

## 인터넷서비스이용계약의 법적 문제

鄭 震 明\*

### <목 차>

- I. 들어가는 말
- II. 인터넷서비스이용계약의 법적 기초
- III. 인터넷서비스이용계약의 규율근거
- IV. 인터넷서비스제공자의 책임
- V. 맺는 말

### I. 들어가는 말

컴퓨터기술의 급속한 발전과 이를 연계한 정보통신망의 구축은 기존의 교환거래에 대하여 커다란 변화를 야기하고 있다. 즉 정보통신망을 기반으로 하는 새로운 통신유형인 인터넷은 단순한 정보전달의 수단을 넘어 신종상품과 서비스를 창출하고 있다. 예컨대, 인터넷은 문서, 그림, 음성, 동영상 등 다양한 자료들의 사용을 가능하게 할뿐만 아니라 수집된 자료들을 가공하여 새로운 재화를 만들어냄으로써 “정보혁명”을 이끌고 있다.<sup>1)</sup> 특히 인터넷을 이용한 서비스제공은 시간적·공간적 제약

\* 부산외국어대학교, 법학부 조교수, 법학박사

1) 拙稿, “인터넷의 구조와 법적 규제 가능성”, 「比較法學」(부산외대), 제9집

## 2 比較法學 (第 12 輯)

을 극복함으로써 기존의 중심적 급부로서 자리매김 되던 재화라는 현존 법익의 증대에 기여할 뿐만 아니라 그 자체가 하나의 욕구의 대상으로 되고 있다.<sup>2)</sup>

인터넷을 이용한 서비스제공에 있어서는 인터넷 콘텐츠의 개발과 인터넷의 기반이 되는 정보통신망의 안정성이 주요과제로 대두된다. 여기서 인터넷 콘텐츠는 인터넷상 공급 또는 유통되는 정보 또는 디지털화된 내용물을 말하는 것으로 그 복제 또는 개작이 쉽다는 특성 때문에 현재 이에 대한 저작권법상의 보호여부 및 보호방안이 주로 논의되고 있다.<sup>3)</sup> 이에 대하여 인터넷의 기반이 되는 정보통신망은 과학·기술적 또는 인간적 요소에 의하여 정보제공의 중단, 정보의 유출 등 위험을 내포하고 있기 때문에 그 안정성이 문제로 된다. 그런데 정보통신망에 내재된 이러한 위험은 정보통신망의 설치와 그 이용에 기인하므로 기술적인 보장과 함께 이러한 위험을 이용하는 자에 대한 법적 규율이 필요하다. 왜냐하면 이러한 위험들은 당사자에게 손해를 야기할 뿐만 아니라 정보통신망에 대한 신뢰성을 감소시켜 정보화사회의 걸림돌로 작용하기 때문이다. 그러므로 인터넷서비스제공의 장애 또는 불안정성으로 인한 손실을 파악하고, 이에 대한 책임의 법적 소재를 가리는 방안들이 법률적으로 검토되어야 한다.<sup>4)</sup>

인터넷서비스이용계약의 법적 문제를 검토하기 위해서는 인터넷서비스의 생산·수집단계에서부터 그 유통·소비단계에 이르기까지 각 단계별 당사자들의 이해관계를 검토하고 분석하여야 한다. 그러나 모든

---

(1998. 2), 26면.

2) Flechsig, "Haftung von Online-Dienstbietern im Internet", AfP 4/1996, 334.

3) 이러한 논의에 대하여는 특히 丁相朝, "인터넷 콘텐츠의 보호", 「인터넷 법률」(법무부), 제2호(2000. 9), 5/6면.

4) 이에 대하여는 吳炳喆, 電子去來法, 法元社, 2000, 335면 이하; 丁海相, "情報通信網事故와 民事責任", 「法學論文集」(중앙대), 제21집(1996), 217면 이하; 최경수, "온라인 사업자의 책임", 「정보법학」, 제3호(1999. 12), 291면 이하.

단계별 이해관계를 분석하기에는 한계가 있으므로 이 글에서는 인터넷 서비스를 제공하는 서비스제공자의 정보통신망 관련 법적 책임에 한정해서 고찰해 보고자 한다. 그리고 서비스제공자의 정보통신망 관련 책임도 다양한 측면에서 검토가 가능하지만 이 글에서는 서비스제공자가 이용자에게 부담하는 의무와 그러한 의무의 침해유형에 따라 서비스제공자의 책임을 고찰해 보기로 한다.

## II. 인터넷서비스이용계약의 법적 기초

인터넷서비스를 둘러싼 법적 문제는 이용자가 서비스제공자와 체결한 인터넷서비스이용계약에 의하여 결정되며, 그에 대한 법적 규율은 전기통신기본법상의 “전기통신역무”라는 급부의 확정과 그 한계에서 시작된다. 그러므로 다음에서는 인터넷서비스이용계약의 법적 문제를 해결하기 위한 전제로서 먼저 그에 대한 법적 기초를 살펴보기로 한다.

### 1. 의의

인터넷서비스이용계약(Internet-Servicevertrag) 또는 온라인서비스계약(Online-Servicevertrag)은 서비스제공자가 이용자에게 정보통신망을 통하여 일반 공중 또는 일정한 인적 영역에 제공되는 온라인정보를 검색할 수 있는 권리를 일정 기간 허여하는 계약을 말한다.<sup>5)</sup> 이는 서비스제공자가 이용자에게 정보통신망을 통하여 정보의 이용가능성만 제공하기 때문에 온라인정보를 직접 제공·사용하게 하는 인터넷정보제공계약<sup>6)</sup>과 구분되며, 또한 급부가 정보통신망 내에서 완전히 이루어질 수

5) Mehrings, “Vertragsrechtliche Aspekte der Nutzung von Online-und CD-ROM-Datenbanken”, NJW 1993, 3104.

6) 이에 대하여는 拙稿, “인터넷정보제공계약의 법적 문제”, 『比較法學』(부산의

있기 때문에 급부가 정보통신망 밖에서 별도로 이루어지는 인터넷통신 계약<sup>7)</sup>과 구분된다. 그리고 인터넷서비스이용계약은 이용자가 전자적 방식으로 정보가 저장된 정보매체, 예컨대 자기테이프, 디스켓, CD를 직접 이전하는<sup>8)</sup> 開封契約<sup>9)</sup>과 구분된다.<sup>10)</sup> 즉 인터넷서비스이용계약은 계약의 실행으로 온라인정보의 검색이라는 사실행위가 요구되는 데 반하여 개봉계약은 정보매체의 처분권이 이전되는 점에서 양자는 구분된다.

## 2. 급부의 내용

인터넷서비스이용계약상의 주된 급부는 이용자가 온라인정보를 검색할 수 있는 정보통신망 이용권이다. 즉 서비스제공자의 의무는 이용자에 대한 서비스의 도달보장 및 내용의 유지를 그 내용으로 한다. 여기서 급부와 관련하여 서비스제공자가 이용자에게 통신망 “이용권”을 제한하거나 양도할 수 있는지가 문제된다. 왜냐하면 서비스제공자는 이용자에게 서비스의 이용가능성만 제공하며, 그 이용은 전적으로 이용자의 판단에 맡겨져 있기 때문이다.<sup>11)</sup> 그러므로 서비스제공자는 정보를 담고 있는 개별적인 문서가 관리 가능한 권리로 존재하는 경우에만 이를 제한하거나 양도할 수 있으며, 만일 이것이 가능하지 않다면 서비스제공자는 이용자에게 이용권을 제한하거나 양도할 수 없다. 또한 개별적인 정보가 저작권의 보호를 받는 경우에도 이러한 법적 지위는 전혀 다르지 않다. 그리고 서비스제공자의 이용자에 대한 이용권 제한은 배타적

---

대), 제10집 (1999. 12), 181면.

7) 이에 대하여는 拙稿, “인터넷을 통한 거래의 계약법적 문제”, 『比較私法』, 제 6권 1호 (1999. 6), 291면 이하.

8) 개봉계약에서는 대부분 컴퓨터의 이용에 필요한 운용소프트웨어가 별도의 디스켓에 저장되어 함께 이전된다.

9) 이를 미국에서는 “Shrinkwrap계약”이라고 하고, 독일에서는 “Schutzhüllenvertrag”이라고 하며, 일본에서는 “開封契約”이라고 한다.

10) Mehrings, NJW 1993, 3104.

11) Ertl, “Zivilrechtliche Haftung im Internet”, CR 3/1998, 180.

이지 않은 이용권 방식으로 성립될 수 있으며,<sup>12)</sup> 이는 인터넷서비스이용계약의 내용인 급부의 실행과도 저촉되지 않는다.<sup>13)</sup> 그러나 구체적인 가치관계에 있어서 이용자의 정보의 내용적 이용은 “정보의 공익적 자유”의 원칙에 따라 사전적인 법적 제한 없이도 허용될 수 있다.<sup>14)</sup> 이는 이용자가 저작권으로 보호되는 저작물의 이용권에 한정되지 않고 저작물에 내포된 정보를 내용적으로 이용할 수 있는 것과 같다.

### 3. 법적 성질

인터넷서비스이용계약은 서비스의 제공방법에 따라 매매, 임대차, 고용계약, 도급계약 등 여러 가지 요소를 가지고 있다. 그러나 서비스제공자와 이용자 사이의 법적 성질은 법률의 규정 이전에는 정보통신망 이용이라는 문제를 인식하지 못하였기 때문에 그 결정이 쉽지 않다.<sup>15)</sup> 즉 인터넷서비스이용계약은 서비스제공자가 이용자에게 정보통신망을 이용할 수 있는 소프트웨어를 제공하기 때문에 매매의 성질을 가진다. 그러나 이를 매매로 보는 경우 채무자인 서비스제공자가 채권자인 이용자에게 어떠한 물건도 이전하지 않을 뿐만 아니라 이용자가 네트워크에서 무형적 정보를 탐색하는 것을 매매의 규정으로 규율할 수 없기 때문에 부적합하다. 또한 인터넷서비스이용계약은 서비스제공자가 이용자에게 온라인정보를 검색할 수 있는 정보통신망 이용권을 허여하는 것을 내용으로 하므로 임대차로 볼 수 있다. 그러나 이를 임대차로 보는 경우 이용자는 자신의 사용·수익을 위하여 서비스제공자의 정보통신망에 대한 어떠한 물리적 지배도 행사할 수 없으므로 적합하지 않다. 그리고

12) 예컨대 온라인상의 내용물에 대한 등급제와 암호화에 의하여 이용권을 차별적으로 제한할 수 있다.

13) Mehrings, NJW 1993, 3104.

14) 이에 대한 독일의 판례로는 BGHZ 73, 288 (292) (Flughafenplänefall); BGHZ 94, 276 (285) (Inkasso-Programmfall).

15) Sieber, “Haftung für Online-Datenbanken”, CR 9/1992, 523.

인터넷서비스이용계약을 고용계약으로 보는 경우<sup>16)</sup> 이용자의 네트워크 이용은 서비스제공자와 고용관계라는 “인적 결합”을 흠결하므로 적합하지 않다. 나아가 이를 도급계약으로 보는 경우 서비스제공자가 아닌 이용자가 스스로 정보를 탐색할 뿐이며, 서비스제공자는 이용자에게 개인적 행위에 의하여 일을 처리하는 것이 아니므로 적합하지 않다. 그 외에도 여러 가지 계약의 요소가 내포된 특별계약(sui generis)으로 보는 견해<sup>17)</sup>가 있으나 법적 성질 결정에 있어서는 다른 견해와 동일한 법적 어려움이 있다.

생각건대 인터넷서비스이용계약은 서비스제공자가 이용자에게 일정 기간 동안 정보의 검색과 이용에 적합한 상태를 제공할 의무를 부담하므로 임대차의 요소를 가지고 있다. 또한 정보통신망 이용에 한정하지 않고 계약상 합의된 온라인정보의 검색에 필요한 운용소프트웨어를 양도하는 경우에는 매매의 요소도 가진다. 이는 유체물의 점유이전과 같이 이용자에게 주문된 정보에 대한 사실적 이용가능성을 부여하는 것으로 충분하다. 그러므로 인터넷서비스이용계약은 임대차와 매매가 혼합된 유형조합계약(Typenkombinationsvertrag)<sup>18)</sup>이라고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

### III. 인터넷서비스이용계약의 규율근거

인터넷서비스 이용에 있어서 서비스제공자에 대한 민사책임은 일괄하여 설명하기 쉽지 않다. 왜냐하면 인터넷서비스의 하자는 서비스의

16) Tellis, “Haftet Juris für fehlerhafte Online-Informationen?”, CR 5/1990, 291.

17) Hackemann, in: Schulz (Hrsg.), Die Zukunft der Informationssystem, 1986, S. 736; Hilty, Information Highway, 1996, S. 438ff.

18) 유형조합계약의 내용과 법적 해석에 대하여는 拙稿, “混合契約의 解釋”, 『民事法學』, 제16호 (1999), 441면 이하.

19) Mehrings, NJW 1993, 3105; Sieber, CR 9/1992, 523.

형태가 다양하므로 이를 일률적으로 규제하기가 쉽지 않고, 또한 이와 관련된 주체도 복잡하게 얽혀있어 그에 대한 책임귀속을 분명히 밝히기가 어렵기 때문이다. 그러나 인터넷서비스의 당사자는 기본적으로 서비스제공자와 이용자로 구성되며, 이들은 모두 기간통신사업자에 의하여 구축된 전기통신망을 이용하는 인터넷서비스이용계약에 의하여 서로 관련을 갖는다. 그러므로 이하에서는 서비스제공자에 대한 책임을 규명하기 위하여 인터넷서비스이용계약상의 당사자의 권리와 의무에 대하여 살펴보기로 한다.

## 1. 책임의 주체

### 1) 인터넷서비스제공자

인터넷서비스제공자<sup>20)</sup>는 전기통신사업법 제2조 제1항 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다(정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제2조 제1항 제3호). 여기서 “전기통신사업자”란 전기통신사업법에 의하여 허가를 받거나 등록 또는 신고를 하고 전기통신역무를 제공하는 자를 말하며(전기통신사업법 제2조 제1항 제1호), “전기통신역무”는 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말한다(전기통신기본법 제2조 제7호). 그런데 전기통신기본법과 전기통신사업법은 폐쇄적인 개인간의 통신을 전제로 하고 있으므로 개방적인 통신망인 PC통신사업자와 인터넷서비스제공자를 전기통신사업자로 볼 수 있는지가 문제된다. 판례는 PC통신사업자를 전기통신사업법상의 전기통신사업자로 보고 있으며,<sup>21)</sup> 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에

20) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률은 인터넷서비스제공자와 PC통신사업자를 포함하여 “정보통신서비스제공자”라고 정의하고 있다.

21) 大判 1998. 2. 18, 97다37210.

관한 법률(이하에서는 “정보통신망법”이라고 부른다)은 정보통신서비스 제공자를 전기통신사업자로 보고 있으므로 인터넷서비스제공자도 전기통신사업자로서의 법적 지위를 가진다고 할 것이다.

인터넷서비스제공자는 이용자와 자신의 주컴퓨터와 통신망을 이용하여 온라인정보의 검색을 가능토록 하는 인터넷서비스이용계약을 체결한다. 특히 인터넷서비스제공자가 구축한 인터넷서비스는 기간통신사업자가 구축한 통신망에 다자간 통신 및 정보제공서비스를 가능하게 함으로써 정보통신망의 완성을 가져온다. 인터넷서비스제공자는 이를 통하여 정보제공자와 이용자 사이에서 정보를 중계하는 역할을 한다. 그러나 경우에 따라서는 인터넷서비스제공자가 스스로 정보를 수집하여 이를 직접 이용자에게 제공하기도 하고, 자신의 주컴퓨터의 일정영역을 임대하여 정보의 유통을 매개하기도 한다. 특히 매개된 정보의 내용에 대한 책임에 있어서 서비스제공자는 정보제공자와 결정적으로 구분된다. 즉 서비스제공자는 매개된 정보의 내용에 대하여 통제권이 없으므로 정보통신망에서 발생한 타인에 대한 불법행위에 대하여 책임을 부담하지 않는다.<sup>22)</sup>

## 2) 이용자

이용자라 함은 전기통신역무를 제공받기 위하여 통신사업자와 전기통신역무의 이용에 관한 계약을 체결한 자이다(전기통신사업법 제2조 제1항 제2호). 이는 정보제공자로부터 정보를 직접 수령하거나 하이퍼링크를 통한 지시에 의하여 정보를 취득하거나 또는 자신의 이익을 위하여 서비스제공자의 주컴퓨터를 이용하는 자이다. 특히 인터넷에서는 일반적으로 서비스제공자와 그 이용자 사이의 구분이 확연하지 않다. 즉 인터넷상 제3자를 자유로이 선택할 수 있거나 또는 서비스의 도달에

22) Ertl, CR 3/1998, 180; Koch, “Rechtsfragen der Nutzung elektronischer Kommunikationsdienste” BB 1996, 2050; Spindler, “Deliktsrechtliche Haftung im Internet -nationale und internationale Rechtsprobleme-”, ZUM 7/1996, 533.



장애가 없는 경우 각자는 수동적인 이용자에서 능동적인 서비스제공자로 될 수 있다.<sup>23)</sup> 예컨대, 이용자가 기간통신사업자와 인터넷서비스이용계약을 체결하여 전기통신역무 이용자로서의 법적 지위를 가지면서, 다른 한편으로 다른 이용자와 서비스이용계약을 체결하였다면 이러한 이용자는 수동적인 이용자로서의 지위뿐만 아니라 능동적인 서비스제공자로서의 법적 지위도 함께 가지게 된다.

## 2. 책임의 근거

### 1) 인터넷서비스제공의무

인터넷상 “전기통신역무”는 전기통신설비를 이용하여 타인의 통신을 매개하거나 전기통신설비를 타인의 통신용으로 제공하는 것을 말하는데(전기통신기본법 제2조 제7호), 여기서 “전기통신”은 유선, 무선, 광선, 기타의 전자적 방식에 의하여 부호, 문헌, 음향 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것을 말한다(같은 법 제2조 제1호). 그러므로 인터넷에서 널리 사용되고 있는 홈뱅킹(Home-banking)과 같은 정보의 처리, 정보은행(Data-bank)의 이용과 같은 정보의 이용, 사이버도박(Cyber-gambling)과 같은 네트워크의 이용, 홈쇼핑(Home-shopping)과 같은 전자적 수단을 통한 거래 등이 전기통신역무에 속한다. 이러한 전기통신역무는 주문서비스나 접근서비스에 의하여 개별적 사용에 공여된다는 점에서 수신자 범위의 일반성이라는 특성을 갖는 방송과 구분된다.<sup>24)</sup>

인터넷서비스는 접근서비스의 일종으로서 당사자간의 약정으로 그 범위가 정하여지는 것이 일반적이다. 현재 제공되고 있는 보편적인 인터넷서비스<sup>25)</sup>로는 기본정보제공서비스, 전자우편서비스, 인터넷접속서

23) Koch, “Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Kommunikationsnetzen”, CR 4/1997, 194.

24) 독일에서는 통신기술의 발달에 따라 새로이 생겨난 주문(Abruf)이나 접근(Zugriff)에 의한 문자서비스, 음향서비스, 동화상서비스도 기본권으로 보장되고 있는 방송에 속한다고 한다(BVerfGE 73, 118 (154)).

비스, 부가정보서비스, 데이터베이스제공서비스, 전자게시판제공 등이  
다. 인터넷서비스제공자는 이와 같은 보편적인 역무의 제공에 기여하여  
야 하며(전기통신사업법 제3조의 2 제1항), 또한 정당한 이유 없이 전기  
통신역무의 제공을 거부하여서는 아니 되며, 그 업무처리에 있어서 공  
평·신속·정확을 기할 의무가 있다(같은 법 제3조 제1항 및 제2항).

### 2) 인터넷설비제공서비스

인터넷서비스제공자는 자신이 제공하는 전기통신역무의 안정적인 공  
급을 위하여 자신의 전기통신설비를 정보통신부령이 정하는 기술수준  
에 적합하도록 유지·보수할 의무를 부담한다(전기통신기본법 제16조).  
따라서 인터넷서비스제공자는 인터넷서비스와 관련된 제반설비를 일정  
한 기술수준에 맞게 설치·운영하여야 하며, 그러한 설비를 지속적이고  
안정적인 서비스 제공에 적합하도록 유지하여야 한다. 그리고 전기통신  
설비에 장애가 발생하거나 파손된 경우 즉시 그 설비를 수리하거나 복  
구할 의무를 부담한다. 그 이외에도 인터넷서비스제공자는 서비스제공  
에 사용되는 정보통신망의 안정성 및 정보의 신뢰성을 확보하기 위한  
보호조치를 강구하여야 한다(정보통신망법 제45조 제1항).

### 3) 개인정보의 보호의무

인터넷서비스제공자는 이용자의 개인정보를 수집하는 때에는 서비스  
제공에 필요한 최소한의 정보를 수집하여야 하고(정보통신망법 제23조  
제2항), 이 때에도 이용자의 동의를 받아야 한다(같은 법 제22조 제1항).  
또한 인터넷서비스제공자는 수집된 이용자의 개인정보를 취급함에 있  
어서 개인정보가 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되지 아니하도록  
안정성 확보에 필요한 기술적 조치 등을 강구하여야 할 의무를 부담한  
다(같은 법 제28조).

---

25) 전기통신사업법 제2조 제1항 제3호는 전기통신사업자가 이용자에게 제공하  
는 “보편적 역무”를 모든 이용자가 언제 어디서나 적정한 요금으로 제공받  
을 수 있는 기본적인 전기통신역무를 말한다고 규정하고 있다.

#### IV. 인터넷서비스제공자의 책임

인터넷서비스제공자의 법적 책임은 통신망의 구조에 따라 매우 다양하며, 그 효과로는 부작위청구권, 철회권 그리고 손해배상청구권 등이 고려된다.<sup>26)</sup> 여기서 인터넷서비스 이용자는 통상 서비스제공자와 인터넷서비스이용계약을 체결하므로 그 법적 책임은 우선적으로 계약책임으로 접근할 수 있다. 다만 정보통신망의 하자에 대한 법적 책임을 모두 계약책임으로 해결하기에는 한계가 있으므로 불법행위책임도 고찰의 대상이 된다. 그러므로 다음에서는 서비스제공자의 법적 의무를 중심으로 그 책임을 검토해 보기로 한다.

##### 1. 계약책임

###### 1) 계약책임의 성립

###### (1) 원칙

인터넷서비스제공자의 계약상 책임은 서비스제공자가 이용자와 합의한 급부의무에 따라 정해진다. 즉 인터넷서비스제공자는 이용자와 인터넷서비스이용계약을 체결하며, 이를 통하여 서비스제공자는 이용자에게 인터넷서비스 제공, 정보내용의 기술적 안정성 보장, 접근 가능한 정보에 대한 통제 등에 대한 의무를 진다.<sup>27)</sup> 특히 서비스제공자의 인터넷서비스 제공의무는 그것이 계약내용으로 되는 한도에 있어서는 계약상 주된 의무가 된다.<sup>28)</sup> 그러므로 서비스제공자는 이용자에게 서비스제공에 필요한 일정 용량의 통신망을 유지하여야 하고, 계약기간 동안 이용자에게 통신망에의 접속을 허용하여야 하며, 통신망의 안정성 확보에 필요한 기술적 조치를 강구하여야 한다. 여기서 서비스제공자에게 요구되

26) Ernst, "Internet und Recht", JuS 1997, 780; Flechsig, AfP 4/1996, 344.

27) Koch, CR 4/1997, 195.

28) 같은 취지: Koch, BB 1996, 2051.

는 주의의무(Sorgfaltspflicht)는 기본적으로 서비스제공에 사용되는 기술적 수단에 의존하지만<sup>29)</sup> 이는 서비스제공자의 주된 급부의무를 형성하므로 서비스제공자가 이러한 의무를 고의 또는 과실로 이행하지 못하면 서비스제공자는 이용자에게 채무불이행책임을 진다.<sup>30)</sup>

서비스제공자는 이용자에게 인터넷서비스를 제공하여야 한다. 여기서 인터넷서비스는 단순히 서비스를 제공하는 데 그치지 않고 이용자가 정보통신망을 사용하는데 불편이 없는 통신상태를 유지함을 의미한다. 그러므로 서비스제공자의 고의 또는 과실로 인하여 서비스가 정상적으로 제공되지 못하는 경우, 예컨대 정보통신망의 불안정으로 인하여 다른 서버에의 접속이 어렵거나 또는 급부의 이행에 장애가 발생하는 경우에는 서비스제공자가 그에 대한 책임을 부담한다. 다만 서비스제공자가 서비스를 무상으로 불특정 다수인에게 제공하는 경우 서비스제공자의 법적 책임이 문제로 된다. 이러한 경우에 서비스제공자와 이용자와의 관계를 호의관계로 보아 서비스제공자는 법적 책임이 없다는 견해가 있다.<sup>31)</sup> 그러나 인터넷서비스를 무상으로 제공하는 경우에도 대부분 양자는 인터넷서비스이용계약을 체결하므로 호의관계로 보기는 어렵다고 할 것이다. 그러므로 서비스제공자의 법적 책임은 당사자의 계약내용에 의하여 정하여질 것이지만 이에 대하여 당사자 사이에 약점이 없는 경우 전기통신사업법에 규정된 무과실책임 규정을 유추적용하여야 할 것이다.

서비스제공자는 이용자에게 자신이 제공하는 서비스의 안정적 공급을 위하여 정보통신망을 적절하게 유지·관리하여야 한다. 그러므로 권원 없는 자에 의한 서비스제공자의 컴퓨터시스템에의 접근 차단, 이용자를 위협에 빠뜨리는 해커 등 제3자의 침해에 대한 보장 등도 서비스제공자의 이행청구권을 근거지우는 계약상의 주된 의무로 된다.<sup>32)</sup> 이러

29) Sieber, CR 9/1992, 523.

30) Ertl, CR 3/1998, 181; Koch, CR 4/1997, 195.

31) 吳炳喆, 電子去來法, 342면.

한 보장의무(Absicherungspflicht)는, 예컨대 설치프로그램의 내려 받기를 목적으로 하는 온라인서비스의 경우에는 계약체결 이전에도 존재하며, 서비스제공자의 주컴퓨터에 저장된 이용자의 자료가 소실된 경우에는 계약종료 이후에도 인정된다. 그리고 이러한 보장의무는 무상의 서비스제공에 있어서도 또한 같다. 그러므로 이러한 의무가 서비스제공자의 고의 또는 과실로 침해된 경우 서비스제공자는 이용자에게 채무불이행책임을 진다.

서비스제공자의 급부의무는 경우에 따라서는 인터넷상의 일정한 정보원 내지 정보목록의 배열과 표시화, 이러한 정보의 장애 없는 전송, 그리고 일정기간 동안 효력을 가지는 통제소프트웨어의 양도를 내용으로 한다. 그러나 서비스제공자가 이용자와 정보의 자유로운 도달에 합의한 경우 서비스제공자는 원칙적으로 성년자에 대하여는 임의로 정보내용에 대하여 통제할 수 없으며, 또한 접근차단도 할 수 없다. 나아가 서비스제공자가 이용자에 대하여 요금정산 이외의 목적으로 정보원에 대한 접근을 차단하거나 기술적인 장애원인이 서비스제공자의 시스템에서 발견되는 경우에는 서비스제공자는 이용자의 정보를 통제하거나 또는 이용자의 정보를 프로토콜화 할 수 없다.<sup>33)</sup> 인터넷상 정보에 대한 통제는 이용자의 정보에 대한 자기결정권 범위에 속하므로 별도의 동의가 없는 한 서비스제공자는 이를 통제하여서는 안 된다. 만일 서비스제공자가 이를 위반하는 경우에는 이용자에게 채무불이행책임을 진다. 다만 서비스제공자가 보증한 정보의 제공 또는 통제가능성에 있어서, 예컨대 시간적 제약이 없는 브라우저 소프트웨어를 양도하거나 또는 프록시코칭(Proxy Coching)과 같은 검열프로그램을 일정한 웹사이트에서 작동시키는 것을 보증한 경우 이러한 조치의 흠결은 채무불이행책임이 아니라 서비스제공자의 담보책임이 된다고 할 것이다.<sup>34)</sup>

32) 이러한 의무를 중된 급부의무로 보는 견해도 있다(Koch, BB 1996, 2057; ders, CR 4/1997, 196).

33) Koch, CR 4/1997, 196.

## (2) 예외

인터넷서비스제공자가 이용자에게 부담하는 채무의 내용은 계약서나 약관의 규정에 따라 정해진다. 이에 따라 서비스제공자는 일정한 경우 서비스제공의 일부 또는 전부를 제한하거나 중지할 수 있는 규정을 두어 자신의 불이행책임을 회피하고 있다. 첫째, 서비스 설비의 보수, 정기점검 또는 공사로 인한 부득이한 경우이다. 서비스제공자는 인터넷서비스와 관련된 제반설비를 일정한 수준에 맞게 설치·운영하여야 하며(전기통신기본법 제16조), 설비에 장애가 발생하거나 파손된 경우 즉시 그 설비를 수리하거나 복구할 의무를 부담한다. 이는 서비스제공자의 의무이행에 필요한 행위이므로 서비스제공자는 이에 대한 책임을 지지 않는다. 즉 이용자는 인터넷서비스제공자에게 인터넷상 기술적 안정성과 일정한 범위 내에서 서비스통제에 대한 수인의무를 부담한다.<sup>34)</sup> 그러나 이러한 경우에도 서비스제공자는 이용자에게 서비스제공의 일시 중지에 대하여 고지를 하여야 하며, 이러한 고지의무를 위반하여 이용자에게 손해를 발생시키면 그 손해를 배상할 책임을 진다.<sup>35)</sup> 둘째, 전기통신사업법에 규정된 기간통신사업자가 전기통신서비스를 중지하였을 경우이다. 전기통신사업법은 기간통신사업자는 자신이 경영하고 있는 기간통신사업의 전부 또는 일부를 정보통신부장관의 승인을 얻어 휴지 또는 폐지할 수 있으며(같은 법 제14조 제1항), 별정통신사업자 또는 부가통신사업자도 그 사업의 전부 또는 일부를 휴지 또는 폐지에정일 30일 전까지 그 내용을 당해 역무의 이용자에게 통보하고 정보통신부장관에게 신고하여 휴지 또는 폐지할 수 있다고 규정하고 있다(같은 법 제27조 제1항). 이는 법률이 허용하고 있는 사항이므로 서비스제공자는 이에 대한 책임을 지지 않는다. 셋째, 전시·사변·천재지변 기타 이에 준하는 국가비상사태가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우이다. 이는

34) 같은 취지: Koch, CR 4/1997, 195.

35) Koch, CR 4/1996, 196.

36) Ertl, CR 3/1998, 181.

법률이 예외를 정하고 있는 사항이므로 책임이 성립하지 않는다(전기통신기본법 제22조, 전기통신사업법 제55조 참조). 넷째, 서비스제공 설비의 장애 또는 서비스 이용의 폭주 등으로 인하여 이용자가 서비스를 정상적으로 이용할 수 없는 경우이다. 이는 서비스제공자에게 이러한 장애에 대한 고의 또는 과실이 있는지의 여부에 따라 책임여부가 달라진다. 즉 서비스제공자가 서비스제공 설비의 기계적 장애 또는 서비스 이용의 폭주를 예견할 수 있었음에도 불구하고 이를 예견하지 못한 경우 주의의무 위반이 되므로 서비스 장애에 대한 책임을 부담하여야 한다. 그러나 개발도상의 위험과 같은 서비스제공 설비의 과학기술적 오류 또는 전자우편폭탄과 같은 이용자의 비정상적 이용에 의한 서비스 중단은 우연한 사고 또는 이용자의 고의·과실에 해당되어 서비스제공자는 이로 인한 불이행에 대하여 이용자에게 책임을 지지 아니한다.

## 2) 계약책임의 내용

### (1) 원칙

서비스제공자의 채무불이행책임이 인정되는 경우 서비스제공자는 이용자에게 서비스의 불이행으로 인한 손해를 배상하여야 한다(전기통신사업법 제33조의 2 본문). 이는 전통적인 과실책임주의와 달리 서비스제공자의 고의 또는 과실을 요하지 않는다는 점에서 무과실책임을 채택한 것이라고 할 수 있다.<sup>37)</sup> 즉 인터넷서비스의 불안정이나 장애는 정보통신망의 불가시성으로 인하여 장애원인이 밝혀지지 않는 경우가 많고, 또한 그 원인이 밝혀지더라도 원인야기자에게 과실이 있다는 사실을 입증하기 어렵다. 그러므로 전기통신사업법 제33조의 2는 무과실책임주의를 취하여 그 한도 내에서 서비스제공자의 책임을 강화한 것이다.<sup>38)</sup>

### (2) 예외

인터넷서비스가 불가항력으로 인하여 불이행된 경우 또는 그 손해가

37) 이와 동일한 입법적 구조를 지닌 책임규정으로는 전자서명법 제26조가 있다.  
38) 같은 취지: 吳炳喆, 電子去來法, 339면.

이용자의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우 서비스제공자의 배상책임은 경감 또는 면제된다(전기통신사업법 제33조의 2 단서). 여기서 “불가항력”이란 당사자들의 지배영역 밖에서 발생한 사건으로서 통상의 예방수단을 다하여도 방지할 수 없는 장애를 말한다. 그러나 인터넷서비스의 불안정 내지 장애가 불가항력에 포함되기 위해서는 그 원인을 알 수 없거나 또는 서비스제공자의 유책사유를 확정할 수 없는 것으로는 부족하고 사건의 “외부성”과 결과에 대한 “회피불가능성”이 존재하여야 한다.<sup>39)</sup> 그러므로 지진으로 인한 전산망의 절단, 홍수로 인한 시스템의 침수, 비상사태로 인한 전력공급의 중단 등은 불가항력에 해당되어 서비스제공자의 책임이 면제된다. 그러나 정보통신망의 기계적 오류로 인한 서비스의 불안정 내지 장애는 손해발생에 대한 예방조치가 불가능하였음이 인정될 경우에만 불가항력으로 된다. 그러므로 서비스제공자는 서비스의 불안정 내지 장애가 자기의 지배영역에서 발생하지 않았으며, 또한 이러한 사태에 대한 예방조치가 불가능하였다는 사실을 입증하지 못하면 그로 인한 손해를 부담하여야 한다. 다만 불가항력에 대한 판단에 있어서는 인터넷서비스의 특수성을 고려하여 결과회피에 필요한 과학기술의 존재유무, 그러한 기술의 개발과정, 또는 기술을 사용하는데 필요한 비용 등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

인터넷서비스의 불안정 내지 장애가 이용자의 고의 또는 과실에 의한 경우에는 서비스제공자는 그로 인한 손해에 대하여 책임을 지지 않는다. 이는 유책사유 있는 자에게 책임을 귀속시키는 공평의 원칙을 규정하는 것이다. 여기서 이용자의 서비스이용 폭주로 인하여 정보통신망이 불안정하거나 또는 장애가 발생하는 경우가 문제로 된다. 대부분의 이용자는 정보통신망에 불안정 또는 장애를 일으키려는 고의를 갖고 있지 않으며, 또한 정보통신망의 폭주를 회피할 주의의무를 부담하지 않는다.<sup>40)</sup> 이는 단지 이용자의 정상적인 정보통신망 이용이 우연히 중첩되

39) 吳炳喆, 電子去來法, 340면.



는데 불과하므로 서비스제공자의 책임은 경감 또는 면제되지 않는다. 이 때에 서비스제공자가 이용자와 인터넷서비스의 속도에 대하여 합의를 하지 않았으면 원칙적으로 계약체결 당시의 시점이 서비스제공 속도의 기준이 되며, 당사자가 합의한 속도로 서비스가 제공되지 않으면 이용자는 서비스이용계약을 해지하거나 또는 이용요금의 감액을 청구할 수 있다.<sup>41)</sup> 그리고 서비스가 계약 내용대로 제공되지 않아 발생한 손해는 채무자인 서비스제공자에게 입증책임이 있다고 할 것이다.

### 3) 계약책임의 범위

#### (1) 인과적 손해

인터넷서비스제공자는 정보통신망의 불안정 내지 장애로 인하여 손해가 발생한 경우 이를 이용자에게 배상하여야 한다. 이 때에 손해는 정보통신망의 불안정 내지 장애에서 유래한다는 책임충족적 인과관계가 입증되어야 한다. 그런데 책임충족적 인과관계에서는 다시 손해발생 가능성에 대한 일반적 예견가능성을 의미하는 상당인과관계가 요구될 것인가의 문제가 생긴다. 왜냐하면 인터넷서비스이용계약은 다른 일반적인 계약유형과 달리 이용자의 특정성이 완화되어 있으며, 또한 이용자의 이용의 질을 고려하지 않는다. 즉 서비스제공자는 이용자가 정보통신망을 이용하여 어떠한 구체적 행위를 할 것인가를 알지 못한다. 이와 같이 정보통신망의 불안정 내지 장애로 인하여 이용자가 통신망 그 자체를 이용하지 못한 것은 “통상의 손해”에 해당된다고 할 것이다(민법 제393조 제1항).<sup>42)</sup> 따라서 서비스제공자는 이용자에게 그 손해를 배상할 책임이 있으며, 그 내용은 순수한 재산손해(Vermögensschaden)라고 할 수 있다.<sup>43)</sup>

한편 이용자는 정보통신망 그 자체를 이용하지 못한 손해와 함께 정

40) 吳炳喆, 電子去來法, 341면.

41) Ertl, CR 3/1998, 180.

42) 吳炳喆, 電子去來法, 348면; 丁海相, 앞의 논문, 227면.

43) Ertl, CR 3/1998, 182.

보통신망을 이용하지 못함으로써 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한데 대한 손해도 문제로 된다. 이러한 손해는 기대이익의 상실로서 “특별한 사정으로 인한 손해”에 해당된다고 할 것이다(민법 제393조 제2항). 그러므로 서비스제공자가 이러한 특별한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그로 인한 손해도 이용자에게 배상할 책임이 있다.<sup>44)</sup>

## (2) 손해의 제한

인터넷서비스제공자가 이용자에게 손해를 배상하여야 하는 경우에도 서비스제공자는 약관에 손해배상액을 제한 또는 면책하는 규정을 두어 자신의 책임을 제한하고 있다. 즉 서비스제공자는 손해에 관하여 “일정 시간 이상 서비스를 제공받지 못한 경우”로 규정하여 이용자에 대한 손해배상책임의 발생요건을 제한하고 있다. 또한 손해배상액에 관하여도 이용불능시간에 일정요율을 곱한 금액으로 정하여 자신의 책임을 제한하고 있다. 그러나 인터넷을 통한 약관내용의 고지는 그것이 포괄적인 경우에는 이용자가 이를 예견할 수 있었다는 인지가능성이 흠결된다.<sup>45)</sup> 또한 이용자가 서비스를 이용하지 못하는 채무불이행이 발생하면 그로 인한 손해는 인과관계가 인정되는 범위 내에서 모두 배상되어야 하므로 이러한 약관은 그 효력이 없다고 할 수 있다(약관규제에 관한 법률 제7조 제2호). 특히 이러한 책임제한의 특약은 그것이 공서양속에 반하는 경우에는 무효로 되며(민법 제103조), 여기서 면책약관의 합리성을 판단하는 기준으로 의무위반의 유형과 그 내용, 결과회피에 필요한 비용, 이용자가 지급하는 이용대가 등이 고려된다. 그리고 손해배상액에 관한 약정은 적정하고 공정하게 책정되어야 하며, 이용자가 자신의 특별손해를 입증한 경우에는 서비스제공자가 이를 배상하여야 한다.

44) 같은 취지: 吳炳喆, 電子去來法, 349면. 이와 반대되는 견해로는 丁海相, 앞의 논문, 228면.

45) LG Aachen, CR 4/1991, 222f.

## 2. 불법행위책임

인터넷서비스제공자가 인터넷서비스 제공과 관련하여 타인의 권리를 침해한 경우 고의 또는 과실 여부에 따라 불법행위책임을 부담하게 된다. 그러나 불법행위를 구성하는 침해는 서비스의 제공방법에 따라 매우 다양하므로 다음에서는 불법행위책임을 발생원인과 그에 대한 책임을 구체적으로 살펴보기로 한다.

### 1) 불법행위책임을 발생원인<sup>46)</sup>

#### (1) 통신망장애 사고

통신망장애 사고란 정보통신망이 전면적 또는 부분적으로 중단되거나 또는 불안정하게 가동되는 경우를 말한다. 이는 대부분 통신설비가 가동 중단 또는 파손됨으로 인하여 발생하는 경우이다. 이러한 사고는 서비스제공자의 고의 또는 과실로 인한 경우와 제3자의 고의 또는 과실에 의한 경우가 많으며, 경우에 따라서는 하자있는 부품에 의한 경우와 불가항력에 의한 경우도 있다.

#### (2) 시스템장애 사고

시스템장애 사고는 정보통신망을 구축하는 시스템에 오류가 발생하여 정보통신망이 정지 또는 불안정하게 가동되는 경우를 말한다. 이러한 사고는 다시 소프트웨어장애 사고, 하드웨어장애 사고, 데이터베이스 파손 사고로 나눌 수 있다. 먼저 소프트웨어장애 사고는 내부적 원인으로서는 소프트웨어의 논리적 오류에 의한 경우와 프로그램작성자의 고의 또는 과실로 인한 경우 등이 있으며, 외부적 원인으로서는 권원 없는 제3자의 침해에 의한 사고와 외부에서 전파된 프로그램바이러스에 의한 침해 등이 있다. 하드웨어장애 사고는 주컴퓨터의 관리불량 또는 서비스제공자의 고의 또는 과실로 인한 오작동 등이 있다. 그리고 데이터베이스 파손 사고는 정보통신망에 구축된 데이터베이스가 일부 또는 전부 삭

46) 이에 대하여는 丁海相, 앞의 논문, 220면 이하.

제되거나 오류가 발생하여 데이터베이스로서의 기능을 잃는 경우를 말한다. 그 원인으로서는 데이터베이스가 존재하는 하드웨어의 손상으로 인한 경우와 이를 가동시키는 소프트웨어의 손상으로 인한 경우가 있다.

### (3) 정보사고

정보사고는 일정한 자에게만 허용되어야 할 정보가 누출되거나 또는 허위의 정보가 제공되는 경우이다. 먼저 보호되어야 할 정보가 누출되는 정보누출 사고는 서비스제공자의 고의 또는 과실에 의한 경우가 있지만 대부분은 권원 없는 제3자에 의한 누출의 경우이다. 그리고 허위의 정보가 제공되는 정보오류 사고는 서비스제공자의 고의 또는 과실에 의한 경우가 있지만 대부분은 이용자의 고의 또는 과실에 의한 경우이다.

## 2) 불법행위책임의 내용

### (1) 통신망장애 사고

통신망장애 사고가 발생하면 통신망장애로 인하여 발생한 손해를 확정하기 위하여 인과관계의 구성요건 표지를 확정하여야 한다. 즉 통신망장애로 인한 서비스의 중단 또는 불안정이 책임을 물을 수 있는 상당 인과관계 있는 원인으로 볼 수 있는지의 여부가 결정되어야 한다. 여기서 서비스제공자가 이용자에게 기술적으로 충분히 검증되지 않은 통신설비로 서비스를 제공한 경우 이러한 통신설비는 책임설정적 위험원으로 볼 수 있다.<sup>47)</sup> 또한 이용자의 손해는 서비스제공자가 서비스제공의무를 위법하게 침해하여 발생한 직접적인 결과로 볼 수 있다.<sup>48)</sup> 그러므로 통신망장애 사고는 통상 포괄적인 원인을 가진 인과관계에 해당되어 서비스제공자는 불법행위책임을 부담한다.<sup>49)</sup> 다만 통신설비가 천재지변과 같은 특별한 사유로 일시 사용할 수 없거나 또는 서비스제공과 관련

47) Koch, CR 4/1997, 196, Fn. 18.

48) Meier/Wehlau, "Die zivilrechtliche Haftung für Datenlöschung, Datenverlust und Datenzerstörung", NJW 1998, 1589.

49) 이에 대한 독일의 판례로는 BGH, NJW 1964, 720 (Stromkabelbeschädigungsfall).

없는 침해의 경우 서비스제공자는 책임을 지지 않는다.

한편 인터넷서비스제공자는 서비스의 안정적 공급을 위하여 자신의 서비스를 정보통신부령이 정하는 기술수준에 적합하도록 유지·보수하여야 할 의무를 부담하며(전기통신기본법 제16조), 서비스의 제공에 사용되는 정보통신망의 안정성 및 신뢰성을 확보하기 위한 보호조치를 마련할 의무도 부담한다(정보통신망법 제45조 제1항). 그러므로 서비스제공자가 통신망의 장애 방지에 모든 주의의무를 다하였음에도 불구하고 통신망사고가 발생한 때에는 책임을 지지 않는다. 그러나 이러한 의무를 다하지 않은 경우에는 서비스제공자는 통신망 장애의 원인이 밝혀지지 않은 경우에도 인과관계의 존재 여부를 불문하고 이로 인하여 발생한 모든 책임을 부담하여야 한다.<sup>50)</sup> 다만 통신망장애 사고가 불가항력에 의한 경우나 이용자의 고의 또는 과실에 의한 경우에는 그러하지 아니하다(전기통신사업법 제33조의 2).

#### (2) 시스템장애 사고

시스템장애로 인하여 이용자에게 손해가 발생하면 서비스제공자의 고의 또는 과실의 존재 여부가 확인되지 않더라도 천재지변과 같은 특별한 경우를 제외하고는 서비스제공자가 손해에 대한 책임을 부담하여야 한다. 왜냐하면 시스템장애는 기계적 결함이라고 하기보다는 인간의 실수에 기인하며, 외부적 원인에 의한 손해발생의 경우에도 서비스제공자는 이를 방지할 의무가 있기 때문이다. 특히 시스템사고의 원인규명에는 고도의 전문기술이 요구될 뿐만 아니라 손해배상의 범위를 결정하는 인과관계의 범위를 한정하기도 쉽지 않다. 그러므로 시스템장애로 인한 손해에 대하여는 원칙적으로 과실책임을 적용하고, 입법적으로는 제조물책임법 등에 규정된 입증책임 전환 이론을 적용해 보는 것을 고려할 수 있다.

한편 서비스를 제공하는 시스템의 속도와 복잡성 등도 서비스제공자

50) 같은 취지: 吳炳喆, 電子去來法, 345면.

의 부담으로 된다. 왜냐하면 서비스제공자는 시스템을 예견 가능한 위험원으로서 충분히 보장하든지 또는 그 영업을 개시하지 않아야 하기 때문이다. 여기서 이용자의 법익을 위협하는 위험의 방지 의무는 고가의 기술적 안정성 보장이라는 경제적인 고려보다 우선한다. 즉 서비스제공자의 시장연계 기능은 그의 책임법적 특권을 정당화하지 못한다. 예컨대, 서비스제공자가 자신의 서비스제공시스템을 충분히 보장하지 않아 자신의 고객의 시스템에 대한 침해가 발생한 경우, 이용권한 있는 제3자를 침해하는 프로그램을 사용하는 경우, 시스템이 통신망에의 접속을 불충분하게 보장한 경우에는 자신이 부담하는 일반적인 위험 방지 의무를 침해한 것이 된다.<sup>51)</sup> 그러므로 이러한 경우에도 서비스제공자는 이용자에게 그 책임을 부담하여야 한다.

### (3) 정보사고

인터넷서비스제공자는 이용자를 서비스상의 정보로부터 보호하여야 하며, 또한 허위의 정보 유통을 방지하여 정보의 오류로 인한 이용자의 피해를 예방하여야 한다. 즉 서비스제공자는 정보와 관련하여 이용자를 보호할 의무를 부담하며 이러한 의무위반으로 인한 손해는 배상하여야 한다. 나아가 서비스의 일부를 다른 사업자에게 위탁하여 제공한 경우에도 그 위탁업자가 보호의무를 위반하면 그로 인한 손해를 배상하여야 한다. 그러나 서비스제공자의 이용자에 대한 책임은 서비스 제공과 깊은 관련을 가진다. 즉 서비스제공자가 이용자에게 단순히 서비스만 제공하는 경우에는 아무런 의무를 부담하지 않으며, 다만 타인의 법익을 해할 가능성 있는 정보에 대한 법적 제거의무만 부담한다. 이에 반하여 서비스제공자가 이용자에게 정보를 편집하거나 또는 취사선택한 정보에 대하여 보증을 한 경우에는 그로 인한 손해에 대하여도 책임을 부담한다.<sup>52)</sup>

51) 이에 대하여 Koch, BB 1996, 2057.

52) Ertl, CR 3/1998, 184.

한편 정보사고에 있어서는 서비스제공자가 이용자의 타인에 대한 불법행위에 대하여도 책임을 지는지의 여부가 문제된다. 예컨대, 이용자가 서비스제공자의 통신망을 이용하여 타인의 명예를 훼손한 경우이다. 서비스제공자는 원칙적으로 자신의 통신망에서 발생한 타인에 대한 불법행위에 대하여 직접적인 책임을 부담하여야 할 법적 근거는 없다. 왜냐하면 서비스제공자는 원칙적으로 기술적인 배포자에 불과하므로 서비스제공자는 그로 인한 정보의 유포에 책임이 없기 때문이다.<sup>53)</sup> 그러나 예외적으로 문제된 이용자의 행위가 불법행위의 성립요건을 갖추고 있으며, 서비스제공자가 이러한 위법행위가 존재하고 있음을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 이를 알지 못하였고, 그리고 서비스제공자가 이러한 위법행위를 쉽게 조치할 수 있는 기술적, 제도적 장치를 가지고 있음에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 않은 경우에는 그로 인한 손해를 피해자에게 배상할 책임을 부담한다.<sup>54)</sup>

### 3) 불법행위책임의 범위

인터넷서비스제공자는 자신의 통신망에서 발생한 타인에 대한 불법행위에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 왜냐하면 서비스제공자는 서비스 제공에 있어서 다른 불법행위에 있어서와 마찬가지로 거래안전의무(Verkehrssicherungspflicht)를 부담하기 때문이다. 여기서 책임의 대상은 이용자 또는 제3자의 재산 자체가 아니라 불법행위법이 보호하고자 하는 법익이다. 거래안전의무 위반에 대한 이러한 책임은 통신망의 운영이나 이용된 서비스의 무상성에 기인하는 것이 아니라 보장하여야 할 위험원의 개시에 의존한다.<sup>55)</sup> 그러므로 이용자가 통신망 장애로 인하여 이익을 얻지 못한 경우에 배상할 손해의 산정이 문제로 된다.<sup>56)</sup> 먼저 정보통신망의 장애로 인하여 이용자가 손해를 입은 경우 이용자는 서비

53) Ernst, JuS 1997, 780.

54) Ernst, JuS 1997, 780; Flechsig, AfP 4/1996, 341.

55) Koch, BB 1996, 2057; ders, CR 4/1997, 197.

56) Meier/Wehlau, NJW 1998, 1589.

서비스제공자에게 서비스의 복구비용을 청구할 수 있다. 여기서 복구에 필요한 금액은 객관적 기준에 따라 정할 수 있는 금액이 된다. 다만 서비스의 복구에 있어서는 다른 침해유형과 달리 피해자에게 금전적 가치가 있는 재산에 대한 장애를 제거할 수 있는 손해제거가 고려된다. 그러나 우리 민법은 손해는 금전으로 배상하여야 하도록 하고 있으므로 복구가 가능한 경우에도 그 손해는 금전으로 배상하여야 할 것이다. 다음으로 이용자가 인터넷서비스를 거래의 수단으로 이용하는 경우 통신망을 이용하지 못함으로 인하여 얻을 수 있었던 이익을 얻지 못한데 대한 손해의 산정이 문제된다. 이는 통신망의 장애로 인하여 발생하는 직접손해 내지 통상손해가 아닌 기대이익의 상실인 특별손해에 해당된다. 그러므로 서비스제공자는 이용자에 대하여 기대이익이 발생할 것이라는 사정을 알았거나 또는 알 수 있었을 경우에 한하여 손해배상책임이 인정된다고 할 것이다.<sup>57)</sup>

## V. 맺는 말

개방된 네트워크인 인터넷에서 서비스제공자는 인터넷의 다양한 영역 중에서 서비스의 안정적 제공에 대하여만 책임을 지며, 네트워크 전체에 대하여 책임을 지지 않는다. 서비스제공자의 책임은 기본적으로 이용자와 합의한 급부의 내용에 따라 정해진다. 즉 서비스제공자는 원칙적으로 인터넷서비스 제공, 서비스제공설비의 안정성 보장, 그리고 이와 관련된 개인정보 보호가 서비스제공자의 주된 의무로 된다. 그러므로 서비스제공자의 법적 책임은 이러한 의무를 고의 또는 과실에 의하여 발생시킨 경우에 부담한다. 여기서 제공된 서비스가 이용자에게 유용한지의 여부는 서비스제공자의 책임에 영향을 미치지 않는다. 왜냐하

57) 같은 취지: 吳炳喆, 電子去來法, 349면.



면 서비스의 유용성은 이용자의 이용양태에 따라 달라지기 때문이다. 그러므로 서비스제공자가 제공할 서비스의 내용은 일반 평균인을 기준으로 하여 이용대가에 상당하는 유용성을 가진 경우로 정해지며, 이러한 범위의 서비스가 제공되지 않으면 서비스제공자는 그로 인한 책임을 부담하여야 한다.

한편 서비스제공자는 자신의 통신망 내에서 발생하는 불법행위를 방지할 의무를 부담한다. 이는 서비스제공자가 이용자에 대한 관리·감독이 어느 범위까지 인정되느냐에 달려있다. 왜냐하면 서비스제공자의 이용자에 대한 적극적인 관리·감독은 통신망의 특성상 불가능할 뿐만 아니라 이러한 적극적인 관리·감독의무를 서비스제공자에게 부과하는 것은 오히려 이용자의 헌법상 기본권인 표현의 자유를 침해할 우려가 있기 때문이다. 따라서 서비스제공자가 거래상 요구되는 주의의무인 관리·감독의무를 이행하지 않아 이용자에게 피해가 발생한 경우에 한하여 불법행위가 인정된다고 할 수 있다. 그리고 이러한 경우에도 서비스제공자의 침해행위에 대한 인식가능성 및 기술적 조치가능성이 존재하여야 한다.