

퍼블리시티권 침해 판단기준

임 상 민*

목 차

- | | |
|--|-----------------------------------|
| I. 서론 | 4. 광고 이외의 방법에 의한 상품 부착 |
| II. 각국의 동향 | 5. 독립적 상품 |
| 1. 미국 - restatement §46, §47 및 각 주의 실정법 규정 | 6. 게임 |
| 2. 독일 - 1907년 미술저작권법 | IV. 결론 - 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준 |
| 3. 일본 - 팅크레이디 사건 이전 종래의 하급심 판례 및 학설의 대립 | 1. 표현의 자유 내지 국민의 알 권리에 의한 제한의 필요성 |
| III. 각국 사례의 유형별 고찰 | 2. 구체적인 판단기준 |
| 1. 만화나 소설 등 문학작품 | |
| 2. 시사 잡지 | |
| 3. 상품광고 | |

먼저 이 글의 부족한 부분을 보충하고, 필자가 생각하지 못하였던 관점을 제공해 주신 심사위원 3분에게 감사의 말씀을 드리고자 합니다.

* 부산지방법원 판사.

초록

퍼블리시티권이란, 사람의 초상, 성명 등 그 사람의 정체성을 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리라고 말할 수 있다. 그러나 타인의 정체성을 상업적으로 이용하는 모든 경우에 퍼블리시티권 침해가 인정되는 것은 아니다. 타인의 정체성을 이용하는 행위를 보호하여야 할 필요성도 있다. 헌법상 표현의 자유가 보장되어야 한다. 또한 국민의 알 권리를 보호하기 위해서는 타인의 정체성을 공개할 필요가 있다. 이러한 이유로 미국, 독일, 일본, 우리나라 모두 퍼블리시티권에 일정한 제한을 가하고 있다.

이 논문에서는 각국의 판례에서 퍼블리시티권이 어떠한 경우에 인정되고 또 어떠한 경우에 부정되는지를 살펴보았다. 그럼으로써 퍼블리시티권 침해를 인정하는 구체적 판단기준이 무엇인지를 도출하고자 시도하였다.

요컨대, 사람의 정체성 요소를 상업적으로 이용하더라도 항상 퍼블리시티권 침해로 되는 것은 아니다. 표현의 자유 내지 국민의 알 권리에 이바지하는 목적이 주된 것이라면 퍼블리시티권 침해를 부정할 것이고, 반면에 유일한 목적 내지 주된 목적이 영리 목적이고 공적 요소가 희박한 경우에는 퍼블리시티권 침해를 인정할 것이다. 그리고 그 기준을 매체 유형별로 고찰하는 것이 실무적으로 도움이 될 것이므로 이 글에서도 매체 유형별 분석을 시도하였다.

우리나라에서는 퍼블리시티권에 관하여 많은 논문이 존재하지만, 퍼블리시티권의 침해 기준 즉, 퍼블리시티권과 표현의 자유 내지 국민의 알 권리 사이의 한계에 관한 선행자료는 그다지 많지 않다. 이 논문이 향후 이러한 논의에 작은 보탬이 되기를 희망한다.

주제어

퍼블리시티권, 표현의 자유, 알 권리, 정체성, 상업적 이용, 침해 판단기준

I. 서론

퍼블리시티권이란 사람의 초상, 성명 등 그 사람의 정체성을 상업적으로 이용하여 경제적 이익을 얻을 수 있는 권리¹⁾ 또는 사람이 자신의 정체성을 상업적으로 이용하는 것을 통제하는 권리²⁾라고 말할 수 있다. 퍼블리시티권은 실정법적 근거가 없음에도 불구하고 많은 하급심 판결에서 금지청구 내지 손해배상청구의 청구원인으로 인정되어 왔고 여러 가지 측면에서 많은 논의가 있어 왔다. 예컨대 퍼블리시티권을 초상권 등 인격권과 별도의 독립된 재산권으로 인정할 수 있는지,³⁾ 그 침해에 대하여 정신적 손해 이외에 재산상 손해배상도 인정할 것인지, 반대로 재산상 손해에 더하여 정신적 손해까지 인정할 수 있는지, 재산상 손해배상을 인정할 수 있다면 그 손해배상의 범위는 어떠한지, 양도 및 상속성을 인정할 수 있는지, 상속된다 할 경우 보호기간을 어떻게 설정할 것인지, 유명인으로 보호 주체를 제한할 것인지, 물건에 대하여도 퍼블리시티권을 인정할 수 있는지⁴⁾ 등을 들 수 있을 것이다.

그러나 어떤 경우에 퍼블리시티권 침해로 인정되는지, 즉 타인의 정체성을 상업적으로 이용하는 일체의 행위가 퍼블리시티권 침해로 위법한지 아니면 다른 헌법상 기본권과의 조화라는 관점에서 비록 타인의 정체성을 상업적으로 이용하더라도 일정한 경우에 한정적으로 퍼블리시티권 침해가 인정되는 것인지,

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

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

3) 우리 대법원이 이 문제에 관하여 정면으로 판시한 것은 없다. 그러나, 초상권 침해가 문제된 사례에서, “사람은 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림 묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리를 가지는데, 이러한 초상권은 우리 헌법 제10조 제1문에 의하여 헌법적으로 보장되는 권리이다.”고 판시한 판결이 있는데(대법원 2006. 10. 13. 선고, 2004다16280 판결), 위 판결은 초상권이란 인격권의 하나의 내용으로 ‘영리적·상업적 이용권’을 포섭시키고 있다는 점에서 퍼블리시티권의 법적 성격에 관하여 인격권설에 입각해 있는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

4) 일본의 최고재판소는 물건에 대한 퍼블리시티권의 성립을 부정하고 있는데(임상민, “퍼블리시티권에 관한 일본의 동향”, 지식재산연구, 제7권 제4호(2012), 194-195면.), 이는 법령 등의 근거 없이 민법상 일반불법행위의 성립을 부정하는 최고재판소 판결들의 일관적인 흐름에 따른 것이다.

만일 제한한다면 그 구체적 기준은 어떠한지에 대하여는 퍼블리시티권에 관한 많은 논의에도 불구하고 그다지 선행 자료나 판례가 축적되어 있지는 아니한 것으로 생각된다.⁵⁾ 한편, 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 인정하든지 아니면 초상권 내지 일반적 인격권의 한 측면으로 해석하든지 간에⁶⁾ 그 위법성 판단기준은 실무상 대단히 중요한 부분이라 아니할 수 없다.

그래서 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준을 구체적으로 실시한 우리나라 대법원 판결이 없는 현 상황에서, 이에 관한 논의가 선행되어 온 미국, 독일, 일본의 동향을 먼저 살펴보고자 한다.

다음으로, 퍼블리시티권 침해가 문제되는 사례를 매체 유형별로 나누어서, 각 유형에 대하여 미국, 독일, 일본의 판례와 우리나라 하급심 판결들을 비교, 검토해 봄으로써, 퍼블리시티권 침해에 관한 구체적인 판단기준을 나름대로 정립하고, 우리나라 하급심 판결들의 타당성 여부도 함께 고찰해 보고자 한다.

5) 선행자료에는 박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 ‘상업적 이용’의 판단기준”, 비교사법, 제13권 제2호(2006); 박준우, “퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구”, 서강법학연구, 제10권 제1호(2008), 서강대학교 법학연구소 등을 들 수 있다.

6) 인격권설로는, 이혜완, 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. 퍼블리시티권의 본질에 관한 논의는 이 논문의 주제와 직접 관련이 없으므로 상론을 생략한다. 다만, 퍼블리시티권의 본질에 관한 논의는 퍼블리시티권에 관한 모든 논의의 시발점이란 점에서 필자의 견해를 간략히 제시한다면, ① 우리 헌법은 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 함으로써 재산권 제한적 법률유보원칙이 아니라 재산권 형성적 법률유보원칙을 규정하는 한편(헌법 제23조 후문), 퍼블리시티권을 독립한 재산권으로 볼 수 있는 근거 법률이 없는 점, ② 미국의 경우 일반적 인격권을 인정하고 있지 아니하나, 우리나라는 독일과 같이 헌법상 일반적 인격권을 보장하고 있어, 미국과 같이 퍼블리시티권을 (프라이버시권과는) 별개의 독립적 재산권으로 보장하여야만 할 동기가 약한 점, ③ 인격권과 별개로 양도, 상속될 경우, 인적 요소가 관련된 인격권자의 이익을 해하게 될 가능성도 배제할 수 없는 점, ④ 인격권으로 구성하더라도 재산적 이익의 침해를 금지하거나 침해에 대한 손해배상청구를 인정할 수 있는 점(독일 판례의 입장이다) 등을 함께 고려해 보면, 독일의 일원설과 같이 인격권의 일부로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. 그러나 입법론으로 논의의 여지는 있을 것이다.

II. 각국의 동향

1. 미국 - restatement §46⁷⁾, §47⁸⁾ 및 각 주의 실정법 규정

퍼블리시티권 침해 판단기준에 관하여 restatement §46은 상업 목적으로 사용된 경우에 퍼블리시티권 침해를 인정하고 있고, §47은 상업 목적으로 사용된 경우의 의미에 관하여, ① 사용자의 상품이나 서비스의 광고에 사용된 경우, ② 사용자에게 의하여 판매된 상품에 표시된 경우 또는 ③ 사용자에게 의한 서비스와 함께 제공된 경우를 규정한다.

한편, 각 주의 실정법 규정을 보면, 퍼블리시티권 침해 판단기준을 포괄적으로 규정하는 경우와 구체적으로 규정하는 경우로 나눌 수 있다.⁹⁾

포괄적으로 규정하는 사례로는, ‘상업적 이용’을 기준으로 설정하는 켄터키주¹⁰⁾나 ‘광고 목적 또는 상업 목적’을 기준으로 설정하는 뉴욕 주¹¹⁾ 등을 들 수

7) §46. Appropriation Of The Commercial Value Of A Person's Identity: The Right Of Publicity

One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in §48 and 49.

8) §47. Use For Purposes Of Trade

The name, likeness, and other indicia of a person's identity are used "for purposes of trade" under the rule stated in §46 if they are used in advertising the user's goods or services, or are placed on merchandise marketed by the user, or are used in connection with services rendered by the user. However, use "for purposes of trade" does not ordinarily include the use of a person's identity in news reporting, commentary, entertainment, works of fiction or nonfiction, or in advertising that is incidental to such uses.

9) <<http://rightofpublicity.com/statutes>>, 검색일: 2013. 10. 26.

10) KRS §391.170 Commercial rights to use of names and likenesses of public figures.

(1) The General Assembly recognizes that a person has property rights in his name and likeness which are entitled to protection from commercial exploitation. The General Assembly further recognizes that although the traditional right of privacy terminates upon death of the person asserting it, the right of publicity, which is a right of protection from appropriation of some element of an individual's personality for commercial exploitation, does not terminate upon death.

(2) The name or likeness of a person who is a public figure shall not be used for commercial profit for a period of fifty (50) years from the date of his death without the written consent of the executor or administrator of his estate.

11) New York Civil Right Law §51.

있다.

구체적으로 규정하는 사례로는, 오하이오 주와 같이 ① 장소, 제품, 상품, 물품, 서비스 기타 이 장에서 명시적으로 예외로 정하지 아니한 상업적 활동과 관계있는 형태의 사용, ② 제품, 상품, 물품, 서비스 또는 기타 이 장에서 명시적으로 예외로 정하지 아니한 상업적 활동의 구입을 선전 또는 권유하기 위한 사용, ③ 어느 장소로의 여행을 촉진할 목적, ④ 기금 모집 목적의 사용을 상업 목적이라고 구체적으로 정의하는 사례,¹²⁾ 캘리포니아 주와 같이 제품, 상품, 물품 등에서 타인의 정체성 요소를 이용하거나, 제품, 상품, 물품 또는 서비스의 판매, 광고, 구입 권유 목적으로 타인의 정체성 요소를 이용하는 경우로 규정하는 사례¹³⁾ 등이 있다.

그런데 퍼블리시티권 침해로 되는 상업적 사용의 개념은 그 범위가 넓다. 미국에서는 이로 인하여 헌법상 기본권인 표현의 자유와의 충돌을 어떻게 해결할 것인지를 주목한다. 예컨대, 신문이나 잡지, 텔레비전 프로그램 등이 연예인 기

Action for injunction and for damages. Any person whose name, portrait or picture is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm or corporation so using his name, portrait or picture, to prevent and restrain the use thereof; and may also sue and recover damages for any injuries sustained by reason of such use and if the defendant shall have knowingly used such person's name, portrait or picture in such manner as is forbidden or declared to be unlawful by section fifty of this article, the jury, in its discretion, may award exemplary damages.

12) OHST §2741.01. DEFINITIONS

As used in this chapter:

B) "Commercial purpose" means the use of or reference to an aspect of an individual's persona in any of the following manners:

- (1) On or in connection with a place, product, merchandise, goods, services, or other commercial activities not expressly exempted under this chapter;
- (2) For advertising or soliciting the purchase of products, merchandise, goods, services, or other commercial activities not expressly exempted under this chapter;
- (3) For the purpose of promoting travel to a place;
- (4) For the purpose of fundraising.

13) CA CIVIL §3344.1

(a)(1) Any person who uses a deceased personality's name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person or persons specified in subdivision...

타 유명인의 이름이나 사진을 당해 유명인에 관한 뉴스나 기사를 게재하는 과정에서 사용한 경우에 그것이 상업적인 사용이라는 이유로 퍼블리시티권 침해에 해당한다고 하면, 유명인에 관해서는 그의 허락이 없는 한 일체 보도 등을 할 수 없게 된다. 이것이 표현의 자유를 크게 해하는 것은 명백하다.¹⁴⁾

그래서 일반적으로, “사람의 정체성을 뉴스 보도, 비평, 연예, 픽션이나 논픽션 작품에서 사용하는 것 또는 그러한 사용에 부수하는(incidental) 광고에서 사용하는 것은 통상 상업 목적의 사용에 포함되지 아니한다.”고 해석하여 표현의 자유와의 조화를 꾀한다(restatement §47 후문). 그러나 표현의 자유를 주장하면 일체의 퍼블리시티권침해에 대한 책임을 면하게 된다면 퍼블리시티권 자체가 내용물이 없는 것으로 되고 만다.¹⁵⁾ restatement가 ‘통상(ordinarily)’ 이라고 굳이 한정한 것도 이러한 의미일 것이다.¹⁶⁾ 한 가지 유의할 점은, 미국에서는 주지하다시피 언론, 출판의 자유에 대하여 거의 절대적인 보호가 주어지고 있는데다가, 1976년 Virginia Board 사건¹⁷⁾에서, 상업적 언론은 언론, 출판의 자유를 규정한 수정헌법 제1조의 보호대상이 아니라는 ‘상업적 언론의 원칙’이 폐기됨으로써, 그만큼 퍼블리시티권 제약 가능성이 넓어졌다.

한편, 미국 법원은 퍼블리시티권 침해 판단기준으로 일반적으로 ① 실질적 악의 기준(actual malice test), ② 변형 기준(transformative test), ③ 예술적 관련성 기준(artistc relevance test), ④ 주된 목적 기준(predominant purpose test) 등 4가지를 고려하여 판단한다고 한다.¹⁸⁾ 그리고, 최근에는 수정헌법 제1조와의 관계에서 다음의 4가지 요소의 관점에서 퍼블리시티권 침해기준을 검토

14) 奥嶋陽司, “米国におけるパブリシティ権”, 商事法務, 別冊NBL No.136(2010), 187面.

15) zachini 사건에서 미 연방대법원이 강조한 것도 이 점과 관련될 것이다. 이 사건에서, 오하이오 주 대법원은, zachini의 공연(performance)에 대하여 그가 퍼블리시티권을 가진다고 인정하면서도 연방헌법상의 표현의 자유는 당해 공연을 허락 없이 방송하는 것을 허용할 것을 요구하고 있다고 해석하였다. 이에 대하여 연방대법원은 연방헌법상 그러한 것을 요구할 수 없다고 판단하였는데, 결국 표현의 자유와 퍼블리시티권의 균형을 정한 것에 다름 아니다.

16) 奥嶋陽司, 전거서, 188面.

17) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748(1976).

18) Andrew Koo, “Right of Publicity: The Right of Publicity Fair Use Doctrine – Adopting a Better Standard”, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Vol.4(2006), pp.11-16.

하는 견해도 유력하다.¹⁹⁾ 첫째, 타인 정체성 요소의 사용이 타인의 이미지 등 정체성 요소를 떠올리는가?²⁰⁾ 둘째, 그 사용이 타인의 공적인 정체성과 관련 있는가?²¹⁾ 셋째, 그 사용이 위장된 광고인가?²²⁾ 넷째, 이용자의 메시지를 전하는데 적절한 대체수단이 있는가?²³⁾

또, 퍼블리시티권 침해 판단 문제에 저작권법상의 공정이용(fair use) 법리를 적용하는 견해도 있다.²⁴⁾

2. 독일 - 1907년 미술저작권법

1) 초상보호에 관한 기본원칙 - 1907년 미술저작권법 제22조

독일에서는 1965년에 현행 저작권법의 모태가 되는 저작권 및 인접보호권에 관한 법률²⁵⁾을 입법할 당시, 동법 제141조 제5호가 종전 구 저작권법의 폐지에 관하여 “1907년 1월 9일의 조형미술 및 사진 저작물의 저작권에 관한 법률²⁶⁾ 중 초상 보호와 무관한 부분”이 현행법 시행과 동시에 폐지된다고 규정하였다. 이 규정을 근거로, 구 저작권법에 해당하는 1907년 미술저작권법 중 그 폐지대상에서 제외되어 현재까지 존속하게 된 것이 ‘초상의 보호’에 관련한 제도이다.²⁷⁾ 즉, 1907년 미술저작권법 제22조²⁸⁾는 초상 본인의 동의 없이는 초상을 배포하

19) Jason K. Levine, “Can the Right of Publicity Afford Free Speech? A New Right of Publicity Test for First Amendment Cases”, *University of Memphis Law Review*, Vol.36(2006), pp.200-216.

20) Does the use evoke the image or persona of the plaintiff?

21) Is the use related to the plaintiff's public persona?

22) Is the use an advertisement in disguise?

23) Are alternate Means of conveying the defendant's message available?

24) Andrew Koo, *supra*, pp.18-23.

25) Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte: Urheberrechtsgesetz.

26) Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste unto Photographie:KUG.

27) <<http://data.adic.co.kr/lit/seperate/199905/M0003219/02.html>>, 검색일: 2013. 7. 9.

28) 제22조 (자기초상권) 초상은, 초상 본인의 동의를 있는 경우에 한하여, 배포하거나 공중에 전시할 수 있다. 초상 본인이 스스로 묘사시킨 것에 대하여 보수를 받은 경우에는 의심스러우면 그 동의를 있었던 것으로 본다. 초상 본인 사후에는 10년이 경과할 때까지 초상 본인의 근친자의 동의를 요한다. 이 법률에

거나 공중에 전시할 수 없다는 취지로 규정하는데 이 규정은 지금도 여전히 유효하다.

그런데, 창작적 표현물을 보호하는 저작권법에서 왜 자기 초상의 보호를 규정하는 것인가? 1907년 미술저작권법에는, 저작자와 권리와 나란히 그 표현부분에 초상을 포함하는 저작물에 관하여, 당해 초상저작물의 주문자에 관한 규정이 제18조 2항에 규정되어 있었다. 이는 초상저작물의 주문자는 별도의 합의가 없는 한 당해 저작물의 저작권에도 불구하고 당해 저작물을 복제할 수 있다는 취지의 저작권 제한규정이다. 1907년 미술저작권법이 그 법률 내에 초상 보호에 관한 규정을 둔 것은, 초상저작물의 이용을 둘러싼 규칙을 그 저작자와 주문자뿐만 아니라 초상 본인을 포함한 3자 관계에서 명문화할 필요가 있다는 것을 배경으로 한 것이었다고 한다.²⁹⁾

따라서 독일에서 초상 보호에 관한 규정 내지 초상권이 1907년 미술저작권법 내에 규정된 것이, 당해 권리가 저작권으로서의 성질을 가지고 있다는 것을 의미하지는 않는다. 오히려 미술저작권법 제22조가 정한 인격권인 초상권은 일반적 인격권의 특별한 발현형태로 해석되고 있다.³⁰⁾ 일반적 인격권이란, 1954년 독일 연방대법원³¹⁾이 기본법 제1조(인간의 존엄) 및 제2조(인격의 자유)가 보장하는 기본권으로서 그리고 독일 민법 제823조 제1항이 정하는 기타의 권리로서 승인한 것이었다. 따라서 미술저작권법상 초상권이 타당한 영역에는 일반적 인격권에 관한 일반조항에 우선하여 당해 미술저작권법 제22조 이하가 적용되는 한편, 동조 이하가 규율대상으로 하는 초상의 배포와 공중전시에 해당하지 아니하는 초상 이용, 예컨대 초상의 무단 작성 그 자체 행위에 관하여는 일반적 인격권이 적용된다.³²⁾

서 근친자란, 초상 본인의 생존 배우자 또는 파트너 및 자를 말하는 것으로, 배우자, 파트너, 자 중 아무도 생존하지 아니하는 경우에는 초상 본인의 부모를 말한다.

29) Schertz/Götting, Schertz, Seitz, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, §12, Rdn.1(本山雅弘, 전게서, 165面에서 재인용).

30) Schertz/Götting, a.a.O., §12, Rdn.2(本山雅弘, 전게서, 165面에서 재인용).

31) BGHZ 13,334, 338-Leserbrief.

32) Schertz/Götting, a.a.O., §12, Rdn.2(本山雅弘, 전게서, 165面에서 재인용).

2) 초상보호의 한계 - 1907년 미술저작권법 제23조

초상권에 대한 보호가 무제한인 것은 아니다. 초상권의 재산가치, 이익은 원칙적으로 보호되는 것이지만, 특히 공중의 정보이익(Informationsinteresse)과의 균형을 추구하기 위하여 일정한 제약을 받는다. 그 균형의 근거조항은, 초상이 용자 측의 항변사유인 제23조 제1항 제1호와 초상 본인 측의 재항변사유인 제23조 제2항이다.³³⁾ 그 내용은 다음과 같다.

제23조(제22조에 대한 예외)

① 다음 각 호에 열거한 것은 전조에 의하여 필요한 동의를 받지 아니하고 배포 또는 전시할 수 있다.

- i. 시사(Zeitgeschichte)의 영역에 속하는 초상
- ii. 화상(畫像)으로서 인물이 주변풍경 기타 장소와 나란히 오로지 풍경의 일부로 등장하는 것
- iii. 화상으로서 묘사된 인물이 참가하는 집회, 행진 및 이에 준하는 사건에 관한 것
- iv. 촉탁 받지 아니하고 작성된 초상으로서 그 배포 또는 전시가 미술에 의한 고도의 이익에 이바지하는 것

② 다만, 이 권한은 초상 본인의 정당한 이익 또는 그가 사망한 때에는 그 근친자의 정당한 이익을 해하는 배포 또는 전시의 경우에까지 미치지 아니한다.

즉, 이용대상의 초상이 ‘시사의 영역에 속하는’ 것이면, 그 이용은 기본적으로 자유이지만, 그러한 이용이 초상 본인의 정당한 이익을 해하는 경우에는 인정되지 아니하는 것이다. 전자에서는 초상 이용에 관한 동의를 요하지 아니하는 ‘시사의 영역에 속하는 초상’이란 무엇인가가 문제되고, 후자에서는 다시 초상 본인의 동의를 요하는 경우에 해당하는 초상 본인 등의 ‘정당한 이익’이 무엇인

33) Schertz/Götting, a.a.O., §12, Rdn.36[本山雅弘, 전거서, 169面에서 재인용].

지가 문제되는 것이다.³⁴⁾

한편, 독일기본법 제5조³⁵⁾가 표현의 자유 및 정보 접근권 내지 알 권리를 보장하고 있는바, 퍼블리시티권(초상 등을 상업적으로 이용할 일반적 인격권)의 침해는 독일기본법 제5조가 정하는 알 권리와 균형이란 측면에서도 문제된다.

3. 일본 - 핑크레이디 사건 이전 종래의 하급심 판례 및 학설의 대립

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.³⁶⁾ 그러나 이후 ‘종합고려설’,³⁷⁾ 종래보다 유연하게 침해를 긍정하는 듯한 ‘상업적 이용기준설’,³⁸⁾ 종래보다 엄격한 기준을 침해를 판단하는 ‘상품화 또는 광고기준설’³⁹⁾ 등 다른 견해들이 등장하였다.⁴⁰⁾

34) Ibid.

35) 누구든지 자기의 의사를 말이나 글 또는 그림으로 자유로이 표현, 전달하고, 일반적으로 접근할 수 있는 정보로부터 방해받지 아니하고 알 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송과 영상으로 보도할 자유는 보장된다.

36) 東京地判平成12.2.29.平10(ワ)第5887号(中田英寿の詩 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).

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

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

39) 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”, 法律時評, 84卷4号(2012), 日本評論社, 4면이 같은 견해이다.

40) 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”, 商事法務, 別冊NBL No.136(2010), 61면 참조. 한편, 위 각 설에 대한 구체적 설명으로는, 임상민, 전제서, 191-192면 참조.

Ⅲ. 각국 사례의 유형별 고찰⁴¹⁾

이하에서는 퍼블리시티권 침해가 문제가 된 사례들을, ① 만화나 소설 등 문학작품, ② 시사 잡지, ③ 상품광고, ④ 광고 이외의 방법에 의한 상품 부착, ⑤ 독립적 상품, ⑥ 게임 등으로 유형화하여 살펴보고자 한다.

1. 만화나 소설 등 문학작품

만화나 소설 등 문학작품에서는 비록 타인의 정체성 요소를 이용하더라도 퍼블리시티권 침해를 인정하지 아니하는 것이 일반적이다.

그 사례로는 우리나라의 이휘소 사건, 박찬호 사건 등을 들 수 있다.

이휘소 사건⁴²⁾은, 사망한 물리학자 이휘소에 관한 소설인 ‘소설 이휘소’와 ‘무궁화 꽃이 피었습니다’에서 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였는데, 망 이휘소의 미망인과 자녀들이 출판사를 상대로 망 이휘소의 퍼블리시티권 침해를 주장하면서 출판 등 금지 가처분을 신청한 사안이다. 이 사건에서 법원은 “상업적으로 이용하였다고 볼 수 없다.”고 판시하고 있는데, 그 논리구조에 있어서 상업적 이용이기는 하나 다른 기본권과의 규범 조화적 해석이라는 측면에서 퍼블리시티권이 침해되지 아니하는 것으로 판단하는 것이 더 적절하지 않을까 생각된다.

박찬호 사건⁴³⁾⁴⁴⁾은, 널리 알려진 한국인 야구선수인 신청인이 기자 등 언론직에 종사하면서 알게 된 프로야구에 대한 식견을 바탕으로 신청인의 성명, 사진 등을 이용하여 신청인의 성장과정과 활약상에 대한 기사 등을 엮은 서적을 출판한 피신청인을 상대로, 서적 및 포스터의 제작, 판매 등을 금지하는 가처분

41) 우리나라의 최근까지의 퍼블리시티권에 관한 판례를 종합적으로 정리한 문헌으로는, 홍승기, 퍼블리시티권에 관한 국내 실태 조사, 한국저작권위원회, 2012; 최승재, 퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 고찰(상), 언론중재위원회, 2010.

42) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고, 94카합9230 판결.

43) 서울고등법원 1998. 9. 29.자 98라35 결정.

44) 소설이 아니라, 유명인을 다룬 만화에서 퍼블리시티권 침해를 부정한 사례로는, 서울지방법원 1996. 9. 6. 선고, 954가합72771 사건(아스팔트 새나이 사건)이 있다.

을 신청한 사안이다. 이 판결에서는, 앞의 이회소 사건에 비하여, 표현의 자유, 국민의 알 권리, 공적 인물론 등 퍼블리시티권이 제한되는 사유를 구체적으로 적시하고 있다는 점에서 퍼블리시티권 침해기준에 관한 중요한 하급심 판결례에 해당한다고 볼 수 있다. 더욱이 서적에 첨부된 브로마이드에 대하여는 예외적으로 퍼블리시티권 침해를 인정할 것 또한 퍼블리시티권 침해 기준의 구체화, 유형화라는 점에서 주목할 만한 판결이 아닌가 한다.

2. 시사 잡지

시사 잡지의 기사에 관하여 퍼블리시티권 침해가 문제된 사건으로는 미국의 Ann-Margret 사건, Toffoloni 사건, 독일의 배우 상품광고잡지 사건, 일본의 핑크레이디 사건 등이 있다.

1) Ann-Margret 사건(미국 뉴욕 주 연방지방법원 1980. 9. 27.)⁴⁵⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. 유명 여배우인 원고는 대성공한 영화 “Magic” 중의 한 장면에서 가슴 이상 부분을 노출하였는데, 이는 원고의 영화인생 중 두 번째 것이었다. 피고는 Celebrity Skin이라는 잡지를 발행하고 있는데, 위 잡지에서는 유명 여성의 가장 노출도 높은 사진을 입수하여 게재하였는데 그 내용이 과격하지는 않지만 저속한 것이었다. 위 잡지 1호는 “수집용 No.1 특집호”라는 부제가 붙어 있는데, 그 표지에는 옷을 입은 원고의 사진이 게재되어 있었다. 본문 25면부터 5장에 걸쳐 원고가 특집으로 되어 있다. 그 중 4장은 전부 사진이고 나머지 1장은 산만한 기사 절반 정도와 1장의 사진으로 구성되어 있었다. 그 중 가장 문제된 것이 29면에 게재된 영화 Magic의 장면에 나오는 사진이고, 원고의 한 쪽 가슴이 노출되어 있었다. 원고는 피고를 프라이버시권 및 퍼블리시티권 침해로 뉴욕 남부 연방지방법원에 제소한 것이다.

일반적으로 뉴스성(기사성) 있는 것으로서 전통적인 보도미디어에 게재된 경우 ‘상업 목적’이 아니라고 판단된다. 다만 뉴스성 기사를 위장하여 퍼블리시티

45) Ann-Margret v. High Society Magazine, 498 F.Supp 401(S.D.N.Y. 1980).

권 침해책임을 면하는 것을 방지하기 위하여 이용되는 정체성과 뉴스성 있는 내용 사이에 합리적인 관계(reasonable relationship requirement)가 요구된다.⁴⁶⁾ 반대로, 뉴스성을 ‘위장한 광고(advertisement in disguise)’의 경우에는 상업 목적으로 해석되어 퍼블리시티권 침해로 된다. 또, 여기서의 ‘합리적인 관계’의 필요성이나, ‘위장한 광고’의 배제라는 사고방식은 뒤에 소개할 몽고메리 사건과 유사한바, 뉴욕 주에 고유한 것은 아니라고 말할 수 있다.

이 판결에서 문제로 된 사진 이용방법은 전형적인 뉴스 보도에서의 이용과는 다른 면이 있다. 기사도 적고 사진이 중심이며 그 사진 자체를 판매 대상으로 하고 있다고도 생각할 수 있는 것이었다. 그러나 법원은, 원고가 저명인인 것만으로 원고에 관한 사건은 일반적으로 뉴스성이 있는 것으로 분류하는바, 그때까지 누드로 된 적이 없었던 원고가 어느 영화에서 누드로 나타났다는 사실은 그 자체가 뉴스성 있는 기사라고 판단하였다. 그 결과 이를 공중에 전하는 것 소위 표현의 자유가 우선한다면서 퍼블리시티권 침해를 부정하는 결론에 이른 것이다.⁴⁷⁾ 이 판결에서 특히 주목되는 두 가지인데, 하나는 뉴스성 있는 사건이란 관념을 넓게 해석한다는 점이고, 또 하나는 유명인의 경우 오히려 일반 대중의 알 권리를 매개로 하여 퍼블리시티권이 제한될 수 있다는 점을 적시한 점이다.

46) J. Thomas McCarthy, 전게서, §6:88.

47) (중략) 뉴욕 주 지방법원에서는 ‘수정헌법 제1조에 근거한 표현과 보도의 자유는 프라이버시권을 이겨 낸다.’고 되어 왔다. 무수한 영화나 텔레비전 프로그램에서 10년에 걸쳐 주역을 해 온 원고가 저명인에 해당함은 분명하다. 저명인이 유명세 때문에 프라이버시권이 완전히 상실될 수 없는 것은 명백하지만, 그러한 권리는, 당해 개인의 뉴스성 때문에 결과적으로 크게 제약받는다. (중략) 결과적으로 공중이 흥미와 관심을 가지는 것(원고와 같은 저명인을 포함하는 것의 다수는 이 범주로 분류될 것이다) 중에서 성명이나 초상이 사용된 경우, 그러한 사용을 들어 시민권법 §51에 근거한 청구의 근거로 할 수는 없을 것이다. (중략) 수년에 걸쳐 많은 영화팬의 동경을 모아 온 여성인 원고가, 그 출연작의 하나에 누드로 출연하는 것을 선택하였다는 사실은 많은 사람의 큰 관심사이다. 그러한 것이 과도하게 중요하다고는 말할 수 없다. 그러나 뉴스성 있는 것(사건의 범주라는 것은 광범위한 정의의 여지를 두고 있고, ‘연예, 오락 기타 일반적으로 사람 활동으로서 관심이 깊은 측면’도 포함한다. 이미 언급한 바와 같이, 무엇이 공중의 관심으로 되는지를 정하는 것은 법원이 아니다. 의심 없이 원고는 자신의 사진이 피고의 잡지에 게재된 것에 불만이 있다. 법원은 그녀의 감정에 동정할 수는 있지만, 그녀가, 자신이 묘사된 모습이나 그녀 사진이 게재되어 있는 매체에 신경 쓰지 않는다는 것 것에 의하여 부끄러운 상상을 한다고 믿고 있는 것으로 인하여, 그녀의 권리가 확대되지는 아니하고, 시민권법 §51에 근거한 청구원인이 산출되지도 아니한다. 본건과 같이 특히 저명인에 의한 공연한 실연이 있는 경우 당해 실연을 복제한 것은 §51에서의 청구원인을 발생시키지 아니한다. (중략) 뉴욕 주 시민권법 §51조에서도, 보통법상 퍼블리시티권에서도 뉴욕 주에서는 원고의 주장에 법적인 근거가 없으므로, 정식 사실심리 없이 피고 승소로 판단한다.”

2) Toffoloni 사건(미국 연방 제11순회항소법원 2009. 6. 25.)⁴⁸⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. 여성 프로레슬러 A는 프로레슬러인 남편에 의하여 아들과 함께 살해당하였다. A의 비극적인 죽음은 화제를 모았다. A는 20년 전에 누드비디오와 누드사진을 촬영하였지만 A의 사후 그 비디오에서 나온 누드화상(정지화면)이 그녀의 약력을 적은 짧은 기사와 함께 Hustler지에 게재되었다. 그러자 A의 모친이자 유산관리인인 원고가 위 잡지 발행인인 피고를 상대로 퍼블리시티권 침해로 제소하였다. 한편, A는 20년 전의 촬영 당시 촬영 직후 카메라맨에게 비디오 사진의 파괴를 의뢰한바 파괴되었다고 믿고 있었는데 카메라맨이 그 비디오를 숨겨 왔다고 원고는 주장하지만, 이 점은 다투어지고 있다. 사진도 비디오도 Hustler지에 게재될 때까지 공중에게 공개되지는 아니하였다. 조지아 주 연방지방법원(1심)은, A의 사후에는 공중의 적절한 관심사이므로, A의 누드사진의 출판은 - 이익을 위한 출판임은 틀림없지만 - 단순한 상업 목적이라고 말할 수 없다면서 퍼블리시티권 침해를 부정하였다.

이 사건에서 조지아 주 대법원은, 퍼블리시티권에 관하여, 뉴스성 예외를 인정하면서 A의 누드사진을 잡지에 게재하는 것에 관하여 퍼블리시티권 침해를 긍정하였다.⁴⁹⁾ 이 판결은 앞서 본 Ann-Margret 사건과 비교할 때 여성 누드가 잡지에 게재되었다는 점에서 동일함에도 불구하고 서로 다른 결론에 이르렀다는 점에서 그 차이점을 잘 살펴볼 필요가 있다. 첫째, Ann-Margret에 비하여 이 사건의 여성 프로레슬러는 그다지 저명인이 아니라는 점에서 두 사건은 사안이 다르다. 둘째, Ann-Margret 사건의 경우에는 유명 여배우가 최초로 누드로 출연한바, 그 자체로 뉴스성이 강하지만, 이 사건의 경우 여성프로레슬러의 죽음에

48) Toffoloni v. LFP Publishing Group, 572 F.3d 1201(11th Cir. 2009).

49) "이상을 검토해 보면, 법원은 ① 누드 사진과 그에 부수하는 기사의 관계, ② 누드 사진과 A의 사망이라는 사건의 관계에 주목하여 분석하여야 한다. 우선, ①에 관하여는, 만일 기사가 없는 사진뿐이라면, A가 누드로 된 것은 전혀 뉴스성이 없고, 일반적으로도 누드 사진 자체는 독자에게 어떠한 정보도 전달하지 아니한다고 하면서, 약력을 적은 짧은 기사에는 뉴스성이 있지만 그 기사는 사진에 부수적인 것에 지나지 않기 때문에 사진 자체를 뉴스성 있는 것으로는 하지 아니한다. 다음으로, ②에 관하여는, A의 누드 사진 자체는 A의 의사에 반하여 A가 관련된 사회적 관심사(A의 비극적 사망)와 어떠한 관계도 없다. 따라서 이들 사진은 퍼블리시티권에 관한 뉴스성 예외에는 해당하지 아니한다고 판단되므로 지방법원의 판단을 파기하고 사건을 환송한다."

뉴스성이 있을 뿐 그녀의 누드사진 자체에는 뉴스성이 거의 없다. 즉 이 사건의 누드사진은 위장된 상업적 광고로 볼 여지가 강한 것이다. 결론적으로 이 사건과 앞서 본 Ann-Margret 사건은 서로 배치되는 판단이라기보다는 상호 조화 있게 이해될 수 있는 사건이라 할 것이다. 다만 실제 다양한 사례에서 퍼블리시티권 침해 판단이 그다지 쉽지 아니한 작업임을 보여주는 사례이기도 하다고 생각된다.

3) 배우 상품광고잡지 사건(독일 연방대법원 1995. 3. 14.)⁵⁰⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. 본건은 상품 광고잡지 타이틀 면에서 저명배우의 초상사진을 사용하는 것이 초상권 침해에 해당하는지가 문제되었는데, 당해 잡지 내에서 당해 배우에 관한 기사가 있다는 이유로 이를 허용한 사례이다. 원고는 저명배우이고, 피고는 광고회사로서 약국의 고객용 잡지인 “Chris Revue”의 출판자이다. 원고 초상은 Chris Revue지 1991년 11월호의 타이틀 페이지에, 다른 여배우와 함께 대형판으로 게재되었다. 잡지의 16면 기사는 원고와 위 여배우의 결혼에 관하여 언급하는 텔레비전의 새 프로그램을 소개하면서 당해 여배우에 관하여 다루고 있다. 타이틀 면에 게재된 사진은, 광고대리점의 지시로 당해 새 프로그램의 촬영 당시에 편집 이용 목적으로 무상 촬영된 것으로, 원고는 그 초상의 광고 목적 사용에 동의하지 않았다. 원고는 피고가 원고초상을 위 잡지에 광고 목적으로 사용하는 것에 대한 금지청구와 손해배상의무 확인을 구하는 소를 제기하였는데, 지방법원은 원고 청구를 모두 인용하였고 이에 피고가 항소하였는데, 항소법원은 피고의 항소를 기각하였다. 이에 다시 피고가 상고한 것이다.

독일 연방대법원은 비록 원고의 초상이 피고의 잡지에서 상업적으로 이용되었지만, 잡지에서의 보도를 위하여 필요한 범위 내에서 사진이 게시되었으므로 시사 영역에 속하는 것으로 판단하면서 초상권침해를 부정하고 원고의 청구를 기각하였다.⁵¹⁾ 이 사건은 앞서 본 미국 판례 Ann-Margret 사건과 결론 및 논

50) BGH AfP 1995, 495.

51) “결정적인 것은 위 잡지는 타이틀 면의 초상이 편집기사와 사이에 가지는 보통의 관련성을 제공하고 있

거가 유사한 사건이 아닌가 한다.

4) 핑크레이디 사건(일본 최고재판소 2012. 2. 2.)⁵²⁾

이 사건은, 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 사실관계는 다음과 같다. 원고들은 1970년대에 핑크레이디(ピンクレディー)를 결성하여 가수로 활동하면서 아이로부터 성인까지 폭넓은 인기를 끌었다. 피고는 약 200면이 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.

일본 최고재판소는, 사람의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리 즉 퍼블리시티권이 인격권에서 유래하는 권리의 일내용을 구성하는 것이라고 하면서, 초상 등을 무단으로 사용하는 행위는 ‘오로지(専ら) 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 경우’에 퍼블리시티권을 침해하는 것으로서 불법행위법상 위법으로 되는데, ‘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 분류한 다음, 이 사건에 위 법리를 적용하면서, ① 본건 기사내용이 원고들의 안무를 이용한 다이어트 방법을 해설한 것이고, ② 본건 사진들은 약 200면인 잡지 중 3장

고, 당해 기사는 당해 초상과 잡지 내에 제공되는 개개 내지 전체의 상품과의 관념적 관련성을 전혀 가지고 있지 아니한 것이다. 타이틀 면의 초상이 가지는 인식가능하고 명료한 의의는 그것에 부속하는 잡지기사와의 관계밖에 없다.”

52) 最二判平成24.2.2, 平21(受)第2056号. 이 판례 해설로는, 判例タイムズ, No.1367(2012)를 들 수 있다.

정도 사용되었을 뿐이며, ③ 모두 흑백사진이고, 그 크기도 크지 아니하였던 사실관계하에서는, 피고가 본건 사진들을 원고들의 동의 없이 무단으로 게재한 행위, 오로지 원고들의 초상이 가지는 고객흡인력의 이용을 목적으로 한 것이라고 말할 수 없으므로, 불법행위법상의 위법이라 할 수 없다고 판단하면서 상고를 기각하였다.⁵³⁾

이 판결에서 제시한 ‘오로지 기준설’ 내지 3가지의 퍼블리시티권 침해 유형은 우리나라에서의 퍼블리시티권 침해 기준 설정에 있어 좋은 시사점을 제시하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

3. 상품광고

상품광고에 관한 사건으로는, 독일의 스포츠선수 광고사진 사건, 우리나라의 김민희 사건 등을 들 수 있다.

1) 스포츠선수 광고사진 사건(독일 뒤셀도르프 고등법원 2002. 2. 5.)⁵⁴⁾

53) 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.”

54) OLG Düsseldorf GRUR RR 2003, 1.

본건은 자전거 레이스의 출발 시점에 촬영된 상품광고사진에 광고주체인 선수와 함께 유명한 독일선수 안 올리히의 초상이 들어가 있는 경우에, 당해 광고 사진의 공표, 배포에 있어 초상본인인 안 올리히의 동의를 요하는지 여부가 다 투여진 사례이다.

이 사건에서 위 법원은, “연방통상법원의 견해에 따르면, 미술저작권법 제23조의 한계를 넘는 것은, 독자가 그 영상을 통해 초상 본인과 책자 중에 제공된 제품인 서비스와 사이에 고유의 관념적 관계를 조작하듯이 안내되는 경우, 그리고 초상 본인이 그 상품을 추천하고 그 상품의 판매촉진을 위하여 자신의 사진을 제공하였다는 이미지가 독자에게 발생하는 경우이다. 그런데 이러한 사정이 본건에서는 인정되지 아니한다.”면서 초상권 침해를 부정하였다.⁵⁵⁾

이 사건에서는, 원고 이외에 다른 선수가 상품 광고 사진에 등장하고 사진의 내용상 상품광고행위를 하는 사람이 원고가 아닌 다른 선수로 판단되는 점이 중요한 요소로 작용한 것으로 생각된다.

2) 김민희 사건(서울중앙지방법원 2004. 10. 1.)⁵⁶⁾

이 사건은, 원고는 유명 연예인 K와 전속계약을 체결하고 K로부터 초상권 침해로 인한 손해배상청구권을 양수한 자이고, 피고는 원고의 동의 없이 인터넷 사이트 경매 코너에서 SBS 드라마 ‘순수의 시대’ 주인공인 K의 이름과 사진을 게재한 후, 드라마상 K의 스타일에 맞는 의류, 가방 등의 상품을 등록하여 통신 판매한 사안이다.

이 사건에서, 서울서부지방법원은, “우리 법상 재산권으로서의 퍼블리시티권이 인정됨을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.”고 하면서도, “피고가 김민희의 허락을 받지 아니한 채, 김민희의 사진을

55) “피고의 상품을 추천하는 것은 원고가 아니고 원고의 옆에 촬영된 과거 자전거 프로선수였으나 현재는 피고를 위하여 활동하는 Gerrit de Vries이다. (중략) 또 동시에 보호가치 있는 정보이익의 요건도 충족시킨다. 시사의 ‘절대적인’ 인물 사진이 그 인물을 유명하게 하고 있는 업적과 독자에게 명료한 관계에 놓여있는 경우에는 통상 그것만으로 이 요건을 충족하는 것이다. 그러므로 초상 본인이 그 초상에 의하여, 독자의 특별한 주목을 스스로에게 이끌었던 활동과의 관계에서 나타나는 경우는, 그 초상의 공개가 차는 더 높아진다.”

56) 서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고, 2002가단254093 판결(항소기간 도과로 확정).

피고가 운영하는 인터넷 사이트에 게재함으로써, 김민희에 대하여 자신의 초상을 영리 목적으로 함부로 사용되지 않도록 할 수 있는 초상권을 침해하였고, 피고의 김민희에 대한 위와 같은 초상권 침해로 인하여 김민희가 상당한 정신적 고통을 받았음은 경험칙상 분명하므로, 피고는 김민희에게(필자 주: 결국 손해배상청구권 양수인인 원고에게) 정신적 손해에 대한 배상으로 위자료를 지급할 의무가 있다.”고 판단하였다.

이 사건의 경우, K가 출연한 드라마상의 K의 스타일에 어울린다는 점을 보이기 위하여 K의 사진을 이용한 것이지(드라마에 출연된 K의 스타일을 나타내려면 드라마에 등장하는 K의 사진 등을 공개할 수밖에 없다는 점에서), K가 직접 소비자들에게 위 상품들에 대한 판매를 희망한다는 취지의 메시지가 들어 있는 것은 아니라고 본다면, 위 독일 판례와 같이 퍼블리시티권 내지 초상권 침해를 부정할 여지도 있었다고 생각된다. 다만 위장광고 여부에 관한 세밀한 검토가 필요할 것이다.

4. 광고 이외의 방법에 의한 상품 부착

광고 이외의 방법에 의한 상품 부착으로는, 미국의 Montgomery 사건, 독일의 축구선수 캘린더 사건, 빌리 브란트 기념메달 사건, 우리나라의 대한류전 사건 등이 있다.

1) Montgomery 사건(미국 켄터키 주 대법원 2001. 11. 21.)⁵⁷⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. A는 켄터키 주를 중심으로 활동하던 컨츄리 가수이지만 지명도는 낮다. 한편 A와 전처 사이에 태어난 아들인 피고는 컨츄리 가수로서 미국에서 최정상의 지위에 올라 있었다. A의 사후에 피고는 A에게 바치는 노래 “I Miss You a Little”을 만들어 CD 앨범에 수록하여 판매하였다. 또 같은 곡의 뮤직비디오도 만들어 판매하였다. 4분 27초간의 뮤직비디오 안에는 합계 약 30초간 A의 초상과 음성이 삽입되어 있었다. 피고는 뮤직비디오 작성

57) Montgomery v. Montgomery, 60 S.W.3d 524(Ky. 2001).

당시에 A의 유산을 관리하던 A의 후처인 원고의 동의를 구하지 아니하였다. 그 때문에 원고는 피고의 비디오가 보통법 및 제정법상 퍼블리시티권을 침해한다면서 제소한 것이다.

주 지방법원은, 보통법상의 퍼블리시티권은 상속되지 아니하고, 상속이 가능한 제정법상의 퍼블리시티권은 ‘저명인(public figure)’에게만 부여된다면서, 저명인이란 전국 단위에서의 유명인을 말하는바 A는 이에 해당하지 아니한다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 항소심은 저명인에 관하여 1심의 정의가 너무 제한적이라고 하면서 이를 다시 정의한 후, 그래도 역시 원고는 저명인이라고 할 수 없다면서 항소를 기각하였다. 이에 원고가 주 대법원에 상고하였다.

이 사건에서 위 법원은, 망인인 A를 기념하기 위하여 제작된 CD 앨범 내지 뮤직비디오에서 비록 망인의 정체성 요소인 초상과 음성을 사용하고 있고 상업적 성격을 가진다 하더라도 이것이 위장적인 광고에 해당하지 아니하는 이상 표현의 자유로 보호되는 범위 내에 있으므로 퍼블리시티권 침해가 되지 아니한다면서 결국 상고를 기각하였다.⁵⁸⁾

2) 축구선수 캘린더 사건(독일 연방대법원 1979. 2. 6.)⁵⁹⁾

이 사건은, 저명한 축구 선수(Franz Bechenbauer)가 경기하는 장면을 찍은 사진을 표지로 한 캘린더의 판매에 관하여, 초상 본인인 축구선수가 그 판매정지를 구할 수 있는지가 다투어진 사례이다. 원고(캘린더 작성자)는 피고(축구선수)의 캘린더 판매금지청구권 부존재 확인 및 피고의 부당한 판매금지로 인한 손해배상의무 확인을 청구하였다. 지방법원은 청구를 인용하였으나 항소법원은

58) "사람의 이름이나 초상, 기타 퍼블리시티권에 의하여 보호되는 이익의 이용은, 제1 수정헌법의 보호를 받는 작품 중에서 이용되는 경우, 당해 이용이 그 작품과 별로 관계가 없거나, 헌법상 보호되는 작품이 '단지 상품이나 서비스의 판매에 관한 위장적인 상업적 광고' 일 때에는 제소할 수 있다. 본건에는 A의 초상은 그 작품(음악도 비디오도 둘 다 A를 기념하고 있다)에 밀접하게 관련이 있고, 뮤직비디오 자체는 'I Miss You a Little'이란 싱글 CD나 앨범 CD의 판매를 위하여 위장광고로 되어 있지는 아니하다. 이 점은 설령 뮤직비디오가 음악 판매에서 판매촉진영상으로 되더라도 변함이 없다. 대부분의 창조적인 작품은 판매와 이익을 위하여 산출된다. 뮤직비디오의 상업적 성질에도 불구하고 헌법상의 보호를 박탈할 수 없다."

59) BGH GRUR 1979, 425.

항소를 받아들여 청구를 기각하였다.

상고심인 독일 연방대법원은, 개개의 초상 사진이 비록 캘린더라는 상품의 일부이지만, 캘린더라는 상품 전체를 통합적으로 보면 개별 사진들과는 별개의 공공의 정보 이익이 존재한다는 이유로, 초상권 침해를 부정하고 사건을 원심(항소심)으로 파기, 환송하였다.⁶⁰⁾

3) 빌리 브란트 기념 메달 사건(독일 연방대법원 1995. 11. 14.)⁶¹⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. 원고는, 전 연방수상 빌리 브란트(Willy Brandt)의 미망인이고, 피고는 수집용 메달 발행자이다. 피고는 빌리 브란트 사후, 원고 동의 없이 광고 팸플릿으로 소위 ‘기념 메달’을 판매하였다. 직경 50mm인 메달 표면에는 망인의 초상이 새겨져 있고 1913 및 1992라는 연도와 “IN MEMORIAM WILLY BRANDT”이라는 문자가 그 주위를 두르고 있다. 그 이면에는 빌리의 연방문장, 브란덴부르크 문(門), 평화 하트, 빌리 브란트의 정치경력으로서 “독일 연방공화국 수상”, “사회주의 인터내셔널 의장”, “베를린 통치수상”, “노벨평화상 수상자”라는 문자가 기재되어 있었다. 원고는 피고에 대하여, 위 ‘기념 메달’ 및 빌리 브란트의 초상을 포함하는 기타 장래의 메달에 관하여 제조, 광고 및 판매 금지 등을 청구하였다. 지방법원 및 고등법원이 이를 인용하자 피고가 상고하였다.

독일 연방대법원은 유명한 정치가인 빌리 브란트를 기념하는 것은 국민의 알 권리 내지 시사의 영역이고 이 사건 초상은 이러한 빌리 브란트에 대한 기념이라는 공공의 정보이익에 이바지하는 것이므로, 설령 그 초상을 영리적인 목적으

60) “본건에서 의도된 초상전달에 의한 정보이익은 결정적으로 고도의 정도라고 인정할 수 있다. 본건에서 오로지 개개 캘린더 면의 정보가치에 주목하여서는 안 된다. 초상을 공표하는 경우에는 항상 하나의 전체적인 총체로서 캘린더로 공표하는 것, 특히 캘린더의 통일적인 관념도 정당하게 평가하여야 한다.(중략) 12장의 사진을 결합시키는 데에는 그 자체로 정보를 제공하는 독립 내용이 있는 것이다.(중략) 여하튼, 통일적인 관념을 가진 정보가치는 본질적으로는 오로지 교환, 수집 이익에 의하여 서로 결합될 수 있는 개개 초상보다 훨씬 고도의 중요성을 가진다(중략). 초상 공표가 본건처럼 미술저작권법 제23조 제1항 제1호(시사의 영역에 속하는 초상)에서 의미하는 정보 수요를 만족시키는 경우에도 판매성과에 관하여 분배를 받을 이익이 미술저작권법 제23조 제2항의 의미에서 초상의 공표보다 우선적으로 보호가치 있는 것으로 생각하여야 할 것은 아니다.”

61) VGH NJW 1996, 593.

로 이용하더라도 여전히 초상 영리권(퍼블리시티권)의 침해에 해당하지 아니한 다면서 초상권 침해를 부정하고 상고를 인용하여 원고의 청구를 기각하였다.⁶²⁾

4) 대한류전(大韓流展) 사건(서울중앙지방법원 2007. 11. 14.)⁶³⁾

이 사건은, 피고들이 “스크린”이란 월간 영화잡지에 기사나 화보를 게재할 목적으로 우리나라의 유명 배우들인 원고들로부터 허락을 받고 사진을 촬영하고 촬영한 사진을 위 잡지에 실었는데, 그 후 일본 후지TV 방송과 공동주최하는 “대한류전”이라는 유료전시회를 열면서 앞서 촬영한 원고들의 사진을 전시한 사안이다.

이 사건에서 서울중앙지방법원은, 피고들이 당초 약정의 목적 달성에 필요한 범위를 넘어 별도의 상업적 목적으로 이를 이용하였다는 이유로 퍼블리시티권 침해를 긍정하였다. 그러나 독일의 축구선수 켈린더 사건과 비교해 볼 때, 개개 초상을 넘어서 한류의 흐름 내지 현 위치의 확인이라는 전체적, 공적 정보 이익이 개개 초상과는 독립적으로 존재한다고 볼 수 있고, 그렇다면 퍼블리시티권이 제한되는 유형으로 판단할 수 있었던 사안이 아닌가 생각된다.

5. 독립적 상품

독립적 상품으로 문제된 사건으로는 위 박찬호 사건에서의 브로마이드와 배용준 등 밀랍인형 사건을 들 수 있다.

62) “항소심이 (중략) 적절하게도 출발점으로 삼는 것은 (중략) 시사의 인물 그 자체를 초상으로 소개하는 것에 관한 공중의 이익은, 모두 원칙적으로 보호가치가 있다는 것이다. 그리고 그와 같은 고려가치 있는 공중의 이익이 더하면 더할수록 당해 인물을 향한 일반적 관심은 더욱 강해진다. 빌리 브란트와 같은 인물의 경우, 그 후자가 특히 고도로 타당하고, 그 결과 그 초상을 공개하는 것에는, 당해 초상이 정치가 및 지도자로서의 업적과 보는 사람에게 있어서 명확하게 관련된 경우에는 어느 경우에도 보호가치 있는 공개 이익이 통상 존재한다. (중략) 여기서 판단대상으로 되는 피고의 ‘기념 메달’에는 이러한 의미의 보호가치 있는 공개이익과의 관계에서 충분한 내용이라고 인정할 수 있다. (중략) 더욱이, 피고에 의한 ‘기념 메달’의 배포는 초상 본인의 미망인인 원고의 미술저작권법 제23조 제2항에서 말하는 정당한 이익에 반하는 것도 아니다. (중략) 피고가 ‘기념 메달’ 발행에 의하여 그 사업으로서 스스로 경제적 목적을 추구하는 것은 그 보호가치 있는 공개이익과 관련하여 중요하지 아니하다.”

63) 서울중앙지방법원 2007. 11. 14. 선고, 2006가합106519 판결(항소취하로 확정됨).

배용준 등 밀랍인형 사건⁶⁴⁾은, 채무자가 유명배우인 채권자들의 실물 형태 밀랍인형을 유료로 전시하자 채권자들이 초상권, 퍼블리시티권 침해를 이유로 전시중지가처분을 신청하였고 채무자가 이에 대하여 예술표현의 자유를 항변하였다. 1심에서 가처분이 인용되지 채무자가 항고한 사안이다.

이 사건에서 서울고등법원은 “전시 대상인 밀랍인형들이 외견상 채권자들의 실물을 제대로 묘사한 것이 아니어서 완성도가 매우 떨어지는 것이고 그로 인하여 채권자들의 명성, 인상 등을 훼손하거나 그 명성을 저하시킬 우려가 있는 사실, 채무자가 사전에 채권자들과 초상권 사용 대가에 관한 협의를 위한 구체적인 노력을 하지 않은 채 채권자들의 허락 없이 위 밀랍인형들을 유료 전시하여 입장료 수입을 얻으려 한 사실이 소명되는바, 위 소명사실에 비추어 보면 이 사건 밀랍인형들을 그대로 전시할 경우 채권자들의 인격적, 재산적 권리인 초상권이 침해될 것이 분명하고, 예술의 자유 및 표현의 자유를 들어 그 침해를 수인하게 하여야 할 정도에까지 이르지 않는 아니하였다고 판단되므로, 채무자들의 위 주장을 받아들일 수 없다.”고 판시하면서 퍼블리시티권 침해를 긍정하였다.

그러나, 이 판결은 다음에서 살펴 볼 독일의 축구게임 사건이나 퍼블리시티권의 한계와 관련하여 일반적으로 채택되는 변형이론(변형이 커질수록 예술 표현의 자유로 보장될 필요성도 커진다)과 배치된다는 점에서 재고의 필요가 있다고 생각된다.⁶⁵⁾

6. 게임

게임을 다룬 사건으로는 독일의 축구게임 사건, 우리나라의 프로야구 사건 등이 있다.

1) 축구게임 사건(독일 함부르크 고등법원 2004. 1. 13.)⁶⁶⁾

64) 서울고등법원 2006. 6. 14.자 2006라229 결정(재항고 기각으로 확정).

65) 같은 견해로는, 박준우, “퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구”, 서강법학연구, 제10권 제1호(2008), 서강대학교 법학연구소, 59면.

66) OLG Hamburg ZUM 2004, 309.

이 사건은, 원고인 저명 축구선수(Oliver Kahn)의 성명과 초상을 사용하는 컴퓨터 게임을 판매하거나 텔레비전 상업광고로 방송하는데 초상 본인의 동의를 요하는지 여부가 다투어진 사례이다. 시합에는 실제 월드컵 참가 팀이 등장하고, 게임 개시 시점에 나타나는 각 팀 선수명부는 실제 등록된 선수명부와 일치하고, 원고 이름도 독일팀 선수명부에 기재되어 있다. 게임 영상에서는 전체 경기 장면이 실제처럼 완벽하게 재현된다. 텔레비전의 상업광고에서는 여러 게임 장면이 소개되고, 그 중 득점 장면에서는 고을 키퍼가 카메라에 달려드는 듯이 비춰지고 순간적으로 원고의 자세가 화면을 가득 메우듯이 나타난다. 원고는 원고의 초상 묘사와 성명 표시를 동반한 게임의 배포금지를 청구하였는데, 지방법원은 원고의 청구를 인용하였고, 이에 게임 제작자인 피고가 항소하였다.

독일 고등법원은, 실제의 축구장면이 아니라는 점에서 국민의 알 권리를 만족시키는 측면이 없고, 보도 내지 언론, 출판의 자유라는 이익이 그다지 전면에서 나타나지 아니하는 한편 원고의 초상을 이용하는 것은 주된 목적이 영리 목적이랄 수 있다는 점 등을 이유로, 퍼블리시티권 침해를 인정하면서 항소를 기각하였다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾

2) 프로야구 사건(서울서부지방법원 2010. 4. 21.)⁶⁹⁾

이 사건의 개요는 다음과 같다. 채권자들은 전직 프로야구 선수들이고, 채무자는 인터넷 게임제공업체이다. 채무자는 채권자들의 동의 없이 채권자들의 영문 이니셜, 선수시절 소속구단 및 수비 위치 등 인적정보를 인터넷 야구게임에 등장하는 야구선수 캐릭터에 사용하였다. 이에 채권자들은 퍼블리시티권 침해

67) "미술저작권법 제23조 제2항에 관한 검토에 있어, 이 법원이 출발점으로 하는 바는, 피고 측 (중략) 오락 소프트웨어 분야 기업에 의한 컴퓨터 게임 판매의 경우에는 - 예컨대, 기본법 제5조에 근거한 보도의 자유가 보장되는 미디어에 의한 경우와는 달리 - 가능한 한 사실에 가까운 영상에 의하여 게임애호가에게 매력적인 컴퓨터 게임을 판매하고 이윤을 획득하고자 의도가 전면에서 있다. 그에 대하여 피고가 중대한 동기라고 하는 정보전달(중략)은 - 현실의 시합상황이 재생되는 연방통상재판소의 축구캘린더 판결이 기초로 하는 사안구성의 경우에는 달리 - 명백하게 뒤로 밀려 있다. 오히려 가능한 한 사실적인 인상의 게임을 작성하여 그것을 배포함으로써 매상고를 올리려고 하였음이 명백하다."

68) 위 독일 판례의 이 부분 판시는 미국의 변형이론(남형두, 퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구, 한국저작권위원회, 2012, 179-182면)과 일맥상통한다.

69) 서울서부지방법원 2010. 4. 21.자 2010카합245 결정.

를 주장하면서 영문 이니셜 사용금지를 신청한 사건이다.

이 사건에서 서울지방법원은, 공적인 정보가치가 없고, 피고의 원고 이니셜 사용에 있어서 유일한 목적 내지 적어도 현저히 주된 목적이 영리적이라는 이유로 퍼블리시티권 침해를 인정하였는데, 이는 독일의 축구게임 사건과 유사한 것으로서 정당한 결론이라 할 것이다.

Ⅳ. 결론 - 퍼블리시티권 침해에 관한 판단기준

1. 표현의 자유 내지 국민의 알 권리에 의한 제한의 필요성

앞서 든 미국, 독일, 일본, 우리나라의 판례나 이론을 살펴보면, 퍼블리시티권이 사람의 초상, 성명 등 그 사람의 정체성 요소를 상업적으로 이용할 권리가기는 하지만, 상업적으로 이용한다고 하여 항상 퍼블리시티권 침해가 되는 것이 아님을 알 수 있다. 그리고 그 근거가 헌법상의 표현의 자유와 국민의 알 권리⁷⁰⁾ 내지 공적 정보 이익이라는 기본권에 있음 또한 세계적으로 공통적인 현상이다. 한 가지 유의할 점은 퍼블리시티권을 통일적인 인격권의 한 요소로 파악하는 경우보다 독립적인 재산권으로 인정할 때 표현의 자유가 더욱 보호되고 퍼블리시티권을 효과적으로 제한할 수 있다는 견해가 있는데,⁷¹⁾ 이론적인 측면은 차치하더라도, 적어도 앞서 본 독일의 판례와 미국의 판례를 비교해 보면 퍼블리시티

70) 알 권리의 헌법적 근거에 관하여는 학설이 대립한다. 헌법 제10조의 인간의 존엄, 행복추구권에서 근거한다는 견해로는 김철수, 헌법학신론, 제20전정신판, 박영사, 2010, 422면; 성낙인, 헌법학, 제3판, 법문사, 2003, 388-389면. 헌법 제21조의 표현의 자유에서 근거한다는 견해로는 차강진, 헌법강의, 제10판, 청출어람, 2011, 647-648면. 두 규정 모두에서 근거한다는 견해로는 정종섭, 헌법학원론, 제8판, 박영사, 2013, 660-661면. 헌법재판소는 기본적으로 알 권리의 헌법적 근거를 헌법 제21조의 표현의 자유에서 유래하는 것으로 보면서도 간접적으로 인간의 존엄, 행복추구권과도 관련 있는 것으로 보고 있다.

71) 남형두, 전제서, 2012, 176면(이론적으로 볼 때, 미국에서는 언론, 출판의 자유를 거의 절대적으로 보호하므로, 이러한 언론, 출판의 자유를 근거로 한 퍼블리시티권 제한이 훨씬 효과적이라고 주장한다). 이론적 측면에서는 일리가 있다고 할 수 있지만, 우리나라에서 독일과 달리 미국의 경우처럼 인격권으로부터 독립된 퍼블리시티권을 인정하고자 하는 견해는 퍼블리시티권을 효과적으로 제한하는 데 그 목적이 있는 것이 아니고, 인격권과는 독립된 양도, 상속성을 인정하고자 함에 있다고 판단되는바, 위와 같은 이론적 논의가 얼마나 실효성이 있는지는 검토할 필요가 있을 것이다.

권을 통일적인 인격권의 한 요소로 파악하는 독일 판례가 퍼블리시티권을 독립적인 재산권으로 파악하는 미국 판례보다 표현의 자유나 공적 정보 이익을 덜 보호하는 것은 아니라 할 것이다.

2. 구체적인 판단기준

그렇다면 표현의 자유 내지 국민의 알 권리 내지 공적 정보이익을 이유로 한 퍼블리시티권 제한의 구체적인 판단기준을 어떻게 설정할 것인가?

앞서 든 사례들을 종합하면 대체로 다음과 같은 구체적인 판단기준을 설정할 수 있지 않을까 한다.

먼저 사람의 정체성 요소가 상업적으로 이용되었음을 전제로, 그 이용이 국민의 알 권리 내지 공적 정보 이익에 이바지하는 경우에는 퍼블리시티권 침해가 부정되어야 할 것이다. 또한 위 이용이 한편으로 문학적 내지 예술적 성격도 띠는 경우에도 표현의 자유 내지 예술의 자유를 근거로 퍼블리시티권 침해를 부정하여야 할 것이다.

그러나 위 상업적 이용의 유일한 내지 주된 목적이 영리적인 것인 한편, 공적 정보 이익이 없고 문학적, 예술적 성격도 없는 경우라면 퍼블리시티권 침해를 긍정하여야 할 것이다. 특히 위장된 광고 즉, 형식은 뉴스 보도 등 알 권리 내지 공적 정보 이익을 내세우지만 실질은 공적 성격이 없고 영리 목적 광고에 불과할 경우에는 퍼블리시티권 침해를 긍정할 것이다.

한편 앞서 본 각국의 판례들을 유형화하면 ① 만화나 소설 등 문학작품, ② 시사 잡지, ③ 상품광고, ④ 광고 이외의 방법에 의한 상품 부착, ⑥ 독립적 상품, ⑤ 게임 등으로 유형화할 수 있지 않을까 하는데 각 유형에 따라 위 판단기준을 적용하면 다음과 같다.

먼저 만화나 소설 등 문학작품을 다룬 사례로는, 앞서 본 우리나라의 이회소 사건, 박찬호 사건이나 아스팔트 사나이 사건 등을 들 수 있다. 이 경우에는 대체로 표현의 자유뿐만 아니라 문학 내지 예술의 자유라는 측면에서도 퍼블리시티권 침해를 인정하기 어려울 것이다.

다음으로 시사 잡지를 다룬 사례로는, 미국의 Ann-Margret 사건, Toffoloni

사건, 독일의 배우 상품광고잡지 사건과 일본의 핑크레이디 사건 등을 들 수 있다. 시사 잡지는 그 영리적 성격이 만화나 소설 등 문학작품보다 크다는 점에서 다소 달리 볼 여지도 있다. 그러나 위 네 사건 중 미국의 Toffoloni 사건을 제외한 나머지 세 사건에서는 결과적으로 퍼블리시티권 침해가 부정되었다. 그 이유는 시사 잡지에서 다루는 내용은 대체로 뉴스성이 있는바 공적 정보 이익 내지 국민의 알 권리에 이바지하는 것이 일반적이기 때문이다. 다만 Toffoloni 사건과 같이, 시사 잡지에서 다루는 시사성 있는 기사와 별 관련이 없는 즉, 위장적 광고에 해당하는 경우에는 퍼블리시티권 침해가 인정될 수 있을 것이다.⁷²⁾

다음으로 상품광고를 다룬 사례로는, 독일의 스포츠선수 광고 사건과 우리나라의 김민희 사건을 들 수 있다. 상품광고에 타인의 사진 등 정체성 요소가 사용되는 경우에는 대체로 그 타인이 상품에 대한 구매를 추천하는 외관을 제공하고 그 영리적 성격이 강한 점에서 퍼블리시티권 침해가 인정될 개연성이 크다 할 것이나, 그러한 사정이 존재하지 아니하는 경우에는 퍼블리시티권 침해가 부정될 수도 있을 것이다. 위 독일의 스포츠선수 광고 사건에서는 퍼블리시티권 침해가 실제 부정되었고, 김민희 사건의 경우 퍼블리시티권 침해가 인정되었으나 실제 김민희 사진이나 성명의 사용 경위에 따라 달리 판단할 여지도 있지 않았을까 생각한다.

다음으로 광고 이외의 방법으로 상품에 부착한 사례로는, 미국의 Montgomery 사건, 독일의 축구선수 캘린더 사건, 빌리 브란트 기념메달 사건, 우리나라의 대한류전 사건 등을 들 수 있다. 위 사건 중 우리나라 대한류전 사건 이외에는 모두 퍼블리시티권 침해가 부정되었다. 그 이유는 초상 등의 정보와 독립된 공적 정보 이익이 존재하거나 표현의 자유 등을 보호하기 위함이다. 그런 점에서 우리나라 대한류전은 재고의 필요가 있었던 사안이라 할 것이다.

다음으로 정체성 요소가 독립적 상품 자체로 다루어진 사례로는, 박찬호 사건에서의 브로마이드와 배용준 등 밀랍인형 사건을 들 수 있다. 두 사건 모두 퍼블리시티권 침해가 인정되었다. 이 경우에는 오로지 영리적 목적으로만 사용된

72) 시사 잡지에 관하여 퍼블리시티권이 인정된 다른 외국 사례로는 일본의 부부카 스페셜 7(ブブカスペシャル7) 사건(東京高判平成18.4.26.平16(ネ)第4076号)이 있다.

다 할 것이므로 원칙적으로 퍼블리시티권 침해를 긍정하여야 할 것이다. 그러나 정체성 요소에 대한 변형의 정도가 큰 경우에는 예술 표현의 자유라는 측면에서 퍼블리시티권을 제한함이 타당할 것으로 생각되고, 이 점에서 배용준 등 밀랍인형 사건의 결론에는 재고의 여지가 있다.

다음으로 게임을 다룬 사례로는, 독일의 축구게임 사건과 우리나라의 포르야구 선수 사건을 들 수 있다. 두 사건 모두 퍼블리시티권 침해가 인정되었다. 이 경우에는 공적 정보 이익이 존재하지 아니하는 한편 오로지 영리적 목적으로만 사용된다는 점에서 원칙적으로 퍼블리시티권 침해를 인정하여야 할 것이다.⁷³⁾ 다만 게임에서 타인 정체성 요소의 변형 정도가 상당히 큰 경우에는 퍼블리시티권 침해를 부정할 수도 있을 것이다.

향후 이 논문을 계기로 보다 구체적으로 유형화된 퍼블리시티권 침해 기준이 정립되기를 희망한다.

73) 게임에서 인물 화상이 등장하는 빈도가 극히 드물다는 이유로 퍼블리시티권 침해를 부정한 사례로는 일본의 파친코기(パチンコ機) 사건[東京裁判平成17.6.14.平16(7)第23950号]이 있다.

참고문헌

〈국내 단행본〉

- 김철수, 헌법학신론, 제20전정신판, 박영사, 2010.
- 남형두, 퍼블리시티권에 관한 해외 사례 연구, 한국저작권위원회, 2012.
- 성낙인, 헌법학, 제3판, 법문사, 2003.
- 이해완, 저작권법, 제2판, 박영사, 2007.
- 정종섭, 헌법학원론, 제8판, 박영사, 2013.
- 차강진, 헌법강의, 제10판, 청출어람, 2011.
- 최승재, 퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 고찰(상), 언론중재위원회, 2010.
- 홍승기, 퍼블리시티권에 관한 국내 실태 조사, 한국저작권위원회, 2012.

〈국내 학술지〉

- 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 법학논총, 제17권 13호(2010).
- 권태상, “인격권 관점에서 본 퍼블리시티권”, 민사법학, 제59호(2012).
- 김윤명, “퍼블리시티권의 저작권법적 보호에 대한 비판적 고찰”, 산업재산권, 제33호(2010).
- 나윤수·박흥진, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구, 제24집(2006), 한국법학회.
- 박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 ‘상업적 이용’의 판단기준”, 비교사법 13권 2호, 한국비교사법학회, 2006.
- _____, “퍼블리시티권 침해의 유형에 관한 연구”, 서강법학연구, 제10권 제1호(2008), 서강대학교 법학연구소.
- 안병하, “인격권의 재산권적 성격”, 민사법학, 제45권 제1호(2009), 한국민사법학회.
- 이호선, “퍼블리시티권(신원 공표권)의 성격에 관한 연구”, 법학연구, 제19권 제3호(2009), 국민대학교 법학연구원.
- 임상민, “퍼블리시티권에 관한 일본의 동향”, 지식재산연구, 제7권 제4호(2012).
- 한위수, “퍼블리시티권-성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”, 민사재판의 제문제, 제9권(1997).

〈해외 단행본〉

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

Schertz/Gotting, Schertz, Seitz, *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008.

〈해외 학술지〉

上野達弘, “芸能人の氏名・肖像の法的保護”, 商事法務, 別冊NBL No.136(2010).

奥邨弘司, “米国におけるパブリシティ権”, 商事法務, 別冊NBL No.136(2010).

本山雅弘, “肖像の財産価値の保護とドイツ法の展開”, 商事法務, 別冊NBL No.136(2010).

田村善之, “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.

判例タイムズ, No.1367(2012).

Andrew Koo, “Right of Publicity: The Right of Publicity Fair Use Doctrine - Adopting a Better Standard”, *Buffalo Intellectual Property Law Journal*, Vol.4(2006).

Jason K. Levine, “Can the Right of Publicity Afford Free Speech? A New Right of Publicity Test for First Amendment Cases”, *University of Memphis Law Review*, Vol.36(2006).

〈기타 자료〉

<<http://rightofpublicity.com/statutes>>

<<http://data.adic.co.kr/lit/seperate/199905/M0003219/02.html>>

The Standard of Infringement against Publicity Right

Lim, Sang-MIn

Abstract

The Right of Publicity can be described as the right of every human being to use one's identity(or persona) such as name or likeness(portrait) etc in a commercial way in order to gain economic benefits. However, infringement against Publicity Right is not held in every case when another person's identity is commercially used. There is also a need to protect the usage of another person's identity. The Freedom of Express(Press and Speech) under the Constitution should be guaranteed. In addition, in order to ensure the Public's Right to be Informed, it is necessary in some cases to inform the public about other people's identity. For these reasons, in many countries such as United States, Germany, Japan and Korea, the Right of Publicity is limited to a certain level.

In this paper I reviewed some cases from the above countries in order to examine situations in which Publicity Right is admitted and other cases where Publicity Right is denied. By such examination, I attempted to draw a specific standard of reviews in finding infringement against Publicity Right.

To sum up, although a person's identity is used commercially, it doesn't always result in Publicity Right infringement. If the main aim to use a person's identity is to make a contribution to freedom to expression or right to know, it doesn't constitute infringement against Publicity Right. On the other hand, if the sole or main aim to use a

person's identity is pursuing profit and there are little public elements, it is possible to admit Publicity Right infringement.

And, it is helpful to practical field to classify the standard of Publicity Right infringement according to the type of media.

In Korea, there exist many papers in which Right of Publicity there are not too many papers dealing with the standard of infringement against Publicity Right, in other words, the balance between limits of Publicity Right and Freedom of Express(or the Public's Right to be Informed).

I hope this paper contributes to the discussion of the above issue hereafter.

Keywords

The Right of Publicity(Publicity Right), the Freedom of Express, the Public's Right to be informed, identity(persona), commercial use, standard of infringement against Publicity Right

