

판례상의 퍼블리시티권

박인수*

I. 서론

프라이버시권의 한계이론에 따라 공적인물(public figure)이 된 개인의 경우는 자신의 초상이나 성명등이 공표되는 것을 어느 정도까지는 수인하여야 한다는 것이 이론적으로 확립되어 있을 뿐만 아니라 판례의 입장이라 볼 수 있다.¹⁾ 따라서 초상권이나 성명권, 프라이버시권의 침해여부를 판단함에 있어 공적인물성여부에 관한 평가가 무엇보다 중요하다고 하겠다.

그러면 법원에 의하여 공적인물로 판단되는 개인은 더 이상 본인의 초상이나 성명, 음성, 캐릭터등과 같은 자신의 identity의 공표에 대하여 제 3자적 입장에서 방관하고 수인하여야 하는가? 이 문제에 대하여는 두가지의 관점에서 접근할 수 있다. 첫 번째 접근방법으로는 종전의 전통적인 프라이버시권의 제한논리로서 공공성을 이유로 하는 항변

* 嶺南大 法科大學 教授

1) 卞在玉, 정보화사회에 있어서의 프라이버시의 권리-미국의 경우를 中心으로, 서울大, 법학박사 학위논문, 1979; 金哲洙, privacy의 權利, 고시연구, 1979. 6; 한국공법학회, 정보화사회의 공법적 대응, 1989; 서주실, Warren·Brandeis의 The Right of Privacy, 미국헌법 연구 6, 1995, pp.45~84.

논리를 생각할 수 있다. 즉, 공적인물은 타인으로부터 간섭받음이 없이 홀로 사생활의 비밀을 유지할 수 있는 권리, 즉 right to be let alone을 스스로 포기한 자이므로 자신의 identity 공개가 公益에 부합한 범위 내에서는 더 이상 초상권이나 성명권, 프라이버시권등의 보호를 받을 수 없게 된다. 그러나, 공적 인물이라 하더라도 자신에 대한 공표가 公益에 속하지 아니하며 순수한 사적 생활영역에 속하는 사항이라는 것을 입증함으로써 자신의 프라이버시를 침해하였다고 주장할 수 있게 된다. 두 번째 접근방법으로는 아직 까지 우리 나라에서 비교적 생소한 논리로서 퍼블리시티권의 개념에 의한 항변을 고려해 볼 수 있다. 즉, 자신의 identity를 활용하여 얻을 수 있는 경제적 가치를 타인이 권한 없이 사용함으로써 상실하였다면 이러한 경제적 가치를 재산권의 측면에서 전보하여야 할 것이며, 따라서 공적인물은 자신의 동의없이 상업적 목적으로 자신의 초상이나 성명, 캐릭터, 기타 identity의 제작·발행·반포등을 금지하며, 또한 무단사용으로부터 발생하는 재산적 손해의 배상을 청구할 수 있을 것이다.

미국에서는 Haelan laboratories, Inc v. Topps chewing Gum, Inc 사건²⁾ 이래 퍼블리시티권의 개념을 확립하여 공적인물의 초상·성명·영상·음성등 자신의 privacy에 해당하는 일체의 자료들이 본인의 동의없이 상업적으로 사용되는 것을 방지하고자 하고 있다.

우리나라에서도 최근에 퍼블리시티권을 주장한 마리안 심 리 사건³⁾과 최종림사건⁴⁾과 같은 하급심 사건이 판결된 바 있으므로 이 두 건의 판례를 중심으로 하여 퍼블리시티권에 대하여 고찰하고자 한다.

2) 202F.2d 866, 868(2d Cir.1953), cert. denied, 368US816(1953) ; Howard I. Berkman, The right of publicity-protection for public figures and celebrities, Brooklyn L.R. 1976, pp.527~557.

3) 서울지법 1995. 6. 23. 선고 94카합9230판결

4) 서울지법 1996. 9. 6. 선고 95가합72771판결

II. 마리안 심 리 사건

1. 사건개요 및 판결요지

1) 당사자와 신청취지

이 사건은 물리학자 이휘소의 미망인 마리안 심 리와 아들·딸인 조프리 파운틴 리·아이앤 리가 “핵물리학자 이휘소”의 편저자이며 “소설 이휘소(상,하)”의 저자인 동시에 “소설 이휘소”의 발행인인 공석하와 “핵물리학자 이휘소”의 발행인인 황명혜, 또한 “무궁화 꽃이 피었습니다”의 발행인인 김진명을 상대로 하여 1. 피신청인 공석하, 황명혜는 “핵물리학자 이휘소”의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 아니된다. 2. 피신청인 공석하는 “소설 이휘소”의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 아니된다. 3. 피신청인 김진명, 송영석은 “무궁화 꽃이 피었습니다”의 발행, 출판, 인쇄, 복제, 판매, 배포, 광고를 하여서는 아니된다 라는 출판등 가처분 신청사건이다.

2) 퍼블리시티권의 침해에 대한 판단

신청인들은 “핵물리학자 이휘소”와 관련하여서는 퍼블리시티권을 주장하고 있지 아니하나, “소설 이휘소”와 “무궁화 꽃이 피었습니다”와 관련하여 퍼블리시티권을 주장하였다.

이 주장에 대하여 서울 지방법원에서는 “소설 이휘소”의 퍼블리시티권 침해여부와 관련하여 「“신청인들은, 위 이휘소가 한국에서 우수한 성적으로 고등학교, 대학교를 다녔을 뿐 아니라 미국에서도 매우 뛰어난 업적을 남기고 노벨상까지 바라보게 되는 등 일반인의 이목을 끌 요소가 충분히 있는데, 피신청인 공석하가 위 이휘소와 신청인들의 성명, 초상, 이력, 경력, 생활상, 성격상 등이 지닌 재산적 가치를 이용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장한다. 그러나 퍼블리시티권이

라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리(right of commercial appropriation)이라 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소의 성명, 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 이용했다고 볼 수는 없으므로, 위 주장은 이유 없다」⁵⁾라고 하여 퍼블리시티권을 인정하지 아니하였다.

반면 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다”의 퍼블리시티권 침해여부와 관련하여 「“신청인들은 위 소설에서, 이용후가 국립묘지에 안장되어 있다는 부분, 이용후가 이스라엘에 예정된 과학진흥을 위한 차관자금을 한국에 돌아가도록 하였다는 부분, 이용후가 미국의 아폴로계획에서 달 착륙을 위한 로켓 발사과정의 역추진 가속도에 관한 문제점을 지적하여 아폴로계획이 연기되었다는 부분, 이용후가 박정희 대통령, 안기부장들과 어울려 술을 마셨다는 부분 등이 나오는데, 이러한 부분은 상업적 이용가치가 있다고 보아 조작한 것으로 위 이용후의 모델인 위 이휘소의 퍼블리시티권을 침해한 것이고, 또한 피신청인 김진명, 송영석이 위 이휘소의 성명, 초상, 이력, 경력, 업적, 사회적 평가, 생활상, 성격상 등을 상업적으로 이용하여 무단으로 엄청난 물량의 신문, 방송 광고에 이용하여 그 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장한다. 그러나 문학작품인 위 소설에서 위 이휘소를 모델로 한 이용후의 행적을 흥미있게 위와 같이 창작하는 것은 소설인 이상 당연한 것이고, 이것이 위 이휘소의 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용했다고 볼 수 없으며, 또한 광고 등에서 위와 같이 위 이휘소의 퍼블리시티권을 침해했다고 하더라도 이는 위 소설의 출판금지를 구할 사유가 되지 아니하므로, 위 주장은 이유 없다」⁶⁾라고 하여 소설에서의 모델이 된 이휘소의 퍼블리시티권은 인정하고 있지 아니하나, 소설의 판매를 위한 광고

5) 하급심판결집, 1995년도 1권, 333면

6) 상계서, 337면

는 상업적 이용에 해당한다고 판단하여, 제한적이긴 하지만 광고에 의한 퍼블리시티권의 침해를 인정하고 있다.

2. 판결의 의의와 문제점

본 판결은 다음 두가지의 측면에서 획기적이라 할 수 있다. 즉 첫째는 본 판결이 우리나라에서 극히 제한적이긴 하나 최초로 퍼블리시티권을 인정하고 있는 판결이라는 점이며, 둘째는 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있다는 것이다.

그러나 이 판결은 “소설 이취소”와 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다” 모두 문학작품이므로 상업적 이용에 해당하지 아니한다고 보고 있다는 점에서 상업적 이용의 범위를 지나치게 제한적으로 해석하고 있다는 점이 문제라 할 것이다.

1) 퍼블리시티권 최초의 판례

상업적이용권·상업적이용 또는 공표권⁷⁾·명성판매권⁸⁾·프라이버시공표권등의 여러 가지 용어로 불리워지던 Right of publicity를 본 판결에서 퍼블리시티권으로 용어의 통일을 가져왔다. 본 판결에서는 퍼블리시티권을 재산적가치가 있는 유명인의 성명, 초상등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용한 권리로 개념정의하고 있다.

퍼블리시티권의 이러한 개념적 정의는 초보적인 것이라 하겠다. 퍼블리시티권의 보호에 적극적 태도를 보이고 있는 미국에서는 퍼블리시티권의 주체⁹⁾와 객체¹⁰⁾를 보다 광범위하게 인정하고 있으며, 권리의

7) 이 용어는 최중립사건에서 법원이 사용하고 있다.

8) 황보영, right of publicity에 의한 상업광고의 제한, 지적재산 67, 1994. 1, p.40.

9) 퍼블리시티권의 주체와 관련하여 미국에서는 공적인물에 한정하지 아니하고 일반인으로 확장하여 보는 견해가 지배적이다.

10) 퍼블리시티권의 객체의 범위가 확장되고 있으며, 심지어는 로봇이라고 할지라도

내용도 소극적인 퍼블리시티권 침해방지청구권 뿐만아니라 적극적인 손해배상청구권을 포함하고 있는 것으로 보고 있다.

2) 퍼블리시티권 상속성 문제

퍼블리시티권의 관념에 대한 논의가 시작되던 초기 단계에는 미국에서도 퍼블리시티권의 이전양도성에 대한 논란이 있었다. 아직까지도 미국의 일부법원에서는 퍼블리시티권 자체를 인정하고 있기는 하나, 퍼블리시티권은 본인의 사망함으로써 소멸한다고 보고 있기도 한다. 이러한 법원에서는 본인이 사망한 경우 그 당사자의 Identity를 사용하는 것은 퍼블리시티권을 침해하지 아니하며 자유에 해당한다고 보고 있다. 이러한 입장은 퍼블리시티권을 일신전속적인 프라이버시권리의 하나의 유형으로 고찰하고 있는 견해와 일치한다고 하겠다. 그러나 성문법으로 퍼블리시티권을 규정하고 있는 대다수의 주에서는 사후의 권리를 재산관리인이나 또는 상속인에게 부여하고 있다. 사후의 권리에 대하여서는 대체로 존속기간을 설정하고 있는데 10년(Tennessee-실제보호기간은 상속인에 의하여 퍼블리시티권이 행사되고 있는한 연장된다)으로부터 100년(Indiana, Oklahoma)까지 다양하게 규정하고 있다.

본 사건의 신청인들은 퍼블리시티권의 주체를 유명인물인 이휘소와 신청인 3인으로 정하여 퍼블리시티권 침해를 주장하고 있으나, 서울지법에서는 이휘소만의 주체성을 인정하고 있다는 점과 또한 본건에 대한 신청인들의 신청취지를 본안에서 검토하고 있다는 점을 고려하면 퍼블리시티권의 재산적 성격에 기인한 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있는 판례라 할 수 있다.

이를 통하여 특정인을 지명할 수 있다면 퍼블리시티권에 의하여 보호되어야 한다고 보고 있다.

cf. *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971F. 2d1395, 23USPQ2d 1583(9th Cir, 1992), Cert. denied of June 1, 1993. 113S.Ct.2443.

3) 상업적 이용의 범위

“소설 이휘소”와 관련하여 서울지법은 「“문학작품인 소설에서 이휘소의 성명, 사진등을 사용하였더라도 이를 상업적으로 이용하였다고 볼 수 없다.”」¹¹⁾고 판시하고 있으며, “무궁화 꽃이 피었습니다”에서도 「“문학작품인 위 소설에서 이휘소를 모델로 한 이용후의 행적을 흥미 있게 위와 같이 창작하는 것은 소설인 이상 당연한 것이고, 이것이 위 이휘소의 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용했다고 볼 수 없으며”」¹²⁾라고 판시하고 있다.

서울지법의 판시내용은 문학작품에서의 개인의 identity의 사용은 상업적 이용에 해당하지 않는다고 보는 견해라 할 수 있다. 그러나 이 견해는 상업적 이용의 범위를 상당히 제한하고 있는 것으로서, 문학작품이라고 하더라도 판매와 유통의 목적에 의하여 창작된 것이며 그를 통하여 경제적 이익을 가져올 수 있다면 문학작품내의 개인은 상업적으로 이용되었다고 볼 수 있을 것이다.

물론 광고를 통하여 동 문학작품에 대한 판매촉진활동이 있었다면 퍼블리시티권의 요건으로서 상업적 이용은 명백히 성립된다 하겠다. 이러한 관점에서 보면 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다”에서 “광고등에서 위와같이 위 이휘소의 퍼블리시티권을 침해했다고 하더라도”에서 퍼블리시티권을 인정하고 있는 것은 당연한 논리적 귀결이라 할 수 있다.

11) 하급심판결집, 1995년도 1권, 333면

12) 상계서, 337면

Ⅲ. 최종립 사건

1. 사건개요 및 판결요지

1) 당사자와 퍼블리시티권의 주장

원고 최종립은 유럽에서 11년간 카레이서(자동차 경주자)로 활동하여 온 사람으로서, 1987년1월1일부터 같은 달 22일까지 국제 자동차 경주대회인 ‘파리-다카르 랠리’에 참가하여 완주한 다음, 그 22일간의 자동차 경주에서의 경험과 원고의 사상을 일기체 형식으로 기록하여, 1988.10.15.경 ‘사하라 일기’라는 제명으로 소의 선일문화사라는 출판사를 통하여 발행하였다.

피고 허영만은 만화가로서, 만화 주인공인 이강토가 한국자동차 산업을 발전시켜 일본의 혼다, 미국의 제너럴모터스 등 세계적인 자동차 회사를 누르고 세계 자동차시장을 석권한다는 내용으로 ‘아스팔트 사나이’라는 제명의 만화(이하 이 사건 만화라고 한다)를 1990.5.2.경부터 1991.9.28.까지 스포츠조선이라는 일간신문에 연재한 다음, 그 무렵 소의 타임출판사를 통하여 위 만화를 12권으로 엮어 출판하고, 그 후 피고 주식회사 세주문화(이하 피고 회사라고 줄여 쓴다)가 1994.12.15.경부터 1995.6.12.경까지 사이에 위 만화를 6권으로 엮어 다시 출판, 판매하였다.¹³⁾

위 당사자간에 다툼이 되는 내용중 퍼블리시티권과 관련한 원고의 주장요지는 「원고가 자신의 경험등을 만화 또는 영화로 만들려고 하였으나, 위 피고가 이 사건 만화를 제작함으로써 이를 중단하게 되었는바 이는 원고의 상업적 이용 또는 공표권(right of publicity)을 침해한 것이기도 하다고 주장하면서 그 손해의 배상을 구하고 있다.」¹⁴⁾는 점이다.

13) 하급심판결집 1996년도 2권, 122면

14) 상게서, 123면

2) 퍼블리시티권의 주장에 대한 판단

동 사건에 대하여 서울지방법원은 1996년 9월 6일 선고하였으며, 퍼블리시티권 주장에 대한 판시내용은 다음과 같다.

(1) 피고 허영만에 대한 청구의 판단

상업적 이용 또는 공표권(right of publicity)이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용할 수 있는 권리라고 할 것인데, 위에서 본 바와 같이 이 사건 만화에서 등장인물의 캐릭터로 원고의 성명과 원고의 경력을 사용하였다고 하여도 만화 또한 예술적 저작물의 하나라고 보는 이상 이를 상업적으로 이용하였다고 보기는 어렵다 할 것이므로 위 주장 역시 이유 없다.¹⁵⁾

(2) 피고 회사에 대한 청구에 관한 판단

피고 허영만과 함께 원고의 성명 또는 초상권, 상업적 이용 또는 공표권, 저작권 침해로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하나, 피고 회사가 이를 알고 있었다는 점을 인정할 증거가 없고, 달리 피고 회사에게 피고 허영만의 저작권 등의 침해에 대하여 이를 방지하여야 할 의무가 있다고 보기도 어려우므로 위 주장은 이유 없다.¹⁶⁾

2. 판결의 문제점

본 판결은 마리안 심 리 사건에서의 퍼블리시티권의 개념에 입각한 것으로 마리안 심 리 사건에서와 마찬가지로 상업적 이용의 범위를 지극히 제한하고 있다는 점과, 퍼블리시티권의 법적 성격을 마리안 심 리 사건에서는 인격권과 별개로 고찰하고 있으며 재산권으로 유추할 수 있음에 반하여 본 판결에서는 인격권의 구체적 내용으로 고찰하고

15) 상계서, 124면

16) 상계서, 127면

있다는 점, 또한 퍼블리시티권의 용어를 상업적 이용 또는 공표권이라는 용어를 사용하여 용어의 혼돈을 야기하고 있다는 점등을 들 수 있다.

IV. 관련판례

1. 최애숙 사건

1) 사건개요

이 사건¹⁷⁾은 모델인 원고 최애숙이 피고인 다국적 기업 네슬레(Nestle)사의 우리나라 현지법인을 상대로 하여 제소한 것이다. 네슬레사 현지법인이 '테이스터즈 초이스커피' 선전용 텔레비전광고 출연 계약기간 만료후에도 계속 광고를 방영함으로 인하여, 원고의 성명권 및 초상권이 침해되었다고 주장하며 피고에 대하여 재산상, 정신상 손해배상을 구한 사건이다.

2) 판결요지

서울민사지법은 동사건에 대하여 1991. 7. 25 선고로 원고 일부승소판결을 하였으며, 판결요지는 다음과 같다.

(1) 개인은 그의 허락이나 동의 없이 자신의 성명과 초상이 제3자에 의하여 공포되지 아니할 인격적 이익을 가지고 있고 이를 침해한 자에 대하여는 불법행위를 이유로 정신적 고통에 대한 손해배상청구권을 가지며, 비록 모델 등 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람에 있어서는 통상 자기의 성명이나 초상이 널리 일반대중에 공개되는 것을 희망 또는 의욕하는 점에 비추어 그 사용방법, 태양, 목적 등으로부터 보

17) 서울민사지법 1991. 7. 25. 선고 90가합76280 제16부판결

아 그의 모델로서의 평가, 명성, 인상 등을 훼손 또는 저하시키는 경우, 기타 자기의 성명이나 초상을 상품선전에 이용하지 않는 것을 의욕한 경우와 같이 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 정신적 고통이 있다 할 수 있고, 따라서 손해배상청구권이 인정되는 경우도 제한된다 할 것이나, 한편 위와 같은 모델 등은 자기가 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명이나 초상을 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 이용하게 할 수 있는 경제적 이익을 가지고 있어서 이를 침해한 자에 대하여 그 불법 사용에 대한 사용료 상당의 손해를 재산상 손해로서 배상을 청구할 수 있으므로, 상품선전용 텔레비전광고 출연계약 기간만료 후에도 광고주가 광고를 계속 방영하였다면, 그로 인하여 그 광고모델의 인격적 및 경제적 이익을 침해하였다 할 것이므로 광고주는 위 모델이 입은 재산상 및 정신상의 모든 손해를 배상할 책임이 있다.¹⁸⁾

(2) 위 1항의 경우 위 광고모델이 위 계약에서 이미 보수를 받기로 약정하고 용역을 제공한 것이라면 자기의 명성과 초상에 관하여 재산적 이익을 가지고 있다고 인정되고, 광고주는 모델의 승낙이나 동의 없이 그 방영에 의하여 모델의 위와 같은 재산적 이익을 침해하였다 할 것이며, 위 재산상 손해란 모델이 자유처분할 수 있는 그의 성명 및 초상의 이용가치에 대한 평가를 의미하므로 비록 모델이 그 불법방영기간 동안 달리 전속계약을 체결하여 그에 따른 보수를 받음으로써 구체적인 금전적 수익의 감소가 없었다 하더라도 재산상 손해가 없었다고 할 수 없고, 그 구체적인 손해액은 위 광고물의 제작에 대하여 용역을 제공함으로써 얻게 되는 보수가 아니라, 모델이 이미 제작된 위 광고물을 계속 방영하는 데 동의함으로써 그 방영 당시 얻을 수 있는 보수 중 그 방영기간에 상응하는 금액으로 봄이 상당하다.¹⁹⁾

18) 하급심판결집 1991년도 2권, 92면

19) 하급심판결집 1991년도 2권, 92면

3) Publicity권의 개념에 의한 재해석

본 판결은 우리나라에서 아직까지 퍼블리시티권의 개념이 확립되지 아니한 시기에 이루어진 것이므로, 퍼블리시티권의 개념을 사용하지는 않았으나 원고의 성명권과 초상권 침해로 이유로 하여 피고의 손해배상책임을 인정하고 있는 판례에 해당한다.

그러나 본 판례가 판시하고 있는 「위와 같은 모델들은 자기가 얻은 명성으로 인하여 자기의 성명이나 초상을 대가를 얻고 제3자에게 전속적으로 이용하게 할 수 있는 경제적 이익을 가지고 있어서 이를 침해한 자에 대하여 그 불법사용에 대한 사용료 상당의 손해를 재산상 손해로서 배상을 청구할 수 있으므로, 상품선전용 텔레비전광고 출연계약 기간만료 후에도 광고주가 광고를 계속 방영하였다면, 그로 인하여 그 광고모델의 인격적 및 경제적 이익을 침해하였다 할 것이므로 광고주는 위 모델이 입은 재산상 및 정신상의 모든 손해를 배상할 책임이 있다.」²⁰⁾라는 내용은 위에서 이미 고찰한 퍼블리시티권의 개념에 해당하는 것이라 할 수 있다.

본인과 광고주와의 사이에 이미 퍼블리시티권에 관한 계약이 있었다고 하더라도 그 계약은 당해 계약기간에만 유효한 것으로 계약만료 이후에도 광고주가 계속적으로 사용한다면 이는 퍼블리시티권을 침해한 것이 된다고 할 수 있다.

2. 한혜숙 사건

1) 사건개요

이 사건²¹⁾은 원고 한혜숙이 피고 럭키금성생산의 반도패션 봄철의류전용 캐탈로그 제작용 사진모델 계약을 하였으며, 추가 약정이 없었

20) 상계서, 92면

21) 서울고법 1989. 1. 23. 선고 88나38770 제11민사부판결

음에도 불구하고 피고 럭키금성등이 원고의 위 캐털로그용 사진을 수종의 여성용 월간잡지에 게재함으로 인하여, 본인의 초상권 침해를 이유로 손해배상을 청구한 것이다.

2) 판결요지

서울고법은 1989. 1. 23선고로 원고일부승소 판결을 하였으며, 그 이유는 다음과 같다.

「원고를 모델로 한 캐털로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여만 원고의 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초 원고가 피고들과 캐털로그 모델계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별개의 광고방법인 월간잡지에까지 원고의 위 캐털로그용 사진을 원고의 승낙없이 위법하게 사용하여 원고의 초상권을 침해하였다 할 것이므로 피고들은 공동불법행위자로서 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다 할 것이다.」²²⁾

3) Publicity권의 개념에 의한 재해석

본 판결도 최예숙 사건에서와 같이 퍼블리시티권의 개념이 확립되지 아니한 시기에 이루어진 것이므로 초상권 침해를 이유로 피고의 손해배상책임을 인정하고 있으나, 실질적인 내용은 퍼블리시티권의 침해에 의한 손해배상청구소송에 해당하는 것이라 하겠다. 이 판결을 통하여 구체화 할 수 있는 내용으로는 설령 퍼블리시티권에 관한 계약이 있었다 하더라도 계약의 내용과 상이한 용도로의 개인의 초상권의 사용은 퍼블리시티권을 침해하는 것이 된다는 점이다.

22) 하급심판결집 1989년도 1권, 148면

3. 김우중 사건

1) 사건개요

출판사 무당에서는 저자 이원수가 대우그룹회장 김우중을 모델로 하는 평전 “김우중 신화는 있다”를 1995년 정가 6,500원으로 발행하여 판매하였다. 판매에 앞서 출판사 무당의 발행인 김진국과 평전의 저자 이원수를 피신청인으로 하여 대우그룹회장 김우중이 본인의 초상권과, 성명권, 프라이버시권의 침해와 명예훼손을 이유로 하여 지방법원에 서적제작판매반포금지가처분을 신청하였다.

2) 결정요지

이 사건²³⁾에 대하여 동법원에서는 1995년 9월 27일 재선고를 통하여 신청인 패소결정을 하였다. 동법원의 결정요지는 다음과 같다. 「신청인은 뛰어난 기업인으로서 우리 나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다고 할 것인데, 공적 인물이 되었다고 볼 수 있는 경우 그 사람은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 한다고 할 것 인바, 이 사건과 같이 신청인을 모델로 하여 쓰여진 평전의 표지 및 그 신문광고에 신청인의 사진을 사용하고 성명을 표기하거나 그 내용에 신청인의 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 신청인의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 할 것이다.

그러므로, 이 평전으로 인하여 신청인의 초상권, 성명권, 프라이버시권이 침해되고 명예가 훼손되었다는 점을 전제로 한 신청인의 위 부분 주장은 이유 없다.」²⁴⁾

23) 서울지법 1995. 9. 27. 선고 자카합3438결정

24) 하급심판결집 1995년도 2권, 184면

3) Publicity권의 개념에 의한 재해석

이 결정은 전통적인 프라이버시 한계이론인 공적인물론에 근거하고 있다. 즉, 김우중 대우그룹회장은 이미 공적인 인물에 해당하므로 본인의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 신청인을 모델로 하는 평전의 표지 및 그 신문광고에 신청인의 사진사용, 성명표기 등에 대하여는 수인하여야 한다는 논리에 입각하고 있다.

그러나 동사건과 관련하여 원고가 퍼블리시티권을 주장하게 된다면 결정내용이 다르게 나타날 수 있는 개연성이 아주 높다고 하겠다.

왜냐하면 “김우중, 신화는 있다”의 피신청인 김진국은 신청인의 동의없이 상업적 이용을 위하여 공적인물인 김우중의 초상권, 성명권등을 사용하고 있으므로 퍼블리시티권을 침해한 것이 명백하며, 따라서 본 서적에 대한 제작 판매반포금지결정처분이 받아들여질 수 있을 것으로 보인다.

V. 미국의 퍼블리시티권 판례의 동향

1. Haelan Laboratories, Inc v. Topps Chewing Gum, Inc²⁵⁾

이 판례는 프라이버시권의 한계에 대응하여 자신의 퍼블리시티권의 보호를 주장한 최초의 판례에 해당한다. 본 건의 사실개요를 보면 프로야구선수 A는 츄잉껌메이커 원고회사와의 사이에 A의 사진을 일정기간 독점적으로 사용하는 계약을 체결하고, 이 기간의 연장을 원고회사의 임의에 맡기고 A는 그 기간중 다른 메이커와는 동일한 계약을 하지 않는다는 것을 내용으로 하는 계약을 체결하였다. 그러나 B가 이러한 계약사실을 알면서도 A와 A의 사진 사용계약을 하고, B는 A의

25) 202F. 2d866,868(2d Cir.) Cert.denied, 368U.S.816(1953)

사진사용권을 다시 원고회사와 경합관계에 있는 추잉껌메이커 피고회사에게 양도하였다. 이러한 배경에 의하여 원고회사는 피고회사를 상대로 A의 사진사용금지를 청구하게 되었다. 동 사건에서 연방대법원은 「우리들은 프라이버시의 권리(뉴욕주법)로부터 독립된 권리로서, 사람은 스스로의 사진을 공표할 가치로서의 권리를 가진다. 즉 스스로의 사진이나 그림을 출판하는 절대적 특권을 부여하거나 허락하는 권리는 다른 사람에게 전용하지 않도록 허용된 권리라고 말할 수 있다. …… 이 권리의 대상은 재산권일 것을 요하지만, 이것은 무체물이건 아니건 문제되지 아니하며 그것에 특별한 개인의 가치가 있으면 단순한 symbol이라도 무방하다. 이 권리를 퍼블리시티권(right of publicity)이라고 부를 수 있다. 퍼블리시티권(right of publicity)은 통상 廣義로 해석되고, 배타적 허락의 객체는 아니라고 할지라도 상관이 없다」라고 판시하였다.

2. Lugosi v. Universal Pictures Co.²⁶⁾

이 사건에서도 「인간의 성명, 표현, 초상에대한 퍼블리시티권은 특유의 가치를 가지고, 소위 명성이라는 이익은 프라이버시의 권리로부터 완전하게 구별되어 분리되는 재산권」이라고 판시함으로써, 미국에서의 퍼블리시티권의 개념이 확립되었다.²⁷⁾

3. Factors, Etc v. Creative Card Company²⁸⁾

이 사건에서 Tenny판사는 「개인이 가지고 있는 감정이나 명성이

26) 172 U.S.P.Q. 541 Cal.super. et, L.A. county 1972.

27) 播磨良承, パブリシティの概念と法的性格(1)-不正な商業的利用からみた權利として, 判例時報 1050号, p.16.

28) 444F. Supp.279. 3Med.L.Rptr.1290(S.D.N.Y.1977)

라는 프라이버시적인 것은 상거래의 대상이 되지 않는 것이 일반적이지만, 이것과는 대조적으로 프라이버시가 명성이 있는 상품으로 인격화되고 개성화되면 시장에서 우위를 점하는 상품이 된다. 그렇게 되면 타인의 부정한 결정으로부터 이 재산적인 가치인 명성이 보호될 필요가 있다」고 해서 단순한 고립된 프라이버시가 퍼블리시티권으로 변화하는 것을 시사한 판례로서 주목을 받고 있다. 환언하면 개인의 姓名이나 초상이 상업적 가치를 가지게 되면 그러한 것들이 타인의 이용이나 상업적 사용에 대해서 경제적 성격을 가진 권리로서 고려되고 이러한 종류의 권리나 이익에 대한 불법성은 재산적 침해로 판단되게 되었다고 말할 수 있을 것이다.²⁹⁾

4. Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.³⁰⁾

이 판례는 퍼블리시티권이 논의되기 시작한 이래 연방대법원의 차원에서 처음으로 퍼블리시티권의 독자적인 법적지위를 인정한 것이다. 이 사건은 인간 포탄 Hugo Zacchini의 공연실행 전체(대포발사로부터 200피트 비행에 이르는 15초간의 공연)를 Ohio TV방송국이 뉴스시간에 녹화방송한데 대하여 원고가 자신의 공연실행이 무단으로 복제·방송되었음을 이유로 하여 손해배상을 청구한 것이다.

미 연방대법원은 그 방영이 당해 연기자의 연기에 대한 경제적 가치를 실질적으로 침해하였다고 보고, 원고의 직업과 관련한 재산적 가치를 불법적으로 사용하였다고 判定하였다.

Zacchini判決 이후 1980년대부터는 퍼블리시티권의 인정여부에 관하여는 더 이상 의문이 제기되지 않게 되었다고 할 수 있다.

29) 播磨良承, 前掲論文, p.16.

30) 433U.S.564(1977)

5. 미국의 법원이 퍼블리시티권을 인정한 대표적 판례

1) Bi-Rite Enter., Inc. v. Button Naster³¹⁾ : T-shirts에 록스타의 성명을 사용한 것

2) Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc.³²⁾ : 휴대용 화장대에 "Here's Johnny"라는 문장을 사용한 사건

3) Onassis v. Christian Dior-New York, Inc.³³⁾ : Christian Dior의 광고에 Jackie Onassis로 보이는 초상을 사용한 사건

4) Groucho Marx Prods. v. Day & Night Co³⁴⁾.(dismissed because under then-applicable California law the right of publicity did not survive Groucho's death) : 공연에서 Groucho Marx의 인물 (persona)을 모방한 사건

5) Grant v. Esquire, Inc.³⁵⁾ : 패션물품의 부분으로서, Cary Grant의 얼굴과 모델의 몸매를 결합하여 사용한 사건

6) Midler v. Ford Motor Co.³⁶⁾, : 상업용 승용차에 가수인 Bette Midler의 음성과 유사한 음성을 가진 가수의 노래를 사용한 것

7) White v. Samsung Electronics America, Inc : 삼성전자 미국 법인의 VCR광고 중 젊은 여성모습의 로봇이 낱말맞추기를 위한 게임 보드앞에 서 있는 것이 원고의 자기모습을 도용한 것으로 주장한 사건

31) 555 F. Supp. 1188 (S.D.N.Y. 1983)

32) 498 F. Supp. 71 (E.D.Mich.1980), aff'd and rev'd in part, 698 F.2d 831 (6th Cir.1983)

33) 122 Misc. 2d 603, 472 N.Y.S.2d 254, 258(Sup. Ct. 1984), aff'd, 110 A.D.2d 1095, 488 N.Y.S.2d 843 (1985)

34) 523 F. Supp. 485 (S.D.N.Y.1981), rev'd on other grounds, 689 F.2d 317 (2d Cir. 1982)

35) 367 F. Supp. 876 (S.D.N.Y. 1973)

36) 849 F. 2d 460 (9th Cir. 1988)

VI. 결론

퍼블리시티권을 개인의 법적권리로 확립한 1953년 *Haelan*판례 이전까지만 하더라도, 공적인물의 초상 또는 성명 등이 타인에 의해 상업적으로 이용되는 것에 관하여 privacy권에 의해 보호될 수 없다는 견해가 미국에서도 지배적이었다. 이는 우리나라의 경우에도 마찬가지로 적용되었다. 즉, 김우중사건에서와 같이 퍼블리시티권의 개념이 확립되기 이전에는 공적인물의 성명이나 초상 등이 privacy권에 의해 보호받고자 했던 사건은 처음부터 이론과 판례에 의한 지지를 받을 수 없었다고 보인다. 소설 “무궁화 꽃이 피었습니다”건과 관련하여 우리나라에서도 비로소 공적인물을 소재로 한 소설을 광고함으로써, 이 소설의 광고가 결국 공적인물의 성명과 일체성을 사용하여 퍼블리시티권을 침해하였다고 보게 된 *마리안 심 리* 사건을 통하여 공적 인물의 경제적·상업적 이용에 대한 퍼블리시티권의 법리가 확립되었다고 하겠다.

*Haelan*판결 이후 미국에서는 *Nimmer*교수가 “The right of publicity”³⁷⁾를 통하여 퍼블리시티권을 이론적으로 확립하고 있으며, *Prosser*교수³⁸⁾가 프라이버시와의 관계에서 퍼블리시티권을 체계화함으로써 괄목할만한 발전을 가져오게 되었다. 이미 미국의 많은 주에서는 판례 또는 성문법을 통하여 퍼블리시티권을 보호하고 있으며, 퍼블리시티의 이름으로 이를 인정하지 않는다고 하더라도 프라이버시권의 일부분으로서 이를 보호하는 주도 있다. 판례나 성문법에 의하여 퍼블리시티권을 보장하고 있지 않는 다른 주에서는 불공정경쟁에관한법률(the law of unfair competition)을 통하여 퍼블리시티권을 보장하기도 한다. 또한 개인의 identity를 상표등록하는 경우에는 연방법률³⁹⁾에 의하여서도 퍼블리시

37) Melville B. Nimmer, The right of publicity, Law & Contemporary Problems, vol. 19, 1954.

38) William Prosser, Privacy, Calif.L.Rev., vol. 48, 19 P.380..

39) 연방의 Lanham Act §1125는 개인의 identity가 상품의 왜곡광고나 활용 또는

티권이 보장되고 있다.

이와 달리 우리나라에서는 퍼블리시티권에 대한 연구와 판례의 형성이 초보적 단계에 있음으로 이 분야에 관한 본격적인 논의와 연구실적의 축적이 요망된다. 또한 퍼블리시티권을 근거로 한 명쾌한 판결들과 법률의 제정등에 의한 입법적 보장이 뒤따를 것으로 기대한다.