

# 인터넷에서 표현의 자유 보호 법리에 관한 연구\*

사이버 분쟁에 대한 법원 판례 분석을 중심으로\*\*

윤성옥\*\*\*

인터넷 규제에 대해서는 규제 불가론부터 기술 규제의 편리성 등 다양한 주장이 제기되는 가운데 나라마다 매우 상이한 규제 방식을 채택하고 있다. 국내에서는 실명제 확대, 사이버 모욕죄 등 인터넷 규제 강화 움직임이 나타나고 있으며 한편에서는 표현의 자유를 지나치게 침해한다는 우려의 목소리가 크다. 본 논문은 우리 사회에서 인터넷 규제에 대한 합리적인 방향을 도출하고자 시도되었다. 이에 따라 지금까지 사이버 명예훼손 분쟁사건을 분석하여 국내 법원의 판결 기준을 도출하고 향후 인터넷 규제의 바람직한 방향을 제안하고자 했다. 연구결과 인터넷 규제에 있어 형평성과 일관성을 확보할 필요성, 사이버 명예훼손에서 공직자에 대한 비판과 정치적 표현은 표현의 자유를 폭넓게 보장할 것, 인터넷 규제의 정당성과 실효성을 확보할 것 등을 제안하였다. 이러한 연구결과는 향후 방송통신위원회나 방송통신심의위원회를 중심으로 인터넷 규제의 방향과 원칙을 수립하는 데 도움을 줄 것으로 기대한다.

주제어: 사이버 명예훼손, 표현의 자유, 규제, 위법성조각사유, 온라인서비스제공자

## 1. 문제제기

사이버 공간은 실제 공간과 다른 특성을 가지고 있기 때문에 법으로 어떻게 규제해야 하는지, 혹은 규제하지 말아야 하는 것인지 일관된 접근 방법을 적용하는 데 많은 어려움을 주고 있다(Greenleaf, 1998).

특히 국경이 무의미하다는 인터넷의 특징은 국가 통제의 한계마저 보여주고 있다(Johnson & Post, 1996). 이 때문에 일부 학자들은 인터넷 규제 불가설을 주장하거나(Guenther, 1998; Weaver, 1998 등), 최소한 차별적 규제가 필요하다는 관점이다(Boyle, 1997; Greenleaf, 1998; Jonson & Post, 1996).<sup>1)</sup>

인터넷 규제 불가설의 주요 근거로는 인터넷이라는 매체기술의 속성, 이용자의 지리적 분포, 내용물의 성질 등이 제시되는데 이러한 인터넷의 특징은 아이러니하게도 인터넷에 대한 기술적 규제가 매우 효과적이라는 결론으로 이어지기도 한다(Hosein et al., 2003; Latour, 2000; Lessig, 1999; Rogerson,

\* 이 논문은 2009년 방송학회 정기학술대회(4. 24. 충남대)에서 발표된 ‘정보통신망법과 인터넷 규제에 관한 연구: 사이버 명예훼손 판례 분석을 중심으로’를 재수정한 것임.

\*\* 인터넷 명예훼손행위 또는 사이버 명예훼손죄는 아직은 법률상 용어는 아니고 인터넷에 의한 사이버공간의 출현으로 나타난 새로운 범죄현상을 일컫는 형사정책상의 용어라고 한다(강동범, 2007). 사이버 명예훼손이란 특정인에 대한 해악적인 언어를 전자게시판이나 채팅룸에 올려놓아 특정인의 인격적 가치를 저하시키는 행위를 총칭으로 정의 내려지기도 한다(정대관, 2005). 본 논문에서는 사이버공간에서 타인의 사회적 평가를 저하시키는 행위, 즉 사이버공간에서 발생할 수 있는 모든 명예훼손 해위를 일컫는 용어로 ‘사이버 명예훼손’을 채택하기로 한다.

\*\*\* 한국방송협회 정책실 연구위원(okyun@kba.or.kr)

1) 인터넷에 차별적 규제가 필요하다는 관점의 근거는 첫째 사이버 공간이란 주권자/통치자의 규제로부터 저항하는 특성이 있어 국가 통치의 단일화 문제를 복잡하게 할 수 있고(Greenleaf, 1998), 둘째 온라인에서 전형적인 사이버 범죄는 법적 규제의 정당성을 인정받기 힘들며, 셋째 네티즌들은 영토법(terrestrial law)을 거부하고 물리적 공간으로부터의 독립을 요구하는 특징을 보이기 때문이다(Johnson & Post, 1996).

1998; Williams, 2007 등). 즉 인터넷의 기술적 특징이 위협이 될 수도 있지만 통제행위에 이용될 수도 있다는 것이다. 예를 들면 기술은 개인 행동을 손쉽게 방해할 수도 있고, 기술은 법보다 순응적이며, 기술적으로 사람들의 행위를 제한하는 방식은 규제 형식보다 침투적이고 즉각적이라는 점, 기술은 사이버 범죄에 법, 규범, 시장보다 신속하고 용이한 적용이 가능하다는 점, 무엇보다 덜 논쟁적인 규제 형식이라는 장점이 있다. 물론 기술 규제에는 국가 검열 못지않게 인터넷 사업자에 의한 사적 검열과 책임성에 대한 논의가 중요할 것이다(Rogerson, 1998).

한편 인터넷에서 국경이 무의미하다는 주장에도 이견이 제시되고 있다. 글로벌화가 문화의 획일성을(monoculture) 초래하듯 인터넷 다양성을 위해서는 국가간 영역이 오히려 중요하고 국가 통제 역시 유효하다는 것이다(Goldsmith & Wu, 2006). 각 국가별로 인터넷 규제를 어떻게 가져갈지 숙제가 아닐 수 없다.

근래에 들어 국내에서는 민주적 여론형성 기능을 고려하여 방송, 신문보다 폭넓게 자유를 인정해왔던 인터넷에 대한 규제를 강화하려는 움직임이 많다. 정부, 국회 등에서는 인터넷 규제를 강화하는 법안이 제출되었고 일부는 통과되었다. 특히 사이버 모욕죄, 실명제 도입 등이 주장되었고<sup>2)</sup> 방송통신위원회는 정보통신망법 시행령을 개정하여 인터넷 본인확인조치 의무대상사업자를 확대했다.<sup>3)</sup>

사이버 모욕죄는 악성 댓글 증가와 폐해의 심각성, 형법상의 모욕죄 처벌이 미약하다는 점, 정보통신망법상 모욕죄 처벌 조항 부재 등에 따라 그 필요성이 제기되었지만 표현의 자유 침해, 여론통제 수단 악용, 형법의 모욕죄 적용 가능, 세계적 규제 흐름의 역행 등을 이유로 반대하는 의견들이 많았다. 인터넷 실명제 역시 사이버 명예훼손의 급증에 따라 익명 표현의 자유도 제한될 수 있다는 찬성론(황창근, 2008)과 익명 표현의 자유와 자기정보관리통제권을 침해한다는 반대론(황성기, 2008)이 대립되었다.

국내에서 발생하고 있는 최근 상황을 고려하건대 인터넷 규제와 표현의 자유에 주목하지 않을 수 없다. 정부와 국회는 인터넷 규제를 강화하려는 움직임을 보이고 있고 네티즌들은 표현의 자유 침해에 반발하고 있다. 양자간의 의견이 매우 대립되고 있다는 점에서 국내에서 바람직한 인터넷 규제방향을 위해 합리적 판단 기준이 다각적으로 제시될 필요가 있을 것이다. 따라서 본 논문은 동일한 인터넷 특성을 두고 상이한 규제 입장을 보이며 혼란을 겪는 상황에서 그 동안 축적된 판례를 통해 인터넷 규제의 일반적인 법리를 도출하고 바람직한 규제방향을 제안하는 데 목적을 두었다.

인터넷 규제에서 논의될 분야는 음란물, 청소년 유해정보, 명예훼손, 저작권, 국가안보, 상거래, 광고 등 다양하다. 이는 인터넷 규제에서 모두 중요한 분야이나 각기 달리 전문적인 논의가 필요하므로 논리 전개의 명확성을 위해 본 논문은 가장 논란이 되고 있는 사이버 명예훼손에 국한하여 다루기로 한다.

특히 기존의 논의가 인터넷에서의 명예 보호와 표현의 자유에 대한 이론적, 법리적 검토에 머물러 있었다는 측면에서 본 논문은 구체적인 사례와 법리에 대한 실제 적용에 초점을 맞추었다. 이에 따라 우리 법원이 사이버 명예훼손에서 논란이 되고 있는 쟁점에 대해 어떻게 판단하는지 알아보고자 했다. 이는 인터넷에서 표현의 자유로 보장되는 범위와 인터넷 규제의 대상을 구분하는 데 기본

2) 2008년 11월 3일. 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률개정안 나경원 의원 대표발의. 정보통신망을 통하여 공공연하게 사람을 모욕한 자 2년 이하의 징역이나 금고 또는 1천만 원 이하의 벌금. 반의사불벌죄규정. 물론 사이버 모욕죄 도입은 2009년 국회에서 통과되지 못했다.

3) 2008년 12월 8일. 원래는 인터넷본인확인조치 의무대상사업자가 1일 평균 접속사 20만 명 이상 인터넷인론사이트, 30만명 이상 포털·UCC사이트였는데 시행령 개정으로 1일 평균 이용자수 10만 명 이상의 모든 게시판 운영사업자로 확대적용하였다.

원칙이 될 것이다. 사이버 명예훼손에 대한 국내 법원의 판단 기준과 적용을 도출하는 것은 방송통신위원회나 방송통신심의위원회가 인터넷 규제의 방향과 원칙을 수립하는 데도 실질적인 도움을 줄 것으로 판단하였다.

## 2. 이론적 배경

### 1) 표현의 자유 보호 범위와 국내 명예훼손 법제

우리나라 헌법에서는 표현의 자유와 언론출판에 의한 명예 보호 조항을 모두 마련하고 있으며<sup>4)</sup> 이러한 권리는 일정한 경우 제한될 수 있다.<sup>5)</sup> 표현의 자유나 명예의 보호가 모두 헌법에서 보장되는 국민의 기본권이므로 양자 간 충돌 시에는 이익형량이 매우 중요하다. 국내 판례도 “인격권으로서의 개인의 명예 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익·가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여 한다”고 밝히고 있다(대법원, 1988. 10. 11.).<sup>6)</sup>

표현의 자유 제한에 있어 국내 헌법재판소는 ‘내용 그 자체로 불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물’로 “예컨대 아동 포르노, 국가기밀 누설, 명예훼손, 저작권 침해 같은 경우가 여기에 해당할 것”이라고 하고 있다. 이를 제외하고는 “함부로 내용을 이유로 표현물을 규제하거나 억압하여서는 아니 된다”고 하고 있다(헌법재판소, 2002. 6. 27).

국내 명예훼손죄는 형법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법)을 통해 처벌할 수 있고 민사상 손해배상이나 명예회복에 적당한 처분을 명할 수도 있다.<sup>7)</sup> 특히 사이버 명예훼손에 대해서는 정보통신망법이라는 특별법을 통해 형법에서 규정하고 있는 일반 명예훼손이나 출판물 등에 의한 명예훼손보다 더 엄중하게 처벌하고 있다.

사이버 명예훼손 행위를 특별 취급하는 데에는 긍정론(주승희, 2006)과 반대론(박진애, 2006)이 대립하고 있다. 긍정론은 쌍방향성, 자율규제가능성 등 인터넷매체 특수성을 고려하더라도 인터넷 명예훼손의 심각성에 주목하는 것이고 반대론은 인터넷의 의사소통 기능에 중점을 두는 것이다.

특히 사이버 명예훼손 행위의 사회적 유해성과 심각성을 인정하더라도 형법이 아닌 정보통신망법

4) 헌법 제21조 제1항 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. 제4항 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

5) 헌법 제37조 제2항 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

6) 더 나아가 최근 국내 판례는 “언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서는 당해 표현으로 명예를 훼손당하게 되는 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지 등에 따라 그 심사기준에 차이를 두어 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 표현의 경우에는 언론의 자유에 대한 제한이 완화되어야 하고, 의혹 제기는 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 책임을 추궁하여서는 안 된다”는 입장을 취하고 있다. 대법원 2003. 7. 8. 판결 등.

7) 형법 제307~310조, 민법 제750조, 751조, 764조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률 제70조.

이라는 특별법에 처벌 규정을 둔 것은 관련부처의 입법편의적인 사고방식이라는 비판도 있다(강동범, 2007). 이에 따라 정보통신망법상 명예훼손죄를 형법전에 편입하는 방안, 정보통신망법상 명예훼손이 형법에서 출판물에 의한 명예훼손 행위와 유사하므로 벌금형도 이에 동일하게 규정하는 방안 등을 제기하였다.

국내 헌법재판소는 인터넷을 공중파방송과 비교하면서, 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어 인쇄매체에서는 볼 수 없는 규제조치가 정당화되기도 하지만 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지니므로 인터넷에 대한 지나친 규제를 경고하고 있다(권영준, 2006). 즉 국내 헌법재판소는 인터넷이 가장 참여적인 시장으로 표현촉진적인 매체임을 인정하면서 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다고 한 바 있다(헌법재판소 2002. 6. 27).

이상과 같이 국내에서는 정보통신망법이라는 특별법을 통해 사이버 명예훼손의 경우 가중처벌하고 있으며 학자들의 의견은 찬반으로 나뉘어 있다고 할 수 있다. 물론 이러한 매체 특성에 따른 인터넷 규제에 대한 의견 대립에 대해 사회적 합의를 이루는 것도 중요하겠지만, ‘인터넷을 어떤 매체로 볼 것인가’라는 매체 특성을 구분하는 논의에서 벗어나 매체가 담고 있는 표현물이 보호되는 영역인가, 아닌 것인가에 대한 논의 역시 필요하다. 헌법재판소도 표현의 자유에 있어 ‘불법성이 뚜렷하고 사회적 유해성이 명백한 표현물’은 제한될 수 있음을 제시하고 있다. 따라서 표현의 자유나 명예훼손의 갈등에 있어 내용 규제에서 보호받는 영역과 보호받지 못하는 영역을 구분하는 논의가 인터넷 규제방향에서 해결의 실마리를 제공할 수도 있을 것이다.

## 2) 사이버 명예훼손죄 성립과 위법성조각사유

인터넷은 새로운 커뮤니케이션 형태이기에 현재의 법률을 이에 적용할 수 있는지, 특별한 목적의 새로운 법률을 제정한다면 이는 헌법에 위반되지 않는지 등의 문제가 발생한다(Trager, 1998). 국내에서도 형법상의 기본적인 법리를 사이버 명예훼손에도 적용할 수 있다는 견해와 형법상의 기본적인 법리를 토대로 하되 사이버공간이라는 특수성을 감안하여 수정된 법리를 적용해야 한다는 견해로 크게 나뉜다. 이하에서는 구체적으로 범죄 성립요건이나 위법성조각사유의 적용 등에 있어서도 각기 다른 입장을 검토하고자 한다.

먼저 사이버 명예훼손죄의 구성요건으로 공연성<sup>8)</sup>에 대해서 해석을 달리한다. 정보통신망법에서 범죄의 성립요건으로 공연성을 특히 요구하는 이유는 직접적으로 사회에 유포시켜 사회적으로 유해한 행위만을 처벌하고, 공연성이 없는 개인적인 정보전달을 제외함으로써 표현의 자유에 대한 지나친 제한을 억제하려는 데 있다는 입장이 있다(강동범 2007; 박광민, 2005). 이에 따라 불특정 또는 다수인이 볼 수 있는 인터넷 게시판이나 홈페이지에 게재한다든지 메일링 리스트의 방식으로 다수인에게 송신하는 경우는 공연성이 인정되고, 개인 간의 전자메일의 교환이라든가 서버관리자 또는 게시판관

8) 공연성이라 함은 불특정 또는 다수인이 그 사실을 인지할 수 있는 상태를 말한다. 대법원 1967. 4. 25., 대법원 1981. 8. 25., 대법원 1985. 11. 26., 대법원 1991. 6. 25., 대법원 1996. 7. 12. 판결 등.

리지만 볼 수 있도록 기술적으로 제한하는 경우는 공연성이 부정된다고 본다(윤종행, 2006). 반면 정보통신망의 무한정한 전파성으로 인해 항상 불특정 또는 다수인이 인지할 수 있는 상태임을 고려할 때 공연성은 불필요한 용어라는 주장이 있다(정대관, 2005). 즉 정보통신망법상 공연성이란 주의적 규정에 불과하다는 것이다.

비방의 목적은 일반적으로 특정인에 대한 가해의 의사 내지 목적을 말하는데 비방할 목적이 있었는가의 여부 판단은 당해 적시사실의 내용과 성질, 당해 사실의 공표가 이루어진 상대방의 범위, 그 표현의 방법 등 그 표현 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그 표현에 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 명예의 침해 정도 등을 비교, 고려하여 결정하여야 한다(대법원, 1998. 10. 9.; 대법원, 2000. 2. 25.; 대법원 2003. 12. 26.). 또한 국내 대법원은 “출판물에 의한 명예훼손죄의 ‘비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부인된다고 봄이 상당하다”는 입장을 취하고 있다(대법원, 1998. 10. 9.; 대법원, 2003. 12. 26.; 대법원, 2005. 4. 29 등).

그런데 비방 목적에 대한 기존의 학설과 판례의 법규해석은 법리상 문제가 있다는 주장이 있다(윤종행, 2006). 공익관련성은 비방의 목적 여하의 판단에서 고려할 수 있는 중요한 요소들 중의 하나이지 비방의 목적이 ‘공익관련성 없음’으로 대체될 수는 없다는 것이다.<sup>9)</sup>

형법상 위법성조각사유인 진실성과 공익성 요건은 정보통신망법의 사이버 명예훼손 규정에는 마련되어 있지 않다. 따라서 위법성조각사유 조항인 제310조를 사이버 명예훼손에도 적용할 수 있느냐에 대한 문제도 발생하고 있다. 이에 대해서는 기본적으로 온라인매체에도 기존의 명예훼손법리가 적용되고 있고 오프라인의 명예훼손 면책조항인 진실성과 공공성의 법리를 온라인에 준용하더라도 별 문제가 없다는 입장이(권영준 2006)<sup>10)</sup> 있는가 하면, 사이버 명예훼손은 비방의 목적을 구성요건으로 하므로 형법 제310조의 위법성조각규정은 적용하지 않는 것이 타당하다는 입장이 대립되고 있다(박광민, 2006; 정대관, 2005).<sup>11)</sup>

이상에서는 사이버 명예훼손죄에서 공연성과 비방의 목적에 대한 논란, 일반 형법에서 정하고 있는 위법성조각사유를 적용할 수 있는지 여부에 대한 상이한 입장 등을 살펴보았다. 이러한 쟁점에 대해 실제 사이버 공간에서 발생하는 명예훼손을 적용하는 국내 법원의 태도와 판결 경향을 어떠한지 파악할 필요가 있을 것이다.

9) 윤종행(2006)은 결국 사이버 명예훼손죄에서의 비방의 목적을 독자적으로 판단함에 있어서 행위자의 주관적 의도의 강도 내지는 방향성, 구체적 제반 정황을 고려하여 개인의 명예와 표현의 자유 양자를 비교·형량하는 방식이 법리에 맞는 타당한 해법이라고 제시하고 있다.

10) 권영준(2006)은 인터넷 상 명예훼손의 위법성판단기준은 일반적인 명예훼손의 경우와 본질적으로 다르지 않다고 하면서 다만 표현친화적인 실체적 잣대를 사용할 필요가 있다고 강조하고 있다.

11) 정대관(2005)은 사이버 명예훼손 범죄에서 정보통신법 상 비방의 목적이 부정되면 일반 명예훼손인 형법 제307조를 적용할 수 있고 그렇다면 진실성과 공익성을 요건으로 제310조의 위법성 조각이 가능하다고 보는 것이다. 박광민(2006)은 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손)가 성립하기 위하여는 비방의 목적이 있어야 하고 비방의 목적이 있는 경우에는 주로 공공의 이익을 위한 것이라고 할 수 없으므로 제310조가 적용되지 않는다고 해석한다.

## 3) 사이버 명예훼손의 책임성 여부 : 타깃 원칙과 OSP를 중심으로

국가마다 명예훼손에 대한 규정이 다르다는 것은 한 나라에서는 허용된 행위가 다른 나라에서는 명예훼손에 대해 책임을 질 수 있다는 것이다. 표현의 자유 조항이 마련되지 않은 국가도 있고 대부분의 유럽 국가들처럼 명예훼손을 보통법으로 보호하는 국가들도 있다. 따라서 명예훼손 법률을 위해 국가 간 이해의 필요성이 제기되고 있다(Abah, 2008; Grant, 2002; May et al, 2004).

이에 대해 국제변호사협회(IBA; International Bar Association)가 마련한 더반 원칙(Durban Principles)은 다음과 같다. 첫째, 다음 중 어느 곳이라도 인터넷 사이트의 내용을 전송하는 곳의 법원이 소송의 결정권을 가진다. ① 원고의 거주지 ② 피고의 거주지 또는 ③ 원고와 피고가 합의한 장소와 합리적 관련성이 있는 장소 둘째, 관할 법원은 법 충돌과 상관없이 인터넷 사이트와 가장 관련성 높은 사법관할 법을 적용해야 한다.

더반 원칙은 일명 ‘타깃 원칙(targeting principle)’(명예훼손이 발생한 지역을 타깃으로 했는지 판단)과 유사한데 미국의 법원들이 적용하고 있다(Young v. New Haven Advocate, 2002; Revell v. Lidov, 2002 등). 사법관할권을 인터넷의 명예훼손적 내용이 업로드, 다운로드, 저장된 장소와 상관없이 편집권이 이루어지고 기사의 초점이 되는 곳을 기준(Editorial Seat and the Focal Point Doctrine)으로 하자는 것이다(Abah, 2008).

한편 사이버 명예훼손 분쟁에서 주요 쟁점 중 하나가 OSP(Online Service Provider)<sup>12)</sup>의 법적 의무와 책임이라 할 수 있다.<sup>13)</sup> 국내 정보통신망법은 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 보호하고 정보통신서비스제공자의 의무조항을 마련하고 있다.<sup>14)</sup> 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 권리가 침해된 경우 정보통신서비스제공자에게 정보의 삭제나 반박내용 게재를 요청할 수 있으며 이때 정보통신서비스제공자는 삭제, 임시조치 등 필요한 조치를 취해야 한다. 필요한 조치를 한 경우 정보통신서비스제공자는 책임이 경감될 수 있다.

국내 학계에서는 OSP에게 광범위하게 책임을 인정하려는 해석론에 대해 우려를 보이며(김경호, 2008; 성선제, 2002; 황성기, 2007), 행위자가 아닌 사이트제공자인 OSP에게 직접적으로 그 책임을

12) 본 논문은 ISP(인터넷서비스제공자) 등 다른 용어들도 있지만 보다 포괄적인 개념인 저작권법상의 OSP(온라인서비스제공자)라는 용어를 사용하기로 한다. 저작권법 제2조 제30호 “온라인서비스제공자”는 다른 사람들이 정보통신망(「정보통신망이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호의 정보통신망을 말한다. 이하 같다)을 통하여 저작물 등을 복제 또는 전송할 수 있도록 하는 서비스를 제공하는 자를 말한다.

13) 명예훼손의 직접적인 행위자가 아닌 인터넷 서비스 제공자인 OSP에 대한 책임을 어디까지 지을 것인가에 대해 많은 논란이 있었다. 자세한 내용은 김경호 (2008) 언론사로부터 전제 받은 뉴스기사의 댓글에 대한 포털의 작위의무: 서울중앙지법 2005가합64571 판결에 대한 비판적 고찰. 『언론정보학보』, 42, 140~167., 박광민 (2005). 인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제. 『형사법연구』, 24, 99~120., 성선제 (2002). 사이버스페이스에서의 명예훼손. 『헌법학연구』, 8(4), 327~357., 이민영 (2007). 포털사이트운영자의 법적 책임에 관한 고찰. 『정보통신정책』 19(12), 1~23., 이호중 (2004). 위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제. 『비교형사법연구』, 5(2), 207~236., 황성기 (2007). 정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(가)등의 평석을 중심으로. 『사이버커뮤니케이션학보』, 24, 149~189. 참조

14) 정보통신망법 제44조 제2항, 제44조의2. 또 방송통신위원회도 정보통신망에서 사생활 침해 또는 명예훼손 방지를 위해 시책을 마련하고 권고하도록 했지만 강제 사항은 아니고 재량적 규정이다. 방송통신위원회는 정보통신망에서 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인에 대한 권리침해 방지를 위해 기술개발·교육·홍보 등에 대한 시책을 마련하고 이를 정보통신서비스제공자에게 권고할 수 있다(정보통신망법 제44조 제3항).

묻는 것은 형법상 자기책임의 원칙에 반하고(정대관, 2005), 부작용 방조범으로서의 제한적 책임을 지워야 한다는 데 동의하고 있다(박광민, 2005; 이민영, 2007; 이호중, 2004). 이러한 입장은 OSP에게 책임을 과도하게 지웠을 경우 인터넷 상 정보의 자유로운 교환에 있어 나타나게 될 부작용이 훨씬 크기 때문이다.

미국에서도 OSP에 대한 책임과 규제는 논란과 변화를 거듭해 왔다. 1991년 컴퓨서브(CompuServe) 사건에서 법원은 인터넷 서비스제공자가 발행인(publisher) 역할을 하지 않고 모든 명예훼손적 정보를 일일이 점검하는 것은 불가능하다면서 이를 일종의 서점에 비유하면서 명예훼손의 책임을 인정하지 않았다(Cubby Inc. v. CompuServe inc., 1991).

그러나 1995년 프로디지(Prodigy) 사건에서는 컴퓨터 커뮤니케이션의 상업적인 제공업자로서 프로디지가 가입자의 투자 회사를 비난하는 메시지 전송에 대해 명예훼손의 책임을 져야 한다고 보았다(Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co, 1995). 프로디지가 편집 통제권이 있었고 텍스트 검색 소프트웨어(text scanning software, 공격적인 언어나 문장을 걸러내는 소프트웨어)를 통해 메시지 내용을 모니터링했기에 발행인(publisher)이라는 법적인 존재가 되었다는 것이다.

그런데 미국의 1996년 텔레커뮤니케이션 법(Telecommunications Act of 1996)의 제230조(c)항은 프로디지 사건의 결정을 무효화 했다(Overbeck, 2004).<sup>15)</sup> OSP는 그들이 내용 필터링 시스템 존재 여부와 상관없이 발행자로서도 메시지 내용에 대해 책임을 지지 않는다고 천명하고 있다(‘선한 사마리아인(Good Samaritan) 보호 원칙’ 적용).<sup>16)</sup> 이에 따라 미 법원도 1997년 아메리카 온라인 사건에서 OSP가 명예훼손적 내용을 알았고 그것을 삭제하지 않았을지라도 법률적 책임이 없다며 제외하였다(Zeran v. America Online, 1997).

미국의 OSP 책임 면책 규정과 법원의 결정은 인터넷 정보 제공자라는 개념의 모호성, 어린이·청소년 대상의 음란물 유통에서까지 포털사이트의 책임 면제 등을 이유로 많은 비판이 제기되고 있다(Ballon, 1997; Dee, 2004; Spencer, 2000; Lipinski, Buchanan, & Britz, 2002; Wiener, 1999). 미국 법원이 커뮤니케이션법 제230조를 근거로 정보 콘텐츠 제공자의 범위를 매우 광범위하게 해석하면서 OSP에게 면죄부를 주고 있기 때문이다(Sidney Blumenthal v. Matt Drudge and America Online, 1998; Ben Ezra, Einstein & Co. v. American Online, 2000; Stoner v. eBay., 2000; Doe v. American Online, 2001).

그런데 CDA(Communication Decency Act) 제230조의 경우에는 OSP 면책조항을 마련하고 있지만 DMCA(Digital Millenium Copyright Act) 제512조는 저작권 침해에 대한 OSP의 법적 책임을 부여하는 특별 규정을 마련하고 있다. 예를 들면 저작권 침해 행위가 발생하고 있는지 OSP가 인지하고 있었다면 법적 책임을 질 수도 있다는 것이다(Religious Technical Center v. Netcom On-Line Communication Services, 1995). 이에 따라 CDA에서도 저작권법의 OSP 책임 조항(‘notice-and-take-down’ 원칙)<sup>17)</sup>을 동일하게 적용하도록 개정되어야 한다는 주장이 나오고 있다(Dee, 2004).

그러나 OSP의 책임을 과도하게 지울 경우 국가기관에 의한 검열은 해소할지 모르지만 그 대신 사적 검열의 강화를 우려하는 관점이 많다(Sithigh, 2008 ; 황성기, 2007 등). 특히 국내에서 OSP에

15) Communications Decency Act.

16) Telecommunication Act of 1996 §230 (c) (1) 어떠한 쌍방향 컴퓨터 서비스의 제공자나 사용자도 다른 정보 콘텐츠 제공자가 제공하는 정보의 발행자(publisher)나 화자(speaker)로 간주되지 아니한다.

17) ‘Notice-and-take down’ 원칙: 이용자나 권리침해 당사자가 신고해 불법정보 존재를 ‘Notice’ 했을 경우, 게시물에 대한 조치(Take Down)를 취하면 이로 인한 인터넷 서비스 사업자의 법적 책임이 감경되거나 면책되도록 한다.

대한 법적 책임과 의무에 대해서는 학자들의 주장이 대립되고 있는 가운데 최근 법원 판결 경향은 어떻게 이루어져 오고 있는지 분석해보고자 했다.

### 3. 연구문제 및 분석방법

본 논문은 인터넷 상의 명예훼손의 판례를 분석함으로써 사이버 공간에서 표현의 자유 보호 범위에 대한 국내 법원의 법리 적용과 판결 경향을 고찰하고자 했다. 앞서 사이버 명예훼손 관련 법제와 쟁점 등을 살펴봄으로써 다음과 같은 연구문제를 설정하였다.

첫째, 사이버 명예훼손 범죄의 구성 요건 판단을 국내 법원은 어떻게 적용하는가. 여기에서는 정보통신망법에서 규정하고 있는 공연성, 비방할 목적, 사실(허위 사실)의 적시 등을 중심으로 법리 적용을 어떻게 하는지 살펴보고자 했다.

둘째, 사이버 명예훼손에서 위법성조각 사유에 대한 판단은 어떻게 하는가. 위법성조각사유의 적용에 대해서 그 동안 학계에서는 입장을 달리 했기 때문에 구체적인 판례에서는 일반 명예훼손의 위법성조각사유를 과연 인터넷 상에서 발생하는 명예훼손에 어떻게 적용하는지 알아보려고 했다.

셋째, 사이버 명예훼손의 책임에 대한 법원 판결 경향과 특징은 무엇인가. 즉 가장 쟁점이 되고 있는 OSP(온라인서비스제공업자)의 책임 문제나 재판관할지 등 사이버 명예훼손 책임성 여부를 판단하는 데 특기할 만한 사항이 나타나는지 알아보려고 했다.

분석대상 판례를 수집하기 위해 우선 언론중재위원회에서 발행하는 『언론관계판결집(1집~15집)』,<sup>18)</sup> 대법원 사이트(www.scourt.go.kr)에서 종합법률정보<sup>19)</sup>, 법원도서관의 법고를 LX DVD 2008<sup>20)</sup>을 활용하였다. 이를 통해 수집된 사이버 명예훼손 관련 판례는 총 23건이었다(<표2> 분석판례 참조).<sup>21)</sup>

18) 이 자료집은 신문, 방송, 통신사를 대상으로 한 언론관계판결 중 중요판례를 대부분 수록하고 있다는 장점이 있었지만 포털사이트뿐만 아니라 다양한 종류의 사이트나 홈페이지 등 인터넷 상에서 발생한 명예훼손 판례를 수집하기에는 한계가 있다.

19) 대법원 종합법률정보 서비스에는 대법원 판례집(1953년~최근)에 수록된 판결(1948년 이후 선고된 미간행 판결 중 참고판례로서 의미 있는 것도 선별하여 등록하고 있음), 고등법원 판례집(1961년~1983년), 하급심판결집(1984년~2003년), 각급법원(1,2심)판결공보(2003~최근), 헌법재판소 판결(1989~2009) 등이 수록되어 있다. 조사시점 2009. 4. 18.

20) 법원도서관에서 개발제작한 프로그램으로 대법원 판례(1948년~2008. 1. 1.까지), 하급심판결집(2003년까지), 각급법원(1,2심)판결공보(제1호~제53호) 수록 판결, 헌법재판소 판결(1989~2007. 11.)이 수록되어 있다.

21) 일반 사이버 명예훼손 사건은 형사 소송에 국한하였고, OSP 책임 등 필요한 경우 민사소송으로 분석대상을 추가하였다. 동일 사건인 경우 가급적 상급심만을 분석대상으로 하였다. 분석대상에서 연합뉴스, 뉴시스, 디지털 조선일보 등 인터넷으로 뉴스를 제공하는 일부 언론사는 제외하였다. 이러한 판례에서는 인터넷 특징에 대한 특별한 언급이 나타나지 않았기 때문이다.



&lt;표 1&gt; 분석 판례 일람표

판결일	재판부	명예주체	매체	주요쟁점	결과	사건번호
03. 6. 27	대법원	전 군수	전자게시판	OSP책임	원고패소 (원심파기)	2002다72194
03. 9. 26	대법원	국회의원 후보자	전자게시판	재판관할	원고패소 (상고기각)	2003다29555
04. 5. 28	대법원	제약회사	전자게시판	공익성	유죄판결 (상고기각)	2004도1497
04. 6. 25	대법원	불명	전자게시판	공익성	유죄판결 (상고기각)	2003도4934
05. 4. 29	대법원	대학교수	전자게시판	비방목적	무죄판결 (원심파기)	2003도2137
05. 10.14	대법원	불명	전자게시판	비방목적 공익성	무죄판결 (상고기각)	2005도5068
06. 5. 12	서울중앙지법	연예인	포털사이트	OSP책임	원고패소	2004가단292358
06. 5. 23	서울중앙지법	종교단체	전자게시판	진실성 비방목적	유죄판결 (항소기각)	2006노46판결
06. 5. 25	수원지법	불명	다음카페	공연성 비방목적	유죄판결 (원심파기)	2005노4541
06. 9. 8.	서울남부지법	국회의원	포털사이트	OSP책임	원고승소	2005가단18300
06. 10.13	대법원	시의원	인터넷신문	비방목적	무죄판결 (원심파기)	2005도3112
06. 10.26	대법원	교감	전자게시판	비방목적	무죄판결 (원심파기)	2004도5288
07. 1. 10	서울고법	연예인	포털사이트	OSP책임	원고패소 (항소기각)	2006나48160
07. 2. 7.	대전지법	초등학교사	전자게시판	공익성	무죄판결	2004고단230
07. 5. 10	대법원	국회의원	전자게시판	사실적시	유죄판결 (상고기각)	2007도1307
07. 6. 1.	대법원	시장	전자게시판	비방목적 공익성	무죄판결 (원심파기)	2006도1538
07. 10.25	대법원	불명	포털사이트	사실적시	유죄판결 (상고기각)	2007도5077
07. 12.26	서울중앙지법	연예인	포털사이트	OSP책임	원고일부패소	2005가합112203
08. 1. 16	서울고법	국회의원	포털사이트	OSP책임	원고승소 (항소기각)	2006나92006
08. 5. 14	서울남부지법	불명	전자게시판	비방목적	유죄판결 (원심파기)	2007노1698
08. 7. 10	대법원	연예인	포털사이트	사실적시 공연성 비방목적	유죄판결 (상고기각)	2008도2422
08. 2. 14	대법원	불명	블로그	공연성	유죄판결 (원심파기)	2007도8155
09. 4. 16	대법원	불명	포털사이트	OSP책임	원고승소 (상고기각)	2008다53812

\* 명예훼손에 대한 유무죄여부만을 표기하였음.

## 4. 분석결과

### 1) 사이버 명예훼손죄의 구성요건에 대한 판단

사이버 명예훼손죄의 구성요건으로 정보통신망법상 규정하고 있는 공연성, 사실(허위사실)의 적시, 비방할 목적을 중심으로 살펴보았다.

우선 공연성과 관련하여 국내 법원은 “명예훼손죄에 있어서 공연성은 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하므로 비록 개별적으로 한 사람에게 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면 공연성의 요건을 충족”하는 것으로 본다(대법원, 2004. 6. 25.).

포털사이트 기사란에 작성하는 댓글행위 역시 당연히 공연성을 충족하는 것으로 보고 있다. “댓글은 해당 인터넷 포털사이트를 이용하는 불특정 다수의 이용자들이 쉽게 그 내용을 확인할 수 있는 것이었음을 알 수 있으므로 인터넷 포털사이트의 기사란에 댓글을 게재한 행위는 당연히 공연성이 있는 것”이라고 판시했다(대법원, 2008. 7. 10.).

특히 국내 법원은 공연성에 대해 전파가능성을 기준으로 판단하기 때문에 “개인 블로그의 비공개 대화방에서 상대방으로부터 비밀을 지키겠다는 말을 듣고 일대일로 대화하였다 하더라도 그 사정만으로 대화 상대방이 대화내용을 불특정 또는 다수에게 전파할 가능성이 없다고 할 수 없다”고 했다(대법원 2008. 2. 14.). 즉 인터넷 상 일대일 대화방이라고 하여 당연히 공연성이 배제되는 것은 아니라고 할 수 있다.

인터넷 다음 카페에서도 공연성을 인정하고 있었고(수원지방법원 2006. 5. 25.), 피해자가 동성애자라는 내용의 글을 인터넷사이트 싸이월드에서 게시한 행위에 대해서도 정보통신망법상 명예훼손을 인정했다(대법원 2007. 10. 25.).

사실의 적시 판단에서는 명예훼손적 내용에서 반드시 직접적인 사실의 표현이 아니더라도 사실을 전제로 하고 있거나 사실의 존재를 암시하는 경우에도 불법행위로 책임을 질 수 있다. 즉 인터넷 포털사이트의 기사란에 ‘재벌과 사이에 아이를 낳거나 아이를 낳아준 대가로 수십억 원을 받은 사실’이 없음에도 불구하고, 그러한 사실이 있는 것처럼 댓글이 붙어 있던 상황에서 추가로 “지고지순의 뜻이 뭔지나 아니? 모재벌님하교의 관계는 끝났나?”라는 내용의 댓글을 게시한 것에 대해 법원은 ‘간접적이고 우회적인 표현을 통하여 위와 같은 허위 사실의 존재를 구체적으로 암시하는 방법으로 사실을 적시한 경우에 해당한다’고 판시했다(대법원, 2008. 7. 10.). 또한 국회의원이 제기한 소송에서 “민생법안이 널리 있어도/국회에 앉아 있으면 하품만 하는 년이지/ 아니지 국회 출석을 끌찌이지” 등의 표현내용을 사실의 적시라고 이해될 여지가 충분하다고 판시했다(대법원, 2007. 5. 10.).

비방 목적에 대해서는 이론적 논의에서 검토했듯 대체로 공공의 이익과 상반된 개념으로 판단하고 있는 경향이 나타났다(서울남부지방법원, 2008. 5. 14., 대법원, 2005. 10. 14., 대법원, 2006. 10. 13 등). 공공의 이익에 관한 경우라면 비방의 목적은 배척된다는 입장인 것이다. 그리고 적시한 사실이 허위인 경우에는 주요한 동기가 공공의 이익을 위한 것이라도 비방 목적이 인정된다고 보았다(서울중앙지법, 2006. 5. 23.).

그런데 ‘정상적인 경험을 바탕으로 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 합리적으로 판단하는 방법’으로 엄격하게 비방 목적을 판단해야 한다고 제시한 경우도 있었다. 여자연예인이 재벌의 아이를

넣었거나 그 대가를 받은 것처럼 댓글이 달린 상황에서 추가 댓글을 게시한 경우에 대해 “떠도는 소문만 듣고 그 진위를 확인하지도 아니한 채 인터넷을 통하여 피해자의 명예를 심각하게 훼손하는 내용의 댓글을 단 이상 비방의 목적이나 명예훼손의 고의가 없었다고 할 수는 없다”고 판시했다(대법원, 2008. 7. 10.). 물론 이 판례는 실제 적용에 있어서는 언론매체도 아닌 일반인에게 ‘진위를 확인하지 아니한 채 명예를 훼손한 이상 비방 목적이나 고의가 없었다고 할 수 없다’고 함으로써 어떤 분석력이나 근거를 기준으로 판단했는지는 명확하지 않다.

## 2) 형법 제310조 위법성조각사유에 대한 판단

국내 법원은 “정보통신망을 통한 허위사실 적시 명예훼손행위에 대하여는 형법 제310조의 적용이 없다”고 판시하고 있다(서울남부지방법원, 2008. 5. 14.).<sup>22)</sup> 이러한 데에는 형법 제309조인 출판물에 의한 명예훼손에 있어 위법성조각사유인 제310조는 적용하지 않는다는 대법원의 기존 입장에서 비롯한 것으로 보인다.<sup>23)</sup>

이는 출판물에 의한 명예훼손(제309조)인 경우 일반 명예훼손(제307조)과 달리 비방 목적을 구성요건으로 엄격하게 판단함으로써 표현의 자유를 보장하면서도 일단 비방 목적이라고 판단되면 전파성, 신뢰성, 보존가능성 등을 고려할 때 출판물에 의한 명예훼손을 엄중하게 가중처벌한다는 취지라고 판단된다. 즉 출판물에 의한 명예훼손은 비방 목적이라는 엄격한 구성요건을 필요로 하기 때문에 일반 명예훼손의 위법성조각사유인 공익성이나 진실성을 적용하지 아니한다는 입장인 것으로 이해된다.

그러나 비방 목적을 공공의 이익과 상반된 개념으로 판단하기 때문에 비록 직접적으로 제310조를 적용하고 있지는 않지만 비방 목적을 판단하기 위한 방법으로 공공의 이익에 관한 것인지 여부나 진실성 등을 사전에 판단하므로 결과적으로는 제310조를 적용 판단하는 것과 동일한 결과가 된다고 할 수 있다.

공익성의 경우 그동안 국내 대법원은 피해자가 공인인지 아니면 사인에 불과한지 여부, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심사안에 관한 것으로 사회의 여론형성 내지 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지 여부, 그 표현에 의하여 훼손되는 명예의 성격과 그 침해의 정도, 그 표현의 방법과 동기 등 제반 사정을 고려하여 판단해왔다.

본 논문의 분석 판례에서는 청와대 인터넷 신문고 사이트에 ○○시장과 관련한 민원을 게재한 경우(대법원, 2007. 6. 1.), 인터넷 사이트에 주민지원기금 횡령혐의에 대한 철저히 진상조사 및 향후 주민지원기금의 적절한 운용을 촉구하는 내용(대법원, 2005. 10. 14.) 등에 있어 공익성을 인정하

22) 이 판결에서 정보통신망을 통한 명예훼손 행위에 대해 형법 제310조를 적용할 수 없는 근거로는 대법원 2006. 9. 8. 선고, 2006도4199 판결을 제시하였다.

23) 1998년 우리 대법원은 판례를 통해 “형법 제309조 제1항의 ‘사람을 비방할 목적’이란 가해의 의사 내지 목적을 요하는 것으로서 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도의 방향에 있어 서로 상반되는 관계에 있다고 할 것이므로, 형법 제310조의 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다는 규정은 사람을 비방할 목적이 있어야 하는 형법 제309조 제1항의 행위에 대하여는 적용되지 아니하고 그 목적을 필요로 하지 않는 형법 제307조의 행위에 한하여 적용되는 것이고, 반면에 적시한 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방 목적은 부인된다고 봄이 상당하다”고 판시한 바 있다(대법원, 1998. 10. 9.).

였다. 인터넷 다음 사이트의 ‘○○여고 ○○○학생 살리기 모임’ 카페 게시판에 퇴학처분의 부당함을 알리고 서명을 받았다는 내용을 게시한 경우에도 하급심에서는 ‘비리라는 말은 범죄행위를 저지른 것과 같은 인상을 유포하기 위하여 사용된 것’으로 비방의 목적을 인정했지만 대법원은 ‘퇴학처분의 부당함을 알리고자 하는 것을 주된 목적으로 공공의 이익을 위한 것으로 보이므로, 설사 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 내포되어 있다고 하더라도 이는 공공의 이익에 관한 것으로 봄이 상당하다’고 판시했다(대법원, 2006. 10. 26.)

분석판례는 대체로 공직자의 공직활동과 밀접한 관련이 있는 사안에 관하여 진실을 공표한 기사를 작성한 행위에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 공공의 이익에 관한 것이므로 비방할 목적을 배척하고 있다. 특히 인터넷 신문과 같은 인터넷의 보도 기능에 있어 공직자의 활동을 비판하는 경우 언론의 감시·비판 기능을 폭넓게 인정하고 하고 있다. 즉, ‘분을 식이지 못했다’ ‘괘씸죄에 해당’ ‘감정을 추스르지 못한’ 등의 표현에 대해 그와 같은 수준의 표현을 문제삼아 공공의 이익을 도모한다는 의사를 부정하고 비방할 목적이 있었다고 판단하는 것은 공직자의 공적 활동과 관련한 언행에 대한 언론의 감시·비판 기능을 지나치게 위축시키는 것으로 적절하지 않다고 보았다(대법원, 2006. 10. 13.).

이처럼 대법원 판례들이 대체로 비방 목적을 구성요건으로 하는 출판물에 의하거나 정보통신망법상 명예훼손에 있어서 위법성조각사유인 제310조를 직접적으로 적용하지는 않지만 비방 목적을 판단함에 있어 공익성을 기준으로 하고 있었다. 그러나 사이버 명예훼손임에도 불구하고 별다른 판단 없이 위법성조각사유로 공익성을 판단하는 경향을 보이기도 했다.

국립대학교 교수가 자신의 연구실 내에서 제자인 여학생을 성추행하였다는 내용의 글을 지역 여성단체가 인터넷 홈페이지 또는 소식지에 게재한 행위에 대해 일반 명예훼손·출판물에 의한 명예훼손죄를 적용했다(대법원, 2005. 4. 29). 이 판결에서는 “형법이 개인의 명예를 보호하기 위한 처벌조항을 두면서 형법 제310조와 같은 특별한 면책조항을 둔 이유는 국민의 알권리와 다양한 사상, 의견의 교환을 보장하는 언론의 자유가 민주주의의 근간이 되는 핵심적인 기본권임에 비추어 개인의 명예 보호와 언론의 자유 보장이라는 두 가지의 기본적 권리를 비교·형량하여 개인에 대한 공정한 비판의 여지를 열어두기 위한 것”이라고 하고 있다.

특정 제약회사를 비방하는 취지가 내용의 주조를 이루고 있는 글을 작성하여 국회의원이나 언론사, 다른 제약회사 등의 홈페이지에 게재한 행위에 대해서도 별다른 설명 없이 일반 명예훼손의 위법성조각사유인 제310조에 해당하지 아니한다고 했다(대법원, 2004. 5. 28.).

또한 사이버 명예훼손이더라도 어느 경우에는 형법상 일반 명예훼손의 법리를 적용하거나 어느 경우에는 정보통신망법상의 법률을 적용하는 등 다소 혼란스러운 경향이 발견되었다. 즉 법무부 홈페이지와 외교통상부 홈페이지에 올린 글에 종교단체의 교주를 비난하는 글을 게재한 사건에서 2006년 법원은 정보통신망법을 적용하여 판결을 내렸지만(서울중앙지법 2006. 5. 23.), 예산군청 홈페이지에 여성 기간제교사가 학교 교장의 차 접대 요구의 부당성을 주장하는 글을 게재한 사건에서 2007년 법원은 일반 명예훼손인 제310조를 적용하여 위법성이 조각된다고 보았다(대전지법, 2007. 2. 7.). 이는 기소 당시 법률 적용을 달리하기 때문에 이후 법원에서 해당 법률의 적용 범위 내에서만 판단한다는 측면이 있으나 사이버 명예훼손에 대한 명확한 법률 적용에 대해 언급하지 않음으로써 인터넷 상 동일한 유형의 범죄에 있어서 기소 및 재판 과정에서 법리 적용과 형벌 결과가 매우 상이하게 달라질 수 있음을 시사한다.

### 3) 사이버 명예훼손의 책임에 대한 판단

이하에서는 사이버 명예훼손에서 국내 법원의 OSP 책임에 대한 판단, 재판관할지에 대한 판단 등을 정리하였다.

국내 대법원은 OSP에게 명예훼손의 손해배상 책임을 지게 하기 위해서는 그 운영자에게 그 게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우여야 하고, 그의 삭제의무가 있는지는 게시의 목적, 내용, 게시기간과 방법, 그로 인한 피해의 정도, 게시자와 피해자의 관계, 반론 또는 삭제 요구의 유무 등 게시와 관련한 쌍방의 대응태도, 당해 사이트의 성격 및 규모·영리 목적의 유무, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단하여야 한다고 했다(대법원, 2003. 6. 27., 대법원, 2007. 12. 26.).

비영리 홍보사이트인 군청 사이트 게시판에 익명의 이용자가 원고의 공직생활 중 성추행사건, 의정부군수 재직시 금품수수 등의 게시물을 올려 발생한 사건이 있었는데 당시 명예훼손적 내용의 게시물에 원고는 반론을 게시할 수 있었으나 52일간 유지되었고 그 후 원고가 게시물의 삭제를 공식 요청하자 피고측 담당자는 삭제한 사실이 인정되었다. 이에 따라 대법원은 하급심 판례가 필요한 심리를 다하지 아니했다며 ‘홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에게 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 함으로써 OSP의 책임에 있어 충분히 종합적으로 판단할 것을 주문하고 있다(대법원 2003. 6. 27.).

유명 배우였던 황수정 씨가 포털검색 사이트에 필로폰 투약으로 구속된 사진 등이 게시되어 있는데도 피고가 이를 방치해 불특정 다수인들이 이를 검색할 수 있게 하여 퍼블리시티권과 명예가 훼손되었다며 제기한 손해배상청구소송에서 국내 법원은 1, 2심 모두 OSP의 책임을 인정하지 않았다(서울중앙지방법원, 2006. 5. 12., 서울고등법원, 2007. 1. 10.). 법원은 인터넷 사이트가 타인의 명예를 훼손하는 이미지파일이 등록되어 이용자들이 검색할 수 있다는 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 삭제의무를 진다고 전제한 뒤, 이 사건에서는 “삭제 요청을 하였다고 인정하기에 부족하고, 나아가 피고가 포토앨범을 이용하는 인터넷 이용자들이 수시로 등록하는 이미지파일들을 일일이 검색하여 삭제할 수는 없는 점, 또한 이 사건 소가 제기되자 피고는 원고 이름을 키워드로 한 이미지 파일들의 검색을 할 수 없도록 한 사실이 인정되는 점에 비추어 방치하였다고 인정할 증거가 없다”고 판시하였다. 즉 인터넷 사이트가 명예훼손적 내용을 사전에 일일이 차단하는 데 한계를 인정하는 한편 인터넷 사이트가 명예훼손적 내용을 인지한 이후 임시조치를 취했는가를 통해 방치 여부를 판단하고 있다.

그러나 한나라당 전여옥 국회의원이 제기한 손해배상 소송에서 법원은 원고 일부 승소 판결을 내렸다(서울남부지방법원, 2006. 9. 8.). 이 사건은 노컷뉴스 사이트에 ‘김현미 대변인’을 ‘전여옥 대변인’으로 잘못 입력하여 CBS와 뉴스 공급을 맺고 있던 네이버 분야별 주요뉴스 시사분야란에 ‘이명박 시장, “전여옥, 말을 그리 함부로 하나”’라는 제목으로 게재되어 발생했다. 당시 네이버측은 기사작성에 개입하지도 않았고 단지 CBS가 전송해준 기사를 그대로 게재하였을 뿐이며, 제목 또한 CBS가 전송해 준 기사에 의존하여 작성할 수밖에 없으므로 허위기사 게재에 따른 책임을 부담하지 않는다고 주장했지만 법원은 이를 받아들이지 않았다. “불특정 다수가 접속하여 볼 수 있는 포털사이트를 운영하는 피고 엔에치엔으로서 자신의 사이트에 게재되는 기사가 사실 내용과 맞는지 여부를 확인

하는 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 주의할 의무가 있다”고 하였다. 이 사건 2심 판결에서도 법원은 네이버가 인터넷포털사이트로 단순 전달자 역할의 OSP로 판단하는 것이 아니라 취재, 편집 및 배포 기능을 두루 갖춘 언론매체에 해당한다고 판단하였다(서울고법, 2008. 1. 16.).

나아가 대법원은 피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 OSP가 명예훼손적 게시물을 삭제하거나 차단할 의무가 있다고 인정하였다(대법원, 2009. 4. 16.).<sup>24)</sup> 즉 “피해자로부터 직접적인 요구를 받지 않은 경우라 하더라도 그 게시물이 게시된 사정을 구체적으로 인식하고 있었거나 게시물의 존재를 인식할 수 있었음이 외관상 명백히 드러나며, 또한 기술적 경제적으로 그 게시물에 대한 관리·통제가 가능한 경우에는, 그 게시물을 삭제하고 차단할 주의의무가 있다”는 것이다.

또한 이 사건에서 대법원은 OSP가 “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 행위”에 해당하므로 보도매체와 마찬가지로 손해배상책임을 진다고 하였다.<sup>25)</sup>

초기 판례에서는 OSP에 대한 법적 책임성 여부 판단으로 원고가 삭제 요청을 했는지 등 원고의 행위와 이에 대한 OSP 조치의 적절성 등이 기준이 되었다면, 최근의 경향은 원고의 행위와 단순히 OSP의 적절한 조치 여부보다는 OSP가 어떤 기능을 하고 있는가가 중요한 기준이 되고 있다고 할 수 있다. 즉 OSP가 단순 전달자의 역할을 하는지, 취재/편집/배포 기능을 갖춘 언론매체에 해당하는지가 중요한 판단 기준이 되고 있는 것이다. 그리고 대부분 포털사이트가 단순 전달자라기보다는 편집자(publisher) 기능을 하기 때문에 결국 OSP에게 사이버 명예훼손의 책임을 엄격히 지우는 판결 경향을 보이는 것으로 판단된다. 또한 최근 대법원의 판결 경향은 피해자의 삭제 요구가 없더라도 OSP가 불법행위를 명백하게 인지할 수 있었는지 여부를 판단함으로써(대법원, 2009. 4. 16.) 배포자(distributor)로서의 책임도 엄격하게 적용하고 있다고 할 것이다.

한편 타깃원칙과 관련 재판관찰에 대해 국내 법원은 국제법상의 원칙이나 국내에서 성문법이 없는 상황에서 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속한 재판의 원칙을 적용하되, 인터넷을 통한 불법행위에 대해 실제 결과발생지가 중요한 판단 기준이 된다고 했다(대법원, 2003. 9. 26.). 이 사건은 인터넷 사이트에 게재된 발표 내용에 의해 대한민국 국회의원 선거에 낙선했다며 제기한 소송이었는데, 법원은

24) 자살한 서모 양의 어머니가 자신의 딸이 자살한 것은 원고인 남자친구 때문이라며 서모 양의 미니홈피에 글을 남기면서 이 사연을 널리 퍼뜨려 줄 것을 호소하였고 이후 망인의 미니홈피에 접속자 수가 폭주하고 그 중 많은 수가 이 사건 게시물을 자신의 블로그 또는 카페에 옮기는 방법으로 이를 전파하였으며 망인을 추모하고 원고를 응징하자는 취지의 카페가 개설되고 서명운동이 개진되기도 하였다. 이에 원고인 서모 양의 전 남자친구가 제기한 손해배상 청구소송 사건이었다.

25) 이 사건 하급심 법원에서도 원고에 대한 게시물들은 높은 조회수를 기록하여 검색어 순위에서 상위에 오르고 엄청나게 많은 댓글이 달리는 등 피고들이 쉽게 그 존재를 알 수 있었을 뿐만 아니라 피고들이 뉴스 기사나 검색 서비스를 통하여 그러한 표현물의 위치를 네티즌에게 알려주는 등 원고에 대한 명예훼손 표현물들이 확산되도록 한 행위는 원고에 대한 명예훼손 행위가 된다고 했다. 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 선고 2005가합64571 판결.

손해발생지가 대한민국 내이므로 미국법원의 관할이 미치지 아니한다며 미국 법원의 재판권을 인정하지 않았다. 즉 미국 캘리포니아 주에 거주하는 150만 명의 한국어 사용자가 보였고 미국 한인사회에서 원고의 평판이 악화되었다 하더라도 이 사건은 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 정신상 손해의 배상을 청구하는 것이 아니기 때문에 미 법원의 재판관할지를 인정하지 않은 것이다.

## 5. 주요 결론 및 함의

본 논문은 향후 인터넷 규제 방안 마련에 도움이 되고자 사이버 명예훼손 판례를 수집 분석함으로써 국내 법원이 인터넷 상에서 발생하는 명예훼손의 범리를 어떻게 적용하는지 특징을 도출하고자 했다. 주요 판례 분석결과는 다음과 같다.

첫째, 사이버 명예훼손 범죄의 구성 요건으로 공연성, 사실의 적시, 비방할 목적에 대한 법원의 판결 특징이다. 우선 공연성은 포털사이트 기사란에 작성하는 댓글행위, 카페, 인터넷사이트의 개인 미니홈피, 개인 블로그의 비공개 대화방에서의 일대일 대화까지 비교적 폭넓게 인정하고 있었다. 공연성이란 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태를 의미하는데 비록 개별적으로 한 사람에 대하여 사실을 유포하더라도 이로부터 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다면(전파가능성 기준) 공연성의 요건을 충족한다고 보기 때문이다.

사이버 명예훼손의 특징상 단순히 사실에 대한 표현뿐만 아니라 의견을 제시하는 경우가 많은데 명예훼손죄의 구성요건인 ‘사실의 적시’는 반드시 사실을 직접적으로 표현한 경우에만 국한되지 않는다. 즉 간접적이고 우회적인 표현에 의하더라도 그 표현이 사실의 존재를 암시하고 이로써 특정한 사회적 가치 내지 평가가 침해될 가능성이 있을 정도의 구체성이 있으면 된다. 한편 다른 사람이 올린 인터넷 게시물을 기초로 게시물을 작성했다고 하여도 진실이라고 믿을 만한 상당성이 인정되는 않는다. 이러한 경향은 명예훼손 판단에서 전문(傳聞)이나 전언(傳言) 형식이라고 하여 책임을 면책하지 않는 법리를 고려할 때 당연하지만, 법원이 전파력과 익명성이라는 인터넷 특성을 고려하여 불명확한 정보에 따라 손쉽게 발생할 가능성이 있는 사이버 명예훼손에서 인격권 침해의 중요성을 강조하고 있다는 점에서 특기할 만하다.

마지막 구성요건으로 비방할 목적과 관련해서 대체로 국내 대법원은 공공의 이익과 비방할 목적을 상반된 개념으로 판단한다. 즉 공공의 이익에 관한 경우 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적이 부인된다고 본다. 또한 허위의 경우 비방의 목적을 인정하고 있다.

둘째, 정보통신망법을 적용하는 사이버 명예훼손의 경우 형법상 위법성조각사유 조항인 제310조의 적용 여부를 살펴보았다. 국내 법원은 대체로 비방할 목적을 요건으로 하는 출판물 등에 의한 명예훼손이나 정보통신망법상 명예훼손은 공익성과 진실성을 위법성조각사유로 적용하지 않는다는 입장을 취하고 있다. 그러나 판례 중에는 별다른 판단 없이 일반 명예훼손의 위법성 조각사유 조항인 형법 310조를 적용한 경우도 나타나 다소 혼란스러웠다. 물론 형법 310조를 적용하지 않고 비방할 목적을 별도로 판단하더라도 ‘공익에 관한 경우 비방 목적 거부’, ‘허위인 경우 비방 목적 인정’으로 판단하기 때문에 실질적으로는 형법 제310조의 위법성조각사유를 적용하는 것과 동일한 결과가 발생한다.

셋째, 사이버 명예훼손의 책임에 대해 법원 판결 경향과 특징은 다음과 같다. OSP의 법적 책임에

대해서 최근 법원의 판결 경향은 OSP가 언론매체 기능을 하는지가 주요한 판단 기준이 되고 있다. 이는 초기 국내 법원이 ‘명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수 없다’며 상당히 완화하여 책임을 지우는 경향에서 단순배포자가 아닌 편집 기능을 하는 언론매체라면 명예훼손의 책임을 엄격히 지우는 태도로 변화한 것이다. 만약 OSP가 취재, 편집 및 배포 기능을 갖춘 언론매체에 해당하는지, 인터넷 포털사이트 운영자가 스스로 기사를 작성하지 않는다고 하더라도 언론사들로부터 전송받는 기사들을 분야별로 분류하고 속보성, 정보성, 화제성 등의 기준으로 편집 기능을 하는지 등이 중요한 판단기준이라 할 수 있다.

한편 사이버 명예훼손의 책임과 관련하여 재판관할지에 대해서는 다수의 판례가 나타나지 않아 한계는 있으나 대법원 판결로 당사자간의 공평, 재판의 적정, 재판의 신속 등을 기본이념으로 하되 ‘결과발생지’가 주요한 기준이 된 사례가 발견되었다.

연구결과를 중심으로 주요 함의와 정책적 제언은 다음과 같다.

첫째, 형평성과 일관성을 확보하도록 인터넷 규제 법률을 정비할 필요가 있다. 국내 법원의 판례분석을 통해 일반 명예훼손, 출판물 명예훼손, 정보통신망 명예훼손의 실제 규제 적용이 매우 혼란스럽다는 것을 알 수 있었다. 인터넷에서 발생한 동일한 명예훼손 사건이 어떤 경우는 일반 명예훼손의 형법을, 어떤 경우는 정보통신망법을 적용하고 있었다. 이는 형법과 정보통신망법 등 산재해있는 명예훼손 법률 조항의 일관성, 안정성 문제가 직간접적으로 영향을 미쳤다고 판단한다.

특히 형법과 별도로 정보통신망법을 현행처럼 유지한다면 세분화된 규정을 마련, 적용하는 방안을 고려할 필요가 있다. 인터넷 상에서 발생하는 사이버 명예훼손은 여러 형태가 가능하다. 형법상 일반 명예훼손과 출판물 등에 의한 명예훼손을 구분하여 규정하듯이 인터넷상 발생하는 명예훼손도 일반 명예훼손으로 적용해야 하는 경우가 있고(제한된 회원 수로 운영되는 개인 블로그나 미니홈피), 출판물 등에 의한 명예훼손과 같은 경우(포털사이트의 뉴스 편집판)가 있다. 그럼에도 불구하고 법률은 인터넷이라는 매체 특성에만 주목하여 인터넷에서 발생하는 다양한 커뮤니케이션의 유형에 따른 명예훼손 범죄를 구분하지 못하고 가중처벌 조항을 동일하게 적용하고 있다. 따라서 정보통신망법상 적용하는 사이버 명예훼손도 구분하여 규정, 적용할 필요가 있다. 이러한 개선방향은 우리 법원이 대체로 OSP에 대해 단순배포자나, 편집자나에 따라 달리 판단하는 것과도 일맥상통한다.

둘째, 사이버 명예훼손 규제에서 공인과 정치적 표현에 있어서 표현의 자유를 폭넓게 보장할 필요가 있다. 국내 법원이 명예훼손 법리에서 적용하는 공인과 사인 구분, 공적인 관심사나 사적인 사안인가 여부를 사이버 명예훼손에서도 적극적으로 판단할 필요가 있다. 특히 국회의원, 공직자에 대한 비판은 폭넓게 인정되어야 한다. 국회의원과 일반 사인의 명예훼손을 동일하게 적용하면서 OSP의 언론매체 기능 여부만 판단하는 경우는 문제가 있다. 공인은 공적 영역에 들어가기로 자발적으로 원했던 만큼 공론장에서의 비판과 관심을 감내해야 하며 권리보호에 있어서도 일반인보다 제한적일 수밖에 없다. 이에 대한 OSP의 책임도 각기 다르게 적용해야 할 것이다. 예를 들어 국회의원에 대한 비판기사나 비난성 댓글에 대해서는 완화된 책임 기준을 적용하고, 일반인(사인, private person)의 행위가 갑자기 검색 순위에 오르면서 명예훼손적 내용이 유통된다면 OSP는 신속하고도 적절한 조치를 적극적으로 취해야 한다는 것이다.

셋째, 인터넷 내용규제에 있어 보호받는 표현물과 보호받지 못하는 표현물을 구분할 필요가 있다.



즉 음란물, 허위광고 등 불법행위가 명백한 것은 인터넷에서 보호받지 못하는 표현물임에 틀림이 없다. 그러나 정부 비판 등 정치적 표현은 허위임이 명백하지 않는 한 폭넓게 자유를 보장해야 하는 영역이다. 기존의 인터넷 규제는 매체 특성에만 주목하여 획일적으로 규제하고자 하였으나 내용물을 기준으로 하여 규제의 강도를 정할 필요가 있다. 특히 명예훼손 법은 원래 국가 권력자에게 악용되어 왔던 역사적 배경을 가지고 있다는 점을 고려한다면 정부의 정책을 비판하거나 공직자의 업적이나 부도덕성을 비난하는 표현 등은 인터넷에서 폭넓게 허용되어야 할 것이다.

넷째, 사이버 명예훼손을 포함하여 향후 인터넷 규제를 정립해나갈 때 입법기관, 규제기관은 모두 규제의 정당성과 실효성을 확보하는 것이 매우 중요하다. 인터넷 실명제, 사이버 모욕죄 등의 법률을 도입할 때는 매우 신중해야 하고 규제의 정당성을 국민들에게 설득하는 과정 역시 매우 중요하다. 다만 신중한 판단에 의해서 인터넷 규제를 마련하였다면 이를 구속할 수 있는 기준과 원칙도 명확하게 제시하여야 한다. 다시 말해 인터넷 실명제를 확대하기로 하되 이를 어겼을 경우 이를 처벌할 수 있는 기준을 마련하지 못한다면 규제의 정당성도 실효성도 없다. 그런 측면에서 국내 법원에서 적용하고 있는 사이버 명예훼손에서 손해발생지 기준의 규제 원칙 등을 정립해나가는 것도 하나의 방안이라고 본다.<sup>26)</sup>

본 논문은 그동안 법리적으로나 개별 사례로만 논의해왔던 사이버 명예훼손 문제에 대해 국내 판례를 수집 분석함으로써 국내 법원이 적용하는 인터넷 규제 법리와 문제점을 총체적으로 짚어보고 바람직한 인터넷 규제 방향을 도출하는 데 의의가 있었다. 그러나 사이버 명예훼손에 대한 법적 쟁점을 포괄적으로 다루다 보니 OSP의 책임, 범죄구성요건, 매체 특성에 따른 규제 원리 등 개별 쟁점을 깊이 있게 다루지 못한 한계가 있었다. 이렇지만 본 논문이 판례 분석을 통해 총체적인 문제점을 파악했다면 사이버 명예훼손의 개별적인 법적 쟁점은 향후 심도 있는 후속 연구로 이어지기를 기대한다.

## Ⅰ 참고문헌

- 강동범 (2007). 사이버 명예훼손행위에 대한 형법적 대책. 『형사정책』, 19(1), 39~62.
- 권영준 (2006). 인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호. 『저스티스』, 91, 5~25.
- 김경호 (2008). 언론사로부터 전제 받은 뉴스기사의 댓글에 대한 포털의 작위의무: 서울중앙지법 2005가합 64571 판결에 대한 비판적 고찰. 『언론정보학보』, 42, 140~167.
- 박광민 (2005). 인터넷상의 명예훼손에 대한 형사법적 규제. 『형사법연구』, 24, 99~120.
- 박진애 (2006). 인터넷에서의 악플에 관한 헌법적 고찰. 『안암법학』, 23, 33~66.
- 성선제 (2002). 사이버스페이스에서의 명예훼손. 『헌법학연구』, 8(4), 327~357.
- 윤중행 (2006). 사이버명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익 관련성. 『형사정책』, 18(1), 289~324.

26) 그렇게 되면 방송통신위원회의 인터넷실명제 의무 조치를 따르지 않기 위해 유튜브 사이트를 폐쇄하고 이용자들에게 다른 국가 설정으로 업로드 할 수 있도록 한 2009년 구글 사건 등에 있어서 앞으로 규제기관은 업로드 국가가 어느 국가든 손해발생지가 한국이면 처벌받을 수 있음을 이용자들에게 명확하게 제시함으로써 혼란을 방지하고 규제의 실효성도 확보할 수 있다는 것이다. 다만 인터넷 실명제를 확대하는 것이 과연 바람직한가는 신중하게 판단해야 할 것이며 필자의 견해는 다소 부정적이다.

- 이민영 (2007). 포털사이트운영자의 법적 책임에 관한 고찰. 『정보통신정책』 19(12), 1~23.
- 이호중 (2004). 위험정보의 유통과 인터넷서비스제공자(ISP)에 대한 형법적 규제. 『비교형사법연구』, 5(2), 207~236.
- 정대관 (2005). 사이버 공간에서의 명예훼손죄. 『성균관법학』, 17(1), 197~214.
- 주승희 (2006). 인터넷상 명예훼손죄의 비범죄화 주장 검토 『형사법연구』, 25, 287~308.
- 황성기 (2007). 정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007. 5. 18. 2005가합64571, 손해배상(기)등의 평석을 중심으로. 『사이버커뮤니케이션학보』, 24, 149~189.
- \_\_\_\_\_ (2008). 인터넷 실명제에 관한 헌법학적 연구. 『법학논집』, 25(1), 7~37.
- 황창근 (2008). 정보통신망법상 본인확인제에 대한 공법적 고찰. 『세계헌법연구』, 14(2), 315~344.
- Abah, A. (2008). Trends in international internet defamation suits: Targeting a solution? *International Communication Gazette*, 70(6), 529~546.
- Boyle, J. (1997). Foucault in cyberspace: Surveillance, sovereignty and hard-wired censors. *University of Cincinnati Law Review*, 66(1), 177~197.
- Brand, R. (2002). Community competence for matters of judicial cooperation at the Hague conference on private international law: A view from the United states, *Journal of Law and commerce*, 21, 191~208.
- Guenther, N. W. (1998). Good Samaritan to the rescue: America online free from publisher and distributor liability for anonymously posted defamation, *Communications and the Law*, 20, 35-95.
- Goldsmith, J. & Wu, T. (2006). *Who controls the internet?* NY: Oxford University Press.
- Grant, D. (2002). Defamation and the internet: Principles for a unified Australian(and world) online defamation law. *Journalism Studies*, 3(1), 115~132.
- Greenleaf, G. (1998). An endnote on regulating cyberspace: Architecture versus law? *University of New South Wales Law Journal*, 21, 593~622.
- Hosein G., Tsavios, P., & Whitley, E. (2003). Regulating architecture and architectures of regulation: Contributions from information systems. *International Review of Law, Computers and Technology*, 17(1), 85~98.
- Ballon, I. C. (1997). Defamation and preemption under the Telecommunications Act of 1996: Why the Rule in *Zeran v. America Online* is Wrong. *Cyberspace Lawyer* 2, 6~10.
- Dee, J. (2004). "Mere conduits" or editors? ISPs, web masters, immunity and safe harbor in online defamation versus online intellectual property cases. *Free Speech Yearbook*, 41, 80~96.
- Jonson, D., & Post, D. (1996). Law and borders: The rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, 48, 1367~1380.
- Kohl, U. (2000). Defamation on the internet a duty free zone after all? *Maquarie Bank Limited & Anor v Berg*, *Sydney Law Review*, 22(4), 119~140..
- Kostyu, P. (1998). The first amendment in theory and practice, In Hopkins, W.(eds.), *Communication and the law*(pp. 23~41). AL: Vision Press.
- Latour, B. (2000). When things strike back: A possible contribution of science studies to the social sciences, *British Journal of Sociology*, 51(1), 231~255.
- Lessig, L. (1999). *Code: And other laws of cyberspace*. NY: Basic Books.
- Lipinski, T., Buchanan, E., & Britz, J. (2002). Sticks and stones ad words that harm: Liability vs. responsibility, section 230 and defamatory speech in cyberspace. *Ethics and Information Technology*, 4, 143~158.
- May, B., Chen, J. & Kuang-Wei, W. (2004). The differences of regulatory models and internet regulation in the European Union and the United States. *Information & communications Technology Law*, 13(3), 259~272.

- Overbeck, W. (2004). *Major principles of media law*. CA: Thomson Wadsworth.
- Rogerson, K. (1998). Internet regulation process model: The effect of societies, communities, and government. *Political Communication*, 15(4), 427~444.
- Sithigh, D. (2008). The mass age of internet law. *Information & Communications Technology Law*, 17(2), 79~94.
- Spencer, M. H. (2000). Defamatory e-mail and employer liability: Why razing Zeran v. America Online is a good thing. *Richmond Journal of Law and Technology* 6(5), 25 at <http://jolt.richmond.edu/v6i5/article4.html>.
- Trager, R. (1998). Regulating new communication technologies, In Hopkins, W.(eds.), *Communication and the law*(pp. 209~234). AL: Vision Press.
- Weaver, R. L. (2000). Defamation law in turmoil: the challenges presented by the internet, *Journal of Information Law and Technology*, 3 at [http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000\\_3/weaver](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/weaver)
- Weiner, D. (1999). Negligent publication of statements posted on electronic bulletin boards: Is there any liability left after Zeran? *Santa Clara Law Review*, 39, 905~939.
- Westphal, H. & Towell, E. (1998). Investigating the future of internet regulation. *Internet Research: Electronic Networking Application and Policy*, 8(1), 26~31.
- Williams, M. (2007). Policing and cybersociety: The maturation of regulation within an online community. *Policing & Society*, 17(1), 59~82.

#### 국내 판례

- 대법원 1967. 4. 25. 선고 75도273 판결.
- 대법원 1981. 8. 25. 선고 81도149 판결.
- 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도2037 판결.
- 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.
- 대법원 1991. 5. 14. 선고 91도420판결.
- 대법원 1991. 6. 25. 선고 91도347 판결.
- 대법원 1992. 5. 26. 선고 92도445 판결 참조.
- 대법원 1996. 7. 12. 선고 96도1007 판결.
- 대법원 1998. 10. 9. 선고 97도158 판결.
- 대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결.
- 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000도329 판결.
- 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37647 판결.
- 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도6036 판결.
- 대법원 2003. 6. 27. 선고 2002다72194 판결.
- 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결.
- 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결.
- 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1497 판결.
- 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도4943 판결.
- 대법원 2005. 10. 14. 선고 2005도5068 판결.
- 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도2137 판결.
- 대법원 2006. 10. 13. 선고 2005도3112 판결.
- 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004도5288 판결.
- 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006도648 판결.
- 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도5077판결.

대법원 2007. 12. 26. 선고 2005가합112203 판결.  
대법원 2007. 5. 10. 선고 2007도1307 판결.  
대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1538 판결.  
대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도8155판결.  
대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도2422 판결.  
대법원 2009. 4. 16. 선고 2008다53812 판결.  
대전지법 2007. 2. 7. 선고 2004고단230 판결.  
서울고등법원 2007. 1. 10. 선고 2006나48160 판결.  
서울고등법원 2008. 1. 16. 선고 2006나92006 판결.  
서울남부지방법원 2006. 9. 8. 선고 2005가단18300 판결.  
서울남부지방법원 2008. 5. 14. 선고 2007노1698판결.  
서울중앙지방법원 2006. 5. 12. 선고 2004가단292358 판결,  
서울중앙지방법원 2006. 5. 23. 선고 2006노46 판결.  
수원지방법원 2006. 5. 25. 선고 2005노4541 판결.  
헌법재판소 2002. 6. 27. 판시 99헌마480 결정  
헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 99헌마480 결정

#### 미국 판례

Ben Ezra, Einstein & Co. v. American Online, Inc., 206 F. 3d 980(10th Cir. 2000)  
Blumenthal v. Drudge, 992 F. Supp 2d 44(D.D.C. 1998)  
Cubby Inc. v. CompuServe inc. 776 F. Supp.135(S.D.N.Y. 1991)  
Doe v. American Online, Inc., 783 So. 2d 1010(florida 2001)  
Religious Technical Center v. Netcom On-Line Communication Services, 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995)  
Revell v. Lidov, 317 F3d 467(2002).  
Stoner v. eBay. Inc., No. 305666(Cal. Super. Ct., San Francisco Country, Nov. 7, 2000)  
Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Service Co, No. 11063/94.  
Young v. New Haven Advocate, 315 F3d 256(2002)  
Zeran v. America Online, 129 F.3d 327(1997).

(투고일자: 2009.11.30, 수정일자: 2010.4.11, 게재확정일자: 2010.4.17)

ABSTRACT

## A Study on the Scope of Protection for Freedom of Expression on Internet: Focused on the Analysis of Judicial Precedents on Cyber Conflicts

Sung Oak Yun\*

Various opinions are expressed about the Internet Regulation. Some people argue that it is impossible to control because of the technical characteristics of Internet, while other people argue that it is easy to control. Recently in Korea, a move to reinforce the Internet Regulation through the extension of cyber real-name system is emerging, whereas the concern for its excessive infringement of the Freedom of Expression is increasing. This paper was intended to draw a reasonable direction for Internet Regulation in our society. And accordingly this paper tried to suggest a desirable direction of Internet Control in the future and to draw a criterion for domestic court judgement by analyzing cases of cyber defamation so far. The result of this study proposed that the Freedom for Expression be widely secured in the case of cyber defamation of criticism and political comments upon public officials and that the legitimacy and effectiveness of Internet Regulation be ensured. This result of study is expected to help establish the direction and principle of Internet Regulation in the future around Korea Communications Commission and Korea Communications Standards Commission.

Keywords: Cyber Defamation, Freedom for Expression, Internet Regulation, Reasons for Exemption, On-Line Service Provider

---

\* Research fellow, Korean Broadcasters Association