

최종 보고

정책연구과제 최종보고

「부정경쟁방지법상 퍼블리시티권 보호조항에 대한 연구」

2022. 3.

제출자: 최승재

<목 차>

제1장 퍼블리시티의 개요	3
제2장 퍼블리시티의 보호 방안	33
제3장 부정경쟁방지법 타목의 해석	63
제4장 부정경쟁방지법 파목의 해석	102
제5장 결론	138
참고문헌	139

제1장 퍼블리시티 개요

제1절. 퍼블리시티¹⁾의 보호

I. 프라이버시와 퍼블리시티의 분리

퍼블리시티권이란 모든 인간이 자신들의 동일성(identity)을 상업적으로 사용하는 것을 통제하는 천부적인 권리를 의미한다. 위의 사례들에서 등장하는 것처럼, 주로 광고에서 유명인의 초상이나, 음성 등의 사용은 훨씬 더 효과적인 수단으로 사용될 수 있을 것이므로, 광고와 관련하여, 퍼블리시티권의 문제가 발생할 가능성이 많다.

미국의 프로서(Prosser) 교수²⁾는 사람의 이름이나 초상을 영리목적으로 이용하는 것에 대한 사용을 프라이버시 권리 침해로 파악하는 것은 타당하지 않으며, 거기에서는 성명이나 초상의 권리가 독립된 경제적 이익을 가지며, 타인에게 전속적인 것으로서 보아 대가를 얻어 타인에게 독점적으로 사용하게 하여 타인에게 양도받는 것도 가능하다는 견해를 제시하였다.³⁾

퍼블리시티의 권리는 프라이버시 권리에서 생겨났으나 프라이버시 권리를 Prosser는 다음의 4가지로 분류하였다.⁴⁾ Prosser의 분류는 프라이버시권 침해의 경우를 구별한 것인데, 여기서 4번째 케이스가 독립하여 이 경우 침해로 보는 것이 아니라 금지청구권을 가지거나 보수청구권을 갖는 퍼블리시티권으로 구성한 것이다. Prosser 교수의 이런 분류는 독일법 체계의 영향을 받

1) 사람의 성명, 초상 등 그 사람의 동일성을 나타내는 표지들을 의미하는 것으로 권리개념으로 칭할 때는 '퍼블리시티권'이라고 하고, 그렇지 않을 경우에는 '퍼블리시티'라고 한다.

2) 그는 저명한 불법행위법 교수로서 Second Restatement of Torts의 주저자(Chief reporter)였다.

3) William L. Prosser, Privacy, 48 CALIFORNIA LAW REVIEW 383, 388-89 (1960).

4) Id. p 389.

은 것으로 단일한 체계의 프라이버시 침해 이론에 비하여 정교한 것으로 이해되어서 법원에서도 도입되었다.⁵⁾

첫째, 피고가 함부로 원고의 사생활에 침입하는 경우,

둘째, 원고의 사생활적인 사실 공개되는 경우,

셋째, 원고의 사생활에 잘못된 인상을 주는 경우,

넷째, 광고의 목적으로 원고의 성명이나 초상 등의 특정인의 인격표지를 승낙 없이 사용하는 경우⁶⁾

이런 점에서 보면, 유명인은 2가지 상충된 상황에 있다.

① 배우, 연예인, 운동선수, 유명인사 등은 일반인에 비해 초상을 무단으로 촬영하고 보도되는 것을 일정한 경우 감수해야 한다. 프라이버시권이나 초상권이 제한되는 것이다.

② 한편 그 사회적 평가, 명성, 인기 때문에 배우, 연예인, 운동선수 등이 상품광고 등 영리적인 자에게 그 이름, 초상 등의 이용을 대가를 받고 허가하여 배타적 전속적으로 성명 초상의 이용을 맡기는 것도 정당하다고 여겨진다.

즉 유명인들은 유명세를 유지하기 위해서 자신의 이미지가 지속적으로 소비되어야 하지만, 그런 이미지를 무임승차하여 타인이 재산상 이득을 취하는 것이 허용되어서는 안된다. 이런 요소들을 모두 충족할 수 있는 입법이 필요하다.

5) Daniel J. Solove & Neil M. Richards, Prosser's Privacy Law: A Mixed Legacy, 98 Cal. L. Rev. 1887, 1890 (2010).

6) 예를 들어 화가 Pavesich의 사진을 보험회사가 그에게 무단으로 신문 광고에 이용했다가 화가가 승소한 사건(Pavesich v. New England Life Insurance Company 1905, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68)과 같은 경우를 들어 이런 사안은 전통적인 프라이버시 사건과 구별되는 유형이라고 보았다.

II. 비교법적 검토

1. 개관

퍼블리시티권을 인정하지 않으면 명백한 보호의 공백이 발생하고 미국뿐만 아니라 일본⁷⁾, 영국⁸⁾ 등 다른 선진제국에서도 퍼블리시티권을 인정하고 있음에도 우리나라에서만 유독 국민의 권리 보호에 대한 공백을 발생시키고 있는 것은 매우 안타까운 일이다.

본 장에서 미국을 보는 것은 미국이 퍼블리시티권이라는 제도의 본향이라는 점과 가장 발전된 제도 설계를 하고 있기 때문에 미국의 법의 전개, 그리고 주법 중에서 캘리포니아주법의 태도를 볼 필요가 있기 때문이다.

일본을 보는 이유는 일본은 우리와 같은 대륙법계 국가로서 우리와 같은 퍼블리시티권 도입과 관련된 고민을 했고 판례의 전개도 유사성을 보인 바 있으며, 유사한 학설대립 끝에 우리나라의 대법원에 해당하는 최고재판소가 퍼블리시티권을 판례로 인정한 국가라는 점에서 비교의 가치가 있다.

영국은 대륙법계 국가는 아니지만 성문법이 발전하여 있고 미국과 같은 보통법 국가로 분류하지만 미국과 달리 퍼블리시티권을 인정하지 않았던 국가였다. 하지만 2015년 대법원이 마침내 판례로 퍼블리시티권을 일종의 기망 행위, 즉 유명인과 실제로는 연관성이 없음에도 유명인과 연관성이 있는 것처럼 소비자 등에게 이미지를 주는 무임승차행위(free-riding)를 불법행위로 인정함으로써 유명인의 퍼블리시티권을 인정하였다.

2. 미국

7) 일본의 핑크 레이디 사건 최고재판소 판결에 대한 소개로는 최승재 앞의 논문 23면 및 임상민, “퍼블리시티권에 관한 일본의 동향”, 지식재산연구 제7권 제4호(2012. 12) 181-183면 참조. 핑크레이디 판결에서는 퍼블리시티권 자체는 인정되었지만 사건에서는 사진의 게재의도, 크기 등 여러 가지 점을 고려하였을 때 고객흡입력의 원천이 된다고 보기 어렵다는 이유로 원고의 청구가 기각되었으나 이후 배용준 판결에서 최초로 원고의 청구가 인정되었다.

8) 2000년 이후 영국 법원은 명문의 규정이 없음에도 판례법으로 퍼블리시티권 침해를 인정하고 있다. 대표적인 판결로 Edmund Irvine Tidswell Ltd v. Talksport Ltd [2002] EWHC 367 (Ch) and on appeal, Irvine & Ord v. Talksport Ltd [2003] EWHC Civ, 423 참조.

가. 입법: 각주의 입법태도⁹⁾

퍼블리시티의 법적 보호는 연방법 차원의 보호가 아닌 주법 차원의 문제이다. 즉 미국에서 퍼블리시티권에 관한 직접적인 성문의 근거규정은 연방법률이 아니라 여러 주의 주법(州法) 형태로 존재하며, 미국의 각 주는 경우에 따라 프라이버시권 혹은 퍼블리시티권을 명문으로, 혹은 양자를 모두 명문규정으로 입법하고 있다. 미국에서는 각 주가 있으며 퍼블리시티권의 개념(성명, 초상만인지 아닌지, 사후 잔존하는지 등)이나 법원(法源)이 통일되어 있지는 않다.¹⁰⁾ 연방법이 존재하지 않는다는 특성상 주법 중에서도 캘리포니아주를 관할하는 제9항소법원을 포함한 캘리포니아주 법원들이 퍼블리시티 판례법 형성에 중요한 역할을 했다.¹¹⁾

미국에서 주법의 참고가 되는 모델규범의 역할을 하는 것이 리스테이트먼트(Restatement)이다. 1995년 제3차 리스테이트먼트 제46조는“타인의 승낙을 얻지 않고 타인의 이름, 유사성 기타 동일성을 징표하는 것을 상업적인 목적으로 무단히 사용하는 자는 무단사용에 대한 책임을 부담한다.”고 규정하였다¹²⁾

권리성 인정 이전에는 프라이버시권으로서 보호되었으나, 그 후 연방 항소법

9) 최승재, “퍼블리시티권에 대한 각국의 태도와 입법방향” IP Policy (2015. 4.). 최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(상)” 언론중재 30권2호(2010). 최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(하)” 언론중재 30권3호(2010).

10) 최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(상)” 언론중재 30권2호(2010).

11) Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988); Waits v. Frito-Lay, Inc., 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1988); White v. Samsung Elecs. Am., Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1988) 등의 사건이 모두 제9항소법원 사건이다.

12) Restatement (Third) of Unfair Competition §46 (1995). 그 원문과 해설은 다음과 같다. §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.

원{Haelan Laboratorise , inc. v. Topps Chewing Gum.Inc. 사건(1953년)}에 의하여 최초로 독립된 소인(訴因)으로 인정되었다. 애리조나 등 20여 주는 보통 법상 퍼블리시티권을 인정하고 이 중 성문규정이 있는 주도 캘리포니아 등 10여주에 이른다. 퍼블리시티권은 주법(州法) 또는 민법전의 관련규정에 근거하여 보호할 뿐 단행법률을 제정하여 보호하고 있지는 않다. 연방헌법(제1조 제8항)은 저작자·발명가의 권리보호조항에 따라 특허와 저작권 법률은 연방 법으로 규율하나, ‘상표’와 ‘부정경쟁’ 즉 광의의 부정경쟁은 오랫동안 각 주의 입법에 의존하다가 연방상표법(1870년)이 제정되었고 이후 Lanham 법(1946년)이 이를 대신하고 있다는 점도 이런 법제의 현황에 영향을 주었다.

전세계적으로 보면 퍼블리시티권 침해가 문제가 되는 2개의 직업군은 연예인과 운동선수이다. 이들 직업군 중에서 운동선수의 퍼블리시티권 침해가 문제가 되는 침해 사례들은 미국에서 최초로 퍼블리시티권이 인정된 선례인 1953년 연방 제2항소법원의 Healan 판결¹³⁾이 그랬던 것처럼 운동게임의 중계와 관련된 사안들이 아닌 운동선수를 이용한 게임에서 주로 문제되었다. 이 Healan 판결도 연방규범을 해석한 것이 아니라 사건에 관련된 뉴욕 주 보통법을 해석한 결과 퍼블리시티권이 해당 주법에서 존재함을 찾아내어 인정한 것이었다.

13) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953). 이 판결에서 법원이 최초로 퍼블리시티권을 인정하였다고 소개되고 있으나 영문을 보는 것이 의미가 있을 것으로 보여서 영문을 인용한다. ("A majority of this court rejects this contention. We think that, in addition to and independent of that right of privacy (which in New York derives from statute), a man has a right in the publicity value of his photograph, i. e., the right to grant the exclusive privilege of publishing his picture, and that such a grant may validly be made "in gross," i. e., without an accompanying transfer of a business or of anything else. Whether it be labelled a "property" right is immaterial; for here, as often elsewhere, the tag "property" simply symbolizes the fact that courts enforce a claim which has pecuniary worth.

This right might be called a "right of publicity." For it is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likenesses, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, busses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures.").

1) 뉴욕주의 최초 입법과 이후 동향

미국에서 각 주의 퍼블리시티권 입법은 특수한 시점에 집중하여 이루어졌다 기보다 각 주의 개별사정에 따라서 필요할 때 이루어진 경우가 많다. 뉴욕주가 1903년 가장 먼저 입법을 시행하였는데 이는 뉴욕주 상급법원(New York Court of Appeals)이 부당하게 퍼블리시티권에 관한 주장을 프라이버시권 논리에 치우쳐 거절한 것에 대한 수습책으로 시행된 입법이었다.

수년 뒤 유타와 버지니아가 뉴욕주법을 모델로 이를 뒤따랐고, 1950년대에 플로리다와 오클라오마가 입법을 하였다. 나머지 주들은 대체로 1970년대와 1980년대 퍼블리시티권을 입법하였다. 1980년대 5개주가 퍼블리시티권을 입법화하였고, 캘리포니아주는 사망 후의 퍼블리시티권까지 입법화하기에 이르렀다.¹⁴⁾ 각 주의 명문규정은 특수한 요소를 담고 있는 경우도 있는 데 가령 캘리포니아의 경우 사후의 권리침해와 달리 생존하는 자의 퍼블리시티권 침해를 위해서는 인식(knowing)을 요구하고 있다. 마찬가지로 네브래스카 주법은 상당히 세련된 관련규정을 두고 있으면서도 구체수단에 관하여 법적 구제를 부여한다고만 간략히 정하고 있다.

2) 캘리포니아 주

미국의 주법 가운데 가장 광범위하게 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주는 캘리포니아주이다. 캘리포니아주와 함께 뉴욕주도 퍼블리시티 관련 판례형성에 중요한 역할을 하고 있다.¹⁵⁾ 다만, 뉴욕 주에서 퍼블리시티권의 침해로 인정되기 위한 부정한 사용(misuse)은 거래나 광고(trade or advertising) 목적이 있어야 하며, 우연한 사용은 면책시키고 있다.¹⁶⁾

14) 이에 대한 추가적인 논의는 최승재, 앞의 언론중재 논문 참조.

15) *Stephano v. News Group Publications, Inc.*, 64 N.Y.2d 174, 182, 485 N.Y.S.2d 220, 474 N.E.2d 580 (1984); *Arrington v New York Times Co.*, (N.Y. App. Div. 1980), modified, 55 N.Y.2d 433 (1982), cert. denied, 459 U.S. 1146 (1983); *Cohen v Hallmark Cards*, 45 NY2d 493 (1978).

16) Natalie Grano, "Million Dollar Baby: Celebrity Baby Pictures and the Right of Publicity", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Winter 2010, pp.633-634.

캘리포니아주법은 ‘타인의 성명, 목소리, 서명, 사진 등을 동의 없이 고의로 광고나 상품판매에 사용하는 자는 그로 인한 손해를 배상할 책임이 있다’는 요지로 입법된 현행 캘리포니아 주의 퍼블리시티권 규정에서는 저작권의 대상이 되는 것을 포함하여 타인의 정체성을 떠올리게 하는 무언가(anything evoking one's personal identity)라도 사실상 그 타인에 대하여는 퍼블리시티권 침해가 될 수 있다고 해석하고 있다.

캘리포니아 주법상 퍼블리시티권은 아래와 같이 캘리포니아 민법전(California Civil Code) 3344조와 3344.1조에 구체화되어 있다. 먼저 1972년에 3344조가 입법되어 퍼블리시티권에 관한 성문규정이 처음으로 도입되었다. 이후 3344.1조는 1985년에 990조로 사후의 권리를 입법한 것인데, 나중에 1999년에 이르러 3344.1조로 위치가 변경되었다.¹⁷⁾

유의할 점은 퍼블리시티권이 각 주에서 독자적으로 규율하여 온 영역이고, 이런 독자적 규율영역에는 법분야를 막론하고 통상 보통법(common law)에서 뿌리내려온 요소의 영향이 강한 것이 보통이며, 캘리포니아의 퍼블리시티권 규율도 마찬가지이지만 3344.1조가 1985년 명문으로 사후의 퍼블리시티권을 규정한 것은 보통법(common law)의 입장과 다른 것이라는 점이다. 그 이전의 주 판례에 의하면 보통법에 의하여 사후의 퍼블리시티권이 인정되는 경우는 극히 드물었다.¹⁸⁾

그리고 3344.1조가 종전의 보통법의 입장을 번복한 또 하나의 쟁점은 사후에 권리를 행사하기 위해서 과연 피상속인이 생존한 동안 자신의 성명, 목소리, 서명, 사진, 혹은 유사물을 상품 등에 사용한 사실을 요구하느냐 여부가 문

17) 이때의 변경을 통하여, 퍼블리시티권의 사후 보장기간이 연방저작권법의 보장기간증가(50년에서 70년)에 대응하기 위하여 종전 50년에서 70년으로 연장되었다.

18) *Lugosi v. Universal Pictures*, 25 Cal. 3d 813, 160 Cal. Rptr. 323, 603 P.2d 425, 5 Media L. Rep. (BNA) 2185, 205 U.S.P.Q. 1090, 10 A.L.R.4th 1150 (1979). 위 판결에서 취한 이런 보통법(common law) 해석을 뒤집기 위하여 1985년 입법이 이루어졌다는 해석이 유력하다. 이런 해석은 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy § 6:24.

제되었다. 보통법을 해석한 주 법원의 판례에서는 이런 생전의 사용이 필수적이라는 입장이었으나, 3344.1조는 명시적으로 반대의 입장을 취하고 있다.¹⁹⁾

캘리포니아주 법원은 일련의 판결을 통하여²⁰⁾ 캘리포니아주 1972년 수정헌법에 의하여 누구나 타인의 프라이버시 침해에 대하여 제소할 권한을 가짐을 긍정하고 있었다. 이후 캘리포니아 법원은 더 나아가, 퍼블리시티권 관련 명문규정의 도입이 있기 전이라도 이미 누구나 불가침의 권리로 퍼블리시티권을 가졌음을 분명히 한 바 있다. 퍼블리시티권을 보장하는 성문규정이 도입된 지금에 주 법원의 해석은 누구나 보통법(common law)상의 퍼블리시티권과 성문법상의 퍼블리시티권을 아울러 가진다는 입장이다.²¹⁾

캘리포니아 퍼블리시티권 관련 입법의 특색은 오로지 자연인만을 보호대상으로 하며, 허구인물이나, 법인이나 기관은 제외하고 있다는 점이다.²²⁾ 나아가 캘리포니아 법원은 유명인뿐만 아니라 일반인도 법의 보호대상이라고 판시하고 있다.²³⁾

한편 법은 성명, 목소리, 서명, 사진(photograph), 혹은 유사물(likeness)을 보

19) California Civil Code §3344.1 (h)항 참조.

20) Hill v. National Collegiate Athletic Assn., 7 Cal. 4th 1, 20, 26 Cal. Rptr. 2d 834, 865 P.2d 633, 88 Ed. Law Rep. 327, 9 I.E.R. Cas. (BNA) 716 (1994). Accord Porten v. University of San Francisco, 64 Cal. App. 3d 825, 828, 134 Cal. Rptr. 839 (1st Dist. 1976). See H & M Associates v. City of El Centro, 109 Cal. App. 3d 399, 411, 167 Cal. Rptr. 392 (4th Dist. 1980); Miller v. National Broadcasting Co., 187 Cal. App. 3d 1463, 1491, 232 Cal. Rptr. 668, 69 A.L.R.4th 1027 (2d Dist. 1986); Wilkinson v. Times Mirror Corp., 215 Cal. App. 3d 1034, 1040-044, 264 Cal. Rptr. 194, 4 I.E.R. Cas. (BNA) 1579 (1st Dist. 1989). 이는 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy §6:19.

21) Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc., 25 Cal. 4th 387, 391, 106 Cal. Rptr. 2d 126, 21 P.3d 797, 29 Media L. Rep. 1897, 58 U.S.P.Q.2d 1823 (2001). 같은 입장으로 Miller v. Glenn Miller Productions, Inc., 454 F.3d 975, 988-89, 79 U.S.P.Q.2d 1545 (9th Cir. 2006).

22) J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy §6.28 그 근거로 명문규정상 퍼블리시티권의 주체에게 요구되는 '목소리', '서명', '사진'이 이들에게는 존재하지 않음을 들고 있다.

23) Christoff v. Nestle USA, Inc., 62 Cal. Rptr. 3d 122, 35 Media L. Rep. (BNA) 2002 (Cal. App. 2d Dist. 2007), as modified on denial of reh'g, (July 24, 2007) and review granted and opinion superseded, 67 Cal. Rptr. 3d 468, 169 P.3d 888 (Cal. 2007).

호대상으로 명시하고 있는데, 이를 해석함에 있어 연방제9항소법원은 1993년 White v. Samsung Electronics America, Inc.판결²⁴⁾에서는 피고 삼성전자가 Wheel of Fortune 쇼의 여성진행자인 Vanna White의 이미지를 사용하는 방법으로 그 쇼에 등장하는 아름다운 여성이 아닌 딱딱한 로봇을 사용하였다. 이 사건에서 미국 제9연방항소법원은 퍼블리시티권이 단지 이름이나 초상에만 국한되는 것이 아니고 그것을 이용하는 모든 행위에 확장되는 것이라면서 퍼블리시티권의 침해를 인정하고 삼성전자 미국법인에게 약 40만 달러의 손해배상을 명하였다. 위 판결은 퍼블리시티권의 범위를 대상이 되는 본인뿐만 아니라 그 사람을 연상시키는 모든 것으로 확장했다는 점에서 의미가 있는 판례이다.²⁵⁾

아울러 양도성, 특히 생존의 기간 동안 퍼블리시티권의 양도가능성에 관하여 관련 성문법규인 §3344는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 해석상 생존의 기간 동안 양도하는데 아무런 문제가 없는 것으로 풀이된다. 왜냐하면 위 규정은 보통법에 이미 존재하던 권리를 성문화한 것인데, 보통법상의 퍼블리시티권은 이미 양도가능함이 분명하기 때문이다.²⁶⁾

끝으로 §3344.1과 달리 §3344에서는 ‘인식하고(knowingly)’라고 하여 인식(knowledge)을 요구하고 있다.²⁷⁾ 이를 요구하게 된 연원은 퍼블리시티권을 형사처벌하기 위해서는 그 형사책임부과의 전제로 행위자가 인식하고도(knowingly) 행위를 할 것을 요구하였기 때문이다. 이후 형사처벌조항이 삭제되었음에도 여전히 위와 같은 인식의 요구는 빠지지 않고 있다. 어쨌든 이런 인식의 의미는 한국법상 ‘고의’와는 다소 다르며 인식 있는 과실에 더 가

24) 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993).

25) 이 판결에서 법원은 로봇은 아무리 너그럽게 보아도 Vanna White의 유사물(likeness)로 보기 어렵다는 이유였다. 그러나 법원은 보통법(common law)상의 퍼블리시티권은 위 성문규정의 권리와 달리 무척 폭넓어, 해당 삼성의 행위가 그녀의 정체성을 떠올리게 하는 이상 그녀의 보통법상 퍼블리시티권을 침해하고 있다고 판단하고 있다. 유명인사인 그녀의 정체성이 떠올려지는 한, 그러한 정체성이 떠올려지는 계기가 로봇에 의한 것인지, 세트(그 세트는 그 쇼의 소유자에게 저작권이 있었음)에 의한 것인지는 중요한 문제가 아니라고 판단한 것이다.

26) J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy §6:36.

27) 이에 관한 아래 설명은 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy §6:48.

값다. 즉 캘리포니아 항소법원은 피고가 원고의 동의가 없었음을 실제로 알았을 것을 요구하는 것이 아니라 단지 원고로부터 동의가 있다고 잘못 생각한 경우라도 위 인식 요건이 충족된다고 판시한 바 있다.²⁸⁾

3) 정리

결국 이런 주법에 의한 퍼블리시티권의 보호를 주는 결과 예를 들어 전국적으로 특정 광고를 하길 원하는 광고행위자는 51개 모든 주법에 맞도록 행위를 하여야 하는 상황이다.²⁹⁾ 그 간략한 개요를 설명하면 아래 도표와 같다.³⁰⁾

	[최초 입법년도] 현행법의 개정년도	보호대상인 정체성 (identity)의 범위	사후권리 가 성문화되 었는지 여부	사후 존속기간	법적 구제수단	‘언론보 도’ 예외의 성문화 여부
캘리포니아	[1972] 2007	성,유,사,목	○	70년	손,징,변 {설명}	○
플로리다	[1967]	성,유,사	○	40년	금,손,징 {설명}	○
일리노이	[1999]	성,유,사,목	○	50년	금,손,징	○
인디애나	[1994]	성,유,사,목	○	100년	금,손,징,변 {설명}	○
켄터키	[1984]	성,유	○	50년	-	×
매사추세츠	[1974]	성,유	×	-	금,손,3배	×
네브래스카	[1979]	성,유	○	비성문화	- {설명}	○{설명}

28) Christoff v. Nestle USA, Inc., 62 Cal. Rptr. 3d 122, 35 Media L. Rep. (BNA) 2002 (Cal. App. 2d Dist. 2007), as modified on denial of reh'g, (July 24, 2007) and review granted and opinion superseded, 67 Cal. Rptr. 3d 468, 169 P.3d 888 (Cal. 2007).

29) J. Eugene Salomon, Jr., The Right of Publicity Run Riot: The Case for a Federal Statute, 60 S. Cal. L. Rev. 1179, 1184 (1987) (“문제되는 광고행위가 전국적으로 배포된 잡지에 의한 것일 경우 publicity권에 관한 사건에서 원고로서는 51개의 별도 소송을 하여야만 할 것이다”)

30) 이는 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy § 6:8. Chart of state statutes: appropriation privacy and right of publicity 참조한 것으로 정상조·박준석, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구, 특허청 보고서 2009. 10. 5. 38-40면 인용.

네바다	[1989]	성,유,사,목	○	50년	금,손,징 {설명}	○
뉴욕	[1903] 1995	성,유,목	×	-	금,손,징,	×
오하이오	[1999]	성,유,사,목	○	60년	금,손,징,3배, 변	○
오클라호마	[1955] 1986	성,유,사,목	○	100년	금,손,징,변	○
펜실베이니아	[2003]	성,유,사,목	○	30년	금,손	○
로드아일랜드	[1972] 1980	성,유	×{설명}	-	금,손,3배	×
테네시	[1984]	성,유,사	○	10년{설명}	금,손 {설명}	○
텍사스	[1987]	성,유,사,목	○{설명}	50년	손,징,변 {설명}	○
유타	[1909] 1981	성,유	×	-	금,손,징,변	×
버지니아	[1904] 1977	성,유	○	20년	금,손,징	×
워싱턴	[1998] 2008	성,유,사,목	○	10년 또는 75년{설명}	금,손,변	○
위스콘신	[1977]	성,유	×	-	금,손,변	○{설명}

*{설명} ; 아래 설명을 참조할 것

* ‘정체성(identity)의 범위’ 항목 약어표(略語表) ; 성=성명 / 유=유사물(초상 포함) / 사=사진 / 목=목소리

* ‘법적 구제수단’ 항목 약어표(略語表) ; 금=금지청구 / 손=손해배상 / 징=징벌적 손해배상(punitive/exemplary damages) / 3배=3배손해배상(treble damages) / 변=상당한 변호사 비용(reasonable attorney's fees)

캘리포니아; 아울러 750불이나 실손해액 중 큰 금액과 이득액 배상을 정하고 있음.

플로리다; 손해배상은 합리적인 로열티(사용료)를 포함할 수 있음.

인디애나; 아울러 무단사용으로 인한 이득액 반환 및 최소법정손해액 1000불을 규정함과 아울러 폐기·압류명령(impounding and destruction orders)을 규정하고 있음.

매사추세츠; 그러나 ‘생존한’이라는 조건 없이 ‘일체의 자(any person)이라고 정하고 있음.

네브라스카; 법적 구제수단 - 단지 ‘법적 구제’를 부여한다고만 정하고 있음. / ‘언론보도’ 예외의 성문화 여부 - 모든 헌법상 항변을 결부짓

고 있음.
네바다; 아울러 750불의 최소법정손해액을 정하고 있음
로드 아일랜드; 그러나 ‘생존한’ 이라는 조건 없이 ‘일체의 자(any person)이라고 정하고 있음.
테네시; 사후 존속기간 - 10년 및 만일 상업적사용이 계속될 경우 연장가능함. / 법적 구제수단- 피고의 이득액을 포함하며, 폐기·압류명령을 규정하고 있음.
텍사스; 사후 존속기간 - 법정권리는 오로지 사후에 적용되며, 생존한 자에게는 적용되지 않음. / 법적 구제수단 아울러 2500불의 최소법정손해액 혹은 실손해액 중 중 큰 금액과 이득액 배상을 정하고 있음.
유타; 오직 허위의 승인이나 후원관계를 암시한 경우에만 법정 책임을 부담함
워싱턴; 사후 존속기간 - 그 정체성이 상업적 가치를 가진 경우 75년, 그렇지 않은 경우 10년.
위스콘신; 모든 언론보도의 항변을 언급하여 인정하고 있음.

나. 법원의 판례

미국은 엔터테인먼트 산업의 규모와 영향력이 엄청나고 돈이 모이는 산업의 하나인 바, 게임분야를 포함하여 엔터테인먼트 산업 전반에서 다양한 분쟁이 생기고 있다.³¹⁾

① Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 사건

1952년 연방법원의 판결에서 프랭크 판사는 퍼블리시티권을 아래와 같은 설시를 통해서 판결문 안으로 도입하였다.³²⁾ Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 사건은 추잉검 제조업자가 일류 야구선수 사진을 독점적으로 사용하는 계약을 맺자 경쟁자인 피고 껌 업체가 동일한 야구선수에게

31) C.B.C. Distribution and Marketing, Inc.(Plaintiff/Counter Defendant), vs. Major League Baseball Advanced Media, L.P.(Defendant/ Counter Claimant), and Major League Baseball Players' Association (Intervenor/Counter Claimant)United States District Court , Eastern District of Missouri, Eastern Division, Case No. 4:05CV00252MLM.; C.B.C. Distribution and Marketing, Inc.(Plaintiff-Appellee), v. Major League Baseball Advanced Media L.P.(Defendant-Appellant), The Major League Baseball Players Association (Intervenor-Appellant)United States Court of Appeal for the 8th Cir. Nos.06-3357/3358.

32) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F. 2d 866 (1952).

피고 껌 판매와 관련해 원고와 계약한 기간 동안 사진을 사용하도록 권유했다.

많은 유명인사(특히 배우라든가 야구선수라든가)는 그 초상화가 공개됨으로써 기분이 나빠지기는커녕, 그 반대로 광고에 이용하여 돈을 번다. 공개되지 않게 될 때 오히려 고통을 느낀다. 사람은 그 초상사진이 갖는 광고 가치(퍼블리시티 가치)에 따라 권리를 가진다.

미국 제2항소법원 프랭크 판사는 프라이버시 권리와 더불어 독자적으로 사람은 사진의 광고가치에 대한 권리(퍼블리시티 가치)로서 사진을 인쇄 발행할 독점적 특권을 부여할 권리도 있다고 보았는데, 이 판결이 선고되었던 1950년에 많은 유명인들 특히 배우, 야구선수는 자신의 초상이 일반에게 노출됨으로써 감정이 상하는 것이 아니라 신문, 잡지, 버스, 기차, 지하철에 자신의 용모를 전시해 일반에게 널리 알리는 광고에 이용하게 하고 돈을 받고, 전시되지 않게 되면 오히려 고통을 받는다는 것은 상식이었다. 프랭크 판사는 퍼블리시티권이 다른 광고주의 유명인의 사진사용을 금지하는 독점적 허가 권리의 대상이 되지 않는다면 통상 그들에게 돈을 창출하지 않을 것이라고 보았다.³³⁾

② Midler v. Ford Motor Co. 사건(유명가수의 목소리)

Midler v. Ford Motor Co. 사건에서 미국 제9연방항소법원은 포드자동차회사가 상업광고에 유명 가수인 Bette Midler의 노래를 모창한 것을 사용한 사건에서 널리 알려져 있는 직업가수의 독특한 목소리를 상품판매를 위하여 의도적으로 모방한 것으로 불법행위의 성립을 인정하였다.³⁴⁾

33) Haelan Laboratories Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

34) Midler v. Ford Motor Co., 849 F.2d 460, 7 U.S.P.Q.2d 1398 (9th Cir. 1988).

③ White v. Samsung Electronics America 사건(유명진행자의 이미지)³⁵⁾

White v. Samsung Electronics America, Inc.도 이와 관련된 주요 사건 중의 하나이다.) 이 사건은 유명한 텔레비전 게임쇼인 Wheel of Fortune의 진행자 Vanna White가 VCR제품의 인쇄물 광고를 낸 삼성전자를 제소한 것이었다. 그 광고는 Vanna White를 대신하여 여자 로봇(robot)이 Wheel of Fortune이라는 게임 쇼 세트를 배경으로 숫자를 뒤집는 장면을 연출한 것이었다.

연방항소법원은 이 사건에서, 로봇으로 묘사된 모습(robotic caricature or resemblance)은 성문법상의 이미지(likeness)에 해당되지는 않으므로, White의 성문법상의 퍼블리시티권은 침해되지 않았지만, 보통법상의 퍼블리시티권은 인식될 수 있다면 퍼블리시티권 침해가 인정될 수 있다고 판결하였다.

④ Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co. 사건(레이싱카 선고의 초상 등)³⁶⁾

레이싱 카 선수가 자신과 자신의 자동차 사진을 수정하여 사용한 담배회사를 상대로 소송을 제기한 사건이다. 이 사건에서 연방 제9항소법원은 비록 어느 정도의 수정이 있다 하더라도, ‘특별한(peculiar)’표식이 그대로 사용되어, 원고의 동일성을 표상하는 상업적으로 ‘구별되는 속성(distinctive and recognizable nature)’으로 고정(affixed)될 수 있다면 침해를 인정할 수 있다고 판시하였다.

⑤ Adderley v. NFLPA(프로미식축구의 초상, 성명등)³⁷⁾

캘리포니아 북부연방지방법원의 Adderley v. NFLPA et al. 사건에서 캘리포니아주 배심원들은 원래 계약을 넘어 프랜차이즈 사업에까지 사용된 스포

35) White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992).

36) Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821 (9th Cir. 1974).

37) Adderley v. NFLPA et al. C 07-00943 WHA (N.D.Cal. November 23, 2009)

츠 선수들의 퍼블리시티권 침해를 배상하기 위하여 약 2천8백만 원을 지급하도록 평결을 하였고, 법원은 이러한 배심원의 평결을 유지하였다.

3. 일본에서의 논의 전개와 판례

가. 개념

퍼블리시티의 권리란 프로야구선수, 프로복서, 배우 등이 그 이름, 초상 등에 대해 갖는 일종의 재산권이며, 이들 성명 초상 등이 하나의 경제적 가치를 갖는 것으로서 정보 전달 수단에 이용될 때 그것을 퍼블리시티의 가치라 부르고, 그 가치를 제어할 수 있도록 상정되는 권리를 퍼블리시티권이라 부른다.³⁸⁾ 퍼블리시티권의 명시적 보호 규정은 없으나, 민법 제709조(불법행위)에 근거하여 판례상 퍼블리시티권의 권리성이 인정될 수 있는지가 논의되었다.

일본에서는 마크레스타 사건(1976년, 昭和 51년)에서 최초로 퍼블리시티권의 존재를 인정하였다. 일본에서는 퍼블리시티권의 성질에 관하여 인격권적으로 파악하는 입장과 재산권적으로 파악하는 입장이 대별되고 있었다.³⁹⁾ 퍼블리시티권을 인격권으로 파악하는 경우 퍼블리시티권 침해의 본질은 누구나 자기의 성명·초상이 어디에서 어떤 상태로 사용되는 지를 결정할 자기결정권을 해하는 인격권의 침해가 된다. 아울러 인격권을 가진 자연인만이 퍼블리시티권의 주체가 되며 일신전속적 성질 때문에 양도나 이전은 불가능하다. 반면 퍼블리시티권을 재산권으로 파악하는 입장에 따르면, 퍼블리시티권 가치가 본질적으로 경제적 이익으로서 순수하게 재산권으로 파악가능하다고 한다.

해당 표시(表示)가 퍼블리시티로서 가치를 갖고 있으면 그 대상은 생존한 자연인으로 한정할 필요는 없으며, 고인(故人), 법인, 동식물, 건축물, 캐릭터

38) 아베 코지 교수, 주석민법(구판) 18권 중 「퍼블리시티의 권리와 부당이득」(1976년·有斐閣) 554쪽.

39) 日本 財団法人 知的財産研究所, 「知的財産の適切な保護のあり方に関する 調査研究報告書」, 平成18年度 特許庁 産業財産権制度問題 調査研究報告書 (2007. 3), 8-9頁.

(character) 등도 퍼블리시티권의 가치 발생원으로 될 수 있다. 그리고 퍼블리시티의 양도·이전 가능성에 대해서도 재산권 구성에서는 이를 인정하기 쉽다고 설명한다. 기존 판례 중에서 오냥꼬 클럽(おにゃん子クラブ) 사건의 항소심⁴⁰⁾이 이런 취지의 판결례로 볼 수 있다.

일본에서도 퍼블리시티권이 정면으로 인정되지 않았기 때문에 연예인 등 저명한 자연인의 초상·성명 등의 무단사용에 관하여 불법행위 성립 등이 문제된 사건들은 인격권으로서 초상권 침해나 프라이버시권 침해 등이 논의되었다. 관련되는 사례로는 ① 마크 레스타(マーク・レスター) 사건,⁴¹⁾ ② 왕정치(王貞治) 사건,⁴²⁾ ③ 藤岡弘 사건⁴³⁾, ④ 오냥꼬 클럽(おにゃん子クラブ) 사건,⁴⁴⁾ ⑤ King Crimson (キング・クリムソン) 사건의 원심⁴⁵⁾ 등이 있다. 반면 청구가 인정되지 않은 사례로는 ① 마크인(マックイーン) 사건,⁴⁶⁾ ② 光Genji 사건,⁴⁷⁾ ③ 土井晩翠 사건⁴⁸⁾, ④ King Crimson(キング・クリムソン) 사건의 항소심⁴⁹⁾ 등이 있다.

일본에서는 유명인의 초상권 등의 문제와 같이 자연인이 문제가 된 것이 아니라 물건의 퍼블리시티권이 문제가 된 사건들이 있었던 바 이들은 대부분 침해가 인정되지 않았다. 이런 유의 사건으로 ① 광고용 가스 공(広告用ガス気球) 사건,⁵⁰⁾ ② cruiser(クルーザー) 사건⁵¹⁾이 존재하며 반면 청구가 부정된 사례들로는 ① 긴꼬리닭(長尾鶏) 사건,⁵²⁾ ② 안진경 자필 임명장(顔眞卿自書告身帳) 사건,⁵³⁾ ③ 단풍나무(楓の木) 사건,⁵⁴⁾ ④ gallop racer(ギャロップ

40) 東京高裁 平3.9.26. 平成2(ネ)4794 判決.

41) 東京地判 昭51.6.29.(예술인의 성명과 초상을 광고에 사용한 사안).

42) 東京地判 昭53.10.2.(스포츠 선수의 성명초상을 상품화한 사안)

43) 富山地判 昭61.10.31.(예술인의 성명초상을 광고에 사용한 사안)

44) 東京地判 平2.12.21. 東京高裁 平3.9.26.(예술인의 성명초상을 상품화한 사안)

45) 東京地判 平10.1.21.(예술그룹의 명칭과 그 회원의 초상을 상품화한 사건의 1심)

46) 東京地判 昭55.11.10.(예술인의 초상을 광고에 사용한 사안)

47) 東京地判 平1.9.27.(예술인의 성명초상을 상품화한 사안)

48) 横浜地判 平4.6.4.(고인(故人)의 명칭을 표식으로 사용한 사안)

49) 東京高判 平11.2.2.(예술그룹의 명칭과 그 회원의 초상을 상품화한 사건의 2심)

50) 東京地判 昭52.3.17.(광고용 가스 공을 광고에 사용한 사안)

51) 神戸地判 平3.11.28.(호텔 소유의 크루저를 무단사용하는 등)

52) 高知地判 昭59.10.29.(일본 고유의 닭의 한 품종으로 특별 천연 기념물인 닭을 상품화한 사안)

レーサー) 사건,⁵⁵⁾ ⑤ Derby-stallion(ダービースタリオン) 사건,⁵⁶⁾ ⑥ 동경 개화(東京開花) 사건⁵⁷⁾ 등이 있다.

나. 퍼블리시티의 보호와 금지청구

초상의 무단 이용, 즉 퍼블리시티권을 침해하였다고 하여 초상이용 상품의 제조·판매 등의 금지를 인정한 판례는 다음과 같다.⁵⁸⁾

사건 명	사건 요약
왕선수 초상메달 사건(王選手肖像メダル事件)	1978년 10월 2일 결정 판례 타임즈 372호 97면
오냥코 클럽 금지 사건(おニャン子クラブ差止事件)	1986년 10월 6일 결정 판례시보 1212호 142쪽 초상 무단사용의 전화카드 등 제조판매금지 가처분 사건이다.
나카모리 아키나 사건	도쿄지재 1986년 10월 9일 결정 판례시보 1222호 142면 유명 스포츠 선수, 배우 등의 초상을 무단으로 메탈(メタル), 전화카드, 열쇠고리 등의 상품, 캘린더, 포스터에 표시해서는 안 된다는 것이었는데, 이러한 결정에 이유가 설명되어 있지 않았다.

다. 판례

1) 핑크레이디 이전 판결들

53) 最判 昭59.1.20.(유명 서도가의 서체를 상품화한 사안)

54) 東京地判 平14.7.3.(단풍나무를 출판물에 사용한 사안)

55) 1심, 2심, 3심 공히 경주마 명칭을 상품화한 사안이었는데(名古屋地判 平12.1.19, 名古屋高判 平13.3.8, 最高裁 平16.2.13) 원심과 항소심에서는 금지청구는 부정하고 대신 손해배상청구가 인정되었다.

56) 東京高判 平14.9.12.(영국 ‘더비’ 경마경주의 씨말 ‘스탈리온’에 관한 명칭을 상품화한 사안)

57) 大阪地判 平16.9.28.(니시키에(錦絵; 다색으로 그려진 풍속화)를 상품화한 사안)

58) 도쿄지방법원 1990년 12월 21일 판결(판시보 1400 호 10쪽).

사건 명	사건의 의의 및 내용
마크 레스터 사건	일본에서 최초의 퍼블리시티권 판결로 여겨지는 것이 마크 레스터 사건의 1976년 도쿄지방법원 판결이다. 퍼블리시티권으로 일본에서는 도쿄지방법원 1976년 6월 29일 판결⁵⁹⁾이 퍼블리시티의 단어나 권리의 말은 사용하지 않으나 이를 최초로 인정하였다. 영국의 아역배우 마크 레스터의 성명 초상을 무단으로 상품 선전에 이용한 것에 대하여 판결은 배우 등의 성명이나 초상을 상품 등의 선전에 이용함으로써 배우 등의 사회적 평가, 명성, 인상 등이 그 상품 등의 선전, 판매 촉진에 바람직한 효과를 거둘 수 있는 경우가 있으며, 이를 배우 등의 입장에서 보면 배우 등은 스스로 쟁취한 명성 때문에 자기의 성명이나 초상을 대가를 얻어 제3자에게 전속적으로 이용하게 하는 이익을 가지고 있는 것이라고 하며, 광고 방영에 의한 재산적 이익의 침해는 손해배상의 대상이 된다고 하며, 50만엔의 재산적 손해를 인정하였다.⁶⁰⁾
光GENJI 사건 ⁶¹⁾	일본법원에서 퍼블리시티라는 용어가 처음 사용된 사건이다. 마크 레스터 사건 판결 후, 사람의 초상을 무단으로 상품 등에 이용한 것이 쟁점이 된 사건이다. 허가를 받지 않고 아이돌가수의 성명초상을 표시한 상품의 판매 등을 금지한 가처분결정의 결정 취소를 구한 이 사건에서 법원은 “퍼블리시티권

	의 귀속주체는 성명·초상이 가진 독립된 재산가치를 적극적으로 활용하기 위하여 자기의 성명·초상에 대하여 제3자에 대하여 대가를 받고 정보 전달수단에 사용하는 것을 허락할 권리를 갖는 것으로 해석된다”고 퍼블리시티권으로 명시하여 피보전 권리를 퍼블리시티로 명시하였다. 또한 법원은 이 판결은 퍼블리시티 침해에 의한 손해가 단순히 사용허락을 받을 금액 상당액에 그치지 않는다고 판시하였다.
오냥코 클럽 사건 고등 법원 판결	퍼블리시티권에 근거한 금지청구권 인정 이 사건에서 법원은 인격적 이익은 침해되지 않은 재산권으로서의 성명 초상이용권에 근거하여 침해행위에 대한 금지 및 폐기청구를 인정하고 1심과 마찬가지로 성명 초상이용권에 근거한 손해배상청구를 인정하였다. 고등법원 판결은 해당 연예인은 자신의 이러한 고객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 재산적 권리를 가진다고 하여, 그 권리에 따라 금지폐기를 할 수 있다고 했다. 이 판결의 의의는 크다. 이 판결에 따라 일본의 퍼블리시티권이 완성되었다는 평가이다.⁶²⁾
스티브 맥퀸 사건⁶³⁾	배우의 초상 무단 이용으로 스티브 맥퀸 사건 판결은 피고의 과실 및 위법성 없음으로 원고의 청구를 기각하였다.
후지오카 히로시 사건⁶⁴⁾	원고인 영화배우의 이름과 초상을 양복 제조 판매회사가 계약기간 종료 후에도 광고를 계속하고 있었던 것에 대해 배상을 요구하여 소송하였고

일부 인용된 사건이다.

2) 핑크레이디 판결⁶⁵⁾

일본도 우리나라와 마찬가지로 퍼블리시티권을 권리로 인정하는 것에 대해서 소극적이었다. 우리와 같은 대륙법계 국가인 일본은 퍼블리시티권이라는 미국법에서 유래한 권리를 인정하는 것에 대해서 불편한 감정을 가지고 있었던 것으로 보인다. 그 결과 입법적인 논의가 이루어졌지만 입법이 되지는 않았다. 이 상황에서 논의의 전기를 마련한 것이 최고재판소의 핑크레이디 판결이다.

2012년 일본 최고재판소가 소위 ‘핑크 레이디’ 사건에서 (i) 초상 등 그 자체를 독립하여 감상의 대상이 되는 상품 등으로서 사용하였는지, (ii) 상품 등을 차별화하기 위하여 상품에 부착하는 방식으로 사용하였는지, (iii) 오로지 초상 등이 가지고 있는 고객흡입력을 이용한 목적인지 여부에 따라서 판단할 것이라고 하면서, (iii)의 오로지(専ら) 요건이 인정되어야 침해를 인정하는 것으로 법리를 제시하여 일본에서도 퍼블리시티권은 권리로서 인정되었다.⁶⁶⁾

일본 최고재판소는 「ピンク・レディーdeダイエット」라는 제목의 잡지가 자신들의 기사에 핑크레이디의 사진을 14매 허락을 받지 않고 게재한 잡지를 발행한 출판사의 행위에 대해서 370만 엔의 손해배상을 구한 사안에서 퍼블리시티권을 성문법에 규정 없이 판례로 인정하였다.⁶⁷⁾ 이 사건에서 2006년

59) 판례시보 817호 13쪽 판례 타임즈 339호 136쪽.

60) 阿部浩二, 「저작권판례백선(제2판)」, 186쪽.

61) 도쿄지방법원 1989년 9월 27일 판결(판시 1326호 137쪽)

62) 2심 도쿄 고등 법원 1991년 9월 26일 판결 판례시보 1400호 3쪽. 이 판결에 대한 판례평석으로 혼마 다카시 특허 45권 10호 58쪽, 사이토 히로시·쥬리스트(ジュリスト) 1002호 1991년 중요 판례 해설 247쪽, 우시키 리이치·『판례 라이선스법』-야마가미 카즈노리 선생 환갑기념 685쪽, 야스쿠라 다카히로(安倉孝弘)·법률 광장 1992년 2월호 35쪽, 오가 시게오(大家重夫)·100선(2판) 188쪽 참조.

63) 도쿄지재 1980년 11월 10일 판결 판례시보: 제981호 17쪽.

64) 토야마지재 1986년 10월 31일 판결 판례시보 1218호 128쪽

65) 最高裁 平成 24, 2, 2, 平21(受) 第2056号.

66) 最高裁 平成 24, 2, 2, 平21(受) 第2056号.

67) 最高裁 平成24・2・2 判決 平成21(受)2056 [ピンク・レディー], 이 판결에 대한 평석으로는 田村善之「パブリシティ権侵害の要件論考察-ピンク・レディー事件最高裁判決の意義」法律時報84卷4号(2012

(평성 18년) 경에 유행한 핑크레이디의 유에프오(UFO)라는 악곡에 따른 포즈가 다이어트에 효과가 있다는 취지의 기사에서 위와 같이 사진이 게재되었다. 이 사건 당시 일본법상 퍼블리시티권이라는 권리가 없고, 하급심의 판례가 나뉘어 있어서 판례법으로 형성된 것으로 보기도 어렵고, 퍼블리시티권의 법적 성질이 무엇인지, 침해판단의 기준이 무엇인지에 대하여 정립되어 있지 않다는 점에서 퍼블리시티권이라는 권리를 인정하지 않고 사건을 처리하는 방법도 있었을 것이다.

이 사건 상고인들(원고)은 1976년 여성 듀오 「핑크레이디」를 결성하여 1981년까지 가수로 활동하였고 아이들부터 어른에 이르기까지 폭 넓은 층에게 인기를 얻었고, 특 히 핑크레이디 노래의 안무를 따라하는 것이 전국적으로 유행하기도 하였다. 한편 피 상고인(피고)은 서적·잡지 등의 출판·발행 등을 업으로 하는 회사로 주간지 「여성자신 (女性自身)」을 발행하고 있다.

2006년 가을 핑크레이디 노래의 안무를 이용한 다이어트법이 여성들 사이에서 유행하였는데, 피상고인은 2007년 2월 13일과 27일에 발간된 위 주간지(AB판, 약 200면)를 발행하고 그 16-18면에 「핑크레이디 de 다이어트」를 제목으로 하는 기사를 게재하였다. 본 기사에는 핑크레이디 노래의 안무를 이용한 다이어트 법을 연예인이 해설하는 것을 내용으로 담고 있고, 상고인들을 피사체로 하는 14매의 흑백사진(이하 ‘이 사건 사진’)이 사용되어 있다. 이 사건 사진들은 이전에 상고인들의 승낙을 얻어 피상고인의 카메라맨에 의해 촬영된 것이었다. 그러나 상고들은 이 사건 사진이 위 잡지에 게재되는 것에 관해서는 승낙하지 않아 이 사건 사진은 무단으로 위 잡지에 게재되었다. 이에 상고인들은 피상고인에게 상고인들의 초상이 가지는 고객흡인력을 배타적으로 이용할 수 있는 권리가 침해되었다는 것을 이유로 불법행위에 기초하여 손해배상을 청구하였다.⁶⁸⁾

年).

68) 본 내용은 심지섭, “퍼블리시티권의 법적성질과 침해유형을 다룬 ‘핑크레이디 사건’”, IP Insight에서

이 사건의 1심 법원은 퍼블리시티권이라는 권리는 인정하면서도 사건의 경우 본건 사진이 흑백사진이고, 각 사진의 크기, 기사에서의 비중, 기사내용 등에 비추어 본건 사진의 사용은 원고들의 고객흡인력에 주목하여 오로지 그 이용을 목적으로 한 것으로 볼 수 없다고 하여 불법행위 성립을 부정하였다.(오로지 기준, 専ら基準)⁶⁹⁾

반면 원심인 지적재산고등재판소는 저명인의 성명, 초상의 사용이 퍼블리시티권 침해로서 위법성이 있는지 여부는 저명인이 자신의 성명, 초상을 배타적으로 지배하는 권리와 표현의 자유 보장 내지 사회적으로 저명한 존재에 이르는 과정에서 허용하는 것이 예정되었던 부담과의 이익형량문제로서 상관관계적으로 취급할 필요가 있고, 그 성명, 초상을 사용하는 목적, 방법, 태양, 초상사진의 입수방법, 저명인의 속성, 그 저명성의 정도, 당해 저명인 자신의 성명 초상에 대한 사용, 관리태양 등을 종합하여 관찰하여 판단하여야 한다고 보았다.(형량기준)⁷⁰⁾

일본 최고재판소는 정면으로 퍼블리시티권을 인정하였다. 최고재판소는 “퍼블리시티권은 개인의 인격권에서 유래한 권리로서 개인은 자신의 성명, 초상을 마음대로 이용되지 않도록 할 권리를 가지며, 초상 등이 상품의 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 가지는 경우에는 관련된 고객흡인력을 배타적으로 이용하는 권리로서 퍼블리시티권도 상기의 인격권에서 유래한 권리에 포함된다.”고 보았다. 그러면서도 이 사건은 퍼블리시티권을 침해한 경우이지만 정당한 표현행위로서 수인하여야 하는 경우에 해당한다고 보아 손해배상은 인정하지 않았다.

인용한 것임.

69) 東京地裁 平成 20. 7. 4. 判決 平19(ワ)第20986号.

70) 知財高裁 平成 21. 8. 27. 判決 平20(ネ)第10063号.

일본 최고재판소는 오로지 초상 등이 가진 고객흡인력의 이용을 목적으로 하는 경우로 ① 초상 등 그 자체가 독점적으로 감상의 대상이 되는 상품 등에서 사용되는 경우, ② 상품 등의 차별화를 목적으로 초상 등을 상품 등에 붙이는 경우, ③ 초상 등을 상품 등의 광고로서 사용하는 경우를 예시하였다. 이런 법리에 의할 때, 최고재판소는 본건사진에서의 핑크레이디의 초상은 고객흡인력을 가지는 것이라고 하면서도 본건기사의 내용, 본건사진의 사용태양(200매의 잡지에서 3매에서 사용되었고, 흑백사진이고, 크기가 크지 않다)등의 사정에 비추어보면, 본건 사진은 핑크레이디의 안무를 이용하여 다 이어트법 해설하면서, 안무에 대한 해설을 본건기사의 내용을 보충하는 목적으로 사용한 것으로 전적으로 핑크레이디의 초상이 가진 고객흡인력을 이용할 목적으로 하는 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.⁷¹⁾

최고재판소는 이 사건에서 상고인들이 침해되었다고 주장하는 권리에 관하여 사람의 이름, 초상 등은 개인의 인격을 상징하는 것이므로, 해당 개인은 인격권에 기초하여 초상 등을 함부로 이용당하지 않을 권리를 가진다고 하고, 이를 전제로 초상 등은 상품 판매 등을 촉진하는 고객흡인력을 가지는 경우가 있는데 이러한 고객흡인력을 배타적으로 이용할 권리, 즉 퍼블리시티권은 초상 등 그 자체의 상업적 가치에 기초한 것이므로 위 인격권에서 유래하는 권리 중 하나를 구성하는 것이라고 하였다. 그러나 초상 등에 고객흡인력을 가지는 자는 사회의 이목을 끌 수 있으므로 그 초상 등이 시사보도, 논설, 창작물 등에 사용되는 경우가 있고, 그 사용이 정당한 표현행위에 해당하여 수인해야만 하는 경우도 있다고 판시하였다.⁷²⁾

최고재판소는 위와 같은 법리를 토대로 이 사건의 경우 상고인들의 초상이 고객흡인력을 가짐은 인정하였으나, 이 사건 기사의 내용은 핑크레이디 그 자체를 소개하는 것이 아닌 이전에 유행하였던 핑크레이디의 안무를 이용한

71) 田村善之, “パブリシティ権侵害の要件論考察－ピンク・レディー事件最高裁判決の意義”, 法律時報84卷4号(2012年).

72) 성명에 관해, 最高裁 昭和58年(オ)第1311号 초상에 관해, 最高裁 昭和40年(あ)第1187号 最高裁 平成15年(受)第281号 참조.

다이어트 법에 대한 설명과 다른 연예인들의 그 안무에 관한 추억을 소개하는 것이고, 이 사건 기사는 약 200면에 이르는 잡지 전체 중 3면이 불과하고, 기사에 게재된 이 사건 사진도 크지 않은 흑백사진에 불과하므로 이 사건 사진은 이 사건 기사의 내용을 보충하는 목적으로 사용되었을 뿐 ‘오로지 상고인들의 초상이 가지는 고객흡인력을 이용할 목적으로 사용한 것’이라 인정할 수 없다고 하여 피상고인의 이 사건 사진 게재행위가 불법행위법에 의해 위법한 행위가 되지 않는다고 판시하였다.

이런 최고재판소의 다수의견에 대해서 재판관 金築誠志의 보충의견이 있다. 金築誠志 재판관은 퍼블리시티권은 사람의 초상 등이 가지는 고객흡인력의 배타적인 이용권에 해당하므로 고객흡인력의 무단이용이 퍼블리시티권 침해의 핵심요소라고 하였다. 이에 고객흡인력을 가지는 저명인은 사회의 정당한 관심의 대상이 되는 존재이므로 그 인물의 활동에 관한 소개, 보도, 논평 등을 부당하게 제약하는 것은 안 되며, 이러한 보도, 출판, 방송 등은 상업적 활동으로도 행해지는바, 동 활동의 일환으로 저명인의 초상 등을 게재한 경우에 고객흡인효과가 발생하는 경우가 있으므로 초상 등의 상업적 이용 일만을 모두 퍼블리시티권의 침해로 구성하는 것은 부적당하고 침해의 범위를 가능한 명확하게 한정해야 된다고 하였다. 이와 함께 이 사건에서 언급한 3가지 유형의 경우 오로지 고객흡인력을 이용할 목적으로 인정할 수 있는 전형적인 유형에 해당하는 것이라고 언급하였다.

3) 핑크레이디 판결 이후의 전개

이런 일본의 침해 인정기준은 상당히 좁은 범위에서만 인정하는 침해기준으로 이해된다. 이 사건에서 일본 최고재판소는 퍼블리시티권을 권리로서 인정하면서도 정작 당해 사건에서는 핑크 레이디의 사진을 사용하였다고 하더라도 이 사진이 고객흡인력을 가지는 것이라거나 오로지 이 사진으로 인해서 이 사건 잡지를 구매하지 않았을 것이라고 판단하여 결론적으로는 퍼블리시티권 침해를 인정하지 않았다. 하지만 이후 일본 법원은 배용준 사건에서 최초로 퍼블리시티권 침해를 인정하였다.

4. 영국

가. 종래의 논의

영국은 성문법에 의해서도 판례에 의해서도 퍼블리시티권을 인정하지 않았다.⁷³⁾ 미국 법원에서 이미 사망한 다이애나 황태자비의 퍼블리시티권이 문제 되었을 때 법원은 영국의 법령상 퍼블리시티권이 인정되지 않는다는 사실을 분명히 확인한 바 있다.⁷⁴⁾ 이렇게 퍼블리시티권이 인정되지 않는 상황의 영국에서, 이런 권리침해를 주장할만한 사안은 대체로 서면에 의한 명예훼손행위(libel) 혹은 사칭통용(詐稱通用, passing off)에 터잡아 소가 제기되곤 한다. 대표적인 사건이 1930년에 있었던 Tolley v Fry 사건이다.⁷⁵⁾ 특히 사칭통용의 법리는 혼동의 가능성(likelihood of confusion)이 핵심적인 판단기준이 되며 이것은 다름 아니라 미국까지 통틀어 영미법에서 상표 및 부정경쟁방지 법역에서 타인의 침해행위를 규율하는 오랜 법리이다.⁷⁶⁾

2004년에 있었던 Campbell 사건⁷⁷⁾에서 유명모델 나옴 캠펔이 자신이 출판에 반대의사를 표시한 약품치료 관련 사진의 출판행위에 대하여 손해배상을 구한 사안에 대하여, 영국 최고법원(the Law Lords⁷⁸⁾)은 항소심의 판결을 뒤집어, 일단 언론보도의 공중이익이 프라이버시권에 관한 당사자의 합리적인 기대를 통상 앞선다는 입장을 전제하면서도 이 사건에서는 캠펔의 프라이버

73) Frazer, Publicity, Privacy and Personality, 6 Eur. Intell. Prop. Rev. 139 (1983). Accord Frazer, Appropriation of Personality: A New Tort?, 99 L. Q. Rev. 281 (1983)에서 이런 사실을 자인하면서 퍼블리시티권의 제정필요성을 주창하고 있다. 이는 J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy § 6:155.

74) Cairns v. Franklin Mint Co., 24 F. Supp. 2d 1013, 1023-29, 49 U.S.P.Q.2d 1396, 1999-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72387 (C.D. Cal. 1998) (“영국은 상속가능한 퍼블리시티권을 인정하지 않는다.”); Love v. The Mail on Sunday, 473 F. Supp. 2d 1052, 1057 (C.D. Cal. 2007) (영국은 퍼블리시티권을 긍정하고 있지 않다).

75) Tolley v. Fry [1931] AC 333.

76) J. Thomas McCarthy, 1 Rights of Publicity and Privacy § 6:156.

77) Campbell (Appellant) v. MGN Limited (Respondents) [2004] UKHL 22.

78) 2009년 7월 30일까지 상원(House of Lords)의 최고법원으로서 기능했다. 영국에서 상원은 최고법원으로 역할을 하다가 2009년 대법원이 설립되어 그 기능을 대법원에게 넘겼다. 대법원은 12인의 대법관으로 구성되며 종래 상원의원이었던 대법관은 대법관직에서 물러나면 다시 상원으로 복귀할 수 있으나 새로 선임된 대법관은 상원의원이 되는 것은 아니다.

시권 침해가 이런 공중이익으로 정당화될 수 없다고 보아 손해배상을 명하고 있다. 이후의 판결들에서도 영국에서는 이미지권은 인정되지 않는다는 태도를 유지하였다.⁷⁹⁾

나. 리한나 판결에서 퍼블리시티권 침해를 인정한 영국대법원

2013년 7월 영국 대법원이 유명 팝스타인 리한나(Rihanna)가 영국의 자신의 사진을 사전 동의 없이 무단으로 사용한 의류 브랜드 탑샵(Top Shop)을 퍼블리시티권 침해를 원인으로 손해배상청구를 하였다. 이에 대해서 영국 법원은 본인의 허락 없이 리한나 이미지가 인쇄된 티셔츠를 판매하는 것은 사칭(passing off)⁸⁰⁾ 하는 것과 동일하며, 이는 결과적으로 그녀가 자신의 명성에 대한 통제력을 상실하게 되는 것을 의미한다고 하면서 탑샵에게 14일 안에 리한나 측에 20만 파운드를 지급하고 약 10만 파운드에 달하는 소송비용을 대신 지불하도록 판결했다. 이 소송은 퍼블리시티권이 법으로 정해져 있지 않은 영국에서도 퍼블리시티권을 인정한다는 최초의 판례가 되었다.⁸¹⁾

이 사건에서 영국 법원은 피고의 행위는 허위표시(misrepresentation)을 하는 것이 되므로 대증은 이 사건에서 리한나가 피고회사의 티셔츠에 이미지화되어 있다는 점을 보면 이 팝스타와 피고회사가 무언가 중요한 연결(material connection)이 되어 있다고 생각할 수 있다고 보았다. 특히 이 사건에서 피고회사는 자신들이 팝스타인 리한나와 관련되어 있다는 점을 부각시키려고 노력하였다. 즉 피고회사는 티셔츠가 판매되기 1 내지 2주일 전에 300,000명 이상의 팔로워들에게 리한나가 자신들의 옥스퍼드 서커스에 있는 매장을 방문한다고 언급하므로 마치 리한나가 자신들의 티셔츠와 연결된 사람인 것처럼

79) Douglas & Ors v Hello! Ltd & Ors (No 3) [2007] UKHL 21, [2008] 1 AC 1.

80) Irvine v Talksport [2003] EWCA Civ 423 사건에서도 사칭이론이 주장되었으나 받아들여지지 않았기 때문에 리한나 사건은 유명한 이미지 사칭이 인정된 최초의 사건이다.

81) In The Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from The High Court of Justice Chancery Division Intellectual Property The Hon Mr Justice Birss [2013] EWHC 2310(Ch).

럼 보이는 행동을 하였다.

이 판결에도 불구하고 영국에서는 일반적인 이미지권(image rights)이 인정되는 지 여부에 대해서는 논의가 있다. 성문법에 근거가 없는 이상 엄격하게 해석(close to the borderline)할 가능성이 높다고 보는 것이다. 하지만 이 사건으로 인해서 향후 영국에서 유명인들의 자신의 성명이나 초상 등 미국에서 퍼블리시티권으로 보호받은 권리들에 대한 보호를 위한 소를 제기하거나 권리로 인정받기 위한 노력을 하는 계기가 될 것이라는 견해가 있다.⁸²⁾

5. 독일

독일은 별도의 성문법으로 독립된 재산권으로서의 퍼블리시티권을 보호하지 않고 일반적 인격권침해로 보아 손해배상을 인정하고 있다. 민법에 성명권을 각 규정하여 인격권으로서 초상권과 성명권을 보호하고 있다. 또 「조형예술 및 사진작품의 저작권에 관한 법률(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie)」⁸³⁾에서는 초상에 관하여 동의를 얻어야 배포, 전시할 수 있도록 규정하면서 사후10년까지는 근친자가 대신 동의하도록 초상권을 정하고 있다. 이런 법들이 손해배상을 구하는 청구기초가 되고 있다.

독일에서의 거래상의 명칭에 대한 성명권 등의 보호는 무체재산권의 성격을 갖는다고 보는 것이 일반적이며, 성명을 허락 없이 광고에 사용하는 경우 등에 있어서는 성명의 경제적 가치에 대한 침해가 우선 문제가 된다는 입장이어서 결국 미국에서 언급하는 퍼블리시티권이 성문의 규정은 아니지만 법 논리적으로 판례를 통하여 인정되고 있다. 관련 판례로 축구선수 올리버 칸

82) 영국 로펌의 뉴스레터(Rihanna v Topshop: Image rights in the UK 2017. 5. 7. 자). (<https://www.twobirds.com/en/news/articles/2015/global/brandwrites-may/rihanna-v-topshop-image-rights-in-the-uk> 2017. 8. 16. 최종 접속).

83) Im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 440-3.

이 자신의 동의 없이 컴퓨터게임에 캐릭터를 사용한 행위에 대한 금지청구를 인용한 2004년 함부르크 고등법원의 판결,⁸⁴⁾ 메를린 디트리히의 사진을 핸드폰에 사용한 행위에 대해 불법이라고 판단한 독일연방대법원의 1999년 판결⁸⁵⁾ 등이 주요한 판결례이다.

6. 정리

이상에서 살펴본 미국, 일본, 영국, 독일 등 각국의 입법 및 판례의 동향을 표로 정리하면 다음과 같다.

국가	성문법	판례 (긍정)	최초 인정한 해
미국	주법(다수의 주) : 캘리포니아와 뉴욕이 대표적인 인정 주. 캘리포니아가 가장 강해.	연방항소법원이 최초인정.	1953년
일본	없음	최고재판소 판례	2012년
영국	없음	법원 판례	2015년
독일	없음(민법상 일반적 인격권 침해)	법원 판례	퍼블리시티권이라 기 보다는 초상권 인정

III. 소결

미국에서 시작된 퍼블리시티 보호법제는 영국에서의 리한나 사건 등 영미법 국가들에서 인정되었다. 미국에서도 주에 따라서 입법여부, 보호의 정도 및 방법 등이 상이하다. 연예엔터테인먼트 산업이 발전한 캘리포니아주, 뉴욕주가 입법과 법원의 판결을 주도하고 있고, 엘비스 프레슬리와 인연이 있는 멤피스가 있는 테네시주가 나름의 선례를 내고 있다. 미국의 경우에는 퍼블리시티권은 부정경쟁과 관련된 상업적 불법행위(commercial tort of unfair competition)의 일환으로 주법에 의하여 창설된 권리로 이해되고 있다.

84) Higher District Court of Hamburg, decision dated January 13, 2004, File No. 7 U 41/03.

85) German Federal Supreme Court, decision dated December 1, 1999, File No. I ZR 49/09, published in GRUR 2000, 709 - Marlene Dietrich.

그런데 이런 퍼블리시티권에 대한 이슈는 영미법계의 보통법 국가에서만 인정되는 것은 아니며 일본의 경우에도 법원이 이를 인정하였다. 일본은 성문법을 제정하지는 않았지만 법원의 판결을 통해서 이를 인정하였다. 그런데 법원의 판례에 의하다 보니 권리의 성격 등 여러 가지 내용면에서 불명확한 부분이 존재한다.

이와 같은 입법상황에서 우리나라에서도 엔터테인먼트 산업이 발전하고 K-POP에서 시작한 K-콘텐츠가 세계적으로 인기를 끌고 있다. K-팝으로 세계에 대한민국을 알린 방탄소년단(BTS)에 이어 봉준호 감독의 '기생충'이 미국에서 우리가 꿈이라고 생각한 아카데미상을 받았다. 2021년 추석 넷플릭스에서 공개된 '오징어 게임'이 전 세계 시청률 1위를 차지하는 기염을 토했다. 그 외에도 우리나라는 넷플릭스를 비롯한 글로벌 온라인동영상서비스(OTT) 기업이 주목하는 콘텐츠 생산 국가가 됐다.⁸⁶⁾

이런 상황이지만 입법적으로는 여전히 퍼블리시티에 대한 보호가 명확하지 않고 법원도 성문법적 근거가 없어서 보호의 필요성이 있지만 보호할 수 없다고 하고 있는 상황이었다. 물론 대법원은 구 부정경쟁방지법 차목(현 파목)상의 성과모용금지행위 규정을 근거로 하여 BTS 판결에서 연예인의 퍼블리시티를 보호하였다. 그러나 일본의 예에서 볼 수 있는 것처럼 성문법이 없이 판례법만으로 조속한 보호를 기대하는 것은 어렵다.

이런 점에서 2021년 부정경쟁방지법 개정(부정경쟁방지법 타목)을 통해서 퍼블리시티 침해행위를 부정경쟁행위의 하나로 규정한 입법은 그 의의를 충분히 평가할 필요가 있다. 제2장에서는 퍼블리시티를 보호하는 방안에 대해서

86) 간략한 최근 산업동향에 대해서는 최승재, 퍼블리시티권 입법을 기대하며[ET단상], 2021. 11. 9. 자.

검토하여 보면서 입법적 대안에 대한 의견을 제시하고자 한다.

제2장 퍼블리시티의 보호 방안

제1절 개관

우리 법원의 퍼블리시티에 대한 보호는 민법상의 인격권 침해에 대한 위자료 배상을 인정한 판례에서[1기], 별도의 퍼블리시티권을 주장하고 이에 대한 일련의 판결들이 선고되다가 보호의 필요성이 있으나 보호를 위해서는 입법이 필요하다는 취지로 법원의 판결이 정립된 시기[2기], 구 부정경쟁방지법 차목(현 파목)이 입법되고 차목의 적용범위에 대한 일련의 판결들이 선고되다가 BTS 판결을 통해서 유명인의 퍼블리시티도 구 부정경쟁방지법 차목에 의해서 보호 받을 수 있다는 판결이 선고된 시기[3기]로 이어져 왔다. 우리의 경우 2022. 4. 20.부터 개정입법된 부정경쟁방지법 타목 입법 이전에는 퍼블리시티권을 정면으로 인정하는 단행법은 없고, 저작권법 내지 부정경쟁방지법의 관점에서 이러한 개념을 소극적으로 바라보고 있는 것으로 이해되었다.⁸⁷⁾

2022. 4. 20.부터 개정입법된 부정경쟁방지법 타목이 시행되면서 새로운 국면을 맞이하고 있다. 이하에서는 우리 법원의 태도변화를 보고, 퍼블리시티의 보호에 대한 저작권법에 의한 보호와 관계를 간략히 본 뒤에 부정경쟁방지법에 의한 보호가 현시점에서 바람직한 이유를 설명한다.

제2절 우리 법원의 태도

I. 개관

우리의 경우 ‘제임스 딘(James Dean) 사건’⁸⁸⁾에서 보는 것처럼 퍼블리시

87) 구 부정경쟁방지법 차목이 퍼블리시티권을 보호하기 위해서 입법된 조문이라는 주장이 있었지만 논란이 있었다.

88) 서울지방법원 1997.11.21. 선고 97가합5560 판결. 이 사건은 이어지는 특허법원 1998.9.24. 선고

티권을 정의한다면, 개념소(概念素)는 (1) 개인의 동일성을 표상하는 표지의 존재(인격권이 아닌 재산권 측면), (2) 상업적 사용이라고 할 수 있을 것이다.

통상 퍼블리시티권은 일명 ‘**유명권**’이라고도 불리면서, 스포츠 스타나 연예인과 같은 실제로 광고 등에 이들의 초상이나 음성 기타 동일성을 식별할 수 있는 표징을 사용하는 경우에 문제이다. 이런 점에서 부정경쟁방지법에서 유명인의 경우를 염두에 둔 것은 타당하다.

상업적인 사용의 일반에 대해서 유명인이 아닌 일반인에 대해서도 이러한 퍼블리시티권을 인정할 것인가에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다. 이에 대해서 문화부의 저작권법 개정안에서의 퍼블리시티권은 유명인에 국한하지 않았고, 반면 부정경쟁방지법에서는 유명인으로 규정하고 있다.

II. 판례의 태도

1. 판례의 흐름: BTS 판결 이전

가. 이회소 박사 사건⁸⁹⁾

1) 이 판례는 우리 판례상 ‘퍼블리시티권’ 용어를 최초 사용한 사례이다.⁹⁰⁾ 이 사건의 사실관계를 보면, 다음과 같다. 미국에서 불의의 사고로 사망한 한국출신 핵물리학자 이회소의 죽음에 관한 의문을 둘러싸고 이를 박정희 대통령의 독자적인 핵개발을 저지하려는 미국 측의 음모와 관련지어 저술한 일련의 소설들(‘소설 이회소’, ‘무궁화 꽃이 피었습니다’ 등)이

98허3125 판결 등 수 개의 딸림판결 등이 있다.

89) 서울지방법원 선고 1995. 6. 23. 선고 94가합9230 판결. 이 판결에 대한 정리는 정상조·박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청보고서 2009. 10. 5. 19-20면 인용.

90) 일부 국내문헌은 제임스딘 사건에 관한 한 판결(서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29 선고 94가합 13831 판결)을 퍼블리시티권에 관한 최초 사례로 소개하고 있으나, 위 서울중앙지방법원 판결이 비록 간단히 배척하기는 하였으나 그 논리상 퍼블리시티권 침해를 취급한 최초의 사례이다.

한국에서 출간되었다. 여기에는 망인이 고국의 모친에게 보낸 서신의 내용이 다수 포함되어 있었다. 이에 망 이회소의 유족들은 퍼블리시티권 침해 등⁹¹⁾을 이유로 출판금지 등을 구하기에 이르렀다.

2) 신청인은, 퍼블리시티권(right of publicity) 침해에 관하여, 이회소가 한국에서 우수한 성적으로 고등학교, 대학교를 다녔을 뿐 아니라 미국에서도 매우 뛰어난 업적을 남기고 노벨상까지 바라보게 되는 등 일반인의 이목을 끌 요소가 충분히 있는데, ‘소설 이회소’를 저술한 피신청인 공OO가 위 이회소와 신청인들의 성명, 초상, 이력, 경력, 생활상, 성격상 등이 지닌 재산적 가치를 사용함으로써 퍼블리시티권을 침해하였다고 주장하였다.

그러나 법원은, “퍼블리시티권이라 함은 재산적 가치가 있는 유명인의 성명, 초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 사용한 권리(right of commercial appropriation)라고 할 수 있는데, 문학작품인 위 소설에서 위 이회소의 성명 사진 등을 사용하였다고 하더라도 이를 상업적으로 사용했다고 볼 수는 없으므로, 위 주장은 이유 없다”고 배척하였다.

3) 또 신청인들은, ‘무궁화 꽃이 피었습니다’ 소설에 있어 이용후가 국립묘지에 안장되어 있다는 부분, 이용후가 이스라엘에 예정된 과학진흥을 위한 차관자금을 한국에 돌아가도록 하였다는 부분, 이용후가 미국의 아폴로계획에서 달착륙을 위한 로켓 발사과정의 역추진 가속도에 관한 문제점을 지적하여 아폴로계획이 연기되었다는 부분, 이용후가 박정희 대통령, 안기부장들과 어울려 술을 마셨다는 부분 등이 나오는데, 이러한 부분은 상업적 이용 가치가 있다고 보아 조작한 것으로 위 이용후의 모델인 위 이회소의 퍼블리시티권을 침해한 것이고, 또한 피신청인 김OO 등이 위 이회소의 성명, 초상, 이력, 경력, 업적, 사회적 평가, 생활상, 성격상 등을 상업적으로 이용하여 무단으로 엄청난 물량의 신문, 방송 광고에 이용하여 그 퍼블리시티권을 침해

91) 그 외에도 저작권침해 및 초상권, 성명권 침해 등을 주장하였다. 초상권이나 성명권 침해에 관하여는 이미 고인이 된 이회소 박사에게 명예훼손이 되지 않는 한 공인(公人)이 된 이 박사를 대상으로 그 성명과 초상을 소설에 사용하는 것은 허용되어야 한다는 이유로 신청인의 주장이 배척되었다.

하였다고 주장하였다.

그러나 법원은 이에 관하여도, 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 없다고 역시 배척하였다.

나. 제임스딘 표장 사건⁹²⁾

퍼블리시티권의 인정과 관련하여, 중요한 의미를 가지는 서울지방법원의 판결이다. 이 판결에서 법원은 근래 저명한 영화배우, 연예인, 운동선수 등의 성명, 초상 등이 상품의 광고나 표장에 사용되는 경우 그 저명성으로 인하여 이를 사용한 상품이 소비자들 사이에 월등한 인지도와 신뢰성을 획득할 수 있기 때문에, 이들의 성명, 초상 등을 상업적으로 이용하는 경향이 보편화되었다라고 판단하였다.⁹³⁾

법원은 영화배우 등의 성명, 초상 등이 본인의 승낙 없이 함부로 사용되는 경우 본인이 입게 되는 손해는 자신의 성명, 초상이 허락 없이 사용된 데에 따른 정신적인 고통이라기보다는 오히려 자신들이 정당한 사용계약을 체결하였을 경우 받을 수 있었던 경제적인 이익의 박탈로 파악될 수 있으므로 성명과 초상 등에 대하여 기존의 인격권으로서의 초상권과는 별도로 재산적 권리로서의 특성을 가지는, 이른바 퍼블리시티권의 성립을 인정할 여지가 있다고 보인다고 하면서도, 퍼블리시티권이 아직까지 우리나라의 성문법 상의 권리로서 인정되지 않고 있는 점, 퍼블리시티권을 재산권으로 파악하는 경우

92) 서울지방법원 1997.11.21. 선고 97가합5560 판결.

93) 서울지방법원 1997.11.21. 선고 97가합5560 판결.

에도 그것이 한 사람의 인격을 상징하는 성명, 초상 등에 관한 것인 이상 그 당사자의 인격과 완전히 분리되어 존재하는 독립된 권리라고 보기 어렵다 할 것인데, 일반적으로 인격권은 권리자의 사망과 함께 소멸하여 상속의 대상이 되지 아니한다는 점, 퍼블리시티권의 상속이 인정된다고 가정할 경우에도 퍼블리시티권은 개인의 성가와 밀접한 관계가 있어 세월이 지남에 따라 그 권리로서의 존재가치는 희석화되고 일정기간이 지나면 결국 소멸되고 마는 권리라고 보았다.⁹⁴⁾

1997년 법원 판결은 퍼블리시티권을 정면으로 인정하지는 않았지만, 그 필요성을 인정하였고 이런 태도는 이후에도 우리 법원의 태도로 유지되었다.

다. 이영애 사건⁹⁵⁾

2004. 12. 11. 서울중앙지법은 11일 이씨가 A화장품회사를 상대로 낸 손해배상 소송에서 A사가 이씨의 퍼블리시티권을 침해한 사실을 인정하였다. A사는 원고에게 1500만원을 배상하라며 원고 일부 승소 판결했다. 법원은 A사는 이 책자를 이용해 제품 홍보를 하는 데 사용했고, 다른 회사에 넘겨 포털사이트 공동구매란에 게재하도록 했다는 점을 인정하면서, 이는 A사가 원고의 초상권을 사용한 것으로, 텔런트 영화배우겸 광고모델로 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 이씨의 ‘퍼블리시티권’ 역시 침해한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.⁹⁶⁾

서울중앙지방법원은 원고가 퍼블리시티권 침해로 인한 재산상 손해배상과 별도로 초상권 침해로 인하여 정신적 고통에 대한 손해배상을 구함에 대하여, “유명한 연예인으로서 그 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인

94) 서울지방법원 1997.11.21. 선고 97가합5560 판결.

95) 서울고등법원 2005.6.22. 선고 2005나9168 판결 및 그 원심인 서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결.

96) 서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결.

퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵고, 더구나 이 사건의 경우 원고의 의사에 반하여 광고물을 제작한 것이 아니라 원고와의 계약에 기하여 이미 제작되어 공표한 적이 있는 광고물을 사용기간을 넘어 임의로 사용한 것이므로, 원고가 위에서 인정한 재산상 손해와는 별도로 정신상 손해까지 입었다고 보기 어려우며, 가사 원고에게 정신상 손해가 발생하였다고 하더라도 위에서 인정한 재산상 손해의 배상에 의하여 정신적 고통 역시 회복된다고 보아야 할 것”이라고 배척하였다.⁹⁷⁾

서울고등법원은 “일반적으로 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리라고 설명되는 퍼블리시티권(Right of Publicity)은 일찍이 광고산업이 발달한 미국에서 판례와 각 주의 성문법에 의하여 보호되기 시작하였으며, 일본과 우리나라에서도 이러한 권리를 인정한 하급심 판결을 다수 찾을 수 있는바, 비록 퍼블리시티권의 양도 및 상속성, 보호대상과 존속기간, 구제수단 등을 구체적으로 규정한 우리나라의 실정법이나 확립된 관습법이 존재하지는 않으나, 앞서 인정한 사실에 비추어 볼 때, 원고의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있는 이상 이를 침해하는 행위는 원고 본인에 대한 관계에서는 명백히 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 원고가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 원고의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 원고의 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것”이라고 판시하였다.

97) 이런 위자료 청구 기각에 대하여는 원고가 항소하지 않아 항소심은 퍼블리시티권 부분만을 판단하였다. 이 판결에 대한 분석은 정상조·박준석, “부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구”, 특허청보고서 2009. 10. 5. 29면 참조.

라. 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결

90년대 퍼블리시티권의 인정여부에 대해서 하급심은 나뉘고 있었고 법리적인 논의가 진행되었다. 이후 어느 정도 정립된 법원의 판례는 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 하는 성문법상 근거가 없어 퍼블리시티권이라는 권리를 인정할 수 없다는 불인정론이 대세가 되었다. 법원의 태도는 판례법에 의한 퍼블리시티권 정립이 불가능한 것으로 정리되었다고 볼 수 있다.⁹⁸⁾

서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결

우리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여 이른바 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 수긍할 수 있으나, 성문법주의를 취하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다고 할 것이며, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있을 것이다.

아래는 이후 하급심 법원 판결의 전형적인 법리설시이다.⁹⁹⁾

고유의 명성, 사회적 평가, 지명도 등을 획득한 배우, 가수, 운동선수 등

98) 심현주, 12-19면.

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

유명인의 성명이나 초상 등이 상품에 부착되거나 서비스업에 이용되는 경우 상품의 판매촉진이나 서비스업의 영업활동이 촉진되는 효과가 있는데, 이러한 유명인의 성명, 초상 등이 갖는 고객흡인력은 그 자체가 경제적 이익 내지 가치로 취급되어 상업적으로 거래되고 있으므로, 성명권, 초상권 등 일신에 전속하는 인격권이나 종래의 저작권, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률의 법리만으로는 이를 설명하거나 충분히 보호하기 어렵다. 우리나라에서도 근래에 이르러 연예, 스포츠 산업 및 광고 산업의 급격한 발달로 유명인의 성명이나 초상 등을 광고에 이용하게 됨으로써 그에 따른 분쟁이 적지 않게 일어나고 있으므로 이를 규율하기 위하여, 성명이나 초상, 서명 등이 갖는 재산적 가치를 독점적, 배타적으로 지배하는 권리인 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라는 새로운 권리 개념을 인정할 필요성은 충분히 수긍할 수 있다.

그러나 민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다.”라고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로, 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다. 그런데 재산권으로서의 퍼블리시티권은 성문법과 관습법 어디에도 근거가 없다. 따라서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵고, 퍼블리시티권의 성립요건, 양도·상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 퍼블리시티권을 인정할 수 있다.

마. 2014년 이후 판례의 흐름

2014년 이후 판례의 흐름을 살펴보면 다음과 같다. 대법원의 판결은 없었지만¹⁰⁰⁾ 하급심에서 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 법리가 정립되면서 원고들이 더 이상 퍼블리시티권을 직접적으로 주장하기 보다는 구 부정경쟁방지법 차목(현 타목)을 주장하는 방식으로 소송전략이 변경되어 법률의 근거 없이 퍼블리시티권을 주장하는 소송은 점차 사라졌다.

<2014년에서 2017년까지의 주요판결 정리>¹⁰¹⁾

사건 번호	퍼블리시티권의 인정여부	인용한 손해배상액/성질
서울중앙지방법원 2016. 7. 14. 선고 2015가합565035판결 (이민호 사건)	부정	1억원(위자료)
서울고등법원 2017. 6. 9. 선고 2016나2057657판결(위 사건의 항소심)	부정	1억원(위자료)
서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2013나64259판결 (김유진, 예명 유이 사건)	부정	없음(원고전부패소)
서울중앙지방법원 2015. 2. 12. 선고 2013가단5106133 판결 (와이지 엔터테인먼트 사건)	부정	없음(원고전부패소)
서울서부지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016가합33974판결 (크다 컴퍼니 사건)	긍정	9천만원(퍼블리시티권 침해)
서울동부지방법원 2016. 4. 27. 선고 2013가합18880판결 (일구회 사건)	긍정	312,985,242원(퍼블리시티권 침해)
서울고등법원 2015. 1. 30. 선고 2014나2006129판결 (김남길 외, 소위 네이버 사건)	부정	없음(원고전부패소)

100) 소위 ‘송혜교 귀걸이 판결’이 있지만 이 사건은 심리불속행 기각으로 종결된 사건이다.

101) 소송대리인이 주장한 퍼블리시티권 침해를 주장한 사건에서 이 주장의 인용여부와 인용시 손해배상액을 다음의 표로 정리하여 보았다. 퍼블리시티권 침해가 인정된 사건으로 이에 따라 재산상 손해를 배상하도록 법원이 판결한 사건은 아래에서 분홍색으로 표시한 2건이었고 나머지는 법원이 원고의 퍼블리시티권 침해주장을 배척하였다.

서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028594판결 (김선아 사건) ¹⁰²⁾	부정	3천만원(위자료)
서울고등법원 2015. 5. 26. 선고 2014나2021432판결 (네오위즈게임즈 사건)	계약내용 (퍼블리시티권의 인 부 판단 없음)	20억원(약정금)
서울중앙지방법원 2015. 2. 5. 선고 2013가단333299 판결 (수지모자 사건)	부정	항소심에서 화해로 종결 (화해 금액을 알 수 없음)
서울중앙지방법원 2015. 4. 28. 선고 2014나12095판결 (이지아 사건)	부정	300만원(위자료)
인천지방법원 2016. 4. 6. 선고 2015가단232254판결 (인천공항공사 사건)	부정	100만원(위자료) ¹⁰³⁾ 항소심에서 화해로 종결 (화해 금액을 알 수 없음)

(1) 다음과 같은 판시는 2014년 8월 이후 판결의 주류적인 판시사항이다.

‘재산권의 내용은 법률로 정한다’는 헌법 제23조 제1문에 따라 물권과 채권은 민법에 의하여, 지식재산권은 저작권법·상표법·특허법·디자인보호법 등에 의하여 각 인정하고 있는 반면, 독립적 재산권으로서의 퍼블리시티권이라는 개념을 인정하는 법률은 존재하지 않는다. 민법 제185조는 ‘물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다’라고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로, 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다(대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다64165 판결). 그런데 원래 판례법(common law)에 그 연원을 가지는 미국의 경우와 달리 재산권으로서의 퍼블리시티권(the Right of Publicity)은 우리나라 성문법과 관습법 어디에도 그 근거를 찾아볼 수 없다. 결국, 성문법 국가로서 물권법정주의를 채택하고 있는 우리나라에서 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 그 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점·배타적 재산권인 퍼블리시티권이라는 개념을 인정하기는 어렵고, 그러한 권리의 성립 요건, 양도성 및 상속성, 보호대상 및

102) 이 사건의 1심법원은 퍼블리시티권을 인정하면서도 항소심인 서울고등법원과 같은 손해배상액을 인정하였다. 1심법원은 서울중앙지방법원 2014. 6. 27. 선고 2013가합503743 판결이다.

103) 이 사건은 항소심(인천지방법원 2016나53732)에서 화해로 종결되었다.

존속기간, 침해가 있는 경우의 구제수단 등을 구체적으로 규정하는 법률적인 근거가 마련되어야만 비로소 인정할 수 있을 뿐이다. 따라서 퍼블리시티권이라는 권리의 존재를 전제로 한 원고의 위 주장은 더 나아가 살펴볼 필요 없이 이유 없다.

(2) 서울서부지방법원은 다음과 같이 판시하면서 퍼블리시티권 침해를 원인으로 한 손해배상청구를 인용하였다.¹⁰⁴⁾

“성명과 초상 등 대중에게 널리 알려진 유명인의 개성은 고객흡입력이 있어 독립한 경제적 가치를 가지는데, 이와 같이 특정인의 성명, 초상(본인으로서 동일성이 인식될 수 있는 사진, 그림, 초상화, 이미지, 캐릭터 등), 서명, 음성 등이 갖는 경제적 이익이나 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리로 설명되는 ‘퍼블리시티권(Right of Publicity)’은 이를 명시적으로 규정한 실정법이 존재하지는 않으나, 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권과 초상권에는 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이나 초상이 함부로 영리에 사용되지 않을 권리가 포함된다고 할 것인 점, 특정인의 성명이나 초상 등에 관하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있다면 이를 침해하는 행위는 그 특정인에 대한 관계에서 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것인 점, 헌법상 사생활의 비밀과 자유 규정, 지적재산권을 보호하는 저작권법 등의 취지 등에 비추어, 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 인정될 수 있다 할 것이다. 나아가, 퍼블리시티권의 대상은 ‘인격 그 자체’가 아니라 ‘인격의 발현으로 인하여 생성된 경제적 이익’이며 독립한 재산권에 해당하므로, 이를 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적·개별적으로 위임할 수 있다고 보아야 하고, 현실적으로도 퍼블리시티권의 귀속주체가 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도하거나, 제3자로 하여금 전속적으로 이용하게 하는 것이 필요하고 적절한 경우가 발생한다.

2) 앞서 든 증거들에 의하면, 김민정은 유명 연예인으로서 고객 흡입력을 갖는 경제적 이익 내지 가치를 상업적으로 사용·통제하고 배타적으로 지배할 수 있는 ‘퍼블리시티권’을 가진다고 보이고, 앞서 본 바와 같이 피고가 이 사건 광고계약이 기간만료로 종료되고 무상사용 기간이 경과한 이후에도 원고와의 협의 없이 무단으로 김민정의 초상이 담긴 메뉴판, 입간판, 전단지, 홈페이지 배너판

104) 서울서부지방법원 2017. 4. 27. 선고 2016가합33974판결(크다 컴퍼니 사건).

고를 피고의 가맹점 내지 홈페이지 광고에 사용한 이상, 이는 김민정의 퍼블리시티권을 침해한 행위라 할 것이며, 한편 원고는 이 사건 전속계약에 따라 김민정으로부터 김민정의 퍼블리시티권을 이용하고 그 침해를 배제할 권리를 위임받았으므로, 피고는 위와 같은 퍼블리시티권 침해에 따른 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

(3) 법원은 2016년에 선고된 일구회 판결에서는 퍼블리시티권의 양도성을 인정하면서 구체적인 법적 성격을 재산권으로 보았다. 이는 종래 퍼블리시티권을 인정한 하급심 판례의 태도를 유지한 것이다.

가. 퍼블리시티권의 인정 여부 및 양도성

1) 퍼블리시티권의 인정 여부

성명과 초상 등 대중에게 널리 알려진 유명인의 개성은 고객흡입력이 있어 독립한 경제적 가치를 가지는데, 이와 같이 특정인의 성명, 초상(본인으로서 동일성이 인식될 수 있는 사진, 그림, 초상화, 이미지, 캐릭터 등), 서명, 음성 등이 갖는 경제적 이익이나 가치를 상업적으로 사용·통제하거나 배타적으로 지배하는 권리를 강학상 및 실무상 퍼블리시티권(Right of Publicity)이라 한다.

퍼블리시티권은 이를 명시적으로 규정한 실정법이 존재하지는 않으나, 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권에는 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이 함부로 영리에 사용되지 않을 권리가 포함된다 고 할 것인 점, 특정인의 성명 등에 관하여 형성된 경제적 가치가 이미 인터넷 게임업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있다면 이를 침해하는 행위는 그 특정인에 대한 관계에서 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것인 점, 헌법상 사생활의 비밀과 자유 규정, 지적재산권을 보호하는 저작권법 등의 취지에 비추어 보면, 특정인이 성명이나 초상 등 자기동일성의 상업적 사용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하고, 이는 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다.

2) 성명권 및 퍼블리시티권의 법적 성격

퍼블리시티권의 대상은 ‘인격 그 자체’가 아니라 ‘인격의 발현으로 인하여 생성된 경제적 이익’이며 퍼블리시티권은 독립한 재산권이므로, 제3자에게 양도하거나 권리행사를 포괄적·개별적으로 위임할 수 있다. 현실적으로도 퍼블리시티권의 귀속주체가 성명이나 초상이 갖는 경제적 가치를 적극적으로 활용하기 위하여 제3자에게 양도하거나, 제3자로 하여금 전속적으로 이용하게 하

는 것이 필요하고 적절한 경우가 발생한다.

(4) 2015년 서울고등법원은 소위 ‘네이버 사건’에서 퍼블리시티권은 구 부정경쟁방지법 차목에 의한 보호의 대상이 아니라는 취지로 판시한 바 있다.

나. 퍼블리시티권이 인정되는지 여부

1) 성명은 특정한 개인을 다른 사람으로부터 식별하는 표지가 됨과 동시에 이를 기초로 사회적 관계와 신뢰가 형성되는 등 고도의 사회성을 가지는 한편, 인격의 주체인 개인의 입장에서는 자기 스스로를 표시하는 인격의 상징으로서 의미를 가지는 것이고, 나아가 성명에서 연유하는 이익들을 침해받지 아니하고 자신의 관리와 처분 아래 둘 수 있는 권리인 성명권의 기초가 된다.

성명권은 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이룬다. 성명권은 일반적으로 자신의 성명을 타인의 방해를 받지 않고 사용할 수 있는 권리, 자신의 성명이 타인에 의하여 모용되거나 무단으로 사용되지 않을 권리를 내용으로 한다. 자신의 성명을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 권리는 위에서 본 성명권에 당연히 포함되고, 별도로 퍼블리시티권이라는 개념을 인정할 필요가 없다.

원고들은 물권, 채권, 지식재산권과 별도의 독립적 재산권으로서 퍼블리시티권이 인정되어야 한다고 주장하고 있으나, 재산권의 내용은 법률로 정한다는 헌법 제 23조 제1문에 따라 물권과 채권은 「민법」에 의하여, 지식재산권은 「저작권법」·「상표법」·「특허법」·「디자인보호법」에 의하여 인정하고 있는 반면, 독립적 재산권으로서의 퍼블리시티권을 인정하는 법률은 존재하지 않는다.

원고의 주장에 독립적 재산권으로서가 아니라 불법행위나 양도·상속에 있어서 채권보다 물권에 가까운 독점적이고 배타성이 있는 권리로서 퍼블리시티권을 인정하여야 한다는 취지가 포함되어 있다고 하더라도, 「민법」 제185조는 물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다고 규정하고 있을 뿐 아니라, 현재 인정되고 있는 성명권만으로도 퍼블리시티권이 보호하고자 하는 유명인의 성명에 관한 권리의 보호가 가능하므로 퍼블리시티권을 독립적인 권리로 인정할 필요가 있다고 보기도 어렵다.

2) 원고들은 성명권에 관한 정식 계약을 체결하였을 때 받을 수 있었던 대가 상당액이 재산상 손해라고 주장하며 이를 청구하고 있다. 그러나 소극적 손해란 피해자가 불법행위로 인하여 얻지 못한 이익의 상실액을 의미하는 것이므로, 성명권 침해의 경우 소극적 손해는 그 침해로 상실된 경제적 가치, 즉 유명인 성명의 경제적 가치인 저명성에 의한 신뢰와 희소성의 상실이다. 성명권 침해로

유명인이 다른 사람과 성명 사용계약을 체결하지 못하였거나 계약이 해지되었다는 등의 사정이 인정되지 아니하는 한, 불법행위가 없었던 상태는 성명이 사용되지 아니한 상태이고, 유명인이 대가를 얻는 것은 타인과 성명에 관한 계약을 체결하였다는 별도의 법률행위 때문이지, 성명이 침해되지 않았기 때문이 아니다.

퍼블리시티권을 인정하면, 피고들이 원고들의 승낙을 받아서 성명을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이라는 권리를 침해한 것이 되어, 이를 원고들의 적극적 또는 소극적 손해로 인정할 수 있으나, 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

3) 원고들은 피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반된다고 주장한다. 부정경쟁방지법은 국내에 널리 알려진 타인의 상표·상호 등을 부정하게 사용하는 등의 부정경쟁행위와 타인의 영업 비밀을 침해하는 행위를 방지하여 건전한 거래질서를 유지하는 것을 목적으로 한다(제1조). 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위의 한 유형으로 본다.

그러나 설사 피고들의 행위가 부정경쟁방지법에 위반되었다고 하더라도, 퍼블리시티권을 인정할 수 없어 성명권은 인격권으로 파악되므로, 피고들이 원고들의 경제적 이익을 침해하였다고 할 수 없다. 또 아래에서 보는 바와 같이, 키워드 검색광고는 인터넷 검색 포털사이트에서 일반적으로 사용되는 사업방식으로, 키워드 검색광고의 알고리즘 자체가 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 에서 규정한 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법이라고 인정하기 어렵다.¹⁰⁵⁾ 따라서 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

(5) 이지아 판결(2015년)

서울중앙지방법원 2015. 4. 28. 선고 2014나12095판결(이지아 판결)이 이런 판례의 하나이다. 이 사건에서 배우 이지아는 자신의 복근 사진을 허락 없이 광고에 쓴 성형외과 의사를 상대로 초상권과 퍼블리시티권을 침해했다고 소송을 제기하였다. 1심 법원은 피고인 의사에게 300만 원을 배상하라는 선고를 했다. 인용의 근거는 의사가 이지아의 성명과 초상을 영리목적으로 사용

105) 밑줄은 필자가 강조를 위하여 표시한 것임.

해, 인격권을 침해한 것을 인정했다는 점에 있었고, 퍼블리시티권은 인정되지 않았다. 하지만 이 사건의 항소심은 연예인 직업 특성상 자신의 성명과 초상이 대중 앞에 공개되는 것을 포괄적으로 허락한 것이므로 인격적 이익의 보호 범위가 일반인보다 제한된다고 봐서 인격권 부분에 대한 원고청구도 기각하였다. 항소심은 게시물의 내용에 의사의 병원 이름이 게재돼 있지 않아, 복부 성형 치료를 받은 것처럼 오인할 만한 내용이 보이지 않는다는 점을 인격권 침해도 부정한 근거로 삼았다.¹⁰⁶⁾

(6) 수지 모자 판결(2015년)¹⁰⁷⁾

서울중앙지방법원은 이 사건에서 그룹 MissA 소속 가수 수지와 소송을 벌이고 있는 쇼핑몰 A사는 지난 2011년 9월부터 2014년 2월까지 한 포털사이트에 '수지모자'란 단어를 검색하면 자사의 홈페이지 주소가 상단에 뜨도록 하는 키워드검색광고 계약을 하고, 이를 지속적으로 노출하였다. 지난 2013년에는 A사는 자사 홈페이지에 '매체인터뷰' '공항패션' 등 문구와 함께 수지 사진 3장을 올려 영업을 하였다. 원고는 자신의 이름과 사진을 허락 없이 사용해 퍼블리시티권을 침해했다며 피고 쇼핑몰을 상대로 손해배상 청구소송 제기하였다. 법원은 사람의 얼굴이나 이름을 상업적으로 사용할 수 있는 권리인 퍼블리시티권을 인정하지 않았다. 그러면서 자신의 성명 및 초상 등을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 권리는 성명권 및 초상권에 당연히 포함되고, 별도로 퍼블리시티권이란 개념을 인정할 필요가 없다고 하면서, 초상권 및 성명권이 침해됐다는 이유만으로 원고가 다른 사람과 초상 및 성명 사용 계약을 체결하지 못했거나 기존에 체결된 계약이 해지되는 등 재산상 손해를 입었다고 볼 수 없다고 보았다.¹⁰⁸⁾

바. 정리

106) 서울중앙지방법원 2015. 4. 28. 선고 2014나12095판결.

107) 서울중앙지방법원 2015. 2. 5. 선고 2013가단333299 판결.

108) 서울중앙지방법원 2015. 2. 5. 선고 2013가단333299 판결. 이 사건은 2015나18700(항소심)에서 화해로 종결되었다.

결국 이러한 논의에 의하면, 결국 퍼블리시티권이 권리로서 인정되기 위하여 이러한 권리의 성립요건, 양도성, 상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제 수단 등이 법률에 구체적으로 규정되어 이러한 법률의 근거가 마련된 이후에야 비로소 이러한 권리를 인정할 수 있다고 하는 논의가 전개되는 것이다. 이런 상황을 타개한 것이 구 부정경쟁방지법 차목(현 파목)의 입법과 대법원의 BTS 판결이다.

2. 판례의 흐름: BTS 판결 이후

가. BTS 판결 당시 상황

위와 같은 판결이 계속되면서 퍼블리시티의 보호를 위한 입법 필요성이 제기되었다. 인격표지권이라는 권리를 고안하는 권리보호방식의 시도도 있었으나 입법이 되지 못했고, 입법이 된 것은 구 부정경쟁방지법 차목이었다. 이 조항은 보충적 일반조항으로 불렸으나 입법목적의 하나가 퍼블리시티의 보호였다.¹⁰⁹⁾

구 부정경쟁방지법 차목을 유명인의 퍼블리시티를 보호하기 위하여 사용할 수 있는가에 대해서는 법정에서 논의되었고, 그 결과 이를 인정한 구 부정경쟁방지법 차목이 유명인의 퍼블리시티를 보호하기 위하여 사용할 수 있음을 보인 것이 BTS 판결이었다.

나. BTS 판결

109) 보충적 일반규정이 아니라 개별적 금지행위를 규정한 것이라는 견해로 최승재.

BTS 판결은 연예인들의 사진, 기사 등을 주요 내용으로 하는 잡지를 제작·판매하는 갑 주식회사가 연예인 매니지먼트, 음반 제작, 공연 기획 등 엔터테인먼트 사업을 하는 을 주식회사의 허락 없이 을 회사 소속 유명 아이돌 그룹의 구성원들에 관한 화보집 등을 제작하여 위 잡지 특별판의 특별 부록으로 판매하려 하자, 을 회사가 갑 회사의 행위는 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목¹¹⁰⁾에서 정한 부정경쟁행위에 해당한다며 위 특별 부록의 제작·배포 등의 금지 등을 구하는 가처분을 신청한 사안에서, 을 회사는 위 아이돌 그룹의 구성원들을 선발하여 전속계약을 체결한 후 훈련을 통해 구성원들의 능력을 향상시켰고, 전속계약에 따라 그들의 음악, 공연, 방송, 출연 등을 기획하고, 음원, 영상 등의 콘텐츠를 제작·유통시키는 등 위 아이돌 그룹의 활동에 상당한 투자와 노력을 하였으며, 그로 인해 위 아이돌 그룹과 관련하여 쌓인 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르렀는데, 이는 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등’으로 평가할 수 있고, 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역에 속한다고 볼 수 없으므로, 타인이 무단으로 위의 표지를 사용하면 채권자의 경제적 이익을 침해하게 된다고 판단한 다음, 연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고 등에 사용하기 위해서는 연예인이나 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업분야의 상거래 관행인 점을 감안하면 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는 것은 상거래 관행이나 공정한 거래 질서에 반하고, 갑 회사가 발매한 특별 부록은 을 회사가 발행하는 위 아이돌 그룹의 화보집과 관계에서 수요를 대체할 가능성이 충분하여 경쟁관계도 인정되므로, 갑 회사가 위 특별 부록을 제작·판매하는 행위는 공정한 상거

110) 2022. 4. 20. 이후 기존 현행 부정경쟁방지법 파목이 되었다.

파. 그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 을 회사의 성과 등을 무단으로 사용하는 행위로서 위 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 한 사례에서 대법원은 종래 퍼블리시티권에 의한 보호가 이루어지지 못하고 있다는 비판에 대해서 부정경쟁방지법 (카)목의 부정경쟁행위에 해당한다고 보아 유명 연예인인 BTS의 퍼블리시티를 보호할 방법을 제시한 사건이다.¹¹¹⁾

대법원은 “경쟁자가 상당한 노력과 투자에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다.”라고 판단하였다.

그 후 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (차)목은 위 대법원결정의 취지를 반영하여 “그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위”를 부정경쟁행위의 하나로 추가하였고, 2018. 4. 17. 법률 제15580호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서 위 (차)목은 (카)목으로 변경되었다 [이하 ‘(카)목’이라고 한다].

위 (카)목은 구 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정되기 전의 것)의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경

111) 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.

쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.

위와 같은 법률 규정과 입법 경위 등을 종합해보면, (카)목은 그 보호대상인 ‘성과 등’의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로, 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 의해 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. ‘성과 등’을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.

이러한 성과 등이 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진’ 것인지 여부는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적, 개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 공공영역(public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야 한다. 또한 (카)목이 규정하는 ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용’한 경우에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지 여부, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 가능성, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성 등을 종합적으로 고려해야 한다.

제3절 저작권법에 의한 보호

I. 문화부의 저작권법 개정안 검토

1. 문화부의 저작권법 개정안

문화부는 아래와 같은 저작권법 개정안을 발의하였다.

제5장 초상등의 보호

제123조(보호받는 초상등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 초상등에 대한 재산적 권리는 이 법에 따른 보호를 받는다.

1. 대한민국 국민의 초상등
2. 대한민국이 초상등의 재산적 권리에 대한 보호와 관련하여 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호되는 외국인의 초상등
3. 제2호에 따라 보호되는 외국인의 초상등이 아니라고 하더라도 그 외국인의 국가가 초상등의 재산적 권리를 이 법 또는 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 상응하게 보호하고 있고 대한민국 국민의 초상등의 재산적 권리에 대한 보호를 부인하지 아니하는 경우로 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자를 포함한다)의 초상등

② 제1항제2호 및 제3호에 따라 보호되는 외국인의 초상등이라 하더라도 그 외국인의 국가에서 대한민국 국민의 초상등의 재산적 권리를 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.

제124조(저작권 등과의 관계) 이 장 각 조의 규정은 저작권 및 저작인접권에 영향을 미치는 것으로 해석되어서는 아니 된다.

제125조(다른 법률과의 관계) 초상등의 재산적 권리의 보호에 관하여는 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.

제126조(초상등재산권) 초상등이 특정하는 사람은 자신의 초상등을 상업적 목적을 위하여 일반 공중에게 널리 인식되도록 하는 방법으로 이용할

수 있는 권리를 가진다.

제127조(초상등재산권의 제한) 초상등의 이용에 관하여는 제25조부터 제27조까지, 제28조제1항부터 제5항까지, 제29조부터 제33조까지, 제34조제1항부터 제4항까지 및 제8항, 제36조부터 제38조까지, 제40조 및 제41조, 제43조, 제47조, 제48조를 준용한다. 이 경우 “저작물”은 “초상등”으로 본다.

제128조(초상등재산권의 일신전속성) ① 초상등재산권은 초상등재산권자의 일신에 전속한다.

② 초상등재산권은 다른 사람에게 양도 또는 압류하거나 담보로 제공할 수 없다.

제129조(초상등재산권의 행사 등) ① 초상등재산권자는 다른 사람에게 제126조에 따른 이용을 허락할 수 있다.

② 제1항에 따라 허락을 받은 사람은 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 초상등을 이용할 수 있다.

③ 제1항에 따른 허락에 의하여 초상등을 이용할 수 있는 권리는 초상등재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도하거나 다른 사람에게 다시 그 이용을 허락할 수 없다.

④ 제2항에 따른 허락을 받은 사람이라도 해당 이용행위에 대한 초상등재산권자의 개별적이고 명시적인 동의가 없는 경우 그의 명예를 훼손하는 방법으로 그 초상등을 이용할 수 없다.

위와 같이 저작권법 제123조 이하를 신설하는 방식으로 저작권법을 개정하여 퍼블리시티권을 보호하려고 하는 경우 가장 큰 문제점은 유명인의 명성이나 성가의 대상이 되는 초상이나 성명, 이미지 등이 저작물로 볼 수 있는가 하는 점에 있다. 만일 위와 같이 저작권법을 개정하여 퍼블리시티권 입법을 하는 방식을 취하게 되면 우선 퍼블리시티권은 저작권법은 권리목록들과의 관계에서 보면 이질성(異質性)이 크다. 퍼블리시티권은 창작물에 대한 권리라고 할 수 있을까(창작성 여부). 또 퍼블리시티권의 본질이 인격권에서 출

발한다는 특성을 반영한 입법이 쉽지 않다는 점도 입법기술상 쉽지 않은 과제이다. 저작인격권과는 다른 관점에서의 접근이 필요하다. 이와 같은 점들에서 보면 저작권법을 개정하여 퍼블리시티권을 입법하는 것은 타당한지 의문이다.¹¹²⁾ 결국 저작권법을 개정하여 입법을 한다고 해도 독자적인 장(章)이나 절(節)이 입법되게 될 것이어서 저작권법 전체에서 이질적이고 독립적인 부분이 될 가능성이 높다. 그런 점에서 퍼블리시티권을 저작권법의 일부로 규정하는 것은 바람직하지 않다.

2. 저작권법 개정안: “대한민국 국민의 초상등”

저작권법 개정안은 유명인 즉 널리 인식된 사람인지 여부와 무관하게 대한민국 국민이면 되는 것으로 규정하고 있다. 만일 권리화한다면 저작권법 개정안처럼 유명인으로 국한하지 않고 대한민국 국민으로 규정하는 것이 타당하다고 본다.

그 근거는 아래와 같다.

① 유명하다는 것이 법률적인 개념요소로서 이를 인정할 수 있는 사람과 그렇지 않은 사람 간의 구별을 가능하게 하는 가능자로서 기능할 수 있는 범주화가 가능한 개념요소인지에 대한 의문이 있다.

② 유명성에 대한 구분은 법관이 사회통념에 의하여 판단하는 것이 가능하다고 인정한다고 하더라도, 이렇게 되면, 유명인은 자신의 유명세로 인하여 더 많은 권리의 보호와 경제적인 이익을 얻게 되고, 반면, 유명하지 않은 일반인의 경우에는 이러한 보호를 받지 못하게 되는 불균형이 발생하게 된다. 권리화하는 경우 이러한 권리 보호에 있어서의 불균형이 과연 우리 헌법 질서 하에서 허용되는 불균형인지의 의문이 있다.

112) 과거에 저작권법 개정을 통해서 퍼블리시티권 입법이 논의된 바가 있다. 예를 들어 박찬숙 의원 대표발의 저작권법 일부개정법률안(의안번호 3276호).

③ 불균형을 허용한다고 하더라도 이러한 개념을 인정하는 이유는 현재의 성문법상 내지 관습법 기타 법원에 의하여, 우리 법이 알고 있는 권리의 목록에 의하여 보호되지 않는 권리가 존재하므로 이러한 흠결을 보완하기 위하여 인정하여야 할 것인데, 일반인에게는 이러한 권리의 흠결을 방치하는 것이 과연 타당한 결론인지에 대한 의문을 가지게 된다.

그러므로 권리화하는 경우에는 개념소에서의 이러한 유명성이라는 것은 고려할 것이 아니라고 보는 것이 타당하고 앞서 정의한 바와 같이, 모든 인간이 자신들의 동일성(identity)을 상업적으로 사용하는 것을 통제하는 권리(The right of publicity is the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity)라고 정의하는 것이 타당하다고 생각한다.

II. 소결

이런 점에서 저작권법에 권리화하면서 퍼블리시티권을 인정하는 것이 가지는 문제점이 존재한다. 반면 권리화하는 대신 부정경쟁방지법 타목으로 규정하는 것이 가지는 장점이 존재한다. 입법적으로 공백상태에 두지 않으면서도 권리화하는 경우의 문제점을 해소하는 방법이 바로 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티의 보호이다.

제4절 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호

I. 문제의 소재

1. 부정경쟁방지법 타목 개정전 퍼블리시티 보호 부정론

부정경쟁방지법 타목 개정전 부정론의 논거들을 본다. 이는 부정경쟁방지법 타목 해석에서도 고려요소가 될 수 있다고 본다.

① 퍼블리시티권을 인정하면 본인과의 교섭이 필요하게 되어, 경제학적인 의미에서의 거래 내지 교섭 비용이 발생하게 되며, 이러한 교섭 비용의 증가는 결국 사회적인 비용 증가로 이어지게 되므로, 부정하여야 한다면, 이를 인정하게 되면, 성명, 초상의 자유로운 사용이 금지되어 불가피하게 언론의 자유를 억압하게 되는 기능을 한다

사회적인 비용의 증가를 감수할 것인가는 입법정책 상의 판단의 문제이고, 언론의 자유를 억압하는 기능을 수행하지 않을 것이, 앞서의 개념 정의에서 보듯이 상업적인 이용을 제한하는 것이지, 언론이나 출판의 자유를 억제하지는 않는 것이므로, 유명인의 경우 이러한 유명인에 대한 출판의 경우, 이러한 출판행위가 저작권법위반이나 명예훼손에 해당하지 않을 경우에는 퍼블리시티권은 인부와 무관하게 상관없는 것이라고 할 것이다.

② 미국에서의 논의에서 퍼블리시티권의 분명히 지적재산권의 일종으로 파악되는 것이고, 이러한 논법 하에서 퍼블리시티권은 재산권에 대한 침해(trespass of property)로 이해되는 것이다.¹¹³⁾ 이러한 무체재산권의 경우에 법률의 규정이 없이 마음대로 창설하지 못한다고 하는 것은 우리 법상에서는 원칙이라고 생각되고, 그렇다면 오히려 퍼블리시티권은 정면으로 인정되기 보다는 우리 헌법 제10조 상의 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다’는 규정과 민법 제751조 제1항이 비재산적 손해에 대한 손해배상에 관한 규정에 의하여, 인격권의 일종으로서의 하부 목록의 하나로 이해되고 논의되는 것이 타당하다고 생각되며, 따라서 이와 같은 해석에 의하면, 이러한 손해에 대한 위자를 인정하여야 하는 것이 타당한 것이 아닌가 한다.

113) J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, Ch.3 Elements of Infringement of the Right of Publicity 3.1.

이러한 해석이 우리 법상 타당하다고 생각되고, 인격권에 범주에서가 아니라 단순히 초상권, 성명권의 재산권적 측면에 하나의 명칭을 부여하는 것에 지나 않는 것이 아닌 이러한 독점적인 배타적이며, 양도가능한 별도의 권리를 창설 내지 인정하는 것은 현상에서 우리 법제상 적절한 해법인지는 신중한 논의가 필요하다고 생각한다.

2. 부정경쟁방지법 개정을 통한 K-콘텐츠 보호의 필요성

엔터테인먼트 산업이 발전하고 유명인의 영향력이 확대되면서, 유명인의 초상등을 사용하는 제품·서비스가 다양화되고 있고 이런 현상을 뒷받침하기 위한 법제 정비의 필요하다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없지만 위에서 본 것과 같이 저작권법에 의한 보호를 하기 위해서는 우선 퍼블리시티가 개인이 구축한 명성으로서의 성과이기는 하나 저작물이라고 볼 수 있는 창작물인지 여부에 대한 의문이 있고, 이를 퍼블리시티권이라고 하여 권리화하는 경우 뒤에서 살펴볼 것과 같이 상속성, 양도성, 존속기간 등 여러 난제들이 있기 때문에 이 문제를 해결하기까지를 기다려서 보호하겠다고 하는 것은 지금 급성장하고 있는 산업에 대한 보호공백을 발생시키는 것이라고 할 수 있다. 유명인의 긍정적 이미지가 유명인의 초상등이 사용된 제품에 대한 소비자의 구매욕구를 상승(고객흡인력)시키기 때문에 이와 같은 유명인을 이용한 마케팅은 점차 가치가 높아지고 있다.

<에어조단>의 경우를 예를 들어 보자. 나이키는 이런 스타마케팅을 매우 잘 하는 회사로 알려져 있다. 전세계적으로 아디다스사와 경쟁을 하고 있지만 제품의 질적 차이 이상으로 구매자에게 중요한 것은 마케팅이다. 소비자는 유명 농구선수의 이미지·성명이 사용되는 신발이 농구 실력 향상에 도움될 것이라는 기대를 하게 되어 관련 제품을 구매한다. ‘마이클 조던’이라는 시

대를 풍미했던 시카고 불스의 농구제왕과의 콜라보레이션을 이용한 농구화는 소비자들을 구매로 이어질 수 있도록 하는 강력한 힘이 된다.



위와 같은 스타의 이미지를 활용하여 스타와 콜라보레이션을 하도록 하기 위해서는 이런 특정인의 동일성을 연상시키는 퍼블리시티를 재산권적으로 보호할 필요성이 있으며, 이 방법의 하나가 바로 부정경쟁행위(금지행위)로 규정하여 보호하는 것이다. 부정경쟁방지법 타목이 바로 이를 위한 입법이다.

초상등이 지니는 **고객흡인력**이 시장에 미치는 영향력이 증가하면서, 이를 정당하지 않은 방법으로 사용하는 불법행위도 발생한다. 농구만화로 유명했던 <슬램덩크>의 경우 여러 농구선수를 연상시키는 장면들이 등장한다. 만일 당사자 동의 없이 초상·이미지를 무단사용하여 제품을 제작·판매하거나, 유명인이 특정 서비스업을 이용하는 것처럼 초상을 무단사용하여 광고 등을 방치하는 경우 이에 대한 보호공백으로 인해서 소비자들로 하여금 특정한 제품에 대한 오인을 유발시켜서 구매를 하도록 하는 행위가 빈번하게 될 수 있다. 이는 소비자이익저해를 방지하기 위해서 부정경쟁방지법이 부정경쟁행

위로 막아야 하는 대표적인 경우라고 할 수 있다.

<농구선수의 이미지를 활용하는 예시>



그러나 초상등이 지니는 고객흡인력은 상당한 비용과 노력을 투자한 결과 인바, 이에 대한 무임승차 등을 적절히 규제하여 **정당한 보상**이 이루어지도록 할 필요가 있다. 이런 관점에서 퍼블리시티를 접근한 것이 구 부정경쟁방지법 차목이라고 할 수 있다. 이는 성과모용행위(무임승차행위)를 방지하는 법제로 입법된 것이었다.¹¹⁴⁾

엔터테인먼트 산업의 선도주자인 미국은 이러한 불법행위를 규제하기 위해 초상등이 지닌 고객흡인력을 재산적 가치로 인정하고, 이를 보호하기 위한 법리가 발전해 왔음은 앞서 설명한 바와 같다. 주요국도 초상등의 재산적 가치를 보호할 필요성을 인정하는 추세이고, 일본과 영국은 각각 2012년, 2015년부터 최고재판소, 대법원에서 판례를 통해 인정하였고, 독일과 프랑스는 민법에 근거하여, 초상등의 무단사용으로 발생하는 재산적 피해를 보상토록 하는 법리가 발전하여 왔다. 그런데 우리는 이 부분에 대한 보호가 공백이 상태에서 K-콘텐츠가 급격하게 성장하였다. 영화개방으로 스크린 쿼터가 무너지면 영화산업이 붕괴된다고 보던 국가가 세계적인 콘텐츠 제작 메카가 되고 있는 것이다. 그런데 제도적인 보완이 되고 있지 않았던 상황에서 부정경쟁방지법 개정을 통한 유명인의 퍼블리시티 보호가 논의되었고 입법이 되었다.

114) 이 조문에 대한 비판론으로는 나종갑, “성과 ‘모방’ 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위 - 서울연인단팔빵사건을 중심으로”, 산업재산권연구 62권, (2020) 151-202면. 나종갑, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 카목은 사냥허가(hunting license)인가?—소위 ‘눈알가방’ 사건과 관련하여—”, 지식재산연구 15권 4호 (2020) 149-190면 참조.

우리나라 법원도 앞서 설명한 것과 같이 보호를 등한시 한 것은 아니었다. 그러나 유명인의 고객흡인력을 이용하는 행위로 인한 초상등의 침해에 대해서 인격적 가치를 폭넓게 보호(위자료)하여 왔으나, 재산적 피해를 보상하기에는 부족하였다. 왜냐하면 유명인과 일반인의 인격의 가치에 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 유명인의 초상등을 무단사용하여 피해가 발생하여도 그에 대한 배상액(위자료)의 규모는 일반인과 동일한 수준이라고 할 것이었기 때문이다. 하급심은 초상등의 재산적 가치를 보호할 필요성에 공감하면서도, 명문상 규정이 없으므로 보호할 수 없다는 입장이 주류였음은 이미 살펴본 바 있다.¹¹⁵⁾

대법원이 유명인의 초상등에 대한 무단사용을 부정경쟁방지법*으로 제재하면서, 초상등의 재산적 가치에 대한 보호의 토대를 마련하였다. BTS의 이름·사진 등을 무단 사용하여 화보집을 제작·판매한 행위는 타인의 투자 및 노력의 성과를 무단사용한 부정경쟁행위로 판단한 것이다(대법원 2019마6525). 대법원 판결에 근거, 유명인의 초상등을 투자와 노력의 성과로 인정하고, 이를 무단사용하는 행위를 실효적으로 제재할 수 있도록 명문 규정 신설을 우선 추진할 필요가 있었다. 이후 현재 일반인의 경우에는 위자료 배상만을 받고 있으나, 일반인의 초상등이 지니는 재산적 가치를 보호할 수 있도록 민법 개정 또는 별도의 제정법 마련 등을 검토할 필요도 있다. 그러므로 본 보고서에서는 일반인의 퍼블리시티에 대해서도 설명을 하고 있다.

II. 부정경쟁방지법 타목의 제정 주요내용

1. 구체적인 해설은 장을 바꾸어 할 것이나 개정된 부정경쟁방지법 타목의 주요내용은 다음과 같다.

115) 2012 ~ 2018년에 발생한 45건의 하급심 판결을 분석하여 보면, 그 중 18건만 초상등의 재산적 가치 침해를 인정한 바 있다. (특허청 자료 인용)

우선 부정경쟁방지법 타목은 “국내에 널리 인식되고 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 금지행위로 규정한다.

항목	주요내용
보호대상	성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지로 규정하여 인적 식별표지이면 제한 없이 적용
보호요건	▪ 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 것으로 식별표지가 ‘주지성’과 ‘경제적 가치’를 지닌 경우로 한정 ▪ ‘주지성’은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가), (나)목의 주지성으로서, 해당 업계 종사자·수요자들에게 널리 인식되어 있는 정도를 의미 ▪ ‘경제적 가치’는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 아이디어 탈취행위 방지규정에 사용되는 개념
행위유형	• <u>공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로</u> 자신의 영업을 위해 <u>무단 사용하여</u> 타인의 <u>경제적 이익을 침해하는 행위*</u>를 규제대상으로 한정, <u>정당한 사용행위 보호.</u> • 퍼블리시티권 관련 대법원 판례에 적용된 現 부정경쟁방지법의 (카)목에 기재된 표현
구제수단	정당한 권원 없이 타인의 인적 식별표지를 무단사용하는 행위에 대해서는 행정조사, 금지청구 및 손해배상 규정 적용
조문정비	현행 부정경쟁방지법 제2조제1호(타)목에 무단사용행위 규정을 추가하고 기존에 일반조항으로 불렸던 (가)목은 (파)목으로 변경

2. 향후 저작권법이 위와 같이 개정될 경우 부정경쟁방지법 타목과의 관계

향후 저작권법이 위와 같이 개정되었다고 가정할 경우, 부정경쟁방지법 개정안의 ‘초상 등’에 대한 보호범위(대상, 시기) 중 저작권법 전부 개정안의 ‘초상등 재산권’의 보호범위에 포함되지 않는 부분이 있는지 여부를 본다.

권리화개념(초상등에 대한 재산적 권리)인 저작권법과 금지행위 개념의 부정경쟁방지법으로 서로 규율의 방식이 다르기 때문에 보호범위에서도 차이가 발생한다. 저작권법은 권리의 범위에 엄격한 제한(물권법정주의, 예를 들어 법안 제126조, 제127조 등)이 있을 것이고, 반면 행위금지 규범이 부정경쟁방지법은 이런 제한이 없이 해석이 가능할 것으로 보이고, 시기의 면에서도 권리존속기간의 문제에 의한 제한이 있게 되는 저작권법과 그런 제약이 없는 부정경쟁방지법으로 나뉘게 될 것이다. 이런 점에서 권리의 보호와 금지행위에 의한 보호라는 양자는 서로 충돌할 것으로 보이지는 않는다.

만일 충돌하는 지점이 있다고 하더라도, 앞서본 저작권법 개정안 제125조(다른 법률과의 관계)는 “초상등의 재산적 권리의 보호에 관하여는 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.”고 하여 부정경쟁방지법과 달리 저작권법의 우선적용을 규정하고 있어 권리보호형식이 아닌 부정경쟁방지법이 배제되는 것도 아니라고 본다. 요컨대 만일 저작권법도 위의 법안과 같이 개정된다면 양자는 서로 중첩적으로 적용될 것으로 본다.

제5절 소결

이와 같은 점에서 권리화하는 방안인 저작권법 개정안은 현재 논의상황에서는 적절하지 않다고 보인다. 또 법원이 보호의 필요성을 인정하면서도 입법이 없

어서 보호할 수 없다고 반복적으로 판시하는 현재와 같은 입법공백으로 인한 보호공백이 지속되는 것은 타당하지 않다. 그런 점에서 부정경쟁방지법 개정안은 매우 적기에 적절한 입법이 된 것이라고 긍정적인 평가를 하고 싶다.

향후 권리화하여 퍼블리시티권으로 만드는 논의가 의미가 없는 것은 아니라고 보지만 일단 부정경쟁방지법 타목으로 인해서 기존에 발생하는 대부분의 문제들은 해소할 수 있을 것으로 기대되며, 아울러 입법공백으로 인해서 법원이 보호의 필요성을 인정하면서도 현실적인 보호가 되지 않았던 안타까웠던 상황도 해소될 것으로 기대된다.

이하에서는 장을 바꾸어서 구체적으로 부정경쟁방지법 (타)목의 해석에 대한 가이드를 제공하기 위한 의견을 구성요건별로 제시하고자 한다.

제3장 부정경쟁방지법 타목의 해석

I. 도입

입법적인 요구가 법원의 판례에 의해서 지속적으로 지적되고 있을 때 부정 경쟁방지법이 개정되었고 2022. 4. 20. 시행될 예정이다.

타. 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

프라이버시에서 파생된 권리라는 면에서 퍼블리시티의 보호는 유명인에 국한되는 것은 아니다. 즉 일반인에 대한 퍼블리시티를 보호할 필요성이 없는 것은 아니다. 2022년 시행되는 부정경쟁방지법은 이런 보호를 별도로 하지 않지 않으나 일반인의 퍼블리시티를 보호하지 않겠다는 것이 아니라 이 경우의 보호는 민법에 의한 인격권침해에 대한 구제로 남겨둡으로써 지금까지의 법원의 판례와 같이 해소하도록 하는 것이라고 이해하면 된다.

II. 요건별 검토

1. 국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지

가. 주지(周知)성: 국내에 널리 인식된 타인의 표지

1) 법문의 체계적 해석

‘국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인’의 해석에 있어서 그

의미를 파악하기 위해서는 본 조문의 문언에 취지를 더해야 한다. ‘널리 인식되었다’는 것은 **주지성**을 가지는 것으로 부정경쟁방지법에서 ‘국내에 널리 인식된’이라는 용어로 다음과 같이 사용되고 있다.

가. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품임을 표시한 표지(標識)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포(頒布) 또는 수입·수출하여 타인의 상품과 혼동하게 하는 행위

나. 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 표장(標章), 그 밖에 타인의 영업임을 표시하는 표지(상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위

다. 가목 또는 나목의 혼동하게 하는 행위 외에 비상업적 사용 등 대통령령으로 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기·포장, 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(타인의 영업임을 표시하는 표지에 관하여는 상품 판매·서비스 제공방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다)와 동일하거나 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매·반포 또는 수입·수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하는 행위

부정경쟁방지법에 의한 주지성 요건은 상표법과의 차이를 만드는 요건이다.¹¹⁶⁾ 국내에 널리 인식되었다는 것은 어떠한 표지가 국내의 전역 또는 일정한 범위 내에서 거래자 또는 수요자들이 그것을 통하여 특정의 영업을 다른 영업으로부터 구별하여 널리 인식하는 경우를 의미한다.¹¹⁷⁾ 부정경쟁방지

116) 이대희 집필부분, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020) 28면.

법은 주지성에 대하여 구체적인 의미나 인식의 지역적 또는 인적 범위나 인식의 정도에 관해서는 별도의 규정이 없으므로 이는 결국 최종 판단자인 법원이 관련 증거를 종합하여 평가하여야 할 것이다.¹¹⁸⁾

일본 부정경쟁방지법도 보호의 대상으로 주지상품표시 또는 주지영업표시로서 수요자 사이에서 널리 인식된 것이라는 요건을 두고 있다. 여기서의 주지성은 널리 인식되었다는 의미이다.¹¹⁹⁾ 주지성의 판단에 대해서 널리 인식되었는지 여부의 판단은 엄격한 해석이 필요하며 문자나 도형이 단순히 사용되었다는 것으로는 널리 알려졌다고 하기 어렵다고 본다. 널리 알려졌다다는 판단을 하기 위해서는 혼동이 발생할 정도로서 당해 표시의 사용이 영업상 신의칙에 반할 정도의 경우가 발생하여야 주지성을 인정할 수 있다고 본다.¹²⁰⁾

2) 판례

대법원은 주지성에 대해서, “구 상표법 제9조 제1항 제10호는, 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 타인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 할 염려가 있는 상표의 등록을 받을 수 없다고 규정하고 있는바, 이는 저명주지의 상표와 동일 또는 유사한 상표는 비록 지정상품이 서로 다른 종류의 것이라 하더라도, 하나의 기업이 여러 가지 이질적인 산업분야에 걸쳐 다른 상품을 생산·판매하는 현대의 산업구조로 보아 그 상표의 사용은 저명주지 상표권자 또는 그와 특수관계에 있는 사람에 의하여 그 사용상품이 생산·판매되는 것으로 인식되어 수요자로 하여금 상품의 출처나 영업에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 염려가 있기 때문에 상표의 등록을 받을 수 없다는 취지이고, 수요자간에 현저하게 인식되어 있는 상표인지의 여부는 그 상표의

117) 대법원 1997. 12. 12. 선고 96도2650판결.

118) 최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』, 진원사 (2015) 53면.

119) 小野昌延·松村信夫, 『新不正競争防止法概説』[제2판], 青林書院(2015) 174면.

120) 小野昌延·松村信夫, 176면.

사용, 공급, 영업활동의 기간, 방법, 태양 및 거래범위와 거래선정 또는 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부 등이 그 판단의 기준이 된다고 할 것이다.”라고 판시하였다.¹²¹⁾

부정경쟁방지법상의 ‘널리 인식된’의 해석에 있어서도 상표법 사건이기는 하지만 표지법제로서 상표법과 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가.목 내지 다.목의 해석에 대한 해석이 본질적으로 달라질 이유는 없다고 본다.

부정경쟁방지법에 대한 주지성(널리 인식되었는지 여부)의 판단에 대해서 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다.¹²²⁾ 대법원은 부정경쟁방지법 제4조에 의한 금지청구를 인정할 것인지의 판단은 사실심 변론종결 당시를 기준으로 하여야 한다고 하면서 다음과 같은 법리를 제시하였다.¹²³⁾

부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (나)목은 ‘국내에 널리 인식된 타인의 성명·상호·표장(표장) 기타 타인의 영업임을 표시하는 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하여 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 하게 하는 행위’를 부정경쟁행위의 하나로 규정하고 있다. 여기서 ‘국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지’는 국내 전역 또는 일정한 범위에서 거래자 또는 수요자들이 그것을 통하여 특정 영업을 다른 영업과 구별하여 널리 인식하는 경우를 말하는 것으로서 ‘국내에 널리 인식된 타인의 영업임을 표시하는 표지’인지는 사용 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 거래 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지가 일응의 기준이 되고, ‘영업표지의 유사’

121) 대법원 1990. 9. 28. 선고 89후2281 판결.

122) 한국교직원공제회가 대한교직원공제회 주식회사를 상대로 상호사용금지 등을 구한 사안에서, ‘한국교직원공제회’라는 명칭은 전국적으로 교직원들 사이에 알려져 있어 주지성이 인정되고, ‘대한교직원공제회 주식회사’라는 상호는 ‘한국교직원공제회’라는 명칭과 실질적으로 동일성이나 유사성이 인정되며, 한국교직원공제회가 자회사를 설립하여 상조사업을 시작할 무렵 대한교직원공제회 주식회사가 자신을 ‘교직원공제회’로 표현하면서 상조사업을 하는 등 한국교직원공제회의 활동과 혼동을 초래하였음이 인정되므로, ‘대한교직원공제회 주식회사’라는 상호를 사용하는 행위가 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (나)목의 영업주체 혼동행위에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결).

123) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결.

여부는 동종 영업에 사용되는 두 개의 영업표지를 외관, 호칭, 관념 등의 점에서 전체적·객관적·이격적으로 관찰하여 구체적인 거래실정상 일반 수요자나 거래자가 영업 출처에 대한 오인·혼동의 우려가 있는지에 의하여 판별되어야 한다. 한편 ‘타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동하게 하는 행위’는 영업표지 자체가 동일하다고 오인하게 하는 경우뿐만 아니라 국내에 널리 인식된 타인의 영업표지와 동일 또는 유사한 표지를 사용함으로써 일반 수요자나 거래자로 하여금 당해 영업표지의 주체와 동일·유사한 표지의 사용자 간에 자본, 조직 등에 밀접한 관계가 있다고 잘못 믿게 하는 경우도 포함한다. 그리고 그와 같이 타인의 영업표지와 혼동을 하게 하는 행위에 해당하는지는 영업표지의 주지성, 식별력의 정도, 표지의 유사 정도, 영업 실태, 고객층의 중복 등으로 인한 경합·경합관계의 존부 그리고 모방자의 악의(사용의도) 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다.

타목의 해석과 관련하여, 국내에 ‘널리 알려진(인식된)’의 의미는 국내 전역 또는 일정한 범위에서 거래자 또는 수요자들이 그것을 통하여 특정营业을 다른 영업과 구별하여 널리 인식하는 경우를 말하는 것이라고 할 것이다.¹²⁴⁾ 이와 관련하여 지역적 범위의 문제가 있다. ‘국내에 널리 인식된’이라는 표지는 대한민국에서 주지성이 인정되어야 하는 것을 의미하는 것으로 해석되기 때문이다.¹²⁵⁾

따라서 어떤 표지가 외국에서는 주지성이 있으나 국내에서 주지성이 없다면 이런 경우에는 부정경쟁방지법에 의한 보호대상이 될 수 없다.¹²⁶⁾ 그러므로 국외에서의 주지성만으로는 부정경쟁방지법에 의한 보호를 받을 수 없고, 국내에 있어서 신문이나 잡지 등에 소개되어 널리 알려진 경우라면 현실적으로 국내에서는 영업 및 현실적 사용이 되지 않는 경우라고 하더라도 주지성

124) 小野昌延·松村信夫, 174면.

125) 이대희 집필부분, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020) 28-29면.

126) 이대희 집필부분, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020) 29면.

이 인정될 수 있다.¹²⁷⁾

나. 경제성: 경제적 가치를 가지는 타인의 표지

경제적 가치를 가지는지 여부는 영업비밀에서의 3요소 중의 하나인 경제성과 같이 볼 것이다. 그런데 경제성의 의미는 크게 적극적인 표지로 의미를 가지지는 않을 것으로 본다. 경제성이 없다면 감정적인 의미에서의 분쟁이 아닌 경우에는 분쟁 자체가 발생하지 않을 것이라고 판단된다.

부정경쟁방지법 제2조 제2호의 ‘영업비밀’이라 함은 공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된 생산방법·판매방법 기타 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다 할 것이고, 여기서 공연히 알려져 있지 아니하다고 함은 그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것을 말하고, 보유자가 비밀로서 관리하고 있다고 하더라도 당해 정보의 내용이 이미 일반적으로 알려져 있을 때에는 영업비밀이라고 할 수 없다.¹²⁸⁾

특허출원을 하기 위한 특허출원서에는 발명의 명세서와 필요한 도면 및 요약서를 첨부하여야 하고, 발명의 상세한 설명에는 그 발명이 속하는 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자가 용이하게 실시할 수 있을 정도로 그 발명의 목적·구성 및 효과를 기재하여야 하며, 특허청구범위에는 발명이 명확하고 간결하게 그 구성에 없어서는 아니되는 사항을 기재하여야 하므로(특허법 제42조 제2항, 제3항, 제4항 참조), 그 기술분야에서 통상의 지식을 가진 자라면 누구든지 공개된 자료를 보고 실시할 수 있다 할 것이니, 특허출원된

127) 小野昌延·松村信夫, 174면. 이 책에서 소개하는 일본 판결로 동경고판 평성3년7월1일 지재집 23권 2호 604면.

128) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결.

발명에 대하여 영업비밀을 주장하는 자로서는 그 특허출원된 내용 이외의 어떠한 정보가 영업비밀로 관리되고 있으며 어떤 면에서 경제성을 갖고 있는지를 구체적으로 특정하여 주장·입증하여야 한다.¹²⁹⁾

이런 점에서 **경제성**은 이를 주장하는 자가 구체적으로 특정하여 주장·입증하여야 하는 것인 바, 막연히 경제성이 있다는 주장만으로는 되지 않을 것이지만 구체적으로 경제적 가치를 수치로 특정하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

다. 주지성 관련 쟁점들

1) 지역적 주지성¹³⁰⁾ 인정여부

부정경쟁방지법은 가, 나목에서는 국내 일정 지역에서의 주지성을 인정하고 있다. 즉 대한민국 전역에서의 주지성을 요구하고 있지 않다. 법원은 국내 전역에 걸쳐 모든 사람들에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고 국내의 일정한 지역적 범위안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하다고 판시하고 있다.¹³¹⁾

대법원은 “일반적으로 상품의 용기나 포장에 상품 출처를 표시하는 것은 아니나, 어떤 용기나 포장의 형상과 구조 또는 문양과 색상 등이 상품에 독특한 개성을 부여하는 수단으로 사용되고, 그것이 장기간 계속적, 독점적, 배타적으로 사용되거나 지속적인 선전광고 등에 의하여 그 형상과 구조 또는 색상 등이 갖는 차별적 특징이 거래자 또는 수요자에게 특정한 품질을 가지는 특정 출처의 상품임을 연상시킬 정도로 현저하게 개별화되기에 이른 경우에는 부정경쟁방지

129) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결.

130) 김동규, “등록상표의 사용이 지역적 주지표지에 대한 부정경쟁행위가 될 수 있는지 여부 및 지역적 주지표지로 인정되기 위한 요건”, 대법원판례해설 92호 (2012) 350-411면.

131) 이대희 집필부분, 『부정경쟁방지법 주해』, 박영사 (2020) 29면.

및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 제2조 제1호 (가)목에서 정한 “타인의 상품임을 표시한 표지(표지)”에 해당한다. 또한 상표법 제6조 제1항 제3호의 기술적 표장과 같이 일반적으로 식별력이 없는 표지라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들이 어떤 특정인의 상품임을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목에서 정한 “타인의 상품임을 표시한 표지(표지)”에 해당한다.”라고 판시하면서, “부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제2조 제1호 (가)목에서 타인의 상품임을 표시한 표지가 ‘국내에 널리 인식되었다’는 의미는 국내 전역에 걸쳐 모든 사람에게 주지되어 있음을 요하는 것이 아니고, 국내의 일정한 지역범위 안에서 거래자 또는 수요자들 사이에 알려진 정도로써 족하며, 널리 알려진 상표 등인지 여부는 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품 거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지가 일응의 기준이 된다.”고 판시하였다.¹³²⁾

2) 세대에 국한된 주지성¹³³⁾ 인정여부

그런데, 주지성은 세대에 따라서 달라질 수 있다. 예를 들어 <붉은 노을>이라는 곡(曲)을 이문세의 <붉은 노을>로 이해하는 세대가 있는 반면, 어떤 세대는 빅뱅의 <붉은 노을>로 이해하는 세대가 있다. 이런 세대간의 차이를 감안하면 상표에서의 국지적 주지성과 같은 세대별 주지성(유명성)의 문제를 살펴볼 필요가 있다.

이와 같은 문제는 앞서 일본의 <핑크레이디> 사건에서도 마찬가지로 문제가 있었다. 핑크레이디 사건에서 일본 최고재판소는 정면으로 다루지는 않았으나 핑크레이디라는 그룹이 한 때 유명했던 그룹이기는 했으나 이 사건이 문제되었던

132) 대법원 2012. 5. 9. 선고 2010도6187 판결.

133) 김동규, “등록상표의 사용이 지역적 주지표지에 대한 부정경쟁행위가 될 수 있는지 여부 및 지역적 주지표지로 인정되기 위한 요건”, 대법원판례해설 92호 (2012) 350-411면.

당시에는 이미 유명세를 잃고 있었던 그룹으로서 만일 이를 달리 판단한다고 하더라도 사진의 게재의도나 크기, 고객들이 당해 기사를 보게 된 이유 등을 종합하여 볼 때 퍼블리시티 침해로 보기 어렵다고 판단하였다.

이후 배용준 판결에서 퍼블리시티권 침해를 인정하였는데, 한류 스타였던 배용준의 경우에는 어느 정도 나이대가 있는 여성층에서 인기가 있었지만 모든 연령대에서 전반적으로 유명하여야 한다는 요건을 요구하지는 않았다.

이상과 같은 점은 우리나라의 경우도 마찬가지라고 할 것이다. 유명세 내지 주지성의 정도는 널리 알려졌다는 의미에 있어 당연히 대한민국 국민 모두가 알아야 한다는 의미는 아니고, 그렇다면 특정한 세대가 집중적으로 알고 있고 특정한 세대는 모르는 경우, 예를 들어 하이틴 스타로서 10대, 20대에서는 엄청난 인기가 있으나 50대 이상은 잘 모르지만 존재는 알고 있는 유명세를 가지고 있다고 하더라도 전반적으로 보았을 때 국민들에게 널리 알려졌다고 볼 정도라면 이는 ‘널리 알려진’이라는 요건(주지성 요건)을 구비한 것으로 봄이 상당하다고 판단된다.

물론 구체적으로 사안별로 판단하여야 할 것이기는 하나, 모든 국민에게 널리 알려졌다면 이 경우에는 당연히 주지성 요건을 구비하였다고 할 것이나, 반드시 모든 국민에게 널리 알려진 정도에 이르지 않는다고 하더라도 특정한 세대에 매우 주지성이 높고 다른 세대도 어느 정도의 인지도가 있다면 이는 고객의 입장에서 당해 유명인을 표상하는 표지를 사용하여 그 고객흡입력을 인용한 광고를 통한 상품 판매를 하려고 할 경제적 유인(재산적 동기)이 있다고 할 것이므로 주지성을 인정하여 당해 유명인의 인격표지의 재산적 보호(금전배상 등)를 하도록 하는 것이 타당하다고 본다.

3) 주지성 판단을 위한 입증자료

특허청에서 실무상 가장 문제가 될 것의 하나가 입증을 어느 정도 요구할 것인지 내지 어떻게 요구할 것인지의 문제라고 할 것이다. 그런데 주지성(유명성) 판단의 시적(時的) 기준은 당해 타목 침해여부가 쟁점이 되는 그 시점에서의 주지성을 판단하여야 하는 것이므로 그 타인의 상품임을 표시한 표지가 국내에 널리 인식되었는지 여부는 그 사용기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌는지의 여부가 판단근거가 된다.¹³⁴⁾

다음의 각 사례를 기준으로 예를 들어 본다.

① 검색엔진 키워드 기준 10년 이내 특정기간 동안 집계된 일평균 검색이력이 일정 횟수 이상을 기록한 성명

유명인들의 경우 유명성의 유지는 천차만별이다. 예를 들어 국민MC로 불리는 유재석의 경우 10년 전의 자료를 찾아보더라도 <공포의 쿵쿵따>, <쟁반노래방> 등 다양한 프로그램에 출연한 자료를 찾을 수 있고, 더해서 각종 검색엔진에서도 이전자료를 상당한 정도로 찾을 수 있다. 그러나 유명성을 유지해오고 있다는 것과 현재 상태에서의 주지성(유명성)을 어느 정도 가지고 있는지는 구별되는 것이므로 만일 이와 같은 10년간의 데이터를 제출한다고 하더라도 이런 데이터는 참고될 수 있다. 그러나 현재의 침해 여부 판단에 결정적인 데이터는 아니라고 할 것이다.

그러므로 증거로서의 가치는 주지성을 가진다는 점을 보여주는 자료가 될 수는 있으나 현재 주지성의 크기(고객흡인력의 크기)를 보여주는 추가적인 자료가 필요하다고 본다.

134) 대법원 2001. 9. 14. 선고 99도691판결.

② 콘텐츠 제작 플랫폼(유튜브 등)의 개인 업로더로서 구독자 수 100만명 이상을 보유한 자 또는 조회수 0000만회 이상을 기록한 영상의 주요 출연자

주지성 판단에 의미 있는 자료로 판단된다. 다만 이는 전통적인 의미에서의 주지성을 가지는 연예인 판단에 대한 보완자료로서의 의미를 가진다고 본다. 전통적으로는 당해 연예인의 재산적 가치는 편단 광고료, 편단 출연료와 같은 자료에 의해서 판단되는 것이다.

하지만 점차 유튜브, 인스타그램, 페이스북과 같은 매체에 의한 영향력이 커지고 이를 통해서 가지게 된 고객흡인력이 광고등에도 활용되는 경우가 많아지기 때문에 이와 같은 구독자수나 조회수를 통해서 확인되는 널리 알려진 정도가 의미를 가지게 된다. 다만 유의한 점은 구독자수가 많아지면 널리 알려진 것이라는 점은 증명될 수 있다고 할 것이나, 유튜브 구독자나 인스타그램 팔로워의 경우 편향성이 있으므로 상대적으로 편향성을 싫어하는 그룹에서는 고객흡인력이 네가티브로 작용할 수 있으므로 이런 점도 전체적인 판단에서는 고려되어야 한다고 본다.

③ 나무위키에 등록된 인물

나무위키와 같은 인터넷 위키피디아류의 자료에 인물정보가 만들어지는 경우 이와 같은 사람들이 널리 알려질 가능성은 있다고 할 것이나 스스로 만들 수도 있고, 별로 조회가 되지 않을 수도 있을 것이므로 보조자료로 활용할 수는 있겠으나 이 자료가 주된 주지성 판단의 자료가 되기는 어렵다고 생각된다.

2. 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지

부정경쟁방지법 타목에 의한 보호를 받기 위해서는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등이 그 타인을 식별할 수 있는 표지로서 기능이 있어야 한다.

대법원은 **음반의 제명(題名)**이 자타상품의 식별표지로서 인정되는 경우에 대해서 식별표지에 대한 법리를 제시한 바 있다.¹³⁵⁾

음반의 제명은 특별한 사정이 없는 한 그 음반에 수록된 해당 저작물의 창작물로서의 명칭 내지는 그 내용을 함축적으로 나타내는 것이어서 상품의 출처를 표시하는 기능을 하기 어려운 경우가 대부분이나, 음반은 일반 유체물과 마찬가지로 독립된 거래의 대상이 되는 ‘상품’이므로, 음반의 종류 및 성격, 음반의 제명이 저작물의 내용 등을 직접적으로 표시하는지 여부 및 실제 사용 태양, 동일 제명이 사용된 후속 시리즈 음반의 출시 여부, 광고·판매 실적 및 기간 등 구체적·개별적 사정 여하에 따라 음반의 제명이 일반 수요자에게 상품의 출처를 표시하고 자기의 업무에 관계된 상품과 타인의 업무에 관계된 상품을 구별하는 표지로서 인식되는 때에는, 그 음반의 제명은 단순히 창작물의 내용을 표시하는 명칭에 머무르지 않고 자타상품의 식별표지로서 기능한다.

유명 연예인이나 유명 운동선수의 성명, 초상, 음성, 서명 등은 식별표지가 된다는 점에는 별다른 논란이 없을 것으로 보인다. 유명성을 가지고 있다는 것이 이들의 성명, 초상, 음성, 서명이 식별표지라는 점은 별다른 반대증명이 없으면 식별표지로 보아야 할 것이다. 다만 성명, 초상, 음성, 서명이 아닌 것으로 식별표지로 기능할 수 있는 것이 무엇일지가 문제가 될 것이다. 그런 예로는 특정한 ‘제스처’라거나, ‘포즈’가 이런 예가 될 수 있다.

3. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법

구 부정경쟁방지법 차목(2020. 4. 20.이후 파목)은 **공정한 상거래 관행이나**

135) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다67223 판결.

경쟁질서에 반하는 방법에 대한 규정이 있었다. 이에 대해 이미 법원의 판단(버킨백 판결¹³⁶))이 있었고, 본 타목의 해석에 있어서도 이 요건의 해석에서 본질적으로 달라질 것은 없다고 본다.

그러므로 부정경쟁방지법 타목에서의, ‘공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법’에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지, 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다.

<버킨백 판결¹³⁷>

- 1) 켈리 백은 1950년대, 버킨 백은 1980년대 무렵 세계적으로 널리 알려지기 시작하여 현재까지 이 사건 상품표지와 같은 독특한 디자인을 유지해 오고 있다.
- 2) 켈리 백과 버킨 백은 원고들의 프랑스 현지공장에서 숙련된 장인들에 의해 소량 생산하여 품질을 유지해 오고 있고, 그 국내 소비자가격은 1,000만 원 이상으로, 고급 명품 핸드백 중에서도 최고가에 속한다. 원고들은 전 세계 200여 개의 직영점과 기타 판매망을 통해 켈리 백과 버킨 백을 포함한 원고들 제품을 판매하고 있는데, 비싼 가격에도 불구하고 국내에서 켈리 백과 버킨 백을 구매하기 위해서는 오랜 기간 기다려야 하는 상황이다.
- 3) 원고들은 ‘marie claire’, ‘noblesse’, ‘elle’ 등 국내 주요 패션잡

136) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결

137) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결, 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결

지에 켈리 백과 버킨 백을 포함한 원고들의 각종 제품을 광고하였고, 2007년부터 2015년까지 원고들의 국내 광고비 지출액은 약 128억 원이고, 원고들의 국내 매출액은 약 3,122억 원이다.

4) 위와 같이 이 사건 상품표지는 국내에서 계속적·독점적·배타적으로 사용되어 옴으로써 전면부와 측면부의 모양, 손잡이와 핸드백 몸체 덮개의 형태, 벨트 모양의 가죽 끈과 링 모양의 고정구 등이 함께 어우러진 차별적 특징으로 일반 수요자들 사이에 특정의 상품 출처로서의 식별력을 갖추게 되었으므로, 공공영역(public domain)에 속하는 것으로 보기 어렵고, ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익’에 해당한다고 평가할 수 있다.

5) 원고들 제품과 피고들 제품은 재질, 가격 및 주 고객층 등에 차이가 있지만, 원고들 제품 중 일부 모델은 피고들 제품의 무늬와 비슷하여 전체적·이격적으로 관찰하면 유사해 보이고, 피고들 제품을 이 사건 도안이 부착되지 않은 후면과 측면에서 관찰하면 원고들 제품과 구별이 쉽지 않다. 피고들 제품이 수요자들로부터 인기를 얻게 된 것은 이 사건 상품표지와 유사한 특징이 상당한 기여를 한 것으로 보인다.

6) 위 2)항에서 살펴본 바와 같이 원고들은 켈리 백과 버킨 백의 공급량을 제한해왔는데, 이와 유사한 형태의 피고들 제품이 판매되면서 점차 이 사건 상품표지의 희소성을 유지하는 데 장애요소가 될 수 있다. 또한 피고들이 원고들과 동일한 종류의 상품인 피고들 제품을 국내에서 계속 생산·판매하게 되면 원고들 제품에 대한 일부 수요를 대체하거나 원고들 제품의 희소성 및 가치 저하로 잠재적 수요자들이 원고들 제품에 대한 구매를 포기할 가능성이 높아진다는 점에서 원고들의 경제적 이익을 침해한다고 볼 수 있다.

7) 피고들이 사용한 슬로건 “Fake for Fun”을 보더라도 이 사건 상품표지와 유사한 형태를 사용하여 이 사건 상품표지의 주지성과 인지도에 편승하려는 피고들의 의도를 추단할 수 있다. 타인의 동의 없이 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지에 스스로 창작한 도안을 부착하여 상업적으로 판매하는 행위가 공정한 경쟁질서에 부합하는 행위라고 보기 어렵다.

8) 피고들은 의류 제조업체인 ‘제일모직’, 화장품 브랜드인 ‘라네즈’, 가방 브랜드인 ‘샘소나이트’, ‘바비 인형’ 제조업체인 ‘마텔’ 등과 제휴나 협업 등을 통하여 이 사건 도안과 피고들의 ‘플레이 노모어 (PLAYNOMORE)’라는 브랜드를 사용한 제품들을 널리 홍보하고 판매해 왔다. 외국의 유명 명품 브랜드인 구찌(GUCCI), 루이비통(LOUIS VUITTON), 프라다(PRADA), 코치(COACH) 등도 다른 브랜드와 제휴나 협업을 통해 제휴 업체의 상표나 상품표지, 브랜드 등을 결합한 다양한 제품들을 출시하여 판매하고 있다. 이와 같이 핸드백을 비롯한 패션잡화 분야에서 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지를 사용하기 위해서는 계약 등을 통해 제휴나 협업을 하는 것이 공정한 상거래 관행에 부합한다고 볼 수 있다.

4. 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용

부정경쟁방지법 타목의 ‘사용’은 타인의 퍼블리시티를 직접 또는 간접적으로 이용하는 무임승차행위를 말한다. 영업을 위한 사용이란 영리 목적의 이용을 의미한다고 할 것이다. 배우, 운동선수나 유명인의 고객흡인력의 원천이 되는 퍼블리시티의 대상을 이용하여 본인에게 알리지 않고 무단으로 광고에 이용할 경우, 상품에 이용할 경우 부정경쟁방지법이 금지하는 퍼블리시티 침해행위가 된다.

<서적에 의한 유명인의 퍼블리시티 가치의 이용 사례: 킹 크림슨 사건>

1) 세계적으로 유명한 록 그룹 「킹 크림슨」의 이름, 그 초상사진 등을 다수 게재한 서적을 라디오 방송국이 출판한 것에 대하여, 1심인 도쿄지재 1998년 1월 21일 판결¹³⁸⁾은 퍼블리시티권을 침해하였다고 하여 불법행위에 해당한다고 하였다.

피고는 단행본 킹 크림슨(정가 1400엔, 5000부)을 출판하였다. 그룹의 리더인 원고는 이 책은 록 그룹 "킹 크림슨" 및 원고를 포함한 그룹에 관련된 음악가의 초상사진·레코드 등의 재킷 사진을 다수 게재하고 있으나, 이는 퍼블리시티권 침해이며 재산적 손해를 입었다고 하여 피고들에게 불법행위에 근거한 손해배상 210만엔, 본건 서적의 인쇄·판매의 금지, 폐기를 청구한 것이다. 피고는 본건 서적의 출판은 상업적 이용행위가 아니며, 출판은 원고의 퍼블리시티권을 침해하는 것은 아니라고 주장하였다.

또 본건 출판은 "킹 크림슨" 또는 원고에 관한 정보를 집약하여 공중에게 전달하고 이를 주지시키는 것을 목적으로 하는 것으로 언론출판의 자유의 범위에 속한다고 주장하였다.

해당 인사는 그 성명, 초상으로부터 생기는 고객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배하는 재산적 권리, 즉 퍼블리시티권을 가진다. 해당 저명인에 속하는 퍼블리시티 가치를 무단으로 사용하는 행위는 퍼블리시티권을 침해하는 행위로서 불법 행위를 구성하고 해당 저명인은 이에 따라 입은 손해의 배상을 요구할 수 있다는 것과 동시에 이러한 침해행위에 대해서는 퍼블리시티권에 의거하여 판매 금지 등 침해의 방지 효과를 가지게 하기 위한 행위를 요구할 수 있다.

퍼블리시티 가치의 본질은 저명인들이 소유하는 고객흡인력에 있으므로, 성명, 초상이 주요한 것이다. 사람의 명성, 사회적 평가, 지명도 등에서 발생하는 경제적 가치에서 고객흡인력이 있다고 인정되는 경우에는 그것도 퍼블리시티 가치에 포함된다. 저명인 자신의 이름 및 초상이 이용되는 재킷 사진은 그 자체로 퍼블리시티권의 내용에 포함된다. 퍼블리시티권의 내용에 포함되는지의 여부는 개별적인 사안에 따라 판단할 필요가 있다

또한 본건 서적은 전체적으로 킹 크림슨 및 원고를 포함한 킹 크림슨 그룹에 관련된 음악가의 성명, 초상 및 이러한 자의 음악 작품 재킷 사진이 가진 고객흡인력을 중요한 구성부분이 된다. 피고회사의 행위는 원고의 퍼블리시티권을 침해하는 민법의 불법행위를 구성한다.

원고가 입은 손해액은 원고가 통상 수령하여야 하는 금액에 상당하는 금액으로 해석해야 하는 바 이는 소매가격의 10퍼센트이다. 본건 서적의 정가 및 그 복제된 수를 기준으로 하면, 70만엔으로 원고 이외의 킹 크림슨 구성원의 사진, 위 구성원이 제작에 관여한 작품도 게재되어 있는 점 등 모든 사정을 종합 고려하여 원고의 손해액을 40만엔으로 인정하였다. 서적 전체를 퍼블리시티권 침해로 본 것이다.

2) 킹 크림슨 사건 2심 판결¹³⁹⁾

이와 같이 저명인이 그 성명, 초상, 그 밖의 고객흡인력이 있는 개인식별 정보가 갖는 경제적 이익 내지 가치¹⁴⁰⁾를 배타적으로 지배할 권리가 이른바 퍼블리시티권이라 칭해지는 것이라고 한다.

이어서 퍼블리시티 가치를 무단으로 사용하는 행위는 퍼블리시티권을 침해하는 불법행위이지만, 저명인은 스스로가 대중의 강한 관심의 대상이

되는 결과로서 필연적으로 그 인격, 일상생활, 일상의 행동 등을 포함한 전인격적 사항이 매스미디어나 대중 등에 의한 소개, 비판, 논평 등의 대상이 되는 것을 피할 수 없다. 매스미디어 등에 의한 저명인의 소개 등은 본래 언론, 출판, 보도의 자유로서 보장되어야 할 것이며 퍼블리시티권의 이름 아래 이들을 거절, 통제하는 것이 부당한 것으로서 허용되지 않는 경우가 있을 수 있다고 한다.

타인의 성명, 초상 등의 사용이 퍼블리시티권의 침해로서 불법행위를 구성할 것인지 여부는 타인의 성명, 초상 등을 사용할 목적, 방법 및 형태를 전체적이고 객관적으로 고찰하여 오른쪽의 사용이 타인의 성명, 초상 등의 퍼블리시티 가치에 주목하여 그 이용을 목적으로 하는 것이라고 할 수 있는지의 여부에 따라 판단해야 한다고 해석된다.

본건 서적의 중심적인 부분의 작품 소개 부분에 게재되어 있는 재킷 사진 187장 중 본인의 초상사진은 3장, 킹 크림슨의 구성원의 초상사진을 더해 총 5장으로, 재킷 사진은 그 각각의 레코드 등을 상기시키는 것이기는 하나, 오로지 킹 크림슨을 연상시키는 것이라고 할 수는 없다. 법원은 킹 크림슨의 구성원의 이름이나 초상사진이 사용되고 있지 않은 것은 물론, 이것이 사용되고 있는 것이라 하더라도 성명이나 초상의 퍼블리시티 가치를 이용하는 것을 목적으로 하는 것이라고 할 수 없다고 하였다.

그 결과 동경고재는 항소심 판결에서 본건 서적이 퍼블리시티 가치를 이용하는 것을 목적으로 출판하지 않았으며 1심 판결의 항소인 패소 부분을 취소했다. 그리고 최고재판소 제1소법정(마치다 아키라 재판장)은 2000년 11월 9일, 2심 판결을 지지하고 상고를 기각하였다.

138) 판례시보 1644호 141쪽.

139) 도쿄고재 1999년 2월 24일 판결.

140) 이하, '퍼블리시티 가치'라 한다. 일본에서는 앞서 설명한 바와 같이 '퍼블리시티 가치'와 '퍼블리시티권'을 구별한다.

<프로축구선수의 성장 과정을 저술한 본건 서적> 사건¹⁴¹⁾

N—일본을 프랑스로 이끈 남자 사건의 사실관계

피고는 원고 프로축구선수의 성장 과정을 저술한 본건 서적을 발행한 출판사와 그 대표자이다. 원고의 청구취지는 다음과 같았다.

- 1, 원고는 피고에 의한 본건 서적의 발행판매행위가 원고의 퍼블리시티권을 침해하였다.
- 2, 피고들의 위 행위가 원고의 프라이버시권을 침해하였다.
- 3, 피고들의 위 행위가 원고의 저작자인격권(공표권)을 침해하였다
- 4, 피고들의 위 행위가 원고의 저작권(복제권)을 침해하였다.
- 5, 원고는 재산적 손해 3700만2754엔, 정신적 손해 1000만엔, 합계 4700만2754엔을 청구하였다.

동경지방법원은 다음과 같이 판시하였다.

① 본건서적에서의 원고의 성명, 초상 등의 사용은 그 사용의 목적, 방법 및 양태를 전체적이고 객관적으로 고찰하면, 원고의 성명, 초상 등이 가진 고객흡인력에 착안하여 오로지 이를 이용하려고 하는 것이라고는 인정할 수 없으므로, 가령 법적 보호의 대상으로서의 퍼블리시티권을 인정하는 견해를 취했다고 하더라도, 피고들에 의한 본건서적의 출판행위가 원고의 퍼블리시티권을 침해한다고는 할 수 없다며 청구를 인정하지 않았다.

② 원고의 출생 시 상황, 신체적 특징, 가족구성, 정확, 학업성적, 교사의 평가 등 축구경기에 직접 관계하지 아니한 기술은 원고에 관한 사생활상의 사실로, 일반인의 감성을 기준으로 하여 공개를 원하지 않는 사항이며, 또한 이것이 일반인들에게 아직 알려져 있지 아니한 것이라 할 수 있다고

141) 도쿄지재 2007년 2월 29일 판결 판례 타임즈 1028호 232페이지

하여 본건 서적에 이를 게재한 행위는 프라이버시권 침해로 하였다.

5. 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위

경제적 이익 침해행위일 것을 요건으로 하고 있다. 경제적 이익침해에 대응하는 것은 정신적 손해배상으로 이를 위자료 배상이다. 위자료배상은 부정경쟁방지법이 입법되지 않았다고 하더라도 기존의 법원 판결에 의해서 손해배상청구를 할 수 있는 것이므로 이 부분에 대한 손해배상은 민법의 인격권 침해에 맡기고 부정경쟁방지법은 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 침해의 판단요건으로 정한 것이다.

<하워드 휴스 판결¹⁴²⁾>

하워드 휴스라는 독신의 돈 많고 비밀이 많은 사업가가 그의 이름을 사용한 게임기 회사를 상대로 소를 제기했다. 원고는 휴스의 저작권 등을 관리하던 Rosemont Enterprises에서 퍼블리시티권 침해에서 승소하였다.

그러나 하워드 휴스의 전기를 키츠가 쓰고 출판사 랜덤하우스에서 발행했을 때 1심은 저작권 침해로 금지명령을 내린 반면 2심은 유명인의 퍼블리시티권은 그것이 사상, 개념, 뉴스가치 있는 사건, 공공의 이익이 되는 사안의 자유로운 반포와 충돌하는 경우에는 굴복하지 않으면 안 된다며 퍼블리시티권 침해에 해당되지 않는다고 하였다.

서적의 경우는, 표현의 자유, 보도의 자유의 견지에서, 퍼블리시티권의 대상 외라고 하는 생각이 있다. 언론의 자유, 보도의 자유를 우위에 두는 입장에서 잡지나 서적의 형태를 취하고 있으면 퍼블리시티권의 대상이 되지 않는다는 견해를 취할 수 있으나, 전기, 평전이라는 이름이 붙어있어도 그렇지 않은 단순히 돈벌이 수단으로서의 것과 쉽게 볼 수 있는 것에 대해 언론의

142) Rosemont Enterprises, Inc. v. Urban Systems, Inc., 340 N.Y. S. 2d.

자유 아래 퍼블리시티권의 대상 외로 하여 자유롭게 출판해도 좋다고는 할 수 없다.¹⁴³⁾

II. 보호주체

1. 연예인의 경우

퍼블리시티 침해가 인정되는 대표적인 경우가 유명연예인이다. 미국에서 논의되는 주요사건들도 대부분 연예인인 경우가 많고, 일본에서의 사안도 핑크레이디나 배용준 판결, 영국의 리한나 판결 모두 유명연예인이 쟁점이 된 사건이다. 현대에서 연예인은 광고를 통해서 상품의 고객흡인력을 높이는 대표적인 존재이다.

요코하마지방법재판소는 퍼블리시티권은 가수, 탤런트 등의 연예인이 그 성명, 초상에서 발생하는 고객흡인력이 갖는 경제적 이익 내지 가치에 대하여 가지는 배타적 재산권이라고 해석한다. 이러한 권리가 인정되는 근거는 연예인의 특수성, 즉 대중에게 널리 그 이름, 초상 등을 알려 인기를 얻음으로써 성명, 초상 자체에 고객흡인력을 갖게 하고 그것을 통제함으로써 경제적 이익을 얻는다는 점에 있다고 생각할 수 있다고 판단하였다.¹⁴⁴⁾

<가세 다이슈(加勢大周) 사건>

사실관계

퍼블리시티 가치를 강조, 피고 인기 탤런트가 소속해 있던 원고 프로덕션에서 탈퇴하여 다른 피고 프로덕션과 계약했기 때문에 「예명(藝名)」의 사용금지, 다른 프로덕션과의 계약금지 등을 원고 프로덕션으로부터 요구

143) 内藤篤 외, 258頁.

144) 요코하마 지재 1996년 6월 4일 판결(판례 타임즈 788호 207쪽).

145) 1992년 3월 30일 판결 판례시보 1440호 98쪽 판례 타임즈 781호 282쪽.

받은 사건

가세 다이슈(加勢大周) 사건 법원 1심 판결¹⁴⁵⁾

인기 탤런트와 프로덕션의 전속계약은 존속하고 있음을 인정하고, 따라서 「예명」을 사용하여 제3자에 대하여 연예에 관한 출연 등의 서비스를 제공하여서는 아니 된다고 판결하였다.

계약이 존속하고 있다면, 원고는 피고 가와모토의 예명 가세(加勢) 다이슈(大周)·사진·초상·필적·경력 등의 사용을 제3자에게 허락할 권리를 갖는다. 피고 가와모토는 원고의 허락 없이 위 예명 등을 제3자에게 사용하게 할 수 없다.

이 판결에서는 특별히 퍼블리시티권에 저촉될 필요가 없다고 생각되었으나, 판결문 중 연예인의 성명·초상 등은 당연히 위 경제적 이익 내지 가치를 배타적으로 지배할 재산적 권리의 하나에 해당한다며 퍼블리시티권을 긍정하고 있다.¹⁴⁶⁾

2. 운동선수의 경우

가. 개관

운동선수의 퍼블리시티권을 논한다고 해서 연예인의 경우와 본질적으로 달라질 것은 없다. 운동선수의 성명, 초상, 목소리, 제스처 등은 모두 그 선수를 특정할 수 있는 특징이라는 점에서 상업적으로 사용하고자 하는 사람들은 당해 운동선수의 허락을 받고 사용하여야 한다. 초상을 이용한다고 하는 경우 사진을 사용하지 않고 캐리커처나 그림을 이용한다고 하더라도 침해가

146) 2심 판결 도쿄고법 1993년 6월 30일 판결 판례시보 1467호 48페이지에서는 전속계약의 존속을 부정하였다.

인정될 수 있다.¹⁴⁷⁾

직접적으로 운동선수의 성명이나 초상, 이미지 등을 사용하지 않더라도 애니메이션이나 캐릭터와 같은 경우, 완전한 동일성이 아니라 특징이나 이미지를 따오거나, 성명이나 초상을 직접적으로 이용하지는 않지만 사실상 특정한 유명인의 성명이나 초상을 일반인들이 떠올리게 하는 방식으로 유명인의 성가에 무임승차하는 방식의 광고나 마케팅 기법들이 등장하고 있다.¹⁴⁸⁾ 이러한 침해행위에 대해서도 적절하게 대응할 수 있도록 퍼블리시티권 침해를 인정할 필요가 있다.¹⁴⁹⁾

나. 운동선수들의 성명

운동선수의 퍼블리시티권 침해에서 가장 중요한 것은 역시 성명일 것이다. ‘마구마구’나 ‘피파온라인’과 같은 유명 선수들을 직접적으로 선택하여 이들이 게임을 하는 유형의 게임에서 그들의 이름은 상업적 가치를 가지는 주요한 원천일 것이다. 운동선수의 성명은 그들의 성명 외에 그들이 선수시절 소속했던 구단 등의 사항과 종합하여 인적사항으로 기능할 것이다. 서울중앙지방법원도 운동선수의 성명, 선수시절 소속구단 등의 인적사항을 포함하여 피신청인 측의 야구게임에 등장하는 선수 캐릭터를 사용한 행위를 성명권 침해행위로 보았다.¹⁵⁰⁾

147) Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc., 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953).

148) 최승재, “퍼블리시티권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구”, 지식재산연구 제3권 제1호, (2008. 6.) 114면.

149) 필자가 대리한 사건 중에는 유명 프로골퍼인 최경주 선수 사건이 있다. 우리은행은 지난 2008년 3월 보너스 금리를 지급하고 우승과정에서 출신원을 성사시켰을 때 보너스 금리를 2배로 지급한다는 ‘알바트로스 정기에금’ 상품을 내놓았다. 이 상품에 대해 최경주 측은 사실상 메이저대회에서 우승할 수 있는 한국 선수는 최경주 밖에 없기에 해당 상품은 ‘최경주 예금’이라는 의미가 내포돼 있다고 주장했고 법원은 이를 받아 들였다. 이에 양측 모두가 서울중앙지법 민사합의15부가 제시한 1,000만 원에 합의조정안에 합의했고 소송은 마무리됐다(최경주 승소 vs 유이-수지 패소, 퍼블리시티권 기준 뒤킬래, 뉴스엔 2015. 3. 16. 자)

http://www.newsen.com/news_view.php?uid=201503161151188110 2016. 9. 16. 최종접속.

150) 서울중앙지방법원 2009. 11. 23. 자 2009카합2880 결정.

이때 성명은 반드시 이름을 그대로 이용하는 것뿐만 아니라 이니셜 등을 이용하는 경우에도 만일 그런 약자나 이니셜 등의 사용에도 불구하고 그러한 변형후의 결과물이 여전히 일반공중에 의하여 특정인을 쉽게 연상시킬 수 있도록 한다면 퍼블리시티권 침해라는 결과가 달라지는 것은 아니라고 할 것이다.¹⁵¹⁾

다. 팀 스포츠에서의 손해배상의 범위

야구게임에 프로야구 선수의 이미지가 사용되어 손해배상이 문제가 된 사건에서 법원은 원고들의 손해배상청구를 인용하였다. 다만 손해배상액에서 그 유명세를 따로 고려하지 않고 균등하게 인정하였다.¹⁵²⁾ 법원은 야구선수들의 명성, 사회적 평가나 지명도 등에 있어서 차이가 있다는 점은 인정하면서도, ① 이 사건 게임을 진행하기 위해서는 반드시 팀을 구성해야 하므로 이용자는 이 사건 게임을 통해 선수 집단 풀(pool)을 포괄적으로 이용하게 되는 점, ② 현역선수와 은퇴선수 모두 활동기간, 실력 및 인지도가 천차만별일 뿐만 아니라, 이용자가 인지도만으로 특정 선수를 선택하는 것은 아니어서 개별선수의 인지도에 따라 매출이 달라진다고 볼 증거가 없는 점, ③ 이용자들이 처음에는 개인적으로 선호하는 선수의 고객흡입력에 이끌려 이 사건 게임을 시작하다고 하더라도, 차츰 다른 선수들에게까지 관심이 확대될 여지가 큰 점 등에 비추어 보면, 이 사건 게임에 있어 선수의 지명도에 따라 매출에 기여하는 정도가 다르다고 볼 수 없어, 선수별 손해액을 달리 볼 수 없다고 판

151) 서울서부지방법원 2010. 4. 21. 자 2010가합245 결정. 이 사건은 선행 사건인 서울남부지방법원 결정에서 피신청인이 ‘마구마구’ 게임에서 전직 프로야구 선수들의 사전 동의 없이 위 선수들의 성명을 사용하는 행위를 인용하는 가처분을 하자(서울남부지방법원 2009. 12. 17. 자 2009가합1108 결정) 성명 대신 이니셜을 사용한 사건이었다. 법원은 이니셜을 사용하였다고 하더라도, ① 이용자들에게 해당 은퇴선수들의 성명을 이니셜로 변경한다는 내용의 공지 까지 하여, 게임 이용자들에게는 해당 이니셜이 은퇴선수들을 지칭하는 것으로 쉽게 인식되고 있는 점, ② 이니셜 등 인적 정보를 사용한 것은 은퇴선수들의 활동에 대한 사실의 적시나 의견의 표시 등 의사 표현의 수단으로서가 아니라 이 사건 게임의 캐릭터를 개별적으로 특정하기 위한 명칭의 도구로 활용한 것으로서 그 사용에 공공의 관심이나 이익이 관련되어 있다고 볼 수도 없다는 점에서 성명권 침해를 인정하였다. 마구마구 사건에 대한 평적으로 정미영, “퍼블리시티권의 침해 여부 : 마구마구 인터넷 야구게임 사건”, 디지털재산법연구 10권 1호(통권14호), 세창출판사 (2012.01) 175-192면.

152) 서울동부지방법원 2011.2.16. 선고 2010가합8226 판결.

단하였다.¹⁵³⁾ 이와 같은 법리는 축구나 농구와 같은 팀스포츠에서는 마찬가지로 볼 것이다. 다만 만일 고객흡입력의 차이의 존재가 긍정되는 이상 만일 특정한 선수의 존재가 없다면 침해가 긍정될 수 없다거나 그 차이가 증명된다면 차등하여 배상하는 것은 부정할 것은 아니라고 본다.

3. 유명연예인과 운동선수 외의 타목 침해의 주체

유명연예인과 운동선수가 부정경쟁방지법 타목에 의한 보호를 주장할 대표적인 주체가 될 것이라고 본다. 그러나 반드시 이에 국한할 것은 아니라고 본다.

일본의 경우에는 시인의 퍼블리시티권 침해를 부정한 사례가 있다. 요코하마 지방재판소는 시인(詩人)은 일반적으로 시작이나 외국의 문학작품을 번역하는 등의 창작적 활동에 종사하고 그 결과 나온 예술작품에 대하여 사회적 평가나 명성을 얻거나 인세 등으로 수입을 얻거나 이름이나 초상이 가진 고객흡입력 그 자체를 제어함으로써 경제적 이익을 얻는 것을 목적으로 활동하는 것이 아니고, 또한 그 이름이나 초상이 즉시 고객 흡입력을 가지는 것은 아니라고 하고, 만취(晩翠)가 생전에 자신의 이름이나 초상이 갖는 고객 흡입력에 의해 경제적 이익을 얻고 얻고자 하였다고는 인정할 수 없으므로 만취의 이름, 초상 등에 대해 퍼블리시티의 권리가 발생한다고는 도저히 인정할 수 없다고 판시하여 시인의 퍼블리시티권 발생을 부정하였다.

연예인, 운동선수 등에 한정되지 않고, 일반인도 그 성명, 초상화에 대하여 원래 퍼블리시티의 권리를 가진다고 하면서 퍼블리시티권 침해를 부정한 본 판결에 대한 비판적 견해도 있다.¹⁵⁴⁾ 필자가 판단하기에 우리 부정경쟁방지법은 반드시 연예인에 국한할 필요성은 없고 시인의 경우에도 널리 알려진

153) 위 판결에서 인용.

154) 大家重夫, 117頁.

시인의 인격적 표지를 부정경쟁방지법 타목의 다른 요건이 모두 구비되는 경우에는 부정경쟁방지법 위반으로 보아야 할 것이라고 생각한다.

III. 개별적 사안에 따른 판단기준

1. 보호주체 관련

앞서 보았던 것처럼 타목의 보호대상은 자연인 중에서 유명인을 대상으로 한다. 유명인은 고객흡인력을 가지는 자연인을 의미하는 것으로 반드시 연예인이나 유명운동선수에 국한되는 것은 아니지만 기존의 선례에 비추어 보았을 때 대부분 유명연예인이나 운동선수인 경우가 많았다. 다만 최근 유투버와 같은 개인 크리에이터들의 경우에도 상당한 고객흡인력을 가지는 경우가 있으므로 이와 같은 대상은 향후 시대의 변화에 따라서 달라질 것이다.

이와 관련하여 쟁점이 될 수 있는 것의 하나가 자연인으로 이루어진 그룹의 퍼블리시티권도 타목의 보호 대상(타인)에 해당하는지 여부와 같은 문제이다. 단일한 자연인들이 가지는 고객흡인력이 문제가 되는 경우가 있으나 걸그룹이나 보이그룹, 내지 창작자집단과 같이 복수의 유명인들이 전체를 표상하는 명칭을 사용하는 경우 그 전체를 표상하는 그룹이 하나의 자연인 집단으로서 타목에 의한 보호대상이 될 수 있는가 하는 점이다.

이에 대해서 답은 **핑크레이디 사건(일본 최고재판소)**의 경우 퍼블리시티권을 인정할 것을 참고할 수 있다고 본다. 우리나라의 경우에는 앞의 **방탄소년단 사건**에서 대법원이 구 차목(현 파목)을 청구원인으로 하여 보호를 인정하였다. 결론적으로 보호를 인정할 수 있지만 다만 이 때 보호는 개별적인 자연인에 대한 보호이지 집단으로서의 보호는 아니라고 본다.

약간 기교적으로 보일 수 있으나 예를 들어 A, B, C로 구성된 유명 걸그룹 a가 있다고 하자. 이들은 각자 본명 또는 예명을 가지고 있고, 개별적으로 자연인이다. 그렇지만 동시에 각자 a 소속의 연예인 A, B, C이다. 즉 개별적인 자연인을 칭하는 것이 동시에 a라는 집단을 칭하는 것이라고 할 수 있으므로 이런 나의 확장된 인격으로서 고객흡인력을 가지는 것을 보호하는 것이다.

이와 같이 보더라도 문제가 없는 것이 고객흡인력을 가지는 그룹의 보호는 기존에도 상표법에 의한 보호를 하고 있었다. 이들은 법인이 아니라고 하더라도 상표에 의한 보호를 할 수 있었다.

문제는 상표로 등록하지 않은 미등록그룹명칭의 경우인데, 이런 경우에는 앞서 설명한 바와 같이 해석을 하게 되면 부정경쟁방지법이 미등록상표를 보호하는 것과 마찬가지로 미등록유명창작자 그룹을 보호하는 것이 가능하고 이런 공백 매움을 하는 장치로 부정경쟁방지법이 기능할 수 있다고 본다.

예를 들어 ‘소녀시대’ 사건의 경우에도 ‘소녀시대’라는 걸그룹의 보호와 관련하여 상표법 위반 여부가 문제되었고, 특허법원은 유사성을 인정하면서도 오인혼동의 우려가 없다고 판단하였는데, 이 판결은 뒤에 대법원에서 파기환송되었지만 논란이 있었다.¹⁵⁵⁾ 이와 같은 판단을 하는 것과 관련하여 향후 상표법 위반으로 문제를 삼지 않는 대신에 타목을 통한 보호를 자연인들의 집합체로서 의미를 가지는, 그러나 스스로는 별개의 인격(법인)을 가지는 것이 아닌 경우를 보호범위로 할 수 있다고 본다.

<소녀시대 사건>¹⁵⁶⁾

155) 관련 평적으로 박태일, “2015년 지식재산권 분야 판례의 동향”, 특별법연구 13권, 사법발전재단 (2016); 정태호, “가수 그룹의 명칭의 상표법상 저명성 판단에 관한 비판적 고찰”, 선진상사법률연구 76호, 법무부 (2016).

156) 특허청 상표판례집 2013년 136면.

이전 상표	인용 상표	사건 번호
소녀시대 제26443호	소녀시대 (선사용상표 1,2) 少女時代 (선사용상표 3,4) 소녀시대 (선사용서비스표)	심판원 2012. 8. 7. 2011당3287 심결 특허법원 2013. 5. 3. 선고 2012허8225 판결 (심결취소)
신사복, 아동복 등	레코드판, 음악이 녹음 된 콤팩트디스크 등	

특허법원은 다음과 같은 이유로 오인의 우려가 없다고 보았다.

갑 제1호증, 을 제1, 11, 20 내지 24, 32 내지 37, 44, 45, 48호증의 각 기재 및 영상에 변론 전체의 취지를 종합하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 이 사건 등록상표서비스표의 지정상품은 ‘면제 코트’ 등과 같은 의류, ‘고무제 완구’ 등과 같은 놀이용구, ‘냉동된 완두콩, 식용 메밀가루, 미가공 두류, 꿀을 주성분으로 하는 비알콜음료, 청주’ 등과 같은 식음료 제품들로서 선사용상표가 사용된 상품인 ‘음반, 음원’과 대비할 때 상품의 품질, 형상, 용도가 다르고, 생산 부문, 판매 부문, 수요자의 범위 등에 있어서도 공통점이 별로 없어 양 상품이 서로 유사하거나 밀접한 경제적 관련관계가 있다고 보기 어려운 점, ② 이 사건 등록상표서비스표의 지정서비스업은 ‘가공한 곡물/곡물가공식품 소매업, 완구판매대행업, 네일아트업, 대중목욕탕업’ 등을 포함하는 것으로서 선사용서비스표가 사용된 서비스업인 ‘가수 공연업, 음악 공연업, 방송 출연업, 광고 모델업’과 대비할 때 제공되는 서비스의 성질이나 내용이 다르고, 제공 수단, 제공 장소, 서비스업의 제공자 및 수요자의 범위 등에 있어서도 공통점이 별로 없어 양 서비스업이 서로 유사하거나 밀접한 경제적 관련관계가 있다고 보기 어려운 점, ③ 피고는, 위 ‘소녀시대’가 의류, 식품, 디지털 가전, 게임 등 다양한 상품의 광고 모델로 활동하고 있어 이 사건 등록상표서비스표가 그 지정상품 및 지정서비스업에 사용될 경우 수요자들이 그 상품 및 서비스를 피고와 특별한 관계에 있는 자에 의해 제공되는 것으로 오인할 우려가 있다는 취지로 주장하나, 원칙적으로 광고 모델은 자신이 광고하는 상품의 제조·판매나 서비스의 제공에 관여하지 않고, 그 상품이나 서비스의 품질을 보증하는 것도 아니며, 그러한 사정은 광고를 보는 수요자들도 인식하고 있다

고 할 것이므로, 위 '소녀시대'가 여러 가지 상품의 광고 모델로 활동하였다고 하여 그러한 사정만으로 위 '소녀시대'라는 명칭이 광고 대상 상품이나 서비스의 출처 표시로 사용되었다고 보기 어렵고, 달리 피고가 주장하는 것과 같이 수요자들의 오인을 야기할 우려가 있다고 단정하기 어려운 점, ④ 앞서 본 바와 같이 선사용상표 및 선사용서비스표는 음반, 음원과 같은 상품 및 이와 연계된 가수 공연업, 음악 공연업, 방송 출연업, 광고 모델업과 같은 서비스업과 관련하여 피고의 상품 내지 서비스업을 표시하는 식별표지로서 인식되었을 뿐이고, 선사용상표 및 선사용서비스표가 단순히 특정인의 상표 내지 서비스표로 알려진 정도를 넘어서 주지·저명한 정도에까지 이르렀다고 볼 만한 증거는 없으므로, 이들 상품 및 서비스업과 유사하지 않고 경제적 관련관계도 밀접하지 않은 이종의 상품 및 서비스업에 대해서까지 출처의 오인·혼동을 야기할 우려가 있다고 보기는 어려운 점 등을 종합하여 보면, 비록 이 사건 등록상표서비스표가 선사용상표 및 선사용서비스표와 표장이 유사하다고 하더라도 이 사건 등록상표서비스표가 수요자에게 상품 및 서비스 출처의 오인·혼동을 일으키게 할 염려가 존재한다고 볼 수 없다. 결국 이 사건 등록상표서비스표는 수요자를 기만할 염려가 있다고 보기 어려우므로, 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다고 할 수 없다.

(특허법원 2013. 5. 3. 선고 2012허8225 판결 [등록무효(상)])

이후 이 특허법원 판결은 대법원에서 파기환송되었다.

선사용상표가 사용상품에 대한 관계거래자 이외에 일반공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 획득하게 되면, 그 상표를 주지시킨 상품 또는 그와 유사한 상품뿐만 아니라 이와 다른 종류의 상품이라고 할 지라도 상품의 용도 및 판매거래의 상황 등에 따라 저명상표권자나 그와 특수한 관계에 있는 자에 의하여 생산 또는 판매되는 것으로 인식될 수 있고 그 경우에는 어떤 상표가 선사용상표의 사용상품과 다른 상품에 사용되더라도 수요자로 하여금 상품의 출처를 오인·혼동하게 하여 수요자를 기만할 염려가 있다. 여기서 선사용상표가 저명상표인가는 상표의 사용, 공급, 영업활동의 기간·방법·태양 및 거래범위 등을 고려하여 거래실정 또는 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 법리는 서비스표에 대하여도 마찬가지로 적용된다.

[2] 선사용상표 “본문내 삽입된 이미지”와 선사용서비스표 “소녀시대”를 사용한 갑 주식회사가 등록상표서비스표 “본문내 삽입된 이미지”의 등록권리자 을을 상대로 등록상표서비스표가 상표법 제7조 제1항 제11호에 해당한다는 이유로 등록무효심판을 청구하였는데 특허심판원이 인용하는 심결을 한 사안에서, 갑 회사 소속 9인조 여성그룹 가수의 명칭 ‘소녀시대’와 같은 구성의 선사용상표 및 선사용서비스표는 갑 회사의 ‘음반, 음원’ 등의 사용상품 및 ‘가수공연업, 음악공연업, 방송출연업, 광고모델업’ 등의 사용서비스업에 대하여 관계거래자 이외에 일반공중의 대부분에까지 널리 알려지게 됨으로써 저명성을 획득하였으므로, 그와 유사한 등록상표서비스표가 위 사용상품·서비스업과 다른 ‘면제 코트’ 등의 지정상품이나 ‘화장서비스업’ 등의 지정서비스업에 사용되더라도 그러한 상품이나 서비스업이 갑 회사나 그와 특수한 관계에 있는 자에 의하여 생산·판매되거나 제공되는 것으로 인식됨으로써 상품·서비스업의 출처를 오인·혼동하게 하여 수요자를 기만할 염려가 있는데도 등록상표서비스표가 수요자를 기만할 염려가 있는 상품·서비스표에 해당하지 않는다고 한 원심판결에 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례.

(대법원 2015. 10. 15. 선고 2013후1207 판결 [등록무효(상)])

이후 이 사건은 다시 파기환송심에서 특허법원이 2016. 4. 27. 선고 2015허6985판결로 원고패소판결을 하였고, 재상고심에서 대법원은 심리불속행으로 기각하였다.¹⁵⁷⁾

2. 보호객체 관련

부정경쟁방지법 타목의 보호객체는 성명, 초상, 음성, 서명 등 자연인을 타인과 구별되도록 하는 그 자연인의 동일성의 기초가 되는 자타식별가능한 표지이다.

이런 자타식별표지로서 동일성의 기초가 되는 대표적인 것이 성명일 것이다. 인간의 동일성은 이름과 얼굴, 음성 등에 의해서 식별이 가능하다. 그리고 고객흡인력을 발생

157) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016후991판결.

시키는 것은 그런 유명인이 특정한 제품이나 용역을 광고하는 경우 그로 인해서 발생하는 고객흡인력의 원천이 된다.

그렇다면 위와 같은 자타식별을 할 수 있는 표지라면 그 보호객체는 여러 가지를 생각할 수 있다. 가상의 예로 몇 가지를 생각하여 본다. 물론 이런 예는 향후 다양한 사건에서 쟁점이 되면서 성부가 판단될 것이므로 여기서 든 사례에 국한되지 않음은 물론이다.

① 특정한 연예인이 매우 독특한 걸음걸이를 보인다면 그러한 걸음걸이에 의해서 특정되는 연예인의 걸음걸이를 광고에 사용하는 경우 그 광고주는 걸음걸이를 통해서 그 연예인의 얼굴도 목소리도 들려주지 않는다고 해도 그의 고객흡인력을 사용하는 것이다.

② 개그맨의 유행어가 타인을 식별할 수 있는 표지에 해당하는지 여부에 대해서 답은 ‘그렇다’라고 생각한다. 그 이유는 보호객체로서의 특정인일 식별하는 표지로서의 유행어는 물론 경우에 따라서는 저작권의 보호대상이 될 수도 있다. 그러나 ‘영어공부절대로 하지 마라’ 사건¹⁵⁸⁾에서 볼 수 있는 것처럼 유

158) '영절하'라는 제호가 원심 판시와 같은 서적의 판매부수 및 신문, 방송의 보도 등에 의하여 신청인이 창작한 저작물 또는 피신청인이 출판한 서적을 나타내는 것으로 널리 알려지고, 그에 따라 신청인도 '영절하'라는 서적의 저자 또는 그 서적에 담긴 영어학습방법의 창안자로 널리 알려졌다고 볼 수 있기는 하지만, 신청인의 영업인 영어학습방법에 관한 저술업에 관하여는, 저술활동에 의하여 창작된 저작물을 수록한 서적의 겉표지 등에 저자로 표기된 명칭(실명 또는 필명이나 약칭 등을 기재하는 경우가 대부분이다.)이 일반적으로 그 저술업의 활동주체를 나타내는 것이고, '제호'는 원래 서적에 담긴 저작물의 창작물로서의 명칭 내지 그 내용을 직접 또는 함축적으로 나타내는 것인 점에 비추어 볼 때, 신청인이 '영절하'의 저자 신청인으로 널리 인식되었다고 하더라도 '영절하'는 여전히 신청인이 창작한 저작물 또는 그 저작물을 담고 있는 서적이라는 상품 그 자체를 가리키는 것일 뿐, 신청인의 저술업이라는 영업의 표지로 되었다고 볼 수는 없고 달리 신청인이 '영절하'를 저술업이라는 영업의 표지로 독립하여 사용하여 왔음을 인정할 만한 증거도 없다.

또한, 원심 판시와 같이 '영절하'라는 제호에 어느 정도 독창성이 있으며, 그 제호를 사용한 서적이 많이 판매되고, 신청인이 강연회나 방송에 출연하는 등으로 신청인이 위 서적에 수록된 저작물의 창작자로 널리 알려지게 된 결과, 피신청인이 '영절하'라는 제호를 위 목록 제5 내지 12 서적의 제호 중 일부에 사용함으로써 인하여 일반인들의 오인·혼동이 일어날 수 있기는 하지만, 앞서 본 제호의 본질적인 기능 및 '영절하'라는 제호가 신청인의 영업표지로 되기 어려운 점에 비추어 볼 때 일반인들의 오인·혼동은 피신청인이 출판한 서적 또는 그에 담긴 저작물과 위 '영절하'라는 제호로 발간된 서적 또는 위 제호로 특징되는 저작물 그 자체에 관한 것이고, 피신청인이 위 서적들의 제호 중 일부에 '영절하'를 표기한 것은 별개의 영업표지로서의 사용이 아니라 영어학습서의 시리즈 상표로서의 사용으로 봄이 상당하므로, 피신청인의 위와 같은 행위로 인하여 신청인의 저술업과 어떤 오인·혼동이 일어날 염려가 있다고 할 수 없다.

행어는 긴 문장을 구성하는 경우보다는 짧은 음절의 단어/단어들로 구성되는 경우가 많기 때문에 이런 경우에 저작권법에 의한 보호대상이 되기는 어렵다고 할 것이다.

위 판결에서 언급한 것과 같이 만일 유행어가 표지적인 기능을 한다면, 상표에 의한 보호도 생각할 수 있고 만일 상표로서의 요건을 모두 구비해서 등록이 되면 등록상표로서의 보호를 받는 것도 물론 생각할 수 있다. 상표로서 등록하지 않은 경우에도 부정경쟁방지법상 표지보호법제(가,목 내지 다.목)에 의한 보호가 이루어지는지 여부가 쟁점이 되는 사건이 있을 수 있을 것이다.

그러나 유행어들은 표지법제 의한 보호도 현실적으로는 쉽지 않을 경우가 대부분일 것으로 생각된다. 그렇다면 문제는 본 부정경쟁방지법 타목에 의한 보호가 가능한지 여부인데, 유행어와 특정인이 연결되어 바로 연상되는 경우 그 유행어는 그 연예인을 칭하는 다음 성명과 같다고 할 것이므로 타목의 보호객체가 된다고 할 것이다.

3. 퍼블리시티권의 상속성, 양도성, 존속기간에 대한 판단기준

가. 문제의 소재

퍼블리시티권과 부정경쟁방지법 타목에 의한 보호는 결정적으로 구별되는 지점이 바로 상속성, 양도성, 존속기간과 같은 쟁점이다.

나. 상속성과 양도성

따라서 피신청인이 위 목록 제5 내지 12 기재 서적에 '영절하'를 사용한 것은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (나)목 소정의 부정경쟁행위에 해당한다고 할 수 없음에도 불구하고, 원심이 이와 달리 판단하였음은 위 (나)목 소정의 영업표지 및 부정경쟁행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고 이 점을 지적하는 피신청인의 상고이유 주장은 이유 있다.
(대법원 2004. 7. 9. 선고 2002다56024 판결 [가처분이의])

1) 상속성

부정경쟁방지법 타목의 적용에 있어서 당해 유명인이 사망한 경우 타목이 적용되는지 여부의 문제는 상속성의 문제가 아니다. 상속이 되지 않으므로 유명인 사망을 하는 경우 유명인은 더 이상 자신의 권리 침해를 이유로 해서 부정경쟁방지법 타목 주장을 할 수 없다.

그러면 이 경우 상속인들은 아무런 주장을 할 수 없게 되는가 하는 문제가 있다. 예를 들어 이회소 박사 사건이 우리나라의 대표적인 상속이 문제 되는 사건이다. 미국 법원도 법률의 규정이 없으면 상속이 되지 않는 것으로 이해하였고, 실제 이 문제를 해소하기 위해서 퍼블리시티권을 권리로 만들고 이 권리의 상속이 가능한 것으로 입법한 바 있다.

그러나 부정경쟁방지법 타목의 경우에는 이를 입법대상으로 하는 것이 아니고 권리화하는 방식의 입법이 아니므로 이 입법을 통해서 상속성이 도출되는 것은 아니다. 만일 사항에도 불구하고 여전히 고객흡인력을 가지고 있는 유명인을 이용하여 광고하는 경우가 발생한다면 그로 인해서 얻는 재산상의 이익에 대해서 이를 망인의 상속인이 권리로 하여 향유하도록 할 것인가 하는 문제는 부정경쟁방지법 타목이 관여한 범위가 아닌 것으로 보인다.

원래 인격적 권리에서 도출되는 퍼블리시티는 일신전속적 권리로서의 성격을 띤다. 그러므로 만일 권리로 입법을 한다고 해도 그 유명인의 성명이나 초상등의 사용에 따른 권리를 상속성을 가지는 권리로 입법할 것인가 하는 문제는 별도의 문제이다.

만일 이 경우에도 명예훼손적인 방법이나 모욕적인 방법으로 활용을 하게 되면 이 경우에는 유가족은 자신의 인격권 침해를 원인으로 해서 손해배상 등을 받

는 방법으로 구제를 받을 수 있다.

2) 양도성

부정경쟁방지법상 금지행위가 양도의 대상이 되는 것도 아니다. 퍼블리시티를 양도하기로 하는 계약이 실무에서는 산업계에 존재한다. 이 경우 부정경쟁방지법 타목의 적용에 있어서는 계약으로 이전받기로 한 권리가 개념이 될 수 없기 때문에 계약상의 권리로서 유명인의 퍼블리시티를 대신하여 행사하는 것으로 이해되어야 한다.

그러므로 양도를 하는 계약조항은 대리행사를 허용하는 조항으로 이해가 되며, 이렇게 되면 실질적으로는 양도를 하도록 하는 것과 마찬가지로 경제적 효과가 발생한다고 할 것이다. 따라서 양도가 허용되는 것으로 입법을 하지 않더라도 부정경쟁방지법 타목의 입법으로 산업계에서 요구하는 기획사에 의한 권리행사가 여전히 가능하다. 다만 양도를 했다고 하더라도 양도가 되는 것은 아니므로 본인의 권리행사가 불가능하지 않은 상황이라고 할 것이므로 이런 계약조항에도 불구하고 여전히 유명인은 자신의 권리를 행사할 수 있다.

따라서 만일 기획사의 입장에서 본인의 권리행사를 하지 않도록 하고 오로지 자신만 권리행사를 하고자 한다면 그 경우에는 권리행사를 포기하는 합의까지 별도로 추가적으로 그리고 명시적으로 하여야 하는 것으로 해석하는 것이 옳다고 본다.

다. 존속기간의 문제

마지막으로 존속기간은 부정경쟁방지법 타목에 의한 보호가 어떻게 되는지 하는 문제가 있을 수 있다. 결론을 먼저 이야기하자면 금지행위에 존속기간은 존재하지 않는다. 법적인 의미의 존속기간이라 함은 10년의 기간을 정하여 그 기

간 내에 행사하지 않으면 소멸되는 것으로 한다면 하는 것과 같은 권리행사 기간의 의미를 가진다거나 특허권과 같이 출원일로부터 20년의 보호기간을 둔다거나 하는 것과 같은 기간을 의미할 것이다.

그러나 퍼블리시티는 이런 방식이 아니라 당해 유명인이 부정경쟁방지법 타목의 요건을 갖추고 있는 한에서는 계속적으로 권리행사를 할 수 있다고 보아야 한다. 이는 인격권에서 유래된 권리라고 본다면 당연한 결론이다. 인간은 태어나서 죽을 때까지 인격권을 가지고 있으나 퍼블리시티를 부정경쟁방지법 타목으로 보호하는 것은 재산권적 속성을 도출한 것으로 상업적으로 이용하는 것이므로 상업적으로 고객흡인력을 가지고 있는 동안에는 계속적으로 이런 유명인의 주지성에 기인한 고객흡인력을 통한 재산취득행위를 허락 없이 하도록 하는 것을 막아야 할 필요가 있다. 이런 점에서 존속기간 논의는 적절하지 않다.

하지만 현실적으로는 이런 주지성을 지속적으로 유지하는 것은 매우 어려운 것이므로 특허권이나 저작권과 같은 이런 보호기간을 가지고 있는 권리등에 비하여 부정경쟁방지법 타목에 의해서 보호되는 퍼블리시티는 유명세를 유지하는 것의 어려움으로 인해서, 세상인기의 무상함을 느끼게 될 때까지의 시간이 그리 길지 않을 가능성이 있다. 이런 점에서 보면 제도 설계에서 특별히 문제가 있다고 보이는 것은 아니며 존속기간을 두는 것이 오히려 퍼블리시티의 보호와 부합하지 않는 면이 크다고 본다.

4. 부정경쟁방지법 타목과 사후의 퍼블리시티 [상속성 논의의 보론(補論)]

가. 부정경쟁방지법 타목의 문언의 관점

“국내에 널리 인식되고 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”라는 부정경쟁방지법 타목의 문언으로 보면 사후의 퍼블리시티도 부정경쟁행위로 부정경쟁방지법상 금지행위가 될 수 있을 것으로 보인다.

나. 견해의 제시

유명인이 사망할 경우 잔존한다고 하는 생각, 소멸한다고 하는 생각, 절충적으로 생전에 퍼블리시티권을 행사하고 있으면, 사후에도 존속한다고 하는 견해¹⁵⁹⁾를 생각할 수 있다. 퍼블리시티권이 배타적인 재산권임을 강조하면 상속의 대상이 됨을 긍정하고 존속하게 된다.

다. 검토의견

필자는 위 부정경쟁방지법 타목의 문언만으로는 부정경쟁방지법 타목의 적용이 본인이 죽은 후에도 존속하는 것으로 해석하는 것은 가능하다고 보지만, 다음과 같은 이유로 금지행위로 규정한다고 하더라도 유명인이 사망하면 부정경쟁방지법 타목에 의한 보호는 받을 수 없다고 본다. 그리고 만일 저작권법에 의한 권리화안과 같이 권리화하는 경우라면 퍼블리시티권이 소멸된다고 보는 것이 타당하다고 본다.

① 만일 계속 존속한다고 보면 상속이 인정되지 않는 경우 유명인이 사망한 후에 금지행위를 구할 주체가 없게 된다.

저작권법에 의한 보호를 하는 문화부 안의 경우에는 양도와 상속의 대상이 되는 것으로 한 것으로 보이는데, 이 경우에는 존속기간이 정해져야 할 필요성이 있다. 그렇지 않으면 기간의 정함이 없는 권리가 인정되는 문제가 있

159) 아직 생전에 퍼블리시티권을 행사하고 있을 경우, 사후에도 그 권리가 존속한다는 견해로 토요타 아키라 전게서 33쪽.

다.

예를 들어 미국 캘리포니아 주는 민법 990조를 신설하여 퍼블리시티권의 존속기간을 사후 50년으로 정했다.¹⁶⁰⁾ 배타적 독점을 본질로 하는 지적재산권은 모두 기간이 정해져 있고 유한하다. 퍼블리시티권이 배타적 독점권이라고 해서 이것만이 기간 한정이 없는 영원한 권리라는 것은 이상하다. 일부 주들은 캘리포니아의 사례를 따라 퍼블리시티권의 상속성을 인정하고 있다. 그러나 인정하는 주들 간에도 지나치게 장기간 인정할 경우 퍼블리시티권의 속성이 훼손될 우려가 있다는 점에서 상이한 입법을 하고 있다. 인디애나주의 경우 퍼블리시티권은 유명인의 사망 후 100년간 존속하지만, 테네시주는 사망 후 10년까지만 존속하는 것으로 하면서 2년 이상 사용하지 않으면 연방 상표법상의 상표권 포기조항과 유사하게 퍼블리시티권이 소멸되도록 하고 있다.¹⁶¹⁾

판례로는 벨라 루고시(Bela Lugosi) 사건에서 퍼블리시티권은 유명인이 생존하는 동안만 존속한다고 보았다. 이 사건은 드라큘라 역할로 유명하였던 벨라 루고시의 미망인과 자식들이 유니버설 영화사를 상대로 루고시의 인물이 실린 영화 관련 상품에 관하여 임의로 사용권을 제3자에게 줌으로써 자신들이 상속받은 망인의 이미지에 대한 권리를 침해하였다고 주장한 사건이다. 1966년 제기된 소송은 1972년 1심 판결이 선고된 이후 1979년 최종적으로 캘리포니아 대법원의 판결이 선고되었다. 1심 지방법원은 유니버설 스튜디오에게 상속인들에게 7만불의 배상을 명함과 동시에 유니버설 스튜디오로 하여금 루고시의 초상을 이용한 마케팅을 금지하는 판결을 선고하였다. 그러나 캘리포니아 대법원은 원심을 파기하여 원고의 청구를 기각하였다. 캘리포니아 대법원은 원고들의 청구를 기각하면서 성명 및 초상의 이용권은 해당 예술가에 대하여 인격적 속성을 가지고 있어 그 이용은 전적으로 생존해 있

160) 1988년 캘리포니아주(州) 민법 제990조(Civil Code Section 990).

161) 최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(상)” 언론중재 30권2호(2010). 77면.

는 동안 본인에 의해서만 행사되어야 한다고 판시하였다.¹⁶²⁾

② 추리소설가 아가사 크리스티의 상속인이 영화 아가사의 상영 금지 등을 요구한 사건에서 고(故) 크리스티는 생전에 이름을 영리적으로 이용했다며 크리스티의 퍼블리시티권이 존존하고 있다고 한 미국의 판결이 있다.¹⁶³⁾ 그러나 생전에 권리를 행사했는지 여부에 따라서 부정경쟁방지법상 금지행위가 되는지 여부의 성부가 달라져서는 안된다고 본다.

162) Lugosi vs Universal Pictures Co. Cal.Superior Crt., L.A.Co. (1972) 172 USPQ 541; Bela George Lugosi vs Universal Calif. Court of Appeals, 2nd D. (8-11-1977) 139 Cal.Rptr. 35
Bela George Lugosi, et al vs Universal Pictures, Supreme Court of Calif. (12-3-1979) 603 F.2d 425.

163) Hick v. Casablanca Records, 1978, 464 F. Supp. 426.

제4장 부정경쟁방지법 파목¹⁶⁴⁾ 해설

제1절 도입

I. 입법경과

부정경쟁방지법 2013년 7월 30일(법률 제11963호) 일부 개정으로 부정경쟁행위의 하나로 제2조 제1호 차목(현행 카목)이 신설되었다. 이 조항은 2014년 1월 31일부터 시행되었으며 2018년 7월 개정에 의해 카목이 되었다. 그리고 이후 2022년 4. 20. 이후 부정경쟁방지법 개정에 의해서 카목은 파목이 되었다.

부정경쟁방지법 개정에 대한 법률안 심사보고서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목부터 자목까지 제한적으로 열거하고 있는 부정경쟁행위의 정의조항에 보충적 일반조항을 도입하여 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 법적용의 포섭 범위를 확대함으로써, 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 산물을 보호하고, 나아가 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원에게 새로운 유형의 부정경쟁행위를 판단할 수 있는 유연성을 제공함으로써 변화하는 거래 관념과 공동사회의 가치 기준을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것이라고 밝히고 있다.¹⁶⁵⁾

부정경쟁방지법 차목(현행 파목)의 입법 이전에도 일반조항의 도입에 대한 논의가 있었다. 독일 부정경쟁방지법 제3조는 ‘부정한 거래행위는 금지된다.’는 일반조항을 두고 있어 우리 부정경쟁방지법에도 일반조항을 둠으로써 유연하게 새롭게 발생하는 부정경쟁행위에 대한 대응이 이루어지도록 할 필요가

164) 2022. 4. 20. 이후 본 보고서가 발간되는 것을 전제로 하므로 부정경쟁방지법 파목을 현행법으로 한다.

165) 국회 산업통상자원위원회, 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 일부 개정 법률안 심사보고서, 2013, 4-6면.

있다는 것이 일반조항의 도입이 필요하다고 보는 논거가 될 수 있다.¹⁶⁶⁾ 2014년 개정 전 우리나라 부정경쟁방지법 제2조 제1호가 규정하고 있던 부정경쟁행위는 열거적으로 규정되어 있어 일반조항으로 볼 수 있는 규정은 없었다. 이런 규정형식은 부정경쟁방지법이 예외적으로 미등록상표 등에 대해서도 보호를 주는 법이라는 점에서 그 적용범위를 제한할 필요성이 있었기 때문이라고 생각된다.¹⁶⁷⁾

그런데 이와 같은 열거방식의 가장 큰 난점인 새로운 시대변화나 새로운 현상에 대한 대응이 어렵다는 점에서 이 법이 정면으로 규율하고 있지 않지만 규율의 필요성이 있는 경우에는 민법 제750조의 일반불법행위로 규율할 수 있다는 주장이 있었다.¹⁶⁸⁾

법원의 실무도 이와 같다. 부정경쟁행위에 대한 일반조항이 없더라도 법원은 민법 제750조에 근거하여 새로운 유형의 부정경쟁행위를 인정할 수 있다고 보았다. 대법원은 ‘네이버 광고 검색’사건에서 경쟁자가 상당한 투자와 노력에 의하여 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용함으로써 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻고 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 행위는 부정한 경쟁행위로서 민법상 불법행위에 해당한다고 판단함으로써 기존 지식재산권 체계 밖에서도 민법상 불법행위로서의 부정경쟁행위를 인정할 수 있다고 판단하였다.¹⁶⁹⁾

대법원이 판시한 부정한 경쟁행위에 해당하는 불법행위의 성립요건은 부정경

166) 최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향분석”, 변호사지 49집, 서울지방법변호사회 (2017) 390면.

167) 최승재, 위의 논문, 390면.

168) 양창수, “불법행위법의 변천과 가능성”, 민법연구 3 박영사 (1995) 313면.

169) 대법원 2010. 8. 25. 선고 2008마1541결정.

쟁방지법 차목(현행 파목)의 성립요건이 되었다.¹⁷⁰⁾ 대법원은 일반조항의 도입 배경에 대해서 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래 관념을 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것으로 판단하였다.¹⁷¹⁾ 부정경쟁행위 규제에 있어 통일성과 안정성, 탄력성 등을 확보하기 위해서는 독일 부정경쟁방지법과 같이 일반조항을 두어 부정경쟁행위를 규제할 필요성이 있다는 판단을 한 것이다.

2. 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목의 의의

부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목은 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 부정경쟁행위로 규정하고 있다.

조항의 문언과 입법취지를 고려할 때 부정경쟁방지법 파목의 적용범위는 판례에 의해서 그 적용범위가 한정되어야 할 것이라고 본다. 예를 들어 부정경쟁방지법 파목에 의한 보호가 인정되었던 트레이드 드레스는 2018년 부정경쟁방지법의 개정으로 상품 판매·서비스 제공 방법 또는 간판·외관·실내장식 등 영업 제공 장소의 전체적인 외관에 통한 혼동행위와 희석화 행위를 제2조 제1호 나목과 다목에 규정하게 되었다.¹⁷²⁾ 구 부정경쟁방지법 차목의 적용여부에 대해서 여러 사안이 있었지만 트레이드 드레스도 논쟁적인 대상의 하나였다.

170) 특허청은 부정경쟁방지법 입법과정에서 대법원 판결에서 실시된 기준을 구성요건으로 도출하였다.

171) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847판결.

172) 송선미, “부정경쟁방지법 일반조항에 대한 고찰”, 한국저작권위원회(2021) 44-45면.

하급심 판결로 대표적인 것이 아래의 ‘장난감 포장용기’ 사건이 있다.

[서울중앙지방법원 2015. 9. 8. 선고 2014가합588383 판결]¹⁷³⁾

○ 사실관계

－ 원고와 피고는 어린이용 완구를 제조·판매하는 회사들로, 원고는 2010년 경부터 원고 포장 및 포장용기를 원고의 제품 포장에 사용하여 왔음.

－ 피고 A는 2014. 11. 28. 경 피고 포장용기에 관한 디자인 등록을 마치고, 피고 포장에 대하여 2015. 1. 14. 경 상표권자로서 등록을 마친 바 있음.

－ 한편, 피고 표장이 표시된 피고 포장용기로 친환경 모래놀이 제품을 포장하여 유통업자인 피고 B에게 공급하였고, 피고 B는 자신이 운영하는 각 매장의 장난감 판매코너에서 원고 제품과 피고 제품을 나란히 진열하여 판매하였음.

－ 피고 A는 2014. 9. 11 포장용기의 디자인을 변경하고, 그 후 현재까지 포장용기를 피고 제품의 포장에 사용하지 않고 있고, 피고 B도 피고 제품을 판매하지 않고 있음.

○ 원고 주장요지

－ 피고 A가 사용한 포장과 포장용기는 원고의 그것과 유사함. 따라서 피고 A는 원고의 상표 및 포장용기에 대한 복제권, 동일성 유지권을 침해하였음. 피고들의 피고 A 제품 공급·판매행위는 원고의 배포권을 침해하는 행위임.

－ 이에 따라 피고에 대하여 저작권 침해행위의 정지와 이로 인한 조성

173) 판례정리는 한국저작권위원회, 2015년 9월 주요저작권판례 참조.
<https://www.copyright.or.kr/gov/nuri/view.do?brdctsno=38671>

물의 폐기, 손해배상을 구함.

－ 한편, 피고들의 행위는 원고 포장용기의 트레이드 드레스(Trade Dress)와 원고 표장을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 피고들의 영업을 위하여 무단으로 이용하는 행위에 해당하며, 소비자들로 하여금 상품 출처의 혼동을 불러일으킬 수 있음.

－ 따라서 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 및 민법상 불법행위에 해당하므로 피고들에 대하여 선택적 손해배상을 구함.

○ 판단

－ 양 포장의 유사성에 대하여, 상표나 상품표지가 되는 표장이 유사한지 여부는 외관·호칭 및 관념을 객관적·전체적·이격적으로 관찰하여 해당 상품 거래에서 일반 수요자나 거래자가 표장에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 하여 상품 출처에 관하여 오인·혼동을 일으키게 할 우려가 있는지에 따라 판단하여야 함(대법원 2011. 12. 27. 선고 2010다20778 판결 참조). 이 사건 원고 포장과 피고 포장의 외관과 호칭, 관념을 대비한 결과 유사하다고 볼 수 없음.

－ 포장용기의 응용미술저작물 해당 여부에 대하여, 원고 포장용기들의 특정된 5개의 디자인은 모두 포장용기인 상자의 모서리 부분과 면 부분의 구별, 내장된 상품의 출처를 표시, 내장된 상품이 무엇인지를 알리는 그림 등에 관한 것이어서 독자성을 인정할 수 있는 디자인들이라고 볼 수 없음. 따라서 원고 포장용기는 저작권법 제2조 제15호의 응용미술저작물에 해당하지 아니하므로 원고의 피고에 대한 저작권 침해 청구의 정지 및 저작권 침해를 근거로 하는 손해배상 청구는 이유 없다고 판시하였음.

－ 포장용기의 트레이드 드레스 해당 여부에 관하여, 트레이드 드레스(Trade Dress)는 미국 연방 상표법과 일부 국가들의 법제에서 상표의 일종으로 보호되는 것으로, 상품이나 상품 포장, 영업소 인테리어 등에서 상인

이 자기 상품이나 영업의 고유한 이미지를 나타내기 위해 사용한 외관(색채, 크기, 모양)의 독특한 특징 또는 그 특징적 요소들의 조합물 내지 그로 인하여 형성되는 전체적인 이미지나 느낌(look and feel)까지도 포함함. 우리나라의 경우 아직 ‘트레이드 드레스’를 독립적인 지식재산권으로 보호하는 법률 규정이 없으나 해당 트레이드 드레스의 구체적 내용에 따라 상표법의 입체상표 규정, 디자인 보호법, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 각목 규정 등 각 개별 보호법규에 의하여 간접적으로 보호받을 수 있을 뿐이고, 어떤 트레이드 드레스가 위 법규들이 보호하는 입체상표나 디자인, 상품·영업표지, 상품 형태 등을 내용으로 하지 않고 무형적 특징의 개별 요소 또는 그 복합물, 전체적인 이미지 등을 주된 내용으로 하는 것이라면, 우리 법제하에서는 그 자체로서는 보호받을 수 없음.

이 사건 원고 포장용기는 ① 파스텔 톤 등을 사용하고 ② 상자 형태의 포장용기의 표면에 표시되는 디자인 요소를 포함하고 있을 뿐, 제품의 포장에 필요한 기능적인 요소는 포함하고 있지 않고, ③ 피고 포장용기에는 원고 포장용기의 ①과 같은 특징이 대체적으로 포함되어 있어, 출처에 관한 혼동의 가능성이 있음. 위 같은 사정을 종합하면, 원고 포장용기는 그 외관의 개별적 특징들의 조합으로 인한 독특한 전체적인 이미지를 갖고 있고, 그러한 무형적 요소의 복합물 내지 이미지는 트레이드 드레스의 보호 요건인 식별력, 비기능성, 출처 혼동 가능성을 모두 갖추었다고 함. 위의 사정들을 고려하면 원고는 원고의 포장용기 트레이드 드레스가 식별력과 고객 흡인력을 형성하도록 장기간에 걸쳐 상당한 투자나 노력을 기울여 왔다고 보이므로, 이는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차) 목의 ‘상당한 투자와 노력으로 만들어진 성과물’로 인정할 수 있다고 함.

따라서 피고들의 원고의 트레이드 드레스를 무단으로 사용하여 제품을 판매한 행위는 ‘부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률’ 상 부정경쟁행위에 해당한다고 판시, 법원은 피고들에게 포장용기 사용의 정지 및 이를 사용한 제품의 선전과 광고물의 폐기를 명하는 한편, 부정경쟁행위

외에 따로 민법상 불법행위의 성립의 주장하는 것은 동일한 것을 마치 양립 가능한 별개의 것으로 오인하고 주장하는 것에 불과하여 인정될 수 없다고 판시하였음.

서울연인빵 사건은 가게 인테리어 모방행위가 구 부정경쟁방지법 차목 위반인지 여부가 쟁점이 된 사건이다. 1심법원은 특정 영업을 구성하는 영업소의 형태와 외관, 내부 디자인, 장식, 표지판 등이 각각 개별 요소들로서는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목 내지 자목을 비롯하여 디자인보호법, 상표법 등 지식재산권 관련 법률의 개별규정에 의해서는 보호받지 못한다고 하더라도 그 개별 요소들이 그 전체 혹은 결합되어 ① 본질적으로 식별력이 있거나 2차적 의미를 획득하고, ② 비기능적이며, ③ 트레이드 드레스에 의하여 침해자의 상품이나 서비스의 전체적인 이미지로서의 트레이드 드레스로 평가될 수 있다면 이는 특별한 사정이 없는 한 구 차목(현행 파목)이 규정하고 있는 해당 사업자의 상당한 노력과 투자에 의하여 구축된 성과물에 해당한다고 볼 수 있고 따라서 경쟁자가 이를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용하는 행위는 차목(현행 파목)의 부정경쟁행위에 해당할 수 있다고 판단하였다.¹⁷⁴⁾

서울고등법원 판결¹⁷⁵⁾ 이후 서울연인빵 사건에서 대법원은 빵가게의 인테리어를 부정경쟁방지법 파목 위반을 인정하였다.¹⁷⁶⁾ 대법원은 간판이나 매장 인테

174) 대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 판결의 1심 판결로 서울중앙지방법원 2015. 7. 1. 선고 2014가합529490판결로 이 사건의 하급심 법원의 결론은 나뉘었다.

175) 서울고등법원 2016. 6. 5. 선고 2015나2044777판결.

176) 대법원 2016. 9. 21. 선고 2016다229058 판결. 이 판결에 대한 평석으로 나종갑, “성과 ‘모방’ 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 (카)목의 적용범위 - 서울연인단팥빵사건을 중심으로 -”, 산업재산권 62호 (2020) 151-202면. 나종갑 교수는 카목에 대하여 비판적인 견해를 취하는 학자로서 그는 이 논문에서 “부정경쟁방지법 카목(변경전 차목)은 우리 학계에 많은 해석 논란을 불러일으켰고, 실무적으로도 많은 혼란을 가져왔다. 카목(변경전 차목)의 성격은 부정경쟁행위의 하나로 이해하였어야 함에도 불구하고 이를 일반조항 또는 보충적 일반조항이라고 이해함으로써 거의 모든 지식재산권관련 소송에서 그 침해를 주장하는 만능조항이 되었다. 카목(변경전 차목)은 하나의 부정경쟁행위로서 타인의 이룩한 성과를 취득하여 사용하는 것이 타인의 영업을 파괴하는 기생적 행위를 부정 경쟁행위로 인정하는 것으로 보아야 한다. 그럼에도 불구하고, 부정경쟁방지법의 시작이 모방에 관련되어 있다 보니, 위 조항을 성과 ‘모방’ 조항이라고 하여, 타인이 이룩한 성과의 ‘취득사용’을 ‘성과모방’으로 이해한 것이 카목(변경전 차목)의 해석적용에 혼란을 가져온 근본적인 원인이 있다고 생각된다.”고 보았

리어과 같은 영역으로 트레이드 드레스도 구 부정경쟁방지법 차목의 적용대상으로 보았다. 대법원 판결을 통해서 트레이드 드레스는 상품의 형태, 디자인, 색채 등 다양한 요소들을 포함하고 있어서 상표법이나 디자인보호법상의 보호가 가능하다. 다만 이러한 법의 보호를 받기 위해서는 등록을 필요하고 등록하지 않은 상품의 형태나 색채가 널리 알려진 경우라면 부정경쟁방지법상 보호가 가능하게 되었다.¹⁷⁷⁾

2016년 대법원 판결 이후 2018. 4. 17. 일부 개정을 통해 부정경쟁방지법 제2조 제1호 나목의 ‘그 밖에 영업임을 표시하는 표지’에 ‘상품 판매·서비스 제공 방법 또는 간판 외관 실내장식 등 영업 제공 장소의 전체적인 외관을 포함한다’고 추가하여 트레이드 드레스에 대한 부정경쟁방지법상 보호를 명문화하였다. 영세·소상공인 등이 일정한 기간 노력을 기울인 결과 일반 소비자에게 알려지게 된 매장의 실내·외 장식 등 영업의 종합적 외관을 무단으로 사용하여 영세·소상공인의 영업에 심대한 손해를 끼치는 불공정한 행위가 다양한 형태로 발생함에도 불구하고 현행 영업표지를 보호하는 규정은 이에 대한 보호 여부가 불분명한 부분이 있어 이를 명확히 규정하여 수요자의 이익을 보호할 필요가 있다고 개정이유서에서 밝히고 있다.¹⁷⁸⁾

3. 부정경쟁방지법 카목의 적용은 엄격해야 한다는 견해

구 부정경쟁방지법 차목(현행 파목)의 적용범위에 관하여는 대법원 판결이 선행되기 전에 상당수의 하급심 판결에 의하여는 해석론이 전개되었다. 개별적 구성요건 충족이 곤란하여 적용이 마땅하지 아니할 때 보충적으로만 적용되는 ‘보충적 일반규정’으로 보아야 하며 그 적용에 매우 신중하여야 한다는 취

다.
177) 송선미, 52면.
178) 송선미, 52면.

지로 모아지고 있었다.¹⁷⁹⁾ 서울중앙지방법원은 “일반조항의 도입 이전의 민법상 불법행위 판례가 매우 제한적으로 해당 법리를 적용하여 온 점, 디자인보호법이나 부정경쟁방지법 등의 실정법이 그 입법 목적을 달성하기 위해서 필요한 경우에 그리고 필요한 범위 내에서만 디자인권 등의 보호나 부정경쟁행위를 금지하고 그 이외의 영역에서는 디자인 등의 자유로운 이용이나 자유로운 경쟁을 원칙적으로 허용하고 있는 점, 시장참여자의 입장에서 볼 때 가목 내지 자목에 규정하고 있는 유형의 행위를 함에 있어 부정경쟁방지법이 규정하고 있는 요건을 충족하지 아니하여 법률상 허용된다고 판단하고 그 행위를 하였음에도 부정경쟁행위로 인정될 경우 불측의 손해를 보게 되어 법정 안정성을 저해할 우려가 있는 점, 부정경쟁행위의 일반조항의 지나친 확장해석은 시장경제의 기본인 경쟁의 자유를 과도하게 제한할 우려가 있는 점, 대법원 판례의 법리와 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목은 가목 내지 자목에 규정하고 있는 행위 유형과는 다른, 종래의 지식재산권 관련 제도 내에서는 예상할 수 없어 기존 법률로는 미처 포섭할 수 없었던 유형의 행위로서 가목 내지 자목의 부정경쟁행위에 준하는 것으로 평가할 수 있는 행위를 규율 대상으로 하는 것이라고 해석함이 상당하다는 점 등을 고려하여 일반조항에 대한 적용 여부를 신중하게 고려해야 한다”고 판시한 바 있다.¹⁸⁰⁾

179) 이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1하 차목(변경후 카목)에 대한 연구-부정경쟁행위와 불공정거래 행위의 교차점-”, 정보법학 제22권 제2호 63면. 이규홍 부장판사는 박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 『특허법원 개원20주년 기념논문집』(2018), 831; 특허법원 2017. 9. 1. 선고 2017나1568 판결(확정) 참조문헌과 판례로 제시하였다.

180) 서울중앙지방법원 2015. 6. 10. 선고 2013가합556587, 204가합546662판결.

제2절 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목의 요건별 해설

I. “그 밖에” 라는 문언의 해석: 부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목이 보충적 일반조항인지 여부

1. 견해의 대립

가. 보충적 일반조항이라고 보는 견해; 중복적용부정설

부정경쟁방지법 파목은 부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목부터 차목에 규정된 구체적·개별적 부정경쟁행위에 해당되지 않는 경우에 보충적으로 적용되는 조항으로 법문상으로 이러한 점을 분명하게 하기 위해서 ‘그 밖에’라는 문구를 넣어 개별 조항의 우선 적용을 전제로 일반조항이 적용되는 것임을 명시하고 있다. ‘그 밖에’라는 표현은 파목과 다른 조항은 그 적용 범위가 다르다는 것을 나타내기 위한 것이므로 그 밖에 파목의 부정경쟁행위에 해당하는 경우에는 파목을 중복해서 적용할 수 없다는 근거가 된다.¹⁸¹⁾

지식재산과 관련된 일정한 불법행위가 있는 경우 관련 규정의 적용 순서는 저작권법이나 상표법과 같은 관련 지식재산권법 규정의 적용 여부를 우선적으로 판단하고 다음은 부정경쟁방지법 가목부터 차목까지의 적용 여부를 판단해야 하며 마지막으로 부정경쟁방지법 일반조항의 적용을 고려해야 한다고 한다는 견해가 보충적 일반조항설이라고 할 수 있다.¹⁸²⁾

법 적용에 있어서 문제가 되는 부분은 저작권법의 보호대상이 아닌 대상, 즉

181) 최승재, “제품의 형태와 색채모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고:비아그라 판결과 세레타이드판결을 중심으로”, 상사판례연구 제30집 제2권 (2017) 213면.

182) 최병률, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 적용범위-다른 부정경쟁행위 및 지식재산권과 관련하여-”, 대법원판례해설 (2020) 1153면.

저작물이 아니거나 공정이용이 허용되는 대상인 경우에 저작권법 침해는 인정되지 않겠지만 부정경쟁방지법 차목(현 과목)에 근거한 보호를 주장하는 사건이 다수 있었다.¹⁸³⁾ 법원은 판 히어로 사가 사건에서 저작권 침해는 부정하더라도 부정경쟁행위는 인정하였다. 그 근거로 ① 이 사건 원고 게임은 기존의 ‘매치스리 게임’에 더하여 ‘기본 보너스 규칙’ 및 ‘추가 보너스 규칙’ 등을 포함한 많은 규칙을 최초로 도입하였는데, 이 사건 피고 게임에도 위 규칙들이 동일하게 적용되고 있는 점, ② 이 사건 원고 게임은 2013. 4.경 개발되어 페이스북을 플랫폼으로 하여 출시되었는데, 이 사건 피고 게임은 그로부터 불과 10개월 정도 이후로서 이 사건 원고 게임이 국내 시장에 본격적으로 진출하기 이전인 2014. 2. 11.경 출시된 점, ③ 위와 같은 출시 시점이나 이 사건 원고 게임과의 규칙 및 진행방식의 동일성 등에 비추어 보았을 때, 이 사건 피고 게임은 이 사건 원고 게임에 의거하여 개발된 것으로 봄이 상당한 점, ④ 원고와 피고는 모두 모바일 게임 제작·공급업체로 경쟁관계에 있을 뿐만 아니라, 이 사건 원고 게임과 이 사건 피고 게임 역시 기본적으로 ‘매치스리 게임’ 형식을 취하면서 추가적으로 동일한 각종 규칙을 적용한 동종의 게임인 점, ⑤ 비록 원고의 저작권을 침해하는 정도에 이르렀다고는 볼 수 없으나 게임의 구체적인 실행 형태 등을 살펴보면, 이 사건 원고 게임과 이 사건 피고 게임은 그 표현의 방식, 사용되는 효과, 그래픽 등도 상당히 유사한 점, ⑥ 이에 따라 이용자들 역시 이 사건 원고 게임과 이 사건 피고 게임이 거의 동일하다고 지적하고 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 피고 게임을 출시하여 이를 일반인들에게 제공하는 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 소정의 부정경쟁행위에 해당한다고 보았다.¹⁸⁴⁾

이론적으로는 각 법의 구성요건이 다르므로 각 지식재산권법에 규정된 침해행위는 아니지만 일반조항의 적용이 가능한 경우가 있을 수 있다. 이 경우 일반조항을 적용한다면 입법자가 경쟁자나 일반공중에 의한 자유로운 이용을 허용

183) 최승재, 변호사지 404면.

184) 서울중앙지방법원 2015. 10. 30. 선고 2014가합567553 판결.

하고자 하는 대상에 대하여 우회적으로 이를 부정하는 결과를 초래하므로 이러한 경우까지 일반조항을 적용하는 것은 부당하다.¹⁸⁵⁾

나. 개별적 부정경행위라고 보는 견해: 중복적용긍정설

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가목의 상품주체 혼동행위, 나목의 영업주체 혼동행위, 다목의 저명상표 희석행위, 아목의 주지표시 도메인 이름 사용행위 및 자목의 상품형태모방행위, 차목의 아이디어 탈취행위 등도 모두 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 경쟁자의 상당한 노력과 투자로 구축된 성과물에 무임승차(free riding)하는 행위로 파목의 행위에 포함될 수 있다. 만일 가내지 차목의 각 행위 유형에는 해당하지만 각 목에서 정하고 있는 부정경쟁행위로 인정되기 위한 요건을 일부 갖추지 못한 경우에도 일반조항인 파목이 적용된다면 파목과 별개로 가 내지 차목을 둘 이유가 없지만 가목 내지 차목에서 정하고 있는 개별 요건들은 창작자의 보호와 자유로운 경쟁이라는 두 가지의 가치를 적절히 조화시키기 위한 입법자의 결단에 해당하기 때문에 부정경쟁방지법은 파목의 도입으로 그와 별개로 여전히 가목 내지 차목의 규정을 유지하고 있다. 따라서 파목은 다른 부정경쟁행위 조항들이 적용되지 않는 경우에 적용되는 조항이 아니라 별도의 독자적인 내용을 가진 조항으로 해석되어야 할 것이다.¹⁸⁶⁾

다. 새로운 부정경쟁행위로 보는 견해

파목을 일반조항으로 보게 되면 민법상 불법행위와의 경계가 불분명해지므로 이를 일반조항으로 보아서는 안되고, ‘그 밖에’의 의미는 기존 부정경쟁행위와 구별되는 새로운 부정경쟁행위를 규정한 것이라고 설명하는 견해도 있

185) 최병률, 1151면.

186) 송선미, 45면.

다.¹⁸⁷⁾

2. 법원의 태도

법원은 구 부정경쟁방지법 차목(현행 파목)의 입법 이후 부정경쟁방지법 사건에서 대부분 차목과 함께 민법 제750조 위반 주장이 제기됨에 따라서 구 부정경쟁방지법 차목의 성격을 판단하여야 하는 상황이었다. 초기 하급심 판결은 나뉘었다.

2017년 서울고등법원은 인터넷 및 디지털로 대표되는 새로운 기술의 발달로 인하여 기업의 개발 성과물이 다양한 형태로 나타나고 있고 그러한 개발 노력에 대하여 이를 법적으로 보호해줄 필요가 있음에도 불구하고 타인이 그 성과물을 자신의 경제적 이익을 위하여 도용하는 것은 매우 용이하지만 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법, 저작권법과 같은 기존의 지식재산권법은 물론 부정경쟁행위를 구체적으로 한정하여 열거하는 열거주의 방식을 취한 종래의 부정경쟁방지법 조항으로는 그 보호가 불가능한 상황이 종종 발생하게 됨에 따라 새로운 유형의 부정경쟁행위에 대한 부정경쟁방지법의 포섭범위를 확대하기 위하여 부정경쟁행위에 대한 보충적 일반조항으로서 부정경쟁방지법에 파목이 신설되었다고 봄으로써 보충적 일반조항설을 취했다.¹⁸⁸⁾

서울중앙지방법원을 중심으로 하여 전개된 하급심의 구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목에 대한 태도를 다음과 같이 정리하여 보면, 2가지 큰 유형으로 분류할 수 있다.

187) 나종갑, 82면.

188) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035091판결.

경합적·중첩적 규정으로 보는 판결례				보충적·선택적 규정으로 보는 판결례		
1번 판결	2번 판결	3번 판결	4번 판결	5번 판결	6번 판결	7번 판결
서울중앙지 방법원 2015. 1. 16. 선고 2014가합5 29797 판결	서울중앙지 방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합5 52520 판결	서울중앙지 방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합5 29490 판결	서울중앙지 방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합5 81498 판결	서울고등법 원 2014. 12. 4. 선고 2014나2011 480 판결	서울중앙지 방법원 2015. 6. 10. 선고 2013가합55 687 판결	서울중앙지 방법원 2014. 8. 28. 선고 2013가합55 2431 판결
MCM 상표 가방	고가의 명품 핸드백	제품 표장과 외부간판	과자의 포장재	사진저작물 침해	운동화 디자인	퓨전일본 음식점의 식당 간판과 실내 인테리어
차. 인정	차. 인정	차. 인정	차. 인정	차. 부정	차. 부정	차. 부정

하급심 판결들을 분석해보면 (차)목 침해를 인정한 사건에서는 다른 목에 의하더라도 침해가 인정될 수 있을 것처럼 법리를 실시하고 있는 반면, (차)목 침해를 부정하는 사건들의 경우에는 다른 목에 의한 침해도 인정되지 않고 (차)목도 인정되지 않는다고 하면서 (차)목은 보충적 규정이라고 실시하고 있음을 알 수 있다. 이와 같은 분류의 실익은 실무에서 보충적 규정이 아니므로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (가)목 내지 (자)목의 성립 여부를 굳이 판단할 필요 없이 바로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목의 성립 여부를 주장하고 그 구성요건을 주장·증명하여 경합적·중첩적 규정으로 적용하려고 함을 알 수 있다.¹⁸⁹⁾

3. 검토

부정경쟁방지법 파목은 지식재산을 이용한 부정한 경쟁행위에 대해서는 적용요건의 엄격한 해석에 따라 예외적으로 적용될 수 있지만 적어도 개별 부정경쟁행위 조항의 각 요건이 충족되지 않는 경우에 보충적으로 적용되어서는 안 될 것이다. 파목은 그 자체로 개별적이고 독립적인 조항이다. 다만 보충적 조항이라는 의미는 처음부터 개별 부정경쟁행위 조항의 적용될 수 없는 사안에

189) 최승재, 변호사지 401면.

적용된다는 의미로 봄이 타당하다.¹⁹⁰⁾

II. 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과

1. 타인성과 경쟁 관계의 존재 여부

가. 문제의 소재

부정경쟁방지법은 ‘타인’이라는 용어를 사용하고 있고 그렇다면 반드시 경쟁관계에 있는 경쟁자여야 하는 것은 아니라고 해석될 수 있다. 반면 부정경쟁방지법은 부정경쟁을 방지하기 위한 법인데, 경쟁자가 아닌 경우에도 파목의 적용이 있다고 하는 것은 부정경쟁방지법의 취지와 부합하지 않는다고 볼 수 있다.

나. 견해의 대립

1) 경쟁관계불요설

이와 관련하여 대법원 판결 중 부정한 경쟁행위로 인한 불법행위 법리가 기본적으로 경쟁자 사이의 부정경쟁행위를 규제하기 위한 것이기는 하나 파목은 ‘경쟁자’가 아닌 ‘타인’이라는 용어를 사용하고 있고 이러한 타인이라는 용어는 부경법의 다른 조문에서도 사용되지만 문언해석상 경쟁자에 국한된다고 보기 어려우므로 이를 경쟁자에 국한되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다는 견해가 있다.¹⁹¹⁾

2) 경쟁관계요구설

그러나 부정경쟁방지법은 부정경쟁행위를 규율하기 위한 것이고 이러한 부정경쟁은 경쟁자 사이에 발생하는 것이 대부분이고, 이 조항에 의해 금지되는

190) 송선미, 48면.

191) 문선영 집필부분, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020) 210면.

행위는 타인의 성과를 자신의 영업을 위하여 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 것이므로 경쟁 관계가 아닌 성과 등 무단사용행위가 타인의 경제적 이익을 침해할 가능성은 적으며, 이 조항은 대법원 결정의 내용과 문구를 기초로 하여 부정경쟁방지법에 도입된 것으로 위 결정에서 불법행위의 상대방을 경쟁자로 한정하고 있고, ‘타인’을 사용한 다른 조항들보다 과목은 추상적 포괄적으로 규정되어 있는 점, 부정경쟁방지법 과목과 유사한 독일의 성과모방행위 조항이 경쟁자의 지위에 있을 것을 요구하고 있는 점, 위법성의 요건으로 경쟁 질서에 반하는 방법으로 사용할 것을 요구하는 점 등에 비추어 보면 여기에서의 ‘타인’은 특별한 사정이 없는 한 경쟁자에 한정된다고 보는 것이 타당하다.¹⁹²⁾

다. 법원의 태도

대법원도 ‘권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁 관계에 놓일 가능성이 있는지’를 고려해야 한다고 판시하고 있어서 ‘타인’의 범위는 경쟁상대방으로 제한하여 해석하여 부정경쟁방지법 과목에서 규정하고 있는 ‘타인’은 ‘경쟁 관계’의 존재를 의미한다고 본다.¹⁹³⁾

2. 상당한 투자나 노력으로 만들어진 ‘성과(Leistung)’

가. 부정경쟁방지법 과목의 성과는 성과모용의 대상이 되는 것이다. 상당한 투자나 노력에 의해 만들어진 ‘성과 등’인지는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업 분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단해야 한다.¹⁹⁴⁾ 부정경쟁방지법 과목이 다른 부정경쟁행위 조항의 보충규정인 점을 고려하면 다른 조항의 보호법익에 대한 투자나 노력에 상응하는 정도가 요구될 것이다. ‘성과 등’을 판단할 때에는 성과물이

192) 이규홍, 84면.

193) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

194) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다.¹⁹⁵⁾

실무에서 법원은 성과의 증명과 관련하여 경제적, 재무적인 투자 등과 같은 객관적인 근거에 의하여 판단하려고 하는 경향을 보이는 것으로 보인다. 대법원은 성과의 의미에 대해서 골프존판결¹⁹⁶⁾, BTS판결¹⁹⁷⁾ 등에서 부정경쟁방지법 파목은 그 보호 대상인 ‘성과 등’의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로 유형물 뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다고 판단하고 있다.

나. 법원은 골프존 판결에서 골프장의 골프코스 자체는 설계자의 저작물에 해당하나 골프 코스를 실제로 골프장 부지에 조성함으로써 외부로 표현되는 지형, 경관, 조경요소, 설치물 등이 결합된 ‘골프장의 종합적인 이미지’는 골프 코스와는 별개로 골프장을 조성·운영하는 원고들의 상당한 투자와 노력으로 만들어진 ‘성과’에 해당하므로 원고들의 허락을 받지 않고 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린 골프 시뮬레이션 시스템용 3D 골프코스 영상을 제작·사용한 행위는 원고들의 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 방법으로 피고들의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 원고들의 경제적 이익을 침해하는 행위라고 판단하였다.¹⁹⁸⁾

다. 경쟁적 특성을 가지고 출처표시기능을 수행하는 성과일 필요는 없음

이와 관련하여 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과’라고 해도 파목의 보호대상이 아닐 수 있다는 의문을 제기하는 논자가 있다.¹⁹⁹⁾ 이와 관련하여

195) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217849판결.

196) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

197) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마6525결정.

198) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

199) 문선영 집필부분, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020) 210면.

독일 부정경쟁방지법 제4조 제9호 a), b), c)에서 성과물 모방행위를 규정하고 있는 바, 여기서는 경쟁적 특성이 있는 성과물일 것을 요구한다. 여기서의 경쟁적 특성이란 상품의 특정형태 또는 특정 구성요소가 해당 거래업체로 하여금 상품의 영업상 출처나 상품의 특색을 인식할 수 있도록 하는 경우를 의미하는 바, 우리 부정경쟁방지법 과목은 이와 같은 제한을 규정하고 있지 않으므로 반드시 경쟁적 특성을 가지고 출처표시기능을 수행하여야 하는 것으로 해석되는 것은 아니라고 본다.²⁰⁰⁾

라. 성과의 적법성

이 때의 성과는 적법한 성과이어야 한다. 그러므로 부정경쟁방지법이 건전한 거래질서를 유지함을 목적으로 한다는 점을 고려하면 법률에 위반하여 불법적으로 수집된 개인정보, 의료정보, 신용정보 등은 포함되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.²⁰¹⁾

Ⅲ. 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법

1. 판단방법: 개별적·구체적 판단

가. 부정경쟁행위 과목이 영리 행위를 규제하는 경우 그로 인한 영향은 그 영리 행위와 관련된 특정한 당사자들뿐만 아니라 산업 분야의 거래 관행에 부합하는지, 그 행위를 규제함으로 인해 그 산업 분야에 악영향을 미치는지 현재 또는 장래의 기술 발전이나 소비자들에게 미치는 영향을 종합적으로 고려하여 그 행위를 규제하는 것이 사회 전반의 이익에 부합되는 것이 명백한 경우에 한하여 위법성을 인정하는 것이 바람직하다.²⁰²⁾ 참고로 파리협약 제10조의2는 산업상 또는 상업상 공정한 관행(honest practices)에 반하는 모든 행위는 부정

200) 위 책, 211면.

201) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사 226면.

202) 이규홍, 86면.

경쟁에 해당한다고 규정하고 있다. 부정경쟁방지법 과목에서도 ‘공정한 관행이나 경쟁질서에 반할 것’을 요구하고 있다. 공정한 관행의 의미에 대해서는 거래 관행이나 사회적 효용을 참작하여 구체적으로 판단하는 것이 타당하다.²⁰³⁾

나. 대법원이 개별 사안에서 판단한 바를 정리하여 보면 다음과 같다.

① 법원은 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지를 사용하기 위해서는 계약 등을 통해 제휴나 협업을 하는 것이 공정한 상거래 관행에 부합하는 것으로 볼 수 있어서 ‘타인의 동의없이 수요자들에게 널리 알려진 타인의 상품표지에 스스로 창작한 도안을 부착하여 상업적으로 판매하는 행위’를 공정한 상거래 관행에 부합하지 않는다고 판단하고 있다(에르메스 눈알 가방 사건).²⁰⁴⁾

② 대법원은 골프존 판결에서, ‘원고들의 허락을 받지 않고’ 골프장의 모습을 거의 그대로 재현한 스크린 골프 시뮬레이션 시스템용 3D골프 코스 영상을 제작·이용한 행위가 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 행위라고 보았다.²⁰⁵⁾

③ 대법원은 ‘BTS’ 판결에서 연예인의 이름과 사진 등을 상품이나 광고 등에 사용하기 위해서는 ‘연예인이나 소속사의 허락을 받거나 일정한 대가를 지급하는 것이 엔터테인먼트 산업 분야의 상거래 관행인 점’을 감안하면 통상적인 정보제공의 범위를 넘어 특정 연예인에 대한 특집 기사나 사진을 대량으로 수록한 별도의 책자나 DVD 등을 제작하면서 연예인이나 소속사의 허락

203) 송선미, 53면.

204) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847판결.

205) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467판결.

을 받지 않거나 대가를 지급하지 않는 것이 상거래 관행이나 공정한 거래질서에 반하는 행위라고 판단하였다.²⁰⁶⁾

④ 대법원은 ‘해운대 암소 갈비 사건’에서 상거래 관행이나 경쟁 질서에 반하는 무단 사용에 해당하기 위해서는 권리자와 침해자가 경쟁 관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁 관계에 놓일 가능성이 있는지, 권리자가 주장하는 성과 등이 포함된 산업 분야의 상거래 관행이나 경쟁질서의 내용과 그 내용이 공정한지, 위와 같은 성과 등이 침해자의 상품이나 서비스에 의해 시장에서 대체될 수 있는지, 수요자나 거래자들에게 성과 등이 어느 정도 알려졌는지 수요자나 거래자들의 혼동가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하면서 추가적으로 이용의 목적 등 이용자의 주관적 인식 및 악의, 이용의 방법, ‘성과’의 취득 경위, 이용(모방)의 정도, 이용까지의 시간적 간격, 투자 동기(인센티브)에 미치는 영향, 공공의 이익, 당사자들 사이의 이익 균형 등을 고려해야 할 필요가 있다고 판시하였다.²⁰⁷⁾

2. 무단사용

가. 파목의 ‘사용’은 타인의 성과를 본래 목적에 따라 영업활동에 이용하거나 연구, 개발사업 등에 활용하는 등으로 기업 활동에 직접 또는 간접적으로 이용하는 행위를 말한다.²⁰⁸⁾ 부정경쟁방지법 파목 위반행위는 타인의 성과를 자신의 영업에 무단으로 사용하는 것으로 무임승차(free riding)행위를 말한다. 부정경쟁방지법 파목의 사용 (행위)은 원칙적으로 성과 그 자체를 가져오는 것 또는 유체물의 경우 이에 준하여 완벽하게 동일하게 모방하는 것을 의미하는 것으로 보아야 하고 이에 이르지 않는 경우에는 민법상 불법행위로 규율해야 한다.²⁰⁹⁾

206) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마6525결정.

207) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847판결.

208) 문선영 집필부분, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020) 211면.

209) 이규홍, 88면.

이런 점에서 ‘자신의 영업을 위하여’ 무단사용하는 것이 아닌 공익을 위한 사용이나 그밖에 영업 이외 다른 목적으로 사용하는 경우에는 파목의 무단사용이라고 할 수 없다. 그리고 성과 등 귀속 주체의 허락이 있는 경우에는 무단사용이 아님은 당연한데, 이때 허락은 명시적인 허락은 물론 묵시적인 허락도 포함한다.²¹⁰⁾

나. 대법원은 방송사들이 조사한 선거예측결과를 무단으로 사용한 행위가 전형적인 부정취득사용에 해당한다고 판단하였다.²¹¹⁾

IV. 경제적 이익의 침해

1. ‘경제적 이익’의 의미

가. 파목이 금지하는 행위는 타인의 성과물을 무단으로 이용하여 ‘타인의 경제적 이익을 침해’하는 행위이다. 여기서 타인의 경제적 이익을 침해한다는 것은 결국 타인에게 경제적 손해를 입게 한다는 의미이다.²¹²⁾ 부정경쟁방지법 파목은 경제적 이익을 침해하는 행위라고 규정하고 있어서 경쟁자인 타인에게 손해를 가하지 않는 경우에는 부정경쟁행위에 해당하지 않는다. 여기서 경제적 이익의 침해란 성과 등과 관련된 영업상의 이익은 물론 명성, 신용, 고객흡인력, 영업 가치, 기술상 또는 영업상 정보와 같은 무형의 이익도 포함한다.²¹³⁾

210) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사 210면. 이 책에서는 묵시적 허락의 예로 도급인과 수급인의 관계에서 수급인이 수급 업무를 수행함에 있어서 도급인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과를 이용하는 것이 당연히 예정되어 있는 경우에는 묵시적인 허락에 의한 사용으로 볼 수 있다고 한다.

211) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017다211039판결.

212) 최정열·이규호, 「부정경쟁방지법」, 진원사 210면.

213) 문선영 집필부분, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020) 213면.

나. 여기서 ‘경제적 이익’은 원칙적으로 현존하는 이익이어야 하고 장래에 발생할 잠재적 이익도 이에 포함된다. 경제적 이익이란 사회통념상 독자적인 이익으로 승인될 정도에 해당해야 하는 것으로 단순히 성과 등의 사용이익으로 보게 되면 저작권법상 보호 여부와 관계없이 경쟁사업자가 해당 성과 등을 허락없이 이용하는 것만으로도 성과물 소유자의 경제적 이익을 침해하는 것으로 볼 수 있으므로 그러한 성과물을 통해 이루어지고 있는 경쟁사업자의 영업 활동으로부터 발생하는 이익이라고 보아야 한다.²¹⁴⁾

다. 증명의 정도

파목의 부정경쟁행위를 이유로 해서 침해금지청구나 손해배상청구를 하는 경우 경제적 이익침해의 증명을 구체적으로 해야 하는 것인지 추상적으로 경제적 이익침해의 가능성을 증명하면 족한 것인지의 문제가 있다.

파목의 취지를 고려하면 반드시 구체적인 손해의 증명을 하여야 하는 것은 아니며, 침해금지청구를 함에 있어서 경제적 이익침해에 대한 높은 개연성을 증명하면 족하다고 할 것이다.²¹⁵⁾ 반면 손해배상청구의 경우에는 손해의 수액이 증명되어야 함이 타당하며 만일 손해액이 증명되지 않으면 다른 손해배상소송의 경우와 마찬가지로 변론의 전취지에 의하여 인정하게 될 것이다.

2. 경제적 이익의 침해

가. 의의

‘경제적 이익의 침해’란 ‘법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해’를 말한다. 상품표지가 파목으로 보호할 만한 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 갖는 경우에 해당하는지를 판단함에 있어서는 상품과 관련하여 축적된 명성·

214) 유대종·신재호, “부정경쟁방지법에 의한 아이디어 보호의 비판적 검토”, 창작과 권리 제83호 (2016) 80면.

215) 최정열·이규호, 211면.

신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도가 상품·영업표지에 화체되고 그 재산적 가치가 구체적으로 실현되어야 한다. 그리고 이 때의 재산적 가치는 상품표지가 갖는 재산적 가치에 대한 구체적인 평가는 상품표지가 해당 사업 분야에서 차지하는 비중 및 경쟁력과 함께 상품표지의 사용기간, 사용 방법, 사용 태양, 사용범위, 매출액, 시장점유율, 광고선전의 방법·횟수·기간·수상내역, 언론보도 내역, 온라인 정보의 양과 질, 거래실정 등을 종합하여 상품·영업표지에 화체된 명성·신용·고객흡인력·품질에 대한 신뢰도의 재산적 가치를 추단하는 방법을 통해서 판단할 수 있다.²¹⁶⁾

나. 법원의 판단

이와 같은 기준에 의해서 대법원은 다음과 같은 사안에서 경제적 이익의 침해를 인정하였다.

① 대법원은 소속사가 아이돌 그룹의 명성·신용·고객흡인력이 상당한 수준에 이르도록 상당한 투자와 노력을 한 경우 이러한 고객흡인력이 화체된 연예인의 이름과 사진 등의 표지를 무단으로 사용하는 행위는 소속사의 ‘경제적 이익을 침해’ 하는 행위로 판단한 바 있다.²¹⁷⁾

② 대법원은 경쟁사업자가 해외 유명인의 사진을 합성하여 만든 이미지를 자신의 쇼핑몰에 복제·도방하여 게시한 행위도 보호가치 있는 영업상 이익을 침해하는 행위로 판단하였다.²¹⁸⁾

다. 부정경쟁방지법 과목의 부정경쟁행위로 인한 금지청구권 행사주체

과목의 부정경쟁행위로 인한 금지청구권을 행사할 수 있는 자는 자신의 상당

216) 서울고등법원 2020. 10. 22. 선고 2019나2058187판결.

217) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마6525결정.

218) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2015다225967판결.

한 노력과 비용으로 성과를 만든 자와 이로부터 그 성과와 관련된 모든 권리나 법률상 지위를 승계한 자가 모두 해당한다.²¹⁹⁾

V. 특별한 사정의 존재

1. 판단기준

과목에서의 ‘특별한 사정’의 존재는 과목에 규정된 요건은 아니다. 그러나 다음 법원의 판결에서 보는 바와 같이 특별한 사정을 판단을 위한 고려요소로 보고 있다. 특허법원은 상품표지의 사용으로 인한 성과물에 대하여 일반조항에 따른 보호를 인정할 수 있는지 여부는 그러한 성과를 이루기 위해 들인 투자나 노력의 정도, 성과의 사회적·경제적 가치의 정도, 상대방의 행위로 인하여 침해되는 이익의 정도, 모방의 정도, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 정도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여, 기존의 개별 조항들에 준하는 정도의 보호를 할 필요가 있는지의 관점에서 매우 신중하게 판단하여야 하며, 이를 판단하는 경우에 기존의 개별 조항들에 의한 법적 보호의 공백이 있는 영역을 메워줄 필요가 있는 특별한 사정이 있는지도 함께 살펴보아야 하는데, 상품표지·영업표지·상품형태 등 기존의 개별 조항들에 의하여 보호될 수 있는 적격이 있는 식별표지의 경우에는 위와 같은 특별한 사정들을 인정받는 것이 상대적으로 더 어렵다고 판단하였다.²²⁰⁾ 이런 특별한 사정의 판단도 결국 개별적구체적으로 사안에 따라서 판단할 수밖에 없다.

2. 적용사례

법원은 지식재산권의 보호 대상이 아닌 타인의 성과는 원칙적으로 자유롭게 이용할 수 있는 영역이므로 그 이용을 규제하기 위해서는 일정한 합리성이 인정되어야만 하고 이러한 합리성의 근거는 그 이용행위의 위법성, 즉 타인의

219) 문선영 집필부분, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020) 213면.

220) 특허법원 2017. 10. 19. 선고 2016나56판결.

성과를 이용하는 행위가 경쟁사회의 공통규범인 경쟁자 간의 공정하고 자유로운 경쟁의 확보라는 원칙에 비추어 상당하지 아니할 것에 있다고 하면서, 지식재산권법에 의하여 보호되지 않는 타인의 성과는 재산적 가치를 갖는다고 하더라도 자유로운 모방과 이용이 가능하고 이러한 자유로운 모방과 이용이 제한되기 위해서는 ‘특별한 사정’이 존재해야 한다고 판시하였다.²²¹⁾

위 판결에서 법원은 특별한 사정의 의미에 대해서, ① 성과물의 이용행위를 보호해주지 않으면 그 성과물을 창출하거나 고객흡인력이 있는 정보를 획득한 타인에 대한 인센티브가 부족하게 될 것이 명백한 경우, ② 절취등 부정한 수단에 의하여 타인의 성과나 아이디어를 취득한 경우, ③ 선행자와의 계약상 의무나 신의칙에 현저히 반하는 양태의 모방행위, ④ 의도적으로 경쟁자의 영업을 방해하거나 경쟁지역에서 염가로 판매하거나 오로지 손해를 줄 목적으로 성과물을 이용하는 경우, ⑤ 타인의 성과를 토대로 하여 모방자 자신의 창작적 요소를 가미하는 연속적 모방이 아닌 타인의 성과를 대부분 그대로 가져오면서 모방자의 창작적 요소가 거의 가미되지 아니한 직접적 모방에 해당하는 경우를 의미하는 것으로 판단하였다.²²²⁾

요컨대 위 법원의 판단사례에 의하면, 타인의 성과 모방이나 이용행위의 경과, 이용자의 목적 또는 의도, 이용의 방법이나 정도, 이용까지의 시간적 간격, 타인의 성과물의 취득경위, 이용행위의 결과 등을 종합적으로 고려해야 하여 거래 관행상 현저히 불공정하다고 볼 수 있는 경우가 ‘특별한 사정’에 해당한다고 판단하는 것으로 보인다.²²³⁾

221) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035901판결; 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결; 서울고등법원 2016. 11. 24. 선고 2015나2049789판결.

222) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035901판결; 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결; 서울고등법원 2016. 11. 24. 선고 2015나2049789판결.

223) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2016나2035901판결; 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761판결; 서울고등법원 2016. 11. 24. 선고 2015나2049789판결.

제3절. 부정경쟁방지법 타목과 파목의 관계

[타인성과물 모용행위 관련 : 파목의 요건 판단기준]

I. 도입

구 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목은 2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서 추가된 부정경쟁행위의 하나로, 종전 부정경쟁방지법의 적용 범위에 포함되지 않았던 새로운 유형의 부정경쟁행위에 관한 규정을 신설된 것이라는 점은 앞서 설명한 바와 같다. 이는 새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다.²²⁴⁾

위와 같은 법률 규정과 입법 취지 등을 종합하면, (차)목은 그 보호대상인 ‘성과 등’의 유형에 제한을 두고 있지 않으므로 유형물뿐만 아니라 무형물도 이에 포함되고, 종래 지식재산권법에 따라 보호받기 어려웠던 새로운 형태의 결과물도 포함될 수 있다. ‘성과 등’을 판단할 때에는 위와 같은 결과물이 갖게 된 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 사업 분야에서 결과물이 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려해야 한다. 이러한 성과 등이 ‘상당한 투자나 노력으로 만들어진’ 것인지는 권리자가 투입한 투자나 노력의 내용과 정도를 그 성과 등이 속한 산업분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적·개별적으로 판단하되, 성과 등을 무단으로 사용함으로써 침해된 경제적 이익이 누구나 자유롭게 이용할 수 있는 이른바 공공영역(공공영역, public domain)에 속하지 않는다고 평가할 수 있어야

224) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결.

한다.²²⁵⁾

이런 부정경쟁방지법 파목의 문언 및 입법취지를 고려하면 신설된 부정경쟁방지법 타목과의 관계에서 양자의 관계에 대해서는 2가지 견해가 가능하다고 본다.

① 1안은 차목은 보충적 일반규정이므로 만일 본 타목의 요건이 구비되면 타목만이 적용될 뿐이며, 차목은 굳이 검토할 필요가 없다는 견해이다.

② 2안은 차목은 부정경쟁방지법상 금지행위의 하나이므로 만일 양자의 요건이 모두 구비되면 양자는 청구권 경합관계에 있는 것으로 어느 하나가 다른 하나의 적용을 배제할 이유가 없다는 것이다.

새로이 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고, 입법자가 부정경쟁행위의 모든 행위를 규정하지 못한 점을 보완하여 법원이 새로운 유형의 부정경쟁행위를 좀 더 명확하게 판단할 수 있도록 함으로써, 변화하는 거래관념을 적시에 반영하여 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이라고 보는 대법원 판결²²⁶⁾에 의하면 1안과 같이 적용에 있어서 우선순위를 정해서 판단할 것이다.

II. 부정경쟁방지법 파목과 물건의 퍼블리시티

1. 물건의 퍼블리시티는 부정경쟁방지법 타목의 보호 범위는 아님

물체, 생물·무생물, 경치, 경관의 퍼블리시티 가치의 이용물에 퍼블리시티권이 있는지 여부가 문제된다. 이 쟁점은 일본에서는 판례상 있었던 것으로 우

225) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결.

226) 대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217847 판결.

리 부정경쟁방지법 타목은 사람을 대상으로 함으로 타목의 보호 범위는 아니다.

미국 법원도 사람이 아닌 물건의 퍼블리시티권 침해를 부정한 판례가 있다. 콜롬비아 영화가 알 존슨의 전기를 영화로 만들었을 때 영화 중 뉴욕주의 유명한 윈터가든 극장 외부와 내부를 본뜬 화면이 있었다. 극장 주인은 본 관객은 분명히 윈터가든 극장이라고 생각한다며 뉴욕주법 프라이버시 조항이 규율되는 타인의 성명을 이용한 것이라고 주장했다. 그러나 주법이 보호하고 있는 것은 자연인뿐이라며 원고의 청구를 기각했다.²²⁷⁾

소유권은 유체물을 그 객체로 하는 권리이므로(민법 제206조, 85조), 퍼블리시티가치와 같은 무체물(무체재산권)을 권리의 내용으로 포함하는 것이 아니다.²²⁸⁾ 따라서 퍼블리시티라는 재산적 가치는 소유권의 내용의 일부라고는 관념할 수 없고, 소유권과는 별개의 성질의 권리로 해석할 수밖에 없다. 단, 퍼블리시티 가치는 어디까지나 물건 자체의 명칭 등에 의해 발생하므로 소유권과 떨어져 관념할 수 없는 것이라고 하지 않을 수 없으며, 소유권에 부수되는 성질을 가진 것으로 해석된다.

2. 부정경쟁방지법 파목의 적용여부

그러나 부정경쟁방지법 파목의 적용여부는 문제될 수 있다고 본다. 위의 미국 법원의 판결 사안의 경우에도 부정경쟁방지법 파목의 타인성과 모용행위가 성립될 가능성은 있다고 본다. 일본에서의 일련의 판례들을 통해서 이 쟁점을 둘러싼 사례를 살펴본다.

① 광고용 가스기구 사건²²⁹⁾

227) Shubert v. Columbia Pictures Corp., 189 Misc. 734, 72 N.Y.S. 2d 851 (1947).

228) 최고재 1974년 1월 20일 판결민집 38권 1호 1쪽.

소유권의 성질에 대하여 1심과 동일하게 일반적으로 물건의 소유자는 그 소유권의 범위를 벗어나거나 혹은 타인의 권리·이익을 침해하는 결과가 되는 경우를 제외하고는 그 소유물을 어떠한 수단·방법에 의하여도 사용할 수 있으며, 제3자는 소유자로부터 사용수익을 승인 받은 경우를 제외하고는 직접이던 간접이던 타인의 소유물을 이용하는 것에 의해 소유자의 사용수익을 저해해서는 안 되는 법적 관계에 있는 것이라고 해야 한다. 무엇보다 본건 기구는 이미 공개된 것이므로 일반인이 이를 촬영하여 감상하고, 혹은 언론인이 촬영하여 보도사진으로 게재하는 것은 소유자인 항소인이 승인한 것으로 인정되나, 그 이유로 본건 기구를 촬영한 사진을 소재로 하는 포스터를 작성하여 선전활동을 하는 항소인의 사용목적 달성을 저해하게 될 수도 있는 양태의 이용대상으로 하는 것까지 승인된 것으로 추인할 수 없으며, 후지타 아사(筆田麻, 기구 촬영자), 중앙광고 내지 피항소인들 중 하나가 본건 기구를 촬영하여 그 사진을 선전광고용으로 제공하는 것에 있어서 항소인의 승낙을 얻었음을 인정하게 할 증거는 없다고 하여 상업적 사용을 위해서는 허락을 받아야 한다고 보았다.

② 안진경 자서고신첩 사건²³⁰⁾

원고 X는 어째서 해당 소송과 무관한 A의 수집과 관련된 동양문자를 인식할 수 있는 목적류 등을 다수 소장하고, 이 소장품들을 입장료를 받아 전시하고 유료로 복제를 허가하고 있는 재단법인의 박물관(재단법인 서예박물관)에서 A씨의 사후, A씨가 수집하던 안진경 진적의 「안진경 자서건중고신첩」을 승계했다.

또한, A가 살아있던 쇼와 초기, 왜인지 해당 소송과는 무관한 B에 대하여 그가 수집하고 있던 안진경 진적 「안진경 자서건중고신첩」의 사진촬영을 허

229) 도쿄고재 1988년 9월 28일 판결 재판집 3집 846쪽 초상권 판례집 869쪽.

230) 도쿄 지재에서 1972년 1월 25일 판결 판례시보 1028호 35쪽 판례 타임즈 471호 150쪽, 도쿄 고재에서 1972년 11월 20일 판결 무체집 14권 3호 780쪽, 판례시보 1063호 208쪽 판례 타임즈 483호 158쪽, 최고재 1984년 1월 20일 판결.

가하고, 사진건판의 작성 및 그 복제물의 제작반포를 인정하고 있었다. 1968년 피고 Y는 B의 상속인으로부터 사진건판을 양도받았다. 1980년, Y는 이 사진건판을 이용해 「자서고신첩」을 복제했고, Y(1)는 편집자 겸 발행자로서 이 복제물을 그 일부로 하는 간행물을 작성해 출판사 Y(2)에서 정가 6600엔에 500부 인쇄 발행했다. X는 Y(1)Y(2)들의 복제는 X의 허락 없이 이루어진 것으로 X의 「자필고신첩」의 소유권을 침해하는 것으로 본건 간행물 판매금지 및 본건 간행물 중 「자필고신첩」의 복제부분을 폐기할 것을 요구하여 고소하였다.

도쿄지방법원은 1972년 1월 27일, 소유자는 유체물에 대한 배타적인 이용·지배권능을 가지는 데 그치고 무체물에 대해서는 아무런 권능을 가지지 않는다고 하여 원고의 청구를 기각하였다. 원고는 실무상 원고주장과 같은 관행이 있다고 주장하였으나, 법원은 구체적인 양태 여하에 따라서는 소유자가 복제허락의 대가로 일정한 경제적 이익을 얻는 것에 대해 갖는 정당한 이익을 침해하는 것으로서 불법행위가 성립하고 손해배상책임을 부담해야 하는 경우가 없지 않을 것이고 판시하였다.

도쿄 고등법원 1972년 11월 29일 판결은 1심 판결을 유지하였다. 2심에서 항소인 X는 소유권의 내용으로서 미술작품의 경우 저작권의 존속기간이 있는 동안은 저작권법의 제약에 따르고, 이 기간이 만료되면 즉시 누구든지 그 저작물의 자유로운 이용을 할 수 있는 것은 아니며, 원작품의 소유자가 원작품의 영상이나 사진의 배타적 지배권을 갖는다고 주장하며, 제3자에 의한 위작품의 영상이나 사진의 이용이 위 원작품의 소유자가 가진 사용수익권을 해하는 결과가 되는 때에는 소유자는 그 소유권에 기초하여 이를 금지할 수 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 받아들이지 않았다.

최고재판소 1964년 1월 20일 판결도 “저작권 소멸 후에 제3자가 유체물로

서의 미술 저작물의 원작품에 대한 배타적 지배권능을 침해하지 않고 원작품의 저작물 면을 이용하였다고 하더라도 위 행위는 원작품의 소유권을 침해하는 것이 아니라고 해야 한다.”고 판결하였다.²³¹⁾ .

③ 대형 살롱 크루저 사건²³²⁾

대형 살롱 크루저가 Y(수입판매업자)로부터 A, 이어서 X(호텔경영자)에게 팔렸다. Y는 크루저의 사진을 A의 허락을 받아 Y의 선전광고용으로 잡지에 게재하도록 음화지를 잡지사에게 보냈다. 이후 Y는 크루저의 소유권이 A에서 X로 이전된 사실을 알았으나 X의 승낙을 받지 않았고 잡지 게재 중지 절차도 밟지 않았다. X는 크루저가 잡지에 실리는 바람에 크루저가 팔고 있고 호텔도 팔고 있다는 등의 소문이 나 신용 명예가 침해됐다고 손해배상을 요구했다. 코베 지재 이타미 지부는, 타인 소유의 크루저의 사진을 무단으로 잡지 게재해, 그 때문에 타인의 신용 명예를 침해했을 때는, 그 손해를 배상할 책임이 있다고 해 100만엔의 배상을 명했다.

④ 경주마 게임 사건²³³⁾

경쟁마의 마명(馬名)에 대하여 퍼블리시티권이 인정되는가? 나고야 지방법원 1999년 1월 19일 판결은 경쟁마의 인기를 상업적으로 이용하려고 한 경우에는 저명인과 동일한 고객흡인력을 발휘한다. 저명인에 대하여 인정되는 퍼블리시티권, 프라이버시권이나 초상권이라는 인격권과는 별도로 개별 독립의 경제적 가치로 해석되고 있으므로, 반드시 퍼블리시티의 가치를 가지는 자를

231) 이 판결에 비판적인 견해로 구마쿠라 사다오 「기업의 경쟁행위와 불법행위—상관관계설의 영향과 민법학에 대한 기대」(코가 테쓰오·야마모토 다카시편 「현대불법행위법학의 분석」 114쪽 이하. 구마쿠라 변호사는 첫째, 미술관, 박물관 소장물의 복제 관행에 대한 위배, 전전(戰前)촬영 사진의 건판으로 복제 출판하는 행위는 위법성을 갖는다고 보면서, 박물관 소장 문화재의 소유권은 이러한 경제적 이용권을 배타권으로서 포함하고, 그 침해는 위법성을 갖는다고 주장한다.

232) 코베 지재 이타미 지부 1991년 11월 28일 판결 판례시보 1412호 136쪽.

233) 나고야 지재 2000년 1월 19일 판결.

인격권을 가진 저명인으로 한정할 이유는 없다고 말할 수밖에 없다. 이러한 물건의 명칭 등이 가지는 퍼블리시티의 가치는 그 물건의 명성, 사회적 평가, 지명도 등으로부터 파생되는 것이라고 할 수 있으므로, 그 물건의 소유자에게 귀속되는 재산적인 이익 내지 권리로서 보호해야 한다며 퍼블리시티권을 인정했다.

3. 검토

자신의 애견 사진이 무단으로 광고에 이용된 것을 호소한 사건에서 원고의 프라이버시 침해는 없다고 한 미국의 판결이 있다.²³⁴⁾ 그러나 물권에 대한 사진 이미지의 무단사용은 타목의 보호대상은 아니지만, 차목의 보호대상이 될 수 있다. 그 물건이 부정경쟁방지법에 의해 보호되어 결과적으로 초상권을 얻게 되는 경우라고 할 수 있다. 부정경쟁방지법상 수요자 간에 널리 인식되는 상품 등 표시 혼동야기행위 금지 규정(passing off)에 의한 규율이 가능한 경우도 있다고 본다.²³⁵⁾ 만일 널리 알려진 경우가 아니라고 하더라도 우리 부정경쟁방지법 차목의 성과모용행위의 요건을 구비하면 부정경쟁행위로서 금지될 수 있다.

III. 일반인의 퍼블리시티

1. 서설

2016년 법무부에서 퍼블리시티권 입법화에 대한 용역을 발주하면서 일반인도 퍼블리시티권에 의해서 보호할 것인지 여부에 대한 논의를 공론화한다고 한다.²³⁶⁾ 일반인의 경우에도 퍼블리시티권을 인정한 하급심 판결이 한 차례

234) Lawrence v. Yila, 184 Misc. 807, 55 N.Y.S. 2d 343(1945).

235) 최고재판소 1997년 7월 17일 판결(민집 44권 5호 876쪽).

236) 법무부는 ‘퍼블리시티권 입법화’를 연구할 용역 수행자를 선정하는 중이라고 밝혔다. 선정은 이달 중 마무리될 예정이며 연구 범위는 △퍼블리시티권의 범위 △입법의 타당성 △입법형식(민법 개정, 별도의 단행법 제정 등) 및 구체적 규율 방안이다. 법무부 관계자는 “이번 연구는 유명인에만 한정되

있지만 이 판결에 대해서도 일반인에게 퍼블리시티권을 인정한 것인지 여부에 대해서는 생각이 다르다. 일반적으로 퍼블리시티권을 유명권으로 보고 유명인이 아닌 경우에는 퍼블리시티권이라는 권리 자체가 인정되지 않는 것으로 보는 것이 일반적인 것으로 보인다. 물론 명확하게 일반인에게 인정되는지 여부를 정면에서 쟁점으로 검토한 것으로 아니지만 대부분 이를 전제로 하는 것으로 보인다.

기본적으로 퍼블리시티권은 인간의 권리이다. 인간이 자신의 성명이나 초상 등 자신의 동일성(identity)을 식별할 수 있는 특징을 상업적으로 활용하는 것에 대해서 이를 통제할 수 있는 권리가 있는 것이다.²³⁷⁾ 이것이 퍼블리시티권이다. 이런 권리가 유명한 사람에게만 있다고 전제하는 것은 기본적으로 기본권의 목록에 들어오는 것에 대해서도 부정적으로 판단될 수밖에 없다.

물론 미국, 영국, 일본 등 이를 인정하는 선진제국들의 사례들은 거의 대부분 유명인의 사례이다.²³⁸⁾ 왜냐하면 유명인이 아니라면 손해배상청구 소송이나 금지청구소송을 할 경제적인 유인이 없거나 적기 때문이다.²³⁹⁾ 즉 이 문

지 않는다”고 밝혀 사실상 일반인도 논의 대상임을 시사했다. 퍼블리시티권은 그동안 연예인 등 유명인을 대상으로 논의가 이뤄져왔으나 일반인으로도 적용범위가 확대될 것이 확실시 된다(브릿지경제, "일반인의 퍼블리시티권, 점차 법적으로 보장받게 될 것", 2016. 8. 10. 자).

237) LANDHAM v. LEWIS GALOOB TOYS, INC, 227 F.3d 619 (6th Cir. 2000)("slightly altered picture of well-known driver's race car was distinctive enough to suggest the plaintiff's identity, although the driver could not be seen"); BRILL v. WALT DISNEY CO, 2010 OK CIV APP 132 (Okla. Civ. App. 2010)("the use of a photograph of plaintiff's race car, along with the depiction of plaintiff driving the car in the photograph, in a television commercial was sufficient to reach the jury for violation of plaintiff's California common law right of publicity").

238) 유명인이 아니라도 퍼블리시티권을 주장할 수 있다는 주장과 관련된 미국 판례로 Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821, 824 (9th Cir. 1974) 참조 ("the driver of car No. 71 in the commercial (which was plaintiff's car No. 11 prior to said change of number and design) is anonymous; that is, (a) the person who is driving said car is unrecognizable and unidentified, and (b) a reasonable inference could not be drawn that he is, or could reasonably be understood to be plaintiff, 823 *823 Lothar Motschenbacher, or any other driver or person.").

239) KNB Enterprises v. Matthews, 78 Cal. App. 4th 362, 367, 92 Cal. Rptr. 2d 713, 717, 28 Media. L. Rep. (BNA) 1435, 53 U.S.P.Q.2d 1885 (2d Dist. 2000). 캘리포니아주 항소법원은 이 판결에서 법원은 무명인 원고의 성명, 목소리, 서명, 사진이나 이와 유사한 것을 임의로 사용한 행위가 유명인의 경우와는 다르게 경제적 손실을 크게 가하지는 않을지라도, 우리 주(州)의 오용행위에 관한 규율은 유명인에게만 인정되는 것이 아니다”라고 하여 유명하지 않다고 해서 퍼블리시티권이 부정되는 것은 아니라고 판시하였다.

제는 법경제학적인 관점에서의 유인문제이지, 규범적인 권리인정여부의 판단의 문제가 아니다. 손해배상의 범위가 달라진다고 해서 일단 소가 제기된 이상 권리의 인정여부가 달라지는 것은 아니다.²⁴⁰⁾

유명인의 범위를 정하기가 쉽지 않다. 도대체 유명하다는 것을 규범적으로 어떻게 정할 것인가의 문제가 있다. 부정경쟁방지법 타목은 ‘널리 알려진’이라는 요건을 통해서 주지저명성을 가지는 사람을 규정한다.

미국의 부정경쟁방지법 리스테이트먼트에서도 피고가 만일 다른 사인이나 전문모델로부터 동일한 서비스를 구하기 위해 지불하여야 했을 시장가격을 입증하는 방법으로 당해 사용행위의 가치를 측정하여 손해회복을 구할 수 있다고 하여 유명인지 여부를 손해배상의 요건으로 보고 있지 않다.²⁴¹⁾

요컨대, 퍼블리시티권은 모든 국민의 권리이지 유명인만의 권리는 결코 아니다.²⁴²⁾ 그런데 부정경쟁방지법 타목은 명문으로 유명인의 권리로 규정하였다. 그렇다면 같은 연예인이나 운동선수라도 무명인 경우에는 ‘널리 알려진’이라는 요건이 없는 차목의 적용을 생각하여 볼 수 있다.

2. 무명연예인과 운동선수와 퍼블리시티권

운동선수의 세계는 다수의 유명하지 않은 선수들과 소수의 유명한 선수로 구성된다. 우리나라에서 가장 인기 있는 프로스포츠인 야구의 경우를 예를 들어 보아도 소수의 선수들이 전체 연봉에서 차지하는 비중을 보면, 2016년

240) Christoff v. Nestle USA, Inc., 62 Cal. Rptr. 3d 122, 35 Media L. Rep. (BNA) 2002 (Cal. App. 2d Dist. 2007), as modified on denial of reh'g, (July 24, 2007) and review granted and opinion superseded, 67 Cal. Rptr. 3d 468, 169 P.3d 888 (Cal. 2007) review granted by California Supreme Court and opinion superseded (Oct 31, 2007).

241) Restatement Third, Unfair Competition § 46, § 49, comment d (1995).

242) Accord Tellado v. Time-Life Books, Inc., 643 F. Supp. 904, 913, 13 Media L. Rep. (BNA) 1401 (D.N.J. 1986).

신인과 외국인 선수를 제외한 526명의 전체 연봉 총액은 665억8천만 원이고 평균 연봉은 1억2천656만원에 이른다. 그 중에서 10개 구단의 1군 등록선수 27명의 연봉 평균은 2억1천629만원이고 최고 연봉을 받은 선수는 16억 원의 연봉을 받는다.²⁴³⁾ 이처럼 운동선수의 세계는 연예인들의 세계와 마찬가지로 철저히 유명한 소수와 그렇지 않은 다수로 구성된다.

이런 유명하지 않은 운동선수들의 초상이나 성명 등 동일성을 인정할 수 있는 이미지 등이 침해된 경우 그 침해로 손해배상은 그 무명 선수들의 이미지 등이 가지는 재산적 가치가 아무리 사소한 가치를 가진 것일지라도 이를 상업적으로 사용한 행위에 대한 손해배상이 거절되어야 하는 것은 아니다.²⁴⁴⁾

따라서 만일 무명 운동선수를 상업적으로 이용하였다면 광고료를 절약한 상당의 금액의 손해배상을, 그렇지 않은 경우로서 인격권 침해만이 인정되는 경우에는 그 침해로 인한 정신적 손해의 배상이 인정될 것이다.²⁴⁵⁾ 다만 우리 법원의 선례 중에는 특별한 사정이 없는 한 재산상 손해에 대한 배상이 이루어지면 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다는 판결들이 있으므로 이 점에서 재산상 손해가 전보된 경우 별도의 정신적 손해가 인정되기 위해서는 특별한 사정의 증명이 필요할 것이다. 즉 서울중앙지방법원은 유명 프로야구 선수들의 허락을 받지 아니하고 그 성명을 사용한 게임물을 제작하여 상업적으로 이동통신회사에 제공한 것은 위 프로야구 선수들의 성명권 및 퍼블리시티권을 침해한 것으로 불법행위에 해당한다고 인정하면서도 프로스

243) [프로야구 2016시즌 선수·연봉 내역] 1군선수 평균 연봉 2억 이상 받는다. 국민일보 2016. 2. 12. 자. <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923424639&code=121100000&cp=nv> 2016. 9. 16. 최종접속.

244) 이런 취지의 미국 판례로 뉴저지주 법원이 선고한 Canessa v. J. I. Kislak, Inc., 97 N.J. Super. 327, 235 A.2d 62, 75-76 (Law Div. 1967) 판결 참조.

245) 일반인인 원고는 피고의 텔레비전에 자신의 이미지가 사용된 경우 정신적 고통뿐 아니라 경제적 가치 회복을 원인으로 손해배상을 구할 수 있다고 본 미국 판례로 Bisbee v. John C. Conover Agency, Inc., 186 N.J. Super. 335, 452 A.2d 689, 9 Media L. Rep. (BNA) 1298 (App. Div. 1982); Ainsworth v. Century Supply Co., 295 Ill. App. 3d 644, 230 Ill. Dec. 381, 693 N.E.2d 510, 514 (2d Dist. 1998).

포츠 선수들은 경기중계 인터뷰 광고 등을 통한 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람들로서 통상 자기의 성명 등이 일반대중에게 공개되는 것을 희망 또는 의욕 하는 직업적 특성에 비추어 볼 때 자신들의 성명이 허락 없이 사용되었다고 하더라도 그 사용의 방법 목적 등으로 보아 운동선수로서의 평가, 명성, 인상 등을 훼손 또는 저해하는 경우 등의 특별한 사정이 없는 한 그로 인하여 정신적 고통을 받았다고 보기는 어렵고 유명 운동선수들의 성명 등을 상업적으로 이용할 수 있는 권리는 재산권으로서 보호대상이 된다고 할 것이므로 타인의 불법행위로 말미암아 그 성명 등을 이용할 수 있는 권리가 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 할 것이므로 휴대전화용 야구게임물을 제작함에 있어 각 구단의 프로야구 선수들의 성명을 허락 없이 사용하였다고 하더라도 이로 인하여 위 프로야구 선수들이 운동선수로서의 평가 명성 인상 등이 훼손 또는 저해되어 정신적 고통을 받았다고 보여지지 아니하고 가사 위와 같은 행위로 인하여 정신적 고통을 받았다고 하더라도 그 정신적 고통이 재산적 손해의 배상에 의하여 회복될 수 없을 정도의 것이라고 보여지지 아니한다는 이유로 재산상 손해 외에 정신적 고통으로 인한 위자료의 지급책임을 부정한 바 있다.²⁴⁶⁾

요컨대 일반인이라도 퍼블리시티권 침해가 인정된다고 보는 이상 유명하지 않은 운동선수들의 초상나 성명 등도 인정되어 민법상 인격권 침해에 기한 위자료 배상을 명할 수는 있지만, 부정경쟁방지법 타목의 적용대상은 될 수 없다. 다만 이 경우에도 구 부정경쟁방지법 차목(파목)의 적용은 있을 수 있기 때문에 구 부정경쟁방지법 차목(파목)은 민법 제751조와 함께 부정경쟁방지법 타목을 보완하여 비유명인의 퍼블리시티를 보호하는 역할을 할 수 있다고 본다.

246) 서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합 2393판결 및 같은 취지의 서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005 가합 80450판결.

제5장 결론

1. 부정경쟁방지법이 개정되어 부정경쟁방지법 타목이 입법됨으로써 유명인의 퍼블리시티에 대한 보호가 법제화되었다. 이를 통해서 기존에 법원의 보호의 필요성을 인정하면서도 법적 근거가 없어서 보호할 수 없다고 하면서 인격권 침해에 기한 위자료 배상으로 한정하였던 문제가 상당부분 해소될 것으로 생각된다.

2. 부정경쟁방지법 파목은 여전히 보충적 조항으로서 성과모용행위를 규율하는 규정으로서 부정경쟁방지법이 제한적으로 열거한 규정들과의 관계에서 성과모용으로 포섭할 수 있는 행위라면 보충하는 기능을 할 것으로 본다. 이런 점은 부정경쟁방지법 타목과의 관계에서도 마찬가지이다. 예를 들어 물건의 퍼블리시티나 유명하지 않은 일반인의 퍼블리시티의 경우에는 민법 제750조의 불법행위 조항과 함께 이들의 퍼블리시티를 보호하는 조문으로 기능할 것으로 본다.

3. 본 보고서는 입법 경과를 통해서 입법의 의도 및 그 내용을 해설하고 적용에 참고가 되도록 하는 것을 목적으로 하여 작성되었다. 이 보고서가 이런 관점에서 실무에 도움이 되었으면 한다.

참고문헌

[단행본 및 논문]

- 권영준, “불법행위와 금지청구권 - eBay vs. MercExchange 판결을 읽고”,
서울대학교 기술과 법센터, Law & Technology 제4권 제2호, (2008)
- 권태상, “퍼블리시티권과 표현의자유-미국법상 논의를 중심으로-”, 법학논
집 제18권제4호, 이화여자대학교 법학연구소, (2014)
- 권태상, “퍼블리시티권의 이론적 구성 -인격권에 의한 보호를 중심으로-”,
경인문화사 (2013)
- 김상겸·고인석, “퍼블리시티권의 헌법적 보장에 관한 연구”, 세계헌법연
구 제16권제2호, 세계헌법학회한국학회 (2010)
- 김상중, “불법행위의 사전적 구제수단으로서 금지청구권의 소고: 대법원
2010. 8. 25.자 2008마1541 결정에 관한 평석”, 한국비교사법학회, 비교사
법 제17권 제40호, (2010)
- 김용섭, “퍼블리시티권의 보호범위에 관한 연구”, 한양법학 제39집, 한양법
학회 (2012)
- 김원오, “부경법상 신설된 일반조항의 법적 성격과 그 적용의 한계”, 한국
지식재산학회, 산업재산권 제45호, 2014.
- 김윤명, “스포츠게임에 있어서 퍼블리시티권에 관한 고찰”, 창작과 권리
2010년 겨울호 (제61호) (2010. 12)
- 김윤명, “퍼블리시티권의 저작권법적보호에대한비판적고찰”, 「산업재산권」
제33호, 한국산업재산권법학회, 2010.
- 나종갑, “성과모방 도그마와 부정경쟁방지법 제2조 제1항 카목의 적용범위-
서울연인단팥빵사건을 중심으로”, 산업재산권 제62호, 2019
- 남형두, “스포츠경기와 퍼블리시티권-스포츠선수의 이름과 경기기록은 누구
의 것인가?”, 스포츠와 법(통권 제12호), 한국스포츠법학회 (2007. 8.)
- 남형두, “퍼블리시티권의 입법적 보호방안 연구”, 문화관광부 (2011)

노현숙, “저작권원리에 근거한 퍼블리시티권 보호에 관한 입법론적 고찰”, 강원법학 제41권 제1호, 강원대학교 비교법학연구소 (2014)

박성호, “지적재산법의 비침해행위와 일반불법행위-불법행위법리에 의한 지적재산법의 보완 문제를 중심으로-”, 정보법학 제15권 제1호, 2011. 4.

박윤석·박해선, “성과모방행위에 관한 고찰”, 한국지식재산연구원, 지식재산권연구 제9권 제4호, 2014. 7.

박정희, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목의 적용범위”, 특허법원 개원 20주년 기념논문집, 2018

박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰”, 서울대학교 법학 제56권 제4호 (2015. 12.)

박준석, “퍼블리시티권의 법적 성격-저작권과 상표관련 권리 중 무엇에 더 가까운가?”, 산업재산권 제30호, 한국산업재산권법학회, (2009)

박준석, “프로야구게임 제작에 관한 야구종사자의 퍼블리시티권”, 산업재산권 제45호 (2014, 12.)

박준석, 「한국 지적재산권법과 다른 법률들과의 관계」, 법조협회, 『법조』 제62권 제12호, (2013)

백강진, “스포츠게임과 선수의 권리”, LAW&TECHNOLOGY(6권 1호), 서울대 기술과법센터 (2010. 1.)

송선미, “부정경쟁방지법 일반조항에 대한 고찰”, 한국저작권위원회(2021. 12.)

안병하, “인격권의 재산권적 성격-퍼블리시티권 비판서론-”, 민사법학 45권 1호 (2009)

양창수, “불법행위법의 변천과 가능성”, 민법연구 3, 박영사, 1995.

오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 (2005. 2.)

유대중·신재호, “부정경쟁방지법에 의한 아이디어 보호의 비판적 검토”, 창작과 권리 제83호, (2016)

유영선, “부정한 경쟁행위와 관련한 불법행위 성립요건 및 그에 기한 금지 청구권 허용여부”, 법원행정처, 『사법논집』 제53집, (2011)

유영운, “부경법 일반조항의 적용범위에 관한 고찰”, 『LAW & TECHNOLOGY』 제11권 제4호, 2015. 7.

이 현, “아이디어의 보호에 관한 연구”, 서울대학교 기술과 법센터, 『LAW & TECHNOLOGY』 제6권 제1호, 2010.

이규홍, “부정경쟁방지법 제2조 제1호 차목(변경 후 카목)에 대한 연구”, 정보법학 제22권 제2호, 2018

임상민, “퍼블리시티권에 관한 일본의 동향”, 지식재산연구 제7권 제4호 (2012. 12)

정미영, “퍼블리시티권의 침해 여부 : 마구마구 인터넷 야구게임 사건”, 디지털재산법연구 10권 1호(통권14호), 세창출판사 (2012.01)

정상조 대표집필, 『부정경쟁방지법 주석』, 박영사 (2020)

정연덕, “퍼블리시티권에 관한 연구: 부정경쟁방지법을 중심으로”, 산업재산권 제29호, 한국산업재산권법학회 (2009)

최승재, “부정경쟁방지법 (차)목에 대한 하급심 판결의 동향분석”, 변호사지 49집, 서울지방변호사회 (2017)

최승재, “입법에 의한 퍼블리시티권의 보호에 대하여” 지식재산정책 8호 (2011).

최승재, “제품의 형태와 색채모방행위와 부정경쟁행위에 대한 소고:비아그라 판결과 세레타이드판결을 중심으로”, 상사판례연구 제30집 제2권, (2017)

최승재, “퍼블리시티(publicity)권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구” 지식재산연구 제3권 제1호 (2008년 6월).

최승재, “퍼블리시티권 침해와 손해배상의 범위에 대한 연구” 스포츠와 법 11권 3호 (2008).

최승재, “퍼블리시티권에 대한 각국의 태도와 입법방향” IP Policy (2015.

4.).

최승재, “퍼블리시티권에 대한 하급심 판결 동향 분석 및 권리화 방안”,
정보법학 제19권 제3호 (2015. 12.)

최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(상)” 언론중
재 30권2호(2010).

최승재, “퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구(하)” 언론중
재 30권3호(2010).

최승재, “퍼블리시티권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구”, 지식재산연
구 제3권 제1호, (2008. 6.)

최승재, “퍼블리시티권의 인부에 대한 소견” 법률신문 2004. 12. 17. 자.

최승재, “프로야구 선수의 퍼블리시티권에 대한 日 최고재판소 판결” 법률
신문 2010. 7. 1. 자.

최정열·이규호, 『부정경쟁방지법』 (제4판), 진원사 (2020)

[미국문헌]

Beth A. Cianfrone, Thomas A. Baker III, “The Use of Student–Athlete
Likenesses in Sport Video Games: an Application of the Right of
Publicity”, Journal of Legal Aspects of Sport, Winter 2010

Daniel J. Solove & Neil M. Richards, Prosser's Privacy Law: A Mixed
Legacy, 98 Cal. L. Rev. 1887, 1890 (2010).

J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, Ch.3 Elements of
Infringement of the Right of Publicity 3.1 (2004)

Joshua C. Tate, “Immortal Fame: Publicity Rights, Taxation, and the Power
of Testation”, Georgia Law Review, Fall, 2009

Mark F. Grady, A positive Economic Theory of the Right of Publicity, 1
U.C.L.A. Ent. L. Rev. 97, 109 (1994)

Natalie Grano, “Million Dollar Baby: Celebrity Baby Pictures and the Right of Publicity”, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Winter 2010

[일본문헌]

内藤篤, 「パブリシティ権 競馬ゲーム判決をめぐって」 法学教室二〇〇〇年四月号二頁(二〇〇〇年)

内藤篤・田代貞之, 「パブリシティ権概説」 木鐸社一九九九年

林いずみ, 「著作権と所有権、そしてパブリシティの権利について」 「知的財産権の現代的課題」 二二五頁(一九九五年二月二日)

本間崇, 「東京高裁平成三年九月二六日判決おニャン子クラブ事件」 パテント四五卷一〇号五八頁一九九二年

三浦正広, 「パブリシティの権利と『有名人』概念」 青山社会科学紀要二二卷一号一九九三年

三浦正広, 「肖像権研究序説! ドイツにおける肖像権の保護」 民法と著作権法の諸問題・半田正夫教授還暦記念論集七七〇頁 一九九三年

小野昌延・松村信夫, 『新不正競争防止法概説』 [제2판], 青林書院(2015)

新井みゆき, 「競争馬にパブリシティ権を認めた事例」 知財管理二〇〇〇年一月号一七四九年

伊藤真, 「物のパブリシティ権」 「知的財産権をめぐる諸問題」 五〇七頁(一九九六年一月)

田中康博, 「写真撮影に対する所有権保護について」 京都学園法学一九九三年二・三号七四頁(一九九四年)

田村善之, 「パブリシティ権侵害の要件論考察ーピンク・レディー事件最高裁判決の意義」 法律時報84卷4号(2012年)

日本 財団法人 知的財産研究所, 「知的財産の適切な保護のあり方に関する 調査研究報告書」, 平成18年度 特許庁 産業財産権制度問題 調査研究報告書

(2007. 3),

[판례]

[우리나라판결]

대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결.
대법원 2005. 11. 24. 선고 2004다48508 판결
대법원 2010. 8. 15. 자 2008마1541 결정
대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다9822 판결.
대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다20044 판결
대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결
대법원 2014. 5. 29. 선고 2011다31225 판결
대법원 2020. 3. 26. 선고 2016다276467 판결.
대법원 2020. 3. 26. 자 2019마6525 결정.
대법원 2020. 7. 9. 선고 2017다217849 판결.
서울고등법원 2008. 9. 23. 자 2008라618 결정
서울고등법원 2014. 12. 4. 선고 2014나2011480 판결
서울고등법원 2015. 6. 19. 선고 2014나2028495 판결
서울고등법원 2015. 9. 10. 선고 2014나2052436 판결
서울서부지방법원 2010. 4. 21. 자 2010카합245 결정
서울중앙지방법원 2006. 4. 19. 선고 2005 가합 80450 판결
서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합 2393 판결
서울중앙지방법원 2007. 12. 31. 자 2007카합2250 결정
서울중앙지방법원 2009. 11. 23. 자 2009카합2880 결정
서울중앙지방법원 2013. 12. 24. 선고 2013가단42869 판결
서울중앙지방법원 2014. 11. 27. 선고 2014가합524716 판결
서울중앙지방법원 2014. 8. 28. 선고 2013가합552431 판결
서울중앙지방법원 2015. 1. 16. 선고 2014가합529797 판결

서울중앙지방법원 2015. 1. 29. 선고 2014가합552520 판결
서울중앙지방법원 2015. 10. 30. 선고 2014가합567553 판결
서울중앙지방법원 2015. 6. 10. 선고 2013가합55687 판결
서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합529490 판결
서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2014가합581498 판결
인천지방법원 2016. 4. 6. 선고 2015가단232254판결

[미국판결]

Accord Tellado v. Time-Life Books, Inc., 643 F. Supp. 904, 913, 13 Media L. Rep. (BNA) 1401 (D.N.J. 1986)
Ainsworth v. Century Supply Co., 295 Ill. App. 3d 644, 230 Ill. Dec. 381, 693 N.E.2d 510, 514 (2d Dist. 1998)
Bisbee v. John C. Conover Agency, Inc., 186 N.J. Super. 335, 452 A.2d 689, 9 Media L. Rep. (BNA) 1298 (App. Div. 1982)
Canessa v. J. I. Kislak, Inc., 97 N.J. Super. 327, 235 A.2d 62, 75-76 (Law Div. 1967)
Christoff v. Nestle USA, Inc., 62 Cal. Rptr. 3d 122, 35 Media L. Rep. (BNA) 2002
Data East USA Inc, v. Epyx Inc, 862 F.2d 204(9th Cir. 1988).
Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953)
KNB Enterprises v. Matthews, 78 Cal. App. 4th 362, 367, 92 Cal. Rptr. 2d 713, 717, 28 Media. L. Rep. (BNA) 1435, 53 U.S.P.Q.2d 1885 (2d Dist. 2000)
LANDHAM v. LEWIS GALOGB TOYS, INC, 227 F.3d 619 (6th Cir. 2000)
Motschenbacher v. R. J. Reynolds Tobacco Co., 498 F.2d 821, 824 (9th Cir. 1974)

Stern Electronics, Inc, v. Kaufman, 669 F.2d 852 (2d Cir. 1982)

[일본판결]

東京高裁 平3.9.26. 平成 2 (ネ) 4 7 9 4 判決.

最高裁 平成 24, 2, 2, 平21(受) 第2056号.

[영국판결]

Edmund Irvine Tidswell Ltd v. Talksport Ltd [2002] EWHC 367 (Ch) and
on appeal, Irvine & Ord v. Talksport Ltd [2003] EWHC Civ, 423