

독일 판결

정치적 사안에 대해 광고의 범주 내에서 풍자적으로 비판할 수 있다는 광고자의 이익의 고려가 광고에 초상 사용을 원치 않는 전직 연방재정장관의 이익을 앞선다

해당조문 : 예술저작권법 제22조, 제23조; 민법 제812조 제1항 제1문, 제823조 제1항.

연방대법원 2006년 10월 26일자 판결 - I ZR 182/04

(함부르크 고등법원)

판결요지

1. 타인의 초상을 상업적 용도로 불법적으로 사용하는 경우에는 손해배상이나 부당이득반환이라는 관점에서 적절한 사용료에 대한 지급청구권이 발생한다. 이때 초상권자가 자신의 사진을 무료로 전파하거나 공중에 게재되는 것을 허가했는지 여부는 중요하지 않다.

2. 시사적 영역에 영향력이 있는 유명 인물은 본인의 초상이 제3자에 의해 광고 목적으로 사용되는 것을 규칙적으로 항상 허용해야만 하는 것은 아니다. 하지만 일상생활에서의 생생한 주요사건을 풍자적으로 비판하는 광고에 타인의 초상을 사용하는 행위를 당사자가 수인해야 하는 결과를 도출해낼 수도 있는 이익형량이 항상 존재하게 된다.

사실관계

원고는 1999년 3월 11일 연방재정장관으로서의 직위와 사민당(SPD) 당수직을 사퇴한 오스카 라퐁텐(Oskar Lafontaine)이다. 피고는 차량임대기업 S의 회사인 자동차리스전문회사를 경영하고 있다. 피고는 원고의 허가도 없이 1999년 3월 21일에 신문 “벨트 암 존탁”(Welt am Sonntag)에 반 페이지 분량, 3월 22일에는 “프랑크푸르트 알게마이네 짜이퉁”(Frankfurter Allgemeinen Zeitung)에 2페이지 분량으로 원고의 인물사진을 촬영하여 광고에 게재하였다.

인물사진은 그 당시 원고를 포함해서 연방정부를 구성하고 있던 16명의 각료를 대상으로 촬영되었다. 이 사진은 희미한 망사로 가려져 있었지만 누구든지 대상자를 인식할 수 있었다. 인물사진 밑에는 “S가 시험운행을 위해 각료들에게 자동차를 임대해주었다”라는 내용의 기사가 실려 있었다.

원고는 피고가 허구적 내용으로 사진을 사용한 데 대해 특허권 사용료로 최고 25만 마르크(13만 유로

상당)의 금액을 지급하도록 소송을 청구하였다. 원고는 피고가 자신의 지명도를 이용해서 초상을 광고목적으로 사용함으로써 상업화했다고 주장하였다. 피고는 원고의 소송제기에 대해 이의를 제기하였다.

지방법원에서는 피고가 최고 10만 유로를 원고에게 지급할 것을 명령하는 판결을 내렸으며, 피고의 소에 대해서는 기각하였다. 항소심 재판부도 피고의 항소를 기각하였다(함부르크 고등법원 판결은 AfP 2004 S. 566).

재판부가 허용한 상고심에서 피고는 소가 기각된 것에 대해 계속적으로 이의를 제기하였다.

판결이유

피고의 상고는 성공하였다. 피고는 문제가 된 소송에 대한 판결의 무효화와 원고가 제기한 소의 기각결정을 이끌어냈다. 원고에게는 민법 제812조 제1항 제1문이나 제823조 제1항, 예술저작권법 제22조와 제23조에 따른 허구적 내용으로 초상을 사용한 것에 대한 특허권 사용료 지급의 청구권이 발생하지 않는다. 총체적인 청구권이 발생하기 위해서는 피고가 위법한 방법으로 원고의 초상권을 포함한 인격권을 침해하였다는 것을 전제로 한다. 하지만 소가 제기된 광고에서 원고의 인물사진을 전파하는 경우 이것이 시사적 영역의 사진에 해당할 때는 본인의 허가가 없어도 기본적으로 허용될 수 있고, 개별적 경우의 전파행위에 의해 원고의 정당한 이익이 침해되지 않기 때문에 여전히 문제가 발생하는 것이다(예술저작권법 제23조 제2항).

1. 피고는 상고에서 특히 소송이 제기된 사진공표가 예술저작권법 제22조의 보호목적과 관련성이 없다는 것에 대한 근거를 내세웠으나 성공하지 못했다. 상고가 의미하는 것은 이러한 그림은 소가 제기된 광고에

서 오히려 원고의 인격화에 기여하고 문패에 의해 대체될 수도 있었을 것이다. 그럼에도 불구하고 원고의 초상사진에 대한 공개로 원고의 초상권에 대한 보호범위를 침해한다는 사실은 변하지 않았다는 사실이다. 소가 제기된 문제의 초상사진 공개는 널리 알려진 개인의 사진이 동의 없이 광고에 실린 다른 경우와는 구분되고, 그것은 노력에 의해 발생하여 성과물로 전송된 초상에 대한 호감이나 이미지 가치에 관한 것이 아니다. 소송의 대상이 된 문제의 광고는 오히려 원고를 중단된 자동차 시험운행기간 중 좌절한 원고의 동료를 표현함으로써 광고의 효과를 달성하는 데 목표를 두고 있다. 그러한 효과는 원고를 우롱하면서 원고를 희생시키는 데 바탕을 두고 있다. 그렇다 하더라도 이러한 사실이 초상사진의 전파와 공공에게 공개하는 경우 반드시 초상권자의 동의를 필요로 하고 그렇게 함으로써 초상권에 대한 침해가 없었음을 의미하지는 않는다.

2. 또한 원고는 연방재정장관에게 적용되는 다른 업무상 행위의 금지 또는 자신의 초상에 대한 상업적 가치에 대한 정치적 신뢰 때문에 제약받고 있기 때문에 부당이득청구가 처음부터 고려될 수 없다는 피고의 상고에서의 주장은 이유 없다.

항소심 재판부는 이미 원고의 초상의 전파나 공적용도로 게재한 것에 대한 허가를 무보수로 보장하는 여부와는 상관없이 초상의 게재에 대해 부당이득청구권이 발생하는 것으로 간주하고 있었다. 타인의 초상을 권한 없는 자가 상업적으로 이용하는 행위는 일반적 인격권에 해당하는 타인의 초상권에 대한 재산상의 권리를 침해하는 것이고, 기본적으로 채무 외에 전제된 손해배상청구권과 함께 통상의 특허권사용료 지불의무의 침해에 대해 반환청구권을 근거로 한다(연방대법원 1999년 12월 1일자 판결 - I ZR 226/97, GRUR 2000 S. 715 (716) = WRP 2000 S. 754 - Der blaue Engel; 또한 연방헌법재판소 2006년 8월 22일

자 결정 - 1 BvR 1168/04, WRP 2006 S. 1361 Tz 28 u. 31 참조). 부당이득반환의 대상은 타인의 초상의 이용이다. 이것이 발생하지 않았기 때문에 민법 제818조 제2항에 따른 가치보상이 이루어질 수 있다. 누구든지 제3자의 초상을 상업적 목적으로 정당하지 않게 이용한 자는 경제적 가치이용에 대한 의무를 부여받게 된다. 이와 함께 침해자에게는 이로 인해 발생한 재산법상의 귀속이 이루어지도록 해야 하고, 초상의 사용에 상응하는 가치보상의 의무를 부여해야 한다. 이것은 초상을 사용하는 행위에 대해 이미 적절한 특허권사용료를 지불하지 않아도 된다고 허용했는지 여부와는 관련 없이 적용된다. 지급청구권은 당사자의 동의를 필요로 하지 않기 때문이다. 오히려 당사자의 배타적인 처분권능에 가해진 법적 침해에 대한 조정을 시사하고 있는 것이다(MünchKomm. BGB/Rixecker, 4. Aufl., § 12 Anh. Rdn. 226; Schricker/Götting. Urheberrecht, 3. Aufl., § 60 UrhG). 적절한 특허사용료를 근거로 한 손해배상이나 부당이득의 조정이 기본적으로 초상권자가 돈벌이를 비롯해 자신의 초상에 대한 권리의 허가를 전제로 한다는 것을 연방대법원 판결에서 추측할 수 있는 한, 추론해낼 수 있는 한 그것에 얽매이지는 않는다(BGHZ 26 S. 349 (353) - Herrenreiter).

3. 소송이 제기된 문제의 원고 초상을 광고를 통해 전파한 행위는 예술저작권법 제23조 제2항의 구성요건에 해당하는지 심사와는 별개로 예술저작권법 제23조 제1항 제1호에 따라 허용된다(이에 대해서는 4. 참조). 이에 따르면 시사적 영역으로부터 발생한 사진 초상은 초상권자의 허가 없이 전파될 수 있다.

a) 본 사건에서 원고의 인물사진은 어떠한 경우든지 연방재정장관과 사민당 당수직을 사퇴한 것과 직접적·시간적·내용적으로 관련성이 있기 때문에 시사적 영역으로부터의 초상에 해당한다(예술저작권법 제23조 제1항 제1호). 여기에서 원고의 인물사진이 광

고라는 형식을 빌어서 전파되었다 하더라도 변화된 상황은 없다.

b) 특히 보호가치 있는 공공의 정보이익이 없는 그와 같은 내용에 대해서는 예술저작권법 제23조 제1항 제1호를 근거로 내세울 수 있다. 타인의 초상권을 광고에 사용함으로써 배타적인 영업이익에 기여하는 경우 이러한 광고에는 보호가치 있는 정보이익이 결여되어 있다 (BGHZ 20 S. 345 (350 f.) - Paul Dahlke: BGH, Urt. v. 14.4. 1992 - VIZR 285/91, GRUR 1992 S. 557 = NJW 1992 S. 2084 - Talkmaster - Foto: Urt. v. 1. 10. 1996 - VI ZR 206/95, GRUR 1997 S. 125 (126) = NJW 1997 S. 1152 - Bob-Dylan-CD: BGHZ 143 S. 214 (229) - Marlene Dietrich). 이는 특히 저명한 인물초상의 광고가치를 이용해서 성과물로 도출해내기 위하여 시사적 영역으로부터 타인의 초상을 이용할 때에 해당된다. 이에 대해 예술저작권법 제23조 제1항 제1호의 적용범위는 광고가 광고목적 외에 공중에 대해 정보내용을 제시할 경우에도 폭넓게 열려있다(BGH, GRUR 1997 S. 125 (126) - Bob-Dylan-CD: BGHZ 151 S. 26 (30); BVerfG, Beschl. v. 25.8. 2000 - 1 BvR 2707/95, NJW 2001 S. 594). 이것은 정보의 공개가 일반 공중에게 기여한다는 것은 상업적 관련성이 있어도 이를 배제하지 않기 때문이다(BGH, Urt. v. 5. 10. 2006 - I ZR 277/03 - kinski-klaus.de, II, 4 c에서 참조). 또한 기본법 제5조 제1항의 보호범위에는 가치 평가적·의사 형성적 내용을 포함하고 있는 상업적 목적의 의사표현과 순수한 경제 광고와 함께 표현을 완성하게 하거나 표현을 보완하는 초상의 공표까지 포함된다(BVerfGE 71 S. 162 (175); 102 S. 347 (359) - Benetton-Werbung: BGH, Urt. v. 14. 11. 1995 - VI ZR 410/94, GRUR 1996 S. 195 (197) = NJW 1996 S. 593 - Abschiedsmedaille: BGH, GRUR 1997 S. 125 (126) - Bob-Dylan-CD: BGHZ 151 S. 26 (30)).

원고가 소송을 제기한 문제의 광고는 근본적으로 광고목적에 기여하지 못한다. 오히려 이 광고에는 원고의 초상을 이용하여 생생한 현실사건에 대해 풍자적 형태로 정치적 의사표현을 하고 있다. 피고는 원고를 이미 자동차시험운행에서 실패한 동료들과 함께 비교하면서 풍자적 방법으로 원고가 재정장관으로서의 공직을 단기간에 사퇴해 버린 상황을 비판적으로 묘사하고 있다. 이러한 의사 형성적 내용은 명백하게 광고의 본래 목적에 의해 퇴색되지 않는다.

4. 기본적으로 예술저작권법 제23조 제1항 제1호에 따라 허용되는 원고에 대한 초상의 전파는 구체적으로 소송이 제기된 본 사건에서 그 정당한 이익을 침해하지 않는다(예술저작권법 제23조 제2항).

a) 예술저작권법 제23조 제2항에 따라 시사적 영역으로부터 발생한 개인의 초상을 허가 없이 공개할 수 있는 권한은 개별적 사안에서 초상권자의 정당한 이익을 침해하는 초상의 전파까지 포함하지 않는다. 이 사례가 그러한 경우에 해당하는지 여부는 포괄적이고 개별적 사례에서 이익형량을 근거로 답변할 수 있다. 이는 윤곽법으로서 인격권이 가지는 특성으로 이러한 경우에는 보통 권리의 절대적인 보호범위가 결여되어 있기 때문이다. 따라서 이러한 권리에 대한 보호범위의 특징은 매번 보호가치 있는 상대방의 이익과 형량을 통해서 정해져야 한다(BVerfGE 101 S. 361 (393); BGH, Urt. v. 12. 10. 1993 - VI ZR23/93, GRUR 1994 S. 391 (392) = NJW 1994 S. 124 - Alle reden vom Klima; BGHZ 156 S. 206 (210)). 이 경우 피고가 광고를 통해 원고의 초상을 공중에 전파했을 때 기본법 제5조 제1항 제1문을 근거로 한 피고의 법적지위보다 원고의 인격권에서 재산적 가치가 있는 구성부분에 더 중요한 가치가 부여될 수 있는지 여부는 문제가 된 침해의 강도를 고려하면서 조사가 이루어져야 한다.

b) 항소심 재판부가 당연하게 인정한 바와 같이 광

고에 타인의 초상을 무단 사용하는 경우에는 통상적인 경우 초상권자의 인격권이 허가 없이 광고에 초상을 게재한 경우에 발생하는 이익을 능가하게 된다(Schricker/Götting, §60 UrhG/ §23 KUG Rdn. 16 참조). 이는 스스로 어떠한 방식으로 자신의 초상이 광고목적으로 사용되어야 할지 결정할 권리는 일반적 인격권의 본질적 구성요소이기 때문이다. 이 경우 특히 타인의 초상을 사용함으로써 초상권자의 이미지나 광고가치가 이용되었는가와 초상권 소유자를 획득된 생산품과 동일화하게끔 하는 인상을 받았는가가 가장 중요한 부분이 된다(BGHZ 20 S. 345 (352) - Paul Dahlke; BGH, WRP 1995 S. 613 (614) - Chris Revue; BGHZ 151 S. 26 (33)).

c) 상고에서는 항소심 재판부의 견해와는 다른 방향으로 접근하였다. 항소심 재판부는 명백한 광고목적으로 인하여 피고의 의사표현의 자유가 원고의 인격권에 반하기 때문에 후퇴해야 한다는 결론을 이끌어 낼 수밖에 없다는 견해를 내세웠지만, 이러한 판단과는 달리 상고에서는 피고가 승소하였다. 소송이 제기된 본건에서는 분명히 원고의 이미지나 광고가치를 경영상의 이득으로 전용한 사실은 발생하지 않는다. 본건 사건에서의 광고는 원고가 노력해서 얻은 성과물을 소개하는 듯한 인상을 주지는 않는다. 이와 동시에 원고가 광고에 그의 초상의 사용을 감수해야 한다는 어떠한 이유도 설명되지는 않고 있다. 그럼에도 불구하고 본 사건에서는 일상에서 발생한 정치적 사안에 대해 광고라는 범주 내에서 풍자적으로 비판할 수 있다는 광고자의 이익의 고려가 광고에 그의 초상 사용을 방해하고자 하는 원고의 이익을 뒤로 후퇴시킨다는 결론을 이끌어 낼 수 있다.

피고는 순전한 주의광고의 범주를 넘어서 원고가 행한 업무를 간단한 자막형태의 광고로 평가하고자 하였다. 이는 돈벌이의 수단으로 원고의 초상을 광고에 이용한 것이 아니라 재정장관으로서 원고의 직위

사퇴를 풍자의 형태로 표현한 것이며 광고는 단지 그
방편에 불과한 것이라 할 수 있는 것이다.

따라서 원고의 초상은 광고의 범주 내에서 정치적
사안을 논평하는 시사적 내용에 귀속된다. 본 사건
광고는 광고에 포함된 내각의 나머지 15명의 인물사
진을 그 크기나 배치에 있어 똑같이 정렬시키고 있
으며, 내용적으로도 중립적인 인물사진을 사용하고
있다. 이러한 초상은 그 중심에 원고가 위치하고 있
는 시사적 내용에 대한 피고의 풍자적 비판의 한 부
분으로 볼 수 있는 것이다. 광고라는 범주 내에서 피
고에 의한 정치적 비판이 이루어지고, 그렇게 함으로
써 자동차리스회사에 대한 주목이 이루어진다 하더
라도 그러한 행위는 의사표현의 자유의 특별한 보호
를 받게 된다(기본법 제5조 제1항 제1문). 본 사건에

서는 허가 없이는 절대 초상권이 침해받아서는 안
된다는 사실에서 발생하는 원고의 권리는 피고의 이
러한 헌법상 자유권의 행사에 대해서는 뒤로 후퇴할
수밖에 없는 것이다. 이러한 광고는 오직 민사상의
권리를 침해할 수는 있지만 헌법에 근거한 인격권의
보호가치 있는 구성요건을 침해하지는 않는다
(BVerfG, WRP 2006 S. 1361, Tz 27 ff.). 헌법상 인간
존엄성 존중에 의해 보호되는 일반적 인격권의 이상
적 요소는 본 사건 논쟁에서는 제공될 수 없다. 본 사
건 소송에서 제기된 광고로 인한 원고의 명성에 대한
침해는 존재하지 않는다.

출 처 : AFP 37 Jahrgang Heft 6 - 2006 SS. 559-561.

번 역 : 권 형 둔 (공주대학교 법학과 교수)



일본 판결1

정보제공자의 발언이 기사화됨으로 인해 명예훼손이 성립하는 경우에 있어서, 당해 정보제공자의 불법행위책임은 인정되지 않은 사례

원 고 : 유한(有限)회사 A, 동사 대표이사 甲野太郎

피 고 : 乙原次郎

도쿄지법 2005(7) 제18685호, 손해배상청구사건

2006. 8. 29 민사 제37부 판결, 청구기각·항소

2006년 5월 23일 변론종결

주 문

1. 원고의 청구를 기각한다.
2. 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

사 실

제1. 당사자가 청구한 재판

1. 청구의 취지
(1) 피고는 원고에 대해 3,000만 엔 및 이에 대한
지불이 완료될 때까지 2005년 7월 12일부터 연 5부
의 비율에 의한 금전을 지불하라.

- (2) 소송비용은 피고의 부담으로 한다.
 (3) 상기 1에 대한 가집행의 선언

2. 청구의 취지에 대한 답변 주문과 같은 취지

제2. 당사자의 주장

1. 청구원인

(1) 원고는 기업 커뮤니케이션 전략, 브랜드 전략, 광고 선전 업무 컨설팅 등을 업무로 하는 회사이며, 피고는 2005년 8월까지 민주당 소속 중의원 의원으로 있던 자.

(2) 2004년 2월 20일 내각 관방 우정(郵政)민영화 준비실(이하 「준비실」로 한다)이 발행한 「우정민영화란 그런 것이야 통신」 제하의 신문 전단광고(乙1, 이하 「본건 전단광고」로 한다)가 전국의 세대에 약 1,500만 부가 배포되었다. 원고는 준비실로부터 이 전단광고의 기획제작, 인쇄, 배포를 수주했다.

(3) 주식회사 扶桑사(이하 「扶桑사」로 한다)가 2005년 7월 12일에 발행한 주간지 「SPA!」 2005년 7월 19일호(이하 「본건 잡지」로 한다) 20쪽의 「보도되지 않는 우정민영화의 『속보이는 연극』의 이면」이란 제목으로 보도한 기사(이하 「본건 기사」로 한다) 중에, 주간지 「SPA!」 편집부(이하 「본건 편집부」로 한다)에 대한 피고의 발언이라면서 별지기재의 발언(이하 「본건 발언」으로 한다)이 게재되었다.

(4) 본건 발언 중 「이 업무는 원래 대형 광고대리점에서 수주했던 것인데, 그것을 실적도 없는 사원 2명뿐인 회사가 끼어들어 수주할 수 있었던 것은 竹中 대신의 의사(意思)가 있었다고 밖에는 생각할 수가 없다」는 부분(이하 「본건 발언 1」로 한다)은 본건 잡지의 일반 독자에 대해, 종업원이 2명뿐인 실적도 없는 회사인 원고가 마치 당시 우정민영화 담당이었던

竹中 대신(이하 「竹中대신」으로 한다)의 소개로, 종래 대형 광고대리점이 수주해온 본건 전단광고 제작 등의 업무를 수주했다는 사실을 적시했으며, 「정부홍보는 100억 엔이라는 예산이 있으나 『제2의 기밀비』라고 말할 정도로 엉성하게 함부로 쓰여 지고 있다. 예를 들면 이 정도의 전단광고 디자인 등에 드는 적정비용은 200만 엔 정도인데, 1,300만 엔의 견적을 내고, 계약일까지 숙인 것도 정부는 인정하고 있다」는 부분(이하 「본건 발언 2」로 한다)은, 원고가 마치 상기 업무에 관해 견적을 부풀리고 수주와 관련된 계약일까지 숙인 것처럼 적시하여 원고의 명예와 신용이 현저하게 훼손되었다.

(5) 이하의 사정에 의하면, 피고가 본건 편집부의 취재에 응한 것과 본건 발언이 본건 기사에 게재된 것과의 사이에는 상당 인과관계가 있다. 즉 ① 본건 기사의 내용은, 피고가 2005년 7월 4일의 중의원 우정민영화에 관한 특별위원회에서 행한 질문 및 발언 내용과 거의 일치하기 때문에 신용성이 높다고 생각하여 본건 편집부에서 독자적인 입증취재나 판단을 하지 않고 본건 기사를 게재한 것이다. ② 당시의 사회풍조로서, 우정민영화에 반대하는 사회적 기운이 매스미디어에서 고조되고 있는 가운데, 본건 발언에 관련한 내용은 당시의 매스미디어의 필요성과 사회적 풍조에 합치하고 있어, 기사로 취급될 가능성이 높았다는 배경 아래, 피고는 본건 편집부의 취재에 대해 사진촬영을 허용하고, 당해 사진의 지면게재를 명시 또는 묵시적으로 승낙하고, 이름을 명시하는 것도 승낙하여 자료를 제공하는 등 적극적으로 응한 사실 그리고 본건 잡지가 대중성향의 주간지라는 점을 아울러 고려하면 피고는 우정민영화에 대한 비판적 논조의 하나로서 본건 발언이 채용되리라는 것을 강하게 예측하면서 이를 용인하고 있었다고 해야 할 것이다.

(6) 본건 잡지는 전국적으로 약 20만 부를 발행하는 영향력이 큰 주간지이기 때문에 원고는 본건 발언

으로 적어도 3,000만 엔을 맡들지 않는 무형의 손해를 입었다.

이유

1. 청구원인 (1)~(3)의 각 사실은 당사자 간에 다툼이 없다.

2. 청구원인 (4)의 명예 및 신용훼손 성립여부를 검토한다.

본건 발언 1 및 2의 주된 목적은, 정부에 대한 비판으로 원고 자체를 비판한 것은 아니나, 일반 독자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 할 때, 본건 발언 1은 정부 공보(公報)를 취급한 실적도 없고 종업원수도 극히 적은 회사인 원고가 竹中 대신의 소개로 종래 대형업체가 수주해온 본건 전단광고의 제작·배포 등의 업무를 수주했다는 사실을 적시했으며, 본건 발언 2는 원고가 마치 상기 업무와 관련하여 불린 건적으로 수주계약일까지 속이고 있다는 사실을 적시하여, 원고의 사회적 평가를 저하시켜 그 명예와 신용이 훼손되었다고 해야 할 것이다.

3. 청구원인(5)의 성립여부(피고가 취재에 응한 것과 본건 발언이 본건 기사에 게재된 것과의 상당인과 관계의 유무)에 대해 검토한다.

(1) 널리 공간(公刊)되고 있는 잡지기사의 편집권은 그 출판사가 독점하고 있으며, 기사를 작성하여 잡지에 게재함에 있어서는 당해잡지의 편집부가 독자적으로 입증취재를 하여 게재의 옳고 그름을 검토하는 편집작업을 한 후에 그 책임 아래 게재하는 것이 통상적이다. 또 정보제공자도, 그러한 행위가 행하여져 당해잡지의 편집부의 책임 하에 기사가 게재된다고 생각하는 것이 보통이다.

따라서 당해 잡지기사에 의해 타인의 명예나 신용

이 훼손되었다고 하더라도, 당해 기사가 작성되는데 있어 정보를 제공한 자는, 제공된 정보의 성질, 정보와 제공자의 관계 등에 비추어 출판사에 의한 입증취재가 기대될 수 없는 경우(출판사와 정보제공자가 뜻이 통한 경우도 포함), 정보제공자가 사전에 당해 기사를 보고, 당해 기사의 게재를 승낙한 경우 등 특별한 사정이 없는 한, 정보제공자의 정보제공행위와 당해 정보제공을 근거로 작성된 기사의 게재와의 사이에는 상당 인과관계가 없다고 해야 할 것이다. 그리고 당해 정보가 국회의원이 국회에서 행한 질문 또는 발언한 내용과 같다고 해서, 바로 출판사에 의한 입증취재가 기대될 수 없다고 할 수는 없다.

이를 본건과 관련하여 볼 때, 증거(甲3, 乙2~6, 乙22, 피고 본인) 및 변론의 전체 취지에 의하면, 당시 민주당 소속의 중의원 의원이던 피고는, 같은 민주당 소속의 모 중의원 의원과 함께 2005년 6월 3·13·14·15·21일과 7월 4일 중의원 우정민영화에 관한 특별위원회에서, 정부 공보를 취급한 실적도 없는 종업원 2명, 자본금 300만 엔의 작은 회사인 원고가 본건 전단광고의 작성·배포 등을 수주할 수 있었던 것은 竹中 대신 등과 모종의 관계가 있었던 것은 아닌지 의문이 있다고 질문했으며, 본건 전단광고에 관해서는 제작 등에 드는 비용이 불려서 청구된 것은 아닌지, 본건 전단광고의 계약일에 대해서도 실제의 체결일보다 소급시킨 것은 아닌지 등을 질문했다.

또한 그 질문을 함에 있어서는, 질문의 근거를 구체적으로 지적하면서, 피고가 상기 특별위원회에서의 질문이나 본건 편집부의 취재에 응했을 때 제공한 자료 이외에 국회의원이 아니면 입수할 수 없는 성질의 신뢰성이 높은 정보원(源)을 갖고 있었을 리는 없었을 것이라는 사실, 동월 5일 본건 편집부로부터 상기 질문내용에 대한 취재신청이 있자, 이를 응락한 피고는 동월 6일 오후 2시부터 약 1시간 동안 중의원 의원회관 내의 피고의 국회사무실에서 扶桑사의 기사 1

명, 大川홍업의 大川豊, 프리랜서 기자 1명으로부터 취재를 당했다는 사실, 피고는 본건 편집부로부터 본건 잡지의 발행 전에 본건 기사에 게재되는 본건 발언의 내용이나 체재에 관해 전혀 연락을 받지 못했으며 원고(게라=galley)의 확인도 하지 않았다는 사실 등이 인정된다.

이상에 의하면 피고에게 있어, 제공된 정보의 성질, 정보와 제공자의 관계 등에 비추어 본건 편집부에 의한 입증취제가 기대될 수 없는 정보를 제공했다고 할 수 없으며, 사전에 보여준 본건 기사를 보고 본건 기사의 게재를 승낙했을 리는 없다는 것이 인정된다. 실제로 피고는 본건 발언 1 가운데 「이 업무」란, 우정민영화에 관한 정부홍보 업무의 취지로 본건 편집부의 취재에 답했음에도 불구하고, 본건 발

언 1에서는 본건 전단광고의 제작 등의 업무를 지적한다고 해석되는 표현으로 되어있으며, 본건 발언이 피고가 취재에 응했던 내용과 반드시 일치하는 것이 아님이 명백하다. 그 밖에 상기 특단의 사정을 인정하기에 충분한 증거는 없다. 따라서 상기 특단의 사정을 인정할 수가 없다. 이 점에 대한 원고의 주장은 이유가 없다.

4. 그러므로 원고의 피고에 대한 본건청구는, 다른 나머지 점에 대해 판단할 것 까지도 없이 이유가 없으므로 기각하기로 하고 주문과 같이 판결한다.

출 처 : 『판례타임즈』 1224호(2007. 1. 15) pp. 277~281.

번 역 : 한 동 원 (전 한국언론연구원장) □

일본 판결2

명예훼손 피해를 입은 피해자가 발신자 정보 공개를 정보서비스제공업체에 요구했을 때 발신자 정보 공개 청구는 인용하면서도, 통신의 비밀을 보호해야 할 주의의무를 전제로, 재판 외 요청에 있어 정보서비스제공업체가 발신자 정보를 공개하지 않은데 있어 중과실이 있었다고까지는 인정되지 않아 손해배상청구는 기각된 사례

원 고 : 都春也こと, 甲山太郎
 피 고 : ボ-ダフォン株式会社 (보더폰)
 상기대표자대표집행역 : 손정의
 오오사카지법 2005(7) 제4891호
 발신자정보 공개 등 청구사건
 2006. 6. 23 제9민사부판결, 일부인용 · 확정
 2006년 4월 28일 변론종결

주 문

1. 피고는 원고에 대해 별지 삽입문 목록 1 및 2 기

재의 각 삽입문의 발신자에 관계되는 주소, 이름 및 메일 주소를 공개하라.

2. 원고의 그 밖의 청구를 기각한다.

3. 소송비용은 이를 둘로 나누어 원고와 피고가 각각 부담한다.

사실 및 이유

제1. 청구

1. 주문 제1항과 같은 취지.
2. 피고는 원고에 대해 100만 엔 및 이에 대한 지불 완료시까지 2005년 4월 1일부터 연 5부의 비율에 의한 금전을 지불하라.

제2. 사실의 개요

본건은, 원고가 인터넷의 전자게시판에, 원고로부터 성병이 옮겨졌다는 등의 삽입문이 게재되었기 때문에 명예훼손 또는 프라이버시권이 침해되었다고 특정 전기 통신 역무(役務)제공자인 피고에 대해 “특정 전기 통신 역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 공개에 관한 법률”(이하 「법」이라고 한다) 4조 1항에 근거하여 발신자 정보 공개의 청구와 함께 피고가 발신자 정보를 공개하지 않음으로서 정신적 손해를 입은 불법행위를 들어 청구한 100만 엔의 손해배상 및 이에 대해 원고가 피고에게 재판 외에서 발신자 정보의 공개를 청구한 날로부터 2주간이 경과된 2005년 4월 1일부터 지불이 완료될 때까지 연 5부의 비율에 의한 지연손해금의 지불을 청구하고 있는 사안이다.

1. 전제사실 (말미에 증거를 기재한 사실 이외는 당사자 간에 다툼이 없다)

(1) 당사자

① 원고는 都春也, 호스트클럽 「Club A」(이하 「A」로 한다)의 접대자.

② 피고는 휴대전화 사업을 하는 주식회사.

③ 소의 주식회사 예로우브릭(이하 「소외회사」로 한다)은 밤놀이 WEB이라는 명칭의 홈페이지(<http://www.yoasobiweb.com>, 이하 「본건 홈페이지」로 한다) 운영.

(2) 본건 홈페이지는 호스트클럽의 정보에 관한 전자게시판을 포함하고 있는데, 본건 게시판은 다수의 「스레드(thread·컴퓨터 프로그램의 실행단위를 나타내는 말)」로 구성되는 구조로 되어있다.

(3) 2004년 12월 12일 본건 게시판에 별지 삽입문 목록 1 및 2 기재의 각 삽입문 (동 목록 1 기재의 삽입문을 「본건 삽입(1)」로 하고, 동 목록 2기재의 삽입문을 「본건 삽입(2)」로 하며, 이를 합쳐서 「본건 각 삽입문」으로 한다)이 게재되었다.

(4) 원고는 소외회사에 대해, 문서로 발신자 정보의 공개를 청구했으나 응답이 없자 2005년 1월 27일 오사까지법에 발신자의 IP 주소 및 본건 각 삽입문이 송신된 일시의 정보 공개를 청구하는 가처분을 신청, 동년 2월 10일 가처분 결정을 받아 동년 3월 16일 상기 정보의 공개를 받았다(甲8, 9 및 11~13).

(5) 원고의 피고에 대한 재판 외에서의 발신자 정보 공개 청구

① 원고는 소외회사로부터의 공개에 의해 본건 각 삽입문의 발신에 이용된 단말기는 「j-phoneV402SH」이며, 피고가 관리하고 있는 단말기임을 알았다(갑13). 또 원고는 상기 IP주소를 검색한바 피고가 관리하는 서버임을 알았기 때문에 피고에 대해 2005년 3월 17일 본건 각 삽입문에 대한 발신자 정보의 공개 및 공개까지의 보존을 청구했다.

② 원고 대리인은 동년 4월 중순경 전화로 상기 공개청구에 대해 피고 카스터머(カスタマ-)부문에 조회한 결과 동 부문의 담당자는 「내주쯤 회답을 하겠다」고 했다.

③ 원고는 재차 피고에 대해 내용증명 우편으로 본

건 각 삽입문에 대한 발신자 정보의 공개 및 그 보존을 청구한 바, 피고는 2005년 5월 20일 「회답서」를 통해 원고의 발신자 정보 공개 청구가 법4조 1항의 요건을 충족하고 있다고 판단하는 것은 곤란하므로 청구에 응할 수 없다고 회답했다.

2. 쟁점 및 이에 대한 당사자의 주장

본소의 쟁점은, (1) 본건 각 삽입문이 원고의 명예를 훼손하는지의 여부, (2) (1)이 긍정된다고 할 때 본건에 있어서 명예훼손의 위법성조각사유가 인정될 수 있는지의 여부, (3) 본건 각 삽입문이 원고의 프라이버시권을 훼손하는 것인지의 여부, (4) 피고가 원고의 청구에 응해 발신자 정보를 공개하지 않은 것이 불법행위에 해당하는지의 여부, 해당한다고 할 경우에 원고가 입은 손해액의 판단(쟁점에 대한 당사자의 주장은 뒷부분의 「제3쟁점에 대한 판단」에서 알 수 있으므로 생략한다).

제3. 쟁점에 대한 판단

1. 인정사실

(1) 제2. 1기재의 사실에 증거(갑3~6, 7의1 및 2, 을 6)를 종합해 보면 아래와 같은 사실이 인정된다.

① 본건 게시판의 개요

본건 게시판에는 호스트클럽 및 호스트에 관한 정보 및 접객의 감상 등이 쓰여 있는데, 본건 게시판 중에는 A의 영업실태, A에 근무하는 호스트에 대한 불평, 불만 및 비방 중상 등을 써넣는 것을 목적으로 한 「A 피해자의 모임」, 「冬男高飛車 영업」 및 「A의 초회(初回)」라는 제목의 스레드(thread·컴퓨터 프로그램의 실행단위를 나타내는 말)가 마련되어 있으며, 이들 스레드에는 A 및 A에 근무하는 호스트에 관한 비방 중상을 내용으로 하는 수많은 삽입문이 들어있다.

② 본건 게시판의 게시판 규칙의 기재

2005년 4월 21일에 일부 개정된 본건 게시판의 게시판 규칙에는 「정보의 선택」란에, 「밤놀이웹의 종합게시판은 그 성질상 진위를 가리지 않은 정보가 범람하고 있습니다. 당 사이트는 그 진위를 보장하지 않습니다. 정보의 취사선택은 자기 책임 하에 하도록 부탁드립니다」라고 기재되어있다.

③ 본건 삽입문의 전후의 삽입문

본건 삽입문(1)이 있기 전의 삽입문 중에는, 「저것의 어디가 좋아? 흔히 여자를 돈으로 밖에 보지 않는 놈인데」 및 「죽어라」라는 비방 중상하는 내용의 삽입문이 존재했다.

또 본건 삽입문(1)이 있는 후의 삽입문 중에는, 「그러니까 뭐야? 인간이 병에 걸리는 일이란 이상한 일도 아닌데 뭐야 뭐? 웃음(笑)」 및 「9, 끈질기다! 다른 스레드에도 똑같은 삽입문을 넣었잖아 ~ 그렇게 되다니 처참할 뿐이야」라는 각 삽입문이 있었다.

(2) 또 제2. 1기재의 사실에 증거(甲15~17, 19, 乙2, 4 및 5의 1~3)를 종합하면 아래의 사실이 인정된다.

① 피고는 원고로부터 2005년 3월 17일 인터넷에서의 전자게시판 밤놀이웹에 원고의 명예를 현저하게 침해하는 삽입문이 들어갔다고 해서, 본건 각 삽입문과 관련있는 주소, 이름 및 메일 주소의 공개를 요구하는 취지의 통지서(甲15, 이하 「본건 통지서」라 한다)를 수령했다.

② 피고는 상기 통지서에 기재되어있는 IP 주소에 근거하여 본건 각 삽입문이 발신되었다고 생각되는 휴대전화 단말(端末)기를 특정, 본건 계약자에 대해 회답서를 송부하여, 법4조 2항에 근거, 발신자 정보 공개에 관한 의견을 청취한 바, 본건 계약자는 피고에 대해 「당해 정보의 발신자로서, 나에 관한 이하의 정보(이름, 주소, 메일 주소)를 공개청구자에 대해 공개하는데 동의하지 않겠다. 이 건에 대해서는 일체 기억이 없는 일이기 때문에 공개하지 않겠다」는 회답

을 반송했다.

또 피고는, 본건 계약자에 대해 조사를 한 바 본건 계약자는 가족할인서비스의 이용자인이 판명되었다.

③ 가족할인서비스란, 같은 성을 갖거나 또는 같은 주소에 거주하는 가족의 휴대전화 기본사용료를 반액으로 하는 피고의 서비스이다. 가족할인서비스에 있어 주계약자와 부회선(副回線)이용자의 전화번호는 각각 다르나, 피고와 계약관계에 있는 것은 주계약자 뿐이며, 부회선이용자는 피고와 계약관계에 있지 않고, 피고와 부회선이용자와의 연락 등은 주계약자를 통해서 행해지게 된다.

피고는 가족할인서비스의 신청을 받을 때는, 주민표(票)기재사항 증명서 또는 건강보험증 등을 통해 같은 성을 갖고 있는지 또는 동거가족인지를 확인하는데, 주계약자의 정보 이외에는 가족할인서비스에 등록되어있는 부회선이용자의 전화번호를 시스템 입력하고 있는데 불과하며, 부회선이용자의 전화번호 이외의 이름이나 연락처에 대해서는 시스템상으로는 파악하지 않고 있다.

더욱이 피고는 가족할인서비스의 신청서 및 가족확인 서류의 사본을, 지역별로 창고에 보관하고 있어, 이것들을 탐색하여 부회선이용자를 찾아내는 일은 불가능하다.

④ 피고는 법무부에서, 원고로부터의 전기 공개 청구에 근거하여 권리침해의 명백성의 요건을 충족하고 있는지의 여부를 검토했다.

원고는 2005년 5월 17일자 통지서로, 피고에 대해 법률상의 의무인 발신자 정보의 공개를 부당하게 지체하고 있다고 지적, 당해 통지서 송달 후 1주일 이내에 공개의 의사유무를 문서로 회답해 주도록 요청했다.

이를 받은 피고는 동월 19일자로 「회답서」를 통해 원고에 대해, 원고의 청구가 법4조 1항 각 호의 요건을 충족하고 있다고 판단하기는 곤란하므로 발신자

정보의 공개 청구 및 보존청구에는 응할 수 없다는 회답을 했다.

2. 쟁점(1)에 대하여

(1) 명예란, 사람이 그 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 대하여 사회로부터 받는 객관적 평가이다. 인터넷에 개설된 홈페이지 게시판에서의 어떤 삽입문의 의미내용이 타인의 사회적 평가를 저하시키고 있는지의 여부는, 당해 게시판에 대한 일반 열람자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 판단해야만 한다(최고재판소 1956년 7월 20일 제2소법정 판결).

증거(甲7의 1 및 2)에 의하면, 본건 삽입문(1)은, 본건 게시판 내의 「아이돌(idol)·호스트·都·春也」제하의 스투드에, 또 본건 삽입문(2)는 동 게시판 내의 「春也王子·夏王子·秋王子」라는 제하의 스투드에 삽입된 것이 인정되는 바, 원고가 「都春也」의 명칭을 사용하고 있다는 사실(제2, 1(1)①)과 같이 당사자간에 다툼이 없다)로 비추어 볼 때, 상기 각 스투드는 모두가 원고에 대한 화제를 취급할 목적으로 개설된 것이며, 본건 각 삽입문은 모두가 원고에 관한 것을 화제로 하고 있다고 인정된다.

그리고 본건 삽입문(1)은, 본건 발신자가 원고와 성교섭에까지 이르렀고 원고가 성병에 이환(罹患)되었다는 사실을 적시한 것이며, 또 본건 삽입문(2)는 원고가 성병에 이환되었고, 본건 발신자가 원고로부터 성병을 옮겨 받았다는 것을 적시한 것인 바, 제3, 1(1)①에서의 인정(認定)과 관련있는 본건 게시판의 목적 등을 전제로 하여, 본건 게시판에 대한 일반인 열람자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 볼 때, 본건 각 삽입문은 모두 원고가 성병에 걸려있으면서 자신의 고객인 여성과 성교섭을 하는 인물이라는 인상을 열람자들에게 주는 표현으로, 원고의 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 해야 할 것이다.

(2) ① 피고는, 성병은 질병에 불과하여 사회적 평

가와는 무관하고, 원고가 성병에 걸려있다고 공표됨으로서 사회적 평가가 저하되었다는 원고의 주장은, 성병의 유무가 사회적 평가에 고려된다는 것을 전제로 한 편견된 주장이며, 또한 호스트는 여자 손님과 육체관계를 갖는 직업이 아니므로, 성병에 걸려있다는 사실은 호스트로서의 평가와는 관계가 없는 일이므로 본건 각 삽입문의 내용은 명예훼손에는 해당하지 않는다고 주장한다.

그러나 원고도 단순히 성병에 걸려있다는 사실의 적시를 가지고 원고의 사회적 평가가 저하되었다고 주장하고 있는 것은 아니다. 그리고 앞서 판시한 바와 같이, 본건 게시판의 목적 등과 함께 본건 각 삽입문의 내용이, 원고가 성병에 걸려있으면서 여자 손님과 성행위를 하여, 그 결과 성병을 옮겼다는 인상을 본건 게시판의 일반 열람자에게 주고 있으므로 원고의 사회적 평가가 저하된다고 인정되는 것이다. 이러한 사실에 비추어보면 피고의 이 점에 대한 주장은 모두 이유가 없으며, 앞의 인정과 판단을 좌우할 수는 없다.

② 또한 피고는, 본건 게시판은 누구든지 익명으로 투고할 수 있고, 그 내용에 대해 투고자가 책임을 지도록 요구되지 않고 있어, 삽입문이 진실이라는 개연성이 낮으므로 일반의 열람자가 보통의 주의와 읽기를 한다면, 본건 각 삽입문을 진실이라고는 생각하지 않을 것이므로 명예훼손에는 해당하지 않는다고 주장했다. 그리고 제3. 1(1)②와 같이 본건 게시판의 「정보의 선택」란에 「밤놀이웹의 종합게시판은 그 성질상 진위를 불문하고 정보가 범람하고 있습니다. 당 사이트는 그 진위를 보장하지 않습니다. 정보의 취사선택은 자기 책임 하에 해주시도록 부탁드립니다」라는 기재(乙6)가 있는 것은 이에 따른 것이라고 주장했다.

그러나 앞에서 인정한 바와 같이, 본건 게시판은 호스트클럽 및 호스트에 관한 정보 및 접객의 감상 등을 써넣도록 한 것이며, 따라서 발신자나 그 열람자

사이에서 호스트 등에 관한 정보교환 등을 목적으로 하고 있다고 생각된다. 본건 게시판의 규칙 중에 「밤놀이웹의 종합게시판은 그 성질상 진위를 불문하고 정보가 범람하고 있습니다. 당 사이트는 그 진위를 보장하고 있지 않습니다」라는 기재가 있다고 하더라도 본건 게시판이 정보를 교환하는 매체로서의 성질을 갖고 있는 이상 그 열람자에게 있어서도 본건게시판에 게재되고 있는 기사가 모두 허위라고 인식되어 있는 것은 아니며, 본건 게시판에도 전부는 아니라고 하더라도 진실이 포함되어 있다고 생각하는 것이 보통이라고 인정된다(최고재판소 1997년 5월 27일 제3소법정 판결).

그리고 본건 게시판의 전기 규칙의 기재도, 본건 게시판의 삽입문에 진위(眞僞)가 혼재하고 있음을 전제로 하고 있는 것이므로 전기 판단내용에 따른 것으로도 평가할 수 있다. 그렇다면 본건 게시판의 규칙에도 불구하고 본건 게시판의 삽입문에 의한 삽입문의 대상이 된 자의 사회적 평가가 저하될 위험성이 있음은 부정할 수 없다.

따라서 본건 게시판의 일반 열람자의 보통의 주의와 읽기를 기준으로 한다면 본건 각 삽입문을 진실이라고 생각하지 않을 것이라는 이유로 명예훼손의 성립을 부정하는 피고의 주장은 이유가 없다고 하겠으며, 그 주장을 가지고 본건 각 삽입문에 의해 원고의 명예가 훼손된다는 전기의 인정판단을 좌우할 수는 없다.

3. 쟁점(2)에 대하여

(1) 민사상의 불법행위인 명예훼손에 대해서는, 그 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관련되고 오로지 공익을 목적으로 했을 때는, 적시된 사실이 진실임이 증명되었을 때는 위법성이 없으며 불법행위가 성립하지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하다(최고재판소 1956년 6월 23일 제1소법정 판결).

본건 각 삽입문은 제2. 2(1)① 및 동(3)과 같이, 호스트클럽인 A에서 일하는 원고가 성병에 걸려있었다는 사실 및 삽입문을 삽입한 자가 원고와 성교섭을 하여 성병을 옮겨 받았다는 사실을 내용으로 한 것으로, 도저히 공적인 것이라고 말하기 어려운 개인의 사생활상의 언동에 지나지 않으며, 이것이 불특정 다수인이 관심을 가질만한 사실이라고 할 수도 없다. 또한 공익을 도모할 목적도 살필 수 없으므로 내용의 진실성에 관해 판단할 것까지도 없이 본건 각 삽입문의 위법성은 조각되지 않는다고 해야 할 것이다.

4. 소괄 (小括)

(1) 이상에 의하면 본건 각 삽입문이 원고의 명예를 훼손하고 그 권리를 침해했음이 명백해졌으므로, 위법성조각사유의 주장을 입증할 책임이 원고에게 있다고 해석되더라도, 피고는 본건 각 삽입문과 관련한 발신자 정보를 공개할 의무를 져야 한다고 하겠다. 그렇다면 쟁점(3)에 대해서는 판단을 내릴 필요가 없다.

(2) 그런데 법2조 4호에 의하면 발신자 정보 공개 청구에서의 발신자란, 특정 전기 통신 역무(役務)제공자가 사용하는 특정 전기 통신 설비의 기록매체(당해 기록매체에 기록된 정보가 불특정자에게 송신되는 것에 한한다)에 정보를 기록하고, 또는 당해 특정 전기 통신 설비의 송신장치(당해 송신장치에 입력된 정보가 불특정다수의 자에게 송신되는 것에 한함)에 정보를 입력한 자를 말하는 바, 본건에서는 전기 제3. 1(2)②에서 인정한 바와 같이, 본건 계약자가 피고의 가족할인서비스의 이용자이고, 본건 계약자 외에 부(副)회선이용자가 존재한다는 점에서 본다면 본건 계약자와 본건 발신자가 동일한지의 여부에 대해서는 의문이 없다고 할 수 없다.

더욱이 전기 제3. 1(2)② 및 ③에서 인정한대로 가족할인서비스의 경우 주계약자와 부회선이용자의 전

화번호가 다르다는 사실, 또 피고는 원고로부터의 본건 통지서에 근거하여 본건 각 삽입문이 발신되었다고 생각되는 휴대전화 단말기를 실제로 특정, 그 이용자인 본건 계약자에 대해 의견을 청취한데 대해, 본건 계약자는 단순히 기억이 없다는 회답만 하고 있는 것으로 미루어보면, 피고에 의해 특정된 휴대전화 단말기를 이용하고 있는 본건 계약자가 본건 발신자임이 추인(推認)되는 것이므로, 본건 계약자가 가족할인서비스의 이용자라는 사실은 상기의 추인을 뒤집는 것은 아니다.

5. 쟁점(4)에 대하여

(1) 법4조 4항은 정보서비스제공자가 동조 1항의 공개 청구에 응하지 않음으로서 발생하는 손해에 대해서는, 정보서비스제공자 자신이 발신자인 경우를 제외하고는 원칙적으로 손해배상책임을 지지 않으며, 고의 또는 중과실이 있는 경우에만 책임을 지도록 정하고 있다. 그 취지는, 발신자 정보는 일단 공개되면 원상회복이 불가능하기 때문에, 정보서비스제공자에게는 재판 외의 청구로 즉각적인 대응을 요구받았을 때 단락적(短絡的)인 판단을 하는 일이 없도록, 동조 2항에 규정한 의무 등을 준수하고 발신자의 이익 옹호나 수속 보장에 충분하게 마음을 쓸 수 있도록 요청되고 있어, 이러한 요청에 부응한 결과로서 그 판단에 신증을 기하고, 공개에 응하지 않은 행위에 대해서는, 만일 사후적으로 그 판단이 잘못되었음이 밝혀졌을 경우에도, 그것에 의해 발생한 손해배상의 책임을 일반 원칙에 따라 정보서비스제공자에게 지우는 것은 가혹하다는 관점에서, 비공개인 경우 정보서비스제공자에게 고의 또는 중과실이 있는 경우에 한해 손해배상책임을 부담하도록 한 것으로 해석된다.

상기의 취지를 감안할 때 동조 4항의 고의란, 권리 침해의 명백성 및 발신자 정보 공개의 필요성의 요건을 구비하고 있음을 인식하면서, 정보서비스제공자가

재판 외에서의 공개 청구자의 청구에 응하지 않고, 공개 청구자에게 정신적 고통 등의 손해가 발생한 경우를 말하며, 동향의 중과실이란 고의에 가까운 주의 결여의 상태를 말하는 것이라고 해석해야 할 것이다.

(2), ① 이를 본건과 관련하여 볼 때, 상기 인정사실과 같이 2005년 3월 17일 원고로부터 본건 통지서로 발신자 정보 공개의 청구를 받은 피고는 본건 각 삽입문이 올라간 휴대전화 단말기를 특정, 법4조 2항에 근거하여 본건 계약자에 대해 의견청취를 했다는 사실, 피고에 의한 의견청취에 대해 본건 계약자는 기억이 없으면서 정보의 공개에 동의하지 않는다는 회답을 한 사실, 더구나 본건 계약자가 가족할인서비스의 이용자임이 판명된 사실, 이로 인해 피고에게는 통신의 비밀 및 본건 계약자와 본건 발신자가 동일하지 않을 것이라는 가능성 등도 고려하여, 2005년 5월 19일자 회답서에서 원고의 청구가 법4조 1항 각 호의 요건을 충족하고 있다고 판단하는 것은 곤란하므로 발신자 정보를 공개할 수 없다고 원고에 회답하였음이 인정된다.

② 정보서비스제공자가 판단하여 발신자 정보 공개 여부를 결정하는 일은 쉽지 않다. 본건에서도 정보서비스제공자인 피고가 발신자 정보에 대해 공개 또는 비공개에 대한 판단을 내리기에는 상당한 어려움이 수반되었다고 생각한다. 본건에 있어 결론적으로는, 원고의 청구가 법4조 1항 각 호의 요건을 충족하고 있다고 판단하는 것은 곤란하다고 한 2005년 5월 19일자 회답서의 기초가 된 피고의 판단은, 당 재판소가 받아들일 수 없는 것이지만, 그 결과를 가지고 바로 피고의 판단의 당부(當否)를 생각하는 것은 상당하지 않다.

그리고 본건 각 삽입문의 내용, 이것이 원고의 명예를 훼손했는지의 여부에 대한 당 재판소의 판단 등을 감안하면, 피고로서는 통신의 비밀을 보호해야 할 주의의무를 전제로, 본건 발신자 정보를 공개할 수 있는지 신중하게 검토한 다음에야 원고에게 공개하지 않았다고 할 수 있을 것이며, 피고가 본건 발신자 정보를 공개하지 않은데 과실이 있었는지의 여부는 어쨌든 중과실이 있었다고까지는 인정되지 않는다. 또 원고의 청구를 받은 후 피고가 회답을 보내기까지의 기간은 약 2개월로, 약간 긴 감도 없지 않으나 법4조 2항에 근거하여 본건 계약자에 대해 의견청취를 할 필요가 있었다는 것도 생각하면, 중과실이 있었다고 평가하기에도 곤란하다.

③ 따라서 원고가 피고의 발신자 정보의 비공개에 의해 입은 손해액 등 그 나머지 점에 대해 판단할 것도 없이 피고가 원고에 대해, 본건 발신자 정보를 공개하지 않은데 대한 불법행위는 성립하지 않으므로 원고의 손해배상청구는 이유가 없다.

6. 결어

이상과 같이 원고의 청구는 피고에 대해 본건 각 삽입문의 발신자에 관련한 주소, 이름 및 메일 주소의 공개를 청구하는 한도에서 이유가 있으므로 이를 인용하며, 그 나머지에 대해서는 이유가 없으므로 기각하며, 민사소송법 제64조 본문, 61조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

출 처 : 『판례타임즈』 1222호(2006.12.15) pp. 207~215.

번 역 : 한 동 원 (전 한국언론연구원장)

