

퍼블리시티(publicity)권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구

辯護士 최승재¹⁾

목차

I. 서설	1. 도입; 퍼블리시티권 침해의 양태의
II. 퍼블리시티권의 성격	巧妙化
1. 의의	2. 가처분의 인부
2. 인정근거와 권리의 내용	3. 권리의 성격과 위자의 성부
3. 법적 성격; 저작인격권과의 관계	IV. 결론
III. 퍼블리시티권과 금지청구권의 인부	

I. 서설

2004년 서울중앙지방법원이 소위 ‘이영애’ 사건²⁾에서 ‘퍼블리시티권(Right of Publicity)’을 인정한 이후 퍼블리시티권은 우리 지적재산권법상의 권리 목록에서 매우 특이한 위치를 점하고 있다. 왜냐하면 이 권리는 여전히 입법적으로 우리 법상의 권리로서의 시민권을 획득한 것도 아니고, 대법원이 ‘퍼블리시티권’을 인정하는 판례를 내지도 않고 있는 상황에서 하급심 판결례³⁾를 통하여 권리의 모습이 형성되는 우리 법체계에서는 매우 드문 현상이 일어나고 있기 때문이다.

한편 과학기술의 발달로 인하여 인간이 가지는 있는 인격적 동일성의 일부로서의 초

1) 법무법인 바른 변호사 겸 홍익대학교 초빙교수.

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

3) 서울중앙지법 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결; 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결; 서울중앙지법 2006. 4. 19. 선고 2005가합80504 판결; 서울중앙지법 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결; 소위 ‘이영애’ 사건 이전에 퍼블리시티권을 부정한 판결로 서울고등법원 2002.4.26. 선고 2000나42061 판결; 서울지방법원 1997. 11. 21. 선고 97가합5560판결; 서울서부지법 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결.

상, 성명, 목소리, 이미지, 명성 내지 성가(聲價) 등의 일련의 가치들이 현상에서의 실사 광고, 애니메이션 형태의 광고, 이미지 광고, 기업들의 상품 광고와 같은 광고라는 형식으로 나타나거나, 게임의 캐릭터⁴⁾로 활용되고, 세컨드 라이프(Second Life)와 같은 가상세계에서 활용되기도 하고, 다양한 패러디의 대상이 되기도 하며, 아바타 등의 디자인에 응용되거나 사용되기도 하는 등 다양한 형태의 새로운 방식으로 사용되고 있다. 이러한 사용에 대하여 우리는 기존의 규범 틀로 이러한 양상을 적절히 규율할 수 있는지 아니면 퍼블리시티권과 같은 새로운 권리를 우리의 기존의 권리 목록에 추가하여야 할 것인지에 대한 고민을 하게 된다.

하급심 판례의 축적이 이루어지는 동시에 어느 시점에 대법원에 의하여 퍼블리시티권이라는 권리가 확인이 되고, 입법적으로 우리법상의 시민권을 부여하는 절차를 상정하여 볼 수 있다. 하지만 입법적으로 모든 권리의 세부적인 사항까지 규정하여 해결할 수 있는 성격의 권리가 아니라고 본다. 이는 마치 프라이버시권이라는 것이 입법적으로 상세한 규정을 두는 방식으로 명문화하기 어려운 것과 마찬가지다. 법원의 역할과 판례법의 형성이 그 만큼 중요한 영역이다. 결국 지금까지 하급심 판결례들의 집적을 통하여 권리의 내용이 정립되어가는 것이 필요하며, 이는 우리 법체계 하에서 매우 의미 있는 과정이라고 생각된다⁵⁾. 이를 위하여 지속적으로 실무계와 학계가 판결례에 대하여 검토하고 이를 풍성하게 하는 과정이 필요할 것이다. 이 글에서는 현재까지 진행되어 온 판례상의 논의를 정리하고, 이를 통하여 퍼블리시티권의 성격을 검토하고(II.장), 뒤이어 아직 선결례가 없는 것으로 보이는 퍼블리시티권에 기초한 가처분을 인정할 것인가에 대한 검토를 진행하기로 한다(III.장).

II. 퍼블리시티권의 성격

1. 의의

(1) 概念素

판례상 퍼블리시티권(Right of Publicity)은 사람이 그가 가진 성명, 초상이나 기

4) 인터넷 모바일 서비스 캐릭터 사용과 관련한 퍼블리시티권의 침해와 관련된 사건으로 ‘서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324판결’.

5) 다만 법체계가 다르지만 미국에서의 퍼블리시티권의 인부와 관련된 배분적 효율 증진이론이나, 유인이론, 노동이론 내지 개인의 자율성 이론 등이 있다. 법체계의 상이로 인해 해석론으로는 실익이 적을 수 있고 미국에서의 논의를 단순히 따옴으로써 논의의 쟁점을 혼동스럽게 할 수 있으나 입법론을 위한 실익은 있을 것이다. 이에 대한 상세는 오세용, ‘퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구’, 서울대학교 법학석사학위논문, (2005. 2.) 54-57면 참조.

타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 말한다고 한다⁶⁾.

퍼블리시티권을 위와 같이 정의한다면, 그 概念素는 (i) 개인의 동일성의 ‘재산권’⁷⁾ 측면에서의 사용, (ii) 상업적 사용이라고 할 수 있을 것이다. 여기서 문제가 되는 것은 제3의 요소로 상업적인 사용의 대상에 유명인이 아닌 일반인도 포함시킬 것인가 하는 점이다. 일반인에 대해서도 이러한 퍼블리시티권을 인정할 것인가에 대해서는 추가적인 검토가 필요하다고 생각된다. 통상 퍼블리시티권은 일명 ‘有名權’이라고도 불리면서, 스포츠 스타나 연예인과 같은 실제로 광고 등에 이들의 초상이나 음성 기타 동일성을 식별할 수 있는 표지를 사용하는 경우에 문제가 되는 권리이기는 하지만 그렇다고 하여 일반인을 배제하는 것인가 대하여는 논의가 필요하다고 보이기 때문이다.

(2) 유명인에 국한되는지

만일 퍼블리시티권을 유명인에게 제한하여 인정하려면 다음과 같은 점들이 고려되어야 할 것이라고 본다. 우선 실무적으로 퍼블리시티권이 문제가 되는 것은 실제 판결들을 보아도 알 수 있듯이 유명인이 문제가 되는 것이 대부분일 것이어서 크게 논의의 실익은 많지는 않다고 본다. 왜냐하면 퍼블리시티권이라는 것이 유명운동선수⁸⁾, 유명연예인⁹⁾ 등과 같은 유명인들이 쌓아올린 성가에 의탁하여 별도의 계약을 체결하지 아니하고, 무임승차하여 광고나 게임의 제작 등을 하는 경우를 규율하고자 하는 수단으로 사용되는 경우가 아니라면 아무런 의탁할 명성을 지니고 있지 않은 일반인의 경우에는 이를 굳이 무단히 사용할 유인(incentive)이나 동기(motive)가 있는 경우가 쉽게 생각하기 어렵기 때문이다.

하지만 예를 들면 광고주가 일반인을 아무런 동의를 받지 않고 무단히 그가 가진 성명, 초상이나 기타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하였다면 일반인이라고 하여 퍼블리시티권을 부정할 이유는 없다고 본다. 왜냐하면 역설적이지만 광고주가

6) 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결.

7) 위의 서울동부지법의 판결에서 재산적이라는 표현이 정의에서 언급되어 있지는 않지만 상업적 이용이라는 것이 결국 재산권적 성격을 의미하는 것으로 이해된다.

8) 우리의 경우에 ‘박주봉’ 선수와 같은 유명 배드민턴 선수나 프로야구선수가 문제가 되었고, 향후에도 ‘최경주’, ‘김연아’, ‘박태환’ 선수 등 우리나라를 넘어선 세계적인 선수들이 이러한 문제와 연관될 수 있을 것이다.

9) ‘이영애’ 씨가 대표적인 경우라고 할 것이다.

일반인을 사용하였다는 것은 그 일반인의 성명이나 초상 등의 사용이 자신들의 광고가 의도하는 바를 달성하는 것에 기여할 수 있다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 유명인 뿐 아니라 일정한 경우 일반인에게도 인정될 수 있으며, 그 대상은 성명, 사진, 초상, 기타 개인의 이미지를 형상화하는 경우 특정인을 연상시키는 물건 등에 널리 인정될 수 있다¹⁰⁾. 다만 일반인의 경우에는 유명인과 같이 무임승차할 성가나 명성, 이미지 등이 미약하거나 거의 없다고 볼 경우가 다수 있을 수 있을 것이므로 유명인과 달리 손해배상액의 산정에 있어서 다액의 배상을 인정하기는 어려울 것으로 생각된다.

한편 만일 법관이 침해당한 명성의 존부를 사회통념에 의하여 판단하는 것이 가능하다고 판단된다면, 유명인은 자신의 유명세로 인하여 더 많은 권리의 보호와 경제적인 이익을 얻게 되고, 반면, 유명하지 않은 일반인의 경우에는 퍼블리시티권에 의한 보호를 받지 못하게 되는 불균형이 발생하게 되는데, 이러한 권리 보호에 있어서의 불균형이 과연 우리 헌법 질서 하에서 허용되는 불균형인지의 의문이 있을 수 있을 것이다. 살피건대 퍼블리시티권이라는 개념 자체가 광고 등의 경우에 유명인이 쌓아올린 성가(聲價)에 의존하여 자신들의 광고 효과를 높이려고 하는 침해자들에 대하여 부당하게 유명인의 동일성이 자신의 의사에 반하여 사용되는 것을 방지하려고 하는 것이다. 따라서 이와 같은 개념의 권리의 인정한다고 하여 부당하게 일반인과 유명인을 달리 취급하는 것이라고 보기는 어렵다고 본다. 따라서 퍼블리시티권을 ‘모든 인간이 자신들의 동일성(identity)을 상업적으로 사용하는 것을 통제하는 천부적인 권리’라고 정의하는 것이 타당하다고 하더라도 일반인이 퍼블리시티권을 이용한다는 것은 일반인이라는 개념정의 자체에서 벌써 어렵다고 할 것이다.

하지만 굳이 일반인을 배제할 필요성이 없다고 보여 제3의 요소로서 유명성이라는 것은 불필요하다고 보는 것이 타당하다고 결론을 내리기로 한다¹¹⁾. 다만 ‘유명하다’라는 것이 법률적인 개념요소로서 이를 인정할 수 있는 사람과 그렇지 않은 사람 간의 구

10) 서울동부지법 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결.

11) 이에 대해서는 상표권의 실질적 보호객체가 당해 사표에 내재되어 있는 “영업상의 신용”인 것처럼 퍼블리시티권의 실질적 보호객체는 특정인의 아이덴티티(identity)에 내재되어 있는 “고객흡입력”이라고 할 것이며, 고객흡입력이 없는 일반인의 아이덴티티(identity)가 의도되지 않게 이용된 경우(예컨대 배경 등)까지 퍼블리시티권의 문제로 보다 손해배상액의 조정 문제로 처리하는 것은 문제라는 지적이 심사과정에서 있었다. 의도되지 않은 이와 같은 사용의 경우까지 퍼블리시티권의 문제로 보아서는 안된다는 지적은 매우 타당한 지적이라고 본다. 한편 “고객흡입력설”에 대한 설명으로는 ‘이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 39집 법원도서관 (2004) 347면 참조’.

별을 가능하게 하는 가능자로서 기능할 수 있는 범주화하는 기능을 하지는 않는다고 하더라도 손해배상액의 산정에 있어서 중요한 요소가 될 것이므로, 이를 살피는 것은 무익한 논의는 아니다. 그러나 많은 경우에는 유명하다는 판단이 매우 어려운 것은 아닐 것인바, 왜냐하면 광고 등의 경우 특정한 대상의 광고대상을 목적으로 한 목적광고(target advertisement)가 아닌 한 널리 일반인들이 인식할 수 있는 유명인을 대상으로 할 것이므로 일단 광고에 등장을 시켰다면 광고주의 입자에서는 이러한 사람들이 고객흡인력¹²⁾을 가지고 있다고 판단한 것이라고 볼 수 있을 것이므로 유명인으로 사실상 추정될 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 법관이 유명인인지 여부에 대하여 한계선상에 있는 인사들의 유명성을 판단하여야 하는 경우는 그지 많지는 않을 것으로 보인다. 하지만 만일 이러한 문제가 발생한다면 이는 건전한 사회 구성원으로서 법관의 법적 판단의 영역이 아닌가 한다.

2. 인정근거와 권리의 내용

퍼블리시티권의 인정여부에 있어서 우리법상 가장 문제가 되는 것은 이러한 권리에 관하여 우리 법에 명문의 규정은 없다는 점이다. 입법론이 아닌 현행법의 해석론으로 퍼블리시티권을 인정할 수 있을까? 이와 관련된 논의는 두 갈래 나누어 볼 필요가 있다고 본다. 우선 (i) 인정의 필요성에 대한 실제적 이론적 근거에 대한 논의이고, 둘째는 (ii) 인정여부에 대한 문제로 인정하지 않는다면 인정의 필요성을 해소할 현행법상 다른 대안은 무엇인가 하는 문제이다. (ii)의 질문에 대하여 대안이 없는 부분이 있다면 해석을 통하여 입법의 흠결을 보완하도록 하여야 할 것이기 때문이다. 이하에서는 위 각 질문에 대하여 하나하나씩 검토하여 본다.

(1) 인정의 필요성

현실적인 인정의 필요성에 대하여는 점차 ‘유명’하다는 명성이 가지는 가치가 높아지고, 그에 따라 유명인을 광고의 모델 등으로 내세우는 것에 대하여 부담을 느끼는 사례가 증가하게 될 것이고, 이러한 유명성의 이용은 불가분적으로 인격에 결합되어 있던 성명이나 초상 등이 ‘세컨드 라이프’의 예에서 보는 것과 같이 현실에서의 ‘나’와 유리된 가상세계에서의 ‘나’라는 존재를 생각하게 된 지금의 시점에

12) 이한주, 전제논문, 위 같은 면(이 논문에서 고객흡인력설을 설명하면서, 저명인의 초상 등에는 고객흡인력이 있고, 이는 재산적 가치를 갖고 있으므로 퍼블리시티권으로 보호할 필요가 있다는 이론으로 설명하고 있다.).

서 재산적으로 사용되는 것을 나의 동일성을 통제하고 유지하기 위하여 이를 위한 권리를 그 개인에게 인정하는 것이 필요하다고 생각된다.

물론 이러한 인격의 일부를 상업화하는 것은 철학적으로 인간의 존엄성을, 인간의 영혼을 상업화하는 것으로 비춰질 수 있으나 오히려 이러한 동일성을 통제할 수 있는 제어권을 개인에게 주지 않는다면 그 개인의 名聲(reputation)이라는 것이 함부로 자신이 원하지 않는 방향으로 사용될 수 있도록 할 우려가 있다는 점에서 퍼블리시티권의 존재는 더구나 필요하다.

나아가 유명인들이 생애를 걸쳐 이루어가는 명성을 계약을 통하여 충분한 보상을 하고 사용하도록 하여야 할 가치로서 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분하다고 할 것이다¹³⁾.

(2) 인정여부

1) 문제의 소재

이러한 별도의 권리로서 퍼블리시티권이라는 것을 인정하지 않는다고 하더라도 현행법상 다른 대안이 있다면 굳이 명문의 근거가 없는 권리를 인정할 필요가 없다고 주장하는 것도 가능할 것이다. 왜냐하면 퍼블리시티권이 논의되지 않았던 시기에도 우리 법원은 목소리를 무단히 광고계약 종료 후에도 사용한 사안에서 위자료와 음성사용료 명목으로 손해배상을 하도록 인정하거나¹⁴⁾, 카탈로그 제작용 사진을 약정된 목적 외로 사용한 사안에서 초상권 침해로 손해배상을 인정한 사안¹⁵⁾ 등에서 보는 것과 같이 민법상 손해배상 책임을 인정하였기 때문이다. 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 본 서울고등법원 판결¹⁶⁾도 인격권 침해에 의한 손해배상은 인정하면서도 성문법상 근거가 없어서 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 하여 이에 기초한 손해배상을 부정하였을 뿐이다. 하지만 이 경우에도 퍼블리시티권은 민법 제

13) 우리 법원은 대부분의 국가가 법령 또는 관례에 의하여 이를 인정하고 있는 점, 사회의 발달에 따라 이러한 권리를 보호할 필요성이 점차 증대하고 있는 점 등에 비추어 해석상 이를 독립적인 권리로 인정할 수 있다고 판시하고 있다. (서울중앙지법 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결).

14) 소위 ‘김세원’ 사건에서 명인계약이 무단히 김세원의 목소리를 사용한 사건 (공간된 관례에서 찾을 수 없어 ‘동아일보 1995. 9. 28. 자’: 오세용, 전개 석사논문 37면 재인용).

15) 서울고등법원 1989. 1. 23. 선고 88나38770 판결.

16) 서울고등법원 2002. 4. 26. 선고 2000나42061 판결.

750조와 같은 일반조항을 가지고 있는 우리법제에서도 손해배상액의 산정과 같은 경우에 단순한 위자의 개념이 아닌 상업적 이용에 대한 이용허락이 있었다면 지급하였어야 할 금액의 배상과 같은 유형적 세분화를 달성할 수 있다는 실익은 있다.

비교하여 이러한 권리를 인정하였을 경우의 실익은 인격권의 경우에는 성명권이나 초상권 등의 권리가 일신전속적인 권리이므로 이들은 성질상 타인에게 양도하는 것이 불가능하다. 따라서 이들의 권리의 재산권적 측면을 포착하여 이를 퍼블리시티권이라고 명명하고 권리를 인정하여 주게 되면 양도나 상속 등이 가능하게 되어 자신의 성명이나 초상이 가지는 경제적 가치에 대한 충분한 대가를 받을 수 있게 되고 이러한 권리를 양도받은 상대방도 권리를 보호받을 수 있게 된다는 점에서 더욱 크게 발견될 수 있다¹⁷⁾. 이러한 양도성과 상속성을 퍼블리시티권을 인정하는 경우 어떻게 볼 것인가에 대하여 별도로 검토한다.

2) 하급심 법원의 판례 전개

(가) 소위 ‘이영애’ 사건 이전

현행법이 퍼블리시티권을 명문으로 인정하고 있지 않지만, 하급심 판례들에 의하여 인정되고 있고 이러한 태도는 어느 정도 확고한 것 같다. ‘퍼블리시티권’의 인정과 관련하여, 소위 제임스딘 사건에서 우리 법원¹⁸⁾은 퍼블리시티권이 아직까지 우리나라의 성문법 상의 권리로서 인정되지 않고 있는 점, 퍼블리시티권을 재산권으로 파악하는 경우에도 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

17) 한위수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”, 인권과 정의 243호(1996. 11.): 오세용, 전계논문, 53면.

18) 서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결 (소위 ‘제임스 딘’ 사건) (이 사건에서도 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 보편화되었고, 따라서 위와 같은 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 경제적 이익의 박탈로 파악될 수 있으므로 성명과 초상 등에 대하여 기존의 인격권으로서의 초상권과는 별도로 재산적 권리로서의 특성을 가지는, 이른바 퍼블리시티권의 성립을 인정할 여지가 있다고 보인다.’라고 하여 인정가능성을 완전히 배제하지는 않았다.).

밀접한 관계가 있어 세월이 지남에 따라 그 권리로서의 존재가치는 稀釋化되고 일정기간이 지나면 결국 소멸되고 마는 권리'라고 하여, '퍼블리시티권'을 정면으로 인정하지는 않았다. 다만, 가정판단으로 인정된다고 하더라도 인격권의 일종으로 이해하고 있는 것으로 보이는 판시를 하고 있었다.

(나) 소위 '이영애' 사건¹⁹⁾과 이후의 판례전개

소위 이영애 사건에서 퍼블리시티권을 인정한 이후 여러 하급심 판례들이 퍼블리시티권을 인정하여 왔고, 2007년 말 서울중앙지방법원은 유명 배드민턴 국가대표 선수와 관련된 사건에서 (i) 퍼블리시티권은 그 선수의 인격권과는 독립된 별개의 재산권이라고 인정하면서 이의 침해가 있을 경우 손해배상을 인정하여야 한다고 판시하였고²⁰⁾, (ii) 퍼블리시티권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명·초상을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이라고 판시하고 있다.

3) 검토

종래 부정론²¹⁾은 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 것이 가장 강력한 논거였다고 할 것이다. 이러한 논리에 의하면, 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

19) 이 사건에 대한 평석으로는 '최성준, "퍼블리시티권의 인정 여부", 서울대학교 기술과법센터Law & technology, 제1호 (창간호)(2005. 7.) 117-127면' 참조.

20) 서울중앙지방법원은 세계적으로 널리 알려진 전 배드민턴 국가대표 선수의 성명, 초상 등에 대하여 형성된 경제적 가치가 이미 광고업 등 관련 업계에서 널리 인정되고 있으므로 이를 침해하는 행위는 민법상의 불법행위를 구성하고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 위 선수가 자신의 성명, 초상 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기 충분하며, 이는 위 선수의 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 그 선수의 인격권과는 독립된 별개의 재산권이라고 보면서, 유명 스포츠 선수에게 일정 기간 활동비를 지급하고 그 기간 동안 그 선수의 성명과 초상을 무상사용하기로 계약한 자가 그 기간 만료 후에도 인터넷 홈페이지에 그 선수의 성명과 초상을 사용하여 광고를 한 경우, 이는 위 선수의 성명권, 초상권, 퍼블리시티권을 침해한 것이므로 이로 인하여 위 선수가 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판시한 바 있다. (서울중앙지법 2007.11.28. 선고 2007가합2393 판결) (소위 '박주봉' 사건).

21) 대표적인 부정하는 판례로 위 서울고등법원 2002. 4. 26. 선고 2000나42061 판결 참조.

이러한 권리를 인정할 수 있다고 보게 된다.

하지만 부정론의 논거 중 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 한다는 논리나 성명, 초상의 자유로운 사용이 금지되어 불가피하게 언론의 자유를 억압하게 되는 기능을 한다는 주장은 사회적인 비용의 증가를 감수할 것인가는 입법정책 상의 판단의 문제이고, 인정하더라도 퍼블리시티권은 상업적인 이용을 제한하는 것이지, 언론이나 출판의 자유를 그 본질에 있어서 제한하는 것은 아니라고 할 것이다.

결국 판례법의 전개를 통하여 별도의 권리 목록을 만들어내는 것은 불가능한 것이 아니며, 다만 개별 판례를 통하여 판례법을 정립하는 과정에서 우리에게는 익숙하지 않지만 새로운 실험이며, 과제일 뿐이다.

(가) 양도성에 대하여

만일 퍼블리시티권의 양도나 상속을 보호하여야 할 필요성이 있다면 이는 입법상의 흠결로 해석상의 보완이 필요할 것이다. 하지만 개인이 가지고 있는 성명, 초상, 이미지와 같은 것들을 광고 등의 목적으로 사용하게 하는 것에 그치는 것이 아니라, 양도하는 것에 대하여는 다소 회의적이다. 왜냐하면 퍼블리시티권이라는 것이 재산권으로 인정된다고 하더라도 퍼블리시티권은 프라이버시권과 함께 인격에서 파생되는 권리로서 그 인정의 취지는 인간의 전인격적인 통일성 내지 동일성에 대한 통제권의 회복에 있는 것이므로 인격과 분리된 독자적 실체로서 존재하는 것이라고 볼 수 없어 통상적인 재산권과 달리 양도할 수 없는 권리라고 보기 때문이다²²⁾. 이러한 재산권이라도 제도본지의 속성에 의하여 양도성이 제한되는 예로 연금청구권이 있다. 국민연금법상의 연금청구권은 재산권임에 분명하지만 양도성을 가지는 것은 아니다. 왜냐하면 연금이라는 제도의 본지가 특정한 개인의 노후 생계의 보장 등에 있기 때문에 양도성을 제약하여야 이러한 제도의 취지를 달성할 수 있기 때문이다²³⁾. 상업적인 사용이라는 목적은 양도라는 수단을 사용하지 않더라도 광고모델 계약과 같은 이용허락 계약에 의하여 충분히 달성할 수 있다고 보는 것이 타당하

22) 한위수, 상계논문, 113-115면 등: 이에 대하여는 양도성을 긍정하는 견해로 오세용, 전계논문, 109면 등.

23) 국민연금법 제58조 ① 급여를 받을 권리는 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 없다. ② 수급권자에게 지급된 급여로서 대통령령으로 정하는 금액 이하의 급여는 압류할 수 없다.

다. 성명이나 초상 등과 분리된 인격이라는 것은 전인격적인 존재로서의 자신의 동일성을 통제할 수 있게 되는 것이기 보다는 오히려 인간의 영혼까지 상업화하는 것이라고 이해하기 때문이다. 이러한 권리의 인정은 인간의 존엄과 가치라는 헌법이념에도 배치되는 것으로 우리 법상 인정될 수 없는 권리내용이라고 생각한다.

(나) 상속성에 대하여

그렇다면 결국 남는 것은 상속성의 문제인데, 상속성의 문제의 경우에는 실익이 있다고 본다. 만일 유명인이 사망하였을 경우 인격권으로서의 보호는 더 이상 존재하지 않는다. 이렇게 되면 남게 되는 것은 상업적 사용의 경우에 그 망인들이 만일 유명인이 상표권자일 경우 상표법에 의한 보호를 생각하여 볼 수 있다. 따라서 상표권에 의한 보호가 이루어지는 범위에서는 상속성이 인정되는 퍼블리시티권이라는 권리를 인정하지 않아도 보호는 일정범위 이루어질 수 있다. 상표권이 없다면 상속인들은 여전히 사자의 명예를 훼손하는 형태의 사용에 대하여는 상속인들이 사자의 명예훼손을 이유로 하는 민사상 손해배상 소송의 제기와 형사상 명예훼손죄에 기초한 고소를 하는 방식으로 권리 구제를 하는 방법을 생각할 수 있다. 그럼 남게 되는 영역은 명예훼손적인 사용이 아니면서 그 유명인이 상표권에 의하여서도 자신의 성명이나 초상이 보호되는 것이 아닌 경우, 저작권에 의하여서도 보호되는 경우가 아닌 경우가 남게 된다. 이러한 영역에서 비록 광고주가 광고에 사용하여 무단히 망인의 유명인으로서의 명성이나 성가에 의지하여 자신의 상업적인 이익을 도모할 목적으로 유명인의 성명이나 초상 등을 사용하는 경우 그 상속인들은 비록 그 유명인이 사망하였다고 하더라도 이러한 유명인의 명성이나 성가가 무단히 사용되는 것을 방지하여야 할 실익은 유명인의 사망과 함께 소멸하는 것은 아니므로 보호의 실익이 없다고 할 수 없다. 그런데 인격권의 경우에는 일반적으로 상속될 수 없는 것이므로 상속인들의 입장에서는 명예훼손적인 사용이 아닌 한 이를 방지할 아무런 수단을 가지지 못하게 되는 상황에 처하게 된다. 견해의 대립²⁴⁾이 있지만 기본적으로 상속성을 인정하는 견해가 옳다.

우리법원도 상속성에 대하여 퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점,

24) 상속성을 긍정하는 견해 오세용, 전제논문, 149-153면; 상속성을 부정하는 견해 한위수, 전제논문, 115-116면; 상속성을 긍정하는 판례로는 서울동부지법 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결이 있고, 상속성을 부정하는 판례로는 서울서부지법 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결이 있음. 지방법원의 태도는 인정여부에 대하여 2004년 이영애 사건 이후 판결인 동부지법의 판결이 현재로서는 적절한 선결례라고 판단된다.

퍼블리시티권에 관하여는 그 성질상 민법상의 명예훼손이나 프라이버시에 대한 권리를 유추적용하는 것보다는 상표법이나 저작권법의 규정을 유추적용함이 상당한데 이러한 상표권이나 저작권은 상속 가능한 점, 상속성을 부정하는 경우 사망이라는 우연적 요소에 의하여 그 재산적 가치가 크게 좌우되므로 부당한 결과를 가져올 우려가 큰 점 등에 비추어 상속성을 인정하였다²⁵⁾.

(다) 존속기간²⁶⁾

퍼블리시티권을 인정하는 경우 존속기간이 문제 된다. 왜냐하면 퍼블리시티권이 명문의 규정이 없는 권리이기는 하나 무한정 존속한다고 해석할 경우 역사적 인물을 대상으로 하는 상업적 행위가 대부분 후손들의 동의를 필요로 하게 되어 불합리한 결과를 가져오게 되기 때문이다. 나아가 현실적으로 상속인을 찾아 그러한 동의를 얻기도 사실상 불가능한 점, 본인의 사망 후 시간의 흐름에 따라 死者의 성명이나 초상을 자유로이 이용할 수 있도록 하여야 할 공공의 이익도 상당한 점 등에 비추어 그 존속기간을 해석으로나마 제한할 수밖에 없다는 점도 기간의 제한이 필요한 이유라고 할 것이다.

문제는 상속성을 인정한다고 하더라도 존속기간에 대하여는 그 권리의 본질적인 성격에 비추어보면 유명인의 유명세의 정도에 따라 그 기간이 사실상은 동일하지 않을 것이다. 그러므로 보호기간도 획일적으로 정하지 못한다는 것이 정직한 결론일 것이라는 점이다.

우리법원은 존속기간을 정함에 있어 명문의 규정이 없으므로 퍼블리시티권과 가

25) 인격권으로서의 초상권은 일신전속적 권리라고 할 것이어서 死者는 원칙적으로 그 권리 주체가 될 수 없고, 설령 일정한 경우 死者의 초상권이 인정될 수 있다고 보더라도 살아있는 사람의 초상권과 달리 그 보호범위를 제한적으로 인정하여야 할 것인데, 유사한 성격의 권리인 저작인격권의 경우 저자의 사후 그의 명예를 훼손하는 정도에 이르는 행위를 금지하는 방법으로 보호되고 있는 점 등에 비추어 볼 때 死者의 초상권도 死者의 초상을 사용한 것이 그 명예를 훼손하는 정도에 이른 경우에만 제한적으로 인정될 수 있다고 하면서 상품권 발행업체가 이미 사망한 유명 소설가의 초상을 상속인의 승낙 없이 상품권에 게재한 것이 그 상품권의 사용처나 기재 내용 등에 비추어 死者의 명예를 훼손하는 정도에 이르지 않아 초상권의 침해를 인정할 수 없다고 한 사례 (서울동부지법 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결).

26) 존속기간은 입법례에 따라서 다르다. 미국의 경우에도 17개 주에서 인정되고 있는 바, 인정되는 주 간에도 권리 존속 기간이 다르다. 캘리포니아주와 같은 곳에서는 50년간 보호를 하는 반면, 테네시주와 같은 경우에는 10년간만 보호를 하고, 뉴욕주와 같은 곳에서는 상속성 자체를 부정하는 등 일관된 결론에 이르지 못하고 있는 것이라고 판단된다. 이러한 미국에서의 보호기간의 다양성에 대하여는 ‘오세용, 전개논문, 137면’ 및 ‘김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고-인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위-”법조 52권 1호 (556호) (2003) 법조협회 111면’.

장 성격이 유사한 권리의 존속기간을 참조할 수밖에 없는데, 퍼블리시티권은 현행 법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다고 할 수 있고, 저작권법 제36조 제1항 본문은 저작재산권의 보호기간을 저작자의 사망 후 50년으로 규정하고 있으므로 이를 유추적용하여 퍼블리시티권의 존속기한도 해당자의 사후 50년으로 해석함이 상당하다 보았다²⁷⁾. 하지만 이러한 권리 존속기간의 인정은 지나치게 장기라고 보이며 이 판결례를 널리 원용하는 것에는 무리가 있다고 보인다. 추가적인 논의가 필요한 부분이다²⁸⁾.

3. 법적 성격; 저작인격권과의 관계²⁹⁾

퍼블리시티권은 재산권이지만 인격권과 완전히 결별한 것이 아닌 하이브리드적 성격을 가지고 있는 권리³⁰⁾라고 이해하는 방법이 하나 있을 것 같고, 이 경우에는 인격권적인 성격에 기초한 권리들도 퍼블리시티권의 내용으로 인정될 수 있는 기초로 설명할 수 있을 것이다. 반면 퍼블리시티권의 성격을 우리 법원이 실시하는 것과 같이 재산권으로만 파악하면서 인격권과 분리하는 태도를 취하는 방법이 하나 있을 것이다. 퍼블리시티권의 대상이 성명이나 초상, 기타 이미지 같은 것들이 될 것인 바, 성명권이나 초상권과의 관계가 문제가 될 것인바, 퍼블리시티권을 저작인격권의 일부가 아니라 재산권으로 별개의 권리라고 보는 견해를 취한다면 양자는 경합적으로 모두 인정된다고 보는 것이 타당할 것이다. 이 경우 권리내용에 대하여 서울동부지방법원은 퍼블리시티권의 대상이 초상일 경우 초상권 중 재산권으로서의 초상권과 동일한 권리가 된다고 판시하고 있다³¹⁾.

III. 퍼블리시티권과 금지청구권의 인부

27) 死者의 초상 등이 게재된 상품권이 사망 후 약 62년이 경과한 때 발행되었다면 그 시점에 위 死者의 퍼블리시티권은 더 이상 독점적 권리로써 보호될 수 없었다고 본 사례 (위 동부지법 판결례).

28) 우리 판결례 중에서 앞서의 ‘제임스 딘(James Dean) 사건’ 등에서 보는 것처럼 퍼블리시티권이 인정되는 경우의 상속성 문제에서 오히려 중요한 점은 존속기간이라고 할 것이다.

29) 양자의 관계에 대하여는 ‘김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고 : 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위” 법조 52권 1호 (통권556호)(2003. 1.) 97-134면’ 참조.

30) 이해완, “저작권법”, 박영사 (2007) 609면에서 퍼블리시티권이 개념적으로도 인격권적 성격에서 완전히 떠나 있는 것 아니라고 본다는 취지도 이와 같은 성격으로 파악하는 것이 아닌가 한다.

31) 서울동부지법 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결.

1. 도입; 퍼블리시티권 침해의 양태의 巧妙化

‘퍼블리시티’라는 용어는 광고학에서는 PR(Public Relations)과는 구별하기 위하여 사용하는 개념으로, 소비자들에게 피사체가 노출되도록 하는 기법이나 전략을 의미한다고 할 것이다. 이러한 광고학에서의 ‘퍼블리시티’의 개념과 법학에서의 ‘퍼블리시티권’의 개념은 서로 관련이 전혀 없는 것은 아니지만, 완전히 동일한 개념으로 사용되는 것은 아니다. 하지만 ‘퍼블리시티’이건 아니면 PR 이건 간에 광고 전략을 수행하는 과정에서 유명인의 초상이나, 음성 등의 사용은 훨씬 더 효과적인 수단으로 사용될 수 있다는 점에 착안 광고와 관련하여, 퍼블리시티권의 문제가 발생할 가능성이 많다. 더구나 과학기술의 발달로 인하여 많은 형태의 변형이 이루어질 수 있다는 점에서 유명인의 초상이나 음성 등의 동일성을 상업적으로 이용하면서도 이를 이용하지 않는 것처럼 교묘하여 활용하여 유명인이 이루어놓은 명성이나 성가를 이용하는 경우들이 증가될 것도 예상된다.

애니메이션이나 캐릭터와 같은 경우에는 완전한 동일성이 아니라 특징이나 이미지를 따오는 경우가 많을 것이고, 성명이나 초상을 직접적으로 이용하지는 않지만 사실상 특정한 유명인의 성명이나 초상을 일반인들이 떠올리게 하는 방식으로 유명인의 성가에 무임승차하는 방식의 광고나 마케팅 기법들이 증가하게 될 것이라는 점이 예상된다. 왜냐하면 고액의 유명인을 광고모델로 직접 노출시키는 경우 성공만큼이나 실패시에 부담을 가지고 있기 때문이다. 광고비 부담하지 않고 무임승차하려는 퍼블리시티권 침해에 대하여 사후적인 손해배상이라는 구제수단만으로는 점차 그 구제가 한계에 봉착하게 될 가능성이 높아지고 있다고 할 것이다. 특히 가처분과 같은 금지청구권을 인정하는 것이 일단 침해가 이루어지고 난 뒤에 그 구제가 곤란한 퍼블리시티권의 인격적인 성격을 감안할 때 인정할 필요성이 있지 않은가에 대하여 논의할 실익이 있는 것이다.

2. 금지청구권의 인부

(1) 도입

미국의 경우에는 퍼블리시티권은 부정경쟁과 관련된 상업적 불법행위(commercial tort of unfair competition)의 일환으로 州法에 의하여 창설된 지적재산권의 일종으로 보아 퍼블리시티권은 재산권에 대한 침해(trespass of property)로 이해되고 있다³²⁾.

32) J. Thomas McCarthy, The Rights of Publicity and Privacy, Ch.3 Elements of Infringement of

이러한 퍼블리시티권을 재산권이라고 파악하는 미국에서 퍼블리시티권에 기한 금지청구가 인정되고 있다는 점이 금지청구인정의 하나의 논거로 사용되고 있다³³⁾.

하지만 미국법 체계에서 구제수단으로 금지청구를 인정하는 것은 우리법의 체계와 일치하지 않기 때문에 미국에서의 논의가 퍼블리시티권이라는 것이 미국법에서의 논의를 참고한 것이라는 점에서 참고가 될 수는 있을 것이나 바로 이러한 미국에서의 인부가 우리나라 법제에서의 인정의 근거로 사용될 수는 없다.

우리법상 인격권에 대해서는 명문의 규정이 없더라도 방해예방 및 방해배제 청구 등의 금지청구가 일반적으로 인정되어 왔다³⁴⁾. 언론출판과 관련된 인격권 침해에 대하여 대법원은 인격권 침해의 경우 금지청구권이 인정된다는 점에 대하여 인정하고 있다는 점은 판례로 정립되었다고 보인다³⁵⁾. 그런데 퍼블리시티권을 재산권으로 보는 경우 금

the Right of Publicity 3.1(McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (4th ed) West (2006. 12.); 관련판례로 Acme Circus Operating Co. v. Kuperstock . 711 F.2d. 1538, 1541 (11th Cir. 1978) 참조.

33) 한위수, 전제논문, 126면.

34) 매연, 소음, 진동 등에 의한 생활방해나 일조, 통풍, 정온, 조망 등 주거환경의 침해는 토지소유권의 침해의 범주에 넣어 볼 수 있지만, 그 주된 피해법익은 인간의 건강하고 쾌적한 생활이익으로서 이러한 주거환경의 이익은 그 법익의 법적 성격으로 보아 종래의 생명·신체·자유·명예·정조·초상권·신용권 등과 같이 인격권의 일 중에 속한다고 보아야 하고 이러한 인격권은 그 지배권 내지 절대권적 성격으로부터 물건적 청구권에 준하는 방해배제청구권이 인정되고 있으므로, 생활방해나 주거환경의 침해는 실질적으로는 신체적 자유 내지 정신적 자유의 침해에 속하는 것이고, 이 경우 일정한 한도를 초과하는 침해에 대하여는 방해배제청구권이 인정되는 토지소유권 기타 물권을 가지고 있지 않은 자라고 하더라도 막바로 인격권의 침해를 이유로 인격권에 터잡아 방해배제 또는 방해예방청구권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다.(부산고법 1995. 5. 18. 선고 95카합5 판결).

35) 명예는 생명, 신체와 함께 매우 중대한 보호법익이고 인격권으로서의 명예권은 물권의 경우와 마찬가지로 배타성을 가지는 권리라고 할 것이므로 사람의 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 관하여 사회로부터 받는 객관적인 평가인 명예를 위법하게 침해당한 자는 손해배상 또는 명예회복을 위한 처분을 구할 수 있는 이외에 인격권으로서 명예권에 기초하여 가해자에 대하여 현재 이루어지고 있는 침해행위를 배제하거나 장래에 생길 침해를 예방하기 위하여 침해행위의 금지를 구할 수도 있다고 하면서, 대법원은 표현행위에 대한 사전억제는 표현의 자유를 보장하고 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 엄격하고 명확한 요건을 갖춘 경우에만 허용된다고 할 것인바, 출판물에 대한 발행·판매 등의 금지는 위와 같은 표현행위에 대한 사전억제에 해당하고, 그 대상이 종교단체에 관한 평가나 비판 등의 표현행위에 관한 것이라고 하더라도 그 표현행위에 대한 사전금지는 원칙적으로 허용되어서는 안 될 것이지만, 다만 그와 같은 경우에도 그 표현내용이 진실이 아니거나 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이 아니며, 또한 피해자에게 중대하고 현저하게 회복하기 어려운 손해를 입힐 우려가 있는 경우에는 그와 같은 표현행위는 그 가치가 피해자의 명예에 우월하지 아니하는 것이 명백하고, 또 그에 대한 유효적절한 구제수단으로서 금지의 필요성도 인정되므로 이러한 실체적인 요건을 갖춘 때에 한하여 예외적으로 사전금지가 허용된다. (대법원 2005. 1. 17. 자 2003마1477 결정) 이 판례와 관련된 평석으로는 이균용, “언론·출판의 자유와 명예를 침해하는 출판물에 대한 출판 등 금지 가처분”,

지청구권의 인정이 어렵다고 보는 것³⁶⁾이 논리일관하는 견해라고 할 것이다. 이런 퍼블리시티권의 성격과 관련된 점에서 금지청구권의 인부가 문제 되는 것이다. 금지청구권은 사전예방적인 구제수단으로서 권리자에게 매우 실효성이 높은 구제수단으로 인정 여부가 퍼블리시티권자에게는 매우 중요한 이해관계를 가지고 있다.

(2) 견해의 대립

1) 부정하는 견해

퍼블리시티권은 재산권적 성격의 권리이므로 앞서 설명한 바와 같이 우리 법원의 태도에 비추어 보면 명문의 근거가 없으면 금지청구권을 부정하는 것이 논리일관된 견해이다. 흥미로운 점은 학설상 이와 같은 견해를 취하는 견해를 찾을 수 없다는 점이다. 판례가 퍼블리시티권에 기초한 가처분을 명확하게 부정한 판결을 찾을 수 없었지만³⁷⁾, 프로야구 선수들의 퍼블리시티권을 침해한 사안에서 퍼블리시티권을 재산권으로 인정하면서도³⁸⁾ 유명 프로야구 선수들의 허락을 받지 아니하고 그 성명을 사용한 게임물을 제작, 판매한 사안에서, 위 프로야구 선수들의 인격권으로서의 성명권이 침해되었다고 보아 위 게임물에 위 프로야구 선수들의 성명을 사용하거나 이를 사용한 게임물을 제작, 공급 및 판매하여서는 안 된다는 청구를 인용하였다는 점에서 사실상 법원이 하급심 사례이기는 하지만 퍼블리시티권이 인정된 사안이므로 가처분의 인정이 어렵다고 본 것이라고 판단한 사안으로 보인다³⁹⁾.

법률신문 3430호 (2006. 1.)

36) 이해완, 전제서, 609면 참고

37) 이해완, 전제서 위 같은 면에서 서울중앙지법 2006. 4. 19. 2005가합80450 판결을 들어서 이 판결에서 서울중앙지법이 금지청구를 인정하면서 그 부분의 근거는 퍼블리시티권의 침해가 아니라 인격권의 침해에서 구하고 있다는 점도 그러한 법리상의 애로점에 기초한 것이라고 설명하고 있다.

38) 헌법상의 행복추구권과 인격권의 한 내용을 이루는 성명권은 사회통념상 특정인임을 알 수 있는 방법으로 성명이 함부로 사용, 공표되지 않을 권리, 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 포함한다고 할 것이고, 유명인의 성명이나 초상을 사용하여 선전하거나 성명이나 초상을 상품에 부착하는 경우 유명인의 성명이 상품의 판매촉진에 기여하는 효과가 발생할 것인데 이러한 효과는 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치로서 파악할 수 있는바, 유명인의 허락을 받지 아니하고 그의 성명을 상업적으로 이용하는 행위는 성명권 중 성명이 함부로 영리에 이용되지 않을 권리를 침해한 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것이고, 이와 같이 보호되는 한도 내에서 자신의 성명 등의 상업적 이용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이며, 이는 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 보아야 할 것이다. (위 서울중앙지법 2006. 4. 19. 2005가합80450 판결).

2) 인정하는 견해

우리 학설은 대부분 퍼블리시티권에 근거한 금지청구권을 인정하는 태도를 취하고 있다. 하지만 그 근거는 다소 상이하다. 앞서의 성격에서 퍼블리시티권을 하이브리드적 권리로 이해하는 견해로 보는 것으로 보이는 견해에 기초하여 퍼블리시티권은 지적재산권과 유사한 성격을 가지고 있어 저작권법 제123조 규정⁴⁰⁾을 유추 적용할 수 있다는 등의 이유로 금지청구권을 인정하는 입장에 있는 견해가 있고⁴¹⁾, 퍼블리시티권이 개념적으로 인격권적 성격에서 완전히 떠나 있는 것이 아니라고 보면 퍼블리시티권 침해를 인정한다고 하더라도 그 속에 내포된 인격권적 속성을 감안하면 금지청구권 행사를 인정할 수 있다는 견해가 있다⁴²⁾. 반면 현실적인 필요성에 기초하여 일반 불법행위와 달리 가해자의 위법행위가 지속적인 점에서 장래의 침해를 효율적으로 예방하여야 할 필요성이 크고 가해자로서는 손해배상만 하면 지속적인 침해도 가능하다는 인상을 줄 수 있다는 점에서 금지청구권을 인정하여야 한다는 견해도 있다⁴³⁾.

(3) 검토

퍼블리시티권의 성격을 재산권으로 보는 한 판례의 태도와 같이 금지청구권을 부정하는 것이 논리일관된다고 볼 수 있다. 물론 하이브리드적인 권리라고 파악할 수 있지만 권리의 성격상으로는 분명히 타당한 견해이지만 기존의 재산권과 인격권을 구분을 유지한다고 하더라도 인격권과 퍼블리시티권을 동시에 청구기초로 사용할 것이 실무상 통상적인 모습이라고 할 것이므로 결과적으로 인격권에 기초한 금지청구권의 인정과 동시에 퍼블리시티권에 기초한 손해배상청구권을 인정하게 되면 중

39) 위 서울중앙지법 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결; 이 판결을 검토한 논문으로 나윤수, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구 24집(2006. 11) 435-452 면 참조.

40) 저작권법 제123조 ①저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(제25조·제31조·제75조·제76조·제82조 및 제83조의 규정에 따른 보상을 받을 권리를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)를 가진 자는 그 권리를 침해하는 자에 대하여 침해의 정지를 청구할 수 있으며, 그 권리를 침해할 우려가 있는 자에 대하여 침해의 예방 또는 손해배상의 담보를 청구할 수 있다. ②저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 가진 자는 제1항의 규정에 따른 청구를 하는 경우에 침해행위에 의하여 만들어진 물건의 폐기나 그 밖의 필요한 조치를 청구할 수 있다.

41) 한위수, 전게논문, 126면; 오승중·이해완, “저작권법” 446면.

42) 이해완, 전게서 609면.

43) 오세용, 전게논문, 92면.

간적인 권리를 인정하지 않고도 동일한 결과에 이를 수 있을 것이므로 퍼블리시티권에 대한 권리 성격에 대한 우리법상의 성격에 대해서 기존의 법체계와의 정합성 면에서 쉽게 금지청구권을 인정하려고 하는 학설의 태도는 재고할 필요가 있다고 보인다.

3. 권리의 성격과 위자의 성부

1) 판례의 태도

유명 스포츠 선수의 성명권, 초상권은 일반인들의 그것과 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 특별히 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우, 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다고 하여 정신적 손해에 대한 위자는 부정하고 있다⁴⁴⁾.

2) 검토

생각건대 일응 퍼블리시티권의 성격을 재산권으로 보아 인격권과는 구별되는 별도의 권리로 인정하는 이상 위자는 우리 대법원의 판례와 일관한다면 원칙적으로 부정하는 것이 타당하다고 본다. 하지만 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 이해하는 경우에는 이러한 손해에 대한 위자를 인정하여야 하는 것이 논리 일관된 결론이라고

44) 서울중앙지법 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결; 같은 취지의 판결로 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 프로스포츠 선수들은 경기중계, 인터뷰, 광고 등을 통한 대중과의 접촉을 직업으로 하는 사람들로서 통상 자기의 성명 등이 일반대중에게 공개되는 것을 희망 또는 의욕하는 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. (위 서울중앙지법 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결).

할 것이다.

하지만 퍼블리시티권이 재산권과 인격권이라는 범주적 이해에 의하여 재산권으로 분류하는 것일 뿐 초상이나 성명이라고 하는 인격과 불가분적인 가치를 가지는 대상을 보호함을 목적으로 한다는 점에서 기존의 이러한 논리를 일관하는 것이 타당한지에 대하여는 의문이 있고, 제한적인 경우에는 위자를 인정하는 것이 타당할 것이라고 본다.

다만 실무적으로 만일 부정하는 판례의 태도를 유지한다고 하더라도 퍼블리시티권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이라고 할 것이고, 퍼블리시티권자가 자신의 성명에 관하여 사용계약을 체결하거나 사용료를 받은 적이 전혀 없는 경우라면 일응 그 업계에서 일반화되어 있는 사용료를 손해액 산정에서 한 기준으로 삼게 될 것⁴⁵⁾이므로 일반적으로 인정되는 위자의 경우보다 손해액은 증가할 것이라고 보인다.

IV. 결론

퍼블리시티권은 명문으로 규정되어 있지 않으나 하급심 판결에 의하여 이영애 사건후 지지되고 그 내용이 형성되고 있다. 우리법상으로는 매우 이례적인 현상이지만 권리의 속성상 이러한 전개는 앞서 지적한 바와 가티 입법으로 권리의 세부적인 내용을 입법하기 어려운 퍼블리시티권의 속성상 입법에 의한 방식보다 오히려 더 타당한 방식이라고 생각한다. 판례법의 형성을 위하여는 실무계와 학계간의 유기적인 노력이 필요하다.

권리의 성격에 대하여는 인격권적인 속성과 재산권적 속성을 모두 가지고 있는 하이브리드적인 성격을 가지고 있다는 견해와 재산권이라고 분류하는 방식이 있을 것이다. 본질적인 속성은 전자와 같다고 보는 것이 타당하지만 기존의 2분법적인 우리법상의 분류와 법원의 실무를 고려하면 후자와 같이 보면서 하급심이 인정하는 것과 같이 독립된 재산권으로 분류하는 것이 타당하다.

권리의 성격을 독립된 재산권으로 보는 경우 재산권의 경우 명문의 규정이 없이는 금지청구권을 거의 인정하지 않았던 기존의 판례와의 일관성을 유지하기 위하여 하급심의 태도와 같이 금지청구권과 위자를 인정하지 않는 것이 타당하다고 할 것이다. 그러나 금지청구권의 현실적인 필요성은 학설들이 대부분 금지청구권을 인정하고 있는

45) 위 서울중앙지법 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결.

것에서도 볼 수 있는 것과 같이 인정된다고 보이고, 실무상으로 그런 필요성이 존재한다고 판단된다. 그러므로 우리 법원이 인격권과의 경합적인 적용을 인정하여 인격권에 기초하여 금지청구권과 위자를 인정하는 것이 타당하다. 이것은 우리 하급심의 실무례이기도 하다고 보인다.

주제어 퍼블리시티권, 유명권, 금지청구, 재산권, 인격권,

참고문헌

- 김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고 : 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위” 법조 52권 1호 (통권556호)(2003. 1.)
- 나운수, “퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰”, 법학연구 24집(2006. 11)
- 박인수, 판례상의 퍼블리시티권, 영남법학 제5권 제1, 2호 (1999)
- 오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 (2005. 2.)
- 이균용, “언론·출판의 자유와 명예를 침해하는 출판물에 대한 출판 등 금지 가처분”, 법률신문 3430호 (2006. 1.)
- 이한주, “퍼블리시티권에 관하여”, 사법논집 39집 법원도서관 (2004)
- 이해완, “저작권법”, 박영사 (2007)
- 최성준, “퍼블리시티권의 인정 여부”, 서울대학교 기술과법센터 Law & technology 제1호 (창간호)(2005. 7.)
- 최승재, “퍼블리시티권의 인부에 대한 소고”, 법률신문 2004. 12. 16. 字
- 한위수, “퍼블리시티권의 침해와 민사책임(하)”, 인권과 정의 243호 (1996. 11.)

**A Study on the Legal Nature of Right of Publicity
and Injunctive Relief as a Remedy for the Right of Publicity**

Sung Jai Choi (Attorney)

ABSTRACT

The right of publicity is the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity. It's called as a right of celebrity which is often used for the protection of value of the name, image etc. of the celebrities. In Korea this right do not have any grounds in current black letter law. For this reason the recognition of this right was at debate. At this moment after the famous actress case in the year 2004 Korean lower courts recognize this right as one of the list of human rights.

In nature Korean lower courts understand that this right of publicity is a sort of property right. However I think this right has still a nature of character right in its origin. This right is a hybrid type right under the Korean legal system. Traditionally Korean courts do not allow injunctive relief on the property right in principle. However scholars mostly understand that the injunctive relief is one of the remedies for the right of publicity. Injunctive relief is very effective remedy for the protection of this right. Still under the Korean legal system it's hard to acknowledge this injunctive relief as a remedy for the right of publicity. Rather it has to be derived from the character right in nature which will be argued and ascertained concurrently in practice. Upcoming Supreme Court decision may be awaited for the clarification of this right.

Key Word The right of publicity, Right of Celebrity, Injunctive Relief, property right