〈특집: 사법학 연구의 첨단〉

판례에 나타난 국제재판관할에 대한 이해에 관한 소고* **

吳 娅 厚***

Ⅰ. 머리말

1. 이 글의 목적

이 글을 쓰게 된 계기는 인터넷 도메인 이름에 관한 분쟁에 대한 판결인 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788판결과 그 판결의 원심판결인 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896판결을 읽으며 발견한 문제점이다. 대법원 판결의 설시 가운데 관할판단 부분도 찬찬히 검토하여야 할 것이라고 판단하였으나, 특히 심각하다고 느낀 것은 항소심판결의 관할판단이었다. 이 사건에서 다투어진 것은 국제재판관할인데, 그것을 판단하기 위하여 민사소송법의 토지관할규정을 적용하는 과정에서 법원이 민사소송법의 관할을 잘못 이해하고 있는 것이 아닌가 우려되는 점을 여럿 발견하였다.

관할은 소송요건의 하나로, 법원이 어떤 사건에 대하여 본안재판을 하려면 갖추어져야 하는 것이다. 따라서 관할은 모든 사건에서 법원이 당연히 심사하여야 하는 것이다.[1] 그러한 관할에 관한 민사소송법의 규정을 법원이 잘못 이해하고

---

* 이 논문은 2007년 3월 12일 법학연구소가 개최한 心堂 宋相現 教授 정년기념학술회의 "사법학 연구의 첨단"에서 발표된 논문을 수정·보완한 것이다.

** 이 논문은 서울대학교 법학발전재단출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

*** 서울대학교 법과대학 조교수·법학박사

1) 토지관할과 같은 임의관할은 당사자의 거동에 따라 발생할 수도 있다(예를 들어 변론관할). 따라서 이는 직권조사사항이 아니고 피고가 관할위반의 항변을 하기를 기다려 조사할 사항(호문혁, **민사소송법**, 제5판, 법문사, 2006, 264면)이므로 법원이 '당연히' 조사할 사항이 아니라고 할 수도 있다. 이 글의 본문에서 '당연히 심사'한다고 한 것은, 피고가 관할위반의 항변을 하지 아니하여 원래 관할이 없는 법원에 변론관할이 인정되는 경우라 하더라도 본안재판을 하려면 관할이 인정되어야 한다는 점과 법원이 그 점을 확정하여야 한다는 점은 차이가 없기 때문이다.

적용을 그르치는 것은 대단히 심각한 문제라 아니할 수 없다. 그래서 항소심판결의 설시를 자세히 살펴보면서 항소법원의 관할 심사에 나타난 문제점을 하나하나 지적하여 보고자 한다.

이 글의 연구 대상이 이 사건 항소심판결이기는 하나, 이것은 판례평석이라고 할 만한 성격의 글은 아니다. 이 사건 각 심급 판결의 결론 또는 판단의 어느 부분이 옳은가가 이 글의 주된 관심사가 아니라는 뜻이다. 이 글의 범위는 이 사건 항소법원이 소송요건인 관할을 판단하는 데 있어 - 주로 민사소송법의 토지관할 규정을 적용하는 과정에서 - 보인 문제점을 지적하는 것으로 한정된다. 이 사건에서 법원이 문제삼은 관할이 국제재판관할이어서 이 글의 제목을 '판례에 나타난 국제재판관할에 대한 이해에 관한 소고'라고 하였으나, 국제재판관할을 정하는 데 일정한 역할을 하는 토지관할에 대한 법원의 이해에 대하여서도 문제점을 지적하게 될 것이다.

2. 이 사건의 경과

이 사건에서 항소법원이 관할에 대하여 내린 판단을 이해하는 데에 필요한 정도로 사건의 경과를 간단히 적는다.

(1) 사실관계

원고는 웹디자이너로 1999년에 인터넷 도메인 이름 hpweb.com(아래에서는 이 사건 도메인 이름이라고 한다)을 미국의 도메인 이름 등록기관에 등록하였다. 원고는 digitalcouple.com이라는 이름의 웹사이트를 운영하였는데, 주된 사업은 회원들에게 이메일 주소를 제공하는 서비스였다. 이 사건 도메인 이름도 원고가 이 웹사이트를 통하여 회원들에게 이메일 주소로 제공한 도메인 이름 가운데 하나였다. 한편, 인터넷 주소를 관리하는 국제기구인 ICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)은 도메인 이름과 관련된 분쟁 해결을 위하여 통일도메인이름분쟁해결정책(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. 대개 UDRP라고 줄여 쓴다.) 및 그 절차규정에서 강제조정절차를 규정하였다. 일반 최상위도메인 이름을 등록하려는 사람은 등록기관에 대하여 이 UDRP에 의한 분쟁해결에 동의하여야 하며 이들 규정은 ICANN의 인터넷 웹사이트에 공개되어 있다. UDRP에 규정된 강제조정절차에 의한 조정을 신청할 때 신청인은 조정결정에 대한 불복과 관련하여 어느 특정한 법원의 관할권에 복종할 것을 진술하여

야 하며(UDRP 절차규정 제3조 b항 (13)호), 조정결정이 등록기관에 통보되면 등록기관은 조정결정 후 10일 내에 도메인 이름의 보유자가 이 법원에 소를 제기하였다는 공식 문서를 받지 못한 경우 결정을 집행한다. UDRP 제4조 k항에 따라 강제조정절차에도 불구하고 도메인 이름의 보유자 또는 (조정)신청인은 강제조정절차가 개시되기 전이나 절차 종결 후에 독립적인 해결을 위하여 소를 제기할 수 있다.

피고인 후렛트 팩커드 컴퍼니(미합중국 캘리포니아 팔로 알토 소재)는 2000년 미국의 국가중재위원회(National Arbitration Forum. 이 사건 각 심급법원 판결서에는 NAF라고 한다.)에 이 사건 도메인 이름의 보유자인 원고를 상대로 하여 이 사건 도메인 이름을 이전하여 줄 것을 구하는 강제조정신청을 하였다. 미국 국가중재위원회는 피고가 'HP' 표장을 사용하는 상표 여럿을 미국 특허상표청에 등록하였고, HP는 주지·저명하고 식별력이 있고 법률상 고도의 보호를 받으며, 전 세계적으로 10만명이 넘는 피고 회사의 직원들이 HPWEB이라는 내부 전산망을 사용하고 있다는 사실 등을 인정한 후, UDRP 제4조 a항에 기하여 ① 원고의 이 사건 도메인 이름은 피고의 표장과 동일하거나 유사하고 ② 원고에게는 이 사건 도메인 이름과 관련하여 권리 또는 적법한 이해관계가 없으며 ③ 원고의 웹사이트가 피고의 표장과 출처, 후원, 제휴, 보증관계에 있는 것으로 혼동을 초래함으로써 의도적으로 인터넷 사용자를 유인하여 경제적 이득을 얻으려 한 경우[2]로서 이 사건 도메인 이름에 대한 원고의 악의적 등록, 사용이 추정되는데, 원고가 위 추정을 번복하지 못하였다는 이유로 원고에 대하여 이 사건 도메인 이름을 피고에게 이전하라는 결정을 하였다. 원고는 미국 국가중재위원회의 결정에 불복하여 이 결정 후 10일 내에 (당시)서울지방법원에 소를 제기하였으나, 서울지방법원은 피고가 미국 국가중재위원회에 강제조정을 신청할 때 복종하기로 진술한 법원이 아니어서 결정의 집행을 유보할 수 있는 법원이 아니었고, 등록기관은 소의 제기에도 불구하고 이 사건 도메인 이름을 피고에게 이전하여 주었다.

(2) 제1심 절차의 경과

1) 원고의 소송상 청구

원고는 미국 국가중재위원회의 조정결정에 의한 이 사건 도메인 이름의 이전

2) UDRP 제4조 b항은 위 본문의 ③과 같은 경우 악의적 등록, 사용의 증거가 된다고 한다.

은 불법 또는 부당한 이전에 해당하여 피고에게는 이 사건 도메인 이름을 보유할 권리가 없다고 주장하면서, 피고에게 이 사건 도메인 이름을 원고에게 다시 이전할 것과 3천만원의 손해배상을 청구하였다.

2) 피고의 관할위반의 항변

피고는 원고의 이 사건 도메인 이름의 이전 청구에 대하여, 피고가 강제조정을 신청할 때 등록기관의 주된 사무소 소재지 법원인 미국 버지니아주 헌던시 법원에 복종할 것을 진술하였고 도메인 이름의 보유자는 UDRP에 따라 그 법원에 소를 제기하여야 하는 것이므로 서울지방법원에 제기된 소는 관할위반으로 부적법하다고 항변하였다.

3) 제1심 법원의 판단[3)]

제1심 법원은 이 사건 소는 UDRP에 의한 조정결정의 집행을 유보시키기 위하여 제기하는 소가 아니고 UDRP 제4조 k항에 따라 강제조정절차의 개시 전이나 종결 후에 독립적인 해결을 위하여 제기한 소이므로, 피고가 강제조정을 신청할 때 복종하기로 진술한 법원만이 관할권을 가지는 것이 아니고 관할의 일반원칙에 따라 판단하여야 한다고 보았다. 그리고 관할의 일반원칙에 따라 이 사건에 대하여 우리나라 법원이 국제재판관할을 가지는지는 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본이념에 따라 조리에 의하여 결정함이 상당한데, 도메인 이름과 관련된 분쟁에서 도메인 이름 보유자의 주소지 법원에 관할을 인정하는 것이 당사자간의 공평이라는 소송상의 정의 또는 재판의 적정성이라는 측면에서 볼 때 특별히 조리에 반한다고 볼 수 없다고 판시하였다. 그리하여 피고는 원고에게 이 사건 도메인 이름을 다시 이전하라는 청구에 대하여 이 사건 도메인 이름 보유자인 원고의 주소지를 관할하는 서울지방법원에 관할이 있다고 인정하였다.

관할을 인정한 후, 제1심 법원은 미국 국가중재위원회의 결정에 따른 이 사건 도메인 이름의 이전이 부당한 이전이라는 원고의 주장이 이유 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다.

3) 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360판결.

(3) 항소심 절차의 경과

1) 항소의 제기

원고는 항소를 제기하며, 제1심 판결을 취소하고 피고는 원고에게 이 사건 도메인 이름을 이전하라는 판결이나 이 사건 도메인 이름에 대한 피고의 침해금지청구권이 존재하지 아니함을 확인하는 판결을 하여 줄 것을 구하였다. 손해배상청구를 취하하고 소극적확인청구를 선택적으로 추가한 것이다.

2) 항소법원의 판단

항소법원은 제1심 절차에서 제기된 피고의 항변에 대하여 제1심 법원과 마찬가지로, 이 사건 소는 UDRP에 의한 조정결정의 집행을 유보시키기 위한 소가 아니므로 피고가 조정신청시 복종하기로 진술한 법원만이 관할권을 가지는 것이 아니라고 판단하였다. 그런데 이 사건에 대하여 우리나라 법원이 관할의 일반원칙에 따라 국제재판관할권을 가지는지에 대하여는 제1심 법원과 달리 판단하였다. 항소법원은 우리나라 법원의 국제재판관할은 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본이념에 따라 조리에 의하여 결정함이 상당하다고 제1심 법원과 똑같이 설시한 다음, 우리나라 민사소송법의 토지관할에 관한 규정은 위와 같은 기본이념에 따라 제정된 것이므로 기본적으로 위 규정에 의한 재판적이 우리나라에 있을 때에는 우리나라에 당해 사건에 대한 국제재판관할이 있다고 봄이 상당하고, 다만 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에는 관할이 없다고 할 것이라고 덧붙였다. 그러면서 서울지방법원에 토지관할이 인정되고 국제재판관할이 인정되는지 판단하기 위하여 ① 원고의 주소지는 피고가 불법적으로 이전하여 간 이 사건 도메인 이름의 보유자의 주소지로서 불법행위지이고 ② 원고에게 도메인 이름을 다시 이전하여 원상회복하여야 할 의무의 이행지이며 ③ 원고의 도메인 이름에 대한 권리라는 재산의 소재지라는 원고의 주장을 차례로 검토한 후, 우리나라 법원의 국제재판관할을 부인하여 소를 각하하였다.[4)]

---

4) 원고는, 원고의 주소지가 이 사건 도메인 이름을 사용하여 영업을 영위하는 곳으로서 피고가 주장하는 원고의 상표권침해행위가 이루어진 곳이어서 이 사건은 대한민국과 실질적인 관련이 있으므로 원고의 주소지를 관할하는 우리나라 법원(판결서에는 '제1심 법원'이라고 되어 있는데, 이는 옳지 아니하다. 아래 II. 1. (4) 참조.)에 이 사건에 대한 국제재판관할권이 있다는 주장도 하였고(항소심판결 9면), 항소법원도 이 사건이 우리나라와 실질적인 관련이 있는지 판단하였다(항소심판결 11면). 대법원은 이 사건

(4) 상고심 절차의 경과

원고가 제기한 상고에 대하여 상고법원은 먼저, 국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것이라고 설시하였다. 이어 이 사건과 우리나라 사이에는 우리나라 법원이 관할권을 가진다는 것을 정당화할 수 있을 정도의 실질적인 관련이 있다고 보아 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.

3. 국제재판관할

민사소송의 소송요건 가운데 하나인 국제재판관할은 다른 관할에 비하여 덜 알려져 있으므로, 본론을 시작하기 전에 이 사건과 이 글을 이해하는 데 필요한 정도로 국제재판관할에 대하여 간단히 적는다.

국제재판관할[5]은 각 나라의 법원이 자국의 재판권이 미치는 사건 가운데 외국

과 우리나라의 실질적인 관련성만 검토하여 항소심판결을 파기하였다(대법원판결 판결이유 2. 나.). 이 문제도 살펴볼 만한 것이나, 이 글은 국제재판관할을 판단하기 위하여 민사소송법의 토지관할 규정을 적용하는 과정에서 항소심판결이 나타낸 문제점만을 대상으로 하므로 여기서는 다루지 아니한다.

5) 국제재판관할이라는 용어는 실은 정확하지 아니하다. 민사소송법의 관할의 하나인 이것은 독일 민사소송법학의 Internationale Zuständigkeit에 해당하는 것으로, '국제관할'이라고 하는 것이 옳다. 국제관할은 소송에서 두 가지 측면에서 문제가 되는데, 한 측면은 우리나라의 법원이 외국과 관련된 사건에 대하여 재판권을 행사할 것인지의 문제로, 사실 이것이 민사소송법의 소송요건인 관할이고 그런 의미에서 진정한 국제관할이다. 다른 한 측면은 우리나라가 외국의 판결을 승인할 때 그 외국의 법원에 당해 사건에 대한 국제관할이 있었는가의 문제로, 이는 우리나라에서 외국판결의 효력을 인정하기 위한 요건이므로 소송요건인 관할이 아니다. 외국판결에 대하여 집행판결을 할 때 이 측면의 관할은 소송요건이 아니고 집행판결을 구하는 원고의 청구를 인용할 것인지 판단하기 위한 요건, 곧 본안요건이다(민사집행법 제27조 제2항은 '각하'라고 하여 이 점을 잘못 나타내었다). 이 두 번째 측면을 대개 '승인관할(Anerkennungszuständigkeit)' 또는 '간접관할(indirekte Zuständigkeit)'이라고 하는데, 이것은 소송요건인 관할이 아니므로 혼동을 부를 수 있는 표현이다. 국제관할의 첫 번째 측면은 승인관할에 대비하여

과 관련된 사건에 관하여서는 어느 범위에서 재판권을 행사할 것인지 정하는 것이다. 우리나라의 국내재판권이 미치는 사건이라고 하여 우리나라 법원이 반드시 재판을 하는 것은 아니다. 오히려 각 나라는 자국의 재판권을 어느 정도까지 행사할 것인지 자유로이 정한다. 국제재판관할은 한 나라의 법원이 어떤 사건에 재판권을 행사할 것인지를 정하는 것이므로, 그 나라의 법원 전체에 대하여 정하여진다. 따라서 국내의 법원 사이에서 관할을 나누는 것과는 다르다.[6]

국제재판관할을 정하는 기준에 관하여서는 역추지설, 관할배분설, 수정역추지설 등이 주장된다.[7] 역추지설은 민사소송법의 규정에 의하여 우리나라의 어느 법원에 토지관할이 인정되면 우리나라 법원에 국제재판관할권이 있다고 한다. 관할배분설은 민사소송법의 토지관할규정은 국내사건을 전제로 한 것이므로 국제사건에 적용하기에는 적절하지 아니하다고 하면서, 국제재판관할의 배분원칙은 어느 나라에서 재판하는 것이 사건의 적정한 해결에 도움이 되고 당사자에게 공평하며 능률적인가를 고려하여 정할 것이라고 한다. 그러나 관할배분설도 민사소송법의 토지관할규정을 전혀 무시하는 것은 아니고 이를 감안하여 국제재판관할을 결정할 것이라고 하며, 그 밖의 결정 기준으로는 대개 조리를 든다. 수정역추

'재판관할(Entscheidungszuständigkeit)' 또는 '직접관할(direkte Zuständigkeit)'이라고 한다. 승인관할은 엄밀한 의미에서 관할은 아니나, 이 역시 국제관할이 문제되는 상황이므로, 대개 국제관할에는 '재판관할'과 '승인관할'이 있다고 한다. 그런데 우리나라에서는 '국제관할(internationale Zuständigkeit)'을 '국제재판관할'이라고 하고('국제관할권'이라고 할 것을 '국제재판관할권'이라고 하여 국제재판관할권과 재판권이 혼동되는 결과를 가져왔다는 지적은 호문혁, 앞의 책, 161면, 주 3), 이 국제재판관할을 직접관할과 간접관할로 나눈다고 하는 경우가 많다. 국제관할을 국제재판관할이라고 부르니 '재판관할'이라고 하여야 할 Entscheidungszuständigkeit를 '심리관할'이라고 번역하는 예도 있다(석광현, 국제재판관할에 관한 연구: 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로, 박사학위논문, 서울대학교, 2000, 34면 주 47. [여기서는 2001년에 서울대학교 법학연구소 법학학술총서 2로 발간된 책자의 면수로 인용한다.]). 국제관할이라는 용어가 옳다고 생각하나, 우리 민사소송법 제217조에서 '국제재판관할'이라는 용어를 사용하기 때문에 이 글에서는 민사소송법의 법률용어를 존중하여 국제재판관할이라고 한다.

6) 석광현, 앞의 책, 21면; Jauernig, Othmar, *Zivilprozeßrecht*, 27. Aufl., München 2002, § 6 II 1; Geimer, Reinhold, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4. Aufl., Köln 2001, Rn. 844; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16. Aufl., München 2004, § 31; Schack, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3. Aufl., München 2002, Rn. 186 ff; Stein/Jonas/Roth, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 22. Aufl., Tübingen 2003, vor § 12 Rn. 25.

7) 이에 관하여는 특히 석광현, 앞의 책, 149면 이하 참조.

지설은 원칙적으로 역추지설에 따르되, 그 결과 우리나라 법원에 국제재판관할을 인정하는 것이 재판의 적정, 공평, 신속 등 소송법의 기본이념에 반하는 특별한 사정이 있을 때 국제재판관할을 부정할 수 있다고 한다. 법원의 태도는 대개 4단계 구조라고 설명되는데, ① 섭외사건의 국제재판관할에 관해 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 우리의 성문법규도 없다. ② 따라서 섭외사건에 관한 법원의 국제재판관할 유무는 결국 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속이라는 기본이념에 따라 조리에 의해 결정함이 상당하다. ③ 이 경우 민사소송법의 토지관할규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 위 규정에 의한 재판적이 한국에 있을 때에는 한국법원에 국제재판관할이 있다고 봄이 상당하다. ④ 다만 위 ③에 따라 국제재판관할을 긍정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에는 한국법원은 국제재판관할이 없다고 한다. 이들 학설과 판례는 모두 국제재판관할을 정할 때 민사소송법의 토지관할규정을 어떤 의미로든 고려하므로, 토지관할규정은 국제재판관할을 정하는 데 일정한 역할을 한다.[8]

---

8) 독일에서는 이미 입법자가 민사소송법의 토지관할규정을 만들 때 국제재판관할도 고려하였기 때문에 민사소송법의 토지관할규정은 국제재판관할의 '간접적 규율(mittelbare Regelung)'이라거나, 어느 사건에 대하여 독일의 어느 법원의 토지관할이 인정된다는 것은 독일 법원에 국제재판관할이 있다는 것을 '시사(indizieren)'한다고 한다. 그래서 민사소송법의 토지관할규정은 이중기능을 가진다(Doppelfunktionalität)고 한다. BGHZ 44, 46; BGHZ 115, 90; Geimer, a.a.O., Rn. 943 ff; Jauernig, a.a.O., § 6 II 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 31 Rn. 3; Schack, a.a.O., Rn. 236; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., vor § 12 Rn. 32. 독일 민사소송법 입법이유서에서 직접 국제재판관할을 언급하는 것은 아니나, 토지관할에 관한 조문들은 당사자가 외국인인 경우까지 고려하였음을 밝힌다. Hahn/Stegemann, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1881, S. 149 f.

독일 민사소송법의 토지관할 규정이 국제재판관할을 정하는 기준으로 쓰이는 것은 다음과 같이 설명되기도 한다: 국제재판관할을 판단하는 데 있어 고려할 다양한 이익이 있다. 국제재판관할을 구체적으로 형성하는 것은 관할에 대한 여러 이익을 평가한 결과인데, 당사자이익은 지리상·언어상 가까운 법원에서 소송을 수행할 이익, 사안·증거와 가까운 법원에서 재판을 받을 이익, 법원이익은 증거조사가 편리한 곳에서 재판을 하는 것과 외국법을 준거법으로 하여 재판하는 어려움을 피할 이익, 국가이익은 원고의 정당한 이익을 침해하지 아니하고 피고를 보호함으로써 법적평화를 유지하여야 하고 원고의 국적에 관계없이 권리보호를 거부하여서는 아니 된다는 점을 고려하여 국제재판관할을 긍정하거나 부정하는 데 대하여 국가가 가지는 이익, 질서이익은 국제적인 재판의 조화라는 이상을 실현하는 것 등이다(Schack, a.a.O., Rn. 199 ff; 석광현, 앞의 책, 52면 이하). 법률의 (토지)관할규정은 이들 전형적인 이익의 형량에 터잡은 것이다(Schack, a.a.O., Rn. 502).

Ⅱ. 항소법원의 관할 판단에 관하여

1. 원고의 주소지가 불법행위지라는 주장에 대한 판단 부분

이 부분을 살피기 위하여서는 항소법원의 설시 자체를 보아야 하므로 판결서의 해당 부분을 전문 인용한다.

> 먼저, 원고의 주소지가 불법행위지이므로 대한민국 법원의 재판관할을 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, … 이 사건 도메인 이름을 피고에게로 이전한 것은, 원고가 이 사건 도메인 이름을 등록할 당시 적용받기로 한 UDRP에 따른 NAF의 이전결정의 집행에 의하여 이루어진 것인바, 이 사건 도메인 이름은 피고의 표장인 "hp"와 유사하다고 할 것이고, 원고가 이 사건 도메인 이름에 대하여 정당한 이해관계를 가진다고 할 수 없으며, 이 사건 도메인 이름은 피고의 표장인 "hp"와 혼동의 여지가 있을 뿐만 아니라 원고가 이 사건 도메인 이름을 포함하여 약 450개의 도메인 이름을 등록만 하여 둔 채 이메일 주소로 제공하는 외에는 전혀 사용하지 않는 점에 비추어 보면 이 사건 도메인 이름의 등록에 관하여 원고의 악의가 없다고 볼 수 없어, 결국 NAF의 결정내용에 불법행위로 평가할 만한 것이 있다고 보기 어렵고, 또한 가사 원고가 주장하는 불법행위가 있었다고 하더라도 그 가해행위지 및 결과발생지가 모두 미국이라고 봄이 상당하므로 원고의 주소지가 불법행위지(불법행위의 결과발생지)임을 이유로 하여 제1심 법원의 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다고 할 것이다.[9]

(1) 여기서 판단된 원고의 청구가 피고에게로 이전된 이 사건 도메인 이름을 원고에게 다시 이전하라는 것이므로, 우선 불법행위에 터잡아 도메인 이름의 이전을 청구할 수 있는지 생각하여 볼 수 있다. 불법행위에 터잡아 도메인 이름의 이전을 청구할 수 없다면 불법행위지의 특별재판적을 아예 고려할 수 없을 것이기 때문이다.

민사소송법의 불법행위지의 특별재판적은 민법 제750조 이하의 불법행위 손해배상의 경우에만 적용되는 조문은 아니고, 민법이나 다른 법률에서 위법한 행위로 평가되는 것이면 어느 것에나 이 조문이 적용될 수 있다. 따라서 법률이 불법행위의 효과로 원상회복 등 금전배상 이외의 책임을 인정하면, 금전지급이 아닌 소송상 청구에도 불법행위지의 특별재판적이 적용될 수 있다.[10] 우리나라는 인터

9) 항소심판결 9면.

넷주소자원에관한법률을 제정하여 인터넷 도메인 이름을 사용하고자 하는 사람은 관리기관에 등록하도록 하고(제11조 제1항) 부정한 목적으로 도메인 이름을 등록하는 것을 금지하며 그렇게 등록된 도메인 이름에 대하여 소로써 말소를 청구할 권리를 인정하였으나(같은 법 제12조), 이 법률에서 인터넷 도메인 이름의 이전청구권은 인정하지 아니한다. 따라서 부정한 목적으로 등록된 도메인 이름의 말소청구사건에 이 법에 따라 불법행위지의 특별재판적을 적용할 수 있겠으나, 도메인 이름의 이전청구에 대하여는 특별한 규정이 없으므로 문제가 된다.

인터넷 도메인 이름에 대한 권리가 어떤 성격의 권리이고 도메인 이름에 대한 권리의 침해를 어떻게 볼 것인지에 대하여 견해가 나뉠 수 있겠으나, 이 사건 항소심판결에서는 원고와 등록기관 사이의, 이 사건 도메인 이름의 등록 및 유지관리에 관한 법률관계는 민법상의 위임관계 또는 그와 유사한 관계에 해당하고 원고의 이 사건 도메인 이름에 관한 권리도 원고와 등록기관 사이의 계약에 의하여 발생한 채권 또는 그와 유사한 권리라고 한다.[11] 학설도 대개 인터넷 도메인 이름에 대한 권리는 등록기관에 대한 채권으로서, 도메인 이름을 등록기관에 등록하고 계약기간 동안 사용할 권리라고 보는 것 같다.[12] 그렇다면 이 사건의 피고처럼 채무자인 등록기관이 아닌 사람이 인터넷 도메인 이름에 대한 권리를 침해하는 것은 제3자의 채권침해로서 민법상의 불법행위에 해당한다고 할 것이다.[13]

그러면 민법상의 불법행위에 기하여 인터넷 도메인 이름의 이전을 청구할 수 있는가, 곧 금전배상이 아닌 원상회복을 청구할 수 있는가가 문제인데, 이 점은 민법학에서도 다투어지고[14] 지적재산권법학에서도 다투어진다.[15] 이 사건 대법원

---

10) **주석 신민사소송법**/김능환, (1), 한국사법행정학회, 2004, 173면 이하; *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*/Patzina, 2. Aufl., München 2000, § 32 Rn. 2 ff; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 32 Rn. 17 ff.

11) 항소심판결 10면.

12) 최성준, "도메인이름의 법적 문제점", 남효순・정상조 (공편), **인터넷과 법률 (II)**, 법문사, 2005, 550면 이하; 조정욱, 인터넷 도메인 이름의 법적문제에 관한 연구: 상표와 도메인 이름의 균형과 조화, 박사학위논문, 서울대학교, 2003, 32면 이하.

13) 최성준, 앞의 책, 621면. 제3자의 채권침해를 곽윤직, **채권총론**, 제6판, 박영사, 2003, [16]; **민법주해**/이상훈, [XVIII], 박영사, 2005, 214면 이하는 채권의 귀속에 관한 침해와 급부의 침해로 나눈다. 이 사건에서는 원고가 등록기관에 대하여 이 사건 도메인 이름의 등록과 사용권을 가지고 있었는데 그것이 피고에게로 이전되었으므로 채권의 귀속에 대한 침해일 것이다.

14) 예컨대 윤진수, 부동산의 이중양도에 관한 연구: 제일양수인의 원상회복청구를 중심으

판결은 이 사건 분쟁에 관하여 법기술적으로 어떠한 소송유형이 가능한지에 관하여는 논란의 여지가 있다고 하면서도, 이 소송에서 문제되는 실체판단의 요체는 결국 도메인 이름 선등록자의 등록·이용행위가 오프라인상의 피고의 지적재산권을 부당하게 침해하는 위법한 것인지의 여부[16]라고 하면서 이전청구가 가능한지 여부에 대하여는 직접 판단하지 아니하였다. 이 글은 민사소송법학의 관점에서 이 사건 판결을 바라보고자 하는 것이지 민법학이나 지적재산권법학의 문제에 대하여 견해를 내세우려 하는 것이 아니므로, 일단 불법행위에 기하여 인터넷 도메인 이름의 이전을 청구하는 이 사건에 불법행위지의 특별재판적을 고려할 수 있다고 보고 이 사건 항소심판결에 대한 검토를 계속한다.

(2) 위 인용 부분 마지막에서 원고가 주장하는 불법행위가 있었다면 가해행위지와 결과발생지가 어디인지 판단 - '가사 원고가 주장하는 불법행위가 있었다고 하더라도'라는 표현에서 이 부분이 불법행위지의 특별재판적에 대한 항소법원의 진정한 판단이 아님을 알 수 있으나 - 하는 부분은 불법행위지의 특별재판적을 판단하여 토지관할을 인정하고 그로써 국제재판관할을 인정하기 위한 심사라는 것을 바로 알 수 있다. 그런데 그 앞부분은 관할을 판단하기 위한 심사인가?[17]

항소법원은 여기서 UDRP 제4조 a항의 요건에 대한 판단을 한 것인데, 판단내용은 위 I. 2. (1)에 적은 미국 국가중재위원회의 이 사건 조정결정과 거의 같다. 이는 피고에게로 이 사건 도메인 이름을 이전한 것이 불법한 이전이라는 것을 이유로 한 원고의 청구 자체에 대한 판단, 곧 본안판단이다. 따라서 이 부분을 읽으면, 항소법원이 원고의 청구를 기각한다는 결론이 자연스럽게 이어질 것 같다. 그런데 놀랍게도 항소법원은 이 설시에 이어 '제1심 법원의 국제재판관할

로, 박사학위논문, 서울대학교, 1993, 194면 이하는 불법행위 손해배상으로 원상회복을 인정하여야 한다고 보는데, **민법주해**/박철, [XVIII], 251면은 당사자 사이에 특약이 없는데 원상회복을 명하는 것은 위법이라고 한다.

15) 조정욱, "도메인 이름 분쟁해결을 위한 구제수단으로서의 등록이전에 관한 연구", **창작과권리**, 2003년 여름호, 176면 이하는 불법행위 손해배상에 의한 도메인 이름의 원상회복청구를 인정하여야 한다고 하고, 최성준, 앞의 책, 623면은 입법적으로 불법행위 손해배상으로 원상회복을 인정하지 아니하는 한 도메인 이름의 이전청구를 인정하는 것은 무리라고 한다.

16) 대법원판결 판결이유 2. 나.

17) 도두형, "도메인 이름 분쟁의 국제재판관할", **인권과정의**, 2005년 7월호, 135면은 이 사건 각 심급 판결의 불법행위지의 특별재판적 판단을 언급하면서, 항소법원의 판단으로 '가해행위지 및 결과발생지가 미국이라고 봄이 상당'하다는 부분만 거론한다.

을 인정하기는 곤란하다고 할 것이'라고 한다. 말하자면, 이 사건에서 원고는 피고가 불법행위를 하였다고 생각하고 바로 그 점에 대하여 법원의 재판을 받기 위하여 - 원고가 생각하기에 - 불법행위와 관련이 있는 곳의 법원에 소를 제기하였는데, 법원은 '불법행위가 있었다고 인정할 수 없어서 불법행위가 있었는가에 대한 재판을 하여 줄 수 없다'고 한 것이다.

소송요건을 본안심리의 결과에 따라 판단하여도 되는가? 소송요건이란 법원이 본안심리와 재판을 하려면 갖추어져야 할 요건이므로 이론상으로는 법원이 본안심리를 시작하기 전에 갖추어져야 하나, 소송요건과 본안의 심리를 뚜렷이 구별하기 어려운 경우도 많아서 실제로는 두 부분을 함께 심리하게 된다.[18] 그러나 소송요건과 본안의 심리를 '동시에 진행'한다는 것과, 본안심리의 '결과에 따라' 소송요건을 판단하는 것은 다른 문제이다.

법원의 관할을 이 사건 항소법원의 설시처럼 판단한다면 어떤 결과가 되는지 토지관할의 예를 들어 살펴보자. 만약 원고가 피고에게 폭행당하여 치료비로 천만원이 들었으므로 그 금액의 지급을 구한다고 주장하며 - 원고 주장에 따를 때 - 피고의 폭행이 일어난 장소를 관할하는 법원에 소를 제기하였고 피고가 관할위반의 항변을 한다면, 법원은 원고가 주장한 피고의 행위가 실제로 있었는지, 또 그 행위가 위법한지 심사한 후 그것이 인정되는 때에만 불법행위지의 특별재판적 규정에 의하여 토지관할을 인정하고, 그러한 행위가 없었거나 위법하지 아니한 때에는 관할을 부정하여야 할까? 혹은 피고에게 돈을 빌려주었는데 약속한 날에 갚지 아니하여서 그 돈을 반환하라고 청구하는 것이라고 주장하며 - 원고 주장에 따를 때 - 소비대차에 기한 반환의무의 이행지를 관할하는 법원에 소를 제기하였고 피고가 관할위반의 항변을 하는 경우를 생각하여 보자. 이 때 법원은 원고와 피고 사이에 소비대차계약이 체결되었고 피고가 이행기가 되었는데도 반환의무를 이행하지 아니하였는지 심사한 다음, 그것이 인정될 때에만 의무이행지의 특별재판적 규정에 따라서 토지관할을 긍정하고 소비대차계약이 체결되지 아니하였거나 무효인 때에는 토지관할을 부인하여야 할까? 이 사건 항소법원의 설시에 따르면, 이들 예와 같은 경우 불법행위가 인정되지 아니하거나 소비대차계약에 기한 반환의무가 없다고 인정되면 법원은 불법행위지의 특별재판적이나 의

18) 소송요건 가운데 대표적으로 권리보호이익은 본안의 심리를 상당히 진행한 후에야 판단할 수 있는 것이다(호문혁, 앞의 책, 267면 이하). 그러므로 권리보호이익과 같은 소송요건의 조사와 본안의 심리는 동시에 이루어지게 된다.

무이행지의 특별재판적 규정을 근거로 토지관할을 인정할 수 없고 민사소송법 제34조 제1항에 따라 관할권이 있는 법원, 예컨대 피고의 보통재판적 소재지를 관할하는 법원에 사건을 이송하여야 할 것이다. 그러나 이송받은 법원은 - 이송받은 법원이 불법행위나 소비대차에 기한 반환의무에 대하여 이송한 법원과 같이 판단한다면 - 결국 사건을 기각할 것이다. 이런 경우에 어차피 기각될 사건을 이송하여 기각하게 하는 결과는 당사자에게나 법원에게나 바람직하지 아니할 것이다.[19][20]

토지관할(만)이 아니고 국제재판관할이 문제되는 경우에 항소법원의 설시처럼 관할을 판단한다면, 다른 나라의 법원으로 사건을 이송할 수 없으므로[21] 위에 예로 든 경우에 소를 각하하게 된다. 소송판결의 기판력은 당해 소송요건에 대한 판단, 곧 이 사건에서는 수소법원에 토지관할이, 따라서 우리나라 법원에 국제재판관할이 인정되지 아니한다는 것에만 미치므로, 원고는 기판력에 저촉되지 아니하고 다른 나라의 법원에 소를 제기할 수 있다. 그러나 불법행위가 인정되지 아니하거나 소비대차계약에 기한 반환의무가 인정되지 아니하면 - 곧, 이 점에 대

---

19) 이것은 관할위반이면서 청구의 이유가 없는 경우에 어차피 기각될 것이므로 항상 관할위반인 법원에서 기각하는 것이 바람직하다는 주장은 아니다. 어차피 기각될 사건이더라도 법원은 소송요건인 관할권이 갖추어지지 아니한 상태에서 본안재판을 할 수 없으므로 관할법원에 이송하여 기각하는 것이 옳다. 그러나 본문에 적은 바와 같이 관할권을 부정하는 근거가 바로 본안이 이유 없다는 것인 때에는, 소송요건과 법률요건을 부정하는 근거가 같으므로 문제가 되는 것이다. 이와 같이 관할과 청구의 당부 양쪽에 관련되는 사실(doppelrelevante Tatsachen)은 예외적인 것이며, 결코 많지 아니하다고 한다. Schumann, Ekkehard, “Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen”, in: Habscheid/Schwab (Hrsg.), *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Münster 1987, S. 417 ff; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 1 Rn. 25.

20) 토지관할의 경우에만 그런 것은 아니다. 예컨대 사물관할에서 금융기관인 원고가 대여금반환을 청구하는 사건은 액수와 관계없이 지방법원 단독판사가 관할한다(민사및가사의사물관할에관한규칙 제2조 제2호). 금융기관인 원고가 2억원의 대여금반환을 청구한 사건에서 계약이 존재하지 아니하여서 단독판사의 사물관할을 인정할 근거가 없다고 하여 소를 합의부로 이송할 수 있을까? 또는 금융기관 아닌 원고가 1억5천만원을 청구하여 합의부가 관할하게 되었는데, 본안심리 결과 원고에게 5천만원의 권리가 인정된다면 합의부의 사물관할을 부정할까? 이 경우는 사물관할을 정하는 기준이 원고의 소송상 청구 자체이므로 다투어지더라도(즉, 피고가 원고의 채권은 5천만원이어서 단독판사의 사물관할에 속한다고 주장하더라도) 합의부의 사물관할을 부정할 수 없다. Schumann, a.a.O., S. 416; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 39 Rn. 3 f.

21) Schumann, a.a.O., S. 403 ff는 국제재판관할의 특징 가운데 하나로 관할위반시 이송을 할 수 없다는 점을 든다.

하여 두 나라 법원의 판단이 일치하면 - 원고는 관할권 있는 법원에서 청구기각 판결을 받게 된다. 피고는 첫 소송에서 최종적으로 승소판결을 받을 수도 있었을 터인데 소송판결밖에 받지 못하고, 다른 나라에서 또 소송을 하여야 비로소 본안에서 승소할 수 있게 된다. 이것은 국내 사건의 경우보다 피고에게 더욱 불리할 것이다.[22]

그러므로 원고의 청구의 당부를 심사하여 수소법원의 관할을 판단하는 것은 관할 조사의 기준으로 알맞지 아니하다. 그래서 독일에서는 관할을 인정하기 위한 사실이 동시에 원고의 소송상 청구가 이유 있다고 인정하기 위한 사실, 곧 소송요건과 본안 양쪽에 관련된 사실이면, 소송요건의 조사단계에서 그 사실의 진위를 조사하지 아니하고 원고의 일관성 있는 주장[23]만으로 인정한다. 관할을 인정하기 위한 사실이지만 원고의 청구가 이유 있는지 인정하기 위한 사실이 아닌 것은 원고가 증명하여야 한다.[24] 예컨대 위의 소비대차계약에 기한 반환의무의

---

22) Schumann, a.a.O., S. 421.

23) Schlüssiger Vortrag. 독일 민사소송법학에서 '원고의 주장 자체가 청구를 뒷받침하는가'라고 설명하는 Schlüssigkeit를 우리나라에서는 학자에 따라 '주장 자체로 정당함', '유리성', '일관성', '정연성' 등으로 부른다(호문혁, 앞의 책, 238면, 주 1 참조).

24) Jauernig, a.a.O., § 12 1; MünchKomm/Patzina, a.a.O., § 12 Rn. 56; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 39 Rn. 3 f; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 1 Rn. 24 ff; Schumann, a.a.O., S. 414 ff. 관할 전반에 대하여 위와 같이 설명하는 것 외에 Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 32 Rn. 15와 Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 36 Rn. 28은 따로 불법행위지의 특별재판적에 대하여 원고의 주장이 진실이라고 전제할 때 불법행위가 인정될 수 있다면 불법행위지의 특별재판적이 적용된다고 하고, Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 31 Rn. 5와 Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 1 Rn. 28 f에서 국제재판관할에 대하여서도 이 점을 또 언급한다. Würthwein, Susanne, "Zur Problematik der örtlichen und internationalen Zuständigkeit aufgrund unerlaubter Handlung", *ZZP* 106, S. 64 ff는 Doppelrelevante Tatsachen을 소송요건 조사단계에서 '원고의 일관성 있는 주장'만으로 인정한다는 것에 반대한다. 언론에 의한 명예훼손의 경우, 사실 자체에는 다툼이 없고 그것이 명예훼손인지 여부만 다투어지는 경우가 많다. 그런데 법원이 원고가 주장한 사실이 명예훼손이 아니라고 보면 '일관성 있는' 주장이 아니게 된다. 그러므로 다툼의 대상이 되는 (불법행위일 수 있는) 행위 또는 그 결과가 수소법원의 관할구역 안에서 발생하였다는 사실에 다툼이 없거나 증명되면 충분하다고 한다. Geimer, a.a.O., Rn. 1825 ff도 관할을 원고의 주장만으로 인정하는 것은 충분하지 아니하며, 적어도 그 기초가 되는 사실의 존재는 조사하여야 한다고 한다. Doppelrelevante Tatsachen을 소송요건 조사단계에서는 조사하지 아니한다는 것 자체에 반대하는 견해에는 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 63. Aufl., München 2005, Grundz § 253 Rn. 15. Schack, a.a.O., Rn. 387은 Doppelrelevante Tatsachen을 소송요건 조사단계에서 조사하지 아니하는 것은 피고에게 부담을 주지 아니하며, 오히려 소송판결이 아닌 본안판결을 하여 주는 것이 피고에게 더 유리한 경우가 많다고 한다. 또 소송요

예에서 의무이행지가 원고의 주소지인지 다투어진다면, 그것은 의무이행지의 특별재판적을 인정하기 위한 사실이지만 원고의 소비대차계약에 기한 반환청구의 당부를 판단하기 위한 사실은 아니므로 원고는 그 점을 증명하여야 한다.[25] 법원이 어떤 사실이 존재하지 아니한다고 판단하였을 때 어떻게 재판할 것인가도 그것이 관할을 인정하기 위한 사실인 동시에 원고의 청구의 당부를 판단하기 위한 사실인 경우와 그렇지 아니한 경우에 달라진다. 위의 불법행위의 예에서 수소법원은 사건을 심리하다가 원고가 주장한 대로 피고가 폭행을 하기는 하였으나 그 행위지가 원고가 주장한 것과 달리 수소법원의 관할에 속하지 아니한다고 판단하면 사건을 이송(국제재판관할이 문제인 경우에는 각하)하고, 원고가 주장하는 가해행위가 없었다고 판단하면 청구를 기각하게 된다.[26]

따라서 이 사건과 같은 경우 법원은 불법행위지의 특별재판적을 인정할지 여부를 원고가 주장하는 불법행위가 실제로 있었는가를 심리하여 관할을 판단할 것이 아니고, 원고가 불법행위를 일관성 있게 주장하는지를 기준으로 판단하여야 한다. 이 때 불법행위지가 원고의 주소지라는 사실이 다투어지면 원고는 그 점을 증명하여야 하고, 법원은 사건을 심리하여 불법행위지가 원고의 주소지가 아니라고 판단하면 토지관할이 인정되지 아니하여서 국제재판관할도 인정되지 아니하므로 소를 각하할 것이고, 원고가 주장하는 불법행위가 없었다면 청구를 기각하여야 할 것이다.

건 조사단계의 부담을 줄이는 것은 양 당사자 모두에게 이익이라고 한다. 그러나 독일 법원의 이러한 태도는 국제소송에 관한 협약에는 맞지 아니한다고 한다.

25) Schumann, a.a.O., S. 416 ff는 의무이행지의 특별재판적이 문제되는 두 사건을 비교하여 이 점을 설명한다: 이탈리아에서 대리석을 살 때 뮌헨을 의무이행지로 합의하였다고 주장하는 원고는, 소송요건인 관할의 측면에서 뮌헨이 의무이행지이므로 특별재판적이 인정되고 본안의 면에서 피고는 대리석을 '뮌헨으로' 가져다 줄 의무가 있다고 주장하는 것이다. 이 경우에는 관할을 조사할 때 뮌헨이 실제로 의무이행지인지는 심사하지 아니하고 원고의 주장만으로 인정한다. 그런데 원고가 취리히에 사는 사람에게 천 마르크의 지급청구를 하면서 프라이부르크가 이행지라고 주장하며 프라이부르크 법원에 소를 제기하였다면, 천 마르크의 금전지급청구의 당부를 판단하는 데에는 이행지가 프라이부르크라는 사실은 관련이 없다. 여기서는 원고가 계약상의 청구권을 가지고 있다는 점만이 소송요건과 청구의 당부 양쪽에 관련된 사실이다(독일 민사소송법 제29조는 우리 민사소송법 제8조와 달리 계약상의 법률관계에 관한 분쟁에만 의무이행지의 특별재판적을 인정하므로, 독일에서는 의무이행지의 특별재판적을 적용하기 위하여 계약상의 청구권을 가지고 있다는 것이 인정되어야 한다). 만약 피고가 이 사건에서 관할위반의 항변을 하면 법원은 프라이부르크가 이행지인지 조사하여야 한다. Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 1 Rn. 24 f도 비슷한 예를 들어 이 점을 설명한다.

26) Schumann, a.a.O., S. 419.

요약하면, 항소심판결의 위 인용 부분 가운데 '불법행위로 평가할 만한 것이 있다고 보기 어려우므로 원고의 주소지가 불법행위지임을 이유로 하여 제1심 법원의 국제재판관할을 인정하기 곤란하다'는 부분은 관할의 판단이 아니라 청구의 당부에 관한 판단이고, 이를 근거로 토지관할과 국제재판관할을 부정하는 것은 옳지 아니하다.

(3) 그러면 항소법원의 불법행위지의 특별재판적 적용 여부에 대한 판단을 본다. 항소법원은 가해행위지 및 결과발생지가 모두 미국이라고 봄이 상당하다고 판시하였는데, 항소법원은 '이 사건 도메인 이름을 피고에게 이전한 것은 … NAF의 이전결정의 집행에 의하여 이루어진 것인바, … NAF의 결정내용에 불법행위로 평가할 만한 것이 있다고 보기 어렵고 강제조정절차가 불법적으로 이루어졌다고 볼 만한 사정도 보이지 않'는다고 한다. 이 설시에서 항소법원이 가해행위가 무엇이고 결과가 무엇이라고 보았는지 알 수는 없으나, 아마 이 사건 도메인 이름이 피고에게 이전된 것이 가해행위의 결과라고 보아 이것이 미국에서 발생하였다고 본 것이 아닌가 싶다.[27]

인터넷 도메인 이름에 대한 권리를 침해하는 것이, 도메인 이름 보유자가 등록기관에 대하여 가지는 채권적 사용권을 침해하는 것으로 제3자의 채권침해로서 불법행위라면, 가해행위의 결과는 무엇일까? 손해란 법익에 대하여 받은 불이익이므로[28], 가해행위의 결과는 피해자의 법익이 침해되었다는 것이다. 채권 자체도 재산적인 가치가 있으니 이 사건에서 원고가 등록기관에 대한 채권적 사용권이라는 재산 자체를 잃었다는 것이 법익의 침해이고, 또 그 채권의 내용대로 이 사건 도메인 이름을 사용하지 못하게 되었다는 것도 법익의 침해이자 가해행위의 결과일 것이다.[29] 그렇다면 원고가 이 사건 도메인 이름을 사용하여 영업을

27) 도두형, 앞의 글, 136면은 '국가중재위원회의 판정을 등록기관에 제출하여 이 사건 도메인 이름을 이전받은 피고의 행위 및 그 결과'가 우리나라에서 이루어지고 발생했다고 볼 수 있는지 의문이라고 한다. 이로 미루어 이 글은 '그 결과'를 항소법원과 마찬가지로 '도메인 이름의 이전'으로 본 것 같다. 그리고서 불법행위에 관한 항소법원의 판단이 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정한 대법원의 판단(아래 주 30에 소개)보다 타당하다고 한다. 최성준, "국제적인 도메인이름 분쟁의 해결(하)", **인권과정의**, 2003년 7월호, 80면은 불법행위지의 특별재판적에 대한 판단 부분뿐만 아니라 의무이행지와 재산소재지의 특별재판적에 관하여서도 우리나라 법원에 관할이 없다고 한 항소법원의 판단에 이론의 여지가 없다고 한 것으로 보아, 불법행위의 결과발생지에 대하여 항소법원과 같은 견해를 가지고 있다고 생각된다.

28) 곽윤직, 앞의 책, [38] I (1); **민법주해**/이상훈, [XVIII], 228면.

하지 못하게 되었다는 것도 그 결과일 것이다. 이 때 원고가 영업을 하지 못하였다는 결과의 발생지는 원고의 사업본거지가 있는 우리나라일 것이다.[30]

(4) 위 인용 부분 마지막 문장의 '제1심 법원의 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다'는 표현을 앞에서 몇 번 언급하였는데, 이 표현은 민사소송법학의 관점에서 옳지 아니하다. 국제재판관할은 위 I. 3.에 적은 것과 같이 한 나라의 법원 전체에 대하여 인정하는 것으로, 이 사건의 제1심 법원인 서울지방법원 특정 재판부에 대하여 국제재판관할을 인정하는 것이 아니다. 따라서 항소법원이 원고의 주소지에 대하여 불법행위지의 특별재판적을 인정하지 아니하여 국제재판관할도 인정하지 아니하였다면, '제1심 법원의 토지관할을 인정하기는 곤란하고, 따라서 우리나라 법원의 국제재판관할도 인정할 수 없다'고 설시하였어야 한다.

2. 원고의 주소지가 부당이득반환의무의 이행지라는 주장에 대한 판단 부분

이 부분도 항소심판결서의 해당 부분을 전문 인용한다.

> 다음, 원고의 주소지가 부당이득반환의무의 이행지이므로 대한민국 법원의 재판관할을 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 앞서 인정한 바와 같이 이 사건 도메인 이름을 피고에게로 이전한 것은 UDRP에 따른 NAF의 이전결정의 집행에 의하여 이루어진 것이므로 이 사건 도메인 이름의 이전이 아무런 법률상 원

29) 이 사건 도메인 이름의 등록·사용권이 원고에게서 피고에게로 이전되었다는 것이 제3자 채권침해의 모습 가운데 채권귀속의 침해라고 할 때, 이 침해는 미국에서 일어났다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 채권은 채무자의 의사를 매개로 권리내용이 실현되는 것을 그 본질로 하는 것(**민법주해**/이상훈, [XVIII], 214면)이므로, 채권의 귀속이 침해되었다는 것은 단지 채권자가 재산을 구성하는 것으로서 보호되는(곽윤직, 앞의 책, [16] 3 (a)) 법익인 채권을 잃었다는 것만이 아니고 채권자가 그 내용대로 권리를 누릴 수 없게 되었다는 것도 의미한다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 원고가 채권을 잃어서 채권의 내용대로 이 사건 도메인 이름을 사용할 수 없게 되었다는 것도 법익의 침해라고 보아야 하지 아니할까 한다.

30) 대법원은 원고가 이 사건 도메인 이름을 사용하여 영업을 한 곳이 우리나라이며 그 웹사이트의 이용언어도 한국어였고 주된 서비스권역도 우리나라였으므로, 이 사건 도메인 이름의 이전결정으로 손해가 발생한 곳 역시 원고의 사업본거지가 있는 우리나라라고 보았다. (대법원판결 판결이유 2. 나.) 이 판시는 이 사건과 우리나라의 실질적 관련을 판단하는 부분으로 불법행위의 결과발생지를 직접 판단한 것은 아니나, 대법원이 원고의 '손해가 발생한 곳'이 우리나라라고 본 것은 사실이다.

> 인 없이 이루어졌다고 할 수 없고, 또한 가사 이 사건 도메인 이름의 피고에게로의 이전이 부당이득에 해당한다고 하더라도 그 반환의무의 이행지는 이 사건 도메인 이름의 등록기관 소재지인 미국이라고 봄이 상당하며, 또 의무이행지가 관할원인으로 타당한 것은 의무이행지와 부당이득반환청구권 사이에 일정한 관계 - 특히 증거의 면에서 - 가 있다는 점에 근거한 것인데, NAF에서의 절차의 진행과 이전결정, 그리고 그 집행이 이루어진 곳이 모두 미국이라는 점을 보더라도, 원고의 주소지가 부당이득반환의무의 이행지임을 이유로 하여 곧바로 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다고 할 것이다.

(1) 이 사건 도메인 이름의 이전이 법률상 원인 없이 이루어졌다고 할 수 없으므로 원고의 주소지가 부당이득반환의무의 이행지임을 이유로 하여 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다는 설시에 대하여는, 위 II. 1. (2)에서 불법행위지의 특별재판적에 대한 항소법원의 판단에 대하여 적은 것과 같은 비판을 할 수 있다. 이것 역시 원고의 소송상 청구의 당부에 관한 판단이지 소송요건인 관할의 판단이라고 할 수 없다. 관할을 판단하기 위한 사실이 동시에 소송상 청구의 당부를 판단하기 위한 사실일 때에는 그 사실의 존부는 본안심사에서 판단하고 관할은 원고의 일관성 있는 주장만으로 인정하여야 할 것이다.

또 반환하여야 할 부당이득이 무엇인지도 II. 1. (3)에 적은 것과 마찬가지로 검토할 수 있다. 항소법원은 반환의무의 이행지가 이 사건 도메인 이름의 등록기관의 소재지인 미국이라고 하였으니, 반환될 부당이득이 이 사건 도메인 이름 자체 또는 이 사건 도메인 이름에 대한 권리라고 본 것 같다. 도메인 이름 자체가 재산적인 가치가 있어 부당이득의 대상이 되는지도 생각하여 볼 여지가 있겠고 도메인 이름에 대한 권리도 재산적 가치가 있으므로 피고의 부당이득이 이러한 것들이라고 생각할 수도 있겠으나, 피고가 이 사건 도메인 이름에 대한 권리를 얻음으로써 금전적으로 이익을 얻었을 수도 있다. 그런데 이 사건에서 - 각 심급의 판결서로 판단하건대 - 원고가 청구한 3천만원은 손해배상이라고 하였으므로 금전청구 부분을 부당이득반환청구라고 볼 수는 없을 듯하다.

(2) '의무이행지가 관할원인으로 타당한 것은 의무이행지와 부당이득반환청구권 사이에 - 특히 증거의 면에서 - 일정한 관계가 있다는 점에 근거한 것'이라는 판시도 읽는 사람을 당황하게 한다. 민사소송법에는 특별재판적을 인정하는 조문이 많은데, 그 가운데 증인, 검증물 등 증거방법이 가까이 있어서 당사자들이나

법원이 소송에서 편리하다는 점에서 인정되는 특별재판적은 불법행위지의 특별재판적이다.[31] 민사소송법 제8조가 재산권에 관한 소에 대하여 의무이행지의 특별재판적을 인정하고 민법 제467조 제2항에 따라 계약으로 이행지를 정하지 아니하였으면 채권자의 주소지가 의무이행지가 되므로, 부당이득반환의무뿐만 아니라 모든 재산권의 경우에 특별히 이행지를 정하지 아니한 한 의무이행지는 채권자의 주소지이다. 말하자면, 의무이행지의 특별재판적이 적용될 사건의 종류는 매우 다양하다. 계약상의 의무에 대하여 특별히 이행지를 정한 경우에는 혹시 증거의 면에서 청구권과 의무이행지 사이에 일정한 관계가 있을지 모르겠으나,[32] 일반적으로 청구권과 의무이행지 사이에 증거의 면에서 일정한 관계가 있다고는 생각하기 어렵다. 예컨대 불법행위에 기하여 금전배상을 청구하는 경우에도 의무이행지는 채권자의 주소지인데, 서울에 사는 사람이 여름휴가 때 제주도에 갔다가 부산에 사는 사람이 모는 차에 치여 다친 사건에서 금전손해배상을 청구한다면 의무이행지는 서울이다. 이 때 의무이행지인 서울과 청구권 사이에 - 의무이행지에서 권리가 실현된다는 당연한 관계 외에[33] - 어떤 관계가 있다고 하기 어렵고, 특히 증거의 면에서는 불법행위지인 제주도와 사건 사이에는 일정한 관계가 인정되겠지만 의무이행지인 서울과 손해배상청구권 사이에 어떤 관계가 있다고 보기는 매우 힘들 것이다. 부당이득의 예를 생각하여 보아도 마찬가지이다.

---

31) 호문혁, 앞의 책, 164-2면; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 32 Rn. 1. MünchKomm/Patzina, a.a.O., § 32 Rn. 1과 Jauernig, a.a.O., § 9 III 2 i)는 증거는 언급하지 아니하고 '법원이 사건에 가깝다'고 하는데, 여기에는 증거방법이 가까이 있다는 것이 포함된다고 볼 것이다.

32) MünchKomm/Patzina, a.a.O., § 29 Rn. 1은 계약상의 채무에 관하여 의무이행지의 특별재판적을 인정하는 독일민사소송법 제29조에 대하여, 입법목표는 계약상의 채무와 관련된 법률분쟁을 한 곳의 법원에 모으기 위한 것이라 하고, 양 당사자는 '사건에 가까운 법원'의 재판을 받을 수 있는 장점이 있다고 한다.

33) 그러나 이것이 의무이행지의 특별재판적을 인정하는 이유라고 할 수는 없다. 모든 재판적은 사건과 그 장소 사이에 일정한 관계가 있을 때 인정되는 것이다(호문혁, 앞의 책, 163면에서는 '재판적'을 소송과 인적으로나 물적으로 관련이 있는 지점이라고 한다). 그러나 역으로 사건과 일정한 관계가 있다고 하여 모든 장소가 재판적으로 인정되는 것은 아니다. 예를 들어 원고의 거소지도 사건과 일정한 관계가 있는 장소이지만, 특별재판적으로 인정되지 아니한다. 입법자가 피고의 거소지를 특별재판적으로 인정하는 데에는 특별한 이유가 있는 것이다. 그런데 재산권에 관한 소이기만 하면 어떤 것이든 의무이행지의 특별재판적을 인정하여, '소는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다'는 민사소송법 제2조를 상당 부분 무의미하게 만들어 버린 우리 민사소송법 제8조의 입법목표는 무엇인지 도통 알 수 없다. 이 조문의 문제점은 벌써 오래 전부터 지적되었고 입법론적으로 비판되었다. 예컨대 호문혁, 앞의 책, 164-1면.

서울에 사는 사람이 제주도에 땅을 소유하고 있는데 부산에 사는 사람이 무단으로 그 땅을 경작하고 수확한 농작물을 팔아 이익을 얻었다면, 서울이 부당이득반환의무의 이행지가 될 것이나 의무이행지와 부당이득반환청구권 사이에 증거의 면에서 어떤 관계가 있다고 하기는 어려울 것이다.

(3) 위 (2)에서 본 것과 같이 항소법원은 의무이행지와 청구권 사이에 증거의 면에서 일정한 관계가 있기 때문에 의무이행지의 특별재판적이 인정된다고 전제하고, 미국 국가중재위원회의 절차와 이전결정, 그 집행이 모두 미국에서 이루어진 이 사건에서는 원고의 주소지가 의무이행지라고 하더라도 곧바로 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다고 한다.

위 I. 3.에 적은 것처럼 국제재판관할을 정하는 기준에 관한 학설로는 역추지설, 관할배분설, 수정역추지설 등이 있고, 대법원은 1995. 11. 21. 선고 93다39607판결 후 '민사소송법의 규정에 따른 재판적이 있는 나라의 법원에서 사건을 심리하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 없는 한 그 나라의 법원에 재판관할권이 있다고 봄이 상당하다'는 태도를 취한다. 학설 가운데 어느 것을 따르더라도 민사소송법의 토지관할 규정은 국제재판관할을 정하는 기준으로 - 역추지설과 수정역추지설에 의하면 일단 민사소송법의 토지관할 규정에 따라 국내의 어느 법원에 토지관할이 인정되면 우리나라의 법원에 국제재판관할이 인정된다고 하고, 관할배분설에 따르면 국제사회에 있어서의 합리적인 관할배분이라는 관점에서 국제재판관할을 배분하는데 민사소송법의 토지관할 규정도 합리적인 관할배분을 위한 것이므로 국제재판관할을 배분할 때 참고하게 된다 - 이용되고, 대법원의 견해도 민사소송법의 토지관할 규정을 국제재판관할 인정 기준으로 이용한다. 그리고 관할배분설, 수정역추지설, 대법원의 견해는 각각 민사소송법의 토지관할 규정을 국제재판관할을 정하는 기준으로 삼아 얻은 결과를 조리에 따라 최종적으로 인정할 것인지 판단한다거나, 그 결과를 특단의 사정, 특별한 사정이 있으면 수정하여야 한다고 주장한다. 또 위 대법원 93다39067판결은 실질적 관련이라는 개념을 사용하여, 제조물책임소송에서 제조자와 손해발생지 사이에 실질적 관련이 있으면 손해발생지의 법원에 국제재판관할을 인정한다고 한다.[34] 그렇다면 대법원은 어떤 사건과 우리나라의 실질적 관련을 판단할 때 우선

34) 이 판결에서 이 실질적 관련이라는 개념을 사용한 부분은 피고와 법정지와의 실질적인 관련성에 기초하여 관할 인정 여부를 결정하는 미국법상의 법리를 수용한 것이라

민사소송법의 토지관할 규정을 기준으로 이용하는데, 토지관할 규정을 적용하여 판단한 결과가 실질적 관련을 바르게 나타내지 못하는 것이 특별한 사정이 있는 경우라고 할 수도 있을 것이다. 각 학설의 설명을 보나 위 대법원판결의 일반론적 설시를 보나, 국제재판관할을 판단할 때 민사소송법의 토지관할 규정 가운데 '어느 것에 의하여' 토지관할이 인정되든 상관없이 '그 결과가 조리에 반하면' 국제재판관할을 부인할 수 있다고 한다.

그런데 이 사건에서 항소법원은 민사소송법의 의무이행지의 특별재판적 규정을 적용하여 토지관할을 인정하고 그에 따라 국제재판관할을 판단한 결과가 조리에 반하는지 판단한 것이 아니고, 의무이행지의 특별재판적 규정의 입법이유를 - 비록 항소법원이 제시한 입법이유는 옳지 아니하나 - 들면서 이 사건에서 원고의 주소지가 의무이행지라고 하더라도 이 사건 조정절차와 조정결정, 집행이 모두 미국에서 이루어졌으므로 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정하기는 곤란하다고 한다. 항소법원이 명시적으로 서술한 것은 아니나, 문맥으로 보건대 의무이행지의 특별재판적 규정의 입법이유를 이 부분에서 거론한 것은, 이 사건에 의무이행지의 특별재판적 규정이 적용되어 토지관할이 인정되더라도 이 입법이유에 비추어 국제재판관할을 인정할 수 없다는 뜻으로 보인다. 이 사건에 민사소송법의 토지관할 규정을 적용한 결과 우리나라 법원에 토지관할이 인정되더라도 국제재판관할을 인정하는 것이 조리에 반하는지 심사할 때 고려할 수 있는 요소는 매우 많을 것인데,[35] 항소법원이 이 사건 조정절차와 결정, 집행이 모두 미국

고 평가되고(최성준, "국제적인 도메인이름 분쟁의 해결(상)", **인권과정의**, 2003년 6월호, 120면), 앞에 언급한 국제재판관할배분의 일반론적 설시 부분은 수정역추지설과 관할배분설을 절충한 견해라고 한다(도두형, 앞의 글, 131면). 이렇게 평가가 갈리는 것은, 이 판결의 일반론적 설시 부분과 구체적 사안에 대한 판단에서 실질적 관련성을 요구한 부분이 서로 맞지 아니하여 판결의 논리구조에 모순이 있기 때문이 아닌가 한다. 위 I. 3.에서 대법원의 태도를 대개 4단계 구조로 설명한다고 하였는데, 이 판결을 근거로 대법원의 태도를 4단계 구조로 설명하는 것이 과연 타당한지도 생각하여 볼 만한 문제이다.

35) 예컨대 대법원이 국제재판관할을 정할 때 고려할 것이라고 하는 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속을 생각할 수 있다(대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897판결). 독일에서는 민사소송법의 토지관할규정이 국제재판관할을 '시사한다'는 이중기능을 하지 못하는 경우로 몇 가지 경우를 인정하는데, 이 때 고려하는 것은 당사자의 권리보호를 거부하는 결과가 된다는 것(토지관할규정에 따라서는 독일 법원에 국제재판관할을 인정할 수 없으나 이른바 긴급관할[Notzuständigkeit]을 인정하는 경우)이나 당사자가 관할을 작출하여(Zuständigkeitserschleichung) 신의칙에 반하는 것, 국제재판관할에 대한 국가이익이 없는 것(외국의 공법에 터잡은 법률분쟁에서 자의로 국내재판권에 복종하

에서 이루어졌다는 사실, 즉 - 항소법원이 이해하는 - 의무이행지의 특별재판적의 입법이유인 '청구권과 의무이행지의 일정한 관계'가 없다는 점만을 언급한 것은 그 때문이 아닌가 한다. 그러나 관할배분설, 수정역추지설, 대법원의 견해 모두 민사소송법의 토지관할 규정 가운데 어느 것에 터잡아 우리나라 법원의 토지관할을 인정하더라도 '그 결과'가 조리에 반하는지 살펴보아 국제재판관할을 인정한다는 것이므로, 예컨대 우리나라 법원의 토지관할이 불법행위지의 특별재판적 규정에 의하여 인정되는 경우와 의무이행지의 특별재판적 규정에 의하여 인정되는 경우 그 결과가 조리에 반하는지 심사하는 기준이 달라진다고 할 수는 없을 것이다.

또 민사소송법의 의무이행지의 특별재판적 규정과 같은 조문을 그 입법이유를 고려하여 적용할 것인지 아닌지를 판단하여서도 아니 될 것이다. 예컨대 증거조사의 편리함 때문에 인정되는 불법행위지의 특별재판적은 가해행위지와 결과발생지 모두에 인정될 수 있는데, 가해행위지에 특별재판적이 인정된 경우에 실제 다툼은 손해액을 둘러싸고 이루어질 수도 있고 반대로 결과발생지에 특별재판적이 인정되었는데 양 당사자가 가해행위에 대하여 주로 다툴 수도 있다. 말하자면, 증거조사의 편리함이라는 입법목표에 맞지 아니하는 결과가 될 수도 있는 것이다. 역추지설을 따르지 아니하면 민사소송법의 토지관할 규정이 바로 국제재판관할의 규정이라고 할 수는 없으므로, 이 사건에서 항소법원이 의무이행지의 특별재판적 규정을 국제재판관할에 '적용'하지 아니하였다고 할 수는 없다. 어쨌든 국제재판관할은 의무이행지의 특별재판적 규정을 이 사건에 적용한 결과가 조리에 비추어 부당하다거나 특별한 사정이 있어 그 결과대로 국제재판관할을 인정할 수 없을 때 부정할 것이지, 입법이유에 비추어 이 사건에 의무이행지의 특별재판적 규정을 적용할 수 없다고 하여 부정할 것은 아니다.

3. 원고의 주소지가 재산소재지라는 주장에 대한 판단 부분

(1) 항소법원은 이 사건 청구의 목적인 재산의 소재지가 우리나라이므로 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정할 수 있는지 검토하면서, 위 II. 1. (1)에 적은 것과 같이 인터넷 도메인 이름에 대한 권리는 채권 또는 그와 유사한 권리라고

는 외국에 대하여 권리보호를 부여할 필요가 없으므로) 등이다. Rosenberg/Schwab/ Gottwald, a.a.O., § 31 Rn. 17 ff; Schack, a.a.O., Rn. 236 f, Rn. 491, Rn. 510 f; Stein/Jonas/ Roth, a.a.O., vor § 12 Rn. 34, Rn. 38, Rn. 42, Rn. 48.

할 것이므로 원고의 이 사건 도메인 이름에 대한 권리라는 재산의 소재지는 채무자인 등록기관의 주소지인 미국이라고 한다. 항소법원은 채권의 소재지가 왜 채무자의 주소지인지는 밝히지 아니하였다. 여기서 채권의 소재지를 어디로 볼 것인지 생각하여 볼 필요가 있다.

우리 민사소송법 제11조처럼 재산소재지의 특별재판적을 규정한 독일 민사소송법 제23조는 제2문에서 재산이 채권인 경우 채무자의 주소지, 물적담보가 있는 채권인 경우는 그 물건이 있는 곳을 채권의 소재지로 본다고 하여 이 문제를 입법적으로 해결하였다. 우리나라에서 청구의 목적인 재산이 채권일 때 그 소재지가 어디라고 볼 것인지를 논한 문헌은 찾을 수 없으나, '청구의 목적' 외에 민사소송법 제11조의 또 하나의 적용 대상인 '압류할 수 있는 피고의 재산'이 일반채권인 경우 제3채권자의 보통재판적 소재지가 재산의 소재지라고 하는 견해가 있다. '압류할 수 있는 피고의 재산'이라고 하므로, 민사집행법 제224조 제1항에 따라 채권의 압류는 채무자/제3채권자의 보통재판적 소재지의 법원이 집행법원으로서 관할한다는 것을 근거로 든다.[36] 그런데 채권의 소재지는 채무자의 주소지로 본다고 규정한 독일 민사소송법도 집행절차에서 채권의 압류는 채무자/제3채권자의 주소지에서 하도록 하므로(제828조 제2항), 소송상 재판적의 기준으로 삼기 위하여 채권의 소재지를 어디로 볼지 정하는 것과 채권압류집행을 관할할 법원을 정하는 기준이 반드시 연관되는 것은 아니라고 생각된다. 우리 민사집행법 제224조 제1항과 독일 민사소송법 제828조 제2항은 채권과 기타 재산권에 대한 집행을 관할하는 법원이 원칙적으로 채무자의 보통재판적 소재지의 법원이라는 점에서는 같으나, 채무자가 국내에 보통재판적이 없는 경우는 달리 규율한다. 민사집행법 제224조 제2항은 채무자의 보통재판적 관할 법원이 없는 경우 제3채무자의 보통재판적을 관할하는 법원 또는 물건의 인도를 목적으로 하거나 물적 담보 있는 채권의 경우 그 물건이 있는 곳의 법원을 집행법원으로 하고, 독일 민사소송법 제828조 제2항은 재산소재지의 특별재판적 규정에 따라 채무자를 상대로 소를 제기할 수 있는 곳의 법원이 집행법원이 된다고 한다. 독일 민사소송법에 따를 때 채권에 대한 집행에서 채무자의 보통재판적이 국내에 없고 집행의 대상인 채권 및 그 밖의 - 유형물인 - 재산이 국내에 있으면, 제3채무자의 주소지를 관할하는 법원이나 담보물 소재지의 법원 또는 - 유형물인 - 재산이 있는 곳의 법원이 관할법원이 된다. 그러나 독일 민사소송법 입법자가 염두에 두었던 것은 제

36) **주석 신민사소송법**/김능환, (I), 163면.

3채무자의 보통재판적 소재지의 법원 또는 담보물 소재지의 법원이었다. 독일 민사소송법 입법이유서는 채권에 대한 집행절차를 관할할 법원은 지역적인 관련에서 우선 채무자의 보통재판적 소재지의 법원, 그리고 채무자의 보통재판적이 없을 경우 '집행할 대상이 되는 재산의' 법원이라고 한다.[37] 말하자면, 독일 민사소송법 입법자는 채권에 대한 집행법원을 우리 민사집행법 제224조처럼 정하려 하였던 것이다.[38] 여기서 우리 민사집행법 제224조도 채권에 대한 집행의 관할법원이 우선 채무자의 보통재판적 소재지의 법원, 채무자의 보통재판적이 국내에 없을 때 '집행대상 재산인 채권이 있는 곳'의 법원인 제3채무자의 주소지 법원이나 담보물이 있는 곳의 법원이라고 정한 것이라고 해석할 수 있지 아니할까 싶다.

그리고 민사소송법 제11조가 실효성이 있으려면, 채권의 소재지를 채무자의 주소지로 보아야 할 것이다. 피고의 주소가 국내에 없는데 국내에 피고의 재산이 있다는 것을 기초로 우리나라 법원의 관할을 인정하려는 것이 민사소송법 제11조이므로, 그 재산이 채권인 경우 채권자인 피고는 국내에 주소가 없으니 채무자의 주소지를 근거로 삼을 수밖에 없다. 따라서 특별재판적을 인정하는 근거가 재산의 소재지이고 채권이 그 대상 재산일 때, 채권의 소재지는 채무자의 주소지로 보는 것이 옳을 것이다.[39]

(2) 그밖에 이 판시 부분에서 생각하여 볼 것은, 민사소송법 제11조의 재산소재지의 특별재판적은 우리나라에 주소가 없는 사람 또는 주소를 알 수 없는 사람에 대하여 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에 적용되는 것이므로 피고가 우리나라에 주소가 없다는 요건을 검토하여야 한다는 것이다. 이 사건 각 심급 판

37) Hahn/Stegemann, a.a.O., S. 457.

38) 우리 민사집행법 제224조 제2항에서 물건의 인도를 목적으로 하는 채권에 대하여도 그 물건이 있는 곳의 법원을 관할법원으로 정한 점은 독일 민사소송법 입법자의 의도와 다르다.

39) 본문에서 '채권의 소재지는 채무자의 주소지'라고 하지 아니하고 '특별재판적을 인정하는 근거가 채권의 소재지일 때 이를 채무자의 주소지로 본다'고 강조한 것은, 이것이 소송에서 재판적을 정할 때에만 그러한 것이기 때문이다. 다른 나라에서나 다른 법분야에서는 채권의 소재지를 달리 보거나 달리 정할 수 있다. MünchKomm/ Patzina, § 23 Rn. 19; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 23 Rn. 27은 독일 민사소송법 제23조 제2문에 따른 채권의 소재지는 이행지와는 관계없다고 하며, 또 Stein/Jonas/Roth, a.a.O.는 이 조문은 독자적인 규정으로, 국제사법에 이와 다른 원칙이 있으면 고려하지 아니한다고 한다.

결에 그러한 내용을 판단할 자료가 없어서 그 요건이 갖추어졌는지는 알 수 없다. 이 사건의 피고는 자연인이 아니고 법인이므로, 자연인의 보통재판적을 정하는 기준인 '주소'(민사소송법 제3조)가 국내에 없다는 것 대신, 법인 등의 보통재판적을 정하는 기준인 '주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳, 사무소와 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소'(민사소송법 제5조)가 국내에 없다는 것이 이 조문을 적용하기 위한 요건이 될 것이다. 그런데 민사소송법 제5조 제2항에서 외국법인에 대하여는 보통재판적을 '대한민국에 있는 사무소·영업소 또는 업무담당자의 주소'에 따라 정하도록 하였다. 그래서 민사소송법 제11조의 특별재판적도 외국법인에 대하여는 국내에 사무소나 영업소가 없을 때 인정된다고 한다.[40] 이 사건의 피고인 후렛트 팩커드 컴퍼니는 미국 캘리포니아주 소재 회사이므로 주된 사무소 또는 영업소 등이 우리나라에 없으나, 그것만으로는 이 사건에 재산소재지의 특별재판적 규정을 적용할 수 없다. 이 조문을 적용하려면 우리나라에 피고의 사무소나 영업소가 없어야 한다. 항소법원이 이 사건에 민사소송법 제11조를 적용할 수 있는지 고려할 때 이 점을 검토하고 판결에 밝혔으면 좋았을 것이다.

4. 관련재판적의 인정 여부

항소법원은 피고가 관할위반의 항변을 한 부분인 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대하여서만 국제재판관할을 조사하였고, 그 때에 원고가 자신의 주소지 법원이 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대하여 국제재판관할권이 있다고 주장하며 제시한 근거만을 판단하고 소를 각하하였다. 임의관할은 피고의 항변이 있어야 비로소 조사하는 것이기는 하나 일단 피고의 항변이 있어 조사를 하는 이상 소송요건의 조사는 직권으로 하는 것이고 법률의 적용은 법원의 직권판단사항이므로, 당사자가 이 사건에 적용된다고 주장한 관할규정의 적용 여부만 판단할 것이 아니라 적용 가능한 모든 관할규정의 적용 여부를 고려하여 관할을 판단하여야 할 것이다. 따라서 항소법원은 원고가 주장한 불법행위지, 의무이행지, 재산소재지의 특별재판적 규정에 따라 이 사건에 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정할 수 없다고 판단하였다면, 그 밖에도 다른 관할규정이 이 사건에 적용될 수 있는지 검토하고 어떤 관할규정에 의하여서도 이 사건에 토지관할과 국제

40) **주석 신민사소송법**/김능환, (1), 161면.

재판관할이 인정될 수 없다고 판단하였을 때 비로소 소를 각하하였어야 한다.

항소법원이 판단한 토지관할규정 외에 이 사건에 적용될 수 있는 관할규정으로 눈에 띄는 것은, 병합청구의 관련재판적을 규정한 민사소송법 제25조 제1항이다. 이 사건 도메인 이름 이전청구에 병합된 청구에 제1심 법원의 토지관할이 인정되면, 관련재판적 규정에 따라 이 사건 도메인 이름 이전청구에도 제1심 법원의 토지관할이 인정된다. 원고가 처음 소를 제기할 때 이 사건 도메인 이름의 이전청구와 함께 손해배상도 청구하였다가 항소심에서 손해배상청구를 취하하고 이 사건 도메인 이름에 대한 피고의 침해금지청구권이 존재하지 아니함을 확인하여 달라는 청구를 선택적으로 추가하였으므로 이 두 청구의 면에서 관련재판적을 고려할 수 있는데,[41] 국제재판관할의 특수성 때문에 고려할 점도 있다.

(1) 침해금지청구권의 부존재확인청구는 원고가 여전히 이 사건 도메인 이름의 보유자임을 전제로, 원고의 이 사건 도메인 이름 등록이 피고의 hp라는 표장에 대한 상표권을 침해한다고 하여 상표권에 기하여 침해금지를 청구할 권리가 피고에게 없음을 확인하라는 청구인데, 상표권을 침해하는 행위는 불법행위이므로[42] 원고의 주소지에 불법행위지의 특별재판적을 인정할 수 있는지 문제된다.[43] 원고의 이 사건 도메인 이름 등록·이용이 이루어진 곳은 원고의 영업의 본거지일 것이고 이 사건에서 원고의 주소지는 원고의 영업의 본거지이기도 하므로, 원고의 주소지에 대하여 가해행위지로서 불법행위지의 특별재판적을 인정할 수 있을 것이다.

(2) 손해배상청구의 경우는 당연히 불법행위지의 특별재판적을 고려할 수 있는데, 이는 이 사건 도메인 이름 이전청구에 대하여 불법행위지의 특별재판적을 고려하는 것과 같은 결과가 될 것이다(위 II. 1. (3)). 따라서 그밖에 다른 특별재판적이 이 청구에 적용될 수 있는지 본다. 손해배상청구는 금전지급청구이므로 손

41) 도두형, 앞의 글, 140면 이하는 이 사건에서 관련재판적이 검토되지 아니한 점을 지적하나, 항소심에서 손해배상청구가 취하되고 침해행위금지청구권의 부존재확인청구가 선택적으로 추가된 점을 바르게 고려하지 못하였다.

42) 상표법 제65조; 곽윤직, **채권각론**, 제6판, 박영사, 2003; **민법주해**/이상훈, [XVIII] 213면.

43) 불법행위지의 특별재판적은 이행의 소 외에 형성의 소나 적극적·소극적 확인의 소에도 적용될 수 있다. Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 32 Rn. 22. 그리고 상표권의 침해는 불법행위이므로 침해행위금지청구권 부존재확인의 소에 불법행위지의 특별재판적이 적용될 수 있다.

해배상의무의 이행지는 채권자의 주소지로 이 사건 원고의 주소지이다. 따라서 이 사건의 제1심 법원에는 이 청구에 대한 토지관할이 인정된다.

(3) 피고의 침해행위금지청구권의 부존재확인청구와 손해배상청구 모두에 대하여 원고의 주소지 법원은 관할권을 가지므로, 관련재판적 규정에 의하여 이 사건 도메인 이름 이전청구도 그 법원에 할 수 있다. 여기서 짚고 넘어가야 할 것은, 토지관할이 관련재판적에 의하여 인정되었을 때 국제재판관할을 인정할 수 있는가이다.

이 점에 대하여서는 독일에서 견해가 갈리나, 병합청구에 대한 관련재판적도 토지관할을 인정하는 규정의 하나로서 국제재판관할을 인정하는 근거가 된다고 보는 점은 마찬가지이다.[44] 그러나 우리 민사소송법의 관련재판적 규정인 제25조 제1항은 독일 민사소송법 제25조와 제26조처럼 특정한 경우로 한정된 조문[45]이 아니고 청구병합의 경우에 일반적으로 적용되는 것이어서, 제25조 제1항에 의하여 관련재판적이 인정되어 수소법원의 토지관할이 인정되면 항상 우리나라 법원의 국제재판관할이 인정된다고 볼 것인지가 문제이다.[46] 우리나라 하급심판례[47]

---

44) Jauernig, a.a.O., § 2 1; BGHZ 132, 112 ff는 관련재판적에 의하여 국제재판관할권을 인정하는 것을 부정한다. MünchKomm/Patzina, a.a.O., § 25 Rn. 7, § 26 Rn. 8; Schack, a.a.O., Rn. 341 ff; Stein/Jonas/Roth, a.a.O., § 25 Rn. 5, § 26 Rn. 13은 반대로 이를 긍정한다. 그러나 BGHZ 132, 112 ff는 명문의 규정이 없는 경우에도 일반적으로 관련재판적을 인정하는 것을 부정하는 것이고 Jauernig, a.a.O.는 이 판결을 인용한 것이다. MünchKomm/Patzina, a.a.O.와 Stein/Jonas/Roth, a.a.O.는 독일 민사소송법의 관련재판적 규정인 제25조와 제26조에 대한 것이다. 따라서 이들 견해는 독일 민사소송법에 관련재판적 조문이 있는 경우 그것을 근거로 국제재판관할을 인정할 것인가의 문제에서 대립하는 것은 아니다. Geimer, a.a.O., Rn. 1023은 Rn. 1159를 비롯한 몇몇 부분에서 다룬 경우를 제외하고는 관련재판적이 인정되지 아니한다고 하나, Rn. 1159 등에서 다루는 것은 공동소송인에 대한 관련재판적이지 청구병합에 대한 것은 아니다. 또 Rn. 1579에서는 독일 민사소송법은 제33조(반소의 특별재판적)와 주된 절차에 부수된 절차 몇 경우를 제외하고는 관련재판적을 인정하지 아니한다고 하는데, 제25조와 제26조를 어떻게 생각하는 것인지는 알 수 없다.

45) 제25조는 '피고가 동일한 경우에 한하여, 저당권, 토지채무 또는 정기토지채무에 관한 소는 채무의 소와 함께, 저당권, 토지채무, 정기토지채무의 변경 또는 말소를 구하는 소는 인적채무의 면책을 구하는 소와 함께, 그리고 물적부담의 승인을 구하는 소는 연체금부에 관한 소와 함께 물권에 관한 재판적에서 병합하여 제기할 수 있다.'고 한다. 제26조는 '부동산의 소유자나 점유자에 대하여 그러한 지위에 관련하여 제기하는 인적인 소, 토지의 침해로 인한 소 또는 토지수용으로 인한 손실보상과 관련하여 제기하는 소는 물적재판적에서 제기할 수 있다.'고 하여, 반드시 청구병합의 경우가 아니고 독립적으로 소를 제기하는 경우에도 적용될 수 있는 조문이다.

는 관련재판적 규정에 의하여 국제재판관할권을 인정하려면 여러 개의 청구 사이에 그 기초되는 사실관계 혹은 쟁점이 동일하거나 견련관계를 갖는 등의 밀접한 관계가 인정되어야 하고, 비록 동일 당사자 사이의 청구라 할지라도 밀접한 관계가 없는 경우에는 병합하여 재판하는 것은 국제사회에서의 재판기능의 합리적인 분배의 관점에서 볼 때 상당하지 않을 뿐만 아니라 오히려 재판이 복잡해지고 장기화될 우려가 있기 때문에 민사소송법상의 관련재판적 규정에 의한 국제재판관할권이 인정되지 아니한다고 한다.[48] 이 사건 도메인 이름의 이전청구와 손해배상청구, 침해행위금지청구권의 부존재확인청구 사이에는 이 하급심판례의 태도에 따를 때 밀접한 관계가 있다고 할 수 있으므로, 이 사건 도메인 이름의 이전청구에는 병합청구의 관련재판적에 의하여 원고 주소지 법원의 토지관할과 우리나라 법원의 국제재판관할이 인정된다고 할 것이다.

(4) 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대하여 관련재판적 규정을 적용할 때 고려할 또 하나의 문제는 민사소송법 제33조이다. 이 조문에 따르면, 법원의 관할은 소를 제기한 때를 표준으로 정한다. 따라서 이 사건 손해배상청구의 경우, 이를 통하여 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 관련재판적이 인정된 다음 손해배상청구가 취하되는 것은 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대한 법원의 토지관할에는 영향을 미치지 아니한다(관할의 항정).[49] 반면 피고의 침해금지청구권의 부존재확인청구는 항소심에서 선택적으로 추가되었으므로, 이 조문을 문언 그대로 해석하여 원고의 소 제기시를 기준으로 법원의 관할을 판단한다면 이 청구는 관할판단의 고려대상이 되지 아니한다고 생각할 수도 있다. 그러나 이 조문의 취지는 소 제기 당시에 인정된 관할이 그 후의 사정변경에 의하여 변하지 아니

46) 석광현, 앞의 책, 291-292면, 주 49는 민사소송법 제22조 제1항(민사소송법 개정 전의 조문 번호임.)을 당연히 국제재판관할의 근거로 삼을 수 있는지는 신중히 고려할 문제라고 한다. 이 책의 291면 이하는 주로 공동소송인의 관련재판적을 인정하는 민사소송법 제22조 제2항을 고찰하는데, 이 조문에 대하여도 그대로 국제재판관할의 원칙으로 삼는 것은 적절하지 아니하여서 엄격한 요건 하에서만 인정할 것이라 한다.

47) 인천지방법원 2003. 7. 24. 선고 2003가합1768판결.

48) 이성호, “사이버지적재판권분쟁과 그 해결”, 손경한(편저), **사이버지적재산권법**, 법영사, 2004, 642면 이하도 관련재판적에 기하여 국제재판관할을 인정할 것인가에 대하여, 국제재판관할에 관하여는 본래의 관할국에서 재판을 받는 데 대한 당사자의 이해관계가 (국내의 사건에서보다) 훨씬 크므로 청구 간에 관련성을 요건으로 할 필요가 있다고 하고, 앞의 하급심 판결을 언급한다.

49) **주석 신민사소송법**/김능환, (I), 225면.

한다는 것일 뿐이고, 소 제기 당시 수소법원의 관할이 인정되지 아니하다가 나중에 그 법원의 관할을 인정할 수 있는 사정변경이 있은 경우에는 소 제기시로 소급하여 관할이 인정된다. 그리고 이렇게 관할위반이라는 하자가 치유되는 것은 항소심에서 관할을 인정할 사정변경이 있은 경우에도 마찬가지로 해석할 것이다.[50] 그러므로 항소심에서 추가된, 피고의 침해행위금지청구권의 부존재확인청구에 대하여 법원의 토지관할이 인정되면, 관련재판적 규정이 적용되는 병합청구에 대하여서도 소급적으로 소 제기시부터 그 법원의 토지관할이 인정될 것이다.

(5) 관련재판적과 관련하여 마지막으로 살펴볼 문제는, 이 사건에서 제1심 법원의 토지관할이 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대하여 관련재판적에 의하여 인정되었다면 나중에 한 청구가 취하되거나 추가되어도 변하지 아니한다고 볼 것이나, 국제재판관할에 대하여서도 관할의 항정을 인정할 것인가이다. 독일에서는 어느 나라 법원의 국제재판관할을 인정할 근거가 되는 사실이 소 제기시에는 존재하지 아니하다가 나중에 발생한 경우에 대하여 국제재판관할을 인정하는 데에는 견해가 일치하나,[51] 국제재판관할을 인정할 근거가 소 제기시에 존재하다가 나중에 없어졌을 때 국제재판관할의 항정을 인정할 것인가에 대하여는 견해가 나뉜다.[52] 국제재판관할을 인정한 근거가 소송 중에 소멸하더라도 법원의 관할에는 영향이 없다는 견해[53]와 국제재판관할을 인정하는 데 토지관할규정이

---

50) **주석 신민사소송법**/김능환, (I), 226면; 호문혁, 앞의 책, 164-25면.

51) Schumann, a.a.O., S. 410 f.

52) 이 문제에 관한 독일 판례의 변화에 대한 자료와 학설대립에 관한 자료는 Damrau, Jürgen, “Fortdauer der internationalen Zuständigkeit trotz Wegfalls ihrer Voraussetzungen?” in: Habscheid/Gaul/Mikat (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 1976, S. 106 ff; Walchshöfer, Alfred, “Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit”, *ZZP* 80, S. 227 ff 참조.

53) Neuner, Robert, *Internationale Zuständigkeit*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1929, S 43 f와 Reu, Fritz, *Die staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht*, Marburg 1938, S. 194 ff는 민사소송법의 토지관할규정은 국제재판관할도 규율(또는 시사)하는 것이므로 토지관할을 판단하는 시점인 소 제기시를 기준으로 국제재판관할도 판단하여야 하고, 그러지 아니하면 법률규정의 목적을 달성하지 못하게 된다고 한다. Geimer, a.a.O., Rn 1835 f는 원고는 처음에 관할이 인정된 나라에서 재판청구권이 계속 보장되리라고 신뢰할 것이고, 그것을 보호하여야 한다는 논거를 든다. Schack, a.a.O., Rn. 392 ff는 가사사건 외에는 원고의 이익과 질서이익의 관점에서 국제재판관할의 항정을 인정한다. 또 국제재판관할은 한 나라의 판결이 외국에서 승인될 것인가와 무관하게 결정된다고 하고 국제재판관할의 항정도 그러하다고 한다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., § 31 Rn. 23은 특별한 근거를 제시하지 아니하고 국제재판관할의 항정을 인정한다.

일정한 역할을 하는 것을 인정하면서도 국제재판관할의 독자성[54]을 강조하여 국제재판관할에 대하여는 관할의 항정을 부인하는 견해[55], 국제재판관할에 대하여 관할의 항정을 항상 인정할 수는 없더라도 개별 사건에서 국제재판관할의 항정을 인정하는 것은 긍정할 수 있다는 견해가 주장된다. 이 견해가 국제재판관할의 항정을 부인하는 예는, 외국의 어떤 법원이 사건을 전속적으로 관할하게 되는 경우, 국적이나 주소를 기준으로 국제재판관할을 인정하는 것이 일정한 보호목적을 가진 경우, 국제재판관할이 자국재판이 외국법원에서 승인될 가능성이 있는가에 따라 결정되는 경우 등이고, 의심스러운 경우에는 국제재판관할의 항정을 부인하

54) Schumann, a.a.O., S. 402 ff에서 국제재판관할의 특징을 설명하고, S. 408 f에서 관할의 항정과 관련하여 다음과 같이 설명한다: 한 나라 안에서 관할의 항정을 인정하는 것은 그 나라 안의 모든 법원의 가치가 같다고 전제하기 때문이다. 토지관할이나 사물관할의 문제에서는 어느 법원이 사건을 재판하건 마찬가지이어서, 당사자에게는 관할 법원에서만 재판받는 것에 대한 이익을 인정할 수 없고 관할 없는 법원이 재판하여도 된다. 그래서 상소심에서 당사자는 임의관할의 위반을 주장하지 못하고(민사소송법 제411조. 독일 민사소송법 제513조 제2항), 상소법원은 임의관할의 위반을 조사하지 아니한다. 그러나 이것은 관할권이 소 제기 당시의 관할법원에서 그 나라 안의 다른 법원으로 '넘어가는' 것은 상관없다는 것이지, 관할권이 '없어지는' 것, 곧 그 나라의 어느 법원도 그 사건을 관할하지 못하게 되는 것도 상관없다는 뜻은 아니다. 따라서 상소법원은 국제재판관할을 조사하여야 한다(Stein/Jonas/Grunsky, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21, Aufl., Tübingen 1994, § 512a Rn. 1은 토지관할에 대하여 상소심에서 관할위반을 심리하지 못하는 까닭을 적고 Rn. 6에서 국제재판관할에 대하여는 그렇지 아니함을 설명하는데, 이는 개정 전 독일 민사소송법 제512a조에 관한 설명이어서 토지관할에만 한정되어 있다. 현행 독일 민사소송법 제513조 제2항은 토지관할에 한정된 조문이 아니다.).

55) Damrau, a.a.O., S. 112 ff는 국제재판관할의 항정을 긍정하는 이유로 제시되는 논거(아래 주 56 참조)를 다음과 같이 비판한다: 한 나라 안에서는 관할의 항정을 인정하면 지금까지의 법원의 작업이 무의미하게 되고 다른 법원이 사건을 다시 검토하여야 한다는 점에서 발생하는 법원 업무의 증가를 막는 역할을 하지만, 국제재판관할의 경우는 관할의 항정을 인정하지 아니하여도 국내 법원이 이중의 부담을 지게 되어 전체 법원의 업무가 증가하는 일이 없다. 또 관할의 항정을 인정하지 아니하는 경우 법원의 작업이 무의미하게 된다는 것이나 분쟁해결이 지연된다는 것은, 관할원인이 언제 없어지는가라는 우연적인 요소에 따라 달라질 것이고 외국 법원이 자국 법원의 증거조사의 결과 등을 언제나 전혀 고려하지 아니하는 것도 아니다. 당사자의 관점에서는 관할의 항정을 인정하면 다른 나라의 법원에서 다시 소송을 수행할 필요가 없으므로 비용을 절감할 수 있다고 하는데, 실상은 그렇지 아니하다. 외국 법원에서 다시 소송을 수행하여 비용이 증가한다고 하여도 자국에서 받은 판결을 외국에서 집행하기 위하여 집행판결을 받는 비용이 들지 아니할 것이므로 결국 마찬가지이다. 당사자의 소송수행노력이 무의미하게 된다는 것도 역시 관할원인이 없어지는 시기라는 우연적인 요소에 달려 있고, 분쟁해결이 지연된다는 논거도 집행판결절차가 필요 없으므로 설득력이 없다.

여야 한다고 본다.[56]

이 사건에서 제1심 법원이 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 대하여 민사소송법의 토지관할 규정에 의하여 관할이 인정되지 아니하여, 손해배상청구에 인정되는 토지관할을 통하여 관련재판적 규정을 적용하여 토지관할을 인정한 다음 두 청구 모두에 대하여 국제재판관할을 인정하였다고 가정하여 보자. 국제재판관할에 대하여 관할의 항정을 부인하는 견해를 따를 때, 항소심에서 손해배상청구가 취하되면 이 사건 도메인 이름의 이전청구에 관련재판적 규정을 적용할 근거가 없어져 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정할 수 없어서 소를 각하하여야 하고, 원고는 관할이 인정되는 외국 법원에 다시 소를 제기하여야 한다. 이미 제1심 절차가 진행되어 두 청구 모두에 대하여 판결을 받고 항소심에 계속 중인 상태에서, 한 청구가 취하되자 나머지 청구에 대하여 소를 각하하는 것이 국제재판관할분배원칙의 기본이념인 재판의 신속, 경제라는 면에서 바람직한지 의심스럽다.[57] 따라서 이 견해는 취하기 어렵다고 생각되므로, 국제재판관할에서 관할

---

56) Matthies, Heinrich, *Die deutsche internationale Zuständigkeit: Ihre Begrenzung und prozessuale Behandlung*, 1953, S. 67 f는 위 주 53)의 Neuner와 Reu의 견해를 비판하는데, 우선 국제재판관할의 항정을 인정하여야 하는 근거로, 관할의 항정을 인정하지 아니할 경우 관할원인이 없어질 때까지의 법원의 작업이 무의미하게 된다는 점, 당사자들이 다른 나라에서 다시 소를 제기하여야 한다는 것은 일반적으로 매우 가혹한 결과라는 점, 관할원인을 악의적으로 변경하는 일이 빈번하리라는 점을 든다. 그러면서 S. 69에서 외국법원이 독일 내에 계속 중인 사건을 전속적으로 관할하게 되고 독일법도 그것을 인정하는 경우에는 국제적 법적거래에서 국가간의 관계를 침해하지 아니하도록 관할의 항정을 부인하여야 한다고 본다; Pagenstecher, Max, “Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit als selbständige Prozeßvoraussetzungen”, *RabelsZ* 11 (1937), S. 462 f는 관할의 항정을 인정하지 아니하면 당사자에게 가혹한 결과가 될 수 있다는 것과 법원의 입장에서는 국제재판관할을 한 번만 심사하면 되므로 부담이 줄고 그것을 둘러싼 다툼의 여지도 없어진다는 것을 든다. 그러나 S. 460에서 국제재판관할의 항정이 독일 법의 목적을 침해하여서는 안 된다고 한다. MünchKomm-ZPO/Lüke, § 261 Rn. 87; Schumann, a.a.O., S. 408 f; Stein/Jonas/Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21, Aufl., Tübingen 1996, § 261 Rn. 86; Walchshöfer, a.a.O., S. 225 ff 등은 독일 민사소송법의 토지관할규정이 국제재판관할과도 관련이 있다는 점과 제261조 제3항 제2호의 ‘관할’은 국제재판관할을 포함하므로 국제재판관할의 항정을 인정하되, 국제재판관할의 항정을 언제나 인정할 수 없는 논거로 사후적으로 관할권이 없어진 나라의 법원의 판결이 외국에서 승인되지 아니하리라는 점을 든다. 그리고 본문에 적은 것과 같이 국제재판관할의 항정을 부인하는 경우를 Matthies나 Pagenstecher보다 널리 인정한다.

57) Damrau, a.a.O.는 외국 법원이 이미 자국 법원에서 이루어진 증거조사의 결과 등을 이용할 가능성도 있을 것이라고 하나, 과연 그런 것이 일반적인 현상이라고 할 수 있을지 의문이다. 그리고 국제재판관할의 항정을 인정하지 아니하여 다른 나라에서 새로이

의 항정을 인정할 수 있다는 견해를 따른다. 국제재판관할의 항정을 개별적으로 판단하려는 견해에서 국제재판관할의 항정을 부인하는 예는, 외국의 어떤 법원이 사건을 전속적으로 관할하게 되는 경우, 국적이나 주소를 기준으로 국제재판관할을 인정하는 것이 일정한 보호목적을 가진 경우, 국제재판관할이 자국재판이 외국법원에서 승인될 가능성이 있는가에 따라 결정되는 경우 등 국제재판관할이 공익 또는 관할에 대한 국가이익과 매우 깊이 관련된 경우이고, 따라서 이러한 국제재판관할 인정 근거가 소송 도중에 없어지면 국제재판관할의 항정을 부인하는 것이 아닌가 싶다. 이 사건과 같은 경우에 관련재판적 규정에 따라 토지관할이 없는 법원에 관할을 인정하고 우리나라 법원의 국제재판관할을 인정하는 것은 공익이나 국가이익과 관련이 없으니, 관련재판적 적용 근거가 되었던 청구가 나중에 취하되었다는 사정으로 우리나라의 법원에 국제재판관할이 인정되지 아니한다고 할 수 없을 것이다. 그러므로 국제재판관할에서 관할의 항정을 항상 인정하는 견해를 따르건, 경우에 따라 관할의 항정을 판단하려는 견해를 따르건 이 사건에는 국제재판관할의 항정이 인정될 것이다.

Ⅲ. 맺음말

지금까지 살펴본 것과 같이 항소법원은 이 사건에 대한 우리나라 법원의 국제재판관할 판단과 그 과정에서 필요한 제1심 법원의 토지관할 판단에서 여러 가지 문제점을 보였다. 머리말에 적은 것을 다시 한 번 강조하자면, 관할은 소송요

소송을 진행하는 경우 집행판결절차를 거칠 필요가 없으므로 시간이나 비용 면에서 차이가 없다고 하나, 원고가 패소하는 경우나 성질상 집행되지 아니하는 확인판결이나 형성판결의 경우는 집행판결절차가 없으므로 Damrau의 주장과 달리 시간과 비용 면에서 차이가 나게 된다. 그리고 이행판결의 경우에도, 피고가 자신에게 의무가 있는지 불확실하여 다투기는 하나 법원의 판결로 의무가 인정된다면 이행하겠다고 할 수도 있으므로 집행판결이 반드시 필요한 것은 아니다. 그밖에 Grunsky, Wolfgang, “Buchbesprechung zu Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag”, ZZP 91, S. 85; Schack, a.a.O., Rn. 392는 국제재판관할의 항정을 전면 부인하면, 특히 원고가 피고와 인적관련이 있어 토지관할이 인정되는 법원에 소를 제기한 경우 피고의 주소가 바뀌는 등의 사정이 있을 때마다 새로이 소를 제기하여야 한다는 결과가 되고 피고는 그러한 방식으로 본안재판을 막을 수 있게 된다고 한다. Schack, a.a.O.는 또 소송경제라는 이상의 가치는 국경과 상관없는 것으로, 질서이익의 관점에서 외국의 법원이 이중의 작업을 하게 되는 부담을 덜어주어야 한다고 본다.

건의 하나로 법원이 본안재판을 하려면 반드시 갖추어져야 하는 것이다. 법원은 모든 사건에 대하여 관할을 심사하여야 하므로, 이것은 법원의 일상적인 업무 가운데 하나이다. 그런 관할을 법관이 바르게 이해하지 못하고 민사소송법의 관할 규정을 올바로 적용하지 못한다는 것은 매우 심각한 문제라 하지 아니할 수 없다. 실무에서는 임의관할은 당사자가 항변하지 아니하면 특별히 조사할 필요가 없으므로 별로 중요하게 여기지 아니할 수도 있다. 그러나 자주 문제되지 아니한다 하여 어떤 제도가 존재 의의를 잃는 것도 아니고 그 중요성이 덜하게 되는 것도 아니다. 혹여 실무에서 민사소송법의 제도와 규정을 소홀히 다루는 일이 있었다면, 이 글이 그 점을 한번 돌아보는 계기가 되기를 바란다.

주제어: 국제재판관할, 토지관할, 불법행위지의 특별재판적, 의무이행지의 특별재판적, 재산소재지의 특별재판적, 관련재판적

<Zusammenfassung>

Zum Verständnis der internationalen Zuständigkeit der koreanischen Rechtsprechung

Jung Hoo Oh*

Neulich wies das OLG Seoul in einem Urteil eine Klage auf Rückübertragung des Internet-Domainnamens als unzulässig ab, und zwar wegen fehlender internationaler Zuständigkeit. Der Kläger liess einen Domainnamen bei einer Register-Organisation in den USA unter seinem Namen registrieren und vermietete ihn als e-mail-Adresse durch seinen Webseite-Betrieb. Der Beklagte beanspruchte den Domainnamen für sich mit der Begründung, dessen Registrierung und Benutzung durch den Kläger beeinträchtige seine geschützte Marke. Der Domainname wurde durch den Beschluss des staatlichen Schiedsausschusses der USA dem Beklagten übertragen, und der Kläger erhob Klage auf Rückübertragung des Domainnamen und Schadensersatz. Der Kläger behauptete, sein Wohnsitzort begründe ① als Erfolgsort der unerlaubten Handlung des Beklagten; ② als Erfüllungsort der Herausgabepflicht des ohne rechtlichen Grund Erlangten; ③ als Ort, wo sich der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet, die örtliche Zuständigkeit des OLG Seoul und zugleich die internationale Zuständigkeit des koreanischen Gerichts.

Beim Beurteilen der Zuständigkeit unterlief dem OLG in vielen Punkten Fehler. Erstens, das OLG verneinte die angebliche unerlaubte Handlung des Beklagten und meinte, folglich komme der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in diesem Fall nicht in Betracht. Dies ist aber umgekehrt: die Zulässigkeit der Klage beurteilt man nicht nach dem Ergebnis der Begründetheitsprüfung. Die Wahrheit der so genannten doppelrelevanten Tatsachen wird bei der Zulässigkeitsprüfung unterstellt. Zweitens, nach dem OLG sei der Erfüllungsort wegen der Beweisnähe als besonderen Gerichtsstand anerkannt, und

* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University

angesichts des Normzwecks sei diese Vorschrift hier unanwendbar, da dieser Rechtsstreit keine Beziehung zu Korea aufweise. Dieser Äußerung kann man ebenfalls nicht zustimmen. Denn die Sach- und Beweisnähe begründet nicht den besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsorts, sondern den der unerlaubten Handlung. Man denke nur an den Erfüllungsort der Herausgabepflicht des rechtsgrundlos Angereicherten oder der Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Hanldung. Ferner sollte die Anwendbarkeit der Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände nicht an ihrem Normzweck gemessen werden. Wiederum sei an den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung verwiesen. Drittens, der Sitz der Forderungen hinsichtlich des besonderen Gerichtsstands des Vermögens sei, so das OLG, der Wohnsitzort des Schuldners und in diesem Fall sei der Schuldner die Register-Organisation in den USA. Allerdings gibt das OLG keinen Grund an, warum der Sitz der Forderungen der Wohnsitz des Schuldners ist. Die koreanische ZPO enthält, anders als die deutsche ZPO, keine ausdrückliche Regelung über den Sitz der Forderungen. Aber sowohl aus der praktischen Überlegung, dass der Gläubiger keinen Wohnsitz im Inland hat, als auch im Interesse der einheitlichen Auslegung mit dem Zwangsvollstreckungsrecht, nämlich den Vorschriften über das Vollstreckungsgericht bei der Forderungsvollstreckung, sollte der Wohnsitz des Schuldners als Sitz der Forderung gelten. Schließlich, prüft das OLG den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs bei Klagenhäufung nicht. Dabei hätte es sich mit einigen umstrittenen Fragen auseinandersetzen müssen, ob der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs und die perpetuatio fori auch für die internationale Zuständigkeit anerkannt werden.

In Korea bereitet die örtliche Zuständigkeit den Juristen selten Schwierigkeiten, und sie beachten sie kaum. Die Vernachlässigung der örtlichen Zuständigkeit führt aber in diesem Fall zur Fehlentscheidung der internationalen Zuständigkeit. Der örtlichten Zuständigkeit als einem Institut der Zivilprozessordnung dürfte darum die gebührende Beachtung nicht versagt werden.

Schlüsselwörter: Internationale Zuständigkeit, Örtliche Zuständigkeit, Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts, Besonderer Gerichtsstand des Vermögens, Gerichtsstand des Sachzusammenhangs