

딥페이크 등 최근 기술발전에 따른 퍼블리시티 이용 환경 변화와 최근 입법 동향에 대한 고찰

한국저작권위원회 법제연구팀
선임연구원 전재림

I. 들어가며

퍼블리시티권(the right of publicity)이란 초상, 성명, 목소리, 이미지, 유행어 등 사람의 동일성을 나타내는 표지(이하 ‘인격 표지’라 한다)를 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 말한다. 퍼블리시티권은 미국에서 주로 논의가 되어 왔는데, 1903년 뉴욕주에서 입법이 이루어진 후 지금까지 22개 주에서 법으로 퍼블리시티권을 보호하고 있다.¹⁾ 한국은 1990년대 하급심 판례²⁾에서 퍼블리시티권이라는 용어를 처음으로 사용한 이래 이를 긍정하는 판결과 부정하는 판결이 나뉘는³⁾ 등 그 보호 필요성, 보호 방법 등에 다양한 이견이 있어 입법이 이루어지지 않고 있는 상황이다. 그동안 국회는 퍼블리시티권의 보호와 관련하여 총 6건의 입법⁴⁾이 추진되었는데, 보호방안에 대해 사회적 합의가 이루어지지 않아 회기만료로 폐기된 바 있다.

그러나 K-pop 시장 등 문화산업이 성장해 감에 따라 퍼블리시티권과 관련된 법적 분쟁이 계속 발생하고 있고, SNS, 유튜브브, 쇼트 비디오⁵⁾의 등장 등 기술 발전으로 인해 인격 표지의 상업적 이용에 대한 분쟁이 일반인에게까지 확대⁶⁾되고 있다.

- 1) "A Brief History of the Right of Publicity", <<https://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>> (2021. 4. 25. 최종방문).
- 2) '소설 이회소' 사건(서울지법 1995. 6. 23. 선고 94카합2930 판결)에서 퍼블리시티권이라는 용어가 처음으로 사용되었다. 다만, 판결에서는 이회소의 성명, 사진등을 상업적으로 이용했다고 볼 수 없다고 판단하여 퍼블리시티권 침해는 부정하였다.
- 3) 2012년부터 2014년까지 퍼블리시티권을 인정한 하급심 판례는 21건, 부정하는 판례는 34건으로 하급심 단계에서 퍼블리시티권의 긍정과 부정에 관한 의견이 비슷하게 나뉘어 있다고 볼 수 있다.(백강진, 한국의 퍼블리시티권 논쟁과 제3의 길, The 2nd Asia Pacific IP Forum 발표 자료, 2014, 115면).
- 4) 저작권법 개정안(3번), 민법 개정안(1번), 인격 표지권 보호 및 이용에 관한 법률안 제정안(1건), 대중문화에술산업발전법 개정안(1건)이 발의된 바 있다.
- 5) 동영상 중 1분 미만의 동영상을 의미하며, 가장 대표적인 쇼트 비디오로 중국의 '틱톡' 서비스가 있다.
- 6) 2020년만 해도 야옹이 작가의 '여신강림; 트레이싱 논란[‘여신강림 트레이싱’ 논란, 퍼블리시티권 침해일까, 머니투데이, 2020.7.31., <<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020073110590795797>>, (2021. 4. 23. 최종방문)], '리그오브레전드 프로젝트 페이커 책 출간 논란[“동의 없이 페이커 책 출간했다고?”...논란의 핵심은 ‘퍼블리시티권’], 이투데이, 2020.04.13., <<https://www.etoday.co.kr/news/view/1883113>>, (2021. 4. 23. 최종방문)] 등 다양한 퍼블리시티권 관련 분쟁이 있었다.

또한, 인공지능 기술의 발전으로 고인이 된 가수의 생전 목소리를 되살려 새로운 노래를 부르게 하는 기술이 활용⁷⁾되고 있고, 딥페이크⁸⁾(deepfake) 기술의 등장으로 일반인의 인격 표지가 상업적으로 손쉽게 이용될 수 있는 환경에 노출되어 있다. 뉴욕주의 경우도 사망한 자의 초상이 리벤지 포르노와 딥페이크 기술에 무단으로 활용되는 것을 금지시키기 위해 사망한 자의 상속인에게 사망한 자의 퍼블리시티 이용권을 부여하는 내용의 입법이 2020년 11월 추진되어, 2021년 5월 29일부터 시행될 예정⁹⁾이다.

이렇듯 기술 발전으로 변화된 환경에서 ‘퍼블리시티권’을 둘러싼 분쟁은 증가할 것으로 보이는데, 이에 대한 입법적 해결은 요원한 상태이다. 이미 시장에서 ‘인격 표지’가 다양하게 상업적으로 활용되고 있고, 계약이 이루어지고 있는데 이를 보호하기 위한 명확한 해결책이 제시되지 않은 상황인 것이다.

그런데 최근 국회에서 퍼블리시티권 보호를 위한 법적 근거를 마련하고자 2개의 개정안이 상정되었다. 하나는 인격 표지의 소유자에게 배타적 권리를 부여하는 내용의 저작권법 전부개정안이고¹⁰⁾ 다른 하나는 부정경쟁행위의 하나로 유명인의 경제적 가치를 보호하는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 ‘부정경쟁방지법’이라 한다) 일부개정안¹¹⁾이다. 각 개정안은 퍼블리시티권 보호를 위해 보호 방법·적용 범위 등에 있어 전혀 다른 방식의 해결책을 제시하고 있다.

이 글에서는 최근 인격 표지의 상업적 이용 환경이 어떻게 변화되고 있는지 살펴본 후 그에 대한 해결책으로 제시된 각 개정안의 주요 내용을 살펴보고 이를 검토하기로 한다.

II. 퍼블리시티 이용 환경의 변화

1. 보호대상의 확대

퍼블리시티권에 대한 기존 논의는 주로 유명인을 대상으로 이루어졌다. 지금과 같이 매체가 다양하지 않고 일반인이 대외적으로 본인의 인격을 발현할 수 있는 기회는 한정적이었던 까닭이다. 유명도에 따라 인격 표지에 대한 경제적 가치의 유무 및 정도의 차이가 발생하였고, 법적 분쟁의 대상도 유명인에 거의 한정되었다.

7) 엠넷 AI음악 프로젝트 ‘다시한번’이라는 프로젝 통해 이슈가 된 바 있다.

8) 페이크는 딥러닝(deep learning)과 가짜(fake)의 혼성어로 딥러닝을 이용해 기존에 있던 사람의 얼굴이나 특정한 부위를 합성하여 그 사람이 실제로 하지 않은 말 또는 행동을 한 것처럼 사진 또는 영상을 만드는 기술을 말한다. 현재 딥페이크 영상의 대부분은 포르노 제작에 활용되는 것으로 알려졌는데(Henry Ajder, Giorgio Patrini, Francesco Cavalli & Laurence Cullen, The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact, Deeptrace, September 2019, 1p), 기술의 특성상 딥페이크는 포르노 뿐만 아니라 상업적 목적 등 다른 목적에도 이용될 수 있다. 딥페이크 기술을 이용하여 포르노를 제작한 경우에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제14조에 따라 처벌받을 수 있고, 이 글에서 논의하고자 하는 내용이 아니므로 이 글에서는 개인의 인격표지를 딥페이크 기술을 통해 무단으로 이용하는 경우에 한하여 논의하고자 한다.

9) “Governor Cuomo Signs Legislation Establishing a “Right To Publicity” for Deceased Individuals to Protect Against the Commercial Exploitation of their Name or Likeness”, <<https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-signs-legislation-establishing-right-publicity-deceased-individuals-protect>>, (2021. 4. 23. 최종방문).

10) 저작권법 전부개정법률안(도종환의원 대표발의, 의안번호:7440, 발의:2021. 1. 15).

11) 부정경쟁방지법 일부개정법률안(이철규의원 대표발의, 의안번호:7846, 발의:2021. 2. 2).

그러나 최근 SNS, 유튜브, 쇼트비디오 등 다양한 전달매체가 등장·발전함에 따라 일반인도 유명한 못지 않게 손쉽게 본인의 인격 표지를 활용할 수 있게 되었고, 이를 이용하여 다양한 영리 활동을 영위할 수 있게 되었다. 예를 들어 누구든지 손쉽게 유튜브를 통해서 본인의 인격 표지를 활용하여 광고를 할 수도 있으며, 협찬을 받아(PPL) 수입을 올릴 수도 있다. 따라서 유명도 차이에 따른 경제적 가치 차이가 있을지 모르나 이제는 일반인의 인격 표지에 경제적 가치가 없다고 보기는 어려우며 이를 보호해야 하는 상황인 것이다. 생각건대, 퍼블리시티권이라는 권리 자체가 헌법 제10조에서 도출된 기본권인 인격권¹²⁾에서 유래한 권리¹³⁾인 만큼 누구에게나 본인의 인격을 활용하여 상업적으로 활용할 수 있는 권리가 부여되어야 한다고 본다. 또한 ‘유명도’라는 표현은 추상적이고 주관적일 수 밖에 없으며, 무명이지만 경제적 가치가 없다고 보기 힘든 ‘신인 배우나 모델’등도 보호 필요성이 있다는 점에서 이러한 구분은 더 이상 필요가 없다고 보여진다. 기존 국회에 발의된 법안들의 경우를 살펴보아도 이러한 구분 없이 퍼블리시티권을 부여하고자 하였다.¹⁴⁾

2. 활용 범위의 확장

기술 발전은 보호 대상 뿐만 아니라 상업적 활용 범위를 증가시키고 있다. 특히 딥러닝을 통한 인공지능 기술 발전은 인격 표지의 활용 방안을 다양화 시키고 있다. 가장 대표적인 것이 가수들의 목소리, 억양, 톤 등을 활용하여 새로운 음악을 제작하는 것이다. 지난 2021년 1월 SBS에서 방영된 ‘세기의 대결 AI vs 인간’이라는 예능 프로그램에서는 가수의 목소리, 톤을 활용한 인공지능이 부른 노래와 가수가 부른 노래를 구분하도록 했는데, 이를 쉽게 구분하기 힘들 만큼 인공지능이 부른 노래가 정교해서 논란이 된 바 있다.¹⁵⁾ 즉, 가수의 목소리 등을 활용해서 그 가수가 부르지 않았음에도 그 가수가 부른 것처럼 새로운 음악을 손쉽게 제작할 수 있는 상황이 도래한 것이다. 또한 딥페이크 기술을 통해 정치인이나 연예인의 얼굴, 목소리 등을 활용한 사례도 많이 있다.¹⁶⁾ 이러한 상황은 저작권법상 실연자의 권리로 보호받을 수 있는 영역의 축소로 이어질 수 있고, 관련 산업에 영향을 줄 우려가 있다.

12) 헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질적이고 고유한 가치인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 유래하는 인격권을 보장하고 있고..(헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2004헌마826 결정).

13) 퍼블리시티권의 법적 성질에 대해 인격권으로 보는 입장(엄동섭, “퍼블리시티권”, 서강법학연구 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004, 167면), 인격권에 포함된 재산적 권리라는 입장(안병하, “인격권의 재산권적 성격-퍼블리시티권 비판 서론-”, 민사법학 제45-1호, 한국민사법학회, 2009, 81면), 인격권으로부터 독립한 순수한 재산권으로 보는 입장(박준석, “인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰:최근 비판론에 대한 논리적 재반박을 중심으로”, 법학 제56권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 76면)도 있으나, 필자는 인격권에서 도출된 재산적 권리라는 입장에서 서술하기로 한다.

14) 2018년에 발의된 대중문화예술산업발전법(김병욱 의원 대표발의, 의안번호:12400)에서는 주체를 ‘대중문화 예술인’으로 한정하였으나, ‘유명도’라는 요건은 두지 않았다.

15) [TV랩] ‘AI vs 인간’ 호평 속 종영, 의미 있는 세기의 대결, <https://ent.sbs.co.kr/news/article.do?article_id=E10010169171>(2021.4.28.최종방문).

16) 영국 기업 Syntheria는 축구스타 베컴이 한 말라리아 퇴치 홍보 캠페인 영상을 활용하여 9개 언어로 제작한 바 있으며, 2019년 개봉한 ‘제미니맨’에는 2명의 월 스미스가 등장하는데 이 중 20대 월 스미스는 딥페이크 기술을 통해 만들어졌다.

직접 실연자를 섭외하지 않더라도 실연자의 얼굴, 목소리 등을 활용하여 콘텐츠를 제작할 수 있기 때문이다.¹⁷⁾ 이러한 상황에서 퍼블리시티권에 대한 명확한 보호는 엔터테인먼트 산업 보호를 위한 필수 요건이 될 수 있다.

3. 표현의 자유와의 빈번한 충돌

퍼블리시티에 대한 보호는 필연적으로 표현의 자유와의 충돌이 발생한다. 인격 표시의 상업적인 이용은 많은 경우 사진·동영상 등 저작물을 통한 ‘표현’의 방법으로 이루어지며, 이러한 상업적 이용에 배타적인 권리를 부여하는 것은 이를 이용하여 표현하고자 하는 이용자 입장에서는 표현의 자유가 제한¹⁸⁾되는 것이기 때문이다. 따라서 앞서 살펴본 바와 같이 인격 표시의 상업적 이용과 관련 분쟁이 증가하는 상황에서 표현의 자유와의 충돌이 빈번해지고 있고 각 권리의 조화를 위해 퍼블리시티권의 한계가 어디까지인지 명확하게 규정될 것이 요구되고 있다. 예를 들어 한 유튜브의 초상을 시사 보도에 사용¹⁹⁾한다든지, 유튜브의 썸네일에 특정 인플루언서의 유행어를 사용한다든지 하는 경우와 같이 퍼블리시티권의 침해인지, 표현의 자유에 포함될 수 있는지 판단이 어려운 상황이 나타날 수 있다. 이러한 사회적 흐름에 따라 한국저작권위원회 상담센터에 들어온 퍼블리시티권 분쟁 상담 건수가 최근 3개년간²⁰⁾ 545건, 초상권 관련 상담 건수도 1,078건으로 점점 증가하고 있다. 표현의 자유는 민주주의 체제의 핵심적인 기본권으로 이를 제한하기 위해서는 명확한 근거와 한계가 있어야 하며, 규정이 없거나 모호하게 규정할 경우 그 자체로 위축효과(chilling effect)를 발생시킬 위험성이 높다. 이러한 측면에서 별다른 입법 없이 퍼블리시티권 보호와 한계를 현재의 인격권이나 해석론에 근거하여 해결하는 것은 한계가 있다고 보여지며, 이를 명확하게 규정하는 것이 국민들의 예측가능성 측면에서 적절하다고 보여진다.

17) 한편 저작권접권이란 개념이 없는 미국의 경우 퍼블리시티권의 대상에 실연자의 실연을 그대로 복제한 경우까지 포함하고 있다. 미국 연방대법원의 퍼블리시티권 판결로 유명한 Zacchini 판결(Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 1977)도 실연권 침해에 대한 내용(대포를 통해 200피트 가량 날아가는 15초의 인간탄환 묘기를 원고가 공연하는 실황을 피고가 동의 없이 텔레비전으로 방송한 행위)이다.(정상조·박준석, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구, 특허청, 2009, 73~74면; 남형두, 재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권-퍼블리시티권을 중심으로, 가족법연구 22권 3호, 한국가족법학회, 2008, 365~366면).

18) 헌법재판소는 ‘상업적 광고표현 또한 표현의 자유의 보호를 받는 대상’(헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 99헌마 143 결정), ‘광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상’(헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마764 결정) 등 상업적인 표현도 표현의 자유의 범위 내에 속하는 것으로 보았다.

19) 유명인의 경우 자신의 초상이 공표되는 것을 어느 정도 감수해야 한다는 판단이 적용될 수 있으나, 유튜브를 유명인의 범주에 포함시킬 수 있는지가 불분명하다.

20) ‘18년부터 ‘21년 3월까지의 상담건수이다.

III. 퍼블리시티 보호 관련 입법동향과 검토

1. 저작권법 전부개정안

가. 추진 배경

2006년 저작권법이 전부 개정된 이후 15년만의 저작권법 전부개정안이 2021년 1월 15일 국회에 발의되었다. 전부개정안인 만큼 다양한 이슈와 내용이 담겨 있는데, 그 중 ‘초상등재산권’이라는 이름으로 퍼블리시티권을 보호하고자 하였다. 초상·성명·목소리 등 이러한 인격 표지는 저작물은 아니지만, 상업적으로 이용되어질 때 대부분 저작물과 함께 이용된다는 점에서 그 관계를 규율할 필요성이 있다는 점에서 저작권법 개정안에 포함되었다. 퍼블리시티권이라는 표현을 언급한 최초의 우리나라 판례²¹⁾도 저작물인 소설과 관련된 판례였던 만큼 퍼블리시티의 이용은 저작물과 밀접한 관련이 있다고 한다. 이에 대해서 저작권법에 퍼블리시티권을 포함한 해외 입법례는 없으며, 무엇보다 인격 표지는 창작성 있는 저작물이 아니므로 저작권법에 포함되어서는 안된다는 비판²²⁾이 있다. 그러나 현행 저작권법에는 ‘데이터베이스’와 같이 저작물이 아닌 것도 규정되어 있고, ‘음반’이나 ‘방송’ 등의 객체에 창작성이 없는 ‘음’도 포함하고 있을 뿐만 아니라 별도 법으로 보호한다고 하더라도 반드시 저작권 또는 저작물과의 관계를 규율해야 하므로 일률적으로 저작권법에 초상등재산권을 포함시켜 규율하는 것이 법경제적으로 타당하다는 반론도 있다. 또한, 이탈리아 저작권법도 이와 유사한 내용이 규정되어 있는 등²³⁾ 입법례가 없지 않다.

나. 주요 내용

저작권법 전부개정안 중 초상등재산권과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

먼저, 초상등재산권의 보호객체로 ‘사람의 성명·초상·목소리 또는 그 밖에 이와 유사한 것으로 그 사람을 특정할 수 있는 것’으로 규정하여 전반적인 인격 표지를 대상²⁴⁾으로 하였다. 권리의 내용²⁵⁾으로는 이를 상업적 목적으로 이용할 수 있는 권리로 한정하였는데, 이는 초상등재산권이 인격 표지를 활용할 수 있는 일반적인 재산권이 아니라 상업적으로 활용할 경우에만 주어지는 권리임을 명확히 하였다.

21) 주2 참조.

22) “설악은 퍼블리시티권 도입, 분쟁만 유발” 지식재산업계, 기준 세분화 등 보완 지적, 파이낸셜뉴스, 2021. 4. 8., <<https://www.fnnews.com/news/202104081819421594>> (2021. 4. 25. 최종방문).

23) 초상권(the rights in portraits)

제96조 다음 조의 규정에 따라 그 사람의 동의 없이 그 사람의 초상을 표시·복제하거나 상업적으로 배포할 수 없다. 그 사람이 사망한 후에는 제93조제2항제3호 및 제4호의 규정을 준용한다.

제97조 초상 본인이 저명인이거나 공직에 있는 경우, 사법이나 경찰의 필요에 따라 또는 학술적, 교육적, 문화적 이유에 따라 초상의 복제가 정당화되는 경우 또는 복제가 공공성이 있거나 공적으로 행하여진 사실, 사건 및 의식과 관련이 있는 경우에는 초상 본인의 동의가 필요하지 않다. 그러나 초상의 전시 또는 상업적인 배포가 초상 본인의 명예, 성망이나 존엄을 해하는 경우에는 초상의 전시 또는 상업적인 배포를 할 수 없다.

24) 저작권법 전부개정안 제2조제22호.

25) 저작권법 전부개정안 제126조.

방법에 있어서도 ‘일반 공중에게 널리 인식되도록 하는 방법’으로 이용되는 것으로 제한하였다. 그리고 저작권재산권 제한 규정을 준용하여 표현의 자유와의 조화를 꾀하고자 하였다. 특히, ‘공정이용’ 규정은 미국에서도 퍼블리시티권 침해가 문제된 사건에서 이를 원용한 사례들을 많이 찾아볼 수 있어, 초상등재산권의 한계로 적절히 기능할 것으로 보인다.²⁶⁾ 권리의 양도성 및 상속성은 초상등재산권이 본래 인격권에서 유래된 권리인 만큼 인격권의 특성에 따라 인정하지 않았다. 특히, 고인(故人)의 경우 역사적 평가가 필요(다큐멘터리 제작)하거나, 전기(傳記)영화 등의 제작이 필요한 경우가 많은데 이를 인정할 경우, 표현의 자유에 장애가 있음을 고려한 것으로 보인다.

다. 검토

인격표지를 상업적으로 이용할 수 있는 권리를 배타적인 권리로 보호하고, 그 한계를 명확하게 규정했다는 점에서 퍼블리시티권 관련 분쟁 해소와 인격표지의 상업적 이용에 대한 예측가능성을 높이는데 기여할 수 있는 법안으로 보인다. 특히, 유명인이라는 제한 없이 일반인에게도 권리를 부여하고 있고, 앞서 언급한 바와 같이 최근 다양한 방법으로 활용되고 있는 초상등의 상업적 이용에 본인의 인격표지를 재산권 측면에서 활용할 수 있다는 점에서 적절하다고 보인다. 다만, 저작권법에 저작권과 다소 이질적인 퍼블리시티권을 포함한 사례가 거의 없고, 법 내용에 있어서도 양도 및 상속성을 부정하고 있다는 점에서 재산권으로서 활용도가 클 수 있을지에 대해 다소 의문이 있다.

2. 부정경쟁방지법 일부개정안

가. 추진 배경

저작권법 전부개정안이 배타적인 권리로 퍼블리시티권을 보호하고 있다면, 부정경쟁방지법 개정안은 부정경쟁행위의 한 유형으로 퍼블리시티권을 보호하여 행위 규제 방식을 취하고 있다. 제안 이유에 따르면 BTS(방탄소년단)의 구성원들의 사진을 대량으로 수록한 부록과 사진이 포함된 포토카드 등을 제작하여 판매하는 행위를 부정경쟁방지법 제2조 제1호카목의 성과물 도용 부정경쟁행위에 해당된다는 판례에 따라²⁷⁾ 이를 명시적으로 규정한 것이라고 한다. 또한, 한류의 영향력이 확대되는 현실에서 유명인의 초상·성명 등을 상품에 불법으로 사용하는 경우를 제재할 필요성이 있으므로 이를 부정경쟁행위로 규정하여 공정한 거래질서를 확립하고자 하였다.

26) 임상혁, 퍼블리시티권의 한계에 관한 연구, 경인문화사, 2018, 257면 참조.

27) 대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마6525 결정.

나. 주요 내용

법안의 주요 내용은 ‘국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용하여 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위’를 새로운 부정경쟁행위로 신설하는 내용이다. 세부 내용을 살펴보면 국내에 널리 인식될 것을 요구하고 있어 유명인의 인격표지만을 보호대상으로 하고 있고, 공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단 사용하는 경우를 침해 방법으로 규정하고 있어 경쟁관계 유무와 관계없이 적용되게 하려는 의도로 보인다.

다. 검토

미국 일부 주에서도 퍼블리시티권을 부정경쟁행위의 하나로 규정하고 있고, 법재록 (restatement)²⁸⁾에도 퍼블리시티권을 부정경쟁방지법(unfair competition)에 포함하고 있는 것과 같이 타인의 성명, 초상 등을 무단으로 상품에 부착하거나 광고에 활용하는 것을 방지하기 위해 부정경쟁방지법을 활용하는 것도 적절할 것으로 보인다. 상당한 투자나 노력이 투영된 타인의 성명, 초상 등도 성과로 보호될 필요가 있으며, 이를 경쟁자가 무단 이용하는 것을 방지하는 것은 부정경쟁방지법의 한 목적이기 때문이다.

다만, 부정경쟁방지법이 퍼블리시티권 보호의 좋은 수단으로 기능할 수 있을지 여부와 별론으로 이 개정안은 그 내용에 있어 상당한 문제가 있는 것으로 보인다.

첫째, 퍼블리시티권 보호에 있어 가장 중요하게 다루어져야 하는 표현의 자유와의 조화가 전혀 규정되어 있지 않다. 앞서 언급한 바와 같이 퍼블리시티권을 보호하고 있는 미국의 경우도 각 주에 퍼블리시티권 사용의 제한을 성문화²⁹⁾하고 있고, 판례에 있어서도 공정이용(fair use)에 의한 제한을 하는 등 표현의 자유와의 조화를 도모하고 있다. 특허청에서 발간한 연구보고서³⁰⁾에서도 부정경쟁방지법으로 퍼블리시티권을 보호하는 경우 표현의 자유의 보호를 위해 제한 규정을 둘 것을 제안하고 있는 것을 볼 때 이러한 제한이 없는 것은 심각한 결함으로 보인다. 이에 대해 해석상 표현의 자유와의 조화를 도모할 수 있다고 주장할 수 있으나, 어떤 경우에 동 규정이 적용되지 않는 것인지 모호하여 이 규정의 존재 자체만으로 표현의 자유에 대한 위축 효과를 야기할 수 있다. 또한 이러한 입법 태도는 법률의 실질적인 내용 형성을 입법부가 아닌 사법부에게 전가하는 것으로 권력분립주의 원칙에 볼 때 적절하지 않다고 본다.

28) 미국법률협회(ALI)에서 미국 판례법의 통일을 위해 발간하는 것으로 법적 구속력은 없으나 많은 미국 법원들이 인용하는 법원(法原)으로서 기능하고 있다.

29) 뉴욕 민법전 제50-F조제2항d호, 앨라배마주 퍼블리시티법 제4조, 캘리포니아주 민법전 제3344조(d) 등 다양한 주에서 제한을 두고 있다.

30) 정상조·박준석, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권 보호방안 연구, 특허청, 2009, 111~113면.

둘째, 개정안은 퍼블리시티권의 인격적 속성을 전혀 고려하지 않고 있다. 타인의 초상, 성명등 인격표지도 하나의 성과에 해당할 수 있으나, 이러한 성과가 다른 성과와 다른 점은 개인의 헌법상 기본권인 인격권의 성질을 내재하고 있어 인격 주체와 성과를 분리하기 쉽지 않다는 점이다. 개정안은 인격표지의 귀속 및 행사 주체에 대한 언급없이 이를 하나의 성과³¹⁾로 취급하고 있는데, 경우에 따라서 BTS 판례와 같이 유명인이 아닌 유명인에게 투자한 기획사에게 개인의 인격 표지가 귀속될 수 있다. 이 경우 인격표지 주체의 의사와 상관없이 행사될 수 있으며 이로 인해 인권 침해적 상황이 야기될 수 있는 것이다. 이렇듯 개정안은 인격 표지를 인격권에 대한 고려 없이 경제적 가치 보호의 관점에서만 평가하여 규정하고 있다.

셋째, 개정안은 보호 대상을 유명인으로 한정하고 있는데, 이는 과거의 퍼블리시티권 보호 논의에 머물러 있는 관점에서의 해결책으로 앞서 살펴본 바와 같이 새로 발생하는 퍼블리시티권 분쟁 해결방안으로 적절하지 않다. 반면, 적용 범위는 포괄적으로 규정되어 있는데 이로 인해 다른 법률과의 중첩적인 보호 영역이 발생할 우려가 있다. 특히, 과도하게 동 조항을 해석할 경우 가수의 노래(국내에 널리 인식되고 있는 경제적 가치를 가지는 타인의 음성 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지)가 담긴 음반을 무단으로 영업장에서 재생할 경우(가수의 경제적 이익을 침해)와 같이 저작권법상 규율되는 내용도 동 조항의 적용을 받을 수 있게 해석될 수 있다. 이는 해당 규정이 저작권법의 목적과 규정들을 일탈하는 조항으로 활용될 여지가 있음을 의미하며, 이용자 입장에서 중복 규제에 해당할 여지³²⁾가 있음을 뜻한다. 이에 대해 부정경쟁방지법 제15조가 타 법과의 관계를 규정하였으므로 문제가 없다고 주장할 수 있으나 이러한 내용을 ‘다른 규정이 있는 경우’로 보기는 힘들며, 부정경쟁방지법 제15조에 대해 판례³³⁾가 다른 법의 보충적 적용 근거로 제15조를 해석하지 않고 있는 점을 살펴볼 때 문제가 없다고 주장할 수는 없다고 본다.

넷째, 개정안은 어떤 경우, 누가, 언제까지 침해 청구를 할 수 있는지 구체적이지 않다. 권리자(이용허락 주체)가 확정되지 않으면 이용허락을 받은 자의 법적 지위는 불안정해질 수 밖에 없고, 퍼블리시티권과 관련된 사회적 혼란은 여전할 것이다. 또한, 침해 청구 행사를 언제까지 할 수 있는지 규정되어 있지 않아 항구적으로 권리를 행사할 여지가 있다.

31) 법안 표현도 현행 카목 중 ‘그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을’을 “국내에 널리 인식되고 경제적 가치를 가지는 타인의 성명, 초상, 음성, 서명 등 그 타인을 식별할 수 있는 표지”로 변경한 것에 불과하다.

32) 각 법률의 취지가 다르고 적용되는 실체법이 상이하므로 구소송물 이론에 따라 하나의 침해행위에 대해 이중의 손해배상이 청구될 수 있다.

33) 대법원은 상표법과 부정경쟁방지법과의 관계(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000다4487 판결; 대법원 1996. 5. 13. 선고 96마217 결정 등), 디자인보호법과 부정경쟁방지법과의 관계(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도15512 판결)에서와 같이 부정경쟁방지법 제15조의 적용을 배제한바 있다.

IV. 나가며

앞서 살펴본 바와 같이 최근의 기술발전은 인격표지의 상업적 활용을 일반인에게까지 확대하고 있을 뿐만 아니라 그 이용 방법도 다양화되고 있다. 이러한 흐름에 비추어 퍼블리시티권에 대한 분쟁은 계속 증가할 것으로 예상된다. 따라서 이제는 퍼블리시티권 분쟁 해결을 위해 명확한 법적 해결방안이 마련되어야 한다. 물론 퍼블리시티권 보호방안에 대한 논의가 30년 넘게 이루어졌으나, 사회적 합의가 이루어지지 않았다는 점에서 쉬운 문제는 아니지만 문화 산업의 발전, 국민의 예측가능성, 표현의 자유와의 조화를 위해 어떠한 방식으로든 입법이 이루어지는 것이 적절하다고 본다. 별다른 입법 없이 인격권에 기하여 해결할 수 있다는 주장도 있고 현재에도 헌법상 기본권이자 배타적 권리인 인격권에 의하여³⁴⁾ 인격 표지에 대한 이용 통제를 하고 있지만, 양도·상속성·보호기간 등 명확하지 않은 부분도 있고 이에 대한 법적 분쟁 위험은 여전하기 때문이다.

입법은 법을 정립하는 작용을 의미하며, 입법과정이란 사회구성원의 다양한 의사를 수렴하고 이를 반영하여 사회적 합의를 이루는 과정이다. 퍼블리시티권의 보호라는 공통된 목표로 2가지 법안이 발의된 지금, 어떤 방법이 효율적으로 퍼블리시티권을 보호할 수 있는지, 이용자가 인격 표지를 이용하는 데 있어 문제점은 없는지 면밀히 국회에서 논의되기를 기대한다. 논의의 결과에 따라 지난 30년간 논의의 종착점이 될 것인지 아니면 새로운 논의의 시작점이 될 것인지 달라질 수 있기 때문이다.

34) 민법학계에서는 인격권의 배타성을 인정하여 인격권에 기한 방해예방·방해금지 및 방해배제청구, 즉 금지청구가 인정된다는 것이 통설이다[곽윤직, 민법주해(18권)-채권(11), 박영사, 2012, 268면].

참고문헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

- 곽윤직, 민법주해(18권)-채권(11), 박영사, 2012
김용덕, 주석민법(채권각칙), 한국사법행정학회, 2016
임상혁, 퍼블리시티권의 한계에 관한 연구, 경인문화사, 2018

나. 논문

- 권영준, 퍼블리시티권 입법화에 관한 연구, 법무부, 2016
권태상, 미국법상 퍼블리시티권, 비교사법, 2016
김현경, 퍼블리시티권 인정에 대한 비판적 소고, 안암법학, 2015
남형두, 재산분할청구권의 대상으로서 지적재산권-퍼블리시티권을 중심으로,
가족법연구 22권 3호, 한국가족법학회, 2008
노현숙, 저작권 원리에 근거한 퍼블리시티권 보호에 관한 입법론적 고찰,
강원법학 제41권, 2014
백강진, 한국의 퍼블리시티권 논쟁과 제3의 길, The 2nd Asia Pacific IP Forum
발표 자료, 2014
안병하, 인격권의 재산권적 성격-퍼블리시티권 비판 서론-, 민사법학 제45-1호,
한국민사법학회, 2009
_____, 독일의 퍼블리시티권 관련 논의 개관, 비교사법 제23권1호,
한국비교사법학회, 2014
엄동섭, “퍼블리시티권”, 서강법학연구 제6권, 서강대학교 법학연구소, 2004
이해완, 퍼블리시티권의 법제화 방향에 대한 연구, 성균관법학 제28권제4호, 2016
정상조·박준석, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률에 의한 퍼블리시티권
보호방안 연구, 특허청, 2009,
박준우, 인격권과 구별된 퍼블리시티권을 인정할지에 관한 고찰 - 최근의 비판론에
대한 논리적 재반박을 중심으로-, 서울대학교 법학 제56권제4호, 2015
_____, 이른바 ‘퍼블리시티권’에서 부정경쟁방지법 일반조항으로
-대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정의 ‘성과’요건을 중심으로-,
산업재산권 제65호, 2020
한지영, 부정경쟁방지법에 의한 퍼블리시티권 보호방안에 대한 비판적 검토
-제2조제1호 차목을 중심으로-, 홍익법학, 2016

참고문헌

2. 외국 문헌

- Henry Ajder, Giorgio Patrini, Francesco Cavalli & Laurence Cullen,
The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact, Deepttrace,
September 2019
- J. Thomas McCarthy, The rights of publicity and privacy, Thomson Reuters, 2017

3. 참조 판례

- 서울지법 1995. 6. 23.. 선고 94카합9230 판결
헌법재판소 2006. 6. 29. 선고 2004헌마826 결정
헌법재판소 2000. 3. 30. 선고 99헌마143 결정
헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2000헌마64 결정
대법원 2020. 3. 26. 선고 2019마6525 결정
Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 1977

4. 기타

- <https://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>
<https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2020073110590795797>
<https://www.etoday.co.kr/news/view/1883113>
<https://www.fnnews.com/news/202104081819421594>
<https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-signs-legislation-establishing-right-publicity-deceased-individuals-protect>
https://ent.sbs.co.kr/news/article.do?article_id=E10010169171