

포털사업자의 검색서비스에 관한 법률문제

Some Legal Arguments on the Portal Service Providers' Information Retrieval

김 윤 명*

Yun-Myung Kim

차 례

1. 서 언	4. 검색사업자에 대한 규제론
2. 정보검색과 포털사업자의 검색서비스	5. 결 론
3. 검색(서비스)에 관한 법적 이슈	• 참고문헌

초 록

정보검색을 이용한 비즈니스 모델의 대표적인 예는 인터넷 포털서비스라고 할 수 있다. 네이버, 엠파스, 구글과 같은 포털사이트가 정보검색을 기반으로 하는 대표적인 비즈니스 모델이다. 포털사이트에서 제공하는 정보검색은 이용자에게 다양한 정보를 손쉽게 제공하며 정보격차의 해소에 일조한다는 점에서 커다란 사회적 기여를 하고 있다고 본다. 그렇지만 최근 검색서비스를 제공하는 포털사이트를 통하여 많은 이슈들이 제기되고 있다. 따라서 이러한 이슈들을 해결하기 위해 정보검색의 공공성에도 불구하고 그에 대한 규제론이 강력히 제기되고 있는 것이 사실이다. 즉, 검색사업자에 대한 법적 잣대를 대려는 시도가 이루어지고 있다. 포털사이트를 통하여 이루어지는 많은 문제에 대해 온라인서비스제공자(online service provider, 이하 'OSP'라 한다)로서 법적 지위를 가지고 있는 포털사업자를 통하여 직접적인 책임을 몰으려고 하는 것이다.

그러나 과연 포털사업자에게 인터넷을 통하여 이루어지는 많은 문제의 관련성을 가지고 책임을 몰으려는 시도가 합리적인 지는 의문이라고 하겠다. 왜냐하면, 포털사업자에게 표현의 자유를 저해하는 사적 검열이라는 의무를 부과하는 것과 같은 결과가 도출될 수 있기 때문이다. 더욱이, 인터넷을 통하여 많은 논란들이 포털사업자가 의도하여 도출시킨 것인지, 아니면 이용자의 정보이용 행태에 따른 것인지, 인터넷 산업의 특성에 따른 것인지, 이에 대한 충분한 검토와 법적 평가 없이 무조건적인 책임이 있음을 주장하는 것은 과연 합리성이 담보된 것인지 의문이라고 하겠다. 따라서 포털사업자의 정보검색과 관련된 서비스에 대한 비판에 관하여 법적 측면에서 살펴보고자 한다.

키 워 드

정보검색, 온라인서비스 제공자, 포털사이트, 검색엔진, 키워드 광고, 뉴스검색서비스, 자율규제

* 경희법학연구소 연구원, 법학박사
 (Researcher, The Institute of Legal Studies of Kyung Hee University, digitalaw@naver.com)
 • 논문접수일자 : 2007년 8월 27일
 • 게재확정일자 : 2007년 9월 8일

ABSTRACT

The representative example of the business model on internet environment, the business of the Naver, Empas and Google which provides information retrieval service is the internet portal. The portal sites provide information retrieval service which provides users information what they want to find, that is a huge social contribution. The portal site which provides a search service leads much problems. Consequently, the regulation against information retrieval is asserted powerfully in spite of the public interest. Namely, the regulation regarding the search business owner is tried. Finally, portal business owner puts the social responsibility as OSP. But, there is a doubt that portal business owner who has much problem which occurred on the portal site indirectly has responsibility directly. That is duty on portal site owner the censorship on the contents transferred. So, this thesis researches on the social critical opinion relating with a information retrieval from the legal side against the problem of the Internet.

KEYWORDS

Information Retrieval, OSP, Portal Site, Search Engine, Keyword Advertisement, Portal News Service, Self-regulation

1. 서 언

인터넷, 정보검색, 전자상거래 등 정보기술의 발전은 인류의 발전과 진보에 있어서 상관을 가지는 사회현상으로 볼 수 있다. 지금까지 인류는 신체적인 한계를 극복하고자 많은 기술을 개발해왔고 그로 인하여 새로운 기회를 창출해 왔다. 기술의 개발에는 인간의 지적인 노력이 들어가고 그에 대한 투자가 또한 이루

어진다. 투자에 대한 급부의 회수는 인간의 원초적인 본능과 가까운 것이기 때문에 투자에 대한 결과물의 보호는 다양한 방법으로 강구되어 왔다.¹⁾ 인터넷은 보호는 물론 공유를 확대시키고 있으며, 검색서비스는 인터넷을 더욱 활성화시키고 있는 것이 사실이며, 정보기술의 발전은 인터넷 정보검색분야에 있어서도 많은 영향을 미치고 있다.²⁾

특히, 정보기술의 급속한 발전은 새로운 법

1) 표시를 통한 보호방법이 상표법을 창출시켰고, 기술에 대한 독점적 권리의 보장이 특허법을 창출시켰다. 그리고 특정한 집단에 대해 서적출판의 독점권을 허락하면서 저작권법이라는 법제를 탄생시키기도 하였다. 이러한 측면에서 볼 때, 기술의 발전은 법이나 제도에 미치는 영향은 상당하다고 볼 수 있다. 기술이 법에 미치는 영향을 살펴볼 때 가장 대표적인 예가 ‘저작권법’이라고 할 수 있다.

체계의 도입을 촉진하고 있음은 주지의 사실이다. 그렇지만, 과연 입법이 추구해야 할 기본적인 원칙과 방향은 무엇인지 생각해볼 필요가 있다. 법의 사회적 역할 또는 사회성이라는 측면에서 볼 때, 과연 어떠한 원칙과 방향에 따라 입법작업이 이루어져야 할 것인지에 대한 고려 없이 단순히 사회적 현상에 대한 흐름만을 잡아내기 위한 입법은 문제가 아닐 수 없다. 최근 발의된 검색서비스를 제공하는 검색사업자에 대한 규제를 위한 '검색서비스 사업자법(안)'이 대표적이라고 하겠다.

기술에 대한 법적 가치로의 접근에 있어서 중요한 기준은 '기술중립성 원칙'이라고 할 수 있다. 기술이 사회의 진보를 가져온 것은 사실이나 그 기술의 발전을 법이 가로막거나 특정 기술을 법적 규제나 보호의 대상으로 할 수 없다는 것이 기술중립성 원칙이다. 이러한 기준은 입법의 해석이나 법률문제에 대한 고찰에 있어서도 필요하다. 왜냐하면 기술의 발전은 당해 기술에 대한 평가가 아닌 기술의 적용에 대한 평가여야 하기 때문이다. 따라서 이러한 원칙에 따라 최근 많은 논란이 되고 있는 포털사이트에서 제공되는 인터넷 정보검색과 관련된 법률문제에 대해 시론적 검토를 하고자 한다.

먼저, 2장에서는 정보검색과 포털사업자가

제공하는 서비스 유형에 대해 개관하며, 3장에서는 검색과 검색서비스와 관련된 법률 이슈에 대해서 살펴보고, 4장에서는 검색의 문제점 등으로 인하여 대두되는 규제론과 그 방향성에 대해서 살펴보고, 5장에서는 이상의 논의를 정리하면서 규제론에 관한 정책적 함의를 제시하고자 하였다.

2. 정보검색과 포털사업자의 검색서비스

2.1 포털의 개념 및 변화

인터넷의 비즈니스 모델을 기반으로 하는 정보검색서비스 제공자(information retrieval service provider)인 포털사업자의 서비스를 대표하는 포털(portal)이란 인터넷 사용자들이 인터넷을 이용할 때 관문(gateway)의 역할을 하는 사이트를 칭하는 말이다(권남훈 외 2001, 18). 초기 야후(yahoo.com)의 경우에는 디렉터리 검색을³⁾ 제공하여 왔으나 지금의 포털사업자는 통합검색, 랭킹검색, 전자우편, 뉴스, 영화 등 전문콘텐츠 서비스, 온라인 쇼핑 서비스 등 다양한 서비스를 추가함으로써

2) 인터넷을 기반으로 한 정보검색은 데이터베이스의 구축과 초고속 인터넷 회선의 확보가 관건인데, 기술의 발전에 따른 인터넷의 확산과 속도의 증대는 정보검색 데이터베이스의 구축을 용이하게 하였고, 인터넷상의 방대한 정보를 크롤링하여 저장할 수 있는 스토리지의 가격을 인하시켰기 때문에 지금과 같은 검색 비즈니스가 인터넷의 중요한 산업군으로 자리매김할 수 있었다고 본다.

3) 디렉터리검색은 초기에 야후에서 서비스하던 방식으로, 특정 웹사이트에 대해 주제분류에 따라 배열하고, 해당 사이트의 URL의 링크와 설명을 부가하여 이용자가 클릭하여 해당 사이트를 찾을 수 있도록 하는 단순한 형태의 검색서비스라고 할 수 있다.

초기의 단순한 관문의 역할에서 벗어나 하나의 거대 커뮤니티로서 발전하고 있다(김윤영 2005, 504-505).

초기 포털사이트는 다른 사이트로 연결시켜 주는 관문으로서의 역할을 하였으나 지금은 포털사이트 내에서 모든 정보를 찾고, 커뮤니티를 형성하고, 전자우편을 통하여 다른 사람과 정보를 주고받으며, 쇼핑몰을 통하여 물품을 구매하고, 영화나 방송 등 전문콘텐츠를 이용함으로써 하나의 세계를 형성하고 있는 개념으로 변모하고 있다.⁴⁾ 즉, 초기 관문의 역할에서 지금은 포털사이트 자체가 최종적인 정착지의 역할을 수행하는 형태로 변화하고 있는 것이다. 왜냐하면, 검색결과를 제공하고 해당 사이트로 연결만 시켜주던 통로의 역할에서 최종 목적지로 역할을 변화하는 데 있어 이용자의 로열티를 확보하는 것이 중요하게 되었기 때문이다(권남훈 외 2001, 10). 이러한 차이를 자료의 검색에 치중하는 국외 포털사이트가 가지는 차이점으로 보기도 한다(박소연, 이준호 2007, 236).

정보검색서비스를 제공하는 포털사업자는 다양한 서비스를 상호 유기적으로 체계화하고 있으며, 검색을 중심으로 이용자에게 정보를 제공하는 역할을 한다. 이와 같이 포털사이트

는 정보검색서비스를 통하여 정보접근성을 확대함으로써 정보공유를 확대하고 있으며, 정보격차의 해소에 어느 정도 기여하고 있는 것이다. 이러한 면에서 포털사이트가 가지는 공공성을 인정하지 않을 수 없는 것이다.

2.2 정보검색

2.2.1 개념

정보검색은 “사람들이 자신의 욕망을 키워드에 담아 검색창에 입력한다(존바텔 2005, 36).”라는 말로 함축될 수 있다. 물론, 이는 정보의 입력이나 의도에 대한 표현이지만 이러한 의도가 지금과 같은 검색을 하나의 패러다임으로 만들었다고 볼 수 있다.

정보검색은 정보를 검색하는 것 그 자체이다. 다만, 정보검색은 우리가 특정한 자료를 찾는 것을 기계적인 수단이나 방법을 차용하는 것을 통하여 보다 쉽고 간편하게 할 수 있게 해준다. 지금의 정보검색은 단순한 정보의 검색 이상 이용자가 찾고자 하는 정보에 대한 의도까지 파악하는 형태의 검색결과를 보여주고 있다. 이는 네이버(naver.com)나 구글(google.com)의 랭킹 알고리즘에 의한 검색방식이 대표적인 예가 될 것이다. 엠파스(empas.com)에서는 자

4) 이처럼 포털의 성격이 변하게 된 것은 소비자 측면과 환경적 측면의 요인을 이유로 한다. 전자는 단순하게 포털의 검색결과만 이용하고 다른 사이트로 이동해버리기 때문이고 후자는 전자의 결과적 요인으로 이용자가 다른 사이트로 이동함으로써 포털의 수익원인 배너광고의 실효성을 담보할 수 없게 되고, 결과적으로 광고수익을 기대할 수 없기 때문이다(강웅 2004, 10). 실질적으로 이러한 요인의 대응으로서 포털은 점점 거대화된 DB가 되고, 이를 바탕으로 키워드 광고의 수익원을 창출할 수 있었다고 본다. 물론, 구글과 같은 경우에는 이용자바탕이 아닌 구글이 가지고 있는 검색DB와 같은 규모의 경제를 통하여 키워드 광고를 확대시키고 있는 것이라고 본다.

연어 검색을 통하여 이용자가 입력한 문장을 통하여 검색의도를 파악하는 형태의 서비스를 포털서비스 초기 단계에서 제공한 바 있다.

검색은 다양한 정보 중에서 자신이 원하는 정보를 찾아주는 역할이라는 점은 기본적인 명제이다. 기본적인 명제에 더하여 인터넷상에 존재하는 정보 중에서 보다 빠르고 확률 높은 결과를 이용자에게 제공해주는 것이 검색의 존재가치라고 볼 수 있다. 왜냐하면 지금까지 국내외에서 수많은 검색엔진이 존재했다 사라져가는 과정을 거쳤기 때문이다.⁵⁾ 나름대로 각각의 특색을 가진 검색엔진은 시장에서 이용자의 수요나 요구를 충족시키지 못하였기 때문에 지금은 그 존재를 역사에서 확인할 수 밖에 없는 것이다. 이러한 역사적 교훈을 따라 검색엔진 또는 검색서비스 제공자는 다양한 기능을 부가하여 품질 높은 결과가 나올 수 있도록 기능을 제공하려고 노력한다. 물론, 검색 자체에만 집중하는 경우도 있지만 그것을 위하여 보다 높은 가공형태의 결과를 제공하기도 한다.

이처럼 검색은 이용자가 원하는 정보를 정확하고 빠르게 제공하는 것이라고 하겠다. 따라서, 검색의 개념도 또한 정보의 제공에 있어서 보다 빠르고 정확한 정보를 찾는 과정과 결

과라는 의미에서 크게 벗어나는 것은 아니라고 본다.

최근 정부에서는 정보검색을 서비스라는 측면에서 정보통신망법에 포함하려고 하고 있다. 즉, 정보통신망법 개정안에서는 정보검색 서비스를 “이용자가 정보통신망에 입력한 특정한 기호·단어·문장 등에 대하여 정보통신서비스제공자가 그 기호·단어·문장 등과 관련된 글·그림·동영상 등의 정보를 제공하거나 그 정보의 위치를 알려주는 서비스”로 정의내리고 있다.⁶⁾ 그렇지만 본 정의는 “정보의 위치를 알려주는 서비스”라는 검색서비스의 기능을 포함하고 있으나 “정보를 제공”하는 것까지 포함하기 때문에 정보검색이 가지는 기술적 특성을 제대로 반영한 것이 아닌 정보통신사업자가 제공해주는 모든 서비스 영역까지 포함될 수 있다. 따라서, 개정안이 검색사업자에 대한 규제논리를 위한 것이라면 검색뿐만 아니라 포털사업자가 제공하는 모든 정보에 대한 규제까지 외연이 확대될 수도 있을 것이다.

검색이 가지는 가치는 이용자가 원하는 결과를 찾아주고 이용자가 그 결과에 대해 만족함으로써 그 가치를 인정받을 수 있다. 다만, 검색 자체가 가지는 의미와 가치는 이용자의

5) 초기의 검색은 지금처럼 웹기반이 아닌 텍스트 형태의 검색구조를 가지고 있었다. 고퍼(gopher)나 베로니카(veronica)처럼 계층적 검색구조를 가지는 것이었기 때문에 일부 이용자에 제한되었으나 웹기반 구조의 인터넷이 형성되고 이후의 디렉토리 형태의 검색서비스가 제공되면서 이용자 지향의 검색 UI(user interface)를 확보하게 되었다. 그리고, 알타비스타의 검색엔진은 인덱스를 갖춘 최초의 검색엔진으로서 의미를 갖게 되었다.

6) http://www.mic.go.kr/user.tdf?a=common.HtmlApp&c=1001&page=partin/discussion_epeople.html&mc=P_01_03[2007.8.24 방문]

주관적 가치에 달라지기 때문에 그 품질의 평가는 어떠한 형태가 되어야 할 지는 판단하기 어렵다고 본다. 그렇기 때문에 정보검색을 법적인 개념으로 포섭하는 것은 더욱 어려운 것이 아닌가 생각된다.

2.2.2 구성

검색결과가 이용자에게 제공되기 위해서는 다양한 기능과 프로그램이 요구된다. 개략적으로 보면, 인터넷상에 공개된 정보에 관한 인덱스를 구성하고, 이를 위해서 크롤링을 통하여 정보의 위치정보를 찾고, 그 정보에 대한 대략의 정보를 데이터베이스화한다. 보다 나은 품질을 제공하기 위하여 인위적 가공이 이루어지고, 검색 알고리즘을 통하여 보다 선호도 높은 정보를 검색할 수 있도록 하기도 한다.

이러한 기능을 수행하는 검색서비스의 구성은 크게 직접 웹사이트를 서핑(surfing)하면서 인덱스(index)를 만들어주는 검색로봇과 이 로봇이 수집한 인덱스를 데이터베이스로 구성해 놓은 웹데이터베이스(web DB), 마지막으로 웹데이터베이스에서 해당 키워드를 검색해주는(query) 검색 프로그램인 검색엔진(search engine)으로 구성된다(김윤명b 2005, 508-510).

1) 검색로봇

검색에이전트 또는 웹로봇으로 불리우기도 하는 검색로봇은 인터넷상에서 공개된 정보를

검색·수집하는 프로그램을 말한다. 검색로봇은 지정한 URL(uniform resource locator)을 순회하며 각 홈페이지들의 정보를 수집하며, 검색엔진은 수집된 정보를 이용자가 편리한 방법으로 검색할 수 있도록 인덱스를 제공한다. 즉, 전 세계적으로 연결되어 있는 방대한 인터넷상에 공개된 정보 중에서 필요한 정보가 어디에 있는지(know-where)를 알려 주어 인터넷 정보를 유용하게 활용할 수 있도록 도와준다. 이때 검색로봇은 해당 검색엔진에서 이벤트가 발생할 때마다 실시간 크롤링을 수행하는 경우와 일정 주기를 가지고 크롤링하는 경우가 있다. 이러한 검색로봇은 로봇배제원칙(robots.txt)과 같은 특정한 제한이 없는 한 현존하는 웹사이트는 어디든지 접근이 가능하다.

2) 웹데이터베이스

일반적으로 데이터베이스는 컴퓨터에서 취급하는 데이터의 구조 및 처리의 기술을 추상화하여 프로그램 작성 및 데이터의 보존을 쉽게 하기 위한 기본 소프트웨어라고 할 수 있다.⁷⁾ 그리고, 실제로 데이터베이스를 구축하고 관리하는 프로그램을 포함하기 때문에 데이터베이스관리시스템(DBMS)이라고도 한다. 이러한 데이터베이스를 웹상의 정보검색에 응용하는 것을 웹데이터베이스라고 할 수 있다. 웹데이터베이스는 검색로봇이 크롤링하여 수집한 데이터를 검색엔진에 최적화되도록 인덱

7) 저작권법에서는 데이터베이스에 대해 “소재를 체계적으로 배열 또는 구성한 편집물로서 개별적으로 그 소재에 접근하거나 그 소재를 검색할 수 있도록 한 것”으로 정의하고 있다(제2조 제19호).

상해 놓은 것을 말한다.

3) 검색엔진

검색엔진은 인터넷에 존재하는 웹 페이지의 내용을 색인하여 놓은 웹데이터베이스로부터 사용자가 검색어를 입력하였을 때, 그 단어를 포함하고 있는 웹서버의 주소 목록을 알려주는 역할을 한다. 인덱싱된 데이터를 얼마나 이용자에게 유용하게 보여주느냐는 검색엔진에 달려있다. 실제 이용자의 측면에서 웹로봇에 의한 크롤링이나 이를 데이터베이스화하는 것에 대해서는 관여될 것은 아니지만 키워드를 검색창에 입력하여 그 결과가 화면에 노출되는 것은 검색엔진에 의하여 이루어지기 때문에 검색엔진의 성능은 검색서비스에 있어서 가장 중요한 요소이자 기능이라고 할 수 있다.

결국, 검색엔진은 인터넷상에 무수히 존재하는 정보를 수집하고 체계적인 저장을 거쳐 사용자가 원하는 정보를 수시로 찾을 수 있도록 해주는 일종의 데이터베이스 관리시스템이라고 할 수 있다. 그러나 검색엔진은 엄밀한 의미에서 고전적인 데이터베이스와는 성격이 다소 다르다. 고전적인 데이터베이스는 데이터를 자신이 직접 보유하고 있지만 검색엔진은 그 URL 즉, 정보에 대한 연결정보만을 보유하여 제공하기 때문이다(유대중 2004, 195). 그리고 검색엔진은 포털사업자가 제공하는 랭킹 알고리즘을 통하여 이용자의 경험이 반영

되도록 하고 있다. 즉, 선호하는 내용이 상위 결과에 나타나도록 하는 것이다.⁸⁾

23 검색의 공공성

23.1 검색의 역할과 책임

검색은 다양한 결과를 이용자에게 제공하고 있으며, 그 결과는 이용자가 의도하는 바를 달성하는 역할을 수행하게 된다. 그렇지만 검색결과에 대한 많은 논란이 있는 것이 사실이다. 따라서 검색의 역할에 대한 평가가 어느 정도 필요한 것이 아닌가 생각된다. 그러나 결과의 질적 표준을 설정할 수 없기 때문에 결코 쉬운 일이라고 볼 수 없다. 왜냐하면, 정보자체에 대한 평가는 개인적 가치에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 즉, 개인은 상위 검색결과를 클릭하여 그 내용이 자신이 찾는 것이면 검색결과에 만족하겠지만 그렇지 못한 경우라면 검색결과에 만족하지 못할 것이다. 이외에도 검색의 질에 대한 평가는 쿼리의 결과 출력에 따른 속도의 차이나 이용자 인터페이스(user interface; UI)의 가독성 차이 등으로 이루어질 수 있을 것이다.

기본적으로 검색엔진에 대한 법적 책임에 대하여 일반인들의 정보검색 등 정보활동을 위한 유용한 도구로서 작용을 하기 때문에 검색엔진 자체에 대해서 법적 책임을 묻기는 어렵다. 보편적 서비스인 정보검색은 FTP나 메

8) 실제, 이러한 이유 때문에 특정 키워드나 결과에 대해 클릭을 남용하여 그 결과가 상위에 반영되도록 하는 경우도 있다. 이를 어뷰징이라고 하기도 한다.

신저와 같은 도구이기 때문에 이용자가 검색한 결과를 검색엔진에 링크나 프레임방식으로 보여준다고 하더라도, 그것은 이용자가 선택할 사항이지 그 자체에 대해서 검색엔진을 운영하는 사업자에 대해서 책임을 물을 것은 아니라고 본다(김윤명⁹ 2005, 238). 포털사업자의 사회적 역할은 검색결과에 대한 가치평가의 개입 없이 이용자가 찾고자 하는 정보를, 이용자 입장에서 당해 정보를 공정하게 이용할 수 있는 환경을 마련해주는 데 있다. 이처럼 공정한 검색결과를 제공함으로써 포털사업자는 자신의 서비스에 대해 어느 정도 사회적 책임을 다하고 있다고 본다.

2.3.2 검색의 공공성

1) 공공재로서의 검색

검색은 인터넷상에 공개된 정보를 이용자가 쉽게 찾을 수 있도록 서비스를 제공하는 것이기 때문에 공공성을 지닌다고 하겠다. 더욱이, 직접적으로 검색에 대한 대가를 받는 것이 아니기 때문에 공공성에 대한 다툼은 크지 않을 것이다. 물론, 포털사이트에서 운영되는 검색서비스를 광고주로부터 일정한 비용을 광고의 대가로 받는다. 그렇다고 하더라도 검색서비스가 유료화라고 볼 수 있는 것은 아니라고

할 것이다. 공공재의 대표적인 공원의 시설을 유지보수 하기 위하여 받는 정도의 입장료를 유료화라고 하는 것과 상대적인 차이는 있겠지만 크게 다름이 없는 경우이다.

더욱이 검색서비스를 제공하기 위하여 포털사업자는 초기에 많은 투자를 한 것이 사실이며, 창업부터 지금과 같은 검색서비스를 제공하는 과정에서 많은 기업들이 생성되고 소멸되는 과정을 거쳤으며 지금의 포털사업자는 리스크가 큰 인터넷 비즈니스 환경에서 상당한 투자를 진행해온 사업자라고 볼 수 있다. 결국 광고는 이용자에게 보다 다양한 정보의 제공, 검색기술의 개발과 서비스를 제공하는 투자를 위한 수단으로서 의미를 갖는 것이라고 하겠다.

검색서비스는 인터넷의 가장 보편적인 정보검색이라는 일종의 공익적인 기능으로서 역할을 하며, 이러한 역할은 인터넷의 보편적 서비스를 가져온 중요한 사회적 공공재⁹⁾로 볼 수 있기 때문에¹⁰⁾ 검색엔진을 제공하여 이용자에게 검색서비스를 이용할 수 있도록 해주는 것은 인터넷이나 정보문화의 향상에 도움을 주는 것은 자명하다. 다만, 타인의 저작물에 임의적으로 접근하여 일정부분을 검색페이지에 게시하는 것 자체가 문제가 될 수 있다.

지금까지 검색엔진에 대해 문제를 삼지 않

9) 공공재(public goods)란 많은 사람들이 동일한 재화와 서비스를 동시에 소비할 수 있으며, 그 재화와 서비스에 대하여 대가를 치르지 않더라도 소비혜택에서 배제할 수 없는 성격을 가진 재화와 서비스를 말한다. 이러한 특성을 가진 재화와 서비스에는 국방, 경찰, 일기예보, 공원 등이 있다.

10) 다음커뮤니케이션사건에서 법원은 인터넷 검색서비스가 공공성이 있다는 점을 고려하여 사진이미지를 썸네일화하여 검색엔진을 통하여 검색가능토록 서비스한 사안에서 공정이용의 형태인지 여부를 판단한 바 있다. 2004.9.23. 선고 2003가합78361 판결.

은 것은 검색엔진에 자신의 페이지가 링크됨으로써 얻는 이득이 침해라고 생각되는 부분보다 크다는 현실적인 효율성 때문이라고 본다. 검색엔진이 인터넷의 활성화에 많은 역할을 하였고, 기업이든 개인이든 이용자가 타인의 홈페이지나 정보에 접근할 수 있는 기회를 제공해주었던 점도 부인할 수 없다는 점이다. 또한, 검색서비스를 통하여 법률이 금지하는 정보를 찾는 것은 이용자의 행위이지 검색사업자가 책임질 수 있는 성질의 것은 아니며, 그 이전에 당해 정보를 인터넷상에 게재한 자에 대해서 책임소재를 물을 수 있을 것이다. 이러한 점을 종합할 때, 검색은 가치중립적 서비스이며, 동시에 공공성을 갖는 보편적 서비스의 일유형으로 볼 수 있다.

일반적으로 P2P나 FTP, 메신저 등을 통하여 파일의 복제나 전송이 이루어지고 있는 것은 사실이지만, P2P나 FTP, 메신저 자체가 문제가 되는 것은 아니라고 본다. IT환경에 있어서 FTP와 같은 정보기술 자체에 대한 문제를 삼는 것은 법이 추구해야 할 사회적 정의로서 합목적성을 갖기에는 어려움이 있기 때문이다(김윤명^a 2005, 204-205).

2) 판례에서 본 검색서비스

판례에서는 검색서비스를 제공하는 포털사업자에 대해 직접적인 평가를 내린 경우는 없는 것으로 보인다. 다만, 검색서비스를 통하여 나타나는 썸네일(thumbnail)을 제공하는 기능을 평가하면서, 검색자체가 가지는 공공성

측면에서 공정한 이용의 형태라고 보고 있다. 즉, “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 제공한다는 점에서 그 공공성을 인정할 수 있는 점”(서울고등법원 2005. 7.26. 선고 2004나76598 판결)이라고 판시함으로써 직접적으로 검색서비스가 가지는 역할에 대해서 평가한 것이라고 단정할 수는 없지만 간접적으로나마 검색엔진이 가지는 사회적 역할에 대해 인식한 경우라고 하겠다.

3. 검색(서비스)에 관한 법적 이슈

검색 또는 검색서비스를 제공하는 포털사이트에 대한 비판은 검색내용에 대한 부분과 검색서비스와 관련된 부분으로 나누어 고찰해 볼 수 있을 것이다. 검색은 이와 관련된 서비스를 제공하기 위한 선행단계 내지 그 자체를 말할 수 있으며, 검색서비스는 검색을 진행하는 과정에서 포털사업자가 제공하는 부가적인 비즈니스 모델이나 서비스를 말한다.

3.1 검색엔진의 운영에 관한 이슈

검색의 내용은 검색을 제공하기 위한 준비

과정에서 나타날 수 있는 사항으로서 인터넷 상에 공개된 정보의 진정성이나 공개의 합법성과 정보의 수집에 대한 문제 등을 중심으로 살펴볼 필요가 있다.

3.1.1 정보공개와 크롤링

1) 정보공개

정보공개는 자신이 공개의 권한을 가진 정보에 대해 제3자가 인지할 수 있도록 알리는 것을 말한다. 그 장소나 방법은 제한될 것은 없으며, 인터넷상에 공개하는 것은 물론 오프라인 형태의 방법을 사용하여 공중이 이용하거나 접근할 수 있다면 이는 공개의 요건을 갖춘 것이라고 할 수 있다. 따라서 인터넷 등에서 공개된 정보는 누구나 접근할 수 있는 권한을 갖는다고 볼 수 있다. 물론, 기술적인 오류나 공개자의 착오에 의하여 공개된 부분에 있어서 비공개로 전환하거나 그 권한을 회수할 수 있을 것이다. 즉, 공개한다고 하더라도 당해 정보에 대해서는 자기정보통제권을 갖는다고 볼 수 있을 것이다. 다만, 당해 정보내용이 법률의 저촉여부가 문제가 되는 사항이 아니라고 한다면 한번 공개된 정보를 비공개로 전환한다고 하더라도 당해 정보를 지속적으로 공개하여 유통시키는 것에 대해서는 정보에

대한 통제권을 가질 수는 없을 것이다.¹¹⁾ 그러나 공개된 정보가 영업비밀보호법상의 보호 대상이 되는 영업비밀 등의 범주에 포함된다면 당해 정보에 대한 통제권은 영업비밀의 소유권자에게 있다고 보아야 할 것이다(송영식, 이상정, 황중환 2005, 457).

2) 크롤링과 로봇배제원칙

정보검색을 위해서 포털사업자는 인터넷상에 공개된 정보를 로봇을 통하여 크롤링하여 데이터베이스를 구축하여야 한다. 크롤링하는 경우에는 이미 공개된 정보에 대한 접근이기 때문에 이에 대해서는 법률적인 분쟁의 대상이 될 수 있는 경우는 아니라고 본다. 그러나 수집방법이 통상적으로 요구되는 공정한 형태의 크롤링이 아닌 해킹의 형태로 수집을 한 경우라고 한다면 이는 정보통신망법상 위법성 요건을 확인할 필요가 있다. 다만, 이미 공개된 정보를 크롤링하는 경우에 문제가 된다고 보기는 어려울 것이다. 물론, 지속적으로 반복적으로 크롤링을 수행하도록 함으로써 상대방 서버의 운영을 방해하는 경우에는 업무방해 등의 책임을 물을 수도 있을 것이다. 그렇지만, 그러한 형태의 크롤링이 아니라면 위법성이 조각될 것으로 판단된다.¹²⁾ 또한, IP차단

11) 저작권법 제93조 규정 참조. 따라서, DB의 경우 당해 DB가 사실정보의 집합이거나 소재나 배열에 있어서 창작성이 있다고 하더라도, 상당한 양을 복제하거나 반복적으로 복제하지 않은 이상 저작권법상 통제되는 정보로 볼 수 없을 것이다.

12) 크롤링과 관련하여 문제가 되었던 사안은 국내에서 확인할 수 없으나 미국의 경우 eBay v. Bridger's Edge 사건에서 법원은 Bridger's Edge의 크롤링 행위가 chattle to trespass라는 동산 무단침해 법리에 저촉된다는 판결을 내리면서, eBay가 Bridger's Edge에 제기한 금지청구를 인용한 바 있다.

등의 방법을 통하여 제한할 수 있었음에도 기술적인 접근제한 없이 서비스를 제공하였다면 이는 묵시적 이용허락이라고 보기도 한다(유대중 2007, 6).

크롤링과 관련하여 논란의 여지가 있는 로봇배제원칙은 크롤링하는 특정 로봇의 접근을 제한하는 기술적 방식이다. 당해 기술적 방식을 적용한 서버에는 로봇의 접근이 제한되기 때문에 크롤링 자체가 이루어질 수 없게 된다. 다만, 이 원칙은 강제성을 부여한 것으로 보기 어렵기 때문에 로봇배제원칙이 적용된 서버에 로봇을 접근시켜 크롤링하는 것이 위법한 것인지에 대한 논란이 있다. 특히, 정보통신방법의 해석에 있어서 로봇배제원칙을 벗어난 크롤링은 해킹의 한 유형으로 보는 견해(이대희 2006, 48)가 있는가 하면 그렇지 않다는 견해(한봉조 2007, 30)도 있다. 그러나 로봇배제원칙을 무시한 크롤링이 정보통신방법의 위반인지의 여부는 논란의 대상이 되고 있으나 일반인에게 공개된 정보를 로봇이라는 형태의 접근에 대해서 달리 볼 수 있는 것인지는 의문이라고 본다(김윤명 2007, 175). 따라서 이러한 경우에 대해서 정보통신망법위반으로 보는 것은 무리라고 하겠다. 왜냐하면, 크롤링의 목적이 인터넷을 이용하는 이용자가 찾고자 하는 정보의 접근점에 쉽게 도달할 수 있도록 하기 위하여 특정 정보의 주소를 포함한 정

보를 데이터베이스화하기 위한 것이라는 점에서 크롤링이라고 해서 그 접근을 제한하는 것은 불합리하다고 볼 수 있기 때문이다.

3.1.2 검색의 제공

검색 DB가 구축되고 검색엔진이 구축되면 인터넷 브라우저(browser)를 통하여 이용자는 특정 포털사이트에서 정보검색을 하게 된다. 이러한 과정에서 포털사업자는 이용자에게 정보검색 이외에 다양한 서비스를 제공하게 된다. 검색결과나 이용자가 입력한 키워드와 관련된 형태의 서비스인데, 이러한 유형에는 실시간 키워드, 유행 키워드, 키워드 자동 제시, 키워드 자동 조합, 대안 키워드의 제시 등 다양한 형태의 서비스를 제공하는 것이다.

이러한 형태는 이용자의 검색 편의성을 제공하는 것인지 특정 키워드를 부정하게 제시하는 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 그렇지만 최근에는 특정 키워드를 제시하는 서비스가 검색을 통하여 나타나는 문제점들에 대한 방조책임이 있다는 주장을 제기하기도 한다(하동근 2007, 9-10). 그렇지만 당해 서비스는 이용자의 편의를 제공하는 것이기 때문에 이에 대해서 법적 책임을 물을 수는 없을 것이다.¹³⁾

13) 동영상 검색을 할 수 있는 검색창과 키워드 기능을 제공하는 것은 가치중립적인 서비스를 제공하는 것에 불과하기 때문에 그 자체만으로 '저작권 침해를 용이하게 해주는 직, 간접의 행위' 라고 볼 수 없다는 가능성이 크다고 한다(조정욱 2007, 10).

3.2 검색서비스 제공에 따른 이슈

검색서비스는 이용자가 정보를 검색할 수 있도록 시스템을 제공하여 이용자가 검색을 수행할 수 있도록 하는 것을 말한다. 여기에서는 검색의 결과에 나타나는 광고의 형태와 포털사이트의 한 색션이나 또는 검색에서 이루어지는 결과로서 뉴스서비스의 법률적 문제에 대해 살펴보기로 한다. 광고는 그 결과가 정보와 구별되지 않을 경우의 오인혼동과 기술적인 방식을 통한 부정클릭의 문제가 될 수 있을 것이다. 또한, 타인의 상표권과 관련된 키워드를 판매하여 나타나는 결과에 대해 상표권을 침해할 수 있다는 주장이 제기되기도 한다.

3.2.1 검색 광고

1) 키워드 광고

키워드 광고란 검색결과와 검색 결과화면을 위주로 하는 텍스트나 배너 이미지로 구성된 맞춤형 광고로서, 특정 키워드에 대해서 포털사업자가 광고주로부터 일정한 대가를 받고 당해 키워드를 입력하여 검색하는 이용자의 결과화면에서 광고주와 계약한 사이트나 텍스

트 형태의 광고내용을 보여주는 광고를 말한다(김윤명¹⁴ 2005, 223). 반면, 배너광고란 신문기사나 웹사이트의 특정 위치에 배너의 형태로 작게 만들어진 광고를 말한다(문삼섭 2005, 1201). 키워드 광고는 관심 있는 네티즌에게만 노출됨으로써 클릭률이 높은 반면, 저렴한 광고비용, 전문 포털사이트를 통한 마켓 선점효과, 다양한 활용성 등으로 인하여 소액 광고주들이 선호하는 인터넷 광고라고 한다(김병일 2005, 79).

이러한 특성 때문에 인터넷을 통한 광고의 점유율을 높이고 있는 키워드 광고에 있어서 문제는 타인의 상표권과 동일하거나 유사한 키워드를 광고상품으로 판매하는 경우이다. 키워드 자체가 상표적 기능을 수행할 수 있기 때문에 광고주에 의한 상표에 대한 키워드의 광고상품화는 지속될 것이다(김윤명¹⁴ 2005, 224-225).¹⁴⁾ 이러한 이유 때문에 광고대행사에서는 이용약관 또는 구글의 상표권정책¹⁵⁾이나 오버추어의 상표관련정책¹⁶⁾을 통하여 타인의 상표권을 침해하는 키워드의 구매는 허용하되, 실제 광고문안에 상표적 사용의 형태로 표시하는 것은 금하고 있다. 특히, 구글의 상

14) 키워드 광고에 있어서 직접적으로 검색서비스제공자가 책임을 질 것은 아니나 당해 키워드 광고의 결과에 있어서 타인의 상표 등이 노출되면 방조의 책임을 물을 소지가 있기 때문에 상표 등의 직접적으로 광고문구에 나타나지 않도록 조치하여야 할 것이다. 다만 광고문구가 상표적인 사용이 아닌 기술적인 사용(descriptive use)이나 공정 이용(fair use)의 경우라고 한다면 당해 결과가 상표권을 침해한 것이라고 보기는 어려울 것이다.

15) 구글의 상표권정책은 다음과 같다. “구글은 상표권 위반 행위를 매우 심각한 문제로 여기고 있으며, 관례에 따라 상표권 소유자가 이의를 제기할 경우 이를 조사해 드립니다. 또한 구글 이용약관에 따라 광고주는 지적재산권을 침해할 수 없으며, 광고작성 시 선택한 키워드와 해당 광고에서 사용하기 위해 선택한 광고문구에 대해 책임을 져야 합니다. 상표권자가 구글 애드워즈 광고주가 아닌 경우에도 이의를 제기할 수 있습니다. 아울러 해당 조사는 구글에 게재되는 구글 광고에만 영향을 미칩니다. 도메인용 애드센스에서 상표권 분쟁이 발생할 경우 도메인용 애드센스 프로그램 사이트의 도메인 이름에 대해서만 조사가 수행됩니다.”

<https://adwords.google.co.kr/support/bin/answer.py?answer=6118>[2007.6.9일 방문].

표권정책은 상표권자들에게 상표키워드의 사용에 대한 배타적 권리를 인정하지 않겠다는 것으로서 등록상표의 사용이 소비자의 혼동가능성을 초래하지 아니하는 경우에는 상표권 침해가 없다는 확신을 갖고 있는 것으로 보기도 한다(김병일 2005, 83).

실제, 법원에서 키워드 광고에 있어서 상표권자의 권리를 침해한 것이라고 판시한 경우는 거의 없는 것으로 보인다. 피고 Netscape Communication사와 Excite사에 대해 원고 Playboy Entertainment사는 원고의 상표인 Playboy와 Playmate를 키워드로 사용한 것은 상표권 침해라고 주장하였으나 이에 대해 법원은 원고가 상표권을 가지고 있는 Playboy나 Playmate라는 단어를 키워드로 사용한 것은 상표로서의 사용이 아니라 일반적인 명칭의 기술적인(descriptive) 사용에 해당한다고 판시하였으며, 혼동가능성이나 희석화에 따른 침해에 대해서는 그에 대한 입증은 없다는 이유로 인용하지 아니하였다(55 F. Supp. 2d 1070; C.D. Cal. 1999). 그 후에 원고는 항소하였으나 연방순회항소법원은 지방법원의 판결을 유지하였다(202 F. 3d 278(9th Cir. 1999)).

키워드 광고에 있어서 타인의 상표를 사용하는 것이 과연 우리 법상에서 어떠한 법익의

침해가 이루어진 것인지는 논란의 여지가 있다. 광고주의 상표권 침해행위에 대해 포털사이트가 공동으로 책임을 져야 할 것인지는 논란이 있으나 상표적 사용이 전제되어야 하기 때문에 이에 대한 논의는 지속적으로 요구된다. 이와 관련하여 인터넷 광고 관련 부정경쟁행위를 포괄하는 부정경쟁행위의 유형을 추가하는 부정경쟁방지법을 개정하거나 상표권 침해 등과 관련한 OSP 책임 및 면책규정을 도입하는 방안을 제안하기도 한다(김병일 2005, 96). 그렇지만, 실제 키워드를 판매하였으나 결과로 나타나는 광고내용이 상표적 사용이 아니라면 상표권 침해라고 보기는 어려운 것이다(유대중 2006, 7).

2) 광고의 진정성

광고에 있어서 또 다른 문제는 광고내용에 대해서 포털사업자가 당해 광고의 진정성을 판단할 수 있느냐에 대한 점이다. 광고의 내용에 대해서 알 수 없는 경우라고 한다면 포털사업자가 당해 광고의 내용에 대해서까지 판단할 필요가 있는 것인지에 대한 것이다. 실제 광고내용은 광고대행사를 통하여 결정되기 때문이다.

실제 포털사이트의 카페(cafe)나 블로그

16) 오버추어 상표관련정책 에서는 다음과 같은 경우에 한하여 키워드 광고에 대해 입찰을 허용하고 있다. "(가) 광고주의 웹사이트가 소비자의 혼란을 유발하지 않으면서 용인될 수 있는 명시적으로 상표나 상표의 소유자 또는 상표 관련 제품을 언급한 경우 (예를 들면, 상표권이 있는 제품의 판매, 상품에 대한 논평이나 비평 또는 상표권자나 그 상품에 대한 용인될 수 있는 기타 정보를 포함한다); (나) 광고주의 웹사이트가 일반적인 의미로 검색어를 사용하거나 설명을 하기 위해 검색어를 사용하는 경우"

http://www.overture.co.kr/ko_KR/legal/trademarks.php[2007.6.9일 방문]

(blog) 서비스를 통하여 불법적인 광고가 진행 되는 경우가 있다. 사이트 개설에 있어서 절차적 제한이 없기 때문에 누구나 개설이 가능한 점을 이용하여 불법행위나 위법행위를 하는 것이다. 불법적인 상품을 거래하거나 이를 광고형태로 유인하는 것이다. 그러한 내용에 대해서 포털사업자는 관여할 수 없기 때문에 실제 신고를 통하여 인식하게 된 경우에 약관이나 정보통신방법 등에 근거하여 처리하게 된다. 그러나 문제는 키워드 광고나 스폰서링크를 통하여 이러한 불법광고가 게재되는 경우라는 점이다. 물론, 포털사업자는 당해 광고내용에 대해서 확인할 수 없으며, 구글이나 오버추어와 같은 광고대행사를 두고 있는 포털사이트인 다음, 엠파스, 네이버는 스폰서링크를 통하여 광고만을 집행하는 경우에는 당해 내용에 대해서 확인하기가 어렵다. 실제 광고내용에 문제가 있다면 기본적으로 광고주의 책임이 있다고 보며, 광고주의 책임에 대해 특별한 경우 광고대행사인 구글이나 오버추어에게 그 관리책임을 물을 수 있을 것이다. 따라서 계약관계의 확인이나 법률적 책임소재의 확인 없이 포털사업자에게 모든 책임이 있는 것처럼 주장하는 것은 바람직한 것이라고 볼 수는 없다(일요경제 2007, 4,24). 다만, 포털사업자는 불법행위를 인식하는 경우에 적절하고 합리적으로 처리해야 할 것이며, 그렇지 않은 경우에는 책임을 부인할 수는 없을 것이다. 통상적인 주의의무는 그 사실을 알거나 실제 처리할 수 있는 권한이 있는 경우에 가능하다고

하겠다.

3) 부정 클릭

검색서비스에서 문제되고 있는 것 중 하나가 검색 광고에 대한 부정클릭에 관한 사항이다. 부정클릭은 검색사이트에서 특정 키워드 검색을 통하여 자신이 사이트를 방문한 것으로 기록된 방문자가 실제 구매의사를 갖고 있는 실수요자가 아닌 가상의 IP에 접속을 통하여 부당하게 클릭함으로써 더 많은 광고비를 지출하도록 하는 것이다(아이뉴스24 2005, 2,27).

키워드 검색 광고 산정방식은 크게 클릭한 만큼 비용을 지불하면 되는 CPC(Cost Per Click) 방식과 이전의 노출(임프레션) 횟수를 1,000회 기준으로 비용을 책정하는 CPM(Cost Per Millennium) 방식으로 나누어질 수 있다. CPC 방식은 고객 스스로 입찰에 참가해 입찰을 통해 가격을 결정하고, 일반 이용자가 클릭한 만큼 비용을 지불하는 개념이다. 따라서 구글이나 오버추어와 같은 광고대행사는 키워드 광고방식을 CPC의 형태로 하기 때문에 부정클릭에 대한 지적은 지속적으로 이루어지고 있다. CPC 방식이 보편화됨으로써 클릭률이 높은 광고일수록 상위 위치에 놓이게 되므로 광고주들은 클릭률을 높이고자 노력할 수밖에 없다. 이러한 경쟁 때문에 부정클릭 문제가 제기되고 있다. 따라서, 실제 광고주는 클릭률이 높아짐으로써 비용은 추가로 지출되지만 광고효과는 더 낮아지는 문제가 발생하게 된다.

이와 같은 문제 때문에 부정하게 이루어진 클릭에 대해서는 컴퓨터이용 사기죄의 적용을 검토할 수 있을 것이다. 현행, 형법상 컴퓨터 이용 사기죄는 컴퓨터 등의 정보처리장치에 허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하게 함으로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 함으로써 성립하는 범죄이기 때문이다(이재상 2001, 336). 따라서, 자동화된 프로그램을 통하여 광고를 클릭하도록 하여 광고비를 높이 청구하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자에게 취득하도록 하였다면 컴퓨터이용 사기죄의 적용이 가능하다고 본다. 아울러, 광고대행사가 이러한 행위를 한 것으로 밝혀진다면 불법행위에 의한 손해배상 등의 청구도 또한 가능할 것이다(김윤명a 2005, 225-226). 물론, 이러한 부정클릭은 클릭 로그에 나타난 정보를 통해 추적이 가능하며, 동일시간대에 동일 IP를 통하여 지속적으로 이루어진 클릭에 대해서는 기술적 방법을 통하여 어느 정도 필터링이 이루어질 수 있을 것이다.¹⁷⁾

3.2.2 뉴스검색서비스

1) 뉴스서비스의 의의

포털사이트를 통하여 제공되는 뉴스서비스

는 크게 두 가지 방식이 있다. 먼저, 구글방식의 서비스가 있으며, 국내 포털에서 제공하는 콘텐츠로서 제공하는 방식과 구글방식이 혼재된 아웃링크(out link) 방식의 서비스가 있다. 구글방식의 서비스는 뉴스사이트만을 크롤링하여 이를 일반적인 검색의 결과와 같이 제공해주는 방식으로서 아직까지 국내에서 문제 제기된 경우는 없다. 반면, 국내 포털방식은 직접 언론사와 제휴를 통하여 뉴스를 온라인으로 공급받아 포털사이트를 통하여 전문서비스를 하는 경우이다. 이러한 경우에 뉴스는 원래의 언론사 사이트를 통하여 제공됨과 동시에 포털의 뉴스섹션을 통하여 제공된다.

국내 포털방식의 서비스에 있어서 포털사업자는 당해 뉴스에 대한 편집권이 없기 때문에 수정이나 가감을 할 수가 없다.¹⁸⁾ 따라서, 제공되는 뉴스를 단순하게 제공하는 형태에 머무르게 된다. 이러한 단순한 정보중개 방식의 문제점은 원래 뉴스가 가지는 하자를 중개자인 포털사업자가 치유할 수 없다는 점이다. 예를 들면 원래의 뉴스에서 특정인의 명예를 훼손하는 기사가 게재되었다면 그 기사의 내용은 포털사이트에서 확인할 수 없기 때문에 그로 인하여 나타는 문제에 대해서는 일차적으로 포털사업자에게 책임을 묻게 된다.¹⁹⁾ 이

17) 검색결과에 있어서 자동클릭을 통하여 이루어진 것에 대해서는 IP주소 분석, 문서가 클릭된 시간대 또는 문서가 클릭된 시간 간격 분석 등을 통해 프로그램에 의해 자동으로 클릭되었을 가능성이 높은 문서 파일들을 추적하고 결과 순위에서 배제할 수 있다고 한다(박소연, 이준호 2007, 238).

18) 통상 뉴스서비스 제공계약의 경우 뉴스 기사에 대한 편집이나 수정에 관한 권한은 언론사에 유보되기 때문에 포털사업자가 당해 뉴스를 수정하거나 편집할 수 있는 권한을 행사할 수 없다고 할 것이다.

19) 실제 기사제목의 오류로 인하여 문제된 사건에 법원은 “피고는 기사작성과정에 개입하지도 않았고 단지 피고 언론사가 전송해 준 기사를 그대로 게재하였을 뿐이며, 제목 또한 피고 언론사가 전송해 준 기사에 의존하여 작성할

처럼 포털사업자가 관여할 수 있는 여지가 없는 사항에 대해서까지 법적 책임을 정보중개자의 입장에 있는 포털사업자에 묻는 것에 대해 많은 비판이 있는 것이 사실이다.

2) 뉴스검색서비스

포털사업자의 뉴스서비스에 대해서는 많은 논란이 있는 것이 사실이다. 뉴스서비스 자체가 언론의 기능을 갖는다고 보는 견해가 있으며, 전통적인 언론으로 직접 보는 것은 아니지만 유사언론의 형태라고 보는 견해가 있다. 물론, 단순하게 뉴스라는 정보를 매개하는 경우로 보는 견해도 있다. 그렇지만, 포털사업자는 뉴스서비스를 서비스의 일유형으로 보아 발생하고 있는 문제에 대해 적극적으로 대처하고 있는 것이 사실이다. 또한, 기존의 언론사의 입지가 약해지는 것에 대해서 뉴스서비스를 개편하여 아웃링크(out link) 형태로 트리픽을 전이하도록 하고 있으며, 이용자에 대한 책무를 염두에 두는 정책과 서비스를 지향하고 있다.

아웃링크 형태의 서비스에 대해서는 저작

권법적 측면에서 법적 이슈가 제기될 수 있으나 기본적으로 링크는 인터넷이 운영되는 기술적 매커니즘에 불과하기 때문에 링크 자체는 문제가 될 것은 아니다. 다만, 링크를 위해서 특정 페이지의 복제 등이 이루어지는 경우에는 논란이 제기될 수 있다.²⁰⁾ 또한, 저작권법 위반과 더불어 광고에 대한 불법행위 책임을 제기할 수도 있다. 그러나 불법행위에 있어서 광고수익을 저해하는 경우를 예를 들고 있으나 인터넷은 최종적인 정보에 대해서 접근할 수 있는 방법이 바로 이용자의 클릭을 통한 계층적 접근이나 정보검색을 통한 직접적 접근이나 모두 가능한 방식이다. 이러한 과정에서 이용자가 광고를 인지여부를 일괄적으로 단정할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서, 불법행위 책임을 링크제공자에게 부담하는 것은 인터넷이 가지는 기술적 속성을 이해하지 못하는 결과가 아닌가 생각된다. 이러한 기술적 환경에서 볼 때, 뉴스서비스의 아웃링크는 직접적으로 해당 언론사에게 트래픽을 제공하는 것이기 때문에 이에 대한 법적인 논

수밖에 없으므로, 원고에 대하여 허위기사 게재에 따른 책임을 부담하지 않는다고 주장한다. 그러나 불특정 다수가 접속하여 볼 수 있는 포털 사이트를 운영하는 피고로서는 기사의 대상이 되는 인물에 대한 관계에서는, 자신의 사이트에 게재되는 기사가 사실내용과 맞는지 여부를 확인하는 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 주의할 의무가 있다고 할 것이고, 피고들 간의 내부관계에서 기사작성과 전송 및 게재의 체계상 피고가 기사의 진실성을 확인할 수 있는 방법의 여지가 없다고 하더라도 그와 같은 사유는 피고들 내부에서 책임의 분담을 정할 때 주장할 사유는 될 수 있을 지언정 허위기사로 인하여 피해를 입은 원고에 대하여 대항할 수 있는 사유가 된다고 볼 수는 없으므로, 피고의 면책주장은 받아들일 수 없다"고 판시한 바 있다(서울남부지방법원 2006.9.8. 선고 2005가단18300 판결). 동 사건은 현재 항소심이 진행 중에 있다.

20) 실제, 저작권법은 인용에 관한 규정을 두고 있기 때문에 인용규정을 통하여 저작권문제를 해결할 수 있을 것이다. 즉, 저작권법 제28조(공표된 저작물의 인용)는 "공표된 저작물은 보도·비평·교육·연구 등을 위하여는 정당한 범위 안에서 공정한 관행에 합치되게 이를 인용할 수 있다"라고 규정함으로써, 정당한 범위와 공정한 관행의 경우에는 책임을 제한하고 있다. 특히, 정보검색의 경우는 일부분을 복제하는 것이기 때문에 충분히 인용의 요건에 해당할 것으로 보며, 법원에서도 이러한 형태에 대해서는 저작권 침해를 부인하고 있다. 서울중앙지법 2006.7.21 선고 2004가합76058 판결.

란은 없을 것이다. 구글방식의 크롤링을 통한 뉴스검색서비스 방식도 아웃링크의 일유형이라는 점에서 현재 언론사와 포털의 긴장관계에서 볼 때, 순수한 정보검색과 정보서비스라는 방식에서 고려해볼 여지가 있는 방식이라고 본다.

3.3 검색결과에 대한 책임

3.3.1 정보내용에 대한 통제

포털사이트의 정보유통은 단순하게 OSP로서 역할 이외에 가질 수 있는 권한이 없다. 그것도 최근에는 엄격하게 책임을 묻는 판례의 흐름으로 보건대 OSP는 면책규정이 아닌 책임규정으로 성격을 지을 수 있을 것이다. 특히, 검색결과나 뉴스의 댓글에 대해 그 통제를 엄격하게 수행하도록 함으로써 포털사업자는 정보의 내용에 대한 통제의 의무를 부담하도록 사회적인 흐름이 유지되고 있는 상태에서 헌법상 자유권에 대한 충돌이 이루어질 수 있으며, 전통적인 언론에서 유지되고 있는 편집권을 엄격하게 행사하도록 하는 것과 다름이 없어진다. 즉, 내용에 대한 통제가 가능한 출판형과 내용통제가 불가능하고 단순하게 서적으로 유통하는 중개자형인 서점형으로 구분할 수 있을 것이다.

최근에는 서비스 형태는 서점형이지만 그 책임에 대해서는 출판형으로 묻는 경향이 강

하게 대두되고 있다. 이러한 사회적인 흐름은 포털사업자에 대한 정보검색의 결과에 편집권과 같은 통제권을 행사하도록 하는 결과를 가져오게 된다. 왜냐하면, 정보에 대한 편집권은 결국 포털사업자에게 정보검색에 법적 필터링 의무를 부과하는 것과 다름이 없기 때문이다.

3.3.2 OSP 책임

1) OSP 입법취지

저작권법은 OSP가 저작물이나 실연·음반·방송 또는 데이터베이스 등 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권 그 밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시킨 경우에는 다른 사람에 의한 저작권 그밖에 이 법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 OSP의 책임을 감경 또는 면제할 수 있도록 규정하고 있다. 또한, OSP가 저작물의 복제·전송과 관련된 서비스를 제공하는 것과 관련하여 다른 사람에 의한 저작물의 복제·전송으로 인하여 그 저작권법에 의하여 보호되는 권리가 침해된다는 사실을 알고 당해 복제·전송을 방지하거나 중단시키고자 하였으나 기술적으로 불가능한 경우에는 그 다른 사람에 의한 저작권법에 의하여 보호되는 권리의 침해에 관한 OSP의 책임은 면제된다.²¹⁾

21) OSP에 대한 법적 책임을 가중하는 것은 정보에 대한 통제를 가함으로써 쉽게 인터넷상의 문제를 해결하려고 하나 이것은 정보의 자유로운 유통을 차단할 수 있으며, 가장 참여적인 민주적 표현수단인 인터넷에서의 표현의

2) OSP 책임에 대한 강화 경향

OSP 책임과 관련하여 대법원은 물론 하급심 판례에서도 OSP의 주의의무에 대해 책임 여부를 판단하여 왔다. 그렇지만 최근에는 하급심 판결이지만, OSP에게 직접적인 내용에 대한 확인의무까지 부여하는 내용의 판결을 내리고 있어 OSP에게는 사실상의 내용확인 의무를 확인하고 있다.

지금까지 OSP에 대한 판례는 OSP가 게재된 게시물에 타인의 명예를 훼손하고 있는 사항을 알 수 있었던 때부터 당해 게시물에 대한 삭제여부에 대한 주의의무가 발생한다고 보고 있다. 따라서 그때부터 당해 게시물에 대해 처리하면 그렇지 아니할 경우에 발생한 명예훼손에 대해 책임이 있다고 보아왔다. 단순히 공간만을 제공하거나 검색로봇을 통하여 크롤링한 경우에 있어서 OSP에 대해서는 그 책임을 묻지 않는 것이 일반적인 견해였다. 다만, 검색엔진에 의한 크롤링과 관련된 썬네일 크롤링 사건에서도 OSP에 대한 직접적인 책임이 아닌 주의의무 위반에 따른 책임을 물어왔다.

그러나 최근의 판례의 경향을 보면, 기사의 제목에 대한 사항, 댓글과 관련된 명예훼손 문

제는 직접적으로 OSP의 내용확인에 대한 책임을 묻고 있는 것으로 보인다. 저작권과 관련된 사건은 아니지만 OSP에 대한 책임을 묻은 사례로서 본 사건은 CBS의 뉴스 기사를 NHN의 포털사이트 네이버를 통하여 유통함에 있어서 그 기사의 오류로 발생한 명예훼손에 단순한 OSP인 NHN에까지 그 책임을 묻은 사안이라고 할 것이다. 그렇지만 이러한 원칙은 OSP의 역할에 대한 논란을 가져오는 사안이 될 수 있다고 본다. 물론, 최근의 경향은 인터넷 포털과 같은 OSP에 대해서도 그 책임을 강하게 묻고자 하는 경향에 맞물려 내려진 판결이기 때문에 그 영향력이 크다고 할 것이다. 본 사건의 쟁점은 잘못된 보도로 인한 손해배상책임에 대한 포털사이트의 면책여부라고 할 것이다.²²⁾ 당사자의 주장과 법원의 판단에 대해 보면, 피고 CBS는 포털사이트인 “네이버”를 운영하는 업체로서 위 기사작성 과정에 개입하지 않고 단지 피고 노컷뉴스팀 기자가 전송해 준 기사를 그대로 게재하였을 뿐이므로, 오보 게재에 따른 책임을 부담하지 않는다고 주장한다. 이에 대해 법원은 “불특정 다수가 접속하여 볼 수 있는 포털 사이트를 운영하는

자유를 억압하는 결과를 가져오기 때문에 사회적으로 바람직하지 않다는 취지 때문에 OSP에 대한 책임을 감면하는 규정을 둔 이유라고 한다(김기중 2007).

22) 피고 CBS의 노컷뉴스팀 기자는 2005년 3월 8일 이명박 서울시장이 열린우리당 김현미 대변인에게 자신에 대하여 한 이야기에 대하여 불쾌감을 표시하면서 말을 그렇게 함부로 할 수 있느냐는 취지로 이야기를 하자 이를 노컷뉴스 사이트에 올리면서 ‘김현미 대변인’을 ‘전여옥 대변인’으로 잘못 입력하였다. 위 기사가 같은 날 18:50경 포털사이트 네이버로 사진과 함께 자동 전송되었고, 피고 CBS는 같은 날 19:00경 분야별 주요 뉴스 중 시사분야에 「이명박 시장 “전여옥, 말을 그리 함부로 하나”」라는 제목으로 기사를 게재하였다. 위 기사가 게재된 지 50여분이 지나 피고 노컷뉴스팀 기자는 같은 날 19:51경 “전여옥 대변인” 부분을 ‘김여옥 대변인’으로 수정하였으며, 위 기사를 전송받아 그대로 게재되는 방식에 의하여 네이버에 게재된 기사도 자동으로 수정된 것이다. 서울남부지방법원 2006.9.8 선고 2005가단18300 판결.

업체로서는 사이트에 게재되는 기사가 사실내용과 맞는지 여부를 확인하는 작업을 통하여 기사의 대상인물에게 명예훼손 등의 손해를 입히지 않도록 주의할 의무가 있다. 기사제공 업체와의 내부관계에서 기사작성과 전송 및 게재의 체계상 포털사이트 측이 기사의 진실성을 확인할 수 있는 방법의 여지가 없다고 하더라도 그와 같은 사유는 내부에서 책임의 분담을 정할 때 주장할 사유에 불과하고, 허위기사로 인하여 피해를 입은 자에 대하여 대항할 수 있는 사유가 된다고 볼 수는 없다.”라고 판시하였다.

본 판결은 기사 내지 정보의 전송체계상 포털사업자가 그 내용을 수정하거나 편집할 여지가 없더라도, 포털사이트에 게재된 보도로 인하여 손해를 입은 피해자들이 기사를 작성한 언론 외에 포털사업자에 대하여도 책임을 물을 수 있다는 것을 명확히 한 것이라고 할 것이다. 그러나 OSP로서 정보를 중개하는 입장에서 그 내용에 대해서까지 책임을 지우고 있는 본 판결은 지금까지 대법원을 비롯 하급심 법원에서 일관되게 유지해오고 있는 OSP의 책임을 인정하는 일반론에서 벗어난 결과로 판단된다.

3.3.3 검색결과에 대한 OSP 책임

지금의 OSP에 대한 책임강화는 정보통제의 결과로 이루어질 수 있다. 이러한 OSP 책임에 대한 강화는 최초의 OSP에 대한 입법취지를 물각할 수도 있다. 따라서 OSP에 대해서는 기

본적으로 당해 정보의 유통에 대해 면책을 부여하여야 할 것이다. 실제, OSP는 직접적으로 당해 정보의 내용과 그 유통에 대해서 직접적으로 관여하는 것이 아니기 때문이다. 그럼에도 불구하고 지금까지 법원의 일반적인 원칙인 주의의무 위반에 대한 책임이 아닌 OSP의 직접적인 책임을 묻는 것은 일용 수궁할 수 있는 결론이라고 보기에 어려움이 있다. 정보중개자에 대해서까지 그 책임을 인정하는 일련의 경향은 인터넷산업 자체를 저해할 수 있을 것이다. OSP의 적극적이고 자발적인 내용통제는 표현의 자유와 정보자유권을 침해할 수 있으며, 결과론적으로 정보에 대한 자유로운 유통과 이용에 악영향을 미치게 될 것이다. 이는 검색결과에 대해서까지 동일하게 미치게 되므로 검색자체의 중립성을 유지할 수 있을지는 의문이라고 하겠다. 왜냐하면, OSP에 대한 편집권을 인정하는 것은 OSP에 대한 규제만으로 끝나는 것은 아니기 때문이다. 더욱이 편집권을 인정하는 것은 편집권에 대한 행사에 대한 작위의무를 부여하는 것과 같기 때문에 OSP로서 포털사업자는 자신이 유통시키는 정보에 대해서 편집을 하거나 내용에 대한 진정성 판단 등 가치중립적인 서비스가 아닌 가치개입적인 행태를 할 수밖에 없기 때문이다. 결과적으로 그러한 편집권은 정보의 통제로 연결되며, 표현의 자유를 현저히 침해하는 결과를 인터넷을 통하여 전반적으로 일어날 것으로 예견된다. 따라서 지금과 같이 OSP에 대해 그 책임을 강화하는 일련의 법개정이나 판

례의 경향은 인터넷의 특성을 반영하는 것이라고 보기에는 어려움이 있다(우메다 모치오 2007, 31).

4. 검색사업자에 대한 규제론

4.1 최근의 규제 논의

앞서 살펴본 바와 같이 포털사업자에 대한 최근 판례와 논의의 경향은 OSP에 대해 법적 책임을 강화하자는 것으로 보인다. 포털사업자에 대한 법적 규제론은 문제에 대한 충분한 법적 검토를 통하여 이루어진 것이라기보다는 특정 이슈에 대한 책임론의 결과로 보여질 소지가 크다. 따라서 검색서비스에 대한 사회적 역할 등에 대해서 고민하지 않고, 나타나고 있는 현상에 대한 타결을 위한 것이라는 점에서 궁극적인 문제해결이라고 보기에는 어려움이 있는 것이다.

물론, 사회적으로 논란이 되는 이슈에 대한 궁극적인 해결방안은 법적 규제론이라고 할 수 있다. 그렇지만 사업자는 자율규제론에 대한 의지를 표명하지만, 반대 입장에서는 지금까지 자율규제론을 도입하지 아니한 것은 이에 대한 의지가 없는 것이 아니라는 반론을 통하여 법적 규제론을 이끄는 것이다. 물론, 양측의 입장이 모두 불합리한 것은 아니지만 쌍방이 타당한 것 또한 아니라고 할 것이다. 사업자의 입장에 대한 고려도 필요한 것이기 때

문이다. 따라서 어느 일방에 의한 규제론보다는 사업자의 사업내용과 그 방향에 대한 이해가 아울러 필요한 것이다. 그리고 사업자만을 규제하여 해결될 수 있는 것인지, 아니면 이용자에 대한 규제 또는 대안을 제시하는 것이 해결책이 되는 것인지 등에 대해서 고려 되어야 하는 것이다.

정치적인 경향에 따라 실제 기술과 현상에 대한 이해 없이 규제론만을 주장하는 것은 산업의 성장과 발전을 저해할 수밖에 없다. 따라서 규제의 시각은 다양성과 합리성 및 이를 법률적 규제론의 확대시킬 때에는 명확성의 원칙이 유지되어야 할 것이다. 인터넷과 같은 새로운 매체에 대한 규제는 기존의 규제론에 대한 접근과는 차이가 있기 때문이다. 최근 입법 발의된 검색서비스 사업자법(안)에 대해 살펴보기로 한다.

4.2 검색서비스 사업자법(안)에 대한 약간의 코멘트

4.2.1 입법취지

앞에서 검색서비스의 다양성에 대해 논의하였고, 다양성에 따른 문제점과 현행 법제하에서의 적용가능성에 대해서도 살펴보았다. 그렇지만, 인터넷산업에 대한 전체적인 이해 없이 언론을 통해 노출되는 이슈만을 중심으로 부각시킴으로써 포털사업자가 제공하는 다양한 서비스에 대한 평가가 이루어지지 못한 점이 있다. 그럼에도 불구하고, 포털사업자에

대한 규제지향적 입법을 진행하는 것은 문제라고 보여지나 이러한 논의과정에서 포털사업자의 입장에 대한 사회전반적인 검토가 진행될 수 있다는 점에서 그 의의를 가질 수 있다고 생각된다.

다만, 포털서비스에 대한 전반적인 현상의 이해 없이 진행되고 있는 지금의 논의는 두서없이 이루어지고 있는 느낌을 지울 수 없다. 그 대표적인 예가 ‘검색서비스 사업자법(안)’이라고 볼 수 있다. 동 법안의 제정을 위한 토론회의 발표문에서는 제안이유를 “인터넷을 통하여 정보를 연계시키는 검색서비스 사업자에 대한 체계적인 법제도가 마련되지 못하여 우월적 지위를 이용한 불공정계약행위, 명예훼손, 저작권침해, 음란·불법동영상의 유포 등의 다양한 침해사례가 검색서비스를 통하여 급증하는 등의 문제점이 나타나고 있어 검색서비스 사업자에 대한 법제도를 마련함으로써 체계적인 관리 및 규제를 가능하게 하여 공정하고 원활한 인터넷 정보환경을 조성하고 건전한 인터넷정보문화의 형성에 이바지함”을 들고 있다.²³⁾

즉, 동 법안의 내용은 인터넷상에서 이루어지고 있는 사회적인 현상이 검색서비스를 통하여 일어나고 있는 것처럼 입법취지를 설명함으로써 인터넷 자체를 불법적인 공간임을 전제하고 있으며, 이를 매개하는 포털사업자에 대해서도 온전하게 그 책임이 있음을 기정

사실화하고 있다는 점에서 시작부터 온전치 못한 취지를 담고 있는 것으로 보인다.

4.2.2 주요 내용

검색서비스 사업자법(안)은 검색사업자에 대해 내부편집에 의해서가 아니라 기계적 엔진을 이용한 ‘자동검색서비스’를 제공해야 하고, 제공되는 콘텐츠에 대해 명예훼손 등의 우려가 있을 때 원클릭으로 신고할 수 있는 ‘즉시 신고버튼’을 달아야 하며, 콘텐츠제공업체(CP)에 부당한 요구를 할 수 없으며, 기사편집위원회를 두는 등 언론으로서의 책임을 다해야 한다는 내용을 담고 있다. 또한 이 법안에 따르면 광고와 정보가 혼란을 줄 수 있기 때문에 광고라면 ‘광고’라고 표시해야 하며, 검색창에 광고를 삽입하는 행위도 할 수 없게 된다(아이뉴스 2007. 5.15).

구체적인 내용을 보면, 검색서비스 사업자 등록제, 불공정거래 금지를 위한 포털의 부당요구금지, 콘텐츠제공업체의 보호를 위한 자동검색서비스 제공의무, 명예훼손 등의 문제해결을 위한 즉시신고버튼 설치, 뉴스제공서비스 및 인기검색어서비스 조작방지 의무, 정확한 정보전달을 위한 광고표시 의무, 포털의 관리 감독을 위한 정보통신부장관의 감독권, 포털로 인한 피해 발생 시 시정을 위한 과태료 부과근거, 피해보상을 위한 손해입증 책임 규정 등을 포함하고 있다(세계

23) 검색서비스 사업자법 제정을 위한 토론회 발제문, 2007.5.15. 동 법안은 2007년 6월 발의된 바 있다. 전자신문 2007.6.21일자. 이와 별도로 최근에는 동 법안과 유사한 형태의 검색사업자법이 발의되었다.

일보 2007, 5.11).

특히, 검색서비스 사업자의 의무규정을 통하여 검색서비스 사업자는 인터넷을 통하여 형성된 사회 각층의 다양한 의견과 정보에 관하여 정확성과 신뢰성 있는 검색서비스를 균형 있게 제공하며 이용자의 알권리 및 표현의 자유가 보장될 수 있도록 노력의무를 부과하고 있다(검색사업자법(안) 제5조 제2항). 그렇지만, 이용자의 알권리와 표현의 자유를 보장토록 하고 있음에도 불구하고 검색서비스 사업자는 i)타인의 명예 또는 신용을 훼손하는 내용이나 표현이 담긴 콘텐츠 또는 서비스, ii)개인정보를 유출 또는 유포하거나 그러한 우려가 있는 콘텐츠 또는 서비스, iii)저작권을 침해하는 콘텐츠나 서비스, iv)불공정한 여론을 조성하거나 조성할 우려가 있는 내용이나 표현이 담긴 콘텐츠 또는 서비스, v)범죄행위와 관련이 있다고 판단되는 콘텐츠 또는 서비스, vi)공공질서 및 미풍양속에 위반되는 내용으로서 청소년에게 유해한 내용이나 표현이 담긴 콘텐츠 또는 서비스, vii)그 밖에 다른 법률이 정하고 있는 규정에 위배되는 내용이 담긴 콘텐츠 또는 서비스 등의 사항이 유포되지 않게 이를 관리·감독하여야 할 책임을 지도록 하고 있다(검색사업자법(안) 제5조 제3항).

4.2.3 코멘트

이상과 같이 입법취지와 내용으로 보건대

검색서비스 사업자법(안)은 법률이 가져야 할 비례성 및 명확성 원칙을 벗어난 것으로 판단된다. 그리고 기존의 법령으로 해결하지 못하는 부분에 대한 특별법의 형태라고 주장하고 있으나 포털서비스와 검색이 가지는 사회적 가치에 대한 평가가 이루어진 것으로 보이지 않으며, 내용에 있어서도 일관성을 가진 것이라고 보기 어렵다. 사업자에 대한 불공정 계약 행위 금지, 검색결과에 대한 명예훼손, 저작권 침해 등에 대한 책임문제 등을 별도 규정하고 있는 점은 이미 기존의 저작권법이나 정보통신망법을 통하여 해결 가능함에도 불구하고 별도의 입법을 통하여 해결하려는 내용 등이 그러하다. 서로 상충하는 내용이 동일 조문에 구성되어 있어 사업자는 물론 이용자에게도 혼란을 야기시킬 수 있음은 자명하다고 본다.

이처럼 몇 가지 사항에 대해서 이미 기존법으로 해결가능한 점을 지적하였지만, 입법자는 전체적인 관련 법령을 검토하여 적용 가능한 법률과의 저촉여부를 검토하여야 할 것이다. 따라서 검색에 대한 기술중립성과 내용에 대한 가치중립성 및 관련 법률의 상호관련성을 고려함이 부족한 것으로 보이는 검색서비스 사업자법(안)에 대한 평가를 내리기는 어렵다고 하겠다.²⁴⁾

24) 다만, 진수희 의원이 발의한 검색서비스 사업자법(안) 중, 제19조 내지 제21조에 규정된 과징금 부과에 대한 부분은 행정절차법 소정의 규정을 두고 있지 않아 법형식적 문제가 있음을 지적하기도 한다(이민영 2007, 23).

4.3 정책적 함의: 법적 규제론과 자율규제론의 균형

4.3.1 기술중립적 규제론

포털사업자 등 인터넷을 포함한 정보기술 산업에 대한 법적 접근은 신중할 필요가 있다. 가장 기본적인 방향은 기술중립성 원칙에 따른 접근이라고 할 것이다. 기술중립성 원칙(technology neutrality doctrine)이라 함은 특정 기술에 대하여 경쟁상의 혜택을 주지 않는 정책 또는 규제를 일컫는 것으로, 전자상거래 관련 정책에서 가장 빈번하게 제시되는 원칙 중 하나이다(금융감독원 2002, 27).

기술에 대한 법의 중립성 원칙이 확립되고 실제에서 해석하고 적용하는 원칙으로서 확립되어야 할 것이다. 왜냐하면 만약 법이 기술의 발전에 간여하게 된다면 기술자체는 중립성을 잃게 되어 법적 안정성을 담보하지 못하게 될 것이며, 순환적인 기술의 발전을 꾀할 수 없기 때문이다. 따라서 기술중립성 원칙은 다분히 선언적인 의미로서가 아니라 실제 법정정책적인 측면에서 인식되고 입법론적 측면에서 중요한 요소로써 작용하여야 할 것이다(김윤명b 2005, 25).

이처럼 기술중립성 원칙은 기술의 발전은 물론 법의 적용과 해석에 있어서도 중요한 원칙이라고 할 수 있다. 따라서 저작권법의 입법은 물론 당해 입법에 대한 해석과 적용에 있어서도 기술중립적 원칙은 중요하다고 할 것이다. 특히, 저작권법은 기술의 발전과 궤를 같

이 하기 때문에 기술적인 측면에서의 접근은 상당히 조심스러울 수밖에 없다(이상정 2002, 419).

더욱이 인터넷의 경우에는 다양한 매체가 관여될 수 있기 때문에 자칫 포괄적 규제 대상으로 하는 경우에는 정보의 자유권, 표현의 자유 등에 대한 법익의 심각한 침해가 이루어질 수 있을 것이다. 즉, 인터넷은 공중파 방송과 달리 “가장 참여적인 시장”, “표현촉진적인 매체”이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자 측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다(헌법재판소 2002, 6.27. 선고 99헌마480 결정). 따라서 인터넷과 같은 비교적 새로운 정보기술에 대한 접근은 자율규제가 우선되어야 할 것이라고 하겠다(황주성, 박선

영 외 2002, 115). 다만, 자율규제에 대한 사회적 인식과 실질적으로 인터넷을 이용하는 이용자 사이에는 괴리가 존재할 수 있기 때문에 그 내용의 적용과 기준의 수립에 있어서 참여할 수 있는 기회가 제공되어야 할 것이며, 다양한 의견을 제시받을 필요가 있을 것이다. 그러한 과정에서 법률적인 합의를 통하여 입법화하는 과정을 거치는 것이 새로운 기술에 대한 법적 가치의 중립성을 유지하는 것이라고 본다.

4.3.2 검색규제에 대한 정책적 함의

인터넷과 이를 이용한 검색서비스는 OSP로서 검색사업자가 제공하는 가치중립적 서비스라고 볼 수 있기 때문에 이에 대해 고도의 작위의무를 부여하는 것은 이미 지적인 바와 같이 포털의 영업을 제한하는 것은 물론 포털사이트에서 이루어지는 정보활동에 대한 자유 및 이로써 나타날 수 있는 표현의 자유를 심대히 제한할 수 있다고 본다. 포털사업자에게 지나치게 엄격한 책임을 부과할 경우 법적 판단에 앞서 포털사업자에 의한 사적 검열이 이루어질 수 있다(유대중 2007, 14).

이러한 이유 때문에 헌법재판소에서도 인터넷을 “가장 참여적인 시장”이나 “표현촉진적인 매체”로 보고(헌법재판소 2002, 6.27. 선고 99헌마480 결정), 인터넷의 특성을 인정하고 있으며 저작권법 등 OSP 규정을 통하여 그 역할을 인정하고 있는 것이다. 따라서 포털사업자가 제공하는 검색서비스는 가치중립적인

서비스의 영역으로 두어야 하며, 그 자체에서 이루어지는 문제를 규제를 통하여 해결하는 것은 인터넷이 지금까지 자생적 또는 자율적으로 발전해온 문화를 해치는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 이유 때문에 매체중립적인 인터넷에 대한 통제는 자율적 규제론이 우선하여야 하며, 이에 대한 보완적인 형태로서 기술적 규제를 통하여 이용자가 서비스 유형으로서 발생하는 문제를 해결할 수 있도록 유도하는 것이 정책당국의 역할이라고 본다.

5. 결론

국내에서 검색결과에 대한 법적 책임의 논란은 포털사이트에서 이루어진 것은 아니다. 음악서비스를 제공하는 P2P 서비스에 대한 책임 논의를 진행하면서 검색서비스가 방조행위인지 여부에 대한 논란을 통하여 검색에 대한 책임 논의가 대두되었다. 그러던 것이 이제는 검색에 대한 법적 책임 논의가 포털서비스로 확대되고 있는 것이다.

공공성을 가진 검색서비스를 제공하는 검색사업자의 본래의 역할에 보다 충실하기 위해서는 사회적 책임에 대한 부분을 간과할 수 없다. 이러한 측면에서 적극적인 역할이 부재했던 것이 지금 포털사업자가 비판적 평가를 받는 원인이 아닌가 생각된다. 검색이 가지는 사회성과 검색사업자의 사회적 책임에 더하여 검색결과가 가지는 중립성도 중요한 의미를

갖는다. 검색서비스에 대해 사회적 의혹을 제기하는 경우를 볼 때 이에 대한 논의 내지는 평가가 필요한 부분이 아닌가 생각된다.

검색은 특정 키워드에 대한 결과를 갖는 것이기 때문에 기술적인 알고리즘을 통해 이용자에게 보다 합리적이고 정확한 정보를 제공하는 것을 목적으로 하고, 그렇기 때문에 검색결과는 중립성을 갖는다고 하겠다. 검색결과의 중립성은 결국 검색사업자나 포털사업자의 중립성과도 같다고 볼 수 있다(Eric 2006, 188). 검색의 중립성은 기술의 중립성과 같이 볼 수 있을 것이다. 그 자체가 특정한 목적을 위하여 제공되는 것이 아닌 보편적으로 인터넷을 통하여 정보를 찾도록 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하기 때문에 내용에 있어서 문제가 되는 정보가 검색되더라도 검색서비스 자체는 공정한 형태의 사용이라고 볼 수 있으며, 목적 및 용도나 방법의 비관여성을 지니기 때문에 그 책임은 있다고 볼 수 없다. 다만, 이러한 책임제한의 전제조건은 검색결과에 대한 공정성, 공개성, 접근가능성, 자율성 등이 보장될 때에 합리성이 담보될 수 있을 것이다. 따라서 검색서비스에 대한 공공재로서 사회적인 역할의 인정과 공정이용에 대한 항변의 인용에 대한 판단의 확대가 필요하다(김윤명a 2005, 238). 왜냐하면, 포털사업자의 비즈니스 모델은 중립성을 가지기 어렵겠지만, 정보검색 그 자체는 중립성을 가질 수 있기 때문이다.

포털사업자가 제공하는 검색서비스에 대한 사회적 역할은 작지 않다고 생각된다. 따라서,

포털사업자가 해온 역할 자체를 부인하는 것은 지금의 정보환경에 대한 포털사업자의 역할과 앞으로 포털사업자가 수행해야 할 다양한 사회적 역할 자체를 부인하는 결과를 가져올 수 있기 때문에 정보검색 및 검색서비스를 제공하는 포털사업자에 대한 객관적 평가와 그에 따른 대우가 이루어질 필요가 있다. 포털사업자가 가지는 역할과 정보사회에 대한 진흥적 측면을 간과하게 된다면 우리가 인터넷을 통하여 얻을 수 있는 정보의 질은 낮아질 수밖에 없으며, 정보주권 자체가 외국의 헤게모니에 놓일 수 있기 때문이다. 따라서 정부는 자율규제를 통한 포털사업자의 사회적 책임에 대한 확대를 이끌어내야 할 것이다.

이상의 논의와 같이 새로운 정보환경에 대한 규제 논의는 자율규제론을 기본적으로 하여야 하며, 또한 기술규제론이 자율규제론을 보완할 수 있을 것이다. 다만, 양 규제론이 실효성을 담보할 수 없을 때 제한적으로 법적 규제론의 도입을 검토하여야 할 것이다. 그것이 기술의 발전에 따라 나타나는 사회적 현상을 포용할 수 있기 때문이다.

참고문헌

- 강 옹, 2004, 『인터넷 포털사이트의 핵심서비스 및 성공전략 연구』, 석사학위논문, 건국대학교 정보통신대학원.
- 권남훈 외, 2001, 『인터넷 포털 비즈니스의 진화 과정 및 경쟁구도』, [서울]: 정보통신정책

- 연구원, 연구보고 01-18.
- 권영준, 2007, “인터넷상 정보에 대한 접근 및 취득행위의 위법성”, 『과학기술의 발전과 사법의 대응』, 비교사법학회·서울대기술과법센터 세미나 자료집.
- 김병일, 2005, 인터넷 검색엔진의 진화와 법적 쟁점, 『정보법학』, 9(2).
- 김윤명, 2007, UCC의 법률 문제에 관한 소고, 『인터넷법률』, 38.
- 김윤명a, 2005, 포털서비스의 법률 문제에 관한 개략적 고찰, 『디지털재산법연구』, 4(1).
- 김윤명b, 2005, 『정보기술과 디지털법』, 서울: JinhanM&B.
- 문삼섭, 2004, 『상표법』, 서울: 세창출판사.
- 박소연, 이준호, 2007, 웹 검색 분야에서의 로그 분석 방법론의 활용도, 『한국문헌정보학회지』, 41(1).
- 송영식, 이상정, 황종환, 2005, 『지적소유권법(하)』, 서울: 육법사.
- 윤명선, 2002, 사이버스페이스와 표현의 자유, 『인터넷·언론·법』, 서울: 한국법제연구원.
- 유대중, 2006, 검색 광고의 법적 문제에 관한 소고, 『인터넷법률』, 34.
- 유대중, 2004, 지식정보 검색에 있어서 저작권법의 한계에 관한 소고, 『디지털재산법연구』, 3(2).
- 유대중, 2007, “뉴스기사 검색서비스의 저작권 법상 문제”, 『인터넷 포털서비스의 법적 제문제』, 2007년도 한국디지털재산법학회 학술세미나 자료집.
- 이대회, 2006, “웹 2.0 시대 UCC 저작권 문제의 핵심과 해결방안”, 2006년 대한민국 인터넷정책 진단과 전망 세미나 자료집.
- 이민영, 2007, 포털사이트운영자의 법적 책임에 관한 고찰, 『정보통신정책』, 19(12).
- 이병준, 2007, 인터넷통신판매증개자의 법적 책임, 『인터넷법률』, 38.
- 이상정, 2002, 인터넷환경에서의 지적소유권법제의 체계와 과제, 『인터넷법연구』, 3.
- 이재상, 2001, 『형법각론』, 제4판, 서울: 박영사.
- 이해완, 2002, Browsing, Caching, Linking & Framming, 『인터넷과 법률』, 서울: 법문사.
- 정재광, 전정환, 이인호, 임지봉, 황성기, 2002, 『사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구』, 서울: 헌법재판소.
- 조정욱, 2007, “동영상 서비스와 UCC에 대한 저작권법상 쟁점”, 기술과법센터 제2회 워크샵자료.
- 존 바텔 지음, 2005, 『구글스토리』, 이진원, 신윤조 옮김, 서울: 랜덤하우스중앙.
- 최민재, 2006, 『포털 뉴스의 의제설정』, [서울]: 한국언론재단, 연구서 2006-05.
- 하동근, 2007, “방송분야 불법 복제물 침해 사례 발표”, UCC 가이드라인 컨퍼런스 토론자료집.
- 한봉조, 2007, “UCC 저작권 쟁점 사안”, UCC 가이드라인 컨퍼런스 토론자료집.
- 황주성, 박선영 외, 2002, 『건강한 정보이용환경

- 조성을 위한 법·제도 연구], [서울]: 정보통신정책연구원, 정책연구 02-15.
- 우메다 모치오 지음, 2007, 『웹진화론』, 이우광 옮김, 서울: 재인.
- Craig W, Walker, 2004, "Application of the DMCA safe harbor provisions to search engines," 9 Va. J. L. & Tech, 2(Winter).
- Daniel Ovanezian, 1998, "Internet search engine copying: fair use defense to copyright infringement", 14 Santa Clara Computer & High Tech, L.J, 267(February).
- Eric Goldman, 2006, "Search engine bias and the demise of search engine utopianism," 8 Yale J. L. & Tech, 188.