

## 불법·불건전 인터넷 광고에 대한 매체의 책임\*

### - 광고매개자인 인터넷 포털의 책임을 중심으로 -

이 병 준\*\*

**요약** 인터넷 포털과 관련된 불법광고의 문제들은 대부분 기존의 광고관련 법률을 통하여 해결될 수 있으나, 새로운 현상에 대하여 구체적인 기준을 판례가 찾고 있는 과정에 있다. 본 논문에서는 이와 관련하여 두 가지 흥미로운 판결들을 살펴보았다.

첫째로 검색서비스와 관련하여 불법광고가 매개되는 경우에 관한 판결에서 법원은 불법광고에 대한 인식이 없는 상황에서는 일반적인 모니터링 의무가 존재하지 않고, 피해자의 신고가 있더라도 불법성이 명백하고 차단조치가 경제적, 기술적으로 가능한 경우 최소한도로 이루어져야 한다는 기본적 입장을 확인하였다. 검색서비스는 공공성을 지니기 때문에 정보의 차단이 지나쳐서는 안 된다는 점에서 차단의무를 조심스럽게 인정하는 것은 타당하다. 둘째는 인터넷 포털이 통신판매중개업자로서 통신판매업자의 불법광고에 대하여 책임을 물을 수 있는지에 관하여 문제가 되었다. 표시광고법 위반으로 행정적 제재의 대상이 되는 본 판결의 경우에는 소비자보호의 측면도 있지만, 공정한 거래질서 확립이라는 측면도 존재하므로 좀 더 객관적인 시각에서 광고주의 주체성을 판단해야 한다.

키워드 : 불법광고, 책임, 인터넷포털 사이트, 검색엔진

## A study on the Internet's liability for illegal and unsound Internet ads

### - Focus on Internet portals, the media of advertisements -

Byungjun Lee

**Abstract** Most illegal ad problems related to Internet portals can be solved through existing advertising-related laws, but for some new phenomena, concrete standards have not been established yet. So this paper examined two interesting judicial cases. The first case is about illegal ads carried through search services. The decision on the case was that a portal site does not have a duty to monitor illegal ads when it is not aware of them, and although there is a complaint against illegal ads, it is just enough for a portal to apply minimum ad filtering to its search service. The decision is reasonable because the search service is a sort of a public service and thus the blocking of information should not be excessive. The other case is about whether Internet portals as brokers can accuse online sellers of responsibility for illegal ads. The decision on the case was that online sellers are under administrative restrictions according to the Labeling and Advertising Law. It is needed to evaluate the subjectivity of an advertiser from a more objective point of view in order not only to protect consumers, but also to establish fair trade order.

Keywords : illegal advertisement, liability, internet portal site, serch engine

2008년 11월 12일 접수, 2008년 11월 13일 심사, 2009년 2월 18일 심사완료

\* 본 논문은 2007년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 연구지원에 의하여 작성된 것임(KRF-2007-I02150-B00688).

\*\* 한국외국어대학교 법학전문대학원 부교수, 대법원 재판연구관(leejgb@hufs.ac.kr)

## I. 들어가며

1. 현대 정보통신사회의 발전이 거듭되어 감에 따라 광고행위도 다양한 매체를 통하여 이루어지고 있으며 그 기법과 양상이 점차 다변화되어 가고 있다. 인터넷을 통한 광고도 이러한 변화에 있어 예외일 수 없으며 사이버 공간에서의 광고행위 또한 다양한 방식으로 이루어지고 있다. 인터넷에서의 전통적인 정보전달방식 이라고 할 수 있는 인터넷신문, 인터넷방송, 인터넷라디오 등을 통하여 광고가 이루어지는 경우에는 일반적으로 매체와 광고주 상호간의 광고계약이 맺어진 상태에서 광고가 행해진다. 이러한 전통적인 매체를 활용한 불법광고에 대한 매체의 법적 책임의 문제는 기술적으로 인터넷을 통하여 신문, 방송, 라디오 등이 이루어졌다는 차이점만 갖고 있을 뿐 법적인 책임 구성에서는 큰 차이점이 없다고 할 수 있다(두성규, 1997).

그러나 새롭게 등장한 인터넷 포털이 인터넷 공간에서 대표적인 매체로 자리매김 함에 따라 이러한 기존의 책임 구성논리에 큰 영향을 미치게 되었다. 궁극적으로 인터넷 포털은 온라인서비스제공자(Online Service Provider)<sup>1)</sup> 중에서 '정보매개자' 내지 '정보매개서비스제공자'에 해당하기 때문이다(황성기, 2007). 인터넷의 관문이라고 하는 인터넷 포털의 경우에는 다양한 서비스가 제공되고 있으므로 광고의 형태와 방식이 부분적으로 새로운 양식을 띄게 된다. 예컨대 포털의 홈페이지 상으로 다른 인터넷 매체에서와 같이 광고주와의 광고계약을 통하여 배너광고, 팝업광고 등이 행해지기도 한다. 또한 인터넷 포털이 쇼핑몰을 운영하는 경우에는 입점업

체들에게 판매의 기회를 부여하기도 하며 이를 통하여 다양한 광고행위가 이루어지기도 한다. 이러한 포털의 서비스를 활용한 광고의 경우에는 전통적인 광고에 대한 매체의 법적 책임문제가 포털의 경우에도 동일하게 적용될 것이다.<sup>2)</sup>

그런데 인터넷 포털의 가장 중요한 서비스인 검색서비스의 경우에는 새로운 광고유형들이 등장하고 있으며 이로 인한 검색서비스 사업자인 포털의 책임문제는 새로운 양상을 띠고 있다. 검색서비스의 경우에는 이용자들이 검색어의 입력을 통하여 자신이 원하는 정보를 찾기 때문에 이용자들의 성향에 따른 맞춤형 광고를 할 수 있다는 장점을 활용하여 다양한 광고기법이 등장하고 있다. 키워드광고, 스폰서링크 등 포털서비스 사업자들이 제공하는 광고기법도 있지만, 인터넷홈페이지 자체가 광고가 되므로 검색서비스에서 검색이 되고 특히 상위로 검색되는 것 자체가 광고가 되고 있다. 이에 따라 홈페이지를 운영하는 사업자들은 검색서비스와 별도의 계약관계가 존재하지 않은 상태에서 검색시스템을 통하여 검색이 되고, 특히 상위검색이 되도록 하기 위하여 다양한 방식을 활용하고 있다. 그러나 이러한 검색서비스와 관련된 새로운 광고기법들은 또한 새로운 형태의 불법광고를 만들어내고 있으며, 아울러 매개체에 해당하는 인터넷 포털에 대하여 책임을 부과할 수 있는지에 관한 새로운 문제점들을 야기하고 있다.<sup>3)</sup>

2. 인터넷 포털이 가지는 무상이용의 특성상 그 수익의 상당부분을 광고를 통해 얻고 있는 것이 현실이며, 이에 따른 이용자들의 온라인 광고에 대한 선호도 역시 지속적으로 증가하는 추세이다(신현신, 2006). 따라서 포털의 광고에 대한 책임의 부담 내

1) 현재 우리 학계에서는 온라인 서비스 제공자(Online Service Provider)와 인터넷 서비스 제공자(Internet Service Provider)라는 용어가 혼용되어 사용되고 있다. 일반적으로 온라인 서비스제공자는 인터넷뿐만 아니라 국방부의 인트라넷, 혹은 사내 통신망과 같이 진입, 활용이 제한되어있는 모든 네트워크 통신망을 포함하여 광범하게 온라인상 서비스를 제공하는 자로 보고, 인터넷 서비스 제공자는 다양한 온라인 통신망 중 인터넷에서 서비스를 제공하는 자로 그 범위가 한정된다는 견해가 있다. 하지만 이러한 어휘 사용에 대한 논의의 실익은 크지 않으며, 본고에서는 인터넷을 포함한 개방형 네트워크와 일정한 자격을 갖춘자에 한하여 서비스를 제공하는 폐쇄형 네트워크를 포괄하여 사용할 수 있는 온라인 서비스 제공자(약칭 OSP)로 용어를 통일하여 사용하기로 한다. 다만 이러한 온라인 서비스 제공자를 우리 법에서는 전기통신사업자, 정보통신서비스제공자등 다양한 명칭을 사용하여 지칭한다는 점에 주의하여야 한다.

2) 다만 쇼핑몰과 관련하여서는 전자상거래의 중개인으로서 책임의 특수문제가 일어날 수 있을 뿐이다. 이에 관하여 자세한 것은 아래 II 참조.

3) 이에 관하여 자세한 것은, 아래 II. 2. 참조.

지 포털광고에 대한 지나친 제재는 광고주 측의 영업의 자유 또는 표현의 자유를 제한·침해할 가능성이 있을 뿐만 아니라, 포털에 있어서 영업의 중요한 부분을 침해할 가능성이 크다고 할 수 있다. 특히 광고주 측의 입장에서는 이러한 것이 광고 방편에 있어서 하나의 제한에 불과하나, 포털 측으로서는 수익구조와 직접적인 관련성이 있는 영업의 핵심적인 영역에 대한 제한이라는 점에서 규제를 하는 데에 있어 좀 더 신중할 필요가 있다. 최근 포털의 사회적 책임을 강화하고 포털의 지위를 새롭게 재조명하여 여러 가지 불법행위에 법적인 책임역량을 증대시켜야 한다는 주장에 따라 이에 관한 논의가 활발하게 진행되고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 차원에서 포털의 불법·불건전광고에 대한 책임문제를 논의하는 것은 매우 시급한 문제 중의 하나라고 할 수 있다.

3. 본 논문에서는 우선 인터넷 포털과 관련하여 발생하거나 논의되고 있는 불법광고의 유형에 관하여 고찰하고(Ⅱ) 이러한 불법광고에 대하여 인터넷 포털이 부담할 수 있는 법적 책임에 대하여 살펴보고(Ⅲ) 마지막으로 구체적인 판례 사례를 통하여 유형별로 포털 사업자가 광고의 매개자로 부담할 수 있는 책임(Ⅳ)과 광고주체로 부담할 수 있는 책임(Ⅴ)에 관한 판례 사례를 중심으로 논의해 보려고 한다.

## Ⅱ. 인터넷 포털과 불법 인터넷광고

### 1. 인터넷 불법광고

#### 1) 인터넷 광고의 의의와 특성

광고에 관한 기본법이라고 할 수 있는 “표시·광고의 공정화에 관한 법률”(이하 표시광고법이라 한다)에서는 광고를 사업자 등이 상품에 관한 사항을 “신문 등의 자유와 기능 보장에 관한 법률” 제2조 제

1호에 의한 정기간행물(신문잡지 기타 간행물), 동조 제5호의 규정에 의한 인터넷 신문, “방송법” 제2조 제1호의 규정에 의한 방송, “전기통신법” 제2조 제1호의 규정에 의한 전기통신 기타 대통령령이 정하는 방법으로 소비자에게 알리거나 제시하는 것으로 정의하고 있다(동법 제2조 제2호). 이는 광고의 법적 정의가 기업이 생산하는 재화나 서비스에 관한 정보, 내지 기타 유무형의 이념과 기업의 경영철학 등을 소비자에게 전달한다는 경제학적 차원의 정의에 근접한 것으로 볼 수 있으며, 인터넷 광고도 이러한 광고의 본질적인 속성을 갖추고 있다는 점에서 일반적인 광고와 큰 차이를 보이지 않는다. 나아가 인터넷 광고도 원칙적으로 표시광고법상의 규제를 받으나, 매체의 특성상 “전자상거래소비자보호법”, “정보통신망이용촉진 및 정보보호에 관한 법률”(이하 정보통신망법이라 한다)과 “부정경쟁방지 및 영업보호에 관한 법률”(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 등의 법률 및 그 하위 시행령 및 시행규칙에 인터넷상 광고에 관한 특별규정에 의하여 규율되고 있다. 인터넷 광고는 신문, 잡지, 홍보물 등 오프라인의 인쇄광고나 TV, 라디오와 같은 매스미디어광고에 비해 정보의 확산속도가 매우 빠르고, 쌍방향 뉴미디어의 활용이라는 전달방식으로 인해 사업자와 소비자의 상호작용이 원활하게 진행된다는 장점을 보유하고 있다(신현신, 2006). 따라서 인터넷 광고의 시장 규모는 매년 신장되고 있지만 관련 법제의 경우, 이러한 시장의 성장과 보폭을 맞추지 못하고 있는 실정이라고 할 수 있다.

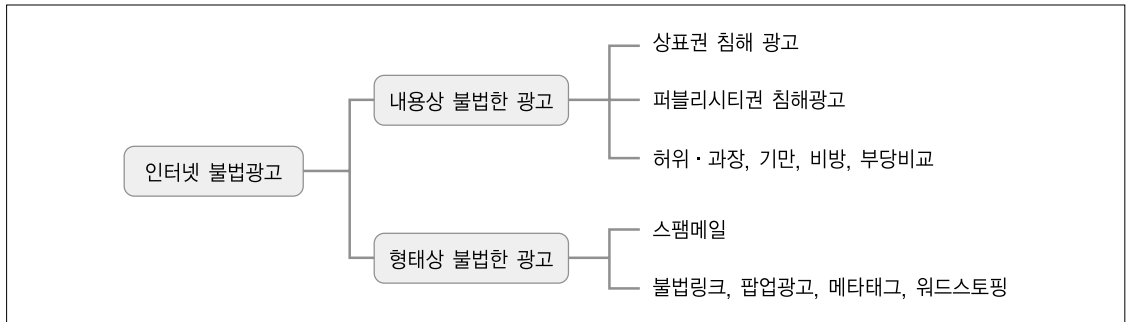
#### 2) 인터넷 불법광고의 유형

##### (1) 개관

인터넷상 행해지고 있는 불법광고는 일반적인 광

4) 온라인 서비스 제공자에 대하여 사회적 책임을 부과하기 위한 논의는 매우 다양한 경로를 통하여 꾸준히 이루어져 왔으며 비단 우리나라에서 뿐만 아니라 미국과 독일 등지에서도 특히 저작권, 명예훼손과 관련하여 이슈화 된 바 있다. 다만 우리나라의 인터넷 포털이 제공하는 서비스의 경우 각국의 OSP와 달리 집합적이고 광범하다는 점에 주의하여야 한다(권상로, 2002; 배대현, 2001; 이민영, 2007).

〈표 1〉 인터넷 불법광고의 분류



고와 달리 인터넷의 특성과 결합하여 침해의 형태나 피해의 양상에서 좀 더 세분화된 모습으로 나타나고 있다. 이러한 인터넷 불법광고의 특성을 이해하기 위해서 먼저 광고의 내용 자체가 불법한 경우(무단도용광고, 퍼블리시티권 침해광고 등)와 단순히 광고의 형태상, 절차상 불법한 경우(팝업광고, 무단게시물등록 등)를 나누어 살펴보기로 한다.

**(2) 내용상 불법광고**

표시광고법상 불법광고라고 함은 “소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려가 있는 표시·광고행위로서 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 표시·광고”를 말하며 ① 허위과장의 표시·광고,<sup>5)</sup> ② 기만적인 표시·광고,<sup>6)</sup> ③ 부당하게 비교하는 표시·광고,<sup>7)</sup> ④ 비방적인 표시·광고<sup>8)</sup>의 행위를 불법광고의 유형으로 제시하고 있다(표시광고법 제3

조 제1항). 불법광고에 대한 구체적인 판단기준으로 광고의 허위성 및 기만성과 소비자의 오인야기성, 공정거래 저해성이 제시되고 있으며 이를 종합하여 검토하여야 한다. 이러한 전통적인 불법광고의 유형 외에도 타인의 권리 내지 법익을 침해하는 내용의 불법광고가 인터넷상으로 많이 행하여지고 있다. 그 대표적인 경우가 퍼블리시티권 내지 상표권을 침해하는 광고이다.

퍼블리시티권은 일종의 인격권으로서의 성질을 가지는 프라이버시권(Right of Privacy)과 구별되는 개념으로, 자신의 초상과 성명 등을 독점하고 이를 침해당할 경우 손해배상, 혹은 부당이득반환을 청구할 수 있는 재산적 권리를 지칭한다.<sup>9)</sup> 퍼블리시티권 침해 광고는 권한 없는 자에 의한 무단광고(Unauthorized Advertisement)에 해당한다. 그 대표적인 사례가 불건전 음란 사이트에서 유명 인기

5) 허위·과장광고란 사실과 다르게 광고하거나 사실보다 지나치게 부풀려 광고하는 것을 말한다(표시광고법 시행령 제3조 제1항). 주관적인 평가에 있어서의 과장성은 이러한 판단 기준에서 배제된다는 점에 주의하여야 한다.  
 6) 기만광고란 사실의 은폐, 축소, 누락 기타 이와 유사한 방법으로 광고하는 것이다(표시광고법 시행령 제3조 제2항). 여기서의 “기만성”은 거래당사자가 서로 지켜야 하는 신의성실의 의무를 저버리는 적극적 그리고 소극적인 기만행위를 모두 포함한다.  
 7) 부당·비교광고는 객관적인 근거 없이 자기의 것이 타 경쟁자의 것보다 우량하고 더 유리한 조건하에 있다는 것을 광고하거나, 또는 자기의 유리한 부분만을 광고하는 것을 의미한다(표시광고법 시행령 제3조 제3항). 온라인상에서 자주 활용되는 가격비교 사이트 등은 사실을 적시하여 고객에게 유리한 정보를 제공하고 각종 전자상거래의 활성화에 기여하는 것으로서 부당·비교광고와는 관련성이 없다.  
 8) 비방광고란 다른 사업자 등, 또는 다른 사업자의 상품 등에 관한 사항에 대하여 객관적으로 인정된 근거가 없는 내용으로 광고하는 것이다(표시광고법 제3조 제4항). 공정거래위원회의 심결례를 살펴보면 경쟁 사업자나 그의 상표를 정확히 밝히지 않고 단지 “모기업” “갑(甲)기업”으로 지칭하였다고 하여도 소비자의 입장에서 이를 쉽게 인식 할 수 있었다면 비방광고로 보아야 한다고 결정한 바 있다(1994년 6월 21일 공정거래위원회 의결 제94-182호). 최근에는 비즈니스위크(Business Week) 보도를 인용한 KTF의 광고에 대해 반박공고를 실었던 SK텔레콤이 광고의 비방성이 인정돼 KTF가 제기한 손해배상 청구에서 일부 승소판결이 내려진 바 있다.  
 9) 미국에서는 개인의 초상을 인격적 속성은 프라이버시권으로, 그에 수반되는 상업적 이익은 퍼블리시티권으로 보호하고 있으며 우리나라에서는 퍼블리시티권을 법적 권리로 인정하는 법률이나 대법원 판례는 없다. 하지만 일부 하급심 판례에서는 퍼블리시티권이 인격으로부터 파생된 것이기는 하나 독립한 경제적 이익 또는 가치에 관한 것인 이상 인격권과는 독립된 별개의 재산권으로 인정된다고 하며 이러한 추세가 늘어나고 있다(최근에는 퍼블리시티권을 인정하지 않는 판례도 내려진 바 있다. 퍼블리시티권을 인정한 판례로는 서울고법 1998. 9. 29. 선고, 98나29686 판결; 부정한 판례로는 서울고법 2002. 4. 16. 선고, 2000나4206 판결).

연예인의 초상을 허락 없이 도용하여 사이트 광고에 활용한 경우이다. 특히 퍼블리시티권 침해문제는 인터넷의 전반적인 보급이후 더욱 불거지고 있는데, 이는 퍼블리시티권의 배타적인 재산권적 특성이 온라인의 광범위한 유포성과 맞물려 야기된 결과라고 볼 수 있다. 다시 말해 인터넷 공간에서의 초상권 침해 문제는 종래의 오프라인에서 이루어졌던 분쟁과는 비교할 수 없을 정도로 큰 손해를 불러일으킬 수 있다는 점에서 사뭇 다른 양상으로 전개되고 있다.<sup>10)</sup>

또 한 가지 유형으로서 인터넷상 상표권 침해광고는 주로 검색광고와 관련되어 문제되고 있다. 검색광고에서 만일 광고 사이트가 등록상표를 포털사이트의 검색결과에 자신의 사이트를 설명하는 문구로 표시하였다면 이러한 사용은 “상표법”상의 상품에 대한 광고라고 볼 수 있다. 이러한 상표권 분쟁에 대하여는 해당 검색 서비스 기능을 제공하는 포털사이트에 상표침해에 관한 간접침해가 문제될 수 있는 소지가 있다.<sup>11)</sup>

### (3) 형태상 불법광고

당사자의 명시적인 거부 의사 표시 후 전송되는 광고성 메일과 광고 게시물이 대표적인 형태상 불법한 광고에 해당한다. 여기서 불법의 본질은 피해자들이 “원치 않음”에도 광고를 게시 내지 전송하였다는 데에 있다. 구체적으로 살펴보면 개인이 운영하는 비영리성 홈페이지나, 혹은 영리목적의 상업 사이트를 막론하고 해당 사이트의 게시판에 무단으로 유료사이트 광고물을 게재 하는 형태로 나타난다. 또한 다수의 이용자들이 이용하는 OSP나 웹사이트에 컴퓨터 바이러스, 악성 프로그램(Malicious Code; 악성코

드)<sup>12)</sup>을 유포하여 이용자들이 원치 않는 사이트로 자동 링크되게 하는 등의 광고나 이용자가 일정한 사이트를 클릭하였을 때 전혀 다른 내용의 광고가 팝업되어 나타는 경우도 이러한 형태상 불법광고의 전형적인 모습이다.

광고성 메일의 경우에는 먼저 모든 스팸메일이 불법성을 가지고 있는 것이 아니라는 점에 주의해야 한다. 영리목적의 광고성 전자메일과 게시물에 대한 규제방식으로 옵트인(Opt-in)방식과 옵트 아웃(Opt-out)방식이 있는데(김태한, 2005) 전자의 경우에는 사전 동의가 없는 모든 광고성 메일이 불법한 것으로 취급되지만, 후자의 경우에는 거절의 의사표시 이후에도 진행되는 광고성 메일만을 불법한 것으로 보고 있으며 현재 우리나라에서는 옵트 아웃방식을 채택하고 있다(정보통신망법 제50조 제1항, 제50조의 7).

## 2. 검색서비스와 관련한 광고와 그 불법성

검색서비스를 이용한 광고는 크게 두 가지 형태로 나타나고 있다. 첫 번째 유형은 기존의 배너광고 내지 팝업광고와 결합한 것으로 특정한 검색어가 “임대” 내지 “매매”되어 이 검색어로 검색하게 되면 해당 배너광고 내지 팝업광고가 검색결과와 함께 나타나도록 하는 키워드광고(Keyword-Advertising)이다. 이러한 검색광고와 관련하여 주로 문제되고 있는 불법광고의 유형은 경쟁기업 내지 유명기업의 상표를 키워드로 구매하여 당해 기업과 관련이 없는 특정기업이 광고에 이용 하는 경우로서 상표권침해 내지 불공정거래행위 등이 문제된다. 두 번째 유형은 검색어를 구매하는 경우에 직접 검색결과 상 위 부

10) 온라인 공간은 오프라인과 달리 정보의 유통이 ① 동시에, ② 다수를 상대로, ③ 단기간에 유포될 수 있으므로 피해자가 입는 손해를 정확하게 가늠하기 힘들며, 사이트 자체가 불법하여 IP주소를 해외로 경유하게 하는 등 발원지의 파악을 어렵게 하는 경우, 도용자의 신원확인이나 소재지 파악이 오프라인에서보다 어렵다는 특징을 갖는다.

11) 검색엔진 사이트가 검색광고를 위하여 검색어를 판매하는 행위 그 자체는 상표권의 직접침해에는 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그러나 광고주가 그 광고내용에 등록상표와 동일한 표장을 인터넷 이용자들이 인식할 수 있는 방법, 즉 ‘상표로서 사용’으로 표시하도록 하였다면 이를 가능하도록 한 검색엔진 사이트는 상표침해의 예비적·기여적 행위인 간접침해에 해당된다고 보아야 할 것이다(정성조 편, Entertainment Law, 박영사, 2007, 553면).

12) 악성 유헬프로그램(Malicious program)이란, 이메일이나 공유프로그램(Share ware)등을 통해 전파되는 컴퓨터바이러스의 일종으로 감염시 트래픽 발생, 자동 파일 삭제, 원치 않는 사이트로의 자동링크, 개인 정보 유출, 해커에 의한 원격 제어등으로 그 효과가 나타난다. 최근에는 악성코드로 불리워 진다.

분을 차지할 수 있도록 하는 광고유형이다. 이용자들은 원칙적으로 검색어와의 관련성이 가장 큰 사이트가 검색결과의 상위에 위치할 것이라는 생각을 가지고 있기 때문에 이와 관련하여 불공정거래행위로서 숨은광고의 문제가 제기된다. 이는 최근의 검색서비스 사업자 관련 법안에서 입법의 대상으로 논의되었다(이병준, 2008).

그 밖에 매타태그, 워드스토피ング과 같이 홈페이지 운영자들이 검색결과상으로 상위에 위치를 차지하기 위하여 불법적인 수단을 동원하는 형태상의 불법을 띠고 있는 불법광고 유형들도 있다. 그러나 이러한 행위에서는 오히려 검색서비스 사업자들이 홈페이지 운영자들의 불법적인 행위로 인하여 피해자가 되는 경우에 해당한다.

### Ⅲ. 불법 인터넷 광고에 대한 인터넷 포털의 법적 책임

#### 1. 불법광고의 주체와 포털의 관여도

불법광고로 인한 민사책임을 논함에 있어서 우선 고려해야 할 점이 불법광고를 행하는 자가 누구인가 하는 광고의 주체에 관한 문제이다. 물론 포털에서 자신의 서비스에 대한 광고를 직접하는 경우도 있지만 대부분의 경우에는 타인의 광고계재를 허용하거나 매개하는 입장에서 서 있다. 따라서 대부분의 경우에는 자신의 불법광고로 인한 책임을 직접 부담하는 경우보다는 타인의 불법광고로 인한 매개 내지 방조 책임이 주로 문제될 것이다.<sup>13)</sup>

포털을 통한 광고의 경우에도 비슷한 측면에서 논의가 가능하다. 인터넷포털과 광고계약을 맺고 광고를 하는 광고주도 있지만 검색서비스를 통하여 검색이 쉽게 될 수 있도록 자신의 홈페이지를 등록함으로써 광고효과를 노리는 사업자도 있다. 더 나아가 포털사업자와 아무런 계약관계도 없는 상황에서 검색서비스를 통하여 자신의 홈페이지가 검색됨으로써 반사적인 광고효과를 얻는 경우도 있다. 따라서 광고의 경우에는 일반이용자 개념보다 매체를 통하여 광고를 하거나 광고의 효과를 받는 광고주의 개념이 더 넓다고 할 수 있다. 왜냐하면 광고주가 검색서비스사업자와 아무런 계약관계도 없고 검색될 것을 생각하지 않더라도 자동적으로 검색되는 경우가 존재하기 때문이다.

하지만 어느 경우에서든 인터넷 포털은 광고를 게재하고 있거나 적어도 이를 매개하는 매체에 해당하기 때문에 더 이상 광고를 하지 못하게 하거나 해당 홈페이지가 검색되지 않도록 할 수 있는 위치에 있는 것이 사실이다. 따라서 피해자들은 인터넷 포털에 대하여 광고의 중지, 차단 그리고 더 나아가서 피해로 인한 손해배상을 청구하게 된다. 이러한 포털의 위치는 광고주와의 구체적인 계약관계와 상관없이 주어지나 불법광고에 대한 책임 정도에 있어서는 구체적인 광고주와의 내부관계가 어느 정도 고려되어야 할 것이다.

#### 2. 책임의 법적근거와 요건

현행 우리 법제도에서는 포털사이트에 대한 책임

13) 온라인상 불법행위의 주체성에 관련하여 온라인서비스제공자(OSP) 및 이용자 개념이 논의되고 있다. 포털사이트가 온라인서비스제공자의 범위에 포함한다는 것은 주지의 사실이며 이론의 여지가 없다. 그러나 불법행위의 당사자가 포털사이트의 이용자인 경우 그 범위를 포털사이트의 회원 내지 일정한 약관을 통하여 계약관계를 맺은 이용자로 한정할 것인지, 아니면 포털사이트에 접속한 상태에서 검색서비스를 비롯한 콘텐츠를 이용하는 1회성 이용자도 모두 포함시킬 것인지의 여부가 논의될 소지가 있다.

인터넷에서의 이용자의 개념은 다분히 유동적이고 불확정적이어서 오프라인에서보다 훨씬 넓다고 할 수 있다. 단순히 포털사이트의 메일링 서비스나 커뮤니티 콘텐츠를 이용하는 일반회원의 경우에는 가입과 탈퇴가 매우 자유롭고 간이하게 이루어지며, 전자 상거래 등을 위하여 포털과 계약을 맺는 경우에도 오프라인에서의 그것보다 단순한 과정을 거치게 된다. 그러므로 포털사이트를 경유하여 다른 사이트로 링크하거나 단순히 검색서비스를 사용하는 비회원이용자들도 엄연히 포털의 공개서비스를 이용하는 이용자에 해당되며, 이러한 포털사이트의 일일 이용자 유동량이 포털사이트와 인터넷 광고계약을 맺은 광고주들에게는 핵심적인 사항에 해당되므로 사실상 포털사이트의 영역내로 진입한 모든 이용자가 불법행위의 주체 내지는 객체가 될 수 있는 자격을 보유하게 된다. 따라서 이용자 개념에 관한 논의는 부수적인 문제로 실익이 크지 않으며 사안별로 당사자의 가입가능성, 관여정도 등을 고려하여야 판단하여야 한다고 생각된다.

과 관련하여 민법상의 불법행위 규정은 물론 표시광고법,<sup>14)</sup> 전기통신사업법,<sup>15)</sup> 정보통신망법,<sup>16)</sup> 저작권법<sup>17)</sup> 및 컴퓨터프로그램보호법<sup>18)</sup> 등 개별적인 특별법에 흩어져 규정되어 있다. 각 법령상 손해배상책임에 있어서 그 요건으로 고의, 과실의 귀책사유를 요구하고 있다는 점 등으로 볼 때 온라인서비스제공자, 즉 포털사이트의 손해배상책임을 새로이 규정한 것이라기 보다는 민법상의 손해배상 책임을 주의적으로 규정하되 그 성립요건 등을 완화하려는 태도로 볼 수 있다(김상현, 2007).

일반적인 정보에서와 마찬가지로 불법광고의 경우에도 포털이 직접 광고하는 것이 아니고 타인의 광고를 매개하는 역할만을 하는 것이 대부분이므로 불법광고의 방지에 따른 책임의 문제가 주로 제기될 것이다. 이 경우 포털은 직접 불법행위를 하는 당사자는 아니고 불법행위의 매개자 역할을 하는 방조자의 지위에서 공동불법행위 책임(민법 제760조 제3항)을 부담하는 지 여부가 문제된다. 이 때 저작권을 침해하는 게시물의 방치, 타인의 명예를 훼손하는 게시물의 방치와 같이 불법광고의 방치로 인한 경우에도 부작위에 의한 방조자책임이 주로 문제될 것이다. 방조라 함은 불법행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 작위에 의한 경우뿐만 아니라 작위의무 있는 자가 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 불법행위의 실행을 용이하게 하는 경우도 포함한다.

그리고 포털이 직접 불법을 범하려는 의사가 없을 것이므로 과실에 의한 방조자책임이 주된 쟁점이 될 것이다. 그런데 형법에서와는 달리 민사책임의 경우에는 과실에 의한 방조가 인정되고 있다. 형법과 달리 손해의 전보를 목적으로 하여 과실을 원칙적으로 고의와 동일시하는 민법의 해석으로서는 과실에 의한 방조도 가능하며, 다만 이 경우의 과실의 내용은 불법행위에 도움을 주지 않아야 할 주의의무가 있음을 전제로 하여 이 의무에 위반하는 것을 말한다.<sup>19)</sup> 부작위로 인한 불법행위가 문제되기 위해서는 포털 사이트에 ① 법령상의 작위의무 ② 계약상의 작위의무 ③ 조리상의 작위의무가 있는지 검토하여야 한다. 현재 포털사이트에 법령상의 작위의무를 인정할 수 있는 법적 근거로는 정보통신망법 제44조가 있다. 동 조문은 일반에게 공개를 목적으로 제공된 정보로 인하여 법률상 이익이 침해된 자로부터 당해 정보의 삭제 또는 반박 내용의 게재를 요청받은 정보통신서비스제공자는 지체 없이 필요한 조치를 취하고 이를 즉시 신청인에게 통지할 주의의무를 규정하고 있다. 그러나 정보통신망법에 의한 통지를 받지 아니한 경우에는 포털사이트에 법령상의 작위의무를 인정할 수 없게 되므로 조리상 주의의무가 있는지 여부가 판례에 의해 논의되고 있다.

또한 포털 사이트에 과실이 인정되기 위해서는 이용자의 불법행위에 대한 포털사이트의 회피가능성과 예견가능성이 존재해야 한다. 이와 같은 회피가능성

14) 제10조(손해배상책임) ①사업자등은 제33조제1항의 규정에 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. ②제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.  
 15) 제33조제2(손해배상) 전기통신사업자는 전기통신역무를 제공함에 있어 이용자에게 손해를 입힌 경우에는 배상을 하여야 한다. 다만, 그 손해가 불가항력으로 인하여 발생한 경우 또는 그 손해의 발생이 이용자의 고의 또는 과실로 인한 경우에는 그 배상책임이 경감 또는 면제된다. 제38조(손해배상) 제37조제1항의 규정에 의한 시정조치가 있는 경우에 금지행위로 피해를 입은 자는 금지행위를 한 전기통신사업자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있으며, 당해 전기통신사업자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 못하면 책임을 면할 수 없다.  
 16) 제32조(손해배상) 이용자는 정보통신서비스 제공자등이 이 장의 규정을 위반한 행위로 손해를 입으면 그 정보통신서비스 제공자등에게 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 정보통신서비스 제공자등은 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.  
 17) 제125조(손해배상의 청구) ①저작권권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작권인격권 및 실연자의 인격권을 제외한다)를 가진 자(이하 "저작권자"라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.  
 18) 제32조(손해배상청구) ①프로그램저작권자 또는 프로그램배타적발행권자등은 고의 또는 과실로 그의 권리를 침해한 자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. ②다른 사람의 등록된 프로그램저작권 또는 프로그램배타적발행권 등을 침해한 자는 그 침해행위에 있어서 과실이 있는 것으로 추정한다. ③프로그램저작권 또는 프로그램 배타적발행권 등을 침해한 자가 침해행위에 의하여 얻은 이익액은 프로그램저작권자가 입은 손해액으로 추정한다.  
 19) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결(공2007하, 1045).

에 대하여는 불법행위가 발생한 온라인 공간에서의 ① 포털의 통제능력, ② 기술적인 가능여부 ③ 재정상의 곤란 등을 종합하여 판단하여야 하며, 대체적으로 우리의 학설과 판례는 온라인서비스제공자의 책임을 신중하게 인정하는 태도를 취하고 있다. 이러한 태도는 불법광고의 영역에서도 비슷하게 전개되고 있으며 이러한 판례의 입장을 아래에서 더 자세히 살펴보기로 한다.

#### IV. 포털사이트의 불법광고 방치에 따른 매개책임

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 불법게시물의 방치에 따른 온라인서비스제공자의 책임에 관한 이론은 판례를 통하여 명예훼손, 저작권침해와 관련하여 확립되고 있다. 대법원은 예컨대 온라인 서비스 제공자인 인터넷상의 홈페이지 운영자가 자신이 관리하는 전자게시판에 타인의 명예를 훼손하는 내용이 게재된 것을 방치하였을 때 명예훼손으로 인한 손해배상

책임을 지게하기 위한 요건으로 “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 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 판단하여야 할 것으로서, 특별한 사정이 없다면 단지 홈페이지 운영자가 제공하는 게시판에 다른 사람에 의하여 제3자의 명예를 훼손하는 글이 게시되고 그 운영자가 이를 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 항상 운영자가 그 글을 즉시 삭제할 의무를 지게 된다고 할 수는 없다”라고 하는 매우 신중한 태도를 취하고 있다.<sup>20)</sup> 즉 판례는 기본적으로 포털사이트에게 명예훼손적 표현들을 적극적으로 모니터링할 주의의무는 없다고 새기고 있으며, 명예훼손사실을 현실적으로 알았던 경우에 한하여 책임을

〈표 2〉 포털의 매개책임에 대한 판례의 태도

구분	판결	판시사항	판결요지	비고
방조책임 불인정	서울지법 2007.12.26. 선고 2005가합112203	예명을 도메인 이름으로 무단 사용한 성인사이트에 대한 검색서비스를 제공한 포털사이트 운영자들의 손해배상책임	검색서비스제공자들에게 인격권 침해행위에 대하여 방조책임을 물을 수는 없다.	주의의무에 위반의 경우에만 손해배상 인정
방조책임 인정	서울고법 2008. 7. 2. 선고 2007나60990	포털사이트를 통해 명예를 훼손하는 표현물이 유포된 경우 포털 사이트 운영자의 명예훼손 책임	게시물 작성자와 공동불법행위자로서 손해를 배상할 책임이 있다.	피해의 예견가능성, 회피가능성, 일부 주의의무위반 인정

서울중앙지법 2007. 12. 26. 선고, 2005가합112203 판결(확정): ‘twistkim’ 도메인 이름 사건

인터넷 이용자들에게 음란사이트로 인식될 수 있는 인터넷 사이트의 운영자들이 유명 연예인의 예명 ‘트위스트 김’을 무단으로 도메인 이름과 웹페이지의 광고문구로 이용하고 그 예명을 검색어로 인터넷 검색이 되게 하였다. 이러한 행위는 위 연예인의 명예, 성명권 등의 인격권을 침해한 불법행위인데, 인터넷 검색서비스 제공자들이 피해자의 예명 등 특정 검색어로 타인의 인격권을 침해하는 앞의 인터넷 사이트가 검색되는 것을 차단하여야 할 주의의무를 위반하였다는 이유로 손해배상을 청구하였다.

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

부담시키는 것이 타당하다는 것을 전제로 하고 있다. 다만 포털사이트가 명예훼손사실을 인지한 경우에도 즉시 삭제의무를 부담하는 것이 아니라 일반인의 관점에서 보았을 때에도 명예훼손임이 명백한 경우에 한하여 필요한 조치를 취할 주의의무가 발생한다고 보고 있다. 명예훼손에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 적시된 사실의 진실여부, 진실로 믿은 데에 상당한 이유가 있는지 여부 등에 대한 판단이 필요한데, 이 판단의 불명확성에서 오는 위험을 포털사이트에 전가하게 되면 법적 안정성이 심히 해쳐지기 때문이다(권영준, 2006). 이러한 판례의 태도와 관련하여 인터넷 포털이 제공하는 서비스 별로 구분하여 그 특성에 따른 결과책임을 해석해야 한다는 견해가 존재한다. 즉 온라인 뉴스나 메일링 서비스가 동일한 포털에서 제공되고 있더라도 명예훼손의 표현물에 관한 책임은 후자의 경우, 전적으로 행위자에게만 인정되어야 하며 포털에게 저지의무를 강요하게 된다면 헌법상 통신의 비밀을 침해하고 통신비밀보호법의 위반을 조장할 수 있다는 것이 그 근거이다(이민영, 2007). 결과적으로 위와 같은 판례의 태도는 포털의 검색서비스와 관련하여 적용되고 있으며 검색서비스와 연관된 광고에도 비슷한 판결례를 찾아볼 수 있다.

## 1. 검색서비스와 포털의 매개책임에 관한 판례 사례

### 1) 주의의무위반의 판단기준

본 사안에 대하여 서울중앙지법은 “검색서비스 제공자들이 ‘트위스트킴’이란 검색어에 대하여 이 사건 검색 결과 사이트들의 접속을 매개한 이 사건 검색서비스 제공행위는 일단은 이 사건 검색 결과 사이트들 운영자들의 인격권 침해행위를 용이하게 한 경우라 볼 수 있다”고 일단 판단하였다. 그러나 손해배상책임이 발생하기 위한 요건으로서 검색서비스 제공자들이 ‘트위스트킴’이란 검색어로 이 사건 검색 결과 사이트들이 검색되는 것을 차단하여야 할 주의

의무를 부담하고 있는지를 판단해야 하는데, “검색서비스 제공자들은 특별한 사정이 없는 한 인터넷 검색서비스를 통하여 타인의 인격권을 침해하는 인터넷 사이트가 검색된다는 사정 및 피고 검색서비스 제공자들이 위 침해 사이트가 개인의 인격권을 침해한다는 것을 알았거나 알 수 있었다는 사정만으로 바로 침해 사이트에 대한 검색을 차단할 의무를 지게 된다고는 할 수” 없다고 판단하여 명예훼손과 관련한 기존의 대법원의 입장을 다시 반복하고 있다. 즉 침해 사실을 피해자로부터 고지 받았더라도 바로 차단 의무를 인정하고 있지 않는 것이다. 차단의무를 인정하는지의 여부를 판단하기 위해서는 “피해자의 피해신고나 차단요청의 유무, 침해 사이트의 인격권 침해 여부 판단의 용이성, 침해 사이트에 대한 검색정보나 사이트 내용에 대한 관리·통제권한의 유무·정도, 침해 사이트에 대한 검색서비스 제공으로부터 경제적 이익을 얻고 있는지 여부, 차단조치의 기술적·경제적 난이도 등을 종합”적으로 보아야 한다는 입장을 제시하고 있다. 그 논거로서 검색서비스의 다양한 특성들을 제시하고 있다. 즉 “인터넷은 표현의 자유와 정보의 무한한 교류를 이상으로 하고 있으므로 정보에 대한 접근의 자유는 원칙적으로 무제한적으로 보장되어야 하는 점, 현대생활에서 인터넷 이용은 사회구성원 모두에게 보편화된 생활의 일부이고 인터넷을 통한 정보의 검색은 인터넷 사용에 있어 핵심기능으로 인터넷 검색서비스는 인터넷을 통하여 제공되는 방대한 양의 정보 중에서 그 이용자가 원하는 정보를 쉽고 빠르게 찾아갈 수 있는 도구를 제공하므로 그 공공성을 인정할 수 있는 점, 인터넷 검색서비스는 그 속성상 검색되는 사이트에 대한 중계 및 연결 정보만을 제공하여 인터넷 이용자와 당해 정보제공자의 접속만을 매개하는 무차별성·무색투명성의 특질을 가지는 점 등”의 사유를 감안한 판단이다.

### 2) 구체적인 사실판단

서울지방법원은 본 사안에서 ① 원고의 인격권을

침해하는 이 사건 검색결과 사이트들이 원고의 예명으로 인터넷검색서비스에서 검색되는 점, ② 이 사건 검색결과 사이트들 중 이 사건 성인사이트는 일정한 등록기준에 의한 심사등록절차를 거쳐서 등록된 점, ③ 이 사건 성인사이트는 등록 이후에도 등록기준에 위배시 직권으로 취소될 수 있는 점, ④ 이 사건 성인사이트의 운영자들은 그 등록을 위한 수수료 혹은 '플러스프로'와 같은 검색서비스를 위한 수수료를 지급하여야 하는 점을 인정할 수 있고, 여기다가 ⑤ 2005. 4.경 '트위스트김'을 이용한 도메인 네임의 음란사이트로 인하여 원고가 음란사이트 운영자로 알려져 원고의 명예가 훼손된 범죄사실로 사이트 운영자가 기소되었다는 뉴스기사가 보도되고, 같은 해 6.경 원고가 '트위스트김'을 도메인 이름 등으로 이용한 음란사이트로 인하여 피해를 보고 있는 사실을 시민단체가 주관한 '정보통신 윤리와 성숙한 사회' 토론회에서 발표한 사정을 인정할 수 있다고 판단하였다.

그러나 "㉠ 이 사건에서 원고가 개별적으로 피해 신고를 한 이후에도 피고 검색서비스 제공자들이 이 사건 검색결과 사이트들이 검색되는 것을 방치하였다는 사정은 드러나지 않는 점, ㉡ 검색정보를 제공하기 위한 사이트 등록심사의 취지가 등록정보와 사이트내용의 일치 여부 확인, 사이트 내용 자체의 불법성 여부 확인에 있다고는 볼 수 있어도 이 사건의 경우처럼 사이트의 내용 혹은 도메인 이름이 원고의 허락과 같은 정당한 권원에 기한 것인지 여부의 확인에 있다고는 볼 수 없는 점, ㉢ 피고 검색서비스 제공자들은 침해 사이트의 직접 운영자가 아니라 제3자로서 원고의 인격권 침해 여부를 판단하기 위해서는 침해 사이트의 운영자에게 원고의 허락 여부를 확인해야 하는 등 그 판단이 용이하지 않은 점, ㉣ 특히, 웹페이지에 관한 검색결과를 로봇 프로그램을 이용한 자동적·기계적 데이터베이스 수집을 통한 검색정보를 제공한 것으로서 별도의 등록·심사절차를 거치지 아니하는 점, ㉤ 정보에 대한 접근의 자유는

원칙적으로 무제한적으로 보장되어야 할 것이고, 검색서비스의 공공성 등을 고려하여 볼 때 정보에 대한 접근 자체를 통제하는 효과를 가진 검색의 차단조치는 기술적·경제적으로 가능한 경우에도 필요 최소한도에 그쳐야 할 것으로 보이는 점, ㉥ 피고 검색서비스 제공자들이 언론보도, 뉴스 등의 자료에 의존하여 갱신이 빈번하고 무한한 양의 인터넷 정보에 대하여 사실상 무한한 경우의 수의 조합이 가능한 검색에 관하여 피해자의 피해신고 등의 요청이 없는 상태에서 개인의 인격권을 침해한다는 사정만으로 인터넷 검색을 차단하는 조치를 취하기는 기술적·경제적으로 어려워 보이는 점 등에 비추어 볼 때", "위 ① 내지 ⑤의 사정만으로는, 이 사건에서와 같이 단순히 중계 및 연결정보로서의 검색정보만을 제공한 피고 검색서비스 제공자들이, 무단으로 원고의 예명을 도메인 이름으로 사용하고 홈페이지의 광고문구에 원고의 예명을 사용한 인터넷 사이트에 대하여 그것이 '트위스트김'이라는 검색어로 검색되는 것을 원고의 피해신고 등의 요청 없이도 일반적·사전적으로 차단하여야 할 사회상규 혹은 조리상 의무를 부담한다고는 보기 어렵고, 나아가 원고의 피해신고가 접수된 이후에도 이를 방치하였다는 등의 사정을 인정할 만한 증거가 없는 이상, 원고의 인격권을 침해한 이 사건 검색결과 사이트들에 대하여 검색서비스를 제공한 피고 검색서비스 제공자들에게 그 침해행위에 대하여 방조책임을 물을 수는 없다고" 판시하였다.

### 3) 본 판결의 의미

본 판결은 기존의 불법게시물에 대한 판례의 입장을 검색서비스를 통한 불법광고에 대하여 다시 확인하였다는 점에서는 의미가 있다고 할 수 있다. 또한 본 판결에서 구체적인 차단의무가 존재하는 지를 판단함에 있어서 인터넷 포털과 불법광고를 한 사이트에 관계에 대하여 1) 단순히 검색만 된 경우, 2) 등록 절차를 거친 경우 그리고 3) 검색광고계약을 맺어 검색되는 경우로 나누어서 고찰한 점도 그 분석방법에

서 타당한 시도를 하고 있다. 다만 사실관계의 판단에 있어서 이러한 세 가지 유형을 구분하지 않고 뭉뚱그려서 판단한 점은 의문이며 실제로 이렇다 보니 사실관계를 제대로 평가하였는지도 의문이 있다.

판단에서 차단 의무를 부정하는 다양한 논거를 제기하고 있는데, 검색되도록 방지하지 않았다는 ㉠의 논거만 1), 2), 3) 모든 유형에 해당하고 이중 ㉡의 논거만 2) 유형과 연관되어 있으며 그 밖의 논거들은 사실 차단 의무가 확실하고 비교적 쉽게 부정될 수 있는 1) 유형에 집중되어 있다. 따라서 오히려 차단 의무가 발생할 가능성이 가장 큰 3) 유형과 관련하여서 판례에서 차단 의무를 부정할 수 있는 논거를 제시하지 못하고 있으며 이 부분에 있어서 법률적 판단을 제대로 하지 않은 것으로 보인다. 따라서 아래에서는 1), 2), 3) 유형을 개별적으로 검토하고 판례의 논거를 기초로 하여 차단 의무가 부정될 수 있는지를 구체적으로 다시 검토해 보려고 한다.

## 2. 단순히 검색되는 경우

웹페이지 정보가 등록절차나 검색광고계약 없이 단순히 검색되는 경우에 피해자의 피해신고 없이 일반적·사전적으로 불법광고를 차단하기 위한 조리상 또는 사회상규상 의무를 부담하기 어렵다고 판례는 보고 있다. 그 이유를 살펴보면 첫째, 웹페이지에 관한 검색결과가 로봇 프로그램을 이용한 자동적·기계적 데이터베이스 수집을 통한 검색정보를 제공한 것으로서 별도의 등록 내지 심사절차를 거치지 않기 때문에 검색결과에 대한 평가가 이루어지 지지 않는다는 점이다. 즉 검색결과에 대한 사전적 심사가 이루어지지 않는다는 점을 확인해 주고 있다. 둘째, 검

색서비스의 공공적 측면으로 보았을 때 검색의 차단 조치는 기술적·경제적으로 가능하더라도 필요 최소 한도에 그쳐야 한다는 점을 강조함으로써 정보에 대한 접근의 자유를 보장해 줄 것을 요구하고 있다. 셋째, 수많은 정보가 수집되고 있는 상황에서 피해자의 피해신고 없이 개인의 인격권을 침해한다는 사정만으로 인터넷 검색을 차단하는 조치를 취하기는 기술적·경제적으로 어려워 보이는 점 등을 그 논거로 삼고 있다. 즉 온라인서비스제공자에게 불법정보에 대한 일반적인 모니터링 의무는 인정하기 힘들다는 일반원칙을 검색서비스에 대하여도 적용하여 차단 의무를 부정하고 있는 것으로 보인다. 결국 판례가 제시하는 이유를 근거로 하여 단순히 불법광고를 담고 있는 웹페이지가 검색된다는 이유만으로 검색서비스 제공자에게 책임을 묻는다는 것은 타당하지 않다고 생각되며 판례가 제시한 이유는 모두 이 측면에서는 타당하다고 생각된다.

더 나아가서 피해자의 신고가 있는 경우에 차단 조치를 바로 취하여야 하는지도 의문이다. 판례에서도 검토하듯이 불법성이 명확하면 몰라도 본 사안에서 처럼 피해자의 동의 여부가 불법성을 판단하는 기준이 되는 경우에는 인터넷 포털에게 차단 조치 의무를 부과하는 힘들 것이고 실제로 이와 관련된 모든 검색결과를 차단하는 것도 기대 불가능할 수 있다.

## 3. 개별적인 등록절차를 마친 경우

많은 경우에 웹페이지를 인터넷상 운영하는 사업자들은 자신의 웹페이지가 더 잘 검색될 수 있도록 하기 위하여 각 인터넷 포털에 등록절차를 거친다.<sup>21)</sup> 단순히 검색되는 경우와 달리 등록절차를 마친 경우

21) 이를 위하여 해당사이트에 대한 검색용 키워드, 사이트제목, 사이트설명 등의 기본정보를 입력하고 등록심사를 신청하면 등록기준에 맞는지 확인절차를 거쳐서 등록되며, 등록신청자는 일반적으로 등록심사로 명목 등의 수수료를 지불하여야 한다. 등록기준은 '제목은 00자를 넘을 수 없음' 등과 같은 형식적 기준과, '법에 저촉되지 않는 내용으로 실정법에 위배되는 불법사이트 등과 같은 경우에는 등록되지 않음', '심사시 홈페이지의 내용을 확인할 수 있어야 함', '사이트 내용이 사이트 등록내용과 상이하지 않아야 함' 등의 실질적 기준으로 구성되어 있고, 특히 성인사이트의 경우에는 정보통신윤리위원회 심의규정과 청소년유해매체물 기준을 준수해야 할 것과 구체적인 성행위 등을 가리키는 용어나 야동 등의 비속어를 제목으로 하는 경우 등을 제한하는 내용과 같은 별도의 성인사이트 등록기준을 두고 있다. 또한 등록 이후에도 등록기준 위반시 직권으로 등록이 취소될 수 있다.

에는 자동적·기계적 수집에 의한 검색결과와 제시가 있는 것이 아니라, 웹페이지 운영자와 인터넷 포털 사이에 계약관계가 존재한다고 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 판례에서 밝히고 있는 바와 같이 등록절차에서 불법성 여부를 확인하는 과정이 있다고 하더라도 본 사안에서처럼 사이트의 내용 또는 도메인 이름이 피해자의 허락을 받은 상태에서 정당한 권한에 기한 것인지의 여부까지 확인하는 것은 아니다. 따라서 일반적인 모니터링 의무를 여기서도 인정하기는 힘들 것이다. 하지만 단순히 검색되는 경우와는 달리 불법성이 명백하다면 등록절차를 거부해야 하고 피해자가 피해사실을 알려서 나중에 불법성이 있다는 사실이 확인된다면 이 경우에서 등록을 취소하는 조치는 취해야 한다고 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 검색광고계약을 통하여 검색결과 상단에 링크되는 경우

웹페이지 운영자가 검색광고를 목적으로 계약을 체결하게 되면 검색결과에서 “스폰서링크”, “파워링크(프리미엄 링크)”, “플러스 프로(스페셜 링크)”<sup>22)</sup> 순으로 구분되어 나타나는 검색결과 화면에 상위에 위치하게 된다. 이와 같이 상위에 게시되는 링크 목록은 모두 광고 사이트에 해당한다.<sup>23)</sup> 이러한 검색결과에서 광고 영역은 포털사이트가 직접 운영하는 직속 관할 영역과 일종의 임대형식으로 포털사이트 내 공간만 대여해 주어 외주업체가 자사에 할당된 웹상의 공간에 광고를 등재하거나 광고간의 순위를 결정

하는 이원적 구조로 이루어져 있다. 이러한 분류는 광고료 산정방식<sup>24)</sup>은 물론 불법광고에 대한 인터넷 포털의 책임 귀속문제와 관련하여 매우 중요한 요소로 작용할 수 있다.

그런데 스폰서링크나 파워링크에서 관할 주체에 따른 분류와 관계없이 일단 특정 링크목록을 선택하여 광고주가 자사의 사이트를 등록하게 되면 어느 사이트가 상단에 배치되어야 하는가라는 광고의 우선순위 문제가 발생한다. 해당 광고링크 목록을 사용자가 클릭하여 화면에 나타내게 되면 수많은 사이트가 우선순위에 따라 하향식으로 제시되고 있으며, 화면에서 미처 목록을 다 드러내지 못하는 경우 웹페이지(Web page)를 넘기면서 이어지도록 되어있다. 그러나 일반적으로 소비자의 입장에 있는 인터넷 이용자는 검색결과 화면의 우선순위에 있는 광고 사이트(최상단에 링크된 사이트)를 더욱 신뢰하게 되며 높은 순위에 링크되어 있을수록 당해 사이트에 대한 인지도가 높을 것이라고 생각하는 경향이 있다. 이러한 소비자의 태도는 자신이 이용하는 인터넷 포털에 대한 지지나 신뢰와도 깊은 연관성을 가지고 있는 것으로 조사되고 있는데(고인곤·홍성준, 2005), 이는 브랜드 포털사이트(네이버, 다음 등)에 대한 이용자의 신뢰가 포털사이트와 연계된 온라인 쇼핑몰이나 검색 결과(광고 포함)에 전이(轉移)되어 영향을 미친다는 의미로 해석할 수 있다. 따라서 상위로 링크된 광고 사이트 일수록 노출을 통한 광고효과와 업체에 대한 신뢰도 측면에서도 막대한 이점을 향유할 수 있으므로 사이트간의 순위선점은 광고 등록업체의 자

22) 각 포털 사이트 별로 명칭이 조금씩 다르다. 인터넷 포털사이트의 직접적인 광고관리 영역이 아닌 스폰서링크를 제외한 나머지 링크 목록은 네이버의 경우 “파워링크”, “플러스프로” 등으로 구분되고, 다음의 경우 “프리미엄 링크” “스페셜 링크”로 구분되며, 엠파스는 “스피드 업” “스페셜 링크”로 나뉘게 된다. 하지만 이는 명칭상의 차이일 뿐 인터페이스의 구조나 운영방식을 살펴보았을 때 사실상 대응소이한 것으로 알려져 있다. 그리고 스폰서링크는 한 번의 광고등록으로 오버추어와 제휴한 각 포털사이트 네트워크에 동시적으로 노출될 수 있는 키워드 검색 광고 서비스이다. 입찰 단가가 높은 순서대로 검색결과 창의 상단에 위치하며, 실시간으로 단가를 조정하여 순위변경이 가능하다는 것이 특징이다(한국인터넷진흥원, “인터넷 키워드 검색 광고”, Issue ABC 2006-9호, 2면).

23) 한 가지 주의할 점은 이용자가 광고를 찾기 위하여 검색한 것이 아니라, 검색을 통해 단순한 지식정보를 얻고자 하였을 때에도 위와 같은 광고사이트 부문이 별도의 광고 표시 없이 일반적인 정보와 함께 제공된다는 점이다. 다른 나라의 입법례를 살펴보았을 때, 인터넷 이용자가 광고와 정보를 혼동할 수 있으므로 검색결과 내 광고와 정보를 구분하여 별도의 표시를 두는 규정을 마련하는 것이 옳다.

24) 스폰서 링크의 광고료 산정방식은 포털사이트 사용자가 특정한 스폰서 링크 영역으로 진입하여(즉, 스폰서링크 웹페이지를 열고) 목록에 있는 광고 사이트를 클릭하게 되면 이용자가 클릭한 횟수만큼 해당 사이트가 일정액의 광고료를 지불하는 CPC방식(Cost per Click)이 널리 활용된다. 그러나 CPC방식은 광고주의 기대와 실제 광고효과가 일치하는 만큼 그에 상응하는 급부를 제공한다는 본래취치와는 달리 최근 경쟁업체의 부정클릭으로 인한 손해발생 등 또 다른 문제점도 야기하였다. 스폰서링크와는 달리 포털의 직접적인 광고관리 영역인 “파워링크(프리미엄 링크)” 등에서는 이용자들의 클릭 수에 관계없이 일정기간 내 약정된 광고료를 납부하는 정액제 방식이 활용되고 있는 것으로 알려져 있다.

울경쟁에 의해 정해지는 것이 일반적이다.<sup>25)</sup> 그리고 포털 사이트 내 광고의 특수한 형태로 특정된 링크사이트 목록(광고 사이트 영역)이 아닌 일반적인 웹사이트 검색 결과 내에 자신의 사이트가 링크될 수 있도록 유도하는 광고방식도 있으나 이러한 경우에는 광고주가 스스로 사이트 위치를 선택할 권한이 없으므로 이용 빈도가 높지 않은 편이다(김윤명, 2005).

결론적으로 포털사이트의 검색광고 서비스의 특징을 정리해 보면 ① 이원화된 광고관리영역, ② 광고관리 영역에 따른 상이한 운영방식, ③ 광고 사이트에 대한 순위선점에 있어서 자율경쟁시스템의 도입으로 압축해 볼 수 있다. 또한 대부분의 광고는 한두 문장의 간단한 표현으로 이루어져 있으며 링크 목록에 따라 작은 규모의 상표나 그림파일등을 광고 옆에 표시할 수 있고, 구체적인 광고의 내용에 관한 적시 등 행위는 독립된 광고주의 사이트 내에서 이루어지게 된다. 따라서 검색광고 영역에서 사이트 광고주의 불법광고 등에 따른 책임 귀속 문제는 먼저 불법 광고 사이트가 누구의 관리영역에 포섭되어 있는지 여부를 살펴봐야 하며 이에 대한 매개책임을 논의하기 위해서는 해당 불법 광고의 주체에 대한 관리자의 개입권능과 더불어 자행된 불법광고의 유형을 검색광고의 특성과 함께 정확하게 파악하는 일이 선행되어야 한다.

이러한 측면에서 보았을 때 본 판결에서는 피해자가 피해사실을 알린 경우와 연관하여서는 최소한 인터넷 포털에게 앞의 두 경우와 달리 더 강한 주의의무를 부과할 수 있었다고 생각한다. 특히 검색광고를

통하여 상위로 검색되는 경우에는 그 피해 정도가 크다고 할 수 있으므로 최소한 이 부분에서 차단조치가 이루어질 수 있다고 생각된다.

## V. 불법광고의 주체로서의 인터넷 포털의 책임

### 1. 사이버몰과 인터넷 포털의 관계

앞서 논의한 검색서비스 광고 분야는 인터넷 포털과 독립적인 운영 사이트의 1:1매개관계라고 볼 수 있다. 즉 포털사이트는 이 관계에서 독립적인 영업을 하고 있는 사이트로 용이하게 링크될 수 있는 관문으로서의 역할과 함께 제한적으로 독립적 사이트의 광고를 대행해 주는 역할을 수행하게 된다. 하지만 포털사이트는 이러한 1:1관계 외에도 스스로가 온라인 상 쇼핑몰의 주체로서 다수의 소규모 사이버몰을 입점 시키고 ① 사이버공간의 임대, ② 광고의 대행, ③ 서버운영 및 관리를 포함한 보다 강화된 개입권을 가지고 있는 역할을 수행하기도 한다.<sup>26)</sup>

검색광고시장에서 광고주에 해당하는 독립 사이트들은 포털사이트가 제공하는 검색서비스를 활용하기 위해 모여드는 이용자에게 검색결과로서 자신의 사이트 “위치”와 “기능” 정도를 간단한 키워드 내에 포섭하여 홍보하고(다만 등록상표를 검색광고에 활용한 경우는 밑의 내용 참조), 구체적인 사실의 적시나 내용에 관한 광고는 자신의 사이트로 이용자들이 링크되어 진입하게 되었을 때 실시하게 된다. 따라서

25) 실시장 입찰의 형식을 띄고 있어 광고주의 부담이 가장 큰 것으로 알려져 있다.

26) 이러한 포털사이트의 “쇼핑센터(Shopping Center)” 운영은 1990년대 중반 이후 지속적으로 전개된 한국의 온라인 서비스체계의 변화와 관계가 깊다. 기존의 국내 온라인 시장은 1990년대 초반부터 폐쇄적 유료 통신서비스를 제공하던 천리안, 하이텔, 나우누리, 유니텔 등의 PC통신 업체가 월 이용료를 받고 통신 공간내 커뮤니티이용, 공개자료실 열람, 통신판매업체 관리 등의 역할을 수행하였고, 별도의 인터넷 사용료를 지불하여야 PC통신을 접속한 상태에서 다시 인터넷으로 접속할 수 있었다. 그러나 이러한 유료 통신서비스 시장은 미국 마이크로소프트사(社)에서 내놓은 혁신적인 컴퓨터 운영시스템인 윈도우즈(Windows)가 개인 컴퓨터에 널리 보급되면서 흔들리기 시작하였다. 윈도우 프로그램 내에 기본적으로 설치된 “Internet Explorer”가 PC통신을 경유하지 않고도 직접 인터넷에 접속할 수 있도록 매개해 주었고, 때마침 활발하게 확산되어가던 광통신은 모뎀(Modem)과 전화선을 대체하여 인터넷의 영역이 더 이상 확장할 수 없을 정도로 규모가 확대되는 계기를 마련해 주었다. 따라서 기존의 유료 통신서비스 시장은 1999년대 후반이후 사실상 붕괴되었고 대신 인터넷 서비스에 대한 효율적인 이용 툴(Tool)을 제공해 주는 각종 포털사이트들이 그 온라인 사업의 공간을 메워나가기 시작하였다. 하지만 유료통신 서비스와는 달리 인터넷은 사실상 “온라인 바다”에 가까운 공간이었으므로 기존의 PC통신 서비스 회원들을 상대로 소규모 상거래를 진행하던 영세 통신 판매업자의 경우, 독립적으로 자사의 사이트를 홍보하거나 유통시스템을 정착시키는데 곤란을 겪게 되었고 결국 포털사이트의 직접적인 “쇼핑공간” 내로 빠르게 편입되었다. 이렇게 새로운 경제공간으로서 급속히 성장한 온라인 쇼핑시장에서 우위를 차지한 포털사이트들은 자신의 쇼핑몰 영역으로 흡수된 각 입점 업체들과 1:다수의 관계를 형성해 가면서 온라인 쇼핑몰 영역을 핵심적인 서비스 콘텐츠의 하나로 자리매김 시켰다.

검색광고영역에서 포털은 일종의 광장으로서 그곳을 찾아드는 이용자들에게 사이트의 위치정도를 노출시키는 역할을 수행하는 것이며 독립된 도메인과 기능을 가지고 있는 사이트에 대한 개입의 여지가 미미하다. 다시 말하면 포털의 검색광고 자체는 화면 내에서 두, 세줄의 문장으로 간단하게 표현되어 있고 이용자들은 자신이 입력한 검색어와 해당사이트가 연관성이 있을 것이라고 판단하여 포털을 통해 그 사이

트로 들어가게 되면 구체적인 광고는 이미 포털의 영역을 떠난 독립적 사이트에서 이루어지게 된다는 것이다. 하지만 이와는 달리 사이버 쇼핑 공간에서의 포털은 단순한 매개자의 위치가 아니라 포털사이트에 입점한 통신판매업자의 매출 신장과 직접적인 이익관계를 향유하는 일정부분 거래의 당사자로서의 위치를 가지게 된다. 입점한 통신판매업자에게 약정된 수수료를 받고 포털과 입점 사이버물간의 약관 및

〈표 3〉 입점업체에 대한 운영인의 책임에 대한 판례의 태도

구분	판결	판시사항	판결요지	비고
온라인	대법원 2005.12.22. 선고 2003두8296 판결	사이버물 운영자가 입점업체의 광고행위에 대한 행정적 책임	행정적 책임을 진다고 볼 수 없다.	사이버물의 행정적 책임 불인정
오프라인	대법원 1997. 3.14. 선고 96도1639 판결	백화점 입점점포의 위조상표 부착 상품 판매사실을 알고도 방치한 백화점 직원에 대한 상표법위반	상표법위반방조죄와 부정경쟁방지법위반 방조죄로 처벌	백화점의 책임 인정

대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결: BLUEDOG 허위 표시·광고사건

- (1) 원고는 인터넷 포털 사이트(http://www.daum.net)를 통해 인터넷 서비스 및 통신판매업(http://shop.daum.net)을 하는 사업자로서 2001. 10. 10. S통상이라는 상호로 의류, 잡화 도소매업을 하는 갑과의 사이에, 계약기간을 2001. 10. 10.부터 2001. 12. 31.까지로 하여 갑이 원고 운영의 사이버물을 통하여 그 이용자에게 상품의 관련정보를 전시 또는 게시하고 상품을 판매하되 그에 따른 모든 책임을 지기로 하는 내용의 거래약정을 맺었다.
- (2) 위 약정의 주요 내용은 다음과 같다.
  - ① 입점업체가 판매할 상품의 품목 및 가격을 결정하고, 원고의 시스템을 통하여 소비자의 주문 상황을 직접 확인하여 구매자에게 상품을 직접 배송할 책임을 진다.
  - ② 입점업체는 또한 상품문의 및 불만사항을 직접 접수, 회신할 뿐만 아니라 소비자피해보상, 상품의 수리·교환·환불 및 품질보증에 관한 모든 책임을 부담한다.
  - ③ 원고는 사이버물 시스템 구축 및 관리를 담당하고, 전체적인 사이버물의 디자인 등을 감안하여 상품진열을 변경할 권리를 갖고 있으며, 마케팅 활동으로 매출증대에 노력할 의무를 진다. 한편, 판매대금은 입점업체가 원고를 통하여 수령하되 판매대금의 10%를 수수료로 원고에게 지급한다.
- (3) 갑은 원고가 정한 웹디자인 상의 등록절차에 따라 원고의 카테고리 매니저의 승인을 받아 원고가 운영하는 D&Shop (http://shop.daum.net)의 공동구매란에 2001. 11. 7.부터 같은 달 10.까지 제품의 후면에 “BLUEDOG”이라는 상표명이 새겨져 있는 “유명아동 후드패딩 2종 세트”의 판매를 위한 광고를 게시하였다. 그러나 위 제품은 실제로는 Y물산 주식회사의 협력업체인 주식회사 H상사가 2000년 가을 제조하여 Y물산 주식회사에게 납품한 물품 중 내부 충전재 함량미달로 품질검사에 불합격된 것이었음에도, 위 광고는 사실과 다르게 제조원을 “e-패션”으로, 제조시기를 “2001년 겨울 신상품”으로 각 표기하고 자기를 나타내는 문구로 “상품문의: 031-202-0000”, “배송문의: 031-206-0000” 및 “A/S 및 제품문의: master@00000000.co.kr”을 표시되었다. 그러다 원고를 통하여 Y물산 주식회사의 항의를 접하게 되자 이 사건 광고를 공동구매 사이트에서 삭제하였다.
- (4) 이에 피고인 공정거래위원회는 원고가 인터넷홈페이지를 통한 통신판매를 위하여 상품을 표시·광고함에 있어 객관적 사실에 기초한 정확한 정보를 소비자에게 제공하여야 함에도 제조원 및 제조시기 등에 관한 정보를 허위로 표현함으로써, 소비자를 오인시키거나 오인시킬 우려가 있는 허위의 표시·광고행위를 하였다는 이유로, 법 제3조 제1항 제1호, 제7조의 규정을 적용하여 2002. 9. 30. 시정명령 및 공표명령을 하였다.

계약에 따라 입점 사이버 몰에 대해 일정한 의무를 지니게 되는 포털은 단순한 매개자의 위치가 아닌 광의의 영역에서 광고주이자, 전자상거래 책임의 주체가 될 수 있는 지위를 갖게 된 것이다. 그러므로 입점 사이버몰 운영자가 행한 광고행위와 포털사이트의 책임은 개별적으로 진행된 입점 사이버 몰 운영자와 포털사이트와의 계약, 광고행위에 대한 포털사이트의 관여정도에 따라 나누어 판단해야 한다. 단독 사이버 몰의 사업자는 전자상거래 소비자 보호법상 전형적인 통신판매업자로서의 지위를 가지고 있는데 아무런 의문이 없으나, 다수의 입점형 사이버몰에 대한 총괄적인 관리와 통제권을 가지고 있는 포털사이트의 경우 통신판매업자(전자상거래 소비자보호법 제2조 제3호)와 통신판매중개자(전자상거래 소비자보호법 제2조 제4호)로서의 이중적인 지위를 동시에 지니고 있는 것으로 볼 수 있으며, 이는 전자상거래 소비자보호법상 책임 귀속의 여부뿐만 아니라 표시광고법상 광고의 주체가 누구인지 확정하는 문제와도 관련이 있다.

## 2. 관련 판례

### 1) 원심법원의 판단(서울고등법원 2003. 7. 8. 선고 2002누16872 판결)

원심법원인 서울고등법원은 “법 제3조가 부당한 표시·광고행위를 금지하고 있는 까닭은, 소비자에게 진실되고 충실한 정보가 전달되어야 소비자가 올바른 상품선택과 합리적인 구매결정을 할 수 있고, 그에 따라 사업자간에 가격과 품질·서비스에 의한 공정한 경쟁이 촉진될 수 있기 때문”이므로 “부당한 표시·광고의 금지행위에 저촉되는지 여부를 판단함에 있어서는, 사업자간의 공정성 확보와 아울러 소비자 보호의 문제를 고려하여야 한다”고 판시하면서, “① 이 사건 광고는 원고가 운영하는 인터넷 포털사이트(<http://www.daum.net>)를 통하여 역시 원고가 운영하는 쇼핑몰(<http://shop.daum.net>)에 접

속함으로써 비로소 소비자에게 인식될 수 있는 것이고, ② 비록 이 사건 광고 중에 “상품문의 : 031-202-4222/ 배송문의 : 031-206-7767, A/S 및 제품문의 : [master@crossart.co.kr](mailto:master@crossart.co.kr)”라는 문구가 삽입되어 있다고 하더라도(갑 제2호증), 원고 이외에 달리 입점업체가 별도로 있음을 암시하는 아무런 표시나 문구도 없어서 그것만으로는 일반소비자인 쇼핑몰 이용자들이 원고가 아닌 별개의 사업자가 자기의 책임 아래에 상품을 판매하며 이 사건 광고를 하고 있으리라 인식할 것으로 기대할 수는 없다 할 것이므로, 소비자로서는 이를 원고의 사업이자 광고로 밖에 인식할 수 없는 것이고, 따라서 적어도 소비자와의 관계에 있어서는 원고를 이 사건 광고의 주체라고 하지 않을 수 없다”고 판시하고 “이러한 사정은 가사 원고의 주장과 같이 원고와 쇼핑몰 입점업체 사이에서 원고는 쇼핑몰 임대업자에 불과하고 입점업체가 스스로 상품의 정보를 게재하여 상품을 판매하여 그에 따른 모든 책임을 지기로 약정한 사실이 있다고 하더라도 이로써 일반소비자인 쇼핑몰 이용자에게 대항할 수 있는 것도 아니므로 달리 볼 것이 아니”라고 판시하여 이 사건 광고의 행위주체를 개별 입점업체가 아닌 포털인 원고로 본 것은 정당하다고 하여 쇼핑몰 이용자인 소비자의 관점에서 광고의 주체가 누구인지를 주요한 판단요소로 삼고 있다.

### 2) 대법원의 판단(대법원 2005. 12. 22. 선고 2003두8296 판결)

반면 대법원은 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘광고법’이라 한다) 제3조의 부당한 광고행위 금지목적에 대해 “① 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진하여 소비자로 하여금 올바른 상품 또는 용역(이하 ‘상품’이라 한다)의 선택과 합리적인 구매결정을 할 수 있도록 하고, ② 그에 따라 사업자 사이에 가격과 품질 및 서비스에 의한 공정한 경쟁이 촉진될 수 있도록 하는 데 있는 점, ③ 전자상거래 중 컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 상품을 거

래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장인 사이버물을 통한 통신판매에 있어서 소비자로서는 통신판매업자가 누구인지는 명확하게 인식하지 못한 상태에서 사이버물 운영자를 신뢰하고 상품을 구매하는 것이 보통이므로 상품구매, 배송, 반품, 사후 서비스, 신용정보의 안전성 등에 관한 불만 사항의 처리 등과 관련하여 사이버물 운영자의 공신력이 중요한 의미를 가지는 점"에 있다면서, 사이버물 운영자가 입점업체의 광고행위에 대하여 입점업체와 공동으로 또는 입점업체와 독립하여 광고행위의 주체로서 행정적 책임을 지는지 여부는 "① 사이버물 운영자와 입점업체 사이의 거래약정의 내용, ② 사이버물 운영자의 사이버물 이용약관의 내용, ③ 문제된 광고에 관하여 사이버물 운영자와 입점업체가 수행한 역할과 관여 정도, ④ 광고의 구체적 내용은 물론 광고행위의 주체에 대한 소비자의 오인가능성 등"을 기준으로 하여 이를 종합하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 하였다. 즉 표시광고법 제3조에 대하여 소비자 보호목적은 주요한 목적으로 인정하면서도 소비자의 인식가능성을 중심으로 광고주체를 판단한 원심과 달리 외부적으로 소비자가 인식하게 되는 광고에 대한 소비자의 오인가능성 뿐만 아니라 포털과 운영자 사이의 내부적 법률관계 역시 주요한 광고주체 판단요소로 판단하고 있을 뿐만 아니라 나아가 포털과 실제 광고자간의 내부관계를 소비자의 인식가능성과 병렬적으로 자세히 판단하고 있다.

대법원은 위의 기준을 바탕으로 ① 원고는 오프라인(off-line)에서 이미 가지고 있던 유통망을 기반으로 인터넷 쇼핑에 진출한 사이버물과는 달리 인터넷 포털업체(<http://www.daum.net>)에서 출발하여 사이버물 다음(<http://shop.daum.net>)을 운영하고 있기 때문에 직접 상품구매, 재고관리, 물류, 판매 등을 하지 않는 임대형 사이버물로 알려져 있는 사실, ② 원고는 S통상이라는 상호로 의류, 잡화 도소매업을 하는 소외인과 사이에 소외인이 원고 운영의 사이버물을 통하여 그 이용자에게 상품의 관련 정보

를 전시 또는 게시하고 상품을 판매하되 그에 따른 모든 책임을 지기로 하는 내용의 거래약정을 맺은 사실, ③ 소외인은 원고가 정한 웹디자인상의 등록절차에 따라 '상품공동구매'란에 상품명 "유명아동 후드 패딩 2종 세트", 상점 "e-패션", 제조원 "e-패션", 원산지 "중국", 제조시기 "2001년 겨울 신상품", 판매가 "19,800원", 공동구매기간 "10월 20일 ~ 11월 15일" 등의 내용을 표시 또는 게시(이하 '이 사건 광고'라 한다)함과 아울러 자기를 나타내기 위한 문구로 "상품문의 : (전화번호 생략)", "배송문의 : (전화번호 생략)", "A/S 및 제품문의 : (이메일 주소 생략)"을 표시한 사실, ④ 이 사건 광고는 인터넷 공동구매방식에 의한 판매를 위한 광고로서 단기간 동안의 특별행사판매라는 형태로 이루어지는 특성으로 인하여 사이버물을 이용하는 소비자들 사이에 사이버물 운영자와 별개의 상품판매자가 있다는 것이 비교적 잘 알려져 있는 사실, ⑤ 이 사건 광고의 내용에 따라 실제 소비자들이 제품을 구매하는 과정에서 4회에 걸쳐 입점업체의 상점명이 표시되어 원고 이외에 별도의 상품판매자가 있음을 알리고 있는 사실, ⑥ 원고의 사이버물 이용약관에도 연결물은 피연결물이 독자적으로 제공하는 재화·용역에 의하여 이용자와 행하는 거래에 대하여 보증책임을 지지 않는다는 뜻을 연결물의 사이트에 명시한 경우에는 그 거래에 대한 보증책임을 지지 않는다는 규정을 두고 있는 사실(제19조), ⑦ 원고의 사이버물 화면 하단에 "위 내용에 대한 저작권 및 법적 책임은 자료제공사 또는 글쓴이에 있으며 Daum의 입장과 다를 수 있습니다."라고 표시하여 원고외에 별도의 입점업체가 광고하는 것임을 밝히고 있는 사실 등을 인정하면서 위와 같은 사실관계로 보건대 포털 측이 이 사건 광고의 주체라고 할 수 없다고 하면서 "입점업체인 상호통상 소외인이 게재하는 광고를 원고가 정하는 웹디자인상의 등록절차에 따르도록 하거나 원고가 대금결제업무를 대행해 주는 등으로 소외인의 통신판매업무 중 일부를 수행하였다는 사정만으로 달리 볼

것도 아니"라고 하여 원심판결을 파기환송<sup>27)</sup>하였다.

### 3) 판결의 의미

이러한 대법원의 판단에 대하여 광고의 주체만이 표시광고법상의 책임을 진다는 점과 광고주체의 판단기준에 소비자의 오인가능성이 포함된다는 점은 명확히 하였으나, 이용자의 입장에서 알 수 없는 사이버몰 운영자와 입점업체의 거래내용이 중시되는 등 전반적으로 "소비자의 관점"이 크게 고려되지 않았다는 비판도 제기된다.<sup>28)</sup> 나아가 대형 포털사이트가 운영하는 종합사이버 몰에 입점하기 위해서는 까다로운 입점 심사과정을 거쳐야 하고, 입점 업체의 경우 쇼핑몰을 찾는 고객의 구매의사에 있어 상당부분 대형 포털사이트의 신뢰도에 기대야 한다는 점을 상기한다면, 사이버 몰 운영자로서 포털사이트에 대한 책임을 간과하였다고 평가될 수 있다.

하지만 본 판결 사안이 소비자와의 관계에서 민사 책임에 관한 내용이 아니라, 공정거래위원회에서 부과된 행정적 책임과 관련되었다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 인터넷을 통하여 통신판매 중개가 일어나는 경우에 소비자에게 통신판매중개사실을 명백히 통지하지 않으면 소비자가 통신판매업자와 통신판매중개자가 다르다는 사실을 인식하지 못할 수 있으므로 소비자보호를 위하여 통신판매중개자에게 소비자와 통신판매업자 사이의 계약관계에 따른 책임을 물을 수 있도록 하는 것이 타당할 수 있다. 이러한 측면에서 전자상거래소비자보호법상 통신판매중개인의 책임에 관한 제19조의 규정을 이해할 수 있을 것이다. 그러나 표시광고법 위반을 이유로 한 행정적 책임에 있어서 표시광고의 주체를 판단할 때 그 대상인 소비자의 인식도 중요하지만, 기본적으로 좀더 엄격하면서 객관적인 시각으로 판단하여도 소비자보호에 크게 불리한 점이 없을 것이다. 이러한 측면에서 보았을 때에는 대법원의 입장도 충분히 수긍

할만한 측면이 있다고 생각된다. 대법원이 소비자의 오인가능성이 있다는 점에 대하여 사이버몰 운영자에게 행정적 책임을 물을 수 있다고 판결한 원심을 파기하면서 사이버몰 운영자에게 행정적 책임을 물을 수 있는 구체적인 기준을 처음으로 제시하였다는 점에 의미가 있다.

## VI. 나가며

지금까지 인터넷 불법광고로 인한 매체의 책임을 인터넷 포털을 중심으로 살펴보았다. 인터넷 포털과 관련된 불법광고의 문제들은 현재 입법이 추진 중인 '검색광고에서 숨은 광고'의 문제를 빼고는 기존의 법률 적용을 통하여 충분히 해결될 수 있는 문제이나, 그 현상이 새롭다 보니 아직 구체적인 기준을 판례가 찾고 있는 과정에 있다고 할 수 있다. 기본적으로 검색서비스에서 웹페이지가 검색되는 것 자체가 광고가 되므로 이를 통한 새로운 광고기법도 탄생하고 검색결과상 상위의 위치를 차지하기 위하여 검색서비스가 불법광고의 대상이 되기도 한다. 하지만 인터넷 포털이 갖고 있는 매체로서의 성질로 인하여 불법광고를 매개하고 이를 차단할 수 있는 지위에 있기 때문에 피해자들이 인터넷포털에 대하여 책임을 묻는 경우가 많아지고 있다.

이와 관련하여 현재 두 가지 흥미로운 판결들이 논의되었다. 첫째는 검색서비스와 관련하여 불법광고가 매개되는 경우에 관한 판결이었다. 이에 대하여 법원은 기존의 다른 불법정보에 대한 인터넷서비스 제공자의 책임에 대한 입장을 다시 확인하면서 불법광고에 대한 인식이 없는 상황 하에서는 일반적인 모니터링 의무가 존재하지 않고, 피해자의 신고가 있더라도 불법성이 명백하고 차단조치가 경제적, 기술적으로 보았을 때 가능한 경우 최소한도로 이루어져야 한다는 기본적 입장을 확인하였다. 다만 검색서비스

27) 파기환송심인 서울고등법원 2006. 5. 4. 선고 2006누1113 판결을 통해 확정되었다.

28) 나지연 (2006). "사이버몰 운영자의 표시광고법상 책임." 「법률신문」, 8월 28일.

가 갖고 있는 공공성과 정보사회에서의 핵심적인 역할로 인하여 정보의 차단이 광범위하게 이루어져서는 안 된다는 점에서 차단의무를 조심스럽게 인정하고 있는 것은 매우 타당하다고 생각된다. 이러한 시각은 검색서비스를 통하여 웹사이트가 단순히 검색되는 경우는 타당하지만, 웹페이지 운영자가 검색목록에 등록하거나 더 나아가서 검색광고계약을 체결한 경우에는 인터넷 포털과 웹페이지 운영자 사이에 계약관계가 존재하므로 당사자 사이의 계약관계의 특성을 반영하여 인터넷 포털에게 더 강한 주의의무를 부과할 수 있었을 것이다.

둘째는 인터넷 포털이 통신판매중개업자로서 통신판매업자의 불법광고에 대하여 책임을 물을 수 있는지에 관하여 문제가 되었다. 소비자와의 관계에서는 소비자를 보호해야 한다는 측면에서 인터넷 포털이 통신판매중개업자로 기능하고 있고 통신판매업자따로 존재한다는 사실을 명백히 밝히지 않는다면 통신판매중개업자인 인터넷 포털에 대하여 불법광고의 광고주로서의 책임을 물을 수 있을 것이다. 하지만 표시광고법 위반을 이유로 행정적 제재의 대상이 되는 경우에는 소비자보호의 측면도 있지만, 공정한 거래질서 확립이라는 측면도 엄연히 존재하므로 소비자의 시각뿐만 아니라 좀 더 객관적인 시각에서 광고주의 주체성을 판단해도 문제가 없다고 생각된다. 이러한 측면에서 대법원의 입장은 충분히 설득력이 있다고 하겠다.

우리 법제는 부당한 광고에 관하여는 규제하고 있으나, 정보인지 아니면 광고인지의 여부가 명확히 구분되지 않은 숨은 광고에 대하여 일반적으로 규제하는 규정은 없는 실정이다.

이와 관련하여 국회에 상정되었던 법안은 첫째, 이용자가 검색결과와 광고를 혼동하지 않도록 명확하게 구분하여 편집하여야 하며, 광고 면에는 광고임을 표시하도록 하고 있다. 현행 신문법 제11조 제2항에서도 정기간행물의 편집인으로 하여금 독자가 기사와 광고를 혼동하지 않도록 명확하게 구분하여 편집

하도록 규정하고 있다. 정보인지 광고인지를 이용자들이 혼동할 수 있으므로 이 구분을 명확히 해야 한다는 취지이며 이러한 입법이유는 검색서비스 결과 화면에도 동일하게 적용될 수 있다고 생각된다.

둘째, 법안은 검색이용을 저해하는 광고를 검색입력창에 삽입하지 못하도록 하는 규정을 두고 있다. 이에 대하여 검토보고서에서는 광고의 삽입을 금지하는 것은 검색서비스 사업자의 광고 방식 선택권을 지나치게 제약한다는 점에서 영업의 자유를 침해할 소지가 있다고 한다. 그러나 이러한 형태의 광고의 경우 검색서비스 이용자들이 해당 내용이 광고임을 모르고 해당 내용을 무심코 검색창에서 반복하여 치는 경우가 발생하고 있으므로 검색광고와 마찬가지로 최소한 광고임을 표시할 의무를 부과하는 것은 필요하다고 생각된다.

이러한 법안들의 내용은 광고의 내용 자체를 규제하는 것이 아니라, 광고방식을 규제하고 있는 것이다. 이용자들이 실제 이러한 광고방식을 광고인지 모르고 이용하는 경우가 많아 혼동가능성이 존재하는 이와 같은 숨은 광고에 표시의무를 부과하는 것은 타당하다고 생각된다.

## ■ 참고문헌

- 권상로 (2002). “온라인 서비스 제공자의 저작권침해에 대한 민사책임.” 『상사법연구』, 21(1): 655-687.
- 권영준 (2006). “인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호.” 『저스티스』, 91: 5-25.
- 고인곤·홍성준 (2005). “소비자 관점에서 본 온라인 판매 제휴 성과의 결정 요인에 관한 연구.” 『유통연구』, 10(3): 15-36.
- 김동근 (2000). 「온라인 서비스 제공자의 법적 책임에 관한 연구」, 전북대학교 법학과 박사학위논문.
- 김상현 (2007). “이용자의 불법행위에 대한 온라인 서비스제공자의 민사책임.” 『법학연구』, 27: 537-562.
- 김윤명 (2005). “포털서비스의 법률 문제에 관한 개략적

- 고찰.” 「디지털재산법연구」, 4(1): 197-238.
- 김태한 (2005). “스팸메일의 규제동향에 관한 고찰.” 「법과정책연구」, 5(1): 453-476.
- 두성규 (1997). “광고 매체사의 민사법적 책임에 관한 연구.” 「광고연구」, 겨울호: 91-111.
- 방석호 (2007). “포털의 검색서비스를 둘러싼 저작권 문제 분석.” 「사이버커뮤니케이션학회보」, 23: 39-67.
- 배대현 (2001). “p2p 연결과 온라인 서비스 제공자의 책임.” 「상사판례연구」, 12: 269-297.
- 신현신 (2006). “인터넷 광고에 대한 연구.” 「창업정보학회지」, 9(1): 25-46.
- 육소영 (2007). “인터넷 광고에 관한 법적 쟁점.” 「공법학연구」, 9(1): 153-172.
- 이민영 (2007). “포털사이트 운영자의 법적 책임에 관한 고찰.” 「정보통신정책」, 9(12): 1-23.
- 이병준 (2008). “인터넷 포털의 사회적 책임강화를 위한 입법(안)과 그 문제점.” 「인터넷법률」, 44: 25-49.
- 이준복 (2002). “상업적 인터넷광고에 관한 헌법적 고찰.” 「세계헌법연구」, 14(2): 177-206.
- 황성기 (2007). “뉴스매개자로서의 포털 뉴스서비스의 언론성 및 법적 책임범위에 관한 연구.” 「사이버커뮤니케이션학회보」, 21: 197-232.
- Ernst (2006). AdWord-Werbung in Internet-Suchmaschinen als kennzeichen- und wettbewerbsrechtliches Problem, MarkenR, 57-59.
- Goldman (2006). Searchengine Bias and the Demise of Searchengine Utopianism, 8 Yale J.L & Tech 188.
- Köster & Jürgens (2006). Die Haftung von Suchmaschinen für Suchergebnisse, K&R, 108-112.
- Meyer (2007). Google & Co. - Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen, K & R, 201-208.
- Ott (2007). Marktbeherrschende und öffentlich-rechtliche Suchmaschinen, K & R, 375-380.
- Rath (2005). Suchmaschinen sind auch nicht mehr das, was sie mal waren, WRP, 826-833.
- Sieber/Liesching (2007). Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach

dem Telemediengesetz, MMR 2007/8, Sonderheft, 1-30.