

● 연구 논문

# 문학작품에 있어서의 프라이버시 침해 문제

- 日本과 우리나라의 판례를 중심으로

박 환 일\*

I. 머리말	IV. 프라이버시권과 퍼블리시티권
II. 일본의 판례	V. 퍼블리시티권에 대한 지재권적 접근
III. 우리나라의 판례	VI. 맺음말

## I. 머리말

요즘 소설이나 시나리오 같은 문학작품을 보면 실존 인물을 모델로 한 것이 많다. 현실 자체가 드라마틱한 경우도 있지만 작가의 상상력이 가미되었을 때 독자들의 흥미를 끄는 문학작품으로 재탄생하기 때문이다.<sup>1)</sup>

우리나라에서는 일찍이 전직 외교관 嚴永達 씨를 모델로 한 작가 韓雲史의 신문

\* 경희대 법학전문대학원 부교수, 국제법무대학원 부원장, 법학박사.  
1) 최근에는 2010년 3월 입적한 법정스님이 당신의 책을 절판하라고 유언을 남긴 가운데 스님의 일생을 그린 소설 「무소유」가 발간되어 화제가 되었다. 최근 일본과 우리나라에서 선풍적인 인기를 끌고 있는 무라카미 하루키(村上春樹)의 「1Q84」에서는 미성년 소녀의 성폭행을 일삼던 사 이비 교주가 여주인공에 의해 암살당하는 장면이 나온다. 성폭행범의 행각이 우리나라 “나영이 사건”의 실제 모습과 흡사하여 독자들의 분노를 자아내었다. 한편 실존 인물을 영화화한 사례는 일일이 들 수 없을 정도로 많다. 외국에서는 「패튼 대전차군단」(1970), 「말콤X」(1992), 「선들러 리스트」(1993), 「닉슨」(1995), 「샤인」(1996), 「레이」(2004)가 있었다. 우리나라에서도 「슈퍼스타 감사용」(2004), 「바람의 파이터」(2004), 「말아톤」(2005), 「맨발의 기봉이」(2006)가 화제를 불러모았다. 특히 최초의 여류 비행사 박경원의 일대기를 그린 「청연」(2006), 일본의 전설적인 한 국인 씨름선수에 관한 영화 「역도산」(2004)이 상영 당시 유족들의 반발을 불러 일으켰다. 박환 일, “실존 인물의 모델화와 인격권 보호”, 영산법률논총 제3권 1호, 영산대학교 법률교육연구원, 2006.10, 26~27면.

연재소설 「대야망」이 화제가 된 적이 있다. 그러나 실존 인물을 모델로 한 소설이 법정에서 문제가 된 것은 미국에서 불의의 교통사고로 세상을 떠난 세계적인 핵물리학자 故 이휘소 박사를 다룬 「소설 이휘소」, 「무궁화꽃이 피었습니다」가 처음이다. 그리고 비슷한 시기에 金宇中 씨를 다룬 평전도 법정에서 다투어졌으나 본인의 명예를 훼손하지 않은 이상 허용되어야 한다는 하급심 판결이 나왔다. 그밖에 영화 「실미도」에 등장하는 훈련병들을 살인범, 사형수라고 하는 등 사실과 다르게 묘사를 함으로써 그 모델이 된 인물들의 인격권을 침해하였다며 영화 상영금지를 청구한 사건도 있었다.

그 동안 일본에서는 살아 있는 사람이 문학작품 속에서 본인의 프라이버시가 침해되었다고 소송을 제기한 사건이 1960년대 이후 여러 건 있었다. 본고는 일본의 판례에서 문제가 되었던 법적 쟁점을 살펴보고, 우리나라에서는 어떻게 처리할 수 있는지 고찰한다. 이 문제가 그리 간단하지 않은 것은 모델이 된 실존 인물(또는 그 유가족)의 권리를 존중할 것인가, 아니면 소설 등으로부터 감동을 받은 일반공중의 이익을 보호할 것인가, 또 피해보상은 어떻게 할 것인가, 나아가 우리나라의 소설·드라마·영화 등 대중문화가 국제적으로 韓流(Korean Wave) 열풍을 지속하게 만들려면 어떻게 할 것인가 충분히 고려해야 하기 때문이다.

## II. 일본의 판례

### 1. 일본의 모델소설과 프라이버시 침해

일본의 작가 미시마 유키오(三島由紀夫, Y)는 전직 정치인 X와 주변인물을 모델로 소설 「연회가 끝난 뒤」(宴のあと)를 집필하고 ‘모델소설’이라는 이름을 붙여 출판하였다. 이에 X는 이 소설이 세간에 널리 알려진 사실을 섞어 독자들이 원고가 모델인 것을 의식하면서 공상이나 상상을 하게 만드는 등 원고의 사생활을 엿보듯이 묘사하였다고 주장하였다. 그 결과 X는 자신의 프라이버시가 침해되었다 하여 Y를 상대로 손해배상 및 사죄광고를 청구하는 소를 제기하였다.

도쿄 지방재판소 판결은 원고인 X의 청구를 일부 인용(손해배상)하였다.<sup>2)</sup> 비록 하급심 판결이지만 이에 의하면, “근대법의 근본이념의 하나이고 일본의 헌법에 의

하여 인정되고 있는 개인의 존엄이라고 하는 사상은 상호의 인격을 존중하고 부당한 간섭으로부터 자아를 보호하는 것을 비롯하여 이를 확실하게 하는 것"이라 말했다. 그리고 "이를 위해서는 정당한 이유 없이 타인의 사사로운 일을 공개하는 것은 허용되지 아니한다는 것은 말할 나위도 없다"고 못박았다.

이른바 프라이버시권은 사생활을 함부로 공개되지 않는다고 하는 법적 보호 내지 권리로 이해되기 때문에 그 침해에 대하여는 침해행위를 중지시키고 정신적인 고통으로 인한 손해배상청구권을 인정하여야 할 것이다. 일본의 민법 제709조는 그러한 침해행위가 불법행위로서 평가되어야 함을 규정하고 있다.

도쿄 지방재판소는 "사생활의 공개는 공개하는 것이 반드시 모두 진실이어야 할 뿐만 아니라 일반인이 공개되는 내용을 가지고 당해 사인의 사생활로 오인하여도 불합리하지 않은 정도로 진실하게 받아들이는 것이라면 이것이 프라이버시 침해가 될 수 있다고 해석할 수 있다"고 지적했다.

이 판결을 통하여 프라이버시 침해에 대하여 법적인 구제를 받을 수 있는 조건이 다음과 같이 본격적으로 정리되었다. 즉, 공개된 내용이 ① 사생활상의 사실 또는 사생활상의 사실같이 받아들여질 우려가 있을 것, ② 일반인의 감수성을 기준으로 하여 당해 사인의 입장에 선 경우 공개를 원하지 않을 것이라고 인정되는 사정이 있을 것, 다시 말해서 일반인의 감각을 기준으로 공개되었을 때 심리적 부담, 불안을 느낄 것이라고 인정될 만한 사정이 있을 것, ③ 일반인들에게 아직 알려져 있지 않을 것 등의 요건을 필요로 하며 이러한 공개에 의하여 당해 사인이 실제로 불쾌, 불안한 생각을 갖는 것은 필요로 하지만 공개되는 것이 당해 사인의 명예, 신용과 같은 다른 법익을 침해하는지 여부는 문제되지 않는다고 한다.

이 판결은 일본에서 사생활을 함부로 공개하지 않는 자유로서의 고전적인 프라이버시권을 인정한 대표적인 케이스였다.<sup>3)</sup> 판결이 보여주는 판단기준 가운데 두 번째 원고의 주관적 의사가 아니라 일반인의 감수성을 기준으로 한다는 것은 '정보의 자기결정권' 구성과는 성질을 달리 한다. 이 점이 개인정보보호제도와 프라이버시 보호제도의 관계를 둘러싼 오늘날의 무성한 논의의 출발점이 된 점에 주목할 필요가 있다.

2) 東京地判 1964.9.28 下民集 15卷 6號 2317面.

3) 植野妙實子, 佐等信行(이하 "사토 노부유키 외"라 함) 編著, 「要約 憲法判例 205」, 編輯工房 球, 2007, 36面.

## 2. 논픽션 소설에서의 前科공개와 작중 인물의 프라이버시

미국이 통치하던 당시 오키나와에서 행해진 재판에서 배심원이었던 작가 Y는 이 재판에서 유죄 판결을 받은 X가 무죄임을 확신하고 미군 점령 하에서의 재판의 부당성을 호소하기 위해 X를 실명으로 표기한 논픽션 소설 「逆轉」을 출판하였다. X는 그의 전과를 직장과 부인 등에 대해 비밀로 하였는데 그 출판에 의하여 그만 세상에 알려지고 말았다. X는 정신적 고통을 당하였다며 Y를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. Y는 항소심에서도 50만엔의 손해배상을 하라는 판결을 받아 상고하였다.

최고재판소는 상고를 기각하였다.<sup>4)</sup> 그 이유는 “어느 사람이 형사사건에 의해 피의자가 되었거나 피고인으로 기소되어 유죄판결을 받고 복역하였다고 하는 사실은 그의 명예 또는 신용에 직접 영향을 미치는 사항”이라며 함부로 그러한 전과 및 범죄경력(이하 “前科 등”이라 함)에 관한 사실을 공표하지 않는 것에 대하여 법적 보호를 받아야 할 이익을 갖기 때문”이라고 말했다.

이러한 이유는 전과 등에 관계되는 사실의 공표가 공적기관에 의한 것일지라도 사인 또는 사적 단체에 의한 것이더라도 변함이 없다는 것이다. 그러므로 그 사람이 유죄판결을 받은 후 또는 복역을 마친 후에는 한 시민으로서 사회에 복귀하는 것이 기대되는 것이므로 그 사람은 전과 등에 관계된 사실의 공표에 의하여 새롭게 형성되는 사회생활의 평온을 해치고 그의 更生을 방해받지 않을 이익을 갖는다고 한다. 당연히 어느 사람의 전과 등에 관계된 사실은 다른 면에서는 그가 형사사건 내지 형사재판이라고 하는 사회 일반의 관심 또는 비판의 대상이 된 사항에 관련된 것이다. 따라서 사건 그 자체를 공표하는 것에 역사적 또는 사회적 의의가 인정될 수 있는 경우에는 사건의 당사자에 대해서도 그 실명을 밝히는 것이 허용되지 않는다고는 말할 수 없다.

어느 사람의 전과 등에 관한 사실을 실명을 사용하여 저작물에 공표한 것이 불법 행위를 구성하는지 여부는 그 사람의 그 후의 생활상황 뿐만 아니라 사건 그 자체의 역사적 또는 사회적 의의, 그 당사자의 중요성, 그 사람의 사회적 활동 및 그의 영향력을 놓고 그 저작물의 목적, 성격 등에 비추어 실명사용의 의의 및 필요성을 함께 판단하여야 할 것이다. 그 결과 전과 등에 관계된 사실을 공표하지 않을 법적

4) 最判 1994.2.8 民集 48卷 2號 149面.

이익이 우월하다고 하는 경우에는 그公表로 인하여 입은 정신적 고통을 배상을 구할 수 있다. 표현의 자유는 충분히 존중하여야 할 것이지만 항상 다른 기본적 인권에 우월하다는 것은 아니며 전과 등에 관계된 사실을 공표하는 것이 헌법에 보장된 표현의 자유의 범위에 속한다 하여 불법행위책임을 물을 여지가 없다고 해석할 것은 아니다.

이 판결은 최고재판소의 전과조회 사건<sup>5)</sup>을 선례로 하여 실명보도되었던 사건이라 하더라도 시간의 경과에 의하여 실명공표가 허용되지 않는 경우를 인정한 것이다.<sup>6)</sup> 1심에서는 Y에 의한 현실의 惡意의 항변도 주장되었지만 인정되지 않았다.

### 3. 모델소설을 둘러싼 프라이버시권 논의

일본에서의 모델소설을 둘러싼 프라이버시권 논쟁에 있어서 제일교포 작가인 柳美里的 소설 「돌에서 헤엄치는 물고기」는 하나의 이정표를 세웠다.

유미리는 지인 X를 모델로 한 소설 「돌에서 헤엄치는 물고기」를 발표하였다. 그런데 작중인물과 X가 경력이나 얼굴에 흑이 있는 모습 등이 일치하였다. X는 프라이버시 및 명예감정을 침해받았다 하여 작가와 출판사에 대하여 위자료의 지불을 청구하는 것과 함께 이 소설의 출판 등의 정지를 구하였다. 유미리 등 피고는 X의 외모는 숨길 것도 없어 프라이버시 침해를 구성하지 않는다는 점, 소설에 등장하는 인물은 모델이 된 실재의 인물과 다르다는 것이 순수문학작품을 읽는 독자들의 상식에 속하기 때문에 허구의 사실을 전부 사실로서 인식해버린 일부의 독자가 존재한다고 하더라도 양자를 같이 취급하는 근거로 할 수 없다고 주장하였다.

1999년 도쿄 지방재판소의 판결에 이어 2001년에는 도쿄 고등재판소에서도 손해배상 및 출판 정지 둘 다 인용하는 판결을 내렸다. 최고재판소에서도 유미리 측의

5) X는 근무하던 A사에서 해고를 통고 받고 이를 다투던 중 A사의 변호사 B가 소속변호사회를 경유하여 교토시에 X의 전과조회를 하고 회보를 받았다. 이에 X는 교토시를 상대방으로 하여 프라이버시 침해에 따른 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다. 1심과 항소심에서는 변호사법에 의한 전과조회에 대하여 이를 거부할 정당한 사유가 없는 한 회보의무가 있다거나(回報適法) 없다(回報違法)며 엇갈린 판결을 내렸다. 최고재판소에서는 교토시의 상고를 기각하였는데(最判 1981.4.14 民集 35卷 3號 620面) 그 이유는 “전과 등이 있는 자라 할지라도 이를 함부로 공개하지 않을 법률상의 보호를 받을 이익이 있으며, 지자체가 선거자격의 조사를 위해 작성 보관하는 범죄인명부에 기재되어 있는 전과 등을 범죄의 종류, 경중을 묻지 않고 모두 회보하는 것은 공권력의 위법한 행사로 보는 것이 상당하다”고 말했다.

6) 사토 노부유키 외, 앞의 책, 28면.

상고를 기각하였다.<sup>7)</sup>

도쿄 고등재판소 판결은 “개인의 장애나 질병 등의 사실은 개인에 관한 정보 중에서도 제일 타인에게 알려져서는 안 되는 종류의 것”임을 지적했다. 얼굴에 흠이 있는 사람은 그 장애의 사실과 수술력 등이 공개되는 것을 원치 않는다. 따라서 이러한 감성을 가진 사람들은 마음이 다치지 않도록 배려하여야 하며, 어떠한 선의의 행동도 개인의 평온한 일상생활과 사회생활의 버팀목이 되어야 함을 인정하여야 한다. 그러한 점에 비추어 이를 본인의 허락없이 공표하는 것은 장애 그 자체의 고통뿐만 아니라 특히 타인의 호기심과 차별에 의하여 고통을 받는 사람의 정신적 고통을 배가하는 불법한 행위로서 인격권의 현저한 침해가 되어 당연히 프라이버시의 침해에 해당한다고 할 것이다.

소설이 실제의 인물을 모델로 하여 창작되는 것임을 부정할 수는 없다. 현실적으로 실제하는 인물을 모델로 하는 소설도 많다. 그래서 소설이 현실을 바탕으로 작성된다고 하더라도 이는 어디까지나 허구의 세계에 속하는 것이라 말할 수 있다.

그러나 이것을 공적으로 표현한 소설에 있어서는 모델과 동일시할 수 있는 실제의 인물의 프라이버시에 속한 사실을 그대로 기술하는 것이 당연히 허락되는 것은 아니다. 현실에서 소설의 소재를 구하는 경우에도 이 점을 소설적 표현으로 승화시키는 과정에서 현실과의 절단(切斷)을 피하여 타인에 대한 시점에서 명예와 프라이버시를 다치지 않도록 하는 표현방법을 취해야 한다. 이러한 창작상의 배려를 하지 않고 소설을 공표함으로써 타인의 존엄을 손상하게 되었다면 그러한 소설의 공표는 예술의 이름으로도 용인될 수 없다.

X는 미시마 유키오의 문제된 소설 「연회가 끝난 뒤」의 모델과는 달리 저명인사는 아니었다. 유미리 측의 주장은 이 때문에 독자가 작중인물로부터 X를 동일인물로 보지 않는다는 것을 전제로 내세웠다.<sup>8)</sup> 고등재판소나 최고재판소는 모두 X를 아는 사람들이 이를 동일시할 수 있다면 프라이버시 침해가 성립하며 소설화하는 과정에서 현실과 절단을 구해야 한다고 말했다.<sup>9)</sup>

7) 最判 2002.9.24 判時 1802號 60面, 判タ 1106號 72面.

8) 유미리는 에세이 “세상의 균열과 혼의 공백”(문학동네 2002) 등에서 사건의 상세한 진말과 자신의 생각을 밝혔다. 그는 “사실 그대로 쓴 부분이 있더라도 작가인 ‘나’의 눈을 거친 픽션일 뿐이며, 판결문처럼 ‘이것은 허구이고 저것은 사실이다’고 따져가며 소설을 읽는 것은 私小説이라는 장르의 발전에 걸림돌이 된다”고 말했다.

9) 사토 노부유키 외, 앞의 책, 37면.

### Ⅲ. 우리나라의 판례

#### 1. 핵물리학자 이휘소를 소재로 한 소설

미국에서 활약하던 핵(核)물리학자 이휘소가 1977년 불의의 교통사고로 사망한 것을 안타깝게 여기던 소설가 孔錫夏는 그에 관한 신문기사, 서울의 가족들과 주고 받은 편지 기타 자료를 토대로 그의 일대기를 재구성하였다. 그의 죽음이 1970년대 초 핵무기 개발의욕을 갖고 있던 박정희 정권과 관련이 있다고 믿고서 픽션을 가미한 「소설 이휘소」를 한 월간지에 발표하였다.

이것을 토대로 신진작가 김진명이 주인공을 이용후로 한 추리소설 「무궁화 꽃이 피었습니다」을 발표하였는데,<sup>10)</sup> 3부작인 이 소설은 450만부 이상 팔리는 등 한국 출판역사의 기록을 세웠다. 이 소설은 1995년 영화로까지 제작되었다. 미국에 살고 있던 고인의 미망인을 비롯한 유가족은 소설의 일부 내용을 삭제하지 아니하고는 책의 발행·출판·인쇄·복제·판매·배포·광고를 하여서는 안 된다는 소송을 제기하였다.<sup>11)</sup>

이에 대하여 서울지방법원은 다음과 같은 취지의 판결을 내렸다.<sup>12)</sup>

「소설 이휘소」에서 핵물리학자인 이휘소 유족의 동의 없이 가족 사진을 무단으로 게재한 행위는 유

10) 故이휘소 박사를 다룬 공석하의 논픽션과 김진명의 소설은 그와 별도로 저작권 시비를 불러일으켰다. 원고가 피고 발행 도서의 제작·판매·금지 가치분을 구한 사건은 대법원까지 갔는데 원심법원은 “[문제된 소설의] 이용부분은 총 854면 중 10면 정도로서 극히 일부일 뿐만 아니라, 소설 구성상의 필요, 즉 핵무기개발을 둘러싼 이용후와 박정희의 연결고리를 당시의 시대상황에 부합하고 그럴듯하게 맞추기 위하여 원문의 동일성을 해하지 않은 채 ... 거의 그대로 인용하였으며, [원저작물이 이미 절판되어] 그 시장수요를 대체할 정도에 이르지 아니하였고 또한 창작부분과의 구별을 가능하게 함과 아울러 인용 출처를 밝힌 점에서 저작권법 제25조 소정의 공표된 저작물의 인용에 해당하므로 저작권침해행위가 면책된다”고 판시하였다. 한편 소설의 다른 부분도 원고의 표현을 거의 그대로 베끼지 아니하고 그 내용을 충분히 소화하여 이 사건 소설의 상황에 부합하도록 자기 나름대로의 스타일로 새롭게 표현하였고, 그로 인하여 소설과 원저작물의 해당부분 사이에 실질적 유사성도 없게 되었으므로 저작권침해가 아니라고 판단하였다. 대판 1998.7.10, 97다34839.

11) KBS는 2010년 과학의 달을 맞아 특별기획으로 4월 30일 “제1부: 이휘소의 진실”, 5월 1일 “제2부 벤자민 리의 유산”을 드라마와 다큐 형식으로 방영하였다. 고 이휘소 박사의 미망인(중국계 미국인 심만청)과 고인의 동생은 “고인은 핵개발 의혹과는 무관한 소립자를 연구하는 이론물리학자였을 뿐”이라며 1990년대 소설과 같은 맥락에서 보도를 하였던 한국 언론에 대해서도 불신감을 드러냈다. <<http://www.kbs.co.kr/1tv/sisa/hwiso/program/index.html>>

12) 서울지판 1995.6.23. 94카합9230.

족들의 초상권을 침해한 것이나, 이휘소가 우리 사회의 공인(公人)이 되었고, 또한 그가 사망한 지 이미 18년이 경과하였으므로, 그를 모델로 하여 이휘소라는 실명을 사용하여 창작된 소설에서 이휘소의 개인 사진을 사용하는 것은 그 소설이 이휘소에 대한 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다.

모델소설에 있어서 모델이 된 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 소설의 출판금지를 구할 수 있고, 그 모델이 된 사람이 이미 사망한 경우에도 그 유족이 명예훼손 또는 인격권 침해를 이유로 그 금지를 구할 수 있다. 인간은 적어도 사후(死後)에 명예를 중대하게 훼손시키는 왜곡으로부터 그의 생활상의 보호를 신뢰하고 그 기대 하에 살 수 있는 경우에만, 살아있는 동안 헌법상의 인간의 존엄과 가치가 보장되기 때문이다. 그러나 소설에서 개인의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었다는 이유로 그 출판금지를 구하는 경우에는 헌법상 예술의 자유와 출판의 자유가 보장되어 있는 점에 비추어 그 침해의 태양 및 정도를 고려하여 개인의 명예가 중대하게 훼손된 경우에만 이를 인정하여야 한다.

「소설 이휘소」와 「무궁화 꽃이 피었습니다」는 핵물리학자인 이휘소를 모델로 한 소설로서 이휘소에 대하여 전반적으로 매우 긍정적으로 묘사하고 있어, 소설을 읽는 우리나라 독자들로 하여금 이휘소에 대하여 존경과 흥미의 정을 불러일으킨다고 할 것이[다.] 우리 사회에서 이휘소의 명예가 더욱 높아졌다고도 볼 수 있으므로, 소설에서 이휘소 또는 그를 모델로 한 '이용후'의 모습이 이휘소의 실제 생활과 달리 묘사되어 유족들의 주관적인 감정에서 부분적으로 이휘소의 명예가 훼손되었다고 여겨질지라도 소설의 전체 내용에 비추어 사회통념상 이휘소의 명예가 훼손되었다고 볼 수도 없으며 작가들에게 이휘소의 명예를 훼손시키려는 의사가 있었다고 볼 수도 없다. 또한 이휘소는 뛰어난 물리학자로서 우리나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 사람으로서 공적 인물이 되었다고 할 것인데, 이러한 경우 이휘소와 유족들은 그들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인(受忍)하여야 할 것이므로, 이휘소나 유족들의 인격권 또는 프라이버시가 침해되었다고 볼 수도 없다.

이 사건에서는 소설의 서문에서 소설의 모델이 된 인물을 사실과 다르게 소개한 것도 문제가 되었다. 법원은 소설의 서문에서 모델이 된 인물을 밝히는 것은 허용되지만 그 부분까지 소설의 구성부분이 된다고 볼 수는 없고, 최소한 서문에서는 소설의 모델이 된 인물에 관하여 기술하면서 실제와 달리 표현하여서는 아니됨을 지적하였다. 그러므로 법원은 “소설 「무궁화 꽃이 피었습니다」의 서문 '작가의 말'에서 이휘소가 우리나라의 핵개발에 관여한 것처럼 그의 삶을 실제와 현저하게 달리 묘사하였다면, 이휘소에 대한 명예훼손 또는 인격권 침해가 되고, 그가 사망하였다고 하더라도 유족이 그의 명예훼손 및 유족들의 경건감정 침해를 이유로 그 부분의 삭제를 청구할 수 있다”고 말했다.

## 2. 김우중 신화를 다룬 논픽션

「무궁화 꽃이 피었습니다」가 법정에서 논란이 된 것과 거의 비슷한 시기에 대우 그룹의 김우중 회장에 관한 논픽션도 문제가 되었다. 그 때까지만 해도 존재하였던 김 회장은 그의 동의 없이 쓰여진 「김우중, 신화는 있다」 책을 쓴 저자와 출판사를 상대로 법원에 초상권, 성명권, 프라이버시 침해로 인한 서적제작·판매·반포금지 가처분 신청을 하였다.

서울지방법원은 위의 이휘소에 관한 소설과 비슷한 취지의 판결을 하였다.<sup>13)</sup>

우리나라 국민들에게 많은 귀감이 될 수 있는 뛰어난 기업인으로서 이미 우리 사회의 공적 인물이 되었다고 볼 수 있는 경우 그 사람은 자신의 사진, 성명, 가족들의 생활상이 공표되는 것을 어느 정도 수인하여야 [한다.] 그 사람을 모델로 하여 쓰여진 평전의 표지 및 그 신문광고에 사진을 사용하거나 성명을 표기하는 것, 그 내용에 가족관계를 기재하는 것은 위 평전이 그 사람의 명예를 훼손시키는 내용이 아닌 한 허용되어야 한다.

이휘소와 김우중에 관한 출판물이 본인 또는 유족의 명예를 훼손하였는지 여부와 관련하여, 우리나라 법원은 일반인의 감수성을 기준으로 한다는 것과 피해자가 우리 사회의 공적 인물(public figure)인 경우에는 그의 프라이버시가 어느 정도 공표되는 것을 수인하여야 한다고 보았다. 비록 하급심 판결이지만, 어느 문학작품이 실존 인물의 프라이버시를 침해하는 내용을 담고 있더라도 그것이 그의 명예를 훼손시키는 내용이 아니라면 표현의 자유를 위하여 허용될 수 있다는 기준을 정립한 셈이다.

## 3. 영화 실미도의 시나리오

모델이 된 인물들의 프라이버시를 침해하였다기보다 등장인물들을 중범죄자, 용공주의자고 하는 등 사실과 다르게 묘사를 함으로써 그들의 인격권을 침해하였다며 영화, DVD 등의 방영 금지와 손해배상을 청구한 「영화 실미도」 사건이 있었다.

이 영화는 1971년 8월 서울에서 실제로 발생하였던 ‘실미도 사건’을 모델로 하여

13) 서울지판 1995.9.27. 95카합3438.

2003년 개봉되어 국내에서만 약 1,100만 명의 관객을 동원하였던 화제작이었다. 당시 일명 684부대에서 북과공작원 양성을 위한 군사훈련을 받던 훈련병들은 국제 정세의 변화로 존재의의를 상실하자 비인간적 처우에 격분한 나머지 부대를 이탈하여 무장한 상태로 서울 시내로 진입하다가 군인 등과 총격전을 벌인 끝에 훈련병들 대부분이 사망한 사건이었다. 그런데 영화는 사실과는 달리 훈련병들을 살인범 또는 사형수 중에서 모집하였다고 묘사하였고, 훈련병들이 북한의 군가인 적기가를 부르는 내용이 포함되어 있는데 이 영화의 홍보물에는 영화가 사실에 근거하여 제작된 것으로 광고되어 있었다. 이에 훈련병들 중 12명의 유족들이 이 사건 영화가 훈련병들이나 유가족의 명예를 훼손하였고 주장하면서 명예훼손에 따른 위자료 지급과 명예훼손 우려가 있는 장면을 삭제하지 않고서는 이 사건 영화 등의 상영 등을 금지하는 소를 제기하였다.<sup>14)</sup>

이 사건의 항소심인 서울고등법원은 “훈련병들이 살인범이나 사형수가 아님에도 불구하고 일반인들로 하여금 훈련병들이 살인범 또는 사형수라고 인식할 수 있도록 하는 장면이 포함”되어 있음을 인정하면서도 역사적 사실에 비추어 볼 때 “[영화제작자가] 문제가 된 내용이 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있어 피고들에게는 명예훼손의 고의 및 과실이 인정되지 않는다”고 판단하였다. 또한 영화 속에 훈련병들이 적기가를 부르는 내용이 포함되어 있기는 하지만 이와 같은 영화 내용은 명예훼손의 대상인 사실의 묘사에 해당하지 않거나 훈련병들이나 유가족들의 명예를 훼손한 행위에 해당하지 않는다고 보았다.

역사적 사실을 토대로 한 상업영화를 제작함에 있어서 영화제작자가 상업적 흥행성이나 관객들의 감동 등을 고양하기 위하여 역사적 사실을 각색하는 것은 어느 정도 용인되어야 한다. 따라서 서울고등법원은 실제 상황과 배치되는 사실묘사로써 그 모델이 된 인물의 인격권이 침해되었다고 볼 여지가 있다고 하더라도, 영화에 부가하여 상영되는 자막에 이러한 각색사실을 분명하게 명시하여 일반관객들로 하여금 영화의 내용이 실제 사실관계와 다르다는 점을 용이하게 인식하도록 하는 등 영

14) 실미도 사건은 훈련병의 유가족들이 영화를 상대로 문제가 된 부분을 삭제하지 아니한 상태에서 DVD세트를 제작·판매·배포·광고하여서는 아니 되고, 영화가 마치 역사적 사실 그대로 제작된 것처럼 홍보·광고하여서는 아니 된다는 영화상영금지 가처분명령을 구하는 소송(서울고결 2005.1.17, 2004라439)과 문제가 된 장면, 대사 및 자막을 그대로 유지하여 상영하거나, 비디오 테이프, DVD 및 인터넷 영상물 등으로 제작하여 제3자에게 인도, 임대, 양도 기타 일체의 처분을 하여서는 아니 되며 1인당 2천만원의 위자료를 지급하라는 손해배상청구 소송(서울고판 2006.12.6, 2005나68532)이 제기되었다.

화 내용을 실제상황과 혼동하는 것을 효과적으로 방지할 수 있는 적절한 조치를 취하였다면 영화 자체의 상영금지 내지 영화 내용에 대한 직접적인 수정을 구하는 가처분신청을 인용할 수 없다고 판시하였다.

위와 같은 항소심의 결론은 실제 사건을 모델로 한 예술창작품인 영화가 모델로 등장하는 실제 인물의 명예를 훼손하는 경우는 어떠한 때이고 그 경우 영화제작자의 명예훼손에 대한 고의·과실은 어떤 경우에 인정할 수 있으며, 명예훼손 등의 우려가 있는 경우 어떠한 조건 하에서 영화 자체의 방영 등의 금지를 구할 수 있는지<sup>15)</sup>에 관하여 기준을 제시한 판결로서 그 의미가 있다.

## IV. 프라이버시권과 퍼블리시티권

### 1. 피해자에 대한 구제방법: 인격권 v. 재산권

우리나라에서 실존 인물을 모델로 한 소설이나 영화(또는 그 대본인 시나리오)의 스토리나 등장인물의 묘사가 사실(facts)을 왜곡한 경우에는 어떻게 되는가. 사실을 바탕으로 했더라도 본인이 불안·불쾌감이나 인격의 모욕 내지 명예의 훼손을 느꼈다면 그에 상응하는 법적 구제를 요청할 수 있는가.

여기서 문제는 단지 소설이 문학작품이라거나 영화가 종합예술이라는 이유로 표현의 자유(freedom of expression)가 보장되어야 한다는 논의에서 끝나지 않는다는 점이다. 사실을 왜곡한 경우뿐만 아니라 사실과 일치하더라도 비밀스러운 사실의 공개로 인하여 본인이 심리적인 부담이나 불안감, 불쾌감을 느꼈다면 문제는 여전히 남기 때문이다. 우리나라에서는 문학작품에 있어서 개인의 프라이버시 침해를

15) 서울고등법원은 영화 실미도에 대한 홍보·광고금지 가처분신청을 일부 인용하였다. 이 사건 영화에 관한 공식홈페이지와 DVD세트의 첨부물 및 비디오테이프 겹포장 등의 경우 현실적인 권리 침해의 위험성이 매우 강하기 때문에, 그 중에서 역사적 사실에 부합하지 아니하는 내용의 삭제를 청구할 수 있다고 할 것이므로, 영화제작자는 각 기재부분을 삭제하지 아니한 상태에서 공식 홈페이지를 운영하거나 DVD세트 및 비디오테이프를 제작, 판매, 배포, 광고하여서는 아니되는 의무를 부담한다는 것이다. 나아가 이 사건 영화가 향후에 TV 내지 VOD 등을 통하여 일반인들에게 방영되는 경우에 대비하여 이 사건 영화가 마치 '실미도 사건'에 관하여 역사적 사실 그대로 제작된 것처럼 홍보하거나 광고하여서는 아니되는 의무를 부담하는 바, 그 위반 시에는 간접 강제 배상금으로 1일 3백만원을 책정하였다. 서울고결 2005.1.17, 2004라439.

다른 법원의 판결이 하급심 판례밖에 없으나, 인격권 침해 내지 명예훼손의 기준을 일반인을 기준으로 하면 대부분의 경우에 침해행위를 막을 수 없기 때문에 인격권이 아닌 다른 접근방법을 취할 필요가 있는 것이다. 또한 피해자가 이미 사망하였다라도 그의 유가족이 구제를 받기에 용이한 방법을 모색하여야 한다.

우리 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 조항은 사적 사항이 공개되거나 인격적 징표를 훼손당하지 않고 사생활의 자율을 방해받지 않을 권리(인격권)인 동시에 국가권력과 제3자에 대한 방어적 성격을 가진 자유권이다.<sup>16)</sup> 사람은 누구나 자신의 생명, 신체, 건강, 명예, 성명, 초상에 대하여 인격권(right of personality)을 갖고 있으므로 인격권의 침해를 이유로 피해구제를 신청할 수 있다. 그러므로 국가기관이나 다른 사람이 자신의 성명, 초상, 명예를 침해하였다면 인격권 침해에 따른 법적 구제수단을 요청할 수 있다.

그리고 본인이 비밀로 하고자 하는 개인에 관한 난처한 私的 사항은 신문·잡지·소설·영화·TV에서 사실을 사실대로 공개하는 것도 원칙적으로 허용되지 아니한다.<sup>17)</sup> 사생활의 공개가 불법행위가 되기 위해서는 ① 사생활의 공개가 사실을 공공연하게 폭로하는 것(公表)이어야 하고, ② 폭로된 사실이 사적 사항이어야 하며, ③ 공개된 사실이 평균적 감수성을 가진 합리적 인간의 감정을 침해하는 것이어야 하고, ④ 공개된 사적 사항이 자신에 관한 것(一體性)이라는 증거가 있어야 한다.<sup>18)</sup>

이러한 불법행위에 대한 구제방법으로는 형사상으로는 명예훼손죄, 민사상으로는 손해배상책임을 주장할 수 있다. 여기서는 피해자에 대한 구제를 보다 확실하게 하기 위해 인격권의 내용을 구체적으로 무엇으로 파악할 것인가 살펴보기로 한다.

요컨대 사생활의 자유 즉 프라이버시권(right to privacy)으로 볼 것인가, 아니면 미국 판례법에서 형성된 퍼블리시티권(right of publicity)으로 이해하고 문제를 해결할 수는 없는가. 또 실존 인물의 성명·이미지를 일종의 著作物로 해석하여 저작권 재산권으로 보호해야 하는가, 아니면 商標(trademark) 비슷한 것으로 이해하여 그 보호대상을 상표권과 같은 지적재산권으로 유추할 수 없겠는지 차례차례 검토하기로 한다.<sup>19)</sup>

16) 권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사, 2009, 449면.

17) 위의 책, 451면.

18) 위의 책, 451면; 윤명선, 「인터넷시대의 헌법학」, 대명출판사, 2002, 527면.

19) 박원일, 앞의 논문, 27~32면.

## 2. 인격권과 퍼블리시티권

실존 인물을 모델로 한 소설을 읽고 독자들은 재미나 감동을 느끼고 책을 손에서 놓으면 그만이다. 그러나 실존 인물과 관련이 있는 사람들은 실존 인물의 성명이나 모습(likeness)이 상업적으로 이용(commercial use)되었고, 더욱이 그 모습을 그릇되게 이용(identity appropriation)한 것에 대하여 못마땅하게 생각할 수 있다. 본인이나 유가족의 경우에는 경제적인 이익을 취한 사람에게 제재를 가하고 그 이익을 돌려받아야 한다고 생각할 것이다. 왜냐하면 어떤 사람이 다른 사람의 모습을 왜곡하고 그로 인해서 경제적 이익을 취하는 것은 매우 불공정(unfair)한 일이기 때문이다.<sup>20)</sup>

이러한 경우에 일반적으로는 실존 인물의 인격권을 침해한 것으로 볼 수 있다. 人格權이란 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익, 즉 생명·신체·건강·명예·정조·성명·초상·사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리를 말한다. 우리 憲法에서도 인격권은 제10조 인간의 존엄성 존중, 제17조 사생활의 비밀과 자유, 제37조 제1항 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 존중 조항을 근거로 보장된다고 할 수 있다.<sup>21)</sup> 다만, 死者의 경우에는 설령 그의 실제 모습이 크게 다르더라도 사자에게는 정신적 고통이 없고, 그 권리는 사망과 더불어 소멸하므로 유가족의 권리침해가 문제되지 않는 한 사자의 인격권을 근거로 권리구제를 인정할 수 없다.<sup>22)</sup>

이러한 인격권은 도덕적·윤리적 기초 위에서 권리구제를 신청하는 것이므로, 사회적으로 유명한 사람인 경우에는 그의 명성이 일종의 재산권으로 취급될 수 있다(fame as property)는 견지에서 퍼블리시티권을 주장할 수 있다. 퍼블리시티권<sup>23)</sup>

20) Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, "What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law," 58 Stan. L. Rev. 1162.

21) 권영성, 앞의 책, 449면.

22) 위의 책, 450면.

23) '퍼블리시티권'의 개념은 1953년 미국의 제2 항소법원이 야구선수들의 사진을 실은 껌을 판매하는 회사가 초상권을 침해하였다고 주장하는 원고에 대하여 기존 프라이버시권(right to privacy)과 다른 排他的인 권리를 인정함으로써 비롯되었다. *Haelan Labs., Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc.*, 202 F.2d 866 (2d Cir. 1953); 퍼블리시티권이 우리나라에 처음 소개된 것은 1994년에 "JAMES DEAN"이라는 국내 의류업체의 상표에 미국 영화배우의 유가족이 이의를 제기하여 국내 법원에서 다투어졌을 때였다. 당시 미국 영화배우의 이름은 유가족(고인 명의의 신탁기금)의 퍼블리시티권에 속한다는 주장이 제기되었다. 1997년 대법원은 이 상표가 "저명한 고인과의 관계를 허위로 표시한 상표가 아니고, 공공의 질서 또는 선량한 풍속을 문란하게 할 염려가 있다가

이란 이 개념이 처음 등장한 미국에서도 아직 확립된 것은 아니지만 재산적 가치가 있는 유명인의 성명·초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용하는 권리(right of commercial appropriation)를 말한다.<sup>24)</sup> 그러므로 영화배우, 탤런트, 가수, 프로스포츠 선수 등 유명인사(celebrity)는, 만일 그가 사망한 경우에는 상속을 통해, 퍼블리시티권을 주장하고 그의 이름이나 사진, 이미지 등 본인에게 고유한 속성인 인격적 징표가 상업적으로 부당하게 이용되는 것을 방지할 수 있다.<sup>25)</sup> 그러므로 퍼블리시티권은 개인적인 권리이고 새로운 유형의 지적재산권이라 할 수 있다.

그러나 유명인사가 아닌 경우(non-celebrity)에는 본인의 동의없이 초상을 촬영하거나 명의를 사용하는 행위, 개인의 고유한 이미지를 사용하는 행위를 퍼블리시티권이 아니라 프라이버시권을 침해한 것이라고 주장할 수 있다. 이러한 경우에도 피해의 정도를 입증하여 가해자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상 책임을 물을 수 있음은 물론이다.

여기서 정치인을 제외한 영화배우, 탤런트, 가수, 운동선수 등 유명인사의 퍼블리시티권을 문제삼는 것은 이것도 인격권에 기초한 권리로서 결국에는 피해자가 손해배상을 받는 것으로 구체받게 되므로 그 방법을 보다 확실히 하기 위함이다. 다시 말해서 퍼블리시티권은 양도가 가능한 재산권적인 권리로 취급된다. 실존 인물을 소설이나 영화에서 모델로 할 경우 프라이버시권의 보호를 받는데 극중 인물을 상품화한 캐릭터는 저작권법의 보호를 받는다. 그러나 캐릭터와 같이 유명인사의 초상은 현재로서는 민법 제751조(재산 이외의 손해의 배상)의 보호를 받을 뿐이다.<sup>26)</sup>

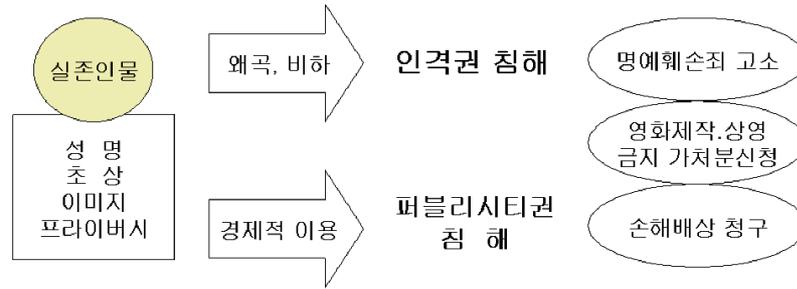
나 수요자를 기만할 염려가 있는 상표가 아니다"라고 판시하였다(대판 1997.7.11. 96후2173). 이 사건의 상세한 전말은 남형두, "세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권", 『저스티스』 통권 제86호(2005.8), 106~108면 참조.

24) 미국에서도 퍼블리시티권을 인정하는 판례법이나 제정법을 보유한 州가 많고, 이름이나 초상은 물론 목소리, 별명(nickname), 주소, 비슷한 모습을 한 로봇까지 적용대상을 확대하고 있다. 그러나 그 속성과 내용을 구체적으로 규정하기보다는 경제적 가치가 있으므로 권리로서 보호한다("if value, then right")는 입장을 취하고 있다. See *supra* note 19, at 1173-74. 연방대법원에서도 TV 뉴스에서 공연실황을 방송한 것이 공연자의 퍼블리시티권을 침해하였다는 오하이오 주법의 해석을 둘러싸고 州정부는 공연자에 대한 인센티브를 보장하여야 한다는 점에서 수정헌법 제1조 언론의 자유를 침해한 것이 아니라고 판시하였다. *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433 U.S. 562 (1977).

25) 법원은 "카다로그 광고에만 사용하기로 한 사진을 월간잡지 광고에 사용하였다면 이것은 초상권의 침해에 해당한다"고 본다(서울지판 1988.9.9. 87가합6032).

26) 우리나라에서 퍼블리시티권이라는 용어는 1990년대 초반과 중반에 재판실무를 중심으로 사용되었으며, 이에 관한 논의는 주로 법조실무가와 민법학자들에 의하여 불법행위책임과 관련하여 이루어졌다. 남형두, 앞의 논문, 98~99면. 그런데 퍼블리시티권이 미국 판례법에 연원을 둔 배타적인 재산권임에도 成文法의 근거 없이 인정될 수 있는가, 우리 국민들의 법의식이 이 개념을

&lt;그림&gt; 실존 인물의 영화화에 따른 구제수단



자료: 박원일, “실존 인물의 모델화와 인격권 보호”, 영산법률논총, 2006.10, 29면.

### 3. 권리구제의 근거

실존 인물을 모델로 한 소설이나 영화가 부당하다고 느껴지는 것은 주인공의 성명·초상이 허락없이(without permission) 이용되었다는 것보다 작가나 영화제작자·감독이 그의 성명·모습을 띤 소설, 영화라는 제품을 판매(merchandising)함으로써 경제적인 이익을 취하였기 때문이다. 오늘날에는 어떠한 정보나 예술도 상품화되고 있으므로 이를 제재하는 것에는 한계가 있게 마련이다. 물론 앞에서 살펴본 바와 같이 유명인사(celebrity)의 경우에는 그의 정체성(identity)이나 명성(reputation), 이미지에 손상이 갔을 경우에 소송을 제기할 수 있다.<sup>27)</sup>

퍼블리시티권은 주인공의 사생활이 전혀 노출되지 않은 경우에도 문제가 될 수 있으므로 프라이버시권에 비해 그 범위가 넓다고 할 수 있다. 이러한 권리가 개인의 성명·모습에 대한 인격권으로서 도덕적 권리(moral right of control)라고 보는 견해도 있으나, 개인의 성명·초상·이미지를 하나의 지적재산권(intellectual property right)으로 파악하는 견해가 일반적이다. 다만, 성명이나 초상, 이미지를 하나의 創作物으로 이해한다면 저작권법의 규정을 유추할 수 있지만 일정한 경우에는 公正한 이용(fair use)을 용납하여야 할 것이다.<sup>28)</sup>

慣習法으로 인정하였는가 하는 의문이 제기되고 있다.

27) See *supra* note 19, at 1162.

28) *Id.*, at 1163.

그렇다고 실존 인물을 모델로 소설이나 영화를 만드는 경우 저작권자에 대하여 하는 것처럼 반드시 본인의 허락을 받아야 하는 것은 아니다. 현행 저작권법상으로 실존 인물의 삶은 산 자든 死者든 또는 私的인 인물이든 公人이든 간에 상관없이 문학·학술 또는 예술의 범주에 속하는 창작물이 아니기 때문에(저작권법 제2조 제1호) 얼마든지 소설이나 영화의 소재로 쓰일 수 있는 것이다. 다만, 실존 인물의 일기나 강연, 또는 이를 소재로 한 소설 기타 저작물을 토대로 영화를 만드는 경우에는 사정이 달라진다. 이 경우에도 인격권·초상권·사생활 등의 침해나 명예훼손으로 인한 법적인 책임을 지게 될 수 있다.<sup>29)</sup>

소설이나 영화 속의 실존 인물이 인격권의 침해나 명예훼손을 이유로 손해배상을 청구해 올 경우에 대비하여 소설의 각주나 영화의 엔딩 크레딧에서 注意문언을 올리기도 한다. 예를 들면 “이 소설 또는 영화의 등장인물은 어디까지나 허구이며 실제 인물과 일치하거나 비슷해 보이더라도 이는 우연의 일치일 뿐”임을 밝히는 것 등이 그러하다. 비록 저작권자는 아니지만 말썽의 소지를 없애기 위해 모델이 된 인물에 대하여 미리 양해를 구하고 상당한 사례금을 지급하는 경우도 있다.<sup>30)</sup>

#### 4. 法益衝突의 조화로운 해결

소설이나 영화를 통해 실존 인물의 인격적 징표가 왜곡되게 관객에게 전달되었을 때 인격권 내지 프라이버시권의 보호와 表現의 자유 중 어느 것을 우선시킬 것인가가 문제된다.<sup>31)</sup>

이와 관련하여 일정한 사정 하에서는 인격권을 포기한 것으로 간주한다는 ‘권리 포기의 이론’이 있다. 예컨대 자살한 사람을 다룬 영화라면 그의 자살로써 자신과 친족의 사생활에 관한 비밀유지권을 포기한 것으로 볼 수 있다.

29) 이러한 사정 때문에 영화방송 제작사들은 저작권법상으로는 반드시 필요하지 않지만 본인, 死者의 경우에는 직계가족의 허락을 받아 이를 계약서로 명시하고 있다. 예컨대 「슈퍼스타 감사용」에서 영화제작사인 싸이더스는 감사용 씨뿐만 아니라 같은 구단 소속이던 양승관, 인호봉, 금광옥, OB베어스의 박철순, 김우열, 신경식 등 실명으로 등장하는 전직 프로야구 선수들에게 이에 관한 허락을 구했고 이를 거절한 선수들은 모두 배역을 잃었다.

30) 스티븐 스필버그 감독의 「터미널」은 프랑스에 망명한 어느 이란인 메르한 카리미 나세리의 실화를 모티브로 하였다. 제작사인 드림웍스는 파리 드골 공항에 머물고 있는 주인공에게 30만달러를 지급하였다고 한다. 이와 같이 하는 것은 영화 제작에 협조를 받을 수 있고 PR 효과를 기대할 수 있을 뿐만 아니라 나중에 발생할 수 있는 인격권 침해, 명예훼손 등으로 인한 분쟁의 소지를 미연에 방지할 수 있기 때문이다. 동아일보, “16년을 드골공항서 ‘파리의 노숙자’”, 2004.8.11.

31) 권영성, 앞의 책, 457~458면.

그리고 국민의 알 권리의 대상이 되는 사항은 국민에게 알리는 것이 공공의 이익이 된다는 ‘公益의 이론’이 있다. 이러한 견지에서 보도적 가치, 교육적 가치, 계몽적 가치가 있는 사실을 국민에게 알리는 것은 개인의 인격권에 우선하는 까닭에 침해행위가 될 수 없거나 면책사유가 된다.

피해자가 公的 人物(public figure)인 경우에는 그의 사생활이 공개되거나 초상권이 침해되더라도 일반인에 비하여 수인해야 할 경우가 많다는 ‘공적 인물의 이론’이 있다. 공인이란 그 재능·명성·생활양식 때문에 또는 일반인이 그 행위·인격에 관하여 관심을 갖기 때문에 공인이 된 사람을 말한다. 정치인·운동선수·연예인은 물론 센세이셔널한 죄를 범하여 유명인이 된 경우도 여기에 포함된다.

위의 이론은 한 가지 측면만을 다룬 감이 있다. 설령 영화의 대본이 된 소설이나 시나리오 작성 시의 취재에 응한 것만으로 권리를 포기한 것으로 보는 것은 불공정하다. 그렇다고 公益을 앞세우는 것은 명예훼손과의 구별이 어려워지며, 공적 인물이 되었다 하여 공적 생활이 아닌 사생활까지 노출시키고 그것도 사실과 다르게 묘사하는 것까지 면책이 된다고 볼 수 없다. 국민정서 상으로도 영화화를 통하여 유명인사가 되고 여러 가지 혜택을 본 터에 프라이버시를 지키겠다는 것은 억지가 될 수 있다. 그러므로 구체적인 영화의 내용을 보고 여러 가지 사정을 종합하여 두 法益을 비교형량하여 결정하여야 할 것이다.<sup>32)</sup>

예컨대 소설이나 영화에서 한 개인의 명예가 훼손되거나 인격권이 침해되었다는 이유로 그 소설의 출판이나 영화의 상영을 금지할 것을 청구하는 경우에는 헌법상 출판의 자유와 표현의 자유가 보장되는 점에 비추어 그 침해의 태양 및 정도를 고려하여 개인의 명예가 중대하게 훼손된 경우에만 이를 인정하여야 할 것이다.<sup>33)</sup>

32) 대법원은 “인격권으로서 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 法益이 충돌하였을 때, 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익·가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것”이라고 한다(대판 1988.10.11. 85다카29).

33) 「소설 이회소」의 출판 등 금지가처분 사건에서 서울지방법원은 그와 같은 취지의 판결을 하였다(서울지판 1995.6.23. 94카합9230). 다만, 이 경우 신청인이 손해배상을 청구하더라도 피고가 얻은 경제적 이익을 환수하게 하는 것보다 신청인의 정신적 고통에 대한 위자료를 지급하는 것이 옳을 것이다. 영화 「실미도」 사건에서도 서울고등법원은 “예술적 창작물인 영화의 상영 자체를 금지하거나 혹은 그 영화 내용을 직접적으로 수정·삭제하여 달라는 취지의 피해자의 청구를 인용하는 것은 사법절차를 통하여 예술의 자유를 직접적으로 제한하는 결과를 야기할 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 피해자에게 위와 같이 직접적 구제수단이 허용되는 사안은 명예훼손 또는 인격권 침해의 태양 및 그 정도, 침해경위 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 그 인격권의 핵심적 내용이 중대하게 훼손되는 경우 등으로 한정하여야 한다”고 말했다(서울고결 2005.1.17, 2004라439).

비록 소설이나 영화에 관한 것은 아니지만 외국의 法益較量 사례로 존. F 케네디 전 미국대통령의 미망인 재클린 여사의 파파라치 사건을 들 수 있다. 파파라치 카메라맨인 개렐라는 재클린 여사와 그 가족들을 어디든지 쫓아다니며 사진을 찍고 이것들을 「펜트하우스」 같은 잡지에 팔아 넘겼다. 심지어는 망원렌즈 카메라를 사용하여 재클린 여사가 저택 내부에서 수영하는 장면이나 누드로 일광욕하는 모습을 찍기도 했다. 재클린 여사가 1972년 이 성가신 파파라치 카메라맨을 상대로 프라이버시 침해 소송을 제기하였을 때 연방고등법원은 그가 ‘공공장소’에서 재클린 여사의 사진을 찍을 수 있는 권리는 인정했으나, 재클린 여사와 가족들에 대한 일정한 거리의 접근은 금지시켰다.<sup>34)</sup> 이는 재클린 여사가 공적 인물이므로 공공장소에서 보도 내지 오락의 가치가 있는 사진촬영을 막을 수 없더라도 개인적인 생활을 방해 받을 정도의 접근은 허용하지 않는다는 절충적인 판결이었다고 생각된다.<sup>35)</sup>

## V. 퍼블리시티권에 대한 지재권적 접근

앞에서 살펴본 일본의 판례는 모델소설이나 논픽션 소설에서의 생존인물이 받은 피해를 인격권의 관점에서 논하고 손해배상 여부를 판단하는 것을 보았다. 아직 우리나라에서는 이에 관한 본격적인 케이스가 엿보이지 않지만, 그 피해자가 유명인사인 경우에는 보다 확실하게 권리구제를 받을 수 있는 방법을 찾아볼 수 있다.

인격권이란 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익의 향유를 내용으로 하는 권리이다. 그 중에서도 재산적 가치가 있는 유명인의 성명·초상 등 프라이버시에 속하는 사항을 상업적으로 이용하는 권리, 즉 퍼블리시티권은 재산권적 성질을 갖는다. 따라서 인격권 내지 프라이버시권과 퍼블리시티권을 저작권, 상표권 등의 지재권과 비교하거나 類推(analogy)해보는 것은 그 권리의 속성을 파악하고, 특히 권리의 침해를 받았을 때 구제수단을 모색하는 데 도움이 된다.<sup>36)</sup> 이러한 관점에서 퍼

34) 정요한, “연예 스타 시스템에 관한 법적 고찰 - 전속계약에 대한 공정거래위원회의 시정조치를 중심으로”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2003.8. 20면.

35) 명확한 결론을 도출하기 쉽지 않더라도 衡平性의 원칙에 따라 공평한 제한의 원칙, 대안(절충안) 발견의 원칙을 취하거나, 規範調和的 해석의 원칙에 따라 과잉금지의 원칙, 대안적 해결방법, 최후수단 억제방법 등을 동원할 수 있을 것이다. 성낙인, 「헌법학 제10판」, 법문사, 2010, 600면.

36) 모델소설이나 논픽션 소설에서 주인공이 유명인사(celebrity)인 경우에는 퍼블리시티권이 문제가 된다. 이하에서는 박원일, 앞의 논문이 매우 흥미롭게도 인격권이 아닌 지재권의 관점에서 접근

퍼블리시티권과 저작권(copyright)을 비교하는 것은 여러 모로 흥미롭다.<sup>37)</sup>

한 개인의 삶이란 본인의 창작물이 아니므로 저작권의 보호대상이 될 수 없지만, 그의 이름과 초상, 모습, 이미지 등은 그가 삶 속에서 이루어내고 축적해 온 것이기 때문에 적절한 보호를 받아야 함은 말할 나위도 없다. 예컨대 어느 작가나 영화제작자가 실존 인물의 이미지를 일반적인 통념에서 벗어나게 회화화하면서 實名을 사용하는 것은 본인 또는 그 가족의 명예를 훼손할 수 있다. 더욱이 실존 인물의 프라이버시에 속하는 사항을 사실과 다르게 왜곡하거나 이를 상업적으로 이용하는 것은 실존 인물 또는 그 유가족의 인격권적 요소로서의 성명권, 프라이버시권을 침해하고, 그 재산적 가치를 이용하는 것이므로 퍼블리시티권을 침해한 것이라 할 수 있다.<sup>38)</sup>

이에 대하여 인격권 내지 퍼블리시티권과 저작권을 비교하는 것은 적절하지도 않고 유익하지도 않다는 주장이 있다.<sup>39)</sup> 그 이유는 저작권은 새로운 저작을 촉진하는 功利主義(utilitarianism)를 추구하는데 반하여 퍼블리시티권은 유명인사라 하여도 일부 예외적인 경우<sup>40)</sup>를 제외하고는 그의 성명이나 초상 또는 이미지(celebrity image)를 많이 만들어 팔 것을 권장하지는 않기 때문이다. 저작권의 ‘공정한 이용’ 원칙(fair use doctrine)은 원 저작권자와 이를 이용하려는 사람 사이에 일종의 트레이드-오프(trade-off) 관계가 형성되는데, 퍼블리시티권의 경우 트레이드-오프 관계가 형성되기 어렵다. 또한 저작권의 ‘공정한 이용’ 원칙은 퍼블리시티권의 경우에는 그대로 적용하기 힘들고 어느 누구도 이를 따르려 하지 않을 것이다.<sup>41)</sup> 끝으로 퍼블리시티권에 저작권을 유추 적용한다면 저작권이 그러하듯이 언론의 자유, 표현의 자유를 보호하는 만큼 권리의 제한을 수용하여야 할 것이다.

같은 知財權이라 하더라도 상표권이 퍼블리시티권에 훨씬 가깝다고 할 수 있다. 퍼블리시티권에 의하여 보호되는 성명, 초상, 이미지는 상표권에 의하여 보호되는

하였기에 해당 부분(33~38면)을 간추려 전재한다.

37) 이에 대하여 저작권법은 연방법이고 퍼블리시티권은 주법으로 보호되는 권리라고 하는 등 양자의 차이점과 대립관계를 설명한 논문으로는 Jennifer E. Rothman, "Copyright Preemption and the Right of Publicity", 36 *U.C. Davis L.Rev.* 199 참조.

38) 박준우, 「지적재산권법」, 박영사, 2005, 438면.

39) See *supra* note 19, at 1164.

40) 최근 일부 여자 연예인들이 이통통신사를 통하여 누드 화보집을 판매하고 있으나, 만일 정치인들이 자신의 초상사진을 유권자들에게 무차별 살포한다면 오히려 빈축을 사게 될 것이다.

41) 저작권의 공정한 이용을 통해 원 저작권자의 이익은 줄어드는 대신 이를 이용하는 사람들은 이익을 얻지만, 퍼블리시티권은 공정한 이용이 없으므로 본인의 이익을 줄인다고 이용하는 사람들의 이익이 늘어나는 것은 아니다.

기업의 상호, 지명도, 신용과 비슷하다고 할 수 있다. 상표권이나 퍼블리시티권은 권리자가 그와 관련된 상징의 사용을 통제함으로써 유명인사 또는 해당 기업의 정체성에 관하여 어느 정도 통제가 가능하다. 예컨대 우리나라에서 「상표법」 외에 상표권을 보호하고 있는 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 “부정경쟁방지법”)에 의하면 소비자로부터 타인의 상표와 혼동을 하게 하거나 명성의 손상을 가져오는 상표의 상업적인 이용행위는 법원에 금지를 청구할 수 있고 손해배상을 요구할 수 있다. 마찬가지로 퍼블리시티권도 유명인사의 성명이나 모습을 이용하여 어느 제품을 광고하거나 그렇게 보이는 것을 금지시킬 수 있다.<sup>42)</sup>

자신을 상품화하는 데 관심이 있는 연예인이나 매니지먼트사는 그의 이름, 별명 같은 것을 상품으로서의 표지 기능이 있다고 보아 특허청에 등록하고 계속 갱신(renewal)할 수 있기 때문에<sup>43)</sup> 퍼블리시티권에 相續性을 인정하는 경우보다 훨씬 두텁게 보호받을 수 있다.<sup>44)</sup>

요컨대 퍼블리시티권이 저작권보다 상표권에 가깝다면 이를 ‘초상재산권’이라 하여 저작권법의 테두리 안에서 취급을 하는 것은 재고를 요한다. 왜냐하면 초상재산권에 대하여는 일반적으로 저작권에 부여되는 재판절차나 교육목적, 시사보도 등의 공정한 이용을 인정하기가 어렵고, 표현의 자유를 위하여 초상재산권을 제한하기보다 법익충돌을 조화롭게 해결하는 것이 바람직하기 때문이다.

연예인을 비롯한 유명인사들의 퍼블리시티권을 저작재산권과 같이 보호한다면 보호가 강화될수록 이를 이용한 제2차 저작물, 문화 콘텐츠의 개발은 점점 더 어려워지게 된다.<sup>45)</sup> 저작권 보호로 인하여 제2의 창작활동이 위축되는 트레이드-오프가 일어날 것이다. 유명인사들은 퍼블리시티권을 무기로 자신의 이름이나 이미지가 영화나 소설로 이용되는 것을 막으려 할 것이고, 설령 적법하게 권리를 보유하고 있는 영화·드라마 제작자라 하여도 골치 아픈 소송에 말려들까봐 영화화하는 것을 주저

42) See *supra* note 19, at 1164.

43) 남형두, 앞의 논문, 122면.

44) 상표권자와 유명인사는 기업의 신용과 이미지, 유명인사의 정체성(celebrity identity)을 그릇되게 이용하거나 명성을 훼손하는 것을 방지할 수 있게 된다.

45) 퍼블리시티권을 저작권처럼 보호함으로써 창작활동을 촉진하는 인센티브의 효과도 크지 않다. 퍼블리시티권의 속성상 “새로운 것”을 만들어내기보다 “이미 가진 것”을 더욱 키우는 경우가 많고, 유명인사들이 그러한 인센티브가 없다고 해서 명성(fame)을 얻고 드높이는 노력을 줄이지는 않을 것으로 보기 때문이다. 유명인사들은 명성을 이용하여 이미 상당한 富를 축적하고 충분한 보상을 받았다고 볼 수 있는 경우가 많다. 오히려 공정한 이용의 경우에는 공공의 이익을 위하여 자신의 권리와 이익을 양보해야 할 것이다.

하게 될 것이다. 자유사회에서 누구나 다른 사람에 대하여 프라이버시를 침해하지 않는 한 자기가 느낀 바를 솔직하게 표현할 수 있는 것이며, 자본주의 체제에서는 자기가 당연히 할 수 있는 권리를 가지고 많은 사람에게 감동을 안겨주며 돈을 벌었다고 제재를 받아서는 아니된다.<sup>46)</sup> 이러한 과정을 통하여 文化가 발전할 수 있기 때문이다.

그렇다고 유명인사들의 퍼블리시티권을 존중할 필요가 없다는 말은 아니다. 저작권에 견주어 보호하는 것보다는 상표권에 흡사한 보호를 하고 그에 맞는 권리구제 수단을 인정하자는 것이다. 다시 말해서 일반인들이 알고 있는 유명인사 이미지와의 혼동(confusion)케 하거나 희석(dilution) 또는 손상(tarnishment)시키는 것을 방지할 수 있고 본인이 피해를 입었을 경우에는 이를 금전적으로 보상하는 것이 마땅하다. 유명인사는 마치 상표와 같이 자신의 이름, 초상, 이미지를 관리하고 그의 불법사용 또는 상업적인 이용을 방지할 필요가 있다. 이러한 설명은 인터넷 도메인 이름에 유명인사의 이름을 무단사용하는 행위(cybersquatting)에도 그대로 적용될 수 있다.

이와 같이 퍼블리시티권을 상표권과 같은 맥락에서 이해하는 利點은 퍼블리시티권 적용의 지나친 확장을 피할 수 있고, 표현의 자유와의 충돌을 줄일 수 있다는 점이다. 퍼블리시티권의 행사는 영리를 목적으로 하는 모든 경우가 아니라 상업적인 광고 또는 관촉행사에 성명, 초상을 사용하는 경우로 제한하게 된다.<sup>47)</sup> 또한 퍼블리시티권이 침해되었을 때 소비자의 혼동을 야기한 모든 사실관계를 조사할 필요 없이 상품·서비스의 판매나 광고에 있어서 유명인사의 정체성과 관련이 있는지, 혼동 또는 희석을 초래하는지 문제되는 경우만 살펴보면 된다.

퍼블리시티권을 상표권과 유사한 것으로 이해할 때 양도와 상속이 가능하지만 타인에게 사용을 허락하지 않고 이를 매각하여 이름 등에 대한 통제를 포기하는 것은 그 이름의 혼동을 가져올 수 있으므로 허용되지 아니한다.<sup>48)</sup> 퍼블리시티권은 개인의 인격권에 속하는 프라이버시권의 또 다른 측면이므로 상표권만으로는 보호할 수 없는 특성이 있다. 상표권은 상거래의 대상인 상품 또는 용역에 적용되므로 어느 개인의 이름, 이미지, 목소리 등에 이를 적용하는 것은 무리라 하겠다.

46) See *supra* note 19, at 1183.

47) *Id.*, at 1213-4.

48) *Id.*, at 1215-6.

## VI. 맺음말

실존 인물을 모델로 소설이나 영화를 만드는 것은 ‘표현의 자유’에 속하지만 이러한 基本權도 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 안 된다(헌법 제21조 제4항). 그럼에도 일본이나 우리나라의 판례를 보면 이러한 문학 작품에 본인의 프라이버시를 침해하는 내용이 들어 있어 본인 또는 유가족의 명예 감정이 손상되었다 해도 사법적으로 구제를 받기가 쉽지 않은 실정이다. 특히 유명 인사의 모습, 행적을 소설이나 영화로 만들 때 사실을 왜곡하거나 흥행 위주로 상업적 이익을 취하였다면 모델이 된 인사에게 이를 통제할 수 있는 적절한 권리를 인정하여야 할 것이다. 다른 한편으로는 바야흐로 꽃피기 시작한 ‘韓流 바람’을 이어가기 위해서라도 영화나 드라마의 소재에 제한을 두지 않는 것이 바람직하다.

그렇다면 표현의 자유를 존중하면서도 본인 또는 유가족이 인격권을 지키고 충분한 보상을 받을 수 있는 방법은 무엇인가. 실존 인물을 모델로 소설을 쓰거나 영화를 제작하는 사람과 자신의 프라이버시가 소설이나 영화를 통해 낱낱이 밝혀지는 것을 꺼리는 본인(유가족) 간의 對立은 어떠한 기준에 입각하여 조정할 것인가. 우리나라에서도 이미 하급심 판례를 통하여 퍼블리시티권이 인정되기 시작하였고, 국회에서도 한류 바람을 지속한다는 명분 하에 저작권법을 고쳐 ‘초상재산권’을 인정하자는 움직임이 있었다.<sup>49)</sup>

그러나 매우 강력한 지적재산권인 초상재산권을 선불리 인정하기로 한다면 이에 저촉되는 각종 문화적인 창작행위가 위축되는 트레이드-오프 현상이 불가피하다. 본인의 이름, 초상, 목소리를 사용하였다고 무조건 사용료를 내라고 하거나 무단사용을 이유로 소송을 제기하여 더 이상 사용하지 못하게 한다면 실존 인물을 소재로 한 문화의 발전을 기대하기 어렵게 될 것이다.<sup>50)</sup> 자칫하면 키우려했던 한류 열풍에

49) 2005년 11월 국회 문화관광위원회의 최인기·박찬숙 의원은 영화배우·가수·운동선수 등 유명인의 성명, 초상, 음성의 무단 도용을 막기 위해 초상재산권의 도입을 골자로 한 저작권법 개정안을 발의한 바 있다. 이와 관계없이 저작권법은 2006년 말 전면 개정되어 2007년 6월 29자로 시행되었다.

50) 예컨대 실존 인물을 모델로 한 소설, 영화, 연극은 물론 이의 부차적 산물(byproducts)인 캐릭터, 애니메이션, 뮤지컬의 활발한 창작을 기대할 수 없게 된다. 남형두 교수도 퍼블리시티권의 보호 대상에 관하여 “미국의 예처럼 지나치게 확장하는 것은 표현의 자유를 심하게 침해할 수 있어 반대한다”면서 “입법 초기단계에서는 사람의 초상, 성명, 실연 등 기본적인 몇 가지 사항에 대해서만 인정하는 것이 무리가 없을 것”이라고 말하고 있다. 남형두, 앞의 논문, 123~124면 참조.

찬 물을 끼얹을지도 모른다. 그러므로 퍼블리시티권을 저작권으로 취급하기보다는 상표권과 비슷한 맥락에서 유명인사의 이름, 초상, 이미지가 상업적인 상품·용역과 관련이 있는 것으로 오인케 하는 경우에 한하여 이를 제한하는 것이 옳다고 생각한다. 그리 함으로써 모델이 된 본인의 정체성도 살리고 그에 따른 이익을 나누어 가질 수 있는 相生(win-win)의 해결방안을 모색할 수 있을 것이다.

유명인사가 아닌 경우에는 종전과 같이 프라이버시권으로 보호하면 된다.

따라서 미국에서 생성된 퍼블리시티의 개념을 초상재산권이라 하는 것은 좋지만, 굳이 입법화한다면 이를 저작권법에 규정할 것이 아니라 상표권의 보호에 관하여 규정하는 부정경쟁방지법에서 보다 완화된 톤으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.<sup>51)</sup> 문화의 대중소비 시대에는 소수의 창조자보다는 국경이 없는 다수의 소비자가 그 성패를 좌우하고 있다. 이와 같은 文化産業의 역동적인 구조는 法의 영역에서도 최대한 협조할 필요가 있다고 본다. 인터넷과 위성방송을 통해 우리의 콘텐츠가 전세계로 퍼져 나가고 있는 오늘날 “이것은 내 것”이라고 움켜쥐기보다는 세계의 모든 사람들이 자유롭게 접하고 즐길 수 있도록 하는 것이 “우리 것”의 外延을 확장시키고 한국 문화산업의 시장을 넓힐 수 있는 길이 되리라고 생각한다.<sup>52)</sup>

51) 상표권이나 저작권으로 보호되지 않더라도 이미 상품화에 성공한 경우에는 경우에 따라 부정경쟁방지법으로 보호받을 수 있다. 이 경우 상속인보다는 양수인이 보호될 것이다. 왜냐하면 부정경쟁방지법이 보호하는 것은 나라마다 다르겠지만, 상품화한 주체를 보호하는 것으로서, 상품화한 주체로부터 그 상품과 표지를 포함한 영업을 인수한 양수인이 있다면 그 역시 보호대상이 될 것이기 때문이다. 남형두, 앞의 논문, 123면.

52) 박원일, 앞의 논문, 39~40면.

## 참고 문헌

- 권영성, 「개정판 헌법학원론」, 법문사, 2009.
- 남형두, “세계시장 관점에서 본 퍼블리시티권 - 한류의 재산권보장으로서의 퍼블리시티권”, 「저스티스」 통권 제86호, 2005.8.
- 박준우, 「지적재산권법」, 박영사, 2005.
- 박훤일, “실존 인물의 모델화와 인격권 보호”, 영산법률논총 제3권 1호, 영산대학교 법률교육연구원, 2006.10.
- 성낙인, 「헌법학 제10판」, 법문사, 2010.
- 윤명선, 「인터넷시대의 헌법학」, 대명출판사, 2002.
- 정요한, “연예 스타 시스템에 관한 법적 고찰 - 전속계약에 대한 공정거래위원회의 시정조치를 중심으로”, 경희대학교 국제법무대학원 석사학위논문, 2003.8.
- 植野妙實子, 佐等信行 編著, 「要約 憲法判例 205」, 編輯工房 球, 2007.
- Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, "What the Right of Publicity Can Learn from Trademark Law," 58 Stan. L. Rev. 1162.
- Jennifer E. Rothman, "Copyright Preemption and the Right of Publicity", 36 U.C. Davis L.Rev. 199.
- 인터넷 신문기사는 네이버<<http://www.naver.com>>, 구글<<http://www.google.com>>, 위키피디아<<http://en.wikipedia.org>>를 통하여 검색

## The Issue of Privacy of a Living Person in the Literature

Park, Whon-II\*

These days we can see a considerable number of novels and movies based on real life stories. This phenomenon gives rise to a series of questions as follows:

- How to deal with the discrepancies between the historical facts and the producer's story line or description of characters in the novel or movie;
- How much to ensure the freedom of expression in the novel or movie against the appropriation or commercial use of the names and likenesses of real people; and
- How to provide remedies to the affected people on account of alleged defamation or commercial use.

In Japan, it is noteworthy that the court ruled some novelists should compensate the affected persons for the infringement upon their privacy, regardless of celebrity. Since the mid-1960, the Japanese court has consistently acknowledged the right to privacy as a constitutional right.

On the other hand, in Korea, there are a couple of cases which dealt with the privacy or defamation of the characters whose real life stories were incorrectly described in the novels or movies. Take an example of Dr. Benjamin Lee, world famous nuclear physicist who died out of a mysterious car accident in 1977, two novels based upon his life story were largely read

---

\* Associate Professor of Law at Kyung Hee University.

in Korea. His survivors demanded the Korean court to enjoin the publishers from publishing those novels because the untrue description of Dr. Lee has defamed him and his survivors. In 1995, Seoul District Court ruled such demand ungrounded, because i) ordinary Korean readers regarded the late Dr. Lee as a respectful scientist and his reputation was unharmed, ii) the writers had no intention to defame Dr. Lee, and iii) he and his survivors should bear their private lives being somewhat exposed to the public because he was a "public figure" [June 23, 1995 94 KaHap 9230].

Remedies invoked in Japan and Korea include the injunction to stop publishing or showing the novel and movie, criminal actions in defamation, civil damages in tort out of threatening the right of personality. The United States courts have developed the concept of the right of publicity, which protects the names, images, voices, other likenesses of the celebrity like an intellectual property right.

It would be unfair to allow unauthorized people gain economic benefits by means of commercial use of names and likenesses or deceptive appropriation of the identities of celebrities. Therefore, the affected people should be provided with the right to be compensated in a proper manner and to control the use of their names and images for commercial purposes, including movie-making.

While the right of personality is protected on the ethical ground, the derivative right of publicity is usually invoked like an intellectual property right of celebrity because their fame could be treated as property. The concept of the "right of publicity" was first introduced into the Korean courts when a Korean manufacturer's trademark of "James Dean" was disputed by the American movie star's survivors.

Movie stars, talents, pop singers, professional sportsmen, statesmen, etc. need to prevent commercial use of their names and likenesses that are likely to confuse the public, to dilute or merchandise their reputation rather

than monetary incentives. Then what types of remedies could be provided to non-celebrity? They may resort to causes of action such as privacy infringement, or libel or defamation.

In conclusion, for the sufficient compensation as well as effective control of one's reputation, it would be better to treat the right of publicity like trademark rather than copyright. Thus it could lead to a win-win resolution in this diversified borderless world which is connected by the Internet or satellite broadcasting service. The more the citizens around the world can enjoy the Korean media content on celebrities, the longer the current Korean Waves will last.

주제어: 인격권, 프라이버시권, 명예훼손, 불법행위 손해배상, 퍼블리시티권, 지적재산권, 저작권, 상표권, 한류바람

right of personality, right to privacy, defamation, damages against torts, right of publicity, intellectual property right, copyright, trademark, Korean Wave