

퍼블리시티권의 법적 성격과 주요 쟁점에 관한 연구 (상)*

최 승 재

경북대 법학전문대학원 교수, 변호사

* 본지는 퍼블리시티권에 대한 주요쟁점을 다루고 있는 본 연구논문을 2회에 걸쳐 상하 편으로 나누어 연재할 예정이다. 이번 여름호에서는 ‘국내 퍼블리시티권에 대한 논의상황’과 ‘퍼블리시티권에 대한 비교법적 고찰’까지를 다룬다. 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
 - (2) 양도성
 - (3) 상속성
 - (4) 존속기간
3. 퍼블리시티권 침해의 구제수단
 - (1) 손해배상청구권
 - (2) 금지청구권

V. 결 론

I. 서 론

2004년 서울중앙지방법원이 소위 ‘이영애’ 사건¹⁾

에서 퍼블리시티권(Right of Publicity)을 인정한 이후 이 권리가 우리나라에서 문제가 되기 시작한 것도 상당한 시간이 지났다. 최근에도 프로야구 선수

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

우리나라에서 퍼블리시티권은 성문화가 된 것도, 대법원의 판례로 인정된 것도 아니지만 소송대리인은 이 권리를 주장하고 있고 일부 하급심은 퍼블리시티권을 인정하고 있다.

의 성명을 이용하고, 선수의 특징에 기초한 캐릭터를 만들어서 게임에 사용하는 사건이 발생하여 퍼블리시티권이 사건의 쟁점의 대상이 되었다.²⁾ 유명인의 퍼블리시티권은 광고에만 그치지 않고 게임물,³⁾ 애니메이션 캐릭터, 유명인과 연계한 금융상품 등 다양하게 사용영역이 확장되고 있다.⁴⁾ 미국에서도 이러한 현상은 마찬가지이며, 메이저리그 선수들의 경우에도 우리 프로야구와 같은 사건이 발생한 바 있다.⁵⁾

- 2) 한국프로야구선수협회(이하 선수협)가 프로야구 선수 퍼블리시티권(초상권, 성명권)을 본격 행사하려는 움직임을 보임에 따라 선수협과 KBOP(한국야구위원회 마케팅 대행사)간 마찰이 예상되고 있다. 2009년 12월 30일 선수협은 CJ인터넷을 상대로 ‘마구마구’ 게임 내에 은퇴·현역 프로야구 선수 실명에 대한 사용 중지 내용증명을 발송했다고 밝혔다. 반면 네오위즈게임즈에는 협의 기간 동안 선수 실명과 초상을 사용하도록 한다는 뜻을 보여, CJ인터넷이 KBOP와 맺은 독점 사용 계약을 백지화시키겠다는 입장을 드러냈다. 보도문을 통해 선수협은 “슬러거 게임 운영사인 네오위즈게임즈는 기존 선수 성명권 및 초상권 침해에 대한 사과와 함께 협의할 의사를 보였지만, CJ인터넷은 선수협에 대응을 하지 않았다”며, “선수협은 CJ인터넷이 더 이상 부당한 사용을 계속할 경우 그에 따른 모든 책임을 엄중하게 묻겠다”고 밝혔다. 이에 대해 CJ인터넷과 KBOP는 이해할 수 없다는 입장이다(<http://www.eto.co.kr/?Code=20091230200550790&ts=2105022010.5.3>. 최종접속). 게임캐릭터와 관련된 기존 판결로 서울중앙지방법원 2006.4.19.선고 2005가합80450 판결 참조.
- 3) 인터넷 모바일 서비스 캐릭터 사용과 관련한 퍼블리시티권의 침해와 관련된 사건으로 서울중앙지방법원 2005. 9. 27. 선고 2004가단235324판결.
- 4) 과학기술의 발달로 인하여 인간이 가지고 있는 인격적 동일성의 일부로서의 초상, 성명, 목소리, 이미지, 명성 내지 성가(聲價) 등의 일련의 가치들이 현장에서 실사 광고, 애니메이션 형태의 광고, 이미지 광고, 기업들의 상품 광고와 같은 광고라는 형식으로 나타나거나, 게임의 캐릭터로 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 방식의 사용이 늘어나고 있으며 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 되는 것이다(최승재, “퍼블리시티권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구”, 지식재산연구 (2008) 116면).
- 5) *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. 이 판결에 대한 미국에서의 평석으로 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*

퍼블리시티권은 이와 같이 논란이 되고 있음에도 우리법상의 권리 목록에서 매우 특이한 위치를 점하고 있다. 왜냐하면 이 권리는 성문화가 되어 우리법상의 권리로서의 시민권을 명시적으로 획득한 것도 아니고, 대법원이 퍼블리시티권을 인정하는 판례를 선고하지도 않은 상황이기 때문이다. 그럼에도 소송대리인들은 퍼블리시티권을 주장하고 있고, 일부 하급심 판결은 퍼블리시티권을 인정하고 있다.⁶⁾

이러한 상황에서 법체계가 다르지만 미국에서는 퍼블리시티권의 인부와 관련된 이론적인 배경으로 배분적 효율 증진이론이나, 유인이론, 노동이론 내지 개인의 자율성 이론 등이 논의되고 있으며,⁷⁾ 주에 따라서 인정여부가 갈리고 있다. 또한 여러 판례도 축적되어 있다. 물론 법체계의 상이함으로 인해 미국에서의 논의를 우리나라에 적용하는 것은 한계가 있으나 입법론 및 사법부에 의한 권리인정 및 한계의 설정을 위한 논의에 상당한 도움이 될 것이다.

본고에서는 우리나라에서의 퍼블리시티권에 대한 논의상황을 정리하고(제II장), III.장에서는 미국을 중심으로 하여 퍼블리시티권에 대한 입법론적인 고찰

을 할 것이다. II.장 및 III.장에서의 논의를 바탕으로 하여 IV.장에서는 우리나라에서의 퍼블리시티권 입법을 위한 방향을 정리하고, 인정할 경우 가장 중요한 문제인 손해배상액 산정방법과 가처분의 인정여부에 대한 논의를 정리하고자 한다.

II. 국내 퍼블리시티권에 대한 논의상황

1. 퍼블리시티권

(1) 의의

‘퍼블리시티권’이란, 사람이 그가 가진 성명, 초상이나 기타의 동일성(identity)을 상업적으로 이용하고 통제할 수 있는 배타적 권리를 말한다.⁸⁾ 그러므로 퍼블리시티권은 개인의 동일성을 재산권 측면에서 사용하는 것인바, 상업적 사용을 위해서는 상업적인 가치가 있어야 한다.⁹⁾ 재산권으로 보호될 수 있는 권리로는 성명, 목소리, 서명, 사진, 이미지, 제스처 등 여러 가지가 있을 수 있으며,¹⁰⁾ 이에 한정

Industry, Practising Law Institute (2008).

6) 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.

7) 오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문, (2005. 2.) 54-57면.

8) 서울동부지방법원 2006. 12. 21. 선고 2006가합6780 판결.

9) ‘퍼블리시티’라는 용어는 광고학에서는 PR(Public Relations)과는 구별하기 위하여 사용하는 개념으로, 소비자들에게 피사체가 노출되도록 하는 기법이나 전략을 의미한다. 이러한 광고학에서의 ‘퍼블리시티’의 개념과 법학에서의 ‘퍼블리시티권’의 개념은 서로 관련이 전혀 없는 것은 아니지만, 완전히 동일한 개념은 아니다(최승재, “퍼블리시티권의 성격과 가처분의 성부에 대한 연구”, 지식재산연구 (2008) 127면).

10) 인디애나주는 성문법으로 퍼블리시티권을 규정한 주(州)이다. 인디애나주법은 다음의 9가지를 퍼블리시티권의 대상으로 규정하고 있다. IC 32-36 ARTICLE 36. PUBLICITY Sec. 7. As used in this chapter, “right of publicity” means a personality’s property interest in the personality’s: (1) name; (2) voice; (3) signature; (4) photograph;

일반인이라고 하여 퍼블리시티권을 부인할 이유는 없다. 그러나 일반인의 경우에는 상업적인 가치가 거의 없어 실제로 퍼블리시티권을 인정할 실익이 없다고 보는 것이 옳다.

되지 않고 특정인과의 동일성을 식별할 수 있는 것이라면 퍼블리시티권의 대상이 될 수 있다고 할 것이다.

이 권리는 원래 프라이버시권에서 연원하였다.¹¹⁾ 퍼블리시티권은 프라이버시권이라는 동전의 이면과 같은 권리였다.¹²⁾ 1953년 미국 연방제2항소 법원은 퍼블리시티권이라는 용어를 조어하였다.¹³⁾ 법원은 “프로야구 선수와 같은 유명인들의 경우에는 자신과 같거나 유사한 인물이 상업적으로 사용되는 경우 단순히 기분이 나쁘다는 것을 넘어서 자신들이 광고에 등장함으로써 얻게 되는 금전적인 이익을 얻지 못하게 되는 손해를 입게 된다”라고 하면서, “유명인의 경우에는 자신의 사진을 공개할 것인가에 대한 배타적인 권리를 가지고 있으며, 이러한 권리는 뉴욕주법에서 명시하고 있는 프라이버시권에서 기초하는 것이다”라고 판시하였다.¹⁴⁾

(2) 일반인과 퍼블리시티권

이와 관련하여 상업적인 사용의 대상에 유명인이 아닌 일반인도 포함시킬 것인가 하는 논의가 있다. 왜냐하면 일반인이라고 하여 상업적인 가치가 없는 것은 아니나, 퍼블리시티권이 유명권(有名權)이라고도 불리는 것에서도 알 수 있듯이 유명인사가 아닌 일반인의 경우에는 상업적인 가치가 문제되는 경우는 거의 없을 것이라고 생각할 수 있기 때문이다.¹⁵⁾ 견해의 대립이 있으나 일반인이라고 하여 퍼블리시티권을 부인할 이유는 없다고 생각된다. 그러나 일반인의 경우에는 상업적인 가치가 거의 없어 재산권의 일종인 퍼블리시티권으로 배상받을 수 있는 손해가 인정되기 어려우므로 실제로 퍼블리시티권을 인정할 실익이

(5) image; (6) likeness; (7) distinctive appearance; (8) gestures; or (9) mannerisms.

11) 프라이버시권의 연원에 대해서는 최승재, 미국대법관이야기1, 64-65면. 31 프라이버시권에 대한 심도 있는 검토를 한 논문으로는 Kalven, Harry Jr., “Privacy in Tort Law--Were Warren and Brandeis Wrong”, Law & Contemp. Probs. 326 (1966) 참조.

12) Melville B. Nimmer, *The Right of Publicity*, 19 Law & Contemp. PROBS. 202, 203 (1954).

13) Risa J. Weaver, *Online Fantasy Sports Litigation and the Need for a Federal Right of Publicity Statute*, Duke Law & Technology Review, Feb. 2010 p. 2.

14) *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866, 868 (2d Cir. 1953).

15) 최승재, 전제논문, 117면.

없다고 보는 것이 옳다고 본다.¹⁶⁾ 다만 유명하다는 것은 정도의 문제이므로 유명인과 일반인을 구별하는 것 자체가 손해배상액의 다과를 정하는 것 외에 구별의 실익이 거의 없어 보인다. 미국에서도 유명한지 여부의 판단이 모호하므로 시간, 장소, 취향, 전문분야 등을 종합하여 판단하여야 한다고 보고 있다.¹⁷⁾

만일 견해를 달리하여 유명인에 한정된다고 보아 만일 어느 일방 당사자의 소송대리인이 ‘광고에 출연했다 하더라도 일반인이어서 퍼블리시티권을 주장할 수 없다’고 주장하더라도 입증책임의 분배에 있어서 일반인을 광고에 출연시켰다는 것 자체가 해당 사람의 동일성을 노출시키는 것에 상업적인 가치가 있다고 보는 것이 경험칙에 부합할 것이므로 유명인으로 사실상 추정하는 것이 타당할 것이다.

2. 하급심 법원의 판례 전개

(1) 소위 ‘이영애’ 사건 이전

퍼블리시티권이 논의되지 않았던 시기에도 우리 법원은 목소리를 무단히 광고계약 종료 후에도 사용한 사안에서 위자료와 음성사용료 명목으로 손해배상을 하도록 인정하거나,¹⁸⁾ 카탈로그 제작용 사진을 약정된 목적 외로 사용한 사안에서 초상권 침해로 손해배상을 인정한 사례¹⁹⁾ 등에서 보는 것과 같이 민법상 손해배상 책임을 인정하였다. 한편 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 본 서울고등법원 판결도 인격권 침해에 의한 손해배상은 인정하면서도 성문법상 근거가 없어서 퍼블리시티권을 인정할 수 없다고 하여 이에 기초한 손해배상을 부정하였다.²⁰⁾

소위 제임스딘 사건에서 우리 법원은 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

16) 상세는 최승재, 위의 논문, 117-119면.

17) Any definition of the term “celebrity” is not definitive and is necessarily vague. Frequently a celebrity is defined as a “famous or well-known person”. But what determines whether an individual is a well-known or famous person? Some of the difficulties in establishing whether one is a celebrity and therefore protected by the right of publicity include the following. (1) Timeframe – if you are recognized as a celebrity do you always remain a celebrity? (2) Location – if you are recognized as a celebrity in Brazil does that mean you are also a celebrity in the United States? What if you are famous in Colorado does that mean you are famous throughout the United States? (3) Taste – if you are recognized as a celebrity in classical music circles what is your status according to rock music fans? (4) Professional or business specialty, if you are a famous medical doctor, author or artist, does this mean you are a celebrity outside your specialty? (<http://www.publaw.com/rightpriv.html> 2010.5.16. 최종접속).

18) 소위 ‘김세원’ 사건에서 명인계약이 무단히 김세원의 목소리를 사용한 사건(공간된 판례에서 찾을 수 없어 ‘동아일보 1995. 9. 28. 자’: 오세용, 전계 석사논문 37면 재인용). 이영애 사건 이전의 다른 하급심의 판결중에는 성문법주의를 택하고 있는 우리나라에서 명문의 규정이 없는 한 퍼블리시티권을 인정할 수 없다는 판결이 있었는데(제임스딘 상표사건의 항소심, 서울고등법원 2002. 4. 16. 선고 2000나42061 판결), 최근에도 같은 취지의 판결(김민희 사건, 서울중앙지방법원 2004. 10. 1. 선고 2002가단54093 판결)이 나오는 등, 재판부에 따라 법원의 견해가 갈리어 있다.

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

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

소위 ‘제임스딘 사건’에서 법원은 퍼블리시티권이 우리나라에서 성문법상의 권리로 인정되지 않고 있고, 한 사람의 인격과 완전히 분리되어 존재하는 독립된 권리라고 보기 어렵다는 이유 등을 들어 퍼블리시티권을 인정하지 않았다.

권리자의 사망과 함께 소멸하여 상속의 대상이 되지 아니한다는 점, 퍼블리시티권의 상속이 인정된다고 가정할 경우에도 퍼블리시티권은 개인의 성가(聲價)와 밀접한 관계가 있어 세월이 지남에 따라 그 권리로서의 존재가치는 희석되고 일정기간이 지나면 결국 소멸되고 마는 권리라고 하여, 퍼블리시티권을 정면으로 인정하지 않았다.²¹⁾

(2) 소위 ‘이영애’ 사건²²⁾과 이후의 판례전개

1) 이영애 사건

서울중앙지방법원은 소위 이영애 사건에서 퍼블리시티권을 인정하였다.²³⁾ 원고인 영화배우 이영애 씨가 광고모델계약기간이 만료된 후에도 초상을 사용한 피고 화장품회사에 대하여 퍼블리시티권을 침해하였음을 이유로 손해배상을 청구한 사건이다. 피고는 광고용이 아닌 방문판매원 교육용으로 원고의 초상이 들어있는 책자를 제작하였을 뿐이라고 주장하였다. 법

21) 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 데 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.

22) 소위 ‘이영애’ 사건. 서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결.

23) 이 사건에 대한 평석으로는 ‘최성준, “퍼블리시티권의 인정 여부”, 서울대학교 기술과법센터 Law & technology, 제1호 (창간호) (2005. 7.) 117-127면’. 종래 우리나라 법원은 연예인의 초상권침해에 대하여도 일반인의 초상권침해와 마찬가지로 인격권의 침해를 근거로 손해배상책임을 인정하여오고 있었으나, 소위 이회소 소설사건(서울지방법원 1995. 6. 23.자 94가합9230 결정)에서 퍼블리시티권이라는 용어를 처음 사용한 이래, 그 후 제임스딘 상표사건(서울지방법원 서부지원 1997. 8. 29. 선고 94가합13831 판결), 비달사순사건(서울고등법원 2000. 2. 2. 선고 99나26339 판결), 시나위사건(서울고등법원 2001. 10. 24. 선고 2001나30680 판결) 등 하급심판결에서 퍼블리시티권을 명시적으로 인정하여 왔다고 본다면 이영애 사건이 최초로 퍼블리시티권이 인정된 사건이라고 볼 수는 없다.

원은 일반적인 화장품 방문판매의 행태에 비추어 이 사건 책자가 단순 교육용이 아닌 제품설명이나 홍보목적으로 고객들에게 사용되었으리라고 보인다는 점을 들어 “탤런트, 영화배우 겸 광고모델로 대중적 지명도가 있어 재산적 가치가 있는 원고의 초상 등을 상업적으로 이용할 권리인 퍼블리시티권을 침해하였다”고 판시하였다.²⁴⁾

2) 박주봉 사건

이후 여러 하급심 판례들이 퍼블리시티권을 인정하여 왔다. 2007년 말 서울중앙지방법원은 유명 배드민턴 국가대표 선수와 관련된 사건에서 퍼블리시티권은 그 선수의 인격권과는 독립된 별개의 재산권이라고 인정하면서 이의 침해가 있을 경우 손해배상을 인정하여야 한다고 판시했다. 재판부는 퍼블리시티권 침해행위로 인한 재산상 손해는 퍼블리시티권자의 승낙을 받아서 그의 성명·초상을 사용할 경우에 지급하여야 할 대가 상당액이라고 보

았다.²⁵⁾

3) 프로야구 선수 캐릭터 이용 게임사건

한편 프로야구 선수들의 퍼블리시티권과 관련하여 2006년 법원은 퍼블리시티권을 인격적 권리에서 파생되었으나 그와는 별개의 독립된 재산권으로 인정하는 전제하에 프로야구 선수들이 구단과 연봉계약을 체결하면서 작성한 통일계약서 상의 조항은 퍼블리시티권의 양도 내지 위임으로 해석될 여지가 없다는 점을 분명히 하였다. 이로써 구단주들은 비록 자신의 구단 소속의 선수라고 하더라도 선수의 동의를 받지 않고 퍼블리시티권을 사용할 수 없게 되었다.²⁶⁾

4) 프로골프 선수 사건

이후 유명프로골프 선수의 명성을 이용하여 예금상품을 판매하려고 한 은행의 행위가 유명선수의 퍼블리시티권을 침해한 것이 아닌가 하는 점이 문제가 된 사건의 경우, 침해행위의 태양이 직접적이고 노골적인 침해에서 점차 복잡해지고 있음을 보

24) 다만, 원고의 위자료청구에 대하여 “원고는 유명한 연예인으로서 그 초상권을 일반인들의 그것과는 달리 재산권인 퍼블리시티권으로 보호받으므로 타인의 불법행위로 그 초상권 등이 침해된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그 재산상 손해 외에 정신적 손해가 발생한다고 보기 어렵다”고 배척하였다(서울중앙지방법원 2004. 12. 10. 선고 2004가합16025 판결).

25) 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).

26) 한편 법원은 이른바 ‘공적 인물론’을 통한 피고들의 항변 역시 공적 인물이라 하더라도 그 성명을 상업 목적만을 위해 사용하는 경우까지 그 사용을 승인하여야 한다고 할 수 없다는 이유로 피고들의 주장을 배척하였다(서울중앙지법 2006. 4. 19. 선고 2005가합80450 판결). 이 판결이 있는 뒤 약 4개월 뒤인 같은 해 8. 7. 한국야구위원회(KBO)는 한국프로야구선수협회(이하 “선수협”이라고 함)와의 사이에 초상권계약을 체결하여 선수협이 프로야구선수들로부터 퍼블리시티권을 수입한 주체로서 이에 관한 실시권을 선수협이 KBOP에게 부여하고, KBOP는 일정비율에 따른 대가를 선수협에게 지불하기로 합의한 바 있다.

2010년 법원은 소위 ‘마구마구 사건’에서 퍼블리시티권을 인격권, 행복추구권으로부터 파생된 것이기는 하나 재산권적 성격도 가지고 있는 복합적인 권리 내지 하이브리드(Hybrid)적인 권리로 파악하고 가처분까지 인정하였다.

여준 사례였다.²⁷⁾ 이 사건의 경우에도 다양한 퍼블리시티권과 관련된 쟁점이 다투어졌고, 그 과정에서 손해배상액의 확정과 같은 매우 어려운 문제들이 제기되었다. 이 사건은 향후 입법에 있어서 정리되어야 할 쟁점을 다수 내포하고 있었으므로 대법원까지 사건이 진행되었더라면 의미 있는 판결이 나올 수 있었던 사건이었다. 그러나 다른 퍼블리시티권 사건과 마찬가지로 법원을 통한 분쟁해결에는 한계가 있었다.

5) 마구마구 사건

최근 사건으로 2010년 서울서부지방법원은 소위 ‘마구마구 사건’²⁸⁾에서 퍼블리시티권을 인정하였다. 서울지방법원 서부지원은 “일반적으로 성명이나 초상 등 자기동일성이 가지는 경제적 가치를 상업적으로 사용하고 통제할 수 있는 배타적 권리라고 설명되는 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 권리를 포함된다고 할 것인 점, 앞서 본 바와 같이 채권자들의 성명 등에 관하여 형성된 경제적 가치가 이미 인터넷 게임업 등 관련 영업에서 널리 인정되고 있으므로 이를 침해하는 행위는 채권자들에 대한 관계에서 민법상의 불법행위를 구성한다고 볼 것인 점 등에 비추어 보면, 채권자들이 성명이나 초상 등 자기동일성의 상업적 사용에 대하여 배타적으로 지배할 수 있는 권리를 퍼블리시티권으로 파악하기에 충분하다고 할 것이므로, 어떤 사람의 성명 전부 또는 일부를 그대로 사용하는 것은 물론 성명 전부 또는 일부를 그대로 사용하지 않더라도 그 사람을 나타낸다고 볼 수 있을 정도로 이를 변형하여 사용하는 경우에도 퍼블리시티권을 침해한 것으로 볼 것이며, 이러한 퍼블리시티권은 채권자들의 인격권, 행복추구권으로부터 파생된 것이기는 하나 재산권적 성격도 가지고 있다고 할 것이다”라고 하여 퍼블리시티권을 인격권, 행복추구권으로부터 파생된 것이기는 하나 재산권적 성격도 가지고 있는 복합적인 권리 내지 하이브리드(Hybrid)적인 권리로 파악하였다. 이 사건은 매우 의미 있는 사건으로 기존에도 여러 사건에서 인정한

27) 서울중앙지방법원 2008가합45199 손해배상(기) 사건. 이 사건은 이후 화해로 종결된 것으로 알고 있다.

28) 서울서부지방법원 2010. 4. 21. 자 2010카합245 결정.

바 있으나 권리의 성격을 매우 소상하게 파악함과 동시에 가치분을 인정하였다는 점이 특징적이라고 할 것이다.

(3) 검토

퍼블리시티권 부정론은, 성문법주의를 취하고 있는 민법은 물권법정주의를 취하고 있으므로 법률, 조약 등 실정법이나 확립된 관습법 등의 근거 없이 필요성이 있다는 사정만으로 물권과 유사한 독점 배타적 재산권인 퍼블리시티권을 인정하기는 어렵다는 우리 법상 중요한 이론적 토대에 기반하고 있다.²⁹⁾ 이러한 논리에 의하면, 퍼블리시티권이 권리로서 인정되기 위해서는 이러한 권리의 성립요건, 양도성, 상속성, 보호대상과 존속기간, 침해가 있는 경우의 구제 수단 등이 법률에 구체적으로 규정되어 이러한 법률의 근거가 마련된 이후에야 비로소 가능하다고 본다.

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 타당성이 적다. 즉, 이러한 논리나 주장은 사회적인 비용의 증가를 감수할 것인가는 입법정책 상의 판단의 문제이고, 인정하더라도 퍼블리시티권은 상업적

인 이용을 제한하는 것이지 언론이나 출판의 자유를 그 본질에 있어서 제한하는 것은 아니라는 점에서 설득력이 낮다. 결국 입법이 이루어지기 전까지 퍼블리시티권은 판례법의 전개를 통하여 별도의 권리 목록을 만들어내어야 하는 상황이라고 할 것이다. 이러한 상황은 아래에서 살펴볼 미국의 경우에서도 마찬가지였다.

3. 해석론에 의한 퍼블리시티권의 인정

퍼블리시티권을 인정하는 우리 법상 명문의 규정은 없다. 종전의 부정론은 그 논거로 퍼블리시티권을 인정하면 본인과의 교섭이 필요하게 되어, 경제학적인 의미의 거래비용 및 교섭 비용이 발생하게 되며, 이러한 교섭 비용의 증가는 결국 사회적인 비용 증가로 이어지게 되므로, 부정하여야 한다거나, 퍼블리시티권을 인정하게 되면, 성명, 초상의 자유로운 사용이 금지되어 불가피하게 언론의 자유를 억압하게 되는 결과를 낳는다는 점 등을 들고 있다. 그러나 사회적인 비용의 증가를 감수할 것인가는 입법정책 상의 판단의 문제이고, 언론·출판의 자유가 유명인이 자신의 동일성을 통제할 수 있는 권리에 비해 아무런 한량 없이 항상 우선하여야 하는 것은 아니므로 사안별로 판단할 문제이다. 따라서 해석론적인 관점에서 볼 때 논의의 초점은 우리 법상 퍼블리시티권을 인정하는 것이 필요한지, 그리고 우리법의 현행 규정형식과 체제상 이를 인정하는 것이 가

29) 민법 제185조는 “물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다”고 규정하여 이른바 물권법정주의를 선언하고 있고, 물권법의 강행법규성은 이를 중핵으로 하고 있으므로, 법률(성문법과 관습법)이 인정하지 않는 새로운 종류의 물권을 창설하는 것은 허용되지 아니한다. 대법원의 최근 판례로 관습상의 사도통행권 인정이 물권법정주의에 위배되어 허용될 수 없다고 본 대법원 2002. 2. 26. 선고 2001다64165 판결이 있다.

퍼블리시티권은 유명인들이 자신의 명성을 확보하기 위해서 노력한 것에 대한 대가이면서, 동시에 정책적으로는 이러한 노력을 유도하기 위한 유인책이라 할 것이므로 그러한 권리를 개인에게 인정하는 것이 필요하다.

능한지의 여부에 있을 뿐이다. 따라서 입법론이 아닌 현행법의 해석론으로 퍼블리시티권을 인정할 수 있는가 하는 논의는 정책적인 인정의 필요성과 현행법의 해석론이라는 두 가지 관점에서 접근할 수 있다.

(1) 인정의 정책적 필요성

특정인의 존재가 광고에 중요한 영향을 미치고, 광고의 대상이 되는 제품이나 서비스의 상업적인 측면에서 중요한 요소가 되는 것이 현실이다. 수많은 광고가 쏟아지고, 수많은 제품이 쏟아지는 현대 대량소비사회에서 유명하다는 것의 가치는 분명히 독자적으로 존재하는 것이며, 이러한 유명성은 당해 개인의 노력에 의해서 정립된 것으로 별도의 가치를 인정받아야 하는 것이다.³⁰⁾

한편으로는 명성이 가지는 가치가 높아지고, 그에 따라 유명인을 광고의 모델 등으로 내세우는 것에 대하여 부담을 느끼는 사례가 증가함에 따라 유명성을 이용하기는 하면서도 대가를 지급하지 않으려고 하는 시도도 증가할 것이다. ‘아바타’³¹⁾와 같은 3D 영화의 등장에서 기술적으로 염두를 두게 되는 것이 바로 디지털 배우(Digital Actor)의 등장 및 흥행가능성이다. 이 같은 경우에서처럼 기존의 배우를 완전히 디지털 이미지로 구현하지 않고 특정만을 잡아서 일반인으로 하여금 특정인을 연상하도록 하게 하면서도 실제로는 그 유명인의 성명이나 초상을 그대로 사용하는 것은 아닌 것처럼 할 수 있는 유인이 증가하고 있다.

유명인들이 생애를 걸쳐 이런 명성을 계약을 통하여 충분한 보상을 하고 사용하도록 하여할 가치로서 유명인이 스스로의 노력에 의하여 획득한 명성, 사회적인 평가, 지명도 등으로부터 생기는 독립한 경제적 이익 또는 가치는 그 자체로 보호할 가치가 충분하다고 할 것이다.³²⁾

30) 유명인은 그의 널리 알려진 인격에 관하여 재산적 이익을 가지고 있다는 것이 이 법원의 견해이다. 유명인은 그의 널리 알려진 인격에 다년간의 실천과 경쟁에 노력을 투자하였을 것이고 그 결과 그것을 상품화할 수 있는 지위를 얻었다고 생각해야만 한다. 그러한 그의 이름, 표상, 기타 개인적인 특성에 배어있는 동일성(identity)은 그의 노동의 대가이며 재산권(property)의 한 유형이다(Uhlaender v. Henricksen, 316 F. Supp. 1277, 1282 (D. Minn. 1970)).

31) 이 영화에 대한 공식 소개는 <http://microsites2.foxinternational.com/kr/avatar/> 참조.

32) 최승재, 지식재산연구, 120면.

이론적인 면에서도 노동이론,³³⁾ 부당이득론, 유인제공론 등의 논의가 있다.³⁴⁾ 이 중 부당이득론은 어느 경우에 복제자의 이득이 부당(unjust)하게 되는지를 구별하지 못하기 때문에 동어반복에 지나지 않아 퍼블리시티권의 인정근거로 부족하다.³⁵⁾ 이 이론을 제외한 나머지 이론은 종합적으로 퍼블리시티권을 인정하기 위한 이론적인 근거를 제공하고 있다. 그러므로 퍼블리시티권은 유명인들이 자신의 명성을 확보하기 위해서 노력한 것에 대한 대가이면서, 동시에 정책적으로는 이러한 노력을 유도하기 위한 유인책이라고 할 것이다.

따라서 현재 나의 동일성이 타인에 의해서 그의 상업적인 목적으로 사용되는 것을 내가 통제하고 명성을 유지할 수 있는 권리를 그 개인에게 인정하는 것이 필요하다.

(2) 현행법의 해석

우리 하급심 법원의 판결례는 대부분의 국가가

법령 또는 판례에 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 있다고 본다.³⁶⁾ 이를 해석론으로 뒷받침하기 위해서 손해배상의 경우에는 성문법이 없으므로 민법 제750조가 손해배상의 근거가 될 것이다.³⁷⁾ 하지만 이 경우에도 퍼블리시티권을 인정하게 되면, 민법 제750조와 같은 일반조항을 가지고 있는 우리법제에서도 손해배상액의 산정에 있어 단순한 위자의 개념이 아닌 상업적 이용에 대한 이용허락이 있었다면 지급하여야 할 금액의 배상과 같은 유형적 세분화를 달성할 수 있다는 실익은 있다.³⁸⁾ 가처분의 경우에는 권리의 성격이 문제가 된다. 우리 대법원은 채권적인 권리의 경우에는 원칙적으로 가처분을 인정하지 않기 때문이다.³⁹⁾

해석론으로 인정하려고 할 경우 검토되어야 할 것은 저작권과의 관계이다.⁴⁰⁾ 저작권은 문자 그대로의 문장에 제한되지 않으며, 캐릭터와 같은 경

33) Nimmer 교수는 일반적으로 고려할 만한 시간과 노력, 기술 그리고 돈을 쓴 후에야 그가 금전적인 가치가 있다고 인정할 만한 퍼블리시티를 얻는 것이고, 중요한 공공정책적 고려에 따른 반대이유가 없는 한 모든 이는 그의 노동에 따른 과실을 수확할 자격이 있다는 것이 가장 기본적인 자연의 이치이자, 앵글로아메리칸 법역의 제1원칙이라고 하면서 노동이론을 주창한다(Melville B. Nimmer, The Right of Publicity, 19 LAW & CONTEMP. PROBS. 203, 216 (1954)).

34) 배분적 효율 증진이론이나, 유인이론, 노동이론 및 개인의 자율성 이론 등의 내용에 대한 추가적인 설명은 ‘오세용, “퍼블리시티권의 양도성·상속성에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 (2005. 2.) 참조’.

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

36) 서울중앙지방법원 2007. 11. 28. 선고 2007가합2393 판결.

37) 이에 대해서 최승재, “퍼블리시티권의 침해와 손해배상의 범위에 대한 연구”, 스포츠와 법 제11권 제3호 (2008.8.) 210-215면.

38) 최승재, 지식재산연구, 121면.

39) 물권적 청구권으로 방해배제를 규정하고 있지 않은 인격권의 경우에도 가처분을 인정할 것인가에 대해서 불법행위에 기한 손해배상(민법 제750조와 제751조) 및 명예회복처분(민법 제754조) 만이 허용되는 것이 아닌가 하는 논란이 있으나 인정하는 것이 타당하다고 보는 것이 다수적인 견해이다(권성 등, 가처분의 연구, 개정판 (2002) 566면 이하).

40) 김원일, “퍼블리시티 권리에 대한 소고 : 인격권, 부정경쟁방지 법리, 저작권 요소의 구별과 권리의 범위” 법조 52권

성명권이나 초상권 등의 재산권적 측면을 포착하여 이를 퍼블리시티권이라고 명명하고 권리를 인정하여 주게 되면 양도나 상속 등이 가능하게 되므로 인격권과 구별되는 별도의 퍼블리시티권을 인정할 법리상 실익이 있다.

우에도 저작권에 의해서 보호된다. 만일 그렇지 않다면 표절자는 사소한 변경만으로도 저작권 위반의 책임을 피할 수 있을 것이기 때문이다.⁴¹⁾

퍼블리시티권은 재산권이지만 인격권과 완전히 결별한 것이 아닌 하이브리드적 성격을 가지고 있는 권리라고 이해하는 방법이 하나 있을 것이다.⁴²⁾ 이 경우에는 인격권적인 성격에 기초한 권리들도 퍼블리시티권의 내용으로 인정될 수 있는 기초로 설명할 수 있을 것이다. 반면 퍼블리시티권의 성격을 재산권으로만 파악하면서 인격권과 분리하는 태도를 취하는 방법이 하나 있을 것이다. 퍼블리시티권의 대상이 성명이나 초상, 기타 이미지 같은 것들로서 퍼블리시티권을 저작인격권의 일부가 아니라 별개의 재산권으로서 양자는 경합적으로 인정된다고 보는 것이다.⁴³⁾

또, 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 인격권과 구별되는 별도의 퍼블리시티권을 인정할 법리상 실익이 있다.⁴⁴⁾

1호 (통권55호) (2003. 1.) 97-134면.

41) Nichols v. Universal Pictures Corporation, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

42) 이해완, 『저작권법』, 박영사 (2007) 609면에서 퍼블리시티권이 개념적으로도 인격권적 성격에서 완전히 떠나 있는 것은 아니라고 본다는 취지도 이와 같은 성격으로 파악하는 것으로 보인다. 최정환 변호사는 “퍼블리시티권이란 상업적 가치있는 자신의 초상, 성명 등의 상업적 이용을 통제할 수 있는 물권과 유사한 독점, 배타적인 재산권으로 정의된다. 이는 원래 엔터테인먼트 산업이 발전한 미국법상 최초로 인정되기 시작한 권리인데, 우리나라에서는 아직 형성기에 있는 권리라고 할 수 있다.”라고 하고 있는 바, 이러한 주장도 하이브리드적 권리라고 보는 견해라고 분류할 수 있을 것이나, 물권적 성격에 중점을 둔 것으로 보인다 (최정환, “[2004년 분야별 중요판례분석] 20. 엔터테인먼트”, 법률신문, 2005.8.4.자).

43) 서울동부지방법원은 퍼블리시티권의 대상이 초상일 경우 초상권 중 재산권으로서의 초상권과 동일한 권리가 된다고 판시하고 있다(서울동부지방법원 2006.12.21. 선고 2006가합6780 판결).

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

4. 정 리

이상에서 정리한 바와 같이 퍼블리시티권은 현재 우리나라에서 인정여부도 하급심에서 엇갈리고 있고, 인정한다고 하더라도 권리의 성격에도 논란이 있다. 따라서 상속성이나 양도성에 대해서도 명확하게 정리되고 있지 않다.⁴⁵⁾

구제수단의 면에서도 가처분의 인정여부에 대해 학설은 인정하여야 한다고 보는 견해가 많은 반면 실무상으로는 인정되지 않고 있다. 퍼블리시티권을 인정한 경우에도 손해배상의 범위에 대한 기준이 정립되지 못하고 있다.

그렇다고 이러한 상황이 향후 대법원에서 정리될 가능성도 그리 높아 보이지는 않다. 왜냐하면 우리나라에서는 실무상 유명 연예인들이나 유명 프로 운동선수들은 많은 경우 소송이 장기화되는 것을 바라지 않고, 소송을 협상의 기점으로 삼으려해 주요한 의미를 가지는 소송이 화해로 끝나는 경우가 많고, 설사 지방법원 단계에서 판결이 이루어지더라도 판결을 고려하여 합의를 하지 않고 계속적으로 소송을 진행할 경우 이미지나 해당 분야에서 의 관계 등에 부정적인 영향을 받을 수 있어 소송으로 쟁점들이 궁극적으로 해결되기도 어렵다. 게다가 소송은 속성상 특정 쟁점에 대한 정리일 뿐이지 관련되는 일체의 쟁점들을 정리할 수 있는 수단은 아니라는 점에서도 퍼블리시티권과 관련된 논

의를 해석론으로 정리하기에는 어려운 점이 있다.

따라서 다음 장에서는 퍼블리시티권 논의의 중주국인 미국에서의 논의를 정리함으로써 우리나라에서 논란이 되고 있는 위의 각 쟁점에 대한 입법론적 시사점을 찾아보고자 한다.

Ⅲ. 퍼블리시티권에 대한 비교법적 고찰

1. 미국에서의 논의 전개와 현황

(1) 논의의 시작

앞서 언급한 것과 같이 퍼블리시티권은 Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc. 사건을 통해 인정되었다. 이 사건은 츄잉 껌 제조와 판매업에 종사하는 원고와 피고가 미국 메이저리그 프로야구선수 (MLB)들의 초상권을 배타적으로 사용할 권리를 갖고 있는가를 둘러싸고 벌어진 소송이다. 연방제2항소법원은 프로야구선수들에게는 ‘프라이머시권의 성격 외에도 자기 사진이 가진 공표와 관련된 배타적 특권을 허용할 권리가 있다고 판시함으로써 프라이머시권과는 다른 퍼블리시티권을 인정하였다.⁴⁶⁾

학문적으로는 Prosser 교수의 공헌을 빼놓을 수 없다. Prosser 교수는 1960년 캘리포니아 로리뷰에 게

45) 입법론으로 상속성 등을 부정하는 견해로 최정환 변호사는 “이미 엔터테인먼트 업계에서 영화배우 등의 유명인의 초상권이 하나의 재산권으로 양도, 관리되고 있는 상황에서 그 재산권성을 부인하기는 어려울 것으로 생각되며, 다만 그 보호기간 및 상속여부에 관하여는 새로운 입법이 없는 한, 그 권리의 성질상 생존시까지지만 보호되고 상속되지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것으로 보인다”고 한다(최정환, 전제논문, 같은 면).

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

소송은 속성상 특정 쟁점에 대한 정리일 뿐이지 관련되는 일체의 쟁점들을 정리할 수 있는 수단은 아니라는 점에서 퍼블리시티권과 관련된 논의를 해석론으로 정리하기는 어렵다.

채한 논문에서 프라이버시권을 4가지 범주로 분류하였다.⁴⁷⁾ 사적인 공간과 생활의 침범(intrusion), 사적인 사실의 공표,⁴⁸⁾ 허위사실의 공표,⁴⁹⁾ 상업적인 이용과 공표권⁵⁰⁾으로 나눈 Prosser 교수의 이 논문의 4번째 범주가 바로 퍼블리시티권 논의를 학문적인 영역으로 불러들였다. 미국에서 퍼블리시티권은 지금도 주별로 입법이 갈려져있는 것 이상으로 학문적으로도 논란이 있다. 퍼블리시티권을 부정경쟁과 관련된 상업적 불법행위(commercial tort of unfair competition)의 일환으로 보는 견해와 주법에 의하여 창설된 지적재산권으로 이해하는 견해 등 여러 가지 견해가 제시된다.⁵¹⁾ 미국에서의 논의에서 퍼블리시티권은 분명히 지적재산권의 일종으로 보아 재산권에 대한 침해(trespass of property)로 이해된다.⁵²⁾

퍼블리시티권에 대한 법원의 판결과 학문영역에서의 연구 결과는 할리우드 영화산업의 변성과 프로야구 등 프로스포츠의 성장과 함께 실무적으로도 주목을 받고 법제화되었다.

47) William Prosser, Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383, 389 (1960).

48) Restatement(Second) of Torts에 의하면 사적인 사실 공표의 프라이버시 침해의 요건은 타인의 사생활에 관련된 것을 공표하는 자는 그 내용이 합리적인 사람이 보기에 지극히 불쾌한 것이고, 일반인에게 정당한 관심사가 아니 경우에 해당하면 관련 사실의 공표대상이 된 자에게 프라이버시 침해에 대해 책임을 져야 한다고 하고 있다.

49) Restatement(Second) of Torts에 의하면 일반인에게 어떤 사람에 대한 그릇된 인상을 심어줄 사실을 공표를 한 자는 그 사람에 대한 허위가 합리적인 사람이 볼 때 지극히 불쾌한 것이고, 그 행위를 한 사람이 공표된 것이 허위라는 것과 일반인으로부터 허위적인 인상을 받게 될 것을 알고 있거나 혹은 중과실(reckless disregard)이 있다면 피해를 입은 사람에게 프라이버시 침해 책임을 부담한다.

50) Prosser는 “appropriation, for the defendant’s advantage, of the plaintiff’s name or likeness”이라고 정의했다.

51) 여타의 다양한 관점에 대해서는 Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law*, 58 STAN. L. REV. 1161, 1180-90 (2006); Sheldon W. Halpern, *The Right of Publicity: Commercial Exploitation of the Associative Value of Personality*, 39 VAND. L. REV. 1199 (1986); Roberta Rosenthal Kwall, *Fame*, 73 IND. L.J. 1 (1997); Michael Madow, *Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights*, 81 CAL. L. REV. 125 (1993); Mark P. McKenna, *The Right of Publicity and Autonomous Self-Definition*, 67 U. PITT. L. REV. 225 (2005) 등 참조. 퍼블리시티권을 별도의 권리로서 인정하는 데 부정적인 입장으로는 Lee Goldman, *Elvis Is Alive, But He Shouldn’t Be: The Right of Publicity Revisited*, 1992 BYU L. REV. 597, 603-13이 있다.

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

(2) 법원(法源)

미국에서의 퍼블리시티권도 판례법을 통하여 형성·발전되면서 입법화되는 경향을 보였다. 미국에서의 발전 과정에서도 사법부의 판례법에 의해서 완결적으로 권리의 내용이 확정되지는 못했다.⁵³⁾ 결국 미국에서의 퍼블리시티권도 리스테이트먼트(Restatement)를 통하여 체계화되었다. 제2차 리스테이트먼트 652조C는 “타인의 성명이나 유사성 등을 무단히 사용(appropriate)하는 자는 프라이버시 침해의 책임을 지게 된다”고 규정하였다.⁵⁴⁾ 1995년 제3차 리스테이트먼트 46조는 “타인의 승

낙을 얻지 않고 타인의 이름, 유사성 기타 동일성을 징표하는 것을 상업적인 목적으로 무단히 사용하는 자는 무단사용에 대한 책임을 부담한다”고 규정하였다.⁵⁵⁾

이러한 과정을 거쳐 오늘날의 퍼블리시티권은 일종의 불공정거래행위(unfair competition)로 파악되거나⁵⁶⁾ 새로운 형태의 지적재산권으로 파악되어⁵⁷⁾ 주법으로 입법되고 있다.⁵⁸⁾ 연방법이 존재하지 않는다는 특성상 주법 중에서도 캘리포니아주법과 제9항소법원을 포함한 캘리포니아주를 관할하는 연방법원이 판례법 형성에 중요한 역할을 했다.⁵⁹⁾

53) Nimmer 교수는 사법부의 특성상 어느 하나의 판결에서 모든 법리를 실시할 수 없다는 점을 이유로 들고 있다. 그는 퍼블리시티권의 중요한 옹호론자로서 자신의 동일성에 대한 통제를 스스로 할 수 있어야 하는 권리로 퍼블리시티권을 이해한다. Nimmer, op cit, at 221.

54) Restatement (Second) of Torts §652C(1977). 그 원문과 해설은 다음과 같다. 652C (Appropriation of Name or Likeness) One who appropriates to his own use or benefit the name or likeness of another is subject to liability to the other for invasion of his privacy. Comments:

a. The interest protected by the rule stated in this Section is the interest of the individual in the exclusive use of his own identity, in so far as it is represented by his name or likeness, and in so far as the use may be of benefit to him or to others. Although the protection of his personal feelings against mental distress is an important factor leading to a recognition of the rule, the right created by it is in the nature of a property right, for the exercise of which an exclusive license may be given to a third person, which will entitle the licensee to maintain an action to protect it.

b. How invaded. The common form of invasion of privacy under the rule here stated is the appropriation and use of the plaintiff's name or likeness to advertise the defendant's business or product, or for some similar commercial purpose. Apart from statute, however, the rule stated is not limited to commercial appropriation. It applies also when the defendant makes use of the plaintiff's name or likeness for his own purposes and benefit, even though the use is not a commercial one, and even though the benefit sought to be obtained is not a pecuniary one. Statutes in some states have, however, limited the liability to commercial uses of the name or likeness.

55) 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.

56) Thomas McCarthy, *The Right of Publicity and Privacy* §1: 7 (2d. ed. 2000).

57) Julius C.S. Pinckaers, *From Privacy Toward A New Intellectual Property Right In Persona*, 21 (1996).

58) Weaver, op cit, p.2.

59) 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.

미국에서의 퍼블리시티권과 관련된 논의는 결국 법원의 판례에 의하여 형성되어 온 것을 뒤에 모델법인 리스테이트먼트를 통해 법제화의 전범을 제시하고, 각 주가 이에 따르거나 독자적인 입법을 하는 방법으로 발전하여 왔다.

2. 미국 각주의 태도

(1) 도 입

앞서 본 것과 같이 미국에서의 퍼블리시티권과 관련된 논의는 결국 법원의 판례에 의하여 형성되어 온 것을 뒤에 모델법인 리스테이트먼트를 통해 법제화의 전범을 제시하고, 각 주가 이에 따르거나 독자적인 입법을 하는 방법으로 발전하여 왔다. 그러므로 미국에서의 퍼블리시티권을 이해하기 위해서는 주요한 주의 판례와 입법을 살펴보아야 한다. 각주의 태도는 자신들이 처한 문화적, 산업적 배경에 따라서 퍼블리시티권에 대하여 서로 상이한 태도를 취하고 있다.

(2) 인정의 정책적인 근거

각 주(州)가 개인들의 퍼블리시티권을 인정하는 이유는 연예활동을 장려하기 위하여 개인들의 활동에 관한 재산적 이익을 보호하고자 함이다. 각 주의 이러한 정책적 이해관계는 특허법이나 저작권법의 목표와 유사하다. 그것은 개인들이 자신의 노력에 대한 대가를 수확할 수 있는 권리에 초점을 둔 것이고, 감정이나 명예를 보호하는 것과는 연관관계가 적다.⁶⁰⁾ 법경제학적인 관점에서 퍼블리시티권은 유명인의 명성이라고 할 수 있는 퍼블리시티라는 재산이 공공재(public goods)로서 사회적으로 합리적인 수준 이상으로 사회의 구성원들에 의해서 과도하게 소비되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 것이라고 보는 입장이다.⁶¹⁾ 따라서 이러한 공공재 문제를 해결하기 위해

60) Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co., 433 U.S. 562, 573 (1977).

61) 공공재의 비배제성의 성질에 의하여 비용을 부담하지 않는 사람도 공공재의 이익을 누릴 수 있으므로, 무임승차(free-rider) 문제가 생기게 된다. ① A, B 두 명의 개인이 존재함 ② 공공재와 사용재가 각각 한 가지씩 존재함 ③ 소득분배 문제는 고려하지 않는다는 전제하에서 사적 재화의 일반균형이론과 마찬가지로 생산가능곡선과 무차별곡선이 만나는 점에서 균형이 이루어진다($MRT_{xy}=MRS_{xy}$). 그러나 사적 재화는 전체무차별곡선이 개별무차별곡선의 수평합인 데 반하여, 공공재의 경우 수직합이므로 사적 재화는 주어진 가격에서 소비량을 결정하는 형태이지만, 공공재는 주어진 생산량에 대해 얼마를 낼 용의가 있는가의 문제가 된다. 따라서 이러한 공공재의 특성상 무임승차자의 문제가 발생한다. 따라서 사적 재화와 달리 공공재의 경우에는 사회적 MRS는 A와 B의 MRS의 총합이 된다. 따라서 2개의 재화가 아닌 n개로 확장시키면 $MRT_{xy}=\sum MRS_{xy}$ 가 된다(사뮤엘슨의 공공재 일반균형에 대해서는 이준구, 『재정학(제3판)』, 법문사(2007) 97면 이하).

서는 퍼블리시티라는 공공재에 퍼블리시티권이라는 권리를 부여함으로써 사유화하여 사회적 재산을 보다 합리적으로 사용하도록 하여야 한다고 보는 접근법이다.⁶²⁾

(3) 각주의 입법 상황

미국에서는 19개 주에서 퍼블리시티권을 보호하기 위한 법률을 제정하고 있고, 28개 주에서 이를 보통법(common law) 상의 권리로 인정하고 있

다.⁶³⁾ 성문법으로 법을 제정하여 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주의 경우에도 그 인정내용이 상이하며, 보통법의 경우에는 법원의 판결에 의해서 형성되는 것이므로 그 내용의 파악이 쉽지 않다. 성문법으로 인정하는 주요 주와 관련 법령은 아래의 표와 같다.

구체적으로 예를 들어 보면 아래에서 보는 것과 같이 캘리포니아주는 성문법도 있고, 성문법에 의한 보호를 보통법에 의한 보호로 보완한다. 반면 뉴욕 주의 경우에는 보통법에 의한 보호는 인정하지 않

성문법으로 인정하는 주	근 거 법 령		
1. Arizona	A.R.S. T. 12, Ch. 6, Art. 16 Right of Publicity	9. Oklahoma	12 Okl.St.Ann. § 1449 Unauthorized use of another person's rights of publicity
2. California	Cal.Civ.Code § 3344 Use of another's name, voice, signature, photograph, or likeness for advertising or selling or soliciting purposes	10. Kentucky	KRS § 391.170 Commercial rights to use of names and likenesses of public figures
3. Hawaii	HRS § 482P-8 Procedure for identifying transferees, licensees, or assignees; requirement to seek damages or relief	11. Nebraska	Neb.Rev.St. § 20-2 Rights of Privacy
4. Ohio	R.C. § 2741 Right of Publicity	12. Rhode Island	Gen.Laws 1956, § 9-1-28 Action for unauthorized use of name, portrait, or picture
5. INDIANA	IC 32-36-1 Rights of Publicity	13. Tennessee	T. C. A. T. 47, Ch. 25, Pt. 11 Protection of Personal Rights
6. Illinois	765 ILCS 1075 Right of Publicity Act	14. Texas	V.T.C.A., Property Code § 26 Use of a Deceased Individual's Name, Voice, Signature, Photograph, or Likeness
7. Nevada	N.R.S. 597.790 Miscellaneous Trade Regulations and Prohibited Acts-Right of Publicity	15. Virginia	Va. Code Ann. § 8.01-40 Unauthorized use of name or picture of any person; exemplary damages; statute of limitations
8. New York	Civil Rights Law Chapter 6. Article 5. § 50 Right of Privacy		

62) Matthews v. Wozencraft, 1994 U.S. App. LEXIS 3855 (5th Cir. Mar. 3, 1994).

63) Joshua C. Tate, "Immortal Fame: Publicity Rights, Taxation, and the Power of Testation", Georgia Law Review, Fall, 2009 p. 20. 종래 미국에서는 17개 주(州)에서 보통법(common law)상의 권리로 퍼블리시티권을 인정하고 있다고 설명되고 있었다(McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition 28:16, 28:17 (4th ed.) (2004)).

뉴욕주의 경우 성문법에서
규정한 사항만 퍼블리시티
권에 의해 보호받을 뿐 보통
법에 따른 퍼블리시티 권리
는 인정되지 않는다. 이는
다수의 미디어회사가 소재
하고 있는 뉴욕주의 현실과
퍼블리시티권 보호 간의 조
화를 추구하기 위한 것이다.

고, 성문법에 의한 보호만을 인정한다. 물론 보통법에 의한 불법행위도 성문
법에 의한 불법행위도 인정하지 않는 주도 있다. 이하에서는 인정하는 주 가
운데서 가장 대표적이라고 할 수 있는 뉴욕주와 캘리포니아주를 본다. 이 두
개의 주를 선택한 이유는 미국에서 퍼블리시티권을 인정하고 있는 주 가운
데 온건한 인정을 하는 주로서 뉴욕주와 강력한 보호를 하고 있는 주로서 캘
리포니아주가 서로 대비되기 때문이다.

1) 뉴욕주

뉴욕주의 경우 성문법을 제정하여 퍼블리시티권을 인정하고는 있지만, 뉴
욕주 법원은 뉴욕주에서는 성문법이 제정된 이상 뉴욕주에서의 퍼블리시티
권은 전적으로 그 성문법에 따라야 하므로 보통법에 따른 퍼블리시티 권리
는 인정되지 않는다는 판례를 형성하고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 뉴욕주에서는 이름,
초상 등 법률에 규정된 대상만이 퍼블리시티권에 의해서 보호된다.⁶⁵⁾

또 뉴욕주는 사자의 퍼블리시티권을 부정, 상속성을 인정하지 않고 있다
는 점도 뉴욕주가 다수의 미디어 회사들의 본사가 소재한 점을 감안하여 배
우와 같은 유명인들의 권리와 이들의 이미지 등을 사용하여야 하는 이용자
관점을 조화하기 위해서 노력하고 있다는 점을 보여준다.

아래의 캘리포니아주와 같이 뉴욕 역시 퍼블리시티권 침해에 대한 손해
배상(recovery in the form of both appropriate damages and injunctive
relief)을 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 다만, 뉴욕 주에서 퍼블리시티권의 침해로 인정
되기 위한 ‘부정한 사용(misuse)’은 ‘거래나 광고(trade or advertising)’의
목적이 있어야 하며, 우연한 사용은 면책시키고 있는데, 이는 연방 수정헌법
제1조에 말하는 표현의 자유와의 균형을 맞추기 위한 것으로 해석되고 있

64) *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).

65) **New York Civil Rights Law § 51.** Action for injunction and for damages. Any person whose name, portrait, picture or voice is used within this state for advertising purposes or for the purposes of trade without the written consent first obtained as above provided may maintain an equitable action in the supreme court of this state against the person, firm or corporation so using his name, portrait, picture or voice, to prevent and restrain the use thereof...

66) **New York Civil Rights Law § 51.**

다.⁶⁷⁾ 연방 뉴욕남부지방법원이 이른바 뉴스거리의 예외(newsworthiness exception)를 인정하고 있는 점 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.⁶⁸⁾ 다만, 이 예외가 문제되었던 *Ali v. Playgirl, Inc* 사건에서 연방 뉴욕남부지방법원은 예외의 존재 자체는 인정하였지만, 단순히 관심을 끌거나 거래의 목적으로 사용된 경우에는 적용될 수 없다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 이러한 뉴욕남부지방법원의 태도는 퍼블리시티권을 과도하게 인정할 경우 일반인들의 알권리와 형량에서 알권리를 지나치게 제약하게 되는 문제가 있다는 점을 염두에 두면서도 유명인의 퍼블리시티권이 침해되는 문제를 조화하기 위한 것이라고 생각된다.

2) 캘리포니아주

이와 달리 할리우드가 있어서 퍼블리시티권 법리 발전에 중요한 역할을 하는 캘리포니아주는 성문법으로 인정되는 퍼블리시티 권리⁷⁰⁾와 별개로 살아 있는 사람에 대하여는 보통법상 퍼블리시티 권리를 인정한다.⁷¹⁾ 따라서 성문법에 의해서 보호의 대상으로 규정이 되지 않은 경우에도 보통법에 의해서 퍼블리시티권 법리에 의해서 보호된다.

보통법에 의해서 퍼블리시티권의 침해를 주장하는 원고가 입증해야 할 사실은 첫째, 이름이나 목소리, 외관 등 특정인의 동일성(identity)을 표지하는 특징의 사용, 둘째, 사용자가 취한 이득, 셋째 그리고 그로 인한 손해의 발생이라는 세 가지 요건이다. 이는 보통법상의 불법행위에 기한 손해배상 요건과 크게 다르지 않다. 한편, 성문법에 의해 보호를 구하는 경우에는 여기에 고의적 사용(knowingly used)이라는 요건을 추가로 입증하여야 한다.⁷²⁾ 이러한 요건의 차이는 불법행위의 본질의 차이이기 보다는 법문상 고의를 요구하는 것으로 인한 차이이다. 한편 성문법의 경우에는 배상액의 법정 하한선을 750불로 규정하고 있으며,⁷³⁾ 성문법에 의한 보호와 보통법에 의한 침해 주장은 상호 보완적인 관계에 있다.

Midler v. Ford Motor Co. 사건에서 미국 제9연방항소법원은 포드자동차회사가 상업광고에 유명한 가수인 Bette Midler의 노래를 모창한 것을 사용한 사건에서 널리 알려져 있는 직업가수의 독특한 목소리를 상품판매를 위하여 의도적으로 모방한 것으로 불법행위의 성립을 인정하였다.⁷⁴⁾ 하지만 이 사건과 달리 이후의 사건들은 목소리를 그대로 이

67) 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.

68) 스스로를 "the Greatest"라고 칭하던 전설적 복싱선수 Muhammad Ali가, 그와 유사한 흑인 남성이 복싱 링 안에 있고 그 옆에는 "the Greatest"라는 글귀를 적은 사진을 실은 잡지사를 상대로 소를 제기한 사건이다. *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 728 (S.D.N.Y.1978).

69) 위의 *Ali v. Playgirl, Inc.*, 447 F. Supp. 723, 728 (S.D.N.Y.1978) 판결.

70) California Civil Code Section 3344: '3344. Use of Another's Name, Voice, Signature, Photograph, or Likeness in Advertising or Soliciting Without Prior Consent. ...

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

72) 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, p.40.

73) California Civil Code Section 3344: '3344.

74) *Midler v. Ford Motor Co.*,

캘리포니아주를 관할하는 제9항소법원이 뉴욕주 지방법원보다 넓게 퍼블리시티권 침해를 인정하는 것은 엔터테인먼트 산업이 중요한 캘리포니아주의 특성을 반영한 것이다.

용하는 것과 같은 노골적인 침해에서 점차 특징점을 채용하여 이를 통하여 특정 유명인을 연상하도록 하는 방법을 사용한다. White v. Samsung Electronics America, Inc.도 이와 관련된 주요 사건 중의 하나이다.⁷⁵⁾ 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 게임쇼 세트를 배경으로 숫자를 뒤집는 장면을 연출한 것이었다. 연방항소법원은 이 사건에서, 로봇으로 묘사된 모습(robotic caricature or resemblance)은 성문법 상의 표상(likeness)에 해당되지는 않으므로, White의 성문법 상의 퍼블리시티권은 침해되지 않았지만, 보통법상의 퍼블리시티권은 인식될 수 있다면 퍼블리시티권 침해가 인정될 수 있다고 판결하였다.⁷⁶⁾ 제9항소법원은 이전에도 이미 이러한 변용을 통한 침해에 대하여 불법행위의 성립을 인정하고 있었다. 레이싱 카 선수가 자신과 자신의 자동차 사진을 수정하여 사용한 담배회사를 상대로 소송을 제기한 Motschenbacher v. R.J. Reynolds Tobacco Co. 사건에서 연방 제9항소법원은 비록 어느 정도의 수정이 있다 하더라도, ‘특별한(peculiar)’ 표식이 그대로 사용되어, 원고의 동일성을 표상하는 데에 상업적으로 ‘구별되는 속성(distinctive and recognizable nature)’으로 ‘고정(affixed)’될 수 있다면 침해를 인정할 수 있다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 이와 같은 일련의 판결을 통하여 캘리포니아주를 관할하는 제9항소법원은 침해를 회피하기 위하여 특징점을 사용하면서도 변용을 통하여 퍼블리시티권 침해를 면하려는 시도를 방지하고자 하였다.

제9항소법원은 퍼블리시티권 침해 외에도 별도로 부정경쟁방지법 위반이 청구권 경합관계로 문제가 될 수 있다고 본 반면,⁷⁸⁾ 뉴욕주 지방법원은 청구권 경합을 부정하였다.⁷⁹⁾ 이와 같이 제9항소법원이 제2항소법원보다 넓

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

76) Id.

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

78) White v. Samsung Electronics America, Inc., 971 F.2d 1395 (9th Cir. 1992); Wendt v. Host Intl, Inc., 125 F.3d 806 (9th Cir. 1999).

79) Albert v. Apex Fitness, Inc., 44 U.S.P.Q.2d 1855 (S.D.N.Y. 1997) 사건의 경우에는 청구권 경합을 부정하였다. 이 사건에서 뉴욕주 법원은 유명인사가 아닌 직업 모델인 원고는 Lanham Act 43(a)에 근거한 ‘거짓 추천(false endorsement)’을 청구원인으로 할 수 없다. 1856면, “피고가 원고의 초상을 이용하였다는 것이

게 퍼블리시티권 침해를 인정하는 것은 엔터테인먼트 산업이 중요한 캘리포니아주의 특성을 감안한 것이라고 할 것이다.

퍼블리시티권의 상속성 문제에 대응하는 캘리포니아주의 태도를 보면 얼마나 적극적으로 캘리포니아주가 퍼블리시티권을 보호하려고 하는지를 알 수 있다. 이와 관련된 주요 판례로 벨라 루고시(Bela Lugosi) 사건이 있다. 이 사건은 드라큘라 역할로 유명하였던 벨라 루고시의 미망인과 자식들이 유니버설 영화를 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 대법

원은 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 있는 동안 본인에 의해서만 행사되어야 한다며 퍼블리시티권의 상속성을 부정하였다.⁸⁰⁾ 그러나 이 판결 이후 1988년 캘리포니아주(州)는 민사법 제990조(Civil Code Section 990)를 제정함으로써⁸¹⁾ 퍼블리시티권의 상속을 부정한 주 대법원의 판결을 입법으로 뒤집어 상속을 인정하고 권리의 인정 범위를 대폭 확장하였다. 다만 그 존속기간은 유명인의 사망시로부터 50년간으로 정하였다.⁸²⁾

온라인 게임에서의 퍼블리시티권은 최근에 문제가 되고 있는 분야이다. 특히 미국 게임 산업 매출의 약 15%를 차지하고 있는 스포츠 게임(SVG: Sports related Video Games)이 성인 남성들이 서로 상호 작용을 할 수 있게 해 주고, 이들의 일종의 판타지를 충족시켜주기 위해서는 현실의 스포츠를 사실감 있게 복제하는 것이 필수적이다.⁸³⁾ 대표적 스포츠 게

원고가 그 제품을 추천한다는 것을 암시하는 방법으로 피고가 원고의 초상을 이용하였다고 볼 수 없다”고 하여 청구권 경합을 부정하였다.

80) *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.

81) California Civil Code Section 990: ‘990. Deceased Personality’s Name, Voice, Signature, Photograph, or Likeness in Advertising or Soliciting.

(a) Any Person who uses a deceased personality’s name, voice, signature, photograph, or likeness, in any manner, on or in products, merchandise, or goods, or for purposes of advertising or selling, or soliciting purchases of, products, merchandise, goods, or services, without prior consent from the person or persons specified in subdivision (c), shall be liable for any damages sustained by the person or persons injured as a result thereof....

82) 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.

83) 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, p.35.

2009년 제기된 Keller v. Electronic Arts, Inc., at al. 사건은 온라인 게임에서의 퍼블리시티권 관련 문제로 퍼블리시티권 침해를 인정한다고 하더라도 손해배상액 산정이 쉽지 않다는 점을 전형적으로 보여준다.

임회사인 EA(Electronic Arts, Inc.)의 본사가 있는 캘리포니아주는 스포츠 게임에 관련된 퍼블리시티권 소송에서 주요한 역할을 차지하고 있다.⁸⁴⁾ 연방 캘리포니아 북부지방법원의 Adderley v. NFLPA et al. 사건에서 캘리포니아 주 배심원들은 원래 계약을 넘어 프랜차이즈 사업에까지 사용된 스포츠 선수들의 퍼블리시티권 침해를 배상하기 위하여 약 2천8백만 불을 지급하도록 평결을 하였고, 법원은 이러한 배심원의 평결을 유지하였다.⁸⁵⁾ 2009년 제기된 Keller v. Electronic Arts, Inc., at al. 사건은 전(前) 미 대학체육연맹(NCAA:National Collegiate Athletic Association) 소속 미식축구 선수이던 샘 켈러(Sam Keller)가 대표적 스포츠 게임회사인 EA와 NCAA의 퍼블리시티권 관리대행사인 CLC(Collegiate Licensing Company)를 상대로 제기한 집단 소송(class action)으로 아직도 진행 중인 사건이다.⁸⁶⁾ 그리고 이 사건은 특히 스포츠 게임에서 학생 선수들의 퍼블리시티권 보호와 퍼블리시티권 침해에 있어 손해의 증명을 어떠한 방식으로 할 것인지가 문제되고 있다. 즉, 농구나 미식축구 등의 스포츠 게임을 제작하면서 Keller 등의 개인 약력(personal profiles), 기술(skill set), 목소리(audio commentary)등을 사용한 사실은 위에서 언급한 제9항소법원의 판례들에 의하여 대부분 인정될 수 있을 것이며, 게임사의 이득 역시 더욱 현실적인 게임을 만듦으로써 얻은 매출액의 증가를 비교함으로써 추정할 수 있게 될 것이다. 그러나 그로 인하여 선수들이 입은 손해는 선수들간의 지명도 차이나, 선수들과 NCAA간에 맺어진 초상권 사용 계약의 범위가 게임에까지 미치는지에 대한 문제 등을 어떻게 해결할 것인지에 달려 있기 때문에 그 입증이 쉽지 않은 것이 현실이다. 이 사건은 퍼블리시티권을 인정한다고 하더라도 손해배상액을 입증하기 쉽지 않다는 문제를 전형적으로 보여주는 사건이라고 하겠다. 따라서 향후 이 사건은 퍼블리시티권 침해시의 손해액의 산정과 관련하여 중요한 시사점을 줄 수 있을 것으로 본다.

84) 이 회사는 캘리포니아 주의 Rosewood에 위치하고 있는 대표적인 게임개발회사이다.

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

86) Keller v. Electronic Arts, Inc., NCAA, CLC, Class Action Complaint, CV 09-1967 (N.D.Cal. May 5, 2009).