

독일 판결

의사표현으로 인한 중대한 침해와 표현의 금지로 인하여  
표현의 자유가 희생되는 것 사이의 비교형량 문제

해당조문 : 기본법 제5조; 독일민법전 제823조, 제1004조.

쾰른 고등법원 2006년 7월 11일자 판결 - 15 U 30/06

판결요지

1. 정기간행물의 발행인(이하 원고)이 비난을 받게 되는 원인인 언론인으로서의 주의 의무 위반에 대한 지적은 사실에 근거하지 않는 가치판단으로 평가될 수 있다. 이는 출판규범을 위반했다는 독일출판위원회(이하 피고)의 견해에도 적용된다.

2. 그러한 점에서 피고가 표명한 비난은 비난과 연관되어 있는 출판물을 발행한 자가 침해받은 권리를 고려해 볼 경우 기본법 제5조 제1항의 보호범위에 해당하는 가치평가를 나타내고 있다.

3. 보도기사에 대해 표현의 자유를 규율하고 있는 현행법에 따라 소를 제기할 수 없는 경우, 피고는 출판규범(Pressekodex)을 근거로 하여 구속력을 부여할 수 있는 출판윤리기준에 따라 판단한다.

4. 협회 내부의 중요한 규칙총서(Regelwerk)에 대한 내용통제의 요구와 함께 신의와 믿음이라는 관점 하에서 협회의 징계규정에 따라 형성된 판결은 출판규범에는 적용될 수 없다. 피고는 자체의 징계규정에 따른 판결을 내릴 수 없기 때문이다. 그의 조치는 단지 권고적 성격에 불과하다.

사실관계

당사자들은 2004년 7월 16일자 원고(여)가 발행한 잡지 ÖKO-Test에 실린 기사 때문에 피고가 원고에게 표명한 비난이 합법적인가에 대해 다투고 있다.

원고는 정기간행물 잡지인 ÖKO-Test에 “뿌리를 찾아서”(Auf Spurensuche)라는 제호의 기사로 친부확인검사에 관한 보도기사를 게재하였다. 각기 두 사람 분 2개의 서로 다른 익명의 실험재료가 11개의 연구소로 보내져 실험이 실시되었다. 그 중의 하나는 친부확인을 하기 위해서였고, 다른 하나는 형제확인을 위한 실험재료였다. 이와는 달리 참여한 연구소들이 건네받은 재료를 가지고 부자확인을 위한 실험을 할 수 없는 그러한 부분적인 분별능력이 떨어지는지에 대해서도 검사가 이루어져야 했다. 검사결과는 실험에 참여하지 않은 쾰른에 있는 혈액형검사연구소(Blutgruppenforschung)의 경영자이자 연구소 소장인 H.박사가 평가하였다. H.박사는 혈통감정전문가단체의 회장직을 동시에 겸하고 있었다. 이 단체의 회원에게는 이익을 목적으로 실험에 대한 평가서를 작성하는 행위가 금지되어 있었다.

평가연구소의 하나는 “양호”(befriedigend) 판정을

받았으며, 9개의 연구소는 “불량”(ungenuegend) 판정을 받았다. 나머지 비즈바덴(Wiesbaden)에 있는 “ID-Labor GmbH” 연구소는 실험결과 자료를 보내오지 않았기 때문에 평가대상에서 제외되었다.

2004년 2월 15일자 공문으로 “ID-Labor GmbH”는 1973년 12월 12일 ‘본’(Bonn)에서 피고가 출판협회(Presseverbaenden)와 공동작업으로 결정했고, 2001년 6월 20일 최신 개정된 바 있는 “출판매체의 기본 원칙” 제7항을 위반했다는 이유로 피고를 비난하면서 항변하였다(이하에서는 출판규범). 출판규범 제7항은 편집집관(redaktionelle Veröffentlichung)이 사적 또는 영업상 이익 때문에 제3자 그리고 개인의 경제적 이익에 때문에 언론인들에게 영향을 미치게 될 때 공공성에 대한 출판매체의 책임을 다루고 있다.

“ID-Labor GmbH”는 불만의 사유로 H박사가 경쟁자들을 폄하하는 동시에 그가 대변하고 있는 단체가 경쟁에서 유리하도록 분위기를 조성하는 공청회를 개최했다고 주장했다. 피고의 소청위원회는 2004년 4월 30일자 공문으로 원고에게 첨부된 소청규정(Beschwerdeordnung)과 관련한 입장을 밝힐 기회를 보장하였다. 원고는 변호사인 S.박사와 함께 관련기사로 인해 프랑크푸르트 지방법원에서 진행되고 있는 원고에 대한 소송에서 소청위원회가 다른 연구소를 대리하고 있고, 원고를 상대로 제기된 소송을 2004년 5월 17일자 공문으로 기각을 했기 때문에 그의 역할에 대하여 소를 제기하였다. 피고의 소청위원회는 7월 16일자 공문으로 판정을 위해 소집된 피고 산하 소청위원회의 소청 제1부가 출판규범 제7조에 대한 위반혐의를 찾아낼 수 없었다고 원고에게 통보하였다. 그러나 출판규범 제2조에 대한 위반 사실로 제기된 소송은 이유가 있다고 간주하는 것과 동시에 비난표명은 적절한 조치로 보인다고 하였다. 원고가 비난을 받게 된 이유로는 원고가 관련 기사를 보도하여 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다는 사실을 들었

다. 이는 왜 H박사가 대표하는 단체에 속하지 않는 배타적인 연구소에서 실험이 이루어졌는지 보도에는 나타나지 않았기 때문이라고 하였다. 어떠한 기준에 따라 실험연구소가 선정되었는지에 대해 독자들이 반드시 알아야 할 필요성이 있었는지도 모른다. 소송의 재개를 위한 원고의 이어지는 노력은 성과 없이 끝나 버렸다. “ID-Labor GmbH”는 “생태실험(Ökotest)이 출판규범에 위반된다. - 피고는 이를 비난하다”라는 제호로 검사에 대한 출판계의 의견을 게재하는 웹사이트를 운영하였다.

원고는 이러한 비난이 부당하다며 다음과 같은 의견을 제시하였다. 즉, 문제가 된 보도기사로 출판규범 제2조를 위반했다고 해서 이를 자신의 잘못이라고 할 수 없다는 것이다. 또한 그러한 비난은 직업수행에 대한 원고의 권리를 부당하게 침해한다는 것이다. 의사표현으로서의 비난판정에서부터 주법원의 구두변론에 이르기까지에 대한 위법성 판단의 경우, 공법상의 기관 또는 사회적 영향력 있는 단체가 평가할 수 있는 원고에 대한 조치의 중요성이 고려되어야 할 것이다. 따라서 일반적 거부통제(Billigkeitskontrolle)에 의한 위법성 판단은 민법 제315조에 상응하여 이루어져야 한다는 것이다. 울머(Ulmer)박사가 저작한 책의 내용에서처럼 이익형량의 과정 내에서 진행된 위법성 심사는 피고가 문제가 된 결정을 할 때 어떠한 점도 옳다고 하지 않은 5가지의 광범위한 심사목록에서 실시되었다. 또한 소가 제기된 조치와 함께 피고의 입장의 중요성을 감안하여 원고에게 중요한 평판이 고려되어야 한다. 원고는 피고가 그의 저작물을 비난함으로써 신뢰할 수 없는 보도를 한 출판업자 또는 언론인으로 공중에게 인식되어졌다는 것이다. 즉, 아이 어머니의 동의가 필요하다고 여겨지지 않는 실험연구소 선택기준, 혈액형검사연구소의 소장이자 혈통감정전문가단체회장인 H.박사의 임무 및 신뢰 있는 친부확인실험에 대한 그의 견해를 피고의 동의 없이

기사화하였다는 것이다. 그리고 이는 프랑크푸르트 고등법원(OLG Frankfurt am Main)이 2005년 8월 1일 프랑크푸르트 지방법원의 판결을 변경하여 원고와 또 다른 연구소 사이에 진행되고 있는 소송에 대해 판결을 내린바 있다는 것이다. 반복의 위험성은 존재할 수 있다. 피고의 원고에 대한 이러한 비난은 회사 "ID-Labor GmbH"의 웹사이트를 통해 수많은 출판매체와 인터넷 사이트에서 건잡을 수 없이 게시된다는 것이다. 피고 스스로도 비난을 2005년도가 지난 후에 결정의 공개를 의도한다는 암시와 함께 그의 인터넷 사이트나 2004년도 연차보고서에서 공표했다는 것이다.

원고는 피고의 이러한 주장 및 전과행위, 즉 원고가 2003년 11월호 ÖKOtest 잡지의 "뿌리를 찾아서"라는 보도기사의 게재가 언론인의 주의 의무를 위반했다는 피고의 일방적 주장의 중지 및 비난의 철회 그리고 금지된 표현으로 인한 피고의 손해배상의무를 확인하는 소를 제기하였다.

이 판결문의 주문에 상세히 표시된 바와 같이 주지방법원은 소를 기각하였다. 법원은 비난이 남을 혈통의 것과 같은 성격이 없는 법이 허용하는 의사표현이라는 입장을 내세웠다. 또한 통상적으로 지속적으로 되풀이될 위험성도 없다고 하였다.

본(Bonn) 지방법원의 판결(AFP 2006 S. 198)에 대해 원고는 즉시 항소하였다.

원고는 2006년 2월 2일자 본 지방법원 판결이 변경되어야 하고, 아래와 같은 판결을 내려달라는 소를 제기하였다.

1. 법원이 위반사안에 대해 확정된 벌금과 이것이 징수되지 않는 경우 구류 또는 6개월 간의 징역(개별사안에 대한 최고의 벌금액은 250,000 유로, 징역은 최고 2년 형), 그리고 이것이 실현되지 않을 경우 이사회 의장은 2003년 11월호 ÖKO-Test 잡지의 "뿌리를 찾아서"라는 기사의 게재로 원고가 피고의 출판규범 제2조의 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다고 주

장하거나 전파하는 것을 피고에게 금지시켜야 할 것이다.

2. 피고는 등가보상에 의한 손해배상청구소송과정에서 원고에게 표현한 비난을 취소하는 판결을 하여야 한다.

3. 제1항목에서 언급한 주장과 전파로 인하여 발생했거나 미래에 발생할지도 모를 실질적인 손해를 피고가 배상할 의무가 있다고 확정하여야 한다.

## 판결이유

... II.

민사소송법 제511조 이하에 의거하여 허용된 원고의 항소는 이유 없다.

지방법원은 당연하고도 대체로 적절하게, 하지만 약간의 보충만을 필요로 하는 판결이유로 소를 기각하였다. 이에 대해 원고가 항소하면서 제기한 반론은 판례를 변경할 어떠한 동기도 부여하지 않는다.

(1) 소의 제기는 적법하다. 이는 이어지는 제3항에 대한 항소심 청구에도 적용된다. 원고는 2004년 7월 16일 피고가 원고에게 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다고 비난을 함으로써 발생했거나 발생한 손해에 대한 배상의무의 확정에 대한 정당한 권리를 명백히 하였다. 원고의 확실한 소의 이익은 2005년 9월 1일 소가 제기된 시점에 또는 청구소송에 대한 보충성의 관점 하에 항소심 구두변론에 이르기까지 사라져 버렸다. 원고가 주장한 명예훼손은 지금까지 증명되지 않았다. 원고에게 점진적으로 발생한 손해의 최종적인 추정치는 확인될 수 없다. 확실한 것은 피고가 문제가 된 비난을 2005년도 출판위원회의 연차보고서에서 공표했다는 사실이다. 또한 원고는 반박할 여지가 없는 결과보고의 구체적 예를 묘사했다. 손해가 부분적 항목으로 존재할 가능성은 확인소송을 허용하

는데 배치되지 아니한다.

(2) 그럼에도 불구하고 소는 이유가 없다.

(2.1) 원고는 피고에게 제1항목에 대한 부작위청구소송과 함께 이어지는 금지청구, 즉 원고가 관련기사의 게재를 통하여 원고가 출판규범 제2조의 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다는 주장 또는 전파의 금지를 청구하거나, 유일하게 문제가 되는 이른바 민법 제823조와 연관된 제1004조 제1항 제2문에 따른 부정적 금지청구의 법적 상황을 근거로 설비를 갖추어 수행되는 영업권과 인격권의 관점 하에서 규정을 위반했다는 주장 또는 금지를 청구할 권한이 없다.

(2.1.1) 원고가 관련기사를 게재함으로써 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다는 2004년 7월 16일의 발표는 민법 제823조 제1항에 열거된 원고의 권리를 침해한다. 피고의 게재와 다른 공공기관과 사람들의 결과보도를 통한 공표는 원고의 영업행위를 침해하는 것으로 보기에 적당하다. 관심있는 계층에게는 원고에 대한 무비판적이고 성의 없는 보도로 비난이 나쁜 느낌을 불러일으킬 수 있다.

그럼에도 불구하고 침해된 원고의 권리가 유보없이 보장되는 것은 아니다. 원고의 권리는 기본법 제5조 제1항의 표현의 자유와 출판의 자유에 관한 기본권과 같은 타 기본권으로 인한 한계를 가진다. 다른 한편 기본법 제5조 제2항에 따라 민법 제1004조와 823조 제1항과 같은 일반법에서의 한계가 있다. 이는 해석 가능한 일반법 규정의 구성요건적 특징의 범주 내에서, 민법 제823조 제1항의 경우 위법성 심사의 범주 내에서, 의사표현으로 인한 중대한 침해와 다른 한편으로는 표현의 금지로 인하여 표현의 자유가 희생되는 것 사이에서 개별적 사안과 관련하여 비교형량을 이끌어낸다. 그러한 점에서 판결에는 시간이 경과함에 따라 우선적용규칙(Vorzugsregeln)이 생겨나게 되었다. 따라서 의사표현이 비방이나 외형상 모독의 형태로 나타날 때 영업인격권보호와 설비를 갖추어 수행되는

영업권이 해당하는 인격권보호에 대한 가치판단 시에는 규칙적으로 표현의 자유에 우선한다. 사실주장의 경우 기본적으로 이익형량은 표현의 내용의 진실성에 의존한다. 진실에 기초한 표현은 기본적으로 관련자에 대하여 불리하다 할지라도 규정상 받아들여져야 할 것이고, 이와는 반대로 거짓된 표현은 받아들여지지 아니한다(BVerfG, Beschluss vom 9. 10. 2000 - 1 BvR 1839/95, NJW-RR 2001 S. 411 f.; Beschluss vom 10. 11. 1998 - 1 BvR 1531/96, AfP 1999 S. 57).

(2.1.2) 소가 제기된 피고의 비난은 의사표현으로서의 성격을 가진다.

(2.1.2.1) 표현의 내용이 평균적인 수신자의 이해에 따라 무엇인가 사건으로서 민사소송상 증거로 사용될 수 있을 때 사실주장을 출발점으로 할 수 있다.

의사표현은 상태나 과정이 비평가가 선택한 기준에 따라 평가되고 이것이 입장, 태도 또는 의견이라는 요소에 의해 각인되어 그 특징이 드러난다. 가치판단이 사실을 근간으로 하면서 의사표현과 관련되어 있으면 표현의 자유에 의해 보호를 받게 된다. 기본법 제5조 제1항의 보호범위 외에 이미 언급한 허구적 사실, 즉 이미 표현되는 시점에 명백하고도 확실한 그러한 허구적 사실이 존재한다(BVerfG, aa.O., NJW-RR 2001 S. 411; AfP 1999 S. 57 = NJW 1999 S. 1324).

(2.1.2.2) 이러한 사안들을 고려한 판결에서 피고가 수용한 출판규범 제2항에 따라 언론인으로서의 주의 의무를 원고가 침해했다는 근거는 제한적인 논쟁으로서의 대상성을 고려해 볼 때 비난적 표현이 아니다. 제1항에 대한 소의 제기과 함께 원고는 피고의 발표, 즉 “원고가 출판규범 제2조의 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다”는 발표와 관련하여 부작위확인판결을 기대했다. 피고의 비난표현이 사실주장인지 기본법 제5조 제1항의 보호를 받는 의사표현에 관한 사안인지에 대한 판단은 소에서 표현된 문언에 제한되어야

한다(BVerfG, aa.O., NJW-RR 2001 S. 411 a. E. [412] 참조). 정기간행물 발행인이 언론인으로서의 주의 의무를 위반했다는 발표는 의심의 여지도 없이 사실에 근거하지 않은 가치판단으로 평가될 수 있다. 이는 그것이 출판규범을 위반했다는 피고의 견해도 적용된다. 그러한 측면에서 이는 명시적으로 견해로서 특정지를 수 있는 출판규범의 평가해석에 관한 사안이 된다.

(2.1.3) 한편으로 소의 내용에 포함된 피고의 판단으로 민법 제823조 제1항에 보장된 권리를 침해받은 원고의 권리의 중대성, 다른 한편으로는 이를 금지함으로써 희생된 표현의 자유 사이의 비교형량은 논쟁이 된 피고의 의사표현이 적법하였다는 결론에 이르게 된다.

(2.1.3.1) 이미 표현된 바 있고 판결에서 형성된 우선적용규정(Vorzugsregeln)을 기초로 한다면 의심의 여지없이 가치판단은 원고의 보호필요성에 우선한다. 또한 사생활이나 은밀한 부분에 대한 비방(Schmaehkritik), 모독(Formalbeleidigung) 또는 침해 등의 경우에 해당한다고 원고는 주장할 수 없다. 그러한 경우에 해당되는 사례는 또한 명백하지도 아니하다.

(2.1.3.2) 특히 재판부는 피고의 비난까지 전체적으로 이익형량에 포함시켜 판단했다. 따라서 언론인으로서의 주의 의무에 대한 위반근거는 기본법 제5조 제1항의 보호범위에 해당하는 가치판단으로 표현될 수 있음을 확인할 수 있다. 보도로부터는 왜 H박사가 대표로 있는 이익단체에 속하지 않는 연구소를 제외하고 실험이 이루어졌는지 드러나지 않는다. 그러나 증명 가능한 사실주장으로 볼 수도 있다고 표현될 경우, 위반의 근거가 된 이러한 보도는 마찬가지로 가치판단으로써 판단될 수 있다. 이것은 근거가 된 문언 자체에서 기인하는 것이다. 문언은 “표현”의 개념적 특징이 잘 드러난다. 보도기사로부터 무엇인가 드

러나는지 아닌지는 독자의 주관적 평가기준에 달려 있는 것이다. 또한 독자에게 어떠한 기준에 실험이 이루어진 연구소가 선택되었는지 알릴 긴급한 필요성이 있었을 것이라는 문언은 “긴급하다”라는 개념과 함께 의심할 여지없이 가치평가적인 중요한 요소를 포함하고 있다.

(2.1.3.3) 그러나 피고의 비난판정의 원인이 되는 사실상의 표현은 적절한 것처럼 보인다. 확실히 H박사가 영향력을 행사하는 연구단체가 아닌 실험연구소에서 배타적으로 실험이 이루어졌어야 했다. 이러한 상황이 독자들에게 숨겨졌을 것이라는 피고의 가정에 대해서는 이의가 제기될 수 없다. 또한 재판부도 실험실 선정의 투명성이 부족하다는 주장이 틀렸다는 것을 인식할 수 없다. 관련기사에 “그렇게 우리는 실험했다”라는 제목의 설명에는 어머니의 동의를 필요로 하지 않고, 비밀리에 친부감식실험이 이루어지는 그러한 연구소에서 실험이 이루어졌다는 어떠한 암시도 없었다. 거기에는 실험을 한 연구소 전체가 H박사가 관리하는 이익단체에 속하지 않는다는 사실이 덜 알려졌다. 또한 실험이 이루어진 연구소의 선택기준은 실험보다 어디에도 언급되지 않았다. 특히 왜 H박사가 대표로 있는 이익단체에 속하는 연구실에서 실험이 이루어지지 않았는지 설명되지 않았다. 따라서 원고가 노력한 관련 실험보도의 한 부분은 불편부당한 독자들을 위해 선택기준에 대해서가 아닌 평가기준, 특히 평가척도에 대해 언급하고 있다. 실험에서 어머니에 대한 침묵이 실험프로그램상의 관례에 따라 경시된 상황은 모든 다른 실험연구소도 마찬가지로 이러한 평가가 선택기준이 아니라는 인상을 강하게 내포하고 있다. 이러한 인상은 실질적으로 H박사의 이익단체에 속한 연구소가 실험이 이루어지고 이익단체에 속하지 않는 연구소와의 연결을 통해 참여하게 됨으로써 더욱더 강화된다. 또한 이러한 것은 어머니의 동의를 필요로 하지 않고, 그러는 사이에 단체에

속하는 연구소로 표시되지도 아니한다. 이러한 방법으로 이익단체에 속하는 실험연구소가 친부확인검사를 더 성실하고 잘 할 수 있을 것이라는 느낌이 들 것이다.

(2.1.3.4) 원고가 그와 같은 보도기사 때문에 그녀와 실험연구소장 사이에 진행된 소송인 프랑크푸르트 고등법원의 2005년 8월 1일자 항소심판결(16 U 24/05)은 본건의 항소심에서는 성공하지 못했다. 원고에게 어떠한 불쾌하거나 오해의 소지가 있는 어떠한 표현도 가해질 수 없다는 판단으로 프랑크푸르트 고등법원은 피고와는 다른 견해를 가졌다. 프랑크푸르트 고등법원은 원고가 관련기사의 게재로 허용되지 않는 방식으로 피소되고 실험이 이루어진 연구소 소유자의 설비를 갖추어 수행하는 영업상의 권리를 침해한 것은 아닌지에 대해서 판정해야 했다. 이러한 법적 표현에 대한 논쟁을 판단하는 경우 판례를 통해서 발전된 상품실험(Warentest)의 허용에 대한 기본원칙이 근본을 이루고 있다. 즉, 비교되는 상품실험의 결과 공표는 경쟁을 목적으로 하지 아니하고, 보고서의 구간을 구성하는 연구가 중립적, 객관적, 전문적으로 수행되었으며, 심사목적 달성을 위한 방식과 연구로부터 도출된 결과가 정당화될 수 있다고 판단될 때 허용된다.

실험보고에 대한 공표가 민법 제824조 제1항에 위반하여 허위사실을 내포하고 있거나 가치판단으로 판단되는 실험보고가 민법 제823조 제1항의 보호를 받는 관련기업의 영업권을 침해한 경우에는 더 이상 받아들일 수 없다. 이에 대해 피고는 실험보고서에 대해 표현의 자유에 대한 헌법상 소가 제기되지 않는 경우 출판규범을 근거로 조치를 내릴 수 있는 출판윤리기준에 따라 판단한다. 피고의 경우 1956년에 설립되었으며, 독일출판 및 언론인 단체의 가장 커다란 조직의 하나이다. 피고는 출판의 자유와 보도원에 방해받지 않고 접근할 수 있는 것을 목표로 내세우고

있다. 게다가 독일출판업계의 자발적 통제기관으로서의 역할을 수행하고 있다. 이러한 목적을 달성하기 위해 피고는 미디어종사자들에 대한 명예규범(Ehrenkodex)과 같은 보도매체의 기본원칙을 제정하였다. 피고의 존립근거는 기본법 제9조의 결사의 자유로부터 도출되며, 회원들이 자유로이 의사표현을 할 수 있는 권리는 기본법 제5조로부터 도출된다. 피고가 출판윤리기본원칙의 위배에 대한 판단 및 경우에 따라 어떠한 조치를 취할 지에 대한 결정은 전적으로 이상적이고도 출판규정에 제시되어 있는 윤리개념에 따라 이루어진다(OLG Hamburg, 3. ZS, Urteil vom 17.12.1959 - 3 U 141/59). 그런 점에서 관련 실험보고서를 분석해보면 이미 부연한 바와 같이 왜 전문가 단체에 해당하는 연구소에서 실험이 이루어지지 않았는가와 이러한 사유로 연구소가 친부감정실험을 더 성실하게 잘 수행했다는 느낌이 들었다는 명확한 언급이 없었다는 사실이 확인된다. 이러한 이유로 피고가 원고에게 비난표현을 한 것은 문제가 될 수 없는 것이다.

(2.1.3.5) 원고는 이른바 사회적 영향력 있는 단체의 징계결정에 의한 검사에 대해 기본원칙을 우선적으로 적용하고 비회원관계의 투영을 위해 일심판결을 받아들였다. 또한 그로부터 원고는 피고가 “가치판단” 심사에서 판례에 비례하여 윤리적 기준을 같이 적용해야 한다는 결론을 이끌어 냈다. 그런 점에서 지방법원이 그녀의 일심판결에서의 소망을 충분히 인정하지 않았다는 원고의 고소는 결론적으로 성공하지 못했다. 이러한 방향으로 목표점을 지향하는 요구들은(Ulmer, AfP 1975 S. 829 ff. [840 ff.]) 법 발전에 아무런 영향을 미치지 못했다. 협회내부의 중요한 규칙총서에 대한 내용통제의 요구와 함께 신의와 믿음이라는 관점 하에서 협회의 징계규정에 의해 형성된 판결은 출판규범에는 적용될 수 없다. 피고는 자체의 징계규정에 따른 판결을 내릴 수 없기 때문이다. 피고

의 조치는 단지 윤리적 관점을 다루고 있을 뿐이고, 또한 권고적 성격에 불과하다. 단어 마지막에 위치하는 “rat”(위원회)의 표시는 지성적이고 합리적인 독자층에게 원고가 고권적 권한을 행사하고(위에서 언급한 함부르크 고등법원판결), 전속적 유효청구소송(Alleingeltungsanspruch)을 제기하는 듯한 느낌을 불러일으키지 아니한다. “rat”을 구성부분으로 하는 단어형성은 사생활에 관한 법 영역에, 그리고 어쩌다가 많은 생활영역에 존재하는 “Beirat”(자문기관)개념에 나타난다. 피고가 공식적으로 동의를 하고, 그의 조치에 중요성이 부여되었다 해도 위법적 법률위반의 수인요구에 대한 과소평가는 정당화되지 아니한다. 또한 상품에 대한 비교실험 또는 문학비평과 같은 영역에서 제3자들과 인적결사체의 견해표명은 표현법에 대한 판결에서의 특별한 기준이 정당하다고 간주되는

것과 상관없이 특히 공공에 중요성을 가질 수 있다.

(22) 피고에 대해 원고에게는 등가보상의 형태인 민법 제249이하와 연관된 영업인격권과 같이 설비를 갖추어 수행하는 영업권에 대한 침해라는 관점 하에서 그녀에게 가해진 2004년 7월 16일자의 비난에 대해 명백하게 노력한 민법 제823조 제1항의 적절한 적용에 의한 취소청구권한이 존재하지 아니한다. 결론적으로 의사표현에 대한 철회를 목표로 하고 있으며, 명확한 근거도 제시되지 않은 이러한 청구는 피고의 손해배상의무 확인소송에서와 마찬가지로 이미 언급한 바와 같이 피고가 원고에게 위법적 법률위반을 했 다라고 하기에는 부족하므로 이유가 없다.

출 처 : AfP 37 Jahrgang Heft 4 - 2006 SS. 374-377.

번 역 : 권 형 둔 (공주대학교 법학과 교수)



## 미국 판결

### 인터넷의 다른 소스에 기원한 명예훼손적인 내용을 온라인 뉴스그룹에 게시한 개인은 명예훼손적 내용의 “배포자”로서의 책임을 묻는 소송으로부터 면책될 연방적 특권을 향유한다

Supreme Court of California

원고 Stephen J. BARRETT 대 피고 Ilena ROSENTHAL

No. S122953.

Nov. 20, 2006.

#### 미디어 내용의 규제

명예훼손 - 발행 - 재발행 - 일반론 (§11.0302.01)

명예훼손 - 책임의 기준 - 다른 기준들 (§11.3005)

인터넷의 다른 소스에 기원한 명예훼손적인 내용

을 온라인 뉴스그룹에 게시한 개인은 명예훼손적 내용의 “배포자”로서의 책임을 묻는 소송으로부터 면책될 연방적 특권을 향유한다. 왜냐하면, 통신법 제 230(c)(1)은 “상호작용하는 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다른 정보 내용 제공자에 의해 제공되는 정보의 발행인이나 발표자로 취급되어서는

아니 된다”라고 광범위하고 직접적으로 규정하고 있는바, 제3자로부터 비롯된 명예훼손적 내용의 “발행인”과 “배포자” 모두에게 면책특권을 부여하고 있다.

입법 연혁은 배포자도 법적 보호의 범위에 포함된다는 결론을 지지해 준다. 왜냐하면 인터넷 서비스 제공자와 이용자들에게 명예훼손 책임을 지우는 것은 온라인 언론의 자유를 위축시킬 수 있고, 명예훼손 소송에서 승소하기가 힘들다고 하더라도 이것이 위와 같은 위축적 영향을 경감시킬 수도 없기 때문이다. 또한 만약 위 면책특권의 범위에 포함되지 않는다면, 명예훼손적 내용이 존재함을 알지 못한 배포자들도 책임을 지게 되기 때문이다. 또한 Zeran 대 America Online Inc. 사건 및 기타 법원에 의해 확립된 법과 달리 230조를 해석한다면 재판지 선택(forum shopping)을 부추길 수 있기 때문이다. 또한 위 면책특권은 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 제공자와 개인 이용자 모두에게 적용되는 것이고,

능동적인 이용자와 수동적인 이용자 사이에 의미 있는 차이가 없기 때문이다.

### CORRIGAN, J. 판사

1996년 제정된 통신품위법(Communications Decency Act of 1996, 이하 CDA로 표시한다)에서 의회는 다음과 같이 선언했다 : “상호작용하는 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다른 정보 내용 제공자에 의해 제공되는 정보의 발행인(publisher)이나 발표자(speaker)로 취급되어서는 아니 된다”(47 United States Code § 230(c)(1), 이하 위 U.S.C.에 대하여는 조문만 표시한다). “이 조문과 어긋나는 어떠한 주법 혹은 지역법 하에서도 소송의 원인이 발생하거나 책임이 부과되지 아니한다”(§ 230(e)(3)).<sup>1)</sup>

위 조항들은 다른 소스로부터 나온 정보를 공표하기 위해 인터넷을 사용하는 사람들에게 명예훼손

1) 230조 중 이 사건 검토에 관련된 조문은 다음과 같다.

(a) 발견. 의회는 다음과 같은 사실을 발견한다.

(1) 미국인들이 사용할 수 있는 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 눈부신 발전은 우리 시민들을 위한 교육적이고 정보적인 자원의 사용 가능성이 이례적으로 높아졌음을 의미한다.

(2) 이러한 서비스들은 이용자들에게 그들이 제공받는 정보에 대한 높은 정도의 통제력을 주고, 또한 기술의 발전에 따라 장차 더 높은 정도의 통제력을 주게 될 것이다.

(3) 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스는, 진정 정치적 토론의 다양성을 위한 논의의 장과 문화발전을 위한 독보적인 기회 그리고 지적 활동을 위한 무수한 경로를 제공한다.

(4) 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스는 최소한의 정부 규제를 통해서 미국인들의 이익을 위해 발전해 왔다.

(5) 미국인들은 정치적, 교육적, 문화적, 오락적 서비스의 다양성을 위해 상호작용적인 미디어에 점점 더 많이 의존하고 있다.

(b) 정책. 다음은 미국의 정책이다.

(1) 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스 및 다른 상호작용적인 미디어의 계속된 발전을 촉진하는 것.

(2) 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스에 대하여 현재 존재하는, 연방이나 주의 규제를 받지 않는 행동감 있고 경쟁적인 자유시장을 보존하는 것.

(3) 인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 사용하는 개인, 가족, 학교가 자신들이 제공받는 정보에 대해 이용자 통제를 최대화할 수 있도록 하는 기술적 발전을 촉진하는 것.

(4) 부모들이 자녀들로 하여금 부적절한 온라인 내용에 접근하는 것을 제한할 수 있도록 하는 차단 및 필터링 기술의 발전 및 사용을 방해하는 요소를 제거하는 것.

(5) 컴퓨터를 이용한 음란, 스토킹, 괴롭히기를 방지하고 처벌하는 연방 형법의 강력한 집행을 확보하는 것.

(c) 공격적인 내용에 대한 ‘선량한 사마리아인’으로서의 방지와 차단의 보호

(1) 발행인 혹은 발표자에 대한 처리. 상호작용하는 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다른 정보내용 제공자에 의해 제공되는 정보의 발행인(publisher)나 발표자(speaker)로 취급되어서는 아니 된다.

(2) 민사 책임. 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다음과 같은 사유로 책임을 지서는 아니된다.

책임에 대하여 광범위한 면책특권을 주는 것으로 널리 그리고 일관되게 해석되어 왔다. 그 면책은 “발행인”과 “배포자” 사이의 전통적인 차이점에 상관없이 적용되어 왔다. 보통법에 의하면, 신문이나 책의 판매상과 같은 “배포자”는 그들의 상품 안에 있는 명예훼손적인 진술을 알고 있었을 때에만 책임을 진다. 반면, 명예훼손적 진술이 최초로 나타난 신문이나 책의 발행인은 알지 못하였더라도 책임을 질 수 있다.

이 사건에서 항소심은 230조에 대한 통설적인 해석으로부터 이탈하였다. 항소심은, 보통법상의 “배포자” 책임은 의회가 부여한 면책특권의 적용대상이 아니고, 따라서 인터넷 서비스의 제공자와 이용자는 어떤 진술이 명예훼손적 성질을 갖고 있다는 것을 알고도 그 진술을 재발표하면 책임을 질 수 있다고 결정했다.

우리는 230조가 “배포자”에게 면책특권을 부여하는지를 검토하였다. 이 사건은 서비스 제공자보다는 개인의 책임과 관련되어 있기 때문에, 우리는 양쪽 당사자에게 법률상 용어인 “이용자”의 정의를 진술하도록 요청했다. 우리는 또한 이용자가 수동적인 행위보다는 능동적인 행위에 관계했을 때 면책특권

에 대한 분석이 달라질 수 있는지에 대하여도 의견을 진술하도록 요청했다. 우리는 230조가 인터넷 출판에 관하여 “배포자”에게 책임을 부담시키는 것을 금지한다고 결론 내린다. 우리는 더 나아가, 230(c)(1)이 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 개인 “이용자”들에게 면책특권을 부여하고 있고, 또한 능동적 이용과 수동적 이용 사이에 어떠한 실질적 혹은 원칙적 차이가 보이지 않는다고 판단한다. 따라서 우리는 항소심 판결을 파기한다.

우리는 인터넷상에서 명예훼손적 내용을 재발표하는 것에 대하여 광범위한 면책특권을 부여하는 것이 곤란한 결과를 초래할 것이라는 것을 인정한다. 하지만 의회가 이 부분의 범조항을 개정하기로 결정할 때까지, 인터넷 포스팅(posting, 轉記)에 의해 명예훼손을 당했다고 주장하는 원고들은 그 진술의 최초 소스에 대해서만 그 회복을 구할 수밖에 없다.

## I. 사실적 및 절차적 배경

원고 Stephen J. Barrett 의사와 Terry Polevoy 의사는 보건 사기(health fraud)를 파헤치기 위해 노력하는 웹 사이트를 운영했다. 피고 Ilena Rosenthal은

(A) 제공자나 이용자가 음란하거나, 추잡하거나, 지나치게 폭력적이거나, 괴롭히거나, 불쾌하다고 생각하는 내용 - 그것들이 헌법적으로 보호되고 있는지 여부를 묻지 아니하고 - 에 대한 접근이나 사용을 좋은 의도에서 자발적으로 제한하는 행동.

(B) 정보 내용 제공자 등으로 하여금 위 (A) 항목에서 묘사된 내용에 대한 접근을 제한할 수 있도록 하는 기술적 수단을 사용 가능하게 하는 행동.

...  
(e) 다른 법에 대한 영향

...  
(3) 주(州)법. 이 조문의 어떤 내용도 이 조문과 일관되는 주법을 집행하는 것을 저지하려는 것으로 해석되어서는 아니 된다. 이 조문과 어긋나는 어떠한 주법 혹은 지역법 하에서도 소송의 원인이 발생하거나 책임이 부과되지 아니한다.

(f) 정의. 이 조문에서 용어의 정의는 다음과 같다.

(1) 인터넷 - 연방 혹은 비연방의 상호작용 가능하도록 연결된 데이터 네트워크의 국제적인 컴퓨터망.

(2) 상호작용적인 컴퓨터 서비스 - 인터넷 혹은 도서관이나 교육적 기관에 의하여 운영되거나 작동되는 시스템을 포함하여, 다수의 이용자에 의한 컴퓨터 서버에의 접근을 제공하거나 가능하게 하는 서비스나 시스템 정보 서비스, 시스템 혹은 접근 소프트웨어 제공자

(3) 정보내용 제공자 - 인터넷 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 통하여 제공되는 정보의 생산 혹은 발전에 대하여 전반적 혹은 부분적으로 책임이 있는 사람이나 주체.

여성을 위한 Humantics Foundation이란 기관을 관리했고 인터넷 토론 그룹을 운영했다. 원고들은 Rosenthal과 다른 사람들이 이메일과 인터넷 포스팅에 있는 명예훼손적 진술을 악의적으로 퍼뜨림으로써 원고들의 인격과 능력을 비난했고 보건 사기에 대항하는 그들의 노력을 폄하함으로써 명예를 훼손하였다고 주장했다.<sup>2)</sup>

Rosenthal은 反-SLAPP법(anti-strategic lawsuit against public participation, 공공참여 저해를 목적으로 한 전략적 봉쇄소송 규제법)을 들어서 원고들의 소송을 기각해 달라는 신청을 하였다. 그녀는 자신의 진술이 보호되는 진술이었고 또한 230조에 의해 면책되기 때문에 원고들은 승소 개연성을 입증하는데 실패했다고 주장했다. 또한 그녀는 자신의 진술이 기소할 수 있는 것이 아니라고 주장했다.

법원은 Rosenthal의 진술이 反-SLAPP법 하에서 공공의 이익에 관계되고 또한 사실에 대한 거짓주장임을 입증할 수 있는 어떠한 내용도 포함하고 있지 않기 때문에 소송의 대상이 되지 아니한다며, 그녀의 신청을 받아들였다. 원고들은 그 결정에 대하여 항고하지 아니하였다. 법원은, 소송 가능한 유일한 진술은 Rosenthal이 공동피고인 Tim Bolen으로부터 이메일을 통하여 받은 글 속에 있다고 판시했다. “Tim Bolen의 의견”이라는 부제가 붙은 이 글은 Polevoy 의사가 캐나다인 라디오 제작자를 스토킹한다며 비난하는 내용이 들어있다. Rosenthal은 이 글의 복사본을 자신의 토론 그룹이 아닌, 대체 치료와 약의 정치학을 다루는 두 개의 뉴스그룹에 게재하였다. Rosenthal에 의하면 이 뉴스그룹은 “어떠한 감독관이나 행위규범을 강요하는 사람이 없는”, “인

터넷의 광활한 서부”의 일부였다. 제1심법원은 위 재게시 행위는 230조 (c)(1)에 의해 면책된다고 결정했다.

항소심은 Polevoy 의사 부분에 대한 제1심의 결정을 취소하였다. 항소심은 230조가 Rosenthal을 보통 법상의 명예훼손에 있어서 “배포자”로서의 책임으로부터 면제하지 않는다고 판결했다.

## II. 검토

230조 면책규정에 대한 리딩 케이스는 이 사건 항소심 법원이 채택한 “배포자” 책임 이론을 배척했다. (Zeran 대 America Online, Inc.) 우리는 먼저 Zeran 사건의 결론과 논거를 검토하고 나서 항소심의 반대되는 분석을 검토한다. “배포자”의 책임을 인정하는 것은 인터넷 서비스 공급자에게 극적인 영향을 주게 될 것이다. 우리는 의회가 230조 면책조항에 그러한 예외를 두려고 하지 않았다는 Zeran 법원의 견해에 동의한다.

Rosenthal은 적어도 그녀가 Bolen의 글을 게시한 뉴스그룹에 대해서는 서비스 공급자가 아니다. 이 사건은 명예훼손적 내용이 나타났다고 하는 인터넷 사이트의 작용에 대하여 감독적인 지위를 가지고 있지 아니하고, 따라서 CDA 230조 (f)(2)에 규정된 “상호작용적인 컴퓨터 서비스”의 제공자가 아닌 개인에 관하여 230조 면책조항이 문제된 첫 번째 케이스가 될 것이다. 따라서 우리는 양쪽 당사자에게 230조의 “이용자”의 의미와 능동적인 사용과 수동적인 사용 사이에 어떠한 법적 차이점이 있는지에 대

2) 명예훼손적 진술은 다음과 같다 : 그들은 교만하고 기괴하고 마음이 닫혀있으며, 감정적으로 불안하고 직업적으로 무능하며, 지적으로 불성실하고, 진실하지 못한 저널리스트이며, 얄팍하고 비윤리적이며, 나치주의자이고, 기득권자들의 앞잡이이며, 기존 질서를 전복하려는 조직의 지도자이고, 범죄행위(음모, 왜곡, 거짓 경찰 진술 등)에 연루되어 있다.

해 의견을 진술하도록 요청하였다. 아래에서 보는 C항에서 우리는 의회가 능동적 혹은 수동적 사용을 구별하지 아니한 채 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 사용하는 모든 사람들을 “이용자”로 정의하였다고 결론내렸다.

## A. Zeran 사건

누군가가 아메리카 온라인(AOL)에 어떤 메시지를 게시한 후, Kenneth Zeran은 죽이겠다는 위협을 포함하여 분노에 차고 경멸적인 내용의 전화를 수없이 받게 되었다. 그 메시지는 오클라호마 시에 있는 Alfred P. Murrah 연방 빌딩에 대한 폭탄테러에 관하여 공격적인 슬로건을 담고 있는 티셔츠 판매 광고였는데, 그 셔츠의 장래 구입자들에게 Zeran의 집 전화번호로 전화를 걸도록 지시하였다. Zeran은 AOL에 그 문제를 알렸고, 그 게시물은 결국 삭제되었다. 그러나 유사한 게시물이 나타났고, 한 오클라호마 라디오 아나운서는 첫 번째 메시지의 내용을 방송하였다. Zeran은 다시 협박전화에 시달리게 되었다. 그는 명예훼손적인 메시지 삭제를 불합리하게 지체한 점, 취소의 글 게시하기를 거절한 점 그리고 유사한 게시물을 삭제하는데 실패한 점을 이유로 하여 AOL을 상대로 소송을 제기하였다.

AOL은 230조에 근거하여 Zeran의 소송을 기각해 줄 것을 성공적으로 신청하였다. 항소심은 다음과 같이 판시하면서 제1심 판결을 인용하였다. 즉, 230조는 “제3자인 이용자로부터 비롯된 정보에 대하여 서비스 제공자가 책임을 지게 될 소송을 제기당하지 아니하는 연방적 차원의 면책특권을 창설하고 있다. 특히, 230조는 법원으로 하여금 컴퓨터 서비스 제공자를 발행인에 해당한다고 주장하는 소송을 받아들이지 못하도록 하고 있다. 따라서 서비스 제공자가 발행인의 전통적인 편집 기능 - 출판, 삭제, 연

기 혹은 내용 변경 등을 결정하는 - 을 행사하였기 때문에 책임이 있다고 주장하는 소송은 허용되지 않는다.”

인터넷은 “정부 규제가 최소한도였기 때문에(230조(a)(4))” 발전했다고 본 의회의 입장과, 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 위해서 연방이나 주의 규제에 구속되지 않는 자유로운 시장체제를 선호한다는 정책적 진술을 언급하면서, Zeran 법원은, 의회가 “타인간의 커뮤니케이션을 위한 서비스 제공자에게 불법행위 책임을 부과하는 것”은 “언론에 대한 정부의 간섭적 규제의 한 형태”에 해당한다고 보았다고 결론내렸다. 명예훼손적 내용을 최초로 게시한 사람은 책임을 면할 수 없도록 하면서, 의회는 “타인에 대해 잠재적으로 명예훼손적인 메시지의 단순한 중개자 역할만 하는 회사들에 대하여 불법행위 책임을 부과하는 방법에 의하여 해로운 온라인 발언을 규제하지 아니하기로 정책적 선택”을 하였다. 이러한 정책은 서비스 제공자가 인터넷에서 재게시된 메시지에 대하여 불법행위 책임을 지게 된다면 그들은 게시되는 메시지의 수와 형태를 심각하게 제한하려고 할 것이라는 염려를 반영한 것이다.

법원은 230조의 또 다른 중요한 목적은 “명예훼손적인 내용이 유포되는 것을 서비스 제공자 스스로 규제하는 것을 독려”하기 위한 것이라고 지적했다. 입법 역사는 230조가 보도되지 않았던 뉴욕 지방법원의 사건에 대한 반응으로 제정되었음을 알려준다 (Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.). 그 사건에서는 서비스 제공자가 게시물을 능동적으로 검토하거나 편집함으로써 “발행인”의 역할을 하였다는 사실에 근거하여 서비스 제공자에게 게시판의 명예훼손적인 내용에 대하여 책임이 있다는 결론이 내려졌다. “손해배상책임에 대한 두려움 때문에 서비스 제공자 스스로 명예훼손적인 내용을 삭제하거나 검토하는 것을 꺼리게 될까 염려하여, 의회는

230조의 광범위한 면책조항을 제정했고 그 조항은 서비스 제공자의 편집 기능과 자율규제 기능의 행사로 인하여 그에게 발행인으로서의 책임을 과하는 것을 금하고 있다.”

Zeran은 이 사건 항소심 법원에 의해 채택된 것과 같은 주장을 하고 있다 : 즉, 의회는 “발행인(publishers)”과 “배포자(distributors)”를 구별하여 발행인만 면책시키고 배포자는 책임을 지도록 하였다. 보통법에 의하면, 책, 뉴스, 잡지 발행인과 같은 “주된 발행인”은 저자와 같은 근거에서 명예훼손 책임을 진다. 하지만, 책 판매자, 뉴스 노점상, 기타 “배포자”들은 출판물의 명예훼손적 내용을 알았거나 알 수 있었을 합리적인 이유가 있을 때에만 책임을 진다. Zeran은 의회가 230조에서 “발행인”만 언급했기 때문에 “배포자”는 보호되지 않도록 하려는 것이 입법의 의도였다고 주장했다. 그는 자신이 AOL에 게시물 가운데 명예훼손적 내용이 있다는 것을 알렸기 때문에, AOL은 “배포자”로서 책임을 진다고 주장했다.

Zeran 법원은 230조의 면책에 있어서 발행인과 배포자의 구별이 의미가 없다고 판결했다. 발행은 모든 명예훼손 소송의 필수적인 요소이고 또한 명예훼손적 진술의 반복과 배포를 포함하는 개념이다. “배포자”는 인식이 있을 때에만 책임을 지지만, 그럼에도 불구하고 그들은 “넓은 의미의 발행인 범주”에 포함된다. Zeran은 배포자 책임에 있어서 명백한 인식이라는 요소의 존재에만 지나친 중요성을 부과하여 주장하고 있다. 컴퓨터 서비스 제공자가 명예훼손의 가능성이 있는 게시물에 대한 경고를 받기만 하면 그는 전통적인 발행인의 책임을 지게 된다. 컴퓨터 서비스 제공자는 게시물의 게시, 편집, 삭제 여부를 결정하여야만 한다. 이러한 관점에서 Zeran은 230조에 의해 면제되는 발행인의 책임이 존재한다고 가정하면서 AOL에 대하여 책임을 묻고자

한다.

서비스 제공자로 하여금 인식으로 인한 책임을 지게 하는 것은 그들로 하여금 발언을 제한하도록 독려하고 자율적 규제를 회피하게 만듦으로써 230조의 “두 가지 목적”을 무용하게 만드는 것이 된다. 공급자는 명예훼손의 가능성이 있는 내용에 대한 통지를 받을 때마다 책임을 질 위험에 빠지게 되고, 따라서 그 주변상황을 조사하고 정보의 명예훼손적 성격에 대한 법률적 판단을 하며 그 게시물을 유지할지에 대한 편집적 결정을 해야만 하게 된다. “이러한 활동이 전통적인 인쇄물 발행인에 대하여는 가능할지라도, 상호작용적 컴퓨터 서비스상의 엄청난 양의 게시물들의 내용을 조사하는 것은 불가능한 부담을 초래하게 될 것이다.”

“마찬가지로, 인식에 근거한 책임은 서비스 제공자로 하여금 공격적인 내용이 자신의 서비스에 퍼뜨려지는 것을 자율 규제하는 것을 방해하게 될 것이다. 서비스 공급자가 게시물을 조사하려는 모든 노력은 명예훼손의 가능성이 있는 내용물을 더 자주 인식하게 만들고 결국 책임을 질 더 강한 근거를 만들게 된다. 서비스 제공자들은 제소 당할 더 높은 가능성에 노출되는 대신 자율적 규제를 위한 어떠한 시도도 꺼리게 될 것이다.”

“더 일반적으로, 상호작용적 컴퓨터 서비스 제공자의 인식에 근거한 책임은 제3자에게 공짜로 장래 소송을 위한 근거를 만들 수단을 제공해 준다. 상호작용적 컴퓨터 서비스에서 이루어진 다른 사람의 발언에 의해 불쾌해진 사람은, 그 정보가 법적으로 명예훼손적이라고 주장하면서 이를 서비스 제공자에게 알리기만 하면 된다. 인터넷 언론 활성화와 서비스 제공자의 자율적 규제에 대한 배포자 책임의 영향이 230조의 입법의도에 정면으로 배치되기 때문에, 우리는 의회가 인식에 근거한 책임을 그대로 존치시키려고 했다고 생각하지 않는다.”

인식에 근거한 책임이라는 자신의 주장을 지지하기 위하여 Zeran은 의회가 의문점에 대하여 직접적으로 답변하지 않는 한 보통법상의 원칙들을 폐기해서는 안 된다는 법칙을 주장했다. 그러나 법원은, 의회가 “발행인”이라는 용어를 사용함으로써 직접적으로 언명했고 “배포자” 책임을 유지하는 것은 230조의 입법목적에 훼손하는 것이라고 판단했다. 보통법을 훼손함에 있어서는 조문을 엄격히 해석해야 한다는 정책이, 명백한 입법의도에 배치되는 문언적 해석을 요구하는 것은 아니다.

Zeran 법원의 관점은 연방 및 주법원 모두에서 널리 받아들여졌다. 항소심 법원이 아래와 같은 의견을 개진하기 전에, 두 개의 다른 캘리포니아 항소심 법원이 Zeran 판결을 따랐다. Kathleen R. 대 City of Livermore(2001) 사건에서 납세자가 자신의 아들이 공공 도서관에서 인터넷 연결을 통하여 음란사진을 얻은 후 소송을 제기했다. 그녀는 도서관에 대한 다양한 이론에 근거하여 금지 가처분을 신청하였다. 그 법원은 230조에 의해 주법에 근거한 소송 제기가 금지된다고 판단했다. 그 법원은 230조 (c)(1)이 “발행인”과 “배포자” 모두에게 면책특권을 부여한다는 법칙의 근거로 Zeran 사건을 인용했다. 또한 그 법원은 의회의 의도에 대한 Zeran 법원의 분석에 동의했다.

Gentry 대 eBay Inc.(2002) 사건에서 원고들은 스포츠 기념품을 사기 위하여 eBay의 온라인 시장 서비스를 이용했다. 그 기념품들에 위조된 서명이 있었다고 주장하면서 원고들은 eBay에 대하여 과실, 부당한 거래관행, 민법 1739.7조 위반으로 소송을 제기했다. 그 법원은 230조가 eBay를 원고들이 주장하는 모든 책임으로부터 면제한다고 판시했다. 법원은, Zeran 법원 및 다른 법원에 의해서 부여된 230조의 광범위한 적용을 지적하면서, 원고들은 eBay가 그 서비스를 사용하는 개별 판매자에 의해 제공된 정

보를 배포한 것에 대하여 책임이 있다고 주장하고 있다고 보았다. eBay가 판매자의 불법적인 행동을 알았거나 알았어야 함에도 기망적인 내용을 삭제하거나 변경함으로써 이를 막지 못한 것에 대해 책임이 있다는 원고들의 주장에 대하여 그 법원은 다음과 같이 판시했다. : “이것은 Zeran 법원이 230조에 의해 이미 규정된 부분이라고 판시한 전형적인 종류의 소송이다. 즉, eBay가 발행인의 전통적인 편집 기능을 행사하였기 때문에 책임이 있다고 주장하는 형태의 소송이다.”

## B. 항소심 법원의 분석

위와 같은 법률적 조류에 반해서, 이 사건 항소심은 Zeran 법원이 온라인상의 언론의 자유를 보장하기 위해 필요한 것 이상으로 광범위한 면책특권을 부여했고, 이는 실질적으로 자율적 규제를 독려하기 위한 목적을 해치게 된다고 판단했다. 항소심은 세 가지 요소에 주목했다. 첫째, “발행인”이라는 법률용어에 대한 Zeran 법원의 해석, 둘째, 230조의 입법 연혁, 셋째, 인터넷 환경에서 인식에 의한 책임의 실질적 의미. 우리는 위 세 가지 논점에 대한 항소심의 판단을 배척한다.

### 1. “발행인”의 의미

항소심은 발행이 명예훼손의 요소이고 “배포자”가 때때로 “2차적 발행인”이 될 수 있음을 인정했다. 그러나 항소심은, 의회가 내용에 대한 통제권을 가지는 “주된 발행인”과 그렇지 못한 “배포자”에게 부과되는 보통법상 책임 기준의 차이를 고려했다고 가정하는 것이 합리적이라고 판시했다.

항소심은 발행인에게 면책특권을 부여함으로써 자체 검열을 방지하려는 목적은 명예훼손적인 허위사

실로부터 구제받는 개인의 권리와 배치된다고 지적했다. 항소심은 “발행인”이라는 용어가 주된 발행인만 혹은 주된 발행인과 배포자 모두를 의미할 수 있기 때문에 모호하다고 보았다. 항소심은 그렇게 “법적으로 불확실한 단어”는 Zeran 법원이 법조문으로부터 끌어낸 광범위한 면책에 대한 근거가 될 수 없다고 했다. 항소심은 의회가 온라인상의 발언을 포괄적으로 보호하려고 했다고 볼 만한 법조문과 선언문을 찾을 수 없다고 했다. 사실, 항소심은 230(c)(2)에서 오히려 반대되는 입법의도를 찾아내었다(조문 내용 - 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다음과 같은 사유로 책임을 져서는 아니 된다. (A) 제공자나 이용자가 음란하거나, 추잡하거나, 지나치게 폭력적이거나, 괴롭히거나, 불쾌하다고 생각하는 내용 - 그것들이 헌법적으로 보호되고 있는지 여부를 묻지 아니하고 - 에 대한 접근이나 사용을 좋은 의도에서 자발적으로 제한하는 행동. (B) 정보 내용 제공자 등으로 하여금 위 (A) 항목에서 묘사된 내용에 대한 접근을 제한할 수 있도록 하는 기술적 수단을 사용 가능하게 하는 행동). 항소심은 모든 “발행인”이 203조(c)(1)에 의해 완전한 면책특권을 향유한다면 230조(c)(2)가 불필요한 조항이 될 것이라고 판단했다.

항소심은 더 나아가 CDA의 면책조항을 1998년 제정된 Digital Millennium Copyright Act(DMCA: 17 U.S.C. § 512)의 면책조항과 비교함으로써 “발행인”의 의미를 주된 발행인으로 한정하는 근거를 추가하였다. DMCA는 인터넷 서비스 제공자가 저작권 침해사실을 몰랐고 이를 알자마자 즉시 그 침해물을 제거한 때에는 면책된다고 규정하고 있다. 위 법은 상세한 인식의 요건과 상대방에 대한 충분한 통지에 의해 문제가 된 내용을 교체하는 절차를 규정하고 있다(17 U.S.C. § 512(c), (g)). 항소심은, 의회가 CDA에서 인식 책임에 대하여 그와 같이 자세한

규정을 포함하지 않았기 때문에 의회는 그 문제에 관하여 “직접적으로 언급”하는데 실패했고, 따라서 보통법상의 배포자 책임은 그대로 존재한다고 판시했다.

우리는 “발행인”에 대한 Zeran 법원의 해석은 정당하다고 결론내린다. 230(c)(1)의 문언은 광범위하고 직접적이다 : “상호작용하는 컴퓨터 서비스의 제공자나 이용자는 다른 정보내용 제공자에 의해 제공되는 정보의 발행인이나 발표자로 취급되어서는 아니 된다”. “배포자”가 “2차적 발행인”으로 알려져 있다면, 의회가 배포자를 별도로 언급해야 할 필요를 느꼈다고 볼 이유가 없다. 또한 단순한 배포자에 비해 발행인의 책임이 더 큼에도, 의회가 “발행인”을 면책하면서 “배포자”에게만 책임을 지우려 했다고 볼 이유는 더더욱 없다. 항소심은, 일단 온라인 배포자가 명예훼손적 내용을 통지받았다면 그들은 전통적인 의미의 발행인과 같은 지위에 있게 되고 따라서 그 게시물을 어떻게 처리할 지에 대하여 편집적 결정을 해야만 한다는 Zeran 법원의 지적에 대응하는데 실패했다.

우리는 230(c)(1)을 포괄적으로 해석하면 (c)(2)를 불필요하게 만들 것이라는 항소심의 결론도 받아들일 수 없다. 이 조항은 다른 주제를 다루고 있다. 230(c)(1)은 온라인에서 제공되는 정보로부터 발생하는 책임에 대한 것이고, 230(c)(2)는 인터넷 서비스 제공자나 이용자들의 온라인 정보에의 접근을 제한하려는 행위에 대한 것이다. 내용 검열에 대한 책임은 발행인이나 발표자로서의 피고의 지위와 일반적으로 연계된 것은 아니다. 230(c)(1)에 사용된 용어들은 명예훼손법으로부터 도출된 것이다. 230(c)(1)은 온라인 출판에 의해 침해를 받은 사람들로부터의 소송에 대한 면책규정이고, 230(c)(2)는 온라인 출판에의 접근을 제한함에 반대하는 사람들로부터의 소송에 대한 보호장치이다.

항소심의 DMCA에 대한 언급도, 의회가 발행인이라는 용어를 사용한 것이 배포자 책임을 면제하기에 부족하다는 항소심의 결론을 지지하기에 부족하다. 반대로, DMCA는 의회가 인지 책임에 대한 특별한 규정을 통하여 제한된 면책을 고안해 냈음을 보여준다고 할 것이다. 의회가 CDA에 그러한 특별 규정을 두지 않은 채 위 법 제정 후 10년 및 DMCA 제정 후 8년 동안 지내왔다는 것은, 의회가 CDA 하에서 인지 책임을 허용하지 않겠다는 의도를 명백히 한 것이라는 점을 강력하게 입증한다.

우리는 전통적인 인쇄물 발행인과 배포자 사이의 차이점이 인터넷 환경에서 어떻게 적용될지가 전혀 명확하지 않다는 점을 지적한다(Reno v. American Civil Liberties Union 참조). 상급심 법원에서 지적한 것처럼, “인터넷에 연결된 컴퓨터로 어떠한 개인이나 조직도 정보를 ‘발행’ 할 수 있다”. 그러한 정보가 다른 소스로부터 복사되면, 그러한 발행행위는 또한 배포행위로 볼 수도 있다. 활자 시대 이후 사이버 스페이스 시대 이전까지 발전된 법칙에 근거한 항소심의 구별은 피고가 발행인과 배포자 중 어느 쪽에 해당해야 하는지에 대한 논쟁을 촉발할 것이다. 명예훼손에 대한 보통법은 이에 대하여 어떠한 가이드도 제시해 주지 않고 있다.

예를 들면, 이 사건에서 Rosenthal은 원고의 명예를 훼손하는 내용의 선택 및 게시에 관한 자신의 적극적인 역할로 인해 자신이 주된 발행인의 지위에 있다고 주장할 수 있다. Bolen 기사의 배포에 있어서 그녀의 참여는 단순한 배포 차원을 넘었다고 볼 수 있다. 항소심은 Rosenthal이 배포자로서 책임이 있다고 결론 내림에 있어서 그녀 자신이 달리 주장·입증하지 않았기 때문이라고 하는 것 외에는 분석 근거를 밝히지 않았다. 우리는 위 문제에 대하여 대답할 필요는 없지만, 원고의 주장 자체가 Rosenthal을 발행인의 지위에 놓이게 한다는 항변이

제기될 수 있다.

## 2. 입법 연혁

항소심은 230조가 18세 미만의 사람에게 “음란하거나 상스럽거나”, “지적재산권을 침해하는” 메시지를 인식 하에 전달하는 것을 금하는 CDA의 다른 규정과 함께 제정되었다고 지적했다. 인터넷 서비스 제공자나 이용자들로부터 주된 발행인의 책임을 면제하는 것은, 명예훼손적인 내용을 찾아내서 제거하려고 노력하였으나 이에 실패한 발행인과 이용자를 보호하려는 유사한 목적 달성을 촉진시켰다고 판시했다. 그러나 항소심에 의하면, 배포자 책임으로부터의 면제는 통지를 받고도 행동을 취하기를 거절한 사람들과 함께 명예훼손적 내용을 차단하기 위하여 아무런 노력을 하지 아니한 제공자나 이용자를 보호하게 되기 때문에 위와 같은 목적에 배치된다고 할 것이다.

항소심은 230조의 입법연혁에 있어서 이와 같은 관점을 지지할 것을 주장했다. 항소심은, 서비스 제공자가 게시물을 적극적으로 삭제하고 편집하였기 때문에 주된 발행인으로서의 책임을 지게 된 Stratton Oakmont 사건에 의해 생겨난 자율 규제 회피 경향을 제거하기 위하여 230조가 제정되었다고 보았다. 그러나 항소심은 230조의 목적을 밝히는데 있어서 이전의 인터넷 명예훼손에 대한 사건도 똑같은 중요성을 갖는다고 했다.

Cubby, Inc. 대 CompuServe, Inc 사건에서 어떤 기자는 CompuServe에 의해 제공된 인터넷 포럼에 게재된 경쟁자의 게시물에 의해 명예훼손을 당했다고 주장했다. 법원은 보통법상의 배포자의 책임 기준을 적용해서 그 포럼은 CompuServe가 거의 편집적 통제권을 행사할 수 없는 전자적 도서관에 해당한다고 결론내렸다. CompuServe가 그 게시물을 알

았거나 알았어야 할 이유가 있음을 인정할 아무런 증거가 없었기 때문에 법원은 즉시 판결을 내렸다.

항소심은 Cubby 사건은 Stratton Oakmont 사건과 230조의 지지자들에 의한 논평에 있어서 눈에 띄이는 중요성을 가진다고 지적했다. 항소심이 의존한 법학적 기사에 의하면, “면책조항의 2명의 지지자 중 한명인 Cox 의원은, Cubby 사건에서 배포자 책임의 부과는 CompuServe가 그 내용에 대한 발행인이나 편집자가 아니었다고 결론내리는 것이라고 특징 지웠다. 그는 위 사건에서 CompuServe에 적용된 배포자 책임이 있다고 주장된 당사자들을 제외하기 위하여 명백히 발행인이라는 용어를 사용하였다. 그 조항의 지지자들은 Cubby 사건과 Stratton Oakmont 사건 모두를 요약했고, 또다시 Cubby 사건을 언급하지 않은 채 Stratton Oakmont 사건을 파기할 필요성에 대하여 계속 논의하였다.

이러한 자료들에 의하여 항소심은 배포자 책임을 보존하려는 의회의 의도를 발견했다. 항소심은, 명예훼손적 내용을 차단하는데 실패한다면 아무런 책임을 지게 되지 않기 때문에, 인터넷 서비스 제공자를 배포자 책임으로부터 면제하려는 것은 실질적으로 자율적 규제라는 목적달성을 위축시키게 될 것이라는 몇 개의 학술 논문을 인용하였다.

하지만, 항소심과 인용된 논문들은 입법 기록을 지나치게 심각하게 해석했다. 우리는 230조가 아니라 47 United States Code 223(f)(4)에 의해 입법화된 CDA의 별도 조항에 대한 Coats 상원의원의 논평을 인용한다. 230조의 지지자인 Cox 의원의 논평은 적절하고, 또한 배포자가 법적 보호로부터 제외된다는 점을 지적하지 않고 있다.

Cox 의원은, 203조가 Stratton Oakmont 사건에서와 같은 책임을 지지 않도록 보호함에 의하여 CompuServe와 같은 사람들을 돕기 위한 의도에서 제정되었다고 말했다. 그는, 따라서 자신들의 서비스

에 제공되는 내용에 대한 책임감 있는 심사를 독려하기 위하여 CompuServe와 같은 배포자들은 책임에 노출되기 보다는 책임으로부터 보호되도록 하였다고 말했다. 230조에 대한 항소심의 해석 하에서, 배포자는 공격적인 내용에 대한 통지를 받은 후 그 내용을 지웠다고 하더라도 공격받은 당사자를 만족시킬 만큼 신속하게 혹은 완전히 제거하지 못한 경우에는 소송을 제기당할 수 있게 된다. 공격적인 게시물을 제거하지 않기로 결정한 주된 발행인은 면책되는 반면 같은 결정을 내린 배포자는 보호받지 못하게 된다. 의회가 이처럼 불합리한 결과를 의도했다고 보이지 않는다.

230(c)(1)의 문언과 Cox 의원의 논평 모두 타인에 의해 제공된 온라인 내용물에 대한 서비스 제공자 자체적인 능동적 심사를 촉진하려고 했다는 것을 보여 준다. 의회는, 보통법상의 발행인과 배포자 사이의 구별을 유지하는 방법이 아니라, 제3자로부터 제공받은 정보에 대한 발행 책임을 모든 제공자에게 광범위하게 면제하는 방법으로 자신의 의도를 제도화하였다. 의회는 불법행위 책임에 의해 강요되는 규제보다는 자율적 규제를 고려하였다. 의회는 제3자 제공 내용을 재발행 함에 있어 공격적인 역할을 한 가장 능동적인 형태의 인터넷 발행인까지도 보호하기로 결정했다. 덜 능동적인 배포자에 대하여 통지에 의한 책임을 묻는 것은 이상한 것이 된다. 따라서 230조의 면책특권은 자율적 규제가 성공하지 못하였거나 혹은 전혀 시도되지 않은 경우에도 적용된다.

Rosenthal과 공동피고가 지적하는 바와 같이 입법 연혁은 Zeran 법원의 해석에 대한 명백한 근거가 된다. 2002년에 의회는 아동 도메인의 보충 및 효력법(Dot Kids Implementation and Efficiency Act)을 제정했다. 하원 위원회 보고서는 이 법의 목적을, “인터넷을 사용하는 아동과 가족을 위해 긍정적인

경험을 촉진할 내용물들의 집합체가 될 새로운 2차적 수준의 인터넷 도메인 창설을 용이하게 하기 위한 것"이라고 지적했다. 그 법률은 그것이 만든 새로운 레지스트리(registry) 및 관련된 실체들이 1934년 통신법 230(c)의 상호작용적인 컴퓨터 서비스로 간주된다는 조항을 포함하고 있다. 그 위원회 보고서는, 이 조항은 미성년자에게 부적합하거나 해로운 내용을 차단하고 삭제하는 자율적 감시에 근거하여 'kids.us'라는 레지스트리, 등록기관 그리고 그 레지스트리와 접촉하는 당사자들을 책임으로부터 보호하려는 의도에서 제정되었다고 설명한다. 위원회는 인터넷 서비스 제공자들이 230(c)를 원용하여 많은 소송을 방어하는데 성공했다고 지적했다. 법원들은 과실(negligence) 등을 원인으로 한 책임으로부터 보호하려고 하는 230(c)를 올바르게 해석했다.

### 3. 인지(認知, 혹은 통지) 책임의 실질적인 의미

Zeran 법원은 230조를 인지에 의한 책임을 허용하는 것으로 해석함으로써 인해 발생할 세 가지 해로운 결과를 확인했다. 첫째, 명예훼손적인 메시지에 대한 통지를 받은 서비스 제공자는 그 메시지를 제거함에 의해서가 아니라 이를 유지함에 의해서만 책임을 지게 된다. 이러한 사실 및 수많은 메시지가 명예훼손적인지 여부를 평가하는 부담은 자연히 통지를 받자마자 메시지를 삭제하려는 인센티브를 제공하게 되고, 결국 인터넷 언론의 자유를 침해하게 된다. 둘째, 인지에 근거한 책임은 서비스 제공자들이 게시물의 내용을 능동적으로 심사하는 것을 방해한다. 왜냐하면 잠재적으로 명예훼손적인 내용을 찾아내는 것이 제공자의 책임을 증가시킬 뿐이기 때문이다. 마지막으로, 인지에 근거한 책임은 제공자에게 논쟁적인 발언을 억제하거나 금지할 끊임없는 선택 의무를 부과함으로써, 제3자에게 손쉽게 소송을 제

기할 수 있는 수단을 제공하게 된다.

항소심은 서비스 제공자로 하여금 공격적인 내용에의 접근을 제한하도록 독려하는 조항이 인터넷 언론의 자유를 촉진하려는 의도를 가지고 있다는 점에 대하여 의문을 표시했다. 항소심은 또한 인지에 근거한 책임이 온라인 언론을 제한할 것이라는 결론에 대해서도 의문을 제기했다. 그와 같은 책임이 만들어낼 부담과 관련한 어떠한 증거도 기록상 발견되지 않는다는 점을 지적하면서, 항소심은 Zeran 사건에 대한 비판적인 학자들의 관점을 언급했다.

어떤 비판가들은 시장의 힘이 서비스 제공자들의 무조건적인 게시물 제거를 방지할 것이라고 주장했다. 왜냐하면 그렇게 마구 게시물을 삭제하는 제공자는 인터넷 커뮤니티에서 나쁜 명성을 얻게 될 것이기 때문이다. 명예훼손 소송에서 승소의 어려움이 제공자들의 인지에 근거한 책임 부담을 감경시킬 것이라는 점도 주장되었다. 또한 배포자의 책임이 인지에 의해서만 발생하고 서비스 제공자로 하여금 미리 게시물을 검토할 것을 요구하지 않기 때문에 명예훼손으로 인한 손해는 제공자가 메시지의 명예훼손성을 인식한 후에 발생한 것에 제한될 것이다.

McManus 사건을 언급하면서 항소심은, Zeran 판결이 인터넷을 통해 전달되는 명예훼손의 다양한 방식과 인터넷 중개자가 메시지 내용에 대하여 행사할 수 있는 다양한 수준의 통제 방식을 설명하는데 실패했다고 비판되어 왔다고 판시했다. 하지만 가장 근본적으로 항소심은, 비평가들이 Zeran 판결은 명예훼손 피해자들의 이익을 충분히 고려하지 않았다고 비판한다는 점을 지적했다. 미국 법원은 명예훼손 책임의 합법적인 보호와 언론의 자유라는 헌법적 권리 사이의 균형을 이를 법을 발전시키기 위해 노력해왔다. 항소심은 230(c)(1)로부터 도출되는 전면적인 면책이 그 균형을 깰 것이라는 관념에

저항했다. 항소심은 배포자 책임을 보존하는 것이 230조의 면책조항과 일관된다고 결론내렸다.

항소심은 그 법원칙이 인터넷 언론에 부과할 부담을 충분히 고려하지 않았다. 의회가 230조를 제정할 때 언론의 자유 보장에 무관심했다고 가정하는 것은 옳지 않다. 그 조문은 인터넷상의 “교육적, 정보적 자원의 사용에 있어서 이례적인 진전”을 환영하고 인터넷을 “지적 활동을 위한 수많은 기회를 제공하고 다양한 정치적, 교육적, 문화적, 오락적 서비스를 제공하는, 정치적 토론의 진정한 다양성을 위한 포럼”으로 격찬하고 있다(§ 230(a)(1), (3),(5)). 인터넷 중개자들의 광범위한 면책특권을 규정하고 있는 230(c)(1)은 그 자체로, 온라인 표현을 위한 자유로운 시장 유지라는 가치에 대한 입법적 수행임을 강력하게 보여 준다.

의회가 어떠한 인터넷 내용에 대한 접근을 제한하고자 했다는 사실도 반대의 결론으로 이끌지 않는다. 법원이 *Batzel v. Smith* 사건에서 적절히 검토한 바와 같이, 언론의 자유를 촉진하면서 동시에 자녀들이 인터넷을 통하여 접근할 수 있는 내용에 제한을 가하는 도구를 부모들에게 제공하려는 의회의 목표 사이에는 명백한 긴장관계가 있다. 이러한 긴장의 결과로, 어떤 학자들은 *Zeran* 법원이 인터넷을 통하여 내용물의 확산을 통제하려는 언론제한적인 목표를 가지고 도입된 첫 번째 수정조항의 목적을 입법에 부과했다고 주장했다. 이러한 비판은 법이 종종 하나 이상의 목적을 가지고 있고, 그 목적이 서로 상반되는 경우도 있다는 점을 간과한 것이다. 상충하는 가치들의 균형을 잡을 필요성은 입법에 있어서 주된 유인이 된다. 조문의 긴장관계는 종종 결점이 아니라 입법부가 자신의 일을 잘 수행하고 있다는 징표가 된다.

우리는 인터넷 서비스 제공자와 이용자에게 명예훼손 책임을 부과하는 것이 온라인 언론을 위축시

킬 것이라는 *Zeran* 법원 및 다른 법원의 판단에 동의한다. 이러한 결론은 시장의 힘이 제공자로 하여금 명예훼손성을 조사하지 않은 채 게시물을 제거하는 것을 방지할 것이라는 주장 보다 덜 가정적(假定的)이다.

우리는 명예훼손 소송에서 승소의 어려움이 잠재적인 책임의 언론에 대한 억제적 효과를 경감시킬 것이라는 주장을 받아들이지 않는다. 명예훼손법은 여러 요소에 대한 고려를 요구하는 복잡한 것이다. 그 요소들은 문제가 된 내용이 진실 혹은 거짓인지, 사실적인지 상징적인지, 면책적인지 그렇지 않은지, 공적인 주제인지 사적인 주제인지, 원고가 공중인지 사인인지 등을 포함한다. 명예훼손 가능성이 있는 인터넷 게시물을 조사하는 것은 따라서 매우 힘들고 비용이 많이 드는 도전이 된다. 그 때문에 명예훼손 주장이 명백히 무가치하다고 하더라도 책임에 대한 위협은 궁극적으로 표현의 자유를 위축시키게 된다.

또한 우리는 통지가 없으면 배포자의 책임도 없다는 판단에도 동의하기 어렵다. 배포자는 제3자로부터 통지를 받았을 때 뿐만 아니라 명예훼손적 내용을 독자적으로 알았거나 알았을 이유를 가지고 있었을 때에도 책임을 지게 된다(*Osmond v. EWAP, Inc.*). 따라서 *Zeran* 법원이 지적한 바와 같이, 배포자 책임의 이러한 측면은 인터넷 게시물에 대한 능동적인 검사를 위축시키게 된다. 그것은 제공자로 하여금 불만 통지를 수령하는 것을 거절하게 만들 수도 있다. 이러한 반응들은 자율적 규제라는 목적달성을 위축시킨다.

*Zeran* 사건에서 지적된 세 번째 실질적인 의미는 확실히 강제적인데, 항소심은 이것을 언급하지 않고 지나갔다. 서비스 제공자들의 통지에 근거한 책임은 불만을 제기하는 당사자로 하여금 그러한 내용을 발견할 때마다 불만을 접수하도록 함으로써 인

터넷 언론의 자유에 대한 실질적인 부담을 지우는 것을 허용하게 된다. 항소심의 판단에 의할 때, 인터넷 커뮤니케이션의 양과 범위에 비추어 수많은 비방글은 진정한 위협이 된다. 미연방 대법원은 CDA를 인터넷 발언에 의해 침해받은 사람들에게 광범위한 검열권한을 부여하는 것으로 해석해서는 안 된다고 경고했다(Reno v. American Civil Liberties Union). 인터넷 발행의 다양성과 서비스 제공자에 의해 행해질 수 있는 내용 통제의 다양한 수준이, 의회는 제3자가 제공한 내용의 온라인 재발행에 대하여 광범위한 손해배상 면책특권을 창설하려는 의도였다고 결론 내리는 것을 방해하지 않는다. 제공자, 이용자 그리고 법원에 보통법상의 명예훼손의 미묘한 차이점과 인터넷 환경에서 나타날 수 있는 다양한 형태의 명예훼손을 설명하도록 요구하는 것은 지나친 부담이 될 것이다. 우리는 Zeran 법원이 서비스 제공자에게 통지에 근거한 책임을 요구함에 따른 문제점을 정확히 진단했다고 결론내린다.

마지막으로, 우리는 Rosenthal과 eBay에 의해 제기된 또 다른 실질적인 의미를 간과할 수 없다. Zeran 법원 및 다른 법원에서 선언된 법과 다른 법을 채택하는 것은 명예훼손 소송의 원고로 하여금 임의로 법원을 선택(forum shopping)할 수 있도록 하는 것이 된다. 이러한 고려가 Etcheverry 대 Tri-Ag Service, Inc. 사건에서의 접근법을 따를 강한 정당성을 제공한다 : “우리는 연방적인 문제에 대해서도 연방 하급심의 결정에 지속되지 않지만, 그 결정은 설득력이 있고 중요한 것으로 인정된다. 연방 하급심의 선례가 나뉘거나 부족한 경우, 주법원은 연방법에 대한 독립적인 결정을 해야만 한다. 하지만 연방적인 문제에 대한 연방 하급심 법원의 결정이 많고 일관되는 경우에는 우리는 그 결정을 배척하는데 주저하여야 한다.”

### C. “이용자”의 책임

항소심에 의해 인정된 배포자 책임은 인터넷 서비스 제공자와 개인의 구별을 인식하지 않고 있다. 하지만 Rosenthal과 같은 개별 인터넷 이용자들은 Zeran 법원에서 논의되고 의회 기록에 반영된 정책적 고려 측면에서 서비스 제공자와 차이점이 있다. 특히, 개인은 제공자가 직면하게 되는 광대한 양의 제3자 게시물 문제에 부딪히지 않는다. 개인에게 있어서 자율 규제는 덜 무거운 짐이 된다. 또한 서비스 제공자는 이용자들이 의해 게시된 내용물을 검사함에 있어서 능동적이었던 수동적이었던 간에, 그 게시물의 이용자들보다 덜한 책임을 부담한다. 이용자들은 서비스 제공자보다 더 능동적으로 명예훼손적 혹은 다른 공격적인 내용의 악의적 배포에 관여하게 된다. 이러한 고려는 230조의 “이용자”란 용어의 범위와 이용자가 능동적 혹은 수동적 행동에 관계되었을 때의 면책 문제에 의문을 제기하게 된다.

이용자는 법에 정의되지 않았고, 제한된 입법 기록은 의회가 왜 이용자를 서비스 제공자와 함께 230(c)(1)의 면책 대상으로 규정했는지에 대한 설명을 포함하지 않고 있다. 하지만 조문 해석의 일반적인 법칙은 명확한 결과를 도출해 낸다. 우리는 의회에 의해 사용된 용어와 그 용어의 일반적인 의미가 입법 의도를 표현한다는 가정으로부터 출발해야 한다. “이용자”는 명백히 무언가를 이용하는 사람을 의미하고, 조문의 문맥상 의회는 ‘상호작용적인 컴퓨터 서비스를 사용하는 사람’을 의미하였음이 명백하다.

230(c)(1)은 “상호작용적인 컴퓨터 서비스의 이용자”에 대해 직접 언급하고 있다. 230(f)(2)는 “상호작용적인 컴퓨터 서비스”를 “인터넷 혹은 도서관이나 교육적 기관에 의하여 운영되거나 작동되는 시스템을 포함하여, 다수의 이용자에 의한 컴퓨터 서

버에의 접근을 제공하거나 가능하게 하는 서비스나 시스템 정보서비스, 시스템, 혹은 접근 소프트웨어 제공자”로 정의한다. 230(a)(2)는 그러한 서비스가 “이용자들에게 그들이 제공받는 정보에 대한 상당한 통제를 가능하게”하는 점을 지적하고 있고, 230(b)(3)은 의회의 의도가, “인터넷과 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 사용하는 개인, 가족, 학교가 자신들이 제공받는 정보에 대해 이용자 통제를 최대화 할 수 있도록 하는 기술적 발전을 촉진하는 것”이라고 표현하고 있다. 따라서 의회는 230(b)(3)에서 표현된 “개인들”을 포함하여 일관되게 상호작용적인 컴퓨터 서비스의 “이용자”에 대해 언급하고 있다.

의회가 230(c)(1)에서 이용자라는 용어에 관해 다른 의미를 부여했다고 볼 이유가 없다. Rosenthal은 Polevoy에 대한 Bolen의 글을 게시한 뉴스그룹에 접근하기 위하여 인터넷을 이용했다. 따라서 그녀는 CDA 상의 이용자였다. 의회가 230(c)(1)에서 “상호작용적인 컴퓨터 서비스의 어떠한 제공자나 사용자도 발행인이나 발표자로 취급되어서는 안 된다”라고 규정함에 있어서 서비스 제공자와 이용자를 다르게 다루려고 하였다고 볼 근거가 없다. 우리는 “이용자”라는 용어가 의미를 갖지 않도록 위 조문을 해석할 수 없다. 우리는, 웹사이트의 운영자로서의 개인의 역할이 서비스 제공자인지 혹은 이용자인지에 대한 의문을 제기하는 사건에 있어서 법원들은 법이 양자 모두에 대해 면책특권을 부여하고 있으므로 그와 같은 구별이 불필요하다고 판시하였다는 점을 지적한다.

Polevoy는 우리로 하여금 “능동적” 그리고 “수동적” 인터넷 사용을 구별하고 법상의 “이용자”를 수동적인 이용자에 한정할 것을 요구한다. 그는 230조의 (a)(2)와 (b)(3)이 이용자에게 의해 “제공받은” 정보에 대해 규정하고 있음을 지적한다. 그

는 또한 (c)의 제목이 “공격적인 내용에 대한 ‘선량한 사마리아인’으로서의 방지와 차단의 보호”라는 점을 지적한다. 이러한 전제 하에서, Polevoy는 이용자라는 용어는 공격적인 정보를 수령하는 사람과 그러한 정보를 인터넷 사이트에서 검사하고 제거하는 사람만을 의미한다고 주장한다. 그는 인터넷에 정보를 능동적으로 게시하거나 재발행하는 사람은 법상 면책특권이 적용되지 않는 “정보 내용 제공자”라고 주장한다. “정보 내용 제공자”는 “인터넷 기타 상호작용적인 컴퓨터 서비스를 통하여 제공되는 정보의 생산 혹은 발전에 대하여 전반적 혹은 부분적으로 책임이 있는 사람이나 주체”로 정의된다.

Polevoy의 견해는 우리가 검토하는 문제의 중심에 있는 조항을 설명하지 못한다 : 어떠한 이용자도 다른 정보 내용 제공자에 의해 제공된 정보의 발행인 혹은 발표자로 취급되어서는 아니 된다는 230(c)(1)의 금지조항이 그것이다. 컴퓨터상의 정보를 받기만 하고 그것을 다른 사람이 사용할 수 있게 만들지 않는 이용자는 발행인 혹은 발표자가 될 수 없다. 의회는 명백히 더 넓은 의미로 사용했을 것이다. 또한 게시물을 지우는 이용자가 “수동적”이고, 게시물이 온라인상에 남아 있도록 놓아두는 사람이 “능동적”인지도 명백하지 않다. 더욱이, 의회는 모든 정보 내용 제공자로부터 면책특권을 박탈하려 하지 않았음이 명백하다. 왜냐하면 230(c)(1)의 “또 다른” 제공자에 대한 언급은 면책된 발행인 혹은 발표자가 또한 정보 내용 제공자임을 가정하기 때문이다.

능동적 이용과 수동적 이용의 구별은 *Batzel v. Smith* 사건에서 검토되었다. Smith는 박물관 안전과 도난당한 예술품을 다루는 웹 사이트에 Batzel이 2차 대전 당시 나치에 의해 도난당한 그림들을 소유하고 있다는 내용의 이메일을 보냈다. 그 운영자는

웹 사이트에 그 메시지를 약간 수정하여 게시하였고, 그의 이메일 뉴스레터 독자들에게 그 내용을 발송하였다. Batzel은 Smith와 운영자를 명예훼손으로 고소했다. 제1심법원은 캘리포니아의 anti-SLAPP법에 의해 그 소송을 기각해 달라는 운영자의 신청을 받아들이지 않았다.

항소심은 그 신청을 받아들이지 않은 결정을 파기하고, 제1심법원으로 하여금 Smith가 그의 이메일이 인터넷에 게재되도록 하려는 의도를 가지고 있었는지를 운영자가 합리적으로 알았어야 했는지에 대해 판단할 것을 지시하였다. 항소심 법원은, 만약 그렇지 않다면 그 메시지는 다른 정보 제공자에 의해 “제공된” 메시지가 아니어서 운영자는 면책되지 않는다고 판시하였다. 이 사건에 관련된 논의는 동의 및 반대 의견에 나타난다.

Batzel 사건의 반대의견은, 다수의견이 인터넷 중개자들에게 재발행될 정보를 퍼뜨리는 것에 대한 면책특권을 부여함으로써, 전문적으로 루머와 가십을 만들거나 찾는 사람들에게 처벌받지 않고 허위의 해로운 정보를 퍼뜨릴 수 있도록 허용하는 법을 채택했다고 비판했다. 반대의견은 저자의 의도에 대신해서 피고의 행동에 근거한 법을 제안했다. 이에 따르면, 피고가 문제된 정보를 발행하기로 선택함에 있어서 능동적인 역할을 하지 않았을 때에만 CDA에 의해 면책될 수 있게 된다. 만약 피고가 그 선택에 있어서 능동적인 역할을 했다면 그 정보는 더 이상 230조의 ‘타인에 의해 제공된 정보’가 아닌 것이 된다.

반대의견은, 재발행을 위해 능동적으로 선택된 정보는 만약 그것이 해로운 것이라면 변형되고 더 강화되어 더 많은 해를 끼치게 된다고 보았다. 반대의견은, 서비스 제공자가 공격적 내용을 포함한 수백만 개의 게시물을 검사하기를 기대할 수 없다는 점을 인정한다. 하지만, 재발행 대상을 선택하기 위해

게시물을 능동적으로 검사하는 자는 명예훼손적인 내용을 인식할 수 있기 때문에 면책되어서는 아니 된다. 반대의견에 의하면, 게시판 관리자가 발행을 위해 메시지를 선택하지 않았다면 면책되고, 그가 특별한 명예훼손적 내용을 퍼뜨리기로 결정했다면 책임을 지게 된다. 반대의견에 의하면 자율적 규제를 촉진하려는 의회의 목적은 더 잘 달성된다고 한다. 왜냐하면 공격적인 내용의 전부 혹은 일부를 삭제한 사람은 면책될 것이기 때문이다. 반대의견은 의회가 인터넷상의 배포를 위하여 명예훼손적인 정보를 선택한 사람을 면책시키려 했다는 것을 믿지 않았다.

Batzel 사건의 다수의견은 능동적으로 발행할 정보를 선택한 피고와 게시된 내용을 검사하여 공격적인 내용을 제거한 피고 사이의 논리적인 차이점을 발견할 수 없다고 판시했다. “면책의 범위는 발행인이 선택의 과정에서 포함하였는지 제거하였는지에 의존할 수 없다. 왜냐하면 그것은 방법이나 정도의 차이일 뿐 본질적인 차이는 아니기 때문이다.” 우리는 이 결론에 동의한다. 나아가, 우리는 능동적으로 선택되고 재발행된 정보는 더 이상 230(c)(1)의 “다른 정보 제공자에 의해 제공된 정보”가 아니라고 하는 반대의견의 관점도 배척한다. 모든 재발행은 어떤 의미에서 “변형”과 관련된다. 내용에 근거하여 능동적으로 게시물을 선택하여 게시하는 이용자는 전통적인 “발행인”의 역할에 부합한다. 의회는 그러한 역할에 대해 면책특권을 부여하였다.

Rosenthal이 지적하는 것처럼, 인터넷상의 언론의 자유를 강화하려는 의회의 의도는 230조의 면책특권을 능동적인 개인 이용자들에게 확장하는 것을 지지한다. 법이 보호하려고 했던, “정치적 논의의 다양성”, “문화 발전 기회”의 추구, “지적 활동의 수많은 경로”의 탐험을 제공하는 것이 바로 능동적인

개인 이용자들이다(§ 230(a)(3)). Batzel 사건의 반대의견의 입장은 인터넷 표현의 자유를 억제하고 자율적 규제를 위한 인센티브 제공이라는 목적 달성을 위축시킬 것이다. 공격적인 내용을 삭제한 이용자는 남아있는 내용에 대한 “적극적인 선택”으로 인해 책임을 지게 될 수도 있게 된다. 이러한 입장에 있는 이용자들은 다소 공격적인 내용이라도 삭제하려고 할 것이고 결국 온라인 토론의 영역을 제한하게 된다. Rosenthal과 같이 이용자가 많은 인터넷 게시판을 관리하는 이용자들은 제3자의 게시물을 검사하기를 꺼리게 될 것이다. 개인 이용자들은 기관 서비스 제공자들보다 덜 자주 책임질 위험을 맞게 되겠지만, 개인들은 경제적, 법적 자원이 상대적으로 부족하므로 그러한 위험이 결코 가볍지 않게 된다. 우리는 230(c)(1)의 “이용자”라는 용어로부터 특별한 의미를 도출하거나 “능동적” 혹은 “수동적” 인터넷 이용 사이의 실질적 차이를 인정할 근거를 찾을 수 없다고 결론내린다. 어떠한 이용자도 제3자 제공 내용물의 발행인으로 취급되지 않는다고 선언함에 의해서, 의회는 개인 인터넷 이용자들에 의한 재발행에 대하여 면책특권을 부여하였다.

#### D. 결론

우리는 Zeran 법원의 230조 면책특권에 대한 광범위한 해석에 대해 우려를 표시하는 사람들의 염려에 공감한다. 인터넷에 명예훼손적 내용을 의도적으로 재발행한 사람에 대하여 광범위한 면책특권을 부여하는 것도 논란의 여지가 많다. 그럼에도 불구하고, 230조는 그 문언에 따라 인터넷 중개자들에 대하여 재발행으로 인한 명예훼손 책임을 면제한다. 면책조항은 의회의 의도대로 온라인상의 표현의 자유를 보호하고 자율적 규제를 독려하는 역할을 한다. 230조는 문언대로 해석되어 왔다. 그 조항은 인터넷 서비스 제공자나 사용자들이 배포자로서 소송당하거나 능동적인 이용자들이 책임을 부담하는 것을 허용하지 않는다.

원고들은 230조 하에서 최초로 명예훼손적 내용을 인터넷에 게시한 사람에 대하여 소송을 제기할 수 있다. 책임을 그 이상 확장하기 위해서는 의회의 입법을 기다려야 한다.

#### III. 주 문

항소심 판결을 파기한다.

출 처 : Media Law Reporter Vol. 34, No. 48 PP. 2573 ~ 2553  
번 역 : 박재우 판사 (의정부지방법원) □