

〈논문〉

명예훼손에 대한 포털의 책임 - 대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812판결에 대한 비판적 검토-

丁 相 朝*

요 약

인터넷상의 명예훼손에 대하여 포털이 어떠한 책임을 지게 되는지에 관해서 몇 건의 대법원 판결이 있지만, 2009.4.16. 선고 2008다53812판결은 비교적 상세한 이론을 실시한 최초의 전원합의체 판결이라는 점에서 그 의미가 크다. 동 사건에서 대법원은 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난 경우에는, 포털로 하여금 그 게시물을 삭제하고 차단할 주의의무가 있다고 판시하고 있다. 이에 대해서 다양한 평가가 이루어지고 있지만, 대법원이 불법행위법의 損失補償 내지 損害分擔의 측면만을 강조한 것은 아닌지, 명예훼손의 방지에만 지나치게 무게중심을 두고 그 방지에 소요되는 사회적 비용과 표현의 자유의 위축은 충분히 고려하지 못한 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 또한, 피해자의 삭제요청이 없더라도 피고처럼 상당한 수익을 올리고 있는 포털은 일반적인 감시의무와 적극적 삭제의무를 부담해야 한다고 본 해석론은 기본적으로 포털의 사회적 의무와 법적 의무를 구별하지 못한 결과가 아닌가 하는 의문도 제기된다. 보다 궁극적인 문제로서 왜 명예를 보호하는가 또는 진실의 공표에 있어서도 포털로 하여금 그 위법성에 관한 판단과 삭제의 조치를 취하도록 요구하는 것이 과연 바람직하고 효율적인 것인지 등의 문제가 제기된다.

주제어: 포털, 명예훼손, 불법행위, 저작권, 손해배상

I. 머릿말

포털¹⁾은 우리 삶의 일부가 되어 다양한 혜택과 편리함을 주고 있지만 동시에 각종 불법행위와 폐해를 널리 확산시키는 부작용과 위협도 내포하고 있다. 포털은 뉴스, 메일, 블로그, 쇼핑 등의 다양한 서비스를 통해서 정치적으로 민주화를 촉진하고 사회적으로 젊은 세대의 영향력과 사회참여를 확대시키고 경제적으로 새로운 시장과 새로운 부가가치를 창출하고 있다. 다른 한편, 포털은 명예훼손이나 개인정보침해 또는 음란물 등의 폭발적인 확대재생산을 가능하게 하기도 한다. 특히 최근 수년간 명예훼손이 증가하고 있고 그에 관한 형사처벌도 늘고 있어서,²⁾ 포털사이트에서 명예훼손이 발생한 경우 포털은 어떠한 요건하에서 어느 정도의 책임을 지는가를 둘러싼 분쟁과 논의가 많이 제기되고 있다.

인터넷상의 명예훼손에 대하여 포털의 책임을 인정한 하급심 판결³⁾ 및 대법원 전원합의체 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결에 대해서 약간의 찬성론도 있지만⁴⁾ 상당히 많은 비판론이 제기되고 있다.⁵⁾ 대법원은 포털의 영업수익을 염두에 두고 불법행위법의 損失補償 내지 損害分擔의 측면만을 강조한 것은 아닌지, 事故防止의 측면에서 가장 효율적인 방법 또는 명예훼손으로 인한 社會的費用(social costs)⁶⁾

- 1) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」상의 정보통신서비스 제공자, 「저작권법」상의 온라인서비스제공자.
- 2) 대법원이 이춘석 의원에게 제출한 자료에 따르면, 명예훼손 혐의로 기소된 사건은 2005년 285건에서 지난해 442건으로 늘었고, 지난해 재판에 넘겨진 사건 중에서 60%가량이 형사처벌을 받은 바 있다 : <http://news.mk.co.kr/newsRead.php?sc=30000022%20주요기사>.
- 3) 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결; 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결.
- 4) 시진국, “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임”, **저스티스**, 통권 114호 (2009.12), 327면 이하.
- 5) 우지숙, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임 기준의 현실적 타당성과 함의 : 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비판적 검토”, **Law&Technology**, 5권 4호 (2009. 7), 78면 이하 ; 황성기, “뉴스전달서비스로서의 포털 뉴스서비스에 대한 최근 입법동향”, **Law&Technology**, 3권 5호(2007. 9), 81면 이하; 김경호, “언론사로부터 전제 받은 뉴스기사의 댓글에 대한 포털의 작위의무”, **한국언론정보학보**, 통권 42호(2008 여름).
- 6) 명예훼손과 같은 불법행위로 인한 社會的費用은 불법행위로 인해서 사회전체적으로 치루게 될 비용총액을 의미하는 法經濟學的 (law and economics)인 개념으로, 불법행위 그 자체로 인한 피해자의 손해 내지 비용 이외에 그러한 불법행위를 방지하기 위해서 가해자가 치러야 할 비용을 모두 합산한 비용총액을 의미한다. 이에 관해서는 후술하는 “V. 포털의 게시물로 인한 책임, D. 社會的 責任과 法的 責任의 구별”에서 상술하도록 한다.

을 최소화하기 위한 방안을 찾기 위한 노력은 등한시한 것은 아닌지, 포털의 책임요건에 관한 대법원의 판단이 정치, 경제, 사회적으로 미치는 영향에 관한 심각한 고민과 분석을 했다고 볼 수 있는지,⁷⁾ 보다 궁극적인 문제로서 왜 명예를 보호하는가 또는 진실의 공표에 의해서도 명예훼손의 책임을 지도록 하는 것이 바람직한 것인지 등에 관한 의문이 제기된다. 이하에서는 사건의 개요 및 대법원의 판결요지를 간단히 소개하는 한편, 인터넷상의 명예훼손에 대해 어떠한 법적 규제가 가해져야 하는지를 명예훼손죄의 보호법익과 관련하여 살펴보고, 뉴스서비스 및 게시물에 관하여 포털에 대해 어떠한 요건 아래 법적 책임을 부과하는 것이 타당한지에 관하여 검토하기로 한다.

II. 대법원 2009.4.16. 선고 2008다53812판결

1. 事實의 개요

원고 김○○와 교제하다가 자살한 소외 어느 여인의 어머니가 미니홈피에 ‘지난 1년간의 일들’이라는 제목으로 딸의 억울한 사정을 글로 올린 일이 있다. 그러자 그 미니홈피의 방문자 수가 급증하고 주요 “인터넷 종합 정보제공 사업자” 즉 포털에 자살한 여자의 남자 친구인 원고 관련 뉴스기사와 동 기사 관련 댓글이 많이 게시되고 원고를 비난하는 카페⁸⁾와 커뮤니티⁹⁾가 많이 생겼다. 원고는 피고들이 뉴스서비스란에 원고관련 기사를 게재함으로써 원고의 명예를 훼손했고, 원

7) 국정 없는 기자회견(RSF)는 한국과 호주 등의 엄격한 법규제가 인터넷의 자기검열을 부추기고 있다고 보아 한국과 호주 등의 11개국을 인터넷검열 감시대상국으로 지정한 바 있다 (<http://news.hankooki.com/ArticleView/ArticleView.php?url=politics/201003/h2010031222315321000.htm&ver=v002>, 2010년 6월 22일 방문). 물론, 중국과 북한 등과 같이 “인터넷의 적”으로 분류된 것은 아니지만, 인터넷의 자기검열을 부추기는 각종 입법과 해석론이 성숙한 민주주의 또는 효율적인 아이디어시장을 위축시키고 있음은 부인할 수 없다.

8) 피고 포털의 카페 서비스란을 통하여, ‘故서부희님을 추모하는 모임(서울)’, ‘서부희님을 추모하는 모임’, ‘故서부희씨 사랑지킴이’, ‘김명재 넌 장가 다갔어 각오해라’ 등의 카페가 개설되어 원고의 신상정보(성명, 전화번호, 학교, 직장 등), 사진 등이 다수 게재되었고, 서부희를 추모하고 원고를 비난하는 수많은 글이 게시되어 있음.

9) 피고 포털의 커뮤니티 서비스 중 ‘아고라도론방’에는 ‘네티즌 청원, 고 서부희님의 부모님 돕기 운동 - 김 * * 공개사과 촉구 15611명 서명 서명목표 17000명’라는 글이 게시된 후 ‘국민대 야간경영학과 김명재...’, ‘남자이름이 김명재라네요...’ 등의 댓글이 다수 게시되었음.

고를 비난하는 게시물을 삭제 또는 차단하거나 검색서비스에 의하여 검색되지 않도록 하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 동 게시물들을 방치하거나 검색서비스로 위 게시물을 쉽게 검색할 수 있도록 함으로써 게시자들의 명예훼손행위를 방조하였다고 주장하면서 피고들을 상대로 위자료를 청구하는 민사소송을 제기했다. 이에 대해, 서울중앙지방법원과 서울고등법원은 피고의 책임을 인정하는 판결을 내린 바 있고,¹⁰⁾ 대법원은 그 책임의 근거를 보다 설득력있게 가다듬긴 했지만 원심과 유사한 이론에 입각해서 원심판결을 그대로 받아들인 바 있다.

2. 判決의 요지

이 사건에서 대법원은 포털이 신문사로부터 전송받은 기사들 가운데 일부를 선별해서 뉴스사이트에 게재한 행위에 대해서 신문사와 마찬가지로의 책임을 져야 한다고 판시하고, 명예훼손에 해당되는 댓글 등의 게시물에 대해서는 포털이 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 기술적, 경제적으로 가능한 방법으로 그 게시물을 삭제하고 차단할 주의의무를 부담한다고 전제하면서 포털이 불법행위책임을 진다고 판시하였다.¹¹⁾ 즉, 뉴스게재로 인한 책임에 관해서, 대법원은 “인터넷 종합 정보제공 사업자가 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”고 판시했다. 포털의 책임을 언론매체의 책임과 같은 것으로 취급하는 아이디어는 본건의 원심법원인 서울고등법원의 판결에서 그 극단적인 모습으로 잘 나타나 있다. 본건의 원심을 맡은 서울고등법원은, 포털에 링크되어 있는 뉴스기사에 대해서 포털이 취재, 편집, 배포 기능을 두루 갖춘 언론매체라고 단정하고 언론매체와 마

10) 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결; 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결.

11) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결.

찬가지로 명예훼손에 대한 책임을 져야 한다고 판시한 바 있다.¹²⁾

명예훼손적 게시물로 인한 포털의 책임에 관해서, 대법원은 “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 발생한 경우에는 부작위에 의한 불법행위책임이 성립한다”고 판시했다. 대법원은 피해자의 구체적인 삭제요구가 있는 경우 뿐만아니라 일정한 경우에는 그러한 요구가 없는 경우에도 포털의 삭제의무가 있다고 판시한 것인데, 이 논점에 관해서는 대법관 박시환, 대법관 김지형, 대법관 전수안의 別個意見이 있었다.

別個意見은 포털의 책임이 표현의 자유를 제한하는 법리와 관계있기 때문에 “명확성의 원칙”에 따라 그 법리가 최대한 명확하게 정립·제시되어야 한다는 점을 강조하면서, 포털의 삭제의무는 “특별한 사정이 없는 한 위 사업자가 피해자로부터 명예훼손의 내용이 담긴 게시물을 ‘구체적·개별적으로 특정’하여 ‘삭제하여 달라는 요구’를 받았고, 나아가 그 게시물에 명예훼손의 불법성이 ‘현존’하는 것을 ‘명백’히 인식하였으며, 그러한 삭제 등의 조치를 하는 것이 ‘기술적·경제적으로 가능’한 경우로 제한하는 것이 합리적이고 타당하다”고 하는 보다 엄격한 기준을 제시했다.

이하에서는 동 판결과 관련하여 포털이 신문 기사를 링크하거나 게재한 행위에 대해서 언론매체로서의 책임을 져야 하는지 그리고 댓글 등의 게시물에 대해서 피해자의 삭제요청이 없더라도 포털이 일반적으로 명예훼손 등의 이용자 불법행위를 감시하고 차단할 주의의무를 부담한다고 보는 것이 과연 타당하고 합리적인 것인지에 대해서 면밀히 검토해볼 필요가 있다.

III. 인터넷상의 名譽毀損

본건의 원고는 명예훼손으로 인한 정신적 손해를 주장하고 있지만, 한 여자의

12) 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990판결.

자살과 관련해서 원고가 도덕적으로 잘못된 것이라고 하는 인터넷상의 비난의견도 많이 제기되었다. 원고에 관한 게시물들이 허위의 사실을 토대로 한 것이 아니라면, 원고의 주관적인 명예감정이 과연 절대적으로 보호되어야 하는 것인지 아니면 도덕적 비판 내지 표현의 자유와의 조화를 위해서 제한될 수 있는 것인지 궁급해진다. 따라서, 포털의 뉴스게재 및 게시물삭제에 관한 주의의무와 책임에 관해서 살펴보기 이전에, 무엇이 인터넷상의 명예훼손으로 규제되어야 하는 것인지에 대해서부터 간단히 살펴본다.

1. 명예보호의 政策的 根據

명예는 왜 보호하는지 그리고 보다 궁극적인 질문으로 명예가 무엇인지가 명백히 밝혀져야 명예의 보호범위 내지 명예훼손에 대한 책임추궁의 명확한 요건이 설정될 수 있을 것이다. 명예의 개념부터 보면, 일반적으로 명예는 세상 사람 모두가 훌륭하다고 인정하는 저명인사의 이름이나 존엄으로부터 시작해서, 평소에 나쁜짓 안하고 성실하게 살아가는 사람이라고 하는 평가에 이르기까지 다양한 의미로 사용되고 있다. 요컨대, 명예란 특정인에 대한 주변 사람들의 인식 내지 집단적인 평가를 뜻한다. 특정인에 대한 집단적인 평가는 그 특정인에 대한 단편적인 정보들의 집합을 토대로 한 객관적인 판단에 의해서 이루어진다. 우리는 주변 사람들이 우리를 어떻게 평가한다고 보는가에 따라서 자신의 정체성을 형성한다는 의미에서 명예는 자신의 정체성의 핵심적인 요소가 된다. 또한, 명예는 사회적 활동을 함에 있어서도 아주 많은 영향을 미칠 수 있다.¹³⁾

일상생활에서의 명예는 다양한 의미로 사용되고 있지만, 법률상의 명예는 보다 제한된 의미로 파악되고 있다. 판례에 의하면, 형법상 명예훼손죄에 있어서의 명예 그리고 민사상 인격권 보호대상으로서의 명예는 “사람에 대한 사회적 평가”를 의미하는 것으로 해석되고 있다.¹⁴⁾ 학설에 따라서는 명예훼손죄의 보호법익을 사람의 인격적 가치에 대한 주관적인 평가 즉 名譽感情이라고 보는 견해도 있지만, 우리나라의 통설은 객관적이고 사회적인 평가를 의미하는 것으로 보고 있다.¹⁵⁾

13) Daniel J. Solove, *The Future of Reputation* (Yale University Press, 2007), p.30.

14) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다77771 판결; 대법원 2009. 1. 30. 선고 2006다60908 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도6728 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다53214 판결; 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다28365 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결.

15) 金日秀, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가”, *安岩法學*, 1호, 1993; 李炯國, “명예훼손죄에 대한 소고”, *碩愚車鑣碩博士華甲紀念論文集*, 640면.

명예의 주체에는 감정을 가진 自然人에 한정되지 않고 法人도 포함된다는 점을 고려해보면,¹⁶⁾ 명예라는 이름으로 법이 보호하고자 하는 것은 자연인 또는 법인에 대한 객관적이고 사회적인 평가 그 자체이고 그 이상도 그 이하도 아니라고 말할 수 있다. 개인이나 단체에 대한 나쁜 평가로 인해서 기분이나 감정이 상처 입게 되었다고 해서 법이 나서서 그러한 기분이나 감정을 모두 보호해줄 수는 없고,¹⁷⁾ 구체적인 사실의 왜곡에 의해서 특정인에 대한 사회적 평가를 훼손하는 경우에 한해서 법이 개입하는 것이고 특정인에 대한 사회적 평가는 법이 반드시 보호해야 할 가치가 있는 중요한 法益인 것이다.

명예는 왜 보호되어야 하고 명예주체의 사회적 평가는 왜 중요한 법익으로 보호해야 하는가? 특정인에 관한 객관적이고 사회적인 평가를 신뢰할 수 있다면 경제주체간의 거래비용 내지 사회활동에 소요되는 정보비용이 크게 줄어든다. 명예보호는 사회경제적으로 정보비용 내지 거래비용을 줄여줄 뿐만 아니라¹⁸⁾ 사람들에게 신뢰를 형성하고 도덕규범을 지키도록 유인하는 인센티브로 기능하기 때문이다. 그렇다면, 허위의 사실로 타인의 명예를 훼손하는 행위에 대해서는 엄중한 법적 책임을 물어야 하겠지만, 객관적인 사실을 토대로 한 의견이나 윤리적 비난의 경우에는 그러한 의견이나 비난을 금지하거나 규제함으로써 오히려 표현의 자유를 통해서 형성될 수 있는 思想의 市場(market of ideas)을 위축시킬 수 있고 경제적으로 거래비용을 증가시킬 위험성도 내포하고 있다.

2. 명예보호의 歷史的 變化

인류의 역사를 보면, 명예훼손이 국가간 전쟁의 빌미가 되기도 하고 개인적으로는 자결이나 결투의 원인이 되기도 했다.¹⁹⁾ 국가의 사법제도가 발전하면서 명

16) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2006다53214 판결.

17) 예컨대, 특정 종교집단을 이단이라고 주장하는 유인물이나 그 종교집단을 성경 위에서 활동하는 마귀나 벌레처럼 묘사한 그림이 그 종교집단의 감정을 크게 상하게 하는 것은 사실이지만 명예훼손죄를 구성한다고 보기는 어렵다: 대법원 2007. 10. 26. 선고 2006도 5924 판결.

18) 경제적으로 보면, 진실에 기초한 명성 또는 명예는 정확한 정보의 무상공유를 가능하게 함으로써 판매자와 구매자간의 효율적인 선택을 가능하게 해주고 고용시장에서 저렴한 비용으로 원하는 구인구직이 가능하게 해주는 기능을 수행하게 된다: Richard A. Posner, *Privacy, Secrecy, and Reputation*, 28 *Buff. L. Rev.* 1 (1978-1979), p.31.

19) 예컨대, 일본의 사무라이들은 자신의 무사로서의 명예가 회복이 어려울 정도로 훼손되었을 경우 자결을 선택하였고, 중세의 기사들은 타인이 자신의 명예를 훼손하였을 경우 결투를 신청하였다.

예훼손에 관한 자력구제는 퇴보하고, 관련 형법규정과 민사적 구제를 인정하는 판례가 확립되어 왔다. 경제적인 측면에서 보면, 명예란 상호신뢰를 바탕으로 한 거래를 가능하게 하여 경제주체간의 거래비용을 크게 줄여주는 기능을 한다. 이와 같이 명예보호의 경제적 기능이 명확해지면 不法行爲라고 하는 일반 민사법리가 일정한 요건과 효과를 가진 성문법으로 立法化되기도 하는데, 예컨대, 소비자를 속이거나 다른 사업자를 비방하는 표시나 광고는 “表示·廣告의 公正化에 관한 法律”에 의해서 규제하게 되었다.²⁰⁾ 또한, 사회적 측면에서 보면 명예보호는 사람들로 하여금 평소에도 도덕규범에 맞춰서 생활하도록 유인하는 인센티브를 제공한다. 政治도 전문직업화하는 오늘날 정치인이라고 해서 일반인보다 훨씬 더 높은 도덕적 자질을 갖추어야 하는 것인지는 알 수 없으나 아무튼 선거과정에서의 허위의 선전이나 비방은 公職選舉法 등에 의해서 규제하고 있다.²¹⁾

명예훼손의 정도나 유형에 관계없이 모두 국가가 개입하기는 어렵고 언제나 법적 규제가 바람직한 것도 아니다. 그러나, 명예보호에 관한 역사적 변화의 일반적인 경향을 보면, 자력구제로부터 법적규제의 방법으로 그리고 감정보호로부터 객관적 평가 내지 신용의 보호를 위한 법리로 발전해온 것을 볼 수 있다. 또한, 사업자간의 비방광고라거나 공직선거에서의 허위선전 내지 비방과 같이 경제사회적으로 규제의 필요성이 명백한 명예훼손의 유형은 성문법에 의해서 그 요건과 규제의 내용이 명확해지고 있다. 명예훼손에 관한 성문법상의 특칙이 없더라도 일반적으로 허위의 사실로 타인의 명예를 훼손하는 것은 경제사회적 폐해가 심각하기 때문에 일반 불법행위로 규제할 필요성이 있음은 명백하다. 다른 한편, 허위가 아닌 사실을 토대로 한 의견이나 도덕적 비난의 경우에는 명예훼손이라는 이름으로 그러한 비난을 규제함으로써 보호하고자 하는 법익이 과연 무엇인지 냉정하게 검토해보아야 하고, 그 규제의 사회적 실익과 표현의 자유를 중시함으로써 얻게 되는 실익을 비교형량해서 신중하게 판단할 필요가 있다.

3. 명예훼손의 違法性

형법은 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손”하는 행위를 모두 위법한 행위로 보고 “眞實한 사실로서 오로지 公共의 이익”에 관한 경우에 違法성이 없어진다고 규정하고 있다(형법 제307조 및 제310조). 대법원은 형법상 명예훼손의

20) 1999. 2. 5 제정 법률 제5814호.

21) 국민투표법 제25조 내지 제48조도 유사한 규정을 두고 있다.

위법성에 관한 판단기준을 민사사건에서도 그대로 원용하고 있다. 즉, 대법원판례에 의하면, 사실을 적시함으로써 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것인 때에는 진실한 사실이라는 것이 증명되면 그 행위에 위법성이 없다.²²⁾ 명예 보호가 주관적인 명예감정의 보호를 위한 것이라면, 진실한 사실에 의한 명예의 훼손도 규제하되 공공의 이익을 위한 것인 경우에 한해서 위법성이 없어진다고 보는 형법규정이 합리적인 것으로 이해된다. 그러나, 개인에 대한 사회적 평가의 신뢰성을 확보해주고 더 나아가 각 개인이 자신의 사회적 평가에 해가 되는 부도덕한 행위나 불법적인 행위를 하지 않도록 유인하는 것이 명예보호의 법정정책 근거라고 본다면, 진실성과 공공성은 위법성 조각사유가 아니라 명예훼손의 성립 자체를 부인하는 사유가 되었어야 한다.

현행 형법의 명예훼손에 관한 규정의 문제점은 해석론에 의해서 상당히 완화되어 왔다. 첫째, 대법원은 위법성 조각사유인 공공성의 범위를 넓게 해석해왔다. 예컨대, 공적(公的) 관계에 관한 것, 피해자가 공적인 존재인 경우, 공적인 관심 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 한다고 하면서,²³⁾ “공공의 이익”에 관한 것이라 함은 널리 국가·사회 기타 일반 다수인의 이익에 관한 것뿐만 아니라 특정한 사회집단이나 그 구성원 전체의 이익에 관한 것도 포함되고, 주요한 목적이 공공의 이익을 위한 것이면 부수적으로 다른 목적이 있었다고 하더라도 위법성이 조각된다고 해석하고 있다.²⁴⁾

둘째, 대법원은 진실성의 범위를 비교적 넓게 해석하고²⁵⁾ 설사 진실성이 증명되지 아니하더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 위법성이 없다고 보고 있다.²⁶⁾ 대법원이 진실성의 범위를 확대해석해서 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우예까지 언론의 자유를 보호하려고

22) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008다27769 판결.

23) 대법원 2008. 2. 14. 선고 2005다75736 판결; 金載亨, 人格權에 관한 判例의 動向, 民事法學 27호(한국사법행정학회, 2005. 3), 360면.

24) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6342 판결.

25) 광우병보도로 인한 명예훼손 사건에서 “적시된 사실이 허위의 사실인지 여부를 판단함에 있어서는 적시된 사실의 내용 전체의 취지를 살펴보는 중요한 부분이 객관적 사실과 합치되는 경우에는 그 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있다고 하더라도 이를 허위의 사실이라고 볼 수 없다”고 판시한 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008도1421 판결 등의 해석론이 재확인된 바 있다. 서울중앙지방법원 2010. 1. 20. 선고 2009고단3458 판결.

26) 대법원 2009. 2.26. 선고 2008다27769 판결.

하는 것으로 이해된다. 그러나, 명예훼손적 사실이 진실이 아니고 허위의 사실이었다면 그러한 경우까지만 위법성이 없다고 보는 것은 지나치게 위법성 조각사유를 확대해석한 것이 아닌가 걱정된다. 허위의 사실로 특정인의 사회적 평가를 떨어뜨리는 것은 명예보호의 범정책에 정면으로 반하는 위법한 행위라는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 다만, 허위라는 사실을 몰랐다는 점을 비난하기 어렵다면 고의범으로 처벌하기 어려운 경우도 있고 무과실에 대해서 손해배상책임을 추궁할 수 없는 경우도 있을 것이다. 요컨대, 명예훼손적 사실이 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있는 경우에는, 허위성에 관한 고의 또는 과실이 없음은 이유로 형사처벌이나 민사배상을 면할 수는 있어도, 허위사실에 의한 명예훼손 자체는 여전히 위법한 행위이기 때문에 금지청구 또는 삭제청구의 대상이 되는 것으로 해석하는 것이 타당하다.

대법원은 공공의 이익에 해당되는 경우를 비교적 넓게 해석해 왔지만, “眞實한 사실”을 토대로 한 경우에도 오로지 “公共의 이익”에 관한 경우에만 違法性이 조각된다고 하는 형법규정의 틀은 벗어나기 어렵다. 그러나, 명예보호의 목적 내지 범정책적 목표가 주관적인 감정의 보호에 있는 것이 아니라 사회적 평가의 왜곡을 방지하는데 있다고 본다면, 형법의 명예훼손 규정은 입법론적으로 재검토될 필요가 있고 현행법하에서도 “공공의 이익”의 범위를 더욱 넓게 해석할 필요가 있다. 또한, 진실한 사실이지만 명예훼손이라고 주장하는 민사사건에서는 현실적인 손해액이 없고 침해금지를 인정할 사회적 실익이 없다고 판단할 수도 있다고 생각된다.

외국의 명예훼손 법리와 비교해보더라도 지나치게 명예보호에 치우쳐서 표현의 자유를 희생시키는 것은 아닌지 검토해볼 필요가 있다. 예컨대, 미국은 전통적으로 표현의 자유를 가장 중시해 왔고 따라서 명예보호를 오히려 가볍게 생각해온 나라인 반면 영국은 기본적으로 명예훼손적 표현의 허위성을 추정하고 명예훼손에 대해서 엄격한 책임을 부과해온 판례법으로 널리 알려져 있다. 명예훼손의 법리와 보호정도의 차이는 국가별로 가치관이 다르고 문화적인 차이가 반영된 것이라고 볼 수 있는데,²⁷⁾ 우리나라의 사회경제적 변화가 기존의 가치관과 문화 그리고 명예훼손의 법리와 다소 모순 내지 충돌하는 측면은 없는지 되돌아볼 때가 되었다고 생각된다. 또한, 표현된 사실의 진실성이 명예훼손에 대한 정당한 항변으로 받아들여지고 있다는 점에 있어서는 영국과 미국을 비롯한 다수의 선진국이 공통된 입장을 취하고 있다는 점²⁸⁾을 주목할 필요가 있다.

27) Elizabeth Spahn, *As Soft as Tofu: Consumer Product Defamation on the Chinese Internet*, 39 Vand. J. Transnat'l L. 865 (2006).

4. 인터넷상 명예훼손의 特徵

인터넷은 정보전달의 쌍방향성과 광범위한 전파성을 그 특징으로 한다. 라디오나 TV는 뉴스 기타의 정보를 시청자들에게 일방적으로 전달하는데 반해서, 인터넷은 그 이용자들이 때로는 발신자의 지위에서 때로는 수신자의 입장에서 지식과 정보를 쌍방향적으로 상호전달하는 특징을 가지고 있다. 이러한 인터넷의 특징은 기존의 방송매체에서의 명예훼손의 위법성을 판단함에 있어서와 다소 상이한 판단기준을 필요로 할 여지를 만들어준다. 예컨대, 고전적인 인쇄매체에 대하여는 광범위한 표현의 자유가 허용되어 온데 반해서, 라디오나 TV와 같이 침투성이 강하고 제한된 주파수 자원을 사용하는 매체에 대하여는 표현의 자유에 대한 제한이 상대적으로 널리 허용되어 온 것처럼, 매체의 종류나 특징에 따라서 표현의 자유의 허용범위에 다소의 차이가 있을 수 있다. 마찬가지로 맥락에서 인터넷은 쌍방향성을 특징으로 하는 매체이므로 일방적인 통신에 해당되는 라디오나 TV에서보다 더 많은 표현의 자유가 허용될 수 있는 여지가 있는 것이 아닌가 생각된다. 인터넷상의 표현에 관해서 언제나 명예훼손의 위법성 판단을 엄격하게 하고 표현의 자유를 광범위하게 허용해야 한다고 확립적으로 말할 수는 없지만, 반론의 충분한 기회가 보장되는 토론방과 같은 공간에서는 허위의 사실로 명예훼손을 하는 경우가 아니라면 명예훼손의 인정에 신중을 기할 필요가 있다.²⁹⁾

인터넷의 강한 전파성은 위법성 여부보다는 가해자의 책임의 경중에 영향을 미칠 수 있다. 우리 형법은 구두에 의한 명예훼손보다 그 전파성이 강한 출판물과 방송에 의한 명예훼손의 경우에 보다 높은 형량을 규정하고 있다.³⁰⁾ 마찬가지로 인터넷의 전파성은 출판물이나 방송의 경우보다 더 강한만큼 인터넷으로 인한 명예훼손에 대해서는 보다 높은 형량과 보다 많은 금액의 손해배상액이 부과되어야 할 것이다. 형법은 명예훼손죄에 대해서 2년 이하의 징역이나 금고 또는 5백만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는데 반해서, “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률”은 “비방할 목적”이라고 하는 목적범요건을 추가하는 했지만 인터넷상의 명예훼손에 대해서 3년 이하의 징역이나 금고 또는 2천

28) Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford Univ. Press, 2005), p.106.

29) 국내사례는 아니지만, 아래에서 설명하는 Nifty Serve 사건에서의 동경고등재판소 平成13年 9月 5日, 平9(ネ) 2633号, 平9(ネ) 2668号, 平9(ネ) 2631号, 平9(ネ) 5633号 판결 참고; 권영준, “인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호”, *저스티스*, 통권 제91호 (2006. 6), 11면.

30) 형법 제307조 및 제309조.

만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 허위의 사실로 명예를 훼손한 경우에도 형량을 가중하고 있다.³¹⁾

5. 소결

대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결은 명예훼손의 성립을 당연한 전제로 하고 있다. 관련 사건기록을 모두 살펴본 것은 아니지만, 대법원과 원심법원의 판결문에 나타난 사실관계를 모두 종합해보면, 한 여인의 죽음에 대해서 원고가 윤리적으로 비난받을 일을 했다면 인터넷이용자들이 댓글 등을 통해서 윤리적 비난을 하는 것이 과연 명예훼손에 해당되는지는 의문이다.³²⁾ 비윤리적 행위와 자살이라는 결과에 대해서 인터넷 이용자들이 다양한 의견을 통해서 윤리규범을 확인해 나가는 것이야말로 인터넷의 긍정적인 기능이 아닌가? 원고 이름이 들어간 댓글이나 게시글에는 지나치게 거친 표현도 있지만 마녀사냥식 댓글에 대한 건전한 비판도 상당수 포함되어 있다. 거친 표현으로 인해서 명예감정이 훼손되는 것을 방지해야 한다고 주장하는 견해에 의하면, 원고에 대한 비난이 거짓인가 아니면 진실인가에 관계없이 모두 명예훼손으로 금지하고 처벌해야 한다고 주장할 것이다. 그러나, 한 여인의 자살과 원고의 행위가 모두 사실이라면, 원고의 명예감정의 보호보다는 자유로운 표현과 언론을 보호하는 것이 사회적으로 더 바람직한 것이다. 기본적으로 명예훼손의 법리가 명예감정을 보호하기 위한 것이 아니라 허위의 사실에 의해서 특정인의 사회적 평가를 왜곡하는 것을 규제하기 위한 것이라면, 특정인의 자살을 위로하고 원고를 윤리적으로 비난하는 것에 대해서 법이 개입할 필요는 없고 개입해서도 곤란하다. 원고의 명예감정을 훼손하는 댓글이나 게시물이라고 해서 모두 원고의 사회적 평가를 왜곡하는 것은 아니고, 진실한 사실이라면 때로는 원고의 사회적 평가를 명확히 하는데 기여할 수도 있기 때문이다.

31) 형법은 허위의 사실로 명예를 훼손한 경우에 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는데 반해서, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제2항은 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하는 것으로 규정하고 있다.

32) 모 대학교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 행위가 공공의 이익을 위한 것이라고 판시된 바도 있는데(대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결), 하물며 한 여인을 비극적 자살로 몰고 간 원고의 비윤리적 행위를 질타하는 글의 경우 그 이상의 공공의 이익이 있다고 볼 여지가 충분할 것이다.

만일 명예훼손으로 인해서 원고의 사회적 평가가 훼손되었다고 하면 인터넷의 강한 전파성을 고려해볼때, 피고 NHN에게 부과된 1,000만원 피고 Daum에 부과된 700만원 그리고 피고 야후에 부과된 500만원의 손해배상액은 모욕적으로 낮은 수준의 위자료산정일 것이다. 한 여인의 자살을 초래했다거나 그에 대한 약간의 책임이 있다고 볼만한 사실의 주장에 의해서 원고의 사회적 평가가 훼손되었다면 일평생 회복하기 어려운 엄청난 손해를 받은 것인데 어찌 수천만으로 보상될 수 있다고 말할 수 있다 말인가? 하급심 법원은 명예훼손의 성립여부 그리고 명예훼손으로 인한 정신적 손해의 범위에 관한 심층적인 분석이나 고민 없이, 불평불만을 가진 네티즌 또는 시민에 대해서 돈 많은 포털이 약간의 성의표시만 하면 원만한 ‘사건’해결이 될 수 있다고 보는 현실안주형, 그러나 이론왜곡형의 판단은 아닌지 의문시된다. 기본적으로, 한 여인의 자살과 원고의 행위가 모두 사실이라면 포털의 뉴스, 댓글 또는 게시글로 인해서 원고의 사회적 평가가 왜곡되는 바는 없고 원고에 관한 진실과 정확한 평가에 기여한 것이며 그러한 게시글을 게재한 네티즌이나 포털에 위자료를 조금이라도 부과한 것은 극히 비논리적인 결론이다.

IV. 포털의 뉴스서비스로 인한 責任

1. 報道媒體의 개념과 책임의 준부

(1) 報道媒體의 개념

인터넷상의 뉴스로 인한 명예훼손이 발생한 경우 그러한 명예훼손에 대해서 포털이 책임을 질 것인가의 문제에 대해서, 대법원은 피고 포털들이 보도매체로부터 피고들의 각 자료저장 컴퓨터 설비에 전송된 기사들 가운데 일정한 기사를 선별하여 뉴스 게시공간에 게재하였고 그 기사들이 원고의 명예를 훼손하는 내용이므로, 단순히 보도매체의 기사에 대한 검색·접근 기능을 제공하는 경우와 달리 피고들은 명예훼손적 기사를 보도한 보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판시하고 있다. 이 사건의 원심법원은 문제된 포털이 그 뉴스의 단순한 전달자 역할에 그치지 않고 취재, 편집 및 배포 기능을 두루 갖춘 언론매체에 해당한다고 보고 언론사들과 함께 공동불법행위자로서 손해배상책임을 부담한다고 판시한 바 있다. 대법원판결과 원심판결은 그 표현에 있어서 약간의 차이는 있지만, 기본적으로

명예훼손에 대한 책임에 있어서 포털과 보도매체를 동일하게 취급한다는 점에 있어서는 마찬가지이다. 그러나, 포털의 뉴스게재행위를 보도매체의 편집 및 배포행위와 동일한 것으로 평가할 수 있는지 그리고 포털과 보도매체의 사업방식과 기능이 전혀 다른데 과연 동일한 책임을 부과할 수 있는 것인지 의문이 든다. 우선, 포털이 보도매체 가운데 인터넷신문에 해당되는지 검토해본다. 「新聞 등의 자유와 機能保障에 관한 法律」(이하에서는 “신문법”이라고 약칭함)에서 “인터넷신문”이라고 함은 2인 이상의 취재인력을 상시적으로 고용하고 주간 게재 기사 건수의 30% 이상을 자체적으로 생산하며 인터넷으로 간행하는 전자간행물을 의미한다.³³⁾ 통상적으로 기존의 보도매체로부터 기사를 전송받아서 뉴스사이트에 게재하는 것을 주된 기능으로 하고 있는 대부분의 인터넷 포털사이트가 신문법상 인터넷신문에 해당되지 않는다는 것은 명백하다. 또한, 放送法상 “방송”이라고 함은 방송프로그램을 기획, 편성 또는 제작하여 이를 공중에서 송신하는 것을 의미하는데,³⁴⁾ 포털이 제공하는 서비스가 방송법상 방송에 해당되지 않는다는 것도 명백하다. 특히, 방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 강한 규제조치가 정당화되지만, 인터넷은 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”로서 방송과 동일한 규제의 대상이 되어서는 곤란하다.³⁵⁾ 다른 한편, 公職選舉法은 인터넷신문 이외에 인터넷을 통하여 기사를 매개하는 사업자도 적용범위에 포함시키고 있지만³⁶⁾ 공직선거의 공정성과 아무런 관련이 없는 명예훼손 관련 책임의 유무를 판단함에 있어서는 참고할 가치가 없다.

최근에 개정된 「言論仲裁 및 被害救濟 등에 관한 法律」(이하에서는 “언론중재법”이라고 약칭함)은 포털과 같이 인터넷을 통하여 뉴스를 매개하는 서비스를 제공하는 “인터넷뉴스서비스사업자”³⁷⁾도 언론중재법에 따른 구제의 대상이 되고 동법에 따른 조정과 중재의 신청인 또는 피신청인이 될 수 있다고 규정하고 있다.³⁸⁾ 언론중재법은 명예훼손에 대한 효율적인 피해구제를 위해서 포털사업자에

33) 신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 제2조 및 신문등의 자유와 기능보장에 관한 법률 시행령 제3조.

34) 방송법 제2조.

35) 현재 2002. 6. 27, 99헌마480, 판례집, 제14권 1집, 632면; 미국판례도 인터넷의 참여적이고 표현촉진적인 매체로서의 특징을 인정하고 있는데 예컨대 ACLU v. Reno, 929 F. Supp. 824, 881-83 (E.D. Pa. 1996) 참고.

36) 공직선거법 제8조.

37) 言論仲裁 및 被害救濟 등에 관한 法律 (2009. 2. 6. 일부개정 법률 제9425호) 제2조 19호.

대해서도 동법에 따른 구제가 이루어질 수 있다고 규정하면서도, 포털을 비롯한 “인터넷뉴스서비스”가 “인터넷신문”을 비롯한 언론 그 자체와는 다르다는 것을 전제로 해서 별도의 개념정의의 하고 있다. 언론중재법은 포털 등의 인터넷뉴스 서비스사업자의 주의의무가 인터넷신문 등의 보도매체의 주의의무와 동일한 것인지 아니면 상이한 것인지에 관해서는 아무런 규정도 두지 않다. 그러나, 피해자의 정정보도청구 등이 있을때 인터넷뉴스서비스사업자는 해당 기사를 직접 정정할 수는 없고 그에 관한 정정보도청구등이 있음을 알리는 표시를 할 수 있을 뿐이고 동시에 해당 기사를 제공한 언론사에 그 청구 내용을 통보하여야 한다고 하는 특칙을 마련해두고 있는 것을 보면,³⁹⁾ 포털과 보도매체의 주의의무는 상이하다는 것을 전제로 하고 있는 것으로 해석된다. 근본적으로 포털이 그 사이트상의 뉴스와 게시물을 스스로 작성한 것이 아니기 때문에, 포털은 뉴스나 게시물의 명예훼손적 표현을 정정할 수 있는 지위에 있지도 않고 정정할 수도 없는 것이다.⁴⁰⁾

요컨대, 포털을 보도매체로 취급하는 것은 신문법이나 방송법 등의 개정을 위한 立法論⁴¹⁾으로서는 검토될 수 있을지 모르지만, 현행법의 해석상으로는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 정치, 경제, 사회, 문화적으로 커다란 부작용을 초래하게 될 무리하고 불합리한 解釋論이다.

(2) 포털의 編輯行爲 : 웹페이지 편집 v. 뉴스본문의 편집

대법원은 포털이 보도매체로부터 전송받은 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 포털은 명예훼손적 기사를 보도한

38) 言論仲裁 및 被害救濟 등에 관한 法律 제14조 내지 제25조.

39) 言論仲裁 및 被害救濟 등에 관한 法律 제17조의2(인터넷뉴스서비스에 대한 특칙).

40) 미국 사례이지만, *Zeran v. America Online, Inc.*, 958 F. Supp.1124 (E.D. Va. 1997), *aff'd* 129 F.3d 327(4th Cir. 1997)에서 피고 인터넷서비스제공자 AOL은 삭제요청을 받고 게시물을 삭제했지만 정정게시물의 게시요청은 거절할 바 있고 미국연방법원은 미국 관련법하에서 AOL에 책임을 인정하기 어렵다고 판시했다.

41) 예컨대, 심재철의원 대표발의 신문등의자유와기능보장에관한법률 일부개정법률안(의안번호 397, 2008. 7. 24.), 김재국의원 대표발의 신문등의자유와기능보장에관한법률 일부개정법률안(의안번호 556, 2008. 8. 6.), 김영선의원 대표발의 신문등의자유와기능보장에관한법률 일부개정법률안(의안번호 249, 2008. 7. 14.) 등.

보도매체와 마찬가지로 그로 인하여 명예가 훼손된 피해자에 대하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 진다고 판시한 바 있다.⁴²⁾

원심법원도 비슷한 취지에서 포털의 책임을 인정했다. 즉, 원심법원의 판단에 의하면, 포털이 뉴스의 제목을 수정한다는 점에서 일종의 편집행위를 하고 있으므로 포털은 보도매체로서의 손해배상책임을 져야 한다는 것이다.⁴³⁾ 본래 뉴스를 생산 및 제공하는 보도매체에 대해서 그 뉴스의 내용에 따른 책임을 추궁할 수 있는 근거는 그 뉴스 내용을 알고 통제할 수 있는 지위에 있기 때문이고, 바로 그와 같이 내용을 알고 통제하는 행위가 편집행위에 해당된다. 그러나, 포털은 인터넷을 통해서 뉴스를 중개하는 서비스를 제공함에 있어서 뉴스를 알고 그 내용을 통제할 수 있는 지위에 있다고 보기는 어렵고, 그 내용을 알고 통제한다는 의미의 편집행위를 했다고 볼만한 사정을 찾아보기도 어렵다.

포털이 인터넷을 통해서 뉴스를 중개하는 기술적인 과정들을 단계별로 살펴보면, 포털은 수많은⁴⁴⁾ 기사들을 전송 받아 데이터베이스화하여 서버에 보관한 후 그 내용을 사용자의 요청에 따라 그대로 보여주고, 한정된 웹페이지(즉 뉴스서비스 초기화면) 내에 일부 기사를 예시적으로 게재하며 이 과정에서 긴 기사 제목의 일부를 말줄임표로 간결하게 요약하여 보여주는 경우도 있다. 여기에서 “기사의 선별”은 가치중립적이고 기계적인 방식으로 이루어지고,⁴⁵⁾ “제목의 수정”은 뉴스를 링크하기 위해서 뉴스사이트에 표시한 제목을 다소 수정하는데 그치고 본래 기사의 제목을 수정하지는 않는다. 포털의 기계적인 기사 선별과 보도매체의 전문가적인 기사 채택 및 작성은 전혀 차원을 달리하고, 뉴스사이트 링크제목의 수정과 기사 본문 자체의 수정은 전혀 다른 것인데, 대법원과 원심법원은 포털의 기사 선별과 링크제목의 수정을 보도매체에 의한 기사편집과 똑같이 취급하는 중대한 오류를 범하고 있다.

포털의 뉴스서비스는 그 속성상 가치중립적이고 기계적이며 형식적인 방식으로 뉴스의 선택과 배열을 하는 것이고, 링크제목이 본래 기사의 제목과 상이한 경우에도 본래 기사의 제목이나 내용을 전혀 변경하지 않는 것이므로, 인터넷 포털들이 뉴스내용을 알고 통제한다는 의미의 편집행위를 하고 있다고 볼 수 없다.

42) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결.

43) 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990판결.

44) NHN과 Daum이 전송받아 서버에 입력하는 뉴스건수는 일평균 각각 14,000건과 12,000건에 이르고 있음.

45) 언론사들로부터 동일한 내용의 기사가 짧은 시간 안에 집중적으로 송고되는 경우 이슈가 되고 있는 것으로 판단하여 해당 뉴스기사를 선별하고 앞 순위에 배치함.

포털의 책임을 묻는다면 오히려 신문가판대나 서점에 의한 판매와 비교해보는 것이 보다 설득력을 가질 것이다. 어느 서점이 도서판매를 함에 있어서 책을 선택하고 진열대에 배열하면서 때로는 특정 도서의 진열대 상단이나 하단 또는 측면에 본래의 책제목과 상이한 제목을 붙여 놓았다고 해서 그 서점이 판매한 서적 가운데 명예훼손에 해당되는 내용의 서적이 있다는 이유만으로 책임을 추궁할 수는 없을 것이다. 서점이 서적의 선택, 배열, 안내판 표시제목의 수정을 했다고 하더라도, 그 서점이 서적의 내용을 알고 통제하는 편집행위를 했다고 말하기는 어렵고 판매서적의 내용에 따른 책임을 추궁할 수 없다. 특정 서적이 명예훼손에 해당되는 내용을 담고 있다는 것을 통지받고 알았음에도 불구하고 서점이 그러한 서적의 판매를 계속 방치했다면 불법행위를 방조한데 대한 책임을 져야 하겠지만, 서점이 명예훼손 서적을 진열했다거나 판매했다는 사실만으로 공동불법행위의 책임을 진다고 말하기 어렵기 때문이다. 미국판례가 인터넷사이트도 전화사업자나 통신망사업자처럼 명예훼손에 대한 아무런 책임도 지지 않는다고 판시해 온 태도가 명예의 보호는 지나치게 소홀히 하고 표현의 자유만을 과도하게 중시하는 것이 아닌가 하는 지적을 받을 수 있지만, 반대로 우리 대법원이 포털에 의한 뉴스진달에 대해서 보도매체와 동일한 책임을 지도록 한 것 역시 명예의 보호에 과도하게 집착한 나머지 표현의 자유를 위축시키는 균형 잃은 해석론이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

(3) 소결

요약컨대, 인터넷 포털은 언론에 관한 현행법의 해석상 보도매체의 요건을 충족하고 있지 못하고, 따라서 현행법상 보도매체로서의 권리를 주장할 수도 없고 마찬가지로 뉴스 내용에 따른 책임도 부담지을 수 없다. 포털은 가치중립적이고 기계적인 방식으로 뉴스를 웹사이트에서 중개하는 것에 불과하기 때문에 편집행위라고 볼만한 내용통제를 하고 있는 것으로 보기 어렵고 따라서 편집행위로 인한 책임추궁의 대상이 될 수도 없다. 현행법상 포털을 보도매체로 보는 것이 무리한 해석론임에도 불구하고, 대법원이 포털에 의한 뉴스서비스에 기사선별 내지 편집행위가 포함되어 있다고 강조하는 배경에는, 뉴스의 단순한 전달자와 공급자 또는 언론사 다시 말해서 배포자와 출판자의 구별에 관한 상당한 오해와 혼동이 있는 것으로 보인다. 따라서, 이하에서는 출판자와 배포자의 구별에 관해서 살펴 보도록 한다.

2. 出版者와 配布者의 구별

(1) 出版者와 配布者의 개념

일반적으로 뉴스 등의 정보를 단순히 전달하는 기업을 配布者 (Distributor)라고 하고, 정보의 생산, 편집, 배포 기능을 두루 갖춘 기업을 出版者 (Publisher)라고 한다. 출판자는 정보를 생산, 편집, 배포하는 역할을 동시에 수행하고 있고, 자신들이 제공한 정보에 대해 광범위한 감독권을 행사하고 있기 때문에 그 정보의 내용에 대해서 가장 많은 책임도 부담하게 된다. 따라서, 전통적인 출판자는 일정한 정보에 대하여 타인의 사생활의 보호 또는 인격권 등을 침해하지 않는 한 그 편집에 관한 감독권을 가지고 있다.

한편, 배포자는 정보의 배포에 참여한 자(예를 들어, 서점, 도서관, 신문가판대 등)로서 자신들이 판매하는 서적이나 신문 등을 선택하는데 주도적인 역할을 수행하지만 그 내용에 관한 아무런 감독 내지 통제의 권한이 없으므로, 자신들이 전달하는 정보의 내용을 알지 못했다면 그 내용에 대해 책임을 지지 않는다.

(2) 인터넷 사이트의 책임에 관한 海外 動向

1) 美國

제3자가 행한 명예훼손에 대해서 중개자(intermediary)가 어떠한 책임을 지는가에 관한 美國의 보통법을 보면, 그 중개자가 출판자(publisher)인지 아니면 배포자(distributor)인지에 따라서 그 책임을 달리 한다고 보고 있다. 예컨대, *Cubby & Compuserve* 사건⁴⁶⁾에서 인터넷서비스제공자인 Compuserve가 전자게시판의 운영이나 편집 등에 대하여 제3자에게 위임하고 그 내용을 통제할 사실이 없고, 전자게시판의 글을 열람하고 문제되는 내용을 점검하고 관리한다는 것이 현실적으로 불가능하며, Compuserve는 서점과 마찬가지로 배포자의 역할을 한 것이므로 게시판의 내용에 따른 책임을 부담하지 않는다는 취지로 판시한 바 있다. 그 후, *Stratton Oakmont v. Prodigy Services* 사건⁴⁷⁾에서 뉴욕주 대법원은 본건의 원심과 아주 유사하게도 건전한 게시판에 대한 편집권한과 자동검열 프로그램을 통한 내용의 관리 감독을 수행한 것을 근거로 인터넷서비스제공자가 제3자의 명예훼손 글에 대하여 책임을 져야 한다고 판시했는데, 이는 본건의 원심과 아주 유사한 논리에 해당된다. Prodigy 판결은 많은 논란을 불러 일으켰고, 인터넷서비스제

46) *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.* 776 F.Supp 135 (S.D.N.Y. 1991).

47) *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Serv. Co.*, 1995 N.Y.Misc. Lexis 229, 23 Media L. Rep. 1794 (N.Y.Sup. Ct. 1995).

공자의 모니터링의 적극적인 노력이 있었음에도 불구하고 책임을 인정함으로써 오히려 관리 감독의 노력을 기피하게 하는 부작용을 초래한 것으로 평가되어, 결국 1996년의 통신품위법(Communications Decency Act)의 제정에 의해서 완전히 무효화되었다. 미국연방의회는 내부검열의 노력을 해온 서비스제공자에게 무거운 책임을 부과한 판결이 명예의 보호와 표현의 자유 그리고 명예의 보호와 서비스 제공자의 부담 사이의 바람직한 균형을 깨뜨린 것으로 파악하고 입법적인 수정을 하게 된 것이다.

美國의 通信品位法 제230조(c)(1)는 “쌍방향 컴퓨터서비스의 제공자나 이용자는 제3의 정보제공자에 의하여 제공되는 어떠한 정보에 관하여서도 그 정보의 출판자 또는 발인자(speaker)로 취급되지 않는다”고 규정함으로써⁴⁸⁾ 인터넷 포털이 출판자에 해당하지 않음을 명확히 하게 되었다. 통신품위법이 제정된 이후, 미 연방 제4항소법원은 *Zeran v. America Online* 사건⁴⁹⁾에서, 통신품위법 제230조의 면책 조항의 취지를 폭넓게 확장 해석하여 면책효과가 배포자인 피고에까지 적용된다고 보아, *Zeran*의 손해배상청구를 기각한 바 있다. 캘리포니아주 대법원은 한 걸음 더 나아가 피고가 제3자로부터 받은 명예훼손적인 이메일 메시지를 게시판에 게재한 사안에서 피고 또한 명예훼손적인 메시지를 이용한 것에 불과하기 때문에 출판자에 해당되지 않고 피해자에 대해서 아무런 책임을 지지 않는다고 판시한 바 있다.⁵⁰⁾

요컨대, 미국의 통신품위법과 관련 연방판례에 의하면 인터넷상의 명예훼손에 대해서 포털은 아무런 책임을 지지 않는다. 따라서, 미국 연방법하에서 포털은 명예훼손에 관한 뉴스나 게시물을 적극적으로 감시하거나 삭제해야 할 의무도 부담하지 않는 것으로 해석된다. 완전히 동일한 문제는 아니지만 유사한 공동불법행위의 논점으로 인터넷상의 저작권침해에 관한 인터넷서비스제공자의 책임이

48) No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

49) 129 F. 3d 327 (4th Cir.1997).

50) *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal. 4th 33, 41 (2006). 이 사건에서 원고는 피고의 이용행위가 단순하고 소극적인 이용에 그친 것이 아니라 보다 적극적으로 명예훼손적 메시지를 배포시킨 적극적 이용행위라는 점을 강조하면서 그 책임을 추궁한 바 있고 하급심법원은 그 책임을 인정한 바 있으나, 캘리포니아 주대법원은 그러한 주장을 받아들이지 않고 면책을 인정한 것이라는 점에서 너무 극단적인 해석론이라는 비판을 면하기 어렵다: Joshua Azriel, *The California Supreme Court's Decision in Barrett v. Rosenthal: How the Court's Decision Could Further Hamper Efforts to Restrict Defamation on the Internet*, 30 *Hastings Comm. & Ent L.J.* 89 (2007).

문제된 경우, 미국연방대법원은 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. 사건에서 피고 인터넷서비스제공자가 저작권침해를 감시하고 방지하기 위한 기술적조치를 취하지 아니한 것이 피고의 저작권침해 유인 내지 방조를 인정하는데 뒷받침되는 증거의 하나가 될 수 있다고 판시하면서도 그러한 감시나 방지의 기술적 조치를 취하지 않았다는 점만을 이유로 해서 공동불법행위의 책임을 부과할 수는 없다고 하는 점을 명백히 했다.⁵¹⁾

이와 같이 미국연방법령 및 판례가 인터넷서비스제공자의 책임을 아주 넓게 면제시켜주고 있는 이유에 대해서 혹자는 미국이 전통적으로 표현의 자유를 보다 중시해왔기 때문이라고 설명하기도 한다.⁵²⁾ 그러나, 미국에서 명예훼손에 관한 압도적 다수의 판례는 주법원 차원에서 형성된 것이고 주법원의 판례는 주마다 상당한 차이를 보여주고 있어서⁵³⁾ 미국이 전체적으로 명예보호보다 표현의 자유를 중시한 국가라고 단정하고 그러한 근거에서 인터넷서비스제공자의 책임을 면제하는 것이 당연하다고 설명하는 것은 커다란 오해인 것이다. 인터넷서비스제공자에 대한 책임면제는 인터넷산업의 육성과 산업내 자율규제의 촉진을 도모하기 위한 것으로 이해하는 것이 타당하다.⁵⁴⁾

2) 유럽

유럽연합(EU)의 역내시장에서의 전자상거래의 법률적 측면에 관한 유럽議會 및 理事會의 指針(Directive)⁵⁵⁾은 전산망을 제공한 사업자(mere conduits), 게시물을 일시적으로만 저장해주는 사업자(caching), 게시물이나 웹페이지를 저장해주는 사업자(hosting)와 같이 3가지 종류의 인터넷서비스제공자로 분류해서 각각의 주의의무를 나누어 규정하고 있다. 이 가운데 포털과 같이 제3자가 작성한 게시물이나 웹페이지를 저장해주는 사업자는 위법한 게시물이나 행위를 몰랐고 그러한

51) Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (Supreme Court, 2005), p.939.

52) 黃贊鉉, “사이버 스페이스에서의 名譽毀損과 人權保障-인터넷事業者의 責任과 관련하여-”, 『저스티스』 제34권 1호, 제5면 이하.

53) James R. Pielemeier, Choice of Law for Multistate Defamation--The State of Affairs as Internet Defamation Beckons, 35 Ariz. St. L.J. 55 (2003), pp. 66-92.

54) Barry J. Waldman, A Unified Approach to Cyber-Label: Defamation on the Internet, A Suggested Approach, 6 Rich. J.L. & Tech. 9 (1999), pp. 43-64.

55) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”).

게시물이나 행위의 위법성을 명백하게 해주는 사실이나 상황을 몰랐다면 그 위법한 게시물이나 행위에 대해서 책임을 지지 않고, 또한 위법한 게시물이나 행위를 알게 된 후 신속하게 그 게시물을 삭제하거나 그에 대한 접근을 차단한 경우에는 그 게시물에 대해서 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.⁵⁶⁾ 또한 동 지침 제15조에 의하면, 유럽연합 회원국들은 인터넷서비스제공자에게 그들이 송신하거나 저장하는 정보를 감시할 일반의무를 부과해서는 아니 되며, 실제로 불법적인 행위임을 드러내는 사실이나 정황을 찾아낼 일반의무를 부과해서도 안된다.

이러한 지침에 따라서, 獨逸 통신서비스법도 “서비스제공자는 그에 의해서 전송되거나 저장된 정보를 감시하거나 위법한 행위를 암시하는 상황을 조사할 책임을 부담하지 않는다”고 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 독일 통신서비스법은 기본적으로 EU의 지침 제15조를 수용한 것으로서, 타인이 제공한 정보를 저장하는 경우의 책임에 관해서 그 정보에 대한 인식이 없는 경우 또는 그 정보에 대한 인식을 하는 즉시 그 정보를 제거하거나 접속차단의 조치를 신속하게 취한 경우에는 서비스제공자가 그 정보에 대하여 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.⁵⁸⁾

독일과 마찬가지로 유럽연합의 회원국이지만 英國의 사정은 조금 복잡하다. 영국은 전통적으로 명예훼손에 대해서 엄격한 책임을 부과하고 인터넷서비스제공자에 대해서도 높은 주의의무를 부과한 입법례로 널리 알려져 있다. 영국의 名譽毀損法은 명예훼손의 책임을 면하기 위한 요건으로 ① 문제된 문건의 저자, 편집자, 출판자가 아니고, ② 그 출판에 관해서 합리적인 주의를 다했으며, ③ 명예훼손적 문건의 출판을 초래했다거나 그에 기여했다는 사실을 몰랐거나 알 수 없었다는 점을 입증해야 한다.⁵⁹⁾ Godfrey v. Demon Internet Ltd.⁶⁰⁾ 사건에서 Morland

⁵⁶⁾ Article 14 of the Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services (“Directive on electronic commerce”):

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:
 - (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent ; or
 - (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

⁵⁷⁾ 독일 통신서비스법(Teledienstegesetz, TDG) 제8조 제2항 제1문.

⁵⁸⁾ 독일 통신서비스법(Teledienstegesetz, TDG) 제11조.

⁵⁹⁾ Section 1 of the Defamation Act 1996.

판사는 이용자들이 피고 인터넷사이트를 방문해서 명예훼손 게시물을 볼 때마다 그 이용자에 대한 출판이 이루어지는 것이라고 보고, 게시판운영자 등의 서비스 제공자가 명예훼손게시물의 존재를 전혀 모르는 배포자(innocent distributor)에 불과하다고 하는 점을 입증하지 못하는 한 그 게시물에 대해서 출판자(publisher)로서의 책임을 지게 된다고 판시한 바 있다. 이와 같이 인터넷서비스제공자를 출판자로 추정하는 판례의 태도에 의하면 포털과 같은 서비스제공자가 영국의 명예훼손법하에서 면책되기는 극히 어렵다고 말할 수 있다. 그러나, 앞에 소개한 유럽연합의 전자상거래 지침을 반영하기 위해서 2002년도에 제정한 “전자상거래지침시행법”은 포털과 같은 서비스제공자가 위법한 게시물이나 행위를 몰랐고 그러한 게시물이나 행위의 위법성을 알 수 있게 할 만한 사실이나 상황을 몰랐다면 그 위법한 게시물이나 행위에 대해서 책임을 지지 않고, 또한 위법한 게시물이나 행위를 알게 된 후 신속하게 그 게시물을 삭제하거나 그에 대한 접근을 차단한 경우에는 그 게시물에 대해서 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다.⁶¹⁾ 여기에서 해석상 어려운 점은 “게시물이나 행위의 위법성을 알 수 있게 할만한 사실이나 상황”을 몰랐다면 책임을 면하지만 무엇이 그러한 사실이나 상황에 해당되는지 불명확하다는 점이다. 유럽연합의 지침은 위법성이 명백한 사실이나 상황에 한정하고 있기 때문에 영국의 법령이 유럽연합의 지침과 일치하는 것인지 여부가 문제되고, 영국의 전자상거래지침시행법은 포털과 같은 서비스사업자로 하여금 자신의 컴퓨터에 저장된 게시물이나 문건이 명예훼손에 해당되는 것인지 항상 감시하고 검열해야 할 주의의무를 부과한 결과로 되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.⁶²⁾ 만일 서비스제공자에게 감시 내지 검열의 의무가 사실상 부과되는 것으로 해석된다면, 이러한 결과는 유럽연합지침의 불이행으로 인한 영국정부의 책임을 초래하게 될 것이다.

3) 日本

다음으로, 일본의 사례를 보면, 니프티서브(Nifty Serve) 사건⁶³⁾에서 동경고등재판소는 명예훼손의 피해자가 반론 등의 방법으로 자신을 구제할 수단을 가지

60) [2001] QB 201.

61) Regulation 19 of the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.

62) Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford Univ. Press, 2005), p.223.

63) 동경고등재판소 平成 13年 9月 5日, 平9 (ネ) 2633号, 平9 (ネ) 2668号, 平9 (ネ) 2631号, 平9 (ネ) 5633号 판결.

고 있지 못하고 회원 등으로부터 지적을 받고 대책을 강구하여도 아무런 효과가 없는 등 예외적인 경우에만 관리자에게 삭제의무가 발생한다는 전제 하에 위 사건의 경우 삭제의무가 발생하지 않는다고 판시했다. 또한, 1999년 동경도립대 사건⁶⁴⁾에서도 동경지방법재판소는 가해자도 피해자도 아닌 제3자인 네트워크 관리자에게 명예훼손 행위가 생기는 것을 방지하여야 할 사법상의 의무를 지우는 것은 적절하지 않다는 점을 분명히 했다. 특히, 네트워크 관리자가 명예훼손 문서가 있다는 사실을 인식한 경우에 있어서도 해당 문서를 삭제해야 할 의무를 부과하기 위해서는, 명예훼손 문서에 해당하는가, 가해행위의 태양이 심히 악질적인 것인가와 피해의 정도가 심대한가 등에 관한 판단에 있어서 일응 명백하다고 볼 수 있는 극히 예외적인 경우에 한해서 그러한 의무가 부과될 수 있다고 판시한 점이 주목된다.

3. 소 결

이상에서 본 바와 같이, 선진외국의 입법례 및 관련 판결들은 인터넷서비스제공자를 출판자가 아닌 배포자로 보고 있고, 인터넷서비스제공자가 배포자로서 책임을 부담하는 것도 극히 명예훼손이 명백한 예외적인 경우에 한해서 인정하고 있다. 미국의 경우에는 배포자로서의 책임조차도 면책하고 있는 법령과 판례가 지나치게 표현의 자유만을 중시하고 명예의 보호는 너무 어렵게 하는 것이 아닌가 하는 비판이 제기되고 있다.⁶⁵⁾ 그러나, 대법원 판결과 같이 포털을 보도매체로 보아 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 부담케 하고 아래와 같이 게시물에 대한 사실상의 감시 내지 검열의무를 부과하는 것도 미국에서와는 정반대의 방향으로 표현의 자유와 명예의 보호와의 사이의 균형을 깨뜨리는 무리한 해석론이라고 하는 비판을 면하기 어렵다. 요컨대, 포털의 주의의무와 책임은 게시물에

64) 동경지방법재판소 平成 11年 9月 24日, 平10 (ク) 23171号 판결(판례시보 1707호, 139면).

65) Doe v. GTE Corp., 347 F.3d 655, 660 (7th Cir. 2003); Megan M. Sunkel, And the I(Sp)S Have It . . . But How Does One Get It? Examining the Lack of Standards for Ruling on Subpoenas Seeking to Reveal the Identity of Anonymous Internet Users in Claims of Online Defamation, 81 N.C. L. Rev. 1189 (2003); Barry J. Waldman, A Unified Approach to Cyber-Libel: Defamation on the Internet, A Suggested Approach, 6 Rich. J.L. & Tech. 9 (1999); Melissa A. Troiano, The New Journalism? Why Traditional Defamation Laws Should Apply to Internet Blogs, 55 Am. U. L. Rev. 1447 (2006); Joshua Azriel, The California Supreme Court's Decision in Barrett v. Rosenthal: How the Court's Decision Could Further Hamper Efforts to Restrict Defamation on the Internet, 30 Hastings Comm. & Ent L.J. 89 (2007).

대해서 포털이 행사할 수 있는 통제권의 범위에 비례해서 부과되어야 할 성질의 것이므로,⁶⁶⁾ 포털을 확실히 출판자로 보고 출판자로서의 책임을 부과하는 것은 위험한 논리이다.

V. 포털의 게시물로 인한 責任

1. 포털의 注意義務

인터넷 포털이 피해자의 통지 등에 의해서 명예훼손에 해당되는 게시물을 알고 삭제 내지 차단할 수 있었음에도 불구하고 그대로 방치한 경우에는 그 게시물로 인한 명예훼손을 방조한 것이고 따라서 그 게시물의 작성자와 함께 共同不法行爲의 책임을 지게 된다.⁶⁷⁾ 그러나, 피해자의 삭제요청에 따라 포털이 불법게시물을 삭제하는 등의 조치를 취한 경우에는 포털에게 책임을 추궁하기 어렵다.⁶⁸⁾ 여기에서 어려운 논점은 피해자의 삭제요청이 없거나 삭제요청 이후에도 지속적으로 포털이 불법게시물을 찾아서 삭제해야 하는지 여부이다. 김○○ 사건에서 대법원은 “피해자로부터 구체적·개별적인 게시물의 삭제 및 차단요구를 받은 경우는 물론, 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물의 불법성이 명백하고 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 주의의무”가 있다고 판시한 바 있다.⁶⁹⁾ 우선, 인터넷

66) Matthew G. Jeweler, The Communications Decency Act of 1996: Why § 230 is Outdated and Publisher Liability for Defamation Should be Reinstated Against Internet Service Providers, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 3 (2007).

67) 모두 포털의 책임을 다룬 사례는 아니지만 그와 유사한 책임주체가 될 수 있는 게시판 운영자 등에 관한 사례로 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결, 서울서부지방법원 2007. 4. 19. 선고 2006나8560 판결, 부산지방법원 2006. 8. 25. 선고 2004가단119260 판결 참고.

68) 모두 포털의 책임을 다룬 사례는 아니지만 그와 유사한 책임주체가 될 수 있는 게시판 운영자 등에 관한 사례로 대구지방법원 2003. 8. 10. 선고 2003나9535 판결, 서울중앙지방법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합11220 판결, 서울중앙지방법원 98가합111554 판결, 서울고등법원 2007. 1. 10. 선고 2006나48160 판결 참고.

69) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.

이용자들이 올린 명예훼손적 게시물에 대해서 포털이 법령상 또는 계약상 어떠한 주의의무를 부담하고 있는가부터 검토해보도록 한다.

(1) 법령 및 계약상의 注意義務

포털의 주의의무에 관한 규정을 찾아볼 수 있는 법령으로는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 “情報通信網法”이라고 약칭함)을 들 수 있다. 정보통신망법에 의하면, 포털 즉 정보통신서비스제공자는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 않도록 노력해야 할 추상적인 의무를 부담하고, 구체적인 주의의무로는 권리자의 삭제 등의 요청이 있는 경우 지체 없이 삭제·임시조치 등의 필요한 조치를 해야 할 의무를 가지며, 그러한 조치를 취한 경우에는 권리침해로 인한 포털의 배상책임이 감경 또는 면제된다.⁷⁰⁾ 정보통신망법은 명예훼손 등 타인의 권리침해가 발견되는 경우에 포털이 임의로 임시조치를 할 수 있다고 규정하고 있지만, 피해자의 요청이 없음에도 불구하고 명예훼손을 감시 및 삭제해야 할 의무를 부과하고 있는 것은 아니다.

포털의 契約上 注意義務는 이용약관을 통해서 확인해볼 수 있다. 주요포털의 이용약관에 의하면, 권리자는 불법게시물의 삭제 등을 요청할 수 있고 그러한 요청이 있으면 포털은 관련법에 따른 조치를 취해야 할 의무를 부담하지만 권리자의 요청이 없는 경우에는 포털이 임시조치를 취할 수 있는 권리를 가질 뿐이다.⁷¹⁾

70) 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조 제2항, 제44조의 2 제2항 및 제6항.

71) 네이버 이용약관 제16조(<http://www.naver.com/rules/service.html>)

①“회원”의 “게시물”이 “정보통신망법” 및 “저작권법” 등 관련법에 위반되는 내용을 포함하는 경우, 권리자는 관련법에 정한 절차에 따라 해당 “게시물”의 게시중단 및 삭제 등을 요청할 수 있으며, “회사”는 관련법에 따라 조치를 취하여야 합니다.

②“회사”는 전항에 따른 권리자의 요청이 없는 경우라도 권리침해가 인정될 만한 사유가 있거나 기타 회사 정책 및 관련법에 위반되는 경우에는 관련법에 따라 해당 “게시물”에 대해 임시조치 등을 취할 수 있습니다.

Daum 서비스약관 제12조(http://www.daum.net/doc/info.html?t_nil_footer=menu5)

①이용자의 공개게시물의 내용이 다음 각 호에 해당하는 경우 “Daum”은 이용자에게 사전 통지 없이 해당 공개게시물을 삭제할 수 있고, 해당 이용자의 회원 자격을 제한, 정지 또는 상실시킬 수 있습니다.

1. 다른 이용자 또는 제3자를 비방하거나 중상 모략으로 명예를 손상시키는 내용
2. 공서양속에 위반되는 내용의 정보, 문장, 도형 등을 유포하는 내용
3. 범죄행위와 관련이 있다고 판단되는 내용
4. 다른 이용자 또는 제3자의 저작권 등 기타 권리를 침해하는 내용
5. 기타 관계 법령에 위배된다고 판단되는 내용

대법원은 김○○사건에서 포털은 피해자의 명시적인 요구를 받지 않더라도 일정한 경우에는 불법적인 게시물을 감시하고 삭제할 주의의무를 부담한다고 판시하고 있지만, 현행 정보통신망법이나 계약 어디에서도 포털에 그러한 주의의무를 부과하고 있다고 볼 근거는 전혀 찾아볼 수 없다. 그렇다면 공동불법행위에 관한 일반법이라고 말할 수 있는 민법 제760조로 되돌아가서 민법상 방조책임의 요건 또는 방조책임에서 요구되는 주의의무가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다.

민법상 방조책임은 제3자의 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 때에 성립된다고 해석되고 있다.⁷²⁾ 법령이나 계약상으로는 포털이 불법게시물을 감시 또는 삭제해야 할 주의의무를 부담한다고 볼 근거를 찾을 수 없더라도, 그러한 주의의무는 條理상으로도 도출될 수 있다. 김○○사건에서 대법원은 포털이 인터넷 게시공간이라는 “위험원(危險源)”을 창출·관리하면서 그로 인한 경제적 이익을 얻고 있으므로, 그러한 위험으로 인하여 피해가 발생하지 않도록 상황에 따라 적절한 관리를 하여야 할 주의의무가 있다고 보고, 따라서 불법성이 명백한 게시물로 인한 타인의 법익 침해 가능성을 충분히 인지할 수 있고 그의 관리가 미칠 수 있는 일정한 범위 내에서는 불법게시물을 감시 및 차단할 주의의무가 있다고 판시하고 있다.⁷³⁾ 대법원은 법령상 포털에 부과된 주의의무보다 훨씬 더 높은 수준의 주의의무를 부과하고 있는데, 과연 법령을 무시하고 條理상 새로운 주의의무를 끌어내는 것이 타당하고 합리적인 것인지는 의문이다.

(2) 관련 判例

이러한 대법원 판결은 포털의 注意義務와 責任減免에 관한 규정을 두고 있는 정보통신망법의 취지에 반하고⁷⁴⁾ 기존의 대법원 판례와도 모순되는 것이며, 인터넷상의 표현의 자유를 위축시킴으로써 정치, 경제적으로 커다란 부작용을 초래할

6. 종교적, 정치적 분쟁을 야기하는 내용으로서, 이러한 분쟁으로 인하여 Daum의 업무가 방해되거나 방해되리라고 판단되는 경우

②이용자의 공개게시물로 인한 법률상 이익 침해를 근거로, 다른 이용자 또는 제3자가 이용자 또는 “Daum”을 대상으로 하여 민형사상의 법적 조치(예 : 고소, 가처분신청, 손해배상청구소송)를 취하는 동시에 법적 조치와 관련된 게시물의 삭제를 요청해오는 경우, “Daum”은 동 법적 조치의 결과(예 : 검찰의 기소, 법원의 가처분결정, 손해배상판결)가 있을 때까지 관련 게시물에 대한 접근을 잠정적으로 제한할 수 있습니다.

72) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2006다78336 판결.

73) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.

74) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의2 및 제44조의3.

것이라는 심각한 우려를 낳고 있다. 기존의 판례에 의하면, 명예훼손에 해당되는 게시물에 삭제요청을 받고도 신속하게 삭제하지 아니한 경우에는 포털 또는 인터넷서비스제공자가 공동불법행위의 책임을 지지만 그러한 삭제요청이 없는 경우에도 그 게시물을 알 수 있었다는 사정만으로 그것을 즉시 삭제해야 할 의무까지 부담하는 것은 아니라는 입장을 견지하고 있었다. 예컨대, 전자게시판을 설치, 운영하는 하이텔이 그 이용자로부터 자신에 대한 비방의 글을 삭제하여 달라는 요청을 받고도 5~6개월간 방치한 사건에서, 대법원은 전자게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자가 그 글을 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있음에도 불구하고 그러한 의무에 위반한 것이므로 손해배상책임을 인정한다고 판시한 바 있다.⁷⁵⁾ 이 사건에서 대법원은 인터넷서비스제공자가 명예훼손적인 게시물을 알았거나 “알 수 있었던 경우”에 그 게시물을 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 한다는 점을 언급하고 있지만, 피해자의 삭제요청에 의해서 명예훼손적 게시물의 존재를 알았던 사안에 관한 판결이라는 점을 감안해보면, “알 수 있었던 경우”의 주의의무에 관한 판시사항은 방론으로서의 가치만을 가지는 것이 아닌가 생각된다. 특히 언제 그리고 어떠한 경우가 “알 수 있었던 경우”에 해당되는지에 관한 구체적인 기준의 제시가 없기 때문에, 피해자의 삭제요청이 없는 경우에 포털이 어떠한 주의의무를 지는가에 관해서는 대법원판결로부터 중요한 판단기준을 찾아내기가 어렵다.

다른 한편, 피고 지방자치단체가 운영하는 인터넷 홈페이지에서 원고의 공직생활 중 성추행 등 비리에 관한 글이 게시되자 원고의 삭제요청에 따라서 피고가 그 글들을 삭제했지만, 원고는 피고가 삭제요구를 받기 전에도 명예훼손적인 글들이 게시판에 게시된 것을 알았거나 충분히 알 수 있었음에도 불구하고 이를 삭제 또는 기타의 적절한 조치를 취하지 아니하여 원고가 이로 인하여 상당한 정신적 고통을 입었다고 하면서 손해배상청구를 제기한 사건에서, 대법원은 “홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다”고 판시한 바 있다.⁷⁶⁾ 피해자의 삭제요청에 따라서 운영자가 신속하게 삭제하면 불법게시물에 대해서 운영자가 책임지지 않는다고 하는 것은 민법 불법행위의 법리 및 정보통신망법의 규정에 비추어볼때 당연하고 합리적인 해석이다. 여기에서 어려운 문제는 피

75) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36810 판결.

76) 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결.

해자의 삭제요청 및 운영자의 삭제 이전 또는 이후에 운영자가 불법게시물을 알 수 있었다면 그러한 불법게시물을 삭제 또는 기타의 적절한 조치를 취하지 아니한 점에 대해서 책임을 져야 하는가의 문제이다. 어떠한 경우에 운영자가 불법게시물을 “알 수 있었던 경우”에 해당된다고 볼 것인지도 불명확하고 어려운 문제이지만, 대법원은 지방자치단체가 불법게시물의 존재를 알 수 있었던 사정만으로 항상 책임을 지는 것은 아니고 피해자의 삭제요청에 따라서 신속하게 삭제함으로써 방조의 책임은 지지 않는다고 판시한 것이다. 지방자치단체가 적법하고 건전한 비판과 불법적인 게시물을 구별하기도 어렵고 피해자의 요청이나 협조 없이 일방적으로 불법게시물을 모두 적발해서 삭제한다는 것이 현실적으로 불가능할 것이라고 하는 점이 인정된 것으로 해석된다.

건전비판과 불법게시물을 구별하기 어렵고 피해자의 협조 없이 불법게시물을 적발하는 것이 어렵다는 점은 지방자치단체의 홈페이지뿐만 아니라 포털을 포함한 모든 인터넷사이트에 공통된 문제이다. 그러나, 김○○사건에서 대법원은 명예훼손적 게시물의 불법성이 명백하고 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었으며 또한 기술적, 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는 포털사업자에게 그 게시물을 삭제하고 향후 같은 게시공간에 유사한 내용의 게시물이 게시되지 않도록 차단할 주의의무가 있다고 판시하고 있다.⁷⁷⁾ 김○○사건의 대법원판결은 인터넷 게시공간을 위험원이라고 보고 포털에 지나치게 높은 주의의무 내지 불합리한 감시의무를 부과한 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 포털에 불합리한 감시의무를 부과함으로써 얻는 것보다 잃는 것이 더 많다면, 불법행위의 기본으로 돌아가서 불법행위를 직접 행한 행위자 즉 이용자에 대한 책임을 철저히 추궁하는 방법을 모색해야 할 것이다. 우리 정보통신망법도 피해자의 구체적인 삭제요구에 의해서 포털이 삭제를 하면 책임을 면할 수 있도록 하면서 불법행위자 개인에 대한 책임의 추궁을 용이하게 하기 위해서 불법행위자에 대한 정보제공청구에 관한 규정을 두고 있다.⁷⁸⁾ 대법원은 이러한 정보통신망법상의 주의의무기준을 무시하고 불합리한 감시의무를 부과한 것이라고 하는 비난을 받을 수 있다.

77) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.

78) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조의6(이용자에 대한 정보제공 청구).

2. 피해자의 삭제요청과 포털의 監視義務

(1) 피해자의 삭제요청

우리 정보통신망법과 선진외국의 관련 입법례가 피해자의 삭제요청을 전제로 해서 인터넷사이트의 책임을 부과하는 것은 명예보호의 필요성과 인터넷사이트의 부담 사이의 적절한 균형을 이루기 위한 것이기도 하지만, 동시에 명예보호의 속성상 명예주체의 의사를 중시해야 할 필요성도 있고 인터넷 사이트에 의한 감시나 개입의 빌미를 제공하지 않도록 주의할 필요가 있기 때문이기도 한 것이다. 명예훼손에 관한 현행법을 보더라도 명예훼손을 처벌함에 있어서 명예주체의 의사를 매우 중요시하여 親告罪 내지 反意思不罰罪로 정하고 있다.⁷⁹⁾ 또한, 피해자의 명시적인 삭제 요청이 있기 전까지는 포털이 특정 게시물이 명예훼손에 해당되는지 특히 그 게시물이 진실인지 아니면 허위인지 등을 판단하기는 대단히 어려운 일이다. 그러므로 포털의 게시물에 대한 삭제 의무는 게시물이 명예훼손에 해당한다는 점과 그 게시물의 삭제에 관한 피해자의 명시적인 요청을 전제로 해서 인정하는 것이 타당하다.⁸⁰⁾

만일, 명예주체의 삭제요청이 없더라도 불법게시물의 삭제를 해야 할 의무를 부과하게 되면, 포털은 그 책임을 면하기 위해서 명예훼손적인 글이 게시되는지 항상 감시하지 않을 수 없게 된다. 대법원은 포털에 삭제의무를 부과함에 있어서 그 게시물의 불법성이 명백하고 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 경우로 한정하고 있다.⁸¹⁾ 이와 같이 대법원이 여러 가지 요건하에서 제한적으로만 포털의 삭제의무를 부과한 것은 명예보호와 표현의 자유 사이의 균형을 유지하기 위한 바람직한 노력으로 보인다. 다만, 대법원 판결에서 別個意見도 정확히 지적하고 있는 바와 같이, 포털이 ‘불법성이 명백한 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식한 경우’뿐만 아니라 ‘그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나는 때’에도 삭제의무를 부담하게 된다면 그 기준의 불명확성으로 인해서 결국 포털에게 간접적인 방법으로 게시물에 대한 상시검열의무를 부과하는 것과 다를 바 없다. 또한, 대법원이 제시한 요건 하에서도 명예훼손을 비롯한 불법성 여부는 법률 전문가들조차도 판단하기 어려운 문제인데 포털의 모니터링 요원이 어

79) 형법 제312조 제1, 2항, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조 제3항 등.

80) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결 제17면 이하 별개의견 참고.

81) 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결.

떻게 불법성을 판단할 것인지 그리고 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백한 경우란 무엇을 뜻하는지 너무나도 불명확하다. 요컨대, 대법원의 다수의견이 제시한 삭제의무의 기준이 초래하게 될 포털의 감시 내지 사전검열은 명예의 보호를 통해서 얻는 사회적 이익 이상으로 훨씬 더 커다란 사회적 비용을 수반하게 된다. 현행 정보통신망법은 명예훼손에 해당되는 게시물이 있다고 인정되는 경우 그에 대한 접근을 차단할 수 있도록 허용하고 있지만, 삭제나 차단을 위해서 게시물을 모두 감시하고 사전 검열하는 것까지 허용하거나 감시와 검열의 의무를 부과한 것은 아니다.⁸²⁾ 대법원의 다수의견은 현행 법령이 포털에 부과한 주의의무 이상으로 사실상 감시/검열의무를 부과한 결과가 된다.⁸³⁾ 그러나, 이하에서 보는 바와 같이 피해자의 삭제요청 여부와 무관하게 인터넷 포털에 감시 내지 검열의무를 부과하는 것은 정치적, 경제적 부작용을 초래하고 명예훼손보다 더 커다란 가치의 희생을 초래할 뿐이다.⁸⁴⁾

(2) 포털에 의한 감시의 政治的 副作用

포털들이 피해자의 명시적인 삭제 요청 등이 있기 전에도 명예훼손적인 기사 또는 게시물이 게시되는지 여부를 일반적으로 감시할 의무가 있다고 보는 경우, 포털들은 법적 책임을 부담할 위험성을 피하기 위해 당해 기사 또는 게시물이 조금이라도 명예훼손의 위험이 있거나 모욕적인 내용을 포함하고 있다고 불가능성이 있다면 이를 적극적으로 삭제하는 조치를 취할 수밖에 없다. 이에 따라, 포털로 하여금 기사의 작성자인 언론사의 의사와 무관하게 기사를 임의로 삭제할 수 있도록 하고 이용자들의 자유로운 의견을 원천적으로 그리고 과잉 차단하도록 할 것이다. 이러한 감시 및 삭제의무의 부과는 결과적으로 ① 포털이 언론 보도 및 게시물에 대한 광범위한 검열 권한을 행사하게 되는 결과를 초래하고, ② 포털 스스로 법적 책임 발생의 여지를 최소화하기 위하여 게재되는 정보의 양과 종류를 스스로 제한하게 할 것이고⁸⁵⁾ 궁극적으로 언론의 자유 및 표현의

82) 권영준, “명예훼손에 대한 인터넷서비스 제공자의 책임”, **LAW & TECHNOLOGY** 제2권 제2호(2006. 3), 제56면.

83) 합리적인 수준의 주의의무를 넘어서서 포털에 검열의무를 부과하는 경우의 문제점과 폐해에 대해서는 외국에서도 많은 지적이 있어 왔다: Xavier Amadei, *Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, Defamation, and Illicit Content*, 35 *Cornell Int'l L.J.* 189 (2002), pp.211-212.

84) 김재형, “인격권에 관한 판례의 동향”, **민사법학**, 27호(2005. 3.) 제388면, 김기섭, “인터넷상의 명예훼손과 온라인서비스 제공자의 책임”, **법률신문**, 제3221호(2003. 11. 24.자).

자유를 심각하게 위축하는 부작용을 초래할 것이다.⁸⁶⁾

명예훼손에 해당되는지 여부는 법조인들도 판단하기 어렵고 국가마다 표현의 자유와의 균형을 달리 잡고 있어서 상이한 판단기준으로 취급되고 있다. 포털에 일반적 감시의무를 부과하게 되면, 알바생처럼 경험이 일천한 직원에 의해서 명예훼손 여부가 판단되어 댓글의 폭력성을 지적하는 건전한 批判도 삭제될 수 있는 등의 불합리한 결과가 발생하게 된다. 정반대로 포털이 외부의 의견이나 영향을 받아서 게시물을 감시하기 시작하면, 결과적으로 政府에 대한 비판이나 企業非理에 대한 비판은 모두 삭제되어 21세기형 권위주의 사회로 후퇴하게 될 것이다.⁸⁷⁾ 다른 한편, 만일 포털이 기계적인 방법으로 게시물을 감시하고 삭제한다면, 특정 단어가 포함된 명예훼손뿐만 아니라 동일한 단어를 포함한 건전한 비판과 새로운 아이디어까지 모두 삭제하는 결과로 되어 사상의 빈곤을 초래하고 민주주의 후진국으로 전락하게 될 것이다.

(3) 포털에 의한 감시의 經濟的 非效率性

포털이 일반적인 감시의무를 이행하기 위해서는 온라인상에 위법한 내용이 포함된 언론 기사를 포함한 게시물이 존재하는지 실시간으로 감독을 해야 하는데, 인터넷상에는 수시로 게시물들이 게재되고 있고 포털이 제공한 서비스가 매우 다양하다는 점에서 이를 상시 감독하기 위해서는 막대한 비용과 시간이 투여될 수밖에 없다. 또한, 이러한 감시의무는 포털뿐만 아니라 이와 유사한 인터넷서비스제공자들에게도 적용될 수밖에 없다. 나아가, 민간이나 정부기관을 막론하고 운영 중인 인터넷 홈페이지의 게시판에서 이용자들의 게시를 허용하는 한 상시적으로 명예훼손적인 표현의 존부를 감시해야 하며, 조금이라도 명예훼손으로 의심된다면 스스로 삭제하는 결과를 초래할 것이다.

결국, 이와 같은 포털의 검열비용, 손해배상액 등은 加害者 내지 不法行爲者로부터 구상되지 못하고 결과적으로 선량한 이용자 모두에게 전가되고, 자유로운

85) Scott Sterling, International Law of Mystery: Holding Internet Service Providers Liable for Defamation and the Need for a Comprehensive International Solution, 21 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 327 (2001), p.345.

86) 성선제, “인터넷상의 명예훼손”, 인터넷법을 통권 제13호 참조; 정상규, “사이버 명예훼손의 제문제”, 언론중재, 제25권 2호(2005. 6.) 제65면.

87) 중국 정부의 압력이 있었지만, 인터넷 전화프로그램 Skype, 검색프로그램 Google, 포털 MSN은 “Falun Gong” “Dalai Lama”와 같은 단어를 검열해서 관련 메시지나 게시물을 삭제해서 세계적인 비난을 받은 바 있다. Jonathan Zittrain, The Future of the Internet and How to Stop it (Yale University Press, 2008), p.113.

정보의 유통으로 발전하여야 할 인터넷 관련 산업의 위축을 불러오게 되며, 이러한 법률원칙의 발전은 민간분야나 공공분야를 막론하고 적용될 것이어서 궁극적으로 지식정보사회의 발전을 결정적으로 저해하는 요인이 될 수 있다.

기본적으로 포털시장은 兩面市場(two-sided market)⁸⁸⁾으로서 광고서비스로 수익을 창출하는 대신 콘텐츠는 무료로 제공하기 때문에 이용자들이 의한 콘텐츠 소비의 대중화를 특징으로 할 뿐만아니라 동시에 이용자들이 콘텐츠의 생산에도 참여함으로써 생산의 대중화를 또 하나의 특징으로 하고 있다.⁸⁹⁾ 따라서, 대부분의 이용자들이 콘텐츠 생산에 참여함에 따라서 포털상의 정보와 각종 게시물은 아주 다양하고 포괄적인 주제에 걸쳐 있고, 그 품질이 아주 좋은 것부터 거칠고 신뢰받기 어려운 것에 이르기까지 다양하다는 특징을 가지고 있다. 포털은 양면 시장에서 그 사회적 기능이 급성장한 성공적인 사업모델인데, 만일 하부의 거칠고 신뢰받기 어려운 게시물을 규제하기 위해서 포털에 일반적 검열과 감시의무를 부과하게 된다면, 포털로 하여금 기존의 신문사와 출판사처럼 품질통제를 하도록 유도하게 되고 전반적으로 포털시장의 성공적인 사업모델을 사라지게 만드는 경제적 부작용을 초래하게 될 것이다.⁹⁰⁾ 특히 본건의 피고인 겸 상고인 NHN과 Daum처럼 상당한 수익을 올리는 포털은 어느 정도 일반적 감시의무를 견딜 수 있을지 모르지만 수많은 영세 포털이나 관공서의 열악한 포털은 그 존립 자체가 어렵게 될 것이다.

포털에는 엄격한 국경이 없기 때문에, 국내 포털에 대해서 과다한 책임을 부과하게 되면 이용자들이 외국의 포털로 대거 이동하게 되고 국내 인터넷 산업은 크게 위축될 수도 있다. 다시 말해서, 국내 포털에 대해서 일정한 요건하에 삭제의무를 부과하더라도, 외국 포털에 대해서는 동일한 삭제의무를 강제할 수 없기 때문에, 국내 포털에 대해서만 삭제의무를 부담시키는 逆差別이 발생할 수 있다. 포털사이트에 대해서 명예훼손 등에 관한 일반적 감시의무 내지 적극적 삭제의무를 부과하게 되면 영세포털이나 관공서의 포털은 퇴출되고 기존의 대형포털

88) 태현수, 인터넷 포털 서비스의 잠재탄력성 추정 및 시장획정, 서울대학교 대학원 경제학 석사학위논문, 2008.

89) 2006년 1월 25일 포털 네이버의 댓글을 분석한 결과, 네이버의 뉴스를 이용하는 누리꾼의 숫자는 하루 평균 120만명 수준이며 이 중에서 3만명, 즉 전체 이용자의 2.5%가 평균 12만 건 가량의 댓글을 올리는 것으로 조사되었다. 서이중, 인터넷 이용행태와 댓글문화, 서울대학교 技術과法센터 2009년도 제5회 워크숍 발표문.

90) 黃性基, 言論媒體規制에 관한 憲法學的 研究 - 放送·通信의 融合에 對한 言論媒體規制制度의 改善方案 - (서울대학교 박사학위논문, 1999), 259면

이용자들은 Google과 같은 외국의 포털로 이동할 수 있다.⁹¹⁾

3. 著作權 侵害와 名譽毀損의 비교

한편, 저작권 침해 게시물에 대한 포털의 책임과 비교해 볼 때에도, 명예훼손적 게시물에 대해서는 피해자의 명시적 삭제요청 등이 반드시 전제가 되어야 한다고 할 것이다.

(1) 著作權 侵害로 인한 책임과의 유사성

현행 저작권법은 포털에 대해서 저작권침해를 감시하거나 필터링할 의무를 부과하지 않고 있다. 온라인서비스를 이용한 저작물 등의 복제·전송에 의하여 저작권 등의 권리가 침해됨을 주장하는 자는 권리침해 사실을 소명⁹²⁾하여 온라인서비스제공자에게 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시킬 것을 요구할 수 있고,⁹³⁾ 온라인서비스제공자는 이러한 저작권자의 침해주장의 通知를 받은 경우에는 즉시⁹⁴⁾ 그 저작물 등의 복제·전송을 중단시켜야 한다. 온라인서비스제공자가 이러한 권리주장자의 요구에 의하여 저작물 등을 제거시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 등 권리의 침해에 대한 온라인서비스제공자의 책임을 감경 또는 면제할 수 있다.

91) 한국정보사회진흥원 정책개발팀(2008), **IT정책연구 시리즈 제14호 : 해외 주요국 인터넷 규제현황과 시사점**.

92) 소명자료의 구체적인 내용은 저작권법 시행령 제40조에서 정하고 있다. 먼저, 자신의 저작권 등이 침해됨을 주장하는 자(이하 “권리주장자”라 한다)는, 문화관광부령으로 정하는 요청서(전자문서로 된 요청서를 포함한다)에 1. 자신이 그 저작물등의 권리자로 표시된 저작권 등의 등록증 사본 또는 그에 상당하는 자료 또는 2. 자신의 성명등이나 이명으로써 널리 알려진 것이 표시되어 있는 저작물 등의 사본 또는 그에 상당하는 자료 중 어느 하나에 해당하는 소명 자료(전자문서를 포함한다)를 첨부하여 온라인서비스제공자에게 제출하여야 하며, 다만 권리주장자가 저작권신탁관리업자이거나 최근 1년 이내에 반복적인 침해행위에 대하여 권리자임을 소명할 수 있는 자료를 이미 제출한 사실이 있는 경우에는 요청서만 제출하여도 된다. 이러한 구체적 내용은 17 U.S.C. §512(c)(3), 즉 디지털 밀레니엄 저작권법 512조 (c)(3)의 내용과 유사하다.

93) 이러한 통지가 유효하지 않는 한 온라인서비스제공자는 침해물을 제거하지 않아도 책임을 부담하지 않는다는 것이 미국의 Notice & Take down 절차의 골격이다. 마찬가지로의 내용을 도입한 한국 저작권법의 운영에 있어서도 저작권자가 비록 통지하였더라도 적법한 요건을 구비한 통지가 아닌 한 온라인서비스제공자의 면책을 다룰 수 없게 된다. 이를 직접 거론한 최근의 판결로는 비록 단독판사에 의한 것이기는 하나 서울중앙지방법원 2007. 11. 30. 선고 2006가단410891 판결이 보인다.

94) 구 저작권법에서는 “지체없이”라고 표현하고 있던 것을 2006. 12. 1. 개정시 “즉시”로 바꾸어 정하였다.

또한, 온라인서비스제공자가 권리침해 사실을 알고 저작물의 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 그 책임을 감경 또는 면제할 수 있고, 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 책임을 면제한다.⁹⁵⁾

이와 같이 현행 저작권법은 정보통신망법과 마찬가지로 포털에 대해서 저작권 침해를 감시하거나 필터링할 의무를 부과하지 않고 있지만, 대법원판례는 사실상 필터링의무를 부과하고 있는 것으로 보여진다. 소위 ‘소리바다1’사건에서 대법원은 음반제작자들의 저작권침해를 침해하리라는 사정을 미필적으로 인식하였거나 적어도 충분히 예견할 수 있었음에도 불구하고 소리바다 프로그램을 개발하여 무료로 나누어 주고 소리바다 서버를 운영하면서 그 이용자들에게 다른 이용자들의 접속정보를 제공함으로써, 이용자들이 저작권침해 행위를 실행하는 것을 용이하게 하였으므로 그에 대한 방조책임을 부담한다고 판시한 바가 있다.⁹⁶⁾ 대법원은 소리바다사건에서 직접적으로 필터링의무를 부과하지는 않았지만 권리침해를 “예견할 수 있었음”에도 불구하고 아무런 감시 내지 필터링조치 없이 영업을 계속한 것이 방조책임을 근거라고 암시하고 있는 것이다. 이러한 대법원의 입장으로 인해서 하급심은 인터넷사이트의 필터링의무를 부과하고 있다. ‘소리바다5’는 기존의 소리바다서비스보다 중앙서버의 역할이 훨씬 줄어들고 저작권침해 화일의 공유금지를 위한 다양한 기술적조치를 취한 서비스이다. 그런데, 서울고등법원은 파일공유 서비스운영자가 방조책임을 면하기 위해서는 필터링조치를 취해야 한다는 것을 명백히 하면서 ‘소리바다5’가 취하고 있는 소극적 필터링⁹⁷⁾ 내지 그린파일 시스템⁹⁸⁾은 불법복제의 감시 내지 제거에 충분한 조치라고 볼 수 없기 때문에 소리바다5 운영자는 저작권침해에 대한 방조의 책임을 져야 한다고 판시한 바 있다.⁹⁹⁾ 서울고등법원은 한 걸음 더 나아가 소리바다가 “적극적 필터링”¹⁰⁰⁾의 기술을 채택해야 저작권침해로 인한 방조의 책임을 면할 수 있다고 판시함으로써, 기본적으로 자유로운 파일공유 방식의 사업모델로 성공한 소리바다로 하여금 음원판매방식의 사업방식으로 바꿀 것을 사실상 강요하고 있다. 소리

95) 저작권법 제102조 및 제103조.

96) 대법원 2007.1.25. 선고 2005다11626 판결.

97) 저작권침해권자 등 권리자들로부터 필터링(공유금지)을 요청받거나 이미 위 운영자가 공유금지로 설정하여 놓은 음원 파일들에 대하여만 필터링을 실시하는 방식.

98) 저작권침해권자 등 권리자들이 위 서비스 운영자에게 자신들의 음원 정보를 제공하여 필터링을 요청한 후, 위 운영자의 승인절차를 거쳐 파일공유를 금지하는 시스템.

99) 서울고등법원 2007. 10. 10. 자 2006라1245 결정.

100) 권리자들로부터 이용허락을 받은 음원의 파일에 대하여만 파일공유를 허용하는 방식.

바다와 아주 유사한 미국 사례로 Grokster사건이 있는데 그 법리전개는 상당히 다른 것을 볼 수 있다. Grokster 사건에서 미국연방대법원은 피고 파일공유 서비스운영자가 필터링 등의 기술을 채택하지 아니한 점이 피고들의 저작권침해 유인 목적을 인정할 수 있는 하나의 증거사실이 될 수 있다고 하면서도, 피고가 단지 필터링 등의 조치를 채택하지 않았다는 점만으로는 피고에게 책임을 부과할 수는 없다고 판시하고 있다.¹⁰¹⁾ 우리 판례는 인터넷서비스제공자에게 불법게시물의 감시 및 삭제의무를 부과한다는 점에서 저작권침해로 인한 책임과 명예훼손으로 인한 책임을 아주 유사한 것으로 접근하고 있는 것으로 보인다. 그러나, 미국의 입법례 및 판례는 저작권침해와 명예훼손으로 인한 책임의 요건을 전혀 달리 파악하고 있고, 아래에서 지적하는 바와 같이 상당한 차이점이 있음을 부인할 수 없다.

(2) 著作權侵害와 名譽毀損의 차이점

저작권 침해의 경우 권리주장자가 저작권이 침해되었다는 사실을 통지하는 경우, 저작권 침해여부를 판단하는 것이 비교적 용이하므로 포털이 이를 삭제하는 것이 문제될 가능성이 거의 없다. 표절과 같이 저작권침해여부가 불명확한 경우에는 권리침해의 통지 없이 파일을 삭제할 수가 없고, 완전히 동일한 무단복제물(dead copy)의 경우에는 금칙어 등의 비교적 단순한 기술적 조치만으로도 상당한 정도의 삭제가 비교적 용이하게 이루어질 수 있다. 그러나, 명예훼손의 경우에는 법률전문가들조차 명예훼손에 해당하는지 여부를 판단하기 곤란하므로 피해자가 명예훼손적 게시물이라고 신고하기 전까지는 이를 포털의 직원이 스스로 판단해서 적극적인 삭제조치를 취하는 것이 어렵다. 또한 금칙어 등의 기술적감시조치는 필연적으로 금칙어를 포함한 건전한 비판까지도 삭제하는 과잉규제의 위험성을 내포하게 되어 있다. 특히, 명예훼손의 경우 형법 제310조에서 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 않는다고 하는 위법성조각사유를 규정하고 있으므로, 당해 게시물이 명예훼손적인 게시물인지 아니면 표현의 자유에서 허용하고 있는 범위 내의 적법한 게시물인지 여부를 법률전문가가 아닌 일반인이 판단하는 것은 더욱 어렵다.

이와 같은 점에 비추어 볼 때, 포털은 저작권 침해의 경우보다 명예훼손의 경우에 사실통지 내지 삭제요청을 받고 삭제한 경우에 면책해주어야 할 필요성이 더 크고, 그러한 통지나 요청없이도 삭제의무를 부과하거나 공동불법행위책임을

¹⁰¹⁾ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., et al. 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764 (Supreme Court, 2005), p.2769.

부과하는 것은 더 커다란 부작용을 초래할 것이다. 그런데, 저작권 침해의 경우 포털이 권리주장자의 복제 및 전송의 중단 요청을 받은 이후에 이를 중단하고, 복제 및 전송자에게 그 사실을 통지하는 절차 등을 두고 있으며, 포털은 저작권 법상의 절차에 따라 조치를 취하는 경우 그 책임을 면제받을 수 있도록 하고 있는 바, 명예훼손의 경우에도 저작권 침해에 관한 위 규정을 유추 적용하여 최소한 피해자의 삭제 요청이 있는 이후에 조치를 취하는 경우 책임이 면제된다고 볼 필요성이 더욱 크다고 할 것이다. 따라서, 포털은 명예훼손적 게시물에 대해 적어도 피해자로부터 구체적인 삭제 요청 등을 받은 이후에 이를 삭제하는 조치를 취할 의무가 발생한다고 보는 것이 타당하다.

4. 社會的 責任과 法的 責任의 구별

(1) 경제적 收益과 불법행위 責任

대법원과 원심법원은 포털이 “危險源”을 제공하면서 상당한 경제적 수익을 올리고 있다는 점을 전제로 해서 뉴스 및 게시물로 인한 명예훼손에 대한 책임을 져야 한다고 판시하고 있다.¹⁰²⁾ 피고(상고인)가 경제적 수익을 올리고 있기 때문에 그에 상응하게 사회적으로 책임을 져야 한다고 말할 수는 있지만, 그러한 社會的 責任과 法的 責任은 구별되어야 한다. 일반적 감시의무 또는 적극적 삭제의 무이라고 하는 법적 책임은 경제적 수익을 근거로 부과할 수 있는 성질의 책임이 아니고, 오직 명예훼손의 방지로 인해서 얻는 社會的 利益이 표현의 자유를 위축시키고 집행비용의 증가와 영세 포털의 퇴출로 인해서 받게 되는 社會的 損失보다 더 크다고 판단되는 경우에 부과될 수 있는 책임인 것이다.

대법원과 원심판결에서 피고회사들이 수익을 많이 올리고 있으니 모니터링 및 적극적 삭제의 의무를 게을리하면 책임을 져야 한다고 하는 대목은 추측컨대, 피고가 침해행위를 감시할 권리와 능력이 있고 침해행위로 인해 직접적인 금전적 이익이 있을 경우 손해에 대한 배상책임이 있다는 미국의 代位責任(Vicarious liability)에 관한 판례에서 시사받은 것이 아닌가 여겨진다.¹⁰³⁾ 미국판례상 대위책임은 대한민국 불법행위 체계와 굳이 비교해본다면 종업원이 일해서 수익을 올

¹⁰²⁾ 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812판결; 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990판결.

¹⁰³⁾ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1022 (9th Cir. 2001) In the context of copyright law, vicarious liability extends beyond an employer/employee relationship to cases in which a defendant “has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities.”

린 기업은 종업원의 행위에 대해서 불법행위책임을 져야 한다고 하는 使用者責任의 법리와 유사한 측면은 있다. 그러나, 포털과 그 이용자와의 관계 및 인터넷상의 명예훼손에 대한 책임에는 그러한 종업원사용자의 관계가 전혀 존재하지 않기 때문에 미국의 대위책임의 법리를 확장해서 포털의 일반적인 주의의무를 이끌어내는 것은 논리적 비약이 아닌가 생각된다. 첫째, 민법 제756조의 사용자 책임은 피용자의 선임 및 감독에 상당한 주의를 한 때에는 면책되는 것을 원칙으로 하고 있는데, 포털과 그 이용자와의 관계는 선임 및 감독의 관계가 애초부터 존재하지 않기 때문에 포털에 대해서 사용자책임의 법리를 그대로 적용할 수는 없다. 둘째, 사용자가 그 책임을 진 경우에 피용자에 대해서 구상권을 행사할 수 있어야 하는데,¹⁰⁴⁾ 포털과 이용자의 관계는 아주 자유로운 관계로서 현실적으로 상계나 구상을 할 수 없는 관계인 것이다. 사용자책임의 경우에 피용자는 구상의 가능성으로 인해서 불법행위를 하지 아니하도록 노력하게 되지만, 포털의 이용자처럼 구상의 가능성이 없다면 포털에 아무리 많은 책임을 부과한다고 해도 이용자는 아무런 영향을 받을 이유가 없고 명예훼손 등의 불법행위를 줄일 필요가 없는 도덕적 해이(moral hazard)를 경험하게 될 것이다.

명예감정이 훼손되었다고 주장하는 원고에 대해서 상당한 경제적 수익을 올리는 피고로 하여금 위자료를 지급하라고 명하는 것은 사건해결을 맡은 법원으로 구체적 타당성을 실현하는 결론에 해당될지 모른다. 그러나, 그러한 결론에 도달하기 위해서 대법원이 채택한 해석론과 법리는 일반화에 따른 많은 부작용이 내포되어 있고 정보통신망법 등의 현행법의 해석상으로도 불합리한 해석이 아닌가 생각된다.

(2) 機能的 觀點에서 본 불법행위 責任

포털이 “危險源”을 제공하면서 상당한 경제적 수익을 올리고 있다는 점을 중시하면서 뉴스 및 게시물로 인한 명예훼손에 대한 책임을 져야 한다고 하는 것은 불법행위법리의 기능과도 모순되는 해석론이다. 불법행위법리의 기능을 단순히 ‘損害의 分擔’이라고 본다면, 수익을 많이 올리고 있는 포털로 하여금 손해를 부담하도록 하는 것이 타당하고 사회적 책임을 져야 한다고 하는 요구에도 합치하는 것처럼 보인다. 그러나, 동일한 사건에서 피고가 된 포털이 수익을 올리지 못하고 적자로 고생하는 기업이라면 불법행위의 책임이 없다고 판단해야 하는 불합리한 결과를 초래할 수 있다. 불법행위법리가 단순한 손해분담이나 소득재분배

¹⁰⁴⁾ 민법 제756조 제3항.

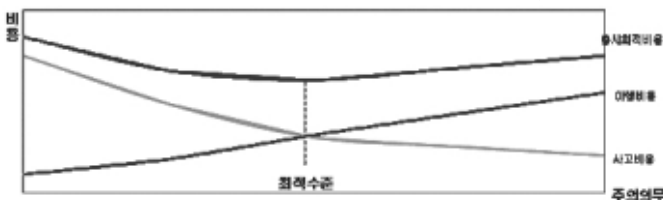
를 위한 것이 아니라 ‘효율적인’ 손해분담을 통해서 사회 전체의 事故를 輕減시키고 그로 인한 社會的費用(social costs)을 最小化하는 기능을 가지고 있는 것이라고 본다면,¹⁰⁵⁾ 피고의 수익성이 법적 책임의 판단에 영향을 주었다고 하는 것은 극히 불합리하고 비논리적인 해석론이 아닌가 생각된다. 불법행위에 관한 法的機能 가운데 “不法行爲의 抑制”라고 하는 측면에서 본다면, 사고경감 내지 불법행위 억제에 관점에서 무엇이 가장 효율적인 수준의 분담인가 다시 말해서 명예훼손으로 인한 사회적 비용을 최소화할 수 있는 포털의 주의의무수준은 무엇인가라고 하는 기능적인 기준을 모색해야 할 것이다.

불법행위의 억제는 가해자의 주의의무를 강화함으로써 실현될 수 있다. 잠재적 가해자의 주의의무가 강화되면 강화될수록 사고발생의 확률은 줄어들고 사고로 인해서 사회가 치러야 할 비용 즉 社會的費用도 줄어들게 된다. 따라서, 포털이 ‘불법성이 명백한 게시물에 게시된 사정을 구체적으로 인식한 경우’뿐만 아니라 ‘그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나는 때’에도 삭제의무를 부담하게 된다면 인터넷상의 명예훼손을 방지하는데 도움이 될 것이다. 법질서 전체를 보면 언론의 자유를 전혀 무시한 채 명예훼손의 방지만을 추구할 수 없는 것과 마찬가지로, 경제적으로 보더라도 주의의무를 강화하는데 소요되는 또 다른 비용을 전혀 무시한 채 무한대로 주의의무를 강화할 수만은 없다. 사회적 비용에는 명예훼손 그 자체로 인해서 피해자가 입게 될 손해뿐만 아니라 잠재적 가해자가 주의의무를 이행하는데 소요되는 비용도 포함되기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 주의의무를 강화하면 명예훼손 그 자체로 인한 사회적 비용은 감소하지만, 그와는 반대로 주의의무의 이행에 소요되는 사회적 비용은 증가하게 된다.¹⁰⁷⁾ 명예훼손 그 자체로 인한 비용과 주의의무 이행에 소요되는 비용의 합계가 사회적 총비용이라면,¹⁰⁸⁾ 그 사회적 비용이 최소화될 수 있는 정도의 주의의무가 사회적으로 가장

105) William M. Landes and Richard A. Posner, *The Positive Economic Theory of Tort Law*, 15 Ga. L. Rev. 851 1980-1981; Mark F. Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence*, 92 Yale L.J. 79 (1983).

106) Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Addison-Wesley, 2004), p.320.

107) Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Addison-Wesley, 2004), p.321.



바람직하고 효율적인 수준의 주의의무인 것이다. 다만, 명예훼손으로 인한 비용과 그 방지에 소요되는 비용을 금전적으로 정확히 산정하는 것이 곤란하기 때문에 어느 정도의 주의의무가 사회적 비용을 최소화하는 수준의 것인지도 입증하기는 어려울 것이다. 다만, 특정 게시물이 명예훼손에 해당되는지 여부를 판단한다는 것이 쉽지 않은 법률적 문제임에도 불구하고, 대법원 판례처럼 포털이 게시물의 존재와 게시물의 불법성을 ‘인식할 수 있었음이 외관한 명백한 경우’에까지 그 게시물을 삭제할 의무를 부과하게 되면, 그러한 의무이행에 소요되는 정치적, 사회적, 경제적 총비용이 너무 과대해질 것이라고 하는 우려와 비판을 피할 수 없다.

주의의무의 수준을 지나치게 높게 요구하게 되면 피해자의 보상을 위해서 사회 전체가 너무나 커다란 비용을 지급해야 하는 문제가 있을 뿐만 아니라, 가해자 및 포털로 하여금 명예훼손의 방지를 위해서 노력하도록 유인하는 사고억제효과도 기대하기 어렵게 된다. 주의의무의 수준을 높이게 됨으로써 배상액(사고비용)보다 사고방지비용(주의의무 이행비용)이 더 크게 되는 순간부터, 사고방지보다 손해배상을 선택하는 것이 합리적인 선택이 될 수 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 다시 말해서 명예훼손 그 자체로 인한 비용 또는 손해배상액보다 명예훼손의 적발, 판단 및 삭제에 소요되는 비용이 훨씬 더 크다면, 포털은 수익을 추구하는 합리적인 기업으로서 사고방지를 위한 투자나 노력을 포기하고 차라리 사고발생시 손해배상으로 대응하는 것이 더 저렴하고 효율적인 해결책이라고 판단하게 될 것이다.

불법행위의 사회적비용 즉 사고비용과 사고방지비용(주의의무 이행비용)의 합계를 최소화하는 수준에서 주의의무 기준을 정하게 되면 가장 효율적인 불법행위 억제 기능을 수행할 수 있게 된다. 여기에서 사회적비용을 최소화하는 균형점이 어디인가를 찾는 것도 어렵지만, 동시에 사고비용의 정확한 산정도 쉽지 않은 작업이다. 사회전체의 사고비용은 불법행위로 인해서 피해자가 입게 된 손해의 총액을 의미하기 때문에, 구체적인 불법행위로 인해서 피해자가 입게 된 實損害額을 산정하면 개별적인 불법행위 사건에서의 사고비용을 산정할 수 있다. 다만, 명예훼손과 같이 정신적인 손해가 주된 손해인 경우에 慰藉料의 산정기준이 애매모호하고 우리 법원이 대체로 아주 낮은 수준의 위자료를 인정하고 있다는데 문제가 있다. 원심법원의 판결을 보면 피고들로 하여금 500만원 내지 1,000만원

108) 송상현, 정상조 공역, **법경제학입문** (경문사, 1984), 107면 이하에서 잘 분석해 놓은 바와 같이, 사회적 비용에는 명예훼손에 관한 단속 등의 법집행에 소요되는 비용도 포함되지만, 이에 관한 논의는 여기에서 생략한다.

109) Richard Posner, A Theory of Negligence, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972), p.33.

의 위자료를 지급하도록 명하고 있는데,¹¹⁰⁾ 원고가 주장하는 바와 같이 자신은 결백한데 가해자의 명예훼손으로 인해서 마치 그 여인의 자살에 원인을 제공한 것처럼 오인받아서 인생을 망치게 되었다면 어찌 1,000만원씩 배상받는다고 정신적 손해가 보상될 수 있을 것인지 이해하기 어렵다. 아주 심각한 명예훼손 사건임에도 불구하고 아주 낮은 수준의 위자료만 인정된다면, 사회 전체적으로 볼 때 가해자로 하여금 심각한 명예훼손을 방지할 수 있도록 높은 수준의 주의의무를 부과하는 것이 바람직함에도 불구하고, 현실적으로 낮은 수준의 위자료를 명한 원심판결로 인해서 잠재적 가해자 및 포털들로 하여금 경미한 수준의 주의만 기울여도 무방할 것이라고 하는 메시지가 전달될 것이다. 이러한 결과는 대법원이 상당히 엄격한 수준의 주의의무를 부과하고자 하는 취지에도 정면으로 반하는 결과인 것이다. 아주 낮은 수준의 위자료만을 인정할 경미한 명예훼손 사건에 대해서 가해자 및 포털로 하여금 엄청난 비용과 노력을 들여서 높은 수준의 주의를 기울이도록 요구하는 것은 사회적으로 극히 비효율적이고 불합리한 법리가 아닌가 생각된다. ‘사고억제’라고 하는 불법행위법리의 기능을 염두에 두고 살펴본다면, 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 바람직한 것이라고 생각된다.

VI. 결 론

이상에서 본 바와 같이, 포털은 현행법의 해석상 보도매체로 볼 아무런 근거가 없고, 보도매체로서의 책임을 져야 한다고 하는 것은 입법론으로 검토해볼 수 있을지는 모르겠지만, 뉴스에 대한 편집 내지 통제의 권한을 갖고 않고 오직 뉴스를 링크해서 전달하기만 하는 포털에 대해서 언론사와 마찬가지로의 책임을 져야 한다고 하는 것은 무리한 해석론이라고 생각된다. 굳이 비유한다면 신문사보다는 신문가판점 내지 서점과 마찬가지로의 책임을 지는 것이 보다 타당하고 합리적인 해석이 아닌가 생각된다.

대법원은 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시

110) 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결; 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나60990 판결.

물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 그 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러난 경우에는, 포털로 하여금 그 게시물을 삭제하고 차단할 주의의무가 있다고 판시함으로써 명예훼손의 방지에만 지나치게 무게 중심을 두고 그 방지에 소요되는 사회적 비용과 표현의 자유의 위축은 충분히 고려하지 못한 것이 아닌가 하는 비난을 면할 수 없다. 또한, 피해자의 삭제요청이 없더라도 피고처럼 상당한 수익을 올리고 있는 포털은 일반적인 감시의무와 적극적 삭제의무를 부담해야 한다고 본 법원의 시각은 기본적으로 포털의 사회적 의무 내지 도덕적 의무와 법적 의무를 구별하지 못한 결과가 아닌가 생각되고, 포털에 과도한 주의의무 내지 삭제의무를 부과하게 되면 열악한 환경에 있는 다수의 포털과 영세한 규모의 공공서 포털을 퇴출시키는 경제적 부작용도 초래하게 된다.

투고일 2010. 3. 25	심사완료일 2010. 6. 7	계재확정일 2010. 6. 14
-----------------	------------------	-------------------

참고문헌

- 시진국, “인터넷 종합 정보제공 사업자의 명예훼손에 대한 불법행위책임”, **저스 티스**, 통권 114호 (2009. 12).
- 우지숙, “명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자(ISP) 책임 기준의 현실적 타당성과 함의 : 대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결에 대한 비판적 검토”, **Law&Technology**, 5권 4호 (2009. 7).
- 金日秀, “명예훼손죄를 어떻게 이해할 것인가”, **安岩法學**, 1호 (1993).
- 李炯國, “名譽毀損罪에 대한 小考”, **碩愚車鏞碩博士華甲紀念論文集**.
- 金載亨, “人格權에 관한 判例의 動向”, **民事法學**, 27호 (한국사법행정학회, 2005. 3).
- 권영준, “인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호”, **저스티스**, 통권, 제91호 (2006. 6).
- 黃贊鉉, “사이버 스페이스에서의 名譽毀損과 人權保障-인터넷事業者의 責任과 관련하여-”, **저스티스**, 제34권1호.
- 성선제, “인터넷상의 명예훼손”, **인터넷법률** 통권 제13호.
- 정상규, “사이버 명예훼손의 제문제”, **언론중재**, 제25권 2호 (2005. 6.)
- 권영준, “명예훼손에 대한 인터넷서비스 제공자의 책임”, **LAW&TECHNOLOGY**, 제2권 제2호 (2006. 3).
- 태현수, 인터넷 포털 서비스의 잠재탄력성 추정 및 시장획정, 서울대학교 대학원 경제학 석사학위논문 (2008).
- 서이중, 인터넷 이용행태와 댓글문화, 서울대학교 技術과法센터 2009년도 제5회 워크숍 발표문.
- 黃性基, 言論媒體規制에 관한 憲法學的 研究 - 放送·通信의 融合에 대응한 言論媒體 規制制度의 改善方案 - (서울대학교 박사학위논문, 1999).
- 한국정보사회진흥원 정책개발팀(2008), **IT정책연구 시리즈 제14호: 해외 주요국 인터넷 규제현황과 시사점**.
- Robert Cooter and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Addison-Wesley, 2004).
- 송상현, 정상조 공역, **법경제학입문** (경문사, 1984).
- Daniel J. Solove, *The Future of Reputation* (Yale University Press, 2007).
- Richard A. Posner, Privacy, Secrecy, and Reputation, 28 Buff. L. Rev. 1 (1978-1979).
- Elizabeth Spahn, As Soft as Tofu: Consumer Product Defamation on the Chinese Internet, 39 Vand. J. Transnat'l L. 865 (2006).
- Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford Univ. Press,

2005).

- Joshua Azriel, The California Supreme Court's Decision in Barrett v. Rosenthal: How the Court's Decision Could Further Hamper Efforts to Restrict Defamation on the Internet, 30 Hastings Comm. & Ent L.J. 89 (2007).
- James R. Pielemeier, Choice of Law for Multistate Defamation-The State of Affairs as Internet Defamation Beckons, 35 Ariz. St. L.J. 55 (2003).
- Barry J. Waldman, A Unified Approach to Cyber-Libel: Defamation on the Internet, A Suggested Approach, 6 Rich. J.L. & Tech. 9 (1999).
- Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford Univ. Press, 2005).
- Megan M. Sunkel, And the I(Sp)S Have It But How Does One Get It? Examining the Lack of Standards for Ruling on Subpoenas Seeking to Reveal the Identity of Anonymous Internet Users in Claims of Online Defamation, 81 N.C. L. Rev. 1189 (2003).
- Barry J. Waldman, A Unified Approach to Cyber-Libel: Defamation on the Internet, A Suggested Approach, 6 Rich. J.L. & Tech. 9 (1999).
- Melissa A. Troiano, The New Journalism? Why Traditional Defamation Laws Should Apply to Internet Blogs, 55 Am. U. L. Rev. 1447 (2006).
- Joshua Azriel, The California Supreme Court's Decision in Barrett v. Rosenthal: How the Court's Decision Could Further Hamper Efforts to Restrict Defamation on the Internet, 30 Hastings Comm. & Ent L.J. 89 (2007).
- Matthew G. Jeweler, The Communications Decency Act of 1996: Why § 230 is Outdated and Publisher Liability for Defamation Should be Reinstated Against Internet Service Providers, 8 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 3 (2007).
- Scott Sterling, International Law of Mystery: Holding Internet Service Providers Liable for Defamation and the Need for a Comprehensive International Solution, 21 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 327 (2001).
- Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop it* (Yale University Press, 2008).
- Xavier Amadei, Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copyright, Defamation, and Illicit Content, 35 Cornell Int'l L.J. 189 (2002).
- Richard Posner, A Theory of Negligence, 1 J. LEGAL STUD. 29 (1972).

<Abstract>

Internet Portal's Liability for Defamation

Sang Jo Jong*

How far and to what extent are internet portals responsible for defamation which is made or caused by internet users? The question has been raised in dozens of cases and unsatisfactorily answered by the Supreme Court of Korea. In its decision, the Supreme Court held that, no matter whether the alleged victim asked for deletion of allegedly defamatory materials from internet, the internet portals were responsible to search for and delete all the materials which appeared to be uploaded on the internet site and which appeared to be defamatory. By its decision, the Supreme Court might have asked internet portals to monitor their internet sites and to delete immediately any allegedly defamatory materials if they were found.

This article made it clear that defamation law is designed to effectuate society's 'pervasive and strong interest in preventing and redressing attacks upon reputation on the one hand and then to 'balance the society's interest against the State's interest in protecting and defending the First Amendment especially freedom of expression and promoting the market of ideas. The judicial decision of the Supreme Court, which eventually pushes internet portals to monitor any defamatory materials and delete them, clearly tipped the balance in favoring and compensating private individuals. The author 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. Another concern is that, due to the increasing cost of monitoring, internet portals especially minor sites may fear of its business shrinking. Given the value of reputation, freedom of expression, market of ideas, and internet economy, the balancing point must change.

Key words: reputation, defamation, internet, liability, tort

* Professor, College of Law/School of Law Seoul National University and Director of the SNU Center for Law & Technology.