글로벌 법제전략 연구 13-22-④-3
글로벌 법제와 정책연구 | 정보통신

인터넷규제의 역외적용 및 사이버공간에 대한 국제적 규범의 발전

이 희 정

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

글로벌 법제전략 연구 13-22-④-3

글로벌 법제와 정책연구	정보통신

인터넷규제의 역외적용 및 사이버공간에 대한 국제적 규범의 발전

이 희 정

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

인터넷규제의 역외적용 및 사이버공간에 대한 국제적 규범의 발전

Exterterrestrial Application of Internet Regulations and the Development of International Standard on Cyberspace

연구자 : 이희정(고려대학교 교수)

Lee, Hee-Jung

2013. 9. 30.

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

요 약 문

Ⅰ. 배경 및 목적

□ 인터넷상 행위에 대한 규제의 필요성

○ 오늘날 인터넷은 통신, 상거래, 사회네트워크, 복지서비스제공 등 광범한 영역의 시민생활이 이루어지는 장이 되면서, 인터넷에서의 활동이 많은 사람들에게 영향을 미침. 이와 더불어 인터넷상 행위가 우리 사회 또는 국가가 지키고자 하는 규범, 공공정책, 가치 등을 위반하는 경우도 증가하고 있음.

○ 인터넷상 행위에 대해서도 오프라인에서와 같이 필요한 규제를 하여야 하며, 행위자들이 그 규제를 준수하도록 집행할 필요성이 있음.

□ 인터넷에 대한 규제의 특수성

○ World Wide Web으로 구현되는 인터넷은 국경을 초월한 글로벌한 정보의 흐름을 생성하므로, 인터넷상 행위를 규제하고자 하는 경우 우리나라에 소재하거나 자산을 갖고 있어 그에 대한 규제관할권이 인정되는 행위자 외에 외국에 소재하는 행위자에 대해서도 관할권이 인정될 수 있는가의 문제가 있음.

○ 또한 인터넷은 그 설계의 원칙이 정보의 자유로운 흐름을 지향하고 있으므로, 인터넷의 가능성을 최대한 실현하도록 하기 위해서는 규제가 최소화되어야 한다는 관점도 존재함.

○ 동시에, 인터넷을 통해 각국에 미치는 영향에 대해 각국의 적절한 규제관할권을 허용하지 않을 경우 그 반작용으로 국가주의(지역주의)적 경향의 강화가 일어날 수 있고, 이는 인터넷의 자유에 대한 더욱 심각한 규제가 될 수 있다는 지적도 염두에 두어야 함.

□ 인터넷 규제 관할권의 법적 기초

○ 인터넷규제를 둘러싼 상충된 목표들을 조화시킬 수 있는 인터넷규제관할권의 법이론적 기초를 검토하고 발전시켜나갈 필요가 있음.

Ⅱ. 주요 내용

□ 인터넷 규제관할권의 발전방향

○ 인터넷상 행위에 대한 규제는 오프라인과는 달리 정부의 간섭을 최소화하거나, 인터넷으로 연결된 지구적 차원의 통일적 규범이 정립되어야 한다는 견해와 인터넷상 행위에 대해서도 오프라인과 마찬가지의 규제를 하는 것이 타당하고 가능하다는 대립되는 견해가 제시되었음.

○ 인터넷상 행위에 대한 규제를 단일한 영역으로 보아 동일한 해결책을 제시하는 것보다는 인터넷상 규제영역을 유형화하여 볼 필요있음.

- 초국가적으로 보편화될 수 있는 가치를 구현하기 위한 것으로 인터넷상 경제활동을 원활하게 하기 위한 것이 1차적 목적인 규제인 경우에는 인터넷 공간을 배경으로 한 초국가적 규제가 형성되도록 기대할 수 있음.

- 반면, 가치가 지역마다 다르고 다양한 경우에는 인터넷상 행위에 대해서도 더 강력한 지역적 개입으로 가려는 경향이 있을 것이며, 이 경우 인터넷은 각각 국가별로 분리된 공간으로 발전할 것임.

○ '주관적 영토성의 원칙(subjective territoriality)'과 '효과의 법리(doctrine of effect)'가 각각 인터넷상 행위에 대한 역외관할권을 좁게 인정하는 관점과 넓게 인정하는 관점으로 대립되는 모델로 볼 수 있음.

○ 각국이 지역적 가치의 보호를 가능하게 하며, 인터넷사업자들에게 규제관할권의 예측가능성을 높여주기 위한 중간적인 기준으로 '의도된 대상의 원칙 (targeting principle)'의 원칙을 적용하되 필터링(filtering) 등의 방법으로 이를 보완할 것이 제안되기도 함.

□ 인터넷상 행위에 대한 형법적 규제의 역외관할권

○ 국제법상 각국의 형사관할권이 역외에 적용될 수 있는 법리적 기초는 영토의 원칙, 국적의 원칙, 보호의 원칙, 피해자의 원칙, 보편적 관할권 등이 검토되어 왔음.

○ 인터넷상 행위 중 보편적으로 비난가능한 범죄행위에 대해서는 보편적 관할권에 기초하여 관할권이 인정될 수 있음.

□ EU 데이터보호규칙 상의 역외관할권

○ EU 의 2012 개정 데이터보호규칙에서는 유럽공동체내에서 설립되지 않은 자가 정보를 통제하거나 처리할 경우에도 이 규칙이 적용되도록 하고 있다.

Ⅲ. 기대효과

□ 인터넷 규제의 적정수준 결정에 기여

○ 인터넷 규제의 적정수준을 결정하면서 지역적 가치의 보호 등 국내적 규제의 필요성이 있는 경우에도 인터넷 규제가 국내기업에 대한 역차별 논란 등으로 규제의 적정수준의 결정에 어려움이 있음.

○ 인터넷규제의 관할권에 대해 다른 국가들도 유사한 문제에 부딪치고 있으므로, 그 문제를 바라보는 관점 및 해결책에 대한 논의를 살펴봄으로써 우리가 인터넷규제에 대해 부딪치는 문제를 해결하는데 시사점을 얻을 수 있음.

□ 인터넷 규제의 효과적인 수단의 모색

○ 국외에 있는 행위자들을 포함한 인터넷 행위자들에 대한 규제에 있어서 규범정립과 재판, 집행관할권 등의 인정이 가져오는 효과를 분석하여, 인터넷규제와 관련된 다양한 목적을 실현하는 동시에 과도한 규제를 하지 않을 수 있는 수단의 조합을 찾아볼 수 있음.

주제어 : 인터넷규제, 사이버법, 역외적용, 국제사법, 데이터보호

Abstract

Ⅰ. Background and objectives

□ Necessities to regulate actions on the Internet

○ As Internet has served as a forum and market for communication, e-commerce, social network, delivery of welfare service, there are increasing actions infringing legal norm, public policies, and values of a nation or society has been determined to protect.

○ Against such internet actions it is as necessary to regulate and enforce law as in off-line spaces.

□ Distinctions of Internet Regulation

○ Internet based on world wide web has made possible transnational flow of information, which affects people beyond the boundary of a nation where the actions are originated. It triggers the problem of jurisdiction. When the action to be regulated is originated in foreign country, it provides hard question with regard to how to fine the legal basis of jurisdiction to regulate an actor who has no presence neither assets in the forum country.

○ In the architecture of Internet the value of free flow of information to the maximum extent was embedded. There is a viewpoint that the regulation should be restricted as least as possible for the Internet to accomplish its potential.

○ On the other hand, if the appropriate jurisdiction of regulation of a national government were not recognized, the reaction against which would be a tendency to strenghten parochial approach to the internet regulation.

□ Appropriate Legal basis of Internet Regulation Jurisdiction

○ It is necessary to find the appropriate legal basis of Internet regulation jurisdiction which can reconcile the conflicting goals around Internet regulation.

Ⅱ. Main Contents

□ The Theoretical Basis of Jurisdiction of a nation in international law

○ In international law there are theoretical basis of jurisdiction of a nation-state: territorial principle, nationality principle, protective principle, passive nationality principle, universal principle as well as conventional basis. The fundamental considerations of jurisdiction theory are the principles of the sovereignty and equality of states, and non-intervention in interior issues, which has its root in Westphalian scheme in the 17th century.

□ The Path of Evolving Principles on Regulatory Jurisdiction on the Internet

○ There are contrasting outlooks over the development path of Internet law which is closely connected to the issue of regulatory jurisdiction:

One is to minimize the intervention of national government on the Internet and develop the distinct system of law on the Internet, the other is to properly regulate actions on the Internet as well as non-Internet actions.

○ It is necessary to categorize the regulatory sphere and find solutions for each specific area.

- When the goal of regulation is to realize universal transnational value with regard to prosperous commercial transactions on the Internet, it can be expected and promoted to form a discrete transnational regulation system on the cyberspace.

- On the other hand, when it is a goal to protect local or national value, there are required to maintain jurisdiction necessary for the goal.

○ In order to enable national states to protect local values the principle of subjective territoriality as a basis of jurisdiction provides too narrow scope of jurisdiction, and the doctrine of effect provides too broad scope.

○ As a jurisdictional basis of Internet regulation which provides middle ground between subjective territoriality and doctrine of effect, there is a targeting principle supplemented by information filtering.

□ Extraterritorial Jurisdiction on the EU Data Protection Regulation

○ The 2012 Amendment Proposal of EU Data Protection Regulation provides that it applies when an entity which is not established in the EU is a controller or processor of information.

Ⅲ. The Effect Expected

□ To analyze the effect of Internet Regulation and find a combination of appropriate

○ The effect of internet regulation on actors and general internet users needs to be analyzed separately depending on what kind of functions: prescriptive, adjudicative and enforcement jurisdiction. Then, it will help to find a combination of methods of Internet Regulation which fulfills multiple purposes and at the same time, avoids excessive regulation.

□ To find the proper jurisdictional scope of Internet Regulation

○ Between the viewpoint that Internet shall be kept as free area and another viewpoint that local values should be kept even in the Internet, it is difficult to find a balanced scope of jurisdiction for Internet regulation.

Key Words : Internet Regulation, Cyber law. Extraterritorial Jurisdiction, Private International Law, Targeting Principle, EU Data Protection Regulation

목 차

요 약 문 ····· 5

Abstract ····· 9

제 1 장 서 론 ····· 15

제 1 절 연구의 목적 ····· 15

제 2 절 연구의 범위 ····· 18

제 2 장 인터넷규제와 역외적용의 문제 ····· 19

1. 자유지상주의적 견해 ····· 20

2. 전통주의적 견해 ····· 23

3. 인터넷규제의 전개 ····· 24

제 3 장 국가의 규제관할권에 관한 법리 ····· 27

제 1 절 규제관할권의 개념 및 유형 ····· 27

1. 관할권의 의의 ····· 27

2. 국가의 관할권의 유형 ····· 30

3. ‘규제관할권’의 의의 ····· 33

제 2 절 입법관할권의 인정 근거 ····· 36

1. 속지주의 (territorial principle) ····· 37

2. 속인주의 (Nationality Principle) ····· 39

3. 수동적 속인주의 (Passive Personality Principle) ····· 42

4. 보호주의 (Protective Principle) ····· 43

5. 보편주의 ····· 45

6. 관할권 이론의 새로운 전개
- 효과의 법리·관할권의 한계 - ····· 47
7. 묵시적 역외관할권(implied extraterritoriality) ····· 51

제 3 절 미국과 EU의 (인적) 재판관할권의 판단기준 ····· 52
1. 미국의 인적 재판관할권의 판단 기준 ····· 52
2. EU의 인적 재판관할권의 판단 기준 ····· 56

제 4 장 인터넷 규제와 역외적용의 전개 방향 ····· 63
제 1 절 국가의 규제관할권의 인정 ····· 66
1. 주관적 영토성 (Subjective Territoriality) ····· 69
2. 효과의 법리 (Doctrine of Effects) ····· 70
3. 지향된 행위의 원칙 (Principle of Targeting) ····· 74
5. 필터링 방식 (Filtering Strategies) ····· 80

제 2 절 인터넷 자율규제를 통한 국제적 규범의 형성 ····· 85
1. 인터넷상 사적 상거래규범의 발전 ····· 86
2. e-Bay의 예 ····· 92

제 5 장 결 어 ····· 97

참 고 문 헌 ····· 99

제 1 장 서 론

제 1 절 연구의 목적

오늘날 인터넷은 기본적인 커뮤니케이션의 수단을 넘어 대부분의 상품과 용역의 거래가 가능한 시장이 되고, '사회적 동물'로서의 인간의 사회적 관계망 형성의 장이 되고 있다. 또한 정치적, 문화적 활동과 교류의 장이 됨으로써 그 영역에서 인터넷의 영향력은 매우 커지고 있으며, 새로운 경제활동의 패러다임을 모색하는 것도 인터넷이 그 상상의 중심에 있다고 할 수 있다. 이와 같이 인터넷이 우리 생활의 중요한 장이 됨에 따라 인터넷 밖의 일반 세상과 마찬가지로 공동체의 규범적 규율이 필요한 문제들이 다수 발생하고 있다. 전자상거래와 관련한 분쟁, 인터넷상의 사생활침해와 명예훼손, 스팸메일, 저작권 침해, 아동보호 등이 대표적 예이다. 국민의 안전과 질서를 보장하고, 그 기본권 실현을 위해 노력해야 할 국가의 임무를 생각할 때 국가는 인터넷 상에서 발생하는 이러한 문제들에 대해서 바람직한 해법을 제시하여야 한다. 그러나 인터넷상 행위에 대한 규제를 함에 있어서 국가는 매우 새로운 도전에 부딪치게 된다. world wide web을 통해 구현되는 인터넷은 국경을 초월하여 전세계를 연결하고 있으므로, 인터넷상에서의 행위들은 그 행위가 이루어지는 장소와 그 행위의 효과가 나타나는 장소가 서로 다른 국가에 위치하는 경우가 많다. 가해자와 피해자의 국적과 주소지 역시 다른 국가에 위치할 수 있다. 따라서 '국가'의 임무 수행을 위해 부여된 권한을 국가의 '관할권'이라고 한다면, 우리 국민을 보호하기 위해 인터넷상 행위에 대한 규제가 필요한 경우 국가의 (규제)관할권이 인정될 수 있는가? 어느 범위에서 인정될 수 있는가? 등의 문제가 제기된다. 이 문제를 해결하기 위해서는 한편으로는 17세기부터 형성되어 온 국가 상호간의 주권의

존중, 내정불간섭 원칙 등 고전적인 국제법상 원칙을 존중해야 할 필요성과 다른 한편으로는 국경을 초월한 사이버공간의 잠재적 가능성을 극대화하면서 동시에 위법행위를 효과적으로 규율하여 그 역기능을 최소화해야 할 필요성을 조화시켜야 한다.

위 문제에 대한 그간의 논의를 보면 근본적으로 대립되는 관점이 존재한다. 하나는 인터넷은 자유로운 정보의 흐름을 지향하고 이를 가능하게 한 구조이니만큼 실제 세계와는 달리 정부의 규제를 최소화하고 사이버공간 내에서의 자율적인 규제가 존중되어야 하며, 관할권의 문제 역시 사이버공간의 특징으로 인해 하나의 행위에 동시에 다수의 관할권이 성립함으로 인해 중복과 충돌의 문제가 심각해지므로 이 역시 특정 국가의 정부 규제가 최소화되어야 하는 이유라고 보는 견해이다. 반면, 이와는 달리 인터넷상 행위에 대해서도 그에 대응하는 오프라인 상의 행위와 마찬가지로 규제를 할 필요성을 긍정하는 동시에 방법론상으로도 그것이 가능하다고 보는 견해이다. 사이버공간의 특수성으로 인한 관할권의 문제 역시 역사상 처음으로 나타난 문제는 아니며, 그간 국민국가들의 관할권을 조정하기 위해 발전해 온 국제법과 국제사법 등의 법리를 적용하여 해결할 수 있다고 보는 관점이 있다.

인터넷의 연결로 생성되는 관계 등에 기반하여 인터넷 밖의 일반적인 세상과 별도의 '공간'이 생성된다는 의미로 사용되는 '가상공간(cyberspace)'이라는 개념은 인터넷이 우리 생활의 대부분의 영역에 종합적인 영향을 미친다는 점을 나타내주는 동시에 오프라인 공간과 구별되는 독자성이 인정되는 영역을 상정한다는 점에서 특별한 의미를 갖는다. 즉, 규제가 필요한 인터넷상 행위들에 대해 기존의 규범체계 및 관할권에 관한 법리 등이 그대로 적용될 수 있는지, 아니면 사이버공간의 특수성으로 인해 기존의 것과 구별되는 새로운 규범체계 및 관할권에 관한 이론이 정립되어야 하는가 하는 점이다. 이에 대한 논쟁은 계속

중이고, 아직 어떤 합의된 결론이 도출되지는 않은 것으로 보인다. 다만, 인터넷의 특수성을 강조하는 견해가 새롭고 강력하게 제기되어 영향을 미쳤지만, 현재까지 각국의 정부는 기존의 규제의 법리와 수단을 사이버공간에 맞게 조정하면서 인터넷상 행위들로 인해 초래된 여러 문제점들에 대응해 나가고 있는 것으로 보인다. 이는 우리나라의 경우도 예외는 아니어서 인터넷상 행위를 대상으로 한 다양한 규제를 시도하면서 사회적으로 집중적인 논란의 대상이 되고 있다.

이 연구에서는 인터넷상 행위에 대해서도 실제 세계와 마찬가지고 정부의 규제가 필요한 영역이 있을 것임을 전제로 하고, 이러한 규제가 사이버공간의 특징을 고려하면서도 필요한 경우 효과적으로 이루어질 수 있는 조건으로서 국가가 인터넷상 행위에 대해 규제관할권을 갖는 범위에 대해 검토해보고자 한다. 특히 그 행위의 전부 또는 일부가 해외에서 이루어지는 경우 국가의 규제관할권이 어떤 이론적 근거에 의해 인정될 수 있는지, 그 범위는 어떤 기준에 의해 결정해야 하는지에 대한 국제법, 국제사법상의 이론적 논의와 규제사례 등에 대한 그간의 선행연구와 논의들을 살펴서 정리하고자 한다.

이를 통해 구체적으로 인터넷규제와 역외적용에서 제기될 수 있는 법적 쟁점을 검토할 수 있음은 물론이고, 과연 인터넷이 초국가적 공간을 형성한다는 점이 인터넷규제를 달리 접근해야 할 이유가 있는지, 인터넷규제를 둘러싼 논란 중에 제기되는 '역차별 문제 - 해외에서 인터넷을 이용한 행위 또는 해외에 서버를 둔 인터넷서비스제공자의 서비스를 통해 국내에 유해한 결과가 초래된 경우 이들에 대해서는 규제관할권이 미치지 않아 실효적 규제가 어렵고, 따라서 그러한 인터넷 규제를 도입하는 것은 국내의 행위자나 사업자들에 대한 역차별이 될 수 있다는 주장 -'이 인터넷규제완화의 타당한 논거인지 등에 대해 보다 합리적으로 평가해 보는데 도움이 될 것이다.

이 연구는 주로 정보제공적 목적의 내용을 담지만, 이를 통해 행정법적으로는 향후 우리나라의 인터넷 규제정책에서 고려하여야 할 형량요소 - 관할권 문제와 연관된 규제의 실효성 확보가능성 및 규제의 기능 등 - 를 보다 정확히 파악하고, 규제의 적정한 모델을 찾아가는데 기여할 수 있지 않을까 생각한다. 또한 이 연구는 국가의 인터넷 규제의 방법적 정당성을 확보하는 것을 넘어서, 인터넷이 형성하는 글로벌 환경에 맞는 새로운 보편적 규제가 자율적으로 생성되고 발전될 가능성에 대한 검토도 함께 할 것이다.

제 2 절 연구의 범위

주된 연구방법은 미국, EU 등에서 진행된 인터넷 규제의 역외적용 또는 글로벌 인터넷 규제와 관련된 논의 및 사이버 세계에 대한 국내적 규제의 한계 및 가능성, 국제규범 성립가능성에 대한 기존의 논의를 조사하는 문헌연구로 한다.

역외적용이 필요한 규제사항으로 어떤 것이 있는지, 국내 인터넷 상 행위 또는 사업에 대한 규제가 외국의 사업자에게 미치는 규범적 효력, 실효성에 대한 현황 및 전망에 대한 일반적 논의 및 이를 구현하고 있는 예를 EU의 데이터보호관련 지침을 중심으로 보기로 한다.

제 2 장 인터넷규제와 역외적용의 문제

인터넷이 널리 이용되기 시작하면서부터 인터넷상 행위에 대한 규제를 둘러싸고 대립되는 관점이 존재하여 왔다. 이를 크게 구분하여 보면, 우선 인터넷이 연 새로운 공간(cyberspace)의 특질을 강조하여 이는 본질적으로 자유로운 공간으로 설계되어 누구도(특히 어느 국가도) 규제권한을 주장할 수 없고 따라서 그곳에서 일어나는 문제는 원칙적으로 그 공간의 참여자들이 발전시키는 자율규제에 맡겨야 한다는 관점이 주장되었다. 이를 자유지상주의(libertarianism), 사이버공간분리주의(cyber-separatism) 라고 칭할 수 있다. 이에 반하여, 인터넷상 행위에 대해서도 인터넷 밖에서 이루어진 행위와 마찬가지로 규제하는 것이 필요하고, 가능하며, 규제의 주된 주체는 오프라인과 마찬가지로 국가(정부)가 맡는 것이 민주주의적 정당성의 확보 등의 측면에서 가장 바람직하다고 보는 견해로서, 이를 전통주의(traditionalism)로 지칭하기도 한다.[1] 인터넷 공간을 바라보는 이러한 철학과 이념의 다양한 스펙트럼을 배경으로 하여, 인터넷 공간에 대해서는 무규제(no regulation), 정부규제(government regulation), 자율규제(self-regulation), 혼항형규제(mixed-regulation) 등의 다양한 모델이 제안되어 왔다.[2] 그런데, 이 연구의 대상인 인터넷규제의 역외관할권 문제를 어떻게 이해하고 전망하고 있는가가 인터넷규제에 대한 상이한 견해들의 중요한 논거가 되어 왔다. 따라서 양 견해의 내용을 살펴보면 인터넷규제의 역외관할권에 대한 대립되는 관점을 알 수 있다. 또한, 역으로 인터넷규제의

1) Antonio Segura-Serrano, Internet Regulation and the Role of International Law, *A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, pp. 193-199

2) L. J. Gibbons, "No Regulation, Government Regulation, or Self-regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace", 6 *Cornell Journal of Law & Public Policy* 475, 1997

역외관할권 문제를 어떠한 원칙과 기준에 의해 해결할 수 있는가에 따라 인터넷 규제에 대한 각 견해의 타당성을 강화시킬 수도 있고 약화시킬 수도 있다. 결국 인터넷규제의 역외관할권에 관한 문제는 국가의 규제관할권에 관한 국제법과 국제사법의 일반론적 시각을 적용함과 동시에 '**인터넷규제**의 관할권'이라는 특수성을 고려하여 조정하여야 하므로 인터넷규제의 특질에 대해 먼저 살펴볼 필요가 있다. 따라서 아래에서는 인터넷규제에 대한 대립되는 관점들을 간략히 살펴보고자 한다.

1. 자유지상주의적 견해

작은 집단이 사용하던 인터넷이 1990년대에 훨씬 더 많은 인구가 사용하는 것으로 발전해 가면서 미국에서는 인터넷은 특정 국가(정부)에 의해 규제될 수도 없고, 규제되어서도 안 된다는 주장이 활발하게 제시되었다.[3] 이로부터 사이버공간 자체가 일종의 독자적인 주권을 가져야 한다는 생각도 발전되었다. 이들의 주장은 상호 중첩되기는 하지만, 크게 두 갈래로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 물리적 공간을 기초로 관할권을 행사해 온 전통적인 국가가 인터넷을 규제하는 것을 불가능하거나 무익하다고 보는 견해이다. 그 주된 논거는 사이버공간은 지리적 위치가 아닌 논리적 위치를 기반으로 구성되고, 정보를 실은 전자의 흐름은 개입이 불가능할 정도로 매우 빠른 속도로 국경을 넘나들고 필요한 경우 간단한 기술적 조치를

3) 이러한 주장을 담은 대표적 논문으로는 D.R. Johnson, D. Post, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace," Stanford Law Review, vol. 48, no. 5, 1996 pp. 1367-1402 ; D.G. Post, Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, 1995; I. Trotter Hardy, "The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'", University of Pittsburgh Law Review 55 (1994) 993 이하; H. H. Perritt, Jr., "Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy of Rediscovered Royalist?" Berkeley Technology Law Journal 12 (1997), 413 이하

통해 경로를 재구성할 수도 있으므로, 물리적 국경을 기반으로 한 국가의 관할권 개념을 적용하고자 할 경우 매우 불합리하고 해결하기 어려운 상충을 낳을 수 있다. 네트워크는 어디에나 있지만 동시에 구체적으로 어느 장소에 있는 것은 아니므로 그 성질상 '관할권'에 친하지 않은 것이고, 어떤 주권국가도 인터넷상의 어떤 사건에 대해 전적으로 자국법이 적용되어야 한다고 주장할 정당성있는 근거를 찾기가 어렵다고 본다. 또한 온라인 상 행위의 효과는 지리적으로 근접한 곳과 연계되지 않는 경우가 많은데, 영토관할권에 기초해서는 외국에 있는 행위자에 대해 법을 집행(enforce)할 수 없으므로 실효적 규제에 실패하게 되어있다는 것이다. 외국에서 행해진 행위에 대해 특정 국가의 국내적 규제가 적용되도록 할 경우 다른 관할권에서 이루어진 개인의 활동에 불공정한 영향을 주고 다른 국가의 규제정책 선택에 대해서도 영향을 주게 되므로, 이는 수용되기 어렵다고 본다. 또한 사이버공간의 이용자들이 의도하지 않게 여러 국가의 관할권에 노출되면서 자신의 행위가 어느 국가의 법의 적용을 받게 될 것인지에 대해 예측할 수 없다는 점도 각국의 관할권을 인정하기 어려운 중대한 이유로 제시되었다.

두 번째 갈래의 주장은, 좀 더 적극적으로 인터네 공간의 특수성, 독자성의 정도를 고려할 때 그 공간에서 별도의 규범이 자생적으로 발전하도록 하여야 하며, 이를 존중해야 한다는 것이다. 1996년의 D.R. Johnson과 D. Post의 논문 "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace"에서는 스크린 또는 패스워드 등을 통해 물리적 세계와 경계지워지는 새로운 공간을 인정하고, 이 공간에서는 전통적인 영토관할권을 가진 정부의 규제가 이루어지는 경그 공간에서 자율규제등을 통해 독자적으로 새로운 법이 형성될 수 있도록 함이 바람직하다고 주장하였다. 국가들은 이렇게 새로이 형성되는 법을 존중하여 자국의 법과 조화될 수 있도록 하여야 한다고 것이다.[4] 또한 국가가 인

터넷상의 행위를 규제하는데는 정당성(legitimacy)의 문제가 제기된다고 보는 반면, 사이버공간의 자율가버넌스는 자유민주주의를 더 완전하게 실현할 것이라고 보았다.[5]

이러한 견해들은 그 정도에 따라 인터넷공간이 규제로부터 절대 자유로워야 한다는 극단적인 사이버분리주의의 입장과 사이버공간을 관리할 방법으로 자율규제가 적당하다고 보는 견해로 나뉠 수 있지만, 공통적으로 네티즌들이 전통적인 국민국가의 법규범으로부터 자유로운 새로운 법공간을 창설하고자 하였다. 이들의 관점에서 국가에 기반한 가버넌스의 대안은 자율가버넌스로서, 사이버공간의 참여자들에 의해 시간을 두고 발전시켜온 '네티켓(Netiquette, Internet etiquette)',[6] 영업을 하는 사람들이 고안하고 받아들여온 규범 등이[7] 인터넷 규제의 특성상 더 적합하다는 것이다. 사이버공간에서의 자율적으로 성립된 법규범 및 분쟁해결제도와 기존의 영토국가들의 그것간의 관계에 대해서는 중세의 일반법과 상인법의 관계와 마찬가지로 양자는 병립하는 것으로서 만약 자율규범과 특정한 국가의 규범이 충돌하는 경우에는 국제법상 예양(comity)의 원칙에 의해 해결되어야 한다는 견해, 국가가 교회나 자치단체에 자치법규 정립권한을 허용하는 것과 같이 위임(delegation)의 한 것과 이론구성할 수 있다는 견해 등이 있다.[8] 사이버공간의 가버넌스는 이러한 사회적 공간의 정당성있는 구성원들인 사이버공간의 이용자들 자신에 의해 결정되어야 하며, 직접적인

4) D.R. Johnson, D. Post, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace," Stanford Law Review, vol. 48, no. 5, 1996 pp. 1367-1402

5) A. Mefford, "Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet", Indiana Journal of Global Legal Studies, 5, 1997/98, 211 이하

6) J.R.Reidenberg, "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", Emory Law Journal 45 (1996) 911

7) 서양의 중세에 국경을 넘은 교역이 활발해지면서 상인들 사이에 발전해온 상관습법(lex mercatoria)이 사이버공간의 자율적인 법형성과 유사한 사례라고 제시되기도 한다. I. Trotter Hardy, The Proper Legal Regime for "Cyberspace," 55 U.Pitt. L. Rev. 993, 1051-1053

8) D.R. Johnson, D. Post, pp.1392-1393

영향을 받지 않는 국가의 입법자들에 의해 해석 또는 결정되어서는 안된다는 것이다. 이러한 주장에 대해서는 '미국'이라는 특정 국가의 자유를 지향하고 자유로운 정보의 흐름을 지향하는 특정 이념에 기반한 것이라는 분석도 있다.[9)]

2. 전통주의적 견해

사이버공간의 특수성와 독자성, 오프라인 세계와의 분리가능성을 강조한 자유지상주의적 견해에 대해 그 記述的(descriptive) 측면과 규범적(normative) 측면 대해 비판하며, 인터넷에 대해서도 '국가(정부)'라는 정치적, 법적 제도가 그 규제를 위한 최선의 주체라고 보는 관점이 있다.[10)] 우선, 실제로 사이버공간이 자유로운 공간으로서, 국가의 관할권이 닿지 않는 독자적인 주권적 관할권을 형성하고 있는가에 대해 의문을 제기하며, 동시에 이러한 전제를 받아들이더라도 인터넷의 실제의 모습은 인터넷의 당위적 모습과는 다를 수 있다는 것이다. 특히 인터넷이 정보의 자유로운 흐름을 최고의 가치로 설계되었다고 하나, 이는 최초에 이를 설계한 엔지니어들의 기술적 결정이었을 뿐이며, 국가가 그 기술적 결정에 대해 존중해야 할 국제법적 정당성 등은 발견하기 어렵다고 본다. 기술적 설계의 원칙은 변경될 수 있으며, 실제로 이후에 나온 필터링(filtering) 등의 기술적 진전은 인터넷규제에 대한 실제 세계에서의 결정이 기술적으로 반영되어 인터넷환경 자체가 변경될 수 있음을 보여준다고 한다.

---

9) V. Mayer-Schönberger, "The Shape of Governance: Aanlyzing the World of Internet Regulation", Va. J. Int'l L. 43(2003) 605 ; J. R. Reidenberg. "Yahoo and Democracy on the Internet)", Jurimetrics Journal 42 (2002), 261 ;

10) 자유지상주의적 견해 중 인터넷의 특징에 대한 기술(description)에 대한 비판적 견해로는 T.S. Wu, "Cyberspace Sovereignty? - The Internet and the International System", Harvard Journal of Law & Technology 10 (1997) 647 ; J. P. Trachtman, "Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism", Ind. J. Global Legal Stud. 5 (1997/98) 561 규범적(normative) 측면에 대한 비판적 견해로는 L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999 참조

또한 인터넷이 이용자들간의 연결을 아무리 긴밀하게 조성해 주었다 하더라도 인터넷은 그 이용자들에 대해 국가의 주권과 같은 어떤 권위도 주장하지 않고 있으며, 국가가 인터넷 상 행위들을 규제하는데 난점이 많다 하더라도 국가가 존중해야 할 인터넷 주권이라는 것은 존재하지 않으므로, 결국 규제의 몫은 국가에게 돌아가야 한다는 것이다.[11] 선거로 구성된 정부와 법의 지배에 기초한 국가가 민주주의적 정당성과 규제를 집행할 제도적 메카니즘을 잘 갖추고 있으므로, 이는 인터넷규제에 대해서도 마찬가지이다.

각 국가마다 인터넷규제를 별도로 하는 경우 그 규제들 상호간에 모순 또는 충돌이 일어날 가능성(spillover effect), 기술적으로 규제를 하려는 국가의 관할권을 쉽게 회피할 수 있는 가능성 등에 대해서는 전통주의적 관점에서는 이는 사이버공간에서만 생기는 문제가 아니고, 전통적으로 이러한 문제들을 해결하기 위해 국제법 또는 국제사법이 발전해 왔으므로 이를 적용하여 해결할 수 있다고 답한다.

3. 인터넷규제의 전개

최근에는 전통주의자들이 제시한 바와 같이 인터넷이 별도의 분리된 물리적 공간을 구성한다든가, 별도의 관할권을 구성하는 것은 아니고, 진보된 통신기술의 산물로서 국가는 사이버공간상 행위에 대해 정당한 규제관할권을 갖고 있으며, 기술의 발전으로 이러한 규제관할권의 구체적 구현도 실제로 가능해지고 있다는 견해에 점차 합의가 이루어지고 있는 것으로 보인다.[12] 그러나 인터넷이 연 정보의 자유

11) J. L. Goldsmith, “The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty,” Ind. J. Global Legal Stud. 5 (1998), 475 ; C. Fried, “Perfect Freedom or Perfect Control?” Harv. L. Rev. 114 (2000) 606 ; A. R. Stein, “The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace,” Int'l Law. 32 (1998) 1167

12) 실제로 인터넷 규제에 대해 가장 부정적인 견해가 많은 미국의 경우에도 인터넷상 행위를 규제하는 법률이 다수 제정되었다. Communications Decency Act of 1991 (CDA), Child Online Protection Act of 1998(COPA), Childeren's Internet Protection Act

로운 흐름을 통해 얻을 수 있는 새로운 발전의 가능성을 각국의 경쟁적 규제관할권의 행사로 차단시키는 것 역시 아쉬운 일임은 틀림없다. 그렇다고 하여 자유지상주의자들의 관점을 받아들이더라도, 인터넷과 관련된 규제영역 중 어디까지를 자율규제에 맡겨두어야 하는가는 매우 복잡한 문제이다. 네트워크상 구현된 전 커뮤니티를 자율규제체제로 규제해야 하는지 아니면 그 안에 특정 영역에 대해서만 자율규제에 맡길 것인지, 또한 이러한 자율규제에 대해 집행은 어떠한 방식으로 할 것인지, 사이버공간상의 커뮤니티에서 강제탈퇴시키는 방안 등이 실효성확보수단으로 제시되고 있지만 그것이 과연 효과적인지, 그 수단만으로 충분한지에 대해서는 앞으로 많은 논의가 필요하다.

국가(정부)의 규제권한을 인정하면서도, 동시에 네트워크상의 공동체로부터 모든 규제권한을 박탈할 수도 없고, 박탈하려 해서도 안 된다는 관점을 전제로, 인터넷 규제는 국가의 법에 의한 규제와 네트워크를 기반으로 한 공동체의 자율규제의 혼합물이어야 한다는 견해가 있다.[13] 제3의 길로서 혼합형규제 또는 가버넌스(mixed regulation or governance)는 예컨대, 국가가 유인을 제공하는 등 장려정책을 실시하고 동시에 이것이 실패할 경우 사후적으로 법적 책임(liability)을 분배해 둠으로써 네트워크 자체로 하여금 바람직한 공공정책을 채택하도록 하는 시스템과 같은 것이다. 이는 강행규정(mandatory rules)과 임의규정(default rules)을 구분하는 전통적 관점과 유사하다. 혼합적 규제(hybrid regulation)를 통해 인터넷규제가 제대로 작동하는 법체계로 되

---

of 1998 (CIPA), Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA), Uniform Electronic Transaction Act of 1999 (UETA), Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act of 1999(ACPA), Uniform Computer Information Transaction Act of 1999 (UCITA), Electronic Signatures in Global and National Commerce Act of 2000, Computer Crime Enforcement Ac of 2000 등이 그 예이다.

13) Antonio Segura-Serrano, Internet Regulation and the Role of International Law, A. *von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, 199

기 위해서 필요한 정당성, 탄력성 및 집행가능성을 확보할 수 있다고 한다. 민간에 의한 '사적 질서형성(private ordering)'을 통해 얻을 수 있는 탄력성과 분권화의 장점을 취하고, 다른 한편으로 사적 질서를 공법에 연계시킴으로써 정당성과 정치적 수용가능성, 필요할 경우에는 국가에 기반한 강제를 통한 집행가능성을 얻을 수 있다는 것이다. 국가규제, 자율규제 나아가 국제법 등을 혼합함으로써 국가규제나 자율규제 중 어느 하나에 전적으로 의존함으로써 나올 수 있는 불합리를 방지한다는 것이다. 이러한 혼합형 가버넌스의 대표적 예로 들어지는 것이 ICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)이다.

제 3 장 국가의 규제관할권에 관한 법리

제 1 절 규제관할권의 개념 및 유형

1. 관할권의 의의

‘관할권(jurisdiction)’이란 ‘사람이나 물건 또는 어떤 상황을 지배할 수 있는 권한’으로 정의되는데,[14] 이는 ‘법(juris)’과 ‘언명(dictio)’으로부터 나온 개념으로서, “권위 있는 법의 선언”(an authoritative legal pronouncement)”이라는 함의를 갖고 있다. 따라서 이는 국가가 법을 채택함으로써 자신의 주권을 구체화할 권한을 부여받은 영역이라 할 수 있다.

국가의 관할권은 그 행사의 단계에 따라 여러 차원에서 검토가 이루어질 수 있다. 먼저 애초에 국가가 어떤 사람이나 물건 또는 상황에 대해서 법적 규율을 할 권한이 있는가라는 문제는 국제법에서 다루는 규범정립관할권의 개념으로 접근할 수 있다. 관할권이 국제법의 규율대상이 되는 것은 국가가 그 주권적 이익을 해외에서 추구하기 위해 순수하게 국내적인 문제가 아닌 문제를 규율하는 법을 채택하는 경우이다. 관할권에 관한 국제공법(public international law)은 국제관습법 원칙인 주권국가 상호간의 평등과 국내문제불간섭의무에 따라 각국이 관할권의 행사에 있어 외국의 이익도 고려하도록 하고, 한 국가가 자신의 주권에 기초하여 관할권을 주장하는 것이 타국의 주권을 부당하게 침해하지 않도록 보장하는 역할을 한다. 이는 국가들이 서로 침범할 수 없는 관할권의 장벽을 세움으로써 평화로운 공존을 보장하는 소극적인 국가공존의 법이라 할 수 있다.[15] 다만, 국제법상 제

14) 정인섭, 신 국제법 - 이론과 사례 -, 박영사, 2010, 174-193면 참조
15) Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008

시되는 관할권의 근거는 불확정적인 개념으로서 그에 따른 경계가 모호한 경우가 많고, 각각 같거나 다른 근거에 기해 복수 국가의 관할권이 성립하여 경합하는 경우도 생길 수 있다.

이와 다른 관점에서 관할권의 획정에 영향을 미칠 수 있는 것으로 국제사법(private international law)이 있다. 국제사법의 본령은 재판을 할 때 어느 국가의 법을 적용할 것인지, 준거법을 결정하는 것이므로 관할권과 직접 관련이 없지만, 국제사법의 일부로 볼 수 있는 국제민사소송법 중 국제재판관할에 관한 내용은 아래에서 볼 관할권의 내용 중 '재판관할권'과 직접적인 관련성을 갖는다.

마지막으로, 이미 제정되어 있는 특정한 법률이 영토 밖에서 이루어진 행위에 대해서도 적용되는가를 판단할 때는 먼저 입법자가 그러한 행위에 대해서도 규범정립관할권을 행사하기로 의도하였는지, 그리고 그 의도가 법률에 반영되었는지를 그 국내법의 해석을 통해 결정해야 한다. 이러한 국내법에는 개별 규율대상에 대한 법은 물론이고 우리 형법 제2-6조와 같이 일반적으로 국내법의 역외적용에 대해 규정하는 법률도 포함될 것이다.

따라서 관할권의 구체적 범위는 그 국가의 국내법과 국제법의 상호작용에 의해 획정된다고 할 수 있다. 즉, 구체적 사안에서 관할권이 인정되는가 여부는 1차적으로 관할권의 행사를 주장하는 국가가 관할권 행사를 위해 제정한 국내법의 내용 및 입법취지에 의해 뒷받침되어야 하고, 다음으로 그러한 국내법의 의도가 국제법상 관할권의 이론적 근거에 의해 그 정당성이 인정될 수 있어야 한다. 또한 그 관할권의 행사가 '재판작용'으로 이루어지려면, 국제사법상의 국제재판관할권의 법리에도 부합되어야 한다. 관할권의 구체적 범위는 흔히 각국의 국내법원이 역외적용에 해당하는 사안에서 내리는 판례를 통해 확정되고 있다.[16]

16) 예컨대, 미국 연방대법원은 영토 외에서 행해진 행위에 대해서는 국내법이 적용

관할권에 관한 국제법은 '역외관할권(extraterritorial jurisdiction)'에 관한 법으로 지칭되기도 한다. 입법관할권은 '국가'의 입장에서 외국에서 행해진 행위에 대해 관할권을 행사하여 자국법으로 이를 규제하는 것을 의미하나, 그 적용되는 '(자국)법'에 초점을 맞추면 이는 외국에서의 행위에 대한 국내법의 역외적용(extraterritorial application)의 문제로 볼 수 있다.[17] '역외적용'이라는 개념은 특히 미국에서 반독점법, 증권법, 지적재산권법 등의 영역에서 외국에서 외국인에 의해 이루어진 행위에 대해 국내법을 적용하는 상황을 일컫기 위해 사용되었고, 그 법리적 근거로 속지주의의 변형인 효과이론(effect doctrine) 등이 발전해왔다. '역외관할권'이라는 개념을 엄격하게 사용한다면, 이는 사람, 재산 또는 행위가 규제를 하는 국가와 어떤 영토적 연관성도 갖고 있는 않은 상태에서 관할권이 성립되는 경우로서 주로 보호주의, 보편주의, 피해자주의 등의 이론적 근거에 기초하여 주장 또는 인정된다.[18] 역외관할권을 가진다는 것이 그 관할국이 자신의 영토 외에

되지 않는다는 강한 추정이 존재한다고 선언해 왔다. 이러한 추정은 여러 가지 고려에 기반하고 있다. "의회는 일반적으로 국내적 상황을 상정하고 입법을 한다"는 관념도 이에 포함된다. 그러나 이는 '추정'일 뿐이므로, 항상 적용되거나 항상 적절한 것은 아니다. 오늘날의 미국법에서는 '의회는 그 범죄의 성질이 피고인의 행위의 장소관련성과 관련되는 것이 아니고, 법률의 적용을 미국 국내로 제한하는 경우 그 법률의 실효성을 심각하게 감소시키는 경우에는 형법의 역외 적용을 의도하는 것으로 추정된다.'는 점을 인정한다. United States v. Yousef, 327 F.3d 56,87 (2d Cir. 2003); see also Skiriotes v. Florida, 313 U.S. 69, 73-74 (1941) (일부 형사법률은 그 범죄가 공해상이나 외국에서 행해진 경우에도 정부에 위해가 된다는 점을 지적함); Collazos v. United States, 368 F. 3d 190, 200 (2d Cir. 2004) (민사적 몰수절차(civil forfeiture proceedings)가 수반되는 대부분의 범죄들은 역외에서의 행위로도 성립될 수 있다고 함)

17) 석광현, 클라우드 컴퓨팅의 규제 및 관할권과 준거법, 22면. 양자를 묶어 '역외입법관할권(extraterritorial jurisdiction to prescribe)'라 칭하기도 한다.

18) R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (1994) 74에서는 "역외관할권(extraterritorial jurisdiction)"이라는 표현이 이미 그 고유한 독자적인 의미를 획득하였다고 보면서, 그 의미는 국적을 뛰어넘는 보호적이고 피해자 중심적인 관할권(protective and passive-personality jurisdiction)으로서, 해외에 있는 사람들이 해외에서 행한 행위로서 관할권을 주장하는 국가의 영토내에서 중대한 [경제적으로] 위해를 끼치는 효과의 발생을 의도한 경우 관할권을 행사할 능력을 말

서 어떤 공적 권한을 행사할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이는 1차적으로 규범정립관할권의 차원에서 검토되는 것이고, 집행관할권까지 의미하지는 않는다. 역내성(territoriality)과 역외성(extraterritoriality)에 대한 이해, 국가 관할권의 한계 등은 법의 역사를 통해 발전되고 있는 상태의 개념이며, 사회적 변화와 함께 확장되어 왔다.[19]

2. 국가의 관할권의 유형

관할권은 법을 현실에서 기능하도록 만드는 방식이다. 법이 기능하려면 입법·행정·사법 등 여러 단계의 작용이 필요한 것과 같이 관할권 역시 다양한 형태의 권한으로 구분될 수 있다. 그리고 각 권한의 내용적 특징으로 인해 그것이 인정될 수 있는지 여부, 어떤 조건이 있을 때 인정될 수 있는지 등이 그 권한별로 달리 결정된다. 국제법 이론에서는 이렇게 실질적 의미의 입법·사법·행정작용과 유사하게 관할권을 규범정립관할권, 재판관할권, 집행관할권으로 구분하여 논의한다.

'미국법률협회(American Law Institute, ALI)'의 Restatement of the Foreign Relations Law of the United States (Third) (이하 대외관계법 Restatement 이라 함)[20]은 국제법의 법리에 대한 존중받는 記述이므로, 그 내용을 토대로 관할권의 내용적 유형을 살펴보면 다음과 같다.[21]

한다고 한다.

19) Christopher L. Blakesley & Dan E. Stigall, The Myopia of U.S. v. Martinelli: Extraterritorial Jurisdiction in the 21st Century, 39 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 1, 2007

20) Kathleen Hixson, Extraterritorial Jurisdiction under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States, 12 Fordham International Law Journal 127, 1988. "Restatement" 란 "일반적인 영역에서 법의 내용이 무엇인지, 그것이 어떻게 변화하고 있는지, 그리고 저자들의 견해로는 그러한 변화의 방향이 어떠해야 하는지에 대해 쓴 책을 의미한다. 이는 법적 구속력을 가진 문헌은 아니지만, 법원은 이를 매우 존중한다. Restatement of Foreign Relations Law는 개정2판이 1962년에 완성되어 1965년에 출간되었고, 개정3판이 1986년에 완성되어 1988년에 출간되었다. 현재는 개정3판이 최신의 것으로 통용되고 있다. 2012년 ALI는 위 Restatement of Foreign Relations Law의 개정4판의 개정작업을 개시하여 현재 진행 중이다. 다만, Restatement의 내용은 확정적인 법으로 합의된 것은 아님을 유의하여야 한다.

‘입법관할권 (prescriptive jurisdiction)’은 “국가가 규범정립 즉, 자신의 법이 사람들의 어떤 행위, 관계, 지위 또는 물건에 대한 사람의 이익에 적용될 수 있도록 만드는 관할권으로서, 입법활동, 대통령의 행위 또는 명령, 행정입법 또는 법원의 결정에 의해 이루어지는 것을 모두 포함한다.

‘재판관할권 (adjudicative jurisdiction)’ 은 재판 즉, 국가가 사람 또는 사물을 그 법원 또는 행정심판소의 절차에 구속되어 법적 결정을 받도록 하는 것으로서, 민사 또는 형사소송절차를 불문하고, 국가가 그 절차의 일방당사자인지 여부는 상관없이 모두 포함된다.

‘집행관할권(enforcement jurisdiction)’은 국가가 그 법 또는 행정규제 등을 준수하도록 유도하거나 강제하고 그 불준수에 대해 제재를 가하는 관할권으로서 그것이 법원을 통해서 이루어지거나 행정, 경찰 또는 그 밖의 非司法的 활동에 의한 것이든 불문하고 모두 포함된다.

대외관계 Restatement 제401조에 따르면, 국가는 입법, 재판, 집행의 관할권을 행사함에 있어서 국제법상 일정한 제한을 받는다. 일반적으로 ‘관할권’이라 하면, 그 의미상 ‘입법관할권’과 같은 의미로 사용될 수 있다. 그러나 입법관할권을 보다 세부적으로 분석하기 위해서는 재판관할권과 집행관할권을 따로 분리해서 보아야 한다. 국가가 입법관할권의 법리에 근거하여 전적 또는 부분적으로 해외에서 발생한 상황을 규율할 법을 정립할 권한이 인정되는 경우라 하더라도 이와 별도로 국가는 국제관습법 또는 협약에 근거한 허용규범에 의하지 않고는 그 법을 자기 영토 밖에서 집행할 권한이 없다는 점이 일반적으로 받아들여지고 있다. 따라서 초국경적인 또는 해외의 상황들을 규율하

21)개정2판에서는 관할권을 규범정립관할권(jurisdiction to prescribe)과 집행관할권(jurisdiction to enforce) 의 2가지 유형으로 구분하였었는데, 개정3판에서는 이에 재판관할권(jurisdiction to adjudicate)을 더하여 3가지 유형으로 구분한다. Restatement 개정2판에서는 규범정립관할권에 ‘법을 창설하는 과정(process of creating law)이 포함되어있었으나, 개정3판에서는 배제되어서, 규범정립관할권에 대한 국제법상 제한도 특정한 법규정의 창설(creat)이 아니라 그 적용(application)에 대해서만 문제된다.

는 법 또는 결정들을 강제집행하기 위해서는 국가들은 국내적인 조치에 의존하여야 한다. 예컨대, 징역형에 대한 유죄판결은 피고가 자발적으로 그 영토 내에 있거나, 범죄인인도절차에 의해 영토 내에 있도록 된 경우에만 집행이 가능하다. 금전적인 판결은 영토 내에 위치한 자산을 압류하거나 피고의 자산이 위치한 국가와 국제적 협력을 함에 의해서만 집행될 수 있다. 따라서 입법관할권이 인정되는 경우라 하더라도 범죄인인도조약 등에 의해 예외적으로 집행관할권 행사가 가능한 경우가 아니라면, 외국의 영토에서 이를 집행할 수 있는 집행관할권은 인정되지 않아 규범정립관할권은 실효적이지 않을 경우가 많다.

한편, 재판관할권은 한 국가의 '법'이 효력을 미치는 범위라기보다는 법원의 관할권을 의미한다. 국가는 어떤 상황에 대해 국제법 하에서 정당한 규범정립관할권을 갖고 있지만, 그 상황에 대해 재판을 할 관할권은 갖지 않은 경우가 있을 수 있다. 예컨대, 피고가 그 국가와 아무런 접촉(contact)이 없거나, 사법상 계약의 당사자들이 다른 재판지를 선택한 경우 등이 이에 해당한다.

결과적으로 통상 국가의 관할권은 '입법관할권'을 중심으로 그 근거에 검토 등이 이루어지지만, 입법관할권이 인정되는 경우라 하더라도 구체적으로 재판관할권, 집행관할권의 인정 여부는 별도의 가치와 형량요소를 고려하여 결정되므로, 최종적으로 관할권이 실효적으로 행사될 수 있는가는 이러한 여러 차원의 검토를 거쳐야만 예측할 수 있는 복잡한 문제임을 알 수 있다. 인터넷상 행위에 대한 규제는 통상 입법관할권 외에 재판관할권과 집행관할권의 인정에도 장애가 있는 경우가 다수 존재할 것이다.

3. ‘규제관할권’의 의의

어떤 국가가 어떤 상황을 ‘규제(regulate)’하기 위해서는 구체적으로는 다양한 권한의 행사를 요구한다. 규제를 하기 위해서는 먼저 규범을 정립하고, 그 준수 여부를 모니터링하여 그 위반이 있는 경우에는 행정처분이나 형사처벌로 제재를 할 것이다. 특히 과징금이나 영업정지와 같은 행정처분의 경우에는 다시 이를 준수하지 않거나 위반할 수 있으므로 행정상강제징수절차 또는 부작위에 대한 형사처벌 등이 다시 이루어져야 한다. 따라서 이를 위해서는 입법관할권 외에 형사재판관할권, 행정처분에 대한 관할권, 집행관할권 등이 인정되어야 한다. 또한 독점규제법의 집행에 있어서와 같이 사인이 위반자에 대한 손해배상청구소송을 통해 그 법을 집행할 수 있도록 하는 방식이 규제방식에 포함되는 경우 민사재판관할권과 그 판결의 집행관할권 역시 규제관할권의 일부로 포함되어야 한다. 따라서 규제관할권을 정확히 파악하기 위해서는 규제가 이루어지는 방식에 따라 형사, 행정, 민사 사건으로 구분하고, 각 유형별로 입법관할권, 재판관할권, 집행관할권을 검토해야 할 것이다.[22]

우선 종래 국제법상 국가관할권에 관한 논의는 주로 입법관할권을 중심으로 이루어졌는데, 특히 관할권의 이론적 기초에 관해서는 형사관할권을 중심으로 전개되었다. 그러나 최근 세계화와 사이버경제의 확대로 경제법 영역의 사건에서 역외적용이 빈번히 문제되면서 형사관할권의 기초와 유사한 법리가 일부 경제분야와 민사관할권에도 도입되고 있다고 한다. 따라서 아래에서는 형사관할권의 이론적 기초에 대해 살펴보고, 최근의 경제법 분야에서 발전한 관할권의 이론적 기초에 대해 살펴보기로 한다.

---

22) 석광현, 클라우드 컴퓨팅의 규제 및 관할권과 준거법, Law & Technology, 제7권 제5호, 2011. 9. 14면

다만 그에 앞서 선행연구에서 논의된 내용을 바탕으로 민·형사영역에 따른 관할권 문제의 특징 등에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

입법관할권은 주로 형사사건과 행정사건에서 다루어지고 있는 데 비해 재판관할권은 주로 민사사건에서 다루어지고 있다. 형사관할권은 민사관할권의 행사에 비해 보다 강력한 국가권한의 행사가 직접적으로 이루어지는 것이므로 그 관할권을 각국의 개별적 판단에 일임하게 되면 국제적 마찰의 소지가 크므로 국제법은 그에 대한 한계를 민사관할권의 경우보다 더 명확하게 정할 필요성이 있다. 또한 형사재판에서는 국내법원은 항상 자국법만 적용하지 외국법을 적용하는 경우는 없으므로, 형사관할권의 경우 한 국가가 어떠한 경우에 대해 입법관할권을 행사할 수 있는지를 결정하면 이는 결국 자국법원이 법을 적용하여 재판할 수 있는 범위를 결정하는 것이 된다. 따라서 형사관할권의 경우는 입법관할권과 재판관할권이 일치하게 된다. 이에 비해서 민사관할권의 경우에는 국내법원이 국제사법에 입각하여 특정한 법률관계에 대하여 어느 나라의 법이 적용될 것인지를 결정하므로 국내법원의 재판관할권이 인정되는 경우에도 외국법을 적용하여 재판하는 경우가 있다. 따라서 민사법의 입법관할권 역시 원칙적으로 국제법상 원칙에 따라야 하지만, 이에 대해 엄격히 제한할 필요성이 적고 그래서인지 국제법상 민사사건에서는 규율관할권은 거의 한계가 없거나 있더라도 매우 추상적인 원칙밖에 없다고 인식되고 있다고 한다. 그리고 구체적인 상황에서 실제로 그 상황을 규율하는 법, 즉 준거법이 어느 국가의 법인가는 각국의 법원이 국제사법의 규정과 법리에 따라 결정하게 되고, 이는 결과적으로 문제된 국가의 법의 입법관할권을 정하는 것으로 보이기도 한다. 이 지점은 국제법상 입법관할권의 문제가 국제사법과 교차하게 되는 지점이라 할 수도 있다. 그리고 이로 인해 민사관할권의 경우에는 입법관할권과 재판관할권이 일치하지 않는 경우가 생긴다. 따라서 인터넷 규제의 맥락에서도 입법관할

권의 문제는 주로 형사사건과 행정사건에서 다루어지고, 재판관할권의 문제는 주로 민사사건에서 다루어질 것이다.

다음으로 형사관할권과 행정관할권의 차이에 대해 검토해 볼 필요가 있다. 형사관할권의 기초에 관한 법리가 행정관할권에도 확대되어 온 것으로 보이므로 형사관할권과 행정관할권은 함께 논의를 하면 된다고 설명되고 있다. 행정관할권 행사의 대표적인 예는 경제법영역에서 반독점법 위반행위에 대한 행정처분일 것이다. 우선 양자가 국가의 공법적 권한 행사라는 점에서는 공통적이나, 형벌의 대상인 범죄(형사범)과 이와 달리 행정규제를 위해 부과하는 각종 의무를 위반하는 행위로서 형벌의 대상이 되지는 않는 경우 그 의무의 보편성 등에 대한 차이가 있을 것임을 고려하면 양자는 관할권 근거의 이론적 기초에 있어 세부적인 차이가 날 것으로 생각된다. 또한 형사관할권은 형사소송절차를 위해 재판관할권이 함께 인정되어야 하는데 비해, 행정관할권이 시정명령과 같이 의무를 발하는 행정처분으로 행사될 경우, 또는 과징금이나 영업정지와 같은 행정제재처분으로 행사될 경우에는 재판관할권은 인정될 필요가 없다는 점에서도 차이가 있다. 이러한 행정처분을 할 관할권은 입법관할권에 속하는 것인지, 재판관할권 또는 집행관할권에 속하는지에 대해 확정하기가 쉽지 않다. 법을 구체적으로 적용하여 판단을 내린다는 점에서는 넓은 의미의 재판관할권의 일부로 볼 수도 있지 않을까 생각되지만, 과징금이나 영업정지 같은 경우는 법준수를 강제하기 위한 절차라는 점에서 집행관할권의 일부로 볼 수도 있다. 이를 집행관할권의 일종으로 본다면, 집행관할권은 형사, 행정, 민사를 불문하고 주로 속지주의 원칙에 의해 지배된다고 보는 것이 보통이므로 우리나라에 지사가 설립되거나 자산이 있는 경우가 아니라면 외국에 있는 행위자에게 과징금부과처분을 하거나 영업정지처분을 할 관할권이 인정되기는 어려울 것으로 생각된다. 경제법에 대한 관할권을 넘어 행정관할권 일반에 대해서는 향

후 국제행정법과의 관점에서 추후 연구하기로 하고, 이하에서는 지금까지 논의된 형사관할권과 반독점법에 관한 관할권의 기초에 대해 살펴보기로 한다.

제 2 절 입법관할권의 인정 근거

아래에서는 주로 형사사건에 대한 관할권을 중심으로 발전되어 온 국가의 입법관할권의 이론적 기초(근거)를 살펴본다. 이러한 전통적인 관할권의 근거로는 속지주의(territorial principle 또는 영역주의), 속인주의(nationality principle 또는 국적주의), 보호주의(protective principld), 수동적 속인주의(passive personality principle 또는 수동적 국적주의), 보호주의(protcetive principle), 보편주의(universal principle)[23]를 들 수 있다. 이는 주로 형사사건에 초점을 맞춘 것이지만, 규제관할권을 이해하는 데에도 핵심적인 내용이 될 것이다. 이 자체가 국제법상 관할권 이론의 핵심을 이루고 있다는 점, 규제의 실효성확보 등을 위해서 행정형벌을 부과하는 경우에도 직접 적용가능하다는 점, 직접 형벌이 예정되어 있는 경우가 아니라 하더라도 각종 행정제재, 나아가 행정규제 자체가 국가가 의무나 불이익을 부과하면서 행위를 규율한다는 점에서 본질적으로 형사적 관할권과 공통점이 있다는 점, 그리고 경제법 분야 등에서도 속지주의 원칙의 논리적 확장으로서 효과이론 등을 발전시킨 것을 보면 이를 넘어 규제일반에 대한 관할권 이론의 기초도 결국 전통적 근거로부터 사안의 특징을 반영하여 적절한 법리를 발전시켜야 한다는 점 등을 고려할 때 그러하다. 상황에 따라서는 국적주의와 보호주의와 같이 복수의 근거가 적용될 수도 있다. 또한 유럽과 미국에서 이러한 입법관할권의 적용에 관해 논의된 바도 간략히 소개한다.

23) 정인섭, 신 국제법강의, 박영사, 2010, 178-193면

1. 속지주의 (territorial principle)

속지주의라 함은 어느 국가가 자국 영역 내에서 발생한 사실 및 자국 영역 내에 소재하는 물건에 대하여 당해 국가가 관할권을 행사할 수 있다는 원칙을 말한다. 이는 국민국가(nation-state)는 그 영토 내에서 그 행위의 전부 또는 일부가 이루어진 경우 그 행위를 금지할 권한을 주권의 일부로 갖는다는 데서 출발한다. 범죄행위가 그 영토 내에서 이루어지면 이는 주권자의 평화에 대한 침해로서, 범죄행위를 한 자의 국적이나 범죄행위의 희생자의 국적에 관계없이 형법이 적용되지만, 그 영토 밖에 대해서는 적용되지 않는다는 것이다. 모든 핵심적인 범죄구성요건들이 영토 내에서 완결되는 경우는 '전체적'인 경우이고, 핵심적 범죄구성요건들 중 어느 것이라고 영토 내에서 완결된 경우는 '부분적'이라고 할 수 있다.

2가지 유형의 영토관할권이 존재한다: 주관적 속지주의(또는 통상적 속지주의)와 객관적 속지주의 (효과 이론 등이 이 연장선상에 있음.)이다. 범죄행위의 주요한 또는 구성요건에 해당하는 요소가 영토내에서 이루어졌지만 그 완성은 해외에서 이루어진 경우 주관적 영토관할권(subjective territoriality)이 적용된다. 한편 범죄행위의 효과 또는 결과가 관할권을 주장하는 국가에 영향을 미쳤으나 그 범죄행위의 다른 요소들이 전적으로 그 영토 경계선 밖에서 발생한 경우에 객관적 영토관할권(objective territoriality)이 적용된다.

2000년대에 들어와서 사실상 모든 국가들이 역외관할권을 확장해 왔다. 이러한 변화에는 개인들이 범죄행위를 저지르고 체포를 피할 방법을 찾는 속도와 능력의 변화, 입법자들이 새로운 '범죄유형'을 범죄로 선언하면서 이에 맞추어가려고 하는 움직임 등이 기여한다. 역외관할권의 확장은 부분적으로는 영토 관념 내에 역외 행위를 포함하는 허구를 이용함으로써 이루어져왔다.

이러한 요소들 중 가장 문제되는 것 중 하나는 역외에서 이루어진 공모가 좌절된 경우 그 공모의 어떤 요소나 외부로 드러난 행위들 중 영토 내에서 일어난 것이 하나도 없는 경우에도 영토관할권이 적용된다고 보는 주장이다. 마약 또는 테러에 대한 공모가 해외에서 이루어졌다가 어떤 범죄구성요건이 영토 내에서 이루어지기 전에 발각된 경우 대외관계 Restatement 와 미국의 판례는 그 의도가 미국 법 또는 미국 영토를 침해하는 것이었다면 영토관할권이 적용된다고 보았다.[24] 그러나 이 경우 역외관할권에 관한 다른 전통적 이론들에 부합하는 점이 있지만, 영토이론에 부합한다고 볼 수는 없다. “영토”관할권은 위반행위의 아무런 요소나 효과도 미국 영토에서 발생하지 않은 경우에조차 “영토” 관할권이 적용되도록 확장된 것이다. 이것은 영토이론이 가장으로 적용되는 경우로서, 영토이론의 정당화 근거 자체와 모순된다. Strassheim v. Daile 판결 및 다른 역사적 선례에서 홈즈 대법관이 지적했듯이 객관적 속지주의 원칙은 당사자들이 단순히 범죄행위가 어떤 영토경계 내에서 효과가 발생하도록 의도한 경우에 적용되기 위한 것이 아니고, 의도된 효과가 실제로 그 영토관할권의 경계 내에서 발생한 사건에 대해서만 적용대상이 된다고 할 수 있다. 그런데 범죄의 음모가 좌절된 경우에는 효과가 국내에서 발생하지 않았을 뿐만 아니라 이러한 효과가 아예 발생하지 않은 경우이므로 그 효과에 착안한 객관적 영토관할권이 성립할 여지가 없다. 따라서 역외관할권이 인정된 결론은 타당하다 하더라도 영토이론은 역외관할권 확장의 기초로서는 논리적으로 적합하지 않다고 볼 수 있다. 유럽의 법리와 판례도 객관적 속지주의가 외국에서의 실패한 시도 또는 공모에 대해 관할권 인정의 근거가 될 수 없다는 점을 명백히 하고 있다고 한다. 또한 영토이론은 돈세탁, 사이버범죄와 같이 전적으로 역외에서

24) Christopher L. Blakesley, Terrorism, Drugs, International Law, and the Protection of Human LIberty 149-70 (1992)

이루어지는 범죄행위에 대해서도 관할권의 근거로는 불충분하다. 이러한 위반행위는 전적으로 해외에서 이루어지며 국내에는 실제로 아무런 효과도 발생하지 않으므로 영토성은 적용될 수 없다. 사이버 통신상으로는 아무도 보거나 행위하지 않았지만 그것은 어떻든 모든 국가의 대기 내에서 이루어지는 것이라고 주장할 수는 있지만, 그러한 영역에 대해 적용한다면 이는 영토적 관할권의 적용을 과도하게 넓히는 것이고, 보편성 이론(universal theory)에 가깝게 될 것이다.

반면에 아동이나 그 밖에 취약한 지위를 갖는 시민이 실제로 관련되어 있고, 침해의 대상인 경우 그 침해자가 전자메세지 또는 디지털 이미지를 통해 희생자를 이용하고자 의도하고 있는 경우라면 관할권이 인정되어야 한다. 메시지 수령인이 영토내에 위치한다면 객관적 영토성이 적절한 이론이 될 것이다. 침해가 영토내에서 이루어진다면 그것은 주관적 영토성이 인정될 것이다. 발신자가 단순히 그 침해를 야기하거나 방조하고자 시도하는 경우에는 그 침해자가 미국 관할권 내에 있는 한 주관적 또는 객관적 영토성의 근거하에 관할권이 인정될 것이다. 그러나 다른 상황들은 다른 관할권 이론이 적용되어야 할 것이다.

우리 형법 제2조는 '국내범' 이라는 표제하에 "본법은 대한민국영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다."고 규정하여 속지주의를 명시하고 있다.

2. 속인주의 (Nationality Principle)

국가는 자신의 국적을 보유하는 자에 대하여 그의 행위가 행해진 장소에 관계없이 관할권을 행사할 수 있다는 원칙이 속인주의이다. 범죄자가 규범을 정립하는 국가의 국민일 경우 국적에 기초한 관할권 또는 '행위자인격원칙(active personality principle)'이 적용된다. 국민에

대한 주권 및 국가가 주권적 질서과 존중을 유지할 능력이 있음을 세계에 보이기 위해 모든 국가들은 정도의 차이는 있지만 일정한 정도 국적 원칙을 적용한다. 대륙법계 국가들은 일반적으로 국적 이론을 주장한다. 이 국가들은 국적이 매우 강한 연계점이어서 국가는 자국 국민이 세계 어디에서건 범죄를 저지른 경우 그 국민을 기소할 수 있다는 관념을 갖고 있다. 그러나 대부분의 경우 그 범죄행위가 이를 실행한 곳에서도 처벌가능할 것을 (‘principle of double criminality') 요구한다.

국적관할권을 강하게 적용하는 국가들은 국민이 자국 영토 밖에서 범죄행위를 한 경우에도 관할권을 적용하는 명확한 논거를 갖고 있다. 예컨대, 유럽에서는 국민들은 국가의 혜택과 보호를 받고 있고, 이 보호를 위한 충성을 할 의무를 지며, 그들이 행한 어떤 범죄에 대해서든 국적국의 관할권에 대해 책임을 져야 한다는 점, 국민이 해외에서 저지른 모든 범죄행위는 세계에서 그 국가의 평판과 그 국가가 받을 존중을 훼손하는 것이라는 점, 범죄행위자의 국적국이 역외관할권을 갖거나 주장하는 데 실패하면 그 범죄행위자는 어디에서나 기소에 대해 면책이 될 것이라는 점 등이 유력한 논거로 제시되고 있다. 그러나 유럽에서도 예외적이고 특별한 상황이 아닌 한 국적에 기초한 관할권은 범죄가 행해진 장소를 영토로 관할하는 국가의 관할권에 비해 열위에 놓인다. 대부분의 국가들은 - 미국을 제외하고 - 전통적으로 자국민들을 범죄인인도하는데 대해 부수적인 예외(concomitant exception)를 주장하여왔다. 많은 국가들은 특히 대륙법계 전통을 가진 국가들은 오랫동안 국민들의 비인도원칙(non-extradition)이 매우 중요하고 타협할 수 없는 문제로 보아왔다. 이러한 관념은 고대의 그리스의 도시국가, 로마 및 다른 큰 문명들에서 자신의 시민들을 범죄인인도에서 배제한데에 그 기원이 있다. 그러나 국적 원칙의 역사적 힘은 이러한 상황에서도 실제로 범죄인을 처벌할 의무에서 나타난다.

한편 미국의 경우, 이 이론이 역외관할권 문제에 적용되는 것은 아래와 같다. 미국 연방대법원이 그 초기 역사에서 미국 시민이 영토 밖에서 한 범죄행위를 처벌할 권한을 인정하였지만, 미국 의회는 역외관할권에 관련된 일반적 법규범을 제정한 적은 없다. 그러나 미국의 판례는 관련되는 법률이 역외적용을 명시적으로 규정하고 있지 않은 경우에도 자국 국민이 해외에서 범죄를 행한 경우 역외관할권을 승인하여왔다. United States v. Bowman, 260 U.S. 94, 102 (1922)판결에서 연방대법원은 해외에서의 범죄행위에 대한 법률해석의 일반원칙을 선언하고자 한 것으로 보인다. 피고들은 브라질에서 범죄를 행하고 뉴욕에서 재판을 받았는데, 이들은 미국 시민이므로 미국이 자국과 그 재산을 보호하기 위해 제정한 법의 적용을 받아야 하며, 이들의 범죄를 미국이 처벌하는 것이 브라질의 존엄과 권리를 침해하는 것이 아니라고 보았다.

미국의 국적이론의 적용은 전통적으로 유럽의 경우만큼 넓지는 않아왔다. 미국 형법이 그들이 어디에 있는지 불문하고 미국민에게 적용되어야 한다는 일반원칙이 선언된 적은 없었다. 통상 국적 원칙이 적용된 경우들은 보호주의적 요소 또는 동기가 강한 경우이었다. 예컨대, Bowman 판결에서 관할권이 인정된 이유 중에는 정부가 법집행의 방해나 사기로부터 특히 그것이 자국의 국민, 공무원 등에 의한 것일 경우 스스로를 보호할 권리가 있기 때문이라는 점이 포함되었다. 그러나 이러한 국적이론과 보호주의적 동기가 항상 동시에 존재해야 하는 것은 아니다. 미국 법원은 해외에서 영사가 송달한 소환장을 따르지 않으면 법정모독죄를 적용하고, 해외에 거주하는 국민에게 소득세 납부를 요구할 관할권을 인정하였다. 국적 또는 active personality jurisdiction 은 미국법에서 점점 중요해지고 있다.

우리 형법 제3조는 '내국인의 국외범'이라는 표제하에 "본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다."고 규정하여 속인주의를 명시한다.

3. 수동적 속인주의 (Passive Personality Principle)

속인주의는 행위의 주체에 착안하여 그가 국적을 보유하는 국가가 관할권을 행사할 수 있다는 원칙인 데 반하여, 수동적 속지주의는 그와 달리 피해자의 국적을 기준으로 국가관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 수동적 속인주의는 범죄의 희생자가 관할권을 주장하는 국가의 국민일 경우에 적용된다. 국가가 자국의 국민들을 대상으로 한 범죄행위자들을 기소하고 처벌할 권한을 제공한다.

이 원칙의 이론적 기초는 중세로 거술러 올라간다. 형법의 본질적 목적은 왕의 평화를 보호하는 것으로 이에는 공익과 사익의 보호가 포함되었다. 피해자의 국가법은 어떠한 보호가 부여되어야 하는가에 대한 가장 좋은 평가기준을 제공한다. 독일 형법학자들은 수동적속인주의와 보호주의를 결합하여 Realsystem이라는 것을 제시한다. Realsystem 하에서는 국가는 자신을 보호할 권리와 의무를 가지며, 자국의 시민을 보호하고 그들에게 위해를 가한 자들을 처벌함으로써 그 자신을 보호한다. Realsystem은 국민에 대한 침해로 표현되는 국가에 대한 침해를 강조하였다. 국민에 대한 침해는 곧 그 자의 국가 또는 주권에 대한 침해로 인정된다는 것이다.

이 이론의 역외관할권에의 적용은 다음과 같다. 수동적 속인주의 원칙은 관할권의 기초로 널리 받아들여지고 있지는 않다. 일반적으로 국가는 자국의 영토 밖에서 외국인의 행위에 대해 그 행위가 자국민 중 하나에 대해 영향을 미쳤다는 근거만으로 어떤 법적 효과를 부여하는 입법을 할 관할권을 갖지 않는다고 한다. 미국에서도 일정한 예외적이고 특별한 상황이 아니면 인정되지 않는다. 이 이론은 국제법에서도 이용은 가능하지만, 잘 받아들여지지 않는 이론이다.

국제적인 범죄와 테러리스트에 관한 미국의 관할권 문제 양자 모두와 관련하여서 수동적 속인주의 원칙은 비록 관할권의 다른 근거들과

결합되긴 하지만 점점 더 빈번히 주장되고 있다. 1986년의 Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act of 1986, USA Patriot Act 등에서는 이러한 수동적 속인주의 이론을 암시하는 내용이 있다. 그러나 양자는 보호원칙을 적용한 것으로 해석하는 편이 더 적절하다고 한다.

우리 형법 제6조는 '대한민국과 대한민국국민에 대한 국외범'이라는 표제하에 "본법은 대한민국 영역외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 전조에 기재한 이외의 죄를 범한 외국인에게 적용한다. 단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다.

4. 보호주의 (Protective Principle)

보호의 원칙은 관할권을 주장하는 국가의 특정한 중요 이익 또는 기능에 대한 잠재적 위협이 되는 행위에 대해 관할권을 허락하는 것으로, 관할권의 근거에 관한 전통적인 이론 중 하나이다. 대부분의 국가의 형법전과 판례는 이 원칙과 그 한계를 인정한다. 보호원칙의 초점은 범죄행위자의 국적 또는 위해행위의 장소보다는 손상된 이익의 성질에 맞추어진다. 행위자국적주의(active nationality)와 객관적 속지주의(objective territoriality) 및 보호원칙 상호간의 어느 정도의 중첩은 존재한다. 어떤 범죄의 결과가 국가의 주권 또는 통합을 해치거나 어떤 중요하고 기본적인 정부 기능을 저해하는 경우, 그 결과가 실제로 어느 영토에서 발생하는가에 따라 위의 이론 중 어느 것이 적용될 수 있다. 객관적 속지주의는 속지주의의 확장이라면, 보호이론은 일반적인 속지주의의 예외로서 실제로 영토 내에 효과를 미칠 것을 요하지 않는다.

이론적 기초는 다음과 같다. 전통적으로, 영토이론이 1차적으로 적용되어야 할 것으로 생각되었지만, 보호이론은 영토적 관련성이나 국

적 관련성을 요구하지 않음에도 불구하고 다른 이론에 비해 열위에 있지 않다. 그 범죄가 국가의 안보, 통합, 주권 또는 기본적이거나 중요한 정부 기능에 대한 심각한 침해를 일으킬 위험이 있는 경우, 전적으로 관할권을 주장하는 국가의 영토 밖에서 이루어진 범죄행위에 대한 관할권을 인정한다. 테러 및 인권범죄 (crimes against humanity) 등이 포함될 수 있고, 그 범죄가 개인을 겨냥한 것이라 하더라도 그 침해가 일반적으로 국가가 준 특권을 침해하거나 영향을 미치거나 왜곡하기 위한 것이거나 그 국가의 보안, 주권 또는 중요한 정부 기능을 위협하기 위해 계획된 것이라면 적용될 수 있다.

역외 관할권 내에서의 적용은 다음과 같다. 미국 법원들은 일반적으로 2가지 유형의 법률 하에서 보호원칙에 따른 관할권을 인정하여왔다. 첫째는 정부가 장애와 사기(obstructions and frauds)로부터 스스로를 보호하기 위한 법률, 둘째는 미국이 범죄의 성질 상 그 자신의 영토 밖에서 금지된 행위가 발생할 가능성에 상당히 취약하여서 의회가 그 역외에서의 행위에 대해 적용할 의사가 있었다고 합리적으로 추정할 수 있는 법률이 그것이다. 외국인이 외국에서 미국 영사에게 비자 신청시 서약을 하고 허위의 진술을 한 경우 그 외국인이 유죄판결을 받을 수 있는 데서 보호원칙과 영토원칙에 의한 적용의 구별이 명확해진다. 이러한 행위는 미국의 주권과 정부의 기본적 기능에 대한 침해로 인정된다. 의회는 보호적 취지에서 역외관할권을 자유롭게 창설할 수 있다. 마찬가지로, 보호원칙은 국제 또는 외국의 공중공간에서 이루어진 행위에 대해 관할권의 근거를 제공한다.

우리 형법 제5조는 '외국인의 국외범'이라는 표제 하에 "본법은 대한민국영역외에서 다음에 기재한 죄를 범한 외국인에게 적용한다."고 하여 보호주의를 명시하고 있다. 이에 포함되는 죄에는 내란의 죄, 외환의 죄, 국기에 관한 죄, 통화에 관한 죄, 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄, 문서에 관한 죄와 인장에 관한 죄 중 일부가 포함된다.

5. 보편주의

보편적 관할권은 “전적으로 범죄의 성질에 근거한 형사관할권으로서, 범죄의 실행 장소, 피의자의 국적, 희생자의 국적 그 밖의 그 관할권을 행사하고자 하는 국가와 어떤 관련성도 고려되지 않는 관할권”을 의미한다.

그 이론적 기초는 다음과 같다. 국제법에서는 특정한 범죄행위에 대해서는 피고인에 대해 관할권을 갖게 된 어떤 국가로서 이를 기소 또는 인도할 권리와 의무를 가진다고 규정한다. 이를 보편적 관할권(universal jurisdiction)이라고 한다. 흔히 그 근거는 국제관습법에서 찾아진다. 이러한 범죄는 사실상 모든 국내법에 의해 범죄로 처벌되고 있다. 해적행위는 국가들이 보편적으로 관심을 가지는 가장 오랜 범죄중 하나이다. 이렇게 보편적인 범죄에 대해서는 피고가 체류하고 있는 국가는 어떤 국가라도 관할권을 가지며, 국제법에서는 이러한 범죄들 중 일부에 대해 보편적 관할권을 규정한다. 노예거래에 대한 참여, 민항기 납치 등 전쟁범죄, 인간성에 반하는 범죄, 대량학살 등이 이에 해당된다. 임시 국제형사법원은 일부 범죄행위에 있어 보편적 관할권의 개념을 보다 구체적인 것으로 만들어주고, 국제관습법 및 진정한 보편적 관할권을 정립하도록 지원하고 있다.

역외관할권에 대한 적용은 다음과 같다. 최근 테러는 급속히 보편적 관할권의 대상으로 받아들여지고 있다. 조약과 국내형법들은 “terrorism”을 인신 납치, 무고한 민간인에 대한 의도적인 폭력 행사 등을 포함하는 별개의 그러나 보편적으로 처벌되는 몇가지 행위들을 포함하는 것으로 정의한다. 다수의 다자간 조약들은 이러한 넓은 정의 하에서 테러리즘에 해당한다고 분류될 수 있는 다양한 국제적 위반행위들을 처벌하고 있다. 이는 당사국들간에 보편적 관할권을 정립하는 것으로

국제관습법을 반영하거나 국제관습법으로 발전되어 갔다. 예컨대, Hague Convention은 항공기의 불법납치에 대해 모든 협약당사국들에게 관할권을 부여하며, 당사자국들이 항공기 납치범의 신변을 확보한 협약당사국에게 그들을 기소하거나 범죄인인도를 할 의무를 부여하고 있다. Montreal Convention은 Hague Convention의 적용영역을 확대하여 사보타주 행위를 포함하도록 하였다. 실제 모든 국가들은 그 규칙을 준수해야 할 법적 의무가 있다고 느끼고 있으므로, 이 조약들에 있어서 의무들은 국제관습법이 될 가능성이 높다. 이렇게 되면, 이것은 진정한 의미의 보편적 범죄가 된다. 특히 유럽과 미국에서는 이러한 조약들을 국내법화하는 국내입법들이 공포되었다. Hague와 Montreal Convention을 국내법화하는 미국의 입법은 국제 영공 상에 있는 외국 항공기에 탑승한 외국국적을 가진 자에 의한 아동성추행에 대해 미국의 “특별한 영해 및 영토 관할권 (special maritime and territorial jurisdiction)"을 허락하는 것으로 판단되었다.[25]

그러나 국제관습법과 진정한 보편적 관할권의 적용이 성립하는 지점이 어디인지는 항상 쉽게 결정되지는 않는다. 국제사법재판소(ICJ)에서 판결한 체포영장사건[26]에서는 비록 다자간조약의 목적이 범죄혐의자가 모든 국가에서 도피처를 얻는 것을 거부당하게 함으로써 문제된 범죄행위를 보편적으로 처벌하도록 하는 것이긴 하지만, 이러한 관할권을 진정한 의미의 보편적 관할권으로 해석하는 것은 부정확한 것이라고 판시하고 있다. 이러한 다자간 조약에 의해서는 모든 국가에서 보편적으로 관할권이 생기는 것이 아니라 조약의 당사국에 대해서만 의무를 창설하는 것이기 때문에 진정한 의미의 보편적 관할권은 물론이고 조약에 기반한 보편적 관할권은 성립되지 않는다는 견해도

25) U.S. v. Georgescu, 723 F. Supp. 912, 913 (E.D.N.Y. 1989)
26) Arrest Warrant of 11 Apr. 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), 2002 I.C.J.121 (Feb. 14) (President Guillaume의 별개의견)

있다. 조약에 기반한 보편적 관할권도 국제법상 관습법규칙이 그 조약체제 또는 그 조약상의 원리를 둘러싼 국가들의 행위들이 있은 후에야 형성될 수 있다. 그러므로 그러한 다자간 조약들은 그것이 국제관습법에 기초하지 않는 한 협약당사국들이 그러한 행위를 금지하는 국내법을 제정하도록 의무를 지운다. 그러나 그러한 협약들이 이미 현존하고 있는 국제관습법 또는 강행규범의 원칙에 기초하고 있는 경우에는 그 협약이 국제관습법을 반영할 수 있고 반영한다고 보아야 한다.

6. 관할권 이론의 새로운 전개
- 효과의 법리 · 관할권의 한계 -

미국 대외관계 Restatement를 참조해보면, 위와 같은 전통적인 관할권 원칙들이 현실의 필요성 등을 반영하여 새로운 내용으로 전개되고 있음을 볼 수 있다. 이것이 국제적으로 완전히 합의된 내용은 아니지만, 미국과 후에는 EU를 중심으로 특히 경제법, 금융법, 지적재산권법, 개인정보보호법 등의 영역에서 점점 이러한 새롭고 구체적인 관할권 이론이 재판에서 시도되고 논의되고 있다. 그러한 내용으로 관할권의 이론적 기초로서 '효과의 법리'와 복수의 관할권이 충돌될 경우를 대비하여 이를 스스로 조정하는 관할권의 한계원리를 살펴보기로 한다.

대외관계 Restatement는 속지주의 원칙의 변형으로서 "효과의 법리(effects doctrine)"를 인정하고 있다. 효과의 법리란 국가는 그 영토 밖에서 이루어진 행위에 의해서 영토 내에 어떤 효과가 초래된 경우에는 국가가 그 행위에 대해 규범정립관할권을 갖는다는 의미이고, 이것은 행위가 일반적으로 범죄로 인식되고, 그 영토 내에서 나타난 효과가 직접적이고, 실질적이고 예측가능한 것이며, 그 규칙이 합리적으로 발달된 법체계를 가진 국가들에서 정의의 원리와 부합하는 것일 때와 같은 극히 드문 상황에 제한적으로 적용되는 것이었다.

개정3판에서는 제402조(section 402)에서 규범정립관할권의 기초를 상세히 규정하고 있다. 이에 따르면, 국가가 규범정립관할권을 갖는 대상은 다음과 같다.

"(1) (a) 행위가 전적으로 또는 실질적인 부분이 그 영토 내에서 이루어진 경우;

(b) 그 영토 내에 있는 사람의 지위 또는 물건에 대한 이익

(c) 그 영토 밖에서 이루어진 행위로서, 그 영토 내에 실질적인 효과를 발생시키거나 발생시키려고 의도하고 있는 경우

(2) 그 영토 내 또는 영토 밖에서 이루어진 자국 국민의 행위, 이익, 지위 또는 관계 및

(3) 국민이 아닌 자에 의해 영토 밖에서 이루어진 일정한 행위로서 국가의 안보 또는 그 밖의 특정 유형의 국익에 반하는 행위."

이 규정은 영토관할권 일반에 대해서는 전통적인 접근을 한 것이지만, 마지막 유형 (3)은 개정2판에 비해 효과의 법리 (effects doctrine)가 적용되기 위한 요건을 완화한 것이다. 개정2판에서는 효과의 법리가 적용되기 위해서는 직접적이고, 실질적이고, 예측가능한 효과(direct, substantial, and foreseeable effects)가 존재할 것을 요건으로 하였는데, 개정3판에서는 효과가 실제(actual)의 효과일 필요는 없고 단순히 의도된(intended) 것이라도 이 법리가 적용된다. 그리고 개정3판에서는 문제된 행위가 일반적으로 국제사회에서 범죄로 인정되어야 한다는 요건이 삭제되었다.

"효과의 법리(doctrine of effect)" 는 원래 반독점법(antitrust law)의 적용과 관련된 관할권 문제로부터 나온 것이었다. 1945년 United States v. Aluminum Co. of America (ALCOA)[27] 판결에서 미국 반독점법은 해

27) 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945)

외에서의 행위가 미국 내에 실질적인 효과(substantial effect)를 미칠 것을 의도하고 결과한 경우에는 (is intended to and results in) 모두 적용될 수 있다고 판단하였다. 이 '효과의 법리'는 일부 수정되어 Restatement 개정2판에 관할권의 일반원칙으로 포함되었다. '의도'의 요소가 삭제되었고, 이 원칙이 적용되는 경우가 2가지로 제한되었다. 첫째 "그 행위와 효과가 합리적으로 발전된 법체계를 가진 각국의 법에서 일반적으로 범죄(crime) 또는 불법행위(tort)의 구성요소로 인정되고 있는 경우 또는 그 행위의 영향(impact)이 실질적이고, 직접적이며 예측가능하고, 그 법규정이 합리적으로 발전된 법체계를 가진 국가들에 의해 일반적으로 인정된 정의의 원칙에 위배되지 않는 경우에 적용된다. 이 두 요건이 국가가 "그 영토내의 효과"라는 개방적 개념을 넓게 해석할 수 있는 가능성을 견제해 주는 역할을 한다. 이후 이 법리는 증권법(Securities Law)에도 적용되었다.[28]

다음으로 Restatement에서 제시하는 규범정립관할권의 한계(limitations on Jurisdiction)에 대해 보면 다음과 같다. 두 국가가 동시에 관할권을 행사할 경우 충돌이 발생할 수 있다. 개정3판에서는 이러한 경우를 '합리성 기준(rule of reason)'에 의한 형량심사를 통해 해결하고 있다. 관할권의 실질적인 조정은 '예양의 원칙(principles of comity)에 기초한 상호존중을 통해 이루어진다. 개정3판 제403조(section 403)는 다음과 같이 규정한다.

"(1) 402조에 따른 관할권의 기초들 중 하나가 존재하는 경우라 하더라도, 국가는 다른 국가와 연관성이 있는 사람 또는 행위와 관련하여 그 관할권의 행사가 불합리한 경우에는 관할권을 행사하여서는 아니 된다.

28) Schoenbaum v. Firstbrook, 405 F.2d 200, rev'd on other grounds, 405 F.2d 215(2d Cir. 1968) cert. denied, 395 U.S. 906 (1969)

(2) 사람 또는 행위에 대한 관할권의 행사가 불합리한지 여부는 모든 관련되는 적절한 요소들을 평가하여 결정되는데, 고려요소에는 다음과 같은 것들이 포함된다:

(a) 그 행위의 규제국가(regulating state)와의 관련성, 즉, 그 행위가 그 영토 내에서 이루어진 정도 또는 그 행위가 그 영토에 대해 또는 그 영토 내에 실질적이고 직접적이고 예상가능한 효과를 가진 정도.

(b) 규제국가와 규제의 대상이 되는 행위에 주된 책임이 있는 사람간의 연관성 또는 국가와 그 규제가 보호하기로 예정된 사람들 간의 연관성으로서 국적, 거주지 또는 경제활동과 같은 것을 포함.

(c) 규제의 대상이 되는 행위의 성질, 규제국가에 있어서 그 규제의 중요성, 다른 국가가 그러한 행위를 규제하는 정도, 그러한 규제의 바람직성이 일반적으로 받아들여지는 정도;

(d) 규제로 인해 보호되거나 침해가 될 수 있는 정당화될 수 있는 기대의 존재

(e) 그 규제가 국제적인 정치적, 법적, 또는 경제적 시스템에 대해 갖는 중요성

(f) 규제가 국제적 시스템의 전통에 부합하는 정도

(g)다른 국가가 그 행위의 규제에 대해 이익을 갖는 정도;

(h) 다른 국가에 의한 규제와 충돌할 가능성

(3) 두 국가의 각각이 어떤 사람이나 행위에 대해 관할권을 행사하는 것이 불합리하지 않으나, 그 두 국가에 의한 규범이 상충될 경우에, 각 국가는 관할권 행사에 대해 갖는 자국의 이익은 물론 다른 국가의 이익을 제(2)의 모든 관련 요소들의 관점에서 평가할 의무가 있다: 국가는 다른 국가의 이익이 명백히 더 크다면 그 다른 국가를 존중하여야 한다."

이에 따르면, 효과의 법리를 적용함에 있어서 두 국가의 관할권이 중첩되는 경우 이익형량적 접근을 하도록 되어 있다. 이 경우 그 기준을 의미있게 하려면 이러한 이익형량이 중립적인 주체에 의해 이루어져야 함은 필수적일 것이다. 법원에서 사법절차에 의하는 경우는 (각국의 법원이 자국 또는 법원 자신의 관할권을 판단함에 있어서 완전히 중립적일 수 있을까 하는 우려는 별론으로 하고) 그래도 중립성을 기대할 수 있다. 그러나 규범정립관할권의 정의에서 보았듯이 이는 단지 법원의 재판에 의하는 경우뿐만 아니라 의회나 행정부가 규범을 적용가능하도록 하는 경우도 포함된다. 의회나 행정부가 자국의 관할권을 정함에 있어서 이러한 관련 요소들을 공정하게 형량할 수 있는지에 대해 의문이 제기된다.

7. 묵시적 역외관할권(implied extraterritoriality)

위의 관할권의 이론들은 특정 국가가 어떤 사안에 대한 규율을 하기로 하는 것이 국제법상 관할권 원칙에 의해 허용되는가라는 관점에서 본 것이라면, 일단 제정된 법률에 대해 그것이 역외적 사안에 대해서도 적용되는가를 결정하는 것은 1차적으로 국내법의 해석문제라 할 수 있다. 이에 대해 미국에서의 논의를 간략히 보기로 한다.

통상 형사법률은 역외적용이 되지 않는다는 추정이 존재한다. 폭행과 방화 등과 같은 범죄행위들은 통상 논리적으로 행위지와 연결되어 있다고 여겨지고, 따라서 주권의 범위 내에서만 적용될 수 있다고 여겨진다. 그러나 미국 연방대법원은 그러한 관할권에 대한 추정은 그 성질상 국내에서만 적용되는 경우 그 실효성이 매우 축소되는 형사법률 또는 법률체계의 해석을 지배하지는 않는다고 판결하였다. 이러한 범죄들은 논리적으로 행위지와 연계되어 있지 않은 유형의 범죄들이고, 명시적 규정으로 역외적용이 금지되지 않은 한 역외관할권이 묵

시적으로 인정된다. 역외관할권의 적용이 어떤 법률에 암시되고 있는지 여부를 결정하기 위해서 법원은 법문언, 그 구조, 입법연혁, 문제된 범죄의 유형, 관련되는 입법 체계에 대한 영향 등을 포함한 모든 이용가능한 증거를 조사하여야 한다. U.S. v. Bowman 판결 이후 연방법원들은 마약소지부터 테러리즘에 이르는 다수의 위반행위에서 묵시적 역외관할권을 인정하였다.[29]

제 3 절 미국과 EU의 (인적) 재판관할권의 판단기준

규제관할권의 문제는 입법관할권 뿐만 아니라 재판관할권의 문제로 나타날 수도 있다고 앞서 말한 바 있다. 그러한 점에서 규제관할권에 관한 기준이나 정당성의 논거를 찾기 위해 미국과 EU에서 재판관할권, 특히 인적관할권(personal jurisdiction)을 인정하는 기준에 관한 논의를 참고할 수 있다고 생각되어 이를 살펴보기로 한다.

1. 미국의 인적 재판관할권의 판단 기준

‘인적 관할권(personal jurisdiction)'에 관해서 규율하는 미국법은 연방헌법 수정 제5조와 제14조에 근거한 적정절차(due process) 원칙이다. 이 규정들은 모호하기 때문에 관할권의 한계는 연방대법원의 판결에 의해 정해져왔다. 적정절차원칙은 각 주가 피고에 대해 갖는 인적 관할권을 제한한다.[30]

29) 그러나 U.S. v. Martinelli, 62 M.J. 52, 68 (C.A.A.F. 2005)에서 U.S. v. Bowman 판결을 달리 해석하여 특히 미국 정부에 대한 사기 또는 (업무)방해와 관련된 범죄에 대해서만 의회가 역외적용을 의도했다고 볼 수 있다고 하여, 인터넷을 통한 아동포르노그라피에 대해 역외관할권을 인정하지 않았다.

30) 그러나 주들은 적정절차상 요구되는 정도까지 관할권을 행사해야 하는 것은 아니고, 법률로 관할권의 범위를 제한할 수 있다.

1878년에 기념비적인 판례인 Pennoyer v. Neff (95 U.S. 714 (1878) 판결에서 연방대법원은 이후로 인적 관할권 (personam jurisdiction)의 전통적 기초로 알려지게 된 기준들을 선언하였다: 피고의 주소지 법정, 소장을 송달받은 장소의 법정, 동의에 의한 경우 이 세 가지이다 주소지 소재 법정은 피고에 대한 "일반적 인적 관할권' 의 기초가 되고, 청구의 사유가 된 사건이 어디에서 발생하였는지 상관없이, 그리고 그 곳에서 행위한 것이 아니라 하더라도, 관할권이 인정된다. 다음으로 동의에 의한 관할권과 presence에 의한 관할권에 관한 법원의 입장은 점진적으로 형성되어 왔다. 연방대법원은 관할권의 기초로서 '동의'의 의미를 특정 지역에서 소 제기가 가능하다는 실제의 합의를 넘는 것으로 확장해왔다.[31] 연방대법원은 1972년 The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. (407 U.S. 1 (1972) 판결에서 법정지선택조항(forum selection clause)을 인정함으로써 관할권이 동의에 기초해서 인정될 수 있는 경우를 더욱 확대하였다. 그 후에 연방대법원은 크루즈선의 운행자가 승객을 상대로 당사자간에 협상의 대상이 되지 않았지만, 계약 약관에 포함되어 있던 법정지지정규정 (prorogation clause)에 근거하여 소송을 제기하는 것을 허용하였다.

20세기 중반에는 여행, 통신과 관련한 혁신이 이루어지면서 이러한 동의 개념의 확장으로도 전통적인 관할권의 기초가 지나치게 제약되는 문제를 해소하지 못하게 되었다. 그 시기가 되면서 피고는 쉽게 어떤 국가에 입국하여, 불법행위나 계약위반행위를 하고 소장이 송달되기 전에 그 국가를 빠져나올 수 있었다. 동의가 없는 상태에서 원

31) 예컨대, Hess v. Pawloski (274 U.S. 352 (1927) 판결에서 연방대법원은 매사추세츠주의 법률이 그 주의 도로를 이용함으로써 주의 주민이 아닌 자동차운전자 주의 공직자를 소장송달(service of process)의 대리인으로 임명하고 관할권에 동의하는 것으로 규정한 데 대해 그 법률이 합헌이라고 판단하였다. 그러나 그 관할권은 그 자동차의 충돌로 인해 발생한 손해배상소송으로 한정되었다. 그러므로 그 법원은 피고에 대해 "특별인적관할권 (special personal jurisdiction)"만을 갖는 것이고, 이는 그는 그 지역에서 한 행위와 관련된 소송에 대해서만 被訴될 수 있음을 의미한다.

고는 그 피고에 대해 피고의 주소지에서 소송을 제기하는 수 밖에 없었는데, 이것은 원고에게는 매우 불편한 일이었고 피고에게 “home court advantage”를 줄 수 있었다. 연방대법원은 International Shoe Co. v. Washington (326 U.S. 310 (1945)) 판결에서 이 문제에 대해 유명한 ”최소접촉 기준(minimum contact test)"을 제시하였다. 그 판결에 따르면, 이 새로운 기준은 피고가 그 법정지(forum)에 현재하고 있지 않을 때 적용되며, 이는 그 새로운 기준이 Pennoyer 판결에서의 전통적 기초에 대한 양자택일적 대안 (대체하는 것은 아니고)으로 기능할 것을 의미하였다.

International Shoe 판결의 기준은 피고가 그 법정지가 어떤 최소한의 접촉을 가짐으로써 그 소송의 유지가 공정한 게임과 실질적 정의(fair play and substantial justice)의 전통적 관념을 위반하는 것이 아닐 정도에 이르는 경우에는 그 관할권이 적정절차(due process)원칙에 부합한다고 규정한다. 이러한 부정확한 개념들을 서로 조율하는 것은 어려웠을 것이나, 수십년동안 연방대법원은 그 추상적 기준에 의미와 구조를 덧붙여서 갖추게 하였다. 첫째, 그 기준은 두 부분으로 이루어진다. 하나는 ‘접촉(contact)’에 관한 것이고, 다른 하나는 ‘공정성(fairness)’에 관한 것이다.[32] 둘째, 피고와 포럼 간의 관련있는 접촉을 인정하기 위해서는 2가지 요소가 존재하여야 한다: 피고는 그 법정지를 의도적으로 이용하여야 하고, 그 피고가 그 법정지 법원에서 소송을 제기당할 수 있다는 점이 예측가능해야 한다. (the defendant must have “purposedly availed” of the forum and it must be foreseeable that the defendant could be haled into court in that forum)[33] 셋째, 관련성이 인정되는 접촉이 있다면 법원은 복수의 공정성 관련 요소들을 형량하여 관할권이 인정되어야 하는지 여부를 판단하여야 한다. 이러한 공정성 관련 형량요

32) Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462, 476-77 (1985); World-Wide Volkswagen v. Woodson, 444 U.S.286, 291 (1980)
33) World-Wide Volkswagen, 444 U.S. at 297

소들로는 피고에 대한 부담, 원고의 이익, 법정지 국가의 이익, 관련 국가들간 공유된 실체적 정책 등이 포함된다. 마지막으로, 관련성이 인정되는 접촉은 관할권을 인정하는데 절대적으로 핵심적인 요소이다. 아무리 공정성에 관해 강력히 고려될 만한 사항이 있다 하더라도 피고와 법정지간의 접촉이 없는 경우에는 이 요소를 메워주지 못한다.

'접촉'이라는 요소의 중요성 때문에, 다수의 판례법에서는 피고가 그 법정지를 의도저으로 이용하였는지 여부에 관해 판단하고 있다. 의도적인 이용을 요건으로 하는 이유는 피고가 어떤 법정지와 접촉한 것이 부주의나 우연적인 것이 아닐 것을 요구하기 위한 것이다. 그러므로 그것은 피고가 자신이 행위의 타겟으로 하지 않은 국가에서 응소하도록 강제당해서는 안된다는 관념을 구현하고 있는 것이다.[34] 오랫동안 풀리지 않은 한 쟁점은 피고가 어떤 상품을 "상거래의 흐름" 속에 넣은 것 (placing a product in the "stream of commerce")이 그 상품이 최종적으로 유통되는 국가를 의도적으로 이용한 것으로 평가될

34) 연방대법원은 2개의 명예훼손(defamation) 판결에서 그 개념을 확대해석하였다. 첫째, Keeton v. Hustler Magazine (465 U.S. 770, 1984) 판결에서 뉴욕 시민이었던 원고는 기사로 자신의 평판을 손상시켰다는 이유로 그 잡지를 출판한 기업을 상대로 소송을 제기하였다. 그녀는 New Hampshire 주에서 소를 제기하였는데, 그 이유는 그 주가 미국에서 소멸시효가 가장 길었고, 문제된 그녀의 소송이 거기에서는 장애가 없었기 때문이다. 연방대법원에 따르면, 피고는 그 주의 시장을 공략함으로써 그 주를 이용하였고, 피고는 "single publication rule"에 대해 알고 있었기 때문에 피고가 그 법정지에서 전국적인 손해에 대한 청구를 응소하도록 기대하는 것은 불공정하지 않다. 연방대법원은 New Hampshire가 단일한 절차에서 문서에 의한 명예훼손으로 인해 발생한 모든 쟁점과 손해배상청구를 효율적으로 소송하는 법정지를 제공하고자 다른 주들과 협력하는데 실질적인 이익을 가진다고 강조하였다.
두 번째로, Calder v. Jones 판결에서 연방대법원은 캘리포니아가 작가 및 편집자가 여배우인 Shirley Jones의 명예를 훼손하였다는 소송에 대한 관할권을 갖는다고 인정하였다. 그 기사는 National Enquirer 지에 게재되었고, 그 게재에 대한 인적 관할권에 대해서는 의문이 없었다. 문제는 그 이야기의 작가와 편집인이 - 양자는 모두 플로리다에서 일하였고, 캘리포니아에는 들어오지 않았다 - 캘리포니아에서 소송을 제기당할 수 있는가 하는 것이었다. 연방대법원은 이를 긍정하면서, 이 피고들은 그들의 작업은 Jones가 거주하고 큰 피해를 입게된 캘리포니아를 향하여 한 것이라고 강조하였다.

수 있는가 여부이다. 상품이 그 국가에 도달하게 된 것이 전적으로 제3자의 (원고일 경우도 있음)의 일방적 행위를 통해서일 경우에는 의도적으로 이용했다고 인정되지 않음은 명백하다.[35] 그러나, 실제의 상거래의 흐름에서는 제조업자가 A국가에서 부속품을 만들고, 이를 B국가의 사업자에게 판매한다. B국가의 사업자는 그 부속품을 최종제품으로 조립하여 C, D, E 국가 등에서 유통시킨다. 만약, 그 부속품이 오작동을 하여, E국가에서 원고에게 상해를 입힌다면 그 부속품 제조업자는 국가E의 시장을 의도적으로 이용한 것인가? 연방대법원은 Asahi v. Superior Court (480 U.S. 102, 1987)판결에서 이 문제를 다루었으나, 명확한 판단을 내리지 않았다.[36] 연방대법원이 Asahi 판결에서 명확한 법적 기준을 제시하지 못함으로써 이 문제는 여전히 불명확하게 남았다. 이러한 불명확성은 다양한 인터넷 사건에서 관할권을 결정하는데 영향을 미치고 있다.

2. EU의 인적 재판관할권의 판단 기준

EU에서는 인적 재판관할권을 규율하는 법이 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition

35) 제조업자가 A국가에서 도구를 제조하여 하나를 B국가에 있는 고객에게 판매한다고 가정해보자. 그 때 고객이 그 도구를 C국가로 가져가서, 그것이 거기에서 오작동을 하여 고객에게 상해를 입혔다. 고객은 다른 관할권의 기초가 인정되지 않는 한 C국가에서 그 제조업자를 상대로 소송을 제기할 수는 없다. 왜냐하면 그 제조업자는 C국가와 관련성이 인정되는 접촉을 한 적이 없기 때문이다. 왜 그런가? 제조업자의 C국가와의 접촉은 그가 C국가를 의도적으로 이용한 결과가 아니기 때문이다. 그 도구가 C국가로 간 것은 그 고객이 그것을 그리로 가져갔기 때문이다.

36) Stevens 대법관은 두 이론 중 어느 것에도 동의할 수 없었기 때문에, 연방대법원은 의도적 이용에 관한 쟁점에 대해 4:4 로 나뉘어서 판례법을 선언하지 못하였다. Brennan 대법관이 지지한 이론은 상품이 E 국가에서도 유통될 것이라는 기대를 갖고 그 상품을 상거래의 흐름에 놓이게 함으로써 E국가와의 접촉이 이루어진 것이라고 보았다. O'Connor 대법관이 지지한 다른 이론은 국가 E에서 고객서비스를 제공하는 등 그 국가의 시장을 이용하려는 의도 또는 목적을 보여주는 추가적인 행위가 있어야 한다고 보았다.

and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ L 12/1 2001 이다. 이 Regulation은 관할권을 정하는 법리를 상대적으로 상세하게 규정한다. Regulation 44/2001 이전에는 Brussels Convention이 이를 규율하였는데, 유럽법원(European Court of Justice, ECJ)은 수십년간 Brussels Convention의 해석례를 축적해 왔고, 이것은 Regulation에도 반영되어 있다. 이 규정에서 소비자사건을 다루는 일부 측면은 인터넷에 대한 고려를 반영하고 있지만, 그 규정 자체는 인터넷관할권에 대한 규칙을 제정할 의도는 아니다.

Regulation 44/2001 는 부분적으로 다음과 같은 가정에 기초하고 있다: 관할권 규칙은 예측가능성이 매우 높아야 하고, 일반적으로 피해자의 주소지에 근거하는 것이 원칙이고, 그 소송의 subject matter 또는 당사자들의 자율성이 다른 연결 요소들이 될 수 있는 소수의 잘 정의된 상황을 제외하고는 이 원칙이 적용된다는 것에 기초하고 있다. (Regulation 44/2001 , Recital 11)

그러므로, 동 규정 제2조는 회원국에 주소를 둔 人에 대해서는 국적에 관계없이 그 (주소를 둔) 회원국의 법원에 소을 제기하여야 한다. 이 원칙은 깊이 뿌리박혀 있어서, 동 규정 이하의 조문에서는 피고의 주소지 이외의 다른 회원국 법원에 소송이 제기될 수 있는 경우는 엄격하게 제한된 상황에서만 가능하다고 규정하고 있다. 인터넷 사건과 관련하여 특히 의미있는 규정으로는 계약분쟁에 관한 제5조(1)항, 불법행위분쟁에 관한 제5조(3)항을 살펴볼 필요가 있다.

EU Regulation 제5조(3)에 따르면, “불법행위, 범죄, 준범죄(tort, delict or quasi-delict)와 관련되는” 사안에서는 관할권은 “위해를 끼치는 사건이 발생하였거나 발생할 수 있는” 장소의 법원에 소송을 제기할 수 있다. 이 조문은 이전의 Brussels Convention 의 규정을 따르되, 이에 “or may occur”라는 규정을 추가한 것이다. 조문의 이 부분은 “Verein fur Konsumenteninformation v. Henkel 사건”에서 유용하였는데, 이 소

송에서 유럽법원(ECJ)은 오스트리아에서 독일인인 피고에 대해 금지청구소송을 제기하는 것을 허용하였다. 그 소송은 소비자보호단체에 의해 제기된 것으로 관광상품 운영자가 오스트리아 법률에 반하는 계약조건을 이용하는 것을 금지시키는 것이다. 그 판결의 의견은 2가지 이유로 주목된다. 첫째, "또는 발생할 수 있다(or may occur)"는 규정은 미래의 행위에 대한 금지명령을 위한 관할권을 뒷받침하고 있다. 둘째, 그것은 "tort, delict or quasi-delict"를 넓게 해석하여 적용하고, 그 분쟁이 계약에 관련된 것이라는 주장을 거부하였다. 그 분쟁은 법률이 부여한 권리를 침해하는 행위를 방지하고자 하는데 관련있는 것이므로 (비록 그 행위가 '계약'의 형식으로 이루어진다 하더라도) 그 사건에는 제5조(3)항이 적용되고 그 위해가 발생하는 경우에는 관할권을 허용한다. 이 규정들은 미국법상의 '최소한의 접촉 기준(minimum contacts test)' 에 유사한 유럽법상의 기준으로 볼 수 있다. 미국과 EU의 법체계 양자 모두 피고의 주소지에서 소송을 제기하는 것이 타당하다고 인정함과 동시에 각각 International Shoe 판결과 EU Regulation 제5조(1),(3)을 통해 원고가 소송을 하기 위해서는 피고의 주소지로 가야 하도록 요구될 수 없는 경우가 있음을 인정한다.

Brussels Convention 하에서 이루어진 앞서의 판결들에서는 "위해를 초래하는 사건(harmful events)"을 넓게 해석하였다. G. J. Bier B.V. v. Mines de Potasse D'Alsace S.A.[37] 판결에서는 피고가 프랑스에서 라인강으로 남은 소금을 버린 행위로 인해 하류의 네덜란드에 있는 원고들에게 손해를 끼쳤다. 법원은 원고가 손해가 발생한 네덜란드 또는 불법행위가 이루어진 프랑스 양국 모두에서 소송을 제기할 수 있다고 하였다.

37) Case No.21/76, [1976] ECR 1735

유럽법원은 Shevill v. Presse Alliance 판결에서도[38] 이러한 양자택일적 접근을 취하였다. 영국의 원고가 프랑스에서 출간된 기사로 인해 명예를 훼손당하였다고 주장하였다. 그 기사가 실린 정기간행물은 거의 프랑스에서만 배부(circulated)되는 것이었는데, 영국에는 200 부의 무가지(paltry copies)만 배포(distributed)되었다. 그러나 법원은 영국의 관할권을 인정하였는데, 그 기사가 영국에도 배포되었기 때문이었다. 그러나 관할권에 관한 그러한 해석의 의미는 원고가 영국에서 손해배상을 받을 수 있는 것은 영국에서 자신의 평판에 대해 끼친 해에 대해서만으로 국한된다는 판결로 인해 축소되었다. 원고는 single publication rule에 따라 명예훼손에 의해 끼친 모든 위해에 대해서는 오직 명예훼손적 출간을 한 발생인이 설립된 곳인 프랑스에서만 소송이 가능하였다.

불법행위에 관한 EU 법은 그 손해가 발생한 지역(where the harm is suffered)에 초점을 맞추고, 피고가 그 장소를 의도적으로 겨냥하여 행위를 하였는지 여부에 대해서는 거의 고려하지 않는다는 점이 특징이다. 문리적으로만 해석하면, 그 규정은 원고가 그 상품을 국가A에서 구매하여 이를 국가B로 가지고 가서 그곳에서 오작동을 하여 원고에게 상해를 입힌 경우에 국가B가 피고에 대해 관할권을 갖는다고 인정할 수도 있다.

제5조(1)(a) 에 의하면, 계약에 관한 사안에서는 문제된 의무의 이행지 법원이 관할권을 갖는 것이 타당하다. Brussels Convention에도 같은 내용이 규정되어 있는데, 유럽법원은 이 조문에 대해 좁게 해석하는 선례를 남긴 적이 있다. Shenavai v. Kreischer[39] 판결에서는 독일 건축가가 네덜란드 고객에 대해 소송을 제기하였는데, 그 독일 건축가는 그 고객을 위해 독일에서 서비스를 제공하였다. 원고는 독일에서 소송을 제기하기를 희망하였다. 그러나 원고는 그 전문적 서비스

38) [1995]ECR I-450
39) Case No.266/85 [1985] ECR 782

를 완료하였으므로 유럽법원은 “문제된 의무(obligation in question)”는 대금지급의무밖에 남지 않았으므로 이것은 네덜란드에서만 발생하였다고 판단하였다. 이러한 결과는 Regulation 5(1)(b)에 의해 회피될 수 있다. 이 규정은 ”의무이행지(place of performance of the obligation)“를 명시적으로 ”상품이 인도되었거나 인도되었어야 할 장소 및 서비스가 제공되었거나 제공되었어야 할 장소(the place where goods were delivered or should have been delivered and the place where services were provided or should have been provided)“로 정의하고 있다.

Regulation 44/2001은 소비자에 대해 고려하고 있음이 뚜렷하다. 여기에서 소비자는 “자신의 영업 또는 직업의 일부로서가 아닌(outside his trade or profession)” 계약을 체결한 자로 정의된다. 그 규정은 제5조(1)항에 우선하여 적용될 수 있는 소비자친화적인 관할권의 선택을 규정하고 있다. 그러나 이러한 선택은 구체적으로 특정한 유형의 거래에 대해서만 적용된다. 이러한 유형으로는 할부판매계약(instalment sales contract), 소비자의 주소지가 있는 지역에서 상업적 또는 전문적 활동을 하고자 하는 사람으로서 그 활동들을 해당 회원국을 직접 겨냥하여 행한 경우가 포함된다. 달리 말하면, 후자의 규정이 적용되는 것은 해당 소비자의 주소지가 있는 국가를 타겟으로 한 상업적 기업과 계약을 체결한 경우이다. 유럽위원회(European Commission)가 그러한 “대상 설정(direction)”이라는 개념에 상호작용이 가능한 웹사이트를 통한 전자상거래를 포함하는 것으로 의도한 것은 명백하다. 이 규정은 EU가 피고가 특정 국가를 이용한 행위에 초점을 맞춘 유일한 조문으로 보인다. 소비자친화적인 관할권 선택이 가능한지 여부를 결정하는데 관련되는 것이다.

그 계약이 소비자친화적 규정이 적용되는 경우에 해당하면, 제16조(Article 16)는 소비자에게 소비자의 주소지 또는 판매자의 주소지 중

에서 선택하여 소송을 제기할 수 있도록 규정한다. 그러나 판매자는 소비자의 주소지에서만 소송을 제기할 수 있다. 제17조는 (약관 등에 포함된) 법정지선택조항(forum selection clauses)에 의해 이러한 관할권 규정들을 적용을 회피하는 것을 금지하고 있다.

제 4 장 인터넷 규제와 역외적용의 전개 방향

인터넷은 지역적 영토주의(local territorialism)라는 오래된 힘과 글로벌 경제의 특징인 새로운 힘 사이에 놓여있다고 할 수 있다.[40] 그 결과 인터넷 영역은 별개의 복수의 법 영역으로 분화될 가능성이 있다. 예컨대 각 영토국가별로 인터넷에 대해 별도의 규제체계를 발전시키게 되면 이는 영토국가별 법영역으로 분화되는 것이다. 이는 인터넷을 글로벌 초국가주의(global transnationalism)가 지배하는 국경없는 세계의 패러다임적 예로 바라본 전통적인 관점과는 상충되는 점이 있다.

인터넷의 기술적 특징은 하나의 사이버공간만이 존재한다는 가정이 가능하게 한다. 이로 인해 사람들은 인터넷을 이용하면서 그들이 서로 소통하는 상대방과의 지리적으로 멀리 떨어져있음을 잊게 된다. 웹 기업가는 최소의 투자로 전세계에 방송을 할 수 있다는 점, 단일 웹사이트를 구축하면 그 콘텐츠를 네트워크에 연결된 모든 사람들에게 그 사람이 어디에 있든지 제공할 수 있다는 점에, 인터넷이용자들은 지역이용자들이 이용할 수 있는 동일한 정보를 원거리에서도 접근할 수 있다는 점에 환호하였다.

그러나 그 이후 조류가 바뀌었다. 다른 나라에서 발원하는 명예훼손적 발언, 원거리에서 조작하는 주식조작, 인터넷도메인명의 무단 침입, 원거리의 상품 구매하는 소비자들에 의한 판매세 회피, 증오를 표현하는 웹사이트로서 이러한 표현을 보호하는 국가에 위치한 것, 외국에 위치한 온라인 카지노로서 주로 외국인에게만 영향을 미치고 그 나라의 수입을 올려주므로 그 나라에서는 장려되는 경우 등이 나타났

40) 이하 제4장의 내용은 Thomas Schultz, Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/ Public International Law Interface, The European Journal of International Law, Vol. 19, no. 4를 토대로 작성함.

다. 웹의 어두운 측면들이 드러났고, 그것은 문화적, 국가주의적 관점에서 (인터넷으로부터의) 후퇴를 위한 운동을 촉발하였다. 사람들은 이국적인 외국인들이 그들의 집앞 정원에서 서있는 것과 마찬가지의 상태에서 그들의 공동체에서는 직접적인 반감의 대상이 될 일들을 하도록 하는 것을 원하지 않았다고 말하기 시작하였다. 프랑스인들은 바로 코너 옆에 경박한 미국인들이 그들이 원하는 것은 무엇이든지, 설령 그것이 나치즘에 대한 변호에 대한 것이라도, 말할 수 있는 권리가 기본권이라고 주장하고 있을 수 있다는 생각에 우려를 하였다. 미국에서는 사람들이 미국인의 가정, 직장, 컴퓨터 휴대전화 등을 통해 강제적 도박을 부추기는 온라인카지노를 단속하지 않는 외국정부들에 관해 격앙되었다.

다수의 국가들은 테러리즘에 대한 선동, 테러조직에 자금을 지원하라는 선동이 단지 글로벌한 접속이 가능한 덕분으로 그들의 나라로 들어오는 것에 대해 염려하게 되었다. 일부 정부들은 기술적 수단으로 지역주민들이 테러리즘을 미화하는 외국의 인터넷소스에 접속하는 것을 차단할지 여부를 고려하기 시작했다. 다른 국가들 중에는 전에는 주로 지역정보에만 노출되던 지역에 서방국가들이 인터넷을 통해 단순히 정보를 전달하는 것만으로 그 문화와 가치를 전세계적으로 전파하는 것에 대해 점점 더 염려하고 있다. 갑자기 인터넷의 자유롭고 세계적인 특징이 악한 것으로 생각되기 시작하였다. 세계적인 인터넷 공동체는 결국 단일한 공동체가 되기를 원하지 않았고, 여러 공동체로 남기를 원한 것이고, 각 공동체는 그 내부적인 근본 가치에 따라 살도록 허용되어야 하고, 각 국가의 국민정신(Volksgeist)의 표현이라고 할 수 있는 각자가 선택한 공공정책에 따라 살도록 허용되어야 한다고 생각하기 시작하였다. 인터넷이 자유로워야 한다는 점은 모두 동의하지만, 그 정도에 있어서는 각 국가의 법체계의 근저에 있는 근본적 원리들을 침해하는 것이 아니어야 한다는 것이다. '국가들 내의 법

과 정치를 지배하는 고대의 원리들'은 도전을 받고 있으나, 그 원리들 뒤에 있는 힘은 최종적으로 밀어젖혀진 것이 아니라, 불가피한 관련성을 가진 더 오래되고 더 강력한 질서를 재정립하고자 돌아왔다고 할 수 있다.

유사한 현상이 다른 맥락에서 나타나기 시작했다. 전자상거래가 발전하면서 사람들은 해외에서 물건을 구매하는 경우가 점점 더 증가하였고, 소액의 경우도 흔해지고 있다. 미국의 잘 완비된 서점에서 클릭 한번으로 책을 살 수 있고, 홍콩에서 저렴한 전자기기들을 살 수 있다. 그러나 이러한 맥락에서 신속히 등장한 쟁점은 그러한 거래에서 발생한 분쟁의 해결이었다. 예컨대, 외국의 사업자에게 몇 권의 책 또는 노트북 하나에 대해 소송을 제기한다는 것은 말이 되지 않는다. 인터넷상에서 무언가 '지역적(local)'으로 느껴지고, 예견가능하고, 쉽게 접근할 수 있는 법적 구제수단이 창설되어야 했다.

이러한 관심에 대한 대응으로 규제의 방식이 변화하기 시작하였고 이는 인터넷의 진화에 심대한 영향을 줄 수 있다. 공공정책 보호와 상업적 효율성의 압력 하에서 인터넷상의 가상공간은 점점 더 별도의 영역 또는 상이한 규범으로 지배되는 공간으로 분화되어갈 것으로 보인다. 그러한 분절화(fragmentation)는 2가지 형태로 나타날 수 있다. 첫째는 성질상 수직적(vertical)인 분화로, 이는 영토주의의 힘에 의해 나타나며, 공공정책에 대한 관심과 지역적 가치의 보호를 반영한다. 둘째는 수평적(horizontal)인 분화로, 상업적 효율성이라는 합리성에 의해 주도된다. 한편으로는 국가가 지역적 가치를 지키기 위해 점점 더 효과적이고 정당성이 있는 사법적, 기술적 통제를 발전시킬 것이다. 반면에 다양한 유형의 온라인 공동체들은 상업적 성질의 단체가 주도하여 그들의 사회적 규범을 私法체계로 발전시키고자 할 것이다. 아래에서는 이러한 분화의 두 가지 경향을 각각 살펴보기로 한다.

제 1 절 국가의 규제관할권의 인정

지역적 가치를 지키는 것은 국가의 근본적인 기능들 중 하나로서, 국가의 사회계약의 일부이다. 그것이 근대국가의 본질에 내재한 역할이다. 근대국가가 이를 확보하기 위해서는 봉건주의에 기반한 인적 관계들에 기초한 분리주의(separatism)를 극복해야 했고, 위로는 교황권과 신성로마제국의 regional or global affiliations를 극복해야 했다. 이를 극복한 주요한 수단은 정치적 구조를 구축함에 있어 민족적, 종교적, 그 밖의 다른 분열을 초월하는 것이었다. 더 작은 개별적 공동체들을 초월하는 방법은 이를 포괄하는 국가라는 "상상의 공동체 (imagined community)"에 의해 초월하는 것이었다. 그러한 가치를 보호하는 것은 영토에 기반한 국가라는 상상의 공동체를 보호하는 것이다.

그러한 지역적 가치를 보호하는 것은 베스트팔렌 조약과 마키아벨리, 보댕, 홉스 등의 연구에서 유래한 것으로 정치적 주권이라는 근대적 개념의 중심에 있다. 이러한 역사적, 법적 이론적 발전은 영토국가에 두가지 속성을 부여한다. 첫째는, 내부적인 것으로 지방공동체들에 대한 국가의 권력과 위상을 점점 더 확고하게 정립하는 것이고, 둘째는 외부적인 것으로 다른 국가들과의 관계에서 국가의 동등성과 독립을 정립하는 것이다. 이러한 국가들간의 관계는 베스트팔렌 조약이라는 합의된 규칙에 의해 규율되는 코디네이션 게임 (co-ordination game)으로 볼 수 있다. 지역적 가치의 보호의 한계는 베스트팔렌적 협력의 균형을 깨뜨리기 직전까지만 가야 한다. 관할권(jurisdiction) 개념의 다양한 구체화 방식을 통해 이러한 협력의 균형을 성취하고자 하는 것이다. 다른 영토에 대한 부당한 침범을 회피하는 것은 코디네이션 게임으로서 관할권의 기본원칙이다. 보다 전통적인 표현으로는 한 국가는 일반적으로 그 영토 밖에 있는 사람 또는 사건에 관해 원

칙적으로 자유롭게 입법 또는 규제할 수 있는데 그렇게 하는 것이 그 사람 또는 사건과 더 밀접한 연관성을 가질 수 있는 국가의 동일한 권리에 간섭하지 않는 것인 한 그러하다. 다른 국가의 내정에 대한 불간섭은 국가의 독립과 동등함의 부수적인 결과이다. 기초적인 수준에서 그 원칙은 국제법과 국제사법 규칙의 구조에 스며들어있다. 종합하면 지역적 가치의 보호와 다른 국가와의 공존의 모색이라는 국가의 두 가지 사명을 조화시켜, 다른 국가의 영토를 침범하지 않고 지역적 가치를 보호하는 것은 인터넷에 대한 국가 개입의 근본적 문제이다.

아래에서는 이러한 문제가 구체화된 대표적인 사례 2가지를 살펴보고 인터넷에 대한 규제관할권의 일반적 법리에 대한 논의로 나가기로 한다.

[판례1 Yahoo 사건] 2000년 초에 프랑스의 유대인인 Marc Knobel이 인터넷 서핑을 하다가 나찌 기념품을 다양하게 전시한 웹사이트를 우연히 보게 되었다. 여기에 전시된 기념물들은 웹 페이지에서 판매 중이었고, Yahoo가 그 웹 페이지를 호스트하고 있었다. 그 웹페이지는 미국 기업이 운영하는 미국 내 서버에서 호스트된 것이었지만, 프랑스에서 접근가능한 것이었다. 프랑스 형법상 그러한 물건들을 판매하는 것은 불법이었으나, 미국에서는 헌법 수정 1조에 의해 보호되는 표현의 자유로 인해 적법한 것이었다. Marc Knobel은 파리법원에서 여러 반유대주의에 관한 단체 및 반인종주의단체들을 대표하여 파리법원에서 Yahoo를 상대로 소송을 제기하기로 결정하였다. 그 사건을 담당한 프랑스 법관은 Tribunal de Grande Instance de Paris가 그 사건에 대해 관할권을 가진다고 결정하고, Yahoo에게 그 웹 페이지를 내리라고 명하는 판결을 하고, 상징적 의미의 벌금을 부과하였다.[41]

41) La Ligue Contre le Racisme et L'Antisémitisme (LICRA) and l'Union des Etudiants Juifs de France(UEJF) v. Yahoo Inc! and Yahoo France. Trib. de 1re Instance. Paris,

Yahoo는 프랑스법이 미국 웹사이트에 적용된다면, 영국법, 러시아법, 이스라엘법, 사우디아라비아법 등은 왜 적용되지 않겠느냐면서 격렬하게 항의하였다.

[판례2 외국판결승인사건] 2005년 10월 프랑스의 패션디자인 회사인 Louis Feraud International은 Viewfinder 라는 미국 기업이 패션쇼 사진을 그 웹사이트에 포스트한 것에 대해 프랑스법원에서 패션디자이너에 대해 손해배상청구권을 인정한 판결을 뉴욕에서 집행해 달라고 신청하였다. 프랑스 기업은 이 사진들이 저작권을 침해하였다고 주장하였는데, 왜냐하면 그것이 프랑스기업에 속한 패션디자인을 보여준 것이고, 따라서 프랑스법이 부여한 지적 재산권을 침해한 것이기 때문이라고 주장하였다. New York 법원은 그 사진은 미국에서 공표된 것이고 저작권의 한계로 작동하는 수정 1조에 의해 보호되는 것이라는 근거에서 그 판결의 집행신청을 기각하였다. (Louis Feraud Int'l SARL v Viewfinder Inc. 406 F. Supp. 2d 274 (SDNY 2005) 달리 말해 뉴욕법원은 프랑스에 의한 규범정립의 관할권(prescriptive jurisdiction) 주장은 지나친 것이고, 과대한 것이며, 미국에서의 공표에 적용되는 것은 받아들여질 수 없다는 것이었다.

이 두 판결은 인터넷상의 활동과 영토의 관계 및 국가권력의 적절한 적용범위에 관한 두가지의 매우 상이한 사고방식을 보여주는 것이다. 이것이 지구적으로 준수된다면 양자 모두 심각한 불이익을 가져올 것이다. 전자의 경우 관할권의 기초를 너무 넓게 인정하는 것이고, 후자의 경우에는 너무 좁게 인정하는 것이다. 중도의 길이 필요하다. 아래에서는 인터넷 관할권의 기초를 체계화하고, 간명하게 하고자, 인터넷 내용 규제에 관한 관할권에 대한 과거, 현재, 미래의 주된 접근

---

interlocutory court orders of 22 May 2000. 22 Aug., and 20 Nov. 2000

을 3가지 제목으로 분류한다. 주관적 영토성(subjective territoriality), 효과의 법리(effects doctrine), 지향의 법리(targeting)로 지칭될 수 있는 제3의 기준을 살펴보기로 한다.

1. 주관적 영토성 (Subjective Territoriality)

위에서 뉴욕 법원이 프랑스 법원의 판결 집행을 거부한 것은 그러한 경우 관할권의 규칙은 주관적 영토 원칙 즉, 국제법 하에서 국가가 그 영토 내에서 시작된 활동을 규제할 권한이라고 생각했기 때문일 것이다. 이러한 접근이 전세계적으로 채택된다면, 웹사이트에 대해서는 그 정보의 흐름이 발원된 국가의 법만이 적용될 것이다. 이렇게 되면 forum shopping이 매우 용이해질 수 있다. 적절한 법제도를 갖고 있는 국가를 찾아서 거기에서 콘텐츠를 공개(publish)하고 공표자가 실제로 접근이 가능하도록 하고자 한 장소에서 (설령, 그 국가의 법에 따르면 그것이 위법한 내용이라도) 그 콘텐츠에 접근가능한 상태를 유지할 수 있기 때문이다.

속지주의 원칙을 엄격하게 적용하는 경우 이에 접근할 수 있는 국가에서 선택한 가치와 공공정책의 보호가 적정수준보다 낮아질 수 있다. 피고의 인터넷상의 행위가 여전히 당해 지역에서 접근가능함에도 불구하고 피고가 그 지역에 부재하였다는 사정만으로는 개입을 거부하는 것은 부적절해 보인다. 이에 대해 Yahoo 판결을 분석한 논문에서 Muir-Watt는 “자유롭게 유통되는 데이터의 유해한 효과가 발생하는 사회의 이익이 국경없는 매체를 이용하는 경우 어떤 식으로든 이를 통해 행해진 활동에 대한 책임원칙이 수정된다는 이데올로기적 주장을 받아들일 이유는 없다”고 지적한다.[42] 속지주의 원칙은 현재까지

42) Muir-Watt, Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates?, 24 Michigan J Int'l L 673 (2003

규범정립 관할권의 가장 확고한 근거이다. 하지만, 정보의 흐름이 세계의 모든 국가에 잠재적으로 영향을 미칠 수 있는 현실을 직시하면 이는 관할권의 기초로서 지나치게 제한적이라 할 수 있다.

2. 효과의 법리 (Doctrine of Effects)

프랑스 법원이 Yahoo 사건에 대해 관할권을 인정한 것은 인터넷상 행위의 효과가 프랑스에서 체감되기 때문이었다. 동 법원은 프랑스 형법을 위반한 Yahoo의 행위가 비의도적인 것으로 드러났지만 프랑스에서 손해를 발생시켰다고 한다. 프랑스의 동 법원은 이를 국제법상의 관할권 규칙에 관한 논쟁으로 보지 않고, 단지 이러한 물건의 전시와 프랑스의 인터넷이용자가 그러한 전시 및 거래에 직접 참여할 수 있는 가능성을 허용함으로써 Yahoo는 프랑스의 영토 안에서 불법행위를 한 것이라고 인정하였다. 이를 국제법적 관점에서 보았다면, 이는 효과의 법리(the effects doctrine)에 의한 것으로 보아야 할지, 객관적 속지주의 원칙에 의한 것으로 보아야 할지가 문제되었을 것이다. 효과의 법리가 국제법하에서 인정되는지는 논란이 있지만, 국가의 규제권한을 유해한 영향이 발생한 영토국가에게 부여한다. 후자에 따르면 국가는 그 영토 안에서 완성된 행위에 대한 규제권한이 인정된다. 위반행위를 구성하는 어떤 요소도 규범을 정립하는 국가의 영토 내에서 발생하지 않은 경우에는 오직 효과법리에 의해서만 관할권이 인정된다는 점에서 양자의 차이는 확연해진다. Yahoo 사건에서 프랑스의 관할권이 객관적 영토의 원칙에 의해 인정되는 것인지 아니면 효과의 법리에 의해서만 인정될 수 있는 것인지는 그 영토 내에서 정보가 이용가능하다는 점을 그 위반행위의 구성요건으로 볼 것인지 여부에 달려있다.

Yahoo 사건의 접근이 세계적으로 준수된다면, 즉, 효과의 법리 또는 객관적 속지주의 원칙이 인터넷상 행위에 대한 일반적 관할권의 기초로 이용된다면, 무슨 일이 벌어질 것인가? 이것은 '호송 선단에 있어서 가장 느린 배의 문제(the slowest ship in the convoy problem)'를 발생시킬 것이라고 봄이 일반적이다. 인터넷에서는 정보의 보편적 이용이 가능하므로 이는 거의 모든 국가에서 인터넷상 이용가능한 정보에 의해 발생한 범죄행위에 대해 관할권을 주장하게 될 수 있음을 의미한다. 이렇게 규제권한이 과도하게 넓어지고 관할권이 중첩적으로 인정되면 정보를 생산하는 주체들의 삶을 불가능하게 만든다. 이들은 예상치 못한 법원에서 소송을 제기당할 리스크를 피하기 위해 가장 제약이 강한 관할권의 법을 준수하여야만 할 것이다. 인터넷상에서 이용가능하도록 된 정보는 전세계의 법을 준수해야 할 수도 있을 것이고, 그 세계에서 가장 규제가 강한 법체계 - 가장 느린 배- 가 그 전체적인 수준을 결정하게 될 것이다.

이러한 일반적 관점이 제시하는 바보다 현실적 문제는 훨씬 덜 심각하다. 왜냐하면 Jack Goldsmith가 관찰한 바와 같이, 이렇게 다수의 법이 중첩되는 것은 입법관할권의 차원이고, 집행관할권(enforcement jurisdiction)은 이에 영향을 받지 않기 때문이다. 즉, 집행관할권은 엄격하게 영토에 기초하고 있으므로 집행관할권의 중첩은 그렇게 발생하지 않을 것이기 때문이다. 이는 곧 범죄인인도가 없는 한 - 대부분의 인터넷상 문제에 대해서는 범죄인인도는 부여되기 어려울 것으로 보임 - 국가는 그 법을 오직 국내에 있는 행위자들, 그 국가의 영토 내에 존재하는 주체 또는 영토 내에 자산을 두고 있는 주체에 대해서만 집행할 수 있기 때문이다. 한편으로는 입법관할권과 재판관할권을 집행관할권과 구별함으로써 거의 200년 전에 Joseph Story는 '한 나라의 법이 다른 나라에서 어떤 힘과 의무를 갖는지는 전적으로 그 다른 나라 자신의 명시적 또는 묵시적 동의에 달려있다'고 주장할 수 있었던 것이다. 이는 인터넷 콘텐츠 제공자는 주로 그들이 현주(presence)하

거나 자산을 가진 국가의 규제에 대해서만 염려할 필요가 있다는 것을 의미한다. 집행관할권은 직접적으로 효력이 있는 규제를 인터넷 행위자들이 소재지 또는 자산을 가진 여러 국가들로 감소시킴으로써 제한적 기능을 하는 요소가 되고, 이로써 전세계 국가들을 생각할 필요는 없게 만든다. 인터넷 행위자들이 전세계 법의 적용을 받게 되는 것은 사실일 수 있으나, 직접 효력있는 법의 적용은 훨씬 더 제한된다.

관할권의 용이한 인정으로 인한 폐해가 과장되어서는 안된다면, 그것이 과소평가되어도 안된다. 집행관할권의 한계를 통한 보호메카니즘은 문제를 모두 해결하지 못한다. 첫째, 추상적 차원의 문제로서, 오직 집행관할권만이 문제되고, 입법관할권에 대해서는 그 권한이 아무리 넓고 중첩된다 하더라도 중요하지 않다고 주장하는 것은 국제법상 입법관할권의 한계에 대한 존재이유를 부인하는 것이 된다. 둘째, 실제적인 문제로 외국의 판결이 피규제기업이 소재하거나 자산을 가진 국가에서 인정되고 집행되도록 할 가능성에 관한 문제이다. 외국판결은 그 집행이 청구된 국가의 공공정책과 모순되는 경우에 통상 인정되지 않고, 집행되지 않는다. 그러나 공공정책의 영역은 흔히 상대적으로 불명확하고, 이것은 외국판결이 다른 국가로 수입되어 그것이 효력을 부여받을 수 있는 가능성에 대해 불확실성을 낳는다. 외국판결이 그 집행이 청구된 국가의 공공정책을 침해하는 것이 아님이 명백한 경우 외국의 예외적인 관할권 주장에 효력이 부여될 위험이 더 커진다. Yahoo 판결의 접근을 따르는 것은 역외집행을 통해 중요한 간접적 역외 효력을 창출할 수 있을 것이다. 시간이 흐르면서 국제법상 인터넷에 대한 새로운 관할권 규칙이 발전할 수도 있을 것이다. (외국판결의 인정이나 집행을 거부하는 일관된 관행이 형성되게 되면, 이것은 국제관습법의 법원으로서 외교적 항의와 동등한 가치를 가지는 과정에 해당될 수도 있다.[43])

43) Hill, "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law,' in P. Capps. M. Evans, and S. Konstadinidis (eds), Asserting Jurisdiction: International and European

외국에서의 집행이 반드시 필요한 것은 아닐 수 있다. 인터넷콘텐츠 제공자는 정보를 보낼 의사가 없는 국가에 자산을 소유할 수 있고, 그러한 경우 그들은 법원에 나가게 될 것으로 예상을 하지 못할 수 있다. 예컨대, 오스트레일리아 기업이 오스트레일리아 영토만을 도달지로 하여 정보를 공개하는데, 스위스에 이러한 공표행위와 전혀 관계없는 목적으로 자산을 갖고 있을 수 있다. 정보의 흐름 과정에서 스위스에 영향을 미칠 수 있고, 그렇다면 뒤이은 판결이 스위스 규제에 대한 준수를 유도하거나 강제하기 위해 이용될 수 있다.

마지막으로, 베스트팔렌 균형을 유지할 필요성에 대해 주목할 필요가 있다. 이 균형점, 즉, 국가들의 공존(cohabitation)은 부분적으로는 관할권을 주장하는 국가와 그 규제의 범위가 포섭하고자 하는 활동 간에 진정한 연계성이 있어야 한다는 국제법의 요구에 기반하고 있다. 인터넷에서는 국가들의 규제활동이 오프라인 세상에서보다 더 글로벌한 효과를 가져온다. 그것은 외국의 주권에 더 쉽게 간섭하게 될 수 있다. 결과적으로, 국제법적 질서가 각국의 기본적 주권을 존중하는 방향으로 기능하도록 하기 필요한 '상호 관용과 선의라는 시스템적 가치'를 보존하기 위해서는 오프라인 세상에서보다 더 보수적인 접근이 채택될 필요가 있다. 이러한 맥락에서 적어도 상호성에 관한 고려는 한 국가가 그 시민들을 위해 규제수단을 발동할 수 있는 능력보다 더 우선적 가치를 부여받아야 한다. 그 관할권의 범위를 결정함에 있어서 국가들은 오프라인에서보다 더 높은 조정과 자제를 할 필요가 있는 것이다. 국가와 활동 간의 진정한 연계성은 더 높은 수준으로 요구될 필요가 있고, 다른 어떤 곳보다 인터넷상에서는 원칙적으로 모든 국가들이 그 접근가능성 때문에 모든 웹사이트에 링크를 가지고 있기 때문에 그러하다. 오프라인 세상에서 효과의 법리가 이러한 충분한 연계성이라는 기준을 충족하지 못한다는 반대에 부딪치

Legal Perspectives (2003)

고 있기 때문에 인터넷에서는 더욱 신중하게 검토되어야 한다. 최소한, 고전적으로 '한편으로는 절대적 의무의 문제가 아니지만, 다른 한편으로는 단순한 예양과 선의의 문제만은 아닌 것'으로 정의되는 상호예양(comity)의 원칙에 따르면 관할권에 대한 그러한 비확장적인 접근(non-expansive jurisdictional apporoach)이 필요한 것으로 보인다.

정리하면, Yahoo 판결의 접근을 따르는 것은 역외 집행의 불확실성 때문에 예측불가능성의 문제를 초래하며, 집행관할권의 필요성을 고려하면 가장 느린 배의 문제로 인해 불간섭 원칙을 일반적으로 약화시키게 된다고 할 수 있다. 인터넷콘텐츠 제공자의 입장에서 보면, 문제는 그들이 정보를 보낼 의도가 없었던 국가의 규제에 적용을 받을 수 있고, 그들이 정당하게 예측하길 기대할 수 없는 지역의 법에 적용을 받을 수 있다. 효과가 자발적으로 다수의 관할권에서 발생하기 때문에 인터넷 관할권의 맥락에서는 추가적인 요소가 점점 더 고려되어야 한다. 그것은 '예측가능성' 즉, 문제된 국가에서 법원앞에 나가게 될 수 있다는 예측가능성이라는 기준이다. 이러한 측면을 구체화시킨 법리로서 미국에서 형성되고 있는 '지향된 행위의 원칙 (principle of targeting)'을 살펴보기로 한다.[44]

3. 지향된 행위의 원칙 (Principle of Targeting)

(1) 지향된 행위 원칙의 개념

관할권에 관한 일반이론에 따르면, 관할권의 전체적인 동적 구조의 기반이 되는 원리들은 합리성과 형평성(reasonableness and fairness)이라 할 수 있다. 이 원칙들이 인터넷에 관한 관할권에 대해서도 적용될 수 있다. 관할권의 주된 기반은 - 주관적 영토성과 효과 또는 넓게

44) Wille, 'Personal Jurisdiction and the Internet - Proposed Limits on State Jurisdiction over Data Communication in Tort Cases,' 87 Kentucky L J (1998)

해석된 객관적 속지주의 (subjective territoriality and effects or objective territoriality) 양자 모두 불공정하고 불합리하다. 주관적 영토성 원칙은 그 지역에 효과가 명백히 발생하고 있음에도 불구하고 정부의 개입이 거부하도록 한다. 반면 효과의 법리는 전세계에 중첩되는 규범정립의 관할권을 허용하고, 예측하기 어려운 어느 국가에서 집행관할권을 허용한다. 관할권을 너무 넓게 인정하는 근거와 너무 좁게 인정하는 근거 사이에서 국경을 넘는 외부효과를 관리할 더 좋은 길, 합리성에 대한 패러미터의 재발명, 국제질서 안에서 집행되는 관할권의 새로운 분배방법론으로 검토되는 법리가 미국 등에서 발전 중인 '지향된 행위의 원칙(principle of targeting)'이다.

Targeting 이란 핵심적으로 그 행위가 관할권을 주장하는 국가의 영토내에서 효과를 발생시킬 것을 의도한 것이어야 한다는 의미이다. 즉, 효과의 법리의 '보다 엄격한' 버전이라 할 수 있다. Targeting의 원칙을 적용하는 것은 당사자들의 의도를 확인하고 특정 관할권으로 들어가거나 또는 이를 피하기 위해 취한 단계적 행동들을 평가하는 것이다. 이 원칙을 달리 말하면 '피고가 그 법정지 국가의 국민임을 알고 있는 원고를 목표로 한 행위', '행동을 그 국가 또는 그 국가를 포함한 복수의 국가로 향하도록 하는 것', '그 국가의 거주자와 계약을 체결하는 것을 피하기 위한 합리적 조치를 취하는 것' 등이다. 이 요건들은 효과(effect)의 법리보다는 강한 것이지만, 주관적 속지주의의 물리적 소재(physical presence)보다는 약한 것이다.

이러한 접근은 잘 알려진 인터넷 판결인 Gutnick v. Dow Jones & co. Inc.[45]에 의해 채택되었다. 오스트레일리아의 대법원(High Court)은 명예훼손관련소송에서 위해가 발생한 곳은 그 코멘트가 읽혀진 곳 또

45) Dow Jones & Co. v. Gutnick 194 A.L.R. 433, 2002 HCA 56(Austl.2002), 이 판결에서는 "명예훼손(defamation)은 평판에 대한 손해가 발생한 곳에서 발생한 것으로 보아야 한다"고 판결하였다.

는 들려진 곳이지, 그것이 쓰여진 곳이 아니므로 '공표(publication)'가 발생한 곳은 그 자료가 다운로드된 곳이고, 그곳이 적절한 재판관할지(venue for jurisdiction)라고 결정하였다. Joseph Gutnick은 잘 알려진 호주의 사업가-박애주의자-랍비-정치가이자 였는데 미국의 출판업자 Dow Jones를 상대로 미국 잡지인 BarronsOnLine에 명예훼손적 사진을 게재하였다는 이유로 소송을 제기하였다. 온라인 매거진은 1차적으로 미국의 독자들에게 서비스가 되지만, 호주에 위치한 독자들에게도 상당한 정도의 구독자가 있었다. High Court는 이러한 구독은 피고와 이 나라에 관한 합리적이고 충분히 강한 연계성으로 인정된다고 보았다. 그 잡지의 발행인은 호주에 독자를 가지려고 의도하였으며 그 발행물이 읽힐 것이며 거기에서 영향력을 가질 것이라는 점을 알고 있었다. Dow Jones 가 호주에 대해서는 BarronsOnline을 통한 구독신청을 거부하였다면, 법원은 그들이 그 분쟁에 대해 관할권을 갖지 않는다고 결론지었을 것이다.

Yahoo 판결에서는 지향된 행위의 원칙에 따르더라도 같은 결론에 이르게 했을 것이다. Yahoo는 각국에 특화된 광고를 제공하였고, 프랑스 인터넷 이용자들에게 서비스를 제공하였고, 이는 프랑스어로 된 프랑스에 관한 것들이었다. 그러므로 Yahoo는 프랑스 방문자들이 있음을 알고 있었고, 나아가 이들에게 광고 또는 서비스를 제공하려고 의도하였다. 지향된 행위의 원칙에 따를 경우 광고가 없었다면 아마 프랑스법원에게 개입권한을 부인했을 수 있다.

(2) 지향된 행위 원칙의 세부기준

targeting 원칙은 미국의 인적 재판관할권의 결정기준으로부터 온 것임을 알 수 있다. 미국법의 경우에는 재판관할권 중 인적관할권을 결정함에 있어서 손해가 어디에서 발생하였는가에 초점을 맞추기보다는 피고가 그 법정지 국가(미국의 경우 관할권을 주장하는 '주')를 "의도

적으로 이용하였는지 여부"에 초점을 맞춘다. (the defendant purposedly availed himself of the forum state). 이를 위해 미국 법원은 피고가 그 국가와 의도적인 관계를 만들기 위해 한 행위가 있는지 찾는다. 단지 웹사이트에 어떤 광고를 포스팅하여 그 국가에서 볼 수 있도록 하였다는 것만으로는 관할권을 인정하기에 충분하지 않다. 누구나, 어디에서나 그것을 볼 수 있기 때문이다. 그러나 그 광고가 구체적으로 그 국가의 주민들을 목표로 한 경우에는 그것은 의도적인 관계(purposeful tie)로 인정될 수 있다. 이러한 의도적 이용 외에 법원은 피고가 그 관할국가의 법원에서 재판을 받게 될 수도 있다는 점이 예측가능하였는지 여부를 본다. 물론 어떤 웹사이트를 열고 그 국가의 주민이 아닌 피고의 상품 또는 용역이 그 관할국가에서 최종적으로 판매되도록 하는 경우에는 그것만으로도 예측가능성은 인정된다. 그러나 핵심은 그 피고의 행위 및 그 관할국가와의 연관성이 그가 그 국가에서 법원에 소가 제기될 수도 있다는 점을 예측하는 것이 합리적인가 여부이다. World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980) 판결에서는 다음과 같이 설시한다. "적정절차(due process)의 분석에 핵심적인 예측가능성은 그 상품이 관할국가로의 판로를 찾을 수 있는 단순한 가능성이 아니다. 그것은 피고의 행위와 그 관할국가와의 관련성으로 볼 때 피고가 그곳의 법원에 소송을 당할 수 있다는 점이 합리적으로 예견될 수 있어야 한다." ; 같은 취지로 Asahi Metal Indus. Co. v. Superior Court, 480 U.S. 102, 112 (1987) 에서도 "상품을 유통구조(stream of commerce)안에 넣는 것만으로는 추가적인 요소없이는 피고가 그 관할국가를 의도적으로 목표한 행위라고 할 수 없다"고 하고 있다.

다음으로, 법원은 공정성 요소들(fairness factors)을 고려한다. 이에는 피고에 대한 부담, 원고의 이익, 관할국가의 이익 등이 포함된다. 마지막으로, 법원은 인적 관할권을 인정하기에 충분할 정도로 관할국가

와의 ‘최소한의 접촉(minimum contacts)이 있었는지를 결정한다. (Int'l Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945) 흔히 사용되는 기준 중 하나로 ’인터넷활동의 단계적 정도(sliding scale of Internet activity)' 개념이다.(Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, 952 F. Supp. 1119 (W.D.Pa. 1997) 이 단계의 한쪽 끝에는 “적극적인 웹사이트(active Web site)”가 있는데, 피고가 관할국가에 파일들을 전송하거나 그 주민들과 계약을 체결하는 경우이다. 그 중간에는 “상호작용(interactivity)”의 수준과 교환된 정보의 상업적 성격이 인정되는 회색영역이 있다. 이 영역에서는 관할권의 행사 여부는 그 정도에 따라 결정된다. 그 스펙트럼의 반대쪽 끝에는 “수동적인 웹사이트 (passive Web site)”가 있는데, 오직 정보만 포스트되거나 제한적인 커뮤니케이션만 이루어지는 경우이다. 마지막 경우에는 대부분의 법원들은 웹사이트를 개설하는 행위 그 자체로는 관할국가를 향한 의도적 행위에 해당하지 않는다고 판단할 것이다. 그러나, 피고가 그 고나할국가에 서비스를 제공하거나 이용하고자 무언가 추가적인 행위를 하려는 것이었다면(예컨대, 그 국가의 국민들을 직접 그 대상으로 하여 그 사이트를 이용하도록 하거나, 이를 권장하는 것이라면) 관할권이 인정될 것이다. 법원이 고려할 수 있는 다른 요소들로는 다음과 같은 것이 있다.: 그 사이트의 서버의 위치, 피고의 주된 사업장의 위치, 피고의 주소지, 피고의 관할국가에 대한 판매, 피고의 관할국가의 주민들에 대한 청약유인행위 .[46]

(3) 지향된 행위 원칙의 한계

지향된 행위의 원칙은 주관적 속지주의 원칙을 구체화하는 기준이나 효과의 법리에 비해 상당한 장점을 갖는다. 첫째, 그것은 특정한 경우에 타겟이 된 영토국가의 수가 영향만을 기준으로 한 영토국가의

46) Darrell, Keith B., Issues in Internet Law - Society, Technology, and the Law, Amber Book Company LLC, 7th ed. May, 2012.

수보다 적을 것이므로, 관할권이 중첩되는 수를 줄일 수 있다. 둘째, 인터넷콘텐츠공급자가 그들이 정보를 보내려고 의도한 곳에서만 국가의 규제를 받아야 하며, 그 국가의 규제는 정당하게 존중하도록 기대될 수 있는 것이기 때문에 관할권에 관한 더 예측가능한 기준을 제공한다. 셋째, 보다 합리적이고 공정한 관할권의 근거를 성립시키는데, 이는 '타겟팅'이 행위와 그 국가의 영토 간에 진정한 또는 충분한 연관성이라는 기준을 더 높게 설정하기 때문이다. 넷째, 주관적 속지주의 원칙의 엄격한 적용에 비하면, 관대한 법체계를 찾아다니는 것을 보다 어렵게 하는데, 왜냐하면 인터넷콘텐츠제공사업자는 동일한 정보로 동일한 영토를 Target으로 하면서 더 우호적인 관할권으로 단순히 이동할 수는 없기 때문이다.

Targeting 원칙은 개별사건을 해결하는 방법으로는 가치있는 것으로 보이지만, 지역가치의 보호와 규제의 예측하기 어려운 역외효과의 방지와 같은 근본적 목표와 관련해서는 여전히 중요한 흠결이 있다. Targeting을 '효과보다는 무언가 더, 그러나 물리적 소재보다는 덜한 무언가'로 정의하면, 그 개념은 막연한 단어를 사용하고 있음에도 불구하고, 가장 정확한 것이라고 말할 수 있을 것이다. Targeting의 문제는 그 개념이 본래 정확한 의미를 갖지 않는다는 것이다. 주관적 속지주의(그 행위가 발원된 곳) 및 효과의 관념의 해석의 합리적 범위를 결정하는 것은 상대적으로 직접적인 데 비해 Target이 의미하는 바는 구체적으로 정의하기가 어렵다. Targeting의 어의로 보면, 불법행위자는 인터넷을 이용하려고 선택함으로써 그것이 전세계적으로 닿을 수 있다는 것을 알았다고 간주될 수 있고,이 때 그 내용을 더 널리 유포하는 효용과 함께 그에 상응하는 다양한 국가들의 규제관할권에 노출되는 리스크를 안는 것이라 할 수 있다. 인터넷콘텐츠공급자는 효과적으로 그 접근을 차단하는 경우를 제외하고는, 전세계 모든 국가를 타겟으로 하는 것으로 간주됨을 의미할 수 있다. 따라서 관할권을 피

할 수 있는 이용자들에 의한 선언, 어떤 형태의 필터링 같은 더 용이한 수단이 대안으로 요구될 수도 있다. 또한 특정 국가를 향해 하는 적극적인 행위 역시 무엇이 targeting에 해당하는지를 판단하는 기준을 구성할 수 있다. 웹사이트에서 사용되는 언어나 화폐단위가 관할권에 들어가거나 이를 피할 수 있는 필수적인 또는 충분한 요소인가? 이용조건상의 조문들은 중요한가? 그 조건은 효력을 부여받기 위해서는 어떤 언어로 작성되어야 하는가? 상업적 인터넷콘텐츠공급자는 신용카드의 발급장소에 따라 필터링을 해야 하고, 그렇지 않으면 전세계를 타겟으로 했다고 간주되어야 하는가? targeting 원칙은 이러한 관할권의 예측가능성 뿐만 아니라 지역적 가치와 공공정책의 보호면에서도 부족한데, 왜냐하면 그러한 가치나 공공정책을 침해하는 정보가 원칙적으로 타겟으로 하지 않은 국가의 영토로도 흘러가기 때문이다.

5. 필터링 방식 (Filtering Strategies)

(1) 발신자 단에서의 필터링

'Targeting'을 기준으로 함으로써 관할권의 모호성과 중첩이 어느 정도 감소하고, 각국이 보호하고자 하는 근본적 가치들을 침해하는데 대해 대응을 하고자 하는 국가에게 관할권의 상대적으로 효과적인 근거를 제공한다 하더라도 남는 문제에 대해서는 다른 기술적 수단이 필요하다. 이것은 성질상 기술적인 조치들이고, 그 기능은 인터넷의 글로벌한 성격에 제약을 가하는 것이다. 이 기술은 발신사 단 또는 정보의 근원에서 필터링 하는 것을 의미한다.

이는 Yahoo 판결에서 프랑스의 법관이 인터넷기술전문가들에게 Yahoo가 프랑스의 인터넷이용자들을 필터링하여 나찌 기념사이트에 접근할 수 없도록 할 수 있는지에 대해 자문의견을 구하였다. 이에 대해 전문가들 중 2명은 공개적으로 그러한 기술의 도입이 인터넷의

세계적인 성격을 훼손한다고 반대하였다. 그러나 그들의 결론은 지역화 기술(geolocalization technologies)이 이미 이용가능하고, 거의 90%정도의 정확성을 얻을 수 있다고 증언하였다. 달리 말하면 Yahoo는 누구에게 정보를 보낼 것인지를 의도한 대로 필터링을 할 수 있었다. 이는 프랑스 방문자들에게 프랑스 광고를 보내는 것과 유사한 맥락이었다. 이 점에서 초점은 인터넷의 글로벌한 성격에서 이익을 취하는 것으로부터 인터넷을 통해 흐르는 정보의 지역화가능한 성격을 이용하는 것으로 변경되었다. 지역화 기술에 대한 공급과 수요가 늘어나면서 기술적인 정교화와 필터링에 있어서 정확성의 제고가 이루어졌다.

이는 2가지 효과를 가져온다. 첫째 인터넷콘텐츠제공자들은 소송을 당할 리스크, 그들이 소재지나 자산소재지에서 집행절차를 당할 리스크를 줄이고자 그 정보의 흐름에 대해 더 잘 통제할 수 있는 필터링 기술에 의존하게 될 것이다. 자신들의 웹사이트에 이용조건(terms and conditions)이나 일반적 공지(general statements)를 통해 법적 필터링(legal filtering)을 하는 것보다 기술적 필터링을 하는 것이 훨씬 더 효과적이다. 둘째, 발신지에서 필터링을 하는 것이 증가하면서 타게팅의 개념이 발전하여 기술적으로 배제된 국가 이외의 세계의 모든 국가들이 타켓으로 의도되었다는 추정이 확고해지게 되었다. 인터넷을 정보의 흐름의 지리적 범위를 축소하지 않고 인터넷의 세계적인 도달범위를 최대한 이용하고자 하는 경우, 그 인터넷콘텐츠제공자는 이러한 세계적 도달의 혜택을 누리고자 의도하였고, 따라서 그와 관련된 리스크에 정당하게 노출된 것으로 여겨져야 한다는 것이었다. 정당성에 대한 같은 합리적 논거가 인터넷의 전세계적 접근을 이용한 경우에는 그 스케일의 여하를 막론하고 적용될 수 있었다. X 국가에 도달하는 이익을 추구하는 행위는 그 제공자를 정당하게 X 국가의 규제와 관련된 리스크를 감수하도록 한다. X는 그 공급자에 의해 결정된 것이기 때문이다.

(2) 수신자 단에서의 필터링

법의 규범성 - 법이 행위를 일정한 방향으로 이끄는 방법들 - 은 법을 준수하게 되는 사전결정에 영향을 미치는 신중함에 기초한 이유들(prudential reasons) 로는 사후적인 제재의 위협(threats of ex post sanction)과 현재의 장애(imminent obstables)가 있다. 그런데, 법의 기능에는 그 밖에도 정화 또는 상징적 효과가 있다. (cathartic or symbolic effect) 법이 행동에 영향을 미치는 기능은 제재나 장애를 통해 상대적으로 명확하게 이루어지지만, 정화 또는 상징적 기능은 반대로 판결에 의해 어떤 행동을 승인하거나 불승인하는 방식으로 이루어진다. 법원의 판결을 통해 주어진 행위가 그 국가의 법규범상 수용될 수 있는 것인지에 대한 공식적 입장을 취하는 것이고, 그 법규범은 곧 그 국가의 사회적 규범을 반영하고 그 근본적인 문화적 가치를 표현하는 것이다. 한 국가를 규율하고 함께 묶는 법에 따르면 무엇이 옳고 그른지를 말하는 것은 법의 기능들 중 하나이고, 이 기능을 수행하는데는 그 결과로서 처벌을 하는 것이 반드시 필요한 것은 아니다. 국제형사법원에서 전법이 역사상 영웅으로 되지 않도록 하는 것 등이 이러한 기능의 대표적인 예로서, 제재나 보상을 넘어 매우 상징적인 사법작용의 핵심적인 기능이 된다. '淨化'는 또한 어떤 국가에서는 매우 적은 금액의 상징적인 손해배상을 하는 판결들의 기저에 있는 핵심적인 개념이다. 카타르시스란 이러한 기능과 관련하여서는 집행관할권이 인정되지 않아도 그 기능이 수행될 수 있다. 캐나다의 'Citron v. Zündel 판결에서 그 예를 볼 수 있다. Zündel은 미국에 거주하면서 그의 미국 웹사이트에 반유대주의 자료를 게시하였는데, 이 웹사이트는 캐나다에서도 접속이 가능하였다. 캐나다에서는 이러한 자료는 인권법에 위배되는 것이었다. 캐나다 인권위원회는 '피신청인에 대해 명령을 내려도 이 자료를 World Wide Web에서 제거하는 데에는 실질적으

로 거의 효과가 없다고 인정하면서도, 중지명령(cease and desist order)을 내려면서 그 이유를 다음과 같이 설시하였다.

중지명령을 내리는 것은 이 청구의 대상이 되는 행위를 공적으로 탄핵하는데 있어 중대한 상징적 가치를 가진다. 마찬가지로 이러한 결정에서 선언되는 원칙을 공개적으로 토론함으로써 얻을 수 있는 잠재적인 교육적 혜택, 그리고 궁극적으로는 더 큰 예방적 혜택이 있다. (Citron v. Zündel, CHRD No 1 (CHRT)[2002])

수신자단에서의 트래픽 차단에 대해 보면 다음과 같다.

효과의 법리에 근거한 판결이 외국 행위자를 제재하기 위해 사용되지는 못하더라도, 그 담고있는 내용이 그 법원이 있는 국가에서 불법적이고 거부되는 것이라고 선언된 경우 그 웹사이트에서 출발하여 들어오는 인터넷트래픽을 차단하는 법적 근거로 사용될 수는 있다.

인터넷서비스공급자(Internet Service Providers, ISPs)는 3가지 역할을 가지고 있다. 첫째, 정보, 특히 웹사이트의 콘텐츠를 자신의 서버에 보유하고 전세계에서 이용가능하도록 하는 역할을 한다. 이는 송출 ISPs라고 한다. 이들도 특정 콘텐츠를 호스트하기를 거부할 수 있고 때때로 그러한 제한을 담은 정책을 공표하기도 한다. 그러나 ISP의 호스팅 관련 정책은 ISP가 소재한 국가의 법과 가치에 따른다. 외국에 서버를 둔 ISP에게 호스팅 관련 규범을 준수하도록 하는 것은 영토에 대한 침입 및 그 외국의 주권에 대한 침해에 해당할 수 있다.

두 번째로 ISPs는 정보를 단순히 전달하는 역할을 한다. 송출자로부터 인터넷클라우드를 통하여 정보가 수신자에게까지 도달하는 과정은 예측하기 어렵다. 따라서 콘텐츠의 전송을 통제하는 것이 가능하지 않을 수 있고, 이렇게 전송과정에서 지나는 ISPs 중 일부는 외국에 있을 가능성이 높으므로 관할권의 문제를 일으킨다.

세번째로 ISPs는 정보를 직접 이용자에게 전달하는 역할을 한다. 이를 수신 ISPs라고 명할 수 있는데, 규제적 간섭이 이루어질 가능성이

가장 높은 지점이다. 바람직하지 않은 유입되는 인터넷트래픽이 서버를 통해 전송되고 있을 때 이를 차단하는 것이다. 이 방법의 장점은 첫째, 수신 ISPs는 원칙적으로 최종이용자와 같은 국가에 소재하고 있어서, 규제를 하고자 하는 국가의 영토 내에 있다. 이들의 규제는 역외적용의 문제를 낳지 않는다. 해외에서 발신된 정보를 필터링하는 것은 외국에 있는 행위자들의 활동에 영향을 주고, 규제하므로, 전형적으로 정보를 그 국가로 보내는 비용을 증가시키는 등 역외적인 효과를 갖는 것은 물론이다. 그러나 이것은 Jack Goldsmith가 주장하는 바와 같이 국내 규제의 '역외적인 부대효과(extraterritorial spillover effects)'이다. 그러한 효과들은 불가피하고 정당하며, 실제로 또한 매우 흔히 있는 일이다. 법규범이 장애를 초래하면서 발생하는 간접적인 역외성은 제재에 관한 직접적인 역외성보다 침해의 강도가 약하다.

이 접근의 또다른 장점은 전통적인 법집행과정을 두려워하지 않는 소규모의 문제행위를 하는 행위자들을 상대로 더 효과적인 접근을 할 수 있다는 점이다. 외국행위자들에 대한 전통적인 법집행은 그 진정한 정체를 인지하기 어렵고, 작고 파악하기 어려운 행위자들에 대해서는 효과적이지도, 효율적이지도 않다. 그러나 기술적인 집행은 그러하지 않거나, 상대적으로 그 정도가 약하다.

인터넷의 혁명적 가능성 또는 정보의 풍부함 역시 송출자 단에서 필터링을 하는 것보다 수신자 단에서 필터링을 하는 경우에 덜 손상될 것이다. 이러한 수신 ISPs 정보의 흐m름의 필터링에 기초한 규제적 접근은 그 기술적 복잡성 때문에 대개 소홀히 다루어졌다. 그러나 강력한 통제를 선호하는 국가들에서 이러한 기술의 발전이 이루어지고 있다. 미국 펜실베니아 주에서는 그러한 시스템은 아동포르노를 차단하기 위해 이용되어 왔다. 그러나 필터링 기술이 이용되면서 과도하게 많은 잘못된 결과들이 나온다는 이유로 이는 위헌으로 선언되었다. 영국에서는 Home Office가 점진적으로 모든 ISPs들이 British

Internet Watch Foundation에 의해 확인된 아동포르노그라피를 거르기 위해 내용차단시스템(content blocking system)을 모든 ISPs에게 의무화하고 있다. 프랑스에서는 사법기관은 프랑스의 수신 ISPs에게 외국에서 호스트된 웹사이트에 대한 접근의 차단을 요청할 수 있는데, 동일한 조치가 외국의 송출 ISPs에 대해 달성될 수 없을 것을 요건으로 한다.

펜실베니아 시스템에서는 ISPs는 주의 법무장관이 구체적으로 지시하는 경우에만 정보원에 대한 접근을 차단할 의무가 있었다. 그러한 경우 ISPs가 그 서버를 통해 지나가는 정보를 모니터하고 문제되는 내용을 적극적으로 리포트할 적극적 의무가 묵시적으로 인정되지 않을 것이다. 그 역할은 법집행기관이 결정한 필터를 집행하여 그 정보의 소스에 대한 접속을 금지하는데 그칠 것이다.

제 2 절 인터넷 자율규제를 통한 국제적 규범의 형성

인터넷상 활동에 대한 각국의 규제관할권 인정에 관한 문제와 동시에 인터넷상에 별도의 법적 영역이 형성되는 방향의 변화도 함께 수반된다. 그 영역은 영토에 따라 획정되는 것이 아니고 인간의 활동의 다른 측면들과 관련하여 획정된다. 어떤 특징적인 유형의 활동들 또는 '삶의 단편'들이 별도의 법시스템에 의해 규제된다. 그러한 법체계는 비전형적이다. 첫째, 그것은 영토에 기반한 것이 아니고, 초국가적이며(transnational) 국가라는 실제의 공동체에 의해 형성되는 것이 아니라, 공유된 이익을 둘러싸고 연결된 선택에 의한 공동체에 의해 형성된다. 둘째, 그것은 포괄적이지 않다. 즉, 특정 지역에서 사회적, 개인적 삶의 거의 모든 측면을 규율하고자 하지 않는다. 셋째, 그것은 전형적으로 각 시스템의 근본적인 전제가 되고 각 공법체계마다 다양

한 공공정책적 고려를 결여하고 있다. 이상과 같은 초국가적 특징으로 인해, 그 시스템은 일반적이거나 보편적 수용가능성이 있는 가치만을 법규에 반영하고 '초국가적 공공정책'의 개념의 실체적 내용과 같은 것은 반영되지 않는다. Schultz는 그러한 시스템을 비교하여 '지층(layers)'이라고 부르고, 각국의 국내 공법질서를 '당구공(billiard balls)'에 비유하여 이를 대조시킨다.

이러한 유형의 법체계의 발전은 여러 가지 점에서 국내공법적 규제에 의한 영향과는 상이한 사이버공간의 변화를 가져온다. 그리하여 결과적으로 형성된 법 영역은 그 지리적 측면과 내용적 측면, 그 근저에 있는 공동체의 정체성, 그러한 시스템이 규제의 선택을 통해 달성하고자 하는 가치 등에 있어서 모두 다르다. 또한 별개의 영역으로 분리되고자 하는 이유가 다르다. 그 이유는 아래에서 보기로 한다.

1. 인터넷상 사적 상거래규범의 발전

다른 층의 법 발전은 지역적 가치와 공공정책의 보호를 위한 요청에 의해 촉발되는 것이 아니라, 상업적 필요에 대한 대응 또는 더 정확하게는 경제적 유인에 대응하는 시장에 의해 이루어진다. 인터넷을 널리 이용하기 오래 전에 Pierre Lalive는 "다음은 매우 명백한 사실이나 이제까지 충분히 회고되지 않았다: 국제적인 관계의 당사자이거나 그 관계에 들어가고자 하는 자는 보안(security)에 대한 필요성을 갖고 있으며, 이것은 그들 자신의 법체계를 떠나서 미지의 세계를 들어간다는 의식 때문에 더욱 그러하다." 여기에서 "보안(security)"이란 예측가능성이라는 법적 필요성 및 효과적인 구제를 얻을 수 있는 가능성에 대한 대응으로서 상업적 이익을 추구하는 모든 행위주체들에게는 근본적인 조건이다. 이러한 관점에서 보면, 인터넷을 분할하는 이 두 번째 형식은 소액 분쟁의 경우 경제적 관점에서 법원과 사법적 집행

절차에 대한 접근불가능성의 결과라 할 수 있다. 법원은 특히 원거리에 있는 당사자간의 소액분쟁의 경우 여행경비와 일반적인 법률비용 등 때문에 특히 접근이 어렵다. 이를 더 어렵게 만드는 인터넷상의 흔히 존재하는 요소는 거래가 국경을 넘어 이루어진다는 성질이다. 이는 복수의 법체계에서 소송들을 조화시킬 필요성, 문서를 번역해야 할 필요성 등으로 인해 추가적인 경제적 장벽을 만든다. 일부 국가들은 소액분쟁에 대해 저렴한 소송절차를 도입하고 있으나, 이는 문제의 일부만 해결할 뿐이다. 판결은 일단 얻으면 그 판결의 준수를 이끌어낼 효과적인 위협을 구성할 수 있도록 쉽게 집행이 가능해야 한다. 국제적인 법집행절차는 그 판결을 해외에서 승인되도록 해야 할 필요를 포함하여 통상의 소송에 의해 형성되는 장애와 관련된 다수의 부수적 사항들에 관계된 비용문제를 제기한다.

일부 온라인마켓은 이러한 수요에 대처하기 위하여 비용이 적게 드는 온라인 분쟁해결메카니즘 (컴퓨터로 인터넷을 통해 온라인 협상, 조정, 중재 등)과 사적 집행시스템 (private enforcement system)을 도입하여 이 문제를 해결하고 있다. 사적 집행시스템 (또는 자기집행시스템 (self-enforcement system))이란, 당사자들에게 가치있는 자원- 금전과 평판 같은 - 에 대한 사적 통제에 의존하는 것이다. 다음과 같은 수단이 가능하다. 신용표시(trustmarks)와 그 밖의 다른 평판관리시스템, '명의 공개로 인한 평판보고서(naming and shaming reports),' 시장에서의 배제, 이행지체에 대한 보상, 어떤 조건이 실현될 때까지 제3자가 보관해두는 escrow 시스템, 판결기금(judgment fund), 거래보험메카니즘 (transaction insurance mechanisms) 또는 신용카드과금환불(credit card charge backs). 등이 그것이다. 저렴한 온라인 분쟁해결메카니즘은 구제수단에 대한 접근이 효과적이도록 하는 반면, 자기집행메카니즘은 구제수단 자체가 효과적이 되도록 한다. 나아가 통상 여기에서 고려된 분쟁유형을 규율하는 규제체계는 흔히 많은 당사자들에게 그들의

상업적 노력에 관련된 다수의 행위들에 따르는 법적 결과에 대한 효과적인 평가를 거부하는 것이다. 온라인 구매자들은 전형적으로 섭외사법 과 외국법의 체계에 대한 연구에 밝은 사람들이 아니고, 그들이 그러한 소규모 거래에 대해 법적 자문을 합리적으로 얻을 수도 없다. 이렇게 이용자를 안심시킬 수 있는 효과적인 수단이 없는 가운데, 상거래를 규율하고 조종함에 있어서 전통적인 법적 체계의 기능성을 약화시킨다. 그러한 노력이 예견가능성을 가져오기 때문이다. 이러한 문제를 피하기 위해, 그리고 확신할 수 있고 예측할 수 있는 법체계에 대한 시장의 수요에 대응하기 위해 어떤 시장은 분쟁해결절차에서, 통상 적용되는 다수의 국내법과 강제적인 침해할 수 없는 권리 등을 배제하고, 그 대신 적용되는 '법'으로 이용되는 매우 세부적인 이용자 정책을 발전시켰다.

그러한 구성은 그들의 규범적 환경이 일반적인 공적 법체계로부터 상당히 유리되도록 하였다: 사적인 분쟁해결메카니즘은 사적으로 개발된 규범을 적용하고 그 절차의 결과물은 사적 수단을 통해 집행된다. 그러한 구성은 각 시장에 특화된 법체계를 형성한다. 외부적, 그리고 지구적 관점에서 보면, 이러한 시스템들은 각각의 온라인 장터 또는 이와 동등한 수준의 인터넷 활동들에 특화된 사적 법질서의 조각보를(patchwork) 형성한다. 그것들은 같은 개인에게 그 삶의 여러 측면들에 각각 적용될 수 있는 여러 겹의 층처럼 쌓일 수 있으므로 이를 '(규범의) 층(layer)'을 형성한다고 표현하기도 한다.

이와 같은 다층적 규범이 형성되는 영역과 각국의 국내규범의 적용이 강화되는 영역이 다르다. 관할권과 인터넷에 관한 기념비적 논문에서 Paul Berman은 관할권에 관한 모든 현대적 접근이 '국민국가가 관할권 관련 목적에서는 유일하게 적절한 커뮤니티라는 가정'이 갖는 근본적인 개념적 오류(misconception)와 씨름하기를 실패하였다고 보아다. 물론 공적 법시스템의 당국이 고안하고 관리되는 국제사법 (private

international law)이 국가 이외의 커뮤니티의 규범적 영역에 국가법과 동등한 지위를 부여하고, 또한 그렇게 함에 있어서 그것들을 conflict of law의 규칙에 윟 지정되는 법체계로 인정해 줄 것으로 보기는 어렵다. 고전적인 법실증주의와 국가 의사주의(state voluntarism)의 근저에 있는 이데올로기 - 오직 국가법만이 법이라고 불릴 수 있는 민주적 정당성을 충분히 보장한다는 이데올로기 - 가 우리 법문화에 너무 깊이 뿌리박혀 있어서 국제사법이 그러한 방향으로 발전해 가기는 어려울 것으로 보인다. 국가가 아닌 공동체가 자기 자신에게로 국한된 규범영역을 형성하고, 그 자신의 규범을 채택하고, 자신만의 분쟁해결 포럼에서 이를 적용하고, 스스로의 집행 메카니즘을 통해 결과를 집행하도록 함으로써 자신만의 법체계를 형성해 내는 것은 상당히 가능성이 있다. 달리 말하면, 중요한 것은 국가가 법정립의 기능과 권한을 국가가 아닌 공동체에게 부여하는 것이 아니라, 그러한 커뮤니티가 그 자율적인 또는 자급자족적인 기능을 통해 자체적으로 司法的인 규범체계를 창설한다는 것이 중요하다. François Rigaux가 말한 것처럼 국가는 사적 질서(private ordering)에 대해서는 (사적 질서가) 스스로 갖지 않은 사법성(juridicity)을 부여하지 못한다. Berman은 이러한 가능성을 인식한 것으로 보인다. '비국가공동체들은 또한 보다 비공식적인 네트워크와 조직들을 통해, 사회관습 자체의 점진적 축적을 통해 법정립권한을 주장한다고 썼다. 그러나, 그의 주장은 정확히는 충분하지는 않다. 비-국가 공동체는 그러한 비공식적, 즉흥적인 규범의 형성행위만을 - 이러한 유형의 규범형성은 그 성질상 사회적이고 '법의 의미를 모두 상실하지 않기 위해서는 사법적이라고 고려되어서는 안된다 - 통해 규제할 수 있는 것은 아니다. 이 공동체들은 또한 적정한 입법적, 사법적, 집행권을 가진 훨씬 더 정교하고 형식적인 구조, 공적 법체계와 훨씬 더 가까운 방식으로 작동하는 구조를 가지고 있어서 그 점에서 '법'이라고 불릴 만한 구조를 통해서도 규제할 수 있다.

이러한 발전 속에는 국가가 아닌, 그리고 지리적으로 한정되지 않는 공동체 (non-natioanl and non-geographic communities)의 가능성이 포함되어 있다. 그러한 공동체를 떠올리는 것이 부조화로 느껴진다면, 그것은 전통적으로 사회구조가 물리적 공간에 의존하며, 따라서 사회적 교류(sociability) 역시 지리적 공간에 의존한다고 여겨져왔기 때문이다. 그러나, 원거리에서 이루어지는 정보의 풍요함이 증가하고, 커뮤니케이션이 공동체 형성에 핵심적 수단이기 때문에 지리적 근접적은 점점 더 사회생활의 필수조건으로서의 정도가 약화되었다. 인터넷은 이러한 증가를세가 사회학자들이 다양한 형태의 '국경을 가로지르는 이익공동체로서 초국가적 공동체' 중 하나로서 전자통신에 기초한 지역성을 탈피한 공동체(delocalized community)의 존재를 기꺼이 인정할 정도에 이르렀다. 그러한 공동체의 구성원들을 결합시키는 것은 더 이상 그들 존재의 지역성이 아니라 그들이 선택하는 '선택적 연결고리(selective ties)'로서, 그 전형적인 것은 같은 취미, 이익, 목표 등이다. 그리고 이것들은 흔히 상업적 성격을 갖는다.

그러한 온라인 공동체를 인지하는 것의 중요성은 우리가 '사회가 있는 곳에 법이 있다(ubi societas, ibi jus)'라는 원리를 고려하면 단순히 직관적 인식을 넘는 의미가 있다. 법의 출현과정에 대한 가장 정확하고 순수한 고찰들의 - 예컨대, H.L.A. Hart, Noberto Bobbio, Paul Bohannan, Francois Ost, Michel van de Kerchove, 등- 중심 명제는 사람들이 모여서 집단을 이루자마자 사회적 규범이 나타나기 시작한다는 관찰에 있다. 어떤 상황에서는 이러한 사회적 규범이 법체계를 이루면서 사법적인 것이 되기도 하는 것이다. 따라서 위의 표현은 좀더 정확히 하자면, 사회가 있는 곳에 규율이 있다. (ubi societas, ibi regula) 매우 간단히 말하자면, 司法性(juridicity)이 인정되기 위해 요구되는 상황들은 다른 규범체계와의 관계에서 그 규범체계의 자율성이 있어야 하고,(사법체계라면 특히 공법체계와의 관계에서) 명백하게 획

정된 2차 규범이 존재해서 특정인들에게 그 제도 내에서 특정한 힘과 역할을 부여하여야 하며, 규범을 정립하고 재판하고 집행하는 관할권한을 가진 제도(기관, institutions)가 존재해야 한다. 공동체는 이러한 과정의 중심축을 형성하고, 법체계가 될 수 있는 사회적 규범의 등장의 필수요소를 이룬다. 온라인 커뮤니티를 인식하는 것은 국가가 관할권을 주장할 수 있는 유일한 공동체는 아니라는 점, 비록 가장 중요한 공동체로 남지만, 을 이해하는데 도움이 된다.

모든 온라인 공동체들은 그것이 단지 공동체라는 성질로 인해 그들 자신만의 행위규범을 발전시킨다고 추측될 수 있다. 이 공동체들 중 일부는, 아마도 가장 긴급하게 법의 전형적 기능들 중 일부를 필요로 하는 공동체, 이러한 사회적 규범을 법규범으로 전환시킬 것이다. 온라인 커뮤니티중에서도 상업적인 온라인 커뮤니티는 그 관계에 걸려있는 이해관계 때문에 예측가능성이라는 법의 기능의 충족, 효과적인 구제수단에의 접근성의 제공의 충족을 가장 강력하게 요구한다. 그것은 자기완결적이고(autonomous), 형식화되고, 예측가능한 것으로 명확히 정의된 규범체계를 갖추려는 가장 강력한 의지를 갖고 있을 것이다. 이러한 규범체계의 최선의 형태가 법이다. 그들은 그러한 초국가적이고, 비포괄적인 (비종합적인 non-comprehensive) 법체계를 발전시켜 인터넷을 다층적 규범체계로 분할하는데 이르게 하는 첫 번째 주체였다.

이러한 유형의 자율적 규범은 규범정립적, 재판적, 집행적 관할권한을 갖는다는 점에서 일반적 공공법질서에 근접한 법체계 개념에 근거하여 '올바른 (proper)' 초국가적 법체계의 존재를 말한 것이었다. 이 개념은 lex mercatoria 가 초국가적 법체계를 형성한다거나 모든 인터넷 관련 행위들에 적용되는 전세계에 통용되는 lex electronica 가 존재한다는 주장 등에서 전형적으로 이용하는 '약화된 의미의 법체계'를 의미한 것이 아니다. 따라서 이러한 주장은 부조화와 부딪친다. 왜냐

하면 현대 국가의 일반 공공법체계는 워낙 압도적으로 존재해서, 다른 법체계의 존재 가능성을 막아버려왔기 때문이다. 그러나 우리가 기억해야 할 것은 역사에 관심을 가져보면 알수 있듯이 국민국가(nation-state)라는 서구문명의 기준으로 보면 최근의 역사적, 정치적 산물이고, 그것은 '국민(nation)'과 '국가(state)'의 관념이 역사적 우연의 산물인 베스트팔렌 질서를 형성한 하이픈에 의해 결합되고 있었던 것은 짧은 역사적 시간이라는 사실이다.

2. e-Bay의 예

e-bay의 경우 매일 수백만건의 계약이 체결되는데, 그 중 매우 소수의 거래가 잘못되었다. 이 사실이 몇가지 중요한 문제점을 제기하였다.

- 각 분쟁의 평균 가액이 소액이다.
- 당사자들은 통상 인터넷 밖에서 이루어지는 상거래관계에 비해 더 원거리에 위치하고 있었고, 관할권이 모호한 경우가 많았다.
- 거래 당사자들간의 통상의 신뢰수준이 인터넷 밖의 시장에 비해 낮았다. 이는 전통적인 참고 관계들이 부재하였기 때문이었고, 당사자들이 분쟁이 발생하면 구제절차에 접근하기가 어렵다는 인식에 의해 더욱 낮아졌다.
- 법원은 그 비용을 고려할 때 합리적인 선택을 제공해 주지 못하였다.

그 결과 eBay의 분쟁이 법원에서 소송으로 끝나는 경우는 지극히 드물었다. 일반적으로 1,000건 중 한건에 못 미쳤다. 사회적 제재, 예컨대 기망행위를 한 사업행위에 관한 소문을 퍼뜨리는 것 같은 것도 이용가능하지 않았다. 관련되는 당사자들이 대부분 한 건의 거래만 하고 끝나는 사이이므로 그러하였다. 결과적으로 발생한 신뢰의 부족

으로 인해 eBay는 그 상업적 가능성을 완전히 펴지 못하였다. 실제적이고 효과적인 분쟁해결체계가 개발되어야 했다. 그 해결책은 3가지 형식을 띠었다. 첫째, eBay는 점진적으로 eBay 이용자 정책을 개발하였다. 둘째, 평판관리시스템 (reputation management system), 셋째, eBay는 분쟁해결메카니즘을 정립하였다.

그 중 구체적으로 다음과 같은 것들은 특히 살펴볼 만하다.

첫째, 평판관리시스템인데, 이는 인터넷상에서 사회적 관계망을 재형성하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 사회적 관계망 속에서 '평판'이 통제장치로서 등장할 수 있다. 이렇게 발전하기 위해 온라인 평판은 2가지 특징을 갖는 사회적 관계망에 부착될 수 있다. 첫째, 어떤 사람의 온라인상의 정체성과 실제의 정체성 간에 오래 지속되는 연계성(link)이 정립되어야 한다. eBay 시스템에서 이러한 점은 온라인 프로파일을 얻고자 하는 이용자들의 경우 몇몇 결정적인 인적 사항들을 확인(verification)하도록 함으로써 달성된다. 그렇게 만들어진 프로파일이 지속적으로 그 실제 인물에게 부착되고, 이후 변동사항들이 그 이용자의 아바타에게 명확하게 표시된다. 두 번째 필요한 특징은 행위의 역사를 추적할 수 있도록 만드는 것이다. (traceable history of actions) : eBay상에서는 이용자들은 거래계약이 체결되고 나면 영구적으로 접근가능한 피드백을 남겨두는데, 이는 긍정적, 중립적, 부정적인 평가점수로 형식화되어 있다. 이것은 온라인 정체성을 온라인 평판을 구성할 정보로 채워준다.

분쟁해결메카니즘은 컴퓨터가 지원해 주는 온라인 협상과 온라인 조정으로 구성된다. 이러한 분쟁해결서비스는 독립성을 보다 명확하게 하기 위해 'SquareTrade'라는 회사로 외주를 주어서, 이 회사는 연간 150만건의 분쟁을 해결하고 있다. 분쟁해결절차의 1단계는 원거리에 있는 당사자들이 인터랙티브 컴퓨터 프로그램을 이용하여 협상을 한다. 프로그램은 이전의 선례들에 기초하여 표준화된 분쟁의 유형을

제시함으로써 당사자들이 쟁점을 특정하는 것을 돕는다. 그리고 프로그램에 의해 취합된 데이터에 따라 이전의 유사한 상황에서 자주 수락되었던 화해합의를 추천함으로써 당사자들이 해결책에 합의할 수 있도록 돕는다. 그 프로그램은 기술적으로 전문가시스템으로 불리는데 (expert system) 과거의 실패와 성공으로부터 학습을 한다. 그 과정의 두 번째 단계(온라인 조정)는 당사들이 전문가시스템이 자신들을 합의에 이르게 하기 어렵다고 판단할 경우 개입하는 것이다. 이 경우 조정인은 단순히 전문가시스템을 대체하는 것이고 그 역할은 기계적 시스템과 거의 같은 방식으로 움직인다. 이러한 분쟁해결절차는 비용이 매우 저렴하게 설계되어 있다. 이는 온라인으로 이루어지고, 대부분의 작업은 컴퓨터에 의해 자동으로 처리된다. 그리고 당사자들이 법률자문없이도 할 수 있을 만큼 간단하다.

eBay 의 운영이 원활하게 되려면 2가지 추가적인 요소가 더 필요하다. 이용자들에 의해 관련되는 규범과 사건과 각 당사자의 입장에 대한 평가과정이 큰 부담없이 이루어질 수 있다는 직접적인 확신이 필요하다. 전자는 예측가능성의 필수요건이고, eBay 이용자들이 다양한 행위의 진로에 따라 수반될 법적 결과를 가늠할 수 있도록 한다. 이를 통해 적절한 행동경로에 대한 이성적 판단을 할 수 있는 정보가 제공된다. 후자의 경우 약간 단순화된 설명이 간략성의 요건을 요구하는데, 분쟁을 거래의 가치에 비례하여 비용과 시간을 낮은 수준으로 유지하는 것이 필요불가결하다.

이러한 두 가지 필요성에 대한 eBay의 대응은 이용자정책(user policy)의 형식을 띄는 '통일법 (uniform law)'이었다. 그 목적은 국가법이 적용되 fruddn 제기되는 관할권의 문제를 피하는 것이었다. 정기적으로 업데이트되고 eBay 구성원들의 새로운 공통점으로 관찰된 행위방식을 기초로 하여 완성되는 이 규범은 잘 발전되고, 상대적으로 밀도가 높고 상세하며, 형식화된 행위규범(rules of conduct)으로 진화되고 있다.

이것은 eBay 구성원들의 행위를 상당히 종합적인 방식으로 규율하고 있는 것으로 보인다.

eBay가 구성원들의 행위를 단순히 국가법의 한계와 범위 내에서 계약적 틀로써 규제하는 것이 아니라는 사실에 주목해야 한다. 오히려 예측가능성, 단순성, 및 이용자들의 희망을 명백히 구현해 주기 위해서 그것들을 구속력있는 규범도 위반하는 효과를 내는 것으로 보인다. eBay의 규제작업은 계약체계보다는 법시스템에도 보다 가까워 보인다. 이에 대한 증거는 그들이 어느 법 하에서 협상하거나 조정하였는가라는 질문에 대해 eBay의 분쟁당사자들은 eBay 법, 달리 말하면 여기에서 기술한 정책 들 하에서 하였다고 답한다는 보고가 있다. 분쟁에 직면한 eBay 구성원들은 그들의 권리와 의무를 결정하는 정당한 질서를 국내의 소비자법으로 보지 않고, eBay의 정책이라고 보는 것으로 보인다. 이러한 상황에 이르게 된 것은 eBay 분쟁을 법원에서 해결하는 것이 매우 예외적이기 때문인 것으로 보인다. 이는 관련되는 내국의 소비자보호제도가 적용될 수 있는 상황이다. eBay 구성원들은 높은 소송비용을 고려할 때 그들의 분쟁이 법원에 가서 끝날 거라고 기대하지는 않는 것이, 그리고 국가법은 그러한 분쟁에 대해서는 비효과적이어서 관련성이 제한적이라는 봄이 현실적이다. 이 상황의 다른 요소는 eBay의 이용자정책이 그 가입자들의 평판을 도구화함으로써 매우 높은 수준의 효능과 억제력을 갖고 있다는 사실이다. 이것은 분쟁해결절차에 참여하기를 거부하거나 그 결과를 준수하지 않는 가입사들을 제재함으로써 이루어진다. 제재는 부정적 평판점수를 주거나, 부정적인 피드백이 이미 다른 거래당사자에 의해 주어졌으면 이를 삭제할 기회를 박탈하는 등을 통해서 한다. 이것은 대부분의 eBay 가입사들에 의해 심각한 위협으로 받아들여진다. 평판점수는 eBay에서의 판매성공의 주된 결정요소이기 때문이다. 나아가 문제된 구성원들은 상품에 대한 청약을 하면서 SquareTrade 로부터 특별한 아이콘

을 부여받아서 부착할 수 있는데 (seal 또는 trustmark) 로서 이는 그 판매자가 분쟁해결절차에 응하기로 서약을 했으며, 과거에도 이 서약을 잘 준수하여음을 보여주는 것임) 이 아이콘은 박탈될 수도 있다. 이러한 신용마크는 상당한 경제적 중요성을 가질 수 있다. eBay 상의 가입사들이 이를 게시하면 그 상품에 대한 입찰자의 수가 15퍼센트 정도 증가하고 판매가격은 20퍼센트 정도 증가한다. eBay이용자정책을 준수하지 않는 것은 평판을 댓가로 하며, 곧 경제적 후생을 대가로 한다. eBay의 분쟁해결절차는 98% 사건에서 준수되었다고 보고되며, 이는 평판을 통제장치로 이용하는 것이 매우 높은 효능을 가지고 있음을 보여주는 것이다.

이 틀을 통해 eBay는 자기완결적인 규범체계를 발전시켰다고 평가할 수 있다. 즉, eBay는 자체적인 규범을 창설하였고, 민간회사에 그 적용을 위탁하고, 평판 유인을 통해 이를 간접적으로 집행한다. 이것은 더 상대적으로 형식화되어 있고 예측가능하다. 쉽게 접근가능하고 섭외사법 규칙이 요구하는 복잡한 법적 논증을 요하지 않는다. eBay는 그 자신의 법을 창설하였고, 이 법이 분쟁에 적용되는 절차를 통제한다. 그것은 그 절차의 결과를 집행하는데 이용되는 메카니즘을 통제한다.

제 5 장 결 어

이 연구를 수행하는 과정에서 인터넷을 통한 글로벌화의 영향 하에서 법제연구에 필요한 사항으로 다음과 같은 점을 확인할 수 있었다.

첫째, 지구화의 진행과 함께 한편으로는 영토국가를 넘어 전 세계가 균질화된 법체계로 들어가는 효과도 있지만, 다른 한편으로는 '차이를 보존하기로 하는 결단(determined preservation of difference)'이 확고해지는 경향도 나타나고 있음을 알 수 있었다. 즉, 베스트팔렌 조약 이후로 영토국가를 기반으로 형성되어 온 질서가 글로벌화로 해체되는 것이 아니라, 이를 넘어서 유지될 수 있는 법제적 방안을 모색하기 시작하였다는 점이다. 따라서 글로벌 시대의 법제는 글로벌 스탠다드의 보편성과 함께 각 영토국가가 자국의 지역적 가치를 잘 지켜나가기 위한 수단을 어떻게 조화시켜나가는가 하는 것이 중요한 목표가 될 것임을 알 수 있었다.

둘째, 글로벌 환경에서 국가규제는 그 규제가 인터넷이라는 공공재의 정보의 풍요함에 미치는 영향 뿐만 아니라 다른 국가의 영토와 인구에 미치는 영향도 고려해야 함을 알 수 있었다. 이는 글로벌 환경에서 법제연구는 국내법적 관점과 국제법, 국제사법적 관점이 함께 연구되어야 함을 의미한다.

셋째, 인터넷 규제와 관련하여서 개별 국가의 규제의 영향력은 점점 커지고 있지만, 동시에 글로벌한 사이버공간의 행위자들로 이루어진 일종의 공동체에서 자율적 또는 각 국가가 제공하는 자극과 협력을 얻어 어느 정도의 독자적인 법규범의 체계가 형성되고 있음을 알 수 있었다. 이 역시 우리 국민들의 경제활동 등에 영향을 미칠 규범이므로 글로벌 환경에서의 법제연구의 대상으로 삼아야 할 영역이다.

마지막으로, 인터넷을 통한 글로벌화의 촉진은 인류의 역사상 새로운 경험이기도 하지만 동시에 그렇게까지 생소한 경험은 아님을 알

수 있었다. 교통과 통신이 비약적으로 발전한 이전의 시기에도 새로운 법제도의 틀이 형성되는 과정이 있었으며, 상관습법 (lex mercatoria)의 형성과 국제중재제도의 발전이 그러한 예이다. 따라서 글로벌 시대의 법제연구의 내실을 기하기 위해서는 이전 法史에서 유사한 경험의 과정을 연구할 필요가 있다는 생각이다.

참 고 문 헌

[국내문헌]

단행본

정인섭, 신 국제법강의 - 이론과 사례, 박영사, 2010

신창섭, 국제사법, 세창출판사, 2011

남효순 편, 인터넷과 법률 III, 법문사, 2010

논 문

노태악, 사이버불법행위의 재판관할과 준거법, 국제사법연구 제8호, pp.145-170

석광현, 클라우드 컴퓨팅의 규제 및 관할권과 준거법, Law & Technology, 제7권 제5호 pp.3-48, 2011. 9

윤종수, 인터넷에서의 국가관할권과 국내법의 역외적용, 공법연구 제39집 제1호, 2010

고영국, 국가관할권이론의 사이버공간에의 적용에 관한 연구, 한양대학교 대학원 법학박사학위논문, 2005, 14면 이하

장준혁, 법정지 독점금지법의 속지적 적용범위 - 미국판례의 비교연구, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문, 2002, 28면 이하

최태현, 사이버공간에 대한 입법관할권, 법학논총 제17집, 한양대학교 법학연구소, 2000.10

이성덕, 사이버공간에 대한 국가관할권의 문제 - 입법관할권의 문제를 중심으로 한 국제법적 조망 -, 서울국제법연구 6권 2호 (1999)

[외국문헌]

단행본

Ryngaert, Cedric, Jurisdiction in International Law, Oxford Monographs in International Law, Oxford University Press, 2008

Darrell, Keith B., Issues in Internet Law, Society, Technology, and the Law, 7th ed., Amber Book Co., 2012

논 문

Johnson, David R. & Post, David, Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace, Stanford Law Review, vol. 48, no. 5 1996

Reidenberg, Joel R., Technology and Internet Jurisdiction, University of Pennsylvania Law Review, vol. 153, no. 6 Symposium: Current Debate: in the Conflict of Law, 2005

Goldsmith, Jack & Sykes, Alan, The Internet and the Dormant Commerce Clause, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 105, The Law School, The University of Chicago

Liazos, Mellisa, Can States Impose Registration Requirements on Online Charitable Solicitors?, The University of Chicage Law Review, vol. 67, no. 4 2000

Miller, Samuel F., Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity: The need to define and establish the boundaries of Cyberliberty

Blakesley, Christopher, L. & Stigall, Dan E., The Myopia of U.S. v. Martinelli: Extraterritorial Jurisdiction in the 21st Century, The

George Washington International Law Review vol. 39, pp. 1-45 2007

Schultz, Thomas, Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface, The European Journal of International Law vol. 19. no. 4, pp.799-839, 2008

Segura-Serrano, Antonio, Internet Regulation and the Role of International Law, A. *von Bogdandy and R. Wolfrum (eds) Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, p. 191-272

Watt,, Horatia Muir, Yahoo! Cyber-Collision of Cultures: Who Regulates? 24 Michigan Journal of International Law, 673, 2003

Freer, Richard D., American and European Approaches to Personal Jurisdiction Based Upon Internet Activity, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 7-15, Emory University School of Law, http://ssrn.com/abstract=1004887

Borchers, Patrick J. Tort and Contract Jurisdiction via the Internet: The 'Minimum Contacts' Test and the Brussels Regulation Compared, Netherlands International Law Review vol. 50, issue 3. 2003 12.

Newman, Abraham L., Building Transnational Civil Liberties: Trans-governmental Entrepreneurs and the European Data Privacy Directive, International Organizations, vol. 62, no.1 2008