

해외언론관계판결집

제 1 집

목 차

[미국]

미국 뉴욕 남부지방법원 Goldman v. Breitbart News Network 등	5
미국 뉴욕 남부지방법원 ELLIOT McGUCKEN v. NEWSWEEK LLC	27
번역자 교수윤(강원대학교 비교법학연구소 선임연구원)	

[영국]

대법원 Serafin v. Malkiewicz and others	49
번역자 최창수(국회 법률자료조사관)	

[독일]

연방헌법재판소 BvR 442/15	85
즈바이브뤼크 상급법원 NJW-RR 2015, 561	93
번역자 이수종(언론중재위원회 교육본부장)	

[프랑스]

파기원 제1민사부 10-13.715, Publié au bulletin	107
번역자 안문희(한국법학원 연구위원)	

[일본]

최고재판소 제3소법정 2016년(하) 제45호	119
사이타마 지방재판소 민사제3부 2017년(요) 제2000호	125
도쿠시마 지방재판소 제2민사부 2014년(와) 제309호	133
최고재판소 제2소법정 2018년(수) 제2032호	159
번역자 서보건(영남대학교 법학전문대학원 교수)	

[유럽사법재판소]

유럽사법재판소 대합의부 C-469/17	171
유럽사법재판소 제3합의부 C-18/18	195
번역자 심나리(독일 레겐스부르크대학 법학박사과정)	

2018. 2. 15.

미국 뉴욕 남부지방법원

Goldman v. Breitbart News Network 등

#배타적전시권

#임베딩

#트위터

#인물사진

#스포츠스타

2018. 2. 15.

미국 뉴욕 남부지방법원

원고, 저스틴 골드만(JUSTIN GOLDMAN)

-v-

피고들, 브레이트바트 뉴스 네트워크 (BREITBART NEWS NETWORK, LLC),
헤비(HEAVY, INC.), 타임(TIME, INC.) 야후(YAHOO, INC.), 폭스 미디어(VOX
MEDIA, INC.), 가넷(GANNETT COMPANY, INC.), 헤럴드 미디어(HERALD
MEDIA, INC.), 보스턴 글로브 미디어 파트너스(BOSTON GLOBE MEDIA
PARTNERS, INC.), 그리고 뉴잉글랜드 스포츠 네트워크(NEW ENGLAND
SPORTS NETWORK, INC.)

17-cv-3144 (KBF)

판결이유 및 주문(OPINION & ORDER)

캐서린 B. 포레스트(KATHERINE B. FORREST) 지방법원 판사

1976년 저작권법 개정 당시 ‘짹짹(tweet)’, ‘바이러스에 의한(viral)’, ‘파견하다(embed)’라는 단어는 새, 질병, 기자에 대한 생각을 불러일으켰다. 수십 년 후, 이 같은 용어들은 특정 뉴스의 생애주기에 걸쳐 이미지가 초고속으로 공유되는 상호 연결된 월드 와이드 웹에서의 중심축으로서 새로운 의미를 갖게 되었다. 이러한 기술과 용어의 변경은 때때로 저작권법 문제가 완전히 명확하지 않다는 것을 의미한다. 그러나 이전에 고려되지 않았던 기술에 대한 질문에 답할 때 법원은 새로운 용어나 새로운 형태의 콘텐츠에 주의를 빼앗겨서는 안 되며 대신 익숙한 저작권 지침 원칙으로 돌아가야 한다. 이 저작권 침해 판결에서, 유명한 스포츠 인물의 내추럴한 사진과 관련하여 법원은 특정 웹 사이트에 표시되었지만 다른 웹 사이트의 서버에 저장된 이미지가 소유자의 독점

적인 전시권에 어떻게 영향을 미치는지 해석해야 했다.

오늘날 많은 웹 사이트에서 자체 콘텐츠에 트위터(Twitter) 게시물을 삽입한다. 디지털 뉴스 또는 기타 콘텐츠에 익숙한 사람들에게 이것은 상식이다. 여기에서 저스틴 골드만(Justin Goldman)에게 저작권이 있는 톰 브래디(Tom Brady)의 사진은 스냅챗(Snapchat)에서 레드딧(Reddit)으로, 트위터(Twitter)로 빠르게 이동하면서 널리 퍼졌고, 톰 브래디가 보스턴 셀틱스(Boston Celtics)의 농구선수 케빈 듀랜트(Kevin Durant)의 영입을 적극적으로 도운 것에 대한 기사와 함께 트윗(Tweet)을 삽입한 피고들의 웹 사이트로 마침내 전파되었다.

원고는 자신의 사진을 공개적으로 공표하거나 라이선스를 부여한 적이 없다고 주장하며, 피고 웹사이트들을 상대로 저작권법 제106조 (5)호에 따라 자신의 사진을 전시할 수 있는 배타적 권리를 침해했다고 피고 웹사이트들에 소송을 제기하였다. 소송 당사자들의 동의를 얻어 법원은 소송의 판단을 두 단계로, 첫 번째 단계는 피고의 행동이 저작물(여기에서는 삽입된 트윗)을 전시할 배타적 권리를 침해하는지 여부를 결정하는 것이고, 두 번째 단계는 피고들에 대한 책임(또는 책임 없음) 및 제기된 변론(방어행위)과 같은 나머지 쟁점들을 다루는 것으로 나누었다.

피고들은 2017년 10월 5일 일부 약식재판 신청서를 제출하였으며(ECF 제119호), 법원은 2018년 1월 16일에 구두변론을 심리했다.

법원은 임베딩 문제(embedding issue)를 주의 깊게 검토한 후, 아래 논의 된 이유로 피고가 웹사이트에 삽입된 트윗을 표시했을 때 그들의 행동이 원고의 배타적 전시권을 위반했다고 결론내렸다. 이미지가 관련없는 제3자(Twitter) 소유 및 운영 서버에서 호스팅(host)되었다는 사실은 이러한 결과로부터 피고들을 보호하지 않는다. 이에 따라 피고들의 일부 약식재판 신청은 기각된다. 일부 약식재판은 원고에게 인용된다.

I. 사건 경과

당사자들은 이 신청에 대해 설명된 주요 쟁점이 법적 쟁점이며 약식재판이 가능하다는데 동의하였다. 다음 사실은 실질적으로 논쟁의 여지가 없으며 모든 추론은 원고에게 유리하게 판단된다(Anderson v. Liberty Lobby, Inc., 477 U.S. 242, 255 (1986)).

A. 톰 브래디(Tom Brady) 사진

2016년 7월 2일, 원고 저스틴 골드만(Justin Goldman)은 이스트 햄튼(East Hampton)의 거리에서 톰 브래디의 사진(이하 “사진”), 데니 에인지(Danny Ainge) 및 여타 사람들의 사진을 찍었다(ECF No. 149, 골드만 진술서 (“골드만 진술서.”라 함) ¶ 2.). 그 직후, 그는 자신의 스냅챗 스토리(Snapchat Story)¹⁾에 사진을 업로드했다(Id. ¶ 5.). 그 사진은 여러 단계의 소셜 미디어 플랫폼을 통해 이동하면서 널리 퍼졌으며 결국 트위터(Twitter)에 업로드 되었는데, Cassidy Hubbard(@cassidyhubbarth), Bobby Manning(@RealBobManning), Rob H(@rch111), Travis Singleton(@SneakerReporter)을 포함한 여러 사용자가 업로드하였다(Id. ¶ 6-10; ECF No. 120, 지방 규칙 56.1에 따른 논쟁의 여지가 없는 피고의 사실 진술(“피고측 56.1 진술”) ¶ 28.). 이러한 트위터 업로드를 “트윗(Tweets)”이라고 한다.

이 판결에서, 피고는 사진을 다루는 기사를 게시한 온라인 뉴스 매체 및 블로그이다. 각 피고들의 웹사이트는 그 뒤에 48시간 동안 작성한 기사에 트윗을 “임베딩”하여 사진을 눈에 띄게 표시하였다. 기사는 모두 보스턴 셀틱스(Boston Celtics)가 농구 선수 케빈 듀란트(Kevin Durant)를 성공적으로 영입할 수 있는지 여부와 톰 브래디(Tom Brady)가 거래를 성사시키는 데 도움이 되는지 여부에 초점을 맞추었다.

원고가 사진에 대한 저작권을 보유하고 있다는 것은 다툼의 여지가 없다.

B. 임베딩(Embedding)

피고 웹사이트들 중 어떤 것도 자신의 서버에 사진을 복사하여 저장하지 않았다. 오히려 그들은 “임베딩”이라는 기술적 공정(process)을 통해 기사에 사진을 표시하였다. 일부 배경 지식은 임베딩 공정을 이해하는 데 도움이 된다.

웹페이지는 일반적으로 코더(coder)가 하이퍼텍스트 마크업 언어(Hypertext Markup Language)(이하 “HTML”)로 작성한 일련의 명령어로 구성된다. 이러한 명령어는 서버(인터넷에 연결된 컴퓨터)에 저장되며, 사용자가 웹페이지를 보고자 할 때, 컴퓨터의 브라우저는 서버와 연결되는데, 이때 사전에 코더가 작성한 HTML 코드는 브라

1) 스냅챗(Snapchat)은 사용자가 사진과 메시지를 공유하는 소셜 미디어 플랫폼이다. 스냅챗 스토리는 사용자가 게시하는 일련의 사진이다. 각 사진은 24시간 동안만 사용가능하다.

우자가 사용자의 컴퓨터에 웹페이지를 어떻게 정렬할지를 지시한다. HTML 코드는 페이지에서 텍스트 또는 이미지를 정렬할 수 있으며 사진도 포함할 수 있다. 웹페이지에 사진을 포함할 때, HTML 코드는 사진을 배치하는 방법과 위치를 브라우저에 지시한다. 이 경우에 중요한 점은 HTML 코드가 웹페이지의 자체 서버에서 사진을 검색하거나 제3자 서버에서 사진을 검색하도록 브라우저에 지시할 수 있다는 것이다.

웹페이지에서 이미지를 “임베딩(Embedding)”하는 것은 제3자 서버에서 호스팅 된 (hosted) 이미지를 웹페이지로 통합시키는 HTML 명령어에 특정 “임베드(embed)” 코드를 의도적으로 추가하는 코더의 행위다. 이미지를 삽입(embed)하기 위해, 코더 또는 웹디자이너(web designer)는 HTML 명령어에 “임베드 코드(embed code)”를 추가할 것이다. 이 코드는 브라우저를 제3자 서버로 연결하여 이미지를 검색하도록 한다. 그런 다음 삽입된 이미지는 제3자 웹사이트에 하이퍼 링크(hyperlink)(즉, 하이퍼 텍스트(hypertext) 문서가 있는 위치에서 다른 문서가 있는 다른 위치로 가는 링크를 생성)된다. 기본 이미지가 다양한 위치에서 호스팅 될 수 있지만, 그 결과는 완벽하게 통합된 웹페이지, 텍스트와 이미지의 혼합이다. 예를 들어, 페이스북(Facebook), 트위터(Twitter), 유튜브(YouTube)와 같은 대부분의 소셜 미디어 사이트는 코더와 웹디자이너들이 자신의 웹페이지에 임베딩이 가능하도록 쉽게 복사할 수 있는 코드를 제공한다.

여기서 피고 웹사이트 중 실제로 트위터에서 사진을 내려받아 복사한 뒤 자신의 서버에 저장한 사이트가 없다는 것은 논란의 여지가 없다. 오히려, 각 피고의 웹사이트는 단순히 그들의 HTML 명령어에 필요한 임베드(embed) 코드를 포함시킴으로써 사진을 삽입했다. 그 결과 피고들의 모든 웹사이트에는 톰 브래디와 셀틱스의 만남에 관한 기사가 실렸는데, 사진을 보기 위해 하이퍼링크(hyperlink)나 썸네일(thumbnail)을 클릭하지 않아도 원본 크기의 사진(full-size Photo)이 보인다.

II. 법적 원칙(LEGAL PRINCIPLES)

A. 약식재판 기준(Summary Judgment Standard)

우리 법원은 연방 민사소송규칙 제56조에 명시된 잘 알려진 약식재판 기준을 적용한다. 약식재판은 기록상 법정에서 채택될 수 있는 증거에 근거하여 “주요 사실(material

fact)에 관한 진정한 쟁점(genuine dispute)이 없고, 신청인(movant)이 법률상 재판 받을 권리가 있음”을 신청인이 증명하지 않는 한 허용되지 않을 수 있다(미국 연방 민사소송법 제56조 (a)항). 신청인은 “주요사실에 진정한 쟁점(genuine issue)이 없음”에 대해 입증책임을 진다(Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317, 323 (1986)). 신청인이 특정 청구나 문제에 대한 궁극적인 입증책임을 부담하지 않는 경우, 신청인은 합리적인 배심원이 재판에서 피신청인에게 유리한 판결을 내릴 수 있는 증거가 부족함을 증명하는 것으로 충분하다(Id. at 322-23).

약식재판에 대한 결정을 내릴 때, 법원은 “피신청인에게 가장 유리한 관점에서 모든 증거를 고려하여 모든 추론을 도출하며 모호한 것은 모두 피신청인에게 유리하게 판단”해야 한다(Dickerson v. Napolitano, 604 F.3d 732, 740 (2d Cir. 2010) (LaSalle Bank Nat’l Ass’n v. Nomura Asset Capital Corp., 424 F.3d 195, 205에서 인용함 (2d Cir. 2005))). 신청인이 입증하면 상대방은 재판을 위해 주요 사실의 진정한 쟁점을 보여주는 구체적인 사실을 제시해야 한다(Wright v. Goord, 554 F.3d 255, 266 (2d Cir. 2009)). “단순한 결론적 주장이나 부정은 그 자체만으로는 존재하지 않았을 주요 사실에 대한 진정한 쟁점을 만들 수 없기” 때문에 당사자는 약식재판 청구를 배척하기 위하여 사실의 진정한 본질에 대한 단순한 짐작이나 추측(mere speculation or conjecture)에 의존해서는 안 된다.” (Hicks v. Baines, 593 F.3d 159, 166 (2d Cir. 2010) (내부 인용 부호, 인용 및 변경 부호 생략))

“약식재판 청구를 고려함에 있어서, 우리의 분석 결과 본질적인 사실관계에 대한 이슈는 없지만 법이 피신청인의 편에 서 있다는 사실이 밝혀진다면 반소(cross-motion)를 제기하지 않았더라도 피신청인에게 유리하게 약식재판을 내릴 수 있다”(Orix Credit Alliance, Inc. v. Horten, 965 F. Supp. 481, 484 (S.D.N.Y. 1997) (Int’l Union of Bricklayers v. Gallante, 912 F. Supp. 695, 700에서 인용함 (S.D.N.Y. 1996); Coach Leatherware Co. v. AnnTaylor, Inc., 933 F.2d 162, 167 (2d Cir. 1991)도 같이 참조)) (“법원은 낡은 절차에 불과한 세부사항을 생략하고 피고가 약식재판에 반소를 제기했을 때와 같은 결정을 내리는 것이 가장 바람직하다.(Local 33, Int’l Hod Carriers v. Mason) Tenders Dist. Council, 291 F.2d 496, 505에서 인용(2d Cir. 1961).”). “신청인이 모든 증거를 제시할 수 있는 적절한 기회가 있는 한, 이와 같은 상황에서 피신청인에게 약식재판을 부여할 수 있다.”(Orix Credit

Alliance, 965 F. Supp. at 484 (Cavallaro v. Law Office of Shapiro & Kreisman, 933 F. Supp. 1148, 1152에서 인용 (E.D.N.Y. 1996)).

B. 저작권법(The Copyright Act)

“처음부터 저작권법은 기술의 중대한 변화에 대응하여 발전했다.”(Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 430 (1984)) 저작권 보호는 “모든 유형의 표현매체에 고정된 저작자의 독창적인 저작물에... 존재한다(미국 저작권법 제102조 (a)항).” 기술 변화에 대응하여 제정된 1976년 저작권법은 저작권 소유자에게 “저작물을 공개적으로 표시”할 수 있는 배타권을 포함하여 몇 가지 “배타권(exclusive rights)”를 부여한다(미국 저작권법 제106조 (5)호) 이 법에 따라 작품을 전시하는 것은 “직접적으로 또는 영화, 슬라이드, 텔레비전 영상 또는 그 밖의 다른 장치나 공정(process)에 의하여 작품의 복제물을 보여주는 것”이다(미국 저작권법 제101조, (밑줄 추가)).

저작권법의 전송 조항은 배타권이 “공중에게 어떠한 장치나 공정에 의하여... 저작물의 전시를... 송신하거나 그 밖에 전달(communicate)할 권리”를 포함하는 것으로 정의한다(Id). 또한 “기계 또는 공정”을 “현재 알려졌거나 장래에 개발될 것”으로 정의한다(Id).

입법 연혁을 검토하면 1976년 개정안의 초안은 저작권 보호가 새롭고 아직 이해되지 않은 기술들을 광범위하게 아우를 것을 의도한 것임을 보여준다. 실제로 하원 보고서의 첫 페이지에서 초안 작성자는 “기술적 발전으로 인해 저작물의 복제 및 보급을 위한 새로운 산업과 새로운 방법”이 발생했기 때문에 부분적으로 개정이 필요하다고 선언했다. 더욱이 의회는 “현재 통신 기술 단계에서 저작권의 대상 범위를 고정시키려는 의도가 없다.”라고 하였다(H.R. Rep. 94-1476, 47, 51 (1976)).

특히, 전시권을 고려할 때, 의회는 이미지가 공중에게 도달한다면 “전시(display)를 구성하는 이미지가 선택되고 전달되는 각각의 모든 방법”을 포함시킬 의도로 포괄적으로 정의하였다(Id. at 64(밑줄 추가)). 또한 “‘전시(display)’에는 어떤 방법으로도 스크린이나 기타 표면에 이미지 투영, 전자적 또는 기타 수단으로 이미지 전송, 브라운관(cathode ray tube) 또는 모든 유형의 정보 저장 및 검색 시스템과 연결된 유사한 시

청 기구(viewing apparatus)에 이미지 표시를 포함할 것이다”라고 기술하였다.(Id.(밑줄 추가)). 실제로 전시권 침해는 “이미지가 (예를 들어 폐쇄 또는 개방 회로 텔레비전이나 컴퓨터 시스템에 의해) 한 장소에서 다른 곳의 일반 대중에게 전송된 경우” 발생할 수 있다(Id. at 80(밑줄 추가)).

저작권청(Register of Copyrights)은 법이 통과되기 전 공청회에서 “[전시권]의 정의는 이미지를 저장했을 발신기(originating source)를 넘어서, “신호를 수신하고 전달하는 모든 송신기를 포함하여,” [이미지]의 모든 전송, 재전송, 기타 통신(communication)을 포괄하기 위한 것이다(H. Comm. 사법부, 89대 법관, 개정 저작권법 제6장: 미국 저작권법 전부개정에 대한 저작권청의 보충보고서: 1965년 개정법안, 25쪽 (Comm. 1965년 인쇄)).”라고 진술하였다.

그는 변화하는 기술에 비추어 전시권의 중요성을 강조하면서 특히 “정보 저장 및 검색 장치가... 통신위성 또는 기타 수단으로 함께 연결될 때...결국 전 세계의 도서관과 개인에게 전자적 이미지 전송을 통해서 단 하나의 저작물 사본에 접근할 수 있게 만들 것”이라고 경고했으며, 따라서 “공중 전시(public exhibition)에 대한 기본권이 법령에서 명시적으로 인정되어야 한다”라고 하였다(Id. at 20(밑줄 강조)).

C. American Broadcasting Cos., Inc. v. Aereo, Inc. 판결

대법원은 최근에 에리오(Aereo) 판결에서 신기술과 저작권법의 교차점을 고려하였고, 이는 2014년에 판결되었다(American Broadcasting Cos., Inc. v. Aereo, Inc., 134 S. Ct. 2498 (2014)). 에리오(Aereo) 판결의 쟁점은 공연권이였다. 법원은 에리오사가 “프로그램이 방송되고 있을 때 구독자가 인터넷을 통해서 텔레비전 프로그램을 시청할 수 있는 기술적으로 복잡한 서비스를 구독자에게 판매함으로써 배타권을 침해했는지” 여부를 결정했다(Id. at 2503).

에리오사는 가입자가 인터넷을 통해 프로그램을 시청할 수 있도록 하고 매달 요금을 청구했다. 에리오사는 중앙 데이터 웨어하우스(central warehouse)에 방대한 양의 서버와 안테나를 유지했다. 사용자가 프로그램을 보고 싶을 때면, 에리오사의 웹사이트에 방문하여 프로그램(show)을 선택했다. 그러면, 에리오사의 서버는 안테나를 선택하여 이를 방영 중인 방송에 맞추고 인터넷을 통해서 가입자에게 방송을 전송했다. 에리오사

는 사용자가 프로그램을 선택했으며, 에리오의 기술은 단지 사용자의 선택에 응답한 것이기 때문에, 실제 공연을 “전송(transmitting)”한 것은 에리오사가 아니고 사용자라고 주장했다.

법원은 에리오사를 1976년 개정법안의 일부에 해당하는 케이블 회사들과 비교하면서 이러한 분석을 거절했다. 법원은 케이블 기술(신호가 “화면 뒤에 숨어 있는 경우”)과 (웹사이트 클릭에 의해 제어(control)되는) 에리오사의 기술을 비교하면서 “이러한 차이는 가입자에게 아무런 의미가 없다. 방송사에게도 아무런 의미가 없다. 가입자와 방송사 모두에게 보이지 않는, 이 단일한 차이가 사실상 전통적인 케이블 시스템에서 ‘고객에게 도서대출카드(library card)를 제공하는 복사집’으로 어떻게 바꿀 수 있었는지 알 수 없다(Id. at 2507).”

사용할 수 있는 프로그램을 선택할 때 에리오사의 자의(volition)가 없음을 근거로 책임을 지지 않을 것이라 판단했던 반대의견조차도, 가입자(customer)가 권리침해 복제물(infringing copy)을 만들 때, 침해혐의를 받는 자(alleged infringer)가 콘텐츠 선택에 아무런 역할을 하지 않는 경우, 직접 책임을 질 수 없다고 설시했다. : “에리오사는 콘텐츠 선택을 하지 않았다는 유일하고 단순한 이유로 에리오사는 ‘공연’을 하지 않았다(Id. at 2514 (Scalia, J., 반대의견)).”

D. 서버테스트(Server Test)

피고는 “서버테스트(Server Test)”라고 언급한 관점에서 전시권의 범위를 정의할 것을 법원에게 강력히 촉구한다. 피고에 따르면, 이는 “잘 정착된(well settled)” 법원칙이며 동 사건의 사실관계(the fact, 사실, 사안)는 해당 법의 적용을 요구한다. 아래에 명시된 바와 같이, 법원은 서버테스트를 여기 사실관계(the fact)에 관련한 법률의 올바른 적용으로 간주하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 해당 분야에서 발전한 법의 체계(body of law)를 간략히 연대순으로 기록하고 적용할 수 없는 이유를 설명하는 것은 유익하다.

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) 사건에서(이하 “Perfect 10 II”라 함), 제9 연방순회 항소법원은 구글 이미지 검색에 기초하여 구글에 대한 전시권의 직접침해 주장을 고려하였다. 지방법원은 두 가지 문제

(questions)를 다뤘다: 1) 사용자가 검색어를 입력할 때 자동으로 표시되는 썸네일 이미지(thumbnail images)가 전시권의 직접침해를 구성하는가, 2) 사용자가 썸네일을 클릭한 이후 스크린에 나타난 원본 크기 이미지(full size images)가 해당 전시권의 직접침해를 구성하는가. 이에 대하여, 법원은 이미지가 호스팅 된 위치에 입각하여 이 둘을 뚜렷이 구분했다(Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 839 (C.D. Cal. 2006) (“Perfect 10 I”이라 함)). 첫째, 썸네일이 구글 서버에 저장되어 있었다는 사실에 기초하여 법원은 썸네일이 권리를 침해한다고 판결했다(Id. at 844). 반대로, 법원은 제3자 서버에 저장되고 (임베딩(embedding)처럼, HTML 코드 지침에 따라 작동하는) “인라인 링크(in-line linking)”를 통해 접속되는 원본 크기 이미지(full size images)는 권리를 침해하지 않는다고 판결했다(id). 그렇게 함으로써, 법원은 원고가 제안한 편입테스트(Incorporation Test)를 거부했다. 이 테스트는 전시(display)를 “콘텐츠가 웹페이지에 편입된 다음 브라우저를 통해 여는 행위”로 정의한다(Id. at 839). 대신 서버테스트를 채택했는데, 여기서 웹사이트 게시자가 권리침해에 직접 책임을 지는지 여부는 전적으로 이미지가 게시자의 자체 서버에 호스팅되는지 제3자 서버에 임베드(embed)나 링크(link)되는지 여부에 따르게 된다.

항소심에서 제9 연방순회 항소법원이 확정했다.²⁾ 따라서 제9 연방순회 항소법원에 있어 적어도 검색엔진에 관해서는 “서버테스트”가 확립된 법원칙(settled law)이다. 여기서 피고들은 Perfect 10 판결이 저작권자의 전시권을 침해했는지 여부를 광범위하게 결정하는데 있어 법원이 따라야 하는 “확립된 선결례(unbroken line of authority)”의 일부라고 주장한다. 그러나 제9 연방순회 항소법원 외부에서는, 서버테스트가 대부분 채택되지 않았다. 간단한 조사만으로도 이 분야의 판례법이 분산되어 있다는 사실을 드러낸다. 연방순회 항소법원 중에서 지금까지 제7 연방순회 항소법원만이 판단했으며 (Flava Works, Inc. v. Gunter, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012)), 법정에서 제기된 문제는 피고가 기여 침해자(contributory infringer)인지 여부였다. 이 사건에서 피고는 “소셜 북마크(social bookmarker)”인데, 소셜 북마크의 서비스는 관심사를 공유하는 개인들이 웹사이트에 동영상 코드를 임베딩(embedding)하여 취향에 맞는 온라인 자료(이 경우, 비디오)를 서로 연결할 수 있게 하는 것을 포함한다. 비디오는 원본 서버

2) 그러나 썸네일 이미지에 대해서는 “구글이 공정이용항변(fair use defense)을 입증하는데 성공할 것 같다”고 판결했다.

(original servers)에 호스팅된 상태였다. Perfect 10 판결과 마찬가지로, 피고의 웹사이트에 가면, 썸네일이 표시되며, 하나를 클릭하면, 사용자는 원고의 웹사이트에서 콘텐츠를 가져온다. 플라바 판결의 법원(Flava Court)은 피고가 기여 침해자(contributory infringers)가 아니라고 판결했으며, 직접침해 문제는 해결되지 않았다.

그러나 하급 법원은 “Perfect 10 판결이 인라인 링크(inline linking)는 직접적인 저작권 침해 주장을 제기할 수 있는 이미지 또는 비디오의 전시를 절대 유발할 수 없다는 전제(proposition)를 의미하는 것으로 이해되는 한, 우리는 정중히 반대한다. 우리 생각에는, 웹사이트의 서버는 사실 저작물을 ‘전시’하기 위해 사본을 저장할 필요가 없다”는 의견을 밝혔다(Flava Works, Inc. v. Gunter, 2011 WL 3876910, at *4 (N.D. Ill. Sept. 1, 2011), 다른 근거에서 수정됨, 689 F.3d 754 (7th Cir. 2012) (밑줄 추가)).

이 구역(District)의 4개의 법원은 서버테스트 및 Perfect 10 판결을 논했고, 이 중 어디에서도 전시권에서 서버테스트를 채택하지 않았다. 첫째, 라이브 페이스 온 웹 판결(Live Face on Web, LLC v. Biblio Holdings LLC, 2016 WL 4766344 (S.D.N.Y. Sept. 12, 2016))에서, 법원의 쟁점은 배포권(distribution right)이지 전시권(display right)이 아니었다. 피고는 침해가 의심되는 콘텐츠가 자체 서버가 아닌 제 3자 서버에 호스팅 되어 있었기 때문에, 배포가 발생하지 않았다고 주장했다. 법원은 피고가 이 전제(proposition)를 위한 법적 권한(legal authority)을 인용하지는 않았지만, Perfect 10 판결을 인용하면서 “이러한 권한이 존재할지도 모른다(such authority may exist)”고 명시했다고 언급했다(Id. at *4). 법원은 서버테스트를 채택하지 않았으며, 오히려 법원은 이 쟁점이 “거의(hardly)” 보고된바 없었기 때문에 추가적인 증거(discovery)가 필요하다고 판결했다(Id. at *5). 둘째, 마이플레이시티 판결(MyPlayCity, Inc., v. Conduit Ltd., 2012 WL 1107648 (S.D.N.Y. Mar. 30, 2012))에서 배포권이 다시 쟁점이 되었다. 동 판결에서, 사용자가 피고의 사용자 지정 도구 모음에서 “플레이 나우(play now)” 버튼을 클릭하면, 원고의 서버에 호스팅된 게임을 플레이할 수 있다. 법원은 Perfect 10 판결을 인용한 다음, 원고의 서버가 “사실상 [원고의] 저작권 있는 게임의 사본을 배포했다는 사실로 인해, [피고]는 [원고의] 저작권 있는 게임의 사본을 배포할 수 없으며, [피고]가 [원고의] 배포권 침해에 대한 책임을 질 수 없다.”라고 판결했다(Id. at *14). 셋째, 피어슨 교육 판결(Pearson

Education, Inc. v. Ishayev, 963 F. Supp. 2d 239 (S.D.N.Y. 2013))에서, 법원은 Perfect 10 판결에 일부 의거하여 사용자가 다른 사이트를 보고 방문하기 위해 클릭하는 표준 텍스트 하이퍼링크(standard text hyperlinks)(이미지 미포함)는 콘텐츠를 침해하는 사용이 아니라고 판결하였으며, 여기서 쟁점이 된 배타적 권리(exclusive right)도 배포권이었다.

이 구역(District)에서 네 번째 판결인, 캐피탈 레코드 판결(Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.), 934 F. Supp. 2d 640 (S.D.N.Y. 2013))에서만 제106조 (5)호 전시권을 정확하게 다뤘다. 그러나 법원은 “제9 연방순회 항소법원은 침해가 어느 정도(in part), 이미지가 호스팅된 위치에 따라 결정되지만, 컴퓨터에 사진 이미지 표시(display)는 전시권과 관련될 수도 있다(may)고 판결했다.”는 단순한 사실적 진술(factual statement) 이상을 제공하지 않았다(Id. at 652(밑줄 추가)). 그런 다음 침해가 의심되는 쟁점의 내용에 관한 중요한 쟁점들(material disputes)에 기초하여 약식 재판(summary judgment)을 거절했다(id).

또한, Perfect 10 판결 이전에 이 구역에서 내린 상표 결정에서, 피고 튠스(Tunes)가 웹사이트에 하드 록 로고(Hard Rock logo)를 “프레이밍(framing)”하기 위해 하드 록 카페(Hard Rock Café)의 상표권 침해에 대한 책임이 있는지 여부를 고려함에 있어서, 법원은 침해책임이 있다고 판결했다(Hard Rock Café Int’l v. Morton, 1999 WL 717995 (S.D.N.Y. Sept. 9, 1999)). “컴퓨터 사용자가 [원고의] 웹사이트를 떠났다는 것이 분명하지 않다”는 사실과 웹사이트에 “원활하게 표시(seamless presentation)”되고 있었다는 사실을 모두 고려한 후, 법원은 “하드 록 호텔 마크(Hard Rock Hotel Mark)가 CDS를 광고하고 판매하는데 사용되거나 악용되었다.”고 판결했다(Id. at *25).

소수의 다른 지방법원만이 이 쟁점을 고려했다.³⁾ 그레디 대 이아쿨로 판결(Grady v. Iacullo, 2016 WL 1559134 (D. Colo. Apr. 18, 2016))에서, 법원은 배타적 복제권 및 배포권을 고려하였고, Perfect 10 판결에 의거하여 원고에게 피고가 저작권 침해가 의심되는 이미지를 자신의 컴퓨터에 저장했음을 증명할 기회를 제공하기 위해 증거개시절차(discovery)를 재개했다(reopened).⁴⁾ 최근 또다른 지방법원 판결에서, 사용자

3) Perfect 10 판례의 분석에 의해 적절하게 통제되기(controlled) 때문에, 법원은 여기서 제9 연방순회 항소법원의 지방법원 사건을 검토하지 않는다.

가 피고의 웹사이트를 사용할 때마다, “[원고] 소프트웨어의 사본이 웹사이트 방문자 컴퓨터의 캐시, 메모리, 하드 드라이브에 배포되게 한다는 것”과 “[피고의] 웹사이트가 개별 웹사이트 방문자에게 코드 사본을 배포했다는 것”이라는 이론을 바탕으로 배포에 대한 판결에 있어 원고 기각신청이 인용되었다(Live Face on Web, LLC v. Smart Move Search, Inc., 2017 WL 1064664 (D.N.J. Mar. 21, 2017), at *2).

마지막으로, 리더스 인스티튜트 판결(The Leader’s Institute, LLC v. Jackson, 2017 WL 5629514 (N.D. Tex. Nov. 22, 2017))에서, 약식재판의 쟁점은 특히(inter alia) 원고가 피고의 웹사이트를 “프레이밍(framing)”함으로써 피고의 배타적 전시권(exclusive display rights)을 침해했는지 여부였다. 법원은 “피고의 저작물을 프레이밍(framing)함으로써, 원고가 저작물을 대중에게 허락 없이(impermissibly) 전시했다.”라고 판결하면서, Perfect 10 판결을 거부했다(Id. at *10). “구글과 달리, [피고의 웹사이트]는 사용자가 [피고의] 콘텐츠에 접근할 수 있게 하는 링크를 제공했을 뿐만 아니라, [피고의] 콘텐츠가 자신의 콘텐츠인 것처럼 표시(displayed)했다.”는 것에 주목하면서, 법원은 Perfect 10 판결과 사실관계를 구별했다(Id. at *11). 또한 다음과 같이 언급했다: “Perfect 10 판결이 저작권자의 저작물 전시에 관한 배타적 권리를 침해하는데 있어 사본의 실제 소유(actual possession)를 필수적 요건으로 만드는 한, 법원은 제9 연방순회 항소법원에 정중히 반대한다. ... 저작권법의 문언(text)은 저작물의 실제 소유를 침해의 전제조건으로 삼지 않는다(id).”

요컨대, 법원은 제9회 연방순회 항소법원 외에 Perfect 10 판결에 비추어 전시권을 고려하는 3가지 결정만을 알고 있다. 제7회 연방순회 항소법원에서 기여책임에 대해서 테스트를 채택한 것 하나, 남부지역에서 Perfect 10 판례가 존재한다는 사실 문제(factual matter)로서만 언급한 것 하나, 그리고 텍사스(Texas) 북부지역에서 Perfect 10 판례를 거부한 것 하나이다.

4) 법원은 이후 피고가 실제 자신의 컴퓨터에 이미지를 다운로드 했음을 증명하면서 약식재판(summary judgment)을 인용했다.

III. 주장에 대한 판단(DISCUSSION)

피고의 주장은 간단하다. 그들은 침해가 의심되는 이미지의 물리적 위치 및 소유가 제106조 (5)호에 따른 배타적 전시권에 대한 책임을 결정하는 것으로서 쟁점의 틀을 잡았다. 피고는 (웹페이지에 브레디 사진의 원활한 표시(seamless presentation)에도 불구하고) 사용자에게 사진이 존재하고 있는 제3자 서버를 탐색할 수 있도록 단순히 “명령어(instructions)”를 제공했다고 주장했다. 피고에 따르면, 단순히 명령어를 제공하는 것이 법률상 피고에 의한 “전시”를 구성하는 것은 아니다. 피고는 Perfect 10 판결의 서버테스트가 확립된 법원칙(settled law)으로 이 사건의 결과를 결정해야 한다고 주장한다.

원고는 1) 서버테스트를 적용하면 저작권법의 목적과 문언(text)에 일치하지 않는 결과가 발생하고 2) 서버테스트가 Perfect 10 판결과 같은 경우 또는 사용자가 이미지를 표시(display)하기 위해 의지적 행동(volitional action)을 취한 경우에 있어 정당하게 (rightfully) 적용된다 할지라도, 여기에서와 같이 사용자가 이미지를 “표시(display)”하기 위한 조치를 취하지 않은 경우에는 부적절하다고 주장한다. 원고와 참고인(amicus i)5)은 이것이 웹사이트에 라이선스 비용을 지불하는 인센티브를 “제거”하여, “추가 창작에 투자하는데 필요한 자원을 콘텐츠 창작자로부터 박탈”시킬 것이라고 언급하면서, 서버테스트를 광범위하게 채택하는 것은 사진 및 시각 예술작품 라이선스 산업에 “파괴적인(devastating)” 경제적 영향을 줄 것이라고 경고한다(ECF No. 145-1 at 4).

법원은 원고에 동의한다. 저작권법의 평이한 언어(plain language), 제정을 뒷받침하는 입법 연혁 및 이후의 대법원 판례(Supreme Court jurisprudence)는 이미지의 물리적 위치 또는 소유가 저작권법의 의미 내에서 저작물을 “전시”했는지 여부를 결정하도록 하는 규칙(rule)에 대한 근거를 제공하지 않는다. 게다가, 법원은 Perfect 10 판결과 이 사건 사이에 중요한 사실상의 차이(factual distinctions)가 있다는 데 동의한다. 그리하여 제2 연방순회 항소법원이 서버테스트가 저작권법과 일치한다는 판결을 했더라도, 여기에서는 적용할 수 없을 것이다.

5) 게티이미지(Getty Images), 미국미디어사진가협회(the American Society of Media Photographers), 디지털미디어라이선싱협회(Digital Media Licensing Association), 국가사진기자협회(National Press Photographers Association), 및 북미자연사진협회(North American Nature Photography Association)는 원고를 지지하는 법정의견서(amicus brief)를 제출했다(ECF No. 145-1).

A. 저작권법(The Copyright Act)

저작권법에서는 어디에도 이미지를 전시(display)하기 위해 이미지의 소유가 필요하다고 하지 않는다. 실제로, 법의 목적과 문언(language)은 반대의 견해를 지지한다. 제 101조의 정의는 이를 분명히 하고 있다. 첫째, 저작물을 공개적으로(publicly) 전시한다 함은 “어떠한 장치나 공정에 의하여...그 저작물의 전시(display)를...송신하는 것”을 의미한다(미국 저작권법 제101조). 전시(display)를 송신한다 함은 “영상이나 음이 송출되는 장소를 넘어서서 이를 수신할 수 있도록 어떠한 장치나 공정에 의하여 전달하는 것”이다(id. (밑줄 추가)). 장치와 공정은 “현재 알려졌거나 장래에 개발될” 것을 의미한다고 추가적으로 정의된다(id). 이것은 분명히 광범위하게 적용될 목적으로 작성되었다.

여기에서, 피고의 웹사이트는 이미지를 “전시”하기 위해 적극적으로 조치를 취했다. 피고가 제공한 몇몇 진술서(declaration)를 검토하면 이 점을 보여준다. 피고 헤비닷컴(Heavy.com)의 경우:

스니커리포터 트윗(SneakerReporter Tweet)을 임베드(embed)하기 위해, 헤비닷컴은 트위터(Twitter)로 이동했고 스니커리포터 트윗의 웹페이지주소(URL) Heavy.com을 복사한 다음, 워드프레스(WordPress)에서 제공하는 바로 사용가능한(out of the box) 콘텐츠 관리기능을 사용하여 헤비닷컴 기사내에 스니커리포터 트윗을 임베드했다.

(ECF No. 130, Nobel Decl. ¶ 5.).

피고 보스턴 헤럴드(Boston Herald)는 “트위터 HTML 명령어가 포함된 블로그/기사에 코드 한 줄을 붙였다.” (ECF No. 137, Emond Decl. ¶ 16.)

피고 더 빅 리드(The Big Lead)는 “리얼밥매닝 트윗(RealBobManningTweet)의 URL을 CMS[콘텐츠 관리 시스템, content management system]상 임베드(embed)된 콘텐츠 필드(placed)에 입력하면 이 URL이 임베딩 코드에 삽입되어 빅리드 기사의 HTML 코드의 일부가 되었다.”는 편집장의 진술서를 제출했다(ECF No. 127, Lisk Decl. ¶ 7.).

피고 가넷(Gannett)은 부사장이 다음과 같이 진술한 진술서를 제출했다:

내가 만약 제3의 사용자가 트위터(Twitter) 같은 사이트에 게시해 놓은 사진을 해당 웹페이지에 전시(display)하고 싶다면, 나는 사진을 복제하지 않고도 그렇게 할 수 있다. 나는 사진이 나온(appeared) 트위터 페이지 URL 링크를 포함하는 추가적 코딩을 나의 HTML코드에 포함시키기만 하면 될 것이다.

(ECF No. 126, Hiland Decl. ¶ 6) (밑줄 추가).

따라서 모든 피고인 각자가 사진이 눈에 보일 수 있도록 사진을 전송(transmission)하게 하는 공정(process)을 시작하기 위해 적극적인 조치를 취한 것은 분명하다. 가장 직접적으로 이는 웹페이지의 전체 디자인에 코드를 포함시키는 행위에 의해 이루어졌다. 말하자면, 임베딩이다. 제대로 이해하자면, 트윗을 임베드하기 위해 필요한 단계(step)는 피고의 웹사이트에서 수행된다. 이러한 단계(step)는 공정(process)을 구성한다. 저작권법의 평이한 언어(plain language)는 더 이상을 요구하지 않는다.

실제로, 이상에서 논의한 바와 같이, 저작권법의 입안자들은 “전시를...구성하는...이미지가 선택되고 전달되는 각각의 모든 방법”을 포함하도록 의도했다. 게다가 그들은 “이미지가 어떤 방법(예를 들어, 컴퓨터 시스템)에 의해 한 장소에서 다른 일반 대중에게 송신되는 경우” 전시권의 침해가 발생할 수 있다고 언급하기도 한다(H.R. Rep. 94-1476, 64, 70 (1976)). “정보 저장 및 검색 장치가 통신위성 또는 기타 수단으로...함께 연결될 때...결국 전 세계의 도서관과 개인에게 전자적 이미지 전송을 통해서 단 하나의 저작물 사본에 접근할 수 있게 만들기”때문에 바로 1976년 개정안에 “공중 전시에 대한 기본권(basic right of public exhibition)”이 필요하다고 했던 저작권청(Register of Copyrights)의 경고 또한 설득력이 있다(H. Comm. 사법부, 89대 법관, 개정 저작권법 제6장: 미국 저작권법 전부개정에 대한 저작권청장의 보충보고서: 1965년 개정법안, 25쪽 (Comm. 1965년 인쇄)).

요컨대, 법원은 저작권법의 문언(text) 또는 목적 어디에서도 이미지의 물리적 소유가 법의 목적상 전시에 있어 필수 요건임을 나타내는 것으로 볼 수 없었다.

B. 에리오(Aereo)의 영향

더욱이, 대법원은 이 문제에만 치우쳐 있었지만, 에리오(Aereo) 판결의 판결문(language)은 유익하다. 핵심적으로, 법원의 판결은 에리오사가 순전히 기술적 차이에 근거하여 책임을 면해야 한다는 개념(notion)을 피했고, 결국, 사용자가 버튼을 클릭한

것이었고 에리오 자체는 공연하는 것에 어떤 의지적 행동(volitional act)이 없었다는 주장에도 불구하고, 에리오사가 공연을 전송했다고 판결되었다. 법원이 눈에 보이지 않는 기술적 세부사항을 설명하기 위해 사용한 표현이 여기서도 동일하게 적용된다: “이러한 차이는 가입자에게 아무런 의미가 없다. 방송사에게도 아무런 의미가 없다. 가입자와 방송사 모두에게 보이지 않는, 이 단일한 차이가 사실상 전통적인 케이블 시스템에서 ‘고객에게 도서대출카드(library card)를 제공하는 복사집’으로 어떻게 바꿀 수 있었는지 알 수 없다.”(Aereo, 134 S. Ct. at 2507)

물론, 에리오 판결에서는 안테나의 물리적 위치에 대한 논쟁이 없었다. 안테나가 에리오사의 창고에 있었다는 것은 논쟁의 여지가 없었다. 마찬가지로 에리오사의 서버가 방송 데이터를 자신의 하드 드라이브에 저장했다는 데에는 이견이 없었다. 반면에, 에리오사는 공연을 송신하는데 여기 이 사건의 사용자보다 더 수동적인 참여자였음에 틀림없다. 에리오사는 피고의 웹페이지 중 하나를 탐색할 때 표시되는 것을 선택할 수 없다. 뿐만 아니라, 에리오 판결(그 중에서도, 사용자에게 보이지 않는 단순한 기술적 차이가 저작권 책임을 지게 하는 핵심이어서는 안 된다는 것)을 뒷받침하는 원칙이 여기서도 동일하게 적용된다.

위에서 언급한 바와 같이, 반대의견조차도 에리오가 콘텐츠에 따른 모든 종류의 큐레이터 공정(curatorial process)에 참여했다면, 해당 책임을 질 수 있음을 시사한다: “요컨대, 에리오는 콘텐츠를 선택하지 않았다는 유일하고 단순한 이유로 공연을 하지 않았다(Id. at 2514 (Scalia, J., 반대의견)).” 이는 피고가 여기에서와 같이 전시될 콘텐츠를 선택하는 경우 확실히 전시를 하는 것이라는 개념(notion)에 신빙성을 더한다.

요컨대, 동 법원은 직접적이진 않지만, 에리오 판례를 책임은 시청자가 인지할 수 없는 보이지 않는, 기술적 공정에 따라 결정되어서는 안 된다는 원고의 주장을 강력하게 지지하는 것으로 에리오 판결을 이해한다.

C. Perfect 10 판례

법원은 두 가지 이유로 피고의 Perfect 10 판례의 서버테스트 적용 요청을 거절한다. 첫째, 법원은 Perfect 10 판례가 저작권법의 전시권을 정확하게 해석한다는 데에 회의적이다. 위에서 언급한 바와 같이, 법원은 저작권을 침해하는 이미지의 사본을 소유하는

것이 이를 전시하기 위한 전제조건이라는 것을 법의 문언이나 입법 연혁(legislative history)에서 발견하지 못한다. 그러나 제9 연방순회 항소법원의 분석에 따르면 전시되는 이미지의 “사본”(사본은 그 서버에 저장될 것이다)을 만드는지에 따라 결정되었다. 법원은 판결이 “제106조 (5)호의 전시권을 제106조 (1)호의 복제권으로 잘못 축소하지” 않았다고 명시했다(Perfect 10 II, 508 F.3d at 1161). 그러나 사실, 그것은 정확히 그렇게 된 것으로 보인다.

그러나 저작권법은 이것을 의도했던 것이 아니라는 몇 가지 단서를 제공한다. 법은 다른 부분에서, 사본을 소유하지 않은 침해자를 상정한다. 예를 들어, 제110조 (5)호 (A)에서는 “소유주가 지역 표준 라디오 또는 텔레비전 장비를 가져와서 고객에게 즐거움을 주기 위해 켜는 소규모 상업시설”은 책임에서 면제한다(H.R. Rep. No. 94-1476 at 87 (1976)). 라디오나 텔레비전을 켜는 것은 사본을 만들거나 저장하는 것이 아니라(not)는 사실에도 불구하고, 이러한 시설에 면제가 필요하다는 것은 이미지를 전시하기 위해 사본을 만들 필요가 없다는 강력한 증거이다.

둘째, 설사 이것이 법을 정확하게 해석하는 것이라 할지라도, 피고가 침해가 의심되는 이미지의 물리적 위치에 초점을 맞추면서 광범위하게 해석되는(broadly-construed) 서버테스트를 의미하는 것으로 Perfect 10 판결을 해석하는 정도까지 동 법원이 동의하지는 않는다. 오히려, Perfect 10 판결은 두 가지 사실, 피고가 검색 엔진을 운영했다는 사실과 사용자가 이미지를 전시하기 전에 이미지를 클릭하는 적극적인 선택을 했다는 사실에 의해 이러한 광범위한 해석이 적절하지도, 바람직하지도 않다는 것을 보여줌을 확실히 알려주었다.

Perfect 10 판결에서, 구글과 같은 검색엔진에 대한 서버테스트의 채택을 엄격히 제한하지는 않지만, 지방법원의 의견은 분석에 대한 해당 사실에 의해 크게 좌우되었다. 예를 들어, 법원은 서버테스트를 적용하는 것은 “검색 엔진이 제3자 웹사이트에 저장된 저작권 침해 콘텐츠를 인라인 링크(in-line linking)하거나 프레임링(framing)하는 것에 대한 직접 책임을 부과하는 판결을 못하게 할 뿐”이라고 말했다(Perfect 10 I, 416 F. Supp. 2d at 844 (밈줄 추가)). 법원은 계속해서 “사용자가 원하는 정보를 좀더 쉽게 찾을 수 있도록 웹에 색인을 다는 것만으로 직접침해를 구성해서는 안된다(Id. (밈줄 추가))...” 항소심에서, 제9 연방순회 항소법원은 “우리는 인터넷 검색엔진이 저작권을 침해하는 이미지 접근을 촉진하는 것을 막기 위한 저작권자의 노력을 고려한다.”라

고 말하면서 판결문(statement)을 시작했다(Perfect 10 II, 508 F.3d at 1154).

또한, 사용자의 역할은 Perfect 10 판결에서 가장 중요했다. 지방법원은 “썸네일 중 하나를 클릭한 후(after clicking)” 원본 크기 이미지를 본 사용자들이 “제3자 웹사이트에 직접 연결(direct connection)에 관여한 것은 자신이 콘텐츠 전송에 책임이 있게 한다”라고 판결했다(Perfect 10 I, 416 F. Supp. 2d at 843).

동 법원의 관점에서, 이러한 차이는 매우 중요하다. Perfect 10 판결에서, 구글의 검색엔진은 서비스를 제공했고 그것으로 인하여 사용자는 구글의 지원(assistacnce)을 받아 웹페이지에서 웹페이지로 이동하였다. 이것은 사용자가 풀 컬러(full color) 이미지를 요청하든, 찾든, 클릭하든지 간에 사용자를 기다리고 있는 풀컬러 이미지를 찾기 위해 즐겨 찾는 블로그나 웹사이트를 여는 것과 분명히 같지 않다. 피고의 웹사이트와 비교할 때, 구글 검색엔진(Google Search Engine)의 특성과 서비스 사용자가 취한 의지적 행동(volitional act)은 둘 다 당면한 사실과 뚜렷한 대조를 이룬다.

요약하자면, 법원은 여기서 서버테스트를 적용하지 않는다. 이는 이 사건의 구체적 사실에도 적절하지 않으며 법원이 생각하기로는 저작권법의 문언에 적절하게 근거를 두고 있지 않다. 따라서 서버테스트는 여기에서 결과를 좌우(control)하지 않고 좌우해서도 안 된다.

D. 항변(Defenses)

피고는 여기서 원고에게 유리한 판결을 내리는 것이 “웹의 핵심 기능에 엄청난 영향을 미칠 수 있다”고 경고한다(ECF No. 121, Defs.’ Mem. of Law in Supp. at 35 (Perfect 10 I, 426 F. Supp. 2d at 840 인용)). 피고의 법정조언자들(amici)⁶⁾은 여기에서 서버테스트를 채택하지 않는 것은 “링크에 대한 관행을 급격하게 변화시켜, 우리가 알고 있는 인터넷을 완전히 바꿔놓을 것이다”라고 경고한다.

법원은 이 결정의 결과가 그러한 심각한 결과를 초래한다고 보지 않는다. 확실히, 이 쟁점(issue)과 별개로 책임에 대한 아직도 해결되지 않은 수많은 강력한 항변들을 고려

6) 표현의 자유를 위한 비영리 재단인 전자 프론티어 재단(Electronic Frontier Foundation)와 비영리공익 옹호단체이자 연구단체인 퍼블릭 날리지(Public Knowledge)는 법정의견서(ECF No. 143-1)를 제출했다. (피고의 일 약식재판(Summary Judgment)의 인용을 지지하는 전자 프론티어 재단 및 퍼블릭 날리지의 법정의견서)

해 볼 때, 실행 가능한 수많은 주장들이 따라서는 안 된다.

동 판결에서 원고가 스냅챗 계정에 이미지를 게시했을 때 자신의 이미지를 공공 영역(public domain)에 효과적으로 공개했는지 여부에 관한 진정한 쟁점(genuine questions)이 있다. 실제로, 많은 사건에서 라이선스와 허가에 대한 사실 문제(factual questions)가 있을 수 있다. 또한 매우 강력한 공정이용항변, 디지털 밀레니엄 저작권법(Digital Millennium Copyright Act)상의 항변, 선의침해에 대한 손해배상청구의 제한이 있다.

요약하면, 이상에서 논의한 이유로, 법원은 피고의 일부 약식재판 신청을 기각하고 원고의 일부 약식재판은 인용한다.

IV. 결론

이상에서 실시한 이유로, 피고의 일부 약식재판은 기각된다. 법원은 원고의 일부 약식재판을 인용한다. 법원 서기는 전자소송문서 제119호(ECF No. 119)에 소송을 종결할 것을 지시받았다.

주문과 같이 판결한다.

2020. 6. 1.

미국 뉴욕 남부지방법원
ELLIOT McGUKEN v. NEWSWEEK LLC

#공정이용
#임베딩
#인스타그램
#풍경사진

2020년 6월 1일

미국 뉴욕 남부지방법원

원고, 엘리어트 맥거켄(ELLIOT McGUCKEN),

-v.-

피고, 뉴스위크 유한책임회사(NEWSWEEK LLC),

캐서린 포크 파일라(KATHERINE POLK FAILLA), 지방법원 판사

원고 엘리어트 맥거켄(Elliot McGucken)은 풍경과 바다 경치 사진을 찍은 사진작가이다. 2019년 3월 13일 원고는 자신의 인스타그램 계정에 캘리포니아 데스밸리(Death Valley)에 나타난 간헐호 사진(이하 “사진”)을 게시했다. 다음날, 피고 뉴스위크(Newsweek)는 원고의 인스타그램 게시물인 호수를 기사의 일부로 넣어 간헐호에 대한 기사(이하“기사”)를 게시했다. 원고는 피고가 자신의 동의 없이 웹사이트상의 사진을 복제하고 전시했다고 주장하면서, 저작권 침해를 이유로 본 소송을 제기했다. 피고는 원고의 공개된 인스타그램 게시물인 사진을 사용한 것은 유효한 2차 라이선스를 보유한다거나 사진의 게시가 공정이용을 구성하는 것이라고 주장하면서 원고의 주장은 기각되어야 한다고 주장하였다. 이 판결 이유의 나머지 부분에 제시된 이유로, 피고의 주장을 일부 인용한다.

판결 이유¹⁾

A. 사건 경과(사실관계)

1. 원고의 주장

원고는 캘리포니아 로스앤젤레스에 거주하는 개인이고, 피고는 뉴욕주 뉴욕에 위치한 유한책임회사이다(Am. Compl. 99 4-5). 원고는 자신이 찍은 풍경과 바다 경치 사진을 게시하는 공개 인스타그램 계정을 운영하고 있다(Wolff Decl., Ex. A 참조). 2019년 3월 13일, 원고는 데스밸리 국립공원(Death Valley National Park)에 큰 호수를 묘사한 사진을 자신의 인스타그램 계정에 게시했다(id., Ex. B 참조). 2019년 3월 14일, 피고는 “지구상 가장 뜨겁고 건조한 장소 중 하나인 데스밸리에 거대호수가 나타난다”라는 제목의 기사를 웹사이트에 게시했다(id., Ex. C 참조). 기사는 원고가 간헐호 사진을 담아냈음을 언급했고 호수에 대한 원고의 의견에서 일부를 인용하여 제공했다(Id). 이 소송과 가장 관련 있는 기사는 임베딩(embedding)이라는 프로세스를 통해 원고의 인스타그램 사진 게시물을 포함했다(id 참조, Wolff Decl., Ex. I). 김바 우드(Kimba Wood) 판사가 설명했듯이,

임베딩(Embedding)은 사이트 코더(website coder)가 제3자 서버에 있는 이미지 같은 콘텐츠를 코더의 웹사이트에 포함시킬 수 있다. 개인이 “임베드 코드(embed code)”가 포함된 웹사이트에 방문하면, 사용자의 인터넷 브라우저는 제3자 서버에 내포된 콘텐츠를 검색하고 웹사이트에 표시하도록 지시한다. 이 프로세스의 결과로, 사용자는 제3자 서버에 실제 호스팅된 콘텐츠도 웹사이트를 호스팅하는 서버 대신에, 웹사이트에 내포된 콘텐츠를 본다.

(Sinclair v. Ziff Davis, LLC, No. 18 Civ. 790 (KMW), 2020 WL 1847841, at *1 (S.D.N.Y. Apr. 13, 2020) (내부 인용 생략))

1) 이 결정문에서 사실관계는 원고의 변경된 소장(Amended Complaint)에서 발췌한 것이며(“Am. Compl.” (Dkt. #17)), 이는 동 소송 변론전문(operative pleading)이다. 또한 법원은 해당 증거물이 원고의 인스타그램 페이지, 사진, 기사를 표시하는 한 Nancy E. Wolff의 진술(“Wolff Decl., Ex. []” (Dkt. #22))에 첨부된 증거물에 의존하고, 이 모두는 변경된 소장에 참조로 포함된다. 참고의 편의를 위해, 법원은 피고의 모두발언 요약물 “Def. Br.” (Dkt. #21)로, 원고의 반대발언 요약물 “Pl. Opp.” (Dkt. #26)로, 원고의 추가적 반대발언 요약물 “Pl. Supp. Opp.” (Dkt. #28)로, 그리고 피고의 답변 요약물 “Def. Reply” (Dkt. #34)로 지칭한다. 또한 법원은 Scott Alan Burroughs의 진술에 대한 증거물을 “Burroughs Decl., Ex. []” (Dkt. #27)라고 언급하지만 이를 따르지는 않는다.

원고는 피고가 기사에 사진을 사용하는 것에 동의한 적이 없고 피고는 사진 사용에 대해 원고에게 전혀 보상하지 않았다(Am. Compl. ¶ 10). 2019년 4월 1일, 원고는 미국 저작권청(Copyright Office)에 등록번호 VA 2-145-698로 사진을 등록했다(Am. Compl. ¶ 9; id., Ex. B). 이를 후인 2019년 4월 3일, 원고는 피고에게 추정되는 침해사실(putative infringement) 통지를 제공하고 피고가 기사에서 사진을 삭제할 것을 요청하는 경고장(cease and desist letter)을 보냈다(Id. at ¶ 11). 그러나 뉴스위크(Newsweek)는 2019년 10월 13일 현재 사진을 삭제하거나 기사를 내리지 않았다(Id.).

2. 인스타그램의 이용 약관²⁾

원고가 인스타그램에 공개적으로 사진을 게시한 결정으로 인해 사진에 대한 유효한 2차적 라이선스를 보유하고 있다는 피고의 주장에 관하여(see Def. Br. 13), 법원은 당사자의 인스타그램 사용에 적용되는 다양한 계약의 개요를 제공한다. 인스타그램을 사용하기 위해 가입하는 모든 사람은 인스타그램의 이용약관에 동의한다(Wolff Decl., Ex. D). 이용약관은 사용자가 “개인정보 또는 기밀정보를 게시하거나 지식재산권을 포함하여 타인의 기타 권리를 침해하는 행위”를 금지한다(Id., Ex. E at 4). 또한 이용약관은 다음을 규정한다:

귀하가 지식재산권이 적용되는 콘텐츠를 공유, 게시, 또는 업로드할 때..., 귀하는 인스타그램에게 귀하의 콘텐츠를 호스팅, 사용, 배포, 수정, 실행, 복사, 공개적으로 수행 또는 표시, 번역 및 파생 저작물을 생성할 수 있는 비독점적이고 사용료가 없으며 양도 가능하고 2차 라이선스를 가질 수 있는 전 세계적인 라이선스를 부여한다((귀하의 개인정보 및 애플리케이션 설정과 일치함)(Id.)).

2) 법원은 인스타그램의 가입 페이지(Sign-Up Page) (Wolff Decl., Ex. D); 인스타그램의 이용약관(Terms of Use) (id., Ex. E); 인스타그램의 개인정보처리방침(Privacy Policy) (id., Ex. F); 및 인스타그램의 플랫폼 정책(id., Ex. G)을 주지의 사실(judicial notice)로 본다. 네 개의 항목 모두 공개적으로 접근할 수 있고; 항목의 직위여부에 대한 논란이 없으며; 항목에 있는 용어의 의미에 대해서는 논란이 있을 수 있지만, 용어의 존재 자체는 논란이 없다. Fed. R. Evid. 201(b)(2); Force v. Facebook, Inc., 934 F.3d 53, 59 n.5 (2d Cir. 2019)를 참조. (페이스북에서 공개적으로 이용가능한 서비스 약관 및 커뮤니티 규정(Community Standards)은 주지의 사실의 대상이었음을 확인함). 그러나 법원은 위에 인용된 항목들이 2020년 2월 28일 인스타그램의 약관 및 정책((Wolff Decl., Ex. D-G)를 참조)을 나타내며, 인스타그램의 현재 정책 및 약관을 나타내지 않을 수 있다고 언급한다.

“서비스에 접속하는 방문자, 사용자 등 모두에게 적용되는” 인스타그램의 개인정보처리방침은 “동 개인정보처리방침과 당사의 이용약관에 따라 다른 사용자는 귀하가 인스타그램을 통해 공개적으로 제공한 귀하의 사용자 콘텐츠(User Content)를 검색, 확인, 사용 또는 공유할 수 있다”라고 규정하고 있다(Wolff Decl., Ex. F at 2).

또한 “귀하의 프로필 및 개인정보 설정에 따라, 귀하가 공개한 모든 사용자 콘텐츠는 다른 사용자가 검색할 수 있고 인스타그램 API에서 사용할 수 있다.”(Id. at 4).³⁾ 개인정보처리방침은 사용자가 “사용자 콘텐츠를 공유하거나 공개하면, 다른 사용자가 사용자 콘텐츠를 다시 공유할 수 있다.”라고 명시한다(Id.).

마지막으로, 인스타그램의 플랫폼 정책은 API 사용에 적용된다(Wolff Decl., Ex. G at 2 참조). 플랫폼 정책은 플랫폼이 “방송사와 게시자가 콘텐츠를 찾고, 미디어에 대한 디지털 권한을 얻으며, 웹 임베드를 사용하여 미디어를 공유하는 것”을 제공하도록 한다(Id). 그러나 플랫폼 정책은 사용자가 “개별 소유자가 인스타그램 사진 및 동영상 사용에 부당한 요구사항 또는 제한사항을 준수할 것”을 지시하고 또한 사용자가 지식재산권 등 어떤 권리를 위반하는 콘텐츠의 “제공 또는 홍보”를 금지한다(Id. at 2-3). 플랫폼 정책은 플랫폼이 사용자에게 라이선스를 부여하지만 “사용자 콘텐츠는 인스타그램이 아닌 사용자가 소유한다”라고 규정한다(Id. at 4).

B. 사건 경과(절차관계)

원고는 2019년 10월 17일 피고 등(unidentified individuals)을 상대로 소장을 접수함으로써 소송을 제기했다(Dkt. #1). 2019년 11월 13일, 법원은 변론준비기일을 2020년 2월 20일로 계획했다(Dkt. #8). 2019년 12월 6일, 피고는 기각신청 의도를 법원에 통보했다(Dkt. #13). 원고는 2019년 12월 11일 피고의 사전 기각 신청서에 대해 답변하였다(Dkt. #14).

2019년 12월 12일, 법원은 당사자들에게 2020년 1월 7일 사전 기각신청에 대한 회의를 위해 출두하도록 명령하였고, 변론준비기일을 무기한 연기하였다(Dkt. #15). 당

3) “API” 또는 “애플리케이션 프로그래밍 인터페이스(application programming interface)”는 “계정이 ‘공개’모드로 설정된 다른 사용자에 의해 게시된 콘텐츠에 사용자가 접근하고 공유할 수 있도록” 한 서비스이다. Sinclair v. Ziff Davis, LLC, No. 18 Civ. 790 (KMW), 2020 WL 1847841, at *1 (S.D.N.Y. Apr. 13, 2020).

사자들은 2020년 1월 7일 예정된 사전 기각신청에 대한 회의에 참석했으며, 이때 법원은 원고에게 소장의 내용을 변경하도록 허용하고, 피고가 고려한 기각신청에 대한 브리핑을 계획했다(2020년 1월 7일 기록).

2020년 1월 24일, 원고는 변경된 소장을 제출하였다(Dkt. #17). 2020년 2월 28일, 피고는 기각신청을 하면서 준비서면과 청구신청서를 첨부했다(Dkt. #20-22). 원고는 2020년 4월 13일 청구신청서와 함께 피고의 주장을 반박하는 준비서면을 제출했다(Dkt. #26-27). 2020년 4월 20일, 원고는 신클레어(Sinclair) 사건에서 Kimba Wood 판사의 결정을 고려하여 표면상 피고의 동의를 얻어 추가적 준비서면 제출을 위한 기간 연장을 요청했다(Dkt. #28). 2020년 4월 21일 법원은 원고의 요청을 승인했고(Dkt. #29), 같은 날 피고는 원고가 피고에게 한 추가적 준비서면 신청에 있어 자신의 의도를 허위로 진술했다고 법원에 통보했다(Dkt. #30). 이에 대한 답변으로, 법원은 신클레어(Sinclair) 사건에서 Wood 판사의 결정이 직접 다룬 추가적 준비서면 내용의 일부만을 고려할 것이라고 결정내렸다(Dkt. #31). 2020년 5월 4일 피고는 답변서(reply brief)를 제출했다(Dkt. #34).

주장에 대한 판단(DISCUSSION)

A. 연방 민사소송규칙 제12조 (b)항 (6)호에 따른 기각신청

연방 민사소송규칙 제12조 (b)항 (6)호에 따른 기각신청을 고려할 경우, 법원은 “원고에게 유리한 모든 합리적 추론을 도출하고 사실에 입각한 모든 주장을 사실이라고 가정하며 이것이 구제할 권리를 타당하게 부여하는지 여부를 결정해야 한다(Faber v. Metro. Life Ins. Co., 648 F.3d 98, 104 (2d Cir. 2011) (내부 인용부호 생략); Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662, 678 (2009) 참조 (“기각신청에도 소송이 계속되려면, 구제를 주장하는 것이 표면상 타당하다고 진술하기 위해 소송이 사실로 인정되는, 즉 충분히 사실에 기반한 내용을 포함해야 한다.”(내부 인용부호 생략)).” 원고는 “구제를 주장하는 것이 표면상 타당하다고 진술하기 위해 충분한 사실들”을 주장할 경우 구제받을 권리가 있다(Bell Atl. Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 570 (2007); 그리

고 In re Elevator Antitrust Litig., 502 F.3d 47, 50 (2d Cir. 2007) 참조(“트웬블리(Twombly)에서는 좀 더 구체적인 사실상의 변론(fact pleading)을 요구하지는 않지만, 원고의 주장이 가능성(conceivable)에서 타당성(plausible)의 수준으로 이동하려면 충분한 사실들이 필요하다.” (내부 인용부호 생략) (Twombly, 550 U.S. at 570 인용)). 즉, 법원은 “추단적 혐의제기(conclusory allegations)나 사실에 기초한 결론(factual conclusions)으로 가장한 법적 결론(legal conclusions)을 수용할 의무가 없다(Rolon v. Henneman, 517 F.3d 140, 149 (2d Cir. 2008) (내부 인용부호 생략); 그리고 Harris v. Mills, 572 F.3d 66, 72 (2d Cir. 2009) 참조(“법원은 소장에 있는 모든 혐의(allegations)를 사실로 받아들여야 하지만, 이러한 신조(tenet)는 법적 결론에 적용될 수 없으며, 단순한 결론 진술로 뒷받침 된(by mere conclusory statements) 청구원인(cause of action) 요건의 진부한 설명으로는 충분하지 않다.” (내부 인용부호 생략) (Iqbal, 556 U.S. at 678 인용)).” 더욱이, “소장이 피고의 책임과 ‘그저 일관된’ 사실들을 주장하는 경우에는, ‘구제받을 권리의 가능성과 타당성의 사이의 경계가 사라진다(stops short of the line).’”(Iqbal, 556 U.S. at 678 (Twombly, 550 U.S. at 557 인용)).

B. 법원은 피고의 기각신청을 대체로 거부

기각신청에서, 피고는 원고가 저작권 침해에 대한 실행 가능한 직접청구권(viable direct claim)을 주장했다는 것에 이의를 제기하지 않는다. 대신, 피고의 신청은 주로 두 가지 독립적인 항변에 기반한다: (i) 원고가 인스타그램에 사진을 공개적으로 게시한 것은 뉴스위크(Newsweek)에게 인스타그램의 임베딩 기능을 통해 사진을 사용할 수 있는 2차적 라이선스(Sublicense)를 부여했다(Def. Br. 12-13), 그리고 (ii) 피고의 사진 사용은 법률상 공정이용을 구성하였다(id. at 14). 법원은 개별 항변을 차례대로 다룬다.

1. 법원은 이 단계에서 피고가 유효한 2차적 라이선스에 의하여 행동하였다는 것을 발견하지 못함

피고의 첫 번째 항변은 간단하면서도 비교적 참신하다. 피고는 인스타그램의 다양한 약관 및 정책에 따라 원고가 인스타그램에 공개적으로 사진을 게시하기로 결정했을 때,

인스타그램에게 사진에 대한 2차적 라이선스를 부여할 수 있는 라이선스를 부여했다고 주장한다(Def. Br. 13). 그런 다음 뉴스위크(Newsweek)는 인스타그램의 API를 사용하는 기사에 사진을 삽입했고(embedded), 그렇게 함으로써 이미 인스타그램에 부여된 2차적 라이선스를 행사하였다(Def. Reply 4). 피고의 주장을 검토하면서, 법원은 빈 캔버스에 그림을 그리지 않았다. 실제로, 김바 우드(Kimba Wood) 판사가 인스타그램 상의 공개적 게시물의 웹 임베드(web embed)가 저작권 침해주장을 제기할 수 있는지 여부라는 똑같은 질문을 2달 전에 검토했다(일반적으로 Sinclair, 2020 WL 1847841 참조). 생클레르(Sinclair) 사건에서, (미디어 웹사이트) 매셔블(Mashable)은 생클레르가 이전에 인스타그램에 업로드하고 공개적으로 게시한 사진을 삽입시킨 기사를 게시했다(id. at *1 참조). 인스타그램의 다양한 약관 및 정책에 따라 생클레르는 인스타그램에 문제의 사진에 대한 2차적 라이선스를 부여했고, “원고는 인스타그램에 사진을 업로드 했고 이를 ‘공개’로 지정했기 때문에, 매셔블이 인스타그램의 2차적 라이선스자로서 웹사이트에 사진을 삽입하는데 동의했다.”라고 매셔블(Mashable)은 주장했고 우드 판사는 판결했다(Id. at *2-3).

법원은 우드 판사의 결정이 합리적이라고 판단하고 인스타그램의 이용 약관 및 기타 정책에 대한 법원의 해석에 동의하지 않을 이유가 없다고 보았다. 실제로, 인스타그램이 원고가 공개적으로 게시한 사진에 대해 다른 사용자에게 2차적 라이선스를 부여할 권리가 없다고 원고가 주장하는 한에서는, 법원이 해당 주장을 단호히 거부한다. 이용 약관은 인스타그램에게 원고가 공개적으로 게시한 콘텐츠에 2차적 라이선스를 부여할 수 있는 라이선스를 명백히 부여하고(Wolff Decl., Ex. E at 4 참조), 프라이버시 정책은 “귀하가 인스타그램을 통해 공개적으로 제공한 모든 사용자 콘텐츠(User Content)를 다른 사용자가 검색, 확인, 사용, 공유할 수 있다”라고 명시하고 있다(id., Ex. F at 2).

그렇기는 하지만, 법원은 소송의 현 단계에서 라이선스 이론에 근거해 원고의 소를 기각할 수 없다. 원고가 추가적 준비서면에서 언급했듯이, 법원엔 인스타그램과 피고 사이에 2차적 라이선스에 대한 증거가 없다(Pl. Supp. Opp. 7-9). 비록 인스타그램의 다양한 약관 및 정책이 피고와 같은 주체가 다른 사용자들의 콘텐츠를 공유하기 위해 웹 임베드(web embeds)를 사용할 가능성을 분명히 예상한다 해도(Wolff Decl., Ex. G at 2 참조(인스타그램의 플랫폼이 어느 정도는 “방송사 및 출판사가 콘텐츠를 발견하고, 미디어에 대한 디지털 권한을 획득하며, 웹 임베드(web embeds)를 사용해 미디어

어를 공유하는 것을 지원하기 위해” 존재한다)), 어느 것도 공개적으로 게시된 콘텐츠를 임베드하는 사람들에게 2차적 라이선스를 명시적으로 부여하지는 않는다. 또한 법원은 변론에서 잠재적인 묵시적 2차 라이선스에 대한 증거도 찾을 수 없다(*SHL Imaging, Inc. v. Artisan House, Inc.*, 117 F. Supp. 2d 301, 317 (S.D.N.Y. 2000) 참조 (“묵시적 라이선스는 저작자가 저작물이 특정목적을 위해 다른 사람에 의해 사용될 것이라 것에 대한 인식과 의도를 가지고 저작물을 만드는 경우에만 존재할 수 있다”라고 언급함(*SmithKline Beecham Consumer Healthcare, L.P. v. Watson Pharms., Inc.*, 211 F.3d 21, 25 (2d Cir. 2000) 인용)).

법원은 인스타그램의 다양한 약관 및 정책이 임베드한 자(embedders)에게 2차적 라이선스를 부여한다고 해석할 가능성이 있음을 인정하지만, 규칙 12 (b)(6) 신청에 따른 법원의 역할은 “원고에게 유리한 모든 합리적 추론을 도출하는 것”이다(*Faber*, 648 F.3d at 104). 이 단계에서 허용되는 제한된 검토(review)를 고려할 때, 법원은 피고가 인스타그램의 2차적 라이선스에 따라 행동했는지를 알 수 없다. 따라서, 이러한 이유로 피고의 기각신청은 거부된다.

2. 피고의 사진 임베딩은 법률상 공정이용을 구성하지 않음

두 번째 독립적인 기각 사유로, 피고는 해당 행위가 공정이용을 구성했다고 주장한다 (Def. Br. 14-15). 원고가 이번 소송을 저작권법에 따라 제기하였는바, 저작권법은 “저작자에게 원저작물 배포(및 이에 따른 수익의 기회)에 대한 제한적인 독점권을 부여함으로써(Authors Guild, Inc. v. HathiTrust, 755 F.3d 87, 95 (2d Cir. 2014)”, “과학과 유용한 기술의 발달을 촉진시키기 위해” 만들어졌다(미국 연방헌법 제1조 제8절 제8항). 하지만 창작자가 자신의 저작물을 통제하는 데에도 제한이 존재한다. 특히, “‘공정이용’의 원칙은 특정 상황에서 공중이 저작물을 저작권 보유자의 허가 없이 이용할 수 있게 한다(Id.)” “공정이용 판단은 개방적이고(open-ended) 상황을 신중히 고려하는(context-sensitive) 심리(inquiry)이다(*Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 705 (2d Cir. 2013).” 그러나 의회는 해당 사용이 공정한지 여부를 알아내는 네 가지 비독점적 요건(nonexclusive factors)을 규정하였다:

- (1) 그 사용이 상업적 성질의 것인지 또는 비영리적 교육목적을 위한 것인지 등, 그 사용의 목적과 성격;
- (2) 보호되는 저작물의 성격;
- (3) 사용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성;
- (4) 그 사용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향.

미국 저작권법 제107조(17 U.S.C. § 107).

“공정이용은 적극적 항변(affirmative defense)이므로 피고는 해당 이용이 공정하다는 것을 증명할 책임이 있다(*Yang v. Mic Network, Inc.*, 405 F. Supp. 3d 537, 542 (S.D.N.Y. 2019) (*Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 213 (2d Cir. 2015) 인용)).” “증거개시절차(discovery)가 관련된 어떠한 추가적 정보도 제공하지 않을 것이고 ‘법원이 공정이용인지 여부를 결정하는데 필요한 것이 문제가 된 두 저작물뿐인 경우’ 법원은 피고의 공정이용 항변에 기초한 침해주장의 기각신청을 승인해 왔다(*May v. Sony Music Entm’t*, 399 F. Supp. 3d 169, 188 (S.D.N.Y. 2019) (*Arrow Prods., Ltd. v. Weinstein Co.*, 44 F. Supp. 3d 359, 368 (S.D.N.Y. 2014) 인용)).” 그러나 이전에 말했듯이, “이와 같은 신청을 승인한 사건은 부족하다(dearth)(*BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, LLC*, 87 F. Supp. 3d 499, 505 (S.D.N.Y. 2015)).”

a. 사용의 목적과 성격은 원고에게 유리함

“공정이용 심리의 핵심”으로서 묘사되어 온 공정이용 심리의 첫 번째 요건은(*Cariou*, 714 F.3d at 705 (원문 수정) (내부 인용 부호 생략) (*Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 251 (2d Cir. 2006) 인용)), 새로운 저작물이 “단순히 원저작물(objects of the original creation)을 ‘대체’하는지 아니면 원저작물에 새로운 표현, 의미, 메시지를 변경함으로써 추가적 목적이나 다른 성격의 새로운 것을 추가하는 것인지 여부를 부분적으로 묻는다; 즉, 새로운 저작물이 ‘변형적(transformative)’인지 여부와 그 정도에 대해 묻는다(*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) (*Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841 인용) (Story, J.)); Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111 (1990)).”

제2 연방순회 항소법원은 다음을 인정했다.

뉴스보도와 유사한 활동의 맥락에서, ... 대중에게 정보를 정확하게 전달할 필요가 있는 경우, 피고가 원저작물의 변경(alteration)없이 충실하게 복제하는 것이 바람직하고 저작권법에도 일치하는 경우가 있다. 법원은 주변 논평(surrounding commentary)이나 비판에 의해 입증된 바와 같이, 저작물의 변경된 목적이나 전후맥락을 강조함으로써 보통 이와 같은 이용을 변형적(transformative)이라고 판결한다.

Swatch Grp. Mgmt. Servs. Ltd. v. Bloomberg L.P., 756 F.3d 73, 84 (2d Cir. 2014)

그러나 제2 연방순회 항소법원에서는 “법은 저작물이 변형적(transformative)이라고 간주되기 위해서 원저작물이나 그 저작자에 대해 논평할 것을 요건으로 도입하고 있지 않다”라고 하면서, 논평이 공정이용 항변에 필수적이라는 다툼에 대해 구체적으로 거부했다(*Cariou*, 714 F.3d at 706). “대신, ... 공정이용이 되려면, 일반적으로 새로운 저작물은 ‘새로운 표현, 의미, 메시지’로 원저작물을 변경해야 한다(*Campbell*, 510 U.S. at 579 인용).” 일반적으로, “새로운 저작물이 더 변형적(transformative)일수록, 공정이용 판단에 불리한 ... 다른 요건의 중요도가 더 줄어들 것이다(*Barcroft Media, Ltd. v. Coed Media Grp., LLC*, 297 F. Supp. 3d 339, 351 (S.D.N.Y. 2017) (*Campbell*, 510 U.S. at 579 인용)).”

2차적 사용의 상업적 성격도 관련이 있다; “(광범위한 공적 이익을 제외하고) 2차적 사용자가 취득한 사적인 경제적 보상이 더 크면 클수록, 첫 번째 요건이 저작권 소유자에게 유리할 가능성이 더 높아지고 사용이 공정이용으로 간주될 가능성이 더 낮아질 것이다(*Swatch*, 756 F.3d at 83 (원문 수정) (내부 인용 부호 생략) (*Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 922 (2d Cir. 1994) 판결 인용); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 562 (1985) 판결 일치 (“출판물이 비영리가 아닌 상업적이라는 사실은 공정이용 판단에 불리한 경향이 있는 요건과 별도의 요건이다.”)).”

한편, “비평, 논평, 및 뉴스보도와 같은 목적”은 저작권법에 공정이용의 전형적 사례로 명시되어 있고(미국 저작권법 제107조), 제2 연방순회 항소법원은 “대부분의 신문, 서적 및 잡지가 이익을 추구하는 상업적 기업(commercial enterprises)에서 출판하고 있다”라는 것을 인식하고 있었다(*Swatch*, 756 F.3d at 83 (원문 수정) (*Consumers Union of U.S., Inc. v. Gen. Signal Corp.*, 724 F.2d 1044, 1049 (2d Cir. 1983) 인용)).” 따라서 저작물이 본질적으로 상업적일 수 있지만, 저작물이 변형

적(transformative)인 경우 법원은 “저작물의 변형적 성격으로 인해 해당 사실을 그렇게 중요한 위치에 두지 않는다(*Cariou*, 714 F.3d at 708).”

마지막으로, 첫 번째 법적 요건을 고려하면서 법원은 피고가 저작물의 사용에 있어 악의적으로(bad faith) 행동하였는지 여부를 고려해야 한다(*NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 478 (2d Cir. 2004) 참조. 그러나 “피고의 선의 또는 악의가 ... 고려되어야 하지만, 이는 일반적으로 공정이용 분석에 거의 기여하지 않는다.” *Ferdman v. CBS Interactive, Inc.*, 342 F. Supp. 3d 515, 531 (S.D.N.Y. 2018) (*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 479 n.2 인용); 또한 *Yang*, 405 F. Supp. 3d at 546 참조 (“제2 연방순회 항소법원은 악의가 그 자체로 ‘공정이용 문제나 심지어 첫 번째 요건을 결정하는 것이 아니라고 주의를 주었다.’ (*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 479) 인용)).

사진을 기사에 사용한 것과 비교하였고, 법원이 기각 신청에 있어 해야 하는 대로, 법원은 피고의 사진 사용이 변형적인지를 법률상 문제로 볼 수 없었다. 동급의 법원 (Sister courts)에서는 사진 그 자체가 기사의 주제인 경우, 뉴스 기사에 저작권의 보호를 받는 사진의 사용이 변형적이라고 타당하게 간주될 수 있다고 언급했다(예를 들어, *Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 534 참조. (기사의 중심 주제가 사진의 존재와 사진에 대한 논평이기 때문에, 기사에 사진을 사용하는 것이 변형적이라고 판결함); *Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 352 (“인터넷에 널리 퍼져 있는 비디오에 대한 뉴스 보도는 모든 소동이 무엇인지 설명하기 위해 해당 비디오에서 스크린 샷(screenshot)이나 클립(clip)을 공정하게 전시할 수 있을 것이다”라고 언급함)). 그러나 여기에서는 그렇지 않다. 원고는 그가 관찰한 현상에 대해 삽화로써 사진을 게시했고, 피고는 주로 기사의 주제를 묘사하는 설명 보조자료(illustrative aid)로써 사진을 사용했다 (*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 534 참조. (*Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 352 인용)). 그리고 기사가 사진 촬영에 대한 원고의 인용문이 포함된 것은 사실이지만, 해당 사진은 그 자체가 기사의 핵심(focus)이 아닐 경우, 일부 형식적인 해설(token commentary)을 추가하는 것만으로는 사진 사용을 변형하였다고 하기에는 충분하지 않다.

피고는 *Nunez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000) 판례를 인용하여, 사진 이용의 성격을 변형적인 것으로서 보강하려고 시도한다

(Def. Br. 17). 누네즈(*Nunez*) 사건에서, 전문 사진작가는 1997년에 여러 장의 미스 유니버스 푸에르토리코(Miss Puerto Rico Universe) 사진을 찍었고, 그 중 적어도 한 장은 그것의 위험성(*risqué nature*)으로 인해 논쟁을 불러 일으켰다(235 F.3d at 20 참조). 사진 중 3장은 이후 원고의 허락 없이, 사진을 둘러싼 논란을 논의하는 기사의 일환으로 피고의 신문에 게재되었다(*id* 참조). 제1 연방순회 항소법원은 피고의 사용이 변형적이라고 판결하면서, 다음과 같이 설명했다.

중요한 것은 ... 원고의 사진이 원래 신문이 아닌, 포트폴리오 모델링(modeling portfolios)에 게재(appear)될 것을 의도 했다는 점이다 따라서, 편집 해설(editorial commentary)과 함께 사진을 이용함으로써, 엘 보세로(EI Vocero)는 ... 사진에 새로운 “의미 또는 메시지”를 부여함으로써 “추가적 목적(further purpose)”으로 저작물을 사용했다.

(*Id.* at 23).

본 사건(*instant action*)에서, “미술 풍경 사진”용으로 의도한 사진을 찍었다는 것, 그리고 이 용도를 뉴스 또는 사실로 변형시켰다는 이유를 들어 피고는 해당 사용이 변형적인 것과 유사하고 주장한다(Def. Br. 18). 그러나 이것은 당사자의 용도를 너무 세밀하게 구분한다. 중요한 것은 누네즈(*Nunez*) 사건에서 피고가 원고의 사진을 원래 목적(사진 견본(modeling photographs))에서 뉴스 기사의 주제로 변형시킴으로써 원고의 사진에 새로운 의미가 담기게 되었다는 것이다. 여기에서 피고는 그러한 새로운 의미를 사진에 담지 않았다. 이미 언급했듯이, 사진은 단지 설명 보조자료(*illustrative aid*)로써 기사에 포함되었다. 따라서 피고가 누네즈(*Nunez*) 판례를 인용한 것은 설득력이 없으며, 법원은 피고의 사진의 비변형적 이용은 첫 번째 법률상 요건이 원고 측에 유리하게 작용하게 만든다고 판결을 내린다.

법원이 첫 번째 단계(사진의 상업적 이용 및 피고의 이용이 악의적이었는지 여부)에서 고려해야 할 기타 요건들은 법원의 분석을 크게 변경시키지 않는다. 변론으로부터 피고의 이용이 본질적으로 상업적이라는 것은 분명하며, 피고는 이 사실에 대하여 이의를 제기하지 않는다. 이 같은 이용은 공정이용이라는 판단에 훨씬 더 불리하다(*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 537 (*Harper & Row*, 471 U.S. at 562 인용) 참조). 또한 원고는 피고가 악의로 행동했다고 법원에서 판단할 것을 촉구한다(Pl. Opp. 18). 그러나 변론에서는 어떤 방식으로든 피고가 선의로 행동했는지, 악의로 행동했는지 여부에 대하여 어떤 언지도 없다.⁴⁾ 그러므로, 이 요건은 법원의 판결을 강화시키지도 훼손시키지

도 않는다. 피고의 사진 이용의 목적과 성격은 원고에게 유리하다.⁵⁾

b. 보호되는 저작물의 성격에 대한 요건은 양당사자 모두에게 유리하지 않음

두 번째 공정이용의 요건은 “보호되는 저작물의 성격”이다(미국 저작권법 제107조). 이 요건에서는 “[i] 저작물이 사실적이거나 정보를 제공하는 것이라면 공정이용 주장을 허용하는데 더 큰 재량을 가지게 되는바, ... 저작물이 표현적인지 창작적인지 여부와 [ii] 미공표된 저작물과 관련된 공정이용의 범위는 상당히 좁은바, 저작물이 공표되었는지(published) 미공표되었는지(unpublished) 여부”를 분석해야 한다(*Cariou*, 714 F.3d 709-10 (원문 수정) (내부 인용 및 인용부호 생략) (*Blanch*, 467 F.3d at 256 인용)). 전자에 관해서, “법은 일반적으로 소설이나 판타지 저작물보다 사실적 저작물을 전파해야 할 필요성이 더 크다는 것을 인정한다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 563; *Authors Guild*, 755 F.3d at 96 일치 (“두번째 요건은 저작물이 ‘저작권법이 가치를 두고 발전을 추구하는 창의적(creative) 유형인지 또는 교훈적(instructive) 유형’인지 여부를 고려한다(Leval, *supra*, at 1123) 인용)).” 후자에 관해서, “저작물이 미공표되었다는 사실은 저작물의 ‘성격’에서 중요한 요소이다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 564).” 저작자의 최초 공표에 대한 권리의 중요성으로 인해, “미공표된 저작물의 성질은 반드시 결정적인 것은 아니더라도 공정이용 항변을 무력화(defense)시키게 하는(negate) 핵심 요소이다(Id. at 554(내부 수정, 인용 및 인용부호 생략)).”

원고에게 유리한 모든 합리적인 추론을 이끌어내면서, 법원은 두 번째 요건은 어느

4) 원고는 자신의 인스타그램 사진 게시물에 게시된, 자신이 뉴스위크(Newsweek) 기자라고 칭하면서 사진 이용에 허가를 요청하고 있는 이른바 댓글(comment)에 대하여 법원에게 주목할 것을 촉구한다(Burroughs Decl., Ex. 2). 그러나, 이 댓글은 원고의 변경된 소장 어디에도 없으며, 법원은 원고의 증거물을 주지의 사실로 보는 것이 적절하다고 판단하지 않는다. 따라서 법원이 동법 제12조(b)(6)의 신청(motion)에서 댓글을 고려하는 것은 부적절할 것이다(*Goel v. Bunge, Ltd.*, 820 F.3d 554, 559 (2d Cir. 2016)를 참조. (법 제12조(b)(6) 신청에 대해 판결을 내리는 법원은 일반적으로 “소장 길면에 명시된 사실들, ... 소장에 첨부되거나 참고로 소장에 포함된 문서, 그리고 ... 주지의 사실로 받아들여진 사안들”을 넘어서 보지 않는다고 설명함)).

5) 마지막으로, 피고는 “침해가 의심되는 이용이 미국 저작권법 제107조상에 열거된 공정이용의 법률상 예시 범주(이 범주 중 하나가 “뉴스 보도”이다(미국 저작권법 제107조 참조)) 중 하나라면(Def. Br. 16), 첫 번째 요건이 피고에게 유리하다는 강력한 추정”이 된다고 주장한다. 이 같은 강력한 추정이 존재할 수 있지만, *Hosseinzadeh v. Klein*, 276 F. Supp. 3d 34, 42 (S.D.N.Y. 2017) 참조 (*Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 736 (2d Cir. 1991) 인용), 그럼에도 불구하고 추정만으로는 첫 번째 요건이 피고에게 유리하다고 결론을 내리기에는 불충분하다는 것이 분명하다. 예를 들어, *BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, LLC*, 87 F. Supp. 3d 499, 507 (S.D.N.Y. 2015) 참조.

당사자에게도 유리하지 않다고 판단한다. 피고는 두 번째 요소가 자신에게 유리하다고 주장하지는 않지만(대신에 두 번째 요소가 크게 중요하지 않다고 주장하면서(Def. Br. 19 참조)), 사진은 프레이밍(framing)과 채색(coloration)을 통한 창작성 있는 표현의 요소가 확실히 필요한 것으로 본다. 실제로, 피고 자신도 사진을 “미술 조경” 작품으로 특징지었다. (*Id.* at 18). 또한, 법원은 사진이 SFGate 신문에서 사전 공표되었음을 주지의 사실(judicial notice)로 보았지만, 양당사자 모두 사진이 이전에 공표되었는지 여부를 다투지 않는다(*BWP Media USA, Inc. v. Gossip Cop Media, Inc.*, 196 F. Supp. 3d 395, 399 n.3 (S.D.N.Y. 2016) 참조 (기사가 공개적으로 접근 가능하고 내용이 쉽게 확인 가능했기 때문에 기사의 존재를 주지의 사실(judicial notice)로 인정함)). 사진의 창작성은 원고에게 유리하지만, 해당 사진의 사전 공표(prior publication)는 피고에게 유리하다는 점을 감안하여, 법원은 두 번째 요건을 본질적으로 대등한 것(as a wash)으로 보았다.

c. 양과 상당성 요소는 양당사자 모두에게 유리하지 않음

공정이용 판단에서 세 번째 요건은 “사용된 부분이 보호되는 저작물 전체에서 차지하는 양과 상당성”이다(미국 저작권법 제107조). 이 요소를 검토하면서 법원은 “2차적 저작물의 얼마만큼이 원저작물로 구성된 것인지 여부가 아닌, 사용된 원저작물의 비율”을 고려한다(*Cariou*, 714 F.3d at 710; *Harper & Row*, 471 U.S. at 565 일치). “궁극적으로, 쟁점(question)은 ‘사용된 자료(materials)의 양과 질(quantity and value)이 복제의 목적에 비추어(in relation to) 합리적인지 여부’이다(*Blanch*, 467 F.3d at 257 (내부 인용부호 생략) (*Campbell*, 510 U.S. at 586 인용)).” 법원이 거듭 강조했듯이, 이번 심리(inquiry)는 “사용된 자료의 양뿐만 아니라, 자료의 질과 중요성(quality and importance)에 대한 고려도 요구한다(*Campbell*, 510 U.S. at 587; 예를 들어, *Hollander v. Steinberg*, 419 F. App’x 44, 47 (2d Cir. 2011) 일치 (약식 명령(summary order)) (소송 목적을 위한 전체 복제를 합리적(reasonable)이라고 판단함)).

본 사건(instant action)에서, 피고는 사진 전체를 복제했다. 그러나 “이 요건은 ‘사진이 모든 의미를 보존하기 위해 작품의 전체 또는 거의 대부분을 사용해야 한다는 것을 고려할 때, 가치를 전혀 잃지 않고 일부 조각을 발췌할 수 있는 글이나 작곡

(musical composition)과 같은 저작물을 고려할 때보다, 즉 가치를 전혀 잃지 않고 일부 조각을 발췌할 수 있는 경우보다 덜 중요한 요건'이다(*Ferdman*, 342 F. Supp. 3d at 539 (*N. Jersey Media Grp. Inc. v. Pirro*, 74 F. Supp. 3d 605, 621 (S.D.N.Y. 2015) 인용))." 사진이 기사에서 사용된 목적을 고려할 때, 법원은 사진 전체가 얼마나 적게 사용될 수 있었는지를 알기 어렵다. 따라서, 법원은 원고에게 소송 중 이 단계까지 원고의 주장을 존중한다 해도, 법원은 이 요건이 중립적이라고 판단한다(*id* 참조. at 539-40 (필요 이상으로 저작물이 사용되지 않은 경우 세 번째 요건은 중립적이라 판단함)).

d. 사용의 영향 요건은 원고에게 유리함

공정이용 심리(*inquiry*)에서 네 번째이자 마지막으로 열거된 요건은 “그 사용이 보호되는 저작물의 잠재적 시장이나 가치에 미치는 영향”이다(미국 저작권법 제107조). 대법원은 이 요건을 “의심할 여지없이 공정이용의 가장 중요한 요건(*undoubtedly the single most important element of fair use*)”으로 설명했다(*Harper & Row*, 471 U.S. at 566). 제2 연방순회 항소법원은 다음과 같이 강조했다.

여기서 핵심(*focus*)은 피고가 시장에 원본 대체물을 제공했는지 여부이다. 우리의 관심은 2차적 이용이 원저작물 또는 잠재적 2차적저작물(*potential derivatives*)의 시장을 억제하거나 파괴시키는지 여부가 아니라, 2차적 사용이 원저작물의 시장을 잠식하는지 여부이다.

(*NXIVM Corp.*, 364 F.3d at 481-82.)

다르게 말하면, 심리의 핵심(*focus of the inquiry*)은 “잠재적인 구매자가 원저작물에 우선해서 복제물 취득을 선택할 가능성이 있어서 저작권 보유자의 상당한 이익을 박탈하도록 ... 해당 복제가 원저작물에 대한 경쟁적인 대체물을 시장에 제공하는지 여부”이다(*Yang*, 405 F. Supp. 3d at 547 (*Harper & Row*, 471 U.S. at 566 인용)). 더욱이, 법원은 “특정 침해로 인해 발생한 시장 피해뿐만 아니라 ... 문제가 되는 사용(*challenged use*)이 만연해질 경우, 해당 저작물의 잠재적 시장에 악영향을 미칠 수 있는지 여부”를 질문해야 한다(*Barcroft Media*, 297 F. Supp. 3d at 355 (*Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 613 (2d Cir. 2006) 인용)). “이 심리는 ‘반드시 첫 번째 요건과 밀접하게 관련되어 있다; 2차적 이용 목적이 원저작물의 목적과 다를수록, 2차적 이용이 원저작물의 상업시장을 대체할

가능성이 적다(Yang, 405 F. Supp. 3d at 547 (Harper & Row, 471 U.S. at 566 인용)).”

피고는 변경된 소장에서 해당 사진을 대상으로 하는 시장의 존재 또한 피고의 복제에 의한 해당 시장의 잠식(usurpation)이라든지에 관하여 어떠한 사실도 주장하지 않는다고 정확하게 지적한다(Def. Br. 20-21). 그러나 앞서 언급했듯이, 공정이용의 입증 책임은 피고가 진다(May, 399 F. Supp. 3d at 187 참조). 따라서 원고가 시장 잠식을 주장했는지 여부는 관련이 없다. 게다가 대법원이 언급한 바와 같이, “상업적 이용이 원저작물 전체를 단순히 복제한 것에 해당한다면” 시장 침해(market harm)가 추정(presumption)된다(Campbell, 510 U.S. at 591). 법원의 첫 번째 요건에 대한 분석에서 이미 언급했듯이, 피고의 사진 이용은 상업적이면서, 변형적 이용(transformative use)을 구성하는 것과는 대조적으로 원저작물의 단순 복제에 불과했다. 따라서 해당 추정은 여기에 적용된다(Ferdman, 342 F. Supp. 3d at 541(피고가 침해 사진을 상업적으로 이용하는 것이 “원저작물 전체의 복제”인 경우라면 시장 침해에 대한 추정이 적용가능하다고 판단함) 참조). 그리고 추정의 가능성과 변론(pleadings) 상의 대항요건(countervailing considerations) 결여(lack)를 고려할 때, 법원은 마지막 요건은 원고에게 유리하다고 판단한다.

요컨대, 법원은 첫 번째 요건과 네 번째 요건이 원고에게 유리한 반면, 두 번째 요건과 세 번째 요건은 중립적이라고 판단한다. 정황상, 법원은 피고의 사진 이용이 법률상(matter of law) 공정이용이었다고 결론 내릴 수 없다. 따라서, 사진의 공정이용에 근거한 피고의 기각신청(motion to dismiss)은 거부되었다.

3. 원고가 고의를 적절히 변론했음

변경된 소장에서, 원고는 미국 저작권법 제504조 (c)항 (2)호에 따라 법정손해배상(statutory damages)을 청구했다(Am. Compl. ㉑㉒ 21, 27). 이와 같은 강화된 법정손해배상은 저작권자가 입증책임을 부담하고 법원에서 피고가 고의로 침해를 일으켰다고 판단한 경우에만 적절하다(미국저작권법 제504조 (c)항 (2)호). 피고는 원고가 청구 취지(prayer for relief)를 지지함에 있어 추단적 혐의제기(conclusory allegations)만을 제공했기 때문에 원고의 강화된 손해배상청구가 기각(dismissed)되어야 한다고 주장한다(Def. Br. 21). 그러나 이것은 사실이 아니다. 원고는 피고에게 사진과 관련하여

정지명령 경고장(cease and desist letter)을 보냈으나, 피고가 이 경고장에도 불구하고 사진을 계속해서 사용했다고 주장한다(Am. Compl. 91 11). 비록 변론(pleadings)은 영성했지만 피고가 사진 침해에 있어 고의적으로 행동했다는 것을 타당하게 추론하기에는 충분했다(Gossip Cop, 196 F. Supp. 3d at 411(고의는 “피고 측의 인식(knowledge) 또는 맹목적인 무시(reckless disregard)만을 요구”한다고 언급함) 참조). 따라서, 원고의 강화된 손해배상 청구가 기각되어야 한다는 피고의 주장은 거절된다.

C. 법원은 원고의 기여침해 및 대위침해 청구에 대한 피고의 기각신청을 승인함

피고는 원고의 기여침해 및 대위침해(Contributory and Vicarious Infringement) 청구에 대해 기각신청을 했다(Def. Br. 22-25). 피고는 변경된 소장이 2차적 책임이론(theory of secondary liability)을 뒷받침할 어떤 사실도 주장하지 않으며, 대신에 단지 추단적 표현(conclusory language)만 나열하고 있다고 주장한다(Id. at 23). 기여침해에 대한 청구를 주장하기 위해서, 원고는 피고가 침해행위(infringing activity)를 인식(knowledge)하면서 제3자의 침해행동에 실질적으로 기여했다는 사실을 입증해야 한다(Smith v. BarnesandNoble.com, LLC, 143 F. Supp. 3d 115, 124 (S.D.N.Y. 2015) 참조). 이와 대조적으로, 대위침해(vicarious infringement)에 대한 주장에서는 “피고가 [제3자에 의한] 침해행위를 지휘·감독할 권리 및 능력의 행사를 거부했으며 침해행위로 인해 직접적인 경제적 이익을 얻었다는 것”을 원고가 주장하도록 요구한다(Rams v. Def Jam Recordings, Inc., 202 F. Supp. 3d 376, 385 (S.D.N.Y. 2016)).

피고는 변경된 소장이 기여책임이나 대위책임에 대한 청구를 뒷받침할 어떠한 사실도 주장하지 못했다는 점에서 옳았다. 실제로, 신원미상의 피고들이 “원고의 저작권 침해에 기여했거나 여기에 주장된 하나 이상의 잘못된 관행에 가담했다”라고 주장하는 것 외에는(Am. Compl. 91 6), 두 이론에서 분명히 요구하는 것과 같은 제3자들의 존재를 뒷받침할만한 사실이 없다. 기여침해 및 대위침해에 대한 주장과 관련한 모든 원고의 주장들은 “청구원인(cause of action)의 요소에 대한 진부한 설명(threadbare recitals)”에 지나지 않으며(572 F.3d at 72), 따라서 이쿠발과 트웬블리(Iqbal and Twombly) 판례⁶⁾에 의해 요구된 변론 기준을 충족시키지 못한다. 이에 따라, 원고의

6) 피고의 행동이나 제3자의 행동에 관한 제3자의 신원이나 또는 기타 세부사항이 특히 피고의 소유와 통

기여침해 및 대위침해 청구에 대한 피고의 기각신청은 승인된다.

D. 법원은 원고의 변경 허가 요청을 거부함

원고는 “변경된 소장에 결함이 없다는 주장”을 하면서, 원고는 어떤 식으로든 자신의 변론이 부족하다고 법원이 판단할 경우를 대비해 법원에게 변경 허가(leave to amend)를 요청한다(Pl. Opp. 23). 법원은 연방 민사소송법(Federal Rule of Civil Procedure) 제15조 (a)항 (2)호가 변경과 관련하여 자유로운 정책(liberal policy)을 구현하고 있음을 인정하고 있음에도, 여기에서 원고의 요청은 거부된다. 법원은 이미 원고의 독특한(specificity) 주장에 눈에 띄는 변화가 없는 상태에서 소장을 변경할 수 있는 기회를 원고에게 주었고, 원고는 기여침해와 대위책임 청구에 있어 결함을 시정할 방법에 관하여 어떠한 말도 하지 않았다. 실제로, 이미 언급한 바와 같이, 원고는 결함이 없다고 주장한다. 이러한 상황에서, 법원은 원고에게 세 번째 기회를 줄 이유가 없다고 본다(Rosner v. Star Gas Partners, L.P., 344 F. App'x 642, 645 (2d Cir. 2009) (약식명령) (원고들에게 이미 변경할 기회가 주어졌고 소장 상에 결함을 시정할 방법에 관하여 어떠한 말도 제공하지 않은 경우, 변경 허가를 거부하는데 있어서 재량권의 남용은 없었다고 판결함) 참조).

제권 내에 있다면 이러한 추단적 표현(conclusory language)은 잠재적으로 통과할 수 있다는 것이 사실이다. Rosenfeld v. Lenich, 370 F. Supp. 3d 335, 348 (E.D.N.Y. 2019)를 참조. (Citizens United v. Schneiderman, 882 F.3d 374, 384 (2d Cir. 2018) 인용). 그러나 원고는 법원이 그러한 경우라고 믿을 수 있는 정보를 제공하지 않았다.

결론(CONCLUSION)

동 판결이유(Opinion)에서 명시된 이유로, 피고의 기각신청을 일부 인용한다. 원고의 강화된 손해배상 청구에 대한 기각신청에서와 같이 원고의 직접적인 저작권 침해 주장에 대한 피고의 기각신청은 거부된다. 그러나 기여침해 및 대위침해에 대한 원고의 청구에 있어 피고의 기각신청은 승인된다. 이어서, 변경된 소장을 변경하기 위한 원고의 허가 요청은 거부된다.

법원 서기는 소송사건 일람표(docket entry) 20에 신청을 종료할 것을 지시받았다. 2020년 6월 22일까지 피고는 답변서(responsive pleading)를 제출해야 한다. 2020년 6월 29일까지 양당사자는 제안된 사건관리 계획서(Case Management Plan)와 계획에 따라 고려된 공동현황서(joint status letter)를 제출해야 한다.

주문과 같이 판결한다.

일자: 2020년 6월 1일

뉴욕, 뉴욕

KATHERINE POLK FAILLA

미국 지방법원 판사

2020. 6. 3.


영국 대법원

Serafin v. Malkiewicz and others

#2013년 명예훼손법 제4조

#공익항변

#레이놀즈사건



대법원 제4기 개정기(開廷期)

사건번호 : [2020] UKSC 23

다음 사건에 대한 항소심 : [2019] EWCA Civ 852

판결문

세라핀(Serafin, 피청구인) v 말키에비치 등(Malkiewicz and others, 청구인)

판사

판사 리드(Reed), 대법원장

판사 윌슨(Wilson)

판사 브릭스(Briggs)

판사 아덴(Arden)

판사 키친(Kitchin)

판결 선고일

2020년 6월 3일

재판일 : 2020년 3월 17일/18일

청구인

변호사 : David Price

변호사 : Anthony Metzger

박사: Alexandra Marzec

(자문인 : 변호사 David Prince
자문변호사)

피청구인

변호사 Adrienne Page

(자문인: 법무법인 Simon Burn
Solicitors (Cheltenham))

소송 참가자 :

(미디어 변호사 협회)

(서면만 제출)

변호사 : Heather Rogers

Romana Canneti

Jonathan Price

(자문인 : 자문변호사 타임즈 신문사
(Times Newspapers
Limited) 편집법률이사)

판사 월슨 : 판사 리드(Reed), 브릭스(Briggs), 아덴(Arden), 키친(Kitchin)이 동의함

A. 도입

1. 이번 항소심은 민감하고 중요한 사건에 대한 것이다. 나는 78개의 단락과 부록의 25개 단락보다 적은 단락의 판결문을 작성하지 못한 것을 유감스럽게 생각한다. 1심 판사의 재판이 양 당사자 중 일방에 불공평했다고 항소법원이 판결을 내린 것은 드문 일이다. 선임판사이건 후임판사이건 모든 판사가 내린 판결은 매우 민감한 내용을 포함한다. 우리 대법원의 임무는 세심한 주의를 기울여 그러한 판결을 평가하는 것이며, 우리가 판결을 인정하게 되면 그에 따라 기존에 항소법원이 내린 명령이 취급되어야 한다. 그러나 대법원의 상고심은 두 번째 차원의 원인이 있다. 왜냐하면 항소법원은 ‘공익적 사안에 대한 공개(Publication on matter of public interest)’라는 제목의 ‘2013년 명예훼손법(Defamation Act 2013)’(이하 “법”) 제4조의 효력에 대한 판단에 근거하여 판결을 내렸기 때문이다. 또한 항소법원의 제4조의 효력에 대한 판단과 관련하여 강력한 주장이 우리에게 제기되었다. 아래에서 명백하게 될 이유로, 제4조에 대한 우리 대법원의 자체 분석은 대법원 판결의 일부를 구성하지는 않지만 그럼에도 유용할 것이다.
2. 이해를 돕기 위해 이 사건의 청구인을 피고로, 피청구인을 원고로 표현한다. 첫 번째 피고(Malkiewicz)는, Nowy Czas(New Time이라는 의미임)라는 회사명으로 두 번째 피고(Czas Publishers Ltd.)가 소유한 폴란드 신문사의 편집장이다. 세 번째 피고(Bazarnik-Malkiewicz)는 신문사의 편집인이고 두 번째 피고의 이사이며 첫 번째 피고의 아내이다. 이 사건이 관련된 시기에 신문은 하드카피 및 온라인으로 1년에 8차례 출판되었으며 영국 특히 런던에서 실제 폴란드 사회의 관심사를 다룬다. 원고(Serafin)는 현재 약 68세의 나이로 폴란드에서 태어났지만 1984년부터 영국에서 살았다.
3. 원고는 피고 신문사가 2015년 10월에 신문에 보도한 기사에 관해서 피고를 상대로 명예훼손소송을 제기하였다. 2017년 10월 및 11월 7일에 걸쳐, 1심법원(High

Court of Justice) 퀸스재판부(Queen's Bench Division) 소속의 판사 Jay("판사")가 이 소송을 담당하였다. 원고는 판사 앞에 직접 출석하였고 법정 조언자로부터 법적 조언을 받았다. 그러나 법정 밖에서 재판기간 동안 특히 원고의 최종 증거 제출물 정리에서 원고는 어느 정도 계속적으로 법적 지원을 받은 것으로 보인다. 그러나 법정에서는 변호사 Metzger가 원고에 맞서 주장을 제기하였는데, 그 재판 직전까지는 피고를 변호한 자문변호사들이 아니고 피고들이 직접 지시를 내렸다.

4. 2017년 11월 24일자 유보 판결에서 판사는 원고의 청구를 기각하는 결정의 이유를 설명하였다(사건번호: [2017] EWHC 2992 (QB)). 2017년 12월 8일 판사는 결정의 취지에 따른 명령을 내렸다. 원고는 항소법원에 항소하였다. 2019년 3월 5일 판사들(Lewis, McCombe, Haddon-Cave)이 항소심을 담당하였다. 2019년 5월 17일자 전원합의 판결에 따라 담당 판사들은 항소를 허용하는 결정의 이유를 설명하였다(사건번호: [2019] EWCA Civ 852). 2019년 6월 21일 판사들은 그 결정의 취지에 따른 명령을 내렸다. 판사들은 원고 청구의 전부나 일부에 대한 손해배상액을 산정하도록, 기존 1심법원 판사가 아닌 '미디어 및 커뮤니케이션 목록'에 등록된 판사에게 이송하였다. 피고는 지금 그 명령에 반대하여 대법원에 상고한다.

B. 배경정보

5. 원고는 잉글랜드에 입국한 후 건축 사업가로 사업을 시작하였다. 1989년경 원고는 폴란드사회문화협회인 POSK에 가입하였고 런던 서쪽의 Hammersmith 지역 부지에 자선단체를 설립하였다. 2012년까지 약 15년 동안 원고는 POSK 총회에 참석하였으며 2003~2007년 전원위원회 선임위원으로 활동하며 자선단체 부지에서 수행된 모든 건축 업무를 담당하였다. 원고가 회원인 기간 동안 그 현관과 지하실에 대한 보수 공사가 있었는데, 이곳에서 The Jazz Café라는 바(Bar)와 카페가 건축되었다. 2007~2012년 원고는 The Jazz Café의 공동 관리자였으며 가끔 바에서 일도 하였다.
6. 2008년 원고는 폴란드 식품을 수입하여 이를 잉글랜드 내 폴란드 식료품점에 도매로 판매하기 위해 Polfood (UK) Ltd라는 회사를 설립하였다. 회사는 영업자본이

필요하여, 원고는 회사의 주식을 매수하거나 회사로 금전을 이전하기 위해 회사나 본인에게 금전을 대부하도록 폴란드 친구들과 지인들을 설득하였다. 그러나 회사는 곧 지급불능상태가 되었다.

7. 2011년 원고는 파산선고를 받았다. 2012년 원고는 면책을 받았지만 5년 동안 계속 될 파산제한사업을 수행할 것을 조건으로 하였다. 이에 원고는 법원의 허가 없이 회사의 이사가 되지 않고, 제한내용을 공개하지 않고, 500 파운드 이상을 대출받지 않으며 자선단체의 수탁자가 되지 않기로 약정한 것으로 보인다.
8. Kolbe House는 런던 서쪽 Ealing 지역에서 보육원을 운영한 자선단체의 명칭이며 폴란드 노인에게 돌봄 서비스를 제공한다. 영업기간 동안 Polfood는 Kolbe House에 빵과 기타 식료품을 공급하였다. 2012년 원고는 다시 빵을 공급하기 시작하였다. 2013년 원고는 Kolbe House의 유지보수담당자이자 일반 업무보조원이 되었으며 그곳에서 자신의 유지보수업무에 대해 청구하였다.

C. 기사의 의미

9. 폴란드어로 작성된 기사의 제목은 “파산은 고통스러울 필요가 없다(Bankruptcy need not be painful)”이다. 기사의 각주에는 첫 번째 피고의 이름이 기재되어 있으며, 판사는 이를 “오래된 학교의 폴란드 지식인(Polish intellectual in the old school)”이라고 기술하였다. 판사는 이 기사를 “스타일과 어조에서 풍자적이고 재치 있고 암시적이며 지적으로 세련되었다”고 기술하였다.
10. 원고는 기사의 단어들이 그 효과 면에서 13가지의 명예훼손적 의미(명예훼손법상 단어로 “비방(imputations)”의 의미)를 포함한다고 주장하였다. 피고는 단어들이 아래와 같이 “보통의 비판(common sting)”만을 의미한다는 반대주장을 하였다.

“원고는 자신의 야망을 충족시키고 자신과 폴란드에 있는 자신의 가족을 위한 금전적 이익을 획득하기 위해 여성을 포함한 많은 사람을 부적절하게 이용한 파산자이며 상습적으로 신뢰할 수 없는 사람이다.”

판사는 위 단어들이 “보통의 비판”을 의미한다는 주장에 동의하지 않았으며, 이에 따라 판사는 피고가 13개 의미들 각각에 대해 책임이 있는지 여부를 결정해야 한다고 판단하였다. 피고가 해당 의미를 인정하면 원고가 주장하는 의미에 따라 결정하며, 피고가 원고가 주장하는 의미에 반대하면 판사가 해당 의미를 판단하여 결정한다.

11. 첫 번째 의미(“M1”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신과 자신의 회사에 대해 POSK 유지보수작업에 대한 수익적 계약을 체결하기 위해 POSK 관리자의 지위를 남용하여, 그러한 계약 체결을 위한 적합한 인허가 취득절차를 회피하였다.”

피고는, 기사가 그러한 의미를 지녔더라도 아래와 같이 규정한 명예훼손법 제1조 제1항에 따라 명예훼손적은 아니라고 주장하는 것으로 보인다.

“진술은 그 공개가 원고의 명예에 중대한 손해를 야기했거나 야기할 가능성이 있지 않다면 명예훼손이 되지 않는다.”

판사는 피고의 주장을 기각하였다. 그러나 판사는 아래와 같이 규정한 명예훼손법 제2조 제2항에 따른 항변을 주장할 수 있다는 피고의 대안적 주장을 판단하였다.

“명예훼손소송에서 문제가 된 진술이 전달하는 비방내용이 실질적으로 진실이라는 사실을 증명하는 것은 피고의 항변이 된다.”

판사는 M1이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

12. 두 번째 의미(“M2”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신의 선거에 대한 열망을 지원하는 의존할 수 있는 사람들을 위하여 POSK 회원에 가입하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술의 공개는 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족했으나(이에 대해 의구심이 들었음에도) M2가 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

13. 세 번째 의미("M3")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 실제로 독신이 아닌지와 최소한 폴란드에서의 개인적 상황에 대한 의문이 풀리지 않았으며 ... 자신의 매력을 발휘한 여성에게 더 가까이 접근하는 수단으로 자신을 이용할 수 있다는 점을 악용하였다.”

세 번째 의미에서, 판사는 위와 같은 취지의 진술의 공개는 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족했으나(이에 대해 의구심이 들었음에도) M3이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

14. 네 번째 의미("M4")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, POSK의 Jazz Café에서 소매 판매를 위한 주류 공급과정에서 관련 판매를 통해 불법적, 사기적인 이득을 취하기 위해, 판매로 취득한 금전이 현금등록기를 통하지 않도록 부정직하게 행동하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

15. 다섯 번째 의미("M5")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 각 여성에게 그녀만이 유일하다고 믿도록 유도하고 자신과 같이 밝은 인생을 약속하여, 많은 여성이 평생의 저축금을 자신의 식품사업에 투자하도록 유인하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

16. 여섯 번째 의미("M6")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 투자자들에게 그들의 평생의 저축금을 자신의 식품사업에 투자하도록 부정직하게 설득하여, 폴란드에서 가족의 건설 프로젝트를 지원하고 자신의 가족을 부양하기 위해 그러한 금전을 자신을 위해 빼앗아 이를 폴란드로 이전하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

17. 일곱 번째 의미("M7")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 채권자의 채권을 충족하기 위해 이용되어야 하는 BMW X5 자동차와 부동산 형태의 개인재산을 판매할 듯이 가장하고 자신을 위해 보유하기 위해, 채권자를 속이고 부정직하게 정상적인 파산의 결과를 회피하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점이 증명되었다고 판단하였다.

18. 여덟 번째 의미("M8")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 치매환자를 포함하여 노인과 취약한 사람들을 위한 주거 보육원인 Kolbe House에 유효시간이 지난 음식을 판매하여 이득을 취했거나 그러한 시도를 하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

19. 아홉 번째 의미("M9")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, Kolbe House의 여성 매니저들에게 자신의 매력과 지배력을 악용하여, 합법적 사유가 없음에도 취약한 주거인들의 매우 기밀적인 정보에 임의로 접근하는 것을 포함하여 주거지를 자신의 개인재산인 것처럼 취급하고 자신이 주거지의 최고 수준의 경영진에 있는 것처럼 행세하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

20. 열 번째 의미("M10")에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 관련 유지보수작업이 완전히 불필요함에도 불구하고, Kolbe House

에서의 신뢰적 지위를 남용하여 주거지 화장실에 대한 주요 유지보수작업의 계약을 자신을 위해 획득하여, 냉혹하게 주거지의 노인과 아픈 주거인을 돌보기 위해 필요한 자금을 자신에게 전용하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

21. 열한 번째 의미(“M11”)에 대한 판사의 판단은 일관되지 않다. 그러나 원고는 아래의 행동을 한 것처럼 보인다.

“원고는, 자신이 공개하지 않은 공급업체로부터 유통기한이 임박한 냉동 우유와 빵을 Kolbe House에게 공급하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족하지 못한 것으로 판단하였다.

22. 열두 번째 의미(“M12”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, Kolbe House의 매니저와 수탁자들의 신뢰를 얻고 동시에 매니저의 주거지 확장을 위한 공사계약을 획득하기 위해, 부정직하게 면책되지 않은 파산자라는 자신의 현재 신분을 이들에 대해 은폐하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 명예훼손법 제1조가 정한 명예에 대한 심각한 피해요건을 충족하지 못했다는 피고의 주장을 기각한 후, 그러한 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

23. 열세 번째 의미(“M13”)에서 원고는 아래의 행동을 하였다.

“원고는, 자신이 사실을 공개할 의무가 있는 상황에서 [계획서 신청과 관련하여] 일링 이사회(Ealing Council)에 대해 자신의 파산상태를 은폐하였다.”

판사는 위와 같은 취지의 진술이 실질적으로 사실이라는 점을 피고가 증명하지 못한 것으로 판단하였다.

24. 위와 같은 이유로, M8, M9, M10, M12 및 M13을 제외하고, 판사의 재판 단계에서 원고의 청구원인은 모든 다른 의미와 관련하여 기각되었다. 그 5가지 기사의 의미는 모두 Kolbe House와 직접적, 간접적으로 관련된다.
25. 그러나 판사는 위와 같이 판단한 후, 13가지의 모든 의미와 관련하여 피고가 제기한 추가적 항변을 판단하여, 판결의 단계까지 소송제기가 가능한 것으로 보았던 5가지 의미들을 적절하게 포함시켰다. 그 항변은 명예훼손법 제4조에 따른 항변이다.

D. 공익

26. ‘공익적 사안에 대한 공개(Publication on matter of public interest)’라는 제목의 제4조는 아래 단락 52에서 보다 적절하게 설명하기로 한다.
27. 제4조에 관련해서 판사에 제기된 대부분의 주장은 그 하위조항(1)(b)에 대한 것인바, 즉 특히 원고에 대해 의도한 주장을 공개하기 전에 원고가 코멘트 하도록 요청하지 않은 상황에서, 피고가 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라고 믿은 것이 합리적이라고 입증할 수 있는지 여부가 문제가 된다. 이에 대해 모든 주장과 관련되고 이에 따라 적절하게 그 단계까지 소송제기가 가능한 것으로 판단된 5가지 의미와 관련하여 제4조에 따른 항변을 피고가 실제로 입증했다고 판사는 판단하였다. 그러나 판사는 제4조에 따른 항변이 입증되지 않았다면 5가지 의미와 관련하여 손해배상(아마도 명목상 손해배상 이외의 손해배상)을 인정하지 않았을 것이라는 판단을 추가하였다. 왜냐하면 판사가 설명하기로, 실질적으로 사실이라는 점이 입증된 기사의 다른 진술내용에 의해 원고의 명예가 충분히 “산산조각이 났기(shot to pieces)” 때문이다.
28. 이에 따라 판사는 원고의 청구를 기각하였다.

E. 항소법원으로서의 항소

29. 원고는 항소를 위해 법무법인 Simon Burn Solicitors를 다시 선임하였다. 원고의 항소 근거는 아래와 같다.

- (a) 판사가 제4조에 따른 항변을 인정한 것은 잘못된 판단이었다.
 - (b) 판사가 M4가 실질적으로 사실이라고 판단할 수 있는 증거가 없었고, 그러한 판단과 관계없이 실질적으로 사실인 점이 입증된 다른 비방내용만을 참조하여 원고의 명예가 산산조각이 났다고 판사는 판단할 수 없었다.
 - (c) 판사의 재판 진행이 원고에게 불공평하였다.
30. 항소법원에서 Marzec가 원고로 출석하였으며 기존과 마찬가지로 Metzger가 피고를 위해 출석하였다. 법원은 원고가 정한 순서에 따라 항소의 근거를 판단하기로 하였다. 첫째, 항소법원은 판결문 단락 84에서 1심법원 판사가 제4조에 따른 항변을 인정한 것은 잘못된 것이라고 판단하였다. 둘째, 항소법원은 판결문 단락 99에서 1심법원 판사가 관련 증거에 따라 M4가 실질적으로 사실이라고 판단할 권한이 없었다고 보아, 그러한 판단을 배제하였다. 이후 항소법원은 M4가 원고에 대한 “가장 심각한” 비방내용이었다는 점을 제시하였으며, 단락 101에서 실질적으로 사실인 점이 증명된 다른 비방내용만을 참조하여 원고의 명예가 산산조각이 났다고 판사가 판단할 수 없다는 원고의 주장을 인정하였다.
31. 관련 재판 단계에서 판사가 언급한 대로 “그러한 근거에 따라”, 항소법원은 단락 102에서 원고는 M8, M9, M10, M12 및 M13뿐 아니라 M4와 관련하여 손해배상을 청구할 자격이 있다고 결정하였다.
32. 이후 항소법원은 원고의 세 번째 항소 사유로 판사의 재판 진행이 자신에게 불공평했다는 점을 판단하였다. 항소법원은 최초 재판기간의 4일 동안 진술서의 상당 부분과 Marzec가 특히 의존한 발췌부분 중 16가지의 발췌부분을 제출받았다. 항소법원은 단락 114에서, 수차례 1심법원 판사는 경기장으로 내려와 공평함의 망토를 벗어버리고 반대신문을 위한 곤봉을 차지하여 위협적, 강압적 언어를 사용한 것으로 보이며, 편파적이라는 인상은 없었지만, 판사는 원고에게 적대적 태도를 보였다는 결론을 내렸다. 항소법원은 단락 117에서, 원고는 직접 출석하였고 원고가 말은 잘 하지만 영어가 모국어가 아니라는 사실에 비추어보면 판사의 모든 행동은 더더욱 놀라운 것이라고 판단하였다. 또한 항소법원은 단락 118에서, 피고가 공개 명령을 청구하지 않았던 상황에서 원고가 특정 문서를 공개한 것에 대한 판사의 비판은 매

우 우려가 되는 부분이라는 점을 추가하였다. 항소법원은 단락 119에서 아래와 같은 결론을 내렸다.

“우리 의견에 따르면, 1심법원 판사는 증거제시기간 동안 증립을 유지해야 하는 핵심적 원칙을 심각하게 위배했을 뿐만 아니라 수시로 원고를 상대로 명백하게 불공평하고 적대적인 방식으로 행동하였다. … 우리는 판사 개입의 성격, 취지와 빈도로 인해 이 사건의 명예훼손 재판이 불공평하게 되었다는 결론에 도달하였다. 따라서 우리는 원고의 항소 근거를 인정한다.”

F. 항소법원의 명령

33. 이 사건의 쟁점은 항소법원이 그 판결과정에서 1심법원의 재판이 불공평했다고 내린 결론에서 뒤따라오는 결과를 판단하지 않았다는 점이다. 특히 항소법원은 그러한 결론이, 원고에게 적합한 구제방법과 관련하여 위 단락 31에서 설명한 기존의 결론을 어떠한 방식으로든 대체해야 하는지 여부를 고려하지 않았다. 판결의 마지막 부분에서 항소법원은 원고의 항소는 허용된다고만 언급하였으며, 이메일을 통해서, 항소법원은 당사자들이 그 결정에 비추어 내려져야 할 적절한 명령에 대한 서면 제출문서를 제출하도록 요청하였다.
34. 항소법원의 재판 진술서를 보면, 항소법원이 보는 것과 마찬가지로, 항소법원이 재판이 불공평했다는 결론을 내렸다면 원고의 청구에 대해 재심을 명령하는 것 이외에 다른 대안이 없다는 점을 양 당사자들이 당시에 마지못해 수락한 사실이 나타난다. 항소법원이 판결문을 배포한 후 당사자들이 항소법원에 제출한 서면 제출문서도 위와 같은 입장에서 크게 벗어나지 않는다. 이에 따라 원고의 기본적 주장은, “재판이 불공평했기 때문에 더 이상 1심법원의 판결은 유효하지 않다”는 것과, 원고의 청구는 다른 판사가 결정하도록 다시 이송되어야 한다는 점이었다. 그러나 원고는 다음의 2가지 사실을 들어 자신의 주장을 제한하였다. 즉, 원고는 판사의 재판에 비추어 명예훼손법 제4조에 따른 항변에 따른 청구와 M4와 관련하여 실질적으로 사실이라는 청구는 모두 배제되어야 한다고 주장하였다. 피고는 재심 진행에 대한 원고의 기본적 주장에 동의하였으며, 항소법원의 판결에서 확정적으로 결정된 사안을

제외하고, 재판과정에서 사건의 진술과 관련하여 남아있는 모든 쟁점이 재심에서도 계속해서 남아있어야 한다고 주장하였다. 후자의 주장과 관련하여, 피고는 물론 대법원에 제기된 상고심에 당연히 종속되지만 항소법원의 판결은 공익에 대한 피고의 항변을 확정적으로 기각하였으며, 그러한 판결은 피고의 항변에서 배제되어야 한다는 점을 인정하였다. 그러나 피고는 항소법원의 판결이 M4가 실질적으로 사실이라는 피고의 주장을 확정적으로 기각하였다는 점에 대해서는 이의를 제기하였다.

35. 그러나 결국 항소법원은 이유를 제시하지 않고 아래의 명령을 내렸다.

“1. 청구인을 위한 판결이 진행되어야 한다.

2. 1심법원의 판사 Jay의 명령은 배제해야 한다.

...

5. 이 사건은 원고에 대한 손해배상의 정도를 평가를 위해 판사 Jay 이외의 ‘미디어 및 커뮤니케이션 목록’에 등록된 다른 판사에게 이송되어야 한다.”

36. 이에 따라 항소법원은 재심을 명령하지 않았다. 항소법원은 손해배상의 평가에 한정하여 재심을 명령하였다. 우리 대법원의 재판에서 우리는 양측 대리인에게 각자 항소법원이 내린 명령의 의미를 어떻게 이해했는지를 물어보았다. 특히 원고에 대한 승소판결의 명령에 비추어보면, 원고의 청구에 포함된 모든 의미들과 관련하여 피고의 책임이 모두 입증되었다는 의미인가? 그렇다면, 판사나 항소법원이 소송제기가 가능하다고 보지 않은 의미들에 대한 책임과 관련하여, 피고의 재심에 대한 권리가 박탈되어야 하는 이유는 무엇인가? 아니면 손해배상은 M8, M9, M10, M12, M13 및 M4에만 관련해서만 또한 M4와 관련해서만 평가되어야 한다는 점이 항소법원의 명령이 의미하는 것인가? 그렇다면, 원고에게 불공평했다는 재판의 과정에서 소송제기가 가능하지 않다고 판정된 다른 의미들에 대한 책임과 관련하여, 원고의 재심에 대한 권리가 박탈되어야 하는 이유는 무엇인가? 어느 변호사도 우리의 질문에 대해 확신을 가지고 답변할 수 있는 것으로 보이지 않지만, 이들은 항소법원의 명령이 아마도 후자를 의미한다는 의견을 가진 것으로 보였다.

G. 불공평한 재판 : 원칙

37. 항소법원의 판결에서는 “편견”을 명시적으로 언급하지는 않았다. 항소법원은 단락 114에서 아래에 같이 판단하였다.

“우리는 편파적인 것은 아니지만 청구인에게 반감을 드러낸 판사에 대해서는 유감스러운 인상을 계속 지니고 있다.”

위 판단은 판사가 청구인에게 명백한 편견을 보였다는 사실을 암시하는 것에 가깝다. 그러나 법원의 명백한 초점은 그 재판이 불공평했는지 여부였다.

38. M & P Enterprises (London) Ltd v Norfolk Square (Northern Section) Ltd [2018] EWHC 2665 (Ch) 사건에서, 궁극적으로 패소한 항소인(기업)은 재판이 불공평했으며 판사가 자신에게 편견을 보였다는 사실을 주장하였다. 판결문의 단락 31에서, 판사 Hildyard는 기존에 Bubbles & Wine Ltd v Lusha [2018] EWCA Civ 468 사건 단락 17에서 판사 Leggatt가 제시한 편견에 대한 정의를 인용하였다.

“편견은 사건의 법적 혹은 사실적 쟁점과 무관한 이유로 일방 당사자나 일방의 사건에 대한 적대감을 의미한다.”

단락 32~42에서 판사 Hildyard는 법원에 제기된 2가지 주장들 간의 상호작용을 분석하였다. 그는 그 주장들은 서로 중복되지만 구별된다고 판단하였다. 그는, 재판의 공정성을 위해 객관적인 사법적 평가가 요구되는 반면, 이 2가지 주장들의 경우 공평한 마음을 가지고 사실을 알고 있는 관찰자의 입장에서 판단되는 편견의 의견에 대한 다른 관점의 평가가 요구된다고 판단하였다. 1심법원 판사의 의심스러운 재판 진행에 대해 판사 Hildyard가 오래 계속해서 수행한 분석을 보면, 그는 1심법원 판사의 진행이 재판을 불공평하게 만들었는지 아니면 관찰자 입장에서 편견의 의견을 발생시키는지 여부를 매순간마다 신중하게 의도적으로 질문하였다(그리고 마지막으로 재판장에서 이 점을 고려하였다).

39. 나는, 이 사건의 항소법원이 재판이 불공평했다는 것이 청구인의 주장이라고 판단한 것이 적합했다는 사실을 의심하지 않는다. 우리는 편견의 의미를 판단할 것을 요청받지 않았으므로, 판사 Leggatt가 제시하고 판사 Hildyard가 인용한 편견에

대한 매우 좁은 정의가 적합하다고 결정하기보다 단지 그와 같이 가정하는 것이 현명할 것이다. 이러한 가정 하에, 관찰자가 편견의 의견을 나타낸다고 볼지는 전혀 명확하지 않다. 4일 반에 걸쳐 제시된 모든 서면 증거를 세밀하게 살펴본 결과, 1심 법원 판사가 청구인에게 적대감을 드러낸 한에서 청구는 절망적이며 청구에 대한 재판은 불미스러운 사법 자원의 낭비라는 즉각적인 결론에 이르렀다는 사실을 강력하게 나타낸다.

40. 재판의 불공평성의 질문에 관한 주요 법적근거는 Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55 사건에서 판사 Denning이 항소법원을 대표하여 내린 판결이다. 그 사건에서는 특이하게도 양측은 판사가 개입한 정도로 인해 소송을 제대로 제기하지 못했다고 이의를 제기하였다. 법원은 이들이 제기한 이의를 인정하였다. 판결문 65페이지에서는, “증인이 반대 심문을 받을 경우 법원의 개입은 최소한에 그쳐야 한다.”는 점을 강조하였다. 왜냐하면 “반대 심문의 핵심은 끊기지 않고 연속되는 질문과 답변에 있기 때문”이며 반대 신문인이 “사전에 준비한 일련의 질문을 하지 못하게 되면 심각한 불이익을 받기” 때문이다.
41. London Borough of Southwark v Kofi-Adu [2006] EWCA Civ 281 사건에서, 항소법원의 판결을 내린 판사 Jonathan Parker는 단락 145 및 146에서 다음과 같이 판단하였다: 1심법원 판사들이 최근 과거 Jones 사건이 결정된 때보다 훨씬 더 적극적이고 보다 많이 개입하는 경향이 있으며 판사 Denning의 판단은 그러한 맥락에서 이해되어야 하지만, 최종 증거기간이 아닌 구두 증거기간 동안 판사들의 개입으로 판사들이 재판장으로 내려갈 위험이 계속해서 초래되는데, 이 경우 공정한 관찰자의 입장에서 본 편견의 의견을 발생시킨 여부가 아닌 판사의 개입이 재판을 불공평하게 만들었는지 여부가 평가되는 것이다.
42. Michel v The Queen [2009] UKPC 41, [2010] 1 WLR 879 사건에서, 형사상 유죄판결이 뒤집혔는데, 그 이유는 Jersey 지역의 관계국장이 수차례 개입하여, 국장 본인이 증인들을 반대 심문하였으며 그 사건의 타당성에 대한 깊은 불신을 명확하게 만들었기 때문이었다. 판사 Brown은 추밀원 판결을 내리며 단락 31에서 아래와 같이 판단하였다.

“변론주의에서 판사는 증거제시기간 동안 싸움에서 거리를 두고 중립을 지켜야 한다는 핵심 원칙은, 형사 재판에서와 마찬가지로 민사 재판의 경우에도 적용된다.”

43. 위 단락 38에서 인용된 M & P Enterprises (London) Ltd 사건의 판결문 단락 223에서 판사 Hildyard는, 마지막에 인용된 모든 3개 사건에서 증거기간 중 개입과 최종제출기간 중 개입 간의 명시적, 묵시적 차이점을 강조하였다. 그는 단락 225에서, 최종제출단계로 들어가면 재판은 사실상 판결단계에 들어간 것이라고 보았다.
44. In re G (Child) [2015] EWCA Civ 834 사건에서, 재판진행이 불공평했다는 어머니의 주장에 대응하는 아버지의 변호사는, 균형이 잡혀 있고 어떠한 방식으로도 그 사건을 대부분 인정하지 않았다고 본 판사의 예비적 판결에 의존하고자 하였다. 이 사건에서도 마찬가지로 피고는 판사의 훌륭한 예비적 판결을 칭찬한다. 그 판결문은 어떤 관점에서든 주목할 만한 문서이다. 판사는 이를 재판 종료 후 단지 16일 만에 당사자들에게 배포하였다. 이 판결문은 70페이지 걸쳐 총 355개 단락에 이르며 난해하게 구성되어 있지만 훌륭하게 작성되었다. 여기서는 이미 명백하듯이, 피고의 공익 항변에 대한 판사의 인정으로 인해 관련 청구가 궁극적으로 모두 기각될 수 있음에도 불구하고 판사는 어떠한 방식으로도 피고의 모든 주장을 인정하지 않았다. 다른 것은 읽지 않고 이 판결문만을 읽은 후 많은 사람들은 “어떻게 그 재판이 불공평할 수 있을까?”라고 질문할 것이다. 실제로 변호사 Page는 청구인을 대리하여, 그 재판은 외견만으로도 공정한지 여부를 묻는다. 특히 그녀는 *명예훼손법* 제4조 (1)(b)에 의거하여 해당 기사의 공개가 공익에 관한 것이라고 피고가 합리적으로 믿었다는 판사의 결론을 뒷받침하는 법리가 부족하다는 점을 비판한다. 그러나 이 부분은 판사의 판결과 관련이 없으며 판결문에 나타난 표면적인 우수성에 의해 영향을 받지 않는다. 왜냐하면 G 사건에서 판사 Black은 단락 55에서 아래와 같이 언급하였다.

“판결문이 주의 깊고 신중하게 작성되었다고 하여, 증거 제기에 악영향을 끼칠 정도로 판사가 개입한 재판이 보완될 수는 없다.”

45. G 사건에서 판사 Black은 단락 53에서 아래와 같이 판단하였다.

“법원이 심리하지 않은 사람은 의심할 여지없이 중요하게 해당 절차의 평가에 기여하도록 많은 것을 수행한 바로 그 판사이다.”

위 판단에 따라, 이 사건 쟁점의 재판에 대하여, 또는 현재와 같이 항소법원이 1심 법원의 주장에 대해 코멘트 하도록 유도한 것에 대하여 논의한다. ‘이민 및 망명에 대한 1심 재판소’에서의 재판과 같이 기록되지 않아 기록물의 대상이 될 수 없는 재판의 경우, 판사가 서면으로 코멘트를 하고 아마도 재판에 자신의 자필 서면을 작성하도록 유도하는 것은 적절할 수 있다(Sarabjeet Singh v Secretary of State for the Home Department [2016] EWCA Civ 492, [2016] 4 WLR 183 사건의 단락 53 참조). 그러나 이 사건에서와 같이 해당 절차의 관련 부분에 대한 모든 기록이 존재하는 경우, 판사가 코멘트 하도록 유도하는 것은 적절하지 않다. 한편으로, 내가 개인적 경험을 통해 알듯이, 1심법원 판사가 다가올 항소심에서 자신에 대한 비판이 근거가 없다고 인식하는 부분은 노출되지 않을 것이라고 생각하면 그 판사는 깊은 불안감을 느낄 수 있다. 다른 한편으로, 판사의 행동에 대한 훈계적인 질문과 달리, 항소심의 초점은 판사에게 있지 않고, 그 대신에 보통법 및 유럽연합협정 제6조에 따라 항소인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었는지 여부에 있다. 대부분 항소심은 어떤 방식으로든 1심법원 판사에 대한 비판을 포함하며 의심할 여지없이 대부분의 판사들은 이에 대응할 기회를 갖고자 할 것이다. 경계를 어디에서 구분할 것인가, 그리고 항소인이 판사의 대응에 이의를 제기하면 항소심의 결정이 더 큰 문제가 될 것인가? 이와 관련하여 G 사건에서 판사 Black의 판단은 어려운 문제를 제기한다. 여기서 언급해야 하는 점은, 기록이 존재한다면 1심법원 판사에게 코멘트 하도록 유도하는 것은 현재 항소법원의 관행은 아니지만, 판사가 코멘트 할 수 없는 경우에는 증거를 엄격하게 분석해야 한다는 것이다. 현재 사건에서, 1심 재판이 불공평했다는 주장에 대한 세부적인, 적극적인 답변을 우리에게 제공할 수 있는 사람은 1심 재판에서 피고의 변호사였으므로 재판의 진행과정을 상세히 알고 있는 Metzger라는 사실에서 우리는 확신을 가져야 한다.

46. 변호사 없이 재판을 수행한 소송인의 경우 불공평한지 여부에 대한 법적 근거가 우

리에게 인용되지는 않았다. 변호사 없는 소송인의 출석은 법원이 취급하기 어려운 문제이다. 판사가 판결의 초기 단계에서 여러 가지 이유로 재판 수행이 어려웠다고 말한 경우, 그 첫 번째 이유는 청구인이 변호사 없이 출석했다는 점이었다. 선임 변호사에 의한 피고의 출석은 한편으로 판사에게 도움이 되었을 것이지만 다른 한편으로 판사의 업무를 더욱 어렵게 만들 수 있었다. 왜냐하면 Metzger의 출석으로 인해 법정 자원의 불균형이 더욱 심해졌다. 모든 판사는 한편으로 자신의 사건을 적절하게 설명하기 위해 필요한 만큼 변호사 없는 소송인을 지원하는 것과, 다른 한편으로 그의 변호사가 되는 것 사이에 경계를 구분할 때 어려움을 경험할 것이다. 영국과 웨일스에서 판사에 대한 교육 제공을 담당하는 사법연수원은 '평등대우 법원책자(Equal Treatment Bench Book)'을 발행하였다. 2018년 2월 발행되어 2019년 3월에 개정된 책자 제1장에서, 사법연수원은 판사에게 아래와 같이 조언한다.

“8. 변호사 없는 소송인들은 스트레스를 받고 걱정할 수 있다. 즉 그들은 사실상 이질적인 언어가 사용되는 낮은 환경에서 활동하고 있다. 그들은 알지 못하는 법률 및 절차의 개념을 이해하려고 노력하고 있다. 그들은 특히 변호사의 조력을 받는 당사자를 상대로 출석한 경우 두려움, 무지, 좌절감, 분노, 당혹감, 불이익을 경험할 수 있다.

...

59. 판사는 정의의 촉진자이며 숙련된 법률 자문인과 경험 있는 변호사를 고용한 당사자에게 적합하지 않은 방식으로 변호사 없는 소송인을 직접 지원할 필요가 있다. 여기에는 다음의 활동이 포함될 수 있습니다.

...

• 자격을 갖춘 변호사에 대해 이루어지는 것과 같은 방식으로, 방해하거나, 대화에 참여하거나, 예비적 견해를 나타내거나, 주장을 가로막지 않아야 한다.”

훈련과 경험은 일반적으로 전문 변호사가 일정한 법원의 압력을 견디어 내며 굴하지 않고 합당한 범위에서 자신의 소송을 계속해서 제기할 수 있도록 준비시키는 역할을 한다. 판사는 변호사 없는 소송인이 그러한 준비가 되지 있지 않을 수 있다는 점과, 재판이 공정하다면 판사는 이에 따라 그 소송인의 행동을 조절해야한다는 점을 잊지 않아야 한다.

H. 불공평한 재판 : 사실관계

47. 판사의 판결문에 재판 수행을 위해 요구되는 분석내용을 포함시키면 균형이 맞지 않을 수 있다. 그러한 분석내용은 본 판결문에 첨부된 부록에서 언급하는 것이 더 적합하다. 우리 대법원은, 항소법원과 달리, 거의 모든 구두증거가 제시된 4일 반 동안 진행된 재판에 대한 완전한 기록물을 제공받았다. 나는 모든 기록을 살펴보았으며 청구인을 대표하여 제출된 부록에서 약간의 도움을 받아, 기록물 중 25개의 발췌부분을 본 판결문의 부록에 첨부하기로 하였다.
48. 관련 부록을 적합하게 취급할 수 있도록 25개 발췌부분을 모두 합칠 필요가 있었다. 그러나 해당 페이지들은 해당 판사에 대한 비판이 불가능한 정도로 매우 많은 양의 증거자료로 서로 분리되어 있다는 사실을 기억하는 것이 중요하다. 발췌부분 중 줄임표는 재판에 대한 청구인의 이의제기나 피고의 이에 대한 답변에 덧붙일게 없는 내용을 모두 삭제했다는 사실을 나타낸다. 일부 발췌부분은 단독으로 읽으면 상당한 비판을 받을 만한 내용이 없을 수도 있다. 관련 기록물은 우리가 읽을 수 있게 하지만 듣거나 볼 수는 없게 한다는 점을 우리는 잊지 않아야 한다. 그러나 오랜 재판 동안 여러 다른 부분에서 중심을 잃고, 자주 화를 내고, 때로 무례한 언어를 사용하여, 담당판사가 퍼부은 청구인 사건 및 변호사 없이 출석한 청구인에 적대감의 공세를 고려해보면, 담당판사는 적합한 청구제기를 허용하지 않았고 이에 따라 청구내용을 공정하게 평가할 수 없었으며, 간단히 말해 당해 재판이 불공평했다 등의 항소법원의 결론을 우리는 매우 유감스럽게도 인정해야만 한다. 변호사 없이 청구인이 출석한 사실을 감안하는 대신에, 담당판사는 청구인에게 변호사가 선임되었다면 분명히 결코 발생하지 않았을 방식으로 청구인을 반복적으로 공격하고 위협하였다. 그 맥락에서 볼 때 담당판사의 개입이 “완전히 정당화될 수 있다”는 점을 피고가 우리에게 제시하는 것은 말도 안 되는 것이었다.
49. 해당 재판이 불공평했다는 결론으로부터 어떠한 명령이 내려져야 하는가? 논리적으로는 완전한 재심의 명령이 내려져야 한다. 위 단락 40에서 인용한 Jones 사건에서 판사 Denning이 67페이지에서 언급했듯이,

“판사의 판결이 있을 때까지는 어떠한 청구원인도 없어지지 않는다. 판사는

공정한 재판 없이 판단을 내릴 수는 없으며 우리도 그러한 판단을 인정할 수 없다.”

판사 Reed는 재판기간 동안, 불공평한 재판에 따라 내려진 판결은 헛물켜는 것이라고 판단하였다. 항소법원은 판결내용 중 일부에만 의존하여 이에 대한 법적 결론을 내릴 수는 없다. 그렇기 때문에 정확한 의미가 무엇이든 간에, 책임에 대한 모든 쟁점에 대하여 어떤 방식으로든 결론이 내려졌다는 항소법원의 설명되지 않은 명령을 이해하기는 매우 어렵다. 항소법원이 우선적으로 재판이 불공평한지 여부의 문제를 취급했다면, 유일하게 적합한 명령은 재심이라고 인정할 가능성이 커질 것이다. 재심 전에 당사자들은 관련 쟁점을 한정하려고 시도하는 것이 의심할 여지없이 매우 바람직하다. 현재까지 소송에서 발생한 것에 비추어 청구인은 자신의 청구범위를 좁히기로 합의하고, 그리고/혹은 피고는 자신의 항변범위를 좁히기로 합의하는 것은 가능하다. 그러나 이것은 당사자들의 문제이다. 사법제도가 양측 모두의 기대에 못 미친다는 사실을 인식하여, 우리 대법원은 매우 유감스럽게도 완전한 재심을 명령해야 한다.

50. 합의로 관련 쟁점이 축소되는 바에 따라, 새로운 판사는 여러 쟁점들 가운데 피고가 M4의 인정된 의미에 대한 상당한 진실을 입증한 여부를 결정할 것이다. 피고가 위 사실을 입증하지 못했다는 항소법원의 결론을 무시하는 것은 아니다. 항소법원의 결론은 1심법원 판사에게 주어진 증거에 근거한 것이었다. 그러나 새로운 판사는 자신에 주어진 증거를 바탕으로 결론을 내릴 것이다. 물론 항소법원이 모든 잘 알려진 장점을 가진 1심 판사가 내린 사실 판단을 배제할 뿐만 아니라 뒤집는 것은 드물다. 그러나 법원이 그렇게 하는 것은 정당화될 수 있다. 우리가 그것을 검토할 필요는 없다.

51. 또한 합의로 관련 쟁점이 축소되는 바에 따라, 새로운 판사는 여러 쟁점들 가운데 명예훼손법 제4조에 따른 피고의 항변 전체를 인정할지 여부를 결정할 것이다. 그러한 항변이 실패했다는 항소법원의 결론은, 새로운 판사가 수행할 것과 적어도 일부 다를 수 있는 사실에 대한 검토에 근거하였다. 그러나 제4조에 따른 공익 항변에 대한 항소법원의 분석에는, 피고 및 항소심에 참가한 언론변호사협회가 비판하며 심지어 청구인이 여러 부분에서 적어도 유감스럽다고 인정한 추상적인 원칙에 대한

진술이 포함되어 있다. 우리는 그러한 비판을 다루어야 하며, 그 비판이 유효한 한에서, 항소법원의 원칙에 대한 진술이 새로운 판사에게나 일반적으로 법적 근거로 존속하기 때문에 우리는 그 비판이 유효하다고 판단해야 한다.

I. 공익 항변

52. 명예훼손법은 아래와 같이 규정한다.

“4. 공익적 사안에 대한 공개

- (1) 명예훼손소송에서 피고가 다음의 사실을 증명하면 항변사유가 된다.
 - (a) 문제가 된 진술이 공익적 사안에 관한 진술이었거나 그 일부를 이룬 사실.
 - (b) 피고가 문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익적 사안이었다고 합리적으로 믿은 사실.
- (2) 아래 제3항 및 제4항에 의거하여 피고가 제1항에 언급한 사안을 증명했는지 여부를 결정할 때, 법원은 해당 사건의 모든 정황을 고려해야 한다.
- (3) 문제가 된 진술이 원고가 당사자였던 분쟁에 대한 정확하고 공평한 설명이었거나 그 일부를 이룬 경우, 법원은 그 진술의 공개가 공익적 사안이었다고 피고가 믿는 것이 합리적인지 여부를 결정할 때, 그 진술이 전달하는 비방내용의 진실을 확인하는 절차를 피고가 취하지 않은 사실을 무시해야 한다.
- (4) 피고가 문제가 된 진술이 공익적 사안이었다고 합리적으로 믿은 사실이 합리적인지 여부를 결정할 때, 법원은 적절하다고 보는 편집적 판단을 참작해야 한다.
- (5) 다시 말하면, 이 조항에 따른 항변은, 문제가 된 진술이 사실에 대한 진술인지, 의견에 대한 진술인지 여부와 관계없이 행사될 수 있다.
- (6) 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상의 항변은 폐지된다.”

53. 레이놀즈 항변의 기원은 보통법이다. 나비가 번데기를 떨어뜨리고 날개를 펴는 것처럼, 어떻게 보통법에서 하나의 원칙이 단계적으로 다른 원칙에서 생겨나는지를 살펴보려면, 우선 다음 사건의 결정을 검토하는 것이 적합하다: 첫째, Reynolds v Times Newspapers Ltd [2001], 2 AC 127 사건, 둘째, Jameel (Mohammed)

v Wall Street Journal Sprl [2006] UKHL 44, [2007] 1 AC 359 사건, 마지막으로 Flood v Times Newspapers Ltd [2012] UKSC 11, [2012] 2 AC 273 사건.

54. 레이놀즈 사건에서, 원고가 티삭(Taoiseach: 아일랜드공화국 수상)이었을 때 의도적으로 아일랜드 의회를 오도했었다는 의미가 포함된 기사를 피고가 발표하였다. 재판에서 배심원은 그러한 진술이 실질적으로 사실은 아니지만 원고에 대해 명목상 손해배상액을 인정하였다. 당시 대법원 항소위원회는 항소법원의 원고 청구에 대한 재심 명령에 대해서는 이의를 제기하지 않았다. 그 사건의 쟁점은 재심에서 피고가 제한적 면책특권의 항변을 주장할 수 있는지 여부였다. 위원회는 과반수로 피고가 그러한 항변을 주장할 수 없다고 결정하였지만, 그러한 결정 과정에서 위원회는 문제가 된 진술의 정황에서 피고가 제시한 항변의 성격을 고려하였다. 판사 Nicholls가 주도적 발언을 하였으며 판사 Cooke 및 판사 Hobhouse가 이에 동의하였다. 판사 Nicholls는 ① 관련 진술을 하는 사람이 진술의 의무가 있으며 그 진술을 수취하는 사람이 진술을 수취하는데 관심이 있는 경우에는 위 특권이 존재한다고 보았다는 점을 지적하였고(194쪽), ② 의무-이익의 기준을 알 권리의 기준으로 기술하는 것이 바람직하다고 점을 제시하였고(197쪽), ③ 공익적 사안에 대한 명예훼손적 사실의 공개에서 악의를 증명함으로써 원고가 피고의 제한적 특권 주장에 대항할 수 있다는 점은 원고에게 불충분한 보호방법이라고 판단하였고(201쪽), ④ 보통법(common law)의 해결방법은 일반 대중에 대한 공개의 가치 때문에 특정 공개에 제한적 특권이 부여된 여부를 결정할 때 모든 정황을 고려하는 것이었고 여기서 요구되는 기준은 “책임감 있는 언론인”이라는 결론을 내렸고(202쪽), ⑤ 공개 전에 원고에게 코멘트 할 기회를 제공했는지 여부를 고려하는 7번째 요소 등을 포함하여(판사 Nicholls는 반드시 이 요소가 필요한 것은 아니라는 점을 확인함) 고려대상 10가지 요소들을 확인하였고, ⑥ 이 10가지 요소들 목록이 전부를 포괄하는 것은 아니며 관련 요소에 부여될 중요도는 사안에 따라 다르다는 점을 언급하였고, ⑦ “언론인은 사후에 밝은 빛의 혜택을 받지 않고 행동한다.”는 사실을 기억할 필요가 있음을 강조하였다(205쪽).

55. 나는 Bonnick v Morris [2002] UKPC 31, [2003] 1 AC 300 사건을 참조로 추가한다. 왜냐하면 그 3년 전 사건을 결정하는데 주요한 역할을 하여, 판사 Nicholls는

기존 Jamaica 사건 항소심에서의 추밀원(Privy Council)의 조언을 언급하며 그 결정에 대한 유용한 요약정보를 제공했기 때문이다. 재판부를 대표하여 판사 Nicholls는 아래와 같이 언급하였다.

“23. 간단히 말하면 레이놀즈 특권은 대중적 관심사를 보도할 때 책임감 있는 언론에 대해 적절한 수준의 보호를 제공하는 것과 관련된다. 책임감 있는 언론은 대중적 관심사에 대한 표현의 자유와 개인의 평판 간에 공정한 균형이 유지되는 지점이다. 이 기준을 유지하는 것은 공공의 이익 및 명예가 관련된 개인들의 이익이 관련된 것이다. 이 기준은 언론인이 레이놀즈 특권에 대한 대가로 지불하는 금액으로 볼 수 있다. 언론인이 레이놀즈 특권의 혜택을 향유하려면 적합한 전문적인 능력과 주의를 기울여야 한다.”

56. 위 단락 53에 인용된 Jameel 사건에서, 원고(Jameel 및 그의 회사)가 보유한 은행 계좌는, 고의적이든 아니든 테러리스트에 대한 자금조달을 위해 사용될 경우에 대비해 사우디 중앙은행이 감시하는 은행계좌 중 하나라고 (근거 없이) 주장하는 기사를 피고가 공개하였다. 공개 전에 피고는 Jameel에게 위 주장에 대해 코멘트 할 적절한 기회를 제공하지 않았다. 당시 대법원 항소위원회는, 피고가 Reynolds 항변을 주장할 수 없다는 1심 판사의 결정을 인정한 항소법원의 결정을 뒤집었다. 판사 Hoffmann은 매우 중요한 판결을 내렸으며 판사 Scott와 판사 Baroness Hale이 이에 동의하였다. 판사 Hoffmann은 “레이놀즈 특권”을 참조한 점은 역사적 측면에서 정확한 것이나 오해의 소지가 있을 수 있으며 보다 적절한 기술은 “레이놀즈 공익 항변”이라는 점(단락 43과 46), 피고 행위의 적합성은 관련 기사의 특권 관련 조건에 포함되어 있기 때문에 악의의 개념을 고려할 필요가 없다는 점(단락 46), 레이놀즈 사건의 결정에 따라 “의무”와 “이익”은 공익의 공개와 관련하여 법적으로 존재한다고 간주되기 때문에 “의무”와 “이익”의 존재에 대해 판단하는 것은 유용하지 않다는 점(단락 50), 판사 Nicholls가 확인한 10가지 요소들은 해당 공개물이 전부 통과해야 하는 10가지 기준이 아니라는 점(단락 56, 판사 Bingham이 단락 33에서 언급한 것을 반영), 그 항변의 구성요건은 관련 기사의 공익성과 당시 언론인의 행위이며, 진술이 사실이 아니더라도 일반적으로 언론인이 정직하고 합리적으로 그 진술이 사실이라고 믿었다는 점을 피고가 입증해야 한다는 점(단락 62), 해당 정황

에서 Jameel에게 공개 전에 코멘트 할 적절한 기회를 제공하지 않았다고 하더라고 그 항변은 성립된다는 점(단락 84 및 85) 등을 지적하였다.

57. 2011년 3월 15일에 정부는 명예훼손법 개정안을 공개 협의를 위해 제출하였다. 그 서문에서 대법관은 기존 법률이 적합한 균형을 이루지 못하며 언론의 자유를 위축하는 영향을 미친다는 우려가 최근 증대하고 있다는 점을 언급하였다. 이 개정안은 법률안 및 협의를 위한 문서의 형태를 취하였다. 법안 제2조의 제목은 “공익적 사안에 대한 책임 있는 공개”였다. 하위조항 제1항은 다음과 같았다.

“명예훼손소송에서 피고는 다음과 같은 사실을 입증하는 항변을 할 수 있다.

(a) 문제가 된 진술이 공익적 사안에 대한 진술이거나 그러한 진술의 일부를 구성한다.

(b) 피고는 문제가 된 진술을 공개할 때 책임감 있게 행동하였다.”

하위조항 제2항은 피고가 진술 공개 시 책임감 있게 행동했는지 여부를 결정할 때 법원이 고려할 수 있는 여러 사안들 중 8가지를 열거하였다. 사실 열거된 8가지 사안들은 협의 문서의 용어에 따라 레이놀즈 사건에서 판사 Nicholls가 지적한 10가지 요소들에 광범위하게 근거한 것이었다. 그 문서를 통해 정부는, 레이놀즈 항변이 난해하다는 점과 레이놀즈 항변을 주류 언론의 범위 밖에 적용하는 점에 대한 우려가 표명되었다는 점, 모든 측면을 감안하면 그러한 우려를 해소하기 위해 제정법상 항변이 있어야 한다는 점, 하위조항 제2항을 작성한 취지는 열거된 사안들이 “피고가 극복해야 하는 체크리스트 내지 일련의 난관으로 해석되지 않아야 한다.”는 점을 명확히 하는 것이었다는 점 등을 설명하였다.

58. 2012년 5월 10일 명예훼손법안이 하원에 제출되었다. 공익 항변과 관련하여 2011년 협의를 위해 제출된 초안에 약간의 변경이 있었다. 현재 하위조항 제2항에 열거된 사안들은 8가지가 아닌 9가지이며 사용된 용어도 변경되었다. 현재 “레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변은 폐지된다.”는 하위조항 제6항이 추가되었다. 법안에 수반되는 설명문에는 다음의 내용이 포함되었다.

“29. 제4조는 공익적 사안에 대한 책임감 있는 공개에 대한 명예훼손소송에서 새로운 항변조항을 신설한다. 이 조항은 Reynolds v Times Newspapers

사건에서 확립된 기존 보통법상 항변에 근거한 것이며 그 사건과 후속 판례에서 확립된 원칙을 반영하기 위한 것이다.

...

37. 하위조항 제6항은 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변을 폐지한다. 그 이유는 제정법상 항변이 실질적으로 보통법상 항변을 법전화하기 때문이다. 보통법상 항변이 폐지된 결과 법원은 제정법에 사용된 용어를 적용해야 한다는 것을 의미하지만, 현재 판례법은 새로운 제정법상 항변을 어떻게 적용해야 하는지를 해석하는 데 유용한(구속력은 없지만) 가이드가 될 것이다.”

59. 법안이 입법단계를 거치면서 양원에서 제4항에 대한 우려가 표명되었다. 여기서의 우려 중 하나는, 이 법안이 하원에 제출되기 2개월 전에 우리 대법원이 2012년 3월 21일에 판결한 Flood 사건의 결정에 미치는 영향이 고려되지 않은 점이다.
60. 위 단락 53에 인용된 Flood 사건에서 피고는, 원고(경찰관)가 부정하게 뇌물을 받았다고 의심할 만한 합리적 근거가 있다는 취지의 기사를 공개하였다. 그 주장은 거짓이었다. 그럼에도 불구하고 법원은 피고의 공익에 대한 항변은 유효하다고 결정하였다. 법원장인 판사 Phillips는, 이 사건에서 항변을 분석하기 위해서는 공익과 검증이라는 2가지 질문을 특별히 참조해야 하고(단락 26), 그러한 항변을 특권이라고 기술하는 것은 오해를 일으킬 여지가 있고(단락 27), 판사 Hoffmann이 Jameel 사건의 단락 62에서 언급한 내용을 바탕으로, 공개인의 주장이 사실이라는 점을 충족시키기 위해 합리적 조치를 취한 경우에만 통상적으로 그러한 항변이 발생하였고(단락 78), 검증은 언론인은 자신의 주장이 진실임을 믿었다는 점과 함께 그러한 믿음이 합리적이어야 한다는 점에서 주관적 요소와 객관적 요소를 모두 포함한다는 점(단락 79) 등을 언급하였다. 판사 Brown은 그러한 항변을 다음과 같이 단 하나의 질문으로 요약하였다: “공개자가 알고 있는(혹은 알고 있지 않은) 것이 무엇이든간에, 진실이 아닌 명예훼손적 진술의 공개를 최대한 방어하기 위해 취한(혹은 취하지 않은) 조치가 무엇이든간에, 명예훼손적 사실을 공개한 자가 문제가 된 진술이 공익적 사안이라고 적합하게 판단할 수 있는가?” 판사 Mance는 판사 Nicholls가 레이놀즈 사건 제205쪽에서 언급한 바에 따라, 공개 전에 검증의 방법으로 취해야 하는 조치뿐 아니라 무엇을 공개하는 것이 공익적 사안과 관련된 것인지

가에 대한 편집 판단을 합리적인 범위 내에서 고려하는 것의 중요성을 강조하였으며(단락 137), 판사 Mance는 공익 항변은 유럽인권재판소에서 정한 원칙의 영향을 받아 발전된 것이라고 설명하였다(단락 138).

61. 2012년 12월 19일 상원 상임위원회는 정부가 제시한 명예훼손법안에 대한 3가지 실제 수정안을 검토하였다. 비록 그 수정안이 Jameel 사건의 결정보다는 중요하지 않은 개선사항을 제시한 것으로 볼 수 있으나, Flood 사건의 최근 판결은 명백하게 정부의 판단에 영향을 미쳤다. 위원회에서 법무부장관 McNally는 수정안을 제출하였다. 그는 제4조가 전해들은 대로 법안의 핵심이라고 말하며 발언을 시작하였다.
62. 첫 번째 제출된 수정안은 위 단락 57에서 언급한 하위조항 (1)(b)에 대한 것이었다. 피고는 “문제가 된 진술을 공개할 때 책임감 있게 행동했어야 한다.”는 점을 입증하는 대신에, 여기서 제출된 형태의 단어를 빌리면, 피고는 “문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익과 관련된 것이라고 합리적으로 믿었어야 한다.”는 점이다. McNally는 이와 같이 제출된 변경을 다음과 같이 흥미로운 용어로 설명하였다(Hansard, (HL Debates) 2012년 12월 19일, col GC 534):

“공개물이 ‘책임감 있는 것인지’ 여부에 대한 판단은 주관적 요소와 객관적 요소를 모두 포함하였다. 또한 ‘합리적 믿음’도 마찬가지로 이 2개 요소를 모두 포함하지만, 우리는 그러한 판단은, 피고의 믿음이 피고가 갖기에 합리적인 것인지에 대한 객관적 요소를 유지하는 한편, 이 기준에 따른 주관적 요소(판사가 몇 주일이나 몇 달 이후에 무엇을 믿는지보다 피고가 당시에 믿었던 것)를 보다 명확하게 제시한다고 본다.”

63. 두 번째 제출된 수정안은 법안의 하위조항 제2항을 삭제하는 것인데, 여기서는 법원이 하위조항 (1)(b)에서 확인된 사안을 결정할 때 고려할 수 있는 9가지 사안들을 열거하였다. McNally는 제출된 변경사항도 다음과 같이 흥미로운 용어로 설명하였다(col GC 534).

“우리는 법원이 Reynolds 고려요소들에 기초하여 고려요소들 목록을 체크리스트로 적용할 것이라고 생각하지는 않지만, 법원이 궁극적으로 고려요소들

이 적절한 것인지 판단할 경우 그러한 목록이 사용되면 실무적으로 소송인과 변호사가 위험을 회피하려는 방법을 채택하여 열거된 모든 요소들에 대한 세 부증거를 수집하는 결과를 초래할 수 있다는 강력히 표명된 우려가 제기되었으며, 모든 것을 감안할 때 우리는 제정법상 목록보다 큰 유연성을 제공하는 것이 바람직하다고 본다.”

64. 세 번째 제출된 수정안은 “문제가 된 진술을 공개하는 것이 공익과 관련된 것이라고 피고가 믿는 것이 합리적인지 여부를 결정할 때 법원은 적절한 경우 편집 판단을 고려해야 한다.”는 하위조항을 추가하는 것이었다. McNally는 Flood 사건의 판결 (col GC 535/6)을 언급하였으며 당연히 특히 판사 Mance의 판단 중 단락 137을 염두에 두었다.
65. 상임위원회는 제출된 3가지 수정안을 모두 수락하였고 각 수정안은 결국 법률로 통과되었다. 나중에, 법률이 제정되기 전에 정부가 추가 수정안을 제출하였다. 이 수정안에서는 피고가 하위조항 제1항에 명시된 사항을 입증했는지 여부를 결정할 때 법원은 사건의 모든 정황을 고려해야 한다는 취지의 하위조항을 제4조에 추가하였다. 2013년 2월 5일, 상원에 대한 보고단계에서, McNally(col 198)는 그 수정안을 제출하였다. 그는 하위조항 (1)(b)의 질문과 잠재적으로 관련된 9가지 사안들의 목록을 삭제한 이후에 법원은 잠재적으로 관련된 사안들에 대한 새로운 체크리스트를 고안할 것이라고 우려하였다. 그는 제출된 하위조항이 엄밀하게 필요하지는 않지만 “새로운 항변이 정황에 비추어 가능한 한 유연한 방식으로 적용되어야 한다는 의회의 희망을 명백하게 한다는 신호를 법원과 실무자들에게 보낼 것”이라는 점을 제시하였다. 그는 마지막으로 추가 수정안이 합의된다면 법안의 최종 버전은 특히 Flood 사건에서 판사 Brown이 언급한 질문을 반영할 것이라고 생각한다고 결론을 내렸다.
66. 2013년 4월 25일 법안은 여왕의 재가를 받았다. 법률에 수반된 설명문은 당연히 기존 법안에 수반된 설명문에서 변경되었다. 이에 따라 단락 29에서 후기 설명문의 앞 2개 문장은 위 단락 58에서 언급한 초기 설명문의 그것과 동일한 반면, 하위조항 1의 새로운 규정을 정하고 그 취지가 최근 Flood 사건에서 정한 보통법, 특히 하위

조항 (1)(b)에 모두 포함된 요건 중 주관적, 객관적 요소들을 반영하는 점을 설명하기 위해 그 단락의 나머지 부분이 현재 변경되었다. 그러나 위 단락 58에서도 언급한 법안 설명문의 단락 37은 법률의 설명문 단락 35에서도 원안대로 반영되었다. 이에 따라 레이놀즈 항변으로 알려진 보통법상 항변의 하위조항 제6항을 폐지한 이유가 “제정법상 항변은 실질적으로 보통법상 항변을 법문화하려는 취지이다.”라는 점을 계속해서 언급하였다. 유감스럽게도 이 문장은 변경되지 않았다. “법문화 한다”라는 말은 강력한 단어이다. 결국에 제정된 위 조항이 레이놀즈 사건에서 정한 것뿐만 아니라 Jameel 및 Flood 사건에서 정한 것까지도 법률로 “법문화”한 것이라고는 누구도 말할 수 없다.

67. 제4조가 제정된 이후, 그 해석에 관한 1차적 권한은 우리가 알고 있는 대로, [2016] EWHC 1853 (QB), [2017] EMLR 사건의 1심에서 판사 Warby가 결정하고, [2018] EWCA Civ 2591, [2019] EMLR 7 사건의 2심에서 항소법원(판결문은 판사 Sharp가 작성하고 판사 Lewison과 Ryder가 이에 동의함)이 결정한 Economou v De Freitas 사건이었다. 그 사건에서 원고는 피고의 딸과 관계를 맺었다. 관계가 깨어진 후 딸은 원고를 강간죄로 고소하였다. 원고는 체포되었지만 기소되지 않았다. 원고는, 그녀가 법률적 정의를 왜곡하려는 의도로 자신을 강간혐의로 허위 고소했다는 점을 이유로 그녀를 상대로 민사소송을 제기하였고 이후 검찰이 기소를 진행하였다. 그녀에 대한 재판이 진행되기 며칠 전 그녀는 자살하였다. 피고는 언론과 BBC가 공개한 서면과 인터뷰에서 진술을 하였다. 진술의 내용을 요약하면, 원고가 딸을 강간했다고 의심할 만한 합리적인 근거가 있었으며 이에 원고가 그녀를 고소한 근거가 허위라는 취지의 내용이 포함되었다. 위 2개 법원에서 주요 쟁점은 *명예훼손법* 제4조에 따른 피고의 항변이 인정되는지 여부였다. 판사 Warby는 이를 인정하여 원고의 청구를 기각하였고 항소법원은 원고의 항소를 기각하였다. 제4조 (1)(b)에 따라 진술의 공개가 공익과 관련된다는 피고인의 믿음은 합리적이어야 하며, 위 2개 법원에서 주요하게 논의된 내용은 전문 언론인이 아닌 공개사실의 고소인(주요한 고소인)이었던 피고에 대해 위 요건의 효력을 적용하는 것이었다. 판사 Warby는 다음과 같이 진술하며 논의를 시작하였다.

“241. 나는, 사건의 모든 상황에서 특정 피고에 대해 기대하는 것이 합리적

인 경우 관련 질문과 확인을 수행한 후에 믿음에 도달한 경우에만, 제4조의 목적으로 믿음이 합리적이라고 생각한다.”

단락 101에서 판사 Sharp는 승인을 받아 위 판사의 의견을 인용하였다. 그러나 우리 대법원 앞에서 피고는 그 의견이 제4조와 양립할 수 없다고 비판하고 있다. 나는 그 비판에 대한 근거를 확인할 수 없다. “합리적”이라는 단어의 의미를 추상적으로 확장하는 것은 거의 불가능하지만, 어느 정도는 그 판사의 의견이 확실히 도움이 된다.

68. Economou 사건에서 판사 Sharp 판결 중 2개의 문단이 특히 중요한 부분이었다. 첫 번째 문단은 아래와 같다.

“86. 제정법상 제4조(1)은 문제가 된 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라는 공개인의 믿음에 명백하게 집중하는 형태를 취하는 반면, 레이놀즈 항변은 공개인 행위에 대한 책임에 초점을 맞추는 형태를 취한다. 그럼에도 불구하고 ... 레이놀즈 항변의 근거와 공익 항변의 근거가 실질적으로 다르다는 점이나, 공익적 사안에 대한 표현의 자유와 개인의 명예 간에 공정한 균형을 유지하려는 레이놀즈 항변을 뒷받침한 원칙이 공익 항변 해석 시에는 관련되지 않는다는 점을 합리적으로 제시한다고 볼 수는 없다.”

위 문단의 첫 번째 문장의 대조부분이 잘못된 것이라고 말할 수는 없다. 왜냐하면 하위조항을 고려할 때 판사 Sharp는 사건에서 공개인의 믿음이 합리적이어야 하는 요건을 언급하지 않았으며, 레이놀즈 항변에 따른 공개인 행동의 책임에 대한 초점과 비교되는 것이 바로 그 요건이기 때문이다. 그러나 두 번째 문장은 주의 깊게 살펴보면 매우 정확한바, 그 항변 각각의 근거가 실제로는 실질적으로 다르지 않으며 레이놀즈 항변을 뒷받침하는 원칙은 실제로 제정법상 항변의 해석과 관련성이 있다는 것이다.

69. Economou 사건에서 판사 Sharp의 판결 중 두 번째 문단은 다음과 같다.

“110. ... 제4조에 따라 법원은 제4조(1)(b)에 따라 발생하는 모든 중요한 질문을 결정할 때 사건의 모든 정황을 고려해야 한다. ... 제정법은 이와 관련하

여 레이놀즈 요소들을 언급할 수 있었지만 그렇게 하지 않았다. 그렇다고 하여, 포괄적이지 않은 체크리스트에 명시된 사안들이 공익 항변의 결과와 관련될 수 없다거나, 개별 사건의 사실관계에서 하나나 일부의 요소가 충족되지 않았다는 점이 확정적으로 피고에 불리한 것이라고 말할 수는 없다. 그러나 레이놀즈 체계에 따라서도 ... 그러한 요소들과 기타 다른 관련 요소들에 대한 중요도는 사안에 따라 다를 것이다.”

위 단락 58~65에서 의회를 통한 법안의 통과내용을 분석해보면, 판사 Sharp가 사건에서 언급한 내용을 추가할 수 있다. 왜냐하면 제출된 법안은 실제로 레이놀즈 요소들을 언급했지만 나중에는 의도적으로 이에 대한 언급을 하지 않았다. 일부 사람들에게는 단순히 사소한 것으로 간주할 수 있지만, 판사 Sharp의 판단은 유효하다. 사소한 점이 있다면 그것은 “체크리스트”라는 용어를 사용한 점이다. 나는 여기서의 체크리스트가 특히 예비적 결론을 확정해야 하는지 여부를 확인하기 위해 참조해야 하는 요소들의 목록이라고 생각한다. 심지어 정부의 입법 전 협의내용을 보더라도, 정부는 당시 법안에 열거될 것으로 제출된 사안들이 “체크리스트로 해석되지 않아야 한다.”는 우려를 표명했었다(위 단락 57 참조). 그러나 열거된 사안들을 법안에서 제외한 후 모든 정황이라는 조문으로 대체하며, 의회는 체크리스트의 근거가 된 레이놀즈 요소들이 체크리스트로 사용되지 않는다는 취지를 명백히 밝혔다. 레이놀즈 사건의 판결 당시에는 판사 Nicholls가 체크리스트로 명시한 요소들을 기술하는 것이 적합했더라도, 제정법상 항변과 관련하여 이 요소들을 고려하는 것은 명백하게 부적절하다. 그러나 판사 Sharp가 이어서 설명했듯이, 그 요소들 중 하나나 그 이상이 피고의 믿음이 하위조항 (1)(b)의 의미에서 합리적인지 여부와 관련될 수 있다는 점을 부인하는 것은 아니다.

J. 항변에 대한 항소법원의 분석

70. 제정법상 항변에 대해 항소법원에 제출된 내용보다 우리 대법원에 제출된 내용이 보다 완전하며, 그 항변을 판단함에 있어 항소법원보다 우리 대법원이 보다 많은 기회를 가진다는 사실을 바로 인정하는 것이 적합하다.

71. 판결문의 단락 36에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“Reynolds 사건에서 판사 Nicholls는 피고가 문제가 된 진술이 공익에 관련된 것인지를 합리적으로 믿는지 여부를 결정할 때 잘 알려진 체크리스트를 마련하였다.”

그러나 항소법원이 사건에서 기술한 질문은 Reynolds 사건이 제시한 질문이 아니라 제4조(1)(b)가 요구하는 질문이다.

72. 판결문의 단락 41에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“레이놀즈 사건의 ‘공익’ 항변은 제4조의 ‘공익’ 항변으로 대체되었다. 최근 Economou 사건의 항소법원 판결은 이 2개 기준이 크게 다르지 않다는 점을 확인하였다.”

그러나 항소법원이 Economou 사건에서 판단한 것은 각 기준의 근거가 실질적으로 다르지 않다는 것이다(위 단락 68 참조). 제정법상 항변의 요소들이 레이놀즈 항변의 요소들과 비교될 수 있다는 판단은 잘못된 판단이다.

73. 판결문의 단락 44에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“그 항변은 제한된 특권의 형태를 취한다.”

제정법상 항변의 기원은, 처음 제한된 특권의 개념으로부터 발생된 레이놀즈 항변이다. 그러나 제4조가 제정되기 훨씬 전 2006년에도 Jameel 사건에서 판사 Hoffmann은 그 항변을 특권의 형태로 간주하는 것은 유용하지 않다고 설명하였다(위 단락 56 참조). 실제로 Flood 사건에서 판사 Phillip도 이와 마찬가지로 언급하였다(위 단락 60 참조). 제한된 특권의 개념은 어떤 관점에서든지 제정법상 항변에 부담을 주지 않는 내용으로 채워져 있다.

74. 항소법원 판결문의 단락 47에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“명예훼손적 기사가 제4조에 따라 ‘공익’과 관련하여 공개되는지 여부를 결정할 때, 공개의 공익성은 ‘개인의 제8조 명예권이 법적 구제방법 없이 입증되

지 않은 주장의 공개로 인해 침해되는 사실'과 균형을 이루어야 한다(유럽인권재판소는 오랫동안 개인의 명예는 제8조 권리범위에 포함된다는 점을 인정하였다(예, *Einarsson v Iceland*, App no 24703/15, 단락 33 참조)). 제4조 항변은 제10조 권리를 보호하기 위해 필요한 상황에 한정할 필요가 있다.”

첫 번째 질문은, 법원이 그 사건에서 제4조(1)의 (a)와 (b)를 판단하였는지 여부를 묻는 것이다. 변호사가 합의한 답변을 보면, 법원이 (b)를 판단했다면 합리적인 믿음을 언급했을 것이므로 (a)를 반드시 판단했다는 것이다. 그러나 (a)의 요건은 해당 진술이 “공익을 위해 공개된 여부”가 아니라 “공익에 관한 사안인지 여부”인바, 제정법상 규정을 따르는 것이 중요하다고 본다. 이후 법원은 유럽협약에 따른 인권을 언급하였다. CJEU(유럽연합법원)는 앞서 판결문의 단락 34에서 언급한 것과 마찬가지로 잘못 기재한 것으로, 실제로는 ECtHR(유럽인권재판소)를 의미한다. 지금 나는, 어떻게 항소법원이 단락 57에서 반복하는 대로 관련 진술이 공익에 관한 것인지에 대한 객관적 평가가 제8조의 권리를 판단함으로써 영향을 받을 수 있는지 이해할 수는 없다. 그러나 보다 넓은 측면에서 보면, 보통법상 항변이 유럽연합협약 원칙의 영향을 받아 발전했듯이(위 단락 60 참조) 제정법상 항변도 마찬가지였다. 피고가 모두 입증해야 하는 3가지 요건(즉, 관련 진술이 공익적 사안에 관한 것이어야 한다는 점, 피고는 그 진술의 공개가 공익과 관련된 것이라고 믿어야 하는 점, 그 믿음이 합리적이어야 하는 점)은 그 조항을 적용함에 있어 제8조에 따른 원고의 권리나 제10조에 따른 피고의 권리가 침해되지 않도록 하려는 취지를 가지며 일반적으로 그와 같이 권리가 침해되지 않도록 한다고 가정할 수 있다. 법원이 제4조에 따라 결정을 하는 과정에서 유럽연합협정의 법리를 참조해야 한다는 점에 설득이 되는 한에서, 하위조항 (1)(b)의 “합리적으로”란 용어는 그 조항이 유럽연합협약의 권리에 부합하는 방식으로 효과를 갖도록 충분히 유연해야 한다고 법원이 결정할 것이다.

75. 판결문의 단락 48에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“특정 기사가 공익과 관련된 것인지 여부를 고려할 때 법원은 단순히 주제뿐만 아니라 그 맥락, 시기, 어조, 심각성 및 기타 모든 관련 요소들을 고려해야 한다. 이런 점에서 레이놀즈 사건에서 판사 Nicholl의 체크리스트는 언론인이

책임감 있게 행동했는지 여부의 문제뿐만 아니라 해당 기사에 공익성이 존재하는지의 문제와도 계속해서 관련이 있다.”

그러나 적합한 질문은 특정 기사가 “공익과 관련된 것인지 여부”가 아니라 “공익적 사안인지 여부”라고 본다. 나는 체크리스트를 언급하는 것이 위 단락 69에서 설명한 이유로 현재는 부적절하며 “책임감 있게” 행동하는 것을 언급하는 것도 이제는 피하는 것이 가장 좋다고 생각한다. 2012년 12월 19일 McNally가 상임위원회에 제시한 이유에 따라, 의회는 법안에서 “책임감 있게” 행동해야 한다는 조문을 의도적으로 삭제하고 그 대신에 제4(1)(b)조의 조문으로 대체하였다(위 단락 62 참조).

76. 판결문의 단락 66에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“진술이 진실임을 입증할 의무 없이 기사를 공개하려는 사람이 기사의 대상이 되는 사람에게 기사에 대한 본인의 입장을 설명할 기회를 제공해야 한다는 점은 공평성과 책임감 있는 언론의 기본적인 요건이다. *Gatley [Gatley on Libel and Slander, 12th ed (2013)]*는 이것을 ‘핵심’ 레이놀즈 요인이라고 부른다. ...”

진술을 공개하기 전에 원고의 코멘트를 구하지 않았다는 사실은 명백하게 항상 적어도 하위조항 (1)(b)에 따른 판단의 대상이 될 것이며, 그러한 사실은 피고가 그 항변 요소를 입증하지 못했다는 결론을 보강하거나 아마도 심지어 그에 대한 근거를 형성할 수 있다. 그러한 사실은 결코 보통법상 항변의 “요건”이 아니었으며(위 단락 53에 인용된 Jameel 사건 참조), 그렇다고 설명하는 것은 제4조의 하위조항 (1)(b)와 (2)의 내용을 임의로 해석하는 것이다.

77. 판결문의 단락 83에서, 항소법원은 다음과 같이 언급하였다.

“마지막으로 체크리스트를 통해 *Reynolds* 요소들을 순차적으로 고려하는 것이 유용하다...”

당시 항소법원이 판사 Nicholls의 10가지 요소들을 제시하고 이를 당해 사건에 적용한 것은 의회가 의도한 바가 아니다(위 단락 69 참조).

78. 위와 같은 이유로, 존경하는 동료 판사들에게 부끄러울 수도 있으나, 항소법원이 명예훼손법 제4조(1)(a)나 제4(1)(b)조의 요건이 충족되지 않았다는 결론을 내린 근거가 된 논리를 고려하지 않고, 새로운 판사가 공익 항변의 적용 가능성을 결정해야 한다는 것이 나의 판단이다.

* * *

2018. 2. 7.
독일 연방헌법재판소
BvR 442/15

#반론보도
#잡지 표지
#헤드라인
#출판자유
#숨겨진 사실주장

NJW 2018, 1596

반론보도 게재의 부당한 의무와 언론자유

기본법 제5조 제1항 2문; 라인란트팔츠 언론법 제11조 제1항 제1문

1. 신문의 표지에 내용적으로 (답이) 열려 있는 문제가 제기된다면, 그 문제제기를 위한 어떤 계기가 존재한다는 인상만으로 반론보도가 가능한 사실주장이 인정될 수는 없다. 진실 혹은 허위의 탐구로 향해져서 다양한 대답을 위해 열려 있는 질문은 어떠한 반론보도청구권도 발생시키지 않는다.

2. 일반적 인격권의 고려 하에 반론보도가 불가능한 질문 형태의 헤드라인에 대한 보호필요성이 존재한다면, 다른 언론법상의 제도, 특히 금지청구소송 그리고 경우에 따라서는 손해배상의 인정을 통해 고려될 수 있다.

연방헌법재판소 (제1재판부 제3지정부), 2018. 2. 7.자 결정-1 BvR 442/15

사실관계

헌법소원은 민사판결에 대해 대항하는 것이다. 청구인은 반론보도 게재에 관한 소송 비용 소송에서 패소판결을 받았다. 청구인은 이에 그의 언론자유를 침해했다고 주장했다.

청구인은 주간지 발행인이고, 2012년 주간지 표지에서 한 텔레비전 진행자와 관련된 문제를 “자신의 가장 친한 친구의 사망사건-그는 당시에 그를 구조할 수 있었을까?”라는 제목으로 공표했다. 제목에 딸린 기사는 당시의 한 진행자의 학급친구가 1982년에 치명적인 심근경색으로 사망에 이르게 되었다고 보도했다. 이 때 두 사람은 이미 오래 전부터 어떠한 교류도 존재하지 않았으며, 그것이 신청인에게 알려졌다. 청구인은 마지막 심급인 Zweibruecken 상급법원을 통해 진행자의 반론보도 게재에 관한 패소판결을 받았다. 첫 번째 헌법소원으로 헌법재판소는 (제1재판부 3지정부, NJW 2014, 766) 판결을 기각하고 사건을 지방법원으로 파기환송했다. 왜냐하면 해당 법원이 표지 위의

의문문의 성격 분류에 대해 기본법의 요청을 충족시키는 방식으로 다루지 않았기 때문이다. 청구인은 현재 반론보도를 게재했고 가치분신청자는 원심절차가 처리된 것으로 선언했다. Zweibruecken 상급법원(NJW-RR2015, 561)은 최종적으로 가치분 절차의 처리확정을 선고했고 청구인은 비용을 지급했다. 왜냐하면 청구인은 마땅히 반론보도 게재의 의무를 지게 되었기 때문이다.

새로이 제기된 헌법소원은 성공했다.

판결이유

13. II.(...) 1. 헌법소원은 허용된다. 헌법소원에는 법적 보호필요성이 부족하지 않다. 반론보도 게재에 대해 공격된 판결을 통한 본안사건의 처리 확정에도 불구하고, 원래 소송대상이었던 반론보도의 적법성 해명에 관한 계속적인 청구인의 권리보호이익이 존재한다(vgl. 연방헌법재판소[제1재판부 3지정부], NJW 2014, 766[767]; 연방헌법재판소[제1재판부 1지정부], NJW 2004, 1235).
14. 2. 헌법소원은 헌법재판소법 제93조 제1항 제1문의 의미상 명백히 이유 있다. 공격된 판결은 청구인의 기본법 제5조 제1항 제2문에 근거한 출판자유의 기본권을 침해한다.
15. a) 출판자유의 보호범위가 관계된다. 기본법 제5조 제1항 제2문의 보호중심에는 출판물의 발간과 구성의 자유가 존재한다. 구성의 자유는 내용뿐만 아니라 형식상 관점 역시 보장되어야 하고 어떤 주제를 다룰 것이며 어떤 기사들이 발간물에 수록되어야 하는지의 결정뿐만 아니라 발간물 안에서의 기사의 외적 모습 및 기사의 배치 역시 포함한다. 출판의 자유의 보호는 공표물의 표지에도 미친다(vgl. 연방헌법재판소 97, 125[144]=NJW 1998, 1381).
16. b) 청구인 잡지 표지 위의 반론보도 게재의무는 그의 출판의 자유권을 침해한다. 잡지 표지에 따라오는 특별한 의미를 고려하면, 그러한 침해는 통상 심각한 침해로 인정될 수 있다(vgl. 연방헌법재판소 97, 125[145]=NJW 1998, 1381]). 잡지 표지는 수많은 출판물들 중 자신의 출판기관으로서의 정체성을 각인시키고 독자들에게

인식표지로서 기여한다. 게다가 잡지표지에는 출판물의 책임자들이 출판상 혹은 광고전략상 이유에서 특히 중요하게 공표하는 그러한 보도들이 포함된다. 그 때문에 표지의 인쇄기술적 혹은 그래픽적 구성에 있어서 더욱 신중하게 주의를 기울일 필요가 있다. 특히 이러한 점은 정기구독물이 아니라 가판대에서 자유롭게 판매되고 그 때문에 모든 발간에 있어서 독자의 관심을 위해 새롭게 광고되어야만 하는 신문이나 잡지에서 중요하다(연방헌법재판소 97, 125[144]=NJW 1998, 1381).

17. c) 출판의 자유의 침해는 정당화되지 않는다. 상급법원은 라인란트 팔츠 언론법 제 11조의 기본권제한을 가처분신청인에게 반론보도청구가 인정된다고 판결하는 방식으로 규정의 적용범위를 과도하게 연장했다. 따라서 상급법원은 출판자유 의미와 사정거리를 충분히 주의하지 않았다.
18. aa) 라인란트 팔츠 언론법 제 11조 제 1항 제 1문에 따르면, 언론의 원보도 사실에 대해서는 반론보도가 가능하다. 원보도와 반론보도의 종속성의 관점에서 출판자유는 원보도가 규정의 해석에 있어서 기본법 제 5조 제 1항의 요청에 부합하는 방식으로 해석되고 분류될 것을 요구한다. 만약 반론보도가 상응하는 사실주장이 앞서 선행되지 않았을 때에도 게재되어야 한다면 이는 출판자유를 침해하는 것이다; 마찬가지로 원보도가 사실주장이 아니기 때문에 반론보도가 법적 근거에 의해 보호되지 않는 경우에도 게재되어야 한다면 이때에는 출판자유 위반이 존재하게 된다(연방헌법재판소 97, 125[150f.]=NJW 1998, 1381).
19. bb) 상급법원에 의해 조사된 표지제목의 내용 “J-그의 친한 친구에 관한 사망사건- 그는 당시 그를 구조할 수 있었을까?”는 이에 따라 어떠한 반론보도청구권도 근거지울 수 없었다. 해당 질문에는 충분한 사실적 내용이 존재하지 않는다.
20. (1) 입법자의 판단에 따르면, 반론보도청구권에는 언론의 사실주장에 관련된 사람들은 사실적 사건에 관한 자신의 설명과 함께 보도에 맞설 수 있다는 구조가 바탕이 된다(vgl. 연방헌법재판소 97, 125[146]=NJW 1998, 1381; 연방헌법재판소 63, 131[142]=NJW 1983, 1179; 연방헌법재판소 합의재판부 판례집 13, 97[105]=NJW 2008, 1654). 이러한 범위를 넘어선 반론보도의 확대 - 가령 언론을 통한 의견표현에 대한 - 는 이러한 권리에 포함되지 않는다(연방헌법재판소 97, 125[147]=NJW

1998, 1381). 반론권은 따라서 입법자에 의해 특수하게 제한된 수단으로서 형성되었다. 반론권은 당사자에게 자신에 관해 전파된 사실주장에 직접 내용상으로 맞서고 그와 함께 그의 진실내용에 이의를 제기할 가능성을 제공해야 한다. 여기에서 반론권은 분명히 사실주장의 진실내용과는 무관하고 따라서 원칙적으로 표현의 객관적 적법성과는 무관하게 보장되는 보호수단이다. 그것은 실질적으로 정당화되지 않는 표현들에 대해 보호해야 하는 제재수단으로서 형성된 것이 아니라 당사자에게 다른 사실설명을 가능하게 하는 것을 통해 특정한 내용의 사실주장이 공중에게 사실이라고 견고하게 인식되는 것을 저지할 특유의 기능을 가진다. 당사자는 이와 같이 진실의 문제를 당분간 미결정 상태로 둘 가능성을 얻게 된다(vgl. 연방헌법재판소 97, 125[148]=NJW 1998, 1381; 연방헌법재판소 합의재판부 판례집 13, 97[105f.]=NJW 2008, 1654; 연방헌법재판소[제1재판부 1지정부], NJW 2002, 356[357]). 어떤 표현이 최종적으로 그의 편에서 진실한지 그리고 어디까지 발언자가 그의 발언과 내용상 거리를 두거나 향후에 발언을 중지하도록 강요되는지의 문제는 불가피한 경우에 다른 소송에서, 가령 중지소송이나 취소소송에서 해명될 수 있다. 이러한 특유의 제한된 기능에서 표현법은 그의 운곽을 얻게 되고, 그러한 운곽으로부터 마찬가지로 소송법상 그의 관철이 결정된다.

21. (2) 이러한 입법자에 의해 정해진 반론권의 구조는 상급법원이 하나의 열려 있는 헤드라인 질문에서 문제제기에 충분한 사실적 근거점이 존재한다는 숨겨진 사실주장을 억지로 끄집어내서 해석할 경우 그 본질이 훼손된다. 이처럼 라인란트 팔츠 언론법 제11조 제1항 제1문에 따른 반론권의 법적 경계를 넘어서게 됨으로써 출판자유의 관점에서 반론제재의 부과를 정당화하는 토대가 부족하게 된다.
22. 물론 헌법상 반론보도요구가 숨겨진 사실주장에 관해서도 보장될 수 있다는 사실은 우려스럽지 않다. 이를 위해서는 숨겨진 진술이 이성적 독자에게 피할 수 없는 추론 결과로서 확실히 떠올라야 하고, 이 경우에 반론보도가 가능하다(vgl. 연방헌법재판소 판례집 13, 97[102ff.]=NJW 2008, 1654). 출판자유의 기준을 만족시키는 원보도내용의 의미 조사가 이성적 수용자에게는 언론보도의 전체맥락상 하나의 특정한 인상이 피할 수 없이 떠오르게 된다는 점을 밝혔다면, 이러한 인상 에 대한 반론보도 역시 가능할 수 있을 것이다. 물론 특정한 사실에 해당하는 인상이 그 전제이다(vgl.

Bremen 상급법원, NJW-RR 2001, 186[187]; Muenchen 상급법원, Afp 2017, 322[323]=BeckRS 2017, 119644; Dresden 상급법원, NJW-RR2017, 1258 Rn. 6ff.; vgl. 또한 연방헌법재판소[제1재판부 3지정부], 기본법 제103조 제1항에 대한 NJW 1993, 1461[1462]).

23. 질문에 연결된 반론보도 역시 사정에 따라 헌법상 배제되지 않는다. 물론 질문은 의견자유의 관점 하에서 통상 가치 판단과 동일시된다. 질문이 진실 혹은 허위의 조사로 향해져서 다양한 대답에 열려 있다면(vgl. 연방헌법재판소판결집 85, 23[32]=NJW 1992, 1442), 그것은 반론보도가 가능하지 않다. 왜냐하면 그 경우 사실이 주장된 것이 아니라 아마도 추구된 것이기 때문이다. 하지만 질문과 함께 분별력 있는 해석을 할 경우 독자적인 하나의 특정 사실주장이 전파되었을 때 사정은 다를 수 있다. 기본법 제5조 제1항의 의미조사에 대한 헌법상 요청은 그런 점에서 인상에 대한 반론보도의 요청들과 일치한다.
24. 내용상 열려 있는 헤드라인 질문의 제기에 그 어떤 계기가 존재한다는 인상만으로는 그에 대해서 반론보도가 가능한 사실주장의 전제를 충족시키지는 않는다. 모든 질문은 특정한 대상과 관련됨으로써 그의 제기과정에 따라 그의 대상에 관해 뚜렷하든 뚜렷하지 않든 사실 혹은 평가적 방식의 전제를 포함한다(vgl. 연방헌법재판소 85, 23[32]=NJW 1992, 1442). 상급법원의 해석에 바탕이 된, 질문은 의미 없이 제기된 것이 아니라는 전제 역시 이에 속할지 모른다. 하지만 그러한 혼란스러운 전제 하에서는 그의 진실내용을 반론권의 의미에서 잠정적으로 미결정상태에 둘 수 있는 특정한 내용을 가진 독자적 정보의 전파가 존재하지 않는다. 그러한 헤드라인 질문은 관련된 사람들이 공적 토론의 대상으로 삼아도 되는지, 어디까지 되는지에 관한 문제를 던진 것일 수 있다.
25. 이것은 반론보도로써 그러한 경우를 위한 적합한 텍스트를 작성하는데 어려움이 나타날 수 있다. 청구인의 비용결정에 바탕이 된 판결을 통해 의무를 부담하게 된 반론보도는 어쨌든 이에 관한 요청을 소홀히 했다. 반론보도로써 작성된, 원고는 그의 친구를 구조할 어떠한 가능성도 가지지 못했다는 주장을 원고는 한 적이 없다.

26. (3) 물론 일반적 인격권의 관점에서 헤드라인 질문에 대해서 역시 보호필요성이 존재할 수 있다. 이것이-여기처럼- 어떠한 특정한 사실주장도 포함하지 않는 한, 다른 언론법상 제도를 통해 당사자의 보호필요성이 고려될 수 있다. 헤드라인 질문의 형태로 치장한 명예훼손적 질문이나 사적 사안의 부당한 논의 역시 금지청구소송으로 저지될 수 있다. 그런 점에서 단지 매상증가를 위해 의도적으로 허위이거나 혹은 제3자의 희생에 대한 정당화 없이 의도적으로 피해를 주는 표현이 문제시되는 한, 그런 점에서 액수에 대해 이것이 실제적 보호에 이를 수 있는 정도로 산정될 수 있는 손해배상의 인정 역시 고려된다(vgl. 연방대법원민사부 128, 1[12]=NJW 1995, 861=GRUR 1995, 224; 연방대법원 민사부 160, 298[307]=NJW 2005, 215=GRUR 2005, 179; vgl 또한 연방헌법재판소[제1재판부 3지정부, NJW-RR 2017, 879[881]].
27. 가치분절차의 처리가 확정되고 청구인에게 비용이 부과된 대상 판결은 제시된 헌법상의 오류에 근거한 것으로 파기되어야 한다. 상급법원이 새로이 심리할 경우 사건에서 다른 결정에 이르게 될 것이라는 점이 배제되지 않는다.

2015. 1. 29.

즈바이브뤼크 상급법원

NJW-RR 2015, 561

(연방헌법재판소 BvR 442/15 판결의 원심 판결)

#반론보도

#잡지 표지

#헤드라인

#출판자유

#숨겨진 사실주장

#무기대등원칙

질문 형태의 숨겨진 사실주장의 경우 반론보도청구¹⁾

라인란트팔츠 미디어법 제11조; 유럽인권협약 제8조 제1항, 제10조 제1항; 기본법 제1조 제1항, 제2조 제1항, 제5조 제1항

주간지 표지 위의 유명인에 관한 보도 “그의 친한 친구에 관한 사망사건 - 그는 그를 당시에 구조할 수 있었을까?”는 반론보도가 가능한 사실적 내용의 표현이다.

즈바이브릭 상급법원, 2015년 1월 29일자 판결 - 4 U 81/14

사실관계

가처분신청인(이하 원고)이 가처분절차를 일방적으로 본안에서 처리된 것으로 선언한 이후, 당사자들은 그에 의해 법원의 도움으로 관철된 가처분피신청인(이하 피고)이 강제집행 조치의 회피 목적으로 이행했던 반론보도 게재에 대한 요구는 정당화 되었다. 원고는 독일 전역에서 유명한 언론인이자 TV 진행자이다. 피고는 주간지 W를 발행한다. 2012년 2월 29일자 발간물에서 피고는 표지 왼쪽 가장자리 중간에 원고의 사진을 전파하였다. 이 사진 옆에는 원고의 이름이 언급되었고, 그 아래 더 큰 활자체로 “J-그의 친한 친구에 관한 사망사건”이라는 보도 및 그 아래 작은 활자체의 질문 “그가 그를 당시에 구조할 수 있었을까?”가 게재되었다. 이에 속한 기사들은 잡지 안에서 표지에서 의 제목으로서 다시 반복되었다. 1982년 26살의 나이로 사망한 원고의 급우의 죽음을 다룬 기사는 또 다른 당시 동급생들의 관련 하에서 고인은 우선 협심증이 악화되면서 그 때문에 심장판막증을 얻게 되었다고 보도되었다; 심장판막은 그 이후 연쇄상구균에 의해 감염되었고 환자는 그 때문에 침대에 누워서 안정을 취해야 한다는 의사의 충고를 경솔하게 무시함으로써 심근경색으로 인해 사망에 이르게 되었다.

보도 이후 원고는 피고에 문제된 표지보도를 재차 전파하는 것을 금지하는 것을 함부

1) 위 연방헌법재판소 판결의 원심 판결

르크 지방법원에서 가처분을 통해 얻어냈다. 피고에 의해 제기된 함부르크 지방법원의 판결(2012년 8월 31일자-324 O 194/12, BeckRS 2015, 04378 - 이와 함께 가처분은 확정되었음)에 대한 항소를 함부르크 상급법원(2014년 7월 1일자 판결-7 U94/12, BeckRS 2015, 04379)은 기각했다. 원고의 소송 외에서의 반론보도 게재요청을 피고는 2012년 3월 13일자 변호사 서한과 함께 거부했다. 그로 인해 원고에 의해 진행된 프랑켄탈 지방법원(팔츠)(2012년 4월 24일자 판결-6 O 114/12, BeckRS 2014, 03075)은 피고에게 가처분 과정에서 라인란트 팔츠 미디어법 제11조에 따라 자세한 게재명령과 함께 반론보도 게재를 부과했다. 이 판결에 대한 피고의 항소를 선고 재판부(2012년 9월 5일자 결정-4 U 72/12, BeckRS 2014, 03080)는 기각했다. 즈바이브릭 상급법원에 의한 2개(2012년 11월 6일자 결정-3 W 152/12, BeckRS 2014, 03081과 2013년 5월 6일자-3 W 42/13, BeckRS 2014, 03079)의 확정된 강제부과금 결정들과 연방헌법재판소를 통한 선행 권리보호의 허가 신청들(결국은 기각됨)에 따라 피고는 지방법원에 의해 확정된 바와 같은 반론보도를 2013년 7월 17일자 판의 표지 위에 게재했다. 반론보도문 다음에 피고는 스스로 한 번 더 다음과 같이 덧붙였다 : “Y씨(원고)가 맞다. 편집부”.

피고의 헌법소원으로 연방헌법재판소 제1재판부 3지정부는 2013년 11월 4일자 결정(NJW 2014, 766)과 함께 민사법원의 결정과 관련한 반론보도청구를 선고절차와 강제집행절차에서 파기했고, 그 재판을 모두 프랑켄탈 지방법원(팔츠)로 환송하였다. 피고의 출판자유권의 침해 확정은 합의재판부에서 일반법원이 기본법 제5조 제1항의 요청을 만족시키는 방식으로 질문 “그는 그를 구조할 수 있었을까?”를 다루지 않았다는 점, 즉 그 표현이 (반론보도가 가능하지 않은) 가치판단 혹은 사실주장을 내포하는지 여부에 대해 다루지 않았다는 점과 함께 정당화되었다. 이에 대해 행해진 2013년 11월 4일자 합의재판부에서 법률적용은 다음과 같이 확정했다 :

“반론보도청구는 본 건에서 단지 표지 위의 표현이 더 이상 단지 호기심을 일으키는 머리기사 질문으로 이해될 수 있는 것이 아니라 충분한 사실주장으로서의 명료성이 신청인이 그의 가장 친한 친구를 당시에 구조할 수 있었다는 정도로 규정될 수 있어야만 정당화될 수 있다. 하지만 이것을 공격된 판결에서 끄집어 낼 수 없고 이를 위해 사건에서도 역시 아무것도 분명하지 않다...”

지방법원에서 계속된 소송에서 원고는 2013년 7월 17일자 반론보도 공표로 인해 가치분절차가 본안에서 종료된 것으로 선언하고 피고에 대해 비용을 신청했다. 피고는 본안종료선언에 항변했고 원고에 의해 주장된 반론보도청구권은 처음부터 부당한 것이었다는 법적 입장을 고수했다. 2013년 7월 17일자 반론보도를 그는 단지 선고된 강제금의 압박 하에서 공표했기 때문에 어떠한 본안처리도 개시되지 않았다는 것이다. 그 후 프랑켄탈 지방법원(팔츠) 6 민사재판부(2014년 4월 15일자 판결-6 O 114/12, BeckRS 2015, 04384)는 본안처리 확정에 대한 요구를 비용지불 의무와 함께 기각했다. 항소는 성공했다.

판결이유

19. II. 가치분절차는 본안에서 처리되었다. 왜냐하면 허용되고 이유 있는 원고의 라인란트 팔츠 미디어법 제11조에 근거한 청구는 2012년 4월 24일자 지방법원의 첫 번째 판결에서 명령된 2013년 7월 17일자 반론보도에 의해 최종적으로 이행되었기 때문이다.

20. 원고의 확정요구를 승인하기 위해 재판부는 다음과 같은 판시내용을 소개한다.

1. 피고의 견해와 달리 연방헌법재판소 2013년 11월 4일자 제1재판부 3지정부의 결정은 일반법원에 의해 새롭게 결정되어야 할 반론보도청구권에 관한 판결 결과에 있어서 어떠한 구속력도 생기지 않는다. 그러한 구속은 헌법재판소법 제31조 제1항에 따라, 헌법재판관이 그의 결정에서 이미 최종적이고 확정적으로 원고에 의해 제소된 표지 위의 원보도가 사실주장 혹은 가치판단으로서 분류될 수 있는지 여부에 대해 결정했을 경우에만 그러한 구속이 존재한다(그러한 판례에 대해서는 뮌헨 상급법원, NJW-RR 1999, 964). 하지만 이것은 발생하지 않았고, 이 사건은 단지 새로운 해석과 기본법 제5조 제1항의 관점에서 원보도의 분류를 위해서만 지방법원으로 환송되었다. 왜냐하면 이것을 새롭게 다룰 경우에 다른 판결이 사건에서 이뤄질 것이라는 점이 배제될 수 없기 때문이다(NJW 2014, 766[767 aE]). 앞선 사실관계에서 원문으로 재현된 2013년 11월 4일자 재판부결정 가운데 문구로 인해 다른 판단 역시 필요하지 않다. 왜냐하면 이것은 파기결정을 위해 반드시 필요한 이유의

바탕적 요소가 아니기 때문이다. 즉 판결에서 나타난 사고과정에 따라 구체적 판결결과를 탈락시키는 것이 아니기 때문이다(vgl. Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, 연방헌법재판소법 제31조 Rn. 96; Lechner/Zuck, 연방헌법재판소법, 6. Aufl., 제31조 Rn. 30, 특히 Fn 41 mwN). 결정이유는 이곳에서 선택된 범위선정으로서 “표지 위의 표현”과 함께 단지 보도에 포함된 의문문(“그가 그를 당시에 구조할 수 있었을까?”)만이 논의되어야 하는지 혹은 재판부가 - 그 자신의 설명에 따라 요구된 바와 같이 - 사실주장으로서의 분류 문제에 있어서 원보도를 전체로서(즉 앞선 문장 “가장 친한 친구에 관한 사망사건”과 함께 의문문의 전체적 고찰에서) 판단될 수는 없었는지 여부에 관해 확실하게 보여주지 않았다.

21. 2 a) 지속적인 연방헌법재판소의 판례에 따르면 민사소송에 대한 단일법의 해석과 적용은 본 건에서도 마찬가지로 그를 위해 관할권을 가진 일반 법원의 책무이다. 이것은 단지 기본법과 일치하는 그러한 규정만을 판결의 바탕으로 삼도록 허락되고 법 발견에 있어서 판결에 관련된 기본권의 의미와 사정거리를 충분히 고려하여야 한다. 이러한 요청의 준수 여부만이 연방헌법재판소에 의해 심사된다.(연방헌법재판소, NJW 1998, 1381[1382] mwN; 연방헌법재판소, NJW 2008, 1654=MMR 2008, 327[328]; 연방헌법재판소 18, 85=NJW 1964, 1715); 의견자유의 침해가 문제된다면, 연방헌법재판소는 모든 범위에서 문제된 표현내용이 적절하게 파악되었는지 여부를 통제할 수 있다(연방헌법재판소, NJW 1991, 95[96]; 연방헌법재판소, NJW 1992, 1439[1440]).
22. b) 소송에서 원고의 반론보도요구는 헌법과 인권법상 보호되는 당사자들의 이익과의 충돌적 긴장관계에 놓여 있다.
23. 언론사로서 피고에게 있어서 반론보도의 표지상의 공표가 기본법 제5조 제1항 및 유럽인권협약 제10조 제1항의 하나의 심각한 침해를 나타낸다는 점이 고려되고, 그러한 침해는 라인란트 팔츠 미디어법 제11조에 따른 구성요건적 전제가 존재할 경우에만 정당화된다; 여기에서 특히 원보도가 독자에게 피할 수 없는 사실주장이어야 한다는 사실이 이에 속한다(연방헌법재판소, NJW 2014, 766; 연방헌법재판소, NJW 2008, 1654=MMR 2008, 327[328, 330]; 연방헌법재판소, NJW 1998, 1381[1382f.]).

24. 피고의 의견 및 출판자유권에 대해 기본법 제2조 제1항 제1문 및 유럽인권협약 제8조 제1항을 통해 보장되는 원고의 인격권 보호 및 사적 영역 보호의 이익이 형량되어야 한다. 반론보도청구권은 이러한 미디어의 작용영역에서 원고의 개인적 권리 보호를 위해 기여한다. 반론보도청구권은 한 개인의 인격적 사안들의 언론에서의 토론을 통해 우려되는 위협, 그리고, 그에 관한 사안들을 부적절하게 표현한 것으로 그에게 보이지만, 대개는 동일한 언론작용에 대한 희망과 함께 맞설 수 없는 위험 앞에서 그를 보호해야 한다. 이러한 격차들의 조정을 위해 일반적 인격권(기본법 제2조 제1항, 제1조 제1항)에서 한 개인을 미디어의 개인적 영역으로의 영향에 대해 효과적으로 보호할 의무가 생겨난다. 미디어에서의 한 발언에 의해 관련된 사람은 자신의 발언과 함께 그에 맞설 법적으로 보장된 가능성을 가진다는 것이 이에 속한다. 이러한 보호는 동시에 통상 기본법 제5조 제1항에서 보장된 자유로운 개인의 그리고 공공의 의견형성에 도움이 된다. 왜냐하면 독자에게 정보 외에도 언론을 통해 당사자의 관점 역시 전달되기 때문이다(연방헌법재판소, NJW 1998, 1381 [1382] mwN; 연방헌법재판소, NJW 1983, 1179 [1980]).
25. 마찬가지로 유럽인권법원의 판례에서 언론보도는 한편으로는 유럽인권협약 제10조 제1항에 따라 의견자유에 대한 언론권이, 다른 한편으로는 유럽인권협약 제8조 제1항의 의미상 “사생활”의 보호에 대한 당사자 권리에 대해 형량이 이뤄져야 하며 이때 보도가 공적 이익의 토론에 기여했는지 여부가 무엇보다 중요한 관점이라는 점이 인정되었다(vgl. 가령 유럽인권법원, NJW 2013, 768 [770]-Standard Verlags-GmbH/Oesterreich Nr. 3 mwN). 특히 반론권에 관해 이러한 청구권은 게다가 언론보도 대상자의 자유로운 의견표현권의 중요한 구성부분이고 마찬가지로 유럽인권협약 제10조 제1항의 보호범위에 해당한다고 설시했다; 이것은 당사자가 잘못된 정보를 다룰 수 있어야 한다는 점에서 그 이유를 가지며, 그 밖에 의견다양성이 확보되어야 한다(유럽인권법원, NJW-RR 2013, 1132 [1135] Rn. 66-Kaperzynski/Polen).
26. c) 언론자유와 사적 영역의 보호 사이의 형량에 있어서는 공공성과 관련되는 문제에서의 정신적 투쟁에의 기여가 관계될수록 의견자유와 출판자유와 기본권 내지 협약상 권리(기본법 제5조와 유럽인권협약 제10조)에는 더 큰 비중이 따라온다(유럽인

권법원의 표현에서는 : 공익의 토론에의 기여). 그에 반해 언론자유의 보장은 발언이 직접 사익에 향하고 개인적, 즉 경제적 거래에서 자신의 이익추구를 위해 공표될 수록 더욱 더 미미한 비중이 따라오게 된다(연방통상법원, NJW 2015, 782=GRUR 2015, 92 [94, 95] Rn. 20 mwN). 언론보도가 단지 유명인에 관한 특정 독자들의 호기심만을 만족시키고자 하고 높은 당사자의 지명도에도 불구하고 사회를 위한 그 어떤 공적 이익의 토론에도 기여하지 않는 것으로 인정될 수 있다면, 형량에 있어서 의심스러운 경우에는 사적 영역의 보호가 우위를 차지하게 된다(연방헌법재판소, NJW 1973, 1221 [1224]; 연방헌법재판소, NJW 1998, 1381 [1384]; 연방통상법원, NJW 2007, 1977 [1979] mwN; 유럽인권법원, NJW 2004, 2647 [2650], 특히 Rn. 64-67-von Hannover/Deutschland Nr. 1; 유럽인권법원, NJW 2010, 751 [752]-Standard Verlags-GmbH/Oesterreich Nr. 2; 유럽인권법원, NJW 2012, 1053 [1056], 특히 Rn. 109와 110 von Hannover/Deutschland Nr. 2).

27. 3. 본 사례에 앞서 제시된 원칙을 적용할 경우에는 다음과 같은 결과가 나온다:
 “J-친한 친구에 관한 사망사건-그가 그를 당시에 구조할 수 있었을까?”라는 표지 보도는 잡지 W의 평범한 독자들에게는 그 표현의 적절한 해석에 있어서 전체적으로 재판부의 확고한 확신에서 자체적으로, 즉 단지 잡지 내의 기사와 상관없이 분명한 독자적인 사실주장을 내포하고 있다. 피고는 그것은 단지 법적 평가에서는 가치판단과 동일시되고 그로 인해 반론보도가 요구될 수 없는 하나의 “순수한” 질문을 제기한 것이라고 성과 없이 주장했다.
28. a) 진술내용의 파악에 있어서 이의제기된 표현은 편견 없는 평범한 독자들의 이해와 일반적인 언어 사용에서 시작해서 항상 그것이 속한 전체적 맥락에서 평가되어야 한다. 표현이 놓여진 맥락에서 개별적 구성부분(여기에서: 질문형태로 작성된 보도의 두 번째 문장)을 떼어내서 순수한 별도의 고찰에 이르러서는 안 된다. 이것은 질문 문장의 분류에 있어서도 마찬가지이다(연방통상법원, NJW 2015, 778=GRUR 2015, 96 Rn. 19 mwN).
29. b) 잡지 W는 소위 통속주간지 혹은 옐로우 출판 장르에 속한다. 2012년 2월 29일자 표지 위의 원고에 관한 보도의 수용자들은 대부분 “표지 - 혹은 가판대 - 독자”(이

에 대해서는 연방헌법재판소, NJW 1998, 1381 [1384]), 즉 가판대나 슈퍼마켓, 주유소 등등의 잡지판매대 방문자이고, 그들은 화보주간지의 구입자들로 간주되거나 어쨌든 관련 상품들에 관심을 기울일 준비가 되어있는 사람들이다. 따라서 원보도의 의미 해석은 이러한 독자들의 이해에 맞춰져야 한다.

30. c) 나아가 해석에 있어서 보도 역시 하나의 구체적인 질문 문장을 포함하고 있다는 점을 유의해야 한다. 재판부는 질문은 어떠한 진술을 한 것이 아니라 하나의 진술을 인도하고자 하는 것을 통해 가치평가와 사실주장으로부터 구별된다는 점을 부인하지 않는다. “순수한” 질문은 독자적 의미의 범주를 나타낸다. 그것은 가치평가로도 사실주장으로도 분류될 수 없지만, 진실과 허위의 기준에서 측정될 수 없기 때문에 가치평가와 동일시 된다; 의심스러운 경우에는 광의의 질문 개념에서 시작될 수 있다(연방헌법재판소, NJW 2014, 766 [767] mwN).
31. 그럼에도 모든 질문 형태로 작성된 문장이 “순수한” 질문을 포함하는 것은 아니다. 질문문장이 제3자를 통한 대답으로 향해져 있는 것이 아니거나 다양한 대답을 위해 열려 있는 것이 아니라면, 잘 알려진 “수사적” 질문으로서의 지칭과 상관없이 그것은 실제로는 질문이 아닌 하나의 가치평가이거나 사실주장이다(연방통상법원, NJW 2015, 778=GRUR 2015, 96 Rn. 22 mwN).
32. 그에 따라 개별적인 사례에서는 맥락과 관련된 질문제기의 해석에서 “순수한” 질문이 아니라 하나의 “수사적” 질문이라는 결론이 나온다. 왜냐하면 단지 질문형태로 치장된 사실주장의 근거를 가진 표현이기 때문이다(vgl. 가령 연방통상법원, NJW 2004, 1034-“우도 워르겐스가 캐롤라인과 침대에서?”; 칼스루헤 상급법원, NJOZ 2006, 3192-“결혼식 날 밤에 파경이?”; 프랑크푸르트 암 마인 상급법원, ZUM 1992, 361-“끝없는 수술실의 날림수술?”; 칼스루헤 상급법원, 2013년 10월 25일자 판결-14 U5/12, BeckRS 2014, 03869, “연애-위기?”; 뮌헨 상급법원, 2014년 7월 31일자 판결-18 U 308/14, BeckRS 2014, 18546-“파경과 사고-드라마-그는 무엇을 해야만 하나?”).
33. d) 여기서 관심을 불러일으키는 피고 잡지 표지 위의 보도에서도 상황은 마찬가지로 이다.

34. 왜냐하면 보도를 접한 평균 독자의 결정적 이해에 따르면, 구조가능성에 대한 문제 제기는, 단지 직접적이고 커다란 글자체로 앞에서 의도적으로 강조된 “사망사건”에 대한 진술과의 협력에서만 해석될 수 있다는 점에서, 원고의 인격과 관련지은 숨겨진 사실주장이 제기되었다. 그리고 그 진술은 -객관적으로 진실증명에 접근가능하기 때문에- 사실적 종류이고 따라서 반론보도가 가능하다.
35. 이것은 이미 질문 문장 그 자체의 내용에 적용된다. 원고가 그의 친구를 “당시에” 구조할 수 있었는지 여부의 질문제기는 의심의 여지없이 앞서 보도된 “사망사건”과 관련된다. 왜냐하면 “당시”라는 단어를 통해 원보도의 두 문장들이 이 질문은 이성적으로 단지 “사망사건”의 시점에 관련된 것으로서 파악될 수 있다는 점과 결합되기 때문이다. 따라서 이성적인 평균의 표지 독자들에게는 동시에 피할 수 없는 사실적 추론결과로서 -다툼이 없지는 않지만- 제목처럼 강조된 “사망사건” 시점에 원고는 여전히 사망한 친구와 개인적으로 밀접한 관계에 있었을 것이라는 점과 그는 “드라마틱한” 친구의 죽음에 관한 사건에 개입되었다는 점이 떠오른다.
36. 더 나아가 그 질문은 결정적으로 독자층에게, 재판부의 확신에 따르면, 독자들에게 그것은 처음부터 완전히 의미 없는 것으로서 제시되지는 않았다고 파악하기 때문에, 그 이상의 숨겨진 주장, 질문 제기에서는 어쨌든 일종의 수많은 사실적 종류의 근거가 존재한다는 점을 전달했고, 그것은 원고가 - 질문을 받은 독자를 통한 판단에 따라 : 네, 아니요 혹은 어쩌면 - 자신의 행위를 통해 그의 친구를 경우에 따라서는 구조할 수 있었다는 정도의 사실이었다. 다른 단어들과 함께 표현했다 : 표지 보도는 이미 그 자체로 보더라도 그 안에 암시된, 하지만 더 자세히 전달되지는 않은 사실적 사정, 원고가 그를 위해 당시에 가능한 여러 가지 중 하나의 수단을 사용했을 경우 친구의 죽음을 저지할 수 있었을지 여부를 질문 제기에 있어서 공감할 수 있는 계기를 제공한 그런 사실적 사정들이 존재한다는 인상을 불러일으킨다. 동시에 독자에게는 그에게 문제제기가 그럴듯해 보이게 하는 자세한 실제의 개별 사실들이 잡지 안에서 밝혀질 것이므로, 그 결과 독자는 질문에 스스로 대답할 수 있을 것이라는 점이 암시되었다. 따라서 여기서의 표지 보도는 이에 대해 반론보도가 접근할 수 있는 사실적 내용을 가진 표현이다.

37. e) 표지에서 일깨워진, 앞서 묘사된 사실적 인상으로 인한 원고의 반론보도청구에 잡지 내부의 기사에서 원고의 같은 반 친구의 사망에 관한 사건들과 어떠한 관련점도 존재하지 않는다는 점이나 피고에 의해 제기된 질문은 그 때문에 그 자신의 보도에 따르더라도 근거가 없는 것이라는 점에 모순되지 않는다. 왜냐하면 질문은 적극적으로 모든 사실적 근거가 날조되었다는 점을 인정하기 위해 보도는 잡지 안에서 비로소 알게 되어야 하고, 바로 그것은 통상 피고에 의해 추구되는 잡지구매를 전제하는 것이고 대부분의 잡지독자들에게 처음부터 그런 사정이 들어맞지는 않는다.
38. 본 건에서 질문 형식을 통해 행해진 통속적인 표지보도를 통해 일깨워진 사실의 인상이 잡지 내부의 기사내용을 통해서 해소될 수 있다는 평가에서, 재판부는 유럽인권법원 2014년 4월 29일자 “Salumaeki 대 핀란드”(불만신청. Nr. 23605/09, 영어로는 데이터뱅크 HUDOC에서 불러올 수 있음; Kurzreferat von Orlova, MMR-Aktuell 2014, 358593)와의 일치된 관점에서 판단했다.
39. 그 점에서 유럽인권법원은 내국법원의 관점, 즉 - 질문의 표현에도 불구하고-사실 주장으로서 파악될 수 있는 신문 표제 위의 헤드라인 보도(구체적인 사건에서: 한 범죄에 대한 유명인의 관련성의 가정)는 그에 속한 기사의 텍스트 내에서 모든 요소들의 정확한 서술을 통해서 비로소 제거되는 것은 아니라는 점을 인정했다(vgl. 특히 Rn. 57-59).
40. 일반적으로 2012년 2월 29일자 원보도의 반론보도 가능성을 부정하길 원한다면 그리고 다채로운 잡지들의 표지 위에서 유명인에 대한 통속언론의 독자문의에 질문 제기 - 여기처럼 - 가 평범한 이성적 독자들의 관점에서 숨겨진 사실을 포함할 경우에 조차 그리고 단지 잡지 내에서 질문제기에 아무 것도 없다는 것이 밝혀진 경우에 “순수한” 질문으로서의 특권을 부여한다면, 거기에는 재판부의 법적 확신에 따르면, 하나의 의문부호 저널리즘 내지는 억측 저널리즘에 당사자의 인격을 통해 정해진 경계의 위반이 존재할 것이다. 대중에게 알려진 인물 역시 오락잡지에 의해 세력 확장의 목적으로 되지 않을 청구권 그리고 그와 함께 자신의 상업적 이익의 추구를 위해 공개적 논의의 단순한 대상 및 근거 없는 억측의 단순한 대상이 되지 않도록 할 청구권을 가진다(vgl. 연방헌법재판소, NJW 1983, 1179 [1180]=GRUR 1983,

316). 미디어에 있어서 어떠한 광범위한 제재효과에서 출발하지는 않는 반론보도청구권은 그런 점에서 “무기평등의 원칙”을 형성한다. 이것은 소송에서 피고에 의해 주장되지도 않고, 평가 대상인 표지 보도가 그 자체로 언론의 “공적 감시권”으로서 대변할 어떠한 공적 이익의 문제에 대한 여론형성에 기여한다는 점이 분명하지도 않을수록 더욱 더 유효하다(vgl. 유럽인권법원, NJW 2010, 751 [753] Rn. 52-Standard Verlags-GmbH/Oestreich Nr. 2; 연방통상법원, NJW 2008, 3141 [3142] = GRUR 2008, 1020). 그 때문에 여기서 증가된 보호필요성이 피고를 위해 존재하지 않는다.

41. f) 라인란트 팔츠 미디어법 제11조에 따른 반론보도청구권을 위한 전제는 그밖에도 존재한다.
42. 원고가 그의 친한 친구를 구조할 수 있었다는 추측을 위한 사실적 근거가 존재한다는 인상의 환기는 인격권상으로 중요성을 가진다. 왜냐하면 그로 인해 평판 침해 혹은 명예훼손과 결부되는 것 없이도 원고의 인물에 관한 독자들의 이미지가 영향을 받기 때문이고 그것은 사회적 존중청구에 대해 영향력을 가질 수 있기 때문이다. 여기에서 쉽사리 반론보도에 관한 원고의 정당한 이익이 생겨난다(라인란트 팔츠 미디어법 제11조 제3항 제1호).
43. 표지 위에 원보도가 공표되었기 때문에 무기대등의 원칙상 표지위에서 반박이 허용된다.
44. 지방법원이 그의 2012년 4월 24일자 판결에서 신청취지에 따라 결정한 반론보도의 활자체와 활자크기에 대한 명령들은 라인란트 팔츠 미디어법 제11조 제2항의 구성요건표지와 일치한다(“동일한 머리기사”, “동일한 활자체”).
45. 연방헌법재판소의 판례에 따라 “표지는 반론보도의 범위와 머리 기사를 통해 특히 중요한 것으로 간주되는 보도를 게재하고 독자의 관심을 자극할 잡지의 정체성을 실현하는 그의 기능을 잃지 않는다”(연방헌법재판소, NJW 1998, 1381 [1384])는 점을 통해 언론자유가 고려되는 한, 기본법 제5조 제1항 제2문의 침해 역시 주어지지 않는다. 지방법원에 의해 판결된 반론보도를 포함하고 있고 피고는 반론보도 외

에 여전히 충분한 정도로 또 다른 기사 및 사진보도를 그의 영업모델에 따라(두개의 각각 사진이 구비된 유명인에 대한 독자문의) 배치할 수 있었던 2013년 7월 17일자 W지의 표지의 관찰이 이것을 보여준다. 피고는 반론보도 본문을 동일한 활자크기에서 게재하고 다시 한 번 임의로 추가내용을 보완("Y씨는 옳다. 편집부")했다는 사정이 피고가 결국 이것을 다르게 보지 않았다는 점을 위한 증거로서 암시될 수 있다.

46. 4. 피고가 단지 그에 대해 생겨난 이행강제금 결정의 압박 하에서 게재를 행했을까라도, 2013년 7월 17일자 W지의 표지 위의 반론보도 공표를 통해 본안에서 가치분 절차의 종결이 일어난다.
47. 가치분 선고에 따른 반론보도의 공표가 본안에서 가치분절차의 종결로 이르게 되는지 여부의 문제는, 그것이 - 여기처럼 - 강제집행의 회피를 위해 행해졌을 때, 상급법원의 판결에서 그리고 문헌에서 다툼의 여지가 있다(입장의 상황에 관하여는 코블렌츠 상급법원, NJOZ 2006, 1176).
48. 재판부는 그 문제를 인정하고 코블렌츠 상급법원(NJOZ 2006, 1176)의 적합한 속고를 근거 제시를 위해 동조한다. 그에 따르면 채무자는 규정에 따른 반론보도의 공표가 더 이상 그의 이행을 반환청구할 가능성을 가지지 못한다는 점이 결정적이다. 공표와 함께 반론보도는 독자들에게 알려졌고 그와 함께 형성된 인상을 더 이상 역행하게 만들 수는 없다. 반론보도의 공표에 따라 이행의 반환이 더 이상 가능하지 않다면, 채권자의 - 정당한 - 청구는 성취되었고 가치분 절차는 본안에서 처리되었다. 사건에서 판결에 대한 가치분 피신청인의 권리는 - 본 건에서처럼 - 이러한 방식으로 반론보도 요구의 이유유무를 제기하기 위해 종결선언에 찬성하지 않는 것이 그의 결정에 달려있다는 것을 통해 보장된다.

2020. 3. 11.

파기원 제1민사부

10-13.715, Publié au bulletin

#초상권

#사생활

#전직 장관

#공인

#휴가

I. 사실관계 및 절차

1. 항소심 판결(2018년 11월 9일 베르사유(Versailles) 법원)에 따르면 “S. H. and V. L. Love story in San Francisco”라는 제목의 기사가 Hachette Filipacchi Associés(이하에서는 HFA)에서 2014년 9월 17일에 발행한 잡지인 파리마치(Paris Match) 제3408호에 보도되었다. 해당 보도는 (프랑스)정부에 대해서 두 명의 장관이 장관직을 공동으로 사임하고 난 20일 후에, (미국)샌프란시스코에서 동반 체류한 사실을 기사화하면서, 이들이 샌프란시스코 거리를 산책하는 4장의 사진을 함께 게재하였다.
2. 해당 기사에 대한 보도가 사생활을 비롯한 자신의 초상권을 침해했다고 주장하면서 전직 장관인 S. H.는 파리마치가 소속된 회사인 HFA에 대한 정신적 손해배상을 청구하였는데, 이때 HFA 회사는 Lagardère média news(이하에서는 Lagardère 회사)의 자회사이다.

II. 상고 이유

3. 두 번째 상고 이유에 따른 프랑스 민사소송법 제1014조 제2항의 적용에 대해서, 파기원은 상고 이유에 해당 규정을 적용할 특별한 이유가 없다고 보아 이를 판단하지 않는다.
4. 첫 번째 상고 이유에 대해서는 이하에서 판단한다. Lagardère 회사는 항소심에서 파리마치 잡지(제3408호)가 보도한 기사에 대해 자회사인 HFA 회사에 9,000유로의 손해배상금을 명한 부분과 아스트랭트(astreinte)¹⁾로 소송 대상인 사진의 배포,

1) 프랑스의 민사집행절차에는 아스트랭트(astreinte)라는 간접강제 제도가 있는데, 특히 압류 개시 전의 아스트랭트는 프랑스민사집행법 제L.131-1조 내지 제L.131-4조 및 제R.131-1조 내지 제R.131-4조에 규정되어 있다. 해당 규정들은 민사집행에서 압류 개시 전에 이행의 어려움을 예방하기 위해 시행될 수 있는 조치라고 볼 수 있다. 아스트랭트는 이행을 명하는 판결에 대해서 채무자가 이를 자발적으로 이행 하도록 심리적 압박을 가하기 위하여 판사가 주된 이행명령에 부과하여 선고하는 금전이행명령을 의미한다. 프랑스민법이나 프랑스민사집행법은 아스트랭트를 정의하고 있지 않지만, 프랑스민법 제10조 제2항은 정당한 사유 없이 법원에 협력의무를 부담하지 않으려고 하는 자에 대해서는 의무이행이 강제될 수 있으며 필요에 따라서는 손해배상금과 별도의 이행강제금(astreinte) 또는 과태료가 부과될 수 있음을

복제 및 인터넷상의 게재 금지를 명한 부분에 대해 다음의 이유로 불복하였다. “사생활에 대한 침해는, 언론을 통해 알려진 공익적 논쟁에 대한 기여, 관련 당사자의 명성, 당사자의 사생활 관련 기사의 내용 및 영향 및 보도된 기사의 정보 또는 사진의 취득에 필요한 부당한 침입을 고려하여 평가되어야 한다. 그리고 언론이 보도한 S. H.와 V. L.의 애정 관계에 관한 사진과 기사가 초상권 및 사생활에 대한 권리에 대한 침해를 구성하는지 판단하기 위해서는, 해당 기사에서는 S. H.가 ‘경제, 생산성 회복 및 디지털부’ 장관으로서 공적인 임무를 수행하는 공인임에도, 최근 내각 개편 이후 열린 정치적 논쟁이 아니라 두 전직 장관의 관계에 있어서 사적이고 애정적 성격에 초점을 맞추고 있다고 볼 수 있지만, 정부의 정책 노선에 대해서 ‘비판적인’ 두 전직 장관 사이에 사적인 친밀한 관계가 존재하였고, 해당 두 장관이 동시에 사임함으로써 사회당 쇠퇴의 주요 원인 중 하나였던 내부 갈등을 제공했다는 사실과 관련해 대중이 알아야 하는 법적 이익이 존재한다고 보아, 항소심의 판결은 ‘인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하에서는 유럽인권협약)’ 제8조²⁾ 및 제10조³⁾를 비롯해 총체적이고 근본적인 자유에 관한 프랑스민법 제9조에 대한 위반에 해당한다.”

III. 파기원의 답변

5. 사생활 및 초상권 보호에 관한 권리와 언론의 자유에 관한 권리는 동일한 규범적 가치를 가지는데, 판사는 두 권리 사이에서 형평을 찾는 동시에, 경우에 따라서 법적으로 가장 보호할 최상의 이익이 있는 해결책을 도출해야 한다. 이들 두 권리 사이에서 형평을 찾기 위해서는, 판사는 해당 기사에 대한 공익적 논쟁의 기여도, 관련 당사자의 명성, 해당 보도의 목적, 관련 당사자의 과거 행동, 문제가 되는 해당

규정하고 있다(Civ. 2e, 24 septembre 2015, pourvoi n°14-14977 14-14978, BICC n°836 du 15 février 2016 et Legifrance [<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/astreinte.php>]). 따라서 아스트레인트는 이행강제금으로서 이행을 위한 간접적 강제 혹은 제재를 위한 수단을 의미하고 흔히 이행을 강제하기 위한 금전부과명령의 형태로 나타난다. 프랑스의 경우에 소송절차상 또는 판결 시에도 명령이나 판결의 이행을 담보하기 위한 간접강제의 수단으로 이행강제금을 부과할 수 있다(안문희, “프랑스 집행관(huissier de justice) 제도에 관한 연구”, 민사집행법연구 제16권, 2020, 544면).

- 2) 제8조의 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리.
- 3) 제10조의 표현의 자유.

게시물의 내용, 형식 및 영향과 보도된 사진이 촬영되었을 때의 상황을 고려해야 하며, 앞서 언급된 기준 각각에 대한 조사를 구체적인 방식으로 진행해야 한다(1re Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.741, Bull. 2018, I, n° 56).

6. 그러나, 유럽인권법원의 판결에 따르면, 원칙적으로 인간의 애정적이고 감정적 측면의 생활은 엄격한 사생활의 영역이며, 만약 대중이 민주적 사회에서 본질적인 권리로서, 이를 알아야 할 권리가 존재한다고 가정한다면, 특정의 상황에서 공적인 인물의 사생활 측면을 포함할 수 있다고 인정하면서도, 특정인의 사생활에 관한 세부적인 내용을 몇몇 독자의 호기심을 충족시키기 위한 목적으로 보도하는 것은, 관련 당사자의 명성이 어떠한지와 관계없이, 사회적 공익을 위한 논쟁에 이바지한다고 보기 어렵다고 결론지었다(CEDH, arrêt du 10 novembre 2015, T... et Hachette Filipacchi associés c. France [GC], n° 40454/07, §§ 99 et 100). 따라서 타인의 사생활에 대한 보도가, 단지 몇몇 독자의 호기심을 충족시키기 위한 목적만이 아니라, 일반적으로 중요하다고 여겨지는 정보로 이루어져 있다는 점을 증명하기 위해서는, 보도된 기사를 전반적으로 평가해야 하며, 기사 전체에 대한 이해 및 기사 내용의 문맥을 통해서 해당 기사의 보도와 공익적 문제의 관련 여부를 조사해야 한다(ibid., § 102). 또한, 해당 기사의 본질적 주제가 공익과 관련되어 있다고 주장하기 위해서는, 해당 기사의 내용이 기사의 주제에 관한 공적 논쟁을 제공하기 위한 것이어야 한다(CEDH, arrêt du 29 mars 2016, Bédât c. Suisse [GC], n° 56925/08, § 64).
7. 앞서 말한 바와 같이, 만약 문제가 되는 보도의 주제가 공익과 관련되어 있거나, 보도된 기사에 대한 전체적인 판단과 기사 내용의 문맥을 통해서 게재된 정보의 내용이 기사의 주제에 관한 공적 논쟁을 제공하기 위한 것이라면, 공인(personne publique)의 사생활 또는 공인의 초상권에 대한 침해는 국민의 알권리를 통해서만 정당화될 수 있다.
8. 앞선 판결에서는, 문제가 된 해당 기사가 S. H.와 V. L.의 정부에 대한 최근의 장관직 사임에 관한 문제를 다룬다고 하면서도, 두 전직 장관의 애정 관계가 이들의 장관직에 대한 공동 사임의 중요 원인임을 문제 삼지 않고, 이러한 정보가 단지 캘리

포니아에서의 관련 당사자들의 사적인 체류를 문맥화하기 위한 목적을 위한 것이라고 판결 이유를 밝혔다. 또한, 항소심 판결에서는, S. H.와 V. L.의 사적인 관계에 초점을 맞춘 파리마치의 기사는 이들 각자의 정치적 임무와 포부 사이에서 괴리의 결과라거나, 이들의 사임의 결과로 인한 정치적 논쟁이라는 암시가 아니라, 파리의 정치적 혼란과는 관계없는 두 전직 장관의 애정 관계를 그들 잡지의 독자들에게 제공하기 위한 목적만을 가진다는 이유를 추가했다.

9. 이러한 객관적 사실 및 평가에 대해서, 항소심은 두 전직 장관인 S. H.와 V. L.의 공동 사임은 공익적 주제를 구성하고 있음에도 불구하고, 문제가 된 기사는 그들의 애정 관계에 대한 폭로 및 미국에서의 사적인 체류에만 초점을 맞추었고, 그 결과 해당 주제에 관한 공적인 논쟁을 제공하지 못했다고 평가했다. 또한, 항소심은 두 전직 장관을 촬영한 사진을 게재한 해당 기사가 전직 장관 S. H.의 사생활을 보호받을 권리 및 초상권을 침해했다고 명확하게 결론지었다.

10. 따라서 상고 이유는 근거가 없다.

앞서 제기한 판단을 근거로, 파기원은 :

상고를 파기 환송한다 ;

Lagardère 회사에 소송 비용의 지불을 명한다 ;

프랑스 민사소송법 제700조를 적용하여, Lagardère 회사의 상고를 기각 및 파기하고, S. H.에 대해 3,000유로를 배상할 것을 명한다 ;

따라서 파기원의 제1민사부는 이같이 2020년 3월 11일 판결을 선고한다.

IV. 파기원의 추가 판단 이유

HFA 회사에게 파리마치 잡지 제3408호를 통해 보도로 인한 손해배상으로 S. H.에 대한 9,000유로의 지불과 문제가 된 사진에 대한 배포, 복제 및 인터넷상의 게재 금지 금지를 아스트랭트로 명한 항소심 판결에 불복하면서 제기한 Lagardère 회사의 상고 이유에 대해 추가로 판단한다.

첫 번째 추가 판단

프랑스민법 제9조 및 유럽인권협약 제8-1조는 명성, 재산 또는 직무와는 관계없이 모든 사람에 대한 사생활을 존중할 권리 및 초상권을 보장하고; 동협약 제10조는 표현의 자유에 관한 권리의 행사를 보장하고; 사생활을 존중할 권리를 비롯하여 한편으로는 초상권을 존중할 권리, 다른 한편으로는 표현의 자유에 대한 권리는 동등한 규범적 가치를 가지며; 이들 권리에 대한 균형을 찾는 것과 경우에 따라서 이들 법익을 가장 잘 보호할 수 있고 가장 합법적인 해결책을 모색하는 것은 판사의 임무에 속하고; 이들 권리 사이에서 형평을 모색하기 위한, 유럽인권법원 판결의 결과이며, 공익적 논쟁에 책임이 있는 기사 보도의 기여, 기사 보도의 목적, 관계 당사자의 과거, 보도의 행동, 내용, 형식 및 영향, 경우에 따라 사진이 찍힌 상황을 고려할 이유가 존재하며; 일반적인 관심사, 관련자의 악명, 보고서의 주제, 관련자의 이전 행동, 해당 출판물의 내용, 형식 및 영향을 비롯한 사진 촬영 상황; 개인의 공적 성격 또는 명성은 사생활의 보호에 영향을 미치고; S. H.는 장관으로서의 확고한 지위를 가진 정치인으로서 부인할 수 없는 명성을 가지고 있으며; 국민의 알권리는 이러한 경우에, 시사적인 또는 공익적 논쟁으로써 정당화되지만; 파리마치 잡지 제3408호의 표지에는 전직 장관인 V. L.의 어깨 위에 손을 올리고 있는 다른 전직 장관 S. H.가 함께 있는 사진과 제목이 게재되었고; 해당 기사의 제목은 두 당사자 사이의 애정 관계에만 초점이 맞춰져 있었으며; 이들 두 전직 장관이 손을 잡고 샌프란시스코를 걷고 있는 장면이 담긴 사진과 두 전직 장관임을 알 수 있는 이들의 뒷모습이 담긴 한 장의 사진이 잡지의 2면에 걸쳐 게재되었고; “샌프란시스코에서 S. H.와 V. L.의 러브스토리”라는 제목이 함께 게재되었으며, “지난 일요일, 서로 손을 잡고, 미국인들이 “서쪽의 파리”라고 부르는, 고향과 크게 다르지 않은, 프리스코(Frisco) 거리에서”라는 부제가 추가되었으며; “서로 손을 잡고”라는 상세한 설명은 이들이 연인 관계라는 점을 강조하기 위한 것이고; 보도된 기사는 “내각 개편 이후에, 이들 두 전직 장관은 연인으로 시간을 보내기 위해 캘리포니아를 선택했다.”라는 첫 문장으로 시작되었으며; 이어서, “만(灣)에 위치한 이 도시는 세상의 추방자들을 환영한다. 금을 쫓는 사람들이 있던 시기에 확립된 전통이다. Valls 정부⁴⁾에 대

4) François Hollande 대통령의 세 번째 내각으로, Manuel Valls가 수상이던 시기를 가리키며, 2014년 3월 31일부터 2014년 8월 26일까지의 4개월 26일의 짧은 기간 동안 존치했다. 이는 프랑스 제5공화국에서 두 번째로 짧은 기간의 내각으로 기록되고 있다.

해 최근에 사임한 - 퇴출이라고 말하지 않기 위한 - 전직 장관의 유배는 최초로 이주해 온 유럽인들에 비해 가볍다; 단 한 번이라도 연대는 은둔과는 함께할 수 없다. 교수자격이 있는 작가, Valois 거리의 임시 주인인 V. L.과 변호사, 국회의원, 사망한 생산재 건부의 사도인 S. H.는 “패배자들의 지침서”의 저자인 Emil Cioran이 남긴, “우리는 운명이 부여하는 의무를 회피할 때 비로소 하루의 진정한 의미를 발견할 수 있다.”라는 격언의 내용을 행복하게 찾을 수 있을 것이다.”라고 부연하였다; 원심의 판사들이 언급한 바와 같이, 내각 개편에 대한 암시는 잡지에 보도된 기사와 사진의 시간상 배치 정도와 관련이 있을 뿐이며; 해당 기사와 사진은 당사자인 S. H.와 V. L.의 전직 장관들의 지위에 대한 언급 외에는 이들의 사적인 관계에만 초점을 맞추고 있다; 해당 기사는 내각 개편 이후에 시작된 정치적 논쟁에 대해서, 이들 전직 장관의 사적인 관계가 어떠한 결과를 초래했는지에 대한 어떠한 암시도 전혀 언급하고 있지 않았다; 이러한 사정은 다른 두 면에 걸쳐 게재된 다른 세 장의 사진에서도 마찬가지였다; 이들 사진에는 S. H.와 V. L.의 사임 당시의 상황을 짧게 회상하는 간략한 기사와 S. H.가 U. I.의 경제 정책의 방향에 대해 비판적이라는 사실을 포함하고 있었고; 해당 기사가 “정치적 논쟁이나 파리의 스캔들과는 멀리 떨어져 인생이 언제나 장밋빛으로 보이는 이들 커플”이라는 문구로 시작되었다는 점에서, 논쟁의 여지가 있는 기사는 최근의 정치적 전후 관계와는 관계없이 이들 두 전직 장관의 사적인 관계를 강조하려는 의도를 다시 한 번 입증했다고 볼 수 있다; 해당 기사의 이러한 설명만으로는 정치적 논쟁을 강조할 수 없으며, 잡지의 독자들은 파리의 정치적 혼란과는 거리가 먼 S. H.와 V. L.의 애정 관계에 관한 사실만을 알게 되었을 뿐이다; 문제가 된 해당 잡지의 출간 당시에, S. H.가 이러한 사적 관계를 밝히지 않았다는 사실만이 문제가 된 것은 아니었다; 사실 이와 같은 폭로는 사생활 침해를 구성하고, 해당 잡지의 출간 이후에 이들 관계가 유명해졌는지에 대한 사실은 고려 사항이 아니다; 논쟁이 되는 사진에 대한 당사자의 동의 없는 보도는 사생활의 영역에서 좀 더 내면적인 부분에 대한 침해를 연장하는 초상권에 대한 침해를 구성하게 된다; 미국만큼 먼 외국에서의 휴가 동안, 당사자는 자신이 불편한 시선에서 떨어진 안전한 장소에 있다고 믿었을 것이고, 사진이 찍혔다는 사실만으로 자신의 허락 없이 이들 사진이 잡지에 게재될 수 있다는 사실은 생각하지 않았을 것이다; 따라서, 앞선 판결을 검토하고 살펴봄으로써 해당 기사의 보도로 인한 S. H.의 인격권에 대한 침해가 있었다는 사실이 확인될 수 있을 것이다;

두 번째 추가 판단

사생활 및 초상권 침해에 대한 판단과 관련하여, 유럽인권협약 제8조 및 프랑스민법 제9조는 개인의 명성, 재산, 현재와 장래의 직업과는 관계없이, 각자의 사생활을 존중받을 권리 및 초상권을 존중받을 권리가 있음을 모든 사람에게는 보장하고 있다; 유럽인권협약 제10조는 제3자의 권리에 대한 존중 안에서 언론기관의 표현의 자유에 대한 권리의 행사를 보장하고 있다; 앞선 이들 두 원칙(사생활 및 초상권을 존중받을 권리와 언론의 표현의 자유)에 대한 조화는 대중에 대한 표현의 자유를 제한할 수밖에 없다는 결론에 이르는데, 한편으로는 대중에게 공적 생활과 관련된 요소가, 다른 한편으로는 당사자에 의해 자발적으로 제공되거나 뉴스나 공익적 논쟁으로 정당화되는 정보 및 이미지가 그 대상이 된다; 누구든지 자신의 직업적 생활이나 공식 활동과는 관련이 없는 정보나 이미지의 공개에 반대할 수 있으며, 공개가 가능하거나 가능하지 않은 자신의 사생활을 비롯하여 언론이 보도할 수 있는 상황 및 조건의 한계 또한 정할 수 있다; 파리마치 잡지(2014년 9월 11일에서 2014년 9월 17일) 제3408호는 “샌프란시스코에서 S. H.와 V. L.의 러브스토리”라는 제목과 S. H.가 V. L.을 안고, 거리를 산책하면서도 사진기를 조심히 하는 장면이 찍힌 사진으로 잡지의 표지 전면을 장식했다; 잡지는 4면을 할애하여, “그리고 샌프란시스코에서 있는 동안 S. H.와 V. L.의 러브스토리”라는 제목을 표기하면서, “내각 개편 이후에, 이들 두 전직 장관은 연인으로 시간을 보내기 위해 캘리포니아를 선택했다.”라는 요약문으로 기사를 시작하였으며, “Valls 정부에 대해 최근에 사임한 -퇴출이라고 말하지 않기 위한- 전직 장관의 유배”는 20일 전에 “되찾은 자유 덕분에 프랑스 정치 무대 뒤에서 불어오는 눈보라를 뒤로하고 떠날 수 있었고; 캘리포니아에서는 기후가 일시적으로 호전되는, 예기치 않게 새롭고 신비한 현상인 인디언 썸머를 준비하였다.”라는 내용이 기사화되었다; 기사는 S. H.와 V. L.가 거리에서 서로 손을 잡고 있거나, 포옹하고 있는 장면이 담긴 4장의 사진이 중심이 되고, 이들 중 하나의 사진에서는 두 전직 장관이 다른 관광객들 곁에서 휴식을 취하는 모습도 담겼으며, “지난 일요일, 서로 손을 잡고, 미국인들이 “서쪽의 파리”라고 부르는, 고향과 크게 다르지 않은, 프리스코 거리에서”, “9월 7일 일요일 정오 무렵, 이들 커플은 샌프란시스코에서 유명한 롬바드 거리를 산책했다(...)”라는 설명을 추가하였다; 따라서 잡지에서 보도된 기사는 S. H.와 V. L.의 감정적인 관계를 다루고 있고, 이들이 정부의 개편 이후에 “연인으로 머물기 위한 목적의” 캘리포니아에서의 체류를 기술하면서, 두

전직 장관들이 Valls 정부에 대해서 동반 사임했으며, 이들의 사임 20일 전에 G.가 사임했다는 사실까지도 소환하면서; S. H.와 G.가 정부의 경제 정책에 대해 비판적 성명을 낸 데에 이어, 정부에 대해 사임했다는 사실을 Valls 정부가 발표했던 시점이자, V. L.이 정부 정책에 “비판적인” 장관들과 함께 연대해서 새로운 정부에 참여하지 않겠다는 발표를 했던 시점인, 2014년 8월 25일에서 2주가 지난 후에 해당 기사가 실린 잡지가 발간되었다는 사실을 확인했다; 그러나, 만약 기사가 S. H.와 V. L.이 공동으로 사임하고 “프랑스 정치의 무대 뒤에서 불어오는 눈보라를 뒤로하고 떠났던” 사실을 자세히 기술하고자 하였다면, 캘리포니아에서 당사자들의 사적인 체류의 시간을 서술하기 위한 정보가 기사를 통해 제공되었어야 함에도, 정작 해당 기사는 두 전직 장관의 연결 관계에 관한 논쟁이나, 정부에 대한 공동 사직의 이유에 관한 어떠한 설명도 포함하고 있지 않다는 사실이다; 해당 기사는 정부의 전직 장관들의 감정적 관계가 그들의 동반 사임의 유력한 원인인지, 정부와의 정치적 대립이 동반 사임의 원인이 아닌지에 대한 어떠한 의견도 제기하지 않았으며, S. H.와 V. L. 각자의 정치적 비전, 직무 및 야망에 비추어 이들의 사임이 그들 사이의 이러한 감정적 관계의 결과라는 어떠한 논쟁도 이끌어 내지 못했다; 비록 S. H.와 V. L.뿐만 아니라 G. 또한 공동으로 사임했다는 사실이 언론을 통해 광범위하게 알려졌고, 이러한 사임에 따른 정부 내각의 개편 이후 활발한 정치적 논쟁이 발생할 수 있었음에도, 잡지에 보도된 기사는 이러한 활발한 논쟁을 제공하지 못했고, 단지 S. H.와 V. L.의 감정적인 관계, 다시 “되찾은 그들의 자유”와 “연인들의 사적 체류”만을 폭로하는 데에 기여했을 뿐이다; 이러한 조건에서, 기사에서 자세히 기술된 S. H.와 V. L.의 감정적 관계에 대한 폭로는 시사적인 논쟁을 제외하면 대중에 대한 합법적인 정보를 제공하지 못하고 있다; S. H.가 샌프란시스코에서 거리를 산책하는 것과 같은 사생활을 보내는 시간에 몰래 사진을 찍고, 이를 보도하여 이들 두 전직 장관의 감정적 관계를 폭로하는 문제는 S. H.가 관광객들과 사진을 찍는 데에 동의한 사실과는 어떠한 관련도 없고, 대중에 대한 S. H.의 이러한 태도가 본인의 사적 관계를 대중에게 알려도 된다는 명백한 의사 표시라고도 볼 수 없으므로, 이는 사생활 침해에 해당한다; 문제가 되는 사진들의 복제 또한 청구인 S. H.에 대한 초상권 침해를 구성하며; 문제가 된 출간물인 각 잡지에 대해 9,000유로의 손해배상금을 청구인에게 지급할 것을 HFA 회사에 명했다;

1. 사생활 침해는 보도된 정보를 통한 기여라는 측면에서 공익, 보도된 관련 당사자의 명성, 사생활 보도의 내용 및 영향을 비롯해 보도된 정보 또는 사진을 찍기 위한 부당한 개입과 관련한 문제를 평가해야 하며; S. H.와 V. L.의 애정 관계를 드러내는 언론 기사와 사진의 출간이 사생활 및 초상권에 대한 침해를 구성하는지, 해당 기사가 최근 내각 개편 이후 시작된 정치적 논쟁이 아니라 두 전직 장관의 사적인 애정 관계에 초점을 맞추고 있는지를 판단하기 위해서는, 비록 청구인인 S. H.가 경제, 생산 회복 및 디지털 부 장관의 직무를 수행하는 공인이고, 정부의 정책적 노선에 반대하는 공동의 결정에 영향력을 행사할 수 있는 “비판적인” 두 전직 장관 사이에 친밀한 관계가 존재한다는 사실과 두 장관이 동시에 사임 결정을 한 것이 과거 사회당 쇠퇴의 주요 원인 중 하나였던 갈등의 원인을 제공한다는 측면에서 정치적 기여가 있다는 사실을 대중에게 보도하는 것에는 합법적 이익이 존재한다고 하더라도, 항소심 판결은 유럽인권협약 제8조 및 제10조와 프랑스민법 제9조에 대한 위반에 해당한다;

2. 사생활에 대한 침해는 대중에 대한 정보 보도의 기여라는 측면에서, 공익, 관련 당사자의 명성, 사생활 보도의 내용과 영향 및 보도된 정보 또는 사진의 부당한 취득에 관한 논쟁이 평가되어야 함에도 불구하고; 잡지에 게재된 S. H.와 V. L.의 사적 관계를 나타내는 기사와 사진의 보도가 이들의 사생활 및 초상권에 대한 침해를 구성하는지를 판단함에 있어서, 기사의 내용이 어떠한 정치적 논쟁을 설명하고 있지 않으며, 당사자는 멀리 떨어진 외국에서의 휴가 동안, 사진이 찍혔다는 사실을 고려할 수 없이, 자신이 불편한 시선에서 떨어진 안전한 장소에 있다고 믿을 수 있었을 것이고, 잡지에 게재된 사진 중 하나에서 나타나듯이 사람들이 S. H.의 사진을 찍을 수 있도록 했으며, 이러한 사실은 그들의 사적 관계를 스스로 숨기지 않는다는 것을 입증한다고 주장하였음에도, 항소심 판결은 유럽인권협약 제8조와 제10조 및 프랑스민법 제9조에 따라 법적 근거를 박탈했다(ECLI:FR:CCASS:2020:C100187).

2017. 1. 31. 결정
최고재판소 제3소법정
2016년(허) 제45호

#아동성매매
#신원공개
#검색사업자
#검색결과 삭제

**게시글 삭제 가치분결정 인가결정에 대한 항고심의 취소결정에 대한
허가항고 사건
2016년 (하) 제45호**

주문

본건 항고를 기각하다.

항고비용은 항고인의 부담으로 한다.

이유

항고 대리인 간다 도모히로(神田知宏)의 항고 이유에 대해

1. 기록에 따르면 본건의 경위는 다음과 같다.

- (1) 항고인은 아동 성매매를 했다는 피의사실에 근거하여 2014년 법률 제79호에 따른 개정 전 아동 성매매, 아동 포르노와 관련된 행위 등의 처벌 및 아동 보호 등에 관한 법률 위반 혐의로 2011년 11월에 체포되어 동년 12월에 동법 위반 죄로 벌금형에 처해졌다. 항고인이 상기 혐의로 체포된 사실(이하 '본건 사실'이라 한다)은 체포 당일에 보도되어 그 내용의 전부 또는 일부가 인터넷상의 웹사이트에 전자게시판에 다수 게재되었다.
- (2) 상대방은 이용자의 요구에 따라 인터넷상의 웹사이트를 검색하고 웹사이트를 식별하기 위한 부호인 URL을 검색결과로서 이용자에게 제공하는 것을 업으로 하는 자(이하 '검색사업자'라 한다)이다.

상대방으로부터 상기와 같이 검색 결과를 제공받는 이용자가 항고인이 거주하는 현의 명칭 및 항고인의 성명을 조건으로 검색하면, 해당 이용자에게 대해, 원결정이 인용하는 가치분 결정 별지 검색 결과 일람 기재의 웹 사이트에 대해, URL 및 해당 웹 사이트의 표제 및 발췌(이하 「URL 등 정보」라 총칭한다)가 제공되지만, 이 중에는 본건 사실 등이 기입된 웹 사이트의 URL 등 정보(이하 「본건 검색 결과」라 한다)가 포함된다.

2. 본건은 항고인이 상대방에 대해 인격권 또는 인격적 이익에 근거하여 본건 검색결과의 삭제를 요구하는 가치분명령을 제기한 사안이다.
3. (1) 개인의 프라이버시에 속하는 사실이 함부로 공표되지 않을 이익은 법적 보호의 대상이 된다고 해야 한다(최고재판소 1977년 (나) 제323호 56년 4월 14일 제3소법정 판결, 민집 35권 3호 620페이지, 최고재판소 1989년 (나)제1649호 동 6년 2월 8일 제3소법정판결·민집 48권 2호 149쪽, 최고재판소 2001년 (나) 제851호, 동년 (수)제837호 동14년 9월 24일 제3소법정판결·재판집 민사207호 243쪽, 최고재판소 2000년(수)제1335호 15년 3월 14일 제2소법정판결·민집 57권 3호 229쪽, 최고재판소 2002년(수)제1656호 동15년 9월 12일 제2소법정 판결·민집 57권 8호 973쪽 참조). 한편, 검색 사업자는, 인터넷상의 웹 사이트에 게재되고 있는 정보를 망라하여 수집해 그 복제를 보존하고, 동 복제를 기본으로 한 색인을 작성하는 등 정보를 정리해, 이용자가 표시한 일정한 조건에 대응하는 정보를 동 색인에 근거해 검색 결과를 제공하는 것인데, 이 정보의 수집, 정리 및 제공은 프로그램에 의해 자동적으로 이루어지지만, 동 프로그램은 검색 결과의 제공에 관한 검색 사업자의 방침에 따른 결과를 얻을 수 있도록 작성된 것이므로, 검색 결과의 제공은 검색 사업자 자신에 의한 표현행위라는 측면을 가진다. 또한, 검색 사업자에 의한 검색 결과의 제공은 공중이 인터넷상에 정보를 발신하거나, 인터넷상의 방대한 양의 정보 중에서 필요한 것을 입수하는 것을 지원하는 것이며, 현대 사회에 있어 인터넷상의 정보 유통 기반으로 큰 역할을 하고 있다. 그리고, 검색 사업자에 의한 특정한 검색 결과의 제공 행위가 위법이라고 여겨져 그 삭제를 피할 수 없게 되는 것은, 상기 방침에 따른 일관성을 가지는 표현행위의 제약인 것은 물론, 검색 결과의 제공을 통해서 완

수되고 있는 상기 역할에 대한 제약이라고도 할 수 있다. 이상과 같은 검색 사업자에 의한 검색결과 제공행위의 성질 등을 고려하면, 검색 사업자가 어떤 자에 관한 조건 검색의 요구에 응해 그 사람의 프라이버시에 속하는 사실을 포함한 기사 등이 게재된 웹 사이트의 URL 등 정보를 검색 결과의 일부로서 제공하는 행위가 위법이 되는지 아닌지는, 해당 사실의 성질 및 내용, 해당 URL 등 정보가 제공됨으로써 그 사람의 프라이버시에 속하는 사실이 전달되는 범위와 그 사람이 입는 구체적 피해의 정도, 그 자의 사회적 지위나 영향력, 상기 기사 등의 목적과 의의, 상기 기사 등이 게재될 때의 사회적 상황과 그 후의 변화, 상기 기사 등에서 당해 사실을 게재할 필요성 등 당해 사실이 공표되지 않을 법적 이익과 당해 URL 등 정보를 검색결과로서 제공하는 이유에 관한 제반 사정을 비교형량하여 판단해야 하는 것으로, 그 결과 당해 사실이 공표되지 않을 법적 이익이 우월하다는 것이 명백한 경우에는 검색사업자에 대하여 해당 URL 등 정보를 검색 결과로부터 삭제할 수 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다.

- (2) 이것을 본건에 대해 보면, 항고인은 본건 검색결과에 포함된 URL로 식별되는 웹사이트에 본건 사실의 전부 또는 일부를 포함한 기사 등이 게재되어 있다고 하여 본건 검색결과의 삭제를 요구하고 있는바, 아동 성매매를 했다는 피의사실에 근거해 체포되었다는 본건 사실은 타인에게 함부로 알려지고 싶지 않은 항고인의 프라이버시에 속하는 사실이지만, 아동 성매매수가 아동에 대한 성적 착취 및 성적 학대로 규정되어 있어 사회적으로 강한 비난의 대상이 되어 별칙으로 금지되고 있는 것에 비추어 볼 때, 지금도 공공의 이해에 관한 사항이라 할 수 있다. 또한, 본건 검색결과는 항고인이 거주하는 지역(県)의 명칭 및 항고인의 이름을 조건으로 했을 경우, 검색결과의 일부인 점 등을 고려할 때, 본건 사실이 전달되는 범위는 어느 정도 제한된 것이라고 할 수 있다.

이상의 모든 사정을 보면, 항고인이 가족과 함께 생활하고 있고, 앞의 1 (1)의 벌금형에 처해진 후에는 일정 기간 범죄를 저지르지 않고 민간 기업에서 생활하고 있음이 엿보이는 것 등의 사정을 고려한다고 하여도, 본건 사실이 공표되지 않을 법적 이익이 우월하다는 것이 명백하다고는 말할 수 없다.

4. 항고인의 제기를 각하한 원심의 판단은 시인할 수 있다. 논지는 채택할 수 없다.

따라서 재판관 전원일치의 의견으로 주문과 같이 결정한다.

재판장 재판관 岡部喜代子

재판관 大谷剛彦

재판관 大橋正春

재판관 木内道祥

재판관 山崎敏充

2017. 10. 3. 결정
사이타마 지방재판소 민사제3부
2017년(요) 제2000호

#계정 삭제
#인격권
#방해배제청구권
#표현자유

2017년 10월 3일 결정

**사이타마 지방재판소 민사제3부 2017년(요) 제2000호
투고기사 삭제 가처분 명령 신청 사건**

당사자 : 별지 당사자 목록에 기재한 바와 같이

주문

채무자는 별지투고기사목록에 기재된 투고기사를 임시로 삭제하라.

이유의 요지

별지 이유의 요지에 기재한 바와 같이

재판장 재판관 小林久起

재판관 工藤正

재판관 齋藤千紘

별지 1 당사자 목록

채권자 A

채권자 대리인 변호사 田中一哉

채무자 Twitter, Inc.

상기 대표자 최고경영책임자 잭 도시(Jack Dorsey)

채무자 대리인 변호사 中島徹 平津慎副 大澤大

별지 2 투고 기사 목록

- 1) 열람용 URL <생략>(어카운트 전체)
- 2) 열람용 URL <생략>
투고일시 2017년 5월 14일 8:19
투고내용<생략>
A=B
너무 충격적이다
- 3) 열람용 URL <생략>
투고일시 : 2017년 4월 1일 14:25
투고내용 : A씨는 전 AV여배우라고 해서 깜짝 놀랐어ㅋ
- 4) 열람용 URL <생략>
투고일시 : 2017년 3월 20일 15:43
게시내용 : A너무 귀여워.
B라는 전 AV여배우 같아서 요즘 그 동영상 자주봐ㅋㅋ
- 5) 열람용 URL <생략>
투고일시 : 2011년 11월 19일 15:17
투고내용 : A씨도 YouTube에서 [생략] 여러가지 말했지만, 결국은 B가 AV 여배우였잖아? ^^ ; 수상쩍은 소리만 늘어놓네
- 6) 열람용 URL <생략>
투고일시 : 2017년 6월 5일 23:38
투고내용 : 가짜 계정을 만들어서, AV의 사진을 올리다니 꽤 원한을 샀구나.
A씨. <생략>...을 가지고도 리벤지 포르노는 막을 수 없는지...
- 7) 열람용 URL <생략>
투고일시 : 2017년 6월 6일 9:54
투고내용 : 놀랐어. 며칠 전에 D에 관한 트윗에 좋아요!를 받아서 그 어카운트를 들여다봤더니 AV여배우의 태그가 붙어 있었기 때문에 의심스럽게 생각하고 있었는데 《생략》에서는 유명한 이야기인 것 같다. A=B[AV여배우]라는 소문이 있지. 이라기 보다는 본인이네.

별지 3 이유의 요지

(1) 본건 투고기사 2에 대하여

채무자는 본건 투고기사 2는 「A=B」라고 말할 뿐이기 때문에, 기타 투고 기사와 달리 채권자가 전 AV 여배우라고 지적하는 것이 아니다, 또 「B」가 전 AV 여배우라는 것은 일반 독자에게 알려진 사실이 아니기 때문에, 일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 하면, 「A=B」라는 기재만으로는 채권자가 전 AV 여배우라고 읽어낼 수 없다고 주장하며, 따라서 본건 투고 기사2는 채권자가 전 AV 여배우라고 인정할 수 없다.

그러나, 채권자는, 젊은 신진기업가로서 그 활동이 매스미디어나 국립대학의 강의에서도 다루어지며 인터넷상에서도 이름과 함께 활동이 소개되는 저명인사가 되어 있다. 채권자와 같은 인터넷상에서 널리 알려진 저명인에 대해서, 'B'라는 다른 이름과 등호 '='로 연결되어 트위터 상에 표시되고, 그것을 채권자의 사회적 활동을 아는 독자가 읽으면, 채권자가 'B'라는 다른 이름으로 활동하는 저명인과 동일 인물임을 나타내는 것이라고 생각된다. 그리고, 현대 사회에 있어서 저명인의 이름을 인터넷으로 검색하는 것은 널리 일반적으로 행해지고 있는 것으로, 인터넷상에서 「B」라고 하는 이름을 검색하면, 그것이 전 AV여배우의 이름인 것을 용이하게 알 수 있다.

그렇다면, 널리 사회적 활동을 하고 있는 저명인인 채권자에 대해 인터넷상에 유포되고 있는 전 AV여배우의 이름과 등호로 연결되어 「A=B」라고 트위터상에 표현되면 이를 읽는 일반 독자의 보통의 주의와 읽는 방법을 기준으로 했다 하더라도 채권자가 전 AV 여배우라는 사실을 적시하는 것으로 이해할 수 있다고 할 수 있다.

(2) 본건 계정의 삭제 청구에 대해

채권자는 본건 어카운트에 투고된 개별 투고기사 및 기타 개별 콘텐츠(예를 들어, 헤더 화상 및 프로필의 기재 등)의 삭제가 아니라, 본건 어카운트 전체의 삭제를 요구한다.

이 점에 대해 채무자는 채권자는 스스로의 권리를 침해한다고 주장하는 정보의 구체적 내용 및 구체적 범위를 밝힌 후에 해당 정보만의 삭제를 요구해야지, 만연히 본건 계정 전체의 삭제를 요구하는 것은 인정되지 않는다고 주장한다. 그 이유로서 채무자는 본건 어카운트 전체를 삭제하게 되면 채권자가 스스로의 권리를 침해한다고 주장하는 정보뿐 아니라, 그 외의 정보도 포함해 모든 정보가 삭제되게 되지만, 채권자는 인격권

침해에 근거한 방해배제청구권의 행사로서 삭제를 요구하고 있으므로, 삭제의 대상은 채권자가 스스로의 권리를 침해한다고 주장하는 정보에 한정되어야 하며, 그 이외의 정보에 대해 삭제를 인정해야 하는 법적 근거는 일절 없고, 또한 본건 어카운트 전체를 삭제하게 되면, 본건 어카운트의 보유자는 향후 본건 어카운트를 사용하여 기사를 일절 사용할 수 없게 된다. 결국, 전체 어카운트를 삭제하는 것은 장래의 표현행위에 대해서 그 표현내용을 묻지 않고 포괄적 망라적으로 사전금지를 인정하는 것이 되어 표현의 자유의 중요성 및 표현행위에 대한 위축효과의 중대성 관점에서 표현행위에 대한 금지의 가부는 신중하게 판단되어야 하고, 만약 금지가 인정되는 경우에도 그 범위는 필요최소한의 범위로 한정되어야 한다고 주장한다.

그러나, 본건 어카운트는, 그 어카운트 전체가 별지 <생략>과 같은 내용으로, 어카운트명에 「<생략>이라고 표기하고, 저명한 사회적 활동을 하고 있는 채권자와 전 AV 여배우로서 인터넷상에서는 널리 알려진 B의 이름을 병기하고, 이 양자를 관련성 있는 이름으로 연결시키고 있으며 또한, 프로필 란에는, 「<생략>그렇게 말하는 것은, <생략> A씨. '생략」이라는 다른 웹사이트에 게재된 채권자의 코멘트를 그대로 게재한 다음, 주소란에 채권자의 주소지('생략')를 기재하고, 블로그의 도메인명 란에도 채권자 블로그의 도메인('생략')을 기재하고 있다. 또한 헤더 화상에는, 채권자의 이름의 표기와 사진으로 채권자를 소개하고 있는 인터넷상의 사진을 그대로 게재하고 있다. 그리고, 투고 내용은, 12개의 트윗을 게재하고 있지만, 최초의 트윗에 채권자가 블로그에 게재한 사진을 그대로 게재한 다음, 그 후의 11개의 트윗은, 모두 전 AV 여배우 「B」의 AV 화상을 전제한 것이다.

이상과 같이, 본건 어카운트는 어카운트명, 프로필 란의 기재, 헤더 화상 및 투고 기사 모두에서, 채권자가 본건 어카운트를 개설한 것처럼 가장해 위장한 후, 열람자에 대해 채권자가 전 AV 여배우이며, 투고한 화상의 성인 비디오에 출연하고 있는 듯한 인상을 주고, 동시에 채권자가 그러한 화상을 투고한 것 같은 인상을 주는 것을 목적으로 개설되어 표현된 것이라 인정된다.

이와 같이 외형적으로도 본건 어카운트는 어카운트 전체가 어느 구성부분을 취해도 채권자의 인격권을 침해하는 것만을 목적으로 명백한 불법행위를 행하는 내용의 표현이다.

이러한 어카운트 전체가 불법행위를 목적으로 하는 것이 명백하며 이로 인해 중대한 권리침해가 이루어진 경우에는 권리구제를 위해 어카운트 전체를 삭제하는 것이 불가피하다고 해야 하며, 예외적으로 어카운트 전체의 삭제를 요구할 수 있다고 해석하는 것이 상당하다. 이러한 불법행위만을 목적으로 타인을 위장한 계정이 삭제되었다 하더라도 본 건 계정의 보유자로서는 따로 정당한 트위터 계정을 개설하는 것에 아무런 방해 받을 수 없다.

2018. 6. 20. 선고
도쿠시마 지방재판소 제2민사부
2014년(와) 제309호

#사진촬영
#부정경쟁방지법
#사죄광고
#금지청구
#종교적인격권

2018년 6월 20일 판결

구두변론 종결일 2018년 2월 28일

**도쿠시마(徳島) 지방재판소 제2민사부 2014년(와) 제309호
손해배상 등 청구사건**

판결

원고 : 시코쿠(四国) 88개소 영장회(靈場会) 소송승계인 일반사단법인 시코쿠 88개소
영장회(이하 '원고 영장회')

동대표자 : 대표이사 P1

원고 : 극락사

동대표자 : 대표임원 P2

원고 : 대흥사

동대표자 : 대표임원 P3

상기 3명 소송대리인 변호사 島尾大次, 益田歩美, 妹尾祥

피고 P4

이 소송대리인 변호사 松本龍太

주문

1. 피고는 원고 극락사 및 원고 대흥사에 대해, 각각 110만엔 및 이에 대한 2014년 11월 23일부터 지불 완료까지 연 5부의 비율에 따른 금원을 지불하라.
2. 피고는 별지 사진목록 기재 2 및 동 목록 기재 67의 각 사진을 전시, 공개해서는 안 된다.
3. 피고는 별지 사진목록 기재 2 및 동 목록 기재 67의 각 사진을 사용한 불상사진(御影)¹⁾, 서적, 상품을 제작, 판매, 배포해서는 안 된다.
4. 피고는 별지 사진목록 기재 2 및 동 목록 기재 67의 각 사진, 그 네거티브 필름 및 전자 데이터를 폐기하라.
5. 피고는 별지 사진목록 기재 2 및 동 목록 기재 67의 각 사진을 사용한 불상사진(御影), 서적, 상품을 폐기하라.
6. 원고 극락사 및 원고 대흥사의 그 외의 청구와 원고 영장회의 청구를 모두 기각한다.
7. 소송비용은 원고 영장회에 발생한 비용은 원고의 부담으로 하며, 그 나머지 부분은 이를 25분하고, 그 7을 피고의 부담으로 하며, 그 나머지를 원고 극락사 및 원고 대흥사의 부담으로 한다.
8. 본 판결은 제1항에 한하여 가집행할 수 있다.

사실 및 이유

제1 청구

1. 피고는 원고들에 대해 각각 330만엔 및 이에 대한 2014년 11월 23일부터 지불이 완료될 때까지 연 5부의 비율에 의한 금원을 지불하라.
2. 피고는 별지 사진목록 기재 사진을 전시, 공개해서는 안 된다.
3. 피고는 별지 사진목록 기재 사진을 사용한 불상사진(御影), 서적, 상품을 제작, 판매, 배포해서는 안 된다.

1) (역주) 번역의 편의상 불상사진을 어영(御影)으로 표기함.

4. 피고는 별지 사진목록에 기재된 사진, 그 네거티브 필름 및 전자 데이터를 폐기하라.
5. 피고는 별지 사진목록 기재 사진을 사용한 불상사진(御影), 서적, 상품을 폐기하라.
6. 피고는 별지 불상사진(御影) 목록 기재의 불상사진(御影) 및 이를 수록한 책자, 금액, 족자, 벽걸이 등을 제작, 판매, 배포해서는 안 된다.
7. 피고는 별지 불상사진(御影) 목록 기재의 불상사진(御影) 및 이를 수록한 책자, 액자, 족자, 벽걸이 등을 폐기하라.
8. 피고는 원고 등에 대해 별지 사과 광고 목록에 기재된 사죄 광고를 별지 사과 광고 게재 요령 기재의 게재 조건으로 1회 게재하라.

제2 사안의 개요

1. 본건은 시코쿠(四国)에 있는 88곳의 사원에 관한 단체인 원고 영장회 및 그 중 2개의 사원인 원고 극락사 및 원고 대흥사가 (1) 원고들이 허가하지 않은 寺宝(본존) 등을 사진 촬영하였고, 촬영이 허가된 寺宝(본존) 등의 사진에 대해서도 원고들이 허가한 조건에 반하여 전시 공개하여 동 사진을 사용한 불상사진, 서적 및 상품을 제작·판매·반포한(이하 ‘반포 등’이라 칭함), 피고들의 행위는 원고들 간의 촬영허가 합의에 반하고, 또한 원고들의 인격권을 침해하는 것이며, (2) 각 사원의 명칭이 부기된 위 불상사진을 사용하여 불상본체 또는 이를 수록한 책자, 액자, 족자, 병풍 등을 반포하는 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 또는 소정의 부정경쟁에 해당하며 또한 원고들의 성명권을 침해하는 것으로 피고에 대하여 상기 (1)에 대해서 채무불이행 또는 불법행위에 근거하고 상기 (2)에 대해서도 불법행위에 근거하는 것으로 원고들 각자에게 위자료 300만 엔 및 변호사 비용 30만 엔의 손해 합계 330만과 이에 대한 불법행위 후로부터 소장 송달일의 다음날인 2014년 11월 23일부터 지불 완료까지 민법 소정의 연 5부의 비율에 따른 지연손해금의 지불을 요구하는 동시에, 상기 (1)의 촬영허가합의 위반 또는 종교적 인격권 침해에 의한 불법행위에 근거하여 별지 사진목록에 기재된 사진(3[1], 19, 21, 24, 654, 655, 이하 ‘본건 사진’이라 한다)의 전시·공개(이하 ‘공개 등’이라 한다.), 본건 사진을 사용한 불상사진·서적·상품의 반포 등의 각 금지 및 본건 사진, 그 네거티브 필름 및 전자 데이터, 본건 사진을 사용한 불상사진·서적·상품의 각 폐기, 상기 (2)에 대해 부정경쟁방지

법 제3조 또는 성명권 침해의 불법행위에 근거해 별지 불상사진 목록 기재의 각 불상사진(이하 '본건 불상사진'이라 한다) 및 이것을 수록한 책자, 금액, 족자, 병풍 등의 반포 등의 금지 및 폐기와 함께 원고들의 명예, 신용회복조치로서 민법 제723조 또는 부정경쟁방지법 제14조에 근거하여 사죄광고의 게재를 구하는 사안이다.

2. 전제사실(다툼이 없는 사실 또는 후술한 증거 등에 의해 용이하게 인정될 수 있는 사실)

(1) 당사자 등

가. 시코쿠(四国) 88개소는 시코쿠에 있는 88개의 弘法大師 연고의 영지, 사원(사찰이라고도 한다. 이하 88곳의 사찰을 정리해 '각 사찰'이라 한다)의 총칭으로, 각 사찰에는 도쿠시마현(아와), 고치현(도사), 에히메현(이요) 및 가가와현(사누키)의 각 소재지 순서로 제1번부터 제88번까지 고유의 번호가 매겨져 있다(별지 사진목록 기재의 1에서 88까지의 번호는 각 번호로 대응한다). 각 사찰의 순례(또는 순례하는 자)는 시코쿠 순례·순례 등으로 불리고 있다.

나. 원고 영장회는 시코쿠 순례의 보급·촉진 등을 목적으로 2017년 6월 1일에 설립된 일반사단법인으로, 시코쿠 88개소의 발전 등을 목적으로 1968년경에 조직된 소송승계 전의 시코쿠 88개 영장회(권리능력 없는 사단)가 법인화한 것이다(이하 소송승계 전의 시코쿠 88개 영장회도 포함하여 "원고 영장회"라 한다. 변론의 전체 취지).

다. 원고 극락사는 도쿠시마 현 내에서 시코쿠 88개소 제2번 사원을 운영하는 종교법인으로 본존은 아미타불이다(갑5).

라. 원고 대흥사는 가가와 현에서 시코쿠 88개소 제67번 사원을 운영하는 종교법인으로 본존은 약사여래불이다(갑5 이하 원고 극락사 및 원고 대흥사를 합쳐 '원고들 사원'이라고도 한다).

마. 피고는 'P4'라는 성명으로 활동하고 있는 사진가이다.

(2) 각 초소의 어영

가. 각 사찰에서 참배자는 참배·납경의 증거로서 납경소에서 납경장·납경축에 도장을 받아 각 사찰의 본존이 그려진 흑단색 인쇄로 된 종이(이하 '본존어영'이라 한다)를 수령한다(갑5, 원고 영장회 대표자 본인).

나. 각 사찰 경내에 있는 모래를 한 곳에 모아 그 모래 위를 밟으면서 예배용으로 모셔진 모래밧기용 본존이라고 하는 각 사찰소의 본존 그림, 석불 등을 예배하는 '모래밧기의식'에 의해서도 각 사찰을 참배한 것과 같은 공덕이 있는바, 원고 영장회는 시코구 88개소의 사회적 인지도 향상을 위하여 공방에 의뢰하여 각 사찰의 모래밧기용 본존 그림 88폭 및 대사어영(홍법대사의 초상화) 1폭을 제작했다.

그리고 원고 영지회 및 각 사찰은 상기 그림(이하 '모래밧기본존 등'이라 한다.)을 바탕으로 89장의 채색어영(대사어영을 제외하고 채색된 본존에 오른쪽 어깨에 세로쓰기로 본존명, 아래에 가로쓰기로 사찰의 번호와 사찰명이 부기된 것. 이하 "원고 어영"이라 한다. 갑2)을 작성하고, 2004년 12월 이후 대사어영에 대해서는 원고 영장회에서, 기타 어영에 대해서는 각 사찰에서 각각 1장 200엔에 배포하고 있다.(갑2, 갑83, 변론의 전체 취지)

(3) 일본방송협회(NHK) 등에 의한 프로그램 작성 및 서적출판

NHK는 2000년 12월 이후 원고 영장회에 시코구 88곳에 관한 프로그램 작성이나 서적 출판에 대한 협력을 의뢰하였다(갑35).

가. NHK의 관련회사인 주식회사 일본방송출판협회(이하 'NHK 출판'이라 한다.)에서 2002년 4월에 피고를 저자로 하여 원고영장회가 감수하는 '○○○○○○○○○○○○'이라는 단행본(갑5. 이하 '본건 단행본'이라 한다.)이, 같은 해 6월에 피고를 저자로 하여 원고영장회가 감수하는 '△△△△△△△△'이라는 제목의 호화본(갑6. 이하 '본건 호화본'이라 한다)이 각각 출판되었다(이하, 두 서적을 합쳐 'NHK 서적'이라 한다).

나. 본건 단행본에는 각 사찰에 대해 2페이지씩 사찰명, 본존명, 해설문 외 원칙적으로 본존의 사진(특별히 기재한 것을 제외하고 피고가 2000년 가을부터 2002년 봄에 걸쳐 촬영한 것)이 게재되어 있는데, 첫머리에 '여러 사정에 의해 본존의 촬영 기회를 얻을 수 없었던 사찰에 대해서는 본존어영...을 게시했습니다.'라는 거절문이 붙어 있고 원고 극락사 및 원고 대흥사를 포함한 총 12곳의 사찰에 대해서는 본존어영이 기재되어 있었다(갑5).

다. 본건 호화본에는 각 사찰의 본존, 기타 제불 등의 사진이 게재되어 있는데, 첫머리에 '또한 여러 사정에 의해 촬영·게재의 허락을 받지 못했기 때

문에 본존 혹은 본존 이외의 제존을 소개할 수 없었던 사원이 있습니다.’ 라는 거절문이 붙어 있고 원고 극락사에서는 경내의 불족석, 원고 대흥사에서는 경내의 큰 녹나무 사진만이 게재되어 있었다(갑6).

(4) 피고에 의한 사진 및 영정의 공개, 배포 등

가. 피고는 늦어도 2007년 이후 각 사찰의 사찰 보물 등의 사진인 본건 사진에 자신이 개최하는 사진전이나 미술관 등에서 공개하게 되었다.

나. 피고는 늦어도 2007년경 이후 본건 사진에 제1번 사찰(영산사)이라며 ‘시코쿠 제1번’ ‘영산사’ 등의 표시를 붙여(이하 피고가 붙인 표시를 ‘피고 표시’라 한다) 본건 어영을 작성하고(갑10) 이것을 종이카드로 하거나 책자, 액자, 족자 혹은 병풍에 수록한 형태로 배포 등을 하고 있다(갑21).

다. 피고는 2008년 5월경, 명보사를 발행소로 하여 ‘□□□□□□□□□□’이라는 제목의 서적(이하 ‘피고서적’이라고 한다. 갑14)을 출판했다. 피고서적에는 ‘2002년에 NHK 출판에서 호화책으로 출판한 것을 구하기 쉽게 편집하였습니다.’라고 기재되어 있으며, 별지 사진목록 기재 2의 원고 극락사의 본존사진(이하 ‘본건 사진 2’라 한다) 및 동 목록 기재 67의 원고 대흥사의 본존사진(이하 ‘본건 사진 67’이라 한다)이 각각 게재되어 있다.

3. 쟁점

(1) 본건 사진에 대해서

가. 본건 사진의 촬영·사용에 관한 피고의 채무불이행 책임

(가) 각 사찰의 사찰 보물 등의 촬영 및 사진의 배포 등에 관한 NHK와 원고 영장회 간의 합의 유무 및 그 내용

(나) 상기 (가)의 합의가 피고를 구속하는가

나. 본건 사진의 촬영·사용에 관한 피고의 불법행위 책임

(가) 각 초소의 피고에 의한 본건 사진 촬영에 대한 동의 유무

(나) 각 초소의 피고에 대한 본건 사진의 포괄적인 이용 허락 유무

다. 피고에 의한 본건 사진의 촬영 및 배포 등이 원고들의 종교적 인격권을 침해하는가

(2) 본건 어영에 대하여

가. 본건 어영(御影)의 배포 등이나 본건 사진의 공개 등에 관한 피고의 부정경쟁 방지법상의 책임 등

(가) 부정경쟁방지법 제2조제1항제1호 해당성

- a. '시코쿠 88개소' '시코쿠 제1번' '영산사' 등의 표시(이하 '각 사찰 표시'라 한다)가 원고의 상품 등 표시에 해당하는지(상품 등 표시 해당성의 유무)
- b. 각 사찰 표시는 '수요자 사이에 넓게 인식되고 있다'고 할 수 있는가(주지성의 유무)
- c. 피고 표시는 각 표소 표시와 동일 또는 유사한 것이라고 할 수 있는가(동일성·유사성의 유무)
- d. 피고에 의한 본건 어영의 배포 등이나 본건 사진의 공개 등은 본건 어영 및 본건 사진이 원고들의 상품과 혼동을 일으키는 행위라 할 수 있는가(혼동 야기성의 유무)

(나) 부정경쟁방지법 제2조제1항제2호 해당성

- a. 각 사찰 표시가 원고들의 상품 등 표시에 해당하는지(상품 등 표시 해당성의 유무)
- b. 각 사찰 표시는 저명하다고 할 수 있는가(저명성의 유무)
- c. 피고 표시는 각 사찰 표시와 동일 또는 유사한 것이라고 할 수 있는가(동일성·유사성의 유무)
- d. 피고는 피고 표시를 자기의 상품 등 표시로서 사용하고 있다고 할 수 있는가(자기의 상품 등 표시로서의 사용 유무)

(다) 본건 어영 배포 등에 대한 금지 등 청구 여부

원고들은 부정경쟁방지법 제3조의 '영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자'에 해당하는가?

(라) 부정경쟁방지법 제19조제1항제1호 해당성

각 사찰 표시 중 '시코쿠 제1번'부터 '시코쿠 제88번'까지의 표시가 부정

경쟁방지법 제19조제1항제1호의 ‘보통 명칭 등’에 해당하는가?

나. 본건 어영 반포 등에 의한 원고들의 성명권 침해 유무

본건 어영의 반포 등이 원고들의 성명권을 침해하는가

(3) 원고들의 손해

(4) 배포 등의 금지, 폐기 청구, 사죄 광고의 여부

4. 쟁점에 대한 당사자의 주장

(1) 본건 사진에 대해서

가. 피고의 채무불이행책임

(가) 쟁점 (1) 가 (가)에 대해서

(원고들의 주장)

원고 영장회와 NHK는 2000년 12월 5일경 NHK의 취재에 관해 (1) NHK가 자신들의 기획에 필요한 범위에서 시코쿠 88곳의 취재를 실시하고, 그 성과물인 사진 및 영상은 같은 기획 이외에는 사용하지 않을 것, (2) 원고 영장회는 같은 기획에 필요한 범위에서 스스로 취재에 응하여 회원인 각 사찰에도 협력을 호소하되, 촬영 대상, 조건, 한계, 공개 여부 등 협력의 정도에 대해서는 각 사찰의 판단에 맡기는 것으로 한다는 내용을 합의하였다(이하 ‘본건 합의’라 한다).

(피고의 주장)

원고들의 주장은 부인한다.

원고 영장회는 피고에게 시코쿠 88곳의 비불(秘仏) 촬영 및 사진 배포 등에 관해 포괄적인 허가를 내렸다.

(나) 쟁점 (1) 가 (나)에 대해서

(원고들의 주장)

피고는 NHK의 이행보조자 또는 이에 준하는 지위에 있는 자이기 때문에 본건 합의의 효력이 미친다.

(피고의 주장)

원고들의 주장은 부인한다.

피고의 촬영은 NHK와는 관계가 없으며, 만일 본건 합의가 있었다고 해도 그 효력은 피고에게 미치지 않는다.

나. 피고의 불법행위 책임(쟁점 (1) 나)

(원고들의 주장)

(가) 피고는 원고 및 각 초소로부터 아무런 허가를 받지 않고 일반적으로 촬영이 허가되지 않은 사찰 보도 등을 촬영했다.

(나) 원고 영장회가 피고에 대해 본건 사진의 포괄적 이용을 허락한 사실은 없으며, 피고가 무단으로 본건 사진을 공개하는 등의 행위는 본건 합의에 위반하는 것이다.

(다) 전기 (가) 및 (가)의 피고의 행위는 평온한 환경 속에서의 종교활동이나 그 뜻에 반하여 비불이 공개되지 않는다는 원고들의 종교적 인격권을 침해하는 위법한 것이다.

(피고의 주장)

(가) 원고들의 주장은 부인한다.

피고에 의한 사진 촬영은 모두 각 사찰의 허가를 얻어 한 것이다. 엄중하게 보존되어 있는 비불을 무단으로 촬영하는 것은 불가능하며, 촬영 시에 원고 및 각 사찰의 허락이 있었음은 명백하다. 원고들 제출의 증거(갑38, 39)에 의해서도 피고가 몇 개의 사찰에 대해 본건의 촬영 허가를 얻을 수 있도록 성실히 교섭하고, 그 허가 하에 촬영을 행하고 있음이 명백하다.

(나) 원고들의 주장을 부인하고 (다)는 다툰다.

(2) 본건 어영에 대하여

가. 피고에 의한 본건 어영의 반포 등이나 본건 사진의 공개 등에 관한 피고의 부정경쟁방지법상의 책임 등

(가) 쟁점 (2) 가 (가)에 대해서

(원고들의 주장)

a. 상품 등 표시 해당성

원고 영장회는 각 사찰 표시의 사용권자인 각 사찰의 그룹이므로, 각 사찰 표시는 이것이 첨부된 상품 등이 원고 영장회나 각 사찰을 출처로 하는 것임을 나타낸 것이라 할 수 있으며, 원고의 상품 등 표시에 해당한다.

b. 주지성

원고 영장회는 원고 어영 등을 불특정 다수인에 대해 배포하고 있으며, 그 결과 각 사찰 표시는 출처 식별 기능을 획득했다고 하지만 적어도 시코쿠 88곳에 관심이 있는자들 사이에서는 각 사찰표시는 원고 영장회 및 각 사찰의 상품 등 표시로 주지하고 있다.

c. 동일성·유사성

피고 표시와 각 사찰 표시는 그 외관, 호칭 등이 완전히 동일하며, 일반인은 이들을 동일 또는 유사한 것으로서 받아들일 우려가 있다.

d. 혼동 야기성

어영은 각 사찰에서 배포될 예정에 있는바, 본건 어영에는 원고 영장회나 각 초소와 무관함을 나타내는 표시도 없고 형상 등도 유사해 마치 본건 어영이 원고 영장회나 각 초소와 관계가 있는 것처럼 보이게 하고 있다고 할 수 있어, 각 사찰 표시와 혼동을 발생시키고 있다.

(피고의 주장)

원고들의 주장을 모두 다룬다.

a. 상품 등 표시 해당성에 대하여

각 사찰 표시는 촬영한 사진의 대상물을 표시하기 위한 제목 등에 불과하며, 어영의 출처 등을 표시하는 것이라 할 수 없으므로 원고의 상품 등 표시에는 해당하지 않는다. 만약 각 사찰 표시가 원고들의 상품 등 표시에 해당한다 하더라도 사찰 이름인 이상 각 사찰이 표시 주체이며 원고 극락사 및 원고 대흥사의 사찰 표시를 제외하고 원고들은 표시 주체가 될 수 없다. 또 원고 영장회는 교의의 포교를 주목적으로 하는 단체일 뿐, 각 사찰 표시가 갖는 품질보증 기능 등을 보호 발전시키는 것을 목적으로 하는 것이라고는 말하기 어렵다.

b. 동일성·유사성에 대하여

피고의 상품 등 표시로 평가할 수 있는 것은 '어영'이며, 그 설명문에 불과한 사찰명을 상품 표시로 평가할 수 없다.

c. 혼동 야기성에 대해서

본건 어영은 사진가에 의해 촬영된 것이 분명하고 원고 어영과는 외모가 전혀 다르기 때문에 일반인들로 하여금 이들 사진을 각 사찰이 발행한 것으로 잘못 믿게 한다고는 생각하기 어렵다.

(나) 쟁점 (2) 가 (나)에 대해서

(원고들의 주장)

a. 상품 등 표시 해당성

상기 (가) a와 같이 각 사찰표시는 원고의 상품 등 표시에 해당한다.

b. 저명성

원고 영장회는 시코쿠 88개소의 사업 가치를 높이기 위한 다양한 노력을 하고 있으며, 이는 TV의 전국방송에서 방송되거나 온라인 뉴스에 게재되는 등 하여 일본 국내에 머무르지 않고 해외에서도 그 지명도가 높아지고 있기 때문에 각 사찰 표시는 저명하다고 할 수 있다.

c. 동일성·유사성

상기 (가) c와 같이 피고 표시와 각 사찰표시는 유사하다.

d. 자기의 상품 등 표시로 사용

각 사찰표시를 본건 어영에 붙이는 행위가 '사용'에 해당함은 명백하다.

(피고의 주장)

원고들의 주장을 부인 내지 다툰다.

a. 저명성에 대해서

각 사찰의 명칭은 전국적으로 알려져 있다고까지는 할 수 없고, 본건 어영의 각 사찰 표시는 부정경쟁방지법 제2조제1항제2호의 저명성 요건을 결여한다.

b. 자기의 상품 등 표시로서의 사용에 대하여

피고의 상품 등 표시로 평가할 수 있는 것은 '어영'이며, 그 설명문에 불과한 사찰명을 상품 등 표시로 평가할 수 없으므로 피고가 각 사찰 표시를 자기의 상품 등 표시로 사용하고 있다고는 할 수 없다.

(다) 쟁점 (2) 가 (다)에 대해서

(원고들의 주장)

원고 영장회는 각 사찰의 사용자 그룹이므로, 각 사찰 표시에 대해 표시 주체라 할 수 있으며, 부정경쟁방지법 제3조의 '영업상의 이익이 침해되거나 또는 영업상의 이익이 침해될 우려가 있는 자'에 해당한다.

가령 원고 영장회가 각 사찰표시의 표시 주체가 아니라 하더라도, 부정경쟁방지법 제3조에 기초한 금지 등 청구는 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에게 널리 인정되어 권리자가 상품 등 표시의 주체로 한정되지 않는다. 그리고 원고 영장회는 각 사찰의 본존이나 원고 영정 등을 제작·판매하고 있으며, 이는 원고들의 영업상 이익이라 할 수 있는데, 피고는 이와 유사하게 혼동을 일으키는 본건 영정을 배포하고 있으므로 원고 영장회의 영업상 이익은 실제로 침해되고 있으며, 앞으로도 그럴 우려가 있다고 할 수 있다.

(피고의 주장)

원고들의 주장을 다룬다. 원고들은 각 사찰 표시에 대해 표시주체라고 평가할 수 없으며, 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자에게도 해당하지 않으며, 각 사찰 표시에 관해서는 금지 등 청구의 원고적격을 갖지 않는다.

(라) 쟁점 (2) 가 (라)에 대해서

(피고의 주장)

「시코쿠 제1번」으로부터 「시코쿠 제88번」까지의 표시는, 시코쿠라고 하는 지명에 번호를 조합한 것이므로, 「보통 명칭 등」에 해당해, 부정 경쟁 방지법의 적용은 제외된다.

(원고들의 주장)

피고의 주장을 다룬다.

보통 명칭인지 여부의 판단은 거래에서의 여러 관계를 바탕으로 이루어져야 하는바, 각 사찰의 표시가 1958년경부터 사용되고 있다는 점 및 본건 어영이 불특정 다수인에게 계속해서 배포되고 있다는 점에서 보면, '시코쿠 제1번'부터 '시코쿠 제88번'까지의 표시는 '보통 명칭 등'에 해당하지 않는다. 상표법 제26조 제1항 제2호 내지 제4호는 부정경쟁방지법 제19조 제1항 제1호와 같은 취지의 규정이나, 특허청은 '시코쿠 제1번' 등으로 기재한 상표에 대해 이들을 지정 상품으로서 등록하고 있다.

나. 쟁점 (2) 나에 대해서

(원고들의 주장)

본건 화보의 발행주체는 그 표시에서 원고 이외에는 생각하기 어렵고 본건 화보에 각 사찰의 표시를 붙이는 행위는 원고의 성명을 타인에게 적용받지 않을 권리를 침해하는 것이다.

(피고의 주장)

원고의 주장을 다툰다.

각 꼬리표시는 사진의 제목에 불과해, 피고의 행위에 권리침해나 위법성은 인정되지 않는다.

(3) 쟁점 (3)에 대해서

(원고들의 주장)

가. 피고에 의한 본건 사진 및 본건 화양의 배포 등에 의해 원고들이 입은 손해는 각 330만 엔(위자료 300만 엔, 변호사 비용 30만 엔)을 밀돌지 않는다.

나. 피고에 의한 부정경쟁으로 원고들이 입은 손해에 대해서는 부정경쟁방지법 제9조 및 민사소송법 제248조에 의해 법원은 상당액의 손해를 인정해야 한다. 원고들은 원고영정을 유료로 배포하고 있는데, 피고가 거듭된 주의에도 불구하고 피고영정을 배포하고 있으며, 언론을 통해 원고 영장회 및 각 사찰과 관계를 갖는 듯한 언동을 반복하고 있는 점, 피고가 관련된 행위에 의해 원고들이 오랜 세월 사용해 온 본건 상품 등 표시와 관련된 출처표시 기능이 현저히 훼손되고 있는 점을 고려하면, 손해로서는 각각 적어도 300만 엔을 밀돌지 않고, 변호사 비용도 30만 엔이 인정되어야 한다.

다. 원고의 성명권 침해에 대해서도 전술한 바와 같이 피고에 의한 침해의 정도가 집요하고 계속적이라는 점에서 보면 손해로서는 각각 적어도 300만엔은 밀돌지 않으며, 변호사 비용도 30만 엔이 인정되어야 한다.

(피고의 주장)

원고들의 주장을 다툰다.

(4) 쟁점 (4)에 대해서

(원고들의 주장)

- 가. 원고들이 신앙상의 이유로 오랫동안 비공개로 해 온 본존 비불은 피고에 의해 무단으로 공개·반포된 상태에 있으며 피고가 현재도 본건 사진의 무단 사용, 피고 어영의 반포를 계속하고 있는 것 등에 비추어 보면 앞으로도 본건 사진의 네거티브 필름 등을 이용하는 등 침해할 행할 고도의 개연성이 있다. 그러므로 당연히 본건 사진의 공개 및 본건 사진이 게재된 상품의 배포 등의 금지나 폐기가 인정되어야 한다.
- 나. 본건 어영은 피고가 무단으로 배포 등을 한 것으로, 시코쿠 88곳과는 무관하므로 그 의의나 가치가 없으며 원고 어영과 비교해 품질이 떨어진다는 것은 명백하다. 따라서 이와 같은 품질이 떨어진 어영을 배포하는 행위는 원고들의 명예 및 신용을 침해하는 것으로 이를 회복하기 위해서는 손해배상뿐만 아니라 신문에 사죄광고를 게재할 필요가 있다.

(피고의 주장)

원고들의 주장을 다룬다.

제3 재판소의 판단

1. 전기 전제사실, 원고 영장회 대표자 및 원고 대흥사 대표자의 각 진술 및 진술(갑83, 84), 후술한 증거 및 변론의 전체 취지에 따르면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 각 초소에서의 본존 취급

각 사찰의 본존은 신앙의 대상이며, 비불로서 일반적으로는 비공개인 것이 많아, 개방하는 기회가 한정되어, 쉽게 관람할 수 없는 것도 상당수 있다. 원고 극락사 및 원고 대흥사의 본존도 비불로 되어 있으며, 원고 대흥사의 본존은 60년에 1회 밖에 개장되지 않는다(갑5).

(2) NHK에 의한 프로그램 방영에 이르는 경위

가. 피고는 1999년경부터 각 사찰의 불상 촬영에 착수하여 촬영한 사진을 2000년 5월에 출판한 ‘▽▽▽▽▽▽▽▽▽▽’이라는 제목의 서적에 수록했다(을4,

을5).

나. 그 후 피고는 2000년 가을 무렵부터 P6(이하 'P6'라 하며, 피고와 함께 '피고들'이라고도 한다.)와 함께 본건 각 사찰의 본존을 촬영하여 사진집을 작성하기 위해 각 사찰소를 돌기 시작했다(갑5, 갑6, 갑37).

다. 2000년 12월경 NHK(마쓰야마 방송국)로부터 원고 영장회에 피고들이 각 명찰을 돌며 본존을 사진 촬영하는 활동에 대해 기록함과 동시에 각 본존을 영상으로 촬영하는 내용의 프로그램(이하 '본건 프로그램'이라 한다)의 제작협조의뢰가 있었다. 원고 영장회는 같은 달 5일, 본건 프로그램의 제작에 협력하기로 결정하고, 그 후 NHK와의 사이에 본건 프로그램의 제작에 관해 협력하고 각 사찰에도 협력을 호소하나, 본건 프로그램의 제작에 있어서는 각 사찰에 설명하고 그 양해를 구할 것, 촬영한 사진 및 영상에 대해서는 NHK의 기획 이외에서는 사용하지 않는 것을 내용으로 하는 본건 합의를 했다. 당시 NHK는 각 사찰의 보물 등을 모은 전시회를 하는 것도 기획했는데, 이때의 원고 영장회나 각 사찰의 협력에 대해서는 그 후 협의한 후 검토하기로 했다(갑34 내지 37, 갑78).

라. 2000년 말부터 2001년에 걸쳐 피고들은 각 사찰에서 허가를 얻은 범위 내에서 각 사찰의 본존과 기타 제존을 촬영하였으며, NHK는 이를 기록함과 동시에 제존을 영상으로 촬영하였다. 또한 P6는 2001년 3월경, 건강이 나빠져 촬영에 참가할 수 없게 되어, 같은 해 6월에 사망했지만, P6이 촬영할 수 없게 되고 나서는 피고가 단독으로 사진 촬영을 계속하고 있었다(갑5, 갑6, 갑38, 갑39, 변론의 전체 취지).

마. 이러한 촬영을 바탕으로 NHK는 2001년 6월 1일, '◇◇◇◇◇◇◇◇◇◇'라는 제목의 프로그램을 방영하고, 동년 10월 26일에는 '◎◎◎◎◎◎◎◎◎◎'이라는 제목의 프로그램(이하 '본건 프로그램2'라 한다)을 방영했다(갑38, 갑39).

(3) NHK 서적의 출판에 이르는 경위

2001년 9월경, NHK는 본건 프로그램의 제작 과정에서, 피고 등이 촬영한 각 사찰의 본존 사진을 사용하여 사진집을 출판하는 것을 기획하고, 원고 영장회에 협

력을 의뢰했다(갑4). 이에 따라 원고 영장회는 NHK의 사진집 출판에 협력하기로 하고, 사진집의 감수나 기사의 집필에 대해 각 사찰에 협력을 의뢰했다. 그리고 원고 영장회와 각 사찰소의 협력 하에 2002년에 NHK 출판에서 NHK 서적이 출판되었다(갑5, 갑6, 갑81, 갑82, 원고 영장회 대표자 본인).

(4) 본건 사진2의 촬영 등

- 가. 원고 극락사에서는 본당 뒤에 설치된 수장고에 본존이 안치되어 있고 본당 감실 안에는 본존 대신에 본존과 같은 아미타여래의 입상을 안치하고 있었다. 원고 극락사는 본존을 일반에 공개하지 않고 비불로 취급하여 문화재의 정기 점검을 위해 방문한 조사원 이외에는 제3자에게 본존을 공개하지 않았다(갑85).
- 나. 원고 극락사는 본건 프로그램의 제작에 있어서 원고 영장회의 요청을 받아 피고에 대해 본존의 촬영을 허가하고, 이것에 근거해 피고는 본건 사진2를 촬영했다. 이 때 본존불은 지진에 의한 전도방지용 금속제 울타리(흰 천으로 감겨 있다)로 보호된 상태였다(갑85).

(5) 본건 사진 67의 촬영 등

- 가. 2001년 3월 당시 원고 대흥사의 주지는 현 원고 대흥사 대표자의 아버지인 P7(이하 'P7')이었다.
- 나. 원고 대흥사에서는 본당 감실 안에 본존 및 그 양 옆에 협시를 안치하고 있으며, 보통 감실의 정면 및 뒷문은 닫혀 있지만 모두 잠기지 않는다. 단, 본존 및 협시 앞에는 다른 불상(전불)이 안치되어 있으므로 일반적으로는 본존의 정면 문을 열 수 없다.
- 다. 원고 대흥사에서는 상기 (1)과 같이 60년에 1회밖에 본존을 공개하지 않았으며 P7은 친분이 있었던 불교미술가인 P8로부터 1982년, 1986년에 출판한 불상의 사진집 작성에 앞서 원고 대흥사의 본존 촬영 허가를 요청받았을 때도 그 의뢰를 거절했었다.
- 라. 피고는 2001년 3월경 원고 대흥사를 방문하여 P7에게 본존의 촬영 허가를 요청하였다. 당초 P7은 본존 이외의 촬영만을 허가하고 본존의 촬영은 허가하지 않았다. 그 이유가 본존의 촬영 자체에 반대하는 것이 아니라, 비불 사진이

함부로 세상에 나돌아 전통이 손상되어 버리는 것을 걱정했기 때문임을 안 피고는 P7에 대해 허가가 없으면 사진은 일절 사용하지 않을 것을 약속하고 '필름도 전부 드릴테니까요.' 등이라고 하며 본존의 촬영 허가를 요청했고, 그 결과 P7은 피고에게 본존의 촬영을 허가했다. 그러나 P7의 입회하에 피고만이 촬영을 개시한 후 약 10분 후, P7은 피고에게 본존의 촬영을 중지하도록 명하고, 몇 번이나 사진을 찍히는 본존을 더 이상 보고 있는 것은 너무 괴롭다고 말하고는 실내 다른 곳으로 옮겼다(이상 갑 39).

그 후, 피고는 본당 뒤편에 있는 감실 뒷문을 열고 본존의 광배를 떼어내고, 연꽃받침대는 그대로인 상태로 연꽃받침대 위에 안치되어 있는 본존만을 180도 회전시켜 본건 사진 67을 촬영했다.

(6) 피고에 의한 사진 및 영정의 공개, 반포 등

가. 피고는 2007년경부터 본건 어영이나 이것을 사용한 책자, 액자, 족자, 벽보의 배포 등을 실시하고(갑10, 갑11, 갑21), 본건 사진을 자기가 개최하는 사진전이나 미술관 등에서 공개 등을 했다(갑15).

또, 피고는 2008년 5월경 피고서적을 출판하고, 2010년 10월경에는 본건 사진을 사용한 '▲▲▲▲▲▲▲▲▲▲'이라는 서적(갑22)을, 2013년 12월경에는 본건 사진을 사용한 '■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■'이라는 제목의 서적(갑32, 갑79)을 출판하고, 2012년경부터는 본건 사진을 이용한 캘린더(갑23 내지 25)나 본건 사진이 영상으로 흐르는 DVD(갑26)를 제작·판매하였다.

나. 피고는 원고 영장회에 의한 모래밭기 본존의 발행이 피고의 저작권을 침해한다며 원고 영장회 및 그 당시의 대표자였던 P9를 상대로 1억7600만엔의 손해배상을 요구하는 소를 도쿄지방법판소에 제기하였으나, 2008년 4월 25일, 피고의 청구를 기각하는 판결이 선고되어 피고는 항소했지만, 같은 해 12월 24일, 항소를 기각하는 판결이 선고되어 그 후 확정되었다(갑9, 갑13, 변론의 전부지).

다. 그 후 원고 영장회나 각 재판소는 원고 대리인을 통해 피고나 전시회 주최자 및 출판사를 상대로 본건 사진을 이용한 전시회 개최 및 서적 출판을 중지하고, 본건 서적이거나 본건 사진에 관한 네거티브 등을 폐기하도록 요구하였으나, 피고는 이에 응하지 않았다(갑27 내지 31, 변론의 전체 취지).

2. 쟁점 (1) 가 (본건 사진의 촬영·사용에 관한 피고의 채무불이행책임)에 대하여

(1) (가) (본건 합의의 유무 및 그 내용)에 대하여

각 사찰의 불상이나 본존은 예배의 중심이며, 각 사찰에서 소중히 지키고 있는 것이며(원고 영장회 대표자 본인·6페이지), 각 사찰 중에는 본존을 비블로서 비공개로 하는 곳이 많으며, 또한 그 공개를 한정적으로 하고 있는 곳도 적지 않다(전기 인정사실(1)).

그렇다면, 그러한 취급을 배려하지 않고, 원고영장회가 본건 프로그램 제작에 대한 협력을 결정한 것이라고는 인정하기 어려우며, 실제로 본존의 촬영이나 게재의 허가를 얻을 수 없었던 찰소도 있었다는 점(갑5, 갑6)도 함께 고려하면, 원고 영장회와 NHK 간에 본건 프로그램의 제작에 협력함에 있어서 촬영된 본존의 사진·동영상은 본건 프로그램 및 NHK 서적에서만 사용한다는 내용의 합의(본건 합의)가 이루어졌다고 추인할 수 있다.

(2) (나) (본건 합의의 피고에 대한 구속력)에 대하여

한편, 피고들은 각 사찰의 본존의 촬영을 본건 프로그램의 제작 이전부터 독립적으로 행한 자이며(전기 인정사실(2) 나), NHK의 종업원 등이 아니라 그 촬영 활동이 본건 프로그램에 나온 출연자(전기 전제사실(2) 다)에 불과하다.

그렇다면, 만일 본건 합의를 전제로 원고 영장회가 각 지청에 협력을 의뢰함으로써 피고들이 종전보다 원활하게 촬영 활동을 할 수 있게 되었다고 하더라도 그 사실로부터 즉시 원고 영장회와 NHK 간 본건 합의의 구속력이 당연히 피고의 촬영 활동에도 미친다는 것은 아니며, 그 밖에 피고들이 본건 합의에 복종한다는 취지의 특별한 의사표시를 한 것을 인정할 만한 증거도 없기 때문에 본건 합의가 피고를 구속한다는 원고의 주장은 채택할 수 없다.

(3) 따라서 피고에 대해 본건 합의 위반을 이유로 하는 채무불이행책임을 물을 수는 없다.

3. 쟁점 (1) 가(본건 사진의 촬영·사용에 관한 피고의 불법행위책임)에 대하여

(1) 원고 영장회는 시코쿠(四国) 88곳의 발전 등을 목적으로 하는 권리능력이 없는 사단법인 또는 일반사단법인에 불과하며, 본건 사진의 피사체인 각 불상의 권리주체가 아니기 때문에(전기 전제사실(1) 나) 본건 사진이 공개되지 않는 것에 대해 불법행위법상 보호되어야 할 권리의익을 가지고 있다고 인정되지 않는다.

또한 원고들의 사찰도 자기 절의 본존 이외의 불상의 권리주체가 아니기 때문에 이들 사진이 공개되지 않는 것에 대해 불법행위법상 보호되어야 할 권리의익을 갖는 것으로 인정되지 않는다.

(2) 본건 사진2에 관한 촬영·이용 동의

가. 본 건 사진2는 원고 극락사의 본존을 촬영한 것이다.

나. 분명 원고 극락사는 본건 프로그램의 제작 과정에서 원고 영지회가 NHK에 협력하도록 요청하여 피고에 대해 본존의 촬영을 허가한 것이다(전기 인정사실(4) 나).

그러나 극락사의 본존은 비불인 데다가 본건 프로그램 제작 직후에 출판된 NHK서적에서도 본건 사진2의 게재 허가는 나오지 않고 대신 본존 불상얼굴이 게재되어 있는 것이나(전기 전제사실(3) 다), 본건 사진2의 본존은 지진에 넘어지는 것을 방지하기 위한 흰색천이 감긴 상태로 촬영되어 있으며(전기 인정사실(4) 나), 불상의 사진촬영 조건으로는 양호하다고 보기 어렵다는 점에서 본 사진 2에 대해 사진집에 게재하는 등 피고가 자유롭게 이용할 수 있는 것으로서 촬영이 허가된 것으로는 인정하기 어렵다.

따라서 원고 극락사가 피고에게 본존의 촬영을 허가한 것은 본건 프로그램의 제작에 한정된 것으로 이를 넘어 촬영한 사진을 피고가 자유롭게 이용하는 것까지 허락한 것으로 인정되지 않는다.

(3) 본건 사진에 관한 촬영·이용 동의

가. 원고 대흥사는 본건 프로그램 제작 과정에서 원고 영지회의 요청을 받아 일단 피고에게 본존의 촬영을 허가한 것이다(전기 인정 사실(5) 라).

이 점에 대해 원고 대흥사는 앞에 있는 불상뿐이라는 취지를 주장하나, 본건 프로그램2의 내용(갑39)에 비추어 채택할 수 없다.

나. P7은 피고가 촬영을 개시한 후 약 10분 후에 본존의 촬영 허가를 철회하고 그 자리를 떠났으며, 본건 사진 67은 광배가 제거되고 연꽃받침대가 정면을 향하지 않은 상태에서 촬영되었다는 점(전기 인정 사실(5) 라)에서 볼 때 본건 사진 67은 P7이 촬영에 입회한 사이에 촬영된 것이 아니라 P7이 본존의 촬영 허가를 철회하고 다른 장소로 옮긴 뒤에 원고 대흥사의 허가를 받지 않고 촬영된 것이라고 추인된다.

이 점에 대해 피고는 엄중하게 보존되어 있는 비불을 무단으로 촬영하는 것은 불가능하다고 주장하나, 원고 대흥사의 본존이 안치되어 있는 감실 문에는 자물쇠가 잠겨 있지 않아(갑84), 이것을 여는 데 특별한 장애는 없으며, P7이 기분을 상하게 하여 불상을 다른 곳으로 옮긴 후에는 피고를 감시하는 사람도 없었기 때문에, 피고가 P7의 협력 없이 본존을 촬영하는 것도 가능했다는 점을 본다면 상기 피고의 주장은 채용할 수 없다.

또, 피고는 P7이 본존 앞에 걸려 있던 그물을 제거할 수 없으므로 뒤에서 찍어 달라고 말하고 스스로 본존을 연꽃받침대 위에서 돌려 그것을 피고가 촬영했다고 주장하는데, 신앙의 대상인 본존을 연꽃받침대와 반대 방향으로 하여 사진을 촬영하는 것은 본존을 모독하는 행위라고도 할 수 있으며(원고 대흥사 본인·10페이지), 종전에 본존을 소중히 다루고 전통을 존중하는 P7의 자세(갑 39, 갑84) 등에 비추어 볼 때 P7이 스스로 관련된 행위를 했다고는 할 수 없으며, 상기 피고의 주장은 채택할 수 없다.

(4) 종교적 인격권 침해 여부

전기 (2) (3)에서와 같이 본건 사진 2는 널리 배포되는 것까지를 상정하여 촬영이 허가된 것이 아니며, 또한 본건 사진 67은 원고 대흥사에서 무단으로 촬영된 것으로, 모두 일반적으로 공개되거나 널리 일반에 유포되는 것을 인정하고 있던 것은 아니다. 그리고 원고들 사찰은 모두 본존을 비불(秘仏)로 하고 있고, 원고 극락사에 대해서는 정기 점검을 하는 조사원 이외의 제3자에게 공개하지 않고 있으며, 원고 대흥사에 대해서도 60년에 1회 공개할 뿐이며(전기 전제사실(4) 가. 동(5) 다). 이러한 원고들 사찰에서 신앙의 대상으로서의 본존의 중요성에 비추어 보면 원고들 사찰의 의도와는 달리 피고가 본건 사진2 및 본건 사진67을 사용하여 이를 일반에 공개하거나 널리 일반에 유포하는 것은 원고들 사찰의 종교상의 인격권을 침해하는 불법행위에 해당하는 것이라고 할 수 있다.

4. 쟁점 (2) 가(본건 불상사진의 배포 등이나 본건 사진의 공개 등에 관한 피고의 부정경쟁방지법 상의 책임 등)에 대하여

(1) 확실히 ‘시코쿠 제2번’ ‘극락사’라는 표시는 원고 극락사를 가리키는 것으로 일반적으로 널리 인식되고 있는 것으로 인정된다(갑67, 변론의 전체 취지).

(2) 그러나 어떤 상품에 특정 사찰명이 부기된 적이 있다 하더라도 그것만을 가지고 항상 해당 상품의 출처가 해당 사원임을 나타내는 것이라고는 할 수 없다.

본건 어영에 첨부된 피고 표시는 그 내용이나 형태에서 각 사찰표시와 유사하나(갑86, 변론의 전체 취지), 본건 어영은 본존 어영이나 원고 어영과 달리 본존 사진이 그 대부분을 차지하고 사진 상부에 각 사찰의 번호가, 하부에 각 사찰의 사원명이 각각 기재되어 있다는 것으로, 이러한 본건 어영의 형태에 비추어 보면 피고 표시는 해당 본존의 사진이 어느 어영인지를 명시하는 것에 지나지 않는 것으로 보는 것이 자연스럽다. 그리고 애초에 본존어영이나 원고어영은 각 사찰이 참배, 납경의 증거로서 각 사찰의 본존을 그린 지표를 배포하는 것으로 본래 각 사찰 이외의 장소에서 입수할 수 있는 것이 아님은 널리 알려진 데다(전기 전제사실(2)가. 변론의 전체 취지), 피고는 본건 어영을 ‘지폐 타입’의 ‘본존 사진’으로 판매하고 있으며, 또한 피고는 본 사찰표시가 있는 것 중 88장의 본건 어영을 하나로 묶어서 하나의 병풍이나 족자 등의 상품도 판매하고 있는 것(갑 21의 1 및 2)을 고려한다면, 본건 어영을 접한 사람은 본건 어영의 피고표시를 오로지 본건 어영의 사진의 피사체인 불상이 어느 사찰의 본존인가를 표시하기 위해 사용되었던 것이라고 이해된다고 인정하는 것이 상당하다.

그렇다면 피고가 피고 표시를 원고들의 상품 등 표시로 사용한 것이라고는 인정되지 않으며, 또한 본건 화보에 붙인 피고 표시에 의해 원고들의 영업과 혼동이 생길 수 있다고도 인정되지 않으므로, 피고 표시를 붙인 피고의 행위는 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제1호, 제2호 소정의 타인의 상품 등 표시와 동일 또는 유사한 것을 사용한 행위에 해당하지 않으며, 또한 같은 항 제1호 소정의 타인의 상품 또는 영업과 혼동을 발생시키는 행위에 해당하지 않는다.

(3) 따라서 피고의 행위가 부정경쟁행위에 해당하는 것을 전제로 하는 원고들의 청구는 그 나머지 사항에 대해 판단할 필요도 없이 이유가 없다.

5. 쟁점 (2) 나(본건 어영 반포 등에 따른 원고들의 성명권 침해 유무)에 대해

원고들은 본건 화보에 각 꼬리표시를 붙이는 행위는 원고들의 성명을 타인에게 전혀 사용하지 않는 권리(성명권, 명칭권)를 침해하는 것이라고 주장한다.

그러나 상기 4에서 설명한 바와 같이 피고 표시는 오로지 본건 어영 사진의 피사체인 불상이 어느 사찰의 본존인지를 표현하기 위해 사용된 것에 지나지 않으며, 대략 원고들의 성명권을 침해하는 것으로 인정되지 않는다.

따라서 원고들의 성명권 침해의 불법행위에 근거한 청구에는 이유가 없다.

6. 쟁점 (3) (원고들의 손해) 및 (4) (배포 등의 금지, 폐기 청구, 사죄광고의 당부)에 대해서

(1) 원고들의 손해

가. 위자료

원고들 사원에서 각 본존불의 종교적 가치와 더불어 사진의 촬영 경위, 피고가 원고들로부터 중지 요청을 받으면서 본건 사진 2 및 본건 사진집을 이용한 사진집의 출판이나 미술관에서의 전시를 계속하고 있었던 점(전기 인정사실(6)다) 등의 사정에 비추어 보면, 원고들 사원의 종교적 인격권 침해에 대한 위자료는 각각 100만 엔이라고 인정하는 것이 상당하다.

나. 변호사 비용

본건과 관련된 소송의 어려움, 심리의 경과 등에 비추어 보면, 본건 불법행위와 상당인과관계가 인정되는 변호사 비용으로 각 10만 엔이 상당하다고 인정된다.

(2) 금지청구 등

피고가 본건 사진2 및 본건 사진이나 이것을 이용한 상품을 계속 발행하는 한, 원고들의 사원의 상기 종교적 인격권은 계속 침해당하게 되는바, 상기 인정에 관한 종교적 인격권의 침해에 이른 모습 등 그 위법성의 정도에 비추어 보면, 원고들 사원의 종교적 인격권 회복을 도모하고 침해의 예방을 기하기 위해서는 피고에게 상기 각 사진의 이용 금지나 폐기를 명하는 것이 필요하고 또한 상당하다.

따라서 원고 극락사에 대해서는 본건 사진 2에 대해, 원고 대흥사에서는 본건 사진에 대해, 피고에게 각각 상기 각 사진의 공개 및 상기 각 사진을 사용한 불상사진 서적 상품의 배포 등의 금지 및 상기 각 사진, 그 네거티브 필름 및 전자 데이터, 상기 각 사진을 사용한 불상서적 상품의 각 폐기를 청구할 수 있도록 하는 것이 상당하다.

(3) 사죄광고

상기 5와 같이 원고들의 성명권 침해 청구는 인정되지 않으며, 그 밖에 본건 영정의 공개, 배포 등이 원고의 명예나 신용을 침해하는 것임을 인정하기에 충분한 증거는 없다. 또한 상기 4와 같이 원고들의 부정경쟁방지법에 근거한 청구도 인정되지 않는다.

따라서 원고들의 사죄광고의 게재 청구는 인정되지 않는다.

7. 결론

이상에 따라, 원고 영장회의 청구는 이유가 없으며, 원고 극락사 및 원고 대흥사의 청구는 피고에게 (1) 각 110만엔 및 이에 대해 2014년 11월 23일부터 지불이 완료될 때까지 민법 소정의 연 5부의 비율에 따른 지연손해금의 지불, (2) 원고 극락사에 대해서는 본건 사진 2에 대해, 원고 대흥사에 대해서는 본건 사진 67에 대해, 각각 사진의 전시·공개, 사진을 사용한 불상사진·서적·상품의 제작·판매·반포의 금지 및 본건 사진, 그 필름 및 전자데이터, 사진을 사용한 불상사진·서적·상품의 각 폐기를 구하는 한도에서 이유 있고, 나머지 부분에 대해서는 이유 없으므로 가집행선고에 대해서는 금전청구에 관한 부분에 대해서만 이를 인정하는 것으로 주문과 같이 판결한다.

도쿠시마 지방재판소 제2민사부

재판장 재판관 川畑公美

재판관 村瀬洋朗

재판관 大西康平

2019. 10. 9. 선고
최고재판소 제2소법정
2018년(수) 제2032호

#프라이버시
#소년보호사건
#논문
#공익
#비교형량

2019년 10월 9일 판결

최고재판소 제2소법정 2018년(수) 제2032호 국가 배상 청구 사건

주문

원판결 중 상고인 패소 부분을 파기한다.
전항의 부분에 대해 피상고인의 항소를 기각한다.
항소비용 및 상고 비용은 피상고인의 부담으로 한다.

이유

상고대리인 舘内比佐志(다테우치 히사시) 외의 상고수리 신청 이유(단, 배제된 것은 제외한다)에 대해

1. 가정재판소 조사관인 A는 피상고인에 대한 소년보호사건을 소재로 한 논문을 공표하였다.
본건은 피상고인이 A가 소속된 법원의 직원이 상기 논문의 공표를 제지해야 하는 의무를 태만히 한 것 등에 의해 명예가 훼손되어 프라이버시를 침해당했다는 등의 주장을 펴고, 상고인에 대해 국가배상법 제1조 제1항에 기초한 손해배상을 요구하는 사안이다.
2. 원심이 적법하게 확정된 사실관계 등의 개요는 다음과 같다.
(1) 가. 피상고인(당시 17세)은 1990년에 칼을 배낭 속에 넣고 다녔다는 비행사실에 관련되어 총포도검류 소지 등 단속법 위반 보호사건(이하 '본건 보호사건'이라 한다)에 대해 도쿄가정법원에 송치되었다. 본건 보호사건은 평성N+1년 ■월,

불처분에 의해 종료되었다. 피상고인은 선천적 발달 장애의 일종인 아스퍼거 증후군(이하 '본건 질환'이라 한다)이 있다는 진단을 받았다.

나. A는 당시, 도쿄 가정재판소에서 가정재판소 조사관으로서 근무하고 있었고, 본건 보호사건의 조사를 담당했다. A는 평성N+1년 ■월 이후, 오사카 가정법원에서 근무하고 있었지만, 평성N+2년 ■월부로 퇴관했다.

(2) 주식회사 아크미디어는 임상정신의학에 관한 월간지(이하 '본건 월간지'라 한다)를 발행하고 있는데, 본건 월간지에서 본건 질환의 증례 보고에 관한 공모 논문의 특집을 실시하기로 하고, 평성N+1년 ■월 논문을 공모했다(이하 이 공모를 '본건 공모'라 한다). 이 특집의 취지는 본건 질환에 관한 논문을 제공함으로써 본건 질환에 대한 올바른 이해를 확산시키는데 있었다. 본건 월간지는 정신의학의 임상이나 연구에 관여하는 의사나 임상심리사를 독자로 상정해 시판되고 있는 전문지였다.

(3) 가. 오사카 가정법원에서는 일반적인 직무상의 지도감독으로서 가정재판소 조사관에 대해 외부의 잡지 등에 논문 등을 발표할 경우에는 집필한 원고를 첨부한 집필신청서를 사전에 제출하도록 지도하고 있었다. 이것은 논문 등을 집필한 사람이 가정재판소 조사관이라는 직함으로 외부를 향해 부적절한 표현 활동을 하지 않도록 확인하고, 그 윤리위반 등을 막는 것을 목적으로 하는 것이었다.

나. A는 사인으로서 본건 보호 사건을 소재로 한 논문(이하 '본건 논문'이라 한다)을 집필하고 본건 공모에 응모했는데, 이것이 채택되었기 때문에, 상기의 지도에 따라 본건 논문에 관한 평성 N+1년■월■일자 집필 신고(이하 '본건 집필 신고'라 한다)를 오사카 가정재판소 수석 가정재판소 조사관(이하 '본건 수석 조사관'이라 한다) 앞으로 제출하고, 오사카 가정법원장, 본건 수석 조사관을 비롯한 오사카 가정법원 직원(이하 '본건 수석 가정법원'이라 한다)에 의한 결재를 받았다. A는 본건 집필 신고서에 본건 논문의 원고 및 본건 공모의 응모요령을 첨부했다. 이 응모요령에는 본건 질환이 빈도가 높음, 간과된 성인 사례와 그 병이 발전한 문제, 일부에서 나타나는 촉법 문제 등에서 정신의학 전체에 큰 과제가 되고 있다는 문제의식에 따라 본건 질환의 증례보고에 관한 논문을 공모하여 공모논문을 특집한다는 내용이 기재되어 있었다.

다. 아크미디어는 평성 N+1년 ■월에 발행된 본건 월간지(이하 '본건 게재지'라 한다)에서 본건 질환의 증례 보고에 관한 공모 논문의 특집을 실시하고, 본건

논문을 게재했다. 피상고인은 본건 게재지의 발행 당시 19세였다.

- (4) A는 본건 보호사건에 있어서의 조사 시에 작성한 예비자료를 기초자료로서 본건 논문을 집필하고 있으며, 그 내용은 상기 특집의 취지에 따른 것이었다. A는 본건 논문에서 다른 '소년'(이하 '대상 소년'이라고도 한다)의 성명이나 주소 등의 기재 를 생략했으며, 본건 논문에는 대상 소년이나 그 관계자를 직접 특정한 기재 부분은 없으며, 대상 소년이나 아버지의 연령 등을 기재한 부분은 있지만, 본건 보호사 건이 계속된 시기 등, 본건 논문에 기재된 사실관계의 시기를 특정한 기재 부분도 없었다. 그렇지만, 본건 논문에는 대상 소년의 가정환경이나 생육력에 관해서 구 체적인 기재가 되어 학교생활에 있어서의 구체적인 사건도 복수 기재되어 있었으 므로, 이것들을 아는 사람이, 본건 논문을 읽었을 경우에는, 그 지식과 조합함에 따라 대상 소년을 피상고인과 동일인이라고 알 수 있을 가능성은 있었다. 또, 정신 의학 증례보고를 내용으로 하는 논문에서는 일반적으로 환자의 구체적인 증상 외 에 가족력, 병력, 생육·생활력, 현 병력, 치료 경과, 고찰 등을 필수사항으로 정확 히 기재해야 했다.

본건 논문에는 대상 소년의 비행사실의 양태, 어머니의 생육력, 초등학교에서의 평가, 가정법원에 계류된 이력 및 본건 보호 사건의 조사 시 지능검사의 상황에 관한 기재 부분이 있고, 이러한 기재 부분에는 대상 소년인 피상고인의 프라이버 시에 속하는 정보가 포함되어 있었다(이하, 상기 기재 부분에 포함되는 피상고인 의 프라이버시에 속하는 정보를 '본건 프라이버시 정보'라 한다).

3. 원심은 상기 사실관계 등에서 요지의 다음과 같이 판단하여 피상고인의 상고인에 대한 손해배상 청구를 일부 인용했다.

- (1) 본건 프라이버시 정보는 소년보호 사건의 절차에서 얻은 것으로, 이것이 공표되지 않을 피상고인의 법적 이익은 중요하며, 본건 논문의 목적 등을 고려해도 본건 논문에 기재된 내용이 공표되지 않을 법적 이익은 이를 공표하는 법적 이익에 우월 한다. 따라서 A가 본건 논문을 본건 게재지에서 공표한 것(이하 '본건 공표'라 한 다)에 의한 피상고인의 프라이버시 침해는 불법행위에 해당한다.
- (2) 본건 논문에는 피상고인에게 비행이 있었다는 것, 아버지나 학교 등과 종종 문제 를 일으킨 것 등 피상고인의 사회적 평가를 저하시키는 기재 내용이 포함되어 있

다. 상고인은 명예훼손에 대해 위법성조각사유를 주장하고 있지 않으며, 본건 공표는 명예훼손으로서의 불법행위에 해당한다.

- (3) 본건 집필 신고의 수신인이었던 본건 수석조사관은 A에 대해 본건 공표에 의한 피상고인의 사생활 침해 및 명예훼손으로서의 불법행위를 방지하기 위해 본건 논문의 내용을 수정시키거나 또는 그 공표를 보류시키는 주의의무가 있었음에도 불구하고, 본건 공표를 제지하지 않은 자이며, 상고인은 국가배상법 제1조 제1항에 따른 손해배상 책임을 진다.

4. 그러나 원심의 상기 판단 중 상기 (1) 및 (3)은 시인할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

- (1) 가. 프라이버시 침해에 대해서는 그 사실이 공표되지 않을 법적 이익과 이를 공표하는 이유를 비교형량하여 전자가 후자를 우월하는 경우에 불법행위가 성립하는 것으로 해석된다(최고재판소 1989년 (나)제1649호 동 6년 2월 8일 제3소법정판결·민집 48권 2호 149쪽, 최고재판소 2000년(수)제1335호 동 15년 3월 14일 제2소법정판결·민집 57권 3호 229페이지). 본건 공표가 피상고인의 프라이버시를 침해한 것으로서 불법행위법상 위법이 되는지 여부는 본건 프라이버시 정보의 성질 및 내용, 본건 공표 당시의 피상고인의 연령이나 사회적 지위, 본건 공표의 목적이나 의의, 본건 공표에서 본건 프라이버시 정보를 공개할 필요성, 본건 공표에 의해 본건 프라이버시 정보가 전달되는 범위와 피상고인이 입는 구체적 피해의 정도, 본건 공표에 있어서의 표현 매체의 성질 등 본건 프라이버시 정보에 관한 사실을 공표되지 않을 법적 이익과 이를 공표하는 이유에 관한 모든 사정을 비교형량하여, 본건 프라이버시정보에 관한 사실을 공표되지 않을 법적 이익이 이를 공표하는 이유에 우월하는가에 의해 판단되어야 하는 것이다.

나. (가) 소년법은 소년심판을 비공개로 하고(제22조 제2항), 심판에 부쳐진 소년 본인을 추지시키는 기사 등을 출판물에 게재하는 것을 금지하고 있으며(제61조), 소년심판규칙 제7조 제1항 및 제2항은 소년의 간병인 이외의 자는 동조 제1항에 정하는 경우를 제외하고, 소년보호사건의 기록 등을 열람 또는 등사할 수 없다고 정하고 있다. 이 규정들은 소년의 건전한 육성을 기하기 위해(동법 제1조), 소년에게 비행이 있었다는 점 등이 공개됨으로써 소년의 개선갱생

이나 사회복지에 악영향을 미치지 않도록 배려한 것이다. 또한 가정법원 조사관은 법원의 명령에 따라 소년의 요보호성이나 개선갱생 방법을 밝히기 위해 소년, 보호자 또는 관계인의 행적, 경력, 소질, 환경 등에 대해 의학, 심리학, 교육학, 사회학, 기타 전문적 지식을 활용하여 조사(동법 제8조 제2항, 제9조)하는 것으로 그 조사내용은 소년 등의 사생활에 속하는 정보를 많이 포함하고 있으므로 이를 대외적으로 공표하는 것은 원칙적으로 예정되어 있지 않다고 해야 할 것이다.

본건 프라이버시 정보는 피상고인의 비행사실의 태양, 어머니의 생육력, 초등학교에서의 평가, 가정법원에 계속된 이력 및 본건 보호사건 조사의 지능검사 상황에 관한 것으로, 이들은 모두 본건 보호사건에서의 조사에 의해 취득된 것으로, 상기 규정의 취지 등을 감안해도 그 은닉성이 매우 높다. 또한 피상고인은 본건 공표 당시 19세였으며, 그 개선 갱생 등에 악영향이 미치지 않도록 배려를 받아야 하는 지위에 있었다. 나아가 본건 보호사건의 성질이나 처분 결과 등에 비추어 피상고인이 본건 보호사건의 내용 등이 출판물에 게재되는 것은 상정하기 어려운 것이었다고도 할 수 있다.

(나) 한편에서 본건 게재지의 논문 특집의 취지는 본건 질환에 관한 논문을 제공함으로써 본건 질환에 대한 올바른 이해를 넓히는데 있었는데 있었는데, A는 본건 공모에 응해 본건 보호사건을 소재로 한 본건 논문을 집필한 것이다. 본건 논문의 내용이 상기 논문 특집의 취지에 따른 것이었다는 점, 본건 공표가 정신의학 관계자를 독자로 하는 본건 월간지에 게재하는 방법으로 행해진 점 등을 감안해, 본건 공표의 목적은 중요한 공익을 도모함에 있었다고 할 수 있다. 그리고 증례보고를 내용으로 하는 논문에서는 일반적으로 환자의 가족력, 생육, 생활력 등도 필수사항으로서 정확하게 기재하는 것이 요구되고 있었던 것으로, 본건 논문의 취지 및 내용에 비추어 보아도 본건 프라이버시 정보와 관련된 사실을 기재하는 것은 본건 논문에 있어서 필요했다고 할 수 있다.

또, 본건 논문에는 대상 소년이나 그 관계자를 직접 특정한 기재 부분은 없었고, 사실 관계의 시기를 특정한 기재 부분도 없었으며, A는 본건 논문을 집필함에 있어 대상 소년인 피상고인의 프라이버시에 대한 배려도 하고 있었다고 할 수 있다. 하지만, 피상고인과 면식이 있다는 점 등에서 본건 논문에 기재된

사실관계를 아는 자가 본건 논문을 읽었을 경우에는 그 지식과 조합함에 따라 대상 소년을 피상고인과 동일인으로 짐작할 수 있는 가능성은 있었다. 그렇지만, 본건 논문에 기재된 사실관계를 아는 자의 범위는 한정되어 있어, 본건 논문이 정신의학 관계자를 독자로 하는 전문지에 게재하는 방법으로 공표된 것으로 볼 때, 본건 논문의 독자가 대상 소년을 피상고인과 동일인으로 짐작할 수 있고, 그 점에서 피상고인에게 구체적 피해가 발생하는 사태가 일어날 가능성은 상당히 낮았다고 해야 할 것이다. 그리고 이것은 실제로, 피상고인 또는 피상고인과 면식이 있는 자들이 본 논문을 읽고, 대상 소년을 피상고인이라고 동일인으로 짐작하여 그 결과, 피상고인의 개선 갱생 등에 악영향을 미쳤다는 사정이 나타나지 않은 것으로 보인다.

(다) 이상의 여러 사정에 비추어 보면 본건 프라이버시 정보와 관련된 사실을 공표하지 않는 법적 이익이 이를 공표하는 이유로 우월하다고 까지는 말하기 어렵다. 따라서 본건 공표가 피상고인의 프라이버시를 침해한 것으로서 불법행위법상 위법하다고 할 수 없다.

- (2) 본건 공표는 A가 사인으로서 행한 것이지만, A는 본건 보호사건에 있어서의 조사시에 작성한 예비자료를 기초자료로 본건 논문을 집필하고, 본건 공표에 앞서 본건 집필신청서를 제출하였으므로, 본건 가정재판소 직원은 본건 집필 신고서의 게재 시에 본건 논문의 집필이나 공표에 대해 윤리위반 등의 우려가 있다고 인정된다면, A에 대해 필요한 지도감독을 행하는 것은 가능했다고 할 수 있다.

우선, 본건 공표가 피상고인의 프라이버시 침해로서 불법행위법상 위법한 것이었다면 윤리위반 등에도 해당하게 되지만, 그와 같이 말할 수 없다는 것은 이미 판단했던 대로이다.

또한 가정재판소 조사관이 소년보호사건을 통해 얻은 知見에 기초한 논문을 전문지에 발표하는 것에 대해서는 소년의 프라이버시 등을 배려한 신중한 고려가 필요하다는 것은 당연하다.

그러나 가정법원 조사관은 앞에서 서술한 소년법 규정의 취지 등에 어긋나지 않는 한, 소년의 프라이버시 등을 배려한 후에 소년 비행의 예방이나 정신의학의 발전 등을 목적으로 하는 논문을 전문지에 공표하는 것이 허용되는 경우도 있다고 할 수 있다.

본건 집필신고서에는 본건 논문의 원고 및 본건 공모의 응모 요령이 첨부되어 있던바, 본건 논문이 본건 질환의 증례보고에 관한 논문으로서 본건 월간지에 게재되는 것이며, 공익을 도모하는 것을 목적으로 하고 있음은 본건 집필신고서에 의해 분명했다고 할 수 있다. 그리고 이미 검토한 바와 같이, 본건 논문에는 대상 소년이나 그 관계자를 직접 특정한 기재 부분이나 사실관계의 시기를 특정한 기재 부분은 없으며, 본건 논문의 독자가 대상 소년을 피상고인과 동일한 인물로 짐작할 가능성은 상당히 낮았기 때문에, 본건 가정재판소 직원이 본건 집필 신고서의 결재에 있어서, 본건 논문의 공표에 의해 피상고인의 명예 또는 프라이버시가 침해되어 피상고인의 개선 갱생 등에 악영향을 미칠 우려가 있다고 판단해야 하는 상황에 있었다고 할 수 없다. 그러한 이상, 본건 가정재판소 직원이 본건 집필신고서의 결재 시에 본건 논문의 집필 및 공표에 대해 윤리 위반 등의 우려가 있다고 하여 A에 대해 지도 감독을 했어야 한다고는 할 수 없다.

이상에 따르면, 본건 수석조사관을 포함한 본건 가정재판소 직원이 본건 집필신고서의 결재 시에 A에 대해 본건 논문의 내용을 수정시키거나 또는 그 공표를 보류하도록 하는 주의의무가 있었다고 할 수 없다.

5. 이상과 다른 원심의 앞에서 서술한 3 (1) 및 (3)의 판단에는 판결에 영향을 미치는 것이 명백한 법령의 위반이 있다. 논지는 이 취지를 말하는 것으로 이유가 있으며, 원판결 중 상고인 패소 부분은 파기를 명할 수밖에 없다. 이상에 설명한 바에 따르면 피상고인의 그 밖의 주장을 고려하더라도 피상고인의 청구에는 이유가 없으며, 이것을 기각한 1심 판결은 정당하기 때문에 피상고인의 항소를 기각해야 한다. 따라서 재판관 전원 일치 의견으로 주문과 같이 판결한다. 또한, 재판관 미우라 마모루(三浦守)의 보충 의견, 재판관 구사노 고이치(草野耕一)의 의견이 있다.

재판관 미우라 마모루(三浦守)의 보충 의견은 다음과 같다.

소년보호사건에 관한 정보 등의 취급에 대해 부언한다.

소년심판의 비공개 및 소년보호사건의 기록 개시의 제한 등은 다수의견이 기술하는 바와 같이, 소년의 건전한 육성을 위해 소년의 개선 갱생이나 사회 복귀에 악영향이 미

치지 않도록 배려한 것으로 해석된다. 또, 헌법 제13조는 국민의 사생활상의 자유가 공권력의 행사에 대해서도 보호되어야 함을 규정하고 있는 것으로, 개인의 사생활상의 자유의 하나로서, 누구라도 개인에 관한 정보를 함부로 제3자에게 공개 또는 공표되지 않을 자유를 가진 것으로 해석된다. 따라서, 소년보호사건의 기록 내용, 특히 사회기록의 내용을 함부로 제3자에게 공개하거나 공표하는 것은 소년보호법제의 근간과 관련됨과 동시에 개인에 관한 정보와 관련된 상기 자유에 관련된 문제라고 할 수 있다.

그래서, 가정법원 조사관은 법원의 명령에 의해 소년보호의 필요성이나 개선갱생 방법을 분명히 하기 위해 소년 등의 행적, 경력, 소질, 환경 등에 대해 조사를 실시하는 것을 직책으로 하는 것이므로 자기가 담당하는 소년보호 사건의 조사에 대해 적절한 배려를 하지 않고 함부로 그 내용을 공표하는 것은 그것이 개인으로서의 논문 발표라도 공무원으로서의 법령상 또는 윤리상의 의무에 관련된 문제가 발생하게 된다.

한편, 소년법은 가정법원 조사관이 실시하는 조사에 대해서(제9조), 소년감별소법은 소년감별소에서 행하는 소년의 감별에 대해서(제16조 제1항), 그리고 소년원법은 소년원에서 행하는 소년의 처우에 대해서(제15조 제2항), 모두 의학, 심리학, 교육학, 사회학 기타 전문적 지식 및 기술을 활용하거나 또는 이에 근거하여 실시한다는 내용을 규정하고 있다. 소년의 비행에 영향을 미친 자질상, 환경상의 사정 등을 밝혀 소년의 건전육성에 도움이 되는 보호처분 및 처우를 하고 이의 개선과 원활한 사회복귀를 위해서는 이들 규정을 적절하고 효과적으로 운용하는 것이 불가결하지만 이는 이 분야의 전문적 지식 및 기술의 충실, 발전으로 뒷받침되는 것이라고 하지 않을 수 없다. 특히 소년을 포함해 재범, 재비행 방지가 일본 사회의 중요한 과제로 여겨지는 가운데 소년보호와 재범 방지 등과 관련된 관민의 다양한 기관, 단체, 기타 관계자의 연계 및 협력은 매우 중요하며, 상기의 전문적 지식 및 기술에 대해서도 관계자 간에 적절한 배려 하에 필요한 정보가 공유되고 효과적인 처우 방식 등에 관한 조사 및 연구가 심화될 필요가 있다(재범 방지 등의 추진에 관한 법률 제5조, 제20조 등 참조).

앞에서 설명한 것은 법원뿐만 아니라 소년의 감별이나 처우를 하는 교정시설이나 기타 기관에서도 중요한 과제이며, 청소년의 건전 육성, 개인에 관한 정보와 관련된 자유의 중요성에 비추어 볼 때 각각의 조직에서 그 실정을 고려해 소년보호 사건에 관련된 정보의 취급에 관해 적절한 지도 등의 방법을 검토할 필요가 있다고 생각한다.

재판관 구사노 코이치(草野耕一)의 의견은 다음과 같다.

나는 다수의견의 결론에 찬동하지만, 다수의견의 4 (1)에 기술되어 있는 이유는 나의 생각과 다르므로, 내가 생각하는 바를 상세히 밝히고자 한다.

1. A가 본건 프라이버시 정보를 알 수 있었던 것은 A가 소년법에 근거하여 본건 보호 사건을 조사할 권한을 담당 재판관으로부터 부여받은 결과일 뿐이다. 그러한 이상, A가 본건 프라이버시 정보를 학술목적 등에 이용할 수 있는 경우가 있다고 해도 피상고인의 개선 갱생이라는 동법의 취지에 저촉하는 양상으로 본건 프라이버시 정보를 이용하는 것은 허용되지 않는다고 해야 한다. 본건은 이 점에서 일반 프라이버시 침해 안전에 사용되는 판단 구조만으로는 적절한 평가를 할 수 없는 사안이다.

2. A는 본건 보호사건이 불처분에 의해 종료되고 나서 불과 반년 후에 본건 공표를 행하고 있으며, 이 시점에서 피상고인은 고등학교 학생으로서 감수성이 풍부한 시기에 있었음을 알 수 있다. 또 원심의 인정에 따르면, 본건 논문의 기재 내용은 피상고인에 관한 정보를 보유하고 있는 독자가 대상 소년을 피상고인과 동일시 할수 있을 가능성을 부정할 수 없는 것이었다는 것이다. 게다가 본건 프라이버시 정보 중에는 피상고인이 유년 시절에 경험한 심각한 사건 등도 포함되어 있어, 다감한 시기에 있었던 당시의 피상고인이 본건 공표의 사실을 알았다면 얼마나 많은 정신적 고통을 받았는지, 그리고 그것이 피상고인의 개선 갱생에 얼마나 악영향을 미쳤는지, 이러한 일에 대해 생각해 보면 우려와도 비슷한 감회를 갖지 않을 수 없다. 이상의 점을 감안하면 본건 공표의 목적이 본건 질환의 증례보고에 의해 공익을 도모하는 것에 있었다고 하더라도 본건 공표에서의 본건 프라이버시 정보의 이용은 피상고인의 개선갱생이라는 소년법의 취지에 저촉되는 태양이라고 해야 할 것이다.

그러나 본건에 있어서는 본건 공표에 의해 피상고인이 본건 논문의 대상 소년임이 다른 사람에게 동일인으로 인식되었다고는 할 수 없으며, 피상고인 자신은 본건 공표로부터 7년 이상이 경과한 후에야 피상고인의 충분한 성장을 지켜본 A가 자발적으로 고지함으로써 본건 공표의 사실을 알았음을 알 수 있으며, 그 결과와 본건 공표 간에 상당 인과관계가 있다고 할 수는 없다(또한 A에 의한 상기 고지가 피상고인에 대한 불법행위에 해당하는지 여부는 별론으로 한다). 그러한 이상 본건 공표에 의해 프라이버시 침해의 대상이 될 수 없다.

재판장 재판관 岡村和美

재판관 菅野博之

재판관 三浦守

재판관 草野耕一

2019. 7. 29. 판결
유럽사법재판소 대합의부
사건번호 C-469/17

#군사상황보고서
#기밀사항
#저작물성
#유럽연합 지침
#재량권

유럽사법재판소 (대합의부) 판결

2019년 7월 29일

“선결판단을 위한 요청 - 저작권 및 저작인접권 - 지침 2001/29/EG - 정보화사회 - 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 합치 - 제2조 a - 복제권 - 제3조 제1항 - 공중 전달 - 제5조 제2항 및 제3항 - 예외 및 제한 - 효력범위 - 유럽연합 기본권 헌장”

사건번호 C-469/17

2017년 6월 1일 결정에 따라 독일 대법원에 의해 신청된 유럽연합조약(AEUV) 제 267조에 따른 선결판단 요청은 2017년 8월 4일 유럽사법재판소에 접수되었으며, 각 당사자는 노르트라인 베스트팔렌 풍케 미디어(Funke Medien NRW GmbH)와 독일 연방(Bundesrepublik Deutschland)이다.

유럽사법재판소(대합의부)

소장 K. Lenaerts, 합의부장 A. Arabadjiev, M. Vilaras, T. von Danwitz, C. Toader, F. Biltgen und C. Lycourgos 및 판사 E. Juhász, M. Ilešič (보고관), L. Bay Larsen, S. Rodin의 협력 하에

법률고문관: M. Szpunar,

의장: M. Aleksejev, Referatsleiter,

2018년 7월 3일의 서면절차 및 구두심리에 근거하여

다음에 대한 고려 하에

- 변호사 T. von Plehwe이 변론하는 노르트라인 베스트팔렌 풍케 미디어
- T. Henze, M. Hellmann, E. Lankenau 및 J. Techert이 대리인으로 대표하는 독일 정부

- E. Armoët, D. Colas 및 D. Segoin이 대리인으로 대표하는 프랑스 정부
- Z. Lavery 및 D. Robertson가 N. Saunders, Barrister의 도움을 받아 대리인으로 대표하는 영국 정부
- H. Krämer, T. Scharf 및 J. Samnadda가 대리인으로 대표하는 유럽연합 위원회

2018년 10월 25일 폐회발의에서 법률고문관의 최종의견 청취에 따라 다음과 같이 판결한다.

판결

1. 선결적 판단은 정보화사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 합치를 위한 2001년 5월 22일 유럽의회 및 이사회지침 2001/29/EG(“정보화사회저작권지침”(ABl. 2001, L 167, S. 10) 제2조 a, 제3조 제1항 및 제5조 제2항과 제3항의 해석에 관한 것이다.
2. 이는 풍케 미디어에 의해 독일 정부가 “기밀사항”으로 분류한 문서가 공개된 것으로 인한 독일 일간지 베스트도이치 알게마인 차이퉁(Westdeutsche Allgemeine Zeitung)의 인터넷 포털을 운영하는 노르트라인 베스트팔렌 풍케 미디어(이하: 풍케 미디어)와 독일 정부 사이의 법적 분쟁에서 기인한다.

법적 범위

유럽연합법률

3. 판단 근거인 정보화사회저작권지침 제1, 3, 6, 7, 9, 31 및 32는 다음과 같다:

“(1) 유럽연합 조약은 국내시장의 창출 및 국내시장을 불공정한 경쟁으로부터 보호하는 규율을 도입하는 것을 규정한다. 저작권 및 저작인접권에 대한 회원국의 법조항의 합치는 이러한 목표를 달성하는 데에 기여한다.

...

(3) 제안된 합치는 국내시장의 4가지 자유를 실현하는 데에 기여하며 법의 기본원칙, 특히 지적재산권, 자유로운 의사표현 및 공익에 대한 원칙을 고려하는 것과 관련된다.

...

(6) 사회적 차원의 합치 없이 일부 회원국에서 이미 기술적인 문제를 해결하기 위해 도입된 개별 국가적인 차원의 입법 이니셔티브는, 국내시장의 분열 및 법적 불일치로 이어지게 되는, 법적 보호에서의 현저한 차이 및 이를 통해 저작권상 내용을 포함하는 서비스 및 상품의 자유로운 거래의 제한을 초래할 수 있다. 이러한 유형의 법적 차이 및 불확실성은, 그 결과로 지적 재산의 국경을 초월한 효용이 이미 크게 증대되어 있는, 정보화사회의 지속적인 발전에 따라 더욱 큰 영향을 미치게 될 것이다.

...

(7) 따라서 국내시장의 원활한 기능을 위해 필요한 한도에서 저작권 및 저작인접권의 보호를 위한 기존 사회적 법의 테두리가 조정되고 보충되어야 한다. ... 국내시장의 기능을 침해하지 않는 차이는 제거되거나 저지될 [필요가] 없다 ...

...

(9) 저작권 및 저작인접권의 합치는, 이러한 권리가 정신적 창작물에 대해 본질적이기 때문에, 높은 수준의 보호에서 시작되어야 한다. 이러한 보호는 저작자, 공연 예술가, 제조자, 소비자, 문화와 경제 및 광범위한 대중의 이익을 위해 창작 활동의 유지와 발전을 보장하는 데에 기여한다.

...

(31) 다양한 권리인의 범주 사이에 그리고 다양한 권리인과 보호대상물 이용자의 범주 사이에서의 적절한 권리 및 이익의 균형이 보장되어야 한다. 회원국에 의해 결정된 보호권과 관련된 예외 및 제한은 새로운 전자 미디어의 배경하에 새롭게 평가되어야 한다. ... 국내시장의 원활한 기능을 보장하기 위해 제외 및 제한은 통일적으로 정의되어야 한다. 이 경우 합치의 정도는 국내시장 기능에 대해 미치는 영향에 따라 결정되어야 한다.

(32) 복제권 및 공중전달권에 관한 예외 및 제한은 동 지침에 빠짐없이 나열

되어 있다. ... 회원국은 이러한 예외 및 제한을 일관된 방식으로 적용하여야 한다 ...”

4. 지침 제2조(“복제권”)는 다음과 같다:

“회원국은 다음의 사람에게, 모든 유형과 방식의 그리고 모든 형식의 직접적 또는 간접적인, 임시적 또는 영구적인 복제를 전면적 혹은 부분적으로 허용하거나 금지할 배타적 권리를 규정한다:

a) 자신의 저작물과 관련된 저작권자
...”

5. 동 지침 제3조(저작물의 공중전달권 및 그 밖의 보호대상물의 공중제공이용)는 제1항에서 다음과 같이 규정한다:

“회원국은 저작자에게, 자신이 선택한 장소와 시간에 일반공중에 공개되는 방식으로, 저작물의 공중제공이용을 포함하여 자신의 저작물의 유선 또는 무선으로 공중에 전달하는 것을 허용하거나 금지할 배타적 권리가 속한다고 규정한다.”

6. 지침 제5조(“예외 및 제한”)는 제3항 c 및 d 그리고 제5항에서 다음과 같이 규정한다:

“(3) 회원국은 다음의 경우 제2조 및 제3조에서 규정한 권리와 관련하여 예외와 제한을 규정한다:

...

c) 이러한 이용이 명시적으로 유보되어 있지 않은 한도에서 그리고 저작자의 이름을 포함한 출처가 제공되는 한도에서 경제적, 정치적 또는 종교적 성격의 현안 또는 방송된 저작물이나 그 밖의 이러한 유형의 보호대상물에 대한 공개된 기사의 언론에 의한 복제, 공중전달 또는 공중제공이용 또는 이것이 정보제공 목적으로 정당화되는 한도에서 그리고 -이것이 불가능한 것으로 판명된 경우를 제외하고- 저작자의 이름을 포함한 출처가 제공되는 한도에서 시사사건 보도와 관련한 저작물 또는 그 밖의 보호대상물의 이용;

d) 공공이 이미 합법적으로 접근할 수 있는 저작물 또는 기타 보호대상물에 해당하는 한도에서, -이것이 불가능한 것으로 판명된 경우를 제외하고- 저작자의 이름을 포함한 출처가 주어진 한도에서 그리고 사용이 공정한 관행에 합치하며 특별한 목적에 의해 그 범위가 정당화되는 한도에서의 비평 또는 리뷰와 같은 목적을 위한 인용;

...

(5) 제 1, 2, 3 및 4항에서 언급된 예외 및 제한은 특정된 특별한 경우, 즉 저작물의 정상적인 효용 또는 그 밖의 보호대상물을 침해하지 않고 권리인의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않는 경우에만 사용된다.”

독일 법률

7. 저작권 및 저작인접권에 관한 법률 - 1965년 9월 9일의 저작권법(연방법공보 BGBl. I, 1273면)은 제50조(“시사사건 보도”)에서 다음과 같이 규정한다:

“송출된 또는 이와 유사한 기술적 수단, 신문, 잡지 및 그 밖의 다른 인쇄물이나 시사적 관심을 본질적으로 다루고 있는 기타 데이터 매체 내지는 영화를 통한 시사사건 보도를 위하여, 그 목적에 의해서 허용되는 범위에서 저작물의 복제, 배포 및 공중전달이 허용된다.

8. 제51조(“인용”)는 다음과 같다:

“공개된 저작물의 복제, 배포 및 공중전달은 인용의 목적으로, 이용이 특정한 목적에 의해 그 범위가 정당화되는 한도에서 허용된다. 이는 특히 다음과 같은 경우에 허용된다.

1. 개별 저작물이 공개 이후에 내용의 설명을 위해서 독립적인 학문적 저작물에 수용되는 경우
2. 저작물의 일부가 공개 이후에 독립적인 언문저작물로 제시되는 경우
3. 출판된 음악저작물의 일부가 독립적인 음악저작물로 제시되는 경우”

원소송 및 선결문제

9. 독일 연방 공화국은 매주 연방군(독일)의 해외배치와 배치지역에서의 상황에 관한 군사 상황 보고서를 작성하도록 한다. 이러한 보고서는 “의회 보고”라는 이름으로 독일 연방 하원의원, (독일) 연방 국방부를 비롯한 기타 연방 부처의 부서 및 특정 연방 국방부 하위부서에 발송된다. 의회 보고는 기밀사항으로 “기밀사항-기관제출용”으로 분류되며, 이는 독일법상 네 가지 수준의 기밀성 중 가장 낮다. 또한 독일 연방 공화국은 제한 없이 공개적으로 접근할 수 있는 “공중 보고”로 의회 보고의 요약본을 공개한다.
10. 풍케 미디어는 독일 일간지 베스트도이치 알게마인 차이퉁의 인터넷포털을 운영한다. 2012년 9월 27일 풍케 미디어는 2001년 9월 1일부터 2012년 9월 26일까지의 기간 동안의 전체 의회 보고에 대한 열람을 요청했다. 관할 당국은 의회 보고의 정보공개가 연방군의 보안에 민감한 이익에 악영향을 미칠 수 있다는 것을 근거로 신청을 거부했다. 관할 당국은 이와 관련하여, 연방군의 보안이익에 영향을 미치지 않는 의회 보고 버전을 의미하는, 공중에 대한 정기적인 보고를 참조하도록 지시했다. 그러나 풍케 미디어는 알려지지 않은 경로를 통해 의회 보고의 상당부분에 접근했으며, 그 중 일부를 “아프가니스탄 페이지”라는 제목으로 소개 텍스트, 추가링크 및 쌍방향 참여를 위한 초대가 포함된 스캔 페이지를 자신의 웹사이트에 공개했다.
11. 독일 연방 공화국은, 풍케 미디어가 이를 통해 의회보고에 대한 저작권을 침해했다고 판단하고 금지를 위한 소송을 제기했고, (독일) 쾰른 지방법원은 이를 인용했다. 풍케 미디어의 항소는 (독일) 쾰른 상급법원에서 기각되었다. 선결문제를 제출한 법원에 상고함으로써 풍케 미디어는 금지소송의 기각을 위한 자신의 청구를 계속하여 추구했다.
12. 제출법원은 쾰른 상급법원의 추론은 의회 보고가 “어문저작물”로 저작권으로 보호될 수 있으며 저작권으로 보호되지 않는 공적 저작물이 아니라는 전제를 기반으로 한다고 설명한다. 그러나 동 법원은 어떤 구체적인 특성을 통해 의회 보고의 창작적 특색이 결정되는지는 확정하지 않았다.

13. 그러나 제출법원에 따르면, 상고법원에서 법적 검토가 필요한 의회 보고에 대한 저작권 침해가 어쨌든 시사사건 보도에 대한 저작권 제한 규정(저작권법 제50조) 또는 인용권(저작권법 제51조)에 의해 커버되거나 1949년 5월 23일 독일 연방 공화국 기본법 제5조 제1항 제1문 내지 제2문 및 유럽연합 기본권 헌장 제11조에 따른 정보자유 및 언론자유 기본권의 고려 하에 정당화되는 경우, 관련 판결을 보충할 기회를 주기 위해 쾰른 상급법원의 판결을 폐지하고 해당 사안을 다시 회부하는 것은 배제된다. 이러한 경우 사안은 최종판단을 내리기에 충분하다. 그러면 제출법원은 쾰른 지방법원의 판결을 수정하고 독일 연방 공화국에 의해 제기된 금지소송을 기각해야 한다.
14. 제출법원은 이 한도에서 기본권, 특히 정보자유 및 언론자유와 관련하여 정보화사회 저작권지침 제2조 a, 제3조 제1항, 제5조 제3항 c 및 d의 해석이 분명하지 않다는 견해를 취한다. 특히 이러한 조항이 국내법으로 이행하는 과정에서 재량권이 인정되는지 여부가 의문이다. (독일) 연방 헌법 재판소의 판례에 따르면 유럽연합 지침을 이행하는 국내법 규정은 원칙적으로 동 지침이 회원국에 이행하는 과정에서 재량권을 위임하지 않는 한, 기본법상 기본권 기준이 아니라, 연합법을 통해 보장되는 기본권으로 측정되어야 한다.
15. 이러한 상황에서 (독일) 연방 사법재판소는 중지하고 유럽연합 사법재판소에 다음의 질문을 선결판단으로 제출하기로 결정했다:
1. 자신의 저작물의 복제(지침 제2조 a) 및 공중이용제공을 포함한 공중전달(지침 제3조 제1항)에 관한 저작자의 배타적 권리와 이에 대한 예외와 제한(지침 제5조 제2항 및 제3항)에 관한 유럽연합 규정들을 국내법으로 이행하는 과정에서 재량권이 인정되는가?
 2. 자신의 저작물의 복제(지침 제2조 a) 및 공중이용제공을 포함한 공중전달(지침 제3조 제1항)에 관한 저작자의 배타적 권리의 지침 제5조 제2항 및 제3항에서 규정된 예외와 제한의 적용범위를 정함에 있어서 어떠한 방식으로 기본권 헌장을 고려해야 하는가?
 3. 정보자유권(헌장 제11조 제1항 2문) 또는 언론자유권(헌장 제11조 제2항)은 동

지침 제5조 제2항 및 제3항에서 규정하는 예외 또는 제한 이외에 자신의 저작물의 복제(지침 제2조 a) 및 공중이용제공을 포함한 공중전달(지침 제3조 제1항)에 관한 저작자의 배타적 권리의 예외 및 제한을 정당화할 수 있는가?

선결문제에 대하여

서두

16. 제출법원은 쾰른 상급법원이 풍케 미디어의 항소 기각을 위해 의회보고가 “어문저작물”로서 저작권으로 보호될 수 있다는 것을 전제로 하고 있다고 설명하고 있지만, 어떤 구체적인 특성을 통해 의회보고의 창작적 특색이 결정되는지는 정확하게 확정하지 않았다.
17. 이에 대해 다음의 설명이 적절한 것으로 보인다.
18. 지침 제2조 a 및 제3조 제1항은 회원국이 저작자에게 “저작물”과 관련하여 어떤 형태 또는 방식으로든 직접적 혹은 간접적으로 복제하는 것을 허용하거나 금지할 배타적 권리 내지는 공중전달을 허용 또는 금지할 배타적 권리를 부여한다고 규정한다. 따라서 대상물은 이러한 규정의 의미에서 “저작물”로 분류될 수 있는 경우에만, 지침에 따른 저작권을 통해 보호될 수 있다(이러한 의미에서 2018년 11월 13일 판결, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, 34 단락 참조).
19. 확립된 판례를 통해 도출되는 바와 같이, 대상물이 “저작물”로서 분류될 수 있기 위해서는 두 가지 누적 요건이 충족되어야 한다. 하나는 관련 대상물이 저작자 자신의 지적 창작물이라는 의미에서 원본이어야 한다는 것이다. 지적 창작물이 저작자 자신의 것으로 간주되기 위해서는 그 안에 저작자가 자유롭게 창의적인 결정을 내림으로써, 자신의 저작물의 제작에 있어 스스로의 창작력을 표현할 수 있었던 자신의 개성이 표현되어야 한다(이러한 의미에서 2011년 12월 1일 판결, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, 87 내지 89 단락 참조).

20. 다른 하나는 지침의 의미에서의 “저작물”로의 분류가 그러한 지적 창작물을 표현하는 요소를 유보하고 있다는 것이다(이러한 의미에서 2018년 11월 13일 판결, *Levola Hengelo*, C-310/17, EU:C:2018:899, 37 단락 및 거기서 인용된 판례).
21. 제출된 사안에서 풍케 미디어는 의회보고가 그 구조에 있어 서로 다른 저작자에 의해 통일적 양식을 기반으로 작성되고 오로지 사안과 관련되어 있는 보고서이기 때문에 저작권으로 보호될 수 없다는 의견을 개진했다. 독일 정부는 자기 입장에서는 그러한 통일적 양식의 제작 자체가 저작권으로 보호될 수 있다고 지적했다.
22. 군사상황보고서가 원 소송에서와 같이 쟁점이 되는 것인지 또는 특정 요소가 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 의미에서의 “저작물”로 분류되는지, 따라서 저작권으로 보호될 수 있는지 여부는 국내법원이 결정할 사안이다(이러한 의미에서 2009년 7월 16일 판결, *Infopaq International*, C-5/08, EU:C:2009:465, 48 단락 참조).
23. 이것이 사실상 사안에 해당하는지 여부를 확정하기 위해 국내법원은 저작자가 이러한 보고서를 작성하는 경우 쟁점이 되는 대상물의 독창성을 독자에게 전달하는 데에 적합한 자유로운 창의적인 판단을 내릴 수 있는지 여부를 심사해야 한다. 그러한 독창성은 저작자가 자신의 창작적 정신을 독창적인 방식으로 표현하고 지적 창조물을 나타내는 결과에 도달하는 단어의 선택, 배열 및 조합에서 비롯된다(이러한 의미에서 2009년 7월 16일 판결, *Infopaq International*, C-5/08, EU:C:2009:465, 45 내지 47 단락 참조). 동 보고서 작성에 대해 사용된 독점적인 지적 노력 및 전문 지식은 이 경우 중요하지 않다(2012년 3월 1일 판결, *Football Dataco u. a.*, C-604/10, EU:C:2012:115, 33 단락 참조).
24. 원 소송에서와 같이 군사상황보고서가 그 내용이 본질적으로 그것에 포함된 정보를 통해서 결정되고, 이러한 정보와 보고서의 표현이 일치하고 따라서 보고서가 독창성을 배제한 전적으로 기술상의 기능이라는 특성을 가지는 순수하게 정보제공을 위한 문서로 다뤄지려면, 이것이 저작자에게 그러한 보고서의 작성의 경우에 가능하지 않았다는 그의 의견 19호에서 도출되는 법률고문관의 진술에 따라 그의 창작적 정신은 독창적인 방식으로 표현되었어야 하며 자신의 지적 창조를 표현하는 결과를 달성했어야 한다(이러한 의미에서 2010년 12월 22일 판결, *Bezpečnostní*

softwarová asociace, C-393/09, EU:C:2010:816, 48 내지 50단락, 2012년 5월 2일 판결, SAS Institute, C-406/10, EU:C:2012:259, 67 단락 및 거기서 인용된 판례). 이러한 경우 국내 법원은, 이러한 보고서가 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 의미에서의 “저작물”이 아니며 따라서 동 규정을 통해 보호될 수 없다는 것을 확정해야 한다.

25. 따라서 원 소송에서 쟁점이 된 것과 같은 군사상황보고서는 오로지 -국내 법원에 의해 개별 사안에서 심사되어야 하는- 자신의 개성이 표현되고 작성에 있어서 자유롭게 내린 창의적인 결정이 표현되는 저작자의 지적 창작이라는 요건 하에서만 저작권으로 보호되어야 한다는 것이 도출되어야 한다.
26. 제출된 질문은 이러한 고려를 유보하여 답변되어야 한다.

첫 번째 질문에 대하여

27. 우선 배경이 되는 제출된 판결 제13 및 14 단락에서 도출되는 바와 같이 첫 번째 질문과 관련해서, 제출법원이 원 소송 분쟁의 해결을 위해, 지침 제5조 제3항 c 및 d가 이행된 시사사건 보도 및 인용에 관한 저작권법 제50조 및 제51조 규정을 해석해야 한다는 점이 지적되어야 한다.
28. 제출법원이 사법재판소에 특별히 동 지침 조항의 해석에 대해 요청하지 않고 있으며, 특히 쾰른 상급법원의 관점에서 의회보고가 공개 미디어를 통해 그 웹사이트에 공개되는 것이 저작권법 제50조 및 제51조의 요건을 충족하고 있지 않다는 것을 지적하고 있음에도 불구하고, 지침 제2조 a 및 제3조 제1항과 같은 연합법상 조항이 회원국에게 이행하는 과정에서 재량권을 인정하는지에 대한 의문이 제기된다. 왜냐하면 연방 헌법 재판소의 판례에 따르면 유럽연합 지침을 이행하는 국내법 규정은 원칙적으로 동 지침이 회원국에 이행하는 과정에서 재량권을 위임하지 않는 한, 기본법상 기본권 기준이 아니라, 연합법을 통해 보장되는 기본권으로 측정되어야 하기 때문이다.
29. 이러한 배경에서 제출법원은 첫 번째 질문으로, 한편으로는 지침 제2조 a 및 제3조

제1항이 그리고 다른 한편으로는 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d가 완전한 합치를 위한 조치로 해석되어야 하는지 여부를 알고자 한다.

30. 이러한 한도에서 연합법 질서를 본질적으로 특징짓는 연합법 우선원칙에 따라 회원국에서의 연합법의 효력은, 이러한 국가가 헌법적 지위를 가진 국내법 조항을 주장하는 것을 통해 침해될 수 없다는 것이 지적된다(2013년 2월 26일 판결, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, 59 단락).
31. 회원국을 통한 지침의 이행은 헌장 제51조에 의해 고려되는 회원국을 통한 연합법의 시행 상황에 해당하므로, 이러한 이행의 경우 회원국의 이행에 있어서의 재량과 관계없이 헌장에 규정된 기본권 보호수준이 달성되어야 한다.
32. 그러나 회원국의 조치가 연합법에 의해 완전히 규정되지 않은 상황에서 국내 규정 또는 조치가 헌장 제51조 제1항의 의미에서의 연합법을 시행하는 것인 경우, 국가당국과 법원은 이러한 적용을 통해 사법재판소에 의해 해석된 헌장의 보호수준이나 연합법의 우선권, 통일성 및 효과가 침해되지 않는 한도에서 여전히 기본권에 대한 국내 보호기준을 적용할 수 있다(2013년 2월 26일 판결, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, 60 단락 및 2013년 2월 26일 판결, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, 29 단락).
33. 따라서 국내 법원과 당국이 이러한 국내법상 보고기준의 적용을, 이것이 지침 규정에 의해 효력을 발생하는 합치의 정보가 적용되는 한도에서 “국내법에 이행하는 과정에서 재량권을 인정한다”는 제출법원에 의해 인용된 상황에 의거하는 것은 연합법에 일치한다. 왜냐하면 국내 보호기준의 적용이 규정이 완전히 합치되지 않은 경우에만 고려되기 때문이다.
34. 현재 확정되어야 하는 것은, 지침이 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 합치를 목표로 하며 또한 지침의 몇몇 규정들 외에도 연합법 입법자가 회원국에게 이행하는 과정에서 재량권을 인정하고 있다는 것을 알리는 것을 의도하고 있다는 것이다 (vgl. 이러한 의미에서 2015년 3월 5일 판, Copydan Båndkopi, C-463/12, EU:C:2015:144, 57 단락 참조).

35. 우선 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 배타적 권리와 관련된 것은 제출된 판결 18 단락에서 설명된, 동 조항에 따라 회원국이 저작자에게 자신의 저작물과 관련하여 어떤 형태 또는 방식으로든 직접적 혹은 간접적으로 복제하는 것을 허용하거나 금지할 배타적 권리 내지는 공중전달을 허용 또는 금지할 배타적 권리를 부여하고 있다는 점이다.
36. 따라서 동 조항에서는 저작권 보유자가 유럽연합에서 가지는 복제 및 공중전달을 위한 배타적 권리가 명확하게 확정된다. 또한 이러한 조항은 어떠한 조건과도 관련이 없으며, 그것의 시행 또는 효력발생을 위해 어떠한 추가적인 조치도 필요로 하지 않는다.
37. 사법재판소는 이 외에도 이러한 한도에서, 언급한 조항이 복제 및 공중전달에 관한 고도의 그리고 균일한 보호를 보장하는 합치적인 법적 범위를 제공한다고 이미 결정했다(2017년 2월 14일 소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 119 단락 및 거기서 인용된 판례; 공중전달권에 대해서는 2014년 2월 13일 판결, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, 41 단락, 2017년 3월 1일 판결, ITV Broadcasting u. a., C-275/15, EU:C:2017:144, 22 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
38. 따라서 지침 제2조 a 및 제3조 제1항은 이에 포함된 권리의 실질적인 내용의 완전한 합치를 위한 조치이다(유럽연합 상표 소유자의 독점권에 대해서는 2001년 11월 20일 판결, Zino Davidoff und Levi Strauss, C-414/99 bis C-416/99, EU:C:2001:617, 39 단락 및 2002년 11월 12일 판결, Arsenal Football Club, C-206/01, EU:C:2002:651, 43 단락 참조).
39. 두 번째로 지적되어야 하는 것은 지침의 판단이유 32에 따라 제5조 제2항 및 제3항에 복제 및 공중전달에 관한 배타적 권리에 관련된 예외와 제한이 명시되고 있다는 점이다.
40. 사법재판소의 판례로부터 이 한도에서 도출되는 것은, 회원국이 지침 제5조 제2항 또는 제3항을 이행하는 경우 언급되는 특별한 예외 또는 제한의 재량범위는, 개별

사안에서 특히 해당 조항의 구문을 기준으로 평가되어야 한다는 것이다(이러한 의미에서 2010년 10월 21일 판결, Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, 36 단락, 2014년 9월 3일 판결, Deckmyn und Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, 16 단락 및 2016년 9월 22일, Microsoft Mobile Sales International u. a., C-110/15, EU:C:2016:717, 27 단락; 2017년 2월 14일 소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 116 단락 참조). 이 경우 지침의 판단이유 31에 따라 연합법 입법자에 의해 의도된 예외 및 제한의 합치의 정도는 국내시장의 기능에 미치는 영향에 따라 결정되어야 한다.

41. 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d에 따르면, 여기에 언급된 예외 또는 제한은 “정보 제공 목적으로 정당화되는 한도에서 그리고 -이것이 불가능한 것으로 판명된 경우를 제외하고- 저작자의 이름을 포함한 출처가 제공되는 한도에서의 시사사건 보도와 관련한 저작물이나 그 밖의 보호대상물의 이용” 및 “이것이 공공이 이미 합법적으로 접근할 수 있는 저작물 또는 기타 보호대상물에 해당하는 한도에서, -이것이 불가능한 것으로 판명된 경우를 제외하고- 저작자의 이름을 포함한 출처가 주어진 한도에서 그리고 사용이 공정한 관행에 합치하며 특별한 목적에 의해 요구되는 한도 내에서 비평이나 리뷰와 같은 목적을 위한 인용”과 관련된다.
42. 동 조항의 내용에서 도출될 수 있는 바와 같이, 이를 통해 거기서 규정된 예외 또는 제한의 효력범위가 완전히 합치하는 것은 아니다.
43. 한편으로는, 즉 지침 제5조 제3항 c Fall 2 내지는 d의 “정보제공 목적으로 정당화되는 한도에서” 그리고 “사용이 공정한 관행에 합치하며 그 범위에 있어 특별한 목적을 통해 정당화되는 한도에서”라는 표현으로부터, 회원국이 이러한 조항을 이행하는 경우 그리고 이러한 이행을 위해 국내법 규정에 적용하는 경우, 이익형량을 가능하게 하는 광범위한 재량범위를 부여하고 있다는 것이 도출된다. 다른 한편, 동 지침 제5조 제3항 d는, 인용이 “비평이나 리뷰와 같은 목적으로 위해”라는 형태에서 보이는 바와 같이, 단지 예시적인 경우만을 열거하고 있다.
44. 서술된 이행에 있어서의 재량범위는 지침의 제정을 위한 자료를 통해 확인된다. 따라서 1997년 12월 10일의 정보화 사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의

합치를 위한 유럽의회 및 이사회지침에 대한 제안에 있는 현재 지침 제5조 제3항 c 및 d에 중요하게 규정되어 있는 제한근거로부터 도출되는 것은, 이러한 제한이 제안에서의 제한적인 경제적 의미로 인하여 의도적으로 세부적으로 다루지 않고 그 적용에 대한 최소요건만이 규정된다는 것이다. 이러한 예외 또는 제한의 적용에 대한 세부적인 요건을 동 조항의 기준을 고려하여 정하는 것은 회원국의 책무이다.

45. 전술한 형량에도 불구하고 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d를 이행하는 경우의 회원국의 재량범위는 다양한 관점에서 제한된다.
46. 첫째, 사법재판소는 지침 제5조 제2항 및 제3항을 이행하는 경우에 대해 규정되어 있는 회원국이 가지는 예외와 제한에 대한 재량범위는 연합법에 의한 한도 내에서 사용될 수 있다고 재차 판결했다. 이는 회원국이 어떠한 경우에, 이러한 예외 또는 제한을 합치하지 아니하는 방식으로 결정할 자유가 없다는 것을 의미한다(이러한 의미에서 2003년 2월 6일 판결, SENA, C-245/00, EU:C:2003:68, 34 단락, 2011년 12월 1일 판결, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, 104 단락 및 2014년 9월 3일 판결, Deckmyn und Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, 16 단락; 소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 122 단락 참조).
47. 따라서 사법재판소는, 지침 제2조 및 제3조와 합치하는 규정과 관련한 예외 또는 제한을 도입하는 회원국의 가능성에 대해서 엄격하게 규율하는 연합법상 요건이 적용된다고 결정했다(이러한 의미에서 소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 126 단락 참조).
48. 특히 회원국은 지침 제6조 제2항 및 제3항에 언급된 예외 또는 제한을, 동 조항의 모든 요건을 준수하는 한도에서, 자신의 법률 조항에 규정할 수 있다(소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 123 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
49. 이 경우 회원국은 또한 비례원칙을 포함한 연합법의 일반 원칙을 준수할 의무가 있으며, 이에 따라 제정된 조치는 추구하는 목표를 달성하는 데에 적합해야 하며 이에

필요한 이상을 넘어설 수 없다(2011년 12월 1일 판결, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, 105 및 106 단락).

50. 둘째, 사법재판소는 회원국이 지침 제5조 제2항 및 제3항을 이행하는 경우에 대해 규정되어 있는 예외와 제한에 대한 재량범위를, 판단이유 1 내지 9에 따라 저작자에 대한 높은 수준의 보호와 국내시장의 원활한 기능을 달성하는 데에 존재하는 지침의 목표를 달성하는 것을 위태롭게 하는 방식으로 사용할 수 없다고 결정했다(이러한 의미에서 2011년 12월 1일 판결, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, 107 단락, 2014년 4월 10일 판결, ACI Adam u. a., C-435/12, EU:C:2014:254, 34 단락, 소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 124 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
51. 그럼에도 불구하고 회원국은 이행을 하는 경우 동 지침의 판단이유 31상의 진술에 따라서, 권리인의 다양한 범주 사이의 그리고 권리인과 보호대상물의 이용자의 다양한 범주 사이의 적절한 권리 및 이익균형을 보장하기 위해, 예외 및 제한의 실질적인 효과를 보장하고 그 목적을 준수해야 한다(이러한 의미에서 2011년 10월 4일 판결, Football Association Premier League u. a., C-403/08 und C-429/08, EU:C:2011:631, 163 단락 및 2014년 9월 3일 판결, Deckmyn und Vrijheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, 23 단락 참조).
52. 셋째, 지침 제5조 제2항 및 제3항에 언급된 예외 및 제한을 이행하는 경우 회원국의 재량범위는 또한 지침 제5조 제5항에 의해 제한된다. 그러한 예외 또는 제한은 세 가지 요건에 종속되는데, 즉 오로지 특정된 특별한 경우에만 사용되어야 하며, 저작물의 정상적인 효용을 침해하지 않고, 또한 권리인의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않아야 한다(소견서 3/15 [공공 저작물への 접근을 위한 마라케시 계약], EU:C:2017:114, 125 단락 및 거기서 인용된 판례).
53. 마지막으로 넷째, 제출된 판결 31 단락에서 서술된 바와 같이, 회원국이 연합법을 이행하는 경우 현장에 명시된 회원국에 대한 원칙이 적용된다. 따라서 회원국은 지침 제5조 제2항 및 제3항에서 언급된 예외 및 제한을 이행하는 경우 연합법의 범규정을 통해 보호되는 다양한 기본권 사이에 적절한 균형을 보장하는, 이러한 조항의

해석을 뒷받침할 의무를 부담한다(2014년 3월 27일 판결, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, 46 단락, 2018년 10월 18일 판결, Bastei Lübbe, C-149/17, EU:C:2018:841, 45 단락 및 거기서 인용된 판례; 또한 2013년 9월 26일, IBV & Cie, C-195/12, EU:C:2013:598, 48 및 49 단락, 그리고 거기서 인용된 판례 참조).

54. 결국 첫 번째 질문에 대한 대답은, 지침 제2조 a 및 제3조 제1항은 이에 포함된 권리의 실질적인 내용의 완전한 합치를 위한 조치인 것으로 해석되어야 한다는 것이다. 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d는 이에 명시된 예외 또는 제한의 효력범위의 완전한 합치를 위한 조치가 아닌 것으로 해석되어야 한다.

세 번째 질문에 대하여

55. 두 번째로 심사되어야 하는 세 번째 질문으로 제출법원은 현장 제11조에 명시된 정보자유와 언론자유가 지침 제5조 제2항 및 제3항에 규정된 예외 및 제한을 제외하고 동 지침 제2조 a 내지는 제3조 제1항의 복제 및 공중전달에 관한 저작자의 배타적 권리에서 벗어나는 것을 정당화할 수 있는지 여부에 대해 알고자 했다.
56. 우선 제안근거 KOM(97)628 최종본 및 지침의 판단이유 32로부터 인용되는, 지침 제5조의 예외 및 제한이 빠짐없이 나열되어 있다는 것이 확정되어야 한다. 사법재판소는 또한 여러 차례 이를 확정했다(2016년 11월 16일 판결, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, 34 단락 및 2018년 8월 7일 판결, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, 16 단락).
57. 지침의 판단이유 3 및 31에서 도출되는 바와 같이, 지침에 의해 야기되는 합치는 특히 전자 미디어의 배경 하에 한편으로는 현장 제17조 제2항을 통해 보장되는 지적재산권의 보호에 대한 저작권자 및 저작인접권자의 이해관계와 다른 한편으로는 보호대상물 이용자의 이해관계 및 기본권의 보호, 특히 현장 제11조를 통해 보장되는 의사표현의 자유 및 정보자유 내지는 일반이해관계 사이의 적절한 균형을 보장해야 한다(이러한 의미에서 2018년 8월 7일 판결, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, 41 단락 참조).

58. 이러한 다양한 권리 및 이해관계 사이에서 적절한 균형을 찾을 수 있는 메커니즘이 지침 자체에 명시되어 있다. 왜냐하면 이것은 제2조 내지 제4조상의 권리인의 배타적 권리 및 제5조의 회원국에 의해 이행될 수 있거나 심지어 이행되어야 하는 이러한 권리의 예외 및 제한을 규정하고 있기 때문이다. 그러나 이러한 메커니즘은 지침을 이행하기 위한 국내 조치를 통해 그리고 국가 당국에 의한 이것의 적용을 통해 구체화되어야 한다(이러한 의미에서 2008년 1월 29일 판결, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, 66 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
59. 사법재판소는 현재 현장에 명시된 기본권, 그 유지를 사법재판소가 보장하는 기본권은 회원국에 공통된 전통적인 헌법과 그 회원국이 체결에 참여하거나 기여하는 인권보호에 관한 국제조약이 제공하는 지적에 응답하는 것이라고 재차 판결했다(이러한 의미에서 2006년 6월 27일 판결, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, 35 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
60. 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d에 규정된 예외와 제한은 제출법원이 질문하고 있는 것과 관련하여, 특별히 이것이 기본권으로 보호될 때 특히 중요한, 자유로운 의사표현과 언론자유 보호대상물 이용자의 권리행사의 목적으로, 자신의 저작물의 이용에 반대할 수 있는 저작자의 이익에 우선권을 부여해야 하며 동시에 원칙적으로 자신의 이름이 제시되는 청구권을 용인해야 한다(이러한 의미에서 2011년 12월 1일 판결, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, 135 단락 참조).
61. 제출판결의 51 및 57 단락에 언급된 적절한 균형에 관하여 지침 제5조 제5항은 또한, 제출판결 52 단락에 진술된 바와 같이, 지침 제5조 제1항 내지 제4항에 규정된 예외 및 제한을 특정된 특별한 경우, 즉 저작물의 정상적인 효용 또는 그 밖의 보호대상물을 침해하지 않고 권리인의 정당한 이익을 부당하게 침해하지 않는 경우에만 사용되어야 한다는 데에 기여한다.
62. 모든 회원국이 제출된 판결 56 단락에 언급된 연합법 입법자의 명시적인 의사에도 불구하고 지침 제5조에 빠짐없이 나열되어 있는 예외 및 제한 외에 지침 제2조 내지 제4조의 저작자의 배타적 권리에서 벗어나는 것을 규정하고 있는 경우, 지침을 통해 야기되는 저작권 및 저작인접권의 합치의 효력 및 지침으로 추구되는 법적 안

정성에 대한 목표가 위태로워진다(2014년 2월 13일 판결, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, 34 및 35 단락). 즉 동 지침 판단이유 31로부터 명시적으로 도출되는 것은, 동의가 필요한 특정한 행위와 관련하여 예외 및 제한의 경우에 존재하는 차이가 저작권 및 저작인접권 영역에서 국내시장의 기능에 직접적인 부정적 영향을 미쳤고 따라서 지침 제5조에 나열된 예외 및 제한은 국내시장의 기능을 보장하기 위한 것이다.

63. 또한 회원국은 지침의 판단이유 32에 제시된 바와 같이 예외 및 제한을 일관된 방식으로 적용해야 한다. 그러나 예외 및 제한을 이행하는 경우 일관성의 필요성은, 이것이 회원국에게 지침에서 명시적으로 규정한 예외 이외에 이러한 예외 및 제한을 규정하는 것을 허용하는 경우에는, 보장될 수 없다(이러한 의미에서 2015년 11월 12일 판결, Hewlett-Packard Belgium, C-572/13, EU:C:2015:750, 38 및 39 단락 참조). 사법재판소는 이 외에도, 지침의 어떤 조항도 회원국에게 이러한 제한 및 예외를 확장할 수 있는 가능성을 제공하고 있지 않다고 이미 결정했다(이러한 의미에서 2014년 4월 10일 판결, ACI Adam u. a., C-435/12, EU:C:2014:254, 27 단락 참조).
64. 결국 첫 번째 질문에 대한 대답은, 헌장 제11조에 명시된 정보자유와 언론자유는 지침 제5조 제2항 및 제3항에 규정된 예외 및 제한을 제외하고 동 지침 제2조 a 내지는 제3조 제1항의 복제 및 공중전달에 관한 저작자의 배타적 권리에서 벗어나는 것을 정당화할 수 없다

두 번째 질문에 관하여

65. 두 번째 질문으로 제출법원이 알고자 했던 것은, 국내 법원이 한편으로는 지침 제2조 a 및 제3조 제1항으로부터 저작자의 배타적 권리를 또한 다른 한편으로는 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d의 예외조항으로부터의 보호대상물의 이용자의 권리 사이에서 선취하여야 하는 형량의 범위 내에서 선취해야 해야 하는 형량의 범위 내에서 헌장 제11조를 통해 보장되는 의사표현 및 정보자유를 보장할 필요성을 완전히 충족시키는 해석을 뒷받침으로 하여 이러한 예외조항의 엄격한 해석에서 벗어날 수

있는지 여부이다.

66. 제출법원은 이 한도에서 제출된 사안에서 지침 제5조 제3항 c Fall 2가 풍케 미디어에 의한 의회보고의 이용에 적용되어야 하는지 여부에 의문을 가지고 있다. 왜냐하면 이는 의회보고를 어떤 특별한 보도와 관련하여 공개한 것이 아니기 때문이다.
67. 제출된 판결 53 단락에 진술된 바와 같이, 회원국은 지침 제5조 제2항 및 제3항에 언급된 예외 및 제한을 이행하는 경우, 연합법 규정을 통해 보호되는 다양한 기본권 사이의 적절한 균형을 보장하는 것을 허용하는 조항의 해석을 뒷받침할 의무를 부담한다.
68. 더 나아가 회원국의 당국과 법원은 이러한 지침의 이행을 위한 조치를 시행하는 경우 국내법을 이러한 지침에 따라 해석해야 할 뿐만 아니라, 또한 사법 재판소가 재차 결정한 바와 같이 언급된 기본권이나 연합법의 다른 일반적인 기본원칙과 충돌하는 지침의 해석을 뒷받침하지 않도록 유의해야 한다(이러한 의미에서 2008년 1월 29일 판결, Promusicae, C-275/06, EU:C:2008:54, 70 단락, 2014년 3월 27일 판결, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, 46 단락, 2015년 7월 16일 판결, Coty Germany, C-580/13, EU:C:2015:485, 34 단락 참조).
69. 즉 제출법원이 지적한 바와 같이 일반적인 원칙에서 벗어나는 것은 원칙적으로 엄격하게 해석되어야 한다.
70. 그러나 지침 제5조가 형식상 “예외 및 제한”이라는 제목을 가지는 경우에도, 이러한 예외 또는 제한은 저작물이나 다른 보호대상물의 이용자에게 유리한 권리가 포함된다(이러한 의미에서 2014년 9월 11일 판결, Eugen Ulmer, C-117/13, EU:C:2014:2196, 43 단락 참조). 또한 제출된 판결 51 단락에 진술된 바와 같이, 한편으로는 자신의 편에서는 광범위하게 해석되는 권리인의 권리 및 이해관계와 (이러한 의미에서 2016년 11월 16일 판결, Soulier und Doke, C-301/15, EU:C:2016:878, 30 및 31 단락, 그리고 거기서 인용된 판례 참조) 다른 한편으로는 저작물 또는 다른 보호대상물의 이용자의 권리와 이해관계 사이의 적절한 균형이 보장되어야 한다.

71. 결국 지침 제5조에 규정된 예외 및 제한의 해석은 제출된 판결 51 단락에서 결정된 바와 마찬가지로, 실질적인 효과를 보장하고 목표를 준수하는 것을 허용해야 한다. 왜냐하면 이러한 필요성은, 예외 및 제한이 - 지침 제5조 제3항 c 및 d에 규정된 바와 같이 - 기본적 자유의 준수를 보장하는 것은 중요하기 때문이다.
72. 이와 관련하여 확정되어야 하는 것은, 한편으로는 지적재산권의 보호가 헌장 제17조 제2항에 명시되어 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 조항이나 사법재판소의 판례로부터 이러한 권리가 무제한적으로 따라서 그 보호가 무조건 보장되어야 한다는 것이 도출되는 것은 아니다(2011년 11월 24일 판결, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, 43 단락, 2012년 2월 16일 판결, *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, 41 단락, 그리고 2014년 3월 27일 판결, *UPC Telekabel Wien*, C-314/12, EU:C:2014:192, 61 단락).
73. 다른 한편 제출된 판결 60 단락에서 확정된 것은, 지침 제5조 제3항 c 및 d가 헌장 제11조를 통해 보장되는 보호대상물의 이용자의 자유로운 의사표현에 대한 권리 및 언론의 자유에 대한 권리의 행사에 우선권을 부여한다는 목표를 가지고 있다는 것이다. 이와 관련하여 지적되어야 하는 것은, 헌장 제52조 제3항으로, 1950년 11월 4일 로마에서 체결된 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약을 통해 보장되는 권리에 상응하는 권리를 포함하는 한, 헌장에 명시된 권리와 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약을 통해 보장되는 이에 상응하는 권리 사이에 필요한 일관성이, 이를 통해서 연합법과 유럽연합 사법재판소의 독립성에 영향을 미치지 않으면서 생성되어야 한다는 것이다(2016년 2월 15일 판결, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2018년 9월 26일 판결, *Staatssecretaris van Veiligheid en justitie [Aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels]*, C-180/17, EU:C:2018:775, 31 단락에서 인용된 판례 참조). 헌장 제11조는, 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약 제10조 제1항을 통해 보장되는 권리에 상응하는 권리를 포함한다(이러한 의미에서 2019년 2월 14일 판결, *Buivids*, C-345/17, EU:C:2019:122, 65 단락 및 거기서 인용된 판례 참조).
74. 유럽인권재판소의 판례에서 추론할 수 있는 바와 같이, 저작권과 자유로운 의사표

현에 대한 권리 사이의 형량의 관점에서, 특히 정치적 논쟁이나 일반적인 이해관계에 영향을 미치는 토론의 범위에서 관련 “연설”이나 정보의 유형이 특히 중요하다는 것을 고려해야 할 필요성이 지적된다(이러한 의미에서 유럽인권재판소 2013년 1월 10일, Ashby Donald u. a./Frankreich, CE:ECHR:2013:0110JUD003676908, § 39).

75. 제출된 사안에서 사법재판소에 제출된 서류를 통해서 도출되는 것은, 폰케 미디어가 단순히 의회보고를 자신의 웹사이트에 공개한 것뿐만 아니라 소개 텍스트, 추가 링크 및 쌍방향 참여를 위한 초대가 포함된 체계적인 형식으로 제시했다는 것이다. 이러한 상황에서 의회보고가 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 의미에서의 “저작물”로서 분류된다고 가정하면, 의회보고의 공개는 지침 제5조 제3항 c Fall 2의 의미에서의 “시사사건 보도와 관련한 ... 저작물의 이용”으로 설명될 수 있다. 따라서 공개는, 제출법원이 심사하여야 하는 그 밖의 요건이 충족되는 한도에서, 동 조항에 해당할 수 있다.
76. 최종적으로 두 번째 질문에 대해 대답되어야 하는 것은, 국내 법원은 한편으로는 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 저작자의 배타적 권리와 다른 한편으로는 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d의 예외조항으로부터의 보호대상물 이용자의 권리 사이에 개별 사안의 모든 상황을 고려하여 선취하여야 하는 형량의 범위에서, 문구에 유의하여 그리고 그것의 실질적인 효과를 유지하며, 현장을 통해 보장되는 기본권과 완전히 일치하는 이러한 조항의 해석을 뒷받침해야 한다는 것이다.

비용

77. 원 소송 당사자들에 대해 절차는 회부 법원에 계류 중인 소송에서 분쟁 조정에 해당한다; 비용은 따라서 동 법원이 결정한다. 다른 참가인이 법원에 진술서를 요청할 때 발생한 비용은 상환될 수 없다.

이러한 근거로 사법재판소(대합의부)는 다음과 같이 결정한다:

1. 정보화사회에서의 저작권 및 저작인접권의 특정 측면의 합치를 위한 2001년 5월 22일 유럽의회 및 이사회지침 2001/29/EG 제2조 a 및 제3조 제1항은, 이에 포함된 권리의 실질적인 내용의 완전한 합치를 위한 조치인 것으로 해석되어야 한다는 것이다. 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d는 이에 명시된 예외 또는 제한의 효력범위의 완전한 합치를 위한 조치가 아닌 것으로 해석되어야 한다.
2. 헌장 제11조에 명시된 정보자유와 언론자유는 지침 제5조 제2항 및 제3항에 규정된 예외 및 제한을 제외하고 동 지침 제2조 a 내지는 제3조 제1항의 복제 및 공중전달에 관한 저작자의 배타적 권리에서 벗어나는 것을 정당화할 수 없다
3. 국내 법원은 한편으로는 지침 제2조 a 및 제3조 제1항의 저작자의 배타적 권리와 다른 한편으로는 지침 제5조 제3항 c Fall 2 및 d의 예외조항으로부터의 보호대상물 이용자의 권리 사이에 개별 사안의 모든 상황을 고려하여 선취하여야 하는 형량의 범위에서, 문구에 유의하여 그리고 그것의 실질적인 효과를 유지하며, 헌장을 통해 보장되는 기본권과 완전히 일치하는 이러한 조항의 해석을 뒷받침해야 한다.

URL : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216545&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10768869>

2019. 10. 3. 판결
유럽사법재판소 제3합의부
사건번호 C-18/18

#페이스북
#게시물 접근차단
#호스팅 제공자의 의무
#전자상거래지침

2019년 10월 3일 판결

유럽사법재판소 (제3합의부) 판결

“선결판단을 위한 요청 - 정보 사회 - 서비스의 자유로운 거래 - 전자상거래지침 (2000/31/EG) - 중개자로서 역할을 하는 서비스 제공자의 책임 - 제14조 제1항 및 제 3항 - 호스팅 서비스 제공자 - 권리침해를 중단시키거나 저지하는 것이 제공자에게 요구되는지에 대한 가능성 - 제18조 제1항 - 처분범위의 인적, 사실적 및 공간적 제한 - 제15조 제1항 - 일반적인 모니터링 의무 없음”

사건번호 C-18/18

2017년 10월 25일 결정에 따라 오스트리아 대법원에 의해 신청된 유럽연합조약 (AEUV) 제267조에 따른 선결판단 요청은 2018년 1월 10일 유럽사법재판소에 접수되었으며,

각 당사자는 에바 글라비시니 피스체크(Eva Glawischnig-Piesczek)와 페이스북 아일랜드 (Facebook Ireland Limited)이다.

유럽사법재판소(제3합의부)

합의부장인 A. Prechal, 판사 F. Biltgen, J. Malenovský (보고관) 및 C. G. Fernlund과 판사 L. S. Rossi의 협력 하에

법률고문관: M. Szpunar,

의장: D. Dittert, Referatsleiter,

2019년 2월 13일의 서면절차 및 구두심리에 근거하여,

다음에 대한 고려 하에

- 변호사 M. Windhager 와 W. Niklfeld 이 변론하는 Glawischnig-Piesczek
- 변호사 G. Kresbach, K. Struckmann 및 A. Tauchen이 변론하는 Facebook Ireland Limited
- G. Hesse, G. Kunnert 및 A. Jurgutyte-Ruez가 대리인으로 대표하는 오스트리아 정부
- I. Kucina, E. Petrocka-Petrovska 및 V. Soñeca가 대리인으로 대표하는 라트비아 정부
- L. Inez Fernandes 및 M. Figueiredo가 법률고문 T. Rendas의 도움을 받아 대리인으로 대표하는 포르투갈 정부
- J. Heliskoski가 대리인으로 대표하는 핀란드 정부
- G. Braun, F. Wilman, S. L. Kaléda und P. Costa de Oliveira가 대리인으로 대표하는 유럽연합 위원회

2019년 6월 4일 폐회발의에서의 법률고문관의 최종의견 청취에 따라 다음과 같이 판결한다.

판결

1. 선결적 판단은 국내시장에서의 정보사회 서비스, 특히 전자 상거래의 특정 법적 측면에 대한 2000년 6월 8일 유럽의회 및 이사회 지침 2000/31/EG (“전자상거래지침”) (ABl. 2000, L 178, S. 1) 제15조 제1항의 해석에 관한 것이다.
2. 이는 소셜 네트워크 페이스북 웹사이트로 운영되는 어떤 사용자 페이지에 글라비니시 피스체크와 관련된 명예훼손 발언이 포함된 게시물을 게시한 것으로 인한 글라비니시 피스체크와 아일랜드에 기반을 둔 페이스북 아일랜드 사이의 법적 분쟁에서 기인한다.

법적 범위

유럽연합법률

3. 판단근거인 전자상거래지침 6, 7, 9, 10, 40, 41, 45 내지 48, 52, 58 및 60는 다음과 같다:

“(6) … 본 지침은 국내시장에서 문제를 초래하는 구체적인 문제를 처리하기 위한 것으로, 따라서 조약 제5 조에 따른 부수적 원칙 제명을 충족시켜야 한다.

(7) 법적 확실성 및 소비자 신뢰를 지키기 위해서, 본 지침은 국내시장에서의 전자상거래에 관한 사항을 담당하는 명확하고 일반적인 구조를 마련해야 한다.

(9) 여러 관점에서 정보사회 서비스의 자유로운 거래는 일반 원칙의 특별한 국내법상 특징, 예를 들면 기본적 인권 보장을 위해 각 국에서 정하고 있는 제 10조 제1항의 의미에서의 의사표현의 자유에 관한 권리 등을 반영할 수 있다. 따라서 정보사회 서비스에 관한 지침은, 이러한 활동이 동 조항에 따라 자유롭게 행사될 수 있고 언급된 조항 제2항과 조약 제46조 제1항에 따른 제한에만 복속된다는 것을 보장해야 한다. 자유로운 의사표현과 관련된 개별국가의 법률의 근본적인 규율과 원칙은 본 지침에 의해 영향을 받지 않는다.

(10) 비례원칙에 따라서 본 지침에서는 국내시장의 적절한 기능을 보장하기 위해 필수적인 조치만이 규정된다. 국내시장이 실제로 전자상거래와 관련해 국경 장벽이 없는 영역이 되기 위해서, 동 지침은 국내차원의 조치가 필요한 영역에서 공공이익, 특히 청소년보호, 인권보호, 소비자보호 및 공중보건보호 등에 기여하기 위해 높은 수준의 보호를 보장해야 한다.

…

(40) 중개자 역할을 하는 서비스 제공자의 책임과 관련하여 회원국의 법률 및 판례법에 기존에 존재하고 전개되는 차이는, 특히 국경 간 서비스 개발을 더 어렵게 만들고 경쟁을 불공정하게 만들므로써 국내시장의 적절한 기능을 방해한다. 서비스 제공자는 특정 조건 하에서 위법한 행위를 방지하거나 중지하기 위한 조치를 취할 의무를 부담한다. 본 지침의 조항은 승인되지 않은 정

보의 제거 및 그에 대한 접근을 차단하기 위한 신속하고 신뢰할 수 있는 절차를 개발하기 위한 적절한 근거를 제공해야 한다.

(41) 본 지침은 다양한 이해관계 사이의 균형을 맞추고, 이 산업의 규약과 표준이 기반을 둘 수 있는 원칙을 수립한다.

...

(45) 본 지침에 명시된 서비스 제공자의 책임제한은 다른 유형의 명령 가능성에 영향을 미치지 않는다. 이는 특히 위법한 정보의 삭제 및 접근차단을 포함하여, 권리침해의 중단 및 방지를 요구하는 사법상 또는 행정상 명령일 수 있다.

(46) 책임의 한계를 주장하기 위해서는, 정보사회 서비스 제공자는 정보저장에 있어서 위법행위를 인식하는 즉시 해당 정보를 제거하거나 접근 차단을 위해 즉시 조치를 취해야 한다. 정보 제거 및 접근 차단은 자유로운 의사표현의 원칙 및 이에 대해 국가 차원에서 수립된 절차를 고려해야 한다. 본 지침은 회원국이, 정보 제거 또는 접근 차단 이전에 지체 없이 수행되어야 하는 특별한 요청을 규정할 가능성을 침해하지 않는다.

(47) 회원국은 서비스 제공자에게, 이것이 일반적인 성격인 경우 모니터링 의무를 부과하는 것이 저지된다. 이는 구체적인 경우의 모니터링 의무를 의미하는 것이 아니고, 특히 국내법에 따라 개별적인 국가 당국이 발령하는 명령에 영향을 미치지 않는다.

(48) 본 지침은 회원국이, 자신의 서비스의 사용자에게 의해 제공된 정보를 저장하는 서비스 제공자가 특정 유형의 의법행위를 탐지하고 방지하기 위하여 그에게 합리적인 재량에 따라 기대되며 국내법상 규정에 따른 주의의무를 적용하도록 요구할 가능성에 영향을 미치지 않는다.

...

(52) 국내시장이 제공하는 자유를 효과적으로 행사하려면 피해자가 분쟁 해결 가능성에 효과적으로 접근하는 것이 보장되어야 한다. 정보사회 서비스와 관련하여 발생할 수 있는 피해는 신속성 및 지리적 확산성이라는 특징을 가진다. 이러한 특수성과 국가 당국이 상호적으로 가져야 하는 신뢰를 위협해서는 안 된다는 필요성으로 인하여, 본 지침은 회원국이 적절한 구제수단을 사용할 수 있도록 해야 한다. 회원국은 사법적인 절차에 대해 전자적 접근을 생성할

필요가 있는지 여부를 심사해야 한다.

(58) 본 지침은 서비스 제공자가 제3국에 설립하여 제공한 서비스에는 적용되지 않는다. 그러나 전자상거래의 국제적인 차원을 고려할 때, 커뮤니티 규정이 국제규범과 일치하는 것이 도모되어야 한다. 국제기구(WTO, OECD, UNCITRAL 등)의 법적 문제에 대한 논의 결과는 본 지침의 영향을 받지 않는다.

(60) 전자상거래의 제약 없는 발전의 의미에서, 유럽 산업의 경쟁력을 손상시키지 않고 이 분야의 혁신적인 조치를 방해하지 않도록 하기 위하여, 법적 구성은 명확하고 단순해야 하며, 예측 가능하고, 국제 수준에 적용되는 규율과 일치해야 한다.”

4. 전자상거래지침 제14조 (“호스팅”)는 다음과 같이 규정한다:

“(1) 회원국은 사용자가 제공하는 정보를 저장하는 것으로 형성되는 정보사회 서비스에 대하여, 다음의 요건이 충족되는 경우 서비스 제공자는 사용자의 요청으로 저장된 정보에 대해 책임을 지지 않는다는 것을 보장한다.

a) 제공자가 위법한 행위 또는 정보에 관한 실제적인 인식이 없고, 손해배상 청구와 관련하여 위법한 행위 또는 정보가 명백하다는 상황이나 사실에 대한 인식이 없는 경우

또는

b) 제공자가 이러한 인지나 인식을 한 즉시, 정보를 제거하거나 해당 정보에 대한 접근을 차단하기 위해서 지체없이 조치를 취한 경우

...

(3) 본 조는 회원국의 법률 시스템에 따라 법원 또는 행정기관이 서비스 제공자에 대해 권리침해를 중단하거나 방지하도록 요구할 가능성 또는 회원국이 정보를 삭제하거나 해당 정보에 대한 접근을 차단하기 위한 절차를 수립할 가능성에 영향을 주지 않는다.”

5. 본 지침 제15조 제1항은 다음과 같다:

“회원국은 제12조, 제13조 및 제14조의 의미에서의 서비스 제공자에게, 전

송하거나 저장하는 정보를 모니터링하거나 위법한 행위를 나타내는 상황을 적극적으로 탐지하기 위한 일반적인 의무를 부과하지 않는다.”

6. 본 지침 제18조는 다음과 같이 규정한다:

“회원국은 정보사회 서비스와 관련하여 국내법에 따라 이용할 수 있는 법적 구제수단이, 추정되는 권리침해를 중단시키고 이해관계인에게 추가적인 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해 임시조치를 포함한 신속한 조치를 취할 수 있도록 보장해야 한다.”

오스트리아 법

7. 일반 민법전 (ABGB) 제1330조 제1항에 따라 명예훼손에 의해 실질적인 손해 또는 손실을 받은 자는 보상청구를 할 수 있다. 일반 민법전 제1330조 제2항에 따르면 이는 또한 누군가가 다른 사람의 신용, 생업 또는 승진을 위태롭게 하는 사실을 유포하고 그가 그 허위사실을 알았거나 알았어야 했던 경우에도 적용된다. 이러한 경우, 동 내용의 철회 및 게시를 요청할 수 있다.
8. 저작권법 제78조 제1항에 따라, 이를 통해 묘사된 인물의 이익 또는 출판에 대한 승인이나 지시 없이 사망한 경우 가까운 유족의 이익이 침해되는 경우, 인물의 초상은 공개적으로 전시되거나 일반대중이 접근할 수 있는 방식으로 배포되어서는 안 된다.
9. 전자상거래법 제18조 제1항에 따라 호스팅 제공자는, 일반적으로 자신이 저장, 전송 또는 접근을 허용한 정보를 모니터링하거나 위법한 행위를 나타내는지에 대한 상황을 탐지할 의무를 부담하지 않는다.

원 소송 및 선결문제

10. 글라비시니 피스체크는 오스트리아 국회의원으로, 녹색당의 의장이며 연방 대변인이었다.

11. 페이스북 아일랜드는 미국 및 캐나다 이외 지역의 사용자를 위한 글로벌 소셜 미디어 플랫폼(이하: 페이스북 서비스)을 운영한다.
12. 2016년 4월 3일 한 페이스북 서비스 사용자가 자신의 페이스북 프로필 페이지에 오스트리아 온라인 뉴스매거진 oe24.at의 “녹색당: 난민을 위한 최소보장은 존재해야 한다”는 제목의 기사를 게시했다. 동 게시물에는 기사 제목과 간략한 요약 및 글라비시니 피스체크의 사진이 포함된, 원래의 웹사이트의 “썸네일 미리보기”가 생성되었다. 또한 사용자는 동 게시물에 대해, 관련법원의 판결에 따르면 원 소송 원고의 명예를 훼손하고 모욕 및 비방할 가능성이 있는 코멘트를 게시했다. 동 게시물에는 모든 페이스북 서비스 사용자가 접근할 수 있었다.
13. 2016년 7월 7일 서면으로 글라비시니 피스체크는 페이스북 아일랜드에, 무엇보다도 동 코멘트를 삭제할 것을 요청했다.
14. 페이스북 아일랜드가 해당 코멘트를 삭제하지 않자, 글라비시니 피스체크는 오스트리아 빈 상사법원에 소송을 제기했으며, 동 법원은 2016년 12월 7일 페이스북 아일랜드에 즉시 그리고 부작위청구에 대한 판결이 효력을 발생할 때까지, 첨부된 텍스트에서 해당 코멘트(12 단락과 비교)와 구문 및(또는) 의미가 동일한 주장이 배포되는 경우, 원 소송 원고가 적시한 사진을 출판 및(또는) 배포하는 것을 중단하라는 가처분 명령을 내렸다.
15. 페이스북 아일랜드는 이에 따라 오스트리아에서 원래 게시물에 대한 접근을 차단했다.
16. 항소법원인 오스트리아 빈 고등법원은 문구가 동일한 게시물에 대해서는 1심 명령을 확정했다. 한편 의미가 동일한 게시물을 배포하는 것은 페이스북 아일랜드가 원 소송의 원고 또는 제3자에 의해 이를 인식하는 경우 또는 페이스북 아일랜드가 이를 인식했어야 하는 경우에만 중단되어야 한다고 결정했다.
17. 빈 상사법원과 빈 고등법원은 저작권법(UrhG) 제78조 및 일반 민법전(ABGB) 제1330조로 자신의 결정을 뒷받침했으며, 특히 게시된 코멘트가 지나치게 명예훼손적인 진술을 포함하고 있으며 또한 이에 대한 어떠한 증거도 제시하지 않은 채 원고가 범죄행위를 했다고 무고했다는 의견을 주장했다.

18. 원 소송의 양 당사자는 오스트리아 대법원에 상고했다.
19. 다수의 사용자를 보유한 소셜 네트워크를 운영하는 호스팅 제공자에 대한 금지명령이, 그의 인식할 수 없는 구문 및/또는 내용이 동일한 게시물에까지 확장될 수 있는지 여부에 대해서 대법원은, 호스팅 제공자가 어떤 사용자의 게시물을 통해 이해관계인의 권리가 이미 적어도 한 번 침해되었다는 것을 인식했고 따라서 추가적인 권리침해에 대한 위협이 구체화된 경우라면, 이러한 의무는 적절한 것으로 간주되어야 한다는 의견을 가졌다.
20. 그러나 해당 법원은 계류 중인 법적 분쟁의 경우 유럽연합법의 해석에 대해 의문을 제기하고 있다는 견해를 가지고 있었기 때문에, 해당 소송을 중지하고 선결판단을 위해 유럽사법재판소에 다음의 질문을 요청했다.
1. 전자상거래지침 제15조 제1항은 일반적으로 위법한 게시물을 지체없이 삭제하지 않은 호스팅 제공자의 이하의 의무 중 하나에 위배되는가? 또한 동 지침 제14조 제1항 a의 의미에서의 위법한 정보뿐 아니라 그 밖의 문구가 동일한 게시물의 경우는 어떻게 해석되는가?
 - 국제적으로
 - 개별 회원국에서
 - 전 세계의 개별 사용자의
 - 개별 회원국의 각 사용자의
 2. 질문1이 부정되는 경우: 이는 의미가 동일한 게시물에 대해서도 또한 적용되는가?
 3. 의미가 동일한 게시물에 대해서도, 운영자가 이러한 상황을 인식하는 즉시, 적용되는 것인가?

선결문제에 대하여

첫 번째 및 두 번째 질문에 대하여

21. 함께 심사되어야 하는 처음 두 가지 질문에서 요청법원은 전자상거래지침, 특히 제15조 제1항이 회원국 법원에 다음의 것을 허용하지 않고 있는 것인지를 알고자 했다.
 - 호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 문구가 동일한 게시물을 삭제하도록 하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단하도록 하는 것. 이는 누가 이러한 게시물의 저장을 위임했는지와 상관없이 동일하다;
 - 호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 의미가 동일한 게시물을 삭제하도록 하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단하도록 하는 것;
 - 이러한 처분이 국제적으로 영향을 미치는 것.
22. 우선 페이스북 아일랜드가 전자상거래지침 제14조의 의미에서 호스팅 서비스를 제공한다는 것은 명백하다.
23. 본 지침 제14조 제1항은, 본 조항에 열거된 두 가지 요건 중 하나를 충족하는 경우, 즉 위법한 행위나 게시물에 대한 전혀 인식이 없는 경우 또는 그가 이를 인식한 즉시 해당 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에의 접근을 차단하기 위해 조치를 취한 경우, 호스팅 제공자의 책임을 배제한다.
24. 판단이유 45에 비추어 전자상거래지침 제14조 제3항으로부터, 이러한 배제가 국내 법원 또는 국내 행정당국이 관련 서비스 제공자에게 위법한 게시물의 삭제 또는 해당 게시물에의 접근 차단을 포함하여, 권리침해를 중단시키거나 저지할 가능성에 영향을 미치지 않는다는 결론이 나온다.
25. 그 결과 법률고문관이 자신의 견해 제32호에서 상술한 것과 같이, 회원국의 국내법에 따라 발급된 명령은, 그가 전자상거래지침 제14조 제1항에 열거된 대안적인 요건 중 하나를 충족하는 경우, 즉 그가 스스로 책임을 부담하는 것으로 여겨지지 않는 경우에도 호스팅 제공자에게 향하게 된다.

26. 또한 제3장 (“시행”)에 속하는 동 지침 제18조 제1항에 따라 회원국은, 정보사회 서비스와 관련하여 국내법에 따라 이용할 수 있는 소송가능성이, 추정되는 권리침해를 중단시키고 관련자들에게 추가적인 피해가 발생하는 것을 방지하기 위해, 임시적인 조치를 포함한 신속한 조치가 내려질 수 있는 것을 보장해야 한다.
27. 본 사안에 대한 판결문 13 단락과 선결문제의 본문에서 유추되는 것처럼 페이스북 아일랜드는 본 사안에서 문제가 되는 위법한 게시물 존재를 우선 인식하고 있었다. 그 후 페이스북 아일랜드는 전자상거래지침 제14조 제1항이 규정하는 바와 같이, 이러한 게시물 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단하기 위해 지체없이 행위하지 않았다. 결국 원 소송의 원고는 해당 지침 제18조의 의미에서의 조치를 발령하도록 하기 위해, 국내법원에 소를 제기했다.
28. 동 지침의 판단이유 52에서 유럽연합 입법부가 정보사회 서비스와 관련하여 발생할 수 있는 피해가 그것의 신속성과 지리적 확산성이라는 특성을 가진다는 특별한 성격을 통하여 그리고 국가 당국이 상호간에 가져야 하는 신뢰에 의문을 가지지 않도록 감독해야 한다는 필요성을 통하여 회원국에게 적절한 법적 구제수단을 제공하도록 요구하는 이유가 확인된다.
29. 회원국은 전자상거래지침 제18조 제1항의 이행의 범위에서 필요한 조치를 발급하는 것을 가능하게 하는 소송과 절차와 관련하여 특히 광범위한 재량권을 가지고 있다.
30. 이러한 조치가 또한 해당 조항의 다른 언어 버전에 따라 -특히 스페인어, 영어 및 프랑스어- 명시적으로 “모든” 추정되는 권리침해를 중단하거나 관련되는 사람의 “모든” 추가적인 피해를 방지하여야 하기 때문에, 시행의 경우 원칙적으로 이것의 효력범위가 제한되어 있다는 것은 받아들일 수 없다. 이러한 해석은 동 조항의 다른 언어 버전 -특히 독일어- 이, 문제의 조치가 “추정되는 권리침해”를 중단시키고 “관련자에게 추가적인 피해가 발생하는 것을” 방지하기 위한 것이라는 사실에 의문을 제기하지 않는다.
31. 전자상거래지침 제15조 제1항에서 다시 명백해지는 것은, 회원국이 제12, 13 및 14조의 의미에서의 서비스 제공자에게, 그에 의해 전송되거나 저장되는 게시물을

모니터링하거나 위법한 행위가 존재하는지에 대해 적극적으로 상황을 탐지하기 위한, 어떠한 일반적인 의무도 부과할 수 없다는 것이다.

32. 선결문제는 이러한 모든 조항에 대한 고려 하에 대답되어야 한다.
33. 요청법원은 첫째로 전자상거래지침 제15조 제1항이 회원국 법원이 호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 문구가 동일한 게시물을 삭제하도록 하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단하도록 하는 것을 금지하는지 여부를 본질적으로 묻는다.
34. 전자상거래지침 제15조 제1항은, 회원국이 호스팅 제공자가 전송하거나 저장하는 게시물을 모니터링하거나 위법한 행위에 해당하는지에 대한 상황을 적극적으로 탐지할 일반적인 의무를 부과하는 것을 금지한다. 동 지침의 판단이유 47로부터 유추되는 것은, 이는 “특별한 경우”의 모니터링 의무에 대해서는 적용되지 않는다는 것이다.
35. 이러한 특별한 경우는 무엇보다도 원 소송에서와 같이 특정 사용자의 위탁을 받은 해당 호스팅 제공업체에 의해 자신의 소셜 네트워크에 저장되었으며 관련 회원국의 관할 법원에 의해 그 내용이 분석되고 판단되어 이러한 게시물이 결국 법원의 결정에 따라 위법한 것으로 결정된 구체적인 게시물을 기반으로 해야 한다.
36. 소셜 네트워크는 호스팅 제공자에 의해 저장된 게시물이 다양한 사용자 사이에서 신속하게 전송되는 것을 쉽게 만들기 때문에, 위법하다고 분류된 게시물이 나중에 동 네트워크의 다른 사용자에 의해 복제되어 공유될 사실상의 위험성이 존재한다.
37. 호스팅 제공자가 관련자에 대한 모든 추가적인 피해를 방지할 수 있도록 하기 위해 관할 법원은 그 게시물이 이미 위법하다고 결정된 게시물과 문구가 동일한 게시물에 접근하는 것을 차단하거나 이를 삭제할 것을 요구할 수 있도록 하는 것은 정당하다. 이는 누가 이러한 게시물의 저장을 위임했는지와 상관없이 동일하다. 구문상의 동일성을 고려하여 특정 게시물에 대해 발령된 처분의 경우, 호스팅 제공자에게 그에 의해 저장된 게시물을 모니터링할 일반적인 의무 또는 이러한 정보가 위법한 행

위인지를 상황에 따라 적극적으로 탐지할, 전자상거래지침 제15조 제1항의 의미에서 일반적 의무가 부과되는 것은 아니다.

38. 둘째로 요청법원은 전자상거래지침 제15조 제1항이 회원국 법원이 호스팅 제공자에게, 이미 위법하다고 결정된 게시물과 의미가 동일한 게시물을 삭제하도록 하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단하도록 하는 것을 금지하는지 여부를 본질적으로 묻는다.
39. 선결판단으로부터 도출되는 것은, 요청법원이 “의미가 동일한 게시물” 개념을 그 내용이 본질적으로 변경되지 않았으며, 따라서 위법성을 결정하는 것을 이끌었던 내용에서 거의 벗어나지 않는 진술을 전송하고 있는 게시물로 이해하고 있다는 것이다.
40. 이러한 점에서 어떤 게시물의 내용상 위법성은 특정한 방식과 관련된 특정 개념의 사용으로 인한 것이 아니라 이 게시물로 전송된 진술이 특정인에 대한 명예훼손적인 진술에 관한 것일 경우 위법한 것으로 분류된다는 사실에 기인한다는 것이 지적되어야 한다.
41. 위법한 행위를 중지하고 그것의 반복 및 이해관계인에 대한 추가적인 피해를 방지하기 위한 처분이 이러한 목표를 실제로 달성할 수 있도록 하기 위해서는, 해당 처분이 그 내용이 위법하다고 결정된 게시물과 비교할 때 사용된 문구나 그 조합으로 인하여 약간 다르게 형성되었으나 본질적으로는 동일한 진술을 전달하고 있는 게시물로 확장될 수 있어야 한다. 그렇지 않으면 요청법원이 지적한 바와 같이, 이미 위법하다고 결정된 게시물과 거의 구분되지 않는 게시물을 저장하는 방식으로 해당처분의 효력을 쉽게 피할 수 있고, 이 경우에 이해관계인은 자신이 그 피해자가 되는 행위를 중단시키기 위해 다양한 절차를 거쳐야만 할 수 있기 때문이다.
42. 그러나 이와 관련하여 지적되어야 하는 것은 -전자상거래지침 제15조 제1항 및 제출된 판결 34 단락에서 도출되는 바와 같이- 회원국 법원은 한편으로는 호스팅 제공자에 대해 일반적으로 그에 의해 저장된 게시물을 모니터링해야 할 의무를 부담시키는 처분을 발급할 수 없다는 것과, 다른 한편으로는 또한 위법한 게시물의 기반이 되는 상황을 적극적으로 탐지하는 것을 강제할 수는 없다는 것이다.

43. 특히 전자상거래지침 판단이유 41에서 도출되는 것은 유럽연합 입법부는 그 제정과 관련하여 다양한 이해관계 사이에서의 균형을 맞추고자 했다는 것이다.
44. 따라서 전자상거래지침 제15조 제1항이 의미하는 것은, 동 지침 제18조 제1항에서 의미하는 처분의 목적이 특히 개인의 명성과 명예를 효과적으로 보호하는 데에 존재한다는 것이며, 이는 동 지침의 판단이유 41의 관점에서 호스팅 제공자의 과도한 의무를 통해서 추구되어서는 안 된다는 것이다.
45. 전술한 바를 고려하여, 제출된 판결 41 단락에 인용된 의미가 동일한 게시물은, 이전에 확정된 침해로 인한 관련자의 이름, 침해가 확정된 상황 및 위법하다고 결정된 게시물과 의미가 동일한 게시물과 같이 처분을 발급한 사람에 의해 충분히 확인되는, 구체적인 세부사항을 포함해야 한다. 위법하다고 결정된 게시물과 의미가 동일한 게시물의 형성의 차이는 어쨌든, 호스팅 제공자가 이러한 게시물을 자율적으로 평가하도록 강제하는 성격을 가지는 것은 아니다.
46. 이러한 상황에서 위 41 및 45 단락에서 설명된 의무는 한편으로는 이것이 또한 의미가 동일한 게시물로 확장됨으로써, 명예훼손적인 게시물로부터 영향을 받는 사람을 보호하기에 충분히 효과적인 것으로 보인다. 다른 한편, 이러한 보호는 호스팅 제공자의 과도한 의무를 통해 보장되는 것은 아니다. 왜냐하면 요구되는 모니터링 및 탐지는 처분에서 정확하게 표시된 세부정보를 포함한 게시물로 제한되고 또한 그 의미가 동일한 종류의 명예훼손적인 게시물은 호스팅 제공자에게 그가 탐지를 위한 자동화된 기술 및 수단을 이용할 수 있을 정도로, 자율적으로 판단할 의무를 부담시키지 않기 때문이다.
47. 이러한 처분은 따라서 특히, 호스팅 제공자가 자신에 의해 저장된 게시물을 일반적으로 모니터링할 의무 또는 위법한 행위로 보이는 상황을 적극적으로 탐지해야 할, 전자상거래지침 제15조 제1항의 의미에서 부과하는 일반적인 의무의 성격을 가지는 것이 아니다.
48. 셋째, 요청법원이 유럽사법재판소에 제기한 질문의 문구는, - 선결판단의 근거가 이에 대해 더 이상의 설명이 포함되어 있지 않은 경우에도 또한 - 전자상거래지침 제

15조 제1항이 흑시 제출된 판결 37 및 46 단락의 의미에서의 처분이 국제적인 효력을 발생시킬 수 있다는 것과 모순되는 것인지에 대한 의문을 불러일으킨다.

49. 이러한 물음에 답하기 위해, 전자상거래지침 - 특히 제18조 제1항으로부터 유추되는 바와 같이 - 은 이러한 관점에서, 회원국이 동 지침에 따라 발급할 수 있는 조치의 범위에, 특히 공간적 측면에서 제한을 두고 있지 않다는 점이 지적되어야 한다.
50. 결국 전자상거래지침은 제출된 판결 29 및 30 단락을 고려하여 이러한 처분이 국제적인 효력을 발생한다는 것과 모순되지 않는다.
51. 또한 본 지침의 판단이유 58 및 60 으로부터 도출되는 것은, 유럽연합 입법부가 전자상거래의 국제적인 차원을 고려할 때 이 분야의 유럽연합 규범이 국제적인 규범과 일치하도록 노력해야 할 필요가 있다는 것이다.
52. 회원국은, 자신이 발급한 국제적으로 영향을 미치는 조치가 이러한 규범을 적절히 고려하도록 노력해야 한다.
53. 전술한 내용을 고려하여 처음의 두 가지 질문에 대해 답변하기 위해서는, 전자상거래지침, 특히 제15조 제1항은 회원국 법원에 대해 다음의 것을 허용하지 않는 것은 아니다.

호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 문구가 동일한 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것. 이는 누가 정보의 저장에 대한 위임을 받았는지와 무관하다;

그러한 처분과 관련된 게시물에 대한 모니터링 및 탐지가, 그 게시물이 위법하다고 결정된 게시물과 비교하여 본질적으로 변경되지 않은 채 남아있고 또한 처분에 명확하게 표시되어 있는 세부사항을 포함하는 진술을 전송하는 것으로 제한되는 한도에서 그리고 이전에 위법하다고 결정된 게시물을 구성하는 형성과 비교하여 의미가 동일한 게시물의 형성의 차이가 호스팅 제공자가 이러한 내용을 자율적으로 평가하도록 강제하지 않는 한도에서, 호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 내용이 동일한

게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것;

호스팅 제공자에게 관련 국제법의 범위에서 국제적으로 처분과 관련된 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것

세 번째 질문

54. 첫 번째 및 두 번째 질문에 대한 답을 고려할 때 세 번째 질문은 고려할 필요가 없다.

비용

55. 원 소송 당사자들에 대해 절차는 회부 법원에 계류 중인 소송에서 분쟁 조정에 해당한다; 비용은 따라서 동 법원이 결정한다. 다른 참가인이 법원에 진술서를 요청할 때 발생한 비용은 상환될 수 없다.

이러한 근거로 사법재판소(제3 합의부)는 다음과 같이 결정한다:

국내시장에서의 정보사회 서비스, 특히 전자상거래의 특정 법적 측면에 관한 2000년 6월 8일 유럽의회 및 이사회 2000/31 지침("전자상거래에 관한 지침"), 특히 제15조 제1항은 회원국 법원에 대해 다음의 것을 허용하지 않는 것은 아니다.

호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 문구가 동일한 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것. 이는 누가 정보의 저장에 대한 위임을 받았는지와 무관하다;

그러한 처분과 관련된 게시물에 대한 모니터링 및 탐지가, 그 게시물이 위법하다고 결정된 게시물과 비교하여 본질적으로 변경되지 않은 채 남아있고 또한 처분에 명확하게 표시되어 있는 세부사항을 포함하는 진술을 전송하는 것으로 제한되는 한도에서 그리고 이전에 위법하다고 결정된 게시물을 구성하는 형성과 비교하여 의미가 동일한 게시물의 형성의 차이가 호스팅 제공자가 이러한 내용을 자율적으로 평가하도록 강제하지 않는 한도에서, 호스팅 제공자에게 이미 위법하다고 결정된 게시물과 내용이 동일한 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것;

호스팅 제공자에게 관련 국제법의 범위에서 국제적으로 처분과 관련된 게시물을 삭제하거나 해당 게시물에 접근하는 것을 차단할 의무를 부과하는 것

해외언론관계판결집

제1집

2020년 11월 30일 발행

편집·발행 : 언론중재위원회

02)397-3042~5

<http://www.pac.or.kr>

인쇄 : (주) 타라그래픽스

이 책은 「방송통신위원회 방송통신발전기금」을 지원받아 제작한 것입니다.
저작권법에 따라 이 책에 수록된 글의 무단 복제와 전재 및 상업적 이용을 금합니다.

