

지방자치단체의 공적시설로서 인터넷사이트에 대한 지방자치단체의 책임*

조 인 성**

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 인터넷사이트의 지방자치단체의 공적시설 여부
 - 1. 지방자치단체의 공적시설에 관한 미흡한 법적 정의
 - 2. 지방자치단체의 홈페이지가 공적시설인가?
 - 3. 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 관한 법적 문제
 - (1) 권리침해
 - (2) 합법적인 링크를 차단할 가능성
 - (3) 수수료
- III. 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 지방자치단체의 책임
 - 1. 지방자치단체의 책임의 일반론
 - 2. 인터넷 특유의 특수성, 특히 텔레서비스법(TDG)의 규정
- IV. 맺는 말

I. 들어가는 말

지방자치단체는 주민의 복리를 위한 사무를 수행하여야 한다(헌법 제117조 제1항).¹⁾ 복리사무는 경제적인 복지에만 한정되지 아니한다. 복리사무는 사회

* “이 논문은 2008년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2008-327-B00677).”

** 한남대학교 법과대학 교수

1) 헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의

적·문화적·생태적 복지 등도 포함한다. 이러한 복지사무의 수행을 위하여 지방자치단체는 공적시설을 설치할 필요성을 갖는다. 말하자면 지방자치단체가 주민에 사회적·경제적·문화적인 배려급부를 지속적으로 수행하기 위하여 지방자치단체는 조직상 고유한 준비수단을 필요로 한다. 그 수단의 하나가 지방자치단체의 공적시설(kommunale öffentliche Einrichtungen)이다.²⁾ 그 목적이 경제적인 것인가 여부는 가리지 않는다.³⁾

이러한 지방자치단체의 공적시설과 관련하여 현행 지방자치법은 주민의 공공시설이용권(동법 제13조 제1항),⁴⁾ 공공시설의 설치(동법 제144조),⁵⁾ 지방공기업의 설치(동법 제146조)⁶⁾를 규정하고 있다. 따라서 지방자치법은 공공시설을 지방공기업과 구분하고 있다. 그러나 지방공기업의 존재의미도 그 사업이나 시설의 이용을 통하여 주민의 복지를 증진하는 데 있으므로, 주민의 이용이라는 관점에서 볼 때, 지방자치법 제13조의 공공시설은 동법 제144조의 공공시설 외에 동법 제146조의 지방공기업을 포함하는 개념이다. 따라서 지방자치법 제13조의 공공시설은 넓은 의미의 공공시설, 지방자치법 제144조의 공공시설은 좁은 의미의 공공시설이다. 넓은 의미의 공공시설은 주민의 이용이라는 기능에 초점을 맞춘 개념이므로, 기능적 의미의 공공시설이라고 할 수 있다.⁷⁾ 본고에서는 용어의 혼란을 방지하는 의미에서 넓은 의미의 공공시설을 공적시설이라 칭하기로 한다.⁸⁾

범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

2) 예컨대, 공설의 상수도, 운동장, 극장, 박물관, 폐기물처리장, 시장 등.

3) 홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2002, 427면.

4) 지방자치법 제13조 제1항(주민의 권리) ① 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가진다.

5) 지방자치법 제144조(공공시설) ① 지방자치단체는 주민의 복지를 증진하기 위하여 공공시설을 설치할 수 있다. ② 제1항의 공공시설의 설치와 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정한다. ③ 제1항의 공공시설은 관계 지방자치단체의 동의를 받아 그 지방자치단체의 구역 밖에 설치할 수 있다.

6) 지방자치법 제146조(지방공기업의 설치·운영) ① 지방자치단체는 주민의 복지 증진과 사업의 효율적 수행을 위하여 지방공기업을 설치·운영할 수 있다. ② 지방공기업의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

7) 공공시설의 개념에 대해서는 장교식, 공공시설의 관리와 주민의 이용권에 관한 고찰, 토지공법연구 제14집, 2001. 12, 217-218면 참조.

8) 홍정선, 앞의 책, 428면.

그런데 지방자치단체의 공적시설은 요람에서 무덤까지(von der Wiege bis zur Bahre) 주민과 함께 동반한다고 할 수 있다.⁹⁾ 이것은 이러한 테마에 관한 독일 법원의 판결에 있어서의 그 광범위한 스펙트럼에서도 파악할 수 있는 것이다.¹⁰⁾ 또한 지방자치단체의 공적시설은 매우 다양한 형상이 역사적으로 발전한 혼합체라고 볼 수 있다.¹¹⁾ 그리하여 독일이나 우리나라의 수많은 게마인데(Gemeinden, 기초지방자치단체)도 그동안 자기 고유의 인터넷사이트를 운영하고 있다. 이러한 지방자치단체의 홈페이지는 예컨대 링크리스트 또는 가상의 도시계획과 같은 다양한 내용과 제공물들을 함께 보유하고 있다. 이러한 현상은 지방자치법의 문헌에서는 종래 거의 반영되지 않고 있다.¹²⁾

따라서 본 논문은 독일에서의 논의를 중심으로 첫째, 상술한 지방자치단체의 인터넷사이트(홈페이지)를 지방자치단체의 공적시설로서 과연 분류할 수 있는가(II.) 둘째, 만약 지방자치단체의 홈페이지가 공적시설이라면, 이러한 공적시설에 관한 종래의 독일 판례 및 문헌에 의거하여 구체적으로 그 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에서 도출될 수 있는 지방자치단체의 법적 책임은 무엇인가(III.)라는 문제의식에 그 중점을 두고 있다.¹³⁾

II. 인터넷사이트의 지방자치단체의 공적시설 여부

먼저 검토해야 하는 것은 지방자치단체의 공적시설의 개념 하에 인터넷사

-
- 9) Peter Axer, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, Berlin 1994, 138면.
- 10) 지방자치단체의 공적 시설의 존재는 다음에서 긍정되고 있다. 지방자치단체의 물공급(VGH Bad.-Württ., NVwZ 1991, 583면), 운하(OVG NRW, OVG 21, 189(190)), 에너지공급기업(BayVGH, BayVBl. 1955, 59면(60면)), 원격난방(HessVGH, ESVGH 25, 59(70)), 시립수영장(VGH Bad.-Württ., NJW 1979, 1900면 = ESVGH 25, 203), 유치원(HessVGH, NJW 1977, 452면), 놀이방(HessVGH, NJW 1979, 886면(887면)), 놀이터(OVG NRW, StT 1979, 29면), 학교뜰(OVG NRW, NJW 1980, 901면), 시립도서관(BayVGH, BayVBl. 1983, 374면), 실내체육관(BayVGH, BayVBl. 1966, 63면) 등.
- 11) Axer, 앞의 책, 144면도 역시 그러하다.
- 12) 특별히 종래 이것을 시도한 것으로는 Stephan Ott/Bernd Ramming, Anspruch auf Aufnahme in eine kommunale Linkliste, BayVBl. 2003, 454면.
- 13) 본고는 Michael Frey, Kommunale öffentliche Einrichtungen im Internet, DÖV 2005, 411면 이하를 주로 참고하였다.

트를 대개 어떻게 파악할 수 있는가 라는 점이다.¹⁴⁾ 그 때문에 “법적으로 거의 색깔이 없는 것”¹⁵⁾으로써 지칭되는 지방자치단체의 공적시설의 개념은 밝혀져야 한다.¹⁶⁾

1. 지방자치단체의 공적시설에 관한 미흡한 법적 정의

지방자치단체의 공적시설의 개념은 독일의 지방자치법으로서 게마인데·크라이스법(Gemeinde- und Kreisordnung)에서 종래 법적 정의를 발견하지 못했다¹⁷⁾. 그러나 베를린¹⁸⁾을 예외로 하고, 나머지 모든 연방주¹⁹⁾의 지방자치법은 내용적으로 일치하는²⁰⁾ 규정을 포함하고 있다. 그 규정에 의하면 기초지방자치단체는 급부능력의 한계 내에서 주민들의 경제적, 사회적 그리고 문화적 복지를 위해 필요한 공적 시설을 설치하고, 또한 동일한 원리에 의해서 그러한 공적시설을 이용할 수 있는 주민은 현행법의 테두리 내에서 정당화 된다.²¹⁾

요컨대 법률상 공적시설의 개념이 정의되고 있지는 않다. 그러나 일반적으로 공적시설이란 그 조직에 관한 법 형식 및 소유권의 귀속여하를 불문하고 경제적·사회적·문화적 영역에서 직접 생존배려(Daseinsvorsorge)라는 공적 목적에 봉사하는, 그리고 당해 지방자치단체의 주민에게 이용권이 부여되어 있는 지방자치단체의 모든 시설을 의미하는 것으로 이해된다.²²⁾

14) 본장은 줄고, 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 법적 문제, 토지공법연구 제41집, 2008. 8, 232-235면 참조.

15) Otto Gönnerwein, Gemeinderecht, Tübingen 1963, 473면 이하.

16) Frey, 앞의 논문, 411면 이하.

17) Alfons Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003, 방주 528.

18) 베를린의 경우, 베를린 고등행정재판소(OVG Berlin)의 판결에 의하면, 이는 종전의 법률 규정과 관습법으로서 오랜 행정 실무에 따른 그 결과이다(OVG Berlin, Städtetag 1979, 162면 이하).

19) 예컨대 § 10 Abs. 2 S. 1, 2 GO Bad.-Württ., Art. 21 Abs. 1 S. 1 BayGO, § 15 Abs. 1 VerfBremerhaven, § 20 Abs. 1 HGO, § 22 Abs. 1 NdsGO, § 18 Abs. 2 GO NRW, § 14 Abs. 2 GO Rheinl.-Pfalz, § 18 Abs. 1 S. 1 GO Schlesw.-Holst., Art. 21 BayGemO 참조.

20) Peter Axer, Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, NVwZ 1996, 114면; Werner Frotscher, in: Günter Püttner 편저, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis(HdKWP), 제3권, 제2판, Berlin 1981, 135면.

21) 개념에 대한 기타 근거를 들면, Weitere Anhaltspunkte zur Ausfüllung des Begriffs ergeben sich z.B. aus § 11 Abs. 1 GO Bad.-Württ., § 28 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW, Art. 24 Abs. 1 BayGO, § 8 Abs. 1 NdsGO, Art. 57 Abs. 1, 2 BayGO.

2. 지방자치단체의 홈페이지가 공적시설인가?

지방자치단체의 인터넷사이트는 수많은 정보를 포함하고 있다. 예컨대 명소와 도시의 연혁에 관한 정보, 위치와 찾아오는 길, 선거결과 또는 주민의 참여, 시장·지방자치단체 의회·지방자치단체) 행정의 소개, 행사 캘린더, 지방자치단체 행정의 온라인 서비스, 공지사항, 게시판, 가상 도시계획, 링크리스트 등을 들 수 있다.²³⁾ 지방자치단체의 공적시설에 대한 법적 정의가 미흡하다는 측면에서, 지방자치단체의 공적시설의 개념을 상세히 규정하는 것이 독일의 판례와 학설에 유보되어 있다. 여기에서 판례는 Fritz Ossenbühl의 정의에 기대어 본질적으로 기능적 시설개념을 사용한다.²⁴⁾ Ossenbühl²⁵⁾은 지방자치단체의 공적시설의 개념을 다음과 같이 기술했다. 즉, “요사이 다만 기능만을 공동으로 하는 매우 상이한 구조와 목적을 가진 시설·기업·영조물 및 기타 급부시설, 다시 말해서 주민의 생존배려를 위한 요건을 창조하고 보장하는 것”²⁶⁾이라고 한다. 어떠한 성질을 갖는 물적 존립은 중요하지 않다. 오히려 생존배려라는 목적 및 공용지정의 테두리 내에서의 규정에 적합한 이용을 목적으로 접근할 수 있는 인적 세력과 물적 수단의 요약으로 충분하다.²⁷⁾

물론 학설상 여러 문헌에서 아직도 다른 정의들이 행해지고 있다. 즉 Rupert Scholz는 급부·이용관계의 종류에 대한 개념 확정을 시도한다.²⁸⁾ Scholz에 의하면 지방자치단체의 공적시설은 “전통적이고 전형적인 지방자치단체의, 신분법(Statusrecht)상 형성됐지만, 조직법상 형태가 미결정된 행정단일체로서 지방

22) 홍정선, 앞의 책, 428면.

23) 이에 관해서는 다만 Ott/Ramming, 앞의 논문, 459면에서 열거하고 있다.

24) VGH Bad.-Württ., NVwZ-RR, 1989, 267면 m.w.N.; OVG NRW, DVBl. 1976, 398면; OVG Rheinl.-Pfalz, NVwZ 1982, 379면.

25) Fritz Ossenbühl, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, 289면.

26) "Betriebe, Unternehmen, Anstalten und sonstige Leistungsapparaturen höchst unterschiedlicher Struktur und Zweckbestimmung, denen letztlich nur die Funktion gemeinsam ist, nämlich die Voraussetzungen für die Daseinsvorsorge der Bevölkerung zu schaffen und zu gewährleisten"

27) Johannes Dietlein, Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen, Jura 2002, 445면 (446면).

28) Rupert Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtung, Berlin 1967, 244면.

자치단체의 고권적 결정에 의해서 공법적 급부를 행하거나, 지방자치단체의 특별법상의 급부의무에 의하거나 ..., 또는 지방자치단체의 실질적 헌법상의 급부의무에 의한 것 ... 등이다.²⁹⁾ Schmidt-Jortzig³⁰⁾는 독립성의 정도에 따라 차별화하고 그 공적시설을 다음과 같이 정의한다. 즉, “영조물법상 범위에서 조직적으로 독립된 행정주체로서 지방자치단체에 의해서 주민을 통한 일반 사용의 특별 지정에 근거해 개방된 것이다.”³¹⁾ 이와 반대로 Axer³²⁾는 집행할 수 있고 정확한 정의는 불가능하다는 결론을 도출했다. 그 대신에 발전된 범주에 의한 개별적 사례 결정은 가능하다고 한다.

(1) 공적 목적

지방자치단체의 공적시설로서 간주될 수 있기 위해서는 지방자치단체의 인터넷사이트가 지방자치단체의 생존배려에 기여해야 한다. 다시 말해서 공적시설의 목적은 바로 주민의 생존배려라고 말할 수 있다. 그 가운데 지역적 공동체에 뿌리를 두고 이러한 공동체에 특별한 관련을 갖는 모든 업무들은 공적 영향권 하에 놓인다.³³⁾ 이 분야에서 지방자치단체에게는 생존배려의 길목에서 지역 주민을 위해 반드시 필요한 시설을 설치할 권리가 존재한다³⁴⁾.

인터넷홈페이지에서 전형적인 방법으로 검색할 수 있는 정보는 종전에 인쇄된 형태로 유지된 것과 독일의 판례에 의해서 공적시설로 분류된 것들을 보충하거나 발전 또는 대체하게 된다. 특히 인터넷은 하이퍼링크를 통해 정보를 직접적으로 연결할 가능성을 제공한다. 따라서 인터넷사이트는 우선 지방자치단

29) "eine traditionelle und typische kommunale, statusrechtlich formierte, organisationsrechtlich nicht typfixierte Verwaltungseinheit, die ihre öffentlich-rechtlichen Leistungen entweder aufgrund einer freiwilligen und erkennbar hoheitlichen EntschlieÙung der Gemeinde erbringt, aufgrund einer Spezialgesetzlich vorgegebenen Leistungspflicht der Gemeinde ... oder aufgrund einer materiell-verfassungsrechtlichen Leistungspflicht der Gemeinde..."

30) Edzart Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 제2판, Stuttgart 1982, 방주 650.

31) "ein organisatorisch in anstaltsrechtlichem Umfange verselbständigter Verwaltungsträger, der von einer Kommune aufgrund spezieller Einsetzung der allgemeinen Benutzung durch die Einwohner offen steht"

32) Peter Axer, 앞의 책, 144면.

33) BVerfG, DVBl. 1989, 300면.

34) BVerfGE 34, 233.

체의 주민에게 정보를 서비스하는 것뿐만 아니라 지방자치단체의 경제나 관광을 촉진시키는데 기여한다. 여기에 지방자치단체와 특별한 관련이 있고 또한 지방자치단체에 의해 자기 책임 하에서 수행될 수 있는, 지역공동체에 뿌리를 두는 임무가 존재한다고 볼 수 있다. 요컨대 지방자치단체의 홈페이지는 생존배려라는 공적 목적(Öffentlicher Zweck)에 봉사하고 있다.

(2) 공용지정

일반적인 견해에 의하면 지방자치단체의 공적시설은 공용지정(Widmung)을 통해 비로소 성립 된다³⁵⁾. 공용지정이란 어떤 시설의 이용이 지방자치단체의 공공용에 놓인다는 것을 정하는 법적 행위이다. 공용지정은 물건을 공적 이용하에 둔다는 법적 행위이다. 공용지정은 공법상의 의사표시이다.³⁶⁾ 공적시설에 대한 공용지정은 도로법과 달리 일정한 형식에 기속되지 않기 때문에, 그것은 단순한 행정행위, 지방의회의 의결 또는 조례 등을 통하여 명시적이거나 묵시적으로 이루어질 수 있다³⁷⁾. 그러나 반드시 필요한 것은 공용지정에 대한 지방자치단체의 의사가 객관적으로 인식될 수 있는가에 있다.³⁸⁾ 만약 명시적인 의사표현이 없다면, 표현의사는 우선 예컨대 사실적인 행동, 허가실무, 수수료납부 또는 예산법상 취급 등의 지표에서 도출할 수 있다.³⁹⁾ 만약 표현의사가 이러한 지표에서 끌어낼 수 없다면, 독일 판례에 의하면 사실상 공중에 의하여 이용되고 있는 경우에는 공용지정이 추정되기도 한다.⁴⁰⁾ 다시 말해서 공중에 의하여 이용될 수 있는 지방자치단체의 시설은 공적시설로 추정한다는 것이다

인터넷사이트의 경우, 이러한 공용지정의 문제가 별 문제가 되지 않는다고 볼 수 있다. 인터넷사이트를 설치하는 자는 바로 다른 사람에 의해서 호명되는

35) statt vieler Gern, 앞의 책, 방주 529 참조.

36) 홍정선, 앞의 책, 429면.

37) Dietlein, 앞의 논문, 448면.

38) Dietlein, 앞의 논문, 448면.

39) Dietlein, 앞의 논문, 448면.

40) VGH Bad.-Württ., BWVPr. 1979, 133면, 135면; BayVGh, BayVbl. 1991, 86면; Axer, 앞의 책; Gern, 앞의 책, 방주 529; Dietlein, 앞의 논문, 448면.; 추정에 반대하는 입장으로 Meike Mohl, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen - Begriff und Zulassungsanspruch, Diss., Gießen 1988, 24면.

것을 목적으로 한다. 인터넷사이트를 공적 이용 하에 둔다는 공법상의 의사 표시에 의해 지방자치단체의 공적시설로서의 성격을 갖게 된다. 지방자치단체의 시설로서 홈페이지를 분류한다는 것은 예컨대 광고 배너처럼 개별적인 부분이 아마도 공적 목적에 봉사하지 않는다는 점과 결코 모순되지는 않는다.

3. 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 관한 법적 문제

상술한 바와 같이, 만약 지방자치단체의 홈페이지가 공적시설이라면, 다음으로 그 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트로부터 도출할 수 있는 법적 결과 및 문제는 과연 무엇인가 라는 문제에 직면하게 된다. 이러한 법적 문제로서는, i) 지방자치단체의 인터넷사이트를 설치할 법적 의무 여부, ii) 지방자치단체의 인터넷사이트에서의 법형식 선택가능성(Rechtsformwahlmöglichkeit), iii) 공적시설로서 지방자치단체 인터넷사이트의 이용관계(Benutzungsverhältnis) 형성, iv) 지방자치단체 인터넷사이트에 대한 이용청구권(Anspruch auf Zugang), v) 권리침해 문제, vi) 합법적인 링크를 차단할 가능성, vii) 이용 수수료, viii) 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 지방자치단체의 책임문제 등을 들 수 있다. 이 가운데 v) 권리침해(Rechtsverletzungen) 문제, vi) 합법적인 링크를 차단할 가능성, vii) 이용 수수료(Gebühren), viii) 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 지방자치단체의 책임(Haftung der Gemeinde)문제만 이하에서 차례대로 살펴보려고 한다. 참고로 말하자면, 그 밖에 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 관한 법적 문제들은 이미 다른 문헌⁴¹⁾에서 고찰한 바 있다.

(1) 권리침해

이미 직접적으로 지방자치법의 문언으로부터 주민의 이용허가청구권이 법률의 테두리를 통해서 제한된다는 것을 알 수 있다. 여기에서 그 법적 테두리에는 특히 형법 및 질서위반법이 있고, 또한 이른바 지방자치단체의 지역법, 특히 거기에서는 공적시설에 대한 이용규칙도 존재한다.⁴²⁾

41) 줄고, 전게논문, 236-245면 참조.

근거로 삼고 있는 위험이 존재할 경우, 형법상 규범이 침해된다면 지방자치단체는 특별히 공적시설에 대한 허가를 거부해도 좋다.

여기에서는 형법적 관점에서 인터넷사이트의 경우 특별히 관련되는 것으로는 다음과 같은 것이 있다. 즉, 독일 형법전(StGB) 제184조 또는 청소년보호법(GjSM) 제21조 제3항에 의한 포르노 그래픽 또는 청소년에게 유해한 규정을 확대한 구성요건과 StGB 제86조에 따른 위험적 조직의 선전수단을 확대한 구성요건이 바로 그것이다. 또 생각할 수 있는 것으로 StGB 제185조에 의한 모욕죄나 저작권법(UrhG) 제106조(저작권법상 보호된 물건에 대한 허용되지 않는 사용)와 같은 저작권법상 처벌규정을 들 수 있다.

그 이외에 부속권한으로서 공적시설을 설치할 수 있는 지방자치단체의 수권으로부터 그 시설의 충돌 없는 운영을 보장하고 장애를 멀리할 의무가 도출된다.⁴³⁾ 또한 지방자치단체는 특히 개별 경찰법의 수권근거에 의해서도 뒷받침된다.

그리하여 지방자치단체는 예컨대 Baden-Württemberg에 소재한 지역경찰청(Ortspolizeibehörden)으로서 Baden-Württemberg 경찰법(PolG) 제1조 및 제3조에 의한 경찰법상 개괄조항을 통하여 공공의 안전 및 질서라는 보호이익에 대한 위험을 방지하고 장애를 제거할 의무를 지고 있다. 그러한 공공의 안전은 국가 및 그 기관뿐만 아니라 전체 성문법규정과 보충적으로 Baden-Württemberg의 PolG 제2조 제2항에 의한 개별법을 포괄한다. 그러나 여기에서 지방자치단체는 기본권 및 비례의 원칙에 대하여 유의하여야 한다.

게다가 “헌행법”에는 지역법과 더불어 지방자치단체의 이용규칙에 부합하는 규정들도 해당한다.⁴⁴⁾ 그러나 이는 상위법, 특히 기본권 측면에서 비교 형량 될 수 있다. 인터넷링크에 대한 특별법상 규정은 2002년까지 텔레서비스법(Teledienstgesetz, TDG)를 포함하고 있었다.⁴⁵⁾ TDG 제5조에서 자기·타인정보의 내용에 대해 서비스제공자의 책임이 규정되었다. 그러나 TDG 제5조는

42) Dietlein, 앞의 논문, 450면; , Hans-Uwe Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 제2판, 1997, § 10 S. 248; Gern, 앞의 책, 방주 543.

43) OVG NRW, NVwZ 1995, 814면; Gern, 앞의 책, 방주 541; 부합하는 규정이 발견되는 것으로는 § 96 Abs. 2 Saarl-KSVG.

44) Erichsen, 앞의 책, 248면 참조.

45) § 5 TDG에 대해서는 Peter Gola/Thomas Mithlein, TDG/TDDSG-Kommentar, Frechen 2000, § 5 125면 이하; LG Frankenthal, MMR 2001, 401면 참조.

2001년 11월 9일자 “전자적 사업교류의 법적 대강조건에 관한 법률”⁴⁶⁾을 통하여 삭제되었다. 독일 입법자는 연방 상원의 권고⁴⁷⁾에도 불구하고 새로운 규정에 대하여 의도적으로 거부했다. 그 규정은 인터넷링크에서도 해아리는 타인정보의 내용에 대한 책임의 경우에 차별화된 것이었다. 즉, 그것은 서비스제공자가 링크된 사이트의 내용을 준비해 놓거나(제2항) 또는 단지 접근(이용)을 중개하는지(제3항) 여부에 따른 것이다. 전술한 준비해 놓은 경우 책임이 내용에 대한 적극적 인식하에 존재한 반면, 서비스제공자는 단순한 이용중개의 경우 원칙적으로 책임이 없다고 했다. 그것 이외에 TDG 제5조 제4항은 소정의 경우 일반 법률에 의하여 위법한 내용의 이용을 차단할 일반 의무를 규정했다. 즉 그 경우란 지방자치단체와 같은 서비스제공자가 이러한 내용을 인식하고 그 차단이 기술적으로 가능하고 과도하지 않을 때를 말한다. 그러나 지방자치단체의 책임은 TDG의 책임규정으로부터 벗어난다. 이는 개정 TDG 제9조 제1항 및 제2항 2문으로부터도 알 수 있다. 지방자치단체에게는 란트(주)의 경찰법 규정이 적용된다. 그 결과 지방자치단체는 적극 안전화 해야 하고, 자기에 의해 링크된 사이트는 경찰에 위반되지 않아야 한다. 즉, 혹시나 가능할지도 모르는 책임과는 별개로 공공의 안전 및 질서는 위해하지 않아야 한다는 것이다. 그러므로 링크에 대한 비접속의 척도로서 객관적 범주에 의하여 이전의 판단을 이용해야 한다. 그러나 지방자치단체의 링크리스트에 대한 링크의 불허가 조치가 충분한 근거가 없다고 하는 것은 자기 명예가 손상될 수도 있다는 지방자치단체의 단순한 두려움을 형성하기도 한다.⁴⁸⁾ 지방자치단체가 찬성하지 않았으나 적법한 내용에 링크하는 것을 지방자치단체가 거부해서는 아니 된다.⁴⁹⁾ 이는 결론적으로 말해서 기본법(GG) 제5조 제1항에 의한 의사표현의 자유나 또는 동법 제5조 제1항 3문에 따른 검열금지에 따른 결과이다. 지방자치단체는 정치적이거나 세계관적 그리고 도덕적 중립성을 지킬 의무가 있는 것이다.

46) "Gesetz über die rechtlichen Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr", BGBl. I 3721면 이하.

47) BT-Drs. 14/6098, 34면.

48) VGH Bad.-Württ., VBIBW 1983, 35면; Gern, 앞의 책, 방주 542.

49) Ossenbühl, 앞의 논문, 289면(296면).

(2) 합법적인 링크를 차단할 가능성

지방자치단체의 공적시설에 대한 이용허가청구권은 단지 현행법의 테두리 내에서 존재하고 그것에 의해서 지방자치단체의 이용규칙을 헤아리기 때문에 지방자치단체는 부합하는 이용규칙에서 규정했다면 언제나 링크를 사후에 차단할 수 있다.

우선, 링크의 사후 차단에 대한 법적 근거에 있어서는 링크를 두는 것의 법적 성격을 확인해야 한다. 원칙적으로는, 란트 행정절차법(LVwVfG) 제35조의 의미에서 그 규정의 효과는 사실행위를 전제로 해야 하는, 링크를 두는 것과 별반 연관이 없어 보인다. 물론 시민이 지방자치단체의 링크리스트에 접속을 요청하고 지방자치단체가 이런 신청을 전달했다면 그 경우는 다르다. 지방자치단체가 링크의 접속을 차단했다면 그 경우는 특별한 것일지도 모른다. 이런 경우에는 행정행위를 전제로 삼을 수 있다.⁵⁰⁾ 원칙적으로 링크리스트의 성격으로부터 처음부터 정해진 허가기간을 마칠 수는 없기 때문에 그런 링크리스트의 성격으로부터는 시간적 한계에 대한 암시가 나타나지 아니한다.

LVwVfG 제49조에 따른 수익적 행정행위의 철회규정으로부터 지방자치단체가 동조 제3항에 의한 특별한 철회사유가 존재하는 경우에만 링크를 철회해도 된다는 결론이 도출된다. 그러나 이는 현실에서 거의 가능하지 않을 지도 모른다.⁵¹⁾ 그러나 링크 차단에 대한 발단을 지방자치단체의 공적시설을 폐쇄할 지방자치단체의 권한으로부터도 도출할 수 있다. 원칙적으로 시민은 지방자치단체의 공적시설을 유지하거나 지속할 청구권을 갖고 있지 않다. 그에 상응하여, 시민은 링크리스트를 지속할 청구권도 가지고 있지 아니한다. 이런 경우, LVwVfG 제43조의 의미에서 허가라는 행정행위가 발급될지도 모른다. 그것이 의미하는 바는 예컨대 홈페이지나 링크의 광범위한 부분을 새로 형성할 의도로 폐쇄한다면, 지방자치단체가 기존의 링크를 차단할 수 있다는 결과에 있다. 물론 시민은 존속보호의 논쟁에 반론을 제기할 수는 없다. 사실 링크 기간이 원칙적으로 시간상 제한이 없으나, 인터넷현실의 성질을 살펴보면 링크 기간은

50) Ott/Ramming, 앞의 논문, 462면도 역시 그러하다.

51) Ott/Ramming, 앞의 논문, 462면.

때때로 초과노동을 하게 될 것이다. 그러나 링크리스트의 초과노동의 경우, 링크를 차단하는 지방자치단체의 법은 자의금지를 통해서 제한된다. 특히 지방자치단체가 인기 없는 링크를 차단하기 위하여, 단지 그 이유로 자기 링크리스트에 대해 초과노동하고자 한다면 이는 침해된 것이다.

(3) 이용 수수료

당해 공적시설 등의 이용으로 일반 주민에 비하여 특별한 혜택을 주는 경우에는 이용 수수료를 징수할 수 있다. 일정한 요건 하에 도로의 통행료 징수가 가능한 것이다.

그런데 예컨대 온라인의 접속이나 링크리스트의 연결에 대하여 그 공법상 이용 수수료는 단지 사실상의 비용만을 충당하면 된다(비용충당의 원칙 *Kostendeckungsprinzip*). 그 이외에도 그 이용 수수료는 불균형하게 징수되어서는 아니 된다(균형성의 원칙 *Äquivalenzprinzip*).⁵²⁾ 수수료에 있어서의 차등은 기본법(GG) 제3조 제1항에서 발전한 수수료평등의 원칙에 따라 단지 사항적 근거에 의해서만 가능하다고 볼 수 있다. 기본법 제20조 제1항에 의한 사회국가원칙을 가지고 수궁할 수 있는 사회적 차등을 허용할 것인가, 그 여부가 논쟁의 대상이 되고 있다.⁵³⁾ 다만 외지인에 대한 가산금은 원칙적으로 허용하지 않는 것으로 간주되고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 공적시설의 설치 및 관리가 이용 수수료 등 시설운영수입으로만 충당되지 않고 지방자치단체가 그 경비를 부담하는 경우에는 주민과 주민이 아닌 자 사이에 그 이용 수수료에 차등을 둘 수도 있다.⁵⁵⁾

지방자치법 제136조에 의하면 사용료(이용 수수료)는 공공시설의 이용 또는 재산의 사용에 대한 대가로서 부과·징수하는 것을 말하고, 동법 제139조 제1항에 따라 사용료의 징수에 관한 사항은 조례에 의한다고 규정하고 있다. 따라서 지방자치단체는 수수료에 관하여 조례로서 정하고 이를 징수할 수 있다. 문제

52) Helmut Roth, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, Frankfurt/M. 1998, 205면.

53) Roth, 앞의 책, 206면 m.w.N.

54) Roth, 앞의 책, 208면.

55) 박균성, 행정법론(하), 박영사, 2008, 84면.

는 이러한 수수료의 징수에 있어서는 각 지방자치단체간의 균형이 요구된다는 점이다. 수수료의 액수에 대한 책정에 있어서 지방자치단체는 주민과 비주민 사이에 합리적인 차등을 둘 수 있다.⁵⁶⁾

III. 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 지방자치단체의 책임

지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 그 지방자치단체의 책임은 원칙적으로 마치 모든 지방자치단체의 공적시설에 대하여 적용되는 것과 같은 일반적인 원리를 지향하고 있다. 그런데 여기에서는 인터넷에 특유한 특수성, 특히 텔레서비스법의 규정에 대하여 유의를 하여야 한다.⁵⁷⁾

1. 지방자치단체의 책임의 일반론

지방자치단체의 공적시설에 대한 이용관계가 공법적인 형식을 갖는 한, 그 시설에 대한 공법적 주체의 책임은 기본법(GG) 제34조와 연관된 독일 민법전(BGB) 제839조에 의한 직무책임(Amtshaftung)의 규정에 따라 일반적으로 정해지거나 또는 급부장해 및 기타 의무위반에 대하여 계약상 또는 유사계약상 원리에 따르게 된다.⁵⁸⁾ 특별법으로서 직무책임청구권(Amtshaftungsanspruch)의 규정은 사실 일반적인 불법행위법을 전제하지만, 지방자치단체의 공적시설에 대한 책임의 분야에서 직무책임(국가배상책임)은 그 직무책임청구권 이외에서 가능한 기타 책임청구권에 의해서 밀려난다고 볼 수 있다.⁵⁹⁾

게다가 판례는 수많은 사례에서 행정법상 특별관계에서 채권규정을 적용했다.⁶⁰⁾ 판례⁶¹⁾에 따르면, 사법상 규정의 유추적 적용은 원칙적으로 “개인이 국

56) BVerwGE 104, 60 이하; O. Seewald, Kommunalrecht, 방주 156; 홍정선, 앞의 책, 441면; 장교식, 앞의 논문, 230면.

57) Frey, 앞의 논문, 418면 이하.

58) Gern, 앞의 책, 방주 546; Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 제5판, München 1998, 339면.

59) Rolf Stober, Kommunalrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 제3판, Stuttgart 1996, § 20 Abs. 5 2면, 296면; Ossenbühl, 앞의 책, 338면; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 제14판, München 2004, § 29 방주 8.

60) Ossenbühl, 앞의 책, 355면 참조.

가 또는 행정과 특별히 밀접한 관계를 맺고 있다는 점이 근거 지워질 경우, 그리고 명백한 규정이 없이 공법의 범위 내에서 책임을 적절하게 분배할 필요가 있을 때에만” 주로 문제 된다. 지방자치단체의 주체들에 존재하는 공적시설에 대한 이용관계에 있어서는 독일 민법전(BGB)의 채권적 책임규정이 알맞게 적용될 수 있다. 물론 이용규정이 부합하는 규정을 내포하고 있지 않는 경우에만, 이는 적용된다. 국가와 시민 사이에 판례에 의해서 요구된 특별히 밀접한 관계는 지방자치단체의 공적시설에 대한 생존배려의 성격뿐만 아니라 사법상 이용관계와 비교할 수 있는 이익상황으로부터도 도출된다. 또한 이는 이용관계를 공법적 또는 사법적 형식으로 할 수 있는 지방자치단체의 자유에 그 근거를 둘 수도 있다.⁶²⁾

지방자치단체의 공적시설의 공법적 형식과 별개로, 교통안전의무(Verkehrssicherungspflicht)의 침해에 대한 책임은 항상 BGB 제823조 이하의 규정에 의하여 판단되어야 한다.⁶³⁾ 게다가 지방자치단체의 공적시설에 있어서 지방자치단체에 대한 기타 책임구성요건으로서, 결과제거청구권(Folgenbeseitigungsanspruch) 및 공법상 원상회복청구권(öffentlich-rechtliche Herstellungsanspruch)과 같이, BGB 제1004조를 유추한 제거·부작위청구권(Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche)이 문제 될 수 있다.⁶⁴⁾ 사법상 형식의 경우 책임청구권(Haftungsansprüche)을 누구에 대하여 행사할 수 있는가의 문제에 관해서는, 지방자치단체가 공적시설을 기능적으로 민영화 했느냐 또는 지방자치단체가 공적시설을 사법상 법인으로 넘겼느냐(조직 민영화 Organisationsprivatisierung), 그 여부에 의하여 달라질 수 있다. 한편으로 기능 민영화(funktionale Privatisierung)에 대한 첫 번째의 경우, 지방자치단체는 사인 고유의 행위에 책임을 지워야 한다. 그러므로 그 책임은 이용관계의 형식에 따른다. 그러나 모든 경우에 청구권의 상대방은 바로 지방자치단체 자체이다.⁶⁵⁾ 다른 한편으로 조직민영화의 경우, 청구권의 상대방은 사법상 법인이다.

61) BGHZ 21, 214(이른바 Strafgefangenenentscheidung); BGH, NJW 1974, 1816면 참조.

62) Maurer, 앞의 책, § 29 방주 782 참조.

63) Stober, 앞의 책, § 20 Abs. 4 1면, 294면.

64) 이에 관하여는 Stober, 앞의 책, § 20 Abs. 5 3면 이하, 297면 이하 참조.

65) Gern, 앞의 책, 방주 545.

사법상 법인의 책임은 이러한 경우 전적으로 사법상 청구권규범에 따른다⁶⁶⁾.

2. 인터넷 특유의 특수성, 특히 텔레서비스법(TDS)의 규정

인터넷상 책임에 대한 법적 대강조건(테두리)은 우선 단편적으로 발달해서 아직 끝맺지 못하고 있다.⁶⁷⁾ 지방자치단체의 인터넷사이트의 테두리 내에서 자치단체의 책임에 대한 특별한 의미는 텔레서비스법의 규정 및 이와 관련한 판례를 보면 알 수 있다. 심지어 2002년까지 TDG 제5조는 인터넷링크의 책임에 대하여 명백한 규정을 포함하고 있었다. 그러나 이러한 규정은 삭제되었다. 다만 TDG 제9조 내지 제11조가 일반적인 책임규정을 두고 있을 뿐이다. 자기정보의 내용(eigene Inhalte)에 대하여, 서비스제공자는 TDG 제8조 제1항에 의하여 일반 규정에 따라 책임을 져야 하고, 그 이용을 준비해 놓고 있는 타인정보의 내용(fremde Inhalte)에 대하여, 그가 그 내용을 알았고, 넘겨주는 것을 저지하는 것이 기술적으로 가능하고 적당한 때에만 TDG 제11조에 따라 책임을 부담해야 한다. 적극적인 지식이 필요하나, 반드시 충분히 알아야하는 것은 아니다.⁶⁸⁾ 게다가 TDG 제9조 제1항 1문으로부터 서비스제공자가 타인정보의 내용에 대하여 자신이 선택할 수 있을 경우에만 책임이 있다는 것을 알 수 있다. 외부 링크의 경우, 자기정보의 내용을 준비해 놓고 있는지 또는 단지 타인정보의 내용에의 접근(이용)을 중개하는데 그치는지, 그 여부가 문제 된다.

순수하게 기술적으로 말해서, 어떤 외부 링크란 항상 어떤 외부 자료를 넘겨주는 것만을 의미한다. 그러나 순수한 기술적 관점은 여기에서 적합하다고 볼 수 없다. 즉 링크를 하는 자가 링크를 자기 것으로 한다면, 외부 링크도 더 이상 다른 내용이라고 볼 수 없기 때문이다.⁶⁹⁾

더욱이 링크를 하는 자에게는 원칙적으로 뮌헨 주 고등법원(OLG)의 판례에 따르면 “일종의 교통안전의무”(eine Art Verkehrssicherungspflicht)가 있다.⁷⁰⁾

66) Gern, 앞의 책, 방주 540; Stober, 앞의 책, § 20 Abs. 4 1면, 294면.

67) BT-Drs. 14/6098, 34면.

68) "Positive Kenntnis ist erforderlich, Kennenmüssen reicht nicht". BGH, Urteil v.23.9.2003, VI ZR 335/02.

69) "Disclaimer-Entscheidung" des LG Hamburg(Urt. v. 12.5.1988, 312 O 85/98) 참조.

70) OLG München, ZUM-RD 2002, 360면 이하.

어떤 링크를 하는 자는 다른 법익의 손해에 대한 위험원천(Gefahrenquelle)을 만들고 있는 셈이다. 그 위험은 링크 자체에서는 볼 수 없으나, 오히려 널리 퍼져 권리침해라는 결과에서 볼 수 있다. 여기에 사회에 적합한 행동의 원리(Grundsätze sozialadäquaten Verhaltens)도 또한 사용자의 자기책임적 행동(eigenverantwortliches Handeln des Users)도 어떤 이의를 제기할 수 없다.⁷¹⁾ 지방자치단체의 인터넷사이트에 관련해서 의미가 있는 것은 지방자치단체가 자기 홈페이지에 대한 웹사이트를 선택한 경우 링크된 사이트의 내용에 대해 TDG 제9조 제1항에 따라 지방자치단체는 책임을 진다는 점이다. 게다가 지방자치단체가 타인정보의 내용을 자기 것으로 할 경우 일반 규정에 의하여 지방자치단체가 책임을 진다. 또한 자기정보의 내용에 대하여는 그 일반 규정에 따라 지방자치단체가 책임을 진다.⁷²⁾ 그 이외에도 지방자치단체는 경찰위반적 내용 및 링크로부터 자체 사이트를 지킬 경찰법상 의무를 지고 있다.⁷³⁾ 일반적인 규정으로서 특히 불법행위법의 규정, 또한 저작권법 및 경쟁법의 규정도 고려해볼직하다. 이 점은 특히 불법행위에 있어서 청구권의 3박자라고 볼 수 있는 부작위, 제거 및 손해배상의 경우에 그렇다는 것이다. 그러나 타인정보의 내용에 대한 책임은 포괄적으로 배제될 수 있다. 즉, “자기 것으로 하는 것”(Zu-Eigen-machen)이 더 이상 존재하지 아니 한다는 방식으로 그렇게 링크된 사이트로부터 거리를 둔다면 그렇다는 것이다. 이른 바 거부(Disclaimer)에 대한 전형을 인터넷상에서 받을 수 있다.⁷⁴⁾ 게다가 일반 규정에 의하면 마찬가지로 책임배제도 BGB 제307조 및 제309조에 따른 허용 범위 내에서도 가능한 것이다.

71) Gerald Spindler, Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht, MMR 2002, 495면(500면) 참조.

72) Volker Boehme-Neßler, Electronic Government: Internet und Verwaltung, NVwZ 2001, 374면 이하.

73) 여기에 대해 상세한 것은 Andreas Zimmermann, Polizeiliche Gefahrenabwehr und das Internet, NJW 1999, 3149면.

74) 예컨대 www.disclaimer.de 참조.

IV. 맺는 말

수많은 지방자치단체들은 그 동안 자기 고유의 인터넷사이트로서 홈페이지를 운영하고 있다. 이러한 지방자치단체의 홈페이지는 예컨대 링크리스트 또는 가상의 도시계획과 같은 다양한 내용과 제공물을 함께 보유하고 있다. 본 논문은 독일에서의 논의를 중심으로 우선 그러한 종류의 홈페이지 제공물들이 과연 지방자치단체의 공적시설로서 분류될 수 있는 것인가 여부, 그것부터 고찰하고, 그리고 다음으로 이러한 지방자치단체의 공적시설에 관한 종래의 독일 판례 및 문헌에 의거하여 구체적으로 인터넷사이트의 경우에서도 거기에서 어떤 법적 책임이 과연 도출될 수 있는가 여부를 살펴 본 것이다.

결론적으로 말하면, 지방자치단체의 인터넷사이트(kommunale Internetseiten)는 지방자치단체의 공적시설(kommunale öffentliche Einrichtungen)이라고 볼 수 있다. 또한 그 인터넷사이트에는 전통적인 지방자치단체의 공적시설에서 발원된 법의 원리들(Rechtsgrundsätze)이 근본적으로 적용될 것이라고 본다. 다만 차이점이 있다면, 그것은 인터넷의 성질(Natur des Internets) 및 그의 법적 대강조건(rechtliche Rahmenbedingung)에서 도출될 따름이라는 것이다.

전술한 바와 같이, 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 그 지방자치단체의 책임은 원칙적으로 마치 모든 지방자치단체의 공적시설에 대하여 적용되는 것과 같은 일반적인 원리를 지향하고 있다. 그런데 여기에서는 인터넷에 특유한 특수성, 특히 독일 텔레서비스법의 규정에 대하여 주의를 기울여야 한다. 지방자치단체의 인터넷사이트의 테두리 내에서 지방자치단체의 책임에 대한 특별한 의미는 동법의 규정 및 이와 관련한 판례를 보면 알 수 있다. 더군다나 2002년까지 동법 제5조는 인터넷링크의 책임에 대하여 명백한 규정을 포함하고 있었다. 그러나 그 후 이러한 규정은 삭제되었다. 다만 동법 제9조 내지 제11조가 일반적인 책임규정을 두고 있을 뿐이다. 한편으로는 자기정보의 내용에 대하여 서비스제공자가 동법 제8조 제1항에 의하여 일반 규정에 따라 책임을 져야 하지만, 다른 한편으로는 그 이용을 준비해 놓고 있는 타인정보의 내용에 대하여는 그가 그 내용을 알았고, 넘겨주는 것을 저지하는 것이 기술적으로 가능하고 적당한 때에만 동법 제11조에 따라 책임을 부담해야 한다. 게다가 동법 제9조

제1항 1문으로부터 서비스제공자가 타인정보의 내용에 대하여 자신이 선택할 수 있을 경우에만 책임을 진다는 것을 알 수 있다. 외부 링크의 경우, 자기정보의 내용을 준비해 놓고 있는지, 아니면 단지 타인정보의 내용에 접근(이용)하는 것을 중개하는데 그치는지, 그 여부가 문제 된다.

그런데 상술한 바와 같이 현행 지방자치법 제13조 제1항에 의하면 주민은 법령으로 정하는 바에 따라 소속 지방자치단체의 재산과 공공시설을 이용할 권리와 그 지방자치단체로부터 균등하게 행정의 혜택을 받을 권리를 가지며, 동법 제144조 제1항에서 지방자치단체는 주민의 복지를 증진하기 위하여 공공시설을 설치할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 동조 제2항에서 이러한 공공시설의 설치와 관리에 관하여 다른 법령에 규정이 없으면 조례로 정한다고 하여 조례결정주의를 명시하고 있다. 또한 동법 제146조 제1항에서 지방자치단체는 주민의 복지 증진과 사업의 효율적 수행을 위하여 지방 공기업을 설치·운영할 수 있다고 명시하고 있으며, 동조 제2항에서 지방 공기업의 설치·운영에 관하여 필요한 사항은 따로 법률로 정한다고 규정하고 있다. 이렇듯, 현행 지방자치법은 주민의 복지증진을 위하여 주민의 공적시설의 이용을 단순한 반사적 이익으로 보지 않고 주민의 권리로 규정하고 있는 것이다. 그러므로 지방자치단체는 정당한 사유가 없는 한 주민에게 공적시설의 이용을 거부하여서는 아니 된다. 따라서 현행법 하에서 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 주민의 이용청구권을 이해함에 있어서도 이러한 제 규정에 맞는 해석을 하여야 할 것이다. 특히 이와 관련하여, 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 그 지방자치단체의 책임에 대한 전술한 독일에서의 논의도 아직 선행연구가 거의 없는 우리나라에서 커다란 참고가 될 것이다.

[논문투고일 : 2009. 11. 16, 논문심사일 : 2009. 12. 15, 게재확정일 : 2009. 12. 23]

▶ 주제어

지방자치단체의 공적시설, 지방자치단체의 인터넷사이트, 공적 목적, 공용지정, 지방자치단체의 책임

■ 참고문헌

박균성, 행정법론(하), 박영사, 2008.

장교식, 공공시설의 관리와 주민의 이용권에 관한 고찰, 토지공법연구 제14집, 2001. 12.

조인성, 공적시설로서 지방자치단체의 인터넷사이트에 대한 법적 문제, 토지공법연구 제41집, 2008. 8.

홍정선, 지방자치법학, 법영사, 2002.

Axer, Peter, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, Berlin 1994.

Axer, Peter, Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, NVwZ 1996.

Boehme-Neßler, Volker, Electronic Government: Internet und Verwaltung, NVwZ 2001.

Dietlein, Johannes, Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen, Jura 2002.

Erichsen, Hans-Uwe, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997.

Frey, Michael, Kommunale öffentliche Einrichtungen im Internet, DÖV 2005.

Frotscher, Werner, in: Günter Püttner(Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis(HdKWP), Bd. 3, 2. Aufl., Berlin 1981.

Gern, Alfons, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl. 2003.

Gola, Peter/Müthlein, Thomas, TDG/TDDSG-Kommentar, Frechen 2000.

Gönnerwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen 1963.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14.Aufl., München 2004.

Mohl, Meike, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen – Begriff und Zulassungsanspruch, Diss., Gießen 1988.

Ossenbühl, Fritz, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen

- Stadthallen, DVBl. 1973.
- Ossenbühl, Fritz, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998.
- Ott, Stephan/Ramming, Bernd, Anspruch auf Aufnahme in eine kommunale Linkliste, BayVBl. 2003.
- Roth, Helmut, Die kommunalen öffentlichen Einrichtungen, Frankfurt/M. 1998.
- Schmidt-Jortzig, Edzart, Kommunalrecht, 2.Aufl., Stuttgart 1982.
- Scholz, Rupert, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtung, Berlin 1967.
- Seewald, O., Kommunalrecht.
- Spindler, Gerald, Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht, MMR 2002.
- Stober, Rolf, Kommunalrecht für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Stuttgart 1996.
- Zimmermann, Andreas, Polizeiliche Gefahrenabwehr und das Internet, NJW 1999.



Zusammenfassung

Haftung der Gemeinde für ihre Internetseite als kommunale öffentliche Einrichtungen

In-Sung, Cho

(Prof. Dr. Universität Hannam)

Zahlreiche Kommunen betreiben mittlerweile eigene Internetseiten mit verschiedenen Inhalten und Angeboten wie etwa Linklisten oder virtuelle Stadtpläne. Der folgende Beitrag untersucht, ob derartige Angebote als kommunale Einrichtungen zu qualifizieren sind, und erläutert anhand der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zur kommunalen öffentlichen Einrichtungen, welche Haftung sich daraus ergeben kann.

Kommunale Internetseiten sind kommunale öffentliche Einrichtungen. Auf sie sind die zu den herkömmlichen kommunalen Einrichtungen entwickelten Rechtsgrundsätze grundsätzlich anwendbar. Abweichungen ergeben sich aus der Natur des Internets und dessen rechtlichen Rahmenbedingungen.

Die Haftung der Gemeinde für ihre Internetseite richtet sich grundsätzlich nach allgemeinen Grundsätzen, wie sie für alle kommunalen öffentlichen Einrichtungen gelten. Dabei sind internetspezifische Besonderheiten, insbesondere die Regelungen des Teledienstgesetzes, zu beachten. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Haftung im Internet sind erst bruchstückhaft entwickelt und noch nicht abgeschlossen. Von besonderer Bedeutung für die Haftung der Gemeinde im Rahmen einer kommunalen Internetseite sind die Vorschriften des Teledienstgesetzes und die hierzu ergangene Rechtsprechung. Bis 2002 enthielt § 5 TDG sogar eine ausdrückliche Regelung für die Haftung für die Internetlinks. Diese Regelung

wurde jedoch aufgehoben. Nunmehr regeln die §§ 9 bis 11 TDG allgemeine Verantwortlichkeitsregelungen. Für eigene Inhalte soll der Dienstanbieter nach den allgemeinen Vorschriften haften (§ 8 Abs. 1 TDG); für fremde Inhalte, die er zur Nutzung bereithält, nur, wenn er die Inhalte kannte und es ihm technisch möglich und zumutbar war, die Verweisung zu unterbinden (§ 11 TDG). Positive Kenntnis ist erforderlich, Kennenmüssen reicht nicht. Aus § 9 Abs. 1 S. 1 TDG folgt darüber hinaus, dass Diensteanbieter dann für fremde Inhalte verantwortlich sind, wenn sie diese ausgewählt hätten. Bei externen Links ist fraglich, ob damit eigene Inhalte bereitgehalten werden oder ob damit lediglich Zugang zu fremden Inhalten vermittelt werden soll.

**Key words**

kommunale öffentliche Einrichtungen, kommunale Internetseite,
Öffentlicher Zweck, Widmung, Haftung der Gemeinde