

언론사로부터 전제 받은 뉴스기사의 댓글에 대한 포털의 작위의무

서울중앙지법 2005가합64571 판결에 대한 비판적 고찰

김경호*

(제주대학교 언론홍보학과 교수)

이 연구는 포털 편집관에 게시된 언론사로부터 전제 받은 뉴스기사에 달린 댓글의 명예훼손 행위를 포털의 작위의무에 따라 판단한 서울중앙지방법원의 법리를 비판적으로 분석하고 있다. 편집관에 게시하는 언론기사의 진위를 포털이 확인하도록 요구하고, 그 기사에 대한 명예훼손적 댓글을 삭제하도록 발행자 수준의 작위의무를 강제하는 것은 결국 사적 검열로 이어져 정보의 유통과 표현의 자유를 제한할 수 있다. 이는 사적 존재인 포털을 검열의 주체로 재판부가 인정하는 것과 다를 바 없으며, 위험적 요소를 포함하고 있다. 포털이 직접 관리하는 영역과 커뮤니티 관리자에게 위임된 카페와 게시판 등을 구분해서 작위의무를 판단할 필요가 있다. 단순 전달자 수준을 넘어서는 작위의무를 부과하기 위해서는 포털이 언론사로부터 제공받은 기사를 임의로 변경하거나, 내용 변경을 통해 명예훼손을 유도한 경우로 한정해야 한다. 더불어 포털이 언론사로부터 전제 받은 기사의 위법성을 알 수 있었고, 이를 삭제하지 않았다는 사실만으로는 공동정범이 성립될 수 없다. 결론적으로 전제 받은 기사를 적극적으로 변경하여 명백하게 명예훼손에 이르는 경우에 한해서 포털에 책임을 묻는 것이 '사적 검열의 강제'로부터 자유로울 수 있을 것이며, 온라인상에서의 표현의 자유가 보호될 수 있을 것이다.

주제어: 작위의무, 편집관, 사적 검열, 포털, 발행자, 단순전달자, 명예훼손, 공동정범

1. 문제제기

온라인상에서 표현의 자유와 규제에 관한 논쟁은 인터넷의 등장과 더불어 원초적으로 잉태된 문제이다. 소수의 훈련된 언론인만이 대중들을 상대로

* kimgyongho@hotmail.com

글을 쓸 수 있는 권한을 누렸던 기존의 미디어와는 달리, 인터넷은 이용자들에게 사상이나 의견 등을 대중적으로 표현할 효율적 수단을 제공함으로써, 그들이 외부의 제약 없이 자유롭게 의견을 표현할 수 있게 했다. 이러한 ‘글 쓸 권한’을 부여한 인터넷은 폭발적인 관심을 사로잡으며, 단기간에 정보사회의 대표적인 미디어로 자리 잡게 되었다. 또한 ‘블로그’나 ‘싸이월드’ 같은 새로운 형태의 개인미디어 기능이 추가되면서 인터넷은 보편적인 표현 미디어로 자리매김하게 되었고, 표현의 기회와 범주도 더불어 확장되고 있다. 말하자면, 인터넷은 효과적인 공론의 장을 제공함으로써 아이디어의 자유로운 흐름을 용이하게 할 뿐만 아니라, 정치적 사상의 표현과 정치참여를 권장하는 새로운 매체로 기능하고 있는 것이다(헌법재판소 2002.6.27. 선고 99헌마480 판결, ACLU v. Reno, 929 F.Supp. 824 (E.D.Pa. 1996)).

그러나 사이버공간에서 정제되지 않은 의견의 표현과 사실의 적시로 인해 명예훼손이나 사생활침해 등과 같은 인격권 침해가 빈번하게 발생하고 있어서 인터넷상에서의 표현에 자유에 대한 법적, 윤리적 논란이 끊임없이 제기되고 있다(강양구, 2004; 권영준, 2006; 이창은 2004; 황성기, 2007b). 임수경 씨 아들의 필리핀 의사 사건(서울중앙지법 2006.3.10. 선고 2006고정885 판결)과 ‘연예인 X파일 사건’, ‘개똥녀 사건’ 등에는 엄청난 수의 댓글이 달렸고, 이러한 사이버공간에서의 논쟁을 오프라인 언론이 중계 보도함으로써 사회적 반향이 더 커졌다. 또한 본 논문이 논의의 중심 사례로 삼고 있는 서울중앙지법의 ‘서OO 자살 사건’에서도 사건 자체에 대한 댓글과 이와 관련된 사이버공간에서의 흐름을 보도한 오프라인 기사, 이를 다시 뉴스탑에 게재한 포털이 합쳐져 논란을 증폭시켰다(서울중앙지법 2007.5.18. 선고 2005가합64571 판결). 임수경 씨 아들의 죽음과 관련하여 댓글을 작성한 네티즌들에 대한 형사 처벌은 인터넷에서의 표현의 자유가 어느 선까지 용인될 수 있는지 헌법적 논쟁을 불러일으켰고, 서OO 판결은 포털 편집관에 올려진 언론기사에 대한 명예훼손적 댓글과 온라인서비스제공자의 책임을 어디까지 물을 것인가에 대한 논쟁을 한층 가열시켰다. 결국 쟁점은 언론사의 보도 기사를 포털이 전제하고, 그 기사에 대한 댓글과 기사 내용에 대한 게시판에서의 논쟁으로 인해

명예훼손이 발생했을 때, 포털의 책임을 어떻게 판단해야 할 것인가로 집약된다(양재규, 2006).

이 논문은 언론사들로부터 제공받은 뉴스기사에 딸린 명예훼손적 댓글에 대한 포털의 책임에 관하여 연구한다. 특히 서울중앙지법이 2005가합64571 판결을 통하여 위법성 판단의 근거로 제시하고 있는 작위의무에 대한 부작위 여부가 포털의 법적 책임을 판단하는 타당한 법리인지 고찰한다. 또한 언론으로부터 전제 받은 뉴스기사의 사실관계를 확인하는 의무와 제3자에게 위임한 카페나 커뮤니티서비스 등에 게재된 위법적 내용에 대한 삭제의무까지 포털의 작위의무 영역에 포함되는지 분석한다.

2. 댓글의 저널리즘적 특성과 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 일반적 책임

1) 포털 미디어와 댓글의 저널리즘적 특성

뉴스서비스를 제공하기 위해서 포털은 신문사나 통신사, 인터넷 신문사 등과 같은 뉴스 생산 업체와 기사 제공에 관한 계약을 체결하고 이들로부터 뉴스 기사를 제공받는다. 전송된 뉴스 기사는 실시간으로 업데이트되어 검색을 통해 이용자들에게 제공되는데, 이 과정에서 포털은 전송받은 기사를 시의성, 속보성, 영향성 등의 편집 기준에 따라 기사를 선별하여 영역별로 뉴스서비스 초기화면에 배치한다. 종종 독자의 주목을 끌기 위해 기사 제목을 수정하기도 한다. 더불어 게재된 뉴스에 댓글을 달 수 있도록 하단에 창을 제공하며, 이용자들은 이곳에 자신들의 의견을 댓글의 형태를 통해 표현한다.

포털은 기존 미디어와 구별되는 매체적 특성을 갖고 있다. 첫째, 인터넷 관문 매체로서의 특성이다. 포털 미디어는 뉴스와 네티즌을 한 곳에 집중시키는 인터넷 관문 미디어이다(이승선·김경호, 2006; 황용석, 2005). 언론사들로부터 제공받은 뉴스들을 한 곳으로 모아 배열함으로써 논쟁이 되는 핫이슈가

무엇인지를 이용자들이 한 눈에 파악하고 관심사로 바로 찾아갈 수 있도록 하는 플랫폼 미디어로서 기능하는 것을 의미한다. 이러한 포털의 허브기능으로 이용자는 단 몇 클릭만으로도 관심 뉴스나 정보를 바로 볼 수 있게 되었고, 반면 언론사는 자사의 뉴스 노출을 극대화할 수 있는 효율적인 매체를 갖게 된 것이다.

둘째, 재매개 미디어로서의 특성이다. 기존의 미디어와는 달리 포털은 방송사를 비롯한 신문사, 언론사닷컴, 독립 인터넷 언론 등의 매체가 생산해내는 뉴스를 전채 받아 그중 일부를 선택하여 뉴스 창에 게재함으로써 재매개 미디어로서 기능한다. 언론사는 뉴스를 구성하는 사실(facts)의 게이트키퍼 과정을 통해 뉴스를 생산하지만, 포털은 완성된 뉴스들을 게이트키퍼를 하는 것이다. 재매개 활동 자체가 뉴스 게이트키퍼이며, 이를 통해 뉴스를 배포함으로써 포털이 뉴스 미디어로 작용하고 있는 것이다. 전통적 관점에서 언론은 보도와 논평, 해설 등의 언론활동을 하기 때문에 뉴스를 생산하지 않는 언론은 언론으로 볼 수 없다. 신문에서 뉴스의 가치는 제목과 리드를 통해 뉴스의 프레임을 제시하고 전체 기사는 편집과 레이아웃을 통해 가치를 분배받고, 방송은 시간의 순서에 따라 가치가 배분된다. 하지만 포털은 뉴스를 재매개함으로써 미디어로서의 가치를 부여받는다. 이렇듯 재매개가 새로운 저널리즘의 중요한 위치를 차지하게 되는 것은 “뉴스를 소비하는 최종 수용자와의 접점에서 포털이 뉴스 자체를 대상으로 선택과 공시를 통한 매개의 고유 권한을 수행”하기 때문이다(임종수, 2005; 오수정, 2004). 이중적인 가치의 산물들, 즉 맥락이 서로 다른 뉴스들을 무작위로 편집하고 배치하는 포털 뉴스는 ‘가치의 랜덤화’를 낳고(황용석, 2005), 이로 인해 뉴스 편집의 탈규범화 및 탈가치화 현상이 편집과정에서 일정 부분 나타난다. 이러한 관점에서 포털은 뉴스 생산 미디어가 아니라 뉴스 편집과 유통의 미디어라 할 수 있다.

셋째, 포털의 시민참여 공론장(public forum)으로서의 기능이다. 공론장이라는 개념은 표현의 자유가 외부로부터 물리적 제약을 받지 않고 공공의 참여와 권리가 보호되는 공공의 장소를 지칭하는 것으로(Emerson, 1981; Schudson, 1992), 정치적·사회적 변화를 욕망하는 사상의 자유로운 교환이

보장되어야 하며, 다양한 정보를 최대한 많은 사람에게 전달하는 공간이다 (New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)). 지금까지 언론이 공론장의 기능을 수행했다고 평가받고 있지만, 미디어가 선정하고 생산해내는 제한된 이슈에 대한 극히 제한된 장을 제공하는 데 그쳤다. 사회 구성원 전체가 아닌 글 쓸 권한을 갖고 있었던 소수만이 참여할 수 있었던 장이었다. 하지만 포털은 수동적 수신자의 위치에 머물렀던 일반 시민에게 글 쓸 수 있는 권한을 부여하여 사회적 이슈나 공공의 관심사에 대한 논쟁에 주체적으로 참여토록 함으로써 본래 의미의 시민참여 공론장에 근접하고 있다(김병철, 2004). 포털이 제공하는 토론방이나 게시판 혹은 댓글란, 검색창, 라이브 폴(live poll) 등을 통해 다양한 공공의 관심사에 대한 토론이 이루어지고 있다. 종종 뜨거운 관심사에 대해서는 포털 공론장을 통해 표출된 의제들은 여론형성에 지대한 영향을 미치고 있고, 그 결과 포털은 여론형성의 주요 매체로 자리매김하고 있다(양삼승, 2005; 이민규, 2006; 최민재·김위근, 2006).

이러한 포털의 매체적 특성과 더불어 언론매체로서의 포털의 영향력에 대해서도 주목할 필요가 있다. 매체가 갖는 영향력이 언론사의 규제와 규제수준을 결정하는 요인으로 작용하기 때문이다. 신생매체인 하지만 포털은 온오프라인 미디어를 통틀어 가장 영향력 있는 미디어 중의 하나로 인정받고 있고, 언론시장에서의 지배력도 급증하고 있다(권상희·김위근, 2004). 이처럼 포털이 영향력 있는 언론매체로 성장한 것은 시의성 있는 다양한 정보를 이용자 편의측면에서 제공하고 있고, 재매개를 통해 뉴스기사의 선택과 노출에 게이트키퍼로서의 권한을 행사하고 있으며, 다양한 뉴스매체의 융합을 통해 허브 매체로서 기능하고 있기 때문이다. 포털 매체의 특성과 이용자 편의성 등이 복합적으로 작용하여 언론매체로서의 영향력을 발휘하는 것이라 할 수 있다.

한편, 포털을 통해 표출되는 댓글은 공공의 문제와 사회적 쟁점에 대한 이용자의 적극적 표현으로 이해된다. 댓글은 뉴스기사 자체에 대한 개인의 평가를 내포하고 있기도 하지만, 그 기사와 관련된 의견의 표현을 담고 있기도 하다. 이러한 댓글은 쟁점에 관한 정보 획득의 통로로서 “풍부한 정보를 바탕

으로 주어진 쟁점을 둘러싼 문제를 이해하고 의견을 형성하는 데 도움”을 준다(이승선·김경호, 2006). 이용자들은 댓글을 읽음으로써 정보를 획득하고 사건의 실체를 파악하게 되며, 글의 내용에 따라 긍정적이든 부정적이든 자신의 의견을 형성하고 그에 따라 태도를 정하게 된다. 뿐만 아니라 댓글은 여론의 추이를 판단하는 바로미터가 된다. 사회 구성원 다수의 의견이 집약적으로 표출되기 어려웠던 전통적 미디어 환경에서는 여론을 직접적으로 감지하기 어려웠지만, 네티즌들의 다양한 의견이 댓글을 통해 실시간 표현되고 있기 때문에 비교적 수월하게 여론을 감지할 수 있는 경로가 마련된 것이다. 즉, 대부분의 댓글이 글쓴이의 의견을 담고 있기 때문에 특정 이슈에 대해 네티즌들이 어떤 생각과 반응을 보이는지 파악하는 단서가 된다. 특히 글의 텍스트뿐만 아니라 댓글의 조회수와 추천수, 반론글의 숫자 등은 여론의 동향을 파악할 수 있는 또 다른 단서가 된다(정일권·김영석, 2006; 한혜경, 2003).

하지만 댓글의 긍정적인 측면에도 불구하고 댓글을 통해 표현되는 대화와 담론들이 항상 합리적이고 이성적이며 합법적이지만은 않다는 것이 현실이다. 사회적 규범과 실재(實在)가 부재하는 익명의 상태에서 글을 쓰기 때문에 욕설과 비방, 인신공격, 허위사실 유포, 명예훼손 등 인격권 침해 내용의 댓글이 별다른 제약 없이 게재되고 있다(김경년·김재영, 2005). 또한 댓글이 익명이나 필명으로 작성되는 경우가 많고, 실제 작성자와 게시자를 특정하는 일은 쉬운 일이 아니기 때문에 댓글을 통한 위법행위의 문제는 더욱 심화된다(장하용, 2003). 서론에서 언급한 사례들은 일부분에 지나지 않고, 잘 알려지지 않은 사례를 포함하면 무수히 많은 댓글과 관련된 사례들이 발생하고 있다. 이러한 이유로 사전검열을 통한 표현의 자유 위축이라는 위험성을 감수하고서라도 위법행위를 규제해야 된다는 주장이 갈수록 설득력을 얻고 있다(김선미, 2007). 포털에 대한 논쟁이 가열되면서 이런 흐름은 계속되고 있고, 최근에는 악의적 댓글인 ‘악플’을 규제하기 위해서는 포털의 책임을 강화해야 한다는 법 제·개정 주장도 제기되고 있다. 그중에는 포털이 언론기사를 상시적으로 매개함으로써 언론의 기능을 하고 있기 때문에 독자의 권익보호를 위해 편집과 제작 과정에 독자의 참여를 보장해야 한다는 내용과 독자의 이익에

부합하는 편집·제작 방침을 확립하도록 의무를 부과할 필요가 있다는 주장도 포함되어 있다(황성기, 2007a).

2) 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 일반적 책임

명예훼손에 대한 1차적 책임은 실제 그 글을 작성한 사람에게 지우는 것이 원칙이다. 관련 법 조항과 판례들도 이런 원칙을 명시하고 있다.¹⁾ 그러나 온라인상에서의 발생하는 명예훼손의 경우는 작성자 특성의 어려움과 서비스를 제공하는 포털의 영향력 등으로 인해 글의 작성자보다 이를 배포한 포털에 그 책임을 묻고 있다. 지금까지는 서비스제공자를 발행인(publisher)으로 볼 것인지, 배포자(distributor)로 간주할 것인지, 아니면 단순 전달자(common carrier)로 볼 것인지에 따라 법적 책임이 결정되어 왔다. 이러한 분류는 다분히 미국 판례의 영향을 받은 것이지만, 온라인서비스제공자의 책임을 판단함에 있어서 아직까지 유용한 기준이 되고 있다(김기섭, 2004; 안효질, 2006).

만약 인터넷 서비스 운영자가 발행인으로 간주되면, 자신이 운영하는 게시판에 게시된 모든 내용에 대하여 책임을 져야 한다. 그 이유는 출판자는 편집 및 출판의 과정에서 게시된 내용에 대한 편집권(editorial discretion) 및 통제권을 행사할 수 있기 때문이다. 운영자가 발행인으로 간주된 대표적인 사례로 ‘스트래튼 오크몬트 대 프로디지’(Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995))를 들 수 있다. 판결의 요지는 인터넷 서비스 운영자인 프로디지가 전자게시판에 투고된 내용에 대하여 적극적인 편집권을 행사한다는 것을 이용자들에게 알렸고, 가이드라인을 설정, 기술과

1) 대표적인 법조항으로 형법 제307조를 들 수 있다. 동조 제1항은 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 명시하고 있고, 제2항은 “공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다. 명예훼손 행위의 당사자에게 분명한 책임을 묻고 있다.

인력을 적극적으로 활용하여 게시판의 내용을 결정함으로써 실질적으로 편집 권을 행사했기 때문에 명예훼손에 대한 책임을 면할 수 없다는 것이다.

‘커비 대 컴퓨서브’(Cubby v. CompuServe, 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991)) 사례에서는 운영자가 배포자로 간주되었는데, 컴퓨서브는 자사 전자게시판의 편집과 관리를 제3자에게 위임하고, 게시되는 내용을 통제하지 않았다. 재판부는 서점이나 도서관 등과 같이 제3자에 의하여 발행, 출판된 것을 배포하기만 하는 것으로, 자신이 배포하는 글에 명예를 훼손하는 표현이 있다는 것을 알고 있었거나, 알아야 할 합리적인 이유가 있었던 때에 한하여 책임을 진다고 판시했다. 재판부는 또한 배포자가 게시판에 올리는 모든 내용을 확인하는 것은 현실적으로 불가능하며, 명예훼손적 표현이 있는지를 상시 조사할 의무는 없다고 덧붙였다.

인터넷 서비스 운영자를 단순 전달자로 판단한 사례도 있다. ‘케네트 지란 대 아메리칸 온라인’(Kenneth M. Zeran v. American Online, Inc., 129 F.3d 327, 333 (4th Cir. 1997))에서 재판부는 운영자가 비록 자신이 전달하는 내용에 의해 명예훼손이 발생하였다고 하더라도 발행자도 배포자도 아니기 때문에 법적 책임을 지지 않는다고 판결했다. 이 사례는 통신품위법(Communications Decency Act of 1996)의 선한 사마리아인(Good Samaritan) 조항(230조 (c)(1))에 근거한 판결로서, “양방향 컴퓨터 서비스제공자나 이용자는 제3의 정보제공자에 의하여 제공되는 어떤 정보에 관하여도 그 정보의 출판자 또는 발인자로 취급되지 않는다”는 규정에 따라 운영자에게 책임을 물을 수 없다고 판시했다. 판결의 요지를 살펴보면, 서비스 운영자에게 방대한 양의 게시물을 선별하도록 책임을 부과한다면, 정보의 양과 종류가 운영자에 의해 제한될 것이고, 이는 궁극적으로 언론의 자유를 위축시키는 결과를 가져오게 된다. 또한 운영자가 게시물에 대한 편집권을 행사하여 발행인으로서의 책임을 묻게 된다면, 자율적 규제를 포기할 가능성이 있으므로, 표현의 자유의 보장과 자율규제를 촉진하기 위하여 운영자의 책임을 면제하는 것이 필요하다는 것이다. 결국 이 판결은 제3자에 의한 명예훼손에 대한 인터넷서비스제공자의 책임을 완전히 면책시키는 판결로 받아들여지고 있고, 후속 판결도 이에

따라 운영자의 책임을 묻지 않는 것으로 나타나고 있다(Sidney & Jacqueline Blumenthal v. Matt Drudge and America Online Inc., 992 F.Supp. 44 (D.D.C. 1998)).²⁾

한편 우리 법원이 발행인에 준하는 배포자의 지위를 부과하고 있는 것은 판결을 통해 알 수 있다(대법원 2001.9.7. 선고 2001다36801; 대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결). 명예훼손적인 내용이 게재되었음을 알거나, 알만한 이유가 있음에도 불구하고 적절한 조치를 취하지 않은 것은 작위의무에 대한 부작위이기 때문에 책임을 져야 한다는 것이다. 책임의 부과 기준으로는 명예훼손 사실에 대한 서비스제공자의 인식 여부, 명예훼손 방지 또는 당해 내용의 제거에 대한 합리적 기대 가능성, 그리고 명예훼손에 대한 실제적 조치 등이 제시되고 있다(최문기, 2003). 그러나 이러한 작위의무를 불이행했다 하더라도 문제가 된 글의 삭제 등의 조치에 기술적, 경제적인 어려움이 있거나 문제해결을 위해 적극적으로 대응한 경우, 그리고 대상 표현이 공익성 및 진실성에 관한 상당한 이유가 있는 경우는 위법성이 면책된다(소성규, 2004; 이인석, 2002; 최상호, 2004). 구체적인 법원의 판결 내용은 4장에서 논의한다.

3. 서울중앙지방법원의 판결 내용

원고인 김OO의 여자 친구 서OO가 2005년 4월 스스로 목숨을 끊자, 서OO의 어머니는 ‘딸의 죽음이 김 씨 때문’이라는 글을 서OO의 싸이월드 미니홈피에 올렸다. 이 글에 대해 네티즌들이 폭발적인 관심을 보였고, 일부 인터넷 신문과 중앙 일간지들이 김 씨의 이름을 밝히지 않은 채 이 내용을 기사화했

2) 인터넷 칼럼리스트 Drudge가 백악관 보좌관으로 임명이 예정된 Blumenthal이 아내를 상습적으로 폭행했다는 글을 AOL에 게재했다. 법원은 온라인 서비스제공자 AOL이 게시물을 삭제할 권한이 있으므로 책임을 져야 한다는 원고들의 주장을 받아들이지 않았다.

다. 네이버, 다음, 에스케이커뮤니케이션즈, 야후 등 주요 포털은 온·오프라인 언론사들로부터 기사를 받아 뉴스 창에 게재했고, 서OO의 미니홈피와 마찬가지로 뉴스창과 토론방, 검색서비스 등에서도 수천 개의 댓글이 달렸다. 네이버는 “현대판 베르테르, S양의 죽음과 네티즌의 추모열기”라는 제목의 브레이크뉴스 기사와 “‘내 딸이 자살한 사연’ 모정에 네티즌들 와글와글”이라는 제목의 조선일보 기사, “자살한 내 딸의 억울함을 호소합니다”라는 제목의 동아닷컴 기사, “딸 자살 억울함 호소한 미니홈피, 일파만파”라는 제목의 스타뉴스 기사를 올렸고, 다음 커뮤니케이션은 “자살한 딸 유서 인터넷공개 파문 일파만파”, “서OO의 자살사건을 보면서”라는 제목의 쿠키뉴스 기사와 “내 딸이 자살한 사연 모정에 네티즌들 와글와글”이라는 제목의 조선일보 기사 등을 올렸다. 에스케이커뮤니케이션즈는 “‘억울하게 죽은 내 딸’ 미니홈피글 일파만파”라는 제목의 스타뉴스 기사와 “그리운 사람은 갔어도 미니홈피는 남아”라는 제목의 노컷뉴스 기사 등을, 야후코리아는 조선일보의 “내 딸이 자살한 사연 모정에 네티즌들 와글와글” 기사와 동아닷컴의 “자살한 내 딸의 억울함을 호소합니다”라는 제목의 기사를 게시했다.

대부분의 댓글은 김 씨를 비방하는 인신공격성을 담고 있었고, 일부는 김 씨의 이름과 학교, 회사 이름, 전화번호 등의 개인 신상정보를 공개하기도 했다. 결국 김 씨는 자신이 다니던 대학과 회사를 그만두고 거처를 옮겼다. 이후 김OO는 명예훼손을 이유로 관련 기사에 달린 댓글 전체를 삭제해줄 것과 카페, 미니홈피, 블로그 등 커뮤니티의 폐쇄, 검색창의 직간접 정보 등의 차단 및 삭제를 요구했다. 그러나 포털들은 김 씨의 요구만으로는 관련 게시물을 특정할 수 없기 때문에 문제되는 글을 특정하여 삭제를 재요청하여 달라고 답변했다. 그러면서도 문제의 심각성을 인식한 포털은 뉴스서비스 영역에서 명예훼손적인 댓글들을 삭제하였고, 커뮤니티와 지식검색서비스 내에서 나타나는 김 씨의 신상에 관련한 게시물을 삭제했다. 판결에서 중앙지법은 네이버는 500만 원, 다음커뮤니케이션과 야후코리아는 각 400만 원, 에스케이커뮤니케이션즈는 300만 원을 원고 김OO에게 지급하라고 주문했다.

재판부는 우선 인터넷서비스제공자의 책임을 판단함에 있어서 고려해야

할 몇 가지 조건을 제시했다. 첫째, “현실세계에서 위법한 것은 가상세계에서도 위법”하다. 둘째, 인터넷의 발전으로 사생활 노출의 위험이 커졌음에도 불구하고 공적 인물이 아닌 사인의 사적 영역은 보호되어야 한다. 셋째, 인터넷 서비스 제공이 영리목적일 경우에는 그에 상응하는 책임이 따른다. 넷째, 온라인 여론형성에 있어서 사상의 자유로운 시장에 맡길 것이 아니라 “불량한 정보의 유통을 방지하여 인터넷 문화가 정착될 수 있도록 노력”하는 것이 인터넷서비스제공자의 책임 발생 요인으로 고려되어야 한다. 재판부는 위의 기준들과 함께 참고되어야 할 시안들을 동시에 제시했다. 판결문에 따르면, 포털과 같은 인터넷서비스제공자는 정당한 이유 없이 역무 제공을 거부할 수 없으며, 인터넷의 이용은 전기통신과 마찬가지로 이용자의 보편적 기본권으로 인정되어야 한다고 판결했다. 또한 지나친 책임 부과가 서비스제공자의 사적 검열로 이어져 여론의 왜곡이 발생할 수 있다는 점과 손해배상 책임을 면하기 위해 서비스제공자가 표현물을 손쉽게 삭제하게 될 경우 표현의 자유와 국민의 알권리가 위축될 수 있다는 점도 간과되어서는 안 된다고 판결했다. 더불어 특정 표현에 대해 제3자가 서비스제공자에게 단지 신고하는 것만으로 그 표현을 삭제하고자 하는 방법으로 악용될 수 있다는 점 등이 서비스제공자의 책임을 제한하는 요인으로 작용할 수 있다는 점 등을 고려하여 비교형량해야 한다고 덧붙였다. 쟁점별 피고의 주장과 법원의 판단은 아래와 같다.

첫째, 피고 포털은 편집판에 게재한 언론기사가 원고 김OO의 실명이나 그의 신원을 직접 파악할 수 있는 내용을 포함하고 있지 않기 때문에 이를 게시하였다 해도 명예훼손이 성립되지 않는다고 주장했다. 이러한 항변에 대해 재판부는 비록 기사 자체에 김OO의 실명이 적시되지 않았다 하더라도 서OO의 실명과 사진, 인터넷 주소와 미니홈피 주소 등이 포함되어 있었기 때문에 기사에서 지목하고 있는 인물이 원고인 김OO라는 사실을 쉽게 알 수 있을 뿐만 아니라, 기사에 대한 댓글 등을 통하여 김OO에 대한 구체적 정보를 얻을 수 있기 때문에 명예훼손이 성립된다고 판시했다.

둘째, 포털은 신문사나 방송사, 인터넷신문사 등의 뉴스서비스업체로부터 뉴스기사를 공급받아 이를 뉴스 데이터베이스에 자동으로 업데이트되도록

하고 있고, 제공받은 기사들을 영역별로 분류하고 중요도에 따라 이용자들이 접근이 용이하도록 배치하는 등 최소한의 작업만 수행할 수 있을 뿐 기사를 수정, 삭제, 편집하는 권한이 없으므로 뉴스 기사의 내용에 대하여 책임이 없다고 주장했다.

이에 대해 법원은 원고에 대한 명예훼손 내용이 담긴 기사들을 적극적으로 특정 영역에 배치하여 네티즌이 분야별 뉴스란을 통하여 위 기사들을 쉽게 접할 수 있도록 하였다면, 고의 또는 과실로 원고의 명예를 훼손하였다고 할 수 있다고 판시하면서 그 이유를 다음과 같이 설명했다. 피고인 포털이 스스로 기사를 작성하지 않지만, 언론사들로부터 전송받은 기사들을 속보성, 정보성, 화제성 등과 같은 편집기준에 따라 분류하여 편집판에 배치하고, 독자의 시선을 끌기 위해 종종 기사의 제목을 변경하기도 하며, 댓글 창을 만들어 네티즌들이 기사에 대한 댓글을 달 수 있도록 하고, 기사 자체의 내용을 넘어서는 정보교환과 여론이 형성되도록 유도하는 점 등을 고려할 때, 포털이 명예훼손에 대한 책임이 없다고 보기는 어렵다. 또한 전제 받은 기사로 인해 발생하는 법적 책임은 언론사가 진다는 포털과 언론사 사이의 계약이 있다고 하더라도 포털의 제3자에 대한 손해배상 책임이 면책되지 않으며, “기사 작성자인 언론사의 경우에는 해당 기사 하나만 게시되나 포털 사이트의 경우에는 여러 곳에서 제공받은 기사를 게시하게 되므로 기사로 인한 영향력이 기사의 작성자보다 더 커질 수도 있는 점 등을 고려할 때, 단순한 전달자로 볼 수 없다.” 특히 포털의 데이터베이스에 단순히 저장되는 기사가 아니라 게이트키퍼 과정을 거쳐 편집판에 게재되는 기사는 포털이 그 내용을 인지하고 있다고 보는 것이 타당하고 네티즌들의 큰 반향이 있었음에도 유사한 내용의 기사를 중복 게재하는 경우에는 재론의 여지가 없다고 재판부는 판시했다.

셋째, 검색서비스와 관련해서도 포털은 자신들이 제공하고 있는 검색서비스는 네티즌에게 그들이 필요로 하는 정보가 어디에 있는지를 알려주는 기능으로서 단순히 이용자와 정보를 연결시켜주는 가치중립적인 서비스에 불과하고, 커뮤니티 서비스를 이용한 카페, 클럽 등 동호회, 블로그, 미니홈피 등의

1인 미디어는 회원들이 자발적으로 개설하여 운영하는 것으로서 거기에 게시되는 표현물에 대하여는 그 운영자 또는 게시자가 전적인 책임을 져야 한다고 주장했다.

이에 대해 재판부는 일상적인 모니터링을 통하여 그러한 게시물이 존재하는 사실을 알게 되었다면 커뮤니티 관리자에 대하여 그 게시물의 삭제를 요청하거나 직접 삭제하는 등의 조치를 취해야 할 의무가 있다며 피고의 주장을 받아들이지 않았다. 원고 김OO에 대한 뉴스 기사들이 높은 조회수를 보였고, 이에 수많은 댓글이 달렸으며, 검색어 상위순위에 오르는 등 포털이 해당 기사의 존재 사실을 쉽게 알 수 있었을 뿐만 아니라, 검색서비스 등을 통하여 게재된 기사의 위치를 알려줘 명예훼손 표현물이 확산되도록 한 행위는 명예훼손에 해당한다는 것이다. 또한 검색서비스를 통하여 네티즌들이 김OO의 신상과 관련된 정보를 교환하고, 블로그를 비롯한 카페와 게시판 등에서 김OO를 비방하는 글을 게시되었다면, 포털이 이러한 글을 적극적으로 게재한 것이 아니라 하더라도 위임받은 커뮤니티 관리자에게 관련 댓글을 삭제하도록 요청하는 등의 명예훼손으로 인한 피해 확산을 방지할 주의의무가 있다고 밝혔다. 검색서비스를 위해 포털이 정보를 직접 생산해서 제공하는 것이 아니지만 검색 결과에 대하여 관리자의 역할을 하고 있는 만큼, 김OO에 대한 명예훼손적인 정보들이 검색될 위험성이 있다는 사실을 알았다면 이른바 금칙어³⁾를 설정하여 그러한 자료들이 현출되지 않도록 해야 한다. 커뮤니티 서비스와 관련해서도 “게시된 표현물에 대하여 항시적인 모니터링 및 삭제 의무를 부담하는 것은 아니라 하더라도” 커뮤니티 자체가 포털이 관리자에게 제공한 영역이고 또한 커뮤니티의 이용자의 수와 활동량 등에 따른 광고 수입에 이익을 얻는 점을 감안할 때 삭제 등의 조치를 취해야 할 의무가 있다며 작위의무에 대한 부작위를 지적했다.

3) 특정 단어를 설정하여 금칙어로 설정하면 관련 내용을 담고 있는 글들이 화면에 노출되지 않도록 하는 것을 말한다. 재판부는 ‘김OO’, ‘서OO’, ‘김OO+서OO’, ‘김OO+자살’, ‘서OO+자살’ 등과 같은 용어를 설정하여 원고 김OO와 관련된 내용의 글들이 검색되지 않도록 했어야 함에도 포털이 이러한 조치를 취하지 않았다고 판시했다.

피고의 항변 모두를 거절한 재판부는 위자료 산정에 대해서 언급하면서, 게재된 뉴스 기사의 수와 표현의 정도, 포털의 규모, 그리고 포털의 삭제를 포함한 작위의무 이행 노력 등을 참고해서 판단해야 한다고 판시했다. 김OO가 뉴스 기사가 처음으로 게시된 때로부터 두 달여가 지난 시점에서 구체적 게시물을 특정하지 않고 자신과 관련된 모든 게시물을 삭제해달라고 요구한 사실 등도 참고해야 된다. 더불어 이 사건의 내용을 사망한 딸의 미니홈피에 올린 서OO의 어머니를 비롯하여 관련 게시물들을 다른 네티즌에게 전달한 네티즌, 김OO에 대해 모욕적인 내용을 담거나 신상정보가 노출되도록 기사를 작성한 언론 등 명예훼손이 확대되는 데 기여한 다른 사안들도 참작해야 한다고 덧붙였다.

4. 작위의무에 근거한 법원의 판결에 대한 비판적 고찰

중앙지법의 판결은 뉴스기사 댓글에 대한 포털의 작위의무를 강조하는 결정이라 할 수 있다. 앞서 분석한 바와 같이 재판부는 포털이 댓글 공간을 만들어 기사에 대한 관심을 유도할 뿐만 아니라, 댓글이나 검색창 등을 통해 기사의 내용을 넘어서는 정보교환 또는 여론을 형성하고, 특히 언론사들로부터 제공받는 기사를 검토, 분류하여 편집판에 주요하게 배치하는 등 편집행위를 통한 언론으로 기능을 하고 있다고 보았다. 또한 포털이 상당한 영향력을 행사하고 있는 만큼, 위법행위가 발생할 경우 이에 상응하는 책임을 져야 한다는 것이다. 언론 편집기능을 수행하는 온라인 서비스제공자로서 작위의무를 다하지 못하는 경우는 법적 책임으로부터 벗어날 수 없다는 것으로, 언론사와의 전제 계약을 통해 기사를 제공받는다 하더라도 그 기사로 인해 발생하는 제3자에 대한 명예훼손 책임이 면책되지 않는다는 것이 법원의 판단이다. 하지만 작위의무위반에 근거한 포털의 위법성 판단은 자칫 사적 검열을 강제하여 표현의 자유를 위축시킬 수 있다는 점에 대한 고찰이 요구된다.

통상 작위의무는 법규범과 계약규범에 따라 부과되지만, 신의성실의 원칙이나 사회상규 혹은 조리상 작위의무가 기대되는 경우에도 인정된다(대법원 2006.4.28. 선고·2003도4128 판결). 온라인서비스제공자의 작위의무를 부과하고 있는 대표적인 법으로 「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률」을 들 수 있는데, 동법 제44조의 2(정보의 삭제요청 등) 제1항은 “정보통신망을 통하여 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 사생활의 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리가 침해된 경우 그 침해를 받은 자는 해당 정보를 취급한 정보통신서비스제공자에게 침해사실을 소명하여 당해 정보의 삭제 또는 반박 내용의 게재를 요청할 수 있다”고 명시하고 있다. 동조 제2항은 “정보통신서비스제공자는 제1항의 규정에 따른 당해 정보의 삭제 등의 요청을 받은 때에는 지체 없이 삭제, 임시조치 등의 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인 및 정보 게재자에게 통지하여야 한다. 이 경우 정보통신서비스제공자는 필요한 조치를 한 사실을 해당 게시판에 공시하는 등의 방법으로 이용자가 알 수 있도록 하여야 한다”고 서비스 운영자의 작위의무를 명시하고 있다. 서비스 운영자가 제2항에 근거하여 필요한 조치를 취했을 경우는 손해 배상으로부터 면책되거나 그 책임이 경감될 수 있다.

이 밖에 민법 규정들도 제3자에 의하여 행하여진 명예훼손에 관한 포털을 포함한 온라인 서비스제공자의 책임을 규율한다. 민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법한 행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 또한 제760조 제1항은 다수의 사람이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있고, 제3항은 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다고 규정하고 있다. 제3자의 명예훼손 행위에 대해 온라인서비스제공자는 바로 이 3항의 방조책임을 지게 되는데, 과실 방조자로서의 책임이 인정되기 위하여서는 “제3자의 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 인정되어야 한다”(대법원 2003.1.10. 선고 2002다35850 판결; 대법원 1998.12.23. 선고 98다31264 판결; 대법원 1994.3.11. 선고 93다33975 판결). 여기서 방조행위는 “정범이 범행을 한다는 점을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접,

간접의 모든 행위를 가리키는 것”을 의미한다(대법원 1997.1.24. 선고 96도 2427 판결). 타인의 권리나 법익 침해의 결과 발생을 방지할 “법적인 작위의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작용이 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작용범으로 처벌”할 수 있다는 것이다.

위의 법 조항과 더불어 인터넷서비스제공자와 이용자 사이의 계약에 따라 발생하는 계약규범 또한 작위의무의 근거가 되고 있다. 서비스를 제공하는 자가 운영자 혹은 관리자의 지위에서 법적으로 감당하게 되는 의무인데, 대개는 회원 가입신청 때 이용자가 이용약관에 서명하면 발생하게 된다. 다수의 약관들은 위법하거나 운영자가 제시하는 가이드라인을 벗어나는 내용의 게시물을 서비스제공자가 삭제 등의 조치를 취할 의무가 있다는 내용을 담고 있다. 김OO로부터 소송을 당한 네이버와 다음, SK커뮤니케이션즈, 야후코리아 등의 주요 포털 역시 사실 또는 허위 사실을 적시하여 명예를 훼손하는 행위, 타인의 저작권을 침해하는 행위, 타인의 명의를 무단으로 도용하는 행위 등을 금지하는 약관을 명시하고 있다.

지금까지 인터넷서비스제공자의 책임을 묻는 판결의 다수는 법익의 침해에 대해 서비스제공자가 작위의무를 갖고 있는지, 그 의무를 다했는지에 따라 결과가 달라질 수 있음을 보여주고 있다. 대법원의 대표적인 두 판결은 이러한 경향을 확인해 준다. 첫 번째 사례에서 하이텔통신 게시판에 대중기수 박지운을 비방하는 글이 게시되었고, 팬클럽 회원인 원고가 게시판 관리 담당자에게 해당 글을 삭제해줄 것을 요구했으나, 관리자가 이를 거절했다. 이에 원고는 정보통신윤리위원회에 삭제를 요청했고, 위원회가 하이텔에 시정명령을 했음에도 불구하고 관리자는 이 글을 5~6개월 동안 방치했다(대법원 2001. 9.7. 선고 2001다36801).

이에 대법원은 하급심 판결을 인용하면서, 전자 게시판을 설치, 운영하는 전기통신사업자는 타인의 명예를 훼손하는 글이 그 이용자에 의해 전자 게시

판에 올려진 것을 알았거나, 알 수 있는 경우에 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취해야 할 의무가 있다고 판시했다. 또 법원은 하이텔통신이 명예훼손적인 내용의 글들이 자사의 게시판에 게재된 사실을 원고와 정보통신윤리위원회에 시정조치 요구에 따라 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 무려 5~6개월 동안이나 이를 삭제하는 등의 적절한 조치를 취하지 아니한 채 그대로 방치함으로써 원고에게 정신적 고통을 겪게 했다고 판단, 전자 게시판 관리의무 위반행위로 인한 손해배상 책임을 져야 한다고 판시했다.

2003년 사례에서도 작위의무 이행 여부가 판결 기준으로 적용되었다. 이 사례에서 경상북도 청도군이 운영하는 인터넷 홈페이지에 부군수를 지내고 군수 선거에 출마한 원고의 성추행과 금품수수 의혹을 제기한 글들이 다수 올라왔다. 게시된 글 중에는 의혹과 관련한 신문보도 내용이 게시되기도 했다. 이에 원고는 반박하는 글을 올렸고, 피고인 홈페이지 관리자에게 자신을 비난한 글들을 삭제해줄 것을 내용증명으로 요청하였다. 피고는 군수의 결재를 받아 게재된 글을 삭제했다. 하지만 원고는 자신의 명예를 훼손하는 글이 게시판에 올라온 사실을 알고도 이를 즉시 삭제하지 않고 52일 동안 방치하여 정신적인 고통을 입었다며 소송을 제기했다.

법원은 판결에서 온라인 서비스제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상책임을 지게 하기 위해서는 운영자가 해당 “게시물을 삭제할 의무가 있음에도 정당한 사유 없이 이를 이행하지 아니한 경우에 한정”해야 한다고 판시했다. 재판부는 또 서비스제공자에게 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, 개방정도, 운영자가 게시물의 내용을 알았거나 알 수 있었던 시점, 삭제의 기술적·경제적 난이도 등을 종합하여 판단”해야 한다고 덧붙였다(대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결). 그러나 재판부는 이러한 판단 기준에 이르지 못한 채 명예훼손적인 글이 게시되었고 관리자가 그 게시 사실을 “알았거나 알 수

있었음에도 이를 삭제하지 아니하였다는 사정에 치중한 나머지 전자게시판 관리자로서 게시물에 즉시 삭제 의무 위반에 해당한다고 단정"한 1심의 판결에는 법리적 오류가 있다고 덧붙였다. 즉, 운영자가 제공하는 게시판에 제3자에 의한 명예훼손 글이 게시되고 "그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 단정할 수는 없다"는 판단으로 운영자에게 작위의무, 특히 삭제의무를 부과하는 데 신중해야 한다고 강조했다(대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결).

이 두 사례는 몇 가지 차이점을 갖고 있다. 첫째, 게시판의 성격이 다르다. 하이텔통신 게시판은 영리 목적의 게시판이었던 반면, 청도군의 게시판은 비영리 목적의 게시판이었다. 청도군 홈페이지는 공공성이 강화된 하나의 홈페이지에 불과하고, 따라서 하이텔통신과 같은 온라인서비스를 제공하는 지위에 있다고 볼 수 없다. 둘째, 삭제요구에 대한 운영자의 대응에 차이가 있다. 전자에서는 운영자가 명예훼손적인 글의 삭제 요청을 받고도 수개월을 방치했으나, 후자에서는 비교적 신속하게 대응했다. 셋째, 일방적 삭제 근거 유무이다. 하이텔통신 사례에서는 명예훼손적인 글에 대한 일방적 삭제의무를 명시한 정보서비스이용약관이 있었지만, 청도군 사례에서는 이러한 근거가 없었다. 결국 이러한 차이점이 두 판결의 차이로 이어졌음을 알 수 있다(김용석, 2004).

대법원과 마찬가지로 서울중앙지법도 '전여옥 대 엔에이치엔'(NHN) 사례 등에서 같은 법리를 적용하고 있음을 알 수 있다(서울남부지방법원 2006.9.8. 2005가단18300판결). 사건개요를 살펴보면, 이명박 당시 서울시장이 기자회견 도중 "이 시장이 여의도에 살고 있다시피 하고 있다"고 말한 열린우리당 대변인의 말에 함부로 말을 해서는 안 된다고 언급하자, 노컷뉴스가 이를 기사화하면서 '김OO 대변인'을 '전여옥 대변인'으로 잘못 표기했다. 이 기사는 바로 네이버로 자동 전송되었고, 네이버는 시사분야 란에 "이명박 시장 '전OO, 말을 그리 함부로 하나'"라는 제목으로 기사를 게재하였다. 독자의 제보가 있는 뒤, 노컷뉴스가 기사를 수정했고, 네이버에 게재된 기사도 자동으로 수정되었다. 그럼에도 불구하고 전여옥은 네이버를 상대로 명예훼손

손 소송을 제기했다.

재판부는 불특정 다수가 접속하는 포털사이트의 운영자는 “자신의 사이트에 게재되는 기사가 사실 내용과 맞는지 여부를 확인하는 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 주의할 의무가 있다”고 판시했다. 또한 기사작성 과정에 전혀 개입하지 않았고, 전송받은 기사를 그대로 게재하였을 뿐이므로, 오보 게재에 따른 책임을 질수 없다는 네이버의 주장에 대해서도 기사작성과 전송 및 게재의 체계상 포털 운영자가 “기사의 진실성을 확인할 수 있는 방법의 여지가 없다고 하더라도 그와 같은 사유는 피고들 내부에서 책임의 분담을 정할 때 주장할 사유는 될 수 있을지언정 허위기사로 인하여 피해를 입은 원고에 대하여 대항할 수 있는 사유가 된다고 볼 수 없다”며 기사의 단순 게재에 따른 면책주장을 거부했다.

중앙지법의 판결은 단순한 주의의무를 부여하고 있는 대법원의 판결보다 한걸음 더 나아간 것으로, 게재되는 기사의 내용이 사실에 부합하는지 확인 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 강화된 주의의무를 부과한 것이다. 전재계약에 따라 완성된 기사를 송고 받아 게재하는 포털이 그 기사의 진위여부를 따지는 것은 대단히 어려운 일임에도 이러한 의무를 부과하는 것은 인격권 침해 행위에 대한 포털의 적극적 개입을 주문하는 것으로 해석된다.

서OO 사례에서도 중앙지법은 뉴스탑에 게재된 뉴스에 대한 작위의무를 이행하지 않아 발생하는 명예훼손에 대해서는 포털이 책임을 져야 한다고 부작위의 책임을 묻고 있다(서울중앙지방법원 2007.5.18. 선고 2005가합 64571 판결). 비록 기사에는 원고 김OO의 실명이 거론되지 않았지만 숨진 서OO의 실명과 미니홈피를 통해 기사가 지칭하는 김 씨가 누구인지 쉽게 알 수 있고, 김 씨의 명예가 훼손될 수 있다는 점을 알면서도 네티즌들이 댓글을 통해 김 씨를 비방하도록 방치했기 때문에 책임을 피할 수 없다는 법리이다. 눈여겨볼 것은 재판부가 포털을 단순한 ‘전달자’로만 볼 수 없다고 판시한 것이다. 그 이유는 문제의 기사로 인하여 원고의 명예가 훼손될 수 있다는 점을 알거나 알 만한 이유가 있었음에도 이를 게시하고 댓글을 통해

이용자들이 원고를 비방하도록 함으로써 원고의 명예를 훼손하도록 했기 때문이다. 또한 포털이 뉴스 편집행위와 댓글을 통해 여론을 형성하는 등, 그 영향력이 기사를 작성한 기자보다 더 커질 수 있는 것 역시 그렇게 판결한 이유가 된다고 밝혔다. 명예훼손 내용이 담긴 기사를 적극적으로 뉴스란에 배치해 이용자들이 쉽게 접할 수 있도록 했다면 이는 고의 또는 과실로 명예를 훼손했다고 보는 것이 타당하다는 것이 재판부의 판단이다.

하지만, 기사의 진위 여부 확인을 포털에 부과하는 이 판결은 포털에 부과된 직위업무를 지나치게 확대하는 것이라는 데 문제가 있다. 언론사 보도기사의 사실관계를 확인함에 있어서, 기사를 직접 작성한 기자 스스로도 어려움을 겪는 경우가 많은데, 제3자격인 포털에 이를 확인하도록 요구하는 것은 비논리적인 일이다. 게다가 언론사와의 계약에 의하면, 기사의 정확성과 신뢰성 보장은 그 기사를 제공하는 언론사의 책임이고, 기사를 받는 포털은 정보제공자의 요청 없이 정보를 수정하거나 삭제할 수 없다. 중앙지법도 이러한 사정을 인정하고 있듯이, 기사를 제공한 언론사가 기사 내용의 위법성을 지적하여 통보하거나 수정을 요청하지도 않은 상황에서 위법성 판단이 의심스러운 기사를 매번 확인한다는 것은 사실상 불가능한 일이다. 또한 포털의 속성상 전송받은 기사를 신속하게 게재하는 것을 생명으로 하는데, 기사의 내용을 검증하도록 요구하는 것은 포털의 특성을 무시하거나 몰이해에 기인한 것이라 할 수 있다. 포털에 게재된 글을 종류와 속성에 따라 직위업무를 달리해야 하는 특수성이 인정되는 대목이다.

중앙지법의 판결은 포털이 기사를 제공하는 언론사와 법적으로 공동정범이라는 인식에서 나온 것으로 보인다. 하지만 포털이 공동정범이 되기 위해서는 “타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 옹기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다”(대법원 1997.1.24. 선고 96도2427 판결 참조; 서울지방법원 2003.6.26. 선고 2002노9668 판결). 포털이 언론사로부터 전제 받은 기사의 위법성을 알 수 있었고, 이를 삭제하지 않았다는 사실만으로는 공동정

범이 성립될 수 없다. 특히 직접 작성하지 않은, 언론사로부터 전송받은 보도 기사와 이에 대한 댓글의 위법성에 대한 법적책임을 포털에 부과하는 것은 합법적인 테두리 내에서 노출될 수 있는 기사들의 뉴스탑 게재를 제한하는 결과를 초래한다. 무엇보다 중요한 것은 포털에 상시적인 감시의무를 부과하는 것은, 전술한 바와 같이, 표현의 자유를 지나치게 위축시킬 수 있기 때문에 바람직하지도 않다. 대법원이 명예훼손적인 내용의 글이 게시되었다는 것을 알거나 알 수 있었다는 사정만으로 바로 삭제의무가 발생하는 것이 아니라고 판시한 것도 이러한 맥락에서 이해된다.

비록 포털이 단순 전달자의 지위에 머무르는 어렵다고는 하나, 배포자의 지위를 넘어 기사의 사실여부를 확인해야 하는 발행자 수준의 작위의무를 강제하는 것은 결국 사적(私的) 검열로 이어져 정보의 유통과 표현의 자유를 제한할 수 있다. 포털이 법적 책임을 회피하기 위한 수단으로 삭제를 포함한 사적 검열을 강화하려는 것은 당연한 현상이다. 합법과 위법의 경계선에 있는 내용들을 적극적으로 걸러내려고 할 것이고, 자칫 합법적으로 허용될 수 있는 내용마저도 삭제될 소지가 다분히 있다. 법원이 “기사로 말미암은 손해에 대해서는 뉴스 제공자인 언론사가 책임지기로 한 계약이 있어도, 포털들의 제3자에 대한 손해배상 책임이 면책되지 않는다”고 책임을 묻고 있기 때문에, 삭제를 포함한 엄격한 검열을 책임회피의 합법적으로 수단으로 삼게 되는 것이다. 정보통신망법 또한 사적 검열을 정당화하는 결과를 낳고 있다. 현재 많은 사이트 운영자가 게시된 글을 보다 공격적으로 차단하고 삭제하는 현상이 나타나고 있으며, 이로 인해 포털과 이용자들 사이에 다툼이 발생하고 있다. 포털 네이버가 지난 17대 대통령선거 기간 동안 정치기사에 대한 개별 댓글을 허용하지 않고 종합토론방으로 합친 것도 책임을 피하기 위한 하나의 방편으로 해석된다. 때문에 비록 포털이 편집권을 가진다고 판단하더라도 전제 받은 기사를 포털이 임의로 변경한 경우가 아니라면 기사를 직접 작성하는 언론과 동일한 책임을 진다고 간주하는 것은 법리적 모순이다.

의견표현에 대한 검열의 해악성은 이미 헌법재판소 판결을 통해 확인된 바 있다. 사상이나 의견 등을 발표되기 이전에 억제하는 사전검열은 “법률로

서도 불가능한 것으로써 절대적으로 금지된다”(헌법재판소 2001.8.30. 2000헌가9). 사전검열이 “예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위협이 크고 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문에 헌법이 절대적으로 금지하는 것이다.” 헌재가 말하는 사전검열은 행정이 주체가 되는 것을 의미하지만, 만약 언론기사를 편집판에 게시하는 포털에 삭제의무를 부과하는 것은 검열을 강제하게 되며, 결과적으로 사적 존재인 포털을 검열의 주체로 법이 인정하는 것과 다를 바 없다.

한편, 포털이 제공하는 커뮤니티 서비스상의 카페와 미니홈피 내용에 대한 포털의 삭제의무를 부과한 판결 내용 또한 문제를 안고 있다. 재판부는 카페와 미니홈피 등에 명예훼손 내용이 담긴 글이 올라와있다는 사실을 알게 되었다면, 포털은 관리자에게 이를 삭제하도록 요구하거나 직접 삭제하는 등의 조치를 취해야 할 의무가 있다고 판시했다. 포털의 작위의무에 관리의무뿐만 아니라 삭제의무까지 포함되는 것으로 판단하고 있는 것이다. 그러나 포털이 카페에 대한 관리와 통제권을 갖는다 하여 삭제의무를 진다고 하는 것은 과도한 요구이다. 카페의 운영권을 커뮤니티 관리자에게 위임한 상태에서 포털이 통제권을 갖고 있다고 해서 곧바로 삭제의무가 발생한다고 볼 수 없기 때문이다. 또한 위임된 카페와 게시판 등에 투고되는 모든 내용을 실질적으로 확인하는 것은 물리적으로 불가능하기 때문에 포털이 그렇게 이행하기를 합리적으로 기대하기도 어렵다. 그럼에도 불구하고 포털에 삭제의무까지를 부과하는 것은 법률가들에게도 난해한 명예훼손의 규범적 평가의 부담을 포털에 지우는 것이나 다를 바 없다(최문기, 2003).

물론 편집판 기사 선정이 가치중립적이지 않다. 현실적으로 가치중립적일 수 없다. 기사 작성 과정에서 용어의 선택, 사실의 구성과 나열, 배치, 문장의 구성 등 모든 면에서 가치를 배제하기란 불가능하다. 기사의 주제 선정에서부터 이미 가치가 개입될 수밖에 없고, 게이트 키핑 모든 과정에서 기자와 편집인들의 가치가 포함되기 때문이다. 포털에서 기사의 배치도 마찬가지이다.

이는 독자 시선을 사로잡을 수 있는 기사를 신문 전면면에 배치하는 것과 서점에 서 베스트셀러나 특정한 책들을 눈에 잘 띄는 곳에 배치하는 것과 다를 바 없다. 단순 전달자가 아닌 경우에는 가치가 포함될 수밖에 없다. 그런데 이러한 추상적인 기준을 포털의 책임 부과 기준으로 삼는다는 것은 법리적 오류를 범하는 것이다. 기사의 작성이 진공상태에서 이루어질 수 없듯이 기사의 배치도 역시 진공상태에서 이루어질 수 없다. 재매개 기능이 주가 되지만, 포털을 여론 형성에 지대한 영향을 미치는 언론으로 간주한다면, 편집에 관여하는 것은 온라인상에서의 정보의 흐름과 여론을 왜곡하는 결과를 낳게 되고, 이는 결국 표현의 자유의 위축으로 귀결될 수밖에 없다.

5. 결론

헌법재판소가 판시하고 있는 것처럼, 인터넷 미디어, 그중에서도 포털은 시민참여가 보장된 매체로서 사회구성원 개인의 정치적 사상을 자유로이 표현하는 공론장임에 틀림없다. 다양한 의견이 끊임없이 표출되고 있고, 그 중 일부는 특정 이슈와 관련한 여론을 주도적으로 끌여가고 영향을 주기도 한다. 특히 언론으로부터 전채 받은 많은 뉴스들을 편집판에 게재하는 포털은 뉴스기사 작성자보다 더 큰 영향력을 행사하는 것으로 평가받기도 한다.

그러나 편집판에 게시된 기사로부터 발생하는 명예훼손의 위법성 책임을 포털이 피할 수 없다는 서OO 판결은 표현매체로서 포털의 기능을 위축시킨다는 비판으로부터 자유로울 수 없다. 언론사가 작성한 기사의 진실성 확인을 포털에 강제하는 것은 법적 타당성을 갖지 못할 뿐만 아니라, 특히 기사에 대한 댓글의 위법성 책임까지도 포털에 부과하는 것은 사적 검열을 강제하여 표현의 자유를 위축시킬 수 있기 때문이다. 현행법상 포털은 ‘전기통신사업자’의 지위를 부여받고 있어서 단순전달자에 지나지 않는다. 하지만 뉴스 선별을 통한 언론기능과 여론 형성에 미치는 지대한 영향력을 감안한다 하더라도, 포털의 뉴스서비스를 뉴스를 직접 작성하는 언론과 동일시하여 발행인

수준의 책임을 묻는 것은 작위의무를 지나치게 확대 해석하고 있는 것이다. 또한 포털의 뉴스서비스의 특성을 제대로 이해하지 못한 데 기인하는 오류이기도 하다. 중앙지법은 포털의 작위의무에는 삭제의 의무까지도 당연히 포함되는 것으로 판단하고 있다. 그러나 대법원의 판결에 따라 게시된 글의 성격, 목적, 내용, 언론사와의 전제계약 관계 등 여러 요인들을 감안한다면, 언론사로부터 전제 받은 기사에 대해 항상 삭제를 강제하는 것은 법리적 설득력을 갖지 못한다. 삭제의무를 강제하는 것은 사적 검열을 정당화하는 일이고, 적법하게 표현될 수 있는 기사의 다양성을 위축시켜 결국 헌법상에 보장된 표현의 자유의 위축으로 이어질 수 있다.

온라인서비스제공자에 단순 전달자 수준의 책임을 부과하고 있는 세계적 흐름에도 주목할 필요가 있다. 서비스제공자에게 과도한 책임을 부과할 경우 자칫 정보의 흐름과 여론의 왜곡현상이 발생하고, 사적 존재로부터 표현의 자유가 위협받을 수 있을 것이라는 우려에서 발행인이나 배포자로도 간주하지 않고 간섭을 최소화하고 있다. 또한 지나친 법적 규제가 인터넷 미디어의 발전 자체를 저해할 수도 있다는 판단도 동시에 고려되고 있다. 탈규제 내지는 최소한의 규제로 공론장 미디어로 발전을 도모하겠다는 논리도 기저에 깔려 있다. 포털이 기술적 공헌을 통해 명예훼손의 정도를 일부분 심화시키기도 하지만, 편집판에 뉴스를 배치하거나 기사에 딸린 댓글을 삭제하지 않았다는 사실만으로는 공동정범으로 간주되어서는 안 되며, 언론사와의 일체 혹은 범죄행위 의사를 옹기 것으로 판단해서도 안 된다. 부득이하게 공헌적 침해 혹은 간접침해에 대하여 이익형량하게 된다면 포털이 직접 관리하는 영역과 커뮤니티 관리자에게 위임된 카페와 게시판 등을 구분해서 작위의무를 판단할 필요가 있다. 언론으로부터 전송받은 기사와 그 기사에 대한 댓글에 삭제의무를 부과하기 위해서는 포털이 기사를 임의로 변경하거나, 내용변경을 통해 명예훼손을 유도 혹은 강조하는 경우에 한정해야 한다. 이 경우에도 변경된 내용이 명백하게 명예훼손을 구성하는 경우이어야 한다. 그러나 위임된 공간에 게재되는 명예훼손적 내용에 대해까지 포털에 작위의무를 부과하는 것은 타당하지 않다. 포털이 게재되는 모든 글을 일일이 검색하고 관리하는 것은

현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 관리자에게 커뮤니티의 운영에 관한 일체의 권한과 책임을 위임하고 있기 때문에 문제가 발생했을 경우는 관리자가 책임을 지도록 하는 것이 법리적으로 옳다. 결론적으로, 전제 받은 기사를 적극적으로 변경하여 명백하게 명예훼손에 이르는 경우에 한해서 포털에 책임을 묻는 것이 '사적 검열의 강제'로부터 자유로울 수 있을 것이며, 온라인 상에서의 표현의 자유가 보호될 수 있을 것이다.

본 연구는 작위의무에 대한 부작위를 근거로 포털에 책임을 지우고 있는 법리를 비판적으로 분석하고 있다. 대다수의 관련 연구들이 온라인서비스제공자의 일반적 책임에 대하여 분석하고 있으나, 이 연구는 최근 이슈가 되고 있는 포털의 편집판에 게재된 언론기사와 이에 대한 댓글로 인한 명예훼손 사례의 주요 쟁점인 작위의무를 분석하고 있다. 본 연구의 학술적 의의를 여기에서 찾아볼 수 있을 것이다. 그러나 댓글에 대한 외국 연구가 아직 활발히 이루어지고 있지 않아 논의를 국내 문헌에만 의존하고 있고, 따라서 외국 사례와 비교분석을 할 수 없다는 점은 한계로 남는다.

Ⅰ 참고문헌

- 강양구 (2004). '열린' 인터넷을 위협하는 폭력 댓글. 『신문과 방송』, 2월호, 166~169쪽.
- 권상희·김위근 (2004). 뉴스 웹사이트 이용자의 인터넷 저널리즘 평가 요인 연구: 뉴스 웹사이트 유형에 따른 이용자의 인식 비교. 『사이버커뮤니케이션학보』, 제14호, 99~146쪽.
- 권영준 (2006). 인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호 『저스티스 통권』, 제91호, 5~25쪽.
- 김경년·김재영 (2005). 오마이뉴스 독자의견 분석. 난장으로서의 공론장 가능성 탐색. 『한국방송학보』, 제19권 3호, 7~40쪽.
- 김기섭 (2004). 인터넷상의 명예훼손과 온라인서비스제공자의 책임. 『판례연구』, 17집 하, 113~135쪽.

- 김병철 (2004). 인터넷 신문 댓글의 상호작용적 특성 분석. 『사이버 커뮤니케이션 학보』, 제14호, 147~180쪽.
- 김선미 (2007). 인터넷 포털의 사회적 책임 강화: 검색서비스사업자법 제정 공청회. 『국회보』, 통권 490호, 20~21쪽.
- 김용석 (2004). 인터넷상에서 행해진 제3자의 명예훼손행위에 대한 홈페이지 운영자의 책임. 『대법원판례해설』, 44호(2003 상반기), 746~755쪽.
- 소성규 (2004). 인터넷상 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임. 『비교사법』, 제11권 제3호, 207~230쪽.
- 안효질 (2006). 인터넷 포털사이트의 타인 기사의 책임과 한계. 『언론과 법』, 제5권 제1호, 339~384쪽.
- 양재규 (2006). 포털뉴스의 피해구제방안을 둘러싼 쟁점과 과제. 『언론중재』, 제26권 제4호, 21~43쪽.
- 양삼승 (2005). 포털사이트의 뉴스서비스를 둘러싼 법적 쟁점과 언론중재제도. 『언론중재』, 제25권 제4호, 25~44쪽.
- 오수정 (2004). 외형은 확대, 저널리즘에 대한 고민은 적어. 『신문과 방송』, 7월호, 54~58쪽.
- 이민규 (2006). 인터넷 언론: 포털과 블로그, 저널리즘 영역에 도전. 『신문과 방송』, 통권 421호, 124~127쪽.
- 이승선·김경호 (2006). 댓글의 문제점과 언론매체의 책임. 『언론과 법』, 제5권 제1호, 385~415쪽.
- 이인석 (2002). 명예훼손에 대한 온라인서비스제공자의 민사책임. 『저스티스』, 통권 제67호, 175~201쪽.
- 이창은 (2004). 댓글 저널리즘: 참여민주주의인가 포퓰리즘인가. 『열린미디어 열린 사회』, 제11호, 72~81쪽.
- 임종수 (2005). 포털 미디어 재매개에서의 뉴스 소비: 하나의 탐색적 연구. 『한국방송학보』, 제19권 2호, 8~46쪽.
- 장하용 (2003). 온라인 저널리즘의 윤리, 현황과 과제. 『언론중재』, 제23권 제1호, 86~91쪽.
- 정일권·김영석 (2006). 온라인 미디어에서의 댓글이 여론에 미치는 영향에 관한 연구: 여론 동향 지각과 제3자 효과를 중심으로. 한국언론학회 2006년 봄철정기학술대회 발표논문집, 631~650쪽.

- 최문기 (2003). 음란물에 의한 인터넷상의 명예훼손에 관한 일고찰. 『경성대학 사회과학연구』, 제19권 2호, 245~300쪽.
- 최민재·김위근 (2006). 포털 사이트 뉴스서비스의 의제설정 기능에 관한 연구: 제공된 뉴스와 선호된 뉴스의 특성 차이를 중심으로 『한국언론학보』, 제50권 4호, 437~464쪽.
- 최상호 (2004). 인터넷상의 명예훼손. 『비교사법』, 제11권 2호, 205~245쪽.
- 한혜경 (2003). 인터넷 이용자의 여론 지각과 의견 표현: 현실공간과 사이버공간의 비교. 『한국언론정보학보』, 제23호, 189~222쪽.
- 황성기 (2007a). 정보매개서비스제공자의 법적 책임의 적정 범위에 관한 연구: 서울중앙지방법원 2007.5.18. 2005가합64571, 손해배상(기)등의 평석을 중심으로 『사이버커뮤니케이션학보』, 제24호(4), 149~190쪽.
- 황성기 (2007b). 뉴스매개자로서의 포털 뉴스서비스의 언론성 및 법적 책임범위에 관한 연구. 『사이버커뮤니케이션학보』, 제21호(1), 197~232쪽.
- 황용석 (2005). 포털저널리즘에 관한 이론적 고찰. 『언론중재』, 제25권 제4호, 4~24쪽.

- 대법원 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결.
- 대법원 2003.6.27. 선고 2002다72194 판결.
- 대법원 2003.1.10. 선고 2002다35850 판결.
- 대법원 2001.9.7. 선고 2001다36801 판결.
- 대법원 1998.12.23. 선고 98다31264 판결.
- 대법원 1997.1.24. 선고 96도2427 판결.
- 대법원 1994.3.11. 선고 93다33975 판결.
- 헌법재판소 2001.8.30. 선고 2000헌가9 판결.
- 헌법재판소 2002.6.27. 선고 99헌마480 판결.
- 서울중앙지방법원 2007.5.18. 선고 2005가합64571 판결.
- 서울남부지방법원 2006.9.8. 선고 2005가단18300판결.
- 서울중앙지방법원 2006.3.10. 선고 2006고정885 판결.
- 서울중앙지방법원 2003.6.26. 선고 2002노9668 판결.

Review, 15, pp.795~834.

Schudson, M. (1992). Was there ever a public sphere? If so, when? Reflections on the American case. In C. Calhoun (Ed.). *Habermas and the public sphere* (pp. 143~163). Cambridge, MA: MIT Press.

New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

ACLU v. Reno, 929 F.Supp. 824 (E.D.Pa. 1996).

Stratton Oakmont v. Prodigy, 1995 WL 323710. at 4 (N.Y. Sup. Ct. May 24. 1995).

Cubby v. CompuServe, 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

Kenneth M. Zeran v. American Online, Inc., 129 F.3d 327, 333 (4th Cir. 1997).

Sidney & Jacqueline Blumenthal v. Matt Drudge and America Online Inc., 992 F.Supp. 44 (D.D.C. 1998).

(최초 투고 2008. 2. 29, 최종 원고 제출 2008. 4. 30)

Portal's Liability for User Reply to News Article, Provided by the News Media

A Critical Analysis on 2005 GaHap64571 of Seoul Central District Court

Gyong-Ho Kim

Assistant Professor

(Department of Journalism and Public Relations, Cheju National University)

This study analyzes the legal reasoning of Seoul Central District Court, which imposed legal liability on portals for posting defamatory user replies to news articles, written and provided by the news media, onto their 'News Windows'. Saddling portals with the burden of verifying the facts associated in news articles and imposing the legal obligation as a publisher entail a grave risk of impairment of free flow of information and freedom of expression. Of course, it would ultimately result in tightening up private censorship of information which the Constitution does not allow, and further keep portals from posting even news articles in which expressed views and opinions are lawful. When judging whether portals should assume liability for libelous user replies to news articles, it is necessary to distinguish the territory under the direct authority of portals from cafes and bulletin boards managed by third parties. In addition, imposing legal liability above the level of common carrier should be limited to the cases; when portals arbitrarily change the contents of news articles or when the articles portals changed contain libelous contents. Even if those conditions are met, the altered contents should obviously constitute libel. Only in the presence of proof that portals knew the illegality of news articles and did not take proper steps including deleting those replies, should portals not be considered as an accomplice. Nor should portals take responsibility for users' defamatory replies for those reasons.

Key words: News Windows, Private Censorship, Portal, Publisher, Common Carrier, Libel, Accomplice