

민법상 인격표지영리권 도입에 관한 소고

A Study on the Introduction of the Commercial Right of Personality Mark under the Civil Law

김 나 래*

Kim, Na Rae

목 차

- | | |
|-------------------------|--------------------------|
| I. 서론 | III. 퍼블리시티권에 관한 민법 일부개정법 |
| II. 퍼블리시티권의 민법상의 도입 필요성 | 불안 검토 |
| | IV. 결론 |

최근에 유튜브, 인스타그램 등 비디오 플랫폼의 이용이 활발해지면서 유명인뿐만 아니라 일반인도 대중에게 인기를 얻을 수 있는 환경이 만들어짐에 따라 개인의 인격표지를 영리적으로 활용할 수 있는 영역이 넓어졌다. 법무부는 이러한 변화를 반영하여 올해 초에 사람의 성명, 초상, 음성 등 인격표지를 영리적으로 이용할 권리인 인격표지영리권을 신설하는 민법개정안에 대하여 입법예고를 하였다. 여기에서 인격표지영리권이란 미국에서 사용하는 퍼블리시티권(The Right of Publicity)이라는 단어를 우리말로 대체한 단어이다. 이번 민법개정안에서는 개정 부정경쟁방지법과 달리 성명, 초상 등의 인격표지가 ‘국내에 널리 인식되어 있는지’ 여부를 묻지 않고 인격표지를 이용할 수 있는 권리를 모든 개인들이 누릴 수 있는 독립된 권리로 규정하였고, 인격표지영리권의 양도 및 상속가능성에 관한 내용에 대해서도 함께 정하고 있다는 점에서 진일보한 입법이라고 할 수 있다.

퍼블리시티권에 관한 민법개정안에 대한 주요 쟁점을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 퍼블리시티권은 그 특성상 인격권 내지 재산권이라는 하나의 성격을 가진 권리로 규정지을 수 없고, 인격권과 불가분의 관계에 있는 재산권적인 성격이 분명한 권리로서, 일반 재산권과는 다른 내용으로 권리의 내용을 정할 필요가 있다. 둘째, 퍼블리시티권의 보호범위와 관련

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..55.29>

투고일: 2023. 7. 31. / 심사완료일: 2023. 8. 21. / 게재확정일: 2023. 8. 23.

* 법학박사, 한국법학원 연구위원

Ph.D. in Law, Senior Researcher in Korea Society of Law

하여 인격표지의 범위가 급속한 기술의 발전과 사회변화에 따라 더욱 다양화되고 광범위해질 수 있다. 이러한 상황에서 합리적 추론을 통한 퍼블리시티권의 보호범위를 정하는 방식이 타당성을 가진다고 생각한다. 그리하여 표현의 자유가 제한되지 않는 범위에서 그 보호범위를 정하는 데에 있어서 신중할 필요가 있다. 셋째, 퍼블리시티권의 보호범위가 정해지면, 권리를 침해하는 영리행위의 유형 및 기준이 명확해야만 권리주체가 구제받을 수 있는 가능성이 높아진다. 주로 퍼블리시티권의 침해 유형이 일정한 경우로 한정되어 있지만, 일정한 유형에 해당되지 않는다면, 권리를 침해하는 영리적 이용인지 여부의 판단은 인격표지에 사용된 매체가 표현의 자유의 보호범위 안에 포함되는 경우에 인격표지의 이용은 영리적 이용이 아니라고 보는 것을 하나의 기준으로 삼을 수 있다고 생각한다. 넷째, 민법개정안에 ‘신념’, ‘중대한 사유’, ‘정당한 이익’, ‘합리적인 범위’ 등 의미가 명확하지 않은 모호한 문구가 규정되어 있다. 신념에 반하는 중대한 사유라는 모호한 기준을 통하여 계약의 구속성을 깨뜨리기보다는 인격표지의 이용허락에 대한 철회를 할 수 없도록 하거나, 더욱 명확한 문구로 철회사유를 제한해야 할 필요가 있다. 또한 정당한 이익, 합리적인 범위의 의미를 예측할 수 없는 상황에서 개정안 제3조의2 제4항을 ‘다른 사람의 인격표지를 공익의 목적으로 이용하는 자는 인격표지영리권자의 허락 없이도 공익을 실현하는 범위에서 그 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있다’라고 하는 것을 제안하여 본다.

【주제어】 퍼블리시티권, 재산권, 인격권, 민법, 인격표지

I. 서론

최근에 유튜브, 인스타그램 등 비디오 플랫폼의 이용이 활발해지면서 유명인뿐만 아니라 일반인도 대중에게 인기를 얻을 수 있는 환경이 만들어짐에 따라 개인의 인격표지를 영리적으로 활용할 수 있는 영역이 넓어졌다. 법무부는 이러한 변화를 반영하여 올해 초에 사람의 성명, 초상, 음성 등 인격표지를 영리적으로 이용할 권리인 인격표지영리권을 신설하는 민법개정안에 대하여 입법예고를 하였다. 여기에서 인격표지영리권이란 미국에서 사용하는 퍼블리시티권(The Right of Publicity)이라는 단어를 우리말로 대체한 단어이다.

사실 그동안 퍼블리시티권에 대한 입법의 필요성에 대하여 논의가 되어왔고, 그 인정 여부에 관하여 다양한 견해들이 제시되어 왔다. 그리고 이러한 퍼블리시티권에 관한 민법 개정논의에 앞서서 개정 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하, 부정경쟁방지법)¹⁾상에 퍼블리시티권을 보호하기 위한 법적 근거가 최초로 마련됨으로써 퍼블

1) 2021년 12월 7일 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ 개정을 통해 ‘초상·성명 등 타인을 식별할

리시티권에 대한 인정여부에 대한 논의는 정리되었다고 볼 수 있다. 즉, 개정 부정경쟁방지법상에 유명인의 초상, 성명 등을 부정하게 사용하는 행위를 규정함으로써 유명인의 초상·성명 등을 동의 없이 무단으로 사용하는 행위는 부정경쟁행위에 해당한다고 한 것이다.

그동안 법원은 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 하였고, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호 대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제 수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이라고 판시하였다.²⁾ 또한 자신의 성명을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 권리는 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 부분인 성명권에 포함되고 별도로 퍼블리시티권이라는 새로운 개념을 인정할 필요가 없다고 판시하였다.³⁾ 이러한 상황에서 퍼블리시티권에 관한 민법개정안은 우리 법원이 지적해왔던 퍼블리시티권의 법적 근거를 마련하였다는 점에서 의의가 있다고 할 수 있다. 그리고 무엇보다 성명, 초상 등과 같은 개인의 인격표지에 대한 경제적 가치를 명확히 인정하고, 모든 개인들이 향유할 수 있는 보편적 권리로 인정하였다는 점에서 많은 법적 분쟁을 해결할 수 있는 기반이 될 것이라고 생각한다.

이러한 민법개정안이 국회를 통과한다면, 유명인뿐만 아니라 일반인도 자신의 인격표지가 제3자에 의하여 무단으로 사용됨으로써 입게 되는 경제적 피해를 구제받을 수 있게 될 것이다. 이제까지 초상권 침해 등 인격권이 침해된 경우에는 재산적 가치에 대한 침해가 아니기 때문에 손해배상액을 많이 인정받지 못했지만, 재산권적 측면이 두드러진 퍼블리시티권이 도입되면 침해에 대한 손해배상액이 커질 것으로 보인다.

본고에서는 퍼블리시티권을 민법에 도입하기에 앞서 퍼블리시티권의 의의 및 성격(Ⅱ.1)을 살펴보고, 퍼블리시티권의 도입 근거(Ⅱ.2), 현행법 체계를 통한 권리보호의 한계(Ⅱ.3)를 통하여 퍼블리시티권의 민법예외의 도입 필요성을 살펴보기로 한다. 그리고 퍼블리시티권에 관한 민법 일부개정법률안에 대한 배경 및 주요 내용(Ⅲ.1)을 살펴보고, 이 법안에 대한 주요 쟁점(Ⅲ.2)인 (1) 권리의 성격, (2) 양도 및 상속 인정 여부, (3) 인격표지의 범위, (4) 인격표지영리권의 침해 유형 및 기준, (5) 의미가 명확하지 않은

수 있는 표지를 공정한 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위'를 별도의 부정경쟁행위로 규정함(제2조 제1호 타목 신설).

2) 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결.

3) 서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129 판결.

보호한 문구에 대하여 검토하기로 한다. 이를 통하여 특정한 개인의 성명이나 초상의 가치가 상업적 이용으로부터 보호받는 퍼블리시티권의 의미와 중요성을 재확인하고, 앞으로의 민법 개정에 있어서 논의의 단초를 제공하고자 한다.

II. 퍼블리시티권의 민법예의 도입 필요성

1. 의의 및 성격

1.1 의미

퍼블리시티권(The Right of Publicity)은 1953년 미국 제2연방항소법원의 Jerome Frank 판사가 *Haelan* 사건⁴⁾ 판결문에서 처음 사용한 용어이다. 이 사건의 판결문에서 사람은 프라이버시권(The Right of Privacy)과는 별도로 본인의 사진을 공개하는데 관하여 배타적인 특권을 가진다고 판시하였고, 이러한 특권은 전통적으로 인정되던 프라이버시권 외에 자신의 초상이 갖는 가치에 대한 권리를 인정한 것으로써 퍼블리시티권이라고 하였다. 이 판결 이전까지는 개인의 초상을 프라이버시권으로 보호하였지만, 다양한 기술과 매체의 발달로 초상이 갖고 있는 인격적 가치를 넘어 초상의 상업적 가치를 프라이버시권으로 보호하기에는 한계가 있어서 퍼블리시티권이라는 새로운 권리가 등장하게 되었다.

퍼블리시티권이란 성명, 초상, 목소리 등의 인격적인 표지에서 비롯되는 재산적 가치를 인격적 표지의 당사자가 독점적으로 지배하고, 타인이 허락 없이 부당하게 상업적으로 이용하지 못하도록 통제할 수 있는 권리를 의미한다.⁵⁾ 다시 말하면, 대중에게 인지도가 높은 유명인의 개성은 고객을 끌어들이는 힘이 있어서 경제적 가치를 가지므로 특정인의 성명, 초상, 사진, 그림, 이미지, 만화, 서명, 음성 등이 갖는 경제적 이익이나 가치를 상업적으로 사용, 통제하거나 지배하는 것을 퍼블리시티권이라고 할 수 있다. 퍼블리시

4) 미국 MLB 소속 야구선수의 이름과 초상을 야구카드(baseball trading cards)에 허락없이 사용하여 문제가 된 사건임(*Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953)).

5) 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 법원도서관 사법논집 제39집, 사법발전재단, 2004, 340쪽; 김상중, “‘퍼블리시티권’에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제언”, 비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 4쪽.

티권과 관련된 판결에서도 퍼블리시티권의 정의가 조금씩 다르게 표현되지만, 공통적으로 사람이 그가 가진 성명, 초상이나 기타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리로 보고 있다.

우리나라에서 퍼블리시티권이라는 용어가 최초로 등장하는 판결은 이휘소 사건이라 불리는 사안이었는데,⁶⁾ 1995년에 고 이휘소 박사의 상속인이 이휘소에 관한 소설을 쓴 작가를 상대로 소송을 제기하였다. 신청인들은 피신청인인 저자가 이휘소와 신청인들의 성명이 지닌 재산적 가치를 이용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하며 출판등금지가처분을 신청하였다. 여기에서 법원은 퍼블리시티권이란 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등의 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 권리라고 하였다.

1.2 퍼블리시티권의 주체와 객체

1.2.1 주체

우리나라의 많은 판례에서 퍼블리시티권의 보호 주체를 일반인이 아닌 유명인에 한정하고 있는 경향을 보였다. 그리하여 연예인 또는 운동선수의 경우, 성명권 내지 초상권이라는 인격권을 가지는 동시에 이에 대한 상업적 이용권으로서의 퍼블리시티권을 인격권과 분리된 별도의 재산권으로서 향유할 수 있다고 하였다. 특히 2016년에 선고되었던 2013가합18880 판결⁷⁾에서 연예인 또는 운동선수에게 퍼블리시티권을 별도로 인정했던 이유는 연예인 또는 운동선수의 경우, 공인이라는 이유로 일반인보다 인격권으로서의 성명권 내지 초상권을 충분히 보호받는 것이 쉽지 않아서 이들을 보호하기 위하여 별도의 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하자는 것이었다. 퍼블리시티권을 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보게 되면, 퍼블리시티권을 인격권으로 보는 경우보다 권리 침해시 손해배상액의 측면에서 이익이 된다. 왜냐하면 재산상 손해배상액은 위자료에 의한 손해배상액보다 클 가능성이 높기 때문이다.

그런데 퍼블리시티권은 사람의 인격적 표지가 상업적으로 이용되는 경우에 주장할

6) 이 사건에서 등장한 문학작품인 소설은 실존 인물의 일대기를 소재로 하여 이를 저자의 독창적인 시각으로 재해석함으로써 저자 자신의 사상과 감정을 표현하는 문학의 한 장르이므로 그 주인공인 망인의 성명, 사진을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용한 행위에 해당할 수 없다고 판시하였다(서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94가합9230 판결).

7) 서울동부지방법원 2016. 4. 27. 선고 2013가합18880 판결.

수 있는 권리이기 때문에 유명한 연예인 또는 운동선수가 아닌 일반인의 경우에도 상업적 이익을 목적으로 하는 광고 등에 자신의 인격적 표지가 사용되게 되면 퍼블리시티권을 인정하는 것이 합리적이라는 견해도 있다. 재산적 가치를 산정해보면, 유명인의 퍼블리시티권이 일반인의 것보다 재산적 가치가 더 높을 수 있지만, 일반인에게 퍼블리시티권을 인정하지 못할 이유가 없다는 것이다.⁸⁾ 또한 일반인의 성명, 초상 등도 상업적으로 이용됨으로써 경제적 가치를 인정할 수 있고, 이러한 인격적 표지를 타인이 무단으로 사용한 경우에 재산적으로 손해를 끼칠 수 있다고 보고 있다. 이에 더하여 유명인과 일반인을 구별하는 기준이 명확하지 않기 때문에 두 개념을 별도로 구별할 필요가 없고, 유명인과 일반인의 구별은 손해액을 산정할 때에 고려할 사항이라는 견해도 있다.⁹⁾

이에 반하여 일반인의 퍼블리시티권을 인정하지 않아도 된다는 견해는 일반인의 인격적 표지는 유명인과 달리 고객흡인력이 없으며, 일반인의 성명, 초상 등은 상업적으로 이용될 가능성이 낮기 때문에 타인이 무단으로 이용한 경우에도 재산적으로 손해를 입기 어렵다고 보고 있다. 그리고 일반인이 자신의 인격적 표지를 침해당하였을 때에 퍼블리시티권이 아닌 초상권, 성명권 등의 인격권을 통한 보호로 충분하다고 하였다.¹⁰⁾

최근에 다양한 온라인 플랫폼을 통하여 일반인들이 대중에게 인지도를 얻기 쉬운 환경에서는 퍼블리시티권의 주체를 유명인에 한정하기보다는 일반인도 그러한 권리를 향유할 수 있도록 하는 것이 더욱 합리적일 것이다.

1.2.2 객체

퍼블리시티권은 사람의 성명, 초상 등과 같은 일반적인 인격적 표지를 보호하는 것을 내용으로 한다. 성명의 경우에도 본명 외에 예명이나 필명, 그룹명도 인격적 표지로서 인정되고 있고, 성명의 일부 또는 이를 변형하여 사용한 경우에도 특정인을 나타낸다고 볼 경우에는 인격적 표지로서 퍼블리시티권의 보호대상이 된다. 초상의 경우에도 사진 뿐만 아니라 일러스트레이션으로 묘사하거나 캐릭터로 형상화한 경우에도 퍼블리시티권이 보호대상이 된다.¹¹⁾ 이와 관련된 다양한 판례에서도 성명, 초상 등과 같은 전형적인

8) 윤석찬, “퍼블리시티권 인정여부에 관한 판례연구 -서울동부지방법원 2016.4.27. 선고 2013가합18880 확정판결의 평석”, 재산법연구 제36권 제3호, 한국재산법학회, 2019, 248쪽.

9) 한위수, “퍼블리시티권·성명·초상 등의 상업적 이용에 관한 권리·의 침해와 민사책임”, 민사실무연구회 민사재판의 제문제 제9권, 한국사법행정학회, 1997, 543쪽.

10) 이상정, “퍼블리시티권에 관한 소고”, 아세아여성법학 제4호, 아세아여성법학회, 2001, 322쪽.

11) 김상중, 앞의 논문, 21쪽.

인격적 표지뿐만 아니라 음성, 동작, 스타일, 캐릭터, 이미지, 특정 포즈, 인상 등 다양한 인격표지가 퍼블리시티권의 보호대상이 될 수 있다고 보고 있다.¹²⁾

1.3 법적 성격

1.3.1 인격권설

인격권설은 성명, 초상, 목소리, 이미지 등 인격적 표지가 갖는 재산적 가치를 인격권의 일부로서 보호해야 한다는 견해이다. 퍼블리시티권의 객체로서 성명, 초상, 목소리, 이미지 등은 사람의 인격적 표지에 대한 경제적 가치로서의 재산권 개념의 필수적 요소인 특정성이 결여되었다고 보고, 이러한 권리는 일신에 전속하고 양도와 상속이 불가능하다고 해석하고 있다.¹³⁾ 사실 인격권을 통하여 인격적 표지의 재산적 가치를 보호하는 것은 일반인의 통념에 부합하지 않는 측면이 있다. 그리고 인격권을 침해당했을 때에는 정신적 고통에 대한 위자료로 보상받아야 하고, 인격적 표지가 갖는 재산적 가치를 침해당했을 때에는 재산권의 침해로 보고 재산상의 손해를 배상받아야 한다는 내용을 설명하는 것이 어렵다. 또한 인격적 표지의 재산적 가치가 거래 실무에서 양도되어 사용되는 부분이 있는데, 현실과 달리 양도성을 부정하는 것은 합리적이지 못하다는 측면에서 인격권설에 대하여 비판한다.¹⁴⁾

1.3.2 재산권설

재산권설은 퍼블리시티권이 자신의 성명, 초상, 목소리, 이미지 등 기타 인격적 표지와 동일성을 가진 것을 영리의 목적으로 이용하여 재산적 이익을 취득할 수 있는 권리로 보는 견해이다. 이러한 권리로 볼 경우, 양도와 상속이 가능하다고 보고 있다.¹⁵⁾ 퍼블리시티권은 사람의 인격적 표지와 관련되어 있지만, 인격적 표지를 상업적으로 이용할 수 있는 지위는 인격권과 별도로 고려해야 한다는 점을 근거로 제시하고 있다. 여기에서 인격권은 사람에 관한 정신적 또는 관념적 이익만을 보호하는 소극적 방어권으로 보고, 즉, 사람의 인격적 속성이 무분별하게 침해당하지 않을 권리로 보고 있다. 이는 일신에 전속하여 양도할 수

12) 권태상, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 83쪽.

13) 엄동섭, “퍼블리시티권”, 서강법학 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 167쪽.

14) 이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 저스티스 제85호, 한국법학원, 2005, 168쪽.

15) 권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 93-98쪽.

없는 권리로써 성명, 초상 등의 인격적 표지의 양도성을 인정함으로써 발생하는 경제적 이익을 취득하기 위한 수요에 대응하기 어려운 측면이 있다. 그리고 유명인의 성명, 초상, 이미지 등 인격적 표지를 이용하는 자의 권리를 침해하는 자로부터 그를 보호할 방법을 찾기 어렵다는 점에서 퍼블리시티권이라는 재산권의 존재를 인정할 필요가 있다고 한다.¹⁶⁾

한편, 인격적 표지의 소유자인 당사자가 자신의 의사를 통하여 퍼블리시티권을 양도함으로써 인격적 표지를 처분하면, 이에 대한 자신의 권리를 통제할 기회를 상실하게 된다는 측면과 퍼블리시티권의 침해시 금지청구권을 인정하는 근거를 설명하기 어렵다는 점 등에서 재산권설에 대하여 비판한다.¹⁷⁾

1.3.3 판례의 태도

법원은 주로 퍼블리시티권의 재산권적 측면을 강조하는 입장을 드러내고 있는 판시사항이 주를 이루고 있다. 물론 퍼블리시티권은 인격권과 불가분의 관계이고, 인격권으로부터 파생되거나 발현된 권리로 보고 있다. 구체적인 판결 내용을 보면, “원고의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리는 퍼블리시티권으로 파악할 수 있으며, 비록 퍼블리시티권이 인격권으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 한다.”고 판시하였다.¹⁸⁾ 그리고 “퍼블리시티권의 대상은 ‘인격 그 자체’가 아니라 ‘인격이 발현됨으로 인하여 생긴 경제적 이익’이며, 퍼블리시티권은 독립한 재산권이므로, 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적, 개별적으로 위임할 수 있다.”고 판시하였다.¹⁹⁾ 또한 “재산권으로서의 퍼블리시티권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없는 권리로 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점적, 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵고, 법률적인 근거가 마련되어야만 퍼블리시티권을 인정할 수 있다”고 판시하였다.²⁰⁾

1.3.4 검토

퍼블리시티권의 법적 성격은 인격권설과 재산권설로 견해가 나뉘어져 있는데, 퍼블리시티권은 성명, 초상 등에 관한 인격적 표지를 상업적으로 이용함으로써 경제적으로

16) 한위수, 앞의 논문, 540쪽.

17) 이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 167쪽.

18) 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결.

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

20) 서울서부지방법원 2014. 7. 24. 선고 2013가합32048 판결.

이익을 취득하는 권리의 측면이 강하다. 이러한 권리는 본인의 인격으로부터 파생된 것이어서 인격권과 불가분의 관계는 있지만, 재산권적 측면이 두드러진 권리라고 볼 수 있다. 즉, 이 권리는 인격적 표지에 재산권적 가치를 인정하고자 유래된 것으로서 기본적인 성질은 재산권일 수밖에 없지만, 이러한 권리의 보호범위가 인격권의 객체이기 때문에 양도나 상속의 문제에서 인격권과의 관계를 어떻게 설정해야 할지 고려해야 할 사항이 존재한다.²¹⁾ 이에 따라 퍼블리시티권은 동일성을 유지하면서 귀속 주체를 변경하는 것이 불가능하므로 통상의 재산권과는 취급을 달리하여야 한다는 견해도 존재한다.²²⁾ 기본적으로 사람의 성명, 초상 등은 헌법상의 권리인 성명권, 초상권으로 보호되어야 한다. 그러나 개인의 성명·초상 등과 같은 인격적 표지를 상업적으로 이용하기 위해서는 인격권과는 별개로 퍼블리시티권을 인정해야 하고, 그 보호범위가 성명, 초상 등이 가지는 인격적 가치가 아니라 재산적 가치여서 권리의 성격에 따른 양도나 상속의 문제를 별도로 고려해야 하는데, 그에 대한 내용은 후술하고자 한다.

2. 인정 근거

법원은 민법 제185조의 물권법정주의 따라 법률에 규정되어 있지 않은 물권은 인정되지 않는다고 보아 물권과 유사한 배타적인 재산권인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 하였다. 이에 따라 퍼블리시티권을 도입하기 위해서 필요성만으로는 부족하고, 법률적 근거가 명확해야 한다. 그리하여 권리주체가 법원의 해석에 따라 퍼블리시티권의 인정 여부가 달라져 본인의 인격표지를 무단으로 사용하는 자로부터 권리를 침해당했음에도 불구하고 구제를 받지 못하는 경우를 방지하고, 권리에 대한 법적 안정성을 확보하고자 한다.

퍼블리시티권을 법제화하기 위해서는 퍼블리시티권에 대한 인정 근거가 명확하고 합리적이어야 하는데, 그 내용은 다음과 같다. 먼저 존 로크의 노동이론(Labor theory)에 기초한 근거이다. 유명인 등의 초상, 성명 등의 인격적 표지를 광고 등에서와 같이 상업적으로 이용할 경우, 사용자는 인격적 표지가 갖고 있는 고객흡인력을 활용함으로써 경제적으로 이익을 얻게 된다. 이때 경제적 이익은 인격적 표지의 당사자인 유명인 등이 다양한

21) 박정균, “퍼블리시티권의 법적 성격과 입법화 방안”, 법학논집 제22권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 108-109쪽.

22) 구제균, “퍼블리시티권에 관한 연구”, 외법논집 제30집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008, 214쪽.

활동을 함으로써 본인이 얻어낸 노력의 산물이므로 그러한 노력을 한 당사자에게 그 이익을 귀속시키는 것이 정의의 관념에 부합한다는 것이다.²³⁾ 다음으로 유인이론(Incentive theory)에 기초한 근거이다. 이는 퍼블리시티권을 인정함으로써 자신의 능력을 개발하여 자신의 인격적 표지가 갖고 있는 가치를 창출하고, 문화 및 산업의 발전을 이끌 수 있다는 것이다. 즉, 유인이론은 공리주의의 입장과 관련되며, 한류와 관련된 문화산업의 발전을 위해 퍼블리시티권의 법제화가 필요하다는 것과 동일한 취지라고 할 수 있다. 마지막으로 자기결정권(Right of self-definition)에 기초한 근거이다. 퍼블리시티권은 인격적 표지의 당사자가 자신의 성명, 초상 등을 어떻게 상업적으로 사용하도록 할 것인지를 결정하여 대중이 갖고 있는 자신의 인격적 표지와 관련된 의미와 가치들을 통제할 수 있는 권리이다. 그리하여 당사자는 이에 대한 자기결정권을 행사할 수 있어야 하고, 자기결정권을 통하여 퍼블리시티권을 인정할 필요가 있다는 취지이다.²⁴⁾ 세 가지 이론 모두 퍼블리시티권의 법제화에 대한 근거가 될 수 있고, 퍼블리시티권의 특성에서부터 비롯된 것이다. 권리 자체가 개인의 인격적 표지와 관련된 것으로서 인격권 보장의 목적인 인간의 존엄과 가치와 직결되기 때문에 자기결정권에 기초하여 그러한 권리를 자신이 통제할 수 있어야 한다는 점에서 자기결정권 이론에 합치하고, 그러한 인격적 표지의 경제적 가치는 본인의 노력에 의하여 얻게 된 것으로서 그 이익을 보호해야 하는 노동이론에 부합하며, 인격적 표지를 충분히 보호하게 되면, 이를 활용한 다양한 문화산업에 긍정적 효과를 줄 수 있다는 점에서 유인이론도 또한 그 근거로서 합리적이다.

3. 기존의 법체계를 통한 권리보호의 한계

3.1 저작권법에의 명문화 시도의 한계

우리나라는 2005년, 2009년, 2021년 저작권법 개정안에 ‘초상등재산권’이라는 명칭으로 퍼블리시티권을 규정하려는 입법적 시도가 있었다.²⁵⁾ 이는 저작권 등의 무체재산권

23) 한편, 인격표지에 대한 가치는 인격표지의 당사자의 노동의 양과 비례하지 않고, 대중과의 관계 속에서 확립된 사회적 산물이라는 비판이 존재한다(남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반 (상)”, 저스티스 제97호, 한국법학원, 2007, 152쪽).

24) 이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2016, 95-98쪽.

25) 박찬숙 의원안(의안번호 3276), 이성현 의원안(의안번호 4588), 박창식 의원안(의안번호 539), 도종환 의원안(의안번호 2107440) 등이다.

도 저작자의 창작, 발명 등에 대한 결과물, 즉 인격적 활동을 보호한다는 측면에서 인격권과 밀접한 관련이 있기 때문에 사람의 초상, 성명 등에 형성된 재산적 이익인 퍼블리시티권을 저작권법에 포함시킬 수 있다고 하였다. 그러나 이러한 시도에 대하여 사람의 초상, 성명 등과 같은 인격적 표지는 사람의 사상이나 감정이 반영된 작품이 갖는 특징인 창작성이 없다는 점에서 적절하지 않다는 지적이 있어 왔다.²⁶⁾

특히 저작권의 보호범위는 서적, 음반, 영화 등 저작물과 같이 특정성을 갖추고 있고, 저작자와 분리할 수 있는 객체를 대상으로 하지만, 퍼블리시티권의 보호범위는 초상, 성명 등과 같은 인격적 표지로부터 표상되는 사람의 동일성이라고 볼 수 있다. 즉, 퍼블리시티권에서 초상 등에 대하여 재산적 지위를 부여하는 것은 초상 등이 그 자체로 고유한 가치가 있다고 보는 것이 아니라 그로 인하여 특정인이 표상되기 때문에 재산적 보호의 필요가 비로소 인정되는 것이다. 초상, 성명 등과 같은 인격적 표지는 당사자 그 자체로서 분리될 수 없기 때문에 발명이나 저작 등 그 주체와 독립한 존재로 형상화될 수 있는 무체재산권과 차이가 있다고 할 수 있다. 이에 따라 재산적 가치를 갖는 인격적 표지에 관한 퍼블리시티권의 보호에 있어서 저작권 등의 무체재산권에 적용되는 규정이 유추 적용될 수 있는 부분도 있지만, 저작권법을 통하여 보호하는 것은 한계가 있다고 보고 있다.²⁷⁾

한편, 2021년도 저작권법 개정안을 살펴보면, ‘초상등재산권’에 관한 규정이 있는데, ‘초상등재산권’이란 초상·성명 등 개인을 특정할 수 있는 것을 상업적 목적을 위하여 일반 공중에게 알리는 방법으로 이용할 수 있는 권리이고, 이는 초상이나 성명 등의 무분별한 도용을 방지하고 안정적인 거래로 관련 산업을 활성화시킬 수 있는 장점이 있다. ‘초상등재산권’은 재산권인 동시에 인격적 요소가 있는 권리이므로 타인에게 자신의 초상·성명 등을 이용할 수 있게 하되 양도와 상속은 인정하지 않고, 이러한 권리에 대한 침해는 민사적 손해배상의 대상으로 할 뿐 형사처벌의 대상에서 제외하였다.²⁸⁾ 왜냐하면 초상, 성명 등에 관한 보호에 관한 인식이 보편화되지 않은 상황에서 이러한 권리의 침해시 형사처벌까지 한다면 관련 산업이 위축될 수 있기 때문이다.

26) 구재균, 앞의 논문, 209쪽.

27) 김상중, 앞의 논문, 51-52쪽.

28) 안 제205조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과(併科)할 수 있다.

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우로서 저작재산권 또는 이 법에 따라 보호되는 재산적 권리(제117조 및 제126조에 따른 권리는 제외한다)를 복제, 공연, 공중송신, 전시, 배포, 대여, 2차적 저작물 작성의 방법으로 침해한 자 (이하 생략).

사실 ‘초상등재산권’은 명칭에서도 보았듯이 재산권으로 보고 있음에도 불구하고 권리 자체의 양도성을 부정하는 것은 권리체계상 어색한 측면이 있다. 또한 이 권리는 상속도 부정하고 있는데, 초상등재산권의 상업적 가치는 사후에도 여전히 존재하여 보호할 가치가 있다. 저작권법은 저작권 등의 권리에 대하여 사후존속기간을 인정하고 있는데, 초상등재산권에서는 이를 인정하지 않는다는 점에서 권리보호의 한계가 존재한다.²⁹⁾

3.2 부정경쟁방지법의 개정을 통한 보호의 한계

개정 전 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (가)목은 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위로 규정하였다. BTS 사건(대법원 2020. 3. 26. 자 2019마6525 결정)에 적용된 이 규정은 부정경쟁행위의 유형으로 특정하지 못한 다양한 부정경쟁행위를 규율하기 위하여 보충적 일반조항으로 기능하고 있었는데, 대법원은 이 규정을 근거로 퍼블리시티권의 침해를 부정경쟁행위로 보았다.

사실 퍼블리시티권을 법적으로 인정할 수 있는지와 관련하여 종래에 많은 논의가 있었고, 하급심 판결에서 퍼블리시티권의 인정 여부에 대한 판결이 있었지만, 이 판결을 바탕으로 부정경쟁방지법을 통하여 퍼블리시티권을 인정하였다는 점에서 상당한 영향력을 끼칠 것이다. 특히 유명인의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용하는 행위가 노력으로 만들어진 그의 명성이나 고객흡인력에 쌓인 성과의 경제적 이익을 침해하는지 여부, 무형의 성과가 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역인지 여부, 상업적 이용행위가 기존의 수요를 대체할 가능성이 있는지 여부 등을 고려해야 한다고 함으로써 퍼블리시티권의 침해로 인한 구제를 요청하기 위한 검토 기준을 세웠다고 볼 수 있다.

이러한 BTS 사건 이후에 개정 부정경쟁방지법에 퍼블리시티권 보호를 위한 명확한 법적 근거가 마련되어 2022년 6월 7일부터 시행되었다. 개정 부정경쟁방지법에서는 퍼블리시티권이라는 용어를 직접적으로 사용하고 있지 않지만, 유명인의 인적 식별표지에 대한 무단 사용행위를 부정경쟁행위의 유형으로 규정함으로써 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 법익을 실질적으로 보호할 수 있는 법적 근거를 마련했다는 점에서 의의가 있다. 구체적인 내용은 개정 부정경쟁방지법 제2조 제1호 타목에 “국내에 널리 인식되고

29) 박현경, “민법개정안의 ‘인적표지영리권’ 도입에 관한 검토”, 연세법학 제41호, 연세법학회, 2023, 800-801쪽.

경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위로 규정하였다. 이 규정으로 인하여 퍼블리시티권의 침해로 인한 재산적 손해에 대하여 손해배상청구(부정경쟁방지법 제5조)가 더 수월해질 것이며, 금지청구권(부정경쟁방지법 제4조)을 행사할 수 있는 근거가 마련되었다는 점에서 중요한 의미를 가진다고 볼 수 있다. 이에 따라 다양한 엔터테인먼트 산업에서 문제된 퍼블리시티권의 침해 사례들이 해결될 수 있을 것으로 보인다.

그러나 부정경쟁방지법에는 퍼블리시티권에 대한 직접적이고 명시적인 규정이 있는 것이 아니고, 타인을 식별할 수 있는 표지를 무단으로 사용하지 못하도록 행위를 규제하는 내용을 명시하고 있다. 즉, 유명인의 성명, 초상 등의 인격표지를 무단으로 이용하는 행위에 대하여 부정경쟁행위로 규정하고 있어서, 일반인들의 인격표지가 무단으로 이용될 경우에 피해를 구제받기 어렵다. 또한 이러한 부정경쟁행위가 민법상 불법행위를 구성하는 것으로 규율하고 있는 것이기 때문에 퍼블리시티권을 충분히 보호하는 데에는 한계가 있다. 그리고 부정경쟁방지법은 공정한 경쟁과 거래질서를 확립하는 것을 목적으로 하기 때문에 부정경쟁행위가 되려면 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 경쟁관계에 놓일 가능성이 있어야 한다.³⁰⁾ 그리하여 부정경쟁방지법으로는 경쟁관계에 있지 않은 자의 인격적 표지 그 자체를 보호하는 데에 한계가 있다.³¹⁾ 따라서 권리 자체를 적극적으로 규율하는 저작권법이나 민법개정안과 규율 범위에 차이가 있다는 점에서 민법개정안이 통과되어 퍼블리시티권의 성격, 내용이 정해지면, 부정경쟁방지법의 한계, 예를 들면, 퍼블리시티권의 법적 성격에 따른 양도 및 상속의 문제, 구제수단 등을 고려할 수 있게 되어 퍼블리시티권을 충분히 보호할 수 있을 것이다.

30) 유명 연예인의 사진 등을 성형외과를 선전하는 데에 무단으로 이용하는 경우, 권리주체인 연예인과 성형외과 영업주 사이에 경쟁 관계를 인정하여 부정경쟁방지법의 적용하는 것이 쉽지 않다. 실제로 다이어트 용품의 광고에서 다이어트에 성공한 사람의 초상 등을 무단으로 이용하거나 유명 연예인 등의 성명을 쇼핑몰 업자의 광고에 무단으로 이용한 사건에서 판결례는 부정경쟁방지법의 적용에 따른 구제 수단을 받아들이지 않았다(김상중, 앞의 논문, 53쪽).

31) 한지영, “민법상 ‘인격표지영리권’ 입법에 관한 비판적 고찰”, 아주법학 제16권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2023, 15쪽.

III. 퍼블리시티권에 관한 민법 일부개정법률안 검토

1. 배경 및 주요 내용

1.1 배경

최근에 다양한 온라인 플랫폼을 통하여 연예인이 아닌 일반인도 타인과 소통함으로써 유명해질 수 있는 환경이 조성됨에 따라 유명해진 인격표지(사람의 초상, 성명, 음성 등 그 사람을 특징짓는 요소)를 영리적으로 활용함으로써 이에 관한 분쟁이 급격하게 증가하였다. 그러나 인격표지에 관한 권리보호를 저작권법에 규정할 경우, 저작물의 개념과 맞지 않는 부분이 있고, 부정경쟁방지법에 규정할 경우, 권리의 보호범위가 제한될 수 있어서 민법 개정을 통한 권리의 보호는 합리적이라고 할 수 있다.

특히 인격표지영리권자가 사망한 경우에 인격표지영리권이 상속인에게 상속되는지 여부, 이 권리가 상속된 경우, 언제까지 존속하는지 명확하지 않아서 분쟁 해결에 어려움이 존재하였다. 법무부는 인격표지영리권자가 유명한 인물³²⁾인지 여부를 불문하고 모든 개인들의 보편적 권리로서 인격표지영리권을 명문화하였고, 이러한 권리의 상속 여부, 상속 후 존속기간 및 침해시 구제수단을 명확히 규정함으로써 법적 불확실성을 제거하고자 하였다.

1.2 주요 내용

개정안 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

32) ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’(제2조 제1호 타목)은 ‘유명한 인물’(‘국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인’)의 인격표지를 공정한 상거래 관행 등에 반하는 방법으로 무단 사용하는 ‘행위’를 규제하고 있음.

허락 없이도 합리적인 범위에서 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있다.

⑤ 제1항의 권리는 본인이 사망한 후 상속되어 30년 동안 존속한다.

⑥ 제3조의2 제2항, 제3항의 규정은 인격표지영리권에 준용한다.

1.2.1 퍼블리시티권을 인격표지영리권으로 대체

미국에서 사용하는 퍼블리시티권(The Right of Publicity)이라는 단어를 우리말로 대체하여 ‘인격표지영리권’이라는 단어로 명문화하였다.

1.2.2 인격표지영리권의 활용 가능성 확대

인격표지는 개인의 신념이나 가치관 등과 밀접한 관련이 있고, 인격표지영리권은 권리의 성격상 양도할 수 없는 권리이지만, 타인에게 인격표지의 영리적 이용을 허락할 수 있도록 함으로써 인격표지의 영리적 활용 가능성을 확대하였다. 다만, 인격표지영리권자가 본인의 신념에 반하는 등 중대한 사유가 발생한 경우에 이용에 대한 허락을 철회할 수 있도록 하였다.

1.2.3 인격표지영리권의 제한

스포츠 생중계에서 관중의 얼굴이 화면에 나오거나 언론에 시민의 인터뷰가 나오는 등 언론의 취재와 같은 정당한 활동 과정에서 불가피하게 타인의 인격표지를 활용하면 인격표지영리권자의 허락이 없어도 인격표지를 합리적인 범위 내에서 영리적으로 이용할 수 있다고 하였다.

1.2.4 인격표지영리권의 상속여부 및 상속 후 존속기간

인격표지영리권자가 사망한 경우에는 인격표지영리권이 당연히 소멸하는 것으로 보지 않고, 다른 재산권처럼 상속되는 것으로 하였고, 상속된 경우에 그 존속기간은 30년으로 정하였다. 왜냐하면 어떤 사람의 명성이나 유명세가 희박해지고, 그 인격표지에 대한 영리적 권리가 소멸하는 데에는 한 세대에 해당하는 30년이 걸린다고 판단했기 때문이다.

1.2.5 인격표지영리권 침해시 구제수단

인격표지영리권이 침해된 경우에 사후적 손해배상청구권만으로는 권리 구제의 실효성을 확보하기 어렵다고 판단하였다. 그리하여 2022년 4월에 입법예고를 마친 민법 일부

개정법률안 제3조의2(인격권) 제2항, 제3항을 준용하여, 인격표지영리권 침해의 제거를 청구하거나 사전에 그 침해에 대한 예방을 청구할 수 있도록 침해제거 및 예방청구권을 인정하였다.

2. 주요 쟁점에 대한 검토

2.1 권리의 성격

앞에서 퍼블리시티권의 법적 성격으로 인격권설과 재산권설을 언급하였다. 퍼블리시티권은 일도양단적으로 인격권 내지 재산권으로만 보기 어려운 측면이 있기 때문에 권리의 성격을 세분화하여 분석할 필요가 있다. 퍼블리시티권은 인격권설과 재산권설로 보는 것 외에도 인격권에 포함된 재산적 권리설, 인격권에서 파생된 재산적 권리설에 관한 논의가 있다. 이러한 두 가지 논의에 대한 학설을 혼합권설이라고도 하는데, 인격권에 포함된 재산적 권리설의 경우, 퍼블리시티권은 인격권 안에 포함된 권리이지만, 인격권 안의 재산적 구성부분에 해당된다고 보는 입장이다.³³⁾ 그리하여 권리주체가 퍼블리시티권을 침해당하였을 때에 손해배상에 있어서 정신적 손해배상만이 아닌 재산적 손해배상을 인정할 수 있다.³⁴⁾ 인격권에서 파생된 재산적 권리설의 경우, 퍼블리시티권은 인격권에서 파생된 권리로써 재산권의 성격을 가지지만, 본질적으로 인격권과의 관계가 단절되지 않은 인격권적인 성격이 혼재된 권리라고 보는 입장이다.³⁵⁾ 이는 재산권설과 구별할 때 인격권과의 법적인 관계가 단절된 것으로 볼 것인지 여부에 있다. 그리하여 재산권설을 따를 때 퍼블리시티권은 인격권과는 명확하게 보호범위가 구별되어 양도성을 인정하는 입장이지만, 이 설에 따를 경우, 퍼블리시티권은 인격권의 성격과 재산권의 성격을 모두 가진 권리로써 민법상 일반적인 재산권과 동일하게 양도성을 인정하기는 어려운 측면이 있다고 보고 있다.³⁶⁾ 결국 퍼블리시티권의 특성상 인격권설 또는 재산권설에 따른 하나의 성격을 가진 권리로 규정지을 수 없고, 두 가지 학설 모두 내용상

33) 계승균, “우리나라에서 퍼블리시티권(the right of publicity)보호에 관한 소견”, 정보법학 제17권 제3호, 한국정보법학회, 2013, 81쪽.

34) 안병하, “인격권의 재산권적 성격 -퍼블리시티권 비판 서론-”, 민사법학 제45권 제1호, 한국민사법학회, 2009, 81쪽.

35) 박영규, “인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권”, 저스티스 제112호, 한국법학원, 2009, 284쪽.

36) 이해완, 앞의 논문, 104-106쪽.

퍼블리시티권의 권리보호에 한계가 있음은 분명하다. 따라서 퍼블리시티권은 혼합권설에 따라 인격권과 불가분의 관계에 있는 재산권적인 성격이 분명한 권리로서, 일반 재산권과는 다른 내용으로 권리의 내용을 정할 필요가 있다.

2.2 양도 및 상속 인정 여부

2.2.1 양도성

퍼블리시티권의 양도가 가능한지 여부는 권리의 법적 성격과 관계가 있음을 앞에서 언급하였다. 이 권리를 인격권으로 볼 경우에는 양도가 불가능한 것으로 보는 경향이 강하고, 재산권으로 볼 경우에는 양도가 가능한 것으로 보는 것이 일반적이다. 물론 이 권리를 인격권에 포함한 재산적 권리 내지 인격권에서 파생된 재산적 권리로 볼 경우에 주로 양도성을 부정하는 입장을 취하고 있다.

구체적으로 보면, 퍼블리시티권을 독립된 재산권으로 인정하여 양도성을 인정하는 견해는 퍼블리시티권은 무체재산권으로 파악하는 한 양도성이 인정되어야 퍼블리시티권을 잘 활용할 수 있다고 보고 있다.³⁷⁾ 한편, 퍼블리시티권을 인격권으로 보아도 재산적 가치를 인정할 수 있기 때문에 양도성을 인정해야 한다는 견해도 있다.³⁸⁾ 그리고 퍼블리시티권이 재산권이 아닌 인격권과 밀접하게 관련되어 양도성을 부정하는 견해는 인격권의 일신전속적 성질을 강조하며, 성명, 초상 등과 같은 인격적 표지에 대한 상업적 이용은 인격권자의 관리 및 통제를 벗어날 수 없다는 근거를 제시하고 있다.³⁹⁾

퍼블리시티권은 본인의 인격으로부터 파생하는 권리로서 인격권과 불가분의 관계에 있기 때문에 권리주체가 통제할 수 있어야 한다. 만약 이 권리의 양도성이 인정된다면, 권리주체의 인격으로부터 파생된 다양한 형태의 인격적 표지에 대한 자기결정권이 상실되어 자신의 권리를 보호받는 것이 쉽지 않은 측면이 있다. 사실 퍼블리시티권의 양도성을 인정하는 이유는 본인이 아닌 양수인이 직접 무단으로 인격적 표지를 사용하는 자에 대해 구제 수단을 행사할 수 있기 때문이다. 그런데 이 권리의 양도성을 인정하지 않더라도 인격표지에 대한 이용 허락을 받은 자가 본인의 금지청구권(방해배제청구권)을 대위 행사하거나 제3자의 채권침해로 손해배상을 청구함으로써 해결할 수 있기 때문에 문제

37) 남형두, 앞의 논문, 138쪽.

38) 김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011, 98쪽.

39) 구재균, 앞의 논문, 6쪽; 최형구, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 제31권, 한국지식재산학회, 2010, 282쪽.

가 되지 않는다. 즉, 권리의 양도성을 부정하고 사용권만을 부여하더라도 인격표지에 대한 이용 허락을 받은 자는 제3자가 본인의 초상, 성명을 사용할 경우, 직접 제3자를 상대로 소송을 제기할 수 있어 초상, 성명이 가지는 경제적 가치의 보호라는 목적을 달성할 수 있다.⁴⁰⁾

2.2.2 상속성

퍼블리시티권의 상속이 가능한지 여부는 양도성과 관련된 논의와 마찬가지로 권리의 법적 성격과 밀접한 관련이 있다. 퍼블리시티권의 성격을 인격권설 또는 인격권에 포함된 재산적 권리설 내지 인격권에서 파생된 재산적 권리설로 보는 입장에서는 상속성을 부정하는 입장을 취하고, 재산권설로 보는 입장에서는 상속성도 긍정하는 입장을 취하는 것이 일반적이다.⁴¹⁾ 그러나 권리의 법적 성격에 따른 양도성과 상속성 인정 여부의 문제는 동일한 결론이 나와야 하는 것이 아니라 다른 결론이 나올 수 있는 쟁점이라는 것을 인식할 필요가 있다. 퍼블리시티권의 양도성을 인정할 경우에는 생존 중인 본인의 인격적 이익이 침해될 수 있다는 점에서 중대한 문제를 발생시키지만, 상속성을 인정할 경우에는 본인이 사망한 후에 그의 인격적 권리를 상속인이 행사함으로써 본인의 인격적 이익이 보호될 수 있는 가능성이 높아진다는 점에서 양도성과 상속성에 관한 쟁점은 근본적으로 차이가 있다.⁴²⁾ 이에 따라 우리나라의 많은 학자들도 퍼블리시티권의 양도성은 부정하지만, 상속성에 대해서는 긍정하는 견해가 많다.

앞에서도 언급하였지만, 퍼블리시티권은 인격적 표지를 영리적으로 이용하는 권리라는 점에서 인격권과 단절될 수 없는 성격을 가졌지만, 권리주체의 성명, 초상이 광고나 판매 등을 통하여 경제적 이익을 창출한다는 점에서 재산권으로서의 성격을 가졌기 때문에 인격권과 재산권이 혼합된 권리라고 볼 수 있다. 그리하여 퍼블리시티권의 상속성을 인정하는 것이 합리적이다. 왜냐하면 본인이 사망한 후에 본인과 관련이 없는 자들이 본인의 권리를 행사하고 경제적 이익을 취하게 되는 불합리한 결과를 방지할 필요가 있고, 생존 중의 본인으로부터 이용 허락을 받은 이용자의 경우, 본인이 사망하면 그러한 이용권이 의미가 없어지게 되어 자신이 투자한 만큼 그 이익을 받지 못하게 되는 결과를 방지할 필요가 있기 때문이다.

40) 구재균, 앞의 논문, 12쪽.

41) 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 392쪽.

42) 이해완, 앞의 논문, 120쪽.

2.3 인격표지의 범위

인격표지란 사람의 동일성을 표상할 수 있는 것으로서 개정안 제3조의3 제1항에는 대표적으로 성명, 초상, 음성을 열거하고 있다. 열거된 내용 이외에도 다양한 인격표지가 있을 수 있는데, 그러한 경우에는 ‘그 밖의 표지’라는 문구를 사용함으로써 이에 포섭될 수 있게 하였다. 사실 ‘그 밖의 표지’에 관한 문구를 어떻게 해석하고 표현하는지에 따라 다양한 내용이 포함될 수 있기 때문에 인격표지의 범위가 광범위할 수 있다. 이처럼 인격표지가 광범위하고 모호하게 표현될 경우, 권리주체와 침해자 사이에 인격표지의 범위와 관련하여 분쟁의 우려가 있기 때문에 이에 대한 예시와 명확한 기준이 필요하다.

이를 위하여 퍼블리시티권을 처음 사용한 미국에서의 퍼블리시티권의 보호범위를 살펴보기로 한다. 미국에서는 퍼블리시티권에 관하여 미연방 차원의 법이 별도로 존재하지 않고, 주 법을 중심으로 논의가 이루어지고 있다. 그리하여 퍼블리시티권의 범위에 관하여도 개별 주마다 조금씩 다르게 표현하고 있다. 주 법에 명시되거나 판결을 통한 퍼블리시티권의 보호범위는 대표적으로 성명, 초상, 그림, 목소리, 서명, 그리고 사진이다. 하지만 각각의 주 법의 관련 내용은 이러한 명시적인 인격표지 외에도 퍼블리시티권으로써 보호해야 하는 인격표지가 있을 수 있기 때문에 위의 내용으로 한정하기는 어렵다고 보고 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾

그리하여 퍼블리시티권의 보호범위를 정하는 데에 있어서 어떤 표지를 보고, 합리적인 추론을 통하여 어떤 특정인을 표상할 수 있다면, 그 표지는 인격표지로서 퍼블리시티권의 보호범위에 포함되어야 한다. 예를 들면, 미국에서의 판례의 경우, 구체적인 사람을 가리키는 성명이 아니어도 별명을 사용하거나, 평소에 많이 쓰는 유행어를 통하여 특정인을 표상할 수 있다면 이는 인격표지에 해당된다고 보았다. 이에 더하여 유명한 야구선

43) 뉴욕 주의 경우에는 주 법을 통하여 개인의 성명, 초상 또는 그림을, 조지아 주에서는 주 대법원 판결문을 통하여 성명, 초상을, 캘리포니아 주에서는 주 법을 통하여 성명, 목소리, 서명, 사진 또는 초상을 퍼블리시티권의 객체로 정하였다(김민성, “<인격표지영리권(퍼블리시티권) 신설을 위한 민법 일부개정법률안>에 대한 법리적 고찰 -한미 인격표지영리권의 권리객체 비교연구를 중심으로-”, 재산법연구 제40권 제1호, 한국재산법학회, 2023, 82쪽).

44) 독일은 퍼블리시티권을 인격표지가 갖는 재산적 가치에 대한 권리로 보아 인격권의 재산적 이익으로 인정하였기 때문에, 판례를 통하여 인격권의 일종으로 보호하고 있다. 그런데 독일 민법에 일반적 인격권 규정은 별도로 존재하지 않고, 개별적 인격권, 예를 들면, 민법 제12조의 성명권을 통하여 규정하고 있다(김수정, “인격권으로서의 퍼블리시티권”, 법조 제71권 제5호, 법조협회, 2022, 155-156쪽). 일본은 퍼블리시티권을 법에 명문화하고 있지 않지만, 판례를 통해 인격권과 다른 별도의 재산권으로 인정하는 추세이다(윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 183-185쪽).

수로서 다른 선수와는 다른 특정한 자세로 야구공을 던지는 선수의 경우, 그의 실루엣을 활용하여 광고를 한 경우, 해당 선수의 정체성이 드러나는 인격표지에 해당된다고 보았다. 그리고 유명한 자동차 경주자가 운전하는 특정한 디자인의 자동차를 광고에 활용한 경우, 그 특정한 디자인이 경주자의 인격표지에 해당된다고 보았다.⁴⁵⁾

이에 따라 성명과 초상 등 일부에 한정되었던 인격표지가 별명, 유행어, 포즈, 자동차로 확대되었던 것처럼 급속한 기술의 발전과 사회변화에 따라 앞으로 사람의 인격표지를 나타내는 방식이 더욱 다양화될 것으로 보인다. 이러한 상황에서 합리적 추론을 통한 퍼블리시티권의 보호범위를 정하는 방식이 추상적이고 애매한 기준인 것처럼 보이지만, 어떠한 표지가 권리주체를 명확히 드러내는지 여부를 판단하는 과정이기 때문에 타당한 기준이 될 수 있다. 결국 권리자와 침해자 사이에 분쟁이 생길 경우에 인격표지인지 여부와 이에 대한 추론의 범위를 정하는 것도 법원의 판단에 달려 있지만, 어떠한 표지가 권리주체를 표상함으로써 명백히 권리주체를 인식할 수 있는지 여부가 핵심이라고 할 수 있다.

한편, 퍼블리시티권과 표현의 자유의 사이의 관련성을 고려하여 퍼블리시티권의 보호범위를 설정할 필요가 있다. 물론 성명, 초상과 같은 인격표지를 권리주체의 동의 없이 상품이나 서비스 광고에 이용하거나 상품에 부착하는 경우에까지 헌법상의 표현의 자유가 인정되기는 어려우므로 퍼블리시티권과 표현의 자유의 충돌 문제가 발생할 가능성이 낮다. 그러나 헌법상의 표현의 자유의 범위 내에 있는 신문, 잡지, 소설, 영화 등에 권리주체의 초상, 성명 등을 이용한 경우에는 두 가지 권리 간의 충돌 문제가 발생할 수 있다.⁴⁶⁾ 이에 따라 퍼블리시티권의 보호범위가 넓어질수록 헌법상의 표현의 자유가 제한될 수 있기 때문에 보호범위를 정하는 데에 있어서 신중할 필요가 있다.

2.4 인격표지영리권의 침해 유형 및 기준

인격표지영리권이 침해되기 위해서는 다른 사람의 인격표지 이용에 정당한 이익이 없는 자가 권리주체의 허락을 받지 않고 인격표지를 영리적으로 이용해야 한다. 인격표지를 영리적으로 이용한다는 것은 재산적 이익을 얻을 목적으로 인격적 표지를 판매, 전시, 광고 등에 이용하는 것을 의미한다. 사실 어떠한 행위가 인격표지영리권의 침해행

45) 김민성, 앞의 논문, 83-84쪽.

46) 엄동섭, 앞의 논문, 167쪽.

위인지에 대한 정확한 기준은 존재하지 않는다. 다만, 판례에서 퍼블리시티권의 침해행위는 권리주체의 승낙을 받지 않고 그의 인격적 표지인 성명을 상업적으로 사용하는 것이고, 그러한 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명을 상업적으로 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액으로 보고 있다.⁴⁷⁾ 그렇지만, 권리주체의 인격표지를 사용하는 방법은 다양하기 때문에 퍼블리시티권의 침해행위의 유형과 기준을 명확하게 제시하기는 쉽지 않다.

이와 관련하여 일본 최고재판소의 퍼블리시티권과 관련한 첫 판결⁴⁸⁾에서 퍼블리시티권의 침해행위에 관한 요건에 대하여 언급하였는데, 초상 등을 무단으로 사용하는 행위는 a. 초상 등 그 자체를 독립적으로 감상의 대상이 되는 상품 등으로 사용하거나(포스터, 사진첩, 브로마이드 등), b. 상품 등을 차별화하기 위하여 초상 등을 상품에 붙이거나(티셔츠, 부채, 과자 등), c. 초상 등을 상품 광고에 사용하는 등 ‘오직’ 초상 등이 가지고 있는 고객흡인력을 이용할 목적이 있는 경우에 퍼블리시티권을 침해하는 것으로 보았다. 즉, 세 가지 유형으로 침해행위의 유형을 나누었는데, 여기에서 ‘오직’이라는 문구를 어떻게 해석하는지에 따라 퍼블리시티권의 침해범위가 넓어지거나 좁아질 수 있다. 앞의 세 가지 유형은 대표적인 예시로서 언급한 것이고, 이러한 유형에 해당하지 않더라도 오직 초상 등이 가지고 있는 고객흡인력을 이용하기 위한 행위라면 퍼블리시티권 침해로 보는 것이 타당하다고 보고 있다.⁴⁹⁾

이에 대한 내용을 정리하면, 주로 퍼블리시티권의 침해는 초상 등 인격표지가 상품 등 그 자체로 사용되거나, 다른 상품과의 차별화를 위하여 사용되거나, 상품 광고를 위해 사용되는 경우에 발생한다. 또한 상품 등과 관련이 없어도 인격표지가 오직 고객을 모을 목적으로 사용되는 경우에 그 침해가 발생할 수 있다. 우리나라의 판례의 경우⁵⁰⁾도

47) 원고는 C협회의 운영과 수익사업 대행 및 관장, 각종 야구 친선 리그 개최 등의 사업을 목적으로 2010. 1. 27. 설립되어 별지 목록 기재 선수들 300명(이하 ‘이 사건 선수들’이라 한다)을 포함한 전직 프로야구선수들로 구성된 법인이고, 피고는 게임소프트웨어 개발 및 유통 판매업 등을 목적으로 2007. 4. 26. 설립된 회사이다. 피고는 2007년경부터 2009년까지 이 사건 선수들 및 원고의 승낙을 받지 않고 이 사건 선수들의 성명, 초상 기타 인적 정보를 이용한 ‘D’(이하 ‘이 사건 게임’이라 한다)라는 명칭의 인터넷 야구 게임물을 운영하여 왔다. 피고는 2007년부터 2009년까지 이 사건 선수들의 동의 없이 이 사건 선수들의 성명을 이용한 캐릭터 및 게임물을 운영함으로써 이 사건 선수들의 성명권 및 퍼블리시티권을 침해하였으므로, 이 사건 선수들의 성명권 등 사용을 포괄위임을 받거나 피고에 대한 손해배상청구권을 양도받은 원고에게 위 기간 동안의 손해를 배상할 의무가 있다고 주장한 사안이다(서울동부지방법원 2011. 2. 16. 선고 2010가합8226 판결).

48) 最判2012年(平成24)2月2日 民集66卷2号 89頁.

49) 한국민사법학회, 퍼블리시티권 도입 방안에 관한 연구, 법무부, 2022, 81-83쪽.

50) 서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결, 서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결 등.

퍼블리시티권의 침해행위의 유형을 위의 내용과 비슷하게 보고 있다. 예를 들면, 권리주체의 초상 등을 직접 판매하는 경우, 초상 등을 광고에 이용하는 경우, 영업시설의 내부 및 외부에 초상 등을 설치한 경우 등이다.

그런데 서적의 표지 및 서적의 배포를 위한 성명과 초상에 있어서는 영리적으로 이용된 것이 아니라고 본 판례도 있었는데,⁵¹⁾ 서적의 내용은 공중의 관심사에 속하기 때문에 표현의 자유를 통하여 보호를 받는 것이며, 서적에 게재된 초상(사진)은 서적의 내용과 직접적으로 관련이 있어 그 초상까지 표현의 자유의 범위 안에 속하여 영리적 이용이 아니라고 본 것이었다. 영리적 이용인지 여부의 판단은 표현의 자유의 보호범위를 설정하는 것과 불가분의 관계에 있어서 초상이 사용된 매체가 표현의 자유의 보호범위 안에 포함될 경우, 그 초상의 이용은 영리적 이용이 아니라고 보는 것을 하나의 판단기준으로 삼을 수 있다.⁵²⁾ 퍼블리시티권의 침해와 관련하여 분쟁이 발생한 경우에 침해인지 여부의 판단은 법원의 몫이지만, 그러한 권리의 침해를 당한 권리주체가 a. 침해자가 본인의 인격표지를 사용하고, b. 그러한 인격표지를 영리적, 즉 상업적으로 이용하였고, c. 그러한 침해자의 사용으로 인하여 본인이 손해를 입었다는 사실을 입증해야 한다. 그리고 침해자가 인격표지의 이용에 본인의 허락이 있었다는 것을 입증해야 한다. 이에 따라 표현의 자유와 퍼블리시티권의 충돌 사이에 적절한 균형점을 찾으므로써 퍼블리시티권에 대한 합리적인 보호범위의 설정이 필요할 것이다.

2.5 의미가 명확하지 않은 모호한 문구

개정안 제3조의2 제3항에서 인격표지영리권의 주체는 타인에게 자신의 인격표지를 영리적으로 이용하는 것을 허락할 수 있도록 하였다. 그렇지만, 그러한 영리적 이용이 본인의 신념에 반하는 등 중대한 사유가 발생한 경우에는 인격표지의 이용 허락을 철회할 수 있도록 하였다. 여기에서 ‘신념’에 반하는 ‘중대한 사유’는 추상적이고 모호한 표현이라고 생각한다. 신념이란 국어사전상 ‘굳게 믿는 마음’을 의미하는데, 본인의 의지, 경험, 가치관 등에 따른 주관적인 판단이나 결정 등이다. 이러한 신념은 객관적 지표로 드러나는 것이 아니고, 오직 본인의 의사가 외부적으로 표시된 경우에 알 수 있는

51) 서울고등법원 1998. 9. 29. 선고 98라35 판결.

52) 박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 ‘상업적 이용’의 판단기준”, 비교사법 제13권 제2호, 한국사법학회, 2006, 517쪽.

것이다. 그리하여 본인의 신념은 당사자의 내면에 형성되어 언제든지 바뀔 수 있고, 하나의 틀로서 정해진 내용이 아니므로, 신념에 반하는 등 중대한 사유 또한 인격표지의 이용 허락을 받은 자의 입장에서는 그 내용에 대하여 예측하는 것이 불가능하다. 인격적 표지의 이용 허락을 받은 자는 권리주체의 허락에 대한 신뢰를 믿고 그의 인격표지를 사용할 것인데, 권리주체의 신념에 반하는 중대한 사유는 예측이 불가능하고, 인격적 표지에 대한 이용을 철회할 가능성이 항상 존재하기 때문에 법적 안정성의 측면에서 불안한 지위에 처해있다고 볼 수 있다. 인격표지 이용에 대한 철회는 본인의 인격권을 보호한다는 측면에서 중요한 규정이지만, 이는 이용 허락을 받은 자의 입장에서는 법적 안정성과 신뢰보호가 문제될 것이므로 예외적인 경우로 한정해야 할 것이다.

한편, 이러한 인격표지에 대한 이용 허락의 철회 사유에 관한 모호한 표현이 문제되는 것을 비판하기보다는 처음부터 인격표지에 대한 이용 허락의 철회를 하지 못하도록 해야 한다는 견해도 존재한다. 이러한 철회를 쉽게 인정하면, 본인의 인격표지에 대한 시장에서의 재산적 가치가 낮게 평가되므로 권리주체에게도 불리할 수 있고, ‘신념에 반하는 중대한 사유’라는 모호한 기준을 통하여 계약의 구속성을 깨뜨리는 것은 계약법의 대원칙인 계약준수의 원칙에 반하는 것이기 때문이다. 그리하여 인격표지에 대한 이용 허락의 철회를 인정하지 않더라도 이용권자의 영리적 이용행위가 권리주체의 인격권을 침해한다면, 손해배상청구와 침해금지청구를 통하여 구제하는 것이 권리주체를 보호함과 동시에 인격표지 이용권자의 신뢰와 거래의 안전을 보호하는 바람직한 방안으로 보는 것이다.⁵³⁾

개정안 제3조의2 제4항에서는 다른 사람의 인격표지 이용에 정당한 이익이 있는 자는 인격표지영리권자의 허락 없이도 합리적인 범위에서 그 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있도록 하였다. 대표적으로 언론 취재 등 정당한 활동과정에서 불가피하게 타인의 인격표지를 활용하게 되는 경우를 예로 들 수 있는데, 스포츠 경기 생중계 중 일반 관중의 얼굴 등이 화면에 나온 경우 또는 언론매체에 시민의 인터뷰가 사용된 경우 등이다. 여기에서 ‘정당한 이익이 있는 자’, ‘합리적인 범위’가 어떠한 의미를 가지는지 어느 정도 예측할 수 있지만, 명확한 판단기준이 규정되지 않아 법률상의 분쟁이 생길 때 다툼의 여지가 많은 부분이라고 생각된다.

사실 인격표지영리권자의 권리를 보호하기 위해서는 그의 인격표지를 이용하는 자는 항상 권리주체에게 허락을 받도록 하는 것이 타당하다. 그러나 불가피한 상황에서 정당

53) 한지영, 앞의 논문, 25쪽.

한 이익을 위하여 사용하는 경우까지 인격표지영리권자에게 허락을 받도록 한다면 번거롭기도 하고, 인격표지의 긍정적이고 적극적인 활용을 저해하는 요소가 될 것이다. 또한 분쟁이 생길 경우, 법원이 불명확한 문구에 대한 해석을 함에 있어서 많은 부담이 될 것이다. 그리고 개정안 자체에서 정당한 이익이 있는 자와 합리적인 범위의 의미를 전혀 예측하기 어렵고, 법무부의 개정안 보도자료를 통하여 언론 취재에 사용하는 경우 등과 같이 공익의 목적으로 사용하는 경우에는 이용허락을 받지 않아도 될 것이라는 인식을 주고 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 개정안 제3조의2 제4항을 ‘다른 사람의 인격표지를 공익의 목적으로 이용하는 자는 인격표지영리권자의 허락 없이도 공익을 실현하는 범위에서 그 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있다’라고 하는 것을 제안하여 본다.

IV. 결론

과거에 우리나라에서는 퍼블리시티권을 명시적으로 규정한 법률이 없었음에도 퍼블리시티권의 침해를 주장하면서 소송을 제기한 사례들이 있었다. 그때마다 법원에서 퍼블리시티권 관련 사례에 있어 일관되지 못한 결론을 내리는 경우가 많았다. 예를 들면, 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 물권과 유사한 독점, 배타적 권리인 퍼블리시티권은 인정할 수 없다는 경우가 있었다. 또한 명문의 규정은 없지만 유명인 스스로 노력에 의하여 획득한 명성 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 그 자체를 보호할 가치가 있다고 하면서 저작권 등에 준하여 퍼블리시티권을 인정한 경우도 있었다.

이러한 상황에서 이번 민법개정안에서는 개정 부정경쟁방지법과 달리 성명, 초상 등의 인격표지가 ‘국내에 널리 인식되어 있는지’ 여부를 묻지 않고 인격표지를 이용할 수 있는 권리를 모든 개인들이 누릴 수 있는 독립된 권리로 규정하였고, 인격표지영리권의 양도 및 상속가능성에 관한 내용에 대해서도 함께 정하고 있다는 점에서 진일보한 입법이라고 할 수 있다.

이제까지 개개인의 인격표지가 아무런 보상 없이 영리적으로 사용되고, 인격권 침해가 있다고 판단되어도 재산적 가치에 대한 침해가 아니기 때문에 손해배상액을 많이 인정하지 못했고, 위자료도 비교적 적은 금액이었다. 민법상 퍼블리시티권이 도입되면, 침해에 대한 손해배상액이 커질 것이고, 금전을 통한 손해배상을 통하여 충분히 회복할

수 없는 경우에 인격표지영리권 침해의 제거를 청구하거나 사전적으로 그 침해의 예방을 청구할 수 있게 되어 불법행위를 사전에 방지하고 피해자를 보호할 수 있다.

앞에서 언급한 퍼블리시티권에 관한 민법개정안에 대한 주요 쟁점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 퍼블리시티권은 그 특성상 인격권 내지 재산권이라는 하나의 성격을 가진 권리로 규정지을 수 없고, 인격권과 불가분의 관계에 있는 재산권적인 성격이 분명한 권리로 서, 일반 재산권과는 다른 내용으로 권리의 내용을 정할 필요가 있다. 일반 재산권이라면 양도가 가능해야 하지만, 성명, 초상 등과 같은 인격적 표지에 대한 영리적 이용권은 인격권자의 통제를 벗어나서는 안되고, 인격표지에 대한 이용 허락을 받은 자는 권리를 침해한 제3자에 대하여 본인의 침해행위에 대한 금지 청구 및 손해배상청구를 할 수 있기 때문에 퍼블리시티권의 양도가 불가능하더라도 문제가 되지 않는다고 생각한다. 이와 달리 퍼블리시티권의 상속은 인정되어야 본인이 사망한 후에 그의 인격적 권리를 상속인이 행사함으로써 본인과 무관한 자들이 그의 권리를 행사하고 경제적 이익을 취하게 되는 결과를 방지할 수 있다.

둘째, 퍼블리시티권의 보호범위와 관련하여 인격표지의 범위가 급속한 기술의 발전과 사회변화에 따라 전통적 의미의 인격적 표지인 성명, 초상 등에서 더욱 다양화되고 광범위해질 수 있다. 이러한 상황에서 합리적 추론을 통한 퍼블리시티권의 보호범위를 정하는 방식이 타당성을 가진다고 생각한다. 물론 이러한 추론 또한 법원의 판단에 달려 있지만, 어떠한 인격표지가 권리주체를 표상함으로써 명백히 권리주체를 인식할 수 있는지 여부에 대한 추론은 반드시 필요한 과정이다. 그리하여 표현의 자유가 제한되지 않는 범위에서 그 보호범위를 정하는 데에 있어서 신중할 필요가 있다.

셋째, 퍼블리시티권의 보호범위가 정해지면, 권리를 침해하는 영리행위의 유형 및 기준이 명확해야만 권리주체가 구제받을 수 있는 가능성이 높아진다. 물론 권리주체의 인격표지를 사용하는 방법은 다양하기 때문에 퍼블리시티권의 침해행위의 유형과 기준을 명확하게 제시하기는 쉽지 않다. 주로 퍼블리시티권의 침해는 인격표지가 상품 등 그 자체로 사용되거나, 다른 상품과의 차별화를 위하여 사용되거나, 상품 광고를 위해 사용되는 경우에 발생한다. 또한 상품 등과 관련이 없어도 인격표지가 오직 고객을 유인할 목적으로 사용되는 경우에 그 침해가 발생할 수 있다. 이러한 유형에 해당되지 않는다면, 권리를 침해하는 영리적 이용인지 여부의 판단은 표현의 자유의 보호범위를 설정하는 것과 불가분의 관계에 있어서 인격표지에 사용된 매체가 표현의 자유의 보호범위

안에 포함되는 경우에 인격표지의 이용은 영리적 이용이 아니라고 보는 것을 하나의 기준으로 삼을 수 있다고 생각한다.

마지막으로 민법개정안에 ‘신념’, ‘중대한 사유’, ‘정당한 이익’, ‘합리적인 범위’ 등 의미가 명확하지 않은 모호한 문구가 규정되어 있다. 그로 인하여 인격표지 이용 허락 철회 및 인격표지영리권을 제한함에 있어 명확하지 않은 부분이 있고, 각 문구의 의미를 일반인이 예측하기 어려워 분쟁이 발생할 경우, 그 판단에 있어 법원의 부담이 적지 않을 것으로 생각된다. 이에 따라 신념에 반하는 중대한 사유라는 모호한 기준을 통하여 계약의 구속성을 깨뜨리기보다는 인격표지의 이용 허락에 대한 철회를 할 수 없도록 하거나, 더욱 명확한 문구로 철회 사유를 제한해야 할 필요가 있다. 또한 정당한 이익, 합리적인 범위의 의미를 예측할 수 없는 상황에서 법무부의 개정안 보도자료에서는 언론 취재에 사용하는 경우 등과 같이 공익의 목적으로 사용하는 경우가 그에 해당될 것이라는 인식을 주고 있어 개정안 제3조의2 제4항을 ‘다른 사람의 인격표지를 공익의 목적으로 이용하는 자는 인격표지영리권자의 허락 없이도 공익을 실현하는 범위에서 그 인격표지를 영리적으로 이용할 수 있다’라고 하는 것을 제안하여 본다.

앞으로 인격표지영리권에 관한 다양한 쟁점에 대한 지속적인 논의를 통해 민법개정안이 국회를 통과한다면, 인격표지가 침해된 자의 권리를 명백히 보장할 수 있게 되어 우리나라의 문화산업의 성장과 발전을 촉진시키는 계기가 될 것이다.

참고문헌

1. 단행본

이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 법원도서관 사법논집 제39집, 사법발전재단, 2004.
한위수, “퍼블리시티권-성명·초상등의 상업적 이용에 관한 권리-의 침해와 민사책임”,
민사실무연구회 민사재판의 제문제 제9권, 한국사법행정학회, 1997.

2. 학술지

계승균, “우리나라에서 퍼블리시티권(the right of publicity)보호에 관한 소견”, 정보법학
제17권 제3호, 한국정보법학회, 2013, 77-98쪽.
구재균, “퍼블리시티권에 관한 연구-국회에서의 입법논의와 관련하여”, 외법논집 제30
집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2008, 1-26쪽.
권상로, “퍼블리시티권의 입법화 방안에 관한 연구”, 법학논총 제17권 제3호, 조선대학교
법학연구원, 2010, 81-101쪽.
_____, “미국법상 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 65-108쪽.
김민성, “<인격표지영리권(퍼블리시티권) 신설을 위한 민법 일부개정법률안>에 대한
법리적 고찰 -한미 인격표지영리권의 권리객체 비교연구를 중심으로-”, 재산법
연구 제40권 제1호, 한국재산법학회, 2023, 73-97쪽.
김상중, “‘퍼블리시티권’에 관한 국내 논의의 현황과 비교법적 고찰을 통한 법리적 제안”,
비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 1-64쪽.
김수정, “인격권으로서의 퍼블리시티권”, 법조 제71권 제5호, 법조협회, 2022, 126-169쪽.
김재형, “인격권에 관한 입법제안”, 민사법학 제57호, 한국민사법학회, 2011, 41-107쪽.
남형두, “퍼블리시티권의 철학적 기반 (상)”, 저스티스 제97호, 한국법학원, 2007, 135-166쪽.
박영규, “인격권, 퍼블리시티권 그리고 지적재산권”, 저스티스 제112호, 한국법학원,
2009, 265-293쪽.
박정균, “퍼블리시티권의 법적 성격과 입법화 방안”, 법학논집 제22권 제4호, 이화여자대
학교 법학연구소, 2018, 101-129쪽.
박준우, “퍼블리시티권의 침해요건 중 ‘상업적 이용’의 판단기준”, 비교사법 제13권 제2
호, 한국사법학회, 2006, 495-522쪽.
박현경, “민법개정안의 ‘인격표지영리권’ 도입에 관한 검토”, 연세법학 제41호, 연세법학

회, 2023, 771-808쪽.

안병하, “인격권의 재산권적 성격 -퍼블리시티권 비판 서론-”, 민사법학 제45권 제1호, 한국민사법학회, 2009, 71-122쪽.

엄동섭, “퍼블리시티권”, 서강법학 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 147-178쪽.

윤석찬, “퍼블리시티권 인정여부에 관한 판례연구 -서울동부지방법원 2016.4.27. 선고 2013가합18880 확정판결의 평석”, 재산법연구 제36권 제3호, 한국재산법학회, 2019, 239-262쪽.

윤태영, “일본법에서의 퍼블리시티권”, 비교사법 제23권 제1호, 한국사법학회, 2016, 159-188쪽.

이상정, “퍼블리시티권에 관한 소고”, 아세아여성법학 제4호, 아세아여성법학회, 2001, 313-329쪽.

이한주, “경주마의 퍼블리시티권”, 저스티스 제85호, 한국법학원, 2005, 156-188쪽.

이해완, “퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구”, 성균관법학 제28권 제4호, 성균관대학교 법학연구원, 2016, 79-128쪽.

최형구, “퍼블리시티권의 양도성에 대한 재검토”, 산업재산권 제31권, 한국지식재산학회, 2010, 267-301쪽.

한지영, “민법상 ‘인격표지영리권’ 입법에 관한 비판적 고찰”, 아주법학 제16권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2023, 1-29쪽.

3. 기타자료

한국민사법학회, 퍼블리시티권 도입 방안에 관한 연구, 법무부, 2022.

[Abstract]

A Study on the Introduction of the Commercial Right of Personality Mark under the Civil Law

Kim, Na Rae*

With the recent active use of video platforms such as YouTube and Instagram, not only celebrities but also the general public have created an environment that can gain popularity, expanding the scope of commercial use of individual personality mark. Reflecting these changes, the Ministry of Justice announced a legislative amendment to the Civil Act earlier this year to establish the right to commercially use person's name, portrait, and voice. Here, the term "The Commercial Right of Personality Mark" is a Korean word that replaces the word "The Right of Publicity" used in the United States. Unlike the revised Unfair Competition Prevention Act, the right to use personality signs without asking whether names and portraits are "widely recognized in Korea" is an independent right that all individuals can enjoy, and it is a further legislation.

The main issues of the civil law amendment on the right of publicity are summarized as follows. First, the right of publicity cannot be defined as rights with one moral rights or property rights due to their nature, and the content of the rights must be determined differently from general property rights. Second, in relation to the scope of protection of the right of publicity, the scope of personality mark can be more diversified and broadened as technology develops rapidly and social changes. In this situation, I think the method of determining the scope of protection of the right of publicity through rational reasoning is valid. Therefore, it is necessary to be careful in determining the scope of protection to the extent that freedom of expression is not limited. Third, when the scope of protection of the right of publicity is determined, the possibility that the subject of rights can be rescued increases only when the types and standards of the profitable activities are clear. If the

* Ph.D. in Law, Senior Researcher in Korea Society of Law

type of infringement of the right of publicity is mainly limited to a certain type, but if it does not fall under a certain type, I think it can be used as a criterion to determine whether the media used in the personality mark is within the protection of freedom of expression. Fourth, the Civil Act amendment stipulates ambiguous phrases with unclear meanings, such as “belief”, “significant reasons”, “justifiable interests”, and “reasonable scope”. Rather than breaking the contract through ambiguous standards of serious reasons contrary to belief, it is necessary to prevent withdrawal of the permission to use the personality mark, or to limit the reason for withdrawal with clearer phrases. In addition, in a situation where the meaning of legitimate interests and reasonable scope cannot be predicted, Article 3-2 (4) of the amendment is proposed as “a person who uses another person’s personality mark for public interest may use it for profit without the permission of the subject of the commercial right of personality mark”.

[Key Words] The Right of Publicity, Property Rights, Moral Rights, Civil Law,
Personality Mark