



유럽인권재판소 판례 - 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

3

증오표현과 인터넷



유럽인권재판소 판례: 증오표현

1. 협약의 보호로부터 제외
2. 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한
3. 증오표현과 인터넷

번역 _ 국가인권위원회



유럽인권재판소 판례 - 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

3

증오표현과 인터넷



유럽인권재판소 판례: 증오표현 3

증오표현과 인터넷

2020년 12월 발행. 국가인권위원회에서 기획하고, 국가인권위원회에서 「European Court of Human Rights, Hate Speech Fact Sheet」 원서를 번역한 것으로, 표지 및 본문 디자인이나 편집 등의 변경사항이 있음을 참고하시기 바랍니다.

표지 및 본문 디자인은 더브레인(The Brain)에서 진행했습니다. 국가인권위원회 주소는 서울특별시 중구 삼일대로 340(저동 1가) 나라키움 저동빌딩 13층이고, 담당부서는 인권교육기획과이며, 연락처는 02-2125-9856입니다.

이 책은 국가인권위원회가 저작권권을 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단 변경, 복제·배포, 상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다. 이 책은 비매품입니다

ISBN 978-89-6114-810-8 95360

ISBN 978-89-6114-807-8 95360(전3권)



유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

3

증오표현과 인터넷





Introduction

책 번역 및 번역 보완·수정에 참여해주신 분들(가나다 순)

권보은(국가인권위원회), 김원규(국가인권위원회), 김재현(국가인권위원회), 김지림(공익인권법재단 공감), 김태은(국가인권위원회), 김효정(국가인권위원회, 통번역가), 민경식(국가인권위원회), 박유경(국가인권위원회), 박한희(공익인권변호사모임 희망을만드는법), 서혜원(국가인권위원회), 송초아(국가인권위원회), 이보람(국가인권위원회), 조산새(아셈노인인권정책센터), 정서희(국가인권위원회), 정유리(다산인권센터), 하창원(국가인권위원회)

판례 관련 유의사항

- 유럽인권협약은 미네소타 대학의 번역문(제1권 참고)을 기준으로 하였습니다.
 - 불어원본의 판결문은 영어로 번역한 후 다시 국어로 번역하여 문장이 다소 매끄럽지 않을 수 있습니다.
 - 판결문을 읽는 사람이 이해하기 쉽도록 일부 역자주를 작성하였습니다.
 - 판결문의 고유명사는 원본의 명칭을 그대로 사용하였습니다.
 - 각 나라마다 법원 체계가 달라 이를 최대한 반영하여 번역을 하고자 했으나 각 나라의 법원 체계를 충분히 이해하지 못한데서 오는 오류가 있을 수 있어 판례문을 읽을 시에 이 부분에 대해 유의가 필요합니다.
-



유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

3

증오표현과 인터넷

「유럽인권재판소 판례: 증오표현」 목차

I. 들어가면서

II. 「유럽인권재판소 판례: 증오표현」 개요 및 보고서, 유럽인권협약

1. 유럽인권협약 및 유럽인권재판소 개요
2. 유럽인권재판소 보고서(Fact Sheet)
3. 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약

III. 판례

제 1 부 _ 협약의 보호로부터 제외(Exclusion from the protection of the Convention)

- 민족적 증오(Ethnic hate)
 1. Pavel Ivanov v. Russia
- 폭력선동 및 테러 활동 지원(Incitement to violence and support for terrorist activity)
 2. Roj TV A/S v. Denmark
- 부인주의와 수정주의(Negationism and revisionism)
 3. Garaudy v. France
 4. M'Bala M'Bala v. France
 5. Williamson v. Germany
- 인종적 증오(Racial hate)
 6. Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands
- 종교적 증오(Religious hate)
 7. Norwood v. the United Kingdom
 8. Belkacem v. Belgium

제 2 부 _ 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한(Restriction on the protection afforded by Article 10(freedom of expression) of the Convention)

- 폭력에 대한 옹호와 적개심 선동(Apology of violence and incitement to hostility)
 1. Sürek(no.1) v. Turkey
 2. Gündüz v. Turkey(decision on admissibility)
 3. Gündüz v. Turkey(4 Dec 2003)
 4. Faruk Temel v. Turkey
- 동성애 혐오 전단 배포(Circulating homophobic leaflets)
 5. Vejdeland and Others v. Sweden
- 테러리즘 옹호(Condoning terrorism)
 6. Leroy v. France
 7. Stomakhin v. Russia

- 전쟁범죄 용인(Condoning war crimes)
 8. Lehideux and Isorni v. France
- 국가 정체성 폄하(Denigrating national identity)
 9. Dink v. Turkey
- 극단주의(Extremism)
 10. Ibragim Ibragimov and Others v. Russia
- 논쟁의 여지가 있는 역사적 의미를 지닌 깃발을 남에게 보여줌(Display of a flag with controversial historical connotation)
 11. Fáber v. Hungary
- 민족 증오 선동(Incitement to ethnic hatred)
 12. Balsytė-Lideikienė v. Lithuania
- 국가 증오 선동(Incitement to national hatred)
 13. Hösl-Daum and Others v. Poland
- 인종 차별이나 증오의 선동(Incitement to racial discrimination or hatred)
 14. Jersild v. Denmark
 15. Soulas and Others v. France
 16. Féret v. Belgium
 17. Le Pen v. France
 18. Perinçek v. Switzerland
 19. Šimunić v. Croatia
- 종교적 불관용 선동(Incitement to religious intolerance)
 20. İ. A. v. Turkey
 21. Erbakan v. Turkey
- 국가 공무원에 대한 모욕(Insult to State officials)
 22. Otegi Mondragon v. Spain
 23. Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain

제 3 부 _ 증오표현과 인터넷(Hate speech and the Internet)

1. Delfi AS v. Estonia
2. Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary
3. Pihl v. Sweden
4. Smajić v. Bosnia and Herzegovina
5. Nix v. Germany
6. Savva Terentyev v. Russia

III. 판례 목차

| 제 3 부 |

증오표현과 인터넷(Hate speech and the Internet)

1. Delfi AS v. Estonia	12
2. Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary	96
3. Pihl v. Sweden	124
4. Smajić v. Bosnia and Herzegovina	134
5. Nix v. Germany	148
6. Savva Terentyev v. Russia	166





제 3 부

증오표현과 인터넷

Hate speech and the Internet





증오표현과 인터넷

(Hate speech and the Internet)



1. Delfi AS v. Estonia

2015년 6월 16일(대재판부)

이 사건은 재판소가 인터넷 뉴스 포털의 이용자-작성 댓글의 책임에 대하여 검토한 최초의 사례였다. 상업적 목적으로 뉴스 포털을 운영하는 청구 회사는 국내법원이 해운 회사와 관련된 온라인 뉴스 기사 아래에 독자들이 올린 모욕적 댓글에 대하여 청구 회사가 책임을 지라는 판결을 내렸다고 재판소에 소를 제기하였다. 해운 회사 소유주 변호사의 요청으로 청구 회사는 기사 발행 약 6주 후에 그 모욕적 댓글들을 삭제하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판단하였다. 재판소는 우선 인터넷의 혜택과 위험이 상충하는 현실, 특히 인터넷이 표현의 자유와 관련하여 전례 없는 기반을 제공하는 것에 반해 증오표현과 폭력을 선동하는 표현들이 순식간에 전 세계로 유포되고 가끔은 온라인에 지속적으로 남아 있을 가능성이 있다는 점을 지적하였다. 더 나아가 재판소는 문제가 되는 댓글의 불법적 성격은 대다수 댓글이 해운 회사의 소유주에 대한 증오나 폭력의 선동에 해당한다는 점에 근거한다고 보았다. 결과적으로, 재판소는 이 사건이 인터넷 뉴스 포털이 경제적 목적을 가지고 이전에 발행된 콘텐츠에 대한 이용자-작성 댓글 플랫폼을 제공할 때 그리고 몇몇 이용자들이 -실명 또는 익명으로- 타인의 인격권을 침해하고, 증오 발언에 해당하며, 타인에 대한 폭력을 선동하는 명백히 불법적인 발언을 했을 때, 협약 제10조 제2항에 따른 인터넷 뉴스 포털의 "의무 및 책임"에 대한 것이라고 보았다. 재판소는 이번 사건과 같이 제3자 이용자 댓글이 개인의 신체 존엄성에 대한 직접적 위협이자 증오표현의 형태를 띤 사건들에서 인터넷 뉴스 포털이 제3자나 피해자로 추정되는 사람으로부터의 통지가 없다 하더라도 명백하게 불법적인 댓글을 삭제하는 조치를 신속하게 취하지 않는다면 회원국은 타인과 사회 전체의 권리와 이익을 위해 협약 제10조에 대한 위반 없이 인터넷 뉴스 포털에 대한 책임을 물을 수 있다고 판단하였다. 재판소는 이러한 측면들을 구체적으로 평가하고 문제가 된 댓글의 극단적 성격, 댓글이 상업적으로 운영되고 전문적으로 관리되는 청구인의 뉴스 포털 회사에 게시된 기사에 대한 반응으로 달렸다는 사실, 증오표현과 폭력 선동 발언에 해당하는 댓글이 게시된 후 이를 지체하지 않고 삭제하거나 그러한 댓글을 작성한 사람에게 책임을 지우려는 현실적 가능성을 보장하지 않은 것과 같이 청구인 회사의 조치가 충분하지 않았던 점, 그리고 청구인 회사에 부과된 배상금이 적정(320유로)한 점을 감안했을 때, 재판소는 에스토니아 법원이 청구인 회사에 책임이 있다고 한 판단은 정당하였고 포털사의 표현의 자유에 대한 비례적인 제한이었다고 판결하였다.

유럽인권재판소

대재판부

DELFI AS. v. ESTONIA

(청구번호. 64569/09)

판결

스트라스부르

2015년 6월 16일

이 판결문은 최종본이다.

Delfi AS v. Estonia 사건에서 유럽인권재판소의 대재판부는 다음과 같이 구성되었다:

Dean Spielmann, 재판장,

Josep Casadevall,

Guido Raimondi,

Mark Villiger,

Işıl Karakaş,

Ineta Ziemele,

Boštjan M. Zupančič,

András Sajó,

Ledi Bianku,

Nona Tsotsoria,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,



Julia Laffranque,
Linus-Alexandre Sicilianos,
Helena Jäderblom,
Robert Spano,
Jon Fridrik Kjølbro, 판사,
Johan Callewaert, 대재판부 부(副)서기,
2014년 7월 9일과 2015년 3월 18일 비공개 심리하였고,
다음과 같이 판결하였다. 판결은 마지막 언급한 날짜에 채택되었다:

사건의 경과

1. 이 사건은 에스토니아에 등록된 유한책임회사 *Delfi AS*(이하 “청구 회사”)가 2009년 12월 4일 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 “협약”) 제34조에 따라 재판소에 제출한 청구(64569/09)로부터 비롯되었다.
2. 청구 회사는 탈린(Tallin)에서 활동하는 변호사인 V. Otsmann과 K. Turk가 대리하였다. 에스토니아 정부(이하 “정부”)는 외무부 소속의 대리인 M. Kuurberg가 대리하였다.
3. 청구 회사는 인터넷 뉴스 포털에 게시된 제3자의 댓글에 대한 책임을 자신들이 져야 한다는 사실로 인해 표현의 자유가 침해당했고, 이는 협약 제10조 위반이라고 주장하였다.
4. 이 청구는 재판소 5부문에 배정되었다(재판소 규칙52 제1조). 2011년 2월 1일, 재판소는 부문 구성을 변경하였고(규칙25 제1조), 이 청구는 새롭게 구성된 1부문에 배정되었다. 2013년 10월 10일, 재판장 Isabelle Berro-Lefevre와 판사 Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Mirjana Lazarova Trajkovska, Julia Laffranque, Ksenija Turković, Dmitry Dedov 그리고 부문 서기 Andre Wampach으로 구성된 소재판부는 판결을 선고하였다. 재판부는 만장일치로 위 청구자체는 허용되나 협약 제10조의 위반은 없었다고 판결하였다.
5. 청구 회사는 2014년 1월 8일 협약 제43조에 따라 이 사건을 대재판부에 회부할 것을 요청하였고 2014년 2월 17일 대재판부 패널은 이를 받아들였다.
6. 대재판부의 구성은 협약 제26조 제4항과 제5항 및 규칙24에 따라 결정되었다.
7. 청구 회사와 정부는 각자 본안에 대한 추가 소견을 제출하였다(규칙59 제1조).

8. 그에 더해 대재판부 재판장이 서면 절차에 대한 개입을 허락하자 다음의 단체들이 제3자 댓글을 제출하였다 (협약 제36조 제2항 및 규칙44 제3조 제a항): 비정부기구인 헬싱키 인권재단(the Helsinki Foundation for Human Rights), 아티클 19(Article 19), 액세스(Access), 28개 연합 조직과 함께 하는 미디어법률방어협회(Media Legal Defence Initiative, MLDI), 유럽디지털미디어협회(European Digital Media Association), 그리고 컴퓨터통신산업협회(the Computer & Communications Industry Association) 및 유럽 인터넷 서비스 제공자 협회의 범유럽 연합(the pan-European association of European Internet Services Providers Associations)이 공동으로 대응함.

9. 심리는 2014년 7월 9일 스트라스부르 인권 빌딩에서 공개 진행되었다(규칙59 제3조).

재판소에 출두한 사람은 다음과 같다:

(a) 정부측

M. Kuurberg,

대리인,

M. Kaur,

K. Magi,

자문관들;

(b) 청구 회사 측

V. Otsmann,

K. Turk,

변호사들.

재판소는 Otsmann 변호사와 Turk 변호사, Kuurberg 대리인의 변론뿐만 아니라 판사 Spano, Raimondi, Villiger and Bianku가 한 질문에 대한 그들의 답변 또한 청취하였다.

사실 관계

I. 사건의 배경

10. 청구 회사는 에스토니아에 등록된 유한책임회사이다.



A. 사건의 배경

11. 청구 회사는 인터넷 뉴스 포털 Delfi를 소유하고 있다. 이 포털은 청구 신청 당시 하루 최대 330개의 뉴스 기사를 발행하는 포털이었다. Delfi는 에스토니아에서 가장 큰 뉴스 포털 중 하나이다. 이 포털은 에스토니아어와 러시아어로 뉴스를 발간하며, 라트비아와 리투아니아에서도 운영된다.

12. 문제가 되는 사건이 일어났을 당시, 뉴스 기사 본문의 끝에는 “귀하의 댓글을 추가하세요”라는 글과 함께 댓글 작성자의 이름과 이메일 주소(선택사항)를 적는 칸이 있었다. 해당 칸 아래에는 “댓글 게시” 및 “댓글 읽기”라는 버튼이 있었다. 다른 사람들이 남긴 댓글을 읽는 것은 “댓글 읽기”라는 버튼을 클릭해야 접근할 수 있는 별개의 영역이었다. 댓글은 자동으로 업로드 되었으며 청구 회사가 편집하거나 조정하지 않았다. 뉴스 기사에는 매일 약 10,000개 정도의 독자 댓글이 달렸으며 대다수는 익명으로 게시되었다.

13. 그럼에도 불구하고 그 포털에는 통지-후-삭제(notice-and-take-down) 시스템이 있었다: 누구라도 어떤 댓글을 leim(모욕적이거나 조롱하는 메시지 또는 인터넷에서 증오를 선동하는 메시지를 가리키는 에스토니아어)으로 표시할 수 있었으며, 그렇게 표시가 된 댓글은 신속하게 삭제되었다. 더불어 음란한 표현이 담긴 댓글 또한 자동으로 삭제되었다. 추가로 명예훼손적인 댓글의 피해자는 청구 회사에 직접 통보할 수 있었으며, 그 경우 댓글은 즉시 삭제되었다.

14. 청구 회사는 댓글은 회사의 의견을 반영하지 않으며 댓글의 내용에 대한 책임은 댓글을 작성한 사람에게 있다는 것을 사용자들에게 알리기 위해 노력해왔다. Delfi의 웹사이트에는 댓글 게시에 대한 규칙이 있었는데 그중 일부 내용은 다음과 같다.

“Delfi의 메시지 게시판은 사용자가 댓글을 게시할 수 있는 기술적 매체이다. Delfi는 댓글을 수정하지 않는다. 댓글에 대한 책임은 댓글 작성자가 진다. 실제로 댓글의 내용에 대하여 작성자가 처벌을 받은 에스토니아 법원의 사례들이 있다...

Delfi는 그 내용이 모범적 관행을 따르지 않는 댓글은 금지한다.

그러한 댓글에는

- 위협적인 댓글;
- 모욕적인 댓글;
- 적대감과 폭력을 선동하는 댓글;
- 불법적인 활동을 선동하는 댓글;

- 주제와 관련이 없는 링크, 스팸 또는 광고가 담긴 댓글;
- 내용이 없고 그리고/혹은 주제에서 벗어난 댓글;
- 음란한 표현과 비속어가 담긴 댓글;

Delfi는 그러한 댓글을 삭제하고 작성자의 댓글 작성에 대한 접근을 제한할 권리를 보유한다...”

통지-후-삭제 시스템 기능은 댓글 게시 규칙에도 설명되어 있었다.

15. 정부는 에스토니아에서 Delfi가 명예훼손적이고 비하성 댓글을 게시하고 있는 것으로 악명이 높다고 주장하였다. 2005년 9월 22일 주간지 에스토니아 익스프레스(Eesti Ekspress)의 편집부는 법무부 장관, 검찰 총장, 대법관에게 보내는 공개서한을 발표하였는데, 이는 에스토니아의 공공웹사이트에서 사람들에게 대한 끊임없는 조롱이 벌어지고 있는 것에 대한 우려를 표명한 것이었다. Delfi는 잔인하고 오만한 조롱의 근원지로 지목되었다. 공개서한을 받은 사람들은 2005년 9월 29일 에스토니아 익스프레스를 통해 서한에 응답하였다. 법무부 장관은 모욕을 당한 사람은 Delfi에게 소송을 제기하고 손해 배상을 청구함으로써 법원을 통해 명예와 평판을 지킬 권리가 있다고 강조하였다. 검찰 총장은 형법에 따라 협박, 사회적 증오 선동, 미성년자에 대한 성적 학대를 처벌할 수 있게 하는 법적 근거를 언급하였고, 민사 절차에 따라 명예훼손과 모욕에 대한 책임을 다룰 수 있다고 지적하였다. 대법관은 채권법(Võlaõigusseadus)의 제1043절과 제1046절을 포함하여 표현의 자유와 모든 사람의 명예 및 평판을 보호하기 위해 마련된 법률 조항을 언급하였다.

B. 인터넷 뉴스 포털에 발행된 기사와 댓글

16. 2006년 1월 24일 청구 회사는 Delfi 포털에 “SLK가 계획된 얼음도로를 파괴했다”라는 제목의 기사를 발행하였다. 얼음 도로는 겨울에 에스토니아 본토와 일부 섬 사이의 얼어붙어 있는 바다 위 국도를 말한다. 약어 ‘SLK’는 AS Saaremaa Laevakompanii(Saaremaa 해운 회사, 유한책임회사)를 의미한다. SLK는 본토와 특정 섬들 사이의 공공 여객선 운송 서비스를 제공한다. 문제가 되는 사건이 일어난 당시, L.은 SLK 감독위원회 위원이자 회사의 단독 주주 혹은 대주주였다.

17. 2006년 1월 24일과 25일 사이 기사에는 185개의 댓글이 달렸다. 그중 약 20개의 댓글은 L.을 향한 사적인 위협과 공격적인 언어를 담고 있었다.

18. 2006년 3월 9일 L.의 변호사들은 청구 회사에 공격적인 댓글을 삭제할 것과 비금전적 손해에 대한 보상으로 50만 에스토니아 크룬(EKK)(약 32,000유로)를 요구하였다. 그 요구는 다음 20개의 댓글에 관한 것이었다.



“1. (1) [V]äinameri에 조류가 있다.

(2) 부동해는 당신이 언급한 장소보다 더 가깝고, 얼음은 더 얇다.

제안-1905년과 똑같이 하자. 꼬챙이를 가지고 [K]uressaare에 가서 [L.]과 [Lc.]를 가방 안에 넣자.

2. 망할 놈의 새끼들...

어쨌거나 그들은 독점과 국가 보조금 덕분에 돈을 많이 벌었고, 이제 사람들이 자기네 지갑을 채우지 않고 며칠 동안 섬으로 운전해 갈 수 있다고 걱정하기 시작했다. 니 배 안에서 불타 버려라, 미친 유대인아!

3. [La.]의 계획이 악플러들의 전선을 무너뜨리지 않아서 다행이다. 계속 나아가자, [L.]을 괴롭히자!

4. [아비한 L.] 익사해 버려라!

5. 아하... [나는] 그 일이 우연히 일어난 일이라고 믿지 않는다... 개새끼들.

6. 양야치 새끼들!!!(러시아어)

7. 니가 왜 징징거리고 난리야, 모두를 위해 이 나쁜 놈을 제대로 두드려 패자.] 그러면 이후에 다른 사람들은... 지들이 무슨 짓을 하는 건지 알 수 있을 것이며, 자기들도 목숨은 하나뿐이라는 것을 알게 될 것이다.

8. ... 말이 진짜 맞다. 다른 사람들[섬 사람들]과 그들처럼 되고 싶은 사람들을 경고하기 위해 린치를 가 하자. 그러면 다시는 그런 일이 일어나지 않을 것이다! 어쨌든 [L.]은 그런 대우를 받아도 짠 놈이다. 안 그런가.

9. “착한 사람은 오래 살고, 망할 인간은 하루나 이틀을 살지.”

10. 만일 그곳에 얼음 도로가 있다면, 차에 사람을 가득 채웠을 때 한 사람당 500정도는 아낄 수 있을 텐 데. 너네 여객선이 그렇게 좋은 쇠빙선이라면 왜 3시간이나 걸리는 거지? Pärnu 항구의 얼음이나 깨라... 그대 신, 빌어먹을 원숭아, 어쨌거나 나는 [해협을] 건널 건데 익사하면 그건 니 책임이야.

11. 이런 쓰레기 같은 일에 맞설 수 있는 사람은 없는가?

12. Saaremaa와 Hiiumaa 섬의 주민들은 이 멍청이에게 당한 거다.

13. [L.]이 Saaremaa에서 맞아 죽지 않을까 궁금하다. 자기네 사람들에게 그렇게 사기를 쳤는데 말이야.

14. 사람들은 인터넷에서 며칠 동안 수다를 떨겠지만 사기꾼들(그리고 백이 있는 사람들과 우리 스스로 우리의 대표로 선출한 사람들도)은 돈만 챙기고 이 말도 안 되는 일에는 관심도 안 가진다-아무도 이 거지 같은 일에 대해 신경 쓰지 않는다.

[M.]과 다른 거물 사기꾼들이 갑질에 익숙해지자 그들의 욕심이 반격을 해왔다(고이 잠들길). 조만간 이 사기꾼들에게 반격을 가할 것이다. 뿌린 대로 거두는 법, 하지만 그들을 견제해야 하는데(국가는 그들에게 무력하기 때문에 우리가 그들에게 린치를 가해야 한다), 그들은 오직 오늘날 살 것이기 때문이다. 내일은, 흥수지.

15. 내가 언젠가는 케이크로 이[V.]놈을 때려 줄거다.

젠장, 불에 가마솥을 올려놓고 사우나 굴뚝에서 연기가 피어오르는 순간, Saaremaa의 까마귀들이 거기에 있다... 돼지가 도살될 거라고 생각하면서. 그건 절대 안 돼.

16. 개자식들!!!! Ofelia도 극지를 운항해. 그러니까 이진 Ola가 필요한 이유로 말이 안 되는 거야!!!

17. 쓰레기들이 이끌고, 쓰레기들의 자금으로 운영되는 에스토니아니까 당연히 쓰레기들이 하는 반사회적 행위를 막지도 처벌하지도 않지. 하지만 모든 [L.]은 자신의 미카엘마스(Michaelmas)를 가지고 있지... 이진 숫양의 미카엘마스¹⁾와 절대 비교될 수 없어. 사실 [L.]이 안됐기도 해. 결국 그도 인간이니까... :D :D :D

18. ... 만약 그러한 일이 벌어지고 난후 [L.]이 갑자기 아파서 병가를 낸다면 그리고 또 다음에 얼음길이 파괴될 때... 그는 감히 세 번째에도 이렇게 무뢰한처럼 행동할까? :)

19. [L.] 그 씨발 개자식, ... 곧 우리 아기와 함께 집에 갈 수도 있었다... 어쨌든 그의 회사는 정상적인 여객선 서비스를 보장하지 못하고 가격도 정말... 진짜 기분나쁜 새끼... 그가 매년 무뢰한처럼 행동하기 위해 누구 주머니에 돈을 채워주고 입에 돈을 물려주는 걸까 궁금하다.

20. 똥으로 빵을 만들 수 없다; 종이와 인터넷은 모든 것을 견뎌낼 수 있다; 그리고 단순히 내 자신의 재미를 위해(실제로 국가와 [L.]은 사람들의 댓글에 신경 쓰지 않는다)... 단지 재미로, 돈에 대한 욕심이 없는... 나는 [L.]의 귀에 오줌을 싸고 그런 후에는 그의 머리에 똥을 썬다. :)"

19. 같은 날, 그러니까 댓글이 게재된 지 약 6주 후에, 청구 회사는 이 악플들을 삭제했다.

1) 이는 "모든 숫양에게는 미카엘마스가 있다"는 에스토니아 속담을 암시한다. 역사적으로 미카엘마스(성미카엘 대천사 축일, 9월 29일)쯤에 거세된 숫양을 도살하는 것을 의미하지만 요즘은 누구도 운명을 피할 수 없다는 의미로 사용된다.



20. 2006년 3월 23일 청구 회사는 L.의 변호사의 요청에 응답했다. 청구 회사는 L.에게 통지-후-삭제 의무에 따라 그 댓글들은 삭제되었으며 손해 배상 요청은 거부한다고 통보하였다.

C. 청구 회사에 대한 민사 소송

21. 2006년 4월 13일 L.은 청구 회사를 상대로 하류(Harju) 주법원에 민사 소송을 제기하였다.

22. 2007년 5월 28일 재판에서 청구 회사의 변호사들은 “청동의 밤(Bronze Night: 2007년 4월에 소비에트 점령과 억압의 상징으로 여겨진 청동 군인 기념물을 옮긴 것과 관련하여 일어난 폭동)”과 관련된 사건과 같은 사례들에서 Delfi는 자체적으로 하루에 5,000~10,000건의 댓글을 삭제했었다고 주장하였다.

23. 2007년 6월 25일 법원은 판결을 통해 L.의 주장을 기각하였다. 주법원은 정보사회서비스법(Infoühiskonna teenuse seadus)에 따라 청구 회사는 책임으로부터 제외된다고 판결하였다. 이 법률은 역내 시장에서의 정보사회서비스, 특히 전자 상거래의 특정 법적 분야에 대한 유럽 의회와 이사회의 2000년 6월 8일 지침 2000/31/EC(전자상거래에 관한 지침)에 근거한 것이었다. 법원은 청구 회사의 뉴스 포털에 대한 댓글란은 언론 기사란과 구별되어야 한다고 보았다. 기본적으로 댓글란에 대한 청구 회사의 관리는 기계적이고 수동적 성격을 띠었다. 청구 회사는 댓글의 게시인으로 간주될 수 없었으며 댓글을 감독할 의무도 없었다.

24. 2007년 10월 22일 탈린 항소법원은 L.의 항소를 받아들였다. 법원은 정보사회서비스법에 따라 청구 회사는 책임으로부터 제외된다는 주법원의 판단은 잘못된 것이었다고 보았다. 주법원의 판결은 파기되었고 사건은 1심 법원으로 환송되었다.

25. 2008년 1월 21일 대법원은 청구 회사의 상고를 각하하였다.

26. 2008년 6월 27일 하류(Harju) 주법원은 이 사건을 재검토한 후 L.에게 승소 판결을 내렸다. 항소법원의 명령에 따라 주법원은 채권법을 원용하였고, 정보사회서비스법을 적용할 수 없다고 보았다. 주법원은 청구 회사의 웹사이트에 댓글은 편집되지 않는다는 점, 모범적 관행에 어긋나는 댓글 게시를 금지한다는 점, 청구 회사가 댓글을 삭제할 권리를 가지고 있다는 점이 드러나 있었다는 것을 알고 있었다. 사이트 이용자가 부적절한 댓글을 청구 회사에 알릴 수 있는 시스템도 있었다. 그러나 주 법원은 그것만으로는 충분치 않았으며 타인의 인격권을 적절하게 보호할 수 없었다고 보았다. 법원은 청구 회사 자체가 댓글의 발행인으로 간주되어야 하며, 회사는 댓글의 내용에 책임이 없다는 면책 조항을 게시함으로써 그 책임을 피할 수 없다고 결론 내렸다.

27. 주법원은 Delfi 뉴스포털에 발행된 뉴스 기사 자체는 균형적이었다고 판결하였다. 그러나 다수의 댓글은 매우 저속하였다; 그것들은 굴욕적이고 명예훼손적이었으며 L.의 명예, 존엄성 및 평판을 훼손하였다. 그 댓글들은 정당한 비판을 넘어서는 것이었고 단순히 모욕에 해당하였다. 법원은 해당 댓글들은 표현의 자유의 보호를 받을 수 없고, L.의 인격권이 침해되었다고 결론 내렸다. 법원은 L.의 비금전적 손해에 대한 보상으로 EK 5,000(320유로)을 책정하였다.

28. 2008년 12월 16일 탈린 항소법원은 주법원의 판결을 확정하였다. 항소법원은 청구 회사가 자신들의 뉴스 포털에 게시된 댓글에 대해 사전 통제를 할 것을 요구받는 것은 아니라는 점을 강조하였다. 그러나 사전 통제를 하지 않기로 선택한 상황에서 청구 회사는 불법적 댓글을 신속하게 제거할 수 있는 다른 효과적 시스템을 만들었어야 했다. 항소법원은 청구 회사가 취한 조치가 불충분했으며 잠재적 피해자들에게 댓글을 감독하도록 하는 것은 신의성실의 원칙에 어긋난다고 보았다.

29. 항소법원은 정보사회서비스법에 따라 자신들은 책임이 없다는 청구 회사의 주장을 기각하였다. 그 댓글들과 관련하여 청구 회사는 기술적 중개인이 아니었으며 회사의 활동이 단순히 기술적, 자동적, 수동적 성격을 띠는 것도 아니었다고 지적하였다; 대신 이 회사는 사용자들에게 댓글을 작성하도록 권하였다. 따라서 청구 회사는 기술 서비스 제공자보다는 콘텐츠 서비스 제공자로 볼 수 있다.

30. 2009년 6월 10일 대법원은 청구 회사의 상고를 기각하였다. 대법원은 실질적으로 항소법원의 판결을 확정하였지만 그 근거는 일부 수정하였다.

31. 대법원은 다음과 같이 판결하였다.

“10. 재판부는 상고심에서 제기된 주장이 항소법원의 판결을 뒤집을 수 있는 근거가 될 수 있다고 보지 않는다. 항소법원이 내린 판결의 결론은 정확하지만, 판결의 법적 논거는 민사소송법 제692조 제2항에 근거하여 수정 및 보완되어야 한다.

11. 사건 당사자들은 다음 상황에 대해서는 이견이 없다:

(a) 2006년 1월 24일 피고의 인터넷 포털 ‘Delfi’는 ‘SLK가 계획된 얼음도로를 파괴했다’는 제목의 기사를 발행하였다:

(b) 피고는 인터넷 포털 방문자에게 기사에 대한 댓글을 작성할 수 있는 기회를 제공하였다;



(c) 앞서 언급한 기사에 관련하여 게시된 [avaladatud²⁾] 댓글 중 20개는 원고[L.]에 대한 경멸적인 내용을 담고 있다;

(d) 2006년 3월 9일 원고가 편지를 보낸 이후 피고는 그 경멸적인 댓글들을 삭제하였다.

12. 당사자 간의 법적 분쟁은 기업으로서 피고가 채권법의 의미에 따라 댓글 게시인에 해당하는지 여부, 게재된 내용(댓글의 내용)의 불법 여부, 불법적인 내용의 댓글을 게시한 것에 대한 피고의 책임 여부와 관련 있다.

13. 재판부는 피고가 ISSA(정보사회서비스법, Information Society Services Act) 제10절에 명시된 책임으로부터 면제되는 사항들에 속하지 않는다는 항소법원의 결론에 동의한다.

기술규정 및 표준법(Technical Regulations and Standards Act) 제2절(6)에 따르면 정보사회서비스란 ISSA 제2절(1)에 명시된 서비스를 말한다. 이 조항에 따르면 ‘정보사회 서비스’는 당사자들이 같은 위치에 존재하지 않은 상태에서 서비스 수령인의 직접적 요청에 따라 경제적 또는 전문적 활동의 형태로 제공되는 서비스이며, 이러한 서비스는 디지털 처리 및 데이터 저장을 위한 전자수단을 통해 데이터를 처리, 저장 또는 전송하는 것을 포함한다. 따라서 정보사회서비스 제공의 중요한 조건은 당사자들의 물리적 존재 없이 서비스가 제공되고 데이터가 전자적 수단에 의해 전송되며 서비스 사용자의 요청에 따른 요금에 맞는 서비스가 제공되는 것이다.

ISSA 제8절~제11절은 다른 정보사회서비스 제공자들의 책임을 규정한다. ISSA 제10절은 서비스 수령인이 제공하는 정보를 저장하는 형태로 서비스가 제공되는 경우 서비스 제공자는 서비스 수령인의 요청에 따라 저장된 정보에 대한 책임을 지지 않는다. 다만; (a) 서비스 제공자가 정보의 내용을 실제 알고 있지 않으며, 손해 배상 청구의 경우, 불법적 활동 혹은 정보에 대한 사실이나 상황을 인지하고 있지 않은 경우; (b) 서비스 제공자가 앞서 언급한 사실을 알거나 인지하게 되었을 때 그 정보를 삭제하거나 정보에 대한 접근을 차단하기 위해 신속하게 행동한 경우에만 책임이 면제된다. 따라서 문제가 되는 조항은 제공된 서비스가 [서비스 제공자의] 서버에 데이터를 저장하고 사용자들이 이 데이터에 접근할 수 있게 하는 경우에 적용된다. ISSA의 제10절에 명시된 조건의 대상이 되는 서비스의 제공자는 해당 서비스에 의해 저장된 정보의 내용에 대한 책임을 면제받는데, 서비스 제공자는 단순히 언급된 규정의 의미 안에서 중개인의 역할을 수행할 뿐 정보를 게시하거나 수정하지 않기 때문이다.

정보사회서비스법은 정보사회서비스, 특히 역내 시장에서의 정보사회서비스, 특히 전자 상거래의 특정

2) (역자주)에스토니아 말로 *avaldama/avaldaja*는 발행하다/발행인이라는 뜻과 공개/공개인이라는 뜻 둘 다 가지고 있다.

법적 분야에 대한 유럽 의회와 이사회의 2000년 6월 8일 지침 2000/31/EC(전자상거래에 관한 지침)에 근거한 것이기 때문에 이 법률에서 문제가 되는 조항을 해석할 때 해당 지침의 원칙과 목적을 고려해야 한다. ISSA의 제8절~제11절의 기초를 형성하는 지침 제12조~제15조는 지침 서문의 요약문 42에 의해 보완된다. 요약문에 따르면 제12조에서 제15조에 명시된 법적책임에 대한 면제는 정보사회서비스 제공자의 행위가 제3자가 정보를 전송하거나 임시적으로 저장하는 통신 네트워크에 대한 운영 및 접근권을 주는 것과 관련된 기술적 과정에 한정되어 있을 때만 적용되는 것으로 그 목적은 오직 전송을 좀 더 효율적으로 만드는 것이어야 한다: 그 활동은 단순히 기술적, 자동적 및 수동적 성격을 지니며, 이는 정보사회서비스 제공자는 전송되거나 저장되는 정보를 인지하지도 그 정보를 통제하지도 못한다는 것을 의미한다. 따라서 저장된 정보의 내용을 통제할 수 있는 소위 '콘텐츠 서비스'의 제공자는 지침 제12조에서 제15조에 명시된 면책 조항의 적용을 받을 수 없다.

재판부는 댓글을 게시하는 피고의 행위들이 단순히 기술적, 자동적 및 수동적 성격을 가지는 것이 아니라 본 항소법원의 의견을 공유한다. 피고의 목적은 단순한 중개 서비스를 제공하는 것이 아니었다. 피고는 댓글란을 뉴스 포털에 통합하여 웹사이트 방문객들에게 자신들의 판단과 의견(댓글)으로 뉴스를 보완하도록 권하였다. 댓글란에서 피고는 포털에 나타나는 뉴스에 대한 댓글을 달도록 적극적으로 요구한다. 피고의 포털 방문객 수는 댓글 수에 달려있다; 포털에 게시된 광고를 통해 얻는 수익은 결국 [방문객 수]에 달려있다. 따라서 댓글의 게시는 피고의 경제적 이익과 관련이 있다. 피고가 댓글의 작성자가 아니라는 사실이 피고가 댓글란을 통제할 수 없음을 의미하지는 않는다. 피고는 댓글란에 대한 규칙을 설정하며, 해당 규칙을 위반한 경우 이를 변경(제거)한다. 반면 피고의 서비스 이용자는 자신이 게시한 댓글을 변경하거나 삭제할 수 없다. 이용자는 부적절한 발언을 보고할 수 있을 뿐이다. 따라서 피고는 추가된 댓글 중 어느 것을 게시할지, 하지 않을지 결정할 수 있다. 피고가 이러한 가능성을 이용하지 않는다는 사실이 이미 게시된 댓글은 피고의 통제하에 있지 않다는 결론으로 이어지는 않는다. 재판부는, 댓글란에 저장된 정보를 관리하는 피고는 콘텐츠 서비스를 제공하고, 그러한 이유로 ISSA 제10절에 명시된 면책 규정은 피고에게 적용되지 않는다는 항소법원의 의견에 동의한다.

14. 피고가 2006년 1월 24일 인터넷 포털 Delfi에 발행된 'SLK가 계획된 얼음도로를 파괴했다'라는 제목의 기사의 발행인이라는 점에는 논쟁의 여지가 없다. 주법원은 피고를 댓글의 게시인으로도 간주해야 한다고 판결하였다. 항소법원은 그 의견에 동의하면서, 피고가 표현의 자유에 대한 권리의 침해를 주장하였다는 것은 피고가 스스로를 -댓글을 쓴 사람이 아니라- 댓글의 게시인으로 여겼다는 사실을 보여준다고 지적하였다. 재판부가 보기에 이 사건에서 피고와 댓글의 작성자 모두 채권법 의미 내에서 댓글의 게시인에 해당한다.



원고는 소송을 제기할 상대를 선택할 권리가 있다. 소송은 피고[Defi]에 대해서만 제기되었다.

재판부는 2005년 12월 21일 민사 사건번호 3-2-1-95-05의 판결문 문단 24에서 “공개”와 “공개인”에 대한 정의를 설명하면서 채권법 제1047절의 목적 내에서 공개[avaldamine]는 제3자에게 정보를 전달하는 것을 의미하며, 공개인은 정보를 제3자에게 전달하는 사람이라고 결론 내린 바 있다. 거기에 더해 재판부는 미디어에 정보를 발행[avaldamine]하는 경우 미디어 발행인에게 정보를 전송한 사람뿐만 아니라 미디어 회사 역시 공개인/발행인[avaldaja]에 해당한다고 설명하였다. 인터넷 포털에 뉴스 및 댓글을 발행(게시)하는 것은 또한 언론 활동이기도 하다[ajakirjanduslik tegevus]. 그와 동시에, 인터넷 미디어[internetiajakirjandus]의 특성으로 인해, 포털 사업자에게 인쇄 매체 출판물[trükiajakirjanduse väljaanne]에 적용되는 것과 동일한 방식으로 발행 전 댓글을 편집하라고 요구하는 것은 합리적이라고 볼 수 없다. [인쇄 매체 출판물의] 발행인은 편집을 통해 논평 발행의 개시자가 될 수 있으나 인터넷 포털에서 발행의 개시자는 댓글을 작성한 사람으로 그는 포털을 통해 대중이 그 댓글에 접근할 수 있도록 만든다. 따라서 포털 사업자는 정보를 공개 받은 자가 아니다. 의견 발행에서 오는 경제적 이익으로 인해 인쇄 매체의 발행인[väljaandja]과 인터넷 포털 사업자 모두 기업가로서의 발행인/공개인[avaldajad]에 해당한다.

사람의 명예와 명성을 훼손하고 모욕하는 가치 판단[väertushinnang]에 대한 사건에서 발행/공개와 발행인/공개인의 정의를 결정할 때 그 가치 판단이 발행/공개된 정보로부터 나온 것인지 아니면 그 판단의 실질적인 의미 때문에 경멸적인지는 무의미하다... 따라서 발행/공개는 어떤 사람에 대한 가치 판단을 제3자에게 전달하는 것(채권법 제1046절(1)) 그리고/또는 그러한 가치 판단을 할 수 있게 해주는 정보를 제3자에게 전달하는 것이고, 발행인/공개인은 그러한 판단과 정보를 제3자에게 전달하는 사람을 말한다. 이 사건에서 댓글은 무한한 사람들(일반 대중)에게 접근 가능하였다.

15. 항소법원이 표현의 자유에 대한 제한을 정당화함에 있어 법률이 아니라 신의성실의 원칙을 원용하였기 때문에 법원은 헌법 제45조를 잘못 적용했고, 포털에서 댓글을 삭제하는 것은 댓글을 다는 사람의 표현의 자유에 대한 제한이라는 피고의 주장에 대해 재판부는 다음과 같이 밝힌다.

모든 기본권의 행사는 헌법 제19조 제2항에 의한 제한을 받는다. 제19조 제2항은 모든 사람은 타인의 권리와 자유를 존중하고 고려해야 하며, 자신의 권리와 자유를 행사하고 자신의 의무를 이행함에 있어 법을 준수해야 한다고 명시하고 있다. 헌법 제45조의 첫 번째 문단의 첫 번째 문장은 모든 사람의 표현의 자유, 즉 어떤 내용의 정보든 자유로운 방식으로 전파할 권리를 규정하고 있다. 그 권리는 타인의 명예와 명성의 훼손 금지에 의해 제한된다. 이는 헌법에 명시되어 있다(제17조). 재판부는 표현의 자유와 타인의 명예와 명성 사이의

갈등을 다루는 데 있어 금지규범으로 만들어진 헌법 제17조가 사람의 명예와 명성에 대한 제한을 완전히 배제하는 것은 아니고 단지 명예훼손을 금지한다는 사실을 고려해야 한다고 본다(채권법 제1046절). 즉, 앞서 언급한 금지사항을 무시하는 것은 헌법(제11조)에 부합하지 않는다. 헌법 제45조 첫 번째 문단 두 번째 문장은 사람의 명예와 명성을 지키기 위해 법률로써 표현의 자유를 제한할 가능성을 포함하고 있다.

사람의 명예와 명성의 보호를 위해 채권법의 다음 조항들은 표현의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다: 제1045절(1) 및 (4), 제1046절(1), 제1047절(1), (2) 및 (4), 제1055절(1) 및 (2), 제134절(2). 주법원은 원고에 대한 명예훼손은 정당하지 않았으므로 불법이라고 판결하였다. 댓글에서 [뉴스] 주제에 대한 논의는 없었으며, 원고는 단순히 모욕을 위한 모욕을 당하였기 때문이다. 항소법원도 그 의견에 동의하였다. 재판부는 채권법 제1046절을 헌법에 따라 해석하면 사람의 명예를 훼손하는 것은 불법이라고 판단한다. 명예를 훼손하는 성격을 띤 20건의 댓글에 대한 하급 법원들의 평가는 입증되었다. 법원은 그 댓글들이 저속한 성격을 띤고 인간의 존엄성을 훼손하며 위협적인 표현을 포함하고 있으므로 명예훼손적이라고 정확하게 판결하였다.

재판부는 원고의 인격권을 침해하는 불법적 성격을 가진 댓글을 삭제하는 것은 댓글을 작성한 사람의 표현의 자유에 대한 제한이 아니라는 항소법원의 의견에는 동의하지 않는다. 재판부는 어떤 방식으로든 기본권을 제한하는 조치를 적용하는 것은 그 기본권 행사에 대한 제한으로 간주할 수 있다고 본다. 그러나 인터넷 포털 사업자가 댓글을 게시하는 사람의 표현의 자유를 제한하는 것은 포털 사업자-기업가의 의무, 즉 제3자의 명예와 명성을 존중해야 하는 의무(헌법(제17조)와 법률(채권법 제1046절)과 제3자에 대한 위해 발생을 방지할 의무(채권법 제1045절(1) 및 (4))에 의해 정당화된다.

16. 항소법원의 판결에 따르면, 댓글의 내용은 불법이었다; 그 댓글들은 언어적으로 부적절한 것이었다. 가치 판단은... 합리적 독자가 보기에 그 의미가 저속하고 인간의 존엄성을 훼손하고 사람을 조롱하려는 의도가 분명하다면 부적절하다. 그 댓글들에는 포털 사업자의 주도로 엄격하게 검증해야 할 정보도 포함되어 있지 않았다. 그러므로 그 댓글의 불법성을 인식하지 못했다는 그리고 인식해서도 안 될 것이었다는 피고의 주장은 근거가 없다.

‘위해 발생을 방지’ 법적 의무에 따라 피고는 명백하게 불법적인 내용의 댓글들을 게시하는 것을 막아야 했다. 그러나 피고는 그렇게 하지 않았다. 채권법 제1047절(3)에 따라 정보 또는 다른 문제를 공개하는 것은 만약 그 정보나 다른 문제를 공개하는 사람 혹은 그러한 문제를 공개 받은 사람이 그와 관련된 정당한 이익을 가지고 있거나 정보를 공개한 사람이 잠재적 침해의 심각성에 상응할 정도로 철저하게 정보 또는 기타 문제를 검증한 경우에는 불법으로 간주하지 않는다. 타인의 명예를 훼손하는 언어적으로 부적절한 가치 판단



을 공개(표현)하는 것은 채권법 제1047절(3)에 명시된 상황에 의해 정당화될 수 없다: 그러한 판단은 공개된 정보에서 나온 것이 아니라 관련 당사자의 명예를 훼손할 목적으로 작성되고 게시된 것이다. 그러므로 명백히 불법적인 성격의 댓글을 게시한 것 또한 불법이었다. 공개 후, 피고는 자발적으로 댓글 -피고는 댓글의 불법적 내용을 인지하고 있었어야 했다- 들을 포털에서 제거하지 않았다. 그러한 상황에서 법원은 피고의 부작위는 불법이라고 합리적으로 판결하였다. 피고가 과실의 부재를 증명하지 못했다는 것을 법원이 입증했기 때문에 원고에게 초래된 손해에 대한 책임은 피고에게 있다(채권법 제1050 절(1)).”

D. 후속 전개

32. 2009년 10월 1일 Delfi는 불쾌한 댓글을 게시한 사람들은 댓글 게시 관련 규칙을 읽고 수락할 때까지 새로운 댓글을 게시할 수 없다는 내용을 자신들의 인터넷 포털에 발표했다. 또한 Delfi는 포털에 게시된 댓글에 대한 후속 조치를 수행할 관리자 팀을 구성했다고 발표했다. 우선, 관리자들은 사용자들이 통지한 모든 부적절한 댓글들을 검토하였다. 댓글 게시 관련 규칙 준수 여부 또한 감독하였다. 발행된 정보에 따르면, 2009년 8월 기준 Delfi의 사용자가 게시한 댓글 수는 19만 건이었다. Delfi의 관리자들은 15,000개의 댓글(약 8%)을 삭제했는데 스팸이나 관련 없는 댓글이 대부분이었다. 명예훼손성 댓글의 비율은 전체 댓글의 0.5% 미만이었다.

II. 관련 국내법과 관습

33. 에스토니아 공화국 헌법(Eesti Vabariigi põhiseadus)은 다음과 같이 규정한다.

제17조

“누구도 명예나 평판이 훼손되어서는 안 된다.”

제19조

“1. 모든 사람은 자유롭게 자기실현을 할 권리가 있다.

2. 모든 사람은 타인의 자유를 존중하고 고려해야 하며 자신의 권리와 자유를 행사하고 자신의 의무를 이행함에 있어 법률을 준수해야 한다.”

제45조

“1. 모든 사람은 말, 인쇄물, 그림 및 다른 수단으로 생각, 댓글, 신념 및 기타 정보를 자유롭게 전파할 권리가 있다. 이 권리는 공공질서, 도덕, 타인의 권리와 자유, 건강, 명예 및 명성을 보호하기 위해 법률로 제한할 수 있다. 국가 및 지방 정부 공무원은 국가 또는 영업 기밀 혹은 업무를 통해 알게 된 비밀 정보, 타인의 가족 생활과 사생활, 정의의 이익(the interest of justice)을 보호하기 위해 법률에 따라 이 권리를 제한할 수 있다.

2. 검열은 허용되지 않는다.”

34. 민법 제138절(일반 원칙)은 권리 행사와 의무의 수행은 선의에 따라 이뤄져야 한다고 규정한다. 권리는 불법적인 방식이나 타인에게 피해를 주기 위한 목적으로 행사되어서는 안 된다.

35. 채권법 제134절 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

“인격권의 침해, 특히 명예훼손으로부터 발생한 피해를 배상해야 할 의무가 발생한 경우, 특히 신체적 혹은 정서적 고통에 의해 침해의 중대성이 정당화된다면 이에 대한 책임이 있는 자는 피해자에게 비금전적 손해에 대해 배상해야 한다.”

36. 채권법 제1043절은 불법적으로 타인(피해자)에게 손해를 끼친 사람(불법행위자)은 그 사람의 과실로 인해 손해가 발생했거나 법률에 따라 손해를 일으킨 것에 대해 책임져야 할 경우 그 손해를 배상해야 한다고 규정한다.

37. 채권법 제1045절은 특히 피해자에 대한 인격권 침해의 결과로 손해를 발생시키는 것은 불법이라고 규정하고 있다.

38. 채권법은 추가로 아래와 같이 규정하고 있다.

제1046절 - 인격권 침해의 불법성

“(1) 온당치 않은 가치 판단을 퍼뜨리거나 어떤 자의 이름이나 이미지를 부당하게 사용하거나 개인의 사생활이나 다른 인격권의 불가침성을 침해함으로써 사람의 명예를 훼손하는 것은 법률에 별도로 규정되어 있지 않은 한 불법이다. 그러한 불법성을 입증함에 있어 침해의 유형, 침해의 이유와 동기 및 이를 통해 달성하고자한 목적과 비교하여 침해의 심각성을 고려해야 한다.

(2) 법률로 보호되는 다른 법적 권리와 제3자의 권리 혹은 공익을 고려하였을 때 그 침해가 정당화되는 경우 인격권 침해는 불법이 아니다. 그러한 경우 불법성은 법률에 의해 보호되는 다른 법적 권리들의 법익을



비교 검토하여 입증하여야 한다.”

제1047절 - 잘못된 정보 공개의 불법성

“(1) 잘못된 정보를 공개하거나 어떤 사람 혹은 그 사람의 활동에 관한 정보를 불완전하거나 오도(誤導)하는 방식으로 공개함으로써 그 사람의 인격권을 침해하거나 경제적 또는 직업적 활동을 제한하는 것은 그러한 정보를 공개한 사람이 공개 당시에 그러한 정보가 부정확하거나 불완전하다는 것을 인지하지 못했거나 인지할 것은 요구받지 않았다는 것을 증명하지 않는 한 불법이다.

(2) 어떤 사람에 관한 명예훼손적 문제 또는 어떤 사람의 경제적 상황에 악영향을 미칠 수 있는 문제를 공개하는 것은 그러한 문제를 공개한 사람이 그 문제가 사실임을 증명하지 않는 한 불법으로 간주된다.

(3) 이 절의 하위절 (1)과 (2)의 조항과 관계없이 정보 또는 기타 문제를 공개한 사람 혹은 그 정보를 공개 받은 사람이 공개에 관련된 합법적 이익을 가지고 있다면 그리고 정보를 공개한 사람이 잠재적 침해의 심각성에 상응할 정도로 철저하게 정보 또는 기타 문제를 검증한 경우 정보 또는 기타 문제의 공개는 불법으로 간주되지 않는다.

(4) 잘못된 정보를 공개한 경우 피해자는 정보 공개의 불법 여부와 관계없이 그러한 정보를 공개한 사람에게 해당 정보를 반박하거나 자신의 비용으로 정정내용을 게시하도록 요구할 수 있다.”

제1050절 - 책임의 근거로서의 타당성

“(1) 법으로 달리 규정하지 않는 한, 불법행위자가 자신의 과실로 인해 손해가 발생한 것이 아니라는 것을 증명하면 그는 손해 배상 책임을 지지 않는다.

(2) 이 장에 따라 한 사람의 책임을 평가함에 있어 상황, 나이, 교육, 지식, 능력 및 기타 개인적 특성들을 고려해야 한다.

(3) 만약 다수에게 손해 배상의 책임이 있고, 그들의 과실 여부를 떠나 법률에 따라 그들 중 한 명 이상이 불법적으로 일어난 손해에 대한 배상 책임이 있다면 그들 사이에서 손해배상책임을 배분함에 있어 배상에 대한 책임이 있는 사람의 행위의 부당함과 책임의 형태를 고려하여야 한다.”

제1055절 - 손해를 끼치는 행위의 금지

“(1) 불법적 손해가 지속적으로 발생하거나 불법적인 손해가 발생할 것이라는 위험이 있으면 피해자 또

는 위험을 당한 사람은 그러한 손해를 초래하는 행동 또는 그러한 위험한 행동의 중단을 요구할 권리가 있다. 상해, 건강 손상 또는 사생활 또는 기타 인격권의 불가침성을 침해한 경우, 불법행위자가 타인에게 접근하는 것을 금지(접근금지 명령) 하거나 주택 또는 통신의 사용을 규제하거나 기타 이와 유사한 조치의 적용을 요구할 수 있다.

(2) 이 절의 하위절 (1)에 명시된 바와 같이 손해를 끼치는 행동의 중단을 요구할 권리는 인간 공존의 조건이나 중요한 공익을 고려하여 그러한 행위를 용인할 수 있다고 기대하는 것이 합리적이라면 적용되지 않는다. 그러한 경우, 피해자는 불법적으로 야기된 손해에 대한 보상을 청구할 권리가 있다..”

39. 정보사회서비스법은 다음과 같이 규정하고 있다.

제8절 - 단순한 정보 전송 및 공공 데이터 통신망에 대한 접근을 제공하는 경우에 적용되는 제한적 책임

“(1) 서비스 이용자가 제공한 정보를 공공 단순히 데이터 통신망을 통해 전송하거나 공공 데이터 통신 네트워크에 대한 접근을 제공하는 서비스의 경우, 서비스 제공자는 다음과 같은 조건을 전제로 전송된 정보에 대한 책임을 지지 않는다.

1. 서비스 제공자가 그 전송을 시작하지 않은 경우;
2. 서비스 제공자가 전송의 이용자를 선택하지 않은 경우; 그리고
3. 서비스 제공자가 전송에 포함된 정보를 선택하거나 수정하지 않은 경우;

(2) 이 절의 하위절 1에 따른 전송 및 접근을 제공하는 행위에는 공공 데이터 통신망에서 전송을 수행하기 위한 목적으로 전송된 정보를 자동적, 중개적, 임시적으로 저장하는 것도 포함된다. 다만 정보가 전송에 필요한 합리적 시간보다 길지 않게 저장됨을 전제로 한다.”

제9절 - 캐시 메모리에 정보를 임시 저장하는 경우에 적용되는 제한적 책임

“(1) 서비스 이용자가 제공한 정보를 공공 단순히 데이터 통신망을 통해 전송하는 서비스의 경우, 관련 전송 방법이 기술적 이유로 캐싱(caching)을 필요로 하고 캐싱이 다른 이용자에게 정보를 순방향으로 좀 더 효율적으로 전송하기 위한 목적으로만 수행되는 경우 서비스 제공자는 다음과 같은 조건을 전제로 해당 정보의 자동적, 중개적, 임시적 저장에 대해 책임지지 않는다:



1. 서비스 제공자가 정보를 수정하지 않은 경우;
2. 서비스 제공자가 정보에 대한 접근 조건을 준수한 경우;
3. 서비스 제공자가 업계에서 널리 인정되고 사용되는 방식을 통해 정보 업데이트에 관한 규범을 준수한 경우;
4. 서비스 제공자가 정보 이용에 대한 데이터를 얻기 위해 업계에서 널리 인정되고 사용되는 기술의 적법한 이용을 방해하지 않은 경우;
5. 서비스 제공자가 전송의 초기 소스에 있는 정보가 네트워크에서 제거되었다거나 정보에 대한 접근이 불가능해졌다거나 법원, 경찰 또는 국가 감독 기관이 그러한 제거를 명령했다는 사실에 대한 정보를 획득하는 순간 저장된 정보에 대한 접근을 신속하게 제거하거나 비활성화한 경우.”

제10절 - 정보 저장 서비스 제공의 경우에 적용되는 제한적 책임

“(1) 서비스 이용자가 제공한 정보를 저장하는 서비스의 경우, 서비스 제공자는 다음과 같은 조건을 전제로 서비스 이용자의 요청에 따라 저장된 정보에 대한 책임을 지지 않는다.

1. 제공자는 정보의 내용에 대한 실질적 지식을 가지고 있지 않으며, 손해배상 청구와 관련하여 불법 활동이나 불법 정보가 명백하게 드러나는 사실이나 상황을 인지하지 못한다;
2. 제공자는 이 절의 하위절 1에 명시된 사실에 대한 지식을 얻거나 인식하는 즉시 신속하게 정보에 대한 접근을 제거하거나 비활성화한다.

(2) 이 절의 하위절 1은 서비스 이용자가 제공자의 권한 또는 통제하에 행동하는 경우에는 적용하지 않는다.”

제11절 - 감시 의무의 배제

“(1) 이 법의 제8절~제10절에 명시된 서비스 제공자는 단순히 전송된 정보, 정보에 대한 접근의 제공, 캐시 메모리에 임시 저장되는 정보 또는 서비스 이용자의 요청에 따라 저장되는 정보를 감독할 의무가 없으며 불법 활동을 나타내는 정보 또는 상황을 적극적으로 찾아야 할 의무도 없다.

(2) 이 절의 하위절 1의 조항들은 공무원이 서비스 제공자에게 그러한 정보의 공개를 요청하는 감독권

의 행사를 제한하지 않는다.

(3) 서비스 제공자는 이 법의 제8절~제10절에 명시된 서비스의 이용자가 수행한 불법 행위 또는 제공한 불법 정보를 관할 감독 기관에 즉시 통지해야 하며, 관할 기관에 제공자와 저장 계약을 맺고 있는 서비스 이용자를 확인할 수 있는 정보를 전달해야 한다.

...”

40. 민사소송법 제244조와 그 이하 내용은 공판 전 증거 수집을 규정하고 있다-이는 증거가 분실되거나 이후에 증거를 이용하는 것이 어려울 수 있다고 추정되는 경우 사법 절차가 시작되기 전에 증거를 수집할 수 있는 절차를 말한다.

41. 2005년 12월 21일 판결(사건번호 3-2-1-95-05)에서 대법원은, 채권법 제1047절의 목적을 위해, 공개 [avaldamine]는 제3자에 대한 정보의 공개를 의미한다고 판결하였다. 미디어 발행인에게 정보를 전송한 사람은 문제의 기사를 발행한 자가 아니더라도 공개인으로 볼 수 있다. 대법원은 2010년 12월 21일 판결(사건번호 3-2-1-67-10)과 같이 후속 판결에서도 동일한 입장을 반복하여 취하였다.

42. 여러 국내 사례에서 신문 발행인과 기사의 작성자(1998년 5월 7일 대법원 판결 사건번호 3-2-1-61-98), 신문 발행인과 인터뷰 대상자(1997년 12월 1일 대법원 판결 사건번호 3-2-1-99-97), 그리고 신문 발행인 단독(1997년 10월 30일 대법원 판결 사건번호 3-2-1-123-97, 2007년 10월 10일 사건번호 3-2-1-53-07) 등을 포함하여 여러 피고를 대상으로 명예훼손에 대한 조치가 제기되었다.

43. 재판소에 제기된 본 사건에 대한 2009년 6월 10일 대법원 판결(사건번호 3-2-1-43-09) 이후 몇몇 하급 법원은 온라인 뉴스 기사와 관련된 댓글에 대한 책임 문제를 유사한 방식으로 해결하였다. 이에 따라 2012년 2월 21일 판결에서 탈린 항소법원(사건번호 2-08-76058)은 명예훼손을 당한 사람이 신문 발행인에 대해 제기한 청구에 관한 하급 법원의 판결을 유지하였다. 발행인은 온라인 신문의 댓글란에 독자가 게시한 명예훼손성 댓글에 대한 책임이 있다는 판결을 받았다. 법원은 발행인이 콘텐츠 서비스 제공자라고 판결하였다. 법원은 유럽사법재판소(Court of Justice of the European Union, CJEU)로부터 예비 판결을 받게 해달라는 발행인의 요청을 기각하면서, 피고는 유럽사법재판소와 대법원의 이전 해석에 따른 수동적 서비스 제공자로서의 기준을 충족시키지 못했음이 확실하며 이에 대한 관련 규칙은 충분히 명확하다고 결론 내렸다. 따라서 유럽사법재판소의 새로운 지침은 필요하지 않았다. 법원은 또한 유럽사법재판소의 2010년 3월 23일 판결(C236/08과 C238/08 병합사건, *Google France SARL and Google Inc.* [2010] ECR I-2417)에 따라 서비스 제공자의 역할이 중립적인지를 결정하는 것은 국내 법원이 해야 할 일이라는 점



을 지적하였다. 여기서 중립적이라 함은 서비스 제공자의 행위가 단순히 기술적이고 자동적이며 수동적이어서 저장된 데이터에 대한 정보가 없거나 통제력이 없음을 의미한다. 법원은 이 사건이 이전에 다루었던 사건과는 다르다고 보았다. 발행인이 이미 판결을 선고하기 전에 명예훼손성 댓글을 삭제했으므로 그 문제에 대한 판결은 내려지지 않았다; 비금전적 손해에 대한 원고의 주장은 기각되었다. 탈린 항소법원도 2013년 6월 27일에 이와 유사한 판결을 내렸다(사건번호 2-10-46710). 그 사건에서도 인터넷 뉴스 포털은 독자가 게시한 명예훼손성 댓글에 대한 책임이 있다고 판결받았으며 비금전적 손해에 대한 원고의 주장은 기각되었다.

III. 관련 국제 문서

A. 유럽 평의회 문서

44. 2003년 5월 28일, 제840차 차관 회의에서, 유럽 평의회 각료위원회는 인터넷상 커뮤니케이션 자유에 대한 선언(Declaration on Freedom of Communication on the Internet)을 채택하였다. 선언의 관련 부분은 다음과 같다.

“유럽 평의회의 회원국은,

...

또한 서비스 제공자가 단순한 전송자의 역할을 하거나 선의로 제3자의 콘텐츠에 대한 접근을 제공하거나 콘텐츠를 호스트 할 때 서비스 제공자의 책임을 제한해야 한다고 확신한다;

이 점과 관련하여 정보사회서비스의 특정 법적 측면, 특히 역내 시장에서 전자 상거래에 대한 유럽 의회와 이사회 2000년 6월 8일 지침 2000/31/EC(전자상거래에 관한 지침)를 상기하며;

인터넷상의 커뮤니케이션의 자유가 인간의 존엄성, 타인 특히 소수자들의 인권과 기본권을 침해해서는 안 된다는 것을 강조하며;

자신의 신원을 공개하지 않기를 원하는 인터넷 사용자들의 바람을 존중하는 것과 범죄 행위에 책임이 있는 사람들을 추적하려는 법 집행 당국의 필요 사이에서 균형을 잡아야 함을 고려하며;

...

회원국은 인터넷상의 커뮤니케이션 영역에 대한 다음의 원칙을 준수하려 노력해야 한다고 선언한다:

원칙 1: 인터넷 콘텐츠에 대한 원칙

회원국은 인터넷상의 콘텐츠에 대하여 다른 콘텐츠 전달 수단에 적용한 것보다 더한 제한을 적용해서는 안 된다.

...

원칙 3: 사전국가통제의 금지

당국은 포괄적 차단 또는 필터링 조치를 통해 대중이 인터넷상의 정보 및 다른 커뮤니케이션에 접근하는 것을 거부하여서는 안 된다. 이는 국경과 관계가 없다. 이는 특히 학교나 도서관과 같이 미성년자가 접근 가능한 장소에서 이들을 보호하기 위한 필터를 설치하는 것을 제한하지 않는다.

인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제10조 제2항에 따른 보호 수단이 존중된다는 전제하에, 권한을 가지는 국가 기관이 콘텐츠의 불법성에 대한 잠정 또는 최종 결정을 내린 경우 명확하게 식별 가능한 인터넷 콘텐츠의 제거 혹은 대안으로 접근 차단 조치를 할 수 있다.

...

원칙 6: 인터넷 콘텐츠 서비스 제공자의 의무 부과 제한

회원국은 서비스 제공자가 전송하거나 저장하여 접근할 수 있게 하는 인터넷 콘텐츠를 감독하게 하는 포괄적 의무를 제공자에게 부과해서는 안 된다. 불법 활동을 나타내는 정보 또는 상황을 적극적으로 찾아야 할 의무 또한 마찬가지이다.

회원국은 국내법에 정의된 바와 같이 서비스 제공자의 기능이 정보를 전송하거나 인터넷에 접근을 제공하는 것으로 제한되어 있을 때 제공자가 인터넷상의 콘텐츠에 대한 책임을 지지 않도록 보장해야 한다.

서비스 제공자의 기능이 더 광범위하고 다른 당사자들이 만들어내는 콘텐츠를 저장하는 경우, 제공자가 국내법에 정의된 바에 따른 정보나 서비스의 불법적 성격을 인지하는 순간 그 정보나 서비스를 제거하거나 비활성화하기 위해 신속하게 행동하지 않으면 회원국은 그에 대해 제공자에게 공동 책임을 물을 수 있다. 손해 배상에 대한 청구가 있는 경우, 제공자가 활동이나 정보의 불법성을 나타내는 사실 혹은 정황을 인지하는 순간 그 정보나 서비스를 제거하거나 비활성화하기 위해 신속하게 행동하지 않으면 회원국은 그에 대해 제공자에게 공동 책임을 물을 수 있다.



국내법에 따라 이전 문단에 명시된 서비스 제공자의 의무를 정의할 때, 정보에 대한 사용자의 상응하는 권리뿐만 아니라 정보를 이용 가능하게 한 사람들의 표현의 자유를 우선으로 존중하기 위해 상당한 주의를 기울여야 한다.

모든 경우에 있어 위에서 언급한 책임의 제한은 가능한 한도에서 서비스 제공자에게 침해를 종결하거나 막기를 요구하는 명령을 내릴 가능성에 영향을 미치지 않아야 한다.

원칙 7: 익명성의 보장

온라인 감시에 대한 보호를 보장하고 정보와 생각의 자유로운 표현을 강화하기 위하여 회원국은 자신의 신원을 공개하지 않기를 바라는 인터넷 사용자들의 바람을 존중해야 한다. 그러나 이것이 회원국으로 하여금 국내법, 유럽인권조약 및 사법 및 치안 분야의 기타 국제 협약에 따라 형사 행위에 책임이 있는 사람들을 추적하기 위한 조치를 취하고 협력하는 것을 막지는 못한다.”

45. 인터넷의 공공서비스 가치 증진을 위한 조치와 관련된 권고 CM/Rec(2007)16(2007년 11월 7일에 채택됨)에서 각료위원회는 인터넷이 한편으로는 특정 인권과 근본적 자유의 행사를 현저히 향상시킬 수 있는 반면 다른 한편으로는 이러한 권리 및 자유와 다른 권리에 악영향을 미칠 수 있다고 지적하였다. 위원회는 회원국이 새로운 정보와 통신 기술 영역의 모든 주요 이해당사자들의 역할과 책임의 경계를 나타내는 명확한 법적 체제를 만들어야 한다고 권고하였다.

46. 각료위원회는 미디어의 새로운 개념에 대한 권고 CM/Rec(2011)7에서 (2011년 9월 21일 채택) 다음과 같이 밝히고 있다.

“ ...

유럽 평의회 규정 제15. b조에 의거하여 각료위원회는 회원국에 다음과 같이 권고한다:

- 미디어에 대한 새롭고 넓은 개념을 채택한다. 이 개념은 콘텐츠(예를 들어 문자, 오디오, 시각, 시청각 또는 기타 형식의 정보, 분석, 논평, 의견, 교육, 문화, 예술 및 엔터테인먼트)와 상호작용형 대규모 커뮤니케이션(예를 들어 소셜 네트워크) 또는 기타 콘텐츠 기반의 대규모 상호작용형 경험(예를 들어 온라인 게임)을 촉진하기 위해 만들어진 어플리케이션의 제작 및 이를 잠재적으로 많은 수의 사람들에게 보급하는 것과 관련된 모든 행위자를 포함하는 동시에 콘텐츠에 대한(이 모든 사례에 대하여) 편집권 및 감독권도 보유한다;

- 모든 행위자에 대한 규제의 필요성을 검토하여 미디어 생태계에서 서비스 혹은 제품을 전달하는 행위

자들이 유럽인권협약 제10조에 따라 정보를 찾고, 받고, 알릴 권리를 보장받도록 한다. 또한 제10조에 따른 권리에 악영향을 미칠 수 있는 제한에 대한 관련 보호 조치를 모든 행위자에게 확장하여 자신을 스스로 제한하거나 자기 검열을 초래하는 위험한 상황이 일어나지 않도록 한다.

- 유럽 평의회 미디어 관련 표준을 기반으로 한 미디어에 대한 새로운 개념에 속하는 행위자들을 위한 단계적이고 구분된 대응을 고려할 때 이 권고의 부록에 명시된 기준을 적용한다. 여기서 행위자들의 반응이라는 함은 미디어 프로세스에서 그들의 구체적 기능과 민주사회에서 좋은 통치를 보장하거나 향상시킴에 있어 그들이 잠재적으로 미치는 영향과 중요성에 대한 반응을 의미한다;

...

권고의 부록 중 관련 부분은 다음과 같이 명시하고 있다.

“7. 구분되고 단계적인 접근은 미디어 또는 중개 또는 보조 활동이라고 인정된 서비스를 제공하는 각 행위가 적절한 형태(구분된)와 적절한 수준(단계적)의 보호를 받도록 하며, 유럽인권협약 제10조와 유럽 평의회가 만든 기타 관련 표준에 따라 책임의 범위 또한 정하도록 한다.

...

30. 편집에 대한 통제는 콘텐츠를 이용 가능하게 할 것인가 혹은 홍보할 것인가 그리고 콘텐츠를 제시하거나 배열하는 방식에 대한 자체적 정책 결정으로 입증될 수 있다. 전통 미디어는 종종 명시적으로 작성된 편집 정책을 공개하기도 한다. 그러나 이러한 정책은 콘텐츠를 선택 혹은 처리(예를 들어 콘텐츠에 대한 검증 또는 유효성 확인)하기 위한 내부 지침이나 기준에서도 드러난다. 새로운 통신 환경에서 편집 정책은 기업의 강령, 이용 약관(이는 콘텐츠에 대한 상세 내용을 포함하기도 한다)에 들어가 있을 수도 있고 일정한 원칙을 지켰다는 비공식적 약속(예를 들어 네티켓, 방침)으로 표현될 수도 있다.

...

32. 편집 과정은 내부적으로 정의된 과정에 따라 특정한 기준(반응적 관리, reactive moderation)을 고려하여 최종 결정을 내리는 데 사용자(예를 들어 전문가 평가 및 콘텐츠를 내려달라는 요청)를 참여시킬 수 있다. 뉴미디어는 종종 사용자 작성 콘텐츠와 관련하여 사후 관리에 의존하는데, 이는 처음에는 감지되지 않을 수 있다. 편집 과정은 자동화될 수도 있다(예를 들어 알고리즘을 통해 콘텐츠를 사전 선택하거나 콘텐츠를 저작권 보호를 받는 콘텐츠와 비교하는 것).



...

35. 다양한 수준의 편집 통제방식이 다양한 수준의 편집 책임과 병존한다는 점을 다시 한번 더 지적한다. 다양한 수준의 편집 통제 또는 편집 방식(예를 들어 사후 관리와 비교될 수 있는 사전 관리)은 구분된 대응을 요구하며, 점점 단계를 높이는 것이 최고의 대응 방안이라 할 수 있다.

36. 따라서 미디어의 기능이나 접근에 기여하지만 자체적으로 편집을 통제하지 않는 -혹은 해서는 안 되는-, 그러므로 편집권을 제한적으로 가지거나 가지지 않는 중개적 또는 보조적 서비스의 제공자는 미디어로 간주해서는 안 된다. 그러나 그들의 행위가 미디어의 맥락과 관련성을 가질 수 있다. 그럼에도 불구하고, 법적 의무에 따라 중개적 또는 보조적 서비스의 제공자가 취한 조치(예를 들어 법적 명령에 따른 콘텐츠를 내리는 것)는 위에서 의미한 편집 통제로 간주되어서는 안 된다.

...

63. 중개인 역할의 중요성은 강조되어야 한다. 그들은 미디어 콘텐츠 보급을 위한 대안적이고 보완적인 수단 혹은 채널을 제공함으로써 미디어의 목표와 목적을 성취하는 데 있어 미디어가 도달할 수 있는 거리를 넓히고 그 효율성을 향상시킨다. 경쟁적인 중개인 및 보조 시장에서 그들은 당국에 의한 제한의 위험을 현저히 줄일 수 있다. 그러나 새로운 생태계에서 당국에 대한 미디어의 의존 정도를 감안할 때 중개인 및 보조자를 통한 검열의 위험 또한 존재한다. 특정 상황이 사적 검열의 위험을 초래할 수도 있다(중개인 및 보조자가 수행하는 서비스 또는 콘텐츠를 제공하는 미디어와 관련하여 중개인 및 보조자에 의한 검열).”

47. 2014년 4월 16일 각료위원회는 인터넷 사용자를 위한 인권 지침에 관한 권고 CM/Rec(2014)6을 채택하였다. 지침의 관련 내용은 다음과 같다.

표현과 정보의 자유

“당신은 아무런 제한을 받지 않고 국경에 상관없이 당신이 선택한 정보와 아이디어를 찾고, 받고, 전달할 권리가 있다. 이것이 의미하는 바는 다음과 같다:

1. 당신은 온라인으로 자신을 표현하고 정보와 타인의 의견 및 표현에 접근할 수 있는 자유가 있다. 여기에는 정치적 연설, 종교에 대한 견해, 호의적으로 받아들여지거나 공격적이지 않다고 여겨지는 의견이나 표현 뿐만 아니라 타인을 불쾌하게 하거나 충격을 주거나 혼란을 줄 수 있는 의견이나 표현도 포함된다. 당신은 타인의 평판이나 권리를 충분히 존중해야 한다. 여기에는 사생활에 대한 권리도 포함된다;

2. 차별, 증오 또는 폭력을 선동하는 표현은 제한할 수 있다. 이러한 제한은 합법적이고, 한정적으로 적용되어야 하며 법원의 감독 하에 집행되어야 한다;

...

6. 당신은 온라인에서 가명을 쓰는 등의 방법으로 신원을 공개하지 않기로 선택할 수 있다. 그러나 당신은 당국이 조치를 취할 수 있고 그에 따라 당신의 신원이 밝혀질 수 있음을 인지하고 있어야 한다.”

B. 기타 국제 문서

48. 2011년 5월 16일 인권이사회에 제출한 보고서(A/HRC/17/27)에서 의사·표현의 자유에 관한 특별보고관 (Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression)은 다음과 같이 밝혔다.

“25. 합법적으로 제한할 수 있는 정보의 유형에는 아동 포르노(아동의 권리보호), 증오 발언(영향을 받는 공동체의 권리보호), 명예훼손(부당한 공격으로부터 타인의 권리와 평판 보호), 집단 학살을 저지르라는 직접적이고 공공연한 선동(타인의 권리보호), 차별, 적대감 또는 폭력을 선동하는 국가적, 인종적 또는 종교적 증오의 옹호(생명권과 같은 타인의 권리보호)가 있다.

...

27. 그에 더해 특별보고관은 인터넷의 독특한 특성으로 인해 전통적인 미디어에 대해서는 합법적이고 비례적인 것으로 볼 수 있는 규정 또는 제한이 인터넷과 관련해서는 종종 그렇지 않다는 점을 강조한다. 예를 들어, 개인의 명성이 훼손당한 경우, 피해 당사자가 자신에게 일어난 피해를 복원하기 위해 명예훼손적 콘텐츠에 대해 즉시 대응할 수 있는 능력을 감안할 때 오프라인 상의 명예훼손에 적용되는 유형의 제재는 불필요하거나 비례적이지 않을 수 있다..

...

43. 특별보고관은 검열 조치가 결코 민간 단위에 위임되어서는 안 되며, 누구도 자신이 작성한 인터넷 상의 콘텐츠에 대해 책임을 지도록 요구받아서 안 된다고 생각한다. 실제로, 어떤 국가도 증개인을 이용하거나 강요하여 검열을 대신 수행하도록 해서는 안 된다...



...

74. 중개인은 인터넷 사용자가 표현의 자유 및 정보에 접근할 권리를 향유하는데 필수적인 역할을 한다. 인터넷에서 무엇이 어떻게 유통되는지에 관하여 그들이 가지고 있는 전례 없는 영향력으로 인해 국가는 점점 더 그들에 대한 통제를 행사하고 불법으로 생각되는 콘텐츠에 대한 접근을 방지하지 못한 것에 대한 법적 책임을 지우고자 할 것이다.”

49. 2005년 12월 21일에 채택된 의견·표현의 자유에 관한 유엔 특별보고관, 언론 자유에 관한 OSCE(유럽안보협력기구) 대표자 및 표현의 자유에 관한 OAS(미주기구) 특별보고관의 공동 선언은 다음과 같이 명시하고 있다:

“인터넷 상의 콘텐츠를 자신의 것으로 받아들이거나 콘텐츠를 없애라는 법원의 명령에 따르기를 거부하는 것이 아닌 이상 누구도 자신이 작성하지 않는 콘텐츠에 대해 책임져야 할 의무는 없다.”

IV. 관련 유럽 연합 자료 및 비교법 자료

A. 유럽연합 문서과 판례법

1. 지침 2000/31/EC

50. 역내 시장에서의 정보사회서비스, 특히 전자상거래의 일정한 법적 측면에 대한 2000년 6월 8일의 유럽의회 및 이사회 지침 2000/31/EC(전자상거래 지침)의 관련 부분은 다음과 같이 규정하고 있다.

“(9) 정보사회서비스의 이동의 자유는 많은 경우 공동체법에서 보다 일반적인 원칙으로 특정하게 반영되어 있는데, 모든 회원국이 비준한 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약 제10조 제1항이 그것이다. 이 때문에 정보사회서비스의 공급을 다루는 지침들은, 상기협약 제10조 제2항과 공동체설립조약 제46조 제1항에 규정된 제한의 경우만을 예외로 하고, 상기협약을 고려하여 이러한 활동이 자유롭게 이뤄질 수 있도록 보장하여야 한다. 이 지침은 각 국가의 표현의 자유에 관한 기본적 규범과 원칙에 영향을 미칠 의도를 가지고 있지는 않다.

...

(42) 이 지침에 명시된 책임 면제는 정보사회서비스 제공자의 활동이 제3자에 의해 이용 가능한 정보가 전송되거나 그 전송을 보다 효율적으로 하기 위한 목적을 위해 그 정보를 임시적으로 저장하는 통신네트워크를 운영하거나 접근을 제공하는 기술적 과정에 제한되는 경우에만 적용된다. 이 활동은 단순히 기술적·자동적·수동적 성격을 띠는데 이는 정보사회서비스 제공자가 전송되거나 저장된 정보에 대한 인식이 없거나 이를 통제하지 않는다는 것을 의미한다.

(43) 서비스 제공자는 전송된 정보에 전혀 관여하지 않았을 경우 ‘단순 도관(導管)’ 및 ‘캐싱’으로 면책 혜택을 얻을 수 있다. 이는 무엇보다도 서비스 제공자가 자신이 전송하는 정보를 수정하지 않을 것을 요구한다. 이 요건은 전송 과정에서 발생하는 기술적 성격의 조작은 포함하지 않는데 이러한 조작이 전송에 담겨 있는 정보의 완전성을 변경하지는 않기 때문이다.

(44) 불법 행위를 하기 위해 서비스 이용자 중 하나와 고의로 협력하는 서비스 제공자는 ‘단순 도관’ 또는 ‘캐싱’ 활동을 일탈하는 것이고 결과적으로 이 활동을 위해 수립된 면책 혜택을 받을 수 없다.

(45) 이 지침에 확립된 중개 서비스 제공자의 책임 제한은 다양한 종류의 명령을 내릴 가능성에 영향을 미치지 않는다. 그러한 명령은 특히 불법 정보의 제거 또는 불법 정보에의 접근 비활성화를 포함한 침해의 종료·금지를 요구하는 법원 혹은 행정관청의 명령으로 이뤄질 수 있다.

(46) 책임 제한의 혜택을 받기 위하여, 정보 저장으로 이루어진 정보사회서비스를 제공하는 자는 실질적으로 불법 행위를 인식 혹은 의식하는 즉시 관련 정보를 제거하거나 접근을 비활성화하기 위해 행동하여야 한다. 제거 또는 접근 비활성화는 표현의 자유 원칙과 그러한 목적을 위해 국가 차원에서 수립된 절차를 준수하며 행해져야 한다; 이 지침은 회원국이 정보의 제거 또는 비활성화에 선행하여 신속하게 이행되어야 하는 특정 요건을 수립할 가능성에 영향을 미치지 않는다.

(47) 회원국이 서비스 제공자에게 포괄적 성격의 감독 의무를 부여하는 것은 금지되어 있다. 이는 특정 사례를 감독할 의무에는 영향을 미치지 않고, 특히 국내 입법에 따른 국내 기관의 명령에 영향을 미치지 않는다.

(48) 이 지침은 회원국이 서비스 이용자가 제공한 정보를 관리하는 서비스 제공자에게 주의의무를 적용하도록 요구할 가능성에 영향을 미치지 않는다. 이 주의의무는 특정 형태의 불법 행위를 탐지하고 금지하기 위해 합리적으로 기대 가능한 것이고 국내법에 명시된 것이다.

...



제1조

목표 및 적용 범위

1. 이 지침은 회원국 간의 정보사회서비스의 이동의 자유를 보장함으로써 역내 시장이 원활히 기능하는 데 기여하고자 한다.

...

제2조

정의

이 지침의 목적 상 이하의 용어들은 다음과 같은 의미를 가진다:

(a) ‘정보사회서비스’: 지침 98/48/EC에 의해 개정된 지침 98/34/EC 제1조 제2항의 의미상의 서비스

(b) ‘서비스 제공자’: 정보사회서비스를 제공하는 모든 자연인 또는 법인

(c) ‘설립된 서비스 제공자’: 고정설비를 이용하여 무기한 동안 효율적으로 경제 활동을 추구하는 서비스 제공자. 서비스 제공을 위하여 요구되는 기술적 수단 및 기술의 존재와 이용 그 자체가 제공자의 설비를 구성하는 것은 아니다.

제4절: 중개 서비스 제공자의 책임

제12조

‘단순 도관’

1. 서비스 이용자가 제공하는 정보를 통신 네트워크 상에 전송하거나 통신 네트워크에 접근을 제공하는 정보사회서비스를 제공하는 경우, 회원국은 다음 조건에서 서비스 제공자가 전송된 정보에 대해 책임지지 않도록 보장한다.

(a) 서비스 제공자가 그 전송을 시작하지 않은 경우;

(b) 서비스 제공자가 그 전송의 이용자를 선택하지 않은 경우; 그리고

(c) 서비스 제공자가 전송에 담긴 정보를 선택하거나 수정하지 않은 경우.

2. 제1항에 언급된 전송 및 접근을 제공하는 행위는 전송된 정보의 자동적, 중개적, 임시적 저장을 포함

한다. 다만 전송된 정보의 저장은 오직 통신 네트워크에서 전송을 수행하기 위한 유일한 목적으로 발생한 것 이어야 하고, 그 정보는 전송에 합리적으로 필요한 기간 이상 저장되지 않아야 한다.

3. 이 조는 회원국의 법적 체계에 따라 법원이나 행정 기관이 서비스 제공자에게 침해를 종료하거나 막도록 요구할 가능성에 영향을 미치지 아니한다.

제13조

‘개상’

1. 서비스 이용자가 제공하는 정보를 통신 네트워크상에 전송하거나 통신 네트워크에 접근을 제공하는 정보사회서비스를 제공하는 경우, 회원국은 다음 조건에서 서비스 제공자가 다른 서비스 이용자의 요청에 따라 오직 정보의 재전송을 보다 효율적으로 할 목적으로 행한 정보의 자동적·중개적 및 임시적 저장에 대해서 책임을 지지 않도록 보장한다.

(a) 서비스 제공자가 정보를 수정하지 않는 경우

(b) 서비스 제공자가 정보 접근에 관한 조건을 준수한 경우

(c) 서비스 제공자가 업계에서 널리 인식되고 이용되는 방법으로 특정된 정보 업데이트에 관한 규범을 준수한 경우

(d) 서비스 제공자가 정보 이용에 대한 데이터를 얻기 위해 업계에서 널리 인식되고 이용된 기술의 적법한 이용에 간섭하지 않은 경우

(e) 서비스 제공자가 전송의 초기 소스에 있는 정보가 네트워크 상에서 제거되었다거나 그 정보에 대한 접근이 불가능해졌거나 법원 또는 행정관청이 그러한 제거 및 비활성화를 명령했다는 사실을 실제 인식한 시점에 저장된 정보를 신속하게 제거 또는 비활성화하기 위해 행동한 경우

제14조

호스팅

1. 서비스 이용자가 제공하는 정보를 저장하는 형태의 정보사회서비스를 제공하는 경우, 회원국은 다음 조건에서 서비스 제공자가 서비스 이용자의 요구로 저장된 정보에 대해 책임지지 않도록 보장한다.

(a) 서비스 제공자가 불법적 활동이나 정보에 대한 실질적 인식이 없고, 손해배상 청구와 관련하여 불법



적 활동 혹은 정보가 분명한 사실이나 상황을 인지하지 못한 경우

(b) 서비스 제공자가 불법적 활동이나 정보를 알거나 인식한 후 신속하게 해당 정보를 제거하거나 정보에 대한 접근을 비활성화한 경우

2. 제1항은 서비스의 이용자가 제공자의 영향력이나 통제에 따라 행위하고 있는 경우에는 적용되지 아니한다.

3. 이 조는 회원국의 법적 체계에 따라 법원이나 행정 기관이 서비스 제공자에게 침해를 종료시키거나 막도록 요구할 가능성에 영향을 미치지 아니한다. 또한 회원국이 정보를 제거하거나 접근을 비활성화시키는 것을 관리하는 절차를 수립할 가능성에도 영향을 미치지 아니한다.

제15조

포괄적 감시 의무의 배제

1. 회원국은 서비스 제공자가 제12조에서 제14조까지에 속하는 서비스를 제공하는 경우 서비스 제공자에게 자신들이 전송하거나 저장하는 정보를 감독하거나 불법적 활동을 나타내는 사실이나 상황을 적극적으로 찾아야 하는 포괄적 의무를 부과해서는 안 된다.

2. 회원국은 정보사회서비스 제공자로 하여금 자신들의 서비스를 수신하는 자가 불법한 활동을 하거나 불법한 정보를 제공한 혐의가 있는 경우 즉각적으로 소관 관청에 알리도록 하거나 소관 관청의 요구에 따라 서비스 제공자와 저장 계약을 맺고 있는 이용자를 식별할 수 있는 정보를 보고할 의무를 수립할 수 있다.”

2. 지침 98/48/EC에 의해 개정된 98/34/EC

51. 기술 표준과 기술 규정 및 정보사회서비스 규정에 대한 정보제공의 절차를 규정하는 유럽의회와 이사회의 1998년 6월 22일 지침 98/34/EC(지침 98/48/EC에 의해 개정)은 다음과 같이 규정하고 있다.

제1조

“이 지침의 목적을 위해 다음과 같은 의미들이 적용된다:

2. 어떤 정보사회서비스에서 ‘서비스’는, 즉, 일반적으로 유료로, 원거리에서, 전자수단에 의한, 그리고 서

비스 이용자의 개별 요청에 따라 제공되는 모든 서비스

이 정의에서:

- ‘원거리에서’는 당사자들이 함께 있지 않은 상황에서 서비스가 제공됨을 의미하며,
- ‘전자수단에 의한’은 서비스가 처음에 전송되고 목적지에 수신되는 과정에서 처리(디지털 압축 포함) 및 데이터 저장을 위해 전자 장비를 거치고, 전체 전송, 전달 및 수신 과정이 전선, 라디오, 광학 수단 또는 기타 전자기기를 통해 이뤄짐을 의미하며,
- ‘서비스 이용자의 개별 요청에 따라’는 데이터 전송에 대한 개별 요청에 따라 서비스가 제공되는 것을 의미한다.

이 정의에서 다루지 않는 서비스의 목록은 부속서 V에 나와 있다.

이 지침은 다음에는 적용되지 않는다.

- 라디오 방송 서비스,
- 지침 89/552/EEC 제1조 (a)가 다루는 텔레비전 방송 서비스.”

3. 유럽사법재판소의 판례법

52. 2010년 3월 23일 판결(*Google France SARL and Google Inc.*에 관한 C236/08과 C238/08 병합사건)에서 유럽사법재판소는 인터넷 검색 서비스 제공자의 책임이 전자 상거래에 관한 지침 제14조에 따라 제한될 수 있는지를 입증하려면 서비스 제공자의 행위가 단지 기술적이고 자동적이며 수동적이었느냐는 측면에서 서비스 제공자의 역할이 중립적이었는지, 따라서 저장된 데이터에 대한 지식 또는 통제가 부재했는지를 검토하는 것이 필요하다고 보았다. 전자상거래에 관한 지침 제14조에 명시된 규정은 인터넷 검색 서비스 제공자가 저장된 데이터에 대해 인지하거나 통제하는 것과 같은 적극적인 역할을 하지 않은 경우에만 적용되는 것으로 해석해야 한다. 만일 서비스 제공자가 그러한 역할을 하지 않았다면 서비스 제공자는 데이터나 광고주의 활동의 불법적인 성격에 대해 알지 못한 이상 해당 데이터를 제거하거나 그에 대한 접근을 비활성화하기 위해 신속하게 행동하지 못했다는 이유로 광고주의 요청에 따라 저장한 데이터에 대해 책임져서는 안 된다.

53. 2011년 7월 12일 판결(사건번호 C-324/09, *L'Oréal SA and Others*)에서 유럽사법재판소는 저장된 데이터에 대해 알거나 통제하는 적극적 역할을 하지 않은 온라인 상점의 운영자에게도 전자상거래 지침 제14조 제1항이 적용해야 하는 것으로 해석해야 한다고 판결하였다. 운영자는 판매를 위한 도움, 특히 문제가 되었던 판매 제안을 어떻



게 최적화할 것인지에 대한 도움을 제공하거나 그것을 홍보함으로써 그러한 역할을 한 것이다. 온라인 상점의 운영자가 그렇게 적극적인 역할을 하지 않았더라도 결과적으로 제공된 서비스가 전자상거래 지침 제14조 제1항의 내용에 따른 서비스에 속한 경우, 피해를 보상하라는 명령을 받을 수 있는 사건에서, 만약 운영자가 (근면한 경제 운영자는 문제가 되는 판매 제안이 불법이었다는 것을 인식하고 있었어야 한다는 점에 근거하여) 어떠한 사실이나 정황을 인식하고 있었다면 그리고 그런 사실이나 정황을 알고 있었음에도 전자상거래 지침 제14조 제1항 (b)에 따라 신속하게 행동하지 않았다면 그 조항에 따른 면책을 받을 수 없다.

54. 2011년 11월 24일 판결(C-70/10, *Scarlet Extended SA*)에서, 유럽사법재판소는 인터넷서비스 제공자에게 자신의 서비스를 통과하는 모든 전자적 통신, 특히 피어 투 피어(peer to peer) 소프트웨어를 사용하는 전자적 통신을 필터링하는 시스템 설치 요구 명령을 내릴 수 없다고 판결하였다. 피어 투 피어 소프트웨어는 예방적 조치로서 서비스 제공자의 비용으로 무제한 동안 모든 사용자에게 무차별적으로 적용되었고, 지적 재산권의 대상이 되는 파일을 공유하는 것은 저작권 위반이므로 이러한 파일의 전송을 막기 위해 서비스 제공자의 네트워크상에서 청구인이 지적 재산권을 가진다고 주장하는 음악, 영화, 시청각 작품을 포함하는 전자 파일의 움직임은 식별할 수 있었다.

55. 2012년 2월 16일 판결(사건번호 C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA(SABAM)*)에서, 유럽사법재판소는 전자상거래 지침 및 지침 2000/31/EC, 2001/29/EC and 2004/48/EC으로 인해 국내 법원은 호스팅 서비스 제공자에게 자신들의 서버에 서비스 이용자들이 저장한 정보를 필터링하는 시스템을 설치할 것을 요구하는 명령을 내릴 수 없다고 판결하였다. 이러한 시스템은 예방적 조치로서 서비스 제공자의 비용으로 모든 사용자에게 무기한 무차별적으로 적용되었고, 지적 재산권의 대상이 되는 파일의 저작권을 침해하는 방식으로 대중이 이용하는 것을 막기 위해 가처분 신청을 한 청구인이 지적 재산권을 가진다고 주장하는 음악, 영화, 시청각 작품을 포함하는 전자 파일의 움직임을 식별하는 것이 가능하였다.

56. 2014년 5월 13일 판결(사건번호 C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc.*)에서, 유럽사법재판소는 1995년 10월 25일 개인 데이터의 처리 및 자유로운 이동과 관련한 개인의 보호에 관한 유럽의회와 이사회의 지침 95/46/EC를 해석해 달라고 요청받았다. 유럽사법재판소는 인터넷 검색 엔진의 활동은 지침 95/46/EC의 의미에 따라 “개인 데이터 처리”로 분류되어야 하며 검색 엔진 운영자에 의해 수행되는 그러한 개인 데이터 처리는 그 엔진에 의한 검색이 개인의 이름을 기반으로 이뤄지는 경우 사생활에 대한 권리와 개인 데이터의 보호에 대한 권리라는 기본권(유럽 기본권헌장 제7조와 제8조에 따라 보장됨)에 상당한 영향을 미칠 수 있다고 판결하였다. 그러한 처리의 결과 목록을 통해 어떤 인터넷 사용자라도 인터넷에서 찾을 수 있는 개인의 정보에 대한 구조화된 개요를 획득할 수 있고 그로 인하여 그 개인에 관하여 어느 정도 상세한 프로파일링을 수립할 수 있기 때문이다. 게다가 인터넷 검색 결과 목록에 담긴 정보는 어디에서나 볼 수 있는 현대 사회에서 인터넷과 검색 엔진이 맡은 중요한 역할로 인해 데이터 주체의 권리에 대

한 제한의 영향은 더욱 부각되었다. 그러한 제한의 잠재적 심각성에 비추어 보았을 때 이는 단지 운영자의 경제적 이익에 의해 정당화될 수 없는 것이었다. 유럽사법재판소는 정보에 대한 접근이라는 인터넷 사용자의 적법한 이익과 데이터 주체의 기본권 사이에서 공정한 균형을 찾아야 한다고 보았다. 일반적으로 인터넷 사용자들의 이익보다 데이터 주체의 기본권이 우선되지만 앞서 말한 균형은 문제가 되는 정보의 성격과 사생활에 대한 데이터 주체의 민감성 그리고 그 정보에 대한 대중의 관심에 따라 달라질 수 있다. 유럽사법재판소는 특정 사건에서는 검색 엔진의 운영자는 검색의 결과로 나타난 목록으로부터 웹페이지에 대한 링크를 제거해야 할 의무가 있다고 판결하였다. 그 사건들에서 검색은 사람의 이름을 통해 이뤄진 것이었고 제3자에 의해 게시되었으며 그 사람과 관련된 정보를 담고 있었다. 문제가 되는 웹페이지에 그 정보를 게시한 것 자체는 합법이었으나 유럽사법재판소는 결과 목록에서 그 웹페이지의 링크를 없애도록 판결한 것이다. 이는 데이터가 부적절한 것으로 보이거나, 무관해 보이거나 혹은 더는 관련이 없는 것처럼 보이거나, 그 데이터가 처리된 목적과 처리된 후 경과한 시간에 비추어 과도한 것처럼 보이는 경우에는 특히 그러했다.

57. 2014년 9월 11일 판결(사건번호 C-291/13, *Sotiris Papasavvas*)에서 유럽사법재판소는 자신들의 웹사이트에 신문의 온라인판을 게시한 신문사는 원칙적으로 자신들이 게시한 정보에 대한 지식을 가지고 있었고 그 정보를 통제하였기 때문에 웹사이트에 대한 접근이 무료였는지와 상관없이 지침 2000/31/EC의 제12조에서 제14조까지의 의미에 따른 “중개서비스 제공자”로 볼 수 없다고 판결하였다. 따라서 재판소는 지침 2000/31/EC의 제12조에서 제14조까지에 명시된 민사적 책임의 한계는 신문의 온라인판이 게시되는 웹사이트를 운영하고, 그 웹사이트에 게시되는 광고로 인한 소득으로 보상을 받는 신문사에게는 적용되지 않는다고 판시하였다. 그 웹사이트에 대한 접근이 무료였는지와 상관없이 그 신문사는 게시된 정보에 대한 지식을 가지고 있었고 그 정보를 통제하였기 때문이다.

B. 비교법 자료

58. 재판소가 가지고 있는 정보에 따르면 유럽 평의회 회원국-유럽 연합의 회원국이기도 함- 중 다수 국가에서 전자상거래에 관한 지침이 국내 법률로 전환됨에 따라 이 지침이 문제가 되는 영역에서 법률의 주요한 출처가 된 것으로 보인다. 또한 온라인 발행 전 제3자의 콘텐츠에 대한 운영자의 개입이 클수록 -사전 검열, 편집, 수신자 선택, 미리 정한 주제에 댓글을 달아달라는 요청 혹은 콘텐츠를 운영자 자신의 것으로 만드는 방식을 통해- 운영자가 그 콘텐츠에 대해 책임질 가능성이 커지는 것으로 보인다. 일부 국가에서는 불법 콘텐츠를 어떻게 인터넷에서 내릴 것인지에 대한 절차와 관련된 규제 및 이와 관련된 책임 분산 관련 조항을 제정하였다.



판단

협약 제10조 위반 주장

59. 청구 회사는 인터넷 뉴스 포털에 독자가 게시한 댓글에 대해 회사가 책임을 지도록 하는 것은 협약 제10조에 규정된 표현의 자유를 침해하는 것이라고 주장하였다. 제10조의 내용은 다음과 같다.

“1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.”

60. 정부는 이 주장을 반박하였다.

A. 소재판부 판결

61. 2013년 10월 10일 판결에서 소재판부는 처음부터 본 사건에서 청구 회사의 역할에 대한 당사자들의 견해가 갈렸다고 지적하였다. 정부는 청구 회사를 명예훼손 발언의 공개인으로 간주해야 한다고 주장했으나 청구 회사는 제3자가 만들고 발행한 정보를 제공할 자유가 위기에 처해 있고, 청구 회사 자체는 제3자 댓글의 발행인이 아니라는 의견을 밝혔다. 소재판부는 청구 회사의 활동에 따른 정확한 역할이 무엇인지 결정하지 않았고, 청구 회사와 관련된 국내 법원의 결정이 협약 제10조에 보장된 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다는 점에 당사자 간 실질적 이견이 없었다는 점을 지적하였다.

62. 제한의 적법성에 관하여 소재판부는 자신들의 표현의 자유에 대한 제한이 “법률에 근거”하지 않았다는 청구 회사의 주장을 기각하였다. 소재판부는 국내 법원이 청구 회사의 활동은 전자상거래에 관한 지침 및 정보사회서비스법에서 규정한 범위에 속하지 않는다고 판결하였음을 언급하였다. 소재판부는 국내 법원을 대체하는 것은 소재판부의 역할이 아니며 국내법의 해석 문제를 해결하는 것은 국내 기관, 특히 법원이 우선으로 해야 할 역할이라고 보았다. 게다가 소재판부는 판례법과 더불어 민법의 관련 조항-비록 다른 법, 예를 들어 정보사회서비스법과 비교하였

을 때 상당히 일반적이고 구체적 내용이 부재하지만-이 미디어의 발행물에 들어가 있는 명예훼손적 진술에 대하여 그 미디어의 발행인이 책임이 있다는 점을 분명히 하고 있다는 점을 납득하였다. 소재판부는 청구 회사가 에스토니아에서 가장 큰 뉴스 포털을 운영하고 있다는 점과 댓글란에 게시된 이전 댓글들이 어느 정도 악명을 가지고 있었다는 점을 고려하였다. 이러한 점을 배경으로 소재판부는 청구 회사가 자신들의 활동과 관련된 위험을 평가할 수 있는 위치에 있었고 그러한 활동이 수반할 수 있는 결과를 합리적인 수준에서 예견할 수 있었어야 한다고 보았다.

63. 소재판부는 더 나아가 청구 회사의 표현의 자유에 대한 제한이 타인의 명성과 권리의 보호라는 정당한 목적을 추구하였다고 판결하였다. 소재판부가 보기에 원칙적으로 댓글의 실제 작성자 또한 책임이 있다는 사실이 청구 회사가 타인의 명성과 권리에 대한 피해를 책임지도록 하는 정당한 목적을 없애는 것은 아니었다.

64. 제한의 비례성과 관련하여 소재판부는 문제가 되는 댓글의 성격이 명예훼손적이라는 점에는 이견이 없었다고 지적하였다. 청구 회사의 표현의 자유에 대한 제한의 비례성을 평가함에 있어 소재판부는 다음의 요소들을 고려하였다. 소재판부는 첫째, 댓글의 맥락, 둘째, 명예훼손적 댓글을 제거하거나 예방하기 위해 청구 회사가 적용한 조치, 셋째, 청구 회사의 책임에 대한 대안으로서 댓글을 실제 작성한 사람의 책임, 그리고 넷째, 청구 회사에 대한 국내 소송의 결과를 검토하였다.

65. 특히 소재판부는 명예훼손적 발언을 야기한 뉴스 기사는 공익과 관련된 것이었고 청구 회사는 부정적 반응을 예견하고 타인의 명성에 해를 끼치는 것에 대한 책임을 피하고자 어느 정도 주의를 기울일 수 있었다고 보았다. 그러나 청구 회사가 사용한 사전 자동 필터링과 통지-후-삭제 시스템은 제3자의 권리에 대한 보호를 제대로 보장하지 못하였다. 또한, 뉴스 기사를 게재하고 독자의 댓글을 공개하는 것은 청구 회사의 전문적 활동의 일부였고 회사의 광고 수익은 독자와 댓글 수에 달려있었다. 청구 회사는 독자 댓글을 상당 부분 통제할 수 있었고 특정 기사가 초래할 수 있는 댓글의 성격을 예측하고 명예훼손적 댓글이 공개되는 것을 예방하기 위한 기술적 또는 수동적 조치를 할 수 있는 위치에 있었다. 게다가 댓글의 실제 작성자들의 신원이 쉽게 입증될 수 없었으므로 이들에게 민사 소송을 제기할 수 있는 실질적 기회도 없었다. 어쨌든 재판소는 피해 당사자가 명예훼손 발언의 작성자에게만 소송을 제기할 수 있도록 하는 조치가 사생활 존중이라는 피해 당사자의 권리를 효과적으로 보호했을 것이라고 확신하지 못하였다. 등록되지 않은 사용자가 댓글을 쓸 수 있도록 한 것은 청구 회사의 선택이었기 때문에 그러한 댓글에 대해 회사도 어느 정도의 책임을 져야 한다고 볼 필요가 있었다. 이상의 모든 이유와 청구 회사가 배상해야 하는 금액을 고려했을 때, 표현의 자유에 대한 제한은 정당하고 비례한 것으로 볼 수 있었다. 따라서 협약 제10조에 대한 위반은 없었다.



B. 대재판부에 대한 당사자들의 주장

1. 청구 회사

(a) 총론

66. 청구 회사는 오늘날 인터넷 미디어 콘텐츠는 사용자들에 의해 점점 더 많이 만들어지고 있다고 주장하였다. 사용자 작성 콘텐츠-뉴스 기사에 달리는 댓글은 사회에서 종종 심각한 논쟁을 불러일으켰고 이전에는 널리 알려지지 않은 문제들을 언론인에게 알림으로써 언론의 조사가 시작되는데 기여하였다. “모든 사람”이 공론에 기여할 가능성은 민주주의를 발전시켰고 표현의 자유의 목적을 최선의 방식으로 충족시켰다. 이러한 환경에서 검열을 피하는 한편 타인의 권리를 침해한 사람에게 책임을 묻는 것은 어려운 도전이었다.

67. 사용자 작성 콘텐츠와 관련하여 청구 회사는 호스트가 제3자 콘텐츠의 불법적 성격을 알게 되었을 때 그것을 신속하게 제거하는 것이면 충분하다고 보았다. 만일 법원이 이를 불충분하다고 간주한다면 익명의 대중 연설이 금지되거나 중개인과 댓글을 다는 사람들의 의사소통 자유를 임의로 제한하게 될 것이고, 이로 인해 중개인은 차후의 잠재적 책임을 피하고자 지나친 주의를 기울이려 할 것이다.

(b) Delfi의 역할

68. 청구 회사는 자신들이 전통적인 발행인 혹은 중개인으로 특징지을 수 있는지에 대한 질문을 포함하여 이 사건을 전체적으로 조사해 줄 것을 대재판부에 요청하였다. 발행인은 특정 콘텐츠의 저자와 관계없이 자신이 발행한 모든 콘텐츠에 대한 책임을 진다. 그러나 청구 회사는 자신들이 중개인으로 간주되어야 하며, 그에 따라 제3자 댓글을 감독할 의무를 제한하는 구체적이고 예측 가능한 법률을 따를 권리가 있었다고 주장하였다. 청구 회사는 중개인은 사용자 작성 콘텐츠의 적법성을 결정하기에 적합하지 않다고 주장하였다. 이는 명예훼손적 콘텐츠와 관련하여 더욱 그러한데, 무엇이 자신의 명성을 훼손하는지는 피해자만이 평가할 수 있기 때문이다.

(c) 적법성

69. 청구 회사는 자신들의 표현의 자유-정보를 저장하고 사용자가 댓글을 전할 수 있도록 하는 권리 포함-에 대한 제한이 법률에 근거하고 있지 않다고 주장하였다. 청구 회사는 중개인을 자신도 인식하지 못했던 콘텐츠의 발행인으로 봐야 한다고 명시하는 법률이나 판례법은 없다고 주장하였다. 반면 이 사건에 적용 가능한 법은 제3자의 콘텐츠에 대한 책임을 서비스 제공자에게 부과하는 것을 명시적으로 금지하였다. 이와 관련하여 청구 회사는 전자상거래에 관한 지침, 에스토니아의 정보사회서비스법 그리고 유럽 평의회의 인터넷 커뮤니케이션 자유에 대한 선언을

언급하였다. 그 지침은 불법 콘텐츠를 인터넷에서 내리는 절차와 더불어 제한적이고 통지에 기반한 책임을 명시하였다. 서비스 제공자는 불법 활동에 관한 실질적 지식을 얻은 순간 관련 정보를 제거하거나 정보를 비활성화하기 위해 신속하게 행동한다면 책임을 면제받았다. 그러한 정보의 제거 또는 그에 대한 접근의 비활성화는 표현의 자유의 원칙과 국가 차원에서 이러한 목적을 위해 수립된 절차를 준수하여 이뤄져야 했다(지침의 전문 46). 청구 회사는 이 법이 시민이 자신의 행동을 조절할 수 있을 정도로 충분히 정확하게 만들어졌다고 주장하였다. 청구 회사에 따르면 자신들은 원고의 통보를 받은 당일에 명예훼손적 댓글들을 삭제했기 때문에 자신들의 행동은 적용 가능한 법률을 완전히 준수한 것이었다.

70. 더 나아가 청구 회사는 기존의 불법행위법 조차도 배포자(우체국 노동자, 도서관, 서점 및 기타)를 발행인으로 분류하지 않았다고 주장하였다. 따라서 소재판부가 판시한 바와 같이 어떻게 기존의 불법행위법이 “새로운 기술과 관련된 새로운 영역”, 즉 서비스 이용자와 언론인 혹은 이용자들끼리 상호 작용할 수 있도록 하고 공익 관련 문제에 대한 토론에 가치있는 아이디어를 낼 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 온라인 뉴스 포털의 운영자에게 적용될 수 있는지는 완전히 불분명한 상태로 남아있었다. 청구 회사가 이용자의 댓글을 적극적으로 감독할 의무를 부과하는 법률은 없었다.

(d) 목적의 정당성

71. 청구 회사는 문제가 되는 제한이 정당한 목표를 가지고 있다는 점에 대해서는 논박하지 않았다.

(e) 민주사회에서의 필요성

72. 청구 회사의 주장에 따르면, 그 제한은 민주사회에서 필요한 것이 아니었다. 청구 회사는 소재판부 판결의 결과로 회사가 두 가지 선택지를 가지게 되었다고 주장하였다. 첫째, 회사는 고도로 훈련된 관리자를 다수 고용하여(각 뉴스 기사에 대한) 각 게시판을 (실시간으로) 순찰하고, 명예훼손(또는 지식재산권을 침해할 수 있는)적이라고 할 만한 메시지를 선별하는 것이다; 결국 이 관리자들은 만약을 위해 민감한 댓글을 삭제할 것이고 모든 논의를 조정하여 최대한 논쟁의 여지가 있는 적은 문제들만 논의되도록 할 것이다. 그렇지 않으면 회사는 심각한 위험을 피하려고 이러한 공개 토론의 장 전체를 폐쇄해버릴 수 있다. 어느 쪽이든 일반 독자들에게 매일의 뉴스에 대해 자유롭게 논평하고 자신의 댓글을 독립적으로 책임질 기회를 제공하는 기술적 능력은 폐기될 수밖에 없다.

73. 청구 회사는 대법원의 판결이 표현의 자유에 “위축 효과(Chilling effect)”를 가져왔으며, 청구 회사가 가지는 정보제공의 자유를 제한했다고 주장하였다. 그것은 개인에 대한 검열의 의무를 확립하는 것이나 마찬가지였다.

74. 민주사회에서 제한이 필요하지 않다는 주장을 뒷받침하기 위해 청구 회사는 다음과 같은 요인들을 인용하



였다.

75. 첫째, 청구 회사는 그 댓글들은 Saaremaa Shipping Company가 일으킨 사건에 대한 대중의 반응이었을 뿐 그 기사에 대한 반응은 아니었다고 주장하였다. 게다가 그 기사는 균형 잡힌 중립적 기사였다. 그 기사는 에스톰니아에서 가장 큰 섬에 거주하는 주민들의 일상에 영향을 미치는 매우 중요한 문제를 다루었다. 독자들의 부정적인 반응은 기사가 아니라 해운 회사에 의해 야기된 것이었다.

76. 둘째, 청구 회사는 명예훼손적인 댓글을 막거나 삭제하기 위한 충분한 조치를 취하였다; 본 사건에서 청구 회사는 문제가 되는 댓글들에 대해 통보를 받은 당일에 그 댓글들을 삭제하였다.

77. 셋째, 청구 회사는 댓글의 실제 작성자가 댓글의 내용에 대해 책임져야 한다고 주장하였다. 청구 회사는 댓글을 작성한 자의 신원을 확인하는 것이 어려웠다는 소재판부의 결론에 동의하지 않았으며 민사소송법 제244조에 따른 “공판 전 증거 수집” 절차를 통해 작성자의 신원을 확인할 수 있었다고 주장하였다. 일단 작성자의 이름과 주소가 확인되면 큰 어려움 없이 그들에 대한 소송을 제기할 수 있었다.

78. 넷째, 청구 회사는 서비스 제공자에게 엄격한 책임 기준을 적용할 긴박한 사회적 필요가 없었다고 주장하였다. 청구 회사는 자신들이 작성하지 않은 내용에 대해 서비스 제공자가 책임을 져서는 안 된다는 유럽 내 합의가 있다고 주장하였다. 따라서 회원국에게 부여된 재량 여지는 협소할 수밖에 없었다. 더욱이 청구 회사는 비금전적 손해에 대한 보상으로 지급하라고 명령받은 금액이 많지 않다는 사실이 자신들에 대한 제한을 정당화하지 않는다고 보았다. 청구 회사는 자신들이 제한적 책임을 졌다 하더라도 원고가 아무런 구제책 없이 남겨지지 않는 것을 것이라고 강조하였다. 그는 댓글의 실제 작성자들을 고소할 수 있었다. 청구 회사는 사적 검열의 수립에 반대하였고 제3자의 권리 보호를 위해 두 방향의 시스템(통지-후-삭제 시스템과 명예훼손적 댓글 작성자에 대한 소송 제기 가능성)을 갖추는 것이면 충분하다고 주장하였다. 인터넷 서비스 제공자의 책임에 대한 “긴박한 사회적 필요성(pressing social need)”은 설득력 있게 확립되지 못하였다.

79. 청구 회사는 인터넷에서의 자유로운 발언을 위한 익명성의 중요성 또한 강조하였다; 이는 소수자 집단, 정치적 반대자 및 내부 고발자를 포함한 모든 사람의 완전한 참여를 장려하며 개인이 보복당할 위험으로부터 안전할 수 있도록 하였다.

80. 마지막으로, 청구 회사는 국내 법원이 유럽 연합법을 명백히 잘못 해석했다고 주장하였다. 청구 회사는 소재판부의 판결이 의무와 법적 불확실성 사이의 충돌을 야기했다고 주장하였다. 호스트 서비스 제공자의 책임 문제에 관한 유럽 연합의 법을 지키면 협약에 따라 정부에게 책임이 돌아가는 반면 판결문에 기술된 테스트를 고집하는

것은 유럽 연합의 법과 일치하는 것이 아니기 때문이다.

2. 정부

(a) 총론

81. 정부는 이 사건의 범위에 대해 다음과 같이 발언하였다. 첫째, 재판소 판례법에 따르면 국내에서 적용 가능한 법을 결정하고 해석하는 것은 국내 법원의 역할이었다. 또한, 유럽 연합법을 해석하는 것은 유럽사법재판소의 임무였다. 국내 법원은 합리적 결정에 따라 전자상거래에 관한 지침 또는 정보사회서비스법이 아닌 채권법을 적용해야 한다고 판결하였다. 대재판부 또한 이 추정으로부터 재판을 진행해야 하며, 유럽 연합법의 적용 가능성에 대한 청구 회사의 주장은 인정될 수 없는 것이다. 둘째, 정부는 여러 가지 유형의 인터넷 포털이 존재하기 때문에 운영자의 책임 문제는 일반화될 수 없다고 강조하였다. 이 사건은 사건이 일어난 시점의 포털 Delfi의 활동에 제한된 것이었다. 그런 점에서 정부는 Delfi가 독자들에게 자신들이 선택한 기사에 댓글을 달도록 적극적으로 권했다는 점을 지적하였다; Delfi는 그 기사들과 같은 섹션에 익명의 댓글들을 게시하였다; 그리고 오직 Delfi만이 댓글을 수정하거나 삭제할 수 있었다. 청구 회사의 책임은 그러한 구체적 맥락에서 평가되어야 한다.

82. 정부는 문제의 댓글들이 명예훼손에 해당한다는 점에 대해서는 다툼이 없다고 강조하였다.

83. 정부는 청구 회사의 주장에도 불구하고 청구 회사가 익명의 댓글을 제한하거나 자신들의 사업 모델을 변경하도록 강제받지는 않았다고 지적하였다. 반대로 Delfi는 에스토니아에서 가장 큰 인터넷 포털 자리를 유지하였다; 여전히 익명으로 댓글을 게시할 수 있었으며 댓글의 개수는 2009년 월간 190,000건에서 2013년 300,000건으로 증가하였다. 2013년 9월 26일에 발행된 기사에 따르면 Delfi는 매달 2만~3만 건의 댓글을 삭제하였다(모든 댓글의 7~10%). 두 번째로 큰 포털인 Postimees는 총 120,000건의 댓글 중 최대 7%를 삭제하였다. 두 포털 모두 모욕적인 댓글을 삭제하기 위해 직원 5명씩을 고용하였다. 2013년 12월부터 Delfi는 실명으로 된 댓글과 익명으로 된 댓글이 별도로 표시되는 2단계 댓글란을 이용하였다.

(b) 적법성

84. 정부는 청구 회사의 권리에 대한 제한은 “법률로 규정”된 것이었다고 주장하면서 소재판부 판결에 요약된 재판소의 관련 판례법뿐만 아니라 소재판부 판결 문단 32-36, 38 및 39에 요약된 국내법과 판례법을 언급하였다. 정부는 또한 자신들이 선택하고 발행한 기사에 댓글을 달도록 장려한 Delfi는 새로운 미디어 발행인으로서 인터넷 포



털의 소유자 자신들의 기사에 달린 댓글에 의해 초래된 피해에 대한 책임이 없다고 전제할 수 있는 에스토니아 판례법은 없다는 점을 지적하였다. 댓글은 뉴스에 없어서는 안 되는 부분이었고 오직 Delfi만이 관리할 수 있는 것이었다. 여기에 더해, Delfi에 대한 국내 판결이 내려질 무렵에는 인터넷 미디어가 대중에게 광범위한 영향을 미친다는 점 그리고 타인의 사생활 보호를 위하여 새로운 미디어에도 책임 규정이 적용되어야 한다는 점이 더욱 분명해졌다.

85. 정부는 청구 회사가 유럽 연합법 및 정보사회서비스법을 참고한 것은 고려될 필요가 없다고 재차 강조하였다. 대재판부는 채권법의 해석이 협약 제10조 제2항과 양립할 수 있는지에 대해 평가할 수 있을 뿐 국내 법원이 적용할 수 없는 것으로 본 법안을 평가할 수는 없었다. 그들은 또한 국내 법원이 청구 회사를 캐싱 또는 호스팅 제공자로 볼 수 있느냐는 질문에 대해 충분히 주의를 기울였음을 지적하였다. 그러나 법원은 그렇게 볼 수 없다고 판결하였다. 특히, 호스팅의 경우, 서비스 제공자는 단순한 데이터 저장 서비스를 제공할 뿐 저장된 데이터의 삽입, 수정, 제거 및 내용은 서비스 이용자가 통제할 수 있다. 그러나 Delfi의 댓글란에서는 작성자가 일단 댓글을 올리면 그것을 통제할 수 없었고, 댓글을 변경하거나 삭제할 수도 없었다. 국내 법원은 이 사건의 다른 측면-Delfi는 포털에 올릴 기사와 그 제목을 선택하였다; Delfi는 독자들에게 댓글을 작성하도록 권유하고 댓글 게재에 관한 규칙(댓글은 기사와 관련이 있어야 한다는 내용이 포함됨)을 설정하였다; 더 많은 댓글이 게시될수록 Delfi의 광고 수익은 증가하였다; Delfi는 또한 선택적으로 댓글을 감독하였다-도 고려하여 Delfi가 기술중개서비스 제공자로서만 행위하지 않았고 캐시 또는 호스트로 분류될 수 없다고 결론 내렸다. 정부는 유럽사법재판소가 Delfi사건과 유사한 사건에 대해 판결을 내린 적이 없다는 점 또한 강조하였다. 어쨌든, *L'Oréal SA and Others*(위 인용)와 같은 유럽사법재판소의 판례가 이 사건과 관련 있다 하더라도 Delfi는 적극적인 역할을 수행하였고 전자상거래 지침에 규정된 면책을 받을 수 없다는 결론이 나왔을 것이다.

(c) 목적의 정당성

86. 정부는 제10조에 의거한 청구 회사의 권리에 대한 제한이 타인의 명예 보호라는 정당한 목적을 가지고 있었다고 주장하였다.

(d) 민주사회에서의 필요성

87. 민주사회에서 그 제한이 필요했느냐는 질문에 대하여 정부는 처음부터 협약 제10조와 제8조 사이의 균형의 중요성을 강조하였다.

88. 정부는 소재판부 판결의 관련 추론을 광범위하게 언급하였다. 거기에 더하여 정부는 다음 사항들을 강조하였다.

89. 첫째, 댓글의 맥락과 관련하여 정부는 국내 법원이 뉴스 기사를 선택하고 발행하는 것 그리고 그 기사들에 대한 댓글을 공개하는 것은 정보 공개인로서 청구 회사의 전문적 활동의 일부였다는 사실을 중요하게 보았다는 점을 언급하였다. Delfi는 독자에게 기사에 댓글을 달도록 권유하였고- 종종 기사에 자극적인 머릿글을 달고 초기 화면의 진한 빨간색 기사 제목 바로 뒤에 댓글의 수를 표시하였다- 그 결과로 광고 수익이 발생하였다.

90. 둘째, 청구 회사가 이용한 조치와 관련하여 정부는 인터넷과 관련하여 제3자에 대한 보호를 보장하는 것의 중요성을 강조하였다. 이제 인터넷은 인구 대부분이 이용할 수 있고 일상적으로 사용하는 매체이다. 정부는 일단 Delfi 뉴스 포털에 댓글이 게시되면 실제 댓글 작성자가 이를 수정하거나 삭제할 수 없다는 사실 때문에 댓글에 대한 청구 회사의 책임이 분명해졌다고 덧붙였다- 청구 회사만이 댓글을 수정하거나 삭제할 수 있는 기술적 수단을 가지고 있었다. 또한 정부는 인터넷을 통해 전달되는 정보는 너무 빨리 퍼지기 때문에 피해자의 명예를 보호하기 위해 몇 주 또는 심지어 며칠 후에 취한 조치도 충분하지 않다고 지적하였다. 공격적인 발언은 이미 대중에게 전달되어 피해를 발생시켰기 때문이었다. 정부는 국제적으로 가장 큰 뉴스 포털은 익명(즉, 등록되지 않은) 댓글을 허용하지 않으며 최근의 추세는 익명성으로부터 멀어지는 것이라는 의견을 언급하였다. 동시에, 익명의 댓글은 등록된 사람들이 쓴 댓글보다 모욕적인 경향성이 있었고 거친 댓글은 더 많은 독자를 끌어들였다. 정부는 Delfi가 이러한 점에서 악명이 높았었다고 주장하였다.

91. 셋째, 실제 댓글 작성자의 책임과 관련하여 정부는 민사소송에서는-명예훼손 사건에서는-형사적 구제책보다 민사소송을 더 선호한다- 감시 절차와 같은 조사 수단을 쓸 수 없다고 주장하였다. “공판 전 증거수집” 절차와 관련하여 정부는 익명의 댓글에 대해서는 이 절차가 합리적 대안이 아니라고 주장하며 다음의 이유를 들었다: (a) 관련 인터넷 프로토콜(IP) 주소가 항상 설정되는 것은 아니다. 예를 들어 사용자 데이터 또는 댓글이 삭제되었거나 익명의 프록시가 사용된 경우; (b) 댓글을 게시하는 데 사용한 컴퓨터를 식별할 수 있었어도 게시한 사람을 식별하는 것은 여전히 불가능할 수 있다. 예를 들어 공용 컴퓨터, Wi-Fi 핫스팟, 동적 IP 주소 또는 외국의 서버가 사용된 경우 또는 다른 기술적인 이유로.

92. 넷째, 청구 회사의 국내 소송 결과와 관련하여 정부는 Delfi가 사업 모델을 변경하거나 익명의 댓글을 금지할 필요가 없었다는 점을 언급하였다. 사실 총 댓글 수는 -대다수는 익명이었다- 증가한 반면 Delfi는 현재 5명의 관리자를 고용하였다. 또한 정부는 책임성에 대한 판결이 규모가 크거나 징벌적 보상을 목적으로 한 것은 아니었다는 점을 지적하였다. 실제로 Delfi의 사례에서 비금전적 피해에 대해 청구 회사가 지급해야 했던 배상액은 무시할 만한 수준이었고(320유로), 후속 판례(위 문단 43 참고)에서 법원은 위반 사항을 찾아내거나 댓글을 삭제하는 것으로 충분한 구제책이 될 수 있다고 판결하였다. 정부는 청구 회사의 민사적 책임은 표현의 자유에 관해 “위축 효과”를 가져오지 않았고, 정당하고 비례적이었다고 결론 내렸다.



93. 마지막으로, 여러 유럽 국가의 입법과 실무 사례를 언급하면서 정부는 콘텐츠 서비스 제공자이자 자신들의 기사에 대한 익명 댓글의 공개인로서 행위하는 인터넷 포털 소유자의 책임을 배제하는 것에 대한 유럽 내 합의 혹은 그러한 방향으로 가는 추세는 없다고 주장하였다.

C. 제삼의 관여자들의 주장

1. 헬싱키 인권재단(The Helsinki Foundation for Human Rights)

94. 바르샤바에 위치한 헬싱키 인권재단은 인터넷과 전통 미디어의 차이점을 강조하였다. 재단은 Delfi와 같은 온라인 서비스가 동시에 두 가지 역할을 수행한다고 지적하였다; 자기 자신들의 뉴스와 관련된 콘텐츠 제공자의 역할, 그리고 제3자 댓글과 관련된 호스트 제공자의 역할. 재단은 사용자 작성 콘텐츠의 관리 또는 그것에 대한 접근을 제거할 수 있는 권한을 효과적인 편집권으로 간주해서는 안 된다고 주장하였다. 중개서비스 제공자는 전통 미디어로 취급되어서는 안 되며 동일한 책임 제도의 적용을 받아서도 안 된다.

95. 헬싱키 재단은 명예훼손적 댓글을 쓴 사람이 그 댓글에 대해 책임져야 하며 국가는 온라인 상의 범죄자 신원을 확인하고 기소할 수 있는 규제 체계를 제공해야 한다고 주장하였다. 그와 동시에, 재단은 인터넷에서 익명으로 발표할 가능성을 주요한 가치로 간주되어야 한다고 주장하였다.

2. 아티클 19(Article 19)

96. 아티클 19는 인터넷의 가장 혁신적인 특징 중 하나는 발행인의 사전 승인을 구하지 않고 누구나 자신의 견해를 전 세계에 표현할 수 있게 하는 용이함이라고 주장하였다. 댓글 플랫폼은 가장 순수한 형태의 공개 토론을 가능하게 하고 촉진하며 이는 뉴스의 제공과 거의 관련이 없다. 사실과 형식의 측면에서 뉴스 웹사이트의 댓글란은 신문이 인터넷에 고유한 사적 토론 모델을 전용한 것으로 이해해야지 그 반대로 봐서는 안 되었다. 아티클 19는 이용자가 작성한 댓글에 대해 웹사이트가 책임지게 하는 것은 웹사이트에 용인할 수 없는 부담을 부과할 것이라고 주장하였다.

97. 아티클 19는 전자상거래에 관한 지침은 그 콘텐츠와 상관없이 웹사이트를 사용자 댓글에 대한 책임으로부터 보호하기 위한 것이라고 주장하였다. 아티클 19는 자신들이 발행한 기사에 대한 일반적 책임 규정은 온라인 뉴스 사이트에 지속적으로 적용되어야 하지만 웹사이트 댓글란의 목적을 위해 그 사이트들은 발행인보다는 호스트로 봐야 한다고 주장하였다. 호스트로서 온라인 뉴스 사이트는 문제가 되는 콘텐츠를 직접 수정하는 데 관여하지 않았다

면 원칙적으로 제3자 콘텐츠에 대해 면책되어야 한다. 콘텐츠에 대해 통보를 받은 즉시 그 콘텐츠를 제거하기 위한 모든 합리적인 조치를 취했다면 그들에게 그 책임을 물어서는 안 되며, 자신들에게 보고된 내용을 삭제하지 않기로 했다는 이유로 자동으로 그들에게 책임을 물어서도 안 된다.

3. 액세스(Access)

98. Access에 따르면, 익명성과 가명은 프라이버시와 표현의 자유라는 기본권을 뒷받침하는 요소이다. 인터넷을 익명으로 사용하는 것을 규제적으로 금지하는 것은 협약 제8조 및 제10조에 따라 보호되는 프라이버시 및 표현의 자유에 대한 권리를 제한하는 것이며, 익명 및 가명으로 쓰는 표현에 대한 일괄적 제한은 이러한 권리의 본질을 훼손할 것이다. 액세스는 여러 국가에서 오랫동안 지속되어 온 온라인과 오프라인 모두에서 익명의 의사소통에 대한 권리를 보호하는 판례법을 언급하였다.

99. 거기에 더해 액세스는 온라인 대규모 감시에 관한 폭로를 계기로 인터넷을 사용하는 동안 비밀성과 익명성을 제공하도록 고안된 서비스가 더욱 인기를 얻게 되었다고 지적하였다. 더 나아가 액세스는 식별 가능한 표현만 쓸 수 있도록 인터넷 이용자들을 제한하는 것은 인터넷 경계에 해를 끼칠 것이라고 주장하였으며, 온라인에서 가장 중요한 요인은 가명을 사용할 수 있게 하는 것이라고 결론 내린 연구를 언급하였다.

100. 실명제와 관련하여, 중국의 증거에 따르면 그러한 조치로 인해 게시된 댓글의 수가 급격하게 줄어든 것을 알 수 있었다. 한국에서의 실험은 실명제가 댓글을 의미 있게 개선하지 못한 반면 인터넷 이용자들은 여전히 익명이나 가명으로 댓글을 남길 수 있는 대안적이고 국제적인 플랫폼을 찾아 떠났기 때문에 자국의 인터넷 회사에는 차별적이었다는 점을 보여주었다.

4. 미디어 법률방어 이니셔티브(Media Legal Defence Initiative, MLDI)

101. 미디어 법률방어 이니셔티브는 28개의 비정부 및 미디어 단체 그리고 회사들을 대표하여 자료를 제출하였다. MLDI는 대다수의 온라인 언론 매체가 독자의 댓글을 허용하고 있다고 지적하였다. 댓글 기능을 통해 독자들은 언론인뿐만 아니라 그들 사이에서도 뉴스에 관해 토론할 수 있었다. 이것은 미디어를 일방향 의사소통 수단에서 독자의 목소리를 인식하고 다양한 관점을 퍼뜨릴 수 있는 참여형 발언 수단으로 변형시켰다.

102. MLDI는 액세스와 콘텐츠의 경계는 점점 흐려지고 있으며 “중개인”에는 향상된 검색 서비스, 온라인 마켓,



웹 2.0 어플리케이션 및 소셜 네트워킹 사이트가 포함된다고 지적하였다. 이용자의 관점에서 볼 때, 그것들은 모두 콘텐츠에 대한 접근과 사용을 용이하게 했으며 표현의 자유에 대한 권리를 실현하는 데 매우 중요한 역할을 하였다.

103. MLDI는 표현의 자유를 보호하고 촉진하는 규제 체계를 보장하는 동시에 다른 권리 및 이익을 지키는 것은 국가의 임무라고 주장하였다. MLDI는 미국과 유럽 연합에서의 중개인의 책임과 관련된 규제 체계에 대한 상세한 개요를 제공했다. 그들은 두 체계에서 사법권의 접근 방식은 차이가 있었으나 중개인에 대한 어느 정도의 보호는 필수적이고 중개인이 사용자 콘텐츠를 감독해야 한다는 요구 사항이 없다는 점에서는 유사하다고 지적하였다. 그들은 또한 일부 회원국에서는 통지-후-삭제 절차가 중개인에 대한 과도한 책임과 합법적인 콘텐츠의 삭제라는 결과를 초래했다고 지적하였다.

104. MLDI는 온라인 미디어에서 새롭게 떠오르는 사용자 작성 콘텐츠 규제에 관한 모범 관행에 대해서도 자세히 설명하였다. 그들은 북미와 유럽에서 대부분의 발행인은 게시 전에 댓글을 심사하거나 감독하지 않는다고 지적하였다. 그러나 그들은 일종의 발행-후 관리를 하고 있었다. 많은 온라인 미디어 매체들이 필터링 소프트웨어를 운영하고 있었으며 계속해서 규정을 위반한 이용자를 차단하는 장치도 갖추고 있었다. 유럽의 주요 뉴스 매체를 포함한 대부분의 온라인 미디어가 이용자 등록을 요구했지만 이용자의 실제 이름을 공개할 것을 요구하지는 않았다.

5. EDiMA, CCIA Europe 및 EuroISPA

105. 유럽디지털미디어협회(EDiMA), 컴퓨터통신산업협회(CCIA Europe) 및 범유럽인터넷서비스제공자협회(EuroISPA)은 제3자로서 공동 의견을 제출하였다.

106. 이들은 현재까지의 법률, 국제 협정 및 권고에는 확립된 균형이 있고 그에 따라 첫째, 호스트 서비스 제공자는 콘텐츠에 대한 “실제적 지식”이 없을 때 콘텐츠에 대한 책임으로부터 면제되어야 하고 둘째, 국가는 호스트 제공자가 콘텐츠를 일반적으로 감독하도록 요구해서는 안 된다고 주장하였다.

107. 이들은 온라인에서 이용 가능한 정보 중 일부는 신문과 같은 전통적 출판물 출처에서 나왔고 이는 발행인에게 적용할 수 있는 법률로 올바르게 규제되었으나, 많은 양의 온라인 콘텐츠는 전통적 편집 기관의 중개를 거치지 않고 자신의 견해를 밝힐 수 있는 개별적 발언자로부터 나왔다는 점을 지적하였다. 댓글 기능은 회신의 권리를 허용했기 때문에 그러한 권리가 존재하지 않는 전통적인 출판물과는 근본적으로 달랐다.

108. 제3자 관여자들은 Delfi와 같은 온라인 뉴스 공개 토론의 장을 위한 기술 및 운영 프로세스는 소셜 미디어

어/네트워크 플랫폼, 블로그/마이크로 블로그 및 기타 서비스에 대한 호스팅 서비스와 기술적으로 구별할 수 없다고 주장하였다. 사용자가 작성하고 올린 콘텐츠는 사람의 개입 없이 자동으로 대중에게 보이도록 만들어졌다. 모든 사용자 콘텐츠를 사람이 적극적으로 검토하도록 하는 것은 그 규모로 봤을 때 대부분의 호스트에게는 실질적으로 불가능하였다. 소규모 웹사이트와 신생 기업의 경우 콘텐츠 제어는 특히 어려운 작업이며 비용이 많이 들기 때문에 금지된 것과 다를 바 없었다.

109. 이들은 유럽 연합 및 다른 국가에서 확립된 법률에서는 인터넷 콘텐츠 호스팅에 대한 합법적이고 실질적 체계로서 통지-후-삭제 시스템을 구상했다고 주장하였다. 이용자와 호스트 간의 이러한 책임 균형은 플랫폼이 명예훼손적이거나 기타 불법적 발언을 식별하고 제거하는 동시에 논쟁의 여지가 있는 공개 토론 주제에 대한 활발한 토론이 가능하도록 하였다; 그것은 대규모 수준에서 발언-호스팅 플랫폼을 운영할 수 있게 하였다.

D. 재판소의 평가

1. 예비적 소견 및 재판소 평가의 범위

110. 재판소는 처음부터 인터넷상의 사용자-작성 표현 활동이 표현의 자유의 행사를 위한 전례 없는 플랫폼을 제공한다는 점을 지적한다. 이는 논란의 여지가 없는 것이며 재판소는 이미 이전 사건을 통해 이를 인정한 바 있다(*Ahmet Yildirim v. Turkey*, no.3111/10, 문단 48, ECHR 2012, 그리고 *Times Newspapers Ltd(nos.1 및 2) v. the United Kingdom*, nos.3002/03 및 23676/03, 문단 27, ECHR 2009 참고). 그러나 이러한 혜택과 더불어 특정한 위험 또한 발생할 수 있다. 명예훼손적 발언과 다른 유형의 명백한 불법 발언(증오 발언 및 폭력을 선동하는 발언을 포함) 이전과는 달리 몇 초 만에 전 세계로 전파될 수 있으며 때로는 온라인에 지속적으로 남아있기도 한다. 이 두 가지 갈등하는 실체들이 이 사건의 핵심에 놓여 있다. 협약의 기본 가치를 보호해야 하는 필요성을 염두에 두고 협약 제 10조와 제8조에 따른 권리는 동등한 존중을 받아야 한다는 점을 고려하면서 두 권리의 본질을 유지하는 균형을 잡아야 한다. 따라서 재판소는 표현의 자유를 행사함에 있어 인터넷으로부터 중요한 이점(利點)을 얻을 수 있음을 인정하는 한편 원칙적으로 명예훼손이나 다른 유형의 불법 발언에 대한 책임을 부과할 가능성은 유지되어야 한다고 본다. 그러한 책임은 인격권 침해에 대한 효과적인 구제책을 구성하기 때문이다.

111. 이를 근거로, 그리고 특별히 이 사건이 진화하는 기술 혁신의 분야에서 재판소가 이러한 유형의 제소를 심사하는 첫 번째 사건이라는 점을 고려하여, 재판소는 현재 사건의 사실에 비추어봤을 때 재판소가 조사할 범위를 파악하는 것이 필요하다고 본다.



112. 첫째, 재판소는 대법원이 다음과 같이 인정한 것에 주목한다. “인터넷 포털에 뉴스 및 댓글을 발행하는 것은 또한 언론 활동이기도 하다. 그와 동시에, 인터넷 미디어의 특성으로 인해 포털 사업자에게 인쇄 매체 출판물에 적용되는 것과 동일한 방식으로 게시 전 댓글을 편집하라고 요구하는 것이 합리적이라고 볼 수 없다. [인쇄 매체 출판물의 발행인은 편집을 통해 논평 발행의 개시인이 될 수 있으나 인터넷 포털에서 발행의 개시인은 댓글을 작성한 사람으로 그는 포털을 통해 대중이 그 댓글에 접근할 수 있도록 만든다. 따라서 포털 사업자는 정보를 공개 받은 자가 아니다. 댓글 발행에서 오는 경제적 이익으로 인해 인쇄 매체의 발행인과 인터넷 포털 사업자 모두 기업가로서의 발행인/공개인에 해당한다.”고 인정한 점을 주목한다(위 문단 31에 명시된 2009년 6월 10일의 판결 문단 14 참고).

113. 재판소는 대법원의 구별에 대해 의문을 표시할 이유가 없다고 본다. 오히려 대법원의 숙고의 출발점, 즉 포털 사업자와 전통적 발행인의 차이점에 대한 인식은 이 영역의 국제 문서의 내용과 일치한다. 이 영역에서는 전통적 인쇄 매체 및 시청각 매체의 활동을 규제하는 법적 원칙과 인터넷에 기반한 미디어 운영을 규율하는 법적 원칙을 구별하는 방향으로 발전이 이뤄지고 있다. 새로운 미디어 개념에 관한 유럽 평의회 회원국들에 대한 각료위원회의 최근 권고에서, 이는 다음과 같이 표현되었다. “구분되고 단계적인 접근은 미디어 또는 중개 또는 보조 활동이라고 인정된 서비스를 제공하는 각 행위자가 적절한 형태(구분된)와 적절한 수준(단계적)의 보호를 받도록 하며, 유럽인권협약 제10조와 유럽 평의회가 만든 기타 관련 표준에 따라 책임의 범위 또한 정하도록 한다”(위 문단 46에 인용된 권고 CM/Rec(2011)7 부록의 문단 7 참고). 따라서 재판소는 인터넷의 특수한 성격으로 인해 제3자 동의와 관련하여 제10조의 목적을 위해 인터넷 뉴스 포털에 부여되어야 하는 “의무와 책임”은 전통적인 발행인의 의무 및 책임과 어느 정도 다를 수 있다고 본다.

114. 둘째, 재판소는 에스토니아 대법원이 “명예를 훼손하는 성격을 띤 20건의 댓글에 대한 하급 법원들의 평가는 입증되었다. 법원은 그 댓글들이 저속한 성격을 띠고 인간의 존엄성을 훼손하며 위협적인 표현을 포함하고 있으므로 명예훼손적이라고 정확하게 판결하였다.”고 선고한 것을 알고 있다(위 문단 31의 판결문 문단 15 참고). 더 나아가, 판결문 문단 16에서 대법원은 이 댓글은 “인간의 존엄성”을 훼손하고 “명백히 불법”이라고 점을 반복적으로 밝혔다. 재판소는 문제가 되는 댓글을 불법적인 것으로 규정하고 분석한 것은 명백히 그 댓글의 대부분이 그 내용상 L에 대한 증오나 폭력의 선동에 상응한다는 사실에 기초하고 있다(위 문단 18 참고)는 점을 지적한다.

115. 결과적으로, 재판소는 이 사건이 인터넷 뉴스 포털이 경제적 목적을 가지고 이전에 발행된 콘텐츠에 대한 이용자-작성 댓글 플랫폼을 제공할 때 그리고 몇몇 이용자들이 -실명 또는 익명으로- 타인의 인격권을 침해하고, 증오 발언 및 타인에 대한 폭력 선동에 해당하는 명백히 불법적인 발언을 했을 때, 협약 제10조 제2항에 따른 인터넷 뉴스 포털의 “의무 및 책임”과 관련 있다고 본다. 재판소는 이 사건이 자체적으로 뉴스 기사를 발행하고 독자들에게 댓글을 작성하도록 권하고 상업적 기반 위에서 운영되며 전문적으로 관리되는 인터넷 뉴스 포털과 관련이 있다

는 점을 강조한다.

116. 따라서 이 사건은, 예를 들어 공개 토론장 관리자의 의견에 따라 논의가 전달되지 않고 어떤 주제에 대해서 든 자유롭게 아이디어를 낼 수 있는 인터넷 공개 토론장이나 게시판과 같이 제3자 댓글을 전달할 수 있는 인터넷상의 다른 공개 토론장과는 관련이 없다; 또는 플랫폼 제공자는 어떤 콘텐츠도 제공하지 않고 웹사이트 또는 블로그를 취미로 운영하는 개인이 콘텐츠 제공자가 될 수 있는 소셜 미디어 플랫폼과도 관련이 없다.

117. 또한 재판소는 청구 회사의 뉴스 포털이 그 나라에서 가장 큰 인터넷 미디어 발행물 중 하나라는 점을 알고 있다; 그 포털은 폭 넓은 독자층을 가지고 있었고, 그 포털에 달렸던 댓글의 논쟁적 성격에 관한 대중의 우려도 있었다(위 문단 15 참고). 또한 위에서 개괄한 것처럼, 이 사건에서 문제가 되는 댓글들은, 대법원이 평가한 바와 같이, 주로 증오 발언과 폭력 행위를 직접적으로 옹호하는 발언들이었다. 그 발언들은 내용상 명백하게 불법적이었기 때문에 그것의 불법적 성격을 확립하기 위한 어떠한 언어적 또는 법적 분석도 필요하지 않았다. 이러한 배경을 바탕으로 재판소는 청구회사의 청구 요지에 대한 심사를 진행할 것이다.

2. 제한의 존재

118. 재판소는 협약 제10조에 따라 보장된 청구 회사의 표현의 자유가 국내 법원의 결정으로 제한받았다는 점에 대해서는 당사자 간 이견이 없다는 것을 알고 있다. 재판소는 이를 달리 판결할 이유가 없다고 본다.

119. 청구 회사의 표현의 자유에 대한 그러한 제한은 “법률로 규정”되어야 하며, 제10조 제2항에 비추어 하나 이상의 정당한 목적을 가지며, “민주 사회에 필요한 것”이어야 한다.

3. 적법성

120. 재판소는 제10조 제2항의 “법률로 규정된”이라는 표현은 문제가 되는 조치가 국내법에 근거한 것이어야 한다는 것뿐만 아니라 문제가 되는 법의 성질에 대한 것이기도 하다는 점을 반복해서 말한다. 즉 당사자는 관련 법에 접근할 수 있어야 하고 그 영향에 대해 예견할 수 있어야 한다(다른 국가들의 사례 중에서 *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no.24699/94, 문단 52, ECHR 2001-VI; *Rotaru v. Romania* [GC], no.28341/95, 문단 52, ECHR 2000-V; *Gawęda v. Poland*, no.26229/95, 문단 39, ECHR 2002-II; 그리고 *Maestri v. Italy* [GC], no.39748/98, 문단 30, ECHR 2004-I 참고). 그러나 국내법을 해석하고 적용하는 것은 일차적으로 국가 당국, 특



히 법원이 해야 하는 일이다(*Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no.38433/09, 문단 140, ECHR 2012; *Kruslin v. France*, 1990년 4월 24일, 문단 29, Series A no.176-A; 그리고 *Kopp v. Switzerland*, 1998년 3월 25일, 문단 59, 판결과 결정 보고서 1998-II 참고).

121. “법률로 규정된”이라는 표현이 요구하는 사항 중 하나는 예측 가능성이다. 따라서 어떤 규범이 충분히 정확하게 정해지지 않아 시민이 그 규범으로 자신의 행동을 규제할 수 없다면 그것은 제10조 제2항의 의미에 따른 “법률”로 간주할 수 없다; 시민은 주어진 행동이 수반할 수 있는 결과를, 상황에 합당한 정도로 예견 -필요하다면 적절한 조언을 받아- 할 수 있어야 한다. 절대적 확신을 가지고 그 결과를 예측할 수 있어야 하는 것은 아니다. 확실성은 바람직한 것이지만 과도한 엄격함의 원인이 될 수 있다. 법은 변화하는 상황과 보조를 맞출 수 있어야 한다. 따라서 많은 법률이 필연적으로 어느 정도 모호한 용어로 표현되고 그것의 해석과 적용은 실무의 문제가 된다(예를 들어 위 인용된 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 41, ECHR 2007-IV, 그리고 *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, 문단 141 참고).

122. 국내 법률에 요구되는 정밀함의 수준 -모든 만일의 사태에 대하여 미리 정할 수 있는 것은 아니다- 은 상당 정도 문제가 되는 법률의 내용, 그 법률이 다루는 분야 및 그 법률이 적용되는 사람의 수와 지위에 달려있다(같은 판결 문단 142). 재판소는 전문적 활동을 수행하는 사람들은 높은 수준의 주의를 기울여서 자신의 업무를 진행하는 것에 익숙한데, 그렇기 때문에 그러한 활동이 수반하는 위험들을 평가하는데 당연히 특별한 주의를 기울여야 한다고 판결한 바 있다(위 인용된 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, 문단 41, *Cantoni v. France*, 1996년 11월 15일, 문단 35, Reports 1996-V, 그리고 *Chauvy and Others v. France*, no.64915/01, 문단 43-45, ECHR 2004-VI 참고).

123. 이 사건에서 청구 회사의 표현의 자유에 대한 제한이 “법률에 규정”되었는지 대한 당사자들의 의견은 달랐다. 청구 회사는 중개인이 댓글의 구체적 내용을 알고 있는지와 관계없이 중개인을 제3자가 웹사이트에 게시한 댓글의 전문 발행인으로 취급하는 국내법은 없다고 주장하였다. 오히려 청구 회사는 인터넷 서비스 제공자에 대한 국내 및 유럽 법률을 원용하여 그 법률은 제3자 콘텐츠에 대한 서비스 제공자에게 책임을 부과하는 것을 명시적으로 금지하였다고 주장하였다.

124. 정부는 미디어 발행인도 저자와 함께 자신의 발행물에 대한 책임을 진다고 주장하며 민법 및 국내 판례법의 관련 조항을 언급하였다. 정부는 새로운 미디어 발행인으로서 청구 회사가 인터넷 뉴스 포털 소유자가 그 포털의 발행물에 달린 댓글에 책임이 없다고 간주할 수 있었던 판례는 없었다고 덧붙였다. 정부가 볼 때 재판소는 확립된 사실과 국내 법원이 해석하고 적용한 법률에 따라 절차를 진행해야 하며 청구 회사의 EU법에 대한 참조를 고려해서는 안 된다. 어쨌거나 청구 회사가 언급한 EU법은 실제로는 국내 법원의 해석과 결론을 지지하였다.

125. 재판소는 적용해야 하는 법률에 관한 당사자들의 의견 차이는 청구 회사를 어떻게 분류할 것인지에 대한 관점의 차이에서 기인한다는 것을 확인한다. 청구회사에 따르면, 청구 회사는 제3자 댓글에 대한 중개인으로 분류되어야 하지만 정부는 청구 회사를 미디어 발행인으로 봐야 한다고 주장했다. 여기에는 그러한 댓글의 게시도 포함된다.

126. 재판소는 대법원이 인쇄 매체 발행인의 역할과 경제적 목적을 위해 미디어 발행에 종사하는 인터넷 포털 사업자의 역할의 차이점들을 인정한 것을 알고 있다(위 문단 112-13 참고). 그러나 대법원은 “댓글 게시에서 오는 경제적 이익으로 인해 인쇄 매체의 발행인과 인터넷 포털 사업자 모두 (채권법 제1047절의 목적에 따른) 발행인/공개인에 해당한다”(위 문단 31에 명시된 판결문 문단 14 참고)고 판결하였다.

127. 재판소는 실질적으로 국내 법원이 이 사건에 인터넷 서비스 제공자에 관한 국내 및 유럽 법을 원용했어야 함에도 불구하고 채권법의 일반 조항을 사건에 적용하는 실수를 저질렀다는 청구 회사의 주장을 고려한다. 소 재판부와 마찬가지로, 이 맥락에서 대재판부는 국내 법원을 대신하는 것이 재판소의 과업이 아니라는 것을 반복하여 말한다. 국내법을 해석하고 적용하는 것은 원칙적으로 국가 당국, 특히 법원이 해야 할 일이다(기타 사례들 중 위 인용된 *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano*, 문단 140, 그리고 *Rekvényi v. Hungary* [GC], no.25390/94, 문단 35, ECHR 1999-III 참고). 또한 재판소는 해당 분야를 규제하기 위해 피청구국의 입법부가 선택한 방법의 적절성에 대한 견해를 표현하는 것 또한 재판소의 역할이 아니라는 점을 반복하여 말한다. 재판소의 임무는 채택된 방법과 그것이 수반하는 효과가 협약에 따른 것인지를 결정하는 것에 국한된다(*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no.44158/98, 문단 67, ECHR 2004-I 참고). 따라서 재판소는 대법원이 청구 회사의 상황에 채권법의 일반 조항들을 적용한 것이 협약 제10조 제2항의 목적에 따라 예측 가능한 것이었는지에 국한하여 조사할 것이다.

128. 국내 법원이 해석하고 적용한 헌법, 민법(일반 원칙들) 및 채권법(위 문단 33-38 참고)에 따라 청구 회사는 발행인으로 간주되었고 명백히 불법적인 댓글의 게시에 대한 책임을 진다고 여겨졌다. 국내 법원이 이 규범들을 적용하기로 선택한 것은 전자상거래 지침을 에스토니아 법으로 전환한 정보사회서비스법에 포함된 특별 규정이 이 사건에 적용되지 않는다고 결론 내렸기 때문이었다. 왜냐하면 후자는 청구 회사의 활동과 다른, 단순히 기술적이고 자동적이며 수동적 성격의 활동들과 관련된 법이기 때문이다. 또 다른 이유는 청구 회사가 추구하는 목표가 단순한 중개 서비스 제공이 아니라고 판결했기 때문이다(위 문단 31에 명시되어 있는 대법원 판결 문단 13 참고). 이러한 특정한 맥락에서 재판소는 몇몇 국가들이 다른 이익들과 기본권 사이의 적절한 균형을 보장을 필요로 하는 이 주제의 중요성과 복잡함을 인정하였다는 사실은 이 사건과 같은 상황을 다룰 수 있는 구체적 규제의 제정을 촉구한다는 점을 고려한다(위 문단 58 참고). 일부 국가의 그러한 행위는 뉴 미디어 규제와 관련하여 유럽 평의회가 권고한 “구분되고 단계적인 접근법”과 일치하며(위 문단 46 참고) 재판소의 판례법에 근거를 가지고 있다(*Editorial Board of Pravoye*



Delo and Shtekel v. Ukraine, no.33014/05, 문단 63-64, ECHR 2011 준용하여 참고). 뉴 미디어의 본질을 고려한 입법에서 다양한 접근방법이 가능하기는 하지만 재판소는 이 사건의 사실 즉, 관련 판례법과 함께 헌법, 민법 및 채권 법의 규정들은 원칙적으로 경제적 목적을 위해 인터넷 뉴스 포털을 운영하는 미디어 발행인이 국내법에 따라 이 사건에서 쟁점이 된 유형(뉴스 포털에 달린 명백하게 불법적 성격을 지닌)의 댓글의 업로드에 대한 책임을 져야 한다는 것을 예측할 수 있게 했다는 사실을 납득하였다.

129. 따라서 재판소는, 전문 발행인으로서 청구 회사는 법률 및 판례법을 숙지했어야 했으며, 또한 법적 조언을 구할 수도 있었다고 결론 내린다. 이러한 맥락 속에서 재판소는 Delfi 뉴스 포털이 에스토니아에서 규모가 큰 포털 중 하나라는 사실을 확인한다. 이 사건과 관련된 댓글의 발행 전에 이미 대중이 댓글에 대한 우려를 표명한 적이 있으며, 법무부 장관은 모욕을 당한 피해자가 Delfi에 대한 소송을 제기하고 손해 배상을 요구할 수 있다는 점을 지적한 바 있었다(위 문단 15 참고). 따라서 재판소는 청구 회사가 회사의 활동과 관련된 위험을 평가할 수 있는 위치에 있었으며 이러한 결과가 수반할 수 있는 결과들을 합리적인 수준에서 예견할 수 있었어야 한다고 본다. 따라서 문제가 된 제한은 이 협약 제10조의 두 번째 문단의 의미에 따라 “법률로 규정”되었다고 결론 내린다.

4. 정당한 목적

130. 재판에서 당사자들은 청구 회사의 표현의 자유를 제한한 것이 타인의 평판과 권리를 보호하려는 정당한 목적을 추구했다는 것에 대해 이의를 제기하지 않았다. 재판소는 이를 달리 판결할 이유가 없다고 본다.

5. 민주사회에서의 필요성

(a) 일반적 원칙들

131. 표현의 자유에 대한 제한이 “민주사회에 필수적”인지 여부에 관한 기본 원칙들은 재판소의 판례법에 잘 정립되어 있으며(*Hertel v. Switzerland*, 1998년 8월 25일, 문단 46, Reports 1998-VI; *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no.68416/01, 문단 87, ECHR 2005-II; *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* [GC], no.16354/06, 문단 48, ECHR 2012; 그리고 *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no.48876/08, 문단 100, ECHR 2013 참고) 다음과 같이 요약할 수 있다.

“(i) 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 “정보” 혹은 “견해”에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 “정보” 혹은 “견해”에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 “민주사회”는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다..

(ii) 협약 제10조 2항에서 “필요한”이라는 형용사는 “긴박한 사회적 필요”라는 의미를 내포하고 있다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지를 판단함에 있어 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 “제한”이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다.

(iii) 감독 관할권을 행사하는 데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국가 기관의 자리를 대신하는 것이 아니라 재량권 행사에 따른 정부의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국의 재량권 행사가 합당하고 신중하고 성실하게 이루어진 것인지를 확인하는 것에만 국한됨을 의미하지 않는다. 재판소는 사건 전체를 고려하여 소가 제기된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 “적절하고 충분한지”, 제한이 “추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지”를 판단해야 한다. 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 적용한 기준이 제10조에 구현된 원칙을 따랐고, 나아가 당국이 관련 사실을 인정할 수 있는 방식으로 평가했다는 점을 납득해야 한다..”

132. 그에 더해 재판소는 민주사회에서 언론이 수행하는 필수적 기능을 강조해왔다. 비록 언론은 일정한 한계, 특히 타인의 평판과 권리 및 기밀 정보의 공개를 막을 필요성과 관련된 한계를 넘어서는 안 되지만 대중적 관심을 가지는 모든 문제에 대한 정보와 생각들을 -의무와 책임에 일치하는 방식으로- 전달하는 것은 언론의 의무이다(*Jersild v. Denmark*, 1994년 9월 23일, 문단 31, Series A no.298; *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 1997년 2월 24일, 문단 37, Reports 1997-I; 그리고 *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no.21980/93, 문단 58, ECHR 1999-III 참고). 언론의 자유는 또한 어느 정도의 과장 또는 심지어 도발을 이용할 가능성을 포함한다(위 인용된 *Prager and Oberschlick v. Austria*, 1995년 4월 26일, 문단 38, Series A no.313, 그리고 *Bladet Tromsø and Stensaas*, 문단 59 참고). 허용되는 비판의 한계는 정치인이나 정부보다 민간인의 경우 더 협소하다(예를 들어, *Castells v. Spain*, 1992년 4월 23일, 문단 46, Series A no.236; *Incal v. Turkey*, 1998년 6월 9일, 문단 54, Reports 1998-IV; 그리고 *Tammer v. Estonia*, no.41205/98, 문단 62, ECHR 2001-I 참고).



133. 재판소는 이전 판결을 통해 방대한 정보에 대한 접근성과 그것을 저장하고 통신할 수 있는 능력에 비추어 봤을 때 인터넷은 뉴스에 대한 대중의 접근을 강화하고 일반적으로 정보 보급을 촉진하는 데 중요한 역할을 한다고 밝힌 바 있다(위 인용된 *Ahmet Yildirim*, 문단 48, 그리고 *Times Newspapers Ltd*, 문단 27 참고). 그와 동시에, 인터넷상의 콘텐츠와 통신이 인권과 자유, 특히 사생활을 존중받을 권리의 행사와 향유에 미치는 해로움의 위험성은 언론에 의한 위협보다 확실히 높다(위 인용된 *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel*, 문단 63 참고).

134. 언론인의 “의무와 책임”을 고려할 때, 관련 매체의 잠재적 영향은 중요한 요소이며 종종 시청각 매체가 인쇄 매체보다 훨씬 즉각적이고 강력한 효과를 발휘한다는 것은 상식적으로 인정된 바이다(*Purcell and Others v. Ireland*, no.15404/89, 1991년 4월 16일 위원회 결정, *Decisions and Reports* 70, p.262 참고). 객관적이고 균형 잡힌 보도의 방식은 다른 요소들 중에서도 문제가 되는 미디어의 종류에 따라 상당히 다를 수 있다(위 인용된 *Jersild*, 문단 31 참고).

135. 재판소는 “인터뷰에서 다른 사람이 한 진술을 전파하는 데 도움을 준 언론인을 처벌하는 것은 언론이 공익과 관련된 문제의 논의에 이바지하는 것을 심각하게 저지하고, 그렇게 해야 할 특별히 강력한 이유가 없는 한 이를 피해서는 안 된다.”고 판결한 바 있다(위 인용된 *Jersild*, 문단 35; *Thoma v. Luxembourg*, no.38432/97, 문단 62, ECHR 2001-III; 그리고 *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, no.76918/01, 문단 31, 2006년 12월 14일, 그리고 *Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria*, no.26547/07, 문단 39, 2013년 10월 10일을 준용하여 참고).

136. 또한, 재판소는 협약에 의해 공표되고 보장되는 가치와 양립할 수 없는 발언은 협약 제17조의 효력에 의해 제10조에 따른 보호를 받지 못한다고 주장하였다. 재판소가 검토한 그러한 발언의 예로는 홀로코스트를 부인하는 진술, 친-나치 정책을 정당화하는 진술, 모든 무슬림을 심각한 테러 행위와 연결 짓는 진술 또는 유대인을 러시아 내약의 근원으로 묘사하는 진술이 있다(*Lehideux and Isorni v. France*, 1998년 9월 23일, 문단 47 및 53, *Reports* 1998-VII; *Garaudy v. France*(dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX; *Norwood v. the United Kingdom*(dec.), no.23131/03, ECHR 2004-XI; *Witzsch v. Germany*(dec.), no.7485/03, 2005년 12월 13일; 그리고 *Pavel Ivanov v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일 참고).

137. 재판소는 또한 명예권(Protection of Reputation)은 사생활을 존중받을 권리의 일부로 협약 제8조에 의해 보호되는 권리임을 재확인한다(위 인용된 *Chauvy and Others*, 문단 70; *Pfeifer v. Austria*, no.12556/03, 문단 35, 2007년 11월 15일; 그리고 *Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, no.34147/06, 문단 40, 2010년 9월 21일 참고). 그러나, 제8조가 작동하려면 개인의 평판에 대한 공격이 어느 정도 심각한 수준에 도달하고 사생활을 존중받을 권리를 침해하는 방식으로 이루어져야 한다(*A. v. Norway*, no.28070/06, 문단 64, 2009년 4월 9일, 그리고 *Axel*

Springer AG v. Germany [GC], no.39954/08, 문단 83, 2012년 2월 7일 참고).

138. 민주사회에서 표현의 자유에 대한 제한이 “타인의 명예나 권리의 보호”라는 이익을 위해 필요한 것인지를 검토할 때, 재판소는 특정한 사례에서 협약이 보장하는 두 가지 권리, 즉 제10조에 의해 보호되는 표현의 자유와 제 8조에 명시된 사생활에 대한 존중권이 서로 충돌하는 경우 국내 당국이 이 두 권리를 보호함에 있어 이 둘을 적절하게 절충했는지 확인해야 한다(*Hachette Filipacchi Associés v. France*, no.71111/01, 문단 43, 2007년 6월 14일; *MGN Limited v. the United Kingdom*, no.39401/04, 문단 142, 2011년 1월 18일; 위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 84 참고).

139. 재판소는 원칙적으로 제8조와 제10조에 의해 보장되는 권리는 동등한 존중을 받을 자격이 있으며, 원칙적으로 청구의 결과는 불쾌한 기사를 발행한 사람이 협약 제10조에 따라 재판소에 소를 제기했는지 또는 그 기사의 대상이었던 사람이 협약 제8조에 따라 소를 제기했는지에 따라 달라져서는 안 된다고 판결해왔다. 따라서 두 경우 모두에서 원칙적으로 재량 여지는 같아야 한다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 87 및 *Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 106, ECHR 2012, *Hachette Filipacchi Associés*(ICI PARIS), no.12268/03, 문단 41, 2009년 7월 23일; *Timciuc v. Romania*(dec.), no.28999/03, 문단 144, 2010년 10월 12일; 및 *Mosley v. the United Kingdom*, no.48009/08, 문단 111, 2011년 5월 10일 참고). 국내 당국이 재판소의 판례법에 명시된 기준에 따라 이 두 권리 사이에서 절충한 경우, 국내 법원의 견해를 재판소의 견해로 대체하려면 그에 대한 강력한 근거가 필요하다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 88, 위 인용된 *Von Hannover*, 문단 107, 위 인용된 *MGN Limited*, 문단 150 및 155, 그리고 *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos.28955/06, 28957/06, 28959/06 및 28964/06, 문단 57, ECHR 2011 참고) 다시 말해, 국가가 서로 경쟁하는 사익이나 협약의 권리를 절충해야 하는 경우 보통 재판소는 국내 당국에 넓은 재량 여지를 허용한다(*Evans v. the United Kingdom* [GC], no.6339/05, 문단 77, ECHR 2007-I; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos.25088/94, 28331/95 및 28443/95, 문단 113, ECHR 1999-III; 그리고 *Ashby Donald and Others v. France*, no.36769/08, 문단 40, 2013년 1월 10일 참고).

(b) 이 사례에 대한 위 원리의 적용

(i) 비례성 평가의 요소

140. 재판소는 청구 회사의 인터넷 뉴스 포털에 발행된 기사에 대한 반응으로 독자들이 댓글란에 게시한 댓글의 성격이 명백히 불법적이라는 점에는 논쟁의 여지가 없음을 지적한다. 실제로 청구 회사는 피해자 측의 통보를 받은 후 그 댓글을 삭제했으며, 소재판부 앞에서 그 댓글을 “침해”와 “허위”라고 묘사했다(소재판부 판결의 문단 84 참



고). 게다가, 재판소는 문제가 된 댓글의 대부분이 중요 발언이나 폭력의 선동에 해당하며 따라서 제10조의 보호를 받을 수 없다고 본다(위 문단 136 참고). 따라서 이 사건에서 그 댓글을 작성한 자들의 표현의 자유는 문제가 되지 않는다. 오히려 재판소 앞에 놓인 문제는 제3자가 게시한 댓글에 대해 청구 회사가 책임지도록 한 국내 법원의 결정이 협약 제10조가 보장하는 정보를 전달할 자유를 침해했는지 여부이다.

141. 재판소는 청구 회사가 L.의 변호사들의 통지를 받은 후 문제의 댓글을 웹사이트에서 즉시 삭제했지만(위 문단 18-19 참고), 대법원은 청구 회사가 명백히 불법적인 내용을 담은 댓글의 발행을 막아야 했다는 점에서 채권법에 근거하여 청구 회사에 책임을 물었다는 점을 알고 있다. 대법원은 채권법 제1047(3)절을 언급하였다. 이에 따르면 “정보 또는 기타 문제를 공개한 사람 혹은 그 정보를 공개 받은 사람이 공개에 관련된 합법적 이익을 가지고 있다면 그리고 정보를 공개한 사람이 “잠재적 침해의 심각성”에 상응할 정도로 철저하게 정보 또는 기타 문제를 검증한 경우 정보 또는 기타 문제의 공개는 불법으로 간주되지 않는다”. 그러므로 대법원은, 댓글의 공개 후, 청구 회사가 포털에서-청구 회사가 인식하고 있었어야 했던 불법적 콘텐츠였던- 댓글을 자체적으로 삭제한 것은 아니라고 판결하였다. 따라서 청구 회사의 부작위는 채권법 제1050(1)절에 따라 “과실의 부재”를 증명하지 못하였으므로 불법으로 간주되었다(위 문단 31에 나와 있는 대법원 판결 문단 16 참고).

142. 대법원의 추론에 비추어 볼 때, 재판소는 일관된 판례법에 따라, 국내 법원이 청구 회사에 책임을 물은 판결이 이 사건의 특정한 상황에서 적절하고 충분한 근거에 검토하여 이루어진 것인지를 검토해야 한다(위 문단 131 참고). 재판부는 소재판부가 분석의 목적으로 제3자가 게시한 댓글에 대해 청구 회사가 책임을 지게 한 국내 법원의 결정이 표현의 자유를 침해했는지를 결정하기 위하여 다음의 측면을 확인하였음을 알고 있다: 댓글의 맥락, 명예훼손적 댓글을 예방하기 위해 청구 회사가 적용한 조치, 청구 회사의 책임에 대한 대안으로 실제 댓글 작성자에게 물을 수 있는 책임, 그리고 청구 회사와 관련된 국내 절차의 결과(소재판부 판결의 문단 85 이하 참고).

143. 재판소는 이러한 측면들이 이 사건에 관한 재판소의 심리 범위 내에서 문제가 되는 제한의 비례성에 대한 구체적인 평가를 위해 적절하다는 점에 동의한다(위 문단 112-17 참고).

(iii) 댓글의 맥락

144. 댓글의 맥락과 관련하여, 재판소는 Delfi 뉴스 포털에 게재된 페리 회사에 관한 뉴스 기사는 균형 잡힌 기사였고, 공격적인 언어가 없었으며, 국내 절차에서 불법적 진술에 관한 어떠한 주장도 제기되지 않았음을 인정한다. 재판소는 외견상 중립적인 주제에 대한 균형 잡힌 기사조차도 인터넷상에서 격렬한 토론을 불러일으킬 수 있음을 인지하고 있다. 그에 더해, 이러한 맥락 속에서, 재판소는 Delfi 뉴스 포털의 성격에 특정한 중요성을 부여한다. Delfi는 발행한 뉴스 기사에 많은 댓글을 끌어들이고자 노력하는 상업적 토대에 근거하여 전문적으로 운영되는 인터넷 뉴스

포털이었음을 재확인한다. 재판소는 대법원이 청구 회사가 웹사이트의 방문자들로 하여금 자신들의 판단과 댓글로 뉴스를 보완하도록 권하며 댓글란을 뉴스 포털에 통합했다는 사실을 명시적으로 언급하였다는 점을 확인한다. 대법원의 결정에 따르면, 댓글란에서, 청구 회사는 포털에 올라간 뉴스에 대한 댓글을 적극적으로 요청하였다. 청구 회사의 포털 방문자 수는 댓글의 수에 달려있었다; 그에 더해 포털에 게시된 광고를 통한 수익은 방문자 수에 달려있었다. 그러므로 대법원은 청구 회사가 댓글을 달게 하는 것으로부터 경제적 이익을 취했다고 결론 내렸다. 대법원이 보기에 청구 회사가 댓글의 작성자가 아니라는 사실이 회사가 댓글란을 통제할 수 없다는 것을 의미하지는 않았다(위 문단 31에 나와 있는 판결의 문단 13 참고).

145. 그런 점에서 재판소는 또한 Delfi 웹사이트상의 댓글 게시에 관한 규칙은 청구 회사가 내용이 없고 혹은 주제에서 벗어났거나, 모범적 관행에 반하거나, 헐박, 모욕, 외설적인 표현이나 저속함 또는 적대감을 선동하거나, 폭력 또는 불법적인 활동을 포함하는 댓글의 게시를 금지한다고 명시했다는 점에 주목한다. 이러한 댓글은 삭제될 수 있었으며 작성자들의 댓글 게시 기능은 제한될 수 있었다. 게다가, 일단 댓글이 청구 회사의 뉴스 포털에 게시되면 실제 작성자들은 이를 수정하거나 삭제할 수 없었다. 오직 청구 회사만이 이를 수행할 기술적 수단을 가지고 있었다. 위의 내용과 대법원 추론에 비추어볼 때, 재판소는 청구 회사가 포털에 발행된 댓글에 대해 상당한 수준의 통제권을 행사한 것으로 간주해야 한다는 소재판부의 결론에 동의한다.

146. 종합하면, 재판소는 Delfi 뉴스 포털상의 뉴스 기사에 대한 댓글을 공개하는 것과 관련된 청구 회사의 관여는 수동적이고 순수한 기술 서비스 제공자로서의 수준을 넘어선다는 점이 대법원에 의해 충분히 확립되었다고 본다. 따라서 재판소는 이 문제에 대한 대법원의 추론이 협약 제10조의 목적과 관련된 근거에 기초하고 있음을 확인한다.

(iii) 댓글 작성자의 책임

147. 본 사건과 유사한 사례에서 실제 댓글 작성자에게 책임을 지우는 것이 인터넷 뉴스 포털의 책임에 대한 합리적인 대안이 될 수 있는지와 관련하여, 재판소는 인터넷 사용자들이 자신의 신분을 밝히지 않는 것의 중요성을 유념하고 있다. 익명성은 오랫동안 보복이나 원치 않는 관심을 피하는 수단이었다. 그것은 중요한 방식으로 아이디어와 정보의 자유로운 흐름을 촉진할 수 있는데, 특히 인터넷 상에서는 더욱 그러하다. 동시에 재판소는 인터넷 상 정보 보급의 용이성, 범위 및 속도 그리고 한번 공개된 정보의 지속성, 그리고 이런 점이 전통적인 미디어에 비해 불법적 발언의 영향을 상당히 악화시킬 수 있다는 점을 간과하지 않고 있다. 재판소는 이러한 점에서 유럽사법재판소의 *Google Spain SL and Google Inc.* 사건(위 인용)에 대한 최근 판결을 인용한다. 이 사건에서 재판소는, 비록 다른 맥락이기는 하지만, 오랫동안 개인의 사생활을 심각하게 침해하는 인터넷 상 정보의 이용 가능성에 관한 문제를 다루었고, 일반적으로 개인의 기본권은 검색 엔진 운영자의 이익과 다른 인터넷 사용자의 이익을 능가한다고 판결하였다



(위 문단 56 참고).

148. 재판소는 인터넷에서 다른 정도의 익명성이 가능하다고 본다. 인터넷 사용자는 광범위한 대중에게 익명일 수 있지만 서비스 제공자는 식별되지 않거나 어떤 종류의 식별을 거친 계정이나 연락처 데이터를 통해 사용자를 확인할 수 있다. 이러한 식별에는 제한적 식별(예를 들어, 이메일 주소 또는 소셜 네트워크 계정을 통한 계정 활성화)부터 보안 인증까지 다양한 방법이 있는데, 보안 인증에는 사용자를 보다 안전하게 식별할 수 있도록 하는 국가 전자 신분증이나 온라인 बैं킹 인증 데이터를 사용한다. 또한 서비스 제공자는 사용자에 대한 광범위한 익명성을 허용할 수 있는데, 이 경우 사용자는 자신을 전혀 식별할 필요가 없으며 인터넷 액세스 제공자가 보유한 정보를 통해서만 -제한된 범위에서- 추적될 수 있다. 그러한 정보의 공개는 일반적으로 조사 기관 또는 사법 당국의 명령이 요구되며 제한적 조건의 적용을 받는다. 그럼에도 불구하고 어떤 경우에는 가해자를 확인하고 기소하기 위해 정보의 공개가 필요할 수 있다.

149. 그러므로, 미성년자의 성적인 기질을 “악의적으로 허위 진술”한 *K.U. v. Finland* 사건의 판결에서, 재판소는 “비록 표현의 자유와 통신의 기밀성은 우선적 고려사항이고 통신과 인터넷 서비스의 사용자들은 자신의 사생활과 표현의 자유에 대한 존중을 보장받아야 하지만 그러한 보장은 절대적일 수 없으며 때로는 무질서 혹은 범죄 예방이나 타인의 권리 및 자유의 보호와 같은 다른 합법적인 의무에 그 우위를 양보해야 한다”고 판결한 바 있다(*K.U. v. Finland*, no.2872/02, 문단 49, ECHR 2008 참고). 그 사건에서 경우 재판소는 청구인이 서비스 제공자로부터 손해 배상을 받을 가능성이 있었다는 정부의 주장을 기각하며 사건의 정황상 그것으로는 충분하지 않다고 판결하였다. 재판소는 실제 범죄자를 찾아내어 사법부에 회부할 수 있는 구제조치가 있어야 한다고 판시하였으나 해당 시점에 피 청구국의 규제 체제로는 인터넷 서비스 제공자에게 그 목적에 필요한 정보를 제공하도록 명령할 수 없었다(같은 사례, 문단 47 및 49). 비록 *K.U. v. Finland* 사건은 국내법에 따라 형사 범죄로 분류되는 위반에 대한 것이었고 이 사건보다 피해자의 사생활에 대한 광범위한 침해가 있었음에도 불구하고 재판소는 추론을 통해 인터넷상의 익명성은 중요한 요소이나 다른 권리 및 이익과 균형을 이루어야 한다는 점을 명확히 하였다.

150. 민사소송에서 댓글 작성자의 신원을 확인하는 것과 관련하여, 재판소는 실행 가능성에 관한 당사자들의 입장이 다르다는 점에 주목한다. 당사자들이 제공한 정보를 바탕으로, 재판소는 에스토니아 법원이 민사소송법 제 244조 등에서 규정하는 “소송 전 증거수집” 절차(위 문단 40 참고)에 따라 온라인 신문이나 뉴스 포털이 명예훼손 댓글을 게시했다는 의혹을 받는 작성자들의 IP 주소와 문제의 IP 주소들이 할당된 구독자들의 이름과 주소를 공개하라는 명예훼손 대상자의 요청을 승인했음을 확인한다. 정부가 제공한 예들은 엇갈린 결과를 제공하였다: 몇몇 경우에는 댓글을 작성한 컴퓨터를 확인할 수 있었던 반면 다른 경우에는 다양한 기술적 이유로 그러한 확인이 불가능한 것으로 판명되었다.

151. 이 사건에 관한 대법원의 판결에 따라, 피해자는 청구 회사 혹은 댓글 작성자에 대해 소송을 제기할 수 있는 선택권을 가지고 있었다. 재판소는 댓글 작성자의 신원을 확인할 수 있는 수단의 불확실한 효과는 증오 발언의 피해자가 댓글 작성자에 대해 효과적으로 소송을 제기할 수 있도록 하기 위해 청구 회사가 마련한 수단들의 거의 없었다는 점과 더불어 대법원이 그 판결을 적절한 충분한 근거에 기초하여 내렸다는 결론을 지지하는 요소라고 본다. 또한 재판소는 이러한 맥락에서 *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*(no.4)(no.72331/01, 문단 32, 2006년 11월 9일)의 판결을 언급하고자 한다. 이 판결에서 재판소는 명예훼손 소송에서 명예훼손 소송에 휘말릴 위험성을 통상 명예훼손자보다 나은 재정 상태에 있는 언론사에 전가하는 것은 언론사의 표현의 자유에 대한 과도한 제한이 아니라고 판결하였다.

(iv) 청구 회사가 취한 조치

152. 재판소는 청구 회사가 웹사이트의 각 기사에 달리는 댓글 수를 강조하였고 그러므로 뉴스 포털의 편집자는 가장 활발하게 의견 교환이 이루어지는 기사들은 쉽게 식별할 수 있었을 것이라는 점을 지적한다. 이 사건에서 문제가 되는 기사에는 185개의 댓글이 달렸고 이는 명백히 평균 이상의 개수였다. 청구 회사는 피해자 측 변호사의 통보를 받고 문제의 댓글들이 웹사이트에 업로드된 지 약 6주 만에 그 댓글들을 삭제하였다(위 문단 17-19 참고).

153. 재판소는 대법원이 판결에서 “해를 입혀서는 안 된다는 법적 의무에 따라 피고는 명백하게 불법적인 내용의 댓글들을 게시하는 것을 막았어야 했다”고 판시한 점을 확인한다. 그러나 대법원은 또한 “공개 후, [청구 회사]는 자발적으로 댓글-회사는 댓글의 불법적 내용을 인지하고 있었어야 했다- 들을 포털에서 제거하지 않았다”고 판시했다(위 문단 31에 나와 있는 판결문 문단 16 참고). 그러므로, 대법원은 채권법에 따른 책임을 면하려면 청구 회사가 웹사이트에 그 댓글들의 업로드를 막았어야 할 의무가 있었는지 아니면 국내법에 따라 게시된 후 바로 위법한 댓글들을 삭제하는 것으로 충분했는지에 대해서는 명시적으로 결정하지 않았다. 재판소는 대법원이 청구 회사의 협약상 권리에 대한 제한을 수반하는 판결에 원용했던 근거들을 평가할 때, 국내 법원이 추구하는 목적을 달성하기 위해 요구되는 것보다 더 과도하게 청구 회사의 권리를 제한하려 했다고 볼 수 있는 점은 없다고 판단한다. 이러한 점과 제10조에 명시된 정보를 전달할 수 있는 자유를 고려하여, 재판소는 대법원의 판결은 만약 청구 회사가 댓글의 게시 후 바로 그것을 삭제했었다면 청구 회사는 국내법에 따른 책임을 면하기에 충분했다는 의미로 봐야 한다는 가정 위에서 재판을 진행할 것이다. 결과적으로, 청구 회사가 포털에 발행된 댓글에 대해 상당한 수준의 통제권을 행사한 것으로 봐야 한다는 위의 결정을 고려하여(문단 145 참고), 재판소는 증오 발언에 해당하면서 폭력을 선동하는, 그러므로 그 내용상 명백히 불법인 댓글을 발행 후 지체하지 않고 바로 웹사이트에서 제거해야 하는 의무를 청구 회사에 부여하는 것이, 원칙적으로, 청구 회사의 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 보지 않는다.



154. 이 사건에서 관련된 문제는 청구 회사가 게시 후 바로 댓글들을 제거하지 않은 것에 대하여 책임을 지는 것이 정당하다는 국내 법원의 판단이 적절하고 충분한 근거에 기반을 두었는가 하는 것이다. 이 점을 염두에 두면서, 청구 회사가 중요 발언이나 폭력 선동 발언에 해당하는 댓글들을 걸러낼 수 있는 체계를 갖추었는지를 가장 먼저 고려해야 한다.

155. 재판소는 청구 회사가 이와 관련하여 일정한 조치를 취했다는 점에 주목한다. Delfi 뉴스 포털에는 댓글에 대한 책임은 작성자에게 -청구 회사가 아니라- 있고 모범적 관행에 반하거나 위협, 모욕, 외설적인 표현을 담고 있거나 저속한 댓글 또는 적대감, 폭력 또는 불법행위를 선동하는 댓글을 게시하는 것은 금지한다는 것을 언급하는 면책 조항이 있었다. 게다가 그 포털은 특정 저속한 단어의 어간에 기초한 댓글 자동 삭제 시스템과 단순히 통지 목적을 위해 고안된 버튼을 클릭하기만 하면 누구든지 포털 관리자에게 부적절한 댓글을 알릴 수 있는 통지-후-삭제 시스템을 갖추고 있었다. 거기에 더해 어떤 경우에는 관리자가 주도적으로 부적절한 댓글을 제거하기도 하였다.

156. 따라서 재판소는 청구 회사가 제3자에게 해를 입히는 것을 피해야 하는 의무를 완전히 등한시했다고는 볼 수 없다는 점을 지적한다. 그럼에도 불구하고, 더욱 중요한 점은, 청구 회사가 사용한 단어 기반 자동 필터는 독자들이 게시한 불쾌한 중요표현과 폭력을 선동하는 표현을 걸러내지 못하였고, 불쾌한 댓글을 신속하게 제거할 수 있는 능력은 제한적이었다. 재판소는 문제가 되는 단어와 표현의 다수는 정교한 은유를 포함하거나 숨겨진 의미나 미묘한 위협을 담고 있지 않았다는 사실을 반복하여 말한다. 그 댓글들은 명백한 중요표현이자 L의 신체 보전에 대한 야만적인 위협적 표현이었다. 따라서 일부 사례에서는 단어 기반 자동 필터가 유용했을지라도, 이 사건의 사실들은 그것이 협약 제10조에 따라 보호받지 못하는 댓글들을 탐지하기에 충분하지 못했다는 점을 보여준다(위 문단 136 참고). 재판소는 이러한 필터링 장치가 제대로 작동하지 못한 결과로 명백히 불법적인 댓글이 6주 동안 온라인에 남아있었다는 것을 지적한다(위 문단 18-19 참고).

157. 이와 관련하여 재판소는 몇몇 경우에 포털 관리자가 주도적으로 부적절한 댓글을 삭제했다는 점과 분명히 사건이 일어난 지 얼마 후에 청구 회사가 관리자로 구성된 전담팀을 출범시켰다는 점을 확인한다. 누구라도 인터넷상에서 자신의 목소리를 낼 수 있는 충분한 기회를 가진다는 사실을 고려하면, 재판소는 -이 사건에서의 문제와 같이- 중요표현과 폭력을 선동하는 표현의 전파를 제한하기 위해 효과적인 조치를 취해야 할 대규모 뉴스 포털의 의무를 “사적 검열”과 절대 비견할 수 없다고 본다. “대중의 뉴스 접근성을 높이고 일반적으로 정보의 전파를 촉진하는 것”에서 인터넷이 수행하는 “중요한 역할”을 인정하는 한편(위 인용된 *Ahmet Yildirim*, 문단 48 그리고 위 인용된 *Times Newspapers Ltd*, 문단 27 참고), 재판소는 인터넷상의 콘텐츠와 의사소통이 일으키는 해악의 위험 또한 염두에 두고 있다는 점을 되풀이해서 확인한다(위 인용된 *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel*, 문단 63 참고; 또한 위 인용된 *Mosley*, 문단 130 참고).

158. 더군다나, 예를 들어 어떤 집단에 속한 사람들에 대한 증오표현이나 이 사건의 몇몇 댓글에서 나타난 유형처럼 폭력을 직접적으로 선동하는 표현의 사례에서는 상황에 따라 신원을 확인할 수 있는 개별 피해자가 없을 수도 있다. 개별 피해자가 있는 경우라도 피해자가 인터넷 서비스 제공자에게 자신의 권리 침해 주장을 통지하지 못하게 막힐 수도 있다. 재판소는 증오표현의 잠재적 희생자가 인터넷을 지속적으로 감독할 수 있는 능력은 그러한 댓글을 예방하거나 신속하게 제거할 수 있는 대규모 상업적 인터넷 뉴스 포털의 능력보다 더 제한적이라는 점을 중요하게 고려한다.

159. 마지막으로, 재판소는 자신들이 도입한 통지-후-삭제 시스템에 대해 재판소가 적절히 고려해야 한다는 청구 회사의 주장을 알고 있다(위 문단 78 참고). 재판소가 보기에, 신속한 대응을 가능하게 하는 효과적인 절차와 동반된다면 이 시스템은 많은 사건에서 관련된 모든 이의 권리와 이익을 절충하는 적절한 수단으로 기능할 수 있다. 그러나 재판소 판례에서 해석된 것처럼(위 문단 136 참고), 본 사건과 같은 사건들, 즉 제3자 사용자의 댓글이 증오표현의 형태를 띠고 개인의 신체적 보전을 직접적으로 위협하는 경우, 재판소는, 위에서 언급한 것처럼(문단 153 참고), 인터넷 뉴스 포털이 피해자나 제3자의 통지가 없더라도 명백히 불법적인 발언을 없애려는 조치를 바로 취하지 않는다면 회원국은 협약 제10조의 위반 없이 타인과 사회 전체의 권리와 이익을 위해 인터넷 뉴스 포털에 책임을 부과할 수 있다고 본다.

(v) 청구 회사에 대한 결론들

160. 마지막으로, 청구 회사에 대한 국내 소송의 결과와 관련하여, 재판소는 청구 회사가 비금전적 손해에 대한 배상으로 피해자에게 320유로에 해당하는 금액을 지급해야 한다는 점을 지적한다. 청구 회사가 에스토니아에서 가장 큰 인터넷 뉴스 포털을 전문적으로 운영하는 회사라는 사실을 고려할 때, 재판소는 이 금액이 국내 법원이 확립한 위반 사실과 비교해 결코 과도하다고 볼 수 없다는 소재판부의 판결에 동의한다(소재판부 판결문 문단 93 참고). 이와 관련하여 재판소는 인터넷 뉴스 포털 사업자의 책임에 관한 Delfi 이후의 국내 판례 또한 고려했다는 점을 지적한다(위 문단 43 참고). 이러한 사례들에서 하급 법원은 Delfi에 대한 대법원 판결을 따랐지만 비금전적 손해에 대한 배상은 이루어지지 않았다는 점을 확인한다. 즉, Delfi 이후의 사례에서 사업자와 관련된 중요한 결과는 그들이 불쾌한 댓글은 내렸지만 비금전적 손해에 대한 배상을 지급하라는 명령은 받지 않았다는 점이다.

161. 재판소는 또한 청구 회사가 국내 절차의 결과로 사업 모델을 변경해야 했던 것으로 보이지는 않는다는 점을 확인한다. 정보에 따르면 Delfi 뉴스 포털은 에스토니아에서 여전히 가장 큰 인터넷 발행업자 중 하나이며, 댓글 게시로 가장 인기가 있으며, 그 댓글의 수는 계속 증가해왔다. 익명의 댓글은-이제는 로그인 후 댓글을 게시할 수도 있는데, 독자에게는 이러한 사실이 먼저 공지된다- 여전히 그 수에서 압도적이다. 그리고 청구 회사는 포털에 게시된



댓글을 후속 관리하는 관리자 팀을 만들었다(위 문단 32 및 83 참고). 이러한 정황 속에서, 재판소는 이 점에 있어서도 청구 회사의 표현의 자유에 대한 제한이 비례적이지 않았다고 결론 내릴 수 없었다.

(vi) 결론

162. 위에서 살펴본 측면들에 대한 구체적 평가를 바탕으로, 이 사건에 대한 대법원의 논거, 특히 문제가 되는 댓글들의 극단적인 성격, 그 댓글들이 청구 회사가 상업적 기반에 따라 전문적으로 운영하는 뉴스 포털에 발행한 기사에 대한 반응으로 게시되었다는 사실, 증오 발언과 폭력을 유발하는 발언에 해당하는 댓글들이 게시된 후 지체하지 않고 이를 바로 삭제하고 그러한 댓글의 작성자에게 책임을 지울 수 있는 현실적 가능성을 보장하기 위해 청구 회사가 취한 수단의 불충분성, 그리고 청구 회사에 부과된 제재는 적당했다는 점을 고려하여 재판소는 국내 법원이 청구 회사에게 부과한 책임은, 피청구국에 부여된 재량 여지를 고려했을 때, 적절하고 충분한 근거에 기초하였다고 판결한다. 따라서 그 조치는 청구 회사의 표현의 자유에 대한 권리에 대해 과도한 제한에 해당하지 않는다.

따라서, 협약 제10조의 위반은 없었다.

이러한 이유로, 재판소는 15대 2로 협약 제10조의 위반은 없었다고 판결한다.

영어와 프랑스어로 작성되었으며, 2015년 6월 16일 스트라스부르 인권 빌딩(Human Rights Building)에서 열린 공판에서 선고하였다.

Johan Callewaert

부서기

Dean Spielmann

재판장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라 다음의 별개 의견을 이 판결에 첨부하였다:

(a) Raimondi, Karakaş, De Gaetano, Kjølbro 판사의 공동 별개 의견;(b) Zupančič 판사의 별개 의견;

(c) Sajó, Tsotsoria의 공동 반대 의견.

D.S.

J.C.

(a) Raimondi, Karakaş, De Gaetano, Kjølbro 판사의 공동 별개 의견

1. 우리는 협약 제10조의 위반이 없었다는 점에 동의한다. 그러나 우리는 두 가지 문제에 대해 우리의 견해를 분명히 밝히고자 한다: (a) 대법원 판결에 관한 재판소의 해석, 그리고 (b) 재판소가 청구 요지를 평가하는데 기본이 되는 원칙이다.

2. 첫째, 대법원의 판결에 관한 재판소의 해석(동 판결문의 문단 153-54 참고)은 이 사건에 대한 평가에 결정적인 역할을 한다.

3. 대법원은 결정에 도달하면서, 해를 끼치는 것을 피해야 하는 의무라는 측면에서 보면 Delfi는 “명백히 불법적인 내용인 댓글의 게시를 막았어야 한다”고 명시하였다. 그에 더해 대법원은 문제가 되는 댓글을 공개한 후 Delfi가 “자체적으로 그 댓글들을-Delfi가 인지하고 있었어야 하는 불법적 콘텐츠- 포털에서 삭제하지 않았다”고 판결하였다. 대법원은 Delfi의 “부작위는 불법”이었으며, Delfi는 “과실의 부재를 증명하지 못하였으므로” 법적 책임을 져야 한다고 판결하였다.

4. 대법원의 판결에 대하여 두 가지 해석이 가능하다: (a) Delfi는 불법적 댓글이 발행되는 것을 “예방”하지 않은 것에 대한 책임이 있었고, 그 책임은 댓글을 “제거”하지 않았다는 사실로 인해 가중되었다; 또는 (b) Delfi는 불법적 댓글이 발행되는 것을 “예방”하지 않았고, 이후 바로 댓글을 “제거”하지 않았으므로 댓글에 대한 책임을 져야 한다.

5. 재판소는 대법원의 판결을 두 번째 의미로 해석하기로 결정함으로써 사용자가 작성한 불법적 댓글이 게시되지 않도록 “예방”하지 않은 것이 뉴스 포털이 질 수 있는 책임인지에 대한 어려운 질문을 회피하였다. 그러나 재판소가 대법원의 판결을 첫 번째 의미에 따라 해석했다면 사건의 결과는 달라질 수도 있었다.

6. 대법원의 판결을 첫 번째 의미로 이해한다면 그 판결은 Delfi와 같은 뉴스 포털에 과도한 부담을 줄 위험이 있는 국내 법률에 대한 해석을 명시하였을 것이다. 사실상, 독자들이 기사에 쓰는 댓글에 대한 책임을 피하려면 뉴스 포털은 그러한 댓글이 게시되는 것을 예방해야 한다(또한 게시된 댓글들은 제거해야 한다). 이는 실제로 효과적인 감독 장치를(자동이든 수동이든) 필요로 할 수 있다. 즉, 뉴스 포털은 독자가 작성한 명백히 불법인 댓글의 게시를 피하기 위해 댓글을 사전-감독해야 할 수도 있는 것이다. 더군다나 그 댓글이 포털에 발행될 것이라는 또는 발행되었다는 것을 뉴스 포털이 알고 있었거나 알았어야 했다는 것을 원고가 증명할 필요 없이, 뉴스 포털의 책임이 댓글의 명백히 불법적 성격과 관련 있다면 포털은 실제로 독자가 그러한 댓글을 달 수 있다는 가정 하에 행위하고 따라서 그런 댓글을 게시하는 것을 피하기 위해 필요한 조치를 취해야 할 의무가 있는데, 이는 실제로 사전-감독 조치의 도입을 필요로 할 수 있다.



7. 그러므로, 우리가 보기에, 사용자 작성의 댓글 게시를 “예방”하지 않은 것에 대해 뉴스 포털의 책임을 묻는 것은 실제로 포털이 불법 댓글에 대한 책임을 피하려면 모든 사용자 작성 댓글을 사전-감독해야 한다는 것을 의미한다. 이는 실제로 제10조가 보장하는 뉴스 포털의 표현의 자유에 대한 과도한 제한을 초래할 수 있다.

8. 둘째, 재판소는 제10조의 위반이 없다는 결론에 이르게 한 기본 원칙을 보다 명확하게 진술했어야 했다. 대신 재판소는 사례에 한정적인 추론을 채택하였고, 동시에 관련 원칙은 후속 판례법에서 좀 더 명확하게 발전시키도록 남겨두었다.

9. 우리는 재판소가 본 사건과 같은 사건의 평가와 관련된 원칙을 더 명확하게 진술할 기회를 잡았어야 한다고 생각한다.

10. 기사의 독자에게 포털에 공개되는 댓글을 쓰도록 권유하는 Delfi와 같은 뉴스 포털은 국내법에 명시된 “의무와 책임”을 지게 된다. 또한 협약 제8조에 따라 회원국은 개인의 평판과 명예를 효과적으로 보호할 의무가 있다. 따라서 독자가 포털에 공개된 댓글을 쓰는 것이 허용될 때, 협약 제10조는 회원국이 Delfi와 같은 뉴스 포털에 의무를 부과하는 것을 금지하는 것으로 해석될 수 없다. 사실상, 특정한 상황에서 회원국은 타인의 명예와 평판을 보호하기 위해 그런 조치를 취해야만 할 수도 있다. 따라서 회원국은 뉴스 포털을 문제가 되는 댓글의 게시인으로 간주해야 한다고 결정할 수 있다. 그에 더해 회원국은 사용자가 작성하고 포털에 공개된 명백히 불법적인 댓글, 예를 들어 모욕, 위협 및 증오 발언과 같은 댓글에 대해 뉴스 포털이 책임을 질 수 있다고 규정할 수 있다. 그러나 그러한 권한을 행사함에 있어 회원국은 협약 제10조에 따른 의무를 준수해야 한다. 따라서 국내법은 뉴스 포털에 과도한 부담을 부여함으로써 표현의 자유를 제한해서는 안 된다.

11. 우리는 Delfi와 같은 뉴스 포털이 기사의 독자가 작성한 명백히 불법인 댓글이(모욕, 위협, 증오 발언) 포털에 게시될 것이거나 게시되었다는 것을 알았다면 회원국은 그러한 댓글에 대한 책임을 포털에 물을 수 있다고 생각한다. 그에 더해 회원국은 포털이 그러한 댓글이 게시되었다는 것을 인지했을 때 신속하게 행동하지 않았다면 그에 대한 책임을 뉴스 포털에 물을 수 있다.

12. 포털에 불법적인 댓글이 게시될 수 있다거나 혹은 게시되었다는 것을 뉴스 포털이 알았거나 혹은 알 수밖에 없었는지에 대한 평가는 문제가 되는 댓글의 성격, 댓글 게시의 맥락, 댓글을 생성한 기사의 주제, 문제가 되는 뉴스 포털의 성격, 포털의 역사, 기사에 달린 댓글의 수, 포털상에서의 활동, 그리고 포털에 댓글이 얼마동안 공개되었는지 등을 포함하여 그 사건과 관련된 모든 구체적 상황을 고려할 수 있다.

13. 따라서 그러한 상황에서 모욕, 위협, 증오 발언과 같이 명백히 불법인 댓글에 대해 뉴스 포털이 책임을 지도

록 하는 것은 일반적으로 협약 제10조와 양립할 수 있다. 또한 회원국은 뉴스 포털이 명백히 불법인 댓글이 포털에 공개되는 것을 방지하거나 그것이 공개된 후 댓글을 제거하기 위한 합리적 조치를 하지 않았다면 뉴스 포털에게 책임을 물을 수 있다.

14. 우리는 이러한 기본 원칙들이 재판소의 판결에서 더 명확하게 언급되었어야 한다고 본다.

15. 문제가 된 댓글의 명백하게 불법적 성격과 그 댓글이 제거되기 전까지 6주 동안 뉴스 포털에 남아 있었다는 사실 또한 고려하여, 우리는 Delfi가 “자발적으로 댓글- 회사는 댓글의 불법적 내용을 인지하고 있었어야 했다- 들을 포털에서 제거하지 않았”기 때문에 그에 대한 책임을 져야 한다는 대법원의 판결이 비례적이지 않았다고 보지 않는다. 실제로 그렇게 오랫동안 명백하게 불법적인 댓글을 인지하지 못하였다는 것은 거의 고의적인 무시에 해당하는데 이것이 민사적 책임을 피하기 위한 근거가 될 수는 없다.

16. 따라서 우리는 아무런 문제없이 다수와 함께 투표하였다. 그러나 우리는 재판소가, 이 청구가 제기한 문제의 민감한 성격과 무관하게, 재판소의 평가 기본 원리를 분명히 할 수 있는 기회를 잡았어야 했다고 생각한다.



(b) ZUPANČIČ 판사의 별개 의견

일반적으로, 나는 이 사건의 결과에 동의한다. 다만 나는 몇 가지 역사적, 그리고 그저 윤리적 의견을 추가하고자 한다.

이 사건의 본질은 개인의 온전함을 보호받을 권리, 즉 에스토니아 그리고 이 사건 이후에는 유럽 내 다른 곳에서의 인격권 보호이다. 수년간 인격권은, 말하자면, 표현의 자유 특히 언론의 자유와 비교해 차별을 받았다. *Von Hannover v. Germany*(no.59320/00, ECHR 2004-VI) 사건에 대한 별개 의견에서 나는 “인격권의 원칙은 더 높은 수준의 문명화된 대인 관계를 부여한다”고 썼고, 이 사건의 사실이 그러한 결론을 입증해 준다고 믿고 있다.

문제는 한편의 관습법과 다른 한편의 대륙법 체계 사이의 큰 차이점에서 비롯된다. 예를 들어 미국 법에서의 사생활 개념은 Warren and Brandeis³의 획기적 논문으로부터 파생되었는데, Brandeis는 독일에서 교육받았기 때문에 인격권에 대해 배울 수 있었다. 혼자 있을 권리, 특히 미디어로부터 방해받지 않고 혼자 있을 권리로서의 사생활이라는 개념은 그 당시 영미법의 영역에서는 다소 익숙지 않은 것이었다. 그 논문은 정확히 언론의 남용 문제를 다룬 글이었다. 당연히 당시에는 인쇄 매체밖에 없었지만, 그것만으로도 Brandeis 판사의 극심한 분노를 드러내기에 충분했다.

반면, 인격권에 관한 대륙적 전통은 로마법의 *actio iniuriarum*으로 거슬러 올라간다. 이는 신체적 상해뿐만 아니라 비-신체적인 모욕(*convicium*), 외설적 표현(*adtemptata pudicitia*), 명예훼손(*infamatio*)로부터의 보호를 의미하였다.⁴ 따라서 인격권은 인권의 전신이자 개별적 법률과 동등한 것으로 볼 수 있다. 따라서, 예를 들어 대륙에서 명예훼손 및 다른 인격권 침해에 대한 보호는 오래되고 필수적 전통이지만 영미법상에서 명예훼손과 비방은 약한 수준의 권리에 해당한다.

장-크리스토프 세인트 폴(Jean-Christophe Saint-Paul)에 따르면:

“인격권은 도덕적 이해관계(정체성·사생활·명예)와 인간의 신체 혹은 이것들을 실현하는 수단(타인과의 통신·가정·이미지)과 관련된 법적 특권의 세트이다; 이는 법인격을 가진 이(자연인 또는 법인)가 행사할 수 있으며, 민사법원(금지 명령·손해배상 청구)과 형사법원의 행위로 집행된다.

민법(사람, 계약, 재산), 형법 및 인권법, 민사 및 형사 절차의 교차점에 있는 이 문제는 다양한 국내법(민

3) Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4(5) Harvard Law Review 193-201(1890). 전체 논문은 www.jstor.org/stable/1321160?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents(2015. 3. 23. 업데이트 됨)에서 볼 수 있다.

4) Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O’Callaghan(eds.), *Personality Rights in European Torts Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p.18 및 note 51.참고.

법, 형법, 데이터 처리와 시민 자유에 관한 법, 언론 자유법)과 국제법(유럽 인권 협약, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약, 세계 인권 선언, 기본 권리 헌장)을 기반으로 국내 및 유럽 수준에서 광범위한 판례법을 만들어냈다. 여기에는 인격권의 보호와 표현의 자유 혹은 증거에 의거한 요구(evidentiary needs)와 같은 다른 가치와 사이에서 사법적 균형을 잡는 행위도 포함된다.”⁵

독일의 상황은 다음과 같다:

“1954년 이후부터 일반적 인격권은 연방대법원(Bundesgerichtshof) 판례에서 기본법 제1조와 제2조에 의해 헌법으로 보장되는 기본권이자 동시에 민법(BGB, [Bundesgesetzbuch-독일 민법] 제823조 제1항의 보호를 받는 “기타 권리”로 인정되어 왔다(이후 연방대법원의 지속적 민사 사건 13, 334, 338...). 인격권은 무엇보다 인간의 존엄성과 인격의 자유로운 발달에 대한 권리를 보장한다. 인격권의 일반적인 권리가 나타나는 특수한 형태는 초상권(KUG[Kunsturhebergesetz-예술저작권법] 제22절 등)과 성명권이다(BGB 제12조). 그 권리들은 초상 및 성명의 영역에서 인격권의 보호를 보장한다.”⁶

따라서, 인격권에 대한 좀 더 명백한 헌법적 및 국제법적 보호와 비슷한 이 사법(私法)이 그동안 무시되었을 뿐만 아니라 상반되는 의견들에 압도됐다는 것은 믿기 어려운 사실이다.

또한 내가 보기에 인터넷 포털이나 다른 대중매체가 모든 종류의 익명 댓글을 게시발행하도록 허용해야 한다는 것은 도저히 받아들일 수 없는 주장이다. 우리는, 얼마 전까지만 해도 “편집자에게 보내는 편지”의 발행 가능 여부를 고려하기 전에 저자의 신원부터 재차 확인했다는 점을 잊어버린 것 같다. 정부는 국제적으로 가장 큰 규모의 뉴스 포털은 익명의(즉, 등록되지 않은) 댓글을 허용하지 않았다고 주장하였으며(본 판결문의 문단 90 참고) 익명성으로부터 멀어지는 것이 추세라는 의견을 언급하였다. 동시에 익명의 댓글은 등록된 사람이 쓴 댓글보다 더 모욕적인 경향이 있고, 가혹한 댓글은 더 많은 독자를 끌어들이었다. 정부는 Delfi가 악명이 높았던 것은 바로 이러한 이유 때문이었다고 주장하였다.

반면, Delfi의 소재판부 판결이 난 날과 같은 날 선고된 *Print Zeitungverlag GmbH v. Austria*(no.26547/07, 2013년 10월 10일) 판결에서, 재판소는 익명의 편지를 인쇄물로 발행한 것에 대한 손해 배상으로 2,000유로(EUR)를 재정한 것은 이전 판례법과 양립할 수 있다 -그것은 옳은 판단이었다!- 고 판결하였다.⁷

5) Jean-Christophe Saint-Paul(ed.), “Droits de la personnalité”, 2013 at http://boutique.lexisnexis.fr/jcshop3/355401/fiche_produit.htm(2015. 3. 23. 업데이트 됨) 참고.

6) the Marlene Dietrich Case, BGH 1 ZR 49/97, at Institute for Transnational Law-Foreign Law Translations, Texas University School of Law, at www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=726(2015. 3. 23. 업데이트 됨)참고.

7) <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126629>(2015. 3. 24.에 수정됨)참고.



대중매체는 언론이 누리는 큰 자유는 상당한 수준의 책임을 수반한다는 명백한 원칙에 따라 운영되었다. 철저히 상업적 이익을 위해 명예훼손의 극도로 공격적인 형태를 기술적으로 발행할 수 있게 한 후 인터넷 제공자는 타인의 인격권에 대한 이러한 공격에 책임이 없다고 주장하면서 모른 척하는 것은 절대 용납될 수 없는 행위이다.

로마법으로 다시 돌아가 인격권 보호에 관한 오래된 전통을 살펴보면, 이 사건에서 피해 보상으로 재정된 약 300 유로는 고통 받은 사람들이 받은 피해에 비해 분명히 부적절하다. 위에서 언급한 *Print Zeitungverlag GmbH*은 매우 제한적으로 배포된 인쇄물에 대한 사건이었고 그로 인해 고통을 받은 사람은 두 명뿐이었다. 이를 *Delfi* 사건과 비교해보면 이 사건에서 손해 배상을 위해 훨씬 더 많은 금액이 인정되었어야 했다는 것을 알 수 있다.

왜 국내 법원이 이러한 종류의 사건을 판결하고 인격권을 엄격하게 보호하며 이러한 종류의 독설적인 언어로 피해를 본 사람들에게 적절한 보상을 제공하는 것을 주저하는지 알 수는 없지만, 나는 그것이 재판소의 판례법과 관련이 있다고 생각한다.

그러나, 다른 모든 자유와 마찬가지로, 표현의 자유도 다른 누군가의 자유와 개인의 온전함이 부정적인 영향을 받는 지점에서 정확히 끝나야 한다.

(c) SAJÓ와 TSOTSORIA 판사의 공동 반대 의견

우리의 반대 의견을 설명하기 위해, 우리는 재판소의 관행에서 흔히 볼 수 있는 것처럼, 이 사건에 대한 상세하고 전통적인 분석을 제공할 것이다. 그러나 여기에는 판례법에 대한 일반적 합의로부터 좋은 많은 방향으로 벗어난 이 판결에 대한 우리의 불만보다 더 광범위한 쟁점이 있다. 이러한 근본적 문제에 대해 먼저 설명할 것이다.

I.

간접적 검열

1. 이 판결에서 재판소는 적극적 인터넷 중개인⁸(즉, 자신의 콘텐츠를 제공하고 제3자가 그 콘텐츠에 대해 댓글을 쓸 수 있도록 중개 서비스를 여는 호스트)에게 추정적 인식(constructive knowledge)이라는 요건을 부여하는 책임 시스템을 인정하였다. 우리는 이 기준의 잠재적 결과는 문제적일 것이라고 생각한다. 그 결과를 예측하기란 쉽다. 모든 종류의 명예훼손을 막기 위해, 그리고 아마도 모든 “불법적” 활동을 막기 위해, 모든 댓글은 게시되는 순간부터 감시를 받을 것이다. 결과적으로, 적극적 중개인과 블로그 운영자는 댓글 기능 제공을 중단할 상당한 동기를 가지게 될 것이며, 책임에 대한 두려움은 운영자에 의한 추가적 자기-검열로 이어질 수 있다. 최악의 경우 이것은 자기 검열을 초래하게 된다.

2. 우리는 재판소가 잭 볼킨(Jack Balkin) 교수의 예언적 경고를 원용하지 않은 것에 대해 유감을 표한다.⁹ 볼킨 교수가 입증했듯이, 디지털 통신 이면의 기술 인프라는 민간 및 공공 규제자에 의해 덜 가시적인 형태의 통제를 받는데, 재판소는 이미 있던 통제에 방금 또 다른 형태를 추가한 것이다. 정부가 항상 직접적으로 표현을 검열하지 않더라도 기술 인프라를 통제하는 사람(인터넷 서비스 제공자 등)에게 압력을 가하고 책임을 부과함으로써 정부는 불가피하게 간접적 혹은 사적 검열이라는 결과가 일어나는 환경을 만들어낸다. 간접적 검열은 “국가가 민간 주체 A로 하여금 또 다른 민간 주체 B의 발언에 대한 책임을 지게하고, A가 B의 발언을 차단, 검열, 또는 접근을 통제할 수 있을 때 발생한다.”¹⁰ A는 다른 사람의 발언에 책임을 져야 하므로, A는 과잉 검열을 하고 접근을 제한하며, A가 통제하는 플랫폼을 사용하여 통신하는 B의 능력을 부정하려는 강력한 동기를 가진다. 책임에 대한 두려움은 사실상 A가 B의 발언을 사전적으로 제한하고 심지어 보호된 발언까지 억누르도록 만든다. “자유로운 표현이라는 관점에서 봤을 때 문제처럼 보이는 것이... 익명의 발언자를 쉽게 찾을 수 없고 유해하거나 불법적인 발언이 전파되지 않기를 원하는

⁸ 이 용어는 다음의 문헌에서 사용되었다: Justin Hurwitz, “Trust and Online Interaction”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161: 1579. 참고

⁹ Jack M. Balkin, “Old-School/New-School Speech Regulation”, 127 Harvard Law Review 2296(2014).

¹⁰ 같은 책 p.2309.



정부의 입장에서 볼 때는 기회처럼 보일 수 있다.”¹¹ 콘텐츠가 온라인으로 통신되기 전에 이를 검토하기 위한 이러한 기술적 도구는 (다른 것들 중에서도) 다음의 결과를 가져온다: 의도적인 광범성(*deliberate overbreadth*); 한정적인 절차적 보호(결정이 재판의 맥락 밖에서 이뤄짐); 그리고 오류 비용 부담의 전환(필터링을 책임지는 주체는 표현의 자유를 보호하기 보다는 자신의 책임을 보호하는 편에 서는 오류를 저지를 것이다).

3. 중개인에 대한 책임 부과는 수 세기 동안 표현의 자유를 막는 주된 장애물이었다. 드레피어의 편지(*Drapier's Letters*)를 인쇄한 것 때문에 체포된 것은 익명의 작가(Jonathan Swift)가 아니라 인쇄업자 하딩(Harding)과 그의 아내였다. 조너선은 아무런 방해도 받지 않고 계속해서 설교를 하였다. 바로 이러한 이유로 중개인에 대한 면책은 유럽 입헌주의 최초이자 지금껏 지속되는 문서인 1831년 벨기에 헌법¹²을 만드는 과정에서 중요한 문제가 되었다. 이는 우리가 지속해야 할 자랑스러운 유럽의 인권 전통이다.

일반적 맥락

4. 본 판결은 재판소에 요구되는 것은 당면한 사건을 결정하는 것이라고 주장하지만 그것은 우리 의무의 일부일 뿐이며 그러한 주장은 일방적이기 때문에 위험하다. 재판소는 *Rantsev v. Cyprus and Russia a*(no.25965/04, 문단 197, ECHR 2010)에서 그 문제들을 다음과 같이 요약하였다¹³:

“[재판소의] 판결들은 앞에 놓인 사건들을 결정하는 것뿐만 아니라, 보다 일반적으로, 협약에 의해 제도화된 규칙들을 설명하고, 보호하고, 발전시키고, 그럼으로써 회원국이 협약 체결 당사자로 한 약속을 이행하는데 기여한다(*Ireland v. the United Kingdom*, 1978년 1월 18일, 문단 154, Series A no.25; *Guzzardi v. Italy*, 1980년 11월 6일, 문단 86, Series A no.39; 그리고 *Karner v. Austria*, no.40016/98, 문단 26, ECHR 2003-IX 참고). 협약 체제의 일차적 목적은 개인에 대한 구제를 제공하는 것이지만 그것의 사명은 공통의 이익 안에서 공공 정책의 근거에 관한 문제를 결정함으로써 인권 보호의 일반적 기준을 높이고 협약 국가 공동체 전체에 걸쳐 인권 법리를 확대하는 것이기도 하다(위 인용된 *Karner*, 문단 26, 그리고 *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no.49429/99, 문단 78-79, ECHR 2005-XII 참고).”

5. 더 나아가 재판소가 *Animal Defenders International v. the United Kingdom* 사건에서 명시한 것과 같이

11) 같은 책, p.2311.

12) E. Chevalier Huyttens(ed.), *Discussion du Congrès national de Belgique 1830-1831*(Tome premier, 10 novembre-31 décembre 1830), Brussels, Société typographique belge Adolphe Wahlen et Cie(1844). See Nothomb's speech, pp.651-52.참고. 1831년 헌법의 구체적 언어는 절충안이었고 헌법주의를 옹호하는 자유주의자들의 원칙적 접근 방식을 반영하지 않았지만, 오늘날 벨기에 헌법 제25조에서 재현되어 있는 이 절충안조차도 “저자가 벨기에에 알려진 사람이고 거주하는 사람일 때, 출판사, 프린터, 유통업자는 기소될 수 없다”고 명시하고 있다.

13) 대재판부는 가장 최근에 *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no.30078/06, 문단 89, ECHR 2012 사건에서 이를 확인하였다.

([GC] no.48876/08, 문단 108, ECHR 2013):

“일반적 조치의 비례성을 결정하기 위하여 재판소는 주로 그 조치의 기초가 되는 법률적 선택을 평가해야 한다는 점이 판례법으로부터 드러났다(*James and Others [v. the United Kingdom]*, 1986년 2월 21일, 문단 36, [Series A no.98] 참고).”

6. 본 판결은 일반적 맥락을 명시적으로 다루지만(문단 110부터 시작하는 “예비적 소견” 참고) “공공 정책의 근거에 대한 문제”를 결정하지는 않았다. 인터넷은 “전례 없는 플랫폼”으로 묘사되고 그것이 주는 혜택에 대한 언급도 있는 반면 장점은 거의 언급되지 않은 채 “일정한 위험”을 야기하는 것으로 묘사되기도 한다. 우리는 여기에 동의하지 않는다. 인터넷은 유례없이 위험한 혁신 그 이상의 것이다. 그것은 민주주의의 강화를 위한 새로운 기회를 수반하는 활기찬 공공 담론의 영역이다. 댓글은 시민들이 아이디어를 교환하는 이 새롭고 강화된 방식의 핵심적 부분이다. 재판소는 지금까지의 판례법을 통해 이렇게 합의해 왔다(*Ashby Donald and Others v. France*, no.36769/08, 문단 34, 2013년 1월 10일, 그리고 *Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland*, no.33846/07, 문단 58, 2013년 7월 16일 참고)¹⁴

7. 이와 관련하여 이 판결문의 비교법 분석에서 특정 국가의 관행이 언급되지 않은 것은 주목할 만한 점이다. 최근 몇몇 유럽 국가들이 입법을 통해 인터넷에 대한 새로운 제한을 제기하고 있는 것에 비하면 에스토니아의 접근은 오히려 독특하다. 유럽 평의회 회원국의 압도적 다수와 전 세계의 진정한 민주 국가에서 (법치에 대한 기대에 부합하는) 규제 시스템은 실제적 인식(actual knowledge)라는 개념에 기초하고 있다. 통지 및 행동(“주요 통지-후-삭제”) 규정은 안전한 항구(safe harbour)를 제공한다. 재판소는 회원국의 보편적인 기준에 어긋나는 권리 제한을 만들어내는 것으로 알려지지 않는다고 판단했다. 다만 소수의 사건에서 간신히 과반수로 회원국의 깊이 뿌리박힌 도덕적 전통이 그러한 예외를 정당화한다고 판결한 경우는 있었다.

결과(Consequences)

8. 재판소는 에스토니아 대법원의 기준, 즉 적극적 중개인은 통지 혹은 실제적 인식과 연결된 다른 근거에 기대지 않고, 댓글 발행 후 “지체하지 않고 바로” 이를 제거해야 한다는(이 판결문의 문단 153 참고) 에스토니아 대법원의 기준을 승인하였다. 따라서 적극적 중개인들은 사전 규제를 장려 받았다. 게다가 회원국들은 이와 유사한 접근법을 도입하도록 강요받을 것인데 그렇지 않으면, 이 판결의 논리에 따라, 댓글에 의해 명예훼손을 당했다고 느끼는 사

¹⁴ 판결문에서 인용된(문단 128 참고) *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel(v. Ukraine)*, no.33014/05, 문단 63-64, ECHR 2011)의 구절은 인터넷의 좋은 면과 나쁜 면의 에 대해 중립적인 입장을 취하는 것처럼 보이지만, 그 판결에서 부정적인 측면이 우세한 것은 아니었고 “해악의 위험”에 대한 주장 뒤에 “그럼에도 불구하고”라는 문구를 붙임으로써 인터넷 자유 쪽을 선택했다는 점을 지적하는 것은 중요하다.



람의 권리들을 적절히 보호할 수 없기 때문이다. 문제를 피하려는 적극적 중개인들에게 안전한 항구는 단순히 댓글을 비활성화하는 것일 수밖에 없다.¹⁵

9. 재판소는 모든 댓글(그리고 암묵적으로는, 모든 사용자 작성 콘텐츠)을 지속해서 감독해야만 충족될 수 있는 기준을 채택한 것에 따르는 불행한 결과들을 인식하고 있다. 재판소에게 “이 사건은 인터넷상의 다른 공개 토론장... 혹은 웹사이트 또는 블로그를 취미로 운영하는 개인이 콘텐츠 제공자인 소셜 미디어 플랫폼과 관련이 없다”(이 판결문의 문단 116 참고). 이러한 “수습책”이 어떤 도움이 될지는 상상하기 어렵다. 표현의 자유는 취미의 문제일 수 없다.

II.

적극적 중개인으로서 Delfi의 역할

10. 다시 이 사건으로 돌아와서, 우리는 에스토니아 대법원이 청구 회사의 권리에 대한 매우 강력한 제한에 대해 적절하고 충분한 이유를 제공하지 않았으며 적절한 균형을 잡는 행위를 적용하지 않았다는 것을 확인하였다. 이것은 협약 위반에 해당한다.

11. 이 사건은 적극적 중개인으로서의 Delfi의 표현의 자유에 대한 제한에 관한 것이다. Delfi는 자신들의 뉴스 포털에 공공서비스를 제공하는 페리 회사가 얼음 도로를 파괴한다는 기사를 발행하였고 그 기사에 대한 댓글을 쓸 수 있도록 하였다. 그 기사에 불법적인 내용은 없었다는 점에는 논란의 여지가 없다. 국내 법원은 Delfi가 언론 활동에 종사하였으며 댓글란을 연 것은 뉴스 포털의 일부를 구성했다는 점을 받아들였고, 우리도 이에 대해 전적으로 동의하였다. 그러나 뉴스 포털은 편집되지 않은 댓글의 작성자가 아니었다. 게다가, 적어도 소재판부가 봤을 때(소재판부의 판결문 문단 86 참고), 이 논쟁은 “어느 정도” 공익에 관한 문제와 관련이 있었다. 우리는 이 기사가 공익의 문제를 다루었으며, 그에 대한 댓글도, 심지어는 문제가 되는 댓글까지도, 논쟁의 일부였다고 본다. 비록 그 댓글이 과도하거나 허용될 수 없는 수준이었다 하더라도 말이다. Delfi는 그 기사의 댓글란에 게시된 댓글로부터 비롯된 명예훼손에 대해 에스토니아 민법에 따라 책임을 졌다. 이는 20개의 댓글에 관한 것이었다.

댓글의 성격

¹⁵ 소셜 미디어 사업자들은 “보고된” 사이트와 게시물에 대해 진지한 검토도 없이 이를 금지하는 정책을 허용함으로써 이미 과도한 검열을 제도화하였다. 페이스북이 채택한 정책은 유해물 사고방식(troll mentality)의 또 다른 승리이다. 페이스북은 사용자에게 부과되는(use-imposed) (모든) 검열은 통신품위법(Communications Decency Act) 제230조 (a)에 따라 서비스 제공자에 대한 면책이 부여되는 법적 환경에서 이루어질 것을 요구하고 있다는 점을 주목하라. 면책이 없는 곳에서는 어떤 일이 일어날지 상상해 보라.

12. 판결문 전체에 걸쳐 댓글에 대한 설명이나 성격 규정은 다양하며 구체적이지 않은 상태로 남아있다. 에스토니아 대법원은 이를 자체적으로 해석하였다: 대법원은 그 댓글은 “비하하기 위한 모욕”이고 “인간의 존엄성을 떨어뜨리며 사람을 조롱한다”고 표현하고, Delfi가 이 사건에 관련된 사람의 명예와 명성에 걸레를 범한 것에 대한 책임이 있다고 판결하였다. 이 판결문의 문단 117에 따르면, “문제가 되는 댓글은... 주로 혐오표현과 폭력 행위를 직접적으로 옹호하는 발언이었다¹⁶”(또한 문단 140 참고). 그러나 문단 130(“타인의 평판과 권리를 보호하려는 정당한 목표”)에 따르면, 쟁점이 되는 위법 행위는 타인의 평판과 불특정 권리와 관련된 것이었다. 재판소가 어떤 댓글을 지칭하고 있는지는 분명치 않다. “착한 사람은 오래 살고, 망할 인간은 하루나 이틀을 살지”(댓글 9번- 판결문 문단 18 참고)라는 댓글이 폭력을 옹호하는 내용인가?¹⁷

13. 그 댓글에 대한 성격 규정이 불분명한 채로 남아있다는 것은 안타까운 일이다. 여기서 진짜 문제가 되는 것은 분명히 설명되지 않았다: 몇몇 댓글은 인종차별적이라는 점이다. 댓글 2번은 전형적 반-유대주의의 결말을 상술한 것으로, 댓글의 수신자인 유대인이 불에 의해 전멸될 것이라는 내용을 참조하고 있다.

14. 인터넷의 특성을 감안했을 때, 우리는 댓글의 일부 참조 내용이 폭력의 선동이라는 엄격한 요구 조건을 어느 정도 충족하는지에 대해서는 여기에서 논의하지 않을 것이다. 본 사건과 같은 상황에서, 인터넷에서 폭력을 요청하는 것과 어떤 사람이 살해되는 것을 바라는 것은 대면으로 만나서 하는 그와 유사한 진술과 동일한 효과를 가지는가? 이것은 극단주의 집단의 무장하라는 요구가 아니다. 그에 대한 답은 적절한 사법 절차라는 수단을 통해 확립되어야 한다. 린치를 가하라는 댓글을 단 사람들에게도 형사적 조치가 취해지지 않았다.¹⁸ 그러한 댓글이 어느 정도 실질적 위협에 해당하느냐는 질문에 대해서는 적절한 분석이 필요하였다. 그러나 이 판결은 단지 그 댓글의 불법성이 명백하다고만 말하는 (그리고 나서는, 재판소의 판결과 마찬가지로, 그 댓글들을 다른 방식으로 특징지은) 대법원의 결론을 수용하였다.

15. 또한 우리는 L에 대한 압박한 폭력을 선동하거나 심지어 괴롭힘 혹은 실제 위협으로 귀결되는 지속적 증오를 만들어내는 증오 메시지의 영향을 분석하는 것을 삼갈 것이다. 인종주의 및 타인을 증오와 실제적 위협으로 가득

16) “증오 발언”은 정의되지 않은 채 남아있다. “증오 발언”에 대해 보편적으로 받아들여지는 정의는 없다. 이 용어는 공격적, 경멸적, 학대적, 부정적인 고정관념적 발언과 의견에서부터 특정 개인과 집단에 대한 폭력을 선동하는 위협적이고 적의를 일으키는 연설에 이르기까지 광범위한 증오 메시지를 포함한다. 일반적으로 혐오의 가장 지독한 형태, 즉 차별, 적대감, 폭력을 선동하는 발언만이 불법으로 간주된다”(소수자 문제에 대한 특별보고관(the Special Rapporteur on minority issues)의 보고서, Rita Izsák(A/HRC/28/64), 유엔인권이사회(Human Rights Council), 28차 회의) 더 많은 정보는 다음의 링크 참고: www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15716&LangID=E#sthash.XYM1WUqO.dpuf 20개의 매우 다른 댓글의 동일함을 증명할 수 있는 개념이 없으므로 이 판결의 적용은 예측할 수 없다.

17) 재판소는 폭력에 대해 수인할 수 없는 표현이 무엇인지에 대해 어느 정도 명확한 조건을 가지고 있다(*Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV; *Dağtekin v. Turkey*, no.36215/97, 2005년 1월 13일; *Erbakan v. Turkey*, no.59405/00, 문단 56, 2006년 7월 6일; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 56-58, ECHR 2007-IV; *Otegi Mondragon v. Spain*, no.2034/07, 문단 54, ECHR 2011; 그리고 *Vejdeland and Others v. Sweden*, no.1813/07, 문단 55, 2012년 2월 9일 참고).

18) 이것은 *Stoll v. Switzerland* [GC], no.69698/01, 문단 54-56, ECHR 2007-V와 관련이 있는데, 위기에 처한 정부의 이익을 결정함에 있어, 청구인에 대한 형사 조치는 취해지지 않았다; 따라서 국가안보 보호에 관한 주장은 관련성이 없다고 판결하였다.



찬 환경에서 살도록 제약하는 것은 표현의 자유에서 피신처를 찾을 수 없다. 그러나 이러한 정당한 우려가 행동을 취하라는 요구를 받는 이들의 눈을 가려서는 안 되며, 그들은 “중요 발언에 대한 규제는 실질적 감정, 종종 훌륭한 감정을 추상적 권리보다 우선시해야 한다 -이는 상식처럼 보인다- 당신에게 상처를 준 얼굴이들을 침묵시키려는 충동에 저항하려면 적극적인 노력이 필요하다”는 점을 상기하여야만 한다.¹⁹

제한과 적극적 중개인의 권리

16. 비록 제한을 받은 권리의 성격이 다소 불특정적이기는 하지만 에스토니아 대법원의 판결이 Delfi의 표현의 자유를 제한하였다는 것은 일반적으로 합의된 사항이다. 우리가 보기에 관련된 권리는 언론의 권리이다. 사용자 댓글은 기사를 풍부하게 만들 수 있다. 적극적 중개인의 권리에는 다른 사람이 정보를 전달하고 받을 수 있게 하는 권리도 포함된다.

제한의 합법성: 예측 가능성의 문제

17. 재판소의 일반적 방법론에 따르면, 다음으로 제기되어야 할 질문은 그 조치의 합법성에 대한 것이다. 이는 법률의 예측 가능성에 대한 검토를 수반한다. 재판소는 적용 가능한 법률이 정보사회서비스법이 아닌 민법이라는 점을 받아들였다. 정보사회서비스법은 서비스 제공자가 불법 콘텐츠를 인식하고 이를 신속하게 제거하면 책임을 지지 않아도 된다는 점에서 서비스 제공자의 책임을 면제하고 “안전한 항구”를 제공한다. 국내 당국도 재판소도 이 사건이 데이터 저장이 아닌 발행의 문제에 관한 것이라고 말하는 것 이외에 국가 법률 시스템의 일부에 해당하는 구속력 있는 유럽법 조항이 왜 중요하지 않은지는 설명하지 않는다. 물론 유럽 연합법을 그런 식으로 해석하는 것은 이 재판소의 일이 아니다. 그렇다고 이것이 우리가 유럽 연합법에 상응하는 헌법적 무게를 이유로 이 법을 국내 체제의 일부로 간주해서는 안 된다는 것을 의미하지는 않는다. 그렇게 인정한다고 하더라도 정보사회서비스법 제10절(저장에 대한 책임)은 저장과 관련된 사건의 경우 서비스 제공자에 대한 “안전 항구” 규정을 제공한다. 이러한 상황에서는 민법에 따른 높은 수준의 책임을 선택한 것에 대한 합리적이고 정당한 이유가 요구된다. 발행인의 책임에 대한 (매우 문제적인) 선택은 유럽 연합법이 가지는 우위의 문제나 특별법 우선의 원칙(*lex specialis*)의 문제는 다루지 않는다. 정보 저장 공급자가 콘텐츠를 생성해도 정보사회서비스법이 적용될 수 없는 경우도 있을 수 있지만, 이는 명시되어야 하며 또한 예측 가능해야 한다. 게다가 이 사건에서 서비스 제공자는 문제가 되는 콘텐츠를 생성하지 않았다. 그 콘텐츠는 사용자가 생성한 것이었다. 데이터 저장이 가지는 상업적 성격 때문에 손해배상제도(liability regime)에 속하는 행위를 발행인의 책임으로 돌릴 수 있다는 주장은 설득력이 없다. 저장은 상업적 활동으로 간주되지만 그것이 “안전 항구” 체제를 허용하는 정보사회서비스법의 공식을 바꾸는 것은 아니었다.

¹⁹ George Packer, “Mute Button”, The New Yorker, 2015년 4월 13일.

18. “법으로 규정된”이라는 표현에서 도출되는 요건 중 하나는 예측 가능성이다. 그러므로 어떤 규범이 충분히 정확하게 정해지지 않아 시민이 그에 따라 자신의 행동을 규제할 수 없다면 그것은 제10조 제2항의 의미에 따른 “법률”로 간주될 수 없다; 그는-필요하다면 적절한 조언을 받아- 주어진 상황에 따른 합리적인 수준으로, 어떠한 행위에 수반될 수 있는 결과를 예측할 수 있어야 한다. 그러한 결과는 절대적으로 확실한 것일 필요는 없다(Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 41, ECHR 2007-IV참고).²⁰ Delfi의 법률 고문은 지침이 정보사회서비스의 어떤 법적 측면들에 적용되지 않는지에 대해 충분한 확신을 가지고 Delfi에게 알릴 수 없었을 것이다. 적용 가능한 법률이 무엇인지 명확하지 않아 심지어 2013년에도 키프로스(Cyprus) 법원은 관련 문제, 즉 뉴스 포털 발행인의 책임성에 대한 선결적 판결을 위해 유럽 연합 법원에 질의하는 것이 필요하다고 판단할 정도였다(Case C-291/13, Papisavvas, CJEU 참고). 만약 2013년 유럽 연합에 유사하지만 덜 복잡한 문제에 관한 불확실성이 존재하였고, 이 문제가 명확해진 것이 2014년이라면, 어떻게 2006년에 학식 있는 변호사가 충분한 확신을 가질 수 있었겠는가?

19. 더욱 중요한 점은 민법상 청구회사의 책임이 발행인의 책임이라는 것을 예측할 수 없었다는 점이다. 대법원 판결은 2005년 12월 21일의 또 다른 대법원 판결을 참고하였다. 대법원은 2006년 1월 24일(기사의 날짜)에 Delfi가 이용 가능하였던 그 판결을 다음과 같이 요약하였다:

“채권법 제1047절의 목적상 공개[avaldamine]는 제3자에게 정보를 전달하는 것을 의미하고 공개인은 제3자에게 정보를 전하는 사람이다... 미디어에서 정보를 발행하는 경우, 공개인/발행인[avaldataja]은 미디어 발행물에 정보를 전송한 사람뿐만 아니라 미디어 회사도 될 수 있다.”

대법원은 이러한 고찰을 다음과 같이 적용하였다:

“인터넷 포털에 뉴스 및 댓글을 발행하는 것은 언론 활동이기도 하다. 동시에 인터넷 미디어의 특성으로 인해, 포털 사업자에게 인쇄 매체 발행에 적용되는 것과 동일한 방식으로 댓글의 발행 전 편집을 요구하는 것은 합리적이지 않다. 발행인은 편집을 통해 논평 발행의 개시자가 될 수 있는 것에 반해 인터넷 포털에서 발행의 개시자는 댓글을 작성한 사람으로 그는 포털을 통해 대중이 그 댓글에 접근할 수 있도록 만든다. 따라서 포털 사업자는 정보를 공개 받은 자가 아니다. 의견 발행에서 오는 경제적 이익으로 인해 인쇄 매체의 발행인 [väljaandja]과 인터넷 포털 사업자 모두 기업가로서의 발행인/공개인[avaldataja]에 해당한다.

20) 이 판결이 인용문의 나머지 부분을 고려하지 않았다는 점은 놀라운 일이다. 원래 문단에는 중요한 요건이 포함되어 있다: “따라서 많은 법률이 필연적으로 다소 모호한 용어로 표현되어 있고, 그에 대한 해석과 적용은 실무의 문제이다.” 그러나 이 사건에서의 문제는 예를 들어 지침에서 “서비스 제공자”를 언급할 때 모호한 용어를 사용한다는 것과 같은 모호한 용어의 사용이 아니다. 오히려 문제는 두 가지 법률이 있었고, 청구회사는 유럽연합법과 특별법으로서 지침이 적용될 수 있다고 믿은 반면 대법원은 서비스 제공자가 발행인이었기 때문에 다른 법률이 적용 가능하다고 본 것이었다.



20. 이것은 (또한) 이 사건에서 적용된 민법의 예측 가능성에 대한 심각한 우려를 제기한다. 대법원은 “포털 사업자에게 인쇄 매체 발행에 적용되는 것과 동일한 방식으로 댓글의 게시 전 편집을 요구하는 것은 합리적이지 않다.”고 분명히 명시하였다. 영어 번역에서 인터넷 포털 사업자는 “발행인/공개인”으로 불리었다. 원래 에스토니아어에서 사용된 용어는 발행인을 나타내기 위해 사용된 용어(“väljaandja”)와 같은 것으로 보이지 않고 오히려 다른 용어(“avaldajad”)인 것으로 보인다. 청구 회사는 다른 “공개인” 혹은 보급자(도서관, 서점)는 기존의 불법행위법에 따라 발행인으로 간주되지 않는다고 주장하였다. 인터넷 사업자가 “avaldajad” 대신 “väljaandja”에 적용 가능한 주의를 의무를 받는다고 가정하는 이유는 무엇일까? 여기에는 예측 가능성을 방해하는 모순이 있다. 소재판부가 올바르게 인정한 바에 따르면(판결문 문단 75 참고), 헌법, 민법(일반 원칙) 및 채권법의 관련 조항의 문장은 “상당히 일반적이고 구체성이 부재”하였다. 채권법의 조항들은 모두 명예를 훼손한 사람이나 존재- 이 경우에는 청구 회사의 웹사이트에서 문제가 되는 댓글을 작성한 불법행위자-에 대한 것으로 작가나 전통적인 발행인은 아니지만 그러한 표현 활동을 위한 플랫폼을 제공하는 중개인이라는 새로운 상황을 직접적으로 다루지는 않는다. 전체 발행물에 대한 완전한 지식을 가지고 운영하는 발행인(편집인)에게 적용되는 일종의 엄격한 책임에 따라 포털 사업자도 자신이 알지 못하는 댓글에 대해 책임져야 한다는 점을 충분히 확신할 수 있는 것은 오직 인간을 초월한 법률 고문밖에 없었을 것이다. 정당한 권한을 가진 세 단계의 사법권이 책임에 대해 모두 다른 이론을 적용했다는 것은 주목할 만한 점이다. 모호하게 표현되었고 애매하며 그러므로 예측할 수 없는 법률은 표현의 자유에 위축 효과를 가져온다. 곤혹스러운 불확실성이 여기에 지속되고 있는 것이다.²¹

21. 재판소는 기존에 “인쇄 매체와 인터넷의 자료 재생산을 규율하는 정책은 서로 다를 수 있다. 확실히 후자는 관련된 권리와 자유의 보호 및 증진을 보장하기 위해 기술의 구체적 특징에 따라 조정되어야 한다”고 판시한 바 있다(위 인용된 *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel* 문단 63 참고). 이 원칙의 요점은, 청구 회사 웹사이트의 사용자-생성 콘텐츠와 관련하여, 이 사건에서 청구 회사가 국내 법률의 적용을 합리적으로 예측할 수 있었는지를 검토할 때 중요한 기준을 제공한다. 새로운 미디어 개념에 대한 권고 CM/Rec(2011)7에서 각료위원회는 “각 행위자의 역할은 쉽게 변하거나 유동적이고 매끄럽게 진화할 수 있다”는 점을 주목하였고, “구분되고 단계적인 접근”을 요청하였다.

민주 사회에서 필요한

22. 다음으로 대답해야 할 질문은 중요 발언의 방지²²(적어도 재판소가 보기에 이것이 제한에 대한 가장 적합한

21) 비록 여기에 제시된 문제와는 다르지만 제10조에 따른 인터넷 관련 분쟁을 포함하는(위에서 언급한) *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel*에서 재판소는 인터넷 시대에 발생하는 특별한 문제를 고려하여, 이 사건에서의 제한이 법률에 적절하게 규정되지 않았다는 것을 유일한 근거로 제10조에 대한 위반이 있었다고 판결하였다.

22) 때때로 폭력에 대한 선동 또한 언급된다.

정당화였지만 국내 당국의 사유는 이것이 아니었다- 이 판결문의 문단 140 참고)를 목표로 한 조치가 민주 사회에서 어느 정도까지 필요한가 하는 것이다.²³ 문단 139에서 제8조와 제10조의 권리 사이의 갈등에 대한 언급은 더 넓은 재량 여지를 가지고 이 두 권리 사이에서 균형을 잡는 행위의 적용 가능성을 가리킨다.

23. 재판소는 우선 문제가 되는 진술 중 일부는 협약에 따른 보호를 받지 않는다는 점을 분명히 밝히는데, 이는 우리도 동의하는 바이다. 그것 자체가 문제를 해결하지는 못하는데, 이 사건의 정황에서, 댓글 작성자가 사용한 표현을 적극적 중개인의 활동과 동일한 것으로 볼 수 없기 때문이다.

“적절하고 충분한 이유”에 대한 분석으로 이동

24. 재판소는 이 판결문 문단 142에서 비례성 분석 범위 내에서 재판소의 과제는 “대법원의 추론에 비추어 볼 때... 청구 회사 측에 책임이 있다는 국내 법원의 판결이 이 사건의 특정한 정황 속에서 적절하고 충분한 이유에 근거했는지”를 검토하는 것이라고 보았다(위 문단 131 참고). 재판소가 관리 감독의 역할을 행사하는 데 있어, 피청구국이 단지 합리적이고 신중하게 그리고 선의로만 재량권을 행사했다면 재판소는 그러한 재량권 행사를 납득할 수 없다는 확립된 원칙이 여기서 언급되어 있지 않다. 충분한 이유는 단순히 합리적인 것 이상이다.

25. 더욱 중요한 것은 “적절하고 충분한 근거” 심사는 비례성 분석의 일부일 뿐이라는 점이다.²⁴ 일단 재판소가 주어진 이유가 적절하고 충분하다고 판단하면, 비례성 분석은 끝났다고 볼 수 있다. “적절하고 충분한 근거” 심사는 재량 여지가 적용되어야 하는지, 그리고 어떻게 적용되어야 하는지를 결정하는 기준점 질문(threshold question)이다; 그것은 긴박한 사회적 필요가 존재하는지를 결정하는데 관련이 있다(이 판결의 문단 131에 인용한 모든 전거(典據) 참고). 국내 당국이 인용한 근거가 적절하고 충분한지를 왜 결정해야 하는가?(이것은 단순히 합리적인 것 이상이다-위의 내용 참고) 왜냐하면, 재판소가 항상 밝혀왔듯이, 그리고 이 사건에서 재판소가 반복하여 말하였듯이(문단 131 참고) “재판소는 국내 당국이 적용한 기준이 제10조에 구현된 원칙을 따랐고, 나아가 당국이 관련 사실을 인정할 수 있는 방식으로 평가했다는 점을 납득해야 하기 때문이다”(이러한 고려가 적합할 수 있음에도 불구하고 재판소는 국가 당국이 관련 사실을 평가한 것을 검토하지 않았다.)

²³ 국내 당국이 재판소의 판례법에 명시된 기준에 따라 두 권리 사이에서 균형을 잡는 행위를 수행했을 때, 국내 법원의 견해를 재판소의 견해로 대체하려면 강력한 근거가 필요하다(*Axel Springer AG v. Germany* [GC], no.39954/08, 문단 88, 2012년 2월 7일, 그리고 *Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 107, ECHR 2012참고). 이러한 이유로 이 사건에서 재판소의 분석은 국내 법원이 제공한 근거가 충분한지에 초점을 맞추고 있다. 그러나 국내 법원은 재판소 판례법에 규정된 기준을 선택적으로 고려하였을 뿐이다.

²⁴ 판결문에 인용된 원칙은 재량 여지에 대한 고려의 일부로 적절하고 충분한 이유를 언급한다. 이는, 예를 들어, 국가 당국이 수단이나 목적의 적절성에 대한 이유를 제공하는 경우에는 타당하다; 만일 그 이유가 적절하다면 재량 여지는 변할 수 있고 조사의 수준은 낮아질 수 있다. 그러나 이 사건에서, 적절하고 충분한 이유가 주어져야 한다는 조건은 재량 여지로부터 분리되어 있다. 제한에 대한 이유가 제공되지 않는 경우, 협약상 권리에 대한 제한은 자의적이며 따라서 민주 사회에 필요하다고 판결할 수 없다. 제한적 조치 자체가 이유를 포함하고 있으며 소급(ex post facto)되지 않는다는 것은 법치와 권리의 행사에 있어 중요하다. 재판소가 자진하여 가능한 이유를 추측할 수 있도록 허용하는 것은 더더욱 받아들이 수 없는 일이다.



26. 재판소는 에스토니아 대법원이 자신들이 적용한 책임 수준에 대해 적절하고 충분한 이유를 제공하였다고 결론 내렸다. 재판소는 다음과 같은 관련 요소들을 고려한 후 그러한 결론을 도출하였다: 댓글의 맥락, 명예훼손적 댓글을 예방하기 위해 청구 회사가 적용한 조치들, 청구 회사의 책임에 대한 대안으로서의 실제 댓글 작성자의 책임, 그리고 청구 회사에 대한 국내 절차의 결과. 이것들은 관련이 있을 수 있지만 다른 관련 고려사항이 있을 수도 있다. 우리는 이 요소 중 일부가 충분한지에 대해 다를 것이다.

제3자의 책임이 확장됨: 경제적 이익에 기초

27. 에스토니아 대법원의 판결은 적극적 중개인이 발행인이라는 가정에 근거하고 있다. 지금까지 재판소의 판례법은 그와 반대 방향을 가리키고 있다.²⁵ 재판소가 인용한 국제법 문서는 인터넷 기술 특유의 특성을 감안하여 구분의 중요성을 강조하고 있다. 에스토니아 대법원도 몇 달 전에 그러한 구분의 중요성을 인정했다는 점은 이미 언급하였다. 그러나 이 사건에서 에스토니아 대법원은 적극적 중개인을 발행인과 동일시하였다: “댓글 발행에 따른 경제적 이익 때문에 인쇄 매체의 발행인과 인터넷 포털 사업자는 기업가로서의 발행인/공개인에 해당한다”(이 판결문 문단 112 참고). 비록 “전통적 인쇄 매체 및 시청각 매체의 활동을 규제하는 법적 원칙과 인터넷에 기반한 미디어 운영을 규율하는 법적 원칙을 구별하는 방향으로 발전이 이뤄지고 있다... 따라서 재판소는 인터넷의 특수한 성격으로 인해 제3자 동의와 관련하여 제10조의 목적을 위해 인터넷 뉴스 포털에 부여되어야 하는 ‘의무와 책임’은 전통적인 발행인의 의무 및 책임과 어느 정도 다를 수 있다고 본다.”고 지적하기는 하였으나 재판소는 위의 접근에 문제를 제기할 이유를 찾지 못하였다(문단 113 참고). 이에 전적으로 동의하기는 하지만, 우리는 어떻게 그 둘의 차이에 대한 인지가 그들의 상업적 성격에만 근거하여 발행인과 적극적 중개인의 차이를 숨기는 결과로 이어질 수 있는지 이해할 수 없다. 재판소는 에스토니아 대법원의 입장이 적절하고 충분하다고 받아들인 것처럼 보인다. 이러한 접근에서, 비록 딱 한 문장 전에 적극적 중개인과 발행인은 다르다고 보았음에도 불구하고, 경제적 이익은 적극적 중개인을 발행인과 동일한 것으로 증명하기에 충분한 이유가 된다. 이것이 재판소의 참조 지점, 즉 중개인에게 적용할 “단계적 접근법”을 요청하는 각료위원회 권고 CM/Rec(2011)7(이 판결문의 문단 46에 인용된)과 어떻게 양립할 수 있는지에 대해서는 어떠한 설명도 제시되지 않았다. 문단 115부터 문단 117까지 언급된 추가적 이유는 중개인의 표현의 성격과 규모에 관한 것으로, 이는 전통적 발행인의 책임과 관련이 없거나 충분히 연관되지 않은 내용이다.

28. 언론의 책임(혹은 그러한 문제에 있어서는 어떤 화자의 책임)이 경제적 이익이 존재한다는 것에 의해 강화된다고 판결하는 것은 판례법과 맞지 않는다. 상업적 영역에서 재량 여지가 더 넓다는 것은 진실이다(*Mouvement raélien suisse v. Switzerland* [GC], no.16354/06, 문단 61, ECHR 2012 참고). “그러나 문제가 되는 것이 개인의 순수한 ‘상업적’ 진실이 아니라 일반적 이익에 영향을 미치는 토론에 대한 그의 참여일 때, 재량 여지의 범위를 줄이는

²⁵ 위 인용된 *Ashby Donald and Others*, 문단 34, 그리고 위 인용된 *Węgrzynowski and Smolczewski*, 문단 58. 참고

것이 필요하다”(Hertel v. Switzerland, 25 August 1998, 문단 47, 판결과 결정 보고서 1998-VI 참고). (대중에게 무료로 제공된!) 원 기사와 댓글란이 뉴스 포털 사업자의 경제 활동의 일부라는 사실이 그 공식을 바꾸지는 않는다. 그 기사와 관련되고, 전용인 댓글란은 공익의 문제에 대한 토론을 촉진하고 조력하기 때문에 보호된다.

29. 지난 300년 동안 아이디어는 돈을 위해 만들어졌으며 이것이 발언에 부여되는 보호의 수준을 낮추는 정당한 이유가 된다고 판결한 적은 한 번도 없었다. 우리는 아이디어에 대한 재정적 수익에 신경 쓰지 않아도 될 정도로 여유가 있는 로마인 귀족 세계에 살고 있지 않다(자주 제국적 즐거움에 의존하기는 하지만). 신문이나 발행인이 사업으로 판매 대리점을 운영한다고 그들을 불리하게 대해서는 안 된다. 누구도 아이디어를 내는 것이 공짜라고 기대할 수는 없다. 적절한 재정적 수입이 없으면 아이디어도 생성되지 않을 것이다; 언론기업의 물질적 보상과 상업적 성격이 언론에 제공되는 보호의 수준을 감소시킬 수 있는 근거가 될 수 없다(그리고 그래서도 안 된다). 정보에는 비용이 든다; 정보의 효율적 소통은 단순한 취미가 아니다. 상업적이라고 간주되어 왔고, 따라서 더 큰 책임을 져야 하는 동일한 플랫폼이 공익의 문제에 대하여 강화되고, 쌍방향의 담론을 형성하는 플랫폼이기도 한 것이다. 이러한 측면은 균형을 잡는 행위에서 고려되지 않았다.

30. 그러나 재판소는 적극적 중개인의 책임 확장에 대해 적어도 하나의 적절한 고려 사항을 제공한다. 적극적 중개인이 자신의 사이트에 나타나는 댓글에 대해 통제권을 행사할 수 있다는 것은 분명한 사실이다. 댓글란을 만들고 사용자로 하여금 여기에 참여하게 권유함으로써 책임을 수반하는 표현 활동에 종사한다는 것도 진실이다. 그러나 그 통제의 성격이 전통적 발행인과의 동일시를 의미하는 것은 아니다.

31. 발행인(신문 편집자와 같이 콘텐츠를 통제하는 어떤 사람으로 이해됨)과 적극적 중개인 사이에는 추가적 차이점이 있다.

(a) 신문에서 언론인은 보통 피고용인이다(비록 그의 편집자/고용주로부터도 언론인을 보호해야 할 충분한 이유가 있지만); 그리고

(b) 원칙적으로 편집자는 발행될 기사의 내용을 미리 알고 의사 결정권 및 발행을 사전 통제할 수 있는 수단을 가지고 있다.

발행인의 경우와 달리 Delfi 사건과 같이 자신의 콘텐츠를 호스트하고 모든 데이터를 적극적으로 감독하는(즉, 데이터가 접근 가능하게 된 이후에 그것을 읽고 제거할 수 있는 위치에 있는) 적극적 중개인의 경우 이러한 요소들은 일부만 존재한다. 적극적 중개인은 필터링 메커니즘이 가능하게 만든 정도까지만 사전 통제를 할 수 있다. 적극적 중개인은 메시지 제거 또는 메시지에 대한 접근을 차단할 권한도 가지고 있다. 그러나 정상적 상황에서 적극적 중개인



은 메시지를 게시하는 사람을 개별적으로 통제할 수 없다. 댓글을 작성하는 사람은 발행인의 피고용인이 아니며 대부분의 경우 발행인은 이들을 알지도 못한다. 발행은 편집자의 결정 없이 이루어진다. 따라서 인식과 통제 수준은 상당히 다르다고 할 수 있다.

32. 통제는 인식을 전제로 한다. 이와 관련하여 편집자/발행인과 적극적 중개인의 차이는 분명하다.

책임의 수준

33. Delfi를 발행인으로 정의할 수 없지만, 그 회사는 사람들이 댓글을 게시할 수 있는 기회를 자발적으로 제공한다. 비록 이 활동이 언론적 성격을 가지는 표현의 자유의 문제라 하더라도 그것이 그 활동에 대한 책임을 면제하는 것은 아니다. 정보사회서비스법은 이 사례와 같이 저장에 대한 그러한 책임을 예상하였다. 이 법은 “실제적 인식”에 기반하여 책임을 지우고 신속한 제거의 의무를 수반한다. 재판소는 이것으로는 불충분하다고 판결하였다.

34. 재판소는 대법원이 청구 회사의 책임을 발행 후의 책임으로 제한한 것을 적절하고 충분한 속고라고 판결하였다. 그러나 이 판결문 문단 153에서 인용된 바와 같이, 대법원은 청구 회사가 “댓글의 게시를 막았어야 했다”고 판시하였다. 대법원이 공개 후 제거 의무가 있다라고 “도 판결”했다는 사실이 첫 번째 발언을 바꾸지는 않는다. 대법원은 여기서 공개 전과 공개 후 책임 모두를 옹호하고 있는데, “충분한 이유”를 평가할 때 이러한 점이 무시되어서는 안 된다.²⁶ 바로 이 기준에 따라 Delfi는 그 정보를 공개한 것에 대해 죄가 있다는 판결을 받았기 때문이다. 이는 요청에 따라 그 정보를 제거했음에도 취소될 수 없는 것이었다.

35. 불쾌한 댓글의 존재에 대한 실제적 인식 없이 그리고 그것이 게시된 후에 즉시 제거해야 하는 의무는 적극적 중개인은 항상 감독의 역할을 해야 한다는 것을 의미한다. 사실상 이것은 절대적이고 엄격한 책임이며 어떤 의미에서는 전면적인 사전 제한과 다르지 않다. 왜 이 정도 수준의 책임만이 관련 이익에 대한 보호를 충족하는지에 대해서는 어떠한 이유도 제공되지 않았다.

36. 이 정도의 엄격한 책임²⁷에 대한 충분한 이유가 있는가? 그 이유는 민법의 책임 규정(fault rules)으로 위장한 것인가? 재판소는 Delfi가 적용한 예방조치를 검토한 후 그것이 부적절하다고 판단하였다. 그것들은 상당히 표준적인 조치였다: 불법행위에 대한 면책 조항, 필터링 메커니즘, 기사와 댓글란을 분리하는 것, 통지를 받으면 즉시 제거. 재판소는 필터링 메커니즘이 제대로 작동하지 않았다는 점을 결정적 요소로 보았다. 그러나 필터링 메커니즘의 적절

26) 우리는 대법원 판결의 명료성 부족을 주장하는 재판소의 평가를 읽었다: “그러므로, 대법원은 채권법에 따른 책임을 면하려면 청구 회사가 웹사이트에 그 댓글들의 업로드를 막았어야 할 의무가 있었는지 아니면 국내법에 따라 발행 후 바로 위법한 댓글들을 삭제하는 것으로 충분했음에 대해서는 명시적으로 결정하지 않았다.”(본 판결문의 문단 153 참고).

27) 적극적 중개인은 불법적 콘텐츠가 게시되었다는 것을 알았어야만 하고 즉시 이를 제거했어야 했기 때문에 그 중개인이 책임을 면하게 할 수 있는 방법은 없다.

성에 대한 검토는 없다(그것이 최첨단이었는지; 최첨단 시스템을 적용해야 하는 의무가 있는지; 최첨단 필터링 시스템이 있어도 책임을 져야 할 이유가 있는지?). 재판소는 필터링은 단순한 작업임이 분명하며 시스템이 제대로 작동하지 않았다고 스스로 판단하였다. 전문가 의견도 없었고, 교차 심문도 없었다. 우리는 단순히 전담 관리자팀을 구성하는 것은 “사적 검열”이 아니라는 확신을 받았을 뿐이다. 덜 권리 침해적인 조치를 취할 가능성은 고려하지 않았다; “지체하지 않고”, 즉 게시되면 제거하는 것만이(이 판결의 문단 159 참고) 증오 발언과 그 결과의 제거라는 목적을 충족시킬 뿐이다.²⁸ 예방적 보호에 대한 만족할 수 없는 욕구는 순환적 추론(circular reasoning)으로 귀결된다: 발행인은 비슷한 책임을 지고, 그렇기 때문에 적극적 중개인은 발행인과 같은 것이 된다.

37. 국내 법원과 재판소의 판결 모두 사실상(de facto) 엄격한 책임 규정에 대한 충분하고 적절한 이유를 제공하지 않았다. 재판소는 댓글의 극단적 성격, 상업적 운영이라는 특성, 청구 회사가 적용한 조치의 불충분함, 그러한 댓글을 단 사람에게 책임을 물을 수 있는 현실적 가능성을 보장하는 것에 관한 관심, 그리고 온건한 제재임을 고려하였을 때 에스토니아 대법원 판결에서 적절하고 충분한 이유를 찾을 수 있다고 보았다. 재판소가 구성적 인식(constructive knowledge)을 승인한 것은 명백히 이러한 이유 때문이다. 재판소는 발행물을 즉각 내려야 하는 절대적 의무(청구 회사에 적용된 것처럼)는 증오 표현으로부터 개인을 보호한다는 목적에 비례적이라고 판결하였다.

38. 우리는, 인용된 모든 국제 문서에 따라, 댓글란을 제공하는 적극적 중개인은 절대적 책임 -인식에 대한 절대적 의무 또는, 실제에서는 해석된 (구성적) 인식을 의미함- 을 질 수 없다고 주장할 것이다. 표현의 자유에 대한 보호는 의무를 부과하는 행위로 변할 수 없다. 제10조 제2항의 “의무와 책임” 문구는 독립된 규정이 아니다: 그 문구가 삽입된 것은 쟁점이 되는 자유의 행사가 왜 제한을 받아야 하는지를 설명하기 위한 것으로, 이는 민주 사회에서 반드시 필요한 것이다. 그것은 제10조 제2항이 요구하는 균형의 일부일 뿐이다.

균형(의 결여)

39. 균형 잡힌 접근법을 적용하려면, 균형의 다른 쪽도 고려해야 한다. 판례법에 따르면 여러 가지 중에서도 다 음과 같은 요인을 적절히 고려해야 한다.

(a) 그 제한은 언론과 저널리즘에 관한 것이었다. Delfi는 뉴스 포털을 제공하고 기사에 댓글란을 붙이는 것으로 저널리즘 활동을 추구하였다. 저널리즘은 책임으로부터 면제되지 않고 오히려 더 엄격한 감독을 촉발한다. “일반적 관심사에 관한 보도와 관련하여 제10조가 언론인에게 제공하는 안전장치는 그들이 선의와 정확한 사실에 기반을 두어 활동하고 저널리즘 윤리에 따라 ‘신뢰할 만하고 정확한’ 정보를 제공한다는 것을 조건으로 한다”(Stoll v.

²⁸ 책임에 대한 표준적 사건에서 피해자의 기여는 고려해야 하는 문제이다. Delfi는 불법적 콘텐츠가 6주 동안 온라인에 남아있었다는 사실 때문에 비난받았다. 왜 L.과 그의 회사는 중요한 뉴스 포털에 올라간 자신들의 경제 활동에 관한 기사에 관심을 갖고 이러한 댓글들을 좀 더 일찍 보고하지 않았을까?



Switzerland [GC], no.69698/01, 문단 103, ECHR 2007-V 참고).²⁹ 이 판결에서 선의에 대한 고려는 없다. 더군다나 온라인 저널리즘과 적극적 중개인의 책임의 경우, 종사자의 자기-규제의 역할에 대한 적절한 고려가 있어야 한다;

(b) 재판소는 “인터뷰에서 다른 사람의 진술을 전파하는 것을 도왔다는 이유로 언론인을 처벌하는 것은 공공의 이익과 관련된 문제에 대한 논의에서 언론의 기여를 심각하게 저해할 것이고, 그렇게 해야 할 특별히 강력한 이유가 없다면 그러한 처벌을 피해서는 안 된다”고 판시하였다(*Jersild v. Denmark*, 1994년 9월 23일, 문단 35, Series A no.298 참고). 재판소는 이것이 관련된 원칙이라고 판결했으며, 우리는 이것이 뉴스 포털과 적극적 중개인을 포함한 언론에 중요하다는 점에 동의한다. 그러나 이 판결에서 이 원칙은 전혀 논의되지 않았다;

(c) 댓글란을 여는 것은 공적인 문제에 관한 견해를 표현하는 공개적 장을 제공한다. 그러한 장은 좀 더 강경한 표현이 나오는 것에 기여하고, 사람들이 중앙 집중식 미디어의 결정에 의존하지 않는 정보를 수신하고 전달할 수 있게 한다. 그러한 수단에 부과된 모든 제한은 필연적으로 정보를 받고 전달할 권리를 제한할 수밖에 없다(예를 들어 *Öztürk v. Turkey* [GC], no.22479/93, 문단 49, ECHR 1999-VI 참고).

(d) 그 토론은 공익의 문제에 관한 것이었다. 그 댓글은 대기업이 저지른 고도로 논쟁적 행위와 관련된 것이었다.

40. 재판소는 덜 권리 침해적인 수단의 가능성을 고려하기를 주저하지만, 우리가 보기에 왜 사전 제한 및 절대적 책임에 해당하는 것만이 적극적 중개인의 특정되지 않은 의무와 책임을 충족하는지에 대한 이유를 설명하려면 최소한 상당한 정당성이 요구된다.

41. 균형에 대한 분석 결과를 추측하지 않고, 우리는 이러한 고려 사항이 제외되었다는 사실에 주목한다. 국내 법원이 균형을 잡는 행위를 수행하는 과정에서 요구되는 고려 사항 중 일부가 포함되지 않았다면 재판소는 위반을 판결해야 한다.

42. 우리의 의도는 인종주의적 표현의 문제를 무시하려는 것이 아니다. 댓글란이 기술적으로 인종주의의 전파를 촉진했다는 사실은 비례성 분석의 대상이 되어야 한다. 사실상 댓글란은 모든 견해의 전파를 동등하게 촉진한다. 그러나 우리는, 특별한 증거 없이도, 댓글이 많을수록 인종주의적 댓글이 나올 가능성이 크다는 점을 받아들인다. 그러나 소송 과정에서 이러한 효과에 대한 어떠한 증거도 생성되지 않았고 재판소도 이를 언급하지 않았으므로, 우리는 이를 단지 가설로 받아들인다.

29) 재판소는 본 판결문 문단 132의 언론 책임에 대한 분석에서 확립된 판례의 이 부분을 포함하지 않고, 언론의 의무는 “그럼에도 불구하고 그 의무는 공공의 이익에 관한 모든 문제에 대한 정보와 아이디어를 -의무와 책임에 일치하는 방식으로 전달하는 것”이라고 언급하였다. 여기, 재판소는 공공의 이익에 관한 문제를 포함하는 사건을 다루고 있다. 언론의 권리를 의무로 해석하는 것에 관한 의심을 여기에서 표현하면 안 되지만, 우리는 대안적인 언어도 판례법에서 사용되고 있다는 점에 주목한다: “언론이 그러한 정보와 아이디어를 전달할 임무를 가지고 있을 뿐만 아니라; 대중도 그것을 받을 권리가 있다”(News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria, no.31457/96, 문단 56, ECHR 2000-I; *Dupuis and Others v. France*, no.1914/02, 문단 35, 2007년 6월 7일; 그리고 *Campos Dâmaso v. Portugal*, no.17107/05, 문단 31, 2008년 4월 24일 참고). 또한 (위 인용된) *Axel Springer AG* 문단 80 및 79 참고.

43. 심지어 댓글 사이트에서 인종주의적 댓글의 가능성이 그렇게 높아진다고 가정하더라도 (다시 한 번 말하지만, 이는 증명되어야 하는 문제이다), 그런 위험에 직면했을 때 적절한 수준의 주의를 무엇인지를 고려하는 것이 적절하다. 아마도 필터링 메커니즘은 이러한 문제에 대응하기에 부적당한 것이었다. 재판소는 2006년 에스토니아에서 적절한 수준의 주의를 무엇인지 정의내리지도 않은 채 이러한 입장을 취하였다. 우리는 알지 못하고, 알 수도 없다. 재판소는 부족한 국내 분석을 자체 분석으로 대체할 수 없다. 게다가 재판소가 국내 입법자의 역할을 맡아서도 안 된다. 우리는 인종주의적 발언(단순히 인격권의 문제가 아닌 공공질서의 문제)과 싸워야 할 필요성에서 Delfi가 적용한 조치를 뛰어넘는 의무를 부과하는 주의의무를 강요했다는 가능성을 배제할 수 없다. 그러나 재판소의 업무는 국내 당국에 의한 제한이 실제로 적절하고 신뢰할 수 있는 근거에 기반하고 있는지를 결정하는 것이다. 여기에 그러한 근거는 없다; 따라서 협약의 위반이 있었다.



부록(Appendix)

우리는 이것이 누군가를 침묵시키는 또 다른 장의 시작(또는 강화와 가속화)이 아니며, 새로운 미디어가 가지는 민주주의를 강화하는 잠재력을 제한하지 않을 것이라고 믿는다. 새로운 기술은 종종 가장 빈틈없고 완고하며 정치적 혹은 사법적으로 부과된 장벽을 극복한다. 그러나 역사는 지속적인 효과를 가지는 중개인에 대한 검열 규제라는 실망스러운 예들을 제공한다. 이를 상기시키기 위해, 우리는 중개인을 대상으로 한 검열 시도에 관한 짧은 요약を提供하고자 한다.

영국 종교개혁에서 가톨릭 교회의 면허 시스템을 국가가 인수하였는데 그것은 모든 인쇄 출판물을 통제하기 위한 국가적 도구가 되었다. 면허는 국왕에게 “출판 사전 검열과 범죄자에 대한 쉬운 유죄판결”을 제공하였다.³⁰ 이 법들은 대량 생산의 장소-인쇄기에서 선동적 소재를 잘라 내버렸다. 처음에 성실청(the Star Chamber)에 의한 기소를 포함하여, 면허 시책은 자신이 인쇄하고자 하는 자료에 대한 허가를 받지 않은 인쇄업자는 모두 처벌하였다(왕의 승인에 따른 조건부 면허). 성실청의 철폐와 더불어 영국 내전 당시 면허법이 짧게 종결된 적이 있었다. 그러나 의회는 급진적인 종교적, 정치적 사상이 확산되는 것을 좋아하지 않았다. 이와 더불어 의회는 인쇄업자 길드에 주어진 사업적 이익을 보호하기 위해 왕의 검열을 자신들의 검열로 대체하기로 했다. 그 결과는 1643년 6월 14일의 면허 명령(Licensing Order)이었는데, 이로 인해 의회의 이익을 위해 이전에 경멸의 대상이었던 성실청의 포고에 따른 명령(출판 전 허가; 저자, 인쇄기 및 발행인과 더불어 모든 인쇄물의 등록; 정부를 공격하는 모든 책의 조사, 몰수 및 파괴; 그리고 인쇄업자와 발행인에 대한 처벌)이 재도입되었다. 혁명 이후, 사람들은 혁명가가 저항했던 억압의 도구를 다시 만들어내는 경향이 있다. (미국에서 제정된 외국인 규제법 및 선동 금지법(Alien and Sedition Act)도 참고) 출판업자의 회사(The Stationers' Company)는 인쇄 사업 독점에 대한 대가로 검열관 역할에 대한 책임을 지게 되었다. 발행인/인쇄업자 길드의 재정적 이익과 함께 하는 검열 체제는 선동적인 명예훼손법보다 더 효과적인 검열 수단이었다.

복원된 이 면허 체제는 1644년 11월 존 밀턴의 아레오파지티카: 허가받지 않고 인쇄할 자유를 위한 존 밀턴의 연설(Areopagitica: A Speech of Mr John Milton for the Liberty of Unlicens'd Printing)의 표적이 되었다. 이는 아레오파지티카를 만든 중개업자(인쇄업자)에게 부과된 자기 검열에 대한 저항이자 표현의 자유에 관한 첫 번째이자 가장 중요한 선언문이었다. 그 책은 진실의 자유로운 추구에서 사전 허가제가 설 자리는 없다는 것을 의회에 설득하려 시도하였다. 그것은 허가받지 않은 언론이 진실이 승리하는 사상의 시장으로 이어질 것이라고 주장하였다. 그 당시 그것이 의회의 편협함을 제거할 수는 없었다. 오늘날에는 그것이 더 많은 성공을 거두기를 바란다.

³⁰ Philip Hamburger, “The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press”, 37 Stanford Law Review 661, 673(1985). 또한 John Feather, *A History of British Publishing*, Routledge, second edition(2002) 참고.



2. Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary

2016년 2월 2일

이 사건은 인터넷 콘텐츠 제공자들의 자율규제조직과 인터넷 뉴스 포털이 자신의 포털에 두 개의 부동산 웹사이트의 허위적 사업 관행을 비판하는 의견을 발행한 후 거기에 달린 저속하고 공격적인 댓글에 책임을 져야 하는지에 관한 내용이다. 청구단체들은 헝가리 법원의 판결에 대하여 소를 제기하였는데, 이 판결로 인해 청구단체들은 사실상 자신들의 웹사이트에 독자들이 단 댓글의 내용을 관리해야 할 의무를 지게 되었다. 청구단체들은 그러한 의무는 인터넷상의 자유로운 표현의 본질에 반하는 것이라고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 특히 재판소는 인터넷 뉴스 포털이 전통적 의미에서의 댓글 발행인은 아니지만, 원칙적으로 의무와 책임을 져야 한다는 점을 반복하여 강조하였다. 그러나 재판소는 헝가리 법원이 이 사건에서 책임성의 개념을 결정할 때 서로 경합하는 권리, 즉 청구단체들의 표현의 자유에 대한 권리와 부동산 웹사이트의 상업적 평판을 존중받을 권리 사이에서 적절한 균형을 잡는 행위를 수행하지 않았다고 보았다. 특히 헝가리 당국은 그 댓글들이 부동산 웹사이트의 평판을 훼손했기 때문에 위법한 것이었다고 액면 그대로 받아들였다.

이 사건은 일부 측면에서 *Delfi AS v. Estonia*(위 참고) 사건과는 달랐다는 점을 지적해야 한다. 그 사건에서 재판소는 상업적으로 운영되는 인터넷 뉴스 포털은 독자들이 단 댓글에 대한 책임을 져야 한다고 판결하였다. 이 사건에서는 Delfi AS 사건에서 극히 중요한 요소였던 증오표현과 폭력 선동이라는 요소가 없었다. 비록 이 사건에서의 댓글도 저속하고 공격적이기는 했지만 명백한 증오표현을 구성하지는 않았다. 그에 더해, Index는 경제적 이해관계를 가지는 것으로 봐야 하는 큰 규모의 언론사임에 반해 Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete는 인터넷 콘텐츠 제공자들의 비영리 자율규제단체로 그러한 이해관계를 가지지 않았다.

유럽인권재판소

4부문

MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK EGYESÜLETE AND INDEX.HU ZRT v. HUNGARY

(청구번호 22947/13)

판결

스트라스부르

2016년 2월 2일

최종 판결

2016년 5월 2일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 2항에 따라 최종판결이 되었다. 편집 상의 수정이 있을 수 있다.

MAGYAR TARTALOMSZOLGÁLTATÓK AND INDEX.HU ZRT v. HUNGARY 사건에서 유럽인권재판소(4부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Vincent A. De Gaetano, 재판장,

András Sajó,

Boštjan M. Zupančič,

Nona Tsotsoria,



Krzysztof Wojtyczek,
Egidijus Kūris,
Gabriele Kucsko-Stadlmayer, *판사*,
Françoise Elens-Passos, *부문 서기*,

2016년 1월 5일 심리를 하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다:

사건의 경과

1. 헝가리를 대상으로 하는 이 사건(청구번호 22947/13)은 헝가리 법에 따라 등록되어 있는 두 법인 Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesület and Index.hu Zrt(“청구단체”)가 2013년 3월 28일 유럽인권협약(“협약”) 제34조에 따라 재판소에 각각 제기하였다.

2. 청구단체들을 변호하는 변호사는 부더외르시에서 활동하는 L. Budolai였다. 헝가리 정부(이하 “정부”)는 법무부 대리인인 Z. Tallodi가 대리하였다.

3. 청구단체들은 자신들의 웹사이트에 독자들이 다는 댓글의 내용을 조정하도록 요구함으로써 국내 법원이 자신들의 표현의 자유를 과도하게 제한하였고, 따라서 인터넷 댓글의 자유 또한 제한하였다며 협약 제10조 위반으로 청구를 제기하였다.

4. 2014년 1월 22일 청구서를 정부에 통지하고 입장을 요청하였다.

사실관계

I. 사건의 배경

5. 첫 번째 청구단체인 Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesület(“MTE”)는 부다페스트에 위치한 협회로, 헝가리 인터넷 콘텐츠 제공자들의 자율규제조직이다. MTE는 인터넷 콘텐츠 공급과 관련된 직업 기준 및 윤리 기준의 이행을 감시할 뿐만 아니라 중재위원회도 운영하고 있다. 위원회의 결정은 11개의 회원사에 대해 구속력을 가진다.

두 번째 청구단체인 Index.hu Zrt(“Index”)는 부다페스트에 위치한 주식회사로 헝가리의 주요 인터넷 뉴스 포

털 사이트를 소유하고 있다.

6. 문제가 되는 사건이 일어났을 당시 두 청구단체는 이용자들이 자신들의 포털에 올라와 있는 글에 댓글을 달 수 있도록 하고 있었다. 댓글은 등록 후 달 수 있었으며, 청구단체들에 의해 사전 편집되거나 조정되지 않았다.

7. 청구단체들은 면책조항(disclaimer)의 형태로 댓글은 포털 자체의 의견과는 무관하며, 댓글을 쓴 사람에게 그 내용에 대한 책임이 있다고 독자들에게 알렸다.

8. 두 청구단체 모두 소위 통지-후-내리기 시스템을 두고, 어떤 독자라도 염려가 되는 댓글을 제공자에게 신고 하여 삭제를 요청할 수 있도록 하였다. 이 밖에도 Index의 경우에는 댓글들을 부분적으로 조정하면서 필요하다면 삭제도 하였다.

9. 두 포털 모두 타인의 인격권을 침해하는 댓글은 웹사이트에 올려질 수 없음을 분명히 하였다.

10. Index의 “조정 원칙”에는 다음과 같은 내용이 담겨 있다:

“1. 댓글의 삭제

1.1 특별히 금지된 것은

1. 댓글을 올리는 시점에 헝가리의 법을 어기거나, 범죄 혹은 다른 불법 행위를 나타내거나 선동하는 댓글

3. 저속하거나, 공격적이거나, 남을 위협하는 댓글. 무엇이 저속하고, 공격적이고, 위협적인지는 주어진 주제에 따라 관리자가 결정한다.”

11. 2010년 2월 5일 MTE는 “인터넷 상의 또 다른 비윤리적인 상업적 행위”라는 제목의 의견글을 게재하였다. 이 글은 같은 회사가 소유한 두 개의 부동산 관리 웹사이트에 대한 글이었다. 의견글에 따르면, 그 두 웹사이트는 이용자들에게 30일 광고 서비스를 무료로 제공하였다. 30일의 무료 기간이 지나면 서비스는 유료로 전환되었는데, 이는 이용자에게 사전 공지 없이 이뤄졌다. 이것이 가능했던 이유는 그 웹사이트들에 등록을 함으로써 이용자는 제공자가 일방적으로 약관의 내용을 변경할 수 있다는 약관에 동의한 것이기 때문이었다. 의견글은 또한 연체된 요금을 지불해야만 서비스 제공자가 쓸모 없어진 광고나 개인 정보를 웹사이트에서 삭제했다고 지적했다. 의견글은 서비스 제공자의 행위가 비윤리적이고 사람들을 호도했다는 결론지었다.

12. 의견글에 몇몇 이용자들이 댓글을 달았는데, 익명으로 달린 댓글의 내용은 다음과 같았다:



“이 쓰레기 같은 부동산 웹사이트(“*két szemét ingatlanos oldalról*”) 이야기는 이미 천 번은 나왔다”

“산도르 벤코같은 교활하고, 쓰레기 같은 그 도둑놈 회사(“*benkősándoros sunyi szemét lehúzó cég*”) 얘기를 또 하는 건 아니겠지? 난 2년 전에 그 웹사이트에 우연히 들어갔는데, 그 이후로 그 회사가 나한테 연체료가 있다는 등 이런저런 이메일을 계속 보내고 있어. 난 연체료가 100,000포린트(헝가리 화폐단위)를 넘었어. 지금껏 내지도 않았고, 앞으로도 안 낼거야. 그게 다야.”

13. 2010년 2월 8일, Zöld Újság Zrt가 운영하는 인터넷 포털 www.vg.hu는 그 의견글을 글자 그대로 복사하여 “또 다른 호갱 스캔들”이라는 제목으로 인터넷에 올렸다.

14. Index의 소비자 보호 칼럼 역시 “컨텐츠 제공자들이 [고발당한 부동산 웹사이트 중 하나를] 규탄하다”라는 제목으로 그 의견글의 전문과 함께 그에 대한 글을 썼다. Index의 글에 달린 익명 댓글 중 하나의 내용은 다음과 같았다:

“이런 인간들은 죽도록 고생하고, 돈도 다 날리고 뉘져야해.”(“*Azért az ilyenek szarjanak sünt és költsék az összes bevételüket anyjuk sírjára, amíg meg nem dögölnek.*”)

15. 2010년 2월 17일 문제의 그 웹사이트들을 운영하는 회사는 부다페스트 지방법원에 청구단체들과 Zöld Újság Zrt를 대상으로 민사소송을 제기하였다. 원고는 그 내용이 거짓일 뿐만 아니라 모욕적이었던 의견글과 거기에 달렸던 댓글들이 회사의 좋은 평판에 대한 권리(right to good reputation)를 침해했다고 주장했다.

법적 조치가 임박 하다는 것을 알게 된 후 청구단체들은 논란이 된 댓글들을 바로 삭제했다.

16. 반대 주장에서 청구단체들은 자신들은 2001년 법률 제CVIII호에 따른 중개 발행인으로서 이용자들의 댓글에 대한 책임이 없다고 주장하였다. 또한 원고가 광범위한 소비자들에게 영향을 미친 사업 관행으로 인해 다수의 소비자 보호기관으로부터 항의를 받았고, 회사에 대한 몇몇 절차가 진행 중이라고 지적하였다.

17. 2011년 3월 31일 지방법원은 일부 요구를 인정하여 원고의 좋은 평판에 대한 권리가 침해 당했다고 판결했다. 서문에서 법원은 원고 기업이 고객들에게 기업 정책에 대해서 적절하게 알려주지 않았기 때문에 소비자 보호기관들이 원고 기업에 대한 여러 절차들을 실시했다고 평했다.

법원은 댓글들(위 문단 12와 14 참고)이 불쾌하고, 모욕적이고, 창피를 주며, 표현의 자유가 수용할 수 있는 한계를 벗어났다고 결론 내렸다. 법원은 자신들은 단지 중개자일 뿐이고, 자신들의 유일한 의무는 항의가 있을 때 특

정 내용들을 삭제하는 것이라는 청구단체들의 주장을 기각하였다. 법원은 댓글은 편집된 내용에 해당하고, 독자의 편지와 같은 범주에 속하며, 비록 나중에 삭제하기는 했지만 애초에 그 댓글들을 발행한 것은 피고의 책임이라고 결론 내렸다.

의견글 자체의 내용과 관련하여 법원은 그것이 부동산 웹사이트의 문제적 처신에 대한 사회적, 전문적 토론이 지속되는데 기여하였고, 수용할 수 있는 정도의 비판 수준을 넘지 않았다고 결론 내렸다.

18. 이에 대해 양측 모두 항소하였다. 청구단체들은 원고측이 모욕적인 댓글들을 지워달라고 요청하지 않았다고 주장하였다. 그럼에도 불구하고 그들은 원고의 법적 조치에 대한 이야기를 듣자마자 댓글들을 삭제하였다. 그들은 또한 이용자의 댓글은 독자의 편지와는 구분되어야 한다고 주장하였다. 왜냐하면 독자의 편지는 편집부의 결정을 바탕으로 발행되는 반면 댓글은 편집된 내용에 해당하지 않기 때문이다. 댓글과 관련하여 그들은 정보 저장소로서 서비스 제공자로서만 행동했을 뿐이라고 주장했다.

19. 2011년 10월 27일, 부다페스트 항소법원은 본질적으로 제1심의 판결을 확정하였지만 그 논리는 수정하였다. 법원은 각 청구단체에게 1심 비용으로 5,000포린트를 2심 비용으로 36,000포린트를 지불하라고 명령했다.

20. 항소법원은 -독자의 편지는 그 발행이 편집부의 결정에 달려있는 반면- 편집되지 않은 댓글은 그것을 쓴 사람들의 단독 의견을 반영한다고 판결하였다. 그럼에도 불구하고 댓글에 대해 책임을 져야 하는 것은 문제의 웹사이트의 소유자이다. 법원의 논리에 따르면, EU 전자상거래 지침 2000/31/EC 를 헝가리 법으로 옮긴 2001년 법률 제CVIII호는 청구단체의 사건에는 적용되지 않는데 왜냐하면 그 법은 오직 상업적 성격을 지닌 전자서비스, 특히 인터넷을 통한 구매와 관련 있기 때문이다. 그 법의 제2절(3)에 따르면 전자상거래 서비스(electronic commercial service)는 정보사회 관련 서비스로, 그 목적은 유형의 이동 가능한 자산의 판매, 구매 혹은 교환이기 때문에 청구단체들의 사건은 그 경우에 속하지 않았다. 여하튼, 제1절(4)에 따라 그 법의 적용범위는 경제적 혹은 전문적 활동이나 공적 의무의 영역 밖에 속하는 사람이 한 표현에까지 미치지 않는다. 비록 그 표현이 인터넷을 통한 구매와 관련하여 나온 말이라 하더라도 말이다. 항소법원이 판단하기에 그 댓글들은 개인적 발언으로 전자상거래 서비스에 대한 2001년 법률 제CVIII호의 적용을 받지 않았다. 그러므로 그 법에 따라 ‘호스팅 서비스 제공자’와 ‘중개자’라는 용어의 의미를 평가할 이유가 없었다. 그러나 그 댓글들에 대하여 민법 규칙(Civil Code rules)의 인격권, 특히 제78조를 적용할 수 있었다. 그 댓글들이 원고에게 해를 끼쳤으므로 청구단체들은 그것을 게시한 것에 대한 객관적 책임이 있었다. 이후에 댓글들을 삭제한 것은 이와는 무관하며, 오직 배상금을 사정하는 것에만 영향을 미쳤다.

21. 청구단체들은 대법원(Kúria)에 재심리를 요구하는 소장을 제출하였다. 그들은 관련법에 대한 자신들의 해석에 따라 자신들의 웹사이트에 독자들이 올리는 댓글들을 관찰하거나 편집해야 할 의무가 없다고 생각했다고 주



장했다.

22. 2012년 6월 13일, 대법원은 하급심의 판결을 유지하였다. 대법원은 청구단체들이 자신들의 웹사이트에 댓글을 달 수 있도록 함으로써 독자들이 다는 모욕적이고 불법적인 댓글에 대한 객관적 책임을 지게 된다는 점을 강조했다. 대법원은 자신들은 단지 중개자이기 때문에 댓글이 제3자에게 해를 끼칠 경우 그것을 삭제만 하면 될 뿐 댓글의 내용에 대한 법적 책임은 지지 않아도 된다는 청구단체들의 주장을 기각하였다. 대법원은 청구단체들이 법률 제 CVIII호의 제2절에 따른 중개자가 아니며 호스팅 서비스 제공자로서의 제한적 법적 책임을 적용 받을 수 없다고 결론 내렸다. 또한 그 댓글들이 원고의 좋은 평판에 해를 끼칠 수 있었으며, 청구단체들의 법적 책임은 그 댓글들을 게시한 것에 있다는 항소법원의 견해를 공유하였다.

대법원은 원고의 법정대리 비용을 포함하여 재심리 비용으로 각 청구단체에 75,000포린트를 부과했다.

이 판결은 2012년 10월 2일에 이루어졌다.

23. 2013년 1월 3일 청구단체들은 헌법소원을 청구하였다. 그들은 중심 주장은 댓글의 내용에 대해 본인들에게 책임을 지도록 한 법원의 판결은 그들의 표현의 자유에 대한 정당하지 않은 제한이라는 것이었다.

24. 2013년 3월 11일 헌법재판소는 청구가 적법하다고 판단하였다.

25. 2014년 5월 27일 헌법재판소는 헌법소원을 기각하였다(19/2014.(V.30.)AB). 제한의 비례성에 대한 분석에서 헌법재판소는 위헌성의 부재에 대해 다음과 같이 설명하고 있다.

“[43] 대법원의 판결에 대한 본 사건에서 웹페이지 운영자는 댓글들을 조정하지 않았다. 기명으로 나타내지 않는 한 댓글에 대해 본질적으로 책임을 져야 하는 사람들의 신원은 알려지지 않는다. 그렇기 때문에 웹페이지 운영자가 책임을 져야 한다.

[44] 본 사건에서 침해 당한 근본적 권리는 표현의 자유 자체가 아니라, 그것의 특정한 요소인 언론의 자유에 대한 권리이다.

[50] 블로그와 댓글이 표현에 속하고, 기본권 6장의 보호를 받는다는 것은 자명한 사실이다.

[59] 웹페이지 운영자에게 지워지는 책임은 명백히 언론의 자유를 제한한다. 여기에는 당연히 인터넷 상의 소통도 포함된다.

[63] 이 법률은 헌법상 정당한 목적을 추구한다. 또한 웹사이트의 운영자가 책임을 지지 않는다면 이 사건의 관계인은 자신이 겪은 고충에 대해 배상을 받지 못하게 된다는 측면에서 그 목적에 적합하다고 할 수 있다. 그러나 두 가지 측면에서 제한의 비례성에 대해 의문을 제기할 수 있다. 불법이라고 증명된 표현에 대해 웹사이트의 운영자가 책임지도록 하는 것은 비례적인가? 그리고 이와 더불어, 책임의 정도(즉, 배상액)는 비례적인가?

[65] 만약 댓글의 발행에 대한 책임이 발행을 했다는 사실 자체에 근거하고 있다면, 문제가 되는 근본적 권리에 대한 제한의 비례성이라는 측면에서, 조정된 댓글과 조정되지 않은 댓글을 구별하는 것은 정당하지 않다... 헌법재판소는 인격권을 보호하기 위해 적용된 언론 기관의 책임-저자가 아니라-은 합헌이라고 이미 판결한 바 있다.

II. 관련 국내법

26. 민법 1959년 법률 제IV호(이 법에 저촉된 행위가 일어난 때에 효력 발생)의 내용은 다음과 같다:

제75조

“(1) 인격권은 모두에 의해 존중되어야 한다. 인격권은 이 법의 보호를 받는다.

(2) 인격권 보호를 결정하는 규정은 법인에도 적용된다. 다만 그러한 보호가 그 특성상 사인에게만 적용될 수 있는 경우는 제외한다.

(3) 인격권은 그 권리를 가지고 있는 사람이 동의한 행동에 의해서는 침해될 수 없다. 다만 그러한 동의가 사회의 이익을 침해하거나 위협하게 하는 경우는 예외이다. 그 외의 경우에서 인격권을 제한하는 계약이나 일방적 선언은 효력을 가지지 못한다.”

제78조

“(1) 인격권의 보호에는 평판의 보호 또한 포함된다.

(2) 특히, 다른 사람에 대한 모욕적이고 거짓의 사실을 말하거나 유포하는 것 혹은 다른 사람과 관련된 참된 사실에 대한 거짓된 함의를 적시하는 것은 명예훼손에 해당한다.”



27. 전자상거래 서비스 등에 대한 2001년 법률 제CVIII호의 내용은 다음과 같다:

제1절

“(4) 이 법률의 적용범위는 경제적 혹은 전문적 활동이나 공적 의무의 영역 밖에 속하는 사람이 정보사회 관련 서비스를 이용하여 한 의사 소통에까지 미치지 않는다. 여기에는 계약 상의 서술도 포함된다.

제2절

“이 법률의 목적은

a) 전자상거래 서비스란 유형의, 양도할 수 있고, 이동 가능한 자산 -자산과 똑같이 취급될 수 있는 돈, 재정적 안정, 자연력도 포함됨- 서비스, 부동산, 금전적 가치를 가지는 지적 재산을 다른 방식으로 판매, 구매, 교환(이하 ‘재화’로 통칭) 혹은 취득하기 위한 정보사회서비스이다.

l) 중개 서비스 제공자: 정보사회서비스를 제공하는 자연인 혹은 법인으로

...

lc) 서비스를 받는 사람들이 제공하는 정보를 저장한다(호스팅)(tárhelyszolgáltatás)”

III. 관련 국제법과 비교법

28. 유럽평의회, 유엔, 유럽연합의 기구를 포함하여 회원 국가들의 국내법에서 찾을 수 있는 관련 내용은 *Delfi AS v. Estonia* [대재판부](no.64569/09, ECHR 2015)의 문단 44에서부터 58에 서술되어있다.

판단

I. 협약 제10조 위반 주장에 대하여

29. 청구단체들은 인터넷 웹사이트가 이용자의 댓글 내용에 대해 객관적 책임을 지도록 하는 헝가리 법원의 판결은 협약 제10조에 따른 표현의 자유를 침해하는 것에 해당한다고 주장했다. 제10조의 내용은 다음과 같다.

“1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 제한을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.”

30. 정부는 이에 대해 이의를 제기하였다.

A. 심리적적 여부에 대한 결정

31. 재판소는 청구단체의 주장이 협약 제35조 3항(a)의 뜻에 따라 근거가 없다고 판단하지 않는다. 더 나아가 이 사건을 받아들여질 수 없다고 판단할 이유가 없다. 그러므로 이 사건은 받아들여질 수 있다고 선언해야 한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

(a) 청구단체들

32. 처음에 청구단체들은 중개자 책임(intermediary liability)에 대한 EU 통제 체계, 유엔 표현의 자유 특별보고관 뿐만 아니라 유럽 평의회, 특히 각료회의에서 만든 관련 국제 기준에 주목하였다.

33. 게다가 청구단체들이 보기에 정확히 어떤 국내법 조항을 근거로 문제가 되는 제한을 가하는지는 중요하지 않았다. 국가의 제한은 청구단체의 웹사이트에 쓰인 댓글에 대한 객관적 책임을 청구단체가 지도록 만들었다.

34. 청구단체는 그 댓글이 좋은 평판에 대한 타인의 권리를 침해했다는 헝가리 법원의 판결에 대해 이의를 제기하였다. 그 댓글들은 공동의 이해를 위해 공적 토론의 장에서 쓰여진 것이었다. 그 토론은 서비스 제공자의 비윤리적 행위에 대한 것이었으며, 그런 토론의 장에서 표현에 대한 제한은 거의 있어서는 안 된다. 그것이 아무리 불쾌한 표현이라 하더라도 말이다. 특히 이 사건과 같이 가치에 대한 판단에 있어서는 더욱 그러하다. 어쨌든 댓글은 편집을 거



친 독자의 편지와는 동일시 될 수 없다.

35. 청구단체들은 또한 제한의 적법성에 대해 유감스러운 점이 많다고 주장했다. 왜냐하면 이러한 사례들에 대한 국내 법적 판단들이 서로 달랐기 때문이다.

36. 댓글에 대한 책임을 피하려면 사전 관리(pre moderation)를 하거나 아예 댓글을 못 달게 하면 된다는 정부의 제안에 대해 청구단체들은 그러한 해결책들이 이용자들을 과도하게 위축시켜 인터넷 상에서 표현의 자유의 본질을 침해할 것이라고 주장하였다.

37. 더 나아가 청구단체들은 온라인 출판물에서 제3자가 올린 모든 내용에 대해 과도한 책임을 지우는 것은 이용자가 만든 콘텐츠 중 명예훼손적일 수 있는 것의 포스팅을 항상 막도록 하는 의무를 웹사이트에 부여하는 것과 마찬가지로 주장하였다. 그러한 의무는 인터넷 영역의 참여자들에게 과도한 부담을 지우고, 심각한 검열이 일어나도록 할 것이며, 심지어 법적 분쟁을 피하기 위해 이용자 댓글-그러한 댓글들이 온라인 토론을 더 풍부하고 민주적으로 만들어 줌에도-을 아예 제거하도록 만들 것이다.

38. 유럽 연합과 몇몇 국가의 법은 타인의 권리 보호와 호스팅 서비스 제공자에 대해 덜 엄격한 규칙을 가지고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 확실히, “통지-후-내리기” 규칙은 타인의 평판 보호를 시행하기 위한 적절한 방법이였다.

39. 헝가리 당국의 관점은 청구단체들의 표현의 자유를 과도하게 제한하는 결과를 낳았다. 청구단체들은 법원으로부터 상대 측 회사가 그 댓글들을 모욕적인 것으로 인식하고 있다는 사실을 알게 되자마자 그 내용들을 지웠음에도 불구하고 민사소송을 당했다. 그러한 법적 절차와 더불어 지불해야 하는 비용은 위축 효과를 불러온다고 봐야 한다

40. 결론적으로, 청구단체들은 단순히 편집 상 책임에 대한 전통적 규칙, 즉 엄격한 책임을 적용하는 것은 새로운 문제에 대한 해답이 아니라고 주장하였다. 온라인 출판에서 제3자가 쓴 내용에 대해 엄격한 책임을 지우는 것은 표현의 자유와 인터넷 시대의 민주적 개방성에 심각한 악영향을 미칠 것이다.

(b) 정부

41. 정부는 청구단체의 표현의 자유에 대한 제한이 있었음을 인정하였지만 그 제한은 법에 규정된 것이고, 타인의 권리 보호라는 합법적 목적을 추구하기 위한 것이었다. 정부는 근본적으로 당국이 재량여지 안에서 행동하였다고 본다. 왜냐하면 그 댓글들을 게시함으로써 청구단체들은 협약이 보장하는 표현의 자유의 한계를 넘어섰기 때문이다.

42. 정부는 국내 법원이 이용자의 댓글에 대한 인터넷 서비스 제공자의 책임을 묻기 위해 객관적 책임의 개념을 이용하지 않았다는 점에 주목했다. 전자상거래서비스에 대한 2001년 법률 제CVIII호 제1절(4)에 (위 문단 22 참고) 따라, 이 법은 이 사건에 적용되지 않았다. 왜냐하면 이 법의 적용 범위는 경제적 혹은 전문적 활동 영역 밖에서 행동한 사람이나 정보사회 관련 서비스를 이용하여 공적 의무를 수행하는 영역 밖에 속하는 사람이 한 의사소통에까지 미치지 않기 때문이다. 청구단체의 객관적 책임이 발생한 것은 그들이 다른 사람이 개인적으로 표현한 의견을 법을 위반하는 방식으로 퍼뜨렸기 때문이다. 따라서 법원은 인격권의 보호와 관련된 민법의 일반적 규정들을 적용한 것이다. 법원이 명시한 것처럼 평판에 해를 미치는 표현은 타인으로부터 얻은 정보를 전하거나 퍼뜨림으로써 일어날 수 있다. 웹사이트에 게시된 표현들은 사실에 대한 모욕적이고, 굴욕적인 진술을 과도하게 담고 있었으며, 이는 의견의 표현에 대한 규칙에 반하는 것이었다. 사실의 공표 또한 의견에 해당할 수 있다. 왜냐하면 공표의 정황들이 의견을 반영할 수 있기 때문이다. 그러나 의견 혹은 가치의 판단조차도 명예와 평판이라는 외부적 제한을 가진다. 민법 제75조(1)과 제78조(1)-(2)에 따라, 타인에 대한 모욕적이고 거짓 사실을 말하거나 배포하거나 타인과 관련된 진실에 대하여 그 의미를 거짓되게 제시하는 것은 명예 훼손을 구성하였다.

43. 정보와 생각을 전하고 퍼뜨리는 청구단체들의 권리는 어떤 방식으로든 침해되지 않았다. 실제로 청구단체는 댓글로 인해 원고의 인격권이 침해되었다는 것에 이의를 제기하지 않았다. 타인의 생각을 개시하는 것과 관련하여 댓글을 허용함으로써 일어날 수 있는 법적 책임을 피하기 위해 청구단체들은 댓글을 사전 조정하거나 댓글을 아예 쓰지 못하도록 할 수 있었을 것이다. 자신들의 웹사이트에 조정되지 않은 댓글을 보이도록 한 이들은 거기에 불법적 표현이 게시될 수 있고, 민법에 따른 제재를 받을 수 있음을 예견했어야 한다.

44. 제한의 필요에 대한 평가와 관련하여 정부는 이 사건이 표현의 자유에 대한 권리와 명예와 타인의 권리의 보호 사이의 갈등을 담고 있다고 주장하였다. 국내 법원은 이 갈등을 협약의 제10조에 담긴 원칙에 부합하는 방식으로 관련 고려들을 가중함으로써 해결하였다. 그 댓글들은 의심할 나위 없이 불법적이었다; 그리고 적용된 재제들은 법원들이 그 자신들을 법의 위반을 확립하고 청구단체들에게 단지 소송비용만 지급하도록 명령하는 것에 한정하였다는 점에서 과도하지 않았다.

2. 재판소의 평가

45. 재판소는 협약 제10조에 의해 보장되는 청구단체들의 표현의 자유가 국내 법원의 결정에 의해 제한 받았다는 사실에 대해 당사자들 사이에 이의가 없다는 점에 주목한다. 재판소 역시 다르게 간주할 이유가 없다고 본다.



46. 청구회사의 표현의 자유의 권리에 대한 그러한 제한은 “법률의 규정에 따른” 것이어야 하고, 협약 제10조 2항의 내용에 비추어 한 가지 이상의 타당한 목적이 있어야 하며, “민주사회에서 필요한” 것이어야 한다.

47. 본 사건에서 청구단체들의 표현의 자유에 대한 제한이 “법률의 규정에 따른” 것이었는지에 대해 당사자들은 의견을 달리 하였다. 청구단체들은 유럽의 법률 하에서 호스팅 서비스 제공자는 제3자의 댓글에 대해 제한적 책임을 진다고 주장하였다. 정부는 2001년 법률 제CVIII호 제1절(4)를 언급하여 이 사례에서 문제가 되는 댓글과 같은 사적인 표현들은 이 법률의 적용범위에 포함되지 않는다고 주장하였다. 정부는 민법 제75절(1)과 78절(1)-(2)에 근거하여 청구단체들은 제3자가 표현한 사적 의견을 전하고 배포한 것에 대한 책임이 있다고 주장하였다.

48. 재판소는 항소 법원이 청구단체의 사례가 전자상거래 서비스에 해당되지 않고, 어찌 됐든 2001년 법률 제CVIII호 제1(4)절에 따라 이 법은 문제가 되는 댓글에는 적용할 수 없다고 결론 내린 것을 알고 있다. 대법원은 추가적 설명 없이, 청구단체들은 이 법의 제2(1c)절에 따른 중개자가 아니라는 2심 법원의 판결을 확정하였다(위 문단 22참고).

그러므로 국내 법원은, 비록 명백히 다른 이유때문이기도 하지만, 민법 제78조를 적용하기로 선택하였다.

49. 이 맥락에서 재판소의 역할은 국내 법원의 자리를 차지하는 것이 아니라는 점을 되풀이해서 말한다. 국내법을 해석하고 적용하는 것은 주로 당국, 특히 법원의 역할이다(여러 사례 중 *Rekvenyi v. Hungary* [GC], no.25390/94, 문단 35, ECHR 1999-III 참고). 이에 더하여 해당 국가의 입법부가 특정 영역을 규제하기 위해 선택한 방법의 타당성에 대한 의견을 표명하는 것 또한 재판소의 역할이 아니라는 점을 되풀이해서 강조한다. 재판소의 과제는 채택된 방법과 그것이 수반하는 결과가 협약에 따른 것인지를 결정하는 것에 국한된다(*Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no.44158/98, 문단 67, ECHR 2004-I 참고). 따라서 재판소는 청구단체의 상황에 대해 대법원이 민법 관련 조항을 적용한 것이 협약 제10조 제2항의 목적에 따라 예측할 수 있는 것이었는지의 여부를 조사하는 역할만을 할 것이다. 재판소의 이전 판결에서 알 수 있듯이, 국내 법률에 요구되는 정확성의 정도-모든 만일의 사태에 대비할 수는 없다-는 문제가 되는 법의 내용, 그 법이 다루고자 하는 영역, 그 법이 다루는 사람들의 숫자와 지위(number and status)에 상당 수준 달려있다(*Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no.38433/09, 문단 142, ECHR 2012 참고). 재판소는 전문적 활동에 종사하는 사람들은 자신의 직업을 추구하는데 있어 높은 수준의 주의를 기울여야 하는데 익숙하고, 그런 이유로 그러한 활동이 수반하는 위험을 평가하는데 특별히 조심할 것이라는 기대를 받는다고 결론 내렸다(*Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 41, ECHR 2007-IV 참고).

50. 청구단체들은 사건의 사정을 고려했을 때 EU 법을 정확하게 적용하면 자신들은 무죄를 선언 받았어야 한

다는 의견을 제시하였다. 재판소는 그럼에도 불구하고 대법원이 2001년 법률 제CVIII호 제2(1c)절을 해석하고, 청구 단체들이 그 조항에 따른 중개자가 아니라는 결론에 도달하는데 있어 2001/31/EC(EU 전자상거래 지침)을 고려했는지, 했다면 어떤 방식으로 고려했는지에 대한 설명을 하지 않았다는 점에 주목하였다.

51. 그럼에도 불구하고, 재판소는 이 사건에서 민법 조항은 경제적 목적을 위해 거대 인터넷 뉴스 포털을 운영하는 미디어 매체나 인터넷 콘텐츠 제공자들의 자율규제조치가 원칙적으로 제3자의 불법적 댓글에 대해 국내법에 따라 책임을 질 수 있음을 예측할 수 있도록 한다는 점을 납득하였다. 그러므로 재판소는 청구단체들이 자신들의 활동과 관련된 위험을 평가할 수 있는 위치에 있었고, 그러한 위험들이 수반할 수 있는 결과에 대해 상당 정도 예견할 수 있었어야 한다고 판단한다. 그러므로 재판소는 문제가 되는 제한이 협약 제10조 두 번째 문항의 의미 내에서 “법률의 규정에 따른” 것이었다고 결론 내린다(위 인용된 *Delfi AS*의 문단 125부터 129까지를 필요한 부분만 약간 수정하여 참고).

52. 정부는 제한이 타인의 권리 보호라는 정당한 목적을 추구했다고 주장했다. 재판소는 이를 받아들인다.

53. 그러므로 남은 것은 추구하는 목적을 달성하기 위한 그 제한이 “민주사회에 필요한” 것이었는지를 확인하는 것이다.

(a) 일반적 원칙들

54. 표현의 자유에 대한 제한이 “민주사회에 필요한가”라는 질문과 관련한 근본적 원칙들은 재판소의 판례법에 잘 확립되어 있고, 다음과 같이 요약할 수 있다(다른 판례들 중에서도 *Hertel v. Switzerland*, 1998년 8월 25일, 문단 46, 판결과 결정 보고서 1998-VI; *Steel and Morris v. the United Kingdom*, no.68416/01, 문단 87, ECHR 2005-II; *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* [GC], no.16354/06, 문단 48, ECHR 2012; *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC], no.48876/08, 문단 100, ECHR 2013; 가장 최근의 사례로는 위 인용된 *Delfi AS*의 문단 131를 참고):

“(i) 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 “정보” 혹은 “견해”에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 “정보” 혹은 “견해”에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 “민주 사회”는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다.



(ii) 협약 제10조 2항에서 “필요한”이라는 형용사는 “긴박한 사회적 필요”라는 의미를 내포하고 있다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 판단함에 있어 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 “제한”이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다.

(iii) 감독 관할권을 행사하는 데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국가 기관의 자리를 대신하는 것이 아니라 재량권 행사에 따른 정부의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국의 재량권 행사가 합당하고, 신중하고, 성실하게 이루어진 것인지를 확인하는 것에만 국한됨을 의미하지 않는다. 재판소는 사건 전체를 고려하여 소가 제기된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 “적절하고 충분한지”, 제한이 “추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지”를 판단해야 한다... 그렇게 함에 있어 재판소는 이러한 판단을 통해 국내 당국이 적용한 기준이 제10조의 구현된 원칙을 따른 것이었는지, 나아가 당국이 관련 사실을 인정할 수 있는 방식으로 평가했는지를 확인해야 한다..”

55. 이에 더해 재판소는 민주 사회에서 언론의 기능이 얼마나 중요한지 강조해왔다. 그러나 언론도 넘지 말아야 할 경계가 있다. 특히 타인의 평판과 권리, 기밀 정보의 노출 방지의 필요성과 같은 부분에서는 더욱 그러하다. 그럼에도 불구하고 언론의 의무는 공적 이익과 관련된 모든 문제에 대한 정보와 생각들을 -자신들의 의무와 책임에 일치하는 방식으로- 알리는 것이다(*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no.21980/93, 문단 58, ECHR 1999-III; *Jersild v. Denmark*, 1994년 9월 23일, 문단 31, Series A no.298; 그리고 *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 1997년 2월 24일, 문단 37, Reports 1997-I 참고). 어떤 경우, 어느 정도 과장하거나 심지어 도발하는 것 또한 언론의 자유에 포함된다(*Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC](no.40454/07, 문단 89, 2015년 11월 10일; *Bladet Tromsø and Stensaas*, 위 인용, 문단 59; 그리고 *Prager and Oberschlick v. Austria*, 1995년 4월 26일, 문단 38, Series A no.313 참고). 정치인이나 정부에 대한 허용 가능한 비판의 한계에 비해 일반시민에 대해서 좁게 적용된다(예를 들어 위 인용된 *Delfi AS*, 문단 132; *Castells v. Spain*, 1992년 4월 23일, 문단 46, Series A no.236; *Incal v. Turkey*, 1998년 6월 9일, 문단 54, Reports 1998-IV; 그리고 *Tammer v. Estonia*, no.41205/98, 문단 62, ECHR 2001-I 참고).

56. 더욱이 재판소는 일반적으로 방대한 양의 정보에 대한 접근성, 이를 축적하고 소통하는 능력을 통해 인터넷이 대중의 뉴스 접근, 정보 확산 촉진에 중요한 역할을 한다고 평가해왔다(*Ahmet Yildirim v. Turkey*, no.3111/10, 문단 48, ECHR 2012; *Times Newspapers Ltd v. the United Kingdom*(nos.1 및 2), nos.3002/03 및 23676/03, 문단 27, ECHR 2009; 그리고 *Delfi*, 위 인용, 문단 133 참고). 그와 동시에 언론인의 “의무와 책임”을 고려했을 때, 문

제가 되는 매체가 가지는 잠재적 영향은 중요한 요소이다(위 인용된 *Delfi*, 문단 134 참고; 더불어 위 인용된 *Jersild v. Denmark*, 문단 31 참고).

57. 뿐만 아니라, 재판소는 평판 보호에 대한 권리는 협약 제8조에 의해 보호되는 권리로서 사생활 존중을 위한 권리의 일부라는 점을 다시 강조한다(*Chauvy and Others v. France*, no.64915/01, 문단 70, ECHR 2004-VI; and *Polanco Torres and Movilla Polanco v. Spain*, no.34147/06, 문단 40, 2010년 9월 21일 참고). 그러나 협약 제8조가 개입하려면, 한 사람의 평판에 대한 공격이 어느 정도 수준의 심각성을 띠어야 하고, 그로 인해 사생활이라는 측면에서 개인적으로 권리를 향유하는 것에 대한 침해가 있어야 한다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 137; *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no.39954/08, 문단 83, 2012년 2월 7일; 그리고 *A. v. Norway*, no.28070/06, 문단 64, 2009년 4월 9일 참고).

58. 민주사회에서 “평판의 보호 혹은 타인의 권리”를 위해 표현의 자유를 제한해야 할 필요가 있는지를 검토할 때, 재판소는 협약에 의해 보호되지만 어떤 사례들에서는 상충하는 두 가지 가치를 보호하는 데 있어 당국이 공정하게 균형을 맞추었는지를 확인해야 한다. 즉 한편에는 협약 제10조에 의해 보호되는 표현의 자유가 있고, 다른 한편에는 제8조에 명시되어 있는 사생활 존중의 권리가 있다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 138; *Axel Springer AG*, 위 인용, 문단 84; *Hachette Filipacchi Associés v. France*, no.71111/01, 문단 43, 2007년 6월 14일; *MGN Limited v. the United Kingdom*, no.39401/04, 문단 142, 2011년 1월 18일 참고).

59. 재판소는 원칙적으로 협약 제8조와 제10조가 보장하는 두 권리가 동등하게 존중되어야 한다고 본다. 또한 문제가 되는 글의 발행인이 협약 제10조에 따라 재판소에 진정을 제기하든 그 글의 주제가 된 사람이 협약 제8조에 따라 진정을 제기하든 그 결과가 달라져서는 안 된다. 따라서 원칙적으로 두 사례 모두에서 재량의 여지는 동일해야 한다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 87, 그리고 *Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 106, ECHR 2012, 위 인용된 *Hachette Filipacchi Associés* 사건에 대한 추가 자료와 더불어, 문단 41; *Timciuc v. Romania*(dec.), no.28999/03, 문단 144, 2010년 10월 12일; 그리고 *Mosley v. the United Kingdom*, no.48009/08, 문단 111, 2011년 5월 10일). 당국이 재판소의 판례법에 규정된 기준에 따라 그 두 권리 사이의 균형을 잘 맞췄다면, 재판소의 관점을 국내 법원의 관점으로 대체할 강력한 근거가 필요하다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 88, 그리고 위 인용된 *Von Hannover*(no.2), 문단 107, 위 인용된 *MGN Limited* 사건에 대한 사건에 대한 추가 자료와 더불어 문단 150 및 155; 그리고 *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos.28955/06, 28957/06, 28959/06 및 28964/06, 문단 57, 2011년 9월 12일). 다시 말해 국가가 서로 경합하는 사적 이해나 협약 상의 권리들 사이의 균형을 맞춰야 하는 상황이라면 보통 재판소에 의해 좀 더 넓은 재량의 여지가 주어질 것이다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 139; *Evans v. the United Kingdom* [GC], no.6339/05, 문단 77, ECHR 2007-I; *Chassagnou and Others*



v. France [GC], nos.25088/94, 28331/95 및 28443/95, 문단 113, ECHR 1999-III; 그리고 *Ashby Donald and Others v. France*, no.36769/08, 문단 40, 2013년 1월 10일 참고).

(b) 본 사건에 대한 이 원칙들의 적용

(i) 사전적 언급과 적용할 수 있는 기준들

60. 이 사건에 적용 가능한 기준을 결정하기 위해, 재판소는 의사소통 과정에서의 청구단체의 역할과 이 제한으로 인해 보호되는 구체적인 이익, 즉 -국내 법원이 의미한 바에 따르면- 타인의 권리라는 측면에서 청구단체가 가지는 표현의 권리의 특성을 고려할 것이다.

61. 재판소는 첫 번째 청구단체인 인터넷 서비스 공급자들의 자율규제조직, 그리고 두 번째 청구단체인 거대 뉴스 포털 모두 표현의 권리를 행사할 수 있는 장을 제공함으로써 대중들이 정보와 생각을 전할 수 있도록 했다는 점을 인정한다. 그러므로 재판소는 언론에 적용 가능한 원칙에 비추어 청구단체들의 행동을 평가해야 한다는 헌법재판소의 관점을 공유한다(위 문단 25 참고).

62. 이러한 점에서 재판소는 인터넷 뉴스 포털이 전통적인 관점에서의 댓글 발행인은 아니지만 원칙적으로 의무와 책임을 져야 한다는 점을 되풀이해서 말한다. 인터넷의 특수한 성격 때문에 그 의무와 책임은 전통적인 출판사와는 일정 정도 다를 수 있다. 특히 제3자의 콘텐츠에 대해서는 더욱 그러하다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 113 참고).

63. 특히, 재판소는 *Delfi AS* 사건에서 협약 제10조 제2항에 따른 대형 인터넷 뉴스 포털의 의무와 책임에 대해 살펴보았다. 그 회사들은 경제적 목적을 위해 이용자들이 생산해내는 댓글들을 위한 플랫폼을 제공하였고 그러한 플랫폼에서 이용자들은 명백히 불법적인 표현, 증오 발언과 폭력의 선동에 해당하는 표현들을 하였다.

64. 그러나 본 사건은 위의 사건과는 다르다. 비록 불쾌하고 저속하긴 했지만(위 문단 12와 14 참고) 고소가 된 댓글들은 명확히 불법적인 발언은 아니었고 증오 발언 혹은 폭력의 선동에 해당되지도 않았다. 게다가 두 번째 청구단체는 거대 미디어 아울렛의 소유주로 경제적 이익을 가지는 것으로 간주되어야 하는 것에 반해 첫 번째 청구단체는 그러한 이익을 추구하지 않는 인터넷 서비스 공급자들의 자율규제조직이다.

65. 국내 법원은 문제가 되는 진술들이 인격권과 도덕적 인물로서 원고 기업이 갖는 평판을 침해했다고 봤다. 이 지점에서 재판소는 당국이 추가적 분석이나 정당한 이유 없이 문제가 되는 진술들이 원고 기업의 평판에 해를 끼쳤기 때문에 불법이라고 받아들였다는 점을 지적한다.

66. 재판소가 이전에 판결했듯이, 법인은 자연인에 의해 소유될 수 밖에 없는 인격권 침해의 피해자임을 주장할 수 없다(*Sdružení Jihočeské Matky v. Czech Republic*(dec.), no.19101/03, 2006년 7월 10일 참고). 회사의 이익을 위한 상업적 평판과 사회적 지위와 관련된 개인의 평판 사이에는 차이가 있다. 후자가 개인의 존엄에 영향을 미칠 수 있는 반면, 재판소가 보기에 상업적 평판이 주는 이익에는 도덕적 차원이 결여되어 있다(*Uj v. Hungary*, no.23954/10, 문단 22, 2011년 7월 19일 참고). 또한 재판소는 주주들과 고용자의 이득뿐만 아니라 더 넓은 경제재를 위해 상업적 성공과 기업들의 생존력을 보호하는 것에 관심을 가지고 있다. 그러므로 국가는 국내법에 따른 재량의 여지를 수단으로 삼아 평판에 해를 끼칠 위험이 있는 주장에 대해 회사가 진실을 밝히도록 하고, 그 피해를 제한할 수 있도록 하고 있다(*Steel and Morris v. the United Kingdom*, no.68416/01, 문단 94, ECHR 2005-II; *Kuliś and Różycki v. Poland*, no.27209/03, 문단 35, ECHR 2009 참고).

67. 그러나 협약 제8조의 관점에서 봤을 때, 본 사건에서 원고 기업이 평판권에 정당하게 기댈 수 있는지에 대해서는 결정할 필요가 없다. 문제가 되는 댓글들이 그 기업의 인격권을 침해했다는 국내 법원의 결론을 따르는 것으로 충분하다. 사실 논란이 되는 댓글이 그 회사의 배후에 있는 자연인에게 해를 끼쳤다는 것, 그리고 그러한 면에서 국내 법원의 결정은 간접적인 방식으로 그 사람을 명예 훼손적 진술로부터 보호하려 의도했다는 것은 배제할 수 없는 사실이다. 그러므로 재판소는 -유효한 평판적 이익의 식별에 대한 국내 법원의 입장을 선의로 받아들이며- 청구단체들의 협약 제10조의 권리와 원고의 제8조 권리 사이의 균형이 있었음에 틀림없다는 추정 하에 사건을 진행할 것이다.

68. 재판소는 이미 협약 제10조에 명시된 표현의 자유의 보호와 부정한 일을 했다는 혐의가 제기된 사람들의 평판 보호 권리(이는 협약 제8조에 의해 보호되며, 사생활이라는 측면에서 고려되어야 함) 사이의 균형을 맞췄는지를 평가하는데 이용되어야 하는 관련 원칙들을 정할 기회가 있었다. 이를 통해 다수의 관련 기준들이 확인되었는데, 본 사건과 특히 관련 있는 기준들은 다음과 같다: 공익에 대한 토론에 기여, 보도의 주제, 문제가 된 사람의 과거 행동, 발행문의 내용, 형식, 그로 인한 결과, 언론인이나 발행인에게 주어진 처벌의 심각성(위 인용된 *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], 위 인용, 문단 93; *Von Hannover v.(no.2)*, 문단 108-113, ECHR 2012; 위 인용된 *Axel Springer AG*, 위 인용, 문단 90-95, 2012년 2월 7일 참고). 이 기회에 재판소는 국내 법원이 수행한 균형 맞추기의 결과가 받아들여지려면 각 법원이 적절한 기준을 적용해야 하며, 더욱이 사건의 특정한 상황을 적절히 존중하여 각 기준의 상대적 중요성을 따져보아야만 한다는 점을 추가한다.

69. *Delfi AS*의 사건에서 대재판부는 인터넷에서 중개자라는 역할을 하는 주체의 관점에서 봤을 때 다음과 같은 표현의 자유의 특정 측면이 문제가 되는 제한을 구체적으로 평가하는데 관련 있다는 점을 확인하였다: 댓글의 맥락, 명예 훼손적 댓글을 예방하거나 제거하기 위해 청구회사가 적용한 방법들, 중개자의 책임성에 대한 대안으로서의 댓글 실제 작성자의 책임성, 청구회사에 대한 국내 절차의 결과(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 142-43 참고).



70. 후자의 기준들은 증오 발언이나 폭력의 선동에 해당하는 댓글들이 발행된 후 지체하지 않고 웹사이트에서 제거하지 않았을 경우 거대 인터넷 뉴스 포털이 저야 하는 책임성을 평가하기 위해 확립되었다. 그러나 이 기준들은 재판소가 증오 발언의 중추적 요소가 없는 본 사건에서 이뤄진 제한의 비례성을 평가하는데 관련 있기도 하다. 그러므로 재판소가 국내 법원이 수행한 균형 맞추기(있다는 가정 하에)와 그 과정에서 청구단체 각각의 입장에서 구술된 특정한 측면들을 고려하여(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 142-43 참고) 관련 기준이 적용된 정도(위 인용된 *Von Hannover*(no.2), 문단 108-113 참고)를 평가하는 것은 간편하다고 할 수 있다.

71. 따라서 재판소는 당국이 한편에 있는 협약 제10조에 따른 청구단체의 권리와 다른 한편에 있는 협약 제8조에 따른 원고 기업의 권리 사이에서 적절한 균형을 잡았는지를 확인해야 한다. 여기서 청구단체들은 제3자를 위한 인터넷 플랫폼을 제공하거나 그들이 표현을 하도록 초대하는 주역을 맡았다. 원고 기업은 회사의 권리를 침해하는 혐의를 지속시키지 않을 권리를 주장했다. 특히 대법원의 추론에 비추어, 재판소는 국내 법원이 제3자의 댓글에 대해 청구단체들에 부과한 책임성이 이 사건의 특정한 정황을 고려하여 적절하고 충분한 근거에 기초하고 있는지를 평가해야만 한다.

재판소는 국내 법원이 하지 못한 정도에 맞춰 판례법에 규정된 관련 기준들을 평가할 것이다.

(ii) 논란이 된 댓글의 맥락과 내용

72. 댓글의 맥락과 관련하여 재판소는 댓글이 달린 원래 글이 두 개의 대형 부동산 웹사이트의 사업 관행에 대한 것이었고, 그 웹사이트들이 고객들을 현혹하고 해를 끼치는 것으로 간주하였다. 그러므로 수많은 소비자와 인터넷 이용자와 관련된 문제에 대해 정보에 근거한 공적 토론을 보장한다는 점에서 공공의 이익이 있었다는 점에 주목한다. 그 웹사이트의 문제 행동에 대해 이미 소비자 보호 기관에 수많은 불만이 접수된 상황이었고 이는 관련 회사에 대한 다양한 조치를 촉발시켰다(위 문단 16 참고). 그러므로 재판소는 글에 의해 촉발된 댓글들이 공익의 문제가 될 것으로 간주될 수 있다는 점을 납득한다.

또한, 이런 배경을 바탕으로, 그 글은 사실적 근거가 없거나 이유 없이 불쾌한 댓글을 유발한다고 간주될 수 없다.

73. 재판소는 두 번째 청구단체가 상업적 근거로 운영되고, 당연히 수많은 댓글을 유인하는 거대 뉴스 포털의 소유주라는 사실이 중요하다고 생각한다. 반대로, 첫 번째 청구단체인 인터넷 콘텐츠 제공자들의 자율규제조직의 상황이 전자와 어떤 방식으로든 유사하다고 볼 수 있는 정황은 없다. 사실 후자가 발행한 내용은 대부분 전문적인 특성을 가지고 있어서 인터넷 상에서 격렬한 토론을 촉발하였다고 보기 어렵다. 어쨌든 국내 법원은 댓글들을 만들어내는데 있어 청구단체들이 각각 수행한 역할(역할이 있다면)에 대해서는 신경을 쓰지 않은 것으로 보인다.

74. 댓글의 내용과 관련하여 국내 법원은 그 내용이 의견의 자유가 수용할 수 있는 한계를 넘어섰으며 지나치게 모욕적이고 해를 끼치며 모멸적이라는 점에서 원고 기업의 평판권을 침해했다고 판단했다.

75. 재판소가 보기에 본건에서의 문제는, 국내 법원이 인정한 것처럼, 사실에 대한 명예훼손적 진술이 아니라 가치 판단 혹은 의견이다. 그 댓글들은 상업적 행위에 대한 공공연한 비난이었으며, 부분적으로는 원고 기업에 의해 속은 경험이 있는 사람 중 댓글을 단 사람의 개인적 좌절감에 영향을 받았다. 실제로 그 발언들은 깊이 생각하지 않은 반응이라고 간주할 수 있다 (위 인용된 *Palomo Sánchez and Others*, 문단 73와 비교, 대조해 보라). 이 발언들은 수많은 고객들에게 해를 끼치는 것으로 여겨지는 원고 기업의 사업 정책에 대한 논쟁이라는 맥락 속에서 올려진 것이었다.

76. 또한 댓글에서 사용된 표현들은 모욕적인 것이었고, 그 중에 하나는 대놓고 외설적인 것이었다. 재판소가 이전에 판결한 것처럼 모욕이 고의적인 명예 훼손에 해당한다면 그것은 표현의 자유에 의한 보호에 포함되지 않는다. 예를 들어 모욕적인 진술의 유일한 목적이 누군가를 모욕하기 위한 경우가 그렇다(*Skalka v. Poland*, no.43425/98, 문단 34, 2003년 5월 27일 참고); 그러나 외설적 구절을 사용한 것 자체가 모욕적 표현을 평가하는데 있어 결정적인 요소는 아니다. 재판소에 보기에 표현법은 표현 형태로서 의사소통의 일부를 구성하며 표현의 내용과 더불어 그 자체로 보호된다(위 인용된 *Uj*, 문단 23 참고).

77. 정보 유포의 용이함, 범위, 속도를 감안하여 인터넷 상의 명예훼손이 미치는 영향을 잊지 않으면서도(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 147 참고) 재판소는 특정한 인터넷 포털에서 일어나는 의사소통의 표현법의 특수성 또한 고려해야 한다. 재판소가 보기에 그 댓글에서 사용된 표현들은, 비록 낮은 수준의 표현법을 쓰기는 하지만, 다수의 인터넷 포털에서 나타나는 의사소통에서 흔한 표현이다. 이는 고려해야 하는 사항인데 그로 인해 그러한 표현이 미칠 수 있는 영향이 줄어들기 때문이다.

(iii) 댓글을 작성한 사람의 책임성

78. 재판소는 국내 민사 소송에서 댓글을 단 사람의 신원을 입증하는 것과 관련하여 당국이 신원 입증의 실현 가능성 혹은 그러한 가능성의 부재함에 대해 전혀 다루지 않았다는 점에 주목한다. 헌법재판소의 분석은 인터넷 포털 운영자의 책임성 없이는 해를 입은 당사자가 배상을 받을 수 없다는 정도에 제한되었다.

이 지점에서 재판소는 국내 법원이 댓글을 달 수 있는 조건 혹은 청구단체의 웹사이트에 댓글을 달기 위해 독자들이 등록해야 하는 시스템에 대해 조사한 상황이 없다는 점에 주목한다.

79. 국내 법원은 문제의 댓글에 대해 어느 정도의 책임성을 가지는 것이 청구단체들이라고 이해하였다. 왜냐하



면 그 단체들이 명예 훼손적 진술들을 “퍼뜨렸기” 때문이다(위 문단 42 참고). 그러나 그러한 판단은 실제 댓글 작성자의 책임성과 청구단체의 책임성에 대한 비례성 분석을 하지 않은 채 이뤄졌다. 재판소가 보기에 제3자들이 댓글을 게시함으로써 표현의 자유를 행사할 수 있는 플랫폼을 제공한 청구단체의 행위는 특정한 특성을 지닌 저널리스트적인 활동이었다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 112-13 참고). 청구단체의 행위가 명예 훼손적 진술들을 “퍼뜨린” 것이라는 국내 법원의 단서를 수용한다 하더라도 청구단체의 책임성은 현재의 판례법에 맞지 않다. 판례법에 의하면 “인터넷에서 다른 사람이 한 진술을 유포하는 것을 도운 언론인에 대한 처벌은 공익과 관련된 문제를 논의하는 데 있어 언론이 공헌하는 바를 심각하게 저해할 것이고, 처벌해야 할 매우 강력한 근거가 존재하지 않는 한 이를 피해서는 안된다”(위 인용된 *Jersild*, 문단 35; *Thoma v. Luxembourg*, no.38432/97, 문단 62, ECHR 2001-III; 그리고 준용, *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, no.76918/01, 문단 31, 2006년 12월 14일, *Print Zeitungsverlag GmbH v. Austria*, no.26547/07, 문단 39, 2013년 10월 10일; 그리고 *Delfi AS*, 위 인용, 문단 135 참고).

(iv) 청구단체가 취한 수단과 해를 입은 당사자의 행위

80. 재판소는 비록 청구단체들이 민사 소송 시작 공지를 받자마자 문제가 되는 댓글을 자신들의 웹사이트에서 삭제했음에도 불구하고(위 문단 15 참고), 대법원이 민법에 근거하여 법적 책임이 있다고 결론 내렸음을 알고 있다. 책임이 발생하는 이유는 자신들의 웹사이트에서 논란이 되는 글과 관련하여 독자들이 댓글을 달 수 있도록 함으로써 독자들이 단 댓글 중 남에게 해를 끼치거나 불법인 댓글에 대해서는 청구단체들이 객관적 책임성을 지기 때문이다. 부다페스트 항소법원이 결론 내린 것처럼 댓글을 삭제한 상황은 객관적 책임성의 평가와 관련된 것이 아니라 가능한 배상에 대한 평가와 관련된 것이다(위 문단 20 참고).

81. 재판소는 청구단체들이 포털에 명예 훼손적 댓글들이 달리는 것을 예방하거나 그것을 삭제하기 위해 어느 정도의 일반적 조치를 취했음을 알고 있다. 두 청구단체 모두 일반 약관에 면책 조항을 실었고 댓글의 작성자-청구단체 대신에-가 댓글에 대한 책임을 진다는 조건들도 가지고 있었다. 제3자의 권리에 해를 끼치는 댓글을 올리는 것은 금지되어 있었다. 뿐만 아니라 두 번째 청구단체의 조정 규칙에 따르면 “불법인 댓글” 또한 금지되어 있다. 두 번째 청구단체는 포털에 달리는 댓글에 대해 부분적 후속 조정을 하는 관리자 팀을 마련하기도 했다. 거기에 덧붙여 두 청구단체 모두 통지-후-내리기-시스템을 갖추고 있어서 누구라도 서비스 제공자에게 불법적인 댓글을 알리면 그것을 삭제할 수 있었다. 관리자들과 서비스 제공자들은 재량에 따라 불법이라고 생각되는 댓글들을 삭제할 수 있었다(위 문단 7-10 참고).

82. 국내 법원은 청구단체들이 여과되지 않은 댓글을 허용했을 때 그 중에 일부가 법을 어길 수도 있다는 것을 예상했어야 한다고 판결했다. 재판소가 보기에 이는 과도하고 실행이 불가능한 사전 숙고를 요구하는 것이나 마찬가지로

가지이다. 또한 이는 인터넷에서 정보를 전할 권리의 자유를 약화시킬 수 있다.

83. 재판소는 또한 해를 당한 기업이 청구단체들에 댓글을 삭제해 달라고 요청하지 않고 직접 법원에서 정의를 실현하려 했다는 점을 알고 있다-국내 법원에서 정황을 평가할 때 이 요소는 어떤 관심도 얻지 못했다.

사실 국내 법원은 청구 단체들이 “해를 끼치고 비하적인 댓글을 위한 공간을 제공한 것”에 대해 객관적 책임을 부여했을 뿐, 청구단체나 원고의 행동에 대한 평가를 하지는 않았다.

(v) 댓글이 해를 입은 당사자에게 미친 영향

84. 재판소가 민사 소송의 연장에 따른 보상이라는 맥락에서 결론 내린 것과 같이, 법인은 비금전적 손해에 대해 보상을 받을 수 있는데, 이때 중요하게 생각해야 할 것이 그 기업의 평판이다(*Comingersoll S.A. v. Portugal* [GC], no.35382/97, 문단 35, ECHR 2000-IV 참고). 그러나 재판소는 기업의 상업적 평판에 따른 이윤과 사회적 지위와 관련된 개인의 평판 사이에는 차이가 있다는 점을 강조한다. 후자가 개인의 존엄에 영향을 미칠 수 있는 반면 재판소가 보기에 상업적 평판이 주는 이익은 주로 사업적 성격을 띠며 도덕적 차원이 결여되어 있다. 반면 개인의 평판은 도덕적 차원을 아우른다. 이 사건에서 평판 이익이 위태로운 것은 사적 기업이다. 그렇기 때문에 그 평판 이익은 도덕적 특성과는 관련 없는 상업적인 것이다(위 인용된 준용, *UU*, 문단 22 참고).

85. 그럼에도 불구하고 댓글이 미친 영향에 대해서는 거리를 두고 살펴봐야 한다. 글과 문제가 되는 댓글들이 발행된 그 당시, 이미 원고 기업의 사업 관행에 대한 조사가 진행되고 있었다(위 문단 17 참고). 이런 배경 속에서 재판소는 문제가 되는 댓글들이 원고 기업을 우려하는 소비자들의 태도에 추가적이거나 주요한 영향을 미칠 수 있었을 것이라고 보지 않는다. 그러나 국내 법원은 그 댓글들이 심각성이라는 측면에서 필수적 수준에 도달했는지, 그 댓글들이 법인의 전문적 평판의 권리를 실제로 침해하기 위한 방식으로 쓰여졌는지에 대해 평가하지 않은 것처럼 보인다(위 문단 57 참고).

(vi) 청구단체들이 치러야 하는 대가

86. 청구단체들은 소송 비용을 지불하도록 명령 받았다. 여기에는 해를 입은 당사자가 자신의 법정대리인에게 지불한 비용도 포함되었다(위 문단 22 참고). 그러나 비금전적 손해에 대한 지급 판정은 나지 않았다. 그러나 본 사건에서 법원이 청구단체에게 불리하게 내린 판단이 향후 소송의 법적 근거가 되어 손해배상으로 이어질 가능성을 배제할 수 없다. 어쨌든 청구단체들이 치러야 하는 대가를 평가할 때 중요한 질문은 지급해야 할 손해의 부재가 아니라 청구단체들의 포털과 같은 인터넷 포털들이 제3자의 댓글에 대해 책임질 수 있는 방법이라는 것이 재판소의 관점이다. 그러한 책임은 포털이 댓글을 달 수 있는 공간을 모두 단도록 압박하는 것과 같이 인터넷 포털의 댓글 환경에



부정적 결과를 가져올 수 있다고 예측할 수 있다. 재판소가 보기에 이러한 결과들은 인터넷 상 표현의 자유에 직간접적 위축 효과를 가져올 수 있다. 이러한 효과는 비상업적 웹사이트에 특히 해로울 수 있다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 161와 비교, 대조).

87. 헌법재판소는 사전 조정 없이 댓글을 달 수 있는 인터넷 포털의 운용은 표현의 자유를 행사하는 하나의 장이라고 결론 내렸다(위 문단 52 참고). 실제로 재판소는 민주 사회에서 언론이 수행하는 본질적 역할에 대해 수차례 강조했었다(위 인용된 *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 문단 37 참고). 의심할 여지 없이 현대 사회에서는 이 개념에는 인터넷을 포함한 전자 미디어도 포함된다.

88. 그러나 재판소는 헝가리 법원이 무료 전자 미디어의 주역으로서의 청구단체들이 처해 있는 위기에 주의를 기울이지 않았다는 점을 인지할 수 밖에 없었다. 법원은 뉴스 포털에 민법에 따른 책임을 지우는 것이 인터넷 상의 표현의 자유에 어떤 영향을 미칠지 평가하지 않았다. 실제로 이 사건에서 책임을 할당할 때, 법원들은 이 이해관계와 원고의 이해관계 사이의 균형 맞추는 것을 수행하지 않았다. 이러한 사실 하나만으로 청구단체들의 표현의 자유에 대한 권리가 국내 수준에서 적절하게 보호되었는지에 대해 의심을 가지게 된다.

(vii) 결론

89. 헝가리 법원의 엄격한 관점이 책임성에 대한 개념에서 잘 나타난다고 재판소는 본다. 여기서 책임성은 재판소의 판례법에 규정된 기준에 따라 서로 경합하는 권리 사이의 균형을 맞추는 것을 사실상 막게 된다(위 인용된 *Von Hannover*(no.2), 문단 107 참고).

90. 피청구국의 입법부가 특정한 영역을 규제하기 위해 선택한 방법의 타당성에 대한 관점을 표명하는 것이 재판소의 역할이 아니라는 점을 이 기회에 다시 한 번 반복해서 말한다. 재판소의 과업은 채택된 방법과 그것이 수반하는 결과가 협약에 맞는 것인지를 결정하는 것에 국한된다(위 인용된 *Gorzelik and Others v. Poland*, 문단 67 참고).

91. 그러나 *Delfi AS*의 사건에서 재판소는 신속한 대응이 가능한 효과적인 절차들이 수반된다면 통지-후-내리기-시스템은 많은 경우 관련된 모든 이들의 권리와 이익 사이의 균형을 맞추는 데 적절한 도구로 기능할 수 있다고 결론 내린 바 있다. 재판소가 보기에 그러한 시스템이 원고의 상업적 평판을 보호할 수 있는 실행 가능한 방법을 제공하지 못했을 것이라고 결론지을 근거는 없다. 제3자인 이용자의 댓글이 증오 발언이나 개인의 신체적 온전함을 직접적으로 위협하는 형태를 띠 때 인터넷 뉴스 포털은 피해자로 추정되는 사람이나 제3자로부터의 통지가 없어도 명확히 불법인 댓글들을 삭제하기 위한 대책을 강구해야 한다. 만약 포털이 그렇게 하지 않는 경우, 회원국은 다른 사람들과 사회 전체의 권리와 이익을 보호하기 위해 포털에 책임을 부여할 수 있다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 159 참고).

그러나 이 사건은 그러한 발언과는 관련이 없다.

앞선 말한 고려 사항들은 재판소가 협약 제10조에 대한 위반이 있었다고 결론 내리기에 충분하다.

II. 협약 제41조의 적용

92. 협약 제41조의 내용은 다음과 같다:

“협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다.”

A. 손해배상

93. 청구단체들은 손해배상을 청구하지 않았다.

B. 비용과 지출금

94. 청구단체들은 공동으로 재판소에서 발생한 비용과 경비에 대해 5,100유로를 청구하였다. 이 액수는 그들의 변호사가 청구한 85시간의 법률 업무에 상응하는 것으로 이는 시간 당 60유로이다.

95. 정부는 이 요구에 대해 이의를 제기했다.

96. 재판소의 판례법에 따르면 청구인은 비용과 경비가 실제로 그리고 필연적으로 발생했고 그 액수가 합당하다는 것이 증명될 때만 그에 대한 변제를 받을 수 있다. 본 사건에서 재판소가 가지고 있는 문서들과 위의 기준을 고려했을 때, 재판소는 청구한 전액을 주는 것이 합당하다고 판단한다.

C. 지연 이자

97. 지연 이자는 유럽중앙은행의 한계대출금리를 근거로 하여 그것에 3%를 더하는 것이 적절하다고 재판소는 판단한다.



이러한 이유로 재판소는 만장 일치로,

1. 이 청구는 받아들여질 수 있다고 선언한다;
2. 협약 제10조에 대한 위반이 있었다고 판결한다;
3. 다음과 같이 판결한다

(a) 피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 이 판결이 확정되는 날로부터 3개월 이내에 청구단체들에게 공동으로 비용과 경비에 관련하여 5,100유로에, 부과되는 세금까지 더하여 지불하도록 판결한다. 배상금이 지급되는 날의 환율에 맞춰 피청구국의 통화로 태환하여 지불한다.

(b) 위에서 인용한 세 달이 만료된 때로부터 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 의거하여 영어로 판결하였고, 2016년 2월 8일 서면으로 통지함.

Françoise Elens-Passos

서기

Vincent De Gaetano

부법원장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라, Kūris 판사의 별개 의견(separate opinion)을 이 판결에 첨부한다.

V.D.G.

F.E.P.

Kūris 판사의 별개 의견

1. “재판소가 이런 형태의 소송을 검토하도록 요청받은 첫 번째 사건(댓글 내용에 대한 인터넷 공급자의 책임성에 대한 사건)”이라고 재판소가 표현한 *Delfi AS v. Estonia* [(GC)(no.64569/09, ECHR 2015)과 어느 정도 유사하게, 본 사건은 *Delfi AS v. Estonia* 사건에서 정해진 ‘균형 맞춘 추론’이라는 원칙(이 원칙에는 본인도 찬성하였다.)을 적용하고 그와 동시에 그 원칙을 검사하도록 요청받은 첫 번째 사건이다.

2. 동료들과 함께 나는 협약 제10조 위반이 있었다는 결정에 투표하였다. 본 사건에서 다른 저속하고 불쾌한 댓글은 어쨌든 가치가 아닌 것에 대한 가치판단이었다. 그러나 그 댓글들은 폭력을 선동하지 않았고, 증오표현의 수준도 아니었으며, 가장 중요하게는 청구인이 선협적으로 그 댓글들을 “명백히 불법”이라고 볼 수 없었다. 바로 이 점이 *Delfi AS* 사건에서 다른 증오표현과 이 댓글들을 구분하는 근본적인 차이이다. 이 중요한 차이점은 판결, 특히 문단 64에서 정확하게 지적되었다. 그러므로 비록 *Delfi AS*의 판결과는 반대의 결론에 도달하기는 했지만 본인은 본 판결이 *Delfi AS* 원칙으로부터 벗어나지 않았다고 본다.

3. 따라서 본 판결이 인터넷 공급자들, 특히 그 내용에 상관없이 댓글들을 유포함으로써 금전적 혜택을 얻는 공급자들이 악의에 가득 찬 진술들에 대해 적절한 방법을 강구하지 못한 것에 대한 책임(모멸적인 댓글을 올린 사람의 책임을 대체하거나 보완하는 책임)으로부터 스스로를 보호하기 위해 이용되어서는 절대 안 된다. 그럼에도 불구하고, 이 판결이 그러한 목적으로 쓰인다면, 이 판결은 (또 다시) 무슨 수를 쓰든 이윤만을 추구하는 하는 인터넷 사업 모델을 세탁하기 위한 도구가 될 것이다.

만약 그런 유감스러운 사태의 변화가 일어난다면 공공 영역이 더욱 오염되는 것에 대한 도덕적 책임을 인터넷 사업에 종사하는 사람들만이 혼자 지지는 않을 것이다. 그리고 우리는 누가-개인적 차원이 아니라면 분명히 제도적 차원에서- 그 책임을 나눠져야 하는지 모른 척 할 수 없을 것이다. 만약 사태가 그 방향으로 나아간다면, *Delfi AS* 사건의 보충 의견에서 Boštjan Zupančič 판사가 한 신랄한 발언이 더욱 관련 있게 될 것이다(강조는 추가됨):

“나는 왜 이런 종류의 사건들에서 국내 법원들이 인격권을 엄격하게 보호하고 이런 종류의 폭력적 언어의 피해자가 된 사람들에게 적절한 배상을 하도록 판결하는 것을 망설이는지 모르겠다. 내가 생각하기에 **재판소의 판례법이 이와 관련이 있는 것 같다.**”

4. 이것은 *Delfi* 사건 이후의 첫 판결이지만 당연히 마지막은 아닐 것이다. 이 판결은 이 특정 사건의 개별적 정황에 국한되어 있다. 이후 인터넷 메시지의 내용에 대한 책임을 다루는 다른 사건들이 필연적으로 발생할 것이고, 그에 대한 법 집행이 있을 것이다. 일반화된 결론을 내리기에 오늘은 너무 이르다. 어떤 사람들에게는 본 판결이 *Delfi AS*



의 판결에서 한 걸음 후퇴한 것처럼 보일 수 있다. 다만 본 판결이 이러한 종류의 사건들에서 달성되어야 하는 균형이라는 것은 매우 미묘한 것임을 보여주는 추가적 증거임이 증명되기를 바라며 미래의 사건들을 고대해야 할 것이다.



3. Pihl v. Sweden

2017년 2월 7일(심리적적격 여부에 대한 결정)

청구인은 모욕적인 온라인 댓글의 대상이었는데, 그 댓글은 어떤 블로그에 익명으로 올려진 것이었다. 청구인은 그 블로그를 운영하는 작은 규모의 비영리단체를 대상으로 민사 소송을 제기하며 그 단체가 제3자 댓글에 대하여 책임져야 한다고 주장하였다. 스웨덴 법원과 사정감독원은 이 소송을 기각하였다. 청구인은 당국이 이 단체에 책임을 묻지 않음으로써 자신의 평판을 보호하지 못하였고 사생활을 존중받을 권리를 침해하였다고 재판소에 주장하였다.

재판소는 이 청구는 근거가 없는 것이 명백하므로 받아들일 수 없다며 각하하였다. 특히 재판소는, 이와 같은 사건들에서, 개인의 사생활을 존중받을 권리와 인터넷 포털을 운영하는 개인 혹은 집단이 누리는 표현의 자유의 권리 사이에 균형을 이루는 것이 중요하다고 지적하였다. 이 사건의 정황을 고려하여 재판소는 국내 당국이 익명의 댓글에 대하여 그 단체에 책임을 묻는 것을 거부한 것은 공정한 균형을 이룬 것이라고 판결하였다. 그 이유는 비록 그 댓글이 불쾌한 것이기는 했지만 증오표현이나 폭력 선동에 해당하지는 않았는 점, 그 댓글은 비영리단체가 운영하는 작은 블로그에 올려진 것이라는 점, 그 댓글은 청구인이 소를 제기한 다음 날 삭제된 점, 그리고 그 댓글이 9일 동안만 블로그에 올려져 있었다는 점 때문이다.

Rolf Anders Daniel PIHL v. SWEDEN

(청구번호 74742/14)

결정

2017년 2월 7일 유럽인권재판소(3부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Branko Lubarda, *재판장*,

Helena Jäderblom,

Luis López Guerra

Helen Keller,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, *판사*,

Stephen Phillips, *부문 서기*,

2014년 11월 22일 제기된 위 청구에 대하여 심리하였고, 다음과 같이 결정하였다:

사실관계

1. 청구인 Rolf Anders Daniel Pihl은 스웨덴 국적으로 1986년생이며, 스웨덴 린셰핑(Linköping)에 거주 중이다.

A. 사건의 배경

2. 청구인이 제출한 바에 따르면 사건의 사실관계는 다음과 같이 요약된다.



3. 2011년 9월 29일, 한 인터넷 블로그에 청구인이 나치당에 가담해왔음을 비난하는 글이 게시되었다. 이 블로그는 한 소규모 비영리단체가 운영하고 있다. 이 블로그에는 댓글 작성이 허용되어 있으나, 댓글 게시 전 내용이 확인되지 않으며, 댓글 작성자가 작성한 댓글에 책임이 있음을 분명히 명시하고 있다. 따라서 댓글 작성자는 “법을 준수하고 예의를 지키는 활동”을 하도록 요청 받는다.

4. 게시글이 배포된 다음날, ‘björnpeder’라는 익명의 사용자가 “몇 사람에게 들었는데 Phil은 또한 대마초 중독자다”(“*han där pihl är ju dessutom en rejälér hasch pundare enligt flera jag snackat me*”)라고 댓글을 작성하였다.

5. 2011년 10월 8일, 청구인은 위 댓글과 블로그 게시글의 정보가 잘못되었으며 즉시 삭제해줄 것을 요청하는 댓글을 작성하였다.

6. 블로그 게시글과 답변은 다음날 삭제되었으며, 단체는 이전 게시글에 오류가 있으며 부정확한 정보를 바탕으로 작성되었음을 해명하는 글을 새롭게 게시하고 과오를 사과하였다. 그러나 청구인에 따르면 이전 글과 댓글이 인터넷 상 검색 엔진을 통해 여전히 확인 가능하다고 하였다.

7. 2011년 10월 11일, 청구인은 단체를 상대로 손해배상 1 스웨덴 크로나(SEK), 약 0.1유로에 해당하는 금액을 청구하였다. 청구인은 게시글과 댓글이 명예훼손에 해당하며 이 단체는 댓글을 즉시 삭제하지 않았기 때문에 댓글과 게시글에 대한 모든 책임을 갖고 있다고 주장하였다.

8. 2011년 11월 11일 린셰핑 지구법원(*tingsrätt*)은 청구인의 청구를 각하했으나, 여타(Göta) 항소법원은 절차상 하자가 있었음을 발견하였다. 이에 하급심의 판결을 파기하고 사건을 환송하였다.

9. 이후 린셰핑 지구법원은 표현의 자유에 관한 기본법(*Yttrandefrihetsgrundlagen(1991:1469)*)의 규정이 적용된다는 점과 스톡홀름(Stockholm) 지구법원이 그 부분에 대한 심리 권한을 갖고 있다는 점을 근거로, 블로그 게시글에 대한 이 주장을 기각하였다. 한편, 청구인의 청구는 블로그 댓글과 관계된 사안에 있어서는 심리를 받을 수 있었다.

10. 청구인은 블로그 댓글은 사실이 아니며 명예훼손임을 지구법원에 주장하였다. 댓글이 게시되었을 당시 단체는 이메일을 수신하였으며, 전자 게시판 책임에 관한 법률(*lag [1998:112] om ansvar för elektroniska anslagstavlor*; 아래 문단 18 참고) 제5절의 유사 해석을 근거로 하여 단체가 명예훼손 댓글을 즉시 삭제할 의무를 가지고 있다고 하였다. 이 댓글이 9일간 블로그에 게시되어 유포되고 검색 가능했던 것은 용인할 수 없는 일이며, 청구인은 댓글 작성자의 마지막 IP주소가 프랑스였으나 누가 작성하였는지 찾는 것이 불가능하였고, 단체가 명예를 훼손하는 댓글을 즉시 삭제하지 못한 책임이 있다고 주장하였다.

11. 단체는 이 댓글이 명예훼손의 내용을 담고 있으며, 댓글이 게재되었을 당시 이메일을 수신하였음을 인정하였다. 하지만 단체는 댓글이 게시되기 전 검토하지 않으며, 댓글 작성자가 댓글에 대한 책임이 있음을 웹사이트 상 명시하고 있음을 강조하였다. 따라서 단체는 이 댓글에 대한 책임이 없다고 하였다. 또한 명예훼손이 전자 게시판 책임에 관한 법률에서 정한 위법행위 목록에 포함되지 않으므로 댓글을 삭제할 의무가 없다고 하였다.

12. 2013년 3월 11일 지구법원은 청구인의 청구를 각하하였다. 법원은 댓글의 내용과 그 작성된 맥락을 기초로 댓글이 명예훼손을 구성한다고 결정하였다. 그러나 단체가 댓글을 보다 더 빠른 시일 내에 삭제하지 않은 점에 대해 책임을 물을 법적 근거는 없다. 전자 게시판 책임에 관한 법률 제5절은 명예훼손을 포함하고 있지 않기 때문에, 단체나 그 대표를 위 법률 제5절이나 형법에 따라 명예훼손의 정범이나 공범으로 기소할 수 없다.

13. 청구인은 이 판결에 대해 항소법원에 항소하였다. 2013년 11월 28일, 항소법원은 하급심의 판결을 변경할 이 유가 없다며 지구법원의 판결을 전부 유지하였다.

14. 2014년 3월 19일 대법원(Högsta domstolen)은 청구인의 항소를 기각하였다.

15. 2014년 4월 11일 청구인은 단체가 청구인에 대한 명예훼손 댓글에 대해 책임이 없다는 판결을 법원이 내림으로써 국가가 협약 제8조의 적극적인 의무를 이행하지 않았음을 사유로 하여 사정감독원장(Justitiekanslern)에게 손해배상을 위한 청구서를 제출하였다.

16. 2015년 7월 25일 사정감독원장(Justitiekanslern)은 청구를 각하하였다. 사정감독원장은 명예훼손 발언에 대한 보호가 협약 제8조의 범주에 속하나, 이 사건에 있어 청구인의 권리는 협약 제10조의 표현의 자유와 균형을 이루어야 한다고 언급하였다. 사정감독원장은 *Delfi AS v. Estonia*(no.64569/09, 2013년 10월 10일) 판례에 나오는 재판소의 논증을 참조하고 그 사건이 대재판부에 회부된 사실에 주목하면서, 재판소의 판례법에서 국가가 개인에게 블로그 댓글 작성의 책임을 지울 수 있도록 각각의 사례나 상황에 맞게 법을 갖추고 있어야 하는 절대적인 의무를 갖고 있는 것으로 추론할 수 없다고 판단하였다. 대신 협약 제8조와 제10조는 각각의 사건에서 상호 균형을 이루어야 하며, 국가는 그렇게 함에 있어 재량권을 갖고 있다. 위 사안에 대해 사정감독원장은 문제가 제기된 이 사건의 정황이 협약 제8조를 훼손하고 있다고 판단하지 않았다.

B. 관련 국내법

17. 명예훼손은 형법 제5장 제1절(*Brottsbalken(1962:700)*)에 의해 아래와 같이 범죄에 해당된다.



“누군가를 범죄자 혹은 비난 받을 삶을 살고 있다고 지목하거나 사람들로 부터 비난 받도록 의도된 정보를 제공한 자는 명예훼손으로 벌금형에 처한다.

만약 개인이 자신을 표현할 의무가 있거나, 정황상 그 사안에 대한 정보 제공을 옹호할 수 있거나, 정보의 사실 여부를 증명할 수 있거나 합리적인 이유가 있는 경우에는 처벌되지 않는다.”

18. 전자 게시판 책임에 관한 법률 제5절은 특정 발언 삭제 의무에 대해

“만약 한 사용자가 아래와 같이 전자게시판에 발언을 게시할 경우 서비스 공급자는 해당 발언을 서비스 웹 상에서 삭제하거나 다른 형식으로 추가 유포를 방지해야 한다.

1. 발언의 내용이 명백하게 형법 제16장 제5절 모반 선동과 관련이 있거나 제16장 제8절 국가 민족 집단 교란 행위, 제16장 제10a절 아동포르노 범죄 또는 제16장 제10b절 폭력에 대한 불법적 묘사이거나, 또는

2. 발언을 게시함에 따라 저작권 침해 또는 저작권법(Artistic and Literary Works)(1960:729) 제5절에 의해 보호되는 그 밖의 권리에 대한 침해가 명백할 경우

제1항의 의무를 이행할 수 있도록 하기 위해 서비스 공급자는 서비스 상의 발언을 검토할 수 있다.

또한 제1항의 의무와 제2항의 권리는 서비스 공급자에 의해 서비스를 감독하도록 지명된 사람에게도 적용될 수 있다.

19. 위 법률 제7절에 따르면 고의 또는 중과실로 제5절 제1항을 위반한 자는 벌금형 또는 6월 이하의 징역에 처해지거나 가중처벌의 경우 2년 이하의 징역에 처해질 수 있다. 경미한 위반의 경우 처벌되지 않는다. 또한 제7절 제2항은 만약 이 위법행위가 형법 또는 저작권법에 따른 형사 책임 대상일 경우 제1항이 적용되지 않음을 명시하고 있다.

20. 위 법률 제4절은 제5절의 의무를 이행할 수 있도록 하기 위해서는 전자 게시판 공급자가 서비스 모니터링과 같은 감독을 서비스의 범위와 분야를 고려하여 적절하게 실시해야 함을 명시하고 있다.

청구요지

21. 청구인은 스웨덴 법이 명예훼손 댓글에 대한 책임을 단체에 물을 수 없게 하고 있어 협약 제8조에 따른 청구

인의 사생활을 존중 받을 권리를 침해하였다고 문제를 제기하였다.

판단

22. 청구인은 아래 명시된 제8조의 사생활을 존중 받을 권리가 침해되었음을 주장하였다.

“1. 모든 사람은 그의 사생활을 존중 받을 권리를 가진다..

2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.”

23. 재판소는 협약 제8조에서 의미하는 “사생활”이라는 개념이 개인의 이름이나 이미지, 나아가 신체적 및 정신적인 상태와 같은 개인 정체성과 연계된 다양한 측면으로 확대 해석되는 넓은 개념(*Von Hannover v. Germany*, no.59320/00, 문단 50, ECHR 2004-VI 참고)이라고 반복하여 언급한다. 또한 재판소는 사생활을 존중 받을 권리로써 협약 제8조에 따라 개인의 평판이 보장받을 권리를 인정해 왔다(*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, no.22947/13, 문단 57, 2016년 2월 2일, *Pfeifer v. Austria*, no.12556/03, 문단 35, ECHR 2007-XII 참고).

24. 그러나 제8조가 적용되려면 개인의 명예나 평판에 대한 공격이 일정 정도의 심각한 수준에 이르러야 하고, 사생활을 존중 받을 권리를 침해하는 방식으로 이루어져야 한다(*Delfi AS v. Estonia* [GC], no.64569/09, 문단 137, ECHR 2015, *Axel Springer AG v. Germany* [GC], no.39954/08, 문단 83, 2012년 2월 7일 참고).

25. 이 사건에서 재판소는 국가 법원이 청구인에 대한 댓글에 대해 그 작성된 맥락을 이유로 명예훼손이라고 판단한 것에 주목한다. 반면, 재판소는 댓글이 공격적일지라도 증오표현 또는 폭력 선동 수준에 이르지 않는다고 보았기 때문에(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 18, 114 및 162와 비교), 국가 법원의 판결을 수용하고 이 댓글이 협약 제8조의 범위 내에 해당된다고 본다.

26. 다음으로 재판소는 이 사건에서의 문제는 국가의 행위가 아니라 청구인의 사생활에 있어 국내 법원이 제공하는 보호의 부적합성으로 보았다. 제8조의 주요한 목적이 공공기관에 의한 독단적 침해로부터 개인을 보호함에 있으나, 국가가 그러한 침해를 하지 못하도록 강제하는 것만을 의미하지 않는다. 이러한 소극적인 임무에 더해, 개인 또



는 가족의 사생활을 효과적으로 존중하기 위한 적극적인 의무도 있을 수 있다. 또한 이러한 의무는 개개인 간의 관계에서도 사생활을 존중할 수 있는 방안의 도입을 포함할 수 있다. 협약 제8조 하의 국가의 적극적 의무 및 소극적 의무 간 범주에 대해 정확히 정의하는 것은 적합하지 않으나, 적용 가능한 원칙은 유사하다. 두 상황 모두에서 충돌하는 관련된 이익 간에 공정한 균형을 고려해야 하고, 두 상황 모두에서 국가는 재량권을 가질 수 있다(*Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 98-99, ECHR 2012 참고).

27. 이 점에 있어서, 협약 제8조와 제10조의 이익 충돌에 대해 재판소는 *Delfi AS*(위 인용, 문단 139)에서 아래의 요약과 같이 정의하였다:

“재판소는 원칙에 따라 제8조 및 제10조의 권리는 동등하게 보장되어야 하며, 원칙적으로 문제 제기된 글을 배포한 사람이 가진 협약 제10조의 권리에 기반하여 소송이 제기된 것인지, 아니면 해당 글로 인한 피해자가 가진 협약 제8조의 권리에 기반하여 소송이 제기된 것인지에 따라 청구 결과가 달라져서는 안 된다. 따라서 재량권 적용은 원칙적으로 두 사례에서 같아야 한다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 87, *Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 106, ECHR 2012, 위 인용된 *Hachette Filipacchi Associés*, 문단 41; *Timciuc v. Romania*(dec.), no.28999/03, 문단 144, 2010년 10월 12일 추가 참고; *Mosley v. the United Kingdom*, no.48009/08, 문단 111, 2011년 5월 10일 참고). 국가기관은 재판소 판례법에서 정하는 범주에 따라 두 권리 사이의 균형적인 보장을 실행해 왔다. 이 때, 재판소는 국내 법원의 견해를 대체하기 위해 확실한 근거를 요청할 수 있다(위 인용된 *Axel Springer AG*, 문단 88, 위 인용된 *Von Hannover*(no.2), 문단 107, 위 인용된 *MGN Limited*, 문단 150 및 155 추가 참고, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos.28955/06, 28957/06, 28959/06 및 28964/06, 문단 57, 2011년 9월 12일 참고). 다시 말해, 국가가 사익 간 충돌 또는 협약 상 권리 간 충돌 시 균형을 유지하도록 요청 받는 경우 보통 재판소에 넓은 재량권이 인정될 것이다(*Evans v. the United Kingdom* [GC], no.6339/05, 문단 77, ECHR 2007-I; *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos.25088/94, 28331/95 및 28443/95, 문단 113, ECHR 1999-III; *Ashby Donald and Others v. France*, no.36769/08, 문단 40, 2013년 1월 10일 참고).

28. 재판소는 또한 인터넷 상에서 중개자의 역할을 하는 주체와 관련하여 다음과 같은 표현의 자유의 특정한 측면을 확인하였다. 댓글의 맥락, 명예훼손 댓글을 예방하거나 삭제하기 위한 회사 차원의 조치, 중개자의 법적 책임의 대안으로써 실제 댓글 작성자의 법적 책임, 회사에 대한 국내 소송 절차의 결과 등 문제가 제기된 제한에 대해 구체적으로 심의하였다(위 인용된 *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt*, 문단 69 참고, 위 인용된 *Delfi AS*, 문단 142-143 관련)

29. 이 사건에서의 쟁점은 국가가 협약 제8조에 따른 청구인의 사생활을 존중받을 권리와 협약 제10조에 따른 단체의 표현의 자유 간에 공정한 균형을 이루었는지 여부이다.

30. 댓글의 맥락과 관련하여, 재판소는 블로그 게시글에 청구인이 나치당에 참여하고 있다는 잘못된 정보가 있음을 확인하였다. 한편, 청구인이 게시글의 오류를 단체에 알렸을 후, 이 게시글은 삭제되었으며, 사과문이 게시되었다. 청구인은 게시글과 관련하여 단체를 국가 법원에 고소하였으나, 재판소는 이러한 소송 절차의 결과를 전달받지 않았다. 또한 재판소는 댓글이 청구인의 정치적 견해에 관한 것이 아니며 게시글의 내용과 무관하다고 보았다. 그러므로 이는 단체가 예상하기 어려웠던 사안이다.

31. 이와 관련하여 재판소는 단체가 작은 비영리기관이고 대중에게 널리 알려지지 않았기 때문에, 다수의 댓글이 달릴 가능성이 적고 청구인에 대한 댓글이 많은 사람들에게 조회되지 않았을 것이라는 사실에 주목하였다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 115-116와 비교). 재판소가 *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt*(위 인용된 문단 82)에서 판결한 바와 같이 거르지 않은 댓글들이 법률 위반에 해당할 수 있다고 단체가 추정하기를 기대하는 것은 지나친 요구이자 인터넷을 통한 정보 제공의 권리를 약화시킬 수 있는 비현실적인 고려이다.

32. 단체가 취한 명예훼손 댓글의 예방 또는 삭제 조치에 있어, 재판소는 블로그에 댓글이 게시되면 단체에 알려주는 알림 기능이 있음을 확인하였다. 하지만 단체는 이와 같은 댓글이 게시되기 전에 확인하지 않으며, 댓글 작성자는 댓글에 대한 책임이 있음을 블로그에 분명히 명시하고 있다. 또한 댓글 작성자는 법과 예의를 지키도록 요구 받고 있다.

또한 재판소는 단체가 청구인으로부터 게시글의 정보가 잘못되었으며 이 게시글과 댓글을 삭제해 주기를 원하는 연락을 받은 지 하루 만에 블로그 게시글과 댓글을 삭제한 것을 확인하였다. 또한 단체는 이 게시글에 대한 오류 해명과 사과문을 새로 등록하였다. 해당 댓글은 총 9일간 블로그에 게시되었다(위 인용된 *Delfi AS*, 문단 19와 비교, 명백하게 불법적인 댓글은 게시 후 약 6주 후에 삭제되었다).

33. 또한 재판소는 여전히 검색엔진을 통해 댓글을 확인할 수 있다는 주장에 대해서 청구인이 검색엔진에 이 댓글에 대한 기록을 삭제해 줄 것을 요청할 권리가 있다고 보았다(유럽사법재판소 2014년 5월 13일 판결, *Google Spain and Google*, no.C-131/12, EU:C:2014:317 참고).

34. 댓글 최초 작성자의 법적 책임에 대하여, 재판소는 청구인이 댓글을 작성한 컴퓨터의 IP주소를 갖고 있음을 확인하였다. 하지만 청구인은 댓글 작성자의 신원을 확인하기 위한 추가 조치를 취했다고 진술하지 않았다.

35. 또한 청구인의 청구가 국내 법원에서 각하된 이후로 국내 소송 절차가 이 사건에서 단체에 어떤 결과도 미치



지 않았다. 하지만 앞서 재판소는 제3자의 댓글에 대한 법적 책임이 인터넷을 통한 표현의 자유에 대한 위축 효과와 인터넷 포털의 댓글 작성 환경에 부정적인 결과를 초래할 수 있다고 보았다. 이러한 영향은 특히 비영리 웹사이트에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다(위 인용된 *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt*, 문단 86 참고).

36. 마지막으로 재판소는 청구인의 사건에 대해 대법원이 항소를 기각하기 전에 2개 국내 법원이 본안에 관해 심리했음을 주목하였다. 또한 사정감독원장은 협약 제8조에 따른 청구인의 권리가 침해되지 않았음을 밝히기에 앞서, 재판소의 판례법 및 협약 제8조와 제10조 간 이익 균형의 필요성을 언급하며 청구인이 제기한 협약 제8조에 따른 청구를 검토하였다. 나아가 재판소는 국내법이 블로그 운영 책임의 범위를 규정하고 있음을 확인했고, 만일 댓글이 다른 내용이거나 더 중대한 사안이었을 경우 단체가 더 빠르게 댓글을 삭제하지 않은 것에 책임이 있을 수 있다고 보았다(위 문단 18-20 참고).

37. 위와 같은 관점에서, 특히 댓글이 공격적일지라도 증오표현 또는 폭력 선동에 이르지 않았고, 비영리단체에 의해 운영되는 작은 블로그에 9일간 게시된 후 청구인의 요청이 있는 지 하루 만에 삭제되었다는 사실을 고려하면, 국내 법원이 재량권 안에서 판결하였고 협약 제8조에 따른 청구인의 권리와 이와 반대되는 협약 제10조 표현의 자유 간의 공정한 균형을 이루었다고 판단한다.

38. 청구인의 청구는 근거가 명백히 없으며 협약 제35조 제3항(a) 및 제4항에 따라 각하되어야 한다.

이러한 이유로, 재판소는 전원일치로 청구가 받아들여질 수 없음을 선언한다.

영어로 작성되었고, 2017년 3월 9일 서면으로 통지하였다.

Stephen Phillips
서기

Branko Lubarda
재판장



4. Smajić v. Bosnia and Herzegovina

2018년 1월 18일(심리적격 여부에 대한 결정)

이 사건은 청구인이 또 다른 전쟁이 발발할 경우 브르치고 지역의 세르비아인 마을을 향해 취해야 할 군사행동을 설명하는 다수의 글을 인터넷 포럼에 올린 후 민족적, 인종적, 종교적 증오, 불화 혹은 불관용을 선동했다는 이유로 유죄 판결을 받은 것에 관한 내용이다. 청구인은 자신이 대중적 관심사에 대한 의견을 표현했다는 이유로 유죄 판결을 받았다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 이 청구는 근거가 없는 것이 명백하므로 받아들일 수 없다며 각하하였다. 특히 재판소는 국내법원이 청구인의 사건을 주의 깊게 검토하였고 유죄 판결에 대한 충분한 근거를 제공하였다고 판시하였다. 청구인은 세르비아인을 향하여 매우 모욕적인 표현을 사용하였고, 따라서 분쟁 이후 보스니아 사회의 민족적 관계라는 매우 예민한 사항을 건드렸다. 또한 그에게 부과된 처벌, 즉 집행유예와 개인 컴퓨터 및 노트북의 압수는 과도한 것이 아니었다. 청구인의 표현의 자유의 권리에 대한 제한은 법률에 규정된 것이었고 타인의 명성과 권리 보호라는 정당한 목표를 추구하였다. 따라서 이 제한은 협약 제10조를 위반하지 않았다.

Abedin SMAJIC v. BOSNIA HERZEGOVINA

사건번호 48657/16

결정

2018년 1월 16일 유럽인권재판소(4부문) 3인 판사 위원회는 다음과 같이 구성되었다.

Carlo Ranzoni, 재판장,

Faris Vehabović,

Péter Paczolay, 판사,

그리고 Andrea Tamietti, 부(副) 부문서기(Deputy Section Registrar)

2016년 7월 29일 제출된 위의 청구에 대해 심리 후, 다음과 같이 결정하였다:

사실 관계

1. 청구인 Abedin Smajic은 보스니아 헤르체고비나의 시민으로 1984년생이고, 브르치코 행정구(Brčko District)에 거주 중이다. 그를 대리한 변호사는 브르치코 행정구에서 활동하는 Mulahalilovic였다.

A. 사건의 배경

2. 청구인이 제출한 바에 따르면 이 사건의 사실관계는 다음과 같이 요약할 수 있다.

3. 청구인은 변호사이다. 2010년 3월 12일, 그는 국가적·인종적·종교적 증오, 불화 그리고 불관용을 선동한 혐의로 체포되었다.

4. 같은 날 청구인은 브르치코 행정구 경찰서에서 신문을 받았다. 신문 전에 청구인은 2003년 브르치코 행정구 형사 소송법(아래의 문단 14 참고) 제78조에 따라 체포된 사람의 권리에 대해 안내받았고 법률 지원이 필요하지 않



다고 진술한 문서에 서명하였다.

5. 2012년 1월 30일, 브르치코 기초 법원(Basic Court)은 국가적·인종적·종교적 증오, 불화 및 불관용을 선동한 것에 대해 청구인에게 유죄 판결을 내리고 구금 1년에 집행유예 3년을 선고하였다. 2003년 브르치코 형법 제160조 제4항에 따라 청구인의 개인 컴퓨터와 노트북은 압수되었다(아래의 문단 13 참고). 거기에 더해 청구인은 법률 비용으로 100 보스니아 마르크(BAM)³¹(약 50유로)의 지급을 명령받았다. 법원은 2010년 1월 3일에서 2월 24일 사이에 청구인이 필명을 사용하여 보스나히스토리아라고 불리는 공개 접속 가능한 인터넷 포럼에 다수의 글을 올렸음을 확인하였다. 이 글에서 청구인은 전쟁이 나거나 스릅스카 공화국(보스니아 헤르체고비나의 두 개 선거구 중 하나)이 분리 독립될 경우 브르치코 지역의 보스니아인(Bosniac)³² 시민이 취해야 할 행동 절차를 언급하였다. 그 중 일부 내용은 다음과 같다:

“...나는 또한 Ivići(역자주: 지명)가 보스니아에게 중요하다고 생각하는데, 이 곳이 브르치코 평야에서 자연적인 고도가 있는 곳이라 전체 도시를 손바닥 보듯 볼 수 있어서이다; 전쟁 중에 Ivići를 소유하는 것은 큰 장점이 된다... 왜냐하면 여기서는 도시를 쉽게 폭격할 수 있기 때문이다(조만간 Ivići에서 조망한 도시의 사진을 찍겠다)...

그 사진들을 곧 업로드하겠다; 지금은 일 하느라 바쁘다... 곧 정말 짜증나는 크리스마스가 다가오는데 브르치코의 공휴일이라 사진 찍을 시간이 날 것이다... 우리가 조직만 잘 된다면 그들이 브르치코를 가져갈 수는 없을 것이다... Ilička 정착지는 -약 3,500~5,000명의 세르비아인(Serbs)³³들이 있음- 문제가 많은데... Ilička와 Grčica는 세르비아인들의 주요 정착지이기 때문에 우선 여기부터 공격해야 한다. Grčica에는 보스니아인들이 좀 있기 때문에 여기를 공격하는 것은 쉬운데 Ilička는 보스니아인 정착지와 물리적으로 붙어있지 않기 때문에 공격하기 어려울 것이다. 어떤 군사 시나리오라도 우리는 Bukvik, Gajeve 그리고 Cerik부터 먼저 공격하여 우리 등 뒤의 위협부터 제거해야 한다. 1992년에 그랬던 것처럼 말이다... 일단 저 세르비아인 마을을 해치우고 나면 Gradačac과 Srebrenik으로 향하는 자유로운 길이 열릴 것이다. 내 생각에는 그런 후에 Grčica와 Srpska Varoš를 공격해야 한다... 건물이 많고 대량 인명 손실의 위험도 있어 도시 중앙부터 천천히 털어야 할 것이다...

... 거기에는 여러 거주소굴에서 온 세르비아인들이 살고 있다; 거기에는 [오직 소수의 토박이] 사람들이

31) (역주) 외교부 국가소개 홈페이지에서 사용한 표현으로 기재하였다(http://www.mofa.go.kr/www/nation/m_3458/view.do?seq=97).

32) Bosniacs은 1992~95년 전쟁 전까지는 무슬림으로 불렸다. "Bosniacs"(보스니아인)이라는 용어는 "Bosnians"과 혼동해서 사용해서는 안되는데 "Bosnians"은 민족적 태생과 상관없이 보스니아 헤르체코비나 시민을 의미할 때 흔히 사용된다.

33) Serb는 세르비아 토박이이거나 이전 유고슬라비아 다른 주 출신의 사람들로 이뤄진 민족 집단이다. "Serb"(세르비아인)이란 용어는 국적과 상관없이 보통 그 민족 집단의 구성원을 일컫는데 쓰인다; 이를 통상 세르비아 국민을 일컫는 용어인 "Serbian"과 혼동해서는 안 된다.

있고... Ilićka는 [거의 대부분] 급진적 사고를 가진 세르비아인들의 정착지로 이들은 가장 먼저 브르치코에서 온 보스니아인에게 싸움을 걸 음모를 짰 인간들이다. Ilićka는 [스릅스카 공화국으로부터의 분리독립] 시나리오가 발생할 경우 가장 먼저 공격하고 말살시켜야 할 곳이다...”

6. 청구인은 그러한 글을 올린 것을 부정하지 않았다. 기초 법원은 청구인이 인터넷(법원은 문제가 되는 형사 범죄의 의미 안에서 인터넷을 공공 장소로 간주하였다.)에 그러한 글을 올림으로써 브르치코에 거주하는 “같은 선거구 사람들”(자신이 보스니아인(Bosniacs), 크로아티아인(Croats³⁴) 혹은 세르비아인(Serbs)에 속한다고 선언한 사람들) 사이의 이(異)민족 관계를 불안하게 만들었다고 판결하였다.

7. 청구인과 검찰 모두 이 판결에 대해 항소하였다. 청구인은 인터넷의 “폐쇄형 포럼”이 “공공 장소”를 구성하는 것으로 간주되어서는 안 되기 때문에 문제가 되는 형사 범죄의 구성요건은 해당되지 않았다고 주장하였다. 또한 그는 증오를 선동한 것이 아니라, “현실 세계”와 상관 관계에 놓여 있는 가상 시나리오 즉, 스릅스카 공화국의 고위 정치인들이 자주 분리독립을 요구하는 것과 관련하여 이에 대한 개인적 견해를 밝힌 것 뿐이라고 주장하였다. 거기에 더해 청구인은 이 사건이 언론의 관심을 끈 것은 검찰의 피의사실 공표 후 그것이 몇몇 전국 일간지에 보도되었기 때문이라고 말했다. 또한 청구인은 2010년 3월 12일 경찰서에서 처음 신문을 받았을 때 법률 지원을 받을 권리를 보장받지 못했다고 주장하였다(위 문단 4 참고). 이와 관련하여 청구인은 같은 날 오후 4시 30분경, 청구인의 현재 변호사인 Mulahalilovic가 경찰서에 전화를 걸었으나 청구인이 부재하다고 답변을 받았다고 주장하였다. Mulahalilovic는 같은 날 오후 5시 반경에 경찰서에 와서야 비로소 청구인이 신문을 받았다는 것을 알게 되었다. 청구인은 Mulahalilovic와 대화를 나누고 난 후에서야 더 이상 신문을 받지 않기로 결정했다고 주장하였다.

8. 2012년 11월 28일, 브르치코 항소 법원은 2012년 1월 30일자 기초 법원의 판결을 확정하였다. 법적 조력을 받을 권리와 관련하여 항소 법원은 2010년 3월 12일 신문 기록을 근거로 청구인이 신문을 받기 전 2003년 브르치코의 형사절차법 제78조에 따라 체포된 사람의 권리에 대해 안내를 받았고(아래의 문단 14 참고), 법적 조력을 원치 않는다고 적은 문서에 서명하였다고 결론 내렸다. 법원은 또한 추가 신문과 그 이후의 절차에서 청구인이 선택한 변호사가 청구인을 대리했다는 사실을 확인하였다. 이러한 상황에서-문제가 되는 그 시간에 “청구인의 미래 변호인”인 이었던-Mulahalilovic가 청구인의 첫 신문 때 경찰에 전화를 했는지 여부는 이 사건과 관련이 없다. 청구인은 첫 신문 때 법률 지원을 받을 권리를 포기했으며, 파일 어디에도 그의 방어권이 보장되지 못했다는 것을 나타낼만한 내용은 없었다.

9. 관련 법의 해석과 관련하여 항소 법원은 증인으로 채택된 전문가의 진술에 근거하여 다음과 같이 결론 내렸다. 인터넷 포럼에 참여를 하려면 로그인을 해야하기 때문에 참여하는 면에서 보면 그 인터넷 포럼은 “폐쇄적”이었

³⁴ Croats는 크로아티아 토박이이거나 이전 유고슬라비아 다른 주 출신의 사람들로 이뤄진 민족 집단이다. “Croats”(크로아티아인)이란 용어는 국적과 상관없이 보통 그 민족 집단의 구성원을 일컫는데 쓰인다; 이를 통상 크로아티아 국민을 일컫는 용어인 “Croatian”과 혼동해서는 안 된다.



나 그 내용은 누구나 볼 수 있도록 되어 있었으므로 “공공 장소”라고 간주될 수 있다. 또한 법원은 증오 및 불관용 선동 범죄의 요건과 관련하여 청구인의 행동이 실제로 부정적 결과를 가져오지 않았더라도 “객관적 관점에서 그러한 효과를 낳는 것이 가능했다”면 그 요건이 인정된다고 결론 내렸다. 항소 법원은 인터넷 게시글이 가설의 형태(즉 실제 일어날 가능성이 적은 전쟁 시나리오에 대해서)로 이루어졌다는 것을 인정했다. 그럼에도 법원은 전체 게시글의 내용은 브르치코 지역의 특정 민족 집단에 대한 전략적 행동을 주장하는 매우 부적절한 형태의 의견 교환으로, 공통의 관심사인 시사적 주제에 대해 자유로운 의견을 표현한 것이라고는 보기 어렵다고 결론 내렸다. 청구인은 “이 정말 짜증나는 크리스마스”, “우리 등 뒤의 위험부터 제거”, “도시 중앙부터 천천히 털어야한다”, “여러 거지소굴에서 온 세르비아인들이 거기 살고 있다” 등 특정 민족 집단에게 매우 모욕적인 표현을 사용했다. 법원은 경찰과 검찰이 청구인을 기소하기 위한 목적만으로 언론에 그의 진술을 제공했다는 청구인의 주장은 전혀 근거가 없고 이는 표현의 자유의 한계를 잘못 해석한데서 기인했다고 판단했다. 재판소는 다민족공동체에서 표현의 자유는 현저히 줄어들 수 밖에 없는데, 특히 그러한 표현이 공동체 내의 종교적·민족적 구성원의 종교적 혹은 국민적 감정을 해칠 때 그러하다고 결론 내렸다.

10. 청구인은 2013년 1월 30일 협약의 제6조, 제9조, 제10조 그리고 제14조를 원용하여 헌법소원을 제기하였다. 제6조와 제10조에 따른 청구와 관련하여 청구인은 기본적으로 항소 법원에서 했던 주장과 같은 변론을 하였다(위 문단 7 참고).

11. 2016년 4월 20일 보스니아 헤르체고비나 헌법재판소는 청구인의 헌법소원을 명백한 근거 부족으로 각하하였다. 헌법재판소는 기초 법원과 항소 법원이 절차법과 실체법을 제대로 적용했으며 논리정연하고 상세한 결정을 내렸다고 판단하였다. 기초법원은 증거를 검토한 방법을 기술하고 사실 관계를 정립하였는데 이는 자의적으로 보이지 않았다. 더욱이 양 하급 법원 모두 청구인의 행동 중 어떤 부분이 위법 행위의 요소에 해당되는지 상세하고 명백한 방식으로 밝혔고, 청구인의 모든 주장을 다루었다. 또한 청구인을 유죄로 판단한 충분하고 적절한 사유들을 제공하였다. 청구인의 방어권과 관련하여 헌법재판소는 청구인의 법적 조력을 받을 권리가 제한되지 않았다는데 동의하였다. 청구인은 신문 전에 자신의 권리에 대해 안내를 받았고 법적 조력이 필요하지 않다고 진술한 문서에 서명을 하였다. 그는 Mulahalilovic 변호사를 요청하지 않았다. 더욱이 청구인은 첫 번째 신문에서 자신에 대한 유죄 판결에 이용된 불리한 증언을 했다고 주장하지도 않았다. 헌법재판소는 절차의 공정성을 전반적으로 살펴본 후 청구인의 방어권에 대한 침해는 없었다고 결론 내렸다.

12. 헌법재판소는 제10조를 근거로 한 청구인의 청구 또한 그 근거가 명백히 부족하다는 이유로 각하하였다. 헌법재판소는 표현의 자유의 폭이 넓기는 하지만 제10조 제2항에 따른 제한을 둘 수 있다는 점을 반복해서 강조하였다. 국가적·인종적·종교적 증오와 불화, 불관용 선동에 대해 청구인에게 유죄를 판결함에 있어 양 하급 법원은 국내 법과 협약에 따른 기준을 적용하였다. *Pavel Ivanov v. Russia*((dec.), no.35222/40, 2007년 2월 20일)를 참고하여,

헌법재판소는 이러한 상황에서 청구인은 협약 제10조에 따른 보호를 받을 수 없다고 판결하였다. 따라서 헌법재판소는 양 하급 법원에서 형법을 제대로 적용했는지, 협약 제6조에 따라 청구인의 유죄 판결에 대한 충분하고 적절한 근거가 주어졌는지를 검토한 후 이 청구를 명백한 근거 부족으로 각하하기로 결정하였다. 마지막으로 헌법재판소는 협약 제9조와 제14조에 근거한 청구의 경우, 청구인이 추가 입증 없이 단순히 그 조항들을 주장한 것이므로 이 청구들을 별개로 검토할 이유가 없다고 판결하였다.

B. 관련 국내법

13. 2003년 브르치코 지역 형법 제160조에서 관련 내용은 다음과 같다:

“(1) 브르치코 지역 내 거주하는 선거권을 가진 구민이나 기타 사람들의 국가적, 인종적, 종교적 증오, 불화 및 불관용을 선동하거나 고무하는 사람은 1년 이상 5년 이하의 구금형에 처한다

...

(4) 이 조의 1항에 나열된 내용을 전파하는 자료나 물건, 이를 생산하거나 증식시키거나 보급한 도구는 압수된다.

14. 2003년 브르치코 지역 형사절차법 제78조에서 관련 내용은 다음과 같다:

“(2) 신문 시작 시, 피의자는 체포된 혐의 및 혐의의 근거 그리고 아래의 권리에 대한 안내를 받아야 한다:

(a) 증거를 제출하지 않거나 질문에 대답하지 않을 권리;

(b) 신문 시 입회할 수 있는 변호사를 스스로 선임할 권리 및 이 법에서 규정한 사건의 경우 무료 법적 조력을 받을 권리;

(c) 자신에 대한 혐의에 대해 발언할 권리와 자신에게 유리한 사실과 증거 모두를 제출할 권리; ... 변호사 입회 하에 진술과 증거를 제출할 경우 재판에서 증거가 될 수 있으며, 피의자의 동의와 관계없이 재판에서 사용되거나 구술될 수 있음;

...



(3) 피의자는 이 조의 제2항에 나열된 권리를 자발적으로 포기할 수 있다. 그러나 피의자가 포기 의사를 공식적으로 기록하고 이에 서명하기 전까지 피의자에 대한 신문은 시작할 수 없다..

(4)... 피의자가 법적 조력에 대한 권리를 포기했으나 이후 변호인을 고용하고 싶다는 의사를 밝힌 경우 신문은 즉시 중지되어야 하며 피의자가 변호사를 고용 혹은 선임하였거나 피의자가 질문에 답변할 의사를 밝힌 경우에만 재개한다.

...

(6) 이 조항의 내용에 반하여 일어난 행위가 있었다면 법원은 피의자 진술을 근거로 결정을 내려서는 안 된다.”

청구요지

15. 청구인은 자신이 경찰서에서 첫 번째 신문을 받았을 때, 그의 변호사가 경찰서에 전화를 했으나 청구인이 없다는 답변을 받았기 때문에 변호사로부터 조력을 받을 권리를 침해받았다고 주장했다. 더 나아가 그는 국내 법원이 관련 법을 자의적으로 해석하여 정당한 재판을 받을 자신의 권리를 침해하였다고 호소하였다. 이 청구 내용과 관련하여 청구인은 협약 제6조 제1항과 제3항(c)를 원용하였다.

16. 청구인은 또한 자신이 인터넷 포럼에 게시한 글의 내용으로 유죄 판결을 받은 것은 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유에 대한 침해라고 호소하였다. 마지막으로 그는 협약 제9조와 제14조를 주장하였다.

A. 협약 제6조 관련 청구

17. 청구인은 협약 제6조 제1항과 제3항(c)하에 따른 자신의 권리가 침해되었다고 주장하였다. 제6조의 관련 내용은 다음과 같다:

“1...형사상의 죄의 결정을 위하여... 모든 사람은... 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다...

3. 모든 형사피의자는 다음과 같은 최소한의 권리를 가진다:

...

(c) 직접 또는 본인이 선택한 법적 조력을 통해 자신을 변호할 것, 또는 법적 조력을 위한 충분한 지불 수단을 가지고 있지 못하지만 사법상의 이익을 위해 필요한 경우 무료로 법적 조력이 부여될 것

...”

1. 변호인 조력권 침해 주장 관련

18. 청구인은 2010년 3월 12일에 진행된 신문이 변호사 없이 진행되었다고 진술하였다. Mulahalilovic는 신문 전에 경찰서에 전화를 걸어 청구인에 대해 문의했지만 청구인이 그 곳에 없다는 안내를 받았다. 이를 증빙하기 위해서 청구인은 Mulahalilovic의 2010년 3월 휴대전화 통화기록과 통화 후 기록했던 메모를 제출하였다.

19. 재판소는 협약 제6조 제1항에 따라 변호인의 조력을 받을 권리는 각 사건의 특별한 상황을 고려하여 이 권리를 제한할만한 설득력 있는 이유가 제시될 수 있는 때를 제외하고는 피의자가 경찰서에서 처음 신문 받는 순간부터 제공해야 한다는 점을 상기한다. 설득력 있는 이유로 인해 변호인의 조력을 받을 권리의 제한이 예외적으로 정당화될 때 조차도 -그것이 어떤 이유이든- 제6조에 따른 피의자의 권리를 과도하게 침해해서는 안된다. 경찰 신문 중 변호사 조력에 대한 접근권 없이 한 유죄 입증 진술이 피고인에 대한 유죄 판결에 이용된 경우 원칙적으로 방어권은 회복할 수 없을 정도로 침해 당하게 될 것이다(*Salduz v Turkey* [GC], no.36391/02, 문단 55, 2008년 11월 27일 및 *Dvorski v. Croatia* [GC], no.25703/11, 문단 80, ECHR 2015 참고).

20. 협약 제6조의 내용 및 정신 모두 피의자가 자신의 자유 의지로, 명백하게 또는 암묵적으로, 공정한 재판을 받을 권리를 포기하는 것을 막지 않는다. 그러나 협약의 목적이 유효하려면 그러한 포기가 명백한 방식으로 이루어져야 하고 중요한 공공의 이익을 거스르지 않아야 하며 그 중요성에 비례한 최소한의 보호 수단을 갖추어야 한다. (*Sejdovic v. Italy* [GC], no.56581/00, 문단 86, ECHR 2006-II 참고). 권리에 대한 포기가 효력을 가지려면 청구인이 자신의 행동이 초래할 결과를 온당히 예견할 수 있었어야 한다는 점이 확인되어야만 한다(*Idalov v. Russia* [GC], no.5826/03, 문단 173, 2012년 5월 22일; *Sejdovic*, 위 인용, 문단 87; *Jones v. The United Kingdom*(dec.), no.30900/02, 2003년 9월 9일 참고). 공정한 재판의 개념을 구성하고 협약 제6조에 규정된 내용이 효과적으로 보호될 수 있도록 보장하는 기본권 중 하나인 변호인의 조력을 받을 권리는 재판소의 판례법에서 입증된 기준인 “알고 이해하여 포기(Knowing and intelligent waiver)”라는 특별한 보호가 요구되는 권리의 전형적 예이다(*Dvorski*, 위 인용, 문단 101 참고).



21. 이번 사건으로 돌아와서, 재판소는 항소 법원과 헌법재판소가 이 청구를 검토한 후 2010년 3월 12일자 신문 전에 청구인이 자신의 권리에 대해서 안내를 받았으며 법률 지원이 필요하지 않다고 진술한 문서에 서명했다는 사실을 입증했음을 알고 있다(위 문단 4, 8, 11 참고). 게다가 헌법재판소는 그 신문이 결과적으로 청구인의 유죄를 입증하는 증거로 이어지지 않았다는 사실을 강조하였다. 절차 전반의 공정성을 살펴본 후 헌법재판소는 청구인의 변호인의 조력을 받을 권리가 침해받지 않았다고 결론내렸다(위 문단 11 참고). 재판소는 이 판결에 반대할 이유를 찾지 못하였다. 또한 그 신문 과정 중에 강요가 행사되었다는 것을 보여주는 증거 또한 없었음을 언급한다.

22. Mulahalilovic가 청구인의 행방을 알아보기 위해 경찰서에 전화했을 때(위 문단 7 참고) 잘못된 정보를 안내 받았다는 청구인의 주장과 관련하여 재판소는 청구인이 2010년 3월 12일 신문에 Mulahalilovic나 다른 변호사의 입회를 요청하지 않았다는 사실에 주목한다. 더불어 사건 파일에는 그 당시 Mulahalilovic가 이미 청구인의 변호인이었는지를 나타내는 내용이 없다. 청구인은 자신 또는 자신의 가족이 2010년 3월 12일 그의 체포 이전에 Mulahalilovic를 선임했다고 말하지 않았다(Dvorski, 위 인용, 문단 90을 이와 대조해 볼 것). 이러한 상황을 고려했을 때, 재판소는 변호사 자격을 가진 청구인이 자신의 법적 조력을 받을 권리를 명백히 포기했다고 판단한다.

23. 그러므로 협약 제35조 제3항(a)과 제4항에 따라 이 청구는 근거가 불충분한 것이 명백하므로 각하되어야 한다.

2. 국내법의 자의적 해석 주장 관련

24. 청구인은 국내 법원이 관련 국내법을 자의적으로 해석하여 자신이 국가적·인종적·종교적 증오, 불화, 불관용을 선동한 죄로 인한 형사 책임을 지게 되었다고 주장하였다.

25. 재판소는 국내 법원의 오류가 협약이 보호하는 권리와 자유를 침해하지 않는 한 -예를 들어, 그러한 오류가 협약 제6조와 양립할 수 없는 “불공정”을 구성하는 예외적 사례의 경우- 국내법의 법률이나 사실 판단의 오류를 지적하는 것은 재판소의 역할이 아니라는 것을 반복해서 말한다(*Bochan v. Ukraine*(no.2) [GC], no.22251/08, 문단 61, ECHR 2015, *Moreira Ferreira v. Portugal*(no.2) [GC], no.19867/12, 문단 83, 2017년 7월 11일 참고).

26. 증거인정의 원칙 또는 증거가 어떤 방식으로 평가되어야 하는지는 원칙적으로 국내법이나 법원에 의해 규정되어야 하기 때문에 협약 제6조 제1항은 이를 자세히 규정하지 않는다. 통상적으로 국내 법원이 특정한 증거 물품이나 법원의 고려를 위해 제출된 결론이나 평가에 어느 정도의 중요성을 부여하는가와 같은 것은 재판소가 검토할 성격의 문제는 아니다. 재판소는 제4심 기관의 역할을 해서는 안 된다. 그러므로 재판소는 국내 법원의 판단이 자의적이

거나 명백히 부당한 경우를 제외하고는 제6조 제1항에 근거하여 국내 법원의 판단을 문제삼지 않을 것이다(Bochan, 문단 61, *Moreira Ferreira*, 위 인용, 문단 83 참고).

27. 이 사건에서 재판소는 청구인의 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다는 사실을 확립할 수 있는 어떠한 사실도 발견할 수 없다. 청구인이 법원의 결정에 동의하지 않는다는 사실만으로는 절차가 공정하지 않았다고 결론내리기에 충분하지 않다. 재판소는 헌법재판소가 이 청구를 검토하였고 명백한 증거 불충분으로 각하했다는 사실에 주목한다(위 문단 11 참고). 헌법재판소는 문제가 있는 결정을 취소하거나 재심을 위해 환송할 권한을 가진다. 그렇게 함에 있어 헌법재판소는 하급 법원이 절차법과 실체법을 제대로 적용했으며 판결이 논리정연하고 구체적이었다고 판단하였다. 재판소는 이러한 판단과 다른 판단을 할 이유를 찾을 수 없다. 이 사건과 관련하여 국내법원의 국내법 적용이 자의적이거나 명백히 부당하지 않았다는 점을 인정한다.

28. 그러므로 협약 제35조 제3항(a)과 제4항에 따라 이 청구 또한 근거가 불충분한 것이 명백하므로 각하되어야 한다.

B. 협약 제10조 관련 청구

29. 청구인은 공적 관심사에 대한 자신의 견해를 밝힌 것에 대해 유죄 선고를 한 것은 것은 협약 제10조가 보장하는 자신의 권리를 침해한 것이라고 문제 제기하였다. 제10조는 아래와 같다:

“1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.”

30. 청구인은 자신의 의도는 국가적·인종적·종교적 증오, 불화 또는 불관용을 선동하려는 것이 아니라 공공의 관심사에 대해 의견을 개진하려던 것뿐이라고 주장하였다. 그는 단지 스텝스카 공화국의 고위 정치 관계자들이 빈번히 분리 독립을 요구하는 것에 대해 반응을 보인 것뿐이라는 것이다.



31. 재판소는 청구인의 유죄 판결이 그의 표현의 자유에 대한 “제한”에 해당한다는 점을 인지한다. 이러한 제한은 “법률에 근거”하고 있고 협약 제10조 제2항에 언급된 한 가지 이상의 정당한 목적을 추구하여야 하며, “민주사회에서 필요한 것”이어야 한다. 이를 충족하지 못하면 그 제한은 제10조 위반에 해당한다.

32. 이 사건에서의 제한은 법률, 즉 2003년 브르치코 형법 제160조 제1항에 근거한 것이다(위 문단 13 참고). 또한 재판소는 제10조 제2항에서 언급한 정당한 목적 중 최소 한 가지, 즉 타인의 명성과 권리의 보호라는 목적을 추구했다는 점을 인정한다.

33. 재판소는 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이라는 점을 반복해서 말한다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 “정보” 혹은 “견해”에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 “정보” 혹은 “견해”에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 “민주 사회”는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다(*Perincek v. Switzerland* [GC], no.27510/08, 문단 196(i), ECHR 2015(발췌)).

34. 재판소는 처음부터 다음의 사실을 밝힌다. 청구인이 국내 법률에 따라 유죄 판결을 받은 위법 행위가 청구인의 행위로부터 발생했는지를 검토하는 것은 재판소의 역할이 아니다(*Pavel Ivanov v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일, 그리고 *Belkam v. Belgium*(dec.), no.34367/14, 문단 29, 2017년 6월 27일, 준용하여 참고). 재판소의 과업은 권한을 가지는 당국의 역할을 대신하는 것이 아니라 제10조에 따라 당국이 내린 결정을 검토하는 것이다. 재판소가 해야 할 일은 이 사건을 전체적으로 고려하여 청구가 제기된 제한을 검토하는 것이다. 여기에는 청구인의 발언 내용과 그 발언이 나온 맥락도 포함된다(*Cumpăna and Marzare v. Romania* [GC], no.33348/96, 문단 89, ECHR 2004-XI).

35. 재판소는 그 제한이 추구하는 정당한 목적에 비례적이었는지, 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 이유들이 적절하고 충분했는지를 판단해야 한다. 그 과정에서 재판소는 국내 기관들이 제10조가 구현하고자 하는 원칙과 일치되는 기준을 적용했는지, 관련 사실들을 용인될 수 있는 방식으로 평가했는지 살펴야 한다(*Perincek*, 위 인용, 문단 196(iii) 참고).

36. 이 사건과 관련하여, 재판소는 청구인이 대중이 접근 가능한 인터넷 포럼에 다수의 글을 게시했고, 그 글들에서 스텝스카 공화국의 분리독립으로 전쟁이 발생 할 경우 세르비아인 마을과 브르치코 지역 내 이웃 마을에 대해 취해야 할 군사적 행동을 기술했다는 점을 알고 있다. 국내 법원은 이 글들이 국가적·인종적·종교적 증오, 불화, 혹은 불관용의 선동(위 문단 5, 6, 9 참고)이라는 위법 행위의 구성 요소를 갖추었다고 판단하였다.

37. 항소 법원은 게시글이 가설의 형식(즉, 실현 가능성이 거의 없는 전쟁 시나리오에 대하여)으로 작성되었다는 점을 인정하였다. 그러나 법원은 그 게시글들의 내용이 브르치코 지역의 특정 민족 집단에 대한 전략적 행동을 주장하는 매우 부적절한 형태의 의견으로 공통의 관심사인 시사적 주제에 대해 자유로운 의견을 표현한 것이라고는 보기 어렵다고 결론내렸다(위 문단 9 참고). 거기에 더해 법원은 청구인이 특정 민족 집단에게 매우 모욕적인 표현을 사용했다고 판단하였다. 문제가 있는 결정을 취소하거나 재심을 위해 환송할 권한을 가지는 헌법재판소는 -제6조 검토 시 이미 언급한 바 있음(위 문단 27 참고)- 이 근거가 적절하고 충분하다고 인정하였다(위 문단 12 참고).

38. 이러한 관점에서 재판소는 사실을 검토하고 해석하며 국내법을 적용하는 것에는 국내 기관이 더 적합하다는 점을 반복해서 말한다(*Dilek Aslan v. Turkey*, no.34364/08, 문단 76, 2015년 10월 20일, 준용하여 참고).

39. 재판소는 비록 가상 상황을 가정하여 작성한 것이기는 하지만 청구인이 올린 게시글의 주제가 분쟁 이후 보스니아 사회의 민족적 관계라는 매우 예민한 사항을 다루고 있음에 주목한다. 더군다나 국내 법원은 이 사건을 제 10조에 구현된 원칙에 맞추어 신중하게 검토하였고 청구인의 유죄 판결에 대해 적절하고 충분한 근거를 제시하였다.

40. 마지막으로 재판소는 제한의 비례성을 검토 할 때 부과된 형벌의 성격과 정도 또한 고려해야 하는 요소라는 점을 반복해서 말한다(*Surek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 64, ECHR 1999-IV). 이 사건에서 재판소는 관련 위법 행위와 관련한 최고 형이 5년의 구금형이라는 것을 알고 있다. 청구인은 1년 구금형에 집행유예 3년을 선고 받았고, 개인 컴퓨터와 노트북을 압수 당하였다(위 문단 5 참고). 이 사건의 정황을 고려했을 때, 재판소는 청구인에게 부과된 형량이 과하지 않다고 판단한다.

41. 이 사건의 전체 상황을 검토한 결과 재판소는 청구인의 표현의 자유에 대한 권리의 제한이 제10조의 위반이 아니라고 판단한다.

42. 따라서 이 청구는 근거가 불충분한 것이 명백하므로 협약 제35조 제3항(a) 및 제4항에 따라 각하되어야 한다.

C. 기타 청구

43. 재판소는 협약 제9조와 제14조에 근거하여 청구인의 나머지 청구를 검토하였다. 재판소의 관할에 속하는 범위 내에서 관련된 모든 자료를 검토한 결과 재판소는 협약에 구현된 자유와 권리에 대한 침해라고 판단할 만한 어떤 것도 발견하지 못했다. 그러므로 이 청구 또한 그 근거가 불충분한 것이 명백하므로 협약의 제35조 제3항(a) 및 제4항에 따라 각하되어야 한다.



이러한 이유로 재판소는 만장일치로, 이 청구는 받아들일 수 없음을 선언한다.

영어로 작성되었고 2018년 2월 8일 서면으로 통지하였다.

Andrea Tamietti

부서기

Carlo Ranzoni

재판장



5. Nix v. Germany

2018년 3월 13일(심리적격 여부에 대한 결정)

이 사건은 나치 지도자와 스와스티카 사진을 자신의 블로그에 올린 것에 대하여 청구인이 유죄 판결을 받은 것에 관한 것이다. 청구인은 국내법원이 자신의 블로그 포스팅은 이주 배경을 가진 아동을 차별하는 학교와 고용사무소에 혐의하려는 의도로 쓰인 것이라는 사실을 고려하지 않았다고 주장하였다.

재판소는 이 청구는 근거가 없는 것이 명백하므로 받아들일 수 없다며 각하하였다. 재판소는 청구인이 전체주의적 선전을 퍼뜨리거나 폭력을 선동하거나 증오표현을 할 의도가 없었고, 자신이 공익과 관련된 논쟁에 기여하고 있다고 생각할 수 있었다는 점은 받아들였다. 그러나 재판소는 국내법원이 그가 스와스티카가 있는 전 SS 지도자인 하인리히 힘러(Heinrich Himmler)의 사진을 “사람들의 눈길을 끌기 위한” 장치로 썼다고 결론 내린 것에 대해 비난 받을 수 없다고 보았다. 스와스티카는 반헌법적 조직의 상징을 사용하는 것을 처벌하는 법률이 금지하는 상징 중 하나였다(소위 “소통 금기”라고 불림). 국내 판례법은 이에 대한 형사적 책임을 면제받으려면 그러한 상징을 비판적으로 쓰는 것만으로는 충분하지 않으며 나치 이데올로기를 분명하고 확실하게 반대해야 한다고 밝히고 있다. 청구인의 사건에서 재판소는 청구인이 자신의 블로그 포스팅에서 나치 이데올로기를 분명하고 확실하게 거부하지 않았다는 국내법원의 평가와 다른 평가를 내릴 이유를 찾지 못하였다. 따라서 재판소는 국내 당국이 청구인의 표현의 자유에 대한 권리를 제한한 것에 대하여 적절하고 충분한 이유를 제공하였고, 이 사건에서 주어진 재량 여지를 넘지 않았다고 결론 내렸다.

Hans Burkhard NIX v. GERMANY

(청구번호 35285/16)

결정

2018년 3월 13일 유럽인권재판소(5부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Erik Møse, *재판장*,

Angelika Nußberger,

Yonko Grozev,

Síofra O’Leary,

Mārtiņš Mits,

Lətif Hüseynov,

Lado Chanturia, *판사*,

Claudia Westerdiek, *부문 서기*,

2016년 6월 14일 제기된 위 청구에 대하여 심리하였고, 다음과 같이 결정하였다:

사실관계

1. 청구인 한스 버크하르트 닉스는 1954년에 태어나 뮌헨에 거주하는 독일 국적자이다.

A. 사건의 배경

2. 청구인이 제출한 바에 의하면 이 사건의 사실관계는 다음과 같이 요약될 수 있다.



1. 사건의 배경

3. 논란은 연방고용부 지방기구(이하 “고용사무소”)의 직원과 청구인이 네팔계 독일인인 청구인의 딸과 관련하여 주고받은 서신에서부터 시작되었다. 2014년 3월 초에 고용사무소는 청구인의 딸에게 “2014년 9월 이후 귀하의 전문성 개발”이라는 제목의 편지를 보냈다. 고용사무소는 빠르면 2015년 여름에 학업을 마칠 예정인 18세인 그녀에게 2014년 9월 이후에 학업을 계속할 것인지 아니면 직업훈련이나 제3의 학업을 시작할 것인지에 대한 설문지를 작성해달라고 요청하였다. 또한 최근 학교 성적표의 사본도 제출해 줄 것을 요청하였다. 더 나아가 그 서신에는 청구인의 딸이 직업훈련을 받고 싶으면 직원이 고용사무소에 그녀를 등록해주겠다고 쓰여있었다. 직업훈련의 공석을 차지하기 위해서는 등록을 하는 것이 매우 중요하기 때문에 직원에게 연락하라고 되어 있었다.

4. 청구인은 자신의 블로그를 운영하는데, 거기에 경제, 정치 그리고 사회에 관한 글들을 썼다. 그는 2014년 3월 20일부터 2014년 5월 13일까지 고용사무소와 그의 딸 사이에 주고받은 내용과 관련하여 6개의 글을 게재하였다.

5. 2014년 3월 20일 게재된 “고용사무소의 [직원의 이름], 원격 진단 교육 전문가”라는 제목의 첫 번째 글에서 청구인은 그가 2014년 3월 18일 고용사무소 직원과 주고받은 이메일을 게시하였다. 주고받은 이메일에서 청구인은 고용사무소가 서신을 통해 관련 내용을 요청하는 목적에 대해 문의하였고, 직원은 해당 법률에 따라 청구인의 딸이 학업에서 직업훈련으로 전환되는 것 또는 제3의 학업을 진행하는 것과 관련된 연락 담당자라고 응답하였다. 그는 더 나아가 맞춤형 상담을 제공하기 위하여 현 상태에 대한 정보가 필요하며 특히 그녀가 계획대로 올여름에 학업을 마무리할 것인지 아니면 고용사무소가 보충 수업에 재정지원을 해야 하는지에 대하여 정보가 필요하다고 하였다. 청구인은 며칠 내에 직원에게 답변을 주겠다고 말했다.

6. 2014년 3월 23일 오전 1시 52분에 게재된 그의 두 번째 게시물에서 청구인은 고용사무소 직원에게 “딸의 양육권을 가진 아버지로서 전문성 개발과 관련된 의사결정에 고용사무소가 개입하는 것을 절대 용납하지 않을 것”이라고 재차 강조했다. 그는 고용사무소 직원의 서신과 이메일의 배경에는 고용사무소가 인종주의적이고 차별적인 태도로써, 그의 딸이 값싼 노동력의 일부가 되도록 압박하려는 의도가 있다고 주장하였다. 청구인은 여러 블로그 게시물에 그 문제를 언급하겠다고 말하였다. 장문의 게시물은 법적 측면과 관련이 있을 것이며 그 중에서도 연방 헌법재판소의 판단과 판시 내용을 참조할 것이라고 했다. 그는 또한 고용사무소의 그 직원과 고용사무소 전체가 ‘인종주의와 불관용에 반대하는 유럽위원회(ECRI)’의 보고서 CRI(2014)2에서 독일에 대하여 언급한 아주 흥미로운 내용을 인지하도록 만들어줄 것이라고 했다. 또한 2002년 12월 13일 채택된 ‘인종주의 및 인종적 차별을 방지하기 위한 국가적 법률’에 대한 ECRI의 일반정책권고 7번을 알려줄 것이라고 했다. 더 나아가, 청구인은 이 문제에 관해 국내 및 국제 기구들을 접촉할 것이며 관련 내용을 블로그에 모두 게시하겠다고 했다. 그는 그 다음 게시글에서 고용사무소

직원의 이메일에 담긴 “맞춤형 상담을 위해 현 상황에 대한 정보가 필요하다([말하자면] 학교 성적표).”라는 문장에 대해 언급할 것이라고 했다.

7. 같은 날 오전 7시 16분, 청구인은 1쪽이 넘는 분량의 성명서를 게시하였다. “[직원의 이름]가 저임금 [경제]에 ‘맞춤형’ 통합을 제공하다”라는 제목하에, 그는 과거 SS 대장 하인리히 힘러의 사진을 게시하였는데 사진 속 힘러는 SS 제복을 입고 앞주머니에(스와스티카를 포함하는) 나치당의 배지를 달고 스와스티카 완장을 찬 모습이었다. 사진에서 보듯이 완장에 있는 스와스티카의 지름은 0.7cm였다. 청구인은 그 사진 옆에 나치점령기 당시 동유럽에서 힘러가 아동의 교육과 관련하여 발언한 것을 적었는데 자녀들에게 좋은 교육을 제공하기를 원하는 부모들은 SS와 경찰 지도부에 신청하라는 것이었다. 청구인은 인용문과 사진 둘 다 출처를 표시하였다.

8. 사진과 인용문 아래에, 청구인은 고용사무소 직원의 이름을 공개하였으며, 그 직원이 청구인에게 보낸 이메일의 “맞춤형 상담을 위해 나는 현 상황에 대한 정보가 필요하다([말하자면] 학교 성적표)”라는 문장에 관한 논쟁을 진행하려고 한다고 썼다. 청구인은 직원이 사회보장법에 따른 상담 권한에 근거하여 행동하고 있다고 그에게 안내하였으나 청구인의 관점에서는 관련 직원과 고용사무소 전체가 “상담 임무”를 별로 중요하게 여기지 않는 것으로 보인다고 했다. 그는 2013년 11월과 2014년 2월 딸의 통학비 환급을 요청하기 위해 고용사무소에 연락했지만, 답신을 받지 못하였고, 고용사무소의 그 누구도 딸에게 관심을 보인 적이 없었으므로 “맞춤형 상담”이 전혀 진심으로 느껴지지 않는다고 했다. 새로운 교육 정책이 시행되기 전에는 그의 딸도 학교에서 무상급식을 할 수 있었지만, 그 지원 또한 중단되었다. 고용사무소의 직원들이 청구인 딸의 관심사, 강점과 약점에 대하여 사전지식 없이 그녀의 학교 성적표만 보고 “맞춤형” 조언을 할 수 있다면 텔레파시의 능력이 있는 것이다. 고용사무소는 청소년들이 학업을 지속하는 것을 어렵게 만드는데 모든 노력을 기울이고 있다. 청구인은 고용사무소에서 온 이메일에서 보충 수업을 제공하겠다는 또 다른 문장과 관련하여 “필요한 경우에” 글을 쓰겠다고 마무리하였다. 이 게시글의 일부는 저속하고 공격적인 언어로 작성되었다.

9. 2014년 3월 25일 청구인은 “고용사무소의 [직원의 이름]이 나의 딸을 위한 개인맞춤형의 보충 수업을 제공할 것인가”라는 제목의 게시글을 게시하였다. 그 글에서 청구인은 사무소 직원이 인종적 프로파일링에 근거하여 행동하고 있으며 어떤 사람의 출신이 그 사람의 성공 전망에 대한 의심을 불러일으킨다는 인상을 받는데 이는 부끄러운 일이라고 생각한다고 했다. 그는 2014년 3월 27일과 2014년 5월 13일 두 번 더 글을 게시하였으며 두 번째 게시글에서 그 직원을 “비열한 직원”이라고 언급하였다.

10. 여섯 개의 게시글 모두 공통적으로 각각의 제목을 가지고 다른 사진을 게시하며 시작했지만, 세 번째 게시글만이 나치 상징을 특징적으로 게시하였다(위 문단 7 참고). 블로그의 다른 어떤 글에도 다섯 개의 게시글에 대한



링크가 포함되어 있지 않았다. 어떤 게시물에서도 청구인의 딸이 네팔계 독일인이며 청구인이 사회복지 급여를 받고 있다는 것은 언급하지 않았다.

11. 이 사건 직전에 독일 언론은 사회복지 급여를 받는 부모의 자녀들이 과도하게 직업훈련으로 내몰리고, 이주민 출신 자녀들이 학교와 고용사무소에서 차별을 받는다는 항의를 보도하기도 했다.

12. 2014년 12월 17일 데이터 보호와 정보 자유를 위한 연방위원회는 청구인의 딸에게 서신을 보내, 고용사무소가 그녀에게 최근 학교 성적표를 제출하도록 요청한 것이 불법이라는 것을 안내해주었다. 이는 그녀의 아버지가 그녀의 학교 등록증을 고용사무소에 제출하였고, 그녀의 졸업이 임박하지 않았으며, 그녀가 학업을 마치지 못할 것이라는 의심을 고용사무소가 입증하지 못했다는 사실에 근거한 것이었다.

2. 문제가 된 소송절차

13. 2014년 10월 21일 뮌헨 검찰 당국은 청구인이 2014년 3월 23일 게시한 세 번째 블로그 게시물에서 위헌 조직의 상징을 사용하는 범죄를 저질렀다는 혐의(위 문단 7과 8 참고)로 청구인에 대한 형사소송 절차를 개시하였다. 기소장은 청구인이 스와스티카 완장을 차고 나치 제복을 입은 앙겔라 메르켈과 콧수염을 기른 히틀러 초상화의 사진을 공표하였다는 이유로 2014년 2월 10일 뮌헨 지구법원(District Court)으로부터 유죄를 선고 받았다는 정보를 포함하고 있었다. 그러나 그 판결은 기소 시점에서 아직 확정된 상태는 아니었다.

14. 검찰 당국은 또한 2014년 5월 13일 게재된 청구인의 게시물에서 고용사무소 직원을 “비열한 직원”(위 문단 9 참고)이라고 부른 것에 대하여 명예훼손 혐의를 적용하였다. 명예훼손 혐의에 대한 절차는 이후 항소심에서 중단되었다(아래 문단 25 참고).

15. 2014년 11월 10일 청구인은 기소와 관련하여 블로그 글을 게시하였는데, 스와스티카가 그려진 다양한 깃발 뿐만 아니라 제복을 입은 하인리히 힘러, 아돌프 히틀러, 헤르만 괴링이 나오는 많은 사진을 게시하였다. 재판소는 그 블로그 글에 대하여 어떠한 형사소송이 제기되었는지에 대해서 정보를 갖고 있지 않다.

16. 2015년 1월 7일 뮌헨 지구법원(District Court)은 청구인이 2014년 3월 23일 블로그 글에 SS 제복을 입은 채 앞주머니에 (스와스티카를 포함한) 나치당 배지를 달고 스와스티카 완장을 찬 전 SS 대장 하인리히 힘러의 사진을 게시하여 위헌 조직의 상징을 사용(형법 제86a조 제1항 제1호 및 제86조 제2항-아래 문단 29 참고)하고 명예훼손을 한 행위에 대하여 유죄를 선고하였다. 법원은 그에게 위헌 조직의 상징을 사용한 것에 대하여 징역 4개월을 선

고하였고 명예훼손 행위에 대하여 하루 15유로씩 70일 벌금형을 선고하여 결과적으로 징역 5개월의 병합형을 선고하였다. 선고는 유예되었다.

17. 2015년 5월 6일 뮌헨 지방법원(Regional Court)은 청구인이 명예훼손 행위와 위헌 조직의 상징 사용을 이유로 그의 블로그 게시물에 스와스티카 완장을 차고 SS 제복을 입은 힌러의 사진을 게재함으로써 유죄 판결을 받은 것에 대해 제기한 항소를 기각하였다. 그러나 항소심은 위헌 조직의 상징 사용에 대하여 하루 10유로 기준 120일 벌금형으로, 명예훼손 행위에 대하여 하루 10유로 기준 40일 벌금형으로, 따라서 누적 하루 10유로 기준 140일 벌금형으로 형량을 감경하였다. 항소법원은 청구인이 표현의 자유를 믿고서 공익에 대한 논쟁에 기여했다는 주장에 대해 검토했으나, 그의 블로그 글이 형법 제86조 제3항에 열거된 목적 중 어느 하나에도 해당되지 않았기 때문에(아래 문단 29 참고) 받아들이지 않았다. 사진과 인용문 아래에서 시작한 게시글에서, 그는 힌러와 인용문 어느 것에 대해서도 언급하지 않았다. 오히려 그 게시글은 청구인의 딸 담당 고용사무소 직원에 대한 내용이었으며, 직원과 딸 사이에 있었던 일에 대한 것이었다. 지방법원은 청구인이 쓴 게시글과 힌러, 제3제국 혹은 제3제국의 교육정책 간의 아무런 관련성도 발견하지 못했다. 청구인도 그러한 관계에 대해 아무런 설명도 하지 않았다. 그는 스와스티카를 착용한 힌러의 사진과 인용문으로부터 거리를 두지도 않았다. 청구인이 나치즘을 거부하는지 여부도 명확하지 않았다. 법원은 청구인이 그 사진을 시선 끌기용 장치로 사용했다고 결론을 내렸는데, 위헌 조직의 상징 사용을 금하는 규정을 만든 이유가 누구도 그런 상징에 익숙해지지 않도록 선제적으로 모든 의사소통 수단으로부터 금하는 것(소위 “소통 금지”- 아래 문단 31 참고)이라고 지적했다.

18. 그러나 지방법원은 별도의 지식 없이 블로그를 읽은 독자가 힌러의 제복 앞주머니에 있는 기호가 나치당의 배지이고 스와스티카의 특징에 해당한다는 것을 눈치챌 수는 없었다고 판단했다. 그러므로 배지와 스와스티카를 게시한 행위는 형법 제86a조의 형사적 제재를 야기하지 않는다.

19. 2015년 6월 14일 청구인은 변호사 없이 상고를 제기하였다. 그는 소송절차와 실체법에 관한 규정이 지켜지지 않았다고 주장했다. 그는 전자에 대해서는 상세히 설명하지 않았다. 후자에 대하여 그는 독일 언론 전반에서 나치 상징이 나치 사상과 전혀 거리를 두지 않은 채로 널리 공개되었다고 주장했다. 그러한 측면에서 스와스티카 완장을 찬 힌러의 사진을 게시했다는 이유로 그를 제재함으로써 다른 사람들이 그러한 이미지에 익숙해지는 것을 예방할 수 있으리라는 것은 비현실적이었다. 게다가 그가 명백히 나치즘을 거부하지 않았다는 판단은 불합리하다: 블로그 게시글이라고 하는 것은 그것이 쓰인 맥락과 환경을 고려하여 총체적으로 검토되어야 한다. 청구인이 나치 이념을 거부했다는 사실은 게시글에 담긴 비판, 사진과 인용문, 그리고 그의 블로그 전체 내용에서 확연히 나타난다. 그의 블로그는 경제사회 문제에 관한 많은 게시물(청구인의 고용사무소 관련 내용을 포함하여)을 게재하고 있고 나치즘에 대해 전혀 호감을 보이지 않았다. 그는 블로거로서 언론인과 같은 표현의 자유를 누릴 수 있으며, 그의 글은 언



론에서 널리 논의되고 다양한 이해관계자들에 의해 언급되어 이민자 배경과 학업 성과 사이의 상관관계, 그리고 이민자 배경을 지닌 독일 어린이들에 대한 제도적 차별, 특히 값싼 노동력을 보유하려는 독일의 경제적 이해관계라는 주제의 공론화에 기여했다.

20. 2015년 6월 22일, 청구인은 2015년 6월 14일의 진술을 사실상 반복하여 지방법원 사무국에 공식적으로 기록하기 위해, 상고 이유를 구두로 진술했다.

21. 검찰 당국은 2015년 7월 8일 답변에서, 청구인이 지방법원의 판결이 실체법 규정 위반을 이유로 파기되도록 상고를 제기할 때 형식요건은 준수하였지만, 제출 서류의 일부가 형식요건을 충족하지 못했다고 했다(아래 문단 34-36 참고). 법원 사무국에 기록하도록 함으로써 상고 이유를 제시할 수 있기는 하지만, 법무관은 상고심 법원이 근거 없는 제출이나 불완전한 제출을 심사할 필요가 없도록 이를 알리고 심사하는 기능을 가지고 있었다(아래 문단 36 참고). 이번 건과 관련하여 2015년 6월 22일 청구인이 제출한 서류는 법무관이 메모했다시피 길이가 길고(21장) 인용문이 많으며 시간이 부족함에 따라(2시간), 비판적으로 이를 검토하는 것이 불가능했다. 따라서 상고 이유에 대한 청구인의 제출 서류는 각각의 형식요건을 충족시키지 못했다(아래 문단 36 참고).

22. 검찰 당국은 지방법원의 판결에는 오류가 없었다고 주장했다. 문제의 블로그 게시물은 시민교육을 목적으로 하거나, 현재 또는 역사적 사건이나 이와 유사한 목적을 위해 보도하는 미디어 콘텐츠와는 비교될 수 없어 형법 제 86조 제3항에 해당된다(아래 문단 29 참고). 지방법원은 청구인이 그 조항에 기댈 수 없는 이유를 철저히 정확하게 판단하였다. 그들은 청구인의 상고를 명백하게 근거가 부족함을 이유로 기각해 줄 것을 요청했다.

23. 2015년 7월 19일 답변서에서 청구인은 2015년 5월 30일 상고를 위해 변호인을 선임해 줄 것을 요청했으나, 지방법원 사무국에서 구두 진술 기록을 통해 상고를 제기할 수 있었기 때문에 2015년 6월 3일 이를 거절당했다고 적었다. 실질적으로 그는 이전에 제출한 문서에서 언급한 사항을 주로 되풀이하였다.

24. 검찰 당국은 2015년 7월 28일 명예훼손죄와 관련하여 그 형량이 위헌 조직의 상징 사용에 비해 경미하다는 이유로 상고심 재판부에 재판 중단을 요청했다.

25. 2015년 8월 4일, 뮌헨 주상급법원(상고심 법원)은 위헌 조직의 상징 사용으로 인한 유죄 판결과 관련하여 청구인의 상고를 기각하고, 이와 관련하여 지방법원이 정한 하루 10유로 기준 120일 벌금형의 별도 선고를 확정했다(위 문단 17 참고). 지방법원의 논거를 지지하고 2015년 7월 8일 검찰 당국의 제출문서를 언급하면서, 형법 제86a조 제1항의 적용은 형법 제86조 제3항이 다루는 상황들을 넘어서 그 사람이 나치 사상의 목적과 분명히 거리를 둔 것이 전체 사건의 정황으로부터 명백하게 드러난 경우에만 제한될 수 있었다고 덧붙였다.

26. 2015년 9월 2일 청구인은 표현의 자유에 대한 권리에 근거하여 헌법소원심판을 청구하였다. 그는 *Vajnai v. Hungary*(no.33629/06, ECHR 2008) 사건을 언급하였는데, 이는 재판소가 등록된 정당에 의해 합법적으로 조직된 평화적 시위에서 법치주의에 저항할 의도 없이 적색 별을 단 것이 전체주의의 선전에 이르는지에 대한 아무런 증거도 요청하지 않았으면서 적색 별을 착용했다는 이유만으로 청구인에게 유죄를 선고한 것은 협약 10조의 위반에 해당한다고 한 사건이다. 독일 법원의 접근은 재판소의 판례법이 제시한 요건에 미치지 못했다. 그는 그 조항에 따라 보호를 받는 것은 언론인만이 아니라는 점, 소집단과 개인, 비주류 집단들이 일반적인 공익에 대한 논쟁에 기여하도록 하는 강력한 공익이 있다는 점, 그리고 그의 블로그 게시물과 같이 특히 인종차별과 관련된 경우(*Haguenuer v. France*, no.34050/05, 문단 49, 2010년 4월 22일 참고) 어느 정도의 과장은 용인(*Steel and Morris v. the United Kingdom*, no.68416/01, 문단 89-90, ECHR 2005-II 참고) 되어야 한다는 점을 강조했다.

27. 청구인은 지방법원과 상고심 법원이 블로그 게시를 둘러싼 모든 환경을 충분히 고려하지 않았다고 주장했다. 블로그 게시물의 내용 그 자체 및 모든 맥락으로부터-청구인이 고용사무소에 대해 언급했던 몇몇 블로그 게시물, 딸의 최근 학교 성적표 제출 요구의 불법성, 그리고 신자유주의 경제학 및 제도적 인종차별에 대한 그의 비판을 포함하여- 그의 의도가 고용사무소의 정책에 저항하고 공익에 대한 논쟁에 기여하는 것이었으며 나치 이념에 반대했다는 것은 명백했다고 주장했다. 법원들은 블로그 게시물에 대하여 다른 해석을 고려하지 않았으며 기본법 제5조와 협약 제10조에 의해 보호되는 표현의 자유에 대한 그의 권리를 심사하지 않았다.

28. 2015년 12월 12일 연방헌법재판소는 헌법소원심판청구(no.1 BvR 2141/15)에 대한 심사를 거부했다. 헌법재판소는 헌법소원심판청구가 받아들여질 수 없다고 판단했으나, 그 이유를 밝히지는 않았다. 이 결정은 2016년 1월 20일 청구인에게 전달되었다.

B. 관련 국내법과 관습

1. 형법

29. 형법 관련 규정은 다음과 같다:

제86조[위헌 조직 선전물 반포]

“(1) 다음 각호의 1에 해당하는 선전물을 국내에 반포하거나, 반포할 목적으로 국내 또는 국외에서 제조, 보관, 반입 또는 반출하거나 공연히 전자기록을 통하여 그 접근을 용이하게 한 자는



1. 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 그와 같은 정당의 대체 조직임이 확정된 정당이 나 조직의 선전물;

2. 헌법 질서나 국제적 이해와 합의에 반하는 목적을 추구한다는 이유로 금지된 조직 또는 그와 같은 금지된 조직의 대체 조직임이 확정된 단체의 선전물;

3. 제1호 및 제2호에 기재한 정당이나 조직의 목적을 위하여 활동하고 있는 독일연방공화국 외의 정부, 조직 또는 기관의 선전물;

4. 과거 국가사회주의 조직의 목표를 계속 추구할 것을 내용으로 하는 선전물;
3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다...

(3) [문제가 되는] 선전물 또는 선전행위가 시민교육, 위헌적 계획의 [저지], 예술... , 학문, 연구·교육의 증진, 현재 사건이나 역사적 사건에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적을 [위한] 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다.

(4) 법원은 책임이 경미한 경우 동조에 의한 형을 면제할 수 있다.”

제86a조(위헌 조직 상징 사용)

“(1) 누구든지

1. 제86조 제1항 제1호, 제2호 및 제4호에 규정된 정당이나 조직의 상징을 국내에 반포하거나, 집회에서 또는 행위자에 의하여 반포된 문서에서 이를 공연히 사용한 자; 혹은

2. 제1호에 규정된 상징을 표현하거나 포함하고 있는 물건을 반포 또는 사용할 목적으로 제조, 보관, 반입 또는 반출한 자는 3년 이하의 자유형이나 벌금형에 처한다.

(2) 제1항에 의한 상징이란 특히 기, 휘장, 제복, 표어 및 경계 형식 등을 [말한다]. 구분이 불가능할 정도의 유사물은 제1문에서 명시한 상징으로 본다.

(3) 제86조 제3항 및 제4항은 동일하게 적용된다.”

30. 연방대법원은 1972년 10월 18일 no.3 StR 1/71 I 판결에서 형법 제86a조의 취지를 명확하게 밝혔다. 금지된 조직의 부활이나 이들이 추구하는 위헌적 발상을 막겠다는 것이다. 이 조항은 또한 그러한 부활의 출현을 막을 뿐

만 아니라 독일 정계에 대한 국내외 관찰자 입장에서 독일 국내 정치가 각각의 상징이 구현한 경향의 반헌법적 노력을 용인함에 따라 법치주의에 반하는 방식으로 발전해 왔다는 어떠한 인식도 허용하지 않음으로써 정치적 평화를 유지하고자 하는 목적도 있다. 그러한 인식과 그에 따른 반응은 정치적 평화를 현저하게 손상시킬 수 있다. 나아가 형법 제86a조는 금지된 반헌법적 조직 상징의 사용이 -사용 의도와는 관계없이- 일반화되는 것을 방지하고자 하는데, 이는 독일 정치 생활에서 그러한 상징들이 금지되지 않으면 그 상징들이 의미하는 정치적 목표를 지지하는 사람들이 아무런 위험 없이 그런 상징들을 사용하는 상황을 초래할 수 있기 때문이다.

31. 그럼에도 불구하고 1972년 판결에 따르면, 형법 제86a조의 목적을 고려할 때 상징의 사용이 그 조항의 범위 내에 포함되기 위해 위험적 목적을 지지하기 위해 사용되었다는 증거가 있어야 하거나, 금지된 조직의 목적을 지지하는 것으로 해석되거나, 입헌민주주의에 대한 구체적인 위협이 될 필요는 없다. 이 조항은 원칙적으로 독일 정치 생활에서 이러한 상징을 금지하고 “소통 금지”를 확립한다(연방헌법재판소, 2006. 7. 1. 결정 no.1 BvR 150/03).

32. 형법 제86a조의 광범위성에 비추어 볼 때, 국내 법원은 이 법 제86조 제3항이 다루는 상황 이외에도 그 적용 범위를 제한하고 상징의 사용이 조항의 목적에 위배되지 않거나 오히려 그 목적을 강화한다고 추정되는 경우에 면책하였다(연방대법원, 2007. 3. 15. 판결, no.3 StR 486/06 참고). 판결에 따르면 위험 조직의 상징 사용이 형법 제86a조 범위 안에 포함되지 않으려면 위험 조직과 그 이념에 대한 반대가 분명하고 명확하며 관찰자가 즉시 인정할 수 있어야 한다. 이런 경우에 형사책임을 부과하게 되면 나치 상징을 공격함으로써 나치 사상의 부활에 저항하고자 하는 사람들의 표현의 자유와 조화를 이루기 어려울 것이다. 그러나 이러한 표시가 중첩적인 의미를 가지거나 나치 사상에 대한 거부 의사를 명확히 보여주지 않는 경우 이러한 표시는 조항의 목적에 위배되며 그 적용 범위에서 제외되지 않는다. 더욱이 조항의 “금지 기능”에 비추어, 특정 행위가 규정의 적용 범위에서 면제되기 위해서 비판적 목적을 추구한 행위로는 충분하지 않다(연방헌법재판소, 2006. 3. 23. 결정, no.1 BvR 204/03 참고). 어떤 위험 조직의 상징을 사용한 것이 법 제86a조의 적용 범위에서 면제되는지 여부를 평가하기 위해서는 사건의 모든 정황을 고려해야 한다(연방대법원, 2008. 10. 1. 결정, no.3 StR 164/08 참고).

33. 위험 조직인 SS의 유일한 지도자라는 힘러의 지위를 고려할 때, 제복을 입은 그의 사진을 공개적으로 보여주는 것은 그 자체로 형법 제86a조에서 규정하는 위험 조직의 상징 사용에 해당한다(뮌헨 주상급법원 2015. 5. 7 재판, no.5 OLG 13 Ss 137/15 참고).

2. 형사소송법



34. 형사소송법 상 관련 규정은 다음과 같다:

제344조[상고의 이유]

“(1) 상고인은 판결에 불복하고 그 파기를 신청(상고의 신청)하는 범위에 대하여 설명하고 그 신청에 대한 이유를 제시하여야 한다.

(2) 상고이유에는 절차에 관한 법규범 위반을 이유로 판결에 불복하는 것인지 또는 다른 법규범 위반을 이유로 한 것인지를 밝혀야 한다. 전자의 경우에는 이러한 흠결을 포함하는 사실을 적시하여야 한다.”

제345조[상고 이유 제출기간]

“...

(2) 피고인은 변호인이나 변호사가 서명한 서면 또는 법원 사무국의 조서에 기재하는 방법을 통해서만 상고를 신청하고 그 근거를 제시할 수 있다.”

35. 소송절차 규정 위반을 주장하는 상고는 형사소송법 제344조 제2항 제2문 상 흠결을 구성하는 사실을 명시해야 하지만, 만일 상고인이 실체법 조항 위반을 주장하면, 그 주장만으로도 상고할 수 있다; 상고 이유를 상세히 설명할 필요도 없다. 상고인이 실체법 조항 위반을 주장하는 상고에 대해 구체적인 근거를 제시하지 않거나, 그와 관련하여 유효한 제출을 하지 않는 경우, 상고심 법원은 판결이 실체법 조항을 위반했는지 여부를 직권으로 심사해야 한다.

36. 상고 이유가 변호사의 서명이 있는 의견서 형태로 제출되지 않고 구두로 제출된 경우(법원 사무국에 기록되기 위하여), 형사소송법 제345조 제2항은 국내 법원의 일관된 판례에 따라 법무관이 상고인의 이익을 보호하고 상고심 법원이 근거가 없거나 이해할 수 없는 진술을 심사하지 않도록, 공식적인 요건에 따라 관련 진술에 관하여 조언하도록 요구하고 있다(예를 들면 연방대법원, 1996. 6. 21. 결정 no.3 StR 88/96 참고). 따라서 법무관이 상고인이 구술한 것만을 기재하거나 상고인이 작성한 의견서를 복사하는 경우, 원칙적으로 상고 이유에 관한 진술은 받아들여지지 않는다(위와 같은 판례).

청구요지

37. 청구인은 2014년 3월 23일 자신의 블로그에 올린 글에서 위헌 조직의 상징(이 경우 SS 제복을 입은 힘러의

사진)을 사용한 범죄에 대해 형사 유죄 판결을 받은 것과 관련하여 협약 제10조에 의한 보호를 주장하였다.

판단

38. 재판소는 연방헌법재판소가 청구인의 헌법소원심판청구에 대하여 어떤 요건이 흠결에 해당하는지 지적하지 않고 각하했다는 점에 주목한다(위 문단 28 참고). 사진 파일로부터 헌법소원의 각하 사유가 명확하지 않다는 것을 관찰하였다(*Colak and Others v. Germany*(dec.), nos.77144/01 및 35493/05, 2007년 12월 11일; *Karabulut v. Germany*(dec.), no.59546/12, 문단 40, 2017년 11월 21일 비교대조). 특히 청구인이 헌법소원심판을 청구하는데 필요한 특정한 형식요건을 충족하지 못 했는지 여부가 명확하지 않았다. 왜냐하면 그는 상고심 결정 이후 국내법상 주어질 한 달 기한 내에 청구를 하였다고(위 문단 25, 26 참고), 상고심 법원이 그의 상고 이유에 대한 본안 심리에 들어갔었기 때문이다(위 문단 25와 *Gäfgen v. Germany* [GC], no.22978/05, 문단 143, ECHR 2010 참고). 재판소는 청구인의 헌법소원이 각하된 이유를 확정하는 위치에 있지 않다(*Annen v. Germany*, no.3690/10, 문단 39, 2015년 11월 26일 참고). 그러나 청구인이 협약 제35조 제1항에 의해 요구되는 바와 같이 국내 절차를 모두 소진했는지는 미확정으로 남겨질 수 있다. 왜냐하면 이 청구는 아래에 명시된 이유와 같이 협약 제35조의 제3항(a)의 의미 내에서 명백히 근거가 부족하여 받아들여질 수 없기 때문이다.

39. 청구인은 형법 제86a조 제1항(국내 법원에 의해 해석된 바와 같이)이 위헌 조칙의 상징을 사용하는 사람이 형사책임을 면하기 위해 나치 이념과 분명히 거리 두도록 요구하는 것은 표현의 자유에 대한 제한으로 민주 사회에 필요하지 않다고 주장하였다. 더 온건하지만 유사하게 효과적인 조치로는 각 조직이나 그들의 이념을 선전하기 위한 목적으로 사용한 경우에만 제재를 가하는 것을 들 수 있다. *Vajnai v. Hungary*(no.33629/06, ECHR 2008) 사건에서, 재판소는 전체주의 개념뿐만 아니라 다른 의미에도 사용할 수 있는 상징을 사용했다는 사실이 전체주의 사상과 동일시하기 위해 그 상징을 썼음을 보여주는 것은 아니라고 판단했다. 대신 맥락을 통해 평가를 해야 한다.

40. 이런 점에서 청구인은 국내 법원이 그의 블로그가 이주 배경을 가진 아동에 대한 차별과 나치에게 고용된 것만 같은 고용사무소 직원들의 업무 방식에 대한 저항이었다는 점을 고려하지 못하는 등 이 사건의 모든 정황을 고려하지 못했다고 제출하였다. 특히 국내 법원은 그가 자본주의에 대해 비판적으로 글을 올렸고, 고용사무소와 딸의 문제에 대해서도 여러 차례 글을 올렸지만 2014년 3월 23일 게시물만 따로 떼어서 보았다고 주장했다. 국내 법원은 고용사무소가 딸의 최근 학교 성적표 사본을 요구할 법적 근거가 없고, 사회복지 급여를 받는 사람의 자녀와 이주 배경의 자녀들이 학교와 고용사무소에서 차별을 받는다고 여러 매체가 보도한 사실을 당국이 인정했다는 점 또한 고



려하지 않았다고 주장했다. 그의 블로그 게시물은 이러한 차별과 제도적 인종차별과 관련하여 공익에 대한 논쟁에 기여하기 위함이었다.

41. 더 나아가 그는 스와스티카를 그런 방식으로 사용하지 않았고 힌리의 역사적 사진을 사용했다는 점도 고려되어야 한다고 주장했다. 만약 그가 스와스티카를 입고 있지 않은 힌리의 사진을 사용했다면, 이것은 형사적으로 제재를 받지 않았을 것이다. 마찬가지로 그러한 인용문의 복제가 금지되지 않은 점을 감안할 때 국내 법원이 왜 청구인에게 그 인용문으로부터 거리를 두지 않았는지 언급하는 것은 이해할 수 없다. 아무튼 청구인이 블로그 게시물에서 그 진술을 언급하지 않았다고 국내 법원이 여기는 것은 잘못된 것이다. 청구인은 나치 시대에 SS에 협조하도록 요구되었던 것처럼 이 시대에도 특히 외국 배경을 가진 아동과 청년이 직업적 성공을 성취하기 위해서 고용사무소와 협력해야 한다는 고용사무소 직원의 발언과 힌리의 발언을 대조한 것이다.

42. 협약 제10조는 아래와 같다:

“1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주 사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.”

43. 재판소는 협약 제10조가 통신의 수단으로서 인터넷에도 적용된다는 것과 인터넷에서 사진을 게재하는 것도 표현의 자유 권리 보호 범위 내에 속한다는 것을 재차 강조한다(*Ashby Donald and Others v. France*, no.36769/08, 문단 34, 2013년 1월 10일 참고). 재판소는 청구인이 2014년 3월 23일 그의 블로그 게시물에서 스와스티카 완장을 차고 SS 제복을 입은 힌리의 사진을 게시했다는 이유로 유죄 판결을 받은 것은 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유 권리에 대한 제한에 해당한다고 생각한다. 그러한 제한이 만약 제10조 제2항의 요구를 충족하지 못하면 협약 위반이 될 것이다. 따라서 그 제한이 "법률에 근거가 있는지", 제2항에 명시된 합법적인 목적 중 하나 이상을 추구했는지, 그리고 이러한 목적을 달성하기 위해 그 제한이 "민주 사회에서 필요한 것"이었는지를 판단해야 한다.

44. 재판소는 청구인에 대한 유죄 선고가 형법 제86a조에 근거하고 있다는 것에 만족한다. 재판소는 그 규정의 목적이 금지된 조직이나 이들이 추구하는 위험적 이념의 부활을 예방하고, 정치적 평화를 유지하며, 독일 정치 생활

에서 위헌 조항의 상정을 금지하기 위한 것이라는 점에 주목한다(위 문단 30 참고). 그러므로 재판소는 문제가 된 제한이 법률에 근거하고 무질서의 예방이라는 정당한 목적을 추구하였다고 생각한다.

45. 표현의 자유에 대한 제한이 “민주 사회에서 필요한”지 여부에 대한 질문과 관련한 근본원칙은 재판소의 판례에 잘 확립되어 있고 최근에 아래와 같이 요약되었다(*Perinçek v. Switzerland* [GC], no.27510/08, 문단 196, ECHR 2015 (발췌) 참고):

“(i) 표현의 자유는 민주 사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 “정보” 혹은 “견해”에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 “정보” 혹은 “견해”에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 “민주 사회”는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다.

(ii) 협약 제10조 2항에서 “필요한”이라는 형용사는 “긴박한 사회적 필요”라는 의미를 내포하고 있다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 판단함에 있어 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 “제한”이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 양립 가능한지 여부에 대한 최종 판결을 내릴 권한을 가지고 있다.

(iii) 감독 관할권을 행사하는 데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국가기관의 자리를 대신하는 것이 아니라 재량권 행사에 따른 정부의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국의 재량권 행사가 합당하고, 신중하고, 성실하게 이루어진 것인지를 확인하는 것에만 국한됨을 의미하지 않는다. 재판소는 사건 전체를 고려하여 문제가 된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 “적절하고 충분한지”, 제한이 “추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지” 여부를 판단해야 한다. 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 제10조에 구현된 원칙에 맞는 기준을 적용하였는지, 나아가 당국이 관련 사실을 수증 가능한 방식으로 평가했는지 여부를 확인해야 한다.

46. 재판소가 판례를 통해 일관되게 강조한 또 하나의 원칙은 협약 제10조 제2항에 따라 정치적 표현이나 공의에 대한 논쟁에 있어 그 제한의 범위가 매우 좁다는데 있다(더 많은 참고를 위해 위와 같은 판례 문단 197 참고). 동시에 재판소는 협약에 따른 권리 제한에 있어 긴박한 사회적 필요성이 있었는지를 검토할 때 항상 해당 회원국의 역사



적 맥락에 민감하게 반응해왔다(위와 같은 판례 문단 242 참고).

47. 나치의 참상을 경험한 국가들은, 역사적 역할과 경험에 비추어 볼 때, 나치에 의해 자행된 집단적 잔학 행위로부터 거리를 두어야 하는 특별한 도덕적 책임을 지고 있는 것으로 간주될 수 있다(더 많은 참고를 위해 위와 같은 판례 문단 243 참고). 재판소는 입법자들이 나치 상징의 사용을 형사적으로 제재하고, 독일 정치 생활에서 그러한 상징의 사용을 금지하며, 정치적 평화를 유지하고(또한 외국 관찰자들의 인식을 고려하고), 나치즘의 부활을 막기 위해 이러한 선택을 했다고 판단한다(위 문단 30 참고).

48. 재판소는 형법 제86조 제3항에 따르면 이러한 상징을 시민교육에 활용하고, 위헌적 계획을 저지하거나, 예술·과학·연구·교육을 증진하거나, 현재 또는 역사적 사건에 대해 보도하거나 이와 비슷한 목적으로 사용하는 경우 형사책임이 발생하지 않는다고 확인하였다(위 문단 29 참고). 또한 국내 법원은 형법 제86a조의 적용 범위를 제한하고 특히 나치 사상의 부활에 항의할 때 표현의 자유에 대한 권리를 충분히 존중할 수 있도록, 사용된 상징이 구현하는 이념에 대한 반대가 명백하고 분명한 경우를 포함하여 조항의 목적에 어긋나지 않는 상징의 사용에 대해서 면책해 주었다(위 문단 32 참고). 각 상징을 비판적으로 사용한다고 하여 국내법상 형사책임을 반드시 면제받을 수 있는 것은 아니다. 하지만 재판소는 사용된 상징이 포함하는 이념에 대한 반대가 "분명하고 명확한"(위 문단 32 참고) 경우 이 규정의 목적 중 하나에 따라(독일 정치 생활에서 각각의 상징을 완전히 금지하는 것) 형사책임을 면제해 주는 것은 표현의 자유에 대한 중요한 안전장치라고 생각한다.

49. 청구인의 유죄 판결 정황과 관련하여, 재판소는 청구인이 사용한 상징-스와스티카 완장을 차고 SS 제복을 입은 하인리히 힘러의 사진-이 나치 이념 외의 어떤 다른 의미가 있다고 생각하지 않는다(붉은 별과 관련해서는 *Vajnai v. Hungary*, no.33629/06, 문단 52 상세설명, ECHR 2008와 *Fratanoló v. Hungary*, no.29459/10, 문단 25, 2011년 11월 3일 비교대조). 재판소는 국내 법원이 SS 제복을 입은 힘러의 사진을 보여주는 것 자체가 형법 제 86a조 규정의 의미 상 위헌 조직의 상징 사용에 해당하는 것이라고 판결한 다른 판례에 주목한다(위 문단 33 참고).

50. 청구인은 이 사건에서 문제가 된 블로그 게시물을 게시하기 6주 전에 앙겔라 메르켈이 스와스티카 완장을 차고 히틀러 콧수염이 그려진 채 나치 제복을 입은 사진을 게시하여 동일한 유죄 판결을 받았기 때문에 관련 규정과 국내 법원의 판례를 알았음에 틀림이 없다(위 문단 13 참고).

51. 재판소는 청구인이 자신의 블로그 게시물에 스와스티카 완장을 달고 SS 제복을 입은 힘러의 사진을 게재한 것이 전체주의를 선전하거나 폭력을 선동하거나 중요표현을 할 의도는 아니었다는 점과 그의 표현이 위협적이지 않았다는 점을 인정한다. 재판소는 사회복지 급여를 받는 사람들의 자녀와 이주 배경을 갖는 아동들이 학교와 고용사 무소에서 차별을 받는다는 불만을 상세히 서술한 다양한 언론 보도가 있다는 사실도 인식하고 있다(위 문단 11 참

고). 청구인은 여섯 개의 블로그 연재물을 통해(위 문단 4-10 참고), 공익에 대한 논쟁에 기여하고자 했을 수도 있다.

52. 이에 국내 법원이 청구인에 대한 유죄 판결의 근거가 된 2014년 3월 23일 블로그 게시물을 고용사무소와 그의 딸 사이에 주고받은 내용에 관한 다른 블로그 게시물과 함께 검토해야 했어야 하는지 여부가 문제된다. 재판소는 해당 게시물 중 세 번째인 문제의 게시글에 청구인의 이전 게시물에 대한 언급이나 눈에 보이는 링크가 포함되지 않았음에 주목한다(위 문단 4-8과 10 참고). 게시물을 읽은 독자로서는 그 게시물이 공익에 대한 논쟁에 기여하기 위해 의도한 일련의 게시글 중 하나라고 즉각적으로 이해하기는 어려웠다. 독자의 눈에 띄는 특정한 모습, 즉 스와스티카 완장을 차고 SS 제복을 입은 힘러의 사진과 인용문, 그리고 아래에 쓰인 글만을 가지고 국내 법원이 청구인의 형사책임을 평가했다고 하여 비난받을 수는 없다.

53. 청구인 딸을 담당하는 고용사무소 직원에 대해 언급한 블로그 게시글에서 청구인은 고용사무소에 문의한 여러 질문들에 대해 답변을 받은 적이 없으며 당국이 그의 딸에게 무상급식을 제공하지 않고 통학비를 제공하지 않았다고 비판하였다(위 문단 8 참고). 게다가 그는 고용사무소가 아동의 필요를 알지 못하여 아동의 성장을 촉진하기는커녕 방해하고 있는 것에 대하여 비판하였다. 청구인의 딸이 외국 출신이고 차별을 받고 있으며 사회복지 급여를 받고 있는 것에 대해서는 어느 지점에도 언급되지 않는다(위 문단 7, 8, 10 참고). 고용사무소 직원의 요청(위 문단 3 참고)이 나치 체제 동안에 발생한 일과 비교될 만한 것이라는 이유를 제시하거나 그 유사성을 밝힌 것도 아니었다. 본문의 단 한 구절도 인종차별이나 차별을 언급하지 않았다. 따라서 재판소는 국내 법원이 본문과 나치 상징이 대표하는 정책 사이에 아무런 연관성이 없다고 판단한 점에 대해서도, 청구인이 이 사진을 '시선 끌기용 장치'로 사용했다고 결론을 내린 점에 대해서도 비난할 수 없다고 본다(위 문단 17과 25 참고).

54. 재판소는 위헌 조직의 상징 사용에 대한 제재 조항이 명백히 의도하는 바는 불필요한 상징의 사용을 모든 의사소통 수단으로부터 금지(소위 “소통 금기”-위 문단 31 참고)하여 누구든 특정 상징에 익숙해지는 것을 방지하려는 것임에 주목한다. 나치 상징을 비판적으로 사용하는 것만으로는 그러한 사용에 대한 형사책임을 면할 수 없다는 국내 법원의 판례는 명확하다(위 문단 32 참고). 오히려 나치 사상에 대한 명확하고 분명한 반대가 요구된다(위와 같은 판례). 이 사건의 정황을 고려할 때, 재판소는 청구인이 그의 블로그 게시물에서 나치 이념을 명확하고 분명하게 반대하지 않았다는 국내 법원의 평가를 반대할 이유를 발견하지 못했다(위 문단 17과 25 참고).

55. 120일 벌금형이 무시할 만한 수준은 아니지만, 재판소는 이후 소송절차에서 징역형이 벌금형으로 감경되었다는 사실(위 문단 16-17 참고)과 청구인이 불과 몇 주 전에 문제의 블로그 게시물 게시를 통해 비슷한 유죄 판결을 받았다는 사실에 주목한다.

56. 이번 사건에서 문제가 된 것과 같이 상징에 호소하는 것에 관한 한 독일의 역사적 경험은 협약 제10조에서



보장하는 청구인의 표현의 자유를 제한할만한 긴박한 사회적 필요가 있는지 여부를 결정할 때 고려해야 할 중요한 요소임을 거듭 강조한다. 이 사건의 모든 정황에 비추어 볼 때 재판소는 국내 당국이 적절하고 충분한 이유를 제시하였고 그들의 재량권을 넘어서지 않았다고 본다. 그러므로 그 제한은 추구된 정당한 목적에 비례적이고, 따라서 “민주 사회에서 필요한” 경우에 해당한다.

57. 따라서 청구는 명백히 근거가 없으며 협약 제35조 제3항(a) 및 제4항에 따라 각하해야 한다.

이러한 이유로, 재판소는 전원일치로, 이 청구를 각하한다. 영어로 작성하였고, 2018년 4월 5일 서면으로 통지하였다.

Claudia Westerdiek
서기

Erik Møse
재판장



6. Savva Terentyev v. Russia

2018년 8월 28일

이 사건은 블로그 포스팅의 댓글에서 경찰에 대한 모욕적인 발언을 한 후 혐오를 선동했다는 이유로 청구인이 유죄 판결을 받은 것에 관한 것이다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 특히 재판소는 청구인의 언어가 불쾌하고 충격적이기는 했지만, 그것만으로는 표현의 자유에 대한 그의 권리를 제한한 것을 정당화하기에 충분하지 않았다고 판시하였다. 국내법원은 그가 쓴 댓글의 전반적 맥락을 좀 더 잘 살폈어야 했다. 그의 댓글은 경찰에게 물리적 폭력을 쓰자는 실질적 요청이었다기보다는 청구인 자신이 경찰의 간섭이라고 본 것에 대해 분노를 표현하려는 도발적 시도였다.

SAVVA TEREITYEV v. RUSSIA

(청구번호: 10692/09)

판결

스트라스부르

2018년 8월 28일

최종본

2019년 4월 2일

본 판결은 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약 제44.2조(Article 44.2)에 따른 최종본이다. 편집에 따른 수정이 있을 수 있다.

Savva Terentyev v. Russia 사건과 관련하여 유럽인권재판소(3부문) 재판소는 다음과 같이 구성되어 있다.

Helena Jäderblom, 재판장,

Branko Lubarda,

Helen Keller,

Dmitry Dedov,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

María Elósegui, 판사,



Stephen Phillips, *부문 서기*,

2018년 7월 3일 비공개재판을 실시하고 해당일에 다음과 같은 판결을 채택했다:

사건의 경과

1. 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약(“협약”) 제34조에 따라 러시아 국적의 청구인 Savva Sergeevich Terentyev(“청구인”)이 러시아 연방을 상대로 제기한 청구(청구번호 10692/09)로 인해 본 소송이 시작되었다.

2. 청구인의 변호인은 식티프카르(Sykttyvkar)에서 활동하는 V. Kosnyrev이었다. 러시아 정부의 변호인은 전직 유럽인권재판소 주재 러시아연방 대표변호사인 G. Matyushkin이었다가 그의 후임인 V. Galperin로 교체되었다.

3. 무엇보다도 청구인은 인터넷에 게시한 댓글로 인해 형사재판의 유죄판결을 받은 것은 협약 제10조의 표현의 자유에 대한 권리를 침해하는 것이라고 주장했다.

4. 2016년 1월 7일 정부는 협약 제10조에 따른 청구에 대한 통지를 수령했으며, 청구서의 나머지 부분은 재판소 규칙54 제3조에 따라 증거불충분으로 판단되었다.

사실관계

I. 사건의 배경

5. 청구인은 1985년 출생했으며, 오스트리아 슈타이어마르크(Steiermark)에 거주 중이다.

6. 해당 기간에 청구인은 러시아 코미공화국의 식티프카르(Sykttyvkar)에 거주했으며 유명 블로그 플랫폼인 livejournal.com이 관리하는 블로그를 운영하고 있었다.

A. 사건의 배경

7. 2007년 2월 코미공화국에서 지역의원 선출을 위한 선거운동이 진행되고 있었다.

8. 2007년 2월 14일 경찰이 식티프카르 지역 신문 사무실을 “불시 수색”(unplanned inspection) 했다. 경찰은

사무실을 수색하고 컴퓨터에 설치된 소프트웨어가 위조라고 주장하면서 하드디스크를 압수했다.

9. 같은 날 지역 비정부기구인 코미메모리얼인권위원회(“메모리얼”)은 신문사 수색과 선거운동의 관계를 언급하는 보도자료를 발행했다. 보도자료는 특히 해당 신문사가 선거운동 상황에서 많은 양의 자료를 발간했고, 코미공화국의 현 당국과 오랫동안 갈등상태에 있었던 유명 지역 정치인을 적극적으로 지지하면서 당국에 반대하는 입장을 보여왔음을 언급했다. 보도자료는 또한 수색을 진행한 경찰관들이 수색의 법적 근거가 무엇인지 명확히 설명하지 않았고, 이들 중 한 명은 언론인의 컴퓨터에 접근하기 위해서 그의 소지품을 내던지는 등 무례한 행동을 했다고 밝혔다.

10. 같은 날, 메모리얼의 위원장인 I.S.는 livejournal.com의 블로그에 보도자료 내용을 게시했다. 그 날 게시물에 세 개의 댓글이 달렸다. 이 중 하나는 T.라는 사람이 작성한 것으로 내용은 다음과 같았다.

“경찰은 다시 한 번 ‘정권의 충직한 개’라는 평판을 확고히 했다. 불행히도 경찰은 아직도 권력을 가진 자들이 휘두르는 위압적인 몽둥이와 같은 사고방식을 갖고 있다. 이들은 사회에 봉사하기보다 저항세력을 처벌하는 수단으로서 존재하는 것 같다. 법집행기관에서 의미를 바꾸기 위해서 무엇을 할 수 있을까?”

11. 같은 날 언론인, 블로거이자 청구인의 지인인 B.S.는 경찰수색과 관련하여 livejournal.com에 있는 그의 블로그에 짤막한 글을 게시했다. 그는 경찰이 “정치적 반대세력을 물리치기 위해 파견되었다”고 주장했다. 해당 게시물은 I.S.의 블로그에 게시된 보도자료 하이퍼링크를 포함하고 있었다.

B. 청구인의 댓글

13. 청구인은 그 후 B.S.의 블로그를 재방문해서 “나는 빌어먹을 짹새들을 증오한다.”는 제목으로 댓글을 작성했다.

“나는 ‘경찰관들이 여전히 권력을 가진 자들이 휘두르는 위압적인 몽둥이와 같은 사고방식을 가지고 있다’는 의견에 동의하지 않는다. 첫째로 그들은 경찰이 아니고 짹새(cops)이다. 두 번째로 그들의 사고방식은 치유 불가능한 것이다. 돼지는 언제나 돼지로 남아있을 것이다. 누가 짹새가 되는가? 저속한 불량배들, 동물의 세계에서 가장 멍청하고 무식한 자들 만이 짹새가 된다. 러시아 도심 모두에 아우슈비츠같은 불량마를 설치해서 매일, 아니면 하루에 두 번이 더 좋겠다(정오, 자정 같이), 부패한 짹새들에 대한 화형식을 가졌으면 좋겠다. 사람들이 이들을 불태울 것이다. 이것이 사회에서 불량배같이 더러운 짹새들을 없애버리는 첫 단계가 될 것이다.”



C. 청구인에 대한 형사절차

1. 사전 조사

14. 2007년 3월 14일 청구인의 인터넷 댓글과 관련하여 러시아형 법 제282 조 제1항에 따라 청구인을 대상으로 한 형사절차가 시작되었다.

15. 2007년 3월 16일 경찰은 이 절차와 관련하여 청구인의 집을 수색했다. 같은 날 청구인은 형사사건의 원인을 파악하고 댓글을 삭제했다.

16. 2007년 4월 30일 사전조사과정에서 실시된 신문결과를 반영하여 청구인의 댓글 표현을 상세히 분석한 보고서가 나왔다. 보고서는 특히 댓글의 작성자가 모든 경찰관들, 그들의 개인적·직업적 특성에 대해 명백하게 부정적인 의견을 무례하고 선정적이고 공격적이면서 모욕적인 형태로 표현하고, 은어를 사용하고 간접적으로 젊은 인터넷 이용자들이 주로 사용하는 저속한 단어를 사용했다고 지적했다.

2. 소송절차

(a) 제1심법원 소송절차

17. 청구인은 코미공화국의 식티프카르 지방법원(“지방법원”)의 소송에서 무죄를 주장했다. 청구인은 문제가 된 발언을 본인이 작성했음을 인정하고 반대파 신문사 사무실을 대상으로 한 경찰수색에 관한 메모리얼의 보도자료, B.S.의 관련 게시물, T.의 댓글에 대해 감정적이고 즉흥적으로 반응한 것이라고 주장했다. 청구인의 말에 따르면 정직하고 존경할 만한 법집행관인 “경찰관”과 직무를 수행할 때 불법적이고 폭력적으로 행동하는 “잡새”는 구분된다는 것이다. 청구인은 댓글에서 T.가 이 두 개념을 혼동했다고 생각하여 이에 반대를 표시했다. 청구인은 또한 자신의 댓글은 2007년 2월 14일의 경찰작전에 대해 의견을 교환했던 B.S.만을 대상으로 댓글을 작성했으며, 경찰에 대한 어떠한 행위를 선동하려는 의도는 커녕 댓글을 공개할 의도조차 없었다고 주장했다. 청구인은 나아가 자신의 댓글이 매우 자극적임을 인정했으나, “아우슈비츠 같은 불가마”를 언급한 것은 “부패한” 경찰관들이 심한 처벌을 받아야 함을 나타내기 위해서 과장한 것이라고 주장했다. 마지막으로 청구인은 자신의 댓글로 인해 불쾌함을 느꼈을 가능성이 있는 과거 나치강제수용소의 수감자들과 “정직한” 경찰관들에게 사과했다.

18. 지방법원은 다수의 증인을 소환하여 심문했다. 특히 청구인의 인터넷 댓글과 관련하여 조사 전 신문을 실시한 세 명의 경찰관은 해당 댓글이 “부패한” 경찰관들만을 대상으로 한다고 생각하지 않으며, 모든 경찰관들과 관

련된 것이고 이들에게 부정적인 특성을 부여하고 있으며 공개적으로 이들을 화장할 것을 제안하는 것이라고 보았다. B.S.는 청구인의 댓글이 정직한 경찰관과 “부패한 짬새”를 구분하고 있으며, 짬새들만을 대상으로 한 것이라고 주장했다. 일부 증인들은 B.S. 블로그에서 청구인의 댓글을 봤다고 한 반면, 다른 이들은 청구인에 대한 형사소송이 제기되고 해당 사건이 언론에서 다뤄지면서 해당 댓글에 대해 알게 되었고 내용을 읽어보았다고 했다. 일부 증인은 청구인의 댓글을 살펴보고 사용된 표현이 너무 가혹하고 “저속한 자들”이라는 단어는 부도덕하다는 의견을 제시했다. I.S.는 자신의 지인들이 포함된 “블로거들의 커뮤니티”는 청구인의 댓글의 표현이 너무 강해서 이에 분노했으나, 청구인이 자신의 의견을 표현한 것뿐이고 중요한 주제에 대한 공개적 논의를 촉발했다고 생각한다고 밝혔다. 또 다른 증인은 청구인의 댓글이 폭력행위를 촉구한다고 생각하지도 않을뿐더러 해당 댓글을 심각하게 받아들이지 않았다고 말했다.

19. 당사자들의 요청에 따라 제1심법원은 문제가 된 댓글에 대해 전문가위원회가 포괄적인 인문사회학적 법과 학전문가 심리를 실시할 것을 명령했다.

20. 심리의 결과를 반영한 2008년 6월 19일 전문가 보고서는 특히 청구인이 “사회적 집단”으로서 경찰관을 대상으로 삼고 있으며, 청구인의 댓글은 이 집단에 대한 “증오와 적대감을 조장할 목적”을 갖고 있으며 이들의 “몰살을 요구”했다고 지적했다.

(b) 2008년 7월 7일 판결

21. 2008년 7월 7일 지방법원은 러시아 형법 제282조 제1항에 따라 청구인이 “특정 사회적 집단에 속해있다는 이유로 공개적으로 한 집단의 개인들에 대한 증오와 적대감을 조장하고 이들의 존엄성을 짓밟는 행위를 저질렀다”는 이유로 청구인에 대한 유죄판결을 내렸다.

22. 지방법원은 특히 청구인이 경찰관에 대한 개인적 혐오를 갖고 “경찰관에 대한 폭력행위를 저지르도록 대중을 선동하고 경찰관을 대상으로 불법행위를 저지르려는 결의와 열망을 대중에게 심어주려는 목적으로 대중에 영향을 미치기로 결심”했다고 지적했다. 법원은 “러시아의 경찰관은 거대한 사회적 집단으로 범죄로부터 사람들의 생명, 건강, 권리, 자유, 재산, 공공 및 국가의 이익을 보호하기 위한 공동의 활동을 수행하는 사람들”이라고 했다. 법원은 또한 청구인이 “자신의 블로그보다 유명한 블로그에 러시아 경찰관에 대한 적대감과 혐오를 조장하고 이들에 대한 적의, 혐오, 존엄성의 부정으로 가득한 글을 작성하고 더 많은 독자들이 자신의 글을 접할 수 있도록 하면서 자신의 행위가 불법적인 것임을 인지했다”고 지적했다. 또한 “댓글 내용은 제한 없이 볼 수 있었고 약 한 달간 그러한 상태로 있었다”고 덧붙였다.



23. 지방법원은 문제가 된 댓글이 일반적이고 특정한 개인에 관한 것이 아니며, 어떠한 근거를 가지고 구분을 하고 있지 않다고 지적했다. “짹새”라는 단어는 부정적이고 모욕적인 의미로 사용되었다. 지방법원에 따르면 청구인은 “직업적 분류에 따라 경찰관들을 열등한 존재라고 주장”했고 이들을 “돼지”와 비교하고 이들에게 “저속한 불량배”, “동물의 세계에서 가장 무식하고 멍청한 자들”이자 “불량배같이 더러운 짹새”라는 모욕적인 특성을 부여함으로써 이들의 존엄성을 짓밟았다.

24. 지방법원은 청구인이 “사회적 혐오와 적대감을 조장하고 사회갈등과 논란을 심화시키고 사람들의 본능을 일깨우려는 목적을 갖고 여론에 부정적 영향을 미쳤다”고 판단했다. 또한 청구인은 “대중들에 의한 경찰들의 화형을 요구함으로써 지역사회와 경찰 사이의 갈등을 조장”했다. 제1심 법원에 따르면 “댓글은 기본적인 말하기, 쓰기 능력이 있는 평균적인 러시아어 원어민이라면 누구나 이해할 수 있는 수준으로 내용이나 의미에 있어서 모호하게 해석될 여지가 없었다.”

25. 지방법원은 또한 문제가 된 댓글이 어떠한 결점에 대한 논의나 구체적인 내용의 분석이나 평가가 아니기 때문에 비판으로 볼 수 없다고 결론 내렸다.

26. 마지막으로 지방법원은 “청구인이 저지른 죄는 헌법제도와 국가안보의 근간과 충돌하는 것으로 특히 노골적이고 위협한 것이라 보고, 그 결과 청구인의 자유를 박탈하는 형이 선고되어야 한다고 판단했다. 청구인의 거주지와 근무지에서의 긍정적인 신원보증과 범죄경력이 전무한 점을 감안하여 지방법원은 청구인에 징역 1년 형에 대한 집행유예를 선고하는 것이 적절하다 판단했다.

(c) 항소절차

27. 청구인은 유죄판결에 대해 항소를 제기했다. 그는 특히 지방법원이 의도적으로 “사회적 집단”이라는 용어의 범위를 확장하여 경찰관을 포함시켰고 그의 발언이 실제로 사회에 위협을 끼쳤는지를 입증하지 못했다고 주장했다.

28. 2018년 8월 19일 코미공화국 대법원은 청구인의 항소를 기각하고 지방법원의 판결을 확정했다. 대법원은 또한 전문가들이 권한범위 내에서 활동했으며, “사회적 집단” 용어의 느슨한 해석에 대한 청구인의 주장은 제1심 법원의 판결의 객관성에 영향을 미치지 않았다고 판단했다. 항소법원은 덧붙여 청구인의 발언은 법집행기관에 대한 비판이 아니고 공개적으로 경찰관에 대한 폭력을 요구하는 것이라고 지적했다.

II. 관련 국내법 및 실무

A. 러시아 헌법

29. 러시아헌법 제29조는 다음과 같다.:

- “1. 사상의 자유와 표현의 자유는 모두에게 보장되어야 한다.
2. 사회, 인종, 국가, 종교적 혐오와 적대감을 조장하는 선전이나 소요는 허용되어서는 안 된다. 사회, 인종, 국가, 종교, 언어적 우월주의를 선전하는 행위는 금지되어야 한다.
3. 어느 누구도 자신의 의견이나 신념을 제시하거나 그것을 포기하도록 강요받아서는 안 된다.
4. 모든 사람들은 합법적 수단으로 정보를 검색, 수령, 전송, 생산, 유포할 권리가 있다. 국가기밀에 해당 하는 정보의 목록은 연방법에서 정한다.
5. 대중에 대한 의견전달의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다.”

B. 형법

30. 당시 시행되었던 러시아 형법(“형법”)의 제282조의 내용은 다음과 같다.

- “1. 성별, 인종, 민족 출신, 언어, 배경, 종교적 신념 또는 사회적 집단의 구성원 자격 등을 이유로 증오나 적개심을 부추기고 개인 또는 개인의 존엄성을 모욕하는 것을 목적으로 한 행위로서 공개적으로 또는 대중 매체를 통해 자행된 행위는 10만 루블[RUB]에서 30만 루블[RUB]사이의 벌금 또는 유죄 판결을 받은 사람의 임금이나 기타 수입의 1년에서 2년 이하의 기간 동안에 상당하는 금액, 특정 직위 또는 특정 활동을 수행 할 수 있는 권리를 3년까지 중지하거나, 180시간 이하의 강제 노동을 하거나, 1년 이하의 교정 노동을 하거나, 2년 이하의 자유를 박탈한다...”

C. 법원실무

31. 2010년 4월 22일 러시아 헌법재판소는 형법 제282조 제1항에서 규정한 “사회적 집단”이라는 용어의 모호 함과 예측불가능성에 관한 헌법소원을 기각하였다(2010년 4월 22일 564-0-0호 판결). 해당 결정의 관련 내용은 다음과 같다.



“...러시아 형법 제282조는 혐오와 적대감을 조장하거나 인간의 존엄성을 해치는 행위를 처벌한다. 본 조항은 어떠한 신체적·사회적 특성과 관련 없이 인간의 존엄성을 인정하고 존중하며, 개인이나 집단에 대한 혐오나 적대감을 조장하고 이들의 존엄성을 해치려는 직접적인 의도나 목적을 가진 행위에 대해서만 형사책임을 부과한다. 그러므로 본 조항은 예측불가능성을 갖고 있지 않으며 청구인의 헌법적 권리를 침해하는 것으로 판단할 수 없다.”

32. 2011년 6월 28일 러시아 대법원은 극단주의적 성향의 형사범죄 사건에 관한 법원실무에 대한 결의안 제11호를 채택했다. 특히 결의안 제7절에 혐오나 적대감을 조장하는 행위는 특정 국적, 인종, 종교, 집단에 소속된 개인들에 대해서 대량학살, 집단탄압, 국외추방, 폭력의 사용과 같은 불법행위를 정당화하거나 필요성을 인정하는 발언으로 해석된다. 정치조직, 이념적·종교적 집단, 정치·이념·종교적 신념, 국가·종교적 관습에 대한 비판은 그 자체로는 혐오나 적대감을 조장하는 행위로 간주되어서는 안 된다.

33. 해당 결의안의 제23절은 극단주의적 성향의 형사범죄사건에서 법과학전문가에게 평가를 요구할 때 전문가들의 전문분야를 벗어나거나, 문제가 된 행위에 대한 평가를 포함하는 법적 쟁점이 포함되어서는 안 된다. 이러한 쟁점에 대한 해결은 오로지 법원의 권한 범위에 속한다. 특히 전문가들은 특정한 텍스트가 극단주의적 행위를 촉구하는지 여부, 문서자료가 혐오나 적대감을 조장할 목적을 가지고 있는지 여부에 관한 질문에 답하도록 요구 받아서는 안 된다.

III. 관련 국제법규 및 자료

A. 유엔

1. 인권이사회

34. 프랭크 라뤼 의사와 표현의 자유에 대한 특별보고관이 2012년 9월 7일 유엔인권이사회 결의안16/4, A/67/357에 따라 제출한 보고서 중 관련된 부분은 다음과 같다.

“46. 위 개념 중 일부는 중복될 수 있으나 특별보고관은 어떤 표현이 혐오를 조장하는지 판단할 때 해당 표현으로 인한 실질적이고 긴박한 폭력의 위협, 차별, 적의 혹은 폭력을 조장하려는 발화자의 의도, 증오표현이 발생한 맥락에 대한 사법부의 신중한 고려가 필수요소가 된다고 판단한다. 한 사회에서 매우 불쾌한 표현

이 다른 사회에서는 그렇지 않을 수 있기 때문에 국제법은 일부 표현을 내용 그 자체보다는 표현의 결과 때문에 금지하고 있다는 점을 고려하였다. 그리하여 맥락을 판단할 때 반드시 종교적 혹은 인종적 집단간의 갈등의 패턴의 존재여부, 대상집단에 대한 차별, 증오표현의 어조와 내용, 혐오를 조장하는 사람과 증오표현의 유포수단과 같은 다양한 요소가 고려되어야 한다. 예를 들어, 한 개인이 소규모의 제한된 페이스북 이용자를 대상으로 한 발언은 주류 웹사이트에 게시된 발언과 같은 영향력을 발휘하지 않는다. 마찬가지로 예술적 표현은 그 예술적 가치와 맥락을 고려하여 판단되어야 한다. 예술은 폭력, 차별, 적의를 조장할 의도없이 강렬한 감정을 이끌어내기 위해 사용될 수 있기 때문이다.

47. 나아가 협약 제20(2)에 따라 국가는 차별, 적의, 폭력의 조장에 해당하는 민족적, 인종적, 종교적 혐오의 옹호를 법으로 금지할 것이 요구되지만, 그러한 표현의 처벌은 요구되지 않는다. 특별보고관은 7부분으로 된 기준을 넘어선 심각하고도 극단적인 혐오의 선동 사례만을 처벌해야 한다고 강조한다.”

2. 인종차별철폐위원회

35. 인종적 증오표현의 근절에 관한 종합권고 제35호의 관련내용은 다음과 같다.

“20. 인종차별철폐위원회는 표현의 자유에 대한 불명확한 제약이 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약에서 보호하고 있는 집단에 해를 끼치는 방식으로 이용되고 있음에 우려를 표한다. 당사국은 본 권고에서 상세히 기술하는 것처럼 협약의 기준에 따라 충분히 명확하게 표현의 제한을 설정해야 한다. 위원회는 인종주의적 발언을 감시하고 근절하기 위한 방법이 부당함, 사회의 불만, 반대의 표현을 축소시키는 구실로 이용되어서는 안 된다는 점을 강조한다.”

B. 유럽평의회

1. 각료위원회 권고 no.R(97)20

36. 1997년 10월 30일 유럽평의회 각료위원회는 “증오표현”에 관한 권고 no.R(97)20과 그 부분을 채택했다. 이 권고는 인종주의와 불관용, 특히 인종적 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 혹은 불관용에 기반한 다른 형태의 혐오를 확산, 조장, 정당화하는 모든 형태의 표현을 근절하겠다는 유럽평의회의 의지를 반영하였다.



37. 이 권고의 부록은 “증오표현”을 “인종적 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 혹은 불관용에 기반한 다른 형태의 혐오를 확산, 조장, 정당화하는 모든 형태의 표현을 지칭하고, 공격적인 민족주의, 자민족중심주의, 소수자, 이주민, 이민자 출신에 대한 차별과 적대감을 포함”한다고 정의하였다. 나아가 증오표현에 적용되는 여러 원칙을 제시하였다. 관련 내용은 다음과 같다:

원칙2

“회원국 정부는 행정, 사법당국이 각 사건별로 표현의 자유에 대한 존중과 인간 존엄성에 대한 존중 및 타인의 권리와 평판에 대한 보호의 조화를 추구할 수 있도록 하는 민법, 형법, 행정법 조항으로 구성된 온전한 법체계를 수립, 유지해야 한다.

이를 위해 회원국정부는 다음 목적을 달성하기 위한 방법과 수단을 검토해야 한다:

- 현행법과 법 실무의 효과에 관한 연구를 촉진하고 조율한다;
- 기존 법체계가 다양한 뉴미디어 및 커뮤니케이션 서비스와 네트워크에 적절하게 적용될 수 있도록 이를 검토한다;
- 본 권고에 제시된 원칙을 준수하는 국가지침을 기반으로 조율된 기소방침을 마련한다;
- 지역사회 봉사활동 명령을 형사처벌 가능범위에 포함시킨다;
- 민법을 통한 증오표현 근절가능성을 제고한다. 예를 들어 관련된 비정부기구가 민사소송을 개시할 수 있도록 허용하고, 증오표현 피해자에 대한 보상을 가능하게 하고, 피해자들의 반론권을 허용하는 법원명령이나 철회명령이 가능하도록 한다;
- 대중이나 언론인들에게 증오표현 관련 법 조항에 관한 정보를 제공한다.”

원칙3

“회원국 정부는 원칙2에 명시된 법체계가 표현의 자유에 대한 개입을 제한적으로 억제하고 객관적인 기준에 따라 합법적이고 임의적이지 않은 방식으로 적용할 수 있도록 해야 한다. 나아가 근본적인 법치 규정에 따라 표현의 자유의 제한이나 개입은 독자적 사법통제에 반드시 따라야 한다. 이 요건은 표현의 자유가 인간 존엄성에 대한 존중과 타인의 평판이나 권리의 보호와 균형을 이루어야 하는 사례에서 특히 중요하다.”

...

원칙5

“국가법과 관행은 관할기소당국이 최대한 재량권을 사용하여 증오표현과 관련된 사건에 특별히 관심을 가질 것을 허용해야 한다. 이와 관련하여 특히 기소당국은 일반적으로 형사처벌이 표현의 자유를 심각하게 저해한다는 점을 고려하여 용의자의 표현의 자유의 권리를 신중하게 고려해야 한다.”

2. 인종주의와 불관용에 반대하는 유럽위원회의 종합정책권고 제15호

38. 2015년12월8일 인종주의와 불관용에 반대하는 유럽위원회(ECRI, European Commission against Racism and Intolerance)는 증오표현 근절에 관한 종합정책권고 제15호를 채택했다. 이 권고의 관련 내용은 다음과 같다:

“인종주의와 불관용에 반대하는 유럽위원회는:

...

본 일반정책권고에서 증오표현은 “인종”, 피부색, 혈통, 국적, 민족, 연령, 장애, 언어, 종교나 신념, 생물학적 성 혹은 사회적 성, 성 정체성, 성적지향, 기타 개인 특성이나 지위에 따른 개인이나 집단에 대한 모든 형태의 명예훼손, 혐오, 비방의 옹호와 조장뿐만 아니라, 이러한 개인이나 집단에 대한 일체의 괴롭힘, 모욕, 부정적인 고정관념, 낙인, 위협과 이러한 모든 형태의 표현을 정당화하는 것으로 간주됨을 고려하고;

...

불쾌감, 충격, 불안을 일으키는 표현은 그것만으로는 증오표현에 해당하지 않는다는 점을 인지하고

...

증오표현이 민주사회의 결속과 법치에 가하는 중대한 위협을 인지하지만 증오표현에 대한 제재가 소수자들을 침묵시키거나 공적 정책에 대한 비판, 정치적 반대, 종교적 신념을 억압하는 목적으로 악용되지 않도록 할 필요성을 인식하면서;

...

국제법상 특정형태의 증오표현을 처벌할 의무는 모두에게 적용 가능하지만 취약계층을 보호하려는 목적으로 수립되었음을 주지하고 취약계층이 지나치게 자주 기소대상이 되거나 범죄조항이 부당한 이유로 이



들에게 불리한 방향으로 이용될 수 있다는 점에 우려를 표하면서;

...

회원국 정부가 다음 조치를 취할 것을 권고한다:

...

10. 공개적 상황에서 대상자에 대한 폭력, 위협, 적의, 차별행위를 조장할 의도를 띠거나 이를 조장할 것이라고 합리적으로 예상되는 증오표현을 사용하는 것에 대해서 형사법을 통해서 적절하고 효과적인 대응을 한다. 단, 이는 이보다 덜 제한적인 다른 효과적인 방법이 존재하지 않으며 의사와 표현의 자유에 대한 권리가 존중됨을 전제로 한다. 그리하여:

a. 범죄가 명확히 정의되고 형사처벌의 필요성이 정당하게 고려될 수 있도록 한다;

...

c. 이러한 범죄에 대한 기소가 비차별적인 방식으로 이루어지고 공적 정책에 대한 비판, 정치적 반대, 종교적 신념을 억압하는 목적으로 이용되지 않도록 한다.;

...

e. 증오표현의 심각한 영향과 이에 합당한 대응을 할 필요성을 고려하여 이러한 범죄에 대한 처벌을 적용한다.”

39. 해당 권고에 대한 설명각서의 관련 내용은 다음과 같다:

“16. ... 관련행위가 발생할 위험이 존재하는지에 대한 평가는 증오표현이 사용된 특정 상황을 고려할 것을 요구한다. 특히 (a) 해당 증오표현이 사용되는 상황(특히 사회 내에서 해당 증오표현과 관련된 심각한 갈등이 이미 존재하는지 여부), (b) 증오표현을 사용한 개인이 다른 이들에게 영향력을 행사할 능력(정치적, 종교적, 지역사회 지도자 지위로 인해서), (c) 사용한 언어의 성격과 강도(자극적이고 직접적인지 여부, 허위정보, 부정적 고정관념, 낙인을 사용했는지 여부, 혹은 다른 방식으로 폭력, 위협, 적대감, 차별행위를 조장하는지 여부), (d) 특정 발언의 맥락(일회성 사건이었는지 혹은 여러 차례에 걸쳐 재확인되었는지, 동일한 발화자나 다른 이의 다른 발언으로 인해 상쇄된 것으로 볼 수 있는지 여부), (e) 사용된 수단(“생방송” 행사와 같이 청중으

로부터 즉시 대답을 이끌어낼 수 있는 상황인지 여부), (f) 청중의 성격(청중이 폭력, 위협, 적대적 행위, 차별행위를 저지를 수단, 의향이 있거나 이에 취약한지 여부)가 고려되어야 할 것이다.

...

62. ... 이와 관련한 국가의 의무의 이행을 감독하는 기구는 이러한 제약이 소수자들을 침묵시키고 비판, 정치적 반대, 종교적 신념을 억압하는 목적으로 부당하게 이용될 수 있음을 우려한다.

63. 그러므로 예를 들어 인종차별 철폐에 관한 위원회는 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약의 당사국 보고서를 검토할 때 협약 제4조에 따라 ‘극단주의’를 근절하기 위한 법안에 명시된 정의들을 수정해서 명확하고 정확한 언어를 사용하고 폭력행위, 폭력행위의 선동, 인종차별을 조장하거나 선동하는 조직에 대한 참여행위만을 포함하도록 할 것을 권고했다. 마찬가지로 유엔자유권규약위원회는 이러한 법이 지나치게 포괄적으로 해석, 시행되어 인종차별철폐를 촉구하는 인권운동가들에게 불리하게 적용이 되거나 자의적인 법적용으로부터 개인이나 집단을 보호하지 못하는 결과를 가져올 수 있음을 우려했다. 나아가 인종주의 및 불관용에 반대하는 유럽위원회, 의사 및 표현의 자유에 대한 권리에 관한 특별보고관과 같은 이들, 소수 민족보호를 위한 기본협약 자문위원회(Advisory Committee on the Framework Convention on National Minorities)는 증오표현에 대한 제재를 이용하여 비판이나 합당한 정치적 비판을 억압하는 것을 우려했다.”

C. 유럽안보협력기구(OSCE, Organisation for Security and Co-operation in Europe)

40. 2009년3월9일 유럽안보협력기구의 민주제도 및 인권사무소(ODIHR, Office for Democratic Institutions and Human Rights)는 증오범죄법에 관한 실무지침을 발간했는데, 이 지침은 증오범죄법에서 규정 가능한 피해자 특징의 범위와 관련하여 다음과 같은 의견을 제시했다(45-46페이지).

“법이 변경할 수 없거나 어떤 방식으로든 개인 자아의식의 핵심이 되거나 차별, 배제, 억압을 경험한 하나의 집단을 구성하는 개인이 공유하는 특성을 포함하지 않는다면 이는 증오범죄법으로 인정될 수 없을 것이다. 또한 실제로 피해를 입는 집단을 보호하지 못할 것이다. “사회적 집단”이라는 용어로 보호받는 이들은 경찰이나 정치인을 포함할 수 있는데, 이 두 집단은 통상적으로 억압을 받거나 근본적인 정체성을 공유한다고 간주되지 않는다. 실제로 증오범죄의 핵심개념에서 지나치게 동떨어진 특징을 보호하는 법은 더 이상 증오범죄법이라고 보기 어려울 것이다.



나아가 확실성이라는 법적 개념은 개인이 자신의 행위에 대한 범죄가능성을 합리적으로 예측할 수 있을
을 요구하다. 법적 확실성의 개념은 유럽안보협력기구가 대상으로 하는 지역의 국내법과 지역, 국제인권법에
모두 반영되어 있다. 처벌을 강화하면서도 강화된 처벌이 적용되는 상황에 대해서 명확히 설명하지 않은 법은
이러한 기본적인 요건을 충족하지 못할 것이다.”

판단

I. 협약 제10조 위반에 대한 주장

41. 청구인은 자신이 인터넷에 게시한 댓글에 대한 형사소송 유죄판결은 아래와 같이 협약 제10조에 명시된 표
현의 자유에 관한 권리를 위반하는 것이라고 주장했다:

“1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을
받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사
업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토 보전이
나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보
의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형
벌에 따르게 할 수 있다.”

A. 양 당사자의 주장

1. 청구인

42. 청구인은 청구인에 대한 유죄판결은 청구인의 표현의 자유에 관한 권리의 부당한 제한에 해당한다고 주장
했다. 특히 청구인은 이와 같은 제한이 러시아 형법 제282조의 예측불가능한 적용의 결과이기 때문에 “법에 명시된”
것이라고 볼 수 없다고 주장했다. 청구인은 해당 조항은 민족적, 인종적, 언어적, 종교적 소수자들과 동성애자와 같
이 가장 취약한 사회적 집단과 이들의 대표자들을 보호하기 위해서 제정되었으므로 경찰을 사회적 집단에 포함시켜

서 본조항을 확대 적용하는 것은 본 조항의 남용으로 합리적으로 기대되는 수준을 벗어난 것이라고 주장했다. 청구인에 따르면 자신의 형사소송 유죄판결이 “사회적 집단”이라는 개념에 공무원을 포함하는 것으로 국내법원이 해석한 최초의 사례에 해당한다.

43. 청구인은 또한 당시에 훨씬 더 노골적이고 공격적인 내용의 곡으로 공연한 러시아의 유명 대중음악인과 같은 여러 공인들은 위 조항과 관련하여 기소된 적이 없다는 점을 볼 때, 해당조항에 따른 청구인의 형사기소와 유죄판결은 선별적이고 자의적인 조항의 적용에 따른 결과라고 주장했다.

44. 이에 더해 청구인은 당국의 제한은 “민주사회에서 필요한 것”이 아니라고 주장했다. 청구인은 특히 그의 댓글은 “부정한 짚새”라고 댓글에서 언급한 부정직하고 부패한 경찰관들을 겨냥한 것이고 러시아 경찰관 전체를 대상으로 한 것이 아니라고 주장했다. 청구인은 뉴스를 포함한 매스미디어의 수많은 기사들이 법집행관의 여러 권한남용을 폭로하고 있다는 점을 고려할 때 그의 비판은 타당한 근거를 갖는다고 지적했다.

45. 청구인은 그의 댓글이 즉흥적으로 작성되었고 관련 논의로 제기된 주제에 관한 즉각적인 반응을 나타낸 것이라고 지적했다. 나아가 댓글을 경찰관에 대한 폭력의 호소로 보이게 할 의도가 전혀 없었다고 주장했다. 그의 말에 따르면 “부패한 짚새”의 “회형식”은 비유적 표현으로 사용된 것이다. 부패한 경찰관들은 책임을 져야하고 사회는 이들의 권한남용과 과도한 행위를 결코 용납하지 말아야 한다는 의도를 과장해서 표현한 것이다. 동시에 청구인은 아우슈비츠의 언급과 나치의 관행에 관한 암시는 특히 부적절했다는 점을 인정하고 그와 같은 언급을 한 점에 대해서 진심으로 후회한다고 말했다.

46. 청구인은 또한 자신의 댓글이 공공의 위험을 야기하지 않는다고 주장했다. 청구인은 독자수가 얼마 되지 않는 블로그에 해당 글을 게시했고 형사소송이 제기되기 전에 기껏해야 25명의 인터넷 사용자들이 글을 읽었으며, 이들 중 누구도 청구인의 글이 경찰에 대한 폭력을 호소하는 것으로 받아들이지 않았다.

2. 정부

47. 정부는 청구인의 표현의 자유에 관한 권리에 대한 간섭이 협약 제10조 제2항에 따라 타당하다고 주장했다. 특히 이는 러시아 경찰관들의 평판과 권리를 보호하려는 정당한 목적을 달성하려는 것이고 “민주사회에서 필요한” 것이었다. 후자와 관련하여 정부는 청구인이 경찰관 집단에 대한 혐오와 적의를 선동하고 이들의 존엄성을 짓밟으려는 직접적 의도를 가지고 인터넷에 글을 게시함으로써 형사책임을 지는 것으로 판결이 나왔다고 지적했다. 해당 글은 접속 제한 없이 블로그에 게시되었고 그 결과 인터넷 이용자들은 누구든 글을 읽을 수 있었다.



48. 정부는 또한 2007년 4월 30일과 2008년 6월 19일 발간된 전문가 보고서의 결론을 인용하며, 보고서는 청구인의 댓글이 경찰관 집단에 대해서 모욕적이고 굴욕적인 내용을 담고 있고, 사회적 적대감을 조장하고 사회 갈등과 사회 내 모순을 심화시키려는 목적으로 경찰관에 대한 부정적인 인식을 주입함으로써 여론에 영향을 미치려고 했다고 판단했다. 나아가 정부는 재판에 증인으로 참석한 세 경찰관이 문제의 댓글이 “부정한” 경찰관들뿐만 아니라 모욕적이고 무차별적으로 모든 경찰관을 대상으로 하고 있는 것 같다는 의견을 제시했음을 지적했다. 정부는 다수의 블로거들이 청구인의 댓글에 “격분”했으며 해당 댓글이 지나치게 잔인하다고 생각했다는 다른 일부 증인들의 진술도 언급했다(위 문단 18 참고). 그렇기 때문에 정부는 제시된 증거를 고려하여 청구인의 댓글이 가혹한 형태로 표현된 법집행기관에 대한 비판으로 보기 어렵고, 경찰관 집단의 존엄성을 짓밟고 공개적으로 이들에 대한 폭력을 촉구함으로써 선동과 적대감을 조장하려는 목적을 가지고 있다는 국내 법원의 판결이 타당하다고 주장했다.

49. 정부는 또한 문제가 된 댓글은 “경찰관에 대한 아주 심한 욕설”로 어떤 공적인 논의를 촉발하지 않았다고 주장했다. 정부는 청구인의 댓글이 일반화하고 있고 공격적이고 독자들이 경찰관이라는 특정 사회적 집단에 거부감을 갖도록 한다는 점을 강조했다며, 청구인의 행위는 의심의 여지없이 사회에 위협을 초래한다고 주장했다. 정부의 주장에 따르면 법집행기관의 대변인들에 대한 이러한 모욕적인 표현을 당국이 용납하는 것은 법집행기관의 권한을 훼손시킬 뿐 아니라 사람들이 이들을 무시하고 이들의 명령을 이행하지 않도록 촉구하는 것이다. 정부는 나아가 관련된 국내법은 경찰관의 행위나 행위의 불이행으로 인해 청구인의 권리나 이익이 침해당했다고 판단되는 경우에 청구인이 그러한 행위나 불이행에 대해서 진정을 제기할 권리를 부여한다고 지적했다. 하지만 청구인은 그러한 진정을 전혀 제기하지 않았고 그 대신 경찰관의 몰살을 공개적으로 호소한 것이다.

50. 정부는 또한 청구인에 징역1년형에 대한 집행유예가 선고되었고, 부과된 처벌은 과도하다고 할 수 없다고 주장했다.

B. 재판소의 평가

1. 심리적적 여부에 대한 결정

51. 본 재판소는 협약 제35조 제3항 제a호의 의미를 고려했을 때 본 소송이 명백히 근거가 없는 것이 아니라는 입장이다. 나아가 다른 어떤 이유에서 보더라도 인용 가능성이 없다고 할 수 없다. 그러므로 본안 심리가 허용된다.

2. 본안 판단

52. 당사자들은 청구인에 대한 유죄판결로 인해 청구인의 표현의 자유의 행사에 “제한”이 있었음에 동의했다. 이러한 제한은 협약 제10조 제2항의 요건을 충족하지 않는 한 협약을 위반한 것이다. 그러므로 이러한 제한이 “법률에 의하여 규정된” 것이고, 협약 제10조 제2항에서 규정하는 한 개 이상의 정당한 목적을 추구하고 있으며, 이러한 목적을 달성하기 위해 “민주적 사회에서 필요”한 것인지를 판단해야 한다.

(a) “법률에 의하여 규정된” 것인지 여부

53. 본 사건에서 청구인의 유죄판결이 국내법(러시아 형법 제282조 제1항)을 근거로 하고 있고 해당 조항이 접근 가능하다는 점에는 반론의 여지가 없다. 오히려 청구인은 국내법원이 적용한 것처럼 해당 조항이 예측 가능성을 갖고 있는지에 의문을 제기했다. 청구인은 인터넷 댓글로 인해 위 조항에 따라 유죄판결을 받은 것은 합리적으로 예측할 수 있는 수준을 벗어난 것이라고 주장했다(위 문단 42 참고).

54. 본 재판소는 “법률에 의하여 규정된”이라는 표현은 해당 조치가 국내법에 근거를 두고 있다는 의미로 사용해야 한다는 재판소의 확립된 판례법을 다시 확인한다. 재판소는 해당 법의 수준에 대해서 언급했다. 즉, 법이 관련된 이들에게 접근 가능하고 그 영향력이 예측 가능해야 하며, 충분한 정확성을 가지고 작성되어 관련된 이들이 필요한 경우 적절한 자문을 받아 상황에 따라 합리적인 수준으로 특정 행동으로 인한 결과를 예측하고 자신의 행위를 조절할 수 있도록 하는 것이다(*Öztürk v. Turkey* [GC], no.22479/93, 문단 54, ECHR 1999VI; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 41, ECHR 2007-IV; 그리고 *Dilipak v. Turkey*, no.29680/05, 문단 55, 2015년 9월 15일 참고).

55. 본 재판소는 법의 보편적 적용이 가능해야 하기 때문에 그 결과 사용된 언어가 항상 정확하지는 않을 수 있다는 점을 지속적으로 인정해왔다. 지나친 경직성을 피하고 변화하는 상황에 적응하기 위해서 많은 법이 불가피하게 일정 부분 모호한 언어로 작성되어 있는 것이 사실이다. 이러한 법률의 해석 및 적용은 실무에 따른다(사례로 *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no.44158/98, 문단 64, ECHR 2004I, *AltuğTanerAkçam v. Turkey*, no.27520/07, 문단 87, 2011년 10월 25일 참고). 예측가능성이라는 개념의 범위는 상당부분 해당 법률 문서의 내용, 주제 분야, 대상자의 수와 지위에 영향을 받는다(사례로 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July*, 위 인용, 문단 41 참고). 그러므로 개괄적으로 작성되었다 하더라도 어떤 조항을 국내 법원이 엄격하고 일관성 있게 적용할 수 있다면 해당 조항은 “법의 수준” 요건과 양립한다고 판단할 수 있다. 나아가 본 재판소는 국내법을 추상적으로 판단하는 것이 아니라 법이 청구인에게 적용된 방식이 협약의 위반에 해당하는지를 판단하는 것이 재판소의 역할임을 기억한다(*Perinçek*, 위 인용, 문단 136참고).



56. 본 사건의 핵심 쟁점은 청구인이 문제가 된 댓글을 게시하면서 이러한 행위로 인해 앞서 언급한 형법 조항(Perinçek, 위 인용, 문단 137 참고)에 따라 필요한 경우 적절한 법률자문을 참고하여 형사책임을 지게 될 것이라는 점을 알았거나 알아야만 했는가 하는 점이다. 본 재판소는 검토되는 분야에서 법을 완벽한 정확도로 작성하는 것은 어렵고 특정 행위가 해당 조항에 명시된 요인에 따른 혐오와 적대감을 조장하는지 러시아 법원이 판단하기 위해서는 어느 정도의 유연성이 필요하다는 점을 인정한다(Dmitriyevskiy v. Russia, no.42168/06, 문단 80, 2017년 10월 3일 참고, 정부가 인용함). 재판소는 형법을 포함한 모든 법제도와 관련해서 법조항이 아무리 명확히 작성되었다 하더라도 법원이 모호한 부분을 설명하고 법의 해석과 관련되어 제기될 수 있는 의문을 해소하는 사법적 기능이 불가피하게 요구될 것이라고 지속적으로 판단해왔다(사례로 Öztürk, 위 인용, 문단 55, 준용, Jorgic v. Germany, no.74613/01, 문단 101, ECHR 2007-III 참고).

57. 이와 관련하여 본 재판소는 청구인이 재판을 받고 유죄판결이 제시되었던 시점에 러시아 형법 제282조가 어떤 개인이나 집단을 보호하고 어떤 “행위”가 해당 조항에 의해 형사 책임을 발생시키는지 제시하려는 목적으로 해당 조항에 명시된 개념의 의미와 범위를 규정하는 해석을 한 국내 법원의 실무에 대해서 정부가 어떠한 언급이나 제시를 하지 않았음에 주목한다. 그 결과 청구인은 러시아 법원의 관련 실무의 부재를 언급했다(위 문단 42 참고). 실제로 청구인이 최종심에서 유죄판결을 받고 수년이 지난 2010-2011년이 되어서야 러시아 최고법원이 형법 제282조의 해석 문제를 다루고 이와 관련해 국내 법원에 최소한의 지침을 제공했다(위 문단 31-32 참고). 본 재판소는 동시에 본 사건에서 국내법원이 경찰을 형법 제282조의 보호를 받을 수 있는 “사회적 집단”으로 해석한 것이 해당 언어의 자연적인 의미와 충돌하지 않는다는 의견이다.

58. 이러한 상황에서 청구인의 형사 사건과 관련하여 국내법원은 사법적 해석을 통해 명확히 해결되지 않은 법률적 문제에 대응해야 했던 것으로 보인다. 본 재판소는 현 상황이 국내법원의 책임이라고 할 수 없으며, 국내 법원이 새로운 법률 조항을 해석하고 적용할 때까지 해당 조항의 의미에 대해서 언제나 불확실성의 요소가 존재할 것이라는 점을 인정한다(Dmitriyevskiy, 위 인용, 문단 82 참고). 청구인의 사건에서 법원이 적용한 기준과 관련하여 이 문제는 오히려 재판소가 제시한 유죄판결의 근거가 연관성 있고 충분한 지와 협약 제10조에서 보장하는 청구인의 권리에 대한 간섭이 민주사회에서 필요한 것인지에 대한 판단을 할 때 검토되어야 할 것이다.

59. 위 내용을 고려할 때 본 재판소는 청구인의 표현의 자유에 관한 권리의 간섭은 협약 제10조 제2항에 언급된 “법에 명시된” 것이라는 가정 하에 사건을 검토할 것이다.

(b) 정당한 목적

60. 본 재판소는 해당 사건의 간섭이 러시아경찰관이라는 “타인의 평판이나 권리”를 보호하려는 목적을 가

지고 있었고 그렇기 때문에 협약 제10조 제2항에서 규정하는 정당한 목적을 가지고 있음을 이해한다(*Le Pen v. France*(dec.), no.18788/09, 2010년 4월 20일, 그리고 *Vejdeland and Others v. Sweden*, no.1813/07, 문단 49, 2012년 2월 9일 참고).

(c) “민주사회에서 필요”

(i) 일반원칙

61. 표현의 자유에 관한 권리의 행사에 대한 간섭이 “민주사회에서 필요한” 것인지에 대한 판단을 하기 위한 일반원칙은 본 재판소의 판례법에 명확히 제시되어 있으며, 여러 사건에서 반복적으로 언급된 바 있다. 본 재판소는 특히 표현의 자유는 민주사회의 핵심적 근간이 되고 사회의 발전과 각 개인의 자기 실현을 위한 기본 요건의 하나라고 언급했다. 협약 제10조 제2항에 따라 표현의 자유는 호의적으로 받아들이거나 무관심의 영역으로 간주되는 “정보” 혹은 “의견”뿐만 아니라, 불쾌하거나 충격, 불안을 주는 “정보” 혹은 “의견”에도 적용될 수 있다. 이는 “민주사회”의 필수 요소인 다원주의, 포용성, 관대함이 요구하는 것이다(최근 판결 중 *Morice v. France* [GC], no.29369/10, 문단 124, ECHR 2015; *Pentikäinen v. Finland* [GC], no.11882/10, 문단 87, ECHR 2015; *Perinçek*, 위 인용, 문단 196; 그리고 *Bédat v. Switzerland* [GC], no.56925/08, 문단 48, ECHR 2016 참고).

62. 또한 협약 제10조 제2항은 정치적 발언이나 공익의 문제에 관한 논의를 제한할 여지를 거의 허용하지 않는다. 본 재판소는 개별 사건에 광범위한 제한을 적용하는 것이 분명히 해당 국가의 전반적 표현의 자유에 대한 존중에 영향을 미치기 때문에 이러한 논의를 제한하기 위해서는 매우 강력한 근거가 존재해야 한다는 입장을 유지해 왔다.

63. “필요한”이라는 형용사는 설득력 있게 규정되는 “긴박한 사회적 필요성”이 존재함을 암시한다(*Erdoğdu v. Turkey*, no.25723/94, 문단 53, ECHR 2000-VI 참고). 인정하건대 무엇보다 국가당국이 먼저 이러한 제한을 정당화할 만한 요구가 존재하는지를 판단해야 하고 이를 위해서 당국은 어느 정도 판단의 여지를 갖게 된다. 하지만 판단의 여지는 본 재판소가 갖는 관련법과 독립된 법원이 내린 판결을 포함한 관련법이 적용된 판결에 대한 감독과 연결하여 판단된다. 이에 따라 본 재판소는 “제한”이 제10조에서 보장하는 표현의 자유와 조화를 이룰 수 있는지에 대해 최종판결을 제시할 수 있는 권한을 가지고 있다(여러 판결 중 *Karataş v. Turkey* [GC], no.23168/94, 문단 48, ECHR 1999-IV을 참고).

64. 본 재판소의 감독기능은 국가당국이 합리적이고 신중하며 선의를 갖고 재량권을 행사했는지 판단하는 것에만 국한되지 않는다. 오히려 본 재판소는 사건 전체를 고려하여 제한을 검토하고 제한을 정당화하기 위해 국가당국이 제시한 근거가 “관련이 있고 충분한” 것인지와 취해진 조치가 추구하는 정당한 목적에 “비례하는지”를 판단한



다. 이와 관련해 본 재판소는 국가당국이 관련 사실의 납득 가능한 평가를 근거로 협약 제10조가 제시한 원칙을 준수하는 기준을 적용했는지를 확인해야 한다(여러 판결 중 *Chauvy and Others v. France*, no.64915/01, 문단 70, ECHR 2004-VI 참고).

65. 보다 구체적으로 폭력, 혐오, 불관용을 조장하거나 정당화한다고 간주되는 표현과 관련한 사건에서 표현의 자유에 대한 간섭과 관련하여 본 재판소는 모든 인간의 동등한 존엄성에 대한 포용과 존중은 민주적 다원주의 사회의 근간을 이룬다는 점을 다시금 확인한다. 그렇기 때문에 원칙적으로 민주사회에서 불관용에 근거하여 폭력이나 혐오를 확산, 선동, 조장, 정당화하는 모든 형태의 표현은 이에 적용되는 “형식적 절차,” “조건,” “제한,” “벌칙”이 추구하는 정당한 목적에 비례하는 한 처벌하거나 방지하는 것도 필요하다고 판단될 수 있다(준용, *Gündüz v. Turkey*, no.35071/97, 문단 40, ECHR 2003-XI 참고). 이러한 발언에 적절하고도 과도하지 않게 대응하기 위한 형법적 조치를 포함한 모든 조치는 공공질서의 수호자로서 해당 국가당국이 결정할 수 있다(*Erdoğan*, 위 인용, 문단 62참고). 이러한 발언이 개인, 공직자 혹은 특정 집단에 대한 폭력을 조장한다면, 국가는 표현의 자유에 대한 제한의 필요성을 판단할 때 더 큰 판단의 여지를 갖게 된다(여러 판결 중 *Öztürk*, 위 인용, 문단 66; *Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 34, ECHR 1999-IV 참고).

66. 전 문단에서 언급한 표현과 관련된 사건에서 표현의 자유에 대한 제한을 평가할 때, 본 재판소는 *Perinçek* 사건에 요약된 여러 요소를 고려한다(앞서 인용, 205-07). 특정 사건의 결과를 판단하기 위해서 각 요소를 개별적으로 보기보다는 여러 요소들간 상호작용을 살펴본다(동일사건, 208). 본 재판소는 이러한 원칙을 고려하여 해당 사건을 검토하고 특히 문제가 된 발언의 성격이나 사용한 단어, 발언이 게시된 상황, 해로운 결과를 가져올 가능성, 이러한 간섭을 정당화하기 위해서 러시아법원이 제시한 근거를 고려한다.

(ii) 앞서 언급한 원칙의 본 사건에 적용

67. 본 사건에서 청구인은 “사회적 집단”으로서 경찰관에 대한 혐오와 적의를 조장하고 이들의 “몰살”을 요구하는 발언을 했다는 국내법원의 판결에 따라 형사소송에서 기소되고 징역형의 집행유예를 선고받았다(문단 21, 22, 24 참고). 국내법원은 특히 해당 발언이 “일반화하고 특정 개인을 지칭하지 않으며 모욕적”이고 경찰관에 대한 “적대감, 혐오, 존엄성 저해” 의도로 가득하며, 경찰관을 열등한 존재로 규정하고 이들에게 굴욕적인 특성을 부여했다고 판단했다(문단 22-23 참고). 본 재판소는 이와 관련하여 문제가 된 게시글이 실제로 굉장히 강한 어휘를 사용하고 있음을 인지한다. 특히 앞부분에서 경찰관을 “짹새”라 지칭하고 대체로 저속하고 경멸적이며 강경한 언어를 사용하였다. 경찰관 전부를 “저속한 불량배들”이자 “동물의 세계에서 가장 멍청하고 무식한 자들”이라고 칭하고 있다. 해당 글의 두 번째 부분은 “사회에서 불량배같이 더러운 짹새들을 없애”기 위해서 “아우슈비츠의 불가마” 같은 곳에서 “부패

한 째새”들을 완전히 불태우는 의식을 하면 좋겠다”는 뜻을 나타내고 있다.

68. 본 재판소는 모욕적인 언어는 악의적인 명예훼손에 해당하는 경우 표현의 자유로 보장되지 않을 수 있음을 한 번 더 확인한다. 하지만 저속한 표현의 사용은 단순히 문체의 문제일 수 있기 때문에 그 자체가 모욕적 표현의 판단에 있어서 결정적 요소가 되지는 않는다. 본 재판소는 문체가 표현의 형식으로서 의사소통의 구성요소가 되고 그렇기 때문에 표현되는 의견 및 정보의 본질과 함께 표현의 자유로 보장된다는 입장이다(*Gül and Others v. Turkey*, no.4870/02, 문단 41, 2010년 6월 8일, *Grebneva and Alisimchik v. Russia*, no.8918/05, 문단 52, 22, 2016년 11월, 이 사건들의 인용 판례 참고).

69. 청구인은 경찰관과 관련하여 단순히 모욕적(*Janowski v. Poland [GC]*, no.25716/94, 문단 32, ECHR 1999I과 비교, 대조)이거나 명예를 훼손하는(*Bartnik v. Poland(dec.)*, no.53628/10, 문단 28, 2014년 3월 11일과 비교, 대조) 것이 아니라 혐오와 폭력을 조장한다고 국내법원이 판단한 발언으로 인해 유죄판결을 받았다. 본 재판소는 특정 개인이나 집단이 모욕적이라고 판단할 수 있는 모든 발언이 징역형과 같은 형사소송 유죄판결을 정당화하는 것은 아님을 강조한다. 그러한 감정은 이해 가능하나, 그것만으로 표현의 자유의 제한을 설정할 수는 없다. 모욕적이거나 공격적인 언어가 사용된 맥락을 주의 깊게 검토해야만 협약 제10조에 의해 보장되는 충격적이고 모욕적인 발언과 민주사회에서의 관용의 권리가 박탈되는 발언을 유의미하게 구분할 수 있다(유사한 접근방식으로는 *Vajnai v. Hungary*, no.33629/06, 문단 53 및 57, ECHR 2008 참고). 그러므로 본 사건의 핵심 쟁점은 청구인의 발언 전체를 봤을 때나 그 맥락을 고려할 때 해당 발언이 폭력, 혐오, 불관용을 조장하는 것으로 간주될 수 있는가이다(*Perinçek*, 위 인용, 240 참고).

70. 이와 관련하여 지역 의원선거에서 야당 후보를 지지하는 신문사 사무실에 대한 경찰의 수색을 다룬 메모리얼의 보도자료가 촉발한 토론의 상황에서 청구인이 댓글을 게시했다는 점에 주목해야 한다(위 문단 9 참고). 토론 참여자들은 “권력을 가진” 자들의 관행으로 인해 경찰관들이 “정치적 반대파와의 다툼에 투입”되는 상황이나 “정권의 충직한 개”가 되어 이러한 행위에 적극적으로 참여하겠다는 경찰의 의지에 대해 비판적 의견을 드러냈다(위 문단 10-11 참고). 그러므로 이러한 토론은 선거운동기간에 정치적 반대파를 침묵하게 하고 억압하기 위해 경찰이 투입되었다는 의혹을 제기하고 이로 인해 표현의 자유에 대한 제한이 엄격하게 해석되어야 하는 영역인 일반적이고 공적인 문제와 관계된 것이다(위 문단 62 참고). 나아가 본 재판소는 선거를 앞둔 시점에는 모든 종류의 의견과 정보가 자유롭게 유포되도록 허용하는 것이 특히 중요하다는 점을 재확인한다.

71. 토론의 과정에서 게시한 청구인의 댓글은 청구인이 생각하는 권한의 남용에 대한 반감과 거부감을 드러내고 러시아 경찰의 윤리적 기준에 대한 청구인의 회의적이고 냉소적인 시각을 드러낸 것이다. 이러한 관점에서 해당 발



언은 러시아 경찰의 현 상황과 특히 경찰관 모집에서의 철저한 검증의 부족을 통렬히 비판한 것으로 이해될 수 있다.

72. 본 재판소는 나아가 “아우슈비츠 같은” 불가마에서 “부정한 짚새”의 “화형식”을 요구한 부분은 특히 공격적이고 적대적 어조를 띠고 있음을 확인한다. 그러나 국내법원에서 판단한 것처럼 해당 구절이 실제로 “일반인에 의한 경찰관의 몰살”을 요구하는 것으로 해석된다고 확신할 수 없다(위 문단 24 참고). 오히려 이는 부패하고 권력을 남용하는 경찰관(“부정한 짚새”)을 “없애버리겠다”는 청구인의 바람을 강력하게 표현한 것이고 상황의 개선을 위한 조치를 취할 것을 감정적으로 호소하는 것이다.

73. 본 재판소는 위 두 문단에서 고려한 사항이 청구인이 사용한 언어나 그 어조를 인정하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 것을 강조한다. 아우슈비츠 수용소와 나치의 살인방식을 따라야 할 사례로 언급한 것은 특히 충격적이다. 아마도 홀로코스트 생존자들이나 특히 아우슈비츠를 탈출한 자들은 특히 이러한 발언으로 모욕감을 느낄 수 있다. 그러나 본 재판소는 이와 관련하여 홀로코스트 생존자들의 권리의 보장은 국내법원이 청구인의 유죄판결의 근거로 결코 제시되지 않았음을 확인한다. 나아가 해당 게시글은 아우슈비츠에서 나치의 관행을 칭송하거나 정당화할 의도를 드러내지 않고 있으며, 국내법원이나 정부에서 결코 이와 다른 주장을 한 적이 없다. 본 재판소는 과거 아우슈비츠 수용소와 홀로코스트에 대한 언급만으로는 표현의 자유의 침해가 정당화하기에는 부족하고 타인의 권리에 미치는 영향은 그러한 발언을 하게 된 역사적, 사회적 맥락을 충분히 고려하여 판단해야 한다는 입장이다(이러한 접근방식과 관련하여 *Annen v. Germany*, no.3690/10, 문단 63, 2015년 11월 26일 참고). 하지만 본 사건과 관련하여 러시아 경찰관들이 이러한 언급으로 인해 그들 자신이 영향을 받았다고 생각할 만한 근거를 제시하는 주장을 국내법원이나 정부에서 제기한 바 없다.

74. 보다 일반적으로는 화형에 의한 섬멸의 개념을 사용한 것은 폭력을 포함한 불법행위를 선동하는 것으로 간주될 수 없다. 본 재판소는 과거에 이러한 종류의 상징적 행위를 폭력에 대한 요구라기보다 불만과 항의의 표현으로 이해할 수 있다는 점을 인정했다(*Christian Democratic People’s Party v. Moldova*(no.2), no.25196/04, 문단 27, 2010년 2월 2일, 국기와 국가원수의 사진을 불태운 사건, *Stern Taulats and RouraCapellera v. Spain*, nos.51168/15 및 51186/15, 문단 39, 2018년 3월 13일, 스페인 국왕 부부의 사진을 불태운 사건).

75. 또한 청구인의 발언이 확인 가능한 어떤 경찰관을 개인적으로 공격한 것이 아니고 오히려 공공 기관으로서의 경찰과 관련된 것을 주목할 만하다. 본 재판소는 공적인 지위를 가진 공직자는 일반 시민에 비해 더 넓은 범위의 비판을 수용해야 한다는 점을 재확인한다(*Mamère v. France*, no.12697/03, 문단 27, ECHR 2006-XIII 참고). 그러한 비판이 공공기관 전체를 대상으로 한다면 수용 가능한 범위가 더 넓어진다. 특정한 수준의 과도함은 이러한 범위에 포함될 수 있고, 특히 공직자의 부당하거나 불법적인 행위 의혹에 대한 반응이라면 수용될 수 있다.

76. 또한 본 재판소는 공공 법집행기관인 경찰이 억압과 불평등의 역사를 가지고 있거나 뿌리깊은 편견, 적대감, 차별의 대상이 되었거나 다른 어떤 이유로 취약하기 때문에 모욕, 조롱 비방으로 인한 공격에 더욱 강력한 보호를 받아야 하는 보호받지 못한 소수집단으로 보기 어렵다는 입장이다.

77. 본 재판소는 국가 안보력의 일부를 구성하는 경찰은 모욕적인 발언이 경찰에 대한 즉각적인 불법행위를 야기하거나 실질적인 폭행 위협에 노출시키지 않는 한 그러한 선동적인 언어에 대해 특히 높은 수준의 관용을 보여야 한다는 입장이다. 본 재판소는 갈등, 무장분쟁, 대테러전, 사망자 발생 위험이 있는 교도소 폭동과 같은 매우 민감한 상황에서만 이러한 발언이 폭력을 선동하여 안보력을 위협에 빠뜨릴 수 있다고 판단, 해당 발언에 대한 간섭이 정당화된다고 판결을 내렸다(관련 판례로 앞서 인용한 *Sürek*(no.1), 문단 62; *Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey*, nos.22147/02 및 24972/03, 문단 32-34, 2007년 1월 23일; *Saygılı and Falakaoğlu v. Turkey*(no.2), no.38991/02, 문단 28, 2009년 2월 17일 참고).

78. 하지만 본 사건과 관련하여 국내법원의 판결이나 정부의 제출문서 어디에도 청구인의 댓글이 민감한 사회적·정치적 상황에서 작성되었다거나, 해당 지역의 전반적 안보상황이 불안정하다거나, 충돌, 소요, 경찰반대 폭동이 있었다거나, 경찰에 대한 적대감이나 증오의 분위기가 형성되었다거나, 문제가 된 발언이 경찰관에 대한 즉각적인 불법행위를 야기하거나 실제적 폭행의 위협에 노출시킬 것이라고 판단할 만한 특별한 상황이 제시되어 있지 않다. 국내법원의 경찰관이 “공동의 [직업적] 활동”을 수행하는 “사회적 집단”이라고 판단하면서도(위 문단 22 참고) 왜 경찰 집단이 보다 강화된 보호를 받아야 하는지 설명하지 않았을 뿐만 아니라, 청구인의 댓글이 실제로 폭력을 조장하고 그로 인해 경찰관 집단이나 개인이 위협에 빠질 수 있음을 보여주는 어떠한 요소나 맥락을 언급하지도 않았다. 국내법원이 판결에 그러한 설명이 존재하지 않고 본 재판소가 다르게 판단할 만한 어떠한 증거도 존재하지 않은 상황에서 본 재판소는 청구인의 댓글이 폭력을 선동하여 러시아 경찰관들을 위협에 빠뜨릴 수 있다는 주장을 납득할 수 없다.

79. 문제가 된 글의 잠재적 영향력과 관련해서 본 재판소는 대중이 접속 가능한 인터넷 블로그에 게시되었다는 점에 주목한다. 온라인 게시물과 관련하여 본 재판소는 이전에 인터넷의 사용자 생성 표현 행위는 표현의 자유의 행사와 관련하여 유례없는 기회를 제공한다고 판단했다(*Delfi AS v. Estonia* [GC], no.64569/09, 문단 110, ECHR 2015 참고). 인터넷의 접속가능성과 방대한 양의 정보를 저장하고 전달하는 능력을 고려할 때, 인터넷은 대중이 보다 손쉽게 뉴스를 확인하고 정보 전반의 유포를 촉진하는 데에 있어서 중요한 역할을 한다. 나아가 인터넷상의 콘텐츠나 커뮤니케이션은 언론의 콘텐츠나 커뮤니케이션보다 인권과 자유의 행사와 향유에 피해를 가할 위험이 더 큰 것이 사실이다. 왜냐하면 증오표현이나 폭력의 선동과 같은 법으로 금지된 발언이 전과 다르게 전 세계적으로 몇 초 만에 전파될 수 있고 때로는 지속적으로 온라인에 남아있기 때문이다(동일사건, 110과 133). 동시에 명백한 사실은 구독자수가 적은 온라인으로 유포된 발언은 방문자수가 많은 주류 웹사이트에 게시된 발언과 비교해 그 도달범위나 잠



재적 영향력이 갈 수 없다는 것이다. 그러므로 온라인 게시글의 잠재적 영향력을 판단하기 위해서는 해당 게시글의 대중 도달범위를 판단하는 것이 필수적이다.

80. 본 사건에서 청구인은 지인인 B.S.의 개인 블로그에 댓글을 게시했다. 국내법원은 이에 관한 판단을 해당 블로그가 “[청구인의 블로그]보다 인기가 있었”고 그 결과 문제가 된 게시글이 1개월간 제한 없이 대중에 공개되었고 “더 많은 구독자들에 공개되었다”는 내용으로 국한시켰다(위 문단 22 참고). 하지만 국내법원은 B.S.의 블로그가 일반적으로 많은 방문자수를 가지고 있는지를 판단하거나 청구인의 댓글이 게시되어 있던 기간에 블로그에 접속한 실제 이용자 수를 파악하려는 시도를 하지 않은 것으로 보인다.

81. 위와 관련하여 본 재판소는 청구인이 자신에 대한 형사소송의 원인을 파악한 이후 댓글을 삭제할 때까지 1개월간 해당 댓글이 온라인에 공개되어 있었음에 유의한다(위 문단 15 참고). 문제가 된 발언에 대한 접속이 제한된 것이 아님에도 해당 댓글은 대중의 관심을 거의 끌지 못한 것으로 보인다. 실제로 청구인의 지인들 다수는 댓글에 대해서 알지 못했고 온라인 게시글로 인해서 청구인이 형사 기소되면서 대중이 청구인의 댓글에 관심을 갖게 된 것으로 판단된다(위 문단 18 참고). 또한 해당 사건이 발생한 시기에 청구인은 공인이거나 저명 인사가 아니었을 뿐만 아니라(*Osmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*(dec.), no.50841/99, 2001년 10월 11일, *Féret*, 위 인용, 문단 75 및 76과 대조), 유명 블로거이거나 유명한 소셜미디어 이용자가 아니었다는 것은 주목할만하다(*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [GC], no.18030/11, 문단 168, ECHR 2016 참고). 만약 그러했다면 청구인의 댓글은 대중의 관심을 끌었을 것이고 해당 발언의 잠재적 영향력은 더욱 컸을 것이다. 이러한 정황을 고려하여 본 재판소는 청구인의 댓글의 대중 도달범위나 여론에 미친 영향은 매우 제한적이었다고 판단한다.

82. 국내법원의 추론과 관련하여 본 재판소는 국내법원이 청구인이 사용한 단어의 성격에 초점을 맞추고 발언의 형태와 취지에 국한하여 판결을 내렸음에 주목한다. 국내법원은 해당발언을 관련된 논의의 맥락에서 분석하거나 이러한 발언이 전달하고자 하는 의견이 무엇인지를 분석하려 하지 않았다. 국내법원은 청구인의 범법행위가 특히 “헌법제도와 국가안보의 근간”과 충돌하는 “노골적이고 국가 안보를 해치는” 것이었다고 주장하면서도 이러한 결론에 도달하게 된 근거를 설명하지 않았다. 국내법원은 해당 발언의 정치적·사회적 배경과 도달범위를 적절히 고려하여 해로운 결과를 가져올 가능성을 판단하려는 시도를 하지 않았다. 그러므로 본 재판소는 국내법원이 판결을 내릴 때 모든 사실과 관련된 요소를 고려하지 않았다고 판단한다. 이에 따라 국내법원이 제시한 근거는 청구인의 표현의 자유에 대한 제한을 정당화할 만한 “연관성이 있고 충분한” 것이라고 간주될 수 없다.

83. 또한 본 재판소는 청구인이 형사소송에서 유죄 판결을 받았고 징역 1년 형의 집행유예를 선고받았음에 주목한다. 본 재판소는 이와 관련하여 다른 조정, 반박 방법의 존재를 고려할 때 형사소송의 유죄판결은 심각한 처벌이

라는 사실을 다시 확인한다(*Perinçek*, 위 인용, 문단 273 참고). 또한 형의 선고는 원칙적으로 국내법원의 결정 사항이지만, 정당한 대중의 관심사항에 대한 토론의 영역에서의 범법행위로 징역형을 선고하는 것은 혐오발언이나 폭력의 선동과 같은 다른 기본권리가 심각하게 침해된 예외적인 상황에서만 협약 제10조에서 보장하는 표현의 자유와 양립할 수 있게 된다(*Otegi Mondragon v. Spain*, no.2034/07, 문단 59-60, ECHR 2011 참고). 본 재판소는 이미 청구인의 게시글이 폭력을 선동할 가능성이 낮다고 판단한 바 있다(위 문단 78 참고).

84. 본 재판소는 위 문단 66에서 협약 제10조의 보장을 받을 수 없는 발언을 판단하기 위해서는 개별적 요소를 분리해서 볼 것이 아니라 여러 요소들 간의 상호작용을 살펴봐야 한다고 언급한 바 있다. 본 사건과 관련하여 비록 문제가 된 발언의 어휘가 실제로 불쾌하고 모욕적이며 통렬하였으나(이후 청구인이 이에 대해 사과한 바 있음) 러시아 경찰관에 대한 혐오나 폭력을 선동할 목적으로 기본 감정이나 내재된 편견을 불러일으킨다고 볼 수는 없다. 본 재판소가 위 문단 71에서 언급한 것처럼 청구인의 댓글은 오히려 자신이 생각한 경찰관의 폭력행위에 대한 청구인의 감정적인 대응이었다. 나아가 본 재판소는 국내법원의 판결이나 러시아정부의 제출문서 어디에도 청구인의 댓글이 러시아 경찰관에 대한 폭력을 일으킬 가능성이 있고 그로 인해 명백하고 즉각적인 위협을 야기하며 이 때문에 청구인의 형사 기소와 유죄판결이 필요하다는 결론을 내릴 만한 요소를 파악할 수 없다(*Gül and Others*, 위 인용, 문단 42 참고).

85. 본 재판소는 위와 관련하여 폭력, 혐오, 불관용을 조장하거나 정당화하는 표현을 규제하는 형사법 조항이 관련 범죄행위의 범위를 명확하고 정확하게 규정하고 이러한 범죄행위를 기소하는 국가의 재량권이 지나치게 광범위하거나 선별적 시행으로 인해 악용될 가능성이 없도록 엄격하게 해석하는 것이 매우 중요하다는 점을 강조한다.

86. 위 사항을 고려하여 본 재판소는 청구인의 형사소송 유죄판결이 “긴박한 사회적 필요성” 요건을 충족하지 않았고, 언급한 정당한 목적에 비례하지 않았다는 결론을 내린다.

87. 따라서 협약 제10조 위반이 있었다.

II. 협약 제41조의 적용

88. 협약 제41조의 내용은 다음과 같다.

“유럽인권재판소가 협약이나 의정서의 위반이 있다고 판결을 내리고 해당 계약국의 국내법은 부분적 배상만 허용한다면, 유럽인권재판소는 필요시 피해당사자에 정당한 보상을 제공한다.”



A. 손해보상금

89. 청구인은 비금전적 손해에 대해 3,500유로의 손해배상액을 청구했다.

90. 러시아 정부는 본 사건과 관련하여 제10조의 청구인의 권리가 위반되지 않았다고 주장하면서 손해배상청구에 이의를 제기했다.

91. 본 재판소는 본 사건의 정황을 고려하여 협약 제10조의 위반 판결이 청구인의 비금전적 손해에 대한 충분하고도 정당한 배상이 될 것이라고 판단한다.

B. 비용

92. 청구인은 또한 국내법원에서 발생한 비용 3,000유로를 청구하고 본 재판소에 발생한 비용 3,500유로를 청구했다. 후자는 관련 서류로 드러난 청구인이 지불해야 하는 것으로 청구서류 작성, 대리인의 조사, 법률분석, 의견 제시 비용을 포함했다.

93. 러시아 정부는 청구금액이 과도하다고 이의를 제기하고 본 사건이 상대적으로 간단하고 협약의 한 가지 위반사항에 관한 것이며, 증거서류가 거의 필요하지 않았다고 주장했다. 러시아 정부는 조사와 문서작성이 청구인이 요구하는 수준에 이르지 않았으며, 이에 따라 청구금액을 축소해야 한다는 입장이다.

94. 본 재판소의 판례법에 따라 청구인은 실제로 불가피하게 비용이 발생했고 손해배상금액으로서 합당하다고 입증해야만 비용을 보상받을 수 있다. 본 사건과 관련하여 본 재판소가 보유한 문서와 위의 기준을 고려하여 본 재판소는 모든 항목의 비용을 포함하여 5,000유로를 청구인의 대리인의 은행계좌에 직접 송금하는 것이 합리적이라고 판단한다.

C. 지연이자

95. 본 재판소는 유럽중앙은행의 한계대출금리에 3%를 가산하여 연체이자율을 산정하는 것이 적합하다고 판단한다.

이러한 이유로 본 재판소는 만장일치로

1. 청구를 인용한다;
2. 협약 제10조를 위반하였다고 판단한다;
3. 협약 제10조 위반 판결 그 자체가 청구인의 비금전적 손해에 대한 충분하고도 정당한 배상이 된다고 판단한다;
4. 다음과 같이 판단한다.
 - (a) 피청구국은 청구인에게 최종판결이 제시된 일자로부터 3개월 이내에 협약 제44조 제2항에 따라 발생한 비용에 대한 5,000유로와 청구인에 대한 과세액을 포함하여 지급일 기준 적용 가능한 환율에 따라 피청구국의 통화로 환전하여 청구인의 대리인의 은행계좌에 직접 송금하여야 한다;
 - (b) 위에 언급한 3개월의 기간이 경과한 시점부터 정산이 이루어질 때까지 해당 손해배상액과 함께 미지급기간의 유럽중앙은행의 한계대출금리에 해당하는 이율에 3퍼센트를 가산하여 단리로 지급한다;
5. 그 밖의 청구인의 정당한 구제조치 청구는 기각한다.

재판소규정 제77조 제2항 및 제3항에 따라, 영어로 작성되었고 2018년 8월 28일 서면으로 통지되었다.

Stephen Phillips
사무처장

Helena Jäderblom
재판소장

국가인권위원회는 '사람이 사람답게 사는 세상'을 만들기 위해 2001년 11월 출범하였으며, 인권정책, 조사·구제, 교육·홍보, 국내·외 협력의 4대 기능을 수행하고 있습니다.

• **인권정책**

- ▶ 법령제도·정책·관행의 조사·연구 및 개선 권고·의견 표명
- ▶ 국제인권조약 가입 및 조약의 이행에 관한 권고·의견 표명

• **조사구제**

- ▶ 국가기관, 지자체 또는 구금·보호시설의 인권침해 조사구제
- ▶ 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의한 평등권침해의 차별행위 조사구제
- ▶ 성희롱 조사구제
- ▶ 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 및 「고용상 연령차별금지 및 고령촉진에 관한 법률」에 따른 조사구제

• **교육홍보**

- ▶ 인권의식 향상을 위한 교육
- ▶ 인권문화 확산 및 홍보

• **국내·외 협력**

- ▶ 국내 인권단체 및 개인과 협력
- ▶ 인권관련 국제기구 및 외국인권기구와 교류 협력

인권교육센터

- ▷ edu.humanrights.go.kr
- ▷ m.edu.nhrc.go.kr

인권 상담은 전국 어디서나 **1331**



유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

3

증오표현과 인터넷