

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?*

박 준 석**

◆ 목 차 ◆

- | | |
|--------------------------------------|--------------------------------|
| I. 서론 - 논의의 필요성 | IV. 현행 법규 중 개별규정들과의 밀접
성 분석 |
| II. 연혁적 분석 -미국에서의 도입 및
규율실태를 중심으로 | 1. 분석의 의미 |
| 1. 퍼블리시티권에 대한 미국학계 논
의의 흐름 | 2. 저작권법상 관련 규정들 |
| 2. 퍼블리시티권에 관한 미국에서의
규율실태 | 3. 상표법상 관련 규정들 |
| 3. 부정경쟁방지법상의 관련 규정들 | |
| III. 입법목적상의 분석 | V. 우리 판례에서 일부 드러난 입장의
분석 |
| 1. 저작권법의 입법목적과 퍼블리시
티권 보호와의 부합성 | |
| 2. 저작권법은 기본적으로 창작물을
보호하는 법 | VI. 결론 |

I. 서론 - 논의의 필요성

‘퍼블리시티권(Right of Publicity)’이란, 흔히 특정인의 초상(肖像),

* 이 글은 정상조·박준석, 『부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구』, 특허청 정책연구용역과제 보고서 (2009) 중 필자의 집필부분을 다시 정리한 것이다.

**서울대학교 법학대학원/법과대학 조교수

성명, 음성이나 그 밖의 유사물(likeness)¹⁾을 광고 혹은 상품판매 등 널리 상업적으로 사용할 수 있는 권리를 말하는 것이다. 사실 퍼블리시티권에 관하여는 아직 이것을 독립한 권리로 인정할 지 여부나 가령 권리주체의 범위, 양도성이나 상속성, 존속기간 등 그 세부적인 법적 성격에 관하여 우리 판례나 학설에서 많은 논란이 존재하며 명백한 합의가 이루어지고 있지는 않다. 이런 논란 속에서도 현재 주류적인 학설은 퍼블리시티권이 종래 인격권적인 프라이버시권과는 분리된 재산권의 성질을 가진 새로운 지적재산권임을 인정하고 있으며,²⁾ 우리 판례의 주류적 흐름³⁾ 역시 그러한 듯하다.

-
- 1) 유사물(likeness)이란 표현은 가령 캘리포니아 민법전(California Civil Code) 3344조를 비롯하여 미국의 많은 입법이나 판례가 채용하고 있다.
 - 2) 가령 한위수, “퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와 민사책임(상)”, 인권과정의(242호), 대한변호사협회, 1996, 37면 등. 한편 남형두, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권 -”저스티스(통권 제86호), 한국법학원, 2005, 121면; 같은 저자, “퍼블리시티권의 철학적 기반 (上)- 호사유피 인사유명”의 현대적 변용”, 저스티스(통권97호), 한국법학원, 2007, 137면 등에서는 퍼블리시티권에 대한 우리 판례의 입장이 완전히 통일되지 아니함을 지적하며 조속한 입법을 촉구하고 있는데, 이 글 역시 이에 찬동하는 전제에서 향후 관련입법을 저작권 법리에 의할 것인지, 아니면 부정경쟁방지법리에 의할 것일지를 규명하는 데 중점을 두고자 한다. 반면, 퍼블리시티권에 대하여 독립하여 인정할 필요 없이 종래 인격권의 확장만으로 충분하다거나(이는 정경석, “초상권의 침해요건과 구제방법”, 저스티스(제98호), 한국법학원, 2007, 145면) 명문 규정없이 물권적 권리인 퍼블리시티권을 인정하기 곤란하다는(이는 박성호, “실연자의 ‘예명’에 대한 법적 보호 (上) - 성명권·성명표시권·상표권, 그리고 이른바 ‘퍼블리시티권’을 둘러싼 몇 가지 문제점”, 법조(통권 613호), 법무부, 2007, 306면) 부정론도 소수설로 존재한다.
 - 3) 우리 판례상 퍼블리시티권에 관한 대법원 판례는 아직 존재하지 아니하지만, 하급심법원의 많은 재판례는 아래에서 보듯이 퍼블리시티권을 긍정하는데 그치지 아니하고 여러 가지 쟁점에 걸쳐 퍼블리시티권의 내용

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

퍼블리시티권을 재산권, 나아가 지적재산권의 일종으로 파악한다고 하더라도 그것이 이미 오래전부터 특허, 상표와 저작권 영역으로 크게 3분된 지적재산권 체계와 관련하여 과연 어느 영역에 속하는지에 관하여는 의문이 있다. 이에 관하여 국내문헌 일부⁴⁾는 저작권법을 설명하는 가운데, 일부⁵⁾는 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, ‘부정경쟁방지법’이라고만 한다)에서 취급하고 있다. 특히 2009. 9. 현재 국회에서는 퍼블리시티권을 저작권법의 일부로 규율하고자 하는 개정안이 심의 중에 있다. 즉 퍼블리시티권의 보호를 위한 저작권법 개정안(2009. 4. 16.자 이성현의원 등 10인 발의의

을 점차 구체화하고 있다. 우리 판례상 ‘퍼블리시티권’ 용어를 최초 사용한 사례인 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결(세칭 이휘소 박사 사건); 초상권이라는 표현을 채용하면서도 ‘상업적으로 이용할 수 있는 일종의 재산권’이라는 표현을 사용하여 사실상 초상권과는 구별된 재산권으로서의 퍼블리시티권의 존재를 인정한 서울고등법원 1998. 3. 27. 선고 97나29686 판결(세칭 황인정 사건); 피신청인의 사용행위가 가진 성격을 유형별로 구분하여 신청인의 모습을 담은 브로마이드에 대하여는 침해를 인정하면서도 원고를 다른 서적에 관하여는 침해를 부정한 서울고법 1998. 9. 29.자 98라35 결정(세칭 박찬호 브로마이드 사건); 퍼블리시티권의 양도성을 명시적으로 인정한 1.1.1. 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결(세칭 비달사순 사건); 유명인이 아닌 일반인에 대해서까지 퍼블리시티권을 명시적으로 긍정한 서울동부지방법원 2004. 2. 12. 선고 2002가합3370 판결(세칭 허브좌훈 사건); 판례들 사이에 퍼블리시티권을 긍정하거나 부정한 재판례가 엇갈리던 중 비교적 상세한 설시로 다시 한 번 퍼블리시티권을 분명히 긍정한 사례 서울고등법원 2005. 6. 22. 선고 2005나9168 판결(세칭 이영애 사건) 등이 그것들이다. 물론 아직 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결(세칭 제임스던 사건 중 하나) 등 일부 판례는 퍼블리시티권이 도입될 현실적 필요성이 있음을 긍정하면서도 여전히 현행법령 하에서는 퍼블리시티권의 인정가능성을 부정하고 있으나 이는 소수에 불과하다.

4) 송영식, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2008, 581면.

5) 정상조, 「지적재산권법」, 박영사, 2004, 636면.

저작권법 개정안을 말하며, 이하 ‘이성현 의원 등의 저작권법 개정안’이라고 함)은 초상, 성명, 음성 등 특정인의 각종 이미지가 본인의 동의 없이 무분별하게 상업적으로 이용되는 것을 방지하기 위해 이른바 ‘초상재산권’을 신설하고, 초상재산권의 보호 기간 설정 및 초상재산권을 양도할 수 있도록 하는 내용을 담고 있다.⁶⁾ 그 이전에도 유사한 방향의 시도로 박찬숙 의원 외 31인이 2005. 11. 9. 에 발의한 저작권법 개정안(이하 ‘박찬숙 의원 등의 저작권법 개정안’이라고 함)⁷⁾이 유사한 내용을 담고 있었다. 특히, 상표와 저작권은 비록 지적재산권이라는 거대한 모집단을 구성하는 세부분야라는 점에서는 공통되지만 그 역사적인 출발점 등 연혁뿐만 아니라 법리적 내용에서 여러 가지 중요한 차이점이 아직 현격하게 존재함은 주지의 사실이다. 만일 퍼블리시티권의 성질이 지적재산권의 세 영역 중 어디에 가장 가까운 것인지에 대한 충분한 법적 검토 없이, 이를 특정 영역에 잘못 포섭하는 입법이 경솔하게 이루어질 경우⁸⁾ 그 부작용이 작지

-
- 6) 위 개정안 제2조 제1호 및 제63조의2, 5, 6 등. 그 골격은 저작물의 정의를 문학·학술 또는 예술의 범위에 속하는 창작물뿐만 아니라 재산적 가치가 있는 개인의 초상, 성명, 음성 등 창작 부산물까지 확대하고(개정안 제2조 제1호), 초상, 성명, 음성 등에 관하여 재산적 권리를 가지는 초상재산권을 부여하며(개정안 제63조의2), 초상재산권 보호기간은 생존하는 동안으로 하되, 공동으로 소유하는 경우에는 마지막으로 생존하는 자의 사망시점까지 존속하는 것으로 하고(개정안 제63조의5), 초상재산권의 양도·행사 등에 관하여는 저작재산권의 양도·행사 등에 관한 규정을 준용하도록 정하였다(개정안 제63조의6).
 - 7) 이와 관련하여, 박찬숙, 「아직도 "퍼블리시티권"을 모르시나요? :도둑맞은 한류의 보호방안과 초상재산권 입법발의를 위한 선행연구」(국회 국정감사 정책보고서), 국회전자도서관 이미지자료, 2006을 참조할 것.
 - 8) 특히-상표(부정경쟁방지 영역 포함)영역에 관하여는 지식경제부 산하 특허청이, 저작권 영역에 관하여는 문화체육관광부나 산하 특허청이 주무관서로 입법이나 관련 실무를 담당하고 있다. 양 부서가 새롭게 지적재산권 분야에 등장한 대상을 서로 자신이 담당하는 법률규정에 포섭하기 위

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

않을 것임은 누구나 쉽게 짐작할 수 있다.

이 글에서는 퍼블리시티권의 법적 성격을 그것이 최초로 도입되어 현재 가장 활발하게 보호되고 있는 미국에서의 실태를 중심으로 분석하는 방법, 혹은 기존 지적재산권 법률들의 각 입법목적과 얼마나 잘 부합하는지 살피는 방법, 또는 지적재산권 각 영역에 현재 존재하는 개별규정들이 퍼블리시티권과 얼마나 밀접한지 그 정도를 비교하는 방법, 퍼블리시티권을 취급하여온 우리 판례의 입장에서 일부 드러난 태도를 살피는 방법 등 최대한 다양한 방법들을 동원한 다각적인 분석을 함으로써, 퍼블리시티권이 과연 특허-상표와 같은 산업재산권 분야에 속하는지, 아니면 저작권 분야에 속하는 지를 고찰하고자 한다. 그런데 퍼블리시티권은 앞서 지적재산권의 세 영역 중 성질상 특허법이 보호하고자 하는 기술(技術)과는 별다른 관련이 없다. 퍼블리시티권은 기술이 아니라 특정인의 초상, 성명 등의 보호와 관련되는데, 이렇게 초상, 성명을 조문의 내용상 취급하고 있는 것은 일견 상표나 저작물에 관한 개별규정들이므로⁹⁾ 결국 위 문제는 퍼블리시티권이 상표 영역에 속하여야 하는지, 아니면 저작물 영역에 속하여야 하는지라는 문제라고 할 수 있다.

II. 연혁적 분석 -미국에서의 도입 및 규율실태를 중심으로

하여 선의의 경쟁을 하거나 때로는 과열된 노력을 한 예는 과거 ‘데이터베이스’에 대한 보호입법을 어떻게 할 것인지를 둘러싼 갈등에서도 찾을 수 있다.

- 9) 가령 저작권법 제35조 제4항이나 상표법 제7조 제1항 제6호, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가나다목 등.

1. 퍼블리시티권에 대한 미국학계 논의의 흐름

미국에서 연방 제2항소법원이 1953년 *Haelan 판결*¹⁰⁾을 통하여 연방 법원의 판례상 퍼블리시티권을 최초로 긍정한 이래 학계에서 최초로 퍼블리시티권의 논의를 다진 것은 1954년 'Right of Publicity'이란 논문¹¹⁾을 발간한 Nimmer 교수였다. 그가 지적재산권법 중 무엇보다 저작권법 분야의 대가임은 자타가 공인하는 사실이다. 아울러 처음 초석을 닦은 Nimmer의 논문 출간 당시 미국의 상표, 부정경쟁방지법은 침해요건으로 당시 혼동(confusion)을 요구하였으나 퍼블리시티권 침해에서는 Nimmer가 지적한 대로 이런 혼동의 존재가 요구되지 않음이 보통이므로 이것만 보아서는 큰 차이가 있었다. 때문에 퍼블리시티권은 저작권법에 성질상 가까우면 가까웠지 상표나 부정경쟁방지법상 권리와는 거리가 먼 것이라고 생각할 수도 있다.

그러나 이는 오해이다. 이후 미국의 상표나 부정경쟁방지 관련 법제는 이후 그 침해성립의 요건으로 반드시 혼동을 요구하지는 않는 방향으로 확대되었다. 희석화(dilution)의 경우까지 규제하게 된 것이 그것으로, 이 점은 한국 부정경쟁방지법도 마찬가지이다. 따라서 퍼블리시티권이 반드시 혼동을 요구하지 않는다는 점 때문에 곧바로 그것이 상표 및 부정경쟁방지 분야와 무관하다는 위 전제는 맞지 않게 되었다.

거기에 더하여 현재 미국에서 퍼블리시티권에 관하여 가장 방대하고 권위 있는 저술¹²⁾을 남긴 McCarthy가 다름 아니라 미국에서 상표,

10) *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F. 2d 866(2d Cir. 1953), cert.denied, 346 U.S. 816(1953).

11) Melville B. Nimmer, "The Right of Publicity," 19 *Law and Contemporary Problems* 203 (1954). 이는 J. Thomas McCarthy, 「*The Rights of Publicity and Privacy (2d ed)*」, Westlaw Database updated March 2009, §1:27에서 인용함.

부정경쟁방지법의 최고 권위자라는 사실,¹³⁾ 반면 앞서 등장한 Nimmer가 저술한 시리즈로 지적재산권법학계에서 가장 권위 있는 주해서로 11권에 달하는 「Nimmer on Copyright」¹⁴⁾에서는 퍼블리시티권을 전혀 취급하지 않고 있는 것은 결코 우연이 아니라 퍼블리시티권이 미국에서 저작권법이 아닌 상표 및 부정경쟁방지법 분야에 속하였거나 적어도 그것과 가장 가까운 것으로 취급되고 있음을 ‘암시’하는 것이다.¹⁵⁾

덧붙여, 현재 미국의 대표적 교과서 등은 퍼블리시티권에 관하여 주법(州法)상 지적재산권법의 한 내용으로 서술함으로써 은연중에 저작권이 아니라 부정경쟁방지법 영역으로 취급하고 있다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

-
- 12) 그는 1987년 출간된 '퍼블리시티권과 프라이버시권(The Rights of Publicity and Privacy)'이라는 방대한 저술을 통하여 이 분야 논의에 많은 영향을 끼치고 있으며, 위 저술은 현재 「*The Rights of Publicity and Privacy (2d ed)*」(Westlaw Database updated March 2009)으로 확장되었다.
- 13) 나아가 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy §5:6 및 같은 § 6:136 등에서 퍼블리시티권 침해가 일종의 부정경쟁방지법 위반임을 명시하고 있다. 다만, McCarthy 스스로가 고백하듯이 퍼블리시티권이 그렇다고 완전히 상표, 부정경쟁방지법상의 기존 권리와 성질상 완전히 일치하는 것은 아니며, 많은 차이점이 존재하고 있으므로 향후 한국의 입법이 있을 때라면 이 점에도 유의하여야 할 것이다.
- 14) Melville Nimmer & David Nimmer, 「*Nimmer on Copyright*」, LexisNexis, 2006.
- 15) 물론 미국의 유명학자들이 저작권법이 아닌 부정경쟁방지법의 일환으로 논하고 있다는 현황이 아니라, 퍼블리시티권의 성질을 법적으로 분석한 결과가 이 글 아래 해당부분에서 보듯이 부정경쟁방지법에 더 가깝다는 점이 보다 본질적인 부분이며 그에 비해 앞서의 현황은 피상적인 결과에 불과하다고 비판하는 이도 있을 수 있다. 하지만 이런 현황을 통해 이 글이 나타내려는 것은 미국에서 관련 학자들이나 (다음에 설명할) 실제 입법이 퍼블리시티권 보호에 있어 부정경쟁방지법 방식에 의지하여 왔으며, 그런 태도가 지금까지 오랜 운영의 경험으로도 별다른 문제가 없었다는 사실이다.

2. 퍼블리시티권에 관한 미국에서의 규율실태

2009년 현재, 퍼블리시티권의 보호에 관하여 미국에서는 연방(聯邦)이 아닌 각 주(州)에서 규율하고 있으며, 그 개괄적인 현황은 다음과 같다.¹⁷⁾

우선, 캘리포니아¹⁸⁾를 비롯한 여덟 개 주¹⁹⁾는 보통법으로 퍼블리시티권을 보호하면서도, 퍼블리시티권의 내용을 충분히 포섭할 만큼 폭넓은 성문규정을 별도로 가지고 있다. 여기에 더하여 10개주²⁰⁾는 성문규정을 보유하고 있는데, 이들 중 일부는 '프라이버시'란 표현을

-
- 16) 만일 퍼블리시티권을 저작권법의 한 내용으로 취급하고 있는 것이라면, 저작권법 분야는 아래 설명하는 대로 미국 연방헌법이 주(州)가 아니라 연방법에 전속적으로 귀속시키고 있는 분야이기 때문이다.
 - 17) 이하의 내용은 J. Thomas McCarthy, 「*The Rights of Publicity and Privacy (2d ed.)*」, (Database updated March 2009), 1 Rights of Publicity and Privacy § 6:6 을 정리한 것이다.
 - 18) 캘리포니아 민법전(California Civil Code) 3344조와 3344.1조에 구체화되어 있다. 가령 3344조 (a)항은 「당사자의 사전동의, 미성년의 경우에는 그 부모나 법정대리인의 사전동의 없음을 인식하고도(knowingly), 타인의 성명, 목소리, 서명, 사진(photograph), 혹은 유사물(likeness)을 일체의 방법으로 제품, 상품, 혹은 재화 상이나 혹은 그 속에 사용하거나, 제품, 상품, 혹은 재화 혹은 서비스의 광고 혹은 판매 또는 구매청약의 목적으로 사용하는 자는 그런 행위의 결과로 당사자에게 생긴 일체의 손해를 배상할 책임이 있다. (이하 생략)」이라고 규정하고 있다.
 - 19) 캘리포니아, 플로리다, 일리노이, 켄터키, 오하이오, 펜실베이니아, 텍사스, 위스콘신 주.
 - 20) 인디애나, 매사추세츠, 네브라스카, 네바다, 뉴욕, 오클라호마, 로드 아일랜드, 테네시, 버지니아, 워싱턴. 참고로 유타주의 경우 1981년까지는 이런 유형에 속하였으나, 1981년 개정법률은 논란의 여지를 남긴 채 퍼블리시티권이라기보다 '거짓후원 표시금지(antifalse-endorsement)'법규쪽으로 선회하여 여기서 제외하였다.

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

사용하고 있지만 퍼블리시티권의 대부분 내용이 그 규정안에 포섭될 수 있다고 해석된다. 이상의 주들이 가진 성문법규의 현황은 아래 도표와 같다.

한편, 비록 성문규정은 없지만 해당 주의 보통법 내용을 해석한 법원의 판례를 통하여 퍼블리시티권을 명확히 인정하고 있는 경우가 (앞서 별도의 성문규정까지 가진 8개주를 포함하여) 20개주이다. 이들은 아리조나, 알라바마, 캘리포니아,²¹⁾ 코네티컷,²²⁾ 플로리다,²³⁾ 조지아, 하와이,²⁴⁾ 일리노이,²⁵⁾ 켄터키, 미시건, 미네소타,²⁶⁾ 미주리, 뉴햄프셔, 뉴저지, 오하이오, 펜실베이니아,²⁷⁾ 텍사스, 유타, 웨스트 버지

- 21) *Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co.*, 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974); *Clark v. Celeb Pub., Inc.*, 530 F. Supp. 979, 8 Media L. Rep. (BNA) 1261 (S.D. N.Y. 1981); *Cher v. Forum Intern., Ltd.*, 692 F.2d 634, 8 Media L. Rep. (BNA) 2484, 217 U.S.P.Q. 407 (9th Cir. 1982); *Eastwood v. Superior Court*, 149 Cal. App. 3d 409, 198 Cal. Rptr. 342, 10 Media L. Rep. (BNA) 1073 (2d Dist. 1983).
- 22) *Jim Henson Productions, Inc. v. John T. Brady & Associates, Inc.*, 867 F. Supp. 175, 34 U.S.P.Q.2d 1001 (S.D. N.Y. 1994) ("본 법원이 보기에 코네티컷 최고법원은 퍼블리시티권을 인정할 것으로 보인다").
- 23) *Zim v. Western Pub. Co.*, 573 F.2d 1318, 4 Media L. Rep. (BNA) 1467 (5th Cir. 1978) (다만 '프라이버시권'이라 호칭함).
- 24) *Fergerstrom v. Hawaiian Ocean View Estates*, 50 Haw. 374, 441 P.2d 141 (1968) (다만 '프라이버시권'이라 호칭함).
- 25) *Stone v. Creative Communications, Inc.*, 216 U.S.P.Q. 261, 1981 WL 48140 (N.D. Ill. 1981). 1999. 1. 1.부터 일로노이 주 성문법규("The Right of Publicity Act"; Act 90-747 1075/60)가 종래 보통법상 퍼블리시티권을 명시적으로 대체하였다.
- 26) *Ventura v. Titan Sports, Inc.*, 65 F.3d 725, 730 (8th Cir. 1995) ("우리 법원은 미네소타 대법원이 퍼블리시티권 침해의 불법행위를 인정할 것이라 판단한다").
- 27) *Apple Corps. Ltd. v. Button Master, P.C.P., Inc.*, 47 U.S.P.Q.2d 1236, 1998 WL 126935 (E.D. Pa. 1998) (펜실베이니아는 보통법상의 퍼블리시티권을 인정한다).

산업재산권 제30호

니아, 위스콘신 등이다. 결국 미국의 51개주 중에서 성문규정이나 보통법을 통하여 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주는 2009년 현재 총 30개이다.

	[최초 입법년도] 현행법의 개정년도	보호대상인 정체성 (identity)의 범위	사후권리가 성문화되었 는지 여부	사후 존속기간	법적 구제수단	'언론보도' 예외의 성문화여부
캘리포니아	[1972] 2007	성,유,사,목	○	70년	손,징,변 {설명}	○
플로리다	[1967]	성,유,사	○	40년	금,손,징 {설명}	○
일리노이	[1999]	성,유,사,목	○	50년	금,손,징	○
인디애나	[1994]	성,유,사,목	○	100년	금,손,징,변 {설명}	○
켄터키	[1984]	성,유	○	50년	-	×
매사추세츠	[1974]	성,유	× {설명}	-	금,손,3배	×
네브래스카	[1979]	성,유	○	非성문화	- {설명}	○{설명}
네바다	[1989]	성,유,사,목	○	50년	금,손,징 {설명}	○
뉴욕	[1903] 1995	성,유,목	×	-	금,손,징,	×
오하이오	[1999]	성,유,사,목	○	60년	금,손,징,3 배,변	○
오클라호마	[1955] 1986	성,유,사,목	○	100년	금,손,징,변	○
펜실베이니아	[2003]	성,유,사,목	○	30년	금,손	○
로드아일랜드	[1972] 1980	성,유	×{설명}	-	금,손,3배	×
테네시	[1984]	성,유,사	○	10년{설명 }	금,손 {설명}	○
텍사스	[1987]	성,유,사,목	○{설명}	50년	손,징,변 {설명}	○

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

유타	[1909] 1981	성,유	×	-	금,손,징,변	×
버지니아	[1904] 1977	성,유	○	20년	금,손,징	×
위싱턴	[1998] 2008	성,유,사,목	○	10년 또는 75년{설명}	금,손,변	○
위스콘신	[1977]	성,유	×	-	금,손,변	○{설명}

*{설명} ; 아래 설명을 참조할 것

*정체성(identity)의 범위 항목 약어표(略語表) ; 성=성명 / 유=유사물(초상 포함) / 사=사진 / 목=목소리

*법적 구제수단 항목 약어표(略語表) ; 금=금지청구 / 손=손해배상 / 징=징벌적 손해배상 (punitive/exemplary damages) / 3배=3배손해배상(treble damages) / 변=상당한 변호사 비용(reasonable attorney's fees)

{설명}

캘리포니아, 아울러 750불이나 실손해액 중 큰 금액과 이득액 배상을 정하고 있음.

플로리다, 손해배상은 합리적인 로열티(사용료)를 포함할 수 있음.

인디애나, 아울러 무단사용으로 인한 이득액 반환 및 최소법정손해액 1000불을 규정함과 아울러 폐기압류명령(impounding and destruction orders)을 규정하고 있음.

매사추세츠, 그러나 '생존한'이라는 조건 없이 '일체의 자(any person)이라고 정하고 있음.

네브라스카, 법적 구제수단 - 단지 '법적 구제를 부여한다고만 정하고 있음. / '언론보도' 에 외의 성문화 여부 - 모든 헌법상 항변을 결부짓고 있음.

네바다, 아울러 750불의 최소법정손해액을 정하고 있음.

로드 아일랜드, 그러나 '생존한'이라는 조건 없이 '일체의 자(any person)이라고 정하고 있음.

테네시; 사후 존속기간 - 10년 및 만일 상업적사용이 계속될 경우 연장가능함. / 법적 구제 수단- 피고의 이득액을 포함하며, 폐기압류명령을 규정하고 있음.

텍사스; 사후 존속기간 - 법정권리는 오로지 사후에 적용되며, 생존한 자에게는 적용되지 않음. / 법적 구제수단 아울러 2500불의 최소법정손해액 혹은 실손해액 중 중 큰 금액과 이득액 배상을 정하고 있음.

유타, 오직 허위의 승인이나 후원관계를 암시한 경우에만 법정 책임을 부담함.

위싱턴; 사후 존속기간 - 그 정체성이 상업적 가치를 가진 경우 75년, 그렇지 않은 경우 10년.

위스콘신; 모든 언론보도의 항변을 언급하여 인정하고 있음.

한편 미국은 연방제 하에서 연방의회와 주의회간의 입법충돌문제

를 해결하기 위하여 연방헌법 명문 규정으로 연방헌법에서 특별히 연방의회의 권한으로 정하지 아니한 나머지 일체를 주의회(州議會)의 권한으로 미루고 있으면서도 실질적으로는 연방헌법 곳곳에서 중요사항을 연방의회의 권한으로 규정하고 있고 특히나 저작권에 대한 연방의 입법권한이 그 중의 하나이다. 즉 미국연방헌법 제1조 제8항은 저작자나 발명가의 권리를 보호하는 조항을 따로 두어, 이에 관한 특허 법률이나 저작권 법률을 수립하고 다루는 권한을 연방(聯邦)에 맡기고 있다.²⁸⁾ 그러나 지적재산권법 중 나머지 영역인 ‘상표’ 및 ‘부정경쟁방지’ 법률 분야, 즉 광의의 부정경쟁(Unfair Competition)에 관한 규율은 오랫동안 연방이 아닌 각 주의 입법이나 보통법(common law)에 맡겨진 분야였다. 다만, 상표에 관하여는 연방헌법 중 이른바 통상조항(Commerce Clause)²⁹⁾을 근거로 1870년에 이르러 연방의회가 최초의 연방상표법을 제정하였고 이후 1946년 Lanham법이 이를 대신하고 있다. 이처럼 미국에서는 연방제(聯邦制)하에서 특허법이나 저작권법을 규율하는 주체는 연방정부, 상표 및 부정경쟁방지법을 ‘주로’ 규율하는 주체는 각 주(州) 정부로 상이한데, 위에서 본 대로 퍼블리시티권이 연방이 아닌 각 주에서 규율하고 있다는 현황은 그것이 특허나 저작권과 다르며, 상표 혹은 부정경쟁방지법 분야에 더 밀접함을 드러내는 것이다.

28) 미국 연방헌법 제1조 제8항(Article I Section 8). “연방의회는 저작자와 발명가에게 그들의 저작과 발명에 대해 한정된 기간 동안 배타적 권리를 보장해 줌으로써, 과학과 유용한 기술의 발전을 촉진시킬 권한을 가진다.

29) "The Congress shall have power.... to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes...." 이 역시 연방의회의 다양한 권한을 정한 제1조 제8항의 내용 중 다른 한 부분으로, 주간 통상(州間 通商, interstate commerce) 등의 문제는 개별 주가 아닌 연방이 규율할 수 있도록 한 조항이다.

Ⅲ. 입법목적상의 분석

1. 저작권법의 입법목적과 퍼블리시티권 보호와의 부합성

저작권법의 입법목적에 관한 설명으로 대표적인 이론인 ‘유인 이론(incentive theory)’ 등은 퍼블리시티권을 보호하는데 대하여는 잘 부합하지 않는다.

‘유인 이론’이 설득력을 가지려면 유인을 많이 제공할수록 더 많은 ‘결과물’이 일반공중에게 제공되어야 할 터이다. 하지만, 퍼블리시티권 보호의 주된 대상은 유명인(바꾸어 말하면 저작권법상의 실연자)의 실연과 같은 ‘결과물’이 아니라 유명인의 성명·초상과 같은 일종의 ‘부산물’에 불과하다.³⁰⁾ 이런 부산물의 공급량은 유인의 강도에 반드시 좌우되지 않는다. 바꾸어 말하자면, 유인 이론에 터 잡아 강도 높은 유인을 제공할수록 일반공중이 직접적으로 더 많이 얻을 수 있는 것은 당초 염두에 둔 실연이 아니라 고객흡입력을 더 높이기 위한 유명인의 성명·초상일 뿐이다. 과연 이것이 독점권이라는 유인까지 제공하며 일반공중이 얻고자 하는 객체 자체인지 의문이 드는 것이다.

한편, 과거 한때 지지되었던 ‘노동 이론’에 의하여 퍼블리시티권 보호를 위한 설명을 전개하는 것도 용이하지 않다. 퍼블리시티권을 인정받는 특정인은 자신의 초상, 성명, 음성이 일반공중에 대한 고객

30) 남형두, "스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가", 특별소송실무연구회 발표문, 26면. *이는 「스포츠와 법」 통권 제12호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회(2007. 8.)로 개재되었으나, 본 보고서 인용페이지는 <<http://scourt.comholic.com/files/thesisfiles/http://scourt.comholic.com/files/thesisfiles/20081031193130.6560.1.0>>에 개재된 원발표문 페이지를 기준으로 하였음.

흡입력을 가질 수 있도록 상당한 시간과 노력을 들였을 것이다. ‘노동 이론’ 혹은 ‘이마의 땀(sweat of brow) 이론’은 이런 시간과 노력을 저작권법이 보호하고자 하는 것이라는 식으로 설명할 수 있다. 이에 따르면 선천적으로 타고난 초상이나 성명일지라도 유명해질 수 있도록 들인 특정인의 시간과 노력을 저작권법에 의해 보호하는 것도 이론상 불가능하지는 않다. 그러나 이미 대중의 각광이나 출연료 등 주된 수입원을 가진 유명인에게 별도의 보상을 부여하는 것은 노동에 대한 정당한 보상이라기보다 과도한 잉여에 해당하여 오히려 부정의라는 비판도 가능하고,³¹⁾ 아울러 퍼블리시티가 시간과 노력의 산물로 특정개인에게 귀속될 성질의 것이라기보다 본질적으로 일반 공중이 널리 알고 있어야 의미 있는 성질이라는 것임에 배치된다.³²⁾

이상의 이론들과 달리, 퍼블리시티권을 보호하는 실제 이론적 근거는 시장경제에서 자신의 것이 아닌 타인의 성명, 초상 등이 가진 상업적 가치에 임의로 무임편승하거나 부정하게 차용하는 행위를 막음으로써 공정한 경쟁체제를 구축한다는 정책적 고려³³⁾에 기인한 것

31) 퍼블리시티권에 국한하지 않더라도, 단순히 시간과 노력을 들였다는 이유만으로 저작권의 독점권을 부여하는 것은 과도한 잉여의 보호라는 견지에서 미국 연방대법원의 Feist판결에서는 그 결과물의 창작성을 요구하고 있다고 볼 수 있다. 한국 저작권법 역시 이를 따르고 있음은 제1조의 목적 및 제2조의 정의조항의 종합적 해석에 의하여 규정상 명백하다.

32) 이런 취지로는 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반 (上)- 호사유포 인사유명"의 현대적 변용", 153면 이하 참조.

33) 이는 남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반 (上)- 호사유포 인사유명"의 현대적 변용", 149면에서 언급하는 부당이득금지 이론에 대응한다고 볼 수 있다. 같은 논자는 위 이론은 다른 선행이론에 의하여 무엇이 정의이고, 무엇이 부당한 것인지 정해될 필요가 있는 이상 위 이론은 노동이론이나 유인이론과 다르게 형이상학적 근거가 될 수 없다고 주장을 개진한다. 그러나 견해를 달리해 보자면, 위 이론에서 거론하는 ‘부당’을 ‘법적 근거 없이’로 해석할 때라면 모르겠으나 만일 ‘만일 손해를 부담할 자의 동의 없거나 혹은 그런 동의에 갈음할만한 사회적 반대급부 없이’라

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

이라고 보아야 한다. 그런데 이는 다름 아니라 부정경쟁방지법 제1조³⁴⁾의 목적과 공통되는 것이다.

2. 저작권법은 기본적으로 창작물을 보호하는 법

가. 총설

저작권법은 본래 저작재산권과 저작인격권의 양대 기둥을 가진 법으로 그 중 재산권영역인 ‘저작재산권’은 지적인 ‘창작물’을 보호 대상으로 삼고 있는 것이다. 그러므로 지적창작의 결과물이 아니라 개인이 본래부터 가졌던 초상, 성명, 음성에 대한 보호이론으로서 저작권 법리를 원용하고자 하는 것은 적절하지 못하다.³⁵⁾ 보기에 따라서는, 초상 등이 비록 선천적으로 주어진 것일지라도 후발적으로 창작된 저작물에 못지않은 독특함을 가지고 있다는 점³⁶⁾에 착안하여 저작권법에 의한 보호가 반드시 불합리하지는 않다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 저작권법이 보호하는 창작성(創作性) 내지 독창성(獨創性)의 본질은 독특하다는 점이 아니라 이를 창조하였다는 점에 착안하여 보호하고자 하는 것임을 유념할 필요가 있다.

고 넓게 해석한다면 또 하나의 형이상학적 근거이론으로 작동할 수 있을 듯하다.

34) 제1조(목적) 이 법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호(商號) 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다.

35) 비슷한 입장으로는 박영규, "인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 저스티스(통권 제112호), 한국법학원, 2009, 285면.

36) 참고로 우리 저작권법상 요구되는 창작성(originality, 혹은 獨創性)의 수준은 단지 타인의 기존 저작물을 모방한 것이 아니면 충족되는 낮은 수준의 것이다.

나. 저작권법에 이미 존재하는 데이터베이스 보호와의 구별필요성

퍼블리시티권의 경우 창작한 것이 아니므로 저작권법이 기본적으로 요구하는 창작성을 결여하고 있다. 그런데 우리 저작권법에는 창작성이 없는 대상을 보호하는 조항도 존재함은 주지의 사실이다. 가령 데이터베이스에 관하여 우리나라의 2003년 개정 저작권법에서 취하고 있는 보호는 유럽연합이 1996년 '데이터베이스 보호에 관한 지침'으로 창작성 없는 데이터베이스에도 배타적 권리를 부여하고 있는 것과 동일하며, 현재 미국에서 창작성 없는 데이터베이스에 관하여 부정경쟁행위의 금지 방식으로 보호하는 것과³⁷⁾ 대별된다. 이런 사실에 더 잡아 퍼블리시티권을 저작권법의 보호대상에 새로 편입하는 것도 데이터베이스의 보호조항이 그러하였듯이 불가능하지는 않다는 옹호론이 충분히 등장할 수 있고³⁸⁾ 나름의 합리적인 근거도 갖추고 있다고 본다.

그렇지만, 결론부터 말하자면 이런 옹호론은 찬성하기 힘들다. 왜냐하면, 우리 저작권법에서 보호하고 있는 데이터베이스의 범주가 비록 창작성 없는 데이터베이스까지 포함하고 있지만 그런 데이터베이스조차 항상 창작성 있는 저작물과 밀접한 관련이 있는 것임에 비

37) 미국 최초의 연방 법률안이었던 1996년 '데이터베이스 투자 및 지적재산 절취 법안(Database Investment and Intellectual Property Piracy Act, H.R.3531)'은 유럽연합의 지침과 마찬가지로 배타적 권리를 부여하는 방식이었지만, 이후로는 가장 최근인 2004년의 '소비자의 정보접근 법안(Consumer Access to Information Act, H.R.3872)'까지 대부분 '부정차용행위 금지'라는 부정경쟁방지 법리에 의한 법안들이었다.

38) 이처럼 우리 저작권법에 데이터베이스 규정이 이미 존재함을 근거로 저작권법에 퍼블리시티권 관련조항을 신설하는 것을 긍정하되 별도의 장으로 정하자는 입장으로는 한지영, "초상과 성명의 보호에 관한 연구 - 초상권과 성명권의 침해구제를 중심으로 -", 중앙법학(제10집 제3호), 중앙법학회, 2008, 269면.

하여, 퍼블리시티의 경우에는 그러하지 않기 때문이다. 데이터베이스가 성질상 창작성 있는 저작물과 밀접한 관련이 있는 것임은, 가령 미국에서의 연혁³⁹⁾이 아니라도, 직접 우리 저작권법의 구조를 살펴볼 때 그러하다. 데이터베이스는 우리 저작권법상 '편집물'에 해당한다.⁴⁰⁾ 이러한 데이터베이스 중 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 경우 '편집저작물'로, 그렇지 아니한 경우는 일반적인 '편집물'로서 각각 해당 규정⁴¹⁾의 적용을 받게 된다. 이상과 같이 저작물과 밀접한 관련이 있는 데이터베이스의 경우에 비하여 퍼블리시티권의 대상으로 거론되는 성명, 초상 등의 경우는, 창작성 있는 저작물과 밀접한 관련이 있다고 볼만한 것이 없다.⁴²⁾

덧붙여, 데이터베이스를 저작권법에 포섭하고서도 저작권과 다른 별개의 독점권을 부여한 방식의 우리 저작권법의 방식은 불필요한

39) '이마의 땀 이론'에 의하여 시간과 노력을 투입한 결과물인 데이터베이스라면 저작권법이 보호할 수 있다는 입장이 우세하다가, 미국 연방대법원의 Feist 판결 이후 비로소 창작성 없는 데이터베이스는 저작권법의 영역에서 배제되기 시작한 연혁을 가리킨다.

40) 저작권법 제2조 제17호; "편집물"은 저작물이나 부호·문자·음·영상 그 밖의 형태의 자료(이하 "소재"라 한다)의 집합물을 말하며, 데이터베이스를 포함한다.

제18호; "편집저작물"은 편집물로서 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 있는 것을 말한다.

41) '편집물'에 적용될 저작권법 규정으로는 국가 등이 작성한 법령이나 판결 등의 '편집물'을 저작권법 보호대상에서 제외한 제7조 제4호, 출판권의 존속 중이라도 저작자 사망시 출판권의 대상인 저작물을 전집 그 밖의 편집물에 수록할 수 있도록 한 저작권법 제60조 제2항 등이 있다.

42) 퍼블리시티권은 기껏해야, 해당 유명인의 '실연'과 관련되고 그 '실연'은 저작권법상 저작인접권으로 보호된다는 점에서, 간접적으로 저작권법과 연결될 수 있을 뿐이다. 그러나 우리 저작권법이 '실연'을 보호하는 것은 저작자의 창작물을 보호하는 과정에 부수적인 저작인접권으로 주어지는 것인데, 여기서의 '실연'에 다시 부수적으로 관련된 퍼블리시티의 경우까지 저작권법의 포섭범위에 넣으려는 것은 저작권법의 지나친 확장이다.

혼란을 초래할 뿐 아니라 지나치게 다른 경쟁업자의 활동을 제약할 우려가 있다.⁴³⁾ 당초 우리 입법의 모태가 된 유럽연합에서조차 저작권과 같은 독점권을 부여하는 기존입장을 비판하고, 미국과 마찬가지로 부정경쟁방지법 논리에 의한 보호를 피하자는 제안도 등장한 적이 있다.⁴⁴⁾

다. 저작권법에 이미 존재하는 창작성 없는 실연보호와의 구별필요성

(1) 퍼블리시티권이 보호하려는 유명연예인의 실연은 저작권법상 보호대상인 실연의 범위와 차이가 크다.

우리 저작권법은 실연자의 권리를 이른바 '저작인접권'으로 별도로 보호하고 있는데 이 점이 영미법과 크게 다르다. 특히 우리 저작권법상 저작물로 보호되기 위한 일반적인 요건이 창작성임에 비하여, 실연(實演)에 있어서는 창작성이 요구되지 않는다.⁴⁵⁾ 이 점만 중시하자

43) 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. 이와 마찬가지로의 견지에서 부정경쟁방지법이 퍼블리시티권 보호에 적합한 틀이라는 입장으로는 손경한, 「엔터테인먼트법-하」, 진원사, 2008, 186~187면(박준우 집필부분).

44) 1996년 '데이터베이스 보호에 관한 지침'에 관하여 2005년 유럽연합 집행위원회(Commission of the European Communities)이 내린 위 지침에 대한 평가[Commission of European Communities, 'First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases,' 2005. 12., 23면~27면.]는 위 지침과 같이 배타적 권리를 부여하는 방식은 납득하기 어렵고 당초 기대했던 긍정적 경제효과도 입증되지 않았다는 이유로 지침의 방식을 전면철회하거나 대폭 수정할 것을 제시한바 있다.

45) 저작권법 제2조 제4호; 실연자는 저작물을 연기·무용·연주·가창·구

면 앞서 데이터베이스의 사례와 마찬가지로 창작성이 없더라도 저작권법이 보호하고 있는 선례라고 하여 퍼블리시티권도 마찬가지로 저작권법에서 보호될 수 있다는 주장도 나올 여지가 있다.

그러나 이런 주장은 우리 저작권법이 실연자의 권리를 보호하는 실체를 오해한 것이다. 우리 저작권법은 대륙법계의 입장을 따라 음반제작자방송사업자와 더불어 실연자를 저작인접권자로 보아 실연자에게 복제권을 비롯한 여러 가지 권리를 부여하고 있는데, 그 취지는 이들 3자가 비록 저작자와 같은 창작적 기여를 하지는 않지만 저작자의 저작물이 일반공중에 전달되는 데 나뉠의 기여를 하는 것을 보호하기 위해서이고 창작성 있는 저작물을 보호하려는 저작권법에서 본질적으로 부수적인 위치를 차지한다. 이런 취지에서 저작인접권자에게 부여되는 권리는 저작권자의 그것에 비하여 훨씬 그 종류가 적을 뿐 아니라 특히 같은 종류의 권리라도 그 권리의 해석범위가 저작권자의 그것보다 좁게 된다. 가령 실연자의 복제권은 저작권자의 복제권과 달리 실질적으로 유사한 범위에까지 미치는 것이 아니라, 해당 실연물을 거의 그대로 옮긴 경우에만 미치게 된다.⁴⁶⁾ 실연자가 창작적 기여를 한 부분이 존재할 경우 그 부분에 국한하여 저작물로 별도 보호되어 실질적으로 유사한 범위의 복제까지 권리보호를 받을 여지가 있음은 별론으로 하고, 창작성을 구비하지 않은 일반적인 실연에까지 실질적 유사범위까지 복제권을 부여하게 되면 실연자가 기여하지도 않은 부분까지 독점권이 부여되는 결과로 타인의 표현의 자유가 부당하게 제한받기 때문이다. 따라서 만일 타인이 실연을 그대로 옮긴 것이 아니라 실질적으로 유사한 범위로 표현한 경우

연·낭독 그 밖의 예능적 방법으로 표현하거나 ‘저작물이 아닌 것’(따옴표는 筆者註)을 이와 유사한 방법으로 표현하는 실연을 하는 자를 말하며, 실연을 지휘, 연출 또는 감독하는 자를 포함한다.

46) 이런 해석으로는 송영식, 앞의 책, 693면 등 다수.

(이를 저작권법적 표현이 아닌 퍼블리시티권 관련 표현으로 옹기자면, 제3자가 볼 때 원실연자의 실연이라고 징표할 수 있는 수준인 경우)⁴⁷⁾ 이때 발생하는 권리침해 유무의 고려는 잘못 보아서 실연자의 권리와 관련된 듯 보이지만, 실질적으로는 더 이상 우리 저작권법상 실연자의 권리와 관련이 있는 것이 아니다.

환언하여, 이때의 권리침해 유무에서 고려될 요소는, 저작권법이 실연자의 권리를 보장하는 취지와 관련된 고려(저작물을 일반공중에 효율적으로 전달하는데 있어 실연자가 비록 창작성이 결여된 경우라도 기계적 기여를 계속 할 수 있도록 타인이 해당 실연을 그대로는 표현하지 못하도록 실연자에게 ‘표현’을 ‘독점’시킬 필요성)가 아니라 다른 고려(타인이 실연자의 실연과 실질적으로 유사한 표현을 하는 것이든 그렇지 아니하고 다른 수단을 동원하는 것이든 막론하고, 실연자가 가진 유명세 혹은 고객흡입력을 타인이 부당하게 차용하지 못하도록 해당 실연자에게 자신을 ‘징표’하는 일체 정보를 ‘독점’시킬 필요성)라고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 결국 이런 차이를 무시하고 퍼블리시

47) 아래 설명할 ‘임격정 광고’ 사건(서울지방법원 1997. 8. 1. 선고 97가합 16508 판결)의 사안이 이에 해당한다고 볼 여지가 있다.

48) 실연과 관련된 우리 법제상 저작권, 저작인접권, 퍼블리시티권의 구별을 도식화하면 다음과 같다.

	저작권	저작인접권	퍼블리시티권
창작성 있는 실연	○창작성 있는 부분에 관하여, 실질적으로 유사한 범위까지 미침)	○동일한 표현의 실연에 국한)	△(표현의 동일성이나 실질적 유사성이 아니라 ‘그 표현이 실연자를
창작성 없는, 통상의 실연	X	○동일한 표현의 실연에 국한)	징표하느냐’라는 다른 차원의 기준 적용)

티권을 저작권법의 내용 중 일부로 수용하게 되면 이는 기존에 존재 하던 실연자의 자기 실연에 대한 복제·방송권 등과 결합하여 가령 창작적 기여를 한 바 없는 실연자의 복제권이 사실상 저작권자의 복제 권과 마찬가지로 부당하게 확장되는 것과 같은 결과가 초래될 위험이 있는 등,⁴⁹⁾ 여러 가지로 법체계상의 혼란이 초래되게 된다.

(2) 다만 퍼블리시티권의 논의대상에 저작권법상 실연자의 권리 부분을 편의상 포함할 수도 있을 것이다.

한국의 퍼블리시티권 관련 논의에 가장 큰 영향을 미치고 있는 미국에서는 퍼블리시티권의 대상에 실연자의 실연을 그대로 복제한 경우까지도 포함하고 있다. 그러나 실연자의 권리가 따로 존재하지 않는 미국에서와 달리 한국에서는 이를 이미 저작권법상 실연자의 복제권으로 보호할 수 있으므로 굳이 퍼블리시티권의 도입대상에 포함시킬 필요가 없다는 견해가 한국에서 아주 유력하다.⁵⁰⁾ 이에 따르면 한국에서는 퍼블리시티권의 보호객체로 논의의 실익 있는 대상은 이른바 저작권모델(copyright model)이 아니라 부산물모델(byproduct model)⁵¹⁾에 국한된다고 설명한다. 전자의 모델 관련하여 미국 연방대

49) 기존에 존재하는 실연자의 복제권 등은 거듭 설명한 대로 창작적이지는 않지만 여전히 필요한 실연자의 긍정적 기여를 존속시키기 위해 실연 그대로의 표현을 독점시킴에 있어 그것이 '상업적 이용'과 관련되었는지는 묻지 않는다. 그런데 퍼블리시티권 조항이 저작권법에 삽입되는 경우 저작권법과는 이질적(異質的)인 '상업적 이용'이라는 요건이 가진 의미는 저작권법의 일부조항이라는 체계적 위치 때문에 점차 희석될 수 있고, 실연자를 징표하기만 하면 수단방법을 가리지 아니한다는 퍼블리시티권의 나머지 특징에 의하여 당해 실연과 실질적으로 유사한 '표현 전부'에 관하여 당해 표현에 창작적 기여를 한 적이 없는 실연자가 독점권을 가지게 되는 현상도 나타날 우려가 있다.

50) 남형두, "재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권- 퍼블리시티권을 중심으로", 가족법연구(제22권 3호), 한국가족법학회, 2008, 365-366면 등.

법원의 유일한 퍼블리시티권 관련 재판례인 *Zacchini* 판결,⁵²⁾ 혹은 1986년 연방 제7항소법원의 *Baltimore Orioles* 판결⁵³⁾이 보호하고자 한 대상은 한국에서 실연자의 권리로 보호되면 충분하기 때문이라는 것이다. 이런 분석은 그 주창자가 한국에서 퍼블리시티권 분야에 관하여 가장 반대하고 깊은 연구를 해온 연구자라는 점만으로도 경청할 만한 것이고 적어도 한국 저작권의 구조가 저작인접권의 존재로 인하여 미국의 그것과는 전혀 상이함을 지적한 면에서는 타당하다.

그렇지만 사건으로는 한국에서라도 실연에 관하여 타인이 그것을 동일하게 복제하였든 실질적으로 유사한 표현을 하였는지에 불문하고 모두 퍼블리시티권의 법리가 적용되도록 하는 것이 더 합리적일 것으로 판단된다. 다음과 같은 이유 때문이다. 첫째, *Zacchini* 판결의 사안과 달리, 실연자의 실연을 그대로 복제하거나 방송한 표현행위는 아니면서도 여전히 그것을 통하여 원래 실연한 실연자가 징표되는 경우는 성명초상을 통하여 징표되는 경우와 마찬가지로 퍼블리시티권으로 보호될 필요가 있을 것이므로,⁵⁴⁾ 실연 전부를 퍼블리시티권의 논의영역에서 배제하는 것 자체가 어차피 불가능한 상황이다. 둘째, 저작권법상 실연자에게 기존에 보장된 권리와 새롭게 퍼블리시티권으로 부여되는 권리의 성격이 전혀 별개의 차원임을 고려할

51) 이런 표현의 유래에 관하여는 남형두, "스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?", 특별소송실무연구회 발표문, 2007, 25면(발표문 페이지 기준) 참조.

52) *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977). 요약문은 <<http://supreme.justia.com/us/433/562/>>(2009. 8. 15. 방문). 이는 대포를 통해 200피트 가량을 날아가는 15초의 인간탄환 묘기를 원고가 공연하는 실황을 피고가 동의 없이 텔레비전으로 방송한 행위가 문제된 사안이다.

53) 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986). 이 판결에 대한 자세한 설명은 남형두, "스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구의 것인가?", 10면(발표문 페이지 기준) 참조.

54) 같은 취지로는 송영식, 앞의 책, 693면.

때⁵⁵⁾ 비록 타인이 실연을 실질적으로 유사하게 실연을 복제한 경우와 달리 그대로 복제한 경우에는 굳이 중복적인 권리주장을 함으로써 얻을 실익은 적더라도 기존 실연자의 권리와는 별도로 실연 전체에 관하여 퍼블리시티권의 적용을 긍정하여야 합리적일뿐만 아니라, 실연을 그대로 복제한 행위는 실연자의 복제권으로 의율하고 실질적으로 유사하게 복제한 경우라야 비로소 퍼블리시티권으로 의율하는 논리체계에 비하여 간명하다.

따라서 사건에 따르자면, 특정 배우가 인기극에 출연하여 획득한 이미지를 타인이 임의로 차용한 경우라면 실연자의 복제권 침해여부뿐 아니라 그와 병렬하여 퍼블리시티권의 침해가 문제된다고 보아야 한다. 가령, SBS역사극 임격정에서 주인공을 맡은 배우 정OO의 역할과 관련하여 타인이 임의로 그 주인공의 외형과 유사한 목탄 스케치 인물화를 약품광고에 등장시켜 퍼블리시티권 침해가 문제된 사안⁵⁶⁾을 전제하여 본다. 저작권법상 실연자에게 부여된 복제권 침해는 배우 정OO의 SBS역사극 중 역할에서의 표현을 그대로 복제하였는지 여부를 기준으로 하지만, 반면 퍼블리시티권의 침해는 그 표현방법을 불문하고 일반인들이 당해 표현을 접하였을 때 배우 정OO를 연상하게 되는지가 기준이 될 것이다. 특히 주의할 점은 퍼블리시티권의 침해를 판단함에 있어서 자칫하면 ‘SBS역사극 임격정에서의 배우 정OO’가 아니라 일반적인 ‘의적 임격정’을 기준으로 하기 쉬우나,⁵⁷⁾

55) 실연과 실질적으로 유사한 범위의 표현이라는 점이 아니라 그런 행위를 통하여 실연자가 징표되었다는 점이 퍼블리시티권의 침해유무 판단에서 결정적이고, 이것은 표현의 동일성이나 실질적 유사성 등 그 표현의 내용을 중시하는 저작권법적 논의와는 달리 그런 표현의 수단을 불문하고 일반공중이 결과적으로 가지게 되는 ‘징표’를 따지는 전혀 다른 차원이다.

56) ‘임격정 광고’ 사건(서울지방법원 1997 .8 .1. 97가합16508 판결).

57) 이렇게 잘못 해석하게 되면 앞으로 유사한 임격정 관련 역사극에서도 거의 비슷한 이미지(털복숭이 산적)를 차용할 수밖에 없다는 점을 고려할

퍼블리시티권에서 보호하는 아이덴티티는 SBS역사극 이전부터 오랫동안 여러 가지 형태로 등장하여 온 의적 임궫정의 이미지가 아니라 SBS역사극 임궫정에서의 배우 정OO가 구체적으로 이끌어낸 이미지에 국한된다는 점이다.⁵⁸⁾

특정 배우의 실연을 그대로 복제하여 저작권법상 보호되는 실연자의 권리를 침해하는 경우는 아니지만 이렇게 위 실연과 유사한 행위로 특정 배우를 징표하는 경우를 퍼블리시티권 침해로 의율하게 되면, 결과적으로 해당 배우가 자기 실연과 관련하여 부여받는 법적보호의 폭이 넓어져 마치 저작권법상 실연자의 권리가 확대되는 것과 같이 느껴질 수 있다. 이를 비판하여, 이런 결과는 저작권법이 창작에 직접 기여한 저작자의 권리에 비하여 단지 기존 창작물을 대중에게 전달하는 역할에 그친 실연자의 권리는 가급적 간소하게 보호하려는 취지에 반하는 것이라는 반박이 제기될 수 있으며, 실제로 일본의 퍼블리시티권 관련 분쟁사례에서는 이런 주장이 제기된 적이 있다. 즉 일본에서 있었던 오냥꼬 클럽(おにゃん子クラブ) 사건⁵⁹⁾에서

때 타인의 표현의 자유를 심각하게 제한할 뿐 아니라 근본적으로 그런 ‘탈복숭이 산적’ 이미지는 실연자인 정OO에게 돌아간 성질이 아니라 저작자인 벽초 홍명희의 저작권이 미치는 일부라는 점을 간과한 결과가 될 것이다. 다소 취지는 상이하지만 비슷한 우려를 제기한 것으로는 정경석, 앞의 논문, 136면.

58) 통상 침해자는 역사극 주몽이 인기를 끌 때는 ‘주몽’의 이미지를, 역사극 ‘임궫정’이 인기를 끌 때에는 ‘임궫정’의 이미지를 사용할 가능성이 농후하다. 하지만, 그렇게 시기적으로 인접하여 침해자가 이미지를 사용하는 점은 하나의 참작요소가 될 뿐이고 그 외 여러 가지 사정을 참작할 때 위에서 본 대로 그 사용이미지가 과연 침해를 당하였다고 주장한 배우를 연상하게 하느냐가 결정적 기준이 된다.

59) 東京高裁 平3.9.26. 平成2(ネ)4794 判決(判時1400号3頁, 知財判例集374頁). 원심은 東京地判 平2.12.21 昭和61(ワ)21560号 判決. 그 외에 일본의 퍼블리시티권에 관한 추가적 논의 및 수많은 관련 사례에 관하여는 日本 財団法人 知的財産研究所, 「知的財産の適切な保護のあり

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

피고 측은 원심이 인격권침해에 기하여, 항소심은 재산권적 침해로 보아 각각 연예인의 성명·초상 침해행위에 금지청구권을 긍정한 것에 반발하면서 이런 금지청구권의 부여에 있어 저작권법 및 독점금지법 등이 규율한 특별한 법 영역의 기본적 법리에 대한 고려가 불가결한데, 저작권법의 관점에서 보면 금지청구권을 긍정한 것은 저작인접권에 있어서의 궁극적인 보호법익을 해치는 것이라고 주장하였다. 왜냐하면 저작권법상 실연(實演) 행위의 비본래적 이용행위 혹은 단지 유사하기만 한 이용행위에 저작권에 유사한 무체재산권을 부여하는 결과가 되기 때문이다. 그러나 이런 주장에 대하여 항소심인 동경고등재판소는 원래 법 해석에 있어 관련된 법영역의 법리를 고려하여야 한다는 것은 말할 것도 없이 당연하지만 저작권법에 의하여 인정되고 있는 이른바 무체 재산권은 그 법에 의하여 인정된 별도의 법적 효력을 갖는 것이라는 점, 연예인이 가지는 고객 흡인력이 갖는 경제적인 이익에 관한 가치를 지배하는 재산권에 금지청구권을 긍정하였다고 하더라도 그런 금지청구권 등은 저작권법상의 권리와 관련 없이 인정된 성질의 것으로, 그것만으로 무체 재산권을 창설한 것과 같다고는 할 수 없을 뿐 아니라, 저작권법을 보더라도 관련 재산권의 인정을 방해할 만한 법적 근거를 발견할 수 없으므로 결국 양자는 그 성립의 기초를 달리 한 것이라고 해석해야 하므로 위 주장은 이유 없다고 배척하였다.

IV. 현행 법규 중 개별규정들과의 밀접성 분석

方に関する 調査研究報告書」, 平成18年度 特許庁 産業財産権制度 問題 調査研究報告書, 2007, 10면 이하를 참조할 것.

1. 분석의 의미

한국의 저작권법이나 상표법·부정경쟁방지법 등 관련 지적재산권 법률들의 개별규정 상으로 퍼블리시티권을 직접 언급하고 있는 규정은 존재하지 않는다. 하지만, 퍼블리시티권과 일정한 관련이 있다고 볼 만한 조항들은 이미 여럿 존재한다. 이들 조항들은 향후 한국의 입법에서 퍼블리시티권을 직접 규정할 조항을 어느 법률에 위치시킬지를 정하는 데 중요한 지표가 될 수도 있는 것이다.

2. 저작권법상 관련 규정들

저작권법 제12조의 성명표시권이나 제35조의 초상화 위탁자의 초상 이용에 대한 동의권 등에 있어 ‘성명’이나 ‘초상’이라고 하여 마치 퍼블리시티권의 대상인 성명, 초상과 흡사한 문구를 포함하고 있어 이것들과 퍼블리시티권과의 관계가 문제된다.

우선 저작권법 제12조⁶⁰⁾에서는 저작인격권의 내용 중 하나로 성명표시권을 규정하고 있고 이와 유사하게 최근 신설된 제66조⁶¹⁾에서는 실연자에게 성명표시권을 부여하고 있다. 그러나 이들 권리는 성명 자체를 대상으로 한 것이 아니라 다른 존재, 즉 저작물이나 저작인접물에 대하여 성명을 표기할 권리를 정하고 있을 따름인 점, 타인이 해당 권리를 침해하는 양상은 임의의 적극적인 성명표시행위가 아니라 소극적인 불표시나 누락행위에 의한다는 점 등에서 퍼블리시티권

60) 제12조 (성명표시권) ① 저작자는 저작물의 원본이나 그 복제물에 또는 저작물의 공표 매체에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

61) 제66조 (성명표시권) ① 실연자는 그의 실연 또는 실연의 복제물에 그의 실명 또는 이명을 표시할 권리를 가진다.

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

과는 본질적 차이가 있다.

다음으로 저작권법 제35조 제4항⁶²⁾에서는 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물을 이용함에 있어 위탁자의 동의에 관하여 규정하고 있다. ‘이용에 대한 동의’란 자본주의 경제에서 다름 아니라 해당 저작물의 이용에 따른 수익배분에 참여할 수 있는 재산상 이익 내지 권리를 의미하기 때문이다. 그렇다면 위 조항은 확실히 퍼블리시티권 보호와 깊이 관련되어 있다고도 볼 수 있다. 그러나 위 조항은 그 대상이 초상화나 사진저작물에 국한되어 있는 점, 특히 이용에 있어 ‘상업적 이용’을 요구하지는 않고 있어 퍼블리시티권에 관한 것이라기보다 초상권까지 아우른 규정으로 보일 뿐 퍼블리시티권과 직접 관련이 없는 점, 다른 법률의 유사한 사례에서 볼 수 있듯이 당해 법률이 부여하는 권리(저작권)와 그 법률 밖의 권리(초상권 내지 퍼블리시티권) 사이의 충돌을 해결하기 위한 조항에 불과한 점에 비추어⁶³⁾ 저작권법이 이미 퍼블리시티권 관련 내용을 일부 포섭하고 있다는 논거로 비약되어서는 곤란하며 오히려 저작권법은 초상권 내지 퍼블

62) 제35조 (미술저작물등의 전시 또는 복제) ④ 위탁에 의한 초상화 또는 이와 유사한 사진저작물의 경우에는 위탁자의 동의가 없는 때에는 이를 이용할 수 없다.

63) 이렇게 당해 법률이 부여하는 권리와 그 법률 밖의 권리 사이의 충돌을 해결하기 위한 조항은 저작권법뿐만 아니라 지적재산권법의 모든 법률이 거의 필수적으로 구비하고 있는 조항이며 위 저작권법 제35조 제4항도 그런 결과물 중 하나에 불과하다. 가령 저작권법 제35조 제1항이나 제3항은 저작권과 소유권의 충돌에 대비하여, 특허권 제105조는 특허권과 존속기간이 만료된 디자인권의 충돌에 대비하여, 상표법 제53조는 상표권과 디자인권의 충돌에 대비하여, 디자인보호법 제54조는 마찬가지로 디자인권과 특허권, 상표권 등과의 충돌에 대비하고 있다. 부정경쟁방지법에는 그런 조항이 명문화되어 있지 아니하나, 우리 판례(대법원 2008. 9. 11.자 2007마1569 결정)는 상표권에 기한 권리행사의 외관을 갖추었더라도 부정경쟁행위에 해당할 수 있다고 하여 상호 저촉문제를 규율하고 있다.

리시티권을 보호대상으로 삼고 있지 아니하다는 반대근거가 될 수도 있는 성질의 것이다.

3. 상표법상 관련 규정들

상표법 제7조 제1항 제6호⁶⁴⁾에서는 저명한 타인의 성명·명칭 또는 초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표는 그 타인의 승낙을 얻은 경우가 아닌 한 등록할 수 없다고 정하고 있다. 이는 반대취지의 판례도 있으나,⁶⁵⁾ 종래 초상권의 가치는 인격적 이익을 보호할 목적뿐만 아니라 재산상 가치까지 보호하고자 하는 것으로 해석된다. 타인이 등록을 승낙할 권한은 자본주의 시장경제에서는 해당 상표등록으로 인한 경제적 이익의 분배를 요구할 권한과 같은 의미이기 때문이다. 특히 일부 논자는 위 규정을 들어 퍼블리시티권의 성격이 저작권이 아니라 상표권에 가깝다는 입장을 표명하기도 하는데,⁶⁶⁾ 적절한 지적이다. 다만 정확히는 부정경쟁방지법상의 권리라고 하여야 한다.

64) 제7조 (상표등록을 받을 수 없는 상표) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상표는 제6조의 규정에 불구하고 상표등록을 받을 수 없다...

6. 저명한 타인의 성명·명칭 또는 상호·초상·서명·인장·아호·예명·필명 또는 이들의 약칭을 포함하는 상표. 다만, 그 타인의 승낙을 얻은 경우에는 그러하지 아니하다.

65) “상표법 제5조 제1항에 의하면 등록할 수 없는 상표로서 그 제10호에 타인의 성명, 명칭 또는 상호, 초상, 서명 또는 인장과 동일한 것이라고 규정하고 다만 그 타인의 승낙을 얻은 것은 예외로 한다고 규정하고 있는 바, 이 규정의 취지는 주로 특정인의 인격권을 보호하기 위한 것이라고 할 것”이라고 본 대법원 1971. 3. 23. 선고 71후1 판결 참조.

66) 정경석, 앞의 논문, 126면.

4. 부정경쟁방지법상의 관련 규정들

가. 부정경쟁방지법상의 상품표지, 영업표지의 혼동행위⁶⁷⁾

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목, 나목에서 규정한 상품표지 혼동행위나 영업표지 혼동행위는 각각 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하는 점, 아울러 혼동(confusion)을 요구하고 있다는 점에서 퍼블리시티권의 보호요건과는 차이가 있지만, 아직 퍼블리시티권을 직접 보호하는 규정이 존재하지 아니하는 현실에서는 퍼블리시티권이 보호할 만한 사건(가령 유명인의 외양을 모방하여 타인이 영업활동을 한 경우)에서 근거규정으로 원용될 만큼 퍼블리시티권과 밀접한 관계를 맺어 왔다. 가령 ‘가수 박상민의 짝퉁가수’ 사건⁶⁸⁾에서 법

67) 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

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

가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하여거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(반포) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위

나. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 포장, 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위

68) 서울고등법원 2008. 6. 19. 선고 2008노108 판결은 원심(서울중앙지방법원 2007. 12. 21. 선고 2007고합970 판결)과 마찬가지로 부정경쟁방지법 위반의 유죄를 선고하면서도 나머지 일부에 관하여는 “단순히 모자와 선글라스 등으로 치장하고, 독특한 모양의 수염을 기르는 등의 타인의 외양과 타인의 독특한 행동 그 자체는 어떤 사물을 표시하기 위한 기록을 의미하는 ‘표지’로는 보기 어렵고, 단지 무형적이고 가변적인 인상 내지 이미지에 가까운 것이어서, 어떠한 사물을 다른 사물로부터 구별되게 하는 고정적인 징표(徵表)로서의 기능은 적다고 할 것인 점”을 들어 무죄로 판단하고 있다. 그런 상품표지, 영업표지가 상품에 결부될 것이

원은 모자와 선글라스 착용하고 독특한 수염을 기르는 등 유사한 걸 모습은 영업표지를 보호하는 부정경쟁방지법의 취지와 거리가 멀어 보호대상이 아니라고 판단하였으나 만일 퍼블리시티권이 문제되었다면 다른 결론이 내려졌을 것이라는 분석이 있다.⁶⁹⁾

나. 부정경쟁방지법상의 희석화 조항

부정경쟁방지법상 비교적 최근에 도입된 희석화 조항⁷⁰⁾의 경우,

요구됨에 비하여 퍼블리시티권의 표지는 그러하지 않음에 비추어 위 판례가 요구한 ‘표지의 고정성’은 퍼블리시티권에서는 다소 완화되어 해석할 여지가 있으므로 위 본문에서 같은 분석이 충분히 가능하다고 본다.

69) 같은 입장으로는 송영식, 앞의 책, 590면.

70) 「제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. 부정경쟁행위란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

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

나아가 ‘대통령령이 정하는 정당한 사유’에 관하여 해당 시행령은 다음처럼 정하고 있다.

「제1조의2 (정당한 사유) 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제1호 다목에서 “비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 비상업적으로 사용하는 경우
2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우
3. 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(이하 “표지”라 한다)가 국내에 널리 인식되기 전에 그 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자(그 승계인을 포

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

퍼블리시티권과 달리 일단 상품이나 영업과 결합된 표지인 것을 요구하고 있지만 그 이외의 요건을 살펴보면, 퍼블리시티권과 여러 면에서 공통된 특징을 보인다. 가령 널리 인식된 타인의 성명을 특히 '상업적 이용'으로 이용할 것을 요구하는 등 퍼블리시티권의 골격 중 상당 부분을 이미 포섭하고 있는 것이다.

V. 우리 판례에서 일부 드러난 입장의 분석

우리 판례는 퍼블리시티권 관련 분쟁들에 대하여 이미 수많은 재판을 하여 왔다. 그 판시 중에서는 판례가 은연중에 퍼블리시티권 문제가 부정경쟁방지법 내지 상표법과 가장 밀접한 관계가 있음을 보여준 사례들이 있다. 가령 2008년 가비엔제이 사건⁷¹⁾은 여성 3인조 그룹인 가비엔제이(gavy nj)가 원고가 되어 '가비퀸즈(gavy queens)'라는 여성 3인조 그룹을 결성하고 활동 중인 피고들에 대하여 성명권 침해 또는 퍼블리시티권 침해, 아울러 부정경쟁행위를 주장한 사안이었다.⁷²⁾ 이에 대하여 법원은 피고들 여성 3인조 그룹의 명칭인 '가비

합한다)가 이를 부정한 목적 없이 사용하는 경우

4. 그 밖에 해당 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 어긋나지 아니한다고 인정되는 경우」

71) 서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2007가합10059 판결.

72) 원고들은 원고들의 그룹명칭인 '가비엔제이' 또는 '가비'는 일반적으로 원고들을 지칭하는 명칭으로 인식되어 있으므로 '가비엔제이' 또는 '가비'라는 성명권 및 퍼블리시티권은 원고들에게 귀속된다 할 것인데, 피고들이 새로운 멤버로 구성된 여성 3인조 그룹을 조직하여 '가비엔제이 2'라는 명칭을 사용하여 음반을 출시하고 있으므로 이는 원고들의 '가비엔제이' 및 '가비'라는 성명권 및 퍼블리시티권을 침해하거나 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률에서 금지한 부정경쟁행위에 해당한다고

퀸즈(gavy queens)'는 원고들의 그룹명인 '가비엔제이'와 별개의 성명으로 보아야 할 것이고, 위 '가비퀸즈'라는 명칭이 일반인들로 하여금 원고들로 구성된 그룹으로 오인되거나 혼동될 가능성이 있다고도 보기 어려우므로 피고들의 이러한 행위를 가지고 원고들의 성명권 또는 퍼블리시티권이 침해되거나 침해될 우려가 있다고도 할 수 없다고 판시한 바 있다.

아울러 일부 하급심 판례는 저작권법상 저작자의 권리에 대한 사후존속 기간 규정(즉 사후 50년)을 유추하여 퍼블리시티권의 존속기간도 사후50년이라는 주장을 배척하였거나⁷³⁾ 퍼블리시티권의 사용관계에 관하여 '통상사용권'이라는 상표 및 부정경쟁방지법상의 표현을 활용함으로써⁷⁴⁾ 연연증에 위 권리관계가 저작권법상의 이용(利用)허락관계가 아니라 상표에 관한 사용(使用)허락관계와 같은 성질을 표시한 것이 있다.

VI. 결 론

퍼블리시티권의 인정가능성이나 세부적인 성격에 관하여 아직 한

주장하면서 청구취지 기재와 같이 피고들을 상대로 성명사용금지 및 간접강제를 구하였다.

73) 서울지방법원 1997. 11. 21. 선고 97가합5560 판결.

74) 수원지방법원 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결; “초상권의 양도는 초상권에 대한 통상사용권의 부여 또는 이용허락과 구별되는바, 초상권에 대한 통상사용권만이 부여되었거나 그 이용만이 허락된 경우에는 초상권은 여전히 본인에게 있다 할 것이고 따라서 제3자로부터의 침해가 있을 경우 본인만이 그 침해의 배제, 손해배상 등을 구할 수 있으며, 다만 통상사용권자 등은 그 특정 부분에 한하여 초상권의 양수인과 마찬가지로 제3자에 대하여 직접 손해배상을 구할 수 있는데 그친다 할 것이다.”

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

국에서는 의견의 통일이 이루어지지 않았지만, 그것이 재산권으로 지적재산권의 일종이라는 점에는 현재 주류적인 학설이나 판례의 의견이 공통된다.

그런데 지적재산권의 일종으로 퍼블리시티권을 수용함에 있어 최근 심의중인 저작권법 개정안에서는 퍼블리시티권을 저작권법의 일부로 포섭하고자 하고 있으나 이것은 심히 부당하다. 왜냐하면 퍼블리시티권이 처음 도입되어 활발하게 보호되고 있는 미국에서 학자들의 논의나 실제 입법의 실태가 모두 저작권법이 아닌 부정경쟁방지법의 법리에 의지하고 있는 점, 저작권법의 유인이론 등 입법목적에 대한 설명은 창작활동의 결과물이 아니라 부산물인 퍼블리시티권에는 맞지 아니한 점, 한국 저작권법이 이미 포함하고 있는 데이터베이스나 실연이 비록 창작성이 없는 대상이더라도 퍼블리시티권을 저작권법에 포섭하는 것은 그 성격이 전혀 다른 점, 현행 저작권법이 아니라 부정경쟁방지법 등의 개별규정이 퍼블리시티권과 더욱 밀접한 점, 일부 판례의 입장도 이미 은연중에 퍼블리시티권을 부정경쟁방지법의 문제로 취급하여 온 점 등을 종합적으로 고려할 때, 퍼블리시티권의 법적성격은 저작권의 법리보다는 부정경쟁방지법의 법리에 가깝다는 점을 확인할 수 있기 때문이다.

* 논문최초투고일: 2009년 10월 31일; 논문심사(수정)일: 2009년 12월 10일;
논문게재확정일: 2009년 12월 20일

[주제어] 퍼블리시티권, 부정경쟁방지법, 프라이버시권, 초상권, 인격권, 초상재산권.

【참고문헌】

박찬숙, 「아직도 "퍼블리시티권"을 모르시나요? :도둑맞는 한류의 보호방안
과 초상재산권 입법발의를 위한 선행연구」(국회 국정감사 정책보고서,
국회전자도서관 이미지자료, 2006.

손경한, 「엔터테인먼트법-하」, 진원사, 2008.

송영식, 「지적소유권법(하)」, 육법사, 2008.

정상조, 「지적재산권법」, 박영사, 2004.

남형두, "스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구
의 것인가?", 특별소송실무연구회 발표문, 2007.

남형두, "재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권- 퍼블리시티권을 중심으
로", 가족법연구(제22권 3호), 한국가족법학회, 2008.

남형두, "퍼블리시티권의 철학적 기반 (上X下)- 호사유괴 인사유명"의 현대
적 변용", 저스티스(통권97호, 98호), 한국법학원, 2007.

남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의
퍼블리시티권 -", 저스티스(통권 제86호), 한국법학원, 2005.

박성호, "실연자의 '예명'에 대한 법적 보호(上X下) - 성명권·성명표시권·상
표권, 그리고 이른바 '퍼블리시티권'을 둘러싼 몇 가지 문제점", 법조(통권
613호, 614호), 법무부, 2007.

박영규, "인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권", 저스티스(통권 제112호),
한국법학원, 2009.

정경석, "초상권의 침해요건과 구제방법", 저스티스(제98호), 한국법학원,
2007.

한위수, "퍼블리시티권(성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리)의 침해와
민사책임(상)", 인권과정의(242호), 대한변호사협회, 1996.

한지영, "초상과 성명의 보호에 관한 연구 - 초상권과 성명권의 침해구제를
중심으로 -", 중앙법학(제10집 제3호), 중앙법학회, 2008.

日本 財団法人 知的財産研究所, 「知的財産の適切な保護のあり方に関す

퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?

る 調査研究報告書」, 平成 18 年度 特許庁 産業財産権制度問題 調査研究報告書, 2007.

J. Thomas McCarthy, 「The Rights of Publicity and Privacy (2d ed)」, Westlaw Database updated March 2009.

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

<Abstract>

The legal character of the right of publicity - which between a copyright and a trademark-related right is more close to it?

Park, Jun-seok

It is extremely unreasonable that a new bill revising the Korean Copyright Act is trying to recognize the right of publicity as part of copyright law. It's because of the following reasons: In US where the right of publicity first emerged and still has been strongly protected, the mainstream of academic discussions and actual legislations have been based on not copyright law but unfair competition law. The traditional justification argument for copyright such as incentive theory is not well compatible with the right of publicity which is just a byproduct, not the direct result from such incentive. Even though the Korean Copyright Act already protects the subjects matter (an actor's stage performance as well as a database) which lacks originality, it is quite a different issue whether the Act could also subsume the right of publicity. The individual provisions of rather the Korean Unfair Competition Act than the Korean Copyright Act is more related with the right of publicity. Some decisions by Korean courts implicitly took a position favoring that the right of publicity was belonging to the unfair competition law area.

Therefore, the future legislation for the right of publicity should be done under the principles of unfair competition law.

[Keyword] Right of publicity, unfair competition, right of privacy, right of likeness, personal right