

입법적 해결을 주장한 김영훈 판사의 견해에 동의한다. 다만 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정에 대해 다소 부정적인 김판사의 견해에 대해서는 약간 생각이 다르다. 본 연구자는 현행 법 하에서도 관습법에 의해 재산권의 일종인 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 정도로 관습이 형성되어 있다고 보는 반면, 김영훈 판사는 학자들 간의 논란일 뿐이고, 그나마 근래 들어 반대론이 대두되어 법적 규범으로 승인·강제된 단계는 아니라고 한다.<sup>123)</sup> 김판사가 적절히 듣고

118) 이 점은 일반적인 퍼블리시티권 도입론(찬성론)과 궤를 같이 하는 것으로 특별하지 않다. 그런데 여기에서 김영훈의 주장은 현직 판사로서의 주장이라는 점에서 의의가 작지 않고, 또한 “유명인의 성명이나 초상은 분명히 경제적 가치가 있는 것이고, 그러한 가치는 대부분 그 사람의 노력으로 인하여 얻어지는 것인 만큼 함부로 침해되어서는 안 될 중요한 권리임에 틀림없다. 법원으로서 이를 적극적으로 보호해야 한다는 점에서 퍼블리시티권 도입에 찬성한다.”고 함으로써(김영훈, 전제논문, 378면, 인용문 중간의 밑줄은 본 연구자가 친 것임), 퍼블리시티권 보호의 근거를 노동이론에서 찾는 것으로 보여진다는 점에서 특별하다. 김판사가 ‘대부분’이라고 한 것에서 두 가지 함의를 찾을 수 있다. 첫째는 노동의 산물을 재산권의 일종인 퍼블리시티권으로 보호해야 한다는 노동이론을 정당화의 근거로 삼고 있다는 점과, 둘째 ‘전부’가 아닌 ‘대부분’이라고 한데서 퍼블리시티권의 보호대상인 ‘유명인의 성명이나 초상의 경제적 가치’라는 것은 해당 유명인의 노력에 의해서만 창출되는 것이 아니고 엔터테인먼트산업, 더 나아가 소비자인 팬들의 공동생산(co-creation)을 전제로 한 것임을 인정하는 취지로 읽을 수 있다는 점에 주목할 필요 있다. 노동이론의 공과와 퍼블리시티권을 엔터테인먼트 산업계의 세 역할자(유명인, 소비자, 매개하는 엔터테인먼트산업)의 관계에서 살펴본 본 연구자의 다음 논문 참조. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-철학 상), 150-157면; 퍼블리시티권(엔터테인먼트), 308-324면.

119) 김영훈, 전제논문, 339-340면.

120) 위 논문, 362-363면. 김영훈은 퍼블리시티권은 우리와 법률체계와 문화가 다른 미국에서 발생한 것으로 그와 같은 새로운 개념의 재산권을 분리하여 인정하기 위해서는 국가의 정치/경제적인 이익을 두루 고려하여 결정할 입법권의 문제로서, 법원이 법률의 해석을 통해 인정할 수 있는 것은 아니라고 한다. 따라서 차선책으로 현행법의 해석을 통해 사람의 성명, 초상이 갖는 경제적 가치를 충분히 반영할 수 있도록 실무를 운영해 나가야 한다는 구체적인 의견을 제시하고 있다(밑줄은 본 연구자가 친 것임). 김영훈, 전제논문, 378면.

121) 미국의 법관과 달리 입법형성의 기능을 충분히 갖지 못하는 대륙법계 판사가 할 수 있는 한계를 인식하면서도 퍼블리시티권을 보호할 필요성과 권리자 보호에 미흡한 법현실을 정확히 지적하고 있다.

122) 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류), 112-113면.

123) 김영훈, 전제논문, 362면.

있는 바와 같이 관습법이 성립하려면 관행이 존재하여야 하고, 그 관행이 법규범이라고 일반에 의해 의식될 정도에 이르러야 한다. 그리고 관행은 어떤 사항에 관하여 상당히 긴 기간 동안 동일한 행위가 반복되고 그 사항에 관하여는 일반적으로 같은 행위가 행하여 진다고 인정되는 상태를 말한다.<sup>124)</sup> 이른바 한류 열풍, 게다가 최근에는 K-pop, K-drama라고 하는 한국 문화는 중국, 일본, 동남아시아를 넘어 인도, 아랍문화권, 유럽, 미국, 심지어 남미에까지 진출하고 있으며, 그 세(勢)가 줄어들기보다는 갈수록 확장, 확산되는 가운데 있다. 이 과정에서 수많은 가수, 연예인 등이 등장하였으며 이들을 발굴하여 스타로 양성하고 이를 토대로 엔터테인먼트 상품화 하는 일은 이제 이 영역에서는 전혀 새삼스러운 일이 아니게 되었다. 김판사는 관습법으로 성립하기 위한 관행의 존재는 대체로 인정하는 것 같으나 그 관행에 대한 법적 확신이 전공 학자들과 실무가들을 넘어 일반 사회에 의해 획득되었다고 보기는 부족하다는 입장을 취한 것으로 보인다. 그러나 위와 같은 엔터테인먼트 산업계의 현실과 동향을 본다면 오히려 전공 학자들과 실무가들의 인식(예컨대 한류스타의 초상, 성명을 상업적으로 사용하는 것이 하나의 재산권으로 보호되고 있다는 사회적 관행의 존재와 그 관행에 대한 법적 확신)을 뛰어넘는 법적 확신이 관련 산업계와 나아가 일반 국민들에게까지 확산되어 있다고 보지 않을 이유가 없다.

그러나 백보 양보하여 관습법에 의한 해결이라는 것도 입법이 필요하지 않다는 것이 아니고, 나아가 관습법의 존재 여부에 대해 의견이 엇갈리는 상황이라면 입법적 해결론이 법적 불안정성을 해소하기 위한 목적에서 나온 것이라는 점을 감안하여 더 이상의 논의는 사치스러운 것으로서 입법적 해결론에 집중할 필요가 있다 하겠다.<sup>125)</sup>

### 3. 반대론

퍼블리시티권에 반대한다는 것은 무엇인가? 퍼블리시티권이 보호하려는 가치, 이익에 동의할 수 없기 때문에 권리로 인정해서는 안 된다는 견해로부터 우리 법체계 하에서 이미 충분히 보호할 수 있으므로 굳이 새로운 권리를 창설하거나 법을 제정하여 보호할 필요가 없다는 견해까지 다양한 스펙트럼이 있을 수 있다. 크게 보면 퍼블리시티권에 대한 반대론은 다음 두 가지로 나뉘 볼 수 있다.

- 퍼블리시티권이 보호하려는 가치 또는 이익을 권리로 인정하는 것에 대해 반대하는 견해
- 기존의 법리로 보호가 가능하므로 별도로 권리를 창설하거나 입법이 필요하지 않다는 견해

이렇게 구분하는 실익은 무엇인가? 반대론을 극복하기 위한 반론 또는 해결책이 다르기 때문이다. 즉 전자의 경우는 퍼블리시티권 인정을 둘러싼 재판부 간의 혼란이 초래한 법적 불안정 상태를 입법을 통해 해결하려는 이른바 ‘입법적 해결론’의 구체적 실천<sup>126)</sup>에 있어서 예외와 제한 조항을 통해 전자 반대론의 견해를 적극 경청하고 수용할 필요가 있다. 반면에 후자의 경우는 결국 ‘입법적 해결론’에 반대하는 것이므로 입법적 해결을 위해서는 반드시 후자 반대론이 제기한 ‘기존의 법리’를 적극적으로 극복해야 한다. 이와 같이 반대론은 도입론(입법

124) 이상, 위 논문, 360면(원출처: 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 판결).

125) 한편 김영훈 판사는 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정에 다소 부정적이라는 점에서, 입법적 해결론에 있어서는 본 연구자보다 김영훈 판사의 견해가 더욱 적극적이라 할 수 있다.

126) 입법안을 말한다.

적 해결론) 시각에서 보면 반박 대상이 다르다는 점에서 이를 하나로 묶어 분석하고 반론한다는 것은 합리적 논의를 저해한다.

그러나 위 두 반대론은 퍼블리시티권 인정에 반대한다는 점에서 공통점과 깊은 상관관계를 갖고 있다. 첫째, 퍼블리시티권의 역사에서 본다면, 전자 반대론이 어느 정도 극복되어 유명인의 인격적 표지를 기존 인격권과는 별도의 권리로 인식하기 시작하고 인격적 표지가 갖는 경제적 가치, 이익을 보호해야 한다는 공감대가 어느 정도 무르익었을 때 후자 반대론이 논의될 수 있다고 생각할 수 있다. 다시 말해 전자 반대론은 후자 반대론의 전(前)단계 격의 논의라고 보는 것이다. 그러나 반드시 그런 것만은 아니다. 엔터테인먼트법과 관련 산업의 생태계를 제대로 이해한다면<sup>127)</sup> 전자 반대론은 앞서 지적한 바와 같이 퍼블리시티권의 법제화 단계에서도 논의될 수 있고, 또 입법 단계에서 반드시 고려해야 할 요소이기 때문이다.

둘째, 전자 반대론은 후자 반대론에 대해서도 비판적이다. 후자 반대론, 즉 기존의 법리 중 초상권(초상영리권)으로 해결이 가능하므로(보호할 수 있으므로) 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없다는 견해는 전자 반대론 입장에서 보면 그와 같은 이익 또는 가치를 법적으로 보호하는 것에 반대하기 때문에 그 보호 형식이 퍼블리시티권이건 초상권(초상영리권)이건 묻지 않는다는 점에서 전자 반대론으로부터도 공격받을 수 있다. 전자 반대론은 유명인의 인격적 표지가 갖는 경제적 이익 또는 가치를 보호하는 것보다, 이를 사용하는(사용하려는) 대중의 표현의 자유가 더 중요하다고 보는 입장이기 때문이다. 이 점에서 전자 반대론이 후자 반대론보다 훨씬 근본적인(fundamental) 반대론이라 할 수 있다.

정리하자면, 전자는 퍼블리시티권이 보호하려는 가치 또는 이익을 근본적이고도 실질적으로 반대하는 것이라면, 후자는 보호 자체에는 반대하지 않지만 퍼블리시티권이라는 새로운 권리를 창설하거나 입법을 통하여 보호하는 것에 반대하는 것이라는 점에서, 전자를 ‘내용적 반대론’, 후자를 ‘형식적 반대론’이라 칭하기로 한다.<sup>128)</sup>

## 가. 내용적 반대론

한마디로 말하자면 내용적 반대론은 퍼블리시티권이 보호하려는 가치 또는 이익에 동의하지 않는 것이다. 내용적 반대론은 크게 보면 다음 몇 가지 논거로 정리할 수 있다.

### (1) 표현의 자유 등 다른 기본권 제한

127) 본 연구자는 다음 논문에서 엔터테인먼트 산업과 그 생태계를 법(엔터테인먼트법)적 관점, 주로 주체(역할자) 측면에서 고찰한 적이 있다. 남형두, “엔터테인먼트법에 대한 새로운 접근 - 주체 측면에서의 이해”, 민사법학 2007.3.(제35호).

128) 전자 반대론이 후자 반대론에 비하여 보다 근본적인 반대론이라 할 수 있고, 후자 논의 중에는 퍼블리시티권이라는 권리의 실질보다는 법체계, 법형식 등에 보다 치중하는 점이 있기 때문에, 사실 본 연구자는 전자를 ‘진정 반대론’, 후자를 ‘부진정 반대론’으로 부르고 싶었다. 그러나 ‘진정’, ‘부진정’이 주는 어감 때문에 본 건 논의의 초점이 흐려지고 비분질적 논의로 전개되는 것을 막기 위해 ‘내용적 반대론’, ‘형식적 반대론’이라고 호칭하는 것이 좋겠다는 쪽으로 생각을 정리하였다. 한편 우리보다 오래 퍼블리시티권 역사를 갖고 있는 미국에서는 이와 같은 ‘반대론 분류’ 작업이 있지도 않았고 있을 수도 없다고 생각한다. 다시 말해 우리나라만의 독특한 문제인 셈인데, 미국에서는 굳이 성문법의 제정이 없이도 판례에 의해 얼마든지 권리를 창설할 수도, 그 구체적인 내용을 정할 수도 있기 때문이다. 다만 미국에서도 INTA (International Trademark Association) 초안을 연방법으로 받아들이기를 논의하는 과정이 있기는 했지만, 기본적으로 우리와 같이 성문법 제정이 퍼블리시티권 인정 여부에 있어서 반드시 필요한 것은 아니기 때문에 본 연구자가 제기한 분류 작업은 필요 없는 것이었다.

헌법이 보장하는 다른 기본권 또는 가치와 충돌된다는 것이다. 충돌되는 기본권으로는 대표적으로 표현의 자유, 예술의 자유, 영업활동의 자유를 들 수 있는데, 퍼블리시티권이 인정되면 이와 같은 대중의 표현의 자유, 후속 창작자의 예술표현의 자유, 영리를 목적으로 하는 기업 등이 영업활동의 일환으로 하는 광고 등 각종 상업적 표현의 자유를 억압하는 결과를 초래한다는 것이다. 언론매체의 보도의 자유는 헌법상 보장되는 것이나 대부분 언론매체 또한 영리를 목적으로 하는 기업이라는 점에서 퍼블리시티권과의 충돌 문제가 발생할 수 있다. 그로 인한 언론매체의 위축을 가져올 수 있다.

또한 저작권법 제35조 제4항이 예정하고 있는 바와 같이 퍼블리시티권은 저작권과 충돌이 예정되어 있다. 실제 영화에 출연한 배역의 퍼블리시티권과 영화제작자의 저작권이 충돌한 사례가 심심치 않게 발생하는데,<sup>129)</sup> 우리나라에서도 영상저작물 특례조항에 의해 실연자의 복제권 등이 영상제작자에게 양도된 것으로 추정(간주)된다고 할 때 실연자의 퍼블리시티권이 이에 포함되는지가 문제된 적이 있다는 것은 앞서 지적한 바 있다.<sup>130)</sup> 퍼블리시티권자와 영상저작물 제작자 사이의 관계를 넘어 각자로부터 그 권리를 양도 또는 이용허락 받은 자가 생기게 되면 저작권자에게는 퍼블리시티권이 하나의 권리 행사의 제약 요소가 될 수도 있다.<sup>131)</sup> 나아가 과도한 퍼블리시티권의 행사는 유명인의 인격적 표지를 재료로 하는 사업(business)의 생산성, 효율을 저하시키는 효과가 생길 수도 있고 관련 산업계에 경쟁 제한적 요소로 작용할 수도 있다.<sup>132)</sup>

앞서 지적한 바와 같이 반대론 중 가장 근본적인 반대 논거는 바로 표현의 자유 등 다른 기본권을 과도하게 제약한다는 것이다. 기존에 없던 새로운 권리, 그것도 배타적인 재산권 형식으로 신설된다면 그로 인해 의무를 부담해야 하는 집단이 생기게 되고 다른 권리가 위축되는 결과를 가져오는 것은 피할 수 없을 지도 모른다. 문제는 그와 같은 기본권 제한과 충돌을 무릅쓰면서까지 이 권리를 인정할 필요가 있는가에 있다. 여기서는 법적/철학적 논의(doctrinal approach)만으로는 부족하고 산업적, 정책적 측면의 고려(policy based approach)가 필요하게 된다.

또한 법경제학적 분석이 시도될 필요도 있다. 즉 퍼블리시티권이 인정됨으로 인하여 수혜 그룹(특정 집단 또는 개인, 국가)<sup>133)</sup>이 얻을 이익의 총합이 퍼블리시티권 인정으로 인해 타인

129) *Lugosi v. Universal Pictures Co., Inc.*, 172 USPQ 541, 551 (Cal Super 1972), rev'd 25 Cal 3d 813, 160 Cal Rptr 323, 603 P2d 425, 205 USPQ 1090 (1979). 유니버설 스튜디오에서 제작한 1931년 작 영화 *드라큘라*에서 *드라큘라* 백작 역을 맡았던 배우 루고시의 상속인들은, 루고시 사후 유니버설 스튜디오가 루고시가 맡았던 *드라큘라* 이미지를 상업화하도록 특정 업체에 라이선스 계약을 체결하고, 그 업체가 루고시의 이미지를 딴 티셔츠, 비누 등 상품을 만들자, 이러한 제작 및 판매행위의 금지를 구하는 소송을 제기하였다. 영화사의 저작권과 배우의 퍼블리시티권이 충돌한 사건인데, 판결에서는 루고시의 퍼블리시티권이 그의 상속인들에게 상속되지 않았다는 이유로 원고들의 청구는 기각되었다.

130) 배용준 등 판결, 김석훈 등 판결 등.

131) Steven J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 27 Bull. Copyright Soc'y 111, 128-129 (1980).

132) 위 논문, 122-123면.

133) 수혜 그룹의 범위에는 직접적으로 혜택을 입는 특정 개인(집단) 외에 이들로 인해 창출되는 산업과 고용에 따른 집단도 들어갈 수 있다. 나아가 이와 같이 직접 또는 간접적으로 경제적 혜택을 입는 집단 외에도 퍼블리시티권이 보호됨으로 인해 일종의 인센티브 효과로 작용하여 대중을 더욱 재미있게 하고 매력을 끄는 엔터테인먼트적 요소가 많이 나오게 된다는 점에서 일반 대중의 행복(쾌락)이라고 하는 비경제적 혜택까지 고려한다면, 공중(the public)도 수혜 범위에 포함될 수 있겠다. 결국 이들이 누리게 되는 경제적, 비경제적 혜택의 총합은 국가 차원에서 계산될 수 있을 것이다.

의 기본권과 자유가 제한되는 손해의 총합을 비교하는 것이다. 여기의 고려에서 반드시 빠뜨릴 수 없는 것으로는 국가 간 교역이라는 요소다. 이미 우리나라는 한류를 넘어 K-culture (K-Pop, K-Drama)라는 신조어가 생길 정도로 엔터테인먼트산업이 하나의 산업으로 굳건히 자리를 잡고 있는데, 영화, 드라마, 공연 등 직접적인 산업효과 외에도 관광, 음식산업 등에도 매우 긍정적 연관효과를 가져오고 있다. 뿐만 아니라 국가 이미지, 기업 이미지 제고에도 큰 도움이 되어 전자제품, 각종 소비제품 등의 수출에 직간접적으로 큰 기여를 하고 있다. 법경제학적 분석에서 빠뜨릴 수 없는 요소다. 본 연구에서는 연구의 범위와 역량을 벗어나기 때문에 구체적인 수치로 분석할 수는 없지만, 우리나라 경제·문화의 변화, 특히 산업구조의 변화, 의식의 변화 등을 종합해 볼 때, 엔터테인먼트산업은 우리나라 경제 및 산업의 새로운 성장엔진이 되고 있음이 분명하고, 이러한 엔터테인먼트산업을 지속적으로 유지·발전시키는데 핵심적으로 뒷받침하는 법적, 제도적 장치가 바로 퍼블리시티권이라는 점<sup>134)</sup>을 감안하면, 퍼블리시티권 인정과 도입으로 인한 경제적 효과가 최소한 마이너스(-)로 나타나지는 않을 것으로 생각한다.<sup>135)</sup>

## (2) 사회적 산물 / 문화적 산물

퍼블리시티권의 주체인 연예인, 가수, 스포츠선수 등 유명인에게 이 권리를 부여하는 것은 반드시 타당하지 않다는 것인데, 그들이 누리는 명성, 유명세는 그들만의 노력에 의해 만들어지는 것이 아니라, 팬(fan)들이 있기에 가능한 것이고, 뿐만 아니라 대중소비사회가 되면서 유명인(celebrities)와 소비자(fan, the public)가 직접 만나기 어렵기 때문에 이들 사이를 매개해 주는 각종 에이전트, 엔터테인먼트산업 등의 기여를 소홀히 할 수 없다는 것이다. 퍼블리시티권이 보호하는 인격적 표지라는 것도 사실 알고 보면, 그 유명인의 진정한 성격이나 인격적 표지에서 만들어지고 조작되며 때로는 왜곡되기도 한다는 점에서 엔터테인먼트산업의 역할이 중시되고 있다. 나아가 인터넷 시대에 팬들의 역할 또한 갈수록 중시된다. 스타덤(stardom)에 대응하는 개념으로 팬덤(fandom)이라는 말이 나올 정도로 각종 팬클럽의 활동은 해당 유명인의 가치를 좌우하기도 한다.<sup>136)</sup> 스타들을 소비한다고 할 때, 스타들이 만들어낸, 그러나 팬들에게는 없는 그 가치는 오로지 스타들에 의해서만 만들어진 것이 아니라 엔터테인먼트 산업과 팬들의 공동생산물이라고 할 만한 점이 있다. 또는 어떤 사회, 국가 등 문화, 전통, 습속과 역사를 같이 하는 공동체의 공통된 경험에서 나오는 문화적/사회적 유산이라고

134) 본 연구자는 엔터테인먼트산업을 지속적으로 유지·발전시키는데 핵심적으로 뒷받침하는 법적, 제도적 장치가 바로 퍼블리시티권이라는 점을 다음 논문들을 통해 논증한 바 있다. 남형두, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 저스티스 2005.8.(통권 제86호); 남형두, “문화의 산업화와 저작권 - 약장수와 차력사”, 문화정책논총 2006(제18집)(이하 이를 “남형두, 전개논문(문화산업)”이라 한다).

135) 한편, 교역 면에서 퍼블리시티권 보호를 위한 입법을 서두를 필요가 없다는 견해가 있다. 홍승기, “퍼블리시티권 - 그 실체와 입법론”, 계간 국제법률경영 2005, 94-96면. 홍승기 변호사는 입법을 통해 한류산업이 증진되는 효과보다는 외국에 지불하여야 할 로열티가 더 많아질 것을 우려하고 있다. 이에 대한 본 연구자의 반론의 상세는 남형두, 전개논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 305면 중 각주 12번 참조. 홍승기의 비판과 본 연구자의 반론은 2005년과 2007년에 있었던 것으로서, 그로부터 5-7년이 지난 현 시점에서 볼 때 우리나라의 한류산업, 엔터테인먼트산업은 더욱 왕성해져 있다는 점은 부인하기 어렵다. 따라서 퍼블리시티권 도입(입법)으로 인한 경제적 효과를 논할 때 이와 같은 시간의 변수는 추가적으로 반드시 고려해야 할 것이다.

136) 이에 대한 상세는 남형두, 전개논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 316-318면; 남형두, 전개논문(퍼블리시티권-철학 상), 154-156면 참조.

할 수 있는 것에 대해 특정 스타가 이를 전유한다거나 상당 부분을 독점적으로 권리 행사하는 것은 타당하지 않다고 할 수 있다.

미국 퍼블리시티권 논의에서 가장 비판적인 학자인 Madow<sup>137)</sup>를 중심으로 이와 같은 문제 제기가 지속적으로 이루어져 왔다. 그런데 유감스럽게도 국내에서는 이와 관련된 본격적 논의가 충분히 전개되지 않았다. 퍼블리시티권을 정당화하는 논거로서 논의되는 자연권 사상(로크의 노동이론, 헤겔의 인격이론), 공리주의 전통(인센티브이론, 효율적배분이론)을 재론하지 않더라도<sup>138)</sup> 연예인, 배우 등 유명인(celebrities)이 그들의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용 당하지 않을 권리를 완전히 부인하기는 어렵다. 문제는 어느 정도 보호하느냐에 있다. 다시 말해 퍼블리시티권의 ‘인정 여부에 관한 논의’는 퍼블리시티권이 보호하는 가치의 형성에 기여한 역할자들 사이에서 이익이 공정하게 배분되어야 한다는 점에서 ‘보호범위에 관한 논의’가 되는 것이 합리적이다. 이 점에서 문화적 산물 또는 사회적 산물이라는 주장은 퍼블리시티권 입법에 있어서 제한 및 예외 사유로서 적극 고려하여 답아야 한다고 생각한다.

### (3) 경제적 왜곡 현상 초래

퍼블리시티권을 인정하게 되면 오히려 ‘부익부 빈익빈’ 현상을 가속화하게 되어 사회적으로 바람직하지 않은 현상을 초래하게 될 것이라는 주장이 있다.<sup>139)</sup> 연예인이나 운동선수의 수익은 크게 보면 그 본연의 활동으로 벌어들이는 수익(primary income)과 그의 성명이나 초상을 상업적으로 활용함으로 인해 벌어들이는 수익(byproduct income)으로 나뉘볼 수 있는데, 연예계나 스포츠계에서 본연의 수입이 많은 사람들에게 부가적 수익 기회도 집중된다는 점에서 이와 같은 현상을 지적한 것은 지극히 타당하다.<sup>140)</sup> 대중매체 사회에서 갈수록 문화 권력이 소수에게 집중되고 그들에게 광고가 더욱 집중됨으로 인해 과거 어떤 지역의 스타는 국가적 스타가 되고 나아가 글로벌 스타가 탄생하는데 그 과정에서 팬들은 지역의 스타보다는 국가적 스타, 글로벌 스타에 열광하게 마련이어서 본연의 수익뿐만 아니라 부가적 수익에 있어서 부익부 빈익빈 현상이 해소되지 않고 계속 유지, 심화되는 것은 현대 사회의 특징 중 하나라고 할 것이다.

그런데 위와 같은 현상이 있다고 해서 소비자(팬)들에게 최정상급의 연예인이나 가수만을 소비하지 말고 그 다음 단계의 연예인이나 가수가 만들어내는 콘텐츠도 소비하라고 할 수는 없다. 이는 시장의 자유로운 흐름으로서 법이나 제도로 이 흐름을 막는다는 것은 자칫 대중의 행복추구권을 침해할 우려가 있다. 이미 많은 본연의 수입을 얻고 있는 정상급 연예인들이 생계의 위협을 느끼지도 않는 데도 퍼블리시티권을 보장받음으로써 광고 등 부가수익의 기회를

137) Madow의 다음 논문은 퍼블리시티권에 관한 내용적 반대론의 기념비적인 논문이라고 할 수 있다. Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L. Rev. 125 (1993).

138) 퍼블리시티권의 정당화 이론으로서 철학적 연구를 한 것으로는 본 연구자의 다음 논문 참조. “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.4.(통권 제97호); “퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.6.(통권 제98호).

139) Madow, 전제논문, 136-143면.

140) 방송을 예로 들어 본다. 지상파방송 매체만 있었을 때와 비교하면, 케이블방송 매체, 위성방송 매체, 지상파/위성 DMB 등으로 각종 방송(통신) 매체는 빠른 속도로 늘어나고 있지만 시청자들과 팬들에게 노출되는 연예인의 숫자가 같은 속도로 늘어나지 않는 것은, 시청자들에게 인기 있는 연예인들의 중복, 겹치기 출연 때문이다. 이는 바로 광고시장에 그대로 연결되어, 최정상급 인기 연예인들의 겹치기 광고출연 현상을 낳고 있다.



또 다시 거의 독점한다는 것은 경제 정의에 맞지 않다는 이유로 퍼블리시티권에 의한 보호를 제거하자는 논의가 이 부분 반대론의 주장이라고 할 수 있다. 그러나 이는 대단히 이데올로기적 접근으로서 법의 역할이 무엇인가에 대한 심각한 고민을 하게 만든다.

퍼블리시티권 제도의 도입으로 인해 부익부 빈익빈 현상이 초래된다고 하더라도 세금 등의 다른 제도 또는 정책수단을 통해 경제 정의를 도모하는 것은 별론으로 하고, 퍼블리시티권적 보호를 배제한다는 것이 바람직하다고 할 수 없다. 다만 과도한 보호가 가져오는 폐해는 분명히 있으므로, 앞서도 지적한 바와 같이 퍼블리시티권 입법과정에서 예외와 제한을 통해 이를 막을 수 있어야 할 것이다.

#### (4) 부도덕 현상 초래 우려

유명인(famous persons)을 중심으로 발전되어온 퍼블리시티권은 악명(notoriety)으로 유명세를 탄 악명자(notorious persons)도 주체가 될 수 있는가?<sup>141)</sup> 나아가 될 수 있다면 범죄자가 자신의 범죄사실을 소재로 하여 영화나 소설 등에 제공하고 그 대가를 받는 경우 범죄의 피해자는 고통을 받는데 가해자는 퍼블리시티권을 활용하여 돈을 버는 기이한 현상이 발생한다. 최근 들어 사회적으로 극도로 혐오를 불러일으킨 범죄를 영화로 만들어 흥행에 성공한 예가 국내에도 있었다.<sup>142)</sup> 심지어 어떤 연쇄 살인범은 체포된 후 자신의 범죄를 소설로 써서 그 인세를 자식이 받도록 하겠다는 말을 하여 지탄을 받기도 하였다.<sup>143)</sup>

법 논리로만 보자면 실제 범죄를 소재로 소설이나 영화로 만드는 과정에서 소설가나 영화제작자가 저작권을 갖게 되는 것과 별개로 그 소설이나 영화에 등장하는 범죄자의 인격적 표시와 사생활은 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있다. 이 점에서 퍼블리시티권을 인정하면 이와 같이 범죄자를 보호하고 나아가 범죄의 유인<sup>144)</sup>이 되기도 하여 불합리하고 부도덕한 결과를 가져온다고 볼 수 있다. 퍼블리시티권이라는 법제도가 가져오는 어두운 면인 것은 분명하다. 그러나 이것이 퍼블리시티권을 부정하는 근거가 되기에는 부족하다고 생각한다. 앞서 “경제적 왜곡 현상 초래”에서도 언급한 바와 같이 범죄자가 자신의 범죄를 소설이나 영화의 소재로 제공함으로써 수익을 얻는 것을 막기 위해서는 퍼블리시티권을 부인함으로써 달성할 것이 아니라, 이와 같은 수익 행위를 다른 법률로 금지하거나 발생한 수익을 적극적으로 피해자들에게 돌려줌으로써 범죄로부터 수익을 얻거나 수익을 얻기 위해 범죄를 저지르려는 동기를 근본적으로 제거하는 것이 원칙이라 할 것이다.<sup>145)</sup>

실례로 미국에서는 1977년 New York 주에서 범죄자가 자신의 악명(notoriety)을 이용하여 이익을 얻는 행위를 금지하는 법률을 제정하였다. 이른바 “Son of Sam” 법<sup>146)</sup>이라고 하는

141) 일찍이 Hoffman은 퍼블리시티권을 향유하는 새로운 그룹에 악명 높은 범죄자(notorious criminals)를 들기도 하였다. Hoffman, 전제논문, 113면.

142) 영화 ‘추격자’는 연쇄살인범 유영철의 범죄를 소재로 한 영화로 알려져 있다. 미국에서는 각종 범죄 관련 회고록이 고가의 출판계약의 대상이 되기도 한다. 집단 성관계 거부한다는 이유로 룸메이트 살해한 혐의로 기소됐으나 최근 무죄를 선고받은 미국 여대생 어맨다 녹스가 루퍼트 머독이 경영하는 뉴스코프의 자회사 하퍼 콜린스와 미화 400만 달러에 회고록 출판계약을 맺었다. 이 사건에서 녹스는 1심에서 26년형을 선고받았으나 항소심에서 무죄를 선고받았다. “어맨다 녹스, 회고록 45억 계약”, 한겨레신문 2012. 2. 18.자 참조.

143) 이원홍, “강호순 책 출판 발언 비난 쏟아져”, 동아일보 2009. 2. 3.자, <http://news.donga.com/3//20090203/8691489/1> (2011. 12. 15. 방문).

144) 한편, 미국에서는 소설이나 영화를 만들기 위해 범죄를 저지르는 경우도 있다고 한다.

145) 일종의 disincentive라고 할 수 있다.

146) 이 법은 당초 “Son of Sam”으로 알려진 악명 높은 살인범 David Berkowitz과 그와 유사한 다른

이 법은 범죄자가 자신의 범죄를 책, 영화, TV 쇼 등으로 소개함으로써 이익을 얻기로 하는 계약을 체결할 때, 그 계약 상대방은 범죄자에게 지불해야 할 모든 이익을 주(洲)에 지급해야 하며, 이렇게 조성된 기금은 범죄 피해자를 위해 유보되거나 주 범죄 피해자 보상기금에 적립 되도록 하고 있다. 이와 같은 법률은 범죄 피해자가 범죄로 인해 경제적으로 고통을 받을 뿐만 아니라 범죄사실의 공개로 인해 또 다른 정신적 고통을 받게 되는데 반해, 범죄자는 자신이 저지른 범죄를 스토리로 팔아 이익을 얻게 한다면 이는 공공정책(public policy)에 반한다는 전제 하에 만들어진 것이다. 뉴욕 주가 이 법을 제정한 후 42개주가 이와 유사한 법률을 제정하여 시행하고 있다.

한편 뉴욕 주의 법률은 표현의 자유를 지나치게 제약한다는 이유로 연방대법원에서 위헌판결이 선고되어 뉴욕 주를 비롯한 여러 주에서 관련 법률을 헌법에 합치되게 하기 위해 개정하기도 하였다. 개정 법률들은 대체로 대상을 제한하여<sup>147)</sup> 표현의 자유를 과도하게 억압하지 않도록 한다거나, 수익금지 대상을 표현물(책, 영화 등)에 국한하지 않고 범죄로부터 직접 또는 간접적으로 얻는 모든 수익으로 확대함으로써, 표현의 자유를 제한한다는 예봉을 피하는 방향으로 개정하는 것을 내용으로 하고 있다. 한편 위 43개 주 중 약 1/3에 해당하는 주는 뉴욕 주 법률의 위헌판결에도 불구하고 개정하지 않고 있다.

여하튼 “Son of Sam” 법과 같은 법률을 제정하거나 “범죄수익 은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률”의 정비를 통해서 범죄자가 범죄를 소재로 하여 수익을 얻지 못하도록 한다면, 퍼블리시티권이라는 제도의 도입으로 인해 부도덕한 현상이 초래될 것이라는 우려는 하지 않아도 될 것이다.

한 발 더 나아가 UGP(user generated porno)<sup>148)</sup> 문제도 여기에서 거론할 수 있다. UGP는 UCC(user created content)와 같은 맥락에서 ‘손수 제작 포르노’라고 이해하면 된다. 강요에 의해서가 아니라 스스로 원해서, 또는 경제적 수익을 목적으로 자신을 포르노 상품화하여 이를 인터넷 등에서 직접 판매한다면, 저작권<sup>149)</sup> 또는 퍼블리시티권<sup>150)</sup> 보호의 문제가 발생할 수 있는데, 여기에서도 퍼블리시티권을 인정하기 때문에 이와 같은 부도덕한 현상이 발생한다고 비판할 수도 있겠다.

하지만 이 역시 UGP를 법이 반드시 금지해야 하는지에 대해서도 논의가 필요하고, 가사 그와 같은 행위를 금지시키기로 하는 사회적 합의가 이루어진다고 하더라도 그 수익을 없애기 위해 퍼블리시티권을 부인할 것이 아니라 그와 같은 행위를 별도의 법, 예컨대 형법 상 음화반포죄,<sup>151)</sup> “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 위반 등으로 규율하는 것이

범죄자가 자신들이 저지른 범죄에 관한 이야기를 팔아서 이익을 얻는 것을 금지하기 위해 제정되었다.

147) 예컨대 “범죄로 기소된 자”를 제외하고 오로지 “유죄로 확정된 자”로 제한하는 것이 그 한 예다.

148) UGP에 대해서는 남형두, 음란물의 저작물성 - 음란물도 저작권법상 보호 가능한가?, 한국형사정책연구원(2010), 16-18면, 141-142면 참조. 최근 우리나라에서도 관광객들이 많은 고궁 내에서 자신의 나체를 공개하고 포르노물을 촬영하는 예가 있다고 보도된 바 있다. 석남준, “[Why] 대낮 경복궁서 벗고 만지고... 음란물, 갈 데까지 갔다”, 조선일보 2012. 1. 14.자, [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2012/01/13/2012011301481.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/01/13/2012011301481.html) (2011. 12. 15. 방문).

149) UGP를 직접 제작한 경우라면 그 포르노물에 대한 저작권자가 될 것이다. 한편 음란물의 저작물성에 관해서는 남형두, 전제서 참조.

150) 포르노물을 직접 제작한 경우(UGP)가 아니고 단지 배우(실연자)로만 등장한다면, 그 배우는 퍼블리시티권을 보유하게 될 것이며, 제작에 참여하게 된 경위, 허락이 있었는지 여부에 따라 퍼블리시티권이 포르노(영상물) 제작자에게 양도되었는지 여부가 달라질 수 있을 것이다. 남형두, 전제서, 137-142면.

151) 형법 제243조(음화반포등)

음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1

법 체계상 더욱 타당하다고 생각한다.<sup>152)</sup>

#### (5) 인격권론 - 인간성 황폐화 주장

본 연구자는 퍼블리시티권에 관한 첫 저술에서 퍼블리시티권을 ‘인격의 유동화’에 비유한 적이 있다. 그 부분을 그대로 옮겨보면 다음과 같다.

“자산유동화(資産流動化)에 관한 법률”에 따르면, 채권양도의 대항요건에 관한 특칙을 두어 채권자산(債券資産)의 양도등 거래를 용이하게 하고 있는데(같은 법 제7조), 필자는 평소 인격으로부터 분리하여 독립적인 거래 대상이 되고 있는 퍼블리시티권이야말로 인격권 분야에 있어서 “상업적 가치가 있는 인격(人格)의 유동화(流動化)”라고 할 수 있겠다는 생각을 해왔다. 자산유동화에 있어서 “유동화”라는 것은 법률적으로 양도불가능한 것을 양도 가능한 것으로 바꾸는 개념이 아니라, 시장성을 갖추어 양도(거래)를 더 활성화시키는 것이라는 점에서(이미현, “자산유동화에 관한 법률에 대한 고찰”, 인권과 정의 1999. 7. Vol. 275, 124-126 참조), 법률적으로 양도불가능한 인격을 그 중에서 양도가능한 부분만을 분리해내서 거래의 대상으로 만드는 법적 기술인 퍼블리시티권에 “유동화”의 개념을 직접 적용하는 것은 무리가 있다고 생각한다. 그러나, 필자가 앞으로 있을지도 모를 비판을 무릅쓰면서도 이와 같은 시도를 하는 것은 다음 세 가지 이유에서다. 첫째는 퍼블리시티권이 양도 및 거래가 불가능한 인격권 또는 프라이버시권과 달리 자유로운 양도 및 거래가 가능하다는 점에서, 크게 보면 “유동성(liquidity)”이라는 개념에 부합하는 면이 있기 때문에 이 용어를 사용함으로써 퍼블리시티권 이해에 실질적으로 도움을 줄 수 있다. 둘째, 앞의 각주 6번에서 언급한 “공유지의 비극”에서와 같이 특정 영역에서 만들어진 개념이 전혀 예상치 못한 다른 영역에 논의의 진전을 가져오는 새로운 동인(動因)을 제공할 수 있다는 점에서 시도할 만한 가치가 있다. 셋째, 크게 벗어나지만 않는다면 적절한 은유(metaphor)와 비유가 논리학문인 법학 논문의 격조를 올릴 수 있다. 본 연구자는 향후 퍼블리시티권의 논의에 있어서 “인격권의 유동화”라는 용어를 통한 활발한 논쟁을 기대한다.<sup>153)</sup>

이 논문을 써서 발표한 지 7년이 되었다. 본 연구자의 희망대로 여러 학자들이 이 개념을 인용하여 논의하고 있으며<sup>154)</sup> 앞서도 본 바와 같이 법원 판결 중에 이 개념을 차용하고 있기도 하다.<sup>155)</sup> 본 연구자가 ‘인격의 유동화’ 또는 ‘인격권의 유동화’라는 용어를 만들어(造語) 발표한 데는 퍼블리시티권에 대한 이해를 돕기 위한 목적이 있었는데 그 목적은 어느 정도 달성된 것으로 보여 진다. 그러나 이 개념을 통한 퍼블리시티권 본질에 대한 깊은 논의는 별로 없

년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

제244조(음화제조등)

제243조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

152) “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 제44조의7(불법정보의 유통금지 등)

① 누구든지 정보통신망을 통하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보를 유통하여서는 아니 된다.

1. 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시하는 내용의 정보 제74조(벌칙)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

2. 제44조의7 제1항 제1호를 위반하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자

153) 이상, 남형두, 전개논문(퍼블리시티권-한류), 89면 중 각주 9번.

154) 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 2007.6.(통권 제98호), 123면 중 각주 2번 등.

155) 슬러거게임 판결 중 “현대사회에서 이른바 ‘인격의 유동화’ 현상이 발생함에 따라 이러한 권리를 보호하고 그 주체가 사회적으로 유익한 활동을 하도록 유인할 필요성이 증가하고 있는 점 ... (후략)”.

던 차에, 비교적 최근 인격권의 일부인 인격적 표지를 본인의 허락 없이 함부로 사용당하지 않을 권리를 재산권인 퍼블리시티권으로 인정하게 되면, 인격의 매매가 가능해져 인간을 노예화하게 된다고 하며 그 이면에는 자본의 논리가 숨어 있다는 비판이 등장하였다.<sup>156)</sup>

‘자본의 논리, 인간의 상품화 현상, 인간성의 황폐화’ 같은 개념을 사용하여 퍼블리시티권 찬성론을 비판하는 것은 종래 형식적 반대론에 치우쳐져 있던 논의를 내용적 반대론으로 이동시켰다는 점에서 국내의 퍼블리시티권 논의를 한 단계 끌어올린 것으로 평가하고 싶다.<sup>157)</sup> 이하에서는 인격권론의 퍼블리시티권 인정 및 도입 반대론의 논거를 차례대로 논박하고자 한다.

## (가) 잘못된 가치관 또는 자본의 논리라는 주장에 대한 반론

인격권론자에 의하면, 퍼블리시티권의 물적, 인적 범위가 확대되는 현상에 대해 “그 배후에 이윤추구를 위해 세력을 확장하는 자본의 논리가 숨겨져 있다”고 하면서 그 대표적인 예로 “우리나라에서 퍼블리시티권 인정을 위한 가장 비중 있는 근거로 기능하는 것 또한 한류상품의 보호라는 자본의 논리”라고 한 후,<sup>158)</sup> 채권적 구속가능성을 넘어서는 물권적 양도성, 상속성을 이 권리에 인정함으로써 퍼블리시티권의 주체의 현실적 의사나 추정적 의사에 반하는 동일성표지의 사용까지 정당화 시켜주는 것은, 궁극적으로 사람 존재의 대부분을 상품화의 길로 이끌어 그것에 대한 자본의 지배를 강화시켜주는 결과로 이어진다고 한다.<sup>159)</sup> 더 나아가 인격표지에 순수 재산권의 성립을 인정하는 것은 날로 세력을 확장하고 있는 자본에게 별 대비책 없이 침투의 문을 활짝 열어주는 것과 마찬가지라고 하며 이윤추구만을 목표로 하는 자본은 이제 자신들의 손아귀에 넣은 인간의 동일성표지를 오로지 비용·수익의 계산만으로 다룰 것이며, 또 점점 더 많은 인격표지를 자신들의 세력에 복속시키려고 할 것이라고 한다.<sup>160)</sup>

현대의 고도 산업사회에 대한 문명비판으로서 일리가 있지만, 퍼블리시티권의 인정론에 대

156) 대표적으로 최형구 교수와 안병하 교수가 있다. 최형구, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 2010.4.(제31호)(이하 이를 ‘최형구, 전계논문(양도성)’이라 한다); “퍼블리시티권의 사후존속”, 산업재산권 2011.4.(제34호)(이하 이를 ‘최형구, 전계논문(상속성)’이라 한다); 안병하, “인격권의 재산권적 성격 - 퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학 2009.6.(제45-1호)(이하 이를 ‘안병하, 전계논문(민사법학)’이라 한다); “무형의 인격표지의 상업적 이용에 내재된 위험성”, 법학연구, 2009.9.(제19권 제3호 통권 제43호)(이하 이를 ‘안병하, 전계논문(법학연구)’이라 한다). 이 주장은 퍼블리시티권을 인정해서는 안 된다는 국내의 견해 중 보기 드문 내용적 반대론으로서 논의의 편의 상 이하 이를 ‘인격권론’으로 부르기로 한다.

157) 비교적 최근 제기된 것으로 내용적 반대론이라 할 수 있는 인격권론은 사실상 본 연구자의 ‘인격의 유동화’에 대한 대응으로 여겨져 매우 반갑게 생각된다. 건전한 비판과 반론을 통해 이 논의가 더욱 깊어질 것으로 보기 때문이다. 다만, 본 연구자가 ‘인격의 유동화’라는 용어의 조어와 사용을 통해 얻고자 했던 세 번째 목적, 즉 적절한 은유(metaphor)와 비유를 통해 논리학문인 법학 논문의 격조를 올리고자 했던 것은 “자본의 구미에 맞는 것”이라든가(265면), “그 배후에는 이윤추구를 위해 세력을 확장하는 자본의 논리가 숨겨져 있다”거나(265면), “퍼블리시티권의 근거에 놓인 가치관의 위험성”이 있다는 등(249면, 이상 면수는 안병하, 전계논문(법학연구) 논문 참조)의 다소 격한 표현에 의해 상쇄된 면이 없지 않다는 점에서 아쉬움이 남는다.

158) 안병하는 이 주장을 뒷받침하기 위한 각주에서 “우리나라에서 퍼블리시티권 인정을 위한 가장 비중 있는 근거로 기능하는 것 또한 한류상품의 보호라는 자본의 논리이다”라는 언급과 함께, 본 연구자의 논문(“세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 저스티스 2005.8.(통권 제86호))을 제시하고 있다. 안병하, 전계논문(법학연구), 265면 중 각주 60번. 한편 안병하가 제시한 본 연구자 논문의 해당 부분은 본 연구자의 연구방법론 중 하나로서 특히 퍼블리시티권 연구에서 가장 중요한 부분 중 하나라고 주장해온 “정책적인 접근(policy-based approach)”이다.

159) 안병하, 전계논문(법학연구), 265-266면.

160) 위 논문, 264면. 안병하는 이런 염려가 기우가 아니라는 것은 미국에서 퍼블리시티권이 발전해온 경로를 살펴보면 알 수 있다고 한다.

한 비판으로서의 비껴가는 것이라 생각한다. 먼저 정치학이나 사회학 논의라면 몰라도 규범을 연구대상으로 하는 법학에서 너무 이데올로기적 접근이 아닌가 생각된다. ‘자본의 논리’라고 비판하기로 하면, 엔터테인먼트산업이나 한류산업의 상당 부분은 도덕적으로 정당성이 없는 것이거나 매우 부정적인 산업이 되고 말 것이다. 그런데 우리가 살고 있는 사회체제는 자본주의라는 점에서 우리 사회를 규율하고 있는 각종 법률 중에 자본의 논리가 지배되지 않는 법이 어디 있을까 싶다. 다만 자본주의의 폐해가 있으므로 이를 줄이고자 하는 노력이 법에 들어 있는 것이 아닐까?

한편, 퍼블리시티권을 인정하자는 주장을 ‘자본의 논리’라고 비판한다면, 이는 절반은 타당하지만 절반은 그렇지 않다. 자본주의 체제 하에서, 예컨대 각종 프로스포츠의 선수 드래프트 제도, 엔터테인먼트 회사와 소속연예인 간의 계약 등은 어떤 점에서는 사람을 사고파는 것이라는 평가를 받고 있으며 그러한 제도 또는 계약에 자유권적 기본권을 제한하는 내용이 담겨 있기도 한데, 이런 계약이나 제도가 모조리 자본의 논리라고 하여 무효라거나 관련 법령은 위헌이라도 된다는 것인지 의문이 아닐 수 없다. 다만 이러한 계약이나 거래가 해당 산업의 특성을 감안한다 하더라도 지나치게 선수나 연예인의 자유를 제한한다면 공정거래법 등이 개입하여 무효로 판정하듯, 퍼블리시티권을 도입하더라도 보호 범위가 지나치게 넓어 표현의 자유와의 건강한 균형관계가 깨질 정도가 된다면 이를 제한하여<sup>161)</sup> 퍼블리시티권을 향유하는 유명인과 관련 산업의 요구를 충족하면서도 일반 대중을 비롯한 이용자의 공정한 이용을 도모하는 길을 모색할 수 있다. 이러한 갈등 조정을 시도하지도 않은 채 퍼블리시티권 인정론을 자본의 논리라고 폄훼하는 것은 합리성이 결여된 비판이라고 생각한다.

## (나) 법의 역할론

미국에서 퍼블리시티권이 법원에서 법적 권리로 최초로 인정된 것은 1953년 Haelan 판결에서였고, 연방대법원은 1977년에야 비로소 인정하였다. 그러나 인격적 표지를 상업적으로 이용해온 풍토는 이미 그 이전인 20세기 초반부터 있어 왔으며, 반세기가 지나서야 비로소 법원이 판결을 통해 이를 확인해준 것이라고 보는 것이 맞다.<sup>162)</sup> 물론 법원판결이 나오고 일부 주에서 이를 보호하는 법률이 제정됨으로 인해 인격적 표지를 상업화하는 사업, 즉 엔터테인먼트산업이 더욱 활성화된 것은 사실이다. 그러나 순서로 볼 때, 법원이 퍼블리시티권을 인정하거나 관련 법률이 제정된 후에야 비로소 인격적 표지의 상업화가 시작된 것은 아니라는 것이다.

요컨대 현실을 사법부는 판결을 통해, 입법부는 법률제정을 통해 따라간 것이다. 인격권론자가 비판해야 할 진정한 대상은 인격적 표지를 상업화하고 있는 ‘현실’ 또는 ‘풍조’일 수는 있어도,<sup>163)</sup> 이를 뒤따라 권리의 외연을 정하고 권리·의무 관계를 명확히 하는 법원판결이나 법률, 나아가 이를 뒷받침하는 법논리일 수는 없다. 인격권론자들이 비판하는 사회 현상이 ‘인간의 상품화’라고 할 때, 그러한 현상을 퍼블리시티권 또는 이 권리를 소개하거나 찬성하는

161) 퍼블리시티권의 내재적 한계(앞서 본 바와 같이 온사마 관광안내 판결에서 퍼블리시티권을 내재적 한계가 있는 권리로 파악했다는 점을 상기하기 바람)로 접근하거나, 입법을 하게 된다면 관련 법률에서 공정이용 등의 조항을 통해 퍼블리시티권을 제한하는 방식을 상정할 수 있다.

162) 미국에서 Haelan 판결 이전에 인격적 표지의 상업화가 얼마나 활발하게 진행되어 왔는지에 대해서는 남형두, 전게논문(퍼블리시티권-스포츠), 202-205면 참조.

163) 이 또한, 앞서 지적한 바와 같이 정치학, 경제학, 사회학, 문화학 등 사회과학의 영역이고, 법학의 역할은 제한적일 수밖에 없다고 생각한다.

학자들 탓으로 돌리는 것에는 동의할 수 없다. 법과 현실은 상호 영향을 주고받는다. ‘인격적 표지의 상업화’라는 현상 또는 현실은, 최소한 우리나라 법원이 퍼블리시티권을 인정하기 이전부터 있어 왔고, 법원이 일관된 판결을 내리지 않고 있는 오늘날에도 그런 현상은 지속될 뿐만 아니라 더욱 가속화되고 있다. 퍼블리시티권을 인정하는 법원판결이 나오고 학자들이 이를 지지함으로써 이와 같은 현상 또는 현실이 ‘안정화’ 단계로 접어드는 데 도움이 되었을 수는 있다. 그러나 법이 현실을 만들어내는 측면보다는 현실을 법이 따라가는 측면이 더욱 크다고 생각한다. 법의 ‘현실 형성적 기능’에 대해서는 견해 차이가 있을 수 있겠으나, 한류를 중심으로 하는 엔터테인먼트산업계를 놓고 볼 때, 이미 인기 연예인의 성명, 초상 등 인격적 표지를 상업화하는 각종 사업(business)이 다양하게 펼쳐지고 있는 상황에서, 즉 법현상은 저 멀리 가고 있는데, 법과 법률가들은 뒤에서 그렇게 가면 안 된다고 말하는 것이 법의 기능 또는 역할인지는 의문이다. 법이 현실을 무조건 따라가서 그 현실을 정당화해야 한다는 주장은 아니다. 현실 중에서 법이 뒤집을 수 없을 정도로 그 상황이 진전되어 있어, 오히려 법률로 그 상태를 인정하지 않고 반복함으로써 법적 안정 상태를 깨뜨리게 된다면, 그와 같은 입법은 정의로운 것이라고 할 수 없다. 법적 안정성은 구체적 타당성 못지않게 중요한 정의의 한 기둥이기 때문이다. 그러나 법률의 역할은 여기에 그치지 않는다. 법적 안정성을 도모하면서도 포기할 수 없는 중요한 다른 가치가 있다면 현실과 현상에 대해서도 어느 정도 제한을 가할 수 있다. 퍼블리시티권의 인정과 입법은 바로 이런 측면에서 보아야 한다. 유명 연예인을 중심으로 인격적 표지를 상업화하는 것은 우리 사회에서 익히 볼 수 있는 현상으로서 이미 하나의 산업으로 굳건히 자리를 잡고 있는 상황이라면, 법원 판결이 이를 따르지 않고 거역하는 것이 오히려 어렵다. 그러나 지나치게 그 권리가 확장됨으로 인해 표현의 자유가 과도하게 억압되는 부작용이 발생하고, 재판업무를 담당하는 법관들도 구체적인 법률이 없음으로 인해 권리의 인정을 넘어 그 범위, 효과, 보호기간 등에 대해 명확한 판단을 내리기가 어려운 상황에 처해 있다면, 입법을 통해 퍼블리시티권의 범위, 효과, 권리의 제한 등을 명확히 하여 법관들에게는 재판규범을, 산업계와 이용자들에게는 행위규범을 제시함으로써, 법적 안정성과 예견 가능성을 가져올 수 있을 것이다.

#### (다) 인간의 상품화, 장기매매 비유 주장에 대한 반론

인격권론 중에는 인격으로부터 분리된 인격적 표지의 상업화를 요체로 하는 퍼블리시티권을 인간의 상품화라고 공격하면서 마치 노예제, 장기매매 등에 비유하기도 한다.<sup>164)</sup>

그러나 결론부터 말하자면 퍼블리시티권을 장기매매에 비교하거나, 그 과정에서 노예제까지 언급하는 것은 지나치다고 생각한다. 역으로 퍼블리시티권을 인정하지 않으면, 다시 말해 기존의 인격권으로 보호할 수 있는 데까지만 보호하고 인격적 표지를 상업화하여 이를 양도하거나 상속할 수 있는 권리로는 인정하지 않으면, 인격권론이 주장하는 대로 인간의 존엄성이 보호되고, 그렇지 않으면 보호되지 않는 것인가? 타인의 인격적 표지를 허락 없이 함부로 이용하거나 상업적으로 이용하는 행위에 대해 기존의 인격권으로 규율하기 어려운 부분<sup>165)</sup>은 퍼블

164) 안병하, 전계논문(법학연구), 248면.

165) Nimmer의 포기이론이 나오게 된 배경이 바로 여기에 있다. 예컨대 유명인의 사생활은 일반인에 비해 보호되기 어려운데, 그런 유명인의 사생활을 포함한 사적 영역의 인격적 표지를 사용하는 것이 사생활침해, 인격권침해, 명예훼손, 부정경쟁방지행위 등 어디에도 해당이 되지 않는 경우를 상정할 수 있다(물론 표현의 자유 영역에 속하여 위법적 평가를 받지 않는 경우는 제외해야 함은 당연하다). 이 경우 퍼블리시티권이 인정됨으로써 오히려 그와 같은 위법행위로부터 피해자 구제가 가능하게 될

리시티권이 인정되지 않으면 그나마 이를 금지시킬 수 없거나 손해배상으로 구제될 수 없는 경우가 있다. 한편, 퍼블리시티권이 인정되지 않는다고 해서 이용자들이 타인의 인격적 표지를 허락 없이 사용하거나 더 나아가 이를 가지고 영리활동을 하지 않느냐 하면 그렇지 않다는 데 문제의 본질이 있다.

즉 퍼블리시티권이 인정되지 않으면 인격적 표지를 상업적으로 이용하지 않을 것이라는 것은 전혀 논리적이지 않다는 점에서 퍼블리시티권 인정 여부와 인격적 표지의 상업적 활용은 상관관계에 있지 않다. 오히려 퍼블리시티권을 인정함으로써, 타인의 인격적 표지를 허락 없이 영리를 위해 사용하는 이들의 행위를 직접적으로 금지시키거나 금전배상을 통해 간접적으로 금지시키는 것이 보다 정의롭고, 인간존엄성을 지키기에도 도움이 된다. 퍼블리시티권을 인정하지 않음으로써 인간존엄을 지킬 수 있다고 하는 것은, 오히려 그 반대의 효과가 발생할 수 있는 사정을 충분히 고려하지 않은 것으로서 인간의 행동양식, 그리고 법과 권리의 역할에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 생각된다.

그렇다면 지금부터는 퍼블리시티권 인정으로 인간존엄성이 훼손될 수 있다는 인격권론에 대하여 소극적으로 반론하는 것을 넘어, 퍼블리시티권을 인정함으로써 오히려 인간존엄성이 더욱 보호될 수 있다는 것을 적극적으로 논증하고자 한다.

## 1) 양도성/상속성 있는 재산권으로 인정할 경우 통제권 상실로 인한 왜곡현상

인격권론 중에는 본인이 퍼블리시티권을 보유하고 있는 경우에는 심각한 문제점이 없으나 본인을 벗어나 인격권과 분리된 권리로서 타인에게 양도되거나 상속되면서부터 통제권 상실로 심각한 문제점이 발생한다는 이유로 퍼블리시티권을 재산권으로 보호하는 데 부정적인 입장을 취하는 견해가 있다.<sup>166)</sup> 사실 이 점은 인격권론이 퍼블리시티권 인정론을 비판하는 가장 중요한 논거 중 하나다.

본인이 통제할 수 없는 가운데 타인들끼리 본인의 인격적 표지를 양도하거나 이용허락함으로써 본인의 의사와 관계없이 인격적 표지가 사용된다(예컨대 고리대금업 대출광고나 성인용품 판매광고에 자신의 인격적 표지가 사용되는 경우), 해당 본인은 그 사용에 대해 통제권을 행사할 수 없게 된다면 본인은 이런 사용에 대해 수치를 느끼게 될 것이라는 점에서, 초상이나 성명의 상업적 사용에 대한 통제에 인격권적 요소가 분리돼서는 안 된다고 한다.<sup>167)</sup>

퍼블리시티권의 양도성을 부정하거나, 양도성이라는 속성을 가진 재산권인 퍼블리시티권 자체를 인정하지 않음으로써, 위와 같은 통제불능 상태를 막을 수도 있을 것이다. 하지만, 현실은 이미 유명인을 중심으로 인격적 표지의 상업적 활용을 통제할 수 있는 권리를 양도하는 거래 관행이 자리 잡고 있으며,<sup>168)</sup> 역으로 인격권론이 우려하는 위와 같은 상황의 발생을 막기 위해서는 퍼블리시티권을 부정할 것이 아니라 오히려 인정할 필요가 있다. 이하 반대론의 논거를 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

## 2) 계약에 의한 통제 - 직접 계약당사자 간

것이다.

166) 최형구, 전제논문(양도성), 275면.

167) 위 논문, 같은 면.

168) 이런 관행에 법적 확인 또는 승인이 주어졌는지에 관해서는 의견이 분분하지만(대표적인 예로 김영훈 판사와 본 연구자 간의 의견 차이를 들 수 있다), 이런 거래 관행이 있다는 점에 대해서는 학계나 실무계에서 부인하는 예가 거의 없다.

퍼블리시티권의 양도성을 인정하더라도<sup>169)</sup> 계약으로 통제가 가능하다. 위와 같은 부작용을 우려한다면 양도계약 형태가 아닌 이용허락계약 형태로 계약을 체결할 수 있을 것이며, 양도 계약 형식으로 한다고 하더라도 계약의 내용(특약)으로 권리의 행사를 제한할 수 있다. 만약 양도 계약을 체결하면서 위와 같은 부작용을 막기 위한 계약 조항을 넣지 않았다면, 이는 두 가지 경우를 예상할 수 있다. 첫째 이를 감수해야 할 정도로 경제적 보상이 큰 경우다. 예컨대 유명배우가 포르노 영화에 출연한다면 그 개런티가 그렇지 않은 경우보다 많을 수 있을 것이다. 계약내용에 제한을 두지 않는다면 제한이 있는 경우에 비하여 경제적 보상이 클 것이기 때문이다. 둘째 법률적으로 자신을 보호하는데 노력을 기울여 한 경우인데, 이에 따른 불이익은 본인이 감수해야 할 부분이라고 볼 수도 있다. 엔터테인먼트산업에 있어서 법의 역할, 변호사의 역할이 중시되는 까닭이 여기에 있다.

### 3) 계약 외 통제 방법 - 전전 양수된 경우

위 (ii)의 경우는 계약으로 통제할 수 있는 범위가 직접 계약당사자인 양수인에게만 그치게 된다. 즉 퍼블리시티권이 양도된 후 전전 양도된다면, 전전양수인에 대해서는 별도의 공시방법이 없는 재산권이라는 점에서 권리자는 계약상 특약의 존재를 들어 제3의 양수인에게 퍼블리시티권 행사 방법의 제한을 주장하기 어려울 수 있다. 그 점에서 양도성이 가져올 부작용을 지적하는 인격권론의 주장에는 일리가 있다. 그러나 그런 부작용이 있을 수 있다고 해서 양도성이 주는 이점, 엔터테인먼트 산업계의 요구 및 현실에 비추어 이를 전면적으로 인정하지 않겠다는 것은 마치 빈대를 잡기 위해 초가를 태우는 격이라고 할 수 있다.

한편 이와 같이 계약으로 통제할 수 없어도 권리자 입장에서 속수무책인 것만은 아니다. 다른 법 또는 법리로 이를 해결할 수 있기 때문이다. 즉 양도 또는 상속된 후에 권리자의 인격 또는 명예를 심하게 훼손하는 방식으로 퍼블리시티권이 활용된다면(한편 직접 계약당사자가 아니므로 계약으로 이를 통제할 수 없는 경우), 명예훼손(죄)의 책임을 물을 수 있고, 그밖에 다른 법리<sup>170)</sup>로도 이를 막을 수 있을 것이다. 또한 계약 법리로도 전혀 풀 수 없는 것은 아니다. 당사자 간에 계약이 없는 제3자에 대해서라도, 퍼블리시티권은 그 권리에 내재하는 인격적 요소로 인해 권리자의 인격 또는 명예를 심하게 훼손하는 방식을 피하여 사용하기로 한다는 묵시적 합의 또는 사회적 관행이 있다고 볼 수도 있다. 또는 그렇게 적극적으로 해석할 필요가 있다.

### 4) 권리자가 오히려 원하는 바임 - 포기의 원칙(Doctrine of Waiver)

역으로 양도성을 인정하지 않는 것이 권리자를 보호하는 것이 아닐 수도 있다. 적극적으로 이용하고자 하는 유명인에게는 양도성을 부인하는 것(퍼블리시티권을 인정하지 않는 것 포함)이 오히려 반가운 일이 아닐 수도 있다. 나아가 적법하게 대가를 지불하고 타인의 인격적 표지를 사용하고자 하는 영업자는 퍼블리시티권에 양도성이 인정되지 않는다면, 직접 본인으로

169) 이 말은 결국 양도성의 속성을 지닌 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정한다는 것과 같은 뜻이다.

170) 부정경쟁방지법상 tarnishment 법리가 그것인데, 예컨대 미키마우스와 백설공주 캐릭터를 이용하기로 하는 계약을 체결한 경우 사용범위를 정하지 않았더라도 이들 캐릭터를 포르노물(애니메이션)에 사용해서는 안 된다는 것이 위 법리에 의해 도출될 수 있다고 한다.



부터 허락을 받지 않으면 안 되고, 그나마 사망한 후에는 더욱 그 진정한 권리자를 찾기 어렵다는 점에서, 오히려 합법적인 계약을 통한 이용보다는 불법적인 이용을 조장하게 될 수도 있다. 게다가 소송실태가 법으로 금지되어 있는 우리나라에서는 자신의 인격적 표지를 불법적으로 사용하는 자에 대하여 권리구제를 받기 위해서 본인이 직접 원고가 되지 않으면 안 되는 상황도 발생하게 된다.<sup>171)</sup> 이러한 답답한 시스템은 오늘날 엄청난 속도로 발전해 가고 있는 엔터테인먼트 산업의 현실에 비추어 보면, 날아가는 비행기를 걸어서 잡겠다는 것으로 비유할 수 있을 것이다.

## 5) 오히려 정의롭지 않은 결과 초래

한편 퍼블리시티권의 양도성을 인정하지 않으면, 당사자 간에 퍼블리시티권을 양도하기로 한 계약은 인격권에 대한 양도로 인정되어 그 계약은 무효로 될 소지가 높다. 이렇게 되면 양수한 사람이 무효라고 해서 임의로 얼마든지 대가 지불하지 않고 쓰게 되어 양도성을 인정하지 않음으로써 퍼블리시티권자를 보호하려는 의도와 달리 보호하지 않게 된다. 양도성을 인정하지 않아서 이런 결과가 초래되는 것보다는 오히려 권리자가 양수인에게 그 대가를 요구할 수 있게 하고, 대가지급과 계약을 통한 통제를 한다면 인간존엄성이 더욱 지켜질 수 있을 것으로 생각된다.

## 6) 소결

퍼블리시티권에 양도성을 부여하는 것, 즉 양도성 있는 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정하는 것으로써, 오히려 권리자가 통제권을 가질 수 있어 권리자의 인격권 및 재산적 권리가 보호될 수 있다.<sup>172)</sup> 퍼블리시티권의 양도성을 인정하지 않음으로써 인격적 표지 본인의 인간존엄을 보호할 수 있다는 것은 오히려 그 반대의 결과가 초래될 수 있고, 반면에 양도성을 인정함으로써 퍼블리시티권자의 인간존엄이 보호될 수 있다는 것은 마치 음란물의 저작물성을 부정하는 것이 오히려 음란물의 유포를 조장시키고 반대로 저작물성을 부여함으로써 저작권에 의해 음란물 유포가 제한될 수 있는 것과 같은 이치라 할 것이다.<sup>173)</sup> 즉 양도 또는 상속 이후 퍼블리시티권자의 인간존엄성이 훼손되는 것을 막기 위해서는 별도의 법리 또는 이론으로서 인간존엄성이 훼손되는 결과를 막아야 하는 것이지 양도성을 부정하고, 양도성을 지닌 퍼블리시티권의 존재를 부정함으로써 달성할 수 있는 것이 아니다.

## (라) 적극적 반론 - 산업정책적 고려

지금까지는 주로 인격권론 주장 중 퍼블리시티권 보호는 인간의 존엄성을 훼손한다거나 자본의 논리에 충실한 것이라거나 인간성을 황폐화시킬 수 있다는 것에 대해 그렇지 않음을 소극적 측면에서 반론을 제기하였다면, 본 항에서는 오히려 퍼블리시티권을 인정해야 할 적극적

171) 김민희 판결에서는 손해배상청구권을 양도받은 사람이 원고가 되었지만 소송실태에 관한 논의가 없었음에 반해, 효도르 판결에서는 퍼블리시티권자(효도르)의 권리의 소송상 행사할 수 있는 권리를 신탁받은 지위에서 소송을 제기하는 것은 소송신탁금지를 규정한 신탁법에 저촉될 염려가 있다는 이유로 기각되었다.

172) Hoffman, 전계논문, 117면.

173) 남형두, 전게서, 105-106, 133면.

인 이유를 제시하고자 한다.

먼저 위와 같은 반대론은 정책적 고려(policy based approach)를 지나치게 도외시하고 있다.<sup>174)</sup> 이는 우리나라의 엔터테인먼트 산업 현실에도 부합하지 않을뿐더러, 권리주체(right holder)도 대체로 원치 않는 일이다. 세분해 본다면, 유명인(right holders)의 경우 금지청구까지 가능할 뿐만 아니라, 보호 영역(유행어, likeness)이 넓어진다는 점에서 퍼블리시티권의 도입을 반대할 가능성이 별로 없다. 엔터테인먼트 산업계는 더욱 말할 것도 없다. 특히 인격표지의 경제적 가치를 공동 생산하는 당사자(co-creator)라는 입장에서 퍼블리시티권을 도입함으로써, 투자자본의 회수가 용이하다는 장점과 더 나아가 한류산업, 국가경쟁력, 고용창출 등의 효과도 무시할 수 없다. 소비자들(the public) 입장에서 퍼블리시티권 도입으로 인해 표현의 자유가 위축되는 결과가 가장 우려되는 점이지는 하지만, 위의 여러 가지 이점과 비교衡量할 때, 퍼블리시티권 도입에 결정적 장애가 되기는 어렵다고 본다.

퍼블리시티권 보호를 위한 정책적 접근에 대해서는 본 연구자의 선행논문으로 구체적인 논거를 대신하기로 한다.<sup>175)</sup>

## (6) 내용적 반대론에 대한 소결

이상에서 본 바와 같이 내용적 반대론은 퍼블리시티권을 인정하고 입법화하는데 장애가 될 수 없다. 다만 극과 극은 통한다는 점에서 내용적 반대론의 주장은 퍼블리시티권의 지나친 보호를 제한하는 데 참고할 부분이 있으며 퍼블리시티권 입법 시 적극 반영할 필요가 있다고 생각한다.<sup>176)</sup>

### 나. 형식적 반대론

전 항에서는 퍼블리시티권이 보호하려는 가치나 이익을 권리로 인정하는 것에 대해 반대하는 내용적 반대론에 살펴보았다. 여기에서는 퍼블리시티권에 의하여 보호하려는 가치나 이익은 기존의 법리로 보호가 가능하므로 별도로 권리를 창설하거나 입법이 필요하지 않다는 형식적 반대론에 대해 살펴보려고 한다. 형식적 반대론은 결국 “입법적 해결론”에 반대하는 것이므로 입법을 위해서는 반드시 극복해야 할 대상이다.<sup>177)</sup>

174) 우리나라 법학자들은 법학논의에서 policy based approach에 대단히 인색한 편이다. 심지어 미국에서는 법원의 판사들조차 이와 같은 정책적 고려를 자주 하는데 반해, 우리나라에서는 법원 판사보다는 훨씬 자유로운 논의전개가 가능한 법학자들이 정책적 접근 또는 고려를 하는 것에 대단히 소극적인 자세를 보이고 있는 것은 “법학을 위한 법학”, “논리를 위한 논리”의 연장선이라는 점에서 동의하기 어렵다.

175) 남형두, 전계논문(문화산업), 47-64면; 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-한류), 119-120면 참조.

176) 한편, 최형구 교수는 반대론에 서면서도 별도의 입법에는 찬성하고 있다. 최형구, 전계논문(상속성), 362면.

177) 본격적 논의에 앞서 본 연구자는 인격권론과의 건강한 토론을 위해 합리적 논의를 방해하는 몇 가지 비논리를 지적하고자 한다. 인격권론 중에는 다음과 같은 주장이 있고 이와 같은 주장이 후속 논의에 비판 없이 인용되는 경우가 많이 있다. 예컨대 (i) 퍼블리시티권 인정론에 대해 미국의 퍼블리시티권 이론의 소개나 약간의 변용에 그치고 있다. 안병하, 전계논문(법학연구), 248면 중 각주 2번. (ii) 우리나라에서 인정·도입하려는 퍼블리시티권은 미국의 퍼블리시티권이며, 권리창설의 종주국이라 할 수 있는 미국에서조차 개념, 양도성, 상속성, 존속기간 등이 통일되어 있지 않다는 점에서 우리가 입법하거나 법원 판결이 이를 따르는 것은 적절하지 않다. 최형구, 전계논문(상속성), 362면.

위와 같은 인격권론의 주장은 마치 퍼블리시티권 인정론을 우리와 문화와 법제도가 다른 ‘미국 따라하기’처럼 호도하는 경향이 있어 부적절하다. 이러한 견해는 지난 20여년 사이 우리나라에서 한류스

형식적 반대론은 내용적 반대론과 달리 인격적 표지가 본인의 허락 없이 상업적으로 이용되는 것을 통제할 이익이나 권리를 인정한다. 문제는 기존의 법리로써 이러한 이익이나 권리의 보호가 가능한가에 있다.<sup>178)</sup>

### (1) 포기의 원칙(Doctrine of Waiver)에 대한 이해부족 - heroes v. celebrities

유명인의 경우 적극적으로 자신의 성명이나 초상을 알리기를 원하기 때문에 그것이 무단 사용되었다고 해서 정신적으로 고통당했다고 주장하기가 쉽지 않다는 퍼블리시티권 인정의 논거에 대하여, 반대론은 유명인이 알리고 싶어 하는 것은 자신의 성명, 초상 또는 자신의 performance나 인격적 부분일 뿐, 타인이 그것을 상업적으로 이용하여 이익을 얻도록 하는 것에 있지 않음은 명백하다고 하면서, 그와 같은 무단사용은 분명 유명인에게 정신적 고통을 준다고 비판한다.<sup>179)</sup>

결론적으로 말하자면, 반대론의 위 논거는 오히려 퍼블리시티권을 인정해야 할 논거가 된다. 반대론의 위 주장은 마치 퍼블리시티권의 주체로 논의되고 있는 유명인을 19세기 이전의 영웅(heroes)으로 오해하는 경향이 있다. 오늘날 유명인은 ‘heroes’라기보다는 ‘celebrities’로서 자신을 알려서 높은 평판과 명예를 얻는 것에 만족하지 않고, 적극적으로 자신을 공개하여 그 대가를 얻는 것에 오히려 관심이 있다.<sup>180)</sup> 퍼블리시티권 논의의 대상이 되는 유명인은 영웅적 이미지(heroic image)보다는 경제적 이익에 더욱 관심이 있다는 점에서 위 반대론과 같이 무단사용을 못하게 하는데 관심이 있는 것이 아니라 사용에 대한 대가를 받는 것에 관심이 있다는 쪽으로의 발상의 전환이 요구된다.

한편, 경제적 대가는 사전에는 사용료가 될 것이지만 사후에는 재산권침해에 따른 손해배상 형식이 될 것인데, 무단사용에 따른 사후 손해배상의 경우에는 재산권침해에 따른 손해배상

---

타를 비롯한 인기 가수, 배우, 스포츠선수의 성명, 초상 등 인격적 표지가 상업화되고 관련 산업(business)이 성행하는 것이 미국의 퍼블리시티권을 국내에 도입했기 때문이라고 보는 것인지 묻고 싶다. 우리나라에서 급격하게 성장한 한류산업, 엔터테인먼트산업을 면밀히 관찰하고 그 산업을 중심으로 하는 각 역할자들(스타 연예인, 대중, 매개산업) 간의 법률관계를 적절히 균형 해야 할 필요성이 생겼고, 이를 위해 종래 우리나라에는 없지만 미국에서는 이미 논의 된지 오래인 퍼블리시티권을 우리나라의 실정과 법체계에 맞게 도입하고 적용해보려는 시도를 미국 제도를 무비판적으로 수용하려는 것으로 매도하는 것은 옳지 않다. 또한 미국에서 퍼블리시티권을 연방 차원에서 입법화하지 못하는 것은 미국의 연방법과 주법의 관계, preemption의 문제 등 연방제의 특수성을 고려하지 않고는 이해할 수 없다. 미국 내에서도 유명인(celebrities)으로 인한 부의 창출이 많은 몇 개의 주(인디애나주, 테네시주, 조지아주 등)와 그렇지 않은 주 간에는 퍼블리시티권 보호에 관해서 마치 국제적 이해관계처럼 견해 차이가 좁혀지지 않는 점도 있다. 그렇다면 퍼블리시티권 제도의 도입을 고려할 때 우리나라와 미국 전체를 비교하는 것보다는 우리나라가 미국 51개 주 중에서 엔터테인먼트 산업 또는 celebrity 산업 측면에서 어느 주 정도에 위치하는가를 논의하는 것이 더욱 바람직할지도 모르겠다.

178) 최형구, 전게논문(양도성), 276면. 한편, 연예인의 예명은 성명권, 저작권법상 인격권(성명표시권), 상표권으로 보호가 가능하고, 그밖에 퍼블리시티권에 의한 보호가 필요한 영역이 얼마 되지 않을 것이라는 전제하에 퍼블리시티권의 인정과 입법에 지극히 회의적인 주장(박성호 교수)도 넓게 보아 이에 포함된다고 할 수 있다. 박성호, “실연자의 ‘예명’에 대한 법적 보호(하) - 성명권·성명표시권·상표권, 그리고 이른바 ‘퍼블리시티권’을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조 2007.11.(통권 제614호), 215면. 박성호 교수는 퍼블리시티권이라는 개념을 통해 보호하고자 하는 내용은 종래의 인격권 개념에 의하더라도 그 보호가 가능하다고 하면서, 더 나아가 퍼블리시티권을 인격권으로 파악하여 양도와 상속이 불가능하다고 보는 인격권설이 타당하다고 한다. 박성호, “인격권의 변용”, 법학논총 2006.10.(제23집 제2호), 15-16면.

179) 최형구, 전게논문(양도성), 277면.

180) ‘heroes’와 ‘celebrities’의 차이에 대해서는 남형두, 전게논문(퍼블리시티권-한류), 93면 중 각주 23번 참조.

외에 정신적 손해도 배상이 가능하다는 점에서,<sup>181)</sup> 퍼블리시티권을 인정하면 위 반대론이 우려하는 경우도 구제할 수 있다.

정리하자면 유명인이 자신의 인격적 표지를 상업적으로 이용하는 것에 대한 관점이나 태도(attitude)의 변화로 인하여 적극적으로 사전에 계약을 통해 자신의 인격적 표지를 판매(sale) 하기도 하는데, 이 경우 정신적 손해라는 것은 상정하기 어렵다는 점에서 위 반대론은 타당하지 않다. 또한 무단 사용에 따른 사후 손해배상에 있어서 사용료에 해당하는 손해배상 외에 정신적 손해배상도 가능하다는 점에서 위 반대론이 우려하는 것도 해결될 수 있으므로 반대론의 ‘포기의 원칙’에 대한 비판은 충분한 설득력을 얻기 어렵다.

## (2) 손해배상 범위나 입증의 차이

반대론 중에는 초상권 또는 성명권 등 인격권으로만 파악하는 한 손해배상청구 시 정신적

---

181) 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상에 있어서 재산상 손해 외에 정신적 손해배상을 청구한 사건에서, 대체로 법원은 재산상의 손해로 인하여 받는 정신적 고통은 그로 인하여 재산상 손해의 배상만으로 전보될 수 없을 정도의 심대한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해배상으로써 위자된다고 할 것(대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등)이라는 이유를 들어 기각하여 왔다. 여기에서 ‘특별한 사정’, 즉 퍼블리시티권 침해 사건에서 재산상 손해배상 외에 정신적 손해배상까지 인정한 예는 드물지만 없지는 않다(대표적으로 이의정 판결). 따라서 위 반대론이 우려하는 예외적 상황은 이의정 판결에서와 같이 정신적 손해에 대한 주장과 입증이 성공한다면 퍼블리시티권 인정과 관계없이 구제될 수 있다.

한편, 퍼블리시티권 침해 사건에서 재산상 손해 외에 정신적 손해를 인정하는데 있어 우리나라 법원이 지나치게 인색한 점은 다소 문제가 있다고 생각한다. 이는 우리나라 법원의 손해배상 재판실무에서 손해액 산정에 관한 일반론과도 관련이 있는데, 범위를 좁혀 지적재산권 침해에 따른 손해배상 재판에서 본다면, 저작권, 특허권, 상표권의 무단 사용에 따른 손해배상의 경우에 통상 사용료 상당(저작권법 제125조 제2항, 특허법 제128조 제3항, 상표법 제67조 제3항)을 손해배상액으로 삼는 것은 법에 의한 것이지만, 그것에 그칠 경우 사전에 계약을 체결하고 지적재산권을 사용한 자와 무단 사용 후 배상하는 자가 부담하는 금액이 같게 되어 극히 부당하다고 생각한다. 무단 사용자의 전부가 권리자로부터 소송을 당하여 손해배상을 하는 것은 아닐 것이므로, 일단 무단 사용하고 적발되어 소송을 당하면 그때 배상하면 된다는 식으로 행동 양식을 삼는 경우, 준법의식이 흐려질 수 있기 때문이다. 따라서 양자(사전 계약체결 후 사용하는 자와 무단 사용하는 자) 간에 사용료/손해배상금의 차등을 주는 것이 정의 관념에 맞다. 여기에서 ‘차등’을 주는 정책 중 하나로 징벌배상 제도를 생각할 수 있다. 즉 타인의 지적재산권을 침해한다는 것을 알면서도 악의적으로 침해하는 경우에는 사전 계약에 따라 지불하는 통상 사용료 외에 추가적인 배상액을 징벌배상으로 지불하게 하는 것이다. 이런 징벌배상 제도가 있다면, 무단사용을 부추기는 문화가 사라지는데 크게 일조할 것이다. 그런데 우리나라에서는 아직까지 징벌배상 제도가 인정되고 있지 않으므로 이 논의는 본 연구에서 더 다루지 않기로 한다. 결과적으로 저작권, 특허권, 상표권의 경우에는 통상 사용료를 손해배상액 산정의 한 방식으로 정하고 있는 이상, 이런 방식에 의할 경우 사전 계약 후 사용자나 무단 사용자를 같게 대우할 수밖에 없는 한계가 있다. 그런데, 본 연구의 대상인 퍼블리시티권의 경우는 사정이 다르다. 위 반대론(최형구 교수)이 지적한 바와 같이 인격적 표지를 무단 사용 당한 자의 경우 경제적 이익에 관심이 있기도 하겠지만 더러는 정신적 손해를 호소하는 경우도 있다. 한편 퍼블리시티권은 재산권이면서도 본래 인격권에 그 뿌리를 두고 있어서 인격적 요소가 있다는 점에서 침해 시 정신적 손해를 인정하는 것이 특허권이나 상표권 침해에 있어서보다 훨씬 수월하다. 그런데 우리 법원은 위 대법원판결에 의해 너무도 쉽게 정신적 손해 배상청구 부분을 기각하고 있다. 다시 말해 퍼블리시티권 침해 사건에서 정신적 손해배상 요건을 극히 엄격히 하고 있다는 것이다(적어도 이의정 판결 정도는 되어야 정신적 손해를 인정하고 있다). 지적재산권 침해에 따른 손해배상 재판 실무에서 ‘사전 계약 사용자’와 ‘무단 사용자’ 간의 합리적 차등이 필요한 상황에서 적극적으로 그 차등을 인정하는 손해배상 실무가 요구된다는 점에서 그 권리에 인격적 속성이 내재하고 있는 퍼블리시티권이나 저작권(저작권에는 저작인격권도 있음을 상기 바람) 침해 사건에서는 위 ‘차등’을 적극적으로 인정한다는 의미에서라도 ‘무단 사용자’에 대해서는 위 ‘특별한 사정’을 적극적으로 인정하여 재산상 손해 외에 정신적 손해를 인정할 필요가 있다고 생각한다.

손해인 위자료 외에 재산적 손해를 별도로 인정하기 어렵다는 도입론에 대하여 인격권침해로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우에도 그 인과관계만 입증하면 손해배상을 받을 수 있는 것은 당연한 법리이기 때문에 도입론의 논거가 불충분하다고 한다.<sup>182)</sup>

인격권으로 의율하더라도 인격권침해에 따른 재산상 손해액 인정이 가능하다는 위 반대론은 이론상 맞다. 그런데 재산권으로 확고하게 자리 잡은 지적재산권(저작권, 상표권, 특허권)에서조차도 침해 시 손해액의 입증이 어려워 민법의 일반원칙(제750조)에 대한 특칙조항<sup>183)</sup>을 여럿 두고 있는 마당에, 하물며 인격권 침해 시 재산상 손해를 충분히 배상받을 수 있을 것이라는 반대론 주장은 대단히 낙관적인 것이라고 하지 않을 수 없다. 한편, 실무에서는 재산권의 일종인 퍼블리시티권 침해로 법리구성을 하는 경우에도 그 침해 시 재산상 손해액 인정에 어려움이 있어 법률상 근거 없이 사실상 저작권법 등 지적재산권침해에 따른 손해배상 조항을 유추 적용하고 있는 것이라고 지적하기도 한다.<sup>184)</sup>

우리나라의 손해배상 법체계, 지적재산권법의 손해배상에 관한 특칙, 실무관행 등을 종합해 보면, 굳이 퍼블리시티권을 인정하지 않더라도 인격권 침해에 따른 재산상 손해가 인정될 수 있으니 인격권으로도 충분하다는 주장은 너무나 현실과 동떨어진 것이라고 하지 않을 수 없다.

### (3) subject matter 확대 문제

인격권으로도 충분하다고 하는 주장의 대부분은 퍼블리시티권의 대상을 초상, 성명을 상업적으로 이용하는 권리라고 단정하거나, 의도적으로 초상, 성명만을 대상으로 논의하는 경향이 있다.<sup>185)</sup>

초상, 성명에 대해서도 인격권으로 충분히 보호할 수 없는 영역<sup>186)</sup>이 있지만, 초상, 성명 외의 여러 가지 인격적 표지에 대해서는 도저히 기존의 인격권 법리로 보호가 불가능한 영역이 있다. 그리고 시간이 흐를수록 이런 영역은 많아지고 있다는데 인격권론의 한계가 있다.

예컨대 TV 개그프로그램에서 인기를 끈 유행어나 말투는 바로 광고 등에 활용되는 예가 흔하다.<sup>187)</sup> 이와 같은 유행어나 말투, 특정 분장을 허락 없이 흉내 내어 제품이나 서비스 광고

182) 최형구, 전계논문(양도성), 276-277면.

183) 저작권법 제125조 내지 제127조; 상표법 제67조, 제68조; 특허법 제128조 내지 제130조.

184) 김영훈, 전계논문, 363-365면. 김영훈 판사에 의하면, 퍼블리시티권 침해에 따른 손해배상청구 재판에서 법률상 근거 없이 저작권법 등 지적재산권법 상의 손해배상 규정을 유추 적용하는 것은 민법의 일반 원칙에 따른 경우 권리자에게 손해 발생을 입증하기가 거의 불가능에 가까워 구체적 수입 감소가 없었다는 사정만으로 재산상 손해가 없다고 하는 것은 부당하기 때문이라고 한다. 위 논문, 375-376면.

185) 대표적으로 최형구 교수를 들 수 있다. 그는 인격적 요소에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

“엄격하게는 사람의 동일성(identity) 전체를 포괄하는 의미로서의 persona를 대상으로 하며, 이 persona는 초상, 성명 뿐 아니라 음성, 습성, 실루엣, 헤어스타일, 의상, 유행어, 애장품까지도 포함된다. 하지만 논의의 편의를 위하여 본고에서는 초상 또는 성명만을 대상으로 언급하고자 한다”

최형구, 전계논문(양도성), 274면 중 각주 12번(인용문 중 밑줄은 본 연구자가 친 것임). 최교수는 “논의의 편의를 위하여” 대상을 초상, 성명으로 국한한다고 했지만, 인격권으로 담아낼 수 없는 인격적 표지를 배제하고 초상, 성명만을 대상으로 논의한다는 것 자체가 문제가 아닐 수 없다.

186) 결국 이 영역은 퍼블리시티권이 기능하는 영역이라 할 것이다.

187) KBS2의 인기 프로그램인 개그콘서트에 출연하는 최효종은 최근 ‘애정남’, ‘사마귀 유치원’ 등으로 데뷔 이후 최고의 인기를 끌고 있는데, 본인 표현에 따르면 과거에 비해 수입이 100배나 상승했다고 한다. 조혜림, “최효종 수입, 100배 차이? 한 순간에 대세로 자리매김한 결과”, 한국일보 2012. 1. 16.자, [http://reviewstar.hankooki.com/Article/ArticleView.php?WEB\\_GSNO=10020522](http://reviewstar.hankooki.com/Article/ArticleView.php?WEB_GSNO=10020522) (2012. 1. 17. 방문). 그도 그럴 것이 라디오를 듣다보면 같은 프로그램에 붙는 광고 중에 최효종의 목소

에 사용한다면, 이는 정의의 일반 원칙 중 하나인 부당이득금지의 원칙(prevention of unjust enrichment)에 반한다고 하지 않을 수 없다. 법원 판결 중에도 유행어,<sup>188)</sup> caricature,<sup>189)</sup> 실루엣<sup>190)</sup> 등에 퍼블리시티권을 인정하는 예가 있고 계속 확장 추세에 있다. 이런 대상에 대해서까지 초상권과 성명권 등 인격권이 미친다고 할 수는 없을 것이다. 기본적으로 초상권이나 성명권은 실제 초상이나, 실명을 전제로 한다고 할 수 있는데, 실제 초상이 아닌 이미지나 유사한 것(likeness), 실제 이름이 아니지만 그 사람을 지칭하는 것으로 볼 수 있는 예명, 별명 등에까지 초상권이나 성명권이 광범위하게 미친다고 하기는 어렵다. 뿐만 아니라 동방신기 사건이나 가비엔제이 사건에서 본 바와 같이 특정 개인이 아닌 그룹이나 단체를 지칭하는 명칭에 대해서까지 자연인을 전제로 하는 성명권으로 규제하기는 쉽지 않다. 박상민 모창 사건<sup>191)</sup>에서 본 바와 같이 영업표지로 인정되지 아니하여 부정경쟁방지법으로 의율할 수 없는 사안이지만, 특정 가수의 독특한 외모를 허락 없이 이용하여 영리행위를 한다면 똑 같을 수 없고 흉내를 내었을 뿐인 이런 사안에 대해 초상권 침해라고 할 수 있을지도 의문이다. 망인에 대해서는 원칙적으로 초상권이나 성명권 등 인격권 침해가 발생할 수 없다. 인격권이라는 것은 생존 인물을 전제로 하는 것이고, 다만 예외적으로 망인의 초상 등이 망인을 욕되게 이용된다면 상속인이 망인에 대하여 갖는 경애추모의 정을 해한다는 논리로 구제할 수는 있겠지만, 만약 망인을 욕되게 하는 것이 아니라면 마음대로 써도 되는가?<sup>192)</sup>

이상에서 본 여러 가지 사안에서 보는 바와 같이 기존의 초상권, 성명권 등 인격권으로 답아낼 수 없는 사안들이 속출하고 있는 현실에서 오로지 실제 초상과 성명에만 그것도 부분적으로 기능할 수밖에 인격권으로 해결이 가능하므로 퍼블리시티권이라는 새로운 권리를 인정할 필요가 없다고 보는 것은 대단히 시대착오적이라고 하지 않을 수 없다.

퍼블리시티권이 현실에서 이용되는 예를 더 들어보자. 예컨대 인격권으로 충분하다는 견해가 들고 있는 대로 persona에는 스타의 애장품도 포함된다.<sup>193)</sup> 어떤 스타가 쓰던 물건으로서 그 물건이 그 유명인의 동일성을 나타내주거나 연관성이 있는 어떤 의미를 지닌다면 이는 같은 종류, 같은 품질의 다른 물건과는 그 의미(meaningness)가 다르다고 할 것이다. 따라서 이를 영업에 활용하는 경우도 심심치 않게 볼 수 있다. 예를 들어 배용준이 일본 방문 중 들렀던 식당과 호텔이 명소가 되었는데 여기에는 호텔과 음식점 주인의 독특한 상술이 작용하였

---

리 또는 최효중의 인기 유행어를 소재로 하는 것이 앞뒤에 연이어 나오는 경우를 자주 접할 수 있다. 유명인의 목소리를 이용한 라디오 광고, 또는 그의 목소리가 아닌 비슷한 특징을 가진 목소리를 이용한 라디오 광고, 또는 유행어만을 이용한 광고 등에 있어서 해당 유명인의 허락을 얻지 않고 그와 같은 상업적 광고가 이루어질 수는 없다. 이와 같이 현실 세계(특히 광고)에서는 이미 퍼블리시티권을 이용한 비즈니스가 매우 활성화되어 있고, 그 이용형태도 인격권론이 의도적으로 축소시켜 놓은 초상이나 성명을 뛰어넘는 매우 다양한 형태를 띠고 있다는 점에서 인격권론의 이 부분주장은 현실을 도외시한 것이라거나 논리성이 부족하다는 비판을 받기에 충분하다.

188) 옷찾사 따라와 판결, 정준하 판결 등.

189) 정준하 판결; 서울중앙지방법원 1997. 8. 1. 선고 97가합16508 판결(이하 이를 “임격정 판결”이라 한다) 등.

190) 옷찾사 따라와 판결.

191) 박상민 모창 사건의 항소심과 상고심 판결의 상제는 후술하기로 함.

192) 최근 LG에서 출시한 CYON이라는 휴대폰의 TV광고에서 ‘티파니에서 아침을’이라는 영화에 출연했던 오드리 햅번과 그 영화의 한 장면을 이용한 적이 있었다. 오드리 햅번은 사망한지 오래되었지만, LG측은 오드리 햅번 재단과 그 초상을 광고에 사용하기로 하는 계약을 체결한 것으로 알려졌다. Hyung Doo Nam, *The Emergence of Hollywood Ghosts on Korean TVs: The Right of Publicity From The Global Market Perspective*, Pac. Rim L. & Pol’y J. Vol. 19, No. 3, 487 (2010).

193) 최형구, 전게논문(양도성), 274면 중 각주 12번.

다든지,<sup>194)</sup> 김연아가 먹다 남긴 한과를 이용하여 홍보전략을 썼다가 해프닝으로 끝난 사례<sup>195)</sup> 등, 물론 이런 것들은 유명인의 애장품은 아니지만 유명인이 먹다 남긴 음식이나 방문한 장소를 영업에 활용한 것은 영업전략으로서 일종의 value marketing이라고 할 수 있다. 돈까스나 케이크의 품질이나 맛이 전과 다르지 않은데도 고객이 늘어 매출과 이익이 늘어났다면, 이것을 단지 그 업자의 뛰어난 마케팅(marketing) 능력이라고만 보아 그 이익 증가분을 그 업자가 다 차지하는 것이 옳은 일인가? 사실 스타가 남긴 음식은 그때만이 아닐 수 있다. 그런 점에서 위 식당들은 스타를 자신의 식당에 유치하고 그 이후의 상황에 이른바 스토리텔링 기법을 가미하여 팬들로 하여금 그 식당과 스타와의 연관성을 부각시키는데 성공한 것이다.<sup>196)</sup> 식당이나 관광산업의 마케팅 기술은 법적으로 보자면 헌법에 보장된 영업활동의 자유로 풀이할 수 있다. 그러나 영업활동의 자유라고 해서 타인의 재산권 또는 재산권은 아닐지라도 타인의 권리 또는 이익으로 귀속될 수 있는 것에 편승하여 영업실적이 크게 좋아졌다면, 그 ‘타인의 것’이 무엇인가에 따라 식당 또는 관광지의 늘어난 이익의 일부는 그 타인에게 돌려져야 할 것이다. 여기에서 그 ‘타인의 것’이 과연 법적으로 보호할 만한 것인가의 논의가 필요하다. 더 나아가 법적으로 보호할 만한 것인가를 논하기에 앞서, 그 신장된 이익이 누구에게 돌아가는 것이 정의로운가, 공평한 상태는 어떤 것인가의 논의가 선결되어야 할 것이다. 여기에서 퍼블리시티권 논의의 존재 의의가 있는 것이다. 과연 이런 영역을 기존의 성명권과 초상권이라는 인격권의 법리로 담아낼 수 있을까?

#### (4) 표현의 자유를 더욱 억압하는 모순 현상 발생

퍼블리시티권을 인정하지 않고 기존의 인격권 법리로도 충분하다는 논의에 설 경우, 일응 퍼블리시티권을 인정하는 경우에 비하여 유명인의 인격적 표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리가 축소되고 반대로 이용자의 표현의 자유는 신장되는 것으로 이해할 수 있다. 일반적으로 퍼블리시티권의 도입을 반대하는 논거 중 가장 강력한 것 중의 하나는 표현의 자유가 과도히 위축된다는 것이기 때문이다. 즉 퍼블리시티권을 인정하지 않고 인격권으로만 보호한다면 표현의 자유는 그만큼 늘어나는 것으로 이해될 수 있다.

그러나 결과는 정반대가 될 수 있다는데 인격권론의 문제가 있다. 뒤에서 자세히 논하겠지만, 퍼블리시티권 침해에 따른 구체로서는 행위금지와 손해배상이 있다. 그런데 퍼블리시티권은 재산권의 일종이므로 침해 시 반드시 금지명령이 수반되는 것은 아니다. 반면 인격권침해의 경우 피해자구제를 위해 금전적 손해배상 보다는 금지청구가 더욱 절실한 경우가 많다. 따

194) 임도희, “[글로벌 비즈니스] 일본 - ‘용사마’ 비즈니스가 뜬다”, 매경ECONOMY 2004. 4. 30. <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=114&oid=024&aid=0000008034> (2011. 12. 15. 방문). 임도희에 따르면, 배용준이 일본을 방문했던 기간 중 방문했던 모든 장소는 이미 ‘핫 플레이스’가 된 지 오래라고 한다. 예를 들어 배용준이 묵었던 호텔 룸은 팬들의 예약이 폭주해 예약하더라도 몇 달을 기다려야 하며, 그가 들렀던 모든 식당과 카페는 1시간 줄을 서야만 입장할 수 있을 정도로 유명해졌다고 한다. 그 중에서도 가장 발 빠르게 움직인 곳은 배용준이 방문했던 아오야마의 한 카페인데, 배용준이 앉았던 테이블은 모두 함께 ‘감상’할 수 있도록 비워놓았고, 그가 주문했다는 커피와 케이크는 현재 ‘용사마 스페셜 케이크와 커피’로 특별 판매되고 있다고 한다.

195) 우영식, “김연아 먹다남은 한과 박물관 전시..네티즌 '시끌'”, 연합뉴스 2010. 10. 22.자. <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0004722917> (2011. 12. 15. 방문).

196) 겨울연가의 촬영장소인 용평스키장, 남이섬, 춘천시와 같은 관광지에서 배용준의 이미지(용사마)를 이용하는 것과 같다. 이점에서 퍼블리시티권은 관광산업과도 깊은 관련이 있다.



라서 인격권으로 의율할 경우 퍼블리시티권을 권원으로 하는 경우에 비하여 금지청구가 받아들여질 가능성이 상대적으로 높다. 그로 인해 이용자(침해자) 입장에서는 금전배상을 하더라도 금지대상이 아니므로 계속 사용할 수 있는 퍼블리시티권 침해 보다는 금전배상에도 불구하고 금지대상이 되는 바람에 더 이상 사용할 수 없는 인격권 침해에 의해 더욱 표현의 자유가 제한될 수 있다. 표현의 자유를 더욱 보장하기 위한 인격권론이 오히려 표현의 자유를 더욱 위축시키는 모순된 상황이 발생하는 것이다. 헌법상 보장되는 기본권 중의 하나인 표현의 자유 중에는 예술표현의 자유, 창작의 자유도 있다. 이러한 표현의 자유가 상충하는 권리자의 권리가 인격권이나 퍼블리시티권이나에 따라 표현의 자유가 제압되거나 반대로 상대방의 권리가 제한되기도 하는데, 일반적으로 인격권이 재산권인 퍼블리시티권에 비하여 표현의 자유와 충돌 시 표현의 자유를 제압할 가능성이 높다는 점에서, 후속 표현물, 창작물의 출현을 봉쇄하는 결과를 초래할 수 있다.

한편, 엔터테인먼트 분쟁의 여러 가지 특성 상 금지명령은 자제되는 것이 바람직한데, 인격권으로 의율하게 되면 금지명령이 상대적으로 더 남발될 수 있어서 사회 전체적으로도 유익이 되지 못한다.<sup>197)</sup>

#### (5) 기존 법리로 해결하려다 보니 기이한 논리가 등장하는 예 - 은퇴한 공인의 보호 논리

본 연구자는 앞서 윤정희 판결에서 퍼블리시티권을 적용하지 않고 프라이버시권으로 의율하다보니 ‘은퇴한 공인은 더 이상 공인이 아니다’라는 기이한 논리가 나오게 되었음을 비판한 적이 있다.<sup>198)</sup> 그로부터 얼마 되지 않아 유사한 사건에서 윤정희 판결과 같은 논리에 선 판결이 선고되었다.<sup>199)</sup> 그런데 흥미로운 것은 차화연은 판결 선고 후 오래지 않아 TV 드라마에 복귀하여 현재도 활동하고 있다.<sup>200)</sup> 물론 차화연 판결이 선고될 때까지만 해도 차화연이라는 배우가 복귀하리라는 판단을 하기 어려웠을 것이다. 또는 복귀할 가능성이 있거나 그럴 예정에 있다고 해서 ‘은퇴 후 복귀 전’의 삶을 프라이버시권으로 보호하는 것이 무슨 잘못인가라고 반문할 수도 있다. 그러나 윤정희나 차화연과 같은 정도의 인기 배우들은 은퇴하였다 하더라도 일반인과 같은 수준으로 사생활의 자유가 보호되기는 어렵다 할 것이다. 이 말은 이와 같은 유명인이 은퇴 후 평온하게 살 권리를 부정하는 것이 아니다. 일반인의 ‘알 권리’, ‘표현의 자유’와의 충돌이 빚어지는 법 현실을 부정할 수 없다는 것이다. 그 점에서 이와 같은 갈등 자체가 발생하는 현실을 무턱대고 잘못된 것이라는 전제하에 대중의 표현의 자유, 알 권리를 제한하기 보다는,<sup>201)</sup> 오히려 퍼블리시티권의 보호대상에 둬으로써 경제적 보상을 한 후 접

197) 예를 들어 동방신기 사건을 보자. 연예전속계약의 무효를 주장한 3인의 전 멤버에 대해 SM엔터테인먼트가 동방신기라는 이름을 사용하지 못하게 함으로써, 남은 2인은 더 이상 과거의 ‘동방신기’라고 할 수도 없다. 한편 일본에서 주로 활동 중인 3인은 ‘동방신기’ 명칭을 사용하지 못하고 JYJ라는 명칭을 쓰고 있으나, 국내에서는 더 이상 과거의 인기를 누리지 못하고 있다. 이로 인해 분쟁 당사자들에게 큰 피해가 발생하였을 뿐만 아니라, 5인이 함께 ‘동방신기’라는 이름으로 활동하기를 바라는 많은 팬들에게 피해가 발생하였고, 나아가 국가 경제적으로도 손실이 적지 않다고 할 것이다. 엔터테인먼트 분쟁의 특성과 이를 동방신기 사건에 적용해 본 것으로는 다음 문헌 참조. 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 324-331면; “[아침을 열며] 쇼는 계속되어야 한다”, 한국일보 2009. 8. 31. 자.

198) 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-한류), 103-104면.

199) 차화연 판결.

200) 이유나, “차화연 복귀작 ‘애자 언니 민자’, 시청률 6.4% 출발”, 동아일보 2008. 4. 22.자, <http://news.donga.com/3//20080422/8570058/1> (2011. 12. 15. 방문). 차화연은 1987년 드라마 ‘사랑과 야망’ 직후 은퇴하였다가 21년 만에 TV에 복귀하였다고 한다.



근하게 하거나, 일정한 요건을 갖춘 경우 이용을 금지할 수 있게 하는 것이 이와 같은 은퇴한 유명인 보호에 더욱 실효적일 수 있다. 물론 은퇴한 유명인이 퍼블리시티권을 행사할지 여부는 전적으로 그의 선택이다. 그와 같은 소송을 제기함으로써 또 다른 점에서 사적 영역을 잃을 수 있기 때문이다. 그러나 중요한 것은 프라이버시권 또는 넓게 보아 인격권의 범주 하에서 은퇴한 유명인에 대하여 은퇴로 인해 프라이버시 영역이 되살아난다는 법현실이나 법논리에 부합하지 않는 이론을 구성하여 보호하기 보다는, 은퇴한 유명인을 프라이버시권이나 인격권으로 보호하는데 한계가 있음을 인정하고, 오히려 보다 적극적으로 퍼블리시티권을 통해 그의 초상, 성명 등 인격적 표지와 그것이 관련되어 있는 사적 영역(private sector)을 허락 없이 상업적으로 이용하는 행위를 통제할 수 있는 길을 보장해 주는 것이 은퇴한 유명인의 사적 영역을 보호해주는 결과가 될 수 있다는 점에서, 퍼블리시티권의 진가는 프라이버시권 또는 인격권을 넘어 빛을 발휘할 수 있다.

차화연 판결에서 본 바와 같이 은퇴 후 세인들의 관심을 이기지 못해 다시 복귀하는 예가 빈발하는 엔터테인먼트 업계의 현실에 비추어 볼 때, 복귀 여부 또는 복귀 시점에 따라 재판의 결과와 판결의 이론 구성 또는 보호 논리가 달라진다는 것은 매우 불합리하다고 하지 않을 수 없다. 이는 앞서도 지적한 바와 같이 퍼블리시티권이 주장되는 재판에서 유명인의 인격적 표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 인정할 수 있는 관습법의 존재 여부와 성문법의 제정 없이 그와 같은 재산권을 인정할 수 있는지 여부에 관한 법관들의 견해 차이에 따라 당사자들의 보호여부가 달라지는 불합리한 재판 실무 못지않은 우연적 요소라고 할 것이다.

이 또한 퍼블리시티권이 아닌 기존의 법리인 프라이버시권 또는 인격권으로 해결하다보니 발생하는 기이한 현상이라 할 것이다.

#### (6) 인격권 침해에 따른 손해배상청구권의 양도에 의한 해법

초상권침해에 따른 손해배상청구권을 양도받은 자가 원고의 지위에서 초상을 무단으로 사용한 자를 상대로 양수금 청구를 하여 승소한 사례(김민희 판결)<sup>202)</sup> 굳이 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없다는 주장이 제기될 수 있다.

그러나 초상권이나 성명권 침해에 따른 손해배상청구권 양도는 침해가 이루어진 이후에나 가능하다는 점에서 사전에 권리를 양도할 수 없다는 한계가 있다. 인격권으로 의율하는 한 사전 양도가 불가능하다는 점에서 침해가 발생하기 전에도 양도가 가능한 퍼블리시티권의 자유로운 권리 행사를 따를 수 없다 할 것이다. 이른바 엔터테인먼트 산업의 중요한 요소 중 하나인 스타마케팅의 경우 사전에 초상, 성명의 영리적 사용에 관한 권리를 양도하는 것이 필수적이다. 그런데 침해가 발생할 후 손해배상청구권의 양도 밖에는 권리자 외의 자에 의한 권리 행사가 불가능하다는 점에서 기존 법리로 보호하는 데는 한계가 있다.

한편, 앞서 효도르 사건에서 살펴 본 바와 같이 손해배상청구권 양도 방식에 의한 권리 행사는 자칫 소송신탁에 해당할 가능성이 있다는 점에서도 불완전하다고 할 것이다.

#### (7) 언어의 유희

201) 위 윤정희 판결, 차화연 판결이 그 예다.

202) 권태상 교수는 김민희 판결에 대한 분석에서 초상권 침해로 인한 손해배상청구권의 양도에 의해 텔런트와 전속계약을 체결한 원고가 손해배상을 받을 권리를 인정받은 것을 두고 퍼블리시티권의 양도성을 인정하는 것과 유사한 결과로 볼 수 있다고 한다. 권태상, 법학박사학위논문, “퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구 - 인격권에 의한 보호를 중심으로 -”, 서울대학교(2012), 179면.

이상에서 본 연구자는 기존의 인격권으로 해결할 수 없는 문제를 해결하기 위해 퍼블리시티권을 인정하여야 함을 논증하였다. 그런데 반대론과 도입론 간에 논의를 하다보면 용어에 대한 정의가 다름으로 인한 불필요한 혼선과 낭비적 논쟁이 생길 우려가 있다. 예를 들면, 초상권이나 인격권으로 의율하더라도, 초상권이나 인격권 안에 재산적 성질의 것이 있고 그것은 양도도 가능하다고 하는 논리가 그런 것이다. 그리고 그것을 초상영리권 또는 초상재산권 등으로 명명하기도 한다. 그런데 결론부터 말하자면, 그런 개념을 가진 용어라면 그것은 퍼블리시티권이나 다름 없다는 점에서, 이런 개념적 정의를 갖고 있다면 이는 굳이 반대론이라고 할 것 없이 도입론 또는 인정론이라고 하는 것이 깨끗하다.

본 연구자는 일찍이 퍼블리시티권에 관한 판결을 연혁적으로 정리하는 과정(historical approach, case study)에서 판결에서 사용하는 용어에 구애받지 않고 실질에 주목한 바 있다.<sup>203)</sup> 그런데 형식적 반대론 중에는 굳이 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없다고 하면서 그 근거로 제시하는 우리나라 판결을 분석함에 있어서 실질을 기준으로 하지 않고 명칭에 영향을 받는 경우가 있다.<sup>204)</sup> 이하에서는 반대론쪽에서 퍼블리시티권이 아닌 인격권으로도 충분하다고 하면서 제시하는 두 건의 판결을 집중 분석함으로써 그 허구를 논증하고자 한다.

본 연구자는 최진실 판결과 황인정 판결을 소개하면서 “퍼블리시티권이라는 용어만 쓰지 않았을 뿐 사실상 그 권리를

인정한 사례”라고 설명을 덧붙여, 우리 법원이 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하여 이 권리의 실체를 본격적으로 인정하기에 앞서 사실상 그 전단계로서 퍼블리시티권을 인정한 것이나 실질에 있어서는 다름이 없는 판결이 선고되었다고 주장한 바 있다. 본 연구자가 이 두 사건에서 인격권으로서 초상권침해가 아니라 재산권으로서 사실상 퍼블리시티권으로 본 것이나 다름없다고 한 것은 다음 세 가지 이유에서다.

#### (가) 퍼블리시티권이라는 용어만 사용하지 않았을 뿐, 그 용어 정의를 그대로 사용하고 있다는 점

황인정 판결 예로 들면, 법원은 이 사건에서 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하는 대신 초상권이라는 용어를 사용하되, 다음과 같이 판시하였다.

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 할 것이므로, 본인의 동의 없이 이를 함부로 사용하는 경우 불법행위를 구성한다고 할 것이고, 다만 공익을 위하여 필요한 경우에 예외적으로 본인의 동의를 필요로 하지 않는 경우는 있겠으나, 상업적인 사용의 경우에는 반드시 본인의 동의를 필요로 하는 것이다.

특히 요즘과 같은 매스미디어 사회에서 원고와 같은 연예인이 자신의 성명이나 초상, 음성, 연기 등을 광고모델 등에 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 일종의 재산권으로서 보호의 대상이 된다고 할 것이며, 한편 그 불법사용에는 제3자가 일정한 기간을 정하여 사람의 성명이나 초상 등을 사용하기로 약정하였으면서 그 기간을 경과한 이후에도 그의 승낙이나 동의를 얻지 아니한 채 이를 계속 사용하는 것도 포함된다 할 것이다.<sup>205)</sup>

203) 남형두, 전개논문(퍼블리시티권-한류), 100-115면. 여기에서 본 연구자는 퍼블리시티권에 관한 판결을 정리하면서 우리 법원이 사실상 퍼블리시티권을 인정하는 것이나 다름없이 초상권 등의 용어를 쓰고 있음에 주목하고 이를 지적한 바 있다.

204) 최형구, 전개논문(양도성), 278면.

205) 황인정 판결(밑줄은 본 연구자가 친 것임).

위 판결이유 중 밑줄 친 부분은 일반적으로 퍼블리시티권 개념과 동일한 것으로서, 이 판결에서 이를 ‘초상권’이라고 했더라도 그 실질은 퍼블리시티권에 다름 아니다.

#### (나) 초상권 침해라고 하면서도 재산적 손해 외에 정신적 손해를 인정하지 않았다는 점

황인정 판결에서 법원은 초상권 침해에 따른 정신적 손해를 인정하지 않았는데, 그 이유를 보면 흡사 퍼블리시티권 침해에 따른 재산상 손해를 인정하면서 정신적 손해를 기각한 여느 퍼블리시티권 침해 사건과 같다.

##### 나. 정신상 손해

원고는, 이 사건 광고물은 변비치료제에 관한 광고이기 때문에 대다수의 연예인들이 이미지에 손상을 입을 우려가 있어 출연을 꺼리는 것인데, 이 사건 광고출연계약기간이 종료되었음에도 원고가 알지 못하는 사이에 피고가 이 사건 광고물을 무단 방영함에 따라 원고는 연예인으로서 이미지에 손상을 입는 등 정신적 고통도 당하였으므로, 피고는 이를 금전으로 위자할 의무가 있다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 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 보기는 어렵다고 할 것이고, 더구나 이 사건의 경우 피고가 원고의 의사에 반하여 광고물을 제작한 것이 아니라 원고와의 계약에 기하여 이미 제작되어 방영한 적이 있는 광고물을 계약기간을 넘어 임의로 사용한 것이므로 원고가 위에서 인정하는 재산상 손해와는 별도로 정신상 손해까지 입었다고 보기 어려우며, 가사 원고에게 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것이고, 그 이외에 특히 이 사건 광고물이 변비치료제에 관한 것이라고 하여 원고의 대중적 이미지의 손상 등 재산상 손해의 배상에 의하여 회복될 수 없는 정신상 손해를 입었다고는 볼 수 없으므로 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.<sup>206)</sup>

이 사건을 퍼블리시티권이 아닌 초상권으로 인식하고 있었다면 판결에서 정신적 손해를 위와 같이 딱 잘라 인정하지 않을 리 없다. 이는 마치 정준하 판결에서 퍼블리시티권 침해를 인정하여 재산상 손해배상을 인정하면서 정신적 손해를 기각한 이유와 거의 같다. 정준하 판결과 황인정 판결의 차이점은 다음에서 보는 바와 같이 초상권과 퍼블리시티권 용어 사용 밖에 없다.

살피건대, 피고가 원고의 얼굴을 형상화하여 일반인들이 원고임을 쉽게 알아 볼 수 있는 이 사건 캐릭터를 제작하여 이를 이동통신회사들이 운영하는 인터넷 모바일 서비스에 콘텐츠로 제공한 것만으로는, 원고의 연예인으로서의 평가, 명성, 인상 등이 훼손 또는 저하되었다고 보기 어려울 뿐 만 아니라, 앞에서 본 바와 같이 원고 스스로도 소외회사에게 원고의 초상권, 음성권, 동영상, 캐리커처 등의 디지털 콘텐츠를 재가공 및 공급할 수 있는 권리를 부여한 점 등에 비추어, 피고의 행위로 인하여 원고가 재산상 손해 외에 정신적 고통을 받았다고 보기 어렵고, 가사 원고에게 정신적 고통이 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것이므로, 원고의 위자료 청구는 이유 없다.<sup>207)</sup>

#### (다) 손해액 산정방식

206) 황인정 판결(밑줄은 본 연구자가 친 것임).

207) 정준하 판결(밑줄은 본 연구자가 친 것임).

황인정 판결에서 재산상 손해를 인정함에 있어, 다음에서 보는 바와 같이 저작권법 제125조 제2항을 준용하여 손해액을 산정하고 있는 것은 법원이 사실상 초상권을 퍼블리시티권과 다르게 보지 않음을 보여준다.

#### 가. 재산상 손해

피고가 원고에게 배상하여야 할 재산상 손해에 관하여 살피건대, 원고가 자신의 용모, 음성, 연기를 바탕으로 하는 연예활동을 하여 온 탤런트로서 피고와의 이 사건 광고출연계약 외에 아래에서 보는 바와 같이 다른 광고에도 출연한 점에 비추어 보면, 피고가 원고의 동의를 얻지 아니한 채 이 사건 광고출연계약의 존속기간이 경과한 이후에도 이 사건 광고물을 계속 방영함으로써 원고가 입게 된 재산상 손해는 피고가 원고로부터 동의를 얻어 이 사건 광고물을 계속 방영하기 위하여 원고에게 추가로 지급하여야 할 보수 중 무단방영기간에 상응하는 금액이라 할 것이다.<sup>208)</sup>

일반적으로 민법상 불법행위로 인한 재산상 손해(퍼블리시티권 침해가 아닌 초상권침해를 원인으로 하는 손해배상책임이라면)는 원칙적으로 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익, 즉 그 위법행위가 없었더라면 존재하였을 재산상태와 그 위법행위가 가해진 현재의 재산상태의 차이를 말하는 것이고, 그것은 기존의 이익이 상실되는 적극적 손해와 장차 얻을 수 있을 이익을 얻지 못하는 소극적 손해를 포함하는 것이다.<sup>209)</sup> 그런데 황인정 판결의 경우 특별한 사정이 없는 한, 피고 제약회사가 계약기간을 넘어 허락 없이 황인정의 초상을 이용한 광고를 계속 사용함으로써 황인정이 피고 제약회사 외의 다른 사람에게 자신의 성명이나 초상의 사용허락을 하지 못하게 되는 경우는 거의 없을 것이므로 원칙적으로 황인정에게 손해가 발생했다고 볼 수 없다. 다시 말해 민법의 일반원칙에 따른 손해배상 청구의 경우 원고로서는 ① 침해행위가 없었더라면 권리자가 얻을 수 있었던 구체적 이익액, ② 그 침해행위가 없었더라면 권리자가 얻었을 것이라는 합리적인 개연성을 주장, 입증해야 하는데,<sup>210)</sup> 위 경우 피고 제약회사가 계약기간을 넘어 황인정의 초상을 계속 광고에 사용하는 행위가 없었다면 황인정이 다른 광고주와 그와 같은 광고계약을 체결하여 광고 출연비를 받았을 것이라거나, 피고 제약회사가 계약기간을 넘어 황인정의 초상을 계속 광고에 사용하는 행위로 말미암아 황인정이 다른 광고주와 초상 등을 이용한 광고계약을 체결할 기회를 상실하게 되었다는 인과관계를 입증하기란 불가능에 가까울 것이다. 결국 관시이유에 명확히 기재되어 있지는 않지만 황인정이 입은 재산상 손해는 정식 광고계약을 체결하였다면(기존 계약을 연장하기로 했다면) 피고 제약회사가 지불했어야 할 금액, 즉 이 금액은 피고 제약회사가 지불하지 않음으로써 동액 상당의 이익을 얻었을 것이라는 논리 하에 그 금액 상당을 황인정의 손해로 인정한 것이다. 이는 민법상 불법행위로 인한 재산상 손해액 산정 방식이라기보다는 지적재산권법에서 통용되는 손해배상액 산정방식, 즉 침해자가 침해행위로 인하여 얻은 이익을 권리자의 손해로 추정하는 방식(저작권법 제125조 제1항, 상표법 제67조 제2항, 특허법 제128조 제2항)을 사실상 차용한 것이라고 볼 수 있다는 점에서, 이 판결은 사실상 인격권으로서 초상권침해가 아니라 재산권으로서 퍼블리시티권 침해를 인정한 것이나 다름이 없다고 말할 수 있는 것이다.

#### (라) 소결

208) 황인정 판결(밑줄은 본 연구자가 친 것임).

209) 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다53372 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결 등(위 본문 내용은 김영훈, 전계논문, 363면에서 인용).

210) 김영훈, 전계논문, 363-364면 중 각주 82번.

위 세 가지 이유에서 보면, 황인정 판결과 최진실 판결에서 말하는 바와 같이 “원고와 같은 연예인이 자신의 성명이나 초상, 음성, 연기 등을 광고모델 등에 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 일종의 재산권으로서 보호의 대상이 된다고 할 것이다”라고 할 때, 이 권리는 퍼블리시티권과 다를 바 없다. 권리의 명칭보다는 그 권리의 실질이 중요하다는 점에서 보면 위 사건들은 퍼블리시티권을 인정한 것과 동일하다.

한편, 여기에서 반대론자들은 이것을 거꾸로 말할 수 있을지도 모른다.<sup>211)</sup> 즉 최진실, 황인정 판결에서와 같이 퍼블리시티권이라는 용어를 사용하지 않고도 같은 결론과 판시이유를 제시할 수 있는데도 굳이 퍼블리시티권이라는 용어를 사용한 정준하 판결이 오히려 잘못된 것이라고 주장할 지도 모르겠다. 그러나 그럴 수는 없다. 권리의 실질이 중요한데, 앞서 본 바와 같이 황인정 판결이나 최진실 판결은 모두 그 권리의 실질이 퍼블리시티권과 동일한 것으로서, 같은 사안에서 이를 퍼블리시티권이라고 인정한 정준하 판결이 잘못되었다고 할 수는 없기 때문이다.

결론적으로 권리의 실체와 내용이 중요하지 그 권리의 이름 또는 범주(인격권, 재산권)에 매달려 헛된 에너지를 소모하는 것은 바람직하지 않을뿐더러 합리적이고 이성적 논의를 어렵게 만들 수 있다고 생각한다.

참언하자면 반대론 중 일부는 퍼블리시티권이라는 용어를 굳이 쓰지 않더라도 초상권 또는 초상영리권 같은 용어로 그 뜻을 달성할 수 있다고 주장한다.<sup>212)</sup> 그러나, 퍼블리시티권에는 초상만을 보호대상으로 하고 있지 않으므로, 보호대상에 따라 성명영리권, 유행어영리권 같은 용어를 그때마다 만드는 것도 바람직하지 않고, 그렇다고 해서 초상영리권에 성명, 유행어 같은 것을 포괄하여 보호하는 것으로 이해하는 것도 타당하지 않아 보인다. 이미 퍼블리시티권이라는 용어가 보편적으로 쓰이고 있는 마당에 이 용어를 외래어라는 이유로 회피할 필요는 없다고 생각된다. 다만 입법과정에서 ‘퍼블리시티권’이라는 용어 대신 ‘인격표지권’ 등으로 사용하는 것은 고려할 만하다.<sup>213)</sup>

## (8) 인격권론이 제시하는 대안론 및 그 한계

기존의 인격권 법리로도 충분하므로 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없다고 하는 반대론 중에는 구체적으로 인격권을 적용한 여러 가지 대안을 제시하고 있다. 이하에서는 그런 대안들이 갖고 있는 한계를 통해 인격권론을 비판하고, 나아가 퍼블리시티권을 인정하지 않으면 안

211) 최형구 교수는 최진실 판결에서 초상권, 성명권의 침해행위와 인과관계가 인정되는 재산적 손해의 배상책임을 부과함에 있어서, 초상권 또는 성명권과 완전히 분리된 독립된 권리로서의 퍼블리시티권이라는 재산권 개념의 개입이 반드시 필요하지 않다고 하면서, 최진실 판결에서 그 가능성을 엿볼 수 있다고 주장한다. 즉 초상권 또는 성명권 침해행위에 대해 재산적 손해배상의 길이 열려 있다면 구태여 퍼블리시티권을 창설할 필요가 없다고 한다. 최형구, 전제논문(양도성), 278면.

212) 정경석, 전제논문, 125-126면. 정경석 변호사는 국내에서 초상권이라는 용어는 성명권, 음성권 등과 병렬적으로 쓰일 때에는 단지 외모 또는 외양 등의 신체적 특징만을 지칭하는 좁은 의미로 쓰이나, 성명, 음성, 연기 등을 포괄하는 넓은 의미로도 쓰인다고 한다. 그러나 ‘초상권’이라는 비교적 명확한 개념을 이렇게 넓게 확장할 수 있는지 의문이며, 실무나 학계에 이와 같은 공감대가 있는지도 의문이 아닐 수 없다. 일반 언어의 사용과 달리 법률용어는 그 용어사용에 신중해야 하고, 더욱이 그 개념으로부터 여러 가지 법적 효과가 발생될 수 있으므로 개별 법률에 별도의 ‘정의 규정’을 두고 있는 예가 많다는 점에서 ‘광의의 초상권’ 개념을 설정하고 그 안에 퍼블리시티권으로 담을 수 있는 내용을 털어 넣는다는 것은 무리한 주장이라고 생각한다.

213) 후술하는 구체적인 법안 명칭에서 이에 관한 논의를 이어가기로 한다. 추후 법안을 다듬을 때는 한글학자 등 외부 전문가의 도움이 필요할 것으로 생각한다.

되는 상황을 드러냄으로써 입법론의 논거를 탄탄히 하고자 한다.

## (가) 초상사용권의 허여제도

### 1) 초상사용권 양도 제도

대안으로서 채권적 권리인 초상사용권 제도를 이용하여 양도성 있는 퍼블리시티권을 대체할 수 있는지 가능성을 모색하는 견해가 있다.<sup>214)</sup> 이것이 성공한다면 구태여 물권적 개념인 재산권으로서 퍼블리시티권을 인정할 필요가 없게 된다고 한다.<sup>215)</sup>

그러나 이 견해는 현실을 도외시한 것으로서 동의하기 어렵다. 우리나라의 엔터테인먼트 산업은 한류스타로 국내외에서 인기를 누리는 가수, 배우를 이용한 마케팅을 주축으로 하고 있다는 점에서 이른바 ‘스타 마케팅’이 그 핵심이라고 할 수 있다. 실제로 지난 십여 년 사이 한류스타를 전면에 내세운 회사가 설립되고 있다.<sup>216)</sup> 이런 회사의 설립 시 주요 스타의 초상, 이름 등 인격적 표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리(계약서, 출자관계서류에는 그것이 초상권, 초상영리권으로 되어 있더라도 그 실질은 퍼블리시티권이라는 것은 긴 말이 필요 없다)를 출자하여 회사가 설립되고, 이런 회사가 코스닥 시장 등 주식시장에 상장될 때, 상당히 높은 가격으로 공모주가가 형성되어 연예인 주식부자가 속출하고 있는 것은 어제 오늘 일이 아니다.<sup>217)</sup> 이런 회사들이 설립되고 그 회사의 주식이 공개시장에서 거래되고 있다는 것은 결국 주식거래를 통해 대중은 간접적으로 스타의 인격적 표지를 거래하고 있다고 볼 수도 있다.<sup>218)</sup> 이와 같이 유명인의 초상, 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 회사 설립 시 출자의 대상이 되고 있는데, 반대론은 여전히 대인적 권리인 초상권 또는 초상사용권의 채권양도 방식으로 퍼블리시티권의 기능을 대신할 수 있다고 한다면, 이는 대단히 현실을 고려하지 않은 견해라고 하지 않을 수 없다.

여기에서 반대론은 연예인의 초상, 성명을 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 출자의 대상으로 하는 것 자체가 잘못된 것이라고 주장할 지도 모르겠다. 그러나 이미 엔터테인먼트 산업계에 널리 퍼진 거래 및 투자 관행으로서, 이에 더 잡아 각종 회사가 설립되고 상장이 되며 일반 국민도 그 회사의 주식을 보유하고 거래하는 상황에서 그 토대가 되는 회사설립 시 출자가 출자할 수 없는 것을 출자한 것이므로 무효라는 식의 주장을 한다는 것은 법적 안정성을 심하게 흔드는 것으로서 동의하기 어렵다.

또한 ‘법의 역할론’을 다시 거론하더라도 이런 견해는 받아들이기 어렵다. 예컨대 분묘기지권, 관습상 법정지상권이 인정되어서 그런 행태의 제사봉양이 생겼거나 토지/건물의 거래 관행이 생긴 것은 아니다. 그와 같은 행태의 제사봉양과 거래관행이 오래 지속된 후에 권리관계 또는 거래관계를 안정화하기 위해 분묘기지권, 관습상 법정지상권이라는 제도가 사후에 “관습에 의한 권리창설” 형태로 이루어진 것이다. 법의 역할은 이와 같이 관습의 존재가 확인되고

214) 최형구, 전게논문(양도성), 291-297면.

215) 위 논문, 346면.

216) 배용준의 키이스트와 같은 회사가 대표적인데, 이에 대해서는 남형두, 전게논문(퍼블리시티권-철학상), 138-139면 중 각주 7번 참조. 최근에는 스포츠스타, 예컨대 김연아 선수의 퍼블리시티권을 주요 자산으로 하고 이를 상업적으로 활용하는 영업을 주요 영업으로 하는 올댓스포츠라는 회사가 설립되기도 하였다.

217) YG 엔터테인먼트, SM 엔터테인먼트 등이 그 예다.

218) 남형두, 전게논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 304면 중 각주 10번 참조.

이에 대한 법적 확신이 있다고 인정되면 관습법 또는 성문법 형태로 이를 안정화하는 재산권을 창설하거나 제도를 정비해야 하는 것이지, 이런 기존의 질서를 무너뜨리는 결과를 초래하는 것이 되어서는 안 된다고 생각한다.

## 2) 초상사용권 재허여(sublicense) 제도

반대론은 채권적 권리인 초상사용권의 양도(채권양도) 방식 외에도 재허여 제도를 통해 퍼블리시티권을 대신할 수 있다고 주장하기고 한다.<sup>219)</sup> 이 주장은 ‘시장의 필요’와 ‘인격권적 요소 보존’이라는 두 가지 요구를 다 만족시키는 방법으로 제안되고 있다. 즉, 이 주장의 요체는 재허여계약의 조건 및 내용에 의해 최초 권리자가 양도 또는 상속 이후 통제권을 행사할 수 없는 상황을 막을 수 있다는 데 있다.

이 견해는 퍼블리시티권의 경우 양도 또는 상속된 후 최초 권리자가 자신의 인격을 훼손하는 방식으로 그의 인격적 표지가 이용되더라도 이를 통제할 수 없는 상황을 우려하는 것이 전제되어 있다. 그러나 퍼블리시티권이 양도된 후에도 인격권은 여전히 존재하므로 인격권에 기하여 통제할 수 있으며, 상속의 경우에는 유족이 망자에 대해 갖는 경애추모의 정을 침해 당했다는 이유로, 역시 통제할 수 있다는 점에서 반대론의 우려는 불식될 수 있다. 또는 저작권법 제14조 제2항을 유추 적용하여 사망 후 망인의 인격적 표지를 상업적으로 이용하는 자는 그 인격표지자가 생존하였더라면 그의 인격권의 침해가 될 행위를 하여서는 안 된다고 해석할 수 있을 것이다.<sup>220)</sup>

한편, 위와 같은 통제장치 또는 안전장치가 있음에도 불구하고 퍼블리시티권을 부정함으로써 얻는 이익 또는 가치보다는 이를 인정함으로써 얻어지는 이익, 가치, 사회 또는 국가적 부의 증대 등의 크기를 비교형량하면, 양도성과 상속성을 지닌 퍼블리시티권을 인정하지 않을 이유가 없다.

또한, 어느 단계에 가게 되면, 위 반대론이 말하는 두 가지 가치, 즉 ‘시장의 필요’와 ‘인격권적 요소 보존’은 양립불가능한 상황에 부딪칠 수 있다. 이 때 어떤 것을 포기할 것인가라는 물음에는 결국 처분권자의 선택에 맡겨야 하는 것 아닌가라는 답이 가장 합리적이라고 생각한다. 앞서 거론한 여러 가지 통제장치가 존재한다는 점에서 인격표지자의 ‘선택’의 문제로 회귀시키는 것이 바람직하다. 인격표지의 상업적 이용을 누가 강요하는 것도 아닌 상황이라면, 즉 본인이 적극적으로 활용하고자 하는 상황이라면, 굳이 법과 법률가가 나서서 그에게 해로운 일의 발생 가능성을 들어 선택권을 제한하고 빼앗는 것은 옳은 처사가 아니다.

### (나) 퍼블리시티권이 아닌 초상사용권의 사후존속에 대한 입법 필요 주장

퍼블리시티권이 아닌 초상사용권으로 족하다는 견해 중에서도 사후존속의 필요성을 공감하되, 이 부분을 규율하기 위한 입법이 필요하다는 견해가 있다.<sup>221)</sup> 초상사용권의 설정은 원칙적으로 당사자간의 계약에 맡겨두되, 초상사용권의 종류, 존속기간, 양도불능성, 강제집행 불능성, 사용권의 재허여방법, 사후존속 여부 및 상속방법 등 초상사용권을 위한 최소한의 제한을 법률로 정하는 것이 불가피하다는 것이다.<sup>222)</sup> 구체적으로 망인의 초상사용허여채무는 상속되

219) 최형구 전제논문(상속성), 353면.

220) 이휘소 판결 참조.

221) 최형구, 전제논문(상속성), 354-355면.

도록 하되, 상속인이 새롭게 망인의 초상사용권 허여계약을 체결할 수 없도록 함으로써, 인격권적 요소가 있는 초상사용권을 본인 사망후 피상속인 통제없이 상속인이 허여하는 바람직하지 않은 상황을 막을 수 있다고 한다. 이 주장은 역으로 퍼블리시티권을 인정하게 되면, 상속인이 피상속인의 통제를 벗어나 피상속인의 인격적 표지를 타인에게 허여하는 바람직하지 않은 상황이 생긴다고 보는 것이다.<sup>223)</sup>

그러나 생전의 초상사용계약에서 초상이라는 인격적 요소가 붙어 있는 계약으로 이해한다면, 이런 계약은 초상 주체의 사망과 동시에 종료한다고 보아야 할 것이므로, 초상 등 사용허여계약의 의무(채무)는 상속될 수 없다는 점에서 논의의 전제에 문제가 있다. 만약 초상 주체의 사망에도 불구하고 그 초상사용허여 채무가 상속된다면, 그것은 이미 인격권적 요소가 아닌 재산권적 요소를 지닌 권리 또는 의무로 보아야 하기 때문이다.

#### (다) 본인 사망 후 상속인이 없는 경우 퍼블리시티권의 존속에 관한 논의

반대론은 이 부분 논의가 국내에 별로 없다고 하면서 국가 귀속을 전제로 하는 저작권법 제49조를 유추적용하는 것이라고 전제한 후에, 퍼블리시티권은 초상권과 비교하여 창설 목적과 보호 목적이 다르고 퍼블리시티권의 재산권성은 본인의 노력보다 시장이 만들어 놓은 산물이라는 점에서 국가 귀속보다는 공공의 영역에 귀속시키는 것이 타당하다고 주장한다.<sup>224)</sup>

그러나 먼저 상속인이 없는 경우 저작권법은 국가귀속이 아닌 저작재산권의 소멸로 규정하고 있는데(제49조), 이는 곧 공공의 영역에의 귀속을 의미한다. 저작권과 마찬가지로 퍼블리시티권도 상속인이 없다면, 당연히 공공의 영역으로 돌아가는 것이 타당하다는 점에서, 이 부분 논거가 굳이 퍼블리시티권이 아닌 초상사용권으로 의율할 이유가 되지 않는다고 생각한다.

#### (라) 상속여부 및 보호기간에 있어 저작권을 유추적용하는 것을 비판한 것에 대하여<sup>225)</sup>

반대론은 창작을 독려하기 위한 저작권법과 상업적으로 이용하도록 노력하는 행위를 장려하는데 있지 않은 퍼블리시티권은 입법취지로부터 근본적으로 다르다고 하여 퍼블리시티권의 상속 및 보호기간에 있어서 저작권법을 유추적용하는 것을 비판하기도 한다.<sup>226)</sup> 그러나 퍼블리시티권의 정당화 논거, 즉 철학이론에 의하면, 저작권과 반드시 그 근본이 다르지 않다.<sup>227)</sup>

또한 반대론은, 저작권은 저작자가 창작한 창작물별로 적용되므로 여러 개의 저작권이 가능하나, 퍼블리시티권은 한 사람이 오직 한 개의 권리만을 갖게 된다는 점에서 큰 차이가 있다고 한다.<sup>228)</sup> 그러나, 퍼블리시티권도 하나의 권리가 아니다. 예를 들어 배용준의 경우 겨울연가에 나온 persona와 태왕사신기에 나온 persona는 다르다. 여기에는 배용준의 각기 다른 persona를 만드는데 기여한 엔터테인먼트회사의 몫도 있는 것이다. 이는 마치 한 소설가가 여러 편의 소설을 쓰는 것과 다르지 않다. 또한, 더스틴 호프만, 엘비스 프레슬리 등 유명인에

222) 위 논문, 345면.

223) 위 논문, 354면.

224) 위 논문, 357면. 최형구 교수는 제46조를 들고 있으나 제49조의 오기인 듯하다.

225) 위 논문, 359면.

226) 위 논문, 같은 면.

227) 퍼블리시티권의 정당화 논거, 철학이론에 대한 상세는 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-철학 상, 하) 참조.

228) 최형구, 전계논문(상속성), 359면.



게 주어지는 퍼블리시티권은 하나의 권리가 아니다. 이름, 초상, 이미지, 초상에 유사한 것 (likeness), 연기 등 대상(아이템) 별로도 퍼블리시티권은 성립할 수 있다는 이야기다.

한편, 퍼블리시티권은 한 개인에게 하나만 발생하는 것이 아니고 저작권과 같이 한 작가가 여러 건의 저작물과 저작권을 갖는 것과 같다 할지라도, 보호기간은 결국 ‘사후로부터’ 특정 기간이라는 점에서 저작권과 다를 바 없다. 즉 저작권의 보호기간 형식을 유추적용하는 것이 하등 이상할 것이 없다고 생각한다. 다만, 보호기간의 장단은 반드시 저작권과 같이 할 것인지에 대해서는 추가적인 논의가 필요하다고 본다.

#### IV. 퍼블리시티권 입법론 - 입법 형식

##### 1. 대안적 고려 - 관습법에 의존할 것인가, 아니면 성문법을 제정할 것인가?

지금까지 퍼블리시티권의 도입론을 직접적으로 근거를 제시하여 지지하기도 하였고, 반대론의 논거를 비판함으로써 간접적으로 퍼블리시티권이 인정되지 않으면 안 된다는 점을 논증하기도 하였다. 지금부터는 퍼블리시티권을 도입/인정할 경우 어떤 방식으로 할 것인가에 대해 논하고자 한다.

우리나라에서 퍼블리시티권을 인정하는 법적 장치로는 크게 두 가지를 상정할 수 있다. 첫째, 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정으로서 별도의 입법이 필요하지 않다는 견해다. 둘째, 관습법으로 퍼블리시티권과 같은 재산권을 인정하기는 어려우므로 별도의 입법이 필요하다는 견해다. 그런데 본 연구자가 이 두 견해를 상정하는 것은 실제로 이 두 견해가 서로 대립적으로 존재하기 때문이 아니라, 사실상 입법론에 힘을 실어주기 위해, 다시 말해 왜 입법론으로 해결할 수밖에 없는가를 설명하기 위한 것이다.

앞서 도입론(III. 2.)에서 설명한 바와 같이 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정 주장은 이미 그 소임을 다하였고, 또한 한계에 부딪히고 있다. 퍼블리시티권을 인정할 필요성에 대한 공감은 이미 충분히 형성되어 있고, 반대론은 충분히 극복되었거나 될 수 있다는 점에서 입법에 의한 해결을 모색한다면 더 이상 관습법에 의한 퍼블리시티권 인정 논의를 할 필요가 없다고 본다. 따라서 앞으로 퍼블리시티권 도입론은 성문법 제정 또는 개정 방식에 집중되어야 한다. 이하에서는 입법 방식에 의한 퍼블리시티권 도입/인정에 있어서 구체적인 입법 형식에 관하여 논의하고자 한다.

##### 2. 상표법/부정경쟁방지법<sup>229)</sup>에 의한 보호

퍼블리시티권을 인정하는 입법에 찬동하면서 저작권 법리에 의하는 것보다는 부정경쟁방지법 또는 상표법 영역에서 해결하는 것이 좋다는 견해가 있다.<sup>230)</sup> 그러나 다음에서 보는 바와 같이 부정경쟁방지법이나 상표법에 포섭하는 데는 여러 가지 한계가 있다.

###### 가. 부정경쟁방지법에 포섭해야 한다는 견해

첫째, 주로 미국의 예를 들어 저작권법 보다는 부정경쟁방지법(Unfair Competition Law) 분야에서 퍼블리시티권을 다루고 있다고 하면서, 저작권법은 연방법으로 되어 있는 반면, 퍼블리시티권은 주법으로 의율하고 있다는 점에서, 주법으로 되어 있는 부정경쟁방지법이 저작권법 보다는 퍼블리시티권을 포섭하는 데 유리하다고 한다.<sup>231)</sup> 그러나 이는 연방제를 취하고

229) 공식적인 법률 명칭은 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’이나 이하 ‘부정경쟁방지법’으로 약칭한다.

230) 박준석, “퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권 2009.12.(제30호). 박준석 교수는 퍼블리시티권의 입법을 찬성하면서도 정부 부처 간에 그 입법의 주도권 경쟁이 있음을 지적하고 있다. 예를 들어 데이터베이스 보호에 관한 입법 과정에서 지식경제부 산하 특허청과 문화체육관광부가 경쟁하고 갈등을 일으킨 적이 있다고 한다. 위 논문, 298-299면 중 각주 8번. 이에 더하여 과거 퍼블리시티권에 관한 입법안(박찬숙 의원과 이성현 의원의 각 저작권법 개정안)이 실패한 것을 들어 경솔한 입법을 경계하고 있다. 위 논문, 298면.

있는 미국의 특수한 상황일 뿐, 우리나라에 적용될 수 있는 것이 아니다. 나아가 퍼블리시티권 분야의 최고의 저술을 남긴 McCarthy가 미국에서 상표법/부정경쟁방지법의 최고 권위자란 사실, Nimmer가 저술한 시리즈로 지적재산권법학계에서 가장 권위 있는 주해서 11권 (Nimmer on Copyright)에서 퍼블리시티권을 전혀 취급하지 않고 있다는 사실<sup>232)</sup>을 들어서도 퍼블리시티권은 미국에서 저작권법이 아닌 상표법/부정경쟁방지법 분야에 속한다거나 적어도 그것과 가장 가까운 것으로 취급되고 있음을 ‘암시’한다고 한다.<sup>233)</sup> 그러나 이는 말 그대로 암시일 뿐, 우리나라에서 퍼블리시티권을 부정경쟁방지법에 포섭해야 한다는 주장에 대한 논거가 되기에는 부족하다고 할 것이다.

둘째, 변화된 부정경쟁방지법, 즉 법의 기능이 오인혼동우려 방지에서 희석화 방지로 변천하고 있는 부정경쟁방지법으로 포섭하는 것이 합리적이라고 한다.<sup>234)</sup> 이 견해에 따르면 오인 혼동을 요건으로 하는 부정경쟁방지법이 이를 요건으로 하지 않는 퍼블리시티권에는 맞지 않을 수 있으나, 최근에 도입된 희석화 방지조항(부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목)은 오인 또는 혼동을 요건으로 하지 않으므로 부정경쟁방지법에서 퍼블리시티권을 포섭할 수 있다는 것이다.<sup>235)</sup> 그러나 박상민 모창사건 판결에서와 같이 직업가수의 성명은 부정경쟁방지법상 영업표지가 될 수 있지만,<sup>236)</sup> 직업가수의 특징적인 외양과 독특한 행동은 같은 법상 영업표지에 해당하지 않는다<sup>237)</sup>고 한 바와 같이, 퍼블리시티권의 대상 중 성명을 제외하고는 그 유명인의 인격적 표지로서 가변적으로 만들어진 것에 대해서는 영업표지성을 인정하기 어렵다는 점에서, 영업표지를 전제로 하는 부정경쟁방지법에서 퍼블리시티권을 포섭하기는 어렵다고 생각된다.<sup>238)</sup> 한편, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 “식별력이나 명성을 손상하는 행위”를 부정

231) 위 논문, 301-302, 306면.

232) 그런데 Nimmer는 퍼블리시티권 역사에 있어서 가장 중요한 논문으로서 그 이론적 토대를 놓았다고 평가받는 “The Right of Publicity”라는 논문에서 부정경쟁방지법의 범리로서 퍼블리시티권을 아우를 수 없음(동 논문의 210-214면에서 “Inadequacy of Unfair Competition”이라는 항목 하에 이를 논증하고 있음)을 역설하고 있다는 점에서, Nimmer의 저작권법 교과서에서 퍼블리시티권을 다루지 않고 있다는 것이 곧 부정경쟁방지법에서 포섭할 수 있다고 말하기는 어려울 것으로 보인다.

233) 박준석, 전제논문, 300-301면.

234) 위 논문, 323-326면.

235) 위 논문, 324-325면.

236) 박상민 모창사건 항소심 판결(서울고등법원 2008. 6.19. 선고 2008노108 판결)

“직업가수가 영리의 목적으로 나이트클럽 등에서 손님들에게 행하는 공연 활동은 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8767호로 개정되기 전의 것) 소정의 ‘영업상의 활동’에 해당하고, 텔레비전, 라디오, 신문, 잡지 등 일반 대중이 접하는 매체를 통하여 공연 활동 등을 하면서 사용하는 ‘가수의 성명’이 일반인들에게 장기간 계속적·독점적으로 사용되거나 지속적인 방송출연 등에 의하여 그 가수의 속성이 갖는 차별적인 특징이 그 가수가 가지는 고객흡인력 때문에 일반인들 대부분에게 해당 가수를 인식시킬 정도로 현저하게 개별화되고 우월적 지위를 취득한 경우, 이러한 가수의 성명은 위 법률 제2조 제1호 (나)목의 ‘국내에 널리 인식된 영업표지’에 해당한다고 보아야 한다.”

237) 박상민 사건 상고심 판결(대법원 2009. 1.30. 선고 2008도5897 판결)

“타인의 외양과 타인의 독특한 행동 그 자체는 단지 무형적이고 가변적인 인상 내지 이미지에 가까운 것이어서, 어떠한 사물을 다른 사물로부터 구별되게 하는 고정적인 징표로서의 기능이 적은 점, 이러한 특징적인 외양과 행동까지 영업표지로 보아 이를 이용한 행위에 대하여 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 위반(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다)으로 처벌한다면 이는 결과적으로 사람의 특정한 외양 등에 대해서까지 특징인의 독점적인 사용을 사실상 용인하는 것이 되어 어떠한 영업표지에 대하여 들인 많은 노력 및 투자와 그로 인하여 일반인들에게 널리 알려진 성과를 보호하여 무임승차자에 의한 경쟁질서의 왜곡을 막는 데에 그 목적이 있는 부정경쟁방지법의 입법 취지와는 거리가 있는 점, 피고인 1이 모자와 선글라스 등으로 가수 박상민의 외모와 유사하게 치장하고, 소위 립싱크 방식으로 노래를 부른 행위는 혼동발생 판단의 자료로 평가함이 상당한 점 등을 고려하여 성명 이외에 가수 박상민의 외양 등은 부정경쟁방지법에서 말하는 영업표지에 해당하지 않는다.”

경쟁행위의 요건으로 하고 있는데, 퍼블리시티권 침해의 경우에는 식별력이나 명성의 손상을 요구하지 않는다는 점에서도 크게 다르다.<sup>239)</sup>

이상에서 본 바와 같이 퍼블리시티권을 그 요건에 있어서 다른 부정경쟁방지법에서 포섭하여야 한다는 견해는 충분한 설득력을 갖기 어렵다. 한편 요건에 있어서 차이는 있지만, 입법을 하여야 한다면 부정경쟁방지법이 비교적 퍼블리시티권과 유사하므로 이를 포섭할 수 있지 않느냐 하는 생각을 가질 수 있다. 그러나 근본적으로 부정경쟁방지법이 오인 혼동을 방지하는 데서 발전하여 희석화방지도 포섭하는 쪽으로 그 범위를 확대하고 있다고 하더라도, 이 법은 그 목적에서 보는 바와 같이 “건전한 거래질서를 유지함”을 목적으로 하는 거래법이다. 따라서 이 법에 따라 거래질서를 유지하는 과정에서 보호되는 이익이 있다고 하더라도 이는 어디까지나 권리가 아닌 일종의 반사적 이익이라고 할 것이다. 그렇다면 부정경쟁방지법에 의해 특정 영업표지가 보호되고 이를 침해하는 행위에 대해 금지청구 및 손해배상책임을 물을 수 있다고 하더라도(제4조, 제5조), 보호되는 이익이 권리가 아니기 때문에 재산권으로서 양도하거나 상속될 수는 없는 것이다. 이 점에서 양도성과 상속성을 그 권리의 요체로 하는 퍼블리시티권과는 근본적으로 차이가 있다.

결론적으로 재산권으로 보호되는 퍼블리시티권을 거래법인 부정경쟁방지법에서 의율한다는 것은 충분한 공감대를 얻기 어렵다고 생각한다.<sup>240)</sup>

#### 나. 상표법에 포섭해야 한다는 견해

본 연구자는 이미 이전 논문에서 퍼블리시티권은 크게 보면 저작권 모델(copyright model)과 상표권 모델(trademark model)이 있다는 점을 설명한 바 있다.<sup>241)</sup> 그러나 상표권 모델이라고 하여 상표법이 적용될 여지는 없다. 우리나라 상표법은 등록을 권리발생의 요건으로 하는 이른바 ‘등록주의’를 채택하고 있는바, 퍼블리시티권에도 이를 요구한다는 것은 사실상 불가능하다는 점에서 이 견해를 주장하는 학자도 이 점을 감안해서인지 반드시 상표법에 담아야 한다는 식으로 강력한 주장을 펼치고 있지는 않다.<sup>242)</sup>

#### 다. 저작권법에 포섭하는 것은 부적절하다는 견해

238) 한편 이 견해를 취하고 있는 박준석 교수조차도 상품표지, 영업표지가 상품에 결부될 것이 요구되는 부정경쟁방지법과 이를 요구하지 않는 퍼블리시티권의 차이를 인정하고 있다. 박준석, 전계논문, 323-325면과 동 각주 68번 참조.

239) 예를 들어, 개그프로그램에서 인기를 얻은 개그맨과 그 목소리를 이용하여 광고에 사용하는 행위는 식별력이나 명성의 손상과 아무런 관련이 없다. 해당 연예인은 이를 적극적으로 상업화할 준비가 되어 있기 때문이다.

240) 박상민 모창 사건을 예로 들면, 문제가 된 ‘박상민의 외양 등’이 거래법인 부정경쟁방지법의 보호대상으로 보면 그로 인한 피해자는 소비자(관객)이겠지만, 재산권인 퍼블리시티권의 보호대상으로 보면 그로 인한 피해자는 퍼블리시티권자이자 피모창자인 박상민이 될 것이다. 한편 위에서 부정경쟁방지법의 보호대상으로 볼 경우 피모창자인 박상민도 피해자에 포함될 수 있다고 볼 수도 있으나, 주 피해자는 관객이고, 모창으로 인해 수입기회의 상실이라는 점이 입증될 경우에 한해 피모창자는 피해자가 될 수 있을 뿐이다. 그러나 퍼블리시티권의 보호대상으로 보는 경우에는 수입기회의 상실여부를 묻지 않고 피모창자인 박상민은 피해자가 된다. 허락없이 박상민의 인격적 표지를 사용함으로써 인해 지급해야 할 사용료를 지급하지 않았기 때문이다.

241) 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-한류), 118면 중 각주 122번 참조. 한편 이 분류의 원전은 다음 문헌이다. Kevin S. Marks, *An Assesment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases*, 70 Cal. L. Rev. 786, 787 (1982).

242) 박준석, 전계논문, 322면.

첫째, 지적창작의 결과물이 아니라 개인이 본래부터 가졌던 초상, 성명, 음성에 대한 보호이론으로서 저작권 법리를 원용하고자 하는 것은 적절하지 못하다는 주장이 있다.<sup>243)</sup> 저작권법 개정안 방식으로 입법을 추진하는데 있어 가장 걸림이 되는 부분을 명확히 지적한 것이다. 이 점에서 퍼블리시티권을 입법화할 때, 과거 두 차례 입법이 좌절되었던 것도 이러한 지적과 무관하지 않다.<sup>244)</sup> 이 지적은 결국 장을 달리하여 설명하겠지만, 퍼블리시티권을 저작권법이 아닌 별도의 법을 제정하여 다루지 않으면 안 되는 쪽으로 논의를 이끌어갈 것이다. 그러나 또 한편으로는 퍼블리시티권의 보호대상인 인격적 표지는 실제 초상, 성명만이 아니라, 대중에 의해 소비되는 성향이 있는 ‘persona’를 포함하는데, 그것이 대중에 의해 소비되는 성향이 있다는 것은 그만큼 주체 또는 관련산업(엔터테인먼트 기업)의 노력 또는 경제적 유인에 의해 만들어진 것이라는 점에서, 정확히 지적창작의 결과물이라고는 할 수 없을지라도 그에 유사한 것으로 볼 수는 있다. 저작권법에는 이와 유사하게 창작물이 아니면서 저작권법에서 포섭하고 있는 데이터베이스 제작자의 권리(저작권법 제91조 내지 제98조), 방송사업자의 권리(제84조, 제85조) 등이 있으며, 나아가 제35조 제4항에서와 같이 위탁에 의한 사진저작물 또는 초상화 저작물에서 위탁자의 권리도 규정하고 있다는 점에서 저작권법이 전혀 다루지 못할 대상은 아니라고 본다.

둘째, 독점적 지위를 보장하는 저작권법은 침해 구제가 경직된 결과를 가져오는데 반해 부정경쟁방지법은 그와 같은 경직된 결과를 막는데 유용하므로, 퍼블리시티권을 저작권법에서 의율하는 것은 부적절하고 부정경쟁방지법에서 포섭하는 것이 낫다는 견해가 있다. 이 부분 논의는 매우 중요하므로 옮겨보면 다음과 같다.

저작권법에 삽입할 경우 물권법상 물권에 준하는 일종의 배타적 지배권을 ‘조건 없이’ 부여하게 됨으로써(property rule) 결과적으로 지나치게 타인의 표현의 자유를 제약할 우려가 있다. 반면 부정경쟁방지법의 경우라면 ‘부정한 이용’이라는 요건을 완충할 매개로 삼을 수 있다(liability rule). 이런 논의는 데이터베이스뿐만 아니라 퍼블리시티권의 경우에도 그대로 적용될 수 있다.<sup>245)</sup>

그러나 이 견해는 위반 또는 침해 시 금지명령의 발행에 있어 저작권법과 부정경쟁방지법이 차이가 있음을 전제로 하는 것인데, 양 법을 비교하면 그렇지 않음을 알 수 있다. 부정경쟁방지법 제4조 제1항은 “부정경쟁행위로 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 부정경쟁행위를 하거나 하려는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다”고 규정하고 있고, 부정경쟁행위에 대해서는 제2조 제1호 가목 내지 자목에서 열거하고 있다. 위 제4조 제1항이나 본 건 퍼블리시티권과 관련되어 논의되는 위 가목, 나목, 다목을 보면, 어디에도 위 견해에서 말하는 ‘부정한 이용’이라는 요건이 없다. 즉 금지청구(명령)의 요건으로서 부정경쟁행위 외에 다른 것을 요구하지 않는다는 점에서는 저작권법<sup>246)</sup>과 다를 바 없다.<sup>247)</sup> 한편 위 다목의 “정당한 사유 없이”를 들어 부정경쟁행위 해당 여부를 판단

243) 위 논문, 309면.

244) 박찬숙 의원과 이성현 의원의 각 저작권법 개정안을 말한다.

245) 박준식, 전계논문, 312면 중 각주 43번.

246) 저작권법 제123조 제1항 “저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(조문 생략)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.”

247) 한편, 부정경쟁방지법 제4조 제1항은 금지청구의 요건일 뿐 금지명령의 요건은 아니라고 생각할 수도 있으나, 이는 저작권법도 마찬가지다. 즉 저작권법도 제123조에서 금지청구에 관한 요건만을 정하고 있을 뿐이다. 오히려 저작권법은 제123조에서 금지에 해당하는 정지청구 외에 침해의 예방 또는

함에 있어 완충장치가 있다고 생각할 수도 있다.<sup>248)</sup> 그러나 그렇게 본다면 저작권법도 저작재산권의 제한에 관한 여러 조항(제23조 내지 제38조)을 두고 있으며, 이들 조항에 이와 유사하거나 이보다 더 불확정적인 개념<sup>249)</sup>을 사용한 완충장치가 많다고 할 수 있다는 점에서, 역시 부정경쟁방지법이 저작권법에 비하여 금지명령 요건 외에 침해여부 판단에서 법관 재량의 여지가 더 있다고 보기 어렵다.

## 라. 소결

이상에서 본 바와 같이 퍼블리시티권을 입법화함에 있어서 부정경쟁방지법에 담는 것은 어렵다고 생각한다.

## 3. 저작권법 개정에 의한 보호

앞서 본 바와 같이 퍼블리시티권은 저작권법에서 규정하는데 장점과 단점이 있다. 과거 두 차례의 입법 실패가 보여주는 것처럼 저작권법 개정 방식은 많은 한계와 저항이 있는 것이 사실이다. 이하에서는 중복을 피하면서 저작권법 개정 방식에 대한 평가를 하고자 한다.

### 가. 지적 창작물이 아니라는 근본적 한계 및 공격에 대한 방어 어려움

퍼블리시티권에는 지적 창작물이라고 할 만한 것도 있지만 지적 창작물의 범주에 넣기 어려운 것도 있다. 대체로 저작권 모델(copyright model)의 퍼블리시티권은 지적 창작물에 해당한다고 할 수 있으나, 상표권 모델(trademark model)에 속하는 성명, 초상 등은 지적 창작물이라고 보기 어렵다. 한편 지적 창작물이 아니라 하더라도, 저작권법에는 지적 창작물이 아닌 것도 담고 있다는 점에서<sup>250)</sup> 퍼블리시티권을 저작권법에 담지 못할 이유가 없다는 반론도 충분히 가능하다. 그러나 지적 창작물이 아닌 데이터베이스(DB) 제작자의 보호를 저작권법에서 규정하는 것에 대해 비판이 많이 있어 왔다는 점에서,<sup>251)</sup> 퍼블리시티권을 저작권법에 포섭하는 논의는 크게 설득력을 얻기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

### 나. property rule과 같은 강력한 보호가 반드시 필요한가의 문제

저작권법의 경우 침해 시 구제에 있어 금전적 배상 외에 금지명령이 가능하다는 점에서 매우 극단적인 결론이 가능하다.<sup>252)</sup> 한편, 퍼블리시티권 분쟁의 경우 그 권리 속에 인격적 요소

---

손해배상의 담보에 관한 규정도 됨으로써, 오히려 행위금지 외에 금전담보를 명할 수 있게 하고 있다.

248) 부정경쟁방지법 시행령 제1조의2에 ‘정당한 사유’를 정하고 있는데, 이는 저작권법의 ‘저작재산권의 제한’ 조항에 상응하는 것으로 볼 수 있다.

249) 예컨대, 저작권법 제23조의 “재판절차를 위하여 필요한 경우”, 제25조의 “학교의 교육 목적상 필요한”, 제28조의 “정당한 범위 안에서”, “공정한 관행에 합치되게”, 제29조의 “영리를 목적으로 하지 아니하고”, 제30조의 “가정 및 이에 준하는 한정된 범위”, 제37조 제2항의 “합리적이라고 인정되는 방법” 등이 불확정 개념으로서 저작재산권 침해여부를 판단하는데 완충작용을 할 수 있다고 생각한다.

250) 데이터베이스 제작자의 권리, 방송사업자의 권리 등.

251) 예컨대 박준석, 전게논문, 311-312면.

가 있기 때문에 때로는 저작권침해의 경우 못지않게 침해 시 금지명령을 발하여야 할 필요성이 강할 수도 있지만, 엔터테인먼트 관련 분쟁의 특성<sup>253)</sup>상 상생이 강조된다는 점에서 퍼블리시티권 침해 시 금지명령을 발하는 것보다는 금전적 배상으로 하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 특히 퍼블리시티권의 보호는 표현의 자유와 늘 경계를 맞닿고 있다는 점에서 ‘property rule’을 적용한 일도양단식 결정보다는 ‘liability rule’을 적용한 보다 유연한 접근이 필요하다고 할 수 있다. 이 점에서 저작권법으로 포섭하는데 한계가 있다면 별도의 법을 만들 때 충분히 고려할 사항이라고 본다.

#### 다. 저작권법이 의율할 수 있는 한계

본 연구자는 선행 논문에서 퍼블리시티권의 두 가지 모델 중 상표권 모델은 저작권법이 포섭할 수 없고, 저작권 모델은 미국과 달리 우리나라에서는 저작권법을 적용할 수 있다는 의견을 펼친 적이 있다.<sup>254)</sup> 그런데 이 부분 주장을 좀 더 심화하여 전개될 필요가 있어 보완하고자 한다.

미국의 Zacchini 판결은 저작물성에 있어서 고정(fixation)을 요건으로 하는 미국 저작권법의 한계로 인하여 퍼블리시티권으로 규율했던 것이다. 그런데 우리나라에서라면, ① 이와 같이(Zacchini 사례는 복제 방영한 사례) 동일한 실연(performance)을 복제하는 경우는 굳이 퍼블리시티권으로 의율할 필요 없이 저작권법상 실연자의 권리 중 복제권(제69조)으로 의율할 수 있다.<sup>255)</sup> ② 유사한 실연(performance)의 경우, 즉 실연을 흉내 낸 경우는 저작권법상 실연자의 복제권 침해 문제가 발생하지는 않는다. 다만 실연자의 동일성유지권(제67조)<sup>256)</sup> 침해에 해당할 수 있으므로, 실연자는 자신의 실연을 흉내 내는 행위에 대해 퍼블리시티권이 아니더라도 저작권법 상 실연자의 동일성유지권으로 규율할 수 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 ‘유사한 실연’의 경우(실연 흉내 내기)를 규율할 수 있는 저작권법 상 유일한 수단인 실연자의 동일성유지권은 인격권의 일종이라는 점에서 한계가 있다. 즉 사후적으로 구제는 가능하지만 사전에 양도한다거나 양수인이 구제를 받기 어렵다는 점, 사망과 동시에 소멸한다는 점(저작권법 제68조)<sup>257)</sup> 등의 한계가 있다. 여기에서 저작권법의 한계가 있으며, 퍼블리시티권에 의

252) 최근 지상파재송신 사건(서울고등법원 2011. 7. 20. 선고 2010나97688호 판결)의 예에서 보는 바와 같이 케이블방송사의 지상파재송신이 저작권침해가 된다는 결론과 함께 법원은 지상파재송신을 하지 말라는 금지명령을 내렸다. 그와 같은 경직된 판결은 저작권을 물권과 같은 배타적 권리로 인식하는 한 피하기 어렵다는 점에서 저작권의 본질, 속성이 무엇인가를 되돌아보게 하였다. 저작권침해에 따른 구제로서 ‘property rule’과 ‘liability rule’을 위 지상파재송신 사건에 접목시켜 비판한 것으로 다음 문헌 참조. 남형두, “성인용 영상물의 저작권 보호 문제”, 저작권문화 2009.10.(통권 제182호), 10-11면 참조.

253) 본 연구자는 선행 논문에서 ‘엔터테인먼트 분쟁의 특성’으로 다음 세 가지를 들었다.

1. contents based disputes
2. time-sensitiveness
3. 지속적 관계 유지의 필요성

남형두, 전제논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 324-331면 참조.

254) 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류), 118면.

255) 한편 박준석 교수는 이와 같이 실연을 그대로 복제한 경우에도 저작권법상 실연자의 권리 외에 퍼블리시티권에 의한 보호를 중복적으로 인정해도 좋으며 그것이 더욱 합리적이라고 한다. 박준석, 전제논문, 317면.

256) 저작권법 제67조 “실연자는 그의 실연의 내용과 형식의 동일성을 유지할 권리를 가진다. 다만, 실연의 성질이나 그 이용이 목적 및 형태 등에 비추어 부득이하다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니한다”

257) 한편, 저작자의 동일성유지권(제13조)과 달리 실연자의 동일성유지권(제67조)은 사후보호에 관한 조

한 보호를 고려하지 않으면 안 되는 이유가 있다. 이를 담아내기 위해서라도 저작권법이 아닌 독자법 제정의 의의 있다.

## 라. 소결

퍼블리시티권에 관한 입법의 필요는 절박한데 저작권법 개정 방식으로 할 경우 위와 같은 문제점이 있고, 그 입법 형식 때문에 저항이 거세다면, 굳이 저작권법 개정 방식을 고집할 필요는 없다고 본다.<sup>258)</sup>

## 4. 개인정보 관련 법률에 의한 보호

퍼블리시티권에는 저작권법적 요소, 부정경쟁방지법적 요소, 상표법적 요소, 명예훼손 관련 법리, 프라이버시·인격권 관련 법리, 개인정보 등 정보법 관련 법리 등이 혼재되어 있다는 점에서 최근 자주 논란을 빚고 있는 언론에 의한 명예훼손, 개인정보침해 등의 법률적 쟁점과 함께 퍼블리시티권을 포함하는 통합 법률의 제정을 심각히 고민할 필요가 있다.

그러나 앞서 저작권법 개정 방식에 관한 논의에서 본 바와 같이 퍼블리시티권에 관한 입법은 시급한데 반해 이와 같은 통합 법률 논의는 자칫 시간이 상당히 걸릴 뿐 아니라 입법 성사도 불투명하다는 점<sup>259)</sup>에서 추후 더 깊은 논의를 하기로 하고 본 연구에서는 생략하기로 한다.

## 5. 소결 - 단행법 제정

위와 같이 퍼블리시티권에 관한 입법 방식으로 거론된, 부정경쟁방지법, 저작권법, 개인정보 관련 법률 등은 한계가 있을 뿐만 아니라, 시도하는 과정에서도 상당히 많은 어려움이 예상되는바, 퍼블리시티권과 관련된 분쟁은 날이 갈수록 증가하여 산업계와 재판실무에서 하루 속히 입법적 해결을 원하고 있다는 점에서 조속한 입법이 그 어떤 가치보다도 중요하게 되었다. 그 점에서 (가칭) ‘퍼블리시티권 보호 및 이용에 관한 법률’이라는 단행법 제정이 대안으로 고려될 수 있다.

---

항(제14조 제2항)이 없다. 즉 실연자의 사망으로 그의 동일성유지권은 제한 없이 소멸되는 것으로 되어 있다. 따라서 유사 실연(실연 흉내 내기)의 경우 저작권법만으로는 실연자의 사후 보호가 불가능하다.

258) 혹시 그것이 정부 부처의 ‘소관 법률 차지하기’라는 경쟁의식에서 비롯된 것이라면 더욱 저작권법 개정 방식을 고집하는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 다행히 2012. 1. 30.자 지식재산위원회의 대통령 업무보고에서 퍼블리시티권 입법과 관련한 정부 부처 간 소관업무 조정이 성공적으로 마무리되었다는 점에서 앞으로 입법 형식을 둘러싼 불필요한 논쟁은 사라질 것으로 생각된다. 2012. 2. 2.자 문화체육관광부 정책담당자와 전화회의를 통해 지득하게 되었음.

259) 이 경우 정부 입법 또는 의원 입법으로 하든지 소관 부서가 많기 때문에 입법에 상당한 애로가 예상된다.



## V. 구체적 입법(안)

본 장에서는 (가칭) ‘인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률’에 담을 내용을 중심으로 구체적 인 쟁점 별로 살펴보고, 논의 결과로 입법안(별첨)을 제시하고자 한다.

### 1. 법의 명칭

퍼블리시티권 인정(도입)에 반대하는 견해 중에는 생소한 외국어로 된 권리라는 점도 작용하고 있다.<sup>260)</sup> 그러나 외래어 또는 외국어에 그렇게 민감하게 반응할 이유가 없다. 특히 대안으로서 우리말 전문 법률용어(legal term)가 없는 경우에는 더욱 그러하다. 위 견해를 주장하는 실무가는 ‘프라이버시(privacy)권’도 같은 차원에서 논의하고 있다.<sup>261)</sup> 프라이버시권의 경우 ‘사생활 보호’ 또는 ‘사생활의 자유’ 등 우리말 또는 우리나라의 법률용어가 존재함에도 불구하고 학계나 실무계에서 프라이버시권이라는 용어가 널리 사용되고 있다는 점에서 외래어로 된 법률용어의 사용을 문제 삼을 수 있겠으나, 아직까지 이 정도의 대안적 언어 또는 용어가 없는 퍼블리시티권의 경우에는 비록 외국어라 할지라도 법률 용어로 사용하지 않을 이유가 없다고 본다. 이미 법원에서도 퍼블리시티권이라는 용어는 널리 사용되고 있음은 말할 나위도 없다.

그러나, 견해를 달리하여 퍼블리시티권이라는 외래어 사용을 주저하고 특히 법률 명칭으로 사용되는 것에 거부감이 들 수 있음을 고려하여 다음 논의를 이어가기로 한다. 이 문제는 법률가 외에도 법제 관련 전문가, 우리말 전문가의 조언이 필요한 부분이라는 점을 전제한 후 퍼블리시티권을 ‘인격표지권’으로 하여, 법률 명칭을 (가칭) ‘인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률’로 제시한다.

### 2. 법의 목적

이 법은 인격표지권의 보호만을 목적으로 하는 것이 아니라 표현의 자유 측면에서 이용자의 적절한 이용도 도모함으로써, 결국 이 법이 추구하는 최종 목적은 문화 및 관련 산업<sup>262)</sup>의 향상발전에 두는 것이 바람직하다고 생각된다. 이는 저작권법의 목적에서 그 정신을 차용한 것인데, 이 법에도 그 정신은 공유할 수 있다고 본다.

이를 위해 저작권법<sup>263)</sup>과 달리 아예 “인격표지권의 적정한 보호”를 명시하였다. 충돌되는 당사자로는 ‘권리의 주체’와 ‘이용자’를 예정하였는데, 이 양자의 관계는 상대적이라 할 수 있다. 첫째, ‘권리의 주체’에는 최초 인격표지권자, 즉 인격표지의 주체 외에도 양수인, 상속인, 이용허락 받은 자도 포함되어 있으므로(법안 제2조 제4호, 제9조 제1항), 인격표지권을 행사할

260) 퍼블리시티권이라는 외래어 사용에 대한 거부감 때문에 초상권의 개념을 확장하여 퍼블리시티권을 대신하자는 견해가 있으나(정경석, 전계논문, 124-125면), 사회적 약속인 언어의 용례를 그 명백한 문리적 의미를 넘어서 쓴다는 것은 하나의 주장일 수는 있지만 사회적 합의로 말하기는 곤란하다. 특히 언어의 문리적 의미 위에 세워지는 전문적인 법률 용어(legal term)는 법적 요건과 효과의 출발이 된다는 점에서 그 용례는 일반 사회 언어보다 더욱 신중히 해야 할 것으로 생각된다.

261) 정경석, 전계논문, 124-125면 중 각주 7번.

262) ‘관련 산업’의 대표적인 예는 ‘한류 산업’이 될 것이다. 그러나 법률에 ‘한류 산업’ 등의 용어를 바로 쓰는 것이 적절하지 아니하여 저작권법과 같이 ‘관련 산업’이라고 하였다.

263) 저작권법 제1조는 “이 법은 저작자의 권리와 이에 인접하는 권리를 보호하고 (후략)”이라고 되어 있어 일단은 “저작자의 권리를 보호”하는 것을 하위목적, 또는 수단으로 삼고 있다.

수 있는 이와 같은 주체들에 대해 그 인격표지를 이용하거나 하려는 자는 이용자에 해당할 수 있다. 이 법은 이러한 권리 주체들과 이용자 간의 이해충돌을 방지하여 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다. 둘째, 인격표지자(최초 인격표지권자로서 양도인 또는 이용허락자(licensor))와 그로부터 인격표지권을 양도받거나(양수인) 이용허락 받은 자(licensee)를 놓고 보면 후자의 양수인, 이용허락 받은 자는 위의 ‘이용자’에 해당할 수 있다. 이처럼 이 법이 추구하는 목적인 권리의 주체와 이용자 간의 이해충돌을 방지에 있어 양자의 관계는 고정적인 것이 아니라 가변적이고 상대적인 것이다.

위 ‘첫째’의 점은 저작권법에서도 동일하다고 할 수 있다. 저작권법 제1조에서 말하는 ‘저작자의 권리’에는 저작재산권과 저작인격권이 있고 저작재산권은 양도 및 이용허락이 가능하므로, 저작재산권의 양수인 또는 이용허락 받은 자도 이용자와의 관계에서 보면 이해가 충돌되는 상대방에 해당하기 때문이다. 그런데 위 ‘둘째’의 점은 저작권법과 다르다. 저작권법이 제1조에서 예정하는 이해충돌의 대상은 ‘권리 중심’으로 되어 이는 반면, 이 법안 제1조에서는 ‘사람 중심’으로 되어 있기 때문이다. 즉 저작권법은 “권리를 보호하고 ... 이용을 도모함으로써”로 규정하고 있지만, 법안은 “권리의 주체와 이용자 간의 이해충돌”이라고 규정하여 다른 형식을 취하고 있다. 그렇게 한 이유는 다음과 같다.

인격표지권은 인격표지를 보호하는 권리로서 인격에서 파생된 것이라는 점에서, 저작권보다는 인격적 요소가 강하다고 보아 ‘권리와 이용’의 구도보다는 ‘권리자와 이용자’의 구도로 구성하는 것이 좋다고 보았기 때문이다.<sup>264)</sup> 양 구도의 차이를 논하는 실익은 무엇인가? 위 ‘둘째’의 경우에 있다. 즉 ‘권리 중심’으로 입법을 한다면, 위 ‘첫째’의 경우 외에 ‘둘째’의 경우는 포섭하기 어렵지만, ‘권리자 중심’으로 입법을 한다면, ‘둘째’의 경우도 이해충돌의 상황으로 포섭하여 이 법이 해결하고자 하는 대상에 적극 포함된다는 점에서 실익이 있다.

인격표지권은 엔터테인먼트 산업의 핵심적 권리다. 연예인, 스포츠선수의 인격표지를 일반 대중이 직접 이용하는 경우도 있지만, 에이전트 또는 매니지먼트사가 관리하는 스타의 인격표지를 일반 대중이 이용하는 경우가 더 많고, 앞으로도 더 많아질 것이다. 이처럼 에이전트 또는 매니지먼트사를 매개로 하는 거래가 일반화되면 될수록, 인격표지자와 매개체 간의 관계 및 이해충돌의 조정이 최종 이용자(end users, 일반 대중)와의 이해 조정 못지않게 중요하게 된다.<sup>265)</sup> 이 점에서 ‘권리/이용 중심’의 입법 목적 설정보다는 ‘권리자/이용자 중심’의 입법 목적 설정이 이 법안에 더욱 적합하다고 생각한다.

### 법안 제1조(목적)

이 법은 인격표지권의 적절한 보호를 통해 그 권리의 주체와 이용자 간의 이해충돌을 방지하여 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.

### 3. 정의 규정

264) 물론 저작권의 철학이론 중에는 헤겔의 인격이론, 칸트의 자유이론과 같이 인격적 요소를 강조하는 이론이 있기도 하다. 이는 영미의 노동이론, 경제이론과 달리 저작권이 인격과 결부된 권리로 인식한다. 남형두, “저작권의 역사와 철학”, 산업재산권 2008.8.(제26호), 280-286면 참조. 그러나 질의 문제가 아니라 양의 문제로 본다면 저작권보다는 인격표지권에 인격적 요소가 상대적으로 많다고 볼 수 있다.

265) 이는 본 연구자가 엔터테인먼트법의 구도를 3자 구도(celebrities, the public, entertainment industry)로 보아왔던 종전 주장과 일치하는 것이기도 하다. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 309면의 도표 참조.

이 법에서 사용하는 전문적 법률 용어(legal term)를 사전에 정의해 둬으로써 해석의 명료함을 기하고 한다.

### 가. 인격표지의 예시적 규정 형식

‘인격표지’를 정의한 후에 ‘인격표지권’을 정의하고, ‘인격표지’를 예시적으로 규정함으로써, 인격표지권의 대상이 되는 인격표지의 다양성 및 다양한 이용을 제한하지 않으려 하였다. 게다가 ‘인격표지’에서 ‘유사한 것’이라고 한 것은 일종의 불확정 개념으로서 ‘likeness’, ‘image’ 등을 염두에 둔 것이며, 판례에 의해 형성될 몫으로 남겨두는 정의 방식을 따랐다.<sup>266)</sup>

따라서 현재 우리나라 법원이 퍼블리시티권의 대상으로 인정하고 있는 초상, 성명, 이미지, likeness, 유행어 외에 별명(nicknames),<sup>267)</sup> caller ID,<sup>268)</sup> 무대예명(stage name)과 필명(pen names),<sup>269)</sup> 컴퓨터상의 가상인물(a computer-animated celebrity),<sup>270)</sup> 역할 및 캐릭터(persona in a role or characterization),<sup>271)</sup> 목소리(voice and sound),<sup>272)</sup> 특정인과 연결된 물체에 의해 연상되는 인격(persona identified by objects associated with a person),<sup>273)</sup> 생활상(life story) 등도 해당 인격표지자의 인성 또는 가상적 성격(persona)으로서 이용자들이 동일성(identity)을 인정할 정도가 되고 상업적으로 활용되거나 활용될 가능성이 있다면 인격표지권의 대상이 될 수 있다고 생각한다.

한편 인격표지권의 보호대상이 되는 인격표지의 내용에 제한을 둘 것인가를 논의하여야 한다. 예를 들어 음란성이 있는 인격표지(실연행위 및 유사한 것 포함)는 인격표지권 보호대상이 될 수 없는가? 즉 인격표지권 침해 주장에 대해 음란성이 항변이 될 수 있겠는가의 문제이다. 이는 비단 도덕성 외에도 합법성 문제로 연결될 수 있다. 즉 인격표지권으로 보호받으려는 대상이 합법적이지 않은 내용인 경우 불법적인 것이므로 인격표지권이 성립하지 않는다거나 보

266) “유사한 것”과 관련하여 인격표지권의 “2차적 사용”에 관한 논의를 할 수 있다. 즉 원(原) 인격표지권을 가지고 일종의 2차적 인격표지권을 창작했을 경우 그 2차물의 권리가 누구에게 귀속되는지 문제가 될 수 있다. 예를 들어 드라마 ‘여로’의 주인공 배역인 ‘영구’의 인격표지를 후에 심형래와 이창훈이 지속적으로 변형, 발전하여 사용하고 있는데 원 인격표지권자는 후속 이용자에 대해 저작권법에서와 같이 2차적 저작물 작성권으로 간여할 수 있는지 생각해 본다. 본 연구자는 이 문제를 다음과 같이 퍼블리시티권의 두 가지 모델로 나누어 살펴보려 한다. 첫째, 상표적 모델이다. 위 법안의 정의 규정에서 본 바와 같이 ‘유사한 것’(likeness)도 처음부터 인격표지권의 대상이 되므로, ‘2차적 인격표지권’ 논의는 처음부터 할 필요가 없다. 둘째, 저작권 모델이다. 이 점이 바로 퍼블리시티권을 저작권법상 실연자의 권리와 별도로 인정해야 할 필요가 있는 부분이다. 실연자의 권리로 인정되는 ‘복제권’은 동일복제권만을 의미할 뿐 유사한 실연행위까지는 포섭하지 못하지만, 퍼블리시티권은 실제 실연(퍼포먼스) 외에 유사실연(위에서 말한 심형래, 이창훈의 ‘영구’)까지 포섭할 수 있다. 즉 이 경우 퍼블리시티권의 보호 범위 안에 있으므로 굳이 ‘2차적 이용’에 관한 규정을 둘 필요가 없다. 다만, 표현의 자유, 패러디에 의해 유사실연에 대한 퍼블리시티권(인격표지권)의 보호는 제한될 수 있을 것이다.

267) Pilpel은 별명도 원래의 고유 이름과 똑같이 법적 보호를 받아야 한다고 주장한다. Harriet F. Pilpel, *The Right of Publicity*, 27 Bull. Copyright Soc’y 249, 258 (1980) 참조.

268) Benjamin R. Seecof, *Caller Identification: Stealing Your Name and Number*, 13 Hastings Comm. & Ent. L.J. 791, 809 (1991) 참조.

269) McCarthy, 전제서(v.1), 293면 참조.

270) Pamela Lynn Kunath, *Lights, Camera, Animate! The Right of Publicity's Effect on Computer-Animated Celebrities*, 29 Loy. L.A. L. Rev. 863, 902-906 (1996) 참조.

271) McCarthy, 전제서(v.1), 323-324면 참조.

272) 위의 책, 345-347면 참조.

273) 위의 책, 371-372면 참조.

호될 수 없다는 항변이 성립할 것인가의 문제이다. 이는 저작물성과 음란성에 관한 논의와 같은 맥락에 있는 것으로서,<sup>274)</sup> 여기에서는 깊은 논의를 생략하기로 하고 다만 결론만 말하자면 인격표지권 보호를 위해 도덕성, 합법성을 요구할 수 없다고 생각한다. 도덕관념에 반한 내용이거나 현행법에 위반되는 내용의 것이라면 이를 이유로 퍼블리시티권의 성립이나 행사를 제한할 것이 아니라 다른 법률로 규제하는 것으로도 충분하기 때문이다. 인격표지권의 성립과 행사에 도덕성, 합법성을 요구한다면 여러 가지 복잡한 문제가 야기되는 한편, 그 보호로 인해 얻으려는 이익이 불법 또는 부당한 것이라면 이는 다른 법률로 제한할 수 있다.

## 나. 인격표지권의 주체

인격표지권은 인격적 요소가 있는 권리라는 점에서 권리의 주체로 자연인만을 상정하였다.<sup>275)</sup> 그러나 추후 관련 법리의 발전에 따라 법인의 인격표지권 논의가 진전될 수 있음을 고려하여 명시적으로 이를 배제하지는 않았다. 그리하여 “인격표지권자”는 인격표지가 영리 목적으로 이용되고 있는 자”라고 함으로써 ‘이용되고 있는 자’에는 문리해석만으로 볼 때, 반드시 자연인에 국한된다고 할 수 없는 해석의 여지를 남겨 두었다.

한편 퍼블리시티권이 처음 논의될 때, 이 권리의 주체는 유명인을 전제로 한 것이었으나, 앞서 본 바와 같이 유명인에 국한할 이유가 없고 유명인과 일반인을 구별하는 것 자체도 대단히 모호한 것이어서, 이 법에서는 인격표지권의 주체를 유명인으로 한정하지 않았다.

### 법안 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ‘인격표지’는 사람의 성명, 초상, 목소리 등과 그와 유사한 것으로서 그 사람의 특징적 요소가 나타나 있는 것을 말한다.
2. ‘인격표지권’은 인격표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 말한다.
3. ‘인격표지권자’는 인격표지가 영리 목적으로 이용되고 있는 자를 말한다.
4. ‘인격표지권의 승계인’은 인격표지권을 계약에 의해 양도받거나 유증 또는 상속받은 자를 말한다.
5. 그 밖에 이 법에서 사용하는 용어는 이 법에서 별도로 정하는 것 외에는 저작권법 제2조를 따른다.

## 4. 외국인의 인격표지권

외국과의 교역이 자유로워진 탓도 있지만 특히 인터넷의 영향으로 영화, 음악, 스포츠 등 각종 엔터테인먼트 상품이 전 세계화하는 경향이 갈수록 강해지고 있다. 즉 엔터테인먼트 산업은 국지적 시장에서 세계시장으로 급속도로 팽창하고 있다. 그 점에서 인격표지권의 대상이 되는 유명인의 인격표지의 상업적 활용 역시 과거와 비교가 되지 않을 정도로 빈번해지고 있다. 여기에서 인격표지권의 국제적 조화가 요구되고 있는 것이다.

이 점에서 인격표지권의 주체로 대한민국 국민에 한정한다는 것은 위와 같은 엔터테인먼트

274) 남형두, 전제서, 135-142면 참조.

275) 인격표지권의 주체로 ‘자연인’만을 상정하였다고 한 것은 구체적으로 법안 곳곳에 자연인을 전제로 하였기 때문이다. 예를 들어 보호기간의 기산점을 “사망 후 30년”이라고 한 것(제7조 제1항), 법인에 대해서는 명시하지 않고 단체의 인격표지권에 대해서는 별도로 규정한 것(제7조 제2항), 상속에 관한 규정(제6조), 인격 훼손 방식에 의한 이용의 제한 규정(제12조) 등이 그것이다.

시장의 경향, 국제적 조화에 어긋난다. 그러나 아직까지 세계적 규범이 없을 뿐만 아니라, 세계적으로도 인격표지권을 보호하는 입법이 드문 현실에서 우리나라가 먼저 외국인의 인격표지권 보호에 앞장서는 것도 타당하다고 볼 수 없다. 이에 외국인의 인격표지권을 보호하되 결국은 상호주의를 도입하여 적절하게 제한할 필요가 있는 것이다.

외국인의 인격표지권 보호에 관한 법안 제3조는 위와 같은 점을 고려한 것인데, 피상적으로만 보고 이 법 제정으로 공연히 외국인의 인격표지권만을 보호하는 결과를 낳는 것이 아닌가 생각할 수 있으나, 그렇지 않다.

현재 인격표지권 보호에 관한 국제조약(convention)은 없으며, 그밖에 우리나라가 쌍무협정 형식으로도 인격표지권을 보호하기로 하는 조약을 체결한 바 없으므로, 이 법 제정에 따라 외국인의 인격표지권 보호의 결과를 낳게 될 것이라는 우려는 없다(법안 제3조 제1항). 법안 제3조 제1항은 저작권법 제3조에서 차용한 것인데, 저작권이나 그 밖에 특허권, 상표권의 경우에는 외국인 보호를 위한 국제조약이 있지만, 인격표지권의 경우에는 그와 같은 국제조약이 없을 뿐만 아니라 당분간 국제적 합의에 이르기에도 쉽지 않다는 점에서, 법안에서 외국인의 인격표지권 보호에 관한 조항을 두면서도 우리나라가 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다고 한 것은 결국 외국인의 인격표지권이 국내에서 쉽게 보호될 수 없음을 의미한다 할 것이다. 그 점에서 이 법 제정으로 인해 보호되지 않던 외국인의 인격표지권이 보호되게 되었다든지 그로 인해 국부 유출이 심각하게 되었다든지 하는 우려는 기우에 불과하다고 할 것이다.

한편 법률이 제정되지 않은 가운데에서도 우리나라 법원이 외국인의 인격표지권을 사실상 인정하고 있는 실무 현실(비달 사순 판결 등)에 비춰 볼 때, 이 법안은 오히려 외국인 보호에 있어서 퇴보적이라는 비판을 받을 수 있다. 그래서 상호주의 조항이 필요하게 되었다(법안 제3조 제2항). 첫째, 외국인이라도 우리나라에 상시 거주하는 외국인의 경우는 국민과 같게 대우해 줄 필요가 있다. 무국적자의 경우도 마찬가지로 보았다. 둘째, 상시 거주하지 않는 외국인으로서 무국적자도 아닌 경우가 문제로 된다. 이러한 외국인의 국가와 우리나라가 인격표지권 보호에 관한 조약을 체결하지도 않은 경우 그 외국인의 인격표지권을 보호할 것인지가 논의의 초점이다. 법안은 이 경우 제3조 제1항의 규정에 따른 조약에 가입하지 않았거나 체결하지 않은 외국이라도 그 국가가 인격표지권을 인정하고 있고 대한민국 국민의 인격표지권을 부인하지 않는 경우 그 외국인의 인격표지권은 이 법에 따라 보호된다고 규정하였다. 이렇게 하면 예컨대 제임스 딘과 같이 미국의 영화배우는 우리나라와 미국이 인격표지권 보호에 관한 조약을 체결하지 않았더라도 미국이 인격표지권을 인정하고 있고, 미국이 우리 국민의 인격표지권을 부인하지 않는다면, 제임스 딘의 인격표지권은 이 법에 따라 보호될 수 있는 것이다. 그런데 만약 미국 국적자가 아니면서도 미국의 우월한 엔터테인먼트 회사의 역량에 기대어 보호받을 요량으로 미국 외 다른 나라의 유명인이, 예컨대 다이애나 황태자비와 같은 영국인이 미국 회사를 통해 인격표지권을 보호받는 경우<sup>276)</sup>는 허다한데, 이러한 경우도 제2항에 따른 상호주의의 적용을 받을 수 있는가가 문제로 된다. 이를 막기 위해 이 조항에서는 저작권법에 없는 ‘국적주의 조항’(제4항)을 두게 된 것이다. 예를 들어 아르헨티나 출신 혁명가 ‘체 게바라’의 경우 그의 국적인 아르헨티나 법을 기준으로 이 조항의 적용 여부가 달라지는 것이지, ‘체 게바라’의 인격표지권을 양도받아 관리하는 미국인(법인)을 기준으로 하는 것이 아니라는 뜻이다.<sup>277)</sup> 이는 전 세계 여러 나라 유명인의 인격표지권을 양도받은 승계인의 지위 또는 이

276) 실제로 다이애나 황태자비의 퍼블리시티권은 미국회사가 관리한 적이 있다. 남형두, 전게논문(퍼블리시티권-한류), 92면 중 각주 22번 참조.

277) 이는 어디까지나 가정이다. 즉 ‘체 게바라’의 인격표지권을 관리하는 회사가 어디인지 확인한 것은

용허락을 받은 자의 지위에서 인격표지권을 국내에서 행사하는 경우, 본 조항(상호주의)의 취지를 사실상 우회적으로 잠탈할 가능성이 있기 때문에 제4항을 두게 된 것이다. 한편 상호주의 원칙을 보다 철저히 구현하기 위해 제3항을 추가하였다.

이상의 논의는 ‘국가’를 기준으로 하는 것인데, 연방제 국가에서 ‘주(洲)’별로 인격표지권 인정여부가 다른 경우 어떻게 할 것인지 문제될 수 있다. 만약 ‘주’까지 고려해야 한다면 위 제4항의 국적주의는 문제되는 외국인이 어느 나라 국적을 갖고 있는지를 넘어 그 국가의 어느 ‘주’의 주민인지까지를 고려해야 할 것이다. 연방제를 취하고 있는 특정국가(미국)의 법체계라는 특수사항까지를 고려하여 이 조항에서 ‘주’를 포함하는 입법을 해야 하는지는 의문이다. 연방제를 취하는 ‘주’까지는 법안에 담지 않더라도 해석론에 의해 해결할 수 있을 것으로 생각한다. 민사소송법에도 상호주의 조항(제217조)이 있는데 주법으로 되어 있는 미국 민사소송법(civil procedure)을 특별히 고려한 입법형태를 취하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 법 운용상 특별한 문제가 없다는 점에서 이 법안에서도 연방제를 취하는 국가를 특별히 감안할 필요는 없다고 본다.

#### 법안 제3조(외국인의 인격표지권)

- ① 외국인의 인격표지권은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.
- ② 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자를 포함한다)과 제1항의 규정에 따른 조약에 가입하지 않았거나 체결하지 않은 외국이라도 그 국가가 인격표지권을 인정하고 있고 대한민국 국민의 인격표지권을 부인하지 않는 경우 그 외국인의 인격표지권은 이 법에 따라 보호된다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자를 제외한다)의 인격표지권이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 인격표지권을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.
- ④ 이 조에서 말하는 “외국인”은 인격표지권자의 국적을 기준으로 정한다.

### 5. 인격표지의 이용 예시

이 조항은 저작권법 제4조(저작물의 예시 등)를 차용한 것이다. 인격표지가 이용되는 경우를 예시하였는데, 인격표지권의 경우 그 이용방법이 날로 진화하고 이전에 없던 새로운 것이 계속 출현하고 있다는 점에서 예시적 규정으로 만들었다. 나아가 현재 이용되고 있는 매체(media) 외에 장래 개발될 표현수단에 대해서도 그 가능성을 열어 놓아두기 위해 이를 명문화하였다.

#### 법안 제4조(인격표지의 이용 예시)

인격표지권의 보호대상이 되는 인격표지는 다음에서 예시하는 매체 외에 장래 개발될 표현수단을 통해 이용되는 행위에도 미친다.

1. 광고, 포스터, 입간판
2. 공중의 소비를 목적으로 하는 제품
3. 정기간행물, 허락받지 않은 전기물(傳記物)
4. 사진
5. 영화, 드라마, 연극
6. 음악
7. 미술

---

아니고 미국 회사가 이를 양도받았거나 관리하고 있다는 것을 논의 상 가정한 것이다.

## 6. 단체의 인격표지권

2인 이상으로 활동하는 밴드, 그룹 등의 명칭을 둘러싸고 해체 시 그 명칭 사용에 관한 인격표지권 분쟁이 발생하거나,<sup>278)</sup> ‘공동 실연(team performance)’의 특징적 요소를 무단 사용하는 것과 관련한 인격표지권 분쟁<sup>279)</sup>이 심심치 않게 발생하고 있다. 물론 사전에 팀원 간에 인격표지권 귀속 및 행사에 관하여 약정하거나, 에이전트나 매니지먼트사에 인격표지권을 양도함으로써 무단 이용자에 대한 권리 행사는 할 수 있지만, 이와 같은 사전 약정이나 매니지먼트사에 대한 양도가 없는 경우의 무단 이용자에 대한 권리구제와 사전 약정이 없는 경우 팀원 내부 간의 인격표지권 분쟁에 있어서는 결국 조합의 법리로 해결할 수밖에 없다고 본다. 법안에서는 임의규정 형식을 취함으로써 단체의 인격표지권 문제에 있어서 계약에 의한 인격표지권의 귀속 및 행사의 여지를 남겨 두었다. 법안에서는 ‘단체의 인격표지권’에 관한 조항으로 이 조항 외에 제21조를 더 두었지만, 이와 같이 반드시 필요한 규정 외에 상세 규정은 피함으로써 추후 판례에 의해 형성될 영역이 있게 되었다.

### 법안 제5조(단체의 인격표지권)

- ① 2인 이상으로 구성된 단체(이하 “단체”라 한다)의 인격표지권은 구성원 전체의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 이 경우 각 구성원은 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다.
- ② 단체의 인격표지권은 구성원 중에서 인격표지권을 행사할 수 있는 자를 정할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 따라 권리를 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

## 7. 상속 및 보호기간

인격표지권의 상속성 인정여부와 보호기간을 어떻게 정할 것인가의 문제는 법률 제정에 있어서 가장 어려운 것 중 하나다. 이는 두 가지로 구성되어 있는데, (i) 사후존속을 허용할 것인가, (ii) 허용한다면 그 기간은 어느 정도로 할 것인가이다. 법경제학적 분석이 필요한 것으로서 처음 어떤 선을 긋는다는 것이 매우 어려운 부분이다.<sup>280)</sup>

### 가. 상속

#### (1) 상속성 인정 여부

후술하는 양도성과 함께 상속성은 재산권의 중요한 속성 중 하나인데, 재산권이라고 하여 반드시 상속성을 부여해야 하는 것은 아니다.<sup>281)</sup> 하지만 인격표지권을 주요 수단 및 자산으로

278) 예컨대 ‘동방신기 사건’이 대표적이다.

279) 예컨대 ‘웃찾사 따라와 사건’이 대표적이다.

280) 인격표지권의 사후존속 여부 문제는 인격권, 재산권 논의와 필연적으로 연관이 있다기보다는, 사후 상속인이 독점 사용하게 할 것인가, 아니면 공중의 영역으로 놓아 모든 이들이 자유롭게 땅인의 인격 표지를 상업적으로 이용하게 할 것인가의 정책적인 문제라고 본 견해(김영훈 판사)는 그 점에서 타당하다. 김영훈, 전게논문, 349면.

281) 퍼블리시티권이 재산권이라면 재산권은 상속되는 권리이므로 퍼블리시티권도 상속된다는 삼단논법

하는 엔터테인먼트 산업의 특성 상 유명인의 사망과 동시에 인격표지권을 소멸하게 한다면, 관련 산업 발전에 지나친 악영향을 미칠 수 있고, 관련 기업 가치에 치명타를 가할 수 있다는 점에서 상속성을 부여하는 것이 바람직하다고 생각한다. 예컨대 유명 연예인의 인격표지권을 주요 자산으로 하고 있는 엔터테인먼트 회사가 소속 연예인의 갑작스러운 사망<sup>282)</sup>으로 인해 인격표지권이 소멸하게 된다면 이를 기초로 하는 각종 사업(business)이 최악의 경우 막을 내릴 수 있다는 점에서 심각한 상황을 맞이할 수 있다. 또한 앞서 지적한 바와 같이 유명 연예인의 인격표지권이 출자되어 설립한 기업으로서 공개주식거래시장에서 거래되는 주식회사의 경우 위와 같이 해당 연예인이 갑작스럽게 사망함으로써 인격표지권이 소멸해 버린다면 회사 자본의 상당부분이 소멸하고 나아가 주식 가격도 급락할 수 있다는 점에서, 이 점을 우려한 투자자들이 이런 회사에 대한 투자를 주저하게 만들 소지가 있다.

특히 유명인의 경우 일반인에 비해 인기 절정에서 죽음을 맞이하는 경우가 상대적으로 많은 점에서 이와 같은 우연적 요소에 따라 한쪽은 사업의 영속성을 해칠 정도로 타격을 받고 반대로 다른 쪽은 뜻밖의 횡재(windfall)를 얻는다는 것은 법적 안정성 뿐만 아니라 정의 관점에서도 바람직하지 않다. 이와 같은 여러 가지 점을 고려할 때, 인격표지권을 입법화한다면 상속성은 인정해야 할 것으로 생각한다.<sup>283)</sup> 다행히 최근 우리나라 법원도 인격표지권이 사후에 존속하는 권리, 즉 상속되는 권리임을 인정하였다는 점(이효석 판결)은 법안에 상속성을 인정하는데 큰 도움이 될 것으로 생각한다.

상속되는 권리는 인격표지권자(인격표지자)의 인격표지권이겠지만, 경우에 따라서는 인격표지권자가 생전에 그 권리를 양도한 경우, 그 승계인이 보유하고 있는 인격표지권도 그 승계인의 사망 후 상속인에게 상속되는 것으로 하였다. 인격표지권이 재산권이라는 점에서 당연하다고 할 수 있다. 한편 이 취지를 살리기 위해 법안에는 “인격표지권의 이용허락을 받은 자가 갖는 인격표지권 또는 그 이용권은 상속되지 아니한다”(제2항)라고 하여 상속되지 않는 경우를 명시하는 방식을 채용하였다. 따라서 이에 해당하지 않는 승계인의 인격표지권은 상속될 수 있다.

위와 같이 인격표지권의 이용허락을 받은 자가 갖는 권리를 상속 대상에서 배제한 것은 다음과 같은 이유에서다. 인격표지권의 이용허락을 받은 자의 권리는 양도 또는 재허여시 인격표지권자 또는 승계인의 동의를 요하고 있다는 점에서 볼 때(후술하는 ‘이용허락’ 부분 참조), 상속의 경우에도 동일한 정신을 적용하되 동의를 받게 하여야 하나, 동의를 요구하는 사람(licensee) 사망하였으므로 동의를 구하는 절차가 사실상 불가능하다는 점에서 상속되지 않게 규정한 것이다(제2항).

끝으로 상속성을 인정하는 요건, 즉 사후존속의 요건으로 생전 사용(lifetime exploitation)을 요할 것인지에 관한 논의도 있지만, 법안에는 이를 요하지 않는 것으로 정리하였다. 살아 있는 동안에 인격표지를 상업적으로 이용해 본 적이 없는 사람의 경우 사후에 인격표지권을

(syllogism)에 대한 비판으로는 다음 논문 참조. Hoffman, 전제논문, 134-137 (1980). 본 연구자도 선행논문에서 퍼블리시티권의 도입을 주창하면서 그 반발을 우려하여 상속성을 인정하지 않더라도 등록 상표권에 의한 보호 등에 의해 보완될 수 있음을 지적한 바 있다. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-한류), 121-122면 참조. 이는 양도성과 달리 상속성은 재산권의 필수불가결한 속성이 아니라는 데서 퍼블리시티권 도입을 위한 공감대를 형성하기 위해 위와 같은 가정적 주장을 편 것으로서, 퍼블리시티권의 상속성을 부여해서는 안 된다는 것이 아니었다.

282) 실제 우리나라뿐만 아니라 외국에서도 연예인 등 유명인들의 경우 자살, 사고 등으로 갑작스러운 사망을 맞이하는 경우가 많이 있다.

283) 다만 상속성 부여에 따른 표현의 자유 위축 문제는 후술하는 보호기간에서 충분히 고려할 수 있다고 본다.



새삼스럽게 인정해서는 안 된다는 것이 이런 요건을 부가하는 쪽의 주장이다.<sup>284)</sup> 그러나 인기 절정 상태에서 불의의 사고로 사망하는 유명인의 경우 생전 사용 요건을 갖추지 못할 수 있다는 점, 가난한 상속인 보호에 미흡하다는 점 등에서 ‘생전 사용’이라는 다소 불확실한 요건을 추가함으로써 인격표지권 보호에 불안정성을 초래할 수 있으므로 반대한다.

## (2) 인격표지권자에 의한 사후존속 포기

유명인 중에는 자신의 인격표지를 상업적으로 이용할 생각이 없거나 있더라도 사후에까지 이용되도록 할 의사가 없는 경우가 있다.<sup>285)</sup> 이런 경우 인격표지자의 의사를 존중하는 것이 인격적 요소가 있는 퍼블리시티권의 본질에 비추어 타당하다. 살아 있는 동안에 포기하는 것은 무단 사용자에게 대하여 법적 청구를 하지 않으면 그만이므로 별도의 규정이 필요하지 않으나, 사후 이용을 포기하는 것은 인격표지자만의 의지로는 불가능하다는 점<sup>286)</sup>에서 별도의 규정이 필요하다.

상속포기는 피상속인 사망 후 상속인이 하는 제도라는 점에서 이와 다르다. 정확히 말하자면 인격표지자가 자신의 인격표지권의 행사를 포기한다는 것은 곧 공유의 상태에 놓였다는 것에 다를 아니다. 그러니 곧 자신의 인격표지권을 사회에 환원하는 것이라고 할 수 있다. 인격적 요소가 있는 인격표지권에서 그 인격표지자의 의사를 존중해야 한다는 점에서 법안에서는 인격표지권에 대해 상속성을 인정하되 “인격표지권자의 명시적인 반대의사가 없는 한”이라는 조건을 붙였다.<sup>287)</sup>

한편 인격표지권자가 자신의 인격표지권을 양도한 후 사망하기 전에 인격표지권의 사후존속을 명시적으로 반대한다는 의사표시를 한 후 사망한다면, 승계인(인격표지권의 양수인)이 갖는 인격표지권도 인격표지권자의 사망과 동시에 소멸하거나 또는 그 승계인의 사망과 동시에 소멸한다고 하여야 하는가? 그럴 수 없다고 보았다. 승계인의 지위는 인격표지권의 양도등 처분적 성격의 계약에 의해서 정해지는 것으로서, 그와 같은 처분행위가 있는 후에 양도인인 인격표지권자의 일방적 의사로 승계인의 법적 지위를 흔드는 것은 합리적이지 않기 때문이다. 아무리 인격표지권자의 인격 통제장치가 중요하다고 하더라도 이런 것까지 허용할 수는 없다(제

284) 우리나라에서는 퍼블리시티권의 상속성 요건에 관한 논의가 활발하지 않으나 미국에는 더러 있으며, 일부 주에서는 생전 사용을 상속성의 요건으로 규정하기도 한다. McCarthy, 전제서(v.2), 401-415면 참조.

285) 본 연구자는 ‘유언이론’을 비판하는 과정에서 명성을 부담스러운 짐으로 여겨 자신의 인격표지를 상업적으로 이용하는 것을 반대한 유명인도 있다는 점을 주장한 바 있다. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-철학 상), 161면. 여기에서 대표적으로 J. D. Salinger를 들었다.

286) 예컨대 인격표지자인 유명인이 자신의 사후에 자신의 인격표지에 대한 인격표지권을 행사하지 않겠다고 해도 그의 상속인이 피상속인의 인격표지권을 행사할 경우, 과연 무단 이용자가 인격표지자의 불사용 의사를 들어 항변할 수 있겠는가 문제될 수 있다.

287) 여기에서 사후존속 포기과 같은 조항을 둘 필요 없이 민법 일반원칙에 따라서 처리하자는 의견이 있을 수 있다. 즉 상속 관련 조문을 삭제하고, 민법 일반원칙에 따라 처리될 수 있도록 하자는 주장이 그것이다. 그러나 인격표지권에 대한 주체자의 통제로서, 특히 사후 자신의 인격표지를 상업적으로 이용하는 것을 명백히 반대한 경우 그 뜻대로 해주어야 할 필요 있음은 앞서 인격권론자들의 지적을 수용한 것으로서 이미 충분히 논의하였으므로 여기에서 재론하는 것은 피하기로 한다. 또한 생전에 양도한 경우, 이후 사후존속 포기 의사표시로 그 양수인의 권리가 해쳐지는 것을 막기 위해 동향 단서가 필요하다. 이는 과거 법정 스님이 유언으로 자신의 책을 절판하고 더 이상 판매하지 말 것을 요청하였다는 사안에서 법정과 출판계약을 체결한 출판사의 법적 지위가 일방 당사자인 저자의 유언으로 영향을 받아서는 안 된다고 보는 것과 같은 견지에서 인격표지권의 생전 양도 후 사후 존속 포기를 하였다 하더라도 양수인의 법적 지위에 영향을 주어서는 안 된다는 취지에서 위 단서 조항을 넣은 것이다.

1항 단서).

인격표지권은 유증 방식으로 증여할 수 있고, 그 구체적인 방식에 대해서도 규정하였다(제3항). 한편 이러한 제한 등을 공시할 방법을 모색하여야 한다. 가정법원 등록공시제도 또는 저작권위원회에 인격표지권 등록 제도를 두는 것도 고려 방안 중 하나이다. 그러나 이런 제도는 이 법에서 정할 것은 아니고 가정법원 또는 저작권위원회의 규정 등에서 정하면 될 것이다.

#### 법안 제6조(상속 및 상속인이 없는 경우 소멸)

- ① 인격표지권은 인격표지권자의 명시적인 반대의사가 없는 한 상속된다. 다만 그 반대의사 표시로도 제3자의 권리를 해할 수 없다.
- ② 인격표지권의 이용허락을 받은 자가 갖는 인격표지권 또는 그 이용권은 상속되지 아니한다.
- ③ 인격표지권은 유언에 의해 특정인에게 증여할 수 있고, 그 행사 방법, 범위 등에 조건을 붙이거나 기간을 제한할 수 있다.

#### 나. 보호기간 여하

이효석 판결에서 법원은 퍼블리시티권의 보호기간을 정함에 있어 저작권을 유추 적용하여 생존기간에 더하여 사후 50년이라고 한 바 있다. 한편 한미 FTA의 국회 비준으로 개정된 저작권법은 보호기간을 20년 연장하여 사후 70년으로 규정하고 있는데,<sup>288)</sup> 그렇다면 이효석 판결이 기대했던 저작권 보호기간에 따라 인격표지권도 사후 70년간 보호되어야 한다고 보는 것이 적당할까? 인격표지권 보호에 관한 법률을 제정하면서 보호기간을 지나치게 장기기간으로 할 경우 강한 반발을 불러올 수 있다는 점에서 ‘사후 70년’은 법안 전체에 대한 부정적 인상을 줄 우려가 있다.

한편 이효석 판결은 인격표지권을 상속되는 권리로 파악하면서 보호기간을 정함에 있어 저작권과 유사한 권리로 보아 저작권법을 유추 적용한 것이다. 그러나 이 판결은 인격표지권이 사후에도 보호되는 권리라는 점을 확인한 것에 더욱 큰 의미가 있는 것이지 보호기간의 합리성에 큰 의미를 부여할 것은 아니라고 본다.<sup>289)</sup> 또한 엔터테인먼트 산업이 인터넷의 영향으로 유행을 많이 타고 그 시장도 더욱 세계화하고 있다.<sup>290)</sup> 이와 같이 엔터테인먼트 산업 측면에서 보면 시장이 세계적으로 통합하는 경향이 있고 인터넷의 보급으로 거의 동시에 전 세계에 노출(disclosure)이 이루어지고 있다는 것은, 인격표지권의 대상(대중에 의해 소비되는 인격표지)이 신속하게 전 세계에 유포되는 만큼이나 신속하게 사라진다고 볼 수도 있다. 또한 과거와 비교되지 않을 정도로 시장이 세계화(globalization)되고 있다는 점에서 국지적 시장 때에 비하여 인격표지권을 최소한 보호기간에서라도 제한함으로써 권리자와 이용자 간의 균형을 맞출 수 있다고 본다.<sup>291)</sup> 이상의 점을 고려하여 본 연구자는 인격표지권의 보호기간으로 생존기

288) 물론 개정 저작권법 중 보호기간에 관한 규정의 발효 시기는 “대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정”이 발효한 후 2년이 되는 날부터이므로, 2013. 7. 1.부터다.

289) 이효석 판결에서 법원이 퍼블리시티권의 보호기간이 사후 50년으로 저작권을 유추 적용하는 것에 대한 법경제학적 분석을 비롯한 합리적 근거를 제시한 것은 아니기 때문이다.

290) 본 연구자는 ‘Hollywood와 Internet의 결합’이라는 상징을 사용하여, 할리우드로 대변되는 세계적 콘텐츠가 인터넷으로 대변되는 정보통신기술과 결합하여, 즉 콘텐츠와 운반 수단(vehicle)의 결합으로 장소와 시간이 압축(compression)되었는데, 장소의 압축은 국경없는 거래(borderless transaction)를, 시간의 압축은 동시성(contemporaneity)을 가져옴으로써 국가간, 문화간 장벽을 허물어 세계의 문화가 통합되는 경향이 있음을 지적한 바 있다. 남형두, 전제논문(퍼블리시티권-엔터테인먼트), 319면.

간에 더하여 통상 1세대에 해당하는 ‘사후 30년’이 적당하다고 생각한다.

한편, 보호기간과 관련하여 섭외적 문제를 고려해야 한다. 예컨대 생존기간에 더하여 사후 30년이라고 할 때, 외국인의 인격표지권 보호기간이 문제가 될 경우, (i) 그 외국인의 나라가 우리나라보다 보호기간을 길게 할 경우, (ii) 그 외국인의 나라가 우리나라보다 보호기간이 짧은 경우, 각각의 경우에 어느 나라의 보호기간이 적용되는가?

먼저 (i)의 경우, 예컨대 제임스 딘 사건의 경우 미국에서는 보호기간 내에 있어도 우리나라에서는 당시 재판<sup>292)</sup>에서 인격표지권을 상속되지 않는 권리로 보아 보호를 거절하였다. 한편 다른 예로서, 보호기간의 차이로 인해 외국인의 인격표지권이 그 나라에서는 보호기간 내에 있어도 그 보다 짧은 보호기간을 정한 우리나라에서 보호기간이 지났을 수도 있다. 이 경우는 법안 제3조 제2항을 적용하여, 그 외국에서 우리나라 국민의 인격표지권을 부인하지 않는다면 그 외국인의 인격표지권은 우리나라 법에 따라 보호되므로 ‘사후 30년 간’만 보호될 것이다.

(ii)의 경우, 오히려 우리나라의 보호기간이 더욱 긴 경우는 그 외국에서 우리나라 국민의 인격표지권을 우리 법만큼 보호하지 아니하는 경우에 해당하므로 그에 상응하게 우리나라 법에 따른 보호를 제한할 수 있다(법안 제3조 제3항).<sup>293)</sup> 결국 우리나라 법에 따른 ‘사후 30년’이 아니라 그보다 짧은 보호기간인 그 외국인이 속한 나라의 보호기간으로 보호가 제한될 수 있을 것이다.

그러나 이렇게 해도 인격표지권을 활용한 상품(tangible or intangible goods<sup>294)</sup>)의 섭외적 거래(borderless transaction)의 경우 혼란이 발생할 가능성이 있다. 이때 국내소진과 국제소진의 선택의 문제가 발생할 수 있는데, 이에 대한 근본적 해법은 국제적으로 풀 수밖에 없다. 그러나 경제, 문화, 정책, 법체계 등의 차이로 이런 국제적 합의가 이루어질 가능성은 현재로서는 거의 없어 보인다.

그 밖에 단체의 인격표지권의 보호기간(제2항)이나 보호기간의 기산점(제3항)은 저작권법의 규정을 차용하였다.

## 법안 제7조(보호기간)

- ① 인격표지권은 인격표지권자의 생존하는 동안과 사망 후 30년간 존속한다.
- ② 단체의 인격표지권은 맨 마지막으로 사망한 구성원의 사망 후 30년간 존속한다.
- ③ 이 조에 규정된 보호기간을 계산하는 경우에는 인격표지권자가 사망한 다음 해부터 기산한다.

## 8. 양도성

291) 인격표지권을 제한하는 방식(제도적 장치)은 여러 가지가 있을 수 있다. 후술하는 바와 같이 공정이용 제도를 통한거나, 양도성/상속성을 제한한다든지 하는 것이 그것이다. 그런데 본문에서 지적한 바와 같이 세계시장 관점(장소, 시간)에서 보면 다른 여러 제도적 장치보다는 보호기간이라는 제도적 장치를 통해 인격표지권을 제한하는 것이 바람직하다는 점에서 ‘최소한’이라는 표현을 사용하였다.

292) 제임스 딘 I 판결.

293) 엄밀하게 말하자면 이 경우는 법안 제3조 제3항, 즉 “제1항 및 제2항의 규정에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자를 제외한다)의 인격표지권이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 인격표지권을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.”에서 말하는 “그 외국에서 대한민국 국민의 인격표지권을 보호하지 아니하는 경우”에 해당하지는 않지만, 그 외국에서 우리나라 국민의 인격표지권을 우리나라 법에서만 보호하지 않는 경우도 이에 해당한다고 해석할 수 있을 것이다.

294) 인터넷을 통해 국제적으로 전송되는 작품(works)도 상정할 수 있다.

인격표지권을 인정하면서 양도성을 부인한다는 것은 이 권리의 핵심적 속성을 부인하는 것이라는 점은 앞서 자세히 논한 바 있으므로 재론을 피하기로 한다.

인격표지권의 양도성을 인정하되, 일부의 양도도 가능함을 명시하였다. 저작권과 마찬가지로 인격표지권도 부분적 양도가 가능하다.<sup>295)</sup> 한편 지나친 인신구속의 가능성이 있다는 점에서 장래 발생 가능성 있는 인격표지권의 양도, 즉 일종의 인별 신탁과 같은 인격표지권의 양도는 금지하도록 하였으며 당사자 간의 특약으로도 이에 반하는 계약을 할 수 없도록 하였다(제2항). 강행규정 형식을 취한 것이다. 이는 인격표지권의 양도성이 인격에 대한 통제를 상실하게 할 우려가 있다는 인격권론자들의 비판을 수용한 조항이다.

실제로 연예인들이 엔터테인먼트사와 계약을 체결할 때, 이른바 노예계약으로 문제가 되는 것 중에 하나는 장래 해당 연예인이 얼마나 유명해질지 알 수 없는 가운데 그가 창출해내는, 또는 창출해낼 수 있는 모든 인격표지권을 엔터테인먼트사에 귀속시키도록 하는 조항이다. 법안 제8조 제2항과 같은 규정을 강행규정 형식으로 함으로써, 연예인 등에게 부당하게 불리한 계약이 체결되는 것을 막는 부수적 효과도 있을 것으로 예상한다.<sup>296)</sup>

#### 법안 제8조(양도)

- ① 인격표지권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.
- ② 장래 발생 가능성 있는 인격표지권의 양도는 허용되지 아니 한다. 당사자 간의 특약으로도 이에 반하는 계약은 무효로 한다.

### 9. 이용허락

인격표지권은 양도 외에도 이용허락의 대상이 될 수 있는 권리다. 그러나 이용허락을 받은 자(licensee)의 권리는 채권적 권리이므로 원칙적으로 이용허락계약의 채무자인 인격표지권자 또는 그 승계인의 동의 없이도 양도할 수 있는 것이지만, 인격표지권의 인격적 요소로 인해 누가 그 권리를 이용하는가 하는 것이 인격표지권을 행사할 수 있는 자에게 중요하기 때문에 동의를 요하는 것으로 하였다.<sup>297)</sup>

한편 이용허락을 받은 자는 그 권리를 양도하는 것 외에 다시 제3자에게 자신이 부여받은 권리 범위 내에서 전부를 이용허락하게 하거나, 부분을 이용허락하게 할 수 있다.<sup>298)</sup> 이 경우

295) 최형구 교수는 저작권과 달리 퍼블리시터권은 한 사람이 오직 한 개의 권리만을 갖는다는 점에서 저작권과 다르다고 주장하였으나(최형구, 전제논문(상속성), 359면), 소설가인 저작자가 여러 소설을 씀으로써 여러 개의 저작권을 가질 수 있는 것처럼, 연예인 역시 자신이 출연하는 영화의 배역마다 설정된 배역에 따른 퍼블리시터권을, 개그맨 또는 가수 등도 자신이 출연하는 프로그램이나 노래마다 각기 다른 인격표지에 따른 퍼블리시터권을 가질 수 있다는 점에서 퍼블리시터권과 저작권이 다를 바 없음은 앞서 설명한 바 있다.

296) 한편, 전속계약을 맺는 경우에는 장래 발생 가능성 있는 인격표지권의 양도를 허용할 필요가 있다는 견해가 제시될 수 있다. 그러나 전속계약이 종료된 후에도 양도된 인격표지권을 소속사가 연예인의 의도와 관계없이 사용할 수 있다면 인격표지자의 통제권 상실이 문제가 될 것이다. 이는 사실상 다른 소속사로의 이전을 막는 요소로 작용할 수 있어서 연예계약의 노예적 성격을 더욱 공고히 할 우려가 있다. 제시된 법안대로 이 부분을 강행규정으로 해놓으면 전속계약의 경우 제9조와 같은 이용허락 형태로 운용되는 등 엔터테인먼트 시장이 이에 반응함으로써 시장이 건전화될 수 있고, 엔터테인먼트 산업(법)에서 그간 주로 논의되어온 ‘노예계약’ 문제를 근본적으로 해결할 수 있는 부수적 효과(side effect)도 발생할 수 있다.

297) 저작권법 제46조 제3항을 차용하였다.

298) 예컨대 어떤 유명 연예인의 성명에 관한 인격표지권을 이용할 수 있도록 허락받은 자가 A에게는 의류에 사용할 권리를 허여하고, B에게는 문구류에 사용할 권리를 허여할 수 있다. 한편, 양도와 달리 이용허락의 경우에는 “일부 이용허락”을 법안에 명시하지 않았지만, 현 법안대로 하더라도 저작권

에도 위 양도의 경우와 마찬가지로 인격표지권을 행사할 수 있는 자의 동의를 요하는 것으로 하였다.<sup>299)</sup>

동의를 주체가 누구인가 문제될 수 있다. 즉 동의할 수 있는 주체는 인격표지권자와 그 승계인이 될 수 있는데, 제3항의 양도, 재허여시 동의를 할 수 있는 주체는 ‘인격표지권자 또는 인격표지권의 승계인’이라고 되어 있어 불분명하다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 이용허락한 자가 동의의 주체가 될 수 있다고 봄이 타당하고, 법안도 그렇게 해석될 수 있다고 본다. 즉 인격표지권자가 이용허락을 한 경우, 그 이용허락받은 권리를 양도하거나 재허여 할 때는 그 인격표지권자의 동의를 받아야 하고, 인격표지권의 승계인이 이용허락을 한 경우에는 위 동의를 승계인이 할 수 있다고 보는 것이다.

위와 같은 모든 장치는 결국 인격권론자들이 우려하는 통제권 상실을 막기 위한 조항이다. 물론 임의규정 형식을 취하고 있으므로, 당사자 사이의 계약에 의해 달리 정할 수 있음은 물론이다. 즉 이 규정은 당사자 사이에 이와 관한 명확한 정함이 없을 때 적용되는 것이다.

#### 법안 제9조(이용허락)

- ① 인격표지권자 또는 인격표지권의 승계인은 다른 사람에게 인격표지권의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 인격표지권을 이용할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 인격표지권을 이용할 수 있는 권리는 인격표지권자 또는 인격표지권의 승계인의 동의 없이 제3자에게 이를 양도 또는 재허여를 할 수 없다.

### 10. 강제집행 등

인격표지권의 본질과 관련하여 이 권리가 재산권인지, 인격권인지, 혹은 인격적 요소가 있는 재산권인지 등, 어떻게 보는가에 따라 이 권리의 효력(양도성, 상속성, 권리의 제한 등)이 달라진다. 인격표지권의 본질은 이 권리의 시원인 인격권 또는 프라이버시권으로부터 변천되어 온 과정을 연혁적으로 분석할 수도 있고, 이 권리의 정당화 근거를 철학이론을 통해 분석할 수도 있다. 한편 일반적으로 재산권의 속성이라고 할 수 있는 몇 가지 속성을 이 권리에 적용하여 타당한 결론이 도출되는지를 검토함으로써 역으로 인격표지권의 본질을 규명할 수도 있다. 전자의 방법론(methodology)을 연역적 방법론이라고 한다면 후자의 방법론을 귀납적 방법론이라 할 수 있다.<sup>300)</sup>

귀납적 방법론에 의한 인격표지권의 본질을 규명하기 위해서는, 예컨대 인격표지권이 이혼시 재산분할청구(equitable distribution)의 대상이 될 수 있는가?, 과세대상(taxable asset)이 될 수 있는가?, 담보권 설정 및 집행(foreclosure)의 대상이 될 수 있는가? 등의 논제를 던져봄으로써, 이 권리가 이를 감당해낼 수 있는지를 살펴보는 것도 큰 의미가 있다고 생각한다. 본 연구자는 선행 연구논문에서 그 중 하나인, 인격표지권이 재산분할청구의 대상이 될 수 있는지를 검토해 본 적이 있다.<sup>301)</sup> 재산분할청구의 대상이 된다고 할 경우 인격표지권의 인격적

법(저작권법 제45조 제1항, 제46조 제1항)에서와 같이 일부 이용허락이 가능하다.  
299) ‘재허여’는 저작권법 제46조 제3항에 없는 것을 추가하였다.

300) 본 연구자가 쓴 선행논문 중, 대표적으로 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-철학 상, 하)이 연역적 방법론에 의한 것이라면, 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-재산분할)은 귀납적 방법론에 의한 것이라고 할 수 있다.

301) 남형두, 전계논문(퍼블리시티권-재산분할).

요소로 인하여 자칫 강제노역의 결과가 초래되어 헌법에 반하게 될 수 있다는 점에서 조심스러운 접근이 요구된다.

퍼블리시티권이 재산분할청구의 대상이 될 수 있는지에 대한 검토는 저작권 모델과 상표권 모델로 나누어 볼 수 있다. 이 두 모델은 재산분할청구와 관련지어 논의할 때, 반드시 일치하는 것은 아니지만, 과거 분(分)과 미래 분(分)이라는 특성을 갖고 있다고 할 수 있다. ‘미래 분’이라고 할 수 있는 상표권 모델로서, 예컨대 유명인의 성명, 초상, 이미지 등은 재산분할이 이루어진 후, 지속적으로 이를 관리·유지하지 않는다면 그 유명인의 인격표지의 경제적 가치가 하락할 수 있다는 점에서, 해당 유명인은 이혼(재산분할) 후 자신의 본업(가수, 배우, 스포츠)을 그만두지 못하고 계속하지 않으면 안 되는, 일종의 강제노역의 결과를 낳게 된다.<sup>302)</sup> 이런 결과는 미래 발생할 수익의 원천인 퍼블리시티권을 분할<sup>303)</sup>함으로 인해 발생하는 불합리라고 할 수 있다.

한편, ‘과거 분’이라고 할 수 있는 저작권 모델로서, 예컨대 유명인의 실연(performance) 또는 실연 유사물이 재산분할의 대상이 되는 경우를 생각해 보자. 저작권 중에서 저작인격권을 제외한 저작재산권 부분은 순수한 재산권으로서 재산분할의 대상이 되지 않을 이유가 없다.<sup>304)</sup> 그런데 앞서 본 바와 같이 실연은 저작권법상 실연자의 권리로도 보호되므로, 굳이 이 법에서 다루지 않아도 된다. 그러나 저작권법이 적용될 수 없고 오로지 인격표지권만이 기능할 수 있는 실연 유사물은 여전히 논의 대상이 된다.

정리하자면, 강제노역의 결과가 초래되어 재산분할의 대상이 되기 곤란하다든지(위의 상표권 모델의 퍼블리시티권), 저작권법이 적용될 수 있어 퍼블리시티권에 관한 법률에서 재산분할의 대상성을 논할 필요가 없다든지(위의 저작권 모델의 퍼블리시티권) 하는 이유로, 결국 이 법에서 실질적으로 재산분할의 대상이 될 수 있는 지 논의할 필요가 있는 퍼블리시티권은 ‘실연 유사물’에 대한 것 정도라고 할 것이다.<sup>305)</sup>

한편 재산분할, 과세대상, 담보권 설정 및 집행, 나아가 강제집행이 가능하기 위해서 갖추어야 할 권리의 속성 중 하나는 공시성, 명시성이라고 할 수 있는데, 위와 같은 실연 유사물이 이와 같은 속성을 갖추었다고 보기 어렵다.

위와 같은 여러 가지 점에서 재산분할, 강제집행 등에 관해 이 법이 다룰 수 있는 인격표지권의 유형은 실연 유사물 정도의 것인데,<sup>306)</sup> 그 범위의 협소함에 더하여 공시성, 명시성도 없다는 점에서, 아예 논란을 없애기 위해 인격표지권은 재산분할의 대상이 될 수 없고, 담보권 설정 및 집행, 나아가 압류 등 강제집행의 대상이 될 수 없음을 법안에 명시하였다. 이렇게 함으로써, 인격표지권 도입에 반대하는 인격권론의 예상되는 비판<sup>307)</sup>도 막을 수 있다고 생각한다.

302) 본 연구자는 위 논문에서, 퍼블리시티권자 본인 외에도 가족(전 남편, 동생), 연인 등이 연루된 일로 인해 유명인의 광고모델계약이 해제되거나 손해배상책임을 물은 판례를 통해 퍼블리시티권이 재산분할의 대상이 될 경우 비슷한 불합리한 결과가 초래될 수 있음을 지적한 바 있다. 위 논문, 366-367면과 이에서 언급한 ‘최진실(광고해제) 판결’, ‘가수 아이비 판결’, ‘양미경 판결’ 참조.

303) 분할의 방법으로는 권리에 대한 현물분할 보다는 가액분할, 즉 재산분할 당시의 퍼블리시티권의 가치를 평가하여 이를 혼인재산에 포함시킨 후 가액으로 분할하는 방법이 현실적으로 상정 가능하다.

304) 예컨대 실연자의 실연에 대한 복제권(저작권법 제69조), 전송권(제74조)은 재산분할의 대상이 될 수 있다.

305) 한편, 이상에서는 재산분할에 대해서만 언급하였지만, 퍼블리시티권의 인격적 요소로 인해 분할이 어렵다는 점은 퍼블리시티권이 강제집행의 대상이 될 수 있는가의 논의에도 그대로 차용할 수 있다.

306) 실익이 거의 없다는 점을 말한 것이다.

307) 예컨대 위에서 본 바와 같이 강제노역의 결과가 초래된다고 하는 것이 대표적으로 예상되는 비판이라 할 수 있다.

#### 법안 제10조(강제집행 금지 등)

- ① 인격표지권을 목적으로 하는 질권 등 담보권 설정은 금지된다.
- ② 인격표지권은 압류 등 강제집행할 수 없다.
- ③ 인격표지권은 재산분할청구의 대상이 될 수 없다.

### 11. 인격 훼손에 따른 이용 제한

앞서 본 바와 같이 인격권론자들은 인격표지권을 재산권으로 인정하여 양도성, 상속성이 부여될 경우, 인격표지자가 통제권을 상실하여 양수인, 상속인, 이용허락을 받은 자가 그 인격표지자의 인격을 훼손하는 방법으로 사용하더라도 이를 막을 수 없다는 주장을 해왔다.<sup>308)</sup> 인격권론자들의 이런 우려를 고려하여 양도, 상속, 이용허락 후에도 인격표지자의 인격을 훼손하는 방법으로 인격표지를 사용할 수 없도록 하였으며, 이에 반하는 계약을 무효로 만드는 규정을 만들었다.<sup>309)</sup> 아울러 인격에 관한 조항이므로 강행규정 형식을 따랐다.

한편, 계약을 위반하여 인격 훼손적 방법으로 사용하는 행위는 이 조항 위반으로 규제할 수 있으나, 계약이 없이 인격표지권을 불법적으로 침해하고 나아가 인격 훼손적 방법으로 사용하는 행위에 대해서 별도 규정을 둘 필요가 없다. 그 자체로 불법행위에 해당하기 때문이다. 즉 이 경우는 별도의 규정이 없더라도 무단 이용이므로 불법행위에 해당하고, 나아가 별도의 인격권 침해가 될 것이므로 그 자체로 금지청구 및 손해배상청구의 대상이 될 수 있을 것이다.

나아가 인격표지권에 인격적 요소가 있음을 감안하여 인격표지권자 사망 후 그의 인격표지 이용에 있어서는 저작권법 제14조 제2항을 차용하였다.

#### 법안 제11조(인격 훼손에 따른 이용 제한)

- ① 인격표지권의 승계인 또는 인격표지권의 이용허락을 받은 자는 인격표지권자의 인격을 훼손하는 방법으로 그 인격표지를 이용할 수 없다. 이에 반하는 것을 내용으로 하는 계약은 그 부분에 한해 효력이 없다.
- ② 인격표지권자의 사망 후에 그의 인격표지를 이용하는 자는 인격표지권자가 생존하였더라면 그 인격의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 인격표지권자의 명예나 인격을 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

### 12. 소멸

앞서 본 바와 같이 인격표지권자가 명시적으로 사후존속에 반대한다는 의사를 표시한 경우를 소멸사유의 하나로 규정하였다. 인격적 요소가 있는 인격표지권자의 자유로운 의사를 존중한 것이다. 이때 이러한 의사표시를 할 수 있는 자는 ‘인격표지권자’에 한한다. 즉 승계인은

308) 인격권론자들은 이를 이유로 인격표지권을 재산권의 일종으로 만들어서는 안 되며, 인격권의 재산적 속성에 대한 이용허락계약만을 허용함으로써, 계약에 의해 인격 훼손적 사용을 막아야 한다고 주장하고 있다.

309) 한편, 이에서 더 나아가 인격훼손적 방법으로 인격표지를 사용하는 경우 형법상 벌칙이 연계될 수 있도록 특정한 행위를 한 경우에는 명예훼손으로 간주하는 규정이 필요하다는 견해가 제시될 수 있다. 그러나 이는 형법이 기능할 영역으로서 굳이 이 법에서 규율할 필요가 없을 뿐만 아니라 규율해서도 안 된다고 생각한다. 명예훼손 행위에 대해서도 형법의 영역에서 다른 판단이 주어질 수 있는데(예컨대 형법 제310조 위법성조각 사유 해당), 형사법이 아닌 이 법에서 이렇게까지 규정할 경우 자칫 위헌소지에 휘말릴 수 있기 때문이다.

제외되어 있다.

‘명시적으로’ 반대의사를 표시하여야 한다. 인격표지권에 관한 등록제도를 취할 수 없고 법안도 등록제도를 규정하고 있지 않은바, ‘명시적으로’라고 함으로써, 최소한 상속인, 승계인 등의 권리도 보호할 수 있다고 생각한다. ‘명시적으로’의 뜻은 언론 매체 등 공개적인 수단을 통한 의사표현으로 해석될 수 있을 것이다.

#### 법안 제12조(소멸)

인격표지권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소멸한다.

1. 제6조 제1항에 의해 인격표지권자가 사후존속에 명시적인 반대의사를 표시한 경우
2. 인격표지권자가 상속인 없이 사망하여 그 권리가 민법 그 밖의 법률의 규정에 따라 국가에 귀속되는 경우

### 13. 인격표지권의 제한

이 법의 명칭(‘인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률’)이 말해주듯 이 법은 인격표지권을 보호하기만 하는 법이 아니라 이용에 관한 법이기도 하다. 즉 인격표지권을 보호하면서도 공정한 이용을 위한 인격표지권의 제한을 적절하게 담아야 한다. 법안은 인격표지권의 제한은 크게 다음 두 가지로 규정하였다.

- (i) 인격표지권의 적용 제외
- (ii) 공정 이용에 따른 제한

#### 가. 인격표지권의 적용 제외

저작권법의 ‘보호받지 못하는 저작물’(제7조)을 차용한 규정이다. 후술하는 ‘인격 훼손에 의한 이용의 제한’, ‘공정 이용’의 경우와 달리 인격표지권자, 승계인, 이용허락을 받은 자 등과의 이익형량이 거의 필요 없을 정도로 인격표지권 적용 대상에서 제외해도 좋은 경우를 규정한 것이다. 물론 제한적 열거 규정이다.

첫째, 정치, 경제, 사회, 문화 등에 관한 각종 뉴스에서 인격표지를 사용하는 것은 물론 해당 언론매체가 영리를 목적으로 하는 기업이라 할지라도 이런 목적의 사용을 상업적 활용이라고 하여 인격표지권 침해로 규제한다면, 표현의 자유, 알권리를 지나치게 제약한다고 할 수 있다.<sup>310)</sup> 그러나 이와 같은 시사보도의 경우에도 광고 목적이 있어서 그 자체가 바로 수익으로 직결된다면 이런 이용은 인격표지권 적용에서 제외할 이유가 없다(제1호).<sup>311)</sup> 한편, 여기에서 일반적인 잡지나 책을 포함하지 않은 것은 신문, 방송과 달리 이런 매체(media)의 경우 표현의 자유와의 비교형량이 필요 없이 인격표지권 적용에서 배제하여야 할 정도는 아니라고 보았기 때문이다. 다시 말해 앞서 본 바와 같이 모델소설, 모델영화 같은 경우는 이 조항에서

310) 예컨대 TV 프로그램 중 ‘연예계 소식’, ‘스포츠 뉴스’ 등에서 프로그램 방영 과정에서 연예인, 스포츠 선수의 초상, 이름, 실연 등을 사용하는 것이 이에 해당할 것이다.

311) Moore와 Donovan이라는 학자가 제시한 모델안에 공히 이 사유가 제안되어 있다. Larry Moore, *Regulating Publicity: Does Elvis Want Privacy?*, 5 DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law 1, n. 335 (1994); Valerie B. Donovan, *Unauthorized Use of Deceased's Persona: Current Theories and the Need for Uniform Legislative Treatment*, 7 Comm. & L. 31, 58-62 (1985).



다루기보다는 후술하는 공정이용 조항에서 여러 가지 요소를 종합적으로 적용, 검토하여 인격표지권을 제한하거나 제한하지 않거나 하는 것이 바람직하다고 보았다.

둘째, 인격표지권을 행사할 수 있는 자(인격표지권자, 승계인, 이용허락을 받은 자)의 이익이 충분히 회수되었음에도 불구하고 거래의 안정을 훼손할 정도로 이들이 권리행사를 하는 것을 막아야 할 필요가 있는 경우가 있다. 인격표지권을 행사할 수 있는 자로부터 적법하게 허락을 받아 인격표지를 이용하여 제조된 제품, 서비스가 판매 등의 방법으로 거래에 제공되었을 때 그 제품과 서비스의 사용자에게 대해서 인격표지권의 침해 주장을 할 수 없도록 해야 한다(제2호). 만약 그렇지 않고 이와 같은 이용자에 대해서까지 인격표지권 침해를 주장할 수 있게 한다면 거래의 안정은 깨질 수밖에 없을 것이다. 이는 이른바 권리소진의 원칙 또는 최초 판매의 원칙(First Sale Doctrine)이 인격표지권 영역에 적용된 결과라 할 수 있다.<sup>312)</sup> 한편, 권리소진이 되는 지역에 관하여 국내소진, 국제소진 등에 관한 논의가 있는데, 저작권법도 이 부분에 관해 법에 명시하지 않은 점,<sup>313)</sup> 일반적으로 소진이론은 통상관련 법령, 예컨대 관세법 등에서 일괄적으로 해결하고 있다는 점에서 이 법안에서는 다루지 않았다.

셋째, 오로지 공중의 일원으로서만 촬영된 사진으로서 특정인의 이름이나 동일성이 연관되어 있지 않은 경우 그 사진의 이용도 인격표지권 적용 대상에서 제외하였다(제3호).<sup>314)</sup>

#### 법안 제13조(인격표지권의 적용 제외)

다음의 경우에는 인격표지권이 적용되지 않는다.

1. 방송, 신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우로서 광고를 목적으로 하지 않는 이용
2. 인격표지권을 행사할 수 있는 자로부터 적법하게 허락을 받아 인격표지를 이용하여 제조된 제품으로서 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 제품의 사용
3. 오로지 공중의 일원으로서만 촬영된 사진으로서 특정인의 이름이나 동일성이 연관되어 있지 않은 경우 그 사진의 이용

#### 나. 공정 이용에 따른 제한

인격표지권은 표현의 자유와의 이해조정이 매우 중요한 권리이고, 이 법은 이를 매우 세심하게 다루어야 한다. 앞서 본 두 가지 인격표지권의 제한 조항으로도 답을 수 없는 제한 사유를 포괄적으로 ‘공정 이용’(fair use) 조항을 통해 해결을 시도하였다.<sup>315)</sup> 인격표지권 침해에 대한 각종 패러디 항변 사건의 해결은 입법적으로는 불가능하고, 결국 이와 같은 포괄적인 조

312) Donovan 제시 위 모델안 참조. 한편, 퍼블리시티권에 대한 제한으로서 First Sale Doctrine의 도입을 고려한 것으로는 다음 문헌 참조. Ivy Choderker, Note & Comment: *The First Sale Doctrine Defense as a Limit on the Right of Publicity: Allison v. Vintage Sports Plaques*, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 413 (1999).

313) 저작권법 제20조 참조.

314) Donovan 제시 위 모델안 참조.

315) 퍼블리시티권에서 공정 이용 조항을 도입하여 이 권리를 제한하려는 것은 이미 INTA 초안에서도 시도된 적이 있으며, 위 Donovan이 제안한 모델안에도 들어 있다. 그 밖에 퍼블리시티권에 대해 대단히 부정적인 Hoffman도 공정 이용 조항을 차용하여 퍼블리시티권을 제한하기 위해 다음 네 가지를 요소를 제안하고 있다.

1. The Purpose and Character of the Use
2. The Nature of the Protected Subject Matter
3. Amount and Substantiality of the Use
4. Effect of Defendant's Use upon the Celebrity's Potential Market

Hoffman, 전제논문, 140-144면.

항에 대한 법원의 해석, 즉 판례에 의해 법리가 형성될 수밖에 없을 것이다.

#### 법안 제14조(공정 이용)

널리 알려진 인격표지는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 이용할 수 있다. 정당한 범위와 공정한 관행을 판단함에 있어 다음과 같은 요소가 고려되어야 한다.

1. 이용 목적과 성격
2. 이용의 본질
3. 이용된 양과 질
4. 이용의 경제적 효과

### 14. 권리침해에 대한 구제

인격표지권 침해에 대한 구제는 크게, (i) 금지청구 허용 여부 및 요건 강화 문제, (ii) 손해액 산정 문제, (iii) 정신적 손해배상 문제로 나누어 볼 수 있다.

#### 가. 금지청구

인격표지권을 침해했을 때 구제수단으로서 금전배상 외에 침해행위를 금지할 수 있도록 허용할 것인가? 이것은 인격표지권의 본질과 밀접한 관련이 있다. 먼저 재산권으로 파악한다면 금전배상 외에 금지청구를 인정하는데 다소 소극적일 수 있는 반면, 인격권으로 파악한다면 금지청구를 인정하는데 상대적으로 적극적일 수 있다. 그러나 인격표지권을 순수한 재산권도 인격권의 일부도 아닌 인격적 요소를 함유한 재산권으로 파악한다면 금지청구를 인정하되 그 요건을 엄격히 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

인격표지권을 재산권의 일종으로 보면서도 금지청구를 허용하는 것은 인격적 요소가 있기 때문이다. 이 점에서 저작인격권과 저작재산권으로 이루어져 있는 저작권에 대한 침해구제로서 금지청구는 인격표지권에도 차용해 볼 수 있다. 그런데 저작권법은 금지청구의 요건에 있어 침해자의 고의/과실이라는 주관적 요건을 배제하고 있다는 점에서 오히려 손해배상청구 요건보다 더욱 가볍게 하고 있다.<sup>316)</sup> 이러한 금지청구의 요건으로 인해 저작권침해 사건에서 지나치게 물권적, 배타적 권리에 의한 접근(이른바 ‘property rule’ approach)으로 금지명령이 남발되는 것은 이른바, 저작권 상생 문화 측면에서 본다면 바람직하지 않다. 여기에서 인격표지권에 관한 법을 제정함에 있어 저작권법을 반면교사로 삼아 금지명령의 요건을 금전배상명

316) 저작권법의 ‘침해의 정지 등 청구’에 관한 제123조, ‘손해배상의 청구’에 관한 제125조는 금지청구, 손해배상청구의 요건에 관하여 규정하고 있다. 다시 말해 판단자 입장에서 금지(명령)나 손해배상 판결의 요건을 정하지 않고 청구자 입장에서 청구의 요건을 정하고 있다. 따라서 제123조의 요건을 갖추었다고 해서 반드시 법원이 금지명령을 발하여야 하는 것은 아니라고 할 수도 있다. 그러나 실무에서는 제123조를 청구의 요건이자 곧 금지명령(판결)의 요건으로 운용하고 있는 것으로 보인다. 저작권법(부정경쟁방지법 제4도 마찬가지로)이 이와 같이 청구의 요건을 정하는 방식으로 입법을 한 것은 단순한 오류가 아니라 판단자에게 재량의 여지를 주기 위한 것은 아닐까 하는 생각이 조심스레 든다. 만약 이렇게 본다면 법원으로서 금지청구의 요건을 갖추었다고 하더라도 ‘property rule’에 근거하여 금지명령을 발하지 않고 여러 가지 점을 고려하여 금지청구를 기각할 수도 있을 것이다. 물론 변론주의에 따라 원고가 손해배상청구를 하지 않고 금지청구만을 한 경우에 저작권침해 또는 인격표지권침해의 요건을 갖추었음에도 불구하고 원고의 금지청구를 기각한다는 것이 쉽지는 않겠으나 금지명령이 가져오는 사회적 여파가 적지 않다는 점에서 청구취지의 변경이나 적극적 조정을 시도하는 등 법원의 역할이 적극 요구된다 할 것이다. 지상파채송신 사건에서 원고가 금지청구만을 하고 손해배상청구를 하지 않음으로 인해 저작권침해라고 인정한 법원이 선고(선택)할 수 있는 결론은 극히 제한적일 수밖에 없었던 점을 상기해 볼 필요가 있다.

정보보다 엄격하게 할 것이 요구된다.<sup>317)</sup> 특히 엔터테인먼트 산업의 특성 상 금지청구는 매우 신중히 할 필요가 있음은 앞서 살펴본 바와 같다.

그리하여 법안에는 금지청구의 요건으로 인격표지권 침해 외에 (i) 제14조에 위반한 경우, 즉 인격 훼손에 따른 이용 제한에 위반한 경우, 또는 (ii) 금전배상으로 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 그럴 가능성이 있는 경우를 요건으로 부가하였다.

한편, 금지청구의 내용으로는 판매·배포·제작 금지도 있을 수 있지만, 인터넷 상의 ‘삭제’와 같은 적극적 행위도 포함될 수 있을 것이다(제2항의 ‘그 밖의 필요한 조치’에 포함될 수 있음).<sup>318)</sup> 그 밖에 임시처분의 경우 담보제공 여부(제3항), 인격표지권 침해가 아닌 것으로 확정된 경우 손해배상의무(제4항)의 규정은 저작권법 제123조 제2항 내지 제4항을 차용하였다.

#### 법안 제15조(침해의 정지 등 청구)

- ① 인격표지권자 또는 그 승계인은 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. 법원은 제14조에 위반한 경우 또는 금전배상으로 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 그럴 가능성이 있는 경우 침해의 정지 또는 예방을 명할 수 있다.
- ② 인격표지권자 또는 그 승계인은 제1항의 규정에 따른 청구를 하는 경우에 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 경우 법원은 인격표지권자 또는 그 승계인의 신청에 따라 담보를 제공하거나 제공하지 아니하게 하고, 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위로 말미암아 만들어진 물건의 압류 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있다.
- ④ 제3항의 경우에 인격표지권의 침해가 없다는 뜻의 판결이 확정된 때에는 신청자는 그 신청으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

#### 나. 손해액 산정 문제

앞서 본 바와 같이 인격표지권 침해에 따른 재산상 손해를 인정함에 있어 우리나라 법원은 대체로 저작권법의 손해배상액 산정에 관한 특칙 조항(제125조, 제126조)을 사실상 유추 적용

317) 김영훈 판사는 이종범 등 판결에서 법원은 성명권 및 퍼블리시티권 침해를 인정하고 퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상은 명하면서 성명권 침해로 인한 위자료청구는 기각하였으며, “인격권으로서 성명권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 원고들로서는 성명권 침해를 이유로 그 침해의 금지 및 예방을 구할 수 있다고 할 것”이라며 성명권에 기한 금지청구를 받아들인 것을 두고, 원고들이 퍼블리시티권에 기한 금지청구를 주장하였는지 여부는 불분명하지만, 피고들이 퍼블리시티권 및 성명권을 침해하였음을 분명히 인정하고도 성명권의 침해만을 근거로 금지청구를 받아들인 점에 비추어 퍼블리시티권에 기한 금지청구는 허용되지 않는다는 전제에 있다고 볼 수도 있다는 견해를 펼치고 있다. 김영훈, 전게논문, 345면. 김판사는 퍼블리시티권 침해로 인한 금지청구를 인용한 판결(비달 사순 판결)에서 명확한 근거 들지 않았으나 학설에서 설명하는 것처럼 퍼블리시티권은 인격권적 성격과 함께 지적재산권적 성질을 갖는 배타적인 권리임을 전제로 한 것으로 보인다고 하면서도, 해석상 퍼블리시티권을 인정하고 더 나아가 퍼블리시티권에 인격권적, 지적재산권적 성격이 있다는 이유로 기존에 법률상(물권, 지적재산권), 해석상(물권화된 임차권, 인격권) 한정된 권리에 대해 인정해 왔던 금지청구권을 퍼블리시티권에도 인정하는 것은 바람직하지 않다고 한다. 김영훈, 전게논문, 366-367면. 한편, 퍼블리시티권 침해에도 불구하고 금지청구를 인정하지 않은 예가 있다. 이휘소 사건에서 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다”에 대한 판단 부분에서, 이휘소의 성명, 초상, 이력, 경력, 업적, 사회적 평가, 생활상, 성격상 등을 상업적으로 이용하여 무단으로 엄청난 물량의 신문이나 방송 광고에 이용하여 퍼블리시티권 침해했다는 주장에 대해, 광고 등에서 퍼블리시티권을 침해했다고 하더라도, 소설의 출판금지를 구할 사유가 되지 않는다고 하여 퍼블리시티권 침해를 이유로 하는 출판금지청구를 기각하였다. 퍼블리시티권 침해 사건에서 금지청구를 전면적으로 인정하지 않는 것보다는 이와 같이 일정한 요건(이 판결이 그 요건을 명시하지는 않았지만)을 갖춘 경우에 한해 금지명령을 발하게 하는 것이 좋다고 생각한다.

318) 서울중앙지방법원 2009. 3. 6.자 2008카합4650 결정(이하 이를 “심순민 판결”이라 한다).

하고 있다. 인격표지권 침해의 경우 권리자의 손해액 입증이 거의 불가능에 가깝다고 보이고 구체적인 수입 감소가 없었다는 사정만으로 재산상 손해가 없다고 함은 부당하므로, 위 규정을 유추적용하려는 법원의 고민은 충분히 이해되지만, 특별한 근거가 없는 상태에서 재산권으로서의 인격표지권을 해석에 의해 인정하고 여기에 더하여 저작권법 규정을 다시 유추 적용하는 것은 논리의 비약이라는 지적<sup>319)</sup>은 일리가 있다. 여기에 바로 인격표지권 입법의 의의가 있는 것이다. 다시 말해 그간 법원이 확실한 법적 근거 없이 저작권법을 유추 적용하여 인격표지권 침해에 따른 재산상 손해액을 인정해 온 것을 입법적으로 해결할 필요가 있다.

#### 법안 제16조(손해배상의 청구)

- ① 인격표지권자 또는 그 승계인이 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액으로 추정한다.
- ② 인격표지권자 또는 그 승계인이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.

#### 법안 제17조(손해액의 인정)

법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제17조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

#### 다. 정신적 손해배상 등

인격표지권 침해에 따른 손해배상사건에서 대부분의 하급심판결은 위자료 청구를 기각하고 있다.<sup>320)</sup> 이는 인격표지권을 재산권으로 파악하고 재산권침해에 따른 손해배상으로 특별한 사정이 없는 한 정신적 손해도 전보된 것으로 본다는 대법원 판결을 적용하기 때문이라고 생각한다. 그러나 인격표지권을 인정하더라도, 인격권과 인격표지권은 엄연히 별개의 권리이고 유명인이라고 하여 자신의 성명, 초상을 허락없이 타인이 함부로 사용하는 경우에 인격적 이익의 침해가 없다고 볼 수 없다는 점에서 정신적 손해가 발생조차 하지 않았다고 보는 것은 의문이다.<sup>321)</sup> 그러나 이는 법안에 넣을 성질의 것은 아니고 법원이 위 대법원 판결을 적용함에 있어서 ‘특별한 사정’을 적극 인정하는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>322)</sup>

다만, 법안 제12조 위반의 경우, 즉 인격표지권자의 인격을 훼손하는 방법으로 인격표지를 이용한 자에 대해서는 정신적 손해배상을 명문화하였으며(제19조 제1항), 손해배상에 갈음하거나 별도로 명예회복을 위한 필요조치를 청구할 수 있도록 하였다(제2항).<sup>323)</sup>

인격표지권자 사망 후 인격적 이익의 보호(제20조)는 저작권법 제128조를 차용하였다.

319) 김영훈, 전제논문, 364면.

320) 위 논문, 366면.

321) 김영훈 판사의 견해도 이와 같다. 위 논문, 같은 면.

322) ‘특별한 사정’을 적극적으로 인정한 대표적인 것으로 ‘이의정 판결’이 있다.

323) 법안 제19조 제2항은 저작권법 제127조를 차용한 것이다.

**법안 제18조(인격 훼손에 따른 정신적 손해배상 등)**

- ① 인격표지권자는 그 권리를 양도하였거나 이용허락을 하였는지 여부를 묻지 않고 고의 또는 과실로 제12조에 위반하여 인격표지권자의 인격을 훼손한 자에 대하여 손해의 배상을 청구하는 경우에 제17조에 따른 손해배상 외에 정신적 손해배상을 청구할 수 있다.
- ② 인격표지권자는 제1항의 경우 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.

**법안 제19조(인격표지권자의 사망 후 인격적 이익의 보호)**

인격표지권자가 사망한 후에 그 유족(망인의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유언집행자는 당해 인격표지권의 대상이 되는 인격표지의 사용으로 제12조 제1항의 규정을 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제16조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 인격표지권자의 인격을 침해하거나 제12조 제2항의 규정을 위반한 자에 대하여는 제19조 제2항의 규정에 따른 명예회복 등의 청구를 할 수 있다.

**라. 단체의 인격표지권 침해에 대한 구제**

단체의 인격표지권 침해에 대한 구제는 저작권법 제129조(공동저작물의 권리침해)를 차용하였다.

**법안 제20조(단체의 인격표지권 침해)**

단체의 구성원은 다른 구성원의 동의 없이 제16조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며 그 인격표지권의 침해에 관하여 자신의 지분에 관한 제17조의 규정에 따른 손해배상의 청구를 할 수 있다.

**15. 온라인서비스제공자(OSP)의 책임 제한 문제**

인터넷 포털사이트 등에서 인격표지권 침해 사례가 많다는 점에서 OSP의 책임 제한을 규정한 저작권법 제102조 내지 104조와 정보통신망을 통한 불법복제물 등의 삭제 명령 등을 규정한 저작권법 제133조의2를 준용하는 것을 고려할 필요가 있다.

먼저 황수정 판결<sup>324)</sup>처럼 인격표지권 침해를 이유로 OSP를 상대로 소송이 제기될 수 있다는 점에서 저작권침해에 따른 OSP의 책임 제한을 규정한 위 저작권법 규정을 이 법안에 준용하는 것은 충분히 고려해 볼 수 있다고 생각한다. 다만, 정보통신망을 통한 불법복제물 등의 삭제 명령 등을 규정한 저작권법 제133조의2의 경우 이른바 ‘삼진아웃제’에 대한 위헌논란이 있다는 점에서 이 법안에는 준용하지 않는 것이 바람직하다고 보았다.

**법안 제21조(온라인서비스제공자의 책임 제한)**

온라인서비스제공자가 인격표지를 복제·전송하는 것과 관련하여 인격표지권 침해의 문제가 발생할 경우 저작권법 제102조 내지 제104조를 준용한다. 이때 저작물은 인격표지로 저작권침해는 인격표지권침해로 본다.

**16. 형사책임 등 벌칙 조항**

인격표지권 침해의 경우 저작권침해와 달리 민사구제와 별도의 형사책임에 관한 조항은 두

324) 서울고등법원 2007. 1. 10. 선고 2006나48160 판결(이하 이를 “황수정 판결”이라 한다).

지 않기로 한다. 저작권침해의 경우 과도한 국가 공권력의 개입으로 ‘민사사건의 형사사건화’라는 폐해<sup>325)</sup>가 많았다는 점을 감안한 것이다. 그러나 형사책임 조항을 따로 두지 않아도 되는 것은 인격표지권 침해의 경우 명예훼손죄 등(제307조 내지 제309조)이나 비밀침해죄(제316조) 등 형법에 의해 다루어질 수도 있기 때문이다.

---

325) 지난 십여 년 사이 저작권침해 사건이 발생하면 이른바 ‘합의금 장사’를 하기 위해 민사구제보다는 형사고소를 통하여 분쟁을 해결하려는 경향이 많았으며 이는 저작권 준수 의식에 근본적인 도움이 되지 않았다고 평가하고 싶다.

## 별첨

### (가칭) 인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안

#### 제1장 총칙

##### 제1조(목적)

이 법은 인격표지권의 적절한 보호를 통해 그 권리의 주체와 이용자 간의 이해충돌을 방지하여 문화 및 관련 산업의 향상발전에 이바지함을 목적으로 한다.

##### 제2조(정의)

이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ‘인격표지’는 사람의 성명, 초상, 목소리 등과 그와 유사한 것으로서 그 사람의 특징적 요소가 나타나 있는 것을 말한다.
2. ‘인격표지권’은 인격표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 말한다.
3. ‘인격표지권자’는 인격표지가 영리 목적으로 이용되고 있는 자를 말한다.
4. ‘인격표지권의 승계인’은 인격표지권을 계약에 의해 양도받거나 유증 또는 상속받은 자를 말한다.
3. 그 밖에 이 법에서 사용하는 용어는 이 법에서 별도로 정하는 것 외에는 저작권법 제2조를 따른다.

##### 제3조(외국인의 인격표지권)

- ① 외국인의 인격표지권은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.
- ② 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자를 포함한다)과 제1항의 규정에 따른 조약에 가입하지 않았거나 체결하지 않은 외국이라도 그 국가가 인격표지권을 인정하고 있고 대한민국 국민의 인격표지권을 부인하지 않는 경우 그 외국인의 인격표지권은 이 법에 따라 보호된다.
- ③ 제1항 및 제2항의 규정에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자를 제외한다)의 인격표지권이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 인격표지권을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.
- ④ 이 조에서 말하는 “외국인”은 인격표지권자의 국적을 기준으로 정한다.

#### 제2장 인격표지권

##### 제4조(인격표지의 이용 예시)

인격표지권의 보호대상이 되는 인격표지는 다음에서 예시하는 매체 외에 장래 개발될 표현 수단을 통해 이용되는 행위에도 미친다.

1. 광고, 포스터, 입간판
2. 공중의 소비를 목적으로 하는 제품
3. 정기간행물, 허락받지 않은 전기물(傳記物)
4. 사진

5. 영화, 드라마, 연극
6. 음악
7. 미술

#### 제5조(단체의 인격표지권)

- ① 2인 이상으로 구성된 단체(이하 “단체”라 한다)의 인격표지권은 구성원 전체의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없다. 이 경우 각 구성원은 신의에 반하여 합의의 성립을 방해할 수 없다.
- ② 단체의 인격표지권은 구성원 중에서 인격표지권을 행사할 수 있는 자를 정할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 따라 권리를 대표하여 행사하는 자의 대표권에 가하여진 제한이 있을 때에 그 제한은 선의의 제3자에게 대항할 수 없다.

#### 제6조(상속)

- ① 인격표지권은 인격표지권자의 명시적인 반대의사가 없는 한 상속된다. 다만 그 반대의사 표시로도 제3자의 권리를 해할 수 없다.
- ② 인격표지권의 이용허락을 받은 자가 갖는 인격표지권 또는 그 이용권은 상속되지 아니한다.
- ③ 인격표지권은 유언에 의해 특정인에게 증여할 수 있고, 그 행사 방법, 범위 등에 조건을 붙이거나 기간을 제한할 수 있다.

#### 제7조(보호기간)

- ① 인격표지권은 인격표지권자의 생존하는 동안과 사망 후 30년간 존속한다.
- ② 단체의 인격표지권은 맨 마지막으로 사망한 구성원의 사망 후 30년간 존속한다.
- ③ 이 조에 규정된 보호기간을 계산하는 경우에는 인격표지권자가 사망한 다음 해부터 기산한다.

#### 제8조(양도)

- ① 인격표지권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.
- ② 장래 발생 가능성 있는 인격표지권의 양도는 허용되지 아니 한다. 당사자 간의 특약으로도 이에 반하는 계약은 무효로 한다.

#### 제9조(이용허락)

- ① 인격표지권자 또는 인격표지권의 승계인은 다른 사람에게 인격표지권의 이용을 허락할 수 있다.
- ② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용방법 및 조건의 범위 안에서 인격표지권을 이용할 수 있다.
- ③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 인격표지권을 이용할 수 있는 권리는 인격표지권자 또는 인격표지권의 승계인의 동의 없이 제3자에게 이를 양도 또는 재허여할 수 없다.

#### 제10조(강제집행 금지 등)

- ① 인격표지권을 목적으로 하는 질권 등 담보권 설정은 금지된다.



- ② 인격표지권은 압류 등 강제집행할 수 없다.
- ③ 인격표지권은 재산분할청구의 대상이 될 수 없다.

#### 제11조(인격 훼손에 따른 이용 제한)

- ① 인격표지권의 승계인 또는 인격표지권의 이용허락을 받은 자는 인격표지권자의 인격을 훼손하는 방법으로 그 인격표지를 이용할 수 없다. 이에 반하는 것을 내용으로 하는 계약은 그 부분에 한해 효력이 없다.
- ② 인격표지권자의 사망 후에 그의 인격표지를 이용하는 자는 인격표지권자가 생존하였더라면 그 인격의 침해가 될 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 행위의 성질 및 정도에 비추어 사회통념상 그 인격표지권자의 명예나 인격을 훼손하는 것이 아니라고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

#### 제12조(소멸)

인격표지권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 소멸한다.

- 1. 제6조 제1항에 의해 인격표지권자가 사후존속에 명시적인 반대의사를 표시한 경우
- 2. 인격표지권자가 상속인 없이 사망하여 그 권리가 민법 그 밖의 법률의 규정에 따라 국가에 귀속되는 경우

### 제3장 인격표지권의 제한

#### 제13조(인격표지권의 적용 제외)

다음의 경우에는 인격표지권이 적용되지 않는다.

- 1. 방송, 신문 그 밖의 방법에 의하여 시사보도를 하는 경우로서 광고를 목적으로 하지 않는 이용
- 2. 인격표지권을 행사할 수 있는 자로부터 적법하게 허락을 받아 인격표지를 이용하여 제조된 제품으로서 판매 등의 방법으로 거래에 제공된 제품의 사용
- 3. 오로지 공중의 일원으로서만 촬영된 사진으로서 특정인의 이름이나 동일성이 연관되어 있지 않은 경우 그 사진의 이용

#### 제14조(공정 이용)

널리 알려진 인격표지는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 이용할 수 있다. 정당한 범위와 공정한 관행을 판단함에 있어 다음과 같은 요소가 고려되어야 한다.

- 1. 이용 목적과 성격
- 2. 이용의 본질
- 3. 이용된 양과 질
- 4. 이용의 경제적 효과

### 제4장 권리의 침해에 대한 구제

#### 제15조(침해의 정지 등 청구)

- ① 인격표지권자 또는 그 승계인은 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수

있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. 법원은 제14조에 위반한 경우 또는 금전배상으로 회복할 수 없는 손해가 발생하거나 그럴 가능성이 있는 경우 침해의 정지 또는 예방을 명할 수 있다.

- ② 인격표지권자 또는 그 승계인은 제1항의 규정에 따른 청구를 하는 경우에 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항의 경우 법원은 인격표지권자 또는 그 승계인의 신청에 따라 담보를 제공하거나 제공하지 아니하게 하고, 임시로 침해행위의 정지 또는 침해행위로 말미암아 만들어진 물건의 압류 그 밖의 필요한 조치를 명할 수 있다.
- ④ 제3항의 경우에 인격표지권의 침해가 없다는 뜻의 판결이 확정된 때에는 신청자는 그 신청으로 인하여 발생한 손해를 배상하여야 한다.

#### **제16조(손해배상의 청구)**

- ① 인격표지권자 또는 그 승계인이 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액으로 추정한다.
- ② 인격표지권자 또는 그 승계인이 고의 또는 과실로 그 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리의 행사로 통상 받을 수 있는 금액에 상당하는 액을 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액으로 하여 그 손해배상을 청구할 수 있다.
- ③ 제2항의 규정에 불구하고 인격표지권자 또는 그 승계인이 받은 손해의 액이 제2항의 규정에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있다.

#### **제17조(손해액의 인정)**

법원은 손해가 발생한 사실은 인정되나 제17조의 규정에 따른 손해액을 산정하기 어려운 때에는 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다.

#### **제18조(인격 훼손에 따른 정신적 손해배상 등)**

- ① 인격표지권자는 그 권리를 양도하였거나 이용허락을 하였는지 여부를 묻지 않고 고의 또는 과실로 제12조에 위반하여 인격표지권자의 인격을 훼손한 자에 대하여 손해의 배상을 청구하는 경우에 제17조에 따른 손해배상 외에 정신적 손해배상을 청구할 수 있다.
- ② 인격표지권자는 제1항의 경우 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다.

#### **제19조(인격표지권자의 사망 후 인격적 이익의 보호)**

인격표지권자가 사망한 후에 그 유족(망인의 배우자·자·부모·손·조부모 또는 형제자매를 말한다)이나 유언집행자는 당해 인격표지권의 대상이 되는 인격표지의 사용으로 제13조 제2항의 규정을 위반하거나 위반할 우려가 있는 자에 대하여는 제16조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며, 고의 또는 과실로 인격표지권자의 인격권을 침해하거나 제13조 제2항의 규정을 위반한 자에 대하여는 제19조의 규정에 따른 명예회복 등의 청구를 할 수 있다.

**제20조(단체의 인격표지권 침해)**

단체의 구성원은 다른 구성원의 동의 없이 제16조의 규정에 따른 청구를 할 수 있으며 그 인격표지권의 침해에 관하여 자신의 지분에 관한 제17조의 규정에 따른 손해배상의 청구를 할 수 있다.

**제21조(온라인서비스제공자의 책임 제한)**

온라인서비스제공자가 인격표지를 복제·전송하는 것과 관련하여 인격표지권 침해의 문제가 발생할 경우 저작권법 제102조 내지 제104조를 준용한다. 이때 저작물은 인격표지로 저작권침해는 인격표지권침해로 본다.

## 참 고 문 헌

### <외국>

#### 단행본

J. Thomas McCarthy, *THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* v.1, Thomson/West (2006).

\_\_\_\_\_, *THE RIGHTS OF PUBLICITY AND PRIVACY* v.2, Thomson/West (2006).

#### 논문

Ivy Choderker, Note & Comment: *The First Sale Doctrine Defense as a Limit on the Right of Publicity: Allison v. Vintage Sports Plaques*, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 413 (1999).

Valerie B. Donovan, *Unauthorized Use of Deceased's Persona: Current Theories and the Need for Uniform Legislative Treatment*, 7 Comm. & L. 31 (1985).

Steven J. Hoffman, *Limitations on the Right of Publicity*, 27 Bull. Copyright Soc'y 111 (1980).

Pamela Lynn Kunath, *Lights, Camera, Animate! The Right of Publicity's Effect on Computer-Animated Celebrities*, 29 Loy. L.A. L. Rev. 863 (1996).

Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 Cal. L. Rev. 125 (1993).

Kevin S. Marks, *An Assesment of the Copyright Model in Right of Publicity Cases*, 70 Cal. L. Rev. 786 (1982).

Larry Moore, *Regulating Publicity: Does Elvis Want Privacy?*, 5 DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law 1 (1994).

Hyung Doo Nam, *The Emergence of Hollywood Ghosts on Korean TVs: The Right of Publicity From The Global Market Perspective*, Pac. Rim L. & Pol'y J. Vol. 19, No. 3. 487 (2010).

Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemp. Probs. 203 (1954).

Harriet F. Pilpel, *The Right of Publicity*, 27 Bull. Copyright Soc'y 249 (1980).

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

Benjamin R. Seecof, *Caller Identification: Stealing Your Name and Number*, 13 Hastings Comm. & Ent. L.J. 791 (1991).

Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right of Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

### <국내>

#### 단행본

남형두, 음란물의 저작물성-음란물도 저작권법상 보호 가능한가?, 한국형사정책연구원(2010).

## 논문

- 권태상, 법학박사학위논문, “퍼블리시티권의 이론적 구성에 관한 연구 - 인격권에 의한 보호를 중심으로 -”, 서울대학교(2012).
- 김영훈, “하급심 판결례의 퍼블리시티권(Right of Publicity) 인정에 대한 비판적 고찰”, 사법논집 2007(제44집).
- 김재형, “모델소설과 인격권”, 인권과 정의 1997.11.(통권 제255호).
- 남형두, “재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권 - 퍼블리시티권을 중심으로”, 가족법연구 2008(통권 제33호).
- \_\_\_\_\_, “저작권의 역사와 철학”, 산업재산권 2008.8.(제26호).
- \_\_\_\_\_, “스포츠경기와 퍼블리시티권 - 스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?”, 스포츠와 법 2007.8.(통권 제12호).
- \_\_\_\_\_, “퍼블리시티권의 철학적 기반(상) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.4.(통권 제97호).
- \_\_\_\_\_, “퍼블리시티권의 철학적 기반(하) - ‘호사유피 인사유명’의 현대적 변용”, 저스티스 2007.6.(통권 제98호).
- \_\_\_\_\_, “엔터테인먼트법에 대한 새로운 접근 - 주체 측면에서의 이해”, 민사법학 2007.3.(제35호).
- \_\_\_\_\_, “문화의 산업화와 저작권 - 약장수와 차력사”, 문화정책논총 2006(제18집).
- \_\_\_\_\_, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 저스티스 2005.8.(통권 제86호).
- 박성호, “실연자의 ‘예명’에 대한 법적 보호(하) - 성명권·성명표시권·상표권, 그리고 이른바 ‘퍼블리시티권’을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조 2007.11.(통권 제614호).
- \_\_\_\_\_, “인격권의 변용”, 법학논총 2006.10.(제23집 제2호).
- 박준석, “퍼블리시티권의 법적 성격 - 저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권 2009.12.(제30호).
- 안병하, “무형의 인격표지의 상업적 이용에 내재된 위험성”, 법학연구, 2009.9.(제19권 제3호 통권 제43호).
- \_\_\_\_\_, “인격권의 재산권적 성격 - 퍼블리시티권 비판 서론”, 민사법학 2009.6.(제45-1호).
- 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스 2007.6.(통권 제98호).
- 최형구, “퍼블리시티권의 사후존속”, 산업재산권 2011.4.(제34호).
- \_\_\_\_\_, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 2010.4.(제31호).
- 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(하)”, 인권과 정의 1996.11.(통권 제243호).
- 홍승기, “퍼블리시티권 - 그 실체와 입법론”, 계간 국제법률경영 2005.

## 기타

- “Model gets \$15.6 million award from Nestle”, USA Today, February 3, 2005.
- 남형두, “성인용 영상물의 저작권 보호 문제”, 저작권문화 2009.10.(통권 제182호)
- \_\_\_\_\_, “[아침을 열며] 쇼는 계속되어야 한다”, 한국일보 2009. 8. 31.자.
- \_\_\_\_\_, 시론, “범람하는 한류 짝퉁 막으려면”, 중앙일보 2005. 4. 28.자.

배장수, “연출은 즐거워!”, 2011. 1. 22.자. 스포츠경향 [http://sports.khan.co.kr/news/sk\\_index.html?cat=view&art\\_id=201101212311523&sec\\_id=540401&pt=nv](http://sports.khan.co.kr/news/sk_index.html?cat=view&art_id=201101212311523&sec_id=540401&pt=nv) (2011. 12. 15. 방문).

석남준, “[Why] 대낮 경북궁서 벗고 만지고…음란물, 갈 데까지 갔다”, 조선일보 2012. 1. 14.자, [http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2012/01/13/2012011301481.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2012/01/13/2012011301481.html) (2011. 12. 15. 방문).

우영식, “김연아 먹다남은 한과 박물관 전시..네티즌 '시끌'”, 연합뉴스 2010. 10. 22.자. <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0004722917> (2011. 12. 15. 방문).

이병린, “초상권은 인정되어야 한다”, 법률신문 1965. 3. 1.자.

이원홍, “강호순 책 출판 발언 비난 쏟아져”, 동아일보 2009. 2. 3.자, <http://news.donga.com/3//20090203/8691489/1> (2011. 12. 15. 방문).

이유나, “차화연 복귀작 ‘애자 언니 민자’, 시청률 6.4% 출발”, 동아일보 2008. 4. 22.자, <http://news.donga.com/3//20080422/8570058/1> (2011. 12. 15. 방문).

임도희, “[글로벌 비즈니스] 일본 - ‘용사마’ 비즈니스가 뜬다”, 매경ECONOMY 2004. 4. 3  
0  
.  
<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=114&oid=024&aid=0000008034> (2011. 12. 15. 방문).

조혜림, “최효종 수입, 100배 차이? 한 순간에 대세로 자리매김한 결과”, 한국일보 2012. 1. 16.자, [http://reviewstar.hankooki.com/Article/ArticleView.php?WEB\\_GSNO=10020522](http://reviewstar.hankooki.com/Article/ArticleView.php?WEB_GSNO=10020522) (2012. 1. 17. 방문).

“어맨다 녹스, 회고록 45억 계약”, 한겨레신문 2012. 2. 18.자.