

명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP)의 불법행위책임* **

- 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 전원합의체 판결 -

이 상 욱

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서
- II. 사건 개요
- III. 소송의 경과
- IV. 대법원 판결 요지
- V. 판례에 의한 불법행위책임의 성립요건과 효과
- VI. 결

【국문초록】

연구 대상판결은 인터넷포털사이트라는 공간에서 언론사의 뉴스와 인터넷 이용자의 댓글이 합작하여 私人의 명예를 훼손한 사건에 관한 대법원의 전원합의체 판결내용으로서, 그동안 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, 약칭 ISP)의 명예훼손에 대한 불법행위책임의 성립 여부에 대하여 논란이 있었던 쟁점을 명확하게 규명하고 있으며, 특히 한국 특유의 인터넷 문화가 그대로 드러나는 것으로 평가될 수 있는 사안이라고 할 수 있다. 위 판결은 인터넷서비스제공자는

* 투고일 : 2012.05.08, 심사완료일 : 2012.06.16, 게재확정일 : 2012.06.24

** 이 내용은 2011년 8월 16일 中國 上海市 復旦大學에서 개최되었던 제2회 國際民法學術大會(The Second International Forum on Civil Law - Assimilation and Integration : Unification of Tort Law))에서 발표되었던 내용을 수정·보완한 것이다.

명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판시하는 한편, 인터넷 게시공간 안에서 피해가 발생하지 않도록 상황에 따라 적절한 관리를 하여야 할 주의의무가 있다고 보는 것이 합리적이고 공평 및 정의의 관념에 부합한다고 하였으며, 명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하다고 판시하였다.

위 판결의 태도는 인터넷서비스제공자가 편집권과 통제력을 가진 발행자로 취급되는 경우, 그 자체로 별도의 책임 요건 없이 명예훼손책임을 부담한다고 보는 미국법의 해석이 한국에는 그대로 받아들여질 수 없음을 분명히 한 것으로서, 매우 타당하다고 하여 긍정적으로 평가하는 견해가 있는 반면에, 명예훼손의 방지에만 지나치게 무게중심을 두고 그 방지에 소요되는 사회적 비용과 표현의 자유가 위축될 수 있음을 충분히 고려하지 못한 것이라는 비판도 받고 있다. 또한 위 판결 내용으로 말미암아 과도한 모니터링을 유발하게 됨으로써 표현의 자유 및 이용자의 권리 침해 문제가 더욱 증폭될 수 있다는 우려도 제기되고 있다.

무엇보다도 위 판결에서 대법원이 명예훼손으로 인한 불법행위책임을 요건으로 제시한 '명예훼손의 명백성'이라는 조건 자체가 갖는 불명확성으로 인하여 인터넷 서비스정보제공자아 자신들에게 발생함 작위의무를 인식하고 이를 이행하는 계에는 여전히 어려움이 따르게 된다는 비판을 면할 수 없을 것이다.

주제어 : 명예훼손, 인터넷, 인터넷정보제공사업자, 불법행위, 손해배상

I. 서

인터넷의 등장은 우리의 생활을 현격하게 변화시키고 있다. 무엇보다도 인터넷이 가지고 있는 쌍방향성·익명성·시공간초월성·전파성 등의 특성은 그동안 수동적인 지위에 있던 일반 대중을 주도적인 정보의 생산자·발신자 및 유통자로 변모시키게 된 것이다.¹⁾ 이제는 남녀노소를 막론하고 인터넷의 이용은 우리 생활의 중요한 일부를 점하고 있는 현실이다.

인터넷상의 포털사이트(portal site)는 관문으로서의 의미를 가진다. 즉 검색서비스, 메일서비스, 블로그서비스, 뉴스서비스, 게임서비스, UCC서비스 등 각종 다양한 서비스 이용자들이 손쉽게 접근 및 이용할 수 있도록 그것들을 매개해주는 사이트를 말한다.²⁾ 특히 한국의 인터넷포털사이트는 정보의 바다라는 인터넷으로 들어가는 관문(portal)에 그치지 않고, 인터넷에서 할 수 있는 모든 것을 한 곳에서 할 수 있도록 지원하는 복합물(complex)이다. 이용자들은 이곳에서 세상 소식(news)을 보고 듣고, 정보를 검색하며(search), 카페나 미니홈피 또는 블로그 등을 통하여 공동체(community)를 형성하기도 하고, 친지에게 소식을 전하며(communication), 물건을 사고(commerce), 게임도 하며 즐기고 있는 것이다(entertainment).³⁾

그런데 이처럼 인터넷은 우리의 생활을 긍정적인 측면에서 너무나도 많은 기능을 하고 있지만, 뿐만 아니라 그로 인한 역기능도 간과할 수 없는 과제가 되었다. 무엇보다도 저작권침해 문제를 비롯하여 명예훼손·음란물과 같은 불법적인 콘텐츠의 제공 등은 인터넷의 대표적인 폐해라고 할 수 있다.

또한 우리나라의 인터넷포털사이트는 거의 모든 언론사의 뉴스를 종합하여 보기 좋게 정리하여 제공할 뿐만 아니라 기사마다 이용자가 댓글을 달 수 있도록 공간을 제공하고 있다. 이러한 점에서 우리나라의 인터넷포털사이트는 극단적 결정을 내리는 공간을 제공하게 되는 경우도 있고, 극단적 행동의 동기를 부여하기도 한다.⁴⁾

아래에서 소개할 내용은 인터넷포털사이트라는 공간에서 언론사의 뉴스와 인터넷 이용자의 댓글이 합작하여 私人의 명예를 훼손한 사건에 관한 대법원의 전원합의체 판결내용으로서, 그동안 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, 약칭 ISP)⁵⁾의 명예훼손에 대한 불법행위책임의 성립 여부에 대하여 논란이 있었던

-
- 1) 권영준, 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제2호(2006.3.), 49면.
 - 2) 황성기, 뉴스전달서비스로서의 포털 뉴스서비스에 대한 최근 입법동향의 문제점, LAW & TECHNOLOGY 제3권 제5호(2007. 9), 81-82면.
 - 3) 문재완, 인터넷포털에서어 표현의 자유와 그 법적 규제, 남효순 편, 인터넷과 法律 III, 법문사(2010), 25면.
 - 4) 그 대표적인 예로서 2008년 5월 발생한 미국산 쇠고기 수입 반대 촛불집회와 그 여파로 발생한 조·중·동 광고 불매운동을 들고 있다. 문재완, 위의 글, 26면.
 - 5) 인터넷서비스제공자(ISP)란 일반 사용자들로 하여금 인터넷에 연결된 전용회선을 통하여 전자우편·뉴스그룹·정보검색·파일전송 등 다양한 서비스를 이용할 수 있도록 해

쟁점을 명확하게 규명하고 있으며, 특히 한국 특유의 인터넷 문화가 그대로 드러나는 것으로 평가될 수 있는 사안이다.

이와 관련된 법규로서는, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조(정보통신망에서의 권리보호)⁶⁾ 및 동법 제44조의 2(정보의 삭제요청 등)⁷⁾ 등의 규정이 있지만, 인터넷 서비스제공자의 명예훼손책임을 직접적으로 규율하는 법률은 존재하지 않기 때문에 민법상의 불법행위에 관한 일반 규정(제750조, 제751조)이 적용될 수 밖에 없는 현실을 감안하여 민법상의 불법행위책임에 관한 법리를 중심으로 정리해보고자 한다.

특히 향후 추진될 아시아 지역의 불법행위책임에 관한 법률의 통일화를 기대하면서,⁸⁾ 인터넷 서비스 제공자의 명예훼손으로 인한 불법행위책임에 관하여 대법

주는 전문업체를 지칭하는데, 이러한 개념에는 인터넷 이외의 다수인이 접속, 사용하는 다른 종류의 통신망(BBS Operator, Internet 등)에서 발생하는 문제들을 포괄하지 못한다는 문제점이 있다고 한다. 오용규, 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 법적 책임, 재판과 판례 제12집(2004.1), 410면.

- 6) 동법 제44조 : ① 이용자는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보를 정보통신망에 유통시켜서는 아니 된다. ② 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제1항에 따른 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다. ③ 방송통신위원회는 정보통신망에 유통되는 정보로 인한 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인에 대한 권리침해를 방지하기 위하여 기술개발·교육·홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스 제공자에게 권고할 수 있다.
- 7) 동법 제44조의 2 : ① 정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 사생활 침해나 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스 제공자에게 침해사실을 소명하여 그 정보의 삭제 또는 반박 내용의 게재를 요청할 수 있다. ② 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 해당 정보의 삭제 등을 요청받으면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하고 즉시 신청인 및 정보게재자에게 알려야 한다. 이 경우 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다. ③ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 제42조에 따른 표시방법을 지키지 아니하는 청소년유해매체물이 게재되어 있거나 제42조의2에 따른 청소년 접근을 제한하는 조치 없이 청소년유해매체물을 광고하는 내용이 전시되어 있는 경우에는 지체 없이 그 내용을 삭제하여야 한다. ④ 정보통신서비스 제공자는 제1항에 따른 정보의 삭제요청에도 불구하고 권리의 침해 여부를 판단하기 어렵거나 이해당사자 간에 다툼이 예상되는 경우에는 해당 정보에 대한 접근을 임시적으로 차단하는 조치를 할 수 있다. 이 경우 임시조치의 기간은 30일 이내로 한다. ⑤ 정보통신서비스 제공자는 필요한 조치에 관한 내용·절차 등을 미리 약관에 구체적으로 밝혀야 한다. ⑥ 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 유통되는 정보에 대하여 제2항에 따른 필요한 조치를 하면 이로 인한 배상책임을 줄이거나 면제받을 수 있다.
- 8) 2010년 「동아시아 불법행위법학회 [東亞侵權法學會. Academy for East-Asia Tort Law(AETL)]」가 창립되어(회장 中國人民大學의 楊立新 教授), 중국과 대만 홍콩 일본 및 한국의 법학자들이 참가한 국제학술대회를 2회 개최하면서, 동아시아 통일 불법

원 판결이 제시하고 있는 법리를 중심으로 한국의 상황을 소개하고자 한다.

II. 사건 개요

이해의 편의를 도모하기 위하여 사건의 전개 과정을 요약하여 정리하면 다음과 같다.

1. 회사원인 A(1976년생 남자, 원고)는 2004. 4. 17.경부터 약 1년간 B라는 여자와 교제하다가 2005. 4. 초경 이별을 요구하였다. 그 과정에서 B의 어머니 C는 A가 임신한 상태인 B를 학대하고 버리려 한다는 이유로 A의 뺨을 세 차례 때리고 A의 회사와 학교생활에 위해를 가할 것이라고 협박하였으며, 이에 A는 C를 경찰에 신고하여 C가 경찰 조사를 받던 중 쓰러져 병원에서 치료를 받기도 하였다.

2. A의 이별 요구에 정신적 충격을 받은 B는 2005. 4. 16. 유서를 남기고 자살하였다.

3. B의 어머니 C는 2005. 5. 6. SK커뮤니케이션(피고 1)이 운영하는 싸이월드 내에 있는 B의 미니홈페이지에 '지난 1년간의 일들'이라는 제목으로 다음과 같은 내용의 글을 올리면서 이러한 사연을 널리 퍼뜨려 줄 것을 호소하였다.

「김모씨(A를 지칭함)가 B와 결혼을 약속하여 동거하면서 두 번이나 임신을 시키고도 일방적으로 헤어질 것을 요구하고, 이를 따지기 위해 찾아 간 C에게도 불손한 언행을 하여 C가 뺨을 때리자 경찰에 C를 신고하였고, B와 경찰이 합의할 것을 종용하였음에도 불구하고 이를 거부하여 C가 정신적 충격으로 입원치료까지 받게 하였으며, 급기야 A를 자살에 이르게 하였다.」

4. 이후 B의 미니홈페이지에 방문자 수가 급증하고, 그 게시판에는 B의 명복을 빌고 A를 비방하는 글들이 폭발적으로 게시되었으며, 그 중에는 A의 실명을 밝히고 A의 학교와 회사 이름, 전화번호 등을 적시한 글들도 있었다.

5. 2005. 5. 8. '자살한 딸 유서 인터넷공개 파문 일파만파' 라는 쿠키 뉴스가 다음커뮤니케이션 뉴스면 사회란에 게재되었다.

6. 2005. 5. 11. '현대판 베르테르, 서모양(B를 지칭함)의 죽음 슬퍼하는 네티

행위법의 제정을 준비하고 있는 상황이다.

즌'이라는 제목의 기사가 NHN(피고 2)이 운영하는 네이버 뉴스 면에 게재되었다. 같은 날 “내 딸이 자살한 사연” 모정에 네티즌들 와글와글”이라는 조선일보 기사가 네이버를 비롯한 다음커뮤니케이션(피고 3)과 야후코리아(피고 4)의 뉴스 면에 게시되었다. 또한 비슷한 시기에 ‘자살한 내 딸의 억울함을 호소합니다’라는 제목의 donga.com 기사가 네이버와 다음 및 야후코리아에 게시되었다. 2005. 5. 13. “억울하게 죽은 내 딸’ 미니홈피글 일파만파”라는 제목의 스타뉴스 기사가 SK 커뮤니케이션에 실렸으며, 기사마다 수 많은 댓글이 달렸다.

7. 위 피고들은 인터넷 종합 정보제공 사업자로서, 신문사 등 정보제공자로부터 뉴스 기사를 제공받아 이를 게시하는데, 전송받은 기사들을 분야별로 구분하고 時宜性, 속보성, 영향성 등의 자체 기준에 따라 뉴스 기사를 선별하여 뉴스 서비스 초기화면에 배치하고, 기사의 제목을 수정하는 경우도 있다. 또한 이용자들이 원하는 검색결과에 쉽게 도달할 수 있도록 검색어와의 관련성에 따라 자료에 차등을 두는 등 검색방법과 관련하여 일정한 검색시스템을 마련하고 있다. 커뮤니티의 운영은 자율이고, 피고들은 부정기적으로 커뮤니티 서비스 내 모니터링을 실시할 수 있고, 약관 및 관련 법규 위반 사실을 발견할 경우에는 해당 게시물의 삭제·커뮤니티 이용금지·강제 폐쇄 등 적절한 조치를 취할 권한이 있다.

8. 피고들은 위 게시물의 일부를 자진 삭제하기도 하였으나, A가 2005. 6. 27. 피고들에게 A와 관련된 정보의 전면적 차단 및 그 삭제를 요구하였음에도 게시물 특정이 어렵다는 이유로 이에 적극적으로 응하지 아니하였다.

9. 2005. 7. 7. A가 기자회견을 열어 피고들에 대한 소 제기 의사를 밝히자, 피고들은 그 직후부터 금칙어 설정에 의한 검색 차단, 커뮤니티 서비스 공간에 대한 모니터링 실시 등의 방법으로 A의 신상정보 및 게시물을 모두 삭제하였다.

10. 2005. 7. 19. A는 피고들을 상대로 5억 원의 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

Ⅲ. 소송의 경과

1. 제1심법원(서울중앙지방법원 2007. 5. 18, 2005가합64571)

피고들의 원고 관련 기사 게재 및 게시물 등 방치에 따른 불법행위책임을 인정하면서, 피고 NHN에게 5,000,000원, 피고 다음커뮤니케이션과 야후코리아에게 각각 4,000,000원, 피고 SK 커뮤니케이션에게 3,000,000원의 위자료 지급을 명하였다.

2. 원심법원(서울고등법원 2008. 7. 2, 2007나60990)⁹⁾

아래와 같은 판시 내용으로 피고들의 원고 관련 기사 게재 및 게시물 등 방치에 따른 불법행위책임을 인정하면서, 피고 NHN에게는 10,000,000 원, 피고 SK커뮤니케이션에게는 8,000,000 원, 피고 다음커뮤니케이션에게는 7,000,000 원, 피고 야후코리아에게는 5,000,000 원을 위자료로 지급함이 상당하다고 판단하였다.

판시 내용은 크게 「관련기사 게재로 인한 불법행위」, 「게시물 등 방치로 인한 불법행위」, 「공동불법행위 성립 여부, 피고들의 책임범위」로 구성되어 있는데, 그 내용을 요약하여 정리하면 다음과 같다.

1) 관련기사 게재로 인한 불법행위

① 원고 관련 기사로 인한 원고의 명예훼손 성립 여부

원고와 관련된 기사들은 그 내용의 진실 여부와 관계없이 원고의 명예를 훼손하는 것임이 분명하다.

② 피고들이 명예훼손의 주체인 언론 매체에 해당하는지 여부

통상 언론 매체는 취재, 편집 및 배포의 3가지 기능을 그 핵심적인 요소로 하므로, 뉴스 서비스를 제공하는 인터넷 포털사이트인 피고들이 언론매체에 해당하는지 그 여부를 판단함에는 위 3가지 기능의 충족 여부를 살펴보아야 할 것이다.

피고들은 기존의 어떤 언론매체보다 월등한 배포 기능을 갖추고 있다고 볼 수 있으며, 피고들이 편집 기능 또한 수행하고 있는 것으로 볼 수 있다. 또한 피고들의 역할 역시 일종의 유사 취재 개념에 포섭된다고 볼 수 있다.

9) 원심판결의 내용에 대한 해설은, 최성준, 뉴스서비스와 관련된 포털사업자의 명예훼손 책임, LAW & TECHNOLOGY 제4권 제1호(2008), 119-129면 참조.

따라서 피고들이 원고에 대한 명예훼손 내용이 담긴 기사들을 송고된 대로 데이터베이스에 보관하여 검색 가능한 상태로 두는 데 그치지 아니하고 나아가 관련 기사들의 제목이나 기사 내용을 적극적으로 특정 영역에 배치하여 피고들 포털사이트에 접속하는 사람들로 하여금 쉽게 접할 수 있도록 하였다면, 원고에 대하여 해당 언론사들과 함께 공동불법행위자로서 손해배상책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

2)·게시물 등 방치로 인한 불법행위

(1) 판단기준

인터넷 포털사이트상의 게시물에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 부담하게 하기 위하여는 그 정보통신서비스제공자에게 그 게시물을 삭제하거나 검색을 차단할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우이어야 한다. 이러한 의무가 있는지 여부는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방 정도, 정보통신서비스제공자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제 또는 검색 차단의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.

(2) 피해발생의 인식·예견가능성

원고의 명예를 훼손하거나 사생활의 비밀을 침해하는 내용의 게시물은 누구라도 특정인의 사회적 평가를 저하시키는 것임을 알 수 있다. 따라서 피고들은 원고 관련 게시물로 원고의 명예가 훼손되고 사생활이 침해되는 등의 피해가 발생·확대되고 있음을 인식하였거나 예견할 수 있었다.

(3) 침해 행위의 회피 가능성

피고들이 직접 원고 관련 게시물을 삭제하는 등의 가능한 모든 조치를 하는데 기술적·경제적으로 큰 어려움은 없어 보인다. 피고들은 신속하고도 적극적인 피해 방지조치를 취 함으로써 피해의 추가 발생과 확대를 막을 수 있었다고 할 것이다.

(4) 주의의무 위반

피고들은 원고 관련 게시글의 존재를 알거나 알 수 있었던 시점에서 원고의 요청이 없더라도 이를 즉시 삭제하거나 그 검색을 차단할 의무가 있다. 그럼에도 불구하고 원고 관련 게시글을 전면적으로 삭제하거나 그 검색을 차단하지 아니하고 부분적으로 삭제 또는 차단하는 조치만을 취하였으므로 정당한 사유 없이 원고의 피해 방지를 위한 주의의무를 이행하지 아니하거나 그 이행을 지체한 것으로서, 게시물 작성자와 공동불법행위자로서 원고가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

3) 공동불법행위 성립 여부와 피고들의 책임 범위

(1) 공동불법행위 성립 여부

민법 제760조 제1항 소정의 공동불법행위가 성립하려면 각자의 고의·과실에 기한 행위가 권리침해에 대하여 객관적으로 공동원인이 되는 것임을 요한다고 할 것인바, 피고들은 제각기 관리, 운영하는 포털사이트 영역을 통하여 각자 고의 또는 과실로 원고의 명예를 훼손하였으므로, 비록 네티즌들이 피고들의 포털사이트 영역을 넘나들며 정보를 교환하였거나 피고들이 기사를 게재한 시기가 근접해 있고 그 기사 내용이 서로 동일하다 하더라도 그와 같은 이유만으로 피고들 상호간에 공동불법행위가 성립한다고 할 수는 없다.

(2) 피고들의 책임 범위

원고가 피고 NHN, 다음 커뮤니케이션, SK 커뮤니케이션즈의 원고 관련 기사 게재로 인한 불법행위와 피고들의 원고 관련 게시물 방치로 인한 불법행위로 말미암아 극심한 정신적 고통을 받았을 것임은 경험칙상 명백하므로 피고들은 불법행위자로서 원고가 입은 정신적 고통을 금전적으로나마 위자할 의무가 있다. 그러나 피고들의 행위와 원고가 직장을 그만두고 대학도 더 이상 다니지 못하여 발생한 재산적 손해 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 없다.

IV. 대법원 판결 요지

1. 관련 기사 게재로 인한 불법행위책임

정보통신서비스 제공자로서, 인터넷 가상공간 내에 있는 각종 정보제공 장소들에 게재된 정보에 대한 분야별 분류 및 검색 기능을 비롯하여 인터넷 이용자가 직접 자신의 의견이나 각종 정보를 게시·저장하거나 이를 다른 이용자와 서로 공유·교환할 수 있는 인터넷 게시공간을 제공하고, 아울러 전자우편, 게임 이용 서비스를 제공하는 등 인터넷에 관한 종합적인 서비스를 제공하는 자가 보도매체가 작성·보관하는 기사에 대한 인터넷 이용자의 검색·접근에 관한 창구 역할을 넘어서서 보도매체로부터 기사를 전송받아 자신의 자료저장 컴퓨터 설비에 보관하면서 스스로 그 기사 가운데 일부를 선별하여 자신이 직접 관리하는 뉴스 게시공간에 게재하였고, 그 게재된 기사가 타인의 명예를 훼손하는 내용을 담고 있다면, 이는 단순히 보도매체의 기사에 대한 검색·접근 기능을 제공하는 경우와는 달리 인터넷 종합 정보제공 사업자가 보도매체의 특정한 명예훼손적 기사 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로, 달리 특별한 사정이 없는 이상 위 사업자는 명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다.

2. 명예훼손적 게시물의 명백한 불법성

1) 위험원로서의 인터넷 게시 공간

인터넷 공간에서는 익명이나 가명에 의한 정보유통이 일반화되어 타인의 법익을 침해하는 내용의 표현물이 쉽게 게시될 수 있고 또한 많은 사람들이 동시에 접속하여 검색할 수도 있기 때문에 일단 게시된 표현물이 순식간에 광범위하게 전파됨으로써 그 표현물로 인한 법익 침해의 결과가 중대해질 수 있으며, 특히 인터넷을 이용한 다양한 서비스를 종합하여 제공하는 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공한 인터넷 게시공간에 그 표현물이 게시된 경우에는 인터넷 종합 정보

서비스를 이용하는 무수한 이용자들에게 쉽게 노출될 수 있는 위험성이 훨씬 더 커서 다른 어느 경우보다 타인의 법익을 보호할 필요성이 크다. 뿐만 아니라, 인터넷 종합 정보제공 사업자는 인터넷 종합 정보서비스를 통하여 위와 같은 위험성을 안고 있는 인터넷 게시공간을 제공하고 이를 사업목적에 이용함으로써 정보의 유통으로 인한 직·간접적인 경제적 이익도 얻고 있다. 이와 같이 인터넷 종합 정보제공 사업자는 인터넷 게시공간이라는 위험원을 창출·관리하면서 그로 인한 경제적 이익을 얻고 있으므로, 위 게시공간 안에서 발생된 위험에 효과적으로 대처할 수도 있어, 위와 같은 위험으로 인하여 피해가 발생하지 않도록 상황에 따라 적절한 관리를 하여야 할 주의의무가 있다고 보는 것이 합리적이고 공평 및 정의의 관념에 부합한다 할 것이다.

2) 게시물의 명백한 불법성

인터넷 종합 정보제공 사업자에게 자신이 제공하는 인터넷 게시공간을 적절히 관리하여야 할 주의의무가 있다고 하더라도 위 사업자가 위 게시공간의 위험으로 인하여 초래될 수 있는 명예훼손 등 법익 침해와 그에 따른 손해배상을 우려한 나머지 그 곳에 게재되는 표현물들에 대한 지나친 간섭에 나서게 된다면 인터넷 이용자들이 가지는 표현의 자유는 위축될 수밖에 없으므로, 위 사업자의 관리책임은 불법성이 명백한 게시물로 인한 타인의 법익 침해 가능성을 충분히 인지할 수 있고 그의 관리가 미칠 수 있는 일정한 범위 내에서 제한적으로 인정되어야 한다.

명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어, 인터넷 종합 정보제공 사업자가 제공하는 인터넷 게시공간에 게시된 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하다.

3. 게시물의 관리·통제의무 위반으로 인한 불법행위책임

인터넷 종합 정보제공 사업자가 위와 같은 게시물로 인하여 명예를 훼손당한 피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된

사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물 삭제 등의 처리를 위하여 필요한 상당한 기간이 지나도록 그 처리를 하지 아니함으로써 타인에게 손해가 발생된 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립된다고 봄이 상당하다.

4. 명예훼손적 게시물의 포괄적 평가

인터넷 종합 정보제공 장소는 특정 기사에 대한 댓글들, 지식검색란에서의 특정 질문에 대한 답변들, 특정 私人의 인터넷 揭示空間 등과 같이 일정한 주체나 운영 주체에 따라 정보를 게시할 수 있는 개별 인터넷 게시공간으로 나누어져서 각각 개별 인터넷 게시공간별로 운영 및 관리가 이루어지고 있고, 위와 같은 개별 인터넷 게시공간 내에서의 게시물들은 서로 관련을 맺고 게시되므로, 불법 게시물의 삭제 및 차단업무는 위 개별 인터넷 게시공간별로 그 의무의 발생 당시 대상으로 된 불법 게시물뿐만 아니라 그 이후 이와 관련되어 게시되는 불법 게시물에 대하여도 함께 문제될 수 있고, 따라서 그 의무 위반으로 인한 불법행위책임은 개별 인터넷 게시공간별로 포괄적으로 평가될 수 있다.

VI. 판례에 의한 불법행위책임의 성립요건과 효과

1. 성립요건

인터넷상의 명예훼손이 성립되기 위한 실체적 요건은 일반적 명예훼손의 경우와 다를 바 없다.¹⁰⁾ 민법상의 일반적인 불법행위책임의 성립요건에 따라, 인터넷 서비스제공자의 명예훼손에 대하여도 ① 가해자의 고의·과실에 의한 행위가 있을 것(가해자의 고의·과실) ② 가해자에게 책임능력이 있을 것(가해자의 책임능

10) 박용상, 명예훼손법, 현암사(2008), 1237면.

력) ③ 가해행위가 위법할 것(가해행위의 위법성) ④ 가해행위에 의하여 손해가 발생할 것(가해행위에 의한 손해발생) ⑤ 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 있을 것(가해행위와 손해발생 사이의 인과관계)이라는 성립 요건에 대한 입증 이 이루어지면 불법행위책임이 인정된다.¹¹⁾

이 중에서 책임능력·인과관계·손해발생 등의 요건은 그 충족 여부를 판단하는 데 큰 어려움이 없지만, 고의·과실의 여부와 행위의 위법성을 인정할 수 있는 지가 주된 쟁점이 될 수 있다.¹²⁾

또한 인터넷서비스제공자에게 불법행위책임을 인정할 것인지의 여부를 판단함에 있어서는, ① 침해사실을 알고 있었는지의 여부 ② 침해의 방지나 제거가 기대 가능한 지의 여부 ③ 침해에 대하여 실제로 취한 조치의 내용 등의 세 가지 요소도 공통적으로 적용될 수 있는 세부 책임요소들이 될 것이다.¹³⁾

따라서 명예훼손의 여지가 있는 내용을 삭제하지 않았다는 이유로 부작위의 방조에 의한 불법행위의 성립 여부를 논할 경우에는 고의·과실을 인정하기 위한 주의의무와 행위의 위법성을 평가하기 위하여 그 기초가 되는 작위의무의 내용이 무엇인지 밝히는 것이 관건이 된다.

인터넷서비스제공자의 명예훼손에 대한 불법행위의 성립요건에 대하여 한국의 대법원 판결이 천명하고 있는 법리의 내용은 다음과 같이 요약·정리할 수 있다.

1) 게시물의 명백한 불법성

원심법원은 원고와 관련된 기사들은 그 내용의 진실 여부와 관계없이 원고의 명예를 훼손하는 것임이 분명하다고 판시하고 있으며, 대법원 판결도 「명예훼손적 게시물이 게시된 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시에 관련한 쌍방의 대응태도 등에 비추어 볼 때」, 자살한 B의 어머니 C가 B의 홈페이지에 올린 게시물은

11) 박용상, 위의 책, 46면. 명예훼손의 책임발생요건으로서, ① 명예훼손행위가 행해졌을 것, ② 그 명예훼손행위가 가해자의 과실로 인해 야기되었을 것, ③ 그 명예훼손행위가 법질서에 비추어 위법하다고 판단될 것, ④ 그 행위와 명예훼손 사이에 인과관계가 있을 것이 요구된다는 견해도 있다. 이은영, 채권각론, 박영사(2005), 974면.

12) 시진국, 인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임, 저스티스 제 114호(2009. 12), 352면.

13) 권영준, 인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 남효순·정상조 공편, 인터넷과 법률, 법문사(2002), 573면.

명예훼손적 불법성이 명백하다고 한다.

명예훼손은 공연히 사실을 적시하여 타인의 객관적인 사회적 평가를 침해하는 행위로서,¹⁴⁾ 사람의 성명을 명시하지 않거나 또는 頭文字나 이니셜만 사용한 경우라도 그 표현의 내용을 주위 사정과 종합하여 볼 때 그 표시가 피해자를 지목하는 것을 알아차릴 수 있을 정도이면 피해자가 특정되었다고 할 수 있다는 것이 한국의 일반적인 해석론이고 판례의 입장이다.¹⁵⁾

공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 행위가 형법상 처벌되지 않기 위해서는 적시된 사실이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한 것이어야 될 뿐만 아니라, 그 적시된 사실이 진실한 것이거나 적어도 행위자가 그 사실을 진실한 것으로 믿었고 또 그렇게 믿을 만한 상당한 이유가 있어야 한다. 이러한 법리는 민사사건에도 그대로 적용된다.

즉, 언론보도에 의한 명예훼손여부는 진실성과 공공성에 의하여 결정되는데, 판례에 의하면, 「언론·출판을 통해 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 그 행위에 위법성이 없고, 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보아야 할 것이나, 그 표현 내용이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는지의 여부는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 피해자의 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 적시 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 하고, 이는 표현 당시의 시점에서 판단되어야 할 것이지만 표현 당시의 시점에서 판단한다고 하더라도 그 전후에 밝혀진 사실들을 참고하여 표현 시점에서의 진실성 및 상당성 여부를 가릴 수 있는 것이므로, 표현 행위 후에 수집된 증거자료도 그 판단의 증거로 삼을 수 있다」 한다¹⁶⁾

14) 판례에 의하면, 비록 허위의 사실을 적시하였더라도 그 허위의 사실이 특정인의 사회적 가치 내지 평가를 침해할 수 있는 정도에 이르지 않는 한 명예훼손이 성립하는 것으로 단정하여서는 안 될 것이라고 한다(대판 1999. 2. 9, 98다31356 : 대판 2007. 12. 27, 2007다29379, 대판 2008. 5. 8, 2006다45275 : 대판 2009. 2. 26, 2008다77771).

15) 대판 1994. 5. 10, 93다36622 : 대판 2002. 5. 10, 2000다68306.

이처럼 진실을 적시하여도 명예훼손이 성립할 수 있다는 점에서 어떠한 게시물이 명예훼손에 해당하는지에 대한 명확성은 유동적이 될 수밖에 없다. 인터넷사이트에 게시된 내용이 명예훼손에 해당하는지의 여부를 최종적으로 판단하기 위해서는 게시된 내용이 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 이를 위하여 적시된 것인지 그 여부에 대한 판단이 선행되어야 할 터인데, 그 판단은 상당한 시간과 전문성을 요하는 것으로서 법률가에게도 결코 쉬운 일은 아니다.

그런데 대법원은 구체적으로 어떠한 내용이 어떠한 점에서 어떻게 명예훼손을 구성하는지에 대한 아무런 언급도 없이 추상적으로 인터넷 공간에 게시된 게시물의 명예훼손적 불법성은 명백하다고 판시하고 있을 뿐이다.

이처럼 명예훼손이 인정되는 표현의 범위가 넓은 상황에서 이에 대한 인터넷서비스제공자의 책임마저 포괄적으로 인정하게 된다면 표현의 위축효과나 사업자의 부담은 더욱 커질 수 밖에 없다는 우려가 제기되고 있다.¹⁷⁾ 또한 원고의 행위가 한 여인의 죽음에 대하여 윤리적으로 비난받을 행동을 하였다면 인터넷 이용자들이 댓글 등을 통하여 윤리적 비난하는 것이 과연 명예훼손에 해당하는지 의문을 제기하는 견해도 있다. 한 여인의 자살과 원고의 행위가 모두 사실이라면, 원고의 명예감정을 보호하기보다는 자유로운 표현과 언론을 보호하는 것이 사회적으로 더 바람직하다는 주장이다.¹⁸⁾

2) 언론보도 매체로서의 책임

원심법원은 인터넷서비스 제공자들이 명예훼손의 주체인 언론매체에 해당하는지 여부를 검토하고 있는데, 통상 언론매체는 취재와 편집 및 배포의 3가지 기능을 핵심적인 요소로 하는데 인터넷서비스제공자들은 이에 해당한다고 해석하였다.

먼저, 취재라는 점에 대하여 살펴보면, 기존 언론사들도 통신사라는 뉴스 공급자로부터 공급받은 뉴스를 직접 취재한 기사와 동일한 지위를 부여하여 보도하고

16) 대판 1996. 8. 20, 94다29928 : 대판 2008. 1. 24, 2005다58823 : 대판 2011. 1. 13, 2008다60971.

17) 우지숙, 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임기준의 현실적 타당성과 합의 : 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비평적 검토, LAW & TECHNOLOGY, 제5권 제4호(2009. 7), 91면.

18) 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 법학(서울대학교) 제51권 제2호(2910, 6), 240면.

있다는 점에서 피고들의 기사게시는 유사취재의 개념에 포섭된다는 것이다.

둘째, 편집이라는 점에 대하여 살펴보면, 피고들이 언론사로부터 전송받은 기사들을 정치·사회·연예 등 분야별로 분류하고 그 나름대로의 해석 작업을 통하여 속보성·화제성·정보성 등의 기준에 따라 취사선택하여 분야별 주요 뉴스란에 배치한다는 점과 기사의 제목을 변경하기도 하는 점 등을 들어 편집기능을 수행하고 있는 것으로 판단하였다. 배포라는 점에 대하여 살펴보면, 피고들이 언론사들과 제휴하여 많은 기사를 제공받아 전달하고 댓글을 작성할 수 있는 공간을 만들어 정보교환 또는 여론 형성을 유도하고 있다는 점을 지적하며, 기존의 언론매체보다도 월등한 배포기능을 갖춘 것이라고 판단하였다.

대법원은 원심법원에서 언급하였던 인터넷서비스 제공자의 언론성 문제나 편집행위의 인정 여부 등에 대한 문제는 거론하지 않았지만, 언론사가 작성한 기사에 대한 검색 및 단순한 청구 역할을 넘어서, 기사 가운데 일부를 선별하여 직접 관리하는 뉴스 게시 공간에 게재하였다는 점에서, 피고들의 그러한 행동은 타인의 특정한 내용을 인식하고 이를 적극적으로 선택하여 전파한 행위에 해당하므로 특별한 사정이 없는 한 피고들은 기사를 작성한 보도매체와 마찬가지로 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판시하였다.

즉 인터넷서비스 제공자에 의한 뉴스 서비스에는 記事選別 내지 편집행위가 포함되어 있다는 점을 강조하여 인터넷서비스 제공자와 보도매체를 동일하게 취급한 것이다.

이 점에 대하여도 인터넷서비스 제공자들은 출판자가 아니라 단순한 配布者에 불과하므로 명예훼손이 명백한 예외적인 경우에 한하여 불법행위책임을 인정하여야 한다는 비판론이 제기되고 있다.¹⁹⁾

3) 인터넷서비스 제공자의 인식

인터넷서비스 제공자가 피해자의 통지 등에 의하여 명예훼손에 해당되는 게시물을 알고 삭제 내지 차단할 수 있었음에도 불구하고 그대로 방치한 경우에는 그 게시물로 인한 명예훼손을 방조한 것이 되어 게시물의 작성자와 함께 공동불법행위책임을 부담하게 됨은 당연하다.

개별적인 게시물의 삭제 및 차단 요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접

19) 정상조, 앞의 논문, 245면.

적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 위 사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 인터넷 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있다」고 판시하고 있다.

종래 대법원은 명예훼손에 해당되는 게시물의 삭제요청을 받고도 신속하게 삭제하지 않은 경우에는 인터넷서비스 제공자 또는 포털이 공동불법행위의 책임을 부담하지만, 그러한 삭제 요청이 없는 경우에도 그 게시물을 알 수 있었다는 사실만으로 그것을 즉시 삭제하여야 할 의무까지 부담하는 것은 아니라는 입장을 견지하고 있었다²⁰⁾

그런데 이번 대법원 전원합의체 판결에서는 기존의 판결 내용을 번복하면서, 피해자로부터 삭제 요청을 받지 않은 경우라도 그 게시물의 존재를 인식하고 있었거나 인식할 수 있었음이 외관상 명백한 때에는 그 게시물을 삭제하거나 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있다고 판시한 것이다.

앞에서 소개하였지만 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」에 의하면, 정보통신서비스제공자는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 유해한 정보가 유통되지 않도록 노력하여야 할 추상적인 의무를 부담하고, 구체적인 주의의무로서 권리자가 삭제 등의 요청을 하였다면 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 하여야 할 의무가 있으며, 그러한 조치를 취한 경우에는 권리침해로 인한 정보제공사업자의 책임이 경감되거나 면제된다(동법 제44조의 2 제2항, 제6항). 위 법은 명예훼손 등 타인의 권리침해가 발견되는 경우에 인터넷서비스 제공자가 임의로 임시조치를 할 수 있다고 규정하고 있지만, 피해자의 요청이 없음에도 불구하고 명예훼손을 감시하고 관련 게시물을 삭제하여야 할 의무를 부과하고 있는 것은 아니다. 또한 계약상의 주의의무로서, 이용약관(예컨대 네이버 이용약관 제16조, 다음 서비스 약관 제12조 등)에도 그와 같은 주의의무를 부과하고 있는 조항은 없다. 이 역시 권리자는 불법게시물의 삭제를 요청할 수 있고, 그러한 요청이 있으면 정보제공사업자는 관련법에 따른 조치를 취하여야 할 의무를 부담하지만, 권리자의 요청이 없는 경우(회사 정책 및 관련법에 위반되는 경우 등)에는 임시조치를 취할 수 있는 권리를 가질 뿐이다.

더구나 대법원은 어떠한 경우가 「인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난

20) 대판 2001. 9. 7. 2001다36810.

경우」에 해당하는지 구체적인 기준을 제시하지 않고 있기 때문에 그 판단기준을 찾아내기 어렵다는 비판을 면할 수 없다.

결국 대법원은 인터넷 게시공간을 위협원의 일종이라고 파악하여 인터넷서비스 제공자들에게 고도의 주의의무를 부과한 것으로 이해된다. 이처럼 현행 법령이 부과하고 있는 주의의무 이상으로 인터넷서비스제공자들에게 고도의 주의의무를 요구하고 있는 것은 사실상 감시·검열의무를 부과한 결과를 초래하게 될 것이다. 그런데 이는 궁극적으로 언론의 자유 및 표현의 자유를 심각하게 위축하는 부작용을 초래할 것이라는 비판론이 주장되고 있다. 즉, 피해자의 삭제 요청 여부와 무관하게 인터넷 포털에 감시 내지 검열의무를 부과하는 것은 정치적, 경제적 부작용을 초래하고 명예훼손보다 더 커다란 가치의 희생을 초래할 뿐이라는 것이다.²¹⁾

다만 이러한 대법원 판결의 기준에 의한다면, 인터넷 상의 게시물이 명예훼손에 관련된 불법성이 명백하다고 하더라도 인터넷서비스제공자가 실제로 그 사실을 인식한 시점이 늦은 경우에는 면책될 수 있는 가능성이 인정된 것으로 볼 여지는 있다.

4) 기술적·경제적인 관리 통제

대법원은 기술적·경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는 인터넷서비스 제공자에게 그 게시물을 삭제하고, 향후 같은 인터넷 게시 공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있고, 그 게시물의 삭제를 위하여 필요한 상당한 기간이 경과하도록 그 처리를 하지 않음으로써 타인에게 손해가 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립된다고 판시하고 있다.

대법원의 이러한 판시 내용은 구체적으로 어떠한 경우에 기술적·경제적으로 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 것인지에 대한 명확한 기준설정이 없을 뿐만 아니라, 다음과 같은 문제점도 지적되고 있다.²²⁾

사실관계를 살펴보면, 피고들은 원고의 삭제 요청이 있기 이전부터 자진하여 다음과 같은 행동을 하였다. 즉 ① 실명을 검색어 순위에서 제외시킴. ② 기사를

21) 정병조, 앞의 논문, 258면.

22) 우지숙, 앞의 논문, 94-95면.

편집관에서 내리고 댓글을 삭제함. ③ 토론방 서비스나 카페 등에서 계속 비방글을 게재한 경우, 실명이 거론되거나 명예훼손적 내용이 있는지 찾아서 삭제함. ④ 자체 모니터링에 기반하여 B 홈페이지의 자진폐쇄를 요청함. ⑤ 원고의 실명 정보가 포함된 미니 홈페이지 게시물을 찾아서 삭제함. ⑥ 실명 정보 등에 대하여 신고 받은 게시물을 삭제함. ⑦ 뉴스 서비스 영역에서 명예훼손적 위험이 큰 댓글들을 삭제하는 등 일련의 조치를 취함.

그럼에도 불구하고 피고들에게 손해배상책임을 인정하게 된 것은 그 이후 다른 시점에 다시 검색을 하니 명예훼손적 글들이 발견되었다는 결과론적인 책임부과와 관련된다. 피고들의 조치는 결과적으로 원고가 원하는 정도로 게시글이 대부분 삭제되고 근절되었지만, 그 과정에서 '전면적으로'가 아니라 '부분적으로' 삭제하였고, '즉시'가 아니라 '지체하여' 조치를 취하였다는 점에서, 명예훼손적 글을 방치한 것으로 해석된 것이다.²³⁾

그렇다면 얼마나 전면적으로, 얼마나 즉시, 빠르게 조치를 취하여야 책임을 면할 수 있는지, 또한 인터넷서비스 제공자의 입장에서 그러한 조치가 현실적으로 가능한 일인지, 그 과정에서 다른 이용자들의 권리는 침해될 우려가 없는지 등 여러 가지 문제와 직면하게 될 것이다.

5) 명예훼손적 게시물의 특정성

제3자의 게시물과 관련된 손해배상청구소송에 있어서, 소송물을 개별 게시물과 관련된 방치행위마다 성립한다고 보아야 할 것인지(개별 게시물설), 아니면 하나의 명예훼손적 기사에 게시된 관련 댓글 전체 또는 특정한 개인 블로그 등에 게시된 관련 게시물 전체 등에 대한 방치행위를 포괄하여 하나의 불법행위로 보아 손해배상을 청구할 수 있을 것인지(포괄설), 문제될 수 있다.²⁴⁾

원고는 이 사건 소장에서, 원고의 명예를 훼손하는 개별게시물을 특정하여 손해배상을 청구하였지만, 대법원은 포괄설의 입장에서, 명예훼손적 게시물을 구체적으로 적시하지 않고 피고들의 불법행위책임은 개별 인터넷 게시공간별로 포괄적으로 평가될 수 있다고 판시하였다.

23) 우지숙, 위의 논문, 96면.

24) 이현숙, 뉴스서비스와 제3자 게시물로 인한 포털의 책임 여부, 사법 제9호(2009), 347-348면.

2. 효과 — 위자료

원고는 피고들에게 5억 원의 손해배상을 청구하였는데, 원고와 관련된 게시물의 방치로 인한 불법행위로 원고는 극심한 정신적 고통을 받았을 것임이 경험칙상 명백하다고 판단한 원심법원이 위자료로서 인정한 금액은, 피고 1인당 1,000만 원에서 5백만 원 사이의 금액에 불과하다. 이 금액은 인격권 침해로 인한 위자료 금액으로서는 부적절하다는 비판을 받고 있다. 특히 사고억제라는 불법행위법리의 기능을 염두에 두고 살펴본다면, 포털의 주의의무 수준은 '피해자로부터 직접적인 통지를 받은 경우'에 한해서 삭제의무를 부과하는 합리적인 수준으로 정하고, 위자료 등의 손해배상액은 실손해액 즉 상실한 명예의 가치를 충분히 반영할 수 있도록 상향조정하는 것이 바람직하다는 것이다.²⁵⁾

VI. 결

이상으로 소개한 대법원의 판결은 다수의견으로서(대법관 15인 중 3인의 반대견해가 있음), 그 내용은 인터넷상의 명예훼손에 관한 인터넷서비스 제공자의 법적 책임을 한국적 현실을 수용하여 정립한 것으로 의미가 있다는 평가를 받고 있다.

위 판결의 태도는 인터넷서비스 제공자가 편집권과 통제력을 가진 발행자로 취급되는 경우, 그 자체로 별도의 책임 요건 없이 명예훼손책임을 부담한다고 보는 미국법의 해석이 한국에는 그대로 받아들여질 수 없음을 분명히 한 것으로서, 매우 타당하다고 하여 긍정적으로 평가하는 견해가 있는 반면에²⁶⁾, 명예훼손의 방지에만 지나치게 무게중심을 두고 그 방지에 소요되는 사회적 비용과 표현의 자유가 위축될 수 있음을 충분히 고려하지 못한 것이라는 비판도 받고 있다. 또한 위 판결 내용으로 말미암아 과도한 모니터링을 유발하게 됨으로써 표현의 자유 및 이용자의 권리 침해 문제가 더욱 증폭될 수 있다는 우려도 제기되고 있다.²⁷⁾

25) 정상조, 앞의 논문, 268면.

26) 예컨대 서진국, 앞의 논문.

27) 예컨대 정상조, 앞의 논문 : 유지숙, 앞의 논문 : 유지숙, 인터넷서비스제공자의 법적 책임 판단에 있어서 편집권 해사의 역할에 관한 연구, 인권과 정의 제395호(2009.7), 54 - 77면.

무엇보다도 위 판결에서 대법원이 명예훼손으로 인한 불법행위책임의 요건으로 제시한 ‘명예훼손의 명백성’이라는 조건 자체가 갖는 불명확성으로 인하여 인터넷서비스정보제공자아 자신들에게 발생할 작위의무를 인식하고 이를 이행하는 계에는 여전히 어려움이 따르게 된다는 비판을 면할 수 없을 것이다.²⁸⁾

명예훼손에 대한 인터넷서비스 제공자의 불법행위책임은 표현행위라는 법익의 보호와 개인의 명예라는 인격적 법익의 보호가 서로 상충할 경우에 이 두 가지 법익의 조화를 모색하는 관점에서 그 한계가 설정되어야 할 것이다. 표현의 자유로부터 개인의 명예라는 인격권을 보호한다는 것은 명예라는 인격권을 보호하기 위하여 표현의 자유를 제한하게 되기 때문이다.

인터넷서비스제공자가 제공하는 인터넷 게시 공간에서 게시물을 통하여 이루어지는 표현행위와 관련하여 그 제공자가 분담하여야 할 법적 책임의 범위 또는 한계를 설정함에는 기본권 제한의 한계원칙으로 인정되고 있는 비례의 원칙(목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성)도 고려될 수 있을 것이다.

불법행위의 효과, 즉 불법행위에 대한 책임을 누구에게 어떻게 부담하도록 할 것인가의 문제는, 1차적으로 회복 패러다임, 2차적으로 예방 패러다임이 단계적으로 작동하는 것이 타당하다. 불법행위에 대한 손해회복이 이루어지면 예방적 효과가 수반하여 발생하게 되기 때문이다.

손해의 공평한 분담과 향후 불법행위의 감소라는 불법행위의 두 가지 기능을 감안할 때, 생명이나 건강 또는 정신적 평안 등에 대한 비재산적 손해가 문제되는 영역에서는 예방적 효과가 더욱 중요한 기능을 수행하게 된다. 따라서 그 경우에는 예방적 기능이 더욱 중요하게 고려되어야 한다. 이는 결국 불법행위책임으로서 위자료의 금액을 적정하게 산정하여야 한다는 전제가 되는데, 비재산적 손해는 그 범위를 확정하기 어렵다는 문제가 있다. 그렇지만 인격권 등의 침해로 인한 위자료 금액을 산정함에는 예방적·정책적·규범적 판단이 개입할 여지가 크다는 점에서, 위자료의 만족적 제재적 측면을 강조하지 않을 수 없다.

28) 김광준, 인터넷포털의 법적 책임, 남효순 편, 앞의 책, 220-221면.

참 고 문 헌

- 박용상, 명예훼손법, 현암사, 2008.
- 이은영, 채권각론, 박영사, 2005.
- 권영준, 인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임, 남효순·정상조 공편, 인터넷과 법률, 법문사, 2002.
- 권영준, 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임, LAW & TECHNOLOGY 제2권 제2호, 2006.3.
- 김광준, 인터넷포털의 법적 책임, 남효순 편, 인터넷과 法律 III, 법문사, 2010.
- 문재완, 인터넷포털에서어 표현의 자유와 그 법적 규제, 남효순 편, 인터넷과 法律 III, 법문사 2010.
- 시진국, 인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임, 저스티스 제114호, 2009. 12.
- 오용규, 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 법적 책임, 재판과 판례 제12집, 2004.1.
- 우지숙, 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임기준의 현실적 타당성과 합의 : 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비판적 검토, LAW & TECHNOLOGY, 제5권 제4호, 2009. 7.
- , 인터넷서비스제공자의 법적 책임판단에 있어서 편집권 해사의 역할에 관한 연구, 인권과 정의 제395호, 2009.7.
- 이현숙, 뉴스서비스와 제3자 게시물로 인한 포털의 책임 여부, 사법 제9호, 2009.
- 정상조, 명예훼손에 대한 포털의 책임, 법학(서울대학교) 제51권 제2호, 2910, 6.
- 최성준, 뉴스서비스와 관련된 포털사업자의 명예훼손 책임, LAW & TECHNOLOGY 제4권 제1호, 2008.
- 황성기, 뉴스전달서비스로서의 포털 뉴스서비스에 대한 최근 입법동향의 문제점, LAW & TECHNOLOGY 제3권 제5호, 2007. 9.

[Abstract]

The Tort Liability of ISP for Damages to Reputation

- Supreme Court Full Bench Decision 2008Da53812 delivered on April 16, 2009 -

Lee, Sang-Wook

Professor, Law School of Yeungnam University

The focus of this paper is on the Supreme Court case(Decision 2008Da53812 rendered on April 16, 2009) on defamatory comments of Internet users regarding suicide of plaintiff' girlfriend, focusing on whether the rule reflects the reality of the Internet and its users and whether the rule provides a specific guideline for Internet Service Providers(ISP).

How far and to what extent are Internet ISP responsible for defamation which is made or caused by internet users?

The Supreme Court, in this case, decides legal ground and requirements for which the above provider burden tort liability about uploadings on the Internet containing defamatory contents. The Majority Opinion holds that in case where the recognition of an existence and unlawfulness of uploadings appears obvious ; and its management and control is feasible technologically and financially, the above provider has duty of care to deleting the uploadings.

In that requirements of recognition and avoidance possibility is decided clearly, this judgement is worthwhile as substantially precedent judgement.

On the other hand, the judicial decision of the Supreme Court, which eventually pushes ISP to monitor any defamatory materials and delete them, clearly tipped the balance in favoring and compensating private individuals. Someone is concerned about its consequence that, due to the decision, internet users may face much less freedom of express over internet than over papers

in real world.

Key words : internet. Internet Service Provider. defamation. Damages. internet user.