

현안분석 2001-

디지털경제법제⑩

지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구

金 容 秦

한국법제연구원

지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구

Jurisdiction for Infringement of Intellectual Property Rights

研究者 : 金容秦(충남대 법대 부교수)
Yong jin Kim

2001.12

한국법제연구원

목 차

제 1 장 서 론	5
제 2 장 인터넷상 국제재판관할 연결법규	9
제 1 절 서 설	9
1. 사이버스페이스에서의 국제관할의 의미	9
2. 지적재산권침해의 관할법적 특색	9
제 2 절 법 원	10
1. 미국의 경우	10
2. 유럽연합 - 브뤼셀협약상 재판관할	11
3. 헤이그협약상의 재판관할	11
4. 우리 나라의 경우	12
제 3 장 인터넷재판관할권의 발생의 비교법적 고찰	17
제 1 절 피고주소지주의	17
1. 미국의 General Jurisdiction	17
2. 대륙법계에 있어서 피고주소지주의 재판적	23
제 2 절 특별재판적	27
1. 미국법상 역외자의 불법행위에 기한 인적특별재판 관할권의 발생근거	27
2. 대륙법계에서의 불법행위지재판적	37
3. 기타 국가에서의 최근의 동향	46
4. 분석 및 평가	46
제 4 장 인터넷 재판관할확정 방법론에 대한 검토 및 지적재산권침해에의 적용	49

제 1 절 인터넷재판관할확정의 방법론 모색	49
1. 서 설	49
2. 미국법에서의 접근방법	50
3. 대륙법계에서의 발전방향	60
4. 평가 및 분석	60
제 2 절 지적재산권침해에의 적용	64
1. 문제의 제기	64
2. 지적재산권침해소송의 국제관할 - 계약책임	65
3. 지적재산권침해소송의 국제관할 - 불법행위책임	67
4. 인터넷에 의한 저작권침해와 국제재판관할	76
5. 인터넷상 상표권침해의 재판관할	83
6. 특허권침해와 국제재판관할	86
7. 보전처분의 국제관할	92
제 5 장 결 론	93
참고문헌	99

제1장 서론

사이버스페이스는 자유로이 흘러가는 구름과 같이 도처에 존재하면서도 어느 곳에서도 잡아둘 수 없다고 강조하여 사이버스페이스는 물리적 공간과 법으로부터 자유롭다는 사조는 이미 퇴조한 것일까? 아니면, 새로운 정보사회의 출현은 '새로운 술은 새 부대에'라는 구호에 걸맞게 영토적 주권사상에 입각한 기존의 법리와 다른 독자적인 법리 개발로 대응할 것을 요구하고 있는가?

법이 새로운 기술발달로 도전을 받는 경우 문제를 야기시킨 기술 그 자체를 문제해결의 수단으로 삼을 수 있지 않겠는가 하는 주장이 대두되고 있다¹⁾. 「인터넷에 다시 국경이 그어지고 있다」라는 제하의 사실을 통하여 뉴욕타임즈는²⁾ “요컨대, 올해는 국경 없는 인터넷경제를 이겨는 유행에 뒤쳐진 개념으로 받아들이는 회사가 점중하는 원년이 될 것”이라는 전망을 내놓았다. 인터넷에 국경이 그어지고 있다면 주권적 영토사상에 입각한 기존의 재판관할권 분배방식은 여전히 그 의미를 잃지 않게 될 것이고, 사이버스페이스 규율법리는 별도의 법리를 논할 필요 없이 영토적 사고에

1) Stratton Inc. v. Prodigy Services, 24 Media L. Rep. 1126; 특히 김효실(필자는 출간되기 전 논문의 참조 및 인용을 허락에 준 학위취득예정자에 대하여 감사를 표한다), 「인터넷분쟁과 국제재판관할」, 충남대학교 석사학위논문(2002), 88~89쪽; “미국의 테러 참사 이후 2001년 9월 28일 영국 파이낸셜 타임지에는 “세계화 종말, 다시 국경의 시대”라는 사설이 실렸다. 막을 수 없는 대세로 보였던 글로벌화가 테러사태 이후 심각한 도전을 받고 있다는 보도였다. 이보다 앞선 2001년 4월 2일 뉴욕 타임즈 테크놀로지면에서는 “Borders Returning to the Internet”이라는 사실을 발견할 수 있다. 이 또한 사이버 스페이스의 글로벌화의 종말을 고하고 있다는 내용의 사설로 양 신문의 사설은 여러 면에서 공통점을 보이고 있다. 속지적인 면에서 빈 라덴에 의한 테러는 사이버 스페이스에서의 해킹, Cybersquatting, 온라인상의 명예훼손, 지적재산권의 침해 등에 대비될 수 있다. 테러 이후 금융비용이 상승하고, 국제공조가 분열되며, 심리적 공황 상태가 계속되어 각국의 국경지킴이가 강화되리라는 추측은 또한 사이버스페이스에서 전세계적인 재판관할권에 내몰리지 않기 위해 특정 지역만을 겨냥하는 웹사이트 운영으로의 추세나 인터넷 기술의 발달에 맞추어 geomapping 기술이나 filtering 기술을 이용해 국경 없는 사이버 스페이스에 형이상학적 국경을 구축하려는 현상과 맥을 함께 하고 있는 것이 아닐까 생각한다.”

2) The New York Times April 2, 2001, *Borders Returning to the Internet*: “By using geographic targeting tools increasingly, this will be the year when the borderless internet economy becomes an outmoded concept.”

서 출발한 기존의 법질서 내에서 처리할 수 있을 것이다. 모든 인터넷상의 거래의 기초적인 요소가 되는 법률행위를 하는 당사자들은 여전히 현실적인 속지적 국경 내에 존재하는 실재인물이라는 점을 강조하여 사이버상의 행위는 기존의 법률 위에 넘을 수 없다고 말할 수도 있을 것이다.

이와 같은 입장에서는 인터넷상에서의 분쟁에 대한 재판관할의 기준은 전통적인 국제재판관할 배분원칙에 따르게 된다. 인터넷의 세계화로 대두된 법적 문제해결의 첩경은 사실 인터넷의 국제적 효력을 국가영토로 제한하는 방법일 것이다. 예컨대 상표권침해자에게 판매활동 및 광고를 영토적으로 나누어 운영토록 하고, 특히 인터넷접근이 상표권침해행위를 구성할 수 있는 국가 영역 내에 살고 있는 인터넷이용자에 대해서는 접근을 차단하는 조치를 취할 의무를 부과시키고, 이것이 기술발전에 의하여 가능하게 된다면 종래의 영토적 사고에 입각한 재판관할문제는 더 이상 새로운 법적 문제를 만들어 낼 수 없게 될 것이다. 기술은 당사자들의 통신방법을 변화시켰지만 재판관할 분석의 핵심인 물리적 공간에 당사자들이 존재한다는 사실은 변하지 않고 변할 수도 없는 것이므로 결국 사이버스페이스에 대한 개념을 통신의 수단으로 포섭한 후, 전통적인 법과 규칙들을 이러한 새로운 세계에 적용시켜 나가는 것이 가능할 것이다. 나날이 변화 발전하고 있는 인터넷 관련 기술발전 속도를 감안하면 성급한 사이버관할권 확정은 또 다른 문제를 야기시킬 수도 있다는 점을 간과할 수 없다는 것이다. 결국 이 견해는 *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc.* 판결에서 Nancy 판사가 지적한 바와 같이 국경 없는 인터넷에 대한 일반적이고 보편화된 개념³⁾조차도 인터넷 기술의 발달로 국경 있는 인터넷으로 회귀하는 모습을 나타내고 있는 추세에 맞추어 인터넷재판관할권을 분석하여야 한다는 것이다.

그러나 인터넷의 세계화로 대두된 법적 문제를 인터넷의 국제적 효력을 국가영토에 한정시킴으로써 해결할 수 있다는 주장이 새롭게 진입한 정보

3) Judge Nancy Gertner, *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc.*, 1997: "The Internet has no territorial boundaries. To paraphrase Gertrude Stein, as far as the Internet is concerned, not only is there perhaps "no there there", the "there" is everywhere where there is Internet access."

사회문화와 조화되고 현재의 기술발전수준을 면밀히 분석한 신중한 결론 인지는 의문이다.

먼저, 인터넷은 무경계성이라는 그 본질적 특성을 동원하여 현실의 법 질서에 미치고 있는 현실적 영향력을 결코 무시할 수 없다. 인터넷의 출현으로 우리는 여행가방과 여권을 준비하여 비행기를 타지 않고서도 자신의 컴퓨터 앞에 앉아 실시간 상호접촉이 가능한 웹사이트를 통해 타 법정지 당사자와 계약을 체결하기도 하고, 본인 회사의 목적과 서비스를 알리는 웹사이트를 인터넷에 올려놓음으로써 사이트를 방문하는 타 법정지의 상대방과의 접촉을 하기도 한다⁴⁾. 사용자나 공급자 모두 인터넷이라는 사이버 공간 안에서 실제 지리적, 국가 주권적 의미의 국경을 넘나들지 않고서도 시간과 공간을 초월하는 신속성과 효율성을 가지고 타법정지의 당사자들과의 관계를 만들 수 있게 된 것이다⁵⁾. 국제재판관할권에 대한 전통적인 원칙을 담은 국제조약이나 일반 국제법상의 원칙이 없는 현 상황에서 인터넷의 출현은 시간과 공간의 개념에 대한 새로운 패러다임을 요구하고 있음을 부인하기 어렵다.

둘째, 현금의 기술발전의 수준으로는 해결할 수 없는 문제들을 막연히 앞으로의 비약적인 기술발전에 의하여 해결될 수 있다는 문제해결방식은 법적 안정성에 반한다. 예컨대 온라인광고의 경우 웹서비스운영자가 일정한 IP주소나 도메인네임을 차단하는 장치를 마련하여 특정 IP보유자에 대해서는 웹사이트 접근을 차단할 수 있겠지만, IP보유자가 현재 있는 곳을 알 수 있게 해주는 정보뱅크는 아직까지 존재하지 아니한다. 그와 같은 정보뱅크가 넷 운영에 필수적인 요소도 아니며, 그것을 마련하는 데에는 엄청난 비용을 요하므로 가입자가 수시로 바뀌는 상황에서 완전한 정보뱅크를 운영하는 것은 거의 불가능하다.

마지막으로, 현대의 일상생활에서 인터넷기술은 세계화된 정보시스템에 있어서 중심적인 위치를 점하고 있는 것은 사실이지만, 인터넷이 정보통신의 유일한 매체는 아니라는 점을 간과해서는 안될 것이다. 예컨대 디지털기술은 그 본질상 송신수단(케이블, 인공위성 등)과 수신수단(전화, TV,

4) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 11쪽.

5) 김효실, 위 각주, 같은 곳.

PC 등)이 혼합된 정보통신서비스이다. 이와 같은 전방위적인 통신기술발전구조는 사회 모든 영역에 지대한 영향을 미치고 있으며, 이렇게 새롭게 변화되고 있는 사회질서에 법이 새로이 대응하여야 하는 것은 불가피한 선택이다. 그렇다면 인터넷만을 따로 떼어내어 이전 사회의 패러다임으로 해결하는 방식 대신에 인터넷을 포함한 정보통신기술 전반에 상응하는 법적 장치를 새로이 구축하는 것이 올바른 방향이라 아니할 수 없을 것이다.

이하의 인터넷 또한 오늘날 발전된 세계적 통신기술의 한 분야임을 전제로 하여 지적재산권침해에 대한 재판관할권 결정문제는 기존의 법이론과 다른 새로운 법리의 도입을 필요로 한다는 전제아래 이를 구체화시키는 것을 그 목적으로 한다.

제 2 장 인터넷상 국제재판관할 연결법규

제 1 절 서 설

1. 사이버스페이스에서의 국제관할의 의미

종래의 영토적 사고를 뛰어넘어 본질상 사건의涉外성을 내포하고 있는 인터넷에서 지적재산권이 침해된 경우 국제민사소송법에서의 전형적인 두 가지의 문제, 즉 국제관할과 준거법 결정문제가 등장한다. 원고로서는 분쟁사건에 도대체 어느 나라의 실질법이 적용되는 가를 알아야 자신이 주장하고자 하는 권리의 성부여부를 판단하거나 성립요건을 준비할 수 있을 것이며, 그와 같은 권리를 어느 나라 법원에서 청구할 수 있는가의 문제는 언어 등 소송환경에 비추어 대단히 중요한 결정사항이다. 국제관할은 어떤 나라의 소송절차법이 적용되는가의 문제에 그치지 않고 법정지국의 저축법에 따라 결정되는 준거법 영역까지 그 영향을 미친다. 이러한 사실은 원고 측에서 forum shopping을 하여야 할 현실적 필요성을 말해준다.

2. 지적재산권침해의 관할법적 특색

최근 도처에서 나타나는 인터넷상의 재판관할에 대한 분쟁은 특허권, 상표권, 저작권과 같은 지적재산권과 관련된 사례들이 많은 수를 차지하고 있다. 지적재산권과 저작권은 영토주의원칙에 따라 보호되기 때문에 침해지 및 불법행위지는 보호국의 영토 내에서만 발생할 수 있다. 이러한 권리의 속지성은 인터넷상의 지적재산권의 침해문제에 대한 접근방법에서도 미국법계와 대륙법계가 취하는 입장이 다르다. 미국의 경우 지적재산권침해는 효과이론, 최소접촉이론, 의도적 이용이론을 적용해가며 적법절차조항과 재판관할확장법에 따르는지의 여부에 의한 특별대인재판관할의 확정문제로 접근하고 있으며, 브뤼셀협약을 따르는 유럽의 경우에는 보통재판적, 이행지재판적, 불법행위재판적을 중심으로 접근하고 있다.

제 2 절 法 源

1. 미국의 경우⁶⁾

1877년 “각 주는 영역내의 사람과 물건에 대하여 재판권과 주권을 가지며, 역외인과 물건에 대해서는 직접적인 재판권과 자치권을 행사할 수 없다”는 *Pennoyer*판결⁷⁾ 이후 미국에서의 재판관할권은 법정지주 내에 피고가 현존하거나 재산이 있는 경우에 인정되었다. 물리적 지배권을 재판관할의 기초로 하는 현존의 원칙은, 브뤼셀협약과 헤이그 신탁약에서 과잉관할로 낙인찍힌 Tag Jurisdiction의 경우까지를 포함하여 피고의 주소와는 관계없이 당사자와 법정지와의 관계를 중심으로 피고가 주 내에 현실적으로 존재하고 그 주 내에서 소장의 직접송달이 가능하다면 재판관할권을 인정하는 방향으로 발전하였다.⁸⁾ 그러나 산업과 교통의 발달과 함께 주간통상이 빈번해지자 역외회사의 주 영역 내의 활동을 규율해야 할 필요가 대두되기 시작했고, 1945년 종래의 엄격한 *Pennoyer*의 영토적 관점을 대폭 수정한 *International Shoe* 판결⁹⁾ 이후 피고와 주 사이에 공정과 실질적 정의에 상응하는 최소관련성이 인정되면 헌법상의 적법절차 조항에 반하지 않는 한 대인관할권이 인정된다는 원칙이 수립되었다. 이 판결은 사법관할권에 대한 적법절차의 제한범위를 결정하는 중대한 선례가 되었으며, 이로써 주 내에서의 피고의 현존사실은 최소관련성을 인정하는 하나의 유형으로 자리잡았다. *International Shoe* 판결 이후 최소관련이론을 통한 관할권의 확대경향은 이후 미국 각 주의 관할입법에 반영되어 미국 내의 대부분의 주들은 주 내에 거주하지 않는 역외자에 대하여도 재판관할권을 확대하여 인정하는 재판관할확장법(long arm statues)을 제정하기에 이르렀다.

6) 김효실, 인터넷문쟁과 국제재판관할, 24쪽 이하.

7) *Pennoyer v. Nelf*, 95 U.S. 714, 722(1877)

8) *Burnham v. Superior court of California*, 495 U.S. 604, 109 L. Ed 631, 110 S. Ct. 2105(1990)

9) *International Shoe v. Washington*, 325 U.S. 310(1945)

그런데 인터넷은 지역적 설정이나 경계 없이 국경을 초월하여 정보를 전달하는 특성을 갖고 있으므로 국경이라는 물리적 경계를 전제로 하는 기존의 재판관할과 어떻게 조화할 것인가의 문제가 제기된다. 뿐만 아니라 기술의 발달에 힘입어 반드시 법정지에 현존할 필요가 없게됨에 따라 현존의 원칙 및 그 수정형태로서의 최소접촉이론에 의해서도 해결하기 어려운 면이 있다. 법정지 내에서 접속이 가능한 웹사이트를 운영하고 있는 자는 "현존" 또는 최소관련성의 요건을 충족할 수 있을까?

2. 유럽연합 - 브뤼셀협약상 재판관할

유럽공동체 내에서의 국제재판관할의 결정과 다른 체약국의 법원이 선고한 재판의 승인 및 집행에 관하여 규정하는 "민사및상사사건의재판관할과집행에관한유럽공동체협약"¹⁰⁾은, 1973년 주요 유럽연합국들 사이에 발효된 이후 1988년 루가노에서 채택된 유럽공동체 회원국과 유럽자유무역연합(European Free Trade Association) 국가들¹¹⁾간에 병행협약(이하 "루가노협약"이라 한다)의 기초가 되어 그 적용범위를 확대시켰다.

브뤼셀협약의 국제관할 규칙은 첫째, 피고가 법정지국가인 체약국에 주소를 가지는 경우 당해 국가가 관할을 가지며(일반관할), 둘째, 피고가 법정지국 이외의 체약국에 주소를 가지는 경우에는 법정지국가는 협약 제5조 내지 제18조 또는 별도의 조약에 의하여 특별관할을 가지는 경우에 한하여 관할을 가지게 되고, 셋째, 피고가 체약국에 주소를 가지지 않는 경우, 제16조의 유보하에 법정지 국가는 그 자신의 국내법에 의하여 관할의 유무를 결정한다는 세 가지 기본원칙으로 정리할 수 있다.

3. 헤이그협약상의 재판관할¹²⁾

네덜란드 법학자 아세르(T.M.C. Asser) 및 이태리 법학자 만시니(P. S. Mancini)의 건의에 따라 국제사법 규칙의 점진적 통일화를 목적으로

10) 정식명칭은 EC Convention on Jurisdiction and the enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters로 이하 "브뤼셀협약"이라 한다.

11) 오스트리아, 핀란드, 아이슬란드, 노르웨이, 스웨덴 및 스위스 등.

12) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 24쪽 이하.

네덜란드 정부에 의하여 1893년 처음 소집된 헤이그국제사법회의는 국제재판관할의 배분과 외국판결의 승인 및 집행에 관하여 전세계적으로 광범위하게 채택되고 있는 국제조약이나 법원칙이 존재하지 않는 상황에서, 1966년 4월 “민사및상사사건의외국재판의승인및집행에관한헤이그협약”¹³⁾을 채택하였다. 그러나 이 협약이 1971년 최초로 발효되었지만 3개국만이 비준하여 사실상 실효성 없는 조약으로 의미를 잃게 되었다. 1992년 5월 미국이 헤이그국제사법회의 차원에서 민사 및 상사사건에 관한 국제관할과 외국판결의 승인 및 집행에 관한 새로운 국제협약을 기초할 것을 제의하였다. 1996년 소집된 제18차 회의에서는 이 문제를 2000년 19차 회의의 의제에 포함하기로 결정하였으며, 이에 1997년 “민사및상사사건에관한국제관할과외국재판의승인및집행”이라는 의제 하에 특별위원회가 소집되고, 제19차 회의의 의제를 다루어 온 특별위원회는 2001년 2월 28일부터 3월 1일까지 캐나다 오타와에서 헤이그 신탁약을 전자상거래와 인터넷상의 분쟁에 적용하는 문제를 집중적으로 논의하였다. 2001년 6월 2일부터 20일에는 가안 채택을 위한 헤이그 국제사법 외교회의가 개최되었다.

4. 우리 나라의 경우

(1) 방문판매등에관한법률

우리 나라 User가 쇼핑물을 운영하는 외국기업으로부터 구입한 물건에 하자가 있어 계약을 해제하고 손해배상을 청구할 경우 개정 국제사법 이전에는 우리 나라 법원에 제소가 가능한가의 여부가 분명하지 않았을 뿐만 아니라, 소비자를 위한 전속관할 또는 편의관할을 인정할 수 없었다. 위 경우 우리 나라 법원의 국제관할을 검토할 수 있는 법적 근거로는 방문판매등에관한법률과 민사소송법상 특별재판적이 있다.

소비자 주소지를 관할하는 우리나라 법원에 원고재판적을 발생시킬 수 있는 특별법적 근거로서는 방문판매등에관한법률 제57조가 규정하는 전속관할을 생각할 수 있다. 이 규정에 따르면 방문판매자와의 상품의 구매 또

13) 정식명칭은 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters로 이하 헤이그협약이라 칭한다.

는 용역의 제공에 관한 계약에 관한 소송은 계소 당시의 소비자의 주소를, 주소가 없는 경우에는 거소를 관할하는 지방법원이 전속관할을 갖는다. 그런데 이 규정이 적용되기 위해서는 상품판매업자가 방문의 형식으로 그의 사업장 외의 장소에서 소비자에게 권유하여 계약의 청약을 받거나 계약을 체결하여 상품을 판매한 경우라야 한다. 우리 법은 독일의 방문판매에관한법률 제1조 제1항 제1호의 경우와는 달리 구두협상(mündliche Verhandlung)을 그 요건으로 하지 않고, 다만 "소비자를 유인"하여 계약을 체결하는 것만으로 성립할 수 있기 때문에 인터넷을 통하여 계약을 체결하는 계약이 방문판매등에관한법률에서 정하는 계약에 포함시킬 수 있을 것이다. 더욱이, 인터넷계약 당시 소비자는 재택상태이며, 우리 방문판매등에관한법률에서는 독일법상의 탈법행위금지규정도 없다는 점은 이러한 결론을 뒷받침 할 수 있을 것이다.

그러나 방문판매등에관한법률은 제3장에서 통신판매를 규정하여 방문판매와 병행시키고 있으므로 적어도 방문판매등에관한법률이 적용되는 범위에서는 인터넷거래는 방문판매가 아닌 통신판매에 해당한다¹⁴⁾. 그런데 동법 제57조는 소비자를 위한 전속관할을 규정하면서, 그 적용범위를 제2장의 방문판매와 제3장의 통신판매 및 제4장의 다단계판매 유형 중 통신판매를 제외한 방문판매와 다단계판매의 소비자로 제한하고 있다. 이와 같이 통신판매의 경우 전속관할 적용규정이 명문으로 배제되고 있는 점에 비추어 인터넷거래에는 방문판매등에관한법률 제57조의 전속관할이 적용되지 아니한다.

(2) 민사소송법상의 특별재판적

민사소송법상의 특별재판적에 의하여 소비자가 소재하는 우리 나라 법원에 원고재판적이 발생할 수 있는가가 문제된다. 인터넷거래와 관련한 특별재판적으로는 재산소재지재판적, 영업소소재지재판적 및 의무이행지재판적을 고려할 수 있다. 민사소송법 제9조(재산소재지의 특별재판적)가 적용되기 위해서는 외국의 쇼핑몰 운영자가 우리 나라 지역에 일정한 재산을 가지고 있는 것으로 족하다. 그러나 이 토지관할 규정을 국제관할의 발

14) 방문판매등에관한법률 제2조 제6호 참조.

생을 위한 근거로 볼 수 있을지 의문이다. 재산소재지재판적을 과잉재판적으로 평가하는 세계적인 추세에 비추어¹⁵⁾, 우리 나라에 있어서도 독일 연방법원의 판례¹⁶⁾에서 설정한 사건의 “충분한 내국관련성” 요건을 추가함으로써 국제관할의 특성을 고려하여야 할 것이다. 그렇다면 인터넷쇼핑의 경우 이와 같은 추가요건이 충족되기는 어려울 것이다. 또한 민사소송법 제10조(영업소재지재판적)가 적용되기 위해서는 계약 상대방이 국내에 영업소를 운영하여야 하고, 문제되는 인터넷거래가 당해 영업소의 업무에 관한 것이어야 하는 데, 이러한 일은 인터넷거래에서 거의 찾아보기 어려울 것이다. 마지막으로, 민사소송법 제6조 후단(의무이행지재판적)에 따라 우리 나라 인터넷구매자가 제기하는 소송에 대하여 우리 나라 법원이 재판관할을 주장할 수 있는지를 검토하기로 한다. 의무이행지재판적을 발생시키는 이행지가 어디인가의 문제는涉外적 요소를 갖는 인터넷 구매의 경우에는 국제사법에 의하여 결정할 문제이다. 인터넷쇼핑물 운영자는 인터넷을 통하여 청약의 유인을 할 뿐 청약의 의사표시를 하는 자는 인터넷구매자라고 보아야 할 것이므로, 구涉外사법 제11조에 따라 당사자간에 준거법합의가 없는 경우에 적용되는 행위지법(구涉外사법 제9조)의 행위는 청약의 통지를 한 구매자의 소재지인 대한민국의 법이 적용된다. 이제 준거법으로 지정된 민법 제467조의 규정에 의하면 당사자다 사이에 이행지합의가 없는 한 채권자의 주소지가 이행지이므로(민법 제467조 제2항: 지참채무의 원칙), 우리 나라 법원에 이행지재판적이 발생할 수 있게 될 것이다.

(3) 구涉外사법상의 국제재판관할

민사소송법은 다른 많은 나라의 경우와 같이 우리 나라의 법원이 가지는 재판관할을 국제적 차원에서 규율하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이 같은 범규홍결을 어떻게 보충할 것인가에 대해서는 종래 2개의 견해가 대립되어 오고 있다. 이른바 “역추지주의”이론은 토지관할의 규정을 역으로 추정함으로써 재판관할의 국제적 한계를 정하는 국제관할을 찾을 수 있

15) 브뤼셀협약 제3조 제2항 참조.

16) BGHZ 115, 90 = ZZP 105, 314.

다고 주장한다¹⁷⁾. 국제관할 문제는 단지 그 무대가 국제적 영역일 뿐 토지관할과 마찬가지로 법원의 재판활동을 장소적으로 제한하는 기본원리는 같은 것이라는 점을 근거로 한다. 이에 반하여 관할배분설은 법규홈결은 소송법상의 정의에 따라 해결하여야 한다는 입장이다. 소송법상 정의는 공평·적정·능률성이 보장되는 절차가 가능하도록 국내외 법원간의 관할범위를 확장함으로써 달성될 수 있다는 것이다. 적정절차는 사실 및 적용법이 적절하게 확정됨으로써 달성될 수 있으며, 소송당사자를 대동하게 다루고 양자 모두에게 소송자료를 제출할 수 있는 기회를 보장할 때 절차의 공평은 보장된다는 것이며, 나아가 소송절차를 신속하고 경제적으로 진행함으로써 소송절차의 능률성을 확보하게 된다고 설명한다. 국제관할을 직접 토지관할로부터 차용할 것인가 아니면 국제적 정의라는 관점에서 독자적으로 배분할 것인가 하는 이론 대립은 본질적으로 용어선택상의 문제에 불과한 것으로 보지 않을 수 없다. 역추지설 또한 국제관할의 토지관할에 대한 특수성을 감안하며, 관할배분설 역시 국제관할이 토지관할과 절연할 수 없다는 점을 잘 알고 있기 때문이다. 이에 따라 실무에서는 특별한 사정이 없는 한, 토지관할 규정은 원칙적으로 국제관할을 결정한다고 보고 있다. 그 대표적인 예로는 대한민국 법원의 관할을 배제하는 국제 당사자간의 합의를 민사소송법 제26조에 따라 검토하면서, 다만 합의된 외국법원이 사건과 밀접한 관련을 가져야 한다는 점을 요구한 경우에 한하여 유효하다고 실시한 대법원의 최근 판례¹⁸⁾를 들 수 있다.

(4) 신 국제사법상의 국제재판관할

2001년 7월 1일부터 시행되고 있는 개정 국제사법은 국제재판관할에 관하여 명문의 규정을 두었음 뿐만 아니라 이른바 브뤼셀협약을 모형으로 하여 소비자 보호를 목적으로 하는 재판적을 규정하기에 이르렀다.

1) 토지관할과 국제관할의 분화

2000년 국제사법은 국제관할에 관한 규정을 포함함으로써 국제재판관할을 토지관할로부터 독립시켰다. 토지관할과 별도로 국제재판관할을 두

17) 김용진, 국제관할권, 고시계 1994년 12월 호, 15쪽.

18) 대법원 1997.9. 선고 96다20093 판결.

게된 취지는, 당사자의 이익 뿐 아니라 양 관할규정의 법정정책적 목적이 상이한 점을 고려한 것으로 평가된다. 물론 재판관할 문제를 민사소송법이 아닌 국제사법에 포함시킴으로써 국제재판관할의 승인관할과의 자동연계가 해소되고, 국제관할을 정함에 있어 토지관할은 보조관할로서의 기능만을 갖게 되었다.

2) 소비자재판적의 도입

개정 국제사법은 국제재판관할 영역에서의 소비자보호를 위하여 소비자 재판적에 관한 특별규정을 마련하였다. 즉, 소비자는 상대방을 당사자로 하여 소송을 제기할 때에는 상대방 상거소지 관할법원 뿐 아니라 자신의 상거소지 관할법원에서도 선택적으로 소를 제기할 수 있으며(국제사법 제 27조 제4항), 상대방이 소비자를 당사자로 하는 소송은 반드시 소비자의 상거소지를 관할하는 법원에서만 제기할 수 있다(국제사법 제27조 제5항). 이 규정은 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약에 한하여 적용할 수 있으며(국제사법 제27조 제1항), 원칙적으로 전자상거래에도 적용된다¹⁹⁾.

3) 관할합의 제한

토지관할에 대한 관할합의는 소비자계약의 경우에도 적용된다. 물론 인터넷상에서 이루어진 관할합의는 전자거래인증법 제3조에 의하여 서면성 요건²⁰⁾을 충족하게 될 것이지만, 약관규제에관한법률 제11조에 따라 내용통제를 면할 수 없다. 인터넷을 통한 국제간소비자계약과 관련한 국제관할합의의 경우 그 허용성이 크게 제한된다. 이 경우 국제재판관할에 대한 합의는 분쟁이 발생한 후에 합의한 경우(국제사법 제27조 제6항 제1호) 또는 부가적인 재판관할합의인 경우에 한하여(국제사법 제27조 제6항 제2호) 허용될 뿐이다.

19) 법무부, 국제사법해설, 2001, 101쪽.

20) 민사소송법 제26조 참조.

제 3 장 인터넷재판관할권의 발생의 비교법적 고찰

제 1 절 피고주소지주의

1. 미국의 General Jurisdiction²¹⁾

(1) 일반재판적의 발생원인

1) 일반재판적의 의의

일반관할권이란 법원에서 피고에 대한 일체의 소송에 대한 관할권을 발생시키는 경우를 말한다. 특정인에 대한 일반관할권이 인정되면 법정지는 어떠한 청구와 관련하여도 그에 대하여 관할권을 가지며, 제쟁 중의 소송 원인이 피고의 관할영역과의 관련에 기한 것인가의 여부를 묻지 아니한다²²⁾. 즉, 일반관할권은 특별재판적과는 달리 문제되는 구체적인 행위와 관할영역간의 관련을 요구하지 않으며, 일반관할권이 인정되기만 하면 법정지에서 피고 관련사건 일체를 심리할 수 있다.

일반재판관할권의 연결점은 자연인의 경우에는 주적, 주소, 상거소 또는 소장송달시 피고의 법정지내의 체재이며, 법인의 경우에는 설립지 또는 주된 영업소이다. 미국의 대외관계법에 관한 제3차 Restatement 제421

21) 미국법에서의 관할은 재판관할, 법적용관할, 그리고 집행관할로 나뉘어진다. 재판관할은 일정한 국가의 법원이 사건을 처리할 관할이 있는가에 대한 문제로서 우리의 국제관할에 해당되며, 법적용관할은 주소법원이 어떤 일정한 법을 적용할 권한이 있는가에 대한 문제로 우리의 경우에 대비시키면 준거법을 정하는 국제사법에 해당하며, 집행관할은 법원의 재판을 집행할 수 있는 당국의 권한을 말한다. 최근의 친나치 웹사이트와 관련하여 이를 설명하면 다음과 같다. 어떤 웹페이지 개설자가 미국에 위치한 서버상에 친나치 자료로 웹페이지를 가득 메웠는데, 미국에서는 이러한 자료를 게시하는 행위는 제1차 수정헌법에 의하여 보호를 받는다. 특별한 조치를 취하지 않는 한 그 웹페이지는 미국에서처럼 독일에서도 접근 가능하겠지만, 독일법은 그러한 콘텐츠를 금하고 있다. 이 경우 독일이 자신의 법을 적용할 수 있다면 독일은 법적용관할을 가지게 되며, 자국법을 적용할 수 없다면 미국의 법적용관할권에 양보하여 미국법을 적용하여야 하므로 처벌할 수 없는 결과가 된다. 다음으로, 독일법원이 웹개설자 또는 웹서버 운영자에 대하여 재판할 수 있다면, 독일법원은 재판관할권을 가지게 될 것이며, 독일 당국이 독일소재의 라우터 운영자에게 미국서버에서 오는 패킷을 차단하는 라우터 조작을 강제할 수 있는 경우 우리는 독일당국이 집행관할권을 갖는다고 말하는 것이다.

22) Rieder and Pappas, supra note 24, p.375.

조 제1항에 따르면 국가와 사람 또는 물건에 대한 관계에 비추어 재판관할권의 행사가 합리적인 것으로 인정될 때 국가는 법원을 통하여 그 사람이나 물건에 대하여 재판관할권을 행사할 수 있다고 규정한다. 다시 Restatement § 421(2)은 다음과 같은 경우에는 재판관할권의 행사가 합리적인 것으로 본다. (a) 사람이 국가의 영역에 일시적으로가 아니라 존재하는 경우, (b) 자연인의 경우 주소지 국가, (c) 자연인의 경우 거주지 국가, (d) 자연인의 경우 국가의 국민일 경우, (e) 법인의 경우 국가의 법에 따라 설립된 경우, (h) 자연인이든 법인이든 국가에서 정기적으로 영업을 하는 경우.

2) 추가적인 적법절차요건

가) "법정지와의 지속적이고 유기적인 관련성"의 요건

미국의 일반재판적은 우리의 보통재판적의 경우와 달리 피고의 주소지가 아닌 곳에서도 발생할 수 있다는 점에 차이가 있다. 이는 송달이 사적으로 이루어지고 법정지에서 송달이 가능한 자는 away game을 치루는 것이라고 볼 수 없다는 법관념과 결부되어 있다. 이에 따라 법정지 내에 현존하는 피고는 세계의 어느 곳에서든 발생하는 소송원인과 관련하여 법정지의 인적재판권에 복종하게 되며, 심지어는 소송원인과 관련 없는 법정지에서도 그곳에 현존한다는 사실만으로 인적재판관할권을 발생시킬 수 있다. 다만 현법이 요구하는 적법절차의 원칙상 피고와 법정지와의 관련은, 적어도 소송의 유지가 '페어플레이와 실질적 정의'라는 전통적인 관념을 침범하지 않는 정도이어야 한다. 여기에 우리 나라 법상의 보통재판적과 같은 역할을 하는 미국법상의 일반재판적이 그 주소지에도 불구하고 '법정지와의 계속적이고 유기적인 관련'을 요구하는 배경이 있다.

판례는 일관되게 설사 피고가 주소지가 주 내에 있거나(자연인의 경우), 주 내에서 설립되었거나 주 내에 주요 영업지를 갖고 있는 경우(법인의 경우)일지라도 적법절차의 조항에 의해 피고가 주 내에서 "지속적이며 유기적"인 활동을 하고 있다는 점이 인정될 때에 비로소 일반재판적이 발생한다고 설시하고 있다. 이는 미 연방의 각 州가 독자적인 재판관할권을 행사하는 상황에서 형식적 주소지만을 본거지로 보는 데서 나타날 수 있는 피

고에 대한 관할확대의 위험을 줄이기 위한 불가피한 선택으로 보인다. 이와 같이 일반재판적 발생은 적법절차보장이라는 추가적인 요건을 충족하여야 한다는 내용을 명확히 한 최초의 판결은 *Helicopteros nacionales de Colombia, S.A.v. Hall* 사건²³⁾이다.

페루 석유회사가 페루 내에 파이프라인을 가설하기로 한 공사를 여러 회사가 컨소시움을 구성하여 수주하였는데, 이 페루컨소시움은 휴스턴에 본부를 두고 있던 Joint Venture 형태로 설립되었다. 어떤 콜롬비아회사가 위 페루컨소시움과 계약을 체결하고 공사에 필요한 파이프를 헬리콥터를 이용하여 운반해 주기로 하는 계약을 체결하였다. 그런데 운송업무에 사용되고 있던 콜롬비아 소속 헬리콥터 1대가 페루에서 추락하는 사건이 발생하여 위 컨소시움에 고용되어 있던 탑승인부들(미국국적 소유)이 사망하고, 이들 유족들은 컨소시움사와 텍사스의 헬리콥터제작사 및 콜롬비아 회사를 상대로 하여 텍사스 법원에 소송을 제기하였다. 이에 대하여 콜롬비아 회사는 자신은 텍사스 법원의 재판관할권에 복종할 수 없다고 주장하여 자신들에 대한 원고의 소를 각하시켜 달라는 신청(motion to dismiss the actions for lack of in personam jurisdiction)을 하였다. 그러나 법원은 각하신청을 물리치는 결정을 내렸고, 본안 심리법원은 배심원평결에 따라 원고승소판결을 내렸다. 그러나 텍사스주항소법원은 신청인에 대한 각하결정을 내린 제1심 주법원의 결정을 뒤집고 원고의 소를 각하하는 판결을 내렸으며, 텍사스주대법원 또한 다음과 같은 이유로 항소심법원의 판결을 지지하였다. "피고 신청인의 텍사스주와의 관련성은 미국 헌법상의 적법절차요건을 충족시키기에는 불충분하므로 텍사스법원이 신청인에 대한 인적재판관할권을 주장하기에는 미흡하다. 신청인인 콜롬비아회사의 업무대표자가 운송계약 협상차 휴스턴에 한번 방문했다는 사실만으로는 신청인이 법정지와 '계속적이고 유기적인' 관련을 맺고 있다고 인정하기 어려우며, 이에 따라 그러한 사실을 일반재판적 주장의 근거로 삼을 수 없다 할 것이다. 마찬가지로, 신청인이 텍사스은행 발행어음을 인수하였다고 하여 신청인이 텍사스와 충분한 관련을 맺었다고 볼 수 있는 근거로 삼을 수도 없다 나아가 신청인이 텍사스제작사로부터

23) *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408(1984).

텔리콤퍼 및 관련장비를 구입하였고, 이 과정에서 몇 번의 왕래가 있었다는 사실로 인하여 텍사스 주가 자신의 재판관할권을 주장하기에는 충분하지 않다.”²⁴⁾

3) 체재관할

재판관할권의 발생근거로서의 물리적 현존성은 적법절차의 요건을 만족시켰지만, 이러한 현존의 원칙은 확장 해석되어 이른바, 체재관할권이라는 과잉재판적용을 발전시켰다. 이에 따르면 예컨대 여행도중 잠깐 동안 우연히 머문 장소에서 소장을 송달받으면 그 곳 법원은 그 여행객에 대하여 일반관할권을 행사할 수 있다는 것이다. 1990년 연방 대법원은 *Burnham v. Superior Court of California* 사건²⁴⁾에서 피고가 법정지 내에서 사적으로 송달을 받았을 때 재판관할권이 발생한다고 보는 것을 정당하다는 판결을 내렸다. 그 근거로서 피고의 법정지 내에서의 현존은 공평과 실질적 정의라는 전통적 개념에 상응한다는 점을 지적하면서 사례의 경우는 이 요건을 충족시켰다는 것이다.

(2) 인터넷에서의 일반재판적용의 발전²⁵⁾

1) 인터넷일반재판적용의 의미

인터넷과 관련된 재판관할권 분쟁사례는 대부분 대인재판관할권에 관한 것이다. 대인재판관할권은 원고가 청구소송에서 피고를 어디에서 제소해야 할 지에 대한 지역적 한계를 설정시킨다. 그러한 제한의 의도는 만일 피고가 그 법정지에서 합리적으로 예견할 수 있는 법정지와 관계를 맺고 있지 않거나 또는 접촉을 하지 않았다면 원고가 피고에게 낯선, 그리고 불리한 재판관할 지역에서 그를 제소하는 것을 배제하려는 의도이다.²⁶⁾

일반관할권은 법원에서 피고에 대한 일체의 소송을 심리할 수 있게 해 주는 재판관할권으로 계속적이고 체계적인 접촉을 요구하며 또한 실제적

24) *Burnham v. Superior Court of California*, 495 U.S. 604, 109 L. Ed 631, 110 S. Ct. 2105(1990).

25) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 30쪽 이하.

26) Georgios I. Zekos, Personal Jurisdiction and Applicable Law in Cyberspace Transaction, *The Journal of world intellectual Property*, 2001, p.990.

이어야 하는 데 비해, 인터넷은 그 본질상 전세계적인 접촉을 용이하게 하고 있으므로 이는 대인관할의 요구사항의 골자인 현존하는 당사자요건을 만족시키지 못하고 있어 사실상 단지 인터넷상에서의 접촉으로 일반관할권을 인정할 사례는 없다. 법정지 밖에서의 웹사이트의 운영이 법정지내에서의 판매와 결부되었을 때라도 일반관할권의 주장은 불충분하다는 데 거의 모든 법원은 의견의 일치를 보이고 있는 점에서 알 수 있는 바와 같이 일반관할에 대한 평가기준은 매우 엄격하며, 일반관할권을 부여하기 위한 최소접촉의 시점 기준은 특별관할권이 요구하는 것보다 훨씬 더 높다.

2) *Miezkowski v. Masco Corp* 판결²⁷⁾

유일하게 법정지와 인터넷상의 접촉을 부분적 기초로 하여 비거주자인 피고에 대해 일반관할권을 인정할 경우로 다음과 같은 판결을 들 수 있다.

²⁷⁾ *Miezkowski*의 아들이 마스코사에서 생산한 이층침대로 인해 사망한 사건이 발생했다. *Miezkowski*는 문제의 침대를 버지니아의 개인 상점에서 구입을 했고, 그는 그 침대를 워싱턴디시에 있는 마스코로부터 구입을 한 것이었다. *Miezkowski*가 침대를 구입한 첫날 밤 그의 아들은 문제의 침대를 사용했고, 이층침대 위에서 아래로 내려오려고 하던 중 침대에 목을 매달린 채 사망하게 되었다. 이 사건으로 *Miezkowski*는 마스코를 상대로 텍사스주에 소를 제기하였다. 마스코사는 노스캐롤리나에서 공장을 운영하고 있었다. 원고가 기초로 삼은 피고와 텍사스와의 접촉관계는 지난 6년동안 피고사의 텍사스내에서 판매가 5.7million 달러였다는 점, 1997년 텍사스 거주자와의 717000달러에 이르는 250회의 거래사실, 지난 4년간 텍사스에서의 매출량이 마스코사의 총매출량의 3.4%를 차지하고 있다는 점 그리고 텍사스에 사는 사람들이 접속할 수 있는 웹사이트를 마스코사가 운영하고 있다는 점과 마스코사가 엘파소에 있는 텍사스 공급업자로부터 자재의 2%를 구입하였다는 점을 들었으며, 마스코사는 매년 두 번씩 마스코사에서 제품을 구입한 모든 사람들에게 편지를 보냈다는 사실도 덧붙였다. *Masco*의 웹사이트에서 소비자들은 ①판매되는 상품의 가격, 구조, 디스플레이된 사진 등을 볼 수 있고, ②주문서를 작성

27) *Miezkowski v. Masco Corp*. 997F. Supp. 782(E.D. Texas 1998).

할 수 있으며, ③그들의 주문상황을 확인할 수 있고, ④이 메일을 통해서 Masco의 담당자와 대화를 할 수 있었다.」

법원은 이러한 접촉들이 특별재판관할을 세울 수는 없었으나 인터넷상의 접촉과 인터넷 외에서 이루어진 접촉들의 복합적인 요소가 일반재판관할의 집행에 위한 헌법합치요건을 만족시키기에 충분하다고 판결했다. 사실 원고의 소제기가 그러한 접촉들을 분명히 하고 있지는 않지만, 텍사스 내에서의 매출량과 매출비율로 미루어 볼 때 분명하게 동일한 청구가 텍사스거주자에게 판매한 침대로부터 제기될 수도 있는 문제이며 주어진 원고의 소에 대한 마스코사의 방어 문제 또한 피고가 이미 텍사스 내에서의 침대판매로부터 제기 가능한 소에 대한 방어 문제와 다르지 않으므로 일반관할권의 주장이 적법절차를 위배하지 않는다고 판단한 것으로 분석된다. 법원은 인터넷적인 요소들을 가지고 있는 이 사건에 일반관할권 인정여부를 분석하면서 Zippo의 접근법²⁸⁾을 적용하면서 이 웹사이트는 Zippo의 두 번째 카테고리인 재판관할확장법의 적용이 타당할 수 있는 상호대화형의 웹사이트로 이 웹사이트의 행위들은 전통적인 광고의 차원을 넘어서 현존하는 판결의 다른 사례에서 보다 더 강한 상호대화형이라는 데 초점을 맞추면서 그러나 가장 중요한 것은 인터넷상에서의 접촉에만 기인한 것이 아니라 상호대화형의 웹사이트와 결합되어진 전통적이고 물리적인 접촉들이 일반재판관할권을 세우는 데 충분했다고 판결했다.

그러나 그러한 상황이 일반재판관할권에 대한 International Shoe의 요구를 만족시킨 것으로 볼 수 있는지가 문제이다. 일반재판관할권은 거주자와 같은 현존하는 사실에 따른 주 내에서의 실제적이며, 계속적이고 체계적인 접촉에 기인하는 것을 요구하므로 이 경우에 일반관할권을 부여하는 것은 공평하지가 않다. 원칙적으로 일반관할권에 관한 연방법원의 판례에서 '계속적이고 체계적'이라는 용어에 대한 설명은 재판관할확장의 집행을 정당화할 수 있는 표현으로 막연한 개념이긴 하지만, 어쨌든 그것은 특별재판관할에서 요하는 것보다는 훨씬 높은 기준을 요한다.²⁹⁾

28) Zippo Mfg. Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp.1119(W.D.Pa.1997).

29) 101 Harv. L. Rev. 610 The Myth of General Jurisdiction Mary Twitchell at 926.

2. 대륙법계에 있어서 피고주소지주의재판적

(1) 대륙법계에 있어서 보통재판적

1) 독일과 우리 나라에서의 보통재판적

동일 당사자에 대한 소송 일체를 제기할 수 있는 재판적을 보통재판적이라 한다. 인에 대한 보통재판적의 기능은 다음과 같다. 人에 대한 보통재판적이 주어지는 곳에서 그와 관련한 일체의 소송을 제기할 수 있다. 다시 말하면 어떤 사람에 대한 보통재판적을 갖는 법원은 그 사람을 상대로 하여 제기되는 일체의 소송에 대하여 관할권을 갖는다. 보통재판적의 장점은 동일한 피고에 대하여 그와 관련한 각종의 사건을 한 곳에서 소를 제기할 수 있다는 점에 있다.

대륙법계의 민사소송법은 자연인에 대하여는 그 주소로, 법인에 대하여는 그 주된 사무소 주소로 기준으로 보통재판적을 결정한다. 이를 "피고주소지주의 원칙"이라 하는 데, 이를 채택한 이유는 제소단계에 있어서 당사자의 형평을 고려한 것이다. 원고는 제소여부 뿐 아니라 심판의 대상과 범위까지를 독단으로 결정할 수 있는데 반하여 피고는 원고에 의하여 의무자라고 지목받는 자에 불과하다. 이러한 불형평을 고려하여 away game이 인정된 것이다.

이와 같은 법리는 당사자의 이익이 보다 크게 대립되는 국제관할의 경우에는 더욱 그 타당성을 갖는다. 피고주소지주의의 원칙은 원고의 주소지나 소송당사자의 국적은 관할분배의 기준이 아니라는 내용을 포함한다. 특별재판적에 의하여 재판적이 원고의 주소지와 일치하는 경우에도 관할분배의 기준으로서의 원고 주소지주의가 인정되는 것이 아니라 적정배분이념에 따라 사안근접성 또는 관련성 등의 보충적인 기준이 작용함으로써 나타나는 결과일 뿐이다. 또한 피고가 자국법에 대하여 갖는 중대한 이익과 내·외국인에 대한 동등취급이라는 헌법상의 요청에 비추어 국적을 관할분배의 기준으로 삼을 수 없다.

피고가 자연인인 때에는 그 사람의 주소에 의하여 보통재판적이 결정된다. 단지 주소지만으로 족하므로 국내·외의 주소를 구별하여 취급하지

아니한다. 따라서 한국인이 외국에만 주소를 두고 있는 경우에는 국내에 보통재판적이 생길 여지가 없다. 국내에 거소를 두고 있는 외국인의 경우도 또한 같다. 그러나 내·외국인을 막론하고 국내에 주소를 두고 있지 않는 한, 현재 체류하는 곳만으로는 보통재판적이 생기지 아니한다. 현재지는 상거소개념으로 볼 수 없다는 것이 일반적인 견해이다³⁰⁾.

국가를 제외한 국내의 각종 법인, 지방자치단체 그리고 당사자능력이 인정되는 단체(법인격 없는 사단·재단, 정당 또는 노동조합 등)의 보통재판적은 그 주된 사무소 또는 영업소의 소재지에 따라 결정된다. 어디가 주된 사무소 또는 영업소인가는 법정지의 법에 따라 결정될 것이다. 통상적으로, 우선 동기·공시된 정관의 규정에 의한다. 정관에서 주된 사무소·영업소의 소재지를 정하고 있지 아니한 경우에는 사실상의 주된 사무소 또는 영업소가 그 기준이 된다. 그러나 정관이 객관적으로 주된 사무소 또는 영업소가 소재하는 곳 이외의 곳을 주된 사무소 또는 영업소로 규정한 경우에는 정관상 주된 영업소와 사실상 주된 영업소가 소재하는 곳에 보통재판적이 결합된다고 보아야 할 것이다.

2) 유럽연합의 피고주소지주의재판적의 특성

유럽연합 국가 내에 주소를 두고 있는 자가 (지적재산권침해) 소송의 피고가 된 때에는 자신의 주소지 법원의 재판관할에 복종하여야 한다. 물론 이로써 피고는 자국 법원 중 자신의 주소지관할 법원에서만 제소될 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 브뤼셀협약 제2조 제1항은 주소지국 법원의 국제관할만을 규정하고 있을 뿐이므로 자국의 어느 법원이 토지관할을 갖는가의 문제는 그 나라의 국내법에 좇아 결정할 문제이다. 국제관할과 아울러 토지관할을 정하는 규정은 협약 제5조 이하의 특별재판적에서 인정되고 있다.

협약에 따른 국제관할의 결정에 있어 가장 중요한 연결점은 피고의 주소지이다. 피고는 그가 주소를 가지는 국가에 보통재판적을 가지며 그 국가가 그에 대해 일반관할을 가진다. 제2조 제1항, 피고가 주소를 가지고 있다고 주장된 제약국의 법원은 피고가 주소를 가지는지의 여부를 결정

30) 동지, 판윤직, 민법총칙, §69II; 이영준, 민법총칙, §182 2.

함에 있어서 자신의 국내법을 적용한다. 회사나 기타 법인의 경우 그 본거지를 주소로 취급한다. 본거지를 결정함에 있어서는 각 계약국의 국제사법규칙을 적용하도록 규정하고 있다.³¹⁾

한편, 협약 제3조 제2항은 각 계약국이 적용하고 있는 과잉관할의 적용을 배제하고 있다. 과잉관할의 대표적인 것으로서 협약은 재산소재지의 관할을 규정하는 독일 민사소송법 제23조, 원고가 프랑스인임을 근거로 프랑스의 관할을 인정하는 프랑스 민법 제14조 및 제 15조와 피고가 영국에 일시 체재하는 동안에 한 소장의 송달 등을 근거로 한 영국의 관할 규칙 등을 예시하고 있다.

만일 피고가 협약국가 내에 주소를 두고 있지 않은 경우에는, 제16조의 전속관할에 해당하는 경우를 제외하고는 각 협약당사국의 국내법에 의하여 재판관할권을 인정해야 한다.

(2) 보통재판적의 인터넷에의 적용문제

1) 피고주소지주의원칙의 적용

가) 직접적용

피고주소지주의 원칙을 채택하고 있는 우리 나라를 포함한 독일 등 대륙법계 국가에서는 인터넷의 재판관할에 대해서도 그대로 적용될 수 있음은 의문의 여지가 없다. 인터넷에서의 재판관할 확정 문제는 특별재판적, 그 중에서도 불법행위지재판적을 어떻게 제한할 것인가 또는 산재하는 손해 중 어느 범위까지 불법행위지재판적을 가지는 법원이 심판할 수 있도록 할 것인가에 관한 문제가 그 특색을 이루기 때문이다.

나) 특별재판적과의 경합

자신의 주소지국이 아닌 협약국가에서 불법행위를 한 자는 협약 제2조에 따라 그 협약국에서도 피고가 될 수 있다. 통상적인 경우 불법행위자는 다른 나라보다는 자국에서 소송을 수행하고자 한다. 이 목적을 달성하기

31) 석광현, 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체 협약, 국제사법연구 제2호, 길안사, 1997.

위하여 불법행위자 특히 특허권침해자는 다른 협약국에서 소송이 제기되기 전에 자국의 법원에 소극적 확인의 소를 제기하는 경우가 많다. 주소지국에서 소극적 확인의 소를 제기한 후에는 다른 협약국에 이행의 소를 제기하더라도 주소법원은 협약 제21조에 따라 자신에게 재판관할권이 없다는 선언을 하여야 한다. 유럽재판소의 견해에 따르면, 먼저 제기된 소가 소극적 확인의 소에 불과한 경우에도 협약 제21조를 적용하는 데 문제가 없으며, 결국 확인의 소와 이행의 소는 동일한 소송물을 구성한다는 이유로 중복제소의 법리를 적용한다. 협약 제21조의 규정취지는 판결간의 저축을 피하자는 데에 있다. 서로 다른 협약국에서 내려진 판결이 서로 상충된다면 협약 제27조 제3호의 규정에 따라 각 협약국은 상대국의 판결을 승인하지 않아도 무방하기 때문이다. 이러한 이유로 유럽재판소는 소극적 소송 다음에 제기되는 이행의 소의 경우에 협약 제21조를 적용시키는 것이다. 따라서 예컨대 영국기업이 자신의 특허권을 독일 사람이 독일에서 침해하고 있다고 주장하여 독일법원에 특허침해소송을 제기할 움직임이 보이면, 영국기업은 자국법원에 소극적 확인을 청구하는 소송을 제기하여 독일에서의 소송수행을 피할 수 있게 된다.

2) 헤이그신협약(가안)에서의 논의현황

2001년 6월 20일 민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행에 관한 통일 규정을 만들고자 소집된 헤이그 국제사법 외교사절단 회의의 토론에서도 1999년 협약가안과 마찬가지로 이번 외교사절단 회의에서도 일반재판관할을 피고법정지(defendant's forum)로 채택하는데 합의를 보았다(가안 제3조). 자연인의 경우 주소(domicile)가 아니라 피고의 상거소(habitually resident) 소재지 법원이 일반관할을 가지며, 법인의 경우 법정주소지(statutory seat)가 있는 국가의 법원, 설립 또는 형성과정에 적용된 법의 국가의 법원, 중심적인 영업장소가 있는 국가의 법원, 중요한 영업소재지가 소재한 국가의 법원이 재판관할권을 갖는다.

이번 회의에서 합의를 이루지 못한 쟁점은 habitually resident에 대한 기술적인 해석문제와 함께 자연인의 경우 하나의 국가에만 거주하

는 거주자인 경우에는 그 국가의 법원이 관할권을 가지나, 한 개 이상의 국가에 거소를 가지는 경우에는 주요 거주지가 있는 국가에, 또는 어느 한 국가에도 주요 거주지를 갖지 않는다면 어느 거주지의 국가에나 소를 제기할 수 있다는 사항이다.³²⁾

제 2 절 특별재판적³³⁾

1. 미국법상 역외자의 불법행위에 기한 인적특별재판관할권의 발생근거

(1) 인적특별재판적 인정요건

1) 발생요건

그러나 비거주자에 대한 인적재판권은 위의 일반재판적 보다는 특별재판적을 통하여 인정되는 것이 보통이다. 특별재판적은 법정지 외에 거주하는 피고가 법정지와 특별한 관련이 있다고 인정되는 경우에 발생된다. 여기서도 물론 적법절차의 원칙상 최소관련이 요구되며, 이를 판단하는데 있어서는 피고, 법정지, 소송과의 상호관계를 고려하여야 하며, 특별재판적에 의한 인적관할권이 인정되는가의 여부는 비거주자에 대하여 인적재판관할권이 있다는 법정지의 주장이 적법절차와 합치하는가의 여부에 의하여 결정된다. International Shoe사건이 도입한 minimum contacts이론에 힘입어 Long Arm-Statutes가 풍미하게 되자, 연방대법원은 Purposely Availment-Test와 Stream of Commerce-Theory로 적법절차와 관련한 헌법적 요건을 구체화시켰다. Hanson v. Denckla 판결³⁴⁾에서 연방대법원은 피고에 대한 재판관련성이 인정되기 위해서는 피고가 법정지법이 가져다 줄 수 있는 이익과 보호를 기대하면서 법정지 내에서 스스로 이익추구행위를 획책하였어야 한다고 판시하였으며, World-

32) summary of the outcome of the discussion in commission II of the first part of the diplomatic conference for Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters 6~20 June 2001 in Hague

33) 계약에 기초한 인터넷재판관할문제는 다루지 않기로 한다.

34) 357 U.S. 235(1958).

Wide Volkswagen v. Woodson³⁵⁾에서는 피고가 자신이 제조한 물품을 법정지국에 유통시키고, 그곳에서 소비자들이 사들일 것이라고 예상한 경우에는 유통지 관할법원은 유통시키 제조자에 대한 재판관할권을 갖는다고 판결하였다. 물론 이 "stream of commerce"이론은 그 후 Asahi 판결³⁶⁾에서 제조물이 판매경로를 통하여 미국시장에 유입되리라고 단순히 인식한 것만으로는 최소관련성이 없다고 판시함으로써 그 적용가능여부가 미궁에 빠져 있는 상태이다.

일반관할권이 인정되지 않고, 소송이 역외자인 피고가 법정지와 가진 접촉에 기하거나 관련된 경우, 당해 행위에 관한 분쟁에 대하여 당해 법정지의 법원에 특별히 인정되는 관할권을 특별관할권이라고 한다.³⁷⁾ 계약과 관련된 분쟁의 경우에는 당해 주 내에서 체결되는 일체의 영업상의 거래를, 불법행위에 기한 소송의 경우 당해 주 내에서 자행된 불법적인 행위를 기준으로 하여 특별재판관할권을 발생시킨다. 특별관할권은 법정지 비거주자에 대한 대인 관할권의 주장이 재판관할확장법에 따르는지의 여부, 적법절차조항에 합치하는지의 여부를 밝혀야 한다³⁸⁾.

International Shoe 판결이후 최소관련이론을 통한 관할권의 확대 경향은 이후 미국 각 주의 관할입법에 반영되어 미국 내의 대부분의 주들은 주내에 거주하지 않는 역외자에 대하여도 재판관할권을 확대하여 인정하는 재판관할확장법(long arm statutes)을 제정하게 되었다. 이러한 법은 피고가 비록 법정지에 소재하고 있지 않더라도 법정지와 피고의 연관이 일정한 법적 기준을 충족하는 때 비거주 피고인에 대하여 관할권을 확대하여 인정하는 것이다. 이러한 각 주의 재판관할확장법은 재판관할의 적용범위를 인정하기 위한 '최소한도의 연관성 원칙'을 명문의 법률규정으로 구체화하는 것이다.³⁹⁾ 이렇게 입법에 의하여 재판관할권을 정하는 경

35) 444 U.S. 286(1980).

36) Asahi metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court, 480 U.S. 102(1987); 김용진, 국제민사소송전략, 1997, 15쪽 이하.

37) Resuscitation Inc. v. Continental Corp., 1997 U.S. Distr. Lexis 3523
Digital Equipment Corp. v. Altavista Inc., 1997 U.S. Distr. Lexis 3457.

38) Asahi Co. v. Superior Ct. of California, 480 U.S. 102.

39) 우지숙/민은주/석광현/권현영, 인터넷상 국가간 법적 관할권과 준거법 및 시행에 관한 연구, 정보통신정책연구원, 1999, 43쪽

우 관할권의 범위를 캘리포니아나 뉴저지주와 같이 단지 헌법상의 적법 절차의 준수만을 규정해 놓거나, 텍사스주에서와 같이 일반적인 판단기준으로서 주 내에서 사업을 영위하고 있는 자로 규정하거나, 또는 콜롬비아와 뉴욕주와 같이 주 법원의 재판권이 역외주민에게 미치는 경우를 열거적으로 상세히 규정하는 등 일정하지 않으나, 각 주법원은 그 범위를 넓게 해석하고 있는 실정이다⁴⁰⁾.

법정지의 특별재판관할권이 적법절차조항에 합치되는가는 법정지와 피고와의 최소관련을 요하고, 피고에 대한 청구원인이 그와 관련성이 있는가의 여부, 피고에 대한 관할권의 주장이 공정하고 실질적 정의에 부합되는지에 따르게 된다.⁴¹⁾

사람이나 물건이 주내에 존재할 것을 요하는 현존의 원칙은 사회적, 기술적 변화로 인한 국경을 넘나드는 거래관계의 보편화로 인해 수정의 도전을 받게 되었다. 엄격한 속지성에 근거를 두었던 Pennoyer의 “현존의 원칙”은 1945년 international shoe사건을 계기로 결정적인 변화를 겪게 된다. 이 사건에서 대법원은 “피고가 법정지 내에 존재하지 않는다고 하더라도 ‘공정과 실질적 정의’의 관념에 비추어 볼 때 법정지가 위치한 주와 최소한의 관련성을 가지고 있으면 헌법상 적법한 재판관할권을 갖는다”라고 판시하였다. 피고, 법정지, 그리고 소송원인과의 최소관련이 인정되기 위해서는 피고가 법정지 내에서 활동하는 결과 발생하는 특권을 의도적으로 이용하여 그 법정지의 법에 의한 특혜와 보호를 누렸어야 함을 요건으로 하고 있다. 최소관련이 존재하는가의 판단은 첫째, 주 내에 거주하지 않는 피고는 법정지에서 특정한 행위를 하거나 특정거래를 완료하거나 법정지에서 행한 행위의 결과 발생하는 특혜를 의도적으로 이용하는 행위를 하여 법정지가 제공하는 이익과 보호를 누렸어야 한다. 여기서 피고의 의도적 이용 여부는 “Effect Test”에 의해 평가되는데 이때는 의도적으로 행위하였는가의 여부, 특정한 법정지를 명백히 목적으로 했는가의 여부, 발생한 피해가 법정지에서 느껴지고 사실 피고가 법정지 내에서 느껴지리라 알고 있었는가의 여부를 판단하게 된다. 둘째, 소송청

40) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 24쪽 이하; 김용진, 국제인사소송전략 - 국제소송실무가이드 -, 신영사, 1997, 92쪽.

41) Cody v. Ward., 954 F. Supp. 43

구는 피고의 법정지 관련활동에 기한 것이거나 그 결과이어야 하며, 셋째, 관할권의 행사를 합리적으로 할 정도로 피고의 행위와 법정지간의 충분하고도 상당한 관련이 있어야 한다.

법원은 피고에 대한 재판관할권의 주장이 공정하고 실질적 정의에 합당한가를 분석하기 위해 다음의 다섯 가지 요인을 고려한다.⁴²⁾ 첫째, 법정지 내에서의 소송에 대한 피고의 방어부담, 둘째, 분쟁을 재판함에 있어 법정지가 갖는 이해관계, 셋째, 편리하고 효과적인 해결을 함에 있어서 원고의 이해관계, 넷째, 가장 효과적인 분쟁해결을 얻는 데 있어서의 법정지 내의 사법제도의 이해관계, 다섯째, 근본적이고 실제적인 사회정책에 있어서의 여러 주장 갖는 공통의 이익 등이다.

미국의 대외관계법에 관한 제3차 Restatement 제421조 제1항에 따르면 국가와 사람 또는 물건에 대한 관계에 비추어 재판관할권의 행사가 합리적인 것으로 인정될 때 국가는 법원을 통하여 그 사람이나 물건에 대하여 재판관할권을 행사할 수 있다고 규정한다. 다시 Restatement § 421(2)은 다음과 같은 경우에는 재판관할권의 행사가 합리적인 것으로 본다. (f) 판결과 관련된 선박, 항공기, 기타 운반수단의 경우 국가의 법에 의하여 등록된 경우, (i) 자연이든 법인이든 국가에서 활동을 해 온 경우에는 그 활동과 관련하여서만 관할권이 인정, (j) 자연이든 법인이든 국내에서 실재적, 직접적, 예측 가능한 효과를 가져오는 활동을 국외에서 한 경우에는 그 활동과 관련된 범위에서만 인정, (k) 재판의 대상이 국내에서 소유되거나, 점유되거나 사용된 경우에는 그 물건과 합리적으로 연관된 주장에 대해서만 인정.

2) 제조물책임과 Stream of Commerce⁴³⁾

국제적인 통상이 증가되고 있는 상황에서 발생되어지는 설외사적 사건으로 전세계가 관심을 가지고 있는 사안인 제조물책임은 결함상품에 의하여 손해를 본 피해자가 생산자 또는 상품공급자에게 손해배상을 요구하는 책임부과의 문제이다. 이 경우 역외의 제조자는 제조물이 법정지주

42) Georgios I. Zekos, Personal Jurisdiction and Applicable Law in Cyberspace Transactions, The Journal of World Intellectual Property, p.991

43) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 51쪽.

에서 판매될 수 있을 것이라는 예견 하에 물건을 유통시킨 것만으로 최소관련성에 따른 책임을 지게 된다. 이는 구매지의 주소나 물건의 판매장소에서 발생될 수 있는 소송비용 등은 판매영업비용의 일부로 당해 지역에서 판매이익을 노리는 제조자가 부담해야 한다는 경제적인 사고에 근거하고 있다. 그러나 실제로 영업을 하고 있지 않은 곳에서 피고가 될 수 있다는 제조자의 불이익은 결코 간과될 수 없음에도 불구하고 판매는 유통과정이론을 고수하고 있으며 이는 때로 헌법상의 적법절차와 관련하여 의문이 제기되기도 한다.

헤이그 신탁약에서는 제조물책임과 관련된 불법행위에 대해 예견가능성이 있는 경우에 한하여 관할을 인정하자는 견해가 유력하게 제기되었으며, 브뤼셀협약 불법행위에 관한 제5조 3항에 따르면 가해행위지에 관할을 인정하면서 행동지와 결과발생지가 일치하지 않을 경우 원고의 선택에 따라 소송을 제기할 수 있게 하고 있다. 이 경우 피고가 그의 행위가 그 곳에서 결과를 발생시킬 것을 예견할 수 없었음에도 불구하고 결과발생지 국가에 국제관할을 인정하게 되어 지나치게 원고에게 유리하다는 비판을 받고 있다.

미국에서는 제조물책임에 따른 국제관할에 인정여부에 대해 Gray판결⁴⁴⁾ 이후 World-wide Volkswagen Corp. v. Woodson⁴⁵⁾, Asahi Metal Industry co. v. Superior Cour⁴⁶⁾을 따라 변화를 겪으면서 제조물이 유통과정을 통하여 미국시장에 유입되리라는 단순한 인식만으로는 최소관련성이 없다는 판결 이후 유통과정이론, 예견가능성, 의도적 이용의 유무를 기초로 국제관할의 유무를 판단하고 있다.

(2) 인적특별재판적의 인터넷재판관할에의 적용과 그 수정

1) 현존의 원칙의 수정

종래 미국의 관할원칙은 법정지국이 자신의 관할을 주장할 때, 바꾸어 말하면 피고에게 송달이 된 시점에 피고가 물리적으로 어디에 존재하는

44) Gray v. American Radiator & Standard Sanitary Corp., 22 III. 2d 432, 176 N.E. 2d 761(1961)

45) World-wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286(1980)

46) Asahi Metal Industry co. v. Superior Cour, 480 U.S. 102(1987)

가는 점을 그 결정 기준으로 삼았다. 피고가 역내에서 송달된 때는 그가 비록 역외에서 살고 있다 하더라도 재판관할권이 인정되었다. 이와 병행하여 원고청구의 근거가 되는 행위가 어디에서 이루어졌는가의 문제도 관할결정요소로 인정되었다. 주의의무를 결한 행위가 자행된 곳, 손해가 발생된 곳, 상표권이 침해된 곳 등이 인적 및 법적용관할권의 판단기준으로 작용하였다.

그런데 기술의 발달로 당사자간 또는 당사자와 법정지간의 물리적 접촉의 필요성이 감소됨에 따라 피고의 현존만으로 관할권발생의 원인으로 삼을 수 없게 되었고, 종래의 공간개념을 뛰어넘은 인터넷상의 가상공간은 관할권발생근거로서의 행위개념까지도 뛰어 넘었다. 예를 들어, 뉴욕주의 의사가 캘리포니아주에 살고있는 환자가 통신으로 올려놓은 상세한 병상정보를 이용하여 그 환자를 진료하고 약처방을 하였다면, 뉴욕주의 의사는 캘리포니아주환자를 상대로 뉴욕주 법원에서 진료비청구소송을 제기할 수 있다고 보아야 하지 않을까? 이를 인정하는 경우에는 관할권발생의 근거를 종래의 영토주의적 사고에 입각한 현존의 원칙이나 행위이론 대신에 인터넷상 관할권 인정의 새로운 패러다임이 요구된다고 보아야 할 것이다.

2) 인터넷 이전 고의에 의한 불법행위 -일반 출판물에 의한 명예훼손: 효과이론의 발전⁴⁷⁾

Calder v. Jones 사건⁴⁸⁾은 캘리포니아에 거주하는 원고가 플로리다에 본거지를 두고 있는 자신의 명예를 훼손시킨 플로리다 신문뿐 아니라 신문 리포터와 편집자를 캘리포니아 지방법원에 제소한 사건으로, 법원은 역외자인 피고에 대한 재판관할권은 피고의 의도적인 불법행위요건, 피고의 명백한 법정지거냥 행위, 그 행위가 법정지 원고에게 피해를 입힌 원인이 되었고, 그 행위의 파급효과를 피고가 알았을 것을 만족시킬 때 발생한다고 판시하면서, 이 사건의 경우 첫째, 원고가 캘리포니아에 살고 있으며, 그 곳에서 직업을 가지고 있고, 경력의 대부분을 법정지인 캘리포

47) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 39쪽.

48) Cader v. Jones, 465 U.S. 783(1984)

니아에서 보냈으며, 캘리포니아에서 직업적인 명성에 피해를 받는 등 소송과 관련된 모든 것들이 캘리포니아에 관련되어있다는 점과 둘째, 피고가 글을 쓴 것도 의도적 행위였고, 명예훼손도 의도적인 불법행위였으며, 캘리포니아에서의 손해의 원인도 의도적인 피고의 행위에서 유발되는 등 피고가 의도적으로 캘리포니아 피고를 겨냥했으므로 그 곳에서의 재판관할권의 인정은 타당하다고 판결했다.

3) 고의에 의한 불법행위의 인터넷에서의 범리발전

가) 인터넷에서의 인적특별재판적의 발생 - 고의에 의한 불법행위 -

Calder v. Jones 사례에서 개발된 “효과이론”은 피고가 의도적으로 법정지에서 피해를 야기시키려 했거나 야기시켰다면 그는 그 법정지의 재판관할권에 복종해야 한다는 법리적인 근거가 된다. Calder에 의한 효과이론은 그 영역을 인터넷관련 불법적 명예훼손을 넘어 지적재산권과 상업적 행위에 의한 분쟁에까지 범위를 넓혀가고 있다. 대부분의 재판관할확장법은 주 내에서 영업을 하거나, 불법행위를 행한 피고에 대하여 관할권을 행사할 수 있다고 규정하고 있으므로, 이 두 기준을 적용하여 인적관할권의 존부를 확정하였다. 일정한 지역을 겨냥하여 고의적으로 불법행위를 한 자는 그 지역의 재판관할권에 복종한다는 법리적 근거로서 발전한 이른바 효과이론(effect doctrine)에 따르면 의식적으로 법정지의 영토를 겨냥하여 자행한 불법행위는, 불법행위자가 그 행위에 따른 손해발생적 결과를 예상할 수 있었다면 겨냥된 법정지의 재판관할권을 발생시킨다⁴⁹⁾. 이 이론을 온라인 분쟁에 도입한 대표적인 판결로 Panavision Internatinal v. Toeppen 사건⁵⁰⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 피고는 “panavision.com”을 포함한 수십개의 도메인네임을 선점하여 놓았는데, 캘리포니아주 기업 Panavision International은 피고의 행위는 자신의 상표권에 대한 침해라고 주장하면서 캘리포니아 법원에 소를 제기하였다. 캘리포니아지역 연방항소법원은 이 사건은, 피고의 경제활동이 헌법상 적법절차요건인 minimum contacts를 발생시킬 수 있는가에 대

49) Calder v. Jones, 465 U.S. 783(1984).

50) 141 F.3d 1316(1998).

한 문제를 다룬 Bensusan Restaurant판결 및 Compuserve판결의 경우와는 달리, 피고 Toepfen은 법정지(원고주소지관할법원)내에서 어떠한 영업거래도 하지 않았다고 구별하면서, 피고가 도메인네임을 등록하여 원고에게 금전적 대가를 강요한 행위는 효과이론에 따라 손해발생지, 당해 회사의 주소지 및 원고의 경제활동중심지에서 피고에 대한 재판관할권이 발생한다고 판결하였다.

효과이론이 고의에 의한 불법행위책임을 그 적용범위로 한다는 사실은, 권리자인 원고회사가 상표권침해혐의자인 피고회사를 자신의 주 법원에 침해소송을 제기하였지만 피고는 원고가 자신과 유사한 상표를 사용하고 있다는 사실을 알지 못하였기 때문에(Cybersell판결에서 제시되었던 "something more"의 의미에서의) 효과이론의 요건을 갖추지 못하였다고 판단하여 panavision판결을 인용한 원고의 관할권 주장을 배척한 Nissan판결⁵¹⁾에서 확인할 수 있을 것이다.

이로써 Cader v. Jones 사건에 따른 효과이론(Effect Doctrine)은 고의에 의한 불법행위책임을 법리적인 근거로 인터넷상의 명예훼손, 사이버해적행위, 나아가 Zippo Test의 단점을 보완해 가며 인터넷에 근거한 많은 분쟁 사례에서 특별인적관할권을 확정짓는데 중요한 이론으로 자리 잡게 되었다.

나) 명예훼손사건(Blumenthal v. Drudge and America Online⁵²⁾)에서의 관할권 인정 사례

원고는 백악관의 고용인으로 1985년이래 계속적으로 DC에서 살고 있었으며, 피고 Matt Drudge는 메릴랜드 태생으로 1987년이래 캘리포니아에 거주하고 있었다. 1995년 초 피고는 할리우드와 워싱턴의 소문을 다루는 'Drudge Report'라는 전자출판 가십지를 창간하였고, 피고의 웹사이트에는 누구나 별도의 무상으로 인터넷을 통해 접근할 수 있었다. 1997년 원고의 명예훼손을 담고있는 Drudge Report는 DC지역 내에서 인터넷을 통해 유포되었고, 정치적 가십거리의 내용은 DC에 살고 있는

51) Nissan Motor Co. v. Nissan Computer Corp., 2000 WL 305744(C.D. Cal. 2000).

52) 992 F. Supp.44(D.C. 1998)

사용자들을 위해 작성되었다. 또한 이 기사가 피고의 웹사이트에 올려져 있는 동안 그 기사는 e메일을 통하여 구독자들에게 배포되었다. D.C.의 관할확장법에 따라 피고에 대한 인적관할권이 확립하려면 원고는 ①원고가 DC에서 불법행위에 의한 피해를 입었다는 사실, ②원고가 입은 피해가 DC외에서의 피고의 작위, 또는 부작위에 기한 것이라는 사실, 및 ③ 피고가 다음 세 가지 형태 중 하나로 DC와 관련이 있다는 사실을 제출해야만 했다: (i) DC에서 정기적으로 영업을 하거나 영업을 구한다; (ii) DC에서 다른 지속적인 일련의 행위에 종사한다; (iii) DC에서 사용되거나 소비된 상품, 공급된 서비스로부터 상당한 이익을 얻는다. 지방 법원은 DC의 원고가 전송행위에 의해 야기된 불법적인 권리침해를 당했으며, 문제의 보고서가 LA에 위치한 피고의 컴퓨터에서 피고에 의해 작성·출판·전송되었고, 피고 웹사이트의 상호작용성-피고가 AOL, 전자우편, www.을 통하여 DC의 거주자들에게 drudge report를 정기적으로 배포한 사실 등을 근거로, 피고가 지속적인 형태로 DC와 관련되어 있었다고 지적하여 자신은 피고에 대한 인적관할권을 행사할 수 있다고 선언하였다.

4) 유통과정이론과 인터넷

제조물이 법정지에 유입되어 판매되었을 때 부품업자가 간접적인 이익을 얻게되므로 유통지에서의 관할을 인정해야 한다는 유통과정이론이 예견 불가능한 관할로 확장시키듯이 웹사이트 운영자 역시 웹사이트를 인터넷에 올려놓는 순간 전세계적으로 접근 가능한 상태에 올려놓게 되어 범세계적 법원의 재판관할이에 복종하여야 하는 부담을 안게 된다. 다음의 *Bensusan Restaurant Corp. v. King*⁵³⁾사건에서 채택된 유통과정이론은 인터넷관할에서의 채택가능성을 높이고 있다.

「1500마일 떨어진 미주리주와 뉴욕에 있는 두 개의 Blues클럽은 클럽의 이름을 인터넷상상표권 침해분쟁의 도마에 올려놓았다. 뉴욕의 남부지역 판사는 미주리주 피고의 단순한 광고와 정보만을 담은 웹사이트 운영

53) *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295(S.D.N.Y. 1996), *aff'd*, 126 F.3d 25(2d Cir. 1997)

만으로는 뉴욕주에 재판관할권을 부여하기는 불충분하다는 입장을 취하였다. 법원은 웹사이트의 장소(피고가 거주하고 있는 미주리주에 또는 사이버스페이스), 사이트가 의도하는 사용자들, 그리고 사이트의 목적과 본질에 초점을 맞추었으며, 실제로 문제의 사이트는 거의 독점적으로 미주리주의 거주자들을 겨냥하고 있었다. 비록 인터넷의 본질상 뉴욕의 거주자들이 미주리주의 거주자들만큼 그 사이트에의 접속이 용이했지만 뉴욕의 거주자들을 겨냥하고 있지는 않았다. 지방법원은 Asahi판결을 인용하면서 유통과정에 상품이 놓여있는 것과 같이 웹사이트를 운영하는 것은 비록 전세계 어느 곳에서나 웹사이트가 접속이 되겠지만 단순한 웹사이트의 운영만으로는 의도적으로 법정지의 지향행위로 볼 수 없다고 하였다.」

5) 평가 및 정리 - 겨냥 -의 의미

흔히 인터넷상 재판관할권 인정에 관하여 역외인이 법정지를 겨냥하여 인터넷에 의한 법정지와의 관련을 통하여 일정한 이익을 향유하고자 할 때 적법절차의 충족요건인 최소관련성이 인정된다. 겨냥의 스펙트럼의 한쪽 끝은 단지 웹사이트를 개설하여 놓은 경우이며, 또 다른 한쪽 끝은 웹사이트를 일정한 영역의 사람들만으로 제한하여 운영하거나 아니면 주로 이들을 상대로 운영하는 경우이다. 웹사이트 자체를 보유하고 있다는 것만으로는 그 웹사이트가 전세계 지역을 겨냥하고 있다고 볼 수 없으므로, 인터넷으로 연결된 세계도처국가가 자국법원의 재판관할권을 주장하기는 어려울 것이다. 이에 반하여, 지역을 한정하여 웹사이트를 운영하는 것은 그 지역을 겨냥하였다고 볼 수 있을 것이다. 예컨대, 프랑스 내에서 개설한 사이트가 프랑스화표시 가격으로 중권매도 청약을 하고 프랑스 조세정보를 제공하고 있다면, 이 사이트는 적어도 프랑스를 겨냥했다고 말할 수 있을 것이다. 그런데 이 사이트를 프랑스어를 사용하고 있는 모로코에서 접속한 경우는 프랑스 사이트보유자는 모로코를 겨냥하였다고 볼 수 있을까? 만약 사이트 운영자가 상대방이 모로코 시민이라는 사실을 알면서 판매했다면 모로코는 중권판매업을 하는 그 사이트의 겨냥지라고 말할 수 있을 것이다. 물론 모로코인이 주문을 하면서 프랑스 국적과 프

랑스 주소라고 속이는 경우 사이트 운영자의 선의를 인정할 수 있게 될 것이다.⁵⁴⁾

이러한 변화는 종래 계약관계의 존재만으로는 역외거주자에 대한 특별 인적재판관할권을 인정하지 않았던 원칙⁵⁵⁾을 벗어나 피고인 웹사이트 운영자가 법정지 내에 있는 원고 또는 다른 거주자와 계약을 맺는 등 역내 거주자와 계약관계가 성립되어 있는 때에는 거의 예외 없이 피고에 대한 재판관할권을 인정하는 방향으로 발전해 가고 있다.

2. 대륙법계에서의 불법행위지재판적

(1) 불법행위지재판적의 발전현황

1) 일반원칙

대륙법계국가는 불법행위지재판적을 규정한다. 관할을 발생시키는 불법행위지는 가해행위지 뿐만 아니라 법익침해지(결과발생지)⁵⁶⁾를 포함하며, 두 곳이 다른 장소인 경우에는 관할경합이 인정된다.⁵⁷⁾ 이로써 원고는 흔히 자신의 주소지에서 불법행위책임을 물을 수 있게 된다. 이 같은 토지관할의 원칙을 국제관할에 그대로 적용하는 경우 불법행위지는 여러 나라에 걸쳐 발생할 수 있으므로, 원고의 (섭외적) 권리실현에 이바지하며 특히, 피해자의 저축법적 선택권과 맞물려 관할법원과 준거법을 합치시킬

54) Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by Internet, London Meeting Draft, ABA Global Cyberspace Jurisdiction Project, 2000, 29쪽 이하 참조.

55) 이에 반하여 호주의 경우에는 소비자 계약은 소비자가 판매자의 승낙을 받은 시점과 장소에서 체결되며 이 장소는 곧 관할권의 기준이 되며, 브라질, 콜롬비아 등의 국가도 청약자의 주소를 근거로 관할권을 인정하고 있다. 다른 한편, 대륙법계 국가 및 브뤼셀 협약에서도 문제되는 계약적 의무를 이행하여야 할 곳을 재판관할권발생의 기준으로 채택하고 있다.

56) 법익침해지는 법익이 침해된 곳을 의미하여 법익침해로 인하여 발생하는 그 이후의 손해가 나타나는 곳인 손해발생지와 구별되어야 한다. 따라서 이하에서는 민사소송법 제16조와 관련하여 사용하고 있는 가해행위지와 손해발생지(이시윤, 103쪽; 주석 민사소송법/박우동·강현중, §16(三))를 가해행위지와 법익침해지로 이해하여 사용하기로 한다.

57) 이시윤, 103쪽; 위 주석 민사소송법, §16(3).

수 있게 하여 적정판결을 보장할 수 있다. 다른 한편 그러한 재판적의 경합은 법정사냥을 촉발시키고, 특히 불법행위가 여러 나라에 걸쳐 발생하는 경우에는 피고는 법적 무방비상태에 놓이게 된다. 이에 따라 피해자인 원고의 이익 뿐 아니라 방어를 예상할 수 없는 공격으로부터 보호되어야 하는 피고의 이익 또한 존중되어야 한다. 여기서 토지관할을 국제관할에 확대 적용하는 데 있어서는 피해자의 무제한적인 선택권을 저촉법적인 면에서 뿐만 아니라 관할법적인 측면에서도 일정한 제한이 필요하지 않는가 하는 문제가 제기된다.

2) 입법례

불법행위에 의한 국제관할을 인정하는 입법례는 크게 두 개의 유형으로 나눌 수 있다. 그 하나는 스위스유형으로 자국에 거주하는 피고의 보호를 우선하여 피고의 주소지를 불법행위지로 하며, 자국에 거주하지 아니한 경우에 한하여 가해행위지와 법익침해지의 경합을 인정하는 경우이다. 저촉법적으로는 법익침해지를 불법행위지로 규정하는 스위스 국제사법법(Art.133 II 2 IPRG)에 따르면 불법행위에 기한 소송과 관련하여서는 피고의 주소지가 스위스 내에 있는 한, 피고주소지의 스위스 법원에 국제관할이 발생하며(동법 제129조 제1항), 피고가 스위스 내에 주소지 동을 두고 있지 아니한 경우에 한하여 동조 제2항에 따라 스위스 법원은 가해행위지 또는 법익침해지를 이유로 재판관할권을 행사할 수 있다. 외국법원의 간접관할은 가해행위지 또는 법익침해지에 기하여 내린 외국판결에 대해서는 피고의 주소지가 스위스 내에 없는 경우에 한하여 승인함으로써(동법 제149조 제2항 f호) 크게 제한되어 있다. 이에 반하여 대부분의 국가에서는 피고의 주소지뿐만 아니라 가해행위지와 법익침해지 법원에 국제관할의 경합을 인정한다.⁵⁸⁾ 불법행위의 특성에 비추어 가해행위지와 법익침해지를 불법행위지에 포함시켜야 할 것이다. 가해행위지만을 불법행위지로 보는 경우에는 불법행위지재판적은 피고의 보통재판적과 합치되는 경우가 많아 불법행위지재판적을 인정하는 의미가 상실될 것이고,

58) 독일, § 32 ZPO(1909년의 제국판결 이후 이른바 Ubiquitätsprinzip채택); 프랑스, art. 46 C.p.c.; 영국, Order II R.S.C.(assumed jurisdiction); 미국, "commission of a tortious act"에 의한 "minimum contacts"; 이탈리아, Art. 4 Nr.4 C.p.c.

법익침해가 실현된 곳만을 불법행위지로 파악하는 경우에는 가해행위지와 불법행위지의 주소지가 합치하지 않는 한 사안과 가장 밀접한 재판적을 배제하는 결과가 될 것이다. 이러한 이유로 위 사례1의 “라인강오염사건”에서 유럽재판소는 가해행위지와 법익침해지 양자가 불법행위지임을 명백히 하고, 경찰하는 경우 원고의 선택권을 인정하였다.

3) 불법행위지의 의미

불법행위에 기한 손해배상청구와 관련하여 불법행위가 우리 나라에서 성립되는 경우 법 제16조로부터 우리 나라 법원의 국제관할이 발생된다고 본다. 따라서 불법행위가 우리 나라에서 발생되었다고 말할 수 있기 위해서는 우리 나라가 가해행위지(Handlungsort)이거나 법익침해지(Erfolgsort)이어야 한다. 두 곳이 동일장소인 경우에는 하나의 불법행위지가 발생할 것이나, 다른 장소인 때에는 두 곳 모두가 불법행위지가 된다. 이는 간접관할의 경우 映寫維知의 原則상 결과발생지에 근거한 외국법원의 국제관할을 인정하는 결과가 된다. 가해행위지는 불법행위자가 행위시 존재한 장소를 의미한다. 가해행위지를 불법행위지로 한 까닭은 도덕적 판단기준에 따라 불법행위를 한 자를 응징하려는 역사적 산물이다: 불법행위자에게 손해배상의무를 지움으로써 그를 처벌하고, 위하하며 훈육하여야 한다는 것이다. 법익침해지(Erfolgs-, Verletzungsort; place of injury)는 불법행위로 직접 침해당한 법익이 현존한 장소를 말하는데, 이 연결점에 의하여 종래의 과실책임 외에 위험책임을 물을 수 있는 근거를 마련하였다. 오늘날 책임사상의 중심적 토대는 행위무가치에서 보다는 보호법익의 침해사실에서 찾고 있는 경향이다.

이와는 달리 법익침해행위의 구성요건이 완성된 이후에 다른 장소에서 손해가 나타났다고 하더라도, 이곳은 단순한 손해발생지(Schadensort)로서 불법행위지가 아니다.⁵⁹⁾ 예컨대 B국과 접경하고 있는 A국 지역에서 교

59) Kropholler, in: Handbuch IZVR I Kap. III Rn. 376; Schack, IZVR, Rn.304; Geimer, IZPR, Rn.1501; Schlosser, EuGVÜ, Art.5 Rn.19; MünchKomm/Patzina, §32 ZPO Rn.17; Zöller/Vollkommer, §32 Rn.16; BGHZ 52, III. 그러나 프랑스법은 가해행위지, 법익침해지 뿐만 아니라 손해발생지까지를 불법행위지에 포함한다: Linke, in: Bulow/Böckstiegel, Internationaler

통사고가 발생하였으나 B국의 병원으로 옮겨진 경우, 교통사고에 의한 법익침해는 A국에서 완료되었으므로 그 후 후유증 또는 병원비 등의 손해가 B국에서 발생되었다더라도 B국은 불법행위지가 될 수 없다.⁶⁰⁾ 이는 마치 C국의 국민인 교통사고피해자의 미망인에게 정신적 또는 부양적 손해가 발생되었다는 이유로 C국을 불법행위지로 인정할 수 없는 것과 마찬가지로, 손해발생지의 재판적의 인정은 결국 원고재판적을 인정하는 결과가 될 것이고, 이는 피고주소지주의를 형해화하여 민사소송법 제16조의 취지에 반한다.

4) 불법행위지재판적에 대한 유럽재판소의 발전방향

가) 브뤼셀협약상의 불법행위지재판적의 발생근거

브뤼셀협약 제5조 제3호에 규정된 불법행위지재판적은 피고가 자신의 주소지국이 아닌 여타의 협약국 내에 살고 있을 경우에 인정되므로⁶¹⁾, 피고의 주소지가 동시에 불법행위지인 경우에는 재판관할권은 동 협약 제2조의 보통재판적으로부터 나오는 것이지, 불법행위지재판적을 규정하는 제5조 제3호는 관할발생근거 규정이 되지 못한다. 예컨대, 특허권 소유자로서 프랑스특허를 아울러 취득한 독일 원고가 자신의 (프랑스에서 취득한) 특허권이 프랑스 사람에게 의하여 프랑스에서 침해되고 있다는 이유로 프랑스 거주자를 상대로 하여 불법행위재판적을 갖는 프랑스법원에 소송을 제기하였다면, 프랑스 법원의 국제재판관할을 브뤼셀협약 제5조 제3호가 아니라 동 협약 제2조에 의하여 발생된다.

나) 불법행위지재판적 법원의 심리범위

협약 제5조 제3호에 의해서만 국제재판관할이 발생하는 경우 재판관할권을 갖는 법원의 심리범위는 불법행위 및 이에 준하는 행위로 인한 발생

Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen, Bd.1, S.606.67. 이는 독일법계와는 손해발생에 중점을 두는 로마법계의 특색으로 지적되고 있다. 이에 대해서는 Kropholler, EZPR, Art.5 Rn.47.

60) 그러나 B국에서 사망한 경우에는 새로운 법익의 침해가 발생하는 것으로 보아 사망지 또한 불법행위지라고 보아야 한다는 것이 일반적인 견해이다: Schlosser, EuGVÜ, 1996, Art.5 III Rn.19; Geimer, IZPR, Rn.1501.

61) 브뤼셀협약 제5조 본문: "... 다른(기고자 강조) 협약국 내에서 소송을 제기당할 수 있다."

하는 청구권으로 제한된다. 유럽재판소의 판결에 따르면 이 경우 법원은 예컨대 계약책임이라든가 부당이득청구권의 존부를 판단하여 이를 판결의 기초로 삼아서는 안된다고 한다. 계약 또는 불법행위지재판적은 원고가 일체의 법적 관점에서 청구가능한 보통재판적의 경우와는 달리 불법행위지재판적은 특별재판적이라는 취지에 맞게 제한적으로 해석·운용하여야 한다는 점을 그 근거로 한다.

불법행위의 개념은 브뤼셀협약의 취지에 맞게 독자적으로 판단하여야 할 것이지, 협약국 각자의 국내법에 위임시켜 판단하게 해서는 안된다는 것이 유럽재판소의 입장이다. 따라서 피고에게 청구하는 손해배상 중 브뤼셀협약 제5조 제1항의 계약과 관련되지 아니한 일체의 손해배상은 불법행위지재판적에 근거하여 청구할 수 있다. 이에 따라 특허침해, 상표침해 및 부정경쟁행위는 브뤼셀협약 제5조 제3호에서 말하는 불법행위 개념에 속한다. 동 협약 제16조 제4호는 특허침해소송에 적용할 수 없음은 물론이다.

유럽재판소가 내린 다음의 3개의 판결은 지적재산권이 침해된 경우에 제5조 제3호의 적용문제와 관련하여 그 의미가 지대하다.

다) Mines de Potasse - 판결⁶²⁾

브뤼셀협약 제5조 제3호에서 사용되고 있는 “가해결과가 발생한 곳의 법원에” 피고를 제소할 수 있다는 의미와 관련하여 1976.11.30. 유럽재판소는 최초로 다음과 같은 판결을 내렸다

“라인강물을 끌어 원예농업을 하고 있던 네덜란드 원예농가와 ‘Reinwater’ 재단은 프랑스 광산업자가 오염시킨 라인강으로 인하여 농작물의 피해가 발생하였다고 주장하여 네덜란드 법원에 손해배상 청구소송을 제기하였다. 네덜란드 상급심으로부터 협약 제5조 3호의 법률적 판단을 상정받은 유럽재판소는 다음과 같은 판결로 답하였다: 브뤼셀협약 제5조 제3호에 규정되어 있는 “가해결과가 발생된 곳”이란 손해결과가 발생된 곳과 결과원인 제공지인 행위지를 포함하는 개념이므로, 피해자는 가해결과가 발생된 곳(결과발생지) 또는 결과원인발생지(행위지)에서 소를 제기할 수 있다.”

62) Reinwater Foundation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A.

라) Fiona Shevil - 판결⁶³⁾

유럽재판소는 불법행위지 법원과 결과발생지 법원은 각각 어느 범위의 손해배상청구를 심리할 수 있는가, 다시 말하면 단지 결과발생지에 불과한 불법행위지에서도 여러 나라에 걸쳐 자행된 불법행위위로 인하여 산재하는 손해의 전부에 대해서도 판결할 수 있는가의 문제를 다음과 같은 이른바 Shevil판결로써 해결하였다.

「영국에 사는 원고는 Presse Alliance SA, Paris에 의해 발행되어 여러 유럽 국가 사이로 배포된 "France Soir"로 인하여 자신의 명예가 손상되었다고 주장하면서 런던에서 손해배상청구의 소송을 제기하였다. 원고가 영국에서 발생한 손해에 국한시켜 청구하지 않고 유럽 각 국에서 발생되었다고 주장하는 손해까지를 포함한 발생손해 전부를 판결해 달라는 신청을 받은 영국 법원은 결국 상소심법원을 통하여 유럽재판소의 판단을 묻기 위하여 협약해석문제를 상정하였다. 이에 대하여 유럽재판소는 수 개의 국가에 배포된 잡지로 인하여 명예가 훼손되었다면 문제의 잡지를 발행한 출판사의 영업소소재지만이 (불법적 결과를 야기한) 행위지로 보아야 하며, 그 이후 발생한 모든 손해의 근원은 이곳으로부터 파생된 것이므로 행위지 관할법원만이 그 행위로 인하여 발생한 손해 전체를 청구하는 소를 재판할 권한이 있다고 답하였다. 다른 한편, 손해가 발생된 곳은 문제의 잡지가 배포되고 그 곳에서 당사자의 명예가 침해된 곳을 의미하며, 영업소국 이외의 다른 나라에 배포되어 이 곳에서 명예훼손적 손해를 발생시켰다면 그 나라에서 발생한 명예훼손 여부와 당해 손해(범위)에 대해서는 그 나라의 법원의 판단에 맡기는 것이 가장 적합하다고 보아야 할 것이라고 판시하였다. 따라서 벨기에 법원이나 독일 법원은 각각 자기 나라에서 발생한 명예훼손의 성립 여부 및 손해범위에 대해서만 판단할 수 있을 뿐, 다른 나라에서 발생할 수 있는 손해까지 판단의 대상으로 삼을 수 없다.」

마) Marinari/Lloyds - 판결

유럽재판소는 Marinari/Lloyds-판결에서 간접손해도 그 발생한 지역의 법원에 불법행위지재판적을 부여할 수 있는가의 여부를 다루었다.

63) Shevill v. Presse Alliance, (1995) 2 A.C. 18.

「이탈리아에 살고 있는 원고 Marinari가 Lloyds Bank를 피고로 하여 피사법원에 제기한 손해배상 청구소송에서 다음과 같이 주장하였다: 원고는 맨체스터에 있는 Lloyds Bank에 자금지시식어음을 교부하였는데, 어음의 진정성을 의심한 피고 은행이 경찰에 신고하여, 원고는 체포되고 어음은 압류되었다. 원고는 구금과 압류로 인하여 발생한 직접적 손해뿐만 아니라 이 사건으로 영업신용이 실추되어 재계약을 맺지 못함으로 인하여 발생된 손해까지를 배상받아야 한다는 것이다. 이에 대하여 유럽 재판소는 재계약파기로 인하여 발생한 손해는 영국에서 자행된 불법행위로부터 파생된 단순손해에 지나지 않는다고 판단하고, '가해결과가 발생된 곳'의 개념은 확장해석은 안될 것이므로 간접손해는 브뤼셀협약 제5조 제3호에서 말하는 위 개념에 포함시킬 수 없다고 판결하였다。」

(2) 인터넷 재판관할권에의 적용상의 문제점

대륙법계국가의 재판관할법 및 브뤼셀 협약은 보통재판적과 특별재판적이라는 양대 관할발생근거를 규정하고 있다. 보통재판적은 피고주소지주의에 입각하고 있으므로 온라인구매자가 자국 내지는 유럽연합내의 물품제조자를 상대로 소송을 제기할 경우 제조자의 주소지만이 보통재판적에 따른 재판관할권을 발생시킨다. 그러나 온라인구매자는 이행지재판적 또는 불법행위지재판적에 의하여 피고 제조회사를 구매자 자신이 거주하고 있는 국가의 법원에 제소할 수 있다.

이행지재판적과 불법행위지재판적을 인터넷 재판적에 기계적으로 적용할 경우 인터넷에서 접속가능한 모든 곳의 관할을 인정해야 하는 결과에 이른다. 이행지재판적의 경우는 서비스제공자는 계약에 따른 제공의무가 있으므로 그 정보자료의 목적지가 되는 모든 곳, 다시 말하면 서버가 개설되거나 계약상대방이 그 자료를 불러내는 곳의 재판적에 복종하도록 하는 것에는 별다른 의문이 없으나, 인터넷을 통한 불법행위의 경우에는 행위지와 결과발생지가 서로 다른 모든 곳에서 불법행위지재판적이 인정될 수 있고, 이는 서버운영자를 세계 도처에서 제기한 소송에 응하도록 강제하는 위험을 부담시킬 것이다.

이와 같은 불합리를 조정하기 위하여 여러 가지의 관할제한방안이 제시되고 있다. 일부 견해에 따르면, 피해자의 주소 또는 거소가 있는 곳의 국가가 정보보급지역 내에 있는 경우에는 피해자의 주소 등에서만 국제관할이 발생한다고 하며⁶⁴⁾, 다른 견해에서는 인터넷상으로도 보급목적정보지역을 전세계적인 수신가능지역과 분리처리할 수 있기 때문에 보급지역 내라면 피해자가 거주하지 않는 곳이라도 서버운영자는 그곳의 재판관할권에 복종해야 한다고 주장한다⁶⁵⁾. 이와는 달리, 인터넷상에서의 국제관할에 관한 제한을 해서는 아니 된다는 견해도 있다. 이 견해는 웹사이트에 담겨져 있는 정약이 지역적으로 제한된 소비자군만을 목표로 겨냥하였다고 보기 어려우며, 예컨대 성냥불을 던져 집을 태운 자에게 자신은 단지 담배를 불일 의도였다고 주장하는 것을 허용할 수 없듯이 인터넷과 같이 전 지구에 미치는 매개체를 활용하고 있는 사용자라면 관할법적 효과 또한 감수하여야 한다는 것이다⁶⁶⁾. 이와 같은 무제한론은 인터넷 거래 중 B2C거래에 중점을 두려는 의도로 파악된다⁶⁷⁾.

1) 우리 나라의 경우

제조물책임을 묻는 경우 가해행위지와 법익침해지가 어디인가에 대해서는 크게 다투어지고 있다. 먼저 제조물책임의 가해행위지로 고려될 수 있는 곳은 생산지, 취득지 및 시장유통지 등이다. 이 중 물건취득지(Erwerbort)

64) Kubis, Internationale Zustaendigkeit bei persoenlichkeits-und Immaterialgueterrechtsverletzungen, 1999, 211~214; Ginsberg/M. Gautier, The Coletial Jukebox and Earthbound Courts: Judicial Competence in {EU and USA} over Copyright Infringements in Cyberspace, RIDA 173 (1997), 61~135, 87.

65) Bettinger, Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain-Namen, GRUR Int. 1997, 402, 416; Thum, Territoriales markenrecht im Global Village, GRUR Int. 1999, 659, 662~669.

66) Haimo Schack, MMR 2000, 135, 138.

67) 브뤼셀 협약은 소비자사건의 관할문제를 별도로 취급하여(동협약 제4절), 소비자가 상대방당사자를 피고로 하여 소를 제기할 경우 자신의 주소지국법원 또는 피고의 주소지국법원 중에서 선택할 수 있게 하였으며(동협약 제14조1항), 상대방 당사자가 소비자를 상대로 제소할 경우에는 소비자 주소지국법원에서만 제소할 수 있도록 하였다(동협약 동조 제2항).

만이 가해행위지라는 견해가 있는 반면,⁶⁸⁾ 생산지만을 가해행위지로 보기도 하며,⁶⁹⁾ 생산지 및 시장유통지를 가해행위에 포함시키는 견해도 있다.⁷⁰⁾ 행위 없는 불법을 생각할 수도 없지만 불법이 행위만으로 완성되는 것도 아니다. 반면에 법익침해라는 결과가 있어야만 비로소 불법행위 책임이 발생할 수 있다. 불법행위는 그 유형에 따라 가해행위 또는 법익침해행위와 밀접한 상관관계를 갖는다. 주로 행위자의 의사에 기한 불법행위적 행태가 있는 경우에는 행위에 대한 정확한 가치판단을 위하여 행위지의 법원에게 판단하도록 하여야 할 것이다. 예컨대 교통사고와 같이 과실이라는 행위자의 행태가 문제되는 경우에는 법익침해행위지 보다는 가해행위지를 그 기준으로 하여야 한다.⁷¹⁾ 이와는 달리 예컨대 무과실의 위험책임이 문제되는 경우에는 가해행위지가 아니라 법익침해지를 우선하여야 할 것이다. 무과실책임에서는 행위를 우선하여야 할 주관적 요소가 결여되어 있기 때문이다.⁷²⁾ 위 라인강오염사례에서 원고가 법익침해지의 법원에 제소함으로써 가해행위지(공장소재지)의 의미를 퇴색시킨 것도 이 같은 맥락에서 이해하여야 할 것이다.

우리 대법원은 다음과 같은 나우정밀-판결⁷³⁾을 통하여 당해 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 외국법원에 제소될 것을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조자와 손해발생지와의 실질적 관련이 있는지의 여부에 따라 국제관할권을 결정하여야 한다는 기준을 제시하고, 피고의 합리적 예견성을 부인하여 10년 이상 미국에 수출하여 온 피고에 대한 미국법원의 국제관할을 부인하였다.

「판매한 무선전화기의 결함을 이유로 소비자로부터 손해배상청구를 받은

68) Heinrichs, Die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nach dem Begehungsort im nationalen und internationalen Zivilprozeßrecht, Dissertation Freiburg/Br. 1984, S.116.

69) Schack, IZVR, Rn.301: "취득지는 기껏해야 계약청구권의 이행지에 해당할 수 있을 뿐이다."

70) Hollmann, RIW 1988, 86; Freyer, EuZW 1991, 54; Mayer, DAR 1991, 83; Wandt, Internationale Produkthaftung, 1995, Rn.295.

71) Kiethe, NJW 222, 224f.

72) Schack, IZVR, Rn.297.

73) 대법원 1995.11.21. 선고 93다39607 판결.

미국의 수입업자인 피고 메츠소비자전기(주)는 동일절차에서 이제는 원고로서 당해 제품을 제조하여 수출한 우리 나라의 전자제품제조판매사인 나우정밀(주)을 제3당사자 피고로 소송에 끌어들었다. 미국의 수입업자와 한국의 수출업자 사이에 개시된 求償訴訟節次에서 미국 법원에 재판관할권이 없다는 나우정밀의 항변을 물리치고 미국연방지방법원은 원고승소 판결을 내렸다. 원고로부터 미국법원의 판결의 집행신청을 받은 우리 나라 법원은 미국법원의 승인관할 흠결을 이유로 집행판결의 청구는 이유 없다고 판단하였다.

3. 기타 국가에서의 최근의 동향

최근 호주에서는 인터넷을 통한 불법행위의 경우 행위지와 결과발생지가 서로 다른 도처에서 불법행위재판적이 성립될 수 있다는 판결⁷⁴⁾을 하면서, 온라인상에 내용을 게재하는 사람들은 문제의 게시물이 어디에서 이용되고 또 어디에서 처음으로 발표되었는가를 불문하고 그것들이 수신되어지는 곳 중 어느 한 곳에서 소송이 제기되더라도 이 소송에 응해야 할 책임을 져야한다고 판시하였다.⁷⁵⁾

4. 분석 및 평가

정보와 선택권이 상거래에서의 힘의 원천인 이상, 판매자에 대한 소비자의 힘은 인터넷의 하여 비약적으로 증강되었다. 소비자가 인터넷을 통하여 전세계시장을 무대로 협상을 벌일 수 있게 된 상황에서는 더 이상 경제적 약자의 지위를 강조하여할 정당성을 찾기 어렵다. 따라서 인터넷이 구매자의 선택권을 확장시키고, 이에 따라 판매자의 시장지배력을 무력화시키고 있는 한도에서는 B2C거래의 불평등성을 강조하기보다는, 국제관할에 대한 당사자의 처분권을 확대시키고 인터넷상의 국제관할을 합리적으로 제한하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

74) Joseph Gutnick v. Dow Jones & Co. Inc., (2001) VSC 305(28 August 2001)

75) <http://www.headlineclub.org/journalist/2001/0901newsbriefs.html>
posted 6 September 2001 6:45pm Central time

이와 같은 입장에서 대륙법계에서 인터넷에 의한 사실상의 원고주소지 주의를 결과하는 불법행위지재판적은 일정한 지역, 예컨대 보금목적정보 수신지 등으로 한정하려는 노력이나 미국법에서 시장의 겨냥이라는 요건 설정 또는 효과이론의 제한적 운영 등은 인터넷상 재판관할권을 합리적으로 분배하는 책도가 될 수 있다고 본다. 특히 효과이론을 고의에 의한 불법행위의 경우로 제한하는 일부의 미국판례는 대륙법계에서 단순한 손해발생지를 결과발생지로 포함시키지 않는 법리와 그 맥을 같이한다. 한편, 결과발생지가 여러 나라에 걸쳐 나타나는 경우 원고의 편의와 비용 절감을 위하여 수 개의 결과발생지에서 발생한 손해 전부를 불법행위지 법원에 청구할 수 있도록 하여야 할 것이다. 이 점에서 신문지사를 통한 불법행위와 관련하여 불법행위지에서 여러 지역에 걸친 전 손해를 청구할 수 있다는 1993.7.의 유럽재판소의 판결⁷⁶⁾은 인터넷관련분쟁에 적용할 수 있을 것이다. 이 경우 물론 각각의 결과발생지 법원은 자신의 지역에서 발생한 손해와 관련하여서는 여전히 재판관할권을 갖는다고 해석하여야 할 것이다⁷⁷⁾.

76) 유럽재판소판결, C-68/93, "Fiona Shevil".

77) Droz, *Snmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris* 19.6.1974, D. S. 1975, *Jurisprudence*, 638, 641.

제 4 장 인터넷 재판관할확정 방법론에 대한 검토 및 지적재산권침해에의 적용

제 1 절 인터넷재판관할확정의 방법론 모색

1. 서 설

인터넷은 지역적 획정이나 경계설정 없이 국경을 초월하여 정보를 전달하고 있으므로 결국 인터넷상의 웹사이트 운영의 사실만으로 전세계적인 재판관할에 노출되는 우려를 가져올 수 있다. 미국법원이 인터넷운영형태를 유형별화하여 호라이즌, 겨냥이론 등을 도입하고 대륙계법에서 불법행위지재판적을 제한하려는 각종 시도는 모두 인터넷재판관할을 합리적인 범위로 제한하기 위한 것이다. 특정의 법정지를 겨냥하지 않는 수동형 웹사이트는 법정지에서의 접근 가능성만으로 확정되어질 수 없으며, 제공자가 특정한 주를 겨냥하고 당해 소송청구가 그 사이트의 콘텐츠로부터 발생하였다면, 어떤 특정한 주를 겨냥하지는 않지만 상호영향을 미치며 그 곳에서의 거래가 의도적으로 이루어진 것이라 여겨질 수 있는 웹사이트나 서비스를 통한 거래로부터 생겨난 분쟁이라는 조건이 갖추어지는 이상, 해당 주는 웹사이트 제공자에 대해 자신의 대인재판관할권의 발생을 주장할 수 있다는 ABA의 보고서⁷⁸⁾는 인터넷관할 제한의 타당성을 뒷받침해주며, 아울러 제한방법론을 시사하고 국제적 추세를 가늠케 하여 주고 있다. 웹사이트에 접속한 사용자가 세계 어느 나라의 법원에서든 재판의무를 지고 당초부터 예상할 수 없는 곳에서 소송을 방어하도록 하는 것은 소송법의 근본이념인 (적법)절차보장 내지는 피고의 방어권을 현저하게 침해하는 결과가 될 것이다.

78) "Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by The Internet" (2000년 7월).

2. 미국법에서의 접근방법

(1) 유형별 접근방법

1) 수동형 웹사이트(Passive Web Site)⁷⁹⁾

일반적으로 미국 법원은 법정지에서 접속이 가능한 역외 피고의 수동형 웹사이트에 대해서 일반관할이나 특별재판관할을 인정하지 않는다.⁸⁰⁾ 수동형 웹사이트에 대한 개념을 확인시킨 대표적인 판결은 *Maritz v. Cybergold*사건⁸¹⁾이다.

「미주리주 기업인 원고 Maritz는 캘리포니아주 전자우편목록 자동등록사업자인 피고 Cybergold를 상대로 상표권 침해와 불공정행위를 주장하여 미주리주 법원에 소송을 제기하였다. 피고는 자신의 웹사이트를 통하여 회원을 모집하였고, 가입을 희망하는 사람이 인터넷을 통해 성명 등 자신의 신원을 피고에게 제출하면 피고는 이들에게 인터넷을 통한 전자우편 서비스를 제공하였다. 피고는 자신의 모든 행위가 캘리포니아 주에서 이루어졌다는 점, 인터넷에서 이루어진 행위 또한 지극히 수동적인 것이었다는 점등을 들어 이 사건에 대해 미주리주 법원이 관할권을 행사할 수 없다고 주장하였다. 법원은 피고의 행위가 설혹 전적으로 미주리주 밖에서 이루어진 것이라 하더라도 미주리주 법원은 관할권을 행사할 수 있다고 하여 첫 번째 논거를 받아들이지 않았다. 피고의 두 번째 논거와 관련하여 인터넷은 그 본질상 물리적 경계를 정하기 곤란하므로 인터넷에서의 활동은 특정지역이 아닌 모든 인터넷 사용자들을 대상으로 한 것으로 보아야 하고, 피고는 수동적인 웹사이트를 운영하고 있다고 주장하지만 웹사이트에 접근하는 사용자들에 대해 이들의 인적사항 등을 접수하고 이를 토대로 각종 서비스를 제공한 행위를 수동적인 것으로 볼 수 없다는 점을 지적하여 피고의 주장을 배척하였다. 피고는 적극적으로 그리고 의식적으로 광고내용을 모든 방문객에게 전송하려고 추구했으므로

79) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 74쪽 이하.

80) Henry H. Perritt, Jr., [Http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/rfc/usview.html](http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/docs/rfc/usview.html)

81) *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947F. Supp.1328(E.D. Mo. 1996)

법원은 피고의 관련이 인적관할권의 행사 근거가 되는데 충분하다고 판단한 것이다.⁸²⁾

다만, Inset System v. Instruction Set⁸²⁾에서는 예외적으로 수동형 웹사이트에 대해 관할권을 인정한 바 있다. 「Inset이라는 상표권을 가진 코네티컷 소프트웨어회사인 Inset Systems, Inc는 Inset.com이라는 도메인명을 등록하고 그들의 웹사이트에 컴퓨터기술과 서비스제공에 대해 광고를 하기 시작한 메사추세츠의 Instruction Set, Inc(ISI)에 대해 상표권침해를 이유로 코네티컷주 법원에 금지명령과 손해배상을 청구하는 소송을 제기하였다. 피고의 웹사이트는 전적으로 수동형이었으며, 수신자 부담전화번호를 포함하고 있는 광고를 담고 있었다. 법원은 “피고가 그 영역적 경계를 획정지을 수 없는 인터넷을 통해 자신의 제품을 원고의 상호를 사용하여 광고하였을 뿐만 아니라 그의 수신자 부담전화번호에도 원고의 상호를 삽입하였고, 또 실제로 코네티컷주의 약 1만여 인터넷 사용자들이 피고의 사이트에 접속한 사실이 인정되고, 텔레비전이나 라디오 광고와는 다르게 인터넷에 한번 게재가 되면 광고는 모든 인터넷 사용자들에게 계속적으로 이용이 가능하므로 ISI는 코네티컷주 내에서 의도적으로 영업을 하고 있는 점에 비추어 그 특권을 누리하고자 한 것으로 볼 수 있기 때문에 코네티컷주 법원은 재판관할권을 행사할 수 있다.”고 판결하였다.⁸³⁾ 그러나 이 분석방법에 의하면 웹사이트를 운영하고 있는 회사는 웹사이트의 운영이 어느 법정지에서 영업을 하고 있다는 사실만으로는 그 특권을 의도적으로 이용하려 했다는 증거가 될 수 없음에도 불구하고 전세계 어느 곳에서나 재판관할권에 복종해야 한다는 결론에 이르게 된다. 만일 웹사이트 운영 자체가 그 제공자를 전세계적 재판관할권에 복종케 한다면, 많은 이들이 2차적인 소송비용의 부담 때문에 기술의 이용을 포기하게 될 것이고, 인터넷의 개발의욕을 꺾을 것이며, 잠재적인 시장가능성을 보여주고 있는 전자상거래의 위축이 우려된다. 따라서 법원의 요구사항을 만족시키기 위해서는 법정지 내에서 피고가 그 법정지의 이익과 보호를 겨냥하였음이 인정되어야 한다. 피고와 법정지간의 접촉의 양이나 질에 대한 분석 없이 단지 코네티컷주와 메사추세

82) 937 F. Supp. 161(D. Conneticut, 1996)

츠주의 지리적 근접성을 이유로 재판관할의 인정이 합리적이라고 판단한 것은 예외를 인정한 논거로서는 불충분하다는 비판을 피할 수 없을 것이다. 수동형 웹사이트를 통해 광고를 하고 있는 정보 제공자들은 누가 그 사이트에 접속해서 광고에 접근하는지 예측할 수 없으며, 사이트를 방문하는 사람들의 거주지와 지리적 위치를 확인할 수도 없다. 수동형 웹사이트가 특정한 지역을 겨냥해서 운영되고 있지 않는 한 통상적으로 수동형 웹사이트는 특별한 법정지를 향하는 것이 아니라 더 넓은 범위의 온라인 세계를 향하고 있는 것이므로 웹사이트 운영 사실만으로 글로벌한 인터넷 재판관할에 복종해야 한다는 것은 부당하다. 따라서 Maritz사건이나 Heroes사건에서 나타난 바와 같이 Additional-Activity Test를 만족시킬 수 있는 something more한 것이 있어야만 수동형 웹사이트에 대한 인터넷 재판관할권의 주장이 인정된다.

2) 상호교환형 웹사이트(Interactive Web Site)

인터넷 사용자들이 정보를 상호 교환할 수 있는 상호교환형 웹사이트는 그 웹사이트에서 발생한 상업적 교환의 본질과 상호교환의 정도에 의해 관할권인정 여부를 판단한다. 상호교환형 웹사이트의 분석과 관련하여 미국 법원은 Zippo Test, Effect Test, Targeting Test의 접근방법을 채택하고 있다.

가) Zippo Test 접근방법

미국의 경우 웹사이트 운영자의 개입행위 정도를 기준으로 인터넷운영에 따른 인적재판관할권 발생여부를 판단함으로써 헌법의 적법절차요건에 맞추려는 노력을 계속하고 있다. 이와 같은 내용의 Sliding Scale 이론은 Zippo가 도메인분쟁의 대상이 된 판결에서 처음으로 도입되었다.

“원고 “Zippo Manufacturing Coporation”은 Zippo Dot Com이 연방상표법에 위반하여 상표의 희석, 침해, 오용 등의 위법행위를 하였다 는 이유로 자신의 본점소재지를 관할하는 펜실베니아주 연방지방법원에 소송을 제기하였다. 이에 대하여 Dot Com은 재판관할권 흠결에 따른 소각하신청을 하였다. 원고는 라이터 제조업체로 잘 알려져 있는 펜실베니아

주 브랜드포드에 주영업소를 둔 펜실베니아주 기업이며, 피고는 인터넷 웹사이트와 인터넷 뉴스서비스를 운영하는 Dot Com으로 "zippo.com", "zippo.net" 및 "zipponews.com"의 도메인네임을 독점사용할 수 있는 권리를 취득한 상태이었다. Dot Com의 웹사이트에는 회사소개, 광고 및 인터넷뉴스서비스에 필요한 신청서 등이 올려져 있었다. 뉴스서비스 고객은 무료, 정식회원, 우대회원의 3등급으로 구분되어 있으며, 정식 또는 우대서비스를 받고자 할 때에는 신청자의 이름과 주소란 등이 있는 온라인 신청서를 기재한 후, 인터넷이나 전화 등을 통하여 크레딧카드로 사용대금을 지급하게 되어 있었다. 신청과 대금지급이 완료되면 구독자는 패스워드를 발급받아 캘리포니아 소재의 Dot Com 서버에 저장되어 있는 인터넷 뉴스그룹정보를 보거나 다운로드받을 수 있었다. Dot Com의 사무소, 직원 및 인터넷서버는 모두 캘리포니아에 소재하고, 펜실베니아주에는 지점이나 사무소 기타 직원 등이 전혀 없었기 때문에 Dot Com의 펜실베니아주와의 관련은 단지 인터넷상으로만 연결되어 있었다. 펜실베니아주에서 Dot Com이 한 광고는 펜실베니아주 주민만이 자신들의 웹사이트를 통하여 입수할 수 있었다. 약 14만명에 이르는 Dot Com의 유료고객 가운데 약2%인 3,000명이 펜실베니아주 주민이었는데, 이들은 온라인 인터넷신청서를 작성하여 Dot Com서비스에 구독신청을 내었다. 그 후 Dot Com은 펜실베니아주에 소재하는 7명의 인터넷접속제공자들과 합의하여 이들 구독자가 Dot Com 뉴스서비스에 접속할 수 있게 하였는데, 이들 중 2명은 펜실베니아주 서부지역에 소재하고 있었다.■

Dot Com에 대한 펜실베니아주의 인적재판관할권 인정여부를 분석하는 과정에서 법원은 인터넷활동을 3가지 유형으로 나누어 고찰하였다. 제1유형은 피고가 인터넷을 통하여 반복적으로 컴퓨터파일을 전송하는 내용의 계약을 역외거주민과 체결함으로써 명백하게 인터넷영업을 하는 경우이다. Zippo사건을 다룬 법원은 이 사건이 이 유형에 해당한다고 판단하여 피고에 대한 원고소재지법원의 재판관할권을 인정하였다. 인터넷행위의 제2유형은 접속가능한 정보를 단순히 웹사이트에 올려놓은 방식으로 소극적으로 운영하는 경우이다. 물론 인터넷브라우저를 통해서 이 유형의 웹사이트에 접속할 수 없는 것은 아니나, 웹사이트운영자와 웹사

이트방문자간에 상호교류를 할 수 없다는 점에 그 특색이 있다. 이 유형의 웹사이트에서는 사이트방문자에게 정보만을 제공할 뿐, 이를 통하여 영업을 하거나 물품을 판매하거나 또는 개인이 이 사이트를 방문하여 물품이나 용역을 주문하는 일 등은 할 수 없게 되어 있다는 점을 들어, Zippo사건 심리법원은 소극적 웹사이트는 인적재판관할권을 발생할 수 없다고 판결하였다. 위 양자 유형의 중간형태로 대화식 웹사이트를 제3의 유형으로 들고, 이 유형에서는 User가 호스트와 정보교환이 가능하며, 경우에 따라서는 맞춤정보도 이루어질 수 있다고 하였다. Zippo 판결법원에 의하면 대화형 웹사이트에 의하여 인적재판관할권이 발생하는가의 여부는 상호교신 및 웹상 인터넷정보교환의 상업적 성질에 따라 결정된다.

Zippo 판결법원은 Dot Com의 인터넷행위가 sliding scale의 제1유형에 속하는 인터넷상의 'doing business'를 영위하고 있는 것으로 판단하였다. 특히 3,000여명의 펜실베니아주 구독자에게 패스워드를 주었고, 펜실베니아 소재 인터넷접속제공자들과 계약을 체결하면서 Dot Com은 펜실베니아주에서 의도적인 거래행위를 한 이상 펜실베니아주의 재판관할권이 미친다고 덧붙였다. Dot Com은 자신의 행위가 영업목적으로 한 것이 아니라 World Wide Volkswagen사건에서와 같은 단발적인 것이었다고 항변하였지만, 법원은 피고가 펜실베니아주의 법이 줄 수 있는 편의를 스스로 활용한 것이라고 하여 피고의 주장을 배척하였다.

나) Effect Test 접근방법⁸³⁾

Zippo Test는 광범위하게 판례에 적용되어 왔음에도 불구하고 1999년 말 이후 점차 그 기반이 흔들리기 시작했다. 많은 법원들이 인터넷 재판관할에 엄격하게 Zippo의 기준을 적용하기보다는 더 조화로운 다른 기준들을 사용하는 경향을 나타냈다.

Calder v. Jones사건⁸⁴⁾에서 개발된 효과이론은 Panavision 사건에서 인용되면서 사이트의 성향과 잠재적 영향에 초점을 맞추기보다는 웹사

83) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 84쪽 이하.

84) 464 U.S. 783(1984)

이트가 재판관할권에 미치는 실제적 영향에 초점을 맞추었다. 효과이론에 따르면 피고의 의도적인 불법행위, 명백한 법정지 겨냥, 법정지 원고에게 피해를 입힌 원인이 되었고 그 행위의 효과가 그 곳에서 느껴지리라는 것을 피고가 알았을 것이라는 세 가지 요건을 만족시키는 경우 대인관할권을 인정한다.

피고가 의도적으로 법정지에서 피해를 야기시키려 했거나 야기시켰다면 그는 그 법정지의 재판관할권에 복종해야 한다는 법리적인 근거로서의 효과이론은 Zipoo Test가 가지고 있는 법적 불안정성, 예견불가능성을 치환하면서 그 영역을 온라인 게시판을 통한 불법적 명예훼손⁸⁵⁾을 넘어 지적재산권과 상업적 행위에 의한 분쟁으로까지 넓혀가고 있다.

효과이론의 판례분석을 하기 위해 Amazon, com v. Webovation, W. D. Wash.사건을 가지고 미국법원에서 재판관할을 판결하고 있는 단계별 점검사항을 살펴보고자 한다.

「원고 amazon.com은 워싱턴에 본점을 두고 있는 대규모 온라인 회사이며, 피고 Webovation은 컨설팅을 하며 웹 디자인을 하는 회사로 amazongifts.com이라는 웹사이트를 운영하고 있다. 원고는 피고가 amazongifts.com이라는 도메인네임을 사용함으로써 자신들의 상표를 침해하고 있다고 워싱턴에 소송을 제기하자 피고는 법원의 대인관할권 종결을 이유로 각하판결을 구하는 소를 제기했다. Panavision사건에서와 같이 피고에 대한 재판관할을 주장하기 위해서는 피고가 원고의 상표를 등록한 사실보다는 something more를 이끄는 유명 웹사이트에 대한 피고의 인식이 요구되었다. 따라서 피고의 도메인네임에 워싱턴거주자의 유명 상표를 사용하고 있음을 알고 있었던 법정지 밖의 피고는 법정지인 워싱턴을 의도적으로 이용하였으므로 피고는 워싱턴 재판관할권에 따라야 한다.

첫째, 일반관할권의 인정여부를 분석하면서 법원은 Panavision사건의 제9순회법원의 판결을 적용하면서 피고의 법정지와 접촉이 실제적이지도, 계속적이지도, 체계적이지도 아니하므로 피고에 대한 일반관할권은 인

85) Blakey v. Continental Airlines, Inc., 164 N.J. 38(N.J.2000)

정되지 않는다고 판결한 후 피고에 대한 특별재판관할권 인정 여부에 대한 조사를 했다.

둘째, Specific Jurisdiction이 인정되기 위해서는 피고가 의도적으로 법정지를 이용했으며, 소송이 법정지 내에서 피고의 행위에 기인했어야 하고, 그러한 관할권의 주장이 합리적일 때 인정된다.⁸⁶⁾ 의도적인 이용은 의도적인 행위를 했을 것, 법정지주를 의도적으로 겨냥하였을 것, 그리고 피고가 피해가 어디서 발생할 것이고 그 피해가 어디에서 느껴질지를 알았을 것을 요건으로 하는 Effect Test에 의해 확정될 수 있다. 법원은 피고가 Amazon.com을 알고 있었으면서도 amazonegift.com이라는 도메인네임을 사용하고 웹사이트를 게재하는 의도적인 행위를 했으며, Amazon.com의 주요영업장소가 워싱턴에 있으므로 그의 행위는 워싱턴을 의도적으로 겨냥한 것이 되고, 원고가 받는 손해가 법정지 내에서 느껴지므로 Effect Test를 만족시킨다.

셋째, 유명상표에 대한 피고의 의식이 "something more"를 구성한다. Cybersell사건에서 법원은 타인의 상표를 도메인네임으로 등록하고 웹사이트를 운영하는 것만으로는 역외자인 피고를 법정지의 재판관할권에 따르게 하기에는 불충분하다고 했고, Panavition사건에서는 대인관할권이 인정되기 위해서는 "something more"가 요구된다고 했다. 법원에 의하면 Cybersell의 결과의 핵심은 피고가 웹사이트에 원고의 상표를 게재했을 때 원고의 상표에 대한 피고의 인식의 총결이었으며, Amazon.com에 대한 피고의 인식과 추정되는 Amazon.com에 대한 겨냥은 Panavition의 "something more"요건을 만족시킨다.

넷째, 청구원인이 피고의 행위에 기인했어야 한다. 법원은 청구원인을 분석하기 위해 But for Test를 했다. 원고의 상표에 대한 피고의 침해행위가 없었다면 소의 계기도 없었을 것이므로 법원은 원고의 소송의 계기는 법정지에서의 피고의 행위에서 야기되었다고 인정하면서 피고에 대한 법정지의 대인관할의 집행이 합헌적이며, 적법절차문제로서 합리적이다.⁸⁷⁾

한편 Zippo Test에서 잠재적 판매와 실제적 판매의 차이에 기인한 판

86) Bancroft & Masters v. Augusta National Inc., 223F.3d 1082

결⁸⁷⁾을 한 사례와 유사한 People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc. 사건⁸⁸⁾은 법원이 충분하지 않은 잠재적 상업적 효과를 근거로 재판관할권을 주장하는 원고에 대해 기각한 사례로 사이트가 상호영향을 주는 본질을 가지고는 있으나 텍사스의 어느 누구도 웹사이트를 통해 물품을 구입한 사실이 없다는 데에 중점을 두면서 대인관할권은 피고가 웹사이트를 통해 텍사스 거주자와 사업을 함으로써 어떤 상업적 효과를 가져올 수도 있다는 가능성만으로는 주장할 수 없으므로 원고는 피고가 법정지와 법정지 법의 이익을 의도적으로 이용했다는 사실을 증명해야 한다고 판결을 하였다.

다) Targeting Test⁸⁹⁾

인터넷 재판관할 분석을 위한 Targeting Test는 시중일관된 법적 확실성을 제공하는 분석법으로 의미가 있을 뿐만 아니라, 웹사이트 운영자가 특정 법정지를 겨냥하고자 했나를 평가하기 위한 기준이 된다. Zippo Test는 웹사이트의 상호 영향가능성을 기준으로 웹사이트를 수동적인지, 적극적인인지 구분하므로 예견가능성을 기초로 하고 있지 않지만, 예견가능성을 기초로 하고 있는 Targeting Test는 특별 법정지를 겨냥하는 것 자체가 예견가능성을 평가한다. 예견가능성의 판단여부는 크게 계약관계, 기술적인 문제, 웹사이트가 영향을 미치게 될 법정지에 대한 당사자의 실제적이거나 내포된 의식에 따라 결정된다.

첫째, 계약관계의 경우 웹사이트 상의 사용협약이나 transactional clickwrap agreements의 조항에 있는 합의관할 조항은 장래 발생될 지도 모를 분쟁해결을 위한 타당한 재판관할권을 당사자에게 제공하므로 당사자가 서게 될 특정한 법원을 예견할 수 있게 해준다는 것이다. 그러나 실제로 법원은 그러한 합의조항이 공평하고 비합리적이지 아니한가의 분석에 중점을 두고 있으며 계약자체만으로 재판관할문제를 결정짓는 것이 아니라, 이하의 두 가지 요건들과의 관계를 고려하여 결정을 하고 있다.

87) Millennium Enterprises, Inc v. Millennium Music, LP, 33 F. Supp. 2d 907(D.Or., 1999)

88) 2000 WL 1030619(N.D. Tex., 2000)

89) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 91쪽 이하.

둘째, 인터넷을 구축하는 새로이 떠오르는 기술들은 특정 법정지를 겨냥하기 위해 또는 특정 법정지를 피하기 위해 기술의 사용함으로 사이트가 특정 법정지를 겨냥케 하는 것을 허용하고 있다. 새로운 Targeting 기술들은 특정지역을 겨냥한다는 차원을 넘어서 인터넷의 본질이었던 지리적 무경계성에서 기존의 법적 체계의 원칙이었던 속지성으로의 회귀의 모습을 보여주고 있는 듯한 느낌조차 갖게 한다. 인터넷컨텐츠 제공자들은 인터넷본원과 그들의 사이트에 접속하는 사용자들의 물리적 위치에 점진적으로 관심을 갖기 시작했고, 입법자들과 법원도 온라인 환경에서의 법적인 분쟁해결에 현실세계의 제한과 법규를 부과하고자 한다. 결국 제공자들은 그들의 웹사이트를 특정 지역을 겨냥케 하는 또는 특정법정지를 회피하는 기술을 이용하여 법적인 책임부담의 위협에서 벗어날 수 있고, 이는 법적인 안정성과 예견가능성을 이끌어 내어 E-Confidence를 세워준다.

마지막으로 온라인 행위가 영향을 미치는 지리적 위치에 대한 실질적이거나 함축된 의식은 Calder판결을 따르는 명예훼손적 불법행위에서 극명하게 나타난다. 타인의 명예를 훼손시키는 언행을 하는 당사자는 피해가 겨냥하고 있는 법정지에서 느껴지리라는 것을 알고 있거나 알고 있어야만 한다고 법원은 받아들이고 있다. 그러한 당사자의 의도는 결국 특정 법정지를 겨냥하고 있다고 볼 수 있으므로 만일 당사자간에 합의한 재판관할이 있더라도 그 계약을 따를 수는 없게 되고 겨냥한 특정법정지의 재판관할에 복종해야 할 것이다.

(2) 인터넷의 경계설정⁹⁰⁾기술에 의한 접근방법⁹¹⁾

UEJF et LICRA v. Yahoo! Inc. et Yahoo France⁹²⁾사건(이하 Yahoo France로 하기로 함)에서와 같이 온라인상의 경매 사이트나 도박

90) The Economist Print Edition, Putting it in its place, <http://www.economist.com/printedition>; The New York Times, Borders Returning to the Internet, <http://www.nytimes.com/2001/04/02>

91) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 92쪽 이하.

92) UEJF et LICRA v. Yahoo! Inc. et Yahoo France, Tribunal De Grande Instance De Paris, N° RG: 00/05308, May 22, 2000.

사이트 운영자에게 그들의 온라인 상의 서비스를 금하거나 제한하는 지역에 사는 사용자에게 대한 지리적 위치는 매우 중요한 의미가 있다. 예를 들어 도박을 금하는 나라에 사는 사람들이 접속할 수 있는 시스템을 가지고 있는 도박 사이트 운영자는 해당 법정지에서 불법행위에 기한 소송의 위협에 부딪히게 될 것이다. Yahoo France 사건에서처럼 프랑스 정부는 자국의 국민들에게 나찌와 관련된 물품을 판매하는 것을 금지하고 있으므로 만일 나찌 관련 경매사이트에 프랑스 거주자가 참가할 수 있었고 경매를 받게 되었다면 이 또한 소송의 위협에 놓일 수가 있는 것이며, 실제 2000년 5월 소송을 당하게 된 것이다.

온라인 광고를 하고 있는 회사들도 인터넷 시장에서의 소비자 신뢰를 보장하기 위해 지리적 Targeting 기술의 이용이 급증하고 있는 추세이다. 이렇게 증가하는 인터넷상에서의 국경을 구축하는 새로이 떠오르는 기술과 인터넷의 경계설정 현상으로 그 동안의 인터넷의 본질이었던 무경계성이라는 개념이 이제는 유행에 뒤떨어진 개념이 되어가고 있는 듯하다. 암스테르담회사인 "RealMapping"에 의해 개발된 소프트웨어는 만일 전세계적으로 체인 호텔을 가지고 있는 호텔이 뉴욕에 있는 체인호텔에서의 주말 스페셜을 홍보하는 배너광고를 게재하기를 원하면서 뉴욕 메트로폴리탄 지역에 사는 사람들에게만 그 배너광고를 보이고 싶다면 그러한 욕구를 만족시켜 줄 수 있는 것이다. 이러한 Mapping기술⁹³⁾은 인터넷에 직접 연결되어지는 컴퓨터의 위치를 청하는 15억 인터넷프로토콜 또는 I.P. address를 맵핑하는 것으로 사실 매우 힘든 작업이었으며 이러한 작업이 생명공학에서의 인간 유전자 프로젝트와 대비된다고 Real-Mapping관계자는 말하고 있다.

이러한 소프트웨어는 온라인 광고회사, 보험회사, 도박이나 경매사이트 운영자, 포르노사이트 운영자들에게 인터넷상의 지리적 경계를 만들어줌으로써 Targeting Test에 의한 재판관할권의 분석에서 그들 자신이 법적인 확실성과 예견가능성을 가질 수 있게 될 것이다.

93) Targeting 기술에 대해서는 이 논문에서는 다루지 않기로 한다.

3. 대륙법계에서의 발전방향

독일에서는 인터넷상에서의 국제불법행위지재판적을 제한하여야 한다는 견해가 지배적이다. 일부 견해에 의하여 인터넷행위에 대한 재판관할은 특별한 경우에 한하여 극히 제한적으로 인정하여 하고, 이와 아울러 구체적 사건에서 재판관할을 부정할 수 있는 길을 열어 놓아야 한다고 주장한다⁹⁴⁾. 그렇지만 지배적인 견해는 웹사이트가 "독일의 시장을 목표로 설정"하였고, 독일인 User가 "설정된 목표에 상응하여 접근"하였는가의 여부를 인터넷상 국제불법행위지재판적의 인정기준의 본다⁹⁵⁾.

4. 평가 및 분석

(1) Zippo Test 접근방법의 평가⁹⁶⁾

Zippo Test를 적용하게 되는 경우 수동형 웹사이트 유형이나 능동형 웹사이트 유형의 인터넷 재판관할 판결 여부는 용이하겠으나, 중간 카테고리에 떨어지는 상호교환형 웹사이트의 경우 인터넷상에서의 상업적 활동의 성격과 질이 more passive한지, more active한지를 평가하는데는 많은 문제점을 안겨주고 있다. 특히 발전을 거듭하고 있는 인터넷 기술의 향상과 함께 웹사이트의 천저한 Active Web Sites로의 이동의 추세에서 Zippo Test의 유효성은 Zippo Test가 어떻게 개발되어야 하는지에 대하여 심각한 고려가 있어야 할 것이다. 만일 Zippo Test가 변화하는 기술적인 환경에 맞추어 발전한다면 확실한 법적 확실성을 제공하는 데 실패할 것이고, Zippo Test가 법적 확실성을 제공하기 위해 그 자리를 유지한다면 대다수의 웹사이트가 적극적인 웹사이트 카테고리에 속하게 되는 위험에 부딪히게 된다. "Sliding Scale의 분석법은 그 사용

94) Kuner, CR 1996, 453, 458.

95) Koch, CR 1999, S.121, 129; Pichler, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 1999, Rn.137, 157; Ueber, WRP 1997, 497, 502; Kur, in: Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S.375; Wegner, CR 1998, 676, 680; Bachmann, IPRax 1998, 179, 185f.

96) 김효실, 인터넷분쟁과 국제재판관할, 82쪽 이하.

범위가 광범위함에도 불구하고 균열이 나타나기 시작했다. 최근 사례에서 법원들은 그러한 접근방법으로부터 조용히 비껴나가면서 재판관할권의 집행에 관한 결정을 함에 더 폭이 넓은 Effect Test를 취하려고 한다. 웹사이트의 유형을 Passive-versus-Active Spectrum에 끼워 맞추는 대신 웹사이트의 법정지에서의 실제적인 효과에 초점을 맞추는 것이다. 사이트가 중요한 영향을 일으킨 지역에서 법원은 사이트가 수동적인지 또는 적극적인지를 고려함 없이 재판관할권의 주장을 할 것이다. 이러한 변화에는 몇 가지 이유가 있다⁹⁷⁾는 Geist의 논평은 최근의 미국과 캐나다에서의 판례 경향과 Zippo Test가 가지고 있는 문제점을 극명하게 나타내고 있다.

그러나 Zippo Test 분석방법은 Michael Geist 교수가 평가한 바와 같이⁹⁸⁾ 다음과 같은 한계를 지니고 있다.

첫째, Sliding Scale은 모든 사례에 잘 작용되는 것은 아니다. 1999년 Barrett v. Catacombs Press사건⁹⁹⁾에서는 대화방의 성격을 수동적이라 판치하였다. 해당 대화방에 게시된 내용이 명예훼손이나 특정인을 공격하는 내용으로 역외자에 의해 당사자가 겨냥되어졌고, 분명히 그 법정에서 게시된 글의 효과가 느껴지리라는 것이 확실함에도 불구하고 Zippo Test의 결과 수동적인 웹사이트라는 이유로 기소될 수 없다면 이는 법적 소송을 뛰어넘는 재판관할을 생성시킴으로 온라인 상의 명예훼손 작성물을 권장하는 듯이 보여질 수 있다. 또한 상품을 판매하는 적극적 웹사이트는 모든 법정지에 제품이 판매되기를 원할지도 모르지만 법적 소송의 예견성은 실제로 물건이 판매된 장소에 근본적으로 규정된다. 이 테스트는 실제적 판매와 잠재적 판매를 구별하지 않으며, 단지 적극적 웹사이트의 존재 사실만으로 재판관할권 주장하기에 충분하다는 것을 인정하게 될 위험성을 안고 있다.

97) Michael Geist, Long arm of the law needs new guidelines for the internet, <http://www.globetechnology.com>, 2001.8.9

98) Michael A. Geist, Is There A There There? Toward Greater Certainty For Internet Jurisdiction, - Net Jurisdiction Law Shifting Away From Zippo -, 2001.

99) 44F. Supp. 2d 717(E.D. Pa. 1999)

둘째, 이 테스트는 또한 전자 상거래의 활성을 위해 인터넷의 활용을 장려하려는 공공정책에 반한다. 대부분의 나라들은 전자상거래의 잠재력을 깨닫고 상거래에서의 인터넷의 사용을 장려하기 위해 입안된 법제도를 채택했다. 그러나 Zippo Test는 상호 교환적인 웹사이트의 개발을 꺼리게 함으로 인해 전자상거래를 방해하고 있다. 법적 책임의 노출을 꺼려하는 장래의 웹사이트 운영자들은 그러한 사이트들이 멀리 떨어진 재판관할권에서의 소송에 직면하게 될 가능성을 높여주기 때문에 적극적인 웹사이트 개발을 기피할 것이고, 대신에 수동적인 웹사이트를 만들려고 할 것이다. 공공정책의 목표는 상호교환성을 증대시키고 전자상거래의 선택을 증가시키는 것이다. 그러나 법적 책임에 대한 노출을 걱정하는 웹사이트 제공자들은 적극적 웹사이트의 개발을 피하려고 할 것이므로 실제 이러한 테스트는 전자상거래의 발전에 걸림돌이 될 것이다.

셋째, 이 테스트는 또한 당사자들이나 그들의 변호인들이 열망하는 법적 확실성을 이끌어 내지 못한다는 것이다. 대다수의 웹사이트들이 전적으로 수동적이지도, 그렇다고 전적으로 적극적인 웹사이트의 형태도 아니므로 그 사이트가 more passive한지, more active한지를 결정해야 하는 Middle Zone에 떨어지게 된다. Middle Zone에 위치하는 사이트들 다루는 법률 조원가들은 법원이 어떻게 그 상호 영향가능성을 판단할 지에 대한 확실한 의견을 제공하지 못한다.

넷째, 수동적이라는 것과 적극적이라는 것을 정하는 기준들이 시간의 흐름과 함께 움직이고 있다는 점이다. 1997년 Zippo Test가 개발되었을 당시 e메일 링크와 약간의 기본적인 통신기능을 가지고 있는 사이트도 적극적 웹사이트로 분류되었으나 오늘날 그러한 정도의 상호영향성은 수동적인 것으로 여겨진다. 왜냐하면 전체적인 스펙트럼이 기술의 발달과 함께 위로 동반 상승 이동하였기 때문이다. 사실 기술이 발달될 때마다 각각의 웹사이트들이 Sliding Scale의 어느 위치에 해당하는가를 재평가해야 한다는 것은 문계의 여지가 있는 것이다. 사례들이 쌓여가면서 이 테스트는 시대에 잘 맞지 않다는 것이 명확해져가고 있다. 법원도 변화의 필요성을 인식하기 시작하고 있다. 사이버법 위원회는 재판관할권의

확실성과 계속 변해 가는 기술적 환경에서 관계를 유지하는 것을 가능케 하는 새로운 테스트의 개발에 직면하고 있다.

(2) Effect Test 접근방법의 평가

효과이론에 따르면 비록 웹사이트가 Zippo Test의 수동적 웹사이트로 분류되더라도 소비자 혼동의 의도적 이용을 통해 광고소득을 얻고 이 사실이 피고의 행위가 고의로 그리고 충분히 법정지를 향하게 하고 있으며, 법정지에서 그 효과가 나타나면 재판관할권을 인정할 수 있고¹⁰⁰⁾, 웹사이트가 Zippo Test의 Sliding Scale의 중간 카테고리에 떨어지더라도 대인관할권은 피고가 웹사이트를 통해 텍사스 거주자와 사업을 함으로써 어떤 상업적 효과를 가져올 수도 있다는 가능성만으로는 주장될 수 없다¹⁰¹⁾ 할 수 있는 등 비교적 합리적인 결과를 가져다주고 있다는 데서 의미를 찾을 수 있다.

(3) 소 결

목표를 설정하여 업로드한 장소를 불법행위지로 파악하는 것은 경제적 논리의 근거를 갖는다. 출판의 경우 출판물의 배포장소가 행위지를 구성하는 것은 행위자 이 장소를 판매장소로 활용하였기 때문인데, 이는 인터넷의 경우에도 타당한 이론이다. 경제적 목적을 가지고 인터넷에 올려 놓은 일정한 정보는 도처에서 그 효력을 나타낸다. 영업행위자는 인터넷 접속이 가능한 곳의 인터넷 이용자와 관련을 맺는다. 이와 같은 방식으로 영업자는 자신의 영업활동 범위를 확대시키는 것이다. 인터넷 재판관할 배분기준으로서 유용하고 예견 가능한 방법론인 Targeting Test는 지적소유권 침해소송에서의 경우에 그대로 적용할 수 있다고 본다. 물론 이 경우 등록자의 관계를 명확히 하여야 할 것이다. 침해자들은 지적소유권의 보호지역이 어디인가는 무관심하고 단지 그들이 거주하고 있는

100) Nissan Motor Co. Ltd. v. Nissan Computer Corporation, 89F. Supp. 2d 1154(C.D. Cal. 2000).

101) People Solutions, Inc. v. People Solutions, Inc., 2000 WL 1030619(N. D. Tex., 2000).

곳에서 타인의 권리를 침해하여 경제적 이익을 얻으려 하지만, Cybersquatting을 포함하는 경우에는 상표권자로부터 경제적 이익을 얻어내려는 의도가 주목적이므로 상표권의 등록지를 암암리에 겨냥하고 있다고 볼 수 있다. 지적재산권의 등록은 등록자가 등록이 이루어지는 곳의 국민이어야 한다는 조건을 요구하지 않는다. 따라서 대다수의 특허와 상표는 수 개의 국가에 등록되고 이는 소송법상 각 재판관할권을 인정하기 위한 필수불가결한 접촉일 뿐 아니라 등록자는 수 개의 등록지국의 재판권에 복종해야 함을 의미한다. 즉, 지적소유권의 등록은 등록이 발생한 국가의 재판관할권에 대한 등록자의 최초의 접촉이라 할 수 있다. 이와 관련하여 발생 가능한 지적재산권 침해에 있어 불법행위나 계약책임 그리고 세금 부과에서의 기준의 근거가 되는 접촉과 겨냥의 개념은 곧 등록지에 대한 접촉과 겨냥의 의미로 해석하는 것이 타당하다.

나아가 우리 나라 대법원은 대한민국 법원의 국제관할을 배제하는 당사자에 의하여 관할이 합의된 외국법원이 합의관할에 의한 재판관할권을 행사하기 위해서는 사건이 당해 외국과 충분한 관련성을 맺는 경우가 아니면 아니 된다는 이른바 내국관련성 이론을 채택하였다¹⁰²⁾. 내국관련성 이론은 애당초 독일 연방법원¹⁰³⁾이 재산소재지 특별재판적을 합리적으로 제한하기 위하여 도입한 점을 고려해 볼 때 우리 나라 대법원은 국제관할 합의에 관하여 요구하고 있는 충분한 내국관련성 요건을 인터넷 국제재판관할에 적용하여야 할 것이다.

제 2 절 지적재산권침해에의 적용

1. 문제의 제기

사이버스페이스로 알려진 국경 없는 영토는 여러 가지의 관할 문제를 야기시키고 있다. 사이버스페이스에서 지적재산권에 관한 관할문제는 통상 지적재산권 소유권자와 침해협약자 사이에 분쟁을 통하여 현실화된다. 분쟁은 두 가지 유형으로 잠재되어 있는 요인에서 비롯되며, 상표권과 관

102) 대법원 1999.9.9. 선고 96다20093 판결.

103) BGH, Urt. v.2. 7.1991 - XI ZR 206/90(Stuttgart).

련한 분쟁은 주로 침해혐의자가 상표를 도메인 이름으로 사용과 관련하여 나타난다. 지적재산권 소유자와 침해혐의자 사이에 발생할 수 있는 또 다른 분쟁은 인터넷을 통한 저작권 또는 특허권 등에 대한 침해에서 그 요인을 찾을 수 있다. 인터넷 사용자는 자신의 웹페이지를 개설하여 몇 번의 마우스 클릭을 통하여 그 사이트에 접속하는 사람들에게 복사자료를 제공할 수 있을 것이며, 혹자는 특허권자의 특허권을 침해하는 물품을 인터넷상에서 임의광고할 수도 있을 것이다.

지적재산권의 속지주의적 성격과 인터넷이라는 초공간적 성격은 침해소송의 재판관할권을 정하는 데에 있어서 어떻게 상호작용하는 것일까? 이는 가상공간에서는 지적재산권 침해가 지역적 공간을 넘어 발생할 수 있기 때문에 종래의 국제관할의 원칙에서 볼 때 어느 범위로 국제관할을 제한할 것인가의 문제이다. 이러한 제한은 지적재산권의 속지주의적 성격과 관련하여 파악되어야 한다는 점만이 분명할 뿐, 어떠한 확정된 원칙을 세우는 것이 가상공간의 성격상 어려운 일이며, 나아가 미국법과 대륙법이 관할기준의 원칙과 그 내용이 동일하지 않다는 점에서 그 어려움이 더욱 커진다.

이하에서는 종래 발전되어 온 재판관할권의 원칙들이 인터넷분쟁에서는 어떻게 적용할지의 문제를 검토하고, 이를 속지주의적 성격이 강한 지적재산권침해의 경우 적용상의 특색을 점검해 보고자 한다. 이러한 분석이 인터넷 시대를 맞은 우리 법의 정비에 도움이 될 수 있기 위해서는 미국법에 대한 비교법적 고찰을 하지 않을 수 없고, 이 과정에서 구체적 타당성을 강조하여 애매한 기준으로 얼룩진 미국관할법의 발전현황을 일정한 법원칙으로 정리하고¹⁰⁴⁾, 이를 대륙법계의 관할원칙과 대비하여 보고자 한다.

2. 지적재산권침해소송의 국제관할 - 계약책임

온라인 콘텐츠제공자, 서비스제공자, 사용자 상호간에 존재하는 계약관계와 관련하여 계약침해행위가 발생하는 경우 피고주소지에 보통재판적이

104) 다음의 미국판례는 이러한 시도의 가능성을 보여준다. Weber v. Jolly Hotels, 977 F.Supp. 327, 333: "...Although the Internet is a new medium that raises new issues for the courts, district courts have successfully applied the principles established by International Shoe and its progeny to cases involving Internet."

생길 뿐 아니라 원고의 주소지에 특별재판적이 발생할 수 있다. 이에 대한 法源은 대륙법계 국가의 경우 이행지재판적이며(브뤼셀협약 제5조 제1호, 독일민사소송법 제29조, 민사소송법 제6조 후단), 미국의 경우 연방대법원의 판례이다. 이 특별재판적 하에서는 정보제공자는 자료의 목적지가 되는 모든 곳에서 자료의 계약합치성 문제와 관련하여 제소될 수 있기 때문에, 서버가 개설된 곳 내지는 계약의 상대방당사자가 그 자료를 불러받는 곳의 재판관할권에 복종하게 된다. 이는, 그 법리구성은 다르지만 결과에 있어서는 미국법상의 minimum contacts-이론 및 purposeful availment-이론과 다르지 않다. 이 이론을 채택한 대표적인 미국판례로서는 CompuServe 사건을 들 수 있다.

텍사스에 주소를 둔 피고는 오하이오에 주영업소가 있는 CompuServe (원고기업)와 원고의 컴퓨터망을 통하여 www에 소프트웨어프로그램을 올려 판매하고, 그 대가로 관련자들이 이를 이용할 수 있게 하는 소위 Shareware계약을 체결하였다. 그 후 바로 원고는 피고의 제품과 유사한 소프트웨어프로그램을 제작판매하기 시작한 상황에서, 오하이오 소재 연방지방법원에의 제소라는 선수를 치면서 자신은 피고의 상표권을 침해하거나 부정경쟁행위를 하지 않았음을 확인하라는 취지의 소극적 확인판결을 구하였다. 항소심은 CompuServe와 맺은 구두계약과 Shareware 합의내용 및 피고가 자신의 제품을 CompuServe시스템을 통하여 법정지에 유통시킨 점을 종합하여 purposeful availment-요건을 충족시켰다고 판단한 후, 오하이오주의 long arm-statutes 중의 transacting business-조항을 근거로 특별 인적재판관할권을 인정하였다.」

다른 한편, 정보제공자와 이용자간의 계약관계에서는 정보가 저장된 서버소재지는 관할권발생의 근거가 될 수 없다. 이용자가 서버에서 정보를 불러냈다 하여 서비스제공자의 주소지재판관할권에 복종하는 것은 아니며, 오히려 이와 반대로 정보제공자는 이용자가 정보를 불러내는 곳에 계약목적에 적합한 정보제공의무를 진다. 다시 말하면 이행지재판적은 제공자가 정보를 올려놓은(push) 서버소재지가 아니라, 이용자가 그 서버에서 불러내는(pull) 곳이다. 이렇게 해석하는 것이 거의 모든 국가가 강

행적으로 규정하고 있는 소비자보호규정과의 마찰을 줄일 수 있는 길이 될 것이다.

인터넷거래가 계약의 형식을 띄는 한, 당사자들은 예견가능성과 법적인 정성 그리고 준거법문제에 대비하여 관할합의를 이용하는 것이 바람직하다. 다만, 민사소송법은 그 방식과 관련하여 합의의 서면성만을 요구하고 있으나, 컴퓨터거래의 발전 등에 비추어 "기타의 정보통신수단"을 추가하여야 할 것이다. 또한 분쟁이 발생하고 난 이후에 관할합의를 하는 경우에는 개별약정우선의 원칙을 규정하는 약관의규제에관한법률 제4조에 해당하여 소비자에게 불리한 내용의 관할합의가 허용된다고 볼 것이다.

3. 지적재산권침해소송의 국제관할 - 불법행위책임

(1) 불법행위책임의 본질

지적재산권이 침해된 경우에는 통상적으로 계약책임 보다는 불법행위책임이 문제된다. 지적재산권을 불법으로 침해한 행위가 불법행위재판적용 발생시키는가의 문제는 2개의 측면에서 검토할 수 있다.

그 첫 번째는, 침해행위로 인하여 피해자(권리자)주소지에 재판관할권이 발생하는가에 대한 검토이다. 이를 인정하는 경우 피해자는 자신의 주소지를 관할하는 국가의 법원에 침해혐의자를 제소할 수 있을 것이다. 통상의 침해소송의 경우 피해자의 주소지는 결과발생지에 포함되므로 침해자를 상대로 하여 피해자주소지 관할법원에 침해책임을 물을 수 있을 것이다. 지적재산권법 영역에서는 이를 그대로 적용할 수 없다. 지적재산권과 저작권¹⁰⁵⁾은 영토주의원칙에 따라 보호되기 때문에 침해지 및 불법행위지는 보호국의 영토 내에서만 인정될 수 있다. 예컨대 한국에서 보호되는 특허권이 일본영토에서 자행된 불법행위에 의하여 침해된 경우 국내 특허권자가 일본의 침해혐의자를 상대로 침해소송을 제기함에 있어서 한

105) 저작권의 성립은 저작물판정시이며 따로 등록을 요건으로 하지 않는다는 점은 베른 협약에서 채택된 바이고, 이 협약의 모든 국가들이 이를 따르고 있는 것은 사실이지만, 침해소송을 제기하기 위해서는 등록되어 있을 것을 그 전제요건으로 한다(예컨대, 15 U.S.C. §411(1996)).

국 또한 불법행위지라는 이유로 한국법원에 재판관할권이 있다고 주장할 수 없다. 그런데 '침해행위의 일체성'을 이유로 피해자주소지를 불법행위라고 파악할 수 있는가가 문제된다. 위의 예에서 한국을 불법행위침해지라고 볼 수 없다면 불법행위의 일부가 한국에서 자행된 것으로 볼 수 있을 것인가의 문제이다. 그러나 지적재산권의 경우 피해자가 자신의 권리 침해를 이유로 하여 가해자를 자신의 주소지관할법원에 제소할 수 없다고 해석하여야 할 것이다. 독일연방법원은 저작권침해소송과 관련하여 권리자인 GEMA가 자신의 주된 영업소인 베를린지방법원에 제기한 소를 관할흥결을 이유로 부적법 각하하면서, 첫째, 불법행위 자체는 손해가 발생하기 전에 완결되기 때문에 손해발생은 불법행위재판적을 발생시킬 수 없으며, 둘째 불법행위의 성격을 침해자가 피해자로부터 동의를 구하지 아니하였다는 관점에서 파악할 수도 없다는 것을 그 근거로 제시하였다¹⁰⁶⁾. 이와 같이 권리자의 주소지는 침해지가 아니라는 법리는 특허권 또는 상표권 등에 그대로 적용할 수 있다¹⁰⁷⁾.

다음으로, 가해자는 모든 피해자주소지 관할법원에 복중하여야 할 것인가의 문제이다. 지적재산권의 경우에는 불법행위에 의하여 발생하는 「到處管轄」(fliegende Zuständigkeit)에 대한 제한이론을 차용할 필요 없이 불법행위재판적은 크게 제한된다. 기술한 바와 같이 지적재산권보호지역에 적용되는 속지주의의 원칙상 재판적 발생의 원인인 침해지는 오직 보호국 내에 존재할 수 있기 때문이다. 보호국 영토 밖에서 자행된 불법준비행위, 예컨대 국내에서 판매할 목적으로 당해 특허권의 보호국에서 특허된 물품을 국내에서 제조하였다 하더라도 우리 나라가 보호국이 아닌 한 우리 나라에서 모방제조하는 행위를 도대체 불법행위 개념에 포섭시킬 수 없고, 그 결과 국내법원에 불법행위재판적이 생길 여지도 없게 된다¹⁰⁸⁾.

106) BGH, GRUR 1969, 564, 565f.

107) Stauder, GRUR Int. 1976, 465, 474.

108) 유럽재판소 1988.9.27.판결, 189/87(Kalfelis/Schroeder); Stauder, 1976, S.473f.; Wolfgang von Meibom und John Pitz, Mitteilungen der deutschen patenanwaelte. 1996, 181, 182.

(2) 유럽연합의 법리

1973.10.5의 '유럽특허허여에관한협약'에는 특허권침해의 국제관할에 관한 규정이 없다. 유럽특허권이 허여되면 신청자가 지명한 국가들과의 관계에서 상호 독립적인 국내특허권이 발생하고, 이에 대해서는 해당국가의 국내법이 적용된다. 따라서 특허권침해사건이 발생하면 영토적으로 분할된 재판관할권이 발생하게 된다. 그 결과 유럽특허권에 대한 침해소송은 침해가 자행된 국가 내에서 침해소송에 관할권 있는 법원의 몫이 된다. 그런데 1973.2.1.발효된 브뤼셀협약은 유럽연합 내에서의 국제관할에 관한 통일규정을 두고 있는데, 동협약 제1조에 따라 협약의 적용범위는 민·상사사건에 미치므로 특허침해소송에 대해서도 브뤼셀협약의 국제관할규정이 회원국의 국내법에 우선하여 적용된다. 특허권 이외의 여타 지적재산권의 경우에도, 이에 관한 협약이 없거나 있더라도 국제관할규정을 별도로 두고 있지 않는 이상, 브뤼셀협약에 따라서 지적재산권침해소송의 국제관할이 결정된다.

Fione shevil 사건에서 유럽재판소의 출판물에 의한 명예훼손의 불법행위와 관련하여 피고의 본거지에서 소를 제기하는 경우 결과발생지가 여러 나라에 걸쳐 나타나는 때는 원고의 편의와 비용절감을 위하여 수개의 결과발생지에서 발생한 손해 전부를 불법행위지 법원에 청구할 수 있으나, 발행된 출판물이 배포된 지역인 명예훼손에 따른 결과 발생지에서 소를 제기하는 경우에는 당해 국가에서 발생한 손해에 한정되어야 한다는 판결은 인터넷 관련 분쟁에 적용할 수 있을 것이다.

(3) 미국관례의 발전방향

1) Sliding Scale

Zippo Manufacturing v. Zippo Dot Com¹⁰⁹⁾에 의해 제시되어진 Sliding Scale 분석체계는 인터넷 사례들을 분석하는 데 평가방법의 유연성이라는 장점도 가지고 있지만, Middle Zone에 떨어진 사례들이 more

109) Zippo Manufacturing v. Zippo Dot Com, 952F. Supp. 1119(W.D. Pa. 1997)

passive한지, more active한지를 평가하는 데 있어 인적재판권의 예견가능성, 법적확실성을 제공하지 못한다는 단점을 가지고 있음에도 불구하고 미국 하급심에서 가장 빈번하게 인용되고 있는 분석 방법이다. 가장 주목을 끄는 Zippo Test를 인용한 판결인 Millennium Enterprises, Inc v. Millennium Music, LP사건¹¹⁰⁾은 상호교환형 웹사이트를 통한 진정한 영업행위란 무엇인가에 대한 기준을 보여주고 있어 Zippo Test가 가지고 있는 중간카테고리의 불명확성을 어느 정도 해결해 주고 있다.

문제가 된 Music의 웹사이트는 소비자가 사이트를 통해 CD를 구입할 수 있고, 프랜차이즈 정보를 물을 수도 있으며, 또는 웹사이트의 할인CD 클럽에 가입도 할 수 있는 상호교환의 정도가 매우 큰 사이트였다. 그러나 오레곤과의 유일한 접촉은 오레곤 거주자에 의한 CD의 구입이 전부였다. 법원은 인터넷에서 행해진 Music의 행위에 대해 잠재적인 측면보다는 실제적인 측면을 중시했다. 대화식 웹사이트를 통한 진정한 영업행위라는 것은 잠재적인 소비자에 대한 판매 기대가 아니라, 웹사이트를 통해 소비자에게 의도적으로 그리고 계속적으로 사업의 중요부분을 구하는 행위를 하는 것이라고 생각했다. 법원은 문제의 Music 웹사이트가 정보교환의 상호영향의 정도와 상업적 본질을 요하는 중간 카테고리에 속하며, 또한 Zippo Test에서 중간카테고리는 대인관할권의 기초적인 요구사항을 만족시키기 위해 피고와 법정지, 거주자간의 상호거래형태에 있어 법정지 내에서의 "고의적 행위"나 행위의 효과가 법정지의 거주자에게 의도적으로 향하게 한 피고의 행위 등의 여부를 따지는 치밀한 분석을 요구한다고 했다. 법원은 판결에서 오레곤의 거주자와 웹사이트사이의 실제적인 거래는 없었으므로 Music의 웹사이트의 잠재적인 상호영향의 정도는 실제적이지가 아니하며, Music웹사이트와 소비자사이의 잠재적인 정보교환의 정도가 본질적으로 상업적일 것이므로 Zippo Test에 의한 재판관할권은 인정할 수 없다고 밝혔다.

Zippo사건과 함께 위에서 언급한 판결을 통해 특별관할권은 웹사이트의 운영에 더하여 법정지와 다른 접촉을 하는 피고 또는 어느 정도의 상업적 상호교류를 허용하는 경우에는 인정되나, 단지 광고만을 하는 수

110) 33 F. Supp 2d 907(D. Or. 1999)

동형 웹사이트는 이 분석 하에서는 재판관할의 인정이 되지 않는다는 것을 알 수 있다.

2) 효과이론의 적용가부

효과이론을 지적재산권침해 일반에 적용할 수 있는가? 지적재산권에 대한 침해행위는 특별한 경우가 아닌 한 권리자의 법정지를 겨냥한 것이라고 볼 수 없기 때문에 발생하는 문제이다. 다시 말하면, 효과이론은 원칙적으로 “고의에 의한” 불법행위 유형에 적용되는데, 지적재산권침해가 이 요건을 충족하는 경우는 극히 드물 것이다. 이점과 관련하여 미국판례는 일관성을 보이지 않고 있다. 효과이론을 확대적용한 *Digital Equipment v. Altavista Technology* 사건¹¹¹⁾을 판결한 메사추세츠 연방지방법원은, 원고회사의 상표권을 지속적으로 침해하는 웹사이트를 원고의 소재지 및 영업활동중심지에서 접속가능하며 또 여기서 실제로 이용되고 있다면 법정지 내의 원고기업에 침해효과가 발생한다고 보아야 하며, 그 결과 마치 신문이나 잡지에 게재된 명예훼손의 경우에서와 같이 효과이론을 적용하여 침해혐의자에 대한 인적재판관할권을 인정하여야 한다고 판단한 반면에, 코네티컷 지방법원은 특허권침해혐의자가 웹사이트를 통하여 원고의 특허권을 침해하는 제품을 광고하였다 하더라도 법정지(원고가 소재기한 자국법원의 소재지)를 특별히 목표로 한 것이라 볼 수 없으므로 효과이론을 적용하여 (원고)법정지에 피고에 대한 재판관할권이 발생하지 않는다고 판결하였다. 이에 따라 효과이론을 지적재산권침해의 경우에 적용가능한가의 여부는 연방대법원의 판결을 지켜보는 수밖에 없다. 다만, 각 주의 LONG ARM-STATUTES와 관련하여 유의할 점이 있다. 효과이론은 각주의 긴다리관할법이 일반조항 형식으로 규정되어 있는 경우나 또는 그 관할법이 정하는 구성요건이 갖추어진 경우에 한하여 적용될 수 있다. 예컨대, *Panavision* 판결에서는 캘리포니아주의 긴다리관할법이 일반조항의 형식을 빌어 규정되어 있기 때문에 효과이론을 적용할 여지가 있었으나, *K.C.P.L., Inc. v. Nash* 판결¹¹²⁾에서는 뉴욕주의

111) 960F.Supp. 456(D.Mass. 1997).

112) 1998 WL 823657(S.D.N.Y. 1998).

긴다리관할법이 정한 요건이 충족되지 않아 뉴욕남부지원은 효과이론 적용을 검토할 필요가 없었다.

생각전대 지적재산권분야에서 Zippo Test가 갖는 단점을 보완하면서 효과이론을 적용한 Nissan Motor Co. Ltd. v. Nissan Computer Corporation¹¹³⁾은 효과이론의 한계와 발전방향을 시사해주는 의미 있는 것으로 생각된다.

「캘리포니아주에 있는 자동차 제조자인 원고는 메사츄세츠에 기반을 둔 컴퓨터판매상인 피고에 대해 피고의 "nissan.com"과 "nissan.net" 인터넷 도메인 네임이 자신의 "Nissan"등록상표를 침해했다며 캘리포니아주 지방법원에 소송을 제기했다. 1999년 10월 양 당사자가 "nissan.com" 도메인네임 양도를 위한 협상을 시작하였으나, 협상이 결렬되자 피고는 2000년 3월 재판관할에 대한 흠결을 이유로 소 기각신청을 하기에 이르렀다. 법원은 효과이론을 차용하여 피고가 의도적으로 원고의 선의를 이용하고 소비자혼동에 따른 이익을 얻기 위해 그 웹사이트의 콘텐츠를 바꾸었으며, 게다가 법원은 원고가 캘리포니아에 기반을 두고 있고, 주요 손해가 법정지 내에서 느낄 수 있었다는 점을 들어 단지 웹사이트를 수동적으로 운영하고 있었으므로 캘리포니아의 재판관할에 복종할 수 없다는 피고의 주장을 물리쳤다. 피고가 인터넷을 통해 물건을 팔지는 않았지만 소비자혼동의 의도적 이용을 통해 광고소득을 얻었다는 사실은 Cybersell사건에서의 something more에 해당하기에 족하다고 판결하였다.」

3) Targeting Test

오늘날 외국 법정지의 거주자들과의 관계를 찾고 있는 기업들은 해당 법정지에 물리적 존재를 유지하는 것을 필요로 하지 않는다. 법정지는 인터넷을 통해서 법정지와외의 관련으로부터 이익을 구하고자 하는 누군가에 의해 겨냥되어질 수 있고, 역외 거주자가 법정지를 겨냥하므로 법정지 내에서 일정한 이익을 누리하고자 했다면, 법정지와외의 최소관련성이 인정되고 적법절차를 만족시킨다.

113) 89F. Supp. 2d 1154(C.D. Cal., 2000)

Heroes, Inc v. Heroes Foundation¹¹⁴⁾판결¹¹⁴⁾는 상표권 침해 사례로 DC의 자선단체인 원고는 HEROES 서비스 마크를 자신의 모든 자선활동과 관련하여 사용하며 이를 연방상표로 등록했다. 1990년 뉴욕주에 위치한 자선단체인 피고는 HEROES FOUNDATION이라는 명칭을 사용하면서 웹사이트를 운영하고 있었을 뿐 아니라 법정지 내의 신문광고를 통해 그 법정지 내 거주자들에게 기부금을 구하고 있었다. 이 사건에서 피고는 DC에 재판관할을 인정하는 것은 현존의 원칙을 충족시키지 못한다고 주장하였지만 법원은 피고의 지속적인 웹사이트의 운영과 DC를 겨냥한 신문광고, 그리고 DC 내 거주자에게 기부금을 구한 사실은 재판관할 확장을 위한 최소접촉 테스트를 만족시키고, 그러한 요인들의 결합은 피고가 의도적으로 그 법정지 법의 이익을 구하려 했다는 것과 방어를 위해 합리적으로 그 법정지로 끌어들이지리라는 점을 예전을 했어야 한다는 결론을 내림으로써 DC의 재판관할권을 인정하였다.

4) in rem Jurisdiction의 부활

1999.11.29. 반사이버침해소비자보호법(the Antisquatting Consumer Protection Act)이 시행됨에 따라 그 동안 재판관할권 영역에서 그 의미가 퇴색되어가던 대물재판적이 아이러니컬하게도 인터넷 무형재산과 관련하여 새로운 활로를 찾고 있다. 도메인네임이 상표와 어떤 관계가 있는가의 문제는 아직 분명하게 밝혀진 바 없지만, 반사이버침해법은 타인의 상표를 자신의 도메인 이름으로 사용하는 행위를 규율한다. 관할 문제와 관련하여 이 법은 상표권자가 소송을 제기하는 경우 도메인보유자가 아닌 도메인 네임 자체를 소송대상으로 삼을 수 있도록 하였다. 도메인네임 등록자가 부정의 영리목적으로 타인의 상표이름을 사용할 경우 상표권자는 도메인네임 몰수, 취소 또는 반환청구를 할 수 있다¹¹⁵⁾. 이와 같은 대물관할소송에서 도메인네임은 도메인네임 등록기관이나 또는 부여기관이 소재하는 곳이나 도메인네임의 등록·이용을 정한 문서가 보관된 법원소재지를 관할하는 사법기관이 있는 곳에 소재 한 것으로 본다¹¹⁶⁾.

114) Heroes, Inc v. Heroes Foundation, 958F. Supp. 1(D.D.C. 1996)

115) 15 U.S.C. §1125(d)(2)(D)(i) 참조.

116) 15 U.S.C. §1125(d)(2)(C) 참조.

(4) 헤이그 신탁약(가안)에서의 논의현황¹¹⁷⁾

1999년 헤이그신탁약 예비초안 제10조 제1항에 의하면 불법행위의 경우 원고는 피해를 야기한 착위 또는 부착위가 발생한 법정지나 피해가 일어난 곳에서 소를 제기할 수 있다. 다만, 피고가 문제의 착위 또는 부착위가 그 장소에서 그러한 피해를 야기할 것이라고 합리적으로 예측할 수 없었던 경우에는 피해가 일어난 장소에 소송을 제기할 수 없다. 원고는 실질적인 피해가 없었더라도 그에 대한 위험이 있는 경우에도 소를 제기할 수 있다. 동 협약 제4항에서는 만일 피해가 발생했거나 발생할 장소를 근거로 법정지에 소가 제기되고 피해를 야기시킨 당사자가 그 법정지에 상거소를 갖지 않는 경우 그러한 법정지는 피해가 발생했거나 발생할 정도에서 재판관할권을 갖게 된다.

2001년 2월 28일부터 3월 1일까지 캐나다 오타와에서 열린 특별위원회는 전자상거래분야의 전문가들에 의해 구성된 작업반이 연구한 전자상거래와 국제재판관할의 문제를 집중적으로 다루었는데 불법행위와 관련한 문제들이 제기되었다.¹¹⁸⁾ 사실 인터넷 사이트는 어느 정도는 신문과 같이 전세계적으로 배포되는 형식으로 운영되지만 사이트에 명예훼손의 정보를 올린 사람의 입장에서 불확실한 사실은 얼마나 많은 사용자가 읽었는가 하는 문제일 뿐, 합리적으로 그것이 전세계 어느 곳에서나 읽혀진다는 것은 예견할 수 있다. 게다가 10조 1항의 피해를 야기한 착위 또는 부착위가 발생한 법정지나 피해가 일어난 장소는 인터넷에서는 확인하기가 어려워 보이며, 당사자 특히 피고의 위치를 확인하는 것이 점차 어려워지고 있다는데 주목했으며 따라서 협약가안의 제10조 4항의 규정은 특별히 중요한 사항으로 환영을 받았다.

제10조 2항에서는 피고가 빈번히 그리고 중대한 행위에 관여된 법정지국의 법원에 불법행위에 기한 소를 제기할 수 있고 또는 피고의 그러한 행위가 법정지국을 향하고 있고, 행위로부터 소송이 야기되어지고, 법정지국과 피고와의 전반적인 관계가 피고가 그 법정지에 복종하게 되는 것

117) 김효실, 인터넷문쟁과 국제재판관할, 66쪽 이하.

118) Electronic Commerce and International Jurisdiction
<http://www.cptech.org/ecom/jurisdiction/hague.html>

이 합리적인 경우에도 소를 제기할 수 있다는 것으로 오타와 미팅에서 많은 논의가 이루어졌으나, 그 항목에 의해 다루어진 어려움들은 전자적 행위와 특별히 관련이 되어있지 않음을 인식하였고, 이 문제는 2001년 6월 외교회의에서도 합의를 이루지 못했다.

2000년 범 세계적 사이버 스페이스 재판관할권 프로젝트에서 제외된 미국 ABA의 Default Rules에서도 제공자가 특정한 주를 겨냥하고, 당해 소송청구가 그 사이트의 콘텐츠에 근거하고 있고 어떤 특정한 주를 겨냥하지는 않지만 상호영향을 미치며 그 곳에서의 거래가 의도적으로 이루어진 것이라 여겨질 수 있는 웹사이트나 서비스를 통한 거래로부터 생겨난 분쟁인 경우 해당 주는 웹사이트 제공자에 대해 대인재판관할권을 주장할 수 있으며, disclosures나 disclaimers 또는 software 그리고 다른 기술적 방호나 여과메카니즘을 통해 사용자들이 사이트와 서비스에 접근하는 것을 방지할 수 있는 신뢰할 만한 노력이 있다면 그러한 웹사이트 제공자는 재판관할권의 주장으로부터 보호될 수 있다는 항목을 추가하면서, 그 기술적인 방법으로 당사자들의 거주하는 주에 대한 확인과정이 장려되어야 하며, 사이트에 겨냥하는가의 여부를 목록화함으로써 또는 참여하는 사람들과의 거래의 유무를 정함으로써 그들이 운영하는 사이트가 겨냥하는 재판관할적 대상을 나타내도록 하는 것이 장려하여야 한다고 규정하고 있다¹¹⁹⁾.

헤이그특별위원회 2001년 2월 오타와 전자상거래관련 회의에서도 헤이그 실험약 제7조 B2C와 관련하여 만일 기업이 특정국가 내의 소비자를 특별히 겨냥했다면 그 법역 내에 살고 있는 소비자를 위해 재판관할권이 그 나라의 법원에 인정되는 것이 자명한 일이지만, 반면에 만일 사업가가 특성의 법정지를 겨냥하지 않는 순수한 사이트를 운영한다면 재판관할권을 이끌어내지는 못할 것이라는 내용의 논의를 한 바 있다¹²⁰⁾.

(5) 종합 및 평가

지적재산권의 경우 권리자의 주소지는 침해지가 될 수 없다는 법리는 인터넷에서도 적용된다고 볼 수 있을 것이다. 침해수단이 무엇이든 지적재

119) <http://www.abanet.org/media/jul00/cyberspace.html>

120) <http://www.cptech.org/ecom/hague/ottawa2000sum.pdf>

산권의 침해는 개념적으로 보더라도 보호받는 곳에서만 성립할 수 있기 때문이다. 보호지국 외에서 발생한 불법행위를 원고가 거주하고 있는 보호지국 내에서도 (일부로서의) 불법행위 자체가 있다는 이른바 "침해행위의 일체성"이론을 부인하는 대륙법계의 법리는 sliding scale이라는 필터로 불법행위지를 제한하는 미국의 판례경향과 무관하지 않다.

인터넷 재판관할 배분기준으로서 유용하고 예견가능한 방법론인 Targeting Test는 지적소유권 침해소송에서의 경우에 그대로 적용할 수 있다고 본다. 물론 이 경우 등록자의 관계를 명확히 하여야 할 것이다. 침해자들은 지적소유권의 보호지역이 어디인가는 무관심하고 단지 그들이 거주하고 있는 곳에서 타인의 권리를 침해하여 경제적 이익을 얻으려 하지만, Cybersquatting을 포함하는 경우에는 상표권자로부터 경제적 이익을 얻어내려는 의도가 주목적이므로 상표권의 등록지를 암암리에 겨냥하고 있다고 볼 수 있다. 지적재산권의 등록은 등록자가 등록이 이루어지는 곳의 국민이어야 한다는 조건을 요구하지 않는다. 따라서 대다수의 특허와 상표는 수개의 국가에 등록되고 이는 소송법상 각 재판관할권을 인정하기 위한 필수불가결한 접촉일 뿐 아니라 등록자는 수개의 등록지국의 재판권에 복종해야 함을 의미한다. 즉, 지적소유권의 등록은 등록이 발생한 국가의 재판관할권에 대한 등록자의 최초의 접촉이라 할 수 있다. 이와 관련하여 발생가능한 지적재산권 침해에 있어 불법행위나 계약책임 그리고 세금부과에서의 기준의 근거가 되는 접촉과 겨냥의 개념은 곧 등록지에 대한 접촉과 겨냥의 의미로 해석하는 것이 타당하며 또한 일반적인 견해이기도 하다.

4. 인터넷에 의한 저작권침해와 국제재판관할

(1) 문제의 소재

최근들어 저작물의 공표는 인터넷을 통해서만 접근가능하거나 또는 적어도 인터넷상에 먼저 올려놓는 방법에 의하는 경향이 뚜렷해지고 있다. 문학작품의 경우 온라인잡지가 크게 증가하고 있으며, e-Books가 번창하

고 있음은 이를 반증한다. 음악, 사진 및 영화작품들은 인터넷상에서 접할 수 있는 기회를 더욱 확대시켜 나가고 있다. 이와 관련하여 위와 같은 저작물들이 인터넷서버를 통하여 세계 어디서든 다운로드받을 수 있게 된다는 사실만으로 베른협약 제3조 제3항에서 의미하는 '발행'(publication)에 해당하는가 및 이를 인정하는 경우 발행지를 어느 나라와 연결할 것인가의 문제가 제기되고 있다. 그런데 이와 같은 실체상의 문제는 인터넷에 의하여 저작권이 침해되었을 때에 어느 나라의 법원에서 다루어지는가의 여부에 따라 크게 영향을 받는다. 따라서 다른 분야에서와 마찬가지로 인터넷에 의하여 저작권이 침해되는 경우에도 국제사법상의 문제해결에 앞서 재판관할의 문제가 먼저 해결되어야 한다.

인터넷을 통한 지적재산권침해문제의 가장 본질적인 어려움은 인터넷의 세계화 내지는 무경계성에서 찾을 수 있다. 인터넷에 의한 침해는 전세계적으로 파급됨에 반하여 저작권은 일정한 주권영역 내에서만 보호받을 수 있기 때문이다. 그러나 저작권의 경우 이는 그리 큰 문제는 되지 아니한다. 저작권 역시 생성국가 내에서만 보호되는 것이 원칙이지만, 국제저작권협약에 의하여 특별히 보호신청을 하지 않아도 협약국가 수만권의 권리가 각 국가의 법에 의하여 보호되고 있기 때문이다.

인터넷에 의한 저작권침해의 관할상의 중심문제는 어떻게 국제재판관할을 확대할 것인가에 있다. 다시 말하면 저작권을 침해받은 자에게 되도록 많은 법원에 국제재판관할을 인정하여줌으로써 수많은 침해자를 상대방으로 한 하나의 소송으로 묶어 단일한 법원에 제소할 수 있게 해줄 것인가에 관한 것이다. 이 점에서 웹사이트를 불러낼 수 있는 도처의 법원에서 제소받는 위협으로부터 웹사이트운영자를 어떻게 보호할 것인가의 문제가 중심을 이루는 상표권 등과 같은 등록권리와 구별된다. 만일, 등록권리가 침해된 곳마다 불법행위지를 인정하여 재판관할을 발생시킨다면 웹사이트운영자에게 너무 가혹한 결과를 가져올 것인 반면에, 인터넷을 통하여 세계 도처에서 자신의 저작권을 침해받은 피해자가 각 침해마다 금지청구 및 손해배상청구를 수 개국의 법원에 개별적으로 제기하여야 한다면 저작권자의 권리보호는 크게 위협받을 것이다. 따라서 인터넷에 의한 저작권침해 분쟁은 관할을 제한하기보다는 관할적용범위를 확대하여

어느 특정한 곳에서도 전체의 손해를 청구할 수 있도록 국제재판관할의 범위를 넓히는 데에 그 관할적 특색이 있게 된다.

(2) 비교법적 고찰

1) 미국의 경우

가) 외국인 웹사이트운영자에 대한 재판관할 발생요건

미국 내에 주소 또는 영업소를 두고 있는 자는 일반재판적에 외거하여 미국법원에 제소될 수 있다. 이는 침해행위가 외국에서 자행된 경우에도 마찬가지이다. 다만, 일반재판적은 각국의 long-arm-statutes에 따라 여러 가지 형태로 제한될 수 있으며, 나아가 사안이 법정지국과의 'minimum contacts'를 가지는 due process요건을 충족하여야 하는 제한을 받는다. 흔히 국제간 거래 또는 불법행위와 관련되어 나타나는 관할법적 문제는 법정지에 주소 등을 두고 있지 않은 외국인에게 재판관할의무가 발생하는가를 중심으로 나타난다. 이에 따라 외국인의 웹사이트를 미국 내에서 불러낼 수 있다는 점에 인적재판적을 인정할 수 있는가가 문제된다. 미국 내 도메인분쟁에 대한 판례에 따르면, 웹사이트가 「능동접속형」인 경우에는 국제재판관할을 발생시키고, 「수동정보형」인 경우에는 재판관할을 부인하고 있는 점을 판단자료로 삼을 수 있을 것이다. 이를 저작권침해의 경우에 적용하면 저작물접근을 가능케 하는 웹사이트운영자는 인터넷이용자에게 저작물입수에 관한 정보를 제공하는 행위가 아니라 전세계에 걸친 이용자에게 처분권 또는 정보를 전달하는 기능을 수행하고 있으므로, 「능동형웹사이트」로 분류하여야 할 것이다. 따라서 미국에서 불러낼 수 있는 웹사이트를 운영하고 있는 외국인은 미국의 입장에서 볼 때 미국법원의 관할에 복종한다고 말할 수 있을 것이다¹²¹⁾.

한편 기술한 바와 같이 외국인에 대한 인적재판관할권을 행사하기 위해서는 각국의 long-arm-statutes가 요구하는 조건, 즉 피고가 불법행위를 직접 법정지(주) 내에서 행하였거나, 아니면 법정지 외에서 행위한 경우 법정지에서의 손해발생을 예견할 수 있었고 관련거래행위로 인하여

121) Ginsberg, Study, pp.10.

「이익취득의사」가 있는 경우라야 한다¹²²⁾. 그런데 미국판례는 저작물을 인터넷상에서 접근가능하게 하는 것만으로도 미국 내에서의 “distribution of copies”에 해당한다는 입장이므로 외국 웹사이트운영자는 대부분 미국 내에서 불법행위를 하게 되는 결과가 될 것이다¹²³⁾. 이에 따라 미국 내에서 손해발생 또는 침해결과가 예견가능성의 문제는 (미국내) 이용자의 접근행위를 독립적인 복제행위로 파악하고, 외국 의 웹사이트운영자는 단지 보조자로서 행위하였다고 이론구성을 하는 경우에 비로소 검토대상이 될 수 있을 것이다. 이 경우 물론 저작물을 실은 웹사이트가 세계 도처에서 접근가능한 상태에 있다면 예견가능성을 인정할 수 있기 때문에 인터넷상에서 웹사이트접속이 가능하다는 사실만으로 외국 웹사이트운영자에 대한 미국법원의 재판관할권이 발생하는 것에 대하여 long-arm-statutes에 의해서도 제한할 수 없을 것이다¹²⁴⁾.

나) 법원의 심리범위

위와 같이 저작물 접근이 가능한 웹사이트를 운영하는 외국인에 대하여 미국법원이 재판관할권을 행사할 수 있는 근거는 인적재판관할권이다. 이 재판권에 기하여 손해배상을 청구하는 저작권자는 법정지(주) 내에 발생한 손해만을 청구할 수 있을 뿐 법정지 외에서 발생한 손해분에 대해서는 재판을 청구할 수 없는가? 법정지 법원의 심리범위를 법정지 내에서 발생한 손해로 제한한다면 저작권자는 침해행위가 국경을 넘어 수 개의 주(국)에서 발생하는 경우 각각의 손해발생지에서 개별적으로 청구할 수 있을 뿐이고, 전체 손해를 청구하기 위해서는 침해자의 일반재판적을 이용하여야 한다. 그러나 이는 권리자의 권리보호를 크게 제한하는 결과가 될 것이므로, 이점을 고려하여 Restatement Second는 이른바 “single-publication-rule”이라는 예외를 인정하는 규정을 두게 되었다¹²⁵⁾. 이

122) 예전대, 뉴욕주의 경우. §302(a)(ii) CPRL 참조.

123) Playboy v. Handenburgh, 982F. Supp.503(N.D. Ohio 1997); Playboy v. Webworld, 991 F. Supp.543(N.D. Tex. 1997).

124) Ginsburg, Study, P.12.

125) Restatement(second) of Torts §577 A(1997); Unif. Single Publication Act §1, 14 U.L.A. 377(1990).

규정에 따르면 하나의 행위(예컨대 신문발행이나 방송)로 인하여 발생한 손해가 다수주권지역에 걸친 경우 피해자는 발생지역 모두의 법원 중에서 하나를 선택하여 이 곳에서 일체의 손해를 한데 묶어 청구할 수 있다. 물론 Restatement Second는 이를 미국 내의 주간의 법률문제를 대상으로 하고 있어 이를 외국간의 법률관계의 경우에도 적용할 것인가의 여부는 불분명하다. 만약 미국법원이 이 원칙을 외국과의 관계에서도 적용한다면 미국법원은 미국 내에서 다운로드받은 데에 따른 손해뿐만 아니라 전 세계에서 다운로드받은 손해 전체에 대해서도 총괄하여 재판관할권을 갖게 될 것이다.

2) 유럽의 경우

피고의 주소가 유럽지역 내에 있는 경우 브뤼셀협약이 우선 적용되므로 외국의 웹사이트운영자에 대한 침해소송은 브뤼셀협약 제5조 제3호에 규정된 불법행위지재판적에 기초하게 된다. 이 규정의 적용범위와 관련하여 유럽재판소는 Fiona Shevil vs. Press Alliance사건에서 결과발생지 법원의 심리범위는 당해 법정지 내에서 발생한 손해로 제한된다고 실시하고, 신문배포로 인하여 유럽각지에서 발생한 손해 전부는 피고인 신문사 영업소가 소재하는 지역의 법원, 즉 피고의 보통재판적 관할법원에서만 그 배상을 청구할 수 있다고 판결하였다.

이와 같은 유럽재판소의 제한적 해석에 대하여 프랑스 Conseil d'Etat는 전손청구를 할 수 있는 법원을 피고주소지재판적법원에 한정할 것이 아니라 이를 확대시켜야 할 것이라는 제안을 내놓았다. 그 이유로는 침해자가 자신의 주소지를 '저작권천국'으로 이전시키게 되면 각국은 별개의 소를 분리해서 제기하여야 하는 것을 용인하는 결과가 될 것이라는 점을 지적하였다¹²⁶⁾. 이를 피하기 위해서는 다국적 침해에 대하여 "가장 밀접한 관련 있는" 법원에게 전체손해에 대한 심리를 할 수 있게 하여야 하며, 원고의 주소지 내지는 주영업소를 관할하는 법원이 가장 밀접한 관련을 갖는 법원으로 추정하여야 한다고 주장하였다. 물론 이 추정은 피고가 특

126) Conseil d'Etat, Internet et les Reseaux numeriques, 1998, P.151: <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr>.

별한 사정을 증명하여 반복시킬 수 있다고 한다. Conseil d'Etat가 낸 보고서는 콘텐츠제공자가 상거소를 두고 있는 국가를 사건전체와 가장 밀접관련성 있는 국가로 정하는 방법으로서 정보사회에서의 저작권법의 지침을 내거나 또는 브뤼셀협약을 개정하는 선택적 방안을 제시하였다.

3) WIPO구상에 따른 헤이그국제사법회의에서의 논의현황

"Intellectual Property Rights beyond Territoriality"라는 제목으로 1998.12.16부터 18일까지 제네바에서 열린 WIPO주최 세미나에서 주제발표한 Ginsburg 교수와 Lucas 교수는 인터넷을 통한 저작권침해 소송의 관할확대에 대하여 상반되는 견해를 발표하였다.

먼저 Ginsburg 교수는 유럽에서의 Shevil-rule과 미국에서의 인적 재판관할이 법정지와 일정한 관련성이 있는 행위로 제한하는 것은 부당하다고 주장하였다. 재판관할권의 발생을 피고의 보통재판적 내지는 침해 행위가 있었던 곳에 한정할 것이 아니라 침해된 저작물과 가장 밀접한 관련이 있는(the most significant relationship to the work) 국가에서도 침해소송을 제기할 수 있어야 하고, 이 경우 저작권자의 본국을 가장 밀접한 관련이 있는 국가로 보아야 한다는 것이다. 물론 웹사이트를 예컨대 미국에서 볼 수 있다는 사실만으로는 사건의 미국과의 밀접관련성을 인정하기 어려울 것이지만 미국의 저작권이며 미국에서 다운로드 받을 수 있다면 충분한 사건관련성을 인정하여도 무방하다는 것이다. 특히 이와 관련하여 그와 같이 밀접관련성 있는 법원이 내린 판결이 세계적으로 자동승인될 수 있어야한다는 점을 강조하였다.

이에 반하여 Lucas 교수는 피고주소지법원뿐만이 아니라 원고주소지 법원에서 일체의 손해를 청구할 수 있도록 하여 Shevil 판결의 효과를 제한하여야 한다는 Conseil d'Etat의 제안을 반박하면서 그 이유로서 이 제안은 그 동안 국제차원에서 피고에게 불이익을 결과하는 원고재판적(forum actoris) 도입을 방지하고자 했던 지난 수십 년간의 인류의 노력에 찬물을 끼얹은 처사라고 비난하였다¹²⁷⁾. 이에 따라 콘텐츠제공자가 거주하는 나라를 사건과 가장 밀접한 관련 있는 국가로 보아야 한다는

127) Lucas, Study, Rn.72.

Conseil d'Etat의 제안은 유럽연합(내지는 브뤼셀협약 적용범위지역) 이외의 지역으로 확대시켜서는 아니 된다고 한다. 새로운 관할규정의 도입 대신에 오히려 국제간 권리구제 및 권리실현이 원활하게 이루어질 수 있도록 국제적 협력을 우선적으로 확보하고, 이로써 예컨대 집행절차의 간소화·신속화가 이루어져야 할 것이라고 주장하였다.

4) 결 론

가) 침해금지청구권

침해대상인 저작물을 "kr"도메인을 통하여 입수 가능하거나 아니면, 외국 도메인 또는 "com" 도메인을 운영하고 있는 자가 우리 나라에 영업소를 가지고 있는 경우에는 우리 나라 법원에서 침해금지판결을 받을 수 있을 것이다. 이 경우 피고는 저작물의 접근이 한국법상으로는 허용되지 않지만 외국의 저작권법에 따르면 전세계적인 이용행위가 허용된다는 점을 들어 한국의 법원은 침해금지청구를 인용해서는 아니된다는 항변을 제출할 수 없다.

문제는 우리 나라 법원이 외국의 웹사이트운영자에 대하여 그 외국인의 본국법에서는 허용되는 이용행위를 금지하는 판결을 내리는 경우에 발생된다. 이와 같은 금지판결은 제한규정이 적용되거나 또는 보호기간이 경과되거나 아니면 저작권법상의 보호대상이 되지 않는 경우에 나타날 수 있으며, 그 원인은 다운로드 받은 내용이 내국법에 위반되기 때문에 우리 나라 법원에 불법행위재판적이 발생된다는 점이 아니라, 당해 외국이 우리 나라 법원의 금지판결을 집행하려 하지 않는다는 점에 기인한다. 이 점에 있어서는 관할법적 문제의 핵심은 인터넷을 통한 이용행위의 허용여부를 어느 나라의 (실질)법에 따라 판단할 것인가라는 국제사법적 문제로 귀결하게 된다. 이점에서 실체법적 통일은 인터넷에 의한 저작권침해시 재판관할을 정하는 데에 일관되고 합리적인 기준을 마련하는 데에 필요하다.

나) 손해배상청구권

현행법상 자신의 저작권을 침해당한 원고는 피고의 보통재판적에서 일체의 손해를 청구하든지, 아니면 개개의 침해지국에서 모자이크식 일부

청구로 만족할 것인지를 선택하여야 한다. 이와 같은 법리는 피해를 당한 저작권자의 제소상의 불편에도 불구하고 여전히 유지될 것으로 전망된다. 피고의 보통재판적 소재지에서 전세계에서 발생한 모든 손해를 청구할 수 있는 길이 보장되어 있는 이상 일부의 주장처럼 원고재판적을 도입하는 것은 관할법의 기본원칙에 반하는 결과가 될 것이다. 다만, 세계법통일 입법론 내지는 체약론으로서는 수 개의 국가에 걸쳐 발생한 침해사건을 구역별 지역화를 통하여 전 손해 대신에 일정 한도의 손해를 각 단위지역에서 청구할 수 있는 지역별 청구한도제를 도입하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이를 위해서 수 개국을 단위로 한 국제출원수리관청이나 국제예비심사기관을 지정하고 있는 PCT 국제출원제도의 예를 활용하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

다) 토지관할집중 또는 제한의 필요성

우리 나라 법원만이 국제 불법행위지재판적을 갖는 사건의 경우에 저작권침해웹사이트는 우리 나라 전역에서 불러낼 수 있기 때문에 민사소송법 제16조에 따른 토지관할로서의 불법행위지재판적은 우리 나라의 모든 제1심법원(128)의 관할에 속하게 된다. 따라서 외국인을 상대로 하여 소송을 제기하고자 할 경우 원고는 우리 나라 각 지방법원 또는 지원 중에서 자신에게 유리한 법원을 선택할 수 있다.

그러나 위와 같이 토지관할을 확대 운영하는 것은 판단의 전문성과 인터넷판결의 일관된 판례발전의 측면에서는 바람직하지 않다고 보여진다. 따라서 독일 저작권법 제105조가 규정하는 관할집중의 취지를 살려 이를 우리 나라의 저작권법에 수용하는 입법이 있어야 할 것이다.

5. 인터넷상 상표권침해의 재판관할

(1) 국내·외 병존의 원칙

상표권침해행위는 국내에서 타인의 등록상표와 동일한 상표를 그 지정

128) 이 범위에서 민사소송법개정법률안에서 채택한 국제거래 및 지적재산권특별재판적은 그 의미를 잃는다.

소지하는 행위뿐만 아니라(상표법 제66조), 업무용서류 또는 광고에서 이용하는 행위 즉, 외부에서 당해 상표를 인식 가능하게 하는 일체의 행위를 포함한다. 이에 따라 온라인에서 불러낼 수 있는 것 또한 외부에서 인식 가능하게 하는 행위이므로 침해행위를 구성한다. 물론 상표권의 경우에도 여타의 지적재산권법과 마찬가지로 보호국법주의의 원칙이 적용되므로 침해로 인한 금지청구권은 각 상표가 각기 보호받는 영토 내에서 침해되거나 또는 - 예방적 금지청구의 경우에는 - 외국에서 자행된 행위로 인하여 국내에서 침해될 수 있는 위험이 급박한 경우에 한하여 발생할 수 있다.

영토주의의 원칙상 외국의 상표권자의 상표와 동일 또는 유사한 상표라 하더라도 내국인이 자국의 영토 내에서만 그 상표를 이용하는 행위는 결코 상표권침해행위를 구성할 수 없다. 이와 같이 동일한 상표에 대하여 내국의 상표권과 외국의 상표권이 서로 독립적으로 병존할 수 있으며, 이 경우 상표권자가 동일인인지의 여부는 문제되지 아니한다. 물론 영토주의 원칙을 관철할 수 없는 예외적인 경우가 발생할 수 있다. 예컨대, 외국의 상표권자는 자신의 상표와 동일 또는 유사한 상표를 이용하는 내국인에 대하여 부정경쟁방법에 따라 이 제3자에 대항할 수 있다(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제1호 가-다목 및 사목 참조).

이와는 달리 외국인이 자국 내가 아니라 보호지국인 우리 나라에서 우리 나라의 상표권을 침해하는 행위를 하는 경우에는 상표권의 국내외 병존가능성은 그 기반을 잃게 된다. 이 경우에는 국내에서 배타적으로 보호받고 있는 상표는 외국의 보호법규에 불문하고 내국 상표권리자는 상표의 국내적 보호를 유지하기 위하여 배타적인 금지청구권을 행사할 수 있다. 우리 상표법에는 교차적 효력을 가지는 국내외적 상표권리를 인정하는 규정이 없다.

(2) 인터넷상 상표이용행위의 특징과 WIPO의 제안

기술적으로 세계도처에서 액세스가 가능한 웹사이트를 통하여 상표를 이용하는 행위를 하는 경우에 이르면, 상표권의 독립적 병존이 가능하다는 원칙은 더 이상 지켜질 수 없다. 외국에서 www.에 접속하여 웹사이트에

접근하여 우리 나라에서 보호받고 있는 상표를 이용하는 행위를 하는 경우 이는 필연적으로 국내보호상표를 침해하는 침해행위를 구성하는 결과가 된다.

이와 같이 상표권침해인정과 관련하여 각 국은 자국의 법률 기준으로 판단하므로 이에 따른 국제적 불일치로 인한 문제를 해소하기 위하여 세계지적재산권기구 내 상표·디자인 등 부서는 최근 인터넷에서의 상표이용행위로 인하여 다른 상표가 침해될 수 있는 인정기준을 제시하기에 이르렀다¹²⁹⁾. 이에 따르면 인터넷에서 일정한 상표를 사용하는 행위로 인하여 기존의 상표권이 침해되는가의 여부는 원칙적으로 각 국이 자국의 법에 따라 판단할 것이로되, 침해행위로 규정하기 위해서는 인터넷에서의 상품이용행위로 자신의 상품권이 침해되었다고 주장하는 자는 그 상표를 권리로서 보호하는 국가에서 경제적 영향을 미치는 경우로 제한하자는 것이다. 이는 결국 침해를 주장하는 상표권자가 자신의 상표를 권리로서 보호하고 있는 국가들의 법원에 인터넷이용행위로 인한 침해소송을 제기할 수 있기 위해서는 그 곳에서 보호되는 권리가 인터넷이용행위로 인하여 현실적인 경제적 손실을 받았다는 사실이 인정될 때에 비로소 그 나라¹³⁰⁾의 법원에 특별재판적을 발생시킬 수 있다는 것을 의미한다.

(3) 상표권침해와 국제재판관할

상표권침해의 경우에는 위에서 언급한 바와 같이 저작권침해의 경우와는 달리 웹사이트에의 접속이 가능하다는 이유만으로 웹사이트운영자가 자신이 살고 있는 곳과 동떨어진 지역의 법원에 제소될 수 있는 위험과 불이익을 어떻게 경감시킬 것인가에 관한법적 문제논의의 중심이 되고 있다. 문제해결 방향은 재판관할발생원인을 인터넷접속 가능지역으로부터 분리하여 접속가능한 모든 지역에서 재판관할권이 발생하는 것을 막는 데서 찾아야 할 것이다. 이는 common law상으로는 인적특별재판적의 제한에 관한 것이며, civil law상에서는 불법행위지재판적의 제한에 관한 문제

129) WIPO-Documents SCT/5/2 on June 6, 2000.

130) 상표권자가 살고 있는 국가 또는 제3국이며, 상대방 당사자의 국가는 포함하지 아니한다. 상대방 국가의 법원은 피고의 보통재판적에 의하여 재판관할을 가지기 때문이다.

이다. 그 방법론으로서는 전자의 경우 피고에 대한 재판관할권을 법정지와의 합리적인 관련성을 요구하는 것이며, 후자의 경우에는 내국관련성의 요건을 추가하는 데서 찾을 수 있을 것이다. 그리고 법정지와 피고간의 합리적인 관련성과 내국관련성 요건의 공통기준으로는 겨냥이론을 도입하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 일정한 상표권을 침해하는 웹사이트가 한국시장을 겨냥한 경우에는 피고의 법정지 및 내국관련성 요건이 충족된다고 할 수 있다. 예컨대 "kr"-도메인으로 운영되는 웹사이트인 경우에는 우리 나라 시장을 겨냥한 것으로 볼 수 있는 반면에, 웹사이트 운영자가 "한국지역에는 판매하지 않음"이라는 문언을 사용함으로써 한국 내에 있는 인터넷이용자와 교섭하지 않겠다는 의사를 분명히 한 경우에는 한국시장을 겨냥한 것으로 볼 수 없을 것이다.

6. 특허권침해와 국제재판관할

(1) 인터넷에 의한 특허권침해의 모습

다음과 같은 2 유형의 특허권침해행위를 통하여 인터넷에 의한 특허권침해의 예를 비교 설명할 수 있을 것이다.

「K는 대전의 특허청에서 특허권을 취득한 자이다. 중국에서 설립된 중국의 C회사는 K의 특허권을 침해하는 기계를 서울에 살고 있는 수입중개상 S에게 인도하였다. 부산의 B는 S로부터 위 기계를 구입하여 자신의 공장에 설치하여 사용하고 있다.」 이 경우 K가 침해소송을 제기할 수 있는 곳은 민사소송법상의 관할규정이 정하는 바에 따른다. 이에 따르면 K는 S 및 B를 상대로 한 소송을 서울 또는 부산에서 제기할 수 있다. 이는 S 뿐만 아니라 B 역시 특허권침해행위에 참여하였으며, 서울과 부산 모두가 특허권침해지로서 민사소송법 제16조에 따른 특별재판적이 발생하기 때문이다. 그런데 C는 본국에서 특허권침해행위를 하였으므로 K는 C를 중국법원에 제소할 수 있다(보통재판적). 나아가 K는 C를 S 및 B와 함께 부산지방법원이나 서울지방법원에 제소할 수도 있다(관련재판적¹³¹⁾).

131) 민사소송법 제22조의 관련재판적에 따라 C, S, B 모두를 중국법원에 제소할 수는 있지만, 중국법원이 이와 같은 공동소송을 허용할 것인가의 여부는 중국민사소송법이 우리 나라와 같은 관련재판적을 인정하는가의 여부에 의하여 결정된다.

다른 한편, 중국의 User가 인터넷에 들어가 실물이 한국 내에 소재하는 기계에 액세스하여 그로부터 Software를 빼어냈다면 이는 한국 특허권을 침해하는 행위를 구성할 것이다.

(2) 속지주의원칙의 적용

특허권침해의 경우에도 속지주의의 원칙이 적용되는 관계상 법익침해가 발생하는 곳으로서의 결과발생지는 항상 동시에 행위지로서 기능한다. 왜냐하면 특허권을 허여한 국가¹³²⁾의 영토 내에서 특허권자의 동의 없이 특허의 실시행위를 하는 경우에만 특허권자가 발명에 대하여 가지는 자신의 배타적 권리를 침해당했다고 주장할 수 있기 때문이다. 이와 같이 특허취득국의 영토 내에서 특허에 대한 실시행위가 없으면 특허권 침해문제는 발생할 여지가 없다. 예컨대 일본기업이 한국의 특허권을 침해하는 중국생산품을 한국 내로 반입한 경우에는 일본기업의 반입행위와 관련하여 한국은 불법행위지인 동시에 결과발생지가 되는 것이다. 이에 따라 일본기업은 한국의 특허권을 침해하였다는 이유로 한국법원에 제소될 수 있다.

(3) 지적재산권 존부소송과 침해소송에서의 관할분리

1) 문제의 소재

지적재산권 존부소송은 지적재산권의 등록을 다투거나 또는 그 유효여부를 목적으로 하는 소송임에 반하여, 침해소송은 (유효한) 지적재산권의 존재를 전제로 그 침해를 주장하는 소송이다. 존부소송과 침해소송에 인정되는 국제관할의 범위는 입법례에 따라 다양한 차이를 보이고 있다.

2) 존부소송에서의 국제관할

우리 나라의 경우 지적재산권 자체의 성립이나 유효문제에 대한 소송의 국제관할은 등록법주의 원칙에 따라 결정된다. 특허법원은 법원조직법 제28조의4 제1호에 따라 등록된 권리의 성립과 유효성에 관한 사건

132) PCT나 EPC 등에 따른 국제 내지는 지역특허출원에 의하여 다수의 국가에서 동일한 특허가 허여될 수 있으며, 이 경우 각 국은 자국법에 따른 특허로서 보호한다.

을 전속적으로 관할한다. 다만 특허법 제180조 제1항, 실용신안법 제56조, 의장법 제75조 및 상표법 제86조에 따른 소송을 제기하기 위해서는 먼저 특허심판원의 심판을 거치게 하는 심판전치주의를 채택하고 있다(법원조직법 제28조의4 제1호, 특허법 제132조의2 참조). 지적재산권 관련 법은 국제관할에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에, 위와 같은 내용의 토지관할은 국제재판관할권의 유무를 판단하는 데 참작되어¹³³⁾ 특별히 고려할 사정이 없는 한 국제관할발생의 근거가 된다. 이에 따라 우리 나라에서 허여·등록된 지적재산권은 설사 그 등록권리가 외국에서 보호받는다 하더라도 우리 나라 법원(정확하게는, 특허심판원과 특허법원)이 전속적 관할을 가지므로 당해 외국은 지적재산권 성립이나 유효여부를 판단할 재판관할권을 갖지 못한다. 이와 같이 등록지국법 법원에 전속관할을 인정하는 이유는 속지적 성격이 강한 지적재산권의 특성에서 찾을 수 있다. 즉, 지적재산권은 '허여' 되는 것이고, 이러한 허여는 곧 일국의 주권 행사이기 때문에 '허여국'의 법관만이 그 제한이나 유효여부에 대하여 판단할 수 있다는 사상에 기초하고 있다. 독일과 네덜란드 그리고 브뤼셀협약 역시 우리 법의 태도와 같다. 이 같은 입법례에서는 전속적 관할법원에서 진행되는 별개의 독자적인 무효절차가 마련되어 있다. 지적재산권은 전속적 관할법원에 의한 무효절차에 의해서만 절대적 무효가 될 수 있으며, 침해소송법원이 선결문제로서 무효여부에 대하여 판단하는 것은 금지된다.

3) 침해소송의 국제관할

지적재산권의 등록이나 유·무효를 그 목적으로 하는 소송 이외의 경우에는 소송법상의 관할에 관한 일반원칙이 적용된다. 관할법의 내용은 미국법계와 대륙법계에 관해 동일하지 않다. 미국법에서는 현존의 원칙이 관련한 특별한 대인재판관할권이 발생하는 거의 문제를 중심으로 다루어지는 반면에, 대륙법계 국가에서는 피고의 주소지를 기준으로 한 보통재판적과 이행지재판적(계약의 경우) 및 손해발생지(불법행위의 경우)를 중

133) 개정 국제사법 제2조 제2항 전단 참조.

심으로 다룬다. 이 모든 침해관련 재판적은 전속적인 것이 아니기 때문에 관할합의가 가능하다.

다른 한편, 대륙법의 일부국가(프랑스, 이탈리아, 벨기에 등)에서는 침해소송법원에 침해여부를 판단하는 소송에서 그 선결문제인 지적재산권의 등록·유무효 여부에 대하여 판결할 수 있는 관할권을 인정한다. 물론 침해소송에서 법원이 내린 존부판결의 효력은 양 당사자에게만 발생하는 상대적 효력을 갖는데 그친다. 결국 이들 국가에서는 검사가 제기하거나 침해소송에 참가하는 방식으로 이루어지는 절대적 무효를 목적으로 하는 존부소송 외에, 침해소송에서 지적재산권 무효항변이 있는 경우 침해소송법원은 상대적 무효판결을 내릴 수 있다. 예컨대, 프랑스에 등록되지 아니한 지적재산권이 프랑스 내에서 침해된 사건과 관련하여 주소법원인 프랑스 법원은 침해소송 도중에 외국의 지적재산권의 등록 내지는 유효여부에 대해서도 판단할 수 있다.

이에 반하여 독일, 일본 우리 나라 등에서는 침해소송에서 특허권존부에 대한 항변을 제출할 수 없게 한다. 이는 침해소송판사는 특허청에서 허여되고 확정된 대로의 특허권의 내용을 전제로 하여 침해소송을 심판하여야 한다는 것을 의미한다. 설사 특허청이 예컨대, 발명의 신규성을 잘못 판단하여 부당한 특허권이 허여되었다거나 또는 위법하게 심결된 경우에도 이미 존재하고 있는 특허권의 효력을 다룰 수 없는 것이다. 또한 특허권 범위의 내용을 변경할 수도 없다. 이를 특허권에 대한 침해소송판사의 구속성이라 한다. 다만 특허법 제197조의 해석을 함에 있어서 그 주어진 재량적 해석의 범위 내에서 보호범위에 영향을 줄 수 있음은 물론이다. 이에 따라 특허침해소송과 관련하여서는 피고의 반소제기권은 크게 제한된다. 현행법상 특허침해소송이 계속된 법원에 특허심결취소의 소를 반소의 형식으로 제기할 수 없다. 예컨대 특허권침해를 이유로 금지 또는 손해배상의 청구를 하는 소를 제기당한 경우 피고는 특허권이 무효라든가 특허권을 취소하는 항변 내지는 반대신청을 제출할 수 없다. 특허에 관한 심판 등에 대해서는 특허심판원이 심결하고, 심결 등에 대한 소송은 특허법원의 전속관할에 속하기 때문이다(특허법 제132조의2, 제186조, 법원조직법 제28조의4).

4) 평 가

지적재산권의 등록, 유효여부 등에 관한 존부소송은 등록지법 국가의 법원이 전속관할을 갖는 반면에, 침해소송의 경우에는 각국의 독자적인 재판관할의 범규에 따라 그 국제관할권 발생 여부를 판단하는 관할분할은 종래 인정되어온 국제적 원칙이다. 예컨대, 헤이그 국제사법회의의 협약가안에 따르면 특허, 상표, 실용신안 및 기타 등록을 요하는 권리의 등록의 유효성을 그 목적으로 하는 소송에서는 등록이 적용되거나 실행된 곳 또는 국제협약의 조건에 따라 등록이 이루어진 곳으로 인정되는 회원국의 법원에 전속관할이 있는 반면에(협약가안 제12조 제4항), 동조 제5항은 특허권 침해를 목적으로 하는 소송과 관련하여서는 협약 또는 회원국의 국내법에 따라 발생하는 여타 법원의 관할을 배제하지 못한다고 규정하고 있다.

우리 법의 태도는 위와 같은 세계적 추세와 상충한다. 특히 개정 국제사법은 제24조에서 지적재산권 보호규정을 두어 침해지법을 지적재산법 보호의 준거법으로 정함으로써 등록지국의 법원이 아닌 침해지국의 법원에 제소할 수 있으며, 이 경우 우리 나라의 국제관할과 준거법을 평행 적용하는 효과를 거두고 있다.

다른 한편, 지적재산권 침해의 문제 이외에 지적재산권의 성립, 이전 등의 전반적인 문제는 확설과 판례에 맡겨지게 되었는데¹³⁴⁾, 토지관할 규정은 특별한 사유가 없는 국제관할에 적용되므로 우리 나라에서 허여된 특허 등 등록지적재산권의 성립과 유효성 문제는 우리 나라의 특허심판원과 특허법원에서 판결할 수 있게 될 것이다.

만약 특허침해소송절차에서 특허무효의 반소를 허용한다면 제1심 법원 으로서는 이에 대한 심결권이 없기 때문에 반소를 특허심판원에 이송하여야 할 것이다. 그런데 대법원¹³⁵⁾의 태도에 따르면 민사소송법 제31조의 이송규정은 법원간의 이송을 전제로 하는 것으로 일종의 행정기관인 특허심판원에 이송할 수 없는 문제가 생긴다. 또한 제2심 민사법원에서 심

134) 국제사법해설, 법무부 2000, 87쪽.

135) 대판 1994.10.21. 94재후57 참조.

결취소의 반소를 제기한 경우에도 특허법원에 이송하여야 할 것인데, 피고는 심결취소의 소를 직접 특허법원에 제기하면 될 것이므로 반소이송의 길을 선택할 수 있게 하는 것 또한 합리적인 해결방안이 아니다. 따라서 특허침해소송절차에서 특허무효 또는 심결취소를 구하는 반소를 제기할 수 없게 하는 현행법의 태도는 타당하다고 생각한다. 이점에 관한 특허소송은 일반 민사소송과 다른 특색을 갖는다. 왜냐하면 점유보호 청구소송에 대해서는 본권을 이유로 대항(항변제출)할 수 없으나(민법 제208조 제2항), 본권을 원인으로 하는 반소는 제기할 수 있다는 것이 통설·판례¹³⁶⁾의 입장이기 때문이다. 위와 같이 제1심의 침해소송절차에서 특허무효의 반소제기를 허용하지 않는다면, 이와 같은 원칙은 제2심에서도 견지되어야 한다. 제1심은 이원주의를 견지하면서도 제2심만을 일원주의로 개편하는 것은 체제의 일관성에 문제가 있을 뿐만 아니라, 무엇보다 항소심에서의 심결취소의 반소제기를 부추겨 오히려 침해소송절차를 지연시키는 결과를 초래하게 될 것이다. 나아가 제2심의 관할집중은 지리적으로 가까운 법원에서 소송을 준비할 수 있는 기회를 피고로부터 박탈하여 피고의 관할이익을 침해하는 문제를 야기시킬 것인 바, 이는 국민에 대한 사법서비스의 개선이라는 대명제에도 부합되지 않는다. 각 국이 적어도 제1심에서 관할집중을 시도하고 있지 않거나 혹은 이미 설치한 전속관할법원을 폐지한 저간의 사정은 이와 같은 측면에서 이해되어야 할 것이다. 이 같은 현실에서 볼 때 특허법원에의 관할집중논의는 재고되어야 할 것으로 보인다. 관할을 집중하는 이상, 피고의 반소를 허용하지 않을 이유가 없고, 이는 관할집중이 안고 있는 피해를 그대로 드러내고 말 것이다. 이에 따라 관할집중은 제1심과 제2심을 통일적으로 판단하여야 한다고 본다. 우선 하나의 방법으로는 제2심은 물론 제1심에서도 관할을 집중하여 특허침해소송 뿐 아니라 반소의 형태로 제기되는 특허관련소송을 판결할 수 있게 하는 것을 생각할 수 있다. 이 경우 특허침해소송은 반소 등의 형태로 제기된 무효확인소송 또는 심결취소소송이 종결될 때까지 그 절차를 중지하여야 할 것이다.

136) 이시윤, 민사소송법, 404쪽; 정동윤, 민사소송법, 871쪽; 이영준, 물권법, (85): 이상태, 물권법, 176쪽; 대판 1957.11.14, 4290 민상454·455.

7. 보전처분의 국제관할

국내의 경우 지적재산권에 대한 보전처분은 그 의미가 지대하다. 지적재산권침해 여부를 다루는 당사자로서는 보전처분 명령 여하에 따라 해당 기업이 생존하느냐 아니면 도산하느냐의 기로에 놓인다¹³⁷⁾. 그러나 국제영역에서는 그 의미가 반감된다. 외국법원이 내린 판결을 승인하는 대상을 확정판결로 제한하는 대부분의 입법례에서는 외국법원의 보전처분은 승인집행의 대상이 될 수 없기 때문이다. 민사소송법 또한 「외국법원의 '확정판결'」로 제한하고 있기 때문에 보전처분은 그 개념상 승인·집행의 대상이 아니다. 이는 인터넷을 통한 지적재산권침해의 경우 보전처분은 재산소재 등에 기하여 현실적으로 집행가능한 국가의 법원에 신청하여야 소기의 목적을 달성할 수 있다는 것을 의미한다. 다만, 유럽연합 내에서 발하여진 보전처분은 브뤼셀협약 제25조 이하에 따라 유럽연합 전지역에서 승인·집행할 수 있기 때문에, 예컨대 영국의 관할법에 의거하여 발하여진 Mareva-Injunction은 전유럽국가에서 승인되고 그 곳 소재의 재산에 대하여 집행할 수 있다.

137) 물론 지적재산권, 특히 특허관련 실무에서는 첫째, 피보전권리의 성립과 그 보호범위에 관하여 고난도의 전문적인 기술적 판단하여야 한다는 점과 둘째, 일정한 행위의 요구 또는 금지를 그 내용으로 하는 가처분의 만족적 기능상 침해혐의자에게 치명적인 손해를 가할 수 있다는 점 등을 고려하여 가처분 명령을 극히 자제하고 있다(이에 대한 자세한 내용은 김용진, 국제보전처분의 현황과 그 과제, 저스티스, 제34권 제1호(2001/2), 219, 238쪽 참조).

제5장 결론

지적재산권 침해소송의 가장 주요한 연결관할인 불법행위지재판적은 행위지와 결과발생지를 포함한다. 따라서 여러 나라에 걸쳐 침해행위가 자행된 경우 원고는 법익침해행위에 연결된 모든 나라 중에서 자신에게 유리한 1개국만을 선택하여 제소할 수 있다. 물론 이러한 사정은 속지주의의 원칙에 입각한 지적재산권 침해의 경우에는 그대로 적용되지 아니한다. 속지주의 원칙에 따르면 지적재산권은 주권국의 독점적 권리로서 그 권리를 허여한 나라의 영토 내에서만 실제법적 효력을 지닐 수 있기 때문이다. 다시 말하면 지적재산권자의 배타적 권리는 국경에서 그 장소적 한계에 부딪히는 것이다. 이와 같이 지적재산권의 실제적 효력청구권은 영토적 제한을 받기 때문에 그에 대한 침해는 그것을 허여한 국가에서만 발생되고, 이에 따라 행위지와 결과발생지는 동일한 장소가 된다. 따라서 국내에서 행한 행위로 인하여 외국의 지적재산권이 침해될 수 없으며, 반대로 외국에서의 행위는 기껏해야 일정한 경우에 한하여 국내에서 국내권리에 위협성 있는 행위로 평가되어 예방적 금지청구권을 위한 불법행위지재판적을 발생시킬 수 있을 뿐이다. 이는 결국 재판관할발생근거가 되는 국내의 행위지는 국내 지적재산권이 침해되는 경우에 한하여 인정될 수 있다는 것을 의미한다. 예컨대, 민사소송법 제16조의 불법행위지재판적은 우리 나라 특허권에 기한 소송인 경우에 한하여 발생하는 것이다.

그럼에도 불구하고 국경을 넘는 인터넷에 의하여 지적재산권이 침해되는 경우가 드물지 않다. 지적재산권자는 범세계적 권리보호를 위하여 수 개국에서 동일한 내용의 지적재산권을 확보해 놓기 때문이다.

인터넷상의 불법행위지재판적의 범위를 정하는 일은 여간 어려운 문제가 아니다. 인터넷의 도처성에 비추어 우리 나라에서도 기술적으로 가능한 웹사이트 "블러내기"가 내국법원의 관할을 발생시키는 행위지로서 족하다고 보게 되면, 외국의 기업들은 우리 나라의 지적재산권소유자가 침해당했다는 주장하는 한, 침해적 웹사이트에 접속하였다는 사실만으로도 우리 나라 법원의 재판관할권에 복종하여야 할 것이고, 반대로 우리 나라 User

가 그러한 웹사이트 접속이 가능한 모든 지역에서 제소될 수 있게 될 것이다. 사실 웹사이트 접속이 가능한 지역에서는 인터넷불법행위지재판적은 충분한 내국관련성이 없는 “과잉관할”로 발전할 수밖에 없을 것이다. 특히, 피고 회사가 예컨대 Jazzclub-사건(Besusan v. King)에서와 같이 국내지역 내에서만 영업을 하고 그 영업을 외국으로 확장시킬 위험이 없는 경우 피고 보호를 위하여 광범위한 행위지재판적을 제한하여야 할 필요는 더욱 커진다.

이와 같이 인터넷은 지역적 획정이나 경계설정 없이 국경을 초월하여 정보를 전달하고 있으므로 결국 인터넷상의 웹사이트 운영의 사실만으로 전세계적인 재판관할에 노출되는 우려를 가져올 수 있다. 미국법원이 인터넷운영형태를 유형별화하여 효과이론, 거냥이론 등을 도입하고 대륙계법에서 불법행위지재판적을 제한하려는 각 중 시도는 모두 인터넷재판관할을 합리적인 범위로 제한하기 위한 시도이다. 따라서 결국 피고의 법적 보호를 위하여 인터넷 국제재판관할을 적정하게 제한하여야 하며, 그 방법론으로는 미국 법상으로는 거냥이론과 대륙계법적으로는 내국관련성이론에 따라야 할 것이다. 이는 현금의 국제적 경향과도 부합한다. 특히, 특정의 법정지를 거냥하지 않는 수동형 웹사이트는 법정지에서의 접근 가능성만으로 확정되어질 수 없으며, 제공자가 특정한 주를 거냥하고 당해 소송청구가 그 사이트의 콘텐츠로부터 발생하였다면, 어떤 특정한 주를 거냥하지는 않지만 상호영향을 미치며 그 곳에서의 거래가 의도적으로 이루어진 것이라 여겨질 수 있는 웹사이트나 서비스를 통한 거래로부터 생겨난 분쟁이라는 조건이 갖추어지는 이상, 해당 주는 웹사이트 제공자에 대해 자신의 대인재판관할권의 발생을 주장할 수 있다는 ABA의 보고서¹³⁸⁾는 인터넷관할 제한의 타당성을 뒷받침해주며, 아울러 제한방법론을 시사하고 국제적 추세를 가늠케 하여 주고 있다. 웹사이트에 접속한 User가 세계 어느 나라의 법원에서든 재판의무를 지고 당초부터 예상할 수 없는 곳에서 소송을 방어하도록 하는 것은 소송법의 근본이념인 (적법)절차보장 내지는 피고의 방어권을 현저하게 침해하는 결과가 될 것이다.

138) “Achieving Legal and Business Order in Cyberspace: A Report on Global Jurisdiction Issues Created by The Internet” (2000년 7월).

인터넷 재판관할 배분기준으로서 유용하고 예견가능한 방법론인 Targeting Test는 지적소유권 침해소송에서의 경우에 그대로 적용할 수 있다고 본다. 물론 이 경우 등록자의 관계를 명확히 하여야 할 것이다. 침해자들은 지적소유권의 보호지역이 어디인가는 무관심하고 단지 그들이 거주하고 있는 곳에서 타인의 권리를 침해하여 경제적 이익을 얻으려 하지만, Cybersquatting을 포함하는 경우에는 상표권자로부터 경제적 이익을 얻어내려는 의도가 주목적이므로 상표권의 등록지를 암암리에 겨냥하고 있다고 볼 수 있다. 지적재산권의 등록은 등록자가 등록이 이루어지는 곳의 국민이어야 한다는 조건을 요구하지 않는다. 따라서 대다수의 특허와 상표는 수 개의 국가에 등록되고 이는 소송법상 각 재판관할권을 인정하기 위한 필수불가결한 접촉일 뿐 아니라 등록자는 수 개의 등록지국의 재판권에 복종해야 함을 의미한다. 즉, 지적소유권의 등록은 등록이 발생한 국가의 재판관할권에 대한 등록자의 최초의 접촉이라 할 수 있다. 이와 관련하여 발생가능한 지적재산권 침해에 있어 불법행위나 계약 책임 그리고 세금부과에서의 기준의 근거가 되는 접촉과 겨냥의 개념은 곧 등록지에 대한 접촉과 겨냥의 의미로 해석하는 것이 타당하다.

나아가 우리 나라 대법원은 대한민국 법원의 국제관할을 배제하는 당사자에 의하여 관할이 합의된 외국법원이 합의관할에 의한 재판관할권을 행사하기 위해서는 사건이 당해 외국과 충분한 관련성을 맺는 경우가 아니면 아니 된다는 이른바 내국관련성 이론을 채택하였다¹³⁹⁾. 내국관련성 이론은 애당초 독일 연방법원¹⁴⁰⁾이 재산소재지 특별재판적을 합리적으로 제한하기 위하여 도입한 점을 고려해 볼 때 우리 나라 대법원은 국제관할 합의에 관하여 요구하고 있는 충분한 내국관련성 요건을 인터넷 국제재판관할에 적용하여야 할 것이다.

다만, 지적재산권침해와 관련하여서는 다음과 같은 특색을 지적할 수 있고, 이러한 사항은 입법론 내지는 계약론으로 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째, 지적재산권을 침해당한 원고로서는 피고의 보통재판적에서 일체의 손해를 청구하든지, 아니면 개개의 침해지국에서 모자이크식 일부청구를

139) 대법원 1999.9.9. 선고 96다20093 판결.

140) BGH, Urt. v.2. 7.1991 - XI ZR 206/90(Stuttgart).

만족할 것인가의 양자택일을 하여야 할 기로에 처한다. 이와 같은 법리는 피해를 당한 지적재산권자의 제소상의 불편에도 불구하고 여전히 유지될 것으로 전망된다. 피고의 보통재판적 소재지에서 전세계에서 발생한 모든 손해를 청구할 수 있는 길이 보장되어 있는 이상 일부의 주장처럼 원고 재판적을 도입하는 것은 관할법의 기본원칙에 반하는 결과가 될 것이다. 다만, 세계법통일 입법론 내지는 계약론으로서는 수 개의 국가에 걸쳐 발생된 침해사건을 균역별 지역화를 통하여 전 손해 대신에 일정 한도의 손해를 각 단위지역에서 청구할 수 있는 지역별 청구한도계를 도입하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 이를 위해서 수 개국을 단위로 한 국제출원수리 관청이나 국제예비심사기관을 지정하고 있는 PCT국제출원제도의 예를 활용하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

둘째, 상표권에 대한 인터넷국제재판관할은 보호받고 있는 상표권이 인터넷에서 이용되고 있다는 사실만으로는 발생하지 않고, 그로 인한 경제적 효과(commercial effect)를 미치는 경우에 한하여 특별재판적이 발생한다고 보아야 할 것이다. 예컨대 A국의 A가 그 권리를 취득한 상표를 B국의 B가 인터넷에서 이용하는 경우 A가 A국 또는 C국(인터넷접속가능국가들)에서의 인터넷이용행위를 상표권침해행위라고 주장하여 A국 또는 C국 법원의 국제특별재판적을 주장하기 위해서는 B의 인터넷상 이용행위가 A국 또는 C국에서 경제적 손실을 발생시켰다는 사실이 인정되어야 한다. 이를 위해서는 인터넷재판관할의 요건으로서 "경제적 효과"를 상표법에 도입하는 것이 바람직하다. 입법론상으로는 상표법 제66조에 다음과 같은 내용의 호를 추가 신설하는 방법을 생각할 수 있다. 『5. 침해를 주장하는 지역에서 경제적 효과가 발생하는 인터넷상의 상표이용행위』

셋째, 특허권침해의 경우에도 속지주의의 원칙이 적용되는 관계상 법익침해가 발생하는 곳으로서의 결과발생지는 항상 동시에 행위지로서 기능한다. 왜냐하면 특허권을 허여한 국가¹⁴¹⁾의 영토 내에서 특허권자의 동의 없이 특허의 실시행위를 하는 경우에만 특허권자가 발명에 대하여 가지는 자신의 배타적 권리를 침해당했다고 주장할 수 있기 때문이다.

141) PCT나 EPC 등에 따른 국제 내지는 지역특허출원에 의하여 다수의 국가에서 동일한 특허가 허여될 수 있으며, 이 경우 각 국은 자국법에 따른 특허로서 보호한다.

이와 같이 특허취득국의 영토 내에서 특허에 대한 실시행위가 없으면 특허권 침해문제는 발생할 여지가 없다. 예컨대 일본기업이 한국의 특허권을 침해하는 중국생산품을 한국 내로 반입한 경우에는 일본기업의 반입행위와 관련하여 한국은 불법행위지인 동시에 결과발생지가 되는 것이다. 이에 따라 일본기업은 한국의 특허권을 침해하였다는 이유로 한국법원에 제소될 수 있다.

지적재산권의 보호대상이 외국에서 인터넷을 통하여 불러낼 수 있는 상태에 놓이면 우리 나라의 지적재산권리자는 침해자의 주소지 관할 외국법원의 보통재판적에서 권리구제를 신청하거나 또는 보호대상 지적재산권을 침해하는 모든 불법행위지 재판관할법원에 제소하여야 한다. 그러나 외국에서 자신의 권리구제를 실현하기는 현실적으로 상당히 어렵다. 외국법원은 판결을 내린 우리 나라의 법원이 당해 외국의 관할규정을 적용할 때 재판관할권을 가진 경우에 한하여 우리 나라 법원의 판결을 승인·집행할 것이기 때문이다. 이에 따라 우리 나라의 지적재산권자는 외국에 있는 침해자의 보통재판적을 이용하여 소송을 제기하는 방식에 의하는 것이 보다 안전한 길이 된다. 물론 이 경우에도 비용 및 시간적 부담으로 인하여 권리자를 위한 실효성이 있는 권리구제는 좀처럼 기대하기 어려울 것이다.

참고문헌

- 김용진, 국제민사소송전략, 1997
- _____, 국제보전처분의 현황과 그 과제, 저스티스, 제34권 제1호(2001/2), 219
- 김효실, "인터넷분쟁과 국제재판관할", 충남대학교 석사학위논문(2002)
- 법무부, 국제사법해설, 2001
- 석광현, 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체 협약, 국제사법연구 제2호, 길안사, 1997
- 우지숙/민은주/석광현/권현영, 인터넷상 국가간 법적 관할권과 준거법 및 집행에 관한 연구, 정보통신정책연구원, 1999
- 이시윤, 민사소송법, 2000
- A Report on Global Jurisdiction Issues Created by Internet, Achieving Legal and Business Order in Cyberspace London Meeting Draft, ABA Global Cyberspace Jurisdiction Project, 2000
- Bachmann, IPRax 1998, 179
- Bettinger, Kennzeichenrecht im Cyberspace: Der Kampf um die Domain-Namen, GRUR Int, 1997
- Droz, Anmerkung zu Tribunal de Grande Instance de Paris 19.6.1974, D. S. 1975, Jurisprudence, 638
- Geimer, IZPR, 2. Aufl
- Georgios I. Zekos, Personal Jurisdiction and Applicable Law in Cyberspace Transaction, The Journal of world intellectual Property, 2001
- Ginsberg/M.Gautier, The Coletial Jukebox and Earthbound Courts: Judicial Competence in {EU and USA} over Copyright Infringements in Cyberspace, RIDA 173(1997)

참고문헌

- Heinrichs, Die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit nach dem Begehungsort im nationalen und internationalen Zivilprozessrecht, Dissertation Freiburg/Br. 1984
- Koch, CR 1999, S. 121
- Kropholler, in: Handbuch IZVR I Kap. III. 1999
- Kubis, Internationale Zusändigkeit bei persönlichkeits-und Immaterialgüterrechtsverletzungen, 1999
- Kuner, CR 1996, 453
- Mary Twitchell, The Myth of General Jurisdiction, 101 Harv. L. Rev. 610
- Michael A. Geist, Is There A There There? Toward Greater Certainty For Internet Jurisdiction, -Net Jurisdiction Law Shifting Away From Zippo-, 2001
- Michael Geist, Long arm of the law needs new guidelines for the internet
- Schack, IZVR, 2. Aufl.(1996)
- Schlösser, EuGVÜ, 1998
- Stauder, GRUR Int. 1976, 465
- Thum, Territoriales Markenrecht im Global Village, GRUR Int. 1999
- Wandt, Internationale Produkthaftung, 1995
- Wegner, CR 1998, 676