

03

퍼블리시티권 입법의 영향

홍승기 인하대학교 법학전문대학원 교수, 변호사



I. 개봉 대기 중 영화이야기

촬영을 종료하고 개봉을 기다리는 음악영화가 있다. 작고한 음악가 두 사람 이야기인데 그 중 한쪽 유족이 영상화에 완고하게 반대한다. 품격 있는 영화로 완성된다면 유족의 반감이 사라질 것이고, 시비를 건다 하여도 법원이 협조하지 않을 것이라고 자문했다. 퍼블리시티권 법제화를 내용으로 하는 민법 개정안이 발의되었다는 소식을 들은 프로듀서가 전화를 했다. “고민을 덜었습니다. 그 가수가 세상을 뜬지 30년이 넘었습니다.” 역설적으로, 입법의 가장 큰 효과는 퍼블리시티권의 존속기간을 확정함으로써 퍼블리시티의 이용을 자유롭게 한 점이 아닌가 싶다.

그간 퍼블리시티권 관련 논문도 쏟아져 나왔고 법안도 꽤 여럿 나오기도 하고 사라지기도 했다. 대한상사중재원과 공정거래위원회가 마련한 표준계약서도 퍼블리시티권을 놓치지 않았고, 대중문화산업발전법은 대중문화에 슬용역관련계약에서 상표권·초상권·콘텐츠 귀속에 관한 사항을 포함하도록 규정하였다(제7조 제1항 제5호). 가히 퍼블리시티권 백가쟁명(百家爭鳴)의 시대였다.

아래에서는 입법의 전개과정을 확인하고, 그간 퍼블리시티권이 어떠한 취급을 받았는지 판례를 중심으로 검토하며, 입법으로 인한 변화가 과연 어떠한지를 예견한다.

II. 다양한 입법시도와 입법

1. 언론중재법의 인격권 - persona의 인격적 측면

2005년 7월 28일 시행 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」(법률 제 7370호 2005. 1. 27. 제정) 제5조는 ‘인격권 보장’에 대해 다음과 같이 규정하였다.

제5조(인격권의 보장 등)

- ① 언론은 생명·자유·신체·건강·명예·사생활의 비밀과 자유·초상·성명·음성·대화·저작물 및 사적문서 그 밖의 인격적 가치 등에 관한 권리(이하 “인격권”이라 한다)를 침해하여서는 아니된다.
- ② 인격권의 침해가 사회상규에 반하지 아니하는 한도 안에서 피해자의 동의에 의하여 이루어지거나 또는 공적인 관심사에 대하여 중대한 공익상 필요에

의하여 부득이하게 이루어진 때에는 위법성이 조각된다.

- ③ 사망한 자에 대한 인격권의 침해가 있거나 침해할 우려가 있는 경우에 이에 따른 구제절차는 유족이 대행한다. 다만, 다른 법률에서 특별히 정함이 없으면 사망 후 30년이 경과한 때에는 그러하지 아니하다(이하 ④, ⑤ 생략)

2. 퍼블리시티권의 입법시도/입법

2005년 박찬숙 의원이 대표발의한 저작권법 일부개정안(의안번호 3276), 2009년 이성현 의원이 대표발의한 저작권법 일부개정안(의안번호 1804588)이 있었다. 도종환 의원의 대표발의로 2021년 1월 15일 제출된 저작권법 전면개정안(의안번호 7440) 또한 퍼블리시티권을 '초상등 재산권'으로 저작권법에 수용하고 있는 방식이다(안 제2조 및 제123조부터 제129조까지).¹⁾ 2015년 1월 13일에는 길정우 의원이 대표발의한 「인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안(의안번호 1913653)」이 제출된 바 있다. '퍼블리시티권을 '인격표지권'이라 표기한 이 법안은 23개 조문으로 구성되었는데, 보호기간을 사망 후 30년으로 하였다.

부정경쟁방지 및 영업비밀에 관한 법률(이하 '부정경쟁방지법'이라 한다)을 개정하여 퍼블리시티권을 포섭하자는 주장도 끊이지 않았다.²⁾ 이 주장은 가수 박상민 관련 분쟁에서 '가수의 이름은 공연활동에 사용하는 영업표지'이므로 그 이름의 사칭을 부정경쟁행위로 판단한 대법원의 판결 선고 이후 힘을 받았다.³⁾ 2014년 1월 31일 시행 부정경쟁방지법[법률 제11963호, 2013. 7. 30., 일부개정]은 부정경쟁행위의 유형으로서 성과모용행위를

1) 제안이유에서는 "초상 성명 목소리 등은 표현의 방식을 취하는 경우가 많아 저작물과 일부 유사한 특성도 있으며 대부분 저작물과 함께 이용된다는 점에서 저작권법에 이에 대한 권리를 명시하여 보호함으로써 저작물 이용과의 관계를 명확히 하고 법적 안정성을 제고하고자 함"이라고 하였다.

2) 이미선 (2010). 퍼블리시티권에 관한 고찰: 그 범위와 한계 및 입법화 방안과 관련하여. (Law & Technology), 제6권 제2호, p.124.

3) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도5897판결. 가수 박상민의 음색·창법·모자·선글라스·수염을 흉내내고, 박상민을 사칭하여 가수활동을 하는 이들 상대로 가수 박상민이 형사고소를 한 사건이다. 법원은 '특별출연 인기가수 박상민' 식으로 박상민의 이름을 사용한 행위를 부정경쟁행위로 파악하였으나, 모자·선글라스·수염 등의 독특한 외양을 모방한 점에 대해서는 부정경쟁행위가 아니라고 보고 벌금 700만원을 선고하였다.



신설하였다(제2조 제1항 (차)목). 신설된 (차)목에 대해서는 퍼블리시티권을 보호하기에 적절한 최소한의 입법이라는 긍정적 평가가 있었다.⁴⁾ 2022년 12월 26일 시행 부정경쟁방지법 [법률 제18548호, 2021. 12. 7., 일부개정]은 제2조 제1호 '(타)목'을 신설하여 퍼블리시티권을 입법하였다.

3. 민법 개정안

개인의 성명이나 초상에서 인격적 요소와 재산적 요소를 구분한다고 하더라도, 이를 인격권의 성질을 가진 부분과 재산권의 성질을 가진 부분으로 분리하여 각 다른 법률로 규정하는 것은 비효율적이라는 전제에서, 아예 민법에서 퍼블리시티권을 인격권과 함께 규정하자는 주장이 있었고,⁵⁾ 이러한 주장이 입법안으로 나타났다.

법무부는 2022년 12월 26일부터 2023년 2월 6일까지 '인격표지영리권' 신설을 위한 민법개정안을 입법예고하였다.

4) 박준우 (2015). <퍼블리시티권의 이해>. 서울: 커뮤니케이션북스, p.86.

5) 김재형 (2015). <민법의 현대화를 위한 민법개정 연구>. 서울대학교 산학협력단, p.105.

제3조의3(인격표지영리권)

- ① 사람은 자신의 성명, 초상, 음성 그 밖의 인격표지를 영리적으로 이용할 권리를 가진다.
- ② 제1항의 인격표지영리권은 양도할 수 없다.
- ③ 인격표지영리권자는 다른 사람에게 자신의 인격표지의 영리적 이용을 허락할 수 있다. 다만, 신념에 반하는 등 중대한 사유가 있는 때에는 허락을 철회할 수 있다.
- ④ 다른 사람의 인격표지 이용에 정당한 이익이 있는 사람은 인격표지영리권자의 허락 없이도 합리적인 범위에서 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있다.
- ⑤ 제1항의 권리는 본인이 사망한 후 상속되어 30년 동안 존속한다.
- ⑥ 제3조의2 제2항, 제3항⁶⁾의 규정은 인격표지영리권에 준용한다.

제3조의3 제6항에서 준용하고 있는 제3조의2의 관련 규정은 다음과 같다.

제3조의2(인격권)

- ① 사람은 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 사생활, 성명, 초상, 개인정보, 그 밖의 인격적 이익에 대한 권리를 가진다.
- ② 사람은 제1항의 인격적 이익에 대한 권리(이하 인격권)를 침해하는 자에게 침해를 배제하고 침해된 인격적 이익을 회복하는 데 적당한 조치를 할 것을 청구할 수 있다.
- ③ 사람은 인격권을 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에게 침해의 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

6) 제3조의2(인격권) ① 사람은 생명, 신체, 건강, 자유, 명예, 사생활, 성명, 초상, 개인정보, 그 밖의 인격적 이익에 대한 권리를 가진다. ② 사람은 제1항의 인격적 이익에 대한 권리(이하 인격권)를 침해하는 자에게 침해를 배제하고 침해된 인격적 이익을 회복하는 데 적당한 조치를 할 것을 청구할 수 있다. ③ 사람은 인격권을 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에게 침해의 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다.

III. 퍼블리시티권에 대한 그간의 취급

1. 물권법정주의론

서울고등법원은 2002. 4. 16. 선고 2000나 42061 판결(이하 ‘제임스 딘 항소심 사건’이라 한다)에서, 성문법주의 아래서 법적 근거 없이 물권 유사 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 이유로 퍼블리시티권을 정면으로 부인하였다.⁷⁾ 이후 2004년 선고된 김민희 사건,⁸⁾ 은지원 사건⁹⁾ 등이 위 ‘제임스 딘 항소심 사건’의 취지를 좇았다. 한편 서울고등법원은 2005. 6. 22. 선고 2005나 9168 판결(이하 ‘이영애 사건 항소심’이라 한다)에서 정반대의 입장을 보였다. 즉, ‘(유명인)의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 불법행위를 구성하고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 파악한 것이다.

이후 한동안 퍼블리시티권을 인정하는 판결이 계속되다가, 2013년 이후 다시 퍼블리시티권 개념 자체를 부정하는 판결이 나왔다. 퍼블리시티권의 독립성을 부인하면서 인격권의 침해를 인정하거나,¹⁰⁾ 퍼블리시티권이 아직 명확하게 정해졌다고 볼 수 없다고 판단하거나,¹¹⁾ 혹은 퍼블리시티권의 독립성도 부정하고, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 ‘공정한 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’이라고도 볼 수 없으며 성명권도 침해하지도 않았다는 판단이 그렇다.¹²⁾ 최근 BTS 사진을 대량으로 수록한 부록과 포토카드 등을 제작하여 판매한 행위에 대하여 BTS측이 도서출판금지 등 가처분신청을 한 사건이 있었다. BTS는 (퍼블리시티권의 인정 여부가 불확실하

7) 이 사건의 원심법원은 퍼블리시티권의 성립을 전제하고, 다만 그 퍼블리시티권이 원고에게 양수되지 않았다는 이유로 청구를 기각하였다(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결). 항소심이 ‘퍼블리시티권’을 부인하였으나, 당사자가 ‘외국인’이고 더구나 ‘망인’이었다는 점이 부인의 이유가 아니었나 싶다.

8) 서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결.

9) 수원지방법원 2005. 1. 13. 선고 2004가단20834 판결.

10) 서울고등법원 2014. 4. 3. 선고 2013나2022827 판결(얼굴인식앱).

11) 서울중앙지방법원 2014. 5. 14. 선고 2013나46305 판결. 이 사건은 배우 민효린과 가수 유이가 성형외과 의사를 상대로 퍼블리시티권 침해를 이유로 손해배상을 한 사안인데, 1심(2012가단337294판결)이 손해배상을 인정하였으나 항소심이 원심을 파기하고 청구를 기각하였다. 항소심은, ‘퍼블리시티권의 의미, 범위, 한계 등이 아직 명확하게 정해졌다고 볼 수 없고, ‘연예인 사진과 이름을 유인했다는 사정만으로 퍼블리시티권을 침해했다고 볼 수 없으며, ‘의사가 연예인의 사진과 이름을 사용해 직접 어떤 수익을 얻었다고 볼 자료가 부족하다고 판단하였다.

12) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결(키워드 검색광고).



므로) 퍼블리시티권을 전혀 언급하지 않고 부정경쟁행위(제2조 제1항 제1호 차목)만을 신청이유로 하였고, 오히려 피신청인이 BTS의 청구가 (재산권으로서 부인되고 있는) 퍼블리시티권에 근거하고 있다고 항변하였다. 서울고등법원은 ‘피보전권리는 부정경쟁행위의 금지예방청구권(부정경쟁방지법 제4조 제1항)이고, 가처분결정이 퍼블리시티권을 인정한 전제에서 발령되었다는 피신청인 주장은 이유없다’고 하였다.¹³⁾

2. 침해에 대한 구제

1) 불법행위에 기한 손해배상청구권

종래 퍼블리시티권 침해를 ‘인정’하는 경우 불법행위에 기한 손해배상청구는 무리 없이 인정되었다. 민법 제750조¹⁴⁾의 ‘위법성’은 독일 민법과 마찬가지로 보호법규 위반뿐만 아니라 ‘선량한 풍속위반’의 경우에도 인정될 수 있기 때문이다.¹⁵⁾

¹³⁾ 서울고등법원 2019. 9. 18.자 2019라20535 결정. 이 사건은 재항고되었으나 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마65235 결정. 기각되었다.

¹⁴⁾ 민법 제750조 ‘고의 과실에 기한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.’

¹⁵⁾ 박준서(편) (2004), <제3판 주식민법 채권각칙(6)>, 한국사법행정학회, p.118.

가. 재산상 손해배상 청구

퍼블리시티권 침해로 인한 손해배상의 범위는 피해자가 자신의 퍼블리시티(인격적 징표, persona)를 통상적으로 이용하였을 때 얻을 수 있는 대가 상당액으로 평가할 수 있다. 즉, 허용 범위를 넘어 초상을 사용한 사진,¹⁶⁾ 광고계약 기간이 종료한 이후의 계속광고에 대한 사진,¹⁷⁾ 권한 없이 코미디언의 초상·이름·유행어를 사용한 사진,¹⁸⁾ 프로야구 선수의 성명·게임기록을 사용한 사진¹⁹⁾ 등에서, 피고가 원고의 승낙을 받아서 그 퍼블리시티를 사용할 경우에 원고에게 지급하여야 할 ‘통상의 대가상당액’을 손해배상금으로 인정하였다.

나. 정신적 손해배상 청구

성명, 초상 등 인격적 징표의 침해와 관련하여 피해자가 재산적 손해를 별도로 청구하지 않고 정신적 고통에 대한 위자료 청구만을 하는 경우도 적지 않았다. 1990년대 중반 이후 퍼블리시티권이 논의되기 이전에는 일반적으로 성명, 초상 등의 인격적 측면만을 파악하여 민사소송을 제기하였으니 정신적 고통을 이유로 한 위자료 청구로 이론을 구성하는 것이 간명하였을 것이다. 퍼블리시티권이 본격적으로 논의된 이후에도 소송대리인의 성향 등에 따라 상당수 분쟁은 위자료 청구로 만족하였다.²⁰⁾

재산권으로서의 퍼블리시티권 침해를 이유로 재산적 손해 외에 별도로 정신적 고통을 원인으로 한 위자료 청구를 한 경우에, 재산적 손해와 함께 정신적 고통을 별도로 인정한 경우도 있었다. “테이티스 초이스 커피” 광고 계약 기간 종료 후 모델이 제3의 회사와 별건의 광고출연계약을 하고 그 광고가 집행되고 있음에도 “테이티스 초이스 커피” 광고가 계속 집행된 사건에서, “테이티스 초이스 커피” 광고물을 불법방영함으로써 ‘소외 렉키로부터 전속계약 위반의 책임을 추궁 당할 수 있는’ 특별한 사정을 들어 재산적 손해와는 별도로 정신적 고통을 인정하였다.²¹⁾

그러나 재산적 손해배상을 인정하는 대부분의 사건에서는, 퍼블리시티

¹⁶⁾ 수원지방법원 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결(장정) 등.

¹⁷⁾ 서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결(배드민턴 선수) 등.

¹⁸⁾ 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결(정준하) 등.

¹⁹⁾ 서울동부지방법원 2011.2.16. 선고 2010가합8226 판결(프로야구 선수).

²⁰⁾ 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2001가합31184(아미연) 등.

²¹⁾ 서울민사지방법원 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 제16부판결(윤정).

침해에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해 외에 정신상 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 만일 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통이 회복된다는 이유로 별도로 위자료를 인정하지 않는다.²²⁾ 이는 대법원 1998. 7. 10 선고 96다38971판결과 궤를 같이하는 것이다.²³⁾

다. 위자료 산정에 있어 재산적 손해 요소

퍼블리시티권 침해를 이유로 하면서도 재산적 손해배상을 구하지 않고 위자료 청구만을 하는 경우, 위자료 산정에 있어 가급적 재산적 손해 요소를 고려하여 손해배상의 범위를 합리화하려고 노력하는 경향도 보인다.²⁴⁾

2) 금지청구

인격권은 그 성질상 일단 침해된 후에 금전배상이나 명예회복 처분 등 사후적 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다는 이유로 인격권에 기한 금지청구는 인정된다.²⁵⁾ 언론중재 및 피해구제에 관한 법률은 인격권을 침해하는 언론에 대한 침해금지를 규정하고 있다(제30조 제3항).

퍼블리시티권은 프라이버시권에서 출발하였으므로 그 권리의 속성에 인격권적 요소가 남아있다고 해석한다면 퍼블리시티권에 기초한 금지청구를 인정하는 데 어려움이 없다. 실제로 퍼블리시티권 침해로 인한 금지청구를 인정한 사건은 적지 않다.²⁶⁾

3. 퍼블리시티권의 양도성

퍼블리시티권의 양도성이 쟁점이 된 사건에서, 퍼블리시티권을 인정하면

22) 서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결(배드민턴 선수) 등.

23) 대법원 1998. 7. 10 선고 96다38971판결에서 대법원은, 재산상의 손해로 인하여 받는 정신적 고통은 그로 인하여 재산상 손해의 배상만으로는 전보될 수 없을 정도의 심대한 것이라고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해 배상으로써 위자된다라고 판단하였다.

24) 서울지방법원 1997. 8. 1. 선고 97가합16508 판결(임꺽정), 서울지방법원 1997. 11. 7. 선고 97가합20064 판결(H.O.T)

25) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결 등.

26) 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결(비달사순), 서울중앙지방법원 2007. 12. 12. 선고 2007가합22441 판결(앤스더글래스), 서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결(제임스 딘).

서도 그 양도성을 부인한 예는 발견하지 못하였다.²⁷⁾ 제임스 딘 사건에서, 피고는 제임스 딘 재단신탁으로부터 ‘제임스 딘에 대한 관리처분권을 신탁 받았다는 점, 즉 퍼블리시티권의 양수를 전제로 반론을 펼쳤고, 법원도 양수성을 부정하지 않았다.’²⁸⁾ 이후 비달사순 사건,²⁹⁾ 또 다른 제임스 딘 사건,³⁰⁾ 이미연 사건,³¹⁾ 장정 사건,³²⁾ 허브좌훈 사건,³³⁾ 현영 사건,³⁴⁾ 프로야구 선수 사건³⁵⁾ 등에서 퍼블리시티권 양도성을 직접 인정하거나, 혹은 인정하는 전제에서 논리를 전개하였다.

4. 퍼블리시티권의 상속성

퍼블리시티권의 상속성이 직접적인 쟁점이 된 사건으로 제임스 딘 사건,³⁶⁾ 또 다른 제임스 딘 사건³⁷⁾과 소설가 이효석 사건³⁸⁾이 있다.

제임스 딘 사건에서는 퍼블리시티권의 상속성을 일단 부인하면서, 만일 인정된다고 하더라도 사후 39년이 경과한 후 제기된 사건에서 사후 존속을 인정할 근거는 더욱 없다고 하였다. 또 다른 제임스 딘 사건에서는 “유명인이 자신의 퍼블리시티권을 생전에 행사함으로써 그 권리가 구체화되었다가 그 유명인이 사망한 경우와는 달리”, 퍼블리시티권이 아직까지 우리나라 성문법상의 권리로서 인정되지 않고 있는 점, 인격과 완전히 분리되어 존재하는 독립한 권리라고 보기 어려운 점, 인격권은 상속이 되지 않는 점, 상속이 된다고 가정하여도 세월이 지나면서 희석화 할 것이므로 사후 42년째인

27) 제임스 딘 항소심(서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결)에서는 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판단을 하였으므로 양도성 논의까지 나아갈 바가 없었으나 그 원심(서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결)에서는 양도성을 전제로 판단하였다. 제임스 딘 항소심 판결과 궤를 같이한 김민희 사건(서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단254093 판결)에서는 퍼블리시티권을 인정하지 않았으나, 소송계속 중 김민희가 원고에게 피고 등 제3자의 초상권 침해행위에 대한 위자료 청구권을 포함하여 일체의 손해배상청구권을 양도한다는 취지의 진술서를 제출하였고, 그에 기초하여 손해배상청구권에 기한 양수금을 인정하였다. 퍼블리시티권을 부인하면서 원고를 구제하기 위하여 우회적인 방법을 택한 것으로 보인다.

28) 특허법원 1998. 9. 24. 선고 98허201 판결(제임스 딘 II)

29) 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결.

30) 서울지방법원 2000. 7. 14. 선고 99가합84901 판결.

31) 서울지방법원 2001. 12. 7. 선고 2001가합31184 판결.

32) 수원지방법원 성남지원 2002. 8. 30. 선고 2001가합5032 판결.

33) 서울동부지방법원 2004. 1. 31. 선고 2002가합3370 판결.

34) 서울중앙지방법원 2006. 9. 29. 선고 2006가합27913 판결.

35) 서울동부지방법원 2011. 2. 16. 선고 2010가합8226 판결.

36) 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결.

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

38) 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결.

현재까지 존속한다고 보기 어렵다고 하였다. 이 사건에서 원고는 퍼블리시티권의 존속기간이 저작권법상의 보호기간인 사후 50년이라고 주장하였는데, 법원은 ‘퍼블리시티권은 자신의 성명 또는 초상에 대한 상업적 이용을 허락하는 권리로서 저작권과는 그 권리의 발생요건, 보호목적, 효과 등을 달리하여 저작권법상 저작자의 권리에 대한 사후 존속기간에 관한 규정을 바로 유추적용할 수는 없다고 하였다.

반면에 소설가 이효석 상속인의 퍼블리시티권 청구에 대하여, 퍼블리시티권의 상속성을 인정하면서 그 존속기간에 대하여는 저작권법상의 사후 50년을 적용하였다. 결론적으로 사후 62년이 경과한 후 소송을 제기하였으므로 더 이상 퍼블리시티권이 존재하지 않는다는 이유로 청구를 기각하였다.

IV. 민법 개정으로 인한 영향

1. 권리의 명확화

민법 개정안 제3조의3이 입법된다면 어떤 변화가 있을 것인가? 퍼블리시티권이 성문법상의 권리로 변화함으로써 권리의 내용이 구체화되고, 피해자의 권리 주장이 한결 수월해질 것으로는 예상할 수 있다. 그렇다고 그 변화가 극적일 것으로는 기대하지 않는다. 종전에도 사회상규에 반하는 위법성을 이유로 손해배상청구를 인정하였고, 퍼블리시티권이 인격권의 발현이라는 등의 논거로 금지청구를 인용할 수 있었기 때문이다.

과거 퍼블리시티권이 부정된 사안들은 대체로 위법성을 인정하기 곤란한 경우 즉, 법안 제3조의3 제4항이 규정하는 ‘다른 사람의 인격표지 이용에 상당한 이익이 있는 경우’ 혹은 ‘표현의 자유를 우선해야 할 경우 등이라고 이해할 만하다.³⁹⁾ 즉, 향후 분쟁은 빈발할 수도 있으나 입법으로 인하여 결과가 크게 달라지지는 않을 것이라는 뜻이다.

2. 금지청구의 내용

개정법은 민법 개정안 제3조의2 ‘인격권’의 금지청구 규정을 퍼블리시티권에 준용하는 것으로 하였다(제3조의3 제6항). 따라서 퍼블리시티권을 침해하는 자에게는 ‘침해를 배제하고 침해된 이익을 회복하는 데 적당한 조

³⁹⁾ 언론중재법 제5조 제2항도 마찬가지 취지이다.



치를 청구할 수 있고(제3조의2 제2항), 퍼블리시티권을 침해할 염려가 있는 행위를 하는 자에게는 ‘그 예방이나 손해배상의 담보’를 청구할 수 있다(제3조의2 제3항).

이 규정을 저작권법과 언론중재법의 관련 규정과 비교한다.

저작권법은, ‘저작권 그 밖에 저작권법에 의하여 보호되는 권리’를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있고, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대해 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(제123조 제1항). 한편 이러한 청구를 하는 경우 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 청구할 수 있다(제123조 제2항).

언론중재법에 의하면 언론보도의 피해자는 인격권을 침해하는 언론사 등에 침해의 정지를 청구할 수 있고, 인격권을 명백히 침해할 우려가 있는 언론사 등에 침해의 예방을 청구할 수 있다(제30조 제3항). 이러한 청구를 하는 경우 침해행위에 제공되거나 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖에 필요한 조치를 청구할 수 있다.

민법과 저작권법, 언론중재법은 금지청구권의 효력에서 차이가 있다. 민법은 침해물의 폐기를 규정하지 않고, 저작권법은 침해행위의 결과물 즉 침



해물만을 폐기의 대상으로 규정한다. 그런데 언론중재법은 침해물뿐만 아니라 '침해행위에 제공된 물건'까지 폐기의 대상으로 한다. 저작권법의 폐기 대상에 주형(鑄型) 등 저작권 '침해행위에 제공된 물건'이 포함되는지에 대해서는 입법적 보완이 필요하다는 견해와 '그 밖에 필요한 조치'에 해당되는 것으로 해석하는 견해가 갈린다.⁴⁰⁾ '그 밖에 필요한 조치'라는 추상적 표현을 둔 바에야 침해행위에 제공된 물건의 폐기도 가능한 것으로 해석하는 편이 현실적일 것이다. 마찬가지로 민법 제3조의2의 '인격적 이익을 회복하는 데 적당한 조치'에는 침해물, 혹은 침해행위에 제공된 물건의 폐기를 포함하는 것으로 이해한다.

3. 양도성과 상속성의 내용

민법 개정안은 퍼블리시티권의 양도성을 부정한다. 퍼블리시티권을 '인격권'에 부수하는 권리로 파악하는 한 부득이했을 것이다. 그러나 양도성을 허용하지 않는다고 하여 심각한 문제는 생기지 않는다. 권리의 '이용허락'으로 퍼블리시티를 사업화 할 수 있을 것이기 때문이다. 개정안 제2항, 제3항

40) 박성호 (2017). <저작권법 제2판>. 서울: 박영사. p.746 참조. 아울러, '그 밖에 필요한 조치'로 해결하지는 견해는 장상조(편) (2007). <저작권법주해>. 서울: 박영사. p.1148 참조.

은 그러한 내용을 규정하고 있다.

민법 개정안은 당사자의 사후 30년간 퍼블리시티권이 존속하는 것으로 규정하였다. 언론중재법의 인격권 보호기간이 사후 30년이고(제5조의2 제5항), '인격표지권 보호 및 이용에 관한 법률안'에서도 보호기간을 30년으로 규정하였었다.

입법에 반대하는 입장에서도 퍼블리시티권 보호기간의 입법 필요성을 부인하기는 힘들었다.⁴¹⁾ 망인의 퍼블리시티권 분쟁에서 보호기간이 확정되지 않는다면 분쟁의 결과를 예측하기가 불가능하기 때문이다. 사후 30년간 당사자의 유족이나 유업을 잇는 재단이 망인의 퍼블리시티권을 행사할 수 있으므로, 그 기간이 종료하면 퍼블리시티는 공유영역(public domain)으로 들어가고, 누구나 그 퍼블리시티를 이용할 수 있다.

V. 퍼블리시티권의 한계 - 표현의 자유, 보도의 자유와 긴장

1. 일본의 '오로지(専ら) 기준'

퍼블리시티권은 태생적으로 표현의 자유와 긴장관계이다. 일본에서는 킹크림슨 사건⁴²⁾에서 '오로지(専ら) 기준설'에 의해 '표현의 자유'를 우위에 두었다. 언론이 퍼블리시티를 이용하는 사안이 '오로지' 퍼블리시티 가치의 이용을 목적으로 하는 경우에만 퍼블리시티권 침해를 인정하자는 취지이다. 이후 '부부카 사건'⁴³⁾에서 '오로지 기준설'을 벗어나 퍼블리시티권 침해를 확대하고자 하였으나 핑크레이디 사건에서 최고재판소가 '오로지 기준설'을 취함으로써 논란이 정리되었다.⁴⁴⁾

2. 미국의 '공정이용'과 '지배적 목적'

미국에서는 1942년 Valentine v. Christensen 사건⁴⁵⁾에서 '상업적 언론'은 수정헌법 제1조와 무관하다는 '상업적 표현 구별론'이 등장하였으나 1976년 연방대법원은 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia

41) 홍승기 (2005). 퍼블리시티권 - 그 실체와 입법론. <국제법률경영>. 겨울호, p.95.

42) 東京高等裁判所 1999(平成11)年 2月 24日 判決.

43) 東京高等裁判所 2006(平成18)年 4月 26日 判決.

44) 임상혁 (2018). <퍼블리시티권의 한계에 관한 연구>. 경기: 경인문화사. pp.221-246.

45) 316 U.S. 52 (1942).



Citizens Consumer Council 사건⁴⁶⁾에서 상업적 표현을 수정헌법 제1조의 보호대상이라고 하였다. 이후 1980년 Central Hudson Gas and Electric v. Public Service Commission of New York 사건에서 상업적 표현과 정치적 표현의 차이를 인정하였다(Central Hudson Test).⁴⁷⁾ 뉴스 비평 토론 등 비상업적 공익적 표현에 대해서는 언론의 자유를 폭넓게 보호하고 퍼블리시티권의 행사를 제한하는 반면, 영리추구를 목적으로 하는 상업적 표현에 대하여는 상대적으로 언론자유를 좁게 인정하고 퍼블리시티권 보호를 확대하는 것이 기본 입장이다.⁴⁸⁾

캘리포니아주 대법원은 수정헌법 제1조와 퍼블리시티권 사이의 이익형량을 저작권법상 공정이용(§ 107, fair use) 규정에서 찾았다. '공정이용'의 요소인 '이용의 목적과 성격'의 해석기준인 변형적 이용(transformative use)을 중심으로 한 것이다.⁴⁹⁾ 한편 미주리주 대법원은 '지배적 이용 기준'을 적용하였다.⁵⁰⁾ 즉, 피고 상품의 판매에서 원고 퍼블리시티의 상업적 가치를 이용하는 측면이 지배적이라면 그 상품에 수정헌법 제1조의 보호를 받을 수

있는 표현적 내용이 있는 경우에도 퍼블리시티권의 침해이고, 피고 상품의 지배적 목적이 유명인에 대한 논평의 표현이라면 퍼블리시티권 침해가 아니라는 것이다.⁵¹⁾

일본과 미국의 예를 보더라도 퍼블리시티권의 입법으로 보도가 위축될 필요는 없다고 이해한다. 통상의 보도라면 유명인의 퍼블리시티 노출이 퍼블리시티권 침해로 연결되지는 않을 것이다. ☺

46) 425 U.S. 748 (1976).

47) 자세한 사항은 홍승기 (2003). 방송광고 사전심의 위헌 판단의 함의 - 헌법재판소 2005헌마506 사건을 중심으로 -. <행정법연구>, 제37호, p.63 이하 참조.

48) 김성환 (2009). <퍼블리시티권의 법리와 실제>. 서울: 진원사. p.349.

49) Comedy III Productions v. Gary Saderup, 21 P.3d 797 (Cal. 2001).

50) DOE v. TVCI Cablevision, 110 S.W.3d 363 (Mo.banc 2003).

51) 박준우 (2010). 표현의 자유에 의한 퍼블리시티권의 제한. <정보법학>, 제14권 제3호, pp.152-153.