

방송을 통한 불법행위의 저촉법적 문제*

김 용 진**

목차

- I. 서론
- II. 국제불법행위의 저촉법적 원칙과 각 국의 입법례
 - 1. 국제불법행위법의 기본원칙
 - 2. 국제사법 제32조의 내용
- III. 방송불법행위에 의한 인격권침해의 준거법
 - 1. 이른바 산발불법행위에 대한 규율
 - 2. 연결점에 대한 학설
 - 3. 비교법적 고찰
 - 4. 평가 및 방송불법행위의 저촉법적 규정의 제언
- IV. 결론

I. 서론

외국어를 통한 소통방식이 점증하고 과학기술의 발전으로 세계를 연결하는 전파매체가 일반화되어감에 따라 종래 국내 차원에서만 머물렀던 방송을 통한 불법행위는 새로운 법률문제를 던지고 있다. 일본과 동남아에 불고 있는 한류 열풍은 이미 짝퉁 ‘동방신기’를 만들어 내었으며, 현재 요미우리에서 뛰고 있는 이승엽이 자신에 대한 명예훼손적 기사를 낸 우리나라의 어느 신문에 대하여 일본에서 또는 심지어는 미국에서의 제소나 ‘배용준의 은밀한 로망스’라는 제목의 보도에 의하여 일본이나 동남아에서 배용준의 인격이 침해되는 사건의 발생을

* 이 논문은 2007년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2007-321-B00208)

** 충남대학교 법학전문대학원 교수

상상하는 일도 그리 어렵지 않다. 이와 같은 인격권의 침해를 법적으로 평가하는 일은 순수한 국내사건의 경우에도 쉽지 않다. 일반적 인격권은 생명, 신체 등과 달리 일정한 범위를 확정짓기 어려울 뿐 아니라, 언론출판의 자유 등과 같은 권리 및 보호이익과의 충돌가능성 때문에 그에 대한 침해 여부를 판단하는 일이 여간 어렵지 않기 때문이다. 그러한 문제는 결국 구체적 사건에서 보호이익의 비교형량을 통한 방법으로 해결할 수밖에 없다. 그런데 이와 같은 인격권 법익의 '상대성'은 섭외적 사건의 경우에는 더욱 심화된다. 인격권의 내용과 범위는 각 나라의 문화적, 정치적, 종교적 영향을 받아 서로 달리 나타나기 때문이다. 예컨대 '진실의 정도가 크면 클수록 명예를 훼손할 가능성도 높다'라는 인식이 지배하고 있는 영국보다는 '진실은 공개되어야 한다'는 사고가 지배하는 독일법 영역에서 인격권침해는 보다 제한적으로 인정될 것이다.¹⁾ 이에 따라 국제불법행위에 의하여 인격권이 침해되었을 때 어느 나라의 법을 적용할 것인가의 문제는 피해자는 물론 침해자에게 중대한 의미를 가진다.

現場불법행위(Platzdelikt)인 경우 침해행위와 법익침해 그리고 결과손해에 이르기까지의 불법행위 과정의 전체 요소는 하나의 동일한 법 영역에서 일어나기 때문에 행위지주의(Tatortregel)를 적용하는데 별다른 문제가 없는 반면에, 隔地불법행위(Distanzdelikt)인 경우에는 그렇지 않다. 격지불법행위에서는 어느 한 나라의 법 영역에서 행동이 자행되고, 그에 따른 손해는 이웃나라의 영토에서 발생되기 때문이다. 이 경우 결과발생지를 불법행위지와 등가적으로 평가할 것인가의 여부는 수개의 준거법에 대한 선택문제로 귀결된다. 그러나 가장 어려운 문제는 이른바 散發불법행위(Streudelikt)의 경우에 나타난다. 이 경우에는 행위와 결과가 서로 다른 나라에 걸쳐 발생할 뿐 아니라, 단일의 동일한 불법행위가 수 개국에서 수개의 결과를 초래하기 때문이다. 신문의 발행, 라디오 방송, TV 방영 등 서로 다른 확산매체에 의하여 명예 기타 인격권이 침해되는 경우가 산발불법행위의 대표적인 분야이다. 이와 같은 유형의 불법행위에서는 준거법 지정과 법원의 관할을 정하는데 필수적인 행위가 자행된 곳과 결과가 발생한 곳을 정하는 문제, 즉 지역한정의 문제를 해결하여야 한다. 아래에서는 불법행위가 언론을 매체로 하여 수 개국에 그 법익침해의 결과를 발생

1) Ehmann, AcP 188 (1988), 230, 241.

시킨 경우 저촉법적 문제를 해결하기 위하여, 우선 격지불법행위에 대한 국제사법적 법리를 규명하고, 이를 산발불법행위에 어떻게 적용할 것인지의 문제를 검토하고자 한다. 기본적인 문제로 언론출판의 자유 보장과 인격권의 보장 사이의 긴장관계 및 이익형량을 시도하고, 특히 최근의 유럽연합의 불법행위법에서 당초의 법률안에서 규정한 내용을 삭제하고 경과규정을 둔 배경을 분석함으로써, 언론운영자와 피해자 사이의 이익을 조정하는 합리적인 방안을 제시하고자 한다.

II. 국제불법행위의 저촉법적 원칙과 각 국의 입법례

1. 국제불법행위법의 기본원칙

(1) 행위지주의와 도처성의 원칙

국경 없는 방송을 통하여 계약이 체결된 사실만으로는 계약의 국제성 및 그 저촉법적 문제가 발생하지 아니한다. 국제계약법의 경우 인적 요소만이 그 저촉법적 연결점이 되기 때문이다. 예를 들어 당사자가 서로 다른 나라의 사람인가, 이행시 국경을 넘는 가격이동이 발생하는가 또는 계약체결이 당사자의 주소지가 아닌 다른 나라에서 행하여졌는가 등이 계약의 국제성 및 그 저촉법적 연결점을 발생시킨다. 이와는 달리 국제계약을 체결하는 수단, 예컨대 방송이나 인터넷 등은 계약의 국제성을 특징짓는 요소가 아니며, 이에 따라 계약체결지가 어디이며, 그 지역을 어떻게 특정시킬 것인가 하는 등의 저촉법적 문제에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 이렇게 방송이나 인터넷은 그 독자적인 주권을 생각할 수 없는 매체에 불과하기 때문에 이와 관련한 국제계약의 저촉법적 문제는 존재하지 아니한다.

그러나 계약매체의 이와 같은 특성은 국제불법행위법 영역에서는 달리 나타난다. 국제불법행위법의 기본적 연결점은 잘 알려진 바와 같이 불법행위지(*lex loci delicti commissi*)이며, 여기서는 불법행위의 매체와 관련하여 到處性의 原則(*Ubiquitätsprinzip*)이 지배한다. 이와 관련하여 불법행위가 직접 행하여진 곳

과 매체를 통하여 그 결과가 발생된 곳은 등가적인 것으로 평가받으며, 그 결과 행위지와 결과발생지가 되는 모든 국가의 법이 준거법으로 인정받게 된다.

(2) 방송에 의한 국제불법행위의 경우

문제는 이러한 도처지원칙을 방송불법행위에 그대로 적용할 것인가, 아니면 수정할 필요가 있으며 수정한다면 도처연결성을 제한하는 방법이 무엇인가이다. 행위지법만을 적용하면 피해자에 대한 권리구제에 문제가 발생할 것이며, 이러한 불합리를 피하기 위하여 모든 결과발생지의 법을 적용할 수 있게 하는 경우에는 행위자가 의도하지 아니한 곳의 법이 적용되어 예견가능성이 확보되지 아니하는 문제가 발생할 것이다.

2. 국제사법 제32조의 내용

(1) 불법행위지법주의와 도처성의 원칙

2001년 7월 1일부터 시행되고 있는 국제사법은 중전의 절충주의를 폐지하고 순수한 불법행위지법주의(Tatortregel)를 채택하였다. 국제사법 제32조 제1항은 불법행위에 기한 책임은 불법행위의 유형을 묻지 않고 행위지의 법을 적용시킨다. 따라서 교통사고나 제조물책임은 물론, 환경침해나 인격권침해 등에 대해서도 국제사법 제32조 제1항이 적용된다. 미국을 여행 중인 한국인이 LA에서 운전하다가 프랑스인에게 중상을 입히는 사고발생의 경우와 같이, 동일한 곳에서 행위와 결과가 발생하는 현장불법행위인 경우가 그 전형적인 예이다. 이와는 달리 행위와 결과가 서로 다른 나라에서 발생하는 격지불법행위의 경우, 예컨대 어느 한국인이 국경 넘어 걸어가고 있던 북한인에게 총을 잘못 쏘아 중상을 입힌 경우에는 행위지인 대한민국의 법을 적용할 것인가, 아니면 결과발생지인 북한법을 적용할 것인가가 문제된다. 국제사법 제32조는 이와 같은 격지불법행위의 준거법에 관한 규정을 두고 있지 않다.

모든 불법행위법은 행위규범으로서의 예방적 기능과 재판규정으로서의 피해

자보상 기능을 가진다. 그런데 격지불법행위인 경우 행위규범으로서의 기능은 행위지와, 보상규정으로서의 기능은 결과발생지와 밀접한 관련을 맺는다.²⁾ 따라서 격지불법행위의 경우 행위지와 결과발생지 모두가 준거법의 연결점이 된다. 또한 국제사법개정이유에 의하더라도³⁾ 격지불법행위의 준거법 문제는 법률 해석의 문제로서 개정 전 법률에서와 같이 행동지법과 결과발생지법 모두가 준거법이 될 것이다. 결국 불법행위를 행한 곳과 그 결과의 발생지가 서로 다른 나라의 지역 내에서 발생한 경우에는 행위지 뿐 아니라 결과발생지 모두 우리나라 국제사법상 준거법의 연결점이 된다는 도처성의 원칙이 지배한다 (Ubiquitätsprinzip).

(2) 행위지법주의의 완화

국제사법 제32조 제1항에 따라 원칙적 연결점이 되는 행위지법은 보다 밀접한 관련이 있는 다른 법에 의하여 수정된다. 이와 같이 행위지법주의를 완화시키는 배경은 행위지법에 따라 권리관계를 판단하는 것이 우연적이거나 불합리한 결과에 이르는 것을 바로 잡기 위한 것이다.

a) 공통의 속인법주의의 채택

가해자와 피해자의 상거소가 동일 국가 내에 있는 경우에는 행위지연결의 원칙은 공통의 상거소지법에 의하여 배제된다. 예컨대 서울에서 살고 있는 2명의 베트남인이 잠깐 귀국하여 하노이에서 교통사고가 발생한 경우 또는 대전에 살고 있는 甲과 서울에 살고 있는 미국인 乙 사이에 중국에서 교통사고가 발생한 경우에는, 2명의 베트남인과 甲 및 乙의 한국의 상거소지법에 의하여 각각 베트남 내지 중국의 행위지와 연결이 차단된다.

국제사법 제32조 제2항은 섭외사법이 시행되고 있을 당시의 대법원 판례를 수용한 것인데, 이 판결의 기초가 된 사건은 양쪽 당사자 모두 우리나라 국민

2) Ehrenzweig, "Der Tatort im amerikanischen Kollisionsrecht der ausservertraglichen Schadensersatzansprüche", Festschrift für Ernst Rabel I (1954), S. 655, 657f.

3) 법무부 간, 국제사법 해설, 2001, 117-118쪽.

사이에 외국에서 발생한 교통사고와 관련된 것이었다. 대법원은 양 당사자가 모두 내국인인 경우에 있어서 불법행위지가 단순히 우연적이고 형식적인 의미를 갖는데 그치는 경우에는 일반적으로涉外사법을 적용하여 처리하여야 할 합리적인 이유가 없다는 이유로 국내법을 적용하였다.⁴⁾

그러나 국제사법 제32조 제2항은 위 대법원 판결보다 그 요건을 완화시켰다. 즉 국민이라는 연결점을 상거소로 바꾸었으며, 그 적용범위가 교통사고로 제한되지도 않는다. 이에 따라 우리나라 법인인 피고 회사에 고용되어 피고 회사들의 사업장 근무를 위하여 일시 카타르국에 건너가 위 사업장에서 근무 중인 모두 우리나라 국민 사이에 교통사고가 발생하더라도 위 앞의 판례⁵⁾와 같이涉外사건이 아니라고 할 수 없으며, 이 경우에는 행위지인 카타르의 법이 적용될 뿐, 국제사법 제32조 제2항이 적용되지 아니할 것이다.

b) 종속적 연결의 인정

가해자와 피해자 사이에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의해 침해되는 경우 불법행위청구권은 기존의 법률관계의 연결점에 종속된다(종속적 연결점). 기존의 법률관계는 계약관계가 전형적인 경우이며 가족관계도 이에 해당한다. 예컨대 운송손해, 제조물책임 및 근로사고 등의 경우에 발생하는 불법행위청구권의 연결점은 계약관계의 연결점(계약지법)에 종속되며, 부부 사이의 불법행위는 혼인의 일반적 효력의 준거법에 종속하거나 또는 자에 대한 부모의 불법행위는 자의 준거법에 포섭된다.

종속적 연결점(Akzessorische Anknüpfung)은 하나의 사실관계에서 파생하는 법률문제는 그 전체를 일괄하여 일국의 법에 따라 해결할 일이지, 각각 상이한 국가의 법의 적용을 받는 수개의 법률관계로 분할해서는 안 된다는 사고에 기초한다. 이러한 연결점은 단순히 양 당사자 사이에 기존의 법률관계가 존재한다는 사실만으로는 불충분하고 기존의 법률관계와 손해발생 사이에 특별한 실체적 연관성이 인정되어야 한다.⁶⁾ 그 결과 가해자와 피해자의 공통의 속인법주의에 기초한 상거소연결점은 보다 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하

4) 대법원 1979.11.13. 선고 78다1343 판결; 대법원 1981.2.10. 선고 80다2236 판결.

5) 대법원 1979.11.13. 선고 78다1343 판결.

6) Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 2002, §11 Rn. 40.

여 배제될 수 있다(국제사법 제32조 제23항 후단 참조). 예컨대 두 사람의 한국 여행객이 LA에서 등록되고 부보된 렌트카를 타고가다 시애틀에서 충돌사고를 일으켰다면, 행위지법으로 미국 워싱턴주법 대신에 공통의 상거소가 있는 한국법이 적용될 것이지만(국제사법 제32조 제2항), 사고차량 모두가 LA에서 등록되었을 뿐 아니라 보험가입이 이루어진 점에 비추어 LA법이 보다 밀접한 준거법이 되지 않는지를 검토하여야 할 것이다. 이 사건의 경우 불법행위준거법은 공통의 보험지국법인 LA법에 종속된다고 보는 것이 손해배상문제를 간편히 해결하는 방법이 될 것이다(국제사법 제32조 3항).

(3) 불법행위책임의 제한

발생한 손해의 수배에 이르는 손해배상을 허용하거나 미국법에 기한 징벌적 손해배상을 인정하는 법의 경우에는 손해배상의 인정범위가 제한된다. 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성질이 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아님이 명백하거나 또는 그 범위가 적절한 배상에 필요한 정도를 넘는 외국법을 적용할 때에는 그에 상응하여 책임이 제한되기 때문이다(국제사법 제32조 제4항). 이에 따라 “징벌적 손해”의 성질을 불법행위책임으로 결정하지 않으면 준거법인 미국법에 따라 불법행위책임을 인정할 경우 징벌적 손해액은 고려되지 않을 것이며(국제사법 제32조 3항 전단), 설사 불법행위책임으로 그 성질결정을 하더라도 우리나라 판사는 역시 징벌적 손해 부분에 대한 배상책임을 인정하지 않게 될 것이다(국제사법 제32조 3항 후단). 미국에서 발생한 한국인 사이의 강간사건과 관련하여 미국법원이 내린 미화 금 50만 달러의 손해배상 판결을 그 1/2인 25만 달러 범위 안에서만 승인하여 집행한 판결⁷⁾에 비추어 징벌적 손해는 일응 불법행위책임적 성질을 갖는다고 볼 것이다.

(4) 소결

구涉外사법 시행시의 실무에서는 행동지 뿐 아니라 손해의 결과발생지 또한

7) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결.

운송관련 불법행위로 인한 손해배상청구권의 원인이 발생된 곳이라고 하여, 독일 브레멘항을 출발할 당시 화물을 운송한 선박에 대한 주의의무를 게을리 하여 인도양에서 발생한 불법행위가 대한민국 영역에 도달할 때까지도 손해발생이 계속되었다면 대한민국도 손해의 결과발생지에 포함된다고 보았다.⁸⁾ 국제사법 개정이유에서는 격지불법행위의 준거법 결정에 관한 해석상의 혼란을 방지하기 위하여 가해자의 예견가능성 및 피해자의 선택권 행사를 전제로 결과발생지법의 적용을 인정하는 명문의 규정을 둘 것을 검토하였지만, 독일법의 경험을 고려하여 명문의 규정을 두지 않기로 했다고 한다.⁹⁾

그러나 국제사법은 격지불법행위에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있다. 이는 불법행위 유형별로 특칙을 두는 것을 유보한 결과이다. 이와 관련하여 개정입법이유서는 우리나라 현실에 비추어 볼 때 개별적 불법행위 유형에 맞는 준거법원칙을 논하기 위에 필요한 여건이 조성되지 않았다는 평가를 내놓았다.¹⁰⁾ 하지만, 한 나라에서 발생한 불법행위의 문제가 전체 지구문제로 비화되고 있으며 정보통신기술이 어느 나라보다 발전된 우리나라의 여건에 비추어 그와 같은 주장은 납득하기 어렵다. 어떻든 유형별 불법행위 특칙이 마련되어 있지 않은 지금의 상황에서는 비교법적 해석과 종전의 판례의 태도를 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다. 무엇보다 격지불법행위의 경우 위 대법원의 판례를 국제사법 제32조 제1항의 해석과 관련하여 그대로 유지할 수 있는지, 그리고 산발불법행위의 준거법을 어떻게 결정할 것인가가 문제된다.

다만, 개정 국제사법 하에서 대법원은 인터넷을 통한 불법행위에 대한 특별재판적과 관련하여 「인터넷 사이트에 게재된 발표 내용을 미국 캘리포니아 주에 거주하는 150만 명의 한국어 사용자가 보고 이해할 수 있게 되었고, 원고가 미국 캘리포니아 주립대학에서 교환연구원으로 체류하였으며, 그로 말미암아 미국 한인사회에서 원고의 평판이 악화되었다 하더라도, 원고는 이 사건 판결에서 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 정신상 손해의 배상을 청구하는 것이 아니었으므로, 이 사건 미국법원에 원고가 청구한 그 손해배상에 관한 불법행위지로서의 특별재판적을 인정할 수는 없으며, 또한 피고의 발표 내용 중

8) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결.

9) 위 법무부, 국제사법 해설, 118쪽.

10) 위 법무부, 국제사법 해설, 121쪽.

에 미국 캘리포니아 주 소재 이 사건 주택에 관한 부분이 있다 하더라도 이것이 피고의 가해행위의 장소나 손해발생의 장소가 되는 것은 아니므로, 그러한 이유만으로 이 사건 미국법원에 재판적이 있다고 볼 수도 없다」고 판시하였다.¹¹⁾ 만약 이와 같은 법리를 저촉법에 적용한다면, 결국 이른바 모자이크 해결 방식으로 나타나는 것이 아닐까? 예컨대 이 사건에서 미국법원은 적어도 미국 지역에서 발생한 손해에 대해서는 자국법에 따라 손해배상청구권의 발생 여부 및 그 범위를 판단하고, 이와는 달리 한국법원에 제기하였다면 한국법원은 미국지역에서 발생한 손해는 미국법에 따라 한국에서 발생한 손해는 한국의 민법 규정에 따라 판단하여 그 전체손해를 심판할 수 있다는 결과가 될 것이다.

III. 방송불법행위에 의한 인격권침해의 준거법

1. 이른바 산발불법행위에 대한 규율

불법행위에 따른 결과가 수개 국에서 발생한 경우 어느 결과발생지법을 선택할 것인가에 대해서는 논란이 있다. 이러한 경우는 특히 인터넷, TV방송, 여러 나라에서 판매되는 잡지 등과 같은 방송매체에 의하여 행하여지는 불법행위, 그 중에서도 인격권의 침해가 발생하는 경우에 중요한 의미를 가진다.

2. 연결점에 대한 학설

방송에 의한 인격권침해의 객관적 연결점을 어떻게 정할 것인가에 대해서는 다투어지고 있다. 국제불법행위법의 일반원칙과 같이 행위지주의가 적용된다는

11) 대법원 2003.9.26. 선고 2003다29555 판결. 이 사건에서 원고(전 한나라당 의원)는 새천년민주당 등이 '자신이 미국에 집을 소유하고 있고, 자신의 가족들은 미국국적으로 밝혀졌다'는 허위사실을 인터넷 웹사이트에 게재하여 일반 공중에 알림으로써 직업적 명예를 손상을 가하였다고 주장하면서, 이로 인하여 2000년의 대한민국 국회의원 선거에서 낙선하였으므로 미화 12만 불에 달하는 선거운동 비용손실과 4년간 임기의 국회의원으로서 받을 수 있었을 손해 미화 약 25만 불에 상당하는 소득손실을 포함한 특별손해에 대한 청구소송을 미국 캘리포니아주 LA County 지방법원에 제기하였다.

점에 대해서는 이견이 없다. 이와 같은 법리는 손해배상청구는 물론 금지청구의 경우에도 적용된다. 그러나 방송에 의한 인격권침해 영역에서 행위지주의를 구체화시키는 방법에 대해서는 서로 다른 견해들이 각축을 벌이고 있다.

가) 행위지만 또는 결과발생지만 존재한다는 주장

단일의 불법행위로부터 행위지와 결과발생지가 서로 다른 나라에 존재하는 경우 양쪽의 법을 고려하여야 한다는 것이 일반적인 견해이나, 이에 반대하는 견해도 있다. 이 견해에 따르면, 방송에 의하여 인격권이 침해된 경우에는 행위지 또는 결과발생지만 존재한다고 한다.

1) 행위지만이 존재한다는 견해

인격권침해의 경우에는 행위지만을 기준으로 하여 판단하여야 한다는 견해로,¹²⁾ “인격권”이라는 법익은 장소적 존재를 가질 수 없기 때문에 결과발생지는 존재할 수 없다는 것을 논거로 한다. 이에 따르면, 방송중계지역은 당연히 행위지일 뿐, 결과발생지는 성립되지 않게 된다.

2) 결과발생지만 존재한다는 견해

인격권침해의 경우도 기타 다른 섭외적 불법행위의 경우와 같이 결과발생지의 법에 따라서만 판단하여야 한다는 견해이다.¹³⁾

나) 행위지와 결과발생지를 고려하여야 한다는 견해

인격권침해의 경우에도 격지불법행위에 대해 적용되는 도처성의 원칙이 적용된다는 것이 일반적인 견해이다. 그런데 이 경우 행위지와 결과발생지를 어

12) C. Bar, Internationales Privatrecht, bd. II. 1991, Rn. 662, 664; Schack, UFITA 108 (1988), 51, 64 ff.; Soergel/Lüderitz, BGB, Bd. VIII, 11. Aufl. 1984, EGBGB Rn. 20.

13) Beitzke, JuS 1966, 142 f.; Hohloch, ZUM 1986, 165, 179.

디로 정할 것인가에 대해서는 견해가 첨예하게 대립한다. 마찬가지로 피해자에게 가장 유리한 법을 적용한다는 유리한 법적용의 원칙(Günstigkeitsprinzip)을 어느 범위에서 안에서 적용할 것인가도 문제이다.

먼저, 방송불법행위의 행위지는 보도의 편성지 또는 송출지라는 것이 일반적인 견해인 반면에, 결과발생지를 정함에 있어서는 3가지의 견해로 나누어진다. 일단 방송불법행위의 결과발생지는 문제의 보도가 (도달경로에 따라) 행하여지는 곳이라는 점을 전제로, 방송자에게 책임을 돌릴 수 있는 도달지를 결과발생지로 보는 것이 보통이다. 그런데 이로 인하여 나타나는 수 곳의 결과발생지를 어떻게 처리할 것인가 하는 문제가 제기된다.

1) 모자이크이론

각 결과발생지의 법은 자국 안에서 현실화된 침해의 범위 안에서만 인격권 침해로 발생한 청구권을 판단할 수 있다는 견해이다.¹⁴⁾ 전체로서의 인격권은 모든 결과발생지법의 조합에 의해서만 보호받거나, 아니면 행위지법에 따라 보호받을 수 있다고 한다. 이와 같이 모자이크이론은 모든 결과발생지법은 그 자신의 사법영역 내에서 발생한 손해에 대해서만 심판할 수 있다고 하여 엄격한 속지주의의 원칙을 전제로 한다. 개별적인 결과발생지법에 따라 인정된 청구권을 모두 종합하면, 마치 모자이크와 같이, 하나의 전체적인 그림이 완성된다는 것이다. 결국 모자이크이론은 유럽사법재판소가 Shevill-판결에서 관할법에 관하여 심판하였던 내용을 저촉법에 적용시키는 이론이다. 모자이크이론은 전체 손해를 모자이크로 완성하는 법을 피해자가 선택할 수 있게 하는가의 여부에 따라, 전세계적으로 발생한 모든 손해를 피해자가 임의로 선택한 결과발생지법에서 판단하는 순수한 모자이크방식¹⁵⁾과 피해자가 선택한 연결법이 행동지법이 정하는 바에 따라 판단할 수 있다는 넓은 의미의 모자이크 방식¹⁶⁾이 주장되고 있다.

14) Kegel, IPR, & Aufl. (1995), S. 541.

15) Looschelders, ZVglRWiss 95 (1996), 48, 81 f.; Riegel, Streudelikte im IPR (1986), S. 173, 245 ff.

16) Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 540-543.

2) 최혜국법이론(가장 유리한 법 선택이론)

행위지와 결과발생지의 관계에 관한 최혜국법 원칙을 확대하여 피해자에게 가장 유리한 결과발생지의 법을 적용하자는 이론에 따르면, 행위지와 수개의 결과발생지 중에서 피해자에게 가장 유리한 국가의 법을 적용하게 된다. 최혜국법이 지정되면 위 모자이크 이론의 경우와는 달리 지정된 법이 피해자의 전 손해에 대하여 판단한다.¹⁷⁾ 그런데 이론은 특히 피해자에게 유리하나, 수개의 결과발생지가 존재하기 때문에 피해자에게 과도한 혜택을 주는 결과가 된다. 이로 말미암아 행위자 특히, 방송사는 가장 엄격한 나라의 법을 준수하여야 한다는 불이익이 발생하며, 이는 언론출판의 자유를 위축시키는 문제가 있다고 지적되고 있다.

3) 결과발생지 제한 이론

인격권침해로 인하여 나타나는 수개의 결과발생지 중에서 주된 결과를 발생시키는 곳을 중점결과발생지로 하여 이곳의 법을 적용하여야 한다는 견해로, 여기에는 피해자를 중심으로 하여 중점결과발생지를 결정하려는 견해와 가해자를 중심으로 하여 결정하려는 견해가 있다.

a) 피해자중심의 중점결과발생지 이론

결과발생지를 중점결과발생지로 제한하되, 중점 여부가 불분명할 때에는 피해자의 상거소를 중점 결과발생지로 보아야 한다는 견해이다.¹⁸⁾ 피해자는 자신의 주변환경에 대하여 가지는 사회적 관계와 관련하여 그가 살고 있는 곳에서 가장 강하게 자신의 명예를 침해받기 때문에, 그의 상거소지에 침해결과의 중점을 설정할 수 있다고 한다.

17) Thümmel/Schütze, JZ 1977, 786, 787; R. Wagner, Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, 1986, S. 78 ff.

18) Staudinger/von Hoffmann, Art. 40 Rn. 26, 61; Ehmann/Thorn, Erfolgsort bei grenzüberschreitenden Persönlichkeitsverletzungen, AfP 1996, 20, 23. von Hinden, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, 1999, S. 168, 175 ff.

b) 가해자중심의 중점결과발생지 이론

불법행위법의 행위규범적 기능을 강조하여 방송에 의하여 인격권이 침해된 경우제조물책임소송과 부정경쟁방지규정의 침해와 같이 가해자가 자신의 행동 지침으로 의도하였던 법을 중점행위지로 정하여야 한다는 견해이다.¹⁹⁾ 이 이론에서는 과도한 피해자보호의 문제를 해결할 수 있고 상당한 예견가능성을 보장할 수는 있지만, 행위지법과 결과발생지법에 대한 피해자의 선택권을 과도하게 제한하는 문제가 있다.

3. 비교법적 고찰

가) 독일의 국제사법

독일은 스위스의 경우와 달리 불법행위 유형에 따른 특별규정을 두지 않고 우리나라의 경우와 같이 해석에 의하여 처리되고 있는데, 위에서 설명한 이론들이 주장되고 있다. 다만 독일은 방송 등에 의한 불법행위에 대한 저촉법적 규정을 두고자 노력하였지만, 다음의 유럽연합의 경우에서와 같이 이해당사자들 사이의 첨예한 대립으로 인하여 정치적 합의를 도출하지 못하고 결국 특별규정을 두는 것을 실패하고 말았다. 독일의 입법자가 인격권의 침해를 민법에 규정하고자 하였을 때, 설사 연방법원의 판례를 수용하는 입법 형식만으로 만족하고자 했을 때도, 언론사의 완강한 저항에 부딪혀 결국 관련 개정조항을 관철하지 못하였다.²⁰⁾ 그 후 2002년 제2 손해배상법개정법에 따라 불법행위법이 개정되었을 때도 위와 같은 이유로 인격권침해규정이 좌초되었다.²¹⁾

나) 유럽연합의 Rom-II

1) 규정흡결의 배경

19) Rom-II의 유럽연합 의회 법안 제6조.

20) 예컨대 "Entwurf 1967"에 대해서는, MünchKomm-Wagner, BGB, 4. Aufl. 2004, Vor §827 Rn. 80. 참조.

21) 상세는 Wagner, Das neue Schadensersatzrecht, 2002, Rn. 40 f. 참조.

금년 1월 11일부터 유럽연합 내(덴마크 제외)의 법원은 비계약적 채권관계에 대해서는 Rom-II-법²²⁾을 적용하여야 한다. 우리나라 및 많은 다른 나라의 국제사법의 규정방식이 불법행위로 인한 채권관계의 연결점에 대하여 일반적이고 원칙적인 규정을 둔 방식과는 달리, Rom-II-법률은 스위스와 미국의 입법례와 같이 유형별 불법행위에 대한 특칙을 마련하였다. 우선 기본적인 연결점으로 당사자자치(제14조), 기존의 법률관계에 대한 종속적 연결점(제4조 제3항 제2문), 공통의 상거소지(제4조 제2항) 및 행위지원칙(제4조 제1항)을 천명한 다음, 개별적 불법행위 유형으로 제조물책임(제5조), 부정경쟁방지(제6조), 환경침해(제7조), 지적재산권의 침해(제8조), 노동쟁의(제9조) 등 5개의 영역을 열거하고 이를 준거법의 일반원칙에 대한 예외로서 결과발생지주의²³⁾에 입각한 독자적인 연결점을 규정하고 있다.

그런데 Rom-II-법률은 인격권침해 유형에 대한 불법행위에 대해서는 Rom-II-법률이 적용되지 않음을 명문으로 규정하고(제1조 제2항 g문), 단지 위원회에게 2008. 12. 31.까지 인격권침해에 대한 국제사법적 연구보고서를 제출하여야 하는 의무만을 부과하고 있다(제30조 제2항).²⁴⁾ 당초 집행위원회법률안에서 이에 관한 명문의 규정을 둔 것과는 달리 별도의 규정을 두지 않게 된 배경은 물론 관련당사자들의 이해관계가 첨예하게 대립하고, 정치적 합의가 이루어지지 않았다는 점에 있다.

2) 집행위원회-법률안

2003년 6월 유럽 집행위원회(Commission)가 승인한 「비계약채권관계준거법에 관한 유럽의회 및 이사회의 규정」의 법률안에는 인격권침해에 대한 특별규

22) 정식법률명은, Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und Rates v.

11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht("Rom-II"), ABl. 2007 L 199/40으로, 2009. 1. 11.부터 시행되고 있다.

23) 제정 과정에서 모든 법안과 현재 시행중인 법률은 공통적으로 결과발생지만을 원칙적 연결점으로 채택함으로써, 불법행위지연결점과 도처성의 원칙 및 최혜지국의 원칙을 배척하였다.

24) 집행위는 Rom-II의 부록에서 의무부과를 선언하였으며, 이에 따른 연구보고서의 결과는 아직 분명치 않지만, 피해자의 상거소지 연결점과 브뤼셀-I-법률 제5조 제3호와 관련하여 발전된 Shevill-원칙(모자이크판단방법)을 국제사법에 통일적으로 연결시키려는 방법 중에서 저울질 하고 있는 것으로 알려지고 있다, Jan von Hein, ZEuP, 2009, 6, 13.

정을 두고 있었다. 우선 집행위의 법률초안은 중점결과발생지로 피해자의 상거소를 채택하여 인격권침해에 대한 준거법을 피해자 상거소지법으로 제한하고자 하였다. 그러나 이에 대하여 미디어기업가들은 자신들의 기사나 방송물은 최초발송지에서 인정되는 정도의 언론출판의 자유가 보장되지 않을 수도 있고, 또 예견가능성이 거의 없는 외국의 법에 맞추어 편성하여야만 할 것이라고 볼멘 항변을 제출하였다.²⁵⁾ 이러한 이유로 공적인 집행위법률안은 중점결과발생지 연결점을 삭제하고, 언론출판의 자유가 문제될 때 법정지법에 따라 처리한다는 공서양속과 중복될 수 있는 일반적인 규정만을 두게 되었다. 이에 따라 집행위법률안 제6조 제1항은 인격권이 침해된 경우에도 제3조 제1항에 따라 결과발생지가 그 연결점이 되고, 이는 곧 Shevill-판결에 기초하여 전체손해의 배상청구에 관할권이 있는 행위지의 법원이 아니라, 수개의 다른 결과발생지의 법원이 자국의 법을 적용할 수 있도록 한 것이다. 다만 전체손해가 이와 같이 분할되어 각 해당국의 국제사법이 정한 법에 따라 판단되지만, 민사소송법 영역에서는 불법행위지재판적 법원이 각각의 손해를 모자이크화하여 전체손해를 심판하게 된다.

3) 유럽의회법률안

유럽의회는 2005. 7. 6. 법제분과위의 안을 대부분 수용하여 중점결과발생지에 대한 명문의 규정을 둘 것을 제안하였는데, 물론 집행위초안법안과는 정반대로 가해자 중심의 중점결과발생지로 바꾸어 놓았다. 유럽의회법률안에 따르면 “인격권이 침해된 경우 손해가 핵심적으로 발생하였거나 또는 발생할 우려가 있는 국가의 법”을 적용하며(제6조 제1항 제1문),²⁶⁾ 라디오, TV 등 방송에 의한 불법행위의 중점결과발생지는 우선방송지역이며 신문, 잡지 등에 의한 불법행위인 경우에는 발행통제력이 행사되는 곳으로 정하였다(유럽의회법률안

25) 법률초안에 대한 공적 의견서, 20쪽. 이는 다음의 인터넷창에서 불러낼 수 있음: http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/contributions_en.htm.

26) 유럽의회는 법률안을 제안하기 위해 Diana Willis 의원에게 제안보고서를 의뢰하였는데, 이 Willes-보고서는 보다 밀접한 다른 나라의 법적용을 위하여 명문 규정의 유보를 제안하였지만 유럽의회는 이를 무시하고 중점결과발생지연결점을 채택하였다.

제6조 제1항 제2문).

4) 집행위원회의 수정법률안

한편 집행위원회는 의회에 상정하였던 법률안을 수정하여 수정법률안을 마련하였는데, 여기서는 의회의 검토의견을 크게 반영하지 않은 채, 일반적인 인격권침해의 경우에는 결과발생지원칙을 채택한 반면에, 방송에 의한 인격권침해에 적용되는 저촉법적 규정을 Rom-II의 적용범위에서 전부 배제하는 조치를 취하였다(집행위수정법률안 제1조 h호).

다) 스위스의 국제사법

1) 결과발생지주의 채택

1987. 12. 18.의 스위스국제사법(IPRG)은 제133조 제2항 제2문에서 결과가 발생한 국가의 법만을 준거법이라고 규정함으로써, 격지불법행위 피해자가 행위지법과 결과발생지법 중 유리한 법을 선택할 수 있던 종전의 구도를 바꾸어 놓았다. 그런데 이와 같은 결과발생지법 원칙이 적용되기 위해서는 가해자가 문제된 국가에서의 결과발생을 예견할 수 있었을 것을 요구하고, 만약 가해자에게 그와 같은 예견가능성을 기대할 수 없는 경우에는 행위지의 법만이 그 준거법이 될 수 있다.

2) 방송 등에 의한 인격권침해시 준거법에 관한 특별 규정

나아가 언론·방송 불법행위에 대하여 적용되는 스위스 국제사법 제139조 제1항은 국제적 인격권 보호와 관련하여 피해자에게 수개국의 법을 선택할 수 있는 경우를 열거하고 있다. 첫째, 국제 언론·방송 불법행위의 피해자는 자신의 상거소가 있는 국가의 법(a 호), 침해야기자의 영업소소재지나 그 상거소가 있는 국가의 법(b호)과 침해행위의 결과가 발생한 국가의 법(c)이 그 선택군이다.

다만, 제a호와 c호의 법을 적용받기 위해서는 가해자가 해당 국가에서의 결과 발생을 예견할 수 있는 경우라야 한다.

라) 미국의 경우

1) 복수발행원칙에 대한 비판

1944년 'Life'지가 컬럼비아 대학 교수인 원고의 극우적 파시스트적 행위들에 관하여 언급한 기사를 내보내고, 이로 말미암아 원고가 교수직을 잃게 된 사건에서,²⁷⁾ 펜실베이니아 연방지방법원을 관할하는 제3순회 항소법원은 소송법적으로는 단일발행의 원칙에 따라 자신이 전체손해에 대하여 심판할 재판청구권을 가진 유일한 법원이라고 하였으면서도, 'Life'지가 미국 전역 나아가서는 세계 주요국가에서 유통되고 있다는 사실을 인정하였음에도 불구하고²⁸⁾ 저촉법적으로는 이른바 모자이크원칙을 채택하였다. 그런데 항소법원은 자신의 불법행위법 뿐 아니라 나머지 50개 주의 국제사법을 검토하여야 하였는데,²⁹⁾ 어떤 주의 국제사법은 현대적인 단일발행의 원칙을, 다른 주에서는 종래의 복수발행의 원칙을 고수하고 있어 주법의 내용을 파악하는 일이 쉽지 않았다. 이에 따라 이 판결에서 채택된 복수발행의 원칙(multiple publication rule)은 “전근대적이고 실용성이 없는 것”이라는 비판³⁰⁾에 직면했다.

무엇보다 복수발행의 원칙은 이른바 법정지사냥(forum shopping)을 촉발시키는 문제를 가져왔다. 설사 forum shopping이 원고에게 자신의 권리를 실현시킬 수 있는 적절한 법정을 찾게 하고 또 이른바 열위법을 구축하는 긍정적인 기능을 강조하여 그 적법성에 문제가 없다는 치더라도, 법정지사냥으로 인한 ‘병행소송’은 적지 않는 문제를 초래할 수 있기 때문이다. 첫째, 피해자와 가해

27) Hartmann v. Time, Inc., 166 F.2d 127 (3rd Cir. 1948).

28) Hartmann v. Time, Inc., 133 : “...we must treat ...the places where publication on occurred as covering the United States and the civilized countries of the world.”

29) 미국에서는 Erie-판결(Erie Railroad Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938)) 이래 연방법원은 연방 보통법을 적용하거나 개발하여서는 아니 되고, 그 법원이 소재하는 주의 주법을 적용하여야 한다는 원칙이 지배한다.

30) W. L. Prosser, "Interstate Publication", 51 Mich. L. Rev. 1953, p 959 at 972.

자는 확인판결을 구하고자 법원경쟁에 뛰어들어 사건 및 비용의 부담을 증가시키며, 둘째, 원고는 흔히 승소가능성이 가장 높은 곳의 재판관할권을 추구하고, 셋째, 인격권침해소송은 예컨대 미국의 발행인 또는 방송인을 상대로 하고 그 준거법은 미국의 경우에 상응한 언론출판의 자유가 보장되지 않는 곳의 법을 적용하여야 하는 문제를 발생시키는데, 이러한 이유로 미국은 미국 제1차 수정 헌법에 근거하여 자국의 발행인을 상대로 한 외국 법원의 판결을 승인하지 않게 하는 원인을 제공하였다.³¹⁾

2) 단일발행원칙의 채택

이와 같이 언론에 의한 인격권침해의 준거법 결정과 관련하여 당초 미국법은 ‘복수발행의 원칙’에서 ‘단일발행의 원칙’(single publication rule)으로 선회하였다.³²⁾ 단일발행의 원칙 하에서의 발행이란 어떤 기사가 최초로 배포된 곳에서 발생하며, 피고의 청구의 기초는 하나의 재판관할 구역 안에서 발생한 단일한 행위로 제한된다. 이에 따라 원고는 단 하나의 소송을 통하여 모든 재판관할지역에서 자행된, 그 곳이 국내이든 국외이든, 인격권의 침해로 인한 일체의 손해를 배상받을 수 있게 된다. 또한 어느 한 법원에서 본안판결이 확정되면 다른 재판관할법원에서 동일한 내용의 소를 제기할 수 없다. 이 이론은 본래 별개의 독립의 재판관할 영역에서 수개의 소송이 제기됨으로 인하여 피고가 당하는 불편과 불이익을 배제하기 위한 것이었다. 그러나 그 후 이 이론은 원고가 자신의 명예가 침해받는 각각의 재판관할 구역에서 침해금지를 신청할 수 없다는 불합리한 점이 지적되었다.

31) Telnikoff v. Matusevitch, 702 A.2d 230 (Md. 1997).

32) Restatement (Second) of the Law of Torts (1977)는 단일발행의 원칙을 받아들여 제577A조에서 다음과 같이 규정하였다.

“(3) Any one edition of a book or a newspaper, or any one radio or television broadcast, exhibition of a motion picture or similar aggregate communication is a single publication.

(4) As to any single publication, (a) only one action for damages can be maintained; (b) all damages suffered in all jurisdictions can be recovered in the one action; and (c) a judgment for or against the plaintiff upon the merits of any action for damages bars any action for damages between the same parties in all jurisdictions.”

위와 같이 복수발행원칙에 대한 부정적 평가가 지금까지 미국 저촉법의 기본 원칙의 근거가 되어 왔으며, 이는 비단 언론불법행위에만 국한되지 않았다. 베트남 참전 미군이 미국의 많은 주와 외국에서 제조된 고엽제("Agent Orange")에 의해 건강침해를 이유로 손해배상청구소송이 제기되자, 연방법원판사는 Erie-원칙에도 불구하고 그 손해를 분할하여 그 부분들을 해당 불법행위법에 분속시키는 대신, "national-concensus law"를 지정하여 판결기준의 통일을 확보하였다.³³⁾

3) 단일발행원칙의 문제점 제기

단일발행의 원칙이 채택된 뒤에 나온 허슬러-잡지 사건³⁴⁾은 단일발행원칙 하에서도 법정지사상의 문제를 적절하게 규율하지 못한다는 문제를 드러냈다. 원고 Keeton은 허슬러잡지사가 1975년과 1976년에 발행한 잡지의 기사에서 자신의 명예를 수차례에 걸쳐 훼손하였다고 주장하면서, 잡지사의 발행지인 오하이오 연방지방법원에 손해배상을 청구하는 소를 제기하였으나, 당시 오하이오 법이 규정한 1년 반의 소멸시효기간이 이미 경과되어 패소하였다. 이 판결이 확정된 뒤에 Keeton의 손해배상청구권은 뉴햄프셔주만을 제외하고는(당시 6년의 소멸시효기간), 다른 모든 주의 소멸시효기간이 경과되었다. 허슬러잡지는 뉴햄프셔주에서 1만부 가량 판매되어 전체판매부수의 1%에 지나지 않았으며, Keeton 또한 뉴햄프셔주에 왕래한 적이 한 번도 없음에도 불구하고 미국 모든 주에서 발생한 전체손해를 청구하는 소를 뉴햄프셔 연방지방법원에 제기하였다. 발행부수의 극소수만 판매된 지역에서도 재판관할권이 발생할 수 있다는 연방대법원의 재판³⁵⁾에 힘입어, 원고는 배심원판결을 통해 1만 달러에 이르는 손해를 배상받았다. 이와 관련하여 뉴햄프셔주 최고법원은 원심법원이 전체의 손해배상청구권에 대하여 각주의 소멸시효규정을 적용하면서, 뉴햄프셔주에서의 발간으로 야기된 손해와 다른 모든 주에서의 발간으로 인하여 발생한 손해

33) In re "Agent Orange" product Liability Litigation, 580 F.Supp.690, 696 (E.D.N.Y. 1984, Weinstein, C. J.).

34) Keeton v. Hustler Magazine. Inc., 549 A.2d 1187.

35) Keeton v. Hustler Magazine. Inc., 465 U.S. 770, 773 (1984).

를 달리 취급하지 않은 것은 정당하다고 판시하였다.³⁶⁾ 이후 뉴햄프셔주는 소멸시효기간을 3년으로 단축시키는 한편, 뉴햄프셔주가 다른 모두 주의 대체할 수 없다는 비판³⁷⁾에도 불구하고 언론에 의한 명예훼손에 의한 손해배상청구소송의 메카로 자리잡게 되었다.

4. 평가 및 방송불법행위의 저촉법적 규정의 제안

가) 불법행위재판적과의 관계

불법행위지재판적과 불법행위저촉규정을 일체적으로 구성하여야 한다는 일반적 견해와는 별도로, 불법행위로 인한 인격권침해의 저촉법적 내용을 이해하기 위해서는 양자의 구별이 필요하다. 불법행위지재판적은 행위지와 결과발생지로 연결된다. 인격권침해소송의 재판관할을 발생시키는 불법행위지로서의 결과발생지는 언론 및 방송의 보급지(유포지)이며, 그 행동지는 발행지(송출지)이다. 이렇게 송출지는 물론 모든 유포지가 방송에 의한 불법행위의 불법행위지가 되므로, 피해자는 수개의 행동지 및 결과발생지의 법원에 손해배상청구의 소를 제기할 수 있다.

국제사법에서의 “모자이크방식”이 국제재판관할의 문제와는 상관관계가 없다는 점을 유의하여야 한다. 즉 자국의 민사소송법 규정에 따라 결과발생지에 근거한 재판관할권이 발생하였다면, 이 관할법원은 자신의 국제관할지역 안에서 발생한 침해에 한하여 재판관할권을 갖는 것이 아니라, 전체 손해에 대한 재판관할권을 갖는 것이고, 다만 재판관할법원이 불법행위로 인하여 손해배상책임이 성립하였는지의 여부 및 그 범위를 어느 나라의 불법행위법에 따라 결정할 것인가 하는 저촉법적 문제가 발생하는 것이다. 그런데 인격권침해의 불법행위법과 관련된 논의 쟁점은 재판관할법원이 결과발생지의 법을 적용할 것인가, 아니면 피고의 행위지의 법을 적용할 것인가로 모아지고 있다.³⁸⁾

36) Keeton v. Hustler Magazine, Inc., 549 A.2d 1187, 1190.

37) Judge Breyer, Keeton v. Hustler Magazine, Inc., 682 F.2d 33, 36 (1st Cir. 1982): "the New Hampshire tail is too small to wag so large an out-of-state dog."

38) Kunke, "Rome II and defamation: Will the tail wag the dog?", 19 Emory Int'l L. Rev. 1733.

나) 평가

1) 모자이크 원칙의 문제점

첫째, 모자이크에 의한 저촉법적 원칙은 국가의 사법권을 존중하는 이론이지만, 그 실용성은 매우 의문이다. 방송, 인터넷과 같은 확산매체에 의하여 단일의 불법행위가 산발적으로 수개의 국가에서 인정되는 경우, 어느 한 결과발생 국가에서 다른 여타의 모든 결과발생지법을 조사하여야 한다는 것은 현실적으로 거의 불가능하며, 설사 가능하다 하더라도 엄청난 사법부담으로 결국 자국 법에 따른 처리만을 하고 말게 되는 결과에 이르게 될 것이기 때문이다. 예컨대 CNN방송에 의하여 인격권을 침해당한 박지성이 우리나라 법원에 인격권침해로 인한 손해배상청구의 소를 제기할 경우 법원은 CNN방송이 전파되는 곳, 적어도 박지성의 직업적 명예를 알고 있는 전 세계 모든 국가에서 발생한 손해배상청구권의 존부 및 그 범위를 심판하여야 하는 문제가 발생한다. 이와 같은 모자이크이론의 문제점에 대하여 이미 반세기 전에, 그것도 동일언어와 동일문화권에 속하는 미합중국에서, 50개 주의 법률을 조사하여 언론에 의한 불법행위책임의 성립과 그 범위를 심판하여야 한다는 것은 "미친 짓에 다름 아니다"는 Prosser의 지적은,³⁹⁾ 특히 대량 불법행위가 서로 다른 언어와 다문화 지역에서 산발적으로 발생하고 있는 오늘날의 상황에 유의하여, 우리는 그의 경고를 교훈으로 삼아야 할 것이다.

둘째, 모자이크 이론은 손해배상청구가 아닌 중지청구나 철회청구의 경우에는 적절한 해결책이 되지 못한다.⁴⁰⁾ 중지나 철회를 분할하는 일은 대부분의 사건에서 어렵기 때문이다. 어느 결과발생지법원은 자국의 영토 범위 안에서의 일정한 행위의 중지를 청구할 수 있겠지만, 가해자의 입장에서는 자신의 유포행위를 지역적으로 조정할 수 없기 때문에 이 경우 모자이크 이론을 적용하면 결국 가장 엄격책임을 묻는 국가의 법을 역외적으로 적용시키는 결과 당초의 지역에서 허용되었던 언론출판의 자유가 제한당하는 문제를 야기할 수 있다.

39) W. L. Prosser, "Interstate Publication", 51 Mich. L. Rev. 1953, p 959 at 973.

40) 이러한 문제점에 대해서는 von Hinden, FS Kropholler, 2008, S. 573, 587.

예를 들면 A국의 방송국이 A국이 허용하는 언론출판의 자유의 범위 안에서 방송을 송출하였는데, 이 방송이 B, C, D국에 유포되고, D국의 법에 따르면 이 경우 언론출판의 자유를 일탈한 인격권의 침해로 인정되면, 결국 A국의 방송국은 A국법에 따라 적법한 내용의 방송을 하였음에도 적어도 D국에서 발생한 결과손해에 대해서는 D국의 법에 따라 불법행위책임을 지게 되고, 이는 결국 D국의 법률이 자국의 영역을 넘어 역외적으로 A국에 그 효력을 미치는 결과가 된다.

2) 피해자 중심의 중점결과발생지 이론에 대한 평가

인격권침해의 경우 피해자는 특히 그의 상거소에서 주변환경에 대한 자신의 사회적 관계를 침해받기 때문에 피해자의 상거소지를 중점결과발생지로 보아야 한다는 견해는, 피해자보호의 측면에서는 발전된 이론이지만 불법행위법의 주요기능인 행위조정적 기능을 반영하지 못할 뿐 아니라 언론자유에 대한 제한이라는 헌법적 문제를 야기시킬 수 있는 단점이 있다. 특히 피해자의 상거소가 불법방송과 아무런 관계도 없는 곳에 있는 경우 피해자에게 전체손해를 그 상거소지법에 따라 인정해주는 것은 불합리하다. 예컨대 미국 ABC 방송에서 이승엽에 대한 논평을 한 경우 이승엽의 인격권침해로 인하여 발생된 손해배상 전체에 대하여 이승엽의 상거소지인 일본의 손해배상법에 따라 결정하는 것이 올바른 해결책이 될 수 있을까? 아마도 미국방송은 선수에 대한 그 정도의 혹평은 당연한 것으로 여길 수도 있지만, 일본에서는 이를 인격권침해로 구성하는 경우 ABC 방송은 향후 보도기준을 정할 때 자국법이 아닌 시청가능한 임의의 어느 나라의 법에 맞추어야만 하는 것일까? 설사 전 세계를 상대로 방영하는 CNN방송이 그와 같은 보도를 하였다고 하더라도 전 세계에서 발생한 손해 전부를 일본법에 따라 판단하는 것은 옳지 않을 것이다.

3) 가해자 중심의 중점결과발생지 이론에 대한 평가

이 이론의 장점은 불법행위법의 행위규범적 기능을 잘 반영하고 있다는 점에

서 찾을 수 있다. 가해자 중심의 중점결과발생지는 제조물책임소송이나 부정경쟁법위반소송의 경우와 같이 가해자가 어느 곳의 법제도를 의도하였는가를 기준으로 저촉법을 결정함으로써, 가해자가 자신의 행위에 따른 결과를 어렵지 않게 예상할 수 있다. 이에 반하여 이 이론은 방송이나 발행이 주로 유포되는 곳의 국가의 법을 적용하게 되기 때문에, 결과발생한 곳의 피해자의 권리실현을 어렵게 하는 문제가 있다.

중점결과발생지를 피해자만을 중심으로 결정한다면, 유포물이 주변국가로 범람하는 것을 막기 어려우며, 또한 외국의 결과발생지국이 법익침해에 대하여 자국법에 따른 법률평가를 하지 못하게 하는 결과로 되어 부당하다. 결국 가해자 중심의 중점결과발생지 이론은 피해자의 이익을 균형적으로 고려하지 않음으로써 불법행위법의 또 다른 기능인 손해전보기능을 반영하지 못할 뿐 아니라 외국의 법률적용권을 제한하여 방송에 의한 불법행위에 대하여 국제적 사법공조에도 문제가 크다고 아니할 수 없다.

다) 결론 및 해결방안

모자이크 이론은 그 실용성의 문제는 차치하고서라도, 피해자 중심의 중점결과발생지 이론과 함께 가해자에게 불리한 법리인 반면에, 가해자 중심의 중점결과발생지 이론은 법적 예견가능성을 높이는 장점이 있지만 피해자의 권리구제에 충분치 않은 문제점이 있다. 따라서 문제의 해결책은 양자의 이익을 조화시키는 방향에서 찾아야 할 것이다. 이를 위해서는 수개국의 결과발생지법원과 행위지법원은 각자 자국법(*lex fori*)을 적용할 수 있도록 하되, 전체손해에 대한 판단은 행위지법원만이 자국의 *lex fori*, 즉 행위지법에 따르도록 하면 될 것이다.⁴¹⁾ 이 경우 수개 국에 걸쳐 있는 결과발생지 법원들은 물론 자신의 사법권역에서 발생한 부분손해를 각자 자국의 법에 따라 판단하게 될 것이다.

예컨대 위 이승엽-사례에서 이승엽이 CNN을 피고로 하여, 한국 또는 일본에서, 아니면 미국에서 손해배상청구소송을 제기할 경우, 어느 나라 법원도 자국의 실체법의 규정에 따라 손해배상의 준부 여부를 판단하되, 행위지인 미국의

41) 같은 견해, Wagner, IPRax 2006, 372, 386.

법원에서는 일본과 한국에서 발생한 손해까지 자국의 실체법에 따라 판단할 수 있는데 반하여, 한국법원이나 일본재판소는 각기 자국의 영토 안에서 발생한 부분에 대해서만 자국의 실체법의 규정을 적용하게 될 것이다.

IV. 결론

현대 불법행위법이 더 이상 인격권침해의 국제사법적 연결점에 침묵을 지키는 것은 새로운 유형의 책임발생행위에 대한 법적 규율을 포기하는 것이고, 이와 관련된 당사자 사이의 이해조정이라는 법적 의무를 방기하는 것이 되고 말 것이다. 우리나라 국제사법 또한 조속히 이와 같은 불법행위 유형에 대한 특별 연결점을 보충하려는 노력을 경주하여야 할 것이다. 국제사법 제32조의 원칙규정을 적용하는 것만으로는 점증하는 국제불법행위에 대해 충분히 대처하기 어렵기 때문이다. 그와 같은 인격권침해의 저촉법적 연결을 정하는 원칙은 라디오 또는 텔레비전이든 또는 인터넷이든 모든 정보매체에 적용되는 통일적인 것이라야 하고, 또 그 효과도 균일화시켜야 할 것이다,

그러한 원칙을 수립함에 있어서는 3 가지의 유형의 연결점을 생각해 볼 수 있을 것이다. 하나는, 모자이크 방식을 적용하는 방안이며, 다른 하나는, 행동지 또는 결과발생지를 밀접이론(중점)이론에 의하여 해결하는 방안이며, 마지막 방안은, 행동지 법원 뿐 아니라 결과발생지 법원 모두가 *lex fori*에 따라 판단할 수 있게 하되, 전체손해는 행동지법원에서만, 여타 결과발생지 법원은 자국에서 발생한 부분손해에 대해서 판단케 하는 방안이다.

위 세 가지의 연결점을 선택함에 있어서 무엇보다 한편으로는, *forum shopping*에 적절하게 대응할 수 있는 수단이어야 하며, 다른 한편으로는 피해자와 미디어기업가 사이의 대립하는 이해관계를 형평성 있게 고려하는 해결방안이어야 한다는 점에 역점을 두어야 할 것이다. 개인적 생각으로는 다음과 같은 근거로, 이 세 가지 연결점 중 마지막 해결방안으로 입법하는 것이 타당하다고 생각한다.

첫째, *lex fori*를 적용할 수 있게 함으로써 자국 내에서 발생한 불법행위에 대해 자국법에 따른 판단을 보장하여 각국의 사법적 주권을 존중하는 방안이 될

수 있기 때문이다. 무엇보다 세 번째 해결방안은 재판적과 관련하여 재판적과 준거법을 통일적으로 적용할 수 있게 하여 국제재판관할과 국제사법에서 통일적인 이론정립을 가능하게 해줄 수 있을 것이다.

둘째, 이해가 상반되는 두 집단 사이의 이익을 적절하게 조절할 수 있기 때문이다. 피해자의 입장에서는 미디어제품의 주요유포지의 법제도(통상적으로 미디어기업가의 본거지법)로 내몰리지도 않으며, 가해자의 입장에서, 수개의 결과발생지법에 의해 판단을 받는 불이익의 정도는 재판적인 발생하고 또 그 재판적 내에서 발생한 손해배상청구에 대해서만 심판받는 방법으로 완화되기 때문이다.

[논문투고일 : 2009. 6. 7, 논문심사일 : 2009. 6. 18, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]



주제어

방송불법행위의 준거법, 유럽연합의 불법행위준거법, 모자이크이론, 행위지법, 결과발생지법

■ 참고문헌 ■

법무부 간, 국제사법 해설, 2001.

신창선, 국제사법, 제5판(2006), 도서출판 피데스.

C. Bar, Internationales Privatrecht, Bd. II. 1991.

Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 2002.

Ehmann/Thorn, "Erfolgort bei grenzüberschreitenden

Persönlichkeitsverletzungen" AcP [Archiv für Presserecht] 27, 1996.
pp. 20-25.

Ehrenzweig, "Der Tatort im amerikanischen Kollisionsrecht der ausservertraglichen Schadensersatzansprüche", Festschrift für Ernst Rabel I, 1954, 655-683.

Hohloch, "Neue medien und individualrechtsschutz", ZUM [Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht] 1986, 165-179.

G. Wagner, "Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtsstand", IPRax 2006, 372-390.

Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., 1995.

Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., 2006.

Kunke, "Rome II and defamation: Will the tail wag the dog?", 19 Emory Int'l L. Rev. 2005, 1733-1772.

Looschelders, "Persönlichkeitsschutz in Fällen mit Auslandsberührung", ZVglRWiss 95 (1996), 48-91.

Riegel, Streudelikte im IPR, 1986.

Schack, "Die grenzüberschreitenden Verletzung allgemeiner und Urheberpersönlichkeitsrechte", UFITA 108 (1988), 51-72.

Staudinger/von Hoffmann, Kommentar zum BGB, EGBGB, 13. Aufl. (1993 ff.) bzw. Neubearbeitung (1998 ff.), Art. 40.

von Hinden, "Ein Europäisches Kollisionsrecht für die Medien", Festschrift

- für Kropholler, 2008, 573–594.
- ders., Persönlichkeitsverletzungen im Internet, 1999.
- R. Wagner, Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, 1986.
- W. L. Prosser, "Interstate Publication", 51 Mich. L. Rev. 1953, pp. 959–1000.
- Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und Rates v. 11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht("Rom-II"), ABl. 2007 L 199/40.
- http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/contributions_en.htm. [Commission)가 승인한 「비계약채권관계준거법에 관한 유럽의회 및 이사회의 규정」의 법률안].
- Restatement (Second) of the Law of Torts (1977).



Zusammenfassung

Ein Anknüpfungssystem für das Rundfunk- und Fernsehdeliktsstatut

YongJin Kim

(Professor, Chungnam University Law school)

Der Gesetzgeber kann zur Anknüpfung von Persönlichkeitsverletzungen durch die Medien nicht dauerhaft schweigen. Das neue koreanischen IPR sollte möglichst kurzfristig um eine Sonderanknüpfung für diesen Deliktsrecht ergänzt werden. Und eine solche Anknüpfungsregel für Persönlichkeitsverletzungen sollte einheitlich für alle Medien und für alle Rechtsfolgen gelten. Der Aufsatz erörtert drei Lösungsansätze und untersucht welcher davon die interessengerechte Lösung bieten werden könnte. Seiner Meinung nach ist weder die Mosaikbeurteilung praktikabel, noch die Schwerpunktlösung interessengerecht. Er ist für den prozessualen (lex fori-) Ansatz, der auf der Basis der Shevill-Rechtsprechung des EuGH sowohl den Gerichten an den verschiedenen Erfolgsorten als auch dem Gericht am Handlungsort die Anwendung der eigenen lex fori erlaubt. Freilich sollte dieses Gericht den Gesamt-Schadensersatzanspruch ausschließlich anhand seiner eigenen lex fori beurteilen, also die am Handlungsort geltende Rechtsordnung anwenden, während die Gerichte an den verschiedenen Erfolgsorten den in ihrem Jurisdiktionsbereich eingetretenen Teilschaden wiederum an ihrer jeweiligen lex fori zu messen.

Der Aufsätzer bietet folgende Gründe dazu an.

Erstens, die hier vorgeschlagene Lösung wird der Gleichlauf von ger-

ichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht in sämtlichen Gerichtsständen gewährleistet.

Zweitens, wird der Geschädigte nicht dazu genötigt, die Rechtsordnung im Hauptverbreitungsgebiet des Medienprodukts zu akzeptieren, obwohl es sich dabei regelmässig um die Heimatrechtsordnung des Medienunternehmens handeln wird. Gleichwohl wird der Schädiger den Rechtsordnung an den verschiedenen Erfolgsorten nur insoweit unterworfen, als dort auch Gerichtsstände eröffnet sind und generell nur im Hinblick auf die dort jeweils begründeten Schadensersatzansprüche.

▶ Key words Anknüpfungspunkt bei Mediendelikte, Rom-II, Mosaikprinzip, multiple publication rule, single publication rule