

인터넷 Provider 계약*

임건면**

I 序 論

II 인터넷 Provider 계약의 유형화

1. 인터넷 Provider 계약의 유형화의 필요성
2. 포괄계약 또는 혼합계약으로서의 인터넷 Provider 계약

III. 인터넷 Provider 계약의 형태

1. 통신망사용자와 Provider와의 계약
2. Website Hosting 계약
3. 콘텐츠제공자와의 계약
4. 이행에 개입한 제3자와의 계약

IV 結 論

I. 序 論

정보화시대에서 인터넷이 차지하는 비중은 날로 커가고 있으며, 그 중요함을 새삼 강조할 필요는 없을 것이다. 앞으로 인터넷과 전자상거래가 우리의 일상생활 및 경제 활동에서 차지하는 비중은 더 커질 것은 자명한 일이다. 인터넷을 통한 정보검색, 정보의 공유, 쇼핑, 전자우편(e-mail), 토론 및 대화 등 인터넷을 이용한 정보사회와 디지털사회의 도래는 현대사회에 많은 편익을 제공하고 있다. 그러나 이와는 달리 해킹, 바이러스, 스팸메일 등 수 많은 역기능이 나타나기도 한다.

인터넷은 이러한 순기능과 역기능 이외에 전자상거래, 개인정보의 유출, 개인정보권의 침해¹⁾, 명예훼손 등을 비롯한 여러 법적 문제를 야기하고 있다. 인터넷 역시 법으

* 이 연구는 2003학년도 경남대학교 학술논문게재연구비 지원으로 이루어졌음

** 경남대학교 법정대학 교수, 법학박사

1) 개인정보권의 침해에 대한 민사법적 문제에 관해서는 拙稿, “個人情報侵害에 대한 民事法

로부터 자유로울 수는 없다. 물론 그 동안 도메인분쟁이나 인터넷경매 등 인터넷과 관련한 법률문제를 다룬 논문이나 저서는 상당히 많다²⁾.

그러나 오늘날 초고속의 정보제공 없이는 정보사냥에 있어 필수적인 인터넷은 상상할 수 없는 일이 되어 버렸으며, 동시에 많은 서비스를 이용하기 위해서는 우선 인터넷에 접속하여야 하는데, Internet Provider는 자기의 고객에게 컴퓨터의 연결을 통하여 인터넷상에서 제공되는 다양한 서비스의 이용을 가능하게 한다. 또한 Provider는 단지 다른 서비스 제공자를 위한 플랫폼(Platform)을 의미하기도 하고, 인터넷 내용의 구성 및 콘텐츠의 저장 또는 컴퓨터 상호간의 연결에 도움을 주기도 한다. 인터넷 Provider는 매우 다양하며, 광범위할 뿐만 아니라, 인터넷 Provider에 관한 문제는 인터넷과 관련하여 가장 기본적인 문제에 해당한다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 특히 인터넷 Provider 계약에 관한 연구는 많지 않은 실정이다.

정보통신사업자의 책임과 관련하여 지난 2003년 1월에 있었던 바이러스로 인한 '인터넷대란' 등으로 인하여 많은 초고속정보통신망가입자들은 인터넷을 사용할 수 없어 많은 손해를 입는 사건이 발생하였으며, 이에 통신위원회는 동년 10월 13일 녹색소비연대가 KT, 하나로통신, 두루넷, 온세통신 등을 상대로 신청한 손해배상의 요청에 대하여 "KT 등은 인터넷이 마비된 시간만큼의 사용료에 해당하는 손해액을 배상할 것"을 결정하기도 하였다³⁾. 앞으로 이러한 인터넷 Provider와 관련한 법률문제는 지속적으로 발생할 가능성이 상당히 높다.

오늘날 인터넷을 통하여 각종 서비스가 제공되는데, 인터넷 Provider는 자기의 고객에게 각종 서비스를 제공하는 동시에, 이용료 또는 광고수입 등을 통하여 이에 대한 반대급부를 취하고 있으며, 이는 Provider와 사용자 사이의 계약체결을 전제로 하는 경우가 대부분이다.

본고에서는 Internet Provider 계약을 유형화하고, 그에 따른 어떤 법률효과를 부여할 것인가를 살펴보는 데 중점을 둔다.

의 對應”, 「비교사법」 제8권 1호 (하), 2001, 1007면 이하 참조

2) 이에 관해서는 특히 이대회, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002 참조

3) 동아일보, 2003 10 14, A 31면

II. 인터넷 Provider 계약의 유형화

계약을 체결함에 있어 가장 중요한 것은 계약당사자의 이해관계이다. 인터넷 Provider 역시 개별적으로 계약을 체결하기 전에 자기의 고객인 사용자에게 어떠한 급부를 제공하고, 어떠한 권리와 의무를 부여할 것인가를 고려하여 계약을 체결한다면 당사자의 이익을 충분히 배려하고, 이상적인 내용으로 계약을 체결할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 개별계약을 체결한다는 것은 온라인서비스를 제공하는 대량거래에서 뿐만 아니라, 특히 인터넷상에서 영업활동을 하고 있는 상인과 사업자 사이에서는 환상에 불과할 뿐이다.

거래현실에서는 계약자유 원칙에 의하여 민법이나 상법 및 특별법에 규정된 법적 유형에 속하지 않는 새로운 계약이 형성된다. 이러한 비전형계약은 전형계약의 수정 또는 변경을 통하여 성립되며, 비전형계약에는 계약당사자가 계약의 의미와 상관성만을 목적으로 하고 어떠한 전형계약의 유형에도 속하는 것을 배제하는 경우, 전형계약의 구성요소가 혼합된 경우 그리고 법률에 규정되어 있지는 않지만 계약당사자가 전형계약의 혼합상태를 고려하여 합의한 경우 등이 있을 수 있다⁴⁾.

1. 인터넷 Provider 계약의 유형화의 필요성

민법은 14개의 계약유형에 관하여 상세한 규정을 두고 있으며, 이에 상응하는 계약당사자의 권리와 의무 및 의무위반에 따른 법률효과에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 민법에는 인터넷 Provider 계약에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 우선 인터넷 Provider 계약과 같은 비전형계약에 대하여 어떤 규정을 적용할 것인가의 문제가 발생하게 된다. 이러한 문제의 해결은 계약당사자가 계약을 체결함에 있어 어떤 계약관계에 의하여 계약의 내용을 정할 것인가를 결정하는 데 많은 도움을 준다⁵⁾ 예를 들면 인터넷과 관련한 계약의 내용을 정함에 있어서는, '일의 완성'에 대한 의무를 지는 도급계약으로 할 것인가, 아니면 '일정한 노무의 제공'에 대해서만 책임을 지고 성과에 대해서는 아무런 의무를 부담하지 않을 것을 내용으로 하는 고용계약으로 할 것

4) 鄭震明, "混合契約의 解釋", 「民事法學」 제16호, 1998, 443면

5) 민법, 상법 및 약관규제법이 존재한다는 사실에 의하여 계약당사자는 전형계약의 유형에 따라 계약내용을 정하려는 경향이 있으며, 이때 우선적으로 당사자 사이에 어떤 계약관계가 법률에 의하여 규율되는가를 고려하게 된다

인가의 여부를 결정하게 된다. 이는 또 다시 새로운 내용의 계약을 민법에 규정된 전형화된 계약에 귀속시키게 되는 중요한 단서가 되기도 한다. 그러나 본질적으로 중요한 것은 당사자의 의사에 따른 급부의 내용을 민법에 규정되어 있는 권리·의무와 비교하는 것이다. 물론 문제발생을 사전에 방지하기 위해서 미리 법률에 규정되어 있는 당사자의 권리·의무관계를 명백히 해 두는 것이 바람직할 뿐 아니라, 법률의 흠결⁶⁾에 대비하여 이에 대한 권리·의무관계를 명백히 하는 것이 좋을 것이다.

계약당사자가 합의한 급부내용이 법률상 어느 계약유형에 해당하는가에 대하여 사전에 인식하는 것은 계약내용의 형성에 많은 도움이 될 것이다. 왜냐하면 법률의 적용을 원하지 않을 때, 이에 대한 변경이 가능하기 때문이다. 예를 들어 담보책임에 관한 규정을 변경하고 이에 상응하는 의무를 제한할 수 있다. 다만 이와 관련하여 주의해야 하는 것은 강행규정이다. 인터넷과 관련하여 특히 문제가 되는 약관규제법과 저작권법의 내용⁷⁾은 당사자가 그 내용과 다르게 합의하였다고 하더라도 이는 무효이다. 따라서 중요한 것은 계약내용을 형성하는 당사자가 어떤 유형의 계약과 관계를 갖는가를 염두에 두어야 하며, 이때 계약당사자의 이해관계와 계약내용 그리고 계약을 체결한 본질적인 전제조건 등을 항상 고려해야 한다

계약의 유형을 정하는 것은 적용가능한 법률규정을 분석하고, 포괄적인 조건을 설정함에 있어 매우 중요한 의미를 갖기 때문에, Provider 계약이 어떤 유형의 계약에 속하는가의 문제는 계약내용과 매우 밀접한 관계가 있으며, 인터넷 Provider 계약 역시 이를 유형화할 필요가 있다

2. 포괄계약 또는 혼합계약으로서의 인터넷 Provider 계약

비록 사실적 또는 경제적 관련성은 존재하지만, 여러 계약의 유형이 상호 독립적으로, 그리고 법률상으로도 독자적으로 결합하여 성립하는 경우가 있다. 당사자의 의사에 의하여 하나의 계약 속에 여러 가지 전형계약의 요소가 포함되었을 경우 이러한 여러 계약유형의 결합은 법률, 특히 신의칙에 반하지 않는다. 이처럼 계약당사자가 여러 유형의 계약을 결합하여 하나의 포괄계약(Rahmenvertrag 또는 Zusammengesetzter

6) 이 경우 법률의 흠결은 법률효과에 관한 규정의 흠결로 제한할 필요는 없으며, 법률에 규정되어 있지 않은 본래의 급부내용까지 포함되는 것으로 이해되어야 한다

7) 인터넷에 의한 저작권의 침해에 관한 내용에 관해서는 이대희, 앞의 책, 26면, 특히 334면 이하 참조

Vertrag) 또는 혼합계약(gemischter Vertrag)을 체결하는 주된 목적은 결합된 계약에 대하여 통일적인 법률판단을 기하기 위해서이다⁸⁾.

포괄계약은 당사자의 의사에 의하여 결합된 수 개의 계약요소들이 각각 그 유형에 따라 분리될 수 있는 반면에, 혼합계약은 여러 계약의 요소들이 결합되어 전체로써 그 의미를 갖는다⁹⁾. 특히 혼합계약은 급부의 종류를 기준으로 하여, 다른 종류의 부수적 의무를 가지는 전형계약(Typischer Vertrag mit anderartiger Nebenleistung)¹⁰⁾, 유형결합계약(Typenkombinationsvertrag)¹¹⁾, 이중유형계약(Doppeltypischer Vertrag 또는 Gekoppelter Vertrag)¹²⁾, 유형융합계약(Typenverschmelzungsvertrag)¹³⁾의 4가지로 구분되지만¹⁴⁾, 그 경계가 언제나 명백한 것은 아니며, 포괄계약과의 구별 역시 쉽지 않은 경우가 상당히 많다.

일반적으로 인터넷 Provider 계약은 민법상의 어떤 특정한 전형계약의 유형에 속하는 것이 아니라, 혼합계약 내지는 포괄계약으로 분류된다. 그 결과 개별적으로 급부 장애가 발생한 경우, 예를 들면 서비스의 내용이 완전하지 못하거나 서비스에 흠결이

8) BGHZ 76, 43, 49, Palandt-Heinrichs, BGB-Kommentar, 63. Aufl., 2004, Rdn 16 vor § 311

9) Palandt-Heinrichs, Rdn 19 vor § 311

10) 계약당사자의 주된 급부의무가 전형계약의 유형과 일치하지만, 일방당사자가 부가적으로 다른 계약유형의 중된 급부의무를 부담하는 경우이다. 이때 중된 급부가 주된 목적에 포함되는 경우에는 계약의 일반적 성격에 영향을 미치지 않는다 이에 대한 예로는 서비스가 제공되는 객실의 임대차계약(Palandt-Heinrichs, Rdn. 20 vor § 311), 설치의무가 부가된 매매계약 등을 들 수 있다(경우에 따라서는 설치의무가 주된 의무에 해당할 수도 있다: BGH NJW 1998, 3197).

11) 계약당사자 일방이 서로 다른 전형계약에 속하는 수 개의 주된 급부의무를 부담하는 계약으로서, 타방당사자는 통일적이며, 하나의 전형계약에 속하는 반대급부를 부담할 뿐이다 이에 대한 예로는 여행계약, 양로원계약(BGHZ 73, 351 ff) 등을 들 수 있다

12) 서로 다른 전형계약에 속하는 급부를 교환하는 경우에 성립하는 계약을 의미하며, 고용계약상의 급부와 보증의무(鄭震明, 앞의 논문, 447면), 주택관리사계약(BAG 21, 340) 등을 예로 들 수 있다.

13) 당사자의 일방 또는 쌍방이 부담하는 하나의 급부에 수 개의 전형계약의 요소가 분리될 수 없을 정도로 결합되어 있는 계약을 말하며, 이에 해당하는 예로는 혼합중여(鄭震明, 위의 논문, 447면; Palandt-Heinrichs, Rdn. 22 vor § 311), 증권서비스계약(주식종목에 대한 서비스의 매매와 유상의 상담의무: BGHZ 70, 356, 359) 등을 들 수 있다

14) 혼합계약에 관하여 상세한 것은 鄭震明, 위의 논문, 444면 이하 참조.

있는 경우에는 각각의 계약요소가 포함되어 있는 계약법(임대차, 고용, 도급 등)의 내용을 기준으로 삼아 책임문제를 논하게 된다.

III. 인터넷 Provider 계약의 형태

넓은 의미의 인터넷 Provider 계약은 우선 계약이 인터넷서비스의 최종고객인 전형적인 사용자(User)와 체결하였는가, 아니면 사업자인 Webhost, 콘텐츠제공자 또는 광고업자와의 계약인가에 따라 구별될 수 있다.

인터넷 Provider는 인터넷서비스의 내용에 따라 Internet Service Provider(ISP)¹⁵⁾, Content¹⁶⁾ Service Provider(CSP), Internet Presence Provider(IPP)¹⁷⁾, Network Service Provider(NSP)¹⁸⁾, Application Service Provider(ASP)¹⁹⁾, Managed Service

15) 이하 인터넷과 컴퓨터 관련 용어에 관해서는 <http://www.terms.co.kr> 참조.

ISP(인터넷서비스제공자)는 개인이나 회사들에게 인터넷 접속서비스, 웹사이트 개설 및 웹호스팅 서비스 등을 제공하는 회사들을 말한다 이를 위하여 ISP는 인터넷 접속에 필요한 장비와 통신회선을 갖추고 있으며, 대형 ISP들은 전화망 사업자에게 비교적 적게 의존하면서도 자신들의 고객들에게 좀 더 나은 서비스를 제공하기 위해 자신들만의 고속 전용 회선을 갖추기도 한다 ISP는 때로 IAP (Internet Access Provider)라 칭하기도 한다

16) 콘텐츠란 원래 서적, 논문 등의 내용이나 목차를 일컫는 말이었지만, 현재는 각종 유무선 통신망을 통해 제공되는 디지털정보를 통칭하는 말로 자주 사용된다 예를 들어, 인터넷이나 PC통신 등을 통해 제공되는 각종 프로그램이나 정보 내용물, CD-ROM 등에 담긴 영화나 음악, 게임 소프트웨어 등이 모두 이에 속한다.

17) IPP는 기업이 웹사이트를 만드는 데 도움을 주는 회사로서, 웹사이트가 들어갈 호스팅이나 사이트를 일반 대중들에게 알리는 업무까지를 도맡아 해결해주는 경우가 많아 IPPP(Internet Presence Provider and Promoter)라고도 한다. ISP들 중에는 IPPP로서의 역할을 함께 수행하는 곳도 많지만, 일부 ISP들은 단순히 인터넷 접속 서비스만을 제공하는 곳도 있다.

18) NSP는 대부분의 웹사용자들에게 인터넷 접속 서비스를 제공하는 ISP들에게, 백본(backbone) 서비스를 제공하는 회사들을 말한다. 일반적으로 ISP는 인터넷 연동을 통해 지역적인 ISP들에게 접속하며, 이는 다시 NSP 백본에 순차적으로 접속된다 ISP는 전자우편, 웹메일, 웹호스팅, 채팅, 토론그룹 그리고 최종사용자를 위한 애플리케이션 등과 같은 서비스를 NSP로부터 구입하여 자기 고객들에게 제공하는 경우도 있다 그러나 이러한 모든 서비스들은 NSP가 아닌 ISP의 고유 브랜드명으로 고객들에게 제공된다

19) ASP는 소프트웨어 기반의 서비스 및 솔루션들을 중앙 데이터 센터로부터 광역통신망을 통해 고객들에게 배포하고, 관리하는 회사이다 본질적으로, ASP는 자신들의 정보기술 수

Provider(MSP)²⁰⁾ 등으로 분류한다²¹⁾.

1. 통신망사용자와 Provider와의 계약

인터넷을 이용하려고 하는 개별사용자로 하여금 단순히 통신망에 접속할 수 있게 해주는 제공자(Access-Provider, 예를 들면 KT, 하나로통신, 두루넷) 또는 이를 포함한 기타 다른 서비스를 제공하는 자(예를 들면 AOL, T-Online, MSN)와 체결하는 계약이 가장 전형적인 인터넷 Provider 계약에 속한다고 볼 수 있다. 이 경우 최종사용자가 상인이든, 상인이 아니든 원칙적으로 아무런 차이가 없다. 양자의 차이는 단지 계약의 효요성 여부를 판단함에 있어 약관규제법의 적용이 배제되는가에 있을 뿐이다. 그 이유는 非商人에 대해서는 좀 더 엄격한 기준이 적용되기 때문이다(약관규제법 제30조).

1) 사용자와의 통신망 접속(Access)계약

인터넷 Provider 계약 중 가장 단순한 유형은 Provider가 사용자에게 통신망에의 접속에 대한 의무만을 부담하는 경우이다. 이를 일반적으로 Access²²⁾Provider 계약이라고 한다. 이 경우 통신망가입자는 통신망(또는 전화선)과 POP²³⁾를 통하여 사업자의

요의 일부 또는 거의 전부를 아웃소싱하려는 회사들을 위한 방안이다.

20) 인터넷에서 MSP는 기업들에게 정보기술 서비스를 제공하는 회사를 말한다. 예를 들어 기업들이 MSP를 이용하면, 자사의 업무용 컴퓨터 및 관련 시스템을 지속적으로 구성하고 관리하기 위해 자체 직원을 채용하고 교육하고 매달 급여를 지급하는 것에 비해 비용을 절감할 수 있게 된다. MSP는 하나 이상의 컴퓨터 응용프로그램들을 웹페이지 등과 같은 온라인 인터페이스를 이용, 다른 기업들이 사용할 수 있도록 서비스하는 회사인 ASP와 비슷하게 보일 수도 있다. ASP는 현재 응용프로그램의 제공에 덧붙여 부가적인 서비스를 결합, 제공함으로써 MSP로 확장해 가는 경향이 있다.

21) 尹宣熙, “情報通信社會에서의 인터넷서비스운영자에 관한 고찰”, 「인터넷법률」 제11호, 2002/3, 63면

22) 액세스는 원하는 것을 얻기 위해 단순히 다가가는 것을 말한다. 데이터 액세스는 컴퓨터 상의 특정한 데이터를 얻는 것을 말하며, 보통 사용권한을 가지고 있어야 한다. 웹 액세스란 온라인 서비스 회사나 인터넷 접속 서비스 회사를 통해 월드와이드웹(www)에 접속하는 것을 의미한다

23) POP(Point of Presence)는 인터넷 액세스 포인트의 위치를 의미하기 때문에, POP는 필수적으로 고유한 IP 주소를 갖는다. 인터넷서비스제공자(ISP)나 온라인서비스제공업체

컴퓨터와 패키지(package)를 교환할 수 있게 된다. 통신망사업자는 상위의 통신망운영자 또는 직접 국제적인 인터넷 백본(backbone)²⁴⁾과 연결을 하게 되며, 이용자는 I P²⁵⁾와 Password를 부여받아 인터넷 브라우저와 메일프로그램을 이용할 수 있게 된다.

Access Provider 계약에 의하여 통신망사업자는 일정 기간 동안 사용자로 하여금 통신망에 접속 및 정보패키지를 송·수신케 할 의무를 부담하는 반면에, 사용자는 사용료²⁶⁾를 지급할 의무를 부담한다.

통신망 Access 계약은 계속적 채권관계에 해당한다²⁷⁾. 문제가 되는 것은 Access Provider 계약의 유형인데, 사용자가 사업자의 기계설비(예를 들면 접속장비)를 이용한다는 관점에서 이를 민법 제618조의 임대차계약의 유형에 속하는 것으로 보기도 하고²⁸⁾, 또한 사업자는 자유롭게 기계설비나 장치를 선택할 수 있고, 통신망에의 접

(OSP)는 인터넷상에 많은 POP를 가지고 있다 확보하고 있는 POP들의 개수로 ISP 또는 OSP의 크기나 성장속도를 측정하기도 한다. POP는 실제로 ISP들이 접속되어 있는 한국 통신 등의 통신업체에 일정공간을 임대하여 설치하는 수가 많다

24) 백본(backbone)은 자신에게 연결되어 있는 소형 회선들로부터 데이터를 모아 빠르게 전송할 수 있는 대규모 전송회선을 말한다

25) IP(Internet Protocol)는 인터넷상의 한 컴퓨터에서 다른 컴퓨터로 데이터를 보내는 데 사용되는 프로토콜이다 인터넷상의 각 컴퓨터, 즉 호스트들은 다른 컴퓨터와 구별될 수 있도록 적어도 한 개 이상의 고유한 주소를 갖는다. 사용자가 전자우편이나 웹페이지 등과 같은 데이터를 보내거나 받을 때, 메시지는 패킷이라고 불리는 작은 조각으로 나뉘어진다. 이러한 각 패킷에는 송신자의 인터넷 주소와 수신자의 인터넷 주소가 들어있다 어떤 패킷이라도 게이트웨이 컴퓨터로 먼저 보내질 수 있다. 게이트웨이 컴퓨터는 수신지 주소를 읽고 그 패킷을 인근의 게이트웨이로 넘긴다. 이후 차례로 그 패킷이 속한 컴퓨터의 바로 인근이나 해당 도메인에 있는 게이트웨이가 그것을 받아볼 때까지 수신지 주소를 읽기를 반복하면서 게이트웨이들은 패킷의 전달을 계속해 나간다. 해당 도메인의 게이트웨이는 그 패킷을 받으면, 패킷에 적힌 주소의 컴퓨터로 직접 전달한다

한 메시지가 여러 개의 패킷으로 나뉘어졌기 때문에, 각 패킷은 필요한 경우 서로 다른 경로를 통해 보내질 수도 있으며, 패킷들은 원래의 보낸 순서와는 다른 순서로 도착될 수도 있다 그러나 IP는 단지 패킷들을 배달만 할 뿐이며, 순서가 흐트러진 패킷들을 올바르게 재정렬하는 것은 다른 프로토콜인 TCP(Transmission Control Protocol)가 담당한다

26) 일반적으로 매달 일정액을 지급하기도 하지만, 경우에 따라서는 이용시간 또는 정보의 양에 따라 사용료를 지급하기도 한다

27) Roth, in Loewenheim/Koch(Hrsg.), Online-Recht, 1998, S. 57

28) Muller-Hengstenberg, Nationale und internationale Rechtsprobleme im Internet, NJW

속을 보장하기 위해서 설비장치를 교환할 수 있기 때문에 임대차계약의 성질을 부정²⁹⁾하면서 민법 제664조의 도급계약으로 취급하는 견해도 있다³⁰⁾. 이 견해에 의하면 통신망에의 접근을 '일의 완성'으로 보고 있으나, Provider 계약은 계속적 채권관계의 성질을 갖는다는 점을 고려하여 볼 때, 이는 타당하지 않은 것으로 생각될 수 있다. 왜냐하면 예를 들어 사업자의 過責으로 인하여 몇 일 동안 통신망에 접속할 수 없었다면, 이때 도급계약상의 담보책임으로서 주로 문제되는 것은 보수청구권과 손해배상청구권(민법 제667조)이지만³¹⁾, 사용자 역시 휴가 중이어서 스스로 통신망을 이용하지 않은 경우에는 특히 보수청구권은 전혀 문제되지 않기 때문이다.

그러나 Access Provider 계약은 계속적 채권관계를 본질로 한다는 점을 고려하여 볼 때, 통신망에의 접속 그 자체에 대해서만은 민법 제655조의 고용계약의 성질을 갖는 것으로 보아야 할 것이다³²⁾. 따라서 Provider는 일정한 '일의 완성'에 대한 의무를 부담하는 것이 아니라, 단지 노무제공의 의무를 부담하는 것이다. 다만 Access Provider 계약과 관련하여 주의해야 하는 것은 이는 포괄계약으로서, 또 다른 유형의 개별계약이 포함될 수 있고, 이에 따른 의무가 발생할 수 있다는 점이다³³⁾

이러한 계속적 채권관계에서 중요한 개별적 급부는 데이터 패킷(data packet)의 전송행위(예를 들면 e-mail 또는 html data를 보기 위한 브라우저 명령 등)나, 인터넷에서 data를 다운로드 받는 것 등이다. 이러한 개별적인 급부의 경우 파일의 전송이나 다운로드의 '성공적인 완료'는 사용자에게는 계약의 본질적인 급부에 해당하는 것이다. 그러나 '일의 완성(결과)'에 대해서는 좀 더 세밀하게 구별할 필요가 있다. Access Provider의 입장에서는 자기의 통신망을 벗어나서까지 data packet의 전송의 성공적인 보장을 약속할 수 있는 것은 아니다. 즉 다른 사업자의 통신망 또는 인터넷

1996, 1777, 1780

29) Schuppert in: Spindler(Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, 2000, S. 7

30) Roth, a.a.O., S. 56, 66

31) 도급계약상 도급인의 해제권이 문제되는 경우란 도급인이 하자의 목적물로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우로 한정되며(민법 제668조), 계약목적물 달성할 수 없는 경우란 하자가 중대한 뿐만 아니라, 그 보수가 불가능하거나 또는 보수가 가능하다고 하더라도 장기간을 요하는 경우이다(李銀榮, 債權各論 제4판, 博英社 2004, 525면)

32) Jessen, in: Lehmann(Hrsg.) Rechtsgeschäfte im Netz, 1998, S. 125, 134. Schuppert, a.a.O., S. 8

33) Buchner, in: Lehmann(Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, 1998, S. 145, 154

에 대해서까지 성공적인 전송이나 수령에 대한 의무를 부담하지는 않는다. 그럼에도 불구하고 Access Provider는 data packet이 자기의 통신망과 다른 사업자의 통신망과의 연결점에 수령자의 정보와 함께 이를 저장해 놓을 책임은 부담하게 된다. 즉 자기의 통제하에 있는 시스템 내에서만 Access Provider는 전송의 성공에 대한 책임을 진다³⁴⁾

사업자의 통신망 영역 밖의 수령자에게 data packet의 도달에 대해서는 약속할 수 없다는 사실만으로 도급계약을 부정하고, 고용계약만을 인정하기에는 충분한 근거가 되지 못하다. 따라서 중요한 것은 책임영역을 정확하게 구별하여 각 전형계약이 가지고 있는 구성요소에 따라 계약의 유형을 정하여야 할 것이다.

2) 통신망이용계약의 확대

사용자와의 거래에 있어서는 통신망이용계약(접속계약)은 통상 통신망의 이용에 관해서만 독자적으로 체결되는 것이 아니라, Access Provider가 통신망제공 이외에 다른 급부, 즉 서비스의 제공을 약속하는 경우가 많다. 가장 대표적인 예로는 e-mail 계정의 설정을 들 수 있는데, 사용자는 이 경우 e-mail 주소를 받게 되며, 사업자는 e-mail 계정을 설치해 줄 의무를 부담하는 이외에도, e-mail 계정을 운영하는 동안 지속적으로 사용자에게 배달된 e-mail을 저장하고 다운로드할 수 있도록 준비를 해 둘 의무를 진다. 또한 정기적으로 사용자가 수신거부한 e-mail을 자기의 Access Point³⁵⁾를 통하여 상위 data 통신망에 전달하거나, 자기 자신의 네트워크상의 e-mail인 경우에는 e-mail 계정에 저장하여야 한다.

E-mail 계정의 설정은 개별적인 급부의 완성을 목표로 하기 때문에, 도급계약으로 취급하여도 무방할 것이다.

E-mail의 전달(중개)은 고용계약의 구성요소를 충족시키는 것이 아니라, 도급계약의 성질을 갖는 것으로 보아야 할 것이다³⁶⁾. 이는 위에서 언급한 data packet의 전달의 경우와 비교하여 볼 때, 사용한 Protocol(예를 들면 smtp, POP)만이 차이가 날 뿐, 법적으로는 아무런 차이를 보이지 않는다. E-mail의 전달과 관련하여 계속적 채권관계가 성립해 있는 것으로 보는 견해도 있으나³⁷⁾, 타당하지 못한 것으로 생각된

34) Schuppert, a.a.O., S. 8

35) LAN과 LAN을 연결하여 주는 장치

36) Schuppert, a.a.O., S. 9

다. 물론 e-mail의 전달은 포괄계약 속에 포함되며, 이는 계속적 채권관계를 형성한다는 점에 대해서는 의심의 여지가 없다. 그러나 개개의 e-mail의 전송은 이 포괄계약체계하에서 체결된 계약내용이지만, 구체적 급부의무의 이행에 대한 개별계약의 대상이 되는 것이다. E-mail 전송의 성공, 즉 일의 완성은 (다른 통신망을 사용하는) 수령자에게로의 도달에 있는 것이 아니다. E-mail을 전송한 사용자가 이용하는 통신망과는 다른 통신망을 이용하는 수령자에게 전송한 e-mail의 경우에는 일의 완성은 상위 통신망(backbone)으로의 정상적인 전송에 있는 것이다. 사용자는 Provider의 책임영역 안에 들어간 e-mail이 실제로 그 곳에 저장되어 있고, 이를 다시 불러올 수 있도록 Provider가 준비하고 있다고 기대하고 있는데, 바로 이러한 e-mail의 저장과 불러오기에 대한 준비 그 자체가 구체적인 급부이며, Provider는 이에 대해서 의무를 부담하는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때, e-mail의 전송에 대한 책임을 사업자가 단순히 노무제공의 의무만을 부담하고, 구체적 결과에 대해서는 아무런 책임을 지지 않는 고용계약³⁸⁾의 문제로만 취급하는 것은 사용자의 기대와는 부합하지 않는다. 따라서 이 경우에도 고용계약과 도급계약의 요소가 혼합된 계약으로 보아야 할 것이다.

그밖에도 Provider는 특정한 영역 내지는 방(Forum)을 개설하여 이용자가 대화 또는 채팅을 하거나 뉴스나 자료를 다운로드 받을 수 있도록 하고 있는 경우가 많다. 이러한 특정영역에의 접속에 관한 계약은 주로 관리와 유지가 문제되기 때문에 일반적으로 고용계약으로 보아야 할 것이다³⁹⁾.

통신망이용계약의 확대에 속하는 또 다른 경우는 특히 사업자는 자기 고유의 Website를 제공하고 유지하면서 도메인 이름을 개설하거나 관리하는 것을 들 수 있다. 이 경우 문제되는 계약유형은, 도메인의 신고와 등록이라는 관점에서 보아 도급계약의 성격을 가지고 있는 것으로 보아야 할 것이다⁴⁰⁾. 이미 특정 도메인이 타인에게 부여되어 더 이상 등록할 수 없는 경우에는, 그 도메인의 등록을 목적으로 하는

37) Roth, a a O, S. 57, 67

38) 독일민법은 사무처리를 대상으로 하는 고용계약 또는 도급계약에 관한 별도의 규정을 두고 있으며(독일민법 제675조 이하), 특히 사무처리가 고용계약과 결부되어 있을 때 사무처리성격을 가진 고용계약(Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungsscharakter)이라 부른다

39) Schuppert(a.a.O., S. 10)는 이를 사무처리성격을 가진 특별한 고용계약(Dienstvertrag besonderer Art mit Geschäftsbesorgungsscharakter)으로 분류하고 있다

40) 독일의 경우는 이를 도급계약의 성질을 가지고 있는 (有償의) 사무처리계약에 해당하는 것으로 보는 견해가 있다(Buchner, a a O, S 145, 149; Schuppert, a.a.O., S. 10)

계약은 성립하지 않는 것으로 보아야 할 것이다⁴¹⁾. 일반적으로 도메인 이름은 신청서를 도메인정보센터⁴²⁾에 접수시키면 이미 동일한 이름이 등록되어 있지 않는 한⁴³⁾, 도메인 이름을 부여받게 되기 때문에, 일반적으로 사용자는 단지 신청서를 제출할 의무만을 부담한다. 그러나 도메인 이름이 처분 가능한 경우에는 등록에 대한 책임을 면할 수 없을 것이다.

3) 온라인서비스 계약⁴⁴⁾

온라인 서비스에는 인터넷 접속 및 e-mail, 대화방, 검색엔진, 콘텐츠 등 다양한 서비스가 제공되는데, 이 서비스계약에 대해서도 역시 계속적 채권관계가 성립하며, 이때 특별한 종류의 계약(Vertrag sui specialis)으로서 계약법에 관한 일반규정이 적용되거나⁴⁵⁾, 급부의 종류에 따라 독립적으로 각 유형에 따른 계약규정을 적용시킬 수 있을 것이다⁴⁶⁾ 서비스의 전체에 대해서는 우선 고용계약에 해당한다고 보아야 할 것이지만⁴⁷⁾, 온라인 서비스 계약의 경우에도 급부내용에 따라 구별할 수 있는데, 특히 서비스의 거절이나 하자의 경우 하자담보책임과 계약책임과 관련해서는 이미 위에서 언급한 Access의 개설에 관한 고용 및 도급계약의 내용이 적용되며, e-mail의 설정과 전달에 관해서는 특별한 영역에 관한 고용계약의 내용이 적용된다

4) 사용자와 서비스제공자(운영자)와의 직접 계약

인터넷의 개방으로 인하여 많은 사용자들이 서비스제공자와 접촉을 하고 직접 계약

41) 독일의 경우 민법의 개정 전에는 불능의 급부를 목적으로 하는 계약은 제306조에 의하여 무효로 규정하였으나, 현재는 이를 무효로 보지 않고 있다

42) 한글도메인에 대한 상세한 것은 한글도메인정보 <http://www.domain.or.kr> 참조

43) 도메인과 관련한 법률문제에 관한 내용은 이대회, 앞의 책, 30면 이하 참조

44) 온라인 서비스 계약은 온라인 계약(Online Vertrag)과 구별되어야 하는데, 온라인계약은 온라인 서비스 개시 전에 이미 확정되어 있는 거래를 의미하는 것이다 온라인 계약의 경우에는 온라인을 통한 정보은행의 이용이 문제된다(Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 2. Aufl., 1998, Rdn. O 183; Hackemann, CR 1987, 660)

45) Hackemann, CR 1987, 660, 663; Koch, Computervertragsrecht, 1999, Teil 10 Nr. 4a

46) Jessen, a a O., S. 125

47) LG Hamburg v 17.09.1996, CR 1997, 157; Schuppert, a a O., S. 11

을 체결하는 경우가 많다. 이는 사용자가 순수한 Access 또는 자기의 서비스를 제공하는 사업자와 체결한 계약과는 무관한 것이다.

사용자와 제공자가 직접 체결한 계약은 콘텐츠를 제공한 경우와 기타의 서비스를 제공한 경우로 구별하여 살펴볼 필요가 있다.

(1) 콘텐츠 제공

콘텐츠 제공의 경우 우선 문제가 되는 것은 정보은행의 이용이다. 이러한 정보은행은 예를 들어 일반적인 경제정보, 과거에 발행된 잡지, 의견조사 등 매우 다양한 내용이 포함되어 있다. 콘텐츠의 이용에 대해서는 무료인 경우도 있으며, 유료화하고 이에 따른 다양한 지불방법(신용카드, 계좌이체, 핸드폰 등)의 가능성을 열어놓고 있기도 하다. 인터넷상의 서비스는 주로 무상으로 제공되고 있으며, 광고수입으로 운영되고 있다. 무료화와 관련하여 중요한 것은 무상이라고 해서 계약관계가 성립하지 않는 것이 아니라는 점이다. 통상 사용자는 무료의 콘텐츠를 자기 자신의 사적 용도로만 이용해야 하는 것이지, 이를 상업적 목적으로 사용하거나 불특정 다수인에게 이를 복제·배포하여서는 안 된다. 이러한 제한은 신의칙에서 발생할 수 있으며, 더 나아가 무상의 콘텐츠 제공자는 서비스이용약관을 이용하여 제한을 가할 수도 있을 것이다.

콘텐츠와 관련하여 매우 특이한 것은 푸시서비스(Push Service)이다. 푸시란 이용자의 요청에 의해서가 아니라, 웹상의 정보 배달이 서버에 의해 게시되는 것을 말한다. 새로 갱신된 뉴스와 미리 정의된 이용자 프로필에 맞는 여러 가지 특화된 정보들을 제공하는 것이 일반적이다⁴⁸⁾.

그러나 진정한 푸시 기술은 정보를 브로드캐스트(broadcast)하는 것이다. 이 경우에, 정보는 특정 채널이나 주파수에 액세스하는 사람이면 누구에게나 푸시된다. 브로드캐스트는 대개 정보의 연속적인 흐름이 수반되며, 푸시서비스에 의하여 이용자는 일정한 간격을 두고 채널로 제공되는 새로운 정보를 받게 된다. 정보를 푸시하는 또 다른 형태가 e-mail이다. 비록 사용자 컴퓨터 내의 메일 클라이언트가 자신의 메일을 가져오기 위해 때때로 e-mail 서버에 가야 하지만, 사용자의 요청 없이도 누군가가

48) 사실, 서버로부터 사용자에게 푸시된 정보는 사용자 컴퓨터 내에 있는 어떤 프로그램의 요청에 의해 이루어지는 것이다 즉, 푸시기술을 이용하여 웹상의 정보를 받으려면, 사용자는 이에 필요한 클라이언트 프로그램을 다운로드해야 한다. 이 프로그램이 사용자의 프로필을 확인하고, 사용자 대신에 주기적으로 서버에 정보를 요청하는 것이다

그것을 보냈기 때문에 (푸시했기 때문에) 메일이 도착해 있는 것이다. 이 푸시서비스는 광고에 의하여 수입을 얻는 경우에는 무상으로 제공되기도 하지만, 유료로 제공되기도 한다. 이 경우 고용계약의 요소가 포함되어 있는 것으로 보아야 할 것이다⁴⁹⁾.

(2) 기타 서비스의 제공

그밖에도 사용자와 서비스제공자와의 직접 계약에 속하는 것으로는 특정 사이트에 가입한 이용자에게 특히 e-mail 계정을 제공하는 것을 들 수 있다(예를 들면 hotmail, hanmail 등). 이때 제공자는 이용자에게 무상으로 e-mail 계정을 개설하여 주는데, 이 경우 사용자는 인터넷에의 접속을 통하여 비밀번호가 일치하는가를 확인함으로써 e-mail을 이용하게 된다. 이 경우에도 사용자는 제공자의 광고수입을 통하여 무상으로 서비스 받는 경우가 많다.

E-mail 서비스는 법적으로 보면 통신망사업자의 부가서비스와 다르지 않다. 이것이 무상으로 이루어진다고 하더라도 도급계약의 성질을 가지고 있다고 볼 수 있는데, 그 이유는 사용자는 Access Point로의 E-mail 전달과 저장 그리고 도착한 E-mail 불러오기 등과 같은 구체적인 결과를 기대하고 있기 때문이다. 다만 무상이라는 점에서 증여에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당할 것이다. 따라서 제공자(증여자)의 책임 역시 경감⁵⁰⁾되는 것으로 보아야 할 것이다⁵¹⁾.

그 이외에도 음성전자메일 또는 팩스 기능이 추가되어 서비스가 확대되어 제공되기도 하지만, 근본적으로는 위에서 언급한 내용이 그대로 적용된다. 웹사이트가 제공되는 경우에도 마찬가지이다. 이 경우 일반적으로 고객은 무상으로 웹사이트상의 정보를 이용하지만, 배너광고가 이루어지는 경우가 많아 이용자의 급부와 제공자의 급부 사이에는 대가성이 인정된다. 제공자는 사용자에게 저장할 수 있는 일정한 용량을 제공하고(Web-Hosting 계약), 사용자는 사이트를 열 때, 일정한 광고를 접하게 된다.

49) Schuppert(a a O, S 13)는 사무처리성격을 가진 고용계약으로 분류하고 있다.

50) 책임경감의 예로는 특정물의 경우 증여자는 유상계약의 경우처럼 선풀한 관리자의 주의 의무를 지는가에 관하여, 물론 선풀의무설을 주장하는 견해도 있으나, (물건인도시까지) 증여자의 선풀주의의무는 무상계약의 특성을 고려하여 자기재산과 동일한 의무를 부담하는 정도로 책임이 완화되는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 견해도 있다(李銀榮, 앞의 책, 280면) 이러한 점에 비추어 볼 때, 증여자는 고의나 중과실에 대한 책임만을 부담하도록 하여야 할 것이다.

51) 반대의 견해로는 Palandt-Putzo, Rdn 4 zu § 521, MunchKomm-Kollhossner, 3 Aufl, 1995, Rdn. 8 zu § 521

그밖에도 대화방(토론방)의 이용 역시 무상으로 이루어지지만, 대화방의 개설과 유지는 전형적인 고용계약의 요소를 내포하고 있는 것으로 보아야 할 것이다⁵²⁾.

2. Website Hosting 계약

Website Hosting은 하나 이상의 웹사이트들을 위해 파일들의 저장공간을 제공하고 유지해줌으로써 고객(사용자)의 콘텐츠에 제3자(Clients)가 쉽게 접속할 수 있도록 하는 것을 말한다⁵³⁾.

1) 형식

웹사이트 호스팅의 경우 사용자는 자기에게 사용이 허용된 저장공간에 가상의 서버(virtual server)를 운영하며, 각 웹사이트는 자신의 고유한 도메인 이름과 IP주소를 가지며, 제3자에 대해서는 서버로서 역할을 하지만 이는 단지 가상일 뿐이다.

고유의 웹사이트 하우징 또는 서버 하우징은 고객(사용자)이 서버를 운영하면서, Provider로부터는 공간과 통신회선 등의 도움만을 받는다는 점에서 웹사이트 호스팅과 구별된다. 이 경우 매우 다양한 계약유형을 생각해 볼 수 있는데, 우선 서버나 네트워크 장비 등을 수용하기 위해 사용되는 철제 프레임인 랙(Rack)이 제공된 경우에는, 이 Rack 안에 하나의 Rack-Server가 임대되는 것이기 때문에, 이는 임대차계약의 성질을 갖는다고 볼 수 있다. 그러나 그 이외에도 웹사이트 호스팅과 웹사이트 하우징은 공간관리 등 IPP(Internet Presence Provider)의 서비스 행위가 포함되기 때문에 고용계약의 요소를 포함하고 있는 것으로 이해된다.

52) 무상성과 단순함으로 인하여 거의 직접적으로 인식하지는 못하지만, 이 이외에도 인터넷을 이용함으로써 수 많은 계약을 체결하게 된다. 예를 들면 검색엔진을 이용하는 것은 정보은행의 이용을 의미한다.

53) 그러나 웹사이트 호스팅에서 파일의 저장공간보다도 더 중요한 요소는 그 서버가 얼마나 빠른 속도로 인터넷에 접속되어 있느냐 하는 것이다. 이를 위해 대부분의 호스팅 서비스 업체들이 T-1 또는 T-3 등의 고속 회선을 갖추고 있다. 일반적으로 개별 사업체에서 이 정도 수준의 속도로 자기 자신의 사이트를 독립적으로 유지하려면 훨씬 더 많은 비용이 들지만, 호스팅 서비스를 이용하면 고가의 인터넷 접속회선 비용을 여러 회사가 분담할 수 있으므로, 비용면에서 유리하다. 미국에서는 America Online 등 많은 ISP가 가입자들에게 웹사이트를 위한 저장공간을 무료로 제공하고 있으며, 우리나라에서도 이와 같은 추세가 점차 늘고 있다.

2) 법적 성질

통신망 이용에 관한 계약의 경우와는 달리 웹사이트 호스팅과 웹사이트 하우징에 관한 계약은 이미 오래 전부터 존재하였다. 소위 '전자계산소계약(Rechenzentrums-vertrag)'이 일종의 이러한 유형의 계약에 해당하는데, 전자계산소를 운영하는 경우에도 전산소의 대형수용능력이 data 저장소의 형태로 임대된다⁵⁴⁾.

사용자가 자기 소유의 또는 임차한 기기를 IPP의 공간에 설치하는 웹사이트 하우징의 경우에는 임대차계약의 성격이 우선 순위를 차지하게 된다. 즉 IPP는 사용자에게 저장장소를 제공할 뿐만 아니라, 전구나 접속장치와 같은 기본시설의 설치가 허용되는 기계설치의 장소까지 제공하는 것이다.

웹사이트 호스팅 계약의 경우에 일반적으로 임대차와 유사한 계약이 체결되는 것이다. 저장장소가 비록 가상공간이라고 하더라도 表彰化되기 때문에, 유체물을 대상으로 성립하는 임대차계약의 성격을 부정할 수는 없을 것이다⁵⁵⁾. 다만 저장장소가 임의로 변경될 수 있기 때문에, 임대차에 관한 규정을 직접 적용하기에는 불가능하지만, 유추적용은 가능하다고 생각된다.

웹사이트 호스팅 계약의 경우 정보의 저장 이외에도 사용자는 자기의 고객(Clients)이 인터넷에서 그 곳에 저장된 html 정보를 자기의 컴퓨터에 로딩(loading)할 수 있도록 하여야 하는데, 이를 특히 대화능력이라고 한다. 이와 같은 대화능력의 창설은 일의 완성에 해당하며, 이는 도급계약의 성질을 갖기 때문에⁵⁶⁾, Provider는 이미 위에서 언급한 e-mail의 전달과 마찬가지로 html 정보의 전달이라는 구체적 결과에 대하여 책임을 진다. 다만 e-mail의 경우에는 특정한 수령자에게로 e-mail의 도달 또는 특정한 발신인으로 전송된 e-mail을 유지하는 것이 문제되지만, 웹사이트 호스팅의 경우에는 사용자가 특정한 html 파일을 사용하는 자기의 고객을 알지 못한다는 점에서 차이가 날 뿐이다.

도급계약에서 발생하는 청구권, 특히 하자에 기인한 보수청구권(민법 제667조)은 사용자에게는 별다른 도움이 되지 못한다. 하자가 자주 발생하는 경우에 사용자는 계약해지(민법 제668조)에 더 많은 관심을 갖게 될 것이다. 이는 이 계약을 고용계약으로 취급하는 경우에도 마찬가지이다. 이때 웹사이트 호스터는 단지 인터넷에의 접속

54) OLG Hamm v 30 11 1988, CR 1989, 910

55) Roth, a a O, S 57, 78, Buchner, a a O, S 125, 158, Schuppert, a a O, S 16

56) Schuppert, a a O, S. 16

을 유지할 노력을 기울일 의무를 부담하고, 이러한 의무를 위반하였을 경우에는 불완전이행(적극적 채권침해)에 기인하는 청구권과 경우에 따라서는 사용자에게 의한 계약해지를 염두에 두어야 할 것이다⁵⁷⁾.

3. 콘텐츠제공자와의 계약

콘텐츠제공계약의 법적 성질에 관해서는, 콘텐츠의 선택 및 정보 그리고 정보의 전달을 일의 완성에 해당하는 것으로 보고 이를 도급계약과 유사한 특별한 종류의 계약으로 보는 견해⁵⁸⁾, 특허, 고용, 매매의 요소가 결합되어 있는 유형결합계약으로 보는 견해⁵⁹⁾ 그리고 임대차와 매매의 요소가 혼합된 혼합계약으로 보는 견해⁶⁰⁾ 등 매우 다양하다.

그러나 계약의 유형을 정함에 있어서 중요한 것은 콘텐츠내용의 개별적 형식을 기준으로 삼아야 한다는 것이다.

1) 내용변경이 없는 작품 및 정보의 제공

콘텐츠제공의 가장 단순한 경우는, 단 한번만 자료를 올려놓고 지속적으로 이용할 수 있는 저작권법의 보호를 받는 유상의 내용(예를 들면 그림, 그래픽, 저작물 등) 또는 사실에 입각한 뉴스나 경제소식과 같은 정보의 제공이다. 이러한 경우에는 컴퓨터 프로그램의 이용권의 양도에 적용되는 규정, 즉 매매에 관한 규정을 유추적용하는 것이 타당할 것이다⁶¹⁾.

그러나 무상으로 제공되는 경우에는 증여(민법 제554조)에 해당할 수 있다. 다만 사안별로 대가성의 성립여부를 자세히 검토할 필요가 있는데, 즉 비록 정보의 제공이 무상이라고 하더라도, 정보를 제공하는 업체의 광고를 삽입하는 경우에는, 다만 반대급부로서 일정한 금액을 지불하지는 않았지만, 이는 유상계약이 성립하는 것으로 보아야 할 것이다⁶²⁾.

57) Roth, a.a.O., S 57, 79

58) Muller-Hengstenberg, NJW 1996, 1777, 1781

59) Heussen, in Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 1999, Kap Rdn 155

60) Roth, a.a.O., S 57, 89

61) BGH NJW 1990, 3011, 3012

2) 내용이 변경되는 콘텐츠에의 접속

접속권의 허용 또는 정보의 유지, 또는 특정 주제에 관한 설문조사나 의견조사를 할 수 있는 권리(Recht zu der Recherche)의 허용과 관련하여서는 임대차에 관한 규정이 적용될 것이다. 콘텐츠로서의 정보은행은 사용자가 계약에 합당하게 정보를 이용할 수 있는 상태가 되어야 한다. 사용자의 정보이용이 유상으로 이루어진다면, 이에 대해서는 최소한 매매법을 유추적용하는 것이 타당하다. 그러나 사용자의 이해를 돕기 위하여 정보은행의 기능과 일치하는 광고를 추천하여 게재한 경우에는 고용계약에 관한 규정을 적용하는 것 역시 배제할 수 없을 것으로 생각된다.

무상의 정보은행이용계약에 대해서는 본래의 정보이용이라는 관점에서 보면 사용대차계약(민법 제609조)이 문제될 수 있으며, 정보의 구체적 전달이라는 관점에서 보면 증여계약(민법 제554조)의 요소도 내포되어 있다

3) 온라인 포털사이트의 설치와 운영

온라인 बैं킹이나 경매를 위한 사이트의 설치와 운영은 단순히 표준화되었거나 개인의 요구와 결합된 콘텐츠를 능가하여 포털사이트⁶³⁾의 매력을 향상시키는 결과를 가져오고 있다. 사업자의 책임하에 온라인 포털사이트가 설치된 경우에는 도급계약에 관한 규정이 적용된다. 고용계약의 요소는 단지 예외적으로, 예를 들면 대화방 운영 등과 같은 특별한 사정이 있을 때에만 인정되어야 할 것이다

온라인 포털사이트의 지속적인 감독이나 감시에는 일반적으로 비용이 들기 때문에, 온라인 서비스 또는 포털사이트의 운영자는 설치뿐만 아니라 콘텐츠제공자가 지속적

62) Schuppert, aa O., S 18

63) 포털은 사용자들이 웹에 접속할 때 제일 먼저 나타나거나 가장 많이 머무르는 사이트로, 웹 서핑을 시작하는 주요 사이트를 의미한다. 야후, 넷스케이프, 라이코스, MSN 등이 대표적인 포털사이트를 운영하고 있으며, 우리나라에서도 최근 다음, 네이버, 엠파스 등이 포털사이트로서의 입지를 굳히고 있다. 많은 인터넷 접속 서비스 공급자들 역시 자신들의 사용자에게 대해 포털서비스를 제공하겠다고 나서고 있다. 대부분의 포털들은 야후(와 같은) 스타일의 텍스트 위주로 설계된 콘텐츠 카테고리를 채택하고 있는데, 이는 이미지에 비해 좀 더 빠르게 화면에 표시되므로, 방문자들이 사용하기 쉽다고 느껴 다음에 다시 찾아올 수 있도록 하기 위한 것이다. 포털사이트를 가진 회사들에 대해 많은 주식 투자자들이 관심을 표명하고 있는데, 그 이유는 포털사이트가 되면 기본적으로 그들의 웹 페이지가 더 많은 고객들에게 보여지게 되므로, 광고 효과 등의 상품가치가 그만큼 높아지기 때문이다.

으로 이를 운영하는 것에 매우 큰 비중을 두게 된다. 이러한 지속적인 운영의 법적 성질과 관련하여서는 콘텐츠와 기술적인 면을 구별하여 살펴볼 필요성이 있는데, 콘텐츠 내용의 지속적 관리에 대해서는 임대차에 관한 규정이 적용되고, 예를 들면 뉴스나 작품과 같은 구체적인 대상에 대해서는 매매법에 관한 규정 역시 적용되어야 할 것이다. 기술적인 측면에 대해서는 - 이미 웹사이트 호스팅에 관하여 언급한 내용과 같이 - 임대차에 관한 규정을 적용하여 문제를 해결하여야 할 것이다.

4. 이행에 개입한 제3자와의 계약

인터넷분야에서는 이용자의 계약상대방인 Provider는 계약내용을 좀 더 확장시키기 위하여 제3자의 급부를 계약내용에 포함시키는 경우가 많다. 이에 대한 대표적인 예로는 아웃소싱(Outsourcing)을 들 수 있다. 아웃소싱은 어느 회사가 다른 회사를 위해 서비스를 제공하는 형태를 말한다⁶⁴⁾.

1) 아웃소싱(Outsourcing)

아웃소싱의 예로는 전형적인 콘텐츠제공계약을 들 수 있는데, 이는 특별한 분야를 확장 또는 보완하기 위하여 온라인 사업자가 개별적인 콘텐츠제공자와 체결하는 계약을 말한다. 그러나 아웃소싱은 콘텐츠의 제공에 한정되지 않고, 온라인뱅킹과 같이 일정한 분야에 대한 서비스를 제공하는 형태로 확장되기도 한다.

2) E-mail 서비스의 아웃소싱

인터넷상에서 특정 서비스를 제공하는 자는 서비스의 일부를 아웃소싱의 형태로 다른 서비스업자가 이행하도록 할 수 있다. 예를 들면 인터넷에 등장하는 임의의 사업자(인터넷상점, 통신회사, 여행사 등)가 자기의 사용자에게 자기의 인터넷사이트를 통하여 일정한 e-mail 서비스를 제공하도록 하는 계약을 체결하는 것 등이다. 이때 e-mail Provider는 외부적으로 자기를 나타낼 필요가 없으며, '숨어서' 서비스를 제공하게 된다. 외부적으로는 본래의 사업자(der Outsourcende)만이 나타나게 된다. 이러

64) 정보기술분야에서 아웃소싱은 하나의 경향으로서 보다 일상화되어 가고 있다. 예를 들어 네트워크 및 웹스테이션의 설치, 관리 및 유지보수는 물론, 계획이나 업무분석을 포함하여, 한 회사의 정보관리분야 전체가 아웃소싱 되는 경우도 있다. 아웃소싱은 IBM과 같은 회사가 제록스 같은 회사의 IT 서비스를 제공해주는 대규모 계약에서부터, 업체나 임시직 사무근로자를 개별계약을 통해 고용하는 경우까지 다양한 범위에 걸쳐 있다.

한 계약의 형태를 통상 OEM(Original Equipment Manufacturer) 계약이라고 하는데, 그 이유는 이러한 유형의 계약에서는 급부제공자가 외부적으로 나타나지 않고, 주문자에게 再賣渡人으로서 물건이나 서비스를 자기 자신의 이름과 상표로 제공하는 것을 허용하기 때문이다.

그러나 인터넷 분야에서는 OEM이라는 표현은 정확한 것은 아니다. 하드웨어로서 제품이 처분되어지는 것이 아니기 때문이다. 다만 본래의 급부제공자가 숨겨진 상태에서 서비스를 제공한다는 사정이 동일시 되는 것이다.

IV. 結 論

인터넷 Provider 계약의 유형에 관한 검토는 계약의 발현모습을 체계화하여 이에 따른 합당한 법률효과를 부여하기 위해서이며, 이에 대한 전제로 실제로 체결된 계약을 구체화시키고, 적용될 법률규정을 결정하기 위해서는 먼저 그 계약이 어떤 유형에 속하는가를 결정하여야 한다. 계약을 유형화함에 있어 우선적으로 고려해야 하는 것은 당사자의 의사이며, 합의된 계약상의 권리와 의무, 계약의 (경제적) 목적, 전형계약의 법적 성질과 당사자의 이해관계 등 역시 매우 중요한 판단자료로 활용되어야 할 것이다.

그러나 시대의 변화에 따른 새로운 유형의 계약이 나타나게 되는데, 이를 현재의 전형계약의 유형에 고정시켜 법률문제를 해결하여야만 한다면 이는 오히려 법의 발전을 저해시키는 결과를 가져오게 된다는 점을 간과해서는 안 될 것이다. 따라서 시대 변화에 대처할 수 있도록 전형계약을 보다 융통성 있게 해석하는 것 역시 시대변화에 대처할 수 있는 방안이 될 것이다.



● 임견면

인터넷 Provider 계약(Internet-Provider Vertrag)

인터넷 Provider 계약의 유형

(Vertragstypen der Internet-Provider Verträge)

포괄계약(Rahmenvertrag) 혼합계약(Gemischter Vertrag)

전형계약(Typischer Vertrag) 비전형계약(atypischer Vertrag)

웹사이트 호스팅 계약(Website-Hosting-Verträge)

[Zusammenfassung]

Internet Provider Vertrag

Im, Geon-Myeon

Heutzutage braucht die Bedeutung des Internets nicht weiter betont zu werden. Jedoch fehlt es bislang eine ausführliche Untersuchung der Vertragsbeziehungen um den Schlüsselfaktor des Internets, nämlich den Provider in seinen vielfältigen Funktionen.

Bei der Gestaltung jedes Vertrags stehen die individuellen Interessen der jeweiligen Vertragspartei zunächst im Vordergrund. Idealerweise würde sich deshalb auch ein Internet-Provider vor jedem Vertragsabschluss überlegen, welche Rechte er seinem Kunden einräumen will und zu welchen Leistungen er sich verpflichten will. Aber eine solche individuelle Gestaltung eines jeden Vertrags ist im Massengeschäft der Onlinedienste mit privaten Endkunden illusorisch.

Bei Internet Provider Verträgen in einem weiten Sinn kann zunächst grundsätzlich danach unterschieden werden, ob die Verträge mit Endkunden abgeschlossen werden oder ob es sich um Verträge handelt, die Internet Provider mit Unternehmen abschließen, die einen eigenen Auftritt im Internet planen, Contents entgeltlich oder unentgeltlich bei einem anderen Provider anbieten wollen oder die Werbung schalten wollen.

Die Einstufung von verschiedenen Verträgen in Vertragstypen hat eine wichtige Funktion bei der Vertragsgestaltung. In der Regel wird der Internet-Provider Vertrag als gemischter Vertrag oder als Vertrag mit Elementen aus verschiedenen Rechtsverhältnissen betrachtet. Bei der Auslegung des Internet-Provider Vertrags ist es wichtig, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben.