

사단법인 한국국제사법학회  
제163회 정기연구회 자료집



일 시 : 2024. 1. 25.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실



## 제163회 정기연구회

사회 : 총무이사 이종혁

- |               |                               |
|---------------|-------------------------------|
| 19:00         | 개회사<br>노태악 대법관(한국국제사법학회 회장)   |
| 19:00 - 20:15 | 발 표<br>김효정 연구위원(사법정책연구원)      |
| 20:15 - 20:30 | 지정토론<br>이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원) |
| 20:30 - 21:00 | 전체토론                          |



발표문

## 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법

김효정 연구위원  
(사법정책연구원)



# 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법

김 효 정\*

## 목 차

- I. 서론
- II. 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 관련 입법례
  - 1. 단일한 준거법을 지정하는 방식
    - 가. 피해자의 상거소지법
    - 나. 피해자의 주소지법
    - 다. 발행지법
  - 2. 복수의 준거법을 제시하는 방식
    - 가. 발행지법 또는 결과발생지법 원칙을 채택한 방식
    - 나. 피해자에게 준거법에 대한 선택권을 부여하는 방식
    - 다. 관할근거에 따라 준거법을 지정하는 방식
- III. 인터넷에 의한 명예훼손의 연결점 검토
  - 1. 법정지
  - 2. 발행지
  - 3. 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가
  - 4. 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가
  - 5. 서버 소재지
  - 6. 피해자의 상거소지 또는 주소지
- IV. 개정 국제사법의 해석론
  - 1. 불법행위의 준거법(개정 국제사법 제52조)
  - 2. 개정 국제사법 제52조 제항의 행동지법 또는 결과발생지법의 해석
- V. 개정 국제사법의 입법론
  - 1. 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법에 관한 특칙이 필요한지 여부
  - 2. 개정 국제사법의 개정 방향
- VI. 결론

## I. 서론

각국의 명예훼손에 관한 준거법에 대한 접근방식에는 상당한 차이가 있다. 명예훼손에 있어서 평판의 보호(right of reputation)와 표현의 자유(freedom of expression) 중 어느 가치에 보다 중점을 두는지에 관하여 각국의 입장이 상당히

다르기 때문이다. “계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이 사회의 No 864/2007 규정[Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, 이하 ‘로마II규정’]”의 작성과정만 보더라도 명예훼손에 관한 준거법에 관하여 모두가 수긍할 수 있는 규칙을 확립하는 것이 얼마나 어려운지 알 수 있다. 결국 로마II규정 제1조 제2항 (g)호는 ‘프라이버시 및 명예훼손을 포함하여 인격권과 관련된 권리의 침해로부터 발생하는 계약외채무’를 로마II규정의 적용범위에서 제외하였다. 따라서 EU 차원에서 명예훼손에 관한 준거법에 관하여 확립된 통일 규칙은 없고, EU의 각 회원국의 국내법이 명예훼손에 관한 준거법이 된다.<sup>1)</sup>

명예훼손은 불법행위에 해당하나, 일반 불법행위에 관한 준거법 규칙을 그대로 적용함에 있어 어려움이 있다. 명예훼손의 사안에서는 대체로 행동지와 결과발생지가 다르고, 복수의 결과발생지가 있을 수 있기 때문이다. 또한 표현의 자유와 평판의 보호라는 대립된 법익 간의 균형을 저촉법적 관점에서 고려하여야 하는 문제가 있다. 일부 국가는 프라이버시 및 인격권과 관련된 권리의 침해에 대한 특칙을 두고 있는데, 이러한 특칙은 대체로 피해자를 유리하게 취급하고 피해자에게 준거법에 대한 선택권을 부여한다는 특징을 가진다.<sup>2)</sup>

명예훼손이 인터넷에 의하여 이루어지는 경우에는 준거법 규칙을 정립하는 어려움이 증폭된다. 인터넷은 현실의 물리적 공간을 전제로 하지 않고 어느 곳에서도 접속이 가능하다는 특성을 가지고 있으므로 물리적 공간을 전제로 한 종래의 준거법 규칙을 그대로 적용할 수 있는지에 대한 의문이 발생한다.

이하에서는 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 관련 입법례를 살펴보고(II.항), 인터넷에 의한 명예훼손의 각 연결점들을 검토함으로써 어떠한 법을 준거법으로 인정하는 것이 적절한지를 검토하고자 한다(III.항). 그리고 이러한 검토를 바탕으로 개정 국제사법의 해석론(IV.항)과 입법론(V.항)을 제시하고자 한다.

## II. 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 관련 입법례

### 1. 단일한 준거법을 지정하는 방식

#### 가. 피해자의 상거소지법

1) Pedro de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Elgar Information Law and Practice, 2020, p. 182.

2) *Ibid.*, p. 183.



### (1) 일본의 「법의 적용을 위한 통칙법」

일본의 「법의 적용을 위한 통칙법」(이하 ‘법적용통칙법’)은 특수불법행위 중 명예훼손과 관련된 연결점을 일반 불법행위와 별도로 규정한다.<sup>3)</sup> 법적용통칙법 제19조(명예 또는 신용 훼손의 특례)는 “제17조의 규정에도 불구하고, 타인의 명예 또는 신용을 훼손하는 불법행위에 의해서 생기는 채권의 성립 및 효력은 피해자의 상거소지법(피해자가 법인 그 밖의 사단 또는 재단인 경우에는 그 주된 사업소의 소재지법)에 의한다.”라고 규정한다.<sup>4)</sup>

일본의 법적용통칙법 제19조는 피해자 보호를 위해서는 피해자에게 가장 밀접하게 관련된 법을 적용해야 하고, 명예나 사생활 등의 침해에서는 복수의 국가에서 정보가 수신되더라도 손해는 통상 피해자의 상거소에서 발생한다는 것을 근거로 명한다.<sup>5)</sup> 법적용통칙법 제19조는 인터넷에 의한 명예훼손에도 적용된다.<sup>6)</sup>

### (2) 중국의 「섭외민사관계법률적용법」

중국의 「섭외민사관계법률적용법」 제46조는 “인터넷 또는 기타의 방식으로 성명권, 초상권, 명예권, 사생활권 등의 인격권을 침해한 경우에는 피해자의 상거소지법에 의한다.”라고 규정한다.<sup>7)</sup> 섭외민사관계법률적용법 제46조가 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법을 피해자의 상거소지법으로 규정한 이유는 피해자의 상거소지법이 결과발생지가 되기 때문이라고 한다.<sup>8)</sup>

### (3) 2002년 유럽위원회의 로마II규정 예비초안

- 
- 3) 천창민, “명예훼손의 국제재판관할과 준거법 - 일본의 관련 재판례를 소재로-”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제29권 제1호 (2023), 456면.
  - 4) 법적용통칙법 제19조의 국문번역은 김문숙, “일본 「법의 적용에 관한 통칙법」”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제12호 (2006), 621-622면 참조.
  - 5) 野村美明, “名譽毀損”, 櫻田嘉章·道垣内正人 編, 國際私法判例百選, 新法対応補正板, 別冊 Jurist No.185 (2007), 83頁.
  - 6) 東京地法 平成27年(ワ)第1973号, 2016年 11月 30日 判決에서는 피고 블룸버그 엘피가 운영하는 인터넷 웹사이트에 게재된 기사가 원고들의 명예를 훼손하는지 여부에 대하여 법적용통칙법 제19조에 따라 원고들의 상거소지법인 일본법을 적용하였다. 위 판결에 관한 분석으로는 천창민, 앞의 논문, 477-486면, 491-494면.
  - 7) 섭외민사관계법률적용법 제46조의 국문번역은 김현아, “중국 국제사법상 미디어에 의한 인격권 침해의 준거법 결정”, 언론중재위원회, 미디어와 인격권 제1권 제1호 (2015), 115면 참조.
  - 8) 戴琼, 浅议涉外网络名誉侵权案件的管辖权问题, <政法学刊>, 4期 (2012), 53.

“계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회의 No 864/2007 규정[Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations, 이하 ‘로마II규정’]”의 2002년 5월 유럽위원회 예비초안(draft proposal for a Council Regulation of May 2002, 이하 ‘유럽위원회 예비초안’)은 인격권 침해에 대하여 피해자의 상거소지법이 준거법으로 적용된다고 규정하였다.<sup>9)</sup>

그러나 유럽위원회 예비초안에 대해서는 유명인사의 상거소지를 확정하는 것이 용이하지 않다는 비판과 더불어, 발행물이 발행인의 설립지국에 따라 발행되었고 발행물 중 단 한 부도 피해자의 상거소지국에서 배포된 적이 없더라도 발행인의 설립지국의 법원이 피해자의 상거소지국법에 따라 발행인에게 불리한 판결을 하여야 하는 상황이 초래될 수 있다는 비판이 있었다.<sup>10)</sup>

#### 나. 피해자의 주소지법: 미국의 국제사법에 관한 제2차 리스테이트먼트 (Restatement)

미국의 국제사법에 관한 제2차 리스테이트먼트[Restatement (Second) Conflict of Laws] 제150조는 다수 주(Multistate)의 명예훼손의 준거법에 관하여 규정한다. 위 리스테이트먼트 제150조 제1항은 위 리스테이트먼트 제6조가 정한 원칙에 따라 해당 사건(occurrence) 및 당사자와 가장 중대한 관계(most significant relationship)를 가지는 주의 법이 준거법이 된다고 한다. 이때 가장 중대한 관계를 가지는 주는 피해자가 자연인인 경우에는 통상 불법행위 당시 피해자의 주소지이고(국제사법 제2차 리스테이트먼트 제150조 제2항), 피해자가 법인인 경우에는 통상 불법행위 당시 피해자의 주된 사무소 소재지이다(국제사법 제2차 리스테이트먼트 제150조 제3항).

#### 다. 발행지국법: 2005년 유럽의회의 로마II규정 초안

2005년 유럽의회의 로마II규정 초안(이하 ‘유럽의회 초안’) 제5조 제1항은 프라이버시나 인격권의 침해의 준거법에 관하여 아래와 같이 규정한다.

“프라이버시 또는 인격권의 침해로 인하여 발생하는 계약외채무의 준

9) Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS, 2003, 427 final, p. 18.

10) *Ibid.*

거법에 관해서는, 손실 또는 손해의 가장 중대한 요소 또는 요소들이 발생하거나 발생할 것으로 예상되는 국가의 법(the law of the country in which the most significant element or elements of the loss or damage occur or are likely to occur)이 적용된다.

인쇄물의 발행이나 방송으로 인하여 침해가 발생한 경우, 손해의 가장 중요한 요소 또는 요소들이 발생하거나 발생할 것으로 예상되는 국가는 발행이나 방송 서비스가 주로 지향하는 국가(the country to which the publication or broadcasting service is principally directed)이고, 이것이 명확하지 않은 경우 편집권을 행사한 국가(the country in which editorial control is exercised)이며, 이 국가의 법이 준거법이다. 발행이나 방송 서비스가 주요하게 지향하는 국가는 특히 발행이나 방송에 사용된 언어 또는 해당 국가에서의 판매 또는 청중의 규모가 전체 판매 또는 청중의 규모에서 차지하는 비율, 또는 이들 요소의 결합에 의하여 결정되어야 한다.”

유럽의회 초안 제5조 제1항에 따르면, 프라이버시나 인격권의 침해의 준거법은 발행이나 방송 서비스가 주로 지향하는 국가나 편집권을 행사한 국가가 되는데, 이들 국가는 결국 발행인의 기원국(publisher's country of origin)이 된다.<sup>11)</sup> 이러한 점에서 2005년 유럽의회 초안 제5조 제1항은 발행지 규칙(place-of-publication rule)을 채택한 것으로 평가된다.<sup>12)</sup> 유럽의회 초안의 작성자들은 발행지 규칙이 유럽연합 내 언론의 전통(press tradition)을 보호하기 위하여 필요하고, 발행인들에게 보다 안정적이고 예측가능한 결과를 가져다 줄 것으로 판단하였다.<sup>13)</sup> 그러나 유럽의회 초안 제5조 제1항은 언론단체의 강력한 로비의 결과 기원국 원칙(country of origin rule)을 채택한 것이라는 비판을 받았다.<sup>14)</sup>

## 2. 복수의 준거법을 제시하는 방식

### 가. 결과발생지법 또는 발행지법 원칙을 채택한 방식

---

11) Aaron Warshaw, "Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims", 32 Brook J. Int'l L. 269, 297 (2006).

12) *Ibid.*, pp. 296-297.

13) *Ibid.*, p. 297.

14) 석광현, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)", 서울대학교 법학 제52권 제3호 (2011), 281면.

### (1) 결과발생지법 원칙 채택: 2003년 유럽위원회의 로마II규정 초안

2003년 유럽위원회의 로마II규정 초안(이하 ‘유럽위원회 초안’) 제6조 제1항은 프라이버시 및 인격권과 관련된 권리의 침해에 대하여 결과발생지국법을 준거법으로 하되 이것이 표현의 자유에 관한 법정지국의 공서에 반하는 경우 법정지법을 적용한다.<sup>15)</sup> 유럽위원회 초안 제6조 제2항은 반대진술권(right of reply) 또는 이에 상응하는 조치에 관한 준거법은 방송인 또는 발행인의 상거소지국법이라고 규정한다. 즉, 유럽위원회 초안은 결과발생지국법 원칙을 채택하되 일정한 경우에 법정지법과 방송인 또는 발행인의 상거소지국법을 준거법으로 인정한다.

언론기관들은 유럽위원회 초안 제6조가 채택한 결과발생지법 원칙으로 인하여 무수히 많은 결과발생지에서 명예훼손에 관한 소송이 제기됨으로써 언론기관이 과중한 재정적 부담을 안게 된다고 비판하였다.<sup>16)</sup> 또한 유럽위원회 초안 제6조가 결과발생지국법이 표현의 자유에 관한 법정지국의 공서에 반하는 경우 법정지법을 적용하는 것에 대해서는 법정지 쇼핑(forum shopping)을 부추기는 것이라는 지적도 있었다.<sup>17)</sup>

### (2) 발행지법 원칙 채택: 2012년 유럽의회의 로마II규정 수정안

유럽위원회와 유럽의회의 타협의 결과 2003년 유럽위원회 초안 제6조는 삭제되었고 유럽의회도 2005년 유럽의회 초안에서의 제안을 철회하여 결국 프라이버시와 인격권 침해의 준거법은 로마II규정의 적용범위에서 배제되었다.<sup>18)</sup> 즉, 로마II규정 제1조 제2항 (g)호는 ‘프라이버시 및 명예훼손을 포함하여 인격권과 관련된 권리의 침해로부터 발생하는 계약외채무’를 로마II규정의 적용범위에서 제외한다. 그러나 2012년 유럽의회는 로마II규정의 수정안(이하 ‘유럽의회 수정안’)을 위원회에 제출하여 프라이버시와 인격권의 침해에 대한 준거법과 관련하여 제5a조가 추가되어야 한다고 주장하였다.<sup>19)</sup>

유럽의회 수정안 제5a조는 2005년 유럽의회 초안의 입장을 수용하여 발행지 규

15) De Miguel Asensio, *op. cit.*, p. 181.

16) C. J. Kunke, “Rome II and Defamation: Will the Tail Wag the Dog?”, 19 *Emory International Law Review* 1733, 1735 (2005).

17) *Ibid.*

18) 석광현, 앞의 논문, 281면.

19) Report of the Committee of 2 May 2012 with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170 INI).

칙을 채택하였으나, 일정한 경우 피고의 상거소지국법을 준거법으로 한다. 피고의 상거소지국법을 준거법으로 하는 경우는 피고가 손실 또는 손해의 가장 중대한 요소 또는 요소들이 발생하거나 발생할 것으로 예상되는 국가(the law of the country in which the most significant element or elements of the loss or damage occur or are likely to occur)에서 실질적 결과가 발생할 것을 합리적으로 예견할 수 없었던 경우(제5a조 제2항)와 발행 및 방송의 내용과 관련이 있거나 개인정보처리로 인한 프라이버시나 인격권의 침해와 관련이 있는 발행인 또는 방송인에 대한 반론권이나 이에 상응하는 조치, 예방적 조치 및 금지청구권의 경우(제5a조 제4항)이다.

#### 나. 피해자에게 준거법에 대한 선택권을 부여하는 방식

명예훼손의 준거법에 대하여 피해자에게 선택권을 부여하는 국내법을 두고 있는 국가는 상당히 다수이다. 알바니아, 불가리아, 리투아니아, 몰도바, 몬테니그로, 루마니아, 세르비아, 스위스, 터키, 체코, 모나코, 헝가리, 벨기에, 폴란드 등은 피해자에게 명예훼손의 준거법에 관하여 피해자의 선택권을 인정한다.<sup>20)</sup> 이하에서는 스위스와 벨기에의 인격권 침해의 준거법에 관한 국제사법 규정을 검토하고자 한다.

##### (1) 스위스 국제사법

스위스 국제사법 제139조는 인격권 침해의 준거법에 대하여 아래와 같이 피해자에게 준거법에 관한 선택권을 부여한다.

(1) 언론매체, 특히 신문잡지, 라디오, 텔레비전, 또는 기타 공개적인 정보수단에 의한 인격의 침해에 기한 청구권은 피해자의 선택에 따라 다음의 법에 의한다.

- a. 가해자가 그 국가 내에서의 결과의 발생을 예견하였어야 하는 한 피해자가 그의 상거소를 가지고 있는 국가의 법
- b. 침해의 야기자가 그의 영업소 또는 상거소를 가지고 있는 국가의 법
- c. 가해자가 그 국가 내에서의 결과의 발생을 예견하였어야 하는 한 가해행위의 결과가 발생한 국가의 법

(2) 정기적으로 간행되는 매체에 대한 반대진술권은 출판물이 발행된

20) Symeon C. Symeonides, "Infringement of Personality Rights via the Internet: Jurisdiction and Choice of Law", 2 Lex and Forum 311, 323 (2022).

국가의 법 또는 라디오 또는 텔레비전의 방송이 나온 국가의 법에 의한다.

(3) 제1항은 인적 정보의 처리를 통한 인격의 침해 및 인적 정보에 관한 접근권의 제한에 기한 청구권에도 적용된다.<sup>21)</sup>

스위스 국제사법 제139조 제1항에 따르면 피해자는 언론매체 등 공개적인 정보 수단에 의한 인격권 침해가 있는 경우 피해자의 상거소지국법, 가해자의 영업소 또는 상거소 소재지국법, 결과발생지국법 중에서 준거법을 선택할 수 있다. 다만 피해자가 피해자의 상거소지국법 또는 결과발생지국법을 선택하는 경우, 언론의 자유를 보호하기 위하여 가해자의 예견가능성에 따른 제한을 둔다. 한편 스위스 국제사법 제139조 제2항은 정기적으로 간행되는 매체에 대한 반대진술권의 준거법은 발행지국법으로 규정한다.

## (2) 벨기에 국제사법

벨기에 국제사법 제99조 제2항 제1호는 “명예훼손, 프라이버시 또는 인격권 침해에 관한 채무는 원고의 선택에 따라 손해를 초래한 행위가 있었던 국가의 법, 또는 손해가 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 국가의 법에 의한다. 다만 가해자가 그 국가에서 손해가 발생할 것을 예견할 수 없었음을 증명하는 경우는 예외로 한다.”라고 규정한다. 벨기에 국제사법 제99조 제2항 제1호에 따르면 명예훼손 등의 경우, 행동지국법과 결과발생지국법 중 피해자가 선택한 법이 준거법이 된다. 다만 피해자의 선택은 가해자의 예견가능성에 의하여 제한된다.

### 다. 관할근거에 따라 준거법을 지정하는 방식: 2019년 국제법학술원(IDI)의 결의안

국제법학술원(Institut de Droit International, IDI)은 2019년 “인터넷의 사용에 의한 인격권 침해: 재판관할, 준거법 및 외국재판의 승인(Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments)”라는 제목의 결의안(Resolution, 이하 ‘결의안’)을 채택하였다. 결의안은 인터넷에 의한 인격권침해의 국제재판관할, 준거법 및 외국재판의 승인에 관하여 효율적이고 적용하기 쉬운 규범 체계를 제공하는 데 그 목적이 있으며, 원고와 피고를 최대한 동등하고 적절하게 취급하고자 한다.<sup>22)</sup>

21) 스위스 국제사법 제139조의 국문번역은 석광현, 국제사법과 국제소송(정년기념), 2022, 641-642면 참조.

22) Dan Jerker B. Svantesson & Symeon C. Symeonides, “Cross-border internet defamation

결의안 제7조는 인터넷에 의한 인격권 침해의 준거법에 대하여 규정한다. 결의안 제7조는 인터넷에 의한 인격권 침해에 대하여 제8조에 따른 유효한 준거법 합의가 없는 한 다음과 같은 규칙에 따라서 결정된다. 첫째, 법원의 관할이 결의안 제5조 제1항 (a)호에 근거한 경우, 즉 관할법원이 가해자의 중요한 행위(critical conduct)가 있었던 국가의 법원인 경우, 인터넷에 의한 인격권 침해의 준거법은 법정지법이다(결의안 제7조 제1항). 둘째, 법원의 관할이 결의안 제5조 제1항 (b)호에 근거한 경우, 즉 관할법원이 가해자의 주소지국(home state)의 법원인 경우, 인터넷에 의한 인격권 침해의 준거법은 법정지법이다(결의안 제7조 제2항 전문). 그러나 침해당시에 피고의 주소가 다른 국가에 소재하고 있다면 모든 사정을 고려할 때 가장 밀접하고 중대한 관련(the closest and most significant connection)을 가지는 국가의 법이 준거법이다(결의안 제7조 제2항 후문). 셋째, 법원의 관할이 결의안 제5조 제1항 (c)호에 근거한 경우, 즉 관할법원이 가장 광범위한 침해의 결과가 발생하였거나 발생할 국가의 법원인 경우, 인터넷에 의한 인격권 침해의 준거법은 법정지법이다(결의안 제7조 제3항 전문). 그러나 피해자가 가해자의 중요한 행위(critical conduct)가 다른 국가에서 있었다는 점을 증명한 경우에는 그 국가의 법이 모든 실체적 쟁점에 대한 준거법이다. 다만 피해자가 그 법의 적용을 공식적으로 요청하고, 법원의 요청에 따라 그 법의 내용을 확립한 경우(establishes the content of that law)일 것을 조건으로 한다(결의안 제7조 제3항 후문). 넷째, 법원의 관할이 결의안 제5조 제1항 (d)호에 근거한 경우, 관할법원이 피해자의 주소지국(home state)의 법원으로서 그 국가에서 해당 게시물에 접근가능하고 피해자가 그 국가에서 침해를 당한 경우, 인터넷에 의한 인격권 침해의 준거법은 법정지법이다(결의안 제7조 제4항 전문). 그러나 가해자가 가장 광범위한 침해의 결과가 다른 국가에서 발생하였다는 점을 증명하는 경우에는 그 국가의 법이 모든 실체적 쟁점에 대한 준거법이다. 다만 가해자가 그 법의 적용을 공식적으로 요청하고, 법원의 요청에 따라 그 법의 내용을 확립한 경우일 것을 조건으로 한다(결의안 제7조 제4항 후문). 다섯째, 법원의 관할이 유효한 관할합의에 근거하고 그 법원이 결의안 제5조에 명시된 국가에 위치한 경우에는 결의안 제7조 제1항 내지 제4항에 따라 준거법이 결정된다. 만약 법원이 결의안 제5조에 명시된 국가에 위치하지 않은 경우에는 준거법은 모든 사정을 고려할 때 가장 밀접하고 중대한 관련(the closest and most significant connection)을 가지는 국가의 법이 준거법이다(결의안 제7조 제5항 후문). 이상의 내용을 정리해 보면 아래 [표 1]과 같다.

---

conflicts and what to do about them: Two Proposals”, 19(2) Journal of Private International Law 137, 147 (2023).

[표 1] 2019년 국제법학술원(IDI) 결의안 제7조에 따른 준거법

조문	관할근거		준거법	
			원칙	예외
결의안 제7조 제1항	가해자의 중요한 행위(critical conduct)가 있었던 국가		법정지법	
결의안 제7조 제2항	가해자의 주소지국(home state)		법정지법	가장 밀접하고 중대한 관련(the closest and most significant connection)을 가지는 국가의 법 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 침해 당시에 피고의 주소가 다른 국가에 소재한 경우</li> </ul>
결의안 제7조 제3항	가장 광범위한 침해의 결과가 발생하였거나 발생할 국가		법정지법	가해자의 중요한 행위(critical conduct)가 있었던 국가의 법 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 피해자가 가해자의 중요한 행위가 다른 국가에서 있었다는 점을 증명한 경우</li> <li>• 피해자가 가해자의 중요한 행위가 있었던 법의 적용을 공식적으로 요청하고, 법원의 요청에 따라 위 법의 내용을 확립한 경우</li> </ul>
결의안 제7조 제4항	피해자의 주소지국(home state) <ul style="list-style-type: none"> <li>• 피해자의 주소지국에서 해당 게시물에 접근가능하고 피해자가 그 국가에서 침해를 당한 경우</li> </ul>		법정지법	가장 광범위한 침해의 결과가 발생한 국가의 법 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 가해자가 가장 광범위한 침해의 결과가 다른 국가에서 발생하였다는 점을 증명한 경우</li> <li>• 가해자가 가장 광범위한 침해의 결과가 발생한 국가의 법의 적용을 공식적으로 요청하고, 법원의 요청에 따라 위 법의 내용을 확립한 경우</li> </ul>
결의안 제7조 제5항	관할 합의	관할법원이 결의안 제5조에 명시된 국가에 위치한 경우	결의안 제7조 제1항 내지 제4항에 따른 준거법(법정지법 원칙 적용)	
		관할법원이 결의안 제5조에 명시된 국가에 위치하지 않은 경우	가장 밀접하고 중대한 관련을 가지는 국가의 법	

결의안 제7조는 두 가지 특징을 가진다. 먼저 관할법원이 결의안 제5조에 명시된 국가에 위치하지 않은 경우를 제외하고는 법정지법(lex fori) 원칙이 적용된다는 점이다. 법정지법을 적용하는 것은 적용의 용이성 및 효율성의 측면에서 이점을 지닌다.<sup>23)</sup> 다음으로 법정지법 적용의 예외를 인정하는 경우 당사자에게 그에 대한 중



명책임을 부담시켰다는 점이다.<sup>24)</sup> 결의안 제7조 제3항 및 제4항은 일방당사자가 법정지 외의 국가에서 가해자의 중요한 행위가 있었거나 가장 광범위한 침해의 결과가 발생하였다는 점을 증명하고, 그 법의 적용을 요청할 수 있도록 한다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. 인터넷에 의한 명예훼손의 연결점 검토

#### 1. 법정지

2019년 국제법학술원(IDI)의 결의안은 앞서 살펴본 바와 같이 관할근거에 따라 준거법을 지정하는 방식을 채택하여 기본적으로 법정지법 원칙을 적용한다. 법정지법(*lex fori*)을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 하고자 하는 입장은 기본적으로 미국의 Brainerd Currie가 제시한 이익분석론(*Interest Analysis Approach*)<sup>26)</sup>에 근거를 두고 있다. 이익분석론은 문제된 분쟁과 직접적인 관련이 있는 정책을 두고 있는 주(州)의 정당한 이익에 초점을 두기 때문에 아래와 같이 법정지법을 적용하는 경향이 있다.<sup>27)</sup> 이익분석론에 따르면 ① 허위저촉(*false conflict*)이 있는 경우, 즉 사건과 관련된 주들 중 어느 한 주만이 그 정책을 적용함에 이익을 가지는 경우에는 이익을 갖는 주의 법이 적용되는데,<sup>28)</sup> 이익을 갖는 주법은 대체로 법정지법이 된다.<sup>29)</sup> ② 진정한 저촉(*true conflict*)이 있는 경우, 즉 둘 이상의 관련된 주의 이익 간에 충돌이 있는 경우에는 법정지법이 적용된다.<sup>30)</sup> ③ 이익을 갖는 주가 부존

23) Svantesson & Symeonides, *op. cit.*, p. 147.

24) *Ibid.*

25) 가해자가 가장 광범위한 침해의 결과가 자신의 주소지국에서 발생하였다는 점을 증명하고 가해자의 주소지국법의 적용을 공식적으로 요청하면 가해자의 주소지국법이 준거법이 될 것인지 문제된다. 그러나 결의안 제7조 제4항 하에서 가해자가 자신의 주소지국법을 적용할 것을 요청하는 것은 허용되지 않는다는 견해가 있다(Svantesson & Symeonides, *op. cit.*, p. 164). 결의안 제7조 제3항이 피해자가 그 상대방인 가해자와 관련된 국가의 법(가해자의 중요한 행위가 있었던 국가의 법)을 적용하도록 하는 것과 마찬가지로 결의안 제7조 제4항도 가해자가 그 상대방인 피해자와 관련된 국가의 법을 적용하는 경우만을 허용한다고 해석하여야 한다는 것이다(*Ibid.*) 이러한 견해에 따르면 결의안 제7조 제3항 및 동조 제4항은 모두 일방당사자가 상대방당사자와 관련된 국가(*state affiliated with the other party*)의 법의 적용을 요청하도록 한 데 의의가 있다. 결의안의 공식 주석은 *Bolagsupplysningen* 판결을 예로 들어 위 판결에서 원고가 에스토니아에 주소를 두고 있으나 모든 영업활동은 스웨덴에서 이루어졌으므로 스웨덴을 가장 광범위한 침해의 결과가 발생한 국가로 볼 수 있다고 한다.

26) Currie의 이익분석론에 대한 상세한 소개는, 장준혁, “Currie의 이익분석론에 관한 고찰”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제3호 (1998), 287면 이하 참조.

27) Gary Kok Yew Chan, “Internet Defamation and Choice of Law in *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*”, 2003(2) *Singapore Journal of Legal Studies* 483, 496 (2003).

28) 장준혁, 앞의 논문, 291면.

29) Chan, *op. cit.*, p. 496.

30) 장준혁, 앞의 논문, 292면.

재하는 경우(unprovided case)에도 법정지법이 적용된다.<sup>31)</sup>

이익분석론에 근거하여 법정지법을 준거법으로 적용하는 경우, 주의 이익이라는 개념이 모호하여 실제 사례에의 적용이 용이하지 않다는 문제가 있다. 특히 이익분석론이 진정한 저축(true conflict)이 있는 경우 어느 주의 법이 보다 큰 이익을 갖는지를 가려내어 그 주의 법을 적용하는 대신 법정지법을 적용하는 것은 원고로 하여금 이른바 법정지 쇼핑(forum shopping)을 부추기는 결과를 초래할 것이다.<sup>32)</sup> 인터넷에 의한 명예훼손은 표현의 자유와 명예의 보호 중 어느 가치에 중점을 두는지에 따라 각국의 국내법이 매우 상이한데, 이러한 상황에서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법을 법정지법으로 한다면 원고로서는 자신에게 유리한 법을 국내법으로 둔 법정지를 선택하고자 하는 유인이 클 것이다.

이러한 점에서 인터넷에 의한 명예훼손의 사안에서 법정지법을 준거법으로 인정하는 것은 법정지 쇼핑(forum shopping)의 위험이 크므로 적절하지 않다고 본다. 2019년 국제법학술원의 결의안(IDI)과 같이 관할근거에 따라 준거법을 지정하는 방식에 따라 법정지법 원칙을 채택한다고 하더라도 원고는 자신에게 유리한 법을 국내법으로 둔 법정지를 선택하고자 할 것이다.

## 2. 발행지

발행지국법은 로마II규정과 관련하여 2005년 유럽의회 초안 제5조 제1항, 2012년 유럽의회 수정안 제5a조 등에서 제안된 바 있다. 유럽의회 초안 및 수정안 하에서 인격권 침해의 준거법을 정함에 있어 발행지는 발행이나 방송 서비스가 주로 지향하는 국가나 편집권을 행사한 국가를 의미한다.

그러나 인터넷에 의한 명예훼손의 맥락에서 ‘발행(publication)’을 어떻게 이해하여야 하는지는 쉬운 문제가 아니다. 먼저 인터넷에 명예훼손적 게시물이 등재된 경우 어느 시점에 그 게시물이 ‘발행’되었다고 평가할 수 있는지 문제된다. 또한 인터넷에 의한 명예훼손은 언론기관과 개인 간이 아니라 개인들 간에 발생할 수 있으며, 개인들 간에 페이스북이나 트위터 등 소셜미디어를 통한 명예훼손이 문제된 경우에는 ‘발행이 주로 지향하는 국가’ 또는 ‘편집권을 행사한 국가’가 존재한다고 볼 수 없다.

호주의 Gutnick 판결<sup>33)</sup>에서 최고법원(High Court)은 출판물에 의한 명예훼손에서의 전통적인 발행의 개념을 인터넷상의 발행에도 적용하여 게시물을 보고 들을

31) 위의 논문, 292-293면.

32) Chan, *op. cit.*, p. 497.

33) Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick [2002] HCA 56 (10 Dec 2002).

수 있으며 그 독자나 청취자가 이를 이해할 수 있는 곳에서 그 게시물은 발행된다고 보았다.<sup>34)</sup> 위 판결에서 호주 최고법원은 독자가 명예훼손적인 게시물을 웹서버로부터 자신의 컴퓨터에 '다운로드(download)'함으로써 이해할 수 있는 형태(comprehensible form)가 되어야 비로소 그 게시물을 읽을 수 있고, 이 시점에 그 게시물이 발행되었다고 본다.<sup>35)</sup> 위 판결은 피고 Dow Jones가 소유한 인터넷 잡지인 Barron의 기사가 Gutnick의 명예를 훼손하였는지 여부가 쟁점이 된 사건으로, 피고는 Barron의 웹서버로 기사를 업로드하는 곳으로서 서버의 소재지인 뉴저지주를 발행지라고 주장하였지만, 호주 최고법원은 호주의 Barron 인터넷 구독자가 해당 기사를 자신의 컴퓨터에 다운로드한 때 발행되는 것으로 보아 발행지는 호주 빅토리아주라고 보았다. 이때 '다운로드'의 의미는 제3자의 컴퓨터 화면에서 명예훼손적 게시물을 읽을 수 있는 형태로 불러오는 것을 의미하며, 게시 형태에 따라 명예훼손적 내용이 담긴 파일을 다운로드하는 것 외에도 명예훼손적 게시물이 등재된 웹사이트에 방문하여 해당 게시물을 클릭하여 읽을 수 있는 상태로 만드는 것도 다운로드에 해당할 수 있다고 본다.

발행지는 인터넷에 의한 명예훼손의 결과발생지 그 자체가 아니라 결과발생지가 되기 위한 전제로서 의의를 가질 뿐이다. 인터넷에 의한 명예훼손의 결과, 즉 평판에 대한 손해가 발생하기 위해서는 그 전제로서 손해가 발생한 장소에서 명예훼손적 게시물이 발행되었을 것을 요한다. 인터넷의 특성상 단일한 명예훼손적 게시물에 전 세계의 독자들이 접근하여 다운로드받을 수 있는데, 이 경우 독자들이 명예훼손적 게시물을 다운로드한 국가를 모두 발행지로 보아 복수의 발행지법을 준거법으로 적용하는 것은 법률관계를 번잡하게 할 것이다.<sup>36)</sup> 따라서 발행지법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 인정하는 것은 적절하지 않다고 본다.

### 3. 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가

원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가(place of damage to the plaintiff's reputation)는 인터넷에 의한 명예훼손의 결과발생지로서의 의의를 지닌다. '평판(reputation)'은 제3자의 마음 속에 존재하는 것이므로, 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 장소를 연결점으로 하기 위해서는 제3자의 무형의 정신적 관점(mental view)이 그 자체로 지역에 기반을 두고 있다는 가설을 전제로 하여야 한다.<sup>37)</sup>

---

34) *Ibid.*, para. 26.

35) *Ibid.*, para. 44.

36) Chan, *op. cit.*, p. 498.

37) *Ibid.*, p. 502.

원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 장소는 발행(publication) 당시, 즉 제3자가 명예훼손적 게시물을 다운로드한 시점의 그 제3자의 상거소지국으로 고정되어야 한다. 발행 이후에 제3자의 상거소지국이 변경되는 것을 허용한다면 당사자는 준거법의 결정을 조작할 수 있을 것이기 때문이다.<sup>38)</sup>

원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가는 ‘제3자가 명예훼손적 게시물을 다운로드한 시점의 그 제3자의 상거소지국’으로서 발행지국, 즉 제3자가 명예훼손적 게시물을 다운로드한 국가와 대체로 일치할 것이다.<sup>39)</sup> 다만 특정 국가에서 명예훼손적 기사를 발행하였다는 사실이 반드시 그 국가에서 원고의 평판에 대한 손해가 발생한다는 점을 의미하는 것은 아니다. 예컨대 인터넷상의 명예훼손적 기사를 A국에 상거소를 둔 제3자가 다운로드하였다고 하더라도 합리적인 제3자라면 해당 기사가 원고의 평판에 영향을 주지 않을 것으로 생각하였다면 A국에서 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 것으로 볼 수 없다.<sup>40)</sup>

원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가를 인터넷에 의한 명예훼손의 유일한 연결점으로 고려한다면, 원고가 ‘국제적 평판(international reputation)’을 가진 때에 하나의 명예훼손적 게시물로 인한 명예훼손에 대하여 복수의 준거법을 적용하여야 하는 문제가 생긴다. 전 세계적인 유명세를 가진 가수 등과 같이 국제적 평판을 가진 자에 대한 인터넷상의 명예훼손적 기사를 여러 국가의 독자들이 다운로드하였다면 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가는 복수의 국가이다. 이때 결과발생지 관할의 양적 제한을 인정하는 유럽사법재판소의 모자이크 이론(mosaic theory)<sup>41)</sup>을 준거법에 유추적용하여 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가의 국내법은

---

38) *Ibid.*

39) *Ibid.*

40) *Ibid.*

41) 모자이크 이론(mosaic theory)은 출판물에 의한 명예훼손에 관한 Shevill 판결(EuGH Urt. v. 07. 03. 1995 - Rs. C-68/93, NJW 1995, 1881 Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL und Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA.)에서 제시된 이론으로, 결과발생지의 경우 그 관할의 범위는 당해 국가에서 발생한 손해에 한정된다고 하여 결과발생지 관할의 양적 제한을 인정하는 법리이다. 유럽사법재판소는 결과발생지와 달리 행동지 및 가해자의 주소지에서는 전체 손해에 관한 관할을 인정할 수 있다고 하였다. 유럽사법재판소는 2011년 eDate 판결(EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25. 10. 2011 - C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137 eDate Advertising GmbH/X und Martinez/MGN Limited.)을 통하여 모자이크 이론이 인터넷에 의한 인격권 침해 사건에도 적용되어 결과발생지 관할이 양적으로 제한됨을 명확히 하는 한편, 예외적으로 결과발생지 중 피해자의 이익의 중심지에는 인격권 침해로 인하여 발생한 모든 손해에 관한 국제재판 관할이 인정된다고 하였다. 이후 2017년 Bolagsupplysningen 판결(EuGH Urt. v. 17. 10. 2017 - C-194/16, NJW 2017, 3433 - Bolagsupplysningen OÜ ua/Svensk Handel AB, Rn. 9 ff., Rn. 22.)에서는 법인의 인터넷에 의한 인격권 침해에도 ‘피해자의 이익의 중심’ 기준을 채택하는 한편, 인격권 침해로 인한 금지소송, 즉 정보의 정정청구나 삭제청구 등은 단일하고 불가분한 청구이므로 모자이크 이론에 따른 관할의 양적 제한을 인정할 수 없고 발생한 모든 손해에 관한 관할을 갖는 법원(가해자의 주소지, 행동지, 피해자의 이익의 중심지)에서만 심리될 수 있다고 하였다. 이에 관한 상세는, 김효정, 인터넷에 의한 계약 및 불법행위에 관한 소의 국제재판관할, 사법정책연구원, 88-110면 참조.

그 국가에서 발생한 손해에 대해서만 적용된다고 보아 결과발생지별로 준거법을 달리하는 복수의 불법행위가 있다고 보는 견해가 있다.<sup>42)</sup> 그러나 하나의 명예훼손적 기사로 인하여 발생한 손해에 대해서는 하나의 준거법을 적용하는 것이 바람직하다고 보는 관점<sup>43)</sup>에서는 복수의 법 중 하나의 법을 선택하여야 하는데, 복수의 법 중 어느 법이 준거법으로 적용될 것인지는 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 국가 등 다른 연결점을 함께 고려함으로써 해결 가능하다고 본다.

#### 4. 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가

명예훼손적 게시물을 업로드한 곳은 일반적으로 인터넷에 의한 명예훼손의 행동지에 해당한다. 인터넷상 명예훼손을 이루는 핵심적인 행위는 인터넷에 명예훼손적 게시물을 구성하는 내용을 업로드하는 것이다. 독일에서 학계의 다수의 견해도 인터넷에 의한 불법행위의 행동지는 불법행위 구성 내용을 업로드한 곳으로 해석한다.<sup>44)</sup> 따라서 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가의 법은 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 인정하는 것이 적절하다.

다만 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가는 일반적으로 피고의 상거소지나 주된 사무소 소재지로서 서버 소재지와는 구별된다. 다만 여행지 등 피고의 상거소지나 주된 사무소 소재지가 아닌 국가에서 명예훼손적 게시물을 업로드한 경우, 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가는 원고의 청구원인과 동떨어진 장소가 된다는 문제가 있다.<sup>45)</sup> 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가 외에 다른 연결점들을 함께 고려할 필요가 있다.

#### 5. 서버 소재지

42) 손경한, “전자상거래 분쟁의 해결”, 대한상사중재원, 중재 제291호 (1999), 77면.

43) 미국의 불법행위에 관한 제2차 리스테이트먼트 제577조는 ‘단일 발행의 원칙(single publication rule)’을 취한다. 단일 발행의 원칙은 하나의 발행에 대하여 하나의 손해배상청구의 소가 허용된다는 원칙이다. 호주의 Gutnick 사건에서 피고 Dow Jones는 단일 발행의 원칙에 따라 하나의 발행에 대하여 하나의 준거법이 적용되어야 한다고 주장하였으나, 호주 최고법원(High Court)은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 단일 발행의 원칙은 준거법에 직접 관련된 원칙이라기보다는 관할과 다수소송(multiple proceedings)에 관련된 원칙이기 때문이다. Chan, *op. cit.*, p. 501.

44) Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2022, § 32, Rn. 26 (Reinhard Patzina 집필 부분); Friedrich Stein/Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2014, § 32, Rn. 37 (Herbert Roth 집필 부분); Siebo Adena, Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, RIW, 2010, 868 (869); Hoeren/Sieber/Holzengel/Banholzer, MMR- HdB, Teil 25, Rn. 52.

45) Chan, *op. cit.*, p. 506.

인터넷 사용자는 서버에서 ‘가상으로(virtually)’ 명예훼손적 게시물을 불러오는 것이라고 보면,<sup>46)</sup> 서버 소재지법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 적용하여야 한다고 볼 수 있다. 호주 최고법원(High Court)에 의하여 받아들여지지 않았지만 Gutnick 사건에서 피고 Dow Jones는 Barron의 서버 소재지인 뉴저지주가 발행지라고 주장하면서 뉴저지주법이 준거법으로 적용되어야 한다고 주장한 바 있다. 서버 소재지법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 적용하는 경우, 그 적용이 간편하고 명확하다는 장점이 있다.

그러나 인터넷에 의한 명예훼손에 대하여 서버 소재지를 연결점으로 하는 것은 아래와 같은 점에서 타당하지 않다고 본다. 첫째, 서버 소재지는 피고에 의하여 쉽게 조작될 수 있을 뿐만 아니라 클라우드 컴퓨팅(cloud computing)과 같이 호스팅 업체에 의하여 소유·관리되는 복수의 서버에 랜덤으로 정보가 저장되는 경우에는 예측이 불가능하다.<sup>47)48)</sup> 둘째, 서버 소재지는 당사자의 상거소지나 주된 사무소 소재지, 명예훼손적 게시물이 준비되거나 발행된 장소와 아무런 관련이 없을 수 있다.<sup>49)</sup> 셋째, 서버 소재지법을 준거법으로 하는 것은 피고에게 일방적으로 유리하다. 피고가 피고에게 유리한 곳에 서버를 소재하게 하는 등으로 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법을 자기에게 유리한 법으로 자의적으로 조작할 수 있기 때문이다.

## 6. 피해자의 상거소지 또는 주소지

인격권은 그 권리자의 인격과 연결되어 있기 때문에 권리자의 상거소지 또는 주소지에 소재한다는 사고방식을 전제로 하여 인격권 침해의 결과발생지가 되는 것도 권리자, 즉 피해자의 상거소지 또는 주소지로 한정된다고 보는 입장에 따르면<sup>50)</sup> 피해자의 상거소지국법 또는 주소지국법이 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법이 된다. 한편 인격권은 피해자의 주소지에 한하지 않고 다수의 장소에 존재할 수 있다는 사고방식을 전제로 하는 경우라도 인격권은 그 권리자가 사회적으로 가장 밀접하게 결부되어 있는 장소에서 가장 심하게 침해된다는 점<sup>51)</sup>을 고려하면 피해자의 상거

46) 이러한 입장으로는, C. Reed, *Internet Law: Text and Materials*, Butterworths, 2000, p. 102.

47) Dan Jerker B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 4th ed., Wolters Kluwer (2021), p. 550.

48) 국제재판관할에 관한 판단이기는 하나, 유럽사법재판소는 지식재산권 침해가 문제된 Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH 사건에서 국제재판관할이 추구하여야 하는 예측 가능성(foreseeability)의 관점에서 서버 소재지는 그 위치가 불확실하므로 이를 근거로 국제재판관할을 인정할 수 없다고 함으로써 서버 소재지의 예측불가능성을 언급한 바 있다.

49) Chan, *op. cit.*, p. 507.

50) Hélène Gaudemet-Tallon, note sous TGI Paris, 29 septendre 1982 et 27 avril 1983, *Revue critique de droit International privé*, 1983, p. 676.

51) Peter-Andreas Brand, *Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, E-Commerce und*

소지국법 또는 주소지국법이 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법이 된다. 피해자의 상거소지국 또는 주소지국은 원고의 평판을 형성하는 데 있어 가장 중요한 관련을 가지는 곳이기도 하므로 피해자의 상거소지국법 또는 주소지국법은 가장 중대한 관련을 가지는 국가의 법으로서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 적용될 수 있다.

미국의 국제사법에 관한 제2차 리스테이트먼트는 피해자의 주소지법을, 일본의 법적용통칙법과 중국의 섭외민사관계법률은 피해자의 상거소지국법을 인터넷에 의한 명예훼손의 단일한 준거법으로 규정한다. 상거소란 주소의 개념이 나라마다 달라 국제적인 통일을 기할 수 없기 때문에 주소에 대신하는 통일적인 연결점으로 등장한 개념이라는 점에 비추어 보면, 피해자의 주소지국법보다는 상거소지국법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 하는 것이 적절하다.

피해자의 상거소지는 인격권 침해의 결과발생지로서 가장 심한 침해가 발생하는 곳이고, 원고의 평판을 형성하는 데 있어 가장 중요한 관련을 가지는 곳이므로 피해자의 상거소지법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 인정하는 것이 적절하다고 본다. 피해자의 상거소지국법을 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 하는 경우, 피해자의 상거소지국은 가해자도 예견할 수 있으므로 법적 안정성에 기여할 수 있고,<sup>52)</sup> 상거소지국에 대한 사법적 조작이 어려우므로 법정지 쇼핑(forum shopping)의 위험도 낮다는 장점이 있다.<sup>53)</sup>

다만 실무상 드문 사례일 것이나 발행인이 피해자의 상거소지국에서 명예훼손적 게시물에 접근할 수 없도록 차단 등의 조치를 취한 경우에는 피해자의 상거소지국이 발행지국 또는 평판에 대한 손해가 발생한 국가와 다르게 된다. 이와 같이 피해자의 상거소지국이 발행지국 또는 평판에 대한 손해가 발생한 국가와 다른 경우에는 피해자의 상거소지국을 연결점으로 하는 의의가 상당히 감소될 수 있다.<sup>54)</sup> 이론적으로는 피해자의 상거소지국이 명예훼손이라는 불법행위의 요소와 관련이 없기 때문이다.<sup>55)</sup> 이러한 문제는 피해자의 상거소지국법과 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가의 법과의 우열 등 관계를 정립함으로써 해결할 수 있다.

한편 피해자가 피고의 주소지에서 제소하였음에도 불구하고 피해자의 상거소지법

---

„Fliegender Gerichtsstand“, NJW, 2012, 127 (129); Sebastian Kubis, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, Giesecking, 1999, 164; Oliver Schlüter, Zum „fliegenden Gerichtsstand“ bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medienveröffentlichungen, AfP, 2010, 340 (348).

52) Peter-Andreas Brand, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, E-Commerce und „Fliegender Gerichtsstand“, NJW, 2012, 127 (130); Sebastian Kubis, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, Giesecking, 1999, 177.

53) Chan, *op. cit.*, p. 511.

54) *Ibid.*, p. 513.

55) *Ibid.*

을 적용하도록 하는 것은 금지처분의 발령이나 손해배상판결의 획득을 지연시키고 비용을 증가시킬 수 있다는 지적도 있다.<sup>56)</sup> 인터넷에 의한 명예훼손 사안에서 일률적으로 피해자의 상거소지법을 적용하는 것은 가해자의 예견가능성을 고려하지 않은 것이고, 언론기관이 피고가 되는 경우 커다란 부담을 줄 수 있다는 비판도 있다.<sup>57)</sup>

## IV. 개정 국제사법의 해석론

### 1. 불법행위의 준거법(개정 국제사법 제52조)

구 국제사법 제32조는 “불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.”라고 하여 단순히 불법행위지법을 준거법으로 규정하였으나, 구 국제사법 제32조 하에서 판례는 불법행위의 준거법을 정함에 있어서 불법행위지에는 행동지와 결과발생지가 모두 포함되는 것으로 보고 피해자에게 선택권을 인정하여 왔다.<sup>58)</sup>

2002년 전부개정 국제사법 제44조는 불법행위에 관한 소의 특별관할을 정하면서 “불법행위에 관한 소는 그 행위가 대한민국에서 행하여지거나 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 대한민국에서 그 결과가 발생하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 하여 행동지뿐만 아니라 결과발생지도 관할근거로 명시한다. 그런데 개정 국제사법 제44조를 신설하면서 결과발생지법을 준거법으로 명시하지 않은 구 국제사법 제32조의 문언을 그대로 두게 되면 격지불법행위에 있어 결과발생지법은 불법행위의 준거법이 될 수 없는 것으로 오해될 여지가 있다.

결과발생지법도 불법행위의 준거법에 해당한다는 점을 분명히 하기 위하여 개정 국제사법 제52조 제1항은 “불법행위는 그 행위를 하거나 그 결과가 발생하는 곳의 법에 따른다”라고 명시한다. 다만 개정 국제사법 제52조 제1항은 개정 국제사법 제44조와는 달리 지향지에 관하여는 언급하지 않는다.<sup>59)</sup> 개정 국제사법 제52조 제1항은 행동지법 및 결과발생지법 중 어느 법이 준거법으로 적용될 것인지에 관하여 피해자가 선택권을 가지는지 아니면 법원이 직권으로 선택하여야 하는지에 대해서는 침묵한다. 개정 국제사법 제52조 제1항의 해석론으로서도 피해자에게 선택권을

56) 석광현, 국제사법 개정방안 연구, 법무부, 354면.

57) 김현아, 앞의 논문, 117면.

58) 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결.

59) 이에 대하여 준거법 조문에 최소한의 수정을 하려는 취지로 이해되나 일관성이 부족하다고 비판할 여지가 있다는 견해로는, 석광현, 국제재판관할법, 박영사, 2022, 243면(이하 이 책은 ‘석광현(2022)’라고 한다).



인정하는 것으로 이해되는 종래 판례의 입장이 유지될 수 있다.<sup>60)61)</sup>

## 2. 개정 국제사법 제52조 제1항의 행동지법 또는 결과발생지법의 해석

개정 국제사법은 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법에 대하여 특칙을 두고 있지 않으므로 개정 국제사법 하에서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법은 개정 국제사법 제52조에 따라 정해진다. 개정 국제사법 제52조를 인터넷에 의한 명예훼손의 사안에 적용하는 경우 해석상 특히 문제가 되는 부분은 개정 국제사법 제52조 제1항의 행동지법 또는 결과발생지법의 해석이다.

### 가. 행동지법

인터넷에 의한 명예훼손의 사안에서 개정 국제사법 제52조 제1항의 행동지법은 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가의 법으로 해석하는 것이 적절하다. 앞서 살펴본 바와 같이 인터넷상 명예훼손을 이루는 핵심적인 행위는 인터넷에 명예훼손적 게시물을 구성하는 내용을 업로드하는 것이기 때문이다.

피고가 명예훼손적 게시물을 업로드한 서버 소재지의 법이 행동지법으로 해석될 수 있는지 문제될 수 있으나, 앞서 검토한 바와 같이 서버 소재지는 피고에 의하여 쉽게 조작될 수 있고,<sup>62)</sup> 당사자의 상거소지나 주된 사무소 소재지, 명예훼손적 게시물이 발행된 장소와 아무런 관련이 없을 수 있으며,<sup>63)</sup> 피고가 자신에게 유리한 국가에 서버를 소재하게 하는 등으로 자기에게 유리한 법이 준거법으로 적용될 수 있도록 할 수 있다는 점에서 피고에게 일방적으로 유리하다. 따라서 서버 소재지법을 개정 국제사법 제52조 제1항의 행동지법으로 해석하는 것은 타당하지 않다.

### 나. 결과발생지법

#### (1) 결과발생지의 해석

---

60) 위의 책.

61) 노태약, “사이버불법행위의 재판관할과 준거법”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제8호 (2003), 179면은 격지적 불법행위에 관한 준거법 우선의 원칙에 관한 명문의 규정이 없는 이상 어느 하나를 원칙으로 볼 수 없다고 한다. 따라서 행동지와 결과발생지 모두 준거법이 될 수 있으며, 그 선택권은 피해자에게 있다고 볼 것이나 다만 선택권의 행사는 민사소송법 제1조 신의성실의 원칙에 따라야 한다고 한다.

62) Svantesson, *op. cit.*, 550.

63) Chan, *op. cit.*, p. 507.

인터넷에 의한 명예훼손의 결과발생지는 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가이다. 따라서 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가의 법이 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법에 해당한다. 다만 원고의 평판에 대한 손해는 일차적이고도 직접적인 손해를 가리키며, 후속손해는 해당되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>64)</sup>

발행지국법은 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법으로 해석할 수 없다. 발행지국은 앞서 검토한 바와 같이 인터넷에 의한 명예훼손적 게시물을 제3자가 이해할 수 있는 형태로 다운로드 받은 곳이다. 발행지라고 하여 모두 원고의 평판에 대한 손해가 발생한다고 할 수는 없으나, 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 곳은 발행지일 것을 전제로 한다. 즉, 발행지는 인터넷에 의한 명예훼손의 결과발생지 그 자체가 아니라 결과발생지가 되기 위한 전제로서 의의를 가질 뿐이다.

피해자의 상거소지국법은 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법으로 해석할 수는 없다. 피해자의 상거소는 대체로 피해자의 평판이 가장 두텁게 형성된 곳으로 실무상 피해자의 상거소에서 원고의 평판에 대한 손해가 발생할 것이기는 하나, 모든 경우에 그렇다고 할 수는 없다.

한편 인터넷상 명예훼손적 게시물에 접속 가능한 모든 국가의 법을 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법으로 볼 수 있는지 문제된다. 국제재판관할에 관한 판단이기는 하나, 유럽사법재판소는 인터넷에 의한 명예훼손의 경우 명예훼손적 콘텐츠에 접속할 수 있는 곳이라면 결과발생지가 될 수 있다고 판단함으로써 접속가능성을 근거로 결과발생지 관할을 인정한 바 있다.<sup>65)</sup> 이는 브뤼셀협약 제5조 제3항은 “가해적 사건이 발생한 장소”에 관할을 인정하였으나, 브뤼셀 I 규칙 제5조 제3항 및 브뤼셀 I bis 규칙 제7조 제2항이 “가해적 사건이 발생한 장소 또는 발생할 우려가 있는 장소의 법원(courts for the place where the harmful event occurred or may occur)”에까지 관할을 확대함으로써 결과발생의 우려, 즉 접속가능성만으로 관할을 인정할 수 있게 된 데 근거한다. 접속가능성이 있다는 것은 결과발생의 우려가 있다는 것을 의미할 뿐 결과가 발생한 것은 아니다. 인터넷에 의한 명예훼손의 결과는 접속가능성이 있다는 사실만으로 발생하는 것이 아니라 실제로 명예훼손적 게시물에 접속하여 이를 다운로드 받아 보고 읽음으로써 피고에 대한 평판에 직접적 손해가 발생하는 시점에 발생한다. 개정 국제사법 제52조 제1항은 결과 발생

64) Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *Brussels Ibis Regulation - Commentary*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, Art. 7, Rn. 323; Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess-und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, Band I: Brüssel Ia-VO (2021), Art. 7, Rn. 121; Andrew Dickinson & Eva Lein, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, p. 167.

65) eDate v. Martinez, 2011 E.C.R. I-10269, para. 44.

의 우려가 있는 곳의 법이 아니라 “그 결과가 발생하는 곳의 법”이 불법행위의 준거법이라는 점을 분명히 하고 있다. 따라서 인터넷상 명예훼손적 게시물에 대한 접속가능성이 있는 국가의 법은 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법으로 해석할 수 없다.

## (2) 예견가능성이 없는 결과발생지의 경우

인터넷상 명예훼손적 게시물에 의하여 원고의 평판에 대한 손해가 여러 국가에서 발생한 경우, 복수의 결과발생지가 발생한다. 그렇다면 이들 결과발생지를 모두 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법으로 볼 수 있는지 문제된다. 개정 국제사법 제44조는 결과발생지 관할의 경우 그 곳에서 결과가 발생할 것에 대한 예견가능성을 요구함으로써 결과발생지 관할의 확대를 제한하나, 개정 국제사법 제52조의 문언은 제44조와는 달리 결과발생지에 대하여 예견가능성에 의한 제한을 인정하지 않는다. 따라서 개정 국제사법 제52조 제1항의 문언해석에 따르면 예견가능성이 없는 결과발생지의 법도 준거법이 될 수 있으나, 제52조 제1항의 목적이 가해자가 합리적으로 예견할 수 없는 결과발생지의 법을 준거법으로 하고자 하는 것이 아니라는 점에 비추어 보면 개정 목적론적 축소에 의하여 예견가능성이 없는 결과발생지의 법을 개정 국제사법 제52조 제1항의 결과발생지법에서 해석상 배제할 수 있다고 본다.

## (3) 결과발생지법의 적용범위

결과발생지법이 복수인 경우에 특정 결과발생지법은 그 국가에서 발생한 손해에 대해서만 적용되는지 문제될 수 있다. 앞서 검토한 바와 같이 결과발생지 관할의 양적 제한을 인정하는 유럽사법재판소의 모자이크 이론(mosaic theory)을 준거법에 유추적용하여 원고의 평판에 대한 손해가 발생하는 국가의 국내법은 그 국가에서 발생한 손해에 대해서만 적용된다고 보아 결과발생지별로 준거법을 달리하는 복수의 불법행위가 있다고 보는 견해도 있다.<sup>66)</sup> 그러나 개정 국제사법 제44조는 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할을 정하는 제39조와는 달리 관할의 양적 제한을 인정하지 않음으로써 모자이크 이론을 채택하지 않았다는 점을 고려하면, 개정 국제사법 제52조 제1항의 해석상으로 모자이크 이론을 유추적용하는 것은 적절하지 않다고 본다. 결국 개정 국제사법 제52조 제1항 하에서 피해자가 준거법으로 선

66) 손경한, 앞의 논문, 77면.

택한 결과발생지법은 그 국가에서 발생한 손해뿐만 아니라 전체 손해에 대하여 적용된다고 보아야 할 것이다.

## V. 개정 국제사법의 입법론

### 1. 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법에 관한 특칙이 필요한지 여부

명예훼손은 불법행위에 해당하나, 헌법상의 표현의 자유와 명예의 보호라는 대립하는 법익 간 형량이 필요하다는 점에서 준거법을 정함에 있어 일반 불법행위와는 다른 고려가 필요하다. 이러한 점에서 앞서 입법례에서 살펴본 바와 같이 일본, 중국, 스위스, 벨기에 등의 국제사법은 명예훼손에 관한 별도의 특칙을 두고 있다. 우리나라가 국제사법에 명예훼손의 준거법에 관한 특칙을 두지 못한 것은 명예훼손의 준거법을 둘 필요성이 없거나 부족해서가 아니고, 명예훼손의 준거법을 어떻게 규정할지에 관한 충분한 논의와 공감대가 충분히 형성되지 못하였기 때문이었다.<sup>67)</sup> 명예훼손의 준거법을 규정함에 있어서는 표현의 자유와 명예의 보호라는 대립하는 법익을 저촉법적 관점에서 공평하고 균형있게 고려할 필요가 있다는 점에서 국제사법에 명예훼손의 준거법에 관한 특칙을 두는 것이 적절하다.

만약 명예훼손의 준거법에 관한 특칙을 둔다면 인터넷에 의한 명예훼손을 신문, 잡지 등 출판물에 의한 명예훼손과 구별하여 별도의 준거법 규칙을 설정할 것인지 문제된다. 인터넷은 그 편재성(遍在性)으로 인하여 출판물과 비교할 때 그 결과발생지가 전 세계로 확대될 수 있다는 특징이 있고, 배포 부수 등의 개념이 없으므로 손해의 범위를 산정하는 것도 출판물보다 어렵다. 그러나 준거법 규칙은 기술중립적으로 설정하는 것이 바람직하다는 점에 비추어 보면, 인터넷과 출판물 등 기술적 수단을 불문하고 적용될 수 있는 명예훼손의 준거법에 관한 원칙을 정하는 규정을 두되 인터넷에 의한 명예훼손에 특별히 적용되거나 고려하여야 하는 부분이 있다면 그러한 부분을 명시하는 것이 바람직할 것으로 본다.

### 2. 개정 국제사법의 개정 방향

#### 가. 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법: 행동지법, 결과발생지법, 피해자 상거소지국법

앞서 살펴본 바와 같이 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 인정하기에 적절한

67) 천창민, 앞의 논문, 456면.

법은 ① 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가의 법(행동지법), ② 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가의 법(결과발생지법), ③ 피해자의 상거소지국법이다.

법정지법은 법정지 쇼핑(forum shopping)의 위험을 증가시킨다는 점에서 적절하지 않고, 발행지국법은 결과발생지법과 반드시 일치하는 것이 아니고 전 세계의 독자들이 명예훼손적 게시물을 다운로드한 국가를 모두 발행지로 보아 복수의 발행지법을 준거법으로 적용하는 것은 법률관계를 번잡하게 할 것이라는 점에서 적절하지 않다. 또한 서버 소재지법은 조작이 쉽고 피고 일방에게 유리하다는 점에서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법으로 인정하기에 적절하지 않다.

## 나. 준거법의 연결방법

개정 국제사법에 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙을 신설함에 있어서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법이 되기에 적절하다고 판단한 위 세 가지 준거법들을 어떠한 방법으로 연결하여야 하는지 문제된다.

### (1) 결과발생지법의 우선적 적용

원고의 평판에 손해가 발생한 국가의 법(결과발생지법)은 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가의 법(행동지법) 또는 피해자 상거소지법보다 우선하여야 하는지 문제된다. 앞서 검토한 바와 같이 구 국제사법 제32조 하에서 판례는 피해자에게 행위지법과 결과발생지법에 대한 선택권을 인정하여 왔고,<sup>68)</sup> 개정 국제사법 제52조 제1항의 해석론으로서도 피해자에게 선택권을 인정하는 종래의 판례 입장이 유지될 수 있다.<sup>69)</sup> 이러한 해석은 결과발생지법과 행동지법이 대등한 선택적 관계에 있음을 전제로 한다.

그러나 입법론으로서의 결과발생지법과 행동지법이 대등한 선택적 관계에 있다고 볼 것인지, 아니면 우열관계가 있다고 볼 것인지는 재고할 필요가 있다. 행동지법과 결과발생지법 중에서는 결과발생지법, 즉 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가의 법을 우선적으로 적용하는 것이 적절하다고 본다.<sup>70)</sup> 현대 불법행위법에서는 ‘법익의 보호’와 ‘행위의 불법’ 중 전자에 보다 중점을 두는 것으로 이해되기 때문이

68) 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결.

69) 석광현(2022), 앞의 책, 243면.

70) 석광현, 국제사법과 국제소송, 제2권, 박영사, 2002, 183면에서는 불법행위의 일반원칙으로서의 행동지법과 결과발생지법 양자를 모두 준거법으로 인정하는 것이 바람직하나, 양자 중에서는 결과발생지를 우선시키는 것이 적절하다고 한다.

다.<sup>71)</sup> 특히 인터넷에 의한 명예훼손의 사안에서는 인터넷이라는 통신수단의 특징으로 인하여 결과발생이 전 세계로 확대될 수 있고 이로 인하여 피해자가 입는 평판에의 손해가 매우 중대할 수 있다는 점을 고려하면 행위의 불법보다는 법익의 보호에 보다 중점을 두는 해석이 설득력이 있다. 따라서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법을 정함에 있어 원고의 평판에 손해가 발생한 국가의 법(결과발생지법)은 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가의 법(행동지법) 또는 피해자 상거소지법보다 우선하는 것으로 규정할 필요가 있다.

한편 행동지법과 결과발생지법의 양자 중 하나가 한국법인 경우에 한국법을 적용하는 것으로 규정할 필요가 있는지 여부도 문제된다. 만약 행동지법과 결과발생지법 중 하나가 한국법인 경우에 한국법이 준거법이 된다고 인정하면, 결과발생지법 우선 원칙의 예외를 인정하게 된다. 예컨대 명예훼손적 게시물을 업로드한 국가가 한국이고, 원고의 평판에 대한 손해가 발생한 국가가 P국인 경우에 결과발생지법을 우선하면 P국법이 적용되지만, 결과발생지법 우선 원칙의 예외를 인정하면 한국법이 준거법이 된다. 행동지법과 결과발생지법의 양자 중 하나가 한국법인 경우에 한국법이 준거법이 되는지 여부는 이론적인 문제라기보다는 정책적으로 결정할 문제이기도 하나, 결과발생지법을 우선 적용하는 입장을 관철하는 측면에서 양자 중 하나가 한국법인 경우라도 한국법을 준거법으로 적용하지 않는 것으로 규정할 필요가 있다.

## (2) 결과발생지에 대한 예견가능성 요구

인터넷은 어디에서도 접속이 가능하다는 점과 함께 명예훼손적 게시물의 공유, 리트윗, 전달 등이 용이하다는 점을 고려하면, 명예훼손적 게시물로 인하여 원고의 평판에 손해가 발생한 국가는 전 세계로 확대될 수 있다. 결과발생지법을 우선적으로 적용하면서 결과발생지법의 무한한 확대를 막는 기제를 마련하지 않는다면, 인터넷상에서의 표현의 자유가 침해될 수 있으며 가해자에게 가혹한 결과를 초래할 것이다.

결과발생지에 대해서는 가해자의 '예견가능성'을 요구함으로써 그 확대를 제한할 수 있을 것으로 본다. 즉, 결과가 발생했다고 하더라도 가해자가 그 국가 내에서의 결과의 발생을 예견할 수 없는 경우에는 결과발생지법, 즉 원고의 평판에 손해가 발생한 국가의 법을 준거법으로 적용할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 결과발생지에 대한 가해자의 예견가능성이 결여되어 있는 경우에는 행동지법 또는 결과발

---

71) 위의 책, 183면.

생지법이 적용되는 것으로 규정할 필요가 있다.

### (3) 행동지법과 피해자 상거소지법의 택일적 연결

가해자가 결과발생지 내에서의 결과의 발생을 예견할 수 없었던 경우, 행동지법과 피해자 상거소지법은 택일적으로 연결할 필요가 있다고 본다. 택일적으로 연결하는 이상 선택권자는 누구인지, 법원이 직권으로 선택할 의무를 지는지 등이 문제될 수 있다. 행동지법과 피해자 상거소지국법의 선택권은 피해자에게 부여하는 방향으로 입법하는 것이 적절할 것으로 본다. 이러한 입장은 인격권 침해의 준거법에 관하여 스위스 국제사법이 취하는 입장과 유사하다.

## VI. 결 론

인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙을 정립하는 것은 쉬운 일이 아니다. 본 논문에서 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙을 정립하고자 준거법으로 인정하기에 적절한 연결점을 검토하고 이를 바탕으로 준거법 규칙의 기본 틀을 제시하였다. 본 논문에서 제시한 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙 외에 다른 방안도 가능하나 어떠한 규칙을 정립하든지 명확성, 예측가능성과 함께 인터넷의 특성, 표현의 자유와 평판의 보호에 대한 균형적 고려가 있어야 할 것이다.

인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙이 각국마다 상이한 만큼 이를 국제적으로 통일적으로 규율하고자 하는 노력도 계속되고 있다. 최근에는 인터넷에 의한 명예훼손의 국제재판관할 및 준거법에 관한 조약을 제정하고자 하는 시도도 있는데,<sup>72)</sup> 바람직한 방향이라고 판단된다.

본 논문을 계기로 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법 규칙을 정립하고자 하는 연구가 누적되어 개정 국제사법에서 명확한 기준에 따라 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법을 규율할 수 있기를 기대한다.

---

72) Svantesson & Symeonides, *op. cit.*, pp. 153-157.





토론문

발표문에 대한 지정토론문

이종혁 교수

(서울대학교 법학전문대학원)



## 「인터넷에 의한 명예훼손의 준거법」에 대한 토론문

이종혁

「인터넷에 의한 명예훼손의 준거법」을 주제로 외국 입법례와 우리 국제사법의 해석론 및 입법론에 관하여 유익한 발표를 해주신 발표자에게 깊이 감사드립니다. 발표자에게 몇 가지 질문과 의견을 드리는 것으로 토론자로서의 임무를 다하고자 합니다.

1. 연결점을 논의하기 위한 전제로서 인터넷에 의한 명예훼손의 경우 법익과 손해 간의 관계를 다음과 같이 정리할 수 있을 것으로 생각됩니다. 인터넷에 의한 명예훼손은 명예(또는 신용, 평판, 명성)라는 법익이나 인격권이라는 권리를 침해하는 불법행위를 구성하고, 그 불법행위의 피해자는 자연인일 수도 있고 법인일 수도 있습니다. 명예훼손의 피해자는 자연인이든 법인이든 일단 명예라는 비재산적 법익이 침해되고 경우에 따라서는 재산, 즉 재산적 법익도 침해될 수 있습니다. 명예 또는 재산이라는 법익의 침해로 인하여 피해자는 자연인이든 법인이든 재산적 손해를 입을 수도 있고 비재산적 손해를 입을 수도 있습니다.<sup>1)2)</sup>

### 2. 결과발생지

발표자께서 소개해주셨듯이 다수 입법례가 명예훼손에 관하여 자연인의 상거소지와 법인의 주된 사무소 소재지를 주된 또는 우선적인 연결점으로 규정하고 있습니다. 그곳에서 피해자인 자연인 또는 법인의 명예라는 법익이 침해되었다고 보는 것이겠습니다. 그런데 명예라는 법익은 생명, 신체 또는 재산이라는 법익과 달라서 해당 법익의 주체의 소재지라는 이유만으로 결과발생지로 확정되는 것은 아니라고 생각합니다. 자연인이 상거소지에 거주하고 있고 그곳에서 인터넷을 통하여 명예훼손적 온라인 콘텐츠가 게시된 웹페이지에 접속할 수 있다는 사정만으로 명예라는 법익이 침해되는 것은 아닐 것입니다. 그러니까 피해자가 사회적 생활 관계 및/또는 경제적 이해관계를 형성하고 있는 제3자가 명예훼손적 온라인 콘텐츠의 열람자(독자 또는 시청자)로 등장하여야만 — 여기에서 열람자로 등장한다는 것은 기술적으로는

- 1) 재산에 관하여 발생한 손해가 재산적 손해이고 비재산적 법익에 관하여 발생한 손해가 비재산적 손해라는 견해도 있습니다. 곽윤직/김재형, 채권총론 제7판(박영사, 2023), 129면. 그러나 재산적 손해와 비재산적 손해는 피침해법익의 성질이 아니라 법익침해의 결과로 발생한 불이익의 성질을 기준으로 구분하여야 한다는 견해가 일반적입니다. 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다33070 전원합의체 판결(“불법행위로 인한 재산상 손해는 위법한 가해행위로 인하여 발생한 재산상 불이익”) 등 우리 판례의 태도도 같습니다. 자연인의 경우 비재산적 손해는 주로 정신적 손해, 즉 심리적 고통이지만, 신체가 직접 감각하는 신체적 고통도 있을 수 있으므로, 비재산적 손해와 정신적 손해가 완전히 같은 의미는 아닙니다.
- 2) 대개 법익의 소재지는 직접적 손해의 발생지와 같지만, 법인에 대한 명예훼손 사안의 경우 논란의 여지가 있다고 생각합니다. 법인은 육체와 정신이 존재하지 않으므로 비재산적 손해가 발생할 수 있는지가 논란이 있기 때문입니다. 이는 주로 법인의 인격권 주체성의 문제로 논의되고는 합니다. 근자에 대법원 2022. 10. 14. 선고 2021다250735 판결은 법인을 상대로 하는 특정한 언동으로 법인이 ‘직접 피해자’로서 명예나 신용이 훼손될 수 있다고 판시하였습니다. 우리 판례는 법인의 목적사업 수행에 영향을 미칠 정도로 법인의 명예를 훼손하여 법인의 사회적 평가를 침해하는 경우 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정합니다. 대법원 1965. 11. 30. 선고 65다1707 판결, 대법원 1988. 6. 14. 선고 87다카1450 판결, 대법원 1996. 6. 28. 선고 96다12696 판결 등 참조. 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614, 40621 판결은 법인에 대한 사회적 평가의 침해에 따른 ‘무형의 손해’를 배상할 책임이 있다고 하고, 대법원 2008. 10. 9. 선고 2006다53146 판결은 법인에 발생한 재산 이외의 손해 중 ‘수량적으로 산정할 수 없으나 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 손해’를 배상할 책임이 있다고 합니다.

해당 온라인 콘텐츠가 게시된 웹페이지에 접속할 수 있어야 하고 언어적으로는 해당 온라인 콘텐츠가 작성된 자연어를 해독할 수 있어야 한다는 의미입니다 — 비로소 자연인의 상거소지를 결과발생지로 확정할 수 있을 것입니다. 바꾸어 말하면, 열람자가 상정되어야 한다는 사정은 결과발생지를 확정하는 과정에서 내재적으로 고려되어야 합니다. 위와 같은 이해는 입법론으로 결과발생지 개념 외적으로 예견가능성을 별도로 요구하자는 발표자의 견해(24면)와는 차이가 있습니다. 그리고 발표자께서는 유럽연합이 명예훼손 사안의 국제재판관할 판단에서 채용하고 있는 모자이크 접근법을 준거법 결정에서 채용할 수는 없다고 설명하시지만(21면),<sup>3)</sup> 결과발생지를 합목적적·제한적으로 구성해낸다면 각 결과발생지에서의 손해에 대하여 각각의 결과발생지법을 적용하는 것이 해석론의 한계를 넘지 않을 수도 있지 않은가 하는 의문을 제기하고 싶습니다.

### 3. 행동지

발표자께서는 인터넷에 의한 명예훼손에서 행동지는 명예훼손적 온라인 콘텐츠를 제3자가 이해할 수 있는 형태로 다운로드 받은 곳이라고 설명합니다(12-13, 20면). 이는 전통적인 인쇄매체에 의한 명예훼손에서 발행지를 행동지로 구성하였던 입장을 확장시킨 것으로 이해됩니다. 그러나 인터넷에 의한 명예훼손의 경우 발행지를 매개로 행동지를 구성할 필연적인 이유는 없다고 생각합니다. 업로드 이후 콘텐츠가 전달되는 경로는 행동지의 결정에 별다른 의미가 없을 것입니다. 오히려 다운로드를 결과발행지를 판단하기 위한 한 요소에 불과하다고 볼 수도 있습니다. 그렇다면 인터넷에 의한 명예훼손에서 행동지는 단지 가해자가 온라인 콘텐츠를 업로드한 장소로 이해하면 충분하지 않을까요?

### 4. 실질법적 가치의 고려

발표자께서 소개해주셨듯이 표현의 자유와 언론의 자유라는 실질법적 가치를 고려하여 반론권 등과 관련하여 법정지법(로마II규정 초안)이나 발행지법(또는 송출지법)(스위스 국제사법 제139조 제2항)의 개입을 허용하자는 제안이나 입법례가 있습니다(5-6면, 7-8면). 우리 국제사법의 해석론으로는 제23조를 원용하거나 제52조 제4항을 유추적용할 수 있을까요? 아니면 입법에 의하여야 할 사항일까요?

5. 사소한 사항입니다만, Institut de droit international의 2019년 결의안이 법정지법을 언급하고 있으나(9면), 이는 맥락상 국제재판관할의 근거와 결부하여 행동지법이나 결과발생지법을 지칭한 것처럼 이해됩니다. 그래서 이를 미국의 이익분석론에 근거한 결론이라고 단정할 수 있는지는 다소 의문이 있습니다(11면 관련). 적어도 법정지를 연결점으로 제시하는 통상적인 사안과는 차이가 있다고 생각합니다.

감사합니다.

---

3) 유럽연합의 경우 브뤼셀I개정규정에 따른 국제재판관할의 근거로서의 불법행위지는 행동지와 결과발생지를 모두 포함하는 것으로 이해하지만 로마II규정에 따른 준거법 결정을 위한 연결점으로서의 불법행위지로는 — 물론 로마II규정이 명예훼손 사안을 적용범위에서 제외하고 있기는 합니다만 — 행동지를 제외하고 결과발생지(또는 직접적 손해발생지)만을 기준으로 삼으므로 적어도 불법행위의 특별관할과 준거법의 경우에는 연결점이 병행하지 않음을 의식하고 유럽연합의 논의를 참고하여야 한다고 생각합니다.