

法學博士學位論文

인터넷 도메인 이름의 法的 問題에 관한 研究

— 商標와 도메인 이름의 均衡과 調和 —

2003年 2月

서울大學校 大學院

法學科

曹 廷 昱

인터넷 도메인 이름의 法的 問題에 관한 研究

— 商標와 도메인 이름의 均衡과 調和 —

指導教授 丁 相 朝

이 論文을 法學博士 學位論文으로 제출함

2002年 10月

서울大學校 大學院

法 學 科

曹 廷 昱

曹廷昱의 博士 學位論文을 認准함

2002年 12月

委 員 長

副委員長

委 員

委 員

委 員

國文 抄錄

인터넷 도메인 이름(Internet Domain Names, 이하 “도메인 이름”이라 한다)은 컴퓨터로 연결된 네트워크의 식별자(identifier)로서 이용자가 편리하게 사용할 수 있도록 문자, 숫자, 일부 기호로 구성되어 있는데, 각 도메인(Domain)별로 오직 하나의 도메인 이름만 등록할 수 있다는 唯一性과, 商標와 同一·類似한 명칭을 도메인 이름으로 登錄, 使用할 수 있다는 점이 결합하여 많은 紛爭을 야기하였다. 기존의 商標法과 不正競爭防止및營業秘密保護에관한法律(이하 “不正競爭防止法”이라 한다)이 도메인 이름 분쟁해결에 한계를 보이자, 도메인 이름의 효율적인 분배와 관리를 위하여 1998. 10. 國際인터넷住所資源管理機構(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 이하 “ICANN”이라 한다)가 설립되고, 1999. 4. 30. 世界知的財産權機構(World Intellectual Property Organization, 이하 “WIPO”라 한다)가 도메인 이름의 관리와 知的財産權의 爭點을 해결하기 위한 제1차 보고서(이하 “제1차 WIPO 보고서”라 한다)를 ICANN과 WIPO 회원국에 제안하였다. ICANN은 제1차 WIPO 보고서를 기초로 신속하고 저렴한 분쟁해결을 위해 “도메인 이름을 不正한 目的으로 登錄 및 使用하는 경우” 그 도메인 이름을 正當한 이해관계인에게 登錄移轉, 登錄抹消 또는 變更할 수 있도록 하는 統一도메인이름紛爭解決規程(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 “UDRP”라 한다) 및 同 規則(Rules for UDRP)을 제정하였다. 이러한 UDRP 체제는 國家도메인뿐만 아니라, 새로 생성되는 新規 도메인에도 반영되고 있다.

그러나, 도메인 이름은 表現의 自由(freedom of expression)에 기초하고, 인터넷상 주소뿐만 아니라 자기를 나타내는 표지로서의 역할도 하므로, 도메인 이름의 正當한 使用은 UDRP 체제에서도 원칙적으로 보호되어야 하고, 이에 따라 商標 保護와 均衡을 이를 필요가 있다. 따라서 이 논문은 상표와 도메인 이름을 둘러싼 법적 문제를 검토하고, “도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록” 및 “사용”으로부터 상표권을 보호하는 것뿐만 아니라, “상표권자의 권리남용”으로부터 도메인 이름 권리를 보호하는 것도 함께 연구함으로써 “商標와 도메인 이름의 均衡과 調和”를 이루는 해결방안을 찾는 데에 목적이 있다. 다만 登錄商標는 商標法에 의해, 周知·著名商標는 不正競爭防止法에 의해, 그리고 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄, 使用하는 경우에는 상표의 등록이나 주지 여부를 묻지 않고 UDRP에 따라 상표를 보호하는 데에 반해, 도메인 이름에 대하여는 법적 보호가 충분하지 못하다. 따라서, 이 논문은 상표권 보호와의 균형 및 조화를 위해 “도메인 이름 권리 보호”에 대하여 연구의 비중을 두었다.

“상표와 도메인 이름의 균형과 조화”라는 이 논문의 목적을 위해 본 연구는 (1) 도메인 이름 및 그 권리의 本質, (2) 本質論을 바탕으로 하여 도메인 이름의 등록을 포함한 權利義務關係, 그리고 (3) 도메인 이름의 登錄人(이하 “도메인登錄人”이라 한다)과 제3자간의 도메인 이름을 둘러싼 紛爭에 대하여 既存의 분쟁해결방법과 도메인 이름 特有的 분쟁해결방법인 UDRP로 나누되, 상표권 보호와 도메인 이름 권리 보호로 분류하여 각각 살펴본다. 그리고, (4) 각 분쟁해결방법의 문제점, (5) 분쟁해결방법간의 갈등과 문제점을 통해 (6) 도메인 이름에 대한 새로운 법적 구성이 필요함을 밝히고자 한다. 도메인 이름의 법적 문제를 해결하기 위해서는 여러 가지 방법이 함께 병행되어야 하는데, 이 논문에서도 법률의 해석뿐만 아니라 정책적, 입법적 문제도 함께 고려한다. 그리고 도메인 이름의 법적 문제의 해결은 등록단계와 분쟁해결단계에서 모두 필요하다. 따라서 본 연구를 위해 논의할 (1) 내지 (6)항은 서로 밀접한 관련이 있다.

구체적으로 이 논문에서 제기하고 있는 문제점 중 주요한 것은 다음과 같다.

UDRP는 도메인 이름을 부정한 목적으로 등록 및 사용하는 경우에만 적용되는 것이데, 당해 사건을 판단하는 패널의 決定(이하 “UDRP 결정”이라 한다) 중에는 도메인登錄人에게 도메인 이름에 대한 權利나 正當한 利益이 있는 것과 같이 UDRP를 적용하지 않아야 하는 경우에도 도메인 이름의 등록이전 등을 명하는 사례가 있다. UDRP는 이에 대한 불복절차를 두고 있지 않고 패널의 결정과 관계없이 당해 紛爭에 대하여 法院에 소를 제기할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 그러나 UDRP와 사법절차에서 적용되는 법과 절차는 체계를 달리하므로 서로 갈등을 야기할 수 있고, 특히 도메인 이름의 분쟁은 國際的인 경우가 많으므로, UDRP 결정에 대한 법원의 판단에는 國際私法的 問題가 포함될 가능성이 많다.

이 논문은, UDRP를 잘못 적용하여 도메인 이름을 등록이전하도록 하는 패널의 결정으로부터 도메인登錄人의 權利를 보호하기 위하여, 民法 제763조, 제394조의 損害賠償方法에 不法行爲에 기한 原狀回復도 포함할 것과, 立法論으로는 도메인 이름 권리에 대한 침해배제를 위해 법적 보완을 제안한다. 도메인 이름 보호와 관련하여, 도메인 이름 권리를 침해배제의 권능을 포함하는 지적 재산권으로 인정할 수 있는지에 대하여도 검토가 필요하다.

도메인 이름에 대하여는 아직 확립된 법리가 없고 현재도 생성, 변동되고 있으므로, 법적 규율의 방향을 정하기 위한 입법적, 정책적 결단은 매우 중요하다. UDRP는 도메인 이름의 분쟁해결을 위해 특별히 고안된 것이므로 그 문제점을 보완할 경우 법원의 판결을 대신하여 분쟁해결수단을 정착될 수 있다. 한편 우리 나라는 도메인 이름 분쟁 해결을 포함하는 “인터넷주소자원관리법안”을 입법예고하였는데, 이 법안은 도메인登

錄人の 권리가 충분히 보호되지 않는 등 상표와 도메인 이름의 균형과 조화가 충분히 확보되지 않고 있으므로 이를 보완하여 제정, 시행할 것을 제안한다. 도메인 이름 분쟁은 국제적 성격을 띠므로, 당사자의 동의에 근거를 두는 UDRP에 그치지 아니하고 國際條約으로 紛爭解決에 대한 統一的 基準을 마련하는 것도 바람직하다. 그리고 도메인 이름의 법적 문제에 대한 해결은 다른 전자상거래 분야에서도 응용될 수 있을 것이라는 점에서, 이 논문의 “商標와 도메인 이름에 대한 法的 保護와 양자의 均衡과 調和”는 온라인 분쟁해결제도의 정립을 위해 중요한 의미를 가진다.

主要語 : 도메인, 인터넷, UDRP, 商標, 不正競争防止, 사이버스쿼팅, 도메인 이름 逆하
이재킹, 知的 財産權, 不正한 目的, 表現의 自由, 正當한 使用, 登錄移轉, 原
狀回復, 國際私法, ICANN, WIPO, 인터넷주소자원관리법

學 番 : 2000-30829

主要 目次

國文抄錄

第1章 序論	1
I. 研究의 目的	1
II. 研究의 範圍와 方法	3
1. 研究의 範圍	3
2. 研究 方法	4
III. 論文의 構成	5
第2章 도메인 이름의 法律關係	7
I. 本質論	7
1. 도메인 이름의 意義	7
2. 本質	15
II. 도메인 이름의 法的 構成	28
1. 基本法理	28
2. 契約的 構造	32
III. 當事者 間 權利義務關係	49
1. 도메인登錄人과 登錄機關	49
2. 기타 關聯 當事者들	60
第3章 紛爭解決의 二元化	63
I. 紛爭解決의 基本法理	63
1. 紛爭의 形態	63
2. 紛爭解決의 基本理念	65
3. 紛爭解決方法의 二元化	70
II. 商標의 保護	78
1. 既存 紛爭解決方法	78

2. 도메인 特有의 紛爭解決方法	112
III. 도메인 이름 權利的 保護	133
1. 商標侵害主張에 대한 防禦方法	133
2. 도메인 이름 權利 侵害에 대한 法的 救濟	152
第4章 紛爭解決의 問題에 대한 檢討	155
I. 紛爭解決方法의 內在的 問題	155
1. 既存 紛爭解決方法의 限界	155
2. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 問題點	158
3. 紛爭解決方法 間의 葛藤 原因	167
II. UDRP와 實體法 間의 問題	168
1. UDRP의 解釋 및 適用을 위한 實體法 選擇의 問題	168
2. 救濟手段에 관한 UDRP와 實體法 間의 衝突	172
III. UDRP와 節次法 間의 問題	199
1. UDRP와 司法節次의 關係	199
2. 訴 提起에 의한 UDRP 決定의 暫定的 執行保留	200
3. UDRP 決定에 대한 司法的 救濟	203
4. 外國法院의 判決에 대한 不服 등	212
5. 證據法的 問題	213
IV. 國際私法的 問題	213
1. 도메인 이름에 관한 國際的 紛爭解決	213
2. 國際裁判管轄	214
3. 準據法的 決定	242
第5章 立法論的 檢討	251
I. 立法論의 基礎	251
1. 새로운 法的 構成의 基本原理	251
2. 새로운 知的 財產權으로의 認定 여부	252
3. 登錄規程에 의한 도메인 資源의 適正하고 公平한 配分	255
4. 紛爭解決規程의 基本原理	258

II. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 改善	259
1. 一般도메인	259
2. 新規 도메인	267
3. 國家도메인	268
III. 立法論	269
1. 立法例	269
2. 인터넷주소자원관리법안	270
IV. 國際的 合意에 의한 統一的 紛爭解決	276
1. 國際條約·協約에 의한 國家 間 合意	276
2. 새로운 假想空間法의 可能性	277
 第6章 結 論	 278
 參考 文獻	 281
 附 錄	 297
 ABSTRACT	 334

總目次

國文抄錄

第1章 序論	1
I. 研究의 目的	1
II. 研究의 範圍와 方法	3
1. 研究의 範圍	3
2. 研究 方法	4
III. 論文의 構成	5
第2章 도메인 이름의 法律關係	7
I. 本質論	7
1. 도메인 이름의 意義	7
가. 도메인 이름의 概念	7
나. 도메인 體系의 基本構造	8
다. 도메인 體系의 沿革 및 現況	10
(1) UDRP 體制 以前	10
(2) UDRP 體制	12
(3) 우리나라	14
2. 本質	15
가. 論議의 必要性	15
나. 도메인 이름의 特性 및 機能	15
(1) 特性	15
(가) 인터넷과 關聯된 特性	15
(나) 도메인 체계에 의한 特性	16
1) 唯一性	16
2) 稀少性	16
3) 獨占性	17
(2) 機能	17
(가) 인터넷상 住所로서의 機能	17
(나) 識別 機能	17
(다) 商品이나 서비스의 出處로서의 機能	18

(라) 誘導的(通路的) 機能	18
다. 도메인 이름의 法的 性格	20
(1) 識別標識	20
(2) 從來의 論議 및 새로운 接近方法	20
(가) 從來의 論議	20
(나) 새로운 接近方法	22
(3) 獨自的 標識	22
(가) 認定 實益	22
(나) 假想空間의 電子標識	23
라. 도메인 이름 權利	24
(1) 公的 資源으로서의 도메인	24
(2) 도메인 이름 權利의 法的 性格	25
(3) 押留의 對象適格 問題	26
(가) 各國 判決例	26
1) 獨逸	26
2) 美國	27
3) 우리나라	28
(나) 檢討	28
II. 도메인 이름의 法的 構成	28
1. 基本法理	28
가. 思想的 基礎	28
(1) 私的 自治의 原則	29
(2) 公的 資源에 대한 自由로운 接近	29
나. 憲法上 理念的 基礎	30
(1) 表現의 自由	30
(2) 財產權의 保障	31
(3) 營業의 自由	31
2. 契約的 構造	32
가. 複數 契約에 의한 多數 當事者의 契約的 拘束	32
나. 도메인 이름 登錄約款과 登錄規程	34
(1) 登錄約款	34
(2) 登錄規程	35
(가) 先申請 先登錄의 原則	35
(나) 一般도메인	36
1) UDRP 體制 以前	36

2) UDRP 體制	38
3) 新規 도메인	38
가) 既存 一般도메인과의 差異	38
나) .info의 商標權者優先登錄規程	39
다) .biz의 初期商標登錄規程	41
라) 新規 도메인에 대한 特別登錄規程의 問題點	43
(다) 國家도메인	45
1) 各國의 例	45
2) WIPO 國家도메인 報告書	46
3) 우리나라	46
(라) 自國語 도메인	47
III. 當事者 間 權利義務關係	49
1. 도메인登錄人과 登錄機關	49
가. 登錄申請人의 法的 地位	49
(1) 登錄을 要求할 權利의 認定 여부	49
(2) 登錄申請 拒絶에 대한 救濟 可否	52
나. 도메인登錄人의 權利義務	54
(1) 도메인 이름 登錄·使用權	54
(2) 登錄情報의 訂正·變更 要求權	55
(3) 登錄更新·維持請求權	56
다. 登錄機關의 權利義務	56
(1) 手數料 支給請求權 등	56
(2) 繼續的 役務提供義務	56
(3) 善良한 管理者의 注意義務	57
(4) 免責約款의 效力 問題	57
(가) 免責條項의 內容	57
(나) 도메인登錄人에 대한 免責 여부	58
(다) 제3자에 대한 免責 여부	59
2. 기타 關聯 當事者들	60
가. 登錄原簿管理機關과 登錄機關	60
나. 도메인登錄人과 紛爭解決機關	61
다. 도메인登錄人과 第3者	62

第3章 紛爭解決의 二元化	63
I. 紛爭解決의 基本法理	63
1. 紛爭의 形態	63
가. 紛爭 當事者	63
나. 새로운 紛爭類型	63
(1) 사이버스쿼팅	63
(2) 濫用的 登錄	64
(3) 도메인 이름 逆하이재킹	65
2. 紛爭解決의 基本理念	65
가. 도메인 이름의 正當한 使用 保護	65
나. UDRP의 保護法益의 問題	66
(1) 論議의 實益	66
(2) 商標 保護	67
(3) 不正한 目的과 信義誠實 原則과의 關聯	68
다. 法益의 調和	69
3. 紛爭解決方法의 二元化	70
가. 既存의 紛爭解決方法	70
(1) 當事者의 合意	70
(2) 法院의 判決	70
(3) 調停 및 仲裁	71
(가) 傳統的 ADR	71
1) 調停	71
2) 仲裁	71
(나) 電子去來紛爭 ADR	72
나. 도메인 이름 特有의 紛爭解決方法	73
(1) UDRP	73
(가) 紛爭解決申請書 提出	73
(나) 紛爭 도메인 이름의 登錄變更 禁止	74
(다) 答辯書 提出	75
(라) 審理	75
1) 補充書面の 提出可能性 여부	75
2) 證據의 提出 및 審理	76
(마) 決定 및 通知	76
(바) 決定의 執行	76
(사) 敗訴當事者의 法院에의 訴 提起	76

(2) 新規 도메인	77
(3) 國家도메인 및 自國語 도메인	78
II. 商標의 保護	78
1. 既存 紛爭解決方法	78
가. 紛爭解決의 法的 根據	78
(1) 商標法의 侵害 要件	78
(가) 商標로서의 使用	79
1) URL에서의 使用	79
2) URL以外에서의 使用	80
3) 單純 先占을 위한 登錄	80
4) 도메인 이름의 링크 및 포워딩	81
5) 非營利的 使用	82
(나) 商標와의 同一·類似	82
1) 同一·類似의 判斷基準	82
2) 도메인 이름의 特殊性	83
(다) 商品의 同一·類似	84
(2) 不正競爭防止法의 侵害要件	84
(가) 混同 可能性	84
1) 意義	84
2) 標識의 周知性	85
3) 標識의 使用	86
4) 判斷基準	87
5) 適用範圍	89
가) 單純先占을 위한 登錄	89
나) 도메인 이름의 링크 및 포워딩	89
6) “最初 關心 混同” 理論	90
(나) 稀釋化	93
1) 意義	93
2) 立法例 및 우리나라 不正競爭防止法의 改正	94
가) 美國의 稀釋化防止法	94
나) 日本의 不正競爭防止法	95
다) 獨逸의 商標法과 不正競爭防止法	95
라) 우리나라 不正競爭防止法의 改正	95
3) 標識의 著名性	96
4) 他人의 標識와 同一·類似한 것을 使用하는 行爲	98

5) 他人 標識의 識別力 또는 名聲에 대한 損傷	98
가) 不正競爭防止法상 意味	98
나) 判斷基準	99
다) 稀釋化에 대한 立證의 程度	101
6) 適用範圍	101
가) 競爭商品에 대한 適用 여부	101
나) 正當한 事由	102
다) 稀釋化 濫用의 問題	103
7) 새로운 稀釋化 類型의 認定 여부	105
(3) 民法에 의한 侵害 여부	106
(가) 權利濫用 및 信義誠實의 原則 違反 여부	106
(나) 기타 民法 規定의 適用 여부	107
나. 救濟手段	108
(1) 侵害禁止請求	108
(가) 도메인 이름 使用禁止請求	108
(나) 도메인 이름 登錄抹消請求	110
(2) 損害賠償請求	111
(3) 信用回復請求	111
(4) 刑事的 制裁	112
2. 도메인 特有의 紛爭解決方法	112
가. UDRP	112
(1) 侵害要件	112
(가) 商標와 同一·類似한 도메인 이름의 登錄 및 使用	112
1) 商標와 同一·類似	112
2) 도메인 이름의 登錄 및 使用	113
(나) 도메인 이름과 關聯된 權利 또는 正當한 利益의 不存在	114
(다) 不正한 目的의 登錄 및 使用	115
1) 不正한 目的의 意味	115
2) 不正한 目的의 判斷基準	117
3) 타이포스쿼팅의 問題	119
(2) 救濟手段	119
나. 新規 도메인의 特別紛爭解決規程	119
(1) .info 도메인	119
(2) .biz 도메인	120
(가) RDRP	121

(나) STOP	121
다. 國家도메인의 紛爭解決規程	124
(1) 國家도메인의 特殊性 및 個別性	124
(2) 各國의 例	124
(가) UDRP에 의하는 경우	124
(나) 國家別 獨立的인 節次에 의하는 경우	125
1) 日本	125
2) 英國	126
3) 中國	127
4) 캐나다	128
(3) WIPO 國家도메인 報告書의 紛爭解決에 관한 提案	129
(4) 우리나라 .kr도메인의 紛爭解決	130
(5) UDRP와의 關係	132
라. 自國語 도메인의 紛爭解決規程	132
III. 도메인 이름 權利的 保護	133
1. 商標侵害主張에 대한 防禦方法	133
가. 既存 紛爭解決方法에 의한 侵害主張의 排除	133
(1) 先決問題	133
(2) 權利 侵害의 否認	133
나. 도메인 特有的 紛爭解決方法	134
(1) 正當한 使用의 法的 基礎	134
(가) 도메인 이름의 基本法理 및 登錄約款	134
(나) 公正競爭秩序	135
(2) 權利 또는 正當한 利益의 抗辯	135
(가) 立證責任의 轉換 問題	135
(나) “權利 또는 正當한 利益”의 範圍	137
1) 도메인 이름의 先使用 등	137
2) 도메인 이름의 周知·著名性	138
3) 도메인 이름의 非營利的 使用	139
4) 기타 正當한 使用	143
가) 普通 名稱(一般的 또는 記述的 表現 포함)	143
나) UDRP 申請人과 도메인登錄人間의 契約 등	145
다) 商標의 權利消盡의 原則	145
라) 기타의 事由	146
(다) 適法한 權利者間的 衝突 問題	147

(3) 商標權者의 權利濫用 抗辯	149
(가) 意義	149
1) 概念	149
2) 論議의 實益	149
(나) 要件	150
2. 도메인 이름 權利 侵害에 대한 法的 救濟	152
가. 既存의 紛爭解決方法	152
(1) 紛爭解決의 法的 根據	152
(가) 商標法 및 不正競爭防止法의 侵害要件	152
(나) 特別保護規定의 不在	152
(2) 救濟手段	153
(가) 損害賠償請求權	153
(나) 登錄機關에 대한 保全處分	153
나. 도메인 特有의 紛爭解決方法	153
(1) 侵害要件	153
(2) 救濟手段	154
(가) UDRP 申請人의 權利濫用 事實의 公表·宣言	154
(나) 原狀回復 또는 損害賠償 등의 救濟手段 不在	154
第4章 紛爭解決의 問題에 대한 檢討	155
I. 紛爭解決方法의 內在的 問題	155
1. 既存 紛爭解決方法의 限界	155
가. 商標法과 不正競爭防止法	155
나. 民法 기타 法律	156
다. 法の 欠缺과 法律 補充의 問題點	156
2. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 問題點	158
가. UDRP의 不完全性	158
나. 實體法的 檢討	159
(1) UDRP의 適用 要件 및 範圍	159
(2) 新規 도메인의 問題	160
(3) 先例 拘束의 여부	161
다. 節次法的 檢討	161
(1) 節次規定의 不均衡	161
(2) forum shopping의 問題	163
(3) 證據調查 및 辯論節次의 認定 여부	164

(4) 紛爭解決節次 内部的 不服手段 不存在	165
(5) 기타 節次的 問題點	166
3. 紛爭解決方法 間的 葛藤 原因	167
II. UDRP와 實體法 間的 問題	168
1. UDRP의 解釋 및 適用을 위한 實體法 選擇의 問題	168
가. UDRP의 解釋 및 適用 基準에 관한 決定의 必要性	168
나. UDRP의 解釋 및 適用 基準이 되는 準據法	169
(1) 패널의 準據法 選擇에 대한 自由裁量 및 限界	169
(2) UDRP에 대한 解釋基準의 法 選擇의 方法	170
2. 救濟手段에 관한 UDRP와 實體法 間的 衝突	172
가. 商標權者의 도메인 이름 登錄移轉請求權의 認定 여부	172
(1) 現行法 解釋上 認定 여부	173
(가) 肯定的 立場	173
1) 認定 實益	173
2) 實定法上 根據 與否	173
3) UDRP 및 立法例로부터 類推하는 解釋方法	174
(나) 否定的 立場	174
1) 商標法과 不正競爭防止法上的 立法目的	175
2) 登錄商標權의 排他的 效力의 內容	175
3) 複數의 正當한 使用 可能性	176
4) 衡平과 比例의 原則	176
5) 節次法的 問題	177
6) 도메인 이름의 法的 性格 關聯	178
(다) 當事者의 紛爭解決方法에 대한 合意의 範圍	178
(라) 解釋論的 檢討	180
(2) 立法論上 認定 여부	180
(가) 比例의 原則	180
(나) 登錄移轉請求權者의 決定 問題	181
(다) 當事者間的 衡平 問題	182
(라) 立法論的 檢討	183
(3) 實體法과 節次法的 折衷에 의한 解決方法	184
나. 도메인 이름 權利 侵害에 대한 原狀回復請求權의 認定 여부	184
(1) 도메인 이름 權利 侵害의 法的 性格	184
(2) 不法行爲 成立 여부	184
(가) 不法行爲 一般	185

(나) 紛爭解決節次の 不正利用	185
(3) 損害賠償方法으로서의 不法行爲에 基한 原狀回復請求權	188
(가) 認定의 必要性	188
(나) 現行法 解釋上 認定 여부	188
(다) 原狀回復을 認定하기 위한 要件	192
(4) 立法論上 原狀回復의 認定 여부	194
다. 妨害排除請求權의 認定 여부	195
(1) 現行法 解釋上 認定 여부	195
(가) 認定의 必要性	196
(나) 認定 여부에 關한 檢討	196
(2) 立法論上 認定 여부	199
III. UDRP와 節次法 間의 問題	199
1. UDRP와 司法節次の 關係	199
2. 訴 提起에 의한 UDRP 決定의 暫定的 執行保留	200
가. 登錄機關의 UDRP 決定에 對한 執行保留	200
나. 執行留保期間의 法的 性格	202
3. UDRP 決定에 對한 司法的 救濟	203
가. 司法節次の 類型	203
나. UDRP 決定에 對한 司法的 救濟 여부의 檢討	204
(1) 執行留保期間 內에 訴가 提起된 경우	204
(가) UDRP 決定取消의 訴	204
(나) 도메인 이름 權利 確認의 訴	205
1) 排他的 權利 確認의 訴	205
2) 使用權 確認의 訴	206
(다) 도메인 이름 登錄移轉請求權 不存在 確認의 訴	206
(2) 執行留保期間의 經過 後 訴가 提起된 경우	209
(가) 도메인 이름의 原狀回復을 許容하는 立法이 없는 경우	209
(나) 도메인 이름의 原狀回復을 許容하는 立法이 있는 경우	211
4. 外國法院의 判決에 對한 不服 等	212
5. 證據法的 問題	213
IV. 國際私法的 問題	213
1. 도메인 이름에 關한 國際的 紛爭解決	213
2. 國際裁判管轄	214
가. 國際裁判管轄의 決定에 關한 一般的 基準	214
나. 直接管轄	216

(1) 一般裁判管轄의 基準	216
(2) 相互裁判管轄	217
(가) 相互裁判管轄에 관한 合意의 成立 여부	217
(나) 適用範圍	218
(다) 登錄約款上 相互裁判管轄 同意 條項의 約款規制法 違反 여부	220
(3) 實質的 關聯性	223
(가) UDRP와의 關聯 問題	223
(나) 知的 財産權 關聯 紛爭의 問題	224
(다) 不法行爲의 問題	226
1) 도메인 이름 紛爭의 類型	226
2) 管轄擴大의 制限 및 調整을 위한 論議	226
3) 도메인 이름 紛爭의 特性에 따른 修正理論	229
가) 새로운 規範의 必要 여부	229
나) 美國 法院의 判決	230
(i) 領域別 分析法	230
(ii) 法廷地의 最少關聯性	231
다) WIPO의 提案	232
라) 國際私法上 修正理論의 收容 여부	232
4) 도메인 이름 紛爭에 관한 具體的 檢討	233
(라) 對物管轄의 問題	236
(마) 기타 事情의 問題	238
다. 間接管轄	238
(1) 外國法院 判決의 承認 및 執行	238
(2) 도메인 이름의 登錄移轉 및 抹消, 變更	239
(3) 損害賠償請求	241
(가) 通常의 填補的 損害賠償	241
(나) 損害賠償의 減額 등	241
3. 準據法의 決定	242
가. 國際私法에 의한 準據法 決定	242
나. 法律關係의 態樣에 따른 檢討	243
(1) 도메인登錄人과 登錄機關 間의 法律關係 및 紛爭에 관한 準據法	243
(2) 도메인登錄人과 第3者 間의 紛爭에 관한 準據法	243
(가) 準據法의 合意 存否	243
(나) 知的 財産權 關聯 紛爭의 問題	244
(다) 不法行爲의 問題	245

다. UDRP에 대한 判斷基準으로서의 準據法 認定 여부	246
(1) 問題의 所在	246
(2) 肯定說	246
(3) 否定說	247
(4) 檢討	248
라. 知的 財産權 關聯 法令의 域外的 適用 問題	249
第5章 立法論的 檢討	251
I. 立法論의 基礎	251
1. 새로운 法的 構成의 基本原理	251
가. 새로운 法的 構成의 必要性	251
나. 商標와 도메인 이름의 均衡과 調和	251
2. 새로운 知的 財産權으로의 認定 여부	252
가. 도메인 이름의 獨自性	252
나. 認定 實益	252
다. 認定 可能性	254
3. 登錄規程에 의한 도메인 資源의 適正하고 公平한 配分	255
4. 紛爭解決規程의 基本原理	258
가. 當事者間 紛爭解決方法의 均衡	258
나. 紛爭解決 立法의 方向	258
다. 紛爭解決方法의 統一과 調和	259
II. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 改善	259
1. 一般도메인	259
가. 當事者間의 衡平과 公正性 補完	259
나. 實體的 檢討	260
(1) 紛爭解決의 目的 條項	260
(2) UDRP에 대한 解釋基準	260
(3) UDRP 濫用 禁止	261
다. 節次的 檢討	262
(1) forum shopping의 防止	262
(2) 도메인登錄人의 防禦權 保障	263
(3) 不服節次的 認定 여부	264
(4) 簡易辯論節次 및 證據調查節次的 導入 여부	266
(5) 紛爭解決機關의 多樣化	266
2. 新規 도메인	267

가. 新規 도메인 生成의 多樣化	267
나. 自國語 도메인의 問題	268
3. 國家도메인	268
Ⅲ. 立法論	269
1. 立法例	269
가. 日本	269
나. 美國	270
2. 인터넷주소자원관리법안	270
가. 法案의 主要 內容	270
나. 法案의 檢討	272
(1) 實體法的 檢討	272
(가) 禁止行爲의 構造	272
(나) 禁止行爲의 範圍	273
(다) 商標權者의 權利濫用 禁止 여부	274
(라) 不使用에 기한 登錄抹消請求	274
(마) 救濟手段	274
(2) 節次法的 檢討	275
(3) 既存 商標法 및 不正競爭防止法 기타 法律과의 關係	275
IV. 國際的 合意에 의한 統一의 紛爭解決	276
1. 國際條約·協約에 의한 國家 間 合意	276
2. 새로운 假想空間法의 可能性	277
 第6章 結 論	 278
 參考 文獻	 281
 <附錄 1> UDRP 및 同 規則	 297
<附錄 2> 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법	317
<附錄 3> 정보통신부의 인터넷주소자원관리법(안)	324
 ABSTRACT	 334

第1章 序論

I. 研究의 目的

인터넷 도메인 이름(Internet Domain Names, 이하 “도메인 이름”이라 한다)은 컴퓨터로 연결된 네트워크의 식별자로서 이용자가 편리하게 사용할 수 있도록 문자, 숫자, 일부 기호로 구성되었는데, 각 도메인별로 오직 하나의 도메인 이름만 등록할 수 있다는 唯一性과, 商標와 同一·類似한 명칭을 도메인 이름으로 登錄, 使用할 수 있다는 점이 결합하여 많은 紛爭을 야기하였다. 분쟁의 일부는 기존의 商標法과 不正競爭防止 및 營業秘密保護에 관한 法律(이하 “不正競爭防止法”이라 한다)에 의해 처리되었지만, 부당한 대가를 얻기 위해 도메인 이름을 선점하는 등 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄, 使用하는 행위에 대하여는 既存의 紛爭解決方法으로는 효율적으로 규율되지 않았다. 따라서 도메인 이름의 효율적인 분배와 관리를 위하여 1998. 10.경 國際인터넷住所資源管理機構(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, 이하 “ICANN”이라 한다)가 설립되고, 1999. 4. 30. 世界知的財産權機構(World Intellectual Property Organization, 이하 “WIPO”라 한다)가 도메인 이름의 관리와 知的 財産權의 爭點을 해결하기 위한 제1차 보고서(이하 “제1차 WIPO보고서”라 한다)를 ICANN과 WIPO 회원국에 제안하였다. ICANN은 제1차 WIPO 보고서를 기초로 신속하고 저렴한 분쟁해결을 위해 도메인 이름을 不正한 目的으로 登錄 및 使用하는 경우 그 도메인 이름을 정당한 이해관계인에게 登錄移轉, 登錄抹消 또는 變更할 수 있도록 하는 統一도메인이름紛爭解決規程(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 “UDRP”라 한다)¹⁾ 및 同 規則(Rules for UDRP, 이하 “UDRP 規則”이라 한다)을 제정하였다. 이러한 UDRP 체제는 國家도메인뿐만 아니라, 새로 생성되는 新規 도메인에도 반영되고

1) “Policy”를 “政策”이라고 보고 “통일도메인이름분쟁해결정책”으로 해석하는 경우도 있으나, 분쟁해결을 위한 일종의 판단기준을 제시한 것으로 보아 분쟁해결“規程”으로 해석하였다. 분쟁해결“規定”으로 해석하는 경우도 있으나, 일반적으로 “規定”이 법령에서의 개개의 조항을 가리킨다면, “規程”은 일련(一連)의 조항의 총체를 가리킴으로(야후! 국어사전 참조), 이 논문에서도 後者로 표기한다. 다만 이 논문에서는 논의의 편의를 위해 통일도메인이름분쟁해결규정을 “UDRP”라고 약칭한다(서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결 참조).

있다.²⁾

그러나, 도메인 이름은 表現의 自由에 기초하고, 인터넷상 주소뿐만 아니라 자기를 나타내는 표지로서의 역할도 하므로, 도메인 이름의 正當한 使用은 UDRP 체제에서도 원칙적으로 보호되어야 하고, 이에 따라 商標權³⁾ 保護와 均衡을 이룰 필요가 있다. 따라서 이 논문은 상표와 도메인 이름을 둘러싼 법적 문제를 검토하고, “도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록 및 사용”으로부터 상표권자의 권리를 보호하는 것뿐만 아니라, “상표권자의 권리남용으로부터 도메인등록인의 권리를 보호”하는 것도 함께 연구함으로써 “商標와 도메인 이름의 均衡과 調和를 이루는 解決方案”을 찾는 데에 목적이 있다. 다만 登錄商標는 商標法에 의해, 周知·著名商標는 不正競爭防止法에 의해, 그리고 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄 및 使用하는 경우에는 상표의 등록이나 주지 여부를 묻지 않고 UDRP에 의해 상표를 보호하는 데에 반해, 도메인 이름에 대하여는 그 법적 보호가 충분하지 못하다. 따라서, 이 논문은 상표권 보호와의 균형 및 조화를 위해 “도메인 이름 권리 보호”에 대하여 연구의 비중을 두었다.⁴⁾

“상표와 도메인 이름의 균형과 조화”라는 이 논문의 목적을 위해 본 연구는 (1) 도메인 이름 및 그 권리의 本質, (2) 本質論을 바탕으로 하여, 도메인 이름의 등록을 포함한 權利義務關係, (3) 도메인등록인과 제3자간의 도메인 이름을 둘러싼 분쟁에 대하여, 既存의 紛爭解決方法과 도메인 이름 特有의 紛爭解決方法인 UDRP로 나누되, 상표권 보호와 도메인 이름 권리 보호로 분류하여 각각 살펴본다. 그리고, (4) 각 분쟁해결 방법의 문제점, (5) 분쟁해결방법간의 갈등과 문제점을 통해 (6) 도메인 이름에 대한

-
- 2) 도메인 이름의 법적 문제는 知的 財產權과 관련하여 포괄적일 수 있는데, 이 논문은 쟁점이 되고 있는 “商標와 도메인 이름”에 논의를 한정한다.
 - 3) 이 논문에서 상표권이라 함은 등록상표에 의한 배타적 권리뿐만 아니라 부정경쟁방지법 기타 다른 법률 또는 규정에 의해 보호되는 상표에 관한 권리 일체를 의미한다. 따라서 상표법이나 부정경쟁방지법에 의해 보호받지 않더라도 UDRP와 같은 특별한 분쟁해결방법에 의해 상표 보호를 할 필요가 있는 경우에도 모두 상표에 관한 권리(즉 商標權)가 있다고 보았다.
 - 4) “曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」, 서울대학교 法學碩士學位論文(1999. 8.)(이하 “曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」”라 한다)”는 UDRP 체제 이전의 연구로서 도메인 이름의 상표권 침해 및 그 해결이 가장 중요한 쟁점이었으므로, 연구 목적과 내용도 상표 보호가 중심이었다. 그러나 이 논문은 상표권 보호와 함께 도메인 이름 권리도 지적 재산권과 같은 독자의 권리로서 보호되어야 한다는 전제 아래 상호 균형과 조화를 이룰 수 있는 해결방법을 찾는 데에 연구의 중심을 두고자 한다.

새로운 법적 구성이 필요함을 밝히고자 한다. 도메인 이름의 법적 문제를 해결하기 위해서는 법률의 해석뿐만 아니라 정책적, 입법적 문제도 함께 고려한다. 그리고 도메인 이름의 법적 문제의 해결은 등록단계와 분쟁해결단계에서 모두 필요하다. 따라서 본 연구를 위해 논의할 (1) 내지 (6)항은 서로 밀접한 관련이 있다.

II. 研究의 範圍와 方法

1. 研究의 範圍

이 논문은 “商標⁵⁾와 도메인 이름의 均衡과 調和”를 目的으로 하므로, 研究의 對象은 (1) “상표”와 “도메인 이름”에 관한 것이고, (2) 단계별로는 도메인 이름의 ‘등록단계’ 및 도메인등록인과 상표권자간의 ‘분쟁해결단계’를, (3) 실체법적, 절차법적⁶⁾ 측면에서 검토하며, 국제적 분쟁일 경우에는 국제사법적 고려도 함께 한다. 다만 도메인 이름의 법률관계는 현재도 형성 중이므로, (4) 법원의 판결례 및 UDRP 결정례뿐만 아니라, 입법적, 정책적 해결방안도 함께 검토한다. 그리고 상표와 도메인 이름간의 법적 균형을 맞추려고 하는 것이므로, (5) 도메인등록인에 의한 상표권 침해뿐만 아니라 상표권자에 의한 도메인 이름 권리 침해도 논의의 대상으로 한다.

商標의 範圍에 관하여는, 商標法 제2조 제1항 제1호에서 “商標라 함은 商品을 生産·加工·證明 또는 販賣하는 것을 업으로 영위하는 자가 자기의 業務에 관련된 商品을 他人의 商品과 識別되도록 하기 위하여 使用하는 記號·文字·圖形·立體的 形狀·色彩 또는 이들이 結合한 것”이라고 규정한 定義를 원칙으로 하되, 商標法上 登錄商標와 不正競爭防止法上의 周知商標 및 著名商標뿐만 아니라 UDRP 제4조에 의한 商標保護를 위해 상품이나 서비스의 出處를 나타내는 識別力 있는 營業標識로서 사용되는 未周知·未登錄 商標를 포함한다.

-
- 5) 다른 知的 財產權과의 갈등도 있으나, 商標 관련 분쟁이 가장 많고, UDRP도 商標를 대상으로 하므로, 다툼이 있는 제3자의 권리의 범위를 商標에 한정한다.
- 6) “節次法的”이라는 표현이 우리나라 법제에서 익숙한 표현은 아니지만, 이 논문에서 논의되는 여러 법적 쟁점 중 실체법적 측면뿐만 아니라 당해 법제도의 절차적 측면도 함께 고려하여야 하므로, “절차적인 법적 고려”라는 차원에서 “節次法的”이라는 표현을 사용하였다.

도메인 이름은 크게 一般 最上位 도메인(generic top level domain, 이하 “一般도메인”이라 한다)과 國家 最上位 도메인(country-code top level domain, 이하 “國家도메인”이라 한다)으로 분류되고 있으나,⁷⁾ 일반도메인을 적용대상으로 하는 UDRP가 도메인 이름 분쟁에 대한 통일적인 기준을 제시하고 있으므로, 이 논문에서도 특별한 사정이 없는 한 一般도메인을 중심으로 논의한다.

도메인 이름에 관한 분쟁은 대부분 제3자의 權利 특히 商標와 관련된 것이기 때문에 도메인 이름에 관한 法律問題는 登錄約款의 당사자인 도메인 登錄人과 도메인 이름 登錄機關(Registrar, 이하 “登錄機關”이라 한다)간의 法律關係에 한정하지 않고 이들의 법률관계가 제3자의 권리에 영향을 미치는 부분까지 포함한다. 상표와 도메인 이름간 분쟁에 대한 해결유형은 “상표법과 부정경쟁방지법, 민법과 같은 기존의 분쟁해결방법”과 “새로운 분쟁해결규정인 UDRP에 의한 분쟁해결방법”으로 二元化되어 있다. 이원화된 분쟁해결방법은 서로 갈등의 요소가 있는바, 먼저 각 분쟁해결방법 자체의 문제점과 서로간의 관계에 있어서 갈등의 원인을 검토함으로써 새로운 분쟁해결방법에의 가능성을 연구하기로 한다.

2. 研究 方法

이 논문은 위에서 본 연구 목적을 위해 다음과 같은 방법으로 연구하였다.

첫째, 본 연구의 목적에 이바지할 수 있는 法院의 判決, 決定, UDRP에 의한 紛爭解決機關(이하 “紛爭解決機關”이라 한다)의 패널(Panel)⁸⁾ 결정(이하 “UDRP 決定”이라 한다), 우리나라 도메인이름분쟁조정위원회의 조정결정 기타 이에 준하는 공적 기관의 처분이 있는지 조사하였다. UDRP 決定은 인터넷에 공시되고 UDRP 決定文에 사실상 先例를 인용하므로 본 연구에서 중요한 논거가 될 수 있다. 그리고 도메인 이름의 법적 문제에 관하여 연구된 論文, 報告書, 教科書나 기타 文獻資料가 있는지 조사하였다. 도메인 이름에 관하여는 그 정책과 법제가 비교적 빠르게 변하고 있으므로, 관련 논문 및 보고서 중 최신 내용은 인터넷을 통해 제공되는 것을 참고하였다. 특히 WIPO와 같은 국제기구에서의 논의는 도메인 이름에 관한 법률구성에 상당히 중요한 참고자료가 된

7) 도메인 이름의 定義 및 體系에 대하여는 “제2장 I. 1.” 참조. 자국어 도메인도 그 표현이 자국어로 되어 있다는 특징이 있을 뿐, 일반도메인과 국가도메인의 법리를 수용할 가능성이 매우 높다.

8) 패널(Panel)은 UDRP가 적용되는 도메인 이름 특유의 분쟁해결절차에서 실제 분쟁을 처리하는 조정인 또는 판정인을 의미한다.

다. 연구가 아직 이루어지지 않았거나 부족한 부분에 대하여는, 이론상 주장할 수 있는 대립적 견해와 논거를 각각의 입장에서 설명하고 이를 비교한 후 타당한 결론을 도출하는 방법을 취하였다. 도메인 이름 분쟁에 관한 외국 사례나 그 해결을 위한 입법례에 대하여는, 이미 도메인 이름의 입법이 정비되고 판례가 축적되어 있는 미국의 사례를 상당수 반영하였고, 우리나라에서 어떻게 수용될 수 있는지를 검토하였다. 일본과 독일, 캐나다 기타 국가의 사례나 규정은 해당 설명 부분에서 인용하였다.

둘째, 이 논문은 법적 문제와 그 해결방법에 관하여 현행법의 해석론을 소개하였고, 해석에 의해 해결이 어려운 부분에 관하여는 적극적으로 입법론 또는 정책론을 제안하였다. 그리고 이 논문이 도메인 이름에 관한 보호를 위한 법제도의 보완을 검토하고 있으나, 논문의 원래 목적은 “商標와 도메인 이름의 均衡과 調和”이므로, 연구 대상에 대하여는 객관적이고 중립적인 입장에서 문제점을 파악하고 해결방안을 연구하였다.

III. 論文의 構成

이 논문은 “商標 및 도메인 이름 保護의 均衡과 調和”를 목적으로 하며, 아래와 같이 구성된다.

제2장은 도메인 이름의 意義와 體系를 먼저 검토하고 도메인 이름의 機能을 중심으로 本質論을 검토한다. 그리고 도메인 이름의 법적 문제를 연구하기 위해 그 법적 구성의 基本原理와 登錄을 기초로 한 각 당사자들의 權利義務關係를 검토하고자 한다.

제3장은 도메인등록인의 登錄機關에 대한 도메인 이름의 使用請求權(이하 “도메인 이름 權利”라 한다)이 債權과 유사하지만, 도메인 이름이 표지로서의 기능을 함으로써 상표권자의 권리를 침해할 수 있다는 것과 이에 대한 보호방법을 검토한다. 그리고 도메인 이름을 둘러싼 새로운 문제 즉 “不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄, 使用하는 경우”에 상표권자를 보호하기 위해 적용되는 UDRP에 관하여 그 적용요건과 구제수단에 대하여 사례를 통한 연구를 한다. 따라서 상표 보호는 기존의 분쟁해결방법과 새로운 분쟁해결방법으로 二元化된다. 한편, 이러한 상표 보호 과정에서 상표권자의 과도한 권리행사로 인하여 도메인등록인의 권리가 침해될 수 있음을 보이고, “不正한 目的으로 商標權을 濫用하는 행위”로부터 어떻게 도메인등록인의 권리를 보호할 것인지도 살펴본다.

제4장은 상표와 도메인 이름을 둘러싼 기존의 분쟁해결방법과 도메인 이름 특유의

새로운 분쟁해결방법에 대하여 각각의 한계와 문제점을 검토하고, 서로 다른 적용요건과 입법의 미비로 인한 분쟁해결방법간의 갈등과 문제점을 실체법과 절차법, 국제사법 측면에서 함께 연구한다.

제5장은 위와 같은 문제점들을 해결하기 위한 해석론적 한계를 극복하기 위해 각 분쟁해결방법의 개선안과 입법론을 검토한다. 특히 입법추진 중인 정보통신부의 인터넷주소자원관리법안은 도메인 이름의 법적 문제를 규율할 중요한 입법이므로, 미국, 일본의 입법례를 함께 비교하면서 상표와 도메인 이름의 균형과 조화를 이루기 위한 최선책을 연구한다. 그리고 도메인 이름의 경우 국제적 분쟁이 많으므로 UDRP와 같은 국제적인 통일기준이 필요하다는 점에서, 국제적 합의를 도출할 것임을 제안한다.

제6장은 이 논문의 목적을 정리하고, 연구결과를 요약한 후 도메인 이름의 분쟁해결을 위한 제안을 한다. 도메인 이름의 분쟁해결은 장차 온라인 분쟁해결방법의 기초가 될 것이므로 이에 대한 법적 보완은 공정하고 신속한 분쟁해결을 위해 중요하다.

第2章 도메인 이름의 法律關係

I. 本質論

1. 도메인 이름의 意義

가. 도메인 이름의 概念

인터넷은 많은 다수의 컴퓨터가 모여 형성된 거대한 네트워크(a network of networks)로서, 인터넷에 연결된 각 컴퓨터들이 각각 서로 구별되어야만 상호 송수신을 통하여 컴퓨터간의 정확한 정보교환을 할 수 있다. 따라서 인터넷상에 연결된 모든 회사나 조직의 컴퓨터 서버(computer server)는 각자의 특징을 위해 가상공간상의 고유한 식별자(identity)가 필요한데, 이를 인터넷 프로토콜 또는 IP 주소(Internet Protocol Address, 이하 “IP 주소”라 한다)라 한다. IP 주소는 우편번호나 전화번호와 같이 “숫자”의 조합으로 구성되며, 구분자인 점(dot)으로 구분된다.

<그림 1> IP 주소와 도메인 이름

숫자로 표현된 IP 주소 (Internet Protocol Address)	147.46.10.17
도메인 이름 (Domain Name)	law.snu.ac.kr

위와 같은 IP 주소는 일련의 숫자(위의 예는 9자리)로만 구성되어 있기 때문에 간편하게 확인하거나 기억하기가 쉽지 않다. 예컨대, 위 <그림 1>의 “147.46.10.17”과 전혀 다른 IP 주소 “147.46.10.19”는 각각 어느 IP 주소를 의미하는지, 그리고 양자는 어떻게 다른 것인지 확인하기란 이용자 입장에서 거의 불가능하다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 숫자로만 구성된 IP 주소를 이해하고 기억하기 쉽도록 문자와 숫자, 한정된 기호로 변환시킨 것이 “도메인 이름(Domain Name)⁹⁾”이다(예컨대 위 <그림 1>과

9) 문헌에 따라서는 “도메인 이름” 또는 “도메인 네임,” “도메인명”이라고 하는 등 용어의

같이 “147.46.10.17”을 “law.snu.ac.kr”로 변환한 것). 따라서, 도메인 이름의 概念을 “계층적 구조를 가지고 문자, 숫자 또는 일부 기호의 조합으로 이루어지며 인터넷상 존재하는 컴퓨터나 네트워크에 붙여지는 식별자”로 정의¹⁰⁾할 수 있다.¹¹⁾

나. 도메인 體系의 基本構造

IP 주소는 위에서 본 바와 같이 오직 1개만이 존재하여야 각 컴퓨터 간 정보교환이 오류없이 송수신된다. 만약 IP 주소가 중복된다면 A 컴퓨터에 가야 할 자료가 B 컴퓨터로 갈 수 있기 때문이다. 예컨대, “abc.com”과 “abc.net”은 전혀 다른 도메인 이름이 된다. 따라서 도메인 이름은 비록 문자, 숫자, 일부 기호의 조합 형태를 가진 것이지만 결국 IP 주소가 변형된 것이기 때문에 “唯一性”을 특징으로 하고 임의적으로 변경하거나 생성하지 못함이 원칙이다.¹²⁾

도메인 이름은 도메인(Domain)을 뿌리(Root)로 하고, 모든 도메인은 역트리(inverted tree)의 계층적 구조¹³⁾를 가진다. 즉 도메인 이름의 오른쪽 단계로 갈수록 상위 도메인을

통일이 정확하게 되어 있지 않다. 다만 한국전산원, 한국 인터넷정보센터, 분쟁협의회 등 공공기관에서 제공하는 문서 일부에서 “도메인 이름”의 예가 보인 이후 도메인 이름 분쟁조정위원회 등에서 “도메인 이름”을 공식적으로 사용하고 있다. 하급심판결례에서도 도메인 네임 대신 도메인 이름으로 명칭하고 있다(서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 결정; 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 결정 등). 따라서 이 논문에서도 Domain Name의 한글 표기를 도메인 이름으로 통일하기로 한다. 다만 참고 문헌이나 각주의 경우에는 인용된 예대로 표기한다.

10) 정찬모·안효질·고영국, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 정보통신정책연구원(KISDI), 2001. 12(이하 “정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구”라 한다), 50면, 위 보고서에서 제안한 인터넷주소자원의관리및도메인이름분쟁해결에관한법률안(이하 “KISDI 도메인이름분쟁해결법안”이라 한다) 제2조 제2호의 도메인 이름 정의도 이와 같다. 한편 2001. 6. 29. 일본 不正競争防止法 제2조 제7항은 ‘도메인 이름’이란 인터넷에 있어서 개개의 전자계산기를 식별하기 위하여 할당되는 번호, 기호 또는 문자의 조합에 대응하는 문자, 번호, 기호 기타 부호 또는 이들의 조합을 말한다”라고 정의하고 있다.

11) 정보통신부가 입법예고한 “인터넷주소자원관리법안” 제2조 제1호는 도메인 이름을 포함하는 “인터넷주소”라는 포괄적인 개념을 정의하고 있는데, 이 논문에서는 논의의 범위를 특정하기 위해 도메인 이름에 한하여 검토하기로 한다.

12) 이 논문 제2장 I.2.나.(1)(나)1) 참조.

13) 도메인 이름의 기술적 구조 및 연혁에 관하여는, Stuart D. Levi·Jose Esteves·David Marglin, “THE DOMAIN NAME SYSTEM & TRADEMARKS,” *Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series PLI*

의미한다. 그러므로 가장 오른쪽 끝에 있는 도메인을 최상위 도메인(TLD : top-level domain)이라고 한다. 최상위 도메인은 그 성격에 따라 일반도메인(gTLD : generic TLD)과 국가도메인(ccTLD 또는 nTLD: country code TLD 또는 national TLD)이 있다. 前者는 전세계 누구나 등록·사용이 가능한 도메인으로서 기존의 .com(기업), .net(네트워크), .org(비영리기구 등¹⁴⁾)과 신규 도메인인 .biz, .info 등이 있다. 後者는 ISO3166 국가코드 체계에 의거하여 세계 각 국가들은 두 자리 영문약자로 표현한 약 190여개의 국가도메인을 가지며, 그 예로, .kr(한국), .jp(일본), .uk(영국), .de(독일), .fr(프랑스), .cn(중국), .cd(캐나다), .es(스페인), .it(이탈리아) 등이 있다. 국가도메인은 그 다음 오른쪽에 기관을 의미하는 차상위 도메인(second level domain), 예컨대, .ac(대학), .co(기업), .or(비영리기구), .go(정부기관) 등을 필요로 한다.

최상위 도메인과 차상위 도메인은 하나의 기본적인 구조로서 도메인 이름을 등록신청하는 자(이하 “登錄申請人”이라 한다)가 임의로 설정하거나 변경할 수 없는 것이지만, 가장 하위 도메인 이름은 먼저 등록한 자가 없으면 신청자가 임의로 단어를 선택하여 등록할 수 있는 것이 원칙이다. 예컨대, “www.abcd.com” 중 “abcd”가 이에 해당하고 도메인 이름에 관한 분쟁도 대부분 여기에 집중되어 있다. 특히 영업과 관련한 “.com”에 대하여 분쟁이 격심하고 점차 “.net” 및 “.org”도 분쟁이 확대되고 있다.¹⁵⁾

영어가 공용어가 아닌 자국어를 도메인 이름으로 사용할 수 있도록 하는 체계를 自國語 도메인(Multilingual Domain)이라 하는데, 한글 도메인 역시 계층적 구조로 되어 있고, “한글.com” 또는 “한글.kr,” “한글.회사”와 같이 도메인 이름에 한글을 그 구성요소로 포함하며 도메인 체계에서 동작하여 사용할 수 있는 것을 의미한다. 따라서 사용자가 키워드를 입력하여 원래 있던 기존의 도메인 이름을 찾아가는 데에 불과한 “한글 키워드 서비스”¹⁶⁾는 도메인 체계에서 바로 작동하지 않는다는 점에서 한글 도메인과

Order No. G0-0001, 1998.에서 I.의 A.항.

<<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/fulllevi.html>>[2002.11.20.]. 이하 문헌의 출처가 웹사이트인 경우 문헌을 웹사이트에서 검색한 현재 기준일을 []안에 기재한다.

14) .edu(교육기관), .gov(정부기관), .mil(군사기관), .int(국제기구) 등을 포함하여 7개의 일반도메인으로 설명하기도 한다. 「한국인터넷정보센터 운영보고서」, 한국전산원, 1998. 12., 제4장 제1절의 2. “인터넷 주소 개요” 참조.

15) “.org” 또는 “.or.kr”는 비영리구이기 때문에 상표나 상호가 문제될 여지는 적었으나, 유명한 사람의 이름 또는 유명 단체의 명칭을 연상케 하는 도메인 이름은 성명권 또는 퍼블리시티권과 관련하여 법적 다툼이 있을 수 있고, .com이나 .net 등의 공급이 부족하게 됨에 따라 .org에도 법적 다툼이 생기기 시작하였다.

16) 登錄機關에 따라서는 “한글인터넷주소”로 명칭하는 경우도 있는데, 이는 한글도메인이

구별된다.¹⁷⁾ 자국어 도메인에 관하여는 국제적 표준이 기술적으로 통일되지 않아 그 시행에 어려움을 겪고 있으나,¹⁸⁾ Internet Protocol 표준을 관장하는 IETF(Internet Engineering Task Force)의 IDN(Internationalized Domain Name) 워킹그룹에서 영어 이외의 문자를 도메인 이름으로 사용할 수 있도록 표준화 작업을 진행하고 있고, 우리나라, 일본, 중국 등 여러 나라들이 MINC(Multilingual Internet Names Consortium)을 구성하여 자국어 도메인에 관해 통합조정하고 있다.

다. 도메인 體系의 沿革 및 現況

(1) UDRP 體制 以前

도메인 이름의 할당 및 등록 체계의 발전은 인터넷의 발전¹⁹⁾과 함께 한다. 1969년 미국 국방성 산하의 Advanced Research Projected Agency의 실험과제였던 ARPANET이 인터넷의 초기형태라고 할 수 있다. 1990년경 ARPANET이 사라지고 1991년에 비군사부문의 인터넷 인프라의 관리책임이 미국 국립과학재단에 맡기게 되었는데, 미국 국립과학재단은 1992. 12. 31.경 Network Solutions, Inc.(NSI)와 독점계약을 체결하여 .com, .net, .org에 대한 獨占的 登錄機關으로서 도메인 이름 체계와 관련된 등록, 조정, 유지 등 기능을 담당하게 되었다.

그런데 도메인 이름이 인터넷상에서 상표 등 영업표지로서 사용되면서 도메인에 대한 수요가 폭증함에도 불구하고, 도메인 체계의 독점과 도메인의 부족으로 인해 분쟁이 격화되자, 1996. 5.경 Jon Postel은 도메인 체계에 대하여 경쟁적 요소를 도입하자는 새로운 제안을 하였다.²⁰⁾ 그 주요 내용은 150개의 최상위 도메인 및 50개의 도메인 이름 登錄原簿管理機關(Registry, 이하 “登錄原簿管理機關”이라 한다)을 창설하고 각 登錄原簿管理機關은 3-4개의 도메인을 관리하는 경쟁구조를 도입한다는 것이었다. 이

아니라 한글키워드이다. <<http://www.ibi.net/mdn/index.html>>[2002.11.20.].

17) 남희섭, 「한글도메인의 등록과 분쟁전망」, 정보통신정책연구원 세미나 자료(2000), 22면. <<http://www.kisdi.re.kr/imagedata/pdf/80/80200012a3.pdf>>[2002.11.20.].

18) 현재 시범운영서비스만 시행되고 있다.

<http://www.ibi.net/mdn/etc/limit_info.html>[2002.11.20.] 참조.

19) 이대회, 『인터넷과 지적 재산권법』, 박영사, 2002, 4-9면; Dave Kristula, “The History of the Internet,” 1997. 3. (2001. 8. Update).

<<http://www.davesite.com/webstation/net-history.shtml>>[2002.11.20.]

20) Jon postel, “New Registries and the Delegation of International Top Level Domains,” 7면. <<http://www.jmls.edu/cyber/docs/iana-tld.txt>>[2002.11.20.].

를 위해 임시기구에 해당하는 IAHC(International Ad Hoc Committee)를 설치하여 Jon Postel의 제안 등을 검토하였고, 1997. 2. 28.경 “인터넷 도메인 이름 체계의 일반도메인 공간에 관한 양해각서(ESTABLISHMENT OF A MEMORANDUM OF UNDERSTANDING ON THE GENERIC TOP LEVEL DOMAIN NAME SPACE OF THE INTERNET DOMAIN NAME SYSTEM, gTLD-MOU)”를 완성하였다.²¹⁾ 이 각서는 기존의 .com, .net, .org 이외에 추가로 7개의 신규 도메인²²⁾을 신설하는 것과, NSI 이외에 세계각국 82개 登錄原簿管理機關을 설치한다는 내용을 담고 있다. 같은 해 5. 1. 이 양해각서에 80여개의 국제기구의 서명을 받은 후 IAHC는 해체되었다. 그런데 미국 상무성(Department of Commerce)은 IAHC의 제안을 거부하고 독자적인 정책안을 개발하여, 1998. 1. 30. “인터넷 이름과 주소의 기술적 관리 개선(A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names and Addresses(Green Paper), 이하 “綠書”라 한다)²³⁾”를 발표하였는데, 그 내용은 하나씩의 새로운 일반도메인을 관리하는 새로운 登錄原簿管理機關을 5개까지 추가하는 대신 .com, .net, .org는 계속 NSI가 관장하도록 하는 것이었다. 그 후 1998. 6. 미국 정부는 위 綠書を 수정, 보완하여 “인터넷 이름 및 주소의 운용에 관한 방침(Management of Internet Names and Addresses(White Paper), 이하 “白書”라 한다)²⁴⁾”을 공표하였고, 이 白書는 IAHC의 제안에 대한 문제점을 지적하면서, 새로 설립할 비영리법인을 통하여 2000. 9.까지 사적 부문의 자율에 의한 도메인 이름 체계 관리가 실현되도록 하는 내용을 담았다. 이에 따라 1998. 11. 25. 미국 상무성은 민간 비영리기구인 ICANN에 인터넷 주소 관리 권한을 위임하고 도메인 이름의 민간에 의한 사적 자치에의 이행을 위한 절차를 이행하기 위한 협의를 하였다.²⁵⁾ 이에 ICANN은 인터넷 주소 관리에 관한 정책을 수립하고

21) <<http://www.gtld-mou.org/gTLD-MoU.html>>[2002.11.20.].

22) .firm(비즈니스 또는 기업), .store(상품을 제공하는 비즈니스), .web(www.에 관련된 활동을 하는 조직), .arts(문화적인 활동을 하는 조직), .rec(오락적인 활동을 하는 조직), .info(정보서비스를 제공하는 조직), .nom(개인 성명의 명칭).

23) <<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm>>[2002.11.20.].

24) <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98dns.htm>[2002.11.20.].

25) 미 상무성은 2002. 9. 20.경 ICANN에 대하여 2003. 9. 30.까지 인터넷 주소 관리 권한을 다시 위임하였고, 이로써 지난 1998년 도메인 이름 체계(DNS) 관리 책임자로 선정된 이래 세 번째로 권한을 연장받게 되었다. 다만 미국 상무부는 이번에 ICANN의 권한을 연장하면서 그 동안 매년 제출토록 했던 보고서를 분기마다 제출하도록 하는 등 감시기능을 좀더 강화하기로 하였는바, 결국 비영리 민간기구인 ICANN은 미국 또는 미국의 지적 재산권자들의 입장을 외면하기 힘들게 되었다. 한국인터넷정보센터 보도자료

집행할 전반적인 권한을 가지게 되었다.

1998. 6.경 제안된 위 백서는 인터넷 도메인 이름 관리 정책에 관하여 WIPO의 협조를 얻도록 하고 있었는데, 이에 따라 WIPO는 전문가회의 및 각국의 의견수렴을 거쳐 1998. 12. 23. “인터넷 도메인 이름 관리절차에 관한 중간보고서(Interim Report of the WIPO Internet Domain Name Process)²⁶⁾”을 공표하고 이에 관한 재검토와 논의를 거친 후, 1999. 4. 30. “인터넷 도메인 이름 관리절차에 관한 최종보고서(THE MANAGEMENT OF INTERNET NAMES AND ADDRESSES: INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, 제1차 WIPO 보고서)²⁷⁾”를 ICANN과 WIPO 회원국에 제안하였다. 그 주된 내용은, 도메인 이름의 등록과 분쟁해결에 관한 실체적, 절차적 기준을 마련하는 것이었는데, ① 도메인 이름 등록단계에서 도메인등록인은 등록기관과 “제3자의 권리를 침해하지 않는다는 것과 도메인등록인의 연락정보가 정확하다는 것을 진술”하는 정형화된 등록계약(이하 “등록약款”이라 한다)으로 체결할 것 ② 도메인 이름 분쟁해결의 목적을 신속하고 효율적이면서 저렴한 비용에 의한 분쟁해결이고, 분쟁해결의 대상은 “不正한 目的을 가진 濫用的 登錄(abusive registration)²⁸⁾”에 한정하며, 분쟁해결절차는 등록인이 受認해야 할 强制的인 行政節次이지만, 司法機關의 판단은 배제하지 않을 것 ③ 周知·著名商標의 공개 도메인 이름 사용을 배제할 것 ④ 새로운 일반도메인을 추가할 것 등을 권고하고 있다. 이러한 제1차 WIPO 보고서의 제안은 1999. 10. 24. ICANN의 승인 후 統一도메인이름紛爭解決規程(UDRP)에 반영되었다.

(2) UDRP 體制

도메인 이름 體系(Domain Name System, DNS)에 관한 정책은 ICANN의 설립과 제1차 WIPO 보고서의 제안에 따른 UDRP 및 同 規則²⁹⁾의 제정을 계기로 체계화되었다.

료 2002. 9. 24.자 <http://www.nic.or.kr/www/press_1.html>[2002.11.20.].

26) <<http://wipo2.wipo.int/process1/rfc/3/index.html>>[2002.11.20.].

27) <<http://wipo2.wipo.int/process1/report/finalreport.html>>[2002.11.20.].

28) 제1차 WIPO 보고서의 “濫用的 登錄”은 부당한 이익을 얻기 위해 도메인 이름을 선점하여 등록하는 사이버스쿼팅(cybersquatting, 일반적으로 “상표권자로부터 부당한 이익을 얻기 위해 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 등록, 사용하는 행위”를 의미한다. 자세한 내용은 이 논문 제3장 I.1.나.(1) 참조)을 염두에 둔 것으로서 실제 도메인 이름의 登錄 또는 使用을 포함하는 의미로 해석된다.

29) 도메인등록인을 비롯한 일반공중이 모두 접근하여 알 수 있도록 ICANN의 웹사이트에 UDRP에 관하여는 <<http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>>, UDRP 規則에 관

UDRP는 既存의 商標法과 不正競爭防止法이 해결해주기 어려운 “不正한 目的에 의한 登錄 및 使用”의 방지를 목적으로 하며(UDRP 제1조, 제4조), 금지 요건 및 구제조치를 규정하고(UDRP 제3조, 제4조 a항), 이에 대한 등록신청인의 事前同意를 받음으로써 구속력을 가지게 하였다(UDRP 제2조). 또 UDRP는 登錄機關³⁰⁾과 紛爭解決機關³¹⁾을 분리 운영함으로써 객관적 규범력을 부여하고자 한다.

UDRP는 시행 초기 부당한 이익을 얻기 위한 남용적 등록 및 사용을 금지하는 데에 많은 기여를 하였다. 특히 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 등록하고 부당한 대가를 요구하는 경우에도 과도한 소송비용과 시간의 낭비 때문에 주저하던 상표권자에 대하여 분쟁의 신속하고 저렴한 해결을 가능하게 하였다. WIPO도 UDRP의 성과를 성공적이었다고 분석하면서 그 적용범위를 商號, 地理的 名稱, 個人 姓名, 國際 非政府機構의 名稱에 관하여도 확대하자는 논의를 “도메인 이름 체계에 있어서 도메인 이름 권리와 사용에 관한 제2차 WIPO 보고서(THE RECOGNITION OF RIGHTS AND THE USE OF NAMES IN THE INTERNET DOMAIN NAME SYSTEM; Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process, 이하 “제2차 WIPO 보고서”라 한다)³²⁾

하여는 <<http://www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm>>[2002.11.20.]를 게시하고 있다. 그리고 UDRP 규칙을 보충하기 위하여 분쟁해결기관이 채택한 세부규칙을 “補充規則(supplemental rules)”이라 한다.

30) ICANN으로부터 認證(accreditation)을 받은 우리나라 등록기관으로는, (주) 가비아(gabia.com), (주)넷피아닷컴(ibi.net), (주)아이네임즈(i-names.co.kr), 예스닉(주) (yesnic.com), 한강시스템(주)(doregi.com) 등이 있다. 제2장 I.2.가.참조.

<<http://www.icann.org/registrars/accredited-list.html>>[2002.11.20.].

31) UDRP 규칙 제1조에 의하면, 분쟁해결기관은 ICANN에 의해 승인된 분쟁해결서비스제공기관을 의미한다. 현재 WIPO, NAF(The National Arbitration Forum), ADNDRC (Asian Domain Name Dispute Resolution Centre), CPR(CPR Institute for Dispute Resolution)이 있으며, eResolution은 2001. 11. 30.부터 서비스를 중단하였다.

<<http://www.icann.org/dndr/udrp/approved-providers.htm>>[2002.11.20.].

32) <<http://wipo2.wipo.int/process2/report/html/report.html>>[2002.11.20.] 이 보고서는 도메인 이름에 관한 사이버스쿼팅을 해결하고 商標權者의 권리를 보호하였다는 등 UDRP의 성과를 높이 평가하고 있다. 그러나 분쟁이 일방적으로 결정, 처리되는 반면, 도메인등록인의 방어수단은 거의 전무한 상태이며, 사법절차의 불복에 대하여도 그 구제가 충분하지 않다는 점에서 미완의 분쟁해결방법이라는 지적도 있다[Michael Geist, Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP, 『한국과 캐나다의 도메인이름분쟁조정제도에 관한 고찰』, 한국인터넷정보센터·도메인이름분쟁조정위원회, 공동국제학술세미나 발표문(2002. 11. 9.)(이하 “Geist,

를 통하여 검토하였다. 제2차 WIPO 보고서는 UDRP의 전면적인 확대에 관하여 신중한 입장이기는 하나, 장치 점차적인 적용확대의 가능성을 언급하였다는 점에서 국제적인 합의가 머지않은 장래에 이루어질 것으로 예상된다. 특정한 경제구역을 중심으로 UDRP의 일반적 적용을 주장하거나, 다른 전자상거래에의 적용도 주장되고 있다는 점에서, UDRP는 점차 그 영역을 확장해갈 것으로 예상된다. 따라서 도메인 이름의 UDRP 체제는 앞으로 계속 유지될 것이며 새로 생성되는 도메인에도 적용될 것이다.

WIPO는 2001. 6. 20. 국가도메인의 분쟁해결절차를 위해서 “국가도메인에 관한 지적 재산권 분쟁의 방지 및 해결을 위한 최적절차의 제안서(ccTLD Best Practices for the Prevention and Resolution of Intellectual Property Disputes, 이하 “WIPO 국가도메인 보고서”라 한다)³³⁾”를 마련하였는데, 그 주된 내용은 국가 도메인의 특수성과 개별성을 고려하더라도 국가도메인에 관한 분쟁해결규정은 UDRP의 기본적 구조는 유지할 것을 권고한다.³⁴⁾ 따라서 도메인 이름에 관한 분쟁해결은 국가도메인에 대하여도 UDRP 체제로 통합될 것으로 예상된다.

(3) 우리나라

우리나라 국가도메인인 .co.kr에 관하여는 1999. 5. 21. 한국전산원으로부터 독립하여 설립된 비영리 민간기구인 한국인터넷정보센터(Korean Network Information Center)에 의하여 그 등록 및 관리 업무를 수행하여 왔고, 登錄原簿管理機關과 登錄機關의 기능이 혼재했으나, 2001. 10.경 .kr 도메인 등록대행업무 민간 경쟁체제 도입을 위한 시범서비스³⁵⁾를 개시하여 등록업무를 분리하였고, 2002. 8.경부터는 5개의 登錄機關을 선정하여 경쟁적 등록기관 체제를 출범시켰다. .kr 도메인은 일반도메인과 달리, 대한민국에 사무소를 두지 아니한 외국법인 또는 단체와 대한민국에 주소를 두지 아니한 외국인은 도메인 이름을 등록할 수 없는 폐쇄형 구조이다(도메인이름등록관리규정 제5조 제3항). 분쟁해결에 관하여는 UDRP 체제 이전까

Fair.com?(K)”이라 한다) 13면 참조]. 이러한 문제점을 검토하여 도메인 이름의 남용을 방지하고 정당한 사용을 보호하며, 商標權者와의 이익교량을 하는 등 UDRP를 포함한 분쟁해결의 개선방향을 제안하고자 하는 것이 이 논문의 목적이라 할 것이다.

33) <<http://ecommerce.wipo.int/domains/cctlds/bestpractices/bestpractices.pdf>>[2002.11.20.].

34) WIPO 국가도메인 보고서 10-11면은 오히려 권고 내용에 UDRP와 달리 “不正한 目的의 도메인 이름 登錄 또는 使用”을 규제할 것을 권고한다는 점에서 오히려 UDRP보다 더 강력한 규제를 유도하고 있다.

35) 2002. 8.경까지 주식회사 아이네임즈(www.internetnames.co.kr)가 .kr 도메인에 관하여 독점적으로 등록업무를 해왔다.

지는 분쟁해결을 당사자의 합의나 법원의 판결, 중재 등에 맡겼으나, 2002. 1. 4.부터 도메인이름분쟁조정위원회³⁶⁾를 발족하여 도메인이름분쟁조정규정과 동 세칙에 의하여 분쟁조정을 함으로써 도메인 이름 분쟁해결에 관하여 UDRP와 유사한 취지의 특수한 절차를 도입하기에 이르렀다.

2. 本質

가. 論議의 必要性

도메인 이름의 본질이 무엇인가에 대한 문제는 도메인 이름에 관한 法的 構成과 法律關係를 어떻게 이해하고 구성할 것인가와도 밀접한 관련이 있다. 만약 도메인 이름의 등록과 사용이 상표의 사용과 같다면 商標法이나 不正競爭防止法의 적용을 받을 가능성이 높아지고, 그렇지 않다면 도메인 이름의 登錄 및 使用은 商標法이나 不正競爭防止法의 적용범위를 벗어나 민법 기타 다른 법률, 조리의 해석에 따르거나 또는 특별 입법을 통해 독자적으로 규율될 것이다. 따라서 도메인 이름의 본질에 관한 논의는 장차 도메인 이름에 관한 법적 구성이나 분쟁해결에 관한 접근방법에 차이를 가져올 수 있다는 점에서 이론적 측면뿐만 아니라 실제적 측면에서도 중요하다.

도메인 이름의 본질론에 기초하여 어떠한 법적 구성을 할 것인가는 도메인 이름 분쟁해결에 있어 당사자 이해관계는 어떻게 조절할 것인지, 좀더 구체적으로는 商標權者와 도메인登錄人 간에 도메인 이름에 관한 구체적 분쟁이 발생하였을 경우 누구를 어떻게 보호하여야 하는지 등에 대한 전제가 될 수 있다.

나. 도메인 이름의 特性 및 機能

(1) 特性

(가) 인터넷과 關聯된 特性

도메인 이름을 입력하면 인터넷을 통하여 누구나 언제, 어디서든지 자기가 원하는 네트워크 및 웹사이트에 접속할 수 있고 가상공간에서 활동할 수 있다. 이 특징은 일반도메인(.com, .net 등)이든, 국가도메인(.kr, .jp 등)이든 상관없다. 이러한 시간적, 공간적 제약의 극복은 인터넷과 도메인 이름의 효용을 극대화시킨다. 그리고 이러한 효용은 외우기 쉽고 듣기 편한 도메인 이름에 의하여 더욱 강화된다.

36) <www.ddrc.or.kr>[2002. 11. 20.].

(나) 도메인 체계에 의한 特性

1) 唯一性

도메인 이름은 각각의 컴퓨터를 특정하는 것이고 역트리의 계층적 구조를 가지므로 전세계적으로 유일하게 하나만 존재한다. 예컨대, “www.abcd.com”은 오직 하나일 뿐이고, “www.abcd.co.kr”은 전혀 다른 도메인 이름으로 파악된다.³⁷⁾ 서로 다른 지역이나 다른 영업 또는 상품에 관하여 동일한 명칭의 병존이 가능한 상표와 다르다. 유일성은 도메인 이름의 대표적 특성이면서 도메인 이름 분쟁의 중요한 원인이 된다.

도메인 이름의 唯一性은 인간의 DNA처럼 하나만 있기 때문에 일반명칭(예컨대, www.internet.com)을 등록하더라도 그 도메인 이름은 오직 하나만 존재하므로 식별력이 있게 된다. 또 하나만 존재한다는 점에서 동일 명칭의 상표나 상호보다도 더욱 강한 識別力을 가지고, 식별표지나 출처표시로서의 기능을 충분히 수행할 수 있다. 唯一性은 아래의 稀少性和 관련하여 “누구나 가지고 싶어하지만 그 자원은 한정되어 있는 경우”에 해당하여 이를 보유하기 위한 법적 다툼이나 갈등을 첨예하게 한다.

2) 稀少性

동일한 도메인 아래에서 특정 도메인 이름은 지역, 상품에 관계없이 1개만 존재하므로 동일한 명칭의 상표, 상호에 수요가 집중되고 이로 인한 자원 부족 현상이 심화된다. 예컨대, www.samsung.com을 등록한 이상 삼성출판사나 삼성물산, 삼성식당, 삼성병원 등의 상표나 상호를 가진 자는 다른 도메인 이름을 등록해야 한다. 이미 등록된 도메인 이름 이외에 자신의 상표나 상호를 도메인 이름으로 하려면 다른 최상위도메인 예컨대, biz, net, org 등에 등록을 하거나, 표현을 길게 할 수밖에 없다(예컨대, samsung.biz 또는 samsungelectronics.com 등). 당해 상표가 저명한 경우에는 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목의 稀釋化 防止條項에 의하여 금지될 수 있기 때문에 결국 선택될 수 있는 표현은 매우 제한되고, 금지를 피하기 위해 도메인 이름의 표현이 매우 길어지게 된다. 稀少性을 해소하기 위하여 새로운 일반도메인을 생성하고 있지만, 저명상표의 보호 등 희석화 방지조항이 그대로 효력이 미치는 한 저명상표에 대한 표현은 제한될 수 있다.

법원 판결에서 “별지목록 기재의 상표를 포함하는 문자를 도메인 이름으로 사용할 수 없다”는 취지의 主文³⁸⁾을 선고할 경우 극단적으로는 수식어를 첨가하여 전혀 다른

37) 이 논문 제2장 I.1.나. 참조.

38) 서울고등법원 2000. 11. 15. 선고 99나61196 판결; 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 99나66719 판결 등.

의미를 가질 경우(예컨대. “[외국상표명]+[병행수입자인 표시].com”등)조차도 도메인 이름으로 사용할 수 없게 되어 稀少性を 가중시킨다. 이와 같이 상표 보호를 강화할수록 도메인 이름의 稀少性は 더욱 심화되는데, 다시 唯一性和 결합하여 識別力을 강화한다. 한편 희소성의 심화는 분쟁을 더욱 격화시킨다.

3) 獨占性

도메인 이름의 唯一性は 識別力을 강화할 뿐만 아니라 등록인으로 하여금 그 표지에 대하여 독점적 사용을 할 수 있게 한다. 다만 독점적 사용은 유일성에 기한 것일 뿐이고 도메인 이름의 등록 및 이용에 관한 권리는 登錄機關과의 登錄約款에 기한 채권적 성질을 가지므로, 등록상표처럼 법률이 정한 배타적 효력을 당연히 가지는 것은 아니다.³⁹⁾ 그러나 이러한 독점적 등록 및 사용이 일정한 기간 동안 계속되면 부동산 점유와 같이 도메인 이름의 등록과 사용도 보호할 필요성과 실익⁴⁰⁾이 있을 수 있다.

(2) 機能

(가) 인터넷상 住所로서의 機能

도메인 이름은 숫자로 된 프로토콜의 변환으로서 인터넷에서 각 웹사이트를 찾기 위한 “번지”와 같은 역할을 하는 주소(Internet Protocol)로 등장하였고 현재도 그 기능을 여전히 담당하고 있다. 이는 통상 우리가 “포털”이라고 하는 명하는 것처럼 자신이 원하는 웹사이트를 들어가기 위한 현관문의 명패로서의 역할을 하는 것이라 할 것이다.

(나) 識別 機能

도메인 이름은 문자로 되어 있고 唯一性を 가지고 있기 때문에 고유한 식별자로서의 역할을 할 수 있다.⁴¹⁾ 하나의 도메인 이름만 가능하다는 점에서 다수의 동일명칭으로 된 상표가 병존하는 것과 다르고 이는 식별표지로서의 가치를 높게 한다. 만약 도메인 이름이 영업표지로서 별도의 법적 보호를 받을 수 있다면, 이러한 강한 識別力은 상표나 상호보다 더욱 강할 수 있다.

39) 일부 견해 중에는 도메인 이름 권리를 등록기관에 등록한 도메인 이름의 “배타적 사용권”이라고 설명하기도 하나, “독점적 사용권”을 잘못 표기한 것으로 이해된다. 김대원, 「인터넷 도메인 네임에 관한 법적 문제」, 『2002년도 전문분야법관세미나(II) 자료(상)』, 사법연수원, 85면 참조.

40) 점유의 보호에 관한 연혁과 필요성에 관하여 『民法注解』 제4권, 267-293면 참조.

41) 内田晴康·横山經通, 『インターネット法』, 商事法務研究會, 1998, 38면.

도메인 이름의 식별 기능은 상품, 서비스에 대한 것이 주류이겠지만, 경우에 따라 기업 주체를 나타내는 상호 유사의 기능도 겸할 수 있을 것이다. 이러한 기능의 혼재는 도메인 이름을 매우 복잡하고 다양하게 인식할 수 있게 해줌으로써, 구체적 사례에 따라서는 상표와 더 가깝게, 다른 경우에는 상호와 더 가깝게 기능할 수 있도록 한다.

(다) 商品이나 서비스의 出處로서의 機能

도메인 이름은 상표처럼 상품에 부착되지는 않으나, 전자상거래에서 소비자로 하여금 자신이 구입한 상품이나 제공받는 서비스의 출처로서 인식될 수 있다. 한편 알기 쉽고 발음하기 쉬운 용어, 기억하기 쉬운 용어는 고객 유인에 유리하고, 도메인 이름은 이러한 광고나 홍보 기능을 담당하기도 한다. 이러한 기능 때문에 저명한 표지 또는 보통명칭(예컨대, 컴퓨터를 판매하는 기업이라면 computer.com을 선호할 것이다)의 도메인 이름을 자신의 출처로 사용하거나 링크나 포워딩을 이용해 자신의 웹사이트로 유인하려고 한다. 이러한 광고 및 홍보의 기능은 商標法 제2조 제1항 제6호 다목의 “상표의 사용”에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 중요한 역할을 한다.

(라) 誘導的(通路的) 機能

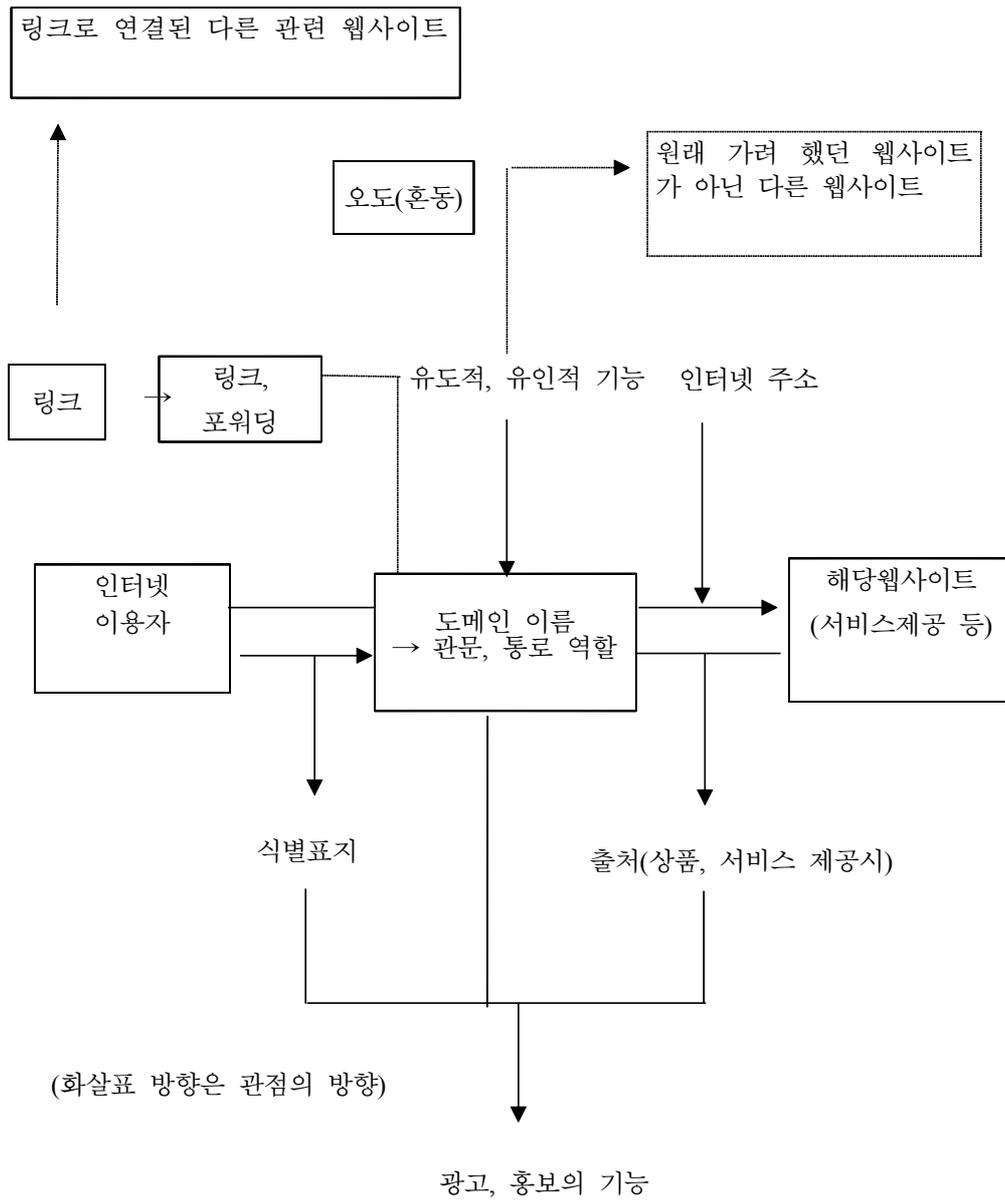
도메인 이름은 네트워크를 구성하는 각 컴퓨터의 주소로서의 기능을 가진다. 하지만 그 주소만으로는 그 웹사이트가 무엇을 하고 어떤 서비스를 제공하는지 알 수 없고, 실제 그 도메인 이름을 인터넷 주소창에 입력하여 그 웹사이트로 이동하여야만 구체적으로 인식할 수 있다. 이는 도메인 이름이 인터넷을 기반으로 하는 디지털 기술과 관련이 있기 때문이다. 따라서 도메인 이름은 인터넷 주소나 식별표지로서의 기능 이외에 자신의 컴퓨터를 선택한 이용자로 하여금 接近通路(예컨대, 고속도로에서 목적지를 찾아가도록 하는 진입로(ramp)에 비유할 수 있다)를 유지하게 하는 역할도 한다. 따라서 경우에 따라서는 소비자로 하여금 첫 인상에 대한 혼동을 초래하여 소비자가 원래 원하지 않는 전혀 다른 웹사이트로 옮기도록 유인할 수도 있다.

이는 주소로서의 기능과 식별 기능 또는 출처로서의 기능을 연결해주는 제3의 기능이라고 할 수 있고,⁴²⁾ 최근 미국에서 논의되고 있는 “最初 觀心 混同理論(First Interest Confusion)”과도 관련이 깊다.⁴³⁾

42) “통로적 또는 유도적 기능”에 대한 분석은 따로 연구된 자료를 찾지 못하였는바, 이 논문에서 제안하기로 한다.

43) 이 논문 제3장 II.1.가.(2)(가)6 참조.

<그림 2> 도메인 이름의 기능



다. 도메인 이름의 法的 性格

(1) 識別標識

도메인 이름이 상표나 상호와 같은 식별표지가 아니라 인터넷 이용자가 특정의 컴퓨터 IP를 찾아갈 수 있는 우편주소나 전화번호와 유사한 식별자에 불과하다는 입장⁴⁴⁾도 있을 수 있으나, 도메인 이름은 그 唯一性으로 말미암아 독점적 사용이 가능하고, 문자로 표기되어 있기 때문에 識別力을 가질 수 있으며 일반 공중에게도 도메인 이름은 표지라는 인식이 일반적이기 때문에 그 사용태양에 따라 식별표지로 인정될 수 있다. 하급심 판결들⁴⁵⁾도 도메인 이름에 관하여 不正競爭防止法 상의 표지임을 당연히 전제하고 있다. 다만 도메인 이름이 단순히 인터넷상 주소로서의 기능만 하는 경우도 있으며, 식별표지로서 인정되더라도 주소기능이 함께 공존할 수 있다. 이하에서도 이러한 전제하에 도메인 이름의 법적 성질에 관한 검토를 하기로 한다.

(2) 從來의 論議 및 새로운 接近方法

(가) 從來의 論議

도메인 이름의 法的 性格에 관하여는 종래 여러 가지 논의가 있다.

1) 먼저 도메인 이름이 제공되는 상품이나 서비스의 출처를 나타내는 기능을 중요시하여 도메인 이름을 商標로 파악하는 견해⁴⁶⁾가 있다. 商標權者의 입장에서는 商標法에 기한 침해금지청구나 손해배상청구를 하려면 먼저 商標法 제2조 제1항 제6호의 “상표의 사용”을 입증해야 하는데, 이에 따르면 도메인 이름의 登錄 및 使用 사실만 입증하면 상표의 사용을 쉽게 입증할 수 있으므로 商標法에 의한 보호가 보다 용이해질 수 있다.

2) 도메인 이름이 기업의 웹사이트로 사용되면서 당해 기업 또는 사업을 표창하는

44) 도메인 이름을 식별표지로 인정하는 입장과 가장 큰 차이는 도메인 이름은 식별표지가 아니므로 商標나 商號와 직접 충돌할 여지가 없다는 것이고 따라서 商標法이나 不正競爭防止法의 적용은 처음부터 발생하지 않게 된다는 결론에 이른다는 것이다. {Kur, Internet Domain names, CR 1996, 325, 327; Omsels, Die Kennzeichenrechte im Internet, GRUR 1997, 328, 329}. 안효질, 「不正競爭防止法에 의한 도메인네임 자체의 보호가능성」, 『창작과 권리』 제21호(2000년 겨울), 세창출판사, 74면에서 재인용.

45) 서울지방법원 2000. 9. 8. 선고 2000가합6471 판결, 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99가합2819 결정 등.

46) 이대희, 「전자상거래와 도메인 문제에 관한 연구」, 『商事法研究』 제19권 제2호(통권 제27호), 2000, 韓國商事法學會(이하 “이대희, 「전자상거래와 도메인 문제에 관한 연구」”라 한다), 182면 참조.

기능을 가지게 됨에 따라 영업주체를 나타내는 표지로서 商號 또는 서비스標에 준하는 성격을 가지게 되었다고 보는 견해⁴⁷⁾가 있다. 이 견해는, 도메인 이름을 일용 “電子商號”로 명칭하거나, 장차 “도메인 이름권(domain name right)”이라는 상호권에 보다 가까운 별개의 권리를 향후에 인정할 수 있을 것이라고 주장한다.⁴⁸⁾

3) 도메인 이름이 상표나 상호 이외에 보다 다양하게 사용될 수 있다는 전제에서, 도메인 이름을 營業標識⁴⁹⁾로서 보는 하급심 판결⁵⁰⁾이 있다. 도메인 이름은 현행법에서 따로 정한 상표나 상호는 아니지만, 포괄적 개념인 영업표지의 범위에 포함시켜 不正競爭防止法의 규율을 할 수 있도록 해석하는 것이다.⁵¹⁾

4) 위와 같은 종래의 논의는 도메인 이름에 관하여 여러 기능 중 하나를 부각하여 도메인 이름의 법적 성격을 관찰하였다고 본다. 도메인 이름이라는 표지는 실제로는 그 기능 및 사용자의 의사, 객관적 상태에 따라 상표로서 사용될 수도 있고, 상호로서 사용될 수도 있으며, 개인적 홈페이지의 주소를 표시함에 그칠 수 있다. 도메인 이름에 관한 법적 분쟁의 대부분은 도메인 이름이 상표, 상호, 기타 영업표지 중 하나로서 사용되는 경우가 대부분이기 때문에 위와 같은 각 견해는 서로 다른 경우에 따라 각기 그 결론이 적합할 수 있다.

그러나 이는 도메인 이름의 본질 또는 법적 성격에 대한 분석이 아니라 도메인 이름이 사용된 모습에 대한 해석일 뿐이다. 도메인 이름의 본질론은 도메인 이름 그 자체 또는 도메인 이름에 대한 권리 그 자체를 논의의 대상으로 해야 할 것이다. 예컨대 도메인登錄人이 商標權者의 權利를 침해하는 경우 “도메인 이름의 登錄 및 使用을 商標의 사용으로 보는 것”과 “도메인 이름의 法的 性格을 商標로 보는 것”과는 전혀 다른 접근이라 할 것이다. 도메인 이름의 登錄, 使用이 商標의 사용에 해당하는 경우가 있다고 하여 도메인 이름의 法的 性格을 일률적으로 商標라 할 수는 없을 것이다.⁵²⁾

47) 손경한, 「도메인 이름 선점과 법적 과제」, 도메인분쟁협의회, 2000(이하 “손경한, 「도메인 이름 선점과 법적 과제」”라 한다) 2면.

<http://www.nic.or.kr/knic/home/dispute/cgi-bin/disp_board/docu/view_use.html?id=10&code=docu&start=0>[2002.11.20.]

48) 손경한, 「도메인 이름 선점과 법적 과제」, 8면.

49) 營業標識란 영업표(business mark), 서비스표(service mark), 상표(trademark), 상호(trade name)뿐만 아니라, 기타 영업을 표시하는 입체적, 음향적 표장과 점포 장식, 제복 등까지 모두 포함하는 포괄적인 개념이다. 宋永植·李相垚·黃宗煥 共著(이하 “宋永植 외”라 한다), 『知的所有權法(下)』, 育法社, 2001, 68면.

50) 서울지방법원 1999. 10. 8. 선고 99가합41812 판결.

51) 「국내 도메인분쟁해결방안 수립에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2000.11., 35-36면.

이는 상호를 상표로 등록하여 사용하고 있다고 해서 상호의 법적 의미가 달라지는 것은 아닌 점과 유사하다. 따라서 도메인 이름의 법적 성질을 논의하기 위해서는 기존 상표나 상호, 영업표지와 구별되는 도메인 이름의 특성과 새로운 기능의 이해를 전제로 할 것이다. 따라서 보이는 현상의 일부에 대한 접근이 아니라 도메인 이름의 전체를 포괄하는 접근이 필요하다.

(나) 새로운 接近方法

도메인 이름은 등록 자체로 영리를 목적으로 하는 상표나 상호 기타 영업표지의 성격을 가지는 것이 아니다. 도메인 이름이 영업표지인지 여부는 영리적 목적을 위하여 사용되는지, 아니면 비영리적 목적을 위하여 사용되는지에 따라 결정된다.⁵³⁾ 예컨대, .com, .net 등은 전자상거래 사업을 목적으로 등록하는 경우가 대부분이지만, 단순히 비영리적인 개인 홈페이지를 운영하기 위하여 등록하는 예가 있는 반면, .org, .edu는 비영리기구 또는 교육기관에 사용하는 것을 목적으로 구분하지만 경우에 따라서는 유료사이트로 운영되어 상표적 사용으로 볼 수 있는 경우도 있다. 따라서 도메인 이름 자체가 당연히 상표나 상호와 같은 영업표지로 되는 것은 아니며, 영업표지로서 사용되는 경우에만 商標法 또는 商法, 不正競爭防止法의 적용을 받는다.⁵⁴⁾

따라서 도메인 이름의 법적 성격은 도메인 이름 자체를 대상으로 하고 독립적이고 독자적인 측면에서 논의하여야 할 것이다.

(3) 獨自的 標識

(가) 認定 實益

도메인 이름의 법적 성격에 관한 종래의 논의는 도메인 이름이 상표, 상호, 영업표지로서 사용된 경우만을 검토의 대상으로 한 것이기 때문에 도메인 이름 일반에 관한 것이라고 보기는 어렵다.⁵⁵⁾ 예컨대 도메인 이름을 영업표지로서 파악한다면, 비영리적

52) 도메인 이름과 등록상표와의 차이에 대하여는, 최순용, 「도메인 이름과 상표권 등의 보호」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 제12기 인터넷과 법률과정(2001. 12. 17.) 발표문(이하 “최순용, 「도메인 이름과 상표권 등의 보호」”이라 한다)에서 인용된 표를 참조.

53) 남희섭, 전제논문, 25면.

54) 서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합5188 판결. 피고가 도메인 이름이 영업표지가 아님을 주장하였으나, 법원은 “인터넷 도메인 네임으로 접속되는 홈페이지에서 인터넷 홈쇼핑업 등의 영업을 하고 있다면 그 도메인 네임은 당해 영업을 표시하기 위한 영업표지에 해당한다”고 판시하였다.

사용에 대한 설명이 적합하지 않을 수도 있다. 또 도메인 이름의 다른 영업표지와 구별되는 특성 및 기능은 商標法이나 不正競爭防止法을 적용함에 있어서 갈등을 야기할 수도 있다. 그러나 도메인 이름의 獨自性을 인정하게 되면, 새로운 법적 구성을 생성시킬 수 있고, 영업표지에 관한 법리도 도메인 이름이 실제 상표로서 사용되고 있는 경우에만 합리적으로 적용하면 된다. 또 도메인 이름의 독자성을 인정하는 것은 단순히 이론적 의의뿐만 아니라 실제 법적용과 해석에 있어서도 방향을 제시하고, 장차 입법과 정책을 새로 수립하는 데에 있어 실질적인 역할을 할 수 있다.

(나) 假想空間의 電子標識

도메인 이름은 가상공간에서 인터넷 주소로서의 기능뿐만 아니라 식별표지로서의 역할을 할 수 있다. 하지만 도메인 이름은 기존의 상표나 상호와 구별되고, 도메인 이름 자체를 디지털 상품에 부착하기도 어려우며 처음부터 영업표지임을 전제로 개발된 것도 아니다. 또 도메인 이름의 근간은 인터넷이라는 가상공간이고 그 구성은 디지털 부호인 인터넷 프로토콜(IP)에 의한다. 이러한 특유의 기능과 기술적 특성, 실제 사용태양을 종합할 때, 도메인 이름은 중립적인 성격을 띠는 독자적 표지로서 “전자표지(electronic mark) 또는 디지털 표지(digital mark)”로 파악된다.⁵⁶⁾ 그리고 가상공간에서 식별표지와 인터넷 주소로서의 기능을 공유하는 특별한 전자표지라고 볼 수 있을 것이다.⁵⁷⁾ 상표법상의 등록상표는 등록인에게 실제 사용의사가 있는지 여부를 불문하고 등

55) 우지숙, 「사적 자치의 도전과 맹점: 도메인 분쟁해결정책을 통해 본 인터넷 가버넌스의 실제 연구」, 『정보법학』 제5권(2001), 한국정보법학회(이하 “우지숙, 「사적 자치의 도전과 맹점」이라 한다), 129면. 이 글에서도 도메인 이름 관련 분쟁 중 상표권과의 충돌에서 비롯되는 경우가 수적으로 많다는 것은 도메인 이름과 관련한 분쟁이 모두 지적재산권과 관련된 것으로 잘못 인식되게 하는 결과를 낳았다고 지적한다.

56) Milton L. Muller, “INTERNET DOMAIN NAMES, Privatization, Competition, and Freedom of Expression,” *CATO BRIEFING PAPERS* No.33 October 16, 1997 (이하 “Muller, INTERNET DOMAIN NAMES”라 한다) 중 “Trademark Issues” 부분 참조. <<http://www.cato.org/pubs/briefs/bp-033.html>>[2002.11.20.] 이 글에서 Muller교수는 도메인 이름은 “Domain Names are not brand names”라고 전제하면서 많은 경우 도메인 이름을 상표와 동일시하는 오류를 범하고 있다고 지적한다.

57) 도메인 이름을 독자적인 전자표지로 보는 것은 독립된 무체재산 또는 지적 재산으로서 인정할 수 있다는 것도 의미한다. 그러나 도메인 이름 권리에 등록상표와 유사하게 배타적 효력을 부여할 것인지 여부는 지적 재산의 성격과는 무관한 것이고, 商標法 기타 법률에 특별한 규정이 있는지에 따라 달라진다. 따라서 지적 재산의 성격을 가지게 되

록만으로 영업표지의 성격을 가지지만, 도메인 이름은 등록에 의해 법적 성격이 정해지는 것이 아니라 그 사용의 모습에 따라 영업표지로 해석되기도 하고 비영리적 표지로 해석되기도 하며, 경우에 따라서는 식별표지로서의 기능이 매우 약화된 상태에서 단순한 인터넷 주소로도 사용될 수 있다.

도메인 이름의 성격을 전자표지 또는 디지털 표지라고 칭한다는 점에서 전자상호와 유사한 개념일 수 있으나, 도메인 이름은 당연히 상호 기타 영업표지인 것은 아니며 중립적이고 독자적인 표지로서 해석되어야 하므로 그 용어가 정확하지 않다. 또 도메인 이름을 디지털 브랜드(digital brand)라고 표현하는 경우⁵⁸⁾도 있으나, 브랜드라는 표현은 상표와 유사한 의미로 사용되는 경우가 많으므로 영업표지와 구별되는 중립적 성격에는 맞지 않는다. 도메인 이름 분쟁에 관한 UDRP 決定의 상당수가 登錄人이 商標權者로부터 상표의 사용허락(License)을 받은 경우라 하더라도 商標權者가 따로 도메인 이름의 사용까지 허락한 것이 아니라면 도메인登錄人은 상표의 사용허락 범위 내에 도메인 이름 登錄, 使用 권한을 부여받은 것은 아니라고 보는데,⁵⁹⁾ 이는 도메인 이름이 商標와 다르다는 점을 간접적으로 인정하는 것이라고 생각된다.

라. 도메인 이름 權利

(1) 公的 資源으로서의 도메인

도메인(Domain)은 체계상 도메인 이름의 근거(root)가 되므로 도메인 이름은 도메인의 구축을 전제로 한다. 도메인은 일반도메인(gTLDs)과 국가도메인(ccTLDs)으로 구분되고, 현재 ICANN이라는 국제 비영리 민간기구에서 관리하고 도메인을 登錄原簿管理機關(Registry) 또는 해당 국가에 할당하는 체계를 유지하고 있으며, 현재 어느 특정 개인이나 기업에 전유되지 않는다. 다만 登錄機關(Registrar)은 ICANN으로부터 권한을 위임받아 등록관련업무를 처리하는 것에 불과하다. 따라서 도메인은 공익적 영역에 속하므로 공적 자원이라 할 것이며 우리나라의 한국인터넷정보센터도 公有的 資源임을 전제로 관리, 유지하고 있다.⁶⁰⁾ 따라서 도메인을 개인이 專有할 수 없다. 다만 도메인

있다고 하여 당연히 登錄商標權과 같은 수준의 보호를 주장할 수는 없다.

58) 도메인 등록원부관리기관인 베리사인(Verisign)사의 웹사이트 참조.

<<http://www.verisign.com/services/cdns/index.html>>[2002.11.20.]

59) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 『二十一世紀 韓國民事法學的 課題와 展望(心堂 宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002(이하 “丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」”라 한다), 1042면 참조.

60) 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 50면 참조. 특히 .kr 도메인의 공적 관리

이름의 등록, 사용에 대하여는 사적 자치에 맡기고 있다. 따라서 귀속 및 양도의 대상은 도메인 이름 자체가 아니라, “도메인 이름 權利”이다.⁶¹⁾

(2) 도메인 이름 權利의 法的 性格

도메인의 公有性을 인정하면서도 이와 분리하여 도메인 이름이 누구에게 귀속하는가, 도메인 이름의 재산권성을 인정하여 특정인에게 보유하게 할 수 있는가에 관하여 논의되고 있다는 점은 모순이라고 할 여지가 있다. 그러나 실제 웹사이트에 도메인 이름 시장을 개설하여 도메인 이름에 관하여 매매, 임대, 경매 등이 이루어지고 있는데, 이러한 현상을 법적으로 논의하지 않을 수 없다.

먼저 도메인 이름에 관하여 특정인의 재산으로 인정할 수 있는지에 대하여, 현실적으로 도메인 이름을 매매, 임대, 경매도 가능하다는 점을 강조하면서 도메인 이름 자체가 사유재산권의 대상이 될 수 있다는 미국 판결⁶²⁾이 있다. 그러나 도메인 이름은 공적 자원인 도메인에 그 근거를 두고 있고, 일정기간 동안만 이용가능하고 그 이용의 기초는 登錄約款이므로 도메인 登錄人으로서 도메인 이름 그 자체를 보유하도록 하는 것이 아니다.⁶³⁾ 그렇다면 도메인 이름에 관한 매매, 임대, 경매는 도메인 이름 그 자체의 거래가 아니라 도메인 이름 권리를 대상으로 하는 것뿐이다. 도메인 이름 권리는 登錄約款에 기초하므로 일종의 채권이 될 것이고, 그에 대한 특별한 법이 없는 한 사적 자치에 의하여 처분이 가능할 것이다. 따라서 도메인 이름 그 자체를 특정인이 보유할 수 있다고 하는 것은 ‘도메인 이름’과 ‘도메인 이름에 관한 권리’를 혼동하는 것으로서 옳

에 대하여 정부는 적극적 개입을 하고자 한다.

- 61) “Concerns about “rights” and “ownership” of domains are inappropriate. It is appropriate to be concerned about “responsibilities” and “service” to the community.” Jon postel, “Domain Name System Structure and Delegation,” ISI March 1994, RFC 1591, 5 면. <<http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1591.html>>[2002.11.20].
- 62) Gary Kremen v. Steve Cohen, No.98-207188(N.D. Cal 10/16/98)(sex.com 사건). 이 판결에서 법원은 도메인 이름(sex.com)을 재산(property)라고 하였다. 다만 미국법상 ‘property’는 우리나라의 ‘소유권’과 일치하는 개념이 아니며 권능을 일부 제한할 수 있다는 점에서 이 판결만으로 도메인 이름을 소유권의 객체라고 바로 인정할 수는 없다.
- 63) 우리나라 최초의 1999. 1. 30.자 도메인이름등록관리규정 제10조 제1호는 “① 도메인 이름은 소유권이 아니라, 인터넷을 이용하기 위한 이용권으로 간주됩니다”라고 하고 있으며, 같은 규정 제11호 제1호는 “① 도메인 이름은 소유권이 아니므로 인터넷 연결없이 사용할 수 없으며, 도메인 이름 확보를 위해서 신청할 수 없습니다”라고 하여, 도메인 이름 그 자체가 소유권의 대상이 아님을 분명히 하였다.

지 않다. 도메인 이름에 대한 압류 여부는 ‘도메인 이름’과 ‘도메인 이름에 관한 권리’의 분류와 관련되어 있으므로 이하에서 살펴보기로 한다.

(3) 押留의 對象適格 問題

도메인 이름 그 자체로서 압류의 대상이 되느냐의 문제는 도메인 이름이 독립된 자산으로서 특정인의 私有가 될 수 있느냐와 관련하여 논의된 바 있다. 이에 관하여 각국 법원에서도 일관되지는 않으나, 도메인 이름의 법적 성질 및 그 권리 귀속에 관한 이해를 돕는데 중요한 사례가 된다.

(가) 各國 判決例

1) 獨逸

독일에서는 1999년부터 도메인 이름의 압류에 관한 판단이 나오고 있으나 도메인 이름의 압류를 인정하는 판결례와 부정하는 판결례가 있다.

가) 도메인 이름의 압류를 긍정하는 입장을 취하는 판결⁶⁴⁾은 첫째, 도메인 이름에 관하여 어떤 법규정도 없지만, 예컨대 라이선스에 견줄 수 있는 독자적인 법제도(ein Rechtsinstitut sui generis)라고 하고, 둘째, 도메인 이름은 매매, 임대, 경매도 가능하며 인터넷에서는 이를 중개하는 정식의 도메인 거래소도 있으며, 셋째, 양도가능한 라이선스(권)와 마찬가지로 양도 가능하므로 도메인 이름도 역시 압류할 수 있다고 한다. 이 입장은 도메인 이름의 경제적 가치와 실제 거래되고 있는 현실을 고려한다.⁶⁵⁾

나) 도메인 이름 자체에 관하여 압류에 대하여 부정설의 입장을 취하는 판결⁶⁶⁾은, 도메인 이름 자체를 재산권으로서 인정하지 않고, 압류의 대상을 “도메인 이름에 관한 서비스 제공의 이행을 登錄機關에 대하여 구하는 행위청구권”으로 본다. 이에 따르면 도메인 이름에 대한 매매, 임대 등에 의해 도메인 이름이 평가되는 현상에 대하여는 할당체계의 부수효과일 뿐 할당체계의 목표가 아니므로 이러한 거래 사실을 이유로 재

64) AG Glabeck Beschluß v. 14.07.1999(Az. 13 M56/99) 및 이에 대한 항고법원 결정인 LG Essen Beschluß v. 22.09.1999(Az. 11T370/99), 金尙勳, 「도메인의 押留-독일 判例를 중심으로-」, 『法曹』 통권 제540호(2001. 9.), 法曹協會, 280면에서 재인용.

65) LG Düsseldorf Beschluß v. 16.03.2001(25T59/01)(AG Langenfeld/Rhld. Beschluß v. 21.12.2000(14M2416/00)의 항고법원 결정, 김상훈, 전계논문, 300면에서 재인용.

66) LG München I Beschluß v. 12.02.2001(Az. 20T19368/00), 이하 주요 내용은 김상훈, “전계논문, 296면에서 재인용.

산권으로서 파악할 수는 없다고 한다. 그리고 도메인 이름의 양도에 관한 登錄機關의 등록규정도 실체법적인 규정이 아니라 登錄移轉을 함에 있어 登錄機關의 협력이 필요하다는 기술적 규정에 불과한 것이므로, 도메인 이름 자체를 “도메인登錄人과 분리된 권리로 보아 압류할 수 있다는 주장”은 부당하다고 한다. 따라서 도메인 이름은 압류하여 환가할 수 없고 압류대상인 재산권이 아니라고 한다. 도메인 이름의 등록시 登錄機關은 등록신청된 도메인 이름에 대하여 登錄商標나 特許에 준하는 審査節次가 존재하지 않고 제3자의 권리를 침해할 경우 登錄抹消 또는 登錄移轉될 수 있는 위험을 스스로 부담하고 있다는 점에서 特許나 登錄商標에 준할 수 없다고 한다.⁶⁷⁾

다) 엇갈린 판결 속에서도 독일 법원은 2001. 9. 현재까지 약 40여건의 도메인 이름 관련 압류결정을 한 것으로 알려져 있고, 압류의 대상을 도메인 이름에 관한 사용청구권 또는 도메인 이름 등록연장권 등으로 옮겨가고 있는 것으로 보인다.⁶⁸⁾

2) 美國

Network Solution, Inc. v. Umbro International Inc. 사건⁶⁹⁾에서 미국 버지니아주 대법원은, 도메인 이름의 등록은 도메인登錄人과 登錄機關 간의 서비스 계약의 산물이므로 버지니아 채권자 구제법(Virginia's Creditors Remedies Law)에 의하여 압류될 수 있는 책임재산이 아니라고 판시하고, 도메인登錄人이 登錄機關인 Network Solution, Inc.(“NSI”)를 상대로 하여 제기한 압류명령을 인용한 항소법원의 판결⁷⁰⁾을 파기하고 압류명령을 기각하였다. 버지니아주대법원은 도메인登錄人은 특정 기간 동안 도메인 이름을 사용할 수 있는 계약상의 권리를 취득하며, 그 권리는 NSI가 제공하는 도메인 이름 서비스에 구속되고, NSI가 제공하는 도메인 이름 운영 관련 서비스와 분리되어 별도로 존재할 수 없다고 판시하였다. 최근 뉴욕주 법원도 Zurakov v. Register.com Inc.사건⁷¹⁾에서 위 판결을 인용하여 도메인 이름은 재산권이 아니라 계약상의 권리라고 판시하였다.

67) 김상훈, 전제논문, 293-297면에서 재인용.

68) AG Langenfeld/Rhld. Beschluß v. 21.12.2000의 항고법원 결정인 LG Dusseldorf Beschluß v. 16.03.2001, 김상훈, 전제논문, 301면.

69) Network Solution Inc. v. Umbro International Inc., 529 S.E.2d 80(2000).

70) Umbro International, Inc. v. 3263851 Canada, Inc., No.174388(Va. Cir. Ct., Feb 3, 1999).

71) Zurakov v. Register.com Inc., N.Y. Sup. Ct., N.Y. Cty., No.600703/01. 07/23/01.

3) 우리나라

우리나라 법원은 “interpark.co.kr” 도메인 이름 관련 채권가압류 사건⁷²⁾에서 “채무자(도메인登錄人)의 제3채무자(登錄機關인 한국인터넷정보센터)에 대한 도메인 이름 interpark.co.kr 등록자로서의 일체의 권리를 가압류한다. 채무자는 위 도메인 이름의 등록자로서의 일체의 권리에 관하여 매매, 양도 기타 일체의 처분을 하여서는 아니된다. 제3채무자는 채무자에게 위 도메인의 등록자로서의 일체의 권리에 대하여 양도를 승낙하거나, 채무자의 신청으로 위 도메인의 말소 또는 등록자 변경을 해주어서는 아니된다”고 결정하였다.⁷³⁾

위 결정은 도메인 이름에 관한 권리가 債權의 性質을 가지는 것을 전제로 하는데, 이와 관련하여 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 결정(france2.com 사건)에서 법원은 도메인登錄人과 登錄機關 간의 도메인 이름에 관한 등록, 유지 관리에 관한 法律關係를 民法상의 委任關係 또는 그 유사의 관계에 해당한다고 실시하였다. 이와 같이 우리나라 법원은 도메인 이름 권리를 도메인登錄人의 登錄機關에 대한 使用請求權으로 보고, 이를 債權假押留에 의해 보전처분할 수 있다는 입장으로 보인다.

(나) 檢討

商標의 경우에도 商標가 아닌 登錄商標權에 押留를 하는 것과 마찬가지로 도메인 이름은 그 자체가 무형이므로 어떤 재산을 표창하기 쉽지 않고 그 성격 또한 도메인의 공유성으로 인해 특정인의 소유를 인정하는 것이 적합하지 않다. 도메인 이름에 관하여 登錄, 使用이 登錄約款에 기초하고 있는 한, 도메인 이름에 관한 압류 문제도 도메인 이름 자체가 아니라 도메인 이름 권리를 대상으로 파악해야 한다. 따라서 도메인 이름에 관한 법률관계는 도메인 이름 권리를 중심으로 검토되어야 한다.

II. 도메인 이름의 法的 構成

1. 基本法理

가. 思想的 基礎

도메인 이름은 형식적으로는 도메인登錄人과 登錄機關 기타 관련 당사자간의 계약을

72) 서울지방법원 2001.3.30. 선고 2001카단1988 결정.

73) 같은 취지 : 서울지방법원 2001.8.22. 선고 2001카단2024 결정 등.

기초로 하지만 실질적으로는 표현의 자유 및 사적 자치 등의 이념적 배경과 헌법적 근거를 바탕으로 한다. 이는 도메인 이름의 정당한 사용을 보호하고 상표 보호와의 균형 및 조화를 구성하고 도메인 이름 분쟁해결에 해석적 기초가 된다.

(1) 私的 自治의 原則

도메인 이름에 관한 法律關係는 도메인登錄人과 登錄機關, 登錄原簿管理機關과 登錄機關 등 다수 당사자의 복수 계약관계의 결합에 의한 유기적 통일체를 이루고 있다는 점에서 형식적으로는 사적 자치에 기초하고 있다. 도메인 이름이 민간영역에서의 사적 자치를 기반으로 하는 것은 인터넷 가버넌스(Internet Governance)⁷⁴⁾ 즉 인터넷 공간에 관련된 정책 결정에 관하여 누가 주체가 되어 어떠한 절차를 거쳐 하는가의 문제에 관하여 정부가 아닌 민간이 주도가 된다는 사상을 기초로 한다. 인터넷 가버넌스의 민간 주도는 인터넷을 개발한 과학자들의 기초 사상이며,⁷⁵⁾ 인터넷이 전 세계적으로 퍼져 발전하게 된 기초가 된다. 직, 간접적으로 미국 정부의 영향력이 행사되고 있다는 비판도 있지만, 비영리민간기구인 ICANN이 국제인터넷주소 관리를 주도한다는 점은 인터넷이 원칙적으로 어느 특정 국가나 어느 특정 정부기구에 속해 있지 않음을 보여 준다. 다만 인터넷 관련 분쟁이 심화되고 그 법적 문제가 국제적으로 확대되면서 각 국가 정부의 간섭이 점차 확산되고 있어 사적 자치의 원칙에도 상당한 수정이 가해질 것으로 예상된다. 특히 국가도메인에 관하여 당해 국가의 행정부에서 관리를 하는 것은 민간 자율에 중대한 제한이 되고 있다.

(2) 公的 資源에 대한 自由로운 接近

인터넷은 누구나 접근이 가능한 공간이고 도메인 이름은 인터넷을 기반으로 하는 公的 資源이라는 점에서 이에 대한 자유로운 접근 및 이용의 보장이 필요하다. 따라서 도메인 이름의 등록규정도 접근과 이용의 자유를 충분히 보장하는 방향으로 마련되어야 할 것이다. 연혁적으로도 도메인 이름은 처음부터 어떤 표지로서 기능할 것을 전제

74) 인터넷 가버넌스에 관한 참고문헌으로서, 정찬모·조동기·김상배·유지연·김도승·박지희, 「인터넷 가버넌스에 있어 정부와 민간의 역할 -주소자원관리체제의 대안모델 정립을 중심으로-」, 정보통신정책연구원, 2001. 9.

<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/73/73200101201.pdf>>[2002.11.20.] 참조.

75) 헌법적 문제에 관하여, 정찬모·은승표·오병철·정진명·오승중·오태원, 「사이버스페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립」, 정보통신정책연구원, 2001. 12., 180-190면.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/70/70200102301.pdf>>[2002.11.20.]

로 하지 않았으며 도메인 이름의 고안자인 Postel 역시 도메인 이름의 등록에 상표로서의 지위를 인정하지 않았다. 또 도메인 이름에 대한 소유권을 인정하지 않고 인터넷 커뮤니티에 대한 책임 및 서비스에 관한 문제로 파악하는 것이 적절하다고 지적하였다.⁷⁶⁾ 다만 부당한 이익을 얻기 위해 도메인 이름을 선점하는 경우가 많아지면서, 도메인 이름의 등록 및 사용은 일정한 경우 제한을 받도록 하게 되었다.

나. 憲法上 理念的 基礎

(1) 表現의 自由

도메인 이름은 기술적으로 인터넷 프로토콜 즉 숫자적 기호체계에서 시작하였으나 위에서 본 바와 같이 그 숫자는 기술에 의하여 문자적 형태로 전환되고, 도메인 이름은 인터넷상에서 자기 표현과 밀접한 관련을 가지게 되었다. 예컨대, “[상표 또는 상호].com”은 해당 상표나 기업의 상품주체 또는 영업주체임을 나타내는 표지로서 사용되는 경우가 대부분일 것이고, “anti-[상호 또는 상표].org”을 등록·사용하고 있다면 그 상표나 당해 기업에 대하여 비판적이라는 취지를 밝히는 것이 될 것이다. 이러한 측면에서 도메인 이름은 여러 가지 기술상 제한에도 불구하고 인터넷상 자유로운 의사표현의 가장 기본적 형태를 가진다고 할 수 있다.

헌법상 표현의 자유(freedom of speech or expression)는 의사표현의 자유를 기본으로 하고 민주주의의 가장 근원을 이룬다. 구체적으로는 언론·출판의 자유뿐만 아니라 정치적 의사를 자유로이 표현할 수 있는 자유, 예술·창작을 자유롭게 표현할 수 있는 자유, 양심을 외부에 표현할 수 있는 자유, 영업상 자신 또는 자기 기업을 자유로이 표현할 수 있는 자유⁷⁷⁾ 등 다른 기본권의 요소를 이루고 있다. 만약 표현의 자유가 인정되지 않는다면 위 기본권들은 침묵의 자유이며 불완전한 자유가 될 것이다. 인터넷상 자기를 나타내는 식별표지로서의 도메인 이름 역시 인터넷 웹사이트상 자기 표현이므로, 도메인 이름의 登錄 및 使用은 원칙적으로 표현의 자유에 의해 보호될 수 있다(예컨대, 책의 제목은 그 책의 내용을 짐작하게 할 수 있도록 함축적인 의미를 전달할 수 있다).⁷⁸⁾ 그리고 비판이나 비평, 패러디, 소비자운동 등과 관련하여 가상공간에서의

76) Jon postel, “Domain Name System Structure and Delegation,” ISI March 1994, RFC 1591 <<http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1591.html>>[2002.11.20.].

77) 만약 도메인 이름을 영업표지로서만 인식한다면 도메인 이름 권리의 보호는 영업상 표현의 자유로만 한정될 수 있으나, 이는 도메인 이름의 중립성에 반하고 표현의 자유에 의한 보호를 부정하는 것이다. 예컨대, .com이라도 비판이나 계몽 등 비영리적 목적을 위해 사용될 경우에는 영업표지가 아닐 수 있다.

민주주의 발전에 기초가 될 수 있다.⁷⁹⁾

(2) 財産權의 保障

도메인 이름 자체는 특정 개인에게 소유하도록 하지 않는다고 하더라도 도메인 이름 권리는 재산권으로서 당해 도메인등록인이 보유하거나 임의로 처분할 수 있고, 헌법 제23조의 보호대상이 된다. 도메인 이름 권리가 재산권이 되는 것은 도메인 이름이 영업표지로 사용되는 경우뿐만 아니라 비영리적으로 사용하는 경우를 포함한다. 따라서 도메인 이름 권리를 등록기관이나 제3자가 임의로 침해하거나 제한할 수 없다.

(3) 營業의 自由

헌법 제15조는 직업선택의 자유를 보장하는바, 직업수행의 자유에 영업의 자유가 포함된다.⁸⁰⁾ 영업권이란 영업경영에 관한 이익을 향유할 권리라고 하는바, 그 法的 性格에 대하여는 소유권 등 다른 절대적 법익처럼 기존에 승인된 보호내용과 범위에 비교하여 볼 때 매우 불확정적이어서 그 내용이나 범위는 구체적인 사안에서 개별적으로 판단, 설정될 필요가 있는 것으로 이해되고 있다. 그러나 영업권은 헌법상 직업선택의 자유 중 하나의 요소로서 불법한 침해로부터 보호받을 정당한 이익이 있으며, 독일에서도 영업권에 대한 불법행위로부터의 보호는 제국법원(RG) 이후 연방법원(BGH)에 의하여 보다 확충되었다.⁸¹⁾

사업자는 정당한 영업을 방해받지 않고 영위할 자유가 있으므로, 도메인 이름도 영업표지로서 보호받을 수 있다고 해야 한다. 또 기억하기 쉽고 식별력이 강한 도메인 이름은 “소비자가 많이 왕래하는 장소”에서 사업을 하는 것과 유사하므로 인터넷을 기반으로 영업활동을 하는 기업으로서는 도메인 이름의 유지가 매우 중요하다. UDRP

78) Milton Muller, “An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy, Rough Justice(이하 “Rough Justice”라 한다)“ <<http://www.acm.org/usacm/IG/roughjustice.pdf>>.

[2002.11.20.], 23면.

79) 우리나라 도메인 이름 분쟁조정위원회는 “도메인 이름의 등록은 상표등록과 달리 지정 상품에 구분 없이 누구나 자유롭게 개방되어 있으므로, 영업을 제한된 특정분야에서 널리 인식되어 있다는 사실만으로는 현재 도메인 이름 등록 자체를 저지할 수 있는 방법은 없다는 이유로, 신청인의 이전신청을 기각하였다(KR 2002-0005).

<http://www.ddrc.or.kr/dist_complet_v.html?no=7>[2002.11.20.].

80) 권영성, 『헌법학 원론』, 法文社, 2000, 528면.

81) 朴興大, 「營業權의 침해와 損害賠償責任: 間接被害者의 損害와 관련하여」, 『判例研究』 제9집(1998. 12.), 부산판례연구회, 214면.

제4조 c항 (ii)도 도메인등록인이 상품이나 서비스의 제공을 위하여 도메인 이름을 위한 상당한 준비를 하고 있었다면 그 등록인에게 도메인 이름에 관한 권리 또는 正當한 利益이 있었다고 인정하는바, 이는 도메인 이름을 등록 및 使用하는 등록인의 營業의 자유 또는 營業권을 보호할 수 있는 중요한 근거가 된다.

2. 契約的 構造

가. 複數 契約에 의한 多數 當事者의 契約的 拘束

도메인 이름 권리는 商標法과 같은 法律에 의하여 등록의 법적 효력을 인정하는 것이 아니라, 등록機關과의 등록約款에 정한 바에 따라 인정된다. 그리고 도메인 이름을 둘러싼 법률관계 역시 등록原簿管理機關⁸²⁾과 등록機關, 등록機關과 도메인등록인, 도메인등록인과 紛爭解決機關 등의 다수당사자간의 복수 계약을 통해 유기적 결합체를 형성하고 있다.⁸³⁾ 이러한 법적 구조의 기초에는 민간자율과 사적 자치라는 전제에 기초한다. 인터넷 주소 즉 도메인 이름에 관한 최고관리기구이며 독점적 제공, 관리주체인 ICANN은 이러한 계약적 구조의 정점에 있고 도메인 이름에 관한 제반 정책을 기획, 수립, 실행한다. ICANN체제가 계약적 구조를 취하고 있더라도 사실상 강제력을 가질 수 있는 것은 도메인 이름의 공급과 관리를 ICANN이 독점하고 있기 때문이다. 도메인 이름의 계약적 구조는 등록과 분쟁해결 모두에 적용된다. 도메인등록인은 ICANN이 요구하는 요건에 따라 등록機關에 정확한 정보와 제3자 권리를 침해하지 않는다는 진술, 보증을 하고, 분쟁해결에 관하여 UDRP를 따르기로 약정하므로 결국 등록約款을 통해 도메인 이름 특유의 분쟁해결방법인 UDRP에 편입된다. 한편 도메인 이름을 주장하면서 UDRP에 의한 紛爭解決을 申請하는 자(이하 “UDRP 申請人”이라 한다)도 신청서에 UDRP에 따를 것에 동의하므로 UDRP는 도메인등록인뿐만 아니라 UDRP 신청인에 대해서까지 적용된다.

도메인 이름의 등록과 분쟁해결은 여러 당사자간의 개별계약에 의한 일련의 과정을 거쳐 수행되는데, 우선 각 당사자로는 앞서 본 바와 같이 도메인 이름 등록과 관리에

82) 현재 .com, .net, .org의 등록原簿管理機關은 VeriSign사이고, .biz의 등록原簿管理機關은 Neulevel사이며, .info의 등록原簿管理機關은 Afilias사이다.

83) 김기중, “통일도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용,” 인터넷法律 제11호 (2002. 3.), 法務部(이하 “김기중, 통일도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용”이라 한다), 121-123면 참조.

관한 기본원칙을 정하고 UDRP를 제정하는 ICANN, 도메인 이름의 登錄原簿를 보관하고 관리하는 登錄原簿管理機關, ICANN의 인증을 받아 등록업무를 담당하는 登錄機關, 도메인 登錄人[UDRP에 의한 紛爭解決節次(이하 “UDRP 節次”라 한다)에서의 被申請人⁸⁴⁾], 등록기관 및 도메인 登錄인 이외의 제3자인 商標權者(UDRP 申請人), 紛爭解決機關 등이 있다. ICANN은 도메인 이름에 관한 가장 기본적인 데이터베이스(Root Server)에 관한 관리권한을 미국 상무성으로부터 이양받아 이를 관리하며, 登錄原簿管理機關은 ICANN으로부터 권한을 위탁받아 데이터베이스를 담고 있는 Root Server를 직접 관리한다. 登錄原簿管理機關은 도메인 이름의 등록업무를 직접 담당하지 않고 ICANN과의 계약에 따라 정해진 최상위 일반도메인에 관한 관리권한만을 보유하면서, 登錄機關으로부터 도메인 이름 등록비 일부를 수취한다. 登錄機關은 ICANN의 인증을 받아야 하고, 특정 登錄原簿管理機關과 등록업무에 관한 계약을 체결하여 그 登錄原簿管理機關이 관리하는 일반도메인의 등록업무를 담당한다. 登錄原簿管理機關조차도 登錄機關을 통하지 않고서는 도메인 이름 登錄情報(IP 주소, 登錄人에 관한 연락정보 등)를 직접 수정, 삭제 또는 변경시킬 수 없다.⁸⁵⁾ 登錄機關은 등록업무를 하기 위해 ICANN으로부터 인증을 받아야 하는데, ICANN이 채택하는 標準登錄機關認證契約(Registrar Accreditation Agreement)에는 UDRP를 登錄機關의 도메인 이름 登錄約款에 반드시 포함하도록 규정하고 있고,⁸⁶⁾ 만약 이에 따르지 않으면 ICANN의 登錄機關 認證이 취소될 수 있다. 따라서 登錄機關은 자신의 登錄約款에 UDRP를 포함하고, 도메인 登錄인은 UDRP에 따르겠다는 조항을 받아들이지 않고서는 등록을 할 수 없다. 도메인 이름 登錄原簿管理機關과의 표준계약서에서도 ICANN은 ICANN의 정책을 수용하도록 강제하는 규정을 두고 있으며,⁸⁷⁾ 이에 따라 登錄原簿管理機關은 다시 登錄機關과의 계약에서 다시 登錄機關에게 UDRP를 따르도록 강제한다.⁸⁸⁾ UDRP 신청인은 분쟁해결신청서에 UDRP와 그 절차 및 결정을 따르겠다는 동의를 한다.⁸⁹⁾ 따라서, 登錄原簿管理機關, 登錄機關, 도메인 登錄人, UDRP 신청인까지 UDRP의 요건, 절차, 결정을 따를 수밖에 없다.

84) 도메인 登錄인은 UDRP 절차에서 被申請인의 地位를 가지는데, 이 논문에서는 용어의 통일을 위해 UDRP 절차에서의 피신청인도 “도메인 登錄人”으로 표기한다.

85) 登錄機關은 ICANN의 인증을 받는다는 점에서 그렇지 못한 登錄代行業體(Agent)와 구별된다.

86) P.K항. <<http://www.icann.org/nsi/icann-raa-04nov99.htm>>[2002.11.20.].

87) <<http://www.icann.org/nsi/nsi-registry-agreement-04nov99.htm>>[2002.11.20.].

88) Registry-Registrar Agreement Sec. 2.6.

89) 김기중, 「통일도메인 이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 121-123면 참조.

한편 UDRP는 국가나 국제기구, 법률 또는 국제조약 등에 의하지 않고서도 위 계약적 구속력에 근거하여 UDRP만으로 분쟁해결절차를 완결할 수 있다. 특히 도메인 이름은 ICANN에서 독점적 관리를 맡고 있고 기술적으로도 도메인 이름의 등록말소 또는 등록이전에 대하여 도메인등록인의 협조 없이 가능하도록 되어 있기 때문에 UDRP라는 규범을 실효성 있게 강제할 수 있다.

나. 도메인 이름 登錄約款과 登錄規程

(1) 登錄約款

도메인 이름은 상표나 상호와 같이 등록 또는 등기를 함으로써 법률이 정한 법적 효력을 가지는 것이 아니고, 登錄機關과의 도메인 이름 登錄, 使用에 관한 登錄約款에 의하여 정한다. 인터넷 가버넌스(Internet Governance, 인터넷 관리주체)⁹⁰⁾가 민간에 있다는 전제하에 사적 자치의 원칙에 따라 계약으로 권리의무관계를 정한다. 국가도메인에 대하여도 公的 資源으로 인식하고 정부의 관여를 상대적으로 강화하지만 기본적으로 도메인등록인과 등록기관간의 등록약관에서 법률관계를 정한다.

도메인 이름 登錄約款은 인터넷상에서 전자적 형태로 된 “電子約款” 또는 “電子契約(electronic contract)”⁹¹⁾에 의하는바, 웹페이지상 게시된 약관을 읽고 이에 동의하는 단추를 클릭(click)함으로써 계약이 체결되는 형식을 취한다.⁹²⁾ 이러한 계약방식을 Click Wrap 방식이라고 하는데, 이는 일방 당사자가 다수의 상대방과의 계약을 체결하기 위하여 인터넷과 같은 개방형 시스템하에서 컴퓨터 등 연산작용에 의한 정보처리시스템을 통해 일정한 형식에 따라 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것으로 정의될 수 있다. 이러한 Click Wrap 방식의 계약체결에 대하여 미국 법원은 이를 유효하게 체결된 계약으로 보고 있고,⁹³⁾ 미국 의회는 통일컴퓨터정보거래법(Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA)을 제정하여 전자약관이 계약에 편입되기 위해서는 이용자가 그 내용을 알고 있었거나 이를 검토할 기회를 가진 후 전자약관에 대하여 명백히 동의하거나 그 동의를 추단할 수 있는 일정한 행위에 나아가야 하되, 다만 이용자가 그

90) 이 논문 제2장 II.1.가.(1) 참조.

91) 전자약관은 사업자의 웹페이지 내에 디지털화된 전자문서 형태로 올려지고 이용자가 이를 다운로드받아 웹브라우저의 변환을 거쳐 출력장치인 모니터를 통해 확인하게 하는 형식을 취하고 있다.

92) 金晋煥, 「契約의 約款編入과 電子約款」, 『法曹』 제537호(2001. 6.), 法曹協會, 133-137면 참조.

93) Hotmail corporation v. Van Money Pie. Inc., et al., C 98-20064(N.D. Ca., April 20, 1998).

내용을 정확히 알고 있었을 것까지 요하지는 않는다는 규정을 입법하였다.⁹⁴⁾

우리나라에는 이를 직접적으로 다루는 입법이나 판결례는 없으나, 보험료의 지급을 신용카드로 자동 결제되는 통신판매의 방식에 의해 상해보험계약을 체결한 사례에 대하여 그 보험계약에서 보험자가 약관내용의 개요를 소개한 것이라는 취지와 면책사고에 해당하는 경우를 확인하라는 내용이 기재된 안내문과 청약서를 보험계약자에게 우송한 것만으로는 보험자의 면책약관에 관한 설명의무를 다한 것이라고 볼 수 없다고 하면서, 통신판매의 경우도 통상의 경우와 같은 수준의 설명의무를 다할 것이라고 판시한 사례⁹⁵⁾가 있다. 도메인 이름 등록기관의 登錄約款에 UDRP에 관한 설명을 충분히 하지 않거나, 아무런 설명 없이 UDRP가 英文으로 공시된 ICANN의 웹사이트로 직접 링크(link)만 한 경우에는 約款의規制에관한法律(이하 “約款規制法”이라 한다) 제3조의 설명의무를 다하였는지에 대하여 다툼의 여지가 있을 수 있다.

登錄約款은 登錄機關이 ICANN의 登錄에 대한 지침과 UDRP의 범위 내에서 사적 자치에 따라 정할 수 있다. 登錄機關이 UDRP에 반하는 등록약관을 정하면 ICANN으로부터 登錄機關에 대한 承認(approval as registrar)을 거부당할 것이므로 등록기관의 등록약관에 대한 재량에는 일정한 한계가 있다.

(2) 登錄規程

(가) 先申請 先登錄의 原則

“first come, first served”라는 先申請 先登錄의 원칙은 실제적 요건의 구체적 심사 없이 일정한 形式的 節次에 따라 먼저 도메인 이름을 登錄申請한 자에게 도메인 이름을 登錄 및 使用할 수 있게 하는 것을 말한다.⁹⁶⁾ 唯一性으로 인해 하나의 도메인 이름에 대하여 하나의 당사자만 사용할 수 있다는 기술적 제한이 있다는 점, 도메인 이름은 公的 資源이므로 누구나 접근하여 이용할 수 있게 하는 것이 공공복리에 부합할 것이라는 점, 또 도메인 이름은 인터넷상 자기 표현의 하나로서 표현의 자유에 의해 누구나 자유롭게 사용할 수 있는 것이 원칙이라는 점 등에 비추어 먼저 등록신청한 자에게 도메인 이름의 登錄 및 使用에 관한 권리를 주는 것이 평등의 원칙상 타당하다고 본다. 따라서 登錄申請人은 도메인 이름과 같은 상표나 상호 등의 권리를 가진 자일 필요가 없으며 신청

94) UCITA 전문 참조. <<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita200.htm>>[2002.11.20.].

95) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342, 43359 판결.

96) 예컨대, 도메인 이름 登錄機關 중 하나인 한강시스템은 등록약관 제8조 제1항에서 “도메인 이름의 등록은 선접수선처리를 원칙으로 하며, 사용기간동안 도메인 이름의 登錄人에게 사용권이 있는 것으로 간주합니다”라고 규정하고 있다.

한 도메인 이름이 이미 등록된 것이 아니기만 하면 등록할 수 있다. 1999년 당시 도메인 이름 “.com”의 登錄機關인 NSI가 취하였던 등록규정(Registration Policy)⁹⁷⁾의 원칙이었고, 1999년 우리나라 .kr 도메인 이름 등록 세부원칙 제10조 제4항에도 “先接受 先處理” 규정에 영향을 주었다. 도메인 이름의 관리, 유지에 관한 정책을 주관하는 ICANN 체제가 된 이후에도 先申請 先登錄의 原則은 기본으로 하고 있다. 그러나 도메인 이름에 관한 분쟁이 심화하고 상표권 침해의 논의가 활발해지면서 아래에서 언급하는 바와 같이 先申請 先登錄의 原則에도 상당한 수정⁹⁸⁾이 가해지고 있다.⁹⁹⁾

(나) 一般도메인

1) UDRP 體制 以前

UDRP 체제가 형성되기 이전에 .com 등 일반도메인에 대한 독점적 등록기관이었던 NSI는 도메인 이름의 분쟁에 대하여 “자유방임적 정책”을 기본으로 하였다. 그러나 선신청 선등록의 원칙만으로는 도메인 이름의 분쟁을 해결할 수 없다는 인식하에 등록규정을 일부 수정하였다.¹⁰⁰⁾ 수정된 등록규정은 등록단계와 등록 이후 제3자의 이의단계¹⁰¹⁾로 나누었다. 등록단계에서는 登錄申請人이 그 신청서를 제출함에 앞서, “자신이

97) 도메인 이름의 등록에 관한 방침, 원칙, 정책, 규정 등 여러 가지로 해석될 수 있으나, 한국인터넷정보센터의 “도메인이름등록관리규정”의 예에 따라 “등록규정”으로 해석하였다. 이는 “도메인이름분쟁해결규정(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)”에서도 같다고 할 것이다.

98) 도메인 이름 등록에 관한 규범은 현재 국제조약으로 확립된 것이 없는 상태에서 biz, info, name 등과 같은 새로운 도메인이 계속 생성되고 있는데, 이에 관한 통일적 규범은 아직 마련되지 않고 있다. ICANN은 UDRP 제9조에 따라 각종 국제회의의 결과를 종합하여 특별한 입법절차나 조약을 거치지 않고도 도메인 이름 관련 규정을 수정, 변경할 수 있고 등록기관 및 분쟁해결기관에 수정된 내용을 따르도록 할 수 있다.

99) 도메인 이름 등록규정에서 선신청 선등록의 원칙은 역사적 이유만 있지, 논리필연적인 결론은 아니라고 설명하는 입장도 있다{김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기 등록정책과 상표권 보호」, 지적재산권연구회, 2002. 9. 14. 세미나 발표문(이하 “김기중, 신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호”라 한다), 7면}. 이 논문의 설명도 선신청 선등록의 원칙이 수정불가능한 공리(公理)라는 의미는 아니지만 누구에게나 공개된 인터넷 공간에서 형식적 평등이나마 보장하려면 특별한 사정이 없는 한 선신청 선등록의 원칙을 기본으로 하는 것이 타당하다고 생각한다.

100) Stuart D. Levi · Jose Esteves · David Marglin, 전계논문 중 “II. Evolution of NSI's Domain Name Dispute Policy (NSI의 도메인 이름 정책 전개)” 부분 참조.

101) UDRP가 논의되기 전에는 登錄機關은 등록업무를 담당하면서도 도메인登錄人과 제3

알고 있는 한 그 도메인 이름 등록이 다른 제3자의 권리와 저촉되거나 침해하지 않으며 또한 비합법적인 목적을 위해 등록하려는 것이 아님”을 진술해야 한다고 함으로써 登錄申請人의 정보의 정확성 및 진실성을 담보하고자 하였으며, 이후 不正確한 情報나 不正한 目的이 있을 경우 그 도메인 이름을 회수할 계약상의 근거를 마련하는 안을 제시하여 운영하였다. 이의단계에서는 도메인 이름의 등록 후 미국 주 등록부에 등록된 상표이거나 다른 나라에서 등록된 상표임을 주장하는 자가 이의신청을 하는 경우에 도메인 이름이 유효하게 사용개시한 날과 상표의 최초사용일 또는 등록일을 비교하여, 도메인 이름 등록일이 상표 사용일 또는 등록일보다 우선하면 도메인登錄人은 도메인 이름의 사용에 제한을 받지 않고,¹⁰²⁾ 도메인 이름 등록이 상표의 등록 또는 사용보다 나중이면 商標權者의 이의신청을 통지받은 날로부터 30일 이내에 도메인등록인 자신에게도 상표권이 있음(상품류 구분이 다르면 얼마든지 가능함)을 주장, 입증하도록 하였다. 만약, 위 30일 이내에 증명서류를 제출하지 못하면 90일의 유예기간 내에 새로운 도메인 이름으로 전환할 수 있도록 하고, 이 기간이 만료되면 NSI는 분쟁중인 도메인 이름을 “保留(hold)” 상태로 놓고 분쟁 해결을 기다리도록 하였다. 이 “보류” 상태에 있는 동안은 어느 누구도 그 도메인 이름을 사용할 수 없으며, 이러한 상태는 법원의 결정이 있거나 기타 분쟁이 해결되었다는 충분한 증거가 있어야 해제되게 되었다.¹⁰³⁾ 그러나 NSI의 분쟁해결규정은 도메인登錄人과 商標權者 모두에게 비난을 받게 되었는데, 먼저 商標權者의 이의만 있으면 도메인 이름을 보류상태로 두었기 때문에 너무 광범위한 적용이었다는 점에서 도메인登錄人에게 불리하였고, 商標權者로서는 등록상표와 동일해야 한다는 제한과 도메인 이름의 이전을 원하는데 계속 보류상태로만 두었다

자 간의 분쟁과 관련된 업무에 대한 규칙도 제정하여 시행하였다. 그러나 登錄機關이 분쟁업무까지 처리한다는 것에 문제가 있다고 지적되면서 등록업무와 분쟁해결업무를 분리하기로 하였다.

102) 1998. 12. 1. 세계최대합병을 발표한 미국의 거대 석유회사 엑슨 모빌사보다 먼저 한국인이 “ExxonMobil.com”, “Exxon-Mobil.com” 등 두 개의 인터넷주소를 InterNIC에 등록을 마친 경우는 기존의 상표권을 도메인 이름으로 등록한 것이 아니라 예상되는 합병회사의 상표명을 먼저 등록하였다는 점에서 상표권 침해 여부가 논란이 될 여지가 있었다(한국일보 1998. 12. 5.자 참조). 그러나 당해 도메인 이름은 상표권자가 상표등록을 하기 전에 등록한 것이어서 당시 NSI의 원칙을 문리해석만 할 경우에는 원칙적으로 허용될 수 있다고 해석되었다.

103) 김중효, 「“Domain Name”과 “商標의 使用”에 관한 研究 - Internet의 登場으로 發生한 새로운 問題」, 『특허정보』 제51호, 특허청, 1998, V.의 1. NSI의 수정된 등록규정 부분 참조. <<http://kipo.go.kr/other/info51-04.htm>>[2002.11.20.].

는 불만을 가지게 되었다.¹⁰⁴⁾

2) UDRP 體制

부당한 투기 이익을 얻으려는 목적으로 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 登錄, 使用하는 사례가 증가하자, WIPO는 1999. 4. 30. 제1차 WIPO 보고서를 마련하였다. 제1차 WIPO 보고서를 기초하여 고안된 UDRP도 제2조에서 “진술 및 보증 조항”을 두어 도메인 이름 등록 시 登錄申請人은 정확한 정보를 제공한다는 것과 타인의 권리를 침해하지 않는다는 사실을 진술 및 보증하도록 하였다.¹⁰⁵⁾¹⁰⁶⁾ 그리고 UDRP는 등록약관에 포함되어 도메인등록인으로 하여금 UDRP를 따르도록 함으로써 不正한 目的의 등록 및 사용의 금지는 등록약관의 내용에도 포함하도록 하였다.

등록절차와 규정에 관한 개요를 살펴본다면, 첫째, 登錄申請人의 진실하고 정확한 정보의 제공, 둘째, 타인의 권리를 침해하지 않을 것을 등록의 전제로 하고, 이를 진술 및 보증(representation & warranty)하도록 하고, 그리고 제4조에서 不正한 目的으로 도메인 이름을 등록 및 사용하게 되면 도메인 이름 권리를 박탈당할 수 있다는 점을 규정함으로써 도메인 이름의 등록을 신청하는 자로 하여금 도메인 이름의 남용적 등록 및 사용을 미리 자제하도록 유도하였다.

3) 新規 도메인

가) 既存 一般도메인과의 差異

.com, .net, .org 등 기존 일반도메인의 등록 초기에는 인터넷에 대한 상업적인 관심이 적었기 때문에 선신청 선등록에 의하더라도 큰 문제가 발생하지는 않았다. 그러나 인터넷이 보편화되고 도메인 이름에 관한 수요와 경제적 가치는 높아지면서 도메인 이름 분쟁이 증가하고 새로운 도메인의 필요성도 증가하였다. 그런데 새로운 도메인을 생성할 경우 처음부터 선신청 선등록을 고수하게 되면 도메인 이름을 선점하여 부당한 이익을 노리는 자들의 표적이 될 수 있기 때문에 등록단계에서 어떻게 이를 조절할

104) NSI 등록규정의 내용에 대해, ① 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」, 23-26면; ② 이대희, 전계서, 77-79면; 『전자거래법』, 사법연수원, 2002(이하 “전자거래법”이라 한다), 222면 참조.

105) 제1차 WIPO 보고서는 추후 진술 및 보증 요건이 성취되지 않음이 밝혀지면 “도메인 이름을 회수 또는 중지시킬 수 있다”고 하였다. 120-123문단 참조.

106) UDRP는 일반도메인을 대상으로 하는바, UDRP가 적용되는 일반도메인에는 .com, .net, .org의 기존 도메인뿐만 아니라, .biz, .info등과 같이 신규로 생성된 도메인에 대하여도 적용된다.

것인지가 문제된다. 근래 신규 도메인 서비스를 하게 된 .info와 .biz의 등록기관들은 최초 등록서비스를 개시하기 위하여 일정 기간동안 일정 범위의 지적 재산권자에게 우선 등록할 수 있는 권리를 주는 내용의 특별한 등록규정을 마련하여 시행하였다.

신규 도메인 특별등록규정에 따라 등록된 도메인 이름에 대하여는 이의가 있는 지적 재산권자가 UDRP와 독립된 특별분쟁해결규정(또는 등록이의규정)에 따라 분쟁해결 신청을 할 수 있다. 이는 앞으로 추가 생성될 신규 도메인뿐만 아니라 한글 도메인(자국어 도메인)의 등록 및 분쟁해결규정에도 영향을 줄 것으로 생각된다. .info와 .biz의 특별등록규정은 서로 다른 방식을 취하고 있는데, .biz는 매우 독특한 규정을 채택하고 있으므로 설명의 편의를 위해 .info의 등록규정을 먼저 설명한 후 이와 다른 .biz의 등록규정을 설명하기로 한다.¹⁰⁷⁾ 다만 신규 도메인 특별등록규정에서 정한 초기등록기간은 이미 종료하였고 현재는 기존의 도메인과 같이 선신청 선등록의 원칙이 적용되나,¹⁰⁸⁾ 앞으로 신규 도메인이 추가로 생성될 경우 .info나 .biz의 예를 참고할 가능성이 높으므로 이하에서는 주요 내용에 대하여 검토하기로 한다.

나) .info의 商標權者優先登錄規程

.info의 商標權者優先登錄規程(Sunrise Period Policy, 이하 “.info 등록규정”이라 한다)¹⁰⁹⁾은 先申請 先登錄에 의한 도메인 이름 등록 서비스를 시작하기 전에 일정 기간(Sunrise Registration Period, 이하 “商標權者優先登錄期間”이라 한다) 동안 商標權者에게 우선 등록을 할 수 있는 기회를 부여한다. 위 상표권자우선등록기간이 지나면 상표권 등의 권리가 있다 하더라도 우선권을 부여하지 않는다.

.info 등록규정의 商標權者는 모든 商標權者가 아니라, “각 국가의 상표등록기관에 2000. 10. 2. 이전에 상표등록을 하여 등록상표권을 보유하고 있는 자”에 국한한다. 따라서 영미법의 사용주의에 의하여 상표권이 인정되는 “Common Law상의 상표권”은 여기에 포함되지 않고, 연방국가의 주(State)에 등록된 상표도 포함되지 않는다고 해석한다.¹¹⁰⁾ 등록상표권자에게 우선권을 부여하는 대신 등록기간은 최소 5년이다.

107) 현재 새로 생성된 신규 도메인은 “.aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name, .pro” 등인데(<http://arbiter.wipo.int/domains/gtld/newgtld.html>)[2002.11.20.], 다른 신규 도메인에 비하여 .biz와 .info 도메인의 등록 또는 사용이 보다 많은 법적 문제를 내포하고 있다고 보고, 이 논문에서는 신규 도메인에 관한 문제를 .biz와 .info로 한정하기로 한다.

108) <http://www.domainbank.co.kr/left_html/info_3st_1.php>[2002.11.20.] 참조.

109) <<http://arbiter.wipo.int/domains/gtld/info/index.html#1>>[2002.11.20.] 참조.

110) 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 9면. 이러한 정책은 영미법계의 商標權者의 불만을 사게 되었다.

등록하고자 하는 도메인 이름은 위 등록상표권과 “同一”하여야 한다. 동일하다는 의미는 문자적으로(textual or word elements) 대비하여 판단하는데, 문자의 변용은 허용되지 않으며, 디자인과의 결합된 상표의 경우는 그 문자만을 비교하고, 그림만으로 구성된 경우는 등록상표로 인정하지 않는다.¹¹¹⁾ 登錄原簿管理機關이나 登錄機關은 登錄申請인이 제공하는 상표권에 관한 정보(상표명, 등록일, 등록국, 등록번호)에 대하여 진정성 내지 진위 여부를 확인하지 않고, 상표권자우선등록기간 중에 하나의 도메인 이름에 관하여 복수의 등록신청이 있는 경우 추첨에 의해 도메인登錄人을 선정한다.

구체적으로 .info 도메인에 관한 등록절차는 다음과 같다.¹¹²⁾

① 상표권자우선등록기간

2000. 10. 2.까지 등록된 상표권자는 공식적으로 자신의 상표와 동일한 .info 도메인 이름을 등록할 수 있다. 다만, 실시간 등록이 아니며, 선신청 선등록도 아니다. 하나의 도메인 이름에 복수의 등록신청이 있을 경우 라운드 로빈(round-robin) 방식¹¹³⁾의 추첨을 통해 도메인등록인을 선정한다(Queue 1). [2001. 7. 25. - 2001. 8. 27.]

② 침묵기간

상표권자우선등록기간 이후 테스트와 평가를 위해 침묵기간을 가진다. 이 기간동안 등록원부관리기관은 어떠한 등록신청도 받지 않는다. [2001. 8. 28. - 2001. 9. 11.]

③ 공개 등록과 초기등록기간

일반 공중의 .info 도메인 이름 등록을 허용한다. 登錄原簿管理機關으로부터 인증받은 登錄機關들은 2001년 중반기 동안 일반 공중으로부터 도메인 이름 신청을 접수하여왔고 2001. 9. 12.부터 登錄機關은 접수한 도메인 이름 등록신청을 登錄原簿管理機關인 Afiliass사에 제출하였는데, 이 때부터 초기등록기간이 시작된다. 다만 이 단계에서의 도메인 이름 등록신청은 실시간 등록이 아니기 때문에 도메인 이름 등록신청이 접수되어 등록될 것이라는 어떠한 보증도 하지 않는다. 상표권자우선등록과 마찬가지로 복수

111) 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 9면.

112) <http://www.afiliass.info/register/schedule/index_html>[2002.11.20.].

113) 라운드-로빈(round-robin) 방식이란 토너먼트방식의 경기라는 사전적 의미를 기초로 하여 사용된 용어인데, 구체적인 방법을 보면 상표권자우선등록기간을 몇 개(.info의 경우 4개)의 라운드(round)로 나누고(1 round는 일주일) 각 라운드별로 등록신청된 도메인 이름에 관하여 登錄機關(Registrar)을 무작위로 분류하여 분류된 그룹에서 추첨을 하며 최종적으로 하나의 登錄申請인이 남을 때까지 추첨을 해서 최종등록인을 결정하는 방식이다(http://www.afiliass.info/register/schedule/name_selection). 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 11면.

신청된 도메인 이름에 대해서 라운드 로빈 방식에 의한 추첨을 통해 최종 도메인등록인을 선정한다. [2001. 9. 12. - 2001. 9.말]

④ 보류기간

2001. 9. 23.부터 상표권자우선등록기간동안 등록된 도메인 이름은 웹브라우저를 통해 접근가능하게 된다. 그리고 보류기간(Shutdown) 동안 등록인과 등록기관은 등록원부관리기관의 기록에 어떠한 변경도 할 수 없고 새로운 등록신청도 접수되지 않는다. [2001. 9. 23. - 2001. 9. 30.]

⑤ 실시간 등록 시작

2001. 9. 30. 라운드 로빈의 첫단계(Queue 1)의 결정이 공표되고 초기등록기간이 끝나면, 10. 1.부터 선신청 선등록의 원칙에 의하는 실시간 등록을 하게 된다.

⑥ 우선등록된 상표에 대한 이의제기

2001. 8. 28.부터 120일 간 이해관계 있는 제3자는 상표권자우선등록기간동안 등록된 도메인 이름에 대하여 이의(Sunrise Challenge process)를 신청할 수 있다

登録申請인이 제출한 상표권 정보가 진실하지 않은데 그 登録申請인이 추첨에 당첨되어 도메인 이름을 등록한 경우에는 .info의 특별분쟁해결규정인 상표권자우선등록이의규정(Sunrise Registration Challenge Policy, 이하 “.info 등록이의규정”이라 한다) 및 동 규칙¹¹⁴⁾에 의해서 등록을 말소, 이전할 수 있다.

다) .biz의 初期商標登錄規程

.biz는 .info와 다른 새로운 등록규정과 분쟁해결규정을 고안하였다. 먼저 지적 재산권 신청서비스(Intellectual Property Claim Service, 이하 “IP Claim”라 한다)¹¹⁵⁾란 .biz 도메인을 등록하기 전에 각 상표당 \$90에 상당하는 수수료를 지불하고 미리 지적 재산권의 신청을 받아 목록화하는 사전준비절차이다.

.info와 달리 지적 재산권에는 등록상표일 필요도 없고 국가 전역에 효력이 미치는 상표일 필요도 없다.¹¹⁶⁾ 다만 IP Claim에 지적 재산권을 신청하였다 하더라도 이는 등록의 사전단계이므로 먼저 접수하였다고 하여 우선등록권을 가지는 것은 아니다. 초기 등록예약기간(Start-Up Period) 동안 등록신청된 특정 도메인 이름과 문자적으로 동일

114) 규정 <http://www.afilias.info/register/dispute_resolution/sunrise_challenge_policy> 및 규칙 <http://www.afilias.info/register/dispute_resolution/sunrise_challenge_rules>[2002.11.20.].

115) IP Claims 약관에 관한 설명은 <http://www.neulevel.biz/ardp/docs/ipclaims_service.pdf> 및 <<http://www.inta.org/news/bizfaq.shtml>>[2002.11.20.] 참조.

116) 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 12면.

한 상표권(IP Claim에 신청된 것)이 있을 경우, 登錄原簿管理機關은 그 도메인 이름의 登錄申請人에게 도메인 이름 등록 전에 IP Claim에 신청된 상표권이 있음을 통지하며, IP Claim에 상표권을 신청한 상표권자가 당해 도메인 이름에 대해 권리를 주장하고 있다는 점을 알려주면서 그래도 그 도메인 이름을 등록할 것인지 여부를 묻는다.¹¹⁷⁾ 만약 登錄申請人이 그 도메인 이름에 관한 분쟁을 피하고 싶어 등록을 포기한다면, 분쟁을 사전에 예방하고 결과적으로 상표권을 보호할 수 있다는 구조이다. 따라서 登錄申請人은 상표권의 존재에 대한 통지를 받고도 도메인 이름을 등록할 수는 있는데, 그 도메인 이름에 이해관계가 있어 분쟁해결신청을 하고자 하는 경우 IP Claim에 따라 상표권을 신청한 자(이하 “IP Claim 신청인”이라 한다)는 별도로 마련된 특별분쟁해결 기준과 절차에 따라 도메인 이름의 등록말소나 이전을 구할 수 있다.

구체적으로 .biz 도메인에 관한 특별등록절차는 다음과 같다.¹¹⁸⁾¹¹⁹⁾

① IP Claim 신청

상표권자는 그의 상표권을 미리 사전에 IP Claim에 예약신청하는바, 제공된 상표권 정보는 데이터베이스화되어 登錄機關을 통해 등록신청된 도메인 이름과 비교된다. [2001. 5. 21. - 2001. 8. 6.]

② 도메인 이름 등록예약기간

누구나 도메인 이름의 예약등록신청을 할 수 있는바, 이는 선신청 선등록의 원칙이 적용되는 실시간 등록이 아니다. 위 IP Claim에 신청된 상표와 등록신청된 도메인 이름이 일치하는 경우 .biz의 登錄原簿管理機關의 관리인은 제3자가 동일한 상표로 IP

117) IP Claim이 끝나면 초기등록예약기간 동안, 登錄機關은 신청된 도메인 이름을 지적 재산권 데이터베이스와 대조하게 되는데, 이러한 대조를 통해 신청된 도메인 이름과 등록된 지적 재산권의 명칭이 정확히 일치하면, 登錄機關은 도메인 이름 등록예약자들에게 “① 지적 재산권 등록인이 제공한 상표 인증에 관한 정보 ② 등록 진행의 절차 ③ 도메인 이름이 등록되면 그 도메인 이름은 자동적으로 30일간 유보상태(등록된 도메인 이름을 사용할 수 없는 상태)에 있게 된다는 사실 ④ 지적 재산권 등록인이 있음에도 불구하고 도메인 이름 등록을 진행시킬지 의사를 표시하는 사이트 링크”의 내용을 전자메일로 통보한다.

<http://www.neulevel.biz/ardp/docs/ipclaims_service.pdf>[2002.11.20.] 참조.

118) <http://www.afilias.info/register/schedule/index_html>[2002.11.20.].

119) 서비스제공의 문제 때문에 원래의 계획했던 시기와 차이가 있을 수 있으므로 참고문서에 따라 정확한 절차의 시기가 일치하지 않을 수 있다.

<<http://db7.internetplaza.co.kr/ip/domain/dmanager/newtlds/1stage.html>>[2002.11.20.]

Claim을 제출하였음을 登錄申請人에게 통지한다.¹²⁰⁾ 登錄機關은 도메인 이름과 상표가 일치하는지 여부만 판단할 뿐, 상표의 유효성 여부를 판단하지 않는다. [2001. 8. 7. - 2001. 9. 25.]

③ 무작위 방식에 의한 도메인 이름 등록 선정

하나의 도메인 이름에 대하여 복수의 도메인 이름의 예약등록신청이 있는 경우에는 신청의 순서나 登錄機關에 관계없이 랜드러쉬 방식(Landrush Phase)¹²¹⁾의 무작위 추첨에 의하여 최종 등록인을 선정한다. [2001. 9. 26. - 2001. 9. 30.]

④ 실시간 등록

위와 같이 .biz의 초기의 특별등록절차가 완료되어, 2001. 10. 1.부터 선신청 선등록의 원칙에 의한 실시간 등록을 시작하였다.

⑤ 냉각기간

IP Claim에 예약신청된 상표권과 문자적으로 동일한 도메인 이름이 ③의 무작위 추첨 방식으로 선정된 경우 30일 간(2001. 10. 1. - 2001. 10. 30.)의 냉각기간 동안 그 .biz 도메인 이름은 사용이 보류되며, IP Claim 신청인은 .biz 도메인 특유의 초기상표이의규정(Start-Up Trademark Opposition Policy, 이하 “STOP”이라 한다)에 따른 등록이의신청을 할 수 있다는 통지를 받은 날로부터 20일 이내에 STOP에 따른 등록이의신청을 제기할 수 있다.¹²²⁾

라) 新規 도메인에 대한 特別登錄規程의 問題點

a) .info나 .biz와 같은 신규 도메인의 登錄申請人이 제공한 상표권 정보의 진정성을 확인하지 않는다는 점을 이용하여 많은 보통명사가 등록되었다.¹²³⁾ 이에 .info 登錄原簿管理機關(Registry)인 Afiliass사는 제3자의 분쟁해결신청을 기다리지 않고 자신이 직

120) IP Claim 서비스 이용약관 제4조.

<http://www.neulevel.biz/lang/korean/terms_ko.pdf>[2002.11.20.]

121) 미연방 의회는 1982년 21세 이상의 가장인 백인이면 누구나 미연방 서부지역의 토지를 취득할 수 있도록 허용(다만, 넓이는 160에이커로 제한)하는 법률(Homestead Law)을 제정하였다. 이 법률에 따라 수많은 사람들이 서부지역으로 쇄도(rush)하였는데, 이를 ‘Landrush’라 한다. 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 15면. <<http://www.landrush2.biz/gtld-biz-rush2-faq.htm>>[2002.11.20.].

122) <<http://www.neulevel.biz/lang/korean/faq.html>>[2002.11.20.] 참조.

123) 적법한 상표권의 등록 없이도 상표등록증의 위조나 변조에 의하여 예컨대, music.info, golf.info, home.info, erotic.info, game.info, job.info 등(.biz도 같다)과 같은 도메인 이름도 등록이 가능하게 되었다.

접 분쟁해결신청을 제기하였다.¹²⁴⁾ 登錄申請인이 제공한 수십만 건의 상표권 정보에 관하여 그 진정성 및 진실성을 확인한다는 것은 현실적으로 불가능할 것이다. 더욱이 .info와 전혀 관련없는 사업을 영위하고 있더라도 상표등록증에 의해 상표가 있음이 입증되기만 하면 등록이 가능하므로, 도메인등록인이 .info 즉 정보제공 관련 사업을 영위하지 않고 단지 이를 다른 상표권자에게 되팔려는 하는 자에게도 도메인 이름의 우선등록을 허용할 수 있다.¹²⁵⁾ 또 상표를 사용하고 있지 않거나 장차 사용할 의사도 거의 없이 특허청에 상표등록만 한 자에게도 도메인 이름을 우선적으로 배정하게 되므로 그 도메인 이름을 필요로 하는 실수요자에게 기회를 주지 못하는 경우가 발생한다. 상표등록사실을 제대로 검사하려면 등록절차상 확인해야 할 상표권 정보의 수가 너무 많을 뿐만 아니라 각국 고유의 언어로 된 상표등록증을 확인해야 하고, 인증서에 첨부되는 하지만 그 진위를 알 수 없는 등록증 사본을 검토해야 한다는 어려움도 있다. 한편 .biz의 경우에는 보호되는 상표도 등록 여부를 불문하므로 상표권의 존재 여부를 개별적으로 확인하기도 어렵다.

b) 신규 도메인의 특별등록규정은 등록된 도메인 이름에 대한 등록이의절차도 함께 규정하기도 하는데, 그 요건이 UDRP와 다르게 되어 있으므로, UDRP와 충돌 내지 갈등을 일으킬 여지가 있다.

c) .biz나 .info의 특별등록규정은 형식적이거나 실체적 권리가 있는 자에게 우선적으로 등록 기회를 부여하려고 하였다. 따라서 각 신규 도메인의 등록이의규정이 정하는 “不正한 目的”의 의미도 그 문언은 UDRP와 같지만, 실제 적용에 있어서는 그 결과가 달라질 수도 있다고 생각된다. 예컨대, 하나의 도메인 이름에 대하여 다수 신청인의 복수 예약신청을 받은 후 추첨에 의하여 도메인등록인을 선정하는 방식을 취한다면, 不正한 目的이 있는지 여부에 관한 고려도 다른 각도에서 접근될 수 있을 것이다.

124) 이를 위해 Afilias사의 작업반은 미연방특허상표청(Patent and Trademark Office, PTO)의 상표데이터베이스를 비롯하여 영국과 독일 등 세계 각국의 상표권 정보를 검색하고 상표권자우선등록규정에 따라 등록된 도메인 이름을 점검해야만 했다(Afilias Inc., Press Releases “Afilias Starts Challenge of .INFO Names”, Jan. 17, 2002. http://www.afilias.info/news/press_releases/pr_articles/2002-01-17-01)[2002.11.20.]. .info 그 결과 등록이 말소된 .info 도메인 이름의 수는 무려 17,000여개에 달하여 이에 대한 재등록을 실시하는 우여곡절을 겪고서야 상표권자우선등록이의규정을 마무리하게 되었다.

125) .biz는 영리활동을 하는 기업은 모두 포함하므로 .info의 경우와 달리 제공하고자 하는 서비스의 내용이 중요하지 않을 수 있다.

(다) 國家도메인

1) 各國의 例

영국,¹²⁶⁾ 독일,¹²⁷⁾ 일본¹²⁸⁾ 등과 같은 주요 국가들은 국가도메인에 대하여도 일반도메인의 등록규정과 유사하게 등록업무를 수행하고 있다. 따라서 국가도메인도 선신청 선등록의 원칙에 따라 등록을 허용하되, 不正한 目的의 등록 및 사용에 대하여는 분쟁 해결규정에 의하여 조정하는 형식을 취하고 있다. 이는 각국의 登錄機關들이 일반도메인과 마찬가지로 도메인登錄人과 제3자간의 분쟁에 登錄機關이 參與하지 않도록 하고 그 책임을 면제하도록 한 것에 기인한 것이라고 생각된다.

다만 국가도메인 중에는 자국의 법현실을 고려하여 商標 保護와 도메인登錄人의 正當한 使用에 관한 기준을 마련하여 독자적으로 운영하는 예도 있는바, 예컨대 프랑스의 등록기관(AFNIC)은 등록신청시 매우 엄격한 자격심사 및 증거서류(등기부등본 또는 프랑스 산업재산권청, 유럽연합상표청(OHIM), WIPO 국제상표등록의 프랑스에서 유효한 상표등록증 등)의 제출을 요구하며, 원칙적으로 등록인 1명당 1개의 도메인 이름을 등록하도록 제한하는 예도 있다.¹²⁹⁾ 이와 같은 엄격한 등록요건은 분쟁 가능성을 최소화할 수 있으나, 이는 상표권과 구별된 도메인 체제의 독립성을 부인하고 도메인 이름을 상표권의 보호 아래 두려는 입장에 접근하는 것이다. 한편 국가도메인의 경우에는 자국의 도메인 자원을 보호하기 위하여 선신청 선등록의 원칙에 의하더라도 국내인 또는 국내에 영업소재지가 있고 실제 영업을 하는 외국법인에게만 한정하는 폐쇄형 도메인으로 운영하는 경우가 많다.¹³⁰⁾

126) 영국 등록기관(Nominet)의 등록규정 제1.3조. <www.nic.uk/terms.pdf>[2002.11.20.].

127) 독일 등록기관(DENIC)의 등록규정 제2조 (2)항은 등록기관의 점검의무를 면제하고 있다. <<http://www.denic.de/doc/DENIC/agb.en.html>>[2002.11.20.].

128) 일본의 경우 등록관리기관(JPNIC)이 직접 등록업무를 담당하지 않고 인가받은 민간업체에 이를 위임하고 있는바(<http://jprs.jp/en/regist.html>), 이러한 등록기관의 등록규정은 대부분 선신청 선등록의 원칙에 따르고 있다. 예컨대, 21-domain.com의 도메인에 관한 등록규약 참조. <<http://21-domain.com/domain-kiyaku/index.html>>[2002.11.20.].

129) 프랑스 등록기관(AFNIC)의 등록규정<www.nic.fr/enregistrement/nommage.html 및 <http://www.nic.fr/enregistrement/nommage-fr.pdf>>[2002.11.20.]; 윤선희, 「도메인네임분쟁의 국제적 동향」, 『창작과 권리』 제24호(2001년 가을), 세창출판사(이하 “윤선희, 「도메인네임분쟁의 국제적 동향」”이라 한다, 73면 참조.

130) 미국 .us 도메인의 경우에도 자연인(natural person)은 미국시민일 것을 요하고 법인의 경우에는 미국법인이거나 외국법인인 경우에는 信義誠實의 原則(bona fide)에 따라 미국 내에서 적법한 영리 또는 비영리활동을 실제 하고 있으며, 미국 내 사무소를 유지

2) WIPO 國家도메인 報告書

WIPO 국가도메인 보고서는, 登錄約款에서 도메인登錄人과 제3자 간에 발생할 수 있는 분쟁을 예방하기 위해 ① 도메인登錄人의 連絡정보의 精確성과 ② 도메인登錄人의 제3자에 대한 權利 不侵害에 대한 보증을 강조한다. 특히 도메인登錄人의 부정확한 連絡정보는 중요한 契約 위반으로 보아 登錄抹消의 근거로 삼을 수 있다고 한다.¹³¹⁾ 이는 도메인登錄人은 국가도메인에 관하여도 UDRP의 기본구조를 따르도록 함으로써 일반도메인과 국가도메인간의 간격을 최소화하는 데 있다.

3) 우리나라

.kr 도메인에 대하여 한국전산원의 “.kr 도메인 이름 등록 세부원칙”이 1999. 1.경 제정된 이래 수 차례 개정되어 왔다. 동 원칙 제10조 제4항에서 선신청 선등록의 원칙을 천명하면서, 동 원칙 제9조 제2항 나목은 “신청자는 신청할 도메인 이름의 이용권한을 확인하고 신청해야 하며, 제3자의 상표권과 상호권 등의 권리를 침해하지 않아야 된다”고 규정하였고, 동 원칙 제10조 제7항은 “도메인 이름은 제3자의 상호권과 상표권 등에 대한 침해 또는 미풍양속에 저해된다는 사실이 명백하게 객관적으로 인정될 경우 3일 이내에 해당 도메인 이름이 회수 및 삭제된다는 신청자의 동의하에 등록된다”고 규정하고 있었다. 또 동 원칙 제11조 제3항은 한국 내에 존재하지 않는 외국 기업에 대하여는 도메인 이름을 신청할 수 없게 하고, 같은 조 제4항은 다만 외국 기업의 지사 또는 자회사가 한국 내에 등록되어 있거나, 존재하는 경우에는 도메인 이름을 등록할 수 있다고 규정하고 있었다. 1999. 6. 29.까지의 한국인터넷정보센터 등록규정에는 등록 후 3개월간 사용하지 않을 경우 등록을 말소한다는 등록불사용 규제조항이 있었으나,¹³²⁾ 1999. 12. 30. 개정된 등록규정부터는 이러한 등록불사용 규제조항을 삭제하고 원칙적으로 자유롭게 등록, 유지할 수 있도록 하고 있다.¹³³⁾

그 후 도메인 이름 등록업무를 민간에게 위탁하여 시범적으로 시행해오다가 2002. 8. 23.부터 5개 공인 KR도메인사업자¹³⁴⁾와 함께 .KR도메인 등록대행 경쟁체제를 본격

하고 있어야 한다는 등의 일정한 제한조건을 두고 있다.

<www.neustar.us/policies/docs/ustld_nexus_requirements.pdf>[2002.11.20.]

131) WIPO 국가도메인 보고서 4-6면.

132) 1999. 6. 29.자 도메인이름등록관리규정 제18조 제1항 제5호.

133) 1999. 12. 30.자 도메인이름등록관리규정 제19조 참조.

134) 복수의 .kr 도메인 등록사업자는 (주)아이네임즈(www.internetnames.co.kr), (주)가비아(www.gabia.co.kr), 한강시스템(주)(www.doregi.co.kr), (주)후이즈(www.whois.co.kr), 아사달인터넷(주)(www.asadal.co.kr) 등 5개사이다.

출범시켰다. 경쟁체제 도입과 함께 한국인터넷정보센터는 .KR 도메인 등록자격을 크게 완화하여 CO.KR 도메인의 경우 사업자등록증 없이 주민등록증만으로도 등록이 가능하도록 하고 있다.¹³⁵⁾ .kr 도메인이름분쟁조정절차가 새로 신설되면서 등록규정에서 분쟁해결관련 규정은 삭제되었다.¹³⁶⁾

(라) 自國語 도메인

자국어 도메인 즉 한글 도메인에 관하여는 아직 등록규정이 확정된 것은 아니지만, 신규 도메인의 예와 유사할 여지가 많다. 다만, 한글 도메인에 관하여는 등록규정에 있어서는 유의할 점들이 있다.

1) 먼저 “[한글표기의 도메인 이름].com(.net, .org 포함)”에 관하여 등록관리의 주체는 누구인지, 등록의 주체는 원칙적으로 누구로 할 것인지, 등록규정과 분쟁해결규정은 어떻게 할 것인지가 문제된다. 자국어 도메인은 그 언어를 모국어 또는 공용어로 사용하는 주체에게 관리를 맡기는 것이 타당하고 그 등록자격도 당해 언어를 사용하는 자에게 인정해야 할 것이다. 따라서 초기 등록단계에서는 당해 자국어 도메인 이름을 원래의 목적으로 사용하지 않고 매매, 임대만을 목적으로 등록하려는 자의 등록은 제한할 필요가 있다.

2) 신규 도메인의 예처럼 특정인에게 우선등록기간을 부여할 것인지 문제가 된다. 지적 재산권자의 입장에서는 우선등록기간동안 상표나 상호 기타 지적 재산권을 가지는 자에게 도메인 이름에 대한 우선등록의 기회가 주어져야 한다고 주장할 수 있는 반면, 비영리적으로 사용하는 자의 입장에서는 이를 반대할 수 있다. 한글도메인등록정책 워킹그룹의 한글도메인 등록정책 권고안(2001. 1. 18.자)에는 “상표 및 서비스표 소유자에게 도메인 이름을 우선적으로 등록할 수 있는 권리를 부여하는 것은 다수에게 공평한 기회를 부여한다는 원칙에 위배되며, 그 부작용이 클 것으로 우려되므로 한글도메인 이름 등록 시행시 상표 및 서비스표 등에 대한 우선등록은 인정하지 않도록 한다”는 원칙을 제안하였다.¹³⁷⁾ 도메인 이름의 단순 등록만으로는 상표권 침해나 부정경쟁방지법 위반에 해당하지 않을 수 있고, 도메인 이름은 그 사용의 태양에 따라 상

135) <<http://dom.internetnames.co.kr>>[2002.11.20.]. .kr 도메인 이름 신규등록신청 설명 참조.

136) 과거등록규정의 목록과 내용에 관하여는, 한국인터넷정보센터 웹사이트에서 확인할 수 있다. <http://domain.nic.or.kr/menu/rule/rule_general.html>[2002.11.20.] 참조.

137) <<http://nnc.nic.or.kr/mail/nnc/0136.html>>[2002.11.20.] 참조.

표적 사용이나 비영리적 사용으로 판단되므로 등록단계에서 商標權者에게 우선등록하게 할 수 없다는 점을 이유로 우선등록에 대하여 회의적 견해¹³⁸⁾도 있다. 일률적으로 商標權者에게만 도메인 이름을 부여하는 것도 형평의 원칙상 문제가 있을 수 있으나, 무제한적으로 선신청 선등록을 허용하는 것도 도메인 이름의 초기등록단계에서는 많은 혼란을 줄 여지가 있으므로, 이에 관한 적절한 조정안이 필요하다.¹³⁹⁾ 한글 도메인은 .biz나 .info와 달리 한글로만 등록한다는 특성이 있는바, 국내 등록상표나 사용상표 기타 입증할 수 있는 정당한 권리를 가진 자에게 추첨¹⁴⁰⁾이나 다른 방식을 통해 도메인 이름을 우선 등록할 수 있는 기회를 부여하는 방법도 생각해 볼 여지가 있다. 이외에도 “한글도메인사전등록위원회(가칭)”와 같은 비영리적 기구의 승인을 받는 등 간이절차로서 최소한의 형식적 심사를 통해 한글 도메인 이름을 우선등록하게 하는 방법도 생각해볼 수 있다.

3) 한글 도메인의 등록과 관련하여서는 편법적 선점의 문제가 있다. 한글 도메인을 추진 중인 베리사인(Verisign)사는 자국어 도메인이 기존의 도메인 이름 시스템에서 동작할 수 있도록 하기 위해서, IETF 초안에 따라 자국어 도메인 이름의 변환 코드 포맷을 RACE(Row-based ASCII Compatible Encoding)¹⁴¹⁾로 채택하였는데, 변환된 RACE 코드에 의한 도메인 이름이 기존의 영문 도메인 이름과 중복되는 것을 피하기 위해 변환된 코드 앞에 “bq-”를 추가하도록 하였다. 이러한 코드 변환 규칙이 알려지자 많은 登錄申請人들이 이를 이용해서 한글 도메인을 등록받기 이전에 미리 변환된 특수 코드를 선점하였다. 예를 들면, “[한글 명칭].com”이라는 도메인 이름은 “bq-3dkvzlqa.com”라는 영문 도메인으로 미리 선점하는 것이다.¹⁴²⁾ 이렇게 선점된 한글 도메인 이름의 등록을 그대로 인정할 것인지 초기 등록단계에서 해결해야 한다.

138) 남희섭, 전제논문, 25면.

139) 2003년 제52차 Name Committee meeting 회의 자료(한글도메인 이름 등록정책 워킹그룹 회의보고 부분) 참조.

<http://namecom.nic.or.kr/main/view_use.html?id=172&code=schedule&start=0?[2002.1.20.]

140) 참고로, 2002. 10. 15.경 등록을 유보해오던 2글자 도메인 등 예약어 도메인 8,110개를 추첨을 통해 등록서비스를 제공할 예정이라고 한국인터넷정보센터가 밝힌 바있다.

141) RACE는 각국의 자국어 표준 코드(한국은 KSC5601)에 대응되는 유니코드(Unicode)를 아스키 형태로 변환하는 방식 중 한 가지를 말한다.

142) 남희섭, 전제논문, 23면.

III. 當事者 間 權利義務關係

1. 도메인 登錄人 과 登錄機關

가. 登錄申請人의 法的 地位

(1) 登錄을 要求할 權利의 認定 여부

도메인 이름은 선신청 선등록되는 것이 원칙이나, 점차 도메인 이름 분쟁이 심화됨에 따라 상표권과 같은 실체관계에 부합하는지를 따져 분쟁을 해결하려는 시도가 있게 된다. UDRP 체제 이전에는 등록거절사유와 등록말소사유가 혼재되어 있었으나, 登錄機關과 紛爭解決機關이 분리, 운영된 이후에는 등록말소사유는 UDRP에 따르는 것을 원칙으로 하되, 등록거절사유는 등록약관에서 정할 수 있도록 하였다.¹⁴³⁾ 따라서 등록말소사유에 해당하더라도 등록기관이 당연히 등록을 거절해야 한다고 해석할 것은 아니다. UDRP 제4조 h항은 도메인 이름에 대한 제3자와의 분쟁에 登錄機關의 관여를 배제하므로, 등록말소사유에 해당하더라도 실제 등록기관이 등록거절하는 예는 많지 않을 것이다. 그러나 등록기관이 구체적 사례에서 사이버스쿼팅 등의 목적이 명백히 드러나 보이는 경우나 신청된 도메인 이름이 著名商標라는 이유로 등록신청을 거절할 경우가 있을 수 있다. 이러한 등록거절은 私的 自治의 원칙에 따라 登錄機關이 등록에 필요한 전제조건이 충족되지 아니하면 계약을 체결하지 않겠다는 의사표시를 한 것이므로, 그 전제조건을 충족시키지 못한 登錄申請人의 등록신청에 대하여 登錄機關은 등록을 거절할 수 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나 이러한 등록거절사유에 관한 판단은 登錄機關의 임의적, 직권적 판단에 의하여 결정되므로 등록거절이 登錄申請人의 입장에서는 부당할 수 있고, 이에 관하여 이의가 있는 登錄申請人은 그 절차나 사유의 하자 또는 그 전제조건 충족 여부를 다툴 여지가 있다(예컨대 다른 登錄申請人들과 같은 전제조건을 충족하였음에도 登錄機關이 그 신청 도메인 이름을 등록해 주지 않는 경우). 그런데 도메인 이름에 대하여는 상표법의 상표등록거절에 대한 불복절차와 같이 법률에서 정한 이의절차나 구체절차가 마련되어 있지 않다. 따라서 등록기관의 부당한 등록거절에 대

143) .kr 도메인의 경우 2001. 6. 21. 개정된 도메인 이름 등록규정 제12 제1항에서는 일정한 등록제한 사유를 두었으나, 이후 등록규정에는 이러한 제한규정을 두지 않고 있다.
<http://domain.nic.or.kr/menu/rule/rule_010621.html>[2002.11.20.]

144) 각국의 국가도메인 登錄機關들도 등록거절에 관한 사항을 유보조항으로 두고 있다. 독일 등록기관(DENIC) 등록약관 제2조 (1)항, 영국 등록기관(Nominet) 등록약관 제1.2조.

하여 해석상 등록신청인이 사법기관의 구제를 받을 수 있는지, 그 전제로 登錄申請人에게 등록을 요구할 권리를 인정할 것인지, 사법적 구제가 가능하다면 그 근거나 구제수단은 어떤 것인지에 관하여 검토할 필요성이 있다.

먼저 계약체결의 자유를 강조하는 입장에 의한다면, 사적 자치에 따라 登錄機關이 등록을 거절하더라도 이는 계약체결의 거절이므로 계약에 따른 의무조차 없는 것이어서 실정법상 근거없이 등록을 강제할 수 없다고 볼 것이다.¹⁴⁵⁾

반면 계약체결의 자유를 公共福利나 公益을 위해 제한할 수 있다는 입장에 의한다면, 登錄機關은 稀少性 및 唯一性을 지닌 도메인 이름의 공급자와 유사한 지위에 있게 되는데, 인터넷에서 자기 표현을 위해 필수적인 도메인 이름에 대하여 그 등록을 등록기관의 임의대로 제한한다면 登錄申請人으로서의 표현의 자유 기타 기본권을 침해당할 우려가 있게 되므로 등록기관은 정당한 이유없이 登錄申請人의 등록을 거절하지 못하도록 해야 한다는 결론에 이를 수 있다.

도메인 이름의 등록은 등록약관을 통해 이루어지므로 사적 자치에 의하는 것이 원칙이나, 登錄機關의 도메인 이름 등록, 관리 업무는 공익적 성격이 강하므로 등록신청의 거절도 공공복리나 사회질서에 반하지 않아야 한다. 등록기관의 면책조항도 임의적인 것에 불과할 뿐 논리필연적인 것은 아니다. 따라서 도메인이라는 공적 자원에서의 자유로운 접근과 이용을 사상적 기초로 하고, 표현의 자유를 헌법적 근거로 하여 등록신청인의 기본권을 최소한 보호하여야 한다.

145) 미국 연방통신위원회(Federal Communication Commission)가 방송금지하는 비속어(예컨대, fuckme.com, fuckyou.com, cocksuckers.com 등)에 관하여 登錄機關인 NSI가 회사의 음란성 배제정책에 기초하여 도메인 이름 등록신청을 거절한 것에 대하여, 登錄申請人은 登錄機關의 등록거절이 미국 헌법 수정 제1조의 표현의 자유를 위반한 것이므로 당해 도메인 이름을 자신에게 등록할 수 있도록 구제명령을 해달라고 법원에 소를 제기하였는바, 법원은 登錄機關은 영리기업이고 정부와 관련이 없다는 점에서 국가에 대한 권리 주장은 배척되고, 당해 도메인 이름은 이미 다른 登錄機關을 통해 타인에게 등록되었으므로 도메인 이름 등록청구의 실익이 없다고 판시하였다. 그리고 손해배상청구에 관하여도 이미 원고 이전에 많은 登錄申請人이 있었으나 등록하지 못하였는데, 만약 원고에게 손해배상을 인정하게 되면 이들에 대한 손해배상도 해야 하고 이는 登錄機關의 免責을 인정하는 것과도 상치된다고 설시하였다. Island Online Inc. v. Network Solutions, Inc., 99-CV-6848 (DGT). 그러나, 등록기관의 면책은 도메인등록인과 제3자에 대한 분쟁에 대한 것이라고 보아야 하므로, 적절한 근거가 되지 못한다고 생각된다. 판결문의 요지에 대하여는, <<http://www.domainhandbook.com/legal.html#island>> <<http://www.freedomforum.org/templates/document.asp?documentID=3405>>[2002.11.20.] 참조.

情報化促進基本法 제16조의 2는 “정부는 정보통신망에 대한 자유로운 접근과 이용을 보장하고 지역적·경제적 차별이 없는 균등한 조건의 普遍的 役務가 제공될 수 있도록 필요한 시책을 강구하여야 한다”고 규정하고 있으며, 같은 법 제16조의 3은 “정부는 인터넷·원격정보통신서비스 및 전자거래 등 정보통신망을 활용한 응용서비스의 이용을 활성화하고 우수한 정보내용물의 개발을 촉진하기 위한 시책을 강구하여야 한다”고 규정하고 있다. 같은 법 시행령 제17조의 2는 “정보통신부 장관은 법 제16조의 3의 규정에 의하여 인터넷의 원활한 활용을 위하여 국내 인터넷의 주소관리에 관한 업무를 민간의 전문기관으로 하여금 수행하게 할 수 있다”라고 규정한다. 정보통신망이용촉진및정보보호를위한법률 제16조는 “정보통신부장관은 인터넷 도메인 이름 등 인터넷 이용의 기반이 되는 주소자원을 확충하고 인터넷서비스이용자가 이를 공정하고 적정하게 활용할 수 있도록 시책을 강구하여야 한다. 이 경우 정보통신서비스제공자단체 및 이용자 단체의 의견을 수렴하여 그 시책에 반영하여야 한다”고 하고, 같은 법 제17조는 “정보통신부장관은 인터넷 도메인 이름의 적절한 사용을 촉진하고 이를 효율적으로 관리하기 위하여 인터넷 도메인 이름의 登錄 및 使用과 관련된 분쟁을 신속하고 공정하게 해결하는데 필요한 국제협력 및 분쟁조정 등에 관한 시책을 마련하여야 한다”고 규정하고 있다. 한편 국민 생활과 중요한 통신, 전기 또는 운송 등의 공익적 급부에 대하여는 정당한 이유없이 급부제공을 거절하지 못하므로 모든 자에게 같은 조건으로 급부를 제공할 의무 또는 계약체결의 의무가 있다.¹⁴⁶⁾

현재 인터넷은 생활이나 영업의 필수설비가 되었고 인터넷을 통한 영리, 비영리 활동을 하려면 도메인 이름이 있어야 한다. 그리고 인터넷 서비스는 정보통신사업과 관련이 있고 도메인 자원은 공익적 부문에 속한다는 점에 비추어, 위 정보화촉진기본법 및 정보통신망이용촉진및정보보호를위한법률 등에 따라 登錄機關은 정당한 사유 없이 도메인 이름의 등록신청을 정당한 이유없이 거부할 수 없다고 해석할 것이다.¹⁴⁷⁾ 다만 등록기관의 등록거부를 제한한다는 의미가 어떤 도메인 이름에 관하여 특정인에게 전속적인 권한이 있다는 것은 아니므로 등록기관이 스스로 정한 기준에 따라 등록을 거절한 경우까지 부인되는 것은 아니며, 도메인 이름의 정당한 사용을 보호하기 위한 목적에서 접근하여야 한다. 따라서 평등의 원칙에 따라 다른 登錄申請人에게 인정할 수 있었던 도메인 이름에 관하여 정당한 사유없이 등록을 거절할 수 없다는 의미로 볼 것이고, 이는 행정법상 재량행위의 사법적 통제이론과 관련하여 平等의 原則에 의한 “行政의 自己拘束의

146) 郭潤直, 『債權各論』, 博英社, 1997, 20면 참조.

147) 윤선희, 「도메인네임분쟁의 국제적 동향」, 61면; 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」, 28-32면.

原理”와 근접한다.¹⁴⁸⁾ .kr 도메인의 경우 비영리민간기구인 한국인터넷정보센터로 등록 원부관리업무가 이관되고, 등록업무를 민간기업에 위탁하였기 때문에 현재 登錄機關을 직접적인 행정청이라 하기는 어려우나, 도메인의 公的 資源이라는 성격에 비추어 登錄機關에 사적 처분권을 부여한 것은 아니며, 登錄機關의 업무에 관한 法的 性格을 행정업무의 民間委託이라고 본다면 평등원칙에 의한 登錄申請人의 권리는 보장될 수 있다. 다만 평등 원칙에 기초하기 때문에 登錄機關이 사회상규 또는 등록규정상의 이유를 들어 모든 登錄申請人에 대하여 유보어를 두거나,¹⁴⁹⁾ 등록을 제한하는 경우에는 登錄申請人이 등록거절을 이유로 다투기 어려울 것이다.

입법론적으로는 불분명한 의문점을 명확히 하기 위하여, 도메인 이름에 관한 제1차 WIPO 보고서 등의 국제규범을 우리나라 실정에 맞게 도입하고 도메인 이름에 관한 특별법을 제정할 때 이러한 도메인 이름에 관한 登錄約款의 契約의무 또는 역무제공의무를 명확히 하여 登錄機關으로부터의 부당한 등록거절에 대한 이용자 보호를 명문화할 필요가 있을 것이다. 다만 이러한 논의는 국가도메인 뿐만 아니라 일반도메인에 대하여도 국제조약 등을 통하여 유사한 결론에 이르러야 한다.

(2) 登錄申請 拒絕에 대한 救濟 可否

登錄申請人이 平等의 원칙에 의해 登錄機關에 대하여 도메인 이름의 등록을 해줄 것을 요구할 권리를 인정한다는 전제에서, 登錄申請人으로서 부당한 거절에 대한 구제수단이 필요하다. 登錄機關의 부당한 거절이 민법 제750조에 기한 불법행위에 해당할 경우 登錄申請人은 손해배상을 청구할 수 있다.¹⁵⁰⁾

그러나 손해배상청구권은 事後救濟에 불과하며 오히려 登錄申請人은 원하는 도메인 이름을 등록, 사용하기를 원한다는 점에서, 효과적인 구제수단이 필요하다. 명문의 규정은 없지만, 특별한 사정이 없는 한 登錄申請人이 원하는 도메인 이름을 다른 등록신청인과 차별없이 등록할 수 있도록 登錄約款의 체결을 강제할 수 있다고 해석함이 타당하다.

다만 구제절차는 登錄機關이 公的 機關인지, 私的 機關인지에 따라 차이가 있을 수 있

148) 金東熙, 『行政法 I』, 博英社, 1999, 249-250면; 朴鈺旿, 『行政法講義(上)』, 博英社, 1997, 82-83면.

149) 2003년 제52차 Name Committee meeting 회의 자료(한글도메인 이름 등록정책 워킹그룹 회의보고) 참조.

150) 다만 이 부분에 관하여는 登錄機關의 손해배상책임의 면책을 인정할 것인지 문제가 있다. 우리나라에는 아직 登錄機關의 면책에 관한 특별한 입법이 없다. 登錄機關의 면책이 등록약관에 포함되더라도 계약체결 이전의 단계에서의 침해이므로 면책 합의를 주장할 수도 없다.

다. 우선 登錄機關이 行政機關인 경우에는 일반 행정법의 원리가 적용된다. 登錄機關의 등록행위가 등록신청의 전제조건이 충족되면 반드시 등록을 해주어야 하는 기속행위로서 해석된다면, 법원은 등록거절행위에 대하여 거부처분의 취소 판결을 내릴 수 있다.¹⁵¹⁾ 한편 등록행위가 登錄機關의 재량행위로서 해석된다 하더라도 동일한 신청조건 하에서 등록이 인정되는 일정한 관행이 형성되었다면, 헌법 제11조의 평등 원칙에 따라 登錄機關은 특정 등록신청인에 대해서만 등록을 거절할 수 없다는 “행정의 자기구속의 원리”를 근거로 등록신청인이 원하는 도메인 이름의 등록을 강제할 수 있을 것이다. 또 등록이 거절되어 다투는 사이 다른 登錄申請人이 그 도메인 이름을 등록한 경우에는 거절당한 등록신청인은 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.¹⁵²⁾

반면 登錄機關이 民間機構인 경우에는 원칙적으로 私的 自治의 원칙에 따를 것이다. 다만, 도메인 이름 등록규정이 登錄約款에 포함될 경우, “約款은 信義誠實의 原則에 따라 公正하게 해석되어야 하며 고객에 따라 다르게 해석되어서는 아니된다”는 약관규제법 제5조 제1항 규정에 의하여 登錄申請人이 원하는 도메인 이름에 대하여 등록신청의 전제조건만 충족된다면 특별한 이유없이 이를 거절할 수 없다고 해석할 것이다.

.kr 도메인 이름의 등록 관리업무를 맡고 있는 한국인터넷정보센터는, 정보화촉진기본법 제10조에 근거하여 설립된 한국전산원의 부속기관으로서 정보통신부의 위임을 받아 업무를 처리하고 있으므로 광의의 행정기관의 성격을 가진다. 그러나 한국인터넷정보센터는 .kr 도메인 관리업무만 담당하고 2001. 9. 이후부터 수익성과 관련된 등록업무는 민간에 위탁하고 있는바, 이는 .kr 도메인 관리에 관한 국가 사무 일부의 사인(私人)에 대한 위임 즉 행정법상 民間委託¹⁵³⁾으로 볼 수 있다. 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률 제2조의 2에 의하여 사인에게 행정권한이 위탁된 경우에는 당해 사인이 행정관청이 되

151) 金東熙, 전게서, 634-655면 참조. 한편, 우리나라 대법원은 행정소송법이 의무이행소송을 인정하지 않고 부작위위법확인소송만 규정하고 있다는 이유로, 의무이행소송을 부인한다(대법원 1989. 5. 23. 선고 88누8135 판결; 대법원 1995. 3. 10. 선고 94누1408 판결 등). 그러나, 유력설은 의무이행소송을 일반적으로 인정하지는 않는다고 하더라도, 제한적 조건 즉 “① 행정청이 제1차적 판단권을 행사하도록 기다릴 필요가 없을 정도로 관계법상의 처분 요건이 일의적, 구체적으로 규정되어 있고, ② 그를 사전에 구제하지 않으면 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있으며, ③ 다른 구제방법이 없을 것”이라는 요건이 충족되는 경우 보충적으로 인정할 수 있다고 해석한다(金東熙, 전게서, 612-613면; 朴鈺旿, 전게서, 830면).

152) 金東熙, 전게서, 471면 이하 참조.

153) 관련법령으로는, 정부조직법 제6조 제3항, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제10조 내지 제16조.

게 하였으므로, 민간위탁사무의 처리에 있어서 受託機關(私人)의 처분 등에 대하여 불복이 있는 자는 행정심판 또는 행정소송을 할 수 있다¹⁵⁴⁾고 해석하여야 한다.¹⁵⁵⁾

나. 도메인 登錄人의 權利義務

(1) 도메인 이름 登錄·使用權

도메인 登錄人은 登錄약관에 따라 登錄機關에 대하여 계약기간 동안 도메인 이름의 등록과 사용에 관한 권리를 가진다.¹⁵⁶⁾ 登錄機關은 登錄申請人으로 하여금 통일도메인 이름분쟁해결규정(UDRP 제2조 등)에 따라 “① 진술내용의 정확성 ② 제3자의 권리를 침해하지 않을 것 ③ 不正한 目的(unlawful purpose)이 아닐 것 ④ 도메인 이름의 등록, 사용이 법령위반에 해당하지 않을 것”을 진술 및 보증하도록 하고, 登錄機關은 “① 도메인 登錄人의 처분의사를 포함한 문서 ② 적법한 관할권을 가진 법원이나 중재기관의 도메인 이름 이전, 말소 등의 명령 ③ UDRP에 의한 도메인 이름의 등록이전, 말소, 변경 결정” 등에 따라 도메인 이름에 관한 조치를 취한다는 것을 인정하도록 한다. 따라서 도메인 登錄人은 이러한 조건에 해당하지 않는 한 도메인 이름을 등록하고 사용할 권리가 있는 것이고, 이는 반대로 도메인 登錄人이 도메인 이름을 적법하게 등록, 사용하다가 불법한 수단에 의하여 도메인 이름의 등록을 말소당하거나, 이전조치당했다면 이를 다시 회복할 수 있어야 하고, 이러한 登錄人의 不利益을 사전에 방지하기 위하여 登錄機關은 善良한 管理者의 注意義務를 가진다고 할 것이다.

도메인 이름은 일단 등록하면 唯一性으로 말미암아 登錄약관에서 정한 기간 동안 독점적으로 사용할 수 있다는 점에서 상표와 유사한 구조를 가지고 있는데, 도메인 이

154) 韓國證券業協會는 公務受託私人으로서 협회가 한 協會登錄取消決定에 대하여 그 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다는 견해가 있는바, 위 설명에 참고가 될 것이다. 朴海植, 「韓國證券業協會가 한 協會登錄取消決定의 法的 性格」, 『法曹』 통권 547호 (2002. 4.), 法曹協會, 89-113면 참조.

155) 인터넷 주소관련 정책연구, 정보통신정책연구원, 2001.12., 21면. 다만 도메인 이름 등록업무를 민간기관에 위임하는 것이 행정법상 민간위탁이 아니라 민영화(privatization)일 경우에는 행정권한의 민간위탁에 적용되는 법리는 적용되지 않는다고 할 것이다. 그러나 민간위탁과 민영화는 그 개념이 정확히 구별되기 어려우며, 실제 어느 것이 민간위탁이고 민영화인지 판단하는 것도 용이하지 않다.

156) 우리나라 등록기관인 한강시스템 약관 제10조, 아이네임즈 국제도메인이름 이용약관 제6조, 한국정보인증 도메인 등록약관 제2조 등 참조. 실제 도메인 이름의 데이터베이스 관리는 등록원부관리기관에서 하지만, 등록정보의 입력 기타 업무에 대하여 등록기관을 통해서만 가능하므로 이와 같은 약관이 성립될 수 있다.

름 권리에도 상표권의 배타적 효력을 인정할 것인지 여부가 문제된다. 만약 배타적 효력을 인정한다면, 도메인 이름에 대한 침해를 직접 제거할 수 있고 침해당한 도메인 이름의 등록반환을 요구할 수 있는 법적 근거가 마련된다는 실익이 있다. 그러나 현행 도메인 체계하에서는 도메인 이름 권리의 근거를 계약에서 찾으므로 도메인등록인은 채권 유사 권리만 가진다고 본다. 도메인 이름이 기술적으로 唯一性和 獨占性을 가지는 것과 제3자에 대하여 배타적 효력을 가지는 것과는 다르기 때문이다.

(2) 登錄情報の 訂正·變更 要求權

登錄機關은 도메인登錄人에게 정확한 登錄情報를 제공할 것을 요구하고 그 정보가 사실과 다를 경우 불이익을 줄 수 있다고 하므로(UDRP 제2조), 도메인登錄人으로서 이에 대응하여 자기 登錄情報の 訂正, 變更을 요구할 수 있다고 할 것이다.¹⁵⁷⁾ 도메인登錄人이 주소나 이메일 주소, 팩스번호 등의 변경이 있을 때 이를 최신 정보로 업데이트하기 위해 필요하다. 도메인登錄人이 자연인이 아니고 법인 기타 단체인 경우에는 단체의 명칭이 변경될 경우 이를 정정할 수 있다고 할 것이다. 정정 및 변경의 주체는 단체의 경우 대표기관이 될 것이므로, 단체 내부의 업무분담에 따라 도메인 이름을 관리하는 자가 登錄機關에 대해 권한 없이 임의로 변경한 登錄人 정보는 당해 단체의 대표기관이 訂正할 수 있다고 할 것이다. 예컨대, A회사가 도메인 이름으로 abcd.com을 등록하였는데, 그 회사의 도메인 이름 관리자 갑이 A를 퇴사하고 새로 B라는 회사를 설립하면서 登錄機關에게는 “A회사의 명칭이 B로 변경하였다”고 진술하여 登錄人情報를 A에서 B로 변경한 경우 원래 도메인登錄人이었던 A회사는 어떻게 구제를 받을 수 있을 것이냐가 문제될 수 있다. 갑과 등록기관 사이의 의사표시 속에는 도메인 이름의 이전에 관한 내용이 포함되어 있지 않고, 등록기관의 입장에서도 당해 도메인 이름의 이전은 없었으며 단지 도메인登錄人の 동일성은 유지하고 등록된 정보만 訂正한 것으로 처리하였으므로, 원래의 도메인 등록인인 A회사는 登錄機關에 대하여 “회사 명칭이 B로 변경된 바 없다”는 사실을 증명하여 “잘못된 등록인 정보 정정 요구”를 하면 될 것이다. 따라서 이 경우 도메인 이름에 대한 原狀回復請求權의 인정 여부와 관계 없이 도메인登錄人の 권리를 보호할 수 있을 것이다.

157) 프랑스 등록기관(AFNIC)의 등록약관 제16조는 도메인登錄人에게 1978. 1. 6.자 “정보와 자유”법에 일치하도록 개인 정보에 대한 수정권한이 있다고 규정한다.

<<http://www.nic.fr/english/register/charter-fr.pdf>>[2002.11.20.]

(3) 登錄更新·維持請求權

先申請 先登錄을 그대로 적용한다면 등록기간이 종료된 도메인 이름에 관하여는 최초 등록할 때처럼 다시 경쟁하여 먼저 신청한 자가 우선하여 할 것이지만, 현행 등록 체계는 등록하여 사용하고 있는 자에게 기간 연장의 우선권을 부여함으로써 기존의 법적 지위와 권리를 도메인등록인이 원하는 만큼 유지할 수 있게 한다.¹⁵⁸⁾

다. 登錄機關의 權利義務

(1) 手數料 支給請求權 등

도메인 이름 登錄機關은 도메인 이름의 등록업무를 제공하는 대가로 수수료를 도메인登錄人에게 요구할 수 있다. 수수료가 납기 내에 지급되지 아니하면 더 이상 갱신의 사가 없는 것으로 간주하여 登錄機關은 갱신거절을 할 것이고, 도메인登錄人으로서는 더 이상 도메인 이름의 등록을 유지할 수 없으므로, 도메인 이름을 유지하고자 하는 도메인登錄人에게 수수료의 납부는 사실상 강제력을 가진다. 통상 登錄約款에는 정확하지 않은 정보를 등록하거나, 제3자 권리를 침해하는 도메인 이름의 登錄人 경우에 그 등록을 말소할 수 있다고 정하고 있는데,¹⁵⁹⁾ 도메인登錄人이 “정보의 변동시 변경 자료를 입력하지 않은 경우”도 포함한다고 해석된다.

(2) 繼續的 役務提供義務

도메인 이름의 등록, 관리에 관한 업무는 정보통신망의 중요한 부분을 담당하는바, 식별표지와 인터넷 주소로서의 주된 기능을 유지하기 위해서는 도메인 서비스를 계속 제공하지 않으면 안된다. 登錄機關의 계속적 役務提供의무는 기술적으로 등록서비스를 유지해주는 것에만 그치지 않고 善良한 管理者로서의 注意義務와 결합하여 도메인登錄人으로 하여금 특별한 사정이 없는 한 도메인 이름 登錄 및 使用을 유지할 수 있도록 보호하는 것도 포함한다. 도메인登錄人의 등록인 정보의 정확성 여부는 도메인登錄人의 권리에도 영향을 미치므로 登錄機關으로서 도메인登錄人의 권리를 보호하기 위해 도메인登錄人의 連絡정보에 관한 정확성을 유지할 의무를 가진다.

158) KISDI 도메인이름분쟁해결법안” 제26조는 선의로 도메인 이름을 등록한 날로부터 1년이 경과하여도 도메인 이름의 使用禁止, 登錄抹消 또는 登錄移轉請求가 제3자로부터 제기되지 않는 경우에는 그 도메인 이름을 계속 등록, 사용할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 82면 참조.

159) 일반도메인에 관한 국내 登錄機關인 한강시스템의 등록약관 제10조는 부정정보의 입력에 대하여 登錄機關이 등록된 도메인 이름을 삭제할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 善良한 管理者의 注意義務

하급심 판결은 登錄機關을 도메인 登錄人의 도메인 이름 등록 관련 업무의 受任人 또는 그와 유사한 지위에 있다고 전제하고, 登錄機關에 善良한 管理者의 注意義務가 있다고 한다.¹⁶⁰⁾ 도메인 이름과 도메인 登錄人에 관한 정보는 도메인 이름 登錄原簿管理機關(Registry)에 비치된 등록원부에 기록되고 저장되나, 이러한 등록원부에 등록절차 및 등록업무를 집행하는 것은 登錄機關이다. 등록원부관리기관은 “공유등록시스템(Shared Registration System)”¹⁶¹⁾에 의해 登錄機關에 평등하게 정보접근을 허락하고 있기 때문에 登錄機關이 실제 등록 관련 업무를 행하게 된다.

도메인 登錄人과 登錄機關 간의 法律關係의 성격을 위임 또는 위임 유사로 보는 것이 타당하나, 실제 등록약관은 등록기관의 책임을 상당히 경감시키고 있다. UDRP 제2조는 “도메인 登錄人의 도메인 이름 등록이 타인의 권리를 침해하거나 위반하는지에 대한 판단은 도메인 登錄人의 책임이다”라고 하고, UDRP 제6조는 “도메인 登錄人은 등록기관을 분쟁당사자로 지명하거나 그러한 분쟁절차에 참가시켜서는 아니된다”라고 하며, 등록기관의 개별 登錄約款은 등록기관의 免責規定 혹은 留保條項(disclaimer) 또는 도메인 登錄人의 權利 拋棄 條項(waiver)이 포함되어 있다. 따라서 도메인 登錄人은 실제 자신의 권리를 지키기 위하여 자기 스스로 주의 및 관리를 유지해야 한다. 이는 도메인 이름에 관한 구체적인 관리를 登錄機關이 모두 모니터링 할 수 없다는 데에서 기인한다.

(4) 免責約款의 效力 問題

(가) 免責條項의 內容

UDRP 제6조는 “登錄機關은 도메인 登錄人과 登錄機關을 제외한 제3자 간의 도메인 이름의 登錄 및 使用에 관한 분쟁 일체에 관하여 어떠한 관여도 하지 아니한다. 도메인 登錄人은 登錄機關을 분쟁당사자로 지명하거나 그러한 분쟁절차에 참가시켜서는 아니된다. 만약 登錄機關이 분쟁당사자로 지명되는 경우 登錄機關은 적절하다고 인정되는 모든 항변을 취하고 登錄機關을 방어하는 데 필요한 모든 방어방법을 취할 권리를 가진다”고 규정함으로써 도메인 이름 분쟁에서 登錄機關의 면책을 규정하고 있다.

160) 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 결정; 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 판결 등.

161) 공유등록시스템이란, .com 등과 같은 최상위 도메인에 대하여 ICANN에 의해 인증된 다수 등록기관이 등록원부에 공유적으로 접근하여 등록업무를 할 수 있도록 하는 시스템이다. <www.icann.org/registrars/accreditation-overview.htm> [2002.11.20.] 참조.

UDRP는 도메인등록인뿐만 아니라 UDRP 신청인도 구속하므로 登錄機關의 면책을 규정한 UDRP 제6조는 登錄約款의 당사자가 아닌 UDRP 申請人에게도 효력이 미친다. 한편 登錄機關도 登錄約款에 같은 취지의 면책약관을 포함하는 경우가 많다. 예컨대 “① 登錄機關은 도메인 이름의 신청, 등록, 유지, 변경, 삭제, 말소, 이전 또는 사용과 관련하여 발생한 타인의 손해에 대하여 登錄機關의 고의 또는 중과실이 아닌 한 어떠한 책임도 부담하지 아니한다. ② 登錄機關을 통하여 이루어진 도메인 이름의 신청, 등록, 유지, 변경, 삭제, 말소, 이전 또는 사용과 관련하여 UDRP 申請人 또는 도메인 등록인에게 발생한 손해에 대하여 登錄原簿管理機關은 책임을 지지 아니한다. ③ 도메인 등록인은 자신이 선택한 도메인 이름이 타인의 권리를 침해하거나 관련법령을 위반하지 아니하도록 도메인 이름의 선택과 登錄 및 使用에 관한 책임을 져야 한다”는 등의 취지로 登錄機關의 면책을 인정하는 합의를 하도록 하고 있다.¹⁶²⁾

(나) 도메인등록인에 대한 免責 여부

登錄機關의 도메인등록인에 대한 法的 責任에 관하여, 情報化促進基本法 제16조는 “情報通信網利用促進등에관한法律 제2조 제3호의 규정에 의한 정보통신서비스제공자는 그 事業活動에 있어서 이용자를 보호하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다”고 하여 서비스제공자의 법적 책임에 대한 근거를 법률로 명시하였다.¹⁶³⁾ 登錄約款도 약관규제법의 적용대상이 되는데, 약관규제법 제7조 제2호에 의하면 “상당한 이유없이 사업자의 손해배상범위를 제한하거나 사업자가 부담하여야 할 위험을 고객에게 이전시키는 조항”은 무효라고 규정하고 있으므로 登錄約款시 면책조항이 삽입되었다고 하더라도 도메인등록인에 대한 등록업무와 관련하여 登錄機關의 책임이 무조건 면책된다고 할 수는 없는 것이다.¹⁶⁴⁾ 한편 법원도 도메인 이름 등록업무와 관련한 登錄機關의 선

162) 예컨대, 한강시스템 약관 제17조.

163) 情報通信網利用促進등에관한法律 제2조 제3호은 “情報通信서비스提供者라 함은 전기통신사업법 제2조 제1호의 규정에 의한 전기통신사업자와 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다”고 규정하고 있으며, 같은조 제4호는 “利用者라 함은 정보통신서비스제공자가 제공하는 정보통신서비스를 이용하는 자를 말한다”고 규정하고 있다.

164) 예컨대, 새로운 도메인인 .info의 登錄原簿管理機關(Register) Afiliass는 登錄機關과 문제가 발생했을 경우 먼저 직접 등록 기관과 문제 해결을 시도하도록 공지하고 있다. 등록 기관들은 도메인등록인을 돕기 위한 고객 지원 부서를 설치해야 할 의무를 가지고 있다고 한다. 만일 그 문제가 지속된다면 추가적인 해결 방안과 보고서 양식을 제공하고 있는 InterNIC 등록기관 문제 보고 페이지를 방문하도록 하고 있다.

관의무를 인정하고 있다는 점¹⁶⁵⁾에서 免責條項은 일정한 제한이 있다고 해석된다.¹⁶⁶⁾

(다) 제3자에 대한 免責 여부

제3자에 대한 登錄機關의 책임 문제는 도메인登錄人의 경우와 다를 수 있는데, 登錄機關은 先申請 先登錄의 원칙에 따라 등록을 처리하고 도메인 이름 등록신청에 대한 실체적 판단은 하지 않지만, 도메인登錄人으로 하여금 상표권을 침해하는 도메인 이름을 登錄 또는 使用할 수 있도록 하고 있다는 근거로 공동불법행위에 기한 손해배상책임이 있는지 여부가 종래 다투어져 왔다. 이에 관하여 미국 법원은 登錄機關의 관련성은 등록 이상의 범위까지 확장되지 않으며 상표 침해 여부를 알기 위해 인터넷을 감시할 것을 기대할 수 없으므로, 商標權者는 登錄機關에 대하여 상표 침해의 기여에 대한 책임을 주장할 수 없다고 판시하였다.¹⁶⁷⁾ 미국 법원은 登錄機關의 손해배상책임을 예외적으로 인정하려면 “登錄機關이 사이버스쿼터(cybersquatter)¹⁶⁸⁾의 웹사이트에 대한 직접적인 관찰이나 통제를 하였다는 사실”을 입증하거나,¹⁶⁹⁾ “登錄機關이 도메인登錄人에 의한 침해행위에 대하여 사실상 알고 있었다는 사실”을 입증하여야 한다고 하나,¹⁷⁰⁾ 실제 소송에서 이를 입증하기란 매우 어려운 것으로 생각된다.¹⁷¹⁾ 다만 登錄機關이 도메인登錄人의 불법행위가 명백함에도 불구하고 이에 적극적으로 용인하고 가담

<<http://www.internic.net/cgi/registrars/problem-report.cgi>>[2002.11.20.]

165) 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 결정.

166) 독일의 .de 도메인 등록규정 제5조는 면책조항을 두면서도 등록기관이 예외적으로 고의 또는 중과실에 의한 손해배상책임 부담(1항) 및 손해배상의 한도(2항)를 규정하고 있다. <www.denic.de/doc/DENIC/agb.en.html>[2002.11.20.] 참조.

167) Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 194 F.3d 980(9th Cir. 10/25/99). 平野晋, 「Lockheed v. NSI 事件 : 도메인·네임登錄機關たるNSI社には商標の寄與侵害責任がないと判斷された 事例」, 『國際商事法務』 27卷 12號, 1506면 참조.

168) 사이버스쿼팅을 하는 자를 의미. 이 논문 제3장 I.1.나.(1) 참조.

169) Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 194 F.3d 980(9th Cir. 10/25/99).

170) Academy of Motion Picture Arts & Sciences v. Network Solutions, Inc., 45 U.S.P.Q.2d (BNA) 1463 (C.D. Cal. 1997). 미국 법원은 登錄機關인 NSI가 당해 도메인 이름의 登錄 및 使用이 상표권을 침해한다는 사실을 법원의 확정 판결이 있기 전까지는 그 침해사실을 사실상 알았다고 볼 수 없다고 판시하였다.

171) 도메인 이름 등록에 관한 제3자의 권리 침해 여부를 등록단계부터 판단한다는 것은 전세계 누구나 등록할 수 있는 .com과 같은 일반도메인의 경우에는 현실적으로 불가능하고 이 경우에도 登錄機關의 책임을 인정하는 것은 인터넷 서비스의 신속, 편리, 효율의 측면에 비추어 바람직하지 않을 수 있다.

하거나, 원래의 적법한 도메인등록인이 기간연장신청을 하였음에도 불구하고 이를 누락하여 제3자가 그 도메인 이름을 등록한 경우¹⁷²⁾와 같이 고의 또는 중과실로 인한 손해에 대한 책임까지 면책된다고 해석하기는 어려울 것으로 생각된다. 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법(Anti-cybersquatting Consumer Protection Act)¹⁷³⁾도 원칙적으로 등록기관의 제3자에 대한 법적 책임을 인정하지 않고, 다만 “법원의 판결이나 결정이 있기 전에 소송계속 중 당해 도메인 이름을 이전, 사용정지 기타 변경을 한 경우” 또는 “고의로 법원의 명령에 따르지 않은 경우”에만 그 책임을 규정¹⁷⁴⁾하고 있다.

2. 기타 關聯 當事者들

가. 登錄原簿管理機關과 登錄機關

“登錄業務의 分離 또는 代行”이라는 관념이 생기기 전에는 登錄原簿管理機關이 실제 등록업무와 분쟁해결과 관련된 일부업무¹⁷⁵⁾까지 담당하고 있었다. 그러나 도메인 이름의 효율적 관리와 도메인 관련 정책의 중립성을 위하여 등록업무는 별도의 登錄機關을 두어 등록업무를 위탁하기에 이르렀다. 다만 登錄原簿管理機關은 마치 不動產의 登記簿나 登記所의 역할처럼, 도메인 이름 등록과 관련된 모든 정보를 登錄機關으로부터 제공받아 이를 관리한다. 登錄原簿管理機關은 등록 관련 업무를 담당하는 모든 登錄機

172) Salvatore Ferragamo Italia S.P.A. v. Charles Lim, WIPO No. D2001-0325(註: WIPO 결정을 뜻하며 No. 이하는 사건번호이다. 같은 분쟁해결기관인 NAF 등도 유사한 형식이다.). (salvatorreferragamo.com) 관련. 이 사건은 登錄機關에 대하여 책임을 묻은 사례는 아니나, UDRP 申請人에게는 원래의 도메인 이름 사용권을 주장할 것이고, 도메인 등록인은 적법하게 등록하여 정당한 사용권이 있다고 주장할 것인데, 어느 쪽에 대하여 손을 들어주든지 간에 패소한 당사자는 불의의 손해를 입게 되는데, 이 경우 등록기관의 악의 또는 중과실이 인정된다면 손해배상책임을 부담한다고 볼 여지도 있다.

173) 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법은 商標法 즉 15 U.S.C. §1125 아래 (d)항을 추가 삽입의 형식(amendment)으로 입법되었다. 따라서 商標法의 일부를 이루고 있다고 해석될 수 있다. <<http://www.gigalaw.com/library/anticybersquattingact-1999-11-29-p1.html>> [2002.11.20.]. 참조.

174) 15 U.S.C. §1125(d)(2)(D)(i).

175) 분쟁의 중국적 해결이라기보다는 분쟁의 대상이 되는 도메인 이름에 대하여 분쟁당사자 누구도 법원의 판결이나 당사자 간의 합의에 의해 분쟁해결이 될 때까지 사용할 수 없도록 보류하는 조치를 취해 왔었다. 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」, 23-26면; 이대희, 전계서, 77-79면 참조.

關에 대해서 중립을 지키고 공평할 것을 요구받고 있으며 이를 위해 공유등록시스템의 이용을 허락한다. 도메인 이름의 등록신청, 변경 또는 말소 등의 실제 등록과 관련된 업무는 登錄機關에서 실시하고 그에 대한 모든 정보의 최종적 관리는 登錄原簿管理機關에서 한다. 또 이러한 업무분담으로 말미암아 登錄原簿管理機關은 登錄申請人의 등록신청을 직접 접수, 처리하지는 않는다.

일반도메인의 경우 등록원부관리기관과 등록기관 간의 법률관계는 1999. 11. 4. ICANN에 의하여 채택된 등록기관승인계약(Registrar Accreditation Agreement)¹⁷⁶⁾에 의한다. 위 계약에 의하여 登錄機關은 ICANN으로부터 승인을 받고 등록의 신청, 변경, 말소 등에 관한 업무를 할 수 있는 라이선스를 받는다(동계약 II. A항). 그리고 실질적으로 등록 관련 업무를 위해서는 登錄原簿管理機關이 보유하고 있는 해당 도메인에 관한 정보를 공유해야 하는데, 이 계약에 의해 등록에 관한 정보(등록된 도메인 이름의 명칭, 1차적 및 2차적 네임서버의 IP 주소, 이들 네임서버의 관련 명칭 등)를 登錄原簿管理機關에 모두 제공하도록 하는 한편, 登錄機關은 이 정보에의 자유로운 접근권을 가진다(동계약 II. E, F 등).

한편, .kr 도메인에 관하여는, 한국인터넷정보센터로부터 등록업무 대행시범 운영기관으로 지정된 (주)아이네임즈가 2001. 10. 1.부터 도메인 이름의 등록 및 제반신청(예컨대, 정보변경, 수수료 납부, 세금계산서 신청 등) 처리업무를 대행하였고,¹⁷⁷⁾ 2002. 8. 12.부터는 登錄機關의 복수화 및 경쟁화를 추진하여 이용자에게 다양한 도메인 이름 등록서비스를 제공하도록 하였다.¹⁷⁸⁾ 그리고 한국인터넷정보센터는 등록업무 이외에 공익적 업무인 도메인 데이터베이스의 관리, .kr 네임서버관리업무 그리고 .kr 도메인 관련 정책 개발 등을 수행하게 된다.¹⁷⁹⁾

나. 도메인登錄人과 紛爭解決機關

도메인 체계와 관련된 각 기관은 UDRP에 구속될 것을 계약의 내용으로 하여 상호

176) <<http://www.icann.org/nsi/icann-raa-04nov99.htm>>[2002.11.20.].

177) .kr 도메인의 경우 한국인터넷정보센터(등록원부관리기관)로부터 등록업무 대행시범 운영기관으로 지정된 (주)아이네임즈는 도메인 이름의 등록 및 제반신청 예컨대, 정보변경, 수수료 납부, 세금계산서 신청 등) 처리업무를 대행하고 있다.

178) (주)가비아, 아사달인터넷(주), (주)아이네임즈, 한강시스템(주), (주)후이즈 5개 공인 .KR도메인사업자들은 센터가 제공한 통신프로그램을 통해 등록시스템 기술 테스트를 완료하고 2002. 8. 23.부터 본격적인 등록서비스를 제공하고 있다.

179) <http://domain.nic.or.kr/menu/faq_company.html>[2002.11.20.] 참조.

연계되어 있고 도메인登錄人은 등록신청할 때 도메인 이름 분쟁해결에 관하여 UDRP에 따를 것에 동의하지 않으면 등록을 할 수 없다. 그러나 紛爭解決機關은 스스로 집행하지 않고 결정문을 登錄機關에 송부하여 집행하게 한다. 이러한 계약적 구속력이 UDRP를 강제하는 기본적 시스템이 된다.

다. 도메인登錄人과 第3者

도메인 이름의 등록과 사용은 등록기관에 대한 것이므로 도메인 이름 권리의 성격을 채권 유사로 볼 경우 원칙적으로 제3자에게 영향을 주지 않는다. 그런데, 도메인 이름이 그 사용 형태에 따라 상표 기타 營業標識로서 인정되자, 상표권자와 갈등할 여지가 생겼다. 제3자와 관련된 법적 문제는 첫째, 도메인등록인이 등록, 사용하고 있는 도메인 이름에 대하여 제3자가 권리를 주장하는 경우와, 둘째, 도메인등록인이 사용하는 도메인 이름과 동일·유사한 것을 사용하는 제3자로 하여금 유사한 것을 더 이상 사용할 수 없게 하는 경우가 있다. 도메인 이름 분쟁이 격화되기 시작할 때는 주로 전자의 문제가 쟁점이 되었으나, 장기적으로는 도메인 이름의 지적 재산권으로의 이행이 현실화되면 후자의 문제를 어떻게 해결할 것인가가 주요 논제가 될 것으로 예상된다.

第3章 紛爭解決의 二元化

I. 紛爭解決의 基本法理

1. 紛爭의 形態

가. 紛爭 當事者

도메인 이름의 법률관계는 도메인등록인과 등록기관간의 등록약관이 가장 기초가 되지만, 도메인 이름이 표지로서 사용될 경우에는 제3자인 상표권 기타 지적 재산권자와 갈등을 야기할 수 있다. 도메인등록인과 등록기관간의 분쟁은 계약적 해석에 의해 해결되는 경우가 많지만, 도메인등록인과 제3자와의 분쟁은 이를 직접 규율하는 법령이나 계약이 없기 때문에 기존 상표법, 부정경쟁방지법 또는 민법의 일반 해석에 의하게 된다. 이 논문에서의 주요 쟁점들도 대부분 도메인등록인과 제3자와의 분쟁을 대상으로 하므로 특별한 설명이 없는 한 도메인 이름에 관한 분쟁 또는 그 해결이라고 할 경우에는 “도메인등록인과 제3자와의 법적 분쟁”을 의미한다고 할 것이다.

나. 새로운 紛爭類型

도메인 이름이 가상공간의 전자표지로서 사용되는 경우 인터넷에서 사용된다는 점 이외에는 표지와 관련된 기존 상표법, 부정경쟁방지법 등의 적용을 받는다. 다만 도메인 이름은 그 자체의 경제적 효용과 유일성이라는 기술적 요소가 결합하여 새로운 분쟁유형이 나타나기도 한다.

(1) 사이버스쿼팅

도메인 이름의 唯一性, 저렴한 등록비용에 반하여, 도메인 이름이 표창할 수 있는 상표나 상호 기타 브랜드의 경제적 가치는 매우 높기 때문에 특정 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 등록하여 되파는 투기적 행위가 성행하였다. 이는 기존의 商標法 또는 不正競爭防止法이 예정하지 못했던 새로운 분쟁유형이므로, 그 개념을 정립하기 쉽지 않았고, 기존의 법 적용에도 여러 가지 한계와 문제점을 야기하게 되었다. 따라서 이러한 분쟁유형을 새롭게 정의하여 새로운 법적 구성을 하고 법적 규제를 시도하기에

이르렀으며, 이를 “사이버스쿼팅(cybersquatting)”이라 명칭하기도 하였다.

사이버스쿼팅의 정의에 관하여는, ① 일반적으로는 자신의 영업과 무관한 상표나 상호 등의 명칭으로 도메인 이름을 등록하여 타인과 관련있는 영업의 상표나 상호 등의 명칭을 도메인 이름으로 등록하지 못하게 하는 행위라고 하는 견해¹⁸⁰⁾ ② 저명상표나 저명상호를 대표하는 도메인 이름을 미리 선등록하였다가 著名商標權者나 저명기업이 뒤늦게 이를 회수하기 위하여 매수를 요구하면 비싼 프리미엄을 붙여 되파는 행위라고 하는 견해¹⁸¹⁾ 등이 있다. 전자는 不正한 目的으로 등록 또는 사용하는 행위임을 강조하고, 후자는 등록된 도메인 이름 권리를 부당한 대가를 받고 되파는 행위임을 강조한다.¹⁸²⁾

(2) 濫用的 登錄

도메인 이름의 등록 및 사용이 여러 형태로 나타나면서 투기적 행위만을 지칭하는 사이버스쿼팅의 개념도 한계가 있게 되면서, 權利濫用 또는 信義誠實의 原則에 반하는 도메인 이름의 登錄 및 使用 일반에 대한 검토가 필요하게 되었다. 이러한 고려에서 제1차 WIPO보고서¹⁸³⁾도 종래의 ‘사이버스쿼팅’이라는 개념 대신 “도메인 이름의 濫用的 登錄 (the abusive registration of a domain name)”이라는 개념을 사용하였다.¹⁸⁴⁾ 위 보고서에서는 “(i) 도메인 이름이 권리자의 상표와 동일 또는 혼동케 할 정도로 유사할 것 (ii) 도메인 이름 보유자가 그 도메인 이름(분쟁대상)에 관하여 아무런 권리 또는 적법한 이익이 없을 것 (iii) 도메인 이름이 不正한 目的(bad faith)으로 등록되었고 사용되고 있을 것”의 요건이 충족될 경우 도메인 이름의 濫用的 登錄¹⁸⁵⁾이 된다고 하고,¹⁸⁶⁾ 이는

180) Stuart D. Levi · Jose Esteves · David Marglin, 전계논문 중 III.의 E.항 참조.

181) 이러한 定義는 著名商標權者의 상표에 대하여는 그 商標權者가 도메인 이름을 사용할 권리가 있음을 전제로 한 것이다.

182) 저명, 주지상표를 다수 등록하여 나중에 되팔기 하는 모습이 보통이나, 넓게는 한 개나 몇 개의 상표만을 등록하고 이를 되파는 행위도 포함한다.

183) The Management of Internet Names and Addresses : Intellectual Property Issues, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, April 30, 1999. <<http://wipo2.wipo.int/process/eng/final/FinalReport.html>>[2002.11.20.].

184) 제1차 WIPO보고서 54면 170, 171문단.

185) 투기적 목적을 위한 선등록을 염두에 두고 濫用的 登錄이라고 하고 있으나 이 개념에는 “登錄 및 使用”을 포함하는 것으로 이해된다.

186) WIPO 중간 보고서(Interim Report of the WIPO Internet Domain Name Process, 1998. 12. 23)에서는 부가적으로, ① 당사자들의 권리와 이해관계, ② 등록기간, ③ 도메인 이름이 등록된 최상위 도메인의 성격, ④ 선등록우선주의 등도 고려하여야 한다고 제안하였다. 제1차 WIPO 보고서(Final Report)에는 이 부분이 생략되었으나, 구체적 사례에

UDRP 제4조 a항에서도 그대로 반영되어 있다.

제1차 WIPO 보고서가 정의한 “濫用的 登錄”은 稀釋化나 混同可能性에 의한 규제와는 달리 不正한 目的(bad faith)라는 주관적 요소를 포함하고 있다는 것과 不正한 目的에 사이버스쿼팅의 개념도 포함하는 개념으로 이해하고 있다는 특징이 있다. UDRP 제4조의 규정도 제1차 WIPO보고서의 “濫用的 登錄”의 개념을 반영하고 있다.

(3) 도메인 이름 逆하이재킹

상표 보호를 위해 UDRP가 마련되었으나, UDRP 결정 중에는 도메인등록인에게 권리 또는 정당한 이익이 인정됨에도 불구하고 상표권자가 UDRP 규정을 남용하여 무조건 도메인 이름의 등록이전 또는 말소를 요구하는 사례도 발생하게 되었다. 이와 같이 상표권자가 不正한 目的으로 UDRP를 남용하여 도메인등록인으로부터 도메인 이름을 빼앗거나 빼앗으려고 하는 행위를 “도메인 이름 역(逆)하이재킹(Reverse Domain Name Hijacking)”이라 한다.¹⁸⁷⁾ 만약 도메인등록인이 부당하게 도메인 이름을 使用禁止處分을 받거나 登錄抹消나 移轉處分을 받게 되면 다른 도메인 이름으로 대체하기 전에는 그 사업장 자체를 폐쇄당하는 것과 같은 효과를 가지고, 설사 다른 도메인 이름으로 대체하더라도 이미 이용자들에게 알려진 도메인 이름이 등록말소되거나 사용금지된다는 것은 기업 이미지나 신용에 큰 손해를 줄 수 있다.

그러나 商標權者의 正當한 權利行使와의 한계가 불분명하고 不正한 目的이 인정되어야 하므로 “도메인 이름의 등록이 말소되거나 이전되었다는 사실과 도메인등록인에게 권리 또는 정당한 이익이 있었다는 사실”만으로 도메인 이름 권리가 침해되었다고 보기는 어렵다. 따라서 상표와 도메인 이름의 균형있는 보호를 위해서는 도메인 이름 逆하이재킹의 문제를 어떻게 해결할 것인가가 매우 중요하다.

2.紛爭解決의 基本理念

가. 도메인 이름의 正當한 使用 保護

도메인 이름의 登錄 및 使用은 形式的으로는 계약에 근거를 두고 있고, 實質的으로는 표현의 자유와 재산권 보장, 영업의 자유, 公的 資源의 자유로운 접근과 이용 기타 헌법적, 사상적 근거에 기초하고 있다. 따라서 타인의 권리를 방해하지 않는 한 正當

대한 판단을 할 경우에는 이러한 점들도 함께 고려가 될 것이다.

187) 이 논문 제4장 III.3.1.나.(3) 참조.

한 使用(fair use)으로서 법적 보호의 대상이 될 수 있다.

그런데 도메인 이름은 가상공간에서 전자표지로서의 기능도 가질 수 있고 경우에 따라서는 기존의 상표와 갈등을 야기할 여지가 있는데, 이 경우 도메인등록인은 도메인 이름의 등록 및 사용이 정당한 사용임을 입증하여 자신의 권리를 보호해야 한다. 따라서 正當한 使用의 意味와 그 範圍 및 限界는 도메인 이름 권리 보호 및 상표 보호의 한계를 정하는 데에 있어 매우 중요하다.

도메인 이름이 정당하게 등록 및 사용되고 있다면, 도메인등록인은 당해 도메인 이름을 언제부터 어떻게 사용할 것인지, 사용하지 않을 것인지를 결정할 자유가 있고, 계속 보유하고 있을 것인지 아니면 타인에게 양도할 것인지를 결정할 자유가 있다고 할 것이므로,¹⁸⁸⁾ 도메인등록인이 도메인 이름을 대가를 받고 타인에게 이전하려고 한다는 이유만으로 도메인등록인의 正當한 使用이 不正한 目的으로 변질되는 것은 아니라고 할 것이다.¹⁸⁹⁾

나. UDRP의 保護法益의 問題

(1) 論議의 實益

도메인 이름에 관한 새로운 분쟁해결규정인 UDRP는 제4조 b항에서 “상표와 동일·유사한 도메인 이름을 不正한 目的으로 登錄 및 使用”하는 것을 금지하고 있는바, UDRP가 보호하려는 법익 또는 보호대상이 무엇인지, 제도의 목적이 무엇인지에 따라 UDRP의 요건, 절차 및 그에 관한 해석기준 및 앞으로의 정책방향이 결정된다.

UDRP 제4조 b항에 비추어 보면, UDRP는 “상표권”을 보호하는 것을 목적으로 하고 있다. 도메인 이름의 분쟁이 발생되기 이전에는 상표권은 대부분 상표법이나 부정경쟁방지법을 통해 보호해왔는데, 商標法은 登錄商標權者의 信用(goodwill)을 보호하고, 不正競爭防止法은 혼동행위나 상표손상행위를 금지하여 궁극적으로 공정한 경쟁질서의 유지를 통해 영업표지 보유자를 보호하였다. 그런데, 도메인 이름에 관한 不正한 目的의 登錄 및 使用의 경우는 도메인등록인이 반드시 商標權者의 競爭事業者임을 요하지

188) 우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」, 인터넷 도메인 이름 분쟁해결정책 토론회(2000. 12. 6.), 정보통신정책연구원·한국인터넷정보센터(이하 “우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」”이라 한다), 7면.

<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/80/80200012a2.pdf>>[2002.11.20.]

189) 김대원, 전계논문, 88면. 위 논문은 결론에서 현실세계의 권리자가 반드시 가상공간에서도 권리를 가져야 한다는 인식이 반드시 옳은 것은 아니라고 하면서 도메인 이름의 정당한 사용을 보호해야 한다고 지적한다.

않고, 상표가 著名하거나 周知일 필요도 없다는 점에서 상표권의 어떤 부분을 보호하려는 것인지에 관한 의문을 가지게 한다. 商標權者는 UDRP를 통해 도메인 이름 권리 그 자체를 얻으려고 하는데, 어떤 근거로 상표와 전혀 다른 체계를 구성하는 도메인 이름 권리를 주장할 수 있는지가 문제이다. 그렇다면 UDRP의 목적이나 보호법익은 무엇인지에 관한 의문이 생길 수 있다.

(2) 商標 保護

도메인 이름을 상표 또는 표지로서 사용하여 상표권을 침해하거나 부정경쟁행위에 해당하는 경우에는 상표권과 충돌함이 당연하다. 그리고 도메인 이름을 표지로서 사용하지 않는 경우라도 도메인 이름의 등록 및 사용으로 말미암아 타인이 오랫동안 노력하여 쌓아온 商標의 信用과 名聲을 훼손하거나 이를 이용하여 부당한 대가를 얻는 것이라면, 그 사용 형태가 어떠한지 간에 상표권이 방해받거나 침해되고 있다고 볼 수 있을 것이다. 특히 도메인 이름은 유일성이 특징이기 때문에 누군가 먼저 그 도메인 이름을 등록하게 되면 상표권자는 다른 도메인 이름을 사용할 수밖에 없는데, 기존에 자신이 오랫동안 구축해온 신용과 평판을 사용할 수 없게 된다는 것은 그 자체로 상표권의 행사에 방해를 받게 된다는 것을 의미한다. 만약 그 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 회수하지 못하거나 다른 영업자가 사용할 경우, 혼동행위나 상표손상행위가 성립하지 않더라도 인터넷 이용자가 당해 상표를 인터넷 주소입력창에 입력하였는데 당해 상표권자가 운영하는 웹사이트가 아닌 전혀 다른 웹사이트가 나오면 인터넷 이용자는 이후 별도의 검색엔진을 사용하지 않는 한 가상공간에서 당해 상표권자의 웹사이트를 찾지 않게 될 것인데, 이는 상표권자로서는 그동안 당해 상표에 대하여 쌓은 신용, 명성, 이미지 등에 손해를 입게 된다.¹⁹⁰⁾ 반면 당해 도메인 이름에 관하여 권리나 정당한 이익은 없이 부당한 대가를 얻기 위해 등록하는 등 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄 및 使用하는 경우에는 그 상표권 행사의 방해는 정당한 사용으로서 보호받지 못하게 할 것이다. 상표법 제7조 제1항 제12호도 부정한 목적으로 주지, 저명상표를 등록하는 것을 금지하고 있는데, 유사한 취지라고 보인다.¹⁹¹⁾

1999년 WIPO 저명상표 보호규범 제6조가 “Conflicting Domain Names”에서 도메인

190) Panavision International L.P. v. Dennis Toeppen, 141 F.3d 1316 (9th Cir. April 17, 1999). 이 판결은 저명상표와 동일한 도메인 이름을 다수 선점하여 등록하는 행위를 상표침해로 파악하고, 새로운 희석화행위로 보았다.

191) 다만 UDRP는 상표에 대하여 주지, 저명일 것을 요하지 않는다는 점(宋永植 외, 전거서, 166면 참조)에서 상표 보호의 범위가 상표법보다 넓다.

이름에 관하여 “도메인 이름 또는 그 본질적 부분이 저명상표를 복제, 모방, 번역 또는 음역한 것으로 不正한 目的으로 登錄 또는 使用된 경우에는 적어도 당해 도메인 이름은 저명상표와 저촉되는 것으로 간주하여야 한다”고 하여 도메인 이름에 관한 저명상표 보호를 따로 규정하고 있다는 점,¹⁹²⁾ 不正한 目的의 등록 및 사용을 금지하는 UDRP이 제정되고 이와 함께 미국 의회가 商標法을 개정하여 반사이버스쿼팅소비자보호법을 추가한 점, 새로 생성되는 신규도메인 중 .info는 登錄商標權者에게 우선등록의 기회를 부여하였다는 점 등은 도메인 이름에 관한 不正한 目的의 登錄 및 使用이 상표권을 침해하고 있다는 점을 밝히고 있다. 이러한 침해로부터 상표권을 보호하고자 하는 것이 UDRP의 목적인 셈이다.

(3) 不正한 目的과 信義誠實 原則과의 關聯

도메인 이름과 상표는 그 체계를 달리 하기 때문에 상표권을 보유하고 있다고 하여 그와 동일·유사한 모든 도메인 이름에 관하여 商標權者가 상표권을 무조건 배타적으로 주장하는 것은 UDRP라도 허용하지 않는다. 따라서 도메인 登錄人이 우연히 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 등록하였다고 하여 바로 상표권 침해를 구성하는 것은 아니다. UDRP는 “不正한 目的(bad faith)”을 추가하고 있는데, 이는 도메인 이름 권리를 부당하게 남용하는 것과 관련이 있다.¹⁹³⁾

도메인 이름은 체계상 유일성과 독점성을 특징으로 하여 그 표현에 한계가 있고 희소하기 때문에 특징인이 不正한 目的으로 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 선점하여 등록하는 것은 “도메인 이름에 대한 매점매석”에 해당하고 그로 인해 부당한 이익을 얻는다면, 이는 정당한 권리행사를 벗어난 권리남용이나 신의성실의 원칙에 반할 수 있다.¹⁹⁴⁾ UDRP는 구제수단으로서 도메인 이름의 등록말소뿐만 아니라 등록이전까지도 포함하고 있다. 상표권자에게 배타적 권리가 있다고 하더라도 상표법의 경우 상표와 동일·유사한 상표를 상표권자에게 이전시키지는 않는 것과 비교하여 UDRP는 상표권자에게 매우 강한 권능을 부여하는 것이다. UDRP가 도메인 이름의 등록이전까지 허용하는 것은 결국 상표권 보호의 필요성뿐만 아니라 도메인 登錄人의 不正한 目的과 신의성실에 반하는 권리행사에 대한 비난 가능성도 포함된다고 본다.

192) WIPO 저명상표 보호규범(Joint Recommendation Concerning Provisions on the Protection of the Well-Known Marks) 제6조.

<http://www.jpo.go.jp/saikin/pdf/sct3_8e.pdf> [2002.11.20.].

193) 이 논문 제3장 II.2.가.(1)(다) 참조.

194) 宋永植 외, 전제서, 166면 참조.

한편 UDRP 규칙 제1조와 제15조 (e)항은 “도메인 이름 逆하이재킹”을 규정하고 있는데, 不正한 目的으로 상표권을 남용하는 경우를 규율한다는 의미에서 UDRP 제4조의 반대측면에 해당하고, 상표 보호와의 균형을 도모하는 것이라고 할 것이다.

다. 法益의 調和

도메인 이름의 登錄 및 使用을 표현의 자유에 기초를 두고 상표권 제도와 별개의 체계를 형성하고 있다는 점을 강조한다면, 도메인 이름의 登錄 및 使用은 최소한으로 상표권 침해 배제하는 것 이외에는 최대한으로 보호하여야 한다.¹⁹⁵⁾ 반면 도메인 이름을 상표권 기타 지적 재산권에 부수하는 권리 중 하나로 파악한다면, 상표권을 최대한 보장하는 범위 내에서 도메인 이름의 登錄 및 使用은 최소한으로 보호할 뿐이다. 어떠한 보호체계를 따를 것인지는 논리필연적인 결론이 있는 것이 아니라, 입법정책적인 선택에 따른 것이다. UDRP 제4조 c항은 도메인 登錄人이 일정한 사유를 주장, 입증하면 도메인 登錄人에게 도메인 이름에 관하여 權利 또는 正當한 利益이 있다고 인정할 수 있다고 하는데, 이러한 조항을 UDRP에 둠으로써 UDRP가 상표권 보호만을 목적으로 하는 것이 아니라 궁극적으로 商標權者와 도메인 登錄人 간의 이해를 균형되게 보호하는 것을 목적으로 하는 것이라고 설명하기도 한다.¹⁹⁶⁾

도메인 이름은 상표와 구별된 獨自性을 가지므로 상표권의 내용에 포함되거나 구속되지는 않지만, 상표권은 商標法에 따라 이미 등록에 의해 배타적 권리를 가지고 不正競爭防止法에 의해 주지·저명상표로서 보호될 수 있으므로 이와 충돌하는 범위 내에서는 도메인 이름 권리도 제한을 받게 된다. 따라서 도메인 이름 권리의 보호는 제3자의 권리를 침해하거나 不正한 目的을 위한 사용을 하지 않는 범위 내에서 가능하다.¹⁹⁷⁾ 다만 도메인 이름은 최근 새로 생성된 것이기 때문에 그 법적 보호장치가 충분하지 못하다. 따라서 상표권자는 법률에 의해 여러 가지 법적 구제장치를 가지고 있는 반면, 도메인 登錄人은 도메인 이름의 권리를 충분히 보호받지 못할 우려가 있으며, 이를 위한 기존 법률의 유추적용이나 준용에는 여러 가지 한계가 있다. 따라서 양자간의 제도적 불균형은 입법에 의해 보완되어야 할 것이다.

195) Muller, “Rough Justice,” 23면. 이 글에서 Muller교수는 표현의 자유(free expression)와 正當한 使用(fair use)도 상표 보호와 함께 중요한 법적 영역이라고 한다.

196) 丁相朝, 「도메인 이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1043면.

197) 표현의 자유도 헌법상 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조 제2항의 제한 및 한계가 있으며 상호 이익형량에 의하여 조정될 수 있다고 판시한다. 대법원 1993. 9. 28. 선고 93도1730 판결 참조.

도메인 이름에 대한 분쟁에 있어 도메인 이름과 상표의 이익형량은 ① UDRP의 不正한 目的(bad faith)의 인정범위와 ② 도메인등록인의 權利 또는 正當한 利益의 인정범위가 어디까지인지 여부에 달려있다. 도메인 이름 권리를 상표권과 구별하여 파악하고 독립적으로 보호하여야 한다고 보는 이 논문의 입장에서는 도메인 이름의 登錄 및 使用은 원칙적으로 특별한 사정이 없는 한 정당하다는 것에서부터 시작해야 한다고 보며, UDRP 申請人이 “도메인등록인에게 權利 또는 正當한 利益이 없다”는 점을 입증하도록 하는 UDRP 제4조 b항 (iii)도 이러한 출발점에 서있다고 생각한다.

3. 紛爭解決方法의 二元化

도메인 이름 분쟁해결방법은 크게 상표법, 부정경쟁방지법 등 기존 법령을 적용하여 판결에 의하는 경우와 UDRP와 같은 새로운 기준과 절차에 의하는 경우로 나눌 수 있다. 이하에서는 주로 기존의 분쟁해결방법과 도메인 특유의 새로운 분쟁해결방법을 대비하면서 상호 보완 및 갈등에 관한 논의를 하고자 한다.

가. 既存의 紛爭解決方法

(1) 當事者의 合意

商標權者가 도메인 이름을 도메인등록人으로부터 일정한 대가를 지불하고 등록이전을 받는 등 합의에 의하는 경우가 다수 있다.¹⁹⁸⁾ 소송에 의할 경우 비용이 많이 들고 시간이 오래 걸리기 때문에 자금력이 있는 상표권자로서는 합의로 해결하는 방법을 사용하기도 한다. 그러나 해결방법은 추후 부당한 이익을 노리는 사이버스쿼터들의 濫用的 登錄을 부추길 수 있다는 문제가 있다.

(2) 法院의 判決

도메인 이름의 분쟁이 심화되자 商標權者들은 도메인 이름의 登錄, 使用이 商標法 또는 不正競爭防止法에 위반된다고 주장하면서 법원의 판결을 통하여 도메인 이름의 등록 말소 또는 회수를 시도하였다. 그러나 도메인 이름 분쟁 중에는 商標法이나 不正競爭防止法으로 해결되지 않는 경우도 있을 뿐만 아니라, 설사 도메인 이름의 登錄,

198) 우리나라 도메인이름분쟁조정위원회에 분쟁조정신청이 된 이후에도 당사자간 합의에 의해 분쟁이 종결되는 경우도 있다. (KR 2002-0009; KR 2002-0018 등)
<http://www.ddrc.or.kr/dist_complet.html>[2002.11.20.] 참조.

使用을 금지하는 판결을 받더라도 도메인등록인의 上訴로 절차와 시간이 지연될 수 있었다. 또 도메인 이름에 관한 사용금지청구가 인용되더라도 判決로써 登錄移轉까지 인정된 판결례는 거의 없었기 때문에 말소된 도메인 이름을 다시 商標權者가 등록할 수 있다는 보장도 없다. 따라서 商標權者에게는 소송에 갈음하는 대안적 분쟁해결절차 (Alternative Dispute Resolution other than Court Adjudication, 이하 “ADR”이라고 한다)는 중요한 분쟁해결수단이 될 수 있다.

(3) 調停 및 仲裁

(가) 傳統的 ADR

도메인 이름 분쟁을 해결하기 위해 기존의 調停과 仲裁를 이용할 수도 있다.

1) 調停

調停(Mediation)은 중립적 지위의 제3자인 調停者(mediator)가 분쟁 당사자들로 하여금 효율적으로 협상을 할 수 있도록 도와주는 절차로서, 持續的 人間關係를 요구하는 商去來, 家族關係, 賃貸借關係, 近隣關係, 勞使關係, 建築許可 관련분쟁 등 多數 당사자들 사이의 非金錢的 분쟁에 특히 그 효용을 나타내고, 不法行爲에 의한 金錢賠償 사건에도 매우 有用하게 적용된다.¹⁹⁹⁾ 그런데 조정은 상호 양보가 전제되어야 하는데,²⁰⁰⁾ 도메인 이름의 분쟁은 도메인 이름 등록이전 또는 말소에 관한 것이므로 대가의 조정이 아닌 한 협상의 여지는 매우 제한된다. 다만 조정안으로서 분쟁의 대상이 되는 도메인 이름의 웹사이트(예컨대, www.apple.com)에 분쟁당사자가 운영하는 웹사이트를 복수의 링크(www.applecomputer.com 및 www.applerecord 등)로 설정하여 인터넷 사용자가 다시 연결하도록 하는 방법을 생각할 수 있는데, 이는 도메인 이름을 입력하면 바로 자신의 웹사이트로 연결하기를 바라는 당사자에게는 받아들이기 어려운 대안일 수 있다.

2) 仲裁

仲裁(Arbitration)란 분쟁 당사자들이 분쟁의 대상과 쟁점에 대하여 결정을 내려줄 수 있는 공정하고 중립적인 제3자의 조력을 원하는 자발적 절차를 포괄적으로 일컫는 것이

199) 이규진, 「미국 ADR에 비추어 본 우리나라의 ADR」, 중재 제296호(2000. 6.), 대한상사중재원, 29면 참조.

200) 손해배상분쟁의 경우에는 그 액수를 상호 조정하여 양보할 수 있으나 권리의 존부, 또는 이전에 관한 분쟁은 하나의 결론만이 존재한다는 점에서 조정의 효용이 상당히 삭감된다고 볼 수 있다.

다. 중재는 당사자 간에 그들의 분쟁해결권한을 제3자인 중재인에게 부여하는 합의를 미리 한다.²⁰¹⁾ 당사자들은 종종 司法的 爭訟절차보다 덜 形式的이고 非公開的이며 신속, 저렴하다는 면에서 중재절차를 선호하기도 한다. 그러나 仲裁判定이 法律 또는 判例 등에 의하지 않음으로써 결과를 예측하기 어려워 예측가능성이 감소되고, 국가공권력의 도움이 없기 때문에 증인신문 등의 증거조사에 어려움이 있어 진실발견에 어려움이 있으며, 무엇보다도 국내중재판정의 승인과 집행을 위하여는 새로운 절차를 밟아야 하므로 판결에 비하여 집행의 가능성과 효율성이 떨어진다. UDRP는 이러한 한계를 극복하기 위해 판정을 제3자인 패널에 맡기면서도 自己執行力이 있도록 짜여져 있다.

(나) 電子去來紛爭 ADR

전자거래에 관한 분쟁은 전자거래가 가지는 가장 큰 장점인 비용절감과 신속성을 저해할 수 있으며, 전자거래의 성격상 법률적 부분 외에도 기술적 부분을 많이 포함하고 있기 때문에 통상의 재판절차보다도 ADR쪽이 적합할 수 있다.²⁰²⁾ ADR을 이용한 분쟁 해결에 관해서는 많은 국가와 국제기구에서 그 논의가 진행되고 있다. 특히 1999년 12월 파리에서 개최된 OECD 회의에서는 “전자상거래 소비자보호 가이드라인”을 제정하였는데, 제6장에서 소비자의 피해구제를 위해 ADR을 이용할 것을 권고하였다. 또한 EU에서도 전자상거래에서의 재판관할 및 準據法을 논의하면서 On-Line에 의한 ADR의 전개를 촉진하는 정책선언을 하였으며, 민간협의기구인 Global Business Dialogue(GBDe)와 같은 국제적인 포럼이 만들어져 전자거래분쟁해결에 관한 연구를 하고 있다.²⁰³⁾ 현재 전자거래 분쟁과 관련된 ADR로는 BBBOnline,²⁰⁴⁾ CyberSettle,²⁰⁵⁾ Online Ombuds Office,²⁰⁶⁾ Click Nsettle,²⁰⁷⁾ Virtual Magistrate,²⁰⁸⁾ I-courthouse²⁰⁹⁾ 등이 있다.²¹⁰⁾

201) 睦榮竣, 『商事仲裁法論』, 博英社, 2000, 5면 참조.

202) 온라인 분쟁해결에 대하여 ADR의 활용가능성이 증대하고 있다. 윤선희, 「IT 산업의 분쟁해결제도에 관한 연구 -ADR을 중심으로-」, 프로그램심의조정위원회, 2003. 1. <<http://www.pdmc.or.kr>>(자료실 참조)[2002.11.20.].

203) <<http://consumerconfidence.gbde.org/adrmiami2000.pdf>>[2002.11.20.]: GBDe가 2000. 9. 26.에 발표한 “Alternative Dispute Resolution”은 민간기구에서 운영하는 각종 분쟁해결 기구에 대해 자세하게 설명하고 있다.

204) 분쟁해결에 관한 설명은 <<http://www.bbbonline.org/reliability/dr.asp>>[2002.11.20.].

BBBOnline.com의 2000년 조정사례에 관하여는 전자거래분쟁조정위원회의 웹사이트(<www.ecmc.go.kr>) 자료실(해외자료) 참조.

205) Cybersettle 분쟁해결구조에 관한 당해 웹사이트의 개요 설명으로는 <<http://www.cybersettle.com/products/features.asp>>[2002.11.20.] 참조.

우리나라의 경우도 전자거래기본법 제32조에서 電子去來紛爭調停委員會의 설치 근거를 규정하고 있고, 전자거래가 가지는 특수성을 고려하여 기존의 조정제도와는 다른 분쟁조정을 하고 있다.²¹¹⁾ 2000. 4. 12. 설립시부터 2001. 7.까지 조정신청된 369건 중 도메인 이름 분쟁 건수는 7건 정도였으나, 2002. 1. 4.부터 “도메인이름분쟁조정위원회”가 설립되어 운영되고 있기 때문에 전자거래분쟁조정위원회는 이제 더 이상 도메인 이름 분쟁에 관하여는 관여하지 않게 되었다. 이러한 특별한 ADR은 도메인 이름에 관한 특별분쟁해결규정과 절차를 마련하는 기초가 되었다.

나. 도메인 이름 特有의 紛爭解決方法

(1) UDRP

도메인 이름 분쟁에 관한 새로운 분쟁해결수단으로서 UDRP는 저렴한 비용으로 신속한 분쟁해결을 목적으로 하고 있는바, 기존의 일반도메인 즉 .com, .org, .net뿐만 아니라 새로 생성된 .biz, .info 등에도 적용된다. 본 연구의 논의를 위해 UDRP 節次의 개요를 살펴보면 아래와 같다.

(가) 紛爭解決申請書 提出

UDRP 節次는 商標權者가 ICANN의 승인을 받은 紛爭解決機關 중 하나에 紛爭解決申請書를 제출하여 접수됨으로써 개시된다. UDRP 신청인은 紛爭解決機關의 선택에 대하여 제한이 없으므로 자기에게 유리한 판단을 내릴 만한 기관에 분쟁해결을 위한 申請書를 제출할 수 있으며(UDRP 제4조 d항 및 동 규칙 제3조 a항), 이러한 특징이 도메인 이름 분쟁해결의 公正性 시비를 유발하는 forum shopping²¹²⁾의 原因이 된다.

206) 개요에 관하여 <<http://www.ombuds.org/center/ombuds.html>>[2002.11.20.] 참조.

207) <<http://www.clicknsettle.com/services.cfm>>[2002.11.20.]. 보험 및 증권 관련 분쟁 담당.

208) <<http://www.vmag.org>>[2002.11.20.] 참조.

209) <<http://www.i-courthouse.com/main.taf?&redir=0>>[2002.11.20.] 참조.

210) 이창한, 「전자거래분쟁조정위원회의 현황과 과제」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 제12기 인터넷과 법률과정 발표문(2001. 9. 22.), 8-11면 참조.

211) 電子去來紛爭調停의 法的 效力은, 소비자보호법상의 소비자분쟁조정위원회의 조정의 효력이 재판상 화해와 동일한 효력을 가지고(소비자보호법 제45조), 전기통신기본법상의 통신위원회의 조정의 효력이 중재제정과 동일한 효력을 가지는 것(전기통신기본법 제42조의 2 제2항)과 달리, 전자거래기본법상의 전자거래분쟁조정위원회의 조정의 효력에 관하여는 아직 당사자간의 합의와 동일한 효력을 인정하는 것에 그치고 있다(전자거래기본법 제35조 제3항).

신청서의 양식은 각 紛爭解決機關마다 다를 수 있으나, 기본적으로 ① UDRP 신청인 및 도메인등록인에 관한 정보(대리인이 있는 경우에는 대리인의 정보 포함) ② 패널²¹³⁾의 수에 관한 사항(1인 또는 3인 여부) ③ 분쟁의 대상이 되는 도메인 이름 ④ 당해 도메인 이름이 등록되어 있는 登錄機關(Registrar) ⑤ UDRP 신청인의 상표권에 관한 정보 ⑥ UDRP 제4조 a항의 요건 ⑦ 구제조치의 선택(등록말소 또는 등록이전) ⑧ 다른 분쟁해결절차의 진행 여부 ⑨ 相互裁判管轄 중 적어도 1개의 법원에 응소하겠다는 뜻 ⑩ 진술 및 보증 등이다(UDRP 規則 제3조). 분쟁해결신청서는 紛爭解決機關에 우편과 전자메일(첨부증거 제외)로 제출되어야 하며, 도메인등록인에게도 UDRP 신청인이 직접 송달한 후 그 송달사실을 분쟁해결신청서에 기재하여야 한다(UDRP 규칙 제2조). 신청비용은 UDRP 신청인이 부담하는 것이 원칙이고 신청이 인용되더라도 그 비용을 도메인등록인에게 부담시키지는 않는다. 다만 UDRP 申請人은 1인의 패널을 신청하였는데, 도메인등록인이 3인 패널을 신청하는 경우에는 도메인등록인이 그 비용의 반을 부담해야 한다(UDRP 제4조 g항, UDRP 규칙 제6조 c항).

도메인등록인이 분쟁의 대상인 도메인 이름을 2개 이상 보유하고 있는 경우 UDRP 申請人은 하나의 신청에 의해 複數의 도메인 이름들을 분쟁대상으로 할 수 있으며(UDRP 규칙 제3조 c항), 동일한 당사자 사이에 복수의 도메인 이름 분쟁이 이미 계류 중일 경우에도 당사자의 신청에 의해 병합심리를 할 수 있다(UDRP 제4조 f항).

(나) 紛爭 도메인 이름의 登錄變更 禁止

분쟁해결절차가 계속중인 경우 도메인등록인은 절차 종료 후 15거래일(15 business days) 동안 당해 도메인 이름의 등록을 제3자에게 이전할 수 없으며 그 도메인 이름이 등록되어 있는 登錄機關을 변경할 수 없다(UDRP 제8조). 법원에 의한 별도의 처분금지처분결정이 내려지지 않더라도 登錄機關은 UDRP에 따라 도메인등록인의 도메인 이름 권리에 대한 처분을 허락하지 않음으로써 분쟁 대상의 처분으로 인한 혼란을 사전에 방지한다. 다만 제3자가 진행중인 절차에 복종하겠다는 뜻을 서면으로 동의하거

212) ① 소송을 제기하게 될 관할 또는 법원 중 자신에게 가장 유리한 곳을 선택하고자 하는 행위(The practice of choosing the most favorable jurisdiction or court in which an claim might be heard). Black's Law Dictionary(7th edition), West Group(이하 “Black's Law Dictionary”라 한다), 666면. ② 조금이라도 자기에게 유리한 법률내용을 가진 법정지(法廷地)에서 재판을 제기하려고 힘쓰는 것. 長谷川俊明(高昌賢 譯), 『法律英韓辭典』, 광장서적출판부, 1999(이하 “長谷川俊明, 『法律英韓辭典』”이라 한다), 138면.

213) UDRP에 따라 도메인 이름의 등록이전 또는 말소 여부를 결정하기 위하여 각 紛爭解決機關은 패널을 지명하여 당해 사건에 관한 판단을 하도록 한다.

나 도메인등록인이 같은 취지를 서면으로 표시한 경우에는 도메인 이름의 등록이전이나 등록기관의 변경을 허용한다.

(다) 答辯書 提出

도메인등록인은 절차개시일로부터 20일 이내²¹⁴⁾에 그 紛爭解決機關이 정한 양식에 따라 UDRP 규칙 제5조의 答辯書(Response)를 紛爭解決機關 및 UDRP 申請人에게 전자메일 또는 우편으로 제출하여야 한다. 답변서에는 ① UDRP 申請人 주장에 대한 도메인등록인의 반론 ② 대리인에 관한 정보 ③ 도메인등록인에 관한 연락 정보 ④ 패널의 수에 관한 사항(1인 또는 3인 여부) ⑤ 3인 패널의 경우 패널 후보 3인 ⑥ 다른 법적 절차의 진행 여부 ⑦ 답변서의 송달사실 등을 기재한다(UDRP 규칙 제5조).

도메인등록인이 답변서를 제출하지 않거나 정해진 기간 이후에 답변서를 제출한 경우 도메인등록인은 UDRP가 정한 의무를 불이행한 것이 되어 패널은 도메인등록인에게 일정한 불이익을 줄 수 있는데(UDRP 규칙 제14조), 단순한 절차상의 불이익을 넘어 신청인이 입증해야 하는 요건사실을 신청인에게 유리하게 추정하는 경우도 있다.

(라) 審理

1) 補充書面の 提出可能性 여부

UDRP 및 동 규칙은 신청서와 답변서에 관하여만 언급하고 있고 신청서나 답변서의 미비 사항을 보완하는 내용의 補充書面을 추가로 제출할 수 있는지에 대하여 특별한 언급이 없다. 다만, 紛爭解決機關 중 하나인 미국 중재위원회(National Arbitration Forum, 이하 “NAF”라 한다)²¹⁵⁾의 분쟁해결을 위한 보충규칙 제7조는 답변서가 제출되거나 제출마감일이 종료된 후 5일 이내에 각 당사자는 보충서면을 낼 수 있다고 규정하고 있으나, 이는 주로 UDRP 신청인이 도메인등록인의 답변서의 내용에 반박할 필요가 있을 때 이용되는 것으로서 UDRP 신청인에게 일방적으로 유리한 제도라는 비판을 받고 있다.²¹⁶⁾ 한편 WIPO는 WIPO 보충규칙²¹⁷⁾에서 신청서나 답변서 이외의 추가서면의 제출을 고려하고 있지 않다. 현재 UDRP의 운영은 신속한 해결에 중점을 두고 있는 점에 비추어 원칙적으로 추가서면의 제출은 고려하고 있지 않으며, 다만 그 허용

214) 다만 紛爭解決機關은 도메인등록인의 청구에 의해 예외적인 경우에 한하여 답변서 제출기한을 연장할 수 있다(UDRP 規則 제5조 d항).

215) <<http://www.arbitration-forum.com/domains/index.asp>>[2002.11.20.].

216) 김기중, 「통일도메인이름분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 131면 참조.

217) <<http://arbiter.wipo.int/domains/rules/supplemental.html>>[2002.11.20.].

여부는 절차진행을 담당하고 있는 패널의 권한이라고 볼 것이다.

2) 證據의 提出 및 審理

당사자들은 UDRP 절차에서 증거를 제출하는 등 증거발견에 대한 권리를 가지지 못함이 원칙이다. 패널은 종종 당사자들의 웹사이트나 기타 관련 행위를 스스로 조사한다. 패널은 극히 예외적으로 당사자가 직접 참여하는 심리가 필요하다고 판정하는 경우를 제외하고 직접적인 심리나, 회의는 허용되지 않는다(UDRP 규칙 제13조).

(마) 決定 및 通知

패널은 UDRP, UDRP 規則 및 적용가능한 법률과 법원칙에 따라 분쟁 대상이 된 도메인 이름의 登錄 및 使用이 타인의 상표권을 침해하였는지 여부 및 침해하였다면 등록 말소 또는 이전 여부를 결정한다(UDRP 제4조 i항 및 동규칙 제15조 a항). 紛爭解決機關은 패널로부터 결정문을 수령한 날로부터 3일 내에 그 결정 전문을 각 당사자, 도메인 이름 登錄機關(Registrar) 및 ICANN에 통지하여야 한다. 결정을 통지받은 登錄機關은 그 결정의 집행예정일을 각 당사자, 紛爭解決機關 및 ICANN에 통지하여야 한다(UDRP 규칙 제4조).²¹⁸⁾

(바) 決定의 執行

登錄機關은 紛爭解決機關으로부터 도메인 이름의 등록말소 또는 이전을 내용으로 하는 결정을 통지받은 날로부터 “10거래일” 이후 결정을 집행한다. 여기서의 “거래일”인지의 여부를 정하는 기준은 登錄機關의 주사무소 소재지이고(UDRP 제4조 k항), 登錄機關이 紛爭解決機關으로부터 결정을 통지받은 날 다음날로부터 진행한다고 볼 것이다. 登錄機關이 통지를 받은 날, 그 다음 날 및 10거래일의 종료일은 모두 登錄機關이 소재한 곳의 시간을 기준으로 정해질 것이다.

(사) 敗訴當事者の 法院에의 訴 提起

도메인 이름 등록말소, 이전의 결정을 받은 도메인등록인은 UDRP 決定에 의한 집행을 저지하기 위하여 登錄機關에 대한 결정통지일로부터 10거래일 이내에 관할권 있는 법원에 소송을 제기하고 그 증명서류를 登錄機關에 제출하여야 한다(UDRP 제4조 k항). 관할권 있는 법원이란 도메인登錄人의 住所地 또는 登錄機關의 所在地를 관할하

218) 패널의 紛爭解決機關에 대한 결정통지, 紛爭解決機關의 각 관계자에 대한 결정 송부, 登錄機關의 결정예정일 통지 등은 모두 전자메일에 의하는 것이 원칙이다.

는 법원 중 UDRP 申請人이 분쟁해결신청서에 지정한 법원을 말하며, 이를 상호재판관할(Mutual Jurisdiction, UDRP 규칙 제1조)²¹⁹⁾이라 한다. UDRP 신청인은 분쟁해결신청서에서 두 관할법원 중 최소한 한 법원에 응소할 뜻을 명시하도록 하는바{UDRP 규칙 제3조 b항 (viii)},²²⁰⁾ 등록기관 소재지 법원을 지정하는 경우가 많다. 따라서 도메인 등록인이 자신의 주소지 또는 등록기관 소재지 중 어느 한 곳을 임의로 선택하여 UDRP 決定에 대한 이의의 소를 제기할 수 있는 것은 아니다.²²¹⁾

(2) 新規 도메인

신규 도메인의 등록서비스를 시작하는 초기등록단계에서 부정한 목적의 등록을 사전에 방지하기 위하여 등록원부관리기관은 지적 재산권을 보유하는 등록신청인에게만 도메인 이름을 우선 등록할 수 있는 권리를 부여하였다. 그러나 登錄申請人의 상표권 기타 지적 재산권 관련 서류를 제출하면 형식적 심사만 할 뿐 실질적 심사를 하는 것은 아니므로 실제 적법한 지적 재산권자가 아닌 경우에도 등록이 되는 수가 있다. 따라서 초기등록단계에서 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄, 使用하는 경우 제3자가 그 도메인 이름에 대하여 다툴 여지가 있는바, 이에 대한 특별한 분쟁해결규정(또는 등록이의규정)과 절차가 필요하게 된다. 신규 도메인 이름의 분쟁해결규정은 등록규정과 긴밀한 관련을 가지며, 기존의 UDRP와 기본적 구조는 유사하나 각 신규 도메인의 특수성과 개별성을 고려하여 다른 기준과 절차를 채택하기도 한다.

특별한 도메인 이름 분쟁해결절차는 누구나 언제든지 신청할 수 있는 것은 아니며, 당해 도메인 이름에 관하여 초기등록단계에서 미리 권리를 주장한 자들에게 우선적으로 분쟁해결절차에 참여하도록 기회를 부여한다. 예컨대, .biz의 경우에는 IP Claim 신청을 하였던 자에 한하여 특별분쟁해결절차에 참여할 수 있도록 한다. 특별분쟁해결절차에 참여할 수 없는 자는 기존의 UDRP를 이용할 수는 있다. 특별분쟁해결규정은 당해 신규 도메인의 특성을 고려하여 탄력적으로 정하여진다.

219) 합의재판관할로 해석하는 경우도 있으나, mutual jurisdiction에 합의의 의미가 포함되어 있다고 할 수 없고 서울고등법원 2002나4896 판결에서도 상호관할로 표현하고 있으므로 이 논문에서도 “상호재판관할”로 사용하고자 한다.

220) WIPO의 분쟁해결신청서 VIII항 <<http://arbiter.wipo.int/domains/filing/udrp/complaint.html>> [2002.11.20.] 참조.

221) 김기중, 「통일도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 133면. 자세한 내용은 이 논문 제4장 III. 참조.

(3) 國家도메인 및 自國語 도메인

일반도메인과 달리 국가도메인은 특정 국가에 할당되므로 UDRP에 의하지 않고 그 국가의 자율적 선택에 따라 도메인 이름에 관한 등록 및 분쟁해결규정을 운용하고 있다. .kr 도메인에 대하여는 종래 한국인터넷정보센터(KRNIC)가 등록업무를 관리하였고 분쟁은 법원의 판결에 의하여 해결되어 왔었다. 2002. 1. 4.부터는 도메인이름분쟁조정 규정과 도메인이름분쟁조정세칙을 정하고 도메인이름분쟁조정위원회를 통하여 도메인 이름에 관한 국내 분쟁을 조정하고 있다. 국가도메인에 대하여는 당해 국가의 상표권 보호와 도메인 자원의 관리정책 등 그 국가의 특수성과 다양성을 존중할 수 있다는 장점이 있으나, 만약 UDRP와 지나치게 차이가 나게 되면 일반도메인과 국가도메인의 각 분쟁해결에 있어 많은 갈등과 충돌을 가져올 수 있고, 특히 국가도메인이라 할지라도 웹사이트에서 영어나 일어, 중국어를 동시에 번역하여 서비스를 제공할 경우에는 상표권 침해의 문제가 국제적 분쟁의 성격을 지니게 되는데, 국가도메인 분쟁해결규정이 UDRP와 상당히 배치가 된다면 일반도메인과 국가도메인 간에 모순된 결론이 내려질 수 있다. 이러한 점을 고려하여 각국은 자국의 국가도메인 분쟁해결규정을 제정함에 있어서도 UDRP를 기본으로 하고 있으며, 이러한 점에서 UDRP는 실제 통일적인 분쟁해결규정으로서의 성격을 가진다.

한편 자국어 도메인에 대하여는, 아직 분쟁해결규정이 확정되지는 않았으나, 自國語 도메인에 대한 수요가 높다는 점에서 특별등록규정 및 분쟁해결규정이 제정될 것이다. 다만, 자국어 도메인이 어떻게 운영되느냐에 따라 일반도메인과 국가도메인의 요소를 어떻게 고려하여야 할 것인지가 정해될 것이다.

II. 商標의 保護

1. 既存 紛爭解決方法

가. 紛爭解決의 法的 根據

(1) 商標法の 侵害 要件

商標法 제66조에 따라 상표권 침해가 성립하기 위하여는 등록된 상표²²²⁾와 동일·

222) 商標法은 정형적, 획일적 보호를 위해 등록된 상표만을 보호한다. 宋永植 외, 전계서,

유사한 상표를 타인이 동종 또는 유사 지정상품(서비스)에 사용할 것을 요한다.

(가) 商標로서의 使用

도메인 이름의 登錄 또는 使用이 상표권의 침해로 인정될 수 있으려면, 우선 그 행위가 商標法 제2조 제1항 제6호의 “상표로서의 사용”에 해당하여야 한다. 도메인 이름은 그것을 어떻게 사용하느냐에 따라 상표적 사용인지, 아니면 단순한 인터넷 주소에 불과한 것인지가 정해지므로, 구체적 사용 형태에 따라 판단해야 할 것이다.

1) URL에서의 使用

도메인 이름은 인터넷 주소창에 입력하여 URL²²³⁾에 사용하는데, 이러한 URL에의 사용이 상표로서의 사용에 해당할 수 있는지에 대하여, 도메인 이름은 원래 인터넷에 연결된 특정 컴퓨터의 주소를 표시하는 것에 불과한 것이고, 도메인 이름이 알려져 있는 않은 경우에도 검색엔진을 통해 접근가능한 웹사이트를 찾아갈 수 있고 짐작으로 기업명과 일치하는 도메인 이름을 입력하여 사이트를 찾아가는 경우도 드물기 때문에 도메인 이름 자체가 상품 또는 서비스의 출처표시기능을 수행하고 있다고 말할 수는 없다는 이유로 소극설을 취하는 견해²²⁴⁾도 있으나, (i) 도메인 이름이 상표로서 사용되고 있는지의 여부는 도메인 登錄人의 선택과 사용모습에 따라 정해진다는 점, (ii) 도메인 이름이 상표의 명칭과 동일·유사할 경우에는 일반 이용자들도 그 도메인 이름이 도메인 登錄人의 상품 또는 서비스를 식별하는 기능으로 사용된다고 생각한다는 점,²²⁵⁾ (iii) 처음엔 검색엔진을 사용하여 사이트를 찾더라도 2차 방문 이후 이용자들은 그 도메인 이름을 상품 또는 서비스, 상표나 상호등과 관련하여 기억하고 주소창에 직접 입력하여 가는 경우가 많을 것이라는 점, (iv) 실제 전자상거래를 함에 있어 도메인 이름

390면 참조.

223) Uniform Resource Locator의 약어로 인터넷상에서 출처, 파일, 이용가능한 주소의 개념이며, 웹사이트의 모든 파일과 웹페이지들은 고유한 URL을 가지고 계층적 구조를 이룬다. URL은 예컨대 <http://www.learnthat.com/define/u/url.shtml>에서, “http://”나 “ftp://”와 같은 프로토콜을 포함하며 “www”는 컴퓨터나 출처의 나침반에 해당하고, “learnthat.com”은 도메인 이름에 해당한다. 그리고 나머지 부분 즉 “/define/u/url.shtml”은 그 서버상의 특정한 파일의 지침(pointer)가 된다. 따라서 URL은 도메인 이름을 구성적 요소로서 포함하게 된다. <http://www.learnthat.com/define/u/url.shtml>[2002.11.20.].

224) 윤용기, 「내가 만일 사넬에 맞선 피고측 소송대리인이었다면」, 법률정보 솔 인터넷법게시판 1999. 10. 8.자 게시물 참조. <http://www.sol-net.net>[2002.11.20.].

225) 高橋和之, 松井茂記 編, 『インタ-ネットと法』, 188면; 『전자거래법』, 230면 등 참조.

을 식별표지로서, 상표로서 사용하는 경우가 일반화되어 있다는 점²²⁶⁾ 등에 비추어 도메인 이름을 URL에 사용하는 것도 상표로서 사용하는 경우에 해당한다고 본다. 다만 구체적 사례에서 상표의 사용에 해당하는지는 구체적 사용태양이나 그것으로 연결되는 홈페이지의 표시내용 등으로부터 종합적으로 판단할 것이다.²²⁷⁾

도메인 이름의 상표로서의 사용 여부는 2단계 도메인(일반도메인) 또는 3단계 도메인(국가도메인)의 영역뿐만 아니라, 그보다 하위 단계에서 사용되는 경우(예컨대, samsung.xyz.co.kr과 같이 등록상표가 4단계 도메인으로 사용되는 경우)에도 문제될 수 있다.²²⁸⁾

2) URL以外에서의 使用

URL에 사용하지는 않는다 하더라도 타인의 상표 또는 서비스표와 동일·유사한 도메인 이름이 신문, TV광고 등에서 광고나 홍보를 위하여 사용될 경우 혹은 전자메일 주소(예컨대, xxx@samsung.co.kr)로 사용하는 경우에는 商標法 제2조 제1항 제6호 다목의 적용을 받을 수 있다.²²⁹⁾

URL에는 다른 도메인 이름이 사용되지만 웹사이트 상에는 타인의 상표나 서비스표가 사용되어 출처의 혼동을 야기시킬 수 있는 경우나 타인의 상표를 전자메일주소에서 ID부분에 사용하는 경우(예컨대, samsungmall@xyz.co.kr) 등에 관하여도 상표의 사용 행위에 해당한다고 설명하기도 하나,²³⁰⁾ 이는 도메인 이름의 사용과 직접 관련된 것은 아니라고 본다.

3) 單純 先占을 위한 登錄

도메인 이름을 등록만 해두고 “파킹서비스(parking service)²³¹⁾에 위탁하는 등 자신의

226) 『전자거래법』, 230면.

227) 서울고등법원 2000. 11. 15. 선고 99나61196 판결 등.

228) 『전자거래법』, 231면.

229) 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 판결. 법원은 “@himart.co.kr”의 전자우편 주소의 사용도 금지하면서, 위 전자우편 주소는 himart.co.kr 웹사이트 운영과 관련하여 사용되는 것으로서 역시 신청인의 영업에 관련하여 사용되는 것이라고 실시하였다.

230) 『전자거래법』, 232면.

231) 도메인 이름을 등록한 후 홈페이지가 완성될 때까지 현재 홈페이지가 공사중인 상태를 표시하는 웹페이지를 올림으로써 장차 웹사이트가 운영될 것을 예고하는 서비스이다. 도메인을 등록한 후 도메인을 재판매할 경우 판매중임을 알리는 경우나, 다른 웹

영업에는 사용하지 않는 경우가 있는데, 이 경우 商標法 제2조의 “상표의 사용”에 해당하는지 문제된다. 하급심 판결은 국내외 저명상표와 동일·유사한 도메인 이름을 등록했다 하더라도 인터넷 사이트를 개설하지 않았다면 상표의 사용이라는 현실적 침해가 있다고 할 수 없으므로 상표권 침해에 해당하지 않는다고 판단하였다.²³²⁾

단순 선점을 위한 등록과 관련하여서는, 商標法 제65조 제1항의 “침해할 우려”가 있는 경우에 해당하는지에 관하여 논란이 있을 수 있다. 당해 규정의 “침해할 우려”는 객관적으로 존재하지 않으면 침해의 가능성이 극히 큰 경우가 아니면 안되고, 단순선점의 경우 반드시 침해적으로 사용할 것으로 단정하기도 어렵다는 이유로 이를 부인하는 견해²³³⁾가 있다. 다만 상표 침해의 사실이 이미 있었던 경우에는 현재 일시적으로 사용을 중지하고 있더라도 언제든지 다시 사용할 수 있으므로, 상표의 사용으로 인한 상표권 침해에 해당한다고 해석할 수 있다.²³⁴⁾ 그리고 만약 하나의 상표에 관하여 동일·유사한 명칭의 도메인 이름을 다수 등록하여 원래의 商標權者가 선택을 할 수 있는 도메인 이름이 매우 제한되어 있다면, 商標法 제65조 제1항의 규정을 보다 적극적으로 해석할 수도 있을 것이다.

4) 도메인 이름의 링크 및 포워딩

타인의 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 링크(link)²³⁵⁾나 포워딩(forwarding)²³⁶⁾

사이트 또는 다른 도메인으로 포워딩을 하는 경우에도 사용된다.

<<http://okdomains.com/parking/parking.htm>>[2002.11.20.]의 설명부분 참조.

232) 서울고등법원 2001. 7. 4.자 2000라452 결정(grammy.co.kr); 창원지방법원 2000. 5. 18. 선고 99가합9363 판결(rolls-royce.co.kr) 등.

233) 『전자거래법』, 233면; 宋永植 외, 전게서, 280면 등.

234) 서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합5188 판결; 서울지방법원 2000. 9. 8. 선고 2000가합6471 판결 등.

235) 링크를 하이퍼텍스트 링크(hypertext reference links)와 이미지 링크(image link)로 나누는데, 전자는 검색프로그램으로 하여금 웹 이용자를 동일한 웹사이트나 다른 종류의 웹사이트의 어느 지점으로 이동시켜주는 것이며, 후자는 이용자를 이동시켜주는 것이 아니라 링크에 의하여 연결된 이미지나 텍스트 또는 음성클립 등을 가져오도록 검색프로그램에게 지시하는 것이다. 도메인 이름의 링크는 하이퍼텍스트에 관한 것이므로 전자를 의미한다. 이대회, 전게서, 278-279면 참조.

236) 포워딩(forwarding)이란 도메인 이름을 현재 운영 중인 홈페이지로 자동으로 연결시켜주는 서비스로서, 예컨대 무료 계정에 홈페이지를 운영하고 있는데, 주소가 <<http://www.companynamename.co.kr/~personname/>> 라면, 너무 길어서 기억하기도 어렵고 이용하기도 불편한데, 새로 <abc.com> 도메인을 등록한 뒤, 주소창에 이 도메인

서비스에 의하여 다른 도메인 이름으로 운영하는 자신의 웹사이트와 자동으로 연결되게 하는 경우에는 도메인 이름의 상표로서의 사용을 인정할 수 있을 것인지에 관하여 논란이 있을 수 있다.²³⁷⁾ 링크가 웹을 유용하게 하는 데에 기술적으로 필수적이고 인터넷 이용자로 하여금 출처가 되는 자료에 보다 더 신속하고 용이하게 연결시켜주는 역할을 할 뿐이라는 점을 강조한다면, 링크에 도메인 이름을 사용하였다는 사실이 바로 상표의 사용으로 인정되기는 어려울 수 있다. 다만, 구체적 사례에 따라 링크나 포워딩에 의하여 순간적으로 다른 도메인 이름 또는 URL로 전환된다고 하더라도 웹페이지의 인터넷 주소창에 기재되어 자신의 웹페이지로 이동하게 함으로써 이용자들이 그 도메인등록인이 상표권자라고 오인할 경우에는 제한적으로 상표의 사용으로 인정할 여지도 있다고 생각한다.²³⁸⁾

5) 非營利的 使用

상표로서의 사용은 상품에 상표를 붙이거나 상품에 대한 광고 등에 상표를 표시하는 등의 방법으로 사용되는 것이므로 영리적 목적으로 사용하는 것을 전제한다. “정보 제공”과 관련하여, 타인의 상표와 동일·유사한 도메인 이름으로 웹사이트를 개설하고 당해 정보 제공에 대하여는 대가를 받고 있지 않지만 배너광고를 게재하여 광고 수익을 얻고 있는 경우에는 비록 그 정보 제공 자체는 무상이라 할지라도 배너광고의 이익이 현존하는 한 상표로서의 사용에 해당한다고 볼 것이다.²³⁹⁾

(나) 商標와의 同一·類似

1) 同一·類似의 判斷基準

商標의 類似는 대비된 2개의 상표가 동일한 것은 아니지만 外觀(appearance), 稱號(sound), 觀念(idea)의 어느 면에서 비슷한 것을 가리키는 형식적, 기술적 개념이다. 상표 보호의 목적은 상표모용으로 인한 혼동행위의 방지에 있으므로 상표의 유사 여부 판단도 출처의 혼동 가능성을 기준으로 출발한다.²⁴⁰⁾²⁴¹⁾ 따라서 상표법상 유사성의 개

이름만 입력하면 자동으로 이미 운영 중인 홈페이지로 접속되도록 해 주는 서비스이다. 리디렉션(redirection) 서비스라고도 한다.

<<http://v2.asadal.com/forwarding.htm>>[2002.11.20.]

237) 이대희, 전거서, 280-282면 참조.

238) 서울고등법원 2002. 10. 30. 선고 2002나9860 판결.

239) 서울고등법원 2002. 10. 30. 선고 2002나9860 판결. 『전자거래법』, 232면; 최순용, 「도메인 이름과 상표권등의 보호」, 14면.

240) 宋永植 외, 전거서, 235면; 『전자거래법』, 235면. 대법원도 원래 칭호나 관념, 호칭 등

념은 “混同的 類似”라고 봄이 타당하다.²⁴²⁾ 판례²⁴³⁾도 상표의 유사 여부는 동종 상품에 사용되는 두 개의 상표를 외관, 호칭, 관념 등의 점에서 전체적, 객관적, 이격적으로 관찰하여 거래상 일반 수요자나 거래자가 상표에 대하여 느끼는 직관적 인식을 기준으로 하여 그 상품의 출처에 대한 오인혼동의 우려가 있는지의 여부에 의하여 판별하여야 한다고 판시한다.

2) 도메인 이름의 特殊性

상표와 도메인 이름간의 동일·유사성을 검토함에 있어, 도메인 이름이 인터넷 주소창에 문자와 숫자, 그리고 정해진 몇 가지 기호만 기입할 수 있고 도형이나 색채 등은 삽입할 수 없다는 기술적 한계를 고려하지 않을 수 없다.²⁴⁴⁾ 가상공간이 아닌 현실세계에서는 특정 상표가 로고나 도형, 색채와 결합하여 다른 상표와 구별이 될 수 있는 경우라도 도메인 이름 분쟁에서는 동일·유사의 판단을 받을 수 있다. 예컨대, 상표가 ABC와 는 로고(logo)나 도형, 색채와 결합하여 외관과 관념에 차이가 있을 수 있지만, 도메인 이름은 abc.com으로만 표현이 되므로, 도메인 이름의 표현방식에 의하면 상표와 도메인 이름은 동일·유사하다는 판단을 받을 여지가 많고,²⁴⁵⁾ 표현방식의 한계로 인해 칭호의 중요성이 상대적으로 커질 수 있다. UDRP 決定의 사례 중에는 예컨대 오타의 유사성 즉 타이포스쿼팅(typosquatting)²⁴⁶⁾과 같은 유형의 침해도 인정하는 등 도메인 이름과 상표의 유사 여부를 넓게 해석함으로써, 상표권의 보호 영역을 확대하고자 하는 것도 있다. 그러나 상표의 유사 여부가 무한하게 확대할 경우 도메인등록인의 정당한 권리가 위협받게 될 염려가 있다.

의 어느 면에서 형식적으로 유사하더라도 혼동의 우려가 없으면 등록이 허용되어야 하고 침해도 할 수 없다고 한다(대법원 1996. 7. 30. 선고 95후1821 판결; 대법원 1996. 9. 24. 선고 96후153 판결 등).

241) 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 결정. 법원은 “himart”와 신청인의 상호인 “하이마트(HI-MART)”와 거의 동일하다고 판단하였다.

242) 송영식, 「식별력이 없거나 약한 상표의 유사범위」, 『창작과 권리』 제24호(2001년 가을), 세창출판사(이하 “송영식, 식별력이 없거나 약한 상표의 유사범위”라 한다), 48-50면.

243) 대법원 2002. 4. 26.자 2001다4057,4064 판결, 대법원 2002. 9. 27. 선고 2001후140 판결, 대법원 1995. 5. 12.자 94후1824 판결, 대법원 2000. 4. 11.자 98후2627 판결 등.

244) Cardservice International, Inc. v. McGee, 950 F.Supp. 737(E.D. Va. 1997).

245) 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究」, 45-57면 참조.

246) 이 논문 제3장 II.2.가.(1)(다)3 참조.

(다) 商品의 同一·類似

상품의 유사 여부도 상표의 유사 여부와 마찬가지로 궁극적으로는 출처에 관한 혼동 가능성을 방지하기 위한 판단이므로 그 판단에 있어 상품의 객관적 속성 이외에 수요자 일반의 혼동 가능성 여부도 종합적으로 고려되어야 할 것이다.²⁴⁷⁾ 한편 광의의 혼동은 상표의 유사와 마찬가지로 등록상표의 지나친 보호를 자제한다는 취지에서 상품의 유사에 있어서도 고려의 대상이 되지 않는다.²⁴⁸⁾

상품과 서비스간 예컨대, 술에 대한 상표를 주류판매 서비스에 사용하는 경우가 문제될 수 있는데, 우리나라 商標法에는 아직 명시적으로 이를 규율하는 규정이 없으나, 일반인들로 하여금 그 출처의 혼동을 야기할 위험이 있다는 점에서 해석상 같이 취급할 수 있다. 판례²⁴⁹⁾도 “상품과 관계있는 서비스업에 대해서는 어느 상품에 사용되는 표장과 동일 또는 유사한 표장을 그 상품과 밀접한 관련 있는 서비스업에 그 서비스표로 사용할 경우에 일반 수요자가 그 서비스업의 제공자를 상품의 제조판매자와 동일인인 것처럼 서비스표의 출처에 대하여 혼동을 일으킬 우려가 있고 특히 거래사회의 실정으로 보아 서비스업의 제공과 상품의 제조 판매가 동일한 업자에 의하여 이루어지는 때가 많고, 일반인들 또한 그렇게 생각하는 경향이 있는 경우에는 그와 같은 혼동의 우려는 더욱 많아진다고 하여 상표의 서비스표적인 사용도 상표권의 침해로 된다”고 판시하였다. 도메인 이름은 인터넷 사업의 영업주체표지로서 사용되는 경우가 많으므로 판례의 태도는 타당하다.

(2) 不正競爭防止法의 侵害要件

(가) 混同 可能性

부정경쟁방지법 제2조 제1호 가, 나목은 周知商標에 대하여 혼동을 초래하는 표지의 사용을 부정경쟁행위로 본다.

1) 意義

混同의 辭典的 意味는 對象의 同一性에 관한 認識과 事實의 不一致를 뜻한다. 그러

247) 全孝淑, 「商標와 商品의 同一·類似」, 『特許訴訟研究』 제1집, 特許法院, 1999, 287-324면.

248) 『전자거래법』, 236면.

249) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95도1770 판결. 삼성전자의 대리점이 아닌데도 불구하고 “삼성수원도매센터”라는 서비스표로 전기전자용품의 판매업을 영위하는 것은 삼성전자의 상표권에 대한 침해가 된다고 하였다. 判例 評釋으로는, 辛成基, 「登錄商標를 서비스표로 사용하는 것은 상표법위반죄가 성립되는지 여부」, 『대법원판례해설』 25號 (1996.11), 法院圖書館, 605-617면.

나 不正競爭防止法상의 혼동의 개념에는 상품주체 또는 영업주체가 동일하다고 혼동되는 것 즉 “협의의 혼동”과 두 상품 주체 또는 영업주체가 동일하지는 않지만 둘 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떠한 관계가 있는 것으로 혼동되는 것 즉 “광의의 혼동”이 있는데, 不正競爭防止法은 후자도 포함하는 것으로 해석된다.²⁵⁰⁾ 최근 기업이 오랜 시간 동안 비용과 노력을 들여 얻은 신용(goodwill)이나 평판(reputation), 이미지(image)를 내포하는 상표나 상호 등 영업표지를 보다 강화하여야 한다는 고려 속에서, 혼동 가능성²⁵¹⁾의 영역도 점차 확대되고 있다.²⁵²⁾

상표권자를 대상으로 하는 사이버스쿼팅은 새로운 현상이었고 반드시 혼동이나 경쟁 관계를 전제로 하는 것이 아니었기 때문에 기존 상표법이나 부정경쟁방지법으로는 규율하기 쉽지 않았다. 특히 희석화 금지를 신설한 부정경쟁방지법 개정(2001. 7. 1.부터 시행) 이전까지는 商標法²⁵³⁾과 不正競爭防止法 제2조 제1호 가,나목의 혼동 가능성에 의한 규제가 거의 유일한 규제수단이었다. 이러한 규제수단의 한계는 오히려 문제해결을 위한 적극적 해석에 의해 혼동 가능성의 해석범위를 확대할 여지를 남겼다.

2) 標識의 周知性

국내에 널리 인식되는 범위는 최소한 경쟁관계에 있는 당사자의 영업활동이 미치는 지역 내이어야 한다. 외국 기업의 상표 기타 영업표지라도 국내에서의 광고 등을 통해 국내에 알려져 있으면 주지성이 인정되나,²⁵⁴⁾ 당해 표지를 도메인 이름으로 등록하거나, 인터넷 홈페이지를 올려놓았다는 사실만으로 주지성을 인정할 수 없고, 홈페이지의 언어, 대한민국 국민의 접근 가능성, 서비스 제공의 방식, 인터넷 서비스 제공의 범위

250) 宋永植 외, 전거서, 399-401면.

251) “a likelihood of confusion”을 “혼동의 염려”라고 번역하기도 하나, “염려”라는 표현이 정확히 법적 용어는 아니며, 최근 상표권 등에 대한 보호가 강화되고 있다는 점에서 혼동의 “가능성”이라는 표현이 지나치지 않다고 생각된다. 따라서 이 논문에서는 “혼동 가능성”이라고 통칭한다.

252) 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 99나66719 판결; 서울지방법원 2001. 11. 9. 선고 2001가합5123 판결 등. 특히 99나66719 판결은 Viagra 商標權者의 청구를 기각한 원심(서울지방법원 동부지원 1999. 11. 18. 선고 99가합8863 판결)을 파기하고 도메인登錄 人의 혼동행위, 상표 손상행위를 인정하였다.

253) 商標法 제66조는 “등록상표일 것”, “상표로서의 사용일 것”, “상표와 동일·유사할 것” 등을 요건으로 하고 있었기 때문에 商標法의 적용범위는 상당히 제한적이었다.

254) 예컨대, 상표 “Sony”는 국내에 널리 알려진 외국표장이라고 볼 수 있다. 서울지방법원 2002. 10. 18. 선고 2001가합35469 판결 참조.

등을 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.²⁵⁵⁾

3) 標識의 使用

不正競爭防止法 상의 標識의 使用은 널리 타인의 商標표지²⁵⁶⁾ 또는 營業표지²⁵⁷⁾를 사용하여 혼동을 야기하는 행위로 인정되기만 하면 족하고, 商標法 제2조에서의 商標의 사용과 같이 법에서 유형적으로 한정하고 있지는 않다. 다만 不正競爭防止法 규정의 취지상 “영리적 사용”만을 의미한다.²⁵⁸⁾ 따라서 도메인登錄人이 웹사이트를 설치만 하고 영리를 목적으로 사용하지 않을 경우에는 不正競爭防止法 위반이라고 할 수 없다. 도메인 이름이 商標표지 또는 營業표지인지 여부를 문제삼는 문헌²⁵⁹⁾도 있으나, 도메인 이름은 그 자체로 商標 등의 營業표지가 아니고 獨自的 電子標識 또는 디지털 표지에 불과하다는 점에서 도메인 이름의 登錄, 使用이 영리적 사용에 해당하는지는 구체적 사안에 따라 검토하여야 한다.

도메인 이름으로 他人의 商品標識 또는 營業標識와 同一·類似한 명칭을 登錄, 使用하는 것이 不正競爭防止法 상의 使用行爲에 해당하는가에 대하여는 商標法에서의 검토와 유사한 문제가 있다. 최근 지적재산권자의 보호 경향에 따라 아래의 혼동 가능성이 인정되는 한 일반적으로 표지의 사용행위는 넓게 인정될 것이다. 따라서 商標법상 商標의 사용에 해당하는지에 대하여 다툼이 있을 수 있는 “링크”나 “포워딩”의 경우에도 부정경쟁방지법 위반이 될 수 있다.²⁶⁰⁾ 다만, 도메인 이름은 商標처럼 식별표지가 아닌 단순한 인터넷 住所나 情報의 指針(pointer)으로서 사용되는 경우에는 도메인 이름이 실제 영리 목적으로 사용되더라도 당연히 營業표지와 동일시되지는 않는다.²⁶¹⁾

255) 도메인이름분쟁조정결정 중 “영업이 제한된 특정분야에서만 널리 인식되었다는 사실만으로 도메인 이름의 등록을 저지할 수는 없다”는 이유로 조정신청을 기각한 사례가 있다(KR 2002-0005). <http://www.ddrc.or.kr/dist_complet_v.html?no=7> [2002.11.20.].

256) 商標표지는 특정의 사업자(제조업자, 판매업자, 수입업자)의 상품이라는 것을 나타내는 표지, 즉 특정의 사업자의 영업에 관한 상품을 타인의 영업에 관한 상품으로부터 식별하는 기능을 가지는 표지이다. 宋永植 외, 전거서, 395-399면; 『전자거래법』, 239면.

257) 營業표지는 타인의 영업임을 표시하는 표지를 말하며, 이에는 주로 상호, 서비스표 등이 해당하나, 영업주의 성명, 상호 등의 약칭, 기타 표장 등이 모두 포함되며, 등기, 등록을 요하지 않는다. 宋永植 외, 전거서, 403-404면; 『전자거래법』, 239면.

258) 부산고등법원 2001. 7. 27. 선고 2000나13078 판결.

259) 이대희, 「전자상거래와 도메인 문제에 관한 연구」; 손경한, 「도메인 이름 선점과 법적 과제 등 다수 문헌」.

260) 이대희, 전거서, 281-282면.

4) 判斷基準

混同 可能性의 해당 여부를 판단함에 있어서는 표지의 동일·유사성 이외에도 여러 가지 판단요소가 있는바, 외관과 관념, 칭호에 있어서의 표지 간 유사성 정도(표지의 근사성), 사용된 표지의 상품 또는 서비스간의 유사성(대상의 유사성), 같은 시기에 사용되는 영역과 방식(경쟁관계의 유사성), 소비자들을 끄는 유인의 정도, 다른 표지와 구별되는 표지의 식별력의 강약 여부,²⁶²⁾ 혼동이 실제 있었는지의 여부(실질적 혼동의 여부), 침해자의 고의 여부 등이 있다.²⁶³⁾ 그러나, 위 각 요소들이 모두 있어야 하는 것은 아니며, 종합적으로 고려하여 혼동 가능성이 인정되면 족하다. 商標法의 경우와 달리 표지의 형식적, 외관적 유사성 여부의 판단보다는 유사 표지의 사용으로 인한 소비자의 출처에 대한 혼동 가능성 여부를 실질적으로 판단하여야 할 것이다. 법원은 ① 인터넷 홈쇼핑업과 웹메일카드서비스,²⁶⁴⁾ ② 교육방송사업과 인터넷을 이용한 학원 영업,²⁶⁵⁾ ③ 사진 관련 제품의 생산, 판매업과 온라인 사진 현상업²⁶⁶⁾ 등의 경우 영업주체의 혼동을 인정하는 반면, 도메인登錄人의 자동차 부속품 수출, 판매 업무는 商標權者의 화물운송업, 긴급택배업과 전혀 관련이 없고 후원관계나 경제적 유연관계도 없다고 한다.²⁶⁷⁾ 도메인 이름이 상표와 같거나 비슷하더라도 그 웹사이트에서 분명히 구별하는 방법을 시행하였다면 웹사이트를 보고 이용자들이 혼동할 염려는 적고, 인터넷 이용자들은 도메인 이름을 조금이라도 틀리게 입력하면 전혀 다른 홈페이지에 접근된다는 점을 알고 있어 상당한 주의를 기울여 도메인 이름을 관찰하는 것이 통례라는 점에 비추어 도메인 이름과 상표간의 유사성 판단에 있어서는 문자나 칭호의 단순 비교만으로는 부족하고 유사 여부에 관한 보다 엄격한 기준을 적용하여야 할 것이다.

홈페이지에서 타인의 상품표지 등과 동일·유사한 도메인 이름을 사용하였다 하더라도

261) Muller, "Rough Justice," 23면.

262) 서울지방법원 2001. 11. 9. 선고 2001가합5123 판결. KODAK과 같이 식별력이 강하고 저명한 표지는 그 보호의 정도도 강하다는 취지의 설시를 하였다.

263) David J. Loundy, "A Primer on Trademark Law and Internet Addresses," 15 *John Marshall J. of Computer and Info. Law* 465, 1997에서 IV. 참조.

264) 서울지방법원 2000. 9. 8. 선고 2000가합6471 판결. 신용카드업체가 인터넷 홈쇼핑업을 함께 영위하는 것이 일반적이고 웹메일카드서비스는 유통업체와 협력하여 쇼핑전자 카달로그 제작 발송 및 이벤트상품, 할인상품, 공동구매 이메일정보서비스를 제공하는 것을 가리키므로 인터넷상 이루어지는 인터넷 홈쇼핑업무와 유사하다고 판시하였다.

265) 서울지방법원 2001. 5. 11. 선고 2000가합75330 판결.

266) 서울지방법원 2001. 11. 9. 선고 2001가합5123 판결.

267) 서울지방법원 2000. 12. 8. 선고 2000가합37185 판결.

도 구체적으로 混同 可能性이 있다고 보여지지 않으면 不正競爭行爲가 성립하지 않는다고 하면서 예로 홈페이지에 접속하는 이용자는 누구나 볼 수 있도록 메인 페이지 등에 “이 홈페이지는 **사와는 아무런 관계가 없습니다”라고 밝히고 있으면 위와 같은 混同 可能性을 배제한 것으로 본다는 견해²⁶⁸⁾가 있다. 그러나 법원은 홈페이지 초기화면에 “본 사이트는 현재 A사와 소송 중에 있습니다. 아울러 저희 회사는 A사와 무관함을 밝힙니다”라는 문구를 기재하였다더라도 이와 같은 홈페이지의 내용은 이를 운영하는 도메인登錄人의 입장에서는 언제든지 쉽게 바꿀 수 있고 소제기 당시까지 商標權者의 표지를 사용하여 광고 및 영업행위를 해온 도메인登錄人으로서도 도메인 이름을 자신의 위 홈페이지 주소로 사용하고 있는 한 언제든지 다시 商標權者의 영업표지와 동일·유사한 표지를 자신의 홈페이지에 표시·사용함으로써 상표권이나 영업상 이익이 침해될 우려가 있다는 이유로 도메인등록인(피고)의 항변을 배척한 바 있다.²⁶⁹⁾

한편 아래에서 설명하게 될 “최초 관심의 혼동 이론(Initial Interest Confusion)”을 적극적으로 인정하게 되면 홈페이지의 주요 화면 표시는 혼동 가능성 여부를 판단하는 요소가 되지 않을 수도 있다. 그러나 국내에 널리 알려진 영업표지를 가지고 있고 도메인登錄人이 동일·유사한 도메인 이름을 등록, 사용하고 있다 하더라도 양 당사자의 영업을 전혀 관련이 없고 원고의 영업표지의 인지도와 명성에 편승하여 수요자를 유인할 정도로 서로 경쟁관계 내지 경제적 유연관계가 있다고 보기 어려운 경우에는 混同 可能性을 인정하기 어려울 것이다.²⁷⁰⁾

도메인 이름에 대한 하급심 판결도 1심과 2심이 서로 다른 입장에 있는 경우도 있는데, 稀釋化 방지조항이 없는 상황에서 不正한 目的의 등록 및 사용을 규제하고 商標權者를 보호하기 위하여 混同可能性의 개념을 가능한 넓게 적용하려는 입장과 그렇지 않고 엄격하게 적용하려는 입장 사이에서 갈등이 있었기 때문이라고 생각된다.²⁷¹⁾ 그러나 도메인 이름 사례에 대하여 부정경쟁방지법의 적용을 과도하게 탄력 적용하게 되

268) 이해완, 「도메인네임 분쟁에 관한 소고」, 『정보법학』 제4권 제1호(2000), 한국정보법학회(이하 “이해완, 「도메인네임 분쟁에 관한 소고」”라 한다), 81면.

269) 서울고등법원 2000. 11. 15. 선고 99나61196 판결; 서울지방법원 2000. 9. 8. 선고 2000가합6471 판결 등.

270) 서울지방법원 2001. 3. 9. 선고 2000가합67452 판결.

271) Viagra 사건에서 1심 법원은 不正競爭防止法의 요건을 엄격히 해석하여 상표권침해금지청구를 기각하였으나, 2심 법원에서는 원심판결을 취소하고 원고의 상표권침해금지청구를 인용하였다. 1심과 2심의 시간적 간격에는 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목의 稀釋化 방지조항이 신설되어 시행되었다는 차이가 있기도 하였지만, 법원은 稀釋化 즉 상표손상을 인정했을 뿐만 아니라 기존에 있던 영업주체의 混同可能性까지 인정하였다.

면, 당해 판결의 기준이 도메인 이름 분쟁 외의 다른 사건에서도 원용이 될 수 있고, 混同可能性의 개념은 稀釋化에 가까워질 정도로 확대될 수 있다.

5) 適用範圍

가) 單純先占을 위한 登錄

不正競爭防止法에 의한 상품주체 혼동행위 또는 영업주체 혼동행위는 상품표지 또는 영업표지를 “영업에 사용”함으로써 소비자에게 오인, 혼동을 야기하는 것을 전제로 하고 있다는 점에서 도메인 이름의 단순 선점을 위한 등록을 혼동 가능성 있는 행위라고 하기 어렵다.²⁷²⁾ 우리나라 법원도, 도메인登錄人이 홈페이지를 개설, 운영하면서 어떤 상품을 판매하거나 영업을 한 사실이 없는 경우에는 도메인 이름의 단순 선점을 위한 등록은 혼동을 야기하는 不正競爭行爲에 해당하지 않는다는 취지의 판단을 하고 있다.²⁷³⁾ 따라서 도메인 이름이 “표지”로서 사용될 것을 요한다. 도메인 이름을 되팔기 위해 상품으로 내놓을 경우 영리적 사용이라고 주장할 여지도 있으나, 이는 표지가 아닌 재화로서 거래행위의 대상으로 하는 것이기 때문에 부정경쟁방지법의 적용을 받을 여지는 없다. 不正競爭防止法 제4조 제1항의 “침해의 우려”에 대하여는 상표법에서의 검토와 같이 법의 적용이 부인된다.²⁷⁴⁾

나) 도메인 이름의 링크 및 포워딩

도메인 이름의 “링크 또는 포워딩”에 대하여도 표지로서의 사용일 경우에만 부정경쟁행위로 해석될 것이다. 링크나 포워딩에 의하여 순간적으로 다른 도메인 이름으로 전환되더라도 구체적인 포워딩 방법, 이용실태 등에 비추어볼 때 구체적, 실질적으로 혼동 가능성이 인정될 경우에는 不正競爭防止法이 적용될 것이다.²⁷⁵⁾ 법원은 도메인登

272) 이상정, 「소위 샤넬 판결」, 『창작과 권리』(1999년 겨울), 84면; 이대희, 「도메인 네임 분쟁에 관한 判例의 비교법적 분석」, 『창작과 권리』(1999년 겨울), 74면.

273) 서울고등법원 2001. 7. 4. 선고 2000라452 판결; 부산고등법원 2001. 7. 27. 선고 2000나13078 판결; 인천지방법원 2000. 6. 16.자 2000가합1637 판결; 창원지방법원 2000. 9. 28. 선고 99가합9363 판결 등.

274) 『전자거래법』, 246면. 이 논문 제3장 II.1.가.(1)(가)3) 참조.

275) 서울고등법원 2002. 10. 30. 선고 2002나9860 판결에서는 “웹브라우저에서 주소입력란에 위 www.alta.co.kr라는 인터넷 주소를 입력하면 즉시 www.altavista.co.kr의 웹사이트로 이동, 접속되는 것”에 대하여 不正競爭行爲를 인정하였다. 『전자거래법』, 246면. 우리나라 도메인이름분쟁조정위원회의 조정결정도 포워딩에 의한 상표 손상을 인정하고 있다(KR 2002-0002). <http://www.ddrc.or.kr/dist_complet_v.html?no=2>[2002.11.20].

錄人이 도메인 이름을 등록하고 웹사이트에서 “여기는 xxx.com이랑 아무 상관 없는 xxx.co.kr입니다. 지금은 좀더 멋진 사이트를 위해서 내부공사 중이니 양해부탁드립니다. 5초 후면 자동으로 재미있는 3D 채팅 사이트 AAA.co.kr로 이동합니다”라는 안내 문구를 표시하고 곧 다른 웹사이트로 이동되도록 조치를 취하였다 하더라도 웹사이트 운영자는 인터넷 전문가로서 그 홈페이지의 접속방법 및 내용의 변경은 크게 어렵지 않다는 이유로 不正競爭行爲를 인정하였다.²⁷⁶⁾

6) “最初 關心 混同” 理論

도메인 이름에 관한 “최초 관심 혼동 이론(initial interest confusion)”이란, 예컨대, <www.esamsung.com>이 우리나라 삼성전자 또는 삼성 그룹과 관련된 어느 계열회사일 것으로 오인하여 접속하였으나 실제로는 삼성동에서 컴퓨터를 팔고 있는 전자랜드의 웹사이트인 경우에 소비자로서는 위 도메인 이름과 ‘삼성’이라는 상표를 최초로 혼동할 수 있지만 실제 접속하여 보면 그 웹사이트에 삼성의 로고와 심볼과 동일·유사한 표지를 사용하지 않는 한, 희석화 여부는 불문하고 삼성그룹의 계열회사와 혼동 가능성은 없다. 하지만 이러한 현상은 소비자가 최초로 가졌던 “삼성”에 대한 관심을 도메인 이름을 매개로 자기에게로 유인하는 것인바, 소비자로서는 처음 찾으려고 했던 “삼성”이 아님을 당해 웹사이트를 방문함으로써 더 이상 혼동은 없게 되지만, 장차 “삼성”에 대한 관심은 멀어질 가능성이 있다. 마치 고속도로를 가다가 대구로 가는 진입로(ramp)에 들어서야 하는데, 표지판을 잘못 읽어 대전으로 하는 진입로에 들어서 대구에 가지 못하고 대전에 들어선 경우로 비유할 수 있다. 이는 유도적 또는 통로적 기능과도 관련이 있다고 할 수 있다.²⁷⁷⁾

웹사이트 운영자 입장에서는 한번 잘못 들어온 인터넷 이용자라 할지라도 수많은 웹사이트 중에서 자신을 홍보하거나 자신의 서비스를 이용자에게 제공할 수 있는 기회를 마련할 수 있다는 점에서 특별한 의미를 가질 수 있다. 인터넷 이용자로서는 자신이 가고자 하는 웹사이트가 아니라 하더라도 이미 들어온 웹사이트의 상품이나 서비스를 검색할 수 있고 선택의 폭을 넓게 하여 경우에 따라서는 적정한 상품이나 서비스를 구매할 수도 있는 반면, 이후 최초로 찾으려고 했던 “삼성”의 웹사이트는 더 이상 찾지 않게 될 수 있다. 앞의 예와 같이 도메인등록인과 원래의 商標權者는 동일한 상품, 서비스를 제공하는 경쟁관계에 있을 수도 있다. 한편, 원래의 商標權者로서는 당해 도메인 이름을 통해 접속한 웹사이트의 표시 및 제공하는 상품 또는 서비스의 내용만

276) 서울지방법원 2001. 11. 2. 선고 2001가합19146 판결.

277) 이 논문 제2장 1.2.나.(2)(라) 참조.

으로는 商標와 혼동을 일으키지 않는다 하더라도 이러한 최초 관심 혼동에 의해 소비자들의 관심을 잃어갈 수 있다.

“최초 관심의 혼동”이 법적으로 문제된 사례로는, 메타태그(metatags)²⁷⁸⁾ 문제와 관련된 *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corp.* 사건²⁷⁹⁾이 있다. 법원은, “피고가 원고의 상표인 ‘MovieBuff’를 찾고자 하는 사람들을 끌어들이기 위하여 ‘moviebuff.com’이라는 도메인 이름 또는 원고 상표를 메타태그에 사용함으로써, 원고 상표의 신용(goodwill)에 무임승차하여 부당한 이득을 얻는다는 의미에서 혼동이 존재한다고 보고, 따라서 피고는 원고의 상표와 혼동을 야기할 정도로 유사한 용어를 메타태그에 포함시키는 것이 금지된다”는 취지의 판결을 하였다. 그런데 이후 도메인 이름의 분쟁에서도 최초 관심 혼동에 의한 혼동 가능성을 인정할 것인지가 *Interstellar Starship Services Ltd. v. Epix, Inc.* 사건(이하 “Epix사건”이라 한다)에서 다루어진 바 있다.²⁸⁰⁾ 1심 판결²⁸¹⁾은 混同 可能性을 “실제 또는 기대가능한 소비자들의 Epix, Inc. 상품에 대한 구매결정에 있어 영향을 주는 혼동이다”라는 점을 강조하고, “법은 그 자체로 상표 또는 서비스표를 도메인 이름으로 사용하는 것을 금지하는 것은 아니다. 오히려 법은 상표 또는 서비스표를 침해하거나 희석시키는 사용만을 금지한

278) 메타태그란 홈페이지의 설명과 키워드, 만든 사람 등의 정보를 기입하여 검색엔진에 정보를 제공함으로써 웹사이트 홍보를 할 수 있는 것을 의미하는데, 최근 메타태그에 의한 상표침해가 미국에서 논의되고 있다. 메타태그 자체는 시각적으로 보이지 않는다. 메타태그는 (i) 주요어 메타태그(keyword metatag), (ii) 설명의 메타태그로 나뉘고 상표권 침해의 문제는 (i)과 관련이 깊다. ① 김성호, 「메타태그(metatags)의 사용과 상표법상의 문제점」, 『창작과 권리』 제25호(2001년 겨울), 세창출판사, 25-44면 참조. ② 이대희, 전게서, 296-297면) 참조.

279) 174 F.3d 1036(9th Cir. 1999).

280) Epix는 연방 등록상표권자로서 비디오 이미징 하드웨어 및 소프트웨어 상품을 제조, 판매하고, *Interstellar Starship Services, Ltd.(ISS)*는 쇼를 공연하는 극장을 광고하기 위하여 “epix.com”을 도메인 이름으로 등록, 사용하면서 사진을 전시하였다. 문제의 epix.com이라는 웹 사이트를 통해 ISS가 제공한 것은 *Clinton Street Cabaret*라는 극장과 거기서 공연되고 있는 *The Rocky Horror Picture Show*에 대한 광고 및 등장하는 인물들에 대한 영상정보뿐였다.

281) 1197 WL 736486(D. Or. Nov. 20, 1997). 법원은, Epix, Inc.의 잠재적인, 혹은 실제적인 고객이 물건을 구입함에 있어 양사를 혼동할 가능성은 적다고 보고, *Interstellar Starship*측이 Epix, Inc.와 유사한 사업부문인 design for test circuit analysis를 위하여 epix.com이라는 웹페이지를 운영했다는 증거는 찾아볼 수 없으므로 법원은 ISS의 문제 웹페이지 사용이 EPIX라는 상표를 침해하는 것이 아니라고 판단하였다.

다”는 점을 지적하면서 商標權者인 Epix, Inc.의 주장을 배척하였다. 그러나, 항소심 판결²⁸²⁾에서는 “오도된 구매로 이끄는 혼동뿐만 아니라 잠재적 소비자들이 판매되는 상품이 商標權者와 관련이 있는 것으로 믿게 하는 혼동”도 포함된다고 하고, 도메인登錄人의 意圖가 Epix, Inc.의 상표를 이용하려는 것이었고 도메인 이름과 상표 간에 실질적인 혼동이 있다는 이유로 1심 판결을 파기하였다. 그러나, 위 항소심 판결에 따라 파기환송되어 사건을 다시 맡은 Oregon 지방법원은 상품과 서비스의 시장이 다르고, 사용된 거래의 채널이 다르며, 도메인登錄人의 不正한 目的(bad faith)이 인정되지 않는다는 이유로 최초 관심 혼동 이론을 넓게 적용한 항소심 판결의 취지의 채택을 거부하였다.²⁸³⁾ 이후 미국 법원은 다수의 판결²⁸⁴⁾에서 최초 관심의 혼동이론을 포기하지는 않았지만, “상품이나 서비스가 직접적으로 경쟁하고 商標權者의 신용을 이용하려는 불법한 의도가 현존하고 있다는 것이 인정될 때”로 범위를 한정하여 적용하고 있다.²⁸⁵⁾

도메인 이름은 인터넷상 전자표지로서 디지털 기술을 기반으로 하는 점에서 기존의 상표나 기타 영업표지와 다른 특성을 가지고 있다. “최초 관심 혼동”은 도메인 이름의 특성과 관련된 문제점을 극복하기 위한 중요한 법적 근거가 될 수 있다. 이미 UDRP 제4조 b항 (iv)뿐만 아니라 최근 신규 도메인 .biz에 관한 분쟁해결절차인 STOP 제4조 b항 (iv)에서도 “登錄人이 상업상의 이득을 얻을 목적으로 그 웹사이트나 기타의 온라인 장소 또는 그 곳에 등장하는 상품이나 서비스의 출처, 후원관계, 거래상 제휴관계,

282) 184 F.3d 1107(9th Cir., July 19, 1999). *Interstellar Starship Services Ltd. v. Epix, Inc.* 사건의 1심 판결에 대한 항소심(각주 268).

283) 125 F.Supp.2d 1269(D. Or. 2001). *Epic, Inc.*은 稀釋化도 주장하였으나 저명상표라는 증거가 없다는 이유로 받아들여지지 않았다.

284) *Chatam International, Inc. v. Bodum, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 11514(E. D. Pa. 2001); *Hasbro, Inc. Clue Computing, Inc.*, 232 F.3d 1, 2(1st Cir. 2000); *Network Network v. CBS, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4751(C.D. Cal. 2000) 등.

285) Initial Interest Confusion에 관하여 아래의 문헌 참조.

① Sally M. Abel, “eVolution or Revolution? Trademark Law on the Internet,” May 7, 2002 (Rev 2.2)의 2 The Doctrine of Initial Interest Confusion 부분.

<http://www.fenwick.com/pub/ip_pubs/Trademark_Law_on_the_Internet/main.htm>[2002.11.20.]

② Chad J. Doellinger, “TRADEMARKS, METATAGS, AND INITIAL INTEREST CONFUSION: A LOOK TO THE PAST TO RE-CONCEPTUALIZE THE FUTURE,” *IDEA* 173 Volume 41(2001).

<http://www.idea.piercelaw.edu/articles/41/41_2/1.Doellinger.pdf>[2002.11.20.]

추천관계 등에 관하여 분쟁해결신청인의 상표나 서비스표 등과 혼동을 야기할 의도로 인터넷상의 이용자를 고의적으로 그 웹사이트 또는 기타의 온라인 장소로 유인하고 있는 경우”와 같이 최초 관심의 혼동을 일으키는 유인행위를 不正한 目的(bad faith)이 있다고 인정할 수 있는 유형으로 예시하고 있다. 다만 표지간의 혼동이 없으면 공정한 경쟁을 위하여 표지 사용을 인정하여야 한다는 자유경쟁 원칙과 상충될 우려가 있고, 商標權者의 이익을 과도하게 보호할 경우 표현의 자유 또는 영업의 자유가 침해될 수 있기 때문에 형평, 비례의 원칙에 따라 신중하게 검토되어야 할 것이다. 그런 점에서 미국 판결에서 보여준 “상품이나 서비스가 직접적으로 경쟁관계에 있는 경우 또는 不正한 目的이 있는 경우”와 같은 일정한 조건을 참고할 수 있을 것이다.

(나) 稀釋化

1) 意義

도메인 이름의 분쟁은 주로 경쟁자간에 일어나는 것보다는 비경쟁관계에서 일어나고, 서로 다른 영업을 하거나 도메인등록인이 영업을 전혀 하지 않고 되팔기만 하는 경우도 있기 때문에 상표와 혼동 가능성이 인정되는 예도 많지 않다. 따라서 도메인 이름이 상표와 경쟁관계에 있지 않고 혼동 가능성도 없는 경우에는 희석화 이론을 적용할 필요성이 높다. 稀釋化(dilution)란, 저명상표(well-known mark)와 같이 강한 식별력과 좋은 평판이 있는 경우 제3자가 이러한 강한 식별력이나 좋은 평판에 무임승차를 하여 저명상표의 이미지, 광고선전력, 고객흡입력이 다른 상품에 흡수되어 희박하게 되거나 손상되어 버리는 것을 말한다.²⁸⁶⁾

稀釋化는 보통 두 가지의 형태로 나타나는데, 첫째, 어느 회사가 “웹시 축구공이나 마이크로소프트 립스틱을 파는 행위처럼 저명상표를 무단 사용함으로써 商標權者의 노력과 비용의 산물인 상표 등의 표지가 가지는 가치 및 구매력, 신용 등을 감소시키는 행위를 “商標 弱化(Blurring)에 의한 稀釋化”라고 하고, 둘째, 어린이 장난감회사의 저명상표를 인터넷상 포르노 사이트의 도메인 이름으로 등록, 사용함으로써 저명상표가 원래 가지는 좋은 이미지나 가치를 손상하는 행위를 “商標 損傷(Tarnishing)에 의한 稀釋化”라고 한다. 다만, 稀釋化는 著名性을 요하므로, 미등록상표 또는 주지상표에는 적

286) 商標法상의 稀釋化 개념에 관한 자세한 설명은, ① 이대희, 「商標法상의 稀釋理論에 관한 고찰」, 『창작과 권리』 제9호(1997년 겨울), 세창출판사(이하 “이대희, 「商標法상의 희석이론에 관한 고찰」이라 한다), 58-79면 ② 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 『二十一世紀 韓國民事法學의 課題와 展望(心堂宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002(이하 “崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」”이라 한다), 771-773면 참조.

용되지 않는다.

2) 立法例 및 우리나라 不正競爭防止法の 改正

가) 美國의 稀釋化防止法

1927년경 미국의 셰히터(Frank I. Schechter)가 처음 주창하고,²⁸⁷⁾ 1947년 미국의 메사추세츠 주가 최초로 상표희석화방지법을 제정한 이래 미국 몇몇의 주가 주법으로 희석화방지법을 제정하였다.²⁸⁸⁾ 교통이나 통신의 급속한 발달로 상표의 지역적 보호범위가 확대됨에 따라 저명상표 보호의 필요성이 강조되었다. 1996. 1. 16. 미국 의회의 입법을 통하여 聯邦商標稀釋化防止法(The Federal Trademark Dilution Act of 1995, HR 1295, PL 104-98, 이하 “美國 稀釋化防止法”이라 한다)²⁸⁹⁾이 제정됨으로써 著名商標에 대한 稀釋化行爲에 대하여 聯邦管轄의 訴因(cause of action)이 마련되었고 미국 전역에 통일적 적용이 가능하게 되었다. 同法은 희석화행위를 “著名商標權者와 다른 당사자 사이의 경쟁관계의 존부와 혼동 가능성, 과실 또는 기망의 존부와 관계없이 상품, 서비스를 식별하고 구분하는 저명상표의 능력을 감소시키는 행위”라고 정의하고 있다.²⁹⁰⁾ 同法의 입안자인 Leahy상원의원이 밝혔듯이 미국 희석화방지법은 도메인 이름 분쟁을 규제하기 위한 취지도 포함한다.²⁹¹⁾ 同法은 침해자가 故意로 희석화 행위를 한 경우 금지명령 외에 금전배상²⁹²⁾ 및 침해물품의 폐기를 명할 수도 있도록 하였다.²⁹³⁾

287) Frank I. Schechter, “The Rational Basis of Trademark Protection,” 40 *Harv. L. Rev.* 813(1927).

288) 희석화 및 희석화방지법에 관한 미국법상 연혁에 관하여, 이대회, 「商標法상의 희석이론에 관한 고찰」, 59면; 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 779-790면 참조.

289) 이 법은 1946년 Lanham Act 제43조(15 U.S.C. §1125)에 새로운 조항을 추가한 것이다. 약칭하여 FTDA라고도 한다. 참고로 Lanham Act를 해석하는 입장에 따라 “聯邦商標法”으로 해석하고 있으나, Lanham Act는 내용상 우리나라의 商標法과 不正競爭防止法을 통합하여 구성한 법에 가까우므로 엄격한 의미에서 상표만을 보호한다고 할 수는 없으며, “mark(표지) 특히 영업표지”에 관한 경쟁일반법적 성격을 가진다고 할 것이다. 이는 미국 商標法은 상표에 관하여 사용주의를 취하고 있는 것과 관련이 있다.

290) 15 U.S.C. §1127 (c) 참조.

291) Adam Chase, “A Primer on Recent Domain Name Disputes,” 3 *VA. J.L. & TECH.* 3 (Summer 1998), III항 참조. <http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol3/home_art3.html> [2002.11.20.].

292) 피고가 얻은 이익과 원고가 입은 손해를 포함. 이대회, 「商標法상의 희석이론에 관한 고찰」, 81면 참조.

293) Lanham Act 제43조 (c)(2), 15 U.S.C. §1125(c)(2) 참조. 이대회, 「商標法상의 희석이

나) 日本의 不正競爭防止法

일본에서는 1993. 5. 19. 不正競爭防止法을 개정(1994. 5. 1. 시행)하여 저명상표의 稀釋化를 추가하였는데, 제2조 제1항 제2호에서 “자기의 상품등 표시를 위하여 타인의 저명상표 등과 동일 또는 유사한 것을 사용하거나, 또는 그 상품등 표시를 사용한 상품을 양도, 인도, 전시, 수출, 수입하는 행위”를 不正競爭行爲의 유형으로 하고, 제3조에 의해 이와 같은 행위에 의해 영업상 이익을 침해당하거나 침해당할 우려가 있는 자는 금지를 청구할 수 있으며, 제4조에 의해 침해자에게 고의, 과실이 있는 경우에는 손해배상청구를 할 수 있다.

다) 獨逸의 商標法과 不正競爭防止法

독일 商標法 제9조 제1항 제3호는 독일 내에서 명성이 있는 先行商標의 識別力 또는 名聲을 부당하게 이용하거나 훼손할 가능성이 있는 후등록상표는 등록을 말소하고, 제14조 제2항 제3호는 독일 내에서 명성이 있는 선행상표의 식별력 또는 명성을 부당하게 이용하거나 훼손할 가능성이 있는 타인의 상표의 사용에 대한 금지권을 인정하고 있다. 또 “업무상의 거래에서 경업의 목적을 위하여 선량한 풍속에 위배되는 행위를 한자에 대하여는 그 금지청구와 손해배상청구를 할 수 있다”는 독일 不正競爭防止法 제1조 및 불법행위를 규정한 독일 민법 제826조에 근거하여 무임승차나 稀釋化에 의한 저명상표의 침해에 대해서 判例상 보호를 부여하고 있다.²⁹⁴⁾

라) 우리나라 不正競爭防止法の 改正

不正競爭防止法 제2조 제1호 다목(2001. 2. 3. 개정, 2001. 7. 1. 시행)은 “가목 또는 나목의 규정에 의한 혼동을 하게 하는 행위 외에 비상업적 사용등 대통령령이 정하는 정당한 사유 없이 국내에 널리 인식된 타인의 성명, 상호, 상표, 상품의 용기포장 그 밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지와 동일하거나 이와 유사한 것을 사용하거나 이러한 것을 사용한 상품을 판매, 반포 또는 수입, 수출하여 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상하기 하는 행위”도 不正競爭行爲에 포함한다. 그리고 대통령령이 정하는 “正當한 事由”로서, 개정 不正競爭防止法 시행령(제17245호, 2001. 7. 1.시행) 제1조의 2는 “법 제2조 제1호 다목에서 ‘비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유’라 함은 비상업적 사용, 뉴스보도 및 뉴스논평에의 사용, 주지 전 사용, 기타 공정 사용”이라고 규정한다. 또 부정경쟁방지법 제5조 단서는 법 제2조 제1호 다목의 不

론에 관한 고찰], 81면 참조.

294) 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 793면 참조.

正競爭行爲를 하여 발생한 손해배상책임을 고의가 있는 경우로 한정한다.

우리나라 국회의 2001년 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률중개정법률안 심사보고서(“2001년 부정경쟁방지법 개정안 심사보고서”라 한다)에 의하면, 본 개정은 선진국의 저명상표 보호 경향과 1999년 WIPO 저명상표 보호규범²⁹⁵⁾을 이행하기 위한 것으로, 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用을 해결하기 위한 것이라는 입법 동기를 밝히고 있다. 위 심사보고서는 稀釋化 理論을 도입하였음에도 불구하고 법문에 희석이라는 표현을 사용하지 않은 것은 무분별한 남용을 막기 위한 것이라고 설명하고 있다. 또 위 심사보고서는 “그 동안 유명상표와 혼동의 위험이 없으면 비유사상품에 자유롭게 사용하는 것을 허용함에 따라 저명상표의 이미지와 신용, 고객흡인력 등이 각종 상품에 분산, 약화되는 것을 방지할 수 없었던 점을 감안한 것으로서”라고 하여 稀釋化 理論을 원용하고 있음을 밝히고 있다.²⁹⁶⁾

3) 標識의 著名性

稀釋化 理論을 “강하고 저명한 상표가 비록 출처표시기능에 어떤 혼동이 생기는 경우는 아니라도 다른 방법으로 그 상표의 가치가 떨어지는 것을 방지함으로써 상표권자를 두텁게 보호하는 이론”이라고 설명하는 것²⁹⁷⁾ 같이 理論的으로는 그 보호대상이 저명상표에 한정된다. “著名하다”는 것은 거래관계자 뿐만 아니라 소비자들에게 널리 알려지고 또한 양질감으로 “유일한 지위”를 가지는 점에서 단순히 거래관계자들 사이에 널리 알려진 것을 의미하는 周知性和 質的으로 다르다. 일본 부정경쟁방지법 제2조 제1항 제2호도 “著名性”을 요하고 있고, 일본 실무도 주지성과 저명성을 구별하여 저명한 정도를 70-80% 이상 알려진 것이라고 설명하기도 한다.²⁹⁸⁾ 미국 희석화방지법도

295) Conflicting Domain Names”에서 도메인 이름에 관하여 “도메인 이름 또는 그 본질적 부분이 저명상표를 복제, 모방, 번역 또는 음역한 것으로 부정한 목적으로 登錄 또는 使用된 경우에는 적어도 당해 도메인 이름은 저명상표와 저촉되는 것으로 간주하여야 한다”고 하여 도메인 이름에 관한 저명상표 보호를 따로 규정하고 있다.

296) 이에 대하여 개정 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목은 稀釋化 조항에 가장 근접하기는 하였으나, 미국 희석화방지법의 稀釋化 조항과 비교하여 1) 손해배상과 신용회복에 고의를 요한다는 점, 2) 오인 또는 혼동을 요하지 않는다거나 영업관계를 요하지 않음을 명백하게 규정하고 있지 않다는 점 등을 차이점으로 들면서 미국 희석화방지법 상의 稀釋化와 다르다고 설명하는 견해가 있다. 육소영, 「가상공간에서의 상표침해에 대한 혼동이론 및 희석화 이론의 적용」, 디지털시대의 상표보호 세미나(2002. 5. 30.), 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 33면.

297) 李伯圭, 「美國의 商標 稀釋化 理論」, 『裁判資料』 제85집, 법원행정처, 173면.

저명성을 전제로 “① 표지(mark)의 고유한 식별력이나 획득된 식별력의 정도 ② 표지가 사용된 상품이나 서비스와 관련한 표지의 사용기간과 정도 ③ 표지의 광고와 선전의 기간과 정도 ④ 표지가 사용된 거래지역의 지리적 범위 ⑤ 표지가 사용된 상품이나 서비스를 위한 거래 경로 ⑥ 거래영역 및 경로에서 표지 소유자와 침해자가 사용한 표지에 대한 인지 정도 ⑦ 제3자에 의한 동일·유사 표지 사용의 성질 및 범위 ⑧ 표지가 1881년 법, 1905년 법에 등록되었는지 또는 주등록원부에 등록되었는지 여부(미국법적인 특수 요건)”을 저명성의 판단기준으로 법률에 직접 규정하고 있다.²⁹⁹⁾ 著名性 여부를 판단함에 있어 위 판단기준은 종합적 고려를 위한 기준일 뿐, 모두 충족할 필요는 없으며, 전체적, 종합적으로 판단하여 저명성을 인정할 수 있다고 한다.³⁰⁰⁾ 저명성 인정의 전제사실은 사실인정 부분이고, 그 인정된 사실에 바탕하여 저명성 여부를 판단하는 것은 법원의 법률판단사항이 된다.

그런데 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목은 가, 나목과 같이 “국내에 널리 인식된”이라고만 규정하고 “著名商標”의 定義나 要件에 대한 규정을 두고 있지 않은바, 해석의 다툼이 있을 수 있다. 문리해석을 강조하는 입장이라면 가, 나목의 “국내에 널리 인식된”을 주지성으로 이해하는 한, 다목도 周知性으로 족하다고 해석하는 입장이 있을 수 있다.³⁰¹⁾ 그러나, 2001년 부정경쟁방지법 개정안 심사보고서는 표제 자체를 “저명상표의 식별력 또는 명성 손상행위의 방지”로 하고, 심사초안에는 저명상표와 주지상표를 구분한다는 의미에서 “전국적으로 널리 알려진”이라고 규정하였는데 심사과정에서 “전국적으로”와 “국내에”의 구분이 불명확하다는 이유로 “국내에 널리 알려진”이라고 수정하고, 그 적용의 수준에 대해서는 법원의 판단에 따르는 것이 적합하다고 하고 있으므로 입법동기나 목적에 비추어 볼 때, 부정경쟁방지법 제2조 제1호 다목의 “국내에 널리 알려진”은 가, 나목의 규정에도 불구하고 저명상표를 규정하였다고 해석할 것이다. 법조항의 체계상으로도 다목을 주지상표의 희석화로 본다면 사실상 가, 나목의 존재 의의는 거의 없을 것이므로 삭제할 하였어야 할 것인데, 이를 하지 않은 것은 가, 나목은 주지상표의 혼동 가능성이 있는 경우를 규율하고, 다목은 저명상표의 희석화를 보호함으로써 상호 보완을 하도록 한 것으로 해석할 것이다. 만약 주지상표

298) 『裁判實務大系 知的財産關係訴訟法』, 齊藤博/牧野利秋, 青林書院, 1997, 603면.

299) 15 U.S.C. §1125 (c)(1).

300) David J. Loundy, 전제논문, V항 참조.

301) 서울고등법원 2002. 1. 11. 선고 2001라428 결정(Viagra)에서는 “가처분신청인의 주지성에 편승하여 그 명성에 손상을 가하는 행위”라고 실시하였다. 다만 당해 표지는 광고나 TV를 통해 약품으로 널리 알려져 저명성도 포함하였을 가능성이 높았다.

로 대폭 대상을 완화한다면 주지상표가 같은 명칭의 등록상표와 충돌할 경우 등록상표를 보호하는 상표법과 희석화를 금지하는 부정경쟁방지법 간에 갈등이 생겨 상표 체계가 흔들릴 우려가 있고, 주지상표는 저명상표보다 많기 때문에 표지권자 간의 만인대 만인의 투쟁이 일어날 우려가 있다는 점에서도 저명상표로 해석할 것이다.

대법원은 저명성이 주지성, 현저성보다도 훨씬 인식의 정도가 높을 뿐만 아니라 나아가 오랜 전통 내지 명성을 지닌 경우를 가리킨다고 하고,³⁰²⁾ 저명한 상호인지 여부는 그 상호의 사용의 기간, 방법, 태양, 사용량, 거래범위 등과 상품거래의 실정 및 사회통념상 객관적으로 널리 알려졌느냐의 여부에 따라야 한다³⁰³⁾고 판시한 바 있다. 입법론적으로는 저명상표가 종래부터 우리나라 商標法 또는 不正競爭防止法에서 예정하던 것이 아니었기 때문에 최소한의 기준은 명시하는 것이 타당하다고 생각된다.

미국 희석화방지법을 제정한 미국에서도 희석화 방지조항의 적용에 신중을 기하고 있다는 점을 고려한다면, 우리나라의 법해석에 있어서도 저명상표에 대한 해석을 엄격하고 신중하게 하여야 한다.

4) 他人의 標識와 同一·類似한 것을 使用하는 行爲

타인의 표지와 동일·유사하다는 것에 관한 설명은 앞서 이미 설명한 商標法과 不正競爭防止法에서의 설명과 같은 취지로 이해된다. 미국 희석화방지법은 “영리적 사용 (use in commerce)”을 정의규정에 두고 있고 우리 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목에서도 비상업적 사용을 정당한 사유에 포함하고 있으므로, 우리 不正競爭防止法 상의 稀釋化行爲도 영리적 사용임을 전제로 한다고 해석된다.

5) 他人 標識의 識別力 또는 名聲에 대한 損傷

가) 不正競爭防止法상 意味

不正競爭防止法은 타인의 표지와 동일·유사한 것을 사용하여 “타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상”하게 하는 행위를 不正競爭行爲로 정하였다. 2001년 부정경쟁방지법 심사보고서는 미국 등 선진국의 저명상표보호이론인 稀釋化 개념을 도입하였으며 “희석(dilution)”, “약화(Burring)”의 개념의 모호성을 이유로 “손상(tarnishment)”만 규정한다고 하였다. 그러나 개념적으로는 상표의 “약화”와 “손상”이 구별된다 하더라도 실제에 있어서 稀釋化는 약화나 손상 어느 하나만 나타나는 것이 아니고 둘 다 포함하면서 표지의 약화가 더 명확하게 나타나거나 혹은 표지의 손상이 더 뚜렷이 나타

302) 대법원 1984. 1. 24. 선고 83후34 판결.

303) 대법원 1996. 9. 24. 선고 95후2046 판결.

나는 등의 복합적인 모습으로 나타나게 되므로 법문에 “손상”이라고 하여 稀釋化 조항의 적용을 엄격하게 하는 것은 아니며, 오히려 해석의 혼란만 야기할 우려마저 있다. 결국 법문의 규정과 원래 해석에도 불구하고 실제 적용에 있어서는 식별력의 약화마저도 식별력의 손상에 포함하여 잘못 해석할 여지가 있다.³⁰⁴⁾

나) 判斷基準

“識別力の 損傷”을 標識의 弱化和 유사한 것으로 보는 입장도 있을 수 있으나, 입법자의 의도가 상표권 남용을 방지하기 위하여 “손상”에 한정하였다면 식별력의 손상도 약화보다는 희석의 정도가 더 심한 경우라고 해석하는 것이 타당하다.³⁰⁵⁾ 상표(표지)의 “損傷”은 통상 사용되는 법률용어가 아니고 不正競爭防止法 기타 관련 法令에서 그 개념을 정의한 바 없으므로 구체적 사례에서는 “損傷”이 “弱化”의 개념과 혼동될 우려도 있는바,³⁰⁶⁾³⁰⁷⁾ 이는 원래 부정경쟁방지법 개정취지에 반할 수 있다.

한편 稀釋化의 판단에는 利益衡量이나 比例의 원칙도 고려의 요소가 된다. 예컨대 미국의 유명한 판지게임 회사인 Hasbro사의 “CANDYLAND”라는 상표와 동일한 명칭으로 도메인 이름을 등록하여 포르노사이트를 운영하거나(이하 “CANDYLAND사건”이라고 한다),³⁰⁸⁾ 유명한 장난감 회사인 Toys“R”Us사의 Toys“R”Us 및 Kids“R”Us 등

304) 개정 不正競爭防止法은 2001. 7. 1. 이후부터 시행되고 있는바, 아직 判例나 법원의 입장이 분명히 확립된 바 없으므로 이하에서는 미국의 판결례를 분석하면서 종래 우리나라에서 논의되어 왔던 稀釋化 이론에 관하여 검토하기로 한다.

305) 상표(표지)의 약화는 상표(표지)의 손상의 직접적인 부정적 영향보다는 두 표지 사이의 연상작용에 기초를 두고 있다는 점에서 희석의 정도가 약할 수 있다. 崔淳鎔, 「商標 稀釋化理論의 回顧와 展望」, 782면.

306) 서울고등법원 2001. 12. 11. 선고 99나66719 판결은 Viagra 商標權者의 도메인 이름 登錄 및 使用에 의한 상표 손상 주장을 인정하였다. 그러나 생츠킴과 같은 건강식품을 인터넷 통신상으로 판매하는 행위는 발기기능장애 치료제인 Viagra 商標權者의 상표를 손상하였다고 하기보다는 상표의 식별력을 약화시켰을 뿐이라고 하여 다룰 여지가 있다고 생각한다. 현재 대법원에 상고 중에 있다(대법원2002다13782사건).

307) 서울고등법원 2002. 1. 11. 선고 2001라428 결정에서는 “가처분신청인의 인터넷에서의 그 식별력이 약화되었다”고 실시하였음에도 불구하고 타인의 표지의 식별력이나 명성을 손상한 행위라고 인정하였다. 이는 상표약화와 상표손상의 혼란에서 오는 문제라 할 것이다.

308) Hasbro, Inc. v. Internet Entertainment Group, Ltd., 1996 WL 84853(W.D. Wash. Feb. 9, 1996). 이 사건에서 원고는, “피고가 원고의 저명상표와 같은 이름을 피고의 포르노 사이트에 사용함으로써 그 상표의 순수하고 달콤하면서 건전한 이미지를 희석시키고

[“R”Us]를 포함하는 다수의 상표와 유사하게 “adultsrus.com”을 등록하여 포르노사이트를 운영하는 경우(이하 “Toy”R“US사건”이라고 한다)³⁰⁹⁾에 관하여 미국 법원은 원고인 商標權者의 도메인 이름에 대한 稀釋化 主張(商標 損傷)을 받아들이면서 “원고의 상표가 저명상표인데, 만약 당사자들이 그 도메인 이름을 사용하지 못하게 된다면 받을 불이익은 피고보다 원고에게 더 큰 손해가 갈 것”이라는 이유를 덧붙였다. Toy“R”Us는 본건 이외에도 여러 건의 유사한 도메인 이름 소송을 제기하였는데, 그 중에는 Toys“R”Us와 같은 발음인 “toysareus.com”을 등록하였다는 이유로 상표침해, 상표희석을 주장하면서 법원으로부터 예비적 사용금지처분을 받아낸 사례도 있었다.³¹⁰⁾ 그러나 Toys“R”Us가 제기하여 얻어낸 본건 사례를 포함한 다른 승소사례와는 달리 “Guns are We 사건”³¹¹⁾과 같이 전혀 다른 결론이 나온 사례도 있다. 즉 “Guns are We” 사건에서 Toys“R”Us사는 도메인 이름을 “gunsareus.com”으로 한 “Guns are We”를 상대로 본건과 유사한 논거를 들어 소를 제기하였다. 그러나 법원은, 조심스러운 소비자라면 Toys“R”Us가 총기류를 사고파는 웹사이트를 후원할 것이라고 오인하지는 않을 것이라고 지적하면서, “gunsareus.com”는 원고의 상호를 특징지어주는 “R”을 사용하지 않고 be동사인 “are”이라는 단어를 사용하였다는 점을 강조하였고 그 이외에 원고가 混同可能性에 관한 어떠한 입증도 하지 못하였다고 법원은 판단하였으며 결국 원고측의 混同可能性 주장을 배척하였다. 한편 피고의 웹사이트 타이틀을 보면 “Guns Are Us” 또는 “Guns R Us”처럼 원고의 상표와 유사성의 의심스럽게 하는 표현이 아니라 단순히 “Guns Are We”라고만 되어 있어 결국 원고의 “R”Us라는 표지의 특성은 상표손상 내지 상표약화에 의하여 稀釋化되지도 않았다고 인정하여 稀釋化 주장까지 배척하였다. 결국 稀釋化 여부에 관한 법원의 결정은 단순히 상표나 도메인 이름의 외관적 판단이나 형식적 심사에 의한 것이 아니라 구체적 사례에 따라 비례원칙, 보충성, 형평, 표지 사용자의 不正한 目的 여부 등 및 미국 상표법에서 언급한 8가지 요소와 같은 내용들을 종합적인 판단에 의하여 내려진 결론임을 알 수 있다.

그 상표가 가지고 올 친밀감을 깨뜨리며 손해를 주었다”는 주장을 하였고 법원은 원고의 주장을 받아들여 가처분(preliminary injunction)을 인정하였다.

309) Toy“R”Us, Inc. v. Akkaoui, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1836 (N.D. Cal. Oct. 29, 1996) No. C96-3381CW.

310) Toys“R”Us Inc. v. Eli Abir, 97 Civ 8673 (S.D.N.Y. Dec. 19, 1997).

311) Toys“R”Us, Inc. v. Feinberg and Guns Are We, 1998 WL 760219 (S.D.N.Y., Oct. 28, 1998) 판결의 요지 및 간단한 평석은 아래의 사이트를 참조.

<<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/summaries.html>>[2002.11.20.]

판결전문은 <<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/toys.html>> 참조.

다) 稀釋化에 대한 立證의 程度

不正競爭防止法의 타인의 표지에 대한 손상행위가 어느 정도까지 이르렀을 때 상표에 대한 침해가 있었다고 판단할 것인지에 대하여는 논란의 여지가 있다. 이는, 저명상표권자가 침해자에 대한 금지청구를 할 경우 그 저명상표에 대하여 실제 稀釋化로 인한 침해가 일어났다는 점을 입증하여야 하는지, 아니면 그 가능성만 인정되면 금지청구가 인정될 것인지의 문제와 관련이 있다.

미국의 경우 일부 주(州) 稀釋化防止法(예컨대, Illinois州³¹²⁾ 등)은 “稀釋化의 가능성(a likelihood of dilution)”의 입증만 하면 족하다는 입장³¹³⁾이 있는가 하면, 미국 희석화방지법과 같이 “실제로 희석화가 있었음”의 입증까지 요구하는 입장도 있다. 표지의 식별력이 약화되었는지, 명성이나 평판이 손상되었는지 여부는 매우 추상적이고 관념적인 면이 많다는 점에서 상표권자의 입장에서는 희석화의 가능성만 있으면 경쟁자나 기타 제3자를 상대로 금지청구를 남용할 여지가 있다. 따라서 저명상표에 대한 희석화 조항은 혼동 가능성 조항의 예외로서 제한적으로 운영할 필요가 있으므로, 미국 희석화방지법의 태도와 같이 실제 희석화가 있었음이 인정되는 경우에만 稀釋化 조항을 적용할 수 있다고 보아야 할 것이다.³¹⁴⁾

6) 適用範圍

가) 競爭商品에 대한 適用 여부

競爭事業者간에 混同可能性이 있다면 不正競爭防止法 제2조 제1호 가목의 상품주체 혼동행위 또는 나목의 영업주체 혼동행위에 해당할 것인데, 이러한 경우에도 희석화 조항이 적용될 수 있는지에 대하여 법문의 규정이 없다. 미국 법원의 판결 중에는 당해 상품이 경쟁상품이 아님을 전제로 희석화이론이 적용될 수 있다는 예³¹⁵⁾도 있지만, 논

312) Illinois Anti-Dilution Act, III. Rev. Stat ch. 140, Section 22. 참조.

313) 미국 일리노이주의 희석화방지법에 따라 “稀釋化의 가능성”만으로도 족하다고 한 사례로는, Actmedia, Inc. v. ActiveMedia Int'l, Inc., 1996 WL 466527(N.D.Ill. July 17, 1996) 사건이 있다.

314) 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的인 問題에 관한 研究」, 64면. 이에 대하여 미국 연방商標法의 稀釋化 조항은 희석화를 저명표장의 식별능력(capacity)의 감소라고 정의하고 있기 때문에 이 가능성(likelihood)은 희석화의 정의 자체에 포함되어 있다고 보는 반대견해도 있다. 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 786면 참조.

315) Esquire, Inc. v. Esquire Slipper Mfg. Co., 243 F.2d 540(1st Cir. 1957). 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 776면에서 재인용.

리적으로 稀釋化는 混同可能性과 상반된 관계에 있는 것이 아니고, 전혀 별개의 근거에 의하여 발전되어온 것이며, 稀釋化에 대하여 상품 간의 경쟁이 필요하지 않다는 것이 상품간의 경쟁이 없는 경우에만 적용될 수 있다는 의미는 아니라는 점에서, 상표 자체의 가치 감소를 의미하는 稀釋化는 상품간의 경쟁 여부를 불문한다.³¹⁶⁾ 따라서 混同可能性과 稀釋化는 선택적으로 주장할 수 있고 상호배타적인 것은 아니다.³¹⁷⁾

나) 正當한 事由

不正競爭防止法은 稀釋化 조항이 적용되지 않는 “정당한 사유”에 관하여 대통령령이 정하는 바에 따른다고 하고, 개정 시행령(제17245호, 2001.7.1.시행) 제1조의2는 법 제2조 제1호 다목에서 “비상업적 사용 등 대통령령이 정하는 정당한 사유”를 “1. 비상업적으로 사용하는 경우 2. 뉴스보도 및 뉴스논평에 사용하는 경우 3. 타인의 성명, 상호, 상표의 용기포장 그밖에 타인의 상품 또는 영업임을 표시한 표지(이하 “표지”라 한다)가 국내에 널리 인식되기 전에 당해 표지와 동일하거나 유사한 표지를 사용해온 자(그 승계인을 포함한다)가 그 표지를 不正한 目的 없이 사용하는 경우³¹⁸⁾ 4. 그밖에 당해 표지의 사용이 공정한 상거래 관행에 상반되지 아니한 것으로 인정되는 경우”³¹⁹⁾라고 규정하고 있다.³²⁰⁾ 시행령 제1조의 2 제3호의 사유에 대하여는 미국 商標法을 참

316) 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 776면 참조. 도메인 이름 분쟁과 관련된 미국 판결로는 Playboy Enterprises, Inc. v. AsiaFocus International, 1998 WL 724000(E.D. Va.)이 있는데, 법원은 피고가 성인 여성들의 나체 그림과 관련 상품에 관한 영업을 하고 있다는 점에서 원, 피고 간의 상품 및 서비스 간의 유사성을 강조하고, 피고의 도메인 이름인 “asian-playmates.com” 및 “playmates-asian.com”이 원고의 상표와 유사하다는 점을 인정하면서 상표 희석화를 인정하였다.

317) ToyRUs사건에서, 미국 법원은 원고의 稀釋化 주장이 받아들여질 것이라고 여기고 混同可能性에 의한 상표침해에 대하여는 판단하지 않았다. Toy“R”Us, Inc. v. Akkaoui, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1836 (N.D. Cal. Oct. 29, 1996) No. C96-3381CW.

318) 미국 연방商標法상 “원고의 상표가 저명해진 이후에 피고가 피고의 상표를 사용하기 시작하였을 것”이라는 요건을 참고한 것으로 보인다. 15 U.S.C. §1125 (c)(1). 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 2002, 801면.

319) 국회의 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률중개정법률안 심사보고서에 의하면, 패러디도 정당한 사유에 포함하고 있다.

320) 시행령 제1조의 2 규정은 미국 연방商標法상 “① 저명상표와 비교하는 광고를 내는 방법으로 저명상표를 정당하게 이용하는 행위 ② 상표의 비상업적 사용 ③ 모든 종류의 뉴스보도와 논평의 경우 등”의 책임면제규정을 참고한 것으로 보인다. 15 U.S.C. §1125 (c)(4). 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 801-803면 참조.

고하면서 不正한 目的을 추가하였는데 실제 사건에 있어서 위와 같은 손상의 결과가 발생하였는데도 불구하고 선사용자에게 내심의 의사에 不正한 目的이 없었음을 입증하기는 거의 불가능하다는 점을 지적하면서 입법론적으로 “不正한 目的”을 삭제하여야 한다는 견해³²¹⁾도 있다.

한편, 稀釋化 조항이 저명상표의 보호를 위하여 헌법상 표현의 자유, 영업의 자유를 법률로 제한하는 것이라면, 그 기본권 제한에 대한 회복도 법률로써 정하여야 한다는 점에서 “정당한 사유”를 대통령령으로 정한 것은 문제가 있다. 왜냐하면, 제한을 회복하여야 하는 그 범위를 줄이는 내용은 실질적으로는 자유를 제한하는 방향으로 정하여질 수 있게 때문이다. 예컨대, 不正競爭防止法 시행령 제1조의 2의 사유 중 하나를 생략한다면 법률의 정함없이 헌법상 기본권인 표현의 자유나 영업의 자유 기타 정당한 권리가 박탈 또는 제한되는 결과가 될 수 있다.

다) 稀釋化 濫用의 問題

著名商標權者로서는 競爭關係나 混同 可能性을 입증하지 아니하고 바로 자신의 상표 침해를 주장할 수 있기 때문에 著名商標權者는 자신의 상표권을 보호하기 위하여 무분별하게 稀釋化에 의한 상표권의 침해를 주장할 우려³²²⁾가 있는데, 도메인登錄人의 적법한 권리와 정당한 이익을 침해할 우려가 있다.³²³⁾ 稀釋化 조항의 적용은 商標權者의 독점적 지위를 더욱 강화시키게 되고 새로운 시장진입자에게 상표나 상호 기타 영업표지의 선택 즉 營業上 表現의 自由³²⁴⁾를 제한할 여지가 있다.

321) 崔淳鎔, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 801-803면.

322) 상표 약화에 의한 침해 주장은 입증은 어렵지만, 포괄적일 수 있다는 점에서 주장하기 용이하다 볼 수도 있다.

323) Reverse Domain Name Hijacking의 문제인바, 예컨대, “A전자”는 전자제품에 관하여 저명상표 “A”를 가지고 있고, “A출판사”는 오랫동안 적법하게 출판활동을 하여 그 분야에서 주지상표를 가지고 있는데, A출판사가 우연히 A.com이라는 도메인 이름을 등록하고 그 웹사이트에서 적법한 출판 관련 영업활동을 하고 있는 경우 A전자는 희석화를 주장하여 A출판사의 도메인 이름의 등록말소를 구할 여지가 있다. A출판사로서는 A전자의 상표가 희석되지 않았음에도 불구하고 자신의 도메인 이름을 빼앗길 수도 있다는 불안정한 지위에 있게 되는데, 이러한 법적 불안정은 오히려 A출판사의 영업활동에 방해가 되고 그 권리를 위협하는 것이 된다.

324) 헌법 제15조 직업선택의 자유 중 영업의 자유에는 영업상 자신을 어떻게 나타낼 것인지에 관한 표현의 자유도 포함한다고 보아야 한다. 영업의 자유에 관하여 권영성, 『헌법학 원론』, 法文社, 2000, 528면 참조.

희석화 남용은 전통적인 혼동 가능성의 틀을 해체시킬 우려가 있다. 理論적으로 稀釋化 理論은 著名商標에 한정되므로 저명하지 않는 상표에 관하여는 적용되지 않지만, 저명상표인지의 여부는 객관적으로 명확하지 않으므로, 상표권자로서는 일단 소부터 제기하여 법원의 판단을 받고자 할 것이며, 경제적 약자가 피고일 경우에는 소송비용 등의 부담 때문에 도메인 이름을 포기할 수도 있다.³²⁵⁾ 그렇게 되면 혼동 가능성이 적용되는 범위는 매우 제한되고 결국 상표권자는 稀釋化를 먼저 주장하고, 혼동 가능성은 보충적으로만 주장할 것이 예상된다. 특히 대중매체를 통한 광고 및 마케팅활동이 활발한 근래에 이르러서는 TV나 인터넷을 통해 광고되는 것이 저명상표로 오해될 여지가 많다는 점에서 稀釋化 주장은 남용될 여지가 많다.

따라서 이러한 문제점을 해결하려면 稀釋化 조항을 적용함에 있어서 엄격한 기준이 필요하고³²⁶⁾ 그 요건 및 적용범위가 어느 정도 예측가능하여야 한다. 稀釋化에 관한 우리나라 개정 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목은 시행된지 얼마되지 않아 判例가 많이 축적되지 못하였으므로, 외국 판결을 참고하여 著名商標權者와 다른 표지이용자간의 이익형량을 맞추도록 적용기준과 해석지침을 마련할 것이다. “Guns are We 사건”은 稀釋化 여부에 관한 판단은 단순히 상표나 도메인 이름의 외관에 대한 형식적 심사에 의할 것이 아니라 “구체적 사례에 따라 종합적인 판단”에 의하여 한다는 점을 보여주고 있다. 특히 인터넷 사용자가 피고의 웹사이트를 방문하였을 때 나타나는 온라인 화면도 판단요소로서 고려하였다는 점은 주목할 만하다.³²⁷⁾ 다만 우리나라 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목의 稀釋化 조항은 상표 손상만 금지하므로 미국의 판결

325) 미국 판결 중에도 하급심과 상급심이 같은 상표에 대한 저명성 판단을 달리 한 예가 있다. *Avery Dennison Corporation v. Jerry Sumpton, et al.*, 189 F.3d 868(9th Cir. 8/23/99). 1심법원은 원고 상표의 저명성을 긍정하는 전제에서 원고 승소 판결을 내렸음에 반해, 항소법원은 원고 상표의 저명성을 부정하였다. 법원에서도 저명상표에 관하여 서로 다르게 판단할 수 있으므로 商標權者로서는 일단 주장부터 할 여지가 있다.

326) 실제 미국에서조차도 저명상표 소유자의 독점권을 지나치게 확대시킨다는 비난에 따라 저명상표의 개념을 엄격하게 해석하여야 한다는 입장이 대두되고 있다(최덕철, 「유명상표에 관한 외국의 분쟁사례연구」, 『창작과 권리』 제20호(2000년 겨울), 세창출판사, 101면 참조).

327) 법원은 “조심스러운 소비자라면 Toys“R”us가 총기류를 사고 파는 웹사이트를 후원할 것이라고 오인하지는 않을 것”이라고 지적하면서, “gunsareus.com”은 원고의 상호를 특징지어주는 “R”을 사용하지 않고 be동사인 “are”이라는 단어를 사용하였다는 점을 강조하였다. *Toys“R”Us, Inc. v. Feinberg and Guns Are We*, 1998 WL 760219(S.D.N.Y., Oct. 28, 1998) 판결문 참조.

을 참고만 할 뿐, 우리의 실정에 맞게 새로운 기준과 지침을 마련할 필요가 있다.

한편 미국 희석화방지법은 稀釋化를 적용하기 위해, 미국법상 형평의 원칙(the principle of equity)을 요구하는 바, 우리 법 해석으로도 조리상 판단의 참작요소로 반영할 수 있다. 따라서 저명상표를 희석하는 도메인 이름의 사용금지를 청구할 때에는 “그 필요성이 형평, 비례의 원칙상 타당한 경우”로 한정하는 것이 타당하다.³²⁸⁾

7) 새로운 稀釋化 類型的의 認定 여부

도메인 이름의 선점을 위해 등록만 하고 웹사이트를 개설하지 않거나 “공사중”이라는 게시만 하고 도메인 이름을 영업표지로서 사용하지 않는 경우 단순 선점을 위한 등록에 대하여 희석화를 인정하여 금지할 수 있는지 다툼의 여지가 있다. 그런데, 부당한 대가를 얻기 위해 저명상표를 도메인 이름으로 등록하는 사이버스쿼팅의 사례에서 미국 일부 판결은 기존의 상표 약화 및 손상과는 다른 방식으로 희석화를 인정한 예가 있다.

먼저 Panavision 사건³²⁹⁾에서 피고 Toeppen은 panavision.com, intermatic.com 등 많은 저명상표의 도메인 이름을 등록하고 商標權者들에게 도메인 이름을 판매하려고 하였는데, 미국 법원은 이를 희석화 이론으로 접근하였다. 법원은, 피고가 원고 표지의 가치 위에 거래를 하고 있는 것으로서 인터넷상 등록을 유지하고 있는 한 원고의 인터넷상 상표 가치의 증대를 막는 것이라는 이유로 영리적 사용을 긍정하면서, “소비자들은 정확한 회사 이름을 모를 경우 도메인 이름이 회사의 명칭일 것이라고 생각한다”고 전제하고, 도메인登錄人의 다수 저명상표와 동일·유사한 명칭의 도메인 이름을 등록하는 행위에 관하여 “저명상표와 도메인 이름이 일치할 것이라고 생각하는 소비자의 기대를 어긋나게 하고, 인터넷에 그 著名商標權者의 인터넷상 웹사이트를 찾지 못하게 되어 생기는 실망, 분노 등으로 말미암아 더 이상 그 著名商標權者의 (다른) 홈페이지

328) 15 U.S.C. §1125 (c) (2) 원문 참조. “In an action brought under this subsection, the owner of the famous mark shall be entitled only to injunctive relief as set forth in section 1116 of this title unless the person against whom the injunction is sought willfully intended to trade on the owner's reputation or to cause dilution of the famous mark. If such willful intent is proven, the owner of the famous mark shall also be entitled to the remedies set forth in sections 1117(a) and 1118 of this title, *subject to the discretion of the court and the principles of equity.*” 曹廷昱, 「인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法적 問題에 관한 研究」, 64면 참조.

329) Panavision International L.P. v. Dennis Toeppen, 141 F.3d 1316 (9th Cir. April 17, 1998) No. 97-55467.

를 탐색하지 않을 것이다”³³⁰)라는 근거로 稀釋化 성립을 긍정하였다. 위 판결은 투기라는 부정한 목적뿐만 아니라, 도메인 이름의 유도적 기능에 기한 최초 관심의 혼동 등 제반사정을 종합적으로 참작한 것으로 보인다. 다만 위 Panavision 사건은 상표와 동일·유사한 도메인 이름의 등록 행위 자체를 바로 稀釋化行爲로 본 것이라기보다는 도메인登錄人이 저명상표를 등록하고 이를 부당한 대가를 받고 되팔려고 했다는 부정한 목적에 중점을 두고, 경쟁질서의 유지를 위해 내린 판결로 보아야 할 것이지, 위 판결 이론을 임의로 확장하여 일반화시키는 것은 무리일 것이다.

비슷한 사례인 Avery Dennison 사건³³¹)에서는 도메인登錄人인 피고가 12,000개의 “.net” 도메인 이름을 등록하였는데, 대부분 성(姓)을 따랐고 당해 도메인 이름들은 전자메일의 제공에 사용하였는바, 1심 판결³³²)은 도메인登錄人에 대하여 Panavision 사건과 유사한 근거로 稀釋化에 해당한다고 하였으나,³³³) 항소심 판결³³⁴)에서는 원심을 번복하였다. 항소법원은 원고 상표의 저명성을 부인하기는 하였지만, 설사 저명성을 인정하더라도 성(姓)을 상표의 지위로 사용한 것이 아니고 단지 성 자체로만 사용할 의도가 있었다고 인정하여 稀釋化에 해당하지 않는다고 하였다. 이 판결에서 법원은 Panavision 사건에서처럼 특정 도메인登錄人이 다수의 도메인 이름을 등록하였다 하더라도 그 등록 자체만으로 당연히 稀釋化는 아니라는 점을 밝힌 중요한 판결이다.

이와 같이 不正한 目的으로 다수의 저명상표와 동일·유사한 도메인 이름 등록에 관하여 稀釋化 조항을 적용할 것인지는 긍정적 입장과 부정적 입장이 있을 수 있는데, 좀더 判例의 축적을 기다려야 할 것으로 보인다. 다만, Panavision 판결을 지지하더라도 부정한 목적으로 저명상표가 아닌 등록상표 또는 주지상표를 등록한 경우에는 현행 법 해석상 이를 규제하기 어렵다는 한계는 그대로 있다.

(3) 民法에 의한 侵害 여부

(가) 權利濫用 및 信義誠實의 原則 違反 여부

부당한 대가를 얻기 위하여 등 不正한 目的으로 도메인 이름을 등록, 사용하는 것은

330) *Jews for Jesus v. Brodsky*, 993 F.Supp. 282(D.N.J. March 6, 1998). Lechner 지방법원 판사의 설명을 인용.

331) *Avery Dennison Corporation v. Jerry Sumpton, et al.*, 189 F.3d 868 (9th Cir. 8/23/99)

332) 999 F.Supp. 1377(C.D.Cal. 1998).

333) 1심 법원은 피고의 도메인 이름 등록, 사용에 대하여 稀釋化를 인정하면서도 형평의 원칙에 따라 원고로 하여금 피고에 대하여 도메인 이름 이전에 관한 보상을 하도록 명하였다.

334) 189 F.3d 868(9th Cir. 8/23/99).

도메인 이름이 하나만 존재한다는 유일성을 남용하였다고 볼 수 있다.³³⁵⁾ 우리나라 商標法과 不正競爭防止法상으로 商標權者를 직접 구제하기 어려우므로, 이를 민법상 權利濫用 또는 信義誠實의 原則 위반으로 보아 규제할 수 있는지 여부가 문제된다.

우리나라 判例는 권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 권리를 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 한다고 한다.³³⁶⁾ 사이버스쿼팅의 경우 民法上의 權利濫用 또는 信義誠實의 原則을 違反하는지에 관하여, 하급심 법원은 “피신청인(도메인登錄人)이 도메인 판매를 그 영업목적으로 정하고 있는 사실 및 피신청인이 이 사건 도메인 이외에 도메인 네임을 등록하고 있는 사실만으로 피신청인이 이 사건 도메인을 선점하여 타인에게 매도할 목적으로 등록하였다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 소명이 없을 뿐더러 그와 같은 행위가 신의칙에 저촉되는 행위라고 단정할 수도 없다”는 이유로 상호금지가처분신청을 기각한 바³³⁷⁾이 있다. 이에 의하면 不正한 目的의 登錄 즉 사이버스쿼팅은 구체적 사례에 따라 權利濫用 또는 信義誠實의 原則 위반 여부를 판단할 수는 있으나, 단순한 등록만으로는 信義誠實의 原則에 반한다고 볼 수 없는 것으로 이해된다. 다만 도메인 이름의 登錄, 使用이 商標權者에게 고통을 가하여 거액의 양도대금을 받을 목적으로 도메인 이름을 등록, 사용하고 있다는 사실을 입증할 수 있다면 權利濫用의 법리가 적용될 여지는 있다.³³⁸⁾

(나) 기타 民法 規定의 適用 여부

도메인登錄人이 상표와 동일한 문자를 도메인 이름으로 사용함으로써 상표의 식별력이 약화 또는 감소되었고 이는 商標權者의 상표권에 대한 사실상의 지배상태에 대한 약화 및 감소와 동일하므로 민법상의 재산권에 대한 준점유에 기한 방해배제 내지 방해예방청구권에 의하여 도메인登錄人에 대하여 홈페이지에서 商標權者의 상표 및 이와 동일한 도메인 이름을 사용하지 말 것과 말소할 것을 청구할 수 있는지 여부에 관하여, 하급심 판결 중에 “도메인 이름의 사용 사실만으로 상표의 식별력이나 商標權者의

335) 제1차 WIPO 보고서에서도 부당이익을 얻기 위한 단순선점행위를 사이버스쿼팅이라는 개념보다 “濫用的 登錄(abusive registration)”이라고 표현하고 있다.

336) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083 판결 등.

337) 서울고등법원 2001. 7. 4. 선고 2000라452 판결.

338) 부산고등법원 2001. 7. 27. 선고 2000나13078 판결; 취지 유사의 판례로는 대법원 1964. 11. 10. 선고 64다720 판결 참조.

상표권에 대한 사실상의 지배상태가 약화 또는 감소되었다고 단정하기 어렵다”고 판시한 예가 있다.³³⁹⁾

한편 대리점 계약을 체결하면서 도메인등록인이 商標權者의 사전승인을 받지 아니하고는 상표를 영업에 사용하지 않는다는 약정을 한 경우, 도메인등록인이 商標權者의 사전승인 없이 도메인 이름을 등록 및 사용하는 것은 계약위반이다.³⁴⁰⁾

나. 救濟手段

(1) 侵害禁止請求

(가) 도메인 이름 使用禁止請求

도메인 이름이 상표 등을 침해하였다고 인정되는 경우 登録商標權者 또는 專用使用權者는 자기의 권리를 침해한 자 또는 침해할 우려가 있는 자에 대하여 그 침해의 금지 또는 예방을 청구할 수 있고(商標法 제65조 제1항),³⁴¹⁾ 不正競爭行爲로 인하여 자신의 영업상의 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 不正競爭行爲를 하거나 하고자 하는 자에 대하여 법원에 그 행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다(不正競爭防止法 제4조 제1항). 따라서 商標權者는 이와 같은 商標法상 또는 不正競爭防止法상의 금지청구권에 기하여 도메인 이름 使用禁止請求를 할 수 있으며, 금지청구권을 피보전권리로 하여 도메인 이름의 사용에 대한 금지가처분을 할 수 있다.³⁴²⁾

판결에서 도메인 이름의 사용을 금지하는 주문을 낼 경우 그 형식은 어떻게 할 것인지 문제된다.

1) 법원은 판결문에서 상표 “abc” 문구가 포함된 도메인 이름의 사용을 금지하거나 그 “abc”가 포함된 문자를 인터넷 홈페이지상 표시하여서는 아니된다는 취지의 주문을 내는 경우³⁴³⁾가 있는데, 이는 도메인등록인의 표현의 자유를 지나치게 제한할 우려가 있다. 예컨대, ABC라는 상표의 상품을 사용한 것에 대하여 소비자 운동을 하거나 토

339) 부산고등법원 2001. 7. 27. 선고 2000나13078 판결.

340) 서울지방법원 2000. 11. 10. 선고 2000가합31286 판결.

341) 商標法 제66조는 일정한 행위에 대하여 상표권 침해로 간주한다.

342) 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 결정; 서울지방법원 남부지원 2001. 9. 20. 선고 2001카합1626 판결.

343) 서울지방법원 1999. 11. 24. 선고 99카합2819 결정은 하이마트, 하이-마트, himart, HIMART, Himart 등을 열거하면서 마지막 항에는 “11. 위 1 내지 10의 문자를 포함한 문자”를 도메인 이름이나 홈페이지에 사용할 수 없도록 결정하였다.

론의 장을 마련하기 위해 “abcsucks.org” 또는 “anti-abc.com”과 같은 비판, 패러디 등의 비영리적, 공익적 사용도 가능할 수 있는데, 위 판결 주문에 의하면 이러한 표현도 할 수 없게 된다. 또 극단적으로 해석하게 되면 홈페이지에 이를 표현할 수 없게 되므로 당해 도메인 이름이 아닌 전혀 다른 XYZ.com이라는 도메인 이름을 등록하고, 웹사이트에서 ABC 상표의 상품을 소개하거나 당해 상품을 정식으로 판매하거나 홍보하기 위한 표현조차 금지되게 된다는 결론에 이를 수 있는바, 과잉금지의 원칙에 벗어난 과도한 제한이 될 여지가 있다. 물론 당해 판결은 不正競爭行爲를 한 자에 대한 것이지, 일반인에 대한 것은 아니기 때문에 위와 같은 주문에 문제가 없다고 반박할 수도 있으나, 당해 도메인登錄人에게 금지되는 행위는 不正競爭行爲에 국한할 뿐이지, 그 이외에 다른 허용되는 행위까지 금지된다고 할 수는 없다는 점에서 금지의 범위는 법의 목적에 부합하는 수준에 그쳐야 할 것이다. 일본 하급심 판결 중 “피고는 그 홈페이지에 의한 영업활동에 ‘JACCS’의 표시를 사용하여서는 아니된다”라고 주문을 낸 사례³⁴⁴⁾가 있는데, 이와 같이 그 使用禁止의 범위를 “영업활동에 국한”함으로써 正當한 使用은 허용하는 것이 不正競爭防止法의 원래 목적에도 부합한다고 본다.

2) 일본의 위 판결 주문 제1항에서 “홈페이지에 의한 영업활동”에 도메인 이름을 사용하는 것을 금지하고 있는데, 홈페이지의 의미가 무엇인가와 관련하여 그 정의가 명확하지 않다는 지적이 있다.³⁴⁵⁾ 이 견해에 의하면 일반적으로 “홈페이지”란 웹 브라우저에서 어떤 웹사이트를 방문하였을 때 최초로 표시되는 화면을 지칭한다고 하고 이는 웹사이트의 초기화면만을 가리키므로 동일 웹사이트의 다른 웹페이지는 포함하지 못하는 문제가 있으므로 금지의 장소를 홈페이지로 국한할 것이 아니라 “웹사이트”로 해야 한다고 설명한다. 이는 홈페이지와 웹사이트, 웹페이지라는 용어의 혼동에서 오는 문제라 할 것인데, 홈페이지나 웹사이트에서 도메인 이름과 같은 표시를 사용할 수 없게 할 때에는 판결문 본문에서 홈페이지 또는 웹사이트의 정의를 분명히 할 필요가 있다. 이미 도메인 이름이 商標權者 또는 商號權者의 권리를 침해하였다면 웹사이트뿐만 아니라 전자메일에도 사용하지 못하도록 할 필요가 있다.³⁴⁶⁾

344) 日本 富山 地裁 2000. 12. 6. 判決, 1998년(7) 제323호 不正競爭行爲금지 등 청구사건, 判例 타임즈 No.1047(2001.2.15.), p.p.297-302. 이 판결에 대하여, ① 우리나라 평석은 윤선희, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山)」, 『地裁判決』, 80-95면 참조. ② 일본 평석은 岡村久道, 「ドメイン名紛争の法的解決, 上・下 : JACCS事件判決 (富山地判平12・12・6)に寄せて」, NBL 706號 (2001.02) 14-21면, NBL 707號 (2001.02) 54-62면; 土肥一史, 「ドメイン名の使用差止を求めたジャックス訴訟に係る富山地裁判決」, 『法律のひろば』 54卷 5號 (2001.05) 73-80면 등.

345) 윤선희, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山) 地裁 판결」, 92-93면 참조.

또 위 일본 판결 주문 제2항은 “http://www.jaccs.co.jp”를 사용하여서는 아니된다고 결정하였는데 이는 www 서비스로 도메인 이름을 사용하는 경우에만 제한이 되므로 추후 새로운 기술발달로 차세대 인터넷 주소가 등장할 경우 그 표시의 변화에 따라 금지의 범위에서 벗어날 우려가 있다. 따라서 통칭하여 도메인 이름 또는 인터넷 주소로 사용할 수 없다고 결정하는 것이 안정된 보호를 가능하게 할 것이다.³⁴⁷⁾

(나) 도메인 이름 登錄抹消請求

商標法 제65조 제2항 및 不正競爭防止法 제4조 제2항은 위 금지청구를 할 때에는 침해행위를 조성한 물건의 폐기, 침해행위에 제공된 설비의 제거 기타 침해의 예방에 필요한 행위를 청구할 수 있다. 도메인 이름 使用禁止 이외에 더 나아가 필요한 조치로 도메인 이름 登錄抹消까지 인정할 수 있는지 여부에 관하여는 혼동의 요소만 제거하면 되지 도메인 이름의 등록까지 말소시킬 필요가 있는지에 관하여 논란이 있을 수 있으나, 도메인 이름 등록 그 자체가 혼동을 유발할 수 있는 원인이 되고, 使用禁止를 하더라도 추후 등록된 도메인 이름 사용과 관련하여 登錄商標權 侵害나 混同可能性, 稀釋化의 가능성은 그대로 남게 되어 침해의 여지가 남아있으므로 침해행위의 중국적 근절을 위해 도메인 이름의 등록을 말소할 필요가 있다는 점에서 登錄抹消를 필요한 조치로서 인정할 수 있다. 우리나라 법원도 침해금지를 위한 필요한 조치로서 도메인 이름의 登錄抹消를 명하고 있다.³⁴⁸⁾

登錄抹消節次履行請求의 相對方은 현재 도메인登錄人이며 종전에 도메인登錄人이었던 자는 포함하지 않는다.³⁴⁹⁾ 한편 .kr 도메인에 관한 한국인터넷정보센터의 도메인 이름등록관리규정 제5조 제3항은 대한민국에 사무소를 두지 아니한 외국법인 또는 단체와 대한민국에 주소를 두지 아니한 외국인은 도메인 이름의 등록을 신청할 수 없다고 규정하고 있는데, 도메인 이름을 등록할 수 없는 당사자가 도메인 이름의 使用禁止뿐만 아니라 登錄抹消請求도 할 수 있는지가 문제된다. 우리나라 하급심 법원은 도메인 이름의 등록신청 자격이 없는 자가 登錄抹消를 청구할 수 없다는 취지의 판시를 한

346) 도메인 이름은 다르나, 웹페이지의 구성이나 편집이 유사하여 부정경쟁방지법이 적용될 경우 사용금지청구의 내용에 도메인 이름 등록말소도 포함되는지 문제될 여지가 있지만, 도메인 이름의 등록말소가 상표의 혼동 가능성과 직접적인 관련이 없다면, 웹페이지의 사용중지 또는 폐쇄만 하면 될 것이지, 도메인 이름까지 등록 말소하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반될 여지가 있다.

347) 윤선희, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山) 地裁判決」, 92-93면 참조.

348) 서울고등법원 2000. 11. 15. 선고 99나61196 판결.

349) 서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합5188 판결.

사례³⁵⁰)도 있는 반면, 외국법인이 한국인터넷정보센터에 도메인 이름을 등록할 수 없다 하더라도 위 사유만으로 외국법인이 도메인登錄人에 대하여 상표권 침해행위 및 부정경쟁행위에 대한 예방의무의 이행으로서의 도메인 이름의 登錄抹消節次의 이행을 구할 수 없다고 볼 근거가 없다고 판시한 사례³⁵¹)도 있다. 국내에 널리 알려진 타인의 표지인 경우에는 부정경쟁방지법에 의한 금지청구를 할 수 있으므로 도메인 이름의 등록이 가능한지 여부는 별개의 문제이다. 따라서 후자의 판결이 타당하다고 본다.

(2) 損害賠償請求

商標權者는 故意 또는 過失로 자기의 商標權을 侵害한 자에 대하여 損害賠償을 청구할 수 있는바(민법 제750조), 商標法은 商標權者의 입증경감을 위해 損害額 推定 規定(商標法 제67조)과 故意 推定規定(商標法 제68조)을 두고 있다. 그러나 손해배상의 범위를 산정함에 있어, 도메인 이름의 登錄 및 使用으로 인하여 商標權者에게 어떠한 손해가 발생하였고 그 액수는 어느 정도인지를 판단하기는 입증하기 곤란하다.³⁵²⁾

損害의 客觀的 範圍 이외에 不正競爭防止法 제5조 但書는 商標 損傷에 의한 損害賠償責任에 故意를 요하고 있다. 과실을 포함하지 않음으로써 상표 손상에 의한 손해배상을 제한한다. 상표 손상은 비경쟁관계에서 혼동 가능성이 없는 경우에도 인정될 수 있으므로 고의의 판단은 제반사정을 엄격하게 종합적으로 고려하여 판단할 것이다.

(3) 信用回復請求

商標法 제69조에서는 “법원은 고의 또는 과실에 의하여 상표권 또는 전용사용권을 침해함으로써 商標權者 또는 전용사용권자의 업무상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 商標權者 또는 전용사용권자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 商標權者 또는 전용사용권자의 업무상의 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 신용회복을 구하는 자는 도메인登錄人의 도메인 이름 사용행위로 말미암아 청구인의 영업상 신용이 실추되어 그 회복을 위해 신용회복조치를 취할 필요가 있다는 점을 증명해야 한다.³⁵³⁾ 사죄광고는 헌법재판소의 위헌결정³⁵⁴⁾ 때문

350) 창원지방법원 2000. 9. 28. 선고 99가합9363 판결.

351) 서울고등법원 2002. 10. 30. 선고 2002나9860 판결.

352) 서울고등법원 2002. 7. 3. 선고 2001나19884 판결. 법원은 원고의 손해배상책임에 관한 발생, 인과관계, 손해의 범위 등에 관한 입증이 부족하다는 이유로 손해배상청구를 배척하였다.

353) 서울지방법원 남부지원 2001. 9. 20. 선고 2001카합1626 판결.

354) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정. 관련 문헌으로는, 尹眞秀, 「謝罪廣告制

에 할 수 없으며 다만 판결문의 공시나 웹사이트상에 그 취지를 일정기간 동안 게재하도록 하는 등의 방법을 사용할 수 있다. 한편 신용회복청구를 가처분으로 신청한 경우 법원은 그 가처분신청이 잠정적인 조치로서의 임시의 지위를 정하는 가처분에 해당하므로 적절하지 않다고 실시하였다.³⁵⁵⁾

(4) 刑事的 制裁

商標法 제93조는 등록상표권 및 전용사용권의 침해행위를 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하는 것을 규정하고 있다.³⁵⁶⁾ 不正競爭防止法 제18조 제3항 제1호는 침해자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처할 것을 규정하고 있다. 不正競爭防止法은 혼동의 해석을 점차 확대하고 있으며, 상표의 손상행위까지 금지하고 있는바, 영업활동의 갈등을 민사적으로 해결하는 것을 원칙으로 하고 형사처벌은 예외적인 경우에만 인정하는 것이 타당하다. 특히 상표손상의 경우에는 도메인 이름이 저명상표와 동일한 명칭임을 인식한 경우 고의를 인정할 여지가 있으나, 그 손상행위가 불법한지 여부는 법적 판단의 여지가 많은데, 법률의 부지는 용서받지 못한다는 입장을 강조할 경우에는 형사처벌의 범위가 너무 넓어질 우려가 있다.

2. 도메인 特有의 紛爭解決方法

가. UDRP

(1) 侵害要件

(가) 商標와 同一·類似한 도메인 이름의 登錄 및 使用

1) 商標와 同一·類似

UDRP는 도메인등록인이 등록, 사용하는 도메인 이름이 商標와 同一하거나 混同을 초래할 정도로 類似할 것을 객관적 요건으로 규정하고 있다. 상표의 개념이나 범위는

도와 民法 第764條의 違憲與否, 『憲法裁判資料』 5輯 (1992.12), 한국사법행정학회, 290-322면; 成樂寅, 「名譽毀損에 대한 謝罪廣告制度의 憲法裁判所의 決定」, 『言論仲裁』 12卷 1號 (42號) (1992.03), 27면 이하 참조.

355) 서울지방법원 남부지원 2001. 9. 20. 선고 2001카합1626 판결.

356) 앞에서 본 하이마트 사건과 관련하여 전자제품 유통업체인 하이마트(HI-MART)의 상표와 유사한 도메인 이름인 “www.himart.co.kr”을 등록해 쇼핑몰을 운영해온 도메인등록인에 대하여 商標法 위반을 이유로 징역형 및 집행유예를 선고한 예가 있다(서울지방법원 2000. 11. 14. 선고 2000고단5178 판결).

상표의 속지주의성 때문에 각국의 商標法에 따라 다른데, UDRP는 이에 대비하여 상표의 정의에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않으므로 실제 UDRP 결정에서는 패널이 UDRP 제15조 (a)항을 이유로 상표에 관하여 임의로 선택한 법에 따라 판단하는 경우가 많다.³⁵⁷⁾ 다만 상표로 인정되는 한 등록상표일 필요는 없다.

UDRP는 상표에만 적용되므로 상호, 성명, 지리적 명칭 등에는 적용되지 않는 것이 원칙이다.³⁵⁸⁾ 그러나 상당수의 UDRP 결정에서 각 패널마다 상표와 다른 표지 간의 기준을 엄격히 적용하지 않으며, 특히 상호, 성명, 지리적 명칭이라도 사용되어 출처표시의 기능을 한다고 인정될 경우에는 상표로 보는 경향도 있다.³⁵⁹⁾ UDRP를 적용함에 있어 상표의 개념을 너무 넓게 인정하면 UDRP 결정이 특정 국가의 국내법과 모순될 수 있는데, 그 결정에 불만을 가진 도메인등록인은 그 결정의 집행을 저지하려는 소를 제기하게 되고, 이 경우 UDRP 결정과 법원의 판결간에 갈등이 야기될 수 있다.³⁶⁰⁾

도메인 이름에 관한 동일·유사성의 판단에 있어서 “www”나 “.com 또는 .co.kr” 등의 부분은 비교대상에서 제외된다. 도메인 이름은 문자와 숫자, 하이픈 등 표현할 수 있는 방법에 한계가 있으므로 그 동일·유사성의 판단에 있어 상표와 결합된 도안이나 색채 등은 고려의 대상이 될 수 없고 문자와 숫자로만 비교할 수밖에 없다는 점에서 商標法이나 不正競爭防止法 상의 동일·유사 판단과 차이가 있다. 그러나 도메인 체계가 세분화되어 지정상품과 유사하게 각기 자기의 영역(예컨대, .aero는 항공산업, .music은 음반사업 관련 등)을 구분할 수 있게 되면, 일반도메인이나 국가도메인의 구분도 지정상품과 유사하게 동일·유사성의 판단기준이 될 수 있을 것이다.

2) 도메인 이름의 登錄 및 使用

“도메인 이름”에 관한 것이므로 메타태그(metatags)에 의한 상표권 침해는 UDRP의 적용범위에 포함하지 않는다.³⁶¹⁾

357) 이 논문 제4장 II.1. 참조.

358) Gordon Sumner, p/k/a Sting v. Michael Urvan, WIPO Case No. D2000-0596 참조.

359) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1039-1040면 참조. 예컨대, 지리적 명칭(Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc., WIPO No. D2000-0505)(barcelona.com).

360) 丁相朝, 「도메인 이름 분쟁의 해결을 위한 행정절차」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 제12기 인터넷과 법률과정(2001. 9. 22. 발표문), 4면.

361) Rollerblade v. CBNO, WIPO No. D2000-0427. 이 사안에서 UDRP 신청인은 도메인 등록인이 UDRP 신청인의 상표를 메타태그 방식으로 부적절하게 사용한다고 주장하였으나, 패널은 타인의 상표를 메타태그로 사용하는 것은 UDRP에서 처리할 수 있는 범

도메인 이름의 “登錄 및 使用”이므로 등록뿐만 아니라 사용 시에도 不正한 目的을 가지고 있어야 한다고.³⁶²⁾ 따라서 不正한 目的의 등록만 있는 경우 및 처음 선의로 등록된 후 不正한 目的으로 사용하는 경우에는 UDRP를 적용할 수 없다. 이에 대해 WIPO 국가도메인 보고서³⁶³⁾는 도메인 이름의 “登錄 및 使用” 요건이 지나치게 엄격하다고 비판하면서 국가도메인 분쟁해결규정의 경우에는 그 요건을 “不正한 目的의 登錄 또는 使用”으로 완화할 것을 권고한다. 그리고 새로 생성되는 일반도메인인 .biz에 관하여도 STOP 제4조는 “不正한 目的의 登錄 또는 使用”으로 요건을 완화하고 있다.

그런데, 이러한 요건에도 불구하고 도메인 이름 등록 후 그 도메인 이름을 오랜기간 동안 현실적으로 사용한 바가 없이 보유만 하는 경우 不正한 目的이 있다고 인정하여 도메인 이름의 등록이전을 결정한 사례³⁶⁴⁾가 있다. 그러나 UDRP 제4조 a항의 요건은 분명히 도메인 이름의 “登錄 및 使用”이므로 위와 같은 해석과 적용은 원래의 금지요건을 무한정 확대할 우려가 있고, 설사 도메인등록인에게 不正한 目的이 인정되어 당해 사건에서 구체적 타당성을 위해 UDRP의 금지범위를 확대한다면 이는 도메인등록인의 예측가능성을 넘는 제재이므로 법적 안정성을 해할 수 있다.³⁶⁵⁾

(나) 도메인 이름과 關聯된 權利 또는 正當한 利益의 不存在

UDRP 신청인은 “상표와 동일·유사한 명칭의 도메인 이름 登錄 및 使用”과 “不正한 目的”을 주장, 입증한 후 “도메인등록인에게 權利 또는 正當한 利益이 없다”는 것까지 입증하여야 한다.³⁶⁶⁾ UDRP 신청인은 소극적 사실을 입증해야 한다는 어려움이

위를 넘은 것이라고 실시하였다.

362) Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors Modesl[sic] International, Inc. (SAMI), WIPO No. D2001-0782; Telstra Corp. Ltd. v. Nuclear Marshmallows, WIPO No. D2000-0003; Kabushiki Kaisha Toshiba v. Distribution Purchasing & Logistics Corp., WIPO No. D2000-0464. 등.

363) <<http://ecommerce.wipo.int/domains/cctlds/bestpractices/index.html>>[2002.11.20.] 참조.

364) Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha d/b/a Toyota Motor Corporation v. S&S Enterprises Ltd., WIPO No. D2000-0802(패널이 도메인등록인의 사이트를 방문하였지만 홈페이지가 만들어지지 않았고 어떠한 콘텐츠에도 접근할 수 없었다고 설명함); Telstra Corporation Limited v. Nuclear Marshmallows, WIPO No. D2000-0003(이 사안에 대하여 패널은 도메인등록인의 연락정보의 은폐도 不正한 目的의 판단요소로 포함).

365) Loblaw, Inc. v. Yogeninternational, eResolution AF-0164. 이 결정에서 패널은 도메인 등록인의 不正한 目的이 인정될 수도 있으나 UDRP 요건을 엄격하게 해석하여 도메인 등록인이 어떠한 목적으로도 사용한 바 없으므로 UDRP의 적용을 배척하였다.

있는데, 실제 UDRP 決定에서 신청인이 앞의 두 요건만 입증을 하면 권리 및 정당한 이익에 관하여도 일응의 소명이 있다고 보고 도메인등록인이 UDRP 제4조 요건의 존부를 다투는 것이 보통이다.³⁶⁷⁾ UDRP는 도메인등록인이 UDRP 제4조 c항에서 예시된 사유 즉 도메인 이름의 사용 또는 그 준비하고 있었던 경우, 도메인 이름으로 널리 인식되는 경우, 도메인 이름을 비영리적 또는 공정 사용하는 경우 등을 입증하면 권리 또는 正當한 利益이 있는 것으로 인정한다.³⁶⁸⁾

UDRP 제4조 c항은 궁극적으로 商標權者와 도메인등록인 간의 이해관계를 공평하고 균형되도록 하기 위한 것이므로 구체적 사례에 대한 판단도 이러한 기준에 부합해야 한다. 상표와 도메인 이름은 그 기능과 취지를 달리 하므로, 도메인등록인이 商標權者로부터 상표의 사용허락(License)을 받았더라도 商標權者가 따로 도메인 이름의 사용까지 허락한 것이 아니라면 도메인등록인은 상표의 사용허락 범위 내에 도메인 이름 등록 및 使用 권한을 부여받은 것은 아니므로 商標權者보다 먼저 등록한 사실만으로 권리 또는 正當한 利益이 인정되지 않는다.³⁶⁹⁾ 그리고 도메인등록인이 도메인 이름을 사용하고 있거나 그 준비를 하고 있었던 경우라도 그 사용이나 준비가 不正한 目的을 숨기기 위한 위장에 불과하다면³⁷⁰⁾ 권리 또는 正當한 利益이 없다고 할 것이다.

(다) 不正한 目的의 登錄 및 使用

1) 不正한 目的의 意味

UDRP 제4조 a항 (iii)은 상표와 동일·유사한 도메인 이름 등록 및 使用뿐만 아니라 “不正한 目的(in bad faith)”³⁷¹⁾도 요하는바, 商標法이나 不正競爭防止法의 침해금지

366) 「도메인 분쟁해결의 사례 분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2001. 11., 6면.

367) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1042면 참조.

368) 도메인등록인의 권리 또는 正當한 利益의 범위에 대한 설명은 “Ⅲ. 도메인 이름 권리의 보호” 참조.

369) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1042면 참조. Thomas Cook Holdings Ltd. v. Vacation Travel, WIPO Case No. D2000-1716.

370) ISL Marketing AG, and The Federation Internationale de Football Association v. J.Y. Chung, Worldcup2002.com, W Co., and Worldcup 2002, Case No. D2000- 0034.

371) “bad faith”를 “惡意的”이라고 번역하기도 하나, 惡意라는 개념이 우리나라 민법에서는 “어떤 사실을 인식하고 있는 주관적 상태”를 의미하는 경우가 많고, UDRP에서의 “bad faith”의 구체적 내용이 우리나라 법상 “不正한 目的”과 그 의미가 유사하므로 이 논문에서는 “不正한 目的”으로 해석하기로 한다. 참고로 일본 不正競爭防止法 제2조 제1항

요건과 구별되는 특징적 요소이다. 영미법에서 “good faith”³⁷²⁾에 대응하는 개념으로서 “dishonesty of belief or purpose”라고 하고 일반적으로 “不誠實” 또는 “惡意”, “害意”라고 설명하기도 하지만,³⁷³⁾ 그 해석 및 범위에 관하여는 명확하게 확정할 수 없다고 한다.³⁷⁴⁾ 다만 법원의 판결에 의하여 구체적 사례에 따라 일정한 유형의 행위에 대하여 bad faith가 있다고 판단할 뿐이다.³⁷⁵⁾ 한편 “bad faith”는 UDRP 이외에도 1999년 WIPO 저명상표 보호규범 제6조, 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법³⁷⁶⁾ 등에서도 규정되어 있다.

UDRP 제4조의 bad faith(不正한 目的)을 우리나라 법제상 어떻게 해석하고 적용해야 할 것인지가 문제된다. 민법 상의 “고의”는 知, 不知를 기준으로 하고 있다는 점에서 bad faith의 의미를 충분히 담고 있다고 보기 힘들다. 한편 타인을 해할 의사인 “해

제12호에서도 “부정한 이익을 얻을 목적”을 요건으로 규정하고 있다.

372) “bona fides”라고도 하며, 일반적으로 “선의” 또는 “信義誠實”로 번역되기도 하나[長谷川俊明, 『法律英韓辭典』, 147면; 田中英夫, 『英美法辭典』, 東京大學出版會, 1991(이하 “田中英夫, 『英美法辭典』”이라 한다), 384면], 그 의미는 일의적으로 확정되지 않고 구체적 사안에서 각 내용에 따라 그 해석을 달리하는 불확정개념이다. 따라서 영미법에서도 예시적 유형으로서 ① honesty in belief or purpose (목적의 정직, 성실) ② faithfulness to one's duty or obligation (의무의 충실) ③ observance of reasonable commercial standards of fair dealing in a given trade or business (공정한 거래의 합리적 상사 기준의 준수) ④ absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage (기망 또는 부당한 이익추구 의도의 부존재) 등을 들고 있을 뿐이다{Black's Law Dictionary (Seven Edition), 701면}. ① 내지 ④의 ()는 역주임.

373) 長谷川俊明, 『法律英韓辭典』, 27면; 田中英夫, 『英美法辭典』, 83-84면.

374) 서로 대응하는 개념이라고 하지만, 반드시 반대의 의미를 가지고 있다고도 할 수 없다. 예컨대, good faith를 다하지 못한 것을 바로 bad faith가 있다고 할 수 없다. 따라서 good faith와 bad faith 간에는 일정한 중립적 영역이 있다고 볼 수 있다.

375) Black's Law Dictionary, 134면에서는 “bad faith”을 다음과 같이 보충설명하고 있다.

“A complete catalogue of types of bad faith is impossible, but the following types are among those which have been recognized in judicial decisions: evasion of the spirit of the bargain(계약의 원래 취지의 회피), lack of diligence and slacking off(주의의무의 해태), willful rendering of imperfect performance(고의적인 불완전 이행), abuse of a power to specify terms(조건을 특정할 권한의 남용), and interference with or failure to cooperate in the other party's performance(타 당사자로서 협조할 의무의 방해 또는 불이행).” Restatement (Second) of Contracts 205 cmt. d(1981). ()안의 용어는 역주임.

376) 1946년 Lanham Act(미국 商標法) 제43조(15 U.S.C. §1125)에 (d)항을 추가하였다.

의(害意)”는 bad faith와 비교하여 非難可能性이 높다. 따라서 정확하게 우리 법제에 정확하게 대칭되는 개념은 없으나, 유사하게 번역해본다면 “不正한 目的”이 가장 근접하는 것으로 볼 수 있을 것이다. UDRP를 모델로 한 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법은 bad faith 대신에 “bad faith intent”라고 함으로써 주관적 요소를 강조하고, 일본 不正競争防止法 제2조 제1항 제12호에서도 “부정한 이익을 얻을 목적 또는 타인에게 손해를 가할 목적”을 요건으로 하였는바, 이는 우리 법체제하의 해석에도 참고가 될 수 있다. 우리나라 상표법 제7조 제1항 제12호는 도메인 이름에 관한 것은 아니지만 상표등록거부사유로서 “國內 또는 外國의 需要者간에 特定人の 商品을 표시하는 것이라고 현저하게 認識되어 있는 商標와 동일 또는 유사한 商標로서 부당한 利益을 얻으려 하거나 그 特定人에게 損害를 가하려고 하는 등 不正한 目的을 가지고 사용하는 商標”를 규정하고 있으므로, 유사한 취지로 해석할 것이다.³⁷⁷⁾

하지만 UDRP의 “bad faith”를 “不正한 目的”으로 해석한다고 하더라도 실제 UDRP 決定例들은 그 주관적 의미에만 집착하지 않고 UDRP의 취지와 UDRP 제4조 b항의 예시를 참작하여 종합적으로 해석, 적용하여야 한다.

2) 不正한 目的의 判斷基準

이러한 “bad faith” 즉 不正한 目的은 불확정하고 불명확한 의미이지만 UDRP의 제정 목적이 상표권을 보호하고 信義誠實에 반하는 도메인 이름의 登錄 및 使用을 방지하기 위한 것이었다는 점을 고려한다면 不正한 目的은 도메인 이름의 원래의 이용에서 벗어난 惡用의 의도를 포함하는 것으로 해석될 수 있을 것이다. UDRP 제4조 b항은 일정한 행위의 유형을 예시함으로써 당사자에게 예측가능성을 가지게 하고 법적 안정성을 도모하려고 하는바, 다음과 같은 경우 일응 不正한 目的이 있다고 본다. 첫째, 도메인 登錄人이 商標權者인 UDRP 신청인 또는 그 신청인의 競業者에 대해서 당해 도메인 이름과 직접 관련된 비용으로 서류에 의해 입증된 직접 비용을 초과하는 대가를 받기 위하여 당해 도메인 이름을 판매, 대여 또는 이전하는 것을 주된 목적으로 당해 도메인 이름을 등록 또는 취득한 경우인데, 신청인 또는 경쟁자에게 판매를 제의하거나 기타 제3자에게 판매를 제의³⁷⁸⁾한 경우, 먼저 제의를 하지 않더라도 신청인의 제의에 동의하거나 상대방의 제의에 counter offer 즉 수정된 청약을 다시 하는 경우, 자선

377) 宋永植 외, 전거서, 165-167면. 저명한 상표를 등록하여 고액을 되팔기 위해 출원하는 경우도 부정한 목적에 해당한다고 설명한다.

378) World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Michael Bosman, WIPO No. D99-0001.

단체에의 기부 등 조건부로 판매에 응한 경우 등에도 不正한 目的을 인정하고 있다. 더 나아가 신청인이 자신의 선의(good faith)를 증명하지 못하였다는 이유만으로 不正한 目的을 인정한 경우도 있으며,³⁷⁹⁾ 특히 당해 도메인 이름뿐만 아니라, 다른 상표와 동일·유사한 명칭의 도메인 이름을 다수 등록, 보유하고 있는 경우에는 도메인등록인이 不正한 目的을 가지고 있는 것으로 해석하는 경우가 많다.³⁸⁰⁾ 둘째, 도메인등록인이 商標權者로 하여금 그의 상표에 상응하는 도메인 이름을 사용할 수 없도록 방해하기 위하여 그 도메인 이름을 등록한 경우로서 당해 도메인등록인이 그러한 방해행위를 반복적으로 행한 경우 또는 셋째, 도메인등록인이 경쟁자의 사업을 방해할 것을 주된 목적으로 당해 도메인 이름을 등록한 경우가 있는데, 주로 경쟁자의 상표와 동일·유사한 도메인 이름을 선점하여 인터넷에서 영업활동을 하지 못하도록 하는 영업방해행위의 일종으로서 하는 경우를 예로 들 수 있다. 넷째, 도메인등록인이 도메인 이름을 이용함으로써 상업상의 이득을 얻을 목적으로 그 웹사이트나 기타의 온라인 장소 또는 그 곳에 등장하는 상품이나 서비스의 출처, 후원관계, 거래상 제휴관계, 추천관계 등에 관하여 UDRP 신청인의 상표나 서비스표 등과 혼동을 야기할 의도로 인터넷 상의 이용자를 고의적으로 그 웹사이트 또는 기타의 온라인 장소로 유인한 경우인데, 미국 법원이 최초 관심의 혼동이론(Initial Interest Confusion)을 인정하면서 경쟁관계일 것으로 제한한 것과 달리, UDRP 決定 중에는 경쟁자의 상표가 아닌 경우에도 商標權者의 도메인 이름 登錄 및 使用을 방해한 사실과 다른 사실을 종합적으로 고려해서 不正한 目的이 있다고 본 사례도 있다.³⁸¹⁾

UDRP는 不正한 目的에 대하여 위 예시에 한정하고 있지 않으므로 결정례가 축적됨에 따라 새로운 유형이 추가될 여지가 있다. 실제 결정에서는 不正한 目的이 인정되는 경우 다른 요건에 관한 입증을 완화하거나 등록만 한 경우처럼 원래 UDRP 금지요건이 충족되지 않아도 확장하여 적용하는 등 그 비중이 매우 높다. 그러나 不正한 目的을 인정한 결정례는 통일적 기준에 의하여 판단되기보다는 패널의 재량에 의한 판단에 의존할 경우가 많다. 예컨대, 결정례 상당수는 도메인등록인이 도메인 이름을 등록하기 전에 UDRP 신청인의 상표에 관하여 이미 알고 있었다는 사실만으로 不正한 目的을 인정하기도 한다.³⁸²⁾ 그러나 이러한 意思의 推定은 도메인등록인에게 과중한 입증책임

379) 「도메인 분쟁해결의 사례분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2001. 11., 51면.

380) Traditions Ltd. v. Noname.com, NAF 0004000094388(註: NAF 결정 사건 번호임).

381) ISL Marketing AG, and The Federation Internationale de Football Association v. J.Y. Chung, Worldcup2002.com, W Co., and Worldcup 2002, Case No. D2000- 0034.

을 부담시키는 것이고, 도메인등록인의 권리를 부당하게 침해할 우려가 있다.

3) 타이포스쿼팅의 問題

타이포스쿼팅(typosquatting)이란, 다수의 이용자들이 자주 방문하는 웹사이트의 도메인 이름과 유사하여 철자의 오류(misspelling)를 발생시킬 가능성이 높은 도메인 이름을 등록, 사용하는 행위를 말한다. 타이포스쿼팅은 주로 이용자가 원래 상표권자의 웹사이트가 아닌 전혀 다른 웹사이트로 오게 하기 위해 사용되고 이를 막기 위해 상표권자가 대가를 주고 도메인 이름을 매수하는 경우도 있다. 예컨대, www와 samsung.com 사이에 구분자(.)를 의도적으로 생략하여 <wwwsamsung.com>로 등록하는지, 또는 중간에 철자가 하나 추가되든지(sammsung.com) 또는 생략되도록(samsun.com) 하여 등록, 사용하는 경우이다. UDRP 決定例 중에는 이를 유사성의 범위에 포함하여 도메인 이름의 이전을 명한 사례들이 있다.³⁸³⁾ 위 wwwsamsung.com과 samsung.com의 비교를 함에 있어 혼동 가능성이 있는지 여부는 구체적 사례의 종합적 검토에 따라 판단될 것이지만, 표지의 요부인 samsung을 비교한다면 양자는 유사하다는 판단을 할 가능성도 있다. 아직 이에 관한 우리나라의 직접적 판결은 보이지 않지만, UDRP 決定例가 먼저 축적되어 일반에 소개된다면, 도메인 이름에 관하여 우리나라 不正競爭防止法상의 해석에도 영향을 줄 여지가 있다. 다만 타이포스쿼팅이라도 도메인登錄人에게 不正한 目的이 없거나 正當한 이익이 있는 경우에는 도메인登錄人의 권리가 표현의 자유나 영업의 자유에 의해 보호될 수 있을 것이다.³⁸⁴⁾

(2) 救濟手段

UDRP는 도메인 이름의 登錄移轉, 登錄抹消 등의 조치만 규정하고 손해배상책임 기타 다른 조치에 관하여는 규정하고 있지 않다(UDRP 제4조 i항). 등록기관은 분쟁해결기관의 결정을 수령하면 그 결정에 따라 조치를 취한다(UDRP 제3조).

나. 新規 도메인의 特別紛爭解決規程

(1) .info 도메인

.info는 초기등록단계에서 상표권자우선등록규정에 따라 등록된 도메인 이름에 관하

382) 「도메인 분쟁해결의 사례 분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2001. 11., 50면.

383) Pearson v. Byers Choice, NAF 92015 (March 9, 2000).

384) Chanel, Inc. v. Sandy Goldman, WIPO No. D2000-1837 (Feb. 13, 2001).

여 특별분쟁해결규정인 상표권자우선등록이의규정(Sunrise Registration Challenge Policy)³⁸⁵⁾을 마련하고 있다. .info의 상표권자우선등록이의규정은 분쟁해결신청의 요건과 복수의 이의신청이 있는 경우에 관한 사항을 제외하고는 원칙적으로 UDRP를 기본으로 하고 있다.³⁸⁶⁾

.info의 특별분쟁해결절차를 신청하기 위해서는, 첫째 상표권자우선등록기간 중 등록된 도메인 이름에 관하여 도메인등록인이 등록 당시 유효하지 않은 상표권을 보유하고 있는 경우, 둘째 등록된 도메인 이름이 도메인등록인의 상표와 문자적으로 동일하지 않은 경우, 셋째 상표권의 효력이 해당 국가 전체에 미치지 않는 경우, 넷째 도메인등록인의 상표가 2000. 10. 2. 이후 등록한 경우 등 위 각 사유 중 어느 하나에 해당하여야 한다. 다만 분쟁해결신청은 상표권자우선등록기간이 종료한 후로부터 120일 이내에 제기되어야 하며,³⁸⁷⁾ 분쟁해결신청인에게 분쟁대상 도메인 이름을 이전하는 결정은 신청인이 자신의 상표권을 입증한 경우에만 허용된다. 복수의 신청인이 있는 경우에는 분쟁해결신청이 접수된 순서에 따라 판단을 하되, 선순위 분쟁해결신청인에게 권리가 있다고 인정되면 분쟁이 종결되지만, 그렇지 않으면 후순위자에게 기회가 부여되어 그에게 권리가 인정되는 경우 분쟁이 종결된다(상표권자우선등록이의규정 제4조 c항). UDRP와 달리 결정에 이유를 붙이지 않도록 하고 패널은 도메인등록인이 제출한 상표권에 대한 認證書³⁸⁸⁾를 기초로 자유롭게 판단할 수 있다.

상표권자우선등록기간이 경과하면 등록규정도 기존의 선신청 선등록의 원칙에 따라 등록되고, 이와 같이 등록된 도메인 이름은 UDRP에 따라 분쟁을 해결한다.

(2) .biz 도메인

.info와 달리, .biz은 첫째 規制紛爭解決規程(Restrictions Dispute Resolution Policy, 이하 “RDRP”라 한다),³⁸⁹⁾ 둘째 初期商標異義規程(STOP)³⁹⁰⁾을 두고 다시 일반적으로 UDRP를 두는 등 분쟁해결에 관하여 여러 가지 체제를 가지고 있다.

385) <http://www.afilias.com/register/dispute_resolution/sunrise_challenge_policy_revised>[2002.11.20.].

386) 다만 .info의 상표권자우선등록이의규정에 의한 분쟁해결은 WIPO에서만 한다.

387) 2001. 8. 28.부터 120일이다.

388) 상표권자우선등록이의규정 제5조 (d)항에 의하면 도메인등록인은 상표등록증 등본과 그 영문번역문의 인증서를 첨부, 제출해야 한다.

389) <<http://www.neulevel.biz/ardp/docs/rdrp.html>>[2002.11.20.].

390) <<http://www.neulevel.biz/ardp/docs/stop.html>>[2002.11.20.].

(가) RDRP

RDRP는 .biz의 登錄 및 使用을 영리적 목적을 위해서만 가능하도록 제한하고 있는바, RDRP 제4조 a항에 따라 도메인 登錄人은 주로 善意 또는 信義誠實(bona fide)에 따라 영업 또는 상업적 목적으로 .biz 도메인 이름을 사용하여야 하는바, 만약 그 등록의 목적을 넘어서거나 등록의 제한을 위반하는 경우에는 도메인 이름의 등록말소, 이전 등의 불이익을 받게 된다.

“善意(bona fide)의 영업적 또는 상업적 이용”에 관하여 RDRP 제4조 b항은 “i. 상품, 서비스 또는 다양한 종류의 자산의 교환 ii. 무역이나 비즈니스의 통상 과정 iii.(a) 상품, 서비스, 정보 또는 다양한 종류의 자사의 교환, 또는 (b) 무역이나 비즈니스의 통상 과정에 협조하는 행위” 등을 예시로 들고 있다.

稀釋化에 관한 미국 판결 중에는 도메인 이름을 선점하여 투기적으로 되파는 행위를 “영리적 사용(commercial use)”으로 보기도 한 예도 있지만,³⁹¹⁾ RDRP는 “(i) 보상의 목적으로 도메인 이름을 판매, 거래 또는 임대하기 위하여 또는 (ii) 이를 판매, 거래, 임대할 수 있도록 불필요하게(unsolicited) 청약하기 위하여” 도메인 이름을 등록하는 것을 도메인 이름에 대한 “공정한 비즈니스나 상업적 용도”라는 규정을 위반하는 것으로 본다. 기타 “(i) 도메인 이름을 단지 개인적 용도나 비영리적 목적으로 이용 또는 그러한 의도를 가진 경우 (ii) 도메인 이름을 단지 비영리적 아이디어의 표현으로 사용하기 위해 이용 또는 그러한 의도를 가진 경우(예를 들어, 단지 상품에 대해 비평하거나 의견을 표현하기 위해 abcsucks.biz를 등록했을 경우)”에는 도메인 이름의 “공정한 비즈니스와 상업적 이용”의 규정에 위배되는 행위이다(RDRP 제4조 c항).

(나) STOP

IP Claim 신청인에 의한 특별분쟁해결절차는 STOP에 의하여 처리되는데, IP Claim 신청인이 특별분쟁해결절차에의 신청을 하기 전에 도메인 이름의 등록명의변경을 막기 위해 IP Claim에 의해 통지의 대상이 된 도메인 이름은 실시간 등록서비스가 개시된 때로부터 30일 동안(cooling-off period라 한다) 도메인 이름을 사용할 수 없다. STOP의 기본구조는 UDRP와 유사하나 UDRP에 비해 商標權者(즉, STOP 신청인)에게 조금 더 유리한 판단기준과 조금 더 간소한 절차를 정하고 있는 차이가 있다. STOP은 “IP Claim에 따라 상표권을 미리 신청해 둔 자”에 한하여 STOP을 신청할 수 있으며,³⁹²⁾

391) Panavision International L.P. v. Dennis Toeppen, 141 F.3d 1316 (9th Cir. April 17, 1999).

392) 따라서 IP Claim 신청인 이외의 권리자는 분쟁해결을 위해 UDRP를 이용할 수밖에

IP Claim 신청인은 登錄原簿管理機關으로부터 청구순위번호³⁹³를 부여받은 날부터 20일 이내에 STOP에 의한 분쟁해결을 신청해야 한다.

STOP에 의한 분쟁해결을 신청한 자는 신청서에 의해 다음과 같은 요건을 모두 입증해야 한다. 첫째 분쟁해결신청인의 상표권과 분쟁대상 도메인 이름과 동일할 것, 둘째 도메인등록인이 분쟁대상 도메인 이름에 관하여 권리나 정당한 이익을 갖고 있지 않을 것, 셋째 도메인등록인이 도메인 이름을 不正한 目的(bad faith)으로 登錄 또는 使用하고 있을 것 등이다.

위와 같은 실제적 판단기준에 관한 판단 부분에서 STOP은 UDRP와 다른 점이 있는데, 먼저 UDRP는 분쟁해결을 신청하는 자의 상표권이 분쟁대상 도메인 이름과 동일한 경우뿐만 아니라 혼동을 초래할 정도로 유사한 경우에도 적용되나, STOP은 상표권과 도메인 이름이 “동일”한 경우에만 적용된다. 도안과 문자가 결합된 상표의 경우에도 “그 문자가 거래자 또는 수요자가 관독할 수 없을 정도로 도안화되어있거나 그 문자로는 구두거래가 이루어지지 않는다는 등의 특별한 사정이 없는 한” 그 문자만을 도메인 이름과 비교하여 동일 여부를 정한다.³⁹⁴ 다음으로 UDRP는 도메인 이름이 不正한 目的에 의해 登錄되었고 동시에 不正한 目的으로 사용되었을 것을 요구하는 반면, STOP은 不正한 目的의 登錄이나 不正한 目的의 使用 중 어느 하나만 입증하면 적용할 수 있다. 예를 들면, 캐나다의 수도이름이며 캐나다 중동부 지역을 통과하여 흐르는 강 이름이기도 한 ottawa에 관한 도메인분쟁사건(ottawa.biz사건) 행정패널은 ottawa가 캐나다의 수도이름이기도 하나 분쟁해결신청인의 등록상표명이기도 하다는 점을 인정한 후, 도메인등록인이 4989.biz로 운영되는 웹사이트에 분쟁대상 도메인 이름을 포함하여 자신이 보유하고 있는 도메인 이름 목록을 게시하였으므로 도메인등록인은 분쟁대상 도메인 이름을 판매할 목적으로 분쟁대상 도메인 이름을 등록하였음이

없다는 점에서 STOP은 .biz 등록규정과 밀접한 관련이 있다.

393) 하나의 도메인 이름에 관하여 복수의 IP Claim 신청인이 있을 경우 登錄原簿管理機關은 추첨을 통해 STOP 신청을 할 수 있는 순번을 정해서 각 IP Claim 신청인에게 통지를 하게 된다. 1순위의 IP Claim 신청인이 STOP 신청을 먼저 할 수 있으며, 1순위의 IP Claim 신청인이 STOP 신청을 하지 않는 경우에 한하여 2순위 IP Claim 신청인이 STOP 신청을 할 수 있다. 각 순위의 IP Claim 신청인에게는 각각 20일의 기간이 주어지며, 복수의 IP Claim 신청인이 있는 도메인등록인은 모든 IP Claim 신청인의 STOP 절차가 종료된 후에야 해당 도메인 이름을 자유롭게 사용할 수 있다. 김기중, 신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호, 13면.

394) Souza Cruz S. A. v. Shin Seungsoo, WIPO Case NO. DBIZ2002-00119(Aug. 13, 2002).

분명하다고 하며 ‘不正한 目的의 도메인 이름 사용’을 인정한 사례가 있다.³⁹⁵⁾

절차적인 측면에서도 STOP이 UDRP에 비하여 분쟁해결신청인에게 유리한 점이 있는데, 첫째는 도메인登錄人에 대한 송달방법이며, 둘째는 절차처리언어에 관한 것이다. 먼저 UDRP는 분쟁해결신청서를 도메인등록인에게 송달할 경우 알려져 있는 도메인등록인의 전자메일과 우편주소로 모두 발송할 경우에만 분쟁처리기관의 송달책임을 다한 것으로 보나(UDRP 規則 제2조), STOP의 경우 전자메일이나 우편 또는 팩스중에서 하나의 수단으로만 발송한 경우에도 송달책임을 다한 것으로 본다(STOP 규칙 제2조). 따라서 도메인등록인은 신청서를 받아보지도 못한 상태에서 절차가 종료될 수도 있다. 보다 중요한 변경사항은 절차처리언어에 관한 것인데, 도메인등록인이 자유롭게 구사할 수 있는 언어로 절차가 진행되었을 때와 그렇지 않을 때 도메인등록인의 답변내용은 큰 차이가 있을 수밖에 없기 때문이다. UDRP는 행정패널이 달리 정하지 않는 한 도메인 이름 등록약관상의 언어(주로 도메인등록인이 거주하는 登錄機關 所在地國의 언어일 것이다)를 절차처리언어로 못박고 있으나 패널은 도메인등록인의 답변서가 제출된 이후에 선정되기 때문에, 행정패널이 절차처리언어를 정하는 경우는 없고 당연히 도메인 이름 등록약관상의 언어가 절차처리언어가 된다(UDRP 規則 제11조). STOP은 원칙적으로 도메인 이름 등록약관상의 언어가 절차처리언어이나 분쟁처리기관이 그 절차처리언어를 달리 정할 수 있다고 규정하고 있다(STOP 규칙 제11조 (a)항). 분쟁처리기관 중 WIPO는 원칙에 따라 도메인 이름 등록약관상의 언어를 절차처리언어로 정하고 있으나, NAF(미국 중재위원회)는 위 STOP 규칙에 따라 절차처리언어를 미리 영어로 정해두었기 때문에 NAF에 의한 분쟁처리의 경우 도메인등록인은 답변서 제출을 포기하는 경우가 많았다.³⁹⁶⁾

동일한 도메인 이름에 대한 복수의 분쟁해결신청인들이 있는 경우(즉 IP Claim 신청인이 복수인 경우)에, 복수의 분쟁해결신청인들은 登錄原簿管理機關의 무작위 추첨 방식에 의해 우선적으로 STOP 절차에 들어가는 순위를 정한다(STOP 제4조 1항 i). 도메인등록인은 STOP 절차가 개시된 날로부터 20일 이내에 자신의 도메인 이름에 관한 정당한 이익 및 그 근거를 포함하는 답변서를 제출해야 한다(STOP 규칙 제5조). 첫째, 분쟁해결신청인이 STOP 제4조 (a)항의 금지요건을 입증하고 도메인등록인은 도메인 이름에 관한 權利 또는 正當한 利益을 입증하지 못하는 경우, 당해 도메인 이름은 STOP 신청인에게 이전될 것이고 더 이상의 STOP 절차는 진행되지 않는다(STOP

395) Kalmar Industries USA Inc. v. Lee Yeongsuk, NAF Case No. FA204000112504(July 8, 2002).

396) 김기중, 「신규 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 14면.

제4조 1항 ii의 1, 동 규칙 제15조 e항 i). 두 번째, 도메인등록인이 도메인 이름에 관한 적법한 권리를 입증한 경우, STOP 신청은 기각될 것이고 더 이상의 절차는 진행되지 않는다. 도메인등록인 즉 도메인登錄人이 이미 도메인 이름에 대한 합법적 권리를 가졌음을 보여 주었기 때문에, 어떠한 분쟁해결신청인도 절차를 실행할 수가 없다 (STOP 제4조 1항 ii의 2, 동 규칙 제15조 e항 ii). 세 번째, 도메인등록인이 도메인 이름에 관한 적법한 권리를 입증하지 못하고, 또 분쟁해결신청인도 자신에게 도메인 이름을 보유할 권리가 있다는 것 또는 不正한 目的으로 등록되었다는 것 중 어떠한 것에 대한 입증도 하지 못한 경우, 분쟁해결신청은 기각될 것이고, 후순위자에 의한 새로운 STOP 절차가 다시 시작될 것이다. 그러나 동일한 분쟁해결신청인에 의한 STOP 신청은 허용되지 않는다(STOP 제4조 1항 ii의 3, 동 규칙 제15조 e항 iii).

다. 國家도메인의 紛爭解決規程

(1) 國家도메인의 特殊性 및 個別性

국가도메인이라도 일반도메인과 같이 누구나 등록, 사용할 수 있게 개방적으로 운영된다면 UDRP와 같은 통일적 규범이 요구될 수 있지만, 우리나라의 .kr도메인과 같이 폐쇄적으로 운영될 경우에는 일반도메인에 비하여 당해 국가의 규범체제 안에서 규율될 수 있다. 따라서 상표 보호에 관한 속지주의의 한계로 인한 갈등도 줄어들 여지가 있으며 당해 국가도메인에 관한 특수한 환경을 정책에 반영할 수도 있다. 그리고 일반화의 위험에서 벗어나 당해 국가 내의 여러 이익단체를 대변하여 다양성을 보다 존중해줄 여지도 있다. 절차적으로도 裁判管轄이나 準據法의 결정 문제가 완화될 수 있으므로 公正性에 대한 고려를 반영할 수 있고 실제법적 및 절차법적으로도 상표권과 도메인登錄人의 권리를 보다 적절하게 보호할 수 있는 선택의 여지가 있을 수 있다.

(2) 各國의 例

(가) UDRP에 의하는 경우

UDRP는 국가도메인에 관하여 적용의 대상에 포함하지 않았으나, .com 등의 수요 및 분쟁의 증가와 함께 국가도메인의 수요 및 분쟁도 증가함에 따라 19개의 WIPO 회원국들은 WIPO에 국가도메인 분쟁해결에 도움이 될 만한 가이드라인을 구하였고 WIPO는 2001. 6. 20. WIPO 국가도메인 보고서를 제시하였으며, 현재도 계속 그에 관한 논의가 진행중이다.³⁹⁷⁾ 일부 국가도메인 중에는 위 WIPO의 권고에 따라 국가도메

397) 제2차 WIPO 보고서 18-21문단.

인 분쟁해결을 위해 UDRP를 채택하기도 한다.³⁹⁸⁾ UDRP를 국가도메인에도 적용하면 도메인 이름에 관한 국내외 분쟁의 통일적 해결이 가능하고, 분쟁의 일방 당사자가 외국인일 경우 客觀性과 公正性을 담보할 수도 있다는 장점이 있지만 국내 실정법상 보호기준과 보호범위와 충돌할 경우 오히려 해결이 어려울 수 있다는 한계가 있다.³⁹⁹⁾

(나) 國家別 獨立的인 節次에 의하는 경우

도메인 이름의 등록규정에 있어서는 각국의 기준이 크게 다르지 않은 것과 달리, 일본, 영국, 중국, 캐나다 등은 각자 자국의 특성에 맞는 분쟁해결절차를 마련하여 적용하고 있다. 각 나라의 상표 보호는 그 국가의 정책적 고려도 많은 참작이 되므로 일률적으로 획정하기란 쉽지 않다. 다만 각국의 분쟁해결절차의 검토는 우리나라 등록 및 분쟁해결규정뿐만 아니라 새로운 입법안에도 중요한 참고가 될 수 있으며, 추후 국제적 합의를 위해 UDRP를 개선하거나 국제조약을 체결하는 경우에도 중요한 자료가 될 수 있다.

1) 日本

UDRP를 모델로 하여 JP 도메인명분쟁해결방침(이하 “JPDRP”라 한다)⁴⁰⁰⁾과 동 분쟁해결방침의 규칙⁴⁰¹⁾을 마련하고 있다. JPDRP 제4조는 JPDRP 신청인이 도메인 이름 이전신청을 함에 있어 “① 도메인등록인의 도메인 이름이 JPDRP 신청인이 權利 또는 正當한 利益을 가지는 상표 기타 표지와 동일 또는 혼동을 일으킬 정도로 유사할 것 ② 도메인등록인이 당해 도메인 이름 등록에 관한 權利 또는 正當한 利益을 가지고 있지 않을 것 ③ 도메인등록인의 당해 도메인 이름이 不正한 目的으로 登録 또는 使

398) .AC(Ascension Island), .AG(Antigua and Barbuda), .AS(American Samoa), .BS(Bahamas), .BZ(Belize), .CY(Cyprus), .EC(Ecuador), .FJ (Fiji), .GT(Guatemala), .LA(Lao Peoples Democratic Republic), .MX (Mexico), .NA(Namibia), .NU(Nuie), .PA(Panama), .PH(Philippines), .PN (Pitcairn Island), .RO(Romania), .SH(Saint-Helena), .TT(Trinidad and Tobago), .TV(Tuvalu), .VE(Venezuela), and .WS(Western Samoa). 제2차 WIPO 보고서, 20문단 참조.

399) 독일 .de 도메인등록규정 제7조는 登録機關이 도메인등록인에 대한 도메인 이름 등록 약관을 해지할 수 있는 사유를 예시하고, 해지권을 登録機關에 유보하고 있다. <www.denic.de/doc/DENIC/agb.en.html>[2002.11.20.] 참조.

400) JP ドメイン名紛争處理方針. <<http://www.nic.ad.jp/doc/jpnic-00816.html>>[2002.11.20.].

401) JP ドメイン名紛争處理方針のための手續規則. <<http://www.nic.ad.jp/doc/jpnic-00817.html>> [2002.11.20.].

用되고 있을 것”을 모두 입증하도록 하고 있다. “不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄 또는 使用할 것”이라고 하여 UDRP에 비해 제3자의 권리주장범위가 비교적 넓은 편이다. “不正한 目的” 및 “도메인登錄人의 權利 또는 正當한 利益”에 관하여는 UDRP와 유사하게 규정하고 있다. 우리나라와 달리 일본은 不正競爭防止法에 稀釋化 조항뿐만 아니라 2001. 6. 29. 개정을 통하여 도메인 이름의 정의조항을 두고 도메인 이름의 濫用的 登錄 및 使用을 不正競爭行爲에 추가하는 조항을 신설하였기 때문에 JPDRP의 금지요건도 일본 現行법상 근거를 가지게 되었다.⁴⁰²⁾ 구제수단에 관하여도 UDRP와 같은 계약적 구속에 의해 도메인 이름의 등록이전까지 인정하고 있다.

2) 英國

Nominet UK가 당사자간의 자주적 해결을 촉진하는 무상의 해결중개서비스를 제공하고 있고 만약 당사자간의 해결이 성립하지 않으면 전문 패널의 관여에 의하는 분쟁 해결서비스(Dispute Resolution Service, 이하 “DRS”라 한다)⁴⁰³⁾에 따른다. DRS 신청인은 자신의 표지와 동일·유사한 도메인 이름을 등록할 것과 그 등록이 濫用的 登錄(abusive registration)에 해당함을 입증해야 한다(DRS 제2조). 濫用的 登錄의 증거로는 UDRP 제4조 b항의 不正한 目的을 표창하는 예시와 유사하며, “분쟁의 대상이 되는 도메인 이름의 濫用的 登錄을 가리키는 다른 정황과 결부되어, 분쟁해결신청인이 도메인등록인이 濫用的 登錄을 하는 행태에 관련되어 있다는 것을 그 신청인이 증명할 수 있을 때”와 “도메인등록인이 허위의 연락정보를 DRS에 알려준 것이 독자적으로 증명 되었을 때”도 포함하지만, 전자메일 또는 웹사이트를 위하여 해당 도메인 이름을 사용하지 않는다는 것 그 자체만으로 濫用的 登錄의 증거가 되지 않는다(DRS 제3조). 도메인등록인이 濫用的 登錄이 아닌 正當한 使用임을 입증하기 위한 예시로는 UDRP 제4조 c항의 예시 이외에도 “도메인등록인이 일반적(generic) 또는 기술적(descriptive)인 도메인 이름을 정당하게 사용(fair use)하는 경우(DRS 제4조 a항 ii호)”와 “특정인 또는 기업을 찬양 또는 비판하는 것만을 목적으로 운영되는 경우(DRS 제4조 b항)⁴⁰⁴⁾”도 포함하고 있다.

402) 이 논문 제5장 III.3.가. 참조.

403) <<http://www.nominet.org.uk/ref/drs-policy.html>>[2002.11.20.].

404) 이 경우 도메인 이름이 남용적 등록이 아니라는 점의 입증책임은 도메인등록인에게 있다고 한다(DRS 제4조 b항).

3) 中國

CNNIC 분쟁해결규정(CNNIC rules for domain-name disputes, 이하 “CNDRP”라 한다)⁴⁰⁵⁾ 제7조에 따라 CNDRP 신청인이 “① 법에 의하여 보호받는 상표권을 가진다는 것 ② 도메인 이름이 상표와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사할 것 ③ 도메인 등록인은 도메인 이름 및 다른 조합에 대한 상표권을 가지지 않는다는 것 ④ 도메인 등록인이 惡意(malice)⁴⁰⁶⁾로 등록하였다는 것 ⑤ CNDRP 신청인의 사업이 도메인 이름의 등록과 사용에 의하여 손해를 받았거나 받을 우려가 있다는 것”을 입증하도록 한다.⁴⁰⁷⁾ CNDRP 제9조는 도메인 이름의 등록 및 사용에 악의가 있다고 할 수 없는 경우로 “① 도메인 등록인 및 그 도메인 등록인과 밀접하게 관련있는 자들이 도메인 이름을 구성하는 표지(sign)에 대하여 법에 의하여 보호되는 권리 또는 正當한 이익을 가지고 있는 경우 ② 분쟁의 통지 이전에 도메인 등록인이 적법하게 도메인 이름을 사용하였거나, 도메인 등록인이 상품 및 서비스를 제공하면서 선의(good intention)로 도메인 이름과 유사한 표지(mark)를 사용하였고 명성을 쌓아온 경우 ③ 商標權者의 분쟁해결 신청이 도메인 이름 권리의 침해(reverse domain name infringement)를 구성하는 경우”를 규정하고 있다. 상표가 발달하지 못한 중국의 CNDRP는 도메인 이름 권리의 침해에 관하여 비교적 자세하게 규정하고 있는바, 다른 선진국의 분쟁해결규정과 구별된다. CNDRP 제10조에서 절차를 악용한 예시로 “① 분쟁대상이 된 도메인 이름의 등록 및 사용이 나쁘게 의도(ill-intended)되지 않았고 등록상표 또는 그 소유자에 부정적인 영향을 미치지 않았거나, 그러한 영향이 통상적인 상업적 경쟁의 결과로서 간주될 수 있는 경우 ② CNDRP 신청인이 문제된 도메인 이름의 등록 이전에 다른 도메인 이름을 등록하고, 紛爭解決機關에 이전에 해당 도메인 이름을 등록하지 않은 이유가 적절하다는 것을 증명하는 충분하고 설득력있는 증거를 제공하지 못한 경우 ③ 분쟁대상이 된 도메인 이름이 등록될 때, 보호가 청구된 상표가 중국에 등록되어 있지 않거나 관련 당국에 의하여 저명상표로서 확인되지 않았던 경우”를 들고 있으며, 이에 한정하지 않는다고 한다.

405) <<http://www.gchinalaw.com/cnlaw/reference/codes/e-comm/cnnic.html>>[2002.11.20.].

406) 영문의 해석에 비추어 본다면 不正한 目的(in bad faith)과도 다르고 오히려 害意에 가깝게 해석될 여지가 있다. 이는 상표권보다 도메인 이름 권리 보호에 더 치중한 것으로 볼 근거가 될 수도 있다.

407) 당국이 이미 CNDRP 신청인의 상표를 저명상표로서 인정한 경우에는 ⑤의 입증책임은 면제된다.

4) 캐나다

캐나다의 도메인이름분쟁해결규정(CIRA Domain Name Dispute Resolution Policy, 이하 “CIRADRP”라 한다)⁴⁰⁸은 다른 분쟁해결규정에 비하여 규정 내의 개념에 대하여 구체적인 정의규정을 두고 있다. “표지(mark)”는 “① 타인의 상품 또는 서비스, 영업과 구별되도록 하기 위하여 캐나다에서 사용되어온 디자인 표지의 요소를 포함하는 상표 또는 상호 ② 인증표지(certification mark) ③ 캐나다 지적재산권청에 등록된 상표 ④ 캐나다 商標法 제9조 (1)항 (n)호에 따라 상표登錄機關이 채택 및 사용의 공시(public notice)를 한 배지(badge), 문장(crest), 기장(emblem), 표지의 문자, 숫자 조합 및 구두점을 포함한 요소(alphanumeric and punctuation elements)”라고 규정하고(CIRADRP 제 3.2조), “혼동적 유사”는 “도메인 이름이 그 표지와 외관, 칭호 또는 관념이 거의 같아서 그 표지와 오인할 것 같은 경우에 도메인 이름이 어떤 표지와 혼동을 초래할 정도로 유사한 것이다”라고 규정한다(CIRADRP 제3.4조). 또 “정당한 이익(legitimate interests)”은 도메인登錄人이 CIRADRP 신청서를 수령하기 전에 “① 도메인 이름이 표지였고 등록인이 선의(good faith)로 그 표지를 사용하였고 아울러 도메인登錄人이 그 표지에 있어 권리를 가졌던 경우 ② 도메인登錄人이 상품, 서비스 또는 영업과 관련하여 선의로 캐나다에서 도메인 이름을 사용하였고 그 도메인 이름이 캐나다에서 영어 또는 불어로는 (i) 상품, 서비스 또는 영업의 특성이나 품질, (ii) 상품의 생산, 서비스의 실행이나 영업의 운영의 조건이나 그 과정에 고용된 사람들, 또는 (iii) 상품, 서비스 또는 영업의 원산지를 분명하게 기술하는(descriptive) 것이었던 경우 ③ 도메인登錄人이 상품, 서비스 또는 영업과 관련하여 선의로 캐나다에서 도메인 이름을 사용하였고, 그 도메인 이름이 캐나다에서 어느 언어로나 일반적인 명칭으로 이용되었을 경우 ④ 도메인登錄人이 캐나다에서 비판, 논평, 뉴스보도 등을 포함하는 비상업적인 활동과 관련하여 선의로 도메인 이름을 사용하였던 경우 ⑤ 도메인 이름이 도메인登錄人의 법률상의 명칭을 구성하거나 도메인登錄人과 일반적으로 동일시되는 명칭, 별명(surname), 또는 다른 신원(reference)이었던 경우 ⑥ 도메인 이름이 도메인登錄人의 비상업적 활동이나 영업장소의 위치를 표시하는 지리적 명칭이었던 경우” 중 하나에 해당하면 입증된 것으로 본다고 규정한다(CIRADRP 제3.6조). 캐나다의 경우 특징적인 것은 도메인 이름 逆하이재킹을 제재하고 있다는 것인데, 이 경우 분쟁해결신청인에게 \$5,000까지 비용, 손해를 배상하도록 하고, 이를 지급하지 않을 경우 다른 登錄機關에서 도메인 이름을 등록하지 못하게 하고 있다는 점에서 도메인登錄人의 正當한 使用을 보호하고 있다(CIRADRP 제4조 제6항).

408) <http://www.cira.ca/official-doc/81.CIRA_REP_EN_20010907.pdf>[2002.11.20.].

(3) WIPO 國家도메인 報告書의 紛爭解決에 관한 提案

WIPO 국가도메인 보고서는 국내도메인 분쟁해결을 위한 분쟁해결규정의 최소필요 조건에 관하여 UDRP의 핵심사항을 권고한다.⁴⁰⁹⁾ 첫째 분쟁해결의 강제성(mandatory character)를 필요로 하며 특히 도메인등록인에 대하여 도메인 이름의 등록이전, 抹消가 강제될 수 있어야 한다. 둘째 분쟁해결의 결정은 모든 사실과 정황에 기초하되, 이에 대하여 당사자들에게 의견을 진술할 기회를 부여하여야 하며 예컨대 분쟁해결신청인의 상표등록증 제출과 같이 당사자 일방이 제출하는 증거에만 의존해서는 아니된다. 셋째, 분쟁해결절차가 진행 중일 때 도메인등록인이 당해 사건과 관계없는 제3자에게 도메인 이름을 이전시키지 못하도록 해야 한다. 넷째, 분쟁해결에 관한 결정이 내려지면 법원의 관여 없이 직접 그 결정내용이 실행될 수 있어야 한다. 다섯째, 절차는 신속해야 하며 여섯째 절차비용은 저렴해야 하며, 일곱째 분쟁해결에 관여하는 패널은 국가도메인 관리자로부터 어떠한 영향도 받지 않아야 하고, 여덟째 분쟁해결절차는 사법절차를 대신하지 않는다. 마지막으로 이러한 분쟁해결의 적용범위는 도메인 이름에 관한 모든 분쟁에 적용되는 입장을 취하거나, 또는 일정한 한정된 행위태양의 범위에만 적용되는 입장을 취할 수 있는바, WIPO 국가도메인 보고서는 경험이 부족한 국가일수록 제한된 범위에서 적용하다가 점차 확대하는 방향이 좋을 것이라고 권고한다. 무엇보다 이러한 적용범위와 관련하여서는 商標와 도메인 이름의 균형을 이루는 것이 매우 중요하다.

WIPO 국가도메인 보고서는 국가도메인 분쟁해결에 관한 UDRP의 역할이나 응용을 언급하면서, 주요 쟁점사항에 관하여 설명하고 있다. UDRP를 직접 해결수단으로 사용하지 않더라도 UDRP를 지역적 특성에 부합하게 변용을 하게 되는데 이에 고려할 사항들을 제안한다. 먼저 분쟁해결신청인은 도메인 이름에 관한 권리가 있음을 증명해야 하는데, 그 권리가 당해 국가도메인이 속한 나라의 법에 따라 인정되는 것이어야 하는지, 아니면 UDRP와 같이 외국에서 인정되는 권리는 포함되지 않는지 의문이 있다. WIPO 국가도메인 보고서는 국가도메인의 나라에서 인정되는 登錄商標權者를 신청인으로 할 수 있다면 국가도메인 등록규정과 일관성을 가질 수 있다고 하면서도 당해 도메인등록인이 웹사이트를 통해 상품 또는 서비스를 제공할 경우에는 세계 각국 재판관할에서 상표의 침해가 일어날 수 있다고 지적한다. 특히 영어나 다른 언어로 번역이 가능한 웹사이트라면 굳이 국가도메인의 의미가 크지는 않다는 점에서 분쟁해결규정을 수립할 것이다. 그러나 대부분 국가들이 자신의 국가도메인을 보호하려고 하기 때문에 국제조약 등의 국가 간 합의가 없는 한 다른 나라의 商標權者에게 분쟁해결신청인의 자격을 부여할 가능성은 높지 않을 것으로 생각된다. 한편 위 보고서는 UDRP의 “不

409) WIPO 국가도메인 보고서 7-9면 참조.

正한 目的의 登錄 및 使用”이라는 요건이 너무 엄격하므로 “登錄 또는 使用”으로 수정할 것을 권고한다. 이외에도 登錄約款 내에 도메인登錄人이 분쟁해결규정 및 그 결정에 구속되는 것에 대한 동의조항을 두도록 하고, 이용자들이 분쟁해결규정에 관한 정보에 용이하게 접할 수 있도록 웹사이트에 그 내용을 게시할 것을 제안한다.

(4) 우리나라 .kr도메인의 紛爭解決

우리나라는 2002. 1. 4.부터 “도메인이름분쟁조정위원회”를 발족하고 우리나라 국가도메인인 .kr 도메인에 관한 “도메인이름분쟁조정규정” 및 “동 분쟁조정세칙”을 마련하여 적용하고 있다.⁴¹⁰⁾

도메인이름분쟁조정위원회가 분쟁해결에 적용하는 기준으로서 도메인이름분쟁조정규정 제8조 제3항은 도메인등록인의 도메인 이름 등록이나 사용이 “1. 도메인등록인의 도메인 이름 사용이 국내에 등록된 신청인의 상표에 대한 권리를 침해하는 경우 2. 도메인등록인의 도메인 이름 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 상품이나 영업과 혼동을 일으키게 하는 경우 3. 도메인등록인의 도메인 이름 사용이 국내에 널리 인식된 신청인의 성명, 명칭, 상표, 서비스표 또는 상호 등에 대한 식별력이나 명성을 손상하는 경우 4. 도메인등록인의 도메인 이름이 국내 또는 외국에 널리 인식된 신청인의 성명, 명칭, 상표, 서비스표 또는 상호 등과 동일 또는 유사하고, 도메인등록인의 도메인 이름 등록의 주된 목적이 신청인이 그 성명, 명칭, 상표, 서비스표 또는 상호 등을 도메인 이름으로 등록시키는 것을 방해하기 위한 것인 경우”에 속할 경우에는 조정부는 도메인등록인의 도메인 이름 登錄 또는 使用으로 인하여 대한민국 법률 또는 대한민국이 가입한 조약에 따라 보호되는 신청인의 權利 또는 正當한 利益이 침해받는 것으로 판단할 수 있다고 한다. 그러나 도메인登錄人이 같은 조 제4항에 따라 도메인 이름의 正當한 使用 즉 “도메인등록인의 도메인 이름이 그가 정당한 권리를 갖고 있는 성명, 명칭, 상표, 서비스표 또는 상호와 동일한 것이거나, 자타상품식별력이 없는 것이거나, 또는 기타 正當한 使用”에 해당하는 경우에는, 조정부는 신청인의 權利 또는 正當한 利益이 침해받지 않는 것으로 판단할 수 있다고 규정한다. 분쟁조정신청인의 도메인 이름 등록과 사용으로 인하여 대한민국의 법률 또는 대한민국이 가입한 조약에 따라 보호받는 權利 또는 正當한 利益을 침해받은 것으로 인정되는 경우에는 해당 도메인 이름의 말소 또는 자신에게로의 이전을 구하는 취지의 조정을 위원회에 신청할 수 있다는 점에서 “도메인 이름의 이전청구권”이 인정된다.

우리나라 분쟁조정규정은 일반도메인에 적용되는 UDRP와 기본적으로 유사하지만,

410) 2002년 도메인이름분쟁조정위원회 운영실적. <<http://www.ddrc.or.kr>>[2003.1.9.].

아래와 같은 차이가 있다.

첫째, UDRP는 不正한 目的 여부를 판단하기 위한 증거로서 UDRP 제4조 b항의 각 호의 사정을 예시로 들고 있는 것에 반해, 우리나라 분쟁조정규정은 등록상표권 침해 행위와 부정경쟁방지법 제2조의 부정경쟁행위와 유사한 요건을 1 내지 3호에 규정하고 있고 4호는 도메인 이름 등록의 주된 목적이 신청인의 상표, 상호 등의 표지를 도메인 이름으로 등록시키는 것을 “방해”하기 위한 것이라고 하여 부당한 이익을 얻기 위한 목적이 있는 경우 포함되는지 여부에 관하여 다툼의 여지를 남기고 있다. 不正競爭行爲에 관하여는 이미 不正競爭防止法の 구제수단과 중복될 수 있다. 특히 도메인 이름을 등록할 때 登錄約款에 분쟁해결에 대하여 분쟁조정규정에 따르도록 할 경우 도메인 이름의 不正競爭行爲에 대하여 도메인 이름의 登錄移轉을 인정할 수 있는데, 이는 “不正한 目的의 등록 및 사용”에만 한정하는 UDRP보다도 넓게 등록이전을 인정하는 것이고, 도메인 이름 이외의 다른 표지에 대한 구제수단과도 불균형할 수 있으므로 신중한 검토를 요한다.

둘째, UDRP 제4조 a항은 도메인登錄人의 權利 또는 正當한 利益의 부존재를 신청인이 입증하도록 하지만, 분쟁조정규정 제8조 제4항은 도메인 이름이 正當한 使用에 해당함을 도메인등록인이 입증하도록 하고 있다.

셋째, 분쟁조정규정 제8조 제3항 제4호는 국내에 널리 인식되었을 뿐만 아니라, “외국에 널리 인식된 신청인의 성명, 명칭, 상표, 서비스표 또는 상호”까지 보호하고 있는데, 이는 국내 도메인登錄人에게 매우 불리한 조항이다. 특히 이 부분은 UDRP처럼 不正한 目的을 인정하기 위한 증거로서가 아니라, 금지행위의 요건으로 규정된 부분이기 때문에 더욱 문제이다. 국내에 널리 인식되지 않았지만 외국에 널리 인식되었다는 것을 도메인登錄人이 사전에 알기 어렵고, 이를 사전에 조사해야 한다면 登錄申請人에게 과도한 부담을 주는 것일 수 있다. 그리고 국가도메인은 그 국가의 公的 資源에 해당하는데, 외국의 무수한 商標權者들에게 국가의 公的 資源을 내어주어 희소한 인터넷 주소자원을 소모할 우려도 있다. .kr 도메인은 개방형이 아닌 폐쇄형으로 운영되고 있는데, 외국의 商標權者까지 과도하게 보호할 실익은 별로 없다고 생각된다.

넷째, 분쟁조정규정 제3조 제1항은 타인의 도메인 이름 등록과 사용으로 인하여 대한민국의 법률 또는 대한민국이 가입한 조약에 따라 보호받는 權利 또는 正當한 利益을 침해받는 자는 분쟁조정을 신청할 수 있다고 하는바, .kr 도메인 이름의 등록적격을 가지지 않는 자⁴¹¹⁾도 분쟁조정을 신청할 수 있는지 여부가 문제된다. 분쟁조정규정 제

411) 도메인이름등록관리규정(2002. 10. 11.전문개정) 제4조 제2항은 도메인登錄人은 대한민국 내에 주소지가 있어야 한다고 규정한다.

3조는 한국인터넷정보센터의 도메인이름등록관리규정 제4조 제2항을 준용하지 않으므로 등록자격이 없어도 분쟁조정신청을 금지하기는 어려울 것이라고 해석되나, 신청인은 등록자격이 없기 때문에 登錄移轉을 받을 수 없다고 해야 할 것이며, 登錄抹消만 허용된다고 해석해야 할 것이다.

상표권 등 지적 재산을 보호하는 것은 바람직하나, 타인의 권리나 정당한 이익까지 침해하여서는 아니된다는 점, UDRP가 기존의 사법절차가 해결하지 못하는 분쟁을 해결하기 위한 보충적 제도로서 개발되었다는 점을 고려한다면, 우리나라 분쟁조정규정은 그 적용범위가 과도하게 넓다는 문제가 있다. 우리나라는 도메인 이름에 관한 분쟁이 최근에야 발생하였고 이에 관한 법리적 구성도 충분하지 않은 상태이며, 기존의 분쟁해결방법으로서도 규제할 수 있는 경우가 있음에도 이를 간과하는 것은 적절하지 않다. 특히 도메인이름분쟁조정규정은 UDRP와 유사하게 절차에 있어 서면심리를 원칙으로 하고 증거조사나 변론절차를 두지 않기 때문에 그 적용범위가 무한히 확대될 경우 절차상의 공정성이 무시될 우려가 있다. 다만 입법추진되고 있는 정보통신부의 인터넷주소관리법안이 어떻게 입법되느냐에 따라 추후 수정, 보완될 가능성이 있다.

(5) UDRP와의 關係

UDRP와 국가도메인 분쟁해결절차는 별개이나 점차 입법 또는 정책적 고려에 의하여 점차 접근하고 있다. WIPO 국가도메인 보고서는 국가도메인에 관한 분쟁해결도 UDRP와 통일적으로 맞추도록 권고하고 있으며, UDRP는 직, 간접으로 각국의 법과 제도에도 영향을 미치고 있다. 다만 국가도메인의 경우에는 일반도메인과 달리 보다 다양성과 개별성, 특수성을 존중할 수 있고 도메인 이름에 관한 도메인登錄人과 商標權者의 이익조화를 보다 균형있게 도모할 수 있다는 장점이 있으므로 이러한 고려 아래 분쟁해결절차를 유지할 것이다. 다만 UDRP를 전혀 무시한 도메인 이름 분쟁해결규정은 국제분쟁과 관련하여 새로운 갈등을 야기할 여지가 있으므로 형평과 정의, 비례원칙을 고려하여야 할 것이다.

라. 自國語 도메인의 紛爭解決規程

자국어 도메인의 경우에는 그 도메인에 사용되는 언어가 한글과 같이 특정 국가의 언어라는 점에서 특수성이 있고, 당해 자국어를 사용하는 국민 및 국가와 밀접한 관련이 있다는 점에서 분쟁해결규정의 내용을 정하는 데에 있어 당해 국가의 참여를 배제하는 것은 타당하지 않다. 다만 최상위 도메인이 “한글.한글”의 형식이 아니라 “한

글.com”의 경우에는 UDRP에 의해 분쟁이 해결될 것이고,⁴¹²⁾ “한글.kr”의 경우에는 우리나라 도메인이름분쟁조정규정에 의해 분쟁이 해결될 것이다.

그러나 한글 도메인에 관한 분쟁을 해결하기 위해 그 분쟁해결규정을 해석하고 적용하는 기준 특히 도메인 이름과 상표의 동일·유사성은 대한민국의 법역을 기준으로 판단하도록 규정할 필요가 있다. 왜냐하면 한글은 대한민국 국민의 사용을 전제로 한 자국어 도메인이라고 보아야 하기 때문이다.

III. 도메인 이름 權利의 保護

1. 商標侵害主張에 대한 防禦方法

가. 既存 紛爭解決方法에 의한 侵害主張의 排除

(1) 先決問題

도메인 이름의 분쟁에서 상표권자의 권리 침해 주장에 대하여, 도메인등록인이 그 주장을 배제하기 위하여 생각할 수 있는 것은, 먼저 商標法상 登錄商標의 登錄無效이나 登錄取消, 또는 不正競爭防止法상의 標識의 不存在 또는 正當한 利益이 없다는 점을 주장, 입증하는 방법이 있다.

(2) 權利 侵害의 否認

商標權者の 권리침해 주장에 대하여 도메인등록인은 商標法, 不正競爭防止法상 침해 금지 요건에 해당하지 않으므로 상표권 기타 표지에 관한 권리침해가 아니라는 소극적 사실을 입증하여야 할 것이다.

稀釋化와 관련하여서는 2001년에 신설된 不正競爭防止法 施行令 제1조의 2에서 정한 비상업적 사용, 언론 보도에의 사용, 周知前 不正한 目的 없는 사용 기타 공정사용 등 正當한 事由의 항변을 할 수 있다. 稀釋化는 지정상품의 동일·유사를 요하지 않고 混同 可能性도 요하지 않으므로 표현의 자유를 침해할 가능성이 높다. 예컨대, HIPPO, APPLE, PONY, POLO 등과 같이 보통명사의 명칭을 따랐지만 널리 알려진 상표에 대하여는 稀釋化에 의한 상표 보호와 표현의 자유간에 갈등이 생길 여지가 있다. 특히

412) Sankyo Co., Ltd. v. Zhu Jiajun, WIPO No. D2000-1791(三共.com) 등.

商標權者가 상표 약화를 주장하면서 다른 표지사용자의 사용을 금지하려고 한다면 표현의 자유는 상당히 제한될 것이고 더 나아가 稀釋化의 濫用도 문제될 수 있다. 누구나 사용할 수 있는 보통명사에 대하여는 상표 보호보다 상대적으로 자유권적 기본권인 표현의 자유를 우선하여 보호할 필요가 있을 것이다. 입법론상으로는 부정경쟁방지법 시행령 제1조의 2 제3호에 규정한 不正한 目的 없는 선사용권 보호를 제외하고는 不正競爭防止法상 일반적인 선사용권 보호 규정은 없는데다가 표지의 침해여부를 판단함에 있어 침해자의 고의 등 주관적 요소도 요건으로 하지 않기 때문에 不正競爭防止法 그 자체만으로도 商標權者의 이익을 강력히 보호하고 있는 반면, 오히려 商標權者의 權利濫用에 대한 善意의 도메인 이름 使用者에 대한 保護는 충분하지 않다는 점에서 제도적으로 균형적인 보완이 필요하다고 본다.⁴¹³⁾

그리고 예외적인 경우 민법 제2조에 따라 상표권자의 권리남용이나 신의성실의 원칙에 반한다는 주장을 할 수도 있을 것이다.

나. 도메인 特有의 紛爭解決方法

(1) 正當한 使用의 法的 基礎

(가) 도메인 이름의 基本法理 및 登錄約款

도메인 이름의 정당한 사용은 앞서 본 도메인 이름의 기본법리에서 근거를 구할 수 있다.⁴¹⁴⁾ 따라서 도메인 이름의 정당한 사용 보호도 表現의 自由⁴¹⁵⁾ 및 인터넷 공적 자원에서의 자유로운 접근, 재산권 보장, 영업의 자유 등에 바탕을 두고 있다. 도메인등록인은 도메인 이름에 관하여 등록약관에서 정한 권리를 가지므로 등록 후 언제부터 사용할 것인지, 어떻게 사용할 것인지, 영리적으로 사용할 것인지 비영리적으로 사용할 것인지, 사용하지 않고 타인에게 매각할 것인지에 관하여 결정할 수 있다.⁴¹⁶⁾

413) 윤선희, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山) 地裁 판결」, 『창작과 권리』 제23호(2001년 여름), 세창출판사(이하 “윤선희, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山) 地裁판결」”이라 한다), 94-95면.

414) 이 논문 제2장 II. 1. 및 2.항 참조.

415) Muller, “INTERNET DOMAIN NAMES” 참조. Muller교수는 이 글 결론에서 도메인 이름에 관한 법리 구성에서 가장 중요한 기초는 “표현의 자유(free of speech)”가 되어야 한다고 주장한다.

416) 도메인 이름과 관련하여 프라이버시 즉 私生活 侵害 問題도 언급되는데, 도메인등록인의 연락정보의 수집과 이용과 관련된 문제이다. 다만 이 논문에서는 상표권과의 문제를 주로 다루므로 논의를 생략하기로 한다.

(나) 公正競爭秩序

한편 정당한 사용의 근거는 경제와 법의 전체 질서 측면에서 볼 수도 있다. 商標法은 商標權者에게 등록상표에 관하여 배타적 권리를 부여하여 독점적 지위를 인정하는 것이므로 상표 보호가 지나치면 시장의 왜곡이 발생하여 독점의 폐해가 나타날 수 있다. 이러한 문제를 언급하면서 도메인 이름은 상표나 브랜드가 아니므로 도메인 이름에 관한 분배 문제는 시장경제의 원리에 의하여 규제되어야 한다는 견해⁴¹⁷⁾도 있다. 不正競爭防止法도 경쟁질서의 보호를 목적으로 하지만, 금지청구권을 인정함으로써 사실상 표지보유자에게 독점적 지위를 인정하는데, 이를 확대적용하면 상표권의 남용 여지가 있게 된다. 상표 보호를 위하여 도메인 이름에 관한 사용권을 특정 商標權者에게 강제로 배분하게 된다면, 등록할 수 있는 도메인 이름의 수는 더욱 희소하게 될 것이고, 도메인 이름의 취득을 위한 경쟁과 갈등은 더욱 심화될 여지가 있다. 또 후발 등록신청인은 자신을 표현하고 사업을 영위하기 위하여 나타내야 할 도메인 이름을 미리 선점당하는 불이익을 당하게 된다. 상표권자에게 부여하는 배타적 권리는 상표권의 침해와 관련된 부분에 한정할 것이지, 다른 체계의 새로운 전자표지인 도메인 이름에 대하여는 배타적 권리의 확대를 예외적으로 인정할 뿐이다.

이러한 공정한 경쟁질서 유지에서 고려되는 것은 상호 이익의 교량인데, 도메인 이름에 관한 권리가 충분히 보호되지 않는 상태에서는 상표법과 부정경쟁방지법에 의해 보호되는 商標權者의 독점적, 배타적 권리가 우선할 가능성이 많다. 따라서 도메인 이름의 분쟁에 관하여 상표 보호의 범위와 한계는 상표 보호와 경쟁법 원리간의 상호 조화를 고려하여야 한다. 도메인 이름 시장의 공정한 경쟁질서를 유지하며 투기나 무임승차로 인해 信義誠實에 반하는 행위를 방지하는 목적에 부합하도록 정할 것이다. UDRP도 이러한 취지 아래 그 요건을 “不正한 目的”이 있는 경우로 제한하고, 善意로 행동한 경쟁적 권리를 가진 당사자들 간의 분쟁은 대상에서 제외하였다.⁴¹⁸⁾

(2) 權利 또는 正當한 利益의 抗辯

(가) 立證責任의 轉換 問題

UDRP의 경우 도메인登錄人은 商標權者의 “상표와 동일·유사한 도메인 이름 登錄 및 使用과 不正한 目的”에 관한 주장을 다툼과 동시에 적극적으로 자신에게 도메인 이

417) Muller, “INTERNET DOMAIN NAMES” 중 “Trademark Issues” 참조.

418) Laurence R. Helfer, “INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT AT THE TRADEMARK-DOMAIN NAME INTERFACE,” *Loyola Law School Public Law and Legal Theory, Research paper No.2001-9, Pepperdine Review*, April, 2001, 2면 참조.

름을 登錄 및 使用할 권리 및 正當한 이익이 있다고 적극적으로 항변할 수 있다.

도메인 이름 체제는 상표의 그것과는 다르므로, 도메인 登錄人은 登錄機關과의 登錄約款에 따라 도메인 이름을 등록하면 족하고, 그 이외에 당해 도메인 이름과 상응하는 상표권 기타 권리가 필요한 것은 아니다. 다만 도메인 登錄人은 UDRP 제2조에 따라 제3자의 권리를 침해하지 않는다는 것, 不正한 目的으로 도메인 이름을 등록하지 않았다는 것, 기타 법규를 위반하지 않았다는 것에 대하여 진술 및 보증(Represent & Warranty)을 하는바, 이에 반하지 않는 것을 조건으로 한다. 따라서 도메인 登錄人은 UDRP 제2조상의 진술 및 보증 사항에 위배되는 것이 아닌 한, 登錄機關과의 登錄約款에 의하여 도메인 이름에 관한 적법한 권리를 취득하였다고 할 것이다. UDRP 제4조 a항 (ii)에서 UDRP 申請人이 “도메인 登錄人이 그 도메인 이름의 등록에 대한 權利 또는 正當한 利益을 가지고 있지 아니하다는 것”을 입증하도록 규정한 것도 도메인 이름을 적법하게 등록신청하여 접수된 이상 도메인 登錄人에게 원칙적으로 도메인 이름에 관한 권리가 있다는 점을 전제한 것이다.

그러나 도메인 登錄人이 적극적으로 자신에게 권리나 正當한 이익이 있다는 항변할 수 있다는 것이 그에게 입증책임이 있다는 것과 같은 의미는 아니다. 따라서 UDRP의 금지요건을 충족하려면 우선 UDRP 申請人이 도메인 登錄人에게 “도메인 이름에 관하여 권리나 正當한 이익이 없음”을 입증할 것이고 이에 대하여 도메인 登錄人이 다룰 수 있도록 해야 하는 것이 원칙이다.⁴¹⁹⁾ 그런데도 패널들의 UDRP 決定例 중에는 “소극적 사실의 입증 곤란”을 이유로 도메인 登錄人에게 입증책임을 전가시키는 경우도 종종 있다.⁴²⁰⁾ 예컨대, 도메인 登錄人이 당해 도메인 이름의 웹사이트가 현재 개발중이라고 하는 항변만으로는 UDRP 申請人이 도메인 登錄人에 대하여 도메인 이름에 관한 權利 또는 正當한 利益의 부존재 주장을 번복하기 부족하다고 한다.⁴²¹⁾ 오히려 UDRP 申請인은 단순히 도메인 登錄人에게 도메인 이름에 관한 권리나 正當한 이익이 없음을 주장하기만 하면 족하고, 도메인 登錄인이 “구체적 증거(concrete evidence)”를 제시하면서 자신에게 權利 또는 正當한 利益이 있다고 입증해야 한다고 함으로써 도메인 登錄人에게 과도한 입증책임을 전가하는 결정례까지 있다.⁴²²⁾ 따라서 현재 UDRP 결정의 상당

419) Neusiedler Aktiengesellschaft v. Kulkarni, WIPO No. D2000-1769.

420) Dow Jones v. Hephzibah Intro-Net Project, WIPO No. D2000-0704; Ian Anderson Group v. Hammerton, WIPO No. D2000-0475; Mandarin Oriental Servs. v. Control Alt Delete, WIPO No. D2000-1671.

421) Sandy Frank Entertainment v. Law Street, NAF FA93669.

422) Ingram Micro v. Noton, WIPO No. D2001-0124.

례에 따르면 도메인登錄人은 단순히 도메인 이름을 적법하게 등록하였다고 하거나, 제3자의 권리를 침해한 사실이 없다는 부인의 주장만으로는 자신의 권리를 충분히 보호하지 못하는 경우가 많다. 이러한 점에서 도메인 이름에 대한 도메인登錄人의 權利 또는 正當한 利益의 해석은 매우 중요한 역할을 한다. 특별한 법익의 침해가 없는 한, 도메인 이름의 登錄 및 使用은 원칙적으로 자유롭게 허용되어야 하며 보호되어야 한다는 입장에서 도메인등록인에게 합리적 근거 없이 입증책임을 부담시키는 것은 UDRP의 본래 취지에 반한다고 본다. 만약 제3자가 불법하게 도메인登錄人의 권리를 방해한다면 이는 민법상 제3자의 債權侵害에 해당하게 될 것이다.

(나) “權利 또는 正當한 利益”의 範圍

도메인 이름에 관한 權利 또는 正當한 利益은 도메인 이름의 正當한 使用을 보호하는 근거가 된다. 대부분 도메인登錄人의 권리는 상표권이나 상호권 등일 것이나, 당해 도메인 이름이 저작권과 같이 다른 권리에 기한 경우에도 정당한 이익을 인정할 경우가 있다.⁴²³⁾ 주의할 것은 도메인등록인에게 權利 또는 正當한 利益이 있는지의 여부는 도메인 이름 자체에 權利 또는 正當한 利益이 있는지 여부이지, 제3자의 상표에 관하여 權利 또는 正當한 利益이 있는지 여부는 아니다.⁴²⁴⁾

1) 도메인 이름의 先使用 등

UDRP 제4조 c항 (i)은 “도메인登錄人이 도메인 이름에 관한 분쟁의 통지를 받기 전에 不正한 目的을 가지지 아니하고 상품 또는 서비스의 제공을 위하여 당해 도메인 이름 또는 이에 대응하는 명칭을 사용하고 있었거나 그 사용을 위한 상당한 준비를 하고 있었던 경우”에는 도메인登錄人에게 權利 또는 正當한 利益이 있다고 한다.

도메인 이름의 登錄 및 使用은 객관적 사실에 기초하는 것으로서 분쟁의 통지 수령 전의 사용 여부에 관한 판단은 비교적 용이하지만, “그 사용의 상당한 준비”는 어느 정도 되어야 하는지 명확한 기준이 없다. 도메인 이름의 사용 계획 및 관련 사업의 추

423) Religious Technology Ctr. v. Freie zone, WIPO No. D2000-0410. 이 사건의 도메인등록인은 “Scientologie”라는 책의 저작권자인바, 책의 제목을 표현함으로써 책의 주요 내용을 암시하였으므로 “scientologie.org”의 권리를 보호받는다라는 취지의 결정을 하였다.

424) Robert A. Badgley, *Domain Name Disputes*, Aspen Law & Business, 2002, §7.19 참조. 그러나 많은 UDRP 決定에서 도메인등록인이 신청인의 상표와 관련하여 권리나 정당한 이익이 있는지 여부에 관한 고려를 하고 있고 이에 관한 비판이 있다. Compact Disc World v. Artistic Visions, NAF No. FA97855 등.

진만으로 충분하다고 한 사례⁴²⁵⁾가 있는가 하면, 도메인등록인이 자신의 도메인 이름을 사용할 계획이라고 주장하는 것만으로는 충분하지 않고 특히 도메인 이름의 등록 후 오랜기간 동안 현실적으로 사용한 바가 없는 경우에는 정당한 이익이 없다고 한 사례⁴²⁶⁾도 있다. 또 도메인 이름의 사용이 명목적인 수준에 머물고 不正한 目的으로 선점 등록한 것을 위장한 것에 불과하다고 인정되는 경우에는 정당한 이익이 없다고 하기도 한다.⁴²⁷⁾ 도메인등록인이 도메인 이름 등록당시에는 선의로 상품 또는 서비스를 제공하거나 제공을 준비하였으나, UDRP 신청인의 통지를 받은 후 상품 또는 서비스의 제공이나 그 준비를 포기하고 자신의 도메인 이름에 관한 권리를 높은 가격에 매도하려고 하는 경우 도메인등록인에게 정당한 이익이 그대로 있다고 할 것인지 여부가 문제되나, UDRP 제4조 c항 (i)은 UDRP 신청인의 통지를 받기 전에 도메인등록인이 도메인 이름을 선의로 등록하고 사용하고 있으면 정당한 이익이 있다고 규정하고 그 이후에도 계속 선의로 등록, 사용할 것을 조건으로 하지 않으므로 일단 정당한 이익을 가진 도메인등록인은 대가를 받고 도메인 이름 권리를 처분할 권리가 있다고⁴²⁸⁾ 할 것이다.⁴²⁹⁾

2) 도메인 이름의 周知·著名性

UDRP 제4조 c항 (ii)은 “도메인등록인이 비록 상표권이나 서비스표권을 갖고 있지는 않더라도 개인, 기업이나 기타 단체의 명칭으로서 당해 도메인 이름으로 일반에 널리 인식되고 있었던 경우”에 도메인등록인에게 權利 또는 正當한 利益이 있다고 한다. 예컨대, 도메인등록인의 실제 이름⁴³⁰⁾이나 성(姓, surname),⁴³¹⁾ 별명(nickname)⁴³²⁾ 기타

425) Physik Instrumente GmbH. & Co. v. Stefan Kerner et al. WIPO No. D2000-1001.

426) Toyota Jidosha Kabushiki d/b/a Toyota Motor Corporation v. S&S Enterprises Ltd., WIPO No. D2000-0802; Helen Fielding v. Anthony Corbert aka Anthony Corbett, WIPO No. D2000-1000.

427) ISL Marketing AG, and The Federation International de Football Association v. J.Y. Chung, Worldcup 2002.com, W Co., and Worldcup 2002, WIPO No. D2000-0034; .Yahoo! Inc. v. Silicon City and Osama Al-Ayoub, WIPO No. D2000-1711.

428) Teradyne v. 4Tel Technology, WIPO No. D2000-0026; Miele v. Absolute Air Cleaners & Purifiers, WIPO No. D2000-0756.

429) Robert A. Badgley, 전제서, §7.07 참조.

430) Japan Airlines Company Limited v. TransHost Associates, JAL Systems and John A Lettelleir, WIPO No. D2000-0573; VeriSign v. VeneSign, WIPO No. D2000-0303.

431) G.A. Modefine v. Mani.com, WIPO No. D2001-0388.

도메인登錄人 자신을 지칭하는 특별한 명칭을 도메인 이름으로 등록, 사용하는 경우에는 不正한 目的이 없는 한 正當한 이익이 있다고 할 것이다.

도메인 이름이 영업표지로서 사용되어 국내에서 주지, 저명성을 얻게 되면 도메인登錄人은 소극적으로 UDRP의 正當한 이익의 항변을 할 수 있을 뿐만 아니라 적극적으로 그 도메인 이름이 不正競爭防止法상 보호되는 영업표지에 해당함을 이유로 不正競爭防止法 제2조 제1호 가목 내지 다목의 不正競爭行爲에 대한 금지청구나 손해배상청구도 할 수 있을 것이다. 이 경우 이미 주지, 저명해진 도메인 이름은 부정경쟁방지법 제15조와 관련하여 등록상표, 다른 주지상표나 저명상표와 법적 갈등이 생길 수 있고 어느 것이 우선하는지에 대하여 다툼이 있을 수 있다. 판례⁴³³⁾는 “이익을 얻을 목적으로 형식상 상표권을 취득하는 경우에는 상표의 등록출원이나 상표권의 양수 자체가 부정경쟁행위를 목적으로 하는 것으로서, 가사 권리행사의 외형을 갖추었다 하더라도 이는 상표법을 악용하거나 남용한 것이 되어 상표법에 의한 적법한 권리의 행사라고 인정할 수 없다고” 판시하면서 부정경쟁방지법의 적용을 인정하였다.

3) 도메인 이름의 非營利的 使用

UDRP 제4조 c항 (iii)은 찬양 또는 비판 등 비영리적 사용 기타 正當한 使用에 관하여 도메인登錄人에게 도메인 이름에 대해 權利 또는 正當한 利益이 있다고 한다.

비평, 비판⁴³⁴⁾ 또는 패러디(Parody)의 목적으로 타인 상표를 사용하는 것은 正當한 使用(fair use)에 해당하고,⁴³⁵⁾ “상표명+sucks.com”⁴³⁶⁾과 같이 상표가 비판을 위해 단순히 도메인 이름으로 구체화된 경우에는 표현의 자유가 보장된다.⁴³⁷⁾⁴³⁸⁾ 예컨대, 건전한

432) Penguin Books Ltd. v. Katz Family, WIPO No. D2000-0204.

433) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결. 같은 취지로 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결 등. 이에 의하면 주지상표가 된 도메인 이름에 기하여 금지청구를 한 경우 등록상표권을 이유로 이를 다룰 수 없다고 할 것이다.

434) Dorset Police v. Mr. Gerry Coulter, AF-0942a,b. 이 UDRP 결정에서 UDRP 신청인은 영리기업이 아니라 정부기구이라는 특징이 있으나, 패널은 도메인登錄人이 시민으로서 정부에 대한 비판을 공표하기 위하여 도메인 이름을 사용할 수 있다고 하였다.

435) 영국 도메인이름분쟁해결규정(DRS) 제4조 b항은 특정인 또는 기업의 찬양 또는 비판만을 목적으로 운영하는 웹사이트의 경우 특별한 사정이 없는 한 正當한 使用이 된다고 규정한다. <<http://www.nic.uk/ref/drs.html>>[2002.11.20.].

436) Julie A. Katz, J. Aron Carnahan, “Battling the ‘CompanyNameSucks.com’ Cyberactivists,” *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol. 13, No. 3, 2001 참조. <<http://www.welshkatz.com>>[2002.11.20.].

소비자 운동을 위해 특정 기업의 잘못된 영업행태, 소비자 간 정보 교환 등을 위해 도메인 이름을 등록하고 웹사이트를 운영하는 것은 正當한 使用으로 인정될 것이다.

그러나 UDRP 決定 중에는 “상표명+sucks.com”는 비평이나 패러디의 목적을 위해 비영리적으로 사용될 경우에만 보호받을 뿐이며, 이를 되팔기를 통해 부당한 이익을 얻고자 한다면 不正한 目的을 인정할 수 있다고 한 예도 있다. 예컨대, walmartcanadasucks.com사건⁴³⁹⁾의 경우 패널은 도메인등록인이 UDRP 신청인의 상표와 유사한 도메인 이름을 이용하여 UDRP 신청인의 잠재적 고객을 도메인등록인의 웹사이트로 유인함으로써 UDRP 신청인의 사업에 위협을 주고, 도메인 이름 컨설턴트로서 일정한 대가를 요구하였다고 판단한 후 도메인등록인의 표현의 자유 항변을 배척하였다. 우리나라 하급심 판결 중에도 도메인 이름을 “anti+상표명.com”으로 하고 당해 웹사이트에서 명예훼손행위를 한 것에 대하여 공익성이 없다고 사실인정을 한 후 도메인 이름 등록 말소와 손해배상청구를 인용한 사례⁴⁴⁰⁾가 있는바, 비영리적 사용이라도 사회질서에 반하는 것은 보호받지 못한다고 볼 것이다. 또 UDRP 決定 중에는 외관적으로 비평을 위한 것이라도 상표와 똑같은 명칭의 도메인 이름을 등록하는 경우 언제나 표현의 자유를 주장할 수 있는 것은 아니라고 한다.⁴⁴¹⁾ 표현의 자유도 타 기본권

437) Bally Total Fitness Holding Corporation v. Andrew Faber(C.D. Ca. 1998).

피고는 원고인 Bally Total Fitness에 대한 소비자 불만을 받는 웹사이트 URL로서 <www.compupix.com/ballysucks>를 운영하였다. 원고는 상표 침해, 희석화, 불공정 경쟁을 주장하면서 소를 제기하였다. 법원은, 평균적이고 합리적인 소비자라면 Bally가 그 조직을 비판하는 데에 열심인 사이트와 친밀한 관련이 있다고 생각하지는 않을 것이고 따라서 상표 침해는 아니라고 결론지으면서 선고하였다. 그 사이트가 소비자 논평으로서 상업적 사용에 해당하지 않는다는 이유로 희석화 주장도 기각되었다.

438) 미국 법원이 “companynamesucks.com”을 표현의 자유에 입각하여 보호하는 취지의 판결을 계속 내자, 회사들은 자신의 “companynamesucks.com” 등을 미리 등록하거나 이미 등록된 도메인 이름을 도메인등록인으로부터 매수하거나 계약을 체결하여 자신의 기업을 비판하는 웹사이트 운영을 하지 않도록 계약을 체결하는 방법을 택하고 있는 실정이다. Julie A. Katz, J. Aron Carnahan, 전계논문 참조.

439) Wal-Mart Stores, Inc. v. Walsucks and Walmarket Puerto Rico WIPO No. D2000-0477.

440) 서울지방법원 남부지원 2002. 10. 17. 선고 2001가합12271 판결.

441) Annette A. Antoun d/b/a The Paxton Herald v. Truth Squad, NAF No. FA0207000114766; Annette A. Antoun d/b/a Stephen Millard, NAF No. FA0207000114770. 우리나라 도메인이름분쟁조정결정 중에도 “samsungeverland.co.kr”을 음란사이트로 포위당하다가 안티사이트로 포위당을 변경한 것에 대하여 정당한 안티활동으로 보기 어렵다고 결

내지 법적 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하기 때문이다. 미국 판결 중에는 商標權者의 평판을 나쁘게 하고 헐뜯기 위한 목적으로 상표와 동일·유사한 명칭을 사용한 경우 표현의 자유는 제한을 받는다는 것⁴⁴²⁾⁴⁴³⁾도 있고, 도메인登錄人이 정치적 행동주의를 실천하기 위하여 상표를 사용하였다라도 그 상표사용이 의사 전달의 메시지 일부일 때에는 표현의 자유를 보호받을 수 있으나, 상품의 원천을 확인시키기 위한 사용이라면 표현의 자유를 인정할 수 없다는 것⁴⁴⁴⁾도 있다.

다만 “상표명+sucks.com”에 관하여는, 不正한 目的이 있는지 별론으로 하고, “상표명.com”과 “상표명+sucks.com” 간에 소비자들이 동일·유사한 표지로 혼동의 여지가 있을 것인지에 관하여 다툼이 있을 수 있다. 즉 “sucks”란 의미는 속어로 몹시 질이 나쁘다는 등의 부정적 의미가 강하게 나타나는 것이므로 회사 이름 뒤에 이러한 용어가 붙은 경우(“anti-”도 유사할 것이다) 과연 일반 이용자들이 후자를 원래 商標權者의

정한 예가 있다(KR 2002-0011).

<http://www.ddrc.or.kr/dist_complet_v.html?no=11>[2002.11.20.].

442) *Jews for Jesus v. Brodsky*, 993 F.Supp. 282(D. NJ. 1998). 법원은 예비적 금지 명령을 선고하였는데, 언론의 자유를 보호하는 것으로서 검토하기보다는 오히려 피고가 원고 상표의 평판을 나쁘게 하고 헐뜯기 위해 정확히 같은 이름인 *jewsforjesus.org*를 사용하였다는 점을 중시하였다.

443) *Archdiocese of St. Louis v. Internet Entertainment Group, Inc.*, (E.D.Mo. 2/12/99). 법원은 *Papal Visit* 상표가 저명하다는 것 및 성인 엔터테인먼트 사이트와 관련성은 원고의 유명한 표지를 희석(tarnishment)시킨다고 사실 인정하였다.

444) *Planned Parenthood Federation of America v. Bucci*, 42 U.S.P.Q.2d. 1430(S.D. NY, 3/19/97). 본건에서 법원은, 미국 연방상표법의 적용을 가능하도록 “영리적 사용” 및 “상품 및 서비스와 관련한 사용”에 대한 확장 해석을 시도하였다. 법원은 피고의 원고 상표 사용이 세 가지 이유에서 영리적이라고 판시하였다. (1) 피고는 책의 판매 촉진에 종사하고 있다 (2) 피고는 본질적으로 자신의 활동에 대한 기금을 호소하는 비영리 정치적 활동가이다 (3) 피고의 행위는 원고의 영업에 해가 될 것으로 기대된다. 더 나아가, 법원은, 피고의 정치적 행동주의의 목적이 상표법(Lanham Act)의 적용으로부터 면제가 주어지는 것은 아니라고 판단하였다. “타인의 상표에 대한 사용은, 그 상표 사용이 의사 전달의 메시지 일부일 때, 상품의 원천을 확인시키기 위하여 사용되는 때가 아니라, 미헌법 수정 제1조(표현의 자유)의 보호를 받는다.” 본건은 피고가 도메인 이름을 사용함으로써 의사소통의 메시지가 아닌 원고 상품을 확인시켜주는 것이므로 미 헌법 수정 제1조의 보호 대상에 포함되지 않는다. 본건은 오래된 판결 중 하나이고 학자들로부터 의문을 제기받고 있지만, 이후 관련 사건에서 미국 법원에 의하여 종종 논거로 제기되어 왔다.

도메인 이름으로 혼동할 정도로 유사한 것으로 인식하는지 의문이다. 만약 유사하다고 볼 여지가 없다면 不正한 目的이 있더라도 도메인 이름 登錄 및 使用에 관하여 UDRP를 적용하여서는 안될 것이다. 그러나 이에 대하여 UDRP 決定 중에는 “sucks”가 영어권에서는 일부 사람들에게 속어로서 진부하고 특별한 의미가 없는 첨가어로 이해될 수 있다고 설명하면서 저명상표에 “sucks”를 사용한 도메인 이름이 상표와 혼동을 초래할 정도로 유사하다고 결정한 사례⁴⁴⁵⁾가 있다. sucks나 기타 비판의 이미지가 있는 단어가 상표명과 결합한 사례에서, UDRP나 부정경쟁방지법의 적용을 받을 것인지 여부는 구체적 사안에 따라 정해될 것이지만, UDRP와 유사한 적용요건을 규정하고 있는 미국 반사이버스퀴팅소비자보호법을 적용한 유사 사례에서 미국 법원은 통상의 평균적 소비자라면 商標權者가 후원하는 웹사이트와 “sucks”가 첨가된 도메인 이름과 혼동하지 않을 것이라고 하면서, “상표명+sucks”는 패러디 또는 비평으로 볼 수 있다고 판시하였다⁴⁴⁶⁾는 점은 좋은 참고가 될 것이다. “상표명+sucks”는 인터넷상 기업에 대한 불만, 비평의 장을 뜻하는 웹사이트로 인식하고 있으며, 2000. 7. 12. 신규 도메인을 생성하기 위한 ICANN 회의에서도 비영리적인 의사표현의 자유를 보장하기 위하여 “sucks” 최상위 도메인(TLD)을 창설하자는 제안⁴⁴⁷⁾이 나올 정도로 “sucks”의 의미가 비평, 의사표현의 자유와 관련이 밀접함을 보여주고 있다. 따라서 不正한 目的으로 등록 및 사용될 우려도 없지 않으나, 이를 일반화하여 비판, 의사표현의 자유에 해당하는 영역까지 상표권을 남용하여서는 아니될 것이다. 앞서서도 언급하였지만, UDRP가 법규는 아니라 하더라도 당사자의 권리를 박탈할 수 있는 강력한 것인 만큼 정해진 요건을 임의로 변경하거나 해석하여서는 안된다.

445) Vivendi Universal v. Mr. Jay David Sallen and GO247.COM, Inc., WIPO No. D2001-1121.

446) Lucent Techs., Inc. v. LucentSucks.com, Civil Action No. 99-1916-A, 95 F.Supp. 2d 528(May 3, 2000).

447) ICANN Yokohama Meeting Topic: Introduction of New Top-Level Domains Expressions of Interest #16 <<http://www.icann.org/yokohama/eoi16.htm>>[2002.11.20.] 이 회의에서 발제자는 최상위 도메인으로서 “sucks”을 회사나 기구에 대한 비판, 비평을 위해 사용하고 원래 그 상호나 상표를 가지고 있는 자에게는 허락하지 않는 구조로 할 것을 제안하고 있다. 또 이 도메인은 비영리의 자유로운 의사표현의 기초로 사용될 것을 전제로 한다. 이외에 union, customers, complaints, ecology, isnotgreen, isnotfair, shareholder, taxpayer, unite 등이 최상위 도메인으로 제안되었다.

4) 기타 正當한 使用

가) 普通 名稱(一般的 또는 記述的 表現 포함)

도메인 이름이 고유명칭이 아닌 일반적(generic)이거나 기술적(記述的, descriptive)인 경우 누구나 일상생활에서 여러 가지 용도로 사용될 수 있으므로 특별한 사정이 없는 한 正當한 使用이 된다⁴⁴⁸⁾고 본다. 만약 보통명사가 다른 단어들과 결합하여 상표를 구성하더라도 그 본질적 부분이 일반적이거나 기술적일 경우에는 商標法에 의한 특별한 보호를 하지 않는 것이 원칙이다.⁴⁴⁹⁾ 그러나 어느 표지가 보통명칭이나 기술적 명칭이나의 판단은 지정상품과의 관계에 따라 결정되는 것이므로 예컨대, apple은 과일 장사에게는 보통명칭이 되지만 컴퓨터제조사에겐 상표 적격이 인정될 수 있다.⁴⁵⁰⁾ 다만 보통명사가 상표로 등록 또는 사용되는 경우에는 그 식별력이 약하다고 할 것인데, 약한 식별력을 가진 상표의 유사 여부에 관하여 그 보호의 범위는 좁게 해석⁴⁵¹⁾할 것이다. 도메인 이름은 지정상품의 구분이 없고 식별력이 없더라도 등록이 허용된다는 점에서 상표와 다른데, 일상용어로 된 표현을 특정인이 독점하게 된다면 표현의 자유가 크게 침해될 것이기 때문이다.⁴⁵²⁾ 그러나 식별력이 약하더라도 상표등록이 되면 배타적 권리를 가지기 때문에, 이 경우 체계가 다른 도메인 이름에 대하여도 배타적 권리를 요구할 경우에는 표현의 자유와 심한 갈등을 야기할 여지가 있다. 예컨대, crew.com사건⁴⁵³⁾은 3명의 패널 중 다수는 도메인登錄人이 투기적 행위를 하였고 등록 당시 상표의 존재를 알고 있었다는 점을 지적하면서 도메인登錄人에게 不正한 目的이 있음을 인정하였다. 그러나 이는 상표법에 의해 상표권으로서 보호하는 것일 뿐, 기본

448) 영국 도메인이름분쟁해결규정(DRS) 제4조 a항 ii호는 도메인 이름이 일반적 또는 기술적이고 그 사용이 정당한 경우 허용된다고 규정하고 있다.

<<http://www.nic.uk/ref/drs.html>>[2002.11.20.]

449) CD Solutions, Inc. v. CDS Networks, Inc. 15 F. Supp.2d 986 (D.Or., April 1998) Civil No. 97-793-HA. 기업명의 약어인 CDS와 콤팩트 디스크 복수를 의미하는 CDs간의 표현을 두고 “cds.com” 분쟁이 발생하였으나, 법원은 수많은 물건들에 통상 사용될 수 있는 일반적 단어에까지 보호가 미치지 않는다고 판시하였다.

450) 宋永植 외, 전거서, 105면.

451) 송영식, 식별력이 없거나 약한 상표의 유사범위, 51면.

452) Data Concepts, Inc. v. Digital Consulting, Inc., 6th Cir. August 1998, 150 F.3d 620.

453) J.Crew International, Inc. v. crew.com, WIPO No. D2000-0054. crew는 보통명사로서 “배, 비행기 등의 승무원” 또는 구어로 “동아리, 집단, 패거리” 등을 의미하는바, 商標權者는 의류 사업을 하여 지정상품이 다르므로, UDRP 申請人의 상표는 상표 적격은 인정될 수 있다.

적으로 체계를 달리 하는 도메인 이름 체계에까지 상표권의 효력을 무조건 확대할 수는 없으므로 신중한 검토를 요한다. 더 나아가 상표가 등록되었다는 이유만으로 당해 도메인 이름에 관하여 상표권자만이 권리를 주장할 수 있다면 도메인등록인의 正當한 使用까지 위협할 우려가 있다.⁴⁵⁴⁾ 보통명칭에 관한 도메인 이름은 등록가능하며(예컨대, business, computer 등) 이의 가치를 인정하여 매도, 매수하는 예도 종종 있는데, 이는 사적 자치의 원칙에 따라 유효하다고 해석할 것이고 이러한 예에 따르면 보통명칭의 도메인 이름에 대하여 매매의사가 있다는 이유만으로 不正한 目的이 있다고 인정하는 것은 지나치다고 본다. 따라서 설사 도메인등록인에게 不正한 目的이 있다 하더라도 보통명사를 도메인 이름으로 등록하는 것은 표현의 자유와 재산권 보장, 영업의 자유로서 UDRP의 금지범위에 포함되지 않는다고 해석해야 한다.⁴⁵⁵⁾ 만약 crew.com 사건⁴⁵⁶⁾의 UDRP 決定을 극단적으로 적용할 경우 과일가게를 운영하는 사람이 apple.com을 등록이전받아 후에 애플컴퓨터 회사에 매수제의를 하면 不正한 目的이 인정될 수 있다고 할 여지가 있는데, 이는 표현의 자유나 영업의 자유, 기타 자유권을 부당히 제한하는 결론에 이르게 된다.⁴⁵⁷⁾

한편, 현저한 지리적 명칭과 같이 일반적으로 商標法의 등록에 의해 보호받을 수는 없을 지라도 그것이 오랫동안 사용됨으로써 거래자나 일반 수요자들이 어떤 특정인의

454) 이 사건 소수의견은 다수의견을 비판하면서 이 결정이 보통명사의 登錄 및 使用을 일반명칭의 상표를 소유하고자 하는 商標權者에 의해 금지할 수 있는 위험한 상황을 야기할 수 있다고 경고한다. 결정문 참조.

<<http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0054.html>>[2002.11.20.].

455) General Machine Products Company, Inc. v. Prime Domains, NAF 0001000092531.

456) crew.com사건의 UDRP 신청인의 직원은 도메인등록인의 도메인 이름을 통하여 배너 광고로 UDRP 신청인의 웹사이트에 링크해주는 대가로 일정한 커미션을 주기로 약정하였으나 이를 불이행하고 오히려 도메인등록인에게 도메인 이름의 매각을 요구하였다. 이에 도메인등록인의 변호사는 신청인의 변호사에 대하여 명목적 대가는 관심이 없다고 응답하였다. 또 도메인등록인은 UDRP 신청인이 사업 즉 링크를 하면 커미션을 주겠다는 제의를 하기 전까지 등록상표의 존재를 알지 못하였다고 항변하였다. 이러한 사실관계에 비추어 보면 초기 UDRP 신청인은 도메인등록인의 도메인 이름 登錄 및 使用을 용인한 것이며, 이를 전제로 링크를 요구한 것인데, 오히려 신의칙에 반하여 도메인등록인으로부터 도메인 이름을 이전받기 위해 UDRP를 이용한 것으로 볼 수 있다.

457) NAF는 도메인등록인이 sex.biz를 不正한 目的으로 등록하였다고 하면서(STOP 제4조(i)), 도메인등록인에 대하여 미국 등록상표를 가지고 있는 신청인에게 도메인 이름을 이전할 것을 명하였다(NAF FA0209000124756). 그러나 이는 보통명칭에 대한 지나친 제한이라고 보여진다.

영업을 표시하는 것으로 널리 알려져 인식하게 된 경우에는 不正競爭防止法이 보호하는 영업표지에 해당한다고 할 것이며, 두 영업자의 시설이나 활동 사이에 영업상, 조직상, 재정상 또는 계약상 어떤 관계가 있는 것으로 오인될 경우에도 타인의 영업상의 시설 또는 활동과 혼동을 일으키게 하는 不正競爭行爲에 해당한다고 하므로 이렇게 2차적 의미를 가지는 경우에는 예외적으로 보호받을 수 있다.⁴⁵⁸⁾

나) UDRP 申請人과 도메인登錄人間의 契約 등

원래 상표권은 UDRP 신청인에게 있으나 도메인등록인이 UDRP 신청인과 계약을 체결하여 상표가 부착된 상품 또는 서비스를 판매할 수 있는 권한을 부여받아 영업을 영위하는 경우에도 도메인등록인에게 도메인 이름에 관한 權利 또는 正當한 利益이 있다고 인정될 경우가 있다. 예컨대, 도메인등록인이 UDRP 신청인으로부터 권한을 부여받아 UDRP 신청인의 상품을 수년간 판매해왔고, UDRP 신청인도 도메인등록인의 당해 도메인 이름의 登錄 및 使用 사실을 알고 있었던 경우⁴⁵⁹⁾에는 UDRP 절차 진행 중에 UDRP 신청인이 도메인등록인과의 계약을 종료하고 상표권의 사용을 더 이상 허락하지 않는다 하더라도 도메인등록인에게 정당한 이익이 있다.⁴⁶⁰⁾

다) 商標의 權利消盡의 原則

선의로 상표가 부착된 상품을 구입한 자는 商標의 權利消盡의 原則(“exhaustion of rights” principles of trademark)에 따라 당해 상품을 재판매하거나 그 상표를 포함한 상품의 광고를 할 수 있다.⁴⁶¹⁾ 따라서 권리소진의 원칙에 따라 UDRP 신청인의 상표

458) 대법원 1999. 4. 23. 선고 97도322 판결. 원심은 “종로학원”이 지리적 명칭과 보통명칭의 결합인 것을 이유로 부정경쟁방지법의 적용을 부인했으나, 대법원은 다른 의미를 얻어 식별력을 가지고 주지성이 있다는 이유로 원심을 파기하였다. 위 판결의 평석으로는, 曹廷昱, 「不正競爭防止法이 보호하는 營業標識와 부정경쟁행위의 範圍」, 『商事判例研究[V』』(編輯代表 崔基元), 2000 참조.

459) Weber-Stephen Products v. Armitage Hardware, WIPO No. D2000-0187; Freni Brembo v. Webs We Weave, WIPO No. D2000-1717.

460) New Deal Skateboards v. LVH Holdings, CPR No. CPR0017.

461) 權利消盡의 원칙과 並行輸入에 관하여, 宋永植 외, 전거서, 231-234면 참조. 判例도 “병행수입 그 자체는 위법성이 없는 정당한 행위로서 상표권 침해 등을 구성하지 아니하므로 병행수입업자가 商標權者의 상표가 부착된 상태에서 상품을 판매하는 행위는 당연히 허용된다”고 한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결). 다만 이 판결에서는 독점판매업자의 영업표지를 혼동케 하는 행위는 不正競爭防止法 제2조 제1호 나목

가 부착된 상품을 매수하여 이를 다시 판매하는 자가 그 상품을 웹사이트에서 판매, 광고하기 위해 도메인 이름을 등록하여 사용하는 경우에는 도메인登錄人에게 權利 또는 正當한 利益이 있다는 이유로 허용될 수 있다.⁴⁶²⁾ 다만 상표가 부착된 상품을 선의로 판매하는 자가 UDRP 제4조 c항의 權利 또는 正當한 利益을 가진다고 하여 언제나 그 상표 명칭과 동일·유사한 도메인 이름을 등록, 사용할 권한이 언제나 부여되었다고 할 수 있는 것은 아니다. 예컨대, 並行輸入⁴⁶³⁾의 경우 당해 도메인 이름의 사용이 어떠한지, 混同 可能性의 증거가 있는지, 당사자들 간에 어떤 계약이 있는지 등 구체적 사안의 검토에 따라 商標法이나 不正競爭防止法에 의하여 그 도메인 이름이 금지되거나 손해배상책임을 부담할 수도 있다.⁴⁶⁴⁾⁴⁶⁵⁾ UDRP는 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用의 문제를 해결하기 위해 고안된 법적 장치이기 때문이다.⁴⁶⁶⁾

라) 기타의 事由

(i) 신규 도메인이 장치 구체적이고 세부적인 영역으로 분류되어 생성될 것으로 예상되고 있는바, 각 도메인이 영역별로 세분화될 경우 상표의 지정상품 또는 지정서비스 유사 기능을 할 수 있고 상표처럼 동일한 명칭이 다수 병존할 여지도 있다면, 표현의 자유는 제한적으로나마 확대될 수 있을 것이다.⁴⁶⁷⁾

에 위반한다고 보았다.

462) Toma v. Florida Hi Performance, eRes AF-0968..

463) 趙龍植, 「判例로 본 並行輸入의 認定要件」, 『特許訴訟研究』 제1집, 特許法院, 1999, 243-273면 참조.

464) 우리나라 判例도 “병행수입자가 소극적으로 상표를 사용하는 것에 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 商標權者의 상표를 사용하여 광고, 선전행위를 하더라도 그로 인하여 위와 같은 상표의 기능을 훼손할 우려가 없고 국내 일반 수요자들에게 상품의 출처나 품질에 관하여 오인, 혼동을 불러일으킬 가능성이 없다면, 이러한 행위는 실질적으로 상표권 침해의 위법성이 있다고 볼 수 없을 것이므로 商標權者는 상표권에 기하여 그 침해금지나 침해행위를 조성한 물건의 폐기 등을 청구할 수 없다고 봄이 상당하다”고 한다(대법원 2002. 9. 24. 선고 99다42322 판결).

465) 도메인 이름의 사용이 不正競爭防止法 위반이 되는지 여부에 관하여, 하급심 판결 중에는 “피고(병행수입업자 및 도메인登錄人)가 그 진정상품의 상표를 그대로 도메인 이름으로 등록하여 판매행위를 한 사안에서 정당한 영업표지의 사용범위를 넘어선 것이라 하여 不正競爭行爲에 해당한다”고 한 사례가 있다(서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합5188,3156 판결).

466) Toma v. Florida Hi Performance, eRes AF-0968; Bang & Olufsen America v. BeoWorld.com, WIPO No. D2001-0159.

(ii) 略語(abbreviation)로 된 도메인 이름의 경우 이를 누가 보유할 수 있느냐에 관하여는 다툼이 있다. UDRP 決定 중에 약어에 관하여 商標權者에게 도메인 이름에 대한 권리가 있다고 한 것이 있다.⁴⁶⁸⁾ 상표권 중에는 약어로 된 경우가 많지만, 서로 다른 의미를 가지고 있고 현실세계에서는 여러 가지 상표의 구성요소 예컨대, 색채, 글꼴 등으로 구분이 될 수 있는 경우도 있는바, 商標權者라고 하여 모든 약어에 대하여 배타적으로 권리를 행사할 수 있다는 것은 표현의 자유에 중대한 위협이 된다.⁴⁶⁹⁾

(iii) 表現의 自由 기타 도메인登錄人의 권리를 보장하기 위해서는 UDRP의 해석 또는 적용에도 수정이 필요하다. 특히 도메인 이름을 장기간 사용하지 않았다는 소극적 사실로부터 不正한 目的이 있었다는 적극적 사실을 인정하거나 추정하는 것은 도메인登錄人에게 일방적으로 불리하므로, UDRP 신청인은 보다 구체적인 입증을 요한다. 또, 가격 등에 대한 협상 등 도메인登錄人과 잠정적인 구매인 간에 논의가 있었다 하더라도 그 논의의 내용이 무엇인지 분석하여 결정하는 과정도 필요하다.

商標權者가 적극적으로 권리를 행사하지 않아 외관상 일정한 신뢰가 형성되었거나, 도메인登錄人의 사용이 묵인되었다고 인정될 만한 사정이 있는 경우(예컨대, 商標權者가 상표허락을 하고 도메인 이름에 관한 사용허락은 하지 않았지만 도메인登錄人의 도메인 이름 登錄 및 使用을 2년 간 방임한 경우)에도 追認의 법리에 따라 도메인登錄人에게 정당한 이익을 인정할 수 있다.⁴⁷⁰⁾

(다) 適法한 權利者間의 衝突 問題

도메인등록인에게 도메인 이름과 동일·유사한 명칭의 상표 등 적법한 權利 또는 正當한 利益이 인정되면, UDRP 신청인의 상표가 저명하다는 등의 이유만으로 도메인등록인의 권리나 정당한 이익이 부인되지는 않는다. 도메인등록인에게 당해 도메인 이름을 등록하고 사용하는 데에 필요한 법적 근거만 있으면 족하므로, 도메인등록인의 권리가 배타적일 것을 요하지는 않는다.⁴⁷¹⁾ 예컨대, 후지출판사가 “fuji.com”을 등록하

467) Muller, “INTERNET DOMAIN NAMES,” Trademark Issues 참조. Muller 교수는 이 글에서 도메인 이름과 상표권의 부적절한 연결고리의 오류를 부정하고 표현의 자유를 중요한 쟁점으로 언급하면서 새로운 도메인 생성을 주장한다.

468) Hewlett-Packard Company v. Homepage Organization, NAF FA 0004000084446.

469) CD Solutions, Inc. v. CDS Networks, Inc., 15 F.Supp.2d 986 (D.Or., April 1998) Civil No. 97-793-HA. 미국 법원은 商標權者에게 일상생활에서 사용하는 일반적 표현에까지 상표권을 확장할 수 없다는 이유로, “cds.com”의 배타적 권리를 부인하였다.

470) Draw-Tite, Inc. v. Plattsburgh Spring Inc., WIPO No. D2000-0017.

471) Robert A. Badgley, 전게서, §7.03 참조.

였다면 사진과 현상으로 저명한 상표를 가지고 있는 후지필름의 商標權者는 이를 다투지 못한다.⁴⁷²⁾ 상표나 상호는 지역적 범위와 지정상품에 따라 병존가능하다는 점에서 동일·유사한 명칭이 많을 수 있으므로 정당한 이익이 있는 자간의 우열을 두지 않고 먼저 등록한 자에게 우선권을 주는 것이다. 이는 특정한 단어에 대하여 특정의 商標權者가 모든 가능한 표현을 독점할 수 없다는 것을 의미하며, 표현의 자유에 근거한다고 할 것이다. 다만 UDRP상 도메인등록인이 도메인 이름에 관하여 權利 또는 正當한 利益을 가진다고 하여 商標法이나 不正競爭防止法의 위법성까지 없다고 할 수 없고 이에 대한 판단은 법원에서 별개로 할 것이다.⁴⁷³⁾

UDRP 決定例 중에는 도메인등록인이 관련 상표를 이미 등록하였음에도 불구하고 그 상표 등록절차에 미심쩍은 부분이 있다는 이유로 그 도메인 이름을 UDRP 신청인에게 이전하라고 결정한 것⁴⁷⁴⁾도 있는데, 이는 商標權者 간에 충돌이 있을 경우 상대방의 상표권을 다투으로써 도메인 이름에 관한 권리를 주장할 수 있는지와 관련이 있다. 다만 이 사건에서 패널은 도메인등록인에게 등록상표가 있음에도 이를 부인하고 입증책임을 전환하여 UDRP 신청인의 신청을 인용하였다는 점에서 판단과정에 문제가 있다는 비판이 있다.⁴⁷⁵⁾ UDRP는 패널에게 판단의 재량을 부여하고 있지만(UDRP 규칙 제10조, 제12조), 상표권의 존부와 같은 선결문제는 재량으로 판단할 것이 아니라 증거에 의해 판단될 사항이므로 패널은 상표등록원부의 증명력을 아무 근거 없이 배척해서는 아니될 것으로 생각된다.

한편 A국의 도메인등록인이 B국의 UDRP 신청인으로부터 “xyz”라는 상표 사용에 관한 계약을 체결하고 도메인등록인이 A국에 그 상표를 등록하여 그 상표로 영업을 하고 있는 경우 도메인등록인에게 그 도메인 이름에 관한 權利 또는 正當한 利益이 있는가에 관하여 다툼의 여지가 있다. UDRP는 상표권이 존재할 것만 요구하고 있지 그 상표권이 어느 국가에 있어야 하는지 또는 기타 어떤 조건이 필요한지에 대하여는 아무런 언급이 없으므로 A국에 도메인등록인에게 상표권이 존재한다면 그 도메인등록인에게 도메인 이름에 관한 권리가 있다고 인정할 수밖에 없을 것이다.⁴⁷⁶⁾ UDRP는 상표권 자체를 보호하거나 부정경쟁방지를 위해 마련된 제도가 아니고 도메인 이름의

472) Fuji Photo Film v. Fuji Publishing Group, WIPO No. D2000-0409. 같은 취지의 결정으로는, G.A. Modfine v. Jeyapathy, WIPO No. D2001-0330 등.

473) Robert A. Badgley, 전게서, §7.03 참조.

474) Madona Ciccone v. Parisi, WIPO No. D2000-0847.

475) Robert A. Badgley, 전게서, §7.03 참조.

476) Cyrillus v. KRP Tekstil, WIPO No. D2001-0551.

등록 제도를 악용하여 不正한 目的으로 등록 및 사용하는 것을 방지하기 위한 것이며, UDRP는 상표권과 도메인 이름 권리간의 보호에 균형을 찾고자 하는 제도라는 점에서 UDRP 신청인의 상표가 저명하다거나 식별력이 강하다는 이유만으로 도메인등록인에게 不正한 目的을 추정한다든지 또는 도메인등록인의 상표 등록 사실을 무시하는 등 일방적으로 실체적 또는 절차적 불이익을 줄 수는 없다고 할 것이다. 따라서 UDRP 신청인의 상표가 저명하기 전부터 도메인등록인이 자신의 영업을 위해 관계기관에 영업표지(business name)를 등록 및 使用하였음에도 불구하고, UDRP 신청인의 상표가 전세계적으로 저명하다는 이유로 도메인등록인에게 不正한 目的을 인정하여 도메인등록인의 도메인 이름을 UDRP 신청인에게 이전하라고 명한 UDRP 決定例⁴⁷⁷⁾는 부당하다 할 것이다.⁴⁷⁸⁾

(3) 商標權者의 權利濫用 抗辯

(가) 意義

1) 概念

상표권자 중에는 적법한 권리나 정당한 이익을 가진 도메인등록인으로부터 자신이 확보하지 못한 도메인 이름을 빼앗거나 도메인등록인이 사용하지 못하도록 하기 위하여 상표권을 내세워 UDRP 절차나 법원의 소송 등을 이용하는 사례가 나오기 시작하였다. 商標權者와 도메인등록인이 모두 적법한 권리를 가지는 경우에는 先申請 先登録의 原則으로 優劣을 가려야 하는데, 자신에게 상표권이 있다는 것을 계기로 도메인등록인이 도메인 이름에 관한 적법한 권리를 보유하고 있음에도 불구하고 UDRP 절차 및 소송 기타 분쟁해결수단을 악용하는 것을 “商標權者의 權利濫用”이라고 하고, 특히 不正한 目的으로 위와 같은 분쟁해결절차를 이용하여 도메인 이름의 등록이전까지 받는 것을 “도메인 이름 逆하이재킹”이라고 한다(UDRP 규칙 제2조).

2) 論議의 實益

도메인 이름과 상표는 그 체계를 달리 하므로 이미 적법하게 도메인 이름을 등록하

477) Yahoo! v. Yahoo Computer Services, WIPO No. DPH2001-0001. UDRP 신청인이 “Yahoo!” 상표를 사용하기 6년 전부터 도메인등록인이 (필리핀 무역산업청에) “Yahoo Computer Services”라는 영업표지를 등록하여 사용하고 있었다는 사실에도 불구하고 패널은 도메인등록인의 不正한 目的을 인정하였다. 같은 취지의 결정례로는, Compact Disc World v. Artistic, NAF FA97855.

478) Robert A. Badgley, 전게서, §7.03 참조.

여 사용하고 있다면 그 상표권의 효력은 더 이상 미치지 아니한다. 그러나 도메인 이름을 확보하지 못한 商標權者는 자신의 상표권을 주장하면서 UDRP를 신청하거나 소를 제기한다. 그런데 도메인登錄人은 대부분 개인이거나 중소기업인 경우가 많고 법적 지식이 부족한 경우 商標權者의 요구에 응하는 경우도 많아 이와 관련된 분쟁은 공표되지 않는 경우도 많다. 도메인 이름 逆하이재킹과 같은 상표권 남용은 商標權者의 도메인 이름이전 요구에 대한 항변의 하나로서 볼 수도 있는데, 따로 정의하여 자신에게 적법한 권리나 이익이 있다는 객관적 사정 이외에 상대방의 주관적 요소인 不正한 目的을 주장, 입증까지 하는 실익은 다음과 같다.

먼저 패널은 UDRP 규칙 제15조 (e)항에 따라 UDRP 결정에서 UDRP 신청인이 不正한 目的으로 분쟁해결신청을 제기하였으며 그 신청은 분쟁해결절차의 남용에 해당한다고 당해 결정에서 선언하여야 한다.⁴⁷⁹⁾ 다만 당해 결정에서의 선언 이외에 UDRP 및 UDRP 規則은 도메인 이름 逆하이재킹이라는 이유로 UDRP 申請人에게 제재를 하거나 불이익을 주지는 않으며, 도메인登錄人에게 특별한 권리나 이익을 주지 않는다.

다만, UDRP 신청인이 도메인 이름 등록이전신청에 대한 기각결정에 불복하고 소를 제기할 때 특별한 사정이 없는 한 UDRP 決定은 존중될 것이고, 만약 도메인登錄人이 UDRP 신청인을 상대로 손해배상청구를 할 경우 소송절차에서 UDRP 결정문을 유리한 증거로 제출할 수 있는 이점이 있다. 또, UDRP에 의한 분쟁해결의 경우 동일한 결정은 선례로서 이후 도메인登錄人에 대한 같은 당사자 또는 그 승계인의 유사한 UDRP 신청사건에서도 도메인登錄人의 利益으로 원용할 수 있을 것이다. 따라서 도메인登錄人으로서 자신의 적법한 권리 또는 이익을 주장하는 것 이외에도 적극적으로 도메인 이름 逆하이재킹을 주장할 실익이 있다.

(나) 要件

도메인登錄人이 權利 또는 正當한 利益이 있는 자임을 전제로 商標權者가 도메인 이름을 빼앗기 위하는 등 “不正한 目的”으로 UDRP나 소송을 이용하는 것이므로, 도메인登錄人은 權利 또는 正當한 利益에 더하여 “商標權者의 不正한 目的”을 주장, 입증하여야 한다. 도메인登錄人이 당해 도메인 이름에 관한 적법한 권리자임을 알고 오랫동안 협상을 하다가 결렬되자 UDRP에 의한 분쟁해결신청을 한 경우,⁴⁸⁰⁾ UDRP 신

479) Societe de Produits Nestle S.A. v. Pro Fiducia Treuhand AG(WIPO, Case No. D2001-0916). 위 UDRP 決定은 결론 부분에서, “Therefore, Complainant's request for relief is denied. In addition, the Panel finds that the Complainant was brought in bad faith and constitutes an abuse of the administrative proceeding.”라고 선언하였음.

청인이 도메인 이름의 반환을 요구하면서 일정 금액을 제시하였으나 오히려 도메인登錄人이 보다 많은 금액을 제시하면서 UDRP 신청인에게 자신의 도메인 이름에 관한 권리를 다투지 말 것을 제안하고 UDRP 신청인도 바로 이를 다투지 않다가 분쟁해결 신청을 한 경우,⁴⁸¹⁾ 비영리기구에 관한 일반도메인인 .org에 관하여 어린아이의 이름을 따라 등록하였기 때문에 전혀 상표권 침해 가능성이 없음에도 불구하고 도메인 이름 회수를 시도한 경우 등에는 商標權者가 도메인 이름을 얻기 위해 權利濫用을 한 것으로 인정될 수 있다.⁴⁸²⁾

480) Societe des Produits Nestle S.A. v. Pro Fiducia Treuhand AG(WIPO Case No. D2001-0916). UDRP 신청인이 “Maggi”라는 상표 보유자인데, 다툼의 대상이 되는 도메인 이름 “maggi.com”이 특정 개인의 이름, 성(姓)으로 되어 등록한 사실을 알고, 오랫동안 도메인登錄人과 접촉하면서 협상도 해왔기 때문에 도메인登錄人에게 도메인 이름을 보유할 적법한 권리가 있음을 알면서도 이를 무시하고 UDRP 신청을 한 사실로부터 UDRP를 이용하여 도메인 이름을 빼앗으려고 한 “不正한 目的”이 있었다고 결정한 사례.

481) G. A. Modefine S.A. v. A.R.Mani, WIPO Case No. D2001-0537. 도메인登錄人의 성명이 A.R.Mani이고 “A.R.Mani”라는 이름으로 사업을 해왔으며, armani.com이라는 도메인 이름을 등록하고, 도메인 이름을 주소로 하는 웹사이트는 가지고 있지 않지만 이메일 주소로 info@armani.com, me@armani, arm@armani 등의 이메일은 사용해왔다. 商標權者는 도메인登錄人에게 변호사를 통하여 \$1,250을 제안하였는데, 오히려 도메인登錄人은 이에 대하여 \$1,935를 商標權者에게 제안하면서 자신이 armani.com도메인 이름을 등록하는 것에 반대하지 말아줄 것을 요청하였다. 도메인登錄人은 商標權者의 담당자들과 수년간 이야기를 해왔고, 도메인登錄人은 도메인 이름을 공유하자는 제안도 하였고 商標權者가 “armani.ca”의 등록을 반대하지 않을 것이라는 말을 들었다. 商標權者는 1995년 이래로 도메인登錄人을 설득하려고 애썼고 도메인登錄人이 商標權者에게 제시한 \$1,935도 합리적인 수준이었다는 점을 지적하면서 商標權者가 UDRP를 남용한 것이라고 결정하였다.

482) 우리나라 독점규제및공정거래에관한법률(이하 “공정거래법”이라 한다) 제59조는 상표권 등 지적 재산권에 의한 정당한 권리의 행사에 대하여 공정거래법의 적용을 배제하지만, 공정거래위원회의 “지적재산권의부당한행사에대한심사지침(예규 제12호 2000.8.30.)”은 외형상 또는 형식상 지적 재산권의 권리 행사일뿐 지적 재산권 제도의 취지에 벗어나 정당한 권리의 행사로 볼 수 있는 일정한 행위는 기술시장 또는 상품시장 등에서 경쟁을 제한하는 경우에 해당한다고 보아 공정거래법의 적용을 긍정하고 있다.

2. 도메인 이름 權利 侵害에 대한 法的 救濟

가. 既存의 紛爭解決方法

(1) 紛爭解決의 法的 根據

(가) 商標法 및 不正競爭防止法의 侵害要件

도메인 이름을 상표로 등록한다면 商標法에 의해 보호될 수 있으나 이는 도메인 이름으로서 보호되는 것이 아니라 등록상표권에 의해 보호되는 것이다. 또 도메인 이름을 상표등록하지는 않았지만 영업표지로서 국내에 널리 알려진 경우⁴⁸³⁾에는 不正競爭防止法에 의해 보호될 수 있으며,⁴⁸⁴⁾ 判例는 登錄商標權者가 未登錄著名商標主를 상대로 하는 금지청구권 등의 행사 자체가 不正競爭行爲로 평가될 수 있으므로 不正競爭防止法에 의한 등록상표권의 使用禁止를 청구할 수 있다고 판시한다.⁴⁸⁵⁾ 더 나아가 미등록주지상표를 보호하기 위해 부정경쟁목적으로 한 상표등록 또는 상호등기의 말소도 가능하다는 유력한 견해⁴⁸⁶⁾도 있다. 그러나 이는 商標法과 不正競爭防止法에 의한 보호일 뿐이지 도메인 이름 권리 자체에 대한 보호는 될 수 없고, 상표등록에는 비교적 장기간의 시간이 소요되고 보통명칭에는 등록이 허용되지 않으며, 도메인 이름을 등록하더라도 대부분 주지성을 얻기 전에 상표권자가 분쟁해결수단을 행사하는 경우가 많으므로 상표법이나 부정경쟁방지법에 의한 보호도 한계가 있다.

(나) 特別保護規定의 不在

우리나라는 상표법이나 부정경쟁방지법 이외에 도메인 이름만을 보호하기 위한 특별 규정은 두고 있지 않다. 따라서 상표법이나 부정경쟁방지법으로 보호받지 못하는 도메인 이름 권리는 민법 제750조에 의한 불법행위에 해당하는지 여부에 따라 보호될 수 있다. 그런데 도메인 이름 권리는 등록기관에 대한 채권 유사의 성격을 가지고 있으므로 제3자에 대한 채권 침해가 불법행위를 성립하는지 검토해야 한다.⁴⁸⁷⁾

483) 서울지방법원 2001. 11. 2. 선고 2001가합19146 판결. 법원은 “원고 쇼핑몰의 도메인 이름으로 사용되는 ‘interpark’도 인터넷 쇼핑몰을 이용하려는 소비자들에게 주지, 저명하다”고 인정하여 不正競爭防止法의 보호표장이라고 실시하였다.

484) 안효질, 전계논문, 66-87면 참조.

485) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결.

486) 宋永植 외, 전계서, 293면 참조.

487) 이 논문 제4장 II.2.나. 참조.

(2) 救濟手段

(가) 損害賠償請求權

도메인 이름 권리 침해가 제3자에 의한 채권침해로서 불법행위가 성립할 경우에는 민법 제750조에 따라 손해배상청구를 할 수 있다.⁴⁸⁸⁾ 하급심 사건 중에는 紛爭解決機關의 UDRP 決定이 UDRP 요건을 충족하지 못한 불법, 부당한 것이라는 이유로 그 결정에 따라 도메인 이름을 이전받은 피고에게 손해배상책임이 있다고 하여 도메인登錄人이 손해배상소송을 제기한 것도 있다.⁴⁸⁹⁾ 다만 도메인 이름에 대하여 複數의 商標權者가 권리를 주장할 수 있고, 商標權者 이외의 다른 권리자도 존재할 수 있는바, 상표권자가 자신에게 권리가 있다고 믿고 UDRP에 의한 분쟁해결신청을 하여 도메인 이름을 登錄移轉받은 경우에는 도메인 이름 逆하이재킹이 아닌 한 고의 또는 과실을 입증하기가 사실상 어려울 것으로 생각된다.

(나) 登錄機關에 대한 保全處分

도메인登錄人은 도메인 이름 권리를 보전하기 위해 登錄機關을 상대로 등록자정보변경금지가처분을 신청할 수 있는데, 도메인登錄人으로서의 침해자에 대한 일반적인 原狀回復請求權 또는 妨害排除請求權을 인정할 것인지에 관하여 불명확한 상황에서 자신의 권리를 유지할 수 있는 유일한 절차적 수단이다. 그러나 기본적으로 UDRP는 登錄機關이 도메인登錄人과 제3자 간의 분쟁에 대하여 어떠한 책임도 없다는 입장이며, 登錄機關의 善良한 管理者로서의 注意義務는 외국 판결의 재판관할과 관련하여서 주로 논의되고, 被保全權利로서 原狀回復請求權 또는 妨害排除請求權이 일반적으로 인정되지 않는 한 도메인 이름 권리의 보호에는 한계가 있다.

나. 도메인 特有의 紛爭解決方法

(1) 侵害要件

위에서 본 바와 같이 상표권자가 부정한 목적으로 UDRP를 남용하는 경우 상표권자의 권리남용은 도메인등록인의 방어방법으로 주장할 수도 있지만, 도메인등록인의 권리가 침해될 경우에는 요건사실로 주장될 수도 있다. 도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록 및 사용도 도메인 특유의 분쟁형태이지만, UDRP를 부정한 목적으로 남용하

488) 손해배상청구권 외의 다른 구제수단에 관하여는, 이 논문 제4장 II.2.나.다. 참조.

489) 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결. 이 판결에서는 UDRP 決定이 부당하지 않다는 이유로 손해배상청구를 기각하였다.

는 경우도 새로운 분쟁형태 중 하나로 파악된다.

(2) 救濟手段

(가) UDRP 申請人의 權利濫用 事實의 公表·宣言

UDRP는 도메인 이름에 관한 不正한 目的의 登錄 및 使用을 금지하는 것에 목적을 두고 있으므로 UDRP 申請人 즉 商標權者의 權利를 보호하는 규정만 두고 도메인등록인의 권리 보호에 관하여는 별다른 규정을 두고 있지 않다. 다만 UDRP 規則 제15조 (e)항은 패널이 UDRP 신청인의 분쟁해결신청이 도메인 이름 逆하이재킹이나 주로 도메인登錄人을 괴롭히기 위하여 제기한 것으로 판단하는 경우에는 패널은 결정에서 UDRP 신청인이 不正한 目的으로 분쟁해결신청을 제기하였으며 그 신청은 UDRP 절차의 남용에 해당한다고 당해 결정에서 선언하여야 한다고 규정한다. 그러나 이는 선언적 효력에 그치며 商標權者의 權利濫用 사실이 선언되었다고 하여 그 商標權者에게 손해배상책임이나 기타 제재조치가 당연히 생기는 것은 아니다. 도메인등록人으로서 商標權者에 대한 不法行爲를 입증할 때 UDRP 결정에서의 權利濫用 선언을 유력한 증거로서 사용할 수 있을 뿐이다. 분쟁해결기관이나 패널도 특별히 UDRP의 남용사실을 결정문에 기재하게 되면 당해 상표권자가 다른 도메인 이름에 대한 분쟁해결신청시 자신의 분쟁해결서비스를 이용하지 않을 것이기 때문에 도메인 이름 逆하이재킹 등 상표권 남용을 적극적으로 심사할 誘因이 없다는 한계가 있다.

(나) 原狀回復 또는 損害賠償 등의 救濟手段 不在

UDRP는 위 UDRP 決定에서의 公表·宣言 이외에 商標權者에게 원상회복이나 손해배상책임을 인정하든지, 과태료 또는 벌금에 상당하는 금전적 책임을 부과하든지의 제재를 가하지 않는다. UDRP 제정 논의 당시 실질적 제재로 도메인 이름 逆하이재킹으로 인정된 商標權者는 추후 일정기간 동안 도메인 이름을 등록할 수 없게 하는 방안도 고려되었으나 이를 받아들이지 않았다. 금전적 제재로서 징벌적 손해배상까지는 아니라 하더라도 UDRP 절차로 인해 도메인등록人에게 발생한 재산상 손실과 위자료의 전보를 인정하고, 도메인 이름 逆하이재킹과 같은 不正한 目的 있는 행위에 대하여는 역 유인책(disincentives)의 장치를 마련하여야 한다는 견해⁴⁹⁰⁾도 있다.

490) 우지숙, 「국가최상위도메인이름에 대한 분쟁해결」, 16면.

第4章 紛爭解決의 問題에 대한 檢討

I. 紛爭解決方法의 內在的 問題

UDRP는 도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록 및 사용에 대하여 상표권자의 권리구제를 신속하고 저렴하게 하기 위해 마련된 것이므로, 도메인등록인의 권리 보호에 관한 고려는 가능한 한 생략된 채로 제정되었다. 그러나 점차 사건이 복잡화되고 도메인 이름을 둘러싼 이해관계인이 많아지면서 적법한 권리자간의 법적 충돌도 증가하였는데, UDRP가 도메인등록인의 권리 보호에 대한 고려는 하지 않았기 때문에 도메인 등록인이라도 일단 UDRP에 의한 도메인 이름 등록이전결정이 나면 불복하기 어렵고 소를 제기하더라도 아래에서 보는 바와 같이 적법한 소를 선택하기 쉽지 않아 권리구제를 충분히 받지 못할 수 있다. 商標權者와 도메인등록인 간의 권리 보호에 있어 불균형은 UDRP와 사법제도 간의 모순과 갈등을 야기하는 주된 원인이 되고 있다.

1. 既存 紛爭解決方法의 限界

가. 商標法과 不正競爭防止法

商標法은 법률에서 정한 등록상표에 독점적, 배타적 효력을 부여함으로써 상표의 사용을 보호하기 위한 것이고(商標法 제1조), 不正競爭防止法은 不正競爭行爲를 금지하여 공정한 경쟁질서 유지함으로써 정당한 영업이익을 보호하기 위한 것(不正競爭防止法 제1조)이므로 각 침해행위자는 商標權者와 직, 간접적으로 경쟁이 되는 영리행위를 할 것을 전제하고 있다. 각 법의 목적에 비추어 상표와 동일·유사한 명칭을 도메인 이름으로 단순선점을 위한 등록만 하거나, 商標權者와 전혀 무관한 영업을 하는 경우 상표 희석행위에 해당하지 않는 한⁴⁹¹⁾ 이를 商標法상의 商標侵害行爲 또는 不正競爭防止法상의 不正競爭行爲라고 인정하기 어려울 것이다.

특히 부당한 대가를 얻기 위하여는 등 不正한 目的으로 도메인 이름을 등록, 사용하는

491) 단순선점의 경우는 영리적 사용도 하었다고 보기 힘들다. 다만 미국의 Panavision 사건에서는 단순선점한 도메인 이름을 적극적으로 商標權者에게 되팔기하려는 행위는 상업적 사용이라고 하였으나, 그 판결의 타당성 여부는 신중한 검토를 요한다.

경우라 할지라도 그 행위가 混同可能性 또는 稀釋化 요건을 갖추지 않는 한 商標法이나 不正競爭防止法에 의하여 그 침해를 다루기는 쉽지 않다. 또 도메인 이름의 분쟁은 대부분 국제적이므로, 屬地主義를 원칙으로 하는 商標法이나 不正競爭防止法의 적용은 원칙적으로 지역적 한계를 가지게 된다. 희석화는 경쟁관계 여부를 묻지 않으나, 보호 대상이 저명상표이어야 하고, 도메인 이름의 사용이 영리적 사용이어야 하며 정당한 사유가 없어야 한다.

나. 民法 기타 法律

商標法과 不正競爭防止法의 적용을 받지 않는 不正한 目的의 登錄 및 使用은 民法 기타의 법률의 적용을 받을 여지가 있다. 민법 제2조는 信義誠實의 原則과 權利濫用 禁止에 관하여 일반조항을 두고 있는데, 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 사용뿐만 아니라, 상표권자의 不正한 目的에 의한 소 제기, UDRP 절차의 분쟁해결신청 등 상표권 남용도 포함할 것이다. 그러나 權利濫用に 의한 법적 구제는 제한적이기 때문에⁴⁹²⁾ 실제 구제수단의 역할을 다하지 못할 수 있다. 한편 민법 제750조에 의한 불법행위로 의율할 수도 있을 것이나, 도메인등록인은 등록약관에 의해 도메인 이름을 보유하고 있을 뿐이므로 그 위법성뿐만 아니라 고의, 과실까지 입증하는 것은 쉽지 않으며, 불법행위가 인정된다고 하더라도 UDRP와 같이 도메인 이름 등록이전을 일반적으로 인정할 수 없다.

다. 法の 欠缺과 法律 補充의 問題點

不正한 目的의 登錄 및 使用은 기존의 商標法이나 不正競爭防止法, 民法 등이 예정하지 못한 분쟁영역이다. 따라서 기존 분쟁해결방법이 미치지 못하는 현상을 법의 흠결이라 할 수 있는데, 이는 법률의 근본에 깔려있는 입법자의 의도 내지 계획에 의하면 어떤 문제가 공백으로 남지 않고 규율되었어야 하나, 입법이 不完全하여 그 문제에 대한 규율이 제대로 이루어지지 않은 것이라고 할 수 있다.⁴⁹³⁾ 아래의 “도메인 이름 登錄移轉請求權의 인정 여부” 또는 “제3자의 債權侵害와 관련하여 도메인登

492) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002다22083 판결 등.

493) 윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구 -제일양수인의 원상회복청구를 중심으로-」, 서울대학교 법학박사학위논문(1993. 8.)(이하 “윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구」라 한다), 219면; 김대휘, 「법관의 법발견의 3단계」, 『사법연구자료』 13, 법원행정처, 1986 (이하 “김대휘, 「법관의 법발견의 3단계」”라 한다), 11-16면.

錄人の 原狀回復請求權 또는 妨害排除請求權의 인정 여부” 등의 경우도 법의 흠결을 보완하기 위한 예에 하나로 볼 것이다.⁴⁹⁴⁾

法の 欠缺은 관련 법률의 해석에 의해 보충이 될 여지가 있는데, 법질서 전체와 관련 개별법령의 취지, 구체적 사안의 내용, 목적과 수단의 관계, 비례성, 보충성, 합리성, 당사자의 의사 등을 종합적으로 참작하여야 한다. 법의 흠결에 대한 보충은 법의 적용범위를 확대할 수 있는데, 그 확대는 새로운 법적용의 요건을 해석에 의해 도출할 수도 있고, 개별사안에 관하여 특정 법령을 해석에 의해 유추할 수도 있다. 그러나 개별사건에 있어 구체적 타당성에 치중하다보면, 당해 법령의 본래 목적이나 원래 문언의 범위를 벗어날 위험이 있다. 예컨대, 미국의 반사이버스퀴팅소비자보호법이 입법되기 전에 미국 법원은 앞의 Panavision사건⁴⁹⁵⁾에서 도메인 이름을 다수 선점하여 등록하고 해당 著名商標權者에게 부당한 이익을 제시하면서 해당 상표의 명칭과 동일한 도메인 이름을 되팔려고 한 일련의 행위를 “상업적 사용”이라고 하고, 그 되팔기는 상표의 식별력을 약화시키거나 명성을 손상시킨 것에 해당한다고 하여 미국 희석화방지법상 희석화행위에 해당한다고 판시하였는데, 일종의 범흠결에 대한 보충이었다고 해석된다. 이 판결의 타당성 여부에 관하여는 논란의 여지도 있을 수 있지만, 이후 반사이버스퀴팅소비자보호법이 제정되었기 때문에 다툼의 실익은 줄어들었다.

도메인 이름의 분쟁해결에 관하여는 그 분쟁의 구체적 태양도 계속 변화하고 있기 때문에 종래 예상하지 못하였던 분쟁에 대하여는 법의 흠결이 앞으로도 존재할 것이고, 특별입법이 제정된다고 하더라도 기술의 발전과 법현상의 변동에 의해 법의 흠결 현상이 완전히 해소되지는 않을 것이다. 따라서 법의 흠결은 앞으로도 새로운 입법과 함께 법원의 관련 법령에 대한 해석에 의해 보충될 수밖에 없을 것이다. 이 논문에서도 이러한 법의 흠결을 인정하고, 상표와 도메인 이름의 균형과 조화를 목적으로 위와 같은 흠결을 해소하고자 한다. 그리고 이를 어떻게 해소할 것인가는 앞으로의 도메인 이름 분쟁해결과 관련하여 중대한 쟁점이 될 것이다.

그러한 점에서 법령은 아니지만 UDRP는 도메인 이름에 관한 不正한 目的의 登錄 및 使用에 관하여 禁止行爲를 유형화함으로써 법의 흠결을 특수한 ADR 방식에 의해 일부 해결하였다고 볼 것이다. 뿐만 아니라 UDRP의 요건과 절차는 각국의 입법과 분쟁해결절차의 생성과 법원의 판결에도 영향을 미치고 있다. 다만 UDRP도 입법이나 조약이 아닌 과도기적 분쟁해결절차로서의 성격을 띠고 분쟁해결절차로서 불완전하므로, 법의 흠결이 완전히 해소되지 못하고, 기존의 분쟁해결방법과도 같을 수 있다.

494) 이 논문 제4장 II.2.가. 및 나. 참조.

495) 이 논문 제3장 II.1.가.(2)(나)7 참조.

2. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 問題點

가. UDRP의 不完全性

도메인 이름에 관한 분쟁이라 하더라도, 우선 商標法이나 不正競爭防止法상 침해행위에 해당할 경우에는 당해 법률에 의해 규제할 수 있다. 따라서 법의 흠결은 商標法이나 不正競爭防止法이 적용되지 않는 영역에 존재하고, 이를 해결하기 위하여 UDRP가 제정되었다. 따라서 원래 UDRP는 제정목적에서부터 사이버스쿼팅과 같이 도메인 이름의 濫用的 登錄 및 使用이 명백한 사안에 관하여만 적용하되, 분쟁을 신속하고 저렴하게 처리하기 위해 고안된 특수한 ADR절차에 불과하였다. 따라서 UDRP 적용의 시행 초기에는 도메인登錄人의 보호 문제보다 商標權者의 보호가 더 중점이 되었다.

그러나 UDRP가 사이버스쿼팅 이외에도 도메인 이름의 분쟁 일반에까지 그 적용범위가 확대되면서 UDRP가 도메인登錄人과 商標權者 간의 이익교량과 균형의 관점에서 문제점이 있다는 인식을 하기에 이르렀고, 그 문제점은 구조적, 절차 운영적 측면에서 특히 부각되었다. UDRP은 그 적용과정에서 不正한 目的의 등록 및 사용을 하는 경우가 아닌 경우에도 상표권자가 UDRP 신청을 할 경우 도메인등록인은 방어방법이 완전하게 보호되지 않는 분쟁해결절차를 강제적으로 따를 수밖에 없고 불복절차가 없는 상태에서 도메인 이름을 빼앗길 수 있는 불안정한 지위에 있게 된다.⁴⁹⁶⁾ 또 UDRP는 동규칙 제2조에서 도메인 이름 逆하이재킹에 관한 정의를 규정하면서도 이를 금지행위로 하지 않고 이러한 UDRP의 남용조차 제재하거나 잘못된 결정을 시정할 수 있는 법적 장치를 두지 않았다.

그리고 UDRP 제4조 k항은 기존의 사법절차에 의한 법원의 판단을 배제하지 않음으로써 절차 내부에서 분쟁해결이 종결되지 않는 불완전성을 가지는데, 그 사법절차에

496) UDRP는 도메인 이름의 正當한 使用에 관하여 보호한다는 원칙을 천명하지 않고, UDRP 제4조 b항에서 UDRP 신청인이 도메인登錄人의 권리나 정당한 이익의 부존재를 입증하지 못하면 UDRP를 적용할 수 없다고 하면서도, UDRP 제4조 c항에서는 도메인登錄人에게 權利 또는 正當한 利益을 입증할 수 있는 방법을 몇 가지 제시함으로써 마치 도메인登錄人에게 權利 또는 正當한 利益을 원칙으로 입증해야 하는 것으로 규정하고 있다. 극단적으로 미국의 유명한 야구팀인 Red Sox 팀의 열렬한 팬이 redsox.com을 등록하여 웹사이트를 만든 경우나 사과를 좋아하는 사람이 apple.com을 등록하여 사과 의 효용을 선전하는 경우에도 商標權者인 Red Sox 팀이나 Apple 컴퓨터 제조회사에서 각 도메인登錄人에게 UDRP 신청을 하였는데 도메인登錄人이 권리나 정당한 이익을 입증하지 못하면 도메인 이름을 빼앗길 수도 있다는 것을 의미한다.

의해 재판관할 있는 법원이 소재한 국가의 법 또는 그 법원이 적용하는 준거법에 UDRP와 같은 내용의 법이 없는 이상 도메인 이름 분쟁은 다시 종래의 법 흠결상태로 돌아갈 우려가 있고, UDRP 決定과 모순되는 판결을 선고할 여지가 있게 된다.⁴⁹⁷⁾

UDRP가 얼마나 당사자들에게 설득력있는 분쟁해결절차가 될 수 있는지는 UDRP의 실효성과 도메인 이름의 분쟁해결을 위해 중요한 쟁점이 된다. 따라서 이하에서는 UDRP의 문제점은 무엇인지를 검토함으로써 UDRP와 기존 분쟁해결방법 간의 갈등 원인을 연구하기로 한다. 그리고 이러한 문제점의 해소를 통해 UDRP가 개선되어 당사자간에 수긍할 수 있는 분쟁해결체도로 보완된다면 사법절차와의 중복이나 갈등은 상당히 해소될 수 있을 것이다.

나. 實體法的 檢討

(1) UDRP의 適用 要件 및 範圍

UDRP 제4조 a항은 UDRP를 적용하기 위해 “상표와의 동일·유사한 도메인 이름,” “不正한 目的의 登錄 및 使用,” “權利 또는 正當한 利益의 부존재”를 요건으로 하는데, 특히 “不正한 目的으로 登錄하고 不正한 目的으로 使用”하였어야 하므로 UDRP의 당초 적용범위는 한정되어 있음을 알 수 있다. 따라서 예컨대, 장기간 사용하지 않고 등록만 한 도메인 이름에 대하여 不正한 目的이 있다는 이유 또는 적법하게 등록한 후 과도한 대가를 요구하였다는 이유만으로 UDRP를 적용하는 것은 UDRP의 적용범위를 부당하게 확장하는 것이다.

그리고 보호대상을 “상표”라고 한정하였으므로 상호, 지리적 명칭, 개인 성명 등과 같은 표지는 저명하더라도 UDRP를 확장하여 적용할 것은 아니다.

원래 UDRP는 신속하고 저렴한 분쟁처리를 위해 그 適用範圍를 “不正한 目的의 도메인 이름 登錄 및 使用”에만 제한하였고, 그나마 일정한 예시를 두어 객관적으로 부정한 목적의 등록 및 사용임이 추정되는 경우에만 간이절차에 의해 분쟁을 해결하도록 한 것이다. 따라서 UDRP를 “모든 표지에 대한 不正한 目的의 등록 또는 사용”을 해결하기 위한 규정으로 실제적 기준을 적용하는 것은 원래의 제정 취지에서 벗어나는 것이며, 원래 도메인등록인과 등록기관간의 합의 내용에도 반하는 것이다. 만약 UDRP를 일반적인 기준으로 하거나 보다 그 적용범위를 확장하려고 한다면(예컨대, “모든 497) 따라서 UDRP 決定에 불만을 가지게 된 도메인등록인들의 대부분이 자신의 權利 또는 正當한 利益을 주장하면서 UDRP 決定에 대하여 불복하는 소를 제기하게 될 경우, 이로 말미암아 UDRP는 원래 목적과 달리 신속하지 못하고 저렴하지 못하며, 더욱이 공정하지도 못한 절차로 전락할 위험조차 있게 된다.

표지” 나 “등록 또는 사용” 등), UDRP 자체의 개정이 있어야 할 것이다.

또 도메인 이름이 商標와 同一·類似하다는 것(客觀的 要件)과 不正한 目的(主觀的 要件)을 가지고 있다는 것은 전혀 다른 요건임에도 불구하고 UDRP 결정례 중에는 상표와 도메인 이름간의 동일·유사의 인정사실만으로 不正한 目的을 추정하는 경향이 있다.⁴⁹⁸⁾ 그러나, 양자는 서로 별개의 요건이므로, UDRP 신청인은 각각의 요건사실에 대하여 별도로 입증해야 한다.⁴⁹⁹⁾

(2) 新規 도메인의 問題

.info나 .biz와 같은 신규 도메인은 초기등록단계에서 不正한 目的의 등록 또는 사용을 막기 위해 상표권자 기타 지적 재산권자에게 일정기간 동안 우선등록의 기회를 부여하고 있다. 그런데, .info와 같이 만약 등록상표권자에게만 기회를 부여한다면 등록상표권자 아닌 다른 등록신청인에 대한 차별이 될 수도 있다. 도메인 이름에 관한 분쟁을 사전에 억제한다는 정책적 고려라고 할 수도 있겠지만, 특별한 범위의 지적 재산권자 특히 商標權者에게 우선하여 등록할 기회를 준다는 등록규정은 도메인 이름에 관한 권리가 마치 특정권리자 집단에게 전유(專有)한다는 오해를 불러일으킬 수 있다. 따라서 초기등록단계에서 등록신청인의 범위를 제한한다고 하더라도 그 기준은 명확하고 객관적으로 쉽게 입증될 수 있는 것이어야 하며, 최대한 등록신청을 원하는 자들 사이에서 형평과 평등이 지켜져야 할 것이다.

여러 분야의 신규 도메인을 생성함으로써 도메인 구조도 점차 세분화되어 가고 있는데,⁵⁰⁰⁾ 예컨대, .info는 정보제공과 관련된 도메인으로서 만약 등록신청인이 농업이나 제조업에만 종사하고 정보제공업과 전혀 관련이 없는 경우에도 그에게 등록상표가 있다는 이유만으로 우선 등록할 기회를 부여하는 것이 타당할 것인지 검토가 요구된다. 도메인 이름 분쟁해결은 희소한 자원을 적정하게 배분하고 不正한 目的을 가진 자를 배제하기 위한 것을 목적으로 하는바, 신규 도메인의 분야와 거의 관련이 없는 상표권자에게 도메인 이름을 우선등록하도록 하는 것도 도메인 이름을 적정하고 공정하게 배분하였다고 할 수 없으며, 정작 그 도메인 이름을 필요로 하는 登錄申請人으로부터 등록의 기회를 빼앗는 것일 수 있기 때문에 이에 대한 보완이 필요하다.

498) Reuters Limited v. Ghee Khaan Tan, WIPO No. D2000-0670 등.

499) Weber-Stephen Products Co. v. Armitage Hardware, WIPO No. D2000-0187 등.

500) Jon postel은 150개의 새로운 도메인의 생성을 제안하였고(이 논문 제2장 I.1.다.(1) 참조), 현재 새로 생성된 도메인은 “.aero, .biz, .coop, .info, .museum, .name, .pro” 등이고, 장차 추가 신규 도메인을 고려하고 있다.

(3) 先例 拘束의 여부

UDRP 규칙 제16조 (b)항은 결정문을 일반 공중이 접근할 수 있도록 웹사이트에 게시하도록 하는데, 먼저 내려진 결정이 선례로서 구속력이 있는지가 문제된다. UDRP 결정례가 法院의 判例와 같은 정도로 당해 사건을 구속하는 것은 아니지만, 패널들은 선례를 자신의 주장의 주된 근거로 하기 때문에 사실상 구속력을 가진다.⁵⁰¹⁾ 그러나 패널이 당해 사건과 법리를 이해하고 있는 정도나 상태가 다르기 때문에 상반된 선례도 나올 수 있으므로, UDRP 決定例가 선례로서 후속 사건을 구속하는 것은 바람직하지 않다. 아직 UDRP가 완전히 정착된 것도 아니며, UDRP가 시행된 이래 대부분의 결정은 주로 商標權者에게 유리한 결정이 많다는 비판이 있기 때문에 선례 구속은 그 자체로 UDRP의 자율적 자기 수정의 기회를 놓칠 우려가 있다. 또 UDRP 決定例간에도 일관성이 없으며 상반된 선례⁵⁰²⁾들이 존재하므로, 패널은 자신의 선택에 따라 선례를 근거로 자의적 결정을 할 우려도 없지 않다. 이러한 문제가 누적된다면 앞으로의 UDRP 決定에서 도메인登錄人에 공평한 결정이 나올 여지는 점점 줄게 되고, 도메인 이름에 관한 판결례가 축적이 되지 않은 상태에서 법원의 판결에도 나쁜 영향을 줄 수 있다. 대법원처럼 UDRP 決定의 당부를 통일적으로 판단해줄 상위 기관이 없는 UDRP 체제에서 선례의 구속은 부당한 결론을 고착화시킬 우려가 있으므로, 선례는 중요한 해석의 참고가 될 뿐 이에 구속되지 않는다고 할 것이다.⁵⁰³⁾

다. 節次法的 檢討

(1) 節次規定의 不均衡

501) 先例 引用의 例: ① Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors Modes[sic] International, Inc. (SAMI), WIPO No. D2001-0782 ② America Online, Inc., v. Yeteck Communication, Inc., WIPO No. D2001-0055 등.

502) 예컨대 ① Substance Abuse Management, Inc. v. Screen Actors Modes[sic] International, Inc. (SAMI) (WIPO No. D2001-0782) 결정은 “도메인 이름에 대한 부정확한 목적의 등록뿐만 아니라 계속해서 부정확한 목적의 사용도 UDRP 적용을 위해 필요하다”고 한 반면, ② Toyota Jidosha Kabushiki Kaisha d/b/a Toyota Motor Corporation v. S&S Enterprises Ltd. (WIPO No. D2000-0802) 결정은 부정확한 목적의 등록이 있고 장기간 사용하지 않은 경우에도 UDRP를 적용하였다. 이 논문 제3장 II.2.가.(1)(가)2 참조.

503) Dori Kornfeld, “Evaluating the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy,” 2000. <<http://cyber.law.harvard.edu/icann/pressingissues2000/briefingbook/udrp-review.html>> [2002.11.20.] 참조.

UDRP는 “不正한 目的의 登錄 및 使用”과 같이 비난가능성이 높고 객관적으로 비교적 쉽게 판단이 가능한 경우에 한하여 신속하고 저렴하게 분쟁을 처리하기 위해 고안되었기 때문에, 그 절차가 매우 간이하고 UDRP 신청인의 편의를 위한 것이 많다. 그런데, UDRP의 적용범위가 점차 확대됨에 따라 도메인 이름에 관하여 권리나 정당한 이익이 있거나 不正한 目的이 없는 경우에도 도메인등록인은 자기 방어방법을 충분히 행사하지 못한 채로 도메인 이름의 등록이전 결정을 받는 사례가 늘게 되었다.⁵⁰⁴⁾

도메인등록인은 UDRP상 분쟁의 대상(소송물)을 바꿀 수 없고, 자신의 피신청 사건에 귀기울여줄 紛爭解決機關을 선택할 수도 없으며 패널의 편파적 결정과 고의 또는 과실에 의한 오판에 대하여 절차 내부적으로 불복하는 것이 원칙적으로 금지되어 있다. 한편 도메인등록인이 우리나라 국민일 경우 紛爭解決機關이 현재 우리나라에 소재하고 있지 않기 때문에 그 절차가 영어 기타 외국어로 진행된다는 것도 도메인등록인에게는 큰 부담이 된다. WIPO를 제외하고는 거의 영어로 절차를 진행하고 있는바, 번역 문제는 답변서를 원래의 기간 내에 제출하지 못하는 장애요소가 된다. 특히 NAF(미국 중재위원회)는 절차 연장을 위해 기간연장에 관한 요구를 정당화할 수 있는 예외적 상황을 언급해야 하는 등 엄격한 절차를 거쳐야 할뿐만 아니라 \$100의 수수료까지 내야 하는 불이익을 받고 있다.⁵⁰⁵⁾ UDRP 申請人は 사전에 관련 소명자료를 미리 준비하고 분쟁해결신청을 하지만, 도메인등록인은 신청서를 받고 나서야 방어를 하게 되므로 짧은 답변서 제출기간 내에 충분히 답변서 및 반박자료를 준비하지 못하고, 도메인등록인에게 불리한 UDRP 決定을 받고 나서도 적절한 재판관할의 선택과 적절한 소제기 방법을 판단할 시간이 부족하기 때문에 소송에 어려움을 겪게 될 수 있다.

위와 같이 도메인등록인에게 불리하다는 것은 반대로 商標權者에게 유리한 절차라는 의미한다는 것과 UDRP에 의한 분쟁해결신청 여부와 분쟁해결기관의 특징은 商標權者만 할 수 있다는 점에서 forum shopping의 문제가 있다. 그리고 도메인등록인(드물지만 상표권자 포함)에게 불리한 판단을 받았음에도 불구하고 절차 내부에 불복절차가 있지 않다는 것이 UDRP의 절차상 가장 큰 문제점으로 대두되고 있다.

504) UDRP의 이론상 기초가 된 제1차 WIPO 보고서의 논의 과정에서 이미 UDRP 구조가 商標權者에게 매우 호의적인 경향에 치우쳐있다는 점, 정책의 광범한 적용 가능성, 표현의 자유에의 영향, 후속적 소송절차의 문제, 법선택의 문제, 저명상표에 대한 취급문제, 미래 기술적 변화에 따라 정책이 무의미해질 수 있는 가능성 등이 제기되었었다. Michael Geist, “Fair.com?(K),”13면.

505) NAF 보충규칙(Supplement Rules) 제6조 a항 및 제5조 d항. Geist, “Fair.com?(K),” 6-7면.

(2) forum shopping의 問題

UDRP 申請人은 複數의 紛爭解決機關 중 하나를 임의로 선택할 수 있으므로(UDRP 規則 제3조), UDRP 신청인으로서 자신의 권리를 가장 잘 보호해 줄 수 있는 紛爭解決機關에 신청을 할 것이므로, 紛爭解決機關에 대한 forum shopping 문제를 야기할 수 있다.⁵⁰⁶⁾ UDRP 節次는 불복절차가 없는 단심적 구조이고, UDRP 決定의 중대한 하자에 관하여 패널에게 어떠한 불이익을 주지 않으며, 패널이 도메인 이름 逆하이재킹을 결정하여도 UDRP 신청인에게 실질적인 제재나 불이익을 줄 수 없을 뿐만 아니라, 패널이 도메인 이름 逆하이재킹의 인정을 선호하지 않는다는 등의 이유로 UDRP 신청인은 도메인登錄人이 도메인 이름에 관하여 權利 또는 正當한 利益을 가지고 있는지 여부와 상관없이 일단 신청인 자신에게 유리한 결정을 내려줄 것으로 기대되는 紛爭解決機關에 UDRP 신청을 하게 된다.

UDRP 신청인 승소 비율도 이러한 forum shopping과 어떤 관련성이 있음을 보여주는데, 예컨대 1999. 12.경부터 2000. 6.경까지 결정 621건의 분석결과에 따르면, UDRP 신청인 승률로는 WIPO 82%, NAF 81%, eResolution 51%이며,⁵⁰⁷⁾ 분쟁해결사건의 시장점유율로는 WIPO 61%, NAF 34%, eResolution 7% 정도로서 UDRP 신청인 승률과 시장점유율 간에 일련의 관련성이 추정된다.⁵⁰⁸⁾ 이후 조사결과도 비슷한 분석결과가 나오고 있다.⁵⁰⁹⁾ 또 紛爭解決機關의 성향도 답변서의 제출 여부에 따른 UDRP 신청인의 승률에서 나타나는바, 도메인등록인이 답변서를 제출하지 않은 경우 UDRP 신청인의 승률에 관하여 WIPO는 93.4%, NAF는 97.6%이지만, eResolution은 60%에 불과하다는 점도 紛爭解決機關의 분쟁해결에 관한 성향을 반영한다.⁵¹⁰⁾ UDRP의 요건을 비교적 엄격하게 해석해 오던 eResolution이 2001. 12.경 서비스를 중단한 것과 사건 유

506) 게임 이론으로 forum shopping을 분석한 문헌으로는, Kimberly A. Moore · Francesco Parisi, "Rethinking Forum Shopping in Cyberspace," *George Mason Law & Economics Research Paper No. 02-01*, 2001 참조. <http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID297100_code020118520.pdf?abstractid=297100>[2002.11.20.].

507) UDRP에 의한 도메인 이름 분쟁해결현황 및 통계에 대하여는, *Statistical Summary of Proceedings Under Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* <<http://www.icann.org/udrp/proceedings-stat.htm>>[2002.11.20.] 참조.

508) Muller, "Rough Justice," 14-16면; 우지숙, 「사적 자치의 도전과 맹점」, 145-163면.

509) Michael Geist, "Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP," 2001, 6면. 이 보고서에 의하면 시장점유율에 관해 WIPO 58%, NAF 34%, eResolution 6%이다. <<http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>>[2002.11.20.].

510) 「도메인 분쟁해결의 사례 분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 54면.

치에 관한 마케팅을 적극적으로 한 NAF가 최근 비약적 성장을 한 것의 대비는 이러한 비판이 어느 정도 근거가 있음을 보여준다 할 것이다.⁵¹¹⁾

또 UDRP 決定의 경향과 원인을 분석한 연구결과에서 forum shopping의 원인이 각각 紛爭解決機關의 각 사건에 대한 패널의 배정에 있다고 지적하기도 한다.⁵¹²⁾ 이 연구결과에 따르면, 분쟁해결기관의 패널 목록은 紛爭解決機關에 중복되어 어느 紛爭解決機關이라고 하여 특별히 패널에 차이가 있는 것은 아닌데도 분쟁해결의 결과는 위와 같이 차이가 난다는 점에 주목하였는바, 각 패널이 담당한 사건을 조사한 결과 사건의 배정을 무작위방식에 의한다고 알려진 것과는 달리 실제로는 商標權者에게 기울어져 있는 성향의 패널에게 사건이 집중되고 있음을 밝혔다. 예컨대, 135명의 패널 목록을 가지고 있는 NAF는 2002. 2. 18.까지 1인 패널의 사건 중 56%(1,379건 중 778개)가 6명의 패널에게 집중되어 있었고, 이 경우 UDRP 신청인의 승률은 95%이었다. 이러한 분석은 WIPO에서도 유사하게 나타난다.⁵¹³⁾ 결국 紛爭解決機關의 성향과 패널 배정에 있어서의 紛爭解決機關의 관여는 forum shopping을 조장하고 있는 셈이며, 이러한 문제는 도메인 이름의 분쟁해결에 대하여 왜곡과 公正性에 대한 불신을 가져올 우려가 있다고 한다.⁵¹⁴⁾ 법원에의 사법절차의 가능성을 열어두고는 있지만 실제 사법절차에 의한 구제가 용이하지 않으므로, 도메인登錄인의 正當한 使用은 商標權者의 UDRP 남용에 의해 위협을 받을 수 있다.⁵¹⁵⁾

(3) 證據調查 및 辯論節次의 認定 여부

UDRP는 不正한 目的의 등록 및 사용이 명백한 사건에서 도메인등록인의 고의적 소송지연을 막고 불필요한 증거조사나 변론절차를 생략함으로써 분쟁을 신속하고 저렴하게 해결하도록 고안되었다(UDRP 規則 제10조). 패널의 특별한 판단이 없는 한, 개별적 접촉에 의한 사실확인 뿐만 아니라 원격지간 회의, 화상회의, 웹상회의도 안되며, 증인신문절차나 증거조사절차를 두고 있지 않으며, 문서제출명령(discovery)도 허용되지 않는다(UDRP 規則 제13조).

그러나, 점차 UDRP의 적용범위가 점차 확대되고 사안의 사실관계가 보다 다양하고

511) 2001. 2.경에는 143개의 사건이 회부된 NAF와 268개의 사건이 부여된 WIPO와 비교하여 eResolution은 단지 3개의 사건만 맡았다. Geist, "Fair.com?(K)," 3면.

512) Geist, "Fair.com?(K)," 8-9면.

513) Geist, "Fair.com?(K)," 8-9면.

514) Muller, "Rough Justice," 14-25면; Laurence R. Helfer, 전계논문, 9면.

515) UDRP 사례 분석에 관한 국내 연구보고서로는, 「도메인 분쟁해결의 사례분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2001. 11. 참조.

복잡하게 전개되면서 당사자의 주장이나 증거조사 없이 패널의 재량적 판단만으로 UDRP를 적용하게 되는 것이 과연 적정하고 공평한 것인지 의문을 가지게 되었다. 아무리 신속하고 저렴한 분쟁해결이라 하여도 그 절차에 대한 公正성이 전혀 담보되어 있지 않다면 이는 분쟁해결절차로서 의미가 없기 때문이다. 패널은 UDRP 신청인의 신청서 기재와 첨부자료만으로 사실관계를 파악하는데, 사실관계가 복잡할 경우 도메인등록인의 不正한 目的 여부와 正當한 利益의 存否의 立證을 위해서 도메인등록인의 否認이나 提出 資料만으로 판단하기 적합하지 않을 때가 많고, 서로 상반된 주장을 할 경우 패널은 자유심증에 기하여 판단하는데 그 판단의 적합성도 객관적으로 담보되지 않으며, 특히 UDRP 신청인의 도메인 이름 逆하이재킹의 판단은 당사자의 주장만으로 판단하기 용이하지 않다. 그리고 이렇게 증거조사나 변론절차 없이 내려진 UDRP 決定을 법원에서 중요한 재판근거로 이용할 경우 具體的 妥當성과 公正性에도 문제가 될 수 있다. 패널은 公正성의 실현을 위해 UDRP 規則 제12조에 따라 당사자에게 추가진술과 자료를 요구할 수 있지만, 실제 UDRP 決定에 있어 패널이 재량으로 이 규정을 적극적으로 활용하여 추가 직권조사를 하는 경우는 거의 없는 듯하다.⁵¹⁶⁾

(4) 紛爭解決節次 內部的 不服手段 不存在

UDRP는 단순(simple), 저렴한 비용(cheap), 신속(quick), 세계 어디서든지 접근 용이(easily accessible by parties located anywhere in the world)라는 목적을 위해 마련된 장치로서 내부불복절차를 두지 않으므로, UDRP 決定에 대한 감독 및 통제는 고려의 대상이 아니다. 다만 UDRP 決定에 대하여 사법절차의 적용을 받도록 함으로써⁵¹⁷⁾ 불복절차제도의 미비를 보완하고 있다. 명목상으로 도메인등록인은 10 거래일 이내에 소위 “상호재판관할(mutual jurisdiction)”이 있는 법원에 소송을 제기하여 집행을 유보시킬 수 있다. 그러나 짧은 기간, 종종 외국에 재판관할이 있는 법원에 소장을 제출하는 어려움과 비용, 그리고 그 절차에 관한 불확실한 이해로 말미암아 UDRP 決定에 대한 사법적 판단을 사실상 기대하기 어렵게 한다. UDRP 제4조 k항의 기간이 설사 제소기간이 아니라 하더라도 10 거래일의 경과 후 登錄機關에 의해 도메인 이름이 UDRP 신청인에게 이전되고 제3자에게 전전 양도되면 도메인 이름 권리를 회복하기란 사실상 불가능하게 되고, 설사 재판을 통해 불복할 수 있다 하더라도 상당한 시간과 비용을

516) 만약 특정 당사자에게만 추가자료를 요구할 경우 패널의 公正성이 의심될 수 있다는 점에서 주저할 수 있다고 본다.

517) UDRP는 분쟁해결신청서를 제출하기 전이든, 절차 진행중이든, 또는 패널이 결정한 후에든 간에 관할 법원에 소장을 제출하는 것을 금지하지 않는다(UDRP 제4조 k항).

지출하여야 한다. 그리고 도메인 이름을 회복하더라도 인터넷 이용자들은 시간의 경과로 말미암아 그 도메인 이름이 당해 도메인登錄人의 것이었다는 사실조차 잊게 된다.

UDRP가 신속과 저렴한 비용을 고려하여 고안된 장치임에도 불구하고 불복절차의 신설 여부에 관하여 논할 수 있는 것은 forum shopping과 패널의 결정에 관한 불공정성 시비로 말미암은 것이므로 이러한 문제점들을 우선적으로 해결한다면 불복절차에 관한 필요성은 줄어들 것이다.

(5) 기타 節次的 問題點

UDRP 規則 제7조에 따라 패널은 편파적이지 않고 독립적이어야 하지만, 紛爭解決機關에 대한 forum shopping과 관련하여 최근 패널의 中立性에 대한 우려도 보이고 있다. 中立性과 관련하여는, UDRP 신청인을 대변하는 대리인이 WIPO의 패널 중 하나임을 공개하지 않은 것이 부당하다고 한 주장에 대하여, 당해 사건의 패널과의 관계에서 그 패널은 도메인 이름 분쟁에 경력이 있어야 하기 때문에 패널이라는 이유만으로 제척당하지 않고 당해 사건에서 UDRP 신청인으로부터 독립성을 선언한 이상 그 패널의 中立性에 영향을 미치지 않는다고 한 결정례⁵¹⁸⁾도 있다. 패널이 이해관계인으로부터 추천받았다는 사실만으로 그 中立性 여부를 판단하여서는 아니될 것이나, 불복절차나 패널의 결정에 대한 책임을 묻는 장치가 없는 UDRP의 특성상 패널의 中立性에 의심이 갈 만한 사정이 발생하였다면 이의를 제기한 자에게 당해 패널의 中立性을 패널 자신 또는 紛爭解決機關이 충분히 해명을 해야 한다.⁵¹⁹⁾ 패널의 中立性뿐만 아니라, 紛爭解決機關의 中立性도 중요한데, 특히 NAF의 경우 紛爭解決機關이 중립적 기관이 아니며, 商標權者의 이익을 보호하는 기관임을 선전하고 도메인登錄人을 사이버스쿼터로 비하하는 보도를 하는 등 UDRP 신청을 유도하는 마케팅까지 하고 있는바, 紛爭解決機關에게 패널의 지명권이 있다는 점에서 패널이 紛爭解決機關으로부터 완전히 자유롭지 않은 한 독립적으로 사안을 판단하기란 쉽지 않을 것으로 예상된다.⁵²⁰⁾

518) Newman/Hass Racing v. Virtual Agents, Inc. WIPO No. D2000-1688.

519) UDRP 規則 제7조에 의하면, 패널로의 지명을 수락하기 전에 패널로서의 공평성이나 독립성에 대하여 정당한 의심을 갖을 수 있는 사정이 있을 경우 紛爭解決機關에 그 사정을 밝혀야 하고, 만약 분쟁해결절차 계속 중에 패널의 공평성이나 독립성에 대하여 정당한 의심이 발생할 만한 새로운 사정이 발생한 경우 그 패널은 즉시 紛爭解決機關에 그 사정을 밝혀야 한다고 한다.

520) 우지숙, 「도메인 이름 관련 국제분쟁해결제도 및 결정 동향에 대한 분석: 인터넷 거버넌스와 사적 자치의 문제점에 갖는 함의」, 제21회 한국정보법학회 정기 세미나(2001. 11. 20.) 발표자료(이하 “우지숙, 「도메인 이름 관련 국제분쟁해결제도 및 결정 동향에

한편 UDRP에 대한 일방적 개정이 있더라도 도메인등록인은 이를 수용할 수밖에 없다. 登錄約款 당시의 예상할 수 있었던 것보다 매우 불리하여지더라도 이를 합의에 의해 조정하거나 협상할 여지도 없다는 점에서 불이익을 당하는 당사자는 일방적으로 불리한 지위에 있게 된다.

3. 紛爭解決方法 間의 葛藤 原因

앞서 본 바와 같이 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用이나 도메인 이름 逆하이재킹과 같은 분쟁 유형은 기존의 실체법 또는 절차법이 예정하지 못하였던 분야이므로, 그 법적 해결이 미비할 수밖에 없다.⁵²¹⁾ 이러한 기존법 체계의 한계를 해결하기 위해 마련된 도메인 이름에 관한 새로운 분쟁해결방법인 UDRP는 도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록 및 사용에 관하여 일종의 기준(UDRP 제4조 a항 내지 c항)을 마련하고 있으나, 이는 계약적 구속에 기초한 특수한 분쟁해결규정일 뿐 법규로서의 성격을 가지지는 않는다. 더욱이 UDRP는 절차 내부의 불복절차를 인정하지 않는 대신 사법절차에 의한 판단을 허용하는데(제4조 k항), 이는 순환론적 오류를 범하는 것이 아닌가 하는 의문을 가지게 한다. 즉 기존의 분쟁해결방법이 도메인 이름에 대한 부정한 목적의 등록과 사용(도메인 이름 逆하이재킹 포함)에 대하여 충분한 규제를 하지 못하기 때문에 UDRP를 마련하였는데, UDRP 결정을 다시 기존의 법제도에 맡김으로써 UDRP가 기존 법제도와 같등을 초래하게 하였다. 예컨대, 未周知登錄商標와 동일한 도메인 이름을 부당한 이익을 얻을 목적으로 등록하고 당해 상표의 지정상품과 전혀 관련이 없는 웹사이트만 임시로 운영하면서 부당한 이익을 요구하는 경우, 상표법에 의하면 지정상품이 다르므로 상표법에 의한 금지청구를 할 수 없고, 부정경쟁방지법에 의하면 주지상표가 아니므로 보호할 수 없으나, UDRP에 의하면 제4조 a항의 금지행위에 해당하여 도메인 이름의 등록이 말소되거나 이전될 수 있다. 그러나 UDRP 제4조 k항은 사법절차에 의한 판단을 배제하지 않으므로 도메인등록인은 관할 법원에 소를 제기하여 도메인 이름의 이전을 명하는 UDRP 결정을 다툴 여지가 있는데, 기존 법률이 UDRP와 같은 규정을 두고 있지 않는 경우 법원은 UDRP가 아닌 다른 실체법적 기준에 의해 판단을 하게 되고 동일한 사안에 대하여 각각 다른 기준과 절차가 적용되어 분쟁해결제도 간에 갈등의 여지가 있을 수 있다. 이는 UDRP와

대한 분석”이라 한다), 26면.

521) 이 논문 제4장 I.1. 참조.

UDRP 결정을 국내법상 어떻게 받아들일 것인지, 즉 UDRP의 취지를 존중하여 국내 판결에서도 이를 반영하는 방향으로 법해석을 할 것인지, 아니면 UDRP가 국내법상 편입된 규범이 아니므로 무조건 배척할 것인지에 대한 법원의 태도와도 관련이 있으며, 법원이 어떤 해석을 하느냐에 따라 UDRP와 기존 분쟁해결방법간 갈등의 모습과 원인이 달라질 수 있다.

또 UDRP는 국제사법적 문제가 있는 사안에 대하여도 통일된 기준과 절차에 따라 판단하지만, 사법절차를 제기할 때에는 다시 국제사법적 문제를 고려해야 하는데, 이 경우 재판관할과 관련하여 도메인등록인이나 UDRP 신청인의 UDRP 제1조의 상호재판관할에 대한 동의를 어떻게 해석할 것인지, 준거법과 관련하여 UDRP가 법원의 판단에 어떤 영향을 미칠 것인지 등과 같이 UDRP가 국제사법적 문제에 어떻게 관여하고 해석되는지에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 이러한 갈등은 원칙적으로 UDRP와 기존 법률의 해석에 의해 최소화되도록 하고 해석에 의해 해결되지 않는 부분은 새로운 입법에 의할 것이다. 이하에서는 이러한 문제점을 실체법, 절차법, 국제사법적 측면으로 나누어 고찰하기로 한다.

II. UDRP와 實體法 間의 問題

1. UDRP의 解釋 및 適用을 위한 實體法 選擇의 問題

가. UDRP의 解釋 및 適用 基準에 관한 決定의 必要性

UDRP는 일반도메인에 관한 내국인간의 분쟁뿐만 아니라 국제적 분쟁까지 해결하는 것을 고려한 통일분쟁해결규정이므로 UDRP 신청인, 도메인등록인, 패널 및 등록기관 모두가 다른 國家 또는 法域⁵²²⁾에 속할 가능성이 있다. UDRP 제4조에 규정한 요건에 따라 통일적으로 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用의 여부를 판단할 것이지만, UDRP는 요건과 효과만 규정하였을 뿐, 그 UDRP를 어떤 기준에 의해 해석하고 적용할 것인지에 관하여는 언급이 없다. 따라서 UDRP를 구체적으로 해석하고 적용함에 있어서는 기준이 되는 법의 선택(Choice of Law)이 필요하다. 예컨대, UDRP

522) 미국이나 스위스 같이 동일국 내에 여러 주법이 독립적으로 시행되고 있는 경우 일정한 법령이 시행되는 구역을 말한다. 徐希源, 『國際私法講義』, 一潮閣, 2000, 15면.

제4조 a항 (i)은 도메인 이름이 상표와 동일·유사할 것을 요하는바, UDRP는 “상표”라고 할 뿐 그 상표의 개념과 구체적 범위에 대하여는 아무런 규정이 없으므로 이에 대하여 어느 국가의 실체법을 기준으로 해석할 것인지가 문제된다. “상표”에 상호, 지리적 명칭이나 성명도 포함할 것인지, 유사성의 범위는 무엇을 기준으로 하는지 등 패널이 UDRP를 어느 법에 기초하여 적용하느냐에 따라 당해 결정의 결론이 달라질 수 있다. UDRP에도 국제사법적 요소가 포함될 수 있지만, UDRP에 의한 분쟁해결은 단일한 절차에 따를 것이므로 國際裁判管轄의 선택이나 집행의 문제보다는 UDRP 요건의 해석과 관련하여 실체법의 선택이 밀접한 관련을 가질 것이다.⁵²³⁾ 이러한 문제는 “不正한 目的,” “權利 또는 正當한 利益” 등의 해석에 있어서도 마찬가지로 일 것이다. 따라서 이에 관하여 국제사법 측면에서 검토하기보다는 본항에서 검토하기로 한다.

나. UDRP의 解釋 및 適用 基準이 되는 準據法

(1) 패널의 準據法 選擇에 대한 自由裁量 및 限界

UDRP는 해당 사건에 대하여 어떤 법을 적용할 것인지에 대하여, UDRP 規則 제15조 (a)항이 “패널은 UDRP, UDRP 規則, 적용가능할 것으로 여겨지는 모든 법규, 법원칙에 따라 제출된 진술과 서류에 기초하여 신청을 판단한다”고 규정함으로써 패널에게 넓은 재량을 주고 있을 뿐, 그 외의 구체적 해석기준은 없다. 따라서 현재 UDRP는 당해 사건의 결정 시 획일적으로 정해진 기준에 의하여 적용되는 것이 아니라, 당해 패널이 “UDRP, UDRP 規則, 적용가능한 법규와 법리”의 범위 내에서 이를 해석하고 적용하도록 위임된 상태이다.⁵²⁴⁾ 따라서 패널은 자의적인 결정만 하지 않으면 객관적으로 어느 특정국가의 법규를 따라 UDRP를 해석, 적용하더라도 부당하지 않게 된다.

그러나 어떠한 패널도 모든 국가의 법에 정통할 수는 없는 것이고 UDRP 決定에 객관적 기준이 담보되지 않는다면 당사자간에 UDRP 決定에 대한 불복은 그치지 않을 것으로 예상된다. 특히 패널이 어떤 방향으로의 결론을 먼저 내리고 그 결론에 부합하는 법령이나 규정, 관례가 있는 국가의 법을 임의로 선택하여 적용한다면 UDRP 결정은 공정성을 담보할 수 없게 된다. UDRP가 재판절차가 아닌 특수한 ADR의 형태를 띄고 있으므로 패널의 결정에 대하여 재량을 부여하는 것은 타당하지만, UDRP 決定은 당사자의 협력 없이도 바로 집행이 되어 도메인 이름을 바로 登錄移轉하거나 抹消할 수 있다는 점에서 패널의 UDRP 결정과정에는 일정한 기준에 따를 것을 요한다.

523) Dori Kornfeld, 전제논문 중 “Choice of Law” 부분 참조.

524) UDRP가 사법절차가 아니라 행정절차이면서 특수한 ADR임을 보여주는 특징이다.

특히 UDRP의 분쟁당사자는 登錄約款의 당사자가 아니라 도메인登錄人과 제3자이므로,⁵²⁵⁾ 최소한 당사자가 납득할 수 있는 객관적이고 합리적인 기준에 의하지 않고서는 공정성을 담보하지 못한다.

따라서 UDRP를 어떻게 적용하고 해석할 것인지의 기준을 정하는 것이 분쟁해결에 어떤 영향을 미치는지는 매우 중요하다. 예컨대, barcelona.com 사건⁵²⁶⁾에서, 미국 상표법과 스페인 상표법간의 갈등이 있었는데, 미국 법은 지리적 명칭에 대한 상표보호에 제한이 있었으나 스페인 법에는 지리적 명칭에 대한 상표보호규정이 있었다. 패널은, 도메인登錄人이 인터넷에서 “바르셀로나”라는 도메인 이름을 사용함으로써 일반 대중들이 위 도메인 이름을 인터넷 주소창에 입력하면 바르셀로나시의 공식기관 또는 대표에게 이르게 될 것이라는 기대를 깨뜨리고 혼동을 일으키게 하였다는 이유로, 위 도메인 이름을 바르셀로나 시에게 이전하라는 결정을 내렸다. 일반적으로 지리적 명칭 그 자체가 상표가 될 것이라고 생각하지는 않지만, 패널은 스페인 법의 영향하에서 UDRP 決定으로 도메인 이름 이전을 명하였다는 점에서 UDRP 신청인에게 유리한 법 선택을 하였다고 할 수 있다. 또, tourplan.com 사건⁵²⁷⁾에서, UDRP 신청인은 런던에 사무소를 가지고 있는 뉴질랜드 회사였고, 도메인등록인은 호주에서 도메인 이름을 등록하였으며, 패널은 미국인이었는데, 혼동을 초래할 정도로 유사한지 여부를 판단함에 있어 패널은 객관적인 기준을 찾기 위해 노력하였지만, 결국 패널은 자신에게 가장 익숙하고 편하게 느껴지는 미국 법을 따라 해석하고 적용하였다. 이 사건에서 패널은 객관적 기준을 도출하고자 하였으나, UDRP 규칙이 특정의 법적 체계상 일반 법원칙을 지정한 바도 없다고 지적하면서 어떠한 패널도 전 세계의 모든 관할의 법에 정통할 수는 없다고 결론내렸다. 그리고 패널은 당해 사례에 대하여 인터넷에 적용될 수 있는 “一般的 社會通念상의 解釋(broad and common sense interpretation)”의 적용에 근거하여 판단하였다. 그러나 패널 자신은 미국 商標法에 영향을 받고 있었으므로, “일반적 사회통념”의 해석은 미국 商標法의 영향을 받지 않을 수 없었다.

(2) UDRP에 대한 解釋基準의 法 選擇의 方法

UDRP가 어떻게 해석되느냐는 당해 결정에 있어 매우 중요한바,⁵²⁸⁾ 본 연구에서는

525) 도메인登錄人과 登錄機關은 登錄約款 체결시 準據法에 대한 약정을 하는 것이 보통이다. 예컨대, 한강시스템 등록약관 제20조는 도메인登錄人과 登錄機關 간 약관의 해석과 적용에 관하여 대한민국의 법률을 準據法으로 한다고 규정하고 있다.

526) Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc., WIPO No. D2000-0505.

527) Tourism and Corporate Automation Ltd. v. TSI Ltd., eResolution AF-0096.

패널의 재량적 해석에 대하여 최소한의 객관적 기준이 필요하다고 본다.

먼저 UDRP의 제정목적을 고려하여 보면, 두 가지 측면을 고려할 수 있다. 먼저 UDRP를 상표권 보호를 위한 것으로 강조한다면, 不正한 目的의 등록 및 사용은 상표권 침해 중 하나가 될 것이므로, UDRP는 상표권 침해지법을 기본으로 참작할 수 있을 것이다. 한편, 상표권 침해지법을 UDRP를 해석하는 기준으로 한다는 것은 도메인 이름의 분쟁해결에 있어 속지주의의 한계를 극복하기 위하여 제정된 UDRP의 취지에 부합하지 않을 수 있고, 도메인 이름의 법률관계의 기초가 등록약관에 있다는 점을 강조한다면, 등록약관에 대한 해석의 준거법인 등록기관 소재지법을 해석의 기준으로 해야 할 것이다. 그러나, UDRP는 상표권과 도메인 이름 권리간의 균형과 조화를 위하여 독자적인 분쟁해결방법으로 마련된 것이므로, 상표권 침해지법과 등록기관 소재지법을 UDRP의 해석시 모두 고려하여야 한다고 본다.

도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록 및 사용에 대하여 UDRP를 적용하려면, “(i) 도메인 이름이 상표와 동일·유사할 것, (ii) 不正한 目的으로 등록 및 사용하였을 것, (iii) 도메인등록인에게 권리나 정당한 이익이 없을 것”을 충족해야 한다.⁵²⁹⁾ 우선 (i) 보호대상인 商標의 定義와 範圍는 국제사법 제24조에 의해 商標權 侵害地法에 의하는 것이 원칙일 것이다(barcelona.com사건 등). 등록기관의 소재지법에 의할 경우에는 상표로 해석되지 않는다고 하더라도, 不正한 目的의 등록 대상이 당해 상표이고 그 상표의 보호국법에 의해 상표가 무효, 취소 기타 사유로 효력을 상실하지 않는 한, UDRP 신청인은 상표권자로서의 권리를 행사할 수 있다고 할 것이다. 그리고 상표와의 동일·유사의 여부는 패널의 재량이 상당히 관여할 수 있는 사실인정의 부분이다. (ii) 不正한 目的의 등록과 不正한 目的의 사용이 모두 충족되어야 하는데, 두 행위는 구별되어 별개의 판단을 받을 수 있다. 예컨대, 不正한 目的의 登錄은 登錄機關과의 關聯이 더 강할 수 있고 不正한 目的의 使用은 商標權者와의 關聯이 더 강할 수 있다. 다만 不正한 目的에 대하여는 UDRP 제4조 b항의 예시하고 있는데, 그 예시에 대하여는 통일적이라고 할 수 있으나, 기타 다른 사유에 관하여는 “不正한 目的”에 관한 해

528) 예컨대, Barcelona.com 사건에서처럼 지리적 명칭을 商標法으로 보호하는 나라와 그 보호를 제한하는 나라가 있는 경우 패널이 어느 나라 법을 선택하느냐에 따라 당사자의 운명은 바뀔 수 있다. 이 사건에서 패널은 商標權者의 손을 들어주었다.

529) David Lametti, “The Form and Substance of Domain Name Arbitration,” 『한국과 캐나다의 도메인이름분쟁조정제도에 관한 고찰』, 한국인터넷정보센터, 공동국제학술세미나 발표문(2002. 11. 9.) 77-78면 참조. 여기서 Lametti 교수는 정당한 이익의 존부는 객관적 요소이고, 不正한 目的은 주관적 요소라고 하면서 그 기준이 다르고 판단도 별개로 하여야 한다고 지적한다.

석을 요하고 이는 商標權 侵害地法과 登錄機關 所在地法을 모두 고려하여 참작할 것이다. (iii) 도메인 登錄人에게 도메인 이름을 등록 또는 사용할 권리 또는 정당한 이익의 법적 근거만 있으면 되므로, 반드시 어느 특정 국가의 법에 의할 필요는 없다. 그러나 도메인 登錄인이 보유하고 있는 권리 또는 정당한 이익이 존재하는지, 그리고 유효한지에 대하여도 해석의 기준이 필요하므로, 도메인 登錄인의 권리 또는 정당한 이익은 그 權利의 權原이 있는 國家의 法에 의해 판단되어야 할 것이다. 따라서 상표의 존부를 상표권 침해지국법에 의하더라도 도메인 登錄인에게 권리 또는 정당한 이익이 있다면 UDRP는 적용되지 않는다.

한편, 도메인 이름 逆하이재킹과 같은 상표권의 남용의 경우에도 UDRP에 대한 위 해석기준이 동일하게 적용된다고 할 것이다. 특히 도메인 登錄인의 권리는 그의 주소지 법과 등록기관의 소재지법이 고려될 수 있다.

패널은 위와 같은 해석기준의 고려요소를 참작하여 구체적 사례에서 UDRP를 어떻게 해석할 것인지 정해야 할 것이다. 그러나 UDRP 제15조 (a)항은 기본적으로 패널에게 판단의 재량을 주고 있으므로 이러한 해석 기준은 절대적이 아니며, 단지 해석의 방향을 지도해주는 것이고, 다른 기준에 의한 해석을 배제하지는 않는다. 다만 UDRP에 관한 위 해석기준을 따르지 않고 UDRP를 해석하고 적용한 결과가 당사자 일방에게 치우치고 패널의 재량을 일탈한 것이라면 그 UDRP 決定은 도메인 登錄인이 제기하는 사법절차에서 위법하다고 판단될 수 있을 것이다.⁵³⁰⁾

2. 救濟手段에 관한 UDRP와 實體法 間的 衝突

가. 商標權者의 도메인 이름 登錄移轉請求權의 認定 여부

UDRP는 분쟁해결수단으로 도메인 이름의 登錄抹消뿐만 아니라 登錄移轉까지도 포함하고 있는데, 우리나라 商標法, 不正競爭防止法, 民法 기타 實定法에 의해서도 도메인 이름의 登錄移轉을 인정할 수 있을 것인지 여부가 문제된다. 이는 UDRP상 登錄移轉이 商標權者의 도메인 이름 登錄移轉請求權을 당연히 전제로 한 것에서 비롯된 것인지, 도메인 登錄인이 登錄機關과 登錄約款을 체결할 당시 분쟁해결의 방법으로 도메인 이름의 이전을 정하였기 때문에 ADR의 특성상 허용된 것인지 여부와 관련이 있다. 이하에서 현행법의 해석상 도메인 이름의 登錄移轉을 인정할 수 있는지, 해석론과 별개로 입법론적으로 이를 인정하는 것이 타당한지에 관하여 별도의 검토를 요한다.

530) 이 논문 제4장 III.3.나.(1)(다) 참조.

(1) 現行法 解釋上 認定 여부

이 부분에 관한 논의가 본격적으로 되지 않아 인정설과 부정설로 대별할 수는 없지만, 이론상 논의의 다툼이 가능할 수는 있으므로 인정설과 부정설의 입장 및 근거를 중심으로 검토하기로 한다.

(가) 肯定的 立場

1) 認定 實益

商標法 또는 不正競爭防止法상의 구제수단으로서 도메인 이름의 使用禁止나 登錄抹消만 인정할 경우에는 商標權者가 도메인登錄人을 상대로 도메인 이름 使用禁止나 登錄抹消절차를 이행하라는 판결을 받더라도 이는 당해 도메인登錄人에게만 판결의 효력이 미친다. 따라서 도메인登錄人 외 제3자가 선신청 선등록에 따라 登錄抹消된 도메인 이름을 商標權者보다 먼저 선점등록하게 되면 결국 商標權者는 시간과 비용을 들여 소송을 제기하여 다툼 보람이 없고 무임승차한 도메인登錄人과 다시 협상을 하거나 소송을 제기해야 하는 불합리가 있게 된다. 이와 같은 결과를 그대로 방치한다면 도메인 이름 분쟁은 계속 반복될 수밖에 없고 당해 商標權者는 도메인 이름의 등록으로 말미암아 지나친 비용과 시간을 낭비하게 된다는 문제점이 있다. 이와 같이 계속 유사한 분쟁이 반복된다면 商標權者는 그 도메인 이름에 관하여 법적 방어를 포기하고 도메인登錄人과 매수협상을 할 수밖에 없게 되는데, 이는 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用을 부추길 우려가 있다.

2) 實定法上 根據 與否

도메인 이름의 등록이전을 실정법상 인정할 실익이 있더라도, 현행법상 이를 인정할 법적 근거가 없으면 인정할 수 없을 것이다. 그런데, 商標法 제65조 제2항 및 不正競爭防止法 제4조 제2항은 “기타 침해의 예방에 필요한 조치”라고 규정하고 있는바, 법원이 분쟁해결을 위해 적극적으로 “필요한 조치”를 취할 경우 해석상 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하는 법적 근거로 삼을 여지가 있다.⁵³¹⁾ 특히 침해예방에 필요한 조치

531) 서울지방법원 2002. 10. 18. 선고 2001가합35469 판결은 “sonybank.com” 중 피고의 상표인 “SONY”가 주지·저명하고, 원고의 도메인 이름의 사용은 저명상표인 피고의 상표의 식별력을 손상하였으므로, 피고로서는 침해금지 및 예방으로서 **UDRP에 따라 이 사건 도메인 이름의 등록 취소나 이전을 구할 권리가 있다**고 하여 원고의 등록이전청구권 부존재 확인의 소를 기각하였다. 등록이전청구권을 부인하려면 UDRP뿐만 아니라 부정경쟁방지법을 위반하여도 아니되므로, UDRP의 위법성 여부를 판단하기 전에

에 관하여 법원에 재량을 두었다는 점에서, 영미법상 衡平法(equity)에 기초한 禁止命令(injunction)과 유사한 구조로 볼 수도 있을 것이다. 미국 법원이 하는 금지명령으로는 소극적으로 일정한 행위를 하지 못하도록 금지하는 禁止的 留止命令(prohibitory injunction)이 있고, 적극적으로 일정한 행위를 하도록 명하는 것을 作爲的 留止命令(mandatory injunction)이 있는데,⁵³²⁾ 미국 商標法에 따라 도메인 이름의 등록이전을 명할 수 있다면 후자에 해당하는 것으로 볼 것이다.

도메인 이름의 登錄移轉의 인정 여부는 형식적인 법적 근거만으로는 부족하고 “필요한 조치”에 관하여 目的과 手段의 比例의 原則, 補充性, 타 法益과의 均衡과 調和 등을 참작하여 실질적으로 판단하여야 한다.

3) UDRP 및 立法例로부터 類推하는 解釋方法

UDRP는 구제조치로서 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하고 있고, 미국의 반사이버 스쿼팅소비자보호법도 구제수단에 도메인 이름 이전명령을 포함하고 있다.⁵³³⁾ 입법에 고된 정보통신부의 인터넷주소자원관리법안 제18조는 인터넷주소 중 도메인 이름의 登錄抹消 후 1개월 이내에 登錄抹消를 청구한 자에게 우선적으로 도메인 이름을 등록하게 하고 있는데, 결과적으로는 登錄移轉과 같은 취지라고 해석할 수 있다.

(나) 否定的 立場

商標法과 不正競爭防止法상의 “기타 침해의 예방에 필요한 조치”의 범위는 구제수단의 필요성과 목적과 수단의 비교형량 등 比例의 원칙, 補充性의 원칙, 다른 법익과의 균형과 조화, 衡平의 이념 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는바, 아래와 같은 이유로 인정할 수 없다는 입장⁵³⁴⁾이다.

부정경쟁방지법 위반을 판단한 판결의 설시는 타당하다.

532) 田中英夫, 『英美法辭典』, 448-449면; *Black's Law Dictionary*, 788-789면; 柳尙昊, 「美國의 “인장크션”(Injunction)制度」, 『裁判資料』 6輯(1980.7), 법원행정처, 25-55면; 윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구」, 205면.

533) 15 U.S.C. §1125 (d)(1)(C): In any civil action involving the registration, trafficking, or use of a domain name under this paragraph, a court may order the forfeiture or cancellation of the domain name or the transfer of the domain name to the owner of the mark.

534) 최성준, 「“국제적인 도메인이름 분쟁의 해결”, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결-한국의 시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11. 23., 199면.

1) 商標法과 不正競爭防止法上의 立法目的

도메인 이름 권리는 도메인登錄人과 登錄機關 간의 登錄約款에 기초하므로 법률의 정함 없이 법해석상만으로 도메인登錄人에게 도메인 이름에 대한 배타적 권리를 인정하기 어렵다. 한편 도메인 이름에 관하여 특정인에게 도메인 이름의 登錄移轉請求權을 인정하는 것은 그 도메인 이름에 관하여 권리를 주장하는 자에게 도메인 이름이 배타적으로 귀속하는 것을 전제로 하는데, 도메인 이름을 상표와 구별된 별개의 표지로 보고 오히려 獨自的 電子標識로 보는 입장에서는 도메인 이름에 대한 商標權者에게로의 배타적 귀속은 원래의 상표법이나 부정경쟁방지법에서 목적하는 바와 다른 점이 있다.

商標法은 상표의 신용을, 不正競爭防止法은 영업질서의 유지를 통한 영업자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는데, 표지 사용을 금지함으로써 상표권 또는 영업자의 영업이익을 보호할 수 있다고 본다. 商標法이나 不正競爭防止法은 표지가 누구에게 속하는 것인지에 관한 “권리의 귀속”을 규율하는 법이 아니다.

2) 登錄商標權의 排他的 效力의 內容

도메인 이름은 앞서 보았듯이 상표와 체계를 달리하는 별개의 전자표지이며, 도메인 이름은 .com이라도 비영리적 사용이 가능하므로 처음부터 등록 그 자체를 영리적 사용으로 볼 수도 없다. 한편 상표법 제50조 내지 제52조는 등록상표도 지정상품에 따라 동일한 명칭의 상표가 복수로 존재할 수 있고, 속지주의에 따라 지역이 다른 경우에도 동일한 명칭이 병존할 수 있다고 규정한다. 상표법 제50조에 따라 등록상표에 배타적 권리가 인정되기는 하나, 그 배타적 권리의 범위도 당해 등록상표와 동일·유사한 다른 상표의 사용을 금지하는 것에 그칠 뿐, 商標權者가 다른 표지의 권리를 강제로 자기의 것으로 이전시킬 수 있게 하는 권능까지 포함하지는 않는다.

不正競爭防止法에 의하는 경우에도 상표등록이 주지, 저명상표와 혼동을 초래하거나 손상을 가하는 행위에 해당할 경우에는 부정경쟁방지법 제15조의 적용을 받지 않고 부정경쟁행위로서 금지된다고 해석하는 것이 판례⁵³⁵⁾인데, 이 경우에도 법원은 등록상표를 주지, 저명상표권자에게 이전할 것을 명하지 않는다. 그리고 저명상표의 손상이라 하더라도 부정경쟁방지법 시행령 제1조의 2는 아무리 주지, 저명한 표지라도 비영리적 목적 등 정당한 사용으로 제3자가 같은 표지를 사용하는 것을 허용하므로 특정인에게만 배타적 소유권이 있다고 하기 어렵다. 또, 도메인 이름이 상표의 일부를 이루는 것이 아니고 상표권과 별개의 獨自的 電子標識임을 이미 앞에서 밝혔으므로 상표법 제50조에 의하더라도 登錄移轉請求權이 당연히 발생한다고 보기는 어렵다.

535) 대법원 1993. 1. 19. 선고 92도2054 판결 등.

3) 複數의 正當한 使用 可能性

등록상표라도 지정상품별로 수 개의 동일명칭의 상표가 병존할 수 있고, 상표권이 아닌 비영리적 사용으로 인해 정당한 이익을 가지는 경우도 인정할 수 있으며, 상호, 기타 영업표지로 사용하는 경우에도 정당한 이익을 인정할 수 있을 것이다. 상표, 상호에 한하지 않고 저작권에 기하거나 퍼블리시티권에 의한 경우도 정당한 이익을 인정할 수 있을 것이므로 하나의 도메인 이름에 관하여 다수의 권리자들이 자신의 등록자격 또는 사용의 정당성을 다룰 수 있다. 따라서 독점적이고 유일한 도메인 이름 권리를 도메인등록인 아닌 특정의 제3자에게만 귀속할 것을 전제로 하는 排他的 登錄移轉 請求權은 다른 권리자들 간의 관계에 있어 衡平性에 반할 소지가 있다. 예컨대, www.samsung.com에 관하여 삼성전자, 삼성건설, 삼성물산 등이 그 권리를 주장할 수 있을 뿐 아니라 그 외에 삼성출판사, 삼성치과의원 등도 도메인 이름을 등록하여 사용할 권리가 있다고 할 수 있다.⁵³⁶⁾ 그런데 도메인 이름 登錄移轉을 어느 한 특정인에게만 인정하게 되면, 다른 商標權者나 기타 권리자는 도메인 이름에 관한 권리가 없는 것처럼 되고, 나중에 우연한 사정에 의해 그 특정인이 도메인 이름의 등록연장을 해태하여 권리를 상실한 후에도 그 도메인 이름을 등록한 다른 도메인登錄人에게 다시 登錄移轉 請求權을 행사할 수 있다는 모순이 생길 수 있게 된다. 또 하나의 재화이고 여러 당사자가 이용할 수 없는 재화인 도메인 이름에 관하여 배타적 성격을 가진 도메인 이름 登錄移轉을 인정하게 되면 다수의 권리자는 저마다 자신의 권리적격을 주장하면서 도메인 이름의 登錄移轉을 요구할 수도 있어 분쟁을 더 복잡하게 할 수 있다.

4) 衡平과 比例의 原則

법적 구체수단을 어떻게 구성할 것인지는 법의 목적상 그 구체수단을 인정할 필요가 있는지, 목적과 수단 간에 이익형량을 하여 그 구체수단이 아니면 안되는 補充性이 있는지, 다른 법익 또는 다른 권리자들과의 법적 갈등 내지 충돌은 없는지 등의 종합적인 고려가 있어야 한다.

도메인 이름의 등록이전을 규정하고 있는 UDRP의 경우 제정 당시부터 그 적용범위를 “不正한 目的”의 “登錄 및 使用”에 국한하였을 뿐, 도메인 이름 분쟁 일반에 걸쳐 적용될 것을 고려하지 않았다. 예컨대, 상표와 동일한 도메인 이름을 등록하여 당해 商標權者에게 부당한 이익을 요구하면서 되팔기를 하려는 경우와 같이 “不正한 目的의 登錄 및 使用”이라는 고도의 非難可能性이 있는 경우에만 UDRP에 의한 등록이전을 적용한다. UDRP와 같이 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하고 있는 미국 반사이버스퀘

536) 희석화 조항이 적용되는 경우는 별론으로 한다.

팅소비자보호법도 금지행위에 不正한 目的(bad faith intent)라는 엄격한 주관적 요건을 규정하고 있다. 따라서 객관적 요건만으로 금지청구를 할 수 있는 우리나라 不正競爭防止法보다 그 적용범위를 제한하고 있다.⁵³⁷⁾ 그럼에도 미국의 Patrick Leahy 상원의원은 위 입법이 예상하지 못한 문제가 많이 발생할 것을 우려했고, 법상 개념과 그 적용 범위가 너무 포괄적이라는 비판을 하였다.⁵³⁸⁾

商標法의 登錄商標나 不正競爭防止法상의 주지·저명상표를 보호하기 위하여 도메인 이름의 使用禁止나 登錄抹消만으로도 충분함에도 불구하고 登錄移轉까지 인정하는 것은 목적과 수단의 비례, 보충성의 원칙 또는 다른 표지와와의 형평에 반할 수 있다. 특히 未登錄·未周知商標에 대해서까지 등록이전을 인정하는 것은 다른 등록상표, 주지·저명상표의 경우와 비교하여 지나친 구제조치일 수 있다. 따라서 도메인 이름의 등록이전을 인정할 합목적성이 커야 한다.

5) 節次法的 問題

節次法的으로도 도메인 이름 登錄移轉請求權을 특별한 입법 없이 그대로 인정할 경우 법적 갈등이 생길 수 있다. 예컨대, 하나의 도메인 이름에 관하여 다수의 권리자가 도메인 이름 권리에 대하여 이전을 주장할 수 있는데, 도메인 登錄人을 상대로 각각 다른 시기에 다른 관할법원에 소를 제기한 경우, 먼저 소를 제기한 자보다 나중에 소를 제기한 자가 먼저 도메인 이름 이전을 명하는 판결을 받는다면 그 자에게 우선적으로 도메인 이름이 등록이전될 것이므로 결국 우연한 사정에 의해 도메인 이름에 관한 권리의 귀속이 달라질 수 있다.⁵³⁹⁾ 또 도메인 이름에 관한 등록이전판결이 동시에 선고될 경우에 누구에게 이전판결의 효력을 인정할 것인지도 문제가 된다. 실무적으로는

537) Serena C. Hunn, "Anticybersquatting Consumer Protection Act: A Powerful Remedy In Domain Name Disputes? Or a Threat to Electronic Commerce?," Ford Marrin Esposito Witmeyer & Gleser, L.L.P. <<http://www.fmew.com/archive/cybersquat>>[2002.11.20.].

538) Patrick Leahy, Statement Of Senator Patrick Leahy, Ranking Member, Senate Judiciary Committee Hearing On "Cybersquatting And Consumer Protection: Ensuring Domain Name Integrity" July 22, 1999. 여기서도 Leahy 상원의원은 이 법의 원래 취지와 달리 단순히 객관적으로 混同可能性이 있거나 稀釋化인 경우에도 적용되는 등 그 적용이 남용될 우려가 있음을 지적하였다.

539) 먼저 소를 제기한 자에게 우선권을 준다 하더라도 비슷한 문제가 발생할 것이다. 즉 먼저 소를 제기하였는데 후소를 제기한 자가 먼저 판결을 받은 경우에도 먼저 소를 제기한 자가 도메인 이름 권리를 얻는다면 이는 특별한 절차 없이 판결의 효력을 뒤엎는 결과를 가져오는 문제가 발생한다.

이러한 문제를 사전에 방지하기 위해 소의 병합을 할 수 있지만, 도메인 이름 권리를 가진다는 것은 결국 도메인 이름과 동일·유사한 명칭의 상표 또는 상호가 있다는 것인데, 상표나 상호는 도메인 이름과 달리 복수의 동일·유사한 명칭이 병존할 수 있으므로 판결로서도 적법한 다수 권리자가 존재함을 확인할 수밖에 없고 복수의 권리자 중 특정 당사자에게만 이전을 명하는 것은 권리자간에 형평에 반할 여지가 있다. 이러한 문제는 도메인 이름 登錄抹消를 청구한 자에게 우선적으로 등록할 권리를 주는 경우에도 생길 수 있다.⁵⁴⁰⁾

6) 도메인 이름의 法的 性格 關聯

판결로써 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하는 것은 도메인 이름 권리가 특정한 어느 권리 예컨대 상표권에 부수하는 것임을 전제로 하는 것인데, 앞서 보았듯이 도메인 이름은 상표나 그에 준하는 영업표지도 아니고 다만 독자적인 전자표지에 불과할 뿐만 아니라, 그 체계도 서로 달리한다는 점에서 당연히 상표권의 부수적 권리 또는 종된 권리로 볼 것은 아니다. 또 도메인 이름 이외의 표지인 경우에는 혼동 가능성 또는 손상에 의한 상표침해라도 침해자가 사용하는 표지를 商標權者에게 이전하지 않음에도 불구하고 도메인 이름에 대하여만 등록이전을 할 수 있다고 해석하는 것도 형평에 맞지 않는다고 할 수 있다. 우리나라 도메인 이름 관련 판결에서도 商標法이나 不正競爭防止法상 금지청구의 내용으로 도메인 이름의 등록이전을 명한 판결례는 없다.⁵⁴¹⁾

(다) 當事者의 紛爭解決方法에 대한 合意의 範圍

UDRP는 특별한 ADR로서, 도메인 이름 登錄移轉을 인정하는 것은 도메인登錄人의

540) UDRP의 경우 청구의 병합규정이 있기는 하나, 동일한 당사자 즉 UDRP 절차의 신청인과 도메인등록인이 동일할 경우 복수의 도메인 이름에 관한 분쟁해결절차를 하나로 병합할 수 있다고 규정할 뿐(UDRP 제4조 f항), 그 외의 병합에 관하여는 어떠한 언급도 없다. 그리고 실무에서도 찾아본 바로 복수의 UDRP 신청 사례를 발견한 바 없다. UDRP 신청이 제기되면, 즉시 웹사이트에 공시되어 누구나 알게 되기 때문에, 아마 복수의 UDRP 신청이 제기된 사례는 거의 없을 것으로 추측될 뿐이다. 따라서 동일한 도메인 이름에 관하여 UDRP 신청이 복수로 제기된 경우 그 해결방법은 없는 셈이다. 참고로 .biz의 등록이의규정인 STOP은 복수의 IP Claim 신청과 관련하여 처리규정이 있으나, 이는 초기등록단계에서 이미 추첨에 의해 정해진 순서대로 도메인登錄人에 대하여 STOP 절차를 신청할 수 있다는 것이므로 병합과는 다르다고 본다. 입법에서 정리, 반영되어야 한다고 생각된다.

541) 최성준, 전제논문, 199면 참조.

분쟁해결방법에 관한 각 당사자들의 동의에 기초한 것이라고 볼 것이다.⁵⁴²⁾

그렇다면 이러한 동의는 UDRP가 적용되는 분쟁해결절차에만 국한하는 것인지, 모든 분쟁해결절차에 미치는지에 따라 도메인 이름의 등록이전 여부가 정해질 수 있다. 분쟁해결방법의 합의의 기초가 되는 등록약관에서는 등록신청인으로 하여금 도메인 이름 특유의 분쟁해결규정에 동의하지 않으면 등록할 수 없게 한다.⁵⁴³⁾ .kr 도메인에 관하여 도메인이름분쟁조정규정 제3조 제1항도 “타인의 도메인 이름 등록과 사용으로 인하여 대한민국의 법률 또는 대한민국이 가입한 조약에 따라 보호받는 권리 또는 정당한 이익을 침해받는 자는 해당 도메인 이름의 말소 또는 자신에게로의 이전을 구하는 취지의 조정을 위원회에 신청할 수 있다”고 하는데, 이는 .kr 도메인의 경우 등록이전이 분쟁조정위원회에 의한 분쟁해결절차에서만 가능하다는 것을 전제한다고 해석할 것이다. 도메인등록인의 분쟁해결방법에 관한 의사해석을 보더라도, 등록이전이 포함되는 UDRP에 따를 것을 정한 등록약관을 수정, 변경하지 못하고 등록기관이 제시하는 대로 등록조건을 수용할 수밖에 없는 도메인등록인이 UDRP와 같은 특별분쟁해결절차 이외에 재판절차에서까지 도메인 이름의 등록이전에 관하여 포괄적으로 동의하였다고 해석하기는 무리가 있기 때문이다. 약관규제법 제5조, 제6조, 제10조, 제12조의 취지에 비추어 보더라도, 도메인등록인이 UDRP에서 정한 등록이전의 조치에 동의하였다고 하여 일반적으로 등록이전에 의한 분쟁해결을 동의하였다고 추정하거나 의사를 의제하는 것은 부당하다. 따라서 등록신청인의 등록이전에 대한 동의는 UDRP 또는 도메인 이름분쟁조정규정에 의하는 특별한 분쟁해결절차에 한정하고, 다른 분쟁해결절차에는 등록이전의 동의의 효력이 미치지 않는다고 해석하는 것이 타당할 것이다.⁵⁴⁴⁾ 미국 상표법상 법원에 의한 도메인 이름의 등록이전을 명하는 禁止命令(injunction)도 衡平法上 보충적으로만 적용되고 그 금지명령도 실체법상의 근거를 두지 않고 절차법상 정한 것이라는 점에서 도메인 이름의 등록이전에 관한 법적 의미가 우리나라 商標法이나 不正競爭防止法의 정하는 바와 다르다.

542) UDRP의 준거법 인정 여부에 관하여도 다수설은 법규성을 인정할 수 없다고 하므로 UDRP 절차에서만 당사자간의 합의에 의해 도메인 이름의 등록이전을 인정할 것이라고 할 것이다. 이 논문 제4장 V.3. 참조.

543) 국내 등록기관인 한강시스템의 등록약관 제2조, 제10조, 아사달 등록약관 제13조, 제17조, 에스닉의 등록약관 제13조, 제17조 등.

544) 최성준, 전제논문, 199면.

(라) 解釋論的 檢討

도메인 이름의 등록이전청구권을 인정할 실익은 있으나, 도메인 이름의 등록 및 사용에 관한 당사자의 합의, 비례의 원칙, 정의와 형평 등을 고려할 때 도메인 이름의 등록이전을 현행법의 해석에 의해 인정하기에는 이론상, 실무상 문제가 있다. 따라서 실체법상 등록이전청구권을 인정하는 것은 타당하지 않고, 절차상 등록이전이 필요한 경우에는 UDRP 절차를 따르면 족할 것이다.

(2) 立法論上 認定 여부

상표권자의 입장에서는 상표권을 침해하는 도메인 이름에 대한 분쟁에 있어 도메인 이름을 등록이전받을 수 있게 되면, 상표권자로서는 분쟁이 종국적으로 종결될 수 있다는 장점이 있다. 그러나 앞서 해석론에서도 보았듯이 등록이전을 일반적으로 인정할 경우 이론상, 실무상의 문제점도 있다. 해석론에서 논의한 점과 중복되지 않는 한도에서 입법론으로서 등록이전을 인정할 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

(가) 比例의 原則

도메인 이름의 登錄移轉請求權을 입법정책의 문제로 파악하여 이를 인정할 수 있다는 입장에 의하더라도 앞에서 본 바와 같이 도메인 이름의 登錄移轉請求權을 인정할 것인지 여부는 그 자체로 판단할 것이 아니라, 법의 목적상 그 구제수단을 인정할 필요가 있는지, 목적과 수단간에 이익형량을 하여 그 구제수단이 아니면 안되는 補充性이 있는지, 다른 법익 또는 다른 권리자들과의 법적 갈등 내지 충돌은 없는지 등의 종합적인 고려가 있어야 한다. UDRP에서 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하기는 하나, 이는 당사자간의 합의에 의한 분쟁해결방법의 하나일 뿐 입법의 근거가 될 수는 없다.

商標法이나 不正競爭防止法상의 상표의 신용 유지 또는 영업상 이익 보호 등의 목적을 달성하기 위한 수단으로는 도메인 이름의 使用禁止나 登錄抹消만으로도 충분하다고 생각된다. 따라서 입법에 의하더라도 상표법과 부정경쟁방지법상의 등록상표권 침해, 혼동 가능성, 저명상표 손상에 대하여는 원칙적으로 등록이전을 인정하는 것이 비례의 원칙에 반하는 것으로 판단될 여지가 많다. 특히 혼동 가능성과 저명상표 손상은 주관적 요건을 필요로 하지 않고 일정한 객관적 요건만 갖추어지면 금지할 수 있는데, 이 경우까지 도메인 이름의 등록이전을 강제한다는 것은 다른 표지와 의 관계에서 형평성 문제를 야기할 수도 있다. 이러한 점에서 정보통신부가 입법예고한 인터넷주소자원 관리법안이 적용대상을 도메인 이름에 한정하지 않고 보다 넓고 포괄적인 개념인 “인터넷주소”로 한 것과,⁵⁴⁵⁾ 위 법안 제14조가 “상표나 상호와 ‘동일’한 인터넷주소를 타

인의 상표, 상호와 동일·유사한 것에 관련하여 사용하는 행위(1호)”, 상표, 상호와 ‘유사’한 인터넷주소를 타인의 상표, 상호와 동일·유사한 것에 관련하여 사용하여 수요자들로 하여금 상품이나 서비스의 “출처에 혼동을 야기하는 행위(2호)”, 저명상표에 사용하여 “식별력을 희석시키거나 명성을 손상시키게 사용하는 행위(3호)⁵⁴⁶⁾”를 금지행위로 규정한 것은 신중한 재검토를 요한다.

그렇다면 UDRP와 같이 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록과 사용을 금지하기 위한 입법을 할 경우에는 등록이전을 인정할 수 있는지 문제이다. 인터넷주소자원관리법안 제18조는 등록말소청구를 할 수 있다고 하고 등록말소청구한 자에게 1개월 간 우선하여 등록을 신청할 권리를 부여하고 있는데, 이는 사실상 등록이전청구권의 실질을 가진다고 할 것이다. 위 법안이 직접적인 도메인 이름의 등록이전을 인정하지 않았으므로 기존의 법률에 생소할 수도 있는 “도메인 이름의 등록이전”의 형식은 완화가 된 셈이다. 그러나 不正한 目的의 등록 및 사용을 금지하고 등록이전을 입법적으로 인정하더라도 비례원칙과 형평, 정의의 원칙에 비추어 어느 범위까지 인정할 것인지는 보다 신중한 검토를 요한다고 본다.

(나) 登錄移轉請求權者의 決定 問題

입법정책적으로 도메인 이름의 등록이전을 인정한다고 하더라도, 도메인등록인 아닌 제3자에게 실체법상 등록이전청구권을 인정한다는 것은 당해 등록이전청구권자에게 도메인등록인을 배제하고 그 도메인 이름에 관한 배타적 권리가 있다는 것을 전제로 하는 것이다. 그런데 배타적 권리를 인정한다면 등록이전청구권자는 누구인지에 대한 물음이 있을 것이다. 부동산 소유권과 같이 하나의 건물에 하나의 소유권이 있어야 배타적 권리의 의미가 있는 것인데, 도메인 이름에 관하여는 지정상품을 달리 하는 다수의 등록상표권자, 주지상표권자, 상호권자, 기타 권리자들이 다수 존재할 수 있기 때문에 실체법상 도메인 이름에 대하여 독점적 배타권을 전제로 등록이전청구권을 인정하는 것은 문제의 소지가 있다. 예컨대, A.com이라는 도메인 이름에 대하여 택배서비스를 지정서비스로 한 등록상표권자 갑이 등록이전을 구할 경우, 컴퓨터판매업자로 저명해진 을이 등록이전을 구하게 되면, 누구에게 등록이전청구권이 있다고 할 것인지를 판단해주어야 하는데, 과연 당사자의 분쟁해결방법에 대한 합의가 없는 상태에서 법률로

545) 정보통신부, 인터넷주소자원관리법안 조문해설 참조.

<http://www.mic.go.kr/jsp/report/report_r.jsp>[2002.11.20.]

546) 다만 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목의 不正競爭行爲는 상표의 식별력과 명성의 손상만을 금지하고 있으나, 이 법안은 희석 즉 상표약화도 포함하고 있는 것으로 보인다.

써 특정인에게 권리가 있다고 할 수 있을 것인지 의문이다.

따라서 절차적 특례로 등록이전청구권을 인정하는 것은 별론으로 하고, 실체법적으로 도메인등록인 아닌 제3자에게 등록이전청구권을 인정하는 것은 특정 도메인 이름에 대한 다수의 배타적 권리를 인정하는 것과 같아 이론상 난점이 있다.

(다) 當事者間의 衡平 問題

도메인 이름의 登錄移轉請求權을 인정할 것인지, 또는 登錄抹消 후 우선등록신청권을 인정할 것인지는 목적과 수단간의 비교형량뿐만 아니라 다른 이해관계인들과의 이익형량과도 관련이 있다. 즉 도메인 이름 登錄移轉請求權 등을 인정할 것이라면, 반대 당사자 즉 도메인등록인의 권리와도 이익형량을 해야 할 것이다. 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법은 도메인 이름의 登錄移轉을 인정하면서도 도메인등록인에게 형평법상의 금지명령(injunctive relief)을 통해 도메인등록인의 도메인 이름에 관한 登錄 및 使用이 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법에 위반하지 않는다는 내용의 확인의 소를 구할 수 있다는 규정과, 그에 기하여 도메인 이름의 原狀回復請求權 또는 도메인 이름 登錄移轉請求權을 행사할 수 있도록 규정하고 있다⁵⁴⁷⁾는 점에서 양자에게 동일한 구제수단을 부여하고 있다. 이 점은 商標權者에게만 도메인 이름의 登錄移轉을 허용하는 UDRP나 인터넷주소자원관리법과도 차이가 있다. 따라서 商標權者의 구제뿐만 아니라 도메인등록인의 권리를 보호하기 위한 법적 수단으로도 같은 수준의 방어방법을 인정할 수 있어야 할 것이다.

인터넷주소자원관리법 제18조 제2항은 도메인 이름의 등록이 말소된 날로부터 1월 동안 그 登錄抹消를 청구한 자만이 동일한 인터넷 주소에 대하여 등록을 신청할 수 있다고 하는데, 登錄抹消를 청구한 자가 복수일 경우 누구에게 이전할 것인가에 관한 고려가 없다. 도메인 이름에 대하여 주장할 수 있는 權利 또는 正當한 利益의 소유자들은 복수로 존재할 수 있는 반면,⁵⁴⁸⁾ 도메인 이름은 唯一性으로 인해 하나의 권리로만 존재하고 하나의 당사자만 등록, 사용할 수 있다는 점에서 도메인 이름을 둘러싼 복수의 권리자 중 누구에게 귀속시킬 것인지에 관한 문제는 이해관계인의 이익형량과 관련하여 매우 중요하다. 특히 인터넷주소자원관리법안 제18조 제2항은 말소된 날로부터 1월간의 유예기간을 주고 있는데, 법안은 登錄抹消의 판결을 선고받거나 그와 동일한 효력을 가진 공정증서를 보유한 자에게 등록신청을 할 수 있다고 한 것이 아니라, “登錄抹消를 청구한 자”에게 부여하므로 그 유예기간 동안 登錄抹消의 판결을 받은 다

547) 15 U.S.C. §1114 (2)(D)(v).

548) 부동산등기이전청구권의 경우에는 부동산에 대한 소유권이 하나인 점이 다르다.

른 권리자에 대하여도 등록에 관한 권리를 부여할 수 있는지에 관한 다툼의 여지를 남겨두고 있다.

또 복수의 권리자에게 어떤 기준에 의해 도메인 이름에 관한 우선적 등록신청권을 부여할 것인지 문제될 것이며, 이는 형평의 원칙에 기초하여 검토되어야 할 것이다. 예컨대, 추첨에 의한 방식에 의하더라도 그 추첨에 참가할 수 있는 자를 제한할 것인지, 제한한다면 어떻게 제한할 것인지, 아니면 무제한적으로 선신청 선등록의 원칙대로 등록신청을 받을 것인지에 관한 검토가 필요하다. 그러나 사적 자치에 속하는 登錄機關의 등록규정과 달리, 법규는 권리의 귀속에 대하여 정확한 답을 해주어야 하지, 추첨에 의하여 권리가 귀속된다는 식의 규정은 법률로서는 적합하지 않다고 생각된다. 따라서 인터넷주소자원관리법에 추첨방식에 의한 도메인 이름의 이전을 규정하는 것은 삼가야 할 것이다.⁵⁴⁹⁾ 한편 다른 방법 예컨대, 배타적 효력이 인정되는 등록상표일 것과 상표의 식별력이 강한 저명상표를 결합하여 저명한 등록상표에만 도메인 이름의 登錄移轉을 허용하는 방법도 고려할 여지가 있으나, 저명상표에 대한 희석화조항에도 비영리적 사용 등 정당한 사유에 의하여 복수 권리자가 존재할 수 있고, 도메인 이름의 이전을 받을 만큼 저명하다는 기준도 명확하지 않다는 문제가 있다.

(라) 立法論的 檢討

도메인 이름에 대한 등록이전청구권을 입법에 의해 실체법상 인정할 것인지 여부를 입법정책의 문제로만 본다면, 등록이전청구권을 부인할 이유는 없다고 할 수도 있을 것이나, 앞서 본 바와 같이 실체법상 등록이전청구권을 다수 권리자에게 인정하는 것은 당사자의 합의가 없는 상태에서 타당하지 않다. UDRP나 미국의 반사이버스쿼팅소 비자보호법 등의 예에서 보듯이 등록이전청구권은 실체법의 문제로써 해결하기보다는 당사자의 합의 또는 실체법과 절차법의 절충에서 근거를 찾아야 할 것이다.

참고로 日本의 不正競争防止法 제2조 제1항 제12호에서 “부당한 이익을 얻을 목적 또는 타인에게 손해를 가할 목적”으로 도메인 이름을 登錄 및 使用하는 경우 不正競争行爲에 해당한다고 규정함으로써 도메인 이름에 관한 不正한 目的의 登錄, 使用하는 것을 금지하면서도, 동법 제3조에서는 기존의 금지청구권만을 유지함으로써 등록이전에 관한 문제는 유보하고, UDRP나 일본의 JPDRP와 같은 도메인 이름에 관한 특별한 분쟁해결절차에 맡기고 있다.

549) 설사 추첨에 의해 등록을 인정한다고 하더라도 인터넷주소자원관리법과 별개로 商標法이나 不正競争防止法 위반 여부의 문제까지 완전히 해결된 것이 아니라고 볼 것이다.

(3) 實體法과 節次法의 折衷에 의한 解決方法

도메인 이름의 등록이전청구권을 도메인등록인 아닌 제3자에게 인정하는 것이 실제 법상 특정인에게 도메인 이름에 대한 배타적 권리가 있기 때문이 아니라, 도메인 이름에 관한 분쟁해결방법에 대하여, 첫째 당사자가 등록이전을 포함할 것을 합의하였거나,⁵⁵⁰⁾ 둘째 도메인 이름의 분쟁해결에 관한 절차규정을 법률로써 특별히 정하였기 때문이라고 한다면, 실제법상 도메인 이름에 대한 다수의 배타적 권리를 인정해야 하는 모순도 생기지 않을 것이므로, 입법에 의해 “절차법상 등록이전청구권”을 인정할 수 있다고 생각한다. 다만 도메인 이름의 등록이전청구권을 행사할 수 있는 자는 앞서 본 문제점을 고려하여 그 범위를 부정한 목적의 등록 및 사용과 같은 相當한 理由가 있는 경우로 엄격하게 제한할 필요가 있다.

나. 도메인 이름 權利 侵害에 대한 原狀回復請求權의 認定 여부

(1) 도메인 이름 權利 侵害의 法的 性格

도메인 이름에 관한 권리는 등록약관에서 정한 바에 따르므로 도메인登錄人의 登錄機關에 대한 使用權에 해당하고 債權的 性質을 가진다. 도메인 이름 권리의 침해는 도메인登錄人의 債務者인 登錄機關에 의한 것이 아니라 제3자에 의한 것이라는 점, 침해된 권리는 배타적 권리가 아니라 도메인 등록인의 등록기관에 대한 사용권에 대한 것이라는 점에서 성격상 “제3자에 의한 채권침해”에 해당한다.

(2) 不法行爲 成立 여부

제3자에 의하여 도메인 이름 권리가 침해된 경우 상표권 유사의 배타적 권리를 인정하지 않는 한 제3자에 의한 채권침해에 해당하고, 민법 제750조의 요건이 충족하는 한 불법행위를 구성할 수 있다.⁵⁵¹⁾ 제3자의 채권침해에 의한 불법행위 성립 여부는 채권의 효력이 제3자에게도 미치는지 여부보다는 어떤 법적 이익이 침해된 경우 불법행위가 성립하고 불법행위 제도에 의한 보호를 부여할 것인지라는

550) 실정법에서 정하지 않은 분쟁해결방법이라도 당사자의 합의로 정한다면 사회상규에 반하지 않는 한 허용된다. 참고문헌으로, 洪光植, 「所有權移轉登記抹消訴訟에서 목적물을 處分하여 대금을 양분한다는 訴訟上 和解條項」, 『判例研究』 5집 (1995. 1), 부산판례연구회, 370-398면 참조.

551) 『民法注解』 제9권, 博英社, 1996, 51-60면. 대법원도 제3자에 의한 채권침해가 구체적 사례에 따라 위법할 수 있음을 판시하였다(대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결; 대법원 1975. 5. 13. 선고 73다1244 판결 등).

측면에서 검토함이 타당하다.⁵⁵²⁾ 不法行爲가 성립하려면 객관적 요소로 도메인 이름 權利 侵害로 인하여 損害가 發生하고, 그 侵害行爲가 違法한 것이어야 한다. 違法性和 관련하여서는 구체적 유형에 따른 검토가 필요하다.

(가) 不法行爲 一般

먼저 不法行爲 一般과 관련된 유형이 있다. 예컨대, 登錄機關에 權利關係에 관한 虛偽의 登錄情報(예컨대, 偽造된 도메인 이름 이전계약서 등)를 제공하여 登錄機關으로 하여금 도메인 登錄人의 人的 情報를 변경함으로써 자신에게 도메인 이름을 이전하게 하는 경우, 登錄機關에 허위의 변경사실을 제공하거나 해킹과 같은 시스템 침입행위로 도메인 이름의 등록정보를 불법하게 변경하도록 하는 경우⁵⁵³⁾ 등과 같이 도메인 이름을 빼앗기 위한 수단이 불법한 경우 특별한 사정이 없는 한 도메인 이름 권리의 침해에 대하여 違法성을 인정할 수 있다.

(나) 紛爭解決節次의 不正利用

商標權者가 도메인 登錄人에게 도메인 이름에 관한 정당한 권리가 있음을 알면서도 도메인 이름을 빼앗기 위해 또는 도메인 登錄人에게 손해를 가하기 위해 UDRP 등 분쟁해결수단을 不正한 目的으로 남용하는 경우가 있다.⁵⁵⁴⁾ 이러한 문제는 특히 UDRP가 상표권자에게 유리하게 제정되었고 실제 분쟁해결기관에서도 상표권자에게 유리한 결정을 내리고 있다는 지적과 관련이 있다.⁵⁵⁵⁾ 외관적으로 권리의 행사에 해당하더라도 사회질서에 의해 허용되는 범위를 넘는 경우에는 위법하고,⁵⁵⁶⁾ 不正한 目的으로 분쟁해결절차를 남용하는 경우 이를 금지할 필요성이

552) 尹眞秀, 「第3者의 債權侵害와 不動産의 二重賣買」, 『司法論集』 제16집(1985. 12.), 法院圖書館, 103면 참조.

553) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제48조 제1항 참조.

554) 도메인 이름 逆하이재킹 또는 상표권 남용은 일종의 權利濫用으로서 구체적 사안에 따라 위법한 행위로 인정할 수 있다. 대법원은 “인접 토지의 사용권자가 건물 등을 건축함으로써 직사광선이 차단되는 불이익을 입게 되고, 그 일조방해의 정도가 사회통념상 일반적으로 인용하는 수인한도를 넘어서는 경우에는 그 건축행위는 정당한 권리행사로서의 범위를 벗어나거나 權利濫用に 이르는 행위로서 위법한 가해행위로 평가되어 일조방해로 인한 불법행위가 성립한다”고 하여 “權利濫用の 경우 불법행위가 성립한다”고 판시하였다(대법원 2001. 6. 26. 선고 2000다44928, 44935 판결).

555) 이 논문 제4장 I.2. 참조.

556) 대법원 2001. 7. 13. 선고 98다51091 판결; 대법원 1994.11.11. 선고 94다22446 판결

있다. 이에 대하여, 不正한 目的으로 UDRP 절차를 신청하는 경우라도 그 구체적 사안에서의 최종판단은 분쟁해결기관에서 선임한 패널이 재량으로 판단하므로, UDRP 신청인의 직접적 불법행위에 기한 경우와 다르다고 보는 입장도 있을 수 있으므로, 분쟁해결절차의 부정이용에 대하여는 다툼의 여지가 있다.

UDRP 절차의 남용이 위법한지와 관련하여서는 판결의 편취 등 확정판결에 기한 강제집행에 대하여 불법행위가 성립되는지 여부에 관하여 대법원 판례의 태도를 먼저 살펴보아야 한다. 대법원⁵⁵⁷⁾은 확정판결에 기한 집행이 불법행위를 구성하기 위하여는 소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 상대방의 소송 관여를 방해하거나 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법으로 실체의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하여 집행을 하는 것과 같은 “특별한 사정”이 있어야 하고, 그와 같은 사정이 없이 확정판결의 내용이 단순히 실체적 권리관계에 배치되어 부당하고 또한 확정판결에 기한 집행 채권자가 이를 알고 있었다는 것만으로는 원칙적으로 불법하지 않다고 한다. 그리고 편취된 판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 경우가 있다고 하더라도 당사자의 법적 안정성을 위해 확정판결에 기판력을 인정한 취지나 확정판결의 효력을 배제하기 위하여는 그 확정판결에 재심사유가 존재하는 경우에 재심의 소에 의하여 그 취소를 구하는 것이 원칙적인 방법인 점에 비추어 볼 때 불법행위의 성립을 쉽게 인정하여서는 아니 되고, 확정판결에 기한 강제집행이 불법행위로 되는 것은 당사자의 절차적 기본권이 근본적으로 침해된 상태에서 판결이 선고되었거나 확정판결에 재심사유가 존재하는 등 확정판결의 효력을 존중하는 것이 정의에 반함이 명백하여 이를 묵과할 수 없는 경우로 한정하고 있다. 이러한 대법원의 태도를 유추하여 UDRP 절차의 남용을 살펴보기로 한다.

우선 대법원이 판결의 편취에 의한 강제집행에 대하여 불법행위 성립을 신중하게 판단하는 이유는 첫째, 판결의 경우에는 확정판결에 법적 안정성을 위해 기판력을 인정하고 있다는 점, 둘째, 확정되지 않은 판결은 상소제도에 의하여, 확정판결은 재심제도에 의하여 불복하는 것이 원칙적이라는 점에 기초한다.

그러나 UDRP 결정에 대하여는, 첫째, 절차 내부에 불복제도가 없으면서도 그 자체로 완결되지 않고 사법절차에 의한 판단을 허용하고 있다는 점, 둘째, UDRP

등.

557) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95다21808 판결; 대법원 1992. 12. 11. 선고 92다18627 판결; 대법원 1991. 2. 26. 선고 90다6576 판결 등. 상표권자가 도메인 이름에 관하여 판결의 편취를 하였다면 위 대법원의 판례가 적용될 것이다.

절차는 신속성과 저렴성을 목적으로 하였기 때문에 당사자가 공격방어방법에 의하여 충분한 자기 주장과 입증을 하지 못한 채 절차가 종결된다는 점, 셋째, 도메인등록인이 UDRP 결정에 대한 이의를 위해 법원에 소를 제기하더라도 각국에 UDRP 결정의 당부를 판단해 줄 수 있는 법과 제도적 정비가 미비되어 사실상 UDRP 결정으로 종결될 여지가 많다는 점, 넷째, 분쟁해결기관에 의해 도메인 이름의 등록이전결정이 나면 UDRP에 따라 별도의 집행판결 없이 등록기관에 의해 집행될 수 있는 반면, 이를 저지하기 위해 소를 제기해야 하는 기간은 10 거래일로 도메인등록인이 소를 준비할 수 있는 시간이 부족하다는 점, 다섯째, UDRP 절차가 실제 상표권자에게 유리한 방향으로 운영되고 있다는 비판이 있다는 점, 여섯째, 이러한 사정으로 말미암아 不正한 目的을 가진 상표권자 또는 제3자로서는 판결의 편취보다 UDRP 결정의 편취가 훨씬 용이하다는 점 등에서 법원의 판결과 다르고, 판결의 편취와 똑같은 엄격한 기준을 적용하는 것은 UDRP 절차의 남용을 주장하면서 자신의 권리를 방어하려는 도메인등록인에게 너무 가혹할 수 있다. 따라서 UDRP 절차의 남용의 불법행위 성부에 대하여는 실제 구체적 사례에서 완화된 해석을 할 필요가 있다고 생각한다. 최근 대법원도 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용, 판결의 성립 경위 및 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다고 하여 판결 편취의 불법성을 인정하였다.⁵⁵⁸⁾ 따라서 예컨대, UDRP 신청인이 위조된 상표등록증을 제출하거나 도메인등록인의 방어를 적극적으로 방해하는 등의 불법행위를 하지 않는다고 하더라도, 도메인등록인에게 도메인 이름 권리가 있음에도 UDRP 신청인이 실제관계

558) 대법원 2001. 11. 13. 선고 99다32899 판결. 대법원은 판결편취의 불법성을 인정하면서 민사집행법 제44조(구 민사소송법 제505조)에 의한 청구이의의 소에 의해 집행을 배제할 수 있다고 판시하였다. 그러나, UDRP 절차에는 청구이의의 소와 같이 집행배제를 위한 별도의 절차를 두고 있지 않다. 이러한 점에서 도메인 이름 권리 침해에 대한 원상회복의 필요성이 부각된다. 부당편취한 판결에 관하여 청구이의의 소 대신 불법행위에 기한 원상회복청구를 하는 것이 타당하다는 입장에 대하여는, 尹眞秀, 「無効인 第2讓受人 名義의 所有權移轉登記가 確定判決에 의하여 이루어진 경우 第1讓受人 내지 그 承繼人의 救濟方法」, 『民事判例研究』 21卷(2000.2), 21-22면.

에 배치되는 내용을 주장하고 있으며, 이러한 사실을 UDRP 신청인이 알면서도 도메인 이름 권리를 빼앗기 위해 또는 도메인등록인을 괴롭히기 위해 또는 기타 不正한 目的으로 UDRP 절차를 이용하였다는 점이 밝혀지고, UDRP 결정으로 인해 UDRP 신청인인 상표권자가 얻을 이익은 크지 않은데 이로 인해 도메인등록인이 잃을 손해가 심하여 당사자간에 불균형이 분명한 경우⁵⁵⁹⁾에는 제반사정을 고려하여 권리남용으로서 위법성을 인정할 수 있다고 본다.

(3) 損害賠償方法으로서의 不法行爲에 기한 原狀回復請求權

(가) 認定의 必要性

도메인 이름이 불법하게 타인에게 登錄移轉되거나 登錄抹消된 경우 원래의 도메인등록인은 UDRP 결정과 독립하여 그 불법행위자에게 손해배상을 청구할 수 있으나, 도메인등록인이 도메인 이름을 영업표지로서 사용하거나 사용하고자 하는 경우에는 손해배상보다는 그 도메인 이름을 계속 사용할 수 있기를 바랄 수 있다. 반면 도메인 이름의 상실로 인한 손해배상액에 대하여 객관적인 공시지가가 있는 것이 아니어서 객관적 평가액을 산정하기가 쉽지 않다. 따라서 도메인등록인으로서 상실했던 권리의 원상회복을 더 원할 수 있다.

도메인 이름 권리의 침해로 말미암아 위법하게 이전된 도메인 이름에 관하여 原狀回復請求權을 인정할 수 있다면, 도메인 이름의 이전으로 말미암아 사용권을 상실한 원래의 도메인등록인이라도 原狀回復請求權에 기하여 소를 제기할 권원을 가지게 된다. 특히 違法한 UDRP 決定이 10거래일 이후 집행되었다고 하더라도 도메인등록인은 原狀回復請求權에 기초하여 적법한 권원을 가지게 된다. 따라서 UDRP나 법률에 도메인 이름의 등록이전결정에 대한 불복절차 또는 구제수단이 없는 상태에서 해석상 原狀回復請求權의 인정 여부는 도메인등록인의 권리를 보호할 수 있는 매우 실효성 있는 방법이 될 수 있다.

(나) 現行法 解釋上 認定 여부

도메인 이름이 제3자의 불법행위에 의하여 말소되거나 침해자 또는 제3자에게 등록

559) 대법원 1997.9.12. 선고 95다4862 판결은 판결에서 당해 확정판결의 부정이용이 위법하다는 결론까지 내렸다(같은 취지: 대법원 2002. 11. 13. 선고 2002다41602 판결). 평석으로는, 尹眞秀, 「確定判決의 不正利用에 대한 救濟의 要件과 方法 - 대법원 1997.9.12. 선고 95다4862 판결-,」 『二十一世紀 民事訴訟法の 展望(鄭東潤先生 華甲記念 論文集)』, 박영사, 1999, 343-373면 참조.

이전된 경우 도메인登錄人은 불법행위자에 대하여 불법행위에 기한 원상회복청구를 할 수 있는지가 문제된다. 이는 민법상 불법행위에 기한 손해배상의 방법으로서 금전배상이외에 원상회복을 인정할 수 있을 것인지에 관한 물음과 관련이 있다.⁵⁶⁰⁾

민법 제763조는 불법행위에 기한 손해배상의 방법에 관하여 민법 제394조를 준용하는바, 제394조는 “다른 意思表示가 없으면 損害는 金錢으로 賠償한다”고 규정하고 있다. 법률의 특별한 정함이 없거나 다른 의사표시가 없더라도 불법행위에 관하여 원상회복에 의한 손해배상이 일반적으로 가능한지에 관하여, 判例⁵⁶¹⁾는 민법 제763조에 의하여 민법 제394조가 준용되는 결과로 단지 금전으로써 그 손해의 배상을 받을 수 있는 채권을 가질 뿐이고 금전배상이외에 원상회복청구는 할 수 없다고 판시하고 있다. 종래의 다수설⁵⁶²⁾도 우리 민법이 불법행위의 손해배상의 방법으로 원상회복을 원칙으로 하는 독일과 달리, 금전배상주의를 채택하고 있는바, 원상회복이 피해자에게 유리하지만 그 원상회복에 다액의 비용이 들어 가해자에게 가혹할 수도 있고 금전으로 손해를 전보함으로써 피해도 회복이 된 것으로 볼 수 있다고 설명하고 있다.

이에 대하여, 우리나라 현행 민법이 손해배상방법에 관하여 금전배상의 원칙을 채택하였으나, 해석에 의하여도 일정한 요건 아래 원상회복을 인정할 수 있다는 유력설⁵⁶³⁾

560) 원상회복청구권과 구별되는 도메인 이름 권리의 보호방법으로 등록기관에 대한 “등록 정보의 정정, 변경 요구권”이 있다(이 논문 제2장 III.1.나.(2) 참조). 등록기관에 대한 정정 요구권이 적용될 수 있는 경우는 “등록인의 의사에 반하여 등록인 정보가 변경되었으나, 등록기관의 진정한 의사는 도메인등록인이 변경되지 않았고 도메인등록인의 동일성이 유지된 채로 도메인등록인의 명칭만 바뀐 경우”이다. 그러나 여기서 보는 바와 같이 불법행위에 기한 원상회복에 의한 손해배상이 문제되는 경우는 침해된 도메인 이름에 대하여 등록기관의 진정한 의사도 도메인등록인의 동일성도 유지되지 않고 등록의 주체도 바뀌었다는 점에서 차이가 있다.

561) 대법원 1961. 10. 12. 선고 4293민상115 판결(원고 소유의 건물을 피고가 불법철거한 경우 건물을 축조하여 원상회복할 것을 배척), 대법원 1962. 3. 22. 선고 4294민상1421 판결(피고가 원고 소유의 논둑을 파괴한 경우 원고의 원상회복청구를 배척); 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결(부동산의 소유명의자는 그 부동산에 대해 점유취득 시효가 완성된 자에게 소유권이전등기를 하여 줄 의무를 부담하지만 그 시효가 완성된 자가 시효완성 후에 어떤 사정에 의하여 그 점유를 잃었다고 해서 그 점유자로부터 점유를 회수하여 다시 이를 시효가 완성된 자에게 돌려 줄 의무까지 부담한다고 할 수 없다고 함) 등.

562) 郭潤直, 『債權各論』, 博英社, 2002, 554-557면; 李銀榮, 『債權各論』, 博英社, 2000, 812면 등.

563) 尹眞秀, 「不動産의 二重讓渡에 관한 研究」, 218면; 明淳龜, 「金錢賠償 이외의 損害賠償

이 있다. 민법이 손해배상의 방법으로 금전배상원칙을 택한 근거를 첫째 원상회복이 불가능한 경우가 많고, 둘째 금전배상도 완전히 가까운 배상을 실현할 수 있으며, 셋째 원상회복이 실제 집행에 있어 문제가 생길 소지가 많고, 넷째 그것이 배상채무자에게 가혹하게 될 소지가 있다는 점을 전제로 하고,⁵⁶⁴⁾ 현행법상 원상회복이 인정되는 경우(예컨대, 민법 제764조, 광업법 제93조,⁵⁶⁵⁾ 不正競爭防止法 제6조⁵⁶⁶⁾ 등)에는 첫째 금전배상만으로는 피해자 보호에 불충분하고, 둘째 원상회복을 인정하더라도 특별히 배상의무자에게 불리하거나 집행상 어려움이 있다는 사정이 없어야 한다는 공통점이 있다고 한다.⁵⁶⁷⁾ 이 견해는 손해배상방법을 정한 민법 제763조 및 제394조의 성격 내지 규정취지를 원상회복을 금지하는 규정으로 보지 않고 다만 원칙적 금전배상의 원칙만 천명한 것으로 이해하여 당사자의 의사표시나 다른 명문의 규정이 있는 것에 준하는 특별한 사정이 있는 경우에 원상회복도 인정한다고 해석하고 이러한 원상회복에 의한 손해배상을 허용한다고 하여 손해배상에 관한 민법의 기본체계가 흔들린다고 할 수 없다고 한다.⁵⁶⁸⁾ 따라서 그 “특별한 사정”을 인정할 수 있는 기준이 필요하게 되는데, 채권자의 입장에서는 금전배상이 명백히 불충분한 반면, 채무자의 입장에서는 원상회복에 의하더라도 특별히 가혹하지 않으며 나아가서는 그 집행에 있어서도 금전집행의 경우보다 편리하여야 한다는 요건이 모두 충족되어야 한다.⁵⁶⁹⁾

과 그 適用例, 『고려대 法學論集』 33집(1997. 8), 345-347면.

564) 윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구」, 210면.

565) ① 損害賠償은 金錢으로 한다. 다만, 賠償金額에 비하여 過多한 費用을 要하지 아니하고 原狀을 回復할 수 있는 경우에는 被害者는 原狀의 回復을 請求할 수 있다. ② 賠償義務者의 申請이 있는 경우에 法院은 適當하다고 인정할 때에는 第1項 本文의 規定에 불구하고 金錢賠償 대신에 原狀回復을 命할 수 있다.

566) 법원은 고의 또는 과실에 의한 不正競爭行爲로 타인의 영업상의 신용을 실추하게 한 자에 대하여는 不正競爭行爲로 인하여 자신의 영업상 이익이 침해된 자의 청구에 의하여 제5조의 규정에 의한 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 영업상의 신용을 회복하는데 필요한 조치를 명할 수 있다. 다만 제2조 제1호 다목(식별력 또는 명성의 손상)의 경우에는 고의에 의한 不正競爭行爲에 한한다.

567) 윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구」, 212면.

568) 윤진수, 「부동산 이중양도에 관한 연구」, 217-218면; 尹眞秀, 「無效인 第2讓受人 名義의 所有權移轉登記가 確定判決에 의하여 이루어진 경우 第1讓受人 내지 그 承繼人의 救濟方法」, 21면; 尹眞秀, 「反社會的 不動產 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位」, 『法曹』 통권 504호(1998.9), 法曹協會(이하 “尹眞秀, 「反社會的 不動產 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位」”라 한다) 162-164면.

569) 윤진수, 「부동산 이중양도에 관한 연구」, 223-224면.

민법 제394조가 “다른 의사표시”가 있는 경우 손해배상방법을 금전배상이 아닌 방법에 의할 수 있게 한 것은 민법 제394조가 강행규정이 아니라고 볼 것이고, 다른 의사표시가 있는 경우에 준하는 특별한 사정이 있다면 금전배상이 아닌 방법에 의한 구제도 가능하다고 해석될 여지가 있다.⁵⁷⁰⁾ 배상의무자는 원상회복을 무리하게 강행함으로써 드는 비용의 과다성을 고려하여 스스로 금전을 배상하여도 좋다는 의미일 뿐 강행규정은 아니라는 견해도 같은 취지라고 보여진다.⁵⁷¹⁾ 채무불이행의 경우에는 이행강제제도가 있으나 불법행위에 대하여는 그와 같은 이행강제의 제도가 없는데, 손해배상의 방법을 정하는 데에 있어 귀책사유없이 손해를 당한 피해자의 의사가 우선되어야 하고, 다만 원상회복이 불가능하거나 사회통념상 과중한 부담을 주는 경우만 예외적으로 금전배상을 할 수 있다고 해석하는 것이 공평의 관념에 맞다고 해석된다.⁵⁷²⁾ 또, 비록 손해배상 방법에 관한 특약은 없더라도 피해자가 금전배상 이외의 배상을 청구한 경우 법원은 손해의 성질, 원상회복에 의한 배상의 필요성 및 용이성, 채권자와 채무자의 이익 비교 등 종합적인 상황을 고려하여 그러한 청구를 인용할 수 있는 권한이 있다고 보아야 할 것이라는 견해⁵⁷³⁾도 같은 입장으로 보인다. 대법원도 불법행위에 대한 손해배상으로 원상회복청구를 할 수 있는지에 관하여 법률의 규정과 당사자가 다른 의사표시를 하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 원상회복청구를 할 수 있다고 판시하였다.⁵⁷⁴⁾ 民法改正試案도 민법 제763조에서 준용하는 민법 제394조 제1항에 대하여 “債權者는 相當한 理由가 있는 때에 原狀回復을 請求할 수 있다”라고 하여 채무불이행 및 불법행위에 대한 원상회복청구를 인정한다. 이러한 점들을 고려하여 볼 때, 민법상 손해배상의 방법은 원칙적으로 금전배상을 원칙으로 하되, 예외적으로 원상회복에 의한 방법이 허용될 수 있다고 해석하여야 한다.

570) 민법 제394조의 “다른 의사표시”의 의미는 원칙적으로 피해자와 가해자 간의 합의를 원칙으로 하지만, 그렇다고 하여 피해자에 의한 금전배상 이외의 형태의 배상청구가 무조건 부인되는 것은 아니라는 설명이 있는바(明淳龜, 전제논문, 344-346면 참조), 같은 취지로 해석된다.

571) 『民法注解』 제9권(債權 2), 博英社, 1996, 596-597면.

572) 宋五植, 「不法行爲의 效果에 관한 一提言」, 『民事法研究』 제6집(1997), 湖南民事法研究會, 125-149면.

573) 明淳龜, 전제논문, 344-346면.

574) 대법원 1997. 3. 28. 선고 96다10638 판결; 대법원 1994.3.22. 선고 92다52726 판결 등.

(다) 原狀回復을 認定하기 위한 要件

도메인 이름의 경우 도메인등록인의 原狀回復請求權을 인정하기 위해서는 損害賠償의 方法에 관한 다른 意思表示를 하였거나 그에 준하는 特別한 事情이 있는 경우에 해당하는지를 살펴야 한다. 우선 당사자가 명시적으로 합의를 하여 원상회복을 하는 경우에는 사적 자치의 원칙상 부인될 이유가 없다. 명시적으로 합의가 있지 않더라도 제반사정을 종합하여 다른 의사표시에 준하는 “特別한 事情”이 있는 경우에도 원상회복을 인정할 수 있으므로, “특별한 사정”을 인정할 수 있는 요소를 검토하기로 한다.

첫째, UDRP 자체는 商標權者에 대한 도메인 이름의 登錄移轉만 규정할 뿐 도메인 登錄인이 도메인 이름 권리의 보호를 위해 취할 수 있는 방법에 대하여는 규정을 두지 않았다. 그렇지만 UDRP 決定에 의해 도메인 이름의 이전을 받은 商標權者는 더불어 도메인등록인의 지위도 함께 가지므로 다른 도메인등록인과 마찬가지로 登錄機關의 登錄約款 및 UDRP에서 정한 권리의무에 구속된다. UDRP 제2조는 도메인등록인으로 하여금 “(a) 登錄約款에 기재한 진술내용이 완전하고 정확하다는 것,⁵⁷⁵⁾ (b) 도메인등록인이 알고 있는 한 당해 도메인 이름의 등록이 제3자의 권리를 침해하거나 위반하는 것이 아니라는 것, (c) 不正한 目的으로 당해 도메인 이름을 등록하지 않으며, (d) 도메인등록인은 어떠한 준거법령이나 규정의 위반함 알면서 당해 도메인 이름을 사용하는 것이 아니라는 점”을 진술 및 보증하도록 하고, UDRP 제3조는 “登錄機關은 도메인등록인의 登錄約款상의 조건 또는 다른 법률상의 요건에 따라 도메인 이름의 등록 말소, 이전, 변경할 수 있다”고 규정한다. 따라서 UDRP에 따르는 도메인등록인으로서 는 자신이 한 진술 및 보증에 반하는 사실이 발견되었을 때 그에 대한 불이익을 받을 수 있고, 그 불이익은 도메인 이름의 등록말소, 이전, 변경 등이라는 점을 알고 同意하였다고 볼 수 있다. 다만 이러한 同意는 도메인등록인과 登錄機關 간의 登錄約款에 기한 것이기 때문에 제3자가 된 원래의 도메인등록인(被害者)에 대하여 직접적으로 구속되는 의사표시는 아닐 수 있다. 그러나 도메인 이름 권리의 침해자(또는 불법하게 도메인 이름을 이전받은 자)는 적어도 자기가 범한 불법행위와 계약위반에 대한 제재조치로서 자신의 명의로 등록된 도메인 이름의 등록말소, 이전, 변경하는 것에 대하여 동의하였다고 할 수 있다. 그런데 도메인 이름 逆하이재킹이나 기타 불법행위를 하여 도메인 이름 권리를 취득한 자(현재의 도메인등록인)는 이미 제3자(원래의 도메인등록인)의 권리를 침해하거나 법령을 위반한 자이므로, 당해 도메인 이름을 이전받은 침해자는 登錄約款 및 UDRP의 진술 및 보증을 위반한 것이 된다. 따라서 침해자는 그 도메인 이름 권리를 正當한 使用이라고 주장할 수 없으며, 登錄機關에 의해 도메인 이름

575) 예컨대, 아이네임즈의 국제도메인이름 이용약관 제10조.

등록말소나 이전, 변경을 당할 수 있는 지위에 있게 된다.

원상회복청구권을 부인하는 입장은 도메인 이름 등록이전청구권의 경우와 같이 도메인등록인의 등록이전에 관한 동의는 UDRP 절차에 의한 분쟁해결방법에만 한정된다고 보면, UDRP 제3조는 손해배상방법으로서의 원상회복청구권의 경우에도 적용되지 않는다고 할 여지가 있다. 그러나 도메인 이름 등록이전청구권의 경우와 다른 점은 불법행위에 의해 침해받기 이전의 자는 도메인등록인이고 원래의 적법한 권리를 가진 자이므로 도메인 이름의 등록이전과는 별개로 판단할 것이다.

둘째, 도메인 이름 권리의 침해는 단순히 “금전배상만으로 피해자 보호에 불충분한 경우”에 해당하는 경우가 대부분일 것이다. 도메인 이름 권리의 침해로 인한 손해배상을 금전으로 하려면 도메인 이름의 경제적 가치를 객관적으로 수량화하여 평가할 수 있어야 하는데, 도메인 이름에 관한 공정한 거래시장이 존재한다고 보기 어렵고 인터넷상에서 가격이 표시되었다고 하더라도 그 가격이 타당한 객관적인 것인지에 대한 검증도 어렵다. 특히 도메인 이름의 실체는 디지털화된 부호일 뿐 현실세계에서 물리적으로 존재하지 않으며, 언제 평가하느냐에 따라 그 추정가격도 매우 변동이 심하다. 설사 시장에서의 거래가격이 존재하더라도 부동산과 같이 비대체물이므로 피해자가 원래의 물건과 동일한 대상을 시장에서 찾는다는 것은 불가능하므로, 도메인 이름 권리를 상실하게 될 경우 시가 이상의 손해를 입게 된다. 또 피해자가 만족할 만한 도메인 이름을 찾을 수 있다 하더라도 이미 많은 시간과 노력, 비용을 들여 찾아야 하고, 그 도메인 이름에 소비자의 관심을 끌어 주지성을 높이려면 다시 많은 시간과 비용을 투자해야 한다. 높은 가격으로 타인으로부터 매수한 도메인 이름 권리라도 피해자의 입증 부족으로 법원에서 과소평가될 경우 피해자는 적절한 보호를 받지 못할 수 있다. 한편, 침해자의 입장에서든 경우에 따라 도메인 이름에 대하여 과대평가된 손해를 배상해야 할 위험이 있다는 점에서 금전배상이 유리한 것만은 아니다.

셋째, 도메인 이름 권리 침해의 경우 원상회복의 방법은 대부분 “배상의무자에게 특별히 불리하거나 집행상 어려움이 있다는 사정이 없을 것”이다. 원상회복이 가해자에게 너무 가혹하여 불합리한 경우 예컨대, 건물의 불법철거에 대하여 손해배상의 방법으로 원상회복을 하더라도 완전한 복구는 불가능할 뿐만 아니라,⁵⁷⁶⁾ 감가상각이 많이

576) 영미법계에서도 회복불가능한 손해인 경우 원상회복의 유지명령을 부인한다는 원칙 (Irreparable Injury Rule)이 실제 적용되고 있는가에 대하여 의문을 제기하는 견해도 있다. 이에 의하면 실제 완벽한 원상회복을 위한 법원의 구제수단은 충분하지 못하다고 설명하면서, 그럼에도 불구하고 법원은 원상회복을 명하는 유지명령을 발한다고 한다. Laycock, “The Death of the Irreparable Injury Rule,” 103 Harvard Law Review 687

된 건물을 다시 새로 건축한다면 피해자에게 부당이득을 얻게 하는 것이며, 설사 원상회복을 하더라도 원상회복의 결과에 대하여 침해자와 피해자 간에 다툼이 있을 수 있으므로 금전배상이 보다 합리적일 수 있다. 그러나, 원상회복으로서 도메인登錄人의 登錄情報를 변경하는 것은 訂正된 情報를 컴퓨터 서버에 입력을 하는 것으로 그치고, 제작된 홈페이지도 다른 도메인 이름에 링크하여 연결하면 그대로 유지가 될 수 있다는 점에서 원상회복을 하는 것이 집행상 특히 곤란하거나 침해자에게 불리하지 않다. 특히 도메인 이름의 등록에 관한 권리는 채권적 성질을 가지지만, 唯一性으로 말미암아 도메인 이름을 등록하고 사용할 수 있는 권리자는 한 명뿐이기 때문에 집행의 대상을 특정하기 용이하며, 인터넷의 도메인 검색엔진을 통하여 登錄情報의 변경 여부를 누구나 열람할 수 있기 때문에 도메인登錄人 정보변경에 관하여 공시와 같은 효과도 가질 수도 있다는 점은 오히려 집행의 용이성을 뒷받침해준다.

따라서 도메인 이름의 불법한 등록이전에 대하여 피해자인 원래의 도메인登錄人은 손해배상으로서 원상회복을 위해 도메인 이름의 등록이전을 청구할 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 다만 다른 의사표시 또는 그에 준하는 특별한 사정이 정형화되는 것은 아니므로 도메인 이름의 경우 원칙적으로 원상회복에 의한 손해배상이 가능하지만 예외적으로 구체적 사례에 따라서 원상회복의 실익이 없거나 원상회복으로 인한 침해자와 피해자 간의 현저한 불균형이 야기될 경우에는 원상회복에 의한 손해배상이 부인될 여지도 있을 것이다.⁵⁷⁷⁾ 한편, 이러한 도메인 이름의 原狀回復 또는 登錄移轉請求權은 물권에 기한 것이 아니고 債權的 請求權에 불과하므로 善意의 轉得者에게는 대항하지 못한다고 해석할 것이다. 惡意의 轉得者까지 보호할 필요는 없기 때문이다.⁵⁷⁸⁾

(4) 立法論上 原狀回復의 認定 여부

손해배상의 방법에 관하여 금전배상만을 고집할 필요는 없으며 당사자간의 형평, 집행의 용이성, 법익간의 비교형량을 통하여 법원이 상당하다고 판단하는 경우에는 원상회복도 명할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 법은 가해자보다 피해자를 우선하여 보

ff.(1990). 尹眞秀, 「損害賠償의 方法으로서의 原狀回復 -民法改正案을 계기로 하여-」, 比較私法學會 冬季學術大會 발표문(2002. 12. 20.)에서 재인용.

577) 원상회복의 여부를 법원이 손해의 성질, 원상회복에 의한 배상의 필요성 및 용이성, 채권자와 채무자의 이익비교 등 종합적인 상황을 고려하여 그러한 청구를 인용할 수 있는 권한이 있다고 보아야 한다는 견해(明淳龜, 전제논문, 345-346면 참조)에 의하면 도메인 이름의 원상회복 역시 절대적인 것이 아니고 구체적 사례에 대한 법원의 판단에 따르게 될 것이다.

578) 윤진수, 「부동산의 이중양도에 관한 연구」, 238-239면 참조.

호할 것이며, 그 구제는 피해자에 대하여 손해발생이 있기 전의 상태로 회복시켜주는 것을 원칙으로 해야 한다. 우리나라는 손해발생의 회복에 관하여 금전배상을 원칙으로 하고, 해석상 원상회복을 인정할 근거가 있다고 생각하나, 이에 관하여 다툼이 있으므로 입법적으로 이러한 다툼을 종결할 필요가 있다. 이러한 취지에 맞추어 民法改正試案도 민법 제763조에서 준용하는 민법 제394조 제1항에 대하여 “債權者는 相當한 理由가 있는 때에 原狀回復을 請求할 수 있다”⁵⁷⁹⁾라고 하여 債務不履行 및 不法行爲에 대한 原狀回復請求를 인정한다.⁵⁸⁰⁾ 다만 민법개정시안보다 먼저 제정될 인터넷주소자원관리법안은 도메인등록인을 위한 권리구제 규정이 없으므로 이를 보완하기 위해 도메인 이름 등록인의 불법행위에 기한 원상회복청구권을 인정하는 규정을 추가하는 것이 타당하다고 생각한다.⁵⁸¹⁾

다. 妨害排除請求權의 認定 여부

(1) 現行法 解釋上 認定 여부

도메인 이름을 상표로 등록하거나 영업표지로서 사용하여 국내에 널리 알려진 경우에는 상표법 제65조 또는 부정경쟁방지법 제5조에 따라 금지청구권을 행사할 수 있다. 그러나 도메인 이름 권리 그 자체는 채권적 성질을 가지므로 도메인登錄人은 도메인 이름에 관한 권리를 주장하면서 불법한 침해를 하거나 할 우려가 있는 자에 대하여 도메인 이름 권리를 보호하기 위해 방해배제청구를 할 수 있는지 문제되는데, 이는 앞서 본 제3자의 채권침해가 불법행위를 구성하는 것과도 관련이 있다. 종래에는 물권과 채권을 대비하여 채권의 대외적 효력의 하나로 접근하려는 입장도 있었으나, 이는 물권, 채권의 구분과는 구별하여 논의할 것이다.⁵⁸²⁾ 그리고 위 原狀回復請求權과 妨害排除請求權의 관계는 어떠한지에 관하여도 검토를 요한다.

579) 法務部 2001. 12. 12. 민법개정시안 공청회 자료.

580) 立法論으로 “다른 의사표시가 없으면 손해의 배상은 금전으로 함을 원칙으로 한다. 다만 손해의 종류, 원상회복의 난이도, 피해자의 만족의 정도 등 제반사정을 고려하여 법원이 적절하다고 인정하는 때에는 원상회복을 명할 수 있다”는 견해도 있다. 『民法注解』 제9권, 博英社, 1996, 598-599면. 같은 취지: 梁彰洙, 『民法散考』, 博英社, 1998, 252면.

581) 이와 달리 특별입법에 대한 신증론에 대하여는, 金載亨, 「電子去來에서 契約의 成立에 관한 規定의 改正方向」, 『인터넷法律』 제9호(2001. 11.), 法務部, 2-16면 참조.

582) 梁彰洙, 전거서, 255면.

(가) 認定의 必要性

도메인 이름 권리에 대한 침해로 인하여 그 권리를 상실하게 되면 그 도메인 이름을 사용하여 영업을 하거나 비영리적 활동을 하던 자는 그의 식별자(identity)와 활동의 場 자체를 빼앗기는 것이 되고, 한번 도메인 이름이 타인에게 이전되면 전전양도될 경우 이를 다시 회복하기란 쉽지 않다. 불법행위자가 외국인일 경우에는 그 法律關係가 더욱 복잡해지고 도메인 이름을 원상회복하기가 더욱 어려워지므로 불법행위의 사전방지는 더욱 중요하다. 도메인 이름 권리는 도메인登錄人의 登錄機關에 대하여 가지는 계속적 채권에 해당하므로 그 침해 역시 계속적이다. 이러한 침해에 대하여 원상회복이나 방해배제를 할 수 없다면, 피해자인 도메인登錄人으로서 불법행위로부터 방지될 뿐이고 보호를 받을 수 없다. 실무상 도메인登錄人은 자신의 권리를 보호하기 위하여 침해자에 대하여 직접 금지가처분을 신청하지 않고, 登錄機關에 대하여 善良한 管理者의 注意義務를 근거로 등록자명의변경금지처분을 신청하고 있는데,⁵⁸³⁾ UDRP 제 6조에 따라 登錄機關은 도메인登錄人과 제3자 간의 도메인 이름의 등록과 사용에 관한 여하한 분쟁에도 일체 관여하지 아니하는 것을 원칙으로 한다고 하므로, 도메인登錄人의 입장에서는 登錄機關에 대하여 방해배제를 청구하거나 금지가처분을 하는 것에 한계가 있다. 그러나 만약 침해자에 대한 妨害排除請求權을 인정할 수 있게 된다면 登錄機關을 통해 우회적으로 방해배제를 할 것이 아니라, 침해자를 상대로 직접적인 방해배제청구를 할 수 있게 되어 도메인登錄人의 권리를 보다 효율적으로 보호할 수 있다는 장점이 있게 된다. 다만 현실상의 인정 실익이 있더라도 현행법 해석 아래 허용될 수 있는 것인지는 별개의 논의가 필요하다.

(나) 認定 여부에 관한 檢討

제3자의 도메인 이름에 관한 권리에 대한 침해는 제3자의 債權侵害로서 앞서 본 바와 같이 불법행위를 구성한다. 이에 不法行爲에 대한 妨害排除請求를 인정할 수 있는지 여부에 관하여 논의하기로 한다.

1) 學說은 여러 가지 견해로 대립하고 있는바, 제3자의 債權侵害에 대한 妨害排除請求權의 인정 여부와 인정할 경우 인정의 범위에 관하여 여러 견해가 있다. 學說은 크게 침해자의 고의, 과실이 있는 위법행위인 경우에 인정한다는 견해,⁵⁸⁴⁾ 일반적으로 인

583) 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 판결, 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 판결 등.

584) 金疇洙, 『債權總論』, 三英社, 1988, 86면.

정할 수는 없지만 예외적으로 인정할 수 있다는 견해⁵⁸⁵⁾로 나눌 수 있고, 후자는 다시 임차권과 같이 공시방법을 갖춘 채권에 관하여만 인정하자는 견해,⁵⁸⁶⁾ 배타성 내지 대항력을 갖춘 임차권에만 인정하자는 견해,⁵⁸⁷⁾ 임차권이 대항력을 갖춘 경우와 점유를 취득한 임차권의 경우 인정하자는 견해⁵⁸⁸⁾ 등이 있다.⁵⁸⁹⁾ 이들 견해는 물권과 채권 간의 효력 차이 및 채권의 대외적 효력 여부를 고려하는 것으로 볼 수 있고, 이 경우 방해배제청구권을 물권적 청구권의 일종으로 보는 전제에서 본 문제를 접근한다. 그러나 공시방법에 의한다는 이유만으로 채권 자체가 물권으로 되는 것은 아니고, 채권의 본질은 그대로 유지하고, 예컨대 등기한 임차권에 물권과 유사한 법적 권능을 부여하는 것은 법정정책적 고려에 불과하다고 볼 것이다.⁵⁹⁰⁾

2) 判例로는 구민법 시대에 “만일 정당한 이유 없이 이를 침해한 때에는 채권자에 대한 불법행위가 성립되어 채권자는 그 제3자에 대하여 이로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있고 또 정당한 이유 없는 제3자의 행위로 인하여 채무의 이행이 방해될 우려가 있을 때에는 그 제3자에 대하여 방해행위의 배제를 청구할 수 있다”고 판시한 사례⁵⁹¹⁾도 있다. 또 대법원은 “등기된 임차권에는 용익권적 권능 외에 임차보증금반환채권에 대한 담보권적 권능이 있고, 임대차기간이 종료되면 용익권적 권능은 임차권등기의 말소등기 없이도 곧바로 소멸하나 담보권적 권능은 곧바로 소멸하지 않는다고 할 것이어서, 임차권자는 임대차기간이 종료한 후에도 임차보증금을 반환받기까지는 임대인이나 그 승계인에 대하여 임차권등기의 말소를 거부할 수 있다고 할 것이고, 따라서 임차권등기가 원인 없이 말소된 때에는 그 방해를 배제하기 위한 청구를 할 수 있다”고 하여 등기가 말소된 임차권에 기한 방해배제청구도 인용하고 있다.⁵⁹²⁾ 또, 대법원은 人格權에 대하여 “그 성질상 침해된 후의 구제수단(금전배상이나 명예회복처분 등)만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고, 손해전보의 실효성을 기대하기 어렵다는 이

585) 郭潤直, 『채권총론』, 博英社, 2001, 79-81면.

586) 郭潤直, 『채권각론』, 博英社, 1999, 342면.

587) 어연의, 제3자의 債權侵害, 배경숙기념논문집, 1991, 551면; 김상용, 고시연구 제21권 6호(1994. 6.), 147면. 이 견해는 對抗力이 있는 債權에 基한 妨害排除請求權은 侵害者의 귀책사유가 없더라도 인정된다고 한다.

588) 金亨培, 『債權總論』, 博英社, 1993, 373면.

589) 學說의 내용과 근거에 관하여 『民法注解』 제9권, 博英社, 1996, 60-63면 참조.

590) 明淳龜, 전계논문, 355-360면 참조.

591) 대법원 1953. 2. 21. 선고 4285민상129 판결.

592) 이 판결에서 대법원은 방해배제의 근거로 등기된 임차권의 대항력을 직접 들지 않고 임차권의 담보권적 권능이 위법하게 침해되었다고 설시하였다.

유로” 事前豫防的 救濟手段으로서 침해행위의 정지, 방지 등의 금지청구권을 인정하고 있는데,⁵⁹³⁾ 이는 妨害排除請求權을 인정하는 일정한 판단기준을 제시한 것이고, 인격권에 한정한다는 취지는 아니라고 본다. 따라서 인격권이 아니라도 그 성질상 침해된 후의 구제수단만으로는 그 피해의 완전한 회복이 어렵고 손해전보의 실효성을 기대하기 어려운 경우에는 위 판결의 취지에 부합하는 사정이 있어 부작위를 명할 필요가 충분하므로 제3자에 의한 채권침해라도 방해배제청구 또는 예방적 부작위청구를 인정할 수 있다고 본다.

3) 어느 학설에 의하더라도 제3자의 債權侵害에 있어서 妨害排除請求權의 可能性을 완전히 배제하지는 않으며 다만 그 인정범위에 관하여 다른 입장을 취하고 있다. 독일에서는 아직 발생하지 아니한 손해의 발생을 예방하기 위한 예방적 부작위청구소송을 판례를 통하여 인정하고 있을 뿐만 아니라, 나아가 판례에 의하여 피해자에게 명예침해나 재산침해를 계속적으로 갱신하여 발생시키는 원천이 되는 계속적 위태화 상태가 존재하는 경우에는 이미 발생한 방해를 제거할 것을 청구할 수 있는 권리도 인정하고 있다.⁵⁹⁴⁾ 이러한 형태의 妨害排除請求權은 다른 방법으로는 쉽사리 보호해줄 수 없는 법익, 예컨대, 名譽, 營業上의 聲價, 信用 등에 널리 인정되고 있다.⁵⁹⁵⁾ 그렇다면 도메인 이름 권리의 침해가 예컨대 인격권이나 명예, 또는 신용과 같은 법익침해의 경우와 유사하게 妨害排除請求權을 인정할 수 있는지, 인정할 경우 방해배제청구권의 법적 성질은 무엇인지가 문제될 것인데, 이는 그 권리의 성격과 보호의 필요성, 목적과 수단간의 이익형량, 형평 등의 제반사정을 종합적으로 검토해야 할 것이다.

먼저 도메인 이름 권리는 등록기관에 대한 급부제공청구권의 성격을 가지나, 통상의 채권에 비하여 다음과 같은 특유한 성질을 가지고 있다. 우선 등록된 도메인 이름은 唯一性과 獨占性을 가지므로 二重登錄이 불가능하고, 도메인 이름 권리는 다수당사자가 병존할 수 없으며, 물권과 같은 배타적 금지청구권은 가지지 않으나 일단 도메인 이름의 등록을 하면 제3자가 이용할 수 없다는 점에서 독점적 지위를 가질 수는 있다. 그리고 인터넷을 통해 登錄情報는 공개되어 열람이 가능하다는 점에서 등기부나 등록부와 유사한바, 이는 공시방법이나 대항력 유사의 기능을 할 수 있다. 또 도메인 이름은 영업활동 또는 비영리적 활동과 관련하여 인터넷 주소의 기능을 가지고 웹사이트상에서 계속적으로 사용하는 것을 전제로 하는바, 만약 도메인 이름을 빼앗기면 당사자는 활동의 장까지 통째로 상실하게 되고, 일단 빼앗긴 도메인 이름은 다시 회복하기가

593) 대법원 1996. 4. 12. 선고 93다40614,40621 판결 등.

594) 宋五植, 전제논문, 127-137면 참조.

595) 『民法注解』 제5권, 博英社, 1996, 205-206면.

사실상 어렵다는 점에서 제3자의 침해행위는 계속성을 지니며, 사전에 배제할 필요성도 높다. 한편 도메인 이름 권리 침해에 대하여 불법행위가 성립되는 경우 민법 제394조의 해석에 의해 침해자에게 원상회복의무를 인정할 수 있는 경우라면 사전에 침해금지를 청구할 법적 근거도 마련되었다고 해석할 여지가 있다.⁵⁹⁶⁾ 따라서, 법원은 도메인 登錄人에게 도메인 이름 권리에 대한 위법한 침해에 대하여 특별한 사정이 없는 한 방해배제청구권을 인정할 수 있다고 해석할 것이다.⁵⁹⁷⁾

(2) 立法論上 認定 여부

위와 같이 解釋論에 의하여 妨害排除請求權을 인정하는 것을 시도해볼 수는 있으나, 妨害排除請求權을 일반적으로 인정하는 것이 아니고 구체적 사례에 대한 법원의 판단에 따라야 하는데, 법원의 실무상 방해배제청구권의 인정을 매우 엄격하게 해석하므로 실제 권리 보호에 한계가 있다. 따라서 인터넷주소자원관리법과 같은 특별입법으로 妨害排除나 原狀回復의 法的 根據를 마련하는 것이 바람직하다고 생각한다. 한편 방해배제에 관한 입법론 중에는 해석론에서의 근거를 바탕으로 하여 “불법행위가 급박하거나 반복될 명백한 우려가 있는 경우에 그 행위로 인하여 손해를 입을 사람은 그 행위의 유지 또는 예방을 청구할 수 있다”는 것을 제안하는 입장⁵⁹⁸⁾도 있다.

III. UDRP와 節次法 問의 問題

1. UDRP와 司法節次의 關係

商標法은 登錄商標에 독점적, 배타적 효력을 부여하여 상표의 신용을 보호하기 위한 것이고, 不正競爭防止法은 공정한 경쟁질서 유지함으로써 정당한 영업이익을 보호하기

596) 明淳龜, 전계논문, 355-360면; 尹眞秀, 「反社會的 不動產 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位」, 164면. 다만 후자의 견해는, 독일에서도 제3자의 채권침해의 경우 방해배제와 원상회복 사이의 구별이 어렵다는 점을 지적하면서, 제3자의 채권침해에 대하여 방해배제청구권을 인정할 것인가에 관한 논란에 대하여 불법행위에 기한 원상회복을 인정하는 것이 간명하다고 한다.

597) 『民法注解』 제9권, 博英社, 1996, 63면에서는 방해배제청구권에 고의, 과실을 요하지 않는다는 설명을 한다.

598) 梁彰洙, 전게서, 256면.

위한 것인 반면, UDRP는 도메인 이름이라는 희소 자원의 적정한 분배를 위해 투기적 행위를 막고 商標法과 不正競爭防止法이 예상하지 못한 도메인 이름의 不正한 目的의 登錄 및 使用을 막기 위해 시작되었다. 절차적으로도 UDRP는 법원의 도움없이 자체 집행이 가능하도록 구성된 특수한 ADR이라는 점에서, 실체법적으로 “UDRP와 商標法 내지 不正競爭防止法,” “UDRP와 司法節次”는 이원적 구조를 취하고 있다.

그러나 UDRP는 기존의 실체법 또는 사법절차와 완전히 평행선을 달리면서 병행, 병존하는 것이 아니다. 실체법적으로 예컨대 “상표와의 동일·유사성”을 요건으로 한다는 점에서 공통요소가 있으나, 商標法은 상표의 등록과 지정상품의 동일·유사라는 별도의 요건을, 不正競爭防止法은 混同可能性 또는 稀釋化라는 별도의 요건을 요하고, UDRP는 不正한 目的과 정당한 이익 없음을 요한다는 차이가 있게 된다. 또 不正競爭防止法 시행령 제1조의 2는 같은 법 제2조 제1호 다목의 稀釋化의 예외로서 “정당한 사유”를 구체적으로 규정하고 있는데, 비영리적 사용이 공통되기도 하나 여기서의 정당한 사유가 UDRP 제4조 c항의 “權利 또는 正當한 利益”과 어떤 관련이 있는지 명확하지 않다. 한편 절차적으로는 UDRP 자체로서 불복절차가 없고 확정판결과 같이 완결된 분쟁해결절차가 아니며, UDRP 제4조 k항에 의하면 오히려 UDRP 決定과 별개로 법원의 판단을 받을 수 있도록 하고 있다.

이와 같이 UDRP와 기존의 분쟁해결방법은 실체적, 절차적으로 이원적 구조를 취하고 있으면서도 상호 중복, 갈등할 여지를 내재적으로 담고 있다.

2. 訴 提起에 의한 UDRP 決定의 暫定的 執行保留

가. 登錄機關의 UDRP 決定에 대한 執行保留

UDRP 제4조 k항에 의하면, 도메인등록인이나 申請人은 분쟁해결절차가 시작되기 전이나 종결된 후에 적법한 관할권을 가진 법원에 제소하는 것을 배제하지 않는다. 만약 패널이 도메인등록인의 도메인 이름을 등록말소 또는 UDRP 申請人에게 이전하도록 하는 결정을 한 경우, 登錄機關은 당해 紛爭解決機關에 의해 결정을 통지받은 후 그 결정을 집행하기 전에 10 거래일(登錄機關 主事務所의 所在地 기준) 동안 그 결정의 집행을 보류한다(이하 “執行留保期間”이라 한다). 또 執行留保期間 내에 도메인등록인이 재판관할 있는 법원에 소를 제기하였다는 문서 정보를 登錄機關이 수령한 경우에는 UDRP 決定의 집행을 보류하고, “(i) 공정증서에 의한 당사자 간의 화해계약서 (ii) 도메인등록인이 제기한 소가 각하 또는 취하되었다는 증거 (iii) 당해 법원으로부터 도

메인登錄人의 소를 기각한다든지, 또는 도메인登錄人에게 당해 도메인 이름을 계속 사용할 권리가 없다는 명령의 사본을 수령할 때”까지는 登錄機關은 어떠한 조치를 취해서도 아니된다. 법원의 판결이나 결정은 최종적인 것이어야 하며, 1심에서 도메인登錄人의 청구가 기각되었다고 하더라도 도메인登錄人이 상소한 경우에는 원심판결이 번복될 수 있으므로 登錄機關은 판결이 확정될 때까지 도메인 이름을 타인에게 이전하여서는 아니된다.⁵⁹⁹⁾ 이에 의하면 도메인登錄人은 본안 소송을 제기한 이상 따로 도메인 이름 등록이전금지처분을 신청할 필요는 없을 것으로 생각된다.

UDRP 제4조 k항에서는 도메인登錄人이 제기하는 소의 종류를 특정하지 않고 있는데, 그렇다면 도메인 이름 등록말소 또는 등록이전에 불복하거나 그 집행을 유보하기 위한 소가 아닌 별개의 독립된 소 예컨대, 손해배상청구의 소와 같은 경우에도 집행보류가 될 것인지 문제가 될 수 있다. UDRP는 도메인 이름의 등록이전 또는 말소만 대상으로 하고 손해배상은 포함하지 않으며, 논리적으로 손해배상청구는 도메인登錄人이 도메인 이름을 상실한 것에 대한 전보배상의 성격을 가질 것인데, 그렇다면 손해배상청구의 소의 경우에는 집행유보를 할 필요가 없다고 해석할 여지도 있다. 그러나 UDRP 제4조 k항은 도메인登錄人이 제기할 소의 종류를 한정하지 않고 있다는 점, 현행법상 UDRP 決定에 대한 적절한 불복의 소를 판단하기 어려우므로 도메인登錄人으로서 우선 손해배상청구를 하였다가 추후 소의 변경을 하거나 별소로서 UDRP 決定을 불복하는 소를 제기할 기회를 부여할 필요가 있다⁶⁰⁰⁾는 점 등을 고려할 때 손해배상청구와 같이 독립된 소에 대하여도 登錄機關의 UDRP 決定 집행을 보류할 수 있도록 할 것이다. 다만, UDRP 제4조 k항의 규정에도 불구하고, 도메인 이름은 한번 이전되면 다시 회복하기가 쉽지 않다는 점에서 구체적 사례에 따라 보전의 필요성이 인정되는 예외적인 경우에는 도메인登錄人은 도메인 이름 이전금지가처분을 인정할 수 있

599) Sallen v. Corinthians Licenciamentos LTDA, 273 F.3d 14. 이 판결에서 미국 항소법원은, 1심에서 도메인등록인인 원고의 청구를 각하하였다는 이유로 登錄機關이 보류중인 도메인 이름을 UDRP 申請人인 피고에게 이전한 것에 대하여, 항소심 절차가 계속중인데도 도메인 이름을 이전하는 것은 UDRP 제4조 k항을 위반한 잘못된 조치라고 판단하였다. 따라서 확정판결이 있기까지는 登錄機關은 도메인 이름의 이전을 할 수 없다고 해석된다.

600) hpweb.com에 관한 사건에서 1심인 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결에서 원고는 손해배상청구를 하였으나, 2심인 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결에서는 손해배상청구를 취하하고 선택적으로 UDRP 決定의 부당함을 전제로 도메인 이름 이전청구와 도메인 이름에 대한 피고의 침해금지청구권 부존재확인 소로 변경하였다.

다고 본다.

나. 執行留保期間의 法的 性格

UDRP 제4조 k항상 登錄機關의 UDRP 決定에 대한 執行留保期間은 “登錄機關이 그 결정을 통지받은 후 10 거래일”이고 이 기간동안 소를 제기하지 않으면 결정이 집행된다는 점에서, 도메인 이름 이전결정을 받은 도메인등록인이 위 10 거래일 이내에 소송을 제기하지 못하고 그 기간이 경과한 후 UDRP 규칙 제1조의 상호재판관할 있는 법원에 소를 제기한 경우 법원은 소송요건이 부적법하다고 하여 소를 각하할 것인지, 아니면 본안 판단을 할 것인지 여부가 문제된다. 예컨대, 10 거래일이 경과하면 登錄機關은 UDRP 決定에 따라 도메인 이름을 UDRP 申請人에게 이전하는 조치를 취할 것인데, 도메인 이름이 이전된 후에 도메인등록인이 UDRP 決定의 부당성 및 자신에게 정당한 권리가 있음을 주장, 입증하면서 이미 제3자에게 이전된 도메인 이름 등록의 원상회복을 구하는 이행의 소를 제기할 수 있는가 하는 문제가 있다. UDRP 제4조 k항은 UDRP 決定의 집행유보기간만을 정하고 있고, 결정을 받은 도메인등록인의 제소를 제한하는 명문의 규정을 따로 두고 있지 않은바, 이 규정이 당사자간에 제소기간의 제한을 둔 약정이라고 해석할 근거는 없다고 생각한다. 헌법 제27조의 재판받을 권리를 보장한다는 차원에서도 위 10 거래일의 집행유보기간이 경과하였다고 하여 바로 소를 각하하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.⁶⁰¹⁾⁶⁰²⁾

그러나 제소기간의 제한을 인정하지 않는다 하더라도 일단 10 거래일의 유보기간이 경과한 후에는 UDRP에 따라 登錄機關은 도메인 이름을 이전하기로 되어 있는바, 일

601) 김기중, 「통일도메인이름분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 135-136면.

602) 설사 제소기간의 제한의 약정으로 해석한다고 하더라도, 그 적법성 또는 타당성은 여전히 논란의 여지가 있다. UDRP의 운용에 관한 여러 보고서들도 지적하고 있는 바와 같이, UDRP 결정 후 제소할 수 있는 기간이 너무 단기간이어서 도메인등록인의 권리와 정당한 이익이 충분히 보호받고 있지 못하다는 등의 지적이 있다{이대회, 「UDRP (통일분쟁해결정책)의 문제점과 이에 대한 대응방안」, 디지털시대의 상표보호 세미나 자료(2002. 5. 30.), 한국발명진흥회 지식재산권연구센터[이하 “이대회, 「UDRP(통일분쟁해결정책)의 문제점과 이에 대한 대응방안」”이라 한다], 21면 참조}. 약관규제법 제6조, 제14조에 의하면 고객에 대하여 부당하게 불리한 소제기의 금지조항 또는 재판관할의 합의조항이나 상당한 이유없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관조항은 이를 무효로 한다고 하는바, 부당한 소제기의 제한이라면 위 약관규제법 조항에 의하여 무효로 해석될 여지가 있다.

단 도메인 이름이 이전되면 도메인登錄人은 당해 도메인 이름을 사용할 수 없고 설사 재판에서 승소한다 하더라도 이미 이전된 도메인 이름이 전전양도되었을 경우 이를 원상회복하기란 사실상 어려울 것으로 보인다⁶⁰³). 따라서 도메인登錄人의 UDRP 決定 후 소송에서의 방어권을 충분히 보장하기 위해서는 입법론적으로 10 거래일의 유보기간을 연장할 필요가 있다.

3. UDRP 決定에 대한 司法的 救濟

가. 司法節次的 類型

UDRP 제4조 k항은 UDRP 決定에 대하여 사법절차에 의한 구제를 배제하지 않는데, 사법적 구제는 UDRP 결정의 타당성을 판단하는 절차 내부의 불복이 아니라, 전혀 별개의 기준으로 당해 사건을 판단하는 것이라는 점에서 상소절차와 다르다. 다만 당사자가 UDRP 결정에도 불구하고 그 결정을 배제하기 위하여 사법절차를 구할 경우 이는 사실상 UDRP 決定에 대한 不服制度를 인정하는 결과가 될 수 있다.⁶⁰⁴)

UDRP 決定에 대한 사법절차의 유형에 대하여는, ① UDRP 決定을 번복하거나 그 집행을 유보시키기 위한 목적으로 소를 제기하는 경우와, ② UDRP 절차가 개시되기 전이나 종결된 후에 독립적인 해결을 위하여 소를 제기하는 경우 등 크게 두 가지로 분류할 수 있다. 이러한 구분의 실익은, 절차적으로 전자에 대하여는 UDRP 申請人이 紛爭解決機關에 제출하는 신청서에서 지정한 응소관할에만 재판관할이 있다고 하는 반면, 후자에 대하여는 국제사법 일반으로 돌아가 實質的 關聯性 여부를 판단하여 재판

603) 石光現, 「인터넷과 國際裁判管轄」, 한국인터넷법학회 제5회 학술대회(2002. 9. 28.) 발표문(이하 “石光現, 「인터넷과 國際裁判管轄」”라 한다), 8면 참조. 위 발표문은 hpweb.com사건(1심: 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결. 2심: 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결)에서 도메인 이름 권리가 이미 이전된 이후이므로 도메인登錄人은 피고로 변경된 것이 아닌가하는 의문을 제기하고 있는바, 원래 도메인登錄人의 소송상 지위에 문제가 있음을 지적하고 있다고 본다.

604) Catherine T. Struve & R. Polk Wagner, “Realspace Sovereigns in Cyberspace: Problems with the Anticybersquatting Consumer Protection Act,” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, No.1, Sept. 2002, 50면 참조.

<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID321901_code020813570.pdf?abstractid=321901>[2002.11.20.].

관할을 정한다는 데에 차이가 있다. 한편, 위 ①의 경우는 다시 10 거래일의 執行留保期間을 경과하기 전에 제소한 경우와 경과 후 제소한 경우로 나뉘어질 수 있는데, 전자는 도메인登錄人이 도메인 이름 권리를 보유한 상태에서 소를 제기하지만, 후자는 登錄機關에 대한 사용권을 인정하기 어려운 법적 상태에 있다는 점에서 논의의 실익이 있다.⁶⁰⁵⁾ 이하에서도 이러한 분류를 고려하여 검토하기로 한다.

나. UDRP 決定에 대한 司法的 救濟 여부의 檢討

(1) 執行留保期間 內에 訴가 提起된 경우

(가) UDRP 決定取消의 訴

도메인 이름의 登錄 및 使用이 타인의 상표권 침해를 이유로 UDRP에 의해 도메인 이름 등록이전 결정을 받았다 하더라도 UDRP의 적용대상이 아니거나, UDRP가 정한 기준대로 적용하지 않은 경우, 또는 충분한 증거조사에 의하여 도메인登錄人에게 적법한 권리가 있다는 점을 밝힐 수 있는 경우 도메인登錄人으로서 UDRP 決定이 부당하다는 이유로 UDRP 결정을 취소하여 달라고 청구할 여지가 있다.

그런데, 不適法한 UDRP 決定을 取消하고 원래 등록한 도메인 이름의 權利確認을 주장하는 사건⁶⁰⁶⁾에 대하여, 법원은 “위 WIPO의 결정에 대한 취소 청구는 기존 法律關係의 변동 형성의 효과 발생을 목적으로 하는 형성의 소에 해당하는데, 위 형성의 소는 법률에 명문의 규정이 있는 경우에 한하여 인정되는 것이고 법률상의 근거가 없는 경우에는 허용될 수 없는 것이므로 도메인登錄人의 소는 법률상의 근거가 없으므로 부적법한 소로 각하한다”는 취지의 판결을 내렸다. 따라서 UDRP 決定取消에 관하여 국내 特別立法이 없는 한 UDRP 決定取消을 구하는 소는 不適法하다.⁶⁰⁷⁾

605) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결은 ①의 경우를 “UDRP에 의한 조정 결정 후 그 집행 이전에 그 결정에 의한 집행을 유보시킬 목적으로 소를 제기하는 경우”로 제한하는 점이 본 연구와 이 판결의 원심인 서울지방법원 2000가합67360 판결과 다르다.

606) 서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합20965 판결. 도메인登錄人은 UDRP로부터 “sgs.net”과 “sgsgroup.net”의 도메인 이름을 商標權者에게 이전하라는 패널의 결정을 받은 후 서울지방법원에 청구취지를 “위포(WIPO) 사건번호 D2000-0025 결정을 취소한다”라고 하여 소를 제기하였다.

607) 이에 반하여 미국은 법률로써 타인에게 이전된 도메인 이름의 도메인登錄人에게로의 원상회복 또는 이를 위한 이전명령을 인정하고 있다. 15 U.S.C. §1114(2)(D)(v) 참조.

(나) 도메인 이름 權利 確認의 訴

1) 排他的 權利 確認의 訴

UDRP 決定을 직접 취소하지는 않는다 하더라도, 도메인등록인이 등록된 도메인 이름에 대한 소유권 기타 유사한 내용의 배타적 권리의 확인을 구하면서 UDRP 決定의 집행을 저지할 수 있는지의 문제가 있다.⁶⁰⁸⁾ 도메인 이름에 관하여 상표권 유사 배타적 권리를 인정할 수 있는지 여부와도 관련이 있는바, 우리나라 법원은 도메인 이름에 관한 직접적인 소유권 유사 절대권을 인정하고 있지 않으며, 단지 登錄機關에 대한 사용권 즉 채권으로 보고 있으므로, 특별한 입법이 없는 한, 도메인 이름에 관하여 배타적 권리의 확인을 현행법의 해석상 인정하기 어려울 것으로 생각된다.

도메인 이름의 登錄移轉을 명하는 紛爭解決機關의 결정에 대하여 도메인 이름은 도메인등록인의 소유권에 속하는 것이고, 헌법에 의하여 보호되는 재산권이어서 소유자인 도메인등록인의 동의 없이 이를 박탈할 수 없는 것이므로, 商標權者에의 이전을 명하는 결정은 공서에 반하여 무효가 된다면서 법원에 도메인 이름 소유권의 확인의 소를 제기한 사례에서도, 일본 하급심 판결⁶⁰⁹⁾은 “도메인 이름 등록은 인터넷 이용자와 도메인 이름 登錄機關인 JPNIC과의 등록규칙을 그 내용으로 하는 사적 계약에 의하여 부여되는 것이고, 도메인등록인은 JPNIC에 대하여 채권계약상 권리로서 도메인 이름을 사용하는 것이어서, 도메인 이름에 있어 도메인등록인이 갖는 JPNIC에 대한 채권적 권리에 지나지 않으므로 도메인 이름을 소유권의 대상으로 생각할 여지가 없으며, 확인의 이익을 흠결한 것으로서 부적법”하다고 각하하였다. 앞서 보았듯이 도메인 이름 그 자체에 대한 소유권은 인정하지 않고 단지 도메인 이름을 등록하고 사용할 수 있는 권리를 부여받은 것이라는 점에서 우리나라에도 적용될 수 있을 것이다.

위 문제를 논함에 있어 주의할 것은, 도메인 이름의 “獨占性”과 “배타적 권리” 여부는 다른 문제라는 것이다. 도메인등록인이 그 도메인 이름을 독점적으로 사용할 수 있다는 것은 하나의 명칭에 하나의 도메인 이름만 가능하다는 唯一性에서 기인하는 것일 뿐, 도메인등록인에게 특별 입법의 수권 없이 소유권과 유사의 권리를 당연히 부여한 것은 아니다. 다만 입법론적으로는 도메인등록인이 UDRP 決定을 통해 도메인 이름에

608) 韓相鎬, 「도메인이름關聯 紛爭의 새로운 動向과 解決方案에 관한 檢討」, 『二十一世紀 韓國民事法學의 課題와 展望(心堂宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002(이하 「韓相鎬, 도메인이름關聯 紛爭의 새로운 動向과 解決方案에 관한 檢討」라 한다), 1006면 참조. 여기서 “배타적 권리”의 구체적 내용과 근거가 주요쟁점이 될 것이라고 지적한다.

609) 東京地方裁判所 2001. 11. 29.(sonybank.co.jp). 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책 연구」, 42면에서 재인용.

관한 권리를 부당하게 박탈당한 경우 추후 소송이나 불복절차를 통해 자신에게 권리가 있음을 확인할 이익이 있고 이에 기초하여 도메인 이름에 관한 권리를 다시 찾을 수 있는 구제수단이 필요하다는 점에서 논의의 여지가 있다.

2) 使用權 確認의 訴

우리 민사소송법은 확인의 소에 관한 특별한 규정을 두고 있지는 않지만 즉시 확정 의 법률상 이익이 있으면 제기할 수 있다고 본다. 여기서 確認의 利益이란 權利나 法律關係의 存否에 관하여 법적 불안이 존재하고 법원이 그 존부를 판결로 확정하면 불안이 즉시 제거될 수 있는 경우를 말한다.⁶¹⁰⁾ 도메인등록인은 UDRP 決定의 집행으로 도메인등록인의 지위와 권리를 상실하게 되는 법적 불안을 가지게 되는데, 자기에게 도메인 이름에 관한 사용권이 있다는 확인의 소를 구할 실익이 있다. 도메인등록인으로서 자기에게 사용권이 있다는 주장을 함으로써 UDRP 신청인에 대하여는 법적 권리와 정당한 이익을 주장하고 登錄機關에 대하여는 UDRP 決定에 따른 도메인 이름 이전을 하지 못하도록 막는 이익이 있다.

그러나 UDRP 제3조는 紛爭解決機關의 決定이 있으면 登錄機關이 도메인 이름에 관한 등록이전, 말소 또는 변경 조치를 취할 수 있도록 규정하고, 도메인등록인도 UDRP 제3조의 조건에 합의하였다는 점, 도메인 이름 권리는 登錄機關에 대한 채권적인 성질을 가지는 도메인 이름 사용권의 계약관계 확인은 법령에서 특별히 정한 바가 없다면, UDRP 決定을 저지할 만한 근거가 되기 어렵다. 또 도메인 이름이 不正한 目的의 등록 및 사용에 해당한다는 이유로 UDRP 결정에 따라 UDRP 신청인에게 이미 이전되었다면 원래의 도메인등록인은 등록기관에 대한 사용권의 확인을 구할 실익이 없게 될 수 있다. 더욱이 도메인 이름의 등록말소의 근거가 商標法이나 不正競爭防止法상 使用禁止請求權에 기한 것이라면 단지 등록기관에 대한 도메인 이름 사용권의 확인만으로는 중국적인 법적 불안의 해소를 가지기는 어려울 것으로 생각된다.

(다) 도메인 이름 登錄移轉請求權 不存在 確認의 訴

1) UDRP 決定의 효력을 막기 위한 소송형태로 “도메인 이름 登錄移轉請求權 不存在 確認의 訴”를 인정하는 견해⁶¹¹⁾가 있다. 앞서 본 바와 같이 도메인등록인이 도메인 이름 사용권 확인의 소 등을 구할 실익이 없으므로, 도메인등록인으로서 UDRP 신

610) 宋相現, 『民事訴訟法』, 博英社, 1997, 275면; 李時潤, 『新民事訴訟法』, 博英社, 2002, 197면; 호문혁, 『민사소송법』, 法文社, 2000, 247면.

611) 이해완, 「도메인네임 분쟁에 관한 소고」, 102면.

청인의 도메인 이름 使用禁止 및 登錄移轉請求權을 부인함으로써 법적 지위에 대한 불안을 제거할 수 있다.⁶¹²⁾ 이 견해에 의하면, 그 청구취지로 “원고가 **주식회사(登錄機關, Registrar)에 등록한 별지 목록 기재 도메인 이름에 대한 피고의 使用禁止 및 登錄移轉請求權이 존재하지 아니함을 확인한다”고 할 수 있다고 한다.⁶¹³⁾ 다만 등록이전청구권의 부존재확인 소에 관하여 논란의 여지가 있다.

2) 당해 사건에서 법원이 도메인 이름 登錄移轉請求權의 不存在確認을 인용하는 경우, (i) 實定法 解釋上 도메인 이름 登錄移轉請求權 자체를 인정할 수 없다는 전제에서 도메인등록인(원고)의 부존재확인 소는 무조건 인용하여야 하는 것인지, (ii) 법원이 당해 사건에 관하여 실질적으로 UDRP 결정의 당부를 판단하여 등록이전청구권 부존재확인 여부를 결정할 것인지, (iii) 또는 등록이전을 명한 UDRP 결정에 대하여 패널이 판단의 재량을 남용하거나 일탈한 경우에만 위법성을 인정하여 부존재확인 소를 인용할 것인지 다툼의 여지가 있을 수 있다. 이에 대하여 구체적으로 검토하고자 한다.

가) 登錄移轉의 請求原因이 實定法인 경우

당해 사건에서 피고(상표권자, UDRP 신청인)의 도메인 이름 등록이전청구권의 법적 근거를 상표법 제65조의 금지청구권 또는 부정경쟁방지법 제4조의 금지청구권에 둔다면, 현행법 해석상 도메인 이름의 등록이전청구권을 인정할 수 없다는 입장에서는 등록이전청구권 부존재확인 소를 인용하여야 할 것이다. 따라서 도메인 이름의 등록이전청구권 부존재확인 소를 인용할 것인지에 대하여 논의의 실익이 있는 것은 위 등록이전청구권의 법적 근거를 “UDRP 및 도메인 이름의 등록이전을 명한 UDRP 결정에 둔 경우”이다.

나) 登錄移轉의 請求原因이 UDRP인 경우

도메인등록인은 등록신청 당시 UDRP에 동의하므로 분쟁해결기관의 패널이 UDRP 절차에 따라 도메인 이름의 등록이전을 결정하면 당해 UDRP 신청인은 UDRP 결정에 의해 도메인등록인에 대하여 도메인 이름 등록이전청구권을 가진다.⁶¹⁴⁾ UDRP 제3조

612) 권리부존재확인 소에 대한 설명은 宋相現, 전거서, 1997, 275면 참조. 대법원 1984.

3. 27. 선고 83다카2337 판결.

613) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결 등에서 원고의 청구취지.

614) 엄격한 증거조사절차나 변론절차를 거치지 않고 패널의 재량에 의해 판단된 절차상의 결론일 뿐이고 실제적 권리관계까지 확정된 것은 아니라고 본다.

는 도메인 이름의 등록이전을 명하는 패널의 결정에 따라 등록기관이 등록이전을 집행하도록 하므로, UDRP 신청인은 등록이전청구권을 따로 행사하지 않아도 된다.

그런데 도메인등록인이 위 UDRP 결정에 대하여 이의가 있을 경우 UDRP 제4조 k항은 사법절차의 적용을 배제하지 않는다고 한다. 그러나 법원의 판단에 UDRP 결정의 당부도 포함하는지에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 오히려 UDRP 규칙 제15조 (a)는 패널에게 UDRP를 적용, 해석하는 데 있어 많은 재량을 부여한다. 도메인등록인도 UDRP에 동의하였으므로, 패널이 재량에 따라 도메인 이름의 등록이전결정을 내린 경우 도메인등록인은 원칙적으로 다투기 어렵다고 해석해야 한다. 만약 UDRP 결정을 언제나 다룰 수 있다고 한다면, UDRP 제정과 시행의 의미는 없는 것이 될 것이기 때문이다. 다만 패널이 UDRP 제4조의 정한 바를 무시한 채 임의로 판단을 하는 등 UDRP 규칙 제15조 (a)가 허용하는 재량을 남용하거나 일탈한 경우(예컨대, UDRP 제4조 a항은 不正한 目的의 등록 및 사용에 대해서만 등록이전결정을 내릴 수 있도록 하고 있는데, 패널이 결정문에서도 不正한 目的의 등록 사실만 인정하였을 뿐 不正한 目的의 사용은 판단하지 않은 채 등록이전결정을 내린 경우 등)에는 법원도 UDRP 결정이 위법함을 이유로 등록이전청구권 부존재확인인 소를 인용하여야 한다고 생각한다. 한편, 불법행위에 대한 원상회복 또는 방해배제를 인정하는 입장에 의하면, 등록이전을 명하는 UDRP 결정에 대해 불법행위가 성립할 경우에는 등록이전청구권 부존재확인인 이익을 적극적으로 구할 실익이 있을 것이다. 법원에서 소의 이익 판단에 따라 등록이전청구권 부존재확인인 소를 판단할 수 있다고 보는 견해⁶¹⁵⁾도 이와 유사한 입장이라고 이해된다. 좀더 구체적으로 보면 아래와 같다.

(i) 도메인 이름의 등록 및 사용이 UDRP 제4조의 요건을 충족하고, 상표법 또는 부정경쟁방지법에도 위반되는 경우에는, 당해 도메인 이름은 금지청구권에 의해 어차피 등록말소될 것이 예정되어 있고 위법한 도메인 이름의 등록 및 사용을 법원이 적극적으로 보호할 필요는 없으므로, 원고(도메인등록인)의 청구를 배척하는 것이 타당하다. 하급심판결 중에도 도메인 이름의 등록이전을 명하는 UDRP 결정에 대하여 도메인등록인인 원고의 등록이전청구권 부존재확인인 소를 배척하면서, “원고의 이 사건 행위는 부정경쟁방지법 소정의 부정경쟁행위에 해당하고, 그로 인하여 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 피고로서는 그 침해의 금지 및 예방으로서 UDRP에 따라

615) 도메인 이름 이전결정이 있는 이상 “소의 이익”이 있다고 판단될 여부가 문제라고 설명하고 있다. 韓相鎬, 「도메인이름關聯 紛爭의 새로운 動向과 解決方案에 관한 檢討」, 1005면.

이 사건 도메인 이름의 등록말소나 이전을 구할 권리가 있다”고 실시한 사례가 있는 바,⁶¹⁶⁾ 명시적으로 실시하지 않았으나 결론에 있어서 같은 취지로 해석될 수 있다.

(ii) 도메인 이름의 등록 및 사용이 상표법이나 부정경쟁방지법 기타 다른 법률에 위반되지 않는다는 전제에서, 당해 UDRP 제4조의 금지요건에 해당하지 않음에도 불구하고 패널이 UDRP 제4조를 적용하여 등록이전의 결정을 내린 경우, 법원은 UDRP 결정의 당부에 대하여 어떤 판단을 하여야 할 것인지 문제가 된다.

UDRP 제4조와 거의 같은 요건을 규정하고 있는 미국의 반사이버스퀴팅소비자보호법은 도메인등록인으로 하여금 “당해 도메인 이름의 등록 및 사용이 상표법 또는 반사이버스퀴팅소비자보호법을 위반하지 않는다”는 확인의 소를 구할 수 있도록 규정하고 있기 때문에⁶¹⁷⁾ 법원의 확인판결에 의해 UDRP 결정의 집행을 부인할 수 있다. 그러나 이 경우에도 UDRP 결정의 당부에 대한 직접적인 판단은 하고 있지 않다. 우리나라는 미국과 같은 특별법을 두고 있지도 않으며 UDRP 결정취소의 소를 부적법하다는 이유로 각하⁶¹⁸⁾하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 단순히 UDRP 결정이 부당하다는 이유만으로 도메인 이름 등록이전청구권의 부존재확인 소를 인용하기는 어려울 것이다.

(iii) 도메인 이름의 등록 및 사용이 UDRP 제4조를 위반하였다고 판단하면, 상표법 또는 부정경쟁방지법 위반이 아니라도 당해 청구원인 즉 “UDRP 결정의 부당성”은 이유가 없는 것이므로, 원고에게 등록이전청구권의 부존재확인을 구할 소의 이익은 없다고 할 것이다.

(2) 執行留保期間의 經過 後 訴가 提起된 경우

(가) 도메인 이름의 原狀回復을 許容하는 立法이 없는 경우

위 執行留保期間이 경과하면 登錄機關은 도메인 이름의 등록말소나 이전을 명하는 패널의 결정을 집행하므로, 執行留保期間이 경과하면 도메인등록人은 도메인 이름에 관한 사용권을 상실하게 되고, UDRP 신청인(상표권자)이 당해 도메인 이름 권리를 가지게 된다. 도메인등록人에게 이미 상실한 도메인 이름 권리를 회복할 수 있도록 하는 특별규정을 두지 않은 현행법 아래에서 도메인등록人은 UDRP 決定을 다룰 수 있는 법적 지위를 가지는지에 관하여 다툼이 있을 수 있다.

1) 먼저 집행보류기간이 경과하여 도메인 이름 권리를 상실하였다면 UDRP 결정을

616) 서울지방법원 2002. 10. 18. 선고 2001가합35469 판결(“sonybank.com”).

617) 15 U.S.C. §1114 (2)(D)(v).

618) 서울지방법원 2000. 9. 22. 선고 2000가합20965 판결.

다룰 수 없다는 입장이 있을 수 있다. 이에 의하면 도메인등록인은 도메인 이름 권리를 상실하였으므로, 도메인 이름 권리에 기초하는 소송 예컨대 도메인 이름 사용권 확인의 소 또는 도메인 이름에 대한 배타적 권리 확인의 소는 원칙적으로 할 수 없으며, 또 상대방은 이미 도메인 이름을 이전받아 사용하고 있으므로 도메인 이름 使用禁止請求權 및 登錄移轉請求權 不存在確認의 訴는 확인의 이익이 없다고 인정될 가능성이 높다. 그리고 UDRP 決定取消 訴訟를 인정하지 않으므로, 위 입장은 도메인 이름 권리를 상실한 이상 손해배상청구를 제외한 권리구제는 할 수 없다고 볼 것이다.

2) 제3자에 의한 채권침해를 불법행위로 보고 불법행위에 대한 방해배제청구 또는 원상회복청구를 인정하는 입장에서는, 방해배제나 원상회복을 구할 이익이 현존하므로 UDRP 결정 또는 등록이전을 다룰 법적 지위를 인정할 실익이 있다. 대법원도 등기된 임차권에 관하여 임대차기간이 종료되고 등기가 원인 없이 말소된 경우라도 임차보증금을 받기 위해서는 임차권 등기의 말소를 거부할 수 있다는 이유로 방해배제청구권을 인정한 바 있다.⁶¹⁹⁾

한편 도메인등록인은 원상회복이나 방해배제를 이유로 UDRP 決定에 대하여 두 가지 방법으로 이의를 제기할 수 있는데, 첫째 UDRP 자체가 우리나라 현행법상 위법하기 때문에 UDRP에 따라 도메인 이름을 이전하는 결정은 무효라는 주장에 기하여 도메인 이름 권리에 대한 원상회복을 주장하는 방법과, 둘째 도메인등록인의 당해 도메인 이름의 登錄 및 使用은 UDRP 요건에 위반하지 않음에도 불구하고 그 도메인 이름 登錄抹消 또는 登錄移轉 決定을 하고 이에 따라 登錄機關이 권한 없는 제3자에게 도메인 이름을 이전한 것은 위법한 것이므로, 그 방해배제를 구하거나 원래대로 도메인 등록인에게 도메인 이름 권리에 대한 원상회복을 주장하는 방법이 있을 수 있다.⁶²⁰⁾ 전자에 대하여 하급심 법원은 UDRP 자체의 위법성은 인정하고 있지 않다.⁶²¹⁾ 후자에 대하여는 다시 두 가지 접근이 가능할 것이다. 첫째, UDRP에 따른 패널의 결정 과정에서 UDRP 신청인이 고의로 위조된 서류를 제출하는 등 사회상규에 반하는 행위를 하였다면 不法行爲에 기한 妨害排除請求權 또는 原狀回復請求權을 인정할 여지가 있

619) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다67079 판결.

620) 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결. 이 사건의 登錄機關은 도메인 등록인인 원고가 執行留保期間 내에 소를 제기하였음에도 불구하고 UDRP 申請인이 지정한 법원에 소를 제기하지 않았다는 이유로 도메인 이름을 신청인에게 이전하였다. 이에 원고는 UDRP 자체의 위법과 UDRP 요건에 해당하지 않음을 근거로 도메인 이름의 원상회복과 손해배상청구를 하였다.

621) 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결에서는 UDRP가 현저하게 불합리하고 불공정하거나 약관규제법에 위반되는 것은 아니라고 판시하였다.

다. 둘째, UDRP 절차에서 패널이 UDRP가 허용한 재량권 내에서 내린 도메인 이름 등록이전 등의 결정에 관하여 우리나라 법원이 事實認定의 誤認이나 法理誤解를 이유로 UDRP 결정의 당부를 판단하는 방법을 생각할 수 있으나, 서울지방법원 2000가합 20965 판결은 UDRP 결정취소의 소를 부적법하다고 판시하였다. 최근 2개의 하급심 판결⁶²²⁾은 본안 판단에서 “원고(도메인登錄人)의 도메인 이름의 登錄 및 使用이 UDRP가 정한 금지행위 요건에 해당하지 않으므로 UDRP가 부당하다”는 원고의 주장을 배척하였다. 위 판결들은 마치 법원이 UDRP 決定의 당부를 직접 판단하여 그 효력을 부정할 수 있는 것처럼 실시하고 있으나, 이는 국내법이 아닌 UDRP를 법원(法源)으로서 인정한다는 것은 아니고, 보충적 또는 가정적 설명으로서 원고의 주장이 명백하게 부당하다는 점을 부연한 것에 불과하다고 본다.

(나) 도메인 이름의 原狀回復을 許容하는 立法이 있는 경우

현행 상표법 또는 부정경쟁방지법이나 현재 입법추진 중인 정보통신부의 인터넷주소 자원관리법안에는 도메인 이름의 원상회복에 관한 별도의 입법이나 규정을 두고 있지 않고 있는 반면, 미국의 商標法(반사이버스쿼팅소비자보호법 포함)은 별도의 立法을 통해 “도메인 이름 분쟁해결규정에 따라 도메인 이름이 사용정지되거나, 등록말소·이전된 경우 도메인登錄人은 도메인 이름의 登錄 또는 使用이 반사이버스쿼팅소비자보호법을 포함하는 商標法에 반하지 않는다는 것을 확인하는 소를 제기할 수 있다. 법원은 구제수단으로서 도메인登錄人에게 도메인 이름을 원상회복하거나 이전받을 수 있도록 명령할 수 있다”⁶²³⁾고 규정하고 있다. 따라서 미국법에 따르면, UDRP 決定에 의해 도메인 이름 이전명령을 받은 도메인등록인은 이에 불복하기 위해, “원고가 **주식회사(登錄機關, Registrar)에 등록한 별지목록 기재 도메인 이름에 대한 登錄 및 使用이 반사이버스쿼팅소비자보호법에 위반하지 않는 적법한 것임을 확인한다”는 취지의 형식으로 확인의 소를 구한다.⁶²⁴⁾

美國 商標法의 特徵은 형식적으로 UDRP 決定을 부당하다는 이유로 취소하는 것이

622) 서울지방법원 2002. 10. 18. 선고 2001가합36469 판결, 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결 등.

623) 15 U.S.C. §1114(2)(D)(v).

624) Sallen v. Corinthians Licenciamentos LTDA, 273 F.3d 14 참조. 미국에서 UDRP 決定에 불복하는 소송양식은 “Plaintiff seeks declaration that the registration and use of the domain name was not unlawful under Anticybersquatting Consumer Protection Act”라는 취지가 될 것이다.

아니지만, UDRP 결정에도 불구하고 도메인등록인이 당해 도메인 이름을 계속 사용할 수 있는 권한을 확인함으로써 실질적으로 UDRP 결정을 무력화시킨다는 것이다. 즉 “도메인등록인의 도메인 이름의 등록 또는 사용이 미국 商標法 또는 반사이버스쿼팅소비자보호법에 위반하지 않는다”고 하여 “確認의 訴(declaratory judgment)”의 형식을 취하지만, 법원이 재량으로 할 수 있는 禁止命令(injunctive relief or injunction)으로 도메인 이름의 원상회복 또는 등록이전을 인정하므로 UDRP 결정취소의 소를 인정하는 것과 유사하다. 한편, 반사이버스쿼팅소비자보호법은 登録原簿管理機關(registry) 所在地의 對物的 裁判管轄(in rem)을 인정하고 있는데,⁶²⁵⁾ 도메인 이름의 登録原簿管理機關 대부분이 미국에 있으므로 사실상 미국의 도메인등록인은 이 법에 의해 상당한 보호를 받을 수 있다. 더 나아가, 미국 법원은 UDRP 결정에 따라 도메인 이름이 登録機關에 의하여 UDRP 신청인에게 이전되었다고 하더라도 위 확인의 소를 제기하는 것을 방해하지 않는다고 한다.⁶²⁶⁾ 商標權者에 대하여 도메인 이름 권리의 이전을 인정하는 미국법의 입장에서는 그 반대 즉 도메인등록인의 도메인 이름 회수에 관한 조항도 두는 것이 형평에 부합하는 것이고, 이는 우리나라 입법에도 참고를 하여야 할 것이다. 다만 미국의 判例는 반사이버스쿼팅소비자보호법과 같은 특별법을 근거로 하므로, 법체계가 다른 우리나라에 무조건 유추적용하여서는 아니될 것이다.

4. 外國法院의 判決에 대한 不服 등

도메인 이름의 등록이전을 명하는 UDRP 결정에 대하여 도메인등록인이 10 거래일 이내에 사법절차로의 이행을 구하면 그 UDRP 결정의 집행을 유보하게 함으로써 (UDRP 제4조 k항) 사실상 가처분의 역할을 하고 있다.

도메인 이름의 등록이전 등은 UDRP가 아닌 판결 또는 중재를 통해서도 가능할 수 있는데, UDRP 제3조 b항은 “각 사건마다의 적법한 관할권을 가진 법원이나 중재기관으로부터 도메인 이름 등록을 말소, 이전 또는 변경하라는 명령을 수령한 경우”에 도메인 이름의 등록을 이전, 말소 또는 변경할 수 있다고 한다. 그런데, 우리나라 법원은 외국법원의 도메인 이름과 관련한 판결에 관하여 적법한 관할권이 있는지에 관하여 의심이 있을 경우 도메인 이름 登録機關으로서의 善良한 管理者로서의 注意義務를 다하여야 하므로, 도메인 이름을 이전하라는 내용의 외국 판결을 송달받았다 하더라도 외국 판결에 대한 국내 법원의 승인, 집행판결이 있거나, 도메인 이름의 권리관계에 대

625) 15 U.S.C. §1125 (d)(2)(C) 참조.

626) Sallen v. Corinthians Licenciamentos LTDA, 273 F.3d 14.

한 중국적인 판단이 내려지기 전까지는 잠정적으로 도메인 이름의 이전을 금지할 필요가 있다는 이유로 “도메인이름등록자정보변경금지가처분”을 인정하고 있다.⁶²⁷⁾ 이와 같이 도메인登錄人에게 방해배제 또는 방해예방청구권이 인정하지 않는 입장에서 도메인이름등록자정보변경금지가처분은 도메인登錄人의 권리를 보호할 수 있는 구제수단이 될 수 있다. 그러나 가처분 신청의 상대방이 도메인 이름 권리에 대한 침해자가 아니고, 등록약관에서 등록기관에 대한 책임 면제 또는 경감 약정이 있기 때문에 도메인 등록인의 구제로서는 한계를 지닌다.

5. 證據法的 問題

UDRP 決定은 변론절차나 증거조사절차를 거치지 않기 때문에 UDRP 결정문 또는 UDRP에 의한 분쟁해결절차에서 분쟁해결기관에 제출된 서류나 자료에 관하여 당연히 증명력이 인정되는 것은 아니다. 따라서 UDRP 결정과 관계없이 법원은 변론절차와 증거조사절차에서 당해 증거의 증거능력과 증명력 여부를 자유심증에 의해 판단할 것이다. 예컨대, UDRP 決定의 기초가 된 상표등록증이라도 그 등록증의 위조 여부나 상표권의 유효성 여부가 다투어질 경우에는 새로운 증거에 의하여 법원이 자유심증으로 판단할 수 있다.

IV. 國際私法的 問題

1. 도메인 이름에 관한 國際的 紛爭解決

도메인 이름 특히 일반도메인의 경우 도메인登錄人은 전세계 어디서나 인터넷으로 접속이 가능한 곳이면 누구나 등록할 수 있고 당해 웹사이트에 접근하여 사용할 수 있기 때문에 도메인 이름에 관한 다툼은 행위가 행해진 장소, 그 행위에 의한 결과가 발생한 장소, 관계 당사자의 주소, 상거소 등과 관련하여 동시에 복수의 국가 또는 법역에 걸쳐 문제가 될 수 있다. 따라서, 전세계에 흩어져 있는 당사자간의 분쟁에 대하

627) 서울지방법원 2001. 3. 23. 선고 2000가합86835 판결. 법원은 무담보 또는 담보제공조건으로 가처분 결정을 내리고 있다. 같은 취지의 판결로는, 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 판결 등.

여 어느 특정 국가의 법원이 당해 사건에 관하여 관할권이 있는지에 관한 “國際裁判管轄의 決定 問題”와, 어느 국가의 법을 당해 사건에 적용하여 해결할 것인지에 관한 “準據法 決定 問題”가 발생하게 된다. 國際裁判管轄이 있는 법원에서 準據法에 따라 판결을 하면 그 판결의 승인과 집행도 국제사법적 문제가 된다.

UDRP는 이러한 복잡한 분쟁을 통일적으로 해결하기 위해 마련된 도메인 이름 특유의 분쟁해결규정 및 절차이다. 그런데 UDRP 제4조 k항은 다시 UDRP 결정에 대하여 사법절차를 배제하지 않음으로써 다시 기존의 국제사법적 문제가 있게 된다. 앞서 본 바와 같이 UDRP와 실체법, UDRP와 절차법은 모두 각자 다른 기준으로 병렬적으로 적용되고 있으면서도 서로 영향을 주는데, 국제사법적 갈등은 이러한 문제를 더욱 복잡하게 얽히게 한다. 또 실제 각 국가는 외국인이나 외국기업에 대하여는 점점 관할권을 확대행사하려는 경향인데 반해, 외국으로부터의 자국민과 자국 기업에 대하여는 관할권 행사를 자제해줄 것으로 원하게 된다는 점에서 인터넷을 기반으로 하는 도메인 이름 분쟁은 국제재판관할과 준거법의 경합 내지 충돌을 전제하고 있다.⁶²⁸⁾

가상공간에서 일어나는 도메인 이름의 국제적 분쟁해결에 관하여 확립된 국제조약이나 국내법이 존재하지 않으므로, 국제사법적 문제를 논의하기 위해서는 먼저 기존의 국제사법적 논의를 검토하여야 한다. 그리고 현재 제기되고 있는 문제와 그 해결책을 연구하고 이를 위한 국제적 논의는 무엇이고 다음 장에서 논하게 될 새로운 입법론적 대안을 어떻게 구성할 수 있을 것인지 연구하도록 한다.

2. 國際裁判管轄

가. 國際裁判管轄의 決定에 관한 一般的 基準

國際裁判管轄의 문제는 대한민국 법원에 소가 제기된 경우 재판을 하기 위한 전제로서 당해 법원이 국제재판관할권을 가지는가와, 외국법원이 선고한 판결을 대한민국 법원이 승인 및 집행하기 위한 전제로서 재판국인 당해 외국⁶²⁹⁾이 국제재판관할을 가

628) 노태약, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결-한 국법의 시각에서-」, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002, 11. 23.(이하 “노태약, 사이버불법행위의 재판관할과 준거법”이라 한다), 71면.

629) 國際裁判管轄의 유무는 어느 법원이 아니라 전체로서의 어느 국가 또는 주 전체를 기준으로 판단된다. 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권, 博英社, 2001(이하 “石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권”이라 한다), 273면.

지는가라는 두 가지 형태로 제기되는데, 전자를 直接管轄, 후자를 間接管轄이라 한다.⁶³⁰⁾ 어느 국가에서 재판을 하는가에 따라 소송 수행상의 난이도에 현저한 차이가 있고 소송절차에 적용되는 절차규범이 다르며, 분쟁의 실체에 적용되는 실질규범도 달라질 수 있으므로, 國際裁判管轄의 문제는 당사자의 승패와 관련하여 실무상 매우 중요하며, 이것이 “forum shopping”의 원인이 된다.⁶³¹⁾

재판관할권의 결정에 관하여 현재 통일된 국제규범은 없고 각국이 정할 국내법적 문제로 파악하고 있다.⁶³²⁾ 다만, 헤이그 국제사법회의의 「민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약」 예비초안(이하 “헤이그 新協約 草案”이라 한다)이 논의 중이며, 이와 별개로 WIPO의 주도 하에 지적 재산권법 분야의 國際裁判管轄과 外國判決의 承認, 執行에 관한 독립적인 협약을 작성하는 작업도 추진 중에 있다. 이러한 국제적 합의 노력 특히 1999년의 헤이그 新協約 草案(이하 “헤이그 新協約 99年草案”이라 한다)⁶³³⁾은 국제사법 개정에 중대한 영향을 주었으므로, 여기서 논의된 사항들은 앞으로 國際裁判管轄을 적용하고 해석함에 있어 일종의 기준이 되며, 중요한 條理로서 역할을 할 수 있을 것이라고 본다.⁶³⁴⁾

국제사법(2001. 7. 1.자로 전면개정) 제2조 제1항은 “대한민국과 實質的 關聯이 있는 경우”에 國際裁判管轄權을 인정하고, 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 國際裁判管轄 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다고 한다.⁶³⁵⁾ 같은 조 제2항은

630) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권, 273면.

631) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 博英社, 2001(이하 “石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권”이라 한다), 116면 참조.

632) 재판관할에 대한 접근방법이 대륙법계인 유럽연합과 미국의 입장이 기본적으로 다르다. 우리나라는 대륙법계에 속하고 있으므로 유럽연합의 조약이나 법규, 判例에 대한 참고가 필요하며, 최근 관할의 확대 및 이로 인한 forum shopping 기타 소송법적 문제가 발생하는 것에 대하여 미국 判例의 조정이론을 논의하는 경우도 있다. 이하에서는 본 연구의 성격상 재판관할에 관한 자세한 논의는 참고문헌으로 대체하기로 한다.

633) 당초 2000년 가을에 개최될 외교회의에서 1999년에 마련된 헤이그 新協約 草案을 기초로 채택할 예정이었으나, 예정된 외교회의를 연기하고 외교회의를 2차에 걸쳐 개최하기로 하였으며, 그에 따라 제1차 회의는 2001년 6월에 개최하였고, 이 논문의 헤이그 新協約 草案은 이를 인용한 것이다. 다만 필요에 따라 1999년 예비초안을 인용하여야 할 필요가 있을 경우에는 “헤이그 新協約 99年草案”으로 표기한다. 『國際私法研究』 제6호(2001), 韓國 國際私法學會, 2001, 515-553면(번역문-석광현), 555-609면(원문).

634) 노태약, “전자거래의 재판관할과 준거법,” 한국정보법학회 제19회 세미나 발표문(2001. 3. 20.)(이하 “노태약, 전자거래의 재판관할과 준거법”이라 한다), 4면; 柳英日, 「國際裁判管轄의 最近 動向」, 제3회 한국법률가대회 발표자료, 2002, 3면.

“법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 國際裁判管轄의 特殊性을 충분히 고려하여야 한다”고 규정하고 있다. 實質的 關聯은 국제사법적 차원에서 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속, 합리성 등의 원칙에 따라 고려되어야 할 것이다.⁶³⁶⁾ 국제사법 제2조 제2항은 이러한 實質的 關聯에 대한 판단을 보다 구체화하는데, 개념상으로는, ① 국내 민사소송법상의 토지관할규정을 그대로 國際裁判管轄 규칙으로서 적용할 수 있는 경우 ② 국제적인 고려에 의해 일부 수정함으로써 國際裁判管轄 규칙으로 적용할 수 있는 경우 ③ 국제재판관할 규칙으로는 적당하지 않아 아예 배제되어야 하는 경우로 구분될 것이다.⁶³⁷⁾ 이하에서는 이러한 국제사법 제2조의 취지에 따라 도메인 이름 분쟁에 관한 재판관할에 대하여 검토해보고자 한다.

나. 直接管轄

(1) 一般裁判管轄의 基準

개정 민사소송법(전문개정 2002.1.26 법률 제6626호, 이하 “민사소송법”이라 한다) 제2조는 보통재판적이라는 표제하에 “訴는 被告의 普通裁判籍이 있는 곳의 법원이 관할한다”고 하고 제3조 내지 제6조에서는 보통재판적에 관하여 구체적으로 규정한다.⁶³⁸⁾ 피고의 생활근거지에서 소송을 제기하는 것이 방어에 유리하다는 점에서 당사자간의 공평, 이익형량에 부합하고,⁶³⁹⁾ 국제사법 제2조의 實質的 關聯성과 합리성에 의

635) 『국제사법 해설』, 법무부, 2001(이하 “국제사법 해설”이라 한다), 22-25면; 石光現, 『2001年 改正 國際私法 解説』, 芝山, 2001(이하 “石光現, 『國際私法 解説』”이라 한다), 35면.

636) 이에 관한 자세한 설명은, 石光現, 『國際私法 解説』, 37-39면 참조.

637) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 265-256면 참조. 위 책에서는, 특정 토지관할규정이 어느 유형에 속하는지, ②의 경우 기존의 토지관할규정을 어떻게 수정, 보완할 것인지가 국제사법상 중요한 과제라고 하면서, ①의 예로 민사소송법 제2조의 보통재판적, ②의 예로 민사소송법 제8조의 재산권에 관한 거소지 또는 의무이행지 특별재판적, 제18조의 불법행위의 특별재판적 등을 들고 있다.

638) 國際裁判管轄을 분류함에 있어, 그 범위에 따라 법원이 사건의 종류나 내용에 관계없이 피고에 대한 모든 소송에 관해 재판관할을 가지는 경우 “一般管轄(general jurisdiction)”을 가진다고 하고, 법원이 예컨대 계약, 불법행위 등과 같이 일정한 종류나 내용에 기한 소송에 관하여만 재판관할을 가지는 경우 “特別管轄(special jurisdiction)”을 가진다고 한다. 一般管轄의 경우 피고와 법정지 간의 결합이 매우 강력해서 피고에 대한 모든 소송에 관해 재판관할을 인정하는 것이다. 石光現, 『國際私法 解説』, 44면.

하여도 관할로 인정할 수 있다고 해석된다.

일반재판관할의 기준으로 피고의 住所地를 기준으로 할 것인지, 피고의 常居所를 할 것인지 다툼의 여지가 있다. 민사소송법 제3조 내지 제6조는 주소지를 원칙으로 하고 있는 반면, 국제사법 제27조 제4항, 제5항은 상거소를 재판관할의 연결점으로 하고 있고, 국제사법의 개정 시 입법자가 스위스 국제사법을 참고한 점, 주소지보다 사실적이고 실질적 개념이라는 점에 의해 국제사법의 해석에 있어서도 피고의 상거소를 일반재판관할의 기준으로 해야 한다는 견해⁶⁴⁰⁾가 있다. 그러나, 실제 국제분쟁에 있어 피고의 상거소를 특정한다는 것이 매우 어렵고 주거가 불명한 자에게는 소송을 제기하기 어렵다는 점, 피고의 주소지가 여러 곳인 경우 피고의 상거소를 특정하지 못하면 분쟁해결이 지연되어 不正한 目的의 도메인등록인에게 부당하게 유리할 수 있다는 점, UDRP 규칙 제1조도 “Whois DB⁶⁴¹⁾에 기재되어 있는 도메인등록인의 住所地”를 상호재판관할에 포함하고 있는 점 등을 고려할 때 최소한 본 연구의 대상이 되는 “도메인 이름과 관련된 분쟁”에 관하여는 “피고의 주소지”⁶⁴²⁾를 기준으로 하여야 한다.⁶⁴³⁾

(2) 相互裁判管轄

(가) 相互裁判管轄에 관한 合意의 成立 여부

國際裁判管轄에 관하여도 당사자들의 의사에 의해 私的 自治⁶⁴⁴⁾를 인정하는바, 도메인 이름의 분쟁에 관하여도 당사자들의 동의를 얻어 UDRP 규칙 제1조의 상호재판관할을 인정한다.

도메인등록인은 登錄機關에 도메인 이름을 등록신청할 때 登錄約款에서 의무적으로 UDRP에 따를 것을 陳述 또는 同意⁶⁴⁵⁾하고, UDRP 규칙 제1조는 相互裁判管轄(Mutual

639) 「헤이그 新協約 草案」, 『국제사법 해설』, 46면.

640) 柳英日, 전제논문, 11-12면 참조.

641) 도메인 이름에 관한 登錄情報를 검색할 수 있는 데이터베이스와 검색엔진을 포함하며 登錄機關은 도메인 이름의 등록신청시 이미 등록된 도메인 이름인지 여부를 검색하기 위한 도구로서도 제공한다. 한국인터넷정보센터에서도 이러한 서비스를 제공하고 있다. <<http://whois.nic.or.kr>>[2002.11.20.] 참조.

642) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

643) 이외에도 피고의 주소지가 여러 곳인 경우 원고가 피고의 상거소를 특정하지 못하면 소송에 의한 구제를 받기 어려울 수 있기 때문에 모든 주소지에 대하여 소송을 제기해야 한다는 문제점도 있다.

644) 민사소송법 제29조는 관할의 합의를 서면의 방식으로 할 것을 요하며 그 유효성을 인정한다.

Jurisdiction)을 “(a) 登錄機關의 주된 사업소의 所在地(도메인등록인이 도메인 이름의 사용에 의하여 유발되는 분쟁의 재판관할에 대하여 登錄約款에서 동의한 경우에 한한다) 또는 (b) (분쟁해결)신청서가 紛爭解決機關에 제출되었을 경우 登錄機關의 Whois DB에서 참조할 수 있는 도메인등록인의 住所地の 裁判管轄地”라고 정의하고 있다. 도메인등록인이 UDRP에 따른다는 의사표시는 登錄機關과의 분쟁해결을 위한 것이 아니라, 아직 특정되지 않은 잠재적 제3자와의 분쟁을 전제로 하는 것이다. 그러나, 그 의사표시의 상대방은 분쟁당사자가 아닌 登錄機關이라는 점에서 특징이 있다.⁶⁴⁶⁾ 한편, 분쟁해결을 구하는 신청인은 UDRP에 따라 紛爭解決機關에 “登錄機關의 주된 事業所의 所在地 또는 도메인등록인의 住所地” 관할의 법원 중 최소한 어느 한 곳의 법원에 응소할 의사를 밝히도록 하고 있다.⁶⁴⁷⁾ 따라서 UDRP 신청인이 분쟁해결신청을 하면서 도메인등록인의 소에 응할 관할법원을 진술해야 UDRP 規則 제1조의 상호재판관할이 具體적으로 特定된다고 할 것이다.⁶⁴⁸⁾ UDRP 신청인이 지정한 관할법원에 도메인등록인이 소를 제기하면 합의관할에 따른 법원에 소를 제기하는 것과 유사하게 된다.

(나) 適用範圍

UDRP 제4조 k항은 “UDRP 결정의 집행보류기간인 10일 동안 등록기관이 도메인등

645) 예컨대, 일반도메인 登錄機關인 한강시스템의 도메인 이름 등록약관 제2조 제2항은, 당해 등록약관에 동의한 도메인등록인은 UDRP에도 동의한 것으로 간주한다고 한다.

646) UDRP규칙 제2조의 상호재판관할 규정이 도메인등록인과 登錄機關 간의 분쟁에도 적용되는지 의문이 있으나, UDRP 제6조는 도메인등록인으로 하여금 登錄機關을 분쟁에 포함시키지 못하도록 하므로, UDRP 規則 제1조가 도메인등록인과 登錄機關 간의 분쟁까지 고려한 것은 아니라고 해석될 것이다. 참고로 登錄機關 중의 하나인 한강시스템의 등록약관 제19조(2002. 12. 30. 기준)는 “① 이 약관에 명시되지 않은 사항에 대해서는 국내 또는 국제 관련법에 준하여 해석합니다. ② 도메인 이름의 등록과 관련하여 한강시스템과 분쟁이 발생한 경우에는 서울지방법원을 합의 관할법원으로 합니다”라고 규정하고 있다.

647) UDRP 規則 제3조 (b)(xiii)항은 “UDRP 신청인은 행정적 절차의 도메인 이름의 등록 말소나 이전결정에 대하여 도메인등록인이 불복을 할 경우 적어도 상호재판관할 중 하나 이상의 법원에 응소할 것임을 진술하여야 한다”라고 규정하고 있다. WIPO 중재조정센터의 전자 신청서 조항도 이에 따르고 있다.

<<http://arbitrator.wipo.int/domains/filing/udrp/complaint.html>>[2002.11.20.] 참조.

648) WIPO 분쟁조정센터 사이트에 비치된 UDRP 분쟁해결신청서 양식 및 설명 참조. <<http://arbitrator.wipo.int/domains/filing/udrp/complaint.html>>[2002.11.20.] UDRP 신청인의 관할지정은 각 도메인 이름마다 하도록 되어 있다.

특인으로부터 UDRP 신청인을 피고로 하여 UDRP 규칙 제3조 (b)(xiii)의 규정에 의한 관할법원에 제소하였다는 문서의 정본을 수취하지 않는 경우 당해 결정을 집행한다”고 규정하는바, 이에 의하면 도메인등록인은 상호재판관할 중 UDRP 신청인이 지정한 법원에 소를 제기하여야 한다. 그리고 “10일 이내에 제소하였다는 문서를 수령한 경우에는 (i) 화해 또는 합의서 (ii) 소의 각하, 취하를 입증하는 서류 (iii) 소의 기각 등 도메인등록인에게 도메인 이름을 보유할 권리가 없다는 서류를 수령할 때까지 UDRP 결정을 집행하지 않는다”고 규정한다. 따라서 UDRP 규칙 제3조 (b)(xiii)의 규정에 의한 관할법원에 소를 제기하여야 하는 것은 “UDRP 결정의 집행을 보류하기 위한 경우”로 해석될 여지가 있다.

최근 서울고등법원 판결도 도메인 이름(hpweb.com)의 이전청구 또는 침해금지청구권 부존재확인을 구한 원고의 청구(선택적 병합)에 대하여, “UDRP 결정 후 그 집행 이전에 그 결정에 의한 집행을 유보시킬 목적으로 소를 제기하는 경우”에 도메인등록인은 UDRP 신청인이 특정한 상호재판관할에만 소를 제기할 수 있다고 실시하였다.⁶⁴⁹⁾ 위 서울고등법원 판결 사건의 등록기관인 NSI도 상호재판관할이 전속적인 것임을 전제로 도메인등록인이 상호재판관할이 아닌 법원에 소를 제기하자 도메인 이름의 등록 이전조치를 취하였다. 만약 상호재판관할의 범위를 위와 같이 제한하지 않으면, 전속적 합의관할로 인해 도메인등록인은 부당하게 소 제기를 제한받게 된다. 따라서 서울고등법원은 UDRP 제4조 k항에서 말하는 소의 제기를 두 가지 유형으로 나누어 판단하고 있는데, “UDRP 제4조 k항에 따르면 도메인 이름 보유자 및 신청인은 ① UDRP에 의한 강제조정절차에서 도메인 이름을 말소 또는 이전하라는 결정이 있을 후 그 집행을 보류시킬 목적으로 소를 제기할 수 있고, 그 외에도 ② 강제조정절차가 개시되기 전이나 종결된 후에 강제조정절차와는 별도로 분쟁을 해결하기 위하여 적법한 관할권을 가진 법원에 소를 제기할 수 있는바, 위 ①의 경우에는 피고의 주장과 같이 신청인이 신청서에서 복종하기로 진술한 법원만이 관할권을 가진다고 할 것이나,⁶⁵⁰⁾ ②의 경우에 어느 나라의 어느 법원이 관할권을 가지는지는 국제재판관할에 관한 일반원칙에 따라 정해진다고 하여야 할 것이고, (이미 도메인 이름이 등록이전된) 이 사건 소(도메인 이름 이전청구 또는 금지청구권 부존재확인)⁶⁵¹⁾는 강제조정절차와는 별도로 제기된 소로

649) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

650) 예컨대, UDRP 決定取消의 訴 또는 도메인이름등록자정보변경금지가처분 등과 같이 도메인 이름의 등록말소, 이전을 저지하고자 하는 내용의 소송인 경우에는 신청인이 응소할 것을 진술한 관할법원에서만 소를 제기할 수 있다.

651) 1심 계속중에 登錄機關은 원고가 서울지방법원에 소를 제기한 것이 관할권 없는 법원

서 위 ②의 경우⁶⁵²⁾에 해당한다”는 취지로 판시하였다.⁶⁵³⁾ 따라서 위 판결에 의하면 도메인 이름이 UDRP 결정에 의해 등록이전된 이상 UDRP 결정의 당부를 다투면서 원상회복을 구하거나 손해배상을 구한다면 국제사법 제2조에 따라 적법한 관할 있는 법원에 소를 제기할 수 있게 된다.

(다) 登錄約款上 相互裁判管轄 同意 條項의 約款規制法 違反 여부

도메인 이름 登錄約款은 登錄機關이 일정한 형식으로 미리 정형화하여 정해두고, 등록기관은 電子文書의 형식을 통해 다수의 登錄申請人들의 도메인 이름 등록신청을 처리하고 있으므로, 그 명칭에 상관없이 약관이라 할 것이다(약관규제법 제2조 제1항). 따라서 국내법이 적용될 경우 “고객에 대하여 부당하게 불리한 재판관할의 합의조항은 무효로 한다”고 규정하고 있는 약관규제법 제14조를 도메인 이름 등록신청시 도메인 登錄申請人으로 하여금 “상호재판관할 조항을 포함하여 도메인 이름 분쟁해결에 관하여 UDRP에 따르도록 하는 조항”에도 적용할 수 있을 것인지 문제가 된다.⁶⁵⁴⁾ 다만,

에 대한 소제기라고 자체 판단하여 도메인 이름을 소송계속중임에도 불구하고 피고에게 이전하였고, 원고는 항소심에서 그 원상회복에 기한 이전청구 또는 금지청구권 부존재확인을 선택적으로 구하였다.

652) 1심인 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결(“hpweb.com”에 관한 1심 판결)에서는, 원고가 피고(강제조정절차의 申請人)에 대하여 도메인 이름의 원상회복과 손해배상을 청구하는 것이었는데, UDRP 決定이 부당함을 이유로 하는 손해배상은 UDRP 決定 자체를 번복하거나 유효하는 것이 아니라는 점에서 ②의 경우에 해당한다고 판시하였다. 이 사건의 UDRP 신청서에도 상호재판관할조항은 피고가 “도메인 이름의 등록이전 또는 말소”를 다투는 원고(강제조정절차의 被申請人)의 소에 대한 응소로 특정되어 있다(WIPO 중재조정센터 신청서 양식 참조). 이후 항소심에서 원고는 손해배상청구는 취하하였다.

653) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

654) 약관규제법 제15조는 “국제적으로 통용되는 약관 기타 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령이 정하는 경우에는 제14조의 적용을 제한할 수 있다”고 하고, 동 시행령 제3조는 “1. 국제적으로 통용되는 운송업 2. 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업 3. 수출보험법에 의한 수출보험”의 업종의 약관에 대하여 약관규제법 제14조를 적용하지 않는다고 하고 있는데, 이러한 약관규제법 제15조 및 동 시행령 제3조의 규정을 도메인 이름 登錄約款에도 준용 또는 유추적용할 수 있을 것인지는 의문이 있다. 이에 관하여는 보다 깊은 고찰이 필요하겠으나, 약관규제법은 경제적 약자인 소비자를 보호하기 위한 것이라는 점에 비추어, 본 연구에서는 약관규제법의 적용면제사유를 열거적인 것으로 해석하여 유추적용을 부정하고자 한다.

UDRP상 상호재판관할 조항은 특정 법원을 정하는 것이 아니라 “관할법원을 정하는 기준”을 정하는 것이라는 것이다.

한편, 대한민국 국적을 가진 도메인등록인이 대한민국 내에 있는 등록기관을 통하여 도메인 이름을 등록하더라도 재판관할에 관한 UDRP 規則은 당사자인 도메인등록인 또는 등록기관이 정할 수 없고 ICANN이 임의로 정할 수 있게 되어 있으며, ICANN이 정하는 재판관할에 관한 UDRP 規則에 도메인등록인은 구속된다. 게다가 도메인 이름 권리를 주장하는 제3자가 도메인등록인의 住所地 또는 등록기관의 所在地의 법원 중 최소한 한 곳의 법원에 응소할 뜻을 신청서에 기재하여 紛爭解決機關에 제출함으로써 도메인등록인은 재판관할에 관한 특정이 가능하게 되므로, 도메인 이름 권리를 주장하는 제3자가 紛爭解決機關에 신청서를 제출할 때까지 어느 법원에서 소가 제기될 것인지 예측하기 어려운 반면 UDRP 절차는 단기간이기 때문에 도메인등록인으로서 소송준비를 하기 어렵다.⁶⁵⁵⁾ 또 도메인 이름 권리를 주장하는 제3자가 紛爭解決機關에 UDRP 신청을 하기 전까지는 도메인등록인은 UDRP 規則 제1조에서 相互裁判管轄을 정하고 있다고 하더라도 제3자가 응하지 않는 한 당연히 재판관할이 있다고 할 수는 없는 반면,⁶⁵⁶⁾ 그 제3자는 아직 관할의 합의가 성립된 바 없으므로 UDRP를 거치지 않고 국제사법 일반원칙에 따라 소를 제기하거나, 相互裁判管轄 즉 도메인등록인의 住所地 또는 등록기관의 所在地 관할 법원 중 하나에 일방적으로 소를 제기할 여지가 있다는 점에서 도메인등록인과 제3자 사이에서 그 법적 지위는 차이가 날 수 있다. 더 나아가 相互裁判管轄이 아니라도 그 이외의 다른 관련 재판관할을 선택하여 소를 제기할 수 있다는 점에서 forum shopping의 가능성이 있으며 이는 도메인등록인이 피고로 될 경우 공격방어방법의 제출 등 소송수행에 있어 불리할 수 있다. 위와 같이 UDRP에서 정한 相互裁判管轄에 관한 조항이 도메인등록인에게 불리할 수 있다는 점을 강조하게 되면 위 관할 조항을 무효로 하고 國際裁判管轄 일반으로 돌아가야 한다고 주장할 여지도 있다.⁶⁵⁷⁾ 그러나, 위 UDRP 조항이 국내법원의 재판관할을 전적으로 배제하

655) 제3자의 분쟁해결신청이 있는 때로부터는 관할로 지정된 법원이 어디인지 알 수 있겠지만, UDRP에 의한 분쟁해결절차가 약 50-60일 내외로 종결이 되고 UDRP 절차에서 방어하기에도 시간상 촉박하므로 당해 관할 법원에 대한 정확한 정보를 얻어 준비하기란 사실상 어렵다.

656) 다만 법원은 實質的 關聯性을 이유로 관할을 인정할 여지는 있다. 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

657) 스위스 국제사법 제5조 제2항은 일방당사자로부터 스위스법이 정하는 재판적이 부당하게 박탈되는 경우에는 재판적의 합의는 무효라고 규정한다. 유력설도 우선 관할합의 조항에 의해 대한민국 법원에 관할이 부여되는 경우(prorogation)와, 한국의 기업 또는

는 것도 아니고, 도메인登錄人으로서도 불안정하기는 하지만 어느 정도 재판관할을 예측할 수도 있으며,⁶⁵⁸⁾ 국제거래나 국제계약의 경우 관할합의에 대한 유효성을 판단함에 있어 약관규제법을 과도하게 적극적으로 적용하게 되면 국제계약의 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 점에서 국제사법 제2조 제2항의 취지를 참작하여 國際裁判管轄의 특수성을 충분히 고려하고 당사자 사이에 불공정 여부를 구체적으로 신중하게 판단하여야 할 것이다.⁶⁵⁹⁾ 判例⁶⁶⁰⁾도, 위와 같은 재판관할의 합의에 대하여, “당해 사건이 대한민국의 전속관할에 속하지 아니하고 지정된 외국 법원이 그 외국법상 당해 사건에 관하여 관할권을 가져야 하는 외에 당해 사건이 그 외국 법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구되는 한편, 그 관할 합의가 현저히 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하지 않아야 한다”고 하고 있다. 따라서 약관규제법에 의한 추상적 규범통제와는 별개로 구체적 사례에 따라 법원의 판결에 의해 관할 조항의 적법성과 타당성

소비자가 국제재판관할에 관한 합의조항이 없었더라면 대한민국 법원이 國際裁判管轄을 가지고 있었을 것임에도 불구하고 약관조항에 의해 그러한 관할이 배제되는 경우 (derogation)에는 당해 계약의 준거법에 관계없이 약관규제법이 적용된다고 해석한다. 石光現, 『國際私法 解説』, 197-198면 참조.

658) 도메인登錄人인 원고가 UDRP의 부당성을 주장하면서 도메인 이름 원상회복 및 손해배상을 청구한 사안에서, 원고는 UDRP 규정이 현저하게 불합리하고 불공정하여 약관규제법 제3조, 제5조, 제6조, 제14조, 제17조에 위반되어 무효라고 주장하였으나, 법원은 “UDRP 신청인이 신청서에서 복종하기로 한 관할법원에 소를 제기하는 경우에만 그 결정의 집행을 유보하도록 제한함으로써 도메인 이름 보유자의 이익을 충분히 확보하지 못할 여지가 있다고 하더라도 그것만으로 곧 위 UDRP의 절차규정이 현저하게 불합리하고 불공정한 규정이라거나, 신의성실의 원칙에 반하여 공정을 잃은 조항(약관규제법 제6조) 또는 부당하게 불리하게 소제기를 금지하는 조항(약관규제법 제14조)에 해당하여 무효인 규정이라고 할 수는 없다”고 판시하였다(서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결). 이 판결은 항소심에서 파기되어 소각하 판결을 받았으나, 위 판시부분에 대한 판단에 의한 것이 아니므로 참고할 수 있다고 본다.

659) 姜喜哲, 「專屬的인 國際裁判管轄 合意의 有效要件」, 『國際私法研究』 제2호(1997), 韓國國際私法學會, 1997, 348-349면 참조. 여기서는 약관으로 전속관할을 규정한 것만으로 약관이 무효가 된다면 국제거래의 법적 안정성을 크게 해칠 것이라고 설명하면서, 당사자 사이에 불공평 여부를 구체적으로 판단하여야 한다고 한다. 이러한 설명은 본 논의에서도 참고가 된다고 본다.

660) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결. 이 판결에 대한 평석에 관하여는, ① 石光現, 『國際私法 解説』, 53면 ② 姜喜哲, 전계논문, 337면 이하 ③ 한충수, 「국제재판관할 합의에 있어 내국관련성 문제(상)(하)」, 『법률신문』 1997. 11. 20. 15면 등 참조.

여부가 판단될 것이다. 다만 아직 도메인 이름 登錄約款에 대하여 약관규제법의 문제가 본격적으로 논의되고 있지는 않으나, UDRP에 있어 도메인登錄人의 지위 보호에 관한 논의가 계속 진행 중인바, 위에서 본 바와 같이 상호재판관할 조항에 관하여 약관규제법상 부당성 여부에 대해 다툼의 여지가 있다는 점에서 입법론상 또는 분쟁해결정책상 UDRP상 상호재판관할 조항과 등록기관의 등록약관에 대한 보완도 필요하다고 본다.⁶⁶¹⁾

(3) 實質的 關聯性

우리나라 국제사법은 준거법의 결정과 달리 지적 재산권 분쟁, 불법행위 등에 관하여 특별한 국제재판관할 규정도 없다. 따라서 도메인 이름의 상표권 침해뿐만 아니라 도메인 이름 逆하이재킹과 같은 도메인 이름 권리 침해 등의 경우 국제사법 제2조의 實質的 關聯性의 여부를 판단하여 국제재판관할을 정하여야 한다.

(가) UDRP와의 關聯 問題

위 (2)항의 설명과 같이 UDRP 제4조 k항이 직접 적용되지 않는 경우(예컨대, 손해배상청구의 소 등)라 하더라도 UDRP 규칙 제1조의 상호재판관할 조항은 실질적 관련성의 여부를 판단할 때 중요한 판단기준이 될 수 있다.

법원은, 타인의 권리를 침해하는 도메인 이름의 등록지라는 측면이나 도메인 이름 이전명령의 실효성 등의 측면에서 당해 도메인 이름의 등록기관 소재지국 법원에 국제재판관할을 인정하여 도메인 이름 이전명령을 발할 경우 등록기관이 그 소재지국 법원의 명령을 거부하는 것은 상정하기 어렵다는 이유로 실질적 관련성을 긍정한다.⁶⁶²⁾ 다만 도메인등록인의 주소지에 대하여, 도메인등록인을 피고로 하는 소의 경우에는 UDRP 제4조 k항, 동 규칙 제1조 등뿐만 아니라 당사자간의 공평이라는 소송절차상의 정의 또는 재판의 적정성이라는 측면에서 국제재판관할을 인정하나,⁶⁶³⁾ 도메인등록인이 원고일 경우에는 UDRP 규칙 제1조의 상호재판관할에 도메인등록인 주소지국의 법원이 포함되어 있다는 이유로 국제재판관할을 인정한 판결⁶⁶⁴⁾과 소극적 당사자인 피고

661) 관할합의에 관한 약관규제법의 적용 여부는 관할 합의의 허용성 또는 적법요건 내지는 남용통제의 準據法과 관련된 문제이다. 石光現, 『國際私法 解説』, 196-199면.

662) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결; 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 결정 등.

663) 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 결정; 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 판결 등.

664) 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결 (서울고등법원 2002나4896 판

에게 현저하게 불리하다는 이유로 국제재판관할을 부인한 판결⁶⁶⁵⁾이 있다.

(나) 知的 財産權 關聯 紛爭의 問題

도메인 이름의 등록, 사용이 商標法상 登錄商標와 同一·類似하거나, 不正競爭防止法상 混同을 줄 염려가 있거나 著名商標를 損傷시키는 행위에 해당하는 경우에는 商標權, 商號權 기타 知的 財産權과 밀접한 관련이 있다. 또 사이버스쿼팅과 같이 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用의 경우에도 상표권자가 UDRP에 의하지 않고 희석화에 의한 상표권 침해를 주장할 수도 있다. 한편, 도메인 이름 권리도 장차 登錄商標權 유사 知的 財産權으로 인정할 수 있다면,⁶⁶⁶⁾ 도메인 이름에 관한 권리침해도 지적 재산권에 관한 재판관할 논의에 해당될 수 있을 것이다.

등록상표권 침해의 경우에는 첫째, 상표권 침해 여부만이 다투어지는 경우와 둘째, 상표권의 존부나 유효성이 선결문제로 다투어지는 경우로 나누어진다. 그런데, 선결문제는 상표의 등록지국 법원에 전속관할이 있다고 해석하면서 침해문제는 그렇지 않다고 하거나, 침해소송을 수행하는 법원에서 선결문제까지 담당하게 한다면, 두 문제가 갈등하거나 충돌할 여지가 있다.

등록과 침해에 관한 분쟁을 통일적으로 해결하고, 심리의 중복을 피한다는 점에서 상표권 침해 여부와 선결문제 모두 등록지국 법원에 전속관할을 둔다는 주장도 있을 수 있다.⁶⁶⁷⁾ 반면, 등록상표권의 침해를 불법행위로 구성하는 입장⁶⁶⁸⁾에 따르면,⁶⁶⁹⁾ 당

결의 원심 판결).

665) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

666) 식별표지기능을 하는 도메인 이름 및 그에 관한 권리가 무형의 재산 또는 지적 재산임은 인정될 수 있으나, 현재 도메인 이름 권리의 성질을 채권에 준하여 파악하므로 상표권이나 상호권에 준하는 권리로 보기는 어렵다. 따라서 지금까지의 논의로서는 채권에 대한 침해 문제로서 登錄機關의 債務不履行이나 제3자의 不法行爲에 관한 문제로서 파악하는 것이 타당할 것이다. 다만 도메인 이름에 관한 보호가 강화되고 배타적 권리를 인정하게 된다면, 상표권에 준하는 지적 재산권으로서 논의될 수 있을 것이다.

667) 헤이그 新協約 草案 제12조 제4항, 제5항 참조. 『國際私法研究』 제6호(2001), 韓國 國際私法學會, 526-527면(번역문); 572-575면(원문). 헤이그 신탁약 초안이 마련되는 과정에서 국제지적재산보호협회(AIPPI) 등 관련 단체의 견해를 반영하여 지적재산권 전부 또는 저작권 전부를 협약의 적용 대상에서 제외하는 방안과 특히 인터넷을 통한 저작권 침해만을 제외하는 방안(영국) 등이 제안됨에 따라 헤이그 신탁약 초안은 지적재산권에 관한 제12조 제4항 이하 규정 전체를 “[]” 속에 표기하게 되었다(이성호, 「사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결-한국법의

해 지적 재산권이 등록을 요하는가 여부와 관계없이 “行動地(行爲地 또는 不作為地)”와 “結果發生地(侵害發生地)”의 國際裁判管轄을 인정하고,⁶⁷⁰⁾ 登錄商標權者는 그 중 어느 관할도 선택할 수 있는 것이 원칙이다. 각 입장의 장, 단점이 있으나, 등록상표권의 유효성 판단에 있어서는 특허권의 경우와 달리 신규성이나 진보성과 같이 고도의 기술적 요소를 요구하는 것도 아니고, 상표에 관하여는 국제적인 합의를 통해 상당히 접근을 보면서 통일되어 가고 있기 때문에 등록상표권의 존부 또는 유효성 여부에 관하여 등록상표권 침해소송의 관할법원에서 판단하는 것이 가능할 수도 있다는 점, 상표의 경우에는 미등록주지상표의 보호도 함께 문제되는데, 상표의 등록 여부에 따라 선결문제의 관할이 다를 경우 통일적 체계를 구성하기 어려울 여지도 있다는 점, 재판관할의 결정에 너무 많은 제한을 받아 피해자가 적절한 구제를 받기 어렵다는 점 등을 고려한다면, 침해소송을 관할하는 법원에서 선결문제를 판단하는 것이 타당하다.⁶⁷¹⁾⁶⁷²⁾

시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11. 23., 129면 참조).

668) 柳英日, 「國際裁判管轄의 최근 동향」, 18-19면. 일본에서도 입법론은 별론으로 하고 법해석론적으로는 일본이 등록지국이 아닌 경우에도 불법행위지의 요건을 충족하는 한 당해 상표권 등 지적재산권의 침해소송에 대하여 관할을 가진다는 견해가 지배적이라고 한다. 東京地方裁判所 1953. 6. 12. 선고 만주특허침해사건(Kakyu Minji Saibanreishu, Vol. 4, No. 6, p.847) 등이 특허침해소송에 대하여 등록지 전속관할을 부정한 사례로 인용되고 있다.

669) 민사소송법 제24조는 “지적재산권과 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다”고 하나, 이는 국내 지적 재산권 분쟁에 관한 관할의 구분일 뿐, 국제사법의 문제에까지 적용되는 것은 아니라고 본다. 또 특허침해소송의 2심은 특허법원의 전속관할로 한다는 법원조직법 개정안(의안 1767호, 2002. 10. 4. 발의)도 국내 민사소송법상의 문제이지, 이를 국제사법에까지 확대할 수는 없을 것이다.

670) 현재 우리나라는 특허의 등록에 관한 유효성 예컨대, 등록무효 또는 등록말소와 관련한 소송은 특허법원에서, 특허권 침해와 관련한 소송은 일반 민사법원에서 하도록 관할이 분할되어 있다.

671) 유사 취지: 이성호, 전제논문, 147면.

672) 이러한 헤이그 新協約 草案의 지적 재산권 보호 규정에 대하여, 국제지적재산권기구 즉 WIPO는 지적재산권 분쟁에 관한 국제사법적 문제를 고유적으로 해결하고자 하는 취지에서, “지적재산권 사건의 국제재판관할과 재판의 승인에 관한 협약초안(Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters)”(이하 WIPO 知的財産權協約 草案이라 한다)을 마련하였다. 전문은, <http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/pdf/pil_01_7.pdf>[2002.11.20.] 참

(다) 不法行爲의 問題

1) 도메인 이름 紛爭의 類型

도메인 이름 분쟁을 당사자별로 분류한다면, 크게 “도메인登錄人과 登錄機關 간,” “도메인登錄人과 商標權者인 제3자 또는 도메인 이름 權利 侵害者인 제3자 간,” 그리고 “登錄機關과 제3자 간”으로 나눌 수 있는바, 도메인登錄人과 登錄機關 간의 분쟁은 계약불이행의 법리에 의하는 경우가 대부분일 것이고, 나머지 두 개의 유형은 불법행위 여부가 주로 문제될 것으로 보인다. 다만 UDRP 제6조는 도메인登錄人과 제3자 간의 분쟁에 대하여 登錄機關은 어떠한 관여도 하지 아니한다고 하고, 도메인登錄人과 UDRP 신청인은 UDRP에 따를 것을 약속하므로 결국 주된 분쟁의 당사자는 도메인登錄人과 제3자가 될 것이다.

도메인 이름 관련 분쟁사례는 상표권 침해 등 지적 재산권 관련 분쟁이 대부분인데, 앞에서 본 바와 같이 등록지국 전속관할을 인정하지 않을 경우 등록상표의 경우라도 상표권 침해의 법적 성격이 불법행위이므로 그 國際裁判管轄을 不法行爲地로 보아야 할 것이다.⁶⁷³⁾ 도메인 이름의 단순 선점을 위한 등록도 불법행위를 성립하는지 여부는 별도의 판단대상이 되며, 만약 권리침해로서 위법성이 인정된다면 불법행위가 성립될 것이다.⁶⁷⁴⁾ 한편 도메인 이름 逆하이재킹과 같이 도메인登錄人이 被侵害者일 경우 위법성이 인정되면 불법행위의 성립을 인정할 수 있으므로, 不法行爲에 관한 國際裁判管轄 決定에 대하여 그 검토의 실익이 있다.

2) 管轄擴大의 制限 및 調整을 위한 論議

도메인 이름의 분쟁은 인터넷의 특성상 전세계에 대한 모든 국가에 대한 재판관할권을 인정할 염려가 있는바, 각국은 관할의 확대 제한과 관련하여 여러 논의가 있다.

조. 다만 이 협약 초안은 도메인 이름에 대하여도 TRIPS협정에 의한 보호대상인지 여부가 명확하지 않다는 이유로 적용대상에서 제외될 가능성이 있다고 지적하고, 협약 초안 자체도 논의의 출발점을 위해 제출되었을 뿐 국제적으로 합의점이 도출된 것은 아니라는 점에서 자세한 설명은 유보하기로 한다.

673) 柳英日, 전제논문, 19면.

674) 우리나라 도메인 분쟁 관련 하급심 판결은 앞서 본 바와 같이 단순선점을 위한 도메인 이름 등록은 商標法위반이나 不正競爭防止法위반이 아니라고 판시하므로 위 등록에 대해 불법행위의 성립을 인정하기 어렵다. 다만 미국 반사이버스퀴팅소비자보호법이나 새로 입법준비 중인 정보통신부의 인터넷주소자원관리법안은 단순 선점을 위한 것이라도 不正한 目的이 인정되면 위법성을 인정한다.

가) 유럽연합의 국가들의 “民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 承認 및 執行에 관한 2000년 12월 22일 이사회 규정(Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 이하 “브뤼셀 규정”이라 한다)⁶⁷⁵⁾에 의하면, 불법행위 또는 그에 준하는 사건 또는 그로 인한 청구권이 소송의 목적인 경우 불법행위 피해자는 위 브뤼셀 규정에 따라 피고의 주소지 또는 불법행위지⁶⁷⁶⁾ 국가 중 하나를 선택할 수 있다(제5조 제3호). 불법행위지를 행위지로 할 것인지, 결과발생지로 할 것인지, 양자 모두 인정할 것인지 규정상 명문의 규정은 없으나, 원칙적으로는 양자를 모두 포함한다고 할 것이다.⁶⁷⁷⁾ 다만 무분별한 재판관할의 확대에 의한 forum shopping의 문제점을 방지하기 위하여, 행동지와 결과발생지를 구분하여 전자에 대하여는 모든 손해의 배상에 대한 재판관할을 인정하지만, 후자에 대하여는 당해 국가에서 발생한 손해의 배상에 대하여만 재판관할이 있다고 하여 일정한 제한을 둘 것이다.⁶⁷⁸⁾

나) 美國에서는 독일이나 브뤼셀 규정 등 대륙법 체계와 달리, 계약의 의무이행지, 불법행위지 그 자체가 國際裁判管轄의 근거가 되는 것은 아니며, 피고와 당해 법정지와와의 접촉 또는 관련이 법정지의 관할권을 인정하는 것을 공평하고 합리적이 되도록 하는지에 따라 정해진다. 미국 법원은 피고에 대해 주(State)간 재판관할권 또는 국제 재판관할을 가지기 위해 필요한 요건으로 첫째, 管轄權擴大法(Long Arm Act)에 의한 立法的 授權이 있을 것과, 둘째, 재판관할권의 행사가 미연방헌법상의 適法節次(Due

675) 브뤼셀 규정의 번역은 『國際私法研究』 제7호(2002), 韓國 國際私法學會, 347-384면 참조. 브뤼셀 규정의 전단계인 브뤼셀 협약에 대하여는, 石光現, 「民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 유럽공동체協約(일명 “브뤼셀 협약)」, 『國際私法研究』 제2호(1997), 韓國 國際私法學會, 153면 이하.

676) 브뤼셀 규정 제5조 제3호는 불법행위지를 “place where the harmful event occurred or may occur”라고 규정하고 있다.

677) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 124면.

678) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 125면. 유럽법원의 1995. 3. 7. Fiona Shevill and a.c. v. Presse Alliance S.A. 사건은 프랑스에서 발행한 신문이 유럽 각국에 배포되어 원고의 명예를 훼손한 사안으로서, 법원은 신문사 소재지에서는 모든 손해의 배상에 대해 재판관할을 인정하면서, 신문이 배포된 국가에서 발생한 손해의 배상에 대하여 재판관할이 있다고 일정한 제한을 두었는데, 이 판결은 이후 헤이그 新協約 草案에도 영향을 미쳤다. STJCE 7 March of 1995. Asunto C 68/93: Fiona Shevill y otros vs. Presse Alliance 참조.

Process)에 부합할 것을 요구한다. 그리고 적법절차의 요건을 충족하기 위하여 ① 피고와 법정지 간에 “최소관련성(minimum contacts)”이 있을 것, ② 법정지의 재판관할권의 행사가 공평하고 실질적 정의에 부합하는 합리적인 것일 것을 요한다.⁶⁷⁹⁾ 그리고 미국 법원은 최소한의 접촉 또는 최소관련성을 인정하기 위해서, ① 법정지 내에서 피고의 행위⁶⁸⁰⁾가 있을 것, ② 그 행위가 의도적일 것, ③ 법정지 주법의 이익 및 보호를 향유할 것이라는 기준을 제시하고, 점차 ①의 요건을 “법정지 내에서의 효과를 발생시킬 것이 예상되는 법정지 외에서의 행위”까지 확대, 완화하였다.⁶⁸¹⁾

다만 미국법원은 위 각 요건에 의해 國際裁判管轄의 존재를 인정하더라도 다시 관할권 확대를 억제하는 수단으로서 “不適切한 法廷地の 法理(doctrine of *forum non conveniens*)⁶⁸²⁾”에 기초하여 재량으로 재판관할권 행사를 거부할 수 있다고 하여 國際裁判管轄의 분배와 행사의 문제를 분류하고 있다. 법적 안정성이나 예측가능성이 침해될 여지가 있으나, 國際裁判管轄의 決定에 있어 인터넷상 불법행위에 관한 관할의 무제한 확대를 합리적으로 제한하여 구체적 타당성에 접근할 수 있는 근거를 마련할 수 있다. 이러한 관할권 확대의 이론은 헤이그 신탁약 초안에도 일부 반영되었다.

다) 헤이그 新協約 草案 제10조 제1항⁶⁸³⁾은 “a) 손해를 초래한 행위(작위, 부작위 포함)가 행해진 국가, 또는 b) 손해가 발생한 국가. 다만 책임추궁을 당하는 자가 그 국가에서 동일한 성질의 손해를 초래할 수 있다는 점에 대하여 합리적으로 예견할 수 없었다는 것을 입증하였을 경우는 제외한다.”고 규정하고, 제2항은 “원고는 그 국가에서 피고가 빈번한 또는 중요한 활동을 영위한 국가 또는 그 국가를 향하여 그러한 활동을 영위한 국가의 법원에 불법행위에 관한 소를 제기할 수 있다. 다만 청구가 그러한 활동으로부터 발생하고, 피고와 그 국가와의 전체적 관계에 의하여 피고가 그 국가에서의 소에 따르도록 함이 합리적일 것을 조건으로 한다”고 규정하며, 제3항은 “전항들은 피고가 그 국가에서 또는 그 국가를 향하여 행위하는 것을 피하기 위하여 합리

679) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 127면.

680) 피고의 행위는 “일반접촉(*general contacts*)”과 “특별접촉(*special contacts*)”으로 구분되는데, 이는 각각 일반관할, 특별관할의 근거가 된다. 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 128면.

681) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 128면.

682) 국제사법 개정시 제2조 신설함에 있어 부적절한 법정지의 법리를 도입하자는 의견도 있었으나, 많은 논란이 있어 개정법률에서는 그에 관한 명문의 규정을 두지 않고 判例와 學說에 맡기기로 하였다. 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 258면.

683) 『國際私法研究』 제6호, 524-525면(번역문), 570-571면(원문) 참조.

적 조치를 취한 경우에는 적용되지 아니한다”라고 규정한다. 또 제4항은 “원고는 행위 또는 손해가 발생할 가능성이 있는 때에도 제1항에 따라 소를 제기할 수 있다”고 규정하고, 제5항은 “단지 그 국가에서 손해가 발생하였거나 발생할 가능성이 있다는 것만으로 어느 국가의 법원에 소가 제기된 경우 그 법원은, 피해자가 그 常居所(habitual residence)를 당해 국가에 가지는 경우가 아닌 한, 당해 국가에서 발생하였거나 발생할 손해에 관하여만 관할을 가진다”고 규정하고 있다.

원칙적으로 행위지와 결과발생지에 모두 관할을 인정하면서도 여러 가지 제한 요소를 두어 관할의 남용을 방지하고자 절충적 태도를 선택한 것으로 보인다. 아직 조약으로서 체결, 조인된 것은 아니지만, 국제사법 제2조의 실질적 관련성에 대한 해석과 관련하여 중요한 참고가 될 수 있다.

3) 도메인 이름 紛爭의 特性에 따른 修正理論

도메인 이름의 분쟁은 인터넷을 기반으로 하고 있기 때문에 상표권 침해를 이유로 하는 불법행위가 전세계에 걸쳐 인정되어 사실상 국제사법에 의한 재판관할의 결정이 무의미해질 위험이 있다.⁶⁸⁴⁾ 앞의 2)항에서 관할 확대의 제한 논의도 인터넷에 의한 관할의 확대를 적절히 조절하지 못한다는 비판에서 새로운 수정이론이 논의되기 시작했다.

가) 새로운 規範의 必要 여부

인터넷에서의 불법행위는 광범한 行動地 및 結果發生地에 걸쳐 일어날 수 있고 그로 인하여 國際裁判管轄을 정하는 것이 사실상 의미가 없어지게 된다는 비판 아래 전통적인 국제사법을 버리고 새로운 규범을 형성하여야 한다는 급진적인 주장도 대두되고 있는데, 그 중 재판관할권에 관하여 새로운 발상을 요구하며, 인터넷 분야에서는 국가관할권인 규율관할권, 재판관할권, 집행관할권을 사적인 “net-based”기관들에게 맡겨야 하며, 그 경우 혼돈 이론에서 보는 바와 같이 외관상 무질서하거나 무정부적인 체제의 자연스러운 상호작용으로부터 질서와 규칙의 준수가 달성될 수 있을 것이라고 하는 급진적인 견해⁶⁸⁵⁾조차 있다.

그러나 인터넷상에서의 불법행위의 재판관할이 광범위하게 확대된다 하더라도 기존

684) 2)항의 관할 확대 제한도 인터넷에 의한 관할의 무제한 확대를 적절히 조절하지 못한다는 비판에서 수정이론이 논의되기 시작했다.

685) Jhonson, David R./Post, David, “Law and Borders, The Rise of Law in Cyberspace,” 48 *Stan. L. Rev.* 1367, 1996. 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 119면에서 재인용.

의 國際裁判管轄 配分の 규칙에 의하고 이를 수정, 보완하여도 그 해결이 가능하다고 보이고, 만약 전혀 새로운 國際裁判管轄의 기준을 정하게 되면 이에 대하여 각국마다 이해를 달리 할 때에는 오히려 國際裁判管轄을 지정함에 있어 혼란에 쌓일 수도 있다는 점에서 현재의 제도를 일부 수정, 보완하여 해결하는 것이 타당하다고 생각된다. 다만 수정, 보완의 이론에 있어서도 많은 이견들이 있을 수 있으나, 유럽연합의 경우와는 달리 재판관할의 결정에 관하여 보다 구체적 타당성을 중시하는 미국 법원은 인터넷 분쟁에서의 재판관할 선택을 함에 있어 “최소 관련성”과 관련하여 여러 가지 참고가 될 만한 판결들을 내놓았고 WIPO에서도 상표의 속지주의와 인터넷을 통한 국제 재판관할의 문제를 해결하기 위한 제안을 한 바가 있는바, 이들에 대한 검토는 우리나라 국제사법 제2조 제1항의 實質的 關聯이나 같은 조 제1항 후문의 國際裁判管轄 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙, 같은 조 제2항의 國際裁判管轄의 특수성을 고려하여 國際裁判管轄을 결정하도록 하는 우리 국제사법의 해석과 적용에 있어 상당한 참고가 될 것으로 보인다.

나) 美國 法院의 判決

(i) 領域別 分析法

미국의 경우는 앞서 본 바와 같이 당해 소송이 계약과 불법행위 중 어느 것으로 성질 결정되는가는 별로 의미가 없으며, 최소관련성, 공평과 실질적 정의의 관념, 부적절한 법정지의 법리 등에 기초하여 관할의 결정을 한다.⁶⁸⁶⁾ 최근 판결 중에는 기존의 관할이론을 가상공간에 접목하여, 웹사이트를 운영하는 유형을 세 가지로 분류함으로써 그 운영자에 대한 다른 주(州, State)의 관할권⁶⁸⁷⁾의 유무를 결정한 사례(Zippo 판결)⁶⁸⁸⁾가 있다.⁶⁸⁹⁾

이 판결의 법원은 세 가지 유형으로, ① 피고가 인터넷상에서 명백히 영업을 하

686) 인터넷과 관련하여 재판관할권에 관한 미국의 이론, 판결은 많으나, 이 논문에서 필요에 의해 임의로 분류, 인용하였다. 인터넷 거래에 관한 미국 재판관할권의 이론에 관한 개요는, 李太鍾, 「인터넷을 통한 거래에 있어 國際裁判管轄」, 2002년도 전문분야법관세미나(II) 자료, 사법연수원, 24-34면 참조.

687) 미국 판결의 재판관할에 관한 판결은 주로 주(State) 간 인적 재판관할(in person jurisdiction)에 관한 것이지만, 이는 國際裁判管轄에 관하여도 타당하다.

688) Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc. 952 F.Supp. 1119(W.D. Pa. 1997). 李太鍾, 전계논문, 27면; 최성준, 전계논문, 205-210면.

689) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 131면; 이성호, 전계논문, 115-119면; 노태약, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법」, 79-80면.

는 경우 ② 다른 관할지역의 이용자가 접근할 수 있는 인터넷 웹사이트에 피고가 단지 정보를 게시하는 수동적 웹사이트의 경우 ③ 양자의 중간 영역으로서, 이 경우 웹사이트에서 행해지는 운영자와 이용자간의 상호작용의 수준과 정보교환의 상업적 성격에 의하여 관할권의 유무를 결정한다. 위 기준 하에 법원은 피고가 펜실바니아주 법이 제공하는 이익을 의도적으로 이용하였다고 보아 펜실바니아주의 재판관할을 인정하였다. 이후 인터넷상의 재판관할에 관하여 위 기준을 인용한 판결들⁶⁹⁰⁾이 다수 나오고 있다.

피고의 활동에 기한 관할(activity based jurisdiction)은 생소한 개념이기는 하나 이에 의한 특별관할을 인정하게 되면 가상공간에서 무한하게 확대되는 관할의 범위를 한정할 수 있고 實質的 關聯性에 가까워질 수도 있다.⁶⁹¹⁾

(ii) 法廷地의 最少關聯性

법정지는 인터넷을 통하여 법정지와 관련된로부터 이익을 구하고자 하는 누군가에 의해 겨냥될 수 있고, 역의 거주자가 법정지를 겨냥(targeting)하므로 법정지 내에서 일정한 이익을 누리하고자 하였다면, 법정지와 최소관련성이 인정되고 적법절차도 충족할 수 있다는 입장이다.⁶⁹²⁾⁶⁹³⁾ 이에 의하면, 예컨대 웹사이트 운영자가 “대한민국 지역에는 판매하지 않음”이라는 문언을 게시하고 우리나라 안에서 이용자와 거래하지 않

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

691) 石光現, 『인터넷과 國際裁判管轄』, 18-19면.

692) Heroes, Inc. v. Heroes Foundation, 958 F.Supp. 1(D. D.C. 1996). 상표권 침해 사건으로서 워싱턴 D.C.의 자선단체인 원고는 HEROES 서비스표를 자신의 모든 자선활동과 관련하여 사용하여 이를 연방상표로 등록하였는데, 피고는 뉴욕주에 위치한 자선단체로서 HEROES FOUNDATION이라는 명칭을 사용하면서 웹사이트를 운영하고 있을 뿐 아니라 법정지 내의 신문광고를 통해 그 법정지 내 거주자들에게도 기부금을 구하고 있었다. 법원은, 피고의 계속적인 웹사이트의 운영과 워싱턴 D.C.를 겨냥한 신문광고, 그리고 워싱턴 D.C. 내 거주자들에게 기부금을 구한 사실은 재판관할확장을 위한 최소 접근성을 만족시키고, 그러한 요인들의 결합은 피고가 의도적으로 그 법정지로 끌어들이지리라는 점을 예견하였어야 한다는 결론을 내림으로써 워싱턴 D.C.의 재판관할을 인정한 사례이다.

693) 김용진, 전게서, 73면; 이성호, 전게논문, 119-120면; 노태약, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법」, 80면. 이에 대한 외국문헌으로는, Michael A. Geist, “IS THERE THERE? TOWARD GREATER CERTAINTY FOR INTERNET JURISDICTION,” *Berkely Technology Law Journal*, 2001.

<<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>>[2002.11.20.] 참조.

는다는 의사표시와 조치를 충분히 취한 경우⁶⁹⁴⁾에는 實質的 關聯이 없다고 해석될 여지가 있게 된다. 다만 도메인 이름 분쟁에서 단순히 도메인 이름을 등록한 사실만으로 특정 법정지를 겨냥하였는지 여부에 관하여는 등록사실 이외에도 제반사정에 대한 참작이 필요할 것으로 생각된다.

다) WIPO의 提案

WIPO는, 인터넷에서 일정한 상표를 사용하는 행위로 인하여 기존의 상표권이 침해되었는가의 여부에 대하여, 원칙적으로 각국이 자국의 법에 따라 판단할 것이지만, 침해행위로 규정하기 위해서는 인터넷에서의 상표 사용으로 말미암아 자신의 상표권이 침해되었다고 주장하는 자가 그 상표를 권리로서 보호하는 국가에서 경제적 영향을 미치는 경우로 제한할 것을 제안한 바 있다.⁶⁹⁵⁾ 이는 침해를 주장하는 商標權者가 자신의 상표를 권리로서 보호하고 있는 국가들의 법원에 인터넷 사용행위로 인한 침해소송을 제기하려면, 그곳에서 보호하려는 권리가 인터넷 사용행위로 인하여 현실적인 경제적 손해를 입었다는 사실을 입증해야 특별재판적을 인정할 수 있다는 것이다.⁶⁹⁶⁾

라) 國際私法上 修正理論의 收容 여부

국제사법 제2조의 實質的 關聯性을 판단함에 있어 대륙법체계를 기본으로 하는 우리나라 민사소송법의 토지관할규정을 고려하지 않을 수 없기 때문에,⁶⁹⁷⁾ 원칙적으로는

694) 미국 판결로는, *Euromarket Designs Inc. v. Crate & Barrel Ltd.*, 96 F.Supp. 2d 824(N.D. Ill.) May 16, 2000 참조. 이를 우리나라에 유추하여 적용하더라도, 인터넷상의 웹사이트에서 특정 언어를 사용하여 특정 국가 또는 특정 지역만을 상대로 한다는 문언을 두거나, 특정 국가 또는 지역을 제외한다는 문구를 둔 것만으로 당연히 관할배제의 효과가 생긴다고 보기는 어렵기 때문에, 더 나아가 외국으로부터의 접근을 제한하기 위한 기술적 조치(blocking mechanism) 및 특정국가에 대한 관할을 배제한다는 관할 합의 등 그 이상의 조치가 수반되어야 한다는 견해가 있다. 노태약, 「전자거래의 재판관할과 준거법」, 『정보법학』 제5권(2001), 한국정보법학회, 19면; 노태약, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법」, 88면 참조.

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

696) 김용진, 『지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구』, 한국법제연구원, 85면 참조.

697) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결. 외국적 요소가 있는 사건에 관한 법원의 국제재판관할의 유무는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본 이념에 따라 조리에 의하여 결정함이 상당하므로, 민사소송법의 토지관할규정이 참고된다고 한다.

브뤼셀 규정이나 헤이그 신탁약 초안의 내용을 참고해서 관할의 확대와 제한을 조절할 것이다. 그러나 도메인 이름 분쟁과 같이 인터넷을 통해 무한대로 확대될 수 있는 불법행위지에 대하여 실질적 관련성을 반영하려면, 보다 구체적이고 세분화된 기준이 필요하고 이에 관한 미국 판례 이론들은 많은 참고가 될 수 있다. 따라서 우리나라 국제사법 체계와 정면으로 모순되지 않는 한 미국 판결의 관할 확대의 제한에 대한 수정 이론도 수용할 수 있을 것이다. 제조물책임에 관한 사례이기는 하나, 대법원은 “實質的 關聯을 판단함에 있어서는 ... 당해 손해발생지 내에서의 거래에 따른 이익을 향유하려는 제조자의 의도적인 행위가 있었는지 여부가 고려될 수 있을 것”이라는 취지로 판시⁶⁹⁸⁾함으로써 미국 판결⁶⁹⁹⁾에서의 “의도적 이용(targeting)” 개념과 이론을 일부 참고한 것⁷⁰⁰⁾으로 해석된다.⁷⁰¹⁾

4) 도메인 이름 紛爭에 관한 具體的 檢討

인터넷을 통한 불법행위의 재판관할 확대와 그 제한은 많은 연구가 필요하고 판례의 축적을 요한다. 도메인 이름 분쟁에 관하여도 하급심에서 다수 사례들이 나오고 있는데, 구체적 검토를 통해 재판관할의 문제를 살펴보고자 한다.

가) 도메인 이름의 등록 및 사용이 UDRP 요건을 충족하고 상표권 침해 또는 불법행위에 해당하는 경우 상표권자인 원고의 주소지국에서 인터넷으로 도메인등록인인 피고의 웹사이트에 접속할 수 있다면, 불법행위지로 원고 주소지국 관할을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이에 관하여 원고 주소지국에 국제재판관할을 인정할 수 있다는 견해⁷⁰²⁾도 있으나, 우리나라 하급심 판결⁷⁰³⁾은 불법행위지에 해당한다고 할지라도 상표

698) 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결. 평석으로는, 金弘燁, 「國際間 製造物責任 訴訟과 外國法院의 國際裁判管轄權 認定基準」, 『人權과 正義』 237號(1996. 5), 119-132면.

699) 미국 연방대법원 판결로, World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 28 (Jan. 21, 1980) No. 78-1078; Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court, 480 U.S. 102 (Feb. 24, 1987) No. 85-693 등 참조.

700) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권, 243면; 金弘燁, 전제논문, 132면 참조.

701) 柳英日, 전제논문, 22-24면. 이 견해는 미국 판례상 불적절한 법정지 법리에 관하여 국제사법 제2조의 해석과 관련하여 우리나라에서도 수용할 수 있다고 한다.

702) 이정기, 「도메인네임 분쟁관련 재판관할권」, 法律新聞 2001. 7. 12.(제2994호), 13면.

703) 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 판결; 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1404 결정 등.

권자인 원고의 주소지국 법원에 국제재판관할을 인정한다면 당사자간의 공평, 재판의 적정성이라는 국제재판관할의 기본이념에 비추어 도메인등록인에게 현저히 불리하므로 원고 주소지국의 법원에 관할을 인정할 수 없다고 판시하였다.⁷⁰⁴⁾ 더 나아가 법원은 미국 법원이 우리 민사소송법상의 불법행위지의 특별재판적이나 등기·등록지의 특별재판적에 비추어 국제재판관할권이 인정된다는 주장에 대하여, 위 불법행위지에는 손해의 결과발생지도 포함된다고 할 것이나, 그러한 손해발생지의 경우에도 도메인등록인이 그 손해발생지에서 빈번하게 또는 중대한 영업활동을 하거나 손해발생지 내에서의 거래에 따른 이익을 향유하려는 제조자의 의도적인 행위가 있다는 등 특정한 국가에서의 결과 발생을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 실질적인 관련성이 인정되는 경우에만 그 국가에 국제재판관할을 인정할 수 있을 것인데, 당해 사건에서는 이러한 실질적 관련성이 인정되기 어렵다는 이유로 미국의 재판관할권을 부인하였다. 위 하급심 판결에서는 미국의 판례 이론을 우리 국제사법의 실질적 관련성과 조화를 이루기 위해 일부 인용하였다는 점에서 의의가 있다고 할 것이다.⁷⁰⁵⁾

나) 도메인 이름 권리 침해와 관련하여, 서울고등법원 판결 중에는, UDRP 결정에서 패소한 도메인등록인이 원고(UDRP 신청인)가 피고(도메인등록인)를 상대로 분쟁해결기관인 NAF의 결정을 통해 불법하게 도메인 이름의 이전을 받았다고 주장하면서 “피고가 불법적으로 이전하여 간 당해 도메인 이름의 보유자의 주소지로서 불법행위지이고, 원고에게 이 사건 도메인 이름을 다시 이전하여 원상회복하여야 할 의무이행지이며...(중략)...원고가 이 사건 도메인 이름을 사용하여 영업을 영위하는 곳으로서 피고가 주장하는 원고의 상표권 침해행위가 이루어진 곳이어서 이 사건은 대한민국과 실질적인 관련이 있으므로 원고의 주소지를 관할하는 대한민국에 재판관할이 있다”고 주장한 것에 대하여, 분쟁해결기관인 NAF의 결정내용이 불법행위로 평가할 만하지 않다는 취지로 전제한 후 설사 불법행위를 인정하더라도 그 가해행위 및 결과발생지는 모두 미국이라고 판단한 후 원고의 주장을 배척한 것이 있다.⁷⁰⁶⁾ 위 판결에 대하여, “재판관할 인정을 위한 불법행위나 부당이득이 성립되는지 여부를 판단함에 있어서는 그것이 본안 판단으로서 하는 것이 아니기 때문에, 항소심 실시와 같이 자세하게 판단할 것은 아니고, 가급적이면 원고 주장 자체에 따라 개략적으로만 판단하였을 것”을 전제로, UDRP 규칙 제1조가 도메인

704) 같은 취지 : 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 결정.

705) 최성준, 전제논문, 219면.

706) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

이름 보유자의 주소지를 중요한 관할의 근거로 하고 있고, 실질적으로도 원고가 이 사건 소를 제기할 당시에는 그 도메인 이름의 권리자가 원고이었는데, 원고가 NAF의 결정에 의하여 자신의 권리를 박탈당할 위기에 처하게 되는 경우 NAF 소재지 법원에 대하여는 거부감을 가지는 것이 보통이므로 또 다른 관할지를 찾는다면 위 상호관할권을 갖는다고 되어 있는 자신의 주소지가 관할권을 갖는 것으로 보는 것이 당사자간의 공평이라는 소송절차의 정의 또는 재판의 적정성이라는 측면에서 볼 때 타당하다는 이유로 재판관할을 인정한 1심 판결(2002가합67360 판결)의 입장을 지지하는 견해⁷⁰⁷⁾도 있다.⁷⁰⁸⁾

다) 인터넷과 관련된 도메인 이름의 경우도 상표권 보호의 속지주의를 넘어 불법행위로서 다수 국가에 걸쳐 행동지와 결과발생지가 생길 우려가 많다. 이 경우 법원은 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속 등 및 국제재판관할의 배분 원칙 등을 고려하여 적절히 제한하여야 한다. 그러나 이러한 제한과정이 과도할 경우에는 당해 원고의 재판받을 권리를 침해할 수도 있으므로 그 근거가 명확하여야 한다.

예컨대, 원고 주소지국 법원을 일반적으로 인정하지 않는 것은 당사자간의 공평, 재판의 적정성 때문이지만, 실질적 관련성을 인정할 구체적 근거가 있다면 원고 주소지국 법원의 관할을 부인할 이유는 없다.⁷⁰⁹⁾ 특히 도메인등록인이 원고가 되는 경우에는 UDRP 제4조 k항 및 UDRP 규칙 제1조 등에 의해 도메인등록인의 주소지가 중요한 관할로 규정되어 있기 때문에 원고 주소지국 법원이 될 지라도 실질적 관련성을 인정할 여지가 높다고 생각한다. 또, 아마존(amazon.com)과 같은 웹사이트는 전세계의 소비자를 대상으로 하는데, 이와 동일·유사한 도메인을 등록 및 사용하는 것이 최초 관심 혼동을 일으켜 소비자들을 아마존 웹사이트로부터 다른 웹사이트로 유인하여 당해 아마존 웹사이트 사업자에게 손해를 가할 수도 있고, 상표권 또는 저명상표를 침해하였다고 인정할 여지도 있는데, 이 경우 행동지와 결과발생지의 범위를 어떻게 확정할 것인지는 실질적 관련성의 해석에 따라 확대될 수도, 제한될 수도 있다. 한편, 국가도

707) 李太鍾, 전계논문, 50면.

708) 항소심 판결에서는 소극적 당사자인 피고의 주소지국이나 등록기관 소재지 법원에 관할을 인정하는 것이 조리에 반하지 않는다거나 판결의 실효성 측면에서 더 타당하다는 점을 대한민국 법원의 관할 부인의 근거로 들고 있으나, 이 견해는 관할의 중첩 가능성을 이유로 사건에 관한 다른 국가의 관련성이 우리나라의 재판관할 유무에 대한 판단에 직접적인 영향을 미치는 것은 아니라고 한다. 李太鍾, 전계논문, 50면.

709) 최성준, 전계논문, 219면 참조.

메인과 같이 당해 도메인을 그 국가에서 사용할 것이 통상의 예이지만, .to, .tv 등과 같이 국가도메인이지만 공개되어 있어 누구나 사용할 수 있는 경우에는 국가도메인이라도 행동지나 결과발생지가 여러 국가에 걸쳐 확대될 수 있다.

이와 같이 국제사법상 실질적 관련성은 확일적으로 기준을 정할 수 없을 것이며, 구체적 사례에서 법원이 합리적 기준에 따라 정해야 한다. 그리고 이러한 판단기준과 참작요소는 판례의 축적에 의해 형성될 것이다. 다만 특별 입법에 의해 특별관할규정을 들으로써 국제재판관할의 분쟁을 사전에 적정히 조절할 수도 있다.

(라) 對物管轄의 問題

미국 반사이버스쿼팅소비자보호법은 재판관할 규정⁷¹⁰⁾으로 “① 도메인 이름 登錄機關(Registrar), 登錄原簿管理機關(Registry), 또는 도메인 이름을 등록하거나 할당하는 그 외의 도메인 이름 당국이 소재하는 곳 ② 도메인 이름의 登錄 및 使用에 대한 처리에 관하여 감독과 권한을 확립하기에 충분한 서류가 법원에 예탁된 경우 그 법원이 있는 곳”에 관할이 있다고 규정하고 있는데, 이는 도메인 이름 자체를 소송대상으로 하는 對物的 民事訴訟(*in rem civil action*)을 할 수 있도록 한 것이다. 이 규정에 의하면 미국 상표권자가 미국 登錄機關에 .com 도메인 이름을 등록한 한국 도메인登錄人을 상대로 미국 법원에서 소송을 제기할 수 있다는 것을 의미한다. 반사이버스쿼팅 소비자보호법은 不正한 目的의 도메인 이름 登錄 또는 使用뿐만 아니라 稀釋化나 混同可能性에 의한 상표침해도 포함하고 있으므로 그 적용범위가 넓을 뿐만 아니라, 法定 損害賠償(statutory damages)까지 규정하고 있어 도메인登錄人의 입장에서는 UDRP보다 불리할 수 있다. 도메인 이름과 상표와의 어떤 관련이 있는지에 관하여 명확하게 밝혀지지 않은 채 위와 같은 대물적 민사소송 관할규정을 둔 것은 미국법상으로도 商標權者의 이익을 위한 급진적인 입법으로 볼 수 있을 것이다.

登錄原簿管理機關 所在地 법원에 대물소송의 관할권이 있다고 규정하는 반사이버스쿼팅소비자보호법상 재판관할을 국내법상 인정할 수 있는지 여부에 관하여, 우리나라 하급심 판결⁷¹¹⁾은 실질적 관련성을 부인한 바 있다. 법원은 “등록기관으로서는 등록자의 주소지 법원이나 등록기관 소재지 법원 이외의 외국법원으로부터 도메인 이름의 이전명령이 있을 경우, 그 외국 법원의 국제재판관할권과 그 외국판결에 대한 등록자의 주소지 또는 등록기관 소재지국에서의 승인 및 집행가능성 등을 면밀히 검토하여야 한다”고 하면서, “ICANN은 등록원부관리기관과 등록기관의 업무분장을 명확히 하였고,

710) 15 U.S.C. §1125 (d)(2)(C) 참조.

711) 서울지방법원 2002. 9. 17. 선고 2002카합1215 판결.

.com의 등록원부관리기관은 미국의 베리사인(Verisign)사 하나라는 점, ICANN의 분쟁 해결규정은 일반최상위도메인이름의 분쟁에 관한 독립된 분쟁해결기관을 두면서, 그 분쟁해결기관의 결정에 관하여는 등록원부관리기관이 아닌 등록기관의 소재지국 법원에 관할을 인정하고 있다는 점, 따라서 위 분쟁해결규정은 위와 같은 업무분담에 따라 도메인 이름의 등록에 관한 권한 있는 기관 중 도메인 이름의 등록, 취소, 변경 등의 업무를 담당하는 기관만이 도메인 이름의 분쟁에 관하여 실질적인 이해관계를 가진다고 보아 등록기관의 소재지국에만 재판관할을 인정하고 등록원부관리기관의 소재지국에는 이를 배제하려는 정책적 결단이 반영된 것으로 볼 여지가 있는 점, 실제로도 등록원부관리기관은 도메인 이름에 관한 정보의 수령, 관리라는 수동적인 업무의 성격이나 분쟁의 직접 당사자인 등록자 및 이의신청인과의 관련성 등에 비추어 해당 도메인 이름에 관한 분쟁에 관하여 실질적 이해관계를 갖는다고 보기 어려우므로 당사자간의 공평이나 재판의 적정성이라는 관점에서 등록원부관리기관의 소재지국에 재판관할을 인정하는 것은 적절하지 않을 뿐만 아니라 등록자, 등록기관, 이의신청인의 주소지나 소재지가 모두 등록원부관리기관의 소재지국에 속하지 않는 경우에는 오히려 이의신청인에 의하여 국제재판관할이 악용될 소지가 있는 점,⁷¹²⁾ 또한 관할법원의 명령에 따라 도메인 이름에 관한 정보를 변경하는 업무를 현실적으로 수행하는 주체는 등록원부관리기관이 아니라 등록기관이므로, 위 분쟁해결규정에서 관할법원의 도메인 이름 이전 명령에 따르도록 규정하고 있다고 하더라도 등록기관이 등록원부관리기관의 소재지국 법원의 명령에 따르지 않는 경우에는 그 명령의 취지에 따른 해당 도메인 이름의 登錄抹消 등의 조치를 위하여 중국적으로 외국 판결의 승인 및 집행과 같이 등록기관으로 하여금 그 명령에 따르도록 하는 추가적인 절차가 필요하게 되므로 등록원부관리기관의 소재지국 법원에 재판관할을 인정한다고 하여 재판의 실효성이 확보된다고 보기도 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 보면 이 사건 도메인 이름의 등록과 관련한 분쟁에 대하여 등록원부관리기관이 소재한 미합중국 버지니아주 연방지방법원에 국제재판관할이 인정된다고 단정하기는 어렵다”고 판시하였다. 우리나라 민사소송법은 對物管轄에 관하여 규정하고 있지 않고, 도메인 이름의 구조상 도메인 이름에 관한 실제 관리는 登錄機關이 함에도 불구하고 登錄原簿管理機關의 所在地를 재판관할로 정하는 것은 당사자 간 형평이나 이익형량에 비추어 당사자가 불의의 손해를 입을 우려가 있

712) 예컨대, 대한민국에 소재한 국제적인 규모의 대기업이 대한민국에 소재한 개인인 등록자를 상대로 하여 대한민국이 아니라 登錄原簿管理機關의 所在地國인 미합중국 법원에 해당 도메인 이름의 말소 등을 구하는 소를 제기하는 경우 개인인 등록자로서는 그 소송에 대하여 필요하고도 적절한 법적 대응을 하지 못할 가능성이 높다.

다.⁷¹³⁾ 다만 대물관할이라는 이유만으로 당해 법원의 재판관할을 부정할 것은 아니며, 국제사법 제2조의 實質的 關聯性을 인정할 수 있는지의 여부에 따라 구체적으로 판단⁷¹⁴⁾하여야 한다.⁷¹⁵⁾

(마) 기타 事情의 問題

UDRP 결정의 도메인등록인인 원고가 도메인 이름의 등록이전이 불법함을 이유로 피고(UDRP 신청인)에 대하여 그 회복을 구하는 사건(서울고등법원 2002나4896 판결)에서, 실질적 관련성에 관한 다음과 같은 쟁점들이 제기되었는데, 불법행위에 관하여는 이미 위에서 살펴보았으므로 이하에서는 기타 사정에 대한 검토를 한다.

1) 원고(도메인등록인) 주소지가 부당이득반환의무의 이행지라는 주장에 대하여, 도메인 이름의 피고(UDRP 신청인)에게로의 이전이 부당이득에 해당한다고 하더라도 그 반환의무의 이행지는 이 사건 도메인 이름의 등록기관 소재지라고 봄이 상당하다고 한다.

2) 재산의 소재지가 대한민국이라는 주장에 대하여, 법원은, 원고와 등록기관 사이의 법률관계가 위임관계 또는 그와 유사한 관계에 해당하고, 앞서 본 바와 같이 도메인 이름 권리는 소유권이 아니라 등록기관에 대한 사용청구권 유사에 해당한다고 할 것인데, 채무자인 등록기관의 주소지가 재산의 소재지라고 판시하였다.

다. 間接管轄

(1) 外國法院 判決의 承認 및 執行

間接管轄에도 원칙적으로 앞서 본 國際裁判管轄의 법리가 적용된다고 보는 것이 判例⁷¹⁶⁾ 및 多數說⁷¹⁷⁾이다. 우리나라 법원이 우리나라 국제사법 및 준거법에 따라 판결

713) 미국 내부에서도 도메인 이름에 관한 대물관할 및 그에 의한 재판관할 확대에 대하여 비판적 견해가 있다. Catherine T. Struve & R. Polk Wagner, 전제논문, 49면 참조.

714) 예컨대, 등록원부관리기관 소재지와 등록기관 소재지, 도메인등록인의 소재지가 일치하는 경우에는 실질적 관련성이 있다는 이유로 재판관할을 인정할 수도 있을 것이다.

715) 장래에 도메인 이름 권리가 등록을 요하는 지적재산권의 하나로 인식되고, 도메인 이름 권리침해소송에 관하여 등록지국 관할을 인정하는 입장에 의하면 관할을 인정할 소지도 없지 않다. 그러나 이 경우에도 등록원부관리기관이 각 도메인마다 하나만 있기 때문에 국제재판관할을 인정하는 것이 적절하지 않을 여지도 있다.

716) 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결 등.

을 한 경우에는 우리나라 민사소송법 및 민사집행법에 따라 그 판결정본을 가지고 집행할 수 있다. 그러나 외국법원이 판결을 선고한 경우에는 우리나라 법원에서 이를 승인하고 집행하는 판결을 선고해야 비로소 집행이 가능하다(민사집행법 제26조 제1항). 집행판결을 청구하는 소(訴)는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이 관할하며, 보통재판적이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 채무자에 대한 소를 관할하는 법원이 관할한다(같은 조 제2항). 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 하지만(민사집행법 제27조 제1항), 집행판결을 청구하는 소가 “외국법원의 판결이 확정된 것을 증명하지 아니한 때” 또는 “외국판결이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때” 중 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다(같은 조 제2항). 다만 위 민사소송법 및 민사집행법의 규정은 판결의 집행에 관한 국내법일 뿐, 國際裁判管轄과는 아무런 관련이 없다.

민사소송법 제217조 제4호의 “相互保證(reciprocity)”이란 당해 국가간의 이해의 균형 및 조절이라는 점에 기초하여 외국판결이 승인되기 위해 그 외국 판결을 선고한 국가가 우리나라의 판결을 같은 조건 또는 보다 관대한 조건하에 승인하는 경우를 의미하는데,⁷¹⁸⁾ 우리나라와 당해 판결을 선고한 외국 사이에 구체적 승인사례가 존재할 필요는 없으며 우리나라 판결을 승인할 것이라고 기대할 수 있다면 요건이 충족된 것이라고 볼 수 있다.⁷¹⁹⁾ 상표 보호는 국제조약에 의해 각국의 국내법규가 상호 접근해가고 있는 추세이므로 상호보증 요건을 너무 엄격하게 해석할 필요는 없다고 본다.⁷²⁰⁾

(2) 도메인 이름의 登錄移轉 및 抹消, 變更

UDRP 제3조 b항에 의하면 각 사건마다의 적법한 관할권을 가진 법원이나 중재기관으로부터 도메인 이름의 등록을 말소, 이전 또는 변경하라는 명령을 수령한 경우 登錄

717) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권, 273면. 반대 견해는 이공현, 「외국판결의 승인 과 집행, 섭외사건의 제문제(하)」, 『재판자료』 제34집, 법원행정처, 1986, 596면 참조.

718) 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1393 판결 등.

719) 石光現, 「外國金錢履行判決의 承認 및 執行」, 『法曹春秋』 제146호(1998. 1.), 서울지방 변호사회, 30면; 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1권, 259-355면. 하급심 판결로, 서울 지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결 참조.

720) 이규호, 「저작권 관련 외국판결의 승인 및 집행에 관한 연구 -우리나라와 미국의 이론 과 判例를 중심으로-」, 『저작권』 제53호(2001년 봄), 저작권심의조정위원회, 45면. 이 글은 저작권법에 관한 것이지만 도메인 이름에 관한 분쟁은 상표권과 관련이 많고 도메인 이름에 관한 국제적 규범이 점차 접근하여 통일되고 있는 경향이므로 같은 설명이 적용될 수 있다고 본다.

機關은 도메인 이름을 그 명령에 따라 도메인 이름의 등록을 말소, 이전, 변경의 절차를 이행하도록 하고 있다. 따라서 실제 도메인등록인과 商標權者 등 제3자 간에 도메인 이름에 관한 상표침해소송이 제기되어 판결이 확정되고 그 판결문의 내용을 登錄機關에 통지한 경우 도메인 이름 등록의 말소, 이전, 변경 등에 관하여 별도의 집행판결 없이도 UDRP 제3조 b항에 따라 登錄機關이 직접 집행하게 된다.

그런데 登錄機關이 법원의 판결을 받고도 어떤 사유(721)에 의해 그 판결 내용을 따르지 않을 경우에는 그 판결의 취지에 따라 해당 도메인 이름의 등록말소 등의 조치를 위하여 중국적으로 외국판결의 승인 및 집행 판결을 얻어 登錄機關으로 하여금 그 명령에 따르도록 해야 한다. 하급심 판결(722) 중에는 실질적 관련성이 부정되거나 의심되는 경우 예컨대 도메인 이름 등록원부관리기관 소재지국(외국) 법원의 판결은 우리나라 법원의 승인, 집행 판결이나 우리나라 법원에서의 이 사건 도메인 이름의 말소 또는 이전의 판결 등과 같이 이 사건 도메인 이름의 권리관계에 대한 중국적인 판단이 있어야 한다고 판시하였다. 따라서 우리나라 법원의 승인, 집행판결 등이 필요한 경우 등록기관으로서 도메인 이름의 등록이전, 말소 등에 관한 외국 판결이 있다고 하여 아무런 검토 없이 바로 도메인 이름의 登錄移轉 등을 하여서는 안될 것이며, 검토 없이 登錄移轉을 하면 登錄機關은 善良한 管理者로서의 注意義務를 해태한 것이 된다.⁷²³⁾ 우리나라 법원이 도메인 이름 등록말소절차이행을 명하는 판결을 선고하였을 경우⁷²⁴⁾ 외국 법원도 상호보충에 의해 같은 법리를 적용할 여지가 있다.

(3) 損害賠償請求

721) 예컨대, 도메인등록인이 미국 반사이버스퀴팅소비자보호법에 의해 UDRP 결정이 부당함을 밝혀 미국 법원이 도메인등록인에게 다시 도메인 이름 권리를 원상회복할 것을 내용으로 하는 판결을 선고한 경우 우리나라에서는 이러한 도메인 이름의 원상회복에 관한 법률이 없다는 이유로 등록기관이 조치를 다하지 않을 가능성이 있다.

722) 서울지방법원 2002. 9. 2002카합1215 판결.

723) 서울지방법원 2001. 9. 26. 선고 2001카합1625 판결. 그러나 UDRP 제6조는 도메인등록인과 제3자 간의 분쟁에 관여하지 않는다고 하는바, 위 법원의 판결과 충돌할 여지가 있다. 이 논문에서는 법원의 판결이 당사자들이 정형적으로 정한 약관의 내용보다 우선한다고 보았다.

724) 서울지방법원 2001. 3. 23. 선고 2000가합86835 판결은 “피고는 원고에게 피고가 505 Hutmar Park Drive, Herndon, Virginia 20170 U.S.A.에 있는 네트워크 솔루션즈 잉크(Network Solutions Inc.)에 등록한 ‘dongbusteel.com’ 인터넷 도메인 네임의 등록말소절차를 이행하라”는 주문을 선고한 바 있다.

(가) 通常의 填補的 損害賠償

도메인 이름에 의한 상표권 침해 또는 도메인 이름 逆하이재킹 등의 경우 商標法, 不正競爭防止法 또는 民法의 不法行爲에 기한 손해배상청구를 할 경우에도 민사소송법 제217조 및 민사집행법 제26, 27조에 따라 집행판결을 받아야 할 것이다. 손해배상을 금전으로 할 경우 금전의 지급을 명하는 판결과 관련하여서는 미국의 경우 통일외국금전판결승인법(Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act)을 채택한 캘리포니아주와 한국 간에 상호보증의 존재를 인정한 바 있다.⁷²⁵⁾

(나) 損害賠償의 減額 등

외국법원의 판결에 의해 정해진 손해배상금액에 관하여 이를 승인하는 우리나라 법원이 감액하여 승인할 수 있는지 여부가 문제되는데, 유력설⁷²⁶⁾은 하나의 판결이 수량적으로 가분적일 경우에는 법원이 직권적으로 일부 집행을 허가할 수 있다는 견해가 있고, 우리나라 하급심 법원⁷²⁷⁾은 이른바 내국관련성의 정도와 比例의 원칙 등의 관점에서 출발하여 미국법원의 손해배상 판결을 1/2 한도로 승인 제한한 사례가 있다.⁷²⁸⁾

한편 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법은 “원고는 본안(trial)에서 중국판결이 내려지기 전 어느 때라도, 실제 손해배상 대신에, 도메인 이름 1개당 1,000달러 이상 100,000달러 이하의 범위 내에서 법원이 적당하다고 고려하는 바에 따라 법정 손해배상에 대한 재정(裁定)으로 손해를 회복할 것을 선택할 수 있다”고 하여 법정 손해배상규정(statutory damage)을 두고 있다.⁷²⁹⁾ 법원이 이에 대한 감액도 가능한지 여부는 아직 논의되고 있지는 않으나, 법정 손해배상은 징벌적 손해배상에 비하여 과도한 편은 아니고 법원이 재정으로 조정할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 손해배상의 감액은 신중한 검토를 요한다.

725) 서울고등법원 1995. 3. 14. 선고 94나11868 판결; 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결 등.

726) 石光現, 「損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원 判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로-」, 『國際私法研究』 제2권(1997), 韓國 國際私法學會, 645면.

727) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결.

728) 준거법에 대하여는 국제사법 제32조 제4항에 의해 손해배상을 조정할 수 있다.

729) 15 U.S.C. §1117(d) 참조.

3. 準據法의 決定

가. 國際私法에 의한 準據法 決定

國際裁判管轄 決定의 경우와 달리 우리나라 국제사법은 지적 재산권의 침해, 불법행위, 계약 등에 관하여 각각 準據法 결정에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 이들 규정은 가상공간에서의 문제를 고려한 것이 아니다. 따라서 기존 국제사법 규정과 이론은 수정을 할 수밖에 없는데, 아예 인터넷 및 도메인 이름의 특수성으로 말미암아 가상공간에서의 분쟁 해결에 대하여 전통적인 국제사법과 전혀 다른 새로운 패러다임을 요구한다는 견해⁷³⁰⁾도 있다. 그러나, 현재 가상공간에서의 국제 거래를 규율하는 독자적인 법체계는 아직 존재하지 않고 學說로도 전통적인 국제사법의 규정과 해석에 수정, 보완을 하는 것이 일반적이다.⁷³¹⁾ 가상공간의 法律關係를 규율할 수 있는 통일된 새로운 규범⁷³²⁾이 정립된다면 좋겠지만, 현실적으로 그동안 축적되어온 국제법규를 반복하고 새로운 원칙을 정하는 것은 혼란을 가중시킬 뿐이고, 실무적으로도 國際裁判管轄의 경우와 같이 인터넷이라는 가상공간에서의 분쟁의 특수성을 고려하더라도 온라인과 오프라인에 연결점이 있는 경우가 대부분이고 상표권의 경우에는 현실공간에서의 속주주의 성이 아직도 유지되고 있다는 점에서, 본 항에서는 기존의 국제사법 규정의 적용과 해석을 원칙으로 하되, 인터넷과 도메인 이름 분쟁의 특수성을 고려하여 일부 수정, 보완하는 방법으로 논의하기로 한다.

730) Matthew Burnstein, "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", 29 *Vanderit J. of Transnat'l L.* 75(1996) 요약정리된 부분은 석광현, "국제적인 전자거래와 분쟁해결 준거법을 중심으로-", 『인터넷 법률』(2000.9.), 法務部(이하 "석광현, 국제적인 전자거래와 분쟁해결 준거법을 중심으로-"라 한다), 89-90면 참조. Burnstein의 주된 논거는 국가, 주(State) 등으로 구분되어 있는 현실공간과는 달리 가상공간은 네트워크, 도메인과 호스트 등으로 구분되어 있고, 가상공간에서는 사이트가 어느 국가에 위치하는가는 아무런 의미를 가지지 않으며, 가상공간의 인터넷 사용자는 정치적인 국경을 넘었는지 여부를 알지 못한다는 점 등으로 든다.

731) 석광현, 「국제적인 전자거래와 분쟁해결 -준거법을 중심으로-,」, 177-178면 참조.

732) UDRP는 현재 통일적 규범으로 자리잡고 있으나 그 자체를 법규범과 같다고 할 것인지는 다툼의 여지가 있다. 이 논문 제4장 IV.3.다. 참조.

나. 法律關係의 態樣에 따른 檢討

(1) 도메인登錄人과 登錄機關 間의 法律關係 및 紛爭에 관한 準據法

도메인 이름에 관한 法律關係는 각 당사자간의 계약관계에 의하여 규율되는바, 국제사법 제25조 제1항은 “당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다”고 규정한다. 도메인登錄人과 登錄機關 間의 登錄約款은 주로 登錄機關이 정한 등록약관에 의하고 그 등록약관은 登錄機關의 所在地 法을 準據法으로 정하는 경우가 대부분⁷³³⁾인데, 설사 이를 약관에 포함하지 않는다 하더라도 도메인 이름의 등록업무를 담당하고 도메인등록인에게 도메인 서비스를 제공하는 채무자로서의 등록기관을 중심으로 법률관계가 형성되는 경우가 많으므로 묵시적으로 登錄機關 所在地 法에 의하는 것으로 합의를 하였다고 해석할 것이다.

(2) 도메인登錄人과 第三者 間의 紛爭에 관한 準據法

(가) 準據法의 合意 存否

도메인登錄人은 등록신청 시 登錄機關과 제3자와의 분쟁해결에 대하여 UDRP에 따르기로 하는데, 相互裁判管轄을 규정하고 있는 UDRP 제4조 k항, 동 규칙 제1조, 제3조 (b)항 (xiii) 등이 準據法에 대한 합제도 포함한다고 볼 것인가가 문제될 수 있다. 그러나 準據法의 문제가 어느 나라의 실체법 질서에 의하여 문제된 생활관계를 해결하는 것이 적절한가의 문제임에 반하여, 재판관할권의 결정은 어느 나라 법원에서 재판하는 것이 재판의 적정, 공평을 기할 수 있는가 하는 서로 다른 이념에 의하여 지배되는 것이기 때문에, UDRP 신청인이 지정한 법원에 도메인등록인이 소를 제기함으로써 당해 법원에 합의관할이 생겼다고 하더라도 그 國際裁判管轄의 합의를 準據法의 합의로 당연히 볼 수 있는 것은 아니라고 본다.⁷³⁴⁾ 따라서 準據法의 決定은 國際裁判管轄 있는 관할 법원에서 國際私法에 의해 정하는 것이 타당하다.

한편 도메인 이름 등록약관에 準據法 條項을 둔 경우 제3자와의 분쟁에 관하여도 準據法 條項을 적용할 수 있는지에 관하여, 등록약관상의 준거법 조항은 도메인登錄人과 登錄機關 間의 계약관계에 대한 準據法을 정한 것이지, 도메인등록인과 제3자와의 분쟁해결에까지 확대하여 적용한다는 의미는 아니라고 해석된다.

733) 예컨대, 한강시스템 등록약관 제20조, 한국정보인증 도메인 등록약관 제22조, 넷피아 닷컴 국제도메인 등록약관 제15조 등은 도메인登錄人과 登錄機關 間의 등록약관에 관한 준거법을 “대한민국 법률”로 정하고 있다.

734) 노태약, 「전자거래의 재판관할과 준거법」, 6면.

(나) 知的 財産權 關聯 紛爭의 問題

도메인 이름에 관한 분쟁의 상당수는 商標法 위반 또는 不正競爭防止法 위반에 의한 상표권 침해의 경우 또는 不正한 目的으로 도메인 이름을 登錄 및 使用하는 경우를 원인으로 한 商標權者들의 侵害禁止 또는 損害賠償請求에 관한 것이다. 국제사법 제24조는 “지적 재산권의 보호는 그 侵害地法⁷³⁵⁾에 의한다”고 규정하고 있는바, 이는 지적 재산권의 보호가 요구되고 있는 국가의 법에 의하여 지적 재산권의 성립, 소멸, 이전 등에 관한 法律關係 일체를 결정하는 保護國法(*lex loci protectionis*)의 원칙을 채택한 것이다.⁷³⁶⁾ 지적 재산권의 범위와 관련하여, 도메인 이름 권리도 지적 재산권으로 보아 “侵害地法”에 의할 것인가가 문제되나, 앞서 본 바와 같이 아직 學說, 判例가 도메인 이름 권리에 관하여 채권적 성질로 보므로, 여기에 포함한다고 해석하기 어려울 것이다. 그러나 장차 도메인 이름 권리가 등록을 요하는 지적 재산권으로 인정되는 경우에는 위 국제사법 규정의 적용을 받을 수 있을 것이다. 한편 도메인 이름에 의한 등록상표침해의 경우에는 인터넷을 통해 전세계적으로 그 침해의 효과가 확대될 수 있으나, 실제 상표권의 침해로 손해가 발생하는 곳으로만 제한한다면, 단순 행동지는 포함되지 않는다고 해석하여야 한다.

지적 재산권 침해는 불법행위의 성질도 가지는데, 불법행위에 관한 준거법 규정인 국제사법 제32조와의 관계가 문제된다. 만약 지적 재산권 침해에 대하여 불법행위에 관한 準據法의 적용을 허용한다면, 行動地와 結果發生地의 법이 準據法으로서 문제가 될 수 있는데, 인터넷의 특성상 不法行爲地가 무제한적으로 확대될 우려가 있고, 다수의 행동지와 결과발생지 간에 지적 재산권의 보호를 달리하고 있게 될 수도 있다는 문제가 발생할 수도 있으므로, 지적 재산권 침해에 관한 국제사법 제24조를 일반 불법

735) 여기서 侵害地의 의미가 행동지를 포함하는 것인지, 결과발생지를 의미하는 것인지 명확하지 않지만, 국제사법이 불법행위지와 침해를 구분하고 있으므로 양자의 기준은 다를 수 있다고 본다. 다만 보호국주의를 자국 법원이 자국 내에서 발생한 침해행위에 대한 국제재판관할을 가지고 재판할 때에는 보호국법과 법정지법은 일치하게 되는 반면, 예컨대 영국에서 상표권을 침해하였음을 이유로 한국에 주소를 둔 도메인登錄人을 상대로 한국에서 도메인 이름 등록말소 및 손해배상청구의 소를 제기하는 경우 법정지는 우리나라이지만 보호국은 영국이므로 영국법이 준거법이 된다(최성준, 전제논문, 221면). 입법론으로 침해행위뿐만 아니라 利用行爲도 포함하여야 한다는 견해도 있다. 이성호, 전제논문, 153-157면 참조.

736) “保護國”이란 그의 영토에 대하여 지적 재산권의 보호가 청구되고 있는 국가의 법을 말한다. 李好珽·丁相朝, 『涉外知的財産權법 試論-知的財産權法の 準據法-』, 『서울대 法學』 제39권 1호(1998), 서울대학교 법학연구소, 118-119면; 『국제사법 해설』, 86-87면.

행위에 대한 특칙으로 보고 국제사법 제24조만 적용된다고 해석할 것이다.⁷³⁷⁾

다만 국제사법 제24조는 지적 재산권에 관한 국제조약에 대하여 보충적인 저촉규정으로서의 의미를 가지는 것이고, 특허, 상표, 저작권 등 지적 재산권의 종류별로 관련 국제조약이 저촉규정을 두고 있는 경우에는 우선적으로 그에 따르고, 관련 국제조약이 존재하지 않거나 저촉규정을 두고 있지 않은 경우에만 적용된다고 할 것이다.⁷³⁸⁾ 따라서 인터넷, 도메인 이름과 관련된 국제적 합의나 조약이 발효된다면 그것이 국제사법의 규정보다 우선할 수 있게 된다.

(다) 不法行爲의 問題

도메인 이름 분쟁 중 상표권 기타 지적 재산권 침해를 제외하더라도 일방 당사자에 대한 다른 당사자의 불법행위가 가능할 수 있다. 만약 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用에 관하여 상표권 침해로 보지 않고 일반 불법행위로 보는 입장에 의하면, 불법행위에 관한 準據法이 적용될 수 있을 것이다. 한편, 商標權者에 의한 도메인 이름 逆하이재킹은 權利濫用으로서 위법성이 인정될 여지가 있는데, 이 경우에 도 불법행위가 성립할 수 있다. 뿐만 아니라 도메인 이름의 권리행사를 방해하는 행위가 위법한 경우 역시 불법행위가 성립한다.

국제사법 제32조 제1항은 “불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다”라고 하고, 제2항은 “불법행위가 행하여진 당시 동일한 국가 안에 가해자와 피해자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다”고 한다. 그런데, 불법행위는 행동지와 결과발생지로 나뉘며, 행동지와 결과발생지가 다를 경우 準據法의 결정을 어떻게 할 것인지에 관하여는 국제사법에서 규정하고 있지 않다. 특히 인터넷을 통한 불법행위는 그 결과발생지가 무제한적으로 확대될 우려조차 있다는 점에서 이를 어떻게 해석할 것인지 문제가 된다. 대법원 판결⁷³⁹⁾은 구 섭외사법 상 “불법행위의 원인된 사실이 발생한 곳”의 개념에는 행동지 뿐만 아니라 결과발생지도 포함되고만 하고, 행동지와 결과발생지가 다른 경우 어느 법이 準據法이 되는지, 당사자에게 선택권이 있는지 아니면 법원의 직권조사사항인지 여부, 행동지와 결과발생지 중 어느 한 곳이 대한민국일 경우 대한민국의 법을 準據法으로 할 수 있다는 것인지에 관한 기준은 언급하지 않고 있다.⁷⁴⁰⁾ 다만, 국제사법 제32조 제4항은 “제1항 내지 제3항의

737) 『국제사법 해설』, 87면.

738) 『국제사법 해설』, 88면 참조.

739) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533전원합의체 판결.

740) 노태약, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법」, 92면 참조.

규정에 의하여 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다”고 규정하여 손해배상을 일정하게 제한함으로써, 準據法의 결정으로 인한 불합리를 일부 간접적으로 보완하고 있을 뿐이다.

다. UDRP에 대한 判斷基準으로서의 準據法 認定 여부

(1) 問題의 所在

예컨대 UDRP 決定 이후 이에 불복하는 UDRP 결정의 당사자가 우리나라 법원에 소를 제기하고 우리나라 법원의 재판관할이 인정되는 경우 당해 법원이 당해 사건에 관하여 判斷基準으로서의 準據法으로 UDRP를 적용할 수 있는지가 문제된다. 도메인 이름에 관한 별도의 입법이 존재하지 않음으로써 발생하는 갈등과 모순을 해결하기 위해서는 통일적인 법규범이 필요한데, UDRP를 법원의 판단 근거인 법규로서 인정할 수 있지 않는가하는 의문과도 관련이 있다. 논의의 실익은 UDRP를 준거법으로 인정하게 되면, UDRP 절차에서 등록이전결정을 받은 도메인등록인은 UDRP 요건에 부합하지 않는 결정이라고 하여 직접 다툴 수 있고, 상표권자로서는 국내 상표법이나 부정경쟁방지법의 해석과 달리 不正한 目的의 도메인 이름 등록 및 사용을 직접 금지할 수 있고 구제수단으로 도메인 이름의 등록이전도 명령할 수 있게 된다.

전통적인 準據法의 決定에 관한 쟁점과 달리 특정한 규범을 판단기준으로 할 수 있는지의 문제가 된다.

(2) 肯定說

근거로는, ① 도메인 이름을 등록하고자 하는 자는 UDRP에 따라 제3자의 권리를 침해하지 않는다는 진술 및 보증을 하고, UDRP에서 금지하는 登錄 및 使用의 요건에 해당할 경우 그 등록을 말소하거나 제3자에게 이전해줄 것을 사전에 합의하여 실제 구속력이 있다는 점, ② 제3자의 입장에서는 UDRP가 제3자의 존재를 당연히 전제로 하는 “제3자를 위한 계약”과 유사한 구조로서 제3자가 분쟁해결신청을 함으로써 수익의 의사표시를 하였다고 해석할 여지가 있으며, UDRP 신청이 받아들여질 경우 도메인 이름은 登錄移轉될 것이므로 UDRP는 법원의 심리에서도 실체법적 근거가 된다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합할 것이라는 점, ③ 그리고 구체적 타당성을 추구하는 면에서도 불가피하다는 전제하에, 입법자의 입법행위는 인터넷 환경의 빠른 변화를 따

라갈 수 없으므로 가장 바람직한 방법은 실제로 인터넷을 사용하고 도메인 이름을 등록, 관리하는 주체들 사이에 일반적으로 받아들여지는 합법적인 약관 내용을 새로운 법적 질서로 통합하여 紛爭解決機關에서 실제적인 판단기준으로 받아들이는 것이 타당하다는 점 등⁷⁴¹⁾을 들고 있다. 하급심 판결 중에는 도메인登錄人의 商標權者에 대한 도메인 이름에 관한 登錄移轉 또는 登錄抹消請求權 不存在確認의 사건에서 도메인登錄人의 UDRP 決定이 부당하다는 주장에 대하여, 법원은 UDRP 요건에 따라 결정의 부당하지 않음을 판단한 후⁷⁴²⁾ 원고의 청구를 기각한 사례⁷⁴³⁾가 있다.

(3) 否定說

이 견해는, 상표권침해금지청구권 부존재확인 소, 도메인 이름에 관한 채권적 권리의 존재확인 소, 이의 보전을 구하는 가처분신청 등에 있어서는 법원이 등록약관에 삽입되어 있는 규범인 UDRP에 구속되어야 할 이유는 없고, 청구취지와 實質的 關聯性을 가진 국가의 법률이나 규칙에 따라서 판단할 수 있다고 하고, 이 경우 UDRP와 관련국가의 準據法이 상호 모순되거나 충돌되는 경우에 법원은 UDRP에 따른 फै일의 결정과 상이한 결론에 도달할 수도 있다고 한다.⁷⁴⁴⁾

그 근거로, ① UDRP는 그 자체가 법이 아니라 약관에 불과하다는 점, ② UDRP는 “행정절차(administrative procedure)”로서 정하여졌고 적용되는 실체적 기준과 구제조치도 제한적으로만 인정된 점, ③ 등록약관에 동의한 사실만으로 準據法의 결정 또는 포기를 했다고 간주하는 것은 무리라는 점, ④ 우리나라 법원도 .com에 관한 사건⁷⁴⁵⁾에서 準據法에 관한 별다른 기준을 제시하지 않은 채 대한민국의 商標法과 不正競爭防止法의 해석을 토대로 해서 도메인登錄人에 의한 타인의 권리 침해여부를 판단하고 있다는 점,⁷⁴⁶⁾ ⑤ 도메인登錄人이 도메인 이름 분쟁해결에 대하여 UDRP에 따르는 것은

741) 韓相鎬, 「도메인이름關聯 紛爭의 새로운 動向과 解決方案에 관한 檢討」, 1007-1008면.

742) UDRP의 不正한 目的(판시에서는 “악의”라고 함)에 관한 판단도 하였다.

743) 서울지방법원 2002. 10. 18. 선고 2001가합35469 판결. 같은 취지로 서울지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결 등 참조. 다만 이러한 판결취지를 가정적 판단이므로 방론이고, 판례로서 정립된 것은 아니라고 볼 여지도 있다.

744) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1051-1052면; 『전자거래법』, 270-271면; 김기중, 「통일도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 138면 참조.

745) 서울지방법원 2001. 3. 23.자 2000가합86835 판결, 서울지방법원 2001. 5. 11.자 2000가합75330 판결, 서울지방법원 2000. 9. 6.자 2000카합1965 결정, 인천지방법원 2000. 6. 16.자 2000가합1637 판결 등.

분쟁해결방법에 관하여 UDRP를 따르기로 동의한 점에 기초한 것일 뿐, UDRP가 국제법 또는 법령으로서의 효력을 가지기 때문은 아니라는 점⁷⁴⁷⁾ 등을 든다.

(4) 檢討

UDRP는 도메인 이름에 관한 분쟁해결을 위해 도메인등록인이 제3자를 위한 계약과 유사하게 ICANN이 정한 통일도메인이름분쟁해결규정(UDRP)이라는 일정한 기준과 방식에 따를 것에 대한 동의에 기초하고, 제3자가 紛爭解決機關에 신청서를 제출함으로써 분쟁해결절차에 관한 합의가 있었다고 해석되는바, 적어도 UDRP의 분쟁해결절차 속에서는 실체적 기준으로 적용될 수 있다.

그러나 不正한 目的의 등록 및 사용에 대하여 UDRP가 적용되는 것은 당사자 즉 “도메인등록인, 登錄機關, 紛爭解決機關, UDRP 申請人” 등이 도메인 이름의 분쟁해결방법에 관하여 UDRP에 따르겠다고 동의한 것에 기초하는 것일 뿐이므로, UDRP 제4조의 요건은 UDRP의 분쟁해결절차 이외에는 적용되지 않는다. 따라서 UDRP 제4조의 요건이 충족되었다고 하여 바로 당해 도메인 이름의 등록 및 사용이 바로 위법하다는 판단을 할 수도 없다. 그리고 UDRP가 마련되고 나서도 미국이 반사이버스쿼팅소비자보호법을 제정하여 적용하고 있으며, 현재 우리나라 정보통신부도 不正한 目的의 登錄 또는 使用 기타 違法行爲를 규제하기 위해 인터넷주소관리법안을 입법예고하였다라는 점은 UDRP 자체에 법규성을 인정하기 어렵다는 반증이라 할 것이다. 또 도메인 이름 관련 소송을 ① 상표권자 등이 도메인등록인을 상대로 도메인 이름 등록말소나 손해배상을 구하는 소송 ② 도메인등록인이 상표권자 등을 상대로 도메인 이름 등록말소청구권이나 손해배상청구권의 부존재확인을 구하는 소송 ③ 도메인등록인이 UDRP 결정의 집행보류를 위하여 UDRP 신청인을 상대로 금지청구권 부존재확인을 구하는 소송의 3가지 형태를 예상하여 볼 수 있는바, ①과 ②의 경우에는 준거법으로 UDRP를 사용할 수 없으며, ③의 경우에도 UDRP 결정이 있다는 것 이외에는 ②의 경우 아무런 차이가 없다는 점, 적용설을 취한다면 특정 국가의 법원의 심리가 국제절차인 UDRP 결정의 항소심 내지 재심의 형태가 되어 부적절하다는 이유로 UDRP의 준거법 인정을 부정하는 입장⁷⁴⁸⁾도 있다. 연혁적으로도 UDRP의 제정 당시 시험적 요소가 많아 적용에서 발생할 수 있는 불합리를 사법절차에서 해소하도록 보완장치를 해 둔 것으로 이해

746) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1051-1052면; 『전자거래법』, 270-271면 참조.

747) 이해완, 「도메인네임 분쟁에 관한 소고」, 101면.

748) 최성준, 전제논문, 223-224면 참조.

할 수도 있다.

따라서 별도의 입법이 없다면 UDRP 決定의 不當性 여부는 商標法, 不正競爭防止法, 民法 기타 現行法에 의해서 판단할 것이지, UDRP만을 법규처럼 적용할 수는 없을 것이다.⁷⁴⁹⁾ 법원이 UDRP를 판단기준으로 적용한 것과 같은 위 하급심 판결(서울지방법원 2001가합35469 판결, 같은 법원 2000가합67360 판결 등)은 원고의 UDRP 決定에 관한 위법성을 판단하기 전에 UDRP 決定에 不當性이 있는지 여부를 판단하였는바, 그 결정의 부당성을 의심할 만한 사정이 없기 때문에 결정이 위법하다는 주장은 더 나아가 볼 것 없이 이유가 없다는 취지로 이해할 것이지, 위 판시만으로 UDRP를 법규 또는 판단기준의 근거법으로서 인정하였다고 보기는 어려울 것으로 생각된다.

미국 항소법원도 WIPO가 법률을 제정할 수는 없으며, UDRP는 사법절차를 배제하지 않고 오히려 사법절차에 의해 재검토되는 것을 전제로 하고 있으므로 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법을 적용하는 데에 문제가 없다고 판시한 바 있다.⁷⁵⁰⁾ 중국적인 문제해결을 위해서는 UDRP의 심층적 검토와 연구, 사례 분석을 하여 그 문제점과 개선방안을 조사하여 이를 반영한 국제조약을 체결하고 특별입법을 할 것이다.

라. 知的 財産權 關聯 法令의 域外的 適用 問題

국제사법 제24조는 보호국법주의를 따르고 있는바, 외국에서의 지적 재산권 침해를 담당하는 법원은 법정지국 즉 자국의 지적 재산권법뿐만 아니라 당해 외국의 지적 재산권법을 적용하여야 함에도 불구하고, 현실적으로는 당해 외국의 지적 재산권법에 대한 고려 없이 당해 분쟁이涉外사건이 아니라 단순히 국내사건이라고 파악함으로써 법

749) 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 1050면.

750) Jay D. Sallen v. Corinthians Licenciamentos(No. 01-1197). “corinthians.com” 도메인 이름을 등록한 원고에 대하여 브라질에서 “Corinthiao(영어로는 Corinthians)”로 상표등록한 피고는 UDRP에 의한 도메인 이름 이전신청을 하였고, 紛爭解決機關은 원고가 동일·유사한 도메인 이름을 사용하지도 않으면서 피고에게 단지 판매하려고 하였다는 이유로 피고의 신청을 인용하였다(Corinthians Licenciamentos LTDA v. David Sallen, Sallen Enterprises, and J. D. Sallen Enterprises, D2000-0461, 2000. 7. 17.). 이에 원고는 미국 메사추세츠주 연방지방법원에 위 도메인 이름 登錄 및 使用은 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법에 위반하지 않으며, 피고에게 도메인 이름 이전청구권이 없다는 확인 및 그 목적을 달성하기 위한 필요 적절한 구제조치를 구하는 소송을 제기한 사례이다. 지방법원은 원, 피고 사이에 반사이버스쿼팅소비자보호법에 관한 실질적인 다툼이 없기 때문에 연방법원에 사물관할이 없다는 이유로 원고 청구를 기각하였으나, 항소법원은 이를 파기하였다.

정지국의 지적 재산권법을 적용할 여지가 있다. 또한 지적 재산권법이 그 장소적 적용 범위를 확대하여 외국과 관련된 지적 재산권 침해에 대하여도 법정지법의 지적 재산권법이 적용될 수 있도록 명시적으로 규정하고 있는 경우도 있는바, 이러한 현상을 “知的 財産權法の 域外的 適用”⁷⁵¹⁾이라 한다.⁷⁵²⁾

도메인 이름의 분쟁의 경우 우리나라 법원에 재판관할이 있고 준거법의 결정에 따라 외국 상표법이 적용되는 경우에도 우리나라 법원이 당해 외국법을 우리나라 법체계로 해석을 하게 되면 간접적으로도 역외적 적용에 해당할 여지가 있다. 이러한 경우 우리나라는 등록주의를 원칙으로 하고, 미국은 사용주의를 원칙으로 하는 등 상표법의 체계가 매우 다르고 상표의 정의나 범위도 차이가 있을 수 있다는 점에서 법해석에 의한 국제적 갈등이 발생할 여지가 있다.

751) 丁相朝, 「美國의 通商政策과 著作權法」, 『著作權』 제23호(93.09), 저작권심의조정위원회 <<http://jus.snu.ac.kr/~sjjong/classroom/thesis/jungsj014.htm>>[2002.11.20.]; 최성준, 전제 논문, 221면 참조.

752) Baldwin Hardware Corp. v. Franksu Enterprise Corp., 93-1185, -1186 (March 4, 1996)<<http://www.law.emory.edu/fedcircuit/mar96/93-1185.html>>[2002.11.20.].

第5章 立法論的 檢討

I. 立法論의 基礎

1. 새로운 法的 構成의 基本原理

가. 새로운 法的 構成의 必要性

도메인 이름이 상표나 상호 기타 영업표지와는 구별되고 영리, 비영리에서 모두 사용될 수 있는 中立性을 띄는 獨自의 電子標識라는 점은 도메인 이름에 관하여 기존의 상표나 영업표지의 법리를 그대로 적용하기 어렵게 한다. 새로운 법적 구성은 이러한 도메인 이름의 법적 성격이 그 자체로 독립한 가치를 가지는 知的 財産이고 원칙적으로 헌법 제23조에 따라 재산권으로서 보호되고, 독자적인 법적 보호를 받는다는 것을 의미한다. 그리고 이러한 지적 재산에 어떠한 법적 효력을 부여할 것인지가 입법론에서 검토될 사항이다.

나. 商標와 도메인 이름의 均衡과 調和

도메인 이름 보호에 관한 사상적 기초는 인간의 가장 기본적 욕구인 표현의 자유로부터 시작된다.⁷⁵³⁾ 그리고 표현의 자유를 기초로 하여, 영업의 자유 기타 행복추구권과 인터넷상 公的 資源에의 자유로운 접근 및 이용권, 공정경쟁질서 유지 등 헌법상 가치로써 보완을 한다. 다만 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록, 사용과 같이 도메인 이름 권리를 원래의 목적에서 벗어나 사용함으로써 상표권을 침해하거나 그 권리 행사를 방해하는 경우에는 이를 금지함으로써 상표권과의 조화를 이루고자 한다. 타인의 권리를 침해하지 않는다면, 도메인등록인은 등록기관과의 계약상 권리를 도메인 이름에 대한 정당한 사용으로서 방해받지 말아야 한다. 도메인 이름을 부정한 목적으로 등록, 사용하는 사례가 많다고 해서, 모든 도메인등록인이 상표권 보호라는 이유로 부당한 침해나 권리방해를 받아서는 안된다.

따라서 도메인 이름의 새로운 법적 구성은 기존의 상표법과 부정경쟁방지법이 예상

753) Milton L. Muller, "INTERNET DOMAIN NAMES" 참조.

하지 못하였던 “도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록 및 사용으로 인한 상표권 침해를 방지하는 것”뿐만 아니라 “도메인 이름의 정당한 사용과 권리를 균형과 조화롭게 보호한다”는 것이다.

2. 새로운 知的 財産權으로의 認定 여부

가. 도메인 이름의 獨自性

종래에는 도메인 이름이 단순한 인터넷 주소에 불과하다는 이유로 재산권임을 부인하는 입장도 있었으나, 현재 도메인 이름은 매우 많은 경우 식별표지로 사용되며 그에 관한 권리는 일종의 사용권에 해당하는 재산권임이 타당하다.⁷⁵⁴⁾ 또 상표나 상호가 서로 다른 지역에서 같은 명칭으로 공존할 수 있는데 반해, 도메인 이름은 가상공간에서 오직 하나의 명칭만으로 각 도메인에서 존재할 뿐이라는 유일성, 독점성을 가지고 있는 등 상표와 구별되는 독자적인 전자표지로서 인정될 수 있다. 도메인 이름은 표지로서의 외관도 가지지만, 가상공간에서 각자의 공간을 차지하고 있는 것이기도 해서, 도메인 이름을 등록할소당하면 이는 가상공간에서의 사업 폐지 또는 강제 철거, 이전 등의 결과와 같게 된다.

도메인 이름에 대하여 상표법이나 부정경쟁방지법으로 규율되는 부분은 도메인 이름의 여러 가지 특성 중 상표 등으로 사용되어 표지와 같은 기능을 하는 경우에 한정할 뿐이다. 등록되는 도메인 이름 전체에 비하여 不正한 目的의 登錄 및 使用으로 인한 분쟁은 일부에 불과하다. 상표와 상호는 서로 다른 표지이고 다른 법적 구조를 가지고 있는 것으로 이해하듯이, 도메인 이름도 상표, 상호와 구별된 별개의 전자표지로서 獨自性을 가지는 것으로 인식한다면 새로운 법적 구성이 필요하다.⁷⁵⁵⁾

나. 認定 實益

도메인 이름에 대하여는 아직 법률로 배타적 권리를 인정하거나 지적 재산권으로서 보호하지 않고, 등록약관에 의하여 단지 등록기관에 대한 채권적 권리로서 인정할 뿐이다. 따라서 도메인 이름을 보호하기 위해 도메인 이름과 같은 명칭의 상표 등록을

754) 이 논문 제2장 I.2.다. 참조.

755) WIPO에서도 지적 재산권의 인정으로 도메인등록인의 권리를 보호하기 위한 근거로 인용될 수 있다고 설명한다. 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 41면; 『전자거래법』, 226-227면 참조.

하는 경우⁷⁵⁶)가 있다. 미국 특허상표청은, “다른 상품이나 서비스로부터 특징지어지며 구별되어지고 출처를 표시하는 데 사용되는 도메인 이름은 상표로서 등록이 가능하다. 도메인 이름을 상표로 등록하기 위해서는 상표등록신청인이 인터넷을 통하여 서비스를 제공하고 있음을 입증하여야 한다. 상표로서 사용된다는 것을 보여주는 견본자료는 반드시 식별표지의 근거로서 도메인 이름이 사용되고 있음을 보여주는 것이어야 한다. 따라서 전화번호 또는 영업주소, 명함, 광고에서 사용되는 것만으로는 부족하다”는 내용으로 도메인 이름의 상표로서의 등록을 받아들이고 가이드라인을 운영하고 있다.⁷⁵⁷ 우리나라 특허청에서도 1998. 1. 31.부터 위 미국 특허상표청 지침과 유사한 내용의 『도메인 네임 관련 出願商標處理指針』을 마련하여 운영하고 있다. 이 지침에 따르면 도메인 이름을 상표로 출원할 경우 일반 상표와 같은 심사기준에 의하여 등록 여부가 판단된다. 상품이나 서비스업을 지정하여 도메인 이름을 상표로서 출원할 경우 商標法상 부등록사유나 선등록·선출원이 없는 한 상표나 서비스표로서 등록이 가능하며, 登錄의 效力도 商標法상 상표권으로서의 효력을 갖게 된다. 다만 “.com, .org, .net” 등의 최상위 도메인을 나타내는 코드(제1단계 도메인)는 商標의 類似與否 판단에 있어서 제외되어야 하므로 예컨대, “tel.com”과 “telcom.com”의 混同 可能性 여부의 판단 대상은 “tel” 부분과 “telcom” 부분이 된다. 또 商標法에 의한 상표 등록을 하지 않더라도 도메인 이름은 영업표지로 사용되기도 하는바, 영업표지로서 국내에 널리 알려진 경우에는 不正競爭防止法에 의한 보호도 받을 수 있다.

도메인 이름을 상표법에 의해 등록하고 부정경쟁방지법에 의해 보호하려는 현상은 도메인 이름을 제3자의 침해로부터 배타적으로 보호할 필요가 있다는 것을 의미한다. 도메인 이름 분쟁의 특성은 도메인 이름에 대하여 권리를 주장하는 자들이 각자 도메인 이름을 보유할 정당한 법적 근거를 주장할 수 있다는 것이다. 예컨대, samsung이라는 표지를 삼성전자, 삼성물산, 삼성건설은 등록상표 또는 주지상표를 가진 자로서, 한편 삼성사, 삼성출판사 등은 등록상표를 이유로 당해 도메인 이름 권리를 주장할 수 있다. 이들은 선신청 선등록에 의해 등록할 수 있었던 자이기에 더욱 당해 도메인 이름 권리를 다룰 여지가 있다. 반면 도메인 이름은 하나뿐이기 때문에 도메인등록인에게 정당한 권리와 이익이 있더라도 위와 같은 이해관계 있는 제3자가 자신의 권리를

756) 우리나라 특허청은 이탈리아 의류업체인 Forall사의 “http://www.sartoriale.it”를 상표로 등록시켰고 국내업체로서는 “http://www.1215.com”에 관하여 등록사정에 들어간 바 있다. 전자신문 1998. 11. 5.자 참조.

757) USPTO, Trademark Examination of Domain Names, 1998. 1. 16.

<<http://www.uspto.gov/web/offices/tac/domain/tmdomain.htm>>[2002.11.20.]

주장하면서 법적인 다툼을 하게 될 경우 도메인등록인의 법적 지위는 불안정할 수밖에 없다. 그리고 정당한 권리가 있음에도 불구하고 우연한 사정에 의하여 도메인 이름이 UDRP 결정이나 판결에 의해 강제로 등록이전이나 등록말소될 경우에는 도메인 이름 권리를 채권으로 보아 그 권리의 회복을 충분히 보호받지 못할 수 있다.

상표권자의 입장에서 도메인 이름 권리를 지적 재산권으로서 파악하고 보다 엄격한 등록절차와 분쟁해결절차를 마련한다면, 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록 및 사용이 방지될 여지가 있다는 실익이 있다.

이러한 점에서 도메인 이름 권리에 대하여 지적 재산권으로 인정할 필요성이 있다. 다만 법률관계와 분쟁해결방법이 충분히 완비되지 않았다는 점에서 법률로써 독자적인 지적 재산권으로 인정하는 것을 유보하고 있을 뿐이다.⁷⁵⁸⁾

다. 認定 可能性

도메인 이름이 독자적인 전자표지로서 지적 재산권이 인정된다 하더라도 그 자체로 등록상표와 같은 배타적 효력을 가지는 것인지는 별개의 문제이다. 등록상표에 배타적 효력이 인정되는 것은 입법정책에 의해 법률로써 등록상표에 대하여 배타적 효력을 부여하였기 때문이지, 그 성질에서 유래된 것은 아니기 때문이다. 도메인 이름은 그 자체로 유일성과 독점성을 가지고, 언제나 표지로서 사용되는 것도 아니며, 일반명칭에도 등록을 허용한다. 그리고 도메인 이름 권리의 보호 근거는 등록상표 등과 같이 표지의 신용에 있는 것이 아니라 “도메인 이름에 대한 정당한 사용의 보호”에 있기 때문에 도메인 이름을 등록한 사실만으로 타인의 동일·유사의 도메인 이름을 금지하는 것은 타당하지 않다. 그리고 매우 제한된 도메인 자원을 고려할 때, 예컨대 www.home.co.kr을 등록하였다는 이유로 상표법처럼 타인이 www.home2.co.kr이나 www.home3.com을 등록하는 것까지 금지하는 것은 타인의 표현의 자유를 침해하는 것일 수 있을 것이다. 만약 도메인 이름에 대하여 배타적 권리를 원한다면 상표법에 의한 상표등록을 하거나 부정경쟁방지법에서 정한 주지·저명성을 얻으면 보호를 받을 수 있다.

이러한 점에서 도메인 이름에 대한 지적 재산권으로서의 권능은 도메인 이름의 正當한 使用를 보장받는 것이다. 따라서 도메인 이름에 대하여 권리나 정당한 이익이 있음에도 불구하고 강제로 등록이전 또는 등록말소가 되었다면 도메인등록인으로서의 다

758) 『전자거래법』, 227면; 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 41-42면. 도메인 이름을 이론상 독자의 권리(sui generis)로서 인정할 수 없다는 것이 아니라 법정정책적으로 시기상조임을 이유로 지적 재산권의 인정을 유보한다고 한다. 이 주장조차도 1999년 5월의 WIPO 회의에서 나온 것으로서 상당한 기간이 경과하였다.

시 자신의 권리를 주장하여 원상회복을 할 수 있도록 하여야 한다. 도메인 이름을 지적 재산권으로 인정해야 할 실익도 여기에 있다고 볼 것이다. 민법 해석상 불법행위에 의한 원상회복을 손해배상방법으로서 인정한다 하더라도 먼저 불법행위에 고의, 과실이 있어야 하고, 민법개정시안에서 제안한 바와 같이 “상당한 이유”가 있는 경우에만 인정한다면, 도메인등록인에게 권리나 정당한 이익이 있다고 하더라도 상표권자에게 등록상표가 있고 그 상표권자가 자신에게 권리가 있다고 믿은 경우에는 도메인 이름에 대한 등록이전에 위법성이 인정되더라도 도메인등록인은 보호받지 못하게 된다. 이는 도메인 이름을 독점적으로 사용하고 있는 자에 대한 적절한 보호가 되지 못한다. 이러한 점에서 도메인등록인의 도메인 이름의 등록, 사용이 법에 위반되지 않는다고 확인을 얻으면 원상회복을 구할 수 있도록 한 미국 반사이버스쿼팅소비자보호법은 도메인 이름 권리에 대하여 지적 재산권으로서 보호할 수 있는 가능성을 입법적으로 보여주고 있다고 생각된다. 한편 도메인 이름에 대하여 지적 재산권으로의 접근은 상표법과 같이 등록신청 단계에서 부당한 등록거절로부터 등록신청인을 보호할 수 있는 법적 근거도 마련할 수 있게 된다. 다만 도메인 이름 권리를 지적 재산권으로 인정하기 위해서는 상표권 보호와도 조화를 이루어야 하므로, 등록단계나 분쟁해결단계에서 도메인 이름에 의한 상표권 침해 가능성을 일정한 기준에 따라 완화시킬 필요가 있을 것이다.

3. 登錄規程에 의한 도메인 資源의 適正하고 公平한 配分

도메인 이름 분쟁해결은 사전적 예방과 사후적 구제가 있을 것인데, 등록단계에서 도메인 이름을 적절하고 공평하게 배분하고 그 도메인 이름 권리를 확실하게 보장한다면 분쟁의 상당수는 예방될 수 있을 것이다. 그러나, 일반도메인의 경우에는 전세계 각지로부터 등록신청을 받기 때문에 그 신청의 적부를 엄격히 판단하기는 어렵다. 그리고 그 적부를 판단한다는 것 자체가 마치 도메인 이름의 등록을 받기 위해서 상표권과 같은 다른 권리를 가지고 있어야 한다는 착각을 유발할 수 있다는 점에서 사전심사는 적절하지도 않을 수 있다.

그러나 지적 재산권 침해를 사전에 방지하기 위해 .biz나 .info 등과 같이 신규 도메인의 경우에는 등록단계에서 일정한 자격이 부여된 자에게만 도메인 이름을 등록할 기회를 우선적으로 부여하고 있다. 어떤 권리를 가진 자가 우선적으로 등록할 기회를 가지는가에 관하여도 여러 가지 선택이 있을 수 있는데, 商標權者에게만 우선권을 부여하는 것이 타당한 것인지, 아니면 商號나 地理的 名稱, 姓名 등에도 기회를 부여하는

것이 타당한지에 관하여 다툼이 있을 수 있다. 登錄適格이 있는 자에게 등록 기회를 우선적으로 부여하더라도 그 登錄適格의 實在 여부에 관하여는 登錄機關이나 登錄原簿管理機關에서 판단하기 어렵다는 점에서 등록단계에서의 사전예방은 한계가 있다. 따라서 이해관계 있는 당사자들간의 도메인 자원에 관한 적정하고 공평한 배분은 중국적으로 분쟁해결절차에 의하게 된다.

주의할 것은 특별한 목적에서 신규도메인에 대하여 특정한 범위 내의 권리자에게 등록의 기회를 우선적으로 부여한다고 하여 마치 도메인 이름이 상표권에 부속되는 것처럼 오인되어서는 안된다. 이러한 특별한 등록규정은 분쟁을 사전에 예방하기 위한 정책적 고려일 뿐 필연적인 것은 아니며, 오히려 도메인 이름은 正當한 使用이라면 누구나 등록, 사용할 수 있어야 한다. 다만 제한된 범위의 등록신청인에게만 도메인 이름을 우선등록하게 하는 것은 결국 다른 정당한 이익이 있는 자들과 비교하여 차등을 두는 것이므로 우선등록의 기준과 범위는 정의와 형평에 부합하는 것이어야 하고,⁷⁵⁹⁾ 구체적 타당성에도 부합해야 한다.⁷⁶⁰⁾ 제1차 WIPO 보고서는 저명상표에 대한 사용배제를 권고하고 있는데,⁷⁶¹⁾ 저명상표의 기준은 명확하지 않고 전체적인 합의에 이르기 어려우나, 이론적으로는 고유한 식별력을 가진 저명상표와 동일한 도메인 이름(예컨대, chanel.com, microsoft.com 등)은 不正한 目的이 있을 개연성이 높다는 점에서 등록단계에서 예외적으로 실질적 등록심사를 하도록 하는 방법도 생각해볼 수 있다. 그리고 이러한 등록심사는 단지 등록분쟁의 예방과 편의상 登錄機關이 정책적 고려에서 하는 것에 불과하고 이를 도메인 이름이 상표권에 속하는 증거라고 할 수는 없을 것이다.

한편 도메인 체계의 초기단계에는 영리기관은 .com, 비영리기관은 .org, 네트워크 관련은 .net, 교육기관은 .edu로 어느 정도 식별가능하도록 하였기 때문에 그 구분을 따랐다면 상표 분쟁은 최소화되었을 수도 있었겠으나, 도메인의 수요가 폭발하면서 당시 獨占的 登錄機關인 NSI가 그 원칙을 포기함으로써 오히려 법률문제가 복잡하게 되었

759) 우리나라 商標法은 상표불사용취소제도가 있으나, 商標權者가 악의적으로 일정기간(3년)마다 광고만 하고 실제 상품에 부착하여 사용하지 않아도 되므로, 상표를 사용할 의사 없이 상표를 등록하고 사용하지 않아도 상표권을 행사할 수 있다. 그런데 상표는 그 사용과 사용으로 인한 영업자의 신용을 보호하는 것이 목적인데, 사용하지도 않는 상표가 등록되었다는 이유만으로 우선하여 도메인 이름을 배당하는 것은 도메인 이름의 正當한 使用을 방해하고 商標法에서 商標權者에게 부여한 권리 이상의 과도한 이익을 부여하는 것이므로 형평에 반할 여지가 있다. 남희섭, 전제논문, 26면 참조.

760) 도메인 이름 등록신청을 거절한 경우 이에 대한 구제와 관련하여서도 균형을 고려하여야 할 것이다. 이 논문 제2장 III.1.가. 참조.

761) 제1차 WIPO 보고서 245-303문단.

다.⁷⁶²⁾ 그러나 점차 새로운 도메인이 세분화되면서 특정한 영역만을 대표하는 도메인도 가능할 것인바,⁷⁶³⁾ 그 영역에 종사하지 않지만 상표가 있기만 하면 도메인 이름에 관하여 우선적으로 등록할 수 있는 것인지에 관하여는 재검토를 요한다. 예컨대, 제약 회사의 商標權者가 자신의 영업과 전혀 관련이 없는 전자나 정보통신, 예술 등과 관련된 신규 도메인에 관하여도 도메인 이름의 우선 등록 기회를 주장하는 것이 타당한지에 관하여 의문이 있다. 도메인 이름은 상표가 아니므로 지정상품에 구분이 있는 것은 아니지만 도메인의 구분만으로도 어느 정도 인터넷 이용자들에게 식별력을 부여하는 단계에 이르게 되었음에도 불구하고 모든 도메인 이름에 관하여 우선권을 부여한다는 것은 형평에 어긋난다고 볼 수 있다. 따라서 도메인이 어느 정도 세분화된다면 등록방식이 추첨제라 하더라도 상표가 있다는 이유만으로 모든 도메인에 대하여 등록의 기회를 부여하는 것은 회소자원의 공정한 배분의 원칙상 타당하지 않다고 본다.

도메인 이름의 분쟁을 사전에 방지하는 것만 강조한다면 신규 도메인의 등록초기단계에서 여러 가지 제한 요소를 많이 두면, 분쟁의 소지는 적게 된다. 그러나 분쟁예방을 이유로 과도하게 요건을 제한하게 되면 그 제한 조건을 登錄機關이 판단하여야 하고 이는 신속한 처리를 필요로 하는 인터넷의 특성상 적합하지 않을 뿐 아니라, 오히려 도메인 이름에 관한 表現의 自由를 과도하게 제한하고 正當한 使用을 방해하는 것이 될 수 있다. 따라서 사전분쟁의 예방은 개별사건별로 판단할 수 있는 구조가 아니라 일반적, 객관적으로 구별될 수 있는 구조, 예컨대 신규 도메인의 세분화를 통하거나 계층적으로 분류하는 방법으로 도메인 자원을 골고루 분배하는 방법도 고려해야 할 것이다. 예컨대, <samsung.electronics>나 <hyundai.auto> 등으로 최상위 도메인의 세분화나, 또는 <samsung.electronics.com> 또는 <hyundai.auto.com> 등과 같이 2단계 도메인을 공공의 영역으로 끌어들이어 상품의 구별과 같이 세분화를 하는 방법을 생각해볼 수도 있을 것이다.⁷⁶⁴⁾ 한편 당사자의 동의를 전제로 하는 것이기는 하나, 제1차 WIPO 보고서는 유사한 도메인 이름의 공존을 위해 각 도메인 이름의 공통부분으로 도메인 이름을 공유하면서 그 웹사이트에서 링크로 연결하는 방법도 제안하고 있다.⁷⁶⁵⁾

762) 그러나 .biz와 같은 신규 도메인의 경우에는 RDRP와 같이 영리적 사용에만 한정하도록 함으로써 비영리적 사용을 목적으로 하는 登錄申請人은 배제하였다.

763) Jon postel은 이용가능한 도메인이 1-2개인 것은 바람직하지 않다고 하면서, 150개의 신규 도메인 창설을 주장하였다. 이 논문 제2장 I.1.다(1) 참조.

764) 같은 취지: 남희섭, 전제논문, 27면.

765) 124-128문단 참조. 예컨대, 삼성전자, 삼성물산, 삼성자동차, 삼성건설 등의 공통 요소인 삼성(samsung)으로 된 도메인 이름(samsung.com)에 각각 해당 웹사이트로의 링크를 연결해두면(samsungellectronics, samsungauto, samsungconstruction 등으로 링크) 인터넷

4. 紛爭解決規程의 基本原理

가. 當事者間 紛爭解決方法의 均衡

도메인 이름에 관한 분쟁은 두 가지의 형태로 나눌 수 있는데, 도메인 이름 登錄 및 使用에 의한 제3자의 권리(예컨대, 상표권)에 대한 침해 문제와 제3자에 의한 도메인 이름 권리에 대한 침해 문제이다. 그러나 기존 논의는 주로 전자에 집중되어 있고 후자의 논의는 도메인 이름 逆하이재킹의 문제에 관해서만 일부 논의가 있을 뿐이다. 이는 도메인 이름을 상표의 일부로 보거나, 도메인 이름 권리를 상표권에 부속한다고 오해하는 것으로부터 기인한다고 본다.⁷⁶⁶⁾ 그러나 앞서 본 바와 같이 도메인 이름은 獨自的인 電子標識이므로 이에 대한 권리를 보장하기 위해서는 실체법적으로 위법한 침해에 대하여 妨害排除請求權이나 原狀回復請求權을 인정할 수 있어야 하고, 절차법적으로 잘못된 UDRP 決定에 관하여 이를 시정할 수 있는 법적 절차를 보장해야 한다.

나. 紛爭解決 立法의 方向

도메인 이름 분쟁에 관한 새로운 입법이나 국제조약도 도메인 이름의 독자적 체계를 보장하고 상표권과의 이익을 조화롭게 형성해 나가야 할 것이다. 도메인 이름은 원칙적으로 자유이용과 공정이용의 관념에서 시작하여야 할 것이다. 그리고 그것이 표현의 자유 아래 보호되며, 다만 제3자의 권리를 침해하거나 정당한 행사를 방해할 경우 이를 일정한 요건 아래 제한할 것이며 그 제한은 엄격한 기준과 이익형량의 원칙에 따라 조정되어야 할 것이다. 상표권은 기존의 商標法이나 不正競爭防止法, 민법 등에 의하여 이미 보호되고 있고 새로 제정된 UDRP에 의하여도 보호받고 있는데, 특히 구제수단으로서 도메인 이름의 登錄移轉까지 허용하고 있는 UDRP는 不正競爭防止法, 民法 기타 법률에 의해 보호받을 수 없고 당해 도메인 이름을 등록이전하는 것이 법전체 질서에 비추어 과도한 것이 아닌 경우로 제한하여 적용하는 것이 타당하다고 본다. 다만 도메인 이름의 등록이전을 인정하더라도 이는 특정인에게 당연히 도메인 이름 권리가 있기 때문이 아니며 분쟁해결의 특수

사용자들은 한번 더 클릭함으로써 자신이 원하는 웹사이트로 찾아갈 수 있다.

766) 商標權者의 이익을 최대한 보호하기 위한 차원에서 최근 “watch service”가 등장하였는데, 이는 商標權者가 일정한 수수료를 지급하면 상표와 관련있는 도메인 이름의 등록신청이 될 때 바로 商標權者에게 통지해주는 도메인 이름 등록 감시서비스이다. 이러한 서비스는 상표권에 기한 도메인 이름의 분쟁을 부추기는 역할을 하기도 한다.

성 때문에 절차적으로 인정할 뿐이다.

다. 紛爭解決方法의 統一과 調和

도메인 이름의 분쟁은 당사자를 중심으로 나누어지기도 하지만, 분쟁해결방법에 따라 판결과 같은 기존의 분쟁해결방법과, UDRP와 같은 도메인 이름 특유의 새로운 분쟁해결방법으로 나누어지기도 한다. 그러나 UDRP가 절차 내부에 불복절차를 두지 않고 사법절차를 배제하지 않음으로써 양 분쟁해결수단간의 갈등이 생길 수 있다. 따라서 상표와 도메인 이름간의 통일적이고 균형있는 분쟁해결을 위해서는 원칙적으로는 도메인 이름 특유의 분쟁해결제도에서 분쟁해결이 종결될 수 있도록 개선하고, 양 제도간의 갈등은 입법의 보완을 통해 해소하도록 해야 한다. 그리고 국제사법적 문제는 국제조약을 통해 통일적으로 해결하는 것이 타당하다고 본다.

II. 도메인 特有의 紛爭解決方法의 改善

1. 一般도메인

가. 當事者間의 衡平과 公正性 補完

UDRP의 적용범위가 확대되고 사실관계도 복잡화되고 있기 때문에 신속성과 저렴한 비용 이외에도 公正性(fairness), 透明性(clarity), 衡平性(equitability)도 중요하다.⁷⁶⁷⁾ 특히 도메인 이름의 경제적 가치에 거품이 빠지고 있는 상황이므로, UDRP 決定에 불복이 있더라도 도메인등록인의 입장에서는 과도한 액수의 소송비용을 지불하기란 쉽지 않기 때문에 대부분의 분쟁은 UDRP의 분쟁해결절차에서 종결되는 경우가 많다. 따라서, UDRP 결정에 대한 사법절차를 허용하는 것보다 분쟁해결절차 내부의 문제점을 수정, 보완하는 것이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

UDRP 적용의 초기에는 사이버스쿼팅 사례도 많았기 때문에 명백하게 不正한 目的이 인정되는 경우에는 신속하고 저렴한 분쟁해결절차가 타당할 수 있었다. 그러나, 원래 UDRP가 상정하였던 不正한 目的의 登錄 및 使用뿐만 아니라 도메인등록인의 正當한 使用에까지 UDRP에 의한 분쟁해결신청이 증가하였고, UDRP 적용 여부에 대하여

767) Dori Kornfeld, 전제논문, 결론 부분의 제안 참조.

다툼이 있어 증거조사나 변론이 필요한 사안에까지 적용이 확대되면서 UDRP 결정의 부당성이 문제되기에 이르렀다. UDRP는 도메인등록인의 권리 보장을 위한 장치를 그다지 고려하지 않았기 때문에 정당한 도메인등록인조차 자신의 억울함을 다룰 방법이 별로 없었다. 따라서 UDRP의 적용범위가 초기 제안자들의 고려보다 넓어지게 된 이상, 公正성과 衡平성을 담보하고 실체적 진실발견이 가능한 법적 장치가 요구된다. 그리고 도메인 이름의 등록이전이 부당하게 된 경우 도메인등록인이 자신의 권리를 원상회복할 수 있는 법적 근거도 보완하여야 한다. 그러나 公正성을 충분히 담보하기 위해서는 신속과 저렴한 비용의 목적은 양보를 해야 하기 때문에 결국 균형과 조화를 위한 절충이 필요하다.

나. 實體的 檢討

(1) 紛爭解決의 目的 條項

형식적일 수는 있으나, UDRP가 도메인 이름의 분쟁해결의 일부만 담당하는 것이 아니라, 분쟁해결의 일반적 기준으로 적용되는 것이라면 UDRP에 “도메인등록인의 正當한 使用을 보호하고 商標 保護와 均衡과 調和를 도모한다”는 취지의 목적 조항을 둘 필요가 있다. 이러한 목적 조항은 UDRP 전체를 해석하는 기준이 될 것이고, 추후 수정, 보완을 함에 있어서도 기준이 될 수 있다.

(2) UDRP에 대한 解釋基準

UDRP의 요건에 관한 객관적 해석과 적용을 위해서는 보다 구체적인 기준이 필요하다.⁷⁶⁸⁾ 예컨대 UDRP 요건에 나오는 개념들에 관한 정의를 어떻게 하는가는 실제 UDRP 적용에 있어 중요한 요소가 될 수 있는데, 이에 관하여는 두 가지 방법이 있을 수 있다. 첫째는 UDRP 안에 정의조항을 두는 것인데, UDRP 자체로 문제가 해결될 수 있는 장점이 있으나, 각국의 商標法이나 기타 관련법에 따라 조금씩 다른 개념을 하나로 통합하려면 그 개념이 추상적, 일반적일 수밖에 없기 때문에 그 정의 조항의 해석에도 다툼이 다시 생길 여지가 있다. 둘째는 그 개념의 정의를 상대적으로 파악하여 당사자간에 그 개념을 해석할 수 있는 準據法을 선택할 기준을 두는 것이다. 예컨대, 도메인등록인과 登錄機關이 같은 국적일 경우에는 그 국가의 법에 의해서 당해 요

768) Dori Kornfeld, 전제논문, 결론 부분의 제안 내용 참조. 현재 UDRP는 패널의 법 적용과 해석에 많은 재량을 두고 있지만(UDRP 제15조 a항 참조), 이 논문의 입법적 제안에서는 패널이 UDRP 決定을 함에 있어 요건에 관한 임의적 해석과 적용을 하지 못하도록 일정한 제한을 두자는 것이다.

건과 개념을 해석, 적용할 수 있도록 기준을 마련하는 것이다. UDRP는 당사자간의 적절한 분쟁해결을 요하는 것이므로 둘째의 방법이 구체적 타당성에 접근하는 방법일 수도 있으나, 다수 당사자와 다수 국가의 법이 혼재할 경우 당사자가 바뀔 때마다 그 개념이 달라질 수 있고, 당사자로서도 자신의 행위가 금지되는 것인지 미리 예측할 수 있어야 한다는 점에서 통일적 분쟁해결기준을 제시하는 UDRP의 취지상 해석기준에 대하여도 획일적으로 정하는 것이 바람직하다. 국가도메인의 예이기는 하나, 캐나다의 .ca 도메인에 대한 분쟁해결규정은 不正한 目的이나 正當한 利益에 관하여 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

(3) UDRP 濫用 禁止

UDRP 規則 제1조 및 제15조 (e)항은 도메인 이름 逆하이재킹 즉 UDRP 남용에 관하여 규정을 하고 있으나, 상표권자의 UDRP 남용에 대하여는 규제할 근거가 부족하다. UDRP의 적용범위가 확대되면서 UDRP를 남용하려는 商標權者도 늘고 있는데, 도메인 이름의 正當한 使用을 보호한다는 입장에서는 이러한 UDRP 남용을 방지하기 위한 적절한 구제수단이 있어야 한다고 본다. 현재 UDRP 規則 제15조 (e)항은 UDRP 남용 사실에 관한 결정문의 선언뿐인데, 이는 실질적인 제재가 되지 못한다. UDRP 신청인의 입장에서는 도메인登錄人이 UDRP의 금지요건에 해당하는지 여부를 사전에 모두 파악할 수는 없겠지만, 특별한 사정에 의해 도메인登錄人이 도메인 이름에 관해 權利 또는 正當한 利益이 있다는 것을 알고도 UDRP의 분쟁해결절차에 의할 경우 도메인 이름을 회수할 가능성이 높다는 점을 악용하여 분쟁해결신청을 하는 경우도 있다. 이는 不正한 目的의 UDRP 남용이므로 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 등록 및 사용과 같이 UDRP에 의해 금지하여야 할 것이다.

따라서 UDRP를 不正한 目的으로 남용하는 자에 대하여는 일정기간 동안 다른 도메인 이름에 관하여도 UDRP 신청을 할 수 없게 하거나, 일정기간 동안 다른 도메인 이름도 등록할 수 없게 하거나,⁷⁶⁹⁾ 도메인등록인에 대하여 법정 손해배상책임을 지게 하는 등의 제재수단을 규정할 필요가 있다. 캐나다 도메인 이름분쟁해결규정 제4조 제6항⁷⁷⁰⁾은 “조정신청인이 不正한 目的으로 절차를 신청한 경우 도메인등록인에게 분쟁해결절차가 개시되지 않았으면 부담하지 않았을 손해를 \$5,000까지 도메인등록인에게 배

769) 타인의 도메인 이름을 임대하여 사용하는 것까지 금지할 것인지에 관하여는 다툼이 있을 수 있으나, 과잉금지의 원칙에 따라 타인의 도메인 이름을 빌려 사용하는 것까지 금지할 수는 없다고 할 것이다.

770) <http://www.cira.ca/en/cat_dpr_policy.html>[2002.11.20.] 참조.

상하도록 하고 있으며,⁷⁷¹⁾ 신청인이 이를 지급하지 않을 경우에는 다른 登錄機關에게 어떠한 등록에 관한 것이라도 등록신청을 거부하도록 함으로써 간접강제를 하도록 하고 있는바, 이러한 제재방안이 UDRP 개선에도 반영되어야 할 것이다.

다. 節次的 檢討

(1) forum shopping의 防止

UDRP 신청인의 의사에 따라 紛爭解決機關이 선택되는 것은 forum shopping을 유도하는 것이고, 이러한 forum shopping은 분쟁해결기관이 분쟁수수료를 얻어 사업을 하고 있다는 점에서 UDRP 신청인에게 유리한 결정을 할 誘因을 주는 것이며, 이는 UDRP의 公正性에 중대한 위협이 될 수 있다. 게다가 UDRP는 절차 내부에 불복절차를 두지 않기 때문에 forum shopping은 도메인등록인에게는 매우 불리한 결정을 받을 위험이 있다. forum shopping 문제의 해결을 위한 많은 논의와 제안이 제기되고 있지만 각자 일부 약점을 가지고 있어 이의 보완이 요구된다.

먼저 무작위 지정 방식(Random Selection)을 생각해볼 수 있는데, 이에 의하면 UDRP 신청인의 선택에 따라 紛爭解決機關이 정해지는 것이 아니기 때문에 中立性이 보장될 수 있다는 것이다. 그러나 紛爭解決機關으로서는 경제적 유인(economic incentives)이 없기 때문에 분쟁해결이 지연되고 비효율적으로 될 가능성이 높다. 두 번째 ICANN이 직접 UDRP 사건을 紛爭解決機關에 임의로 배당하는 방법도 생각해볼 수 있으나, ICANN의 肥大化와 절차의 경직이 우려되고 제3자가 다시 사건배당절차를 밟아야 한다는 번거로움이 있다는 비판을 받을 수 있다. 세 번째 登錄機關(Registrar)의 선택에 의하는 방법도 생각할 수 있는데, 이는 인터넷의 자기규제모델에 부합한다고 보고 登錄機關이 집행에 수명자로서 임무를 맡기 때문에 분쟁해결절차에 무관하지 않다는 것을 근거로 하나, 등록과 분쟁해결을 분리한 UDRP 체계에 모순된 주장일 수 있다.⁷⁷²⁾ 한편 forum shopping의 원인이 UDRP 신청인에게만 紛爭解決機關을 선택할 수 있게 한 것에 있음을 고려하여, 도메인등록인에게도 일종의 응소권 유사의 권리를 주고 도메인등록인의 紛爭解決機關 선택권도 부여하는 방법도 생각할 수 있는데,⁷⁷³⁾ 만약 도메인등록인과 UDRP 신청인의 선택이 충돌될 경우에는 당사자들이 합의하는 紛爭解決機關으로 하고, 만약 그 경우에도 합의되지 않는다면 추첨이나 기타 公正性이

771) 다만 실제 금원은 분쟁해결기관이 분쟁해결신청인으로부터 수령한다.

772) Muller, "Rough Justice," 19-20면.

773) UDRP에 불복절차를 두게 된다면 도메인등록인의 紛爭解決機關 선택권은 또다른 forum shopping의 문제를 야기할 여지가 있다.

담보될 만한 최소한의 기준을 두어 紛爭解決機關을 결정하도록 해야 한다. 紛爭解決機關이 특정지역에 편중되지 않고 지역적으로 골고루 분산이 되는 단계에 이른다면 UDRP 規則 제1조의 상호재판관할에서 정한 바와 같이 도메인등록인의 주소지나 등록기관의 소재지 등을 紛爭解決機關 선택의 기준으로 삼을 여지도 있을 것이다. 다만 이 경우 당사자의 이의제기의 반복으로 분쟁해결절차가 지연될 우려가 있으므로 이에 대한 적절한 장치가 있어야 할 것이다.⁷⁷⁴⁾

이와 별개로 紛爭解決機關이 패널에게 사건배정을 하는 방식이 문제가 있다고 지적하면서 강제적 3인 조정을 제안하는 견해⁷⁷⁵⁾도 있다.

(2) 도메인등록인의 防禦權 保障

UDRP는 신속하고 저렴한 분쟁해결을 위해 제소기간을 단축하고 결정과정에서의 당사자의 참여 기회를 충분히 주지 않는바, 누구를 위한 신속한 분쟁해결인지 근본적인 물음을 던진다.⁷⁷⁶⁾ UDRP가 사이버스쿼팅과 같은 매우 좁은 분쟁형태에만 적용이 한정될 경우에는 부작용이 적을 수 있으나, UDRP의 적용범위가 확대되고 있는 상황에서는 당사자간의 형평과 공정한 결정은 매우 중요한 쟁점이 된다. 도메인등록인에게 방어권을 보장한다는 것은 신속과 저렴한 비용이라는 UDRP의 목적과 충돌될 수 있으나, 분쟁해결을 구하는 자가 UDRP를 不正한 目的으로 이용하고 있음이 명백한 경우에조차 도메인등록인이 이를 다룰 수 없다면 공정과 형평에 반한다고 할 것이다. 따라서 최소한 도메인등록인이 신청인의 UDRP 남용을 주장하고 그 주장이 객관적으로 매우 설득력이 있을 경우에는 패널에게 UDRP 남용 여부를 조사하여 판단할 의무를 규정하는 방법도 생각해볼 수 있을 것이다.

한편 UDRP 決定의 公正성과 패널의 偏頗성을 방지하기 위해 법관 회피제도와 유사한 불복절차를 두고 紛爭解決機關은 이러한 이의가 있을 경우 조사하고 이의자에게 설명할 의무가 있도록 하는 제도를 건의하는 견해⁷⁷⁷⁾도 있다.

774) forum shopping의 문제는 분쟁해결기관에 대한 선택권을 신청인과 같이 어느 일방만이 가지고 있기 때문에 발생하며, 이를 해결하기 위해서는 어느 일방 당사자의 선택권 또는 우월한 지위를 해소하여야 한다. Kimberly A. Moore · Francesco Parisi, 전계논문, 16-23면 참조.

775) Geist, "Fair.com?(K)," 27-29면.

776) 「도메인 분쟁해결의 사례분석과 평가에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2001. 11., 58면.

777) Dori Kornfeld, 전계논문, 결론 부분의 제안 내용 참조.

(3) 不服節次的 認定 여부

UDRP의 개선 논의는 현재도 계속되고 있으나, 실무의 논의는 UDRP를 보다 상표권 기타 지적 재산권 보호를 강화하기 위하여 개선하자는 방향으로 진행되고 있다. 그리고 오히려 다른 전자상거래의 분쟁에도 적용확대하자는 견해조차 있다.⁷⁷⁸⁾ 그러나 원래 UDRP의 시행취지가 신속, 저렴한 비용으로 매우 한정된 경우인 “不正한 目的의 登錄 및 使用”에만 적용하자는 것이었다는 점을 고려한다면, 이러한 주장들은 바람직하지 않다. 특히 사건의 사실관계 및 법률문제가 점차 복잡화되므로 UDRP의 무조건적인 확대적용은 재고를 요한다. 그러나 UDRP의 분쟁해결을 신청하는 데에 특별한 제한을 두고 있지 않으므로 商標權者는 일단 분쟁해결신청을 하고 볼 여지가 많다. 따라서 UDRP의 적용이 확대됨에 따라 이의를 제기할 자도 많아질 것인데, ADR의 성격을 지닌 UDRP 절차 내부에 불복절차를 두는 것이 타당한지 다툼의 여지가 있다.

(가) 否定說

UDRP의 원래 목적이 신속과 저렴한 비용에 있고 UDRP 決定에 다툼이 있으면 법원의 판단을 배제하지 않기 때문에 입법론으로도 UDRP 내부에 불복절차를 둘 필요가 없다고 하면서 불복절차의 설치를 부정하는 입장이 있다.⁷⁷⁹⁾ 불복절차는 중재절차라는 성격에 반하고, 불복절차는 UDRP 決定이 선례에 의해 구속됨을 전제로 할 수 있는데, UDRP는 중재절차이므로 선례를 참고할 뿐 구속되지는 않는다는 것이다. 또 중재는 주로 당사자 중심적이고 사실지향적인 것을 의미할 뿐 전체 체계의 일관성에 대하여 걱정할 것은 아니라고 한다.⁷⁸⁰⁾

(나) 肯定說

UDRP의 公正性을 담보하기 위해 불복절차를 인정해야 한다는 입장⁷⁸¹⁾도 있다. 또, 서로 다른 결정의 일관성을 부여하고 이해관계인에게 예측가능성을 부여하기 위해 불복절차를 두어야 한다는 견해⁷⁸²⁾도 있다.

778) UDRP 개선논의에 대한 간략한 소개로는, 우지숙, 「도메인 이름 관련 국제분쟁해결제도 및 결정 동향에 대한 분석」, “VIII. UDRP의 문제점과 한계” 참조.

779) Muller, “Rough Justice,” 19면.

780) David Lametti, 전계논문, 70-71면.

781) Dori Kornfeld, 전계논문, 결론 부분의 제안 부분에서 수수료 지급을 전제로 도메인登錄人에 대하여 숙련되고 경험 많은 패널에게 자신의 패소사건을 맡길 수 있는 내부 불복절차를 마련하여야 한다고 주장한다.

782) M. S. Donahey, A Proposal for an Appellate Panel for the Uniform Domain Name

(다) 檢討

다른 중재절차와 달리 UDRP는 UDRP 決定이 있으면 별도의 집행판결 없이 登錄機關으로 하여금 도메인 이름의 登錄移轉 또는 登錄抹消의 집행을 할 수 있게 한다. 특히 forum shopping과 관련하여 절차의 公正性 담보가 매우 중요한데, 비공개성과 달리 결정의 내용이 공개되는 UDRP는 사실상 대중에게 미치는 영향이 크기 때문에 패널의 재량으로만 그 결정을 맡기는 것도 UDRP를 왜곡할 염려가 있다. 따라서 UDRP에 대하여 본래의 목적 즉 신속과 저렴을 보장하면서 최소한의 公正性을 보완해줄 필요가 있다고 생각하며, 불복절차의 문제도 이의 관점에서 파악해야 한다.

이론적으로는 UDRP의 분쟁해결절차를 분류하여 사이버스쿼팅과 같이 不正한 目的에 의한 登錄 및 使用임이 분명한 사안에 관하여는 기존의 UDRP를 적용하고, 사안이 복잡하고 不正한 目的 또는 正當한 利益의 存否가 다투어지는 부분에 관하여는 간이증거조사절차 및 간이변론절차를 도입하거나, 또는 간이불복절차를 마련하는 방법이 타당할 것이다. 그러나 사안의 복잡 여부를 절차개시단계부터 판단하기는 어려울 것이므로, 패널이 절차 진행 중 간이절차로의 이행 여부를 판단할 수 있도록 하는 방법도 생각할 수 있다. 또 UDRP 決定에 대하여 불복 당사자의 부담으로 불복절차를 인정하되,⁷⁸³⁾ UDRP 신청인의 신청이 인용되었는데도 불복신청이 있다면 UDRP 신청인이 제3자에게 도메인 이름을 이전하지 않고 불복절차가 종결될 때까지 사용하는 것을 조건으로 하여 도메인 이름을 이전하고, 불복절차에 의해 도메인 이름 이전결정을 취소할 경우에는 UDRP 신청인의 도메인 이름을 다시 회수하도록 한다. 반면, 도메인등록인의 주장이 받아들여져 UDRP 신청인의 신청이 기각되고 UDRP 신청인이 불복신청하는 경우에는 도메인등록인의 사용은 그대로 인정하되, 제3자에게 전전양도하지 못하도록 하는 방법이 타당할 것으로 생각된다. 다만 신속성을 해치지 않기 위해서는 일정한 제한이 필요한데, UDRP 내부의 불복절차를 신청할 경우에는 법원에의 소 제기를 포기한 것으로 본다거나, UDRP 제4조 k항 및 동 규칙 제1조, 제3조 (b)항 (xiii)의 상호재판관할과 국제사법에 따라 정해진 國際裁判管轄 있는 법원이 국제사법에 따라 결정한 準據法에 의해서도 도메인등록인이 구제받지 못하는 경우에만 UDRP의 불복절차를 이용할 수 있도록 제한하는 방법을 생각해볼 수 있다.

Dispute Resolution Policy, (2001) 18 J. Int' Arbitration 131면.

783) Dori Kornfeld, 전제논문, 결론 부분의 제안 부분에서 5일 이내의 이의제기를 가능하도록 하자는 주장을 한다.

(4) 簡易辯論節次 및 證據調查節次的 導入 여부

UDRP는 신속하고 저렴한 절차진행을 위해 원칙적으로 전화, 비디오 및 웹에 의한 회의를 포함하여 당사자에 대한 심문은 하지 않고, 증거에 관하여도 패널은 증거조사를 별도로 하지 않고 증거의 허용성, 관련성, 실질성 및 중요성을 결정한다(UDRP 規則 제10조, 제13조). 그러나 제출된 서류는 위조된 것이거나 허위일 수도 있다는 점에서 適正성과 公正성에 큰 위협이 될 수 있다. 따라서, 도메인등록인 또는 UDRP 신청인이 신청서, 답변서나 기타 서류에서 문서위조의 주장을 하고 그 문서가 객관적으로 보아도 그러한 위조 가능성이 염려될 경우에는 간이한 절차에 의하더라도 증거조사를 하거나 당사자 심문을 거치는 것이 타당할 수 있다.⁷⁸⁴⁾ 모든 증거에 대하여 조사를 한다는 것은 현실적으로 어려움이 있을 것이지만, 예컨대 당사자 보유의 당해 상표가 그 당사자 국가에 등록이 되었는지 여부와 같이 간단히 확인할 수 있는 부분은 패널이 확인하도록 할 수 있다고 본다.⁷⁸⁵⁾ 또 기술적 발전은 이러한 증거조사⁷⁸⁶⁾나 패널의 당사자에 대한 직권심문을 인터넷상에서도 용이하게 할 수 있을 것으로 생각된다. 만약 UDRP 내부에 불복절차를 둔다면, 1단계에서는 지금의 UDRP 규정처럼 간이변론이나 증거조사를 생략하되, 불복 단계에서는 간이변론절차 및 증거조사절차를 두어 公正성을 담보하도록 하는 것이 타당하다.

(5) 紛爭解決機關의 多樣化

일반도메인 분쟁의 경우 UDRP절차가 영어로 진행되기 때문에 비영어권 국가의 도메인등록인은 절차를 진행할 때 상대적으로 불리한 지위에 있게 된다. 따라서 紛爭解決機關도 각 登錄機關 소재지별 또는 각 국가별로 설치, 운영될 필요가 있다. 특히 당사자가 모두 같은 국가에 속한 경우에도 전혀 다른 나라의 紛爭解決機關과 패널에 의해 UDRP 決定이 내려진다면, 어느 당사자이든지 불복할 가능성이 높다. 현재 한국인

784) 싱가포르를 인터넷에 기반을 둔 비디오 회의 재판 시스템(internet-based video conferencing court system)을 도입하여, 예컨대 재판전 쟁점정리나 소송상 신청과 같이 상대적으로 복잡하지 않은 내용의 소송행위를 처리하도록 하고 있다. World eBusiness Law Report 2002. 5. 30.자. <<http://www.worldebusinesslawreport.com/index.cfm?action=login&c=52518&id=1364>>[2002.11.20.].

785) Dori Kornfeld, 전계논문, 결론 부분의 제안 내용에서 증명력있는 서면의 가이드라인을 구축할 필요가 있다고 주장한다.

786) 기술이 발전하여 원본 복사를 가감없이 웹문서로 전환할 수 있다면 증거조사도 인터넷상으로 간이하게 할 수 있을 것으로 생각된다. 예컨대, 빠른 시일내에 PDF파일 등으로 원본 파일을 복사하고 이를 전자인증하도록 하는 방법도 가능할 것으로 본다.

터넷정보센터는 우리나라 도메인등록인이 해외에 등록된 도메인 이름 분쟁에 관하여 국내 도메인 이름 분쟁조정위원회에서 처리할 수 있도록 ICANN과 협의중이다.⁷⁸⁷⁾

2. 新規 도메인

가. 新規 도메인 生成의 多樣化

도메인 이름의 正當한 使用을 보호하고 선택의 폭을 넓게 하기 위해서는 새로운 일반도메인을 영역별로 세분화하여 생성할 필요가 있다.⁷⁸⁸⁾ 신규 도메인의 생성은 稀少性を 완화해 줌으로써 도메인 이름의 不正한 目的의 登錄을 줄이고, 등록 서비스에 대한 경쟁을 촉진시키며,⁷⁸⁹⁾ 최상위 일반도메인을 다양하게 함으로써 상표의 지정상품구분과 유사한 기능을 가지게 할 것이다. 도메인간에 구별이 가능하게 되면 도메인 이름간의 혼동 가능성도 줄어들 가능성이 있으므로 금지의 범위가 축소되어 도메인등록인의 표현의 자유도 상대적으로 확대될 수 있다. 다만 신규 도메인의 등록규정은 초기 등록단계에서 일정한 범위에 속한 등록후보자에게 우선적 등록 기회를 부여할 수밖에 없을 것이다. 그러나 우선등록기회를 부여한 것이 도메인 이름이 商標權에 부속하기 때문이 아니라, 登錄機關의 등록규정의 편의상 정하는 것일 뿐이다. 하지만 도메인이 다양화, 세분화되어 도메인간의 구별이 어느 정도 현실화되면, 도메인 이름의 우선등록도 지정상품의 분류와 관련하여 허용하여야 보다 많은 등록신청인에게 등록의 기회가 주어진다고 할 것이다.

앞으로의 신규 도메인 생성과 배분에 있어서는, 登錄機關의 역할이 부각될 것인데, 만약 초기등록단계에서 우선등록의 기회를 부여하는 경우 登錄機關이 등록예약후보자의 권리나 정당한 이익을 형식적이라도 심사하고, 그 심사결과를 登錄原簿管理機關이 최종확인하여 추첨이든 이와 유사한 방식으로 배정하는 방법을 생각해볼 수 있다. 登錄機關은 그 지역 내에서의 정보를 가장 가까이 접할 수 있기 때문에 구체적 타당성에 보다 가까이 접근할 수 있을 것이다. 다만 登錄機關의 추천은 예비적 단계에 불과하고 최종결정은 登錄原簿管理機關이 하는 방식도 가능할 것으로 생각된다.

787) 전자신문 2002. 7. 4.자.

788) 이 논문 제2장 I.1.다.(1)의 Jon postel의 제안 참조. 미국 상무성 백서와 제1차 WIPO 보고서에서도 신규 도메인의 생성을 제안하고 있다.

789) Muller, INTERNET DOMAIN NAMES 중 “The Creation of New Top-Level Domains” 부분 참조.

나. 自國語 도메인의 問題

표현의 자유를 더 확대하기 위해서는 영어뿐만 아니라 자국어 도메인 시스템의 개발도 촉진시켜야 할 것이다. 자국어 도메인 시스템이 구축되면서 예컨대, <삼성.com>과 같이 “[한글].com” 또는 “[한글].[한글]”도 등록할 수 있을 것으로 예상되는데, 만약 외국인이 “삼성.com”을 등록, 사용하고 있다면 商標權者는 어느 절차에 의해 어느 紛爭解決機關에서 도메인 이름에 관한 권리를 주장할 수 있을지가 문제될 수 있다. 자국어 도메인도 새로 생성되는 것이므로 새로운 등록규정이 필요할 것이며, 도메인의 문자가 한글이기 때문에 ICANN에서 일방적으로 정할 것은 아니고 우리나라에서 그 입안에 관여하여야 할 것으로 생각된다. 등록규정의 기본구조는 .biz나 .info의 형식과 유사한 체계를 따를 것으로 예상되나, 실제 등록신청의 접수와 등록의 집행은 우리나라의 登錄原簿管理機關이 담당하여야 한다.

한글.com의 분쟁해결에 관하여는 현재 .com, .net 등의 분쟁해결절차에 따라 기존의 紛爭解決機關에서 처리하게 될 수도 있으나, 표지의 동일·유사 여부의 적용대상이 한글이므로 외국에만 있는 기존의 紛爭解決機關에 분쟁해결을 맡기는 것은 타당하지 않다. 따라서 한글 도메인에 대하여 어떻게 분쟁해결을 할 것인지에 대하여 다음과 같은 가능성을 고려해볼 수 있다.

- ① UDRP에 의하되, 패널을 반드시 국내인으로 하고 절차진행도 한글로 한다.
- ② 도메인 이름 분쟁해결절차에 따라 도메인 이름 분쟁조정위원회의 결정에 따른다.
- ③ 도메인 이름 분쟁조정위원회의 결정에 따르되, 그 판단기준은 UDRP에 따른다.

결국 법정책적인 판단에 의할 것이지만, 동일·유사성의 판단대상이 한글로 되어 있다면 .com 등이 UDRP에 따르게 되어 있더라도 자국어 도메인의 국가인 우리나라 紛爭解決機關에서 판단하여야 한다. 이 부분은 UDRP 개정 또는 별개의 등록규정의 입안이나 등록약관에 규정될 것이 선행되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 한국인터넷정보센터는 우리나라 도메인등록인과 관련한 도메인 이름 분쟁에 관하여 국내 도메인 이름 분쟁조정위원회에서 처리할 수 있도록 ICANN과 협의 중이므로, 한글 도메인에 관하여도 우리나라 紛爭解決機關에서 처리하도록 하는 것이 타당하다.

3. 國家도메인

많은 국가들이 국가도메인에 관한 분쟁해결절차에 관하여도 UDRP의 기본구조를 반

영하고 있으므로, 앞서 UDRP의 문제점과 개선에 관한 설명이 국가도메인의 경우에도 적용될 여지가 많다. 다만, UDRP와 달리 국가도메인 분쟁해결규정은 그 국가의 특수한 상황과 당해 국가의 상표권 등 지적 재산권에 관한 입법정책적 고려를 반영하여 정할 수 있다.⁷⁹⁰⁾

우리나라 .kr도메인에 관하여는 UDRP와 기본구조를 같이 하는 도메인이름분쟁조정규정에 따라 도메인이름분쟁조정위원회에서 분쟁을 처리하고 있다.⁷⁹¹⁾ .kr도메인의 경우 절차상 언어가 한글로 동일하고 紛爭解決機關이 하나이므로 forum shopping의 문제도 거의 없으며, 분쟁해결에 있어 公正性を 담보하기 위한 조치도 강구할 수 있다. 예컨대, 도메인 이름의 등록말소나 이전이 도메인登錄人에게 지나친 결정이 된다고 여겨질 경우 도메인 이름의 등록이전을 대신하여 손해배상전보를 하는 방법도 선택적으로 할 수 있도록 하자는 견해⁷⁹²⁾도 있다.

III. 立法論

1. 立法例

가. 日本

일본은 기존의 不正競争防止法에 의할 때, 다른 사람의 상표와 유사한 도메인 이름을 악용하는 행위 중에서 영업을 하는 경우는 규율할 수 있으나, 영업을 하지 않고 타

790) 우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」, 9면.

791) 도메인登錄人에 관해 거의 제한이 없는 일반도메인의 경우는 관할권과 준거법의 문제가 발생하기 쉽기 때문에 통일된 국제분쟁해결절차가 필요하다는 주장이 설득력을 가지고 있지만, 도메인登錄人이 당해 국가의 국민에 한정하는 폐쇄형 국가도메인의 경우에는 UDRP와 같은 도메인이름분쟁해결규정이 필요하지 않다는 지적도 있었으나, .kr도메인에 관하여도 신속하고 저렴한 분쟁해결절차가 필요하고 도메인 이름에 관한 문제가 비교적 새로운 이슈를 많이 제기하고 이에 관한 법규는 미비한 상황에서 기존의 법률체도가 가지는 한계를 극복하기 위해 .kr도메인에도 특별한 분쟁해결규정을 신설할 필요가 있다는 이유로 2002. 1. 4. 도메인이름분쟁조정위원회가 발족하여 도메인이름분쟁조정에 따라 분쟁을 처리하고 있다. 도메인이름분쟁조정위원회의 설치에 관한 다툼에 관하여는, 우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」, 2면 참조.

792) 우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」, 9면.

인의 신용을 훼손하는 경우와 부당한 가격으로 매입을 강요하는 경우에 대하여는 적절한 규율이 불가능하다는 반성적 고려⁷⁹³⁾에서, 2001. 6. 29. 일본 不正競争防止法 제2조 제7항에서 도메인 이름을 정의하고,⁷⁹⁴⁾ 같은 조 제1항 제12호에서 “부정한 이익을 얻을 목적으로 또는 타인에게 손해를 가할 목적으로 타인의 특정상품 등 표시(사람의 업무에 관련한 성명, 상호, 상표, 포장, 기타의 상품 또는 서비스업을 표시하는 것을 말한다)와 동일 또는 유사한 도메인 이름을 사용하는 권리를 취득, 보존 또는 그 도메인 이름을 사용하는 행위”를 不正競争行爲에 추가하였다.

나. 美國

미국은, 不正競争防止法에 간단한 조문을 추가한 형식을 취한 일본과 달리, 1999. 11. 29. 반사이버스쿼팅소비자보호법을 제정하였는데, 그 적용요건으로 “1) 도메인 이름 보유자가 타인의 표지로부터 이익을 얻을 不正한 目的(bad faith intent)을 가질 것 2) 도메인 이름 등록 당시 식별력이 있는 타인의 표지와 동일 혹은 혼동을 초래할 정도로 유사할 것, 또는 등록 당시 타인의 저명상표와 동일 또는 혼동을 초래할 정도로 유사할 것, 또는 그 표지를 희석시킬 것 3) 이상의 요건을 충족하는 도메인 이름을 등록, 사용, 거래할 것”을 규정하고 있다.⁷⁹⁵⁾ UDRP와 중요한 차이는 “등록 또는 사용”에도 적용하고 구제수단에 있어 법정 손해배상(statutory damages)까지 정하고 있다는 것이다. 또 UDRP의 경우 한 당사자의 복수 도메인 이름 보유의 경우에만 병합 인정하고 다수 피고에 대한 병합은 고려하지 않지만, 이 법은 허용하고 있다.

반사이버스쿼팅소비자보호법은 앞서 본 바와 같이 구제수단으로 도메인 이름의 이전을 인정하고 있고, 반대로 도메인등록인에게 자신의 권리가 반사이버스쿼팅소비자보호법에 위반되지 않는다는 확인의 소를 제기할 수 있고, 그 소에서 도메인 이름의 원상회복을 청구할 수 있도록 하고 있다.

2. 인터넷주소자원관리법안

가. 法案의 主要 內容

우리나라도 도메인 이름의 분쟁해결을 포함하여 통합적인 인터넷 주소 관리를 위해

793) 최순용, 「도메인이름과 상표권 등의 보호」, 35면.

794) 이 논문 제2장 I.1.가.항 참조.

795) 15 U.S.C. §1125 (d)(1)(A).

입법안을 준비하여 왔고 2001. 12.경 정보통신정책연구원의 보고서를 통해 KISDI 도메인이름분쟁해결법안⁷⁹⁶⁾이 제출되었으며, 공청회 등 여러 논의를 거친 후 2002. 9. 25. 정보통신부의 인터넷주소자원관리법안이 입법예고된 바 있다.

정보통신부의 인터넷주소자원관리법안⁷⁹⁷⁾은 도메인 이름이라는 명칭 대신 “인터넷 주소”라고 하면서 그 뜻을 “인터넷에서 일정한 통신규약에 따라 특정 정보시스템을 식별할 수 있도록 하는 숫자, 문자, 부호 등 일체의 정보체계”라고 정의하고 있는바, 그 개념에 도메인 이름뿐만 아니라 종래의 인터넷프로토콜(IP), 다양한 차세대 인터넷 주소를 모두 포함하고 있으며,⁷⁹⁸⁾ 그 적용대상을 .kr도메인에만 국한하지 않는다(동 법안 제2조 제1호). 다만 본 연구에서는 동 법안이 규정하고 있는 인터넷 주소 중 도메인 이름에 관하여 고찰하고 있다. 금지의 범위를 등록상표 또는 주지상표와의 混同可能性, 저명상표에 대한 稀釋化 뿐만 아니라 인터넷 주소의 부당한 사용행위(不正한 目的의 등록, 사용)까지 포함하고 있으며, 다만 正當한 使用은 상표, 상호 등 영업표지와 동일·유사한 사용이라 하더라도 허용하고 있다(동 법안 제14조, 제18조).

인터넷주소자원관리법안의 특징은 인터넷 주소의 登錄抹消 또는 使用禁止를 청구할 수 있는 경우로 “부정한 의도로 등록신청한 경우”를 규정하고 있어 “登錄 및 使用”의 요건을 모두 갖추지 않아도 금지가 가능하며(동 법안 제18조 제1항 제2호), 말소된 인터넷 주소에 대하여는 말소된 날로부터 1월 동안 그 말소를 청구한 자만이 동일한 인터넷 주소에 대하여 등록을 신청할 수 있도록 하여 登錄移轉請求權의 개념을 사용하지 않으면서도 사실상 인정하고 있다(같은 조 제2항). 또, 특기할 것은, 인터넷 주소가 도메인登錄人의 정당한 사유 없이 등록말소청구일 전 계속하여 1년 6월 이상 그 인터넷 주소를 실질적으로 사용하지 않은 경우에 그 인터넷 주소에 대하여 이해관계가 있는 자는 그 인터넷 주소를 등록말소청구할 수 있게 하고, 그 登錄抹消된 인터넷 주소는 말소된 날로부터 1월 동안 登錄抹消를 청구한 자만이 등록신청하도록 함으로써 부정한 의도로 무단선점만을 위한 등록을 억제하려고 한다(동 법안 제19조).

인터넷주소자원관리법안은 금지행위 위반에 대한 登錄抹消 및 使用禁止請求權의 除斥期間을 정하여 그 인터넷 주소가 등록된 날로부터 5년이 경과한 때, 또는 그러한 사

796) 정찬모 외, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 48-86면. 이 KISDI 도메인이름분쟁해결 법안의 적용범위는 매우 넓었으나, 정보통신부는 그 적용범위를 일부 제한하고 있다.

797) 부칙에 의하면 2003년 7월 1일부터 시행될 것을 예정하고 있고(동법안 부칙 제1조), 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제16조, 제17조는 삭제하도록 한다(동법안 부칙 제4조).

798) 정보통신부, 「인터넷주소자원관리법안 조문해설」, 2002, 제2조 해설 참조.

실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 1년이 경과한 때에는 이를 청구할 수 없다고 한다(동 법안 제20조).⁷⁹⁹⁾ 이는 도메인등록인의 법적 지위를 안정화시킨다는 데에 목적이 있는 듯하나, 위 5년 또는 1년이 동일한 도메인등록인에 한정하는 것인지, 아니면 그 기간을 승계인이 승계하는지 의문이며, 만약 도메인등록인이 전자메일로 商標權者에게 자신의 도메인 이름 등록 사실을 알린 후로부터 1년이 지난 후 부당한 대가를 요구할 경우에는 어떻게 할 것인지에 관한 문제가 발생할 수 있다.

인터넷주소관리법안은 “인터넷주소분쟁조정위원회”에 관한 규정도 두고 있으나, 그 위원에 대한 자격요건이 매우 까다로우며(동법안 제21조 제3항), 조정이 성립한 경우 그 효력이 당사자의 합의의 효력에 그치는 것인지, 재판상 화해에 준하는 것인지 여부가 불명하다.

나. 法案의 檢討

(1) 實體法的 檢討

(가) 禁止行爲의 構造

인터넷주소자원관리법안도 UDRP의 금지요건을 따른 미국의 반사이버스쿼팅소비자 보호법과 유사한 구조를 택하고 있다. 우선 금지 조항을 먼저 원칙으로 두고, 허용 조항을 예외로 두고 있는바, 이와 같은 구조는 도메인 이름의 正當한 使用을 보호하는 것을 원칙으로 하고, 상표권 등 기타 제3자의 권리침해를 규제한다는 분쟁해결의 기본 법리와는 맞지 않는다. 도메인 이름의 正當한 使用을 원칙적으로 보호하고 예외적으로 금지사유를 열거하는 것이 타당하다. 만약 인터넷주소자원관리법안대로 正當한 使用을 법이 허용하는 조건이라고 하더라도 正當한 使用의 문제는 헌법상 자유권에 관한 것이어서, 법률로써 일반적 기준을 정하고 그 구체적 시행과 관련하여서만 대통령령으로 정할 것인데, 인터넷주소자원관리법안은 正當한 使用에 관한 규정을 따로 두지 않고 있다. 不正競爭防止法 제2조 제1호 다목의 稀釋化 조항에서 정당한 사유를 동 시행령 제1조의 2에서 정한 방식과 같이 인터넷주소자원관리법안의 “正當한 使用”에 관한 구체적 내용도 시행령에 두려는 것이 아닌가 생각되는데, 이는 국민에게 금지의 범위를 풀어 자유권을 보장하는 것이기 때문에 법률에서 정할 사유라고 생각된다. 만약 正當한 使用의 사유를 시행령 개정으로 삭제한다면 이는 법률에 의하지 않고 자유권을 침해하는 것이 될 수 있는바,⁸⁰⁰⁾ 미국 법이 不正한 目的과 正當한 使用에 관한 내용을

799) 동법안 부칙 제2조는 이 법 제20조의 제척기간은 이 법의 시행일 이전에 등록된 인터넷 주소에 대하여는 이 법 시행 후 1년이 경과하여야 기간이 만료한다고 한다.

법에 자세히 정한 것은 이러한 이유 때문이라고 해석된다.

(나) 禁止行爲의 範圍

인터넷주소자원관리법안은 금지행위의 대상에 도메인 이름 이외에도 인터넷프로토콜과 차세대 인터넷 주소까지 포함하고 있는데, 그 범위가 지나치게 넓은 뿐만 아니라 형사상 제재를 할 경우 죄형법정주의에도 반한다. 프로그램적 입법으로서 직접적 구속력을 가지는 것이 아니라면 인터넷 주소자원에 대한 관리에 관하여 넓은 개념이 요구될 수 있으나, 직접적 효력을 발생하는 금지 규정에는 그 적용범위를 한정할 필요가 있다. 특히 기술발전에 따라 변경될 수 있는 차세대 인터넷 주소까지 포함하는 것은 금지행위의 해석에도 혼란을 초래할 위험이 있다. 따라서 금지조항은 인터넷 주소 대신 도메인 이름에 대하여만 적용하도록 해야 할 것이다.

한편 인터넷주소자원관리법안은 도메인 이름의 사용과 관련하여 금지행위의 범위를 不正競爭防止法과 유사하게 객관적 요건으로 정하고 있는데, 이는 不正한 目的(bad faith intent)이라는 주관적 요건을 포함하는 미국 법안과도 다른 형식이다.⁸⁰¹⁾ 正當한 使用을 제외하고 상표, 상호 등과 동일·유사한 도메인 이름의 사용을 금지하는 것(인터넷주소자원관리법안 제14조 제1호)은, 不正한 目的으로 상표 등 영업표지와 동일·유사한 도메인 이름을 사용하지 못하도록 하는 미국의 법이나 UDRP와 비교하여 그 적용범위가 넓다. 제정될 인터넷주소자원관리법은 아직 그 규범적 기준이 명확하게 정립된 것도 아니고 국제조약으로 합의된 것도 아니라는 점에서 그 금지범위가 넓은 것은 국민의 자유권에 대한 지나친 제한으로서 적절하지 않다고 생각한다. UDRP조차도 금지범위를 不正한 目的의 등록과 사용에만 한정하고 있다.

또 인터넷주소자원관리법안과 같이 국내 입법에 의한 금지범위가 UDRP보다 더 넓은 경우에는 商標權者에게는 UDRP보다 인터넷주소자원관리법안의 적용이 더 유리하기 때문에 UDRP를 거치지 않고 바로 소를 제기할 가능성이 높으며 외국 상표권자의 새로운 forum shopping의 문제를 야기할 수 있다.⁸⁰²⁾ UDRP 요건과 동일한 범위로 인터넷주소자원관리법안의 금지범위를 조정하게 된다면, UDRP 決定에 대한 불복의 소

800) 曹廷昱, 「改正 不正競爭防止 및 營業秘密에 관한 法律上 稀釋化 條項에 관한 研究 -도메인 네임 紛爭 解決 관련-, 『인터넷法律』 8호(2001. 9.), 法務部, 93면 참조.

801) 인터넷주소자원관리법안 제18조 제1항 제2호에서만 부정한 의도를 요건의 하나로 포함할 뿐이다.

802) 도메인 분쟁 특별입법의 금지 범위가 UDRP보다 더 좁은 경우에는 특별입법 밖의 행위에 대하여는 특별입법이 없는 경우와 같다.

가 있더라도 법원이 분쟁해결의 통일성을 도모할 수 있다는 장점은 있으나, 기존의 법률이 예상하지 못하였던 분쟁유형이기 때문에 우리나라 법현실에 모두 부합하는 것인지 여부는 아직 검증되었다고 할 수 없다. 따라서 우선 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用과 같이 한정된 유형에만 특별입법을 적용하면서 문제점을 해결한 다음 점차 적용범위를 확대하는 것이 타당하다. 특히 商標法과 不正競爭防止法에 의해 구제될 수 있는 영역까지 새로운 입법에 포함하는 것은 商標權者에게 지나치게 많은 권리를 부여하는 것이고 원래의 UDRP가 예정하였던 취지와도 다르다.

(다) 商標權者의 權利濫用 禁止 여부

인터넷주소자원관리법안은 도메인 이름 逆하이재킹과 같이 商標權者의 권리 남용에 관하여는 별다른 규정이 없다. 도메인 이름 권리의 방해도 국민의 자유권에 대한 침해이다. 따라서 신설될 금지조항에는 예컨대, “도메인 이름의 正當한 使用을 방해하여서는 아니된다”는 취지도 반영되어야 할 것이다.

(라) 不使用에 기한 登錄抹消請求

인터넷주소자원관리법안 제19조는 정당한 사유 없이 1년 6월 이상 그 인터넷 주소를 실질적으로 사용하지 않은 경우 이해관계 있는 자가 등록말소를 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 이 조항은 권리침해가 없는데도 도메인등록인의 등록을 말소하는 것이므로 도메인등록인의 正當한 使用을 침해하지 않기 위해 엄격한 요건이 필요하다. 정당한 사유, 실질적으로 사용하지 않은 경우, 이해관계 있는 자에 대하여 세부적인 기준을 규정할 것이다. 특히 실질적으로 사용하지 않는 경우란 어떤 경우인지, 예컨대, 인터넷 주소를 등록해놓고 “공사중” 표시만 하는 경우, 또는 포워딩서비스를 하는 경우, 홈페이지는 있으나 사실상 거의 이용되고 있지 않은 경우 등은 실질적으로 사용하고 있는 것에 해당하고 있는지에 관하여 해석상 다툼의 여지가 있다.

(마) 救濟手段

인터넷주소자원관리법안은 登錄抹消와 使用禁止를 구제수단으로 인정하고, 登錄移轉 대신 登錄抹消 후 1개월 내에 登錄抹消請求者에게 優先登錄할 수 있게 하는바, 그 실질은 登錄移轉과 같다. 앞서 본 바와 같이 실체법상 登錄移轉에 대하여는 신중을 기해야 하고, 만약 분쟁해결을 위해 인정할 필요가 있다면 형평상 도메인등록인의 原狀回復請求權도 함께 인정해야 한다.⁸⁰³⁾

803) 이 논문 제4장 II.2.가. 참조.

(2) 節次法的 檢討

인터넷주소자원관리법안은 인터넷 주소와 관련한 분쟁을 해결하기 위하여 인터넷주소분쟁조정위원회의 설치와 분쟁 조정에 관한 규정을 두고 있는바(동 법안 제21조, 제22조), 분쟁조정위의 法的 性格이나 效力에 관하여 특별한 규정이 없고, 도메인登錄人이 인터넷 주소 분쟁에 관하여 UDRP와 같이 의무적으로 인터넷주소분쟁조정위원회의 분쟁조정절차를 따라야 하는 것인지에 관하여도 규정이 없다.⁸⁰⁴⁾ 인터넷주소자원관리법안 제22조 제1항은 분쟁의 조정을 받고자 하는 자는 분쟁조정위원회에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다고 하고, 동 법안 제23조 제1항 제2호는 분쟁조정위의 성립도 분쟁당사자가 동의하여야 한다고 규정할 뿐이다. 따라서 분쟁조정위의 효력은 특별한 규정이 없는 한 당사자간의 合意 즉 民法上 和解契約에 준하여 효력을 가진다고 해석된다. UDRP와 달리 국내 분쟁조정은 國際裁判管轄 및 準據法 결정의 문제가 없으므로 도메인등록인도 불복을 위해 소를 제기하기가 어렵지 않다는 점에서 이러한 ADR이 얼마나 효용을 다할 것인지는 제도의 시행을 지켜보아야 할 것으로 생각된다.

(3) 既存 商標法 및 不正競爭防止法 기타 法律과의 關係

商標法은 不正競爭防止法과 특별법적 관계가 있으나, 도메인 이름에 관한 입법은 앞서 보았듯이 그 목적과 금지행위의 유형, 규율취지가 다르므로, 商標法이나 不正競爭防止法과 특별법 관계에 있다고 보기 어렵다. 특히 도메인 이름에 관한 분쟁해결 입법은 그 목적이 상표의 신용보호나 건전한 경쟁질서 유지에 있다기보다는 도메인 이름에 대한 不正한 目的의 登錄 및 使用을 규율하여 희소한 자원에 대한 매점매석을 막고 투기적 행위를 근절하는 데에 있으므로 그 입법취지가 서로 다르다. 이러한 점에서 UDRP는 商標法이나 不正競爭防止法의 흠결을 보충해주는 규범으로서 작용하였고, 만약 UDRP와 동일·유사한 취지의 입법을 하게 된다면 같은 취지로 해석해야 할 것이다. 인터넷주소자원관리법안도 부칙 제26조에서 “인터넷 주소의 분쟁해결에 관한 이법의 규정은 상표, 서비스표, 성명, 상호 기타 權利 또는 正當한 利益의 침해에 관한 다른 법률의 규정의 적용을 배제하지 아니한다”고 하고 있다.

그러나 인터넷주소자원관리법안과 같이 商標法이나 不正競爭防止法의 금지행위와 요건이 중복될 경우에는 법적 효과의 경합만을 규정하는 것이 바람직하지만은 아니할 수

804) 분쟁조정위의 결정이 당사자의 합의에 의해 효력을 미치는 것이라면, 도메인등록인이 분쟁조정절차에 응하지 않을 자유가 있는 것이 아닐까라는 의문이 든다. 실무적으로 UDRP와 같이 登錄約款 내에 분쟁조정절차에 따를 것을 합의하는 조항이 삽입되어야 할 것으로 생각된다.

있다. 특히 인터넷주소자원관리법안 제18조 제1항 제1호의 규정은 商標法 또는 不正競爭防止法상 금지행위와 거의 같은데, 이는 같은 요건에 대해 서로 다른 법률효과를 부여하는 셈인바, 법의 통일성과 안정성을 흔들고 옥상옥의 불필요한 규제가 될 여지가 있다. 이러한 점에서도 인터넷주소자원관리법안은 그 적용범위를 사이버스쿼팅과 같이 不正한 目的의 登錄 및 使用으로 제한할 필요가 있다.

IV. 國際的 合意에 의한 統一的 紛爭解決

1. 國際條約·協約에 의한 國家 間 合意

일반도메인에 관하여 전세계 누구나 등록이 가능한데, 상표권의 국제적 보호 및 강화는 도메인 이름의 正當한 使用과 갈등의 여지가 있게 되고, 당해 분쟁에서 國際裁判管轄과 準據法의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 국제분쟁의 해결에 있어 UDRP는 통일적 기준을 제시하면서 결정 내용을 개별국가의 협조 없이 집행할 수 있다는 장점으로 말미암아 많은 문제점에도 불구하고 상당히 유용한 통일적 분쟁해결수단으로서 인정받고 있다. UDRP는 그 역사가 매우 일천함에도 불구하고 이미 많은 지지자들에 의해 전자상거래에 관한 분쟁해결절차의 모범사례로 주장되고 있으며,⁸⁰⁵⁾ 2001. 7. 3.경 제안된 미주 자유무역지역(Free Trade Area of the America) 협정의 지적 재산권 부분 초안에서 도메인 이름 분쟁해결을 위해 UDRP를 인정하도록 규정⁸⁰⁶⁾하고 있을 만큼 국제조약으로 채택될 가능성도 높다. 각국별로 서로 다른 기준에 의하여 도메인 이름

805) 이에 관한 개요로는, 이대회, 「UDRP(통일분쟁해결정책)의 문제점과 이에 대한 대응방안」, 4면 참조.

806) FTAA, Draft Agreement, Article XX (Domain Name on the Internet), July 3, 2001.

1. Parties shall participate in the Government Advisory Committee (GAC) of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) to promote appropriate country code Top Level Domain (ccTLD) administration and delegation practices and appropriate contractual relationships for the administration of the ccTLDs in the Hemisphere.

2. Parties shall have their domestic Network Information Centers (NICs) participate in the ICANN Uniform Dispute Resolution Procedure (UDRP) to address the problem of cyber-piracy of trademarks.]

을 규율하거나, UDRP 決定에 대하여 각국 사법기관이 별도의 입법에 의하여 불복제도를 운영할 경우에는 도메인 이름의 통일적 체계가 위협받을 수 있다는 점에서 국제적 통일규범의 합의는 매우 중요한 쟁점이 될 것이다. 특히 UDRP 決定에 대한 사법기관의 판단은 UDRP의 불복절차로서의 성질을 가지게 되는데, UDRP 절차 내부에 공정한 불복절차가 마련된다면 통일적 분쟁해결도 좀 더 용이해질 수 있다.⁸⁰⁷⁾ 다만 UDRP의 금지요건은 당해 국가에 사법 시스템과 충돌하거나 모순될 가능성이 있기 때문에 국제적 합의에 따라 국내 입법이 뒤따라야 할 것이다.

국가도메인도 인터넷의 전세계성 때문에 상표의 국제적 보호와 완전히 분리되지는 않으므로 이에 관한 쟁점도 계속 제기될 것이다.

2. 새로운 假想空間法의 可能性

국제사법적 접근방법과 국제조약과 병행하여, 가상공간의 法律關係를 규율하는 이른바, 가상공간법(lex cyberspace)이 국제조약, 모델법, 통일규칙 또는 자율규제기구의 규칙 등 다양한 형태로 점진적으로 발전될 것으로 예상되며, UDRP는 그 출발점이 될 수 있다. 이러한 가상공간법이 널리 확산되면 현재 국제사법이 수행하는 기능의 일부는 가상공간법의 적용범위를 확장하는 문제에 의해 대체될 것으로 본다.⁸⁰⁸⁾

현재 가상공간에서의 법률문제는 그 윤곽이 명확히 나타나지 않고 공유(公有) 부분과 사유(私有) 부분이 섞여있으므로 지적 재산권 보호와 사회적 공유간의 균형을 찾는 것이 가장 먼저라 할 것이다. 도메인 이름의 분쟁해결은 이러한 가상공간법의 출발점이 될 수 있고 온라인 분쟁해결방법의 영역 확대에 이바지할 수 있다. 장차 가상공간법이 정립되면 이에 따라 도메인 이름에 관한 분쟁해결도 통일된 가상공간법에 의해 처리될 수 있을 것이다. 가상공간법은 기술적 발전과 함께 계속적으로 변동될 것이며, 도메인 이름의 분쟁해결에 관한 여러 가지 논의들은 이러한 가상공간법의 기초가 될 것이다.

807) Catherine T. Struve & R. Polk Wagner, 전제논문, 50면 참조.

808) 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제2권, 190면.

第6章 結 論

도메인 이름은 인터넷상 주소뿐만 아니라 표지로서의 기능을 함께 할 수 있고 하나의 도메인 이름만 존재한다는 점에서 商標와 구별되는 獨自的 電子標識이다. 한편 도메인 이름은 문자, 숫자, 일부 기호로 구성되어 상표와 동일·유사한 명칭으로 등록, 사용될 수 있는데, 이 경우 상표권 침해의 문제가 발생한다. 이러한 분쟁해결을 위해 기존의 商標法이나 不正競爭防止法을 적용하지만, 도메인 이름은 부당한 이익을 얻거나 타인에게 손해를 가하기 위한 경우와 같이 不正한 目的으로 도메인 이름을 등록, 사용하는 경우는 기존의 법제도가 예상하였던 침해형태가 아니므로, 기존의 법제도를 유추해석하거나 확대해석하여 적용하기에는 문제가 있을 여지가 있다. 따라서 이에 대한 새로운 해결방법이 필요하였고, 이를 위해 ICANN이 UDRP를 제정하여 적용하였다. UDRP는 부정한 목적의 등록 및 사용에 대하여 신속하고 저렴하게 상표권을 보호하고 분쟁해결을 하였다는 평가를 받고 있다.

한편 도메인 이름은 표현의 자유에 기초하고 등록기관과의 등록약관을 통해 등록과 사용에 관한 권리를 가지므로, 도메인등록인은 타인의 권리를 침해하지 않는 한 정당한 사용으로 도메인 이름을 보호받을 수 있다. 그런데 UDRP는 적용범위를 도메인 이름에 대한 “부정한 목적의 등록과 동시에 부정한 목적의 사용”에 한정하고 있는데, UDRP 결정례 중에는 이러한 요건에 해당하지 않음에도 불구하고 패널이 임의로 UDRP를 해석하여 도메인등록인에게 불리한 결정을 하는 경우가 있다. 따라서 도메인등록인의 보호를 위해 부당한 UDRP 결정에 대하여 불복할 수 있도록 해야 하나, UDRP는 분쟁해결절차 내부에 별개의 불복절차를 두지 않고, 다만 UDRP 결정에도 불구하고 법원에 의한 사법적 판단을 받을 수 있도록 허용하고 있다.

그러나, UDRP 제4조 k항은 사법절차를 배제하지 않지만, 사법절차를 어떻게 무슨 기준으로 적용할 것인지에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 도메인 이름 분쟁이 UDRP 결정을 거쳐 사법절차까지 이르게 되었을 때, 실체법과 절차법을 포함한 국내법뿐만 아니라 국제사법적 문제까지 여러 가지 법적 갈등의 여지가 있다.

위와 같이 기존의 분쟁해결방법과 UDRP간의 갈등 원인 중 하나는 UDRP가 도메인 이름의 등록이전을 규정하는 것인데, 실체법에 의해서도 도메인 이름 등록이전청구권을 상표법이나 부정경쟁방지법으로 인정할 것인지 문제된다. 그런데 하나의 도메인 이

름에 다수의 상표권자 기타 이해관계인이 존재할 수 있으므로 어느 특정의 이해관계인이 실제법상 도메인 이름 등록이전청구권을 가진다는 것은 이론적 모순이 있을 수 있다. 다만 UDRP와 같이 분쟁해결을 위해 절차적인 해결방법으로서 당사자의 합의나 법원의 재량에 의해 예외적으로 인정하는 방법은 입법론적으로 고려해 볼 수 있다.

그런데 UDRP나 인터넷주소자원관리법안 제18조의 등록말소후 등록신청과 같이 강제로 조정된 도메인 이름의 등록이전은 정해진 요건에 해당하지 않는 부당한 것일 수도 있는데, 도메인등록인에게 권리 또는 정당한 이익이 있다면 원상회복을 인정할 실익이 있고 같은 취지로 미국 반사이버스퀴팅소비자보호법은 실제 원상회복청구권을 규정하고 있다. 따라서 상표와 도메인 이름의 형평을 위해서도 UDRP나 우리나라의 인터넷주소자원관리법안에 원상회복과 같이 도메인등록인의 권리를 보장하는 구제수단의 보완이 필요하다. 한편 현저하고 계속적인 도메인 이름의 사용 방해가 예상될 경우 위법한 침해에 대하여 배제할 수 있는 권리도 필요한데, 이를 입법적으로 인정할 경우 도메인 이름 권리는 排他的 權利를 인정하는 知的 財産權에 접근하게 된다.

도메인 이름의 등록이전을 명한 UDRP 결정을 저지하기 위해서는 절차법적인 구제수단도 중요하다. 특히 현행 민사소송법이나 기타 다른 법률에서 UDRP 결정에 대하여 어떻게 처리할 것인지 규정하고 있지 않기 때문에 법원의 판단에 맡길 수밖에 없다. 그러나 최근까지의 법원 판결례에 의하면 도메인 이름의 등록이전청구권 및 사용금지 청구권의 부존재확인 소만 인정할 뿐 UDRP 결정취소의 소 등 다른 소는 적법한 소로 인정하지 않는다. 도메인 이름 등록이전청구권 부존재확인 소를 제기할 경우 법원이 어떻게 처리할 것인지는 아직 판결례가 풍부하지 않아 어떻게 할 것인지에 대하여는 뚜렷이 정립되어 있지 않다. 다만 도메인등록인이 도메인 이름 등록당시 UDRP에 따르겠다고 동의하고, UDRP 규칙 제15조 (a)항은 당해 사건에 대한 법령의 해석과 결정에 대하여 패널의 재량을 인정하고 있으므로, 이러한 UDRP의 취지와 당사자의 의사해석을 종합하여 고려하여 판단컨대, 법원은 당해 UDRP 결정에 대하여 패널의 결정이 UDRP 및 동 규칙이 정한 재량을 일탈하거나 남용한 경우인 경우에만 예외적으로 당해 결정이 위법함을 이유로 도메인 이름 등록이전청구권 부존재확인 소를 인용하는 것이 타당하다고 생각한다. 한편 외국에서 도메인 이름의 등록말소나 등록이전의 판결이 있는 경우 우리나라 법원은 등록기관에 대하여 선량한 주의의무가 있다고 전제한 후 당해 외국 판결에 대하여 집행판결을 받도록 하지만, UDRP 제6조의 “등록기관의 분쟁에의 관여 배제”와 모순되고, 실제 금지청구의 대상이 침해자가

아닌 등록기관인 점도 소송법상 문제가 있다는 점에서 도메인등록인에게 방해배제청구권을 인정하고 그에 기해 침해자를 상대로 도메인 이름 등록자정보변경금지가처분을 허용하는 것이 타당하다고 생각한다.

일반도메인의 경우에는 세계 누구나 등록, 사용이 가능하므로, UDRP 결정에 대한 사법절차에 대하여 국제사법적 문제가 발생할 가능성이 높다. UDRP 제4조 k항 및 동규칙 제3조 (b)항 (xiii)에 의한 相互裁判管轄에 해당하지 않는 한 국제사법 제2조의 실질적 관련성에 의해 관할이 결정되는데, 도메인 이름은 인터넷을 기반으로 하기 때문에 재판관할이 무한정 확대될 위험이 있으므로 적절한 배분이 필요하다. 다만 도메인 등록인이 자신의 주소지국 법원에 도메인 이름의 등록이전청구권 부존재확인 소를 제기하는 경우에는 원고 주소지 관할을 형평상 부인하는 견해와 UDRP상 상호재판관할의 취지상 인정하는 견해와 같이 해석상 다툼이 있을 수 있는데, 원고 주소지국 법원이라도 실질적 관련성이 인정되는 경우에는 국제재판관할을 인정할 수 있다고 본다.

앞에서도 보았듯이 상표와 도메인 이름의 균형과 조화를 위해서는 도메인 이름도 정당한 사용으로서 보호받아야 하므로, 이를 위한 법적 장치의 보완이 필요하다. 따라서 이를 위해 입법적, 정책적 개선이 요구되는데, 도메인 이름 특유의 분쟁해결방법에 대한 개선은 실제 분쟁해결제도간의 갈등을 사전에 방지할 수 있다는 점에서 매우 중요하다. 그리고 국제적 분쟁을 대비해 국제조약 및 입법에 의해 분쟁해결방법을 개선하고 보완함으로써 분쟁해결제도간의 갈등을 최소화하는 것이 타당하다. 이러한 법적 보완이 갖추어지고 도메인 이름의 법률관계가 안정이 된다면, 도메인 이름 권리에 대하여도 위법한 침해를 직접 배제할 수 있는 권능을 포함하는 새로운 지적 재산권으로 인정될 수도 있을 것이다. UDRP는 장차 다른 전자상거래 분야에서도 응용될 수 있다는 점에서, 이 논문의 “상표와 도메인 이름의 균형과 조화”는 온라인 분쟁해결제도의 정립과 발전을 위해서도 매우 중요한 의미를 가질 것이다.

參考 文獻

I. 國內 文獻

1. 單行本

- 郭潤直, 『債權各論』, 博英社, 2002.
- 金東熙, 『行政法 I』, 博英社, 1999.
- 김용진, 『지적재산권의 침해와 재판관할에 관한 연구』, 한국법제연구원, 2001.
- 나승성, 『전자상거래법』, 청림출판, 2002.
- 睦榮垞, 『商事仲裁法論』, 博英社, 2000.
- 朴銳炆, 『行政法講義(上)』, 博英社, 1997.
- 徐希源, 『國際私法講義』, 一潮閣, 2000.
- 石光現, 『國際私法과 國際訴訟』 제1,2권, 博英社, 2001.
- _____, 『2001年 改正 國際私法 解說』, 芝山, 2001.
- 宋相現, 『民事訴訟法』, 博英社, 1997.
- 宋永植·李相垚·黃宗煥 共著, 『知的所有權法(下)』, 育法社, 2001.
- 梁彰洙, 『民法散考』, 博英社, 1998.
- 李時潤, 『新民事訴訟法』, 博英社, 2002.
- 이대희, 『인터넷과 지적재산권법』, 博英社, 2002.
- 이수웅·홍봉규 공저, 『商標法』, 도서출판 삼선, 2001.
- 丁相朝, 『知的財産權法講義』, 弘文社, 1997.
- 정상조 엮음, 『인터넷과 법률』, 현암사, 2000.
- 최경수, 『국제지적재산권법』, 한울아카데미, 2001.
- 鄭陳燮·黃希哲 共著, 『國際知的所有權法』, 育法社, 1996.
- 黃義昌, 『不正競爭防止法』, 세창출판사, 1996.
- 『국제사법과 국제민사소송』, 사법연수원, 2002.
- 『國際私法 解說』, 法務部, 2001.
- 『미국 민사법』, 사법연수원, 2000.
- 『民法注解』, 博英社, 1996.
- 『부정경쟁방지법』, 사법연수원, 2002.

- 『약관규제 및 소비자보호』, 사법연수원, 2000.
『전자거래법』, 사법연수원, 2002.
『知的財産權總論』, 特許廳, 1997. 12.
『ADR(판결 이외의 분쟁해결)』, 사법연수원, 2000.

2. 論文

- 강민구, 「21세기 첨단법정에 관한 연구」, 한국정보법학회 제20회 세미나 발표자료 (2001. 9. 22. - 2001. 9. 23.).
- 姜喜哲, 「專屬的인 國際裁判管轄 合意의 有效要件」, 『國際私法研究』 제2호(1997), 韓國國際私法學會.
- 高仁相, 「不正競爭防止法에 관한 小考」, 『司法研究資料』 제15집, 法院圖書館, 1988.
- 구태언, 「첨단 전자법정을 향한 검찰정보화의 과제」, 한국정보법학회 제20회 세미나 발표자료(2001. 9. 22. - 2001. 9. 23.).
- 權英俊, 「도메인 네임에 관한 지적재산권법적 문제점」, 『司法論集』 제31집(2000.12), 法院圖書館.
- 權澤秀, 「商標的 사용의 의의 및 意匠的 사용과의 구별판단기준」, 『대법원판례해설』 35號 (2001. 6), 法院圖書館.
- 김기중, 「통일도메인이름 분쟁해결정책(UDRP)의 해석과 적용」, 『인터넷法律』 제11호 (2002. 3.), 法務部.
- _____, 「신규 최상위 도메인 이름(.biz, .info)의 초기등록정책과 상표권 보호」, 지적재산권법연구회, 2002. 9. 14. 세미나 발표문.
- 金大元, 「인터넷 도메인 네임에 관한 法的 問題」, 2002년도 전문분야법관세미나(II) 자료(상), 2002. 10., 사법연수원.
- 金大彙, 「法官의 法發見의 3段階」, 『司法研究資料』 13, 法院圖書館, 1986.
- 김상규, 「商號權의 保護」, 『창작과 권리』 창간호(1995년 겨울), 세창출판사.
- 金尙勳, 「도메인의 押留·독일 判例를 중심으로-」, 『法曹』 통권 540호(2001. 9.), 法曹協會.
- 김성호, 「메타태그(metatags)의 사용과 상표법상의 문제점」, 『창작과 권리』 제25호(2001년 겨울), 세창출판사.
- 김영철, 「지적재산권법상의 중요 기본개념들에 관한 실무적 고찰」, 제12회 법의 지배를 위한 변호사대회(2001. 7. 23.), 대한변호사협회.
- 김용진, 「사이버거래에서의 국제분쟁과 재판관할」, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결-한국법의 시각에서-, 정보통신정책연구원 · 한국국제사법학회, 2002. 11. 23.

- 김중호, 「‘Domain Name’과 ‘商標의 使用’에 관한 研究 -Internet의 登場으로 發生한 새로운 問題」, 『特許情報』 제51호, 特許廳, 1998.
- 金載亨, 「人格權 一般 : 言論 기타 表現行爲에 의한 人格權 侵害를 중심으로」, 『民事判例研究』 XXI, 博英社, 1999.
- _____, 「電子去來에서 契約의 成立에 관한 規定의 改正方向」, 『인터넷法律』 제9호 (2001. 11.), 法務部.
- 金晋煥, 「契約의 約款編入과 電子約款」, 『法曹』 통권 제537호(2001. 6.), 法曹協會
- 金弘燁, 「國際間 製造物責任訴訟과 外國法院의 國際裁判管轄權 認定基準」, 『人權과 正義』 237號(1996. 5), 大韓辯護士協會.
- 남호현, 「인터넷 Domain Name의 법적 보호」, 『창작과 권리』 제9호(1997년 겨울), 세창출판사.
- 남희섭, 「한글도메인의 등록과 분쟁전망」, 정보통신정책연구원 세미나 자료(2000).
<<http://www.kisdi.re.kr/imagedata/pdf/80/80200012a3.pdf>>[2002.11.20.]
- 노태약, 「전자거래의 재판관할과 준거법」, 『정보법학』 제5권(2001), 한국정보법학회.
- _____, 「사이버불법행위의 재판관할과 준거법, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 - 한국법의 시각에서-」, 정보통신정책연구원 · 한국국제사법학회, 2002. 11. 23.
- 박노형, 「도메인 네임에 대한 WIPO중재중개센터의 첫 패널 결정」, 『仲裁』 제296호 (2000년 여름), 대한상사중재원.
- 朴俊錫, 「우리 判例上 商標의 同一·類似에 관한 高찰」, 서울大學教 法學碩士學位論文 (1997).
- 朴海植, 「韓國證券業協會가 한 協會登錄取消決定의 法的 性格」, 『法曹』 통권 547호 (2002. 4.), 法曹協會.
- 朴興大, 「營業權의 침해와 損害賠償責任: 間接被害者의 損害와 관련하여」, 『判例研究』 제9집(1998. 12.), 부산관례연구회.
- 배대현, 「Internet 등장에 따른 가상공간상 지적재산권 보호범위에 관한 연구」, 『창작과 권리』 제13권(1998년 겨울), 세창출판사.
- 石光現, 「國際裁判管轄에 관한 研究 -民事 및 商事事件에 있어서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로-」, 서울大學校 法學博士學位論文(2000. 2.)
- _____, 「國際的인 電子去來와 분쟁해결 -國際裁判管轄을 중심으로-」, 『인터넷法律』 (2000. 7. 창간호), 法務部.
- _____, 「國際的인 電子去來와 분쟁해결 -準據法을 중심으로-」, 『인터넷法律』(2000. 9.), 法務部.
- _____, 「民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 유럽공동체協約(일명 브뤼셀 협약)」, 『國際私法研究』 제2호(1997), 韓國 國際私法學會.

- _____, 「損害賠償을 명한 미국 미네소타주법원 判決의 承認 및 執行에 관한 문제점 - 특히 相互保證과 公序의 문제를 중심으로-」, 『國際私法研究』 제2권(1997), 韓國 國際私法學會.
- _____, 「外國金錢履行判決의 承認 및 執行」, 『法曹春秋』 제146호(1998. 1.), 서울지방 변호사회.
- _____, 「외국판결의 승인 및 집행」, 『人權과 正義』 제271호(1999. 3.), 大韓辯護士協會.
- _____, 「인터넷과 國際裁判管轄」, 한국인터넷법학회 제5회 학술대회(2002. 9. 28.) 발표문.
- 선우찬호, 「인터넷과 商標法」, 인터넷과 지적재산권법 국제심포지움(서울대학교 법과대학 및 한국전자산업진흥회 주최), 1998.
- 손경한, 「도메인 네임 선점과 법적 과제」, 도메인 분쟁 위원회, 2000.
<http://www.nic.or.kr/krnict/home/dispute/cgi-bin/disp_board/docu/view_use.html?id=10&code=docu&start=0>[2002.11.20.]
- _____, 「외국판결 및 중재판정의 승인과 집행 -判例를 중심으로-」, 『國際私法研究』 창간호(1995), 韓國 國際私法學會.
- 宋相現, 「소송에 갈음하는 분쟁해결방안(ADR)의 이념과 전망」, 『民事判例研究』 제14권(1992. 5.), 民事判例研究會.
- 송영식, 「식별력이 없거나 약한 상표의 유사범위」, 『창작과 권리』 제24호(2001년 가을), 세창출판사.
- 宋五植, 「不法行爲의 效果에 관한 一提言」, 『民事法研究』 제6집(1997), 湖南民事法研究會.
- 辛成基, 「登錄商標를 서비스표로 사용하는 것은 상표범위반죄가 성립되는지 여부」, 『대법원판례해설』 25號 (1996. 11), 法院圖書館.
- 안효질, 「不正競爭防止法에 의한 도메인네임 자체의 보호가능성」, 『창작과 권리』 제21호(2000년 겨울), 세창출판사.
- 오현석, 「Online에 의한 ADR 시스템」, 『仲裁』 제297호(2000년 가을), 대한상사중재원.
<http://www.kcab.or.kr/journal/297_5.html>[2002.11.28.]
- 우지숙, 「국가최상위 도메인이름에 대한 분쟁해결」, 인터넷 도메인 이름 분쟁해결정책 토론회(2000. 12. 6.), 정보통신정책연구원 · 한국인터넷정보센터.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/80/80200012a2.pdf>>[2002.11.20.]
- _____, 「도메인 이름 관련 국제분쟁해결제도 및 결정 동향에 대한 분석: 인터넷 거버넌스와 사적 자치의 문제점에 갖는 함의」, 제21회 한국정보법학회 정기 세미나(2001. 11. 20.).
- _____, 「사적 자치의 도전과 맹점: 도메인 분쟁해결정책을 통해 본 인터넷 거버넌스의 실제 연구」, 『정보법학』 제5권(2001), 한국정보법학회.

- 柳尙昊, 「美國의 “인장크션”(Injunction)制度」, 『裁判資料』 6輯(1980.7), 법원행정처.
- 柳英日, 「國際裁判管轄의 最近 動向」, 제3회 한국법률가대회 발표자료, 2002.
- 육소영, 「미국 商標法 상의 희석화 조항의 기원과 적용」, 『지식재산 21』 통권 제62호 (2001.11.), 특허청.
 <<http://www.kipo.go.kr/html/NewKnowN03.html>>[2002.11.20.]
- 윤선희, 「도메인네임 분쟁의 국제적 동향」, 『창작과 권리』 제24호(2001년 가을), 세창출판사.
- _____, 「일본에서의 도메인명에 관한 도야마(富山)地裁判관결 -不正競争防止法이 적용된 첫 사례-」, 『창작과 권리』 제23호(2001년 여름), 세창출판사.
- _____, 「IT 산업의 분쟁해결제도에 관한 연구 -ADR을 중심으로-」, 프로그램심의조정위원회, 2003. 1.
 <<http://www.pdmc.or.kr>>(자료실 참조)[2002.11.20.]
- 尹眞秀, 「無効인 第2讓受人 名義의 所有權移轉登記가 確定判決에 의하여 이루어진 경우 第1讓受人 내지 그 承繼人의 救濟方法」, 『民事判例研究』 21卷(2000. 2), 民事判例研究會.
- _____, 「反社會的 不動產 二重讓渡에 있어서 轉得者의 地位」, 『法曹』 통권 504호 (1998. 9), 法曹協會.
- _____, 「不動產의 二重讓渡에 관한 研究 -第一讓受人의 原狀回復請求를 중심으로-」, 서울大學校 法學博士學位論文(1993. 8.).
- _____, 「損害賠償의 方法으로서의 原狀回復 -民法改正案을 계기로 하여-」, 比較私法學會 冬季學術大會 발표문(2002. 12. 20.자).
- _____, 「第3者의 債權侵害와 不動產의 二重讓渡」, 『司法論集』 제16집(1985. 12.), 法院圖書館.
- _____, 「環境權侵害를 이유로 하는 留止請求의 許容여부」, 『대법원판례해설』 제23호 (1995. 12.), 法院圖書館.
- _____, 「確定判決의 不正利用에 대한 救濟의 要件과 方法」, 『二十一世紀 民事訴訟法의 展望(鄭東潤先生華甲記念論文集)』, 法文社, 1999.
- 이대회, 「도메인네임 분쟁에 관한 판례의 비교법적 분석」, 『창작과 권리』 제17호(1999년 겨울), 세창출판사.
- _____, 「도메인 네임에 관한 쟁점 및 그 사례분석」, 『지식재산 21』 통권 제57호 (1999. 11.), 특허청.
 <<http://www.kipo.go.kr/html/NewKnowH01.html>>[2002.11.20.]
- _____, 「도메인 네임의 관리체계에 관한 연구 -WIPO 최종보고서의 분쟁예방 및 해결을 중심으로-」, 『창작과 권리』 제15호(1999년 여름), 세창출판사.

- _____, 「商標法上の稀釋理論에 관한 考察」, 『창작과 권리』 제9호(1997년 겨울), 세창출판사.
- _____, 「전자상거래와 도메인 문제에 관한 연구」, 『商事法研究』 제19권 제2호(통권 제27호), 韓國商事法學會, 2000.
- _____, 「UDRP(통일분쟁해결정책)의 문제점과 이에 대한 대응방안」, 디지털 시대의 상표보호 세미나 자료(2002. 5. 30.), 한국발명진흥회 지식재산권연구센터.
- 李東洽, 「商標의 特別顯著性」, 知的財産權에 관한 諸問題(下), 『裁判資料』 제57집, 법원행정처, 1992.
- 이백규, 「美國의 商標希釋化理論」, 『裁判資料』 제85집, 법원행정처, 1999.
- 이상정, 「도메인네임과 상표권」, 『인터넷法律』 제2호(2000. 9.), 法務部.
- _____, 「소위 샤넬 판결」, 『창작과 권리』 제17호(1999년 겨울), 세창출판사.
- _____, 「전자상거래와 지적소유권」, 1999. 4. 10.
<http://www.orizine.net/ec_ip_main.html>[1999.4.10.]
- 이상정·김원오·정찬모·김희상, 「인터넷환경에 대응한 지적재산권 보호방안」, 정보통신정책연구원, 1998. 12.
- 이선희, 「지적재산권분쟁 해결수단으로서 중재의 밝은 미래」, 지적재산 열린공간, 1999. 4. 10.
<<http://members.iworld.net/ipkorea/articles/etc/arbit.htm>>[1999.4.10.]
- 이성호, 「사이버지적재산권분쟁의 재판관할과 준거법」, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 -한국법의 시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11. 23.
- 이재환, 「미국 지적재산권 분야의 2000년 이후 주요 판결과 입법동향 개관」, 한국정보법학회 제20회 세미나(2001. 9. 22. - 2001. 9. 23.).
- 이준석, 「상표법상 유명상표 보호관련 규정의 해석, 적용에 관한 소고 -상표법 제7조 제1항 제9호, 제10호 및 제11호의 올바른 해석 방향에 대한 검토를 중심으로-」, 『지식재산 21』 통권 제60호(2000.5.), 특허청.
<<http://www.kipo.go.kr/html/NewKnowK03.html>>[2002.11.20.]
- 이창범, 「電子商去來의 法的 課題」, 『새울법학』 제2호(1998. 2.), 대전대학교 법문화연구소.
- 이창한, 「전자거래분쟁조정위원회의 현황과 과제」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 제12기 인터넷과 법률과정 발표문(2001. 9. 22.).
- 李太鍾, 「인터넷을 통한 거래에 있어 國際裁判管轄」, 2002년도 전문분야법관세미나(II) 자료(상), 사법연수원, 2002. 10.
- 이해완, 「도메인 네임 분쟁에 관한 소고」, 『정보법학』 제4권 제1호(2000), 한국정보법학회.

- 李好珽·丁相朝, 「涉外知的財産權法 試論 -知的財産權의 準據法-」, 『서울대 法學』 제39권 1호(1998), 서울대학교 법학연구소.
- 張德祚, 「도메인 네임의 法的 性質과 規制方案」, 『商事法研究』 제19권 제2호(통권 제27호), 韓國商事法學會, 2000.
- 장문철, 「도메인 이름 분쟁조정기구 운영방향」, 『중재』 제299호(2001년 봄), 대한상사중재원. <http://www.kcab.or.kr/journal/299_6.html>[2002.11.20.]
- 장준혁, 「사이버거래에서의 국제분쟁과 준거법」, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 - 한국법의 시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11. 23.
- 全孝淑, 「商標와 商品의 同一·類似性」, 知的財産權에 관한 諸問題(下), 『裁判資料』 제57집, 법원행정처, 1992.
- _____, 「商標와 商品의 同一·類似」, 『特許訴訟研究』 제1집, 特許法院, 1999.
- 鄭京錫, 「Domain Name 紛爭에 관한 分析 및 接近」, 『인터넷法律』 제5호(2001. 3.), 法務部.
- 丁相朝, 「도메인이름紛爭의 解決에 관한 規範의 國際的調和」, 『二十一世紀 韓國民事法學의 課題와 展望(心堂 宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002.
- _____, 「도메인 이름 분쟁의 해결을 위한 행정절차」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정(제12기 인터넷과 법률과정), 2001. 9. 22.자 발표문.
- _____, 「지적재산권과 국제적 조화」, 지적재산권(2002년 전문분야 특별연수/ 16기), 대한변호사협회.
- _____, 「商標法」, 지적재산권(2002년 전문분야 특별연수/ 16기), 대한변호사협회.
- 정진섭, 「인터넷 도메인네임과 商標權 紛爭實態」, 『通商法律』 제12호(1996. 12.), 法務部.
- 정찬모, 「사이버공간에서의 국제분쟁의 범정의 해결」, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 -한국법의 시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11.
- _____, 「도메인이름 분쟁 관련 ICANN 동향 및 대응방향」, 『인터넷法律』 제2호(2000.9.), 法務部.
- _____, 「인터넷 도메인 네임의 법적 문제」, 한국정보법학회 제11차 세미나 자료집(1998. 11. 17.).
- 정찬모·은승표·오병철·정진명·오승중·오탈원, 「사이버스페이스 법제의 법이론적 특성과 체계정립」, 정보통신정책연구원, 2001. 12.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/70/70200102301.pdf>>[2002.11.20.]
- 정찬모·조동기·김상배·유지연·김도승·박지희, 「인터넷 가버넌스에 있어 정부와 민간의 역할 -주소자원관리체제의 대안모델 정립을 중심으로-」, 정보통신정책연구원, 2001. 9.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagdata/pdf/73/73200101201.pdf>>[2002.11.20.]

- 정찬모·안효질·고영국, 「인터넷 주소자원관련 정책연구」, 정보통신정책연구원, 2001.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagedata/pdf/71/71200100401.pdf>>[2002.11.20.]
- 정찬모·전병서·강병근·고영국, 「인터넷 분쟁의 소송외적 해결을 위한 법제도 연구」, 정보통신정책연구원, 2001. 12.
<<http://www.kisdi.re.kr/imagedata/pdf/71/71200101701.pdf>>[2002.11.20.]
- 조상희, 「징벌적 손해배상을 명한 미국법원판결의 집행에 관한 독일과 일본의 判例」, 『인권과 정의』 제208호(1993. 12.), 대한변호사협회.
- 趙龍植, 「判例로 본 並行輸入의 認定要件」, 『特許訴訟研究』 제1집, 特許法院, 1999.
- 曹廷昱, 「改正 不正競爭防止 및 營業秘密에 관한 法律上 稀釋化 條項에 관한 研究 -도메인 네임 紛爭 解決 관련-」, 『인터넷法律』 8호(2001. 9.), 法務部
- _____, 「도메인 네임의 분쟁해결에 관한 WIPO 최종보고서」, 『인터넷과 법률』(정상조 묶음), 현암사, 2000.
- _____, 「不正競爭防止法이 보호하는 營業標識와 부정경쟁행위의 範圍」, 『商事判例研究[V』](編輯代表 崔基元), 博英社, 2000.
- _____, 인터넷 도메인 네임의 商標法 및 不正競爭防止法的 問題에 관한 研究, 서울大 學校 法學碩士學位論文(1999. 8.).
- 최덕철, 「유명상표에 관한 외국의 분쟁사례연구」, 『창작과 권리』 제20호(2000년 가을), 세창출판사.
- 최병규, 「도메인 네임의 보호 및 분쟁해결(상, 하)」, 『지식재산 21』 통권 66호 및 67호 (2001.5. 및 7.), 특허청.
- _____, 「상표 및 상품의 동일·유사성 판단」, 『창작과 권리』 제11호(1998년 여름), 세창출판사.
- _____, 「지적재산권법의 최근 쟁점 검토(상)」, 『창작과 권리』 제24호(2001년 가을), 세창출판사.
- 최성준, 「국제적인 도메인이름 분쟁의 해결」, 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결 -한국 법의 시각에서-, 정보통신정책연구원·한국국제사법학회, 2002. 11. 23.
- 崔淳鎔, 「도메인이름과 상표권 등의 보호」, 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정 제12기 인터넷과 법률과정(2001. 12. 17. 발표문).
- _____, 「商標希釋化理論의 回顧와 展望」, 『二十一世紀 韓國民事法學의 課題와 展望(心堂 宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002.
- 표호건, 「지적재산권 분쟁의 WIPO조정·중재제도에 의한 해결」, 『지식재산 21』 통권 62호(2000. 11.), 특허청.
<<http://www.kipo.go.kr/html/NewKnowN05.html>>[2002.11.20.]
- 피정현, 「외국판결의 승인·집행과 공서양속」, 『比較私法』 제8권 1호(상) 통권 제13호

- (2001. 6), 韓國比較私法學會.
- 韓相鎬, 「도메인이름關聯 紛爭의 새로운 動向과 解決方案에 관한 檢討」, 『二十一世紀 韓國民事法學의 課題와 展望(心堂 宋相現先生華甲紀念論文集)』, 博英社, 2002.
- 한충수, 「국제재판관할 합의에 있어 내국관련성 문제(상)(하)」, 『法律新聞』 1997. 11. 20.
- 洪光植, 「所有權移轉登記抹消訴訟에서 목적물을 處分하여 대금을 양분한다는 訴訟上 和解條項」, 『判例研究』 5집 (1995. 1), 부산판례연구회.
- 홍성규, 「전자상거래와 미국의 재판관할 분쟁 사례 고찰」, 『仲裁』 제298호(2000년 겨울), 대한상사중재원.
- 홍준형, 「도메인 분쟁처리제도 도입에 대한 법정책적 고찰」, 『인터넷法律』 제9호(2001. 11.), 法務部.
- _____, 「국내도메인분쟁해결방안 수립에 관한 연구」, 한국인터넷정보센터, 2000.
- 황보영, 「도메인 네임과 상표부정경쟁행위」, 지적재산권(2002년 전문분야 특별연수/ 16기), 대한변호사협회.
- 황철중, 「종합정보통신망·초고속정보통신망·인터넷·가상공간과 정보법학의 존재위상」, 한국정보법학회 제11차 세미나 자료집(1998. 11. 17.).
- Charles R. McManis, Intellectual Property and Unfair Competition in Cyberspace, 한국정보법학회 특별세미나(2001. 5. 31.) 발표자료.
- David Lametti, “The Form and Substance of Domain Name Arbitration,” 『한국과 캐나다의 도메인이름분쟁조정제도에 관한 고찰』, 한국인터넷정보센터·도메인이름분쟁조정위원회, 공동국제학술세미나 발표문(2002. 11. 9.).
- Michael Geist, “Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP,” 『한국과 캐나다의 도메인이름분쟁조정제도에 관한 고찰』, 한국인터넷정보센터·도메인이름분쟁조정위원회, 공동국제학술세미나 발표문(2002. 11. 9.).
- Walter Gantz, “인터넷 광고의 문제들(Issues associated with Advertising on the Internet),” 1997년 국제세미나 <Internet : 제3의 미디어인가?>의 제5분과 주제>, 한국정보법학회.

3. 參考資料

- 도메인 네임 관련 출원상표 처리지침, 특허청, 1999.
- 도메인 이름 분쟁 사례집, 한국전산원, 1998. 4.

- 도메인 이름 분쟁조정제도 공청회 자료, 도메인이름분쟁조정위원회 설립준비위원회, 2001. 7. 12.
- 세계 인터넷 주소 조직의 개편에 따른 우리나라의 인터넷 주소 정책방향, 한국 전산원·정보통신부, 1998. 12. 31.
- 세계지적재산권기구(WIPO)의 도메인네임 프로세스 검토 보고, 국가정보화센터 연계서비스부·한국인터넷정보센터, 1999. 2. 8. <<http://dispute.nic.or.kr>>[2002.11.20.]
- 세관의 상표권보호 제도 및 상표권보호강화 방안, 관세청 정보협력국, 2001. 5.
- 전자상거래에 관한 입법의 보완, 국회사무처 법제실, 2000. 10.
- 전자거래기본법 개정을 위한 공청회, 산업자원부·한국전자거래진흥원, 2001. 7. 20.
- 통신위원회 심결집, 통신위원회(정보통신부), 1998-1999.
<<http://www.mic.go.kr/kcc/index.html>>[1999.4.10.]
- 한국인터넷정보센터 운영보고서, 한국전산원, 1998. 12.
<<http://www.krnic.net>>[1998.12.31.]
- .kr 도메인이름 등록세부원칙, 한국전산원·한국인터넷정보센터, 1999. 1.
- .kr 도메인 이름 분쟁처리절차(초안), 한국전산원·한국인터넷정보센터, 1999. 4.
- 도메인분쟁해결위원회(가칭)의 시범운영추진 검토, 한국전산원·한국인터넷정보센터, 1999.4.
- 法院公報 및 判例公報(96년이후).

II. 外國 文獻

1. 國際機構 文獻

- “DRAFT CONVENTION ON JURISDICTION AND RECOGNITION OF JUDGMENTS IN INTELLECTUAL PROPERTY MATTERS,” 2001. 1. 30.
<http://www.wipo.int/pil-forum/en/documents/pdf/pil_01_7.pdf>[2002.11.20.]
- “RECOGNITION OF RIGHTS AND THE USE OF NAMES IN THE INTERNET DOMAIN NAME SYSTEM, Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process,” September 3, 2001.
<<http://wipo2.wipo.int/process2/report/pdf/report.pdf>>[2002.11.20.]
- WIPO, “ccTLD Best Practices for the Prevention and Resolution of Intellectual Property Disputes,” June 20, 2001.

- <<http://ecommerce.wipo.int/domains/ctlds/bestpractices/bestpractices.pdf>> [2002.11.20.]
 WIPO, “Interim Report of the WIPO Internet Domain Name Process,” 1998. 12.
 <http://wipo2.wipo.int/process/eng/rfc_3.html>[2002.11.20.]
 WIPO, “The Management of Internet Names And Addresses: Intellectual Property Issues, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process,” April 30, 1999.
 <<http://wipo2.wipo.int/process/eng/final/FinalReport.html>>[2002.11.20.]
 WIPO, “Protection of Industrial Property Rights in Relation to the Use of Signs on the Internet, Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications (Fifth Session, Geneva),” September 11 to 15, 2000.
 <http://www.wipo.org/sct/en/documents/session_5/pdf/sct5_2.pdf>[2002.11.20.]
- ICANN, “About ICANN”, 1998. 11. 20. <<http://www.icann.org>>
 “ICANN Announces Selections for New Top-Level Domains,” 2000.11.16.
 <<http://www.icann.org/announcements/icann-pr16nov00.htm>>
 “ICANN Preliminary Report(in Yokohama): New Top-Level Domains,” 2000.7.16.
 <<http://www.icann.org/minutes/prelim-report-16jul00.htm>>

2. 英文 文獻

ㄉ. 單行本

- Catherine Colston, *PRINCIPLES OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW*, Cavendish Publishing Limited, 1999.
- David Reiter · Elizabeth Blumenfeld · Mark Boulding, *Internet Law for the Business Lawyer*, Section of Business Law American Bar Association, 2001.
- F. Lawrence Street · Mark P. Grant, *LAW OF THE INTERNET*, LEXIS Publishing, 2001.
- Margo E. K. Reder · Ray August · William T. Schiano, *Cyberlaw Text and Cases*, West, 2000.
- Michael Chissick · Alistair Kelman, *Electronic Commerce*, Sweet & Maxwell, 1999.
- Robert A. Badgley, *Domain Name Disputes*, Aspen Law & Business, 2002.

나. 論文

- Adam Chase, "A Primer on Recent Domain Name Disputes," 3 *VA. J.L. & TECH.* 3 (Summer 1998). <http://vjolt.student.virginia.edu/graphics/vol3/home_art3.html>[2002.11.20.]
- Andre Brunel, "Trademark Protection For Internet Domain Names," *Computer Law Association*, 1996. <<http://www.cla.org/ruhbook/chp3.htm>>[2002.11.20.]
- A. Michael Froomkin, "A Critique of WIPO's RFC 3," 1999. 3. 14.
<<http://www.law.miami.edu/~amf/critique.htm>>[2002.11.20.]
- _____, "ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy"-Causes and (Partial) Cures," *Brooklyn Law Review* Volum 67 Number 3.
<<http://viper.law.miami.edu/~froomkin/articles/udrp.pdf>>[2002.11.20.]
- _____, "Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process," 1999. <<http://www.law.miami.edu/~froomkin/articles/TPRC99.pdf>>[2002.11.20.]
- Bradley A. Sutsky, "Jurisdiction Over Commerce On The Internet," *King & SPALDING*, 1998. 4. 28. <<http://www.kslaw.com/menu/jurisdic.htm>>[2002.11.20.]
- Brian Berlandi, "What state am I in? - Common Law Trademarks on the Internet," 4 *MICH. TEL. TECH. L. REV.* 4 (1998).
- Carl Oppendahl, "Analysis and Suggestions Regarding NSI Domain Name Trademark Dispute Policy," *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol.7, No.1, Autumn 1996. <<http://www.patents.com/nsi/ip.htm>>[2002.11.20.]
- _____, "Internet Domain Names that Infringe Trademarks," *New York Law Journal*, Feb. 14, 1995. <<http://www.patents.com/nylj1.sht>>[2002.11.20.]
- Catherine T. Struve & R. Polk Wagner, "Realspace Sovereigns in Cyberspace: Problems with the Anticybersquatting Consumer Protection Act," *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 17, No. 1, Sept. 2002.
<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID321901_code020813570.pdf?abstractid=321901>[2002.11.20.]
- Chad J. Doellinger, "TRADEMARKS, METATAGS, AND INITIAL INTEREST CONFUSION: A LOOK TO THE PAST TO RE-CONCEPTUALIZE THE FUTURE," *IDEA* 173 Volume 41(2001).
<http://www.idea.piercelaw.edu/articles/41/41_2/1.Doellinger.pdf>[2002.11.20.]
- David J. Loundy, "A Primer on Trademark Law and Internet Addresses," 15 *John Marshall J. of Computer and Info. Law* 465, 1997.

- <<http://www.Loundy.com/JMLS-Trademark.html>>[2002.11.20.]
- Dori Kornfeld, "Evaluating the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy," 2000.
<<http://cyber.law.harvard.edu/icann/pressingissues2000/briefingbook/udrp-review.html>>
[2002.11.20.]
- Jane C. Ginsburg, "INTERNATIONAL JURISDICTION AND RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN INTELLECTUAL PROPERTY CASES" (Submitted for the seminar International and Comparative Protection of Intellectual Property, Law School of Columbia University).
<<http://www.kentlaw.edu/depts/ipp/intl-courts/drafttreaty-06.doc>>[2002.11.20.]
- Jeffrey M. Gitchel, "Domain Name Dispute Policy Provides Hope To Parties Confronting Cybersquatters," *Journal of the Patent and Trademark Office Society*," September 2000, Vol. 82, No.9.
- Jon Postel, "Domain Name System Structure and Delegation," March, 1994, .
<<http://www.cis.ohio-state.edu/cgi-bin/rfc/rfc1591.html>>[2002.11.20.]
- _____, "New Registries and the Delegation of International Top Level Domains," August, 1996. <<http://www.jmls.edu/cyber/docs/iana-tld.txt>>[2002.11.20.]
- Julie A. Katz, J. Aron Carnahan, "Battling the "CompanyNameSucks.com" Cyberactivists," *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Volume 13, Number 3, 2001. <<http://www.welshkatz.com>>[2002.11.20.]
- Kenneth Sutherland Dueker, "TRADEMARK LAW LOST IN CYBERSPACE : TRADEMARK PROTECTION FOR INTERNET ADDRESSES," 9 *Harv. J.L. & Tech.* 483 (Summer 1996).
<<http://jolt.law.harvard.edu/articles/v9n2p483.html>>[2002.11.20.]
- Kimberly A. Moore · Francesco Parisi, "Rethinking Forum Shopping in Cyberspace," *George Mason Law & Economics Research Paper* No. 02-01, 2001.
<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID297100_code020118520.pdf?abstractid=297100>[2002.11.20.]
- Laurence R. Helfer, "INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT AT THE TRADEMARK-DOMAIN NAME INTERFACE," *Loyola Law School Public Law and Legal Theory, Research paper 2001-9, Pepperdine Law Review*, April, 2001.
<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID265922_code010404630.pdf?abstractid=265922>[2002.11.20.]
- Marcelo Halpern · Ajay Mehrotra, "From International Treaties to Internet Norms: The Evolution of International Trademark Disputes in the Internet Age," *University of*

- Pennsylvania Journal of International Economic Law* (2001).
<http://papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/SSRN_ID247411_code010207140.pdf?abstractid=247411>[2002.11.20.]
- Michael Geist, "Fair.com?: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP," 2001. <<http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>>[2002.11.20.]
- Milton L. Muller, "INTERNET DOMAIN NAMES : Privatization, Competition, and Freedom of Expression," *INSTITUTE Briefing Paper* No.33, 1997. 10. 16.
<<http://cato.org/pubs/briefs/bp-033.html>>[2002.11.20.]
- Milton Muller, "An Analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy, Rough Justice (version 2.1)". <<http://www.acm.org/usacm/IG/roughjustice.pdf>>[2002.11.20.]
- Neil L. Martin, "The Anticybersquatting Consumer Protection Act: Empowering Trademark Owners, But Not the Last Word on Domain Name Disputes," *Journal of Corporation Law*, Vol. 25, No. 3, 2000.
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=231614>[2002.11.20.]
- Opendahl & Larson, "NSI Flawed Domain Name Policy information page," 1998. 3. 4.
<<http://www.patents.com/nsi.sht>>[2002.11.20.]
- Sally M. Abel, "eVolution or Revolution? Trademark Law on the Internet," May 7, 2002 (Rev 2.2). <http://www.fenwick.com/pub/ip_pubs/Trademark_Law_on_the_Internet/main.htm> [2002.11.20.]
- Serena C. Hunn, "Anticybersquatting Consumer Protection Act: A Powerful Remedy In Domain Name Disputes? Or a Threat to Electronic Commerce?," 2000. 8.
<<http://www.fmew.com/archive/cybersquat>>[2002.11.20.]
- Stuart D. Levi · Jose Esteves · David Marglin, "THE DOMAIN NAME SYSTEM & TRADEMARKS," *Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series PLI Order* No. G0-0001, 1998.
<<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/fulllevi.html>>[2002.11.20.]
- William A. Tanebaum, "RIGHTS AND REMEDIES FOR THREE COMMON TRADEMARK-DOMAIN NAME DISPUTES : (1) DOMAIN NAME VS. TRADEMARK, (2) SHARED TRADEMARKS AND (3) DOMAIN HIJAKING," *Practising Law Institute Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series PLI Order* No. G4-4031, 1998. 1.
<<http://cyber.law.harvard.edu/property/domain/fulltanen.html>>[2002.11.20.]
- Yochai Benkler, "Internet Regulation: A Case Study in the Problem of Unilateralism," *NYU Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper* No.11, 1999.

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=206828>[2002.11.20.]

NTIA, “A Proposal to Improve Technical Management of Internet Names And Addresses Discussion Draft,” 1998. 1. 30.

<<http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/dnsdraft.htm>>[1999.4.10.]

USPTO, “Trademark Examination of Domain Names,” 1998. 1. 16.

<<http://www.uspto.gov/web/offices/tac/notices/guide299.htm>>[2002.11.20.]

3. 日本 文獻

ア. 単行本

内田晴康・横山経通, 『インタ-ネット法』, 商事法務研究会, 1998.

松尾和子・佐藤恵太 編, 『ドメインネ-ム紛争』, 弘文堂, 2002.

飯塚卓也他, 『不正競争防止法』, 中央経済社, 2002.

山下幸夫, 『インタ-ネット法律問題 Q&A集』, 情報管理, 1997.

齊藤博・牧野利秋, 『知的財産関係訴訟法 [裁判実務大系]』, 青林書院, 1997.

青山紘一 編著, 『不正競争防止法(事例・判例)』, 財団法人 経済産業調査會, 2002.

『不正競争防止法における商品形態の模倣 別冊NBL』, 大阪弁護士會知的財産法実務研究会, 商事法務研究会, 2002.

イ. 論文

岡村久道, 「ドメイン名紛争の法的解決, 上・下 : JACCS事件判決 (富山地判平12・12・6)に寄せて」, *NBL* 706号; 707号(01. 02)

久保次三, 「ドメイン名と商標に関する紛争処理システムの最新運用状況と日本への導入検討 状況」, 『ジュリスト』 1181号.

山口勝之, 「ドメインネ-ムと知的財産権」, *NBL* 644号 (98.07).

水谷直樹, 「不正競争防止法2條1項1號の「混同を生じさせる行為」には廣義の 混同が含まれることを明確にした判例」, 『發明』 96卷 4號(99.04).

潮海久雄, 「廣義の混同のおそれと著名標識の保護 : スナックチャンネル事件」, 『重要判例解説』 1157号 (99.06).

青木博通, 「Domainと商標の現代的展開」, 『知的管理』(通卷 第51號), 2001. 8.

土肥一史, 「ドメイン名の使用差止を求めたジャックス訴訟」に係る富山地裁判決, 『法律のひろば』 54巻 5号 (01.05).

平野晋, 「Lockheed v. NSI 事件 : ドメイン・ネ-ム登録機関たるNSI社には商標の寄與侵害責任がないと判断された 事例」, 『国際商事法務』 27巻 12号.

布井要太郎, 「不正競争防止法二條一項の周知表示混同惹起行爲と著名表示冒用行爲の關係 : シャネル飲食店事件」, 『判例知的財産侵害論』 (00.10).

ドメイン名の不正取得等にかかる不正競争防止法改正の概要, 『金融法務事情』 1621号, 經濟産業省知的財産政策室, 2001. 9.

<附錄 1> UDRP 및 同 規則

統一 도메인 이름 紛爭解決規程(UDRP)

1. 目的

통일 도메인 이름 분쟁해결규정(이하 “UDRP”라 한다)은 ICANN에 의하여 채택 되었으며, 도메인 이름 등록인(이하 “도메인등록인”이라 한다)이 동의한 등록약관에 포함되어 도메인등록인에 의해 등록된 도메인 이름의 등록과 사용에 대한 도메인등록인과 도메인 이름 등록기관(이하 “등록기관”이라 한다)을 제외한 제3자간의 분쟁에 관한 조건을 정하고 있다. 이 규정 제4조에 따른 분쟁해결절차는 <www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct 99.htm> 에서 얻을 수 있는 UDRP 절차규칙(이하 “UDRP 규칙”이라 한다)과 ICANN에 의하여 승인된 분쟁해결기관의 보충규칙(supplemental rules)에 따라 행해질 것이다.

2. 도메인등록인에 의한 陳述

도메인등록인은, 도메인 이름의 등록신청 또는 등록유지나 갱신을 함에 있어 등록기관에 대하여 다음에 관한 사항을 진술하고 보증한다.

- (a) 등록약관에 기재한 진술내용이 완전하고 정확하다는 것
- (b) 도메인등록인이 알고 있는 한 당해 도메인 이름의 등록이 제3자의 권리를 침해하거나 위반하는 것이 아니라는 것
- (c) 부정한 목적으로 당해 도메인 이름을 등록하지 않으며,
- (d) 당해 도메인 이름의 사용이 어떠한 준거 법령이나 규정들을 위반하는지 알면서 사용하지 않는다는 것

도메인등록인의 도메인 이름 등록이 타인의 권리를 침해하거나 위반하는지에 대한 판단은 도메인등록인의 책임이다.

3. 도메인 이름 登錄의 抹消, 移轉 및 變更

등록기관은 다음에 해당하는 경우 도메인 이름 등록을 말소, 이전 또는 변경의 절차를 실행한다.

- a. 도메인등록인이나 그 권한있는 대리인으로부터 도메인 이름 등록을 말소, 이전 또는 변경의 청구를 서면이나 적절한 전자문서 형태로 수령한 때. 단, 제8조의 규정에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- b. 각 사건마다의 적법한 관할권을 가진 법원이나 중재기관으로부터 도메인 이름 등록을 말소, 이전 또는 변경하라는 명령을 수령한 경우
- c. ICANN이 채택한 이 규정 또는 그 개정판에 기초하여 실시되었으며 도메인등록인이 당사자가 된 분쟁해결절차에 있어 도메인 이름 등록을 말소, 이전 또는 변경하라는 패널의 결정을 수령한 경우(제4조 (i) 및 (k) 참조)

등록기관은 도메인등록인의 등록약관상의 조건 또는 다른 법률상의 요청에 기하여 도메인 이름의 등록을 말소, 이전, 변경할 수 있다.

4. 義務的인 紛爭解決節次

이 조항은 도메인등록인이 의무적으로 분쟁해결절차에 응하여야 하는 분쟁의 형태를 규정한 것이다. UDRP에 의한 이러한 분쟁해결절차는 <www.icann.org/udrp/aproved-providers.htm>에서 열거하는 분쟁해결서비스제공기관들(이하 각각 ‘분쟁해결기관’이라 한다) 중에서 한 분쟁해결기관에 의해 행해진다.

a. 適用對象이 되는 紛爭

도메인등록인은, 제3자(이하 “신청인”라 한다.)로부터 UDRP 규칙에 따라 적용가능한 분쟁해결기관에 대하여 다음 각호에 열거된 사항을 이유로 한 분쟁해결신청이 있는 때에는 분쟁해결절차에 반드시 응하여야 한다.

- (i) 신청인이 권리를 갖고 있는 상표 또는 서비스표와 도메인등록인의 도메인 이름이 동일하거나 혼동을 일으킬 정도로 유사하다는 것
- (ii) 도메인등록인이 그 도메인 이름의 등록에 대한 권리 또는 정당한 이익을 가지고 있지 아니하다는 것
- (iii) 도메인등록인의 도메인 이름이 부정한 목적으로 등록 및 사용되고 있다는 것

이 분쟁해결절차에 있어 신청인은 제1항 각호에 열거된 세가지 사항 모두를 신청서를 통하여 입증하여야 한다.

b. 不正한 目的의 登錄 및 使用證據

제4조 (a)(iii) 적용시, 분쟁해결기관의 패널들에게 다음 각호의 1에 해당하는

사정이 있다고 인정되는 경우에는 특히, 도메인 이름의 등록 및 사용이 부정한 목적에 의한 것이라는 증거가 된다. 다만, 그러한 사실의 판단은 다음 각호의 사정이 있는 경우로 한정되지 않는다.

- (i) 도메인등록인이 당해 도메인 이름을 등록 또는 취득한 주된 목적이 주로 상표권자나 서비스표권자인 신청인 또는 신청인의 경영자에 대해서 당해 도메인 이름의 취득과 직접 관련되고 서류로 입증되는 지불비용을 초과하는 대가를 받기 위하여 판매, 대여, 기타 이전하는 것인 경우
- (ii) 도메인등록인이 상표권자나 서비스표권자가 그의 상표나 서비스표에 상응하는 도메인 이름으로 사용할 수 없도록 방해하기 위하여 그 도메인 이름을 등록한 경우로서 당해 도메인등록인이 그러한 방해행위를 수차례 행하고 있는 경우
- (iii) 도메인등록인이 경영자의 사업을 방해할 것을 주된 목적으로 당해 도메인 이름을 등록하고 있는 경우
- (iv) 도메인등록인이 상업상의 이득을 얻을 목적으로 그 웹사이트나 기타의 온라인 장소 또는 그 곳에 등장하는 상품이나 서비스의 출처, 후원 관계, 거래상 제휴관계, 추천관계 등에 관하여 신청인의 상표나 서비스표 등과 혼동을 야기할 의도로 인터넷상의 이용자를 고의적으로 그 웹사이트 또는 기타의 온라인 장소로 유인하고 있는 경우

c. 申請人의 紛爭申請에 對應한 도메인登錄人의 도메인 이름에 대한 權利 및 正當한 利益의 立證方法

도메인등록인이 분쟁해결신청서를 수령한 경우 어떻게 답변을 준비하여야 할 것인지를 판단함에 있어 UDRP 규칙 제5조를 참조하여야 한다. 패널에게 제출된 모든 증거자료에 대한 평가에 기초하여 다음 각호의 1에 해당하는 사정이 있는 때에는, 특히, 이에 제한을 받지 않고, 제4조 (a)(ii)의 규정의 취지상 도메인등록인이 그 도메인 이름에 관한 권리나 정당한 이익이 있는 것을 입증한 것으로 본다.

- (i) 도메인등록인이 도메인 이름에 관한 분쟁의 통지를 받기 전에 부정한 목적을 가지지 아니하고 상품 또는 서비스의 제공을 위하여 당해 도메인 이름 또는 이에 대응하는 명칭을 사용하고 있었거나 분명하게 그 사용의 준비를 하고 있었던 경우

- (ii) 도메인등록인(개인, 기업이나 기타 단체로서)이 비록 상표권이나 서비스표권을 갖고 있지는 않더라도 당해 도메인 이름으로 일반에게 널리 인식되고 있었던 경우
- (iii) 도메인등록인에 의한 그 도메인 이름의 사용이 소비자를 오인시켜 상업적 이익을 얻으려 하거나 문제시된 상표나 서비스표를 희석시키기 위한 의도로서 사용되고 있는 것이 아니라 정당한 비상업적 사용 또는 공정하게 사용하고 있는 경우

d. 紛爭解決機關의 選定

신청인은 ICANN에 의해 승인된 분쟁해결기관들 중 어느 한 분쟁해결기관에 이의신청서를 제출함으로써 분쟁해결기관을 선정한다. 신청인에 의하여 선정된 당해 분쟁해결기관은 제4조 (f)에 의한 병합심리의 경우를 제외하고는 분쟁해결절차를 관장·실시한다.

e. 節次의 開始와 科程 및 行政패널의 指名

절차의 개시 및 실시순서 및 분쟁을 심판할 패널의 지명에 대하여는 UDRP 규칙에서 정한다.

f. 併合審理

동일한 도메인등록인과 신청인 사이에 복수의 도메인 이름에 관한 분쟁이 있을 경우 어느 한 당사자는 하나의 패널에 의해 분쟁이 해결될 수 있도록 병합심리를 신청할 수 있다. 이 신청은 당사자간에 계속중인 분쟁을 담당하고 있는 최초의 패널에게 하여야 한다. 패널은 만약 그러한 분쟁들이 ICANN에 의해 채택된 이 규정 또는 그 개정판의 적용대상이 되는 경우 그의 재량에 의하여 그러한 분쟁의 일부 또는 전부에 대하여 병합심리를 할 수 있다.

g. 費用

이 규정에 의한 분쟁에 관하여 분쟁해결기관이 청구하는 모든 비용은 신청인의 부담으로 한다. 다만, UDRP 규칙 제5조 (b)(iv)의 규정에 따라 도메인등록인이 패널의 수를 1인에서 3인으로 증원할 것을 선택한 경우에는 양당사자가 모든 비용을 균등하게 부담한다.

h. 도메인 이름 登錄機關의 行政節次에의 關與

등록기관은 패널에 의한 절차의 관장 또는 그 실시에 일절 관여하지 아니한

다. 또한 등록기관은 패널에 의해 내려진 어떠한 결정에 대해서도 책임을 지지 않는다.

i. 救濟措置

패널에서 행해지는 절차에 따라 신청인에게 제공될 수 있는 권리구제의 범위는 도메인등록인의 도메인 이름의 등록말소, 그 도메인 이름의 신청인에게로의 이전으로 제한된다.

j. 通知 및 公表

분쟁해결기관은 도메인등록인이 그 도메인 이름을 등록하고 있는 등록기관에 그 등록된 도메인과 관련된 패널이 내린 모든 결정을 통지하여야 한다. 이 규정에 따른 모든 결정문은 패널이 예외적으로 부분적으로 변경·수정하여 공표한다고 결정한 경우를 제외하고는 인터넷을 통해 전문 공표된다.

k. 司法節次의 可能性

제4조에서 규정하고 있는 어떠한 의무적인 행정절차요건도 도메인등록인이나 신청인이 의무적 행정절차가 시작되기 전이나 종결된 후에 적법한 관할권을 가진 법원에 제소하는 것을 배제하지 아니한다. 만약 패널이 도메인등록인의 등록된 도메인 이름의 등록말소 또는 이전하는 결정을 내린 경우, 등록기관은 당해 분쟁해결기관에 의해 패널의 결정을 통지받은 후 그 결정을 이행하기 전에 10일(등록기관의 주사무소의 소재지 기준)동안 그 결정의 실행을 보류한다. 만약 이 10일 동안 등록기관이 도메인등록인으로부터 신청인을 피고로 하여 UDRP 규칙 제3조 (b)(xiii)의 규정에 의한 관할법원(일반적으로 그 관할재판지는 등록기관의 주사무소의 소재지나 등록기관의 Whois DB에서 참조할 수 있는 도메인등록인의 주소지이다. 자세한 내용은 UDRP 규칙 제1조 및 제3조 (b)(xiii) 참조)에 제소하였다는 문서(법원의 직원에 의해 직인이 날인된 소송신청서 사본)의 정보를 수취하지 않는 경우 당해 결정을 실행한다. 만약 이 10일 이내에 등록기관이 도메인등록인으로부터 제소하였다는 문서의 정보를 수취한 경우에는 패널의 결정의 실행을 보류하고 (i) 공정증서에 의한 당사자간의 화해계약서, (ii) 도메인등록인이 제소한 당해 소송이 각하 또는 취하되었다는 신뢰할 수 있는 증거, (iii) 당해 법원으로부터 도메인등록인의 소를 기각한다든지 도메인등록인이 그 도메인 이름을 계속 사용할 권리가 없다는 명령의 사본을 수취할 때까지는 어떠한 조치도 행하지 않는다.

5. 다른 類型的 紛爭處理

제4조의 규정에 의한 의무적인 분쟁해결절차의 대상이 되지 아니하는 도메인등록인과 등록기관을 제외한 제3자간의 도메인 네임의 등록에 관한 모든 다른 유형의 분쟁은 법원, 중재기관 또는 기타의 분쟁해결절차에 의한다.

6. 등록기관의 紛爭에 대한 關與

등록기관은 도메인등록인과 등록기관을 제외한 제3자간의 도메인 이름의 등록과 사용에 대한 여하한 분쟁에도 일절 관여하지 아니한다. 도메인등록인은 등록기관을 분쟁당사자로 지명하거나 그러한 분쟁절차에 참가시켜서는 안된다. 만일, 등록기관이 분쟁당사자로 지명된 경우, 등록기관은 적절하다고 생각되는 모든 항변을 강구하고 등록기관을 방어하는데 필요한 다른 모든 대항절차를 취할 일체의 권리를 갖는다.

7. 現狀維持

등록기관은 이 규정에 의거하여 상기 제3조에서 규정한 경우를 제외하고는 도메인 이름 등록의 말소, 이전, 사용가능조치, 사용불능 조치, 또는 도메인 이름 등록의 현재 상태를 변경하는 절차를 실행하지 아니한다.

8. 紛爭中 도메인 네임의 移轉

a. 도메인 이름의 新 保所有者에로의 移轉

도메인등록인은 다음 각호의 경우 당해 도메인 이름의 등록을 타인에게 이전할 수 없다.

- (i) 제4조의 규정에 의한 분쟁해결절차의 계속중 또는 종결후 15일간(등록기관의 주요 업무가 행해지고 있는 장소 기준) 또는,
- (ii) 도메인등록인으로부터 도메인 이름을 이전받게 되는 자가 당해 도메인 이름 분쟁에 대한 법원 또는 중재기관에 의한 심리절차가 계속중에 그 법원 또는 중재기관의 판결 또는 재정에 따른다는 뜻을 서면으로 동의하지 아니한 경우

등록기관은 본조의 규정에 반하는 도메인 이름의 이전절차를 말소할 수 있는 권리를 가진다.

b. 등록기관의 變更

도메인등록인은 제4조에 의한 분쟁해결절차가 진행되는 동안 또는 이러한 절차가 종결된 후 15일간(등록기관의 주요 업무가 행해지고 있는 장소 기준)에는 도메인 이름 등록을 다른 등록기관으로 이전할 수 없다. 법원 또는 중재기관에 의한 소송·중재가 진행되는 경우 도메인등록인이 등록기관에 대하여 등록한 도메인 이름이 이 규정에 의한 조건에 따라 진행된 절차에 계속적으로 따르는 것을 조건으로 도메인등록인은 다른 등록기관으로 이전할 수 있다. 법원 또는 중재기관에 의한 소송·중재가 계속중 도메인 이름 등록을 등록기관에 이전하는 경우 이러한 분쟁은 도메인 이름 등록이 이전되기 위해 이전의 등록기관의 도메인 이름 분쟁 처리 규정에 계속하여 구속되어야 한다.

9. 이 規定의 改正

등록기관은 ICANN의 허가에 의하여 언제라도 이 규정을 개정할 권리를 가진다. 등록기관은 그 개정된 규정이 발효되기 30일전에 등록기관의 <URL>상에 공개한다. 분쟁해결기관에의 분쟁해결 신청서를 제출함으로써 이 규정에 의한 절차가 개시된 경우에는 예외적으로 그 개시 당시 유효했던 규정이 그 절차가 종결될 때까지 계속하여 적용, 이 규정에 의한 분쟁해결절차가 개시되지 않는 경우에는 분쟁발생이 그 개정규정의 발효일전, 당일 또는 당일 후이든지를 불문하고 개정된 규정은 모든 도메인 이름 등록분쟁과 관련하여 도메인등록인을 구속한다. 도메인등록인이 이 규정의 개정사항에 이의가 있을 경우 유일한 구제조치는 도메인 이름등록기관에 지불된 어떠한 비용도 환불받지 못한다는 전제하에 당해 등록기관에 그 도메인 이름 등록의 말소를 구하는 것뿐이다. 개정된 규정은 도메인등록인이 그 도메인 이름의 등록을 말소할 때까지 적용된다.

* 原文出處: <<http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>>

統一 도메인 이름 紛爭解決規程을 위한 節次規則 (UDRP 規則)

ICANN에 의해 채택된 통일된 도메인 이름 분쟁해결 규정에 기초를 두는 분쟁해결절차는 본 UDRP 규칙과 분쟁해결절차를 관장하는 분쟁해결 서비스 제공기관(이하 “분쟁해결기관”이라 한다)이 그 웹사이트에 공표한 보충규칙에 따라 실시된다.

1. 定義

본 UDRP 규칙에 있어서,

“신청인”이란 도메인 이름 등록에 대하여 분쟁해결을 신청한 당사자를 말한다.

“ICANN”은 “the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers”를 말한다.

“상호재판관할”이란 (a) 등록기관의 주된 사업소의 소재지(도메인등록인이 도메인 이름의 사용에 의하여 유발되는 분쟁의 재판관할에 대하여 등록약관에서 승낙한 경우에 한한다) 또는 (b) 신청서가 분쟁해결기관에 제출되었을 경우 등록기관의 Whois DB에서 참조할 수 있는 도메인 이름 도메인등록인의 주소지의 재판관할지를 말한다.

“패널”이란 도메인 이름 등록에 관한 분쟁해결 신청을 심리·결정하기 위하여 분쟁해결기관이 지명한 패널을 말한다.

“패널리스트”란 분쟁해결기관이 패널의 구성원으로 지명한 개인을 말한다.

“당사자”란 신청인 또는 피신청인을 의미한다.

“규정”이란 도메인 이름 등록약관로부터의 참조에 의하여 일체가 된 “통일된 도메인 이름 분쟁해결규정”을 말한다.

“분쟁해결기관”이란 ICANN에 의해 승인된 분쟁해결 서비스 제공기관을 말한다. 이러한 분쟁해결기관의 명부는 www.icann.org/udrp/approved-providers.html에 공표되어 있다.

“등록기관”이란 분쟁해결 대상의 대상이 되고 있는 도메인 이름을 피신청인이 등록하고 있는 기관을 의미한다.

“등록약관”이란 등록기관과 도메인등록인 사이의 계약을 말한다.

“피신청인”이란 분쟁해결신청의 대상이 되고 있는 도메인등록인을 말한다.
“도메인 이름 역하이재킹”이란 도메인등록인으로부터 도메인 이름을 빼앗기 위하여 규정을 부정한 목적으로 이용하는 행위를 말한다.
“보충규칙”이란 본 UDRP 규칙을 보충하기 위하여 분쟁해결절차를 관리하는 분쟁해결기관에 의해서 채택한 규칙을 말한다.

2. 連絡(通知) 方法

- (a) 분쟁해결기관은 분쟁해결 신청서를 피신청인에게 송부할 때에는 피신청인에게 실제적인 통지가 이루어질 수 있도록 합리적으로 이용가능한 수단들을 동원할 책임이 있다. 실제로 분쟁해결 신청서가 통지되거나 다음의 수단이 동원되어질 경우 그 책임에서 해제된다.
 - (i) 등록기관의 Whois DB상 도메인 이름 등록데이터에 표시된 당해 도메인 이름의 보유자, 기술담당자, 기술담당자 및 등록담당자 및 등록기관으로부터 분쟁해결기관에 제공되는 도메인 이름 등록에 관한 경리담당자
 - (ii) 분쟁해결 신청서를 전자메일을 통해 전자적 형태(전자적 양식에 의한 송부가 가능한 첨부서류를 포함한다)를 다음의 주소로 발송하고,
 - (A) 기술, 등록 및 경리담당자의 전자메일 주소
 - (B) postmaster@<분쟁의 대상이 되고 있는 도메인 이름>; 및
 - (C) 만일 도메인 이름(또는 www.도메인 이름인 경우)이 운영중인 웹페이지(분쟁해결기관이 판단할 때 다수의 도메인 이름 권리자들에 의하여 등록된 도메인 이름을 파킹하기 위해 등록기관이나 ISP에 의해 운영되는 통상적인 페이지는 제외한다)로 판단되는 경우 그 웹페이지 상에서 보여지는 모든 전자메일 주소나 전자메일 링크, 및,
 - (iii) 피신청인이 분쟁해결기관에 선호하는 주소를 통지한 경우 그 주소로 신청서를 송달하고, 가능한 경우 제3조 (b)(v)에 따라 신청인이 분쟁해결기관에 제공한 모든 다른 주소
- (b) 제2조 (a)에서 정한 경우를 제외하고, 본 UDRP 규칙에 의하여 규정되고 있는 신청인 또는 피신청인으로서의 모든 서면 연락은 신청인이나 피신청인이 각각 선호하는 수단(제3조 (b)(iii) 및 제5조(b)(iii) 참조)에 의하여 행해져야 하며, 그러한 선호하는 수단을 특정하지 않았을 경우에는 다음의 수단에 의하지 않으면 안된다.

- (i) 발신기록이 있는 팩시밀리에 의한 전송
 - (ii) 요금 선불 또는 수취증의 교환이 있는 우송 또는 택배서비스
 - (iii) 발신기록이 이용가능한 인터넷상에 의한 전자송신
- (c) 분쟁해결기관 또는 패널에로의 모든 연락은 분쟁해결기관의 보충규칙에서 정하고 있는 수단과 방법에 의해 행해져야 한다.
- (d) 연락은 제11조에서 정하고 있는 언어로 행해져야 한다. 전자메일통신은 가능하다면 평이한 문장으로 보내져야 한다.
- (e) 어느 당사자도 분쟁해결기관과 등록기관에 통지함으로써 상세한 연락처 정보를 업데이트할 수 있다.
- (f) 본 UDRP 규칙에서 규정하고 있는 모든 연락은 본 UDRP 규칙에서 특별히 다르게 규정하는 경우나 패널에서 다르게 결정하는 경우를 제외하고는 본 UDRP 규칙에서 정하는 모든 통지는 다음의 경우 행해진 것으로 본다.
- (i) 팩시밀리 송신에 의하면 발신 기록에 기재된 날
 - (ii) 우편이나 택배서비스에 의하면 수취증에 기재된 날
 - (iii) 인터넷을 통해 전송한 경우 발신한 날(다만, 그 발신일이 증명되는 때)
- (g) 본 UDRP 규칙에 의한 기간은, 본 UDRP 규칙에서 특별하게 규정하는 경우를 제외하고, 제2조(f)에 따라 당해 통지가 행하여졌다고 간주되는 가장 이른 날짜로부터 기산된다.
- (h) (i) 패널로부터 어느 당사자에 대한 모든 통지는 분쟁해결기관과 타 당사자에게 그 사본을 송달하여야 하고, (ii) 분쟁해결기관의 어느 당사자에 대한 모든 통지는 타 당사자에게 그 사본을 송달하여야 하며, (iii) 한 당사자에 의한 모든 통지는 각 사안에 따라, 다른 당사자, 패널 및 분쟁해결기관에 그 사본을 송달하여야 한다.
- (i) 발송자는 그 발송의 사실 및 상황을 기록한 것을 관계당사자에게 검사 및 보고를 위하여 보관하여 두지 않으면 안된다.
- (j) 통지를 하려고 하는 당사자가 그 통지의 배달불능 통지를 수령한 경우에 즉시 패널(패널이 아직 지명되지 않은 경우에는 분쟁해결기관)에 그러한 사정을 통지하지 않으면 안된다. 그 이후 통지와 모든 답변에 관한 후속절차는 패널(또는 분쟁해결기관)의 지시에 의하지 않으면 안된다.

3. 紛爭處理 申請書

- (a) 어떠한 개인·단체도 규정과 본 UDRP 규칙에 따라 ICANN에 의하여 승인된 분쟁해결기관에 분쟁해결을 신청함으로써 분쟁해결절차를 개시할 수 있다. (분쟁해결기관은 그 처리 능력 또는 기타의 사유에 의하여 분쟁해결 신청서의 수리가 정지될 수도 있는데 이러한 경우 그 분쟁해결기관은 분쟁해결 신청서의 수리를 거절하지 않으면 안된다. 거절된 개인·단체는 다른 분쟁해결기관에 분쟁해결 신청서를 제출할 수 있다.)
- (b) 분쟁해결 신청서는 문서 및 전자양식(첨부서류로 첨부할 수 없는 것은 제외한다)으로 제출하여야 하며 다음 사항을 충족하여야 한다.
 - (i) 분쟁해결 신청서가 규정과 본 UDRP 규칙에 따라 결정될 것을 요청하여야 한다.
 - (ii) 신청인 및 본 분쟁해결절차에 있어 신청인을 대신하여 절차를 진행할 권한이 있는 대리인의 성명, 우편 및 전자메일 주소, 전화 및 팩스번호를 기재하여야 한다.
 - (iii) 본 분쟁해결절차에 있어서 신청인이 희망하는 연락방법(연락 담당자, 수단, 주소정보 포함)을 (A)전자양식만에 의한 자료 및 (B) 문서를 포함하는 자료 각각에 대하여 명기하여야 한다.
 - (iv) 신청인은 분쟁이 1명의 패널 또는 3명의 패널에 의하여 해결될 것인지를 선택하고, 만약 신청인이 3명의 패널을 선택한 경우 3명의 패널중 1명을 지명하기 위한 후보자 3명의 성명과 상세한 연락처 정보를 제공하여야 한다. (이 후보자들은 ICANN에서 승인된 모든 분쟁해결기관의 패널의 명부에서 추출할 수 있다)
 - (v) 분쟁해결기관이 제2조(a)에서 규정하는 분쟁해결 신청서의 송부를 위해 필요한 피신청인(도메인 이름 보유자) 또는 그 대리인에게로의 연락수단에 대하여 신청인이 본 분쟁해결절차 개시전에 교섭하여 얻은 상세한 연락처 정보를 포함하여 신청인이 알고 있는 피신청인의 성명 및 관계되는 모든 정보(우편 및 전자메일 주소, 전화, 팩스번호를 포함한다)를 제공하여야 한다.
 - (vi) 본 분쟁해결절차의 대상이 되는 도메인 이름을 특정하여야 한다.
 - (vii) 분쟁해결 신청서가 제출된 시점에 있어서 그 도메인 이름이 등록되어 있는 등록기관을 특정하여야 한다.
 - (viii) 분쟁해결 신청의 근거가 되는 상표나 서비스표를 기재하고 당해 표장이

사용된 경우 각각의 표장에 대한 지정상품이나 서비스업을 특정하여야 한다. (신청인은 분쟁해결 신청서 제출시에 장래 그 표장을 사용하고자 하는 의도가 있는 다른 지정상품 및 서비스업에 대해서도 그 취지를 별도로 기술할 수 있다.)

(ix) 규정에 따라 특히 다음사항을 포함한 분쟁해결 신청을 한 사유를 기술하여야 한다.

(1) 그 도메인 이름이 신청인이 권리를 갖고 있는 상표나 서비스표와 동일하거나 혼동을 일으킬 정도로 유사하다는 것

(2) 피신청인(도메인등록인)이 분쟁해결 신청의 대상이 된 도메인 이름과 관련하여 아무런 권리나 정당한 이익을 가지고 있지 않다고 생각되어지는 이유

(3) 그 도메인 이름이 부정한 목적으로 등록·사용되었다고 생각되는 이유

(상기 (2)와 (3)에 대해서는 적용되는 규정 제4조(b)와 제4조(c)에서 규정된 논점에 대하여 주장하지 않으면 안된다. 그 주장은 분쟁해결기관의 보충규칙에서 정하는 어떠한 문자수나 페이지수 제한을 따라야 한다)

(x) 규정에 따라 요구하는 구제조치를 명시하여야 한다.

(xi) 분쟁해결 신청의 대상이 된 도메인 이름에 대하여 지금까지 개시되었거나 종결된 여하한 형태의 법적 소송의 내용을 특정하여야 한다.

(xii) 제2조(b)에 따라 분쟁해결 신청서의 사본이 분쟁해결기관의 보충규칙에서 정하는 표지와 함께 피신청인(도메인 이름 보유자)에게 발송 또는 발신되었다는 것을 진술하여야 한다.

(xiii) 신청인은 행정적 절차의 도메인 이름의 등록말소나 이전결정에 대하여 불복을 할 경우 적어도 합의관할지의 한 개의 법원에 출소 또는 응소할 것임을 진술하여야 한다.

(xiv) 다음과 같은 진술이후에 신청인이나 그 권한있는 대리인의 서명으로 끝맺음을 하여야 한다.

“신청인은 도메인 이름의 등록에 관한 신청 및 구제조치, 분쟁 또는 분쟁해결은 오직 도메인 이름 보유자만을 상대로 하는 것으로 (a)고의의 불법행위인 경우를 제외하고 분쟁해결기관 및 패널, (b) 등록기관, (c) 등록기

관의 관리자, 및 (d) ICANN 및 그 이사, 간부, 고용인 및 대리인에 대한 일체의 신청 및 구제조치를 포기하는 것에 동의한다.”

“신청인은, 이 분쟁해결 신청서에 기재되고 있는 정보는 신청인이 아는 한 도내에서 완전하고 정확한 것이고, 이 분쟁해결 신청서가 도메인 이름의 보유자를 괴롭히는 것과 같은 부당한 목적으로 제출된 것이 아니며, 이 분쟁해결 신청서상의 주장은 선의 및 합리적인 논박에 기초를 두어 존재하거나 또는 그것들에 의해 전개될 수 있는 것이므로 본 UDRP 규칙과 준거법에 의하여 정당하다고 여겨진다는 것을 보증한다”; 및

(xv) 분쟁 대상이 되고 있는 도메인 이름에 적용되는 규정의 사본과 분쟁해결 신청의 기초가 되고 있는 모든 상표나 서비스표의 등록을 포함하는 증거 서류는 다른 증거는 그 증거들의 일람표와 함께 첨부하여야 한다.

(c) 만약 2 이상의 도메인 이름이 동일한 도메인 이름 보유자에 의하여 등록되어 있다면 복수개의 도메인 이름에 대하여 분쟁해결 신청을 할 수 있다.

4. 紛爭處理 申請書의 通知

(a) 분쟁해결기관은 분쟁해결 신청서가 규정과 UDRP 규칙에 상응하는지를 검토하고 만약 미비점이 없을 경우 제19조에 따라 신청인으로부터 요금을 수령한날부터 3일 이내에 제2조(a)에서 정하는 방식에 따라 신청서(분쟁해결기관이 보충 규칙으로 정하는 설명표지와 함께)를 피신청인에게 송부하여야 한다.

(b) 분쟁해결기관은 분쟁해결 신청서상에 미비점이 있는 것을 발견했을 경우에는 그 미비된 내용을 신청인과 피신청인에게 즉시 통보하여야 한다. 신청인은 5일 이내에 그 미비점을 보정할 수 있지만, 5일 이후에는 분쟁해결 신청을 철회한 것으로 간주한다. 다만, 그 철회로 신청인이 또다시 분쟁해결 신청을 하는 것에 방해가 받지 않는다.

(c) 분쟁해결절차개시일은 제2조(a)에 의한 분쟁해결기관이 분쟁해결 신청서를 피신청인에게 송부하는 책임을 완수한 날이 된다.

(d) 분쟁해결기관은 절차개시일을 신청인, 피신청인, 관련되는 등록기관 및 ICANN에 즉시 통보한다.

5. 答辯書

(a) 피신청인은 절차개시일로부터 20일 이내에 답변서를 분쟁해결기관에 제출하지

않으면 안된다.

(b) 답변서는 문서 및 전자양식(첨부서류로서 첨부되지 않는 것은 제외한다)의 양방으로 제출하여야 한다.

(i) 분쟁해결신청서에 포함된 진술·주장의 내용에 대하여 반론을 제기하고 분쟁대상이 된 도메인 이름의 등록과 사용을 피신청인(도메인등록인)이 계속 유지하여야 한다는 것을 모든 근거 이유를 포함하여야 한다.(답변서의 이 부분은 분쟁해결기관이 정하는 보충규칙에 규정되어 있는 문자수 또는 페이지수의 제한에 따라야 한다)

(ii) 피신청인 및 본 분쟁해결절차에 있어서 피신청인을 대리하여 절차를 대행할 수 있는 권한을 가지는 대리인의 성명, 이름, 우편 및 전자우편주소, 전화, 팩스번호를 기재하여야 한다.

(iii) 본 분쟁해결절차에 있어서 피신청인에게로의 (A) 전자적 자료 (B) 문서를 포함한 자료 각각에 대한 선호하는 연락방법(연락담당자, 매체, 주소에 관한 정보를 포함한다)을 명기하여야 한다.

(iv) 만약 신청인이 분쟁해결 신청서에서 1명 구성의 패널을 선택(제3조(b)(iv) 참조) 하였다면 피신청인은 그 대신 3명 구성의 패널을 선택할지의 여부를 진술하여야 한다.

(v) 만약 신청인 또는 피신청인이 3명으로 구성된 패널을 선택하였다면 패널 3명(ICANN이 승인한 모든 분쟁해결기관의 패널 명부로부터 추출할 수 있다)중 1명으로 지명될 후보자 3명의 이름과 상세한 연락처를 기재하여야 한다.

(vi) 분쟁해결 신청대상이 된 도메인 이름에 대하여 지금까지 개시되었거나 종결된 다른 모든 법적 소송을 특정하여야 한다.

(vii) 제2조(b)에 따라 답변서의 사본이 신청인에 대하여 발송 또는 발신되었다는 것을 진술하여야 한다.

(viii) 다음과 같은 진술이후에 피신청인이나 그 권한있는 대리인의 서명으로 끝맺음을 하여야 한다.

“피신청인은, 이 답변서에 포함된 정보는 피신청인이 아는 한도내에서 완전하고 정확한 것이고, 이 답변서가 신청인을 괴롭히는 것과 같은 부당한 목적으로 제출된 것이 아니며, 이 답변서상의 선의 및 합리적인 논박에 기초를 두어 존재하거나 또는 그것들에 의해 전개될 수 있는 것이므로 본 UDRP 규칙과 준거법에 의하여 정당하다고 여겨진다는 것을 보증한다”;
및

- (ix) 피신청인이 의거하고 있는 증거 서류 또는 다른 증거의 모두를 문서의 일람표와 함께 첨부하여야 한다.
- (c) 만약 신청인이 1명의 패널에 의해서 분쟁해결이 결정되도록 선택하고 피신청인이 3명으로 구성된 패널을 선택한 경우에는 피신청인은 분쟁해결기관이 정하는 보충규칙에 따라 3명구성 패널의 요금의 반을 부담하지 않으면 안된다. 이 요금의 납부는 분쟁해결기관에로의 답변서의 제출과 동시에 하지 않으면 안된다. 이 요금의 납부를 하지 않은 경우 그 분쟁은 1명으로 구성된 패널에 의하여 심리된다.
- (d) 분쟁해결기관은, 피신청인의 청구가 있으면, 예외적인 경우에 한하여, 그 답변서의 제출기한을 연장할 수 있다. 제출기한은 양 당사자의 서면에 의한 합의가 있고, 분쟁해결기관이 그 서면에 의한 합의를 인정하는 경우에도 연장될 수 있다.
- (e) 패널은 만약 피신청인이 답변서를 제출하지 않았을 경우에는, 예외적인 경우를 제외하고는, 분쟁해결 신청서에 기초하여 그 분쟁에 대하여 결정하여야 한다.

6. 패널의 指名과 決定日

- (a) 각 분쟁해결기관은 패널의 명부와 그 자격요건을 작성하고 공표한다.
- (b) 만약 신청인과 피신청인 어느 당사자에 의해서도 3명구성의 패널을 선택하지 않은 경우(제3조(b)(iv) 및 제5조(b)(iv) 참조)에는 분쟁해결기관은 답변서를 수령한 날 또는 답변서 제출기한 만료일로부터 5일 이내에 그 패널의 명부로부터 1명의 패널을 지명하지 않으면 안된다. 신청인이 그 1명의 패널에 대한 요금을 전액 부담한다.
- (c) 만약 신청인이나 피신청인 어느 한 당사자에 의하여 3명구성의 패널을 선택한 경우 분쟁해결기관은 제6조(e)에 따라 3명의 패널을 지명한다. 3명구성의 패널의 요금은 신청인이 전액 부담한다. 다만, 피신청인이 3명구성의 패널을 선택한 경우 요금은 양당사자에게 균분된다.
- (d) 신청인이 3명구성의 패널을 선택하지 않고, 피신청인이 3명구성의 패널을 선택한 경우에는 신청인은 신청인에게 답변서의 송부가 있는 후 5일 이내에 패널 3명중의 1명을 지명하기 위한 후보자 3명의 이름 및 상세한 연락처 정보를 분쟁해결기관에 통지하여야 한다. 신청인은 ICANN이 승인한 모든 분쟁해결기관의 패널 명부로부터 후보자를 추출할 수 있다.

- (e) 신청인이나 피신청인중 어느 한 당사자에 의하여 3명구성의 패널을 선택한 경우 분쟁해결기관은 양당사자가 제출한 각 후보자의 명부로부터 각 1명의 패널을 지명하도록 노력하지 않으면 안된다. 분쟁해결기관은, 당사자가 제출한 후보자 명부로부터 통상의 요건에 따라 5일 이내에 지명할 수 없는 경우 그 패널 명부로부터 패널을 지명하여야 한다. 1명의 패널은 분쟁해결기관이 양당사자에게 제공한 5명의 후보자 명부에서 분쟁해결기관에 의하여 지명된다. 분쟁해결기관이 5명의 후보자중 1명의 패널을 지명하는 때에는 분쟁해결기관이 5명의 후보자를 양당사자에게 통보한 날로부터 5일 이내에 분쟁해결기관에 대하여 특정할 수 있는 양당사자의 선호를 형량하여 합리적인 방법으로 하여야 한다.
- (f) 분쟁해결기관은, 일단 모든 패널이 지명된 경우 양당사자에게 지명된 패널리스 및 그 패널이 예외적인 사정이 없는 경우 결정을 내리는 기한일을 통지하여야 한다.

7. 公平과 獨立

패널은 공평하고 독립적이어야 하며, 패널로의 지명을 수락하기 전에 패널로서의 공평성이나 독립성에 대하여 정당한 의심을 가질 수 있는 사정이 있을 경우 분쟁해결기관에 그 사정을 밝혀야 한다. 만약 분쟁해결절차 계속중에 패널의 공평성이나 독립성에 대하여 정당한 의심이 발생할 만한 새로운 사정이 발생한 경우 그 패널은 즉시 분쟁해결기관에 그 사정을 밝혀야 한다. 그러한 경우 분쟁해결기관은 그 패널을 대신할 대체 패널을 지명할 수 있는 재량을 가진다.

8. 當事者와 패널間의 連絡

어떠한 당사자 또는 그 대리인은 패널과 일방적인 연락을 취해서는 안된다. 당사자와 패널 또는 분쟁해결기관과의 모든 연락은 분쟁해결기관에서 정하는 보충규칙에 규정하고 있는 방법에 따라 분쟁해결기관에 의해 지명된 사건관리자(a case administrator)에 대해서 행해지지 않으면 안된다.

9. 패널로의 書類의 移送

분쟁해결기관은 1명 구성의 패널의 경우 그 패널이 지명되거나 3명 구성의 패널의 경우 마지막 3번째의 패널이 지명된 경우 서류를 패널에 이송하여야 한다.

10. 패널의 權限

- (a) 패널은, 규정과 본 UDRP 규칙에 따라, 적정하다고 생각되는 방법으로 분쟁해결절차를 수행할 수 있다.
- (b) 패널은, 모든 사건에 있어서, 양당사자가 평등하게 취급되어지며 각 당사자가 그 사건과 관련하여 입장을 표명하기 위한 공평한 기회가 부여됨을 보증하여야 한다.
- (c) 패널은 분쟁해결절차를 신속하게 진행하여야 한다. 패널은, 예외적인 경우에 한하여 어느 한 당사자의 신청에 의하거나 직권에 의하여 본 UDRP 규칙이나 패널이 정하는 기간을 연장할 수 있다.
- (d) 패널은 증거의 허용성, 관련성, 실질성 및 중요성을 결정하여야 한다.
- (e) 패널은 어느 한 당사자가 규정과 본 UDRP 규칙에 따라 복수의 도메인 이름 분쟁의 병합을 신청하는 경우 그 허락여부를 결정하여야 한다.

11. 節次 言語

- (a) 당사자간의 합의나 등록약관상에 특별히 정하는 경우가 아니면, 분쟁해결절차 언어는 등록약관의 언어이다. 다만, 분쟁해결절차의 사정을 고려하여 패널이 다르게 결정하는 경우에는 그 패널의 권한에 따른다.
- (b) 패널은 분쟁해결절차 언어가 아닌 언어로 제출된 모든 문서에 대하여 그 전부 또는 그 일부에 대해서 분쟁해결의 절차언어로 된 번역문을 제출토록 요구할 수 있다.

12. 追加的인 陳述

패널은 그 재량에 의하여, 어느 한 당사자에 대해서 추가적인 진술이나 서류 제출을 요구할 수 있다.

13. 當事者에 대한 審問

전화, 비디오 및 웹에 의한 회의를 포함하여 당사자에 대한 심문은 하지 않는다. 다만, 패널이, 예외적인 경우에 한하여, 그 재량에 의하여, 그러한 심문이 분쟁해결 신청을 결정하는데 필수적이라고 결정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

14. 義務의 不履行

- (a) 어느 한 당사자가 본 UDRP 규칙이나 패널이 정한 기한을 준수하지 않은 경우, 예외적인 사정이 존재하지 않는한, 패널은 분쟁해결 신청에 대하여 결정을 내려야 한다.
- (b) 어느 한 당사자가 본 UDRP 규칙이나 패널의 요청에 의한 규정과 요건을 준수하지 않은 경우, 예외적인 사정이 존재하지 않는한, 패널은 적절하다고 생각되는 판단을 내려야 한다.

15. 패널의 決定

- (a) 패널은, 제출된 진술과 문서에 기초를 두고 규정, 본 UDRP 규칙 및 적용될 수 있는 관계법규의 규정 및 원칙에 따라 결정을 내려야 한다.
- (b) 패널은, 특별한 사정이 없는 한, 제6조에 의한 지명이 있었던 날로부터 14일 이내에 분쟁해결신청에 대한 결정결과를 분쟁해결기관에 송부해야 한다.
- (c) 3명 구성 패널의 경우 패널의 결정은 다수결에 의하여야 한다.
- (d) 패널의 결정은 문서로 하여야 하며 그 이유를 제공하고 결정일자과 패널의 이름을 기재하여야 한다.
- (e) 패널결정 및 반대의견은 분쟁해결기관이 정한 보충규칙에 규정된 자수제한 규정에 따라야 한다. 여하한 반대의견도 다수결에 의한 결정에 부속하여야 한다. 만약 패널이 당해 분쟁이 규정 제4조(a)에서 정하는 범위를 일탈하고 있는 것이라는 결론에 달한 경우에는 그 취지를 기재하여야 한다. 만약 패널이 제출된 분쟁해결 신청서를 검토한 후 당해 신청서가 역 도메인 이름 강탈을 위한 목적이란지 아니면 주로 도메인 이름 보유자를 괴롭히기 위하여 제기한 것으로 판단하는 경우에는 패널은 결정에서 신청인이 부정한 목적으로 분쟁을 제기하였으며 신청서는 분쟁해결절차의 남용에 해당한다고 당해 결정에서 선언하여야 한다. 연락하여야 한다.

16. 當事者에게로의 決定의 通知

- (a) 분쟁해결기관은, 패널로부터 결정을 수령한 날부터 3일 이내에 그 결정의 전문을 양당사자, 관계되는 등록기관 및 ICANN에 통지하여야 한다. 관계되는 등록기관은 양당사자, 분쟁해결기관, ICANN에 대하여 규정에 따라 결정의 시행일을 즉시 연락하여야 한다.

- (b) 분쟁해결기관은, 패널의 특별한 결정이 있는 경우(규정 제4조 (j) 참조)를 제외하고는, 결정의 전문과 결정결과의 실시일을 일반공중이 접근할 수 있는 웹사이트에 공표하여야 한다. 여하한 경우에도 신청서가 부정한 목적(제15조(e) 참조)으로 제기되었다고 판단하는 그 결정부분도 공표되어야 한다.

17. 和解 其他의 事由에 의한 節次의 終決

- (a) 양당사자가 패널의 결정전에 화해한다는 합의에 도달한 경우에는 패널은 그 분쟁해결절차를 종결하여야 한다.
- (b) 패널은, 패널의 결정전에 여하한 이유에 의하여 분쟁해결절차를 계속 진행시킬 필요가 없어지거나 불가능해진 경우, 한 당사자가 패널이 정하는 기간내에 분쟁해결절차의 종결에 대하여 반대하는 정당한 이의의 이유의 제출이 없으면, 그 분쟁해결절차를 종결하여야 한다.

18. 裁判節次의 效果

- (a) 도메인 이름 분쟁해결절차전 또는 계속중에 분쟁해결 신청대상이 되는 도메인 이름 분쟁에 대하여 어떠한 재판절차가 개시된 경우에는 패널은 그 분쟁해결절차의 중지나 종결 또는 결정진행을 자유재량으로 결정할 수 있다.
- (b) 도메인 이름 분쟁해결절차 계속중에 분쟁해결 신청대상이 되는 도메인 이름 분쟁에 대하여 재판절차를 개시한 경우에는 그 한 당사자는 그 취지를 즉시 패널과 분쟁해결기관에 통지하여야 한다.

19. 料金

- (a) 신청인은 분쟁해결기관이 정하는 보충규칙에 따라 분쟁해결기관에 초기 고정요금을 기한내에 납부하여야 한다. 신청인이 1명구성의 패널을 신청하였지만 피신청인이 제5조(b)(iv)에 의하여 3명구성의 패널을 신청한 경우에는 피신청인은 3명구성의 패널 지정에 대한 고정요금의 반을 분쟁해결기관에 납부하여야 한다. 제5조(c) 참조. 다른 모든 경우에 있어서는 제19조(d)에서 규정되고 있는 경우를 제외하고 신청자가 분쟁해결기관의 요금 전부를 부담하여야 한다. 패널의 지명과 동시에 분쟁해결기관은 보충규칙에 따라, 필요한 경우, 신청인에 대하여 초기요금의 적정한 일부를 반환하여야 한다.

- (b) 신청인으로부터 제19조(a)에서 정하는 초기 고정 요금의 납부가 있을 때까지는 분쟁해결기관은 당해 분쟁해결 신청서에 대하여 일체의 절차를 진행시켜서는 안 된다.
- (c) 분쟁해결 기관이 신청서 수령 후 10일 이내에 요금을 납부하지 않는 경우에는 당해 신청서는 철회된 것으로 간주하고 분쟁해결절차는 종료한다.
- (d) 당사자에 대한 심문을 개최하는 경우와 같은 예외적인 사정이 발생한 경우, 분쟁해결기관은 양당사자에게 추가적인 요금을 청구할 수 있다. 다만, 그 요금은 양 당사자와 패널간의 합의에 의하여 설정되어야 한다.

20. 免責

분쟁해결기관이나 패널은, 고의에 의한 불법행위인 경우를 제외하고는, 본 UDRP 규칙에 따른 도메인 이름 분쟁해결절차와 관련된 어떠한 작위·부작위에 대해서도 당사자에 대하여 책임을 지지 않는다.

21. 改正

분쟁해결기관에 분쟁해결신청서가 제출된 당시에 유효한 본 UDRP 규칙이 당해 UDRP 규칙에 의하여 개시된 도메인 이름 분쟁해결절차에 적용된다. 본 UDRP 규칙은 ICANN의 명시적인 승인없이 개정될 수 없다.

* 原文出處: <<http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>>

<附錄 2> 미국의 반사이버스쿼팅소비자보호법¹⁾

1) 15 U.S.C. Sec. 1125²⁾

(d) Cyberpiracy prevention

(1)

(A) 아래 항목에 해당하는 자는 각 당사자의 상품 또는 서비스와 상관없이 표지소유자(개인 성명이 section에 의해 “표지”로서 보호되는 경우도 포함한다)가 제기한 민사 소송에서 법적 책임을 지게 될 것이다.

(i) 그 표지(이 section에서 표지로서 보호되는 개인 성명을 포함한다)로부터 이익을 얻으려는 악의를 가진 자

(ii) 아래의 도메인 이름을 등록하거나, 매매 등의 거래를 하거나, 또는 사용하는 자

(I) 도메인 이름 등록 당시 다른 것과 구별되는 특유의 표지가 있는 경우 그 표지와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사한 도메인 이름

(II) 도메인 이름 등록 당시 저명표지가 있는 경우 그 표지와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사하거나, 그 표지를 희석(稀釋)시키는 도메인 이름

(III) 18 U.S.C. 706, 또는 36 U.S.C. 220506에 의하여 보호되는 상표, 단어 또는 이름으로 된 도메인 이름

(B) (i) 위 (A)에서 언급한 부정한 목적(bad faith intent)이 있는 자인지 여부에 대하여 법원은 다음과 같은 요소들을 고려하여 판단할 수 있다(그러나 아래의 요소들에 제한받지는 않는다).

(I) (만약 있다면) 도메인 이름 명칭 내에 상표 또는 다른 지적재산권이 존재하는지의 여부

(II) 도메인 이름이 특정인의 법적 명칭으로 이루어져 있거나 그 특정인의 동일성을 확인시키는 데 일반적으로 사용되는 명칭으로 이루어졌는지 여부와 그 정도

1) 정상조 위음, 『인터넷과 법률』, 현암사, 2000, 321-333면(조정욱 번역부분) 참조.

2) 조문 순서대로 열거하지 않고 설명의 편의상 재배치하였음.

- (III) (만약 있다면) 상품이나 서비스를 선의로 제공하는 것과 관련하여 도메인 이름을 (적법하게) 이미 사용하고 있는지 여부
 - (IV) (만약 있다면) 그 도메인 이름으로 접근하기 쉬운 사이트에서 그 표지를 선의로 비상업적 사용 또는 정당한 사용(fair use)을 하는지 여부
 - (V) 상업적 이익을 위해 또는 그 표지의 명성을 손상시키거나 표지를 비난하려는 의도를 가지고, 사이트의 출처, 후원, 제휴, 또는 보증에 대해 혼동 가능성(a likelihood of confusion)을 초래함으로써, 그 표지가 나타내는 신용을 해할 수 있는 도메인 이름의 웹사이트로, 소비자들의 주의를 그 표지 소유자의 온라인 주소로부터 돌리게 하려는 의도가 있는지 여부
 - (VI) 상품이나 서비스를 선의로 제공하는 데에 도메인 이름을 사용하지 않거나 사용할 의사 없이, 재정적 이익을 위하여 도메인 이름을 표지 소유자 또는 제3자에게 이전(移轉), 매도(賣渡), 또는 할당(割當)하려는 제안이 있었는지 여부 또는 그러한 행동 양식을 지적하기 위한 선행 행위가 있었는지 여부
 - (VII) 도메인 이름 등록 신청 당시 중요하고 오인케하는 틀린 연락 정보를 제공하였는지 또는 정확한 연락 정보를 고의적으로 유지하지 않는지 여부 또는 그러한 행동 양식을 지적하기 위한 선행 행위가 있었는지 여부
 - (VIII) 도메인 이름 등록 당시 다른 것과 구별되는 타인 특유의 표지와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사한 것임을 알았거나 또는 타인의 저명한 표지를 희석시키는 것임을 알고서도 다수의 도메인 이름을 등록 또는 취득하였는지 여부(당사자의 상품이나 서비스의 고려 없이)
 - (IX) 도메인 이름 등록에서 구체화되는 표지가 상표법 section 43(c)(1)의 의미 내에서 특유하고 저명한 정도
- (ii) 도메인 이름의 사용이 정당한 사용 등 적법한 것이라고 믿었고 그 믿은 데에 합리적인 근거가 있었다고 법원이 결정한 경우에는 (A)에서 언급한 부정확한 목적은 인정되지 않을 것이다.
- (C) 도메인 이름의 등록, 매매 등의 거래 또는 사용과 관련한 민사 소송에서 법원은 도메인 이름에 대한 실권(失權)이나 취소, 또는 표지 소유자에게로

의 이전을 명할 수 있다.

(D) 민사책임을 지는 자가 도메인 이름 등록인(이하 “도메인등록인”이라 한다) 또는 도메인등록인으로부터 권한을 위임받은 자인 경우에만 위 (A)에서 언급한 도메인 이름의 사용에 대한 책임을 지게 될 것이다.

(E) 이 문단에서 사용된 바와 같이, 'traffics in'라는 단어는 매도, 매수, 대부, 담보, 면허(허가), 교환, 그리고 대가(또는 約因)를 위한 다른 형태의 이전 또는 대가와외의 교환으로 하는 수령을 포함한다. 그러나 이에 국한되지 않는다.

(2)

(A) 표지소유자는 도메인 이름에 대하여 도메인 이름 등록기관(registrar, 이하 “등록기관”이라 한다), 도메인 이름 등록원부기관(registry, 이하 “등록원부 관리기관”이라 한다), 또는 도메인 이름을 등록하거나 할당하는 그 외의 도메인 이름 당국이 위치하는 재판관할에서 아래와 같은 경우에 대물적 민사 소송(in rem civil action)을 제기할 수 있다.

(i) 도메인 이름이 특허상표청에서 등록된 표지소유자의 권리를 침해하는 경우 또는 상표법 section 43 (a) 또는 (c)에서 보호되는 표지소유자의 권리를 침해하는 경우

(ii) 법원이 아래와 같이 인정한 경우

(I) (1)에 해당하여 민사 소송상 피고가 되었어야 할 당사자를 표지 소유자가 인적 관할에서 찾지 못한 경우

(II) 표지 소유자가 다음과 같이 상당한 주의(due diligence)를 다 하였음에도 (1)에 해당하여 민사 소송상 피고가 되었어야 할 당사자를 찾지 못한 경우

(aa) 도메인등록인에게 침해를 주장하면서 여기서 정한 법적 절차를 밟았다는 통지를 (위 도메인등록인이 등록 기관에 제출한) 우편 주소와 e-mail 주소로 보내는 방법

(bb) 소송이 제기된 후 즉시 법원이 명할 수 있는 것과 같이 신문 등을 통하여 공시적 방법에 의하여 통지 (publishing notice)를 하는 방법

- (B) (A)(ii)의 행위들은 송달(service of process)을 구성할 것이다.
 - (C) 이 문단의 대물적 소송에서, 다음과 같은 경우에 도메인 이름에 대하여 재판 관할이 있다고 간주될 것이다.
 - (i) 등록기관, 등록원부, 또는 도메인 이름을 등록하거나 할당하는 그 외의 도메인 이름 당국이 위치하는 곳
 - (ii) 도메인 이름의 등록 및 사용에 대한 처리에 관하여 통제와 권한을 확립하기에 충분한 서류가 법원에 예탁된 경우 그 법원이 있는 곳
 - (D)
 - (i) 이 문단의 대물적 소송에서 구제수단은, 도메인 이름에 대한 실권, 취소 또는 표지소유자에게로의 도메인 이름 이전에 대한 법원의 명령에 제한될 것이다. 표지소유자에 의하여 미국 지방 법원에 제출된 소장의 부분(인지 첨부)에 대한 서면 통지를 등록기관, 등록원부(기관), 또는 그 외의 도메인 이름 당국이 수령하게 되면 다음과 같이 하여야 한다.
 - (I) 도메인 이름의 등록 및 사용에 대한 처리에 관하여 법원의 통제와 권한이 있다고 확신시킬 수 있는 충분한 서류를 법원에 신속하게 예탁하여야 한다.
 - (II) 소송 서류 중에는, 법원의 명령에 근거한 것을 제외하고, 도메인 이름을 이전하거나, 보유하거나 또는 수정하여서는 안된다.
 - (ii) 도메인 이름 등록기관, 등록원부 또는 그 외의 도메인 이름 당국은, 법원의 위와 같은 명령에 고의적으로 따르지 않는 것을 포함하여 악의 또는 (미필적 고의 또는 인식있는 과실에 의한) 무시(reckless disregard)에 의하는 경우를 제외하고는, 이 문단에서의 금지 명령에 의한 구제수단 또는 금전적 구제수단에 대하여 책임을 지지 않는다.
- (3)
- (1) 문단의 민사 소송 및 (2) 문단의 대물적 소송, 그리고 그러한 소송 중 어느 하나에 따라 적용가능한 어떠한 구제수단도 다른 민사 소송 또는 적용될 수 있는 구제수단에 추가될 수 있다.
- (4)
- (2) 문단에서 언급한 대물 관할은 존재하는 어떤 다른 관할-대물적이든 대인적이든-과 추가될 수 있다.

2) 15 U.S.C. Sec. 1116, 1117

(a) 도메인 이름에 대한 침해의 경우 구제 수단

(1) 금지 명령(INJUNCTIONS)

1946년 상표법 section 34(a)(15 U.S.C. 1116(a))은 첫째 문장에서 '(a) 또는 (c)'를 삭제하고 '(a), (c), 또는 (d)'를 삽입함으로써 수정된다.

(2) 손해배상

1946년 상표법 section 35(a)(15 U.S.C. 1117(a))은 첫째 문장에서 'section 43(a) 뒤에 '(c) 또는 (d)'를 삽입함으로써 수정된다.

(b) 법정(法定) 손해배상(STATUTORY DAMAGES)

1946년 상표법 section 35(a)(15 U.S.C. 1117(a))은 말미에 다음을 삽입함으로써 수정된다.

'(d) 상표법 section 43(a)(1)의 위반과 관련하여, 원고는 사실심(trial court)에서 중국 판결이 내려지기 전 어느 때라도, 실제 손해배상 대신에, 도메인 이름 1개당 1,000 달러 이상 100,000 달러 이하의 범위 내에서 법원이 적당하다고 고려하는 바에 따라 법정 손해배상에 대한 재정(裁定)으로 손해를 회복할 것을 선택할 수 있다.

3) 15 U.S.C. Sec. 1114

(2)

(D) (i)

(I) 도메인 이름에 영향을 주는 아래 (ii)의 조치를 취할 등록기관, 등록원부관리기관 또는 그 외의 도메인 이름 등록 당국은, 도메인 이름이 중국적으로 표지를 침해하였는지 또는 희석화하였는지 여부를 묻지 않고, 누구에게도 그러한 조치에 대하여 금전적 구제 또는 금지명령의 구제에 대하여 책임이 없다(금지명령의 구제의 경우에는 아래 (II)에서 규정된 바와 같은 경우를 제외).

(II) 위 (I)에서 언급된 등록기관, 등록원부 또는 그 외의 도메인 이름 당국은, 다음과 같은 경우 금지명령의 구제에 따라야 할 것이다.

(aa) 도메인 이름의 등록 및 사용에 대한 처리에 관하여 법원의 통제 및 권한이 소송이 제기된 법원에 있다고 확신시킬 수 있기에 충분한 서류를 그 법원에 신속하게 예탁하지 않은 경우

- (bb) 법원의 명령에 근거한 경우를 제외하고, 소송 계류 중에 도메인 이름에 대하여 이전, 보류 또는 수정한 경우
- (cc) 위와 같은 법원의 명령에 고의적으로 따르지 아니한 경우

- (ii) (i)(I)에서 설명된 조치는 도메인 이름에 대한 등록 거절, (등록한 것에 대한) 삭제, 이전, 잠정적 실격, 또는 영구적 취소에 대한 어떤 조치를 의미한다 -- 상표법 section 43(a)에 근거하여 법원의 명령에 따르는 조치'(I) ; 또는 그러한 등록기관, 등록원부 또는 그 외의 당국에 의하여, 타인의 표지와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사하거나 희석시키는 도메인 이름의 등록을 금지하는 합리적 정책의 이행에 따르는 조치'(II).
- (iii) 도메인 이름 등록기관, 등록원부관리기관 또는 그 외의 도메인 이름 당국은, 도메인 이름에 대한 등록 또는 유지로부터 이익을 얻으려는 부정적인 목적이 입증된 바 없는 도메인 이름의 등록 또는 유지에 대하여 여기 section에서의 손해배상 책임을 지지 않는다.
- (iv) 등록기관, 등록원부 또는 그 외의 당국이, 타인이 제공한 고의적이고 중요한 오(誤)표시-도메인 이름이 표지와 동일하거나 혼동을 초래할 정도로 유사하거나 또는 그 표지를 희석시키는 잘못된 표시-에 근거하여 (ii)에서 언급된 조치를 취하는 경우, 고의적이고 중요한 오표시를 범한 그 타인은, 그러한 조치의 결과로서 도메인등록인에게 발생할 비용 및 변호사 보수를 포함하는 손해배상에 대하여 책임이 있다. 또한 법원은 도메인등록인에게 도메인 이름에 대한 원상회복(reactivation) 또는 원래 도메인등록인에게로의 도메인 이름 이전을 포함하는 금지명령의 구제를 인정할 수 있다.
- (v) (ii)(II)에서 언급된 정책에 따라 보류, 실격되거나 또는 이전되었던 도메인등록인은, 표지소유자에게 통지하여, 그 도메인등록인에 의한 도메인 이름의 등록 및 사용이 본법 하에서 부적법한 것이 아니라는 것을 확인하기 위하여 민사 소송을 제기할 수 있다. 법원은, 도메인등록인에게, 도메인 이름의 원상회복 또는 도메인등록인에게로의 도메인 이름 이전을 포함하는 금지명령의 구제를 인정할 수 있다.

4) 15 U.S.C. Sec. 1127

‘도메인 이름’은, 인터넷상 전자적 주소(electronic address)의 일부로서 도메인 이름 등록기관, 등록원부관리기관 또는 그 외의 도메인 이름 등록 당국에 의하여 등록되거나 할당되는 영숫자적(alphanumeric) 고안을 의미한다. ‘인터넷’은 1934년 통신법(the Communications Act of 1934) section 230(f)(1)(47 U.S.C. 230(f)(1))에서 규정된 바와 같다.

5) 유보조항: 미국 입법안(bill)에서 명기.

본 표제에서의 어떠한 것도 1946년 상표법에 따른 피고의 방어방법(같은 법 section 43(c)(4)의 또는 공정 사용과 관련한 방어방법을 포함한다)에 대하여 또는 미 헌법 수정 제1조의 언론, 표현의 자유에 대하여 영향을 주지 않을 것이다.

* 原文出處: <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/15/ch22schIII.html>>

<附錄 3> 정보통신부의 인터넷주소자원관리법(안)

제1장 총 칙

제1조(목적) 이 법은 인터넷주소자원의 개발·이용을 촉진하고 안정적인 관리체계를 구축함으로써 이용자의 편의를 도모하고 국가·사회의 정보화에 이바지함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “인터넷주소”라 함은 인터넷에서 일정한 통신규약에 따라 특정 정보시스템을 식별할 수 있도록 하는 숫자·문자·부호 등 일체의 정보체계를 말한다.
2. “인터넷주소자원”이라 함은 인터넷주소 및 이와 관련되는 정보·설비·기술·인력 및 자금 등의 자원을 말한다.
3. “인터넷주소관리기관”이라 함은 인터넷프로토콜주소·도메인이름 등 인터넷주소를 배정·할당 또는 등록·관리하는 기관으로서 제11조제1항의 규정에 의하여 지정된 기관을 말한다.
4. “인터넷주소기반 부가서비스”라 함은 인터넷상의 특정 정보시스템에 대한 식별 또는 접근을 위하여 인터넷주소와 결합하는 숫자, 문자, 부호, 음성, 그림 등을 사용한 일체의 서비스 체계를 말한다.

제3조(적용범위) 인터넷주소자원의 개발·이용촉진 및 관리에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다.

제4조(정부의 책무) ①정부는 인터넷주소자원의 개발·이용촉진 및 안정적인 관리체계에 관한 기본정책을 수립·시행하여야 한다.

②정부는 인터넷주소자원을 관리함에 있어서 국민의 공평한 이용과 참여를 보장하여야 한다.

③정부는 인터넷주소자원 관련정책이 투명하고 민주적으로 수립 및 집행되도록 하여야 한다.

제5조(국제협력) ①정부는 국제적 인터넷 환경에 있어서 국제협력을 위한 시책을 추진하여야 하며 필요한 경우 민간부문의 활동을 지원할 수 있다.

②정보통신부장관은 인터넷주소자원에 관한 국제협력을 추진함에 있어서 필요한 경우 민관협의체를 구성할 수 있다.

③제1항 및 제2항에 의한 민간부문의 활동지원 및 민관협의체 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제2장 인터넷 주소자원의 관리체계

제6조(인터넷주소자원의 관리) 정보통신부장관은 인터넷주소자원의 개발 및 이용을 촉진하고 인터넷주소자원을 안정적·체계적·종합적으로 관리하기 위한 시책을 수립·시행하여야 한다.

제7조(인터넷 주소자원관리계획의 수립·시행) ①정보통신부장관은 인터넷주소자원의 개발·이용촉진 및 관리를 위하여 3년의 기간을 단위로 하는 인터넷주소자원관리계획(이하 “관리계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 관리계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 인터넷주소자원관리를 위한 기본목표와 방향
2. 인터넷주소자원의 현황 및 수급에 관한 사항
3. 기술개발 및 표준화에 관한 사항
4. 국제협력에 관한 사항
5. 이용자 보호 및 분쟁해결에 관한 사항
6. 민간의 참여 및 정부와 민간의 협력에 관한 사항
7. 재원의 조달 및 운용에 관한 사항
8. 기타 인터넷주소자원과 관련하여 필요한 사항

③정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 관리계획을 수립하는 경우 제8조의 규정에 의한 인터넷주소정책심의위원회의 심의를 거쳐야 한다.

④정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 관리계획을 수립하기 위하여 필요한 경우 정보통신관련 전문기관으로 하여금 정책연구를 수행하도록 할 수 있다.

⑤그 밖의 관리계획의 수립 및 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제8조(인터넷주소정책심의위원회) ①정보통신부장관은 다음 각 호의 사항을 심의하도록 하기 위하여 그 소속 하에 인터넷주소정책심의위원회(이하 ‘심의위원회’라 한다)를 둔다.

1. 제7조의 규정에 의한 관리계획
2. 제11조의 규정에 의한 관리기관 지정에 관한 사항
3. 제15조의 규정에 의한 인증기준에 관한 사항
4. 그 밖의 인터넷주소자원과 관련한 주요 정책사항으로서 위원장 또는 정보통신부장관이 부의하는 사항

②심의위원회는 정보통신부 장관이 위촉하는 10인 이내의 위원으로 구성하고 위원장은 위원 중에서 호선한다.

③심의위원회 위원의 자격은 정보통신정책에 관한 학식과 경험이 풍부한 자로

서 다음 각 호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 3급 이상의 공무원 또는 이에 상당하는 공공기관의 직에 있거나 있었던 자
 2. 판사·검사 또는 변호사의 직에 10년 이상 있거나 있었던 자
 3. 대학이나 공인된 연구기관에서 부교수급 이상 또는 이에 상당하는 직에 5년 이상 있거나 있었던 자로서 정보통신 분야를 전공한 자
 4. 정보통신관련 기업의 임원의 직에 5년 이상 있거나 있었던 자
 5. 정보통신관련 단체 또는 기관의 대표자로서의 직에 있거나 있었던 자
 6. 그 밖의 위와 동일한 자격이 있다고 정보통신부장관이 인정한 자
- ④심의회위원회에 간사 1인을 두되 정보통신부장관이 그 소속 공무원 중에서 임명한다.

⑤심의회위원회의 구성 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제9조(한국인터넷진흥원의 설립등) ①정부는 인터넷주소자원에 관한 시책의 효율적 추진을 위하여 한국인터넷진흥원(이하 “진흥원”이라 한다)을 설립한다.

②진흥원은 인터넷의 안정적인 운영 및 인터넷주소자원의 효율적인 이용을 위하여 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 인터넷주소의 배정·할당·등록·관리 및 운영에 관한 업무
2. 인터넷주소자원 관련기술·표준·통계 및 정책의 연구개발
3. 인터넷의 효율적 운영과 이용활성화를 위한 지원활동
4. 국제 인터넷주소관련기구에 대한 참여 및 협력활동
5. 인터넷주소분쟁조정위원회 운영지원
6. 기타 인터넷주소자원과 관련하여 정보통신부장관 또는 관계중앙행정기관의 장이 위탁한 사업

③정부는 예산의 범위 내에서 진흥원의 운영 및 사업수행에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

④진흥원은 법인으로 하며, 진흥원에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 민법 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

제3장 인터넷 주소자원의 개발 및 이용

제10조(인터넷 주소자원의 개발 및 이용촉진) ①정보통신부장관은 인터넷주소자원의 지속적 개발과 확충을 위하여 관련기술의 연구개발촉진 및 표준화방안을 강구하여야 한다.

②정보통신부장관은 인터넷주소자원에 관한 민간부문의 연구개발 및 이용촉진

을 위하여 필요한 재정적·행정적·기술적 지원을 할 수 있다.

③정보통신부 장관은 인터넷주소자원의 개발과 이용촉진을 위한 국제협력활동을 지원할 수 있다.

④인터넷주소자원의 연구개발·표준화·민간지원·국제협력 등을 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제11조(인터넷주소 관리기관의 지정) ①정보통신부 장관은 인터넷주소의 효율적인 이용 및 관리를 위하여 종류를 정하여 인터넷주소에 대한 관리기관(이하“관리기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

②정보통신부 장관은 인터넷주소자원의 공공성을 보장하고 이용자의 권익을 보호하기 위하여 인터넷주소의 등록·이용에 관한 기준을 정하여 고시할 수 있다.

③관리기관은 인터넷주소에 관한 서비스 이용료를 당해 인터넷주소 등록자에게 징수할 수 있다. 이 경우 관리기관은 인터넷 주소에 관한 서비스 이용료를 정하여 정보통신부장관의 인가를 받아야 하며, 이를 변경하고자 하는 경우에도 또한 같다.

④관리기관은 인터넷주소의 등록·이용에 관한 약관을 정하거나, 변경하고자 하는 경우에는 정보통신부장관의 승인을 받아야 한다.

⑤관리기관으로 지정받고자 하는 자는 대통령령이 정하는 기술능력·재정능력·시설 및 장비 기타 필요한 자격요건을 갖추어야 한다.

⑥관리기관의 지정에 관하여 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제12조(관리기관의 지정취소등) ①정보통신부장관은 관리기관이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 지정을 취소하거나, 시정을 명할 수 있다.

1. 사위 기타 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
2. 제11조제3항의 기준을 정당한 사유없이 준수하지 않은 경우
3. 제11조제6항의 관리기관의 자격요건을 상실한 경우
4. 제13조의 관리기관의 의무를 위반한 경우

②정보통신부장관은 제1항의 규정에 의하여 관리기관의 지정을 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

③지정이 취소된 관리기관은 보유하고 있는 등록데이터베이스를 새로 지정되는 사업자 또는 정보통신부장관이 지정하는 자에게 이전하여야 한다.

④관리기관의 지정취소 및 시정명령에 관하여 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제13조(관리기관의 의무) ①관리기관은 이 법이 정하는 바에 따라 인터넷주소자원의 공공성을 보장하고 이용자의 권익을 보호하여야 한다.

②관리기관은 당해 인터넷주소의 배정·할당 또는 등록신청을 대행하기 위한 인터넷주소관리대행자를 선정할 수 있다. 다만, 이 경우 관리기관은 그 선정절차를 공정하고 투명하게 하여야 하며 선정된 인터넷주소관리대행자에게 부당한 조건의 계약을 강요하여서는 아니 된다.

③관리기관의 직원은 인터넷주소를 판매할 목적으로 보유할 수 없다.

④관리기관은 그로부터 인터넷주소관리대행자로 선정된 자가 당해 업무와 관련하여 이용자의 권익과 인터넷주소자원의 공공성을 침해하는 경우 그 선정계약을 해지하여야 한다.

제14조(금지행위) 인터넷주소의 등록자 또는 사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 그 인터넷주소가 등록신청 당시에 등록자가 정당한 권리를 갖고 있는 상표, 서비스표, 상호, 명칭 또는 성명과 동일한 것이거나, 그 인터넷주소의 사용이 정당한 사용에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 등록된 인터넷주소가 타인의 국내에서 등록된 상표, 서비스표 또는 국내에서 등기된 상호와 동일하거나, 또는 국내에서 널리 인식된 타인의 상표, 서비스표 또는 상호와 동일한 경우에, 그 인터넷주소를 그 타인의 상품이나 서비스와 동일 또는 유사한 것에 관련하여 사용하는 행위
2. 등록된 인터넷주소가 타인의 국내에서 등록된 상표, 서비스표 또는 국내에서 등기된 상호와 유사하거나, 또는 국내에서 널리 인식된 타인의 상표, 서비스표 또는 상호와 유사한 경우에, 그 인터넷주소를 그 타인의 상품이나 서비스와 동일 또는 유사한 것에 관련하여 사용하여 수요자들로 하여금 상품이나 서비스의 출처에 오인, 혼동을 일으키게 하는 행위
3. 등록된 인터넷주소를 국내에 널리 인식된 타인의 저명한 상표나 서비스표, 상호, 명칭 또는 성명에 대한 식별력을 희석시키거나 명성을 손상시키게 사용하는 행위

제15조(인터넷주소기반 부가서비스에 대한 인증) ①정보통신부장관은 인터넷주소기반 부가서비스의 품질향상 및 안정적 제공을 위하여 인터넷주소기반 부가서비스에 대한 인증을 할 수 있다.

②제1항의 인증을 위하여 정보통신부장관은 인터넷주소기반 부가서비스의 품질향상 및 안정적 제공, 이용자 권익보호 등에 관한 인증기준을 정하여 고시할 수 있다.

③ 정보통신부장관은 제1항의 규정에 의한 인증을 실시하기 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 별도의 인증기관을 지정할 수 있다.

④ 정보통신부장관은 인증기관이 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 그 지정을 취소하

거나 6월이내의 상당한 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호의 규정에 해당하는 때에는 그 지정을 취소할 수 있다.

1. 속임수 그 밖의 방법으로 지정을 받은 때
 2. 정당한 이유없이 1년이상 계속하여 인증업무를 하지 아니한 때
 3. 제3항의 규정에 의한 지정기준에 미달한 때
- ⑤ 제3항 및 제4항의 규정에 의한 인증기관의 지정기준·절차, 지정취소·업무정지의 기준 등에 관하여 그밖의 필요한 사항은 정보통신부령으로 정한다.

제16조(인터넷주소기반 부가서비스에 대한 인증의 표시) ①제15조제1항의 규정에 의하여 인증을 받은 서비스에는 정보통신부령이 정하는 바에 따라 인증의 표시를 할 수 있다.

②제15조제1항의 규정에 의한 인증을 받지 아니한 서비스에 인증의 표시 또는 이와 유사한 표시를 하여서는 아니 된다.

제17조(인터넷주소기반 부가서비스에 대한 인증의 취소등) ①정보통신부장관은 제15조제1항의 규정에 의한 인증을 받은 서비스가 다음 각 호의 1에 해당하는 때에는 그 인증을 취소할 수 있다.

1. 사위 그 밖의 부정한 방법으로 인증을 받은 경우
 2. 인증받은 서비스가 인증기준에 미달하는 경우
 3. 인증받은 서비스가 이 법 또는 다른 법률에서 규정한 타인의 권리를 침해한 경우
- ②정보통신부장관이 제1항의 규정에 의하여 인증을 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.
- ⑧그 밖의 인증 및 인증취소에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제4장 인터넷주소의 등록말소등

제18조 (금지행위 위반에 대한 등록말소 청구등) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 사유로 인하여 자신의 정당한 권리 또는 이익을 침해받거나 침해받을 염려가 있는 자는 그 인터넷주소의 등록자 또는 사용자에 대하여 그 인터넷주소의 등록말소 또는 사용금지를 청구할 수 있다.

1. 인터넷주소의 등록자 또는 사용자가 제14조에 위반하는 행위를 한 경우
2. 타인이 그의 주된 상표 또는 서비스표나 상호, 명칭 또는 성명을 인터넷 주소로 등록 받는 것을 방해하거나 부당한 이익을 얻기 위하여 부정한 의도로 등록신청을 한 경우

②전항의 청구에 의하여 인터넷주소의 등록이 말소된 경우, 그 등록이 말소된 날로

부터 1월 동안은 그 등록말소를 청구한 자만이 동일한 인터넷주소에 대하여 등록을 신청할 수 있다.

제19조 (불사용에 대한 등록말소 청구) ①인터넷주소의 등록자가 정당한 사유없이 본조에 의한 등록말소 청구일전 계속하여 1년 6월 이상 그 인터넷주소를 실질적으로 사용하지 않은 경우에는 그 인터넷주소에 대하여 이해관계가 있는 자는 그 인터넷주소의 등록말소를 청구할 수 있다.

②전항의 청구에 의하여 인터넷주소의 등록이 말소된 경우, 그 등록이 말소된 날로부터 1월 동안은 그 등록말소를 청구한 자만이 동일한 인터넷주소에 대하여 등록을 신청할 수 있다.

제20조 (제척기간) 제18조에 해당하는 것을 이유로 하는 사용금지 또는 등록말소는 그 인터넷주소가 등록된 날로부터 5년이 경과한 때, 또는 그러한 사실을 알았거나 알 수 있었던 날로부터 1년이 경과한 때에는 이를 청구할 수 없다.

제5장 인터넷주소분쟁조정위원회

제21조(인터넷주소분쟁조정위원회) ① 다음 각호의 기능을 수행하도록 하기 위하여 정보통신부장관 소속하에 인터넷주소분쟁조정위원회(이하 “분쟁조정위원회”라 한다)를 둔다.

1. 인터넷주소의 등록과 사용에 관한 분쟁(이하 “분쟁”이라 한다)의 조정
2. 이 법 또는 기타 법령이 정하지 않는 분쟁조정위원회의 운영 및 조정절차에 관한 세칙의 심의·의결
3. 분쟁의 예방을 위한 활동
4. 분쟁 관련 국제활동
5. 기타 위원장 또는 정보통신부장관이 부의하는 사항

②분쟁조정위원회는 위원장 1인을 포함한 30인 이내의 위원으로 구성한다.

③분쟁조정위원회의 위원은 다음 각 호의 1의 자 중에서 대통령이 정하는 바에 의하여 정보통신부장관이 위촉한다.

1. 대학이나 공인된 연구기관에서 부교수급 이상 또는 이에 상당하는 직에 5년이상 있거나 있었던 자로서 산업재산권 또는 법학분야를 전공한 자
2. 4급 이상 공무원 또는 이에 상당하는 공공기관의 직에 있거나 있었던 자로서 인터넷주소업무에 관한 경험이 있는 자
3. 변호사 또는 변리사의 직에 10년이상 있거나 있었던 자
4. 기타 위와 동일한 자격이 있다고 정보통신부장관이 인정한 자

④위원의 임기는 3년으로 하고, 연임할 수 있다.

⑤위원장은 정보통신부장관이 위원 중에서 지명하고, 그 임기는 3년으로 한다.

⑥분쟁조정위원회의 업무를 지원하기 위하여 진흥원내에 사무국을 둘 수 있다.

제22조(분쟁의 조정) ①인터넷주소의 등록과 사용에 관련하여 해당인터넷주소의 등록말소 또는 사용금지를 취지로 하는 분쟁의 조정을 받고자 하는 자는 분쟁조정위원회에 분쟁의 조정을 신청할 수 있다.

②전항의 분쟁조정신청이 있는 경우 분쟁조정위원회 위원장은 3인 이내의 위원으로 조정부를 구성하여 조정을 행하도록 한다.

③분쟁조정위원회는 제1항의 규정에 의한 분쟁조정 신청을 받은 날부터 60일 이내에 조정결정을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기한을 연장하고자 하는 때에는 그 사유와 기한을 명시하고 분쟁당사자에게 통보하여야 한다.

제23조(조정 성립 및 효력) ① 조정은 다음 각 1호의 경우에 성립한다.

1. 분쟁조정위원회의 조정결정에 대하여 분쟁 당사자가 동의한 경우
2. 분쟁조정위원회의 조정결정에 대하여 분쟁 당사자가 법원에 제소하지 않은 채 14일이 경과한 경우

②전항에 의하여 조정이 성립된 경우 당사자의 요청에 의거 관리기관은 그 조정결정에 따라 필요한 조치를 취하여야 한다.

제24조(조정비용 등) ①분쟁조정위원회는 분쟁조정에 필요한 비용을 당해 분쟁의 당사자에게 징수할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 조정비용에 관한 사항은 정보통신부장관의 승인을 받아야 한다.

③정부는 예산의 범위 안에서 분쟁조정위원회의 운영에 필요한 경비를 보조할 수 있다.

제6장 보 칙

제25조(권한의 위임·위탁) 이 법에 의한 정보통신부장관의 권한은 그 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 소속기관의 장에게 위임하거나 전문기관에 위탁할 수 있다.

제26조 (다른 법률과의 관계) 인터넷주소의 분쟁해결에 관한 이 법의 규정은 상표, 서비스표, 성명, 상호 기타 권리 또는 정당한 이익의 침해에 관한 다른 법률의 규정의 적용을 배제하지 아니한다.

제27조(인터넷주소관리기관등의 범위) 이 법 제11조 내지 제13조의 인터넷주소관

리기관 및 제18조 내지 제24조의 인터넷주소기반부가서비스에 관한 규정은 대한민국 내에서 또는 대한민국의 인터넷이용자에 대하여 영업활동을 하는 자에 적용된다.

제28조(준용규정) 제14조, 제18조 내지 제20조의 규정은 인터넷주소기반부가서비스의 등록 및 사용 등에 이를 준용한다.

제29조(과태료) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 2000만원이하의 과태료에 처한다.

1. 제12조제1항 또는 제3항의 규정을 위반한 자
2. 제13조제2항 내지 제4항의 규정을 위반한 자
3. 제16조제2항의 규정을 위반한 자

②상습으로 제14조의 규정을 위반하는 행위 및 제18조제1항제2호의 행위를 한 자는 1000만원이하의 과태료에 처한다.

③제1항 또는 제2항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 따라 정보통신부장관이 부과·징수한다.

④제3항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 정보통신부장관에게 이의를 제기할 수 있다.

⑤제1항 또는 제2항의 규정에 의한 과태료처분을 받은 자가 제4항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 정보통신부장관은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.

⑥제4항의 규정에 의한 기간 내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

부 칙

제1조(시행일) 이 법은 2003년 7월 1일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 이 법 제20조의 제척기간은 이법의 시행일 이전에 등록된 인터넷 주소에 대하여는 이 법 시행 후 1년이 경과하여야 기간이 만료한다.

제3조(재단법인 한국인터넷정보센터에 관한 경과조치) ①이 법 시행당시의 재단법인 한국인터넷정보센터(이하 “정보센터”라 한다)는 이사회의 의결을 거쳐 그의 모든 권리 및 의무를 제9조의 규정에 의하여 설립되는 진흥원이 승계할 수 있도록 정보통신부장관에게 이에 관한 승인을 신청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 신청에 의하여 승인을 얻은 정보센터는 이 법에 의한

진흥원의 설립과 동시에 민법 중 재단법인의 해산 및 청산에 관한 규정에 불구하고 해산된 것으로 보며, 정보센터에 속하였던 모든 재산·권리 및 의무는 이 법에 의하여 설립되는 진흥원이 이를 승계한다.

③이 법 시행당시의 정보센터의 직원은 진흥원의 직원으로 본다.

④이 법 시행이전에 국가최상위도메인의 관리기관으로 지정된 정보센터는 제11조의 규정에 의한 관리기관으로 지정받은 것으로 보며, 제1항의 규정에 따라 진흥원이 이를 승계한다.

제4조(다른 법률의 개정) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 ‘제16조’ 및 ‘제17조’를 삭제한다.

Abstract

A Study on the legal issues in protecting and balancing the rights of domain name owners and trademark owners.

Cho, Jung Wook

Internet domain names (hereinafter, domain names) are identifiers in computer networks which consist of letters, numbers, and symbols that are more user-friendly than I.P. addresses. However, the facts that a domain name can only be registered by one person and that domain names may be identical with or confusingly similar to a trademark (including service mark) of another person have given rise to numerous domain name disputes. As the existing trademark law could not provide adequate standards for resolving domain name disputes, the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (hereinafter, ICANN) was established in October 1998. On April 30, 1999, the World Intellectual Property Organization (hereinafter, WIPO) issued its first report (hereinafter the First WIPO Report) to administrate domain names and to resolve disputes concerning intellectual property. Based on the First WIPO Report, ICANN established the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (hereinafter, UDRP) and Rules for UDRP, which provide for the transfer or cancellation of domain name registrations in cases of registration and use of domain names in bad faith. The UDRP regime applies not only to generic domains but also to country domains and newly established domains.

However, to the extent that domain names, based on the principle of freedom of expression, function not only as an internet address but also as a symbol or a mark, the fair use of domain names should also be protected under the UDRP system, and accordingly be balanced against the protection of the trademark right. This dissertation explores issues in balancing the rights of trademark owners and those of the domain name owners, including methods to protect trademark owners from registration and use of domain names in bad faith as well as methods to protect domain name owners from abuse by a trademark owner.

Registered trademarks are protected by trademark law, and widely-recognized or well-known marks by Unfair Competition Prevention and Trade Secret Protection Act. Moreover, trademarks are protected against registration and use of domain names in bad faith, by the provisions of the UDRP regardless of registration or publicity of the trademark. However, there are still no suitable legal means to protect domain names. Therefore, the focus of this dissertation will also be on the protection of domain name rights in order to bring about the right balance between protection of trademark and domain name rights.

The following issues will be analyzed in this dissertation: (1) the nature of domain names and domain name rights, (2) legal structure of domain name registration based on the foregoing, (3) the existing legal issues in domain name dispute resolutions and the special dispute resolutions system under UDRP (each analyzed in the context of protecting trademark and domain name rights), (4) problems with each dispute resolution system, (5) issues arising from conflict between the two different dispute resolution systems, and thereby showing (6) the necessity for a new legal regime for the administration of domain names. Various methods should be used collectively in order to solve these legal issues related to domain names. Therefore a policy analysis,

as well as a legislative analysis, is appropriate. There are also legal issues to be resolved in the registration process and dispute resolution procedure. As we shall see, analyses of (1) through (6) are closely connected with one another.

The following are the key problems concerning the harmonization of trademark and domain name rights.

The UDRP panel issues its decision (hereinafter, panel decision) to order a transfer or cancellation of a domain name registration. Despite the fact that the UDRP is only applicable in cases of unfair registration and use of a domain name, the panel has issued decisions to transfer domain names even though the domain name registrant (hereinafter registrant) had rights or legitimate interests in the domain name. Unfortunately, the UDRP does not provide remedies for such instances. It does, however, allow parties to submit the dispute to a court regardless of the outcome of the panel decision. The problem with this remedy is that, to the extent UDRP and the existing legal system provide very different provisions and procedures, it can potentially give rise to a plethora of legal conflicts. Moreover, since most of the domain name disputes are international in scope, a domestic court's judgment on panel decisions could lead to international conflicts of laws issues.

Where the panel has decided on registration transfers based on a misapplication of the UDRP, this dissertation proposes that the registrant should be allowed to file for reactivation of the domain name resulting from the UDRPs misapplication, pursuant to Articles 763 & 394 of the Civil Code, although whether these articles provide for such reactivation is subject to some interpretive controversy. Laws prohibiting infringement on domain name rights should be enacted. In relation to this, the possibility as to whether domain name rights can be

acknowledged as intellectual property rights should be investigated as well.

The principles of law concerning domain names are still unclear, constantly developing and ever changing. Therefore, policy and legislative decisions are critical at this point. As the UDRP was specifically created for the purpose of resolving disputes regarding domain names, it can be a proper means to resolve the disputes as a substitute for courts decisions, if supplemented by proper measures. The Korean National Assembly is currently considering the Draft Proposal for the Act on the Management of Internet Names and Addresses, which provides for domain name dispute resolution. However, this bill does not fully protect the rights of the registrant, and thus requires much improvement before it is enacted. Furthermore, a uniform standard for international dispute resolution should also be prepared since domain names disputes tend to be international in scope. To the extent that such solution to legal issues concerning domain names may be applicable to other fields of e-commerce, harmonization between trademark and domain name rights will have a vital meaning for establishing an on-line dispute resolution mechanism.

Keywords: domain name, trademark, intellectual property, Internet, ICANN, UDRP, bad faith, fair use, freedom of expression, cybersquatting, reverse domain name hijacking, WIPO, panel, transfer, reactivation, injunction, private international law, conflict of laws, online.

Student Number: 2000-30829

<감사의 글>

이 논문을 하나님께 드리고 영광과 찬양을 돌립니다.

하늘보다 높고 바다보다 깊은 부모님의 은혜에 감사드립니다.

일찍이 “인터넷 도메인 이름”에 관한 법적 문제의 중요성을 가르쳐주시고 지적 재산권법을 전공으로 선택할 수 있게 하신 恩師 丁相朝 교수님께 깊은 감사를 드립니다.

이 논문 심사위원장이신 宋相現 교수님께서서는 도메인 이름과 같은 온라인 분쟁에서 ADR의 중요성을 깊이 새겨주셨고 이 논문의 흐름을 잡아주셨고, 부위원장이신 尹眞秀 교수님께서서는 실무적 경험과 이론적 근거를 많이 제시해주셨으며, 金載亨 교수님께서서는 이 논문이 박사학위논문다울 수 있도록 세세히 지적해주셨습니다. 李相理 교수님께서서는 지적 재산권 관련 교과서를 직접 쓰셨을 뿐만 아니라 박사학위논문심사과정에서 일본의 도메인 이름 분쟁 관련 참고문헌까지 직접 빌려주시면서 논문의 완성을 도와주셨습니다. 그리고, 石光現 교수님께서서는 국제사법에 지식이 부족한 저에게 직접 논문의 해당부분의 초고를 검토해주시면서 여러 가지 지적을 해주셨음을 진심으로 감사드립니다. 金文煥 교수님께서서는 서울대학교 대학원 강의시간에 도메인 이름 연구에 대한 격려와 좋은 외국문헌들을 소개해주셨습니다.

도메인 이름에 관한 등록, 분쟁해결의 재판실무에 관하여는 崔成俊 판사님과 金基中 변호사님께서 많은 도움을 주셨고, 중요한 하급심판결 기타 법원 자료들은 權英俊, 辛宇鎭, 全祐辰 판사님들이 진심으로 애써주셨습니다.

학회활동과 세미나를 통해서도 많은 도움을 얻었는데, 특히 서울대학교 법과대학 전문분야 법학연구과정(제12기 인터넷과 법률과정)에서 이 논문을 위한 많은 인센티브와 지식을 얻었습니다. 그리고 정보법학회와 국제사법학회 등의 활동은 선배님들의 소중한 경험을 간접체험할 수 있는 소중한 기회가 되었습니다. 그리고 대법원에서 특별소송실무연구회 주제발표(인터넷상에서의 상표에 대한 법적 연구)를 통해 이 논문의 최종정리를 할 수 있었는데, 소중한 기회를 주신 尹載植 대법관님, 權澤秀, 金義煥, 姜奇重 재판연구관님, 宋永植 변호사님, 李相理 교수님께 감사드립니다. 인터넷주소자원관리법안의 문제와 관련하여서는 강장진 정보통신부 사무관님이 도움을 주셨습니다.

그리고 김재훈 미국변호사님, 이선형, 정치언, 양동석, 이재성, 서지원님께도 자신의 일처럼 열심을 다해 이 논문의 완성을 도와주셨음을 진심으로 감사드립니다.