

퍼블리시티권에 관한 일본의 동향:

最高裁 2012. 2. 2. 핑크레이디 사건과 最高裁 2004. 2. 13. 경주마 사건을 중심으로

임 상 민*

목 차

- I. 서론
- II. 핑크레이디 사건
 - 1. 사안의 개요 및 사실관계
 - 2. 1심의 판단
 - 3. 2심의 판단
 - 4. 최고재판소의 판단
- III. 경주마 사건
 - 1. 사안의 개요 및 사실관계
 - 2. 1심의 판단
 - 3. 2심의 판단
 - 4. 최고재판소의 판단
- IV. 퍼블리시티권의 법적 성격
 - 1. 퍼블리시티권의 기원
 - 2. 독일에서의 논의
 - 3. 일본에서의 논의
- V. 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 핑크레이디 사건 판결 이전의 하급심 판례
 - 3. 핑크레이디 사건 판결의 의의와 침해가 문제되는 구체적인 사례에 대한 적용
- VI. 퍼블리시티권의 객체-물의 퍼블리시티권
 - 1. 퍼블리시티권의 객체
 - 2. 경주마 사건 판결의 의의
- VII. 결론-일본 최고재판소 판결들의 의의와 그 시사점

* 부산지방법원 판사.

초록

퍼블리시티권이란, 사람의 초상, 성명 등 그 사람의 정체성을 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리라고 말할 수 있다. 퍼블리시티권의 요건과 그 효과에 관하여는 다양한 쟁점에 있다. 한편, 기존의 우리나라 학설과 판례가 상당수 집적되어 있으나 그 법령상 근거도 없고 대법원의 판단도 없어, 실무상 통일된 기준이 없다.

우리나라와 사법체계가 비슷한 일본에서는 최근 경주마 사건과 핑크레이디 사건을 통하여 최상급법원인 최고재판소가 퍼블리시티권에 관하여 판시한 바 있다. 두 최고재판소 판결을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 퍼블리시티권의 법적 성격을 독립한 재산권이 아니라 인격권으로 판단하였다. 둘째, 퍼블리시티권 침해에 관한 판단 기준으로서 ‘오로지 기준설’을 채택하여, 표현의 자유, 언론·출판의 자유라는 또 다른 헌법상 기본권과의 조화를 유지한다. 셋째, 고객흡인력이 있음에도 불구하고 인적요소가 아닌 물건에 대하여는 그 소유자의 퍼블리시티권을 부정하였다.

이러한 최고재판소의 해석은, 퍼블리시티권의 법적 성격, 그 침해 판단 기준, 객체와 관련하여 우리나라에서의 퍼블리시티권의 해석에 유용한 참고자료가 될 수 있을 것이다.

주제어

퍼블리시티권, 인격권, 재산권, 정체성, 표현의 자유, 고객흡인력 등.

I. 서론

퍼블리시티권(the right of publicity)이란, “사람이 자신의 정체성을 상업적으로 이용하는 것을 통제하는 권리”¹⁾, “성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리”²⁾ 등으로 다양하게 정의되고 있는데, 이를 종합해 보면, “사람의 초상, 성명 등 그 사람의 정체성을 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리”로 정리할 수 있을 것이다.³⁾

우리나라에서도 1980년대 퍼블리시티권에 대한 논의가 시작되고 1995년에 이휘소 사건으로 판결문에서 언급된 이래, 최근까지 다양한 학설과 하급심 판결들이 집적되었으나, 아직 대법원 판결로 실무가 통일되어 있지는 않고 2차례에 걸쳐 입법이 시도되었으나 좌절되기도 하였다.⁴⁾

퍼블리시티권에 관하여는, 퍼블리시티권을 초상권 등 인격권과 별도의 독립된 재산권으로 인정할 것인지, 그 침해에 대하여 정신적 손해 이외에 재산상 손해배상도 인정할 것인지, 재산상 손해배상의 인정기준은 무엇인지, 양도 및 상속성을 인정할 것인지, 상속된다 할 경우 보호기간을 어떻게 설정할 것인지, 비유명인, 법인 등에게도 인정할 것인지, 보호범위 내지 객체를 어느 범위까지 설정할 것인지, 언론의 자유 등 다른 기본권과의 관계에서 퍼블리시티권 침해기준을 어떻게 설정할 것인지 등 여러 영역에 걸쳐서 견해가 다양하다.⁵⁾ 더욱이 아

1) J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy Volume 1*, Second Edition, Thomson/West, 2008, p.3.

2) 서울서부지방법원 2012. 7. 26. 선고, 2012나284 판결; 서울동부지방법원 2010. 7. 14. 선고, 2009가합 16764 판결 등.

3) 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제, 제9권(1997), 525면.

4) 2005년 제17대 국회에서 박찬숙 의원 등이 저작권법 일부 개정안으로 입법발의를 하였으나 제17대 국회 종료로 자동 폐기된 바 있고, 2009년 제18대 국회에서 이성현 의원 등이 역시 저작권법 일부 개정안으로 입법발의 하였으나 역시 국회 종료로 자동 폐기된 바 있다.

5) 그 외 입법론으로서 별도의 입법이 필요 없다는 견해(엄동섭, “한국에서의 퍼블리시티권 논의: 법적 성격을 중심으로”, 민사법학, 제57호(2011), 한국민사법학회, 156면), 독립 법률로 입법화하여야 한다는 견해(구제균, “퍼블리시티권에 관한 연구-국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집, 제30집(2008), 227면), 저작권법 개정이 필요하다는 견해(최민수, 저작권법 일부개정법률안 검토보고서, 국회문화체육방송통신위원

직 이들 즉, 퍼블리시티권의 보호요건과 효과에 관한 명확한 법령상 근거도 없는바, 현행법 테두리 안에서 법령 해석상 어떻게 판단함이 적절한지를 살피는 것은 중요한 문제이다.

그런데, 우리나라에서는 퍼블리시티권의 발상지인 미국의 논의, 우리 사법체계의 기원이라 할 만한 독일에서의 논의에 관하여는 여러 논문을 통해 소개되었으나, 우리와 사법체계가 비슷한 일본에서의 논의에 관해서는 그다지 소개되어 있지 않다.⁶⁾ 한편, 일본에서는 우리나라와 달리 2004년 경주마 사건, 2012년 핑크레이디 사건을 통하여 최상급법원인 최고재판소가 퍼블리시티권에 관하여 판시한 것이 있는바, 이는 우리나라의 퍼블리시티권 해석에 있어서도 참고할 만한 가치가 있는 판결들이라고 생각한다.

따라서 이하에서는 위 두 판결을 각각 살펴보고, 위 두 판결에서 다룬 내용 즉, 퍼블리시티권의 법적 성격, 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준, 퍼블리시티권의 객체(물(物)의 퍼블리시티권)에 관하여 일본의 동향을 순차로 고찰하면서 우리나라에서의 퍼블리시티권 해석을 둘러싼 시사점을 생각해 보고자 한다.

Ⅱ. 핑크레이디 사건

1. 사안의 개요 및 사실관계

피고가 원고들을 피사체로 한 14장의 사진을 무단으로 주간지에 게재하자, 원고들이 초상이 갖는 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리 즉 퍼블리시티권이 침해되었다고 주장하면서 불법행위에 기한 손해배상을 구한 사안이다. 그 사

회, 2010, 9면), 부정경쟁방지법 개정이 필요하다는 견해(박준석, “퍼블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가”, 산업재산권 제30호(2009), 327면; 이미선, “퍼블리시티권(The Right of Publicity)에 관한 고찰-그 범위와 한계 및 입법화 방안과 관련하여”, Law & technology, 제6권 제2호(2010), 124-125면) 등이 대립한다.

6) 뒤에서 소개하는 경주마 사건을 다룬 것(이한주, “경주마(競走馬)의 퍼블리시티권”, 실무연구, IV(2005), 서울지방법원남부지원)이 있고, 일본 게임회사 Konami 사례를 다룬 것(정진근, “퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한”, 계간저작권, 제21권 제1호(2008))이 있는 정도이다.

실관계는 다음과 같다.

원고들은 1970년대에 핑크레이디(ピンクレディー)를 결성하여 가수로 활동하면서 아이로부터 성인까지 폭넓은 인기를 끌었다. 피고는 약 200명이 되는 주간지를 발행하여, 그 잡지에 ‘핑크레이디-다이어트(ピンクレディー-de ダイエット)’라는 제목으로 3장의 기사를 게재하였다. 위 기사에는, 핑크레이디 곡의 안무를 이용한 다이어트법이 소개됨과 함께, 원고들을 피사체로 한 가로 4cm, 세로 3cm 내지 가로 10cm, 세로 8cm의 흑백사진이 게재되어 있었다. 한편 위 사진들은 이미 원고들의 승낙을 받아 피고측 카메라맨이 촬영한 것이지만, 원고들은 위 사진들을 위 잡지에 게재하는 것을 승낙하지는 아니하였다.

2. 1심의 판단⁷⁾

연예인 등의 성명, 초상을 사용하는 행위가 퍼블리시티권을 침해하는 불법행위를 구성하는지 여부는, 그 사용행위의 목적, 방법 및 태양을 전체적, 객관적으로 고찰해 볼 때, 그 사용행위가 당해 연예인 등의 고객흡인력에 주목하여 오로지 그 이용을 목적으로 하는 것이라고 말할 수 있는지 여부에 의하여 판단하여야 한다고 판시하였다. 이 사건에 관하여, 본건 사진이 흑백사진인 점, 각 사진의 크기, 기사에서 차지하는 비중, 기사의 내용 등에 비추어 보면, 본건 사진의 사용은 원고들의 고객흡인력에 주목하여 오로지 그 이용을 목적으로 한 것으로 인정할 수 없다면서 불법행위의 성립을 부정하고, 원고들의 청구를 기각하였다.

3. 2심의 판단⁸⁾

저명인의 성명, 초상이 가지는 경제적 이익, 가치는 인격권에서 유래하는 권리로서 당해 저명인이 배타적으로 지배할 수 있는 권리 즉 퍼블리시티권이라고 하면서, 저명인의 성명, 초상의 사용이 퍼블리시티권 침해로서 위법성이 있는지 여부는, 저명인이 자신의 성명, 초상을 배타적으로 지배하는 권리와 표현의 자

7) 東京地判平成20.7.4.平19(7)第20986号.

8) 知財高判平成21.8.27.平20(ネ)第10063号.

유 보장 내지 사회적으로 저명한 존재에 이르는 과정에서 허용하는 것이 예정되었던 부담과의 이익형량문제로서 상관관계적으로 취급할 필요가 있고, 그 성명, 초상을 사용하는 목적, 방법, 태양, 초상사진의 입수방법,⁹⁾ 저명인의 속성, 그 저명성의 정도, 당해 저명인 자신의 성명, 초상에 대한 사용, 관리태양 등을 종합적으로 관찰하여 판단되어야 한다는 판단기준을 실시한다.

본건 기사에의 구성, 다이어트기사의 내용, 본건 사진의 사용태양 등에 의하면, 본건 기사에서 본건 사진의 사용은 항소인들이 사회적으로 저명한 존재에 이르는 과정에서 허용할 것이 예정되었던 부담을 넘어서 항소인들이 스스로 성명, 초상을 배타적으로 지배할 권리가 해를 입고 있다고 말할 수는 없다고 판시하면서 항소를 기각하였다.

4. 최고재판소의 판단¹⁰⁾

사람의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리 즉 퍼블리시티권이 인격권에서 유래하는 권리의 일내용을 구성하는 것이라고 하면서, 초상 등을 무단으로 사용하는 행위는 ‘오로지(專ら) 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 경우’에 퍼블리시티권을 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법으로 된다고 판시하였다. 그리고 ‘오로지 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 경우’를 ① 초상 등 그 자체가 독립하여 감상의 대상으로 된 상품 등으로 사용하는 경우, ② 상품 등의 차별화를 꾀할 목적으로 초상 등을 상품 등에 부착하는 경우, ③ 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 경우 등 3가지 유형으로 분류한다.

최고재는 위 법리를 적용하면서, ① 본건 기사내용이 원고들의 안무를 이용한 다이어트법을 해설한 것이고, ② 본건 사진들은 약 200면인 잡지 중 3장 정도 사용되었을 뿐이며, ③ 모두 흑백사진이고, 그 크기도 크지 아니하였던 사실 관계하에서는, 피고가 본건 사진들을 원고들의 동의 없이 무단으로 게재한 행위가, 오로지 원고들의 초상이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한 것이라고

9) 초상사건의 입수방법은 뒤의 최고재판소 판결에서는 별도의 정황사실로 언급되지 아니한다.

10) 最二判平成24.2.2.平21(受)第2056号.

말할 수 없으므로, 불법행위법상의 위법이라 할 수 없다고 판단하면서 상고를 기각하였다.¹¹⁾

Ⅲ. 경주마 사건¹²⁾

1. 사안의 개요 및 사실관계

본건은, 경주마를 소유하거나 이전에 소유하였던 원고들이 당해 경주마의 명칭을 무단으로 이용하여 게임소프트웨어를 제작, 판매한 업자인 피고에 대하여, 원고들이 경주마 명칭 등이 갖는 고객흡인력 등의 경제적 가치를 독점적으로 지배할 재산적 권리를 가지고 있으므로, 명칭 등의 무단 사용이 곧 이러한 권리침해에 해당한다는 이유로, 당해 게임소프트웨어의 제작, 판매 등의 금지 및 불법

11) 보충의견이 있었는데 다음과 같다. “초상 등의 상업적 이용 일반을 퍼블리시티권 침해로 하는 것은 적당하지 않고, 침해를 구성하는 범위는 가능한 한 명확하게 한정되어야 한다. 그리고 일본에서 퍼블리시티권을 규정하는 법령을 존재하지 않지만 인격권에서 유래하는 권리로 인정할 수 있는 점, 퍼블리시티권 침해에 의한 손해는 경제적인 것으로서, 성명, 초상 등을 사용하는 행위가 명예훼손이나 프라이버시 침해를 구성하는 경우에는 별개의 구제가 행해질 수 있는 점 등도 침해를 구성하는 범위를 한정적으로 해석해야 하는 이유에 해당한다. 초상 등의 무단사용이 불법행위법상 위법으로 되는 경우로 본판결이 판시하고 있는 것은, 브로마이드, 그라비아(gravure) 사진과 같이 초상 등 그 자체를 독립한 감상의 대상으로 하는 상품 등으로 사용하는 경우, 소위 캐릭터 상품과 같이 상품 등의 차별화를 꾀할 목적으로 초상 등을 상품 등에 부착한 경우, 초상 등을 상품 등의 광고로 사용하는 경우 3가지 유형이지만, 이들은 오로지 고객흡인력을 이용할 목적으로 인정하여야 할 전형적 유형이고, 종래 하급심 재판례에서 취급된 사례 등에서 보면, 퍼블리시티권의 침해로 인정될 수 있는 경우의 대부분을 커버할 수 있는 것은 아니라고 생각된다. 이들 3유형 이외에도 이들에 준하는 정도로 고객흡인력을 이용할 목적이 인정되는 경우에 한정하는 한, 퍼블리시티권 침해로 되는 범위는 꽤 명확하게 될 것이다. 또한 원심판결은 고객흡인력의 이용 이외의 목적이 조금이라도 있다면 ‘오로지’ 이용할 목적이 아닌 것으로 되는 문제점을 지적하고 있지만, 예컨대 초상사진과 기사가 같은 출판물에 게재된 경우, 사진의 크기, 취급방식 등과 기사의 내용 등을 비교 검토하여, 기사는 첨가물로서 독립한 의의를 인정하기 어려운 것이라거나, 기사와 관련 없이 사진이 크게 다루어지는 경우에는 ‘오로지’라고 말할 수 있으므로, 이 문구를 과도하게 엄밀하게 해석하는 것은 상당하지 않다고 생각한다.”

12) 본건과 거의 동일한 사실관계를 토대로 경주마 소유자가 본건과 마찬가지로 주장을 하면서 다른 게임소프트웨어 업자를 상대로 제기한 동종소송이 있었는데, 東京地判平成13.8.27.平10(ワ)第23824号(1심), 東京高判平成14.9.12.平13(ネ)第4931号(2심) 각 판결은, 이러한 권리가 각 법령상 인정될 수 없다면서 금지청구와 손해배상청구 모두를 기각함으로써, 경주마의 퍼블리시티권과 관련하여 하급심의 판결이 갈려 있는 상태였다.

행위에 기한 손해배상을 청구한 사안이다. 원고들은 이 권리를 ‘물(物)의 퍼블리시티권’으로 부르고 있는데, 본건의 특색은, 이러한 재산적 권리를 재판에서 인정받는 것을 목적으로 한 소송이라는 점이다.

2. 1심의 판단¹³⁾

저명인은 그 성명, 초상 기타 고객흡인력 있는 개인식별정보가 가지는 경제적 가치에 관한 배타적 지배권(소위 퍼블리시티권)을 가지는바, 퍼블리시티권은, 프라이버시권이나 초상권인 인격권과는 별개·독립의 경제적 가치에 근거하는 것이므로, 경주마와 같은 특정물의 명칭 등이 저명인에 관한 것과 마찬가지로 고객흡인력을 가지는 경우에는, 그 물건의 소유자에게 귀속하는 재산적인 이익 내지 권리로서, 종래 퍼블리시티권에 준하는 광의의 퍼블리시티권으로 보호하여야 한다. 그리고 이러한 광의의 퍼블리시티권은, 물건의 명칭 등이 고객흡인력을 가진다고 객관적으로 인정되는 경우에 성립하여 당해 물건의 소유자에게 귀속하고, 그 물건의 소유권이 이전되면, 특단의 합의가 없는 한, 이후 새로운 소유자에게 이전하며, 그 물건이 소멸한 경우에도 퍼블리시티 가치가 존속하는 한, 소멸 시점의 소유자는 이 권리를 주장할 수 있다. 다만, 이 권리가 경제적 가치를 취득하는 권리에 지나지 아니하는 점을 고려하면, 현 단계에서는, 이 권리가 침해된 경우에 권리자가 취할 수 있는 수단으로서, 불법행위에 기한 손해배상청구만 인정될 뿐 금지청구를 인정할 수는 없다. 한편, 본건에서 문제된 경주마 중 G1 레이스(중앙경마회가 주최하는 상금 레이스 중 가장 최고의 것)에 출전한 말의 명칭에 관하여는 고객흡인력이 있는바 피고가 소유자의 승낙 없이 이들 말의 명칭을 사용함으로써 불법행위가 성립하므로, 원고들의 손해배상청구를 일부 인용하고, 금지청구를 전부 기각하였다.

3. 2심의 판단¹⁴⁾

13) 名古屋地判平成12.1.19.平10(7)第527号.

14) 名古屋高判平成13.3.18.平12(ネ)第144号.

2심도, 물의 퍼블리시티권에 관한 일반론으로 1심 판결을 거의 전면적으로 인용하면서, 이 권리가 ‘그 물건이 가지는 무체적 가치를 지배대상으로 하는 무체재산권’이라고 명시하였다. 그러나 본건에서 이 권리가 인정되는 범위에 관하여는 1심과 달리 판단하면서, G1 레이스에 출전하여 이미 우승한 적이 있는 경주마의 명칭에 한정된다고 판단하였다.

4. 최고재판소의 판단¹⁵⁾

현행법상 물건 명칭의 사용 등 물건의 무체물적 면의 이용에 관해서는 상표법, 저작권법, 부정경쟁방지법 등의 지적재산권 관계 각 법률이 일정 범위의 자에게 일정 요건 하에서 배타적인 사용권을 부여하여 그 권리의 보호를 도모하고 있는데, 그 반면, 그 사용권의 부여가 국민의 경제활동이나 문화활동의 자유를 과도하게 제약하지 아니하도록 각 법률은 각 지적재산권의 발생원인, 내용, 범위, 소멸원인 등을 정하여, 그 배타적인 사용권이 미치는 범위, 한계를 명확하게 하고 있다. 위 각 법률의 취지, 목적에 비추어 보면, 경주마의 명칭 등이 고객흡인력을 가진다 하더라도, 물건의 무체물적 이용의 일 태양인 경주마의 명칭 등의 사용에 관하여, 법령 등의 근거도 없이 경주마의 소유자에게 배타적인 사용권 등을 인정하는 것은 상당하지 아니하다. 또한 경주마의 명칭 등의 무단이용행위에 관한 불법행위의 성부에 관해서는, 위법으로 되는 행위의 범위, 태양 등이 법령 등에 의하여 명확하게 되어 있다고 할 수 없는 현시점에서 이를 긍정할 수 없다고 하여야 한다고 판시하였다.

최고재판소는 위 논리에 따라, 원판결(2심판결) 중 손해배상청구를 인용한 부분을 파기하면서 이 부분 1심 판결을 취소하고 원고들의 청구를 기각하는 한편, 금지청구를 기각한 부분은 결론적으로 정당하다고 판단하면서 원고들의 상고를 기각하였다.

15) 最二判平成16,2,13,平13(受)第866号.

Ⅳ. 퍼블리시티권의 법적 성격

퍼블리시티권의 법적 성격에 관하여는, 미국에서 재산권으로서의 퍼블리시티권이 탄생한 배경을 살펴보고, 이와 관련된 독일에서의 논의, 일본에서의 논의를 순차 살펴보고자 한다.¹⁶⁾

1. 퍼블리시티권의 기원

일반적으로 퍼블리시티권은 미국에서 연방 헌법이 규정하는 프라이버시권 침해의 한 유형을 모체로 하여 시작된 것으로 알려져 있다. 한편 프라이버시권 침해가 문제되는 유형은, ① 프라이버시에 대한 침입(*invasion of privacy by intrusion*), ② 프라이버시의 공개(*public disclosure of private facts*), ③ 잘못된 조명(*false light privacy*) ④ 프라이버시에 대한 도용(*invasion of privacy by appropriation*)으로 나뉘었는데,¹⁷⁾ 이 중 프라이버시에 대한 도용이 퍼블리시티권의 모체가 된 것이다. 프라이버시에 대한 도용이란, 프라이버시권자의 동의 없이 그의 정체성(*identity*)을 사용하여 권리자의 존엄이나 평온을 해하는 것을 말한다. 그런데, 여기에 해당하려면 그러한 도용 결과 심리적인 고통이 발생하여 존엄이나 자존심에 상처를 입을 것을 요건으로 한다. 그러나 타인의 정체성을 도용(무단 이용)하여 경제적 이익을 얻더라도 정체성 귀속자의 심리적인 고통이 수반되지 아니하는 이상 프라이버시권 침해가 부정되므로 이 문제를 해결하기 위하여 프라이버시권과는 독립된 재산권인 퍼블리시티권이 탄생하게 된 것이다.¹⁸⁾¹⁹⁾

16) 우리나라에서도 인격권설과 재산권설이 대립한다. 인격권설로는, 이해완, 저작권법, 제2판, 박영사, 2007, 720면; 권태상, “인격권 관점에서 본 퍼블리시티권”, 민사법학, 제59호(2012), 52-61면; 안병하, “인격권의 재산권적 성격”, 민사법학, 제45권 제1호(2009), 99-115면; 이호선, “퍼블리시티권(신원 공표권)의 성격에 관한 연구”, 법학연구, 제19권 제3호(2009), 국민대학교 법학연구원, 51면 등을 들 수 있다. 재산권설로는, 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 법학논총, 제17권 제13호(2010), 93-98면; 김윤명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권, 제33호(2010), 316면; 나윤수·박홍진, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구, 제24집(2006), 한국법학회, 443면 등을 들 수 있다.

17) J. Thomas McCarthy, *supra*, pp.30-41(Prosser 교수가 나눈 것이다).

18) J. Thomas McCarthy, *supra*, pp.48-52.

19) 미국에서는 퍼블리시티권을 연방법이 아닌 주법으로 보호하고 있는데, 51개 주 중 8개 주는 제정법 및 보통법(*common law*)으로, 10개 주는 제정법만으로, 12개 주는 보통법만으로 보호하고 있다(박준석, “퍼

2. 독일에서의 논의

독일에서는 퍼블리시티권이란 개념이 없다. 독일법상 기존에 인정되던 일반적인 인격권과 초상 등이 가지는 재산적 가치(즉 퍼블리시티권) 사이의 관계에 관하여 일원론과 이원론이 대립한다. 일원론이 현재의 통설인데, 인격권을 인격요소가 가진 정신적 이익 이외에 재산적 이익도 함께 보호하는 단일개념으로 이해하는 견해이다.²⁰⁾ 한편, 이원론은 인격요소가 가지는 재산적 가치를 일반적 인격권으로부터 독립된 무체재산권으로 파악하는 견해로서, 그 이전 및 상속성을 인정하고 있다.²¹⁾ 독일연방최고법원은 이에 관하여 1999년 Marlene Dietrich 사건에서 단일의 인격권이 정신적 이익뿐만 아니라 재산적 이익까지도 일원적으로 보호한다고 판시하면서 일원론에 입각함을 밝히고 있다.²²⁾

3. 일본에서의 논의

일본에서도 퍼블리시티권의 법적 성격에 관하여는, 인격권설과 재산권설이 대립하는데, 인격권설이 학설, 판례의 다수 입장이다.²³⁾ 인격권설은, 인격의 상업적 가치에서 유래하는 것이라는 점에 주목한다. 반면 재산권설은 고객흡인력이라는 상업적 가치 그 자체를 주목한다.

일본에서는, 퍼블리시티권을 물권 유사의 재산권으로 구성하는 것이 법령 등의 근거가 없다는 점에서 물권법정주의에 위반한다는 비판이 많다.²⁴⁾

블리시티권의 법적성격-저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가”, 산업재산권, 제30호(2009), 302-304면). 그래서 퍼블리시티권에 관한 미국 판례는 주로 연방법원이 아닌 주법원에서 형성되는데, 가끔씩 프라이버시권에서 유래하였다는 점에서 연방법원에서 선고되기도 한다[예컨대, Toffloni v. LFP Publishing Group, 572 F3d 1201(11th Cir.2009)].

20) Götting/Götting, Schertz, Seitz, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, §10, Rnd.9[本山雅弘, “肖像の財産價値の保護とドイツ法の展開”, 別冊NBL No.136, 商事法務, 2010, 166-167면에서 재인용].

21) Götting, a.a.O., §10, Rnd.5[本山雅弘, 전계 논문, 166면에서 재인용].

22) BGH GRUR 2000, 709-Marlene Dietrich.

23) 設樂隆一, “パブリシティの權利”, 著作權關係訴訟法(新・裁判實務大系22), 青林書院, 2004, 556면; 判例タイムズ, No.1367(2012), 98면.

24) 判例タイムズ, No.1367(2012), 98면. 한편 우리나라의 경우에는 헌법 제23조 제1항이 정하는 재산권 형성적 법률 유보에 반하므로 위헌의 문제도 발생할 수 있을 것이다.

퍼블리시티권이 인격권인가 재산권인가 하는 문제는 퍼블리시티권의 주체성의 문제, 양도가능성의 문제, 상속가능성 내지 보호기간의 문제와 관련되므로, 이 부분에 관하여도 살펴본다.

주체성의 문제에 관하여, 인격권설을 취한다면 연예인 내지 저명인에 한정할 수 없을 것인 한편, 재산권설을 취한다면 고객흡인력이 문제되는 연예인 내지 저명인에 한정할 수도 있을 것이다. 학설 및 판결로는, 설령 무명의 일반인이라도 퍼블리시티권을 가진다는 견해,²⁵⁾ 퍼블리시티권의 주체는 저명인에 한정된다는 견해,²⁶⁾ 연예인에 한정된다면서 시인의 퍼블리시티권을 부정한 판결²⁷⁾ 등이 있다. 한편, 주로는 연예인의 퍼블리시티권이 문제되는데, 연예기획사에 고유의 퍼블리시티권이 인정되는지가 문제된다. 연예인 등이 가지는 고객흡인력은 상당한 비용과 노력을 들인 연예기획사에 의하여 획득된다고 말할 수 있으므로, 연예인과 독립된 지위에서 기획사에 고유의 퍼블리시티권을 인정할 수 있다는 견해²⁸⁾와 성명, 초상에 퍼블리시티권이 인정되는 것이 그러한 인격요소가 본인과 밀접한 관계에 있기 때문이라는 관점(즉 인격권적 관점)에서 보면, 연예기획사에 고유의 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다는 견해²⁹⁾가 대립한다.

양도가능성의 문제³⁰⁾와 관련하여, 하급심 판결 중에는, 연예인으로부터 퍼블리시티권을 양수한 자인 사실에 관하여 다툼이 없는 연예기획사에 관하여, 그 연예기획사가 소유, 관리하는 초상 등에서 발생한 고객흡인력을 가진 경제적 이익 내지 가치 즉 퍼블리시티권을 침해하였음을 인정하면서, 연예기획사의 제3자에 대한 손해배상청구를 긍정한 것이 있다.³¹⁾ 또 연예인과의 전속계약에 의하여 연예기획사가 가지는 초상사용권이 제3자에게 양도되어 그 허락을 받은 제3

25) 設樂隆一, “パブリシティの權利”, 著作權關係訴訟法(新・裁判實務大系22), 青林書院, 2004, 556面.

26) 竹田稔, “プライバシー侵害と民事責任(8完)”, 判例時報, N0.1362(1990), 6面.

27) 横浜地判平成4.6.4.昭和63年(ワ)第1497号, 平成1(ワ)第581号(土井晚翠 事件).

28) 花本廣志, “人格權の財産權的側面 - パブリシティ價値の保護に關する總論的考察”, 獨協法學, 1997, 246面.

29) 齊藤博, “肖像の商業的利用に關する權利”, 特許研究 No.15(1993), 23面.

30) 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고, 99나26339 판결(비달사순 판결) 등 우리나라 하급심 판례의 다수는 독립된 재산권임을 전제로 양도성을 인정하고 있다. 한편 학설은 인격권성을 강조하는 입장에서는 대체로 채권적 이용권의 설정만을 인정할 뿐 양도성을 부정하고(임동섭, 전계 논문, 138-140면), 재산권성을 강조하는 입장에서는 대체로 양도성을 긍정하는 것으로 보인다(이미선, 전계 논문, 112-113면).

31) 東京地判平成17.3.31.平15(ワ)第10744号.

자가 사진집을 판매하는 행위가 연예인의 퍼블리시티권을 침해하는 것은 아니라고 하거나,³²⁾ 프로야구선수가 구단에 대하여 그 성명, 초상의 사용허락권한 부존재확인을 구한 사안에서, 야구선수계약에 의하여 선수가 구단에게 그 성명, 초상 사용을 독점적으로 허락하였다고 한 것³³⁾ 등이 있다. 학설로는, 퍼블리시티권은 재산권으로서 양도 가능하다는 견해³⁴⁾와 인격권성을 전제로 양도할 수 없다는 견해³⁵⁾가 대립한다.

상속가능성 문제³⁶⁾와 관련하여, 퍼블리시티권은 본인의 사망으로 소멸한다는 견해(상속부정설)³⁷⁾와 본인의 사망으로 상속된다는 견해(상속긍정설),³⁸⁾ 사망한 자의 생전 퍼블리시티권을 보호하기 위하여 필요한 한도에서, 초상 등에 관한 상품화 사업의 인센티브를 보장하기 위하여, 물의 퍼블리시티(상품화사업 주로서는 사자의 초상 등이 물건에 해당한다)가 보장되는 것과 마찬가지로 법리에서, 사자의 초상 등을 이용하는 상품화 사업 주체에게 청구권을 인정하여야 한다는 견해³⁹⁾ 등이 있다.

상속 후 존속기간과 관련하여, 실정법 규정이 없기 때문에 해석론으로 사망 후 존속기간을 정하는 것이 쉽지 않지만 상속성을 인정하는 경우에는, 존속기간을 정하지 아니하면 선조의 초상, 성명에 대하여 후대 손손 상속될 수도 있어서 중요한 문제로 된다. 저작권이나 저작인접권의 존속기간 등을 참고하여 본인 사

32) 東京高判平成14.7.17.平14(ネ)第1704号.

33) 知財高判平成20.2.25.平18(ネ)第10072号.

34) 齊藤博, 전계 논문, 23面.

35) 花本廣志, 전계 논문, 250面; 田村善之, 不正競争法概説, 第2版, 有斐閣, 2003, 537面(다만, 독점적 이용 허락을 받은 자는 제3자에 대하여 손해배상을 구할 수 있다고 한다).

36) 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고, 2006가합6780 판결(이효석 사건) 등 우리나라 하급심 판결의 다수는 상속성도 인정하고 있는 한편, 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고, 94가합13831 판결(제임스딘 1 사건) 등 퍼블리시티권을 인정하면서도 상속성을 부정한 판결도 있다(이 사건 항소심인 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고, 2000나42061 판결은 독립된 재산권으로서의 퍼블리시티권 자체를 부정하고 있다). 학설은 대체로 인격권성을 강조하는 입장에서는 상속성을 부정하고(엄동섭, 전계 논문, 141면), 재산권성을 강조하는 입장에서는 상속성을 긍정하는 것으로 보인다(이미선, 전계 논문, 119-120면).

37) 花本廣志, 전계 논문, 251面. 다만 입법론으로는 10년 정도 일정 기간 상속성을 인정하는 것이 바람직하다고 한다.

38) 竹田稔, 전계 논문, 6面.

39) 田村善之, 전게서, 540面.

후 10년, 20년⁴⁰⁾ 등 특정 기간이 경과하면 소멸한다고 해석하는 견해, 본인이 사망하더라도 초상 등의 퍼블리시티 가치가 현실로 이용되고 있는 한에서는 존속한다는 견해(사용 중 존속설)⁴¹⁾ 등이 있다.

위 일본 최고재판소 판례 중 경주마 사건 판결은 명시적으로 그 성격을 언급하지는 아니하였지만, 고객흡인력의 존재를 인정하면서도 권리 내지 법적 이익으로서의 성격을 부정하고 있는데, 독립한 재산권이라면 고객흡인력 내지 경제적 가치가 있는 이상 성명, 초상 등 인적요소와 물건을 구별할 실익이나 근거가 부족하다는 점을 고려할 때, 경주마 사건 판결은 인격권설을 전제로 한 것이라 생각된다. 그리고 핑크레이디 사건 판결은 별도의 법령상 근거가 없는 현재 그 법적 성격이 인격권임을 분명히 하고 있다는 점에서 그 의의가 크다 할 것이고,⁴²⁾ 이는 퍼블리시티권을 본질적으로 인격권으로 보면서도 재산적 이익을 그 일내용으로 보아 금지청구나 재산상 손해의 배상을 인정하려는 것으로서 앞서 본 독일 판례의 입장(일원론)과 기본적으로 같은 견해인 것으로 생각된다.

V. 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준

1. 문제의 소재

어떠한 경우에 퍼블리시티권 침해를 인정할 것인가의 문제이다. 연예인의 초상을 그대로 브로마이드(bromide)나 캘린더에 사용하는 것과 같은 전형적인 케이스라면, 당해 상품의 경제적 가치는 연예인의 초상이 가지는 고객흡인력에 오로지 의존하고 있다 할 것이므로, 퍼블리시티권 침해가 긍정된다는 점에 별다른 이론이 없다.

이에 대하여, 서적 출판이나 웹사이트 개설 등의 경우, 연예인의 성명이나 초상뿐만 아니라 서적의 저자에 의하여 집필된 문장 등도 경제적 가치 내지 고객

40) 小川憲, “パブリシティの權利”, ライセンス契約(ビジネス法務大系 1), 日本評論社, 2007, 263面(민법상 시효소멸을 유추적용하여 사후 20년이 타당하다고 한다).

41) 牛木理一, “パブリシティの權利の相續性 - 特にその存続期間について”, 工業所有權法研究 No.36-1(1990), 24面.

42) 判例タイムズ, No.1367(2012), 98面.

흡인력을 가지고 있다. 또한 서적 저자 등이 가지는 표현의 자유와의 조정도 필요하다. 그래서 설령 위와 같은 상품 등에 연예인의 성명이나 초상이 무단으로 사용되었다 하더라도 바로 퍼블리시티권 침해로 긍정할 수는 없다. 여기서 어떠한 기준으로 침해판단을 하여야 하는지가 문제되는 것이다.

2. 핑크레이디 사건 판결 이전의 하급심 판례

종래 일본 판례로는, “타인의 성명, 초상 등을 사용하는 목적, 방법 및 태양을 전체적, 객관적으로 고찰하여, 그 사용이 타인의 성명, 초상 등이 가지는 고객흡인력에 주목하여, 오로지 그 이용을 목적으로 하는 것인지 여부에 의하여 판단하여야 한다.”는 기준(‘오로지 기준설’)이 다수였다.⁴³⁾ 그러나 이후 다른 견해들이 등장한다.⁴⁴⁾

첫째, 종합고려설이 있다.⁴⁵⁾ 파친코機(파친코기) 사건 판결에서는, “권리 침해의 성부 및 그 구제방법을 검토함에 있어서는, 인격권의 지배권적 성격을 과도하여서는 아니되고, 표현의 자유 또는 경제활동의 자유 등의 대립이익도 고려한 개별적 이익형량이 반드시 필요하고, 사용된 개인의 동일성에 관한 정보의 내용, 성질, 사용목적, 사용태양, 이에 의하여 개인에게 유발되는 손해 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시한다.⁴⁶⁾

둘째, 종래보다 유연하게 침해를 긍정하는 듯한 ‘상업적 이용기준설’이 있다.⁴⁷⁾ ブブカスペシャル7(부부카스페셜 7) 사건 항소심은, “저명한 연예인이 가

43) 東京地判平成12.2.29.平10(ワ)第5887号(中田英壽の詩 사건), 東京高判平成11.2.24.平10(行ケ)第222号(キン グクリムゾン 사건의 항소심).

44) 이론의 상이함에도 불구하고, 다른 견해들 또한 실제 적용에서는 종래 재판례 즉 ‘오로지 기준설’과 같은 기준으로 판단하는 것처럼 보인다는 견해로는, 上野達弘, “芸能人の氏名・肖像の法的保護”, 別冊NBL No.136, 商事法務, 2010, 61면 참조.

45) 東京裁判平成17.6.14.平16(ワ)第23950号(パチンコ機 사건).

46) 핑크레이디(ピンク レディー) 사건 항소심도 “저명인의 성명, 초상의 사용이 위법성을 가지는지 여부는, 저명인이 스스로의 성명, 초상을 배타적으로 지배하는 권리와 표현의 자유 보장 내지 사회적으로 저명한 존재에 이르는 과정에서 허용할 것으로 예정되어 있었던 부담과의 이익형량의 문제로서 상관관계적으로 취급할 필요가 있고, 그 성명, 초상을 사용하는 목적, 방법, 태양, 초상 사진 입수 방법, 저명인의 속성, 그 저명성의 정도, 당해 저명인 스스로의 성명, 초상에 대한 사용, 관리 태양 등을 종합적으로 관찰하여 판단하여야 한다.”고 판시하는바, 종합고려설로 분류할 수 있을 것이다.

47) 東京高判平成18.4.26.平16(ネ)第4076号(ブブカスペシャル7 사건 항소심).

지는 퍼블리시티권에 대하여, 제3자가 당해 연예인의 동의 없이 무단으로, 고객 흡인력을 가진 초상 등을 상업적인 방법으로 이용하는 경우에는, 당해 연예인에 대한 불법행위를 구성하므로, 당해 무단이용자는 그 퍼블리시티권 침해라는 불법행위에 의한 손해배상의무를 부담한다고 해석함이 상당하다.”고 판시하였다. 실제, 이 항소심 판결은, 제1심판결이 퍼블리시티권 침해를 부정한 부분에 대하여도 전부 침해를 긍정하였다.

셋째, 종래보다 엄격한 기준으로 침해를 판단하는 ‘상품화 또는 광고기준설’이 있다.⁴⁸⁾ @BUBUKA사건 판결은, “저명인이 이러한 정보발신이 위법하다면서 손해배상을 청구(경우에 따라 금지청구)할 수 있는 것은, 저명인에 관한 초상, 성명 기타 정보 이용이라는 사실 외에, 정보발신행위가 명예훼손, 모욕, 부당한 프라이버시 침해 등 민법 709조가 정하는 불법행위상의 위법행위에 해당하는 경우, 저명인의 캐릭터를 상품화하거나 광고에 이용하는 등 저명인의 소위 인격권을 침해하는 경우를 비롯한 어떠한 부가적 요소가 필요하다고 하여야 한다.”고 판시한다. 이 사건에서는 실제로 퍼블리시티권 침해가 부정되었다.

3. 핑크레이디 사건 판결의 의의와 침해가 문제되는 구체적인 사례에 대한 적용

핑크레이디 사건 판결은 위와 같이 퍼블리시티권 침해 판단 기준이 갈리는 가운데 종래의 다수견해였던 ‘오로지 기준설’을 채택하여 실무 운영상 통일을 가져왔을 뿐만 아니라, 오로지 기준설을 적용할 경우 퍼블리시티권 침해가 인정되는 유형을 3가지로 제시하였다는 점에 그 의의가 크다.

한편 퍼블리시티권 침해가 문제되는 대표적인 사례를 들면, 서적출판, 사진주간지(잡지), 게임, 인터넷 팬사이트 등이 있다.⁴⁹⁾

첫째, 서적출판의 경우, 어느 연예인을 다룬 서적 등이 연예인 등의 성명이나 초상을 게재한 경우에는, 퍼블리시티권을 보호할 요청이 있는 한편, 저자가 가

48) 東京裁判平成17.8.31.平16(ワ)第7252, 25166号(@BUBUKA 사건). 학설로는, 田村善之, “パブリシティ権侵害の要件論考察”, 法律時報, 84卷4号(2012), 日本評論社, 4면이 같은 견해이다.

49) 上野達弘, 전거 논문, 160~161면.

지는 표현의 자유 또는 언론, 보도의 자유 확보라는 요청도 있다. 그래서 바로 퍼블리시티권 침해를 긍정할 수 없는 경우가 적지 않다. 실제, 서적출판에 관한 종래 판례는 결론적으로 퍼블리시티권 침해를 부정하는 것이 일반적이었다.⁵⁰⁾

둘째, 주간지(잡지)에 연예인의 성명, 초상이 게재된 경우도 연예인의 퍼블리시티권 보장이 문제된다. 원래 주간지라는 것은, 그 성질상 어떠한 의견 표현의 자유를 목적으로 하기보다는 상업 목적이라는 요청이 상대적으로 강하므로 사진주간지에 관하여는 퍼블리시티권 침해를 긍정하는 판결이 있었다.⁵¹⁾ 핑크레이디 사건 판결도 사진주간지에 속한다 할 수 있는데, 기사 내용이 다이어트법을 해설하는 것으로서 사진과는 독자적인 보호가치 있는 것이고, 사진이 흑백 사진이며 크기가 작았을 뿐만 아니라, 전체 주간지 전체에서 차지하는 비중도 적다는 점에서 퍼블리시티권 침해를 부정하는 결론에 이른 것이다.

셋째, 게임이다. 어느 연예인의 성명, 초상이 크게 사용되는 경우는 퍼블리시티권 침해로 될 여지가 있지만, 그 정도가 낮은 경우에도 침해가 긍정된다면 끝이 없다. 실제 パチンコ機(파친코기) 사건에서, 파친코의 중앙액정화면에 예고 연출의 일종으로 이용된 화상 내지 인물화가 원고와 유사하다고 주장되지만, 판결에서는 인물화가 등장하는 빈도가 극히 적다는 이유로 퍼블리시티권 침해를 부정한 바 있다.

넷째, 인터넷 팬사이트이다. 예컨대, 이벤트에 출연중인 가수를 스스로 사진 촬영하여 이를 인터넷에 게재하여 팬사이트를 개설하는 행위가 퍼블리시티권 침해로 되는지가 문제된다. 개인 웹사이트는 서적출판과는 달리, 광고가 게재되는 등의 사정이 없는 한 영리성이 없다는 점에서는 퍼블리시티권 침해를 인정하기 어렵다. 그러나 팬사이트는 단순히 당해 연예인에 관한 정보를 전달하는 것을 목적으로 하는 것이 많으므로 팬사이트 개설자가 가지는 표현의 자유를 확보하여야 할 필요가 상대적으로 높지 아니하고, 웹사이트라는 것은 서적 이상으로

50) 東京高判平成11,2,24,平10(行ケ)第222号(キングクリムゾン 사건)의 항소심, 東京地判平成12,2,29,平10(ワ)第5887号(中田英壽의詩 사건).

51) 예컨대, 東京高判平成18,4,26,平16(ネ)第4076号(ブブカスペシャル7 사건 항소심)는 제1심에서 침해가 긍정된 부분(제1심은 객관적인 퍼블리시티권 침해를 인정하면서도 피고에게는 위법성 인식가능성이 없었다고 하여 결론적으로 원고의 청구를 기각하고 있다) 이외에 침해가 부정된 부분에 대하여도 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.

광범위하게 열람, 전파되는 것이므로 권리자측이 입는 불이익의 정도가 상대적으로 크다는 점을 중시하면 퍼블리시티권 침해를 긍정할 소지도 있다.⁵²⁾

Ⅵ. 퍼블리시티권의 객체-물의 퍼블리시티권

1. 퍼블리시티권의 객체

소위 ‘인격요소’ 이외의 것도 퍼블리시티권의 객체로 될 수 있는지가 문제된다. 먼저, 퍼블리시티권의 대상은 성명, 초상, 음성, 체형 등 인격요소에 한정된다는 견해가 있다.⁵³⁾ 다음으로, 퍼블리시티권의 대상을 인격요소로 제한하지 아니하는 견해도 있다.⁵⁴⁾ 실제 종래 하급심 판결 중에서는, 퍼블리시티권의 대상을 ‘저명인이 획득한 명성 등으로부터 생긴 고객흡인력 있는 경제적 가치’라고 하면서, 성명, 초상 등이 이용되지 아니한 레코드의 재킷 사진도 경우에 따라 퍼블리시티권의 대상이 될 수 있다고 한 것이 있다.⁵⁵⁾ 한편 소유권과 관련하여서는, 소유권은 어디까지나 유체물을 대상으로 한 것이므로, 물건의 영상이라는 무체물에 소유권이 미치지 않는다는 판결⁵⁶⁾과 타인 소유물에 대한 영상을 상업적, 광고적으로 이용한 행위가 소유권 침해로 될 가능성을 인정한 것으로 해석한 판결⁵⁷⁾이 나뉜다.⁵⁸⁾

2. 경주마 사건 판결의 의의

경주마 사건 최고재판소 판결은 위와 같이 하급심 판례, 학설이 대립한 가운데

52) 上野達弘, 전계 논문, 161면.

53) 花本廣志, 전계 논문, 241면; 小川, 전계 논문, 271면.

54) 伊藤眞, “物のパブリシティ権”, 知的財産おめぐる諸問題, 發明協會, 1996, 507면; 澁谷達紀, “顧客吸引力の保護”, 知財年報2006, 商事法務, 2007, 177면.

55) 東京地判平成10.1.21.平8(ワ)第11327号(キングクリムゾン 사건).

56) 最二判昭和59.1.20.昭58(オ)第171号(顔眞卿自書建中告身帖 사건).

57) 神戸地判所伊丹支部平成3.11.28.平1(ワ)第265号.

58) 미국의 restatement §46도 물건에 관한 퍼블리시티권을 인정하지 아니한다.

데, 인적요소가 아닌 물건에 관하여는 퍼블리시티권이 인정되지 아니함을 명확히 함으로써 실무상의 혼란을 정리하였다는 점에서 그 의의가 크다.

이 문제는 퍼블리시티권의 법적 성격을 인격권으로 볼 것인가, 재산권으로 볼 것인가의 문제이기도 하지만, 일반 불법행위법상 위법성 판단기준으로서 법령상 보호되는 권리 내지 이익의 침해로 한정할 것인가, 설령 실정법에 보호되는 권리나 이익이 아니라 하더라도, 고객흡인력이 있는 즉 경제적 가치 있는 이익을 법적으로 보호할 가치가 있는 이익으로 보고 이러한 이익 침해에 관하여도 불법행위법상 위법성을 인정할 것인가의 문제이기도 하다. 이와 관련하여, 우리나라 판례⁵⁹⁾는 일본의 판례 경향⁶⁰⁾과 달리 불법행위법상 위법성의 범위를 확장해서 유연하게 인정하는 경향이 있다.⁶¹⁾

VII. 결론-일본 최고재판소 판결들의 의의와 그 시사점

일본 최고재판소가 퍼블리시티권에 관하여 선고한 두 사건 즉 핑크레이디 사건과 경주마 사건에서 판시한 내용과 그 시사점을 요약하면 크게 세 가지이다.

첫째, 퍼블리시티권의 법적 성격을 인격권으로 판단하였다는 것이다. 이는 퍼블리시티권을 독립한 재산권으로서 취급할 만한 법령상 근거가 없는 현 시점에서 타당한 결론이 아닌가 한다. 또한 미국과 달리 프라이버시권 이외에도 일반적 인격권이 인정되고 있어 합리적인 결과를 도출할 수 있는 점, 그 주체와 분리할 경우 여러 가지 위험성도 있는 점도 위의 결론을 지지하는 근거가 될 것이다. 한편, 인격권으로 보는 이상, 귀속 주체를 반드시 연예인이나 유명인으로 한정할 수는 없고(다만 일반인의 경우 재산적 손해에 대한 입증이 용이하지는 아니할 것이다), 명문 규정 없이 양도나 상속을 인정하기는 어려울 것이다.⁶²⁾

59) 대법원 2010. 8. 25. 선고, 2008마1541 판결; 대법원 2012. 3. 29. 선고, 2010다20044 판결 등.

60) 경주마 사건 최고재판소 판결은 大判大正37.4大正3(㉑)第233号, 最一判平成23.12.8.平21(受)第602, 603号와 그 궤를 같이 하는데, 불법행위법상 위법성을 '법령상 보호되는 권리 내지 이익의 침해'로 제한적으로 해석한다.

61) 임상민, "지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부", 저스티스, 132호(2012), 146-167면.

62) 독일의 경우, 인격권설을 취함에도 불구하고 초상권의 재산권적 요소와 관련하여 사후 10년의 존속기간

둘째, 퍼블리시티권 침해 판단 기준으로서 ‘오로지 기준설’을 채택하면서 유형을 3가지로 나누고 있다. 이는 표현의 자유, 언론·출판의 자유라는 또 다른 헌법상 기본권과의 조화를 어느 선에서 유지할 것인가에 관한 문제이다. 우리나라의 판례나 학설의 경우, 이 기준에 관한 논의가 그다지 축적되어 있지는 않다고 생각되는바, 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다. 향후 미국, 독일 등 외국판례와의 비교, 검토 및 그 유형에 대한 더 구체적인 고찰이 필요한 부분이라고 생각한다.

셋째, 고객흡인력이 있음에도 불구하고 인적요소가 아닌 물건에 대하여는 그 소유자의 퍼블리시티권을 부정하였다. 이 또한 퍼블리시티권의 본질을 인격권으로 이해하는 것을 전제하고 있고, 법령상의 근거 없이 민법상 불법행위책임의 성립을 인정하는데 엄격하였던 기존의 입장을 재확인한 것이다. 우리나라의 경우 일본보다 유연하게 법령상 근거 없이 불법행위책임을 인정하는 경향이 있는데, 지적재산법은 일정한 자에게 일정한 요건을 구비한 경우 일정한 법률효과를 부여하는 이외에는 지적성과물을 공공재로 하여 만인이 자유로이 사용할 수 있도록 함으로써 지적성과를 낸 자와 소비자 내지 수요자의 이익 균형을 추구하고, 산업 및 문화의 발달을 추구한다는 점에서, 우리나라 판례의 위와 같은 경향에 관하여는 비판적 측면에서 깊이 있는 고찰이 필요하다 할 것이다.

을 인정하고 있어 별도의 명문 규정 없이도 일정기간 상속할 수 있는 것으로 해석하는 듯한 외관이 있어 문제된다(독일에서는 양도와 관련하여서는 채권적 사용권의 설정만 인정된다). 그런데 독일은 1965년 현행 저작권법을 입법화할 당시, 기존의 ‘1907년 1월 9일의 조형미술 및 사진 저작물의 저작권에 관한 법률’ 중 초상의 보호와 무관한 부분만 폐지하고, 초상의 보호에 관계된 부분은 초상저작권과의 사후 이해관계 조정을 위하여 존속되었으며, 그 결과 ‘1907년 1월 9일의 조형미술 및 사진 저작물의 저작권에 관한 법률’ 제22조 규정에 의하여 초상본인의 사후 10년간 자기초상권이 존속하는 실정법적 근거가 현재에도 남아있는 것이다(本山雅弘, 전제 논문, 165面).

참고문헌

- 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 법학논총, 제17권 13호(2010).
- 권태상, “인격권 관점에서 본 퍼블리시티권”, 민사법학, 제59호(2012).
- 구제균, “퍼블리시티권에 관한 연구—국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집, 제30집(2008).
- 김윤명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권, 제33호(2010).
- 나윤수·박홍진, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구, 제24집(2006), 한국법학회.
- 박준석, “퍼블리시티권의 법적성격—저작권과 상표 관련 권리 중 무엇에 더 가까운가”, 산업재산권, 제30호(2009).
- 안병하, “인격권의 재산권적 성격”, 민사법학, 제45권 제1호(2009), 한국민사법학회.
- 엄동섭, “한국에서의 퍼블리시티권 논의: 법적 성격을 중심으로”, 민사법학, 제57호(2011), 한국민사법학회.
- 이미선, “퍼블리시티권(The Right of Publicity)에 관한 고찰—그 범위와 한계 및 입법화 방안과 관련하여”, Law & technology, 제6권 제2호(2010).
- 이한주, “경주마(競走馬)의 퍼블리시티권”, 실무연구, IV(2005), 서울지방법원남부지원.
- 이호선, “퍼블리시티권(신원 공표권)의 성격에 관한 연구”, 법학연구, 제19권 제3호(2009), 국민대학교 법학연구원.
- 이해완, 저작권법, 제2판, 박영사, 2007.
- 임상민, “지적재산법상 보호되지 아니하는 지적성과물에 대한 무단 이용과 일반불법행위의 성부”, 저스티스, 132호(2012).
- 정진근, “퍼블리시티권의 공정거래법에 의한 제한”. 계간저작권, 제21권 제1호(2008).
- 최민수, “저작권법 일부개정법률안 검토보고서, 국회문화체육방송통신위원회, 2010,
- 한위수, “퍼블리시티권—성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리—의 침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제, 제9권(1997).

- 田村善之, 不正競争法概説, 第2版, 有斐閣, 2003.
- _____, “パブリシティ権侵害の要件論考察”, 法律時評, 84巻4号(2012), 日本評論社, 2012.
- 澁谷達紀, “顧客吸引力の保護”, 知財年報2006, 商事法務, 2007.
- 設樂隆一, “パブリシティの權利”, 著作権關係訴訟法〈新・裁判實務大系22〉, 青林書院, 2004.
- 竹田稔, “プライバシー権侵害と民事責任(8完)”, 判例時報, NO.1362(1990).
- 花本廣志, “人格權の財産權的側面 - パブリシティ價値の保護に關する總論的考察”, 獨協法會, 1997.
- 齊藤博, “肖像の商業的利用に關する權利”, 特許研究, No.15(1993).
- 小川憲, “パブリシティの權利”, ライセンス契約(ビジネス法務大系1), 日本評論社, 2007.
- 牛木理一, “パブリシティの權利の相續性 - 特にその存續期間について”, 工業所有權法研究, No. 36-1(1990).
- 伊藤眞, “物のパブリシティ權”, 知的財産おめぐる諸問題, 發明協會, 1996.
- 本山雅弘, “肖像の財産價値の保護とドイツ法の展開”, 別冊NBL No.136, 商事法務, 2010.
- 上野達弘, “芸能人の氏名・肖像の法的保護”, 別冊NBL No.136, 商事法務, 2010.
- 判例タイムズ, No.1367(2012).
- Götting/Götting, Schertz, Seitz, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008.
- J. Thomas McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy Volume 1*, Second Edition, Thomson/West, 2008.

The Trend on Publicity Right in Japan

SangMin Lim*

Abstract

Publicity right can be described as the right of every human being to use one's identity such as name or likeness in a commercial way in order to gain economic benefits. There are many issues over the requirements and effects of publicity right.

Lots of theories and decisions over publicity right have been accumulated in Korea. However, there are neither grounds in statutes nor a decision issued by the Korean Supreme Court, and there is no unified standards in actual practice.

In Japan where the judicial system is similar to Korea, the Japanese Supreme Court has recently rendered two judgments over publicity right in the "Racehorse" case and "Pink-Lady" case.

The points of the two Japanese Supreme Court judgments are as follows :

First, the legal character of publicity right was found to not an independent property right but a type of personal right.

Second, as the standard of judgment for infringement against publicity right, the Court adopted 'attracting customers only standard' for the sake of keeping balance with the other constitutionally protected right of freedom of expression(freedom of speech and the press).

Third, despite attracting customers, the Court denied publicity right over property because it is not of human elements.

The interpretations of the Supreme Court in Japan over publicity right may be useful references in Korea in terms of the legal character and the object of publicity right and interpreting the standard of judgment for infringement against publicity right.

Keywords

publicity right, personal right, property right, identity, freedom of expression, attracting customers, etc.