

사이버 명예훼손의 제문제 *

정 상 규

대전지방법원 홍성지원 판사

5. 인터넷서비스제공자의 책임

사이버 명예훼손의 피해자는 통상 익명의 가해자를 밝히기도 어렵고, 밝혔다 하더라도 피해를 보상받기 어려운 경우가 많기 때문에 그러한 표현이 공표되거나 전파되는 과정에 기여한 자로서 경제적 능력이 있는 인터넷서비스제공자(Internet Service Provider, "ISP"로 약칭)⁶⁴⁾의 책임을 추궁하려는 경향을 보인다. 이하에서는 ISP가 사이버 명예훼손에 관하여 책임을 져야 하는가에 관하여 각국의 판례와 입법을 살펴본 후 우리나라에서의 논의를 살펴보고자 한다.

가. 미국에서의 논의

미국에서는 종래 불법행위법상 특별한 사정이 없

는 한 출판자(publisher)는 책임을 지고, 배포자(distributer)는 책임을 지지 않는다는 이론이 확립되어 있었으므로, 이 이론을 기반으로 논의가 전개되었다.

(1) 판례의 등장

Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc. 사건 [776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991)]에서 뉴욕남부연방법원(S.D.N.Y.)은, CompuServe의 전자게시판(제3자인 Cameron Communication Inc.에게 위탁운영)에 벤처사업가인 Cubby의 사업내용을 비난하는 익명의 글이 게시된 것과 관련하여, 어떤 글이 게시되면 구독자들이 즉시 접할 수 있고 CompuServe와 같은 defendant-ISP는 서점이나 신문가판대와 유사하게 그 내용을 검토할 기회가 없어 배포하는 온라인출

* 이 글은 필자가 판사들을 회원으로 하는 법원 내 연구모임인 언론편 커뮤니티에서 2004. 12. 4. 발표한 논문의 내용을 일부 수정한 것으로 지난 호에 이어 이번 호에는 5. 인터넷서비스제공자의 책임' 부분과 6. 안티사이트 운영자의 책임' 부분을 게재한다. 편집자 주

64) ISP는 통상 웹서버(Web Server), 웹사이트(Web Site)와 관계있는 네트워크 컴퓨터를 관리하고 이를 사용하는 다중이용자(Multi-User)를 관리, 운영하는 자들을 통칭하는 의미이다. 이광진, 앞의 논문(주26), 77면, 주 36) 참조. 온라인서비스제공자(Online Service Provider, OSP)는 인터넷서비스제공자와 컴퓨터통신서비스제공자를 포함하는 개념이라고 할 수 있는데, 현재 컴퓨터통신이 거의 인터넷으로 대체되어 ISP라는 용어가 점점 일반화되고 있는 것으로 보인다. 한편, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상의 "정보통신서비스제공자"는 인터넷서비스를 제공하는 부가통신사업자뿐만 아니라 기간통신사업자와 별정통신사업자까지 모두 포함하는 개념으로서 OSP보다 더 넓은 개념의 용어이다.

관물의 내용을 점검(monitor)할 의무는 없으므로 책임이 없다고 판시하였는데, 이는 CompuServe를 메시지의 단순한 배포자로 본 것이다.

그런데, Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co. 사건 [N.Y.Sup.Ct. May 24, 1995] (23 Med. Rptr. 1794 또는 1995 WL 323710)에서 뉴욕 주법원(N.Y.Sup.Ct.)은, Prodigy의 전자게시판 “Money Talk”에 투자중개회사인 Stratton Oakmont 등을 비방하는 글이 게시된 것과 관련하여, Prodigy에 대하여 출판자로서의 책임을 인정하였다. Prodigy는 회원제로 운영되는 Money Talk에 가이드라인을 설정하여 부적합한 내용들을 검열(screen)하고 있다고 광고하였고, 실제로 검열 소프트웨어를 사용하여 음란하거나 모욕적인 표현들을 사전 검열하는 등 편집권(editorial control)을 행사하였다는 것이다.

(2) 통신풍위법(Commucation Decency Act, 이하 “CDA”로 약칭)의 제정

Cubby 판결과 Stratton 판결에 대한 비판적 고려에 따라 1996년 제정된 CDA⁶⁵⁾ 제230조 (c)(1)은 “양방향 컴퓨터 서비스 제공자나 이용자는 제3자에 의하여 제공되는 어떤 정보에 관하여도 그 정보의 Publisher(출판자) 또는 Speaker(발언자 또는 송신자)로 취급되지 않는다.”라고, (c)(2)(A)는 “양방향 컴퓨터 서비스 제공자 또는 이용자는 음란하거나 외설적인 정보, 선정적이거나 비속한 정보 또는 과도한 폭력성을 내포하거나 타인을 괴롭히는 내용의 정보 기타 문제 있는 정보에의 접근을 제한하기 위

하여 선의를 가지고 행한 자발적인 조치를 이유로 법적 책임을 지지 아니한다.”라고, (c)(3)은 “위 서비스 제공자에 대하여 본 조항에 반하는 주법 기타의 지방공공단체 제정의 법령을 근거로 하여 소송을 제기하거나 법적 책임을 부과하는 것은 허용되지 아니한다.”라고 각 규정하고 있다. 이것은 Stratton과 같은 사건에서 ISP가 선의였다면 출판자로서의 책임을 물을 수 없도록 한 것인데, 일종의 선한 사마리아인 조항(Good Samaritan Clauses)이다.

(3) CDA 시행 이후의 판례

Kenneth M. Zeran v. American Online, Inc. 사건 [129 F.2d 327 (1997)]에서 제4연방항소법원(4th Cir.)은, AOL의 전자게시판에 오클라호마 연방정부 건물 폭파 6일 후부터 익명의 이용자가 폭파범을 칭송하는 내용의 티셔츠를 광고하면서 이와 무관한 Zeran의 이름과 집 전화번호를 게재하여 Zeran이 협박전화에 시달리게 되자 AOL을 상대로 배포자 책임을 주장한 것과 관련하여,⁶⁶⁾ CDA 제230조를 해석하면서 ‘출판자’의 개념 속에 ‘배포자’도 포함된다고 보고, 나아가 피해자의 통지를 받고 ISP가 삭제 등의 조치를 취하지 않은 경우에도 원칙적으로 책임을 지지 않는다고 하면서 Zeran의 청구를 기각하였다. 그러나, 명예훼손적임을 알면서 악의적 의도로 삭제하지 않았더라도 책임이 없다는 AOL의 주장을 채택하는 것은 아님을 강조하였다. 이는 결과적으로 ISP는 제3자가 제공한 정보에 관하여 출판자로서 뿐만 아니라 배포자로서도

65) 원래 이 법은 인터넷상 음란정보 등으로부터 미성년자를 보호하기 위하여 ISP가 음란한 이미지 등을 스크린하는 역할을 수행하도록 할 의도로 발의된 것이었는데, Stratton 사건으로 드러난 문제점을 극복하기 위하여 ISP의 책임제한조항이 추가된 것이라고 한다. 이해완, 앞의 논문(주9), 107면.

66) 한편, Zeran은 그 과정에서 오클라호마시 라디오방송국인 KRXO가 청취자들에게 AOL에 투고된 내용을 얻어 항의전화를 할 것을 촉구하였음을 이유로 별개로 KRXO를 상대로 소송을 제기하였다. 이광진, 앞의 논문(주26), 80면 참조.

취급되지 않는다는 것이어서 사실상의 완전면책을 선언한 것으로 평가되고 있다. Zeran이 연방대법원에 상고하였으나 연방대법원은 상고를 수리하지 않았다.⁶⁷⁾

Sidney & Jaqueline Blumenthal v. Matt Drudge and American Online, Inc. 사건 [Civil Action No. 97-1968, 992 F. Supp. 44. (D.D.C. 1998)]⁶⁸⁾은 할리우드의 gossip 칼럼니스트인 Matt Drudge가 AOL에게 'Drudge Report'라는 칼럼을 제공하되 AOL의 서비스표준(standard terms of services)에 위반되는 경우 AOL이 그 삭제권한을 갖기로 계약하고,⁶⁹⁾ 이후 “백악관보좌관 임명예정자인 Sidney Blumenthal이 과거 아내를 구타하여 재판을 받기도 했다는 사실을 익명의 공화당원이 제보하였는데, 익명의 백악관 관계자는 그러한 주장은 클린턴의 적들이 꾸며낸 완전한 허구(a pure fiction)라고 말하고 있고, Blumenthal과의 접촉시도는 실패하였다.”는 내용의 기사를 게시하였다가 Blumenthal 부부가 항의하자 특별판(a special edition)을 내는 형태로 종전 기사를 취소한 것에 관하여 Blumenthal 부부가 Drudge와 AOL을 상대로 소송을 제기하였는데, AOL은 약식재판(summary judgement)⁷⁰⁾을

구하는 신청(a motion)을 하였고, 콜럼비아연방법원⁷¹⁾은 AOL의 신청을 받아들여 Blumenthal 부부의 청구를 기각하였다.⁷²⁾

(4) 평가

미국의 입법과 판례는 전자게시판 등을 통한 명예훼손적 발언에 대하여 ISP에 대한 면책과 아울러 ISP의 자율적인 규제를 유도하고 있는 것인데, 결과적으로는 이러한 태도가 표현의 자유를 신장하는 효과가 있을 것으로 예상된다. 즉, ISP가 유해한 메시지의 선별, 편집을 행하였음을 이유로 출판자로서의 책임을 묻게 된다면 ISP는 자율적 규제를 포기할 가능성이 있는데, 사이버스페이스에 대한 규제는 국가에 의한 규제보다는 자율적 규제가 효과적이고 바람직하기 때문이고, 한편 자율규제의 차원에서 편집권을 행사하고자 하는 ISP가 책임을 면하기 위해 과도한 자율규제를 행하게 된다면 표현의 자유가 위축될 것이기 때문이다.

한편, 이렇게 미국의 입법과 판례가 ISP에 대한 면책을 규정하고 있음에도 여전히 ISP를 상대로 한 명예훼손소송이 계속되고 있는데, 그 이유는 피해자로서는 익명의 가해자를 알 수 없어 ISP를 공동

67) cert. denied, 524 U.S. 937, 118 S.Ct 2341 (1998).

68) <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/blumenthal.html> 참조.

69) Drudge Report는 “www.drudgereport.com”이라는 독자적 인터넷사이트를 운영하고 있고, 구독자들(subscribers)에게 전자 메일로 Drudge Report의 새로운 내용(new edition)을 계속 발송하고 있으며, 누구나 무료로 위 사이트에 접근할 수 있다.

70) 법률적 문제들만이 다툼이 대상이거나 사실에 관한 어느 쪽의 주장이 맞는 지에 따라 법원의 판단이 달라지지 않는 경우, 원고나 피고의 신청에 의하여 법원이 하는 평결전 판단(preverdict judgement)을 말한다. 오랜 기간의 사실심리(trial) 없이 분쟁의 신속한 처리를 위해 고안된 제도이다. BARRON'S DICTIONARY OF LEGAL TERMS(3rd Edition), 1998.

71) UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA

72) Blumenthal 부부는 이 사건이 다른 사건들과 달리 가해자가 분명히 특정되어 있는 데다가 AOL이 게시물을 삭제할 권한이 있었고 이 리포트에 대하여 광고까지 행하였으므로 CDA 제230조의 면책대상이 되지 않는다고 주장하였다. 장철익, “명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 손해배상책임”, 언론중재 24권 1·2호(2004. 봄·여름호) 참조. 한편, Drudge 역시 자신의 거주지가 California라는 이유 등으로 청구기각 또는 이송을 구하는 신청(a motion)을 하였으나, 위 신청은 기각되었다.

피고로 함으로써 익명의 가해자의 신원을 밝히기 위한 목적이라고 한다.⁷³⁾

나. 다른 나라에서의 논의

(1) 영국

영국은 1996년 명예훼손법(Defamation Act 1996)을 개정하면서 Publisher이면 책임을 지고, Distributer이면 책임을 지지 않는다는 이론에 기초하여,⁷⁴⁾ 인터넷상 명예훼손에 있어 ISP에 대한 면책 규정을 도입하였는데, 그에 의하면 타인의 명예를 훼손하는 표현의 배포에 종사한 사람이라도, 그가 ① 저작자(author), 편집자(editor) 또는 출판자(publisher)가 아니고,⁷⁵⁾ ② 정보의 공표와 관련하여 합리적인 주의를 기울였으며, ③ 그가 명예훼손적 진술의 공표를 야기하였거나 그 공표에 기여한 사실을 몰랐고 그렇게 믿을 이유도 없었던 경우에는 면책된다(제1조 제1항 제1호 내지 제3호). 이 규정은 common law상 배포자의 innocent dissemination 항변을 현대화한 것이라고 평가되고,⁷⁶⁾ ISP에게 면책요건의 입증책임을 지움으로써 피해자의 구제를

보다 용이하게 하고 있다.

영국의 고등법원은, Godfrey가 Demon Internet의 뉴스그룹에 자신의 이름을 사칭한 글이 게시되어 그 삭제를 요청하였음에도 10일간 방치되었음을 이유로 Demon Internet 등을 상대로 제기한 Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited 사건⁷⁷⁾에서, 영국의 명예훼손법과 미국의 CDA는 서로 다른 접근방식에 기초하고 있음을 밝히면서, 피고가 명예훼손법 제1조 제1호 소정의 출판자 등은 아니지만, 원고로부터 통지를 받은 이후 기술적으로 당해 게시물을 삭제할 수 있었음에도 불구하고 고의로 이를 삭제하지 않았다는 이유로 같은 조 제2호, 제3호에 기한 면책을 부인하고 Demon Internet의 책임을 인정하였다. 위 판결은 영국과 미국 사이의 서로 상이한 법률에 기한 당연한 판결이라 할 수 있지만, 미국이 인터넷과 관련된 물질을 선도해 가고 있는 상황에서 영국 법원이 명시적으로 미국 판례의 입장을 거부한 것으로서, 인터넷의 글로벌한 성격으로 인하여, 국제적인 활동무대를 가진 ISP들에게 큰 충격을 안겨주고 있고,⁷⁸⁾ 외국판결의 승인과 집행이라는 문제를 야

73) 미국에서는 통상 익명의 명예훼손자에 대하여 "John Doe" 또는 "Mary Doe"라는 이름으로 피고를 특정하였다가 이후 그 신원이 밝혀지면 피고의 이름을 변경한다고 한다. John Doe의 신원이 밝혀지지 않으면, 결국 ISP의 책임 여부에 재판의 초점이 맞추어지게 되고, John Doe에 대하여 판결이 선고되기도 한다. Lyrrisa Barnett Lidsky, "Silencing John Doe: Defamation & Discourse in Cyberspace", Duke Law Journal 49권 4호(2000. 2.), 855면. 위 글은 John Doe를 상대로 한 소송에 대하여 다음과 같이 비판한다. 회사들이나 그 임원들이 익명의 John Doe를 상대로 소송을 제기하는 것은 금전적 손실을 보상받고자 하는 것이 아니라 상징적인 이유가 있는데, 주로 비판자들을 괴롭히고 입을 막으려는 의도를 갖고 있고, 부차적으로 잠재적 비판자들이 의도적으로 또는 부주의하게 잘못된 행위를 하지 못하도록 위협하고자 함이다. 그런데, 이것은 인터넷 SLAPP(Strategic Lawsuits Against Public Participation)로 특징지을 수 있고, 인터넷에서의 자유로운 의사소통에 상당한 위협이 된다. 인터넷은 발언권의 불균형을 동등하게 만들어주는 힘을 부여하고 있는데, 이러한 소송은 발언권의 불균형을 복원하도록 위협하는 것이다.

74) 이승호, "사이버 명예훼손의 처리과정에서 제기되는 법적 문제", 인터넷법률 10호(2002. 1.), 법무부, 2002, 13-14면 참조.

75) 이 규정에 대한 좀더 상세한 설명은 이해완, 앞의 논문(주9), 110-111면 참조.

76) Graham J H Smith, 「Internet Law and Regulation」(3rd. ed), Sweet & Maxwell(2002), p.174 ; Matthew Collins, 「The Law of Defamation and The Internet」, Oxford University Press(2001), 199면, 장철익, 앞의 논문(주72), 주 23)에서 재인용.

77) (Case No: 1998-G-No 30 in the High Court of Justice, Queen's Bench Division, (Handed Down at Leicester Crown Court), before Mr. Justice Morland, 26 March, 1999).

78) 이해완, 앞의 논문(주9), 112면 참조.

기하였다.⁷⁹⁾

(2) 독일⁸⁰⁾

독일은 1997. 8. 1.부터 시행한 연방정보통신사업법⁸¹⁾에서 온라인서비스제공자의 책임에 대하여 다루고 있는데, 제1장 제5조는 “(1) 서비스제공자는 스스로 제공한 내용물에 관하여 일반법에 따라 책임을 진다. (2) 서비스제공자는 제3자 제공의 내용물에 대하여는 그 내용을 인식하고, 또 그 이용을 기술적으로 차단할 수 있으며 그와 같은 조치를 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 한하여 책임을 진다. (3) 서비스제공자는 제3자의 내용물에 대한 단순한 접속대개사실만으로는 책임을 지지 않는다. (4) 서비스제공자가 연방통신법상의 통신비밀보호 규정을 준수하면서 그 내용물을 인식하고, 그 내용물을 차단하는 것이 기술적으로 가능하며 또 합리적으로 기대할 수 있는 경우에는 불법적인 내용물의 이용을 차단하기 위한 일반법에 따른 의무를 부담한다.”고 규정하고 있다.

위 법은 ① 명예훼손과 저작권침해, 음란물유통 등 민·형사상의 모든 유형의 불법행위에 대한 일반조항의 형태로 규정하고 있는 점에서 미국, 영국의 입법례와 구별되고,⁸²⁾ ② 일정한 요건 하에서는 책임을 인정하고 있는 점에서 ISP에 대한 사실상의

면책을 인정하는 것으로 평가되는 미국의 CDA와 차이가 있다.⁸³⁾

(3) 프랑스⁸⁴⁾

많은 프랑스법원들은 미국이나 영국의 법원들과 마찬가지로 전통적인 미디어분석이론에 기초하여 ISP의 책임을 판단하고 있지만, ISP의 검열능력에 대한 프랑스법원들의 판단은 일관되지 못하여 법률 상황을 불분명하게 만들고 있다.

Lefébure v. Lacambre 사건에서 파리지방법원(Tribunal de Grande Instance, 'TGI'로 약칭)은 1998. 6. 9. ISP가 게시된 내용(content)이 저속하거나(conflict with decency) 제3자의 권리를 침해하지 않는지 여부를 검열(check)하지 못하면 독립적으로 책임을 진다고 하였고, 그 항소심인(사건명은 "Halliday v. Lacambre"이다.) 파리항소법원(Cour d'Appel, 'CA'로 약칭) 역시 1999. 2. 10. 프랑스 톱모델 Estelle Halliday의 사적 누드사진이 무단으로 게시되도록 한 것에 대하여 ISP의 책임을 인정하였다.

SA Electre v. SARL TI Communication 사건에서 파리상사법원(Tribunal de Commerce)은 1999. 5. 9. ISP가 게시물의 내용을 검열할 의무는 없고, ISP가 몰랐던 명예훼손물(defamatory information)이 게시된 것에 대하여 독립적 책임을 지지 않는다고

79) Harvey L. Zuckman, "The Global Implications of Defamation Suits and the Internet: the U. S. View", Entertainment law review(2001. 2.) 12권 2호에 의하면, Godfrey사건의 피고 중 한명으로서 미국인인 Mr. Dolenga가 미국법원에서 위 판결의 승인(enforcement)에 관하여 다루고 있는데, 국제재판관할위반과 영국과 미국의 실체법 차이를 이유로 미국법원이 승인을 거부할 것이라고 예상하고 있다.

80) 장철익, 앞의 논문(주72); 김유진, 앞의 논문(주15), 118-119면의 해당부분 참조.

81) Das Information und Kommunikationsdienste Gesetz, "IuKDG"로 약칭.

82) 장철익, 앞의 논문(주72) 참조.

83) 이해완, 앞의 논문(주9), 113면은 독일의 이러한 입법은 결과적으로 미국 판례의 입장보다는 영국의 판례입장과 거의 같은 결론에 도달하게 될 것으로 보인다고 한다.

84) 이 부분은 Xavier Amadei, "Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copy right, Defamation, and Illicit Content", Cornell International Law Journal 35권 1호(2001. 11.-2002. 2.), 195-197면에 소개된 프랑스 판결들을 번역한 것이다.

하였다.

Axa v. Infonie 사건에서 뿌또지방법원(TGI Puteaux)은 1999. 9. 28. ISP가 명예훼손적 주장이 게시되는 것을 방치하였다는 원고의 주장을 배척하고, 게시물이 자동으로 그리고 즉각적으로 구독자들에게 제공되도록 되어 있어 ISP가 사전에 내용을 검열하는 것이 불가능하였다는 이유로 ISP의 책임을 부정했는데, 사건의 주요 사실이 미국의 Cubby 사건과 유사하였다.

한편, Lacoste v. Société Multimania 사건에서 낭페레지방법원(TGI Nanterre)은 1999. 12. 8. ISP는 일반적으로 세심한 주의의무(an obligation of cautiousness and diligence)가 있으므로 제3자의 권리를 침해하는 것을 막기 위해 필요한 주의를 기울일 책임이 있고, 고지(information), 주의깊은 감시(vigilance), 조치(action)에 관하여 합리적인 방법들을 보유하여야 한다고 실시하였다. 즉, (1) 이용자들에게 제3자의 권리들을 고지할 의무, (2) 불법적인 내용들을 검열할 합리적인 도구들을 사용할 의무, (3) 불법적인 내용들을 제거(evict)하기 위해 대응할 의무 등 삼중의 의무가 있다는 것이다. 이 사건은 Multimania에 어떤 모델의 불법 누드사진이 온라인에 게시된 것에 관한 것이다. 항소심인 베르세이유 항소법원(CA Versailles)은

주의깊은 감시(vigilance)의무에 대하여 좀더 정교한 정의를 하였는데, ISP는 게시물을 시스템적으로 검열할 의무는 없고 기술적 업무들(technical tasks)을 수행하는 과정에서 게시물이 불법이라는 의심이 들면 즉각적으로 검열을 하면 된다고 하였다.

SA Ciriél v. SA Free 사건에서 파리지방법원은 2001. 2. 6. defendant-ISP는 구독자들에 의하여 게시된 명예훼손물에 대하여 법원의 요청에 따라 신속하고 성실하게 명예훼손물의 웹사이트에의 접근을 차단하면 책임이 없다고 하였다.

(4) EU⁸⁵⁾

EU는 회원국들 사이의 전자상거래에 관련된 입법의 통일을 위하여 “역내시장에서의 전자상거래에 관한 특정 법률문제에 관한 Directive”⁸⁶⁾ (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 internet Market : ‘Directive on electronic commerce’ 또는 ‘E-Commerce Directive’로 약칭)⁸⁷⁾을 제정하였는데, 제2장 4절 “정보소통을 매개하는 자의 책임(Liability of intermediary service providers)”이 ISP의 책임에 관한 것이다.

85) 이 부분은 장철익, 앞의 논문(주72)과 이승호, 앞의 논문(주74), 16-17면의 각 해당부분 및 <http://google.co.kr> 및 <http://europa.eu.int>에서 “Directive on Electronic Commerce”라는 검색어로 검색된 자료들을 종합하여 재구성한 것이다.

86) ‘directive’는 통상 최종권고안으로 번역하는데, EU 이사회 또는 위원회가 제정하는 법규의 일종이다. 각 회원국들은 이에 구속되어 입법적 조치를 취해야 하지만, 그 방법 및 수단은 회원국의 재량에 맡겨져 있다. 다만, EC 재판소는 회원국이 directive의 실시를 태만히 한 경우,私人이 그 directive의 규정을 직접 원용하여 회원국에 대하여 권리를 주장할 수 있는 경우가 있음을 인정하고 있다. 『英米法辭典』(編集代表 田中英夫, 東京大學出版會, 1991 참조.

87) 집행위원회(European Commission, 정식명칭은 ‘The Commission of European communities’)가 1997. 4. 16. 법률적 기초를 제시하였고, 1998. 11. 18. ‘Directive안’을, 다시 1999. 9. 1. ‘Directive수정안’을 각 제안하였으며, 이사회(Council of European Union)가 2000. 2. 28. 위 Directive안을 채택하였고, 유럽의회(European Parliament)가 2000. 5. 4. 위 Directive를 승인하였으며, 유럽의회와 이사회가 2000. 6. 8. 위 Directive를 채택하였고, 관보에 2000. 7. 17. 공표됨으로써 EU 각 회원국들은 공표된 날로부터 18개월 내인 2002. 1. 17.까지 위 Directive를 각국의 국내법으로 전환시킬 의무를 부담하게 되었는데, 현재 그 진행 상황은 확인하지 못하였다.

제12조는 “Mere conduit”라는 제목 하에, 서비스 제공자가 전송(transmission)이나 네트워크에의 접속(access) 서비스 등 단순한 통로(mere conduit)로서만 행위하는 경우⁸⁸⁾ 회원국들은 서비스제공자가 전송되는 정보로 인하여 책임지지 않도록 해야 한다고 규정하고 있고,⁸⁹⁾ 제13조는 “Caching”이라는 제목 하에, 서비스제공자의 정보전송시 회원국들은 한 수용자로부터 다른 수용자로의 효과적인 정보전송을 위하여 자동적, 중간적, 일시적인(temporary) 정보의 저장으로 인하여 서비스제공자가 책임지지 않도록 해야한다고 규정하고 있다.⁹⁰⁾ 서비스제공자가 Hosting에 임할 때, 즉 웹사이트나 뉴스그룹 등 서비스이용자의 요청에 의하여 그들이 생산한 정보를 저장하는 행위를 하는 경우에 관하여, 제14조는 “Hosting”이라는 제목 하에, 회원국들은 서비스제공자가 ① 불법적인 활동이나 정보를 현실적으로 인식(actual knowledge)하지 못하였을 때와 불법적인 활동이나 정보가 명백하다고 볼만한 사실이나 정황(circumstances)을 모를 때, ② 불법적인 활동이나 정보에 관하여 현실적으로 인식하였거나 그러한 활

동이나 정보가 명백하다고 볼만한 사실이나 정황을 알고 신속하게 삭제하거나 그에 대한 접근을 방지하였을 때에는 저장된 정보로 인하여 책임지지 않도록 해야한다고 규정하고 있다.⁹¹⁾ 일반적 감시의무와 관련하여 제15조는 “No general obligation to monitor”라는 제목 하에, 회원국들은 서비스제공자에게 서비스제공자가 전송하거나 저장하는 정보를 감시할 일반적인 의무와, 불법적인 활동을 나타내는 사실이나 정황을 적극적으로 추적할 일반적인 의무를 부과하여서는 아니된다고 규정하고 있다.⁹²⁾

제12조 내지 제14조가 제시하는 기준은 대체적으로 미국의 Digital Millenium Copyright Act가 제시하고 있는 기준과 유사하고, 제15조가 일반적 감시의무를 부과할 수 없도록 하고 있지만, 회원국들이 다양한 개별적 감시의무를 부과할 가능성이 있다.⁹³⁾

위 Directive는 상업적 ISP만을 대상으로 하되, 서비스의 종류에 따라 mere conduit, caching, hosting의 경우를 구분하고 있고,⁹⁴⁾ 독일과 같이 명예훼손을 비롯한 각종 온라인상 불법행위를 포괄하여 규율하면서, 영국과 독일의 입법례보다 서비스제공자

88) 제1항은 면책사유가 인정되는 조건으로 다음 세 가지를 들고 있다. ① 서비스제공자가 정보의 전송을 촉발(Initiate)하지 않았을 것, ② 서비스제공자가 전송되는 정보의 수신자를 선택하지 않았을 것, ③ 서비스제공자가 송수신되는 정보를 선택하거나 그에 수정을 가하지 않았을 것. 또한, 제2항은 제1항의 정보전송과 접속행위에는 정보전송시 전송을 위하여 소요되는 합리적인 시간 정도의 자동적이고 중간적이고 순간적인(transient) 저장행위를 포함한다고 규정하고 있다.

89) 제3항은 이 조항은 회원국들이 각 법체계에 따라 법원이나 행정청이 서비스제공자에게 위반행위를 중단하거나 막도록 요청하는 것에 영향을 없다고 규정하고 있다.

90) 제2항은 이 조항은 회원국들이 각 법체계에 따라 법원이나 행정청이 서비스제공자에게 위반행위를 중단하거나 막도록 요청하는 것에 영향을 없다고 규정하고 있다.

91) 제2항은 서비스이용자가 서비스제공자의 통제나 권한 아래에서 행위한 경우에는 면책되지 않는다고 규정하고 있고, 제3항은 이 조항은 회원국들이 각 법체계에 따라 법원이나 행정청이 서비스제공자에게 위반행위를 중단하거나 막도록 요청하는 것에 영향을 없고 그 절차를 규정하는 것에도 영향을 없다고 규정하고 있다.

92) 제2항은 회원국들은 서비스제공자들에게 서비스이용자들에 의하여 불법적인 활동이 이루어지거나 불법적인 정보가 공급되고 있을 때 신속하게 관련 당국에 통지할 의무 또는 당국의 요청에 따라 그 정보이용자의 신원에 관한 정보를 제공할 의무를 부과할 수 있다고 규정하고 있다.

93) <http://google.co.kr>에서 “Directive on Electronic Commerce”라는 검색어로 검색된 자료 중 Morrison & Foerster LLP에 게재된 내용 참조.

94) 실제, 명예훼손에서 주로 문제되는 것은 hosting이다.

의 책임 및 면책 요건을 좀더 구체적으로 규정한 점이 특기할 만하다. 그러나, 서비스이용자의 책임에 대하여는 언급하고 있지 않다. 이제 위 Directive에 따라 상업적 ISP에 관한 한 EU의 각 회원국들의 입법과 판례가 점차 통일되어 나갈 것으로 예상된다.

(5) 일본⁹⁵⁾

일본에서 문제가 된 주요한 사건으로, 우선 니프티 사건은 PC통신 내 포럼(토론방)에서 임신중절의 허용성 등을 주장한 원고에 대하여 행해진 명예훼손적 발언이 문제된 사안인데, 제1심 동경지방법판소는 시삽(sysop)⁹⁶⁾이 원고의 요구를 받고서도 필요한 조치를 취하지 않은 이상 책임이 있고, PC통신회사는 실질적 지휘감독관계에 기한 사용자책임을 진다고 판시하였으나,⁹⁷⁾ 그 항소심인 동경고등재판소는 가해자의 명예훼손책임은 인정하면서도, 관리자의 삭제의무는 피해자에게 자신을 구제할 수단이 없고, 회원들의 지적같은 대책이 효과적이지 않은 등 예외적인 경우에만 발생하는데, 이 사건의 경우 삭제의무가 발생하지 않는다는 이유로 시삽 및 PC통신회사의 책임을 부정하였다.⁹⁸⁾

다음으로, 동경도립대 사건⁹⁹⁾은 대학의 전산시스템 내에 명예훼손적 목적과 내용을 가진 홈페이지가 개설되어 피해자들이 그 홈페이지의 제거요구를 하였음에도 방치된 사안인데, 법원은 원칙적으로 네트워크 관리자에게 명예훼손의 피해가

생기는 것을 방지하여야 할 의무는 없고, 다만 명예훼손에 해당하는 가해행위의 태양이 심히 악질적이고 피해의 정도도 심대한 것 등이 일견 명백한 극히 예외적인 경우에 한하여 작위의무가 있다는 이유로 네트워크 관리자 등의 책임을 부정하였다.

이후 일본은 ISP의 책임 범위를 명확히 하여 정보의 유통을 촉진시키기 위하여 “특정전기통신역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자정보의 개시에 관한 법률”을 제정하여 2002. 4. 1.부터 시행하였다. 위 법은 독일의 입법례와 같이 명예훼손과 저작권침해의 경우를 모두 규율하고 있는데, 제3조에 의하면, 온라인서비스제공자는 ① 정보의 유통으로 인해 타인의 권리가 침해된 경우 송신을 방지하는 조치가 기술적으로 가능하고, 권리침해를 알았거나 알 수 있었다고 인정하기에 충분한 상당한 이유가 있을 때가 아닌 한 배상책임을 지지 아니하고, ② 침해정보의 송신을 방지하는 조치를 취한 경우 부당한 권리침해를 믿기에 충분한 상당한 이유가 있거나 피침해권리자로부터 송신방지신청이 있고 이에 대해 침해자가 7일 내에 부동의 신청을 하지 않는 경우에도 배상책임을 지지 않는다.¹⁰⁰⁾

다. 우리나라에서의 논의

(1) 현황

우리나라에서도 사이버 명예훼손에 대한 ISP의

95) 김유진, 앞의 논문(주15), 119-120면; 이해완, 앞의 논문(주9); 장철익, 앞의 논문(주72); 백윤철, “인터넷상 명예훼손과 ISP의 법적 책임”, 인터넷법연구 1호(2002), 한국인터넷법학회, 584면 및 589-595면의 각 해당부분을 발췌하여 재구성한 것이다.

96) ‘system operator’의 합성어이다.

97) 東京地裁 平成 9. 5. 26. 판결(判夕 947호, 125면; 판례시보 1610호 22면).

98) 東京高裁 平成 13. 9. 5. 판결(확정). 判夕 1088호, 94면, 판례시보 1786호, 80면.

99) 東京地裁 平成 11. 9. 24. 판결, 판례시보 1707호, 139면.

100) 이 법규정에 관한 상세한 설명은 이수진, “ISP책임제한법에 대한 검토-일본의 ISP책임제한법을 중심으로-”, 창작과 권리 34호(2004년 봄호), 80-96면 참조.

책임이 문제되고 있으나, 현재 이에 대한 명시적 법률규정은 없고, 다만 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조가 정보통신망을 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 당해 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재를 요청할 수 있고(제1항), 정보통신서비스제공자는 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지하여야 한다(제2항)고 규정하고 있는데, 이 규정이 인터넷상 명예훼손과 관련하여 ISP에게 주의의무 및 삭제의무 등을 부과하는 규정이라고 보는 견해도 있고,¹⁰¹⁾ 위 규정이 객관적인 정보의 공개를 넘어 명예훼손에까지 적용된다고 보기는 어려우므로 일반이론에 따라 문제해결을 시도하여야 한다는 견해도 있다.¹⁰²⁾

학설상으로는 완전면책을 주장하는 견해는 발견하기 어렵고, 대체로 일정한 요건 하에 ISP의 책임을 인정하는 견해가 많으며, 판례 역시 그러하다.

[사례] 노동조합 전용게시판 사건

대법원 1998. 2. 13. 선고 97다37210 판결 [공1998상, 736]

통신회사의 노동조합이 PC통신에 올린 명예훼손적 게시물을 PC통신회사가 임의로 삭제하고 전용게시판을 일시중지, 폐쇄하자 PC통신회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다. 대법원은 피고 PC통신회사가 명예훼손적 게시물을 삭제하고

원고 노동조합의 회원들만 사용하는 회원메뉴게시판을 포함하여 전용게시판(일반회원에게도 공개) 서비스를 일시중지, 폐쇄한 것은 전기통신사업법과 시행령 등 법령과 약관에 위반한 게시물을 금지하기 위한 조치로서 적법하고 이를 필요한 한도를 넘은 과잉 조치라고 말할 수 없다고 하였다.

[사례] 팬클럽 회원 인터넷 비방 사건

대법원 2001. 9. 7. 선고 2001다36801 판결 [미공간]

피고 회사(PC통신업체)의 공개게시판에 A가 타인의 ID로 특정 가수를 비방하는 글을 계속적으로 올리자, 위 가수의 팬클럽 회원인 원고가 그에 대한 경고의 글을 올렸고, 이후에는 A가 원고를 비방하는 글들을 계속하여 게시하였다. 원고는 피고 회사의 게시판 담당자에게 A의 글들을 삭제해 줄 것을 요청하였으나, 게시판운영원칙상 불가능하다는 답변을 듣자, 정보통신윤리위원회에 진정하였고, 위 위원회의 시정조치요구에도 불구하고, 피고 회사는 A에게 경고 메일을 발송하였을 뿐 약 5-6개월간 그대로 방치하여 두었다. 원고는 피고 회사를 상대로 손해배상소송을 제기하였다. 제1심 법원¹⁰³⁾은 원고의 청구를 기각하였으나, 제2심 법원¹⁰⁴⁾은 원고의 청구를 일부 받아들였고(위자료 인정금액 1,000,000원), 대법원은 피고 회사의 상고를 기각하였다.

제2심 판결의 중요한 내용은 다음과 같다. 전기통신사업자는 그 이용자에 의하여 타인의 명예를 훼손하는 글이 전자게시판에 올려진 것을 알았거나 알 수 있었던 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있고, A의 글들은 피고

101) 이인석, 앞의 논문(주47), 192면; 권영준, “인터넷상에서 행해진 제3자의 불법행위에 대한 온라인서비스제공자의 책임”, 인터넷과 법률(남효순·정상조 공편), 법문사, 2002, 580면 등.

102) 김용석, “인터넷상에서 행해진 제3자의 명예훼손행위에 대한 홈페이지 운영자의 책임”, 대법원관례해설 44호, 법원도서관, 2003, 753면 참조.

103) 서울지방법원 동부지원 1999. 8. 18. 선고 99가소83281 판결.

104) 서울지방법원 2001. 4. 27. 선고 99나74113 판결.

회사의 정보서비스 이용약관¹⁰⁵⁾에 정한 ‘다른 이용자 또는 제3자를 비방하거나 중상 모략으로 명예를 손상시키는 내용인 경우’에 해당하고, 피고 회사로서는 원고와 정보통신윤리위원회의 시정조치 요구에 따라 그러한 글들이 게시된 것을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 적절한 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치하였으므로, 특별한 사정이 없는 한 책임을 져야 한다.

[사례] 지방자치단체 홈페이지 사건

대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결 [공2003하, 1661]

피고 지방자치단체의 인터넷 홈페이지 게시판에 A 명의로 원고의 공직생활 중 성추행, 금품수수에 관한 글이 게시되자, 원고는 사실이 아님을 해명하는 글을 게시하였는데, 다시 A의 글을 옹호하는 취지의 B 명의로와 C 명의로의 글이 각 게시되자, 원고는 경고의 글을 게시하였고, 삭제를 요구하거나 C와 A의 글을 비난하는 글이 각각 게시되었다. 원고가 내용증명으로 삭제를 요청하자, 피고 지방자치단체는 관련된 모든 게시물을 삭제하였다. 원고는 피고 지방자치단체를 상대로 손해배상소송을 제기하였다. 제1심 법원¹⁰⁶⁾ 및 제2심 법원¹⁰⁷⁾은 피고 지방자치단체의 책임을 인정하였으나, 대법원은 홈페이지 운영자가 손해배상책임을 지기 위하여는 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 삭제의무가 있는지는 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, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 명예훼손적 글이 게시되었음을 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 삭제의무를 지울 수는 없다고 하면서, 비영리 군정(郡政) 홍보사이트 게시판에 게시물이 게시된 것을 알게 될 때마다 원고가 반론까지 게시하였다가 그 후 원고가 삭제를 공식 요청하자 즉시 피고 지방자치단체가 그를 삭제하기에 이르렀던 이 사건에서, 위와 같은 사항들을 심리하지 않고 게시물의 즉시 삭제의무 위반에 해당한다고 단정할 수 없다고 판시하였다.¹⁰⁸⁾

(2) 책임의 성질과 책임의 근거

우리나라의 학설과 판례는 미국과 달리 ISP의 완전책임을 인정하는데 소극적인 것으로 보이고, 책임의 성질에 관하여 사이버스페이스에서는 익명에 의한 정보유통이 많아 행위자를 가려내기가 어렵기 때문에 ISP에게 그 책임을 대신 묻고 있는 것이고(대위책임), 그 근거로는, ① 사업자는 사이버스페이스를 운영함으로써 일정 부분 경제적 이득을 누리기 때문에 그에 대한 책임을 져야 한다는 경제적 이득설, ② 현실적으로 문제의 글을 삭제하거나 취급을 거부, 정지, 제한할 수 있는 기술력을 갖고 있

105) 이용고객으로부터 제기되는 의견이나 불만이 정당하다고 인정될 경우 회사가 이를 즉시 처리하여야 하고, 게시물이 타인의 명예를 손상시키는 내용인 경우 등에는 회사가 이용자에게 사전 통지 없이 게시물을 삭제할 수 있다는 내용이다.

106) 대구지방법원 2002. 6. 25. 선고 2001가단62531 판결.

107) 대구지방법원 2002. 11. 13. 선고 2002나9163 판결(인용 판결).

108) 환송심인 대구지방법원 2003. 10. 8. 선고 2003나9535 판결은 원고가 피고 지방자치단체에게 위 글들의 삭제를 요구하였던 2001. 6. 12.경에서야 삭제의무가 발생하였다는 이유로 피고의 책임을 부정하였다(원고가 불복하여 대법원 2003다59440호로 상고하였으나, 2004. 1. 28. 심리불속행기각되었다). 한편, 김용석, 앞의 논문(주102), 754면은 대상판결에 대한 평석에서 문제된 홈페이지가 공공의 성격이 강한 지방자치단체의 홈페이지로서 영리보다는 정보제공을 목적으로 하는 사이트이고, 주로 지역 주민들을 대상으로 하고 있어 방문자가 많아 보이지는 않으며, 현실적으로 전문적인 관리를 기대하기도 어려운 사정이라는 점, 전자게시판은 주로 주민들의 군정에 대한 의견개진 차원에서 개설되어 있다는 점을 참작하면 피고에게 계속적인 검열 및 삭제의무를 지우기는 어렵다고 보여진다고 하고 있다.

다는 기술력보유설,¹⁰⁹⁾ ③ 자신이 관리하는 공간에서 일어나는 불법행위에 대해서는 책임을 다해야 한다는 관리자책임설 등이 제시되고 있다고 한다.¹¹⁰⁾

한편, 공동불법행위에 관한 통설과 판례인 객관적 공동설의 입장에서 ISP가 명예훼손적 게시물에 관하여 명예훼손행위가 가능하도록 접속을 매개하였거나 침해행위가 일어나는 공간을 관리, 운영하여 이를 제공하는 등의 방법으로 명예훼손의 수단을 제공하고 이것이 침해행위의 원인으로 경합한 이상 객관적 관련공동성이 인정되므로 ISP는 고의 또는 과실에 의한 방조자로서 명예훼손행위자와 공동불법행위책임을 진다는 견해가 있는데,¹¹¹⁾ 뒤에서 보는 것처럼 ISP에게 일반적 감시의무 또는 안전배려의무를 인정하기 곤란하고 ISP의 의무위반은 손해의 확대를 방지하지 않은 것에 있으며 어떤 면에서 ISP는 자신의 소유물이 명예훼손행위에 이용당한 피해자라는 점, 명예훼손행위의 게시 즉시 실행행위는 종료하고, ISP에게 구체적인 작위의무가 발생하기 이전에 명예훼손으로 인한 손해의 대부분이 발생하였는데 명예훼손의 방조자라는 이유로 ISP에 대하여 그 손해의 전부에 관한 부진정연대책임을 지우는 것은 부당하다는 점, ISP는 종래의 출판자와 달리 편집권이 아닌 사후적 관리통제권을 갖는 것에 불과하여 출판자와 동일한 책임을 지우는 것은 부당하다는 점 등을 이유로 ISP는 단

지 작위의무위반으로 인한 독립한 불법행위책임을 진다고 보는 견해도 있을 수 있고,¹¹²⁾ ISP의 작위의무위반이 있는 시점부터는 표현행위자와 공동불법행위책임을 진다는 견해도 가능할 것이다.

이와 별개로, ISP가 자체적으로 sysop을 두고서 관리·운영하는 전자게시판에 있어서는 삭제의무위반을 이유로 sysop이 책임을 부담하는 경우 ISP는 사용자로서 sysop과 공동책임을 지는 경우가 있을 수 있다. 그러나, ISP와 sysop이 완전히 독립한 주체이고 sysop이 ISP의 실질적인 지휘감독관계에 있지 않음이 외부적으로도 명백한 경우라면 ISP에 대하여 사용자책임을 지우기는 곤란할 것이다.

(3) 책임발생의 요건

지금까지의 학설과 판례를 종합하여 책임발생의 요건을 분설하면 다음과 같다. ISP의 책임을 추궁하는 것은 명예훼손으로 인한 불법행위책임이 아니라 작위의무위반으로 인한 불법행위책임을 추궁하는 것으로서, 이하의 요건은 책임발생의 성립요건이므로, 피해자가 이를 입증하여야 할 것이다.

(가) 제3자에 의한 인터넷상 명예훼손적 표현의 게시

ISP의 책임이 인정되려면, 원칙적으로 인터넷상에 게시된 정보의 내용이 타인의 명예 등 인격권을 침해하는 것이어야 할 것이다.

(나) 삭제의무 등 작위의무의 발생

1) ISP에 의한 관리통제가 가능할 것

109) 독일의 연방정보통신사업법의 태도라고 볼 수 있다. 위 법 제5조는 서비스제공자가 그 내용물을 인식하고 그 내용물을 차단하는 것이 기술적으로 가능하며 또 합리적으로 기대할 수 있는 경우에 책임진다고 규정하고 있다.

110) 박선영, “가상공간에서의 표현의 자유와 청소년 보호”, 인터넷법률 15호(2003. 1.), 117면 참조.

111) 이인석, 앞의 논문(주47), 190-191면 및 194면 참조.

112) 이에 의하면 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723 판결(교통사고로 인한 손해와 병원의 과실로 인한 손해를 구분)과 유사한 결론에 이르게 된다. 그러나, ISP 자신이 명예훼손적 표현을 게시하는 경우에는 당연히 불법행위자로서 책임을 지게 될 것이고, ISP가 전통적인 언론매체와 마찬가지로 제3자에 의하여 게시되는 내용에 관하여 적극적으로 관여한 경우에는 공동 불법행위자로서의 책임을 지게 될 것이다.

이 요건은 ISP가 출판자인가 배포자인가의 구별과 관련이 있고, 관리통제가 종래의 출판자처럼 내용수정이나 삭제까지를 의미하는 것은 아니라는 점에서 전통적 편집권과는 구별된다. 일반적으로 말하면, ISP에 의한 게시판 등의 관리는 ISP와 해당 인터넷서비스의 성격, ISP와 이용자 사이의 이용약관, 운영방침, 관련 법령 등에 기하여 이루어지게 될 것이다.

ISP는 IAP(Internet Access Provider, 인터넷에 연결할 수 있도록 해 준다), ICP(Internet Content Provider, 인터넷에 연결할 수 있도록 해 주고, 사이트 내에 content를 제공한다), LAP(Logical Access Provider, 검색엔진을 제공하고, 인터넷상 정보들의 체계적 정리와 관련된 도구들을 제공한다)를 포함하는 개념이다.¹¹³⁾ 삭제의무 등 작위의무는 ISP에 의하여 정보의 관리통제가 가능함을 전제로 하는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 ISP 중 관리통제권을 행사하지 않는 IAP와 LAP에 있어서는 삭제의무 등 작위의무가 발생할 여지가 없다.

ISP가 제공하는 서비스의 유형별로 보면, ① 뉴스서비스, 공개토론, 자료실영역, www 페이지, 사실데이터베이스 등 출판영역(publishing areas)은 삭제, 접근제한 등의 관리통제권을 행사할 수 있고, ② 전자게시판을 통한 침해의 경우 ISP에게는 특별한 사정이 없는 한 관리통제권이 있다고 할 것이다. 그러나, ISP가 제3자에게 대여한 홈페이지 공간에서 침해행위가 발생한 경우에는 약관의 해석에 따라 관리, 통제권이 있는가를 판단하여야 하고, 전

자우편이나 파일전송, 이용자 간의 정보전송 등 배포영역(distribution areas), 인터넷 중계토론 등 공유메시지 영역(shared message areas)은 관리통제권을 전혀 행사할 수 없어 이를 통한 침해나 링크를 통한 침해의 경우는 ISP에게 그 침해에 대한 관리통제권이 있다고 보기 힘든 경우가 많을 것이다. 현재 ISP 대부분은 이들 서비스 모두를 가지고 운영되는 것이 보통이므로 서비스 영역 여하에 따라 유통기관이나 출판자의 복합적 지위를 가진다고 할 것이다.¹¹⁴⁾

어떤 상황이든 ISP도 자신의 소유물이 사이버 명예훼손이라는 불법행위에 이용당한 피해자라고 할 것이므로, 피해를 막기 위한 방어행위로서 이를 삭제하는 것은 정당하다고 할 것이다.¹¹⁵⁾ 다만, ISP가 과도하게 관리통제권을 행사하는 경우 표현의 자유가 위축되는 문제가 있으나, 이것은 시장의 법칙에 맡길 수밖에 없다.

2) 삭제 등 필요한 조치의 요청

ISP에게 게시물에 대한 일반적이고 상시적인 감시 의무 또는 안전배려의무를 부과할 수는 없다. ISP가 게시판 등에 투고되는 모든 내용을 사전에 점검·조사하는 것이 물리적으로 불가능할 뿐만 아니라, 그러한 의무를 부과하는 것은 인터넷상의 표현의 자유를 지나치게 제약하는 위축효과(chilling effect)를 초래할 것이므로 바람직하지도 않기 때문이다.¹¹⁶⁾

ISP에게 위와 같은 일반적 의무가 없는 이상, 원칙적으로 피해자가 ISP에 대하여 삭제 등 필요한

113) Xavier Amadei, "Standards of Liability for Internet Service Providers: A Comparative Study of France and the United States with a Specific Focus on Copy right, Defamation, and Illicit Content", Cornell International Law Journal 35권 1호(2001. 11.-2002. 2.), 191면 참조.

114) 권영준, 앞의 논문(주101), 주 50); 이인석, 앞의 논문(주47), 196면; 박창희, 온라인서비스제공자의 민사책임, 전북대학교대학원 석사학위논문(1999) 등 참조.

115) 앞서 본 대법원 1998. 2. 13. 선고 97다37210 판결 [공1998상, 736] 참조.

116) 황찬현, 앞의 논문(주26), 33면 ; 이인석, 앞의 논문(주47), 196면 ; 이해완, 앞의 논문(주9), 114면 등.

조치를 요청하여야 할 것이다. 앞서 본 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조가 상업적 ISP에 대한 피해자의 삭제요청을 규정하고 있고, 약관상 삭제요청에 관한 규정이 있는 경우라도 이것은 확인적 의미에 불과하다고 볼 것이다. 한편, ISP가 타인(sysop)에게 대여한 동호회사이트 등과 관련해서는 통상 약관에 의하여 ISP와 동호회의 sysop이 별개로 게시물에 대한 통제권한을 갖는 것이 보통이므로, sysop에게 삭제요청을 하였다라도 그것만으로 ISP에게 삭제요청을 한 것으로 볼 수는 없을 것이다.

삭제요청이 없었음에도 ISP가 명예훼손적 표현이 게시되어 있음을 알았거나 알 수 있었던 경우 삭제 의무가 있는가? 어떠한 경로로 명예훼손 발언의 게시를 알게 된 ISP로서는 삭제 등의 적절한 조치를 취할 의무가 있다는 견해¹¹⁷⁾가 있고, 게시사실을 알지 못한 경우에도 그에 관하여 과실이 있다면 책임을 진다는 견해도 있으며, 입법론적으로는 중대한 과실로 알지 못한 경우로 제한하자는 견해도 있다. ISP의 서비스내용에 대한 통제의 정도는 다양하므로 위법 또는 유해한 정보의 유통에 대하여 자주적으로 대응한 ISP는 알 수 있었을 가능성이 높아지고 방치한 ISP는 알 수 있었을 가능성이 낮아진다. 사상의 자유시장의 원활한 작동을 위하여는 정보를 방치한 ISP에 비하여 정보의 건전한 유통을 위하여 자주적으로 관리통제권을 행사한 ISP가 오히려 무거운 책임을 져서는 안될 것이다. 따라서, 특별한 사정이 없는 한, ISP가 알 수 있었다는 사실만으로는 ISP의 삭제의무가 발생한다고 보기는

곤란하다. 특별한 사정과 관련해서는, 당해 사이트의 성격 및 규모, 영리 목적의 유무, 개방정도, 서비스의 성격이 공익적인지 상업적인지, 인터넷상에서 사상의 시장이 제대로 작동하고 있는지 여부 등을 고려하여야 할 것이다.

3) 피해의 중대, 명백성

피해의 정도가 중대하고 일견 명백해야 한다. 피해의 정도가 중하지 않음에도 ISP에게 삭제의무를 인정하게 되면 ISP의 소유물에 관한 제3자의 과도한 개입을 야기하여 ISP의 경영의 자유를 침해하게 되고, 게시된 내용이 명예훼손적임이 명백하지 않음에도 삭제의무를 인정하는 것은 표현의 자유를 침해할 수 있기 때문이다. 피해의 명백성과 관련해서는 제3자에 의하여 게시된 명예훼손적 표현에 위법성조각사유가 존재하지 않아 위법성이 명백하다는 의미로 보아야 할 것이다. 게시물의 내용 등에 비추어 이러한 점이 명백하지 않다면 피해자가 삭제요청시에 ISP에게 충분한 자료의 제공과 설명을 하여야 할 것이다.¹¹⁸⁾

피해의 중대, 명백성과 관련하여 일반적으로 말하면, 표현의 자유와 인격권 보호 사이의 이익교량의 원칙을 무엇보다 중요한 고려요소로 삼아야 할 것인데,¹¹⁹⁾ 공적 문제(public issue), 공적관심사(public concern), 공적관계인지 사적관계인지, 공공성이나 사회성을 갖춘 것인지 등을 고려할 필요가 있고, 사적인 영역에 관한 것이라면 일응 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선될 수 있을 것이다.¹²⁰⁾ 구체적으로는, 게시자와 피해자의 관계, 게시의 목적(비방할 목적), 내용, 게시기간(장기간)과 방법(계속적), 그로 인한 피해의 정도를 고

117) 이하의 견해들은 김유진, 앞의 논문(주15), 127면에 소개된 것 참조.

118) 장철익, 앞의 논문(주72).

119) 이해완, 앞의 논문(주9), 114-115면 참조.

120) 박선영, 앞의 논문(주110), 124면 참조.

려하여야 할 것이다.

(다) 삭제 등 조치의 지체 또는 불이행

ISP가 삭제를 요청받거나 삭제의 필요성이 발생한 정보를 제 때에 삭제한 경우 ISP의 책임문제는 발생하지 않는다.

(4) ISP에 대한 삭제 등 의무의 면제 또는 책임 면제

ISP의 책임에 있어서는 명예훼손의 일반법리와 연결되어 삭제 등 조치의 지체 또는 불이행에 있어 다음과 같은 사유가 있다면 ISP의 책임을 인정하기는 곤란할 것이다. 이것은 ISP의 항변사유에 해당하고 따라서 이에 관한 입증책임은 ISP에게 있다고 할 것이다. 또한, ISP에 있어서도 위법성조각의 일반적 사유인 정당행위, 정당방위, 긴급피난 등의 요건에 해당한다면 위법성이 조각되어 ISP에 대한 책임을 인정할 수는 없을 것이다.

(가) 삭제 등 조치의 기술적, 경제적 어려움

당해 서비스의 형태에 따라 삭제 등의 조치를 취하기에 기술적으로 어려움이 있거나, 비용이 과도하게 소요된다면, 이는 ISP의 경영의 자유에 중대한 제한을 가하게 되는 것이므로 삭제의무 등 작위의무가 발생하였더라도 ISP의 책임을 인정하기는 곤란하다고 할 것이다.

(나) 성실한 대응

ISP가 삭제를 요청받은 게시물에 관하여 즉시 삭제 등 조치를 취하지 않았고 이로 인하여 명예훼손의 피해가 확대되었다 하더라도, ISP가 정보의 관리통제자로서 문제의 해결을 위한 신속하고 성실한 대응(가해자에 대한 경고메일의 발송, 정정글의 게시권고, 게시물에의 접근제한 등)을 한 것이라면

정당한 관리통제권의 행사라고 할 것이므로, ISP의 책임을 인정하기는 곤란할 것이다.

(다) 당해 표현의 공익성 및 진실성에 관한 상당한 이유

한편, ISP가 당해 표현이 공익을 위한 것으로서 진실하다고 믿을 만한 상당한 이유가 있었다면 삭제 등 조치의무위반으로 인한 책임을 인정할 수 없을 것이다. 다만, 여기서의 상당한 이유는 표현 자체나 그 밖의 당시 정황에 비추어 그럴듯하다는 정도의 표현행위자의 상당한 이유보다는 완화된 정도로 족하다고 할 것이다.¹²¹⁾ 특별한 사정이 없는 한 ISP에 대하여 진실확인 의무를 지우기는 곤란하기 때문이다.

(라) 유효적절한 반론

앞서 지적한 대로 명예훼손의 당사자가 개인적인 사정이나 가해행위의 태양 등에 비추어 반론권을 행사하기 곤란하거나 효과적인 반론이 곤란한 경우가 있고, 반론권은 손해배상이나 정정보도청구권만으로는 피해자를 신속히 충분히 구제할 수 없다는 취지에서 마련된 제도이므로, 피해자에 의해 반론권이 행사되었다거나 반론권의 행사가 가능하였다는 점만으로 ISP의 삭제의무가 면제된다고 할 수는 없고,¹²²⁾ 이러한 점은 책임의 범위를 정함에 있어 참작요소가 될 수 있을 것이다.

그러나, 인터넷은 쌍방향성(interactivity)을 갖는 매체로서 ISP의 입장에서는 자신이 제공하는 사상의 자유시장이 반론권의 행사를 통하여 제대로 작동하고 있는 이상 명예훼손적 표현이라는 이유만으로 대상 표현을 삭제할 이유는 별로 없으므로, 피해자의 유효적절한 반론권의 행사에 의하여 피해구제가 충분히 이루어졌다거나 신속한 삭제조치가 필요한 상황이 아니었다면 ISP의 의무위반으로 인한

121) 물론, 피해자가 앞서 본 대로 삭제요청시에 ISP에게 충분한 자료의 제공과 설명을 통하여 당해 표현이 허위사실임을 명백히 하였다면 ISP의 이러한 항변은 허용될 수 없을 것이다.

122) 위와 같은 논거들에 관하여는 이인석, 앞의 논문(주47), 197-198면 및 그에 인용된 글들 참조.

책임을 인정하기는 곤란할 것이다.

(5) 책임의 범위

ISP는 통상 이용약관에 ISP의 면책에 관하여 규정하고 있는바,¹²³⁾ 피해자가 약관의 효력이 미치는 회원인 경우, 일단 면책약관은 효력이 있지만, 「약관의 규제에 관한 법률」 제7조 제1호에 따라 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에는 책임을 면할 수 없다는 견해가 있으나,¹²⁴⁾ 여기서의 ISP 책임은 이용자가 인터넷서비스를 이용하면서 입은 손해에 대한 책임이 아니라 제3자가 인터넷을 이용하면서 가한 손해의 확대방지의무위반과 관련된 책임으로서 이러한 면책약관은 위 법률 제7조 제2호에 따라 상당한 이유 없이 사업자의 손해배상범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 조항에 해당하여 무효라는 견해도 가능할 것이다.

ISP의 책임을 공동불법행위책임이라고 본다면 원칙적으로 ISP는 명예훼손행위자와 동일한 내용으로 부진정연대책임을 진다고 하겠고, 독립한 불법행위책임이라고 본다면 원칙적으로 삭제의무를 이행하지 않음으로써 발생한 손해에 대하여만 책임을 지게 될 것이다. 그러나, 공동불법행위책임이라고 하더라도 공평신의칙상 앞서 본 독립한 불법행위책임설이 드는 여러 논거들을 이유로 ISP의 책임을 제한하는 이론구성도 가능할 것이다. 한편, 독립한 불법행위책임으로 보면서 동시에 표현행위자에게 명예훼손에 관련된 전체 책임을 지우게 된다면 피해자에게 과도한 이익을 주게 된다는 문제가 있다.

ISP의 삭제의무 등이 인정되는 이상 피해자가 인격권침해에 대한 방해배제청구권의 행사로서 ISP를 상대로 게시물의 삭제 등의 적절한 조치를 청구할 수 있음은 의문이 없다.

그러나, 명예회복에 적당한 처분에 관하여는 ISP가 직접적인 가해자가 아니라는 점에서, 공동불법행위책임설을 취하든, 독립불법행위책임설을 취하든, ISP를 상대로 곧바로 정정보도 또는 정정광고를 청구할 수 있다고 보기 곤란한 점이 있다.¹²⁵⁾ 그러나, 어느 견해를 취하든 피해자가 가해자의 신원을 알 수 없는 경우 가해자에 의한 정정광고는 기대할 수 없으므로, 이러한 경우에는 명예훼손에 있어 피해구제의 곤란성 등을 감안하여 보충적으로 당해 ISP의 홈페이지 특정 부분에 판결의 취지를 게시하는 형태의 정정광고에 유사한 처분을 청구할 수는 있을 것이다.

6. 안티사이트 운영자의 책임

인터넷 기술의 발전으로 인터넷사이트의 개설방법이 쉬워지고 그 비용도 저렴해지면서, 특정 기업이나 언론사 또는 특정 종교단체에 대하여 비판적 태도를 가지고 있는 자나 특정 제품에 대해 불만을 품고 있는 소비자가 그 기업, 언론사, 종교단체, 제품을 비판하는 내용의 인터넷홈페이지, 이른바 안티사이트를 개설하는 일이 많아졌다. 또한, 특정 연예인이나 정치인을 대상으로 하는 안티사이트를 등록, 개설하여 외모나 옷차림, 사생활 등에까지 맹목적으

123) 예를 들면, 다음과 같다. 회사는 회원이 서비스에 게재한 각종 정보, 자료, 사실의 신뢰도, 정확성 등 내용에 대하여 책임을 지지 않습니다. 회사는 이용자 상호간 및 이용자와 제3자 상호간에 서비스를 매개로 발생한 분쟁에 대해 개입할 의무가 없으며, 이로 인한 손해를 배상할 책임도 없습니다.

124) 이인석, 앞의 논문(주47), 198면.

125) 다만, 이인석, 앞의 논문(주47), 191면은 ISP에 대하여 명예회복에 적당한 조치를 청구할 수 있다고 하고 있다.

로 비판하거나 악성소문을 퍼뜨리는 일도 있다.

안티사이트에는 도메인등록을 하여 개설된 독립한 사이트(소유방식)도 있고, 인터넷포털사이트 등에 사이버동호회와 같은 형태(대여방식)를 취하고 있는 사이트도 있다.

이러한 안티사이트에 당연히 명예훼손적 표현이 많이 게시되고 있는데, 그 피해자가 안티사이트에 명예훼손적 표현을 게시한 자의 책임을 묻는 것뿐만 아니라, 그러한 공간을 제공한 안티사이트의 개설자 또는 안티사이트 대여자를 상대로 책임을 묻는 경우, 어느 정도로 표현의 자유에 의하여 보호되어야 하는지가 문제된다.

가. 안티사이트 내 표현행위자의 책임

안티사이트는 그 홈페이지의 이름만으로도 어떤 대상에 대한 반대 또는 비판의 의도에서 그 사이트를 개설하였는지를 알 수 있어 그 사이트를 접하게 되는 이용자들 역시 게시된 내용을 사실 그대로 받아들이지는 않을 것이므로 안티사이트 내의 표현에 대한 허용 범위를 다른 매체에서 보다 폭넓게 인정할 필요가 있다.¹²⁶⁾

그러나, 안티사이트 내의 표현이라 할지라도 그것이 명예훼손적인 표현인 이상 명예훼손의 일반이론과 달리 완전한 면책을 인정할 수는 없다. 다음은 이와 관련된 하급심 판결이다.

[사례] 스포츠신문 안티사이트 사건

서울지방법원 2001. 9. 19. 선고

2000가합86668 판결 (원고 패소) : 확정

관련 시민단체에 의하여 여러 차례 원고 스포츠신문 기사의

선정성, 폭력성이 지적되고 있는 상황에서 피고는 2000. 7.경 원고 스포츠신문에 반대하는 인터넷사이트를 개설하여 그 게시판에 신문기사의 내용과 그 대표이사 등을 비판하는 글을 실거나 관련된 글을 복사하여 게시하였다. 원고 스포츠신문 등이 피고를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하였고, 법원은 원고들의 청구를 기각하는 판결을 선고하였는데 그 주요한 내용은 다음과 같다.

이 사건 각 기사의 해당 부분이 원고들에 대한 명예훼손에 해당함은 인정되나, 이 사건 인터넷사이트는 원고 스포츠신문의 대표가 특정 교회 목사의 아들이라는 점 때문에 기독교계와 관련이 있다고 보고 기독교 관련 신문의 대표인 피고가 개설한 종교적 성격을 다분히 지니고 있는 소위 안티사이트인데, 그 성격상 안티사이트에 게재된 기사는 다른 언론매체의 기사에 비해 보다 폭넓은 비평이 허용된다 할 것이고, 또한 이 사건 각 기사는 종교적 관점이 반영된 것이므로 그 비평의 허용 범위가 더 넓어진다 할 것이다. 이러한 관점에서, 피고의 이 사건 각 기사는 기독교계 나아가 이 사회의 건전한 문화를 위한 것으로서 그 공익성이 인정되고, 원고 스포츠신문이 재미와 상업성을 추구하여 다소 폭력성과 음란성이 있는 기사를 게재한 사실은 진실한 것으로 보이며, 피고가 진실한 사실을 전제로 공익을 위하여 원고 스포츠신문에 대해 의견을 표명하면서 다소 과격한 표현을 사용하였으나, 종교적 성격의 안티사이트에서의 평론의 한계를 넘지는 않는 것으로 보이므로, 이 사건 각 기사는 위법성이 없다.

나. 안티사이트 개설자의 책임

안티사이트가 많은 사람들에게 커다란 영향을 주고 있는 특정 회사나 단체, 언론사, 특정 제품, 특정 연예인이나 정치인 등의 잘못된 행태를 정당하게 지적하고 분발을 촉구하여 발전의 계기로 삼도록 한다면 이는 전체 사회를 위하여 바람직하다고

126) 김유진, 앞의 논문(주15), 132면 참조.

할 것이고, 안티사이트의 특성상 안티사이트에 게재된 일부 표현이 명예훼손적이라는 이유만으로 안티사이트 개설자에게 과도한 책임을 부과할 수는 없을 것이다. 즉, 위와 같은 안티사이트 개설자에 대하여는 사상의 자유시장에서 긍정적 기능을 수행하고 있다는 측면에서 일반 인터넷서비스제공자에 비하여 폭넓은 면책을 허용할 필요가 있는 것이다.

그러나, 안티사이트가 비판의 대상으로 삼고 있는 내용이 공익적인 것이 아니거나, 게재되는 내용이나 정보의 대부분이 허위의 사실로서 명예훼손에 해당한다면 이러한 경우에도 안티사이트 개설자에 대해 폭넓은 면책을 허용하기는 곤란할 것이다. 다만, 책임의 범위와 관련해서 사이트폐쇄청구가 가능한가가 문제된다. 민주사회의 기초로서 사상의 자유로운 교환을 위한 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없는 것인데, 그 기본터전을 빼앗아 버린다는 점에서 사이트폐쇄는 언론의 자유의 본질적 내용의 침해에 해당할 수 있으므로 허용되어서는 곤란하다는 견해가 있고,¹²⁷⁾ 안티사이트의 게시물 대부분이 사적 이익을 위한 악의적 명예훼손에 해당한다면 그것은 권리남용에 해당하는 것으로서 정당한 표현이라 할 수 없으므로 피해자가 장래 악의적인 명예훼손행위가 계속되는 것을 막기 위하여 인격권침해에 대한 방해배제청구권에 기하여 당해 안티사이트 개설자를 상대로 안티사이트의 폐쇄를 청구할 수 있다는 견해도 있다. 다음은 이에 관련된 하급심 가처분결정이다.

[사례] 안티사이트 폐쇄

서울고등법원 2004. 7. 29.자 2003라748 결정(확정)¹²⁸⁾

A는 B인터넷포털사이트에 '안티C' 라는 사이버동호회를 만들고, C출판회사와 C정수기회사 등의 기업집단(C그룹)과 관련된 자신의 피해사례를 악의적 표현으로 게시하거나 다른 피해사례 등을 옮겨 게시하였다. C회사들의 요청에 따라 B가 접근제한 제재조치를 취하자, A는 같은 포털사이트에 새로이 'C 피해자 모임'을 만들어 종전 게시물들을 그대로 옮겨 게시하는 한편 별도로 D와 함께 도메인등록을 하고 독자적 안티사이트를 개설하여 악의적 표현물들이 주기적, 반복적으로 게시되도록 하였다. 이후 A는 C그룹 간부들과 만나 안티사이트를 폐쇄하고 비방행위를 하지 않는 조건으로 피해보상 1억원을 요구하였다. 이에 C회사들은 A와 D를 상대로 위 안티사이트의 폐쇄와 위반시 간접강제금의 지급 등을 구하는 가처분신청을 하였다. 제1심 법원(서울지방법원 남부지원 2003. 10. 17.자 2003카합2235 결정)은 신청을 기각하였으나, 항소심 법원은 신청을 대부분 받아들이는 가처분결정을 하였는데, 그 주요한 내용은 다음과 같다.

이 사건 안티사이트가 일정 정도 공론의 장(場)으로서 기능한 점은 부정할 수 없으나, 한편 A의 입장에서는, 안티사이트라는 수단으로 심리적인 압박을 가하여 자신의 손실을 전보받으려 하였을 가능성을 배제할 수 없는 점, 글들이 대부분 인격을 비하하는 표현을 사용하고 사실을 왜곡 과장하고 있는 점, A가 C회사들의 요구에도 불구하고 새로운 사이버동호회 또는 사이트를 만들어 장기간 계속적으로 명예훼손적 표현을 게재 또는 전재하여 온 점 등에 비추어 보면, A가 이 사건 안티사이트를 개설·운영하면서 C회사들의 명예를 훼손하는 글들을 게재 또는 전재하는 것이 그 위법성이 없다고 보기는 어렵다.

이 사건 안티사이트가 일정 정도 공론의 장으로서 기능하고

127) 박선영, 앞의 논문(주110), 124면 참조.

128) 이 사건의 본안사건인 서울남부지방법원 2004. 9. 9. 선고 2003가합12114 판결(확정)에서도 인터넷사이트 폐쇄청구를 받아들였고, 아울러 인터넷포털사이트에 개설되었던 사이버동호회 안티사이트의 폐쇄청구도 받아들였다.

있으므로, 명예훼손의 염려가 있는 일부 게시물에 대하여만 일반인들이 열람을 할 수 없도록 하면 되지,¹²⁹⁾ 안티사이트 전체를 폐쇄하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제한이 아니냐는 의문이 들 수 있으나, 이 사건 안티사이트의 경우 대부분의 게시물이 명예훼손의 염려가 있는 글이고, 즉시 이 사건 안티사이트를 폐쇄하지 않으면 C회사들의 명예, 신용 등이 추가적으로 훼손될 염려가 있으며, 정당한 문제제기를 한 여타의 사람들은 결국 A의 사적인 목적을 위하여 이용된 것에 불과하고, 이 사건 안티사이트가 폐쇄되더라도 공공의 이익을 위한다는 순수한 의사를 가진 일반인들은 언제든지 다른 인터넷사이트 혹은 다른 매체를 이용하여 소위 "안티활동"을 할 수 있으므로, 이 사건 안티사이트 전체에 대한 폐쇄가 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고도 할 수 없다.

다. 안티사이트 대역자의 강제폐쇄

인터넷포털사이트 등이 네티즌들에게 무료 또는 저렴한 이용료로 사이버동호회(카페, 커뮤니티 등)를 개설할 수 있도록 홈페이지를 대여하는 경우가 많다. 이처럼 사이버동호회 형식의 안티사이트에 실린 게시물 등으로 피해를 입은 자가 홈페이지를 대여한 사이트관리자를 상대로 그 안티사이트의 폐쇄나 손해배상을 청구할 수 있는가? 사이트대역자가 위와 같은 요청에 따라 또는 자발적으로 안티사이트를 폐쇄하거나 기술적으로 네티즌의 접근을 막은 경우 사이버동호회는 그러한 조치가 위법함은 이유로 사이트대역자의 책임을 물을 수 있는가?

일단, 앞서 본 정보통신망 이용촉진 및 정보보호

등에 관한 법률 제44조에 비추어 그 요건이 충족되는 경우 피해자는 사이트대역자를 상대로 당해 정보의 삭제청구를 할 수 있고, 나아가 당해 사이버동호회사이트의 강제폐쇄청구도 가능하다고 볼 것이다.¹³⁰⁾

다음으로, 통상 인터넷서비스제공업체는 홈페이지, 사이버동호회 등의 글삭제, 폐쇄로 인한 분쟁에 대비하기 위하여 약관에 그에 관한 규정을 두고 있는 것이 일반적이므로, 위 법률의 요건을 충족하지 못하였거나 피해자로부터 요청이 없었더라도 약관의 내용에 따라 안티사이트를 폐쇄하거나 기술적으로 네티즌의 접근을 막을 수 있다고 할 것이다. 물론, 안티의 대상이 된 기업체나 단체, 공적 인물 등에 대한 건전한 비판과 평가의 기회를 박탈함으로써 표현의 자유를 침해하였다는 논란이 있을 수 있고, 약관의 규제에 관한 법률에 따라 당해 약관의 해석이나 유무효 여부가 문제될 수 있겠으나, 앞서 본 대로 인터넷상 표현의 자유와 관련하여 발생하는 문제들에 대하여는 인터넷서비스제공자들과 네티즌들의 자율적인 규제노력이 중요하고, 이러한 문제들은 네티즌들을 주요한 고객으로 하는 인터넷서비스제공자들 사이의 시장경쟁을 통하여 해결되는 것이 바람직하다는 시각에서 보면, 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 약관을 무효라고 할 수는 없을 것이다.

끝으로, 사이트대역자를 상대로 한 손해배상청구에 관하여는 앞서 인터넷서비스제공자의 책임에서 논한 것과 본질적인 차이는 없다고 생각한다. □

129) 이러한 이유로 다른 사안에서 서울중앙지방법원 2004. 12. 30. 선고 2003가합81466 판결(항소)은 안티사이트(인터넷동호회)의 폐쇄청구는 받아들이지 않고 해당 게시물들에 대한 삭제만을 명하였다.

130) 위 법규정을 좁게 해석하면, 강제폐쇄청구는 곤란하다는 견해가 있을 수 있으나, 위 법규정이 아니라 하더라도 일반적인 인격권침해에 대한 방해배제청구권에 기하여 강제폐쇄청구가 가능하다고 할 것이다.