



미국판례

통신품위법은 인터넷 서비스 제공자를 출판·공표인(Publisher) 또는 진술인(Speaker)의 지위로 간주하지 않으므로, 불법행위책임의 전제가 될 수 있는 게시공간의 콘텐츠를 제거하지 않았다고 하여 인터넷 서비스 제공자에게 그 책임을 물을 수 없다.

- 세실리아 반스(CECILIA L. BARNES) v. 야후(YAHOO! Inc.) 사건
- 제9 연방항소법원 No. 05-36189
- 결정일 : 2009. 5. 7.

판결 요지 : 미디어 콘텐츠에 대한 규율

[1] 인터넷 서비스 제공자의 직원이 제3자가 온라인 게시판에 게시한 콘텐츠를 삭제하기로 약속하였음에도 그 약속을 이행하지 아니한 것을 이유로, 당해 인터넷 서비스 제공자를 상대로 과실(過失) 책임을 묻는 청구(negligence claim)는 통신품위법(The Communications Decency Act¹⁾ of 1996, 47 U.S.C.) 제230조에 의하여 허용되지 아니한다. 그 이유는 다음과 같다. 위 청구는 서비스 제공자의 쌍방향 컴퓨터 서비스 업상 편집기능 행사를 대상으로 한 것이다. 통신

품위법에 의한 면책이 명예훼손 청구에 대해서만 제한적으로 적용되는 것은 아니며, 통신품위법 제230조 (c) (1)항은 제3자가 제작한 콘텐츠의 출판·공표(publication)²⁾에 관한 인터넷 서비스 제공업자의 모든 결정(편집, 삭제 또는 게시 여부 등을 망라한다)에 대하여 면책을 인정한다. 한편, 위 법 제230조 (c)항의 표제가 “유해물을 차단하고 여과하는(blocking and screening) ‘선한 사마리아인(good samaritan)’에 대한 보호”로 되어 있는바, 얼핏 보면 위 판시 내용이 위 표제와 모순된다는 의문을 제기할 수도 있겠으나, 위 제230조 (c)항의 (1)을 제230

1) 이하 ‘통신품위법’라 표기한다. - 역자 주

2) 이하 ‘publication’을 ‘출판·공표’라 번역한다. - 역자 주

조 (c)항의 (2)와 함께 검토하면 위와 같은 의문이 해소될 것이다. 위 제230조 (c)항의 (2)는 유해물을 제한하기 위한 선의의(good faith) 조치로 인한 법적 책임에 관하여 추가적인 보호를 제공하기 때문이다.

[2] 인터넷 서비스 제공자의 직원이 제3자가 온라인 게시판에 게시한 콘텐츠를 삭제하기로 약속하였음에도 그 약속을 이행하지 아니한 것을 이유로, 당해 인터넷 서비스 제공자를 상대로 금반언(禁反言) 원칙에 기한 계약상의 책임을 묻는 청구(Contract-based promissory estoppel claim)는 더 심리할 여지가 있다. 서비스 제공자가 약속을 이행하지 아니하였다는 주장은 서비스 제공자의 편집권 행사(이는 통신품위법 제230조에 의하여 보호받는다)에서 그 근거를 구하는 것이 아니라, 약속의 법적 강제력을 근거로 한 것이기 때문이다.

오리건(Oregon)을 관할하는 연방지방법원 판결에 대한 항소

인터넷 서비스 제공자를 상대로 과실 책임 및 약속에 의한 금반언에 따른 책임을 구하는 소송. 피고는 자신이 통신품위법 제230조 (c)항의 (1)에 따라 면책된다고 주장하며 소송에 대한 각하를 신청하였다. 원고는 피고의 각하 신청을 인용한 1심 법원의 판단에 불복하여 항소하였다.

원심 판단 중 일부는 그대로 인정하나, 다른 일부는 이를 과기하여 환송한다.

원고 겸 항소인을 위한 소송대리인 Thomas R Rask 3세 등

피고 겸 피항소인을 위한 소송대리인 Patrick J. Carome 등

항소심 법원 판사 O' Scannlain, Graber 및 Callahan

판사 O' Scannlain이 다음과 같이 판결

이유를 작성함:

이 사건의 쟁점은 원고에게 해로운 게시물을 삭제할 지위에 있는 인터넷 서비스 제공자가 자사의 웹사이트에서 이를 삭제하지 아니한 경우에도 그 사업자가 통신품위법에 의하여 보호되는지 여부이다.

I

이 사건은 보복을 목적으로 위협하고도 잔인하며, 매우 음란한 방법으로 인터넷을 악용된 데서 비롯된 것이다.

2004년 말경 세실리아 반스(Cecilia Barnes)는 장기간 교제하여 왔던 남자친구와의 관계를 정리하였다. 그후 남자친구는 야후(Yahoo)가 운영하는 웹사이트에 반스의 프로필을 게시하였다. 야후의 회원 명부에는 “[a] 공개 프로필 페이지는 회원님에 관한 정보를 포함하고 있으며, 다른 야후 회원들이 그 내용을 볼 수 있습니다. 회원님께서 다른 사람들과 공유하기 원하는 회원님에 관한 정보를 프로필 페이지에 공개적으로 게시할 수 있습니다. 많은 사람들이 프로필 페이지에 자신의 연령, 사진, 장소 그리고 취미를 게시하고 있습니다.”라고 기재되어 있으며, 따라서 미국 전역을 비롯하여 전 세계의 컴퓨터 사용자들이 야후의 온라인 서버를 통하여 위와 같은 프로필을 볼 수 있다.

반스는 헤어질 전 남자친구에게 자신의 프로필을 게시하도록 허락한 바가 없었다. 이 점은 게시된 프로필의 내용을 고려하였을 때 당연하다고 판단된다. 위 프로필은 자신도 모르게 촬영된 그녀와 전 남자친구의 나체사진과 성관계 요청을 암시하는 내용을 포함하고 있었다. 이후 전 남자친구는 야후 온라인 채팅방

에서 자신이 반스인 것처럼 행세하며 상대방 남성들에게 자신이 지어낸 반스의 거짓 프로필을 전송하고 그들과 채팅을 하였다. 프로필에는 반스가 다니는 직장의 실제 주소와 이메일 주소, 전화번호도 포함되어 있었다. 그로부터 얼마 지나지 않아 몇몇 남자들이 반스와 성적 관계 맺기를 희망하며 그녀의 사무실에 이메일을 보내거나 전화했고, 직접 사무실을 방문하기까지 하였다.

이에 반스는 자신은 프로필 작성에 전혀 관여한 바 없고, 위 프로필을 삭제해 줄 것을 요구한다는 내용의 자필서명 진술서를 증명사진 사본과 함께 야후에 발송하였다. 그러나 그로부터 한 달이 지나도록 야후로부터 아무런 응답이 없었고, 알 수 없는 남성들로부터의 불쾌한 접근도 계속되었다. 이에 반스는 다시 야후에 프로필 삭제를 요청하는 내용의 우편을 발송하였으나, 이번에도 아무런 응답이 없었다. 그 다음 달에 반스는 야후에 두 번 더 우편물을 보냈다. 한편, 같은 기간 한 지역 뉴스 방송사가 이 사건에 관한 보도를 준비하고 있었다. 이 사건에 관한 첫 방송 예정일의 하루 전날, 야후는 그간의 침묵을 깨고 커뮤니케이션 부서 책임자인 Ms. Osako라는 사람이 반스에게 전화를 걸어 반스가 이전에 우편으로 보냈던 서류들을 직접 팩스로 보내달라고 요청했다. Ms. Osako는 반스에게 미승인(未承認) 프로필의 삭제를 담당하는 부서가 이 사건을 처리하도록 자신이 직접 서류들을 전달하겠다고 말했다. 반스는 Ms. Osako의 위 진술을 신뢰하여, 이 사건 프로필과 그로 인하여 발생한 문제들에 관하여 더 이상의 조치를 취하지 아니하였다. 그러나 반스는 그 후 두 달이 지나도

록 야후로부터 아무런 응답을 받지 못하였고, 이에 오리건 주(州) 법원에 야후를 상대로 소송을 제기하였다. 소 제기 직후 이 사건 프로필이 야후 웹사이트에서 삭제되었고, 그 이후로 다시 위 프로필이 게시된 적은 없는 것으로 보인다.

야후에 대한 반스의 소장 내용에는 다소 불명확한 측면이 있기는 하나, 그 내용은 대체로 오리건 주 법을 근거로 두 가지의 청구원인을 내세우고 있는 것으로 보인다. 첫 번째 청구원인은 야후가 마땅히 제정해야 할 서비스 관련 규정을 제정하지 아니한 것 또는 그 규정을 잘못 제정한 것이 불법행위를 구성한다는 것이다. 반스가 요약서면에서 지적한 바와 같이, 오리건 주는 불법행위에 관한 리스테이트먼트(the Restatement (Second) of Torts(1965)) 323조를 채택하였고, 위 조항은 이 사건 청구원인의 내용을 담고 있다. 간략히 말하자면, 이러한 종류의 불법행위는 과실에 의한 불법행위의 일종으로서 “과실에 의한 태만한 업무 수행”이라 칭할 수 있다. 반스는 또한 소장과 준비서면에서 야후가 음란한 프로필을 삭제할 것을 “약속”하여 자신으로 하여금 이를 신뢰하게끔 한 것이 손해 발생의 한 원인이라고 언급하고 있다. 이 법원³⁾은 이러한 언급 내용을 계약에 관한 리스테이트먼트(the Restatement (Second) of Contracts (1981)) 90조에 근거한 청구원인으로 해석하고자 한다.

야후에 의하여 사건이 연방 법원으로 이송(移送)되었는바, 이송 후 야후는 연방민사소송법(Federal Rule of Civil Procedure) 12(b)(6)항에 따라 원고의 소송을 각하해 줄 것을 신청하였다.

3) 이하 ‘당원’이라 한다. - 역자 주

야후는 통신품위법 230조 (c)항 (1)에 의하여 이 사건에서의 법적 책임을 면제받을 수 있다고 주장하였다. (통신품위법 230조 (c)항 (1)을 참조하라) 1심 법원(The district court)은 야후의 각하 신청을 받아들이며, 통신품위법에 의하여 야후가 법적 책임을 면제받을 수 있으며 이는 법정 면책(法定 免責)이라고 판시하였다. 반스는 우선 통신품위법 230조 (c)항에 따른 면책은 자신이 제기한 이 사건 청구원인에는 적용될 수 없고, 설령 적용될 수 있다고 하더라도 야후가 위 조항에 따른 면책 요건을 충족시키지도 못하였다고 주장하면서 즉각 항소하였다.

II

비록 1심 법원이 연방민사소송법 12(b)(6) 조항을 근거로 이 사건을 각하하기는 하였으나, 통신품위법 230조 (c)항은 항변권(affirmative defense)에 관한 조항이다. {이에 관해서는 Doe v. GTE Corp., 347 F.3d 655, 657 (7th Cir. 2003) 사건을 참조하라} 항변권의 행사는 원고가 그 주장 책임을 다하지 못하였다는 것을 의미하는 것이 아니다. 따라서 항변권의 행사가 연방민사소송법 12(b)(6)에 따른 각하의 근거가 될 수는 없다. {Gomez v. Toledo, 446 U.S. 635, 640, 100 S. Ct. 1920, 64L. Ed. 2d 572 (1980) 사건을 참조하라(“qualified immunity⁴⁾는 항변에 해당하기 때문에 그 입증 책임은 피고가 부담한다.”)} 1심 법원과 쌍방 당사자 모두 이러한 점을 인식하지 못한 것으로 보이는 하지만, 야후는 원고에 대하여 반대 변론(responsive pleading)의 방법으로 항변권을 행사했어야 했고, 이는 연방민사소송법 12(b). Fed. R. Civ. P. 8(c)(1), 12(b)에 특별히 열거되어 있는 경우

를 제외하면 원칙적인 방어 방법이다(“변론에서의 원고의 주장에 대한 모든 방어는 필요한 경우 반대 변론의 방법으로 행사되어야 한다”). 이 경우 야후는 연방민사소송법 12(c) 조항을 근거로 법원에 원고의 변론에 대한 판단(judgement on the pleadings)을 신청하였을 것이다.

그러나 이 사건의 1심 법원 판결에 대한 항소가 계속되고 있는 이상, 원심 법원이 위와 같은 점을 간과하였다는 사정만으로 당원에 본안 재판권이나 항소심 관할이 배제되는 것은 아니다. {28 U.S.C. §§ 1291 and 1332(a)(1)을 참조하라} 그렇다면 당원은 소송경제라는 측면에서 “당사자들이 무관심한 사소한 절차적 문제에 관한 논의는 더 이상 진행하지 않고자 한다.” (GTE Corp., 347 F.3d at 657.) 당원은 통신품위법 230조가 항변권을 규정하고 있으며, 주 법원이 위 조문을 위와 같이 해석·적용해야 한다고 본다.

III

1심 법원은 “통신품위법 230조에 따르면 반스의 전 남자 친구가 올린 게시물에 관하여 야후에게 어떠한 법적 책임도 물을 수 없다”는 이유로 반스의 소송을 각하하였다. 당원은 위 법조문의 구조와 적용 범위를 분석하는 것으로써 논의를 시작하고자 한다.

A

이른바 The Cox-Wyden 수정조문으로 알려져 있는 통신품위법 230조(“이 사건 수정조문”)는 인터넷에 기반을 두고 활동하는 이들을 특정 소송으로부터 보호해 준다. 이 사건 수정조문은 (a)항과 (b)항에서 조문의 도입 배경(findings)과 취지(policy)를 규정하

4) ‘상대적 면책’으로 번역하는 국내서도 있다. - 역자 주

는 것으로 시작한다. 위 각 항의 내용은 다소 일반적·추상적인 내용이지만, 이는 미 의회가 인터넷을 “지적 활동을 위한 수많은 언로(言路)를 가능케 하는 … 진정한 다양성을 위한 토론의 장(場)”으로서 “최소한의 정부 규제만으로 … 발전해 온 것” {통신품위법 230조 (a)항 (3)-(4)에서 인용}으로 평가하고 있음을 보여주고 있다. 이 법의 “취지” 항목은 부모로 하여금 자녀가 해롭거나 부적절한 온라인 매체에 접근하는 것을 제한할 수 있게 해 주는 차단 및 여과 기술의 발전을 장려하는 것뿐만 아니라, 쌍방향 컴퓨터 서비스업의 발전 및 이를 위한 “역동적이고도 경쟁적인 자유 시장”에 관하여 규정하고 있다 {통신품위법 230조 (B)항의 (1), (2) 및 같은 (4), (5)에서 인용}. 당원은 이러한 법조항으로부터 두 개의 병렬적인 목적을 인식하게 되었다. 이 법의 주된 목적은 “인터넷을 통한 정보와 의견의 자유로운 교환을 촉진함과 동시에 온라인상의 유해물 내지 음란물에 대한 자율적인 감시를 장려함”에 있다는 것이다. {Carafano v. Metrosplash.com, Inc., 339 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. 2003) 에서 인용}. 당원은 위 항목들이 표창하는 바와 같은 법 목적을 염두에 두는 한편, 책임에 관한 법 규정의 문언을 상세히 분석해야 할 것이다. 이 사건 수정조문 중 실제 적용 가능한 항목은 230조 (c)항이며, 그 전문(全文)은 다음과 같다.

(c) 유해물을 차단하고 여과하는 “선한 사마리아인”에 대한 보호

(1) 출판·공표인(publisher)⁵⁾ 내지 진술인

(speaker)⁶⁾ 로서의 취급

쌍방향 컴퓨터 서비스업에 있어서의 어떠한 사업자나 이용자도, 타인이 제공한 정보에 관해서는 동 정보의 출판·공표인 내지 진술인으로 간주되어서는 아니된다.

(2) 민사 책임

쌍방향 컴퓨터 서비스업에 있어서의 어떠한 사업자나 이용자에 대하여도 다음을 이유로 민사 책임을 물을 수 없다.

(A) 사업자나 이용자가 온라인상의 어떤 자료를 음란물 내지 과도한 폭력물 기타 유해물로 판단하고 이에 대한 접근을 차단하기 위하여 선의로 자발적으로 취한 모든 조치 또는

(B) 정보제공자 등에게 (1)항에 기재된 자료에 대한 접근을 차단시킬 수 있는 기술적 방법을 마련해 주는 모든 조치

통신품위법 230조 (c)항은 다시 (1)항 및 (2)항으로 나뉜다. 야후는 전적으로 (1)항에 의존하고 있는데, 위 (1)항에 따르면 법원이 특정 인터넷 서비스 공급업자를 출판·공표인 내지 진술인으로 취급하는 것이 금지된다. 그 규정 내용을 보면 이 조문은 물론 그 어떠한 다른 조문도 야후가 주장하는 바와 같이 제3자가 제공한 콘텐츠에 관한 일반적인 광범위한 면책을 규정하고 있지 아니하다. “위 (c)(1) 항에는 ‘면책’이라는 단어는 물론 그 유의어도 언급되어진 바가 전혀 없다” {Chi. Lawyers’ Comm. for Civil Rights Under Law, Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d 666, 669 (7th Cir. 2008)에서 인용} 당원의 최근 전원합의체 판결인

5) ‘publisher’를 ‘출판·공표인’이라 번역한다. - 역자 주

6) ‘speaker’를 ‘진술인’으로 번역한다. - 역자 주

Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 판결 역시 면책을 광범위하게 인정하기보다는 법 문언에 대한 상세한 해석을 바탕으로 한다. (521 F.3d 1157, 1171 (9th Cir. 2008) (전원합의체) (“웹사이트가 제3자로부터 취득한 자료를 사용하는 모든 사례에 대해 면책을 인정하는 것은 위 법조문을 현저히 왜곡하는 것”이라고 판시한 점에 주목할 것)⁷⁾

이러한 해석론에 따르면 “출판·공표인 내지 진술인로서의 취급”이라는 표제를 달고 있는 위 (c)항의 (1)은 용어의 정의(定義)를 통하여 면책을 인정하려는 것으로 판단된다. 위 230조 (c)항의 (1)은 “쌍방향 컴퓨터 서비스업에 있어서의 어떠한 사업자나 이용자도, 타인이 제공한 정보에 관해서는 동 정보의 출판·공표인 내지 진술인으로 간주되어서는 아니된다”고 규정하고 있다. 통신품위법 230조 (e)항의 (3)은 “이 조항과 배치되는 내용의 주 법 내지 그 하위 법에 근거한 청구원인 내지 책임은 인정될 수 없다”⁸⁾고 명시함으로써 위 정의 규정의 효력을 실질화하고 있다. 위 두 조항((c)항의 (1) 및 (e)항의 (3))의 내용을 합하여 보면, (c)항 (1)의은 다음의 요건을 충족시키는 자에 대해서만 면책을 인정한다. (1) 쌍방향 컴퓨터 서비스업에 있어서의 정보제공자 내지 이용자일 것 (2) 원고가 주 법에 따라 청구를 함에 있어⁹⁾, 출판·공표인 내지 진술인으로 취급하는 자일 것 (3) 대상 정보가 애초에 다른 정보제공자에 의하여 제공된 것일 것.

만스가 1심 법원에서 ‘야후가 쌍방향 컴퓨터 서비스업에서의 정보제공자라는 점’에 대하여는 다투지 아니하였으므로, 당원이 야후 사에게 위와 같은 지위를 인정하는 데 별다른 어려움이 없다고 하겠다. 또한 문제의 “정보 콘텐츠”가 제3의 “정보 콘텐츠 제공자”에 의하여 공급된 것이라는 점에 대해서도 당사자들 사이에 다툼이 없다. 결국 이 사건에서의 쟁점은 위 (c)항의 (1)이 규정하고 있는 “출판·공표인 내지 진술인”의 의미에 관한 것이며, 이 점에 관하여 당원의 견해를 상술하고자 한다.

B

문언대로 위 (c)항의 (1)항은 단지 특정 사안에 있어서 인터넷 서비스 제공자¹⁰⁾가 제3자가 제공한 콘텐츠로 인하여 그 콘텐츠의 “출판·공표인 내지 진술인”로 “간주”되지 않게 됨을 확인해 주고 있을 뿐이다. 그렇다면 문제는 위 조문의 취지를 고려하였을 때, 제3자가 제공한 콘텐츠에 관하여 원고가 피고를 그 출판·공표인 내지 진술인으로 취급하려면 어떠한 요건이 필요한가이다.

통신품위법 230조와 관련된 가장 빈번한 청구원인은 명예훼손이다. {예컨대, Carafano, 339 F.3d 1119 Batzel v. Smith, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003) 판결을 참조하라} 이는 그리 놀랄 만한 것도 아닌 것이, 위 조문은 의회가 뉴욕 주 법원의 Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co., 1995 N.Y. Misc. LEXIS

7) Roommates 판결의 법 해석은 통신품위법의 다른 조문인 203조 (f)항의 (3)에 관한 것이나, 그 해석 방법은 이 사건에 대한 지침이 될 수 있다.
 8) 반면, “이 조항의 어떠한 내용도, 각 주가 이 조항에 부합하는 법을 제정하는 것을 금하는 의미로 해석되어서는 아니 된다.” 230조 (e)항의 (3)
 9) 230조 (e)항은 이 사건 수정조항이 일부 연방 법에 미치는 효과에 대해서도 규정하고 있기는 하나, 그 연방 법들은 이 사건에 적용될 수 없는 것들이다.
 10) 통신품위법 230조 (c)항의 (1)은 쌍방향 컴퓨터 서비스의 이용자에 관하여도 언급하고 있기는 하나, 이는 이 사건과 무관하므로 이에 대한 논의는 하지 않기로 한다.

229, 1995 WL 323710(N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995) (미공간) 판결에 대응하여 제정한 것이기 때문이며, 당원뿐만 아니라 다른 법원들도 이 점을 충분히 인식하고 있다. 위 뉴욕 주 법원 판결은 인터넷 서비스 제공자가 명예훼손에 대한 책임을 질 수도 있다고 판시하였다. {예컨대, Roommates, 521 F.3d at 1163 판결 또는 Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.3d 327, 331 (4th Cir. 1997)을 참조하라}

그러나 “법의 적용 범위는 그 법의 도입 취지 (genesis)와 다른 경우가 종종 있고”(Craiglist, 519 F.3d at 671에서 인용) 이 사건 법조문의 문언은 그 적용 범위를 명예훼손 사건에 국한하고 있지도 아니하다. 사실, 다수의 청구원인들은 “정보 콘텐츠”라 일컬어지는 것들을 출판·공표하거나 진술하는 것을 전제로 한다. 정보제공업자는 차별금지법(anti-discrimination laws)을 위반(예컨대, Roommates, 521 F.3d 1157), 사기, 과실에 의한 허위표시, 일반적인 과실 {예컨대, Doe v. MySpace, Inc., 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 600, 172 L. Ed. 2d 456}, 또는 허위사실 공표(false light) {예컨대, Flowers v. Carville, 310 F.3d 1118 (9th Cir. 2002)를 참조하라}, 또는 제3자를 해하는 광고를 과실로 공표하였음을 이유로 {예컨대, Braun v. Soldier of Fortune Magazine, Inc., 968 F.2d 1110 (11th Cir. 1992)} 피소(被訴)될 수 있다. 결국 중요한 것은 청구원인의 명칭 — 명예훼손, 주의의무 위반, 고의에 기한 정신적 고통 유발 — 이라기보다는, 당해 청구원인에 따라 법원이 피고를 타인이 제공한 콘텐츠에 관하여 그 출판·공표인 내지 진술인으로 간주할 수 있는지 여부라 하겠다. 다시 말해, 법원은 원고가 주장하는 피

고의 주의의무 위반이 피고가 출판·공표인 내지 진술인으로서의 지위 내지 행위로부터 발생한 것인지 여부를 확인해야 한다는 것이다. 만일 피고의 주의의무 위반이 피고가 출판·공표인 내지 진술인으로서의 지위 내지 행위로부터 발생한 것이라면, 통신품위법 230조 (c)항의 (1)에 따른 면책이 인정된다.

당원은 출판의 개념이, 검토, 편집 및 제3자가 제작한 콘텐츠를 출판할 것인가 또는 이를 출판물에서 뺄 것인가에 관한 결정을 수반하는 것이라는 점을 판시한 바 있다. {Roommates, 521 F.3d at 1170-71 판결을 참조하라(“어떠한 행위가, 결국 제3자가 온라인상에 게시하고자 하는 자료를 배제시킬 것인지 여부를 결정하는 것이라면, 그러한 행위는 통신품위법 230조에 의하여 당연히 면책된다”)} 당원이 이러한 결론을 내리는 데 고도의 지적인 논의를 거쳐야 할 필요는 없다고 하겠다. 이는 출판·공표인이 하는 일에 관한 일반적인 상식만으로도 충분하기 때문이다. Webster’s Third New International Dictionary 1837 (Philip Babcock Gove ed., 1986)과 같은 사전은 “출판·공표인”을 “대중에게 읽힐 목적으로 작성된 글을 재생산하는 자” 및 “출판·공표를 업(業)으로 하는 자”로 정의하고 있다. 따라서 출판·공표인은 출판·공표의 목적으로 제공된 자료를 검토하고, 문체 또는 기술적인 측면을 고려하여 이를 편집하기도 하며, 결국 이를 출판할 것인지 여부를 결정한다. {Zeran, 129 F.3d at 330 을 참조하라(출판·공표인의 전통적인 편집 역할로서 출판 여부에 관한 결정, 내용의 철회 여부에 관한 결정, 출판·공표의 연기 여부에 관한 열정 내지 내용의 변경 여부에 관한 결정을 나열하고 있다)}

IV

반스가 이 사건 청구원인으로 과실에 기한 업무수행을 주장함에 있어 야후를 이 사건 음란 프로필의 출판·공표인 내지 진술인으로 취급하고 있는지 여부에 관한 당원의 판단 과정은 다음과 같다.

A

반스는 야후가 오리건 주 법상의 불법행위를 범하였다고 주장하고 있는데, 이는 불법행위에 관한 리스테이트먼트 {the Restatement (Second) of Torts(1965)} 323조¹¹⁾를 근거로 한다. 위 조문의 내용은 다음과 같다: 무상(無償) 내지 유상(有償)을 불문하고, 타인의 신체나 물건을 보호할 의무를 부담하고 있는 자는 다음과 같은 경우에 그가 그 의무를 이행함에 있어 상당한 주의를 다하지 아니함으로써 타인에게 발생한 손해에 대한 책임을 져야 한다.

(a) 자신이 위와 같은 주의를 다하지 아니함으로써 인하여 손해 발생의 위험성이 증대된 경우 또는

(b) 타인에게 발생한 손해가 타인이 자신의 업무수행을 신뢰한 데서 비롯된 것인 경우

반스는 이러한 불법행위 청구는 야후를 출판·공표인으로 간주하는 것이 아니라고 주장한다. 그녀는 소장에서 “야후가 비록 처음에는 적극적인 작위 책임을 부담하지 않을 수도 있으나, 일단 야후가 그 대리인을 통하여 어떤 조치를 취할 업무를 맡겠다고 한 이상 야후는 상당한 주의를 다하여 그 업무를 수행하여야 한다”고 주장한다. 반스의 주장에 따르면, 이 사건 책임의 근거는 게시물의 출판 내지 공표(publishing) 라든지 그 공표를 막지 못한 것에 있는

것이 아니라, 야후가 상당한 조치를 취할 업무를 부담하기로 한 데 있다는 것이다. 이러한 주장에 따르면, 반스의 이 부분 청구원인은 통신품위법 230조(c)항을 적용받지 않게 되는데, 이는 야후를 출판·공표인으로 보지 않고, 특정 작위의무를 부담하기로 하였으나 그 의무를 태만히 한 자로 취급하는 것이기 때문이다.

[1] 당원은 위 주장을 받아들이지 아니한다. 당원이 앞서 언급한 바와 같이, 원고가 단순히 청구원인의 명칭을 명예훼손에서 주의의무위반으로 변경하는 것만으로 상대방에 대하여 제3자가 제공한 콘텐츠의 공표에 관한 책임을 묻는 것이 가능해지는 것은 아니다. 실질적으로 출판·공표인에 대한 책임을 묻는 청구를 그 사건명을 “과실에 기한 업무수행”으로 표시한다고 하여 그 결과가 달라지는 것도 아니다. 결국 “업무수행”이라는 단어는 구체적인 업무수행의 내용을 수반하지 아니하고는 무의미하다. 즉, 막연히 업무를 수행한다는 것은 타당하지 않고 어떤 특정한 업무를 수행한다고 봄이 옳다. 그렇다면 반스가 주장하는 야후가 상당한 주의의무를 다하지 못한 업무수행이라는 것은 그녀의 전 남자친구가 야후 웹사이트에 올린 음란한 게시물을 삭제하는 행위이다. 그런데 게시물을 삭제하는 것은 출판·공표인의 업무이고, 그러한 행위에 대한 책임을 묻는 것은 필연적으로 그 당사자를 삭제하지 못한 게시물의 출판·공표인으로 간주하는 것을 포함한다. (Craigslist, 519 F.3d at 671을 참조하라) 다시 말해서, 반스가 주장하는 야후의 의무불이행은 야후가 출판·공표인으로서 하는 행위 - 이 사건 유해 게시물의 제거를 위한 조치로서 야후는 자신들이 그 조치를 취하였다고 주장하였으나, 그

11) 당원은 이 사건 항소심에서, 반스가 오리건 주(州) 법에 근거한 이 부분 청구원인을 제대로 주장한 것인지 여부에 대해서는 판단하지 않기로 한다.

렇지 아니한 것으로 보인다 - 를 바탕으로 한다. 당원이 “제3자가 온라인상에 게시하고자 하는 자료를 배제시킬 것인지 여부에 관한 결정으로 귀결되는 모든 행위” (Roommates, 521 F.3d at 1170-71 에서 인용)가 통신품위법 230조에 의하여 면책된다고 판단하는 이유는, 그러한 행위가 바로 출판·공표하는 행위이기 때문이다.

비록 명예훼손으로 인한 불법행위가 위 (c)항의 (1)이 적용되는 출판·공표인의 책임에 관한 유일한 청구형식은 아니지만, 이에 관한 고찰은 당원의 결론을 뒷받침해준다. 사실, 당원은 야후가 반스가 지적한 행위로 관하여 명예훼손 책임을 부담할 수도 있었음을 인정한다. 명예훼손에 관한 법은 때때로 “제3자가 작성한 게시물을 제거할 적극적인 의무” (Prosser and Keaton on Torts § 113, at 803에서 인용)를 부과하기도 한다. 일부 법원들은 이러한 원칙을 수용하였으며, 여기에는 기술적인 측면에서는 이 사안의 수준보다 낮지만 이 사안과 유사한 내용의 사안이 포함되어 있다. *Hellar v. Bianco*, 111 Cal. App. 2d 424, 244 P.2d 757, 758 (Cal. Ct. App. 1952) 사건 내용은 다음과 같다. 한 여성이 음란한 불륜관계를 원하는 남성으로부터 전화를 받았다. 여성이 남성의 요구를 거절하자 남성은 그녀에게 어떤 동네 술집 화장실 벽에 그녀의 전화번호와 그녀가 “음란행위를 즐기는 색녀”라는 내용의 글귀가 적혀 있었다고 알려주었다. 그녀의 남편은 즉시 그 술집 바텐더에게 전화를 걸어 그 모욕적인 벽문구를 제거해 줄 것을 요구하였다. 이에 바텐더는 자신이 벽을 둘러보고

이를 지우겠다고 말했다. 그로부터 얼마 지나않아 그녀의 남편은 경찰을 대동하고 그 술집을 방문하였는데, 그 모욕적인 낙서가 여전히 벽에 뚜렷이 남아 있었다. 남편은 아내의 명예를 지키기 위하여 술집 주인을 상대로 소송을 제기하였다.

캘리포니아 주 항소심 법원은 배심원단이 판단할 쟁점은 술집 주인이 음란한 낙서의 존재를 알고 난 후에도 그 낙서의 내용이 널리 전파될 수 있도록 장기간 이를 만연히 방치한 것으로 볼 수 있는지 여부라고 판시하였다. 이는 야후가 당원이 인정한 사실관계하에서 명예훼손으로 피소당할 수도 있었다는 점을 시사한다. 그러나 이러한 명예훼손을 구성하는 구성요소들 중의 한 요소가 출판·공표에 해당하는 이상, 통신품위법 (CDA) 230조 (c)항의 (1)에 따라 이 사건 소송이 허용되지 않는다는 것이 당원의 확고한 판단이다¹²⁾.

B

반스는 비록 일반적으로 통신품위법 230조 (c)항의 (1)이 이러한 불법행위에 적용된다고 할지라도 자신은 야후를 출판·공표인이 아닌 배포자로 보아 소송을 제기하였으므로, 위 조항의 효력이 이 사건 청구권에까지 미치지 않는다고 주장한다. 이러한 주장으로 인하여 당원이 현재까지도 진행 중인 학문적 논의에 참가하는 것이 불가피하다고 하겠다. 이는 제4 항소법원에서 *Zeran*의 의견에 대응하여 진전된 논의로서, 명예훼손 책임을 물음에 있어 통신품위법 230조 (c)항의 (1)에서 규정하고 있는 “출판·공표인”이 단지

12) *Hellar* 판결은 이례적인 판결이 아니다. 오히려 위 판결에 실시된 명예훼손책임에 관한 이론은 오랫동안 유지되어 온 것이다. 예컨대, *Byrne v. Dean*, (1937) 1 K.B. 818 판결, *Tidmore v. Mills*, 33 Ala. App. 243, 32 So. 2d 769 (Ala. Ct. App. 1947) 판결 및 *Contra Scott v. Hull*, 22 Ohio App. 2d 141, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970) 판결 등

“1차 출판·공표인(primary publisher)”만을 의미하는 것인지, 아니면 “1차 출판·공표인”와 “배포자” — 배포자는 “2차 출판·공표인(secondary publisher)”라고도 알려져 있다 — 둘 다를 의미하는 것인지에 관한 논의라 하겠다.

이러한 논의를 이해하기 위해서 당원은 명예훼손법에 있어서의 출판·공표인과 배포자의 책임을 간략히 살펴보고자 한다. 명예훼손으로 인한 불법행위의 구성요소 중 하나는 명예훼손적인 내용을 “출판·공표”하는 것인데, 이는 “명예훼손을 당한 사람을 제외한 나머지 사람들에게 고의 또는 과실로 의사를 전달하는 것을 의미한다” {Restatement (Second) of Torts § 577(1) (1965)}. “반복적인 명예훼손행위는 그 자체로 출판·공표이라 할 것”이고, 그 행위자가 명예훼손내용의 출처를 따로 두고 있는지 여부는 불문한다(Prosser & Keaton § 113, at 799 참조). “출판·공표에 참여하는 모든 이들, 가령 신문의 사주(社主), 편집자, 발행인, 판매상 그리고 심지어 운송인들은 출판·공표에 대한 책임을 부담한다. [(Cianci v. New Times Publ'g Co., 639 F.2d 54, 60-61 (2d Cir. 1980) 판결을 참조하라. 모욕적인 문서를 재출판하는 자에 대해서는, 이를 최초로 출판한 자로 간주하여 책임을 지운다는 내용의 흑자(黑字) 원칙(black-letter rule)을 유념할 것] 그러나 명예훼손법은 서로 다른 각각의 출판·공표(publication)에 관한 책임을 물음에 있어 그 요건을 각각 달리한다. 즉, 관련 당사자들을 1차 출판·공표인, 2차 출판·공표인 및 유포자(disseminators)¹³⁾

의 세 그룹으로 분류할 필요가 있으며, 관련 장비나 시설의 공급자는 출판·공표에 해당하지 아니한다(Prosser & Keaton, § 113 at 803에서 인용). 1차 출판·공표인에 대해서는 엄중한 책임 기준이 적용되는 반면, 2차 출판·공표인에 대해서는 그 명예훼손적인 내용을 확정적 또는 미필적으로 인식하면서도 그러한 명예훼손적인 내용을 출판·공표한 경우에만 책임을 부담시킨다. 2차 출판·공표인은 보통 배포인이라고도 한다. {예컨대 *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.*, 776 F. Supp. 135, 139 (S.D.N.Y. 1991) 판결을 참조하라} 이러한 법률적 논의를 고려하였을 때, 반스는 통신품위법 230조 (c)항 (1) 소정의 “출판·공표인”이라는 용어가 단지 1차 출판·공표인만을 의미할 뿐, 2차 출판·공표인이나 배포자는 포함하지 않는다고 주장하는 것이라 하겠다. 반스는 입법부가 인터넷 서비스 제공자를 1차 출판·공표인으로 보아 법적 책임을 지운 Stratton Oakmont 판결을 폐기할 목적으로 통신품위법 230조를 제정한 것이고, 한편 위 판결은 인터넷 서비스 제공자를 배포자로 간주한 것은 아니었다고 주장하면서, 결국 이 사건 법조문(통신품위법 230조)은 위 판결의 결론과 반대되는 내용만을 규정하고 있는 것일 뿐(즉 1차 출판·공표인에 대하여 법적 책임을 묻는 것을 반대함), 그 이상의 내용을 규정하는 것은 아니라고 주장한다. Zeran 판결에서 제4 항소법원은 이와 유사한 주장을 배척하였는데, 위 법원은 이른바 배포자 책임은 명예훼손법에 있어서의 출판·공표인 책임 중 일부에 해당하는 것일 뿐이라고 결론지었다. 당원도 이

12) Hellar 판결은 이례적인 판결이 아니다. 오히려 위 판결에 실시된 명예훼손책임에 관한 이론은 오랫동안 유지되어 온 것이다. 예컨대, *Byrne v. Dean*, (1937) 1 K.B. 818 판결, *Tidmore v. Mills*, 33 Ala. App. 243, 32 So. 2d 769 (Ala. Ct. App. 1947) 판결 및 *Contra Scott v. Hull*, 22 Ohio App. 2d 141, 259 N.E.2d 160 (Ohio Ct. App. 1970) 판결 등

13) 이 판결에서는 secondary publisher를 distributor와 동일시하고 있는 이상, 이 글에서 disseminator는 distributor와 구별되는 개념이 된다. 이에 역자는 부득이하게 distributor를 배포자, disseminator를 유포자라고 번역한다.

미 이 논의에 대하여 주목한 적이 있긴 하나, 아직 자체적으로 이에 대한 결론을 내린 적은 없다. 그러나 당원의 견해는 이 논의에 관하여 반드시 결론을 내릴 필요는 없다는 것인데, 왜냐하면 이 논의가 이 사건 조문의 문언 자체와는 큰 상관이 없기 때문이다. 앞에서 살핀 바와 같이, 통신품위법 230조 (c)항 (1)은 법원이 인터넷 서비스 제공자를 출판·공표인으로 간주하는 것을 불허하는데, 위 조항에는 명예훼손법에서 통용되는 1차 출판·공표인과 2차 출판·공표인과의 구분이 존재하지 아니한다. 위 조문에는 명예훼손에 관한 언급이 없는 이상, 당원은 위 조문을 해석함에 있어 명예훼손법상 인정되는 원칙들을 원용하기를 거부한다. 만약에 통신품위법 230조 (c)항 (1)의 적용 범위가 명예훼손법의 취지에 부합하도록 엄격히 제한된다면, 당원은 Roommates 사건의 판결 이유와 동일하게 {이는 공정주택법(the Fair Housing Act)에 근거한 청구에 대한 판결이다}, 이 사건 조항은 단지 명예훼손에 대한 주장이 없기 때문에 적용될 수 없다고 판시하였을 것이다. 당원은 종전 판결 내용의 일부에라도 저촉되는 판단은 피하고자 한다. 또한 당원은 입법부가 폐기하고자 했던 뉴욕의 Stratton Oakmont 판결 내용을 어디까지 인정하여야 할 것인가에 관해서도 논의하지 않을 것이다. 제 7 항소법원은 다음과 같이 판단한 바 있다.

“정보 콘텐츠 제공자가 고객들에 대하여 음란물을 선별하여 제공할 수 있었다는 이유로 그 정보 콘텐츠 제공자를 출판·공표인으로 인정하여 법적 책임을 인정한 판결이 통신품위법 230조 (c)항을 제정하게 된 계기가 되었으나, 법의 적용 범위는 그 법의 도입 취지와 다른 경우가 종종 있다. 일단 입법 절차가 진행되면 여러 이익집단들이 입법 취지와는 다른 내용으로 법이 제정되도록 시도

하고 때로는 그러한 시도가 성공을 거두기도 한다 (Craigslis, 519 F.3d at 671).”

쌍방 당사자 모두 230조상의 면책에 관한 입법부의 의도를 둘러싸고 치열한 공방을 펼쳤으나, 그러한 공방은 결론적으로 무의미하다. 입법부의 목적과 심증을 표상하는 것은 법의 문언일 뿐이고, 특정 심증에 의거하여 법문언과 다른 해석을 하는 것은 허용될 수 없다.

C

반스의 주장은 당원에게 이 사건 조문의 취지가 웹사이트 운영자로 하여금 자율적인 규제 노력을 기울이도록 촉구하는 데 있는 것이지, 아무 것도 하지 아니하는 데 대한 면죄부를 부여하는 것이 아님을 일깨워준다. 법 취지에 관한 이러한 주장은, 230조 (c)항의 표제가 “유해물을 차단하고 여과하는 ‘선한 사마리아인’에 대한 보호”라는 점에서 더욱 설득력이 있다. (Roommates, 521 F.3d at 1163-64 사건과 비교하라) 아무 조치도 취하지 아니하는 인터넷 서비스 제공자와 유해물을 차단하고 여과하려는 노력을 기울이는 인터넷 서비스 제공자를 동등하게 보호한다면, 이는 위와 같은 표제의 조문과 부합하지 않는다. 제7 항소법원이 실시한 바와 같이, 만일 위 (c)항이 양자를 동등하게 보호하는 것이라면, 인터넷 서비스 제공자들은 아무 조치도 취하지 않은 채 면책만을 누리고 자 할 것이며 이는 예방 조치를 취하는 데 많은 비용이 들기 때문이다. (GTE Corp., 347 F.3d at 660를 참조할 것)

203조 (c)항은 얼핏 보면 그 내용상 모순이 있는 듯하지만, 위 조항의 전문(全文)을 보다 면밀히 검토하면 결국 아무런 모순이 없다고 할 것이다. (c)항의 (1)은 그 자체로 제3자가 생산한 콘텐츠

츠에 관한 편집, 삭제 내지 게시 등의 출판·공표에 대한 모든 결정에 면책을 인정한다. (c)항의 (2)는 추가적인 면책을 규정하고 있는데, 다만 이는 “서비스 제공자가 음란물 기타 유해물로 판단하여 그에 대한 접근 및 이용을 제한하려는 선의의 목적으로 자율적으로 행한 조치” {230조 (c)항의 (2)(A)}에 대해서만 인정되는 것이다. 중요한 것은 위 (c)항의 (2)를 적용받는 자는, 단지 (c)항의 (1)에 의하여 이미 보호받는 자 뿐만 아니라, 모든 쌍방향 컴퓨터 서비스 제공자를 망라한다는 것이다. (위 230조 (c)항의 (2)를 보라) 따라서 문제의 콘텐츠를 변경하였다는 이유로 (c)항의 (1)을 적용받을 수 없는 자라도 (Roommates, 521F.3d at 1162-63를 참조하라), 만일 이를 음란물 기타 유해물로 판단하여 그 접근 제한 조치를 취한 경우라면 (c)항의 (2)를 적용받을 수 있다. 이에 더하여 (c)항의 (2)가 인터넷 서비스 제공자를 보호하는 이유는, 출판·공표 내지 진술이기 때문에 보호한다기보다는 음란물 기타 유해물에 대한 접근을 제한하는 조치를 취하였기 때문이라고 봄이 상당하다.

따라서 당원은 과실에 의한 태만한 업무수행을 이유로 하는 이 사건 청구를 배척하는 것은 법 체계를 왜곡하게 될 것이라는 반스의 주장을 받아들이지 아니한다. 요컨대 야후가 자신이 맡은 업무를 과실에 의하여 태만히 수행하였다는 것을 청구원인으로 하여 오리건 주 법을 근거로 제기한 반스의 이 사건 청구는, 통신법 위법 230조 (c)항 (1)에 의하여 허용될 수 없는 것이라 하겠다. 이 사건 청구원인에 대한 야후 사의 각하 신청을 받아들인 1심 법원의 판단은 타당하다.

V

위에서 지적하였듯이, 반스의 소장은 계약에 관한 리스테이트먼트 {the Restatement (Second) of Contracts} 제90조를 근거로 한 책임을 주장하는 것으로도 해석될 수 있다. 이는 약속에 의한 금반언 원칙으로 알려져 있는 손해배상 이론이다. 반스 측 변호사는 구두 변론을 하면서, 이 사건 불법행위 청구가 약속에 의한 금반언에 관한 청구로도 재구성될 수 있다고 주장하였다. 당원 역시 그러한 재구성이 가능하다고 판단하며, 이를 판단을 하기에 앞서 약속 위반을 이유로 하는 책임은 과실에 기한 업무수행을 이유로 하는 책임을 단지 문구만 바꾸어 표현한 것이 아닌 이와는 전혀 다른 별개의 책임이라는 점을 덧붙인다.

A

오리곤 주는 손해배상이론으로서 약속에 의한 금반언 원칙을 수용하였다. Bixler v. First Nat'l Bank of Or., 49 Ore. App. 195, 619 P.2d 895, 898 (Or. Ct. App. 1980) {Schafer v. Fraser, 206 Ore. 446, 290 P.2d 190, 199-206(Or. 1955)을 인용하고 있다}. 위 금반언 원칙상 “어떤 행위로 인하여 약속이 법적 효력을 가지게 되는 경우”를 판단하기 위한 “주요 기준”은 다음과 같다. “(1) 약속이 있을 것 (2) 약속을 한 자가 자신의 약속이 상대방의 신뢰를 유발할 것임을 예상할 수 있을 것(약속을 한 자가 합리적인 사람임을 전제로 한다) (3) 상대방이 그 약속을 신뢰하였을 것 (4) 그로 인하여 당사자들이 처한 입장이 실질적으로 변경되었을 것” Id. at 899.¹⁴⁾

14) 당원이 이 부분에서, 50개 주(州) 전부에 적용되는 연방 법규의 효력 범위를 분석하고 있는 이상, 여기서 다루지는 내용은 일반적인 계약법에 관한 것이다. 그러나, 반스가 내세우는 계약을 원인으로 한 청구에는 오리건 주(州) 법이 적용될 것이다. 이 부분 논의 내용과 오리건 주 법 내용 사이에 불일치가 발생할 경우, 일단 오리건 주(州) 법을 우선하여야 할 것이다.

오리건 주를 포함하여 대부분의 주에서는 “약속에 의한 금반언”은 그 자체로는 청구원인이 될 수 없다. 오히려 그것은 계약 위반에 근거한 손해배상 법리의 일부를 구성할 뿐이고 약인(約因, consideration)에 갈음하는 기능을 한다”. (Rick Franklin Corp. v. State ex rel. Dep’t of Transp., 207 Ore. App. 183, 140 P.3d 1136, 1140 n.5 (Or. Ct. App. 2006).에서 인용함) 계약에 관한 리스테이트먼트 90조를 적용받을 수 있는 약속은 계약이다.

따라서 약인에 관한 것은 별론으로 하고, 일반적인 계약 원칙에 따라 판단한다. “계약법은 계약당사자들의 기대를 보호하기 위하여 고안된 것이고” (Samuel Williston & Richard A. Lord, A Treatise on the Law of Contracts § 1.1 (4th ed. 2007)에서 인용), 약속에 의한 금반언 원칙도 이와 동일하다. 마찬가지로 미국의 다수 법규는 “금반언 주장 또는 항변의 근거가 되는 약속은 ‘계약에 있어서의 청약(offer)으로 볼 수 있는 약속’ 내지 ‘약인을 수반하는 전통적인 계약을 성립시킬 수 있을 정도의 약속’ 만큼이나 그 내용이 분명하고 명확해야 한다”고 규정하고 있다[1 Williston & Lord, supra § 8.7; 또한 다음을 참조할 것. id. § 8.6 {“법적 구속력을 부여하는 약인이 없기 때문에 법적으로 무의미한 약속도 있을 것이다”}].

이러한 법리는 계약이 지닌 “약속으로서의 속성”이 반영된 것이다. 법원이 사인(私人) 간의 약속을 강제한다는 것은 결코 사소한 일이 아니다. 법이 이러한 법원의 개입을 정당화하는 근거는 사전에 당사자들이 만일 상대방이 약속을 어긴 경우에는 사법적인 구제를 요청할 것이라는 의사를 상호 표명한 데 있다. 그리하여 계약에 관한 리스테이트먼트 (the Restatement (Second) of Contracts)는 약속을 “어떠한 행위를 하거나 하지

않겠다는 의도를 표명한 것으로서, 수약자 (promisee)가 그 약속의 이행을 신뢰하는 것이 정당하다고 볼 수 있을 정도에 이르는 것이어야 한다”고 규정하고 있다(계약에 관한 리스테이트먼트 2조). “약속을 하는 자가 그 약속의 상대방이 자신의 말이나 행동으로부터 자신의 의도를 추론할 것이라고 판단하거나 그와 같이 판단할 만한 이유가 있을 때에는 그 의도가 표명된 것이다” (Id. § 2 cmt. b.)

그렇다면 금반언의 원칙에서 요구되는 약속 역시 이와 동일하다. 즉, 약속을 한 자에게 실제로든 또는 추정적으로든 상대방의 신뢰를 이끌어내려는 의도가 있어야 한다. 법원은 이와 같은 의도로부터 약속에 법적 구속력을 부여하려는 의도를 이끌어낸다. 따라서 A가 B를 상대로 계약 위반을 이유로 제소하였다면, 이는 A가 B 스스로 법적 구속력을 받기를 의도했던 의무를 위반하였음을 주장하는 것이다. 약속에 의한 금반언 원칙에 관한 사건에서 법원은 단순히 그러한 의도를 약인에서 추론하는 것이 아니라, A에게 신뢰를 유발하였고 B 또한 이를 예상할 수 있었던 약속으로부터 위 의도를 추론한다.

B

원고가 주장하는 금반언 원칙에 따른 손해배상 청구에서, 야후를 통신품위법상의 “출판·공표인 내지 진술인”으로 취급할 수 있는지를 살핀다. 위에서 살펴본 바와 같이, 피고가 위반하였다는 의무의 내용이 출판·공표인 내지 진술인로서의 지위 또는 행위로부터 발생한 것이라면, 이 경우 통신품위법 230조 (c)항의 (1)에 따라 피고의 책임이 면제된다. 약속에 의한 금반언 원칙이 적용되는 사안에서는, 계약에 관한 다른 모든 사안에서

와 마찬가지로 피고가 위반하였다는 의무는 계약 — 다시 말해, 법적 강제력이 있는 약속 — 으로부터 발생하는 것이지, 피고의 비(非)계약적 행위로부터 발생하는 것이 아니다. {GTE Corp., 347 F.3d at 662를 참조하라(“원고들은 계약을 근거로 하여 피고에게 원고들에 대한 보호 의무가 인정된다고 주장하는 것이 더 나을 것이다.”)} 반스는 야후를 제3자가 작성한 콘텐츠에 대한 출판·공표인나 진술인으로 보아 법적 책임을 묻고자 하는 것이 아니라, 오히려 약속을 위반한 자인 계약의 상대방으로 보아 법적 책임을 묻고자 하는 것이다.

이러한 논리는 과실에 의한 태만한 업무수행의 불법행위 책임과는 어떤 점에서 다른 것인가· (위 5323-25 면을 참조하라) 결국 야후가 약속을 하기는 하였으나, 이는 자사의 웹사이트에서 제3자가 작성한 게시물을 삭제할 것을 약속한 것으로서 전형적인 출판·공표인의 행위에 해당한다 할 것이고, 이와 마찬가지로 원고가 주장하는 야후가 수행하기로 한 업무 역시 출판·공표 행위에 포함되어 있는 것이다. 결국 여기서 말하는 차이점은, 앞서 언급한 다양한 각각의 불법행위들은 출판·공표나 진술과 동일시할 수 있는 행위로 자체부터 책임을 도출한다는 것이다: 명예훼손적인 문건을 출판·공표하는 것이라든지, 정신적인 고통을 야기하는 문건을 출판·공표하는 것이라든지, 해로운 문건이 출판 내지 공표되는 것을 막으려는 시도를 하기는 하였으나 이를 제대로 수행하지 못한 것들을 들 수 있다. 불법행위에 있어서 어떤 일을 맡는다는 것은 그 일을 하는 것을 의미한다. 약속을 한다는 것은 이와는 다른 것이라고 할 것인데, 왜냐하면 약속을 한다는 것과 약속한 행위를 행한다는 것은 동의어라 할 수 없기 때문이다. 즉, 어떤 일을 맡는다는 것은 그와 동시에 실제로 그 일을 하고 있다는 것을 의미하는 데 반하여, 어떤 일을 하기로 약

속하는 것은 반드시 그와 동시에 실제로 그 일을 하는 것은 아닐 수도 있다(그 일을 실제로 하지 않은 상태에서 약속하는 경우가 많다). 계약 책임은 야후의 출판·공표 행위 자체로부터 발생하는 것이 아니라, 어떤 일을 할 것을 법적 의무로 부담하겠다는 야후의 의사 표명에서 발생하는 것이고, 이 사안에서 그 일은 이미 공표된 게시물을 제거하는 것이다. 계약법은 타인에 대하여 기대를 유발할 수 있는 의사 표명을 법적 효력이 있는 사건으로 취급한다. 이러한 사건은 문제의 그 행위 자체와는 구별되는 법적 의무를 발생시킨다.

게다가 법원은 불법행위에 관한 리스테이트먼트 323조(section 323 of the Restatement (Second) of Torts)에 따른 불법행위책임의 전제가 될 수도 있는 게시물의 공표를 방지하려는 시도(an attempt to de-publish)로부터 쉽게 약속을 추론해낼 수도 없다. 계약법에 있어서 약속은 ‘계약에 있어서의 청약으로 볼 수 있는 약속’ 내지 ‘약인을 수반하는 전통적인 계약을 성립시킬 수 있을 정도의 약속’ 만큼이나 그 내용이 분명하고 명확해야 하기”(1 Williston & Lord, supra § 8.7) 때문이다. “계약이 성립하기 위해서는 당사자들 사이의 의사 합치가 요구되는데, 이는 그들 스스로를 합의에 구속하려는 객관적인 의사 표명에 의하여 판명될 수 있다”(Rick Franklin Corp., 140 P.3d at 1140 see also Cosgrove v. Bartolotta, 150 F.3d 729, 733 (7th Cir. 1998)에서 인용, “약속의 내용이 모호하고 불명확한 경우에 수약자는 약속에 의한 금반언을 주장할 수 없다”는 점을 유념할 것) 따라서 야후와 같은 쌍방향 컴퓨터 서비스업자 측의 일방적인 모니터링 정책은 물론 그 업자가 특정인을 도우려고 시도했다는 사정만으로는 계약 책임을 묻기에 부족하다. 이는 야후의 면책 주장을 보다 용이하게 해 준다. 즉, 야후로서는 약속에 구속력을 부여하려는

의도가 없었다고 주장하기만 하면 되는 것이다. {Workman v. United Parcel Serv. Inc., 234 F.3d 998, 1001 (7th Cir. 2000)을 참조하라. “약인이나 신뢰는 약속에 강제력을 인정할 수 있는 필요조건일 뿐이지 충분조건이 아니다. 이를 인정하기 위한 또 다른 요건은, 약속에 법적 강제력을 인정하겠다는 취지로 약속이 진술 내지 기재되는 것이다”}.

한편, 권리포기(waiver)의 관점에서 이 문제에 관한 논의를 풀어갈 수 있다¹⁵⁾. 약속의 법적 구속력을 받겠다는 객관적인 의도—위 의도는 약속에 의한 금반언 법리에 따라 합리적으로 예견 가능한 신뢰를 발생시키는 약속으로부터 파생된 것이기도 하다—는 특정 방어권의 포기를 내포하는 것이기도 하다. 상대방에 의하여 약속의 주체로 지목된 자(a putative promisor)는 계약의 불성립을 주장하거나(예컨대, 승낙의 부재 내지 의사합치의 부재), 그가 증거에 나타난 바와는 다른 의사를 표명할 수가 없었음을 주장하는(예컨대, 불공정행위라든지, 감금이라든지, 행위무능력) 방법으로 방어권을 행사할 수 있다. 위와 같은 방어권들은 약속의 완전성 및 그 약속이 내포하고 있는 의도에 관한 것이다. 위와 같은 방어권들은 보통 그 방어권의 대상이 되는 당해 합의에 의해서는 부정될 수 없다. 그러나 일단 법원이 계약법에 의거하여 당해 약속에 법적 강제력을 인정하였다면, 이는 법원이 약속을 한 자가 그 약속에 의하여 강제되기를 의도하였고 그 의도를 대외적으로 표명한 것으로 결론지었음을 함축한다. 그러한 의도를 함으로써 위 약속을 한 사람은 서로 아무 연관이 없는 사람들 간의 일상적인 관계를 규율하는 가장 기초적인 원칙

들(위 원칙들은 보통 불법행위나 법령으로부터 발생한다)을 더 이상 적용받지 않는 데 합의한 것이다. 통신품위법 230조 (c)항의 (1)은 다음과 같은 기초 원칙을 발생시킨다. 즉, 이는 다른 정보 서비스 제공업자의 콘텐츠를 출판·공표하거나 진술하는 데 대하여 어떠한 법적 책임도 부담하지 않는다는 것이다. 그러나 야후가 약속에 법적 강제력을 부여하겠다는 추정적인 의사로써 약속을 한 것이라면, 야후는 위 기초 원칙을 변경하는 데 묵시적으로 동의한 것이다.

따라서 당원의 결론은 다음과 같다. 원고가 약속에 의한 금반언 원칙에 의거하여 계약 위반을 주장하는 한, 230조 (c)항의 (1)은 이 부분 청구원인을 배척할 수 있는 근거가 될 수 없다. 당원은 이 사건 항소심에서 야후 측이 내세운 항변에 대해서만 판단하였기 때문에, 원고의 계약을 근거로 한 청구가 유효한지 여부 또는 위 청구에 대하여 야후 사가 통신품위법 230조 (c)항의 (2) 소정 항변권을 행사할 수 있는지 여부는 당원의 판단 범위를 벗어나 있다.

VI

위와 같은 이유로 당원은 1심 법원의 판결 중 일부는 그대로 인정하는 한편, 다른 일부에 대해서는 과기하고 그에 대한 추가 심리를 위하여 이를 1심 법원에 환송하기로 결정한다. 소송비용은 각자가 부담한다.

출처 : Media Law Report Vol. 37, No.22, 1705~1713.

번역 : 오 규 성 (춘천지방법원 판사)

15) 사실, 약속에 의한 금반언 법리는 부분적으로는 “장래의 행위에 대한 약속이, 현재 보유한 권리를 고의로 포기하는 것과 관련되어 있는” 사안에서 발전한 것이다. 1 Williston & Lord, supra § 8.4.



일본판례

**내용에 대한 입증 없이 서적을 출판하는 것은 출판사가 자기의 책임과
위험부담면에서 입증조사를 생략한 것이라고 해야 할 것이며,
출판사는 그 내용에 의한 명예훼손 책임을 면할 수 없다**

- 2006년(㉠) 1022호 사건 원고 : 甲野太郎(코우노 타로우)
- 2006년(㉠) 1022호 사건 피고 : 주식회사 홋카이도신문사
동 대표이사 菊池育夫(키우치 유키오) 외 2명
- 2006년(㉠) 1022호 사건 피고 : 주식회사 旬報社(준포사)
동 대표이사 木内洋育(키우치 타츠야)
- 2006년(㉠) 1022호 사건 피고 : 주식회사 講談社(코단사)
동 대표이사 野間佐和子(노마 사와코)
- 2006년(㉠) 1022호 사건 보조참고인 : 大谷昭宏(오오타니 아키히로) 외 1명
- 2007년(㉠) 1252호 사건 원고 : 大谷昭宏 외 1명
- 2007년(㉠) 1252호 사건 피고 : 甲野太郎
- 대상사건 : 삿포로(札幌)지법 2006년(㉠) 1022호 · 2007년(㉠) 1252호
- 사 건 명 : 위자료 청구 등 손해배상청구사건
- 연월일등 : 2009. 4. 20 민사 제1부 판결
- 재판내용 : 일부인용, 일부기각(항소)
- 참조조문 : 민법 709조 · 719조

주 문

1. 2006년(㉠) 1022호 사건 피고 주식회사 홋카이도(北海道)신문사, 동 高田昌幸(타카다 마사유키), 동 佐藤一(사토우) 및 동 주식회사 旬報社는 동 사건 원고에게 연대하여 12만 엔 및 그 중 10만 엔에 대해

서는 2004년 8월 15일부터 지불이 끝날 때까지 연 5부의 비율에 의한 금전을 지불하라.

2. 2006년(㉠) 1022호 사건 피고 주식회사 홋카이도신문사, 동 高田昌幸, 동 佐藤一 및 동 주식회사 講談社는 동 사건 원고에게 연대하여 60만 엔 및 그 중 50만 엔에 대해서는 2004년 8월 15일부터 지불이

끝날 때까지 연 5부의 비율에 의한 금전을 지불하라.

3. 2006년(㉠) 1022호 사건 원고의 그 밖의 청구를 기각한다.

4. 2007년(㉠) 1252호 사건 원고들의 청구를 모두 기각한다.

5. 2006년(㉠) 1022호 사건의 소송비용은, 이를 10등분하여 그 9를 동 사건 원고의 부담으로 하고, 그 나머지를 2006년(㉠) 1022호 사건 피고들의 부담으로 한다.

6. 2007년(㉠) 1252호 사건의 소송비용은 동 사건 원고들의 부담으로 한다.

7. 이 판결은 1항 및 2항에 한해 가집행할 수가 있다.

사실 및 이유

제1 당사자가 청구한 재판

1. 2006년(㉠) 1022호 사건 원고(2007년(㉠) 1252호 사건 피고, 이하 「원고」로 한다.)의 청구 취지 및 이에 대한 답변

가. 청구의 취지

(1) 2006년(㉠) 1022호 사건 피고(이하 「피고」로 한다)들은 원고에게 연대하여 600만 엔 및 그 중 500만 엔에 대해서는 2004년 8월 15일부터 지불이 끝날 때까지 연 5부의 비율에 의한 금전을 지불하라.

(2) 피고 주식회사 旬報社(이하 「피고 旬報社」로 한다)는, 출판 서적「경찰간부를 체포하라! 수령의 비자금 만들기」를, 피고 주식회사 講談社(이하

「피고 講談社」로 한다)는, 출판 서적「추적·훗카이도경 『비자금』 의혹」을 각각 서점으로부터 회수하여 점유하고 있는 재고품과 함께 절단하거나 그 밖의 방법으로 폐기하라.

(3) 피고들은 원고에게 연대하여 피고 주식회사 훗카이도신문사가 발행하는 훗카이도신문 전도판(全道版) 조간 제1면에 출판규격 세로 3단, 가로 6분의 1의 크기로 별지2 기재의 사죄기사를 1회 게재하라.

(4) 소송비용은 피고들의 부담으로 한다.

(5) 상기 금액에 대해 가집행을 선언한다.
나. 피고들의 청구 취지에 대한 답변

(1) 원고의 청구를 모두 기각한다.

(2) 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

2. 2007년(㉠) 1252호 사건 원고(2006년(㉠) 1022호 사건 보조참가인, 이하 「보조참가인」으로 한다)들의 청구 취지 및 이에 대한 답변

가. 청구의 취지

(1) 원고는 보조참가인들에게 각 1,100만 엔 및 이에 대한 2006년 6월 1일부터 지불이 끝날 때까지 연 5부의 비율에 의한 금전을 지불하라.

(2) 소송비용은 원고의 부담으로 한다.

(3) 가집행을 선언한다.

나. 청구의 취지에 대한 답변

(1) 보조참가인들의 청구를 기각한다.

(2) 소송비용은 보조참가인들의 부담으로 한다.

제2 사안의 개요 등

1. 사안의 개요

가. 2006년(7) 1022호 사건

본 건은 홋카이도 경찰본부의 총무부장이었던 원고가 피고 홋카이도신문사, 동 高田昌幸(이하 「피고 高田」으로 한다) 및 동 佐藤一(이하 「피고 佐藤」으로 한다) 등이 저작하여 피고 旬報社에서 출판된 서적 「경찰간부를 체포하라! 수령의 비자금 만들기」(이하 「A서적」으로 한다)와 피고 講談社에서 출판된 서적 「추적·홋카이도경 『비자금』 의혹」(이하 「B서적」으로 하며, A서적과 합쳐서 「본 건 각 서적」으로 한다.)에 기재된 날조기사에 의해 명예가 훼손되고 프라이버시권이 침해되어 정신적 고통을 받았다고 주장, ① 피고들에게 불법행위에 근거한 손해배상으로 위자료 500만 엔 및 이에 대한 불법행위 다음날인 2006년 8월 15일부터 지불이 끝날 때까지 민법 소정의 연 5부의 비율에 의한 지연손해금 및 변호사 비용 100만 엔의 연대지불 ② 피고들에게 사죄광고의 게재 ③ 피고 旬報社에게 A서적의 회수, 폐기 ④ 피고 講談社에게 B서적의 회수, 폐기를 각각 청구한 사안이다.

나. 2007년(7) 1252호 사건

본 건은, A서적의 공동집필자인 보조참고인들이, 동 서적의 기재가 「날조기사」라고 발언(이하 「본 건 발언」으로 한다)한 원고에 대해, 본 건 발언은 작가 혹은 저널리스트인 보조참가인들이 사실이 아니라는 것을 알면서 허위내용을 진실인 것처럼 집필했다는 오해를 불러일으켜 보조참가인들의 명예를 훼손시켰다고 주장, 각각 위자료 1,000만 엔 및 변호사 비용 100만 엔 및 이에 대한 불법행위 다음날인 2006년 6월 1일부터 지불이 끝날 때까지 민법 소정의 연 5부의 비율에 의한 지연손해금의 지불을 청구한 사안이다.

2. 전제가 되는 사실

가. 당사자 등

(1) 원고

원고는 홋카이도 경찰본부 총무부장(본부장에 이어 두 번째 지위)직에 있던 자.

(2) 피고들

(가) 피고 홋카이도신문사는 일간신문을 발행하는 주식회사이며, B서적의 저자인 「홋카이도신문 취재반」(이하 「취재반」으로 한다)은 피고 신문사의 조직이다.

(나) 피고 高田 및 동 佐藤은 모두 피고 신문사의 피용자(被傭者)로, A서적의 공저자이고, B서적의 저자인 취재반의 구성원이며 책임자의 지위에 있었다.

(다) 피고 旬報社는 정기간행물 및 단행본의 발간 등을 업으로 하는 주식회사이며, A서적을 출판했다.

(라) 피고 講談社는 잡지 및 서적의 출판 등을 업으로 하는 주식회사이며, B서적을 출판했다.

(3) 보조참가인들

보조참가인 宮崎學(미야자키 미나부)(이하 「보조참가인 宮崎」로 한다)는 작가, 동 大谷昭宏(이하 「보조참가인 大谷」으로 한다)은 저널리스트이며, 모두 A서적의 공저자(共著者)이다.

나. 본 건 각 서적의 출판 및 기재내용 등

(1) A서적에 대하여

(가) A서적은 2004년 6월 30일자로 보조참가인들과 피고 高田 및 동 佐藤을 공저자로 하여 피고 旬報社에서 출판되었다. A서적의 공저자로서는 피고 高田 및 동 佐藤의 개인명이 기재되어 있으나 표지에는 보조참가인들의 이름과 함께 「홋카이도신문 취재반」이라고 기재되어 있어, 피고 高田 및 동 佐藤은 취재반의 책임자로서 관여한 것으로 인정된다.

(나) A서적의 123쪽에는 「홋카이도신문—그 때, 총

무부장은 본부로부터 ‘한심스럽게도 그런 어설픈 짓을 저질렀다’고 질책을 받은 것 같다’는 기재 부분(이하 「본 건 기재A」로 한다)이 있다.

(2) B서적에 대하여

(가) B서적은 2004년 8월 15일자로, 취재반을 저자로 피고 講談社에서 출판되었다.

(나) B서적 중에는 아래와 같은 기재 부분이 있다.

1) 그리고 곧 도경 내부로부터 이러한 이야기가 전해져왔다. 「甲野 총무부장이 전화 건으로 芦刈(아시카리) 본부장으로부터 ‘무슨 어설픈 짓을 하고 있는 거야’라는 심한 질책을 받은 것 같다.」(81쪽. 이하 「본 건 기재B1」로 한다.)

2) 이 답변을 듣는 순간 취재반의 한 사람은 약 3개월 전의 의혹 발각 직후의 일을 회상하고 있었다. 그 때 甲野 총무부장은 기사를 ‘한 집안 식구’로 생각했는지 이러한 말을 했다. 「알고 있지요. 이해하세요.」(343쪽. 이하 「본 건 기재B2」로 한다.)

3) 그 후 4월 중순이 되어 甲野 씨는 도경본부에서 우연히 만난 취재반 기자에 대해 이러한 말을 걸어왔다. 「아냐 아냐 아냐, 도대체 어디까지 당하는 걸까 하고 생각하기도 했어」 물론 웃음 띤 얼굴이었다. (347쪽. 이하 「본 건 기재B3」으로 하며, 본 건 기재A, 동 B1, 및 동 B2를 합쳐 「본 건 각 기재」로 한다.)

다. 원고의 발언 등

원고는 2006년 5월 31일, 2006년(7) 1022호 사건의 소송을 제기하는 한편 기자회견(이하 「본 건 회견」으로 한다.)을 통해 「훗카이도신문 취재반 등이 저술한 2권의 서적에 게재된 4건의 날조

기사(「본 건 각 기재」를 지칭) 등의 발언을 했다. (이하 「본 건 발언」으로 한다.)

3. 쟁점

가. 원고의 청구에 대하여

(1) 본 건 각 기재가 원고의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부 (쟁점①)

(2) 본 건 각 기재가 원고의 프라이버시권을 침해하는지의 여부 (사회적 평가의 저하가 인정되지 않을 경우의 예비적 주장. 쟁점②)

(3) 본 건 각 기재가 진실인지 또는 피고들이 그것들을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있는지의 여부 (쟁점③)

(4) 원고의 손해 및 명예회복조치 등의 필요성 (쟁점④)

(5) 공동불법행위의 성립 여부 (쟁점⑤)

나. 보조참가인들의 청구에 대하여

(1) 본 건 발언이 보조참가인들의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부 (쟁점⑥)

(2) 본 건 발언이 진실인지 또는 원고가 그것을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있는지의 여부 (쟁점⑦)

(3) 보조참가인들의 손해 (쟁점⑧)

4. 쟁점①~쟁점⑧에 대한 당사자의 주장 요지 (생략)

제3 당 법원의 판단

1. 쟁점① (본 건 각 기재가 원고의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부)에 대하여

본 건 각 기재가 원고의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부는 일반 독자의 일반적인 읽기를 기준으로 판단해야 한다. 그리고 본 건 각 서적의 독자는 통상 본 건 각 기재 부분만을 읽는 것이 아니고, 본 건 각 서적 전체를 읽는다고 생각할 수 있으므로 본 건 각 기재에 의한 명예훼손의 성립여부 판단은 본 건 각 기재뿐만 아니라 그 전후의 기술이나 본 건 각 서적의 표제, 전체의 구성, 내용 등을 검토하여 내려져야 할 것이다.

가. 본 건 기재A 및 동 B1에 대하여

(1) (가) 본 건 기재A는 「훗카이도신문-있었군요. 도경의 총무부장이 도(道)의 간부에게 ‘재조사를 한다’고 지사에게 절대로 말하지 않도록 해달라고 열심히 전화를 건 일이 있으며, 이를 사회면에 게재했습니다. 12월 중순입니다. 실은 그 시점까지는 ‘비자금은 온 도경이 몽땅’이라는 식으로 마구 써댔는데 도경으로부터의 공식반응은 전혀 없었어요. 기사를 쓰고 또 써도 ‘그렇다’든가 ‘사실무근’이라든가, 어쨌든 공식적으로는 한마디도 없었습니다. 비자금 문제를 다루는 도경본부 총무부는 우리들의 보도에 대해 무시하기로 결정하고 있었습니다. 그런데 『부(副)지사 에 대한 전화』 기사에서 처음으로 도경이 반응을 보였습니다. 문제의 장본인인 총무부장으로부터 직접 이야기가 있었습니다. 大谷-와서 뭐라고 했나요. 훗카이도신문-취재방법에 대한 항의였습니다. 기사가 잘못되었느냐고 물었더니 그것에는 정면으로 대답을 하지 않고, 야간에 돌아다니는 방법이 비겁했다는 가…; 大谷-요컨대 항의했다는 실적을 만들려는 것이었군요」라는 기재 부분 뒤에 「훗카이도신문-그 때 총무부장은 본부장으로부터 ‘어떻게 그런 서툰 짓을 했느냐’고 질책을 받은 것 같다」(본 건 기재A)고 기

재되었으며, 그 다음에「大谷-본부장으로서 이런 놈들을 거느리고, 내가 싸움질을 하는 것 같군. (웃음)」라는 기재 부분이 이어지고 있다.

(나) 본 건 기재B1은 「한편 도(道)의회 도중 엄청난 사실이 밝혀진다. 도의회에서 보상비 의혹이 최대의 테마가 되었던 최종일인 12월 9일, 甲野太郎 도경 총무부장이 복수의 도 간부에게 ‘(지사가) 의회 답변에서 조사한다는 말을 하지 않았으면 좋겠다.’는 등 전화로 전달했던 것이다. 9일은 예산특별위원회의 총괄질의 직전이었다. ‘도경으로서는 조사할 생각이 없다. 도에서도 조사하지 않는다고 답변해 주기 바란다.’고 甲野 총무부장은 도 간부에게 요청했다. 그리고 다시 다른 간부에게도 전화를 걸었다. ‘공산당의 자료는 출처가 불명하다. 이 문제는 공산당이 떠들고 있을 뿐이며, 일일이 문제 삼으면 끝이 없다. 특징이 어떤 의도를 가지고 도경을 괴롭히고 있는 것이다. 이용되어서는 안 된다’. 이러한 훗카이도신문의 취재에 대해 甲野 씨는 도 간부와 전화로 연락을 취한 사실을 인정하면서 다음과 같이 말했다. ‘그러한 말은 하지 않았다. 보상비는 적정하게 집행되고 있다. (도에서 도경의 대응에 대해 질문했기 때문에) 芦刈 본부장이 답변한 대로의 자세로 임할 것이라고 답변했다. 그 내용이 곡해되어있다’. 전화를 받은 당사자인 도 간부는 모두 전화 내용을 인정하고 있다」는 기재 부분 뒤에 「그리고 얼마 후 도경 내부로부터는 이런 말이 전해져왔다. 甲野 총무부장이 그 전화 건으로 본부장으로부터 ‘어떻게 그런 서툰 짓을 했냐’고 심하게 질책을 받은 것 같다」(본 건 기재B1)라고 기재되어 있다.

(2) 본 건 기재A와 그 전후의 기재 부분을, 본 건 기재B1과 그 앞의 기재 부분을 각각 아울러서 읽으면,

독자는 원고가 도경의 경리에 관해 조사를 하지 않도록 도 간부에게 부탁했으나 그 행위가 보도되어 본부장으로부터 질책을 받은 것으로 이해했다고 생각된다.

원고가 도경의 경리문제에 대해 조사받는 것을 방지하려고 도 간부에게 작용하는 일은, 그 행위의 성질상 매스컴 등에 알려지지 않도록 해야 함은 쉽게 미루어 알 수 있는 일임에도 그러한 작용을 했다고 보도되었기 때문에 상사인 본부장으로부터 질책을 받았다고 기재된 경우, 원고의 대응이 불충분했다는 인상을 독자에게 주었다고 생각된다.

그렇다면, 조직에 있어서 부하가 상사로부터 질책을 받는 일이 일상적으로 있을 수 있는 일이라고 해서 원고의 사회적 평가가 저하되지 않는다고 말하기는 어렵다. 더욱이 본 건 기재A에는 총무부장이라는 직책명만이 기재되어 있으나, 적어도 A서적의 자료부분(154쪽 이하)에는 총무부장으로 원고의 이름이 기재되어있고, A서적 전체를 읽으면 독자는 질책받은 총무부장이 원고라고 이해할 수 있으므로, 본 건 기재A에 의해서도 원고의 사회적 평가는 저하된다고 할 수 있다.

(3) 원고는, 본 건 기재A를 그 표제나 서적의 종이띠의 문언(文言)과, 본 건 기재B1을 그 종이띠의 문언과 아울러서 읽으면, 독자는 원고가 비겁한 방법으로 경찰내부의 불상사를 은폐하려고 시도한 악인으로 평가할 것이라는 주장도 있으나, 설령 본 건 각 서적의 독자가 그러한 평가를 한다고 하더라도, 그것은 원고가 허위의 주장을 하지 않고, 도 간부에게 작용을 했다는 기재 부분에 관한 평가이며, 원고가 질책을 받았다는 사실을 전

달하는 본 건 기재A 및 동 B1에 의한 평가라고 할 수 없으므로 원고의 상기 주장은 채용할 수가 없다.

나. 본 건 기재B2에 대하여

(1) 본 건 기재B2는 「비자금 조성을 인정한 12일의 총무위원회에서는 芦刈 도경 본부장도 답변에 익숙해진 탓인지 담당하게 답변서를 읽어 내려가는 것이 인상적이었다. 비자금 관리자로서 부서장(副署長)을 지낸 甲野太郎 총무부장도 자신에 대한 경험을 질문받고 ‘적정한 예산집행에 만전을 기해왔다.’고 표정 하나 바꾸지 않고 답변했다.’는 기재 부분에 이어 「이 답변을 듣는 순간 취재팀의 한 사람은 약 3개월 전에 있었던 의혹 발각 직후의 일을 회상하고 있었다. 그 당시 甲野 총무부장은 기사를 ‘한 집안 식구’라고 생각했던지 이렇게 말하고 있었다. ‘알고 있지요. 이해하세요.’」(본 건 기재B2)라고 기재되어있다.

(2) 본 건 기재B2와 그 앞의 기재 부분을 아울러서 읽으면, 일반 독자는 원고가 공식적으로는 부정경리를 부인하는 발언을 하면서도 피고 훗카이도신문의 기자에 대해서는 비자금 문제의 소문이란 직후부터 부정경리의 존재를 암암리에 인정하면서 이해를 구하고 있었던 것으로 이해했을 것이라고 생각된다.

피고 佐藤 및 中原(나카하라)는, 모두 이 부분에 대해서는 위명(僞名)영수증을 작성한 데 대해 원고로부터 이해를 요청받은 취지를 기재한 내용의 진술을 하고 있으나, B서적 전체를 보더라도 본 건 기재B2에 기재된 「알고 있지요. 이해하세요」라는 발언이 위명이나 가명의 영수증을 작성하는 데 한정하여 이해를 구한 발언이라고 이해될 수 있는

기재 부분은 발견되지 않으며, 일반 독자가 피고 佐藤 및 中原이 진술한 것 같은 취지로 상기 발언을 이해한다는 것은 곤란하다.

더욱이 B서적 119쪽, 120쪽에는 2003년 11월 하순에 있었던 도경 간부와 도경 기자클럽 간의 간담회 석상에서, 원고가 「약간 취한 상태에서 무의식중에 ‘보심’을 누설했다. (보상비 관계의 회계서류에) 수사협력자를 실명으로는 쓸 수 없겠지요」라는 기재가 있다. 그러나 상기 기재는 본 건 기재B2(343쪽)와는 많이 떨어진 자리에 기재되어있고, 또한 본 건 기재B2에서의 「알고 있지요. 이해하세요」라는 기재와는 다른 표현의 발언으로 기재되어 있으며, 본 건 서적을 통독해도 단순히 시기적인 유사성으로 인해 본 건 기재B2에 있어서의 원고의 발언이 상기의 수사협력자 실명 기재에 관한 발언을 지칭하는 것이라고 이해하는 것은 곤란하다.

그렇다면 본 건 기재B2를 읽은 일반 독자는, 원고가 처음부터 도경에서 부정한 경리가 이루어지고 있음을 인식하고 있었다고 이해하는 동시에 그 전의 「적정한 예산집행에 만전을 기해왔다」고 한 기재 부분 등 부정한 경리의 존재를 부정해온 원고의 발언이 허위였다는 인상을 받는 것으로 생각되어, 이것으로 인해 원고의 사회적 평가는 저하된다고 할 수 있다.

이 점 B서적에는 비자금의 관리자가 경찰서의 부서장(副署長)이며, 원고가 부서장 경험자라고 기재된 것으로 해서 B서적의 독자가 본 건 기재B2의 유무에 관계없이, 원고도 처음부터 부정경리의 존재를 인식하고 있었다고 추측하여, 이를 부정하는 발언은 허위라는 인상을 받을 것이라는 것을 충분히 생각할 수 있다. 그러나 원고 자신이 부정경리의 존재를 인정하고 있었던 것처럼 이해될 수 있는 본 건 기재B2에 의

해 독자에게 보다 강한 인상을 주게 된다고 생각되므로, 그 이외의 기재 부분을 고려하더라도 본 건 기재B2에 의해 원고의 사회적 평가는 더욱 저하된다고 해야 할 것이다.

다. 본 건 기재B3에 대하여

(1) 본 건 기재 B3는 「‘백조(百條)위원회의 설치가 보류된 것은 솔직히 말해서 살려주었다’. 도경의 한 간부는 23일 저녁 솔직히 털어 놓았다. 백조위원회는 증인을 소환하여 신문하는 것 외에 위증한 경우에는 형사처벌을 할 수도 있다. 강력한 조사권한을 가진 백조위원회로 무대가 바뀌면 도경의 의도가 먹혀들지 않고 ‘철저히 추궁되기 때문’(어떤 간부)이다. 이러한 간부의 반응에 일선수사원의 초조함은 더욱 심해져갔다. 일련의 비자금 의혹은 전부 매스컴 주도로 밝혀졌으며 도경은 그 때마다 내부조사를 하는 등 대응에 급급하게 쫓기는 구도가 되어버렸다. 한 수사원은 ‘백조위원회 등 외부의 조사가 적절하게 대응되어 부정을 밝히는 것이 도민의 신뢰를 얻는 길’이라고 말한 다음 ‘그렇게 되면 의회대책은 의도대로 진행되었다고 간부는 기뻐할 것’이라고 단언했다. 비자금 문제에 대한 대응을 책임져온 甲野 총무부장은 사실상 이 의회 대응이 경찰관으로서의 최후의 일이었으며, 이를 극복하고 3월 말에 퇴직한 후 도경의 관련 단체에 재취직했다」는 기재 부분에 이어 「그 후 4월 중순에 甲野 씨는 도경본부에서 우연히 만난 취재반의 기자에게 이러한 말을 걸어왔다. ‘아냐 아냐 아냐, 도대체 어디까지 당하는 걸까 하고 생각하기도 했어’ 물론 웃음 띤 얼굴이었다」(본 건 기재B3)고 기재되어 있다.

(2) 본 건 기재B3과 그 앞의 기재 부분을 아울러서 읽으면, B서적의 독자는, 비자금이 존재한다고 지적

된 도경의 경리에 관해 의회 대응을 해온 원고가 도경을 퇴직한 후, 도경에 대한 추궁이 어디까지 갈 것인지를 걱정하는 심정을 피고 신문의 기자에게 밝힌 것으로 이해했을 것이라고 생각되나, 그 발언내용은 입 밖에 내지 말아야 할 사항을 밝혔다가, 부정경리의 존재를 암암리에 인정하여 재직 중의 발언을 뒤집는 것이 아니고, 단순히 도경에 대한 추궁이 어디까지 갈 것인지를 걱정하는 심정을 신문기자에게 밝힌 것에 불과하며 이것이 바로 원고의 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 할 수 없다.

(3) 원고는, 본 건 기재B3을 읽은 사람들이 원고가 경찰간부로서는 경솔하고, 경박하고, 책임감도 윤리관도 없는 자로 생각할 뿐만 아니라 본 건 기재B3과 B서적의 종이띠를 아울러서 읽으면, 공식적으로는 위명영수증 혹은 부정경리의 존재를 부정하면서 뒤에서는 이를 긍정하는 거짓말쟁이라는 인상을 독자에게 주어, 업무로부터 해방되어 안도한 나머지, 추궁으로부터 어떻게든 벗어났다는 심경을 기자에게 토로하는 경박한 인물로 생각할 것이라고 주장한다.

그러나 B서적의 종이띠에 기재된 「그리고 그들은 거짓말을 한다!」는 문언(文言)과 아울러서 읽었다고 하더라도 본 건 기재B3 그 자체에서 B서적의 독자가, 원고는 거짓말쟁이라는 평가를 할 것이라고는 생각하기 어렵다. 또한 부정이 존재한다고 보도된 도경의 경리문제에 대해 대응을 하지 않을 수 없었던 도경의 총무부장 직책에서 떠난 원고가 그 심정을 기자에게 말했다고 해서 그것만으로 바로 원고에게 책임감이나 윤리관이 없다고 평가하는 것도 생각하기 어렵다.

또한 「물론 웃음 띤 얼굴이었다」는 기재는 약간 야유적인 표현이기는 하나 원고가 직책을 떠난 후에 안도하는 모습을 보였다는가 재직 중의 심정을 밝힌 것이 그의 사회적 평가를 저하할 만큼 경솔하거나 경박한 것이라고 받아들이는 것도 생각하기 어렵다. 따라서 원고의 상기 주장은 채용할 수가 없다.

2. 쟁점② (본 건 기재B3이 원고의 프라이버시권을 침해하는지의 여부)에 대하여

자기에 관한 사항에 대해 잘못된 정보가 공표되어, 그것에 의해 수인(受忍)한도를 넘는 불이익 내지 손해를 입었을 경우, 프라이버시권 혹은 자기에 관한 정보를 컨트롤할 권리를 침해하는 것이라고 평가할 여지가 있다고 하더라도, 본 건 기재B3이 원고의 사회적 평가를 저하시키지 않는다는 것은 상기 1. 가. 기재대로이다. 또한 그 설시(說示)한 바에 비추어 보면 그 기재 자체에 의해 원고가 수인한도를 넘는 불이익 내지 손해를 입었다고 인정하기 어려우며, 달리 이를 인정하기에 충분한 증거도 없다. 따라서 본 건 기재B3에 의해 원고의 프라이버시권이 침해되었다는 원고의 주장은 채용할 수가 없다.

3. 쟁점③ (본 건 각 기재가 진실인지 또는 피고들이 그것들을 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있는지의 여부)에 대하여

가. 본 건 기재A 및 동 B1에 대하여

원고의 진술서, 원고 및 芦池 본부장의 각 신문(訊問) 결과 중에는 芦池 본부장이 원고를 질책한 사실을 부정하는 기재 부분 내지 진술 부분이 있

다.

이에 대해 피고 佐藤의 진술서 및 신문 결과 중에는 도경관계자에 대한 취재 등에 의해 상기 질책이 있었다고 확인하는 취지의 기재 부분 내지 진술 부분이 있으므로 피고 佐藤의 상기 기재 부분 내지 진술 부분의 신용성에 대하여 검토한다.

(1) 전기 전제가 되는 사실에 더하여, 증거에 의하면 이하의 사실이 인정된다.

(가) 피고 佐藤의 진술서 및 신문 결과 중에는 대충 아래와 같은 내용의 기재 부분 내지 진술 부분이 있다.

피고 佐藤이 2003년 12월 12일 도경 간부로부터의 전화를 통해, 동일자 훗카이도신문 석간에 게재된 기사와 관련, 원고가 芦刈 본부장으로부터 질책을 받았다는 정보를 입수하여 피고 高田에게 보고했더니 동 피고로부터 입증취재를 하라는 지시를 받았다. 피고 佐藤은 5~10일간에 걸쳐 총무부 및 경무부를 중심으로 약 20명의 도경 관계자를 상대로 사실 확인을 한 결과 대부분이 질책에 관한 정보를 알고 있었으며, 원고 자신이 주변 사람들에게 말하고 다닌 내용의 정보도 있었다.

피고 佐藤이 취재한 자 중에는 질책의 장면을 직접 보고 들은 자가 복수로 포함되어 있었으며, 단서가 된 자를 포함하여 질책의 정보를 정확하게 알고 있는 자들도 4명이나 있었다. 그들의 정보는, 질책을 받은 시점이 2003년 12월 12일의 석간신문이 배달된 후라는 점, 「서툴다」는 문언, 장소가 총무부 총무과가 있는 큰 방의 본부장실 앞 공용 공간이었다는 점에서 일치하고 있었다.

(나) 본부장실에는 총무과 및 비서실 직원들이 사용하는 방으로 연결되는 출입구가 있으며, 2003년

12월 당시 그 출입구 앞 부근에는 비서실 직원 5명 등 직원들이 사용하는 책상이 배치되어 있었다.

(다) 원고가 2003년 12월 당시 총무과 직원 전원과 경무과 간부 전원을 상대로 본부장이 원고를 질책했다는 이야기를 들은 일이 있는지의 여부, 피고 佐藤으로부터 그 점에 관한 취재를 받은 적이 있는지의 여부를 질문한 결과 모두로부터 질책에 관한 이야기를 듣거나 취재를 받은 적도 없다는 회답을 받았다.

(2) 피고 佐藤의 신문 결과 중에는 본 건 기재A 및 동 B1에 관해, 피고 佐藤이 총무부 및 경무부를 중심으로 약 20명의 도경 관계자를 상대로 사실 확인을 했다는 진술 부분이 있으나, 상기 인정사실 기재와 같이 전원이 취재를 받은 일도 없고 질책 사실도 모른다는 회답을 하고 있다. 또한 원고 본인으로부터의 질의에 대해, 원고에게 불이익이 되는 것을 기자에게 말했다는 사실을 인정하기 어렵다는 것을 고려하더라도, 원고 자신이 주위에 말하고 다녔다는데도 질문을 받은 전원이 질책에 관한 이야기의 존재조차 부인한다는 것은 생각하기 어렵다.

또한 피고 佐藤 등이 취재했던 것은 도경에서의 부정경리 존재여부였으며, 설령 부정경리와 관련이 있다고 하더라도 원고가 질책을 받았다는 사실이 중요한 사안이라고 생각하기 어렵고, 피고 高田 및 동 佐藤도 보도할 만한 사실이 아니라고 인정한 점 등을 고려한다면 다수인을 상대로 한 구체적인 입증을 얻으려고 한 점도 약간 부자연스럽다. 그리고 피고 佐藤의 진술서에는 질책한 장소가 본부장실 앞의 공용 공간이라는 기재 부분이 있는데, 본부장실 입구에는 비서들과 총무과 직원들이 근무하는 방들도 있어 많은 직원들이 보고 들을 수 있는 장소에서 도경의 최고위직에 있는 본부장이 바로 아래 지위에 있는 총무부장

인 원고를 질책했다는 것은 부자연스러운 일이라고 하지 않을 수 없다.

더욱이 芦刈 본부장이 다른 직원들이 용이하게 보고 들을 수 있는 장소에서 원고에게 의회에 대한 대응방법 등을 질문했다는 사실 등은 통상 생각하기 어려운 일이라고 하지 않을 수 없다. 이상의 사정을 종합하여 고려하면, 상기 (1)(가)에 기재한 피고 佐藤의 기재 부분 내지 진술 부분을 그대로 신용할 수는 없다.

(3) 그렇다면 芦刈 본부장이 원고를 질책한 사실을 부정하는 원고 및 芦刈 본부장의 상기 기재 부분 내지 진술 부분을 뒤집기에 충분한 증거는 없다고 하지 않을 수 없으며, 본 건 기재A 및 동 B1이 진실이라고 믿기에는 부족하다.

또한 피고 佐藤의 상기 진술 부분 내지 기재 부분을 신용할 수 없는 이상, 동 피고가 본 건 기재A 및 동 B1을 진실이라고 믿기에 충분한 정도의 취재를 했다고도 인정하기 어려우므로, 피고들이 본 건 기재A 및 동 B1을 진실이라고 믿은 데 대해 상당한 이유가 있었다고 인정하기에는 충분하지 않다고 하지 않을 수 없다.

(4) 본 건 기재A는 도경의 비자금 문제를 전문적으로 추적하여 후에 그 공로가 평가되어 여러 가지 상을 받은 피고 훗카이도신문 취재반의 기사가 취재한 것이며, 또한 도경 및 그 관계자로부터 비자금 조성에 관한 기사가 잘못되었다는 항의가 없는 상황에서 본 건 기재A가 진실인 것으로 믿고 피고 旬報社가 A서적을 출판한 것에는 과실이 없다. 한편 본 건 기재A는 도경의 비자금 문제에 관한 일련의 보도 측면에서 보면 사소한 에피소드에 불과하며, 이러한 점에 대해서까지 조사한다는

것은 출판사에 과도한 조사의무를 부담하게 하는 것으로 허용될 수 없는 일이라고 피고 旬報社는 주장한다.

그러나 일정한 취재조직을 가진 신문사라고 하더라도 명예훼손의 책임을 추궁받는 일은 있을 수 있는 일이며, 피고 훗카이도신문의 취재반이 도경의 비자금 문제를 전문적으로 추적하고 있다고 해서 곧바로 A서적이 기재된 사실 모두가 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다. 또한 본 건 기재A가, A서적이 전달한 내용의 주요 부분이라고 하기 어렵다고 하더라도 원고의 사회적 평가를 저하시키는 것이라는 것은 상기 1. 가. 기재대로이다. 그리고 그러한 기재에 대해 입증조사 없이 서적에 기재하여 출판하는 것은, 출판사가 자기의 책임과 위험부담면에서 입증조사를 생략한 것이라고 해야 할 것이며, 출판사가 그 기재 부분에 의한 명예훼손의 책임을 면할 것이라고 해석하는 것은 상당하지 않다.

그러므로 피고 旬報社의 주장은 채용할 수 없으며, 이에 대해서는 피고 講談社의 경우에도 마찬가지이다.

나. 본 건 기재B2에 대하여

(1) 피고 旬報社를 제외한 피고들은, 「알고 있지요. 이해하세요」라는 원고의 발언은 위명영수증 작성과 관련하여 피고 佐藤 및 中原에게 이해를 구하기 위한 것이었으므로 그러한 취지의 발언 여부를 판단해야만 한다고 주장한다.

그러나 「알고 있지요. 이해하세요」라는 발언은 무엇에 대하여 이해를 구한 발언인지의 여부에 따라 발언이 갖는 의미가 전혀 달라진다. 따라서 가령 그 발언이 있었다고 하더라도, 실제의 발언의

의미와 다른 의미로 이해되는 기재를 서적에 한 경우, 단순히 그러한 발언이 있었다고 해서 서적의 기재가 진실이라고 인정하는 것은 상당하지 않으며, 서적에 기재된 의미의 발언이 있었는지의 여부, 그러한 의미의 발언이 있었다고 믿은 데 상당한 이유가 있었는지의 여부가 문제가 된다고 하겠다.

그리고 상기 1. 나. 기재와 같이, 본 건 기재B2는 원고가 부정경리의 존재를 암암리에 인정하고 이해를 구한 것으로 이해할 수 있으며, B서적 전체를 읽더라도 위명영수증을 작성하는 데 대한 이해를 구한 것이라고 읽기는 곤란하므로, 원고가 부정경리의 존재를 암암리에 인정하고 이해를 구하는 취지로 발언을 했는지의 여부, 또는 이를 진실이라고 믿은 데 상당한 이유가 있었는지의 여부에 대해 판단해야만 한다.

(2) 피고 佐藤 및 中原의 진술서 및 신문(訊問)의 결과 중에는, 원고가 피고 佐藤 및 中原에게 이해를 구하는 발언을 한 취지의 기재 부분 내지 진술 부분이 있으나, 그것들은 모두 정보제공자를 보호하기 위해 본명을 기재하지 않은 영수증을 작성하기 위해 이해를 구한 것이었으며, 원고가 기자에게 부정경리 그 자체에 대해 이해를 구한 발언을 했다고 인정하기에 충분한 증거는 존재하지 않는다.

또한 정보제공자를 보호하기 위해 본명을 기재하지 않은 영수증을 작성하는 데 대해 이해를 구한 것과, 부정경리에 대해 이해를 구하는 것과는 그 내용이 명확하게 다르므로, 가령 피고 佐藤 및 中原이 위명영수증 작성과 관련하여 원고로부터 이해를 요구받았다고 하더라도, 이를 부정경리에 대해 이해를 구하는 취지로 원고가 발언했다고 믿은 데 대해서는 상당한 이유가 있다고 할 수는 없다.

그렇다면 본 건 기재B2가 진실이라고 인정하기에

는 부족하며, 또한 진실이라고 믿은 데 대해서도 상당한 이유가 있다고 인정하기에는 부족함이 있다고 하지 않을 수 없다.

4. 쟁점④ (원고의 손해 및 명예훼손 조치 등의 필요성)에 대하여

가. 손해에 대하여

상기 1. 가. 및 나. 에 기재한 본 건 기재A, 동 B1 및 동 B2가 전달하여 독자가 이해하는 내용, 본 건 각 서적이 전국적으로 계속해서 판매되는 것 외에, 본 건 각 서적은 모두 주로 피고 홋카이도신문에 의한 보도 내용을 기본으로 도경에서 조직적으로 이루어진 부정경리 내용과 그 방법, 용도, 그것들이 밝혀지게 된 경위, 보도에 대한 도경, 지사, 의회의 대응 등을 전달하는 서적임이 인정되었다. 그리고 본 건 기재A, 동 B1 및 동 B2는 모두 본 건 각 서적이 전달하는 내용의 주요 부분이라고 말하기 어려운 것이라는 점 등을 고려하면 본 건 기재A에 의한 원고의 정신적 고통에 대한 위자료로서는 10만 엔이 상당하며, 본 건 기재 B1 및 동 B2에 의한 원고의 정신적 고통에 대한 위자료로서는 50만 엔이 상당하다.

그리고 상기 불법행위와 상당인과관계가 있는 변호사 비용으로는, 본 건 기재A에 관해서는 2만 엔, 본 건 기재B1 및 동 B2에 관해서는 10만 엔을 인정함이 상당하다.

나. 명예회복 조치 등의 필요성에 대하여

상기와 같이 원고의 사회적 평가를 저하시키는 기재 부분은, 모두 본 건 각 서적이 전달하는 내용의 주요 부분이 아니고 본 건 각 서적 중의 극히 적은 부분에 지나지 않는다(총 쪽수는, A서적 약 180쪽, B서적 약 500쪽)는 점, 사회적 평가가 저하된 정도도 현재

하다고 할 수 없다는 점 등을 고려하면, 금전에 의한 손해배상에 대하여 사죄광고의 게재 혹은 본 건 각 서적의 회수 등을 할 필요성까지는 인정할 수는 없다.

5. 쟁점⑤ (공동불법행위의 성립 여부)에 대하여

원고는, 피고들에 의한 본 건 각 서적의 유통이라는 객관적인 공동행위에 의해 원고에게 손해가 발생했으므로, 본 건 각 기재에 의해 원고가 입은 모든 손해에 대해 피고들이 연대하여 배상할 책임이 있다고 주장한다.

분명히 본 건 각 서적의 출판사와 저작자에 대해서는, 서적의 작성·출판·유통이라는 객관적으로 관련된 공동행위를 하여 원고에게 손해를 입혔다고 할 수는 있으나, 본 건 각 서적은 각각 독립된 서적이고, 각 서적의 독자도 다르다고 생각되므로 A서적을 유통시키는 행위와 B서적을 유통시키는 행위가 객관적으로 관련된 공동행위로 원고에게 손해를 입혔다고 인정하기는 어렵다.

그러므로 피고 旬報社는 본 건 기재A에 의해 원고가 입은 손해에 대하여, 피고 講談社는 본 건 기재B1 및 B2에 의해 원고가 입은 손해에 대하여, 각각 피고 홋카이도신문사, 동 高田 및 동 佐藤과 연대하여 배상할 책임을 지는 것이 상당하다.

6. 원고의 청구에 대한 요약

이상에 의하면, 본 건 기재A, 동 B1 및 B2는 원고의 사회적 평가를 저하시키는 것이며, 동시에 각 기재가 진실이거나 진실이라고 믿을 데 상당한 이유가 있다고 인정하기에는 부족하다. 한편 피고

旬報社 및 피고 講談社는 타사가 출판한 서적에 의한 명예훼손에 관해 공동불법행위자로서의 책임을 져야 한다고 할 수 없으므로, 원고의 청구는 피고 홋카이도신문사, 동 高田, 동 佐藤 및 동 旬報社에 대해 연대하여 12만 엔, 피고 홋카이도신문사, 동 高田, 동 佐藤 및 동 講談社에 대해 연대하여 60만 엔의 지분을 청구하는 한도에서 이유가 있으나, 사죄광고나 본 건 각 서적의 회수 등의 필요성은 인정할 수 없다. 그리고 본 건 기재B3은 원고의 사회적 평가를 저하시켰다고 할 수 없고, 프라이버시를 침해한 것이라고도 할 수 없으므로 다른 나머지 점 (쟁점③ 내지 ⑤)에 대하여 판단할 필요도 없이 본 건 기재B3에 관한 원고의 청구에는 이유가 없다.

더욱이 본 건 각 기재가, 본 건 각 서적이 전달하는 내용의 주요 부분이 아니라는 것은 상기 4. 가.에 기재된 바와 같으나, 주요 부분이 아닌 기재 부분이라고 하더라도, 사람의 사회적 평가를 저하시킬 수도 있는 것이므로, 그러한 경우에 주요 부분을 문제로 삼지 않고 사회적 평가를 저하시키는 기재 부분만을 문제 삼아 소송을 제기하는 것에 대해 권리를 남용하는 것이라고까지는 말하기 어렵다.

7. 쟁점⑥ (본 건 발언이 보조참가인들의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부)에 대하여

가. 본 건 발언이 보조참가인들의 사회적 평가를 저하시키는지의 여부는, 그 발언을 들은 일반인의 보통의 인식방법을 기준으로 판단해야 할 것이며, 본 건 발언뿐만 아니라 본 건 회견의 취지, 회견에서의 발언내용 전체를 검토하여 명예훼손의 성립 여부를 판단해야만 할 것이다.

나. 본 건 회견은, 원고가 피고 홋카이도신문사, 동 高田, 동 佐藤 및 본 건 각 서적의 출판사에 대한 소송을 제기했을 때 한 것으로, 보조참가인들에 대한 어떤 책임 추궁을 전제로 한 회견은 아니다. 또한 본 건 발언은, 보조참가인들이 피고 高田, 동 佐藤과 함께 저술한 A서적 내에 날조된 기사가 존재한다는 취지를 지적하는 데 그친 것으로, 보조참가인들이 당해 기사를 날조한 것이라고 지적하지 않았고, 본 건 회견에서의 원고의 발언내용 전체를 보면, 원고가 기사의 날조를 지적한 것은 피고 홋카이도신문의 기자임이 명백하다.

그렇다면 본 건 회견에서 본 건 발언을 들은 자는, 보조참가인들이 피고 高田 및 동 佐藤와 함께 저술한 A서적 내에 피고 홋카이도신문의 기자가 날조한 기사가 게재되어 있다고 이해할 것으로 해석되므로, 본 건 발언이 곧바로 보조참가인들의 사회적 평가를 저하시키는 것이라고는 할 수 없다.

8. 보조참가인들의 청구에 대한 요약

이상에 의하면, 본 건 발언이 보조참가인들의 사회적 평가를 저하시키는 것이라고 할 수는 없으므로 다른 나머지 점 (쟁점⑦ 및 ⑧) 에 대해 판단할 것까지도 없이 보조참가인들의 청구는 모두 이유가 없다.

제4 결론

이상에 의하면 원고의 청구는 피고 홋카이도신문사, 동 高田, 동 佐藤 및 동 旬報社에 대해 연대하여 12만 엔, 피고 홋카이도신문사, 동 高田, 동 佐藤 및 동 講談社에 대해 연대하여 60만 엔의 지불을 청구하는 한도에서 이유가 있으므로 이를 인용하며, 다른 나머지 청구는 이유가 없으므로 이를 기각하고, 보조참가인들의 청구는 모두 이유가 없으므로 이를 기각하는 것으로 하여 주문과 같이 판결한다.

출처 : 『判例時報』, No. 2055호, 107~122.

번역 : 한 동 원 (전 한국언론연구원장)

