

인터넷상에서 지적재산권 분쟁에 따른 준거법 적용에 관한 논점

박 증 삼 *

〈목 차〉

- I. 문제의 소재
- II. 지적재산권에 대한 불법행위 검토
- III. 지적재산권에 대한 준거법 적용 해석론
- IV. 맺음말

* 남서울대학교 국제경영학부 조교수

I. 문제의 소재

최근 정보통신의 발달과 인터넷 사용 확산을 바탕으로 상거래 패턴에도 많은 변화를 초래하고 있다. 특히 인터넷을 통하여 이루어지는 전자거래가 활성화되고 상표권, 저작권, 특허권 등의 침해와 명예훼손 내지 모욕, 해킹, 스팸메일 확산, 바이러스 유포, 정보유출 등으로 이른바 인터넷상의 지적재산권 불법행위가 빈번하게 발생하게 되는데 이러한 불법행위는 대개 국제적 성격을 띠기 마련이고 이를 법적으로 해결하기 위해서는 국제상사중재와 국제사법상의 재판관할권과 준거법을 적용하여 이를 해결하고자 한다. 이러한 인터넷상에서 행해지는 불법행위 등에 대한 문제를 적절하게 규율하기 위하여 국제사법에서 새로운 규정 신설과 대책에 대한 연구가 사이버공간에 탄력적으로 해석하고 적용할 것인가가 중요한 문제로 부각되고 있다. 특히 무한한 공간인 인터넷상에서의 불법행위에 대하여 준거법 적용을 무제한 인정하는 것이 부당하다는 점은 부인할 수 없다. 즉, 불법행위의 원인지와 결과지가 상이할 때 과연 어느 곳의 법을 기준법으로 적용하여야 하는가에 대한 준거법 적용에 따른 논점을 지니고 있다고 볼 수 있다. 이점 때문에 이에 관한 합리적인 적용원칙과 해석원리의 확립과 연구 검토 등에 대한 필요성 요구되고 있다.

따라서 본고에서는 인터넷상에서 지적재산권의 불법행위로 인한 준거법 적용에 관하여 우리나라 국제사법을 중심으로 먼저, 지적재산권에 대한 불법행위에 대한 개괄적인 논점들을 검토하고 이어, 본고의 핵심을 이루는 지적재산권 불법행위에 대한 준거법 적용원칙, 적용순서, 관련사례 등을 중점적으로 분석·검토하여 결론에서는 앞으로 지적재산권 침해에 따른 준거법 적용에 있어 몇 가지 입법방향을 제시하는데 본고의 목적을 두고 있다.

II. 지적재산권에 대한 불법행위 검토

인터넷을 통하여 이루어지는 전자거래에서¹⁾ 섭외적 불법행위는 기본적으로 행동지와 결과발생지가 다른 이른바 격지적 불법행위의 속성을 지니고 있다. 먼저, 인터넷에서 이루어지는 불법행위는 어디에서 그 불법행위가 있었고 손해가 발생하였다고 볼 것인가? 즉 행동지의 결정이 쉽지 않다. 물리적인 공간이 아닌 인터넷상에 불법행위가 되는 내용을 업로드한 곳, 불법행위자가 이용하는 정보시스템의 서버가 위치하는 곳, 인터넷 접속이 가능한 곳, 현실적으로 출력 내지 다운로드 받는 장소가 될 것인지 결정하기가 곤란하다. 둘째, 인터넷 공간에서 이루어지는 불법행위는 그 피해와 결과가 여러 나라에 걸쳐 발생한다고 볼 수 있다. 즉 인터넷 공간에서 이루어지는 침해되는 권리는 신체나 유체재산이 아니라 명예나 지적재산권 같은 무형물이므로 이러한 권리를 침해한 결과가 발생하는 곳을 구체적으로 결정하기 어렵게 되었다.²⁾ 나아가 섭외적 불법행위에 대한 준거법의 결정이 쉽지 아니하기 때문에 각 나라는 외국인이나 기업에 대하여는 점점 관할권을 확대 행사하는 방향으로 나아가는 경향이 있을 수 있다, 반면 다른 국가들로부터 자국의 시민이나 기업에 대하여는 관할권의 행사를 가급적으로 자제해주시기를 원하게 되므로 필연적으로 관할의 경합과 충돌이 있을 수 있다.³⁾

- 1) 전자거래란 전자거래기본법 제3조에서 “재화나 용역을 거래함에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래”라고 정의되고 있고(제2조 제5호) “전자문서”는 정보처리시스템에 의하여 전자적 형태로 작성, 송신, 수신 또는 저장된 정보”라고 정의되고 있다(동조 제1호). 결국 본고에서 지칭하고 있는 전자계약 개념과 별로 다르지 않다.
- 2) 이에 대한 상세한 내용은 박종삼, “인터넷상에서 저작권 침해에 따른 온라인 서비스제공자의 책임문제”, 중재연구 제12권제1호, 한국중재학회, 2002.8 참조 바람.
- 3) 노태약, “사이버 불법행위의 재판관할과 준거법”, 발표논문집, 한국국제사법학

따라서 통상적으로 인터넷의 전자거래로 인한 불법행위가 발생할 경우에는 국제사법 제32조 제1항에 따르면 행동지법과 결과발생지법 모두 준거법이 될 수 있을 것이나 인터넷에 의한 저작권 침해의 경우는 침해지 즉 결과 발생지법이 준거법이 된다는 것이 국제사법 제24조의 취지라고 판단된다.⁴⁾

한편, 격지적 불법행위에 관하여 준거법의 지정에 관련된 명문의 법규정을 두고 있는 외국 의 입법례를 중심으로 이를 살펴보면 다음과 같다.⁵⁾

i) 스위스의 경우: 스위스 국제사법 제133조 제2항에서는 가해자와 피해자가 그들의 상거소를 동일한 국가에 가지고 있지 아니한 때에는 불법행위가 범하여진 국가의 법이 적용된다. 또 결과가 불법행위가 행하여진 국가에서 발생하지 아니한 때에는 가해자가 그 결과가 발생한 국가에서의 결과발생을 예견했어야 하는 경우에는 그 국가의 법이 적용된다고 규정하고 있다. 그리고 부당경쟁 또는 경쟁제한으로 인한 불법행위에 기한 청구권은 부당경쟁이 그 효력을 발휘하는 시장이 속하는 국가의 법,⁶⁾ 피해자가 방해에 의하여 직접영향을 입은 시장이 속하는 국가의 법에 의한다고 규정하고 있다.⁷⁾ 또한 인격침해에 관하여는, 언론매체 특히 신문, 잡지, 라디오, 텔레비전 또는 기타 공개적인 정보수단에 의한 인격의 침해에 기한 청구권은 피해자의 선택에 따라 a) 가해자가 피해자가 그의 상거소를 가지고 있는 국가 내에서의 결과의 발생을 예견하였어야 하는 한 그 국가의 법, b) 침해의 가해자가

회, 2002.11, pp.70-71.

4) 지적재산권 분쟁에 대한 준거법 중 내년부터 우리나라에서도 그 효력이 발생하는 비엔나협약의 제42조제1항에서는 “계약 당시 전매 또는 사용국가를 알았을 때”, “기타 매수인 영업소의 국가” 등의 국가의 법률이 해당 분쟁의 준거법이 된다고 규정하고 있다.

5) 노태약, 앞의 논문, pp.91-92 참조.

6) 스위스 국제사법 제136조.

7) 스위스 국제사법 제137조.

그의 영업소 또는 상거소를 가지고 있는 국가의 법, c) 가해자가 가해 행위의 결과가 발생한 국가 내에서의 결과의 발생을 예견하였어야 하는 한 그 국가의 법에 의하고(제1항)⁸⁾, 정기적으로 간행되는 매체에 대한 반대진술권은 출판물이 발행된 국가의 법 또는 라디오 또는 텔레비전의 방송이 나온 국가의 법에 의하며(제2항), 제1항의 경우 개인 자료에 관한 취급으로 인한 인격침해가 기인한 청구권 및個人資料의 정보에 대한 권리의 침해에 기인한 청구권에도 적용할 수 있다고 규정하고 있다(제3항).

ii) 독일의 경우: 1999년 개정된 독일의 비계약적 채무관계 및 물건에 대한 국제사법에 관한 법류(des Gesetz zum Internationalen Privatercht fur auBervertragliche Schuldverhältnisse und fur Sachen) 제40조 제1항에서 불법행위상의 청구권은 배상의무자가 행위 한 국가의 법에 의한다고 규정하고 있다. 피해자는 이 법에 갈음하여 결과가 발생한 국가의 법을 적용할 것을 요구할 수 있다. 그 결정권은 오직 제1심에서 조기 제1회 기일의 종결 시 또는 서면선행절차의 종결 시까지 행사될 수 있다고 규정하고 있다⁹⁾.

iii) 우리나라의 경우: 격지적 불법행위에 관한 대법원 82다카1533 전원합의체판결 및 84다카966 판결 이후 위 판례가 피해자에게 행동지법과 결과발생지법의 선택권이 있다는 것인지? 법원이 선택의무를 진다는 것인지? 아니면 행동지와 결과발생지 중 어느 하나가 우리나라인 경우에는 우리나라 법이 준거법이 된다는 취지인지 명확하지 않아 확실상 논의가 있다. 우리나라가 당해 사건에 관련되는 한 우리나라

8) 스위스에서는 인터넷을 통한 명예훼손의 경우에도 특별한 사정이 없는 한 이 규정이 적용될 것이다.

9) 상세한 것은 최홍섭, “비계약적 채무관계 및 물건에 대한 새로운 독일국제사법 규정과 그 내용”, 국제사법연구 제5집, 한국국제사법학회, 2000, p.142 이하 참조.

라 법을 적용함으로써 우리나라 법의 적용범위를 확장하려는 취지로 이해하려는 견해와, 요즘의 불법행위법에서는 법익의 보호가 행위의 불법보다 전면에 나타나므로 법익침해지, 즉 결과발생지를 우선할 것이라는 견해 등이 나타나고 있다¹⁰⁾.

따라서 격지적 불법행위에 관하여 준거법 우선적용원칙에 관한 명문의 규정이 없는 이상 어느 하나를 원칙으로 볼 수는 없다. 그러므로 행동지나 결과발생지 모두 준거법이 될 수 있으며, 그 선택권은 피해자에게 있다고 볼 것이나 다만 그 선택권의 행사는 민사소송법 제1조 신의성실의 원칙에 따라야 하고, 선택된 준거법에 의하여 손해배상액을 산정하더라도 국제사법 제32조 제4항의 원칙에 따라 법정지인 대한민국의 손해배상법에 의한 제한을 받게 될 것이다. 그리고 물리적인 소재지가 무관하거나 그다지 중요하지 않다고 보여 지는 인터넷 공간의 특성에 비추어 준거법과 거래사이의 합리적인 관련성을 묻지 않고 아예 일정한 장소의 법을 준거법으로 지정하는 입법례도 참고할 만하다¹¹⁾.

10) 석광현, 국제사법해설, 지산, 2001, p.232.

11) 즉 미국의 UCITA에서는 당사자 사이에 준거법에 관한 합의가 없거나 그 합의가 효력이 없는 경우 우선 의무이행이 접속계약이나 그 전자적 형태로 이행이 이루어지는 경우 계약체결당시의 정보제공자의 소재지 법에 의하도록 하고 유형물(예컨대 CD)의 인도를 요하는 소비자계약의 경우 소비자에게 인도되는지의 법에 의한다고 규정하고 위 어느 경우에도 해당하지 아니한 경우는 UCC상의 일반원칙에 따라 거래와 가장 중요한 관련요소를 가진 한문의 법에 의한다(제109조).

Ⅲ. 지적재산권에 대한 준거법 적용 해석론

1. 준거법 지정에 따른 합의 여부에 따른 해석

1) 당사자간 계약상의 합의가 있는 경우

전자거래를 통해 소프트웨어를 배달하는 방식의 이용허용계약과 같은 지적재산권 계약에서도 당사자간에 준거법에 관한 합의가 있는 경우에는 그 합의에서 정한 준거법이 적용된다. 준거법에 관한 합의는 묵시적으로도 가능하다.¹²⁾

당해 계약과 준거법으로 선택한 국가와 사이에 합리적인 관련성이 없더라도 준거법에 관한 합의는 유효한가. 미국의 예를 보면, 일반상품 판매에 적용되는 통일상법전(UCC)은 당해 거래와 합리적인 관련성을 가지는 주 또는 국가의 법을 선택하여야만 준거법의 합의가 유효하도록 규정하고 있다.¹³⁾ 그러나 온라인상에서 이루어지는 거래에 있어서는 합리적 관련성의 요소가 되는 계약의 체결지나 이행지 등을 파악하기도 어려운 점과 전자거래를 촉진하고 당사자의 예측가능성을 높여 주기 위해서는 당사자 계약자유의 원칙을 좀더 보장하여 주어야 한다는 점을 반영하여 컴퓨터 소프트웨어의 대여 등 ‘컴퓨터정보거래’(computer information transactions)에 적용되는 통일컴퓨터정보거래법(UCITA)에서는 준거법 합의에 있어 합리적 관련성의 요건을 배

12) 대법원 1997. 5. 9 선고 95다3485 판결(공1997상, 1717)도 구涉外사법 제9조와 관련하여, 신용장상의 지급확약이라는 법률행위의 성립과 효력에 관하여는 당사자가 지정한 준거법에 의하며, 당사자가 “명시적으로나 묵시적으로 준거법을 정하지 아니 한 경우에는” 행위지법에 의할 것이라고 판시하여 묵시적인 준거법 합의를 인정하고 있으며, 개정 국제사법 제25조 제1항은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.” 고 규정하여 이를 명문화하였다.

13) UCC § 1-1-5.

제하고¹⁴⁾ “합의에 의한 법 선택” 및 “법원에 의한 법 선택”에 관한 규정을 두고 있다.¹⁵⁾

우리나라 국제사법 제25조 제1항은 전자상거래를 포함한 계약 전반에 관하여 아무런 제한 없이 준거법에 관한 합의를 할 수 있도록 규정하고 있으므로 개정법에 따르면 당사자가 선택할 수 있는 준거법은 당해 계약과 실질적 관련이 있는 법에 한정되지 않으며 중립적인 법의 선택도 가능하다.¹⁶⁾

그러나 지적재산권 분쟁에 있어서도 근본적 공공정책, 비양심성의 원칙, 소비자 보호를 위한 사회정책적인 견지에서 준거법에 관한 합의가 제한, 무효가 될 수도 있다. 우리나라 국제사법 제27조 제1항도 소비자계약의 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 배제할 수 없다고 규정하고 있다.¹⁷⁾

따라서 지적재산권계약에 준거법에 관한 합의가 있어도 그 준거법은 채권계약의 준거법이 뿐이고, 계약의 목적인 지적재산권의 성립·소멸·침해 등에 관한 분쟁의 준거법은 되지 않는다.¹⁸⁾ 예컨대 지적재산권의 양도 및 이용허락계약에 있어서도 채권계약 자체의 성립 및

14) UCITA § 109(a). UCITA는 1999. 7. 제정된 이래 많은 논란을 불러 왔고, 2002. 1. 31. 현재 2개주(Virginia, Maryland)에서만 실제로 입법되었을 뿐이며, 오히려 여러 주에서는 계약 당사자 중의 하나가 그 주의 주민일 경우에는 UCITA의 적용을 받기로 하는 당사자 간의 준거법 및 관할합의 조항이 그 주의 공공정책(public policy)에 반하여 무효라고 하는 이른바 ‘피난 입법’(bomb shelter legislation)을 하였다고 한다. American Bar Association Working Group Report on the Uniform Computer Information Transactions Act.3면 참조.

15) 한병완, “미국 통일컴퓨터 정보거래법(UCITA)의 국제적 활용에 관한 연구”, 성균관대학원, 박사학위논문, 2003.5, pp.131-132.

16) 이호정, 정상조, “섭외지적재산권법 시론”-지적재산권법의 준거법-, 서울대학교 법학 제39권제1호, 1998, p.162.

17) 미국 UCITA § 104(b) 에서도 소비자보호법의 우위원칙을 선언하고, § 109(a)에서는 준거법에 관한 합의도 소비자 보호법에 어긋나는 한도에서는 무효라고 규정하고 있다. 2002년도 개정 UCITA 전문을 참조.

18) 이호정, 정상조, 앞의 논문, p.126.

효력에 관한 준거법이 지적재산권의 양도성 및 이용허락의 제한 등의 문제까지 결정할 준거법으로 되는 것은 아니다.

2) 당사자간 계약상의 합의가 없는 경우

우리나라 국제사법 제26조 제1항은 당사자가 준거법을 선택하지 아니 한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다고 규정하고, 제2항에서도 양도계약의 경우에는 양도인의 이행(제1호), 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행(제2호) 등 이른바 계약의 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자의 계약 체결 당시 상거소지법(법인의 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)을 가장 밀접한 관련이(most significant relationship) 있는 지역의 법을 적용한다는 규정을 두고 있다.

우리나라 국제사법은 로마협약 등 국제조약과 외국의 입법례를 따른 것으로서 기본적인 방향은 옳다고 보여 진다. 본 규정은 미국 UCITA 제109조 (b)(1)항이 접속계약이나 복제물을 전자적으로 인도 되어야 하는 계약에서의 준거법은 계약 체결 시 라이선스 제공자의 소재지¹⁹⁾의 법에 의한다고 규정하고 있는 입법례를 따른 것으로 본다. UCITA 규정의 취지는 온라인 사업자에게 거래상의 확실성을 높여주기 위한 것으로서, 인터넷을 통해 전 세계로부터 접근이 가능한 네트워크 환경 하에서는 계약이 어느 곳에서 성립되고 정보가 어느 곳으로 보내질 지가 불분명하고 이를 알 수도 없으므로 다른 준거법 원칙에 의할 경우 사업자에게 전 세계 모든 국가의 법을 준수하도록 요구하는 결과가 되기 때문이라고 설명된다.²⁰⁾

요컨대, 저작권이나 상표권 등 지적재산권 계약에 있어서 이용의

19) UCITA 제109조 (b)항은 여기서의 소재지라 함은 1차적으로는 사업소재지 또는 주된 사업소재지, 법인설립지 등을 의미하고, 그 외의 경우에는 주된 거주지를 의미한다고 규정하고 있다.

20) UCITA Official Comment § 109, para. 3.

대상이 되는 저작권이나 상표권은 국제적으로 통일된 하나의 권리로서 보호되는 것이 아니라 이용행위가 이루어지는 개별 국가의 영토 내에서 그 국가가 부여하는 보호를 받을 뿐이고(속지주의 내지 보호국법주의의 원칙), 이용자로서도 그 영역 내에서 당해 국가가 보호하는 범위 내에서 이를 이용할 권리를 가질 뿐이며,²¹⁾ 이용자에게는 계속적인 이용의무(저작물의 일정 부수 이상 출판의무, 상표권의 실시 의무 및 상표, 품질관리의무 등)가 부여되는 게 일반적인 점을 고려해 보면 그와 같은 의무를 지는 이용자를 계약의 특징적 이행을 행하는 당사자로 보는 것이 보다 타당할 것이다. 우리나라가 국제적으로 지적재산권을 주로 이용하는 입장에 있는 현실적인 측면이나 소비자의 보호라는 사회정책적인 측면에서도 지적재산권자인 이용허락자의 상거소지법에 의하는 것보다 이용자의 상거소지 또는 사업소재지법에 의하는 것이 보다 바람직하다고 판단된다.²²⁾

2. 준거법 적용에 관련된 사례

준거법 적용에 있어 불법행위 또는 그에 준하는 사건 또는 그로 인한 청구권이 소송의 목적인 경우에는 ‘가해적 사건이 발생한 장소’(the place where the harmful event occurred)의 법원에 제소할 수 있다. 행위지와 결과발생지 가 동일하지 않은 경우 양자 모두가 가해적 사건이 발생한 장소에 해당하므로 원고는 양자 중 그의 선택에 따라 어느 곳에서나 소를 제기할 수 있다. 이는 유럽재판소의 Bier 판결²³⁾에서

21) 계약의 준거법을 이용허락자의 상거소지법에 의한다고 하더라도 지적재산권법은 이용행위지인 보호국법을 적용하여야 한다. UCITA 제109조 (b)항에 대한 공식해설에서도 위 조항은 오로지 계약법만을 다루는 것이며, 세법, 저작권법 또는 다른 분야의 법에 영향을 미치지 아니한다고 명시하고 있다. UCITA Official Comment § 109, para. 3 참조.

22) 이성호, “사이버 지적재산권과 분쟁의 재판관할과 준거법”, 발표논문집, 한국국제사법학회, 2002.11, pp.148-151 참조

확립된 원칙으로서 이로 인해 손해발생지가 여럿일 경우 특허권자인 피해자는 특허사건에 친숙한 독일의 뮌헨이나 뒤셀도르프 법원을 법정지로 고르는 등 이른바 ‘법정지 쇼핑’(forum shopping)이 일어나기도 한다.²⁴⁾

한편, 출판물에 의한 명예훼손사건인 1995년의 Fiona Shevill 판결²⁵⁾에서 유럽재판소는 출판인의 주소지 국가에서는 모든 손해에 대해 청구할 수 있으나 출판물이 배포된 국가에서는 그 국가에서 발생한 손해에 한하여 청구할 수 있다고 판시하였다. 이에 따라 독일, 프랑스 등 역내 국가에서는 특허권침해사건이나 저작권침해사건 등 지적재산권침해사건에 있어서도 자국 내에서 침해된 지적재산권에 관한 손해배상청구만 인정하고 다른 나라에서 발생한 손해배상청구에 대하여는 불법행위지 관할권을 부인하고 있다.²⁶⁾

위 판결에 대하여는 인터넷을 통한 지적재산권 침해사건과 같이 여러 나라에서 손해가 발생할 경우 침해자의 행위지 국가가 지적재산권 보호에 미흡하다면 지적재산권자로서는 손해가 발생한 여러 나라에서 각각의 소송을 제기할 수밖에 없어 ‘소송의 단편화’(fragmentation of litigation) 현상을 초래하는 단점이 있다고 지적하고, 이를 해결하기 위해서는 지적재산 권리자의 주소지 국가를 손해발생지로 보아 전체 손해에 대하여 일괄하여 청구할 수 있도록 하여야 한다는 견해도 제

23) Case 21/76, *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, 1976 E.C.R. 1735. 프랑스의 광산회사가 라인강에 다량의 소금을 버려 강물을 오염시킴으로써 네덜란드 원예업자가 손해를 입은 사안이었다.

24) Fritz Blumer (주 6), p.3.

25) Case 68/93, *Fiona Shall et al. v. Presse Alliance SA*, 1995 E.C.R. 415

26) Fritz Blumer(주6), p.14. Andr'e Lucas, "Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks". Group of Consultants on the Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Transmitted through Digital Networks, Geneva, December 16-18, 1998.

<http://www.wipo.int/eng/meetings/1998/gcpic/pdf/gcpic-1.pdf> 참조.

시되고 있다.²⁷⁾ 그러나 피고의 주소지에서 전 세계에서 발생한 모든 손해를 청구할 수 있는 이상 지적재산권자인 원고의 주소지에 일반관할을 인정하는 것은 국제재판관할의 기본원칙에는 반하는 결과가 될 것이다.²⁸⁾

3. 준거법 결정의 보호국법 원칙

국제적인 법률관계의 준거법은 국제조약이 있으면 그에 의하고 그것이 없는 경우에는 법정지의 국제사법에 따라 정하여 지는 것이 준거법을 적용하는 일반적인 원칙인데 지적재산권중 도메인 관련 분쟁은 국경의 장벽이 없는 사이버 공간에서 발생하는 분쟁이고, 대부분 상표권 침해, 상표의 희석화를 원인으로 한 도메인 이름 등록말소, 손해배상 청구소송(등록말소청구소송은 침해금지청구소송의 일종이다) 형태로 나타나므로 지적재산권 관련분쟁이라고 볼 수 있으므로 이러한 사정이 고려되어 준거법이 결정되어야 할 것이다.

지적재산권 침해에 대한 준거법은 보호국법에 의한다.²⁹⁾ 자국 법원

27) Jane Ginsburg, "Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, Geneva, December 16-18, 1998.

<http://www.wipo.int/eng/meetings/1998/gcpic/pdf/gcpic-2.pdf> 참조.

28) 김용진, "지적재산권침해와 인터넷국제재판관할", 민사소송(V), 2002, p.47.

29) 여기서 보호국이란 그의 영토에 대하여 어떤 사람이 지적자산을 어떠한 방식으로 이용하든가 또는 제3자에 대하여 방어하려고 하는 국가를 말하고, 간단히 말하면 '그의 영토에 대하여 지적재산권의 보호가 청구되고 있는 국가의 법'을 말한다(이호정, 정상조, 앞의 논문, pp.118-119) '지적재산권의 보호가 청구되고 있는 국가'는 표현상으로는 마치 소를 제기 함으로써 보호를 구하는 국가 즉 법정지국처럼 들리지만, 이는 법정지국이 아니라 지적재산권이 그곳에서 침해되었다고 주장함으로써 그 곳에서 보호를 요구하는 국가 즉 침해지국을 말한다. 예컨대, 영국에서 상표권을 침해하였음을 이유로 한국에 주소를 둔 도메인이름 등록인을 상대로 한국에서 도메인이름 등록말소 및 손해배상 청구의 소를 제기하는 경우 법정지는 한국이지만 보호국은 영국이므로 영국법이 준거법이 된다(석광현, 국제적인 지적재산권 분쟁해결의 문제점, 국제사

이 자국 내에서 발생한 침해행위에 대한 준거법을 가지고 재판을 할 때에는 보호국법과 법정지법은 항상 일치하게 되고 현재의 침해행위에 대한 금지청구를 기반으로 하여 부가적으로 손해배상청구가 이루어지고 있는 통상적인 지적재산권침해사건의 속성상 실제로도 위와 같은 사례가 대부분인 것이다. 그러나, 재미 교포인 한국인이 미국 내에서 미국인의 특허권을 침해하고 우리나라로 영구 귀국한 후 특허권자인 미국인이 피고의 주소지인 우리나라의 법원에 손해배상 청구소송을 제기하는 경우와 같은 예외적인 상황에서는 보호국법은 법정지법인 우리나라의 특허법이 아니라 보호가 요구되는 국가, 즉 침해지인 미국의 특허법이 준거법이 된다.

아울러 지적재산권은 속지주의적 성격이 강하므로 그 보호 역시 국제조약이 없는 한 개별국가에 일임되고 있다. 이에 따라 지적재산권의 보호는 그 보호가 요구되는 개별국가에서 이를 보호하고 있는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 이와 같이 지적재산권의 보호가 요구되고 있는 각국의 법에 의하여 지적재산권의 성립, 소멸, 이전 등에 관한 법률관계 일체를 결정하는 것으로 보호국법(*lex loci protectionis*)주의 또는 보호국법원칙(*schutzland, law of the protecting country*)이라고 한다.³⁰⁾

다만, 보호국법주의에 따르면 외국에서의 지적재산권 침해에 관한 지적재산권 분쟁을 담당할 법원은 자국의 지적재산권법이 아니라 당해 외국의 지적재산권법을 적용하여야 함에도 불구하고, 현실적으로는 당해 외국의 지적재산권법에 대한 고려도 없이 당해 분쟁이涉外사건이 아니라 단순히 국내사건이라고 파악함으로써 자국의 지적재산권법을 적용할 가능성이 크다. 또한 지적재산권법이 스스로 그 장소적 적용범위를 확대하여 외국과 관련된 지적재산권 침해에 대해서도 자국의 지적재산권법이 적용될 수 있도록 명시적으로 규정하고 있는 경우

법과 국제소송 제2권, 박영사, 2001, p.571.

27) 법무부, 국제사법 해설, 2001, p.86.

도 있다. 이러한 현상을 지적재산권법의 역외적 적용이라고 한다. 미국은 *Baldwin Hardware Corp. v. Franksu Enterprise Corp.* 사건 등 지적재산권 분쟁의 사례들에서 국내법의 역외적 적용을 인정하기도 하였다.³¹⁾

따라서 우리나라 국제사법 제24조는 지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다고 규정하여도 지적재산권 침해사건에 관하여는 보호국 법주의 입장을 명확히 하였다 위와 같은 보호국법주의에 입각하여 제24조를 신설하여 “지적재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다” 라고 규정하고 있다. 이 조항은 지적재산권 보호에 관한 원칙적인 조항이다. 지적재산권의 침해는 기본적으로 불법행위의 성격을 지니므로 불법행위의 준거법에 연결될 수 있으나, 이 조항이 그에 대한 특칙이라 할 수 있으므로 통상의 불법행위와는 달리 침해지법이 준거법으로 된다.³²⁾

한편 불법행위에서 인정되는 준거법에 관한 사후적 합의³³⁾ 및 불법행위로 인한 손해배상의 책임의 제한을³⁴⁾ 지적재산권에도 인정할 수 있는지 여부가 문제되나, 지적재산권의 침해가 불법행위로서의 법적성질을 가지는 이상 적극적으로 해석하여야 할 것 이다. 물론 이 조항은 지적재산권에 관한 국제조약³⁵⁾에 대하여 보충적인 저촉규정으로서

28) 최성준, “국제적인 도메인 이름 분쟁의 해결”, 발표논문집, 한국국제사법학회, 2002.11, p.221.

28) 지적재산권의 보호에 있어 일반불법행위의 준거법을 적용할 경우 원인을 제공한 행동지는 물론 손해가 발생한 결과발생지의 법 역시 준거법이 된다. 그런데 지적재산권의 침해에 있어서는 속지주의의 특성상 행동지와 결과발생지의 보호가 전혀 다를 수가 있다. 즉 행동지에서는 지적재산권의 보호가 인정되고 있는 반면에 결과발생지에서는 이를 인정하지 않을 수 있고, 그 반대일 수도 있다. 따라서 이러한 문제점을 해소하기 위해서라도 지적재산권의 침해는 국제사법 제 24조에 의하여 해결할 것이지만 일반 불법행위의 준거법에 연결할 것은 아니다.

33) 국제사법 제33조

34) 국제사법 제32조 제4항

34) WIPO의 ‘상표법, 산업디자인법, 지리적 표시법 위원회(SCT)’가 마련한 ‘인터

의 의미도 가진다.³⁶⁾

따라서 이러한 국제사법의 규정을 종합하여 준거법의 적용 순서는 첫째 사후적 합의에 의한 준거법(제33조), 둘째 종속적 연결에 의한 준거법(제32조 제3항), 셋째 공통의 속인법(제32조 제2항), 마지막으로 불법행위지법(제32조 제1항)이 적용될 것이다.³⁷⁾

IV. 맺음말

지금까지 이 글은 인터넷상에서 지적재산권의 불법침해로 분쟁을 해결하는 위한 준거법 적용에 대하여 우리나라 국제사법을 중심으로 이를 중점적으로 살펴보았다.

인터넷을 통한 전자거래에서 불법행위가 발생한 행위지에 대하여 그 장소를 확정적으로 결정하기가 어려워 손해가 발생한 지역을 불법행위지로 단정하여 준거법을 적용할 수도 있는 문제를 내포하고 있다. 이에 따라 전자거래가 위축될 것을 우려해 인터넷 관련 각종 사업자 단체에서는 신중한 대응과 경우에 따라서는 각국의 국내법에 위임하는 허용관할을 통한 해결방안도 고려해야 한다고 주장하고 있다. 이러한 논점의 초점은 재판을 하는 법원이 분쟁에 대해 어느 법규를 적용할 것인가 하는 준거법 적용에 모여진다. 문제는 전통적인 국제거래나 섭외적 불법행위에서도 발생하는 문제 즉 인터넷을 통한 국제거래나

넷에서의 표지의 사용에 관한 산업재산권의 보호에 관한 규정'초안은 2001.3.12부터 3.16까지의 6차 회의에서 84개국의 WIPO 회원국에 의하여 권고안으로 승인되었는데, 제7조는 '권고안에 달리 규정되어 있는 경우를 제외하고는, 어떤 회원국에서 인터넷상의 표지의 사용에 의하여 권리가 침해되었거나 부정경쟁이 행하여진 경우, 그 회원국의 법에 의하여 책임이 부과되어야 한다'고 규정하여, 역시 침해지법을 준거법으로 인정하고 있다.

35) 법무부, 국제사법 해설, 2001, pp.87-88.

37) 노태약, 앞의 논문, p.91.

불법행위도 특유의 문제가 아니기 때문에 인터넷이라는 공간에서 오는 특성이 있다고 하더라도 현실적으로 이러한 섭외적 불법행위를 규율하는 독자적인 법체계가 존재하지 않으므로 기존의 국제조약 내지는 각국의 국내법에 의하여 규율할 밖에 없다. 다만 사이버공간의 독립성과 자립성을 강조하는 입장에서 국경을 초월하는 독자적인 실제 규범인 인터넷 법 또는 사이버 법을 제정하여 이를 준거법으로 하자는 견해들이 있기는 하나 이는 아직 법적인 측면에서 현실적일 수 없고 다만 장래에 어느 정도 형성된다면 국제관습이나 거래관행으로의 의미를 가질 수는 있겠으나 어디까지나 준거법에 의하여 어느 나라의 국가법이 적용될 것인가를 정하는 것이 원칙이다. 따라서 일단 대한민국에 국제재판관할이 인정된다면 당연히 국제사법의 규정에 의하여 준거법을 결정하게 될 것이다.

따라서 이러한 국제사법에서 지적재산권의 불법행위의 침해에 대한 법 적용에 있어 향후 전자거래의 활성화와 지적재산권의 합리적인 보호 목적 하에 아래 몇 가지의 입법방향을 제시하는 것으로 결론에 하고자 한다.

첫째, 현 단계에서 우선적으로 고려할 수 있는 것은 전자거래의 지적재산권 분야에 있어 소비자계약에 관한 관할 특칙의 적용을 일부 완화하기 위한 국제사법 제27조의 부분적인 개정작업이 검토 될 수 있을 것이다. 그리고 인터넷을 통한 계약이나 인터넷상의 불법행위에 있어 전 세계적으로 관할지역이 지나치게 확대됨으로 인해 초래된 전자거래의 위축 등 부작용을 방지하기 위해 국제사법이나 전자거래기본법 등에서 어느 지역에서의 단순한 웹 사이트의 접속가능성 만으로는 관할을 인정할 수 없다는 점을 명확히 하고, 가장 밀접 된 곳의 지역의 법을 준거법으로 하는 원칙을 견지하여야 한다. 반면에 중대한 영업활동에 관련된 법 조항을 제한적으로 도입하는 한편, 피고가 어느 국가에서의 활동이나 그 국가를 지향한 활동을 회피하기 위한 합리적인 조치를 취한 경우에는 그 국가의 재판관할권과 준거법을 배제하도

록 하는 규정을 두는 것도 필요하다고 생각된다.

둘째, 지적재산권에 관하여 주로 이용자의 입장에 설 수밖에 없는 우리나라로서는 지적재산권 이용계약에 있어서 이용자의 상거소지나 사업소재지법을 준거법으로 규정함이 타당하고 지적재산권의 침해뿐만 아니라 지적재산권의 권리자 및 지적재산권의 성립, 소멸, 양도 등 전반에 관하여 보호국법주의를 명확히 함이 바람직하다.

셋째, 인터넷상에서 발생하는 불법행위를 포함한 주요 법률관계를 규율하는 국제사법에 관한 성급한 국제규범의 제정이 인터넷 기술에 따른 탄력성을 발휘할 수 없기 때문에 새로운 매체의 각 부분 전체에 대한 이해를 하기 전까지는 기존의 준거법을 기반으로 기본적인 틀을 채택하는 것을 신중을 기하고 예측가능성을 제시하면서 기술과 국제적 동향에 비추어 탄력성 있게 대처할 수 있도록 학계, 관계, 법조계 등의 준거법 적용에 관련된 통일된 의견과 해석기준이 필요하다고 본다.

넷째, 인터넷상에서 지적재산권 침해에 관련 입법의 기본원칙은 사후적 구제보다 사전적 예방에 중점을 두면서 지적재산권의 불법행위로 발생한 분쟁에 대하여 이를 해결하는 방안 들 중에 법원의 소송에 의해 해결하는 방안과 대체적분쟁해결방안(Alternative Dispute Resolution:ADR) 중 중재제도를 활용하여 해결하는 것이 비용과 시간을 절약하는 효과적인 방안도 될 수 있을 것이다.

끝으로 우리나라가 인터넷을 통한 지적재산권 불법침해에 대한 준거법을 적용하는데 있어 지금은 모든 침해에 대하여 발신지국법을 일괄적으로 적용하는 입장에서 보다 침해가 발생한 각 수신지 국법을 준거법으로 중첩적으로 적용하는 입장을 취하는 것이 향후 우리의 기존 판례나 국익에도 보다 부합된다고 본다. 다만, 본고에서 다루지 못한 지적재산권에 관련된 각국의 입법들에 대한 심도 깊은 비교연구가 미흡한 것은 다음 연구과제로 남기로 한다.

참 고 문 헌

- 강이수, 국제거래분쟁론, 삼영사, 2003
- 김행남 외, 정보통신망의 발달과 지적재산권법의 대응-저작권법을 중심으로, 재간 저작권 제39호, 1997 가을.
- 김용진, 지적재산권 침해와 인터넷국제재판관할, 민사소송(V), 2002
- 노태악, 사이버 불법행위의 재판관할과 준거법, 발표논문집, 한국국제사법학회, 2002.11
- 민은주, 정보통신혁명에 따른 저작권 관련 국제조약의 최근 동향과 우리의 과제, 연세대학원 박사학위논문, 1998.
- 박종삼, 전자상거래 확산에 따른 분쟁해결방안, 충남ECRC, 2003.3
- _____, 인터넷 전자상거래계약에 따른 몇 가지 문제점, 대한상사중재원, 중재 제29호, 2000.9
- _____, 인터넷상에서 저작권 침해에 따른 온라인 서비스제공자의 책임문제, 중재연구 제12권제1호, 한국중재학회, 2002.8
- _____, 전자상거래분쟁에서 국제재판관할권의 논점, 중재연구 제13권제2호, 한국중재학회, 2004.2 법무부, 국제사법해설, 2001
- _____, 2001년 개정 국제사법 해설, 2001
- 산업자원부 외, 2002전자거래 분쟁조정 사례집, 2003.1
- 손경한, 전자상거래입법의 국제적 동향, 저스티스 통권 68호, 2002.8
- 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설 제2판, 도서출판지산, 2003
- _____, 국제사법과 국제소송 제1권, 제2권, 박영사, 2001
- _____, 국제재판관할에 관한 연구, 서울대출판부, 2001
- _____, 국제적인 지적재산권 분쟁해결의 문제점, 국제사법과 국제소송, 제2권, 2001
- _____, 국제적인 증권담보거래의 준거법—PRIMA와 관련하여— 증권법연구 제3권 제1호 2002

- 서헌제, 통상문제와 법, 국제거래법 강좌, 율곡출판사, 1994
- 안제우, 전자상거래에서의 재판관할에 관한 유형별 사례분석, 국제무역연구 제8권 제2호, 국제무역학회, 2002.10
- 이대회, 인터넷과 지적재산권법, 박영사, 2002.9
- 이성호, 사이버 지적재산권과 분쟁의 재판관할과 준거법, 발표논문집, 한국국제사법학회, 2002.11
- _____, 지적재산권에 대한 침해와 침해자의 고의, 과실, 사법논문집, 제28집, 1997
- 이호정, 정상조,涉外지적재산권법 시론-지적재산권법의 준거법-, 서울대학교 법학 제39권 제1호, 1998
- 유영일, 국제재판관할의 실무 운영에 관한 소고(상), 법조 2002.11
- 왕상한, 전자상거래와 국제규범, 박영사, 2001.2
- 최성준, 국제적인 도메인 이름 분쟁의 해결, 발표논문집, 한국국제사법학회, 2002.11
- 최홍섭, 비계약적 채무관계 및 물건에 대한 새로운 독일국제사법규정과 그 내용, 국제사법연구 제5집, 한국국제사법학회, 2000한국상사법학회, 디지털 경제와 상사법, 발표논문집, 2000.6
- 한병완, 미국 통일컴퓨터 정보거래법(UCITA)의 국제적 활용에 관한 연구, 성균관대학원, 박사학위논문, 2003.5
- 한충수, “국제재판관할합의에 관한 연구”, 연세대학교 박사학위논문, 1997
- 道垣内正人 註釋 民事訴訟法(1), 1991
- _____, “사이바스페이스と國際私法-準據法規ひ國際裁判管轄問題”, JURIST, No.1117, 1997.8.1.~15
- _____, “國際裁判管轄の決定における特段の事情”, JURIST No.1133, 1998.5.1~15
- _____, “裁判管轄等に官する條約採擇をめぐる現況(上)(下)-2001年 6月の第1會 外交會議の結果”, JURIST No. 1211, 2001.11.1. No. 1212, 2001.11.15

- , “國際裁判管轄權”, 新裁判實務大系3, 國際民事訴訟法(裁判法關係), 2002
- 岡村久道・近藤剛史, インターツトの法律實務, 1999
- 渡辺惺之・長田眞理, “義務履行地の 管轄權”, 新裁判實務大系3 國際民事訴訟法, 2002
- 齊藤彰, “自然人にえ對する管轄權”, 新裁判實務大系3 國際民事訴訟法, 2002
- 野村美明, “事務所・營業所の管轄權”, 新裁判實務大系3 國際民事訴訟法, 2002
- 櫻田嘉章, “主觀的併合による管轄權”, 新裁判實務大系3 國際民事訴訟法, 2002
- 著作権情報センター著作権研究所寄與侵害・間接侵害委員會, 「寄與侵害・間接侵害關する研究」2001.3, 著作権研究所研究叢書 No.4
- 中村壽宏, 「『ネットワーク上での 名譽破損』, 法學セミナー, 43券1號, 日本評論社.
- 加藤新太郎, 「パソコン通信における名譽毀損」, 判例タイムズ 965號, 1998
- 山口勝之, 「サービス・プロバイダの 法的 責任」, NBL 641號, 1998
- 小向太郎“イターネット・プロバイダーの責任—會員の情報發信ぐつで—”, ジコリヌト No.111.
- Allison Roarty. “Link Liability: The Argument for Inline Links and Frames As Infringements of the Copyright Display Right”, 68 Fordham L. Rev.1011, 1999
- Avril Haines, “The Impact of the Internet on the Judgments Project : Thoughts for the Future” , Prel. Doc. No 17, February, 2002
- Bruce P. Keller, “Condemned to Repeat the Past: The Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Protection”, 11Brian D. Wassom,

- “Copyright Implications of ‘Unconventional Linking’ on the World Wide Web: Framing, Deep Linking and Inclining”, 49 Case W. Res. L. Rev. 181 1998
- Busto, Charles del (ed.), UCP 500 & 400 Compared ,ICC, 1993
- Douglas B. Luftman, “Defamation Liability for On-Line Services: The Sky Is Not Falling”, The George Washington Law Review, 1997
- Fawcett, James J. and Torremans, Paul, Intellectual Property and Private International Law ,Clarendon Press, 1998
- Fritz Blumer, “Patent Law and International Private Law on both side of the Atlantic” , WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, 2001.4
- Graeme Dinwoodie, “Private International Aspects of the Protection of Trademarks” , WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property, 1. 2001
- Ike O. Echerou, “Linking to Trouble: Legal Liability Emanating from Hyperlinks on the World Wide Web”, 10 No. 2 J. Proprietary Rts, 2 ,1998
- Jane Ginsburg, “Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted through Digital Networks, Geneva, December 16-18, 1998
- Jeffrey Kuester & Jennifer Graves, Personal Jurisdiction on the Internet : Where is Cyberspace? 2002
- Kara Beal, “The Potential Liability of Linking on the Internet: An Examination of Possible Legal Solutions”, 1998 B.Y.U. L. Rev. 703, 1998
- Karen S. Frank, Cable Online Liability, in Cable Television Law 1999 (PLI Patents, Copyrights, Trademarks. & Literary Property

Course Handbook Series No. G0-003A, 1999)

Kenneth Freeling & Joseph E. Leve, "Frame Liability Clouds The Internet's Future: Lawsuit Programming Trick", N.Y.L.J., May 19, 1997.

Kessedjian, "Electronic Commerce and International Jurisdiction", Preliminary Document No. 12, 2000

Note, "Civil Procedure-D.C. Circuit Rejects Sliding Scale Approach to Finding Personal Jurisdiction Based on Internet Contacts" . Harvard Law Review v. 113, 2000

Nygh, Peter, Autonomy in International Contracts ,Clarendon Press, 1999

Ramberg, Jan, ICC Guide to Incoterms 2000, ICC, 1999

Reithmann, Christoph / Hiestand, Martin, Internationales Vertragsrecht 5. Auflage ,Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996

Rochelle Dreyfuss & Jane Ginsburg, Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters. WIPO, Primer on Electronic Commerce and Intellectual Property Issues, May, 2000

Walter A. Effross. "Withdrawal of the Reference: Rights, Rules, and Remedies for Unwelcomed Web-Linking", 49 S.C. L. Rev. 651, 1998

* 그 외 관련 법규 및 인터넷 사이트 참조

ABSTRACT

A study on the Governing Law to Application under the Intellectual Property Right Disputes in Internet

Jong-Sam Park

The rapid development of the internet may not have occurred without techniques of linking and framing, which provide users flexible and easy access to other website. These techniques have enabled internet users to navigate the internet efficiently and sort through the products, services and information available on the internet.

The Advent of the global information structure and the do-called EC revolution raise countless new issues and questions. There are no limitations regulating the expressions on the cyberspace due to internet's of quality anonymity? diversity? spontaneity. Therefore, the freedom of speech is expanded in both areas of time and space, which was impossible with the old communicating system.

Although online technology raises many new legal issues, the law available to help us resolve them, at least today, is largely based on the world as it existed before online commerce became a reality. Thus the challenge is to predict how these new legal issues may be resolved using the current law.

As a result of the drastic change of the environment for international trade of which that has taken took place in parallel with the global information technology revolution on a global basis, the scope of issues to be addressed which should be resolved by the conflict of laws

principles has been remarkably expanded, and various new issues of an entirely which are quite new in its type and nature have arisen been raised.

Further more in addition, the old act prior act was regarded as insufficient in that it lacked rules on international governing law to adjudicate, or international adjudicatory governing law, where as the expectation of the public was that the private international law should function as the basic law of the legal relational encompassing rules on governing law given the increase of It international disputes. for the move the private international law has also attracted more attention from the korean.

Key Words : governing law, intellectual property right, the private international law