

2022년 개정 국제사법 제39조와 제44조에 대한 검토*

한양대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사 李 珠 蓮

■ 논문요약 ■

2022년 7월 5일 시행된 개정 국제사법의 지식재산권침해 관할규칙인 제39조와 불법행위 관할규칙인 제44조의 체계의 적절성과 해석을 두고 다양한 의견이 제기된 바 있다. 그 원인을 분석하면 우리 개정 국제사법이 유럽연합의 브뤼셀체제의 법리와 미국의 의도적 지향 법리를 함께 받아들여 관할근거로 행동지, 결과발생지, 지향지를 규정하고, 또 한편으로는 이들 법제와 달리 불법행위 관할규칙과는 별도로 지식재산권침해 관할규칙을 둔 것에 있는 것으로 보인다.

어쨌거나 실무상으로는 국제사법 제39조와 제44조를 각 조항 내에서 그리고 양 조항 사이에서 정합적으로 해석하는 것이 필요한 상황이다. 관할근거 중 특히 결과발생지, 지향지를 어떻게 해석할지가 문제되는데, 우리 법제는 유럽과 미국 양 법제의 중간형의 모습을 취한 것으로 볼 수 있으므로, 결과발생지의 의미에 대한 유럽식의 접근법과 지향지에 대한 미국식의 접근법을 그대로 따르는 것을 지양하고, 각 관할근거에 대하여 원고가 지는 증명책임의 관점에서 파악하여 정합적으로 해석할 필요가 있다. 지식재산권침해는 보호대상인 지식재산권은 특정 국가에 속지적으로 복속하고 침해자의 고의나 과실 없이도 성립한다는 점에서 일반 불법행위일반불법행위와는 다른 특수성이 있다. 개정 국제사법이 지식재산권침해 관할근거를 불법행위의 경우와 동일하게 규정하면서도 그 관할권 범위를 원칙적으로 속지적으로 제한할 것을 규정하고 결과발생의 예견가능성을 이유로 한 관할권 부인 규정을 두지 않은 것은 이와 같은 불법행위와 지식재산권침해의 차이를 고려한 입법으로 이해된다.

[주제어] 2022년 개정 국제사법, 국제사법 제39조, 국제사법 제44조, 불법행위 관할, 지식재산권침해 관할, 행동지, 결과발생지, 지향지, 관할권의 속지적양적 제한, 예견가능성
The 2022 Korean Act on Private International Law of 2022, Article 39, Article 44, Jurisdiction on on torts, Jurisdiction on infringement of intellectual property rights, The place of the damaging act, The place of the damage, The directed place, Territorial Limitation limits on jurisdiction, Foreseeability

* 이 논문은 2022. 7. 22. 한국국제사법학회·법무부·사법정책연구원 공동학술대회 발표문을 수정·보완한 것이다. 선행연구를 통해 논의의 기초를 마련해주신 석광현, 장준혁, 이종혁 교수님, 그리고 학술대회에서 심도 있는 토론을 해주신 이규호 교수님께 깊이 감사드린다.

■ 목 차 ■

I. 서론	
II. 논의의 출발점	
1. 불법행위와 지식재산권침해	
2. 민사소송절차에서 국제재판관할의 의미	
III. 유럽연합과 미국의 불법행위와 지식재산권침해 관할의 법리	
1. 유럽사법재판소	
2. 미국 법원	
3. 검토	
IV. 우리 국제사법상의 지식재산권침해와 불법행위 관할규칙	
1. 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할 (제39조)	
2. 불법행위에 관한 소의 특별관할 (제44조)	
3. 국제사법 제39조와 제44조의 비교	
V. 맺음말	

* 논문접수: 2022. 7. 31.

* 심사개시: 2022. 8. 5.

* 게재확정: 2022. 8. 22.

I. 서론

2001년 전부개정되면서 큰 변화를 보였던 국제사법이 올해 초 다시 전부개정되어 7월 5일 시행되었다. 20여 년이 지나 전부개정된 이번 국제사법은 국제재판관할의 일반원칙인 ‘실질적 관련성’ 원칙¹⁾을 구체화하여 총칙 편에 국제재판관할에 관한 여러 일반규정을 신설하고 유형별 사건에 관하여는 각칙 편에 특별규정을 도입함으로써 국제재판관할권 문제에 있어 법적 안정성 및 예측가능성을 제고하는 데 주안점을 두었다.²⁾

그런데 개정법의 시행에 앞서 지식재산권침해 관할규정인 제39조와 불법행위 관할규정인 제44조를 두고 그 (각 조항 내, 그리고 양 조항 사이에서) 체계의 적절성과 문언의 해석에 대하여 다양한 의견이 개진된 바 있다.³⁾ 그러한 논의들을 모아보면 다음과 같다:

1. 불법행위 관할규칙인 제44조와는 별도의 지식재산권침해 관할규칙인 제39조를 두었지만, 지식재산권침해는 불법행위의 일종이므로 이를 제44조로 함께 규율하는 것도 무방하다.⁴⁾

1) 국제사법 제2조.

2) 법제처 국가법령정보센터, 2022. 1. 4. 전부개정된 국제사법(법률 제18670호)의 개정이유 및 주요내용.

3) 예컨대 2022. 5. 28. 민사소송법학회 정기학술대회에서 석광현 교수의 발표와 장준혁 교수의 발표 중 국제사법 제39조와 제44조에 대한 부분; 국제사법 제44조의 해석을 둘러싼 다양한 쟁점을 개진한 것으로는 이종혁 교수의 2022. 2. 10. 국제사법판례연구회 발표; 국제사법 제39조의 해석론에 대하여 이주연, “2022년 국제사법상 지식재산권 관련 소의 국제재판관할 문제: 총칙과 각칙의 검토”, 국제사법연구(제28권 제1호), 한국국제사법학회(2022. 6.), 228면 이하.

2. 제39조와 제44조 모두 우리 법원의 관할근거(또는 관할원인)⁵⁾로 행동지, 결과발생지, 지향지 (제44조의 경우 행동지, 지향지, 결과발생지 순으로 기재) 3가지를 규정한 것과 관련하여, 다음과 같은 주장 내지 의문이 있다.

가. 지식재산권의 속지성을 고려할 때 지식재산권침해의 관할근거는 침해지(행동지이자 결과발생지)와 지향된 침해지(지향된 결과발생지)만 있을 수 있다. 제39조 제3항 전단부의 주된 ‘침해행위’는 주된 ‘침해의 결과’가 되어야 한다.⁶⁾

나. 제39조와 제44조의 지향지는 인터넷에 의한 지식재산권침해 내지 불법행위를 염두에 둔 것인데, 결과발생지 관할을 인정하는 이상 이를 별도의 관할근거로 규정할 필요는 없다. 지향지는 인터넷에 의한 지식재산권침해나 불법행위에서 결과발생지(즉 접근가능지)로 관할이 확대되는 것을 막는 장치여야 한다. 따라서 결과발생지와 지향지를 병렬적으로 규정한 것은 잘못이다.⁷⁾

다. 제39조와 제44조의 지향의 의미는 같은가? 예컨대 결과발생지는 인터넷상의 명예훼손 상황에서 접근가능지를 의미하고 제44조 단서의 적용을 받는가?⁸⁾

3. 관할근거 중 결과발생지와 관련하여 제44조는 예견가능성 제한을 두고 있는 반면(동조 단서), 제39조는 그러한 제한을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 다음과 같은 의견이 있다.

가. 국제관할법에서는 고의불법행위를 모범형으로 상정하는 것이 적절하다(그러한 측면에서는 불법행위 관할의 근거는 예견가능한 결과발생지를 배제하고 행동지와 결과발생지만 두는 것이 바람직했다). 그러함에도 제39조가 단순한 결과발

4) 장준혁; 구체적으로는 2022. 5. 28. 민사소송법학회 정기학술대회에서 장준혁 교수의 발표문의 내용이다. 그러나 장준혁 교수는 발표용 초고이고 수정, 보완이 필요하므로 인용하지 말 것을 요청하였다. 이에 부득이 논의를 위하여 장준혁 교수의 의견이라는 출처만 밝히고 해당 발표문의 페이지 표시는 생략한다(이하 동일하다).

5) 국제재판관할에서의 ‘연결점’이라고도 한다. 석광현, 『국제재판관할법: 2022년 개정 국제사법 해설』, 박영사(2022). 17~18면.

6) 장준혁.

7) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙 : 각칙을 중심으로”, 국제거래와 법(제23호), 동아대학교 법학연구소(2018. 12.), 26면.

8) 이종혁; 구체적으로는 이종혁 교수의 2022. 2. 10. 국제사법판례연구회 발표문 내용이지만, 이종혁 교수도 발표를 위한 초고이므로 인용하지 말 것을 요청하였다. 이에 이종혁 교수의 의견이라는 출처만 밝히고 해당 발표문의 페이지 표시는 생략한다(이하 동일하다).

생지에도 관할이 성립할 수 있도록 제44조보다 관할기준을 느슨하게 한 것은 입법론적으로 의문이다.⁹⁾

4. 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우 관할권의 범위가 결과발생지로 제한되는 반면(동항 단서와 동조 제2항), 제44조는 그와 같은 양적 제한 규정을 두고 있지 않다. 이와 관련해서 다음과 같은 의문과 비판이 있다.

가. 제39조 제1항 단서의 양적으로 제한된 관할이라는 법리를 제44조의 해석에도 유추적용할 수 있는가? 유추적용할 수 없다면 제44조 단서의 예견가능성 기준을 통하여 양적으로 제한할 수 있는가?¹⁰⁾

나. (Shevill 판례¹¹⁾의 폐해를 지적하며) 제44조에서 양적 제한을 두지 않은 것은 타당하다. 제39조 제1항 단서와 제2항이 양적으로 관할을 제한하는 것은 Shevill 판례의 폐해를 키우는 것이다.¹²⁾

이제 막 시행된 국제사법 제39조와 제44조를 둘러싼 위와 같은 논의는, 이론적으로도 그렇지만, 아직 관련 판례가 부재하여 명확한 지침을 찾을 수 없는 현 상황에서 실무에서 제기될 수 있는 의문이기도 하다. 그러나 불법행위 관할과 지식재산권침해 관할 문제는 사회의 변화, 특히 인터넷 환경에서 벌어지는 상황을 두고 그 논의가 계속 진행중인 어려운 문제이다.

이에 본고에서는 개정 국제사법이 이제 막 시행되었다는 점을 고려하여 제39조와 제44조에 대한 입법적인 개선책을 논하는 것을 지양하고, 현재와 같이 규정된 상황에서 두 조항을 어떻게 하면 정합적으로 해석할 수 있는가에 초점을 두고 연구하였다. 이를 위해 그 출발점으로 우리 국제사법이 불법행위 관할규칙(제44조)과 별도로 지식재산권침해 관할규칙(제39조)을 둔 것의 타당성과 민사소송절차에서 국제재판관할의 의미를 살펴본 후(II.), 제39조와 제44조의 정합적 해석을 위한 단서를 찾기 위해 입법 과정에서 참고가 되었을 유럽 사법재판소와 미국 법원의 판례를 검토하였다(III.). 이를 바탕으로 우리 국제사법 제39조와 제44조의 의미를 해석한 후(IV.), 앞서 제기된 여러 논의에 대한 필자의 생각을 정리하였다(V.).

9) 장준혁; 석광현, 앞의 책(2022), 215면도 일관성이 부족하다는 비판이 가능하다고 한다.

10) 이종혁.

11) 본고의 III. 1. 가. 부분 참조.

12) 장준혁.

II. 논의의 출발점

1. 불법행위와 지식재산권침해

지식재산권침해는 한편으로 불법행위의 한 유형으로 파악할 수 있다. 그러나 다른 한편으로 지식재산권침해는 그 침해된 권리가 특정 국가에 속지적으로 복속하고 침해자의 고의나 과실 없이도 성립하는 점에서 불법행위와는 구별되는 특성이 있다. 전자의 측면에서 본다면 유럽연합의 브뤼셀체제(유럽연합의 국제재판관할법제)와 같이 불법행위 관할규칙에 근거하되 실제 적용에 있어 지식재산권침해의 특수성을 고려하는 방안도 가능하지만,¹³⁾ 후자의 측면에 초점을 둔다면 개정 국제사법이 불법행위 관할규칙과 지식재산권침해 관할규칙을 구분한 것의 이론적 타당성을 찾을 수 있다.

지식재산권침해의 특수성을 고려하여 제44조에서 같이(혹은 제44조를 준용하는 방식으로) 규율하지 않고 제39조에 별도의 규정을 둔 것이라면,¹⁴⁾ 이론적 측면에서는 제39조의 관할근거는 (불법행위 관할근거로 일반적으로 인정되는) 행동지와 결과발생지, 그리고 지향지 대신 침해지로 규정하는 것이¹⁵⁾ 불법행위 관할규칙에서 분리되어 독자적으로 지식재산권침해 관할규칙을 입법한 취지에 부합하는 것으로 보일 것이다. 그러나 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권침해 사안은 행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는 행동지와 결과발생지가 달라질 수 있는 예외적인 상황일 것이라는 점¹⁶⁾과 지식재산권과 국제사법에 관한 모델원칙(대표적으로 ALI 원칙,¹⁷⁾ CLIP 원칙,¹⁸⁾ 한일공동제안¹⁹⁾)에서도 행

13) 본고의 III. 1.의 서두 부분 참조.

14) 국제사법 제39조 제2항은 지식재산권 침해에 관한 소를 제기하는 경우 제44조의 불법행위 관할규칙은 적용이 배제된다는 것을 명확히 하였다.

15) CLIP 원칙(後註 18)(Article 2:202)이 그러하다.

16) 이는 본고의 III.에서 검토할 유럽사법재판소와 미국 법원의 사례에서도 확인이 된다.

17) 2007년 미국법률협회의 “지식재산: 초국가적 분쟁의 관할권, 준거법, 판결에 관한 원칙”을 지칭한다. The American Law Institute (이하 “ALI”), Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes, ALI (2008).

18) 2011년 유럽 막스플랑크 그룹의 “지식재산에 관한 국제사법 원칙”을 지칭한다; Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, prepared by the European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), <http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/Final_Text_1_December_2011.pdf> (최종방문일: 2022. 7. 31.).

19) 2011년 한국과 일본의 국제사법 학자들이 공동으로 제안한 “지적재산권에 관한 국제사법원칙(한

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

동지와 결과발생지를 관할근거로 사용하는 경우가 있는 점²⁰⁾을 고려할 때, 지식재산권침해 관할규칙인 제39조에서 제44조와 동일한 관할근거(행동지와 결과발생지, 그리고 지향지)를 사용한 것의 정당성도 찾을 수 있다고 본다.

제39조는 제44조와 동일한 관할근거를 사용하고 있으나, 예견가능성 기준 유무와 관할권의 범위 제한 규정 유무에 있어서는 제44조와 차이가 있다. 이는 불법행위와는 다른 지식재산권침해의 특수성을 반영한 결과로 보아야 한다.²¹⁾

이상의 점을 종합해보면, 우리 국제사법이 불법행위 관할규칙과는 별도로 독자적인 지식재산권침해 관할규칙을 규정한 것의 이론적 타당성과 실무상 필요성을 인정할 수 있을 것이다.

2. 민사소송절차에서 국제재판관할의 의미

민사법원의 관할권은 소송요건의 하나로 직권조사사항이다.²²⁾ 국제사법에서 국제재판관할의 조사에 대한 규정을 두고 있지는 않으나,²³⁾ 이를 달리 볼 것은 아니다. 즉 국제재판관할권은 적극적 소송요건이고, 외국적 요소가 있는 민사사건의 수소법원은 그 유무를 직권으로 조사하여야 한다.²⁴⁾ 국제재판관할권이 인정되지 않으면 소는 부적법하므로 각하되어야 하고,²⁵⁾ 그 흠결을 간과한 판결은 확정되더라도 기판력·집행력이 인정되지 않을 것이므로 사실상 효력이 없다.²⁶⁾

국제재판관할이 소송요건이라는 것은 소송절차에서 어떠한 의미가 있는가? 첫째, 당사자 주장을 기다리지 않고, 법원이 직권으로 그 존부를 조사한다.²⁷⁾ 즉 피고의 국제재판관할권

일공동제안)을 지칭한다; 한국국제사법학회 편집부, “知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案)”, 국제사법연구(제17호), 한국국제사법학회(2011).

20) 한일공동제안(제203조)이 그러하다; ALI 원칙(§ 204)은 행동지와 ‘지향된’ 결과발생지를 관할근거로 사용하는 것으로 볼 수 있다.

21) 이 점에 대하여는 본고 IV. 3.에서 논한다.

22) 민사소송법 제32조.

23) 이번 국제사법 개정 논의 당시 국제재판관할의 조사에 관한 조문을 둘 것인지 논의하였으나, 어느 견해를 따라 규정하기보다는 종래처럼 판례에 맡기는 것이 좋다는 견해가 채택되었다고 한다. 석광현, 앞의 논문(2018), 122면.

24) 전원열, 『민사소송법 강의(제2판)』, 박영사(2021), 104, 218~219면; 석광현, 앞의 논문(2018), 121면.

25) 석광현, 앞의 책(2022), 15면.

26) 전원열, 앞의 책, 104면.

27) 이시윤, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사(2019), 337면; 전원열, 앞의 책, 274면; 다만 직권조사사항이라고 해도 항상 당사자의 주장 없이 법원이 먼저 이를 문제 삼아야 하는 것은 아니고, 당사자의 주장이

흡결 주장(본안전 항변)은 직권조사를 촉구하는 데 그친다.²⁸⁾ 둘째, 소송 당사자의 사실자료 제출의무(주장책임)가 없다는 것일 뿐 증거자료 제출의무(증명책임)는 있다.²⁹⁾ 본안판결을 받는 것은 원고에게 유리한 일이므로 국제재판관할은 원고가 증명하여야 한다.³⁰⁾ 예컨대 관할의 근거가 국적, 일상거소인 경우 원고는 이를 증명하여야 한다. 셋째, 엄격한 증거가 아닌 자유로운 증명의 대상이다. 즉 민사소송법에 정해진 절차에 의하지 않더라도 당사자가 제출하여 소송기록에 편철된 자료에 의해서도 증명될 수 있다.³¹⁾ 자유로운 증명의 경우도 증명도에 있어서는 통상의 증명과 같다.³²⁾

그런데 국제재판관할의 근거 중에는 동시에 본안청구의 근거가 되는 사실, 이른바 이중적으로 의미 있는 사실인 경우도 있다. 불법행위 관할의 근거로 널리 인정되는 불법행위(행동 또는 결과발생)가 대표적인 예다. 우리 국제사법 제39조와 제44조에서 정한 3가지 관할의 근거도 그러할 것이다. 이에 대하여는 원고의 주장을 기초로 판단하자는 견해도 있지만,³³⁾ 국내에서는 해외 피고를 상대로 한 국제소송에서 원고의 일방적인 주장만을 기초로 관할을 인정하면 피고에게 부당하게 응소를 강요할 위험이 있으므로 불법행위의 발생 등 관할원인 사실에 대하여는 피고를 본안심리에 복종시켜도 좋다고 합리적으로 판단할 수 있을 정도로 원고가 일응의 입증을 하여야 한다는 의견이 제시된 바 있다.³⁴⁾ 이 의견에서 ‘일응의 입증’의 의미가 간접사실을 통한 증명, 즉 사실의 추정을 허용한다는 뜻인지, 증명도를 낮추어 ‘소명’ 혹은 ‘증명’과 ‘소명’사이의 그 어딘가에 해당하는 정도의 증명을 요한다는 뜻인지 불분명하나, 적어도 원고가 관할원인사실을 주장하는 것만으로는 부족하고 그 존재를 증명해야 한다는 의견이라는 점에서 동의한다. 그래야만 해외 피고의 부당한 응소 위험을 줄이고, 설령 해외 피고가 절차적으로 전혀 대응하지 않더라도³⁵⁾ 우리 법원이 원고의 주장에만

나 기타 자료에 의하여 그 존부가 의심스러운 경우에 비로소 문제 삼을 경우수도 있다. 외국법원의 전속관할사항이 아닌 경우에는 피고의 변론관할이 성립할 수 있으므로, 피고가 항변하지 않으면 문제 삼지 않아도 된다. Ibid., 275면.

28) 이시윤, 앞의 책, 215면 참조.

29) 전원열, 앞의 책, 274면.

30) 이시윤, 앞의 책, 216면; 전원열, 앞의 책, 221면; 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결 참조.

31) 반대 견해가 있으나, 위의 견해가 다수설이다. 전원열, 앞의 책, 358면.

32) Ibid., 357면.

33) 독일의 다수설이다. 석광현, 앞의 논문(2018), 121면.

34) 이성호, “사이버 지적재산권 분쟁에 관한 국제재판관할과 준거법”, 저스티스(통권 제72호), 한국법학원(2003. 4.), 183면.

35) 해외에 있는 피고는 절차적으로 대응하지 않을 가능성이 상당하다. 그 이유는 자력 부족이나 해외 소송에 대한 부담 등 여러 가지가 있겠지만, 스스로 우리 법원이 국제재판관할권이 없다는 판단을 하였기

근거하여 국제재판관할을 충족하였다고 보고 무변론판결을 내릴 가능성이 사라진다.³⁶⁾ 즉, 우리 법원은 설령 해외 피고가 절차적으로 대응하지 않더라도 원고가 제출한 증거를 보고 우리 법원의 국제재판관할권이 흠결되었다고 판단하면 소를 각하하여야 한다. 이는 국제사법 제39조와 제44조에서 정한 3가지 관할근거의 해석과도 관련이 있다. 이 점에 대하여는 본고 IV.의 해당 부분에서 논한다.

III. 유럽연합과 미국의 불법행위와 지식재산권침해 관할의 범위

1. 유럽사법재판소

2012년에 전면개정된 현행 브뤼셀*Ibis* (또는 브뤼셀I recast)³⁷⁾ Article 4(1)은 피고 주소 소재지 회원국 법원에 일반관할을 부여하는 규칙을 두고, 불법행위에 관하여 Article 7(2)에서 “가해적 사건이 발생하였거나 발생할 우려가 있는 장소(the place where the harmful event occurred or may occur)”의 회원국 법원에 관할권을 부여하는 특별관할 규칙을 두고 있다. 이러한 브뤼셀*Ibis* Article 7(2)는 그에 앞선 브뤼셀³⁸⁾ Article 5.3 문언과 동일하며, 1968년 브뤼셀협약³⁹⁾ Article 5.3과의 차이도 크지 않다. 브뤼셀협약은 “가해적 사건이 발생한 장소(the place where the harmful event occurred)”로만 규정되어 있었는데, 브뤼셀I과 브뤼셀*Ibis*의 문언에서는 가해적 사건이 발생할 우려가 있는 경우까지 확대하였다는 차이 정도이다. 따라서 현행 브뤼셀*Ibis* Article 7(2)에 대한 해석은 과거 브뤼셀협약 당시의 판례로부터 현재의 판례에 이르기까지 연결선상에서 함께 논의되고 있다. 이 조항의 해석은 원고가 자국 법원에 해외 피고를 상대로 제소한 사안에서 주로 문제되는데, 이와 관련한 유럽사법재판소 판결의 발자취는 아래와 같다.

때문일 수도 있다. 예컨대, 새천년 민주당 사건에서 새천년 민주당이 미국에서 제기된 소송에 응소하지 아니하여 결석판결(또는 궤석판결; 무응소(無應訴)판결; 응소의무해태판결; default judgment)을 받게 된 것도 미국법원에 재판관할권이 없다고 판단하였기 때문이다. 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결 참조.

36) 민사소송법 제257조 제1항 참조.

37) Regulation (EU) 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1.

38) Regulation 44/2001 (EC) of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L12/1.

39) Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [1968] OJ L 299/32.

가. 이중 법정지 원칙과 모자이크 법리의 확립

유럽사법재판소는 격지간 불법행위의 관할 문제를 다룬 1976년 Bier 사건 판결⁴⁰⁾⁴¹⁾ 이 대로 브뤼셀협약 Article 5.3의 “가해적 사건이 발생한 장소”를 “손해가 발생한 장소(the place of the event giving rise to the damage)”, 즉 ‘손해발생지(또는 결과발생지, locus damni)’ (이하 ‘손해발생지’와 ‘결과발생지’를 호환적으로 사용한다)와 “손해를 야기한 사건이 발생한 장소(the place of the event giving rise to it)”, 즉 ‘가해행위지(또는 행동지, locus acti)’ (이하 ‘가해행위지’와 ‘행동지’를 호환적으로 사용한다), 둘 다 포함하는 것으로 해석해왔다. 이를 이른바 이중 법정지(double forum) 원칙이라 한다.⁴²⁾

이후 피해자의 명예를 훼손하는 신문기사가 여러 회원국에 배포된 사례였던 1995년 Shevill 사건 판결⁴³⁾⁴⁴⁾에서도 유럽사법재판소는 Bier 사건에서 개발한 이중 법정지 원칙을 적용했는데, 다만 그 관할권의 범위에 차이를 두었다. 가해행위지 법원은 발생한 모든 손해를 심리할 관할권이 있다고 한 반면,⁴⁵⁾ 명예훼손 출판물이 배포되고 원고의 평판이 손상되

40) Case C-21/76, Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d’Alsace SA., 1976 E.C.R. 01735.

41) 이 사건에서는 네덜란드 원예기업인 Handelskwekerij G. J. Bier BV이 프랑스 기업인 Mines de potasse d’Alsace를 상대로 제기한 소송에서 네덜란드 법원이 관할권이 있는지 여부가 문제되었다. 강 하류 네덜란드에 있는 Handelskwekerij Bier는 관개를 위해 주로 라인강 물에 의존했는데, 오염된 물은 농장에 피해를 입혔고 피해를 줄이기 위해 값비싼 비용이 많이 드는 조치를 취하지 않을 수 없었다. *Ibid.*, paras. 2-4, 19.

42) Jan de Bruyne & Cedric Vanlleenhove, “Rating the EU Regulatory Framework on the Liability of Credit Rating Agencies-Triple A or Junk”, *Edinburgh Student Law Review* Vol. 2, No. 4, (2013), pp. 124-125.

43) Case C-68/93, Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v. Presse Alliance SA., 1995 E.C.R. I-415.

44) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: Presse Alliance SA에서 발행한 프랑스 신문인 France-Soir에는 프랑스 경찰의 마약 수사관들이 Chequepoint SARL이 운영하는 파리의 환전소 중 한 곳에서 수행한 작전에 대한 기사가 실렸다. 프랑스 프레스 뉴스 에이전시가 제공한 정보를 바탕으로 한 이 기사는 “Chequepoint”라는 회사와 “Fiona Shevill-Avril”이라는 이름의 젊은 여성을 언급하였다. 영국에 거주하는 영국 국민인 Shevill은 파리의 Chequepoint SARL에서 3개월 동안 일한 적이 있었다. 네 명의 청구인은 그들이 자금세탁을 한 마약밀매 네트워크의 일부라는 것을 암시했기 때문에 이 기사가 명예를 훼손했다고 주장하면서 Presse Alliance SA를 상대로 소송을 제기하였다. France-Soir는 주로 프랑스에서 판매되는 신문으로 문제가 된 신문은 프랑스에서는 237,000부 이상 판매되고, 다른 유럽지역에 15,000부가 판매되었는데, 그 중 영국에는 230부가 판매된 것으로 추정되었다. 피고 Presse Alliance는 영국 법원의 관할권에 이의를 제기하면서, 브뤼셀 협약 Article 5.3의 의미에 따른 가해적 사건이 영국에서 발생하지 않았다고 주장하였다. *Ibid.*, paras. 3-9, 10.

었다고 주장하는 손해발생지 법원의 관할권은 법정지국 내에서 입은 손해로 제한된다고 하였다.⁴⁶⁾ 이러한 제한을 ‘모자이크 원칙’이라 한다.⁴⁷⁾ 이 원칙의 취지는 신문이 아주 소량만 배포된 곳에서 전체 손해의 배상을 구하기 위한 소송이 제기되는 것을 막고자 한 것이다.⁴⁸⁾ 그런데 모자이크 원칙에 의할 경우 동일한 분쟁에 관한 소송이 파편화될 위험이 있다. 유럽사법재판소는 이러한 단점을 인정하면서도 이는 원고가 피고의 주소지나 가해행위지 법원에 전체 청구하는 것을 선택할 수 있는 것으로써 상쇄될 수 있다고 하였다.⁴⁹⁾

나. 인터넷 환경에서 적용되는 법리

(1) 인터넷상에서의 명예훼손 사건(1): “이해관계 중심지”라는 법정지

2011년 eDate 사건과 Martínez 사건의 병합판결⁵⁰⁾에서 유럽사법재판소는 온라인 환경에서 브뤼셀I Article 5.3이 어떻게 적용되는지 판시하였다. 두 사건 모두 해외 피고가 인터넷에 정보와 사진을 게시함으로써 피해를 입은 원고가 자국 법원에 제소한 사건이다.⁵¹⁾⁵²⁾

45) 가해행위지는 명예훼손물이 발행되어 유통된 곳, 사안에서는 피고의 주소지인 해당 신문의 설립지가 된다. Ibid., paras. 24-26.

46) Ibid., paras. 27-30.

47) Janeen M Carruther & Elizabeth B. Crawford, “Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations: Part II”, *The Edinburgh law review* Vol. 9, No. 1, (2005), pp. 249-250.

48) Cedric Vanleenhove, “The European Court of Justice in Bolagsupplysningen: The Brussels I Recast Regulation’s jurisdictional rules for online infringement of personality rights further clarified”, *Computer Law & Security Review* Vol 34, (2018), p. 642.

49) Shevill, 1995 E.C.R. I-415, para. 32.

50) Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising GmbH v. X (C-509/09) and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited (C-161/10), 2011 E.C.R. I-10269.

51) eDate 사건의 사실관계는 다음과 같다: 독일에 주소를 두고 있는 X는 1993년에 유명 배우를 살해한 혐의로 그의 형제와 함께 독일 법원에서 무기징역을 선고받았고, 2008년에 가석방되었다. 오스트리아에 설립된 eDate Advertising은 www.rainbow.at에서 인터넷 포털을 운영하였는데, 이 웹사이트 중 오래된 뉴스만 게시하는 섹션에서 eDate는 X와 그의 형제의 이름을 밝히면서 이들이 유죄판결에 항소했다고 한 1999년 기사를 게시하였다. X는 eDate를 상대로 독일 법원에 소송을 제기하면서 자신이 저지른 범죄와 관련하여 보도할 때 그의 전체 실명어를 사용하는 것의 금지를 해달라고 청구하였다. eDate는 독일 법원에 관할권이 없다고 주장하였다. Ibid., paras. 15-18.

52) Martínez 사건의 사실관계는 다음과 같다: 프랑스 배우 Olivier Martinez와 그의 아버지가 사생활 침해와 Olivier Martinez의 초상권(image right)침해를 이유로 영국 신문 Sunday Mirror 웹사이트를 운영하는 영국 회사 MGN Limited를 상대로 프랑스 법원에 소송을 제기하였다. 소송에서 MGN은 프

유럽사법재판소는 Shevill 법리를 사이버 공간에도 적용할 수 있음을 확인하면서도,⁵³⁾ 콘텐츠를 온라인에 게시하는 경우는 그 편재(遍在)성을 이유로 인쇄매체를 오프라인상에서 배포하는 것과는 구별되어야 한다며 손해발생지를 결정할 때 Shevill 법리의 배포 기준(distribution criterion)을 변용하는 것이 필요하다고 하였다.⁵⁴⁾ 그리고 인터넷 환경에서 손해발생지는 온라인에 게시된 콘텐츠에 접근이 가능했거나 가능한 각 회원국이라고 보았다.⁵⁵⁾ 즉, Shevill 판결이 손해발생지 관할권의 근거로 적극적인 ‘배포’를 요구하였다면, eDate 판결은 이러한 조건을 완화하여 (성격상 수동적인) 접근가능성만으로 충분하다고 본 것이다.⁵⁶⁾ 대부분의 인터넷 사이트는 전 세계 어디에서나 접근할 수 있으므로 접근성 기준은 모든 회원국에 관할권이 있을 가능성을 열어준다.⁵⁷⁾

또한 eDate 사건 판결에서 유럽사법재판소는 원고를 위한, 추가적인 법정지 개념을 도입했다. 온라인상 인격권침해의 피해자, 즉 원고는 자신의 ‘이해관계 중심지(the place of the centre of interests)’가 있는 회원국에서 모든 손해에 대한 소송을 제기할 수 있다는 것이다. 이해관계 중심지는 하나만 존재할 수 있고,⁵⁸⁾ 일반적으로 원고가 자연인인 경우 일상 거주지와 일치하겠지만, 직업적 활동과 같은 다른 요소로 밀접한 관계의 존재를 증명할 수 있는 다른 회원국이 될 수도 있다.⁵⁹⁾ 결과적으로 유형의 출판물에 의한 명예훼손과 비교하면, 온라인상의 명예훼손 피해자는 브뤼셀Ibis Article 7(2)에 따라 ‘이해관계의 중심

랑스 법원은 관할권이 없다고 주장하였다. Ibid., paras. 25-26.

53) eDate & Martínez, 2011 E.C.R. I-10269, para. 44.

54) Vanleenhove, op. cit., p. 643.

55) eDate & Martínez, 2011 E.C.R. I-10269, para. 51.

56) Jan-Jaap Kuipers, “Joined Cases C-509/09 & 161/10, eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011”, *Common Market Law Review* Vol. 49, Iss. 3, (2012), p. 1222; Vanleenhove, op. cit., p. 643.

57) Csongor István Nagy, “The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities”, *Journal of Private International Law* Vol. 8, No. 2, (2012), p. 269; Kuipers, op. cit., p. 1222; Vanleenhove, op. cit., p. 643.

58) eDate & Martínez, 2011 E.C.R. I-10269, paras. 49-50, 52; 유럽사법재판소 판결은 “어느(a)”라는 말 대신 “그(the)” 이해관계 중심지라고 판시하였다. 따라서 피해자는 오직 의하나의 이해관계 중심지만은 하나만 존재할 가질 수 있는 것으로 보인다. Michael Bogdan, “Defamation on the Internet, “forum delicti” and the E-Commerce Directive: some comments on the ECJ judgment in the “eDate” case” in Andrea Bonomi & Gian Paolo Romano eds., *Yearbook of Private International Law* Vol. XIII, Sellier European Law Publishers Publisher (2012), p. 486.

59) eDate & Martínez, 2011 E.C.R. I-10269, para. 49.

지’라는, 전 세계에서 발생한 손해의 배상을 구할 수 있는 법정지가 하나 더 생긴 것이다.

(2) 인터넷상에서의 명예훼손 사건(2): 금지청구권의 관할권

2017년 Bolagsupplysningen 사건 판결⁶⁰⁾ 역시 원고가 자국 법원(에스토니아 법원)에 해외(스웨덴)에 있는 피고를 제소한 인터넷상 명예훼손 사건이다. 앞선 eDate 사건과의 차이는 피해를 주장하는 원고 중 법인이 있고, 원고는 손해배상뿐 아니라 명예훼손적인 콘텐츠의 정정 및 삭제도 함께 구하였다는 점이다.⁶¹⁾ 그리하여 유럽사법재판소는 명예훼손 사건에서 법인에게도 ‘이해관계 중심지’ 관할을 인정할 수 있는지(만약 그렇다면, 법인의 ‘이해관계 중심지’는 어디인지), 명예훼손적인 콘텐츠의 정정 및 삭제 청구에 대한 관할권은 어떠한지와 관련하여 브뤼셀Ibis Article 7(2)를 해석하게 되었다. 특히 후자와 관련해서는 피고의 가해행위지 국가나 피해자의 이해관계 중심지 국가의 법원이 아니더라도 해당 콘텐츠에 접근가능한 국가이기만 하면 금지청구에 대한 관할권을 가지는지가 문제되었다.

먼저 유럽사법재판소는 법인도 ‘이해관계 중심지’ 관할권을 이용할 수 있다고 답하였다.⁶²⁾ 원고 법인의 이해관계 중심지 결정과 관련하여서는, 영리법인의 이해관계 중심지는 상업적 평판이 가장 확고하게 확립된 장소이고 따라서 경제활동의 주요 부분을 수행하는 장소를 기준으로 결정해야 한다며, 이 사건에서 원고 회사의 등록사무소는 에스토니아에 있지만 스웨덴에서 주요활동을 하므로 그의 이해관계 중심지는 에스토니아가 아닌 스웨덴이라고 판단하였다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 즉 법인 원고가 자신에게 유리한 ‘이해관계 중심지’를 법정지로 선택

60) Case C-194/16 Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v Svensk Handel AB, 2017 ECLI:EU:C:2017:766.

61) 이 사건의 원고 Bolagsupplysningen OÜ는 스웨덴에서 대부분의 사업을 하는 에스토니아 회사이고, 원고 Ingrid Ilsjan은 Bolagsupplysningen OÜ의 직원이고, 피고는 스웨덴 상업 협회인 Svensk Handel AB이다. 피고는 원고들이 사기행위에 연루되었다고 말하면서 피고 웹사이트의 블랙리스트에 Bolagsupplysningen을 추가하였다. 이 사이트의 토론방에는 약 1000개의 댓글이 포함되어 있으며 그 중 일부는 원고들에 대한 폭력을 선동하는 내용도 있었다. 원고들은 피고에게 자신들을 블랙리스트에서 삭제하고 댓글도 삭제해 줄 것을 요청했지만 거부당하였다. 이에 원고들은 에스토니아 법원에 피고를 상대로 피고 웹사이트에 게시된 원고들에 대한 잘못된 정보의 정정 및 원고들에 대한 댓글의 삭제와 원고 회사가 스웨덴에서 사업활동이 마비되어 입은 손해와 원고 회사 직원이 입은 정신적 손해에 대한 배상을 청구하였다. 에스토니아 법원은 원고 회사의 정보 정정 및 삭제 청구와 관련하여 브뤼셀Ibis Article 7(2)의 해석을 질의하였다 Bolagsupplysningen, ECLI:EU:C:2017:766, paras. 9-10, 21.

62) Ibid., para. 38.

63) Ibid., paras. 41-42.

64) 또한 유럽사법재판소는 법인의 경제적 활동이 특정 회원국에서 주로 이루어지고 있는 점이 불분명하여 그의 이해관계 중심지를 식별할 수 없다면 법인은 전체 손해를 배상받을 수 있는 ‘이해관계 중심지’ 법정지의 혜택을 받을 수 없다고 덧붙였다. Ibid., para. 43.

하려면, 그곳에서 활동의 주요 부분을 수행하고 있어야 하고, 법원이 관할권 유무를 판단할 때 그것을 뒷받침하는 증거를 제출할 수 있어야 한다.⁶⁵⁾

다음으로 유럽사법재판소는 정정 및 삭제 청구는 발생한 전체 손해에 대한 관할권이 있는 법원에만 제기할 수 있는, 단일하고 분할할 수 없는 청구라고 하면서,⁶⁶⁾ 브뤼셀 *Ibis* Article 7(2)에 근거하는 한, 피고의 가해행위지 법원과 원고의 이해관계 중심지 법원에만 금지청구의 관할권이 있다고 하였다.⁶⁷⁾ 이러한 유럽사법재판소의 입장은 정정 및 삭제 청구에 대하여도 기존 *Shevill* 판결의 법리를 깨뜨리지 않고 재확인한 것으로 평가할 수 있다.

유럽사법재판소는 2021년 원고 체코 법인이 인터넷상 명예훼손을 이유로 헝가리에 거주하는 피고를 상대로 프랑스 법원에 손해배상과 명예훼손 금지 등을 청구하는 소를 제기한 *Gtflix Tv* 사건 판결⁶⁸⁾에서, 브뤼셀 *Ibis* Article 7(2)에 근거할 경우, (피고의 가해행위지국이나 이해관계의 중심지국이 아닌) 해당 콘텐츠에 접근가능한 국가의 법원은 손해배상청구에 대하여는 자국 내에서 발생한 손해에 한하여 관할권이 있지만, 명예훼손 금지 등의 청구에 대하여는 관할권이 없다고 판시하여,⁶⁹⁾ 앞선 *eDate* 사건과 *Bolagsupplysningen* 사건의 판시를 반복하였다.

(3) 인터넷을 통한 지식재산권 침해물품 판매사건

불법 복제된 저작권 침해물품이 인터넷상 판매되어 제기된 저작권침해소송인 2013년 *Pinckney* 사건 판결⁷⁰⁾⁷¹⁾의 쟁점은 법정지에서 단순히 해당 인터넷 사이트에 접근할 수 있다는 것만으로 국제재판관할권을 인정할 수 있는지, 아니면 ‘지향’한 사실이 있어야 하는지에 있었다. 유럽사법재판소는 브뤼셀 I Article 5.3의 문언을 이유로 전자의 입장을 택하고, *Shevill* 사건의 모자이크 법리를 지식재산권침해 사건에서도 차용하였다. 구체적으로는

65) Vanleenhove, op. cit., p. 645.

66) 유럽사법재판소는 웹사이트에 온라인으로 게시되는 정보와 콘텐츠의 편재적 특성과 이들의 배포범위가 원칙적으로 전 세계라는 사실을 지적하였다. *Bolagsupplysningen*, ECLI:EU:C:2017:766, para. 48.

67) *Ibid.*, paras. 44, 49.

68) Case C-251/20, *Gtflix Tv v. DR*, 2021 ECLI:EU:C:2021:1036.

69) *Ibid.*, para. 44.

70) Case C-170/12, *Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG*, 2013 ECLI:EU:C:2013:635.

71) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 프랑스 툴루즈(Toulouse)에 살고 있는 싱어송라이터 *Pinckney*(원고)는 자신의 노래들을 오스트리아 회사인 *Mediatech*(피고)가 오스트리아에서 무단 복제하여 CD로 만들었고, 해당 CD들은 자신의 거주지인 툴루즈에서도 접근할 수 있는 여러 인터넷 사이트를 통해 판매되고 있는 것을 발견하였다. 이에 *Pinckney*는 *Mediatech*를 상대로 프랑스에서 소를 제기하였는데, *Mediatech*는 프랑스 법원의 관할권을 다투었다. *Ibid.*, paras. 9-11.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

브뤼셀 I Article 5.3의 유일한 기준은 가해적 사건이 발생하였거나 발생할 우려가 있다는 것이고 관련 행위가 수소법원이 소재한 회원국을 '지향'할 것을 요구하지 않으므로, 수소법원이 소재한 회원국이 원고 청구의 근거가 된 저작권을 보호하고 가해적 사건이 그 회원국에서 발생할 우려가 있다면 수소법원에 사건을 심리할 관할이 이미 성립되어 있다는 결론에 이른다고 설시하였다. 그리고 사안과 같은 상황에서 가해적 사건이 수소법원의 관할 내에서 발생할 가능성은 무엇보다도 수소법원의 관할지역 내에서 접근이 가능한 인터넷 사이트에서 피고가 복제한 저작물을 구할 수 있다는 점에서 비롯된다면서 프랑스 법원의 관할을 인정하고, 이때 관할권의 범위와 관련하여서는 프랑스 자국 내 손해에 대해서만 판단할 수 있다고 하였다.⁷²⁾

(4) 인터넷상 저작권침해 사건

2015년 Hejduk 사건 판결⁷³⁾의 쟁점은 인터넷상 저작권침해(우리 저작권법상으로는 성명표시권과 공중송신권 중 전송권 침해)의 관할문제였다. 사진에 대한 오스트리아 저작권자가 해당 사진을 무단으로 인터넷에 업로드한 독일 침해자를 자국 법원인 오스트리아 법원에 제소한 사건으로,⁷⁴⁾ 전형적인 인터넷을 통한 편재적 저작권침해 사례이다. 유럽사법재판소는 Pinckney 사건 판결을 인용하며 피고의 웹사이트가 수소법원이 소재한 오스트리아를 지향하지 않았다는 점은 브뤼셀 I Article 5.3에 근거한 관할권 판단과는 무관하다고 설시하였다.⁷⁵⁾ 그리고 “브뤼셀 I Article 5.3은 수소법원의 회원국이 보호하는 저작권 및 저작인접권이 침해되었다고 주장하는 경우, 수소법원은, 손해의 발생장소라는 점에 근거하여, 그 관할지역에서 접근할 수 있는 웹사이트에 보호되는 사진들을 됴으로써 발생하는 권리침해로 인한 손해배상소송을 심리할 관할권이 있다는 의미로 해석하여야 한다”고 판시함으로써 오스트리아 법원의 관할을 인정하였다. 관할권의 범위와 관련하여서도 마찬가지로 Shevill 법리를 차용하여 “수소법원은 자신이 소재한 회원국에서 발생한 손해에 대하여만

72) Ibid., paras. 41-46.

73) Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH, 2015 ECLI:EU:C:2015:28.

74) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 오스트리아에 거주하는 Hejduk(원고)은 자신이 촬영한 사진을 독일 회사인 EnergieAgentur(피고)가 자신의 동의 없이 저작자명을 표시하지 않은 채 EnergieAgentur의 웹사이트에 게시하여 보거나 다운로드할 수 있게 이용제공하자 EnergieAgentur를 상대로 오스트리아 법원에 저작권침해 소송을 제기하였다. 이에 EnergieAgentur는 독일의 최상위 도메인인 '.de' 아래 운영되는 자사 웹사이트는 오스트리아를 지향하지 않으므로 손해는 오스트리아에서 발생하지 않았다고 주장하면서, 오스트리아에서 자사 웹사이트에 접근할 수 있다는 사실만으로는 오스트리아 법원에 관할권을 부여하기에 부족하다고 항변하였다. Ibid., paras. 10-13.

75) Ibid., paras. 22, 29-30, 32-33.

판결할 수 있는 관할권이 있다”고 판시하였다.⁷⁶⁾

(5) 인터넷상 등록상표권 침해 사건

2012년 Wintersteiger 사건 판결⁷⁷⁾의 사안은 독일 회사(Product 4U)가 구글의 독일 최상위 도메인('google.de')에서 오스트리아 등록 상표(Wintersteiger)와 동일한 키워드로 광고한 것에 대하여, 오스트리아 상표권자(Wintersteiger)가 독일 회사를 상대로 오스트리아 법원에 오스트리아 상표의 사용금지청구 소를 제기한 것이었다.⁷⁸⁾ 오스트리아 1심 법원은 관할권이 없다고 판단했으나, 항소심은 관할권은 인정하되 오스트리아 상표권자의 청구를 기각하였다.⁷⁹⁾ 이로써 인터넷 검색엔진의 상표등록 회원국(오스트리아)이 아닌 다른 회원국(독일)의 최상위 도메인하에서 그 상표와 동일한 키워드 광고로 상표가 침해되었다고 주장된 소송에서 브뤼셀 I Article 5.3의 관할권을 판단함에 있어 어떠한 기준이 사용되어야 하는가? 라는 문제가 제기되었다.⁸⁰⁾

먼저 손해발생지에 대하여, 유럽사법재판소는 먼저 인격권침해로 인한 전체 손해를 심리할 수 있는 '이해관계 중심지'를 인정한 eDate 사건 판결을 언급하면서, 인격권은 모든 회원국에서 보호되지만 상표는 등록국 내에서 보호되는 차이가 있으므로 인격권침해의 관할 기준이 지식재산권침해의 관할기준이 될 수는 없다고 설명하였다.⁸¹⁾ 이어서 상표권침해 여부는 본안의 심리사항(관할법원이 준거법인 실질법에 따라 판단할 사항)인데, 이를 가장 잘 판단할 수 있는 국가는 해당 상표의 등록국이라면서 상표등록국 법원이 전체 손해에 대한 배상청구와 상표권침해금지 신청을 심리할 권한이 있다고 하였다.⁸²⁾

한편, Wintersteiger 사건에서 선결적 판결을 요청한 오스트리아 대법원은 접근가능성에

76) Ibid., para. 39.

77) Case C-523/10, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, 2012 ECLI:EU:C:2012:220.

78) 피고인 Product 4U는 구글의 광고 시스템에서 윈고 Wintersteiger의 오스트리아 등록상표 'Wintersteiger'라는 키워드를 구매하여 보유하였는데, 이는 구글의 독일 최상위 도메인, 즉 'google.de'에 한정되는 것이었고, 'google.de'에서 키워드 'Wintersteiger'와 연결된 Product 4U 광고에는 Wintersteiger와 Products 4U 사이에 경제적 연관성이 없다는 표시를 두지않았다. Product 4U는 구글의 오스트리아 최상위 도메인, 'google.at' 웹사이트에 'Wintersteiger'라는 검색어와 연결된 광고를 입력하지 않았다. Ibid., paras. 10-13.

79) Ibid., para. 15.

80) Ibid., para. 16.

81) Ibid., paras. 22-25.

82) Ibid., paras. 26-28.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

근거하여 손해발생지 관할권이 인정되는지, (지향과 같은) 다른 추가적인 요건이 충족되어야 하는지 질의하였지만,⁸³⁾ 유럽사법재판소는 오스트리아가 상표등록국이어서 손해발생지로서 오스트리아 법원에 재판관할이 있다고만 답변하였다. 이는 원고의 상표권침해 주장(이는 명예훼손 사건에서 손해발생지로서의 관할이 인정되려면 원고의 명예가 그곳에서 훼손되었다는 주장이 필요한 것과 마찬가지로)의 전제로 상표등록국일 것을 요구하고, 웹사이트가 법정지를 지향할 것과 같은 요건을 요구하지 않았다는 점에서 접근가능성 기준을 유지한 것이라고 생각된다. 즉, 만약 Wintersteiger 사건에서 피고가 오스트리아에서는 해당 키워드 광고를 볼 수 없도록 차단조치를 하였더라면, 원고가 오스트리아 법원에 피고를 상대로 오스트리아 상표권 침해를 '주장'했더라도 오스트리아에서는 문제된 상표의 키워드 광고에 접근할 수 없으므로 오스트리아 법원의 관할권을 인정할 수 없었을 것이다.

다음으로 가해행위지에 대하여, 먼저 유럽사법재판소는 상표의 속지적 보호라는 한계가 상표등록국 법원 이외의 다른 국가 법원의 관할권을 배제하는 것은 아니라고 한 후,⁸⁴⁾ 이 사건에서 주장된 침해를 야기한 사건은 광고 자체의 현시(display)가 아니라 어떻게 광고할 것인지를 정한 광고주의 행위이므로, 가해행위지는 서버가 있는 온라인서비스제공자의 사업장이 아닌 광고를 지시한 광고주의 사업장이라고 하였다.⁸⁵⁾

2. 미국법원

가. 미국 법원의 관할권 체계

연방국가인 미국 법원의 관할권은 '사물관할권(subject matter jurisdiction)'과 '대인관할권(personal jurisdiction)'을 동시에 갖추어야 인정된다. 사물관할권은 '사건'에 대한 관할권으로, 연방법원과 주(州)법원 중 어느 법원에 (혹은 경합하여 두 법원 모두에) 관할권이 있는지의 문제이다. 대인관할권은 어느 주(州)에 소재한 법원이 '피고'에 대한 재판관할권이 있는지의 문제이다. 미국 법원의 해외 피고에 대한 국제재판관할권 유무의 문제는 이 중 대인관할권, 그 중 특별대인관할권(specific personal jurisdiction, 이하 '특별관할권'이라 한다)과 관련이 있다.⁸⁶⁾

83) Ibid., para. 16; 피고 Product 4U는 'google.de'는 독일 사용자만을 지향한 것이므로, 문제된 광고 역시 독일 고객들을 의도한의도한 것이라고 주장했다. Ibid., para. 14.

84) Ibid., para. 30.

85) Ibid., paras. 36-37.

일반적으로 어떤 주(州)에 거주하지 않는 피고에 대한 특별관할권이 인정되려면 첫째, 그 주(州)의 관할권확대법(long-arm statute)⁸⁷⁾에 근거 조항이 있어야 하고, 둘째, 재판관할권의 행사가 연방헌법상 적법절차조항(due process clause)에 부합하여야 한다는 2단계 심사를 통과해야 한다. 이때 헌법상 적법절차는 우선 피고와 법정지 사이에 최소한의 접촉이 있을 것, 그리고 법정지의 재판관할권 행사가 공평과 실질적 정의의 관념에 부합하여 합리적일 것을 요한다.⁸⁸⁾ 한편 원고의 청구가 연방법에 근거하고 미국 어느 주(州)의 법원에도 일반관할이 인정되지 아니하는 피고에게 송달이 이루어졌으며 헌법상 적법절차요건이 충족된다면 법정지 주(州)의 관할권확대법에 근거하지 않고 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 “FRCP”) Rule 4(k)(2)(65)⁸⁹⁾을 근거로 연방법원에 특별관할을 인정하는 방법이 있다.⁹⁰⁾ 주(州)의 관할권확대법에 의할 경우에는 해당 주(州)와의 접촉이 문제되지만, FRCP Rule 4(k)(2)에 의할 경우에는 미국과의 접촉이 문제된다.⁹¹⁾

즉 해외 피고를 상대로 미국 법원에 제기된 소에서는 이러한 ‘접촉’이 관할의 근거가 된다. 그렇다면 이러한 접촉의 존재를 인정하기 위한 요건은 무엇인가?

나. 전통적인 오프라인 상황에서 특별관할의 법리

미국 연방대법원은 1958년 Hanson 사건 판결⁹²⁾에서 피고에 대한 관할권을 행사하기 위한 전제로 피고와 법정지 간의 ‘최소한의 접촉’을 요하는 원칙은, 피고의 행위의 성질과 특성에 따라 다양하게 적용되겠지만, 모든 사건에 적용될 그 핵심요소는 의도적으로 법정지 주 내에서 행위하여 그로써 법정지법의 이익 및 보호를 누리는 피고 행위의 존재라고 판시하였다.⁹³⁾ 이를 ‘의도적 이용(purposeful availment)’ 혹은 ‘rule of Hanson v.

86) 일반대인관할권(general personal jurisdiction; 이른바 “at home” jurisdiction)은 피고에 대한 모든 청구에 대하여 행사할 수 있는 관할권으로서, 피고의 주소(domicile)(법인의 경우는 설립지 또는 주된 영업소)가 있는 주(州)의 법원에 인정된다. 반면, 특별대인관할권은 피고와 법정지주와의 최소한의 접촉에 근거하며, 그러한 접촉으로부터 발생하거나 접촉과 관련 있는 청구에 대하여만 행사할 수 있다. Black’s Law Dictionary (11th ed. 2019), jurisdiction.

87) 관할권확대법은 비거주자인 피고에 대하여 그와 주(州) 사이의 어떠한 접촉을 근거로 그 주(州)의 법원의 관할권을 인정하는 법을 말한다. Black’s Law Dictionary (11th ed. 2019), long-arm statute.

88) 석광현, 『국제재판관할에 관한 연구』, 서울대학교 출판부(2001), 104면.

89) FRCP Rule 4(k)(2)는 각 주의 관할권확대법에 대응하여 ‘연방 관할권확대법(federal long-arm statute)’이라 불린다. Fraserside IP L.L.C. v. Netvertising Ltd., 902 F.Supp.2d 1165 (2012), p. 1168.

90) 석광현, 앞의 책(2001), 103면.

91) Ibid.

92) Hanson v. Denckla, 357 U.S. 235 (1958).

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

Denckla'라고 한다.⁹⁴⁾ 최소한의 접촉이 인정되기 위하여 ① 법정지 내에서 피고의 행위가 있을 것, ② 그 행위가 의도적일 것, ③ 법정지법의 이익 및 보호를 향유할 것이라는 세 가지 요건이 충족될 것을 요하는 '의도적 이용'은 적법절차분석의 시금석이 되었다.⁹⁵⁾ 그 후의 판결들은 위 ①의 요건에 관하여 '법정지와 관련된 의도적 행위'라고 함으로써 법정지 밖에서의 행위도 포함시켰다. 그리하여 의도적 이용 범리는 반드시 피고의 법정지 내에서의 물리적 행위가 필요한 것은 아니고 '법정지 내에서의 효과를 발생할 것이 예상되는 법정지 밖에서의 행위'도 포함되는 것으로 확립되었다.⁹⁶⁾

예컨대 1984년 Calder 사건 판결⁹⁷⁾의 사안은 캘리포니아주 거주자인 연예인 Shirley Jones가 플로리다주 거주자인 National Enquirer의 편집장 겸 사장 Calder와 기자를 상대로 출판물에 의한 명예훼손 소송(libel action)을 캘리포니아주 법원에 제기한 것이었는데, 미국 연방대법원은 피고들의 '의도적인 ... 행위(intentional ... actions)'는 명백히 캘리포니아를 겨냥한 것(aimed at)이었고, 피고들은 원고가 캘리포니아에서 피해를 입게 될 것을 알았다고 하면서, 이러한 상황에서는 피고들은 "캘리포니아주 법원에 피소될 것을 합리적으로 예견"해야 한다며 플로리다주 주민인 피고들에 대한 캘리포니아주 법원의 관할권을 인정하였다.⁹⁸⁾ 또한 1985년 Burger King 사건 판결⁹⁹⁾에서는 상행위자가 다른 주의 거주자들을 "의도적으로 지향(purposefully directed)"하고자 노력한 경우에는 물리적 접촉의 부재로 인해 대인관할권이 부정된다는 주장을 배척해왔다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾

이처럼 미국에서는 법정지주에 거주하지 않는 자에 대한 법원의 관할권이 인정되려면, 원고는 피고와 법정지 사이의 물리적 접촉까지 증명할 필요는 없지만(물론 증명할 수 있다면 관할권 인정이 보다 용이해질 것이다),¹⁰¹⁾ 피고가 법정지에서 사업활동을 할 수 있는 혜택

93) Ibid., p. 253.

94) Mark C. Weber, "Purposeful Availment," *South Carolina Law Review*, Vol. 39, Iss. 4 (1988), p. 818; John A. Gorfinkel & Richard A. LaVine, "Long-Arm Jurisdiction in California Under New Section 410.10 of the Code of Civil Procedure", *The Hastings Law Journal* Vol. 21 (1970), p. 1194.

95) 석광현, 앞의 책(2001), 104~105면.

96) Ibid., 105면.

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

98) Ibid., pp. 783, 785-786, 788-790.

99) *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985).

100) Ibid., p. 476.

101) Ibid. 참조.

을 의도적으로 이용함으로써 법정지 법이 주는 이익과 보호를 누렸다는 점을 증명하거나, 피고가 법정지의 거주민들에게 자신의 활동을 의도적으로 지향하였다는 점을 증명하여야 한다.¹⁰²⁾ 제9순회구 연방항소법원은 법원들이 종종 ‘의도적 이용’이라는 약칭을 사용하지만, 주로 계약에 기한 소송에 사용되는 ‘의도적 이용분석(purposeful availment analysis)’과 주로 불법행위 소송에 사용되는 ‘의도적 지향분석(purposeful direction analysis)’의 두 가지 개념으로 구분된다고 설명하고,¹⁰³⁾ 저작권침해는 불법행위의 일종으로 저작권침해 소송에서는 의도적 지향이 더 적합한 분석틀이라고 하였다.¹⁰⁴⁾

다. 인터넷 환경에서의 특별관할의 법리

의도적 이용 법리는 미국 연방대법원이 전통적인 오프라인상 대인관할권문제를 다루며 발전시켜온 것이다. 온라인, 즉 인터넷상에서 벌어지는 사건과 관련하여 연방대법원이 대인관할권 법리를 판시한 적은 없다.¹⁰⁵⁾ 이러한 상황에서 미국 하급심 법원들은 인터넷상 대인관할권문제를 판단할 때 어려움을 겪으며 현실공간의 관할이론을 가상공간에 접목하여 이 문제의 해결방향을 제시해오고 있다.¹⁰⁶⁾ 그 과정 중 초창기 몇몇 법원은 결과적으로 웹 사이트를 개설하고 게시하는 것만으로도 관할을 인정하였으나 많은 비판을 받았다.¹⁰⁷⁾ 이후 Zippo 사건 판결¹⁰⁸⁾에서 유래된 ‘영역별 분석법(sliding scale test 또는 Zippo test)’에 따라 웹사이트와 법정지주의 상호작용(interactivity)의 수준을 평가하거나,¹⁰⁹⁾ Calder 사건 판결에서 유래한 ‘효과 테스트(effect test)’를 적용하여 웹사이트 운영자가 의도적으로 법정지를 지향하였는지 여부를 중심으로 판단하는 방향으로 전개되었다.¹¹⁰⁾

102) 이주연, “인터넷상 저작권침해와 국제재판관할권 -유럽사법재판소 판결과 미국 워싱턴DC 연방지방법원 판결의 비교를 중심으로-”, 민사소송(제21권 제2호), 한국민사소송법학회(2017. 11.), 112~113면.

103) Schwarzenegger v. Fred Martin Motor Co., 374 F.3d 797 (9th Cir. 2004), p. 802-803.

104) Brayton Purcell LLP v. Recordon & Recordon, 606 F.3d 1124 (9th Cir. 2010), p. 1128.

105) 연방대법원은 Walden v. Fiore 사건 판결에서 피고의 가상적 ‘존재(presence)’와 행위가 특정 주와의 ‘접촉(contacts)’이 될 수 있는가라는 가상적 접촉(virtual contacts) 문제에 대한 설시는 다음 기회로 미룬다고 하였다. Walden v. Fiore, 571 U.S. 277 (2014), p. 290, n.9.

106) 김성진, “국제전자상거래상 소비자계약분쟁의 국제재판관할권에 관한 연구 -미국의 타깃팅 재판관할권이론을 중심으로-”, 국제거래법연구(제18권 제1호), 국제거래법학회(2009), 112면.

107) 대표적으로, Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc., 937 F.Supp. 161 (D. Conn.1996), p. 161, 165; 김성진, 앞의 글, 112~113면.

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

109) Ibid, p. 1124.

110) Richard E. Kaye, Internet Web site activities of nonresident person or corporation as con

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

미국 법원에 해외 피고를 상대로 제기된 저작권침해 소송의 예로 2017년 워싱턴 D.C. 연방지방법원의 Triple Up Limited v. Youku Tudou Inc. 사건 판결¹¹¹⁾이 있다. 구체적으로는 해외 원고(세이셸에 설립된 회사인 Triple Up)가 해외 피고(케이먼 제도에 설립된 회사로서 중국에 주사업장을 둔 중국내 1위 인터넷 TV 회사인 Youku)를 상대로 한 것이었다. 원고 Triple Up은 대만영화 3편을 미국에서 인터넷으로 독점 방송할 수 있는 권리를 보유하고 있었는데, 2015년 8월과 12월에 워싱턴 D.C.에 있는 Triple Up의 변호사가 피고의 웹사이트에서 위 대만영화 3편을 스트리밍 방식으로 시청할 수 있었다고 하면서 (Triple Up의 변호사 외에 다른 누군가가 미국에서 이를 시청하기 위해 Youku 웹사이트를 이용했다고 주장하지는 않았다) 저작권침해를 이유로 피고 Triple Up을 상대로 워싱턴 D.C. 연방지방법원에 소를 제기하였다. 이 사건의 주된 쟁점은 미국 법원의 Youku에 대한 관할권 유무, 즉 미국 법원이 해외 피고인 Youku에 대하여 관할권을 행사하는 것을 정당화할 만큼 과연 Youku와 미국 사이에 충분한 접촉이 있었는지 여부였다. 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 우선 법정지에서의 ‘피고 웹사이트로의 접근가능성’만으로는 ‘최소한의 접촉’요건이 충족되지 못한다는 점은 분명하다고 판시하였다.¹¹²⁾ 원고 Triple Up은 피고 Youku가 이 사건 영화들을 미국에서 보지 못하게 하는 지역차단 기술을 적용하는 등 적극적 조치를 하지 않았기 때문에 미국에서 보게 될 것을 잘 알면서도 의도적으로 송신한 것이라고 주장하였다. 그러나 법원은 지역차단 조치를 취한 것이 대인관할권 판단에 중요한 요소가 될 수 있으나 지역차단 조치를 취하지 않은 부작위와 의도적 이용을 동일 선상에 놓을 수는 없다고 하면서 원고의 주장을 받아들이지 않았다.¹¹³⁾ 이 사건에서 원고는 ‘효과테스트’를 주장하지 않았지만, 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 판결 이유에서 Youku의 웹사이트는 전부 본토 중국어로 쓰여 있고, 문제된 3개 영화는 대만영화로 본토 중국어 자막이 달려 있으며, 원고 Youku가 보여준 영화가 상당수 미국 시청자들을 확보하여 이것이 ‘사업모델의 핵심요소’가 되었다는 증거를 제시하지 못하였고, Triple Up의 변호사들 외에 다른 사람들이 미국에서 시청하였다는 사실을 주장한 바도 없다고 하며, ‘효과테스트’에 따르더라도 결론은 바뀌지 않았을 것이라고 부연하였다.¹¹⁴⁾

ferring personal jurisdiction under long-arm statutes and due process clause, 81 American Law Reports (5th) 41.

111) 235 F.Supp.3d 15 (D.D.C. 2017), Affirmed by Triple Up Limited v. Youku Tudou Inc., 2018 WL 4440459 (D.C. Cir); 이 사건 판결에 대한 상세는 이주연, 앞의 논문(2017), 103~108면.

112) Youku, 235 F. Supp. 3d 15, p. 23.

113) Ibid., p. 24-25.

3. 검토

이상에서 살펴본 바와 같이, 유럽 브뤼셀체제는 행동지(가해행위지)와 결과발생지(손해발생지)를, 미국은 지향지(정확히는 비거주자에 대한 관할권 인정 근거인 최소한의 접촉을 인정할 수 있는 ‘의도적 지향’ 지를 뜻한다)를 불법행위와 지식재산권침해 관할의 근거로 삼고 있다.¹¹⁵⁾ 그런데 2022년에 개정된 우리 국제사법은 불법행위와 지식재산권침해 관할의 근거로 행동지, 결과발생지, 지향지를 인정한다. 즉 우리 국제사법은 유럽사법재판소의 가해행위지와 손해발생지, 그리고 미국 법원의 ‘의도적 지향’ 법리를 모두 받아들인 것으로 보인다. 또한 우리 국제사법 제39조 제1항 단서의 관할권의 양적 제한은 유럽사법재판소의 Shevill 법리를 떠올리게 한다. 따라서 유럽사법재판소와 미국 법원의 법리는 우리에게 시사하는 바가 있을 것이다. 한편, 피고에 대한 국제재판관할권이 문제되는 경우는 주로 피고가 법정지 밖에서 행동한 경우이므로(때문에 유럽사법재판소에서는 손해발생지에 관한 법리가, 미국 법원에서는 피고가 법정지 밖에서 행동한 사건에서 피고와 법정지와의 최소한의 접촉 유무 판단을 위한 의도적 지향 법리가 주로 문제되었다), 우리 국제사법에서도 특히 결과발생지와 지향지를 어떻게 파악하여야 하는지가 중요하다.

먼저 유럽사법재판소는 관할근거로서 손해발생지를 어떻게 파악하였는지 살펴보자. 오프라인 상황이었던 Shevill 사건에서는 원고의 명예를 훼손하는 기사가 포함된 신문이 판매되어 배포된 곳이 손해발생지였다. 즉 원고는 법정지에 문제의 신문이 물리적으로 존재한 사실로써 손해발생지 관할권을 증명할 수 있다. 온라인 환경에서 벌어진 명예훼손 사건인 eDate 사건에서 유럽사법재판소는 명예훼손적 콘텐츠에 접근할 수 있는 곳이라면 손해발생지가 될 수 있다고 판단하였다. Shevill 판결과 eDate 판결에서 손해발생지를 판단하는데 차이를 가져온 결정적 요인은 오프라인 환경에서 온라인 환경의 변화이다. 또한 적용법이 브뤼셀협약 Article 5.3에서 브뤼셀I Article 5.3으로 바뀌면서 법 문언상 관할의 근거가 “가해적 사건이 발생한 장소”에 그치지 않고 “가해적 사건이 발생할 우려가 있는 장소”까지 확대된 점도 그러하다. Pinckney 사건 판결에서 유럽사법재판소는 법정지인 프랑스

114) Ibid., p. 30.

115) 미국의 의도적인 지향 법리는 비거주자에 대한 대인특별관할권을 인정하기 위한 것으로서, 법정지 비거주자가 법정지에서 행동한 경우와 법정지 밖에서 행동한 경우 모두에 적용된다. Youku 사건의 워싱턴 D.C. 연방지방법원도 만약 Youku가 미국 내에서 서버를 관리하거나 웹사이트를 운영하고 그러한 활동이 미국에서 Youku 웹사이트를 이용할 수 있는 것과 인과관계가 있다면 미국의 재판관할권이 인정될 수 있음을 시사하였다. Ibid., p. 30~31.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

에서 실제 누군가가 해당 웹사이트를 통해 Pinckney의 저작권을 침해하는 CD를 구매한 사실이 있는지 여부까지는 묻지 않았다. 프랑스에서 해당 웹사이트에 접근가능하다는 사실이 프랑스가 '가해적 사건이 발생할 우려가 있는 곳'임을 증명한다고 보았기 때문일 것이다. 만약 Pinckney 사건에 브뤼셀협약 Article 5.3이 적용되었더라면, 프랑스에서 문제의 웹사이트에 접근가능한 사실만으로는 부족하고 (Shevill 사건 판결에서 영국에서 문제의 신문이 판매되어 배포된 것을 관할원인사실로 보았듯) 실제 프랑스에서 CD가 판매된 사실이 필요하다고 보았을 지도 모른다.

브뤼셀체제의 불법행위 관할규칙은 관할근거만 규정하고 있을 뿐 관할범위는 정하고 있지 않다. 유럽사법재판소는 (대부분 피고의 주소지국과 일치할, 그래서 원고가 선호하지 않는) 가해행위지국 법원에 전체 손해에 대한 관할권을 인정하고, (손해발생지가 복수인 경우 원고의 주소지국이 포함되어 있는, 그래서 원고가 선호하는) 손해발생지국 법원의 관할권 범위를 자국 내에서 발생한 손해로 한정하여 양적으로 제한하는 해석을 한다. 인격권침해 사건에서는 손해발생지 중 관할권을 집중시킬 수 있는 이해관계 중심지를 인정하는 것과 같이 개별 사건의 성격에 따라 변용이 이루어지고 있긴 하지만, 온라인 환경에서도 Shevill 법리의 기본 틀은 유지되고 있다.

지식재산권침해 사건인 Pinckney, Hejduk, 그리고 Wintersteiger 사건의 판결들은 오늘날 지식재산권침해에서 가해행위지와 손해발생지가 분리되는 상황을 인지하고 양자 모두에 관할권을 인정하고,¹¹⁶⁾ 이때 온라인 환경에서 손해발생지는 문제된 웹사이트의 접근가능지로 이해한다. 관할권 범위의 문제에 있어 유럽사법재판소는 Shevill 판례의 기본 틀을 그대로 유지하고 있는데, 이는 손해발생지의 관할권을 양적으로 제한한(이는 속지적이다) Shevill 판례 법리가 지식재산권의 속지성과 맞아 떨어지기 때문이다. 비등록지식재산권인 저작권은 베른협약¹¹⁷⁾에 의해 창작과 동시에 거의 전 세계 국가에서 동시에 보호받는다.¹¹⁸⁾ 이에 유럽사법재판소는 Hejduk 사건에서 저작권침해의 손해발생지를 eDate 사건 판결과 마찬가지로 접근가능지라고 판시하면서도, eDate 사건 판결과 달리 Shevill 판결의

116) Wintersteiger 사건 판결에서 온라인상 지식재산권침해의 가해행위지에 대하여는 서버 소재지가 아니라 행위자가 그 침해행위와 관련된 주요한 의사결정 행위를 한 장소로 파악한 점도 눈길을 끈다.

117) 정식명칭은 '문학·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)'이다. 2022. 6. 9. 기준 전 세계 179개국과 니우에(Niue), 쿡 아일랜드(the Cook Islands)가 베른협약에 가입되어 있다. Contracting Parties, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, <<https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/berne.pdf>> (최종방문일: 2022. 7. 31.).

118) 베른협약 Article 3 참조.

모자이크 법리를 그대로 유지한 채 피해자의 '이해관계 중심지'와 같은 전체 손해에 대하여 관할권이 있는 손해발생지 개념을 창안하지 않았다. 등록지식재산권침해 사건인 Wintersteiger 사건에서도 상표권의 속지성이 반영되었다. 상표권은 등록된 국가 내에서만 보호되므로 상표권침해의 손해발생지는 오직 그 상표의 등록국이다. Wintersteiger 사건에서 원고는 오스트리아 등록상표의 침해를 주장하였고 따라서 가해행위지인 독일 법원이든 손해발생지인 오스트리아 법원이든 오스트리아에서 발생한 손해에 대하여만 판단하게 될 것이다. 그러므로 Wintersteiger 사건 판결에서는 Shevill의 모자이크 법리를 굳이 언급할 이유가 없었다.¹¹⁹⁾ 그러나 만약 원래의 사실관계와 달리 원고가 오스트리아 외에 여러 국가에서 동일한 상표를 등록한 자였고 피고를 상대로 복수 국가에서의 상표권침해를 주장하였다면 각 상표등록국 법원은 자국 내에서 발생한 손해(즉, 자국의 상표권 침해)에 대하여만 관할권이 있다는 Shevill 판결의 법리가 차용되었을 것이라 생각된다.

다음으로 미국 법원은 지향지를 어떻게 파악하는지 살펴보자. 각 주(州)의 관할권확대법이 비거주자에 대한 그 주(州) 법원의 관할권을 인정하기 위한 '접촉'이 인정되는 경우를 규정하고 있긴 하지만, 개별 주(州)의 관할권확대법을 모두 검토할 수는 없는 노릇이다. 관할권확대법에 근거가 있다 하더라도 다시 헌법적 차원에서 요구되는 최소한의 접촉 요건을 충족해야 하므로 우리로서는 헌법적 차원의 논의를 중심으로 검토하는 것이 효과적인데 이는 판례법의 영역에 속한다. 우선 오프라인 상황에서 지향지를 판단하는 기준은 (의도적 이용 법리에서 파생된) 의도적 지향이다. 온라인 환경에서는 초기 접근가능성 기준에서 완전히 벗어나 Zippo 테스트나 효과 테스트를 (혹은 양자를 혼용하여) 사용한다. Zippo 테스트는 비거주자에 대한 관할의 근거를 웹사이트와 법정지주의 상호작용에 근거한다. 단순히 법정지에서 접근가능한 웹사이트(이를 '수동적 웹사이트'라고 한다)라는 사실만으로는 특별 관할을 인정하지 않는다.¹²⁰⁾ 효과 테스트는 비거주자인 피고가 법정지 밖에서 한 온라인상의 행위가 법정지에 야기한 효과에 초점을 둔다.¹²¹⁾ 법원에 따라서는 Calder 사건 판결의 문언과 같이 명확히 법정지를 겨냥하였을 것(expressly aimed)을 요건으로 하고(이를 '업

119) Wintersteiger 사건에서는 eDate 사건 판결에서 창안한 '이익해관계 중심지'에 상응하는 법정지로서 등록상표권 침해에 대한 전체 손해 및 침해금지청구에 대한 관할권이 있는 손해발생지는 상표등록국이라고 판시하여, 저작권침해 사례와 차이가 있는 것처럼 보일 수 있으나, 이는 비등록지식재산권과 등록지식재산권의 차이일 뿐 실제로는 두 판결 모두 지식재산권의 속지성을 따른 것이다.

120) Denis T. Rice & Julia Gladstone. "An Assessment of the Effects Test in Determining Personal Jurisdiction in Cyberspace." Business Lawyer (ABA), Vol. 58, No. 2, (2003), p. 602.

121) Ibid.

격한 효과 테스트'라고 한다), 피고가 (1) 원고가 법정지주에 거주한 사실을 알고 (2) 원고에게 해를 가하는 행위를 한 사실만으로 그 요건을 완화하여 적용하기도 한다(이를 '완화된 효과 테스트'라고 한다).¹²²⁾ 아직 미국 연방대법원의 명확한 가이드라인이 부재한 상황에서 실무상 미국 하급심 법원들은 각자의 기준으로, 혹은 Youku 사건 판결에서 보는 바와 같이 여러 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하는 태도를 보이고 있다. 이러한 이유로 미국 법원의 해외 피고에 대한 관할권 유무 판단은 예측가능성이 떨어질 수 밖에 없고, 실제로도 동일한 사실관계에서 판사에 따라 판단이 달라지는 일이 벌어진다.¹²³⁾ 어쨌든 확실한 것은 인터넷상 불법행위 혹은 지식재산권침해 사안에서, 결과발생지를 문제된 웹사이트나 콘텐츠에 접근할 수 있는 곳(접근가능지)으로 이해하는 유럽사법재판소와 달리, 미국 법원은 접근가능성만으로는 의도적 지향을 인정할 수 없다는, 즉 헌법상 요구되는 최소한의 접촉을 인정할 수 없다는 입장을 취한다는 점이다.

그렇다면 문제는 우리 국제사법에서 결과발생지와 지향지를 어떻게 해석할 것인가이다. 이와 관련하여 이번 국제사법 개정전 필자는 인터넷상에서 발생하는 저작권침해의 국제재판관할 문제와 관련하여, 실무상 관점에서 우리 법원은 미국 법원의 접근법이 아닌 유럽사법재판소와 같은 접근가능성을 기준으로 우리 법원의 관할권을 인정하자는 의견을 제시한 바 있다.¹²⁴⁾ 국내 권리자를 보호할 필요, 미국과 달리 우리나라가 포럼 쇼핑국이 될 가능성이 낮다는 점, 미국의 접근방식에 의할 경우 관할권 유무에 대한 예측가능성이 떨어지고 본안 판단에 앞서 관할권 유무에 대한 심리 부담이 가중된다는 점 등을 그 이유로 들었다.¹²⁵⁾ 하지만 우리 국제사법은 지향지라는 관할근거를 도입함으로써 인터넷상 불법행위나 지식재산권침해 사건에서 접근가능성만으로는 우리 법원의 관할권을 인정하지 않겠다는 뜻을 명확히 하였다고 생각된다. 하지만 또 그렇다고 하여 지향지 판단기준에 있어 미국의 의도적 지향 법리를 그대로 따를 필요는 없다. 온라인 환경에서 적용되는 미국의 의도적 지향 법리는 아직 확고하게 정립된 단계라고 보기에 무리가 있고, 법정지로 선호되는 미국의 법리를 우리가 그대로 따르는 것도 타당하지 않기 때문이다. 생각건대 행동지, 결과발생지, 지향지 3가지 관할근거의 의미는 앞서 II. 2. 에서 언급한 바와 같이, 우리 법원에 해외 피고를 제소한 원고가 관할원인사실에 대한 증명책임을 진다는 것과 연관지어 파악할 필요가

122) Ibid., pp. 608-615.

123) 이주연, 앞의 논문(2017), 122~123면.

124) Ibid., 121-126면.

125) Ibid.

있다. 이에 대하여는 아래 IV.의 관련 부분에서 설명한다.

IV. 우리 국제사법상의 지식재산권침해와 불법행위 관할규칙

국제사법 제3조에 따라 피고의 일상거소(법인 또는 단체의 경우에는 설립지, 주된 사무소·영업소, 정관상의 본거지, 또는 경영의 중심지)가 우리나라에 있는 경우에는 불법행위나 지식재산권침해에 기한 청구를 포함하여 그에 대한 모든 청구에 대하여 우리 법원의 관할권이 인정된다. 따라서 국제사법 제39조와 제44조는 피고가 해외에 일상거소를 둔 자인 경우(피고가 법인 또는 단체의 경우에는 외국법에 따라 설립되어 주된 사무소·영업소, 정관상의 본거지, 경영의 중심지가 모두 해외에 있는 경우)에 의미가 있다.

그런데 서론에서 언급한 바와 같이 국제사법 제39조와 제44조의 의미에 대하여는 논란의 여지가 있다. 따라서 실무에서 이들 규정을 적용할 때 지침이 될 수 있도록 설명하고, 조문만으로 명확하게 해소되지 않는 부분에 대하여는 검토 후 가능한 해석론을 펼칠 필요가 있다. 이를 위해 III.에서 검토한 유럽사법재판소의 판결과 미국 법원의 판결이 주는 시사점을 고려하고, 특히 국제사법 제39조와 관련해서는 그 입법 당시 모델 내지 참고가 되었을 지식재산권과 국제사법 원칙에 관한 모델원칙을 함께 비교·검토한다.

1. 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할 (제39조)

가. 제39조의 구조

국제사법 제39조는 지식재산권 침해에 관한 소에 있어 우리 법원의 특별관할권이 인정되는 경우와 그 관할권의 범위에 대하여 규정한다. 오늘날 국제거래 상황이나 인터넷 환경에서 지식재산권침해의 침해자는 침해가 발생한 국가 밖에 거주하는 자일 수 있고, 그 침해행위(행동)도 그 국가 밖에서 할 수 있다. 실제 소송에서 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권침해 사건은 피고가 해외 거주자이고, 나아가 (행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는) 행동지와 결과발생지가 불일치하는 예외적인 모습일 것이다. 국제사법은 이러한 예외적인 모습을 상정하여 지식재산권침해 관할규칙을 다음과 같이 정하였다:

제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할)

① 지식재산권 침해에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 이 경우 대한민국에서 발생한 결과에 한정한다.

1. 침해행위를 대한민국에서 한 경우
2. 침해의 결과가 대한민국에서 발생한 경우
3. 침해행위를 대한민국을 향하여 한 경우

② 제1항에 따라 소를 제기하는 경우 제6조제1항을 적용하지 아니한다.

③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 지식재산권에 대한 주된 침해행위가 대한민국에서 일어난 경우에는 외국에서 발생하는 결과를 포함하여 침해행위로 인한 모든 결과에 관한 소를 법원에 제기할 수 있다.

④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

국제사법 제39조는 먼저 제1항에서 우리 법원의 국제재판관할권이 인정되는 경우로 피고가 우리나라에서 (단순한 또는 종된) 침해행위를 한 경우(제1호),¹²⁶⁾ 침해의 결과가 우리나라에서 발생한 경우(제2호),¹²⁷⁾ 우리나라를 향하여 침해행위를 한 경우(제3호)를 규정한다.¹²⁸⁾¹²⁹⁾ 이때 동조 제1항 단서로써 그 관할권의 범위를 우리나라에서 발생한 결과에 대한 것으로 속지적으로 제한하고, 다시 동조 제2항으로써 우리 법원은 객관적 병합을 통해서도 외국에서 발생한 결과에 대해서까지 심리할 수 없다는 점을 재확인한다.¹³⁰⁾ 즉, 지식재

126) 국제사법 제39조 제3항의 ‘주된’ 침해행위와의 관계를 고려하여 동조 제1항 제1호의 침해행위는 단순한 또는 종된 침해행위라고 부연 설명하였다.

127) 국제사법 제39조 제1항 제2호는의 침해행위는, 제1호에 의할 수 없는, 즉 침해행위를 ‘우리나라 밖에서’ 하였는데 그 침해의 결과가 우리나라에서 발생한 경우를 포섭하기 위한 것이고, 따라서 그것을 원형적인 모습으로 상정하였을 것이다. 다만 밖에서의 행위를 상정한 것이다. 법문에서 행동지가 해외라는 제한이 없으므로 해외 피고가 우리나라에서 침해행위를 하고 그 침해의 결과가 우리나라에서 발생한 경우는 제1호와 제2호 모두에 해당할 수 있다.

128) 국제사법 제39조 제1항 제2호에 대한 前註의 국제사법 제39조 제1항 제2호의 침해행위에 대한 설명은 제3호에 설명에도 적용해당된다. 제3호의 차별점은 우리나라 밖에서(이 점은 제2호와 동일하다) ‘우리나라를 향하여’ 침해행위를 한 경우를 상정하였다는 데하였다는 데 있다. 이는 실질법적 관점에서 ‘고의’라고 설명할 수 있다. 반면 고의가 아닌 경우, 즉 과실이거나 무과실의 경우는 제2호의 관할근거에 의하게 될 것이다. 그러나 국제사법 제39조 제1항 각 호의 관할근거를 경합적으로 보아야 하므로, 사안에 따라서는 제1호, 제2조, 제3호에 모두 해당될 수 있다.

129) 이주연, 앞의 논문(2022), 228면은. 국제사법 제39조 제1항 각 호가 상정한 원형적 모습을 설명한 것일 뿐, 제2호와 제3호가 ‘우리나라 밖에서’ 한 침해행위에만 적용될 수 있다는 취지는 아니다.

130) 이와 달리 서울중앙지방법원 2005. 6. 22. 선고 2003가합87723 판결(원고 패소 확정)은 한국인 시나리오 작가가 미국 영화배급사 DreamWorks를 상대로 우리나라를 비롯한 전 세계 각국에서의 저작권 침해금지과 전 세계에서 발생한 저작권침해로 인한 손해배상을 구한 사건에서 그 전체 청구에 대하여 관할권을 인정한 바 있다. 그러나 만약 이 사건에서 국제사법이 적용되었다라면 우리나라에서 발생한 저작권침해, 우리나라 저작권 침해저작권침해 부분에 대하여만 관할권이 인정되었을 것이다.

산권 침해의 소의 관할권 범위와 관련하여서는 원칙적으로 유럽사법재판소 Shevill 사건 판결에서 유래한 ‘모자이크’ 방식을 채택하고 이를 성문화한 것이다. 한편 그 원칙에 대한 예외로서 국제사법 제39조 제3항은 주된 침해행위가 우리나라에서 일어난 경우에는 외국에서 발생한 결과를 포함한 전체 결과에 대하여 우리 법원의 집중관할권을 인정한다.

나. 제39조 제1항 각 호의 관할근거

제39조 제1항 제1호는 우선 해외 거주자가 우리나라 체류 중에 지식재산권 침해행위를 한 경우에 적용될 수 있을 것이다. 우리나라 지식재산권만 침해되는 경우도 있겠지만 경우에 따라서는 그 침해행위가 우리나라를 포함한 복수 국가의 지식재산권 침해로 연결되는 경우도 있을 것이다. 후자의 경우 제39조 제3항과의 관계에 비추어 제39조 제1항 제1호는 주된 침해자의 침해행위를 국내에서 방조한 자에게 적용될 것이다.

제39조 제1항 제2호의 결과발생은 오프라인 상황에서 발생한 사건이라면 우리나라에 유형적으로 존재하는 결과를 뜻한다고 본다(예: 지식재산침해 물품의 존재). 한편 순수하게 온라인 환경에서 벌어진 사건에서의 결과발생은 어느 정도 의미 있는 규모의 우리나라 거주자들이 해당 콘텐츠에 접근한 사실을 의미한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다. 우선, 우리 국제사법에서 결과발생지 외에 별도로 지향지라는 관할근거를 둔 점을 생각하면, 결과발생지를 유럽사법재판소와 같이 접근가능지로 해석할 수는 없다. 사실 실질법적 관점에서는 저작권 중 공중송신(전송)권 침해 사례와 같이 해외 거주자가 해외에서 우리나라를 지향하지 않고 온라인상에서 지식재산권 침해행위를 하였더라도 우리나라 지식재산권의 침해로 평가되는 경우가 있다.¹³¹⁾ 그러나 이는 어디까지나 실질법의 관점이고, 국제사법의 관점에서 보면 우리나라에 그 영향이 없거나 있더라도 아주 미미한 사안에까지 우리 법원이 관할권을 행사하는 것은 바람직하지 않다. 공중송신(전송)권 침해가 문제된 상황에서 제2호의 결과발

131) 저작물의 전송행위는 저작물을 업로드(이용제공) 하는 순간 완성되므로 우리나라에서 해당 저작물에 접근이 가능하다면 우리나라 저작권침해가 성립하게 된다. 우리나라 공중송신권의 입법모델인 WCT Article 8에서 우리의 전송에 해당하는 ‘이용제공’에 대한 설명으로 Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press (2002), p. 508; 형사사건이긴 하지만 최근 저작권침해물에 대한 링크행위자의 공중송신(전송)권 침해죄의 방조범 성부가 문제되었던 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결에서도 다수의견과 반대의견은, 정범인 해외 서버에 저작권침해물을 게시한 자의 공중송신(전송)권 침해죄가 계속범인지, 아니면 상태범인지, 즉 범죄의 종료시점을 두고 견해를 달리하였지만, 정범의 업로드행위로써 공중송신(전송)권 침해는 기수에 이른다는 점에서는 의견을견해가 같이 하였었다.

생지를 단순한 접근가능지로 이해한다면, ALI 원칙이나 CLIP 원칙과는 달리,¹³²⁾ 이른바 ‘overspill’ 사안에서도 국내 법원의 관할권을 인정하게 된다는 점에서 과도한 입법이라는 비판이 있을 수 있다. 그런데 다른 한편으로, 국내 원고가 상당한 피해를 입었지만 해외 피고의 행위가 우리나라에서 이루어졌거나 우리나라를 향한 것이었다는 점을 증명하기가 힘든 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 원고는 피고의 행위가 우리나라를 향한 것이었다는 점을 증명하는 대신, (어떠한 경로를 통해서든 할 수만 있다면) 피고의 행위로 국제사법적 관점에서 의미 있는 규모로 국내에서 침해의 결과가 발생한 사실(예: 국내에 지식재산권 침해물이 유통되고 있는 사실이나 피고의 웹사이트를 많은 내국인들이 방문하여 해당 콘텐츠를 이용하고 있는 사실)을 증명함으로써 우리 법원의 관할권을 주장할 수 있다는 점에서 관할근거로 지향지와 결과발생지를 병행적으로 둔 실익을 찾을 수 있다고 생각된다. 즉 원고의 관할권 증명방법과 관련하여, 제2호와 제3호의 관할근거를 선택적으로 바라보지 않고, 경합적 관계로 이해하는 것이다.

제39조 제1항 제3호는, 해외 피고가 해외에서 우리나라 거주자(혹은 우리나라 시장)를 대상으로 지식재산권 침해품을 판매(국제거래 상황인 경우)하거나 인터넷에 지식재산권침해물을 업로드하는 등의 행위를 한 경우 우리 법원의 관할권을 인정할 수 있다는 데 의미가 있다. 제39조와 제44조에서 지향지를 관할근거로 둔 것은 오늘날 인터넷 환경에서 벌어지는 지식재산권침해와 불법행위를 염두에 둔 것으로 보이지만,¹³³⁾ (미국의 의도적 지향 법리가 그러하듯) 오프라인 상황에서도 우리나라가 지향지에 해당하는 경우가 있을 수 있다. 우리 국제사법은 지향지와 관련하여 특별히 인터넷과 같은 특정 매체를 통한 지식재산권침해나 불법행위로 한정하고 있지 않으므로 인터넷 상황에서만 지향지 관할근거가 적용된다고 볼 수는 없다. 그런데 ‘지향’은 그 성질상 행위자의 고의성을 추단하는 사실로 증명해야 한다. 이때 그 판단기준은 미국 법원이 사용하는 엄격한 효과 테스트를 사용하거나 어떠한 결과적 사실까지 증명할 것을 요구할 수는 없다고 본다. 예컨대 Youku 사건의 법원은 의도적으로 미국을 지향한 효과를 언급하며 상당수 미국 시청자들을 확보함으로써 이것이 ‘사업모델의 핵심요소’가 되었다는 증거가 제시되지 않았음을 지적한 바 있다. 그러나 우리 국제사법은 지향지와는 별도로 결과발생지라는 관할근거를 두고 있으므로, 지향을 인정하기 위하여 지향의 효과로서 어떠한 결과가 발생했는지 증명할 것까지 요구해서는 안 될 것이다.¹³⁴⁾ Zippo 테스트와 같이 웹사이트 자체를 기준으로 의도적 지향을 판단하고, 인정기준

132) CLIP 원칙 Article 2:202; ALI 원칙 §204(2) 참조.

133) 석광현, 앞의 책(2022), 221, 239면.

도 가령 ALI 원칙의 해설서가 설명하는 정도로¹³⁵⁾ 완화될 필요가 있다고 생각한다.

다. 제39조 제1항 1호의 침해행위와 제39조 제3항의 주된 침해행위

국제사법 제39조는 우리나라에서 단순한(또는 종된) 침해행위를 한 경우(제1항 제1호)와 우리나라에서 주된 침해행위를 한 경우(제3항)를 구분한다. 그 법적 효과는 전자에 근거한 관할권은 제1항 단서와 제2항에 의하여 그 범위가 국내에서 발생한 지식재산권 침해로 제한되는 반면, 후자의 경우에는 그와 같은 속지적 제한이 없다는 것이다. 국제사법 제39조 제3항은 지식재산권침해가 복수 국가에서 발생하였거나 경우에 따라서는 전 세계에서 편재(遍在)적으로 일어날 수 있는 오늘날의 상황을 고려하여, 우리 법원의 집중관할권을 인정하는 규정이다. 이는 특히 인터넷 환경에서 의미가 있을 것이지만, 우리 국제사법은 기술중립적으로 규정하였다.¹³⁶⁾

그렇다면 주된 침해행위란 무엇인가? 한일공동제안 제203조 제1항 제2문은 지식재산권 피해가 복수의 국가에서 발생한 경우 ‘주된’ 침해행위가 일어난 국가에 집중관할권을 인정하므로, 이에 대한 설명은 어떠한 경우가 국제사법 제39조 제3항에 해당하는지 판단할 때 도움이 될 것이다.¹³⁷⁾ 그런데 한일공동제안의 해설은 제203조 제1항 제2문의 ‘주된 침해행

134) 우리 법원은 미국 법원과 같이 법정지로 선호되는 곳이 아니어서 우리 법원을 상대로 한 포럼쇼핑의 부작용은 높지 않고, 우리 국제사법상 지향지 관할근거를 미국 법원의 의도적 지향과 같은 법리로 새기게 된다면 오히려 국내 원고에게 과도한 증명책임을 요구하게 되어 국내 권리자 보호를 위해서도 바람직하지 않다. 오늘날 지식재산권침해 소송에서 문제로 대두되는 증거의 편재(偏在)를 고려할 때 더욱 그러하다.

135) ALI 원칙은 지향(direct)하였는지 여부는 객관적으로 판단할 사항으로이고, 피고의 행동(behavior)에 비추어 피고가 법정지와 관련된 활동을 통해 이익을 취하고자 했다는 점을 합리적으로 도출할 수 있는지 여부의 문제라고 설명한다. 지향했다고 볼 수 있는 표지로는 판매한 물품을 법정지로 직접 배송하는 것, 법정지에서 주문서를 작성하는 것, 물품(goods)이 제품(product)에 통합되어 법정지에서 배포될 것임을 알고서 제3자에게 판매하는 것과 같은 전형적인 표지 외에도 법정지의 청중이 관심을 가질 만한 콘텐츠 및 광고를 개발하거나, 법정지에서 사용하는 언어, 통화 또는 계량 단위를 사용하는 등 법정지에 의사를 전달하고 법정지에 맞추기 위한 노력도 포함되며, 다만 어느 한 가지 요소만으로 특정국을 향했는지 판단할 수는 없고, 종합적으로 판단해야 한다고 한다. 웹사이트의 경우라면 그 판단의 요소로는 사용언어, 결제통화 등을 생각할 수 있다. 법정지에 거주하고 있는 이용자들에게 침해품을 무료로 주겠다는 제안과 같이 비상업적으로 접촉하더라도 향하였다고 볼 수 있다. 이와 달리 법정지에는 물건을 배송하지 않고, 법정지에 거주하는 이용자들이 웹사이트에 접근하는 것을 차단하기 위한 기술적 조치를 취하며, 법정지에 소재한 은행이 발급한 카드를 사용할 수 없도록 하는 등의 조치를 취한다면 지향하였다고 볼 수 없을 것이라 한다. ALI, 앞의 책, p. 48-50.

136) 이는 ALI 원칙(§204(1))과 한일공동제안(제203조 제1항 제2문)의 태도를 따른 것인데, 이와 달리 CLIP 원칙(Article 2:203(2))은 인터넷과 같은 편재적 매체에 의한 침해에 한하여 관할권 집중을 허용한다.

137) 우리 국제사법이 지식재산권침해의 경우 관할권을 양적으로 제한하면서 주된 행동지의 경우 그에 대한

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

위가 일어난 국가'란 "침해행위의 본질적이고 또는 중요한 부분이 일어난 국가"라고만 추상적으로 설명한다.¹³⁸⁾ 한일공동제안의 모델이었을 것으로 추측되는 ALI 원칙 § 204(1)¹³⁹⁾에 대한 해설에 따르면, 주된 침해행위의 예로는 우리나라에 서버를 둔 저작권침해 웹사이트를 운영하는 것, 우리나라에서 불법송출하는 방송설비를 운용하는 것, 우리나라에서 특허침해품을 생산·배포하는 센터를 운영하는 것,¹⁴⁰⁾ 우리나라에서 티셔츠에 침해상표를 찍는 공장을 운영하는 것 등이 여기에 해당된다.¹⁴¹⁾

그런데 국제사법 제39조 제3항은 우리 법원의 집중관할권을 인정하는 근거로서 주된 '침해행위'가 우리나라에서 일어난 경우만을 들고 있다. 따라서 해외에서 주된 침해행위가 일어났지만 (침해행위를 우리나라를 향하여 한 결과) 그 침해의 결과가 우리나라에서 주로 발생한 경우 우리 법원의 관할권은 제39조 제1항에 따라 우리나라에서 발생한 결과에 한해서만 미치게 될 것이다. 이는 CLIP 원칙 Article 2:203(2)이, 비록 그 적용요건은 보다 엄격하지만, 침해행위가 향해진 국가의 법원에도 집중관할권이 인정될 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것과 비교된다.¹⁴²⁾ 해외에서 일어난 행동에 의해 복수 국가의 지식재산권 침해가 발생하였지만 주로 우리나라 지식재산권 침해가 발생한 경우, 만약 우리 법원의 관할의 근거를 제39조 제1항 제2호나 제3호가 아닌 제4조의 사업·영업활동지 관할에서 찾을 수 있다면 (즉, 지향이 '계속적이고 조직적'이라는 점을 증명할 수 있다면) 제39조 제2항의 제한을 받지 않으므로 제6조 제1항에 따른 객관적 병합 제도를 이용할 수 있다. 즉 제39조 제3항에서 주된 결과발생지에 집중관할권을 인정하지 않는 것은 제4조를 이용하는 방법으로

예외를 인정하는 것은 한일공동제안에 기초한 것이라고 한다. 석광현, 앞의 책(2022), 214~215면.

138) 한국국제사법학회 편집부, 앞의 자료, 545면.

139) ALI 원칙 § 204(1)은 지식재산권 침해를 위한 '실질적 행위(또는 주된 행위, substantially acted)'을 집중관할권의 근거로 규정한다.

140) 특허사건에서 "실질적으로 행동한(substantially acted)" 경우의 예로 든 ALI, 앞의 책, 51면의 예시 2를 변형하여 소개하면 다음과 같다. K는 물건 X에 대한 한국, 일본, 중국의 특허권자다. J1은 일본에서 K의 X에 대한 특허권을 침해하는 물건의 부품을 만든다. J1은 일본에서 J2가 이 부품으로 완제품을 완성한 후 중국으로 보내어 판매한다는 것을 알고 있다. K는 중국에서 J1과 J2에 대해 특허침해소송을 제기할 수 있다. 또한 K는 J1, J2 모두 "실질적으로 행동한(substantially acted)" 일본에서 이들을 상대로 소송을 제기할 수 있다. 이때 중국 법원의 관할권은 중국에서 발생한 침해로 제한되지만, 일본 법원의 관할권은 일본 및 중국에서의 침해에 대하여 미친다.

141) ALI, 앞의 책, p. 48~49.

142) CLIP 원칙 Article 2:203(2)는 인터넷과 같은 편재적 매체(ubiquitous media)를 통해 발생한 침해에서 침해자의 침해행위가 그의 일상거소국에는 거의 영향을 주지 않는 경우라면 실질적인(또는 주된, substantial) 침해행위가 일어난 국가의 법원 또는 침해행위가 향해진 국가라도 실질적인(또는 주된) 피해가 발생하였다면 그 국가의 법원에 전체 손해에 대한 집중관할권을 인정한다.

보완할 수 있을 것이다.

2. 불법행위에 관한 소의 특별관할 (제44조)

가. 제44조의 구조

외국적 요소가 있는 불법행위에 관한 소의 관할권이 특히 문제가 되는 것은 행동지와 결과발생지가 다르거나 결과발생지가 복수인 격지(隔地)간 혹은 산재(散在)·산포(散布)적 불법행위일 것이다. 이를 고려하여 국제사법 제44조는 다음과 같이 규정한다:

제44조(불법행위에 관한 소의 특별관할)
 불법행위에 관한 소는 그 행위가 대한민국에서 행하여지거나 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 대한민국에서 그 결과가 발생하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

국제사법 제44조를 구조적으로 분석해보면 다음과 같다. 우선 본문에서 외국적 요소가 있는 불법행위에 관한 소는 그 행위(강학상으로는 ‘행동’)가 ① 대한민국에서 행하여지거나 ② 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 ③ 대한민국에서 그 (행동의) 결과가 발생하는 경우 우리 법원에 관할권이 있음을 규정한다. 그리고 단서로 ‘불법행위(행동)의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우’에는 우리 법원의 관할권을 인정할 수 없다고 규정한다. 이는 국제사법 제39조와의 차이점이다. 국제사법 제39조와의 또 다른 차이는 국제사법 제44조에서는 제39조 제1항 단서와 제39조 제2항과 같이 관할권의 범위를 양적으로 제한하는 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 이 점에서 유럽사법재판소의 Shevill 판결의 모자이크 법리를 원칙적으로 받아들이지 않은 것으로 평가할 수 있다.¹⁴³⁾

나. 제44조의 본문: 3개의 관할근거

국제사법 제44조는 제39조와 마찬가지로 행동지, 지향지, 결과발생지라는 3개의 관할근거를 규정한다. 국제매매 상황에서 제조물책임 또는 인터넷과 같은 미디어 매체를 통한 명예훼손 사례에서 주로 문제가 될 것이지만, 그 관할근거의 의미를 앞서 설명한 제39조의 관할근거의 의미와 달리 파악할 필요는 없다고 본다.¹⁴⁴⁾

143) 석광현, 앞의 논문(2018), 72면 참조.

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

국제사법 제44조 본문 중 위 가.의 ①의 예로는 해외 피고가 우리나라에서 관광 중 교통 사고를 일으킨 경우, 비행기 사고가 우리나라에서 발생한 경우 등을 생각할 수 있다. ②는 미국의 법리로 말하자면 해외 피고의 우리나라와의 의도적 내지 고의적 접촉(contact)에서 발생하는 불법행위를 상정한 것이다. 인터넷상에서 벌어지는 명예훼손 사건이나 거래를 빙자한 온라인상 사기 사건도 여기에 해당될 수 있다. 국제매매 상황에서 발생하는 제조물책임은 지는 제조업자 중 제조물을 우리나라에 수출하거나 판매한 자도 여기에 해당된다고 볼 수도 있을 것이다.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾ 해외 제조업자 중 직접 우리나라에 수출·판매한 것은 아니지만 유통과정을 통해 그의 제조물에 대한 사고가 우리나라에서 발생한 경우는 ③에 해당할 것이다.

생각해야 할 점은 (국제사법 제39조 제1항의 각 호의 관할근거도 마찬가지로이지만) 위 ①~③의 관할근거는 항상 배타적인 것이 아니고 경우에 따라 중첩될 수도 있고, 또한 그 구분이 계속 고정적인 것은 아니라는 것이다. 예컨대 위 ①의 자동차 사고와 비행기 사고 중 우리나라 상공에서 일어난 조종사의 고의 또는 과실행위로 인한 경우는 행동지와 결과 발생지가 일치한다.¹⁴⁷⁾ 우리나라에 제조물을 직접 수출·판매한 자는 그 제조물책임 소송에서 ②, ③ 모두에 해당할 수 있다. 인터넷상에서 벌어진 명예훼손 사건에서 만약 해외 피고

144) 물론 구체적 '사안'에 따라 판례에 의해 그 의미가 구체화되는 조정이 있을 수는 있지만, 그러한 조정이 항상 지식재산권침해와 불법행위의 본질적 차이에서 기인하지 기보다는 개별 사안의 특수성에 기인할 것이고, 제39조와 제44조 중 어느 하나에 있는 관할근거에 대한 해석이나 법리는 다른 조문에 있는 상응하는 관할근거에 공통적으로 적용되는 경우가 많을 것이다.

145) 주로 준거법 결정과 관련한 판시였긴 하지만, 우리 대법원은 불법행위지를 (불법행위를 한) 행동지와 (손해의) 결과발생지 양자를 포함하는 것으로 해석해왔다. 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 등 다수. 국제재판관할권 유무가 문제된 경우에서도 관할근거를 '결과발생지'(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결; 부산지방법원 2009. 6. 17. 선고 2006가합12698 판결) 또는 '손해발생지'(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결; 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결; 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다21737 판결 등)라고 표현한다. 따라서 종전 판례 법리를 따른다면 해외 제품의 하자로 발생한 제조물책임 소송에서는 관할근거를 결과발생지에서 찾아야겠지만, 개정법에서 지향지를 관할근거로 규정한 이상 사안에 따라 관할근거를 결정해야 하며, 일률적으로 결과발생지에 근거할 필요는 없다고 생각된다.

146) 한편 이와 달리 무과실 책임을 지우는 제조물책임 소송에서 제조물을 우리나라에 수출·판매한 행위만으로 우리나라를 지향한 불법행위로 평가할 수 없다는 논리에 의한다면 이 경우는 ②가 아닌 ③에 해당할 것이다. 어쨌거나 우리나라에 직접 수출·판매한 자는 제조물책임 사고가 우리나라에서 발생할 것을 예견할 수 있을 것이고, 따라서 제44조 단서가 적용될 가능성이 없다는 점에서 우리나라에 직접 수출·판매하지 아니한 해외 제조업자와 구별될 것이다.

147) 우리나라에서 해외를 향하여 불법한 결과를 야기하는 행위를 한 경우는 ①에만 해당하고 ③에는 해당하지 않겠지만 그에 대하여는 우리 법원의 일반관할권이 인정될 가능성이 높으므로 언급하지 않았다.

의 행위가 그 정황(이용한 웹사이트, 언어 등)에 비추어 우리나라를 향했다고 볼 수 없다면 ②가 아닌 ③의 해당 여부만 문제될 것이다. 그러나 이후 그가 피해자로부터 어떠한 (예컨대 해당 콘텐츠에 의해 명예가 훼손되었고 그 피해가 발생한 곳에 한국이 포함된다는 식의 내용이 포함된) 경고를 받은 이후에도 적절한 조치를 취하지 않는다면 ②의 영역으로 들어갈 수도 있을 것이다. 해외 피고가 한국에서 체류하는 중에 한국인들이 많이 이용하는 웹사이트에 특정 한국 연예인의 명예를 훼손하는 글을 게시하였다고 하자. 해외 거주자의 행동지는 (타인의 명예를 훼손하는 글을 ‘한국에서’ 온라인에 게시하였으므로) 한국(업로드지)인데,¹⁴⁸⁾ 이 경우 한국이 지향지라고 보는 것에도 큰 문제가 없으며, 실제 한국 사람들이 이 글을 읽고 해당 연예인이 고통을 겪었다면 한국이 결과발생지에도 해당하게 된다.

다. 제44조의 단서: 예견할 수 없는 결과발생지

국제사법 제44조 단서는 그 해석상 관할의 근거를 결과발생지에만 둘 경우에 문제될 것이다. 이유는 다음과 같다: 우선 우리나라에서 불법한 결과를 야기한 행위를 한 자는(①의 경우) 고의·과실에 의한 것이든 혹은 무과실이어서 결과적으로 책임지지 않더라도 그 분쟁 해결을 위해 우리 법원에 자신이 피소될 수 있음을 합리적으로 예견할 수 있다. 불법행위로 주장될 만한 행위를 우리나라를 ‘향하여’ 한 자도(②의 경우) 실질법 측면에서 보면 고의에 의한 불법행위를 한 자이거나 자신의 행위로 무언가 잘못된 결과가 우리나라에서 발생하여 우리 법원에 피소될 수 있음을 합리적으로 예견할 수 있었다고 보아야 한다.

그렇다면 어떠한 경우가 ③의 경우에 해당할까? 제조물책임이 문제되는 사안의 경우 결과발생지의 인정은 어렵지 않고, 논의의 초점은 주로 결과발생의 예견가능성에 있게 될 것이다.¹⁴⁹⁾ 한편 인터넷상 명예훼손 사안의 경우, 서론에서 언급한 바와 같이 해외에서 게시

148) 다만 온라인 환경하에서 행동지를 어떻게 파악해야 할지는 견해가 다를 수 있다. 예컨대 위 사례에서 해외 거주자가 여행 중 한국을 잠깐 경유하면서 인천공항에서 한국인들이 많이 이용하는 웹사이트에 특정 한국 연예인의 명예를 훼손하는 글을 게시하였다고 하자. 이러한 경우까지 한국을 행동지로 파악하는 것이 과연 옳을까? 이러한 시각에서 보면, 온라인상의 행위와에 관련해서는 그 행위 당시 행위자가 존재한 물리적 장소를 관할의 근거가 되는 행동지로 파악하는 것은 타당하지 않고, 지향지의 관점에서만 파악하는 것이 옳아 보인다.

149) 미국 자동차부품업체 A1이 미국 자동차 제조사 A2에 부품을 납품했는데, A2가 A1이 납품한 부품을 포함시켜 만든 자동차를 우리나라에 자동차를 수출하였고, A1이 납품한 부품의 하자로 인하여 우리나라에서 발생한 자동차 제조물책임에 대한 소송이 국내 법원에 제기되었다고 생각해 보자. 이 경우 A1과 A2 모두 제조물책임의 주체가 된다. A2는 우리나라에 자동차를 수출한 자로서 위 ②와 ③에 해당하고, 따라서 피해를 입은 국내 소비자들이 A2를 상대로 국내 법원에 제조물책임 소송을 제기하는 것에는 큰 문제가 없다. 반면, A1의 경우 미국 회사에 부품을 공급하였기 때문에 ②에 해당하지 않고

된 명예훼손적 콘텐츠에 접근할 수 있다는 사실만으로 우리나라를 결과발생지로 볼 것인지의 문제가 있다.

우선 우리나라가 제조물책임 사고의 결과발생지로 인정된 경우 제44조 단서의 예견가능성 판단기준은 어떠한가? 이와 관련해서는 제조물책임 사건에서 손해발생지 관할 인정의 판단기준으로 예견가능성을 언급한 우리 대법원 판결이 제44조의 단서에 반영되었다는 평가도 있다.¹⁵⁰⁾ 다만 종전 우리 대법원 판결은 국내 제조물로 인한 해외 제조물책임 소송에서 외국 법원의 관할유무를 따질 때¹⁵¹⁾와 해외 제조물로 인한 국내 제조물책임 소송에서 우리 법원의 관할유무를 따질 때¹⁵²⁾ 그 기준이 일관되지 못하였다.¹⁵³⁾ 전자가 문제된 집행 청구 사건의 사안은 모두 우리 기업이 미국에 제조물을 수출한 것이었기 때문에 개정 국제사법을 적용하였을 때 미국이 결과발생지이고 또한 (우리 대법원의 판단과 달리) 예견가능성이 있다고 볼 수 있다고 생각된다. 따라서 향후 국제 제조물책임 소송에서는 종전 대법원 판시와는 다른 변화가 필요하다고 생각한다.

다음으로 인터넷상 명예훼손 사안에서 결과발생지의 의미는 인터넷상 지식재산권침해의 경우와 유사하게 파악해야 할 것이다. 제39조와 제44조 둘 다 규정한 행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 관할근거의 의미를 특별히 각자 달리 파악할 필요는 없고, 비교법적으로도 유럽 브뤼셀체제에서 지식재산권침해 관할은 불법행위 관할규칙에 의하여 판단해왔고 미국도 불법행위 관할법리를 지식재산권침해 관할법리에도 적용하고 있다는 점에서도 그러하다. 따라서 인터넷상 명예훼손 사안에서 제44조의 결과발생지의 의미도 단순한 접근가능지로 새길 수는 없고, 국제사법의 관점에서 피해자를 제외한 의미 있는 규모(다만 명예훼손의 전파가능성 법리를 고려할 때, 의미 있는 규모가 되기 위한 실제 접근한 자의 수는 지식재산권침해 사안에서 요구되는 수보다 적을 수는 있다)의 우리나라 거주자가 명예를 훼손하는 콘텐츠에 접근한 사실이 있을 때 우리나라가 결과발생지로 인정될 수 있다고 생각한다. 원고가 우리나라가 결과발생지라는 사실에만 근거하여 관할권을 증명하는 경우에는 피고는

③에 해당할 것이다. 이 경우는 국제사법 제44조 단서에 해당하는지가 문제될 수 있다. 참고로 제조물은 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함하므로(제조물 책임법 제2조 제1호), A1도 제조물책임의 주체가 된다.

150) 이종혁.

151) 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결 (무선전화기 사건); 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다21737 판결 (압력밥솥 사건).

152) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 (고엽제 사건).

153) 직접관할과 간접관할 경상(鏡像)의 원칙에 위배된다; 우리 대법원 판결에 대한 비판으로는 석광현, 앞의 책(2022), 234~236면.

제44조 단서에 따라 예견가능성이 없었음을 주장할 수 있다. 이때 예견가능성이 없다는 점에 대한 증명책임은 피고가 부담한다.¹⁵⁴⁾ 국제사법 관점에서 의미 있는 접근사실이 증명되어야 우리 법원의 관할권을 인정할 수 있으므로, 제44조 단서의 예견가능성은 예외적인 상황(예: 누군가를 비방하는 내용을 온라인 비밀 일기로 작성하였는데 그것이 해킹된 경우)에서만 부정될 수 있을 것이라고 생각된다.

3. 국제사법 제39조와 제44조의 비교

가. 결과발생지 관할 부인의 근거로 예견가능성 유무

불법행위 관할규칙인 제44조가 단서로서 결과발생지와 관련하여 예견가능성 제한을 두고 있는 것과 달리, 지식재산권침해 관할규칙인 제39조는 제1항 제2호의 결과발생지와 관련하여 그러한 제한을 두고 있지 않다. 이는 지식재산권침해와 불법행위의 차이로 설명될 수 있다고 생각된다. 지식재산권침해는 고의나 과실의 유무와 상관없이 침해행위가 있으면 성립하고 금지청구의 대상이 된다.¹⁵⁵⁾ 지식재산권침해로 인한 손해배상청구는 고의나 과실이라는 주관적 요건까지 필요하지만, 금지청구는 지식재산권침해의 주요한 구제수단이고, 또한 지식재산권침해에 대한 손해배상청구와 관련하여 법은 과실이나 경우에 따라 고의를 추정하는 규정을 두고 있다.¹⁵⁶⁾

나. 제39조 제1항의 관할권과 제44조 관할권의 범위

지식재산권침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우, 동항 단서와 제2항으로 관할권의 범위를 결과발생지인 우리나라 지식재산권침해에 대한 것으로 제한하는 반면, 불법행위 관할규칙인 제44조는 그와 같은 양적 제한 규정을 두고 있지 않은 차이가 있다. 전자는 Shevill 사건의 모자이크 법리를 입법한 것이고, 후자는 그렇지 않다. 이렇게 문언상의 차이를 둔 것은 의도적이라고 보아야 하므로,¹⁵⁷⁾ 제39조 제1항 단서의 속지적으로 제한된(그렇게 양적으로 제한된) 관할이라는 법리를 제44조의 해석에 유추적용할 수는 없다고

154) 이종혁; 석광현, 앞의 책(2022), 237면.

155) 특허법 제126조; 실용신안법 제30조; 디자인보호법 제113조; 상표법 제107조; 저작권법 제123조 등.

156) 특허법 제130조; 실용신안법 제30조; 디자인보호법 제116조; 상표법 제112조; 저작권법 제125조 제4항 등.

157) 국제사법 제39조 제4항 참조.

생각된다.¹⁵⁸⁾ 다만 그렇다고 하여 우리 법원이 불법행위 관할권을 가지는 경우 항상 전 세계에서 발생한 손해에 대해서까지 관할권을 인정하거나 행사하여야 한다는 의미는 아니라고 생각한다.¹⁵⁹⁾ 특정 사안에 따라 우리 법원이 제2조의 실질적 관련성이라는 대원칙에 기초하여 그 관할권의 범위를 적절히 제한할 수 있으리라 생각한다.¹⁶⁰⁾ 이는 유럽연합의 브뤼셀체제에서는 불법행위 관할근거만을 규정하고 관할권의 범위에 대하여는 규정하고 있지 않음에도 유럽사법재판소가 창안한 법리를 통해 관할권 범위를 제한하는 것과 마찬가지로이다. 한편 제44조 단서의 예견가능성을 기준으로 관할권을 양적으로 제한하는 것은 타당하지 않다고 생각되는데, 제44조 단서는 “불법행위의 결과가 대한민국에서 발생할 것”에 대한 예견가능성, 즉 우리 법원의 관할권 자체를 부인하기 위한 기준이기 때문이다.

그렇다면, 지식재산권침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우 그 단서와 제2항으로 우리 법원의 관할권의 범위를 양적으로 제한한다는 굳이 규정을 둘 필요가 있을까? 제44조와 마찬가지로 제39조에서도 관할의 근거만 규정하고 그 범위에 대하여는 제한이 필요하다고 생각되면 실질적 관련성이라는 원칙을 고려하여 법원이 결정하면 될 것이기 때문이다. 이 역시 지식재산권침해와 불법행위의 차이로 설명할 수 있다고 생각된다. 지식재산권침해는 그 권리의 속지적 성격상 각 국가별로 성립한다. 따라서 한 국가의 지식재산권 침해 여부는 그 국가의 법원이 가장 잘 판단할 수 있다는 인식과 그 효과 면에서 준거법이 법정지법과 일치된다는 장점을 이유로 침해지국의 관할권이 인정된다.¹⁶¹⁾ 지식재산권침

158) 체계상 제39조는 제44조에 대한 특칙으로 보아야 하므로, 지식재산권침해 사건에서 불법행위 관할규칙의 유추적용을 고민할 수는 있어도(하지만하지만 국제사법은 제39조 제4항에서 이를 명시적으로 금하였다), 불법행위 사건에서 지식재산권 관할규칙을 유추적용하는 것은 이례적이라고 보아야 한다.

159) 원고인 전직 국회의원이 자신에 대한 명예훼손적 글을 인터넷에 게시한 피고 국내 정당을 상대로 미국 법원에 제소하여 미국 법원의 관할권 유무가 문제되었던 새천년민주당 사건에서 우리 대법원(2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결)은 원고의 청구는 대한민국 국회의원 선거에서 낙선함에 따라 선거운동으로 투입한 비용 상당액과 국회의원으로서 4년간 일하여 받을 수 있었던 수입을 얻지 못하게 된 데 따른 손해에 대한 것으로 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 정신상 손해의 배상을 청구하는 것이 아니었다는 이유로 손해발생지는 우리나라라고 하면서 미국 법원의 관할권을 부정한 바 있다. 만약 이 사건에서 원고가 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 손해의 배상을 함께 청구한 것이었다면 결과발생지로서 미국 법원의 관할권을 인정할 수도 있을 것이다. 이때 본문과 달리 우리 법원이 불법행위 관할권을 가지는 경우 항상 전 세계에서 발생한 손해에 대해서까지 관할권이 인정되는 것이라고 해석하게 된다면, 경상(鏡像)의 원칙상 한국에서 발생한 손해에 대하여도 미국 법원의 관할권을 인정하여야 할 것이다.

160) 불법행위의 경우 개정법이 양적 제한을 하지 않는 것과 관련하여, 법원이 예견가능성에 의하여 제한하거나, 예외적인 사정에 의한 국제재판관할권의 불행사(국제사법 제12조)의 법리를 활용하자는 견해로 석광현, 앞의 책(2022), 240면.

161) 예컨대 CLIP 원칙 Article 2:202가이 이러한 태도이다. ALI §204(2), 한일공동제안 §203(2)에서 지향

해 관할에 대한 속지적 제한은 우리나라 내에서 우리나라 지식재산권을 침해하는 행위(행동)가 일어나고 그 결과 우리나라 지식재산권 침해만 문제된 사안에서는 큰 의미가 없다. 제39조 제1항의 관할권을 양적으로 제한한 규정은 복수 국가의 지식재산권 침해가 발생한 사안에서, 즉 지식재산권침해를 야기하는 행위가 (국내에서든 해외에서든) 일어나서 국내 지식재산권 뿐 아니라 해외 지식재산권의 침해가 발생하더라도 우리 법원은 원칙적으로 국내 지식재산권 침해에 대하여만 관할권을 행사하여야 한다는 것을 명시한 것에 의의가 있다. 이러한 점에서 비록 제39조에서는 관할근거로 ‘침해지’라는 용어를 사용하지 않았지만, 제39조 제1항 단서와 제2항에 의해 제39조 제1항의 관할권은 속지적으로 제한되는 침해지 관할권임을 선언한 것으로 평가할 수 있다.¹⁶²⁾ 한편 지식재산권침해 관할을 속지적으로 제한하게 되면, 국내 권리자가 해외에서도 동일 또는 유사한 지식재산을 대상으로 하는 권리를 보유하고 있는 상황에서 제39조 제1항에 근거하여 해외 피고를 상대로 국내 법원에 제소하는 경우, 설령 동일한 해외 피고가 다른 국가 지식재산권도 침해하고 있다 하더라도 그를 상대로 한 모든 청구를 일거에 해소할 수 없다는 단점이 있다. 그럼에도 우리 법원이 해외 지식재산권 침해 여부까지 항상 잘 판단할 수 있는 법원이라고 하기는 어렵다는 점(각 국가의 지식재산권법을 조사해야 하는 부담이 있다),¹⁶³⁾ 지식재산권자는 일반적으로 일반 불법행위 피해자보다 많은 자원을 가진 자이므로 해외 피고의 일상거소가 있는 국가에 제소하는 것이 큰 부담이라고 할 수 없고, 복수 국가에서의 소송을 수행하더라도 부담이 상대적으로 덜하다는 점, 제39조 제3항의 주된 행동지 관할이나 제4조의 사업·영업활동지 관할의 요건을 충족하는 경우라면 예외적으로 각 국가에서 발생한 지식재산권침해에 대해서도 우리 법원에서 한 번에 심리 받을 기회가 있다는 점에서, 지식재산권침해 관할의 경우 그 범위를 원칙적으로 속지적으로 제한하는 규정을 둔 것의 타당성을 찾을 수 있다고 생각한다.

된 결과발생지(즉, 침해지)의 관할권을 인정하는 것도 속지성을 반영한 것이다.

162) CLIP 원칙은 Article 2:202에서 침해지 관할규칙을 정하면서, Article 2:203(1)에서 그 관할권의 범위는 속지적으로 제한됨을 명시하였다.

163) 국제사법 제40조 참조.

V. 맺음말

2022년 7월 5일에 시행된 개정 국제사법의 지식재산권침해 관할규정인 제39조와 불법행위 관할규정인 제44조의 체계의 적절성과 해석을 두고 다양한 의견이 제기된 바 있다. 분석해보면 우리 개정 국제사법이 관할근거에 대하여는 유럽연합의 브뤼셀체제의 법리와 미국의 의도적 지향 법리를 함께 받아들이고, 또 한편으로는 이들 법제와 달리 불법행위 관할규칙과는 별도의 지식재산권침해 관할규칙을 둔 것에 그 원인이 있는 것으로 보인다. 어쨌거나 실무상으로는 이제 막 시행된 제39조와 제44조를 각 조항 내에서 그리고 양 조항 사이에서 정합적으로 해석하는 것이 필요한 상황이다. 이에 유럽사법재판소와 미국 법원의 법리가 주는 시사점과 우리의 상황을 고려하여 이 두 조문을 다음과 같이 이해하고 해석할 것을 제안한다.

우선 불법행위 관할규칙인 제44조와는 별도의 지식재산권침해 관할규칙인 제39조를 둔 것에 대하여 살펴본다. 지식재산권침해는 불법행위의 한 유형으로 파악할 수 있긴 하나, 일반불법행위와는 달리, 보호대상인 지식재산권은 특정 국가에 속지적으로 복속하고 침해자의 고의나 과실 없이도 성립하는 특수성이 있다. 이러한 특수성은 관할의 성립이나 범위에 영향을 줄 수 있다. 그러한 점에서 우리 국제사법이, 유럽연합의 브뤼셀체제와 같이 불법행위 관할규칙에 근거하되 실제 적용에 있어 지식재산권침해의 특수성을 고려하는 방안을 취하지 않고, 불법행위 관할규칙과 지식재산권침해 관할규칙을 구분한 것은 타당성이 있다. 그리고 오늘날 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권침해 사안은 행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는 행동지와 결과발생지가 달라질 수 있는 예외적인 상황일 것이라는 점을 고려할 때 제39조가 제44조와 동일한 관할근거를 사용하는 것을 이상하게 여길 것도 아니다.

다음으로 제39조인지 제44조 모두 관할근거로 규정한 행동지, 결과발생지, 지향지의 의미는 제39조인지 제44조인지에 따라 달리 파악할 필요는 없다고 본다. 그중 특히 결과발생지와 지향지를 어떻게 해석할 것인가가 문제되는데, 우리 국제사법은 유럽사법재판소와 미국 법원의 법리를 함께 받아들인 양 법제의 중간형의 모습을 취하였다고 볼 수 있으므로, 결과발생지의 의미에 대한 유럽식의 접근법과 지향지에 대한 미국식의 접근법을 그대로 따르는 것을 지양하고, 각 관할근거에 대하여 원고가 지는 증명책임의 관점에서 파악할 필요가 있다. 예컨대 온라인 환경에서 일어나는 지식재산권침해나 인터넷상 명예훼손 사건의 경우 유

법사법재판소 판례와 동일선상에서 우리나라가 접근가능지라는 이유만으로 결과발생지로서 우리 법원의 관할권을 인정할 수 없고, 또한 관할의 근거를 지향지에 둘 경우 미국 법원과 같이 원고에게 어떠한 결과발생까지 증명할 것을 요구한다고 해석해서는 아니 될 것이다.

불법행위 관할규칙인 제44조는 결과발생지 관할 부인의 근거로 예견가능성을 규정하고 있는 것에 반해 지식재산권침해 관할규칙인 제39조는 그러한 규정을 두고 있지 않다. 지식재산권침해의 경우 그 관할권의 범위는 원칙적으로 우리나라 지식재산권 침해에 대한 것으로 속지적으로 제한된다는 규정이 있는 반면(제39조 제1항과 제2항), 불법행위 관할권의 경우에는 그러하지 않다. 이는 일반불법행위와 지식재산권침해의 차이를 고려한 입법으로 이해하여야 한다.

■ abstract ■

Articles 39 and 44 of the 2022 Korean Act on Private International Law

Lee, Ju Yoen*

The Korean Act on Private International Law, which came into force on July 5, 2022, accepts both the European Union (EU)'s Brussels regime and the purposeful direction test of the United States (US) courts regarding jurisdiction in torts claims. Specifically, the Act accepts the place of the damaging/infringing act, the place of the damage/the effect of the act, and the directed place as the basis for jurisdiction in cases of torts and intellectual property rights infringement. However, unlike the two legal systems mentioned above, the Act provides a standalone rule on specific jurisdiction over intellectual property rights infringement cases (Article 39) that is separate from the rule on specific jurisdiction over torts cases (Article 44). Various opinions have been offered regarding the appropriateness and interpretation of Articles 39 and 44. In practice, it is necessary to interpret these two provisions consistently. First, in Korean private international law, which can be considered as a hybrid model of the two different approaches, both the interpretation of the place of damage in the EU system and the interpretation of the directed place in the US system should be avoided. Each of the three bases of jurisdiction—the place of the damaging/infringing act, the place of the damage/the effect of the act, and the directed place—must be interpreted in a consistent manner by considering the burden of proof born by the plaintiff. Second, the appropriateness of having a standalone jurisdictional rule for intellectual property infringement separate from the jurisdiction rule for torts can be found in the distinct characteristics of intellectual property infringement that distinguish it from general torts. While Article 39 stipulates that the grounds for jurisdiction on infringement of intellectual property rights are the same as those of torts, it stipulates that the scope of the jurisdiction should be limited, in principle, to the Korean territory. Article 39, moreover, has no provision for denying jurisdiction on the grounds of foreseeability unlike Article 44. Therefore, the Act should be understood as legislation that considers the difference between tort and infringement of intellectual property rights.

* Associate Professor, Hanyang University School of Law.

■ 참고문헌 ■

<국내문헌>

단행본

- 석광현, 『국제재판관할에 관한 연구』, 서울대학교 출판부(2001).
_____, 『국제재판관할법: 2022년 개정 국제사법 해설』, 박영사(2022).
이시윤, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사(2019).
전원열, 『민사소송법 강의(제2판)』, 박영사(2021).

논 문

- 김성진, “국제전자상거래상 소비자계약분쟁의 국제재판관할권에 관한 연구 -미국의 타깃팅 재판관할권이론을 중심으로-”, 국제거래법연구(제18권 제1호), 국제거래법학회(2009).
석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙 : 각칙을 중심으로”, 국제거래와 법(제23호), 동아대학교 법학연구소(2018. 12.).
이성호, “사이버 지적재산권 분쟁에 관한 국제재판관할과 준거법”, 저스티스(제72호), 한국법학원(2003. 4.).
이주연, “2022년 국제사법상 지식재산권 관련 소의 국제재판관할 문제: 총칙과 각칙의 검토”, 국제사법연구(제28권 제1호), 한국국제사법학회(2022. 6.).
_____, “인터넷상 저작권침해와 국제재판관할권 -유럽사법재판소 판결과 미국 워싱턴DC 연방지방법원 판결의 비교를 중심으로-”, 민사소송(제21권 제2호), 한국민사소송법학회(2017. 11.).
한국국제사법학회 편집부, “지적재산권에 관한 국제사법원칙(한일공동제안)”, 국제사법연구(제17호), 한국국제사법학회(2011).

<외국문헌>

단행본

- Bonomi, Andrea & Romano, Gian Paolo eds, Yearbook of Privat International Law Vol. XIII. Sellier European Law Publishers Publisher (2011).
European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary, Oxford University Press (2003).
Ficsor, Mihály, 『The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties,

■ 법조 제71권 제4호(통권 제754호) 연구논문

- their Interpretation and Implementation, Oxford University Press (2002).
- Garner, Bryan A, Black's Law Dictionary (11th ed. 2019).
- Richard E. Kaye, Internet Web site activities of nonresident person or corporation as conferring personal jurisdiction under long-arm statutes and due process clause, 81 American Law Reports (5th) 41.
- The American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes. The American Law Institute (2008).

논문

- Carruther, Janeen M & Crawford, Elizabeth B. "Variations on a Theme of Rome II, Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations: Part II". *The Edinburgh law review* Vol. 9 No. 1, (2005).
- De Bruyne, Jan & Vanleehove, Cedric, "Rating the EU Regulatory Framework on the Liability of Credit Rating Agencies-Triple A or Junk", *Edinburgh Student Law Review* Vol. 2, No. 4, (2013).
- Gorfinkel, John A. & LaVine, Richard A, "Long-Arm Jurisdiction in California Under New Section 410.10 of the Code of Civil Procedure", *The Hastings Law Journal* Vol. 21, (1970).
- Kuipers, Jan-Jaap, "Joined Cases C-509/09 & 161/10, eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011", *Common Market Law Review* Vol. 49, Iss. 3, (2012).
- Nagy, Csongor István, "The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities", *Journal of Private International Law*. Vol. 8, No. 2, (2012).
- Rice, Denis T. & Julia Gladstone, "An Assessment of the Effects Test in Determining Personal Jurisdiction in Cyberspace." *Business Lawyer* (ABA), Vol. 58, No. 2, (2003)
- Vanleenhove, Cedric, "The European Court of Justice in Bolagsupplysningen: The Brussels I Recast Regulation's jurisdictional rules for online infringement of personality rights further clarified", *Computer Law & Security Review* Vol 34, (2018).
- Weber, Mark C, "Purposeful Availment," *South Carolina Law Review*, Vol. 39, Iss. 4 (1988).