

# 퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구 (하)\*

최 승 재

경북대 법학전문대학원 교수, 변호사

\* 본지는 지난 여름호에 본 연구논문의 상편을 게재한 데 이어 이번 가을호에 그 하편을 심는다 ..... 편집자 주

## I. 서 론

### II. 국내 퍼블리시티권에 대한 논의상황

1. 퍼블리시티권
2. 하급심 법원의 판례 전개
3. 해석론에 의한 퍼블리시티권의 인정
4. 정리

### III. 퍼블리시티권에 대한 비교법적 고찰

1. 미국에서의 논의 전개와 현황
2. 미국 각주의 태도

## IV. 퍼블리시티권에 대한 정리

1. 인정여부
2. 권리의 성격 및 내용
 

(1) 도입	(3) 상속성
(2) 양도성	(4) 존속기간
3. 퍼블리시티권 침해의 구제수단
 

(1) 손해배상청구권
(2) 금지청구권

## V. 결 론

## IV. 퍼블리시티권에 대한 정리

### 1. 인정여부

최근의 마구마구 사건<sup>87)</sup>에서 보는 것과 같이 퍼블리시티권을 인정할 것인지 여부의 문제가 현실화되고 있다. 그러나 이 사건은 성명권과 같은 인격

87) 서울서부지방법원은 28일 프로야구선수협회(이하 선수협)가 제기한 현역선수 성명권, 초상권 사용금지 가처

소위 ‘한류산업’의 보호라는 관점에서 문화수출국의 지위를 기존의 문화수입국의 지위와 병행하게 되는 우리로서는 퍼블리시티권을 적절한 범위에서 받아들이는 것이 필요한 시점이다.

권에 기초한 소송을 진행하였고, 퍼블리시티권을 정면으로 인정한 것으로 보기는 어렵다.<sup>88)</sup> 현대사회에서 유명인의 성명, 초상 등의 상업적인 사용을 자신이 통제하는 것이 가능해지는 것과 같이 소극적인 의미에서의 프라이버시를 침해당하지 않는 것에서 더 나아가 적극적인 의미에서 명성을 유지하는 것에 대한 권리까지 확보하도록 할 필요성은 향후 더욱 높아질 것이다. 더구나 가상세계(cyberspace)에서는 나와 동일시 될 수 있는 캐릭터 등을 통하여 실제세계에서의 내가 확장되는 동일성의 확장현상이 발생하는 바, 이러한 상황에서 이를 통제할 수 있는 수단으로 금전적인 침해를 제어할 수 있는 퍼블리시티권을 부여하는 것은 일련의 야구 게임과 관련하여 알 수 있는 것처럼 법정책적으로 필요하다. 또한, 불가분적으로 인격에 결합되어 있던 성명이나 초상 등이 현실에서의 ‘나’와 유리된 가상세계에서의 ‘나’라는 존재를 생각하게 된 지금의 시점에서 재산적으로 사용되는 ‘나’의 동일성을 통제하고 유지하기 위하여 이를 위한 권리를 그 개인에게 인정한다면 소극적인 인격권의 침해에 대한 배상만으로는 제대로 된 통제가 이루어질 수 없

분 신청을 기각한 반면 은퇴선수의 영문이니셜 가처분 신청은 받아들였다. 선수협은 소속 선수들의 성명권과 초상권을 위탁한 한국야구위원회(이하 KBO)가 CJ인터넷의 ‘마구마구’와 독점 계약을 체결하자 계약의 효력을 정지해달라며 가처분 신청을 제기했다. 그러나 법원은 이날 “독점계약에 문제가 없다”고 판결을 내렸다. 따라서 ‘마구마구’는 이전과 마찬가지로 현역 선수들의 성명과 초상을 독점적으로 사용할 권리를 유지하게 됐다. 그러나 법원은 ‘마구마구’가 은퇴선수 이름을 영문이니셜로 표기한 것에 대해서는 성명권을 침해했다고 판결했다. 이에 CJ인터넷은 은퇴선수들의 이름은 물론 영문이니셜도 사용할 수 없게 됐다. 지난 해 법원은 “CJ인터넷이 마구마구에서 영리적인 목적으로 야구 선수들의 이름을 무단 사용했다”며 “마구마구에서 은퇴선수들의 성명과 사진을 삭제할 것”을 명령했다. 이에 CJ인터넷측은 교육지책으로 선수 이름을 영문이니셜로 바꿔 표기했지만 이마저도 할 수 없게 된 것이다.

(<http://blog.naver.com/cromdandy?Redirect=Log&logNo=30085166294> 2010.5.16. 최종접속).

- 88) 이와 관련하여 그레택의 ‘한국 프로야구 2005’ 사건에서 서울중앙지방법원이 성명, 초상 등이 갖는 경제적 이익을 상업적으로 사용할 수 있는 권리인 퍼블리시티권은 KBO가 아닌 선수 개개인에 있다고 판결함으로써 KBO에 비용을 지불하고 야구 게임을 제작한 업체들은 실명 사용을 위해 선수협의회와 다시 협상을 벌여야 하게 됐다. 한국야구위원회(KBO) 라이선스를 획득해 선수 실명을 사용한 야구 게임을 두고 법원이 ‘무단도용’이라는 판결을 내림에 따라 과문이 야구 게임을 제작·서비스하는 게임 업체들에게까지 확산될 전망이다. 야구 게임을 서비스하는 게임 업체는 그동안 KBO와 라이선스 계약을 체결, 게임속에 실제 프로야구단과 선수들의 실명을 사용해 왔다 (<http://blog.naver.com/codesss?Redirect=Log&logNo=50004328670> 2010.5.16. 최종접속).

다. 연예인이나 프로운동선수와 같이 1인 기업의 성격을 띠고 있는 경우에 이들의 성명이나 초상 등은 마치 상표의 보호와 같이 혼동되거나 훼손될 수 있는 것이므로, 이러한 동일성을 통제할 수 있는 제어권을 개인에게 주지 않는다면 그 개인의 명성(名聲)을 함부로 자신이 원하지 않는 방향으로 사용되는 것을 막기 어렵다. 여기에 퍼블리시티권의 존재의의가 있다.<sup>89)</sup>

미국의 경우에서 보는 바와 같이 퍼블리시티권의 인정여부는 연예·엔터테인먼트 산업의 발달과 밀접한 관련이 있다. 따라서 캘리포니아주와 같이 할리우드가 주된 산업 중의 하나인 할리우드 스테이트(hollywood state)와 그렇지 않은 주 간에 있어서는 서로 입장이 상이하다. 우리나라에서도 관련 입법을 한다면 앞서 미국의 각주가 처한 입장 중 캘리포니아주와 같이 유명인들의 권리를 확보하는 점에 중점을 둘 것인지, 아니면 이를 사용하는 영화업체나 게임업체, 방송사 등의 권리를 확보하는 것에 중점을 둘 것인지 하는 점에 대하여 고려할 필요가 있을 것이다. 그러나 궁극적으로는 명성을 사용하는 측의 관점에서만 만일 명성이 훼손되거나 저감되면 자신들의 제품이라고 할 수 있는 영화, 계

임, 방송 등의 저작물의 상업적 가치도 떨어지게 되는 것이므로 이러한 점을 감안하면 절충점을 찾을 수 있을 것이다. 뉴욕주 경우 많은 언론사와 방송사의 본사가 소재하고 있다는 특성을 감안하여 이러한 양자의 절충점을 모색하는 주로서 참고할 가치가 있다.

또 하나 중요한 점으로 오늘날 연예·엔터테인먼트 산업 및 스포츠산업의 경우에는 국제화가 급격하게 진행되고 있다. 그러므로 미국에서 인정되고 있는 권리라고, 우리나라의 법체계와 상이하다는 관점<sup>90)</sup>에서만 이를 인정하지 않는 것은 우리 관련 산업의 보호라는 측면에서도 그렇고, 상호주의(reciprocity)라는 점에서도 문제가 있다.<sup>91)</sup> 따라서 소위 ‘한류산업’의 보호라는 관점에서 문화수출국의 지위를 기존의 문화수입국의 지위와 병행하게 되는 우리로서는 퍼블리시티권을 적절한 범위에서 받아들이는 것이 필요한 시점이라고 생각한다.

이상과 같은 점에서 유명인들이 생애를 걸쳐 이룬 명성은 계약을 통하여 충분한 보상을 하고 사용하도록 해야 할 가치가 있다. 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으

89) 연예인들의 경우 자신의 명성이나 출연 또는 노출 빈도라는 시장 공급을 조절함으로써 가치를 유지하려고 한다. 이와 관련된 것이 소위 신비주의 전략이다. 조선일보 기사의 내용이 이를 잘 보여준다. “톱스타의 경우, 노출을 많이 할 때보다 빈도가 적을 때 이득이 많다고 연예 관계자들은 입을 모은다. 연예기획사 조은엔터테인먼트 조대원 대표는 “신비주의 전략이 끝났다곤 하지만, 여전히 최고 톱클래스급 배우들에겐 유효한 마케팅 기법”이라고 말한다. 조 대표는 “작품 하나가 흥행에 실패했을 때 타격이 워낙 크기 때문에 노출 빈도를 줄여 이미지와 몸값을 유지해 나가는 게 훨씬 이익”이라며 “‘이미지’와 ‘회소가치’가 생명인 톱스타들이 선불리 작품 활동을 하기 꺼리는 이유”라고 말했다. ‘톱스타는 대통령 만나기보다 어려워야 한다’는 전략이 먹히는 것도 CF(광고) 시장의 회소가치의 논리 때문이다.”(“톱스타는 일 안해도 톱스타?”, 조선일보 2010.5.31.자).

90) 대표적인 것이 물권법정주의(物權法定主義)적인 시각이라고 하겠다. 이 관점을 강하게 관철하면 입법이 없이는 해석론으로 퍼블리시티권을 인정하기는 어려울 것이다.

91) 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).

성명이나 초상 등과 해리된 인격이라는 것은 인간의 영혼까지 상업화하는 것이므로 이에 대해 양도성을 인정하는 것은 인간의 존엄과 가치라는 헌법 이념에도 배치된다.

로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분하다고 할 것이다.

## 2. 권리의 성격 및 내용

### (1) 도입

퍼블리시티권을 인정하게 되면, 민법 제750조와 같은 일반조항을 가지고 있는 우리 법제에서도 손해배상액의 산정과 같은 경우에 단순한 위자의 개념이 아닌 상업적 이용에 대한 이용허락이 있었다면 지급하였어야 할 금액의 배상과 같은 유형적 세분화를 달성할 수 있다는 실익이 있다. 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 실익이 있다.<sup>92)</sup>

### (2) 양도성

퍼블리시티권을 재산권으로 인식하게 되는 경우라도 서울서부지방법원이 인식한 것과 같이 출발점이 일신전속적인 인격권에 의해서 출발하였다는 점, 미국에서의 논의도 프로서 교수가 프라이버시권에서 도출한 것이라는 점, 그리고 바로 이러한 연원에서의 특징으로 인하여 퍼블리시티권의 인정 여부가 미국에서도 논란이 되고 있으며 입법적으로 통일되고 있지 않다는 점에서 바로 양도성을 인정할 수 있을 것인가는 문제가 된다.

양도성은 권리의 속성 중 재산권의 경우 상업적인 이용을 통해 가치를 창출하기 위해서는 매우 중요한 성격이다. 자신이 스스로 상업적인 실시를 하는 것 외에 타인에게 자신의 명성을 이용하여 상업적인 사용을 하도록 권리를

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

이전할 수 있도록 하는 것이 필요한 경우가 다수 있을 것이기 때문이다. 따라서 필요성이라는 관점에서 양도성을 인정하는 것이 자신의 명성을 이용한 상업적 이익의 극대화에 긍정적일 가능성이 높다.<sup>93)</sup> 해석론으로는 퍼블리시티권을 인정한다고 하더라도 양도나 상속을 보호하여야 할 필요성이 있다면 이는 입법으로 해결해야 한다는 견해가 있다.

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 취지가 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 때문이다.<sup>94)</sup> 이렇게 재산권이라도 제도본질의 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 때문이다.<sup>95)</sup> 상업적인 사용이라는 목적은 양도라는 수단을 사용하지 않더라도 광고모델 계약과 같

은 이용허락 계약에 의하여 충분히 달성할 수 있다. 성명이나 초상 등과 해리된 인격이라는 것은 전인격적인 존재로서의 자신의 동일성을 통제할 수 있게 되는 것이기 보다는 오히려 인간의 영혼까지 상업화하는 것이라고 이해하기 때문이다. 따라서 양도성을 인정하는 것은 인간의 존엄과 가치라는 헌법이념에도 배치되는 것이라고 생각한다.

### (3) 상속성

또 하나 문제가 되는 것이 상속성이다. 미국에서도 캘리포니아주의 경우에도 앞서의 벨라 루고시 사건에서 법원은 부정하였고, 주(州)가 입법을 통하여 허용하였을 만큼 논란이 되는 쟁점이다. 우리나라에서도 현재 이점에 대해서 논란이 있다.<sup>96)</sup>

상속성의 문제가 퍼블리시티권에서 문제가 되는 실익은 만일 유명인이 사망하였을 경우 인격권으로서의 보호가 더 이상 불가능하다는 점에 있다. 이렇게 되면 남게 되는 것은 상업적 사용의 경우에 그 망인들이 만일 유명인이 상표권자일 경우 상표법에 의한 보호를 받는 것과 같은 맥락에서 상속성이 인정되는 퍼블리시티권이라는 권리를 인정하여 망인이 된 유명인의 명성을 보호할 필요성이 있다는 것이다.

사자의 명예를 훼손하는 형태의 사용에 대하여는 상속인들이 사자의 명예훼손을 이유로 하는 민사상

93) 양도성을 긍정하는 견해로 오세용, 전개논문, 109면 이하.

94) 한위수, 상계논문, 113-115면.

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

96) 상속성을 긍정하는 견해 오세용, 전개논문, 149-153면; 상속성을 부정하는 견해 한위수, 전개논문, 115-116면. 절충설로 최정환 변호사는 앞서의 글에서 필요성은 있으나 입법이 되지 않은 상황에서는 해석론으로 인정

법원이 해석론으로 상속성을 인정하는 것은 매우 제한적인 상황에서 여전히 시대를 초월하여 명성을 유지하고 있다고 보이는 경우에 한하고, 그렇지 않은 경우에는 상속인들의 청구를 기각하여야 할 것이다.

손해배상 소송의 제기와 형사상 명예훼손죄에 기초한 고소를 하는 방식으로 권리 구제를 하는 방법을 생각할 수 있다. 명예훼손적인 사용이 아니면서 그 유명인이 상표권, 저작권<sup>97)</sup>에 의한 보호를 받지 못하는 경우로서, 예를 들어 광고주가 광고에 사용하여 무단히 망인의 유명인으로서의 명성이나 성가에 의지하여 자신의 상업적인 이익을 도모할 목적으로 유명인의 성명이나 초상 등을 사용하는 경우가 문제된다.<sup>98)</sup>

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. 그러므로 상속성을 인정하는 견해가 옳다. 또 퍼블리시티권은 인격권보다는 재산권에 가까운 점, 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 등도 상속성을 인정할 근거로 생각된다.<sup>99)</sup>

할 수는 없다고 보고 있다. 한편 법원의 판결로는 상속성을 긍정하는 판례로는 서울동부지법 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결이 있고, 상속성을 부정하는 판례로는 서울서부지법 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결이 있다.

- 97) 영화배우인 경우 자신이 출연한 영화의 이미지나 스틸 사진, 영상물 등의 저작물이 저작권법에 의하여 보호되는 것을 생각하여 볼 수 있다.
- 98) 벨라 루고시 사건의 경우에도 드라쿨라 역할로 유명하였던 벨라 루고시의 미망인 및 자녀들이 유니버설 영화사가 루고시의 인물이 실린 영화 관련 상품에 관한 사용권을 동의 없이 제3자에게 부여하여 자신들이 상속받은 망인의 퍼블리시티에 대한 권리를 침해하였다며 제기한 소송이었다. *Bela George Lugosi et al. v. Universal Pictures*, 603 P.2d 425 (Cal.1979).
- 99) 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

이런 필요성에도 불구하고 다만 입법이 되지 않은 상황에서 법원이 미국에서의 논란을 감안하면 해석론으로 상속성을 인정하는 것은 문제가 있을 수 있다. 왜냐하면, 상속성의 문제는 존속기간의 문제와 연결되어 있으므로 사후 언제까지 이를 인정할 것인가가 정해져 있지 않은 상황에서 상속성을 인정하게 되며, 법원이 사건에 따라서 여전히 망인의 유명세를 인정할 수 있는지 여부에 따라서 인정여부가 결정될 것이어서 권리로서의 예견가능성이 매우 떨어지는 상황이 야기되기 때문이다. 이런 점을 감안하면 법원이 해석론으로 상속성을 인정하는 것은 매우 제한적인 상황에서 여전히 시대를 초월하여 명성을 유지하고 있다고 보이는 경우에 한하고, 그렇지 않은 경우에는 인정할 대상인 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 보아 유명인의 상속인들이 제기하는 청구를 기각하여야 할 것이라고 본다.

#### (4) 존속기간

퍼블리시티권을 인정하는 경우 존속기간이 문제된다. 이 문제는 입법을 통하여 명확하게 한정할 수 있다. 하지만 사실 입법을 하는 경우에도 문제가 된다. 왜냐하면 어떤 경우에는 쉽게 일반대중에게 있

혀지는 유명인이 있는 반면 어떤 경우에는 망인이 사망하고도 상당한 기간 동안 여전히 회자되면서 명성을 유지하는 엘비스 프레슬리나 마릴린 먼로, 존 레논 같은 사람들이 있기 때문이다. 이런 유명인들의 경우, 이들의 사후에 이들의 성명이나 초상을 광고 등에 이용하는 것은 여전히 상업적인 가치를 가진다. 우리 판결례 중에서 앞서의 ‘제임스 딘(James Dean) 사건’ 등에서 보는 것처럼 퍼블리시티권이 인정되는 경우의 상속성 문제에서 오히려 중요한 점은 존속기간이라고 할 것이다.

명문의 규정 없이 퍼블리시티권을 인정하면서 무한정 존속한다고 해석할 경우 역사적 인물을 대상으로 하는 상업적 행위가 대부분 후손들의 동의를 필요로 하게 되어 불합리한 결과를 가져오게 되므로 사자의 퍼블리시티권은 특히 존속기간의 제한이 중요하다. 경우에 따라서는 현실적으로 상속인을 찾아 그러한 동의를 얻기도 사실상 불가능한 점, 본인의 사망 후 시간의 흐름에 따라 사자(死者)의 성명이나 초상을 자유로이 이용할 수 있도록 하여야 할 공공의 이익도 상당한 점 등에 비추어 그 존속기간을 해석으로나마 제한하여야 한다.<sup>100)</sup>

존속기간을 정함에 있어 명문의 규정이 없으므로 퍼블리시티권과 가장 성격이 유사한 권리의 존속기

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). 상속성을 긍정하는 견해 오세용, 전계논문, 149-153면; 상속성을 부정하는 견해 한위수, 전계논문, 115-116면. 절충설로 최정환 변호사는 앞서의 글에서 필요성은 있으나 입법이 되지 않은 상황에서는 해석론으로 인정할 수는 없다고 보고 있다. 한편 법원의 판결로는 상속성을 긍정하는 판례로는 서울동부지법 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결이 있고, 상속성을 부정하는 판례로는 서울서부지법 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결이 있다.

100) 바로 이러한 점 때문에 미국의 경우에도 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, 전계논문, 137면’

재산권과 인격권이라는 범주적 이해에 의하여 퍼블리시티권을 재산권으로 분류하는 것일 뿐이므로 제한적인 경우에는 위자를 인정하는 것이 타당할 것이다.

간을 참조할 수밖에 없는데, 퍼블리시티권은 현행법상의 제 권리 중 저작권과 가장 유사하다고 할 수 있고, 저작권법 제39조는 저작재산권의 보호기간을 저작자의 사망 후 50년으로 규정하고 있으므로<sup>101)</sup> 이를 유추적용하여 퍼블리시티권의 존속기한도 해당자의 사후 50년으로 해석함이 상당하다고 보는 견해가 있을 수 있다.<sup>102)</sup>

### 3. 퍼블리시티권 침해의 구제수단

#### (1) 손해배상청구권

##### 1) 도입

퍼블리시티권 침해의 주된 구제수단은 손해배상청구권일 것이다. 그러나 문제는 재산권으로서의 속성을 감안하면 위자료를 인정할 것인가 하는 점과 손해배상액의 산정이 매우 어렵다는 점에서 어떤 기준으로 퍼블리시티권의 침해로 인한 손해를 산정할 것인가 하는 점에 있다. 특히 후자는 난제로서 미국의 경우에도 여러 가지 기준들이 사안에 따라서 제시되고 법원에 의해서 받아들여지고 있어서 일률적으로 기준을 제시할 수 있는 성격의 문제는 아니라고 본다.

##### 2) 위자료의 인정여부

법원은 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 있다.<sup>103)</sup>

101) 제39조(보호기간의 원칙) ①저작재산권은 이 관에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 저작자의 생존하는 동안과 사망 후 50년간 존속한다. 다만, 저작자가 사망 후 40년이 경과하고 50년이 되기 전에 공표된 저작물의 저작재산권은 공표된 때부터 10년간 존속한다. ②공동저작물의 저작재산권은 맨 마지막으로 사망한 저작자의 사망 후 50년간 존속한다.

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

103) 서울중앙지법 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결; 같은 취지의 판결

위와 같은 견해는 퍼블리시티권의 성격을 재산권으로 보아 인격권과는 구별되는 별도의 권리로 인정하는 이상, 기존의 대법원의 판례에 비추어 보면 원칙적으로 부정하는 것이 타당하다.<sup>104)</sup> 그러므로 이런 관점에서 위 법원의 판시는 타당하다.

한편 일본에서도 원고인 유명한 텔런트 그룹인 오냥코 크립의 멤버가 자신들의 이름과 사진을 무단히 사용하여 달력을 제작한 피고에게 손해배상을 구하면서 그 근거로서 인격권과 퍼블리시티권의 침해를 주장한 소위 오냥코 크립 항소심사건에서 동경고등법원은 퍼블리시티권은 인격권과는 별개의 독립된 권리임을 강조하고 원고인 텔런트의 성명과 얼굴 초상이 피고가 제작한 달력에 무단사용된 점에 관하여 재산권인 퍼블리시티권의 침해를 인정하

여 재산적 손해배상만을 명하였고 달력에 실려 있는 원고 초상의 표현 태양을 보면 원고의 인격을 훼손할 우려가 있다고 인정되지 않는다고 하면서 인격권 침해를 인정하지 않음으로써 정신적 고통에 대한 위자료 청구를 배척하였다.<sup>105)</sup>

그러나 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.<sup>106)</sup> 결국 기존의 대법원의 판례에 의하더라도 특별한 정신적 손해를 입증하면 위자를 받을 수 있을 것으로 보이

로 유명 프로야구 선수들의 허락을 받지 아니하고 그 성명을 사용한 게임물을 제작하여 상업적으로 이동통신 회사에 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).

104) 일반적으로 계약상 채무불이행으로 인하여 재산적 손해가 발생한 경우, 그로 인하여 계약 당사자가 받은 정신적인 고통은 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 상대방이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다(대법원 2004. 11. 12. 선고 2002다 53865 판결).

105) 평성 3. 9. 26. 판결. 이한주, 전제논문, 각주 192번 재인용.

106) 미국의 연방 제9항소법원은 스텝제조회사인 프리토포레이가 자신들의 도리토스 상품에 대한 라디오 광고에 미국의 싱어송 라이터이며 배우이기도 한 Tom Waits의 목소리를 똑같이 모방하여 사용한 사안에서 Tom Waits가 평소 음악가는 광고에 출연해서는 안된다고 공언하였다는 점은 인정되어 상실한 이익이 존재하지 않는다고 볼 수 있으나, 이와 같은 경우에도 광고에 사용된 이상 위자료뿐만 아니라, 상품광고사용대가에 대한 재산적 손해배상도 인정할 판례가 있다(Tom Waits v. Frito-Lay Inc., 978 F2d 1093(9th cir.1992).

손해배상의 산정기준으로  
는 승낙 사용 시 지급받을  
금액상당액으로 보는 기준  
(=이익기준)이 타당하다.  
또한 우리 민법은 차액설을  
취하고 있으므로 만일 광고  
계약을 체결했다라면 있었  
을 재산상태와 현재의 재산  
상태의 차이를 손해로 산정  
할 수 있다.

나 위자가 인정될 수 있는 경우는 그리 많지 않을 것으로 보인다.

다만 실무적으로 만일 원칙적으로 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 것이므로 일반적으로 인정되는 정신적 손해에 대한 배상보다는 퍼블리시티권이 인정되는 경우 배상하여야 할 손해배상의 총액은 클 것이다.<sup>107)</sup>

### 3) 손해배상의 범위

손해배상의 범위에 대해서는 여러 기준이 제시된다.<sup>108)</sup> 침해의 태양이 다양하기 때문에 어느 하나의 기준을 제시하기는 어렵고, 직접적인 침해와 간접적인 침해의 경우 중에서 특히 간접침해의 경우에는 침해행위와 손해발생 사이에 인과관계 있는 손해액을 추출하여 인정하는 과정에서 더 큰 어려움이 있을 것이다.<sup>109)</sup>

산정기준으로는 승낙 사용시 지급받을 금액상당액으로 보는 기준(=이익 기준)<sup>110)</sup>이 타당하다고 본다. 다만 이 때 가상의 금액을 어떻게 산정할 것인가 하는 방법은 비교대상계약법을 사용하여 사용료 상당액을 이익으로 하여 손해배상으로 인정하는 방법이나,<sup>111)</sup> 일실이익(lost profit)으로 하는 방

107) 위 서울중앙지법 2006.4.19. 선고 2005가합80450 판결.

108) 이에 대해서는 최승재, “퍼블리시티권 침해와 손해배상의 범위에 대한 연구”, 스포츠와 법 제11권 제3호 (2008.8) 199-218면.

109) 위 논문 205-207면. 이 논문에서는 간접침해의 경우에는 식별가능성이 기준이 되어야 한다고 보고 있다.

110) 서울중앙지법 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324 판결 등.

111) 동경고법 평성 3. 9. 26. 판결(위 오양고 사건 2심, 판례시보 1400호 3면), 나고야고법 평성 13. 3. 8.(위 경주마 사건 2심, 판례타임즈 1071호 294면). 한편, 이에 대한 우리 판례로는 상품선전용 텔레비전 광고 출연계약기간 만료 후에도 계속하여 그 광고를 무단으로 방영한 사건(앞서 본 최애숙 사건)에서 퍼블리시티권의 침해에 있어 재산상 손해란 모델이 자유처분할 수 있는 그의 성명 및 초상의 이용가치에 대한 평가를 의미하므로 비록 모델이 그 불법방영기간 동안 달리 전속계약을 체결하여 그에 따른 보수를 받음으로써 구체적인 금전적 수익의 감소가 없었다 하더라도 재산상 손해가 없었다고는 할 수 없고 그 구체적인 손해액은 위 광고물의 제작에 대하여 용역을 제공함으로써 연계 되는 보수가 아니라, 모델이 이미 제작된 위 광

법<sup>112)</sup> 등이 있을 것이다. 우리 법에 적용함에 있어서의 문제는 우리 민법은 손해배상을 인정함에 있어 차액설을 취하고 있다.<sup>113)</sup> 얻을 수 있었던 이익을 손해라고 바로 보는 것은 만일 광고계약을 체결하였다면 있었을 재산상태와 현재의 재산상태의 차이를 손해로 인식하는 것이다.

미국에서는 사안에 따라서 40만 달러<sup>114)</sup>에서 웨이트스(Waits) 사건에서와 같이 손실은 10만 달러라고 인정하면서도 징벌적 손해배상으로 240만 달러를 인정한 경우,<sup>115)</sup> 760만 달러를 징벌적 손해배상으로 인정한 사건<sup>116)</sup>과 같이 징벌적 손해배상에 의하여 많은 금액의 손해배상액이 인정되는 경우가 있지만 이러한 방법에 의할 때 손해배상액은 제한적인 것으로 보인다.

손해배상액의 산정과 관련하여 캘리포니아주 항소법원의 의미 있는 판결이 있다.<sup>117)</sup> 이 사건은 네슬레가 무명배우의 사진을 네슬레 제품에 사용한 것으로서, 테이스터스 초이스(Taster's Choice) 커피에 이 무명배우의 사진을 사용하면서 그 배우와 사진 사용계약을 체결하려고 하였으나 협상이 결렬되어 실패하자 그 무명배우가 소송을 제기한 사안

이다. 이 사건은 주대법원에 현재 상고되어 있다. 이 사건에서 캘리포니아주 항소법원은 원고의 청구를 기각하였다. 그 이유로 사진이 여러 번에 걸쳐서 사용되었다고 하더라도 최초에 사용된 때로부터 2년 이내에 소송을 제기하여야 하나, 이 사건의 원고는 최초 사용시로부터 무려 6년이나 지난 시점에서 소송을 제기하였기 때문에 시효가 완성되었다는 점을 제시하였다. 그러면서 캘리포니아주 항소법원은 퍼블리시티권 침해와 관련하여 캘리포니아주 민사법 제3344조에 기초한 소송을 제기함에 있어서 네슬레가 이미지 무단사용으로 인한 얻은 이익이 얼마인지를 입증하여야 하지만 이에 대한 입증이 없다는 점도 적시하였다.<sup>118)</sup> 이 사건은 이익설을 취한 판례로서 손해배상범위의 인정에 대한 캘리포니아주의 현재 태도를 보여준다.

## (2) 금지청구권

### 1) 문제의 소재

퍼블리시티권을 재산권이라고 파악하는 미국에서 퍼블리시티권에 기한 금지청구가 인정되고 있

고물을 계속 방영하는 데 동의함으로써 그 방영 당시 얻을 수 있는 보수 중 그 방영 기간에 상응하는 금액으로 봄이 상당하다고 판시한 하급심판결(서울민사지법 1991.7.25. 선고 90가합76280 판결)이 있다(이한주, 전게논문, 각주 189).

112) Clark v. Celeb Publishing, Inc., 530 F.Supp.979 (S.D.N.Y.1981).

113) 변론주의가 적용되는 소송절차에서 법원에 현저한 사실이 그 사실이 주요사실인 경우에는 당사자의 주장이 있어야만 비로소 판결의 기초로 할 수 있으나(대법원 1965. 3. 2. 선고 64다1761 판결 참조), 불법행위로 인한 손해배상 사건의 장래수입상실 손해액 산정에 있어서 피해자의 수입을 당사자의 주장이 있어야 비로소 판결의 기초로 할 수 있는지 여부에 관하여, 현재의 실무가 이를 주요사실로 본다(차액설, 소득상실설). (대법원 1996. 7. 18. 선고 94다20051 전원합의체 판결).

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

115) Tom Waits v. Frito-Lay Inc., 978 F2d 1093(9th cir.1992) at 1098.

116) Apple Corps Ltd. v. Leber, 229 USPQ 1015 (Cal. Super. 1986).

117) Christoff v. Nestle USA, Inc., 62 Cal. Rptr. 3d 122, 126 (2009)(이하 '네슬레 사건'이라고 한다).

118) 현재 이 사건은 캘리포니아주 대법원이 상고허가를 하여 주대법원에 계속 중이다.

현실적으로 금지청구권을 허용하지 않게 되면 광고업자로서는 시간을 최대한 끌어서 소송을 함으로써 그냥 성명이나 초상 등을 사용하는 권리를 받는 것보다 유리한 조건을 확보할 수 있게 되므로 사회적으로 바람직하지 않은 결론에 도달하게 한다.

다.<sup>119)</sup> 이와 비교하여 우리법상 인격권에 대해서는 명문의 규정이 없더라도 방해예방, 방해정지 및 방해배제 청구 등의 금지청구가 일반적으로 인정되어 왔다.<sup>120)</sup> 언론출판과 관련된 인격권 침해에 대하여 대법원이 금지청구권을 인정하고 있다는 점은 판례로 정립된 것으로 보인다.<sup>121)</sup> 그러므로 퍼블리시티권을 채권적 재산권으로 보는 경우 금지청구권의 인정이 어렵다고 보는 것이 논리일관하는 견해이다.<sup>122)</sup>

그러나 현실적으로 금지청구권은 사전예방적인 구제수단으로서 권리자에

119) 한위수, 전개논문, 126면.

120) 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 물권적 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 바로 인격권의 침해를 이유로 인격권에 터잡아 방해배제 또는 방해예방청구권을 행사할 수 있다고 봄이 상당하다(부산고등법원 1995. 5. 18. 선고 95카합5 판결).

121) 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 처분”, 법률신문 3430호(2006. 1.).

122) 이해완, 전게서, 609면.

게 매우 실효성이 높은 구제수단인 가처분을 허용하지 않게 되면 퍼블리시티권자의 구제에 있어서 광고업자로서는 시간을 최대한 끌어서 소송을 함으로써 그냥 성명이나 초상 등을 사용하는 권리를 받는 것보다 유리한 조건을 확보할 수 있도록 되어 사회적으로 바람직하지 않은 결론에 도달하게 한다.

## 2) 견해의 대립

종래 퍼블리시티권 침해에 대해서 가처분을 인정하지 않는 견해는 재산권적 성격의 권리이므로 명문의 근거가 없으면 금지청구권을 부정하여야 한다고 본다. 판례로서 퍼블리시티권에 기초한 가처분을 명확하게 부정한 판결은 찾을 수 없었지만,<sup>123)</sup> 프로야구 선수들의 퍼블리시티권을 침해한 사안에서 퍼블리시티권을 재산권으로 인정하면

서도<sup>124)</sup> 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 본 평석이 있었다.<sup>125)</sup>

이에 대해서 긍정설은 퍼블리시티권에 근거한 금지청구권을 인정하는 태도로서 우리나라의 다수설이다. 퍼블리시티권을 하이브리드적 권리로 이해하는 것으로 보이는 견해에 기초하여 퍼블리시티권은 지적재산권과 유사한 성격을 가지고 있어 저작권법 제123조 규정<sup>126)</sup>을 유추 적용할 수 있다는 등의

123) 이해완, 전거서 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 예외점에 기초한 것이라고 설명하고 있다.

124) 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).

125) 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.

126) 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.

퍼블리시티권과 같이 권리의 성격이 복합적인 성격의 권리가 증가할 것으로 보이므로 물권적 권리나 인격권적 권리라는 범주화에 치중하는 대신 가처분의 요건 중 보전의 필요성에 중점을 두어 가처분의 허부를 판단하는 것이 타당하다.

이유로 금지청구권을 인정하는 입장에 있는 견해가 있고,<sup>127)</sup> 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 있다.<sup>128)</sup> 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 있다.<sup>129)</sup>

### 3) 판례의 태도

비록 하급심 판결이기는 하지만 2010년 4월 서울서부지방법원 판결은 명시적으로 퍼블리시티권 침해에 대한 가처분을 인정하였다. 이 사건에서 서울서부지방법원은 “채무자의 위와 같은 행위가 채권자들의 퍼블리시티권을 침해한 것인지 여부에 관하여 보건대, 이 사건 기록 및 심문 전체의 취지에 의하여 소명되는 다음과 같은 사정, 즉 ①채권자들은 전직 야구선수들이고, 채무자는 채권자들의 동의를 받지 아니한 채, 인터넷 야구게임인 이 사건 게임에 채권자들의 이 사건 각 이니셜을 사용한 점, ②채무자는 이전에 채권자들의 동의를 받지 아니한 채, 채권자들의 성명, 선수시절 소속구단 및 수비위치 등 채권자들의 인적정보를 이 사건 게임에 등장하는 야구선수 캐릭터에 사용하였다가 이를 금지하는 가처분이 발령되자, 이 사건 게임의 다른 요소는 변경하지 아니한 채, 채권자들의 성명만을 이 사건 각 이니셜로 변경하여 사용하고 있고, 이용자들에게 채권자들의 성명을 이니셜로 변경한다는 내용의 공지까지 하였으며, 이 사건 게임의 이용자들에게는 이 사건 각 이니셜이 채권자들을 지칭하는 것으로 쉽게 인식되고 있는 점, ③채무자가 이 사건 게임에 채권자들의 이 사건 각 이니셜 등 인적정보를 사용한 것은 채권자들의 활동에 대한 사실의 적시나 의견의 표시 등 의사표현의 수단으로서가 아니라 이 사건 게임의 캐릭터를 개별적으로 특정하기 위한 명칭의 도구로 활용한 것으로서 그 사용에 공공의 관심이나 이익이 관련되어 있다고 볼 수도 없

127) 한위수, 전계논문, 126면; 오승종·이해완, 『저작권법』, 446면.

128) 이해완, 전계서 609면.

129) 오세용, 전계논문, 92면.

는 점 등에 비추어 보면, 채무자는 채권자들의 동의 없이 채권자들의 자기동일성의 경제적 가치를 상업적으로 사용하여 채권자들의 퍼블리시티권을 침해하였다고 할 것이므로, 채권자들은 그 침해의 금지를 구할 권리가 있다. 또한, 채권자들이 이 사건 각 이니셜 등 자기동일성의 경제적 가치를 배타적으로 사용할 수 있는 권리는 그 인격적 특성과 밀접한 관계에 있어 전적으로 이를 재산적 가치로만 환산할 수 있는 성질의 것은 아닐 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 채무자는 이 사건 각 이니셜을 현재까지도 계속하여 이 사건 게임에 사용하고 있으므로, 그 보전의 필요성도 소명된다고 할 것”이라고 보았다.<sup>130)</sup>

#### 4) 검토

위의 서울서부지방법원 판결에서와 같이 퍼블리시티권의 성격을 하이브리드적인 권리라고 파악하면서, 피보전권리로 퍼블리시티권을 인정하고, 보전의 필요성이 있으면 가처분을 허용하는 것이 타당하다고 본다. 퍼블리시티권과 같이 권리의 성격이 복합적인 성격의 권리가 증가하여 이를 획정적으로 어떤 범주에 넣기 어렵게 되는 상황이 증가할 것으로 보이므로 물권적 권리나 인격권적 권리라는 범주화에 치중하는 대신 가처분의 요건 중 보전의 필요성에 중점을 두어 가처분의 허부를 판단하는 것이 타당하다. 따라서 이 사건 이후 퍼블리시티권을 침해하는 경우 권리자는 기존의 손해배상을 통

한 금전에 의한 피해의 전보 외에 가처분결정을 받아서 침해를 중단시킴으로써 적절한 피해전보를 확보할 수 있는 수단을 얻었다고 평가할 수 있다.

## IV. 결 론

미국에서도 퍼블리시티권은 계속 확장·논의되고 있다. 2009년에는 미시간 주에서 퍼블리시티권의 인정과 관련된 논의가 있었다. 동시에 과학기술의 발달로 인하여 새로운 유형의 침해가 인정되고 있다. 토니 라루사 감독 사건과 같이 트위터를 이용, 자신이 유명 야구 감독인 토니 라루사 감독인 것처럼 행세하여 추종자(follower)들을 모으고 메시지를 보낸 것과 같은 사건은 새로운 침해유형이다.<sup>131)</sup> 또 다이애나비 사건과 같이 영국에 살고 있던 다이애나비 사후에 유산상속인들이 캘리포니아 주 법원에 퍼블리시티권 침해소송을 제기하는 것과 같이 국제적인 성격의 침해소송도 발생하고 있다.<sup>132)</sup>

이와 같은 과학기술의 발전에 따른 새로운 침해 유형의 발생과 침해소송의 국제화를 감안하면 우리의 경우에도 최소한 퍼블리시티권을 인정할 필요성이 있으며, 이 점에서 2010년 4월 서울서부지방법원이 마구마구 사건의 판결에서 퍼블리시티권을 인정하면서 가처분을 인정한 것은 매우 중요한 판결이며, 그 결론은 타당하다고 본다.

130) 서울서부지방법원 2010.4.21. 자 2010카합245 결정.

131) Joshua Rhett Miller, "Twitterjacking", Identity Theft in 140 Characters or Less, Foxnews.com, (May 1, 2009.)

132) Cairns v. Franklin Mint Co., 292 F.3d 1139, 1149 (9th Cir. 2002).

## 〈참고문헌〉

- 김원일 (2003. 1). 퍼블리시티 권리에 대한 소고 : 인격권, 부정 경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위. 『법조』, 52권 1호(통권 556호).
- 나운수 (2006. 11). 퍼블리시티권의 개념과 대상에 관한 고찰. 『법학연구』, 24집.
- 박인수 (1999). 판례상의 퍼블리시티권. 『영남법학』, 제5권 제1, 2호.
- 오세용 (2005. 2). 퍼블리시티권의 양도성 · 상속성에 관한 연구. 서울대학교 대학원 법학과.
- 이균용 (2006. 1). 언론 · 출판의 자유와 명예를 침해하는 출판물에 대한 출판 등 금지 가처분. 『법률신문』, 3430호.
- 이해완 (2007). 『저작권법』, 박영사.
- 최성준 (2005. 7). 퍼블리시티권의 인정 여부. 서울대학교 기술과법센터 『Law & technology』, 제1호(창간호).
- 최승재 (2008. 8). 퍼블리시티권 침해와 손해배상의 범위에 대한 연구. 『스포츠와 법』, 제11권 제3호.
- 최승재 (2008. 6). 퍼블리시티권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구. 『지식재산연구』.
- 최승재 (2004. 12. 16). 퍼블리시티권의 인부에 대한 소고. 『법률신문』.
- 최정환 (2005. 8. 4). [2004년 분야별 중요판례분석] 20. 엔터테인먼트. 『법률신문』.
- 한위수 (1996. 11). 퍼블리시티권의 침해와 민사책임 (하). 『인권과 정의』, 243호.
- 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)
- Jeffrey A. Mishkin, *Fantasy of Baseball, the First Amendment ,and Licensee Estoppel in the Wake of CBC v. MLBA advanced Media, Counseling Clients in the Entertainment Industry*, Practising Law Institute (2008)
- Joshua C. Tate, “Immortal Fame: Publicity Rights, Taxation, and the Power of Testation”, *Georgia Law Review*, (Fall, 2009)
- Joshua Rhett Miller, “*Twitterjacking*”, *Identity Theft in 140 Characters or Less*, Foxsnews.com, (May 1. 2009)
- Julius C.S. Pinckaers, *From Privacy Toward A New Intellectual Property Right In Persona*, 21 (1996)
- Kalven, Harry Jr., “Privacy in Tort Law—Were Warren and Brandeis Wrong”, *Law & Contemp. Probs.* 326 (1966)
- Mark F. Grady, *A positive Economic Theory of the Right of Publicity*, 1 U.C.L.A. Ent. L. Rev. 97, 109 (1994).
- Mark P. McKenna, *The Right of Publicity and Autonomous Self–Definition*, 67 U. PITT. L. REV. 225 (2005)
- Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, 19 *Law & Contemp. PROBS.* 202, 203 (1954)
- Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 125 (1993)
- Natalie Grano, “Million Dollar Baby: Celebrity Baby Pictures and the Right of Publicity”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, (Winter 2010)
- Risa J. Weaver, *Online Fantasy Sports Litigation and the Need for a Federal Right of Publicity Statute*, *Duke Law & Technology Review*, (Feb. 2010)
- Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 IND. L.J. 1 (1997)
- Sheldon W. Halpern, *The Right of Publicity: Commercial Exploitation of the Associative Value of Personality*, 39 VAND. L. REV. 1199 (1986)
- Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1180—90 (2006)
- Thomas McCarthy, *The Right of Publicity and Privacy* §1: 7 (2d. ed. 2000).
- William Prosser, *Privacy*, 48 Cal. L. Rev. 383, 389 (1960)