



2022년 연차학술대회



(사)한국국제사법학회, 법무부, 사법정책연구원 공동학술대회

신국제사법의 시행에 따른 국제재판관할법제의 과제



일 시 2022. 7. 22.(금)

장 소 코엑스 컨퍼런스룸 402호

온라인 참가 Zoom 회의실(회의 ID: 881 2353 6220, 암호: 0722)
<https://us02web.zoom.us/j/88123536220>

주 최 (사)한국국제사법학회, 법무부, 사법정책연구원

개회사

존경하는 내외 귀빈, 참석자 여러분! 안녕하십니까.

여러 가지로 힘들고 바쁘신 상황에서도 오늘 “신국제사법의 시행에 따른 국제재판관할법제의 과제”라는 주제로 한국국제사법학회가 개최하는 2022년 연차학술대회를 찾아주신 한동훈 법무부장관님, 홍기태 사법정책연구원장님을 비롯한 외빈 여러분과 최공웅, 손경한, 정병석, 석광현 명예회장님 그리고 학회원님들께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

국제재판관할 부분을 전면 개정한 신국제사법이 2021년 12월 국회를 통과하여 드디어 지난 7월 5일 시행되기에 이르렀습니다. 잘 아시는 것처럼 2001년 우리나라의 국제사법은 일본 법례(法例)의 그늘을 벗어나 스위스 국제사법을 모델로 선진 입법례를 적극적으로 받아들이게 되었습니다. 당시 상세한 규정을 도입한 준거법 부분과 달리 기본원칙과 보호관할 규정을 두는 것에 만족했던 국제재판관할 부분에 대하여 2014년 우리 학회를 중심으로 구성된 개정위원회가 수년간의 연구와 검토를 거쳐 오늘의 결실을 가져오게 되었습니다. 저 자신도 개정위원의 한 명으로 관여하였지만, 그 과정에서 물심양면으로 많은 협조와 지원을 아끼지 않았던 법무부 관계자 분들께 다시 한번 감사의 말씀을 전하고자 합니다.

디지털화된 세계화 시대에 국제무역을 선도하는 우리나라가 국제분쟁해결 시스템을 포함한 훌륭한 법체계를 갖추어야 하는 것은 두말할 필요가 없습니다. 또 실제로 그 법의 해석과 운용을 함에 있어서도 국제적 정합성과 함께 예측 가능성을 가져야 합니다. 이것이 바로 나라의 품격을 높이는 방법 중의 하나라고 생각합니다. 이러한 면에서 대륙법계와 영미법계를 포함한 세계 각국과 각종 국제기구에서 이루어진 논의를 망라하고, 다양한 법률관계에 따라 정치한 규칙을 신설한 신국제사법의 개정은 큰 의의를 갖는다고 할 것입니다. 이렇게 도입된 국제재판관할규칙에 대한 바람직한 해석론을 정립하는 일은 당연히 뒤따라야 할 수순입니다. 여기에는 많은 도전적 과제들이 있습니다. 예컨대, 그동안 주로 비교법적인 검토와 추상적 논의에 그쳤던 쟁점들인 국제적 소송경합과 소송절차의 중지, 그리고 부적절한 법정지(forum non conveniens)의 법리와 국제재판관할권의 불행사 등 총칙에 새롭게 도입된 규정에 대하여 깊고도 넓은 논의가 이루어져야 합니다. 각칙의 상세한 규칙들에 대한 바람직한 해석론을 모색하여야 하는 것도 물론입니다.

그러한 논의의 출발이 되는 이번 학술대회에서는 시간적인 한계에도 불구하고 가능한 많은 주제들을 다루어 보려고 합니다. 제1주제로 관할합의 위반에 따른 손해배상과 소송금지명령이라는 제목으로 김민경 판사께서 발표합니다. 관할합의가 소송법적 효력만을 가지는지 아니면 실체법적 효력도 가지는지, 즉 관할합의를 위반하면 손해배상청구권이 발생하는지를 분석하고, 관할합의 위반에 따른 영미식의 소송금지명령이 보전처분에 관한 우리 법의 해석론으로도 가능한지를 모색합니다. 관련 주제로 박사학위논문에서 상세히 분석한 바 있는 이창현 변호사께서 토론을 맡았습니다.

오후에 이어지는 제2주제는 지금 헤이그국제사법회의에 파견 중인 이혜민 판사께서 영상으로 국제적 소송경합에 대한 국제적 논의 동향과 부적절한 법정지의 법리에 대한 영국, 미국, 호주, 캐나다 등 영미법계 국가의 연혁과 판례 법리를 분석하고, 이를 토대로 신국제사법 아래에서 국제재판관할권 불행사의 법리를 어떻게 운영할지 고민을 정리하였습니다. 이러한 주제에 대하여 국내외 법원의 다수 국제소송에서 소송대리인으로 참여한 경험이 있는 이경훈 변호사께서 통찰력 있는 토론을 해주실 것으로 기대합니다.

인터넷과 모바일 환경으로 세계 어느 곳에서도 침해가 일어날 수 있고(ubiquitous), 무한 복제로 침해의 양상이 종전과는 비교가 되지 않게 된 지식재산권의 보호를 위하여, 이주연 교수께서 지식재산 관련 사건의 관할에 관한 신설규정들을 분석하고, 이른바 모자이크 접근법을 도입한 유럽법원에서 지식재산권 침해 사건의 특별관할 규정을 어떻게 해석하는 것이 바람직한지 제3주제로 발표합니다. 불법행위 특별관할 규정에서 모자이크 접근법을 채택하지 않고 있으며, 지식재산권 침해 또는 불법행위가 ‘대한민국을 향하고 있는 경우’를 별도의 관할 근거로 규정하고 있는 신국제사법에 대한 올바른 해석의 방향성을 잡아야 합니다. 지식재산법과 국제사법을 아우르는 전문가로 널리 알려진 이규호 교수께서 토론을 맡아주셨습니다.

계속하여 제4주제는 강은현 교수께서 국제적 가사사건의 관할에 관한 신설규정들을 상세히 분석하고, 가사소송 및 가사비송 사건의 국제재판관할규정을 향후 어떻게 발전시키는 것이 좋을지에 대하여 통찰력 있는 분석을 하고 있습니다. 특히 본국관할을 어느 범위까지 확대할 것인지, 가사비송사건에 관한 국내 토지관할규칙을 국제재판관할규칙으로 어느 범위에서 어떻게 변용할 수 있을지를 다루고 있습니다. 서울가정법원 이광우 부장판사께서는 국제가사사건을 법원 실무에서 취급하는 전문가로서 실무에 기초한 유익한 토론을 해주실 것으로 기대합니다.

제5주제는 해사사건의 국제재판관할규정에 대한 것으로 이재찬 판사께서 발표를 맡아주셨습니다. 신국제사법은 특히 선박에 대한 가압류·압류를 통하여 본안의 관할을 창설하는 이른바 선박 가압류 관할 규정을 신설하였습니다. 이 조항은 대륙법계에서는 생소하지만, 선박 등 물건을 대상으로 소를 제기하는 영미법상 해사대물소송제도에서는 필수적이라고 이해되고 있습니다. 발표자는 영미의 해사대물소송 제도를 면밀히 분석함으로써 신국제사법상 선박 가압류관할 규정의 향후 운용 기준을 제시하고 있습니다. 법원과 중재절차에서 각종의 다양한 해사사건을 처리하고 있는 이철원 변호사님의 훌륭한 토론이 기대가 됩니다.

뿐만 아니라 기초발제를 맡아주신 우리 학회 부회장 장준혁 교수님, 각 세션의 좌장을 맡아주신 이상갑 법무실장님, 오재성 법원장님, 최성수 교수님 및 전체사회를 맡아주신 천창민 서울과학기술대학교 교수님께도 감사의 말씀을 드립니다.

존경하는 내외 귀빈 여러분!

신국제사법의 시행을 맞이하여 이번 공동학술대회를 통해 국제재판관할에 관한 논의가 더욱 깊고도 넓어져 발전적인 방향으로 크게 나아갈 것으로 믿습니다. 저는 평소부터 학계와 법조 실무계의 지속적이고 다양한 교류의 필요성을 강조하여 왔습니다. 서로의 입장에서 만들고 축적해온 연구 성과를 공유하고 각자의 고민에 대한 이해의 폭을 넓히고 깊이를 더해야 할 것입니다. 여러 교수님들과 법원의 판사님들이 모인 오늘과 같은 행사가 그 큰 밑거름이 될 것이라는 점을 확신합니다.

끝으로 이번 공동학술대회의 준비를 위하여 부족함이 없이 준비해주시고 지원을 해주신 법무부 국제법무과 박정현 과장님, 최승은 사무관님 그리고 보이지 않는 곳에서 묵은 일 마다하지 않고 준비해주신 총무이사 이종혁 교수님과 학회 회원 여러분께 다시 한번 깊은 감사를 올립니다. 이 자리에 참석하신 모든 분들께 2022년에는 코로나를 넘어 건강과 행운이 항상 함께하기를 기원합니다. 감사합니다.

2022. 7. 22.

사단법인 한국국제사법학회 회장 노 태 악

안녕하십니까, 법무부 장관 한동훈입니다.

국제사법 전부개정법률 시행을 기념하는 학술대회에 참석해주신 여러분 모두를 진심으로 환영합니다. 먼저, 이번 학술대회를 준비해주신 노태악 학회장님을 비롯한 국제사법학회 관계자 여러분께 감사 말씀을 전하며, 행사를 위해 노력해주신 흥기태 사법정책연구원장님께도 감사드립니다. 바쁘신 가운데도 각 세션의 발제와 토론을 맡아 주신 국제사법 전문가 여러분께도 감사드립니다.

오늘 학술대회는 법무부가 공동으로 주최하고 국내 최고의 국제거래법 전문가들께서 한데 모인 매우 드문 기회이자, 국제사법의 현재와 미래를 생각해보는 뜻깊은 자리입니다.

국제사법은 외국과 거래가 빈번한 우리나라에 매우 중요한 법률이지만, 준거법과 달리 국제재판관할에 관해서는 하나의 원칙 규정만을 두고 상세 규정을 두지 않아 오랜 기간 동안 미완성의 상태로 있었습니다. 다행히 많은 분들, 특히 여기 계신 여러분의 노력으로 국제사법 전부개정법률안이 작년 말 국회를 통과하고 지난 7월 5일 시행된 덕분에 국제사법 체계가 완비되었습니다.

이번 국제사법 전부개정은 결코 쉬운 과제가 아니었습니다. 2012년에 국제사법 개정방안 연구를 실시한 이래로, 35개 조문을 신설하고 기존 7개 조문을 정비한 개정안이 시행되기까지 장장 10년 이상이 걸렸습니다.

전부개정 작업에 참여한 주역들이신 학계·법조계 전문가들께서 지금 여기에 앉아 계시는 것으로 알고 있습니다. 新국제사법의 시행은 여러분들의 노고, 우리나라 국제사법 발전에 대한 열정, 상이한 법질서의 조화와 공존을 위한 집념이 일구어낸 귀한 성과입니다. 한분 한분께 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

이번 국제사법 전부개정 시행으로 많은 긍정적인 변화가 예상됩니다. 제가 가장 기대하는 변화는 일상에서의 변화입니다. 외국과 관련된 법률분쟁은 이미 우리 일상생활에 가까이 다가와 있습니다. 과거에는 국제거래가 기업들의 무역이나 수출입거래를 주로 의미했다면, 지금은 해외 직접구매의 일반화로 국제거래를 안 해본 사람이 드물 정도입니다. 또한, 매년 2만여 건의 국제결혼이 이루어지고, 1만여 건의 국제이혼이 발생하고 있습니다.

축사

그럼에도 지금까지는 입법 공백으로 인해, 외국과 관련된 법률 분쟁을 우리나라 법원에서 소송을 할 수 있는 것인지에 대해 법원의 판단을 받아보기 전까지는 확실히 답할 수 없었으나, 이제는 우리 법원에서의 재판가능성을 예측할 수 있게 되었습니다. 新국제사법 시행이 분쟁해결의 예측가능성을 높여 국민과 기업의 법률비용을 낮추는 데 도움이 될 것으로 기대합니다.

국제사법 전부개정법률은 국제협약, 해외 입법례 등을 적극 반영한 선도적 입법인 것으로 알고 있습니다. 실제로 헤이그국제사법회의(HccH)도 우리 개정법률의 영문 번역본 제공을 저희 법무부에 요청하는 등 큰 관심을 보이고 있습니다.

잘 만들어진 각국의 법제는 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL)와 같은 국제거래규범 협의체에서 국제협약 성안시 중요한 참고자료(reference)로 활용됩니다. 이번 국제사법 전부개정법률이 향후 국제사법에 관한 국제적 논의에 기여하고, “국제거래규범의 점진적 조화와 통일”이라는 목표에도 긍정적인 영향을 미칠 것으로 확신합니다. 법무부도 우리의 입법적 성과를 국제사회에 널리 알리고, 국제적 논의에 앞장설 수 있도록 최선을 다하겠습니다.

마지막으로, 법무부는 국제사법의 발전, 더 나아가 우리나라 국제거래법제의 발전을 위해 필요한 지원을 계속해 나가겠습니다. 국제거래규범 관련 국제적 논의에 지속 참여하면서, 글로벌 스탠더드에 부합하는 국제거래법제 도입을 적극 추진하겠습니다.

오늘 학술대회에서 주시는 소중한 의견들을 귀담아 듣는 것이 그 시작일 것입니다. 여러분의 활발한 참여와 토론을 부탁드립니다.

귀중한 시간을 내주시어 오늘 학술대회에 참석해주신 여러분께 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 감사합니다.

2022. 7. 22.

법무부장관 한 동 훈

존경하는 한국국제사법학회 노태악 회장님, 한동훈 법무부장관님, 그리고 바쁘신 가운데도 이 자리를 빛내주신 내외 귀빈 여러분께 먼저 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

올해 1월에 전면 개정된 국제사법의 시행을 맞아 오늘 사법정책연구원이 한국국제사법학회 및 법무부와 공동으로 학술대회를 개최하게 된 것을 매우 영광스럽게 생각합니다.

한국국제사법학회는 1993년 창립 이래 현재까지 우리나라의 국제사법 연구를 선도하여 왔고, 사법정책연구원과는 2018년에 업무협약을 체결한 이후 지속적으로 교류, 협력하여 왔습니다. 그러한 협력의 일환으로 2019년과 2020년에 이어 세 번째로 오늘 공동학술대회를 개최하게 되었습니다. 앞으로도 오늘과 같은 유익한 교류와 협력이 이어지기를 기원합니다.

국제적인 상거래 및 인적 교류의 증가로 외국인 또는 외국 법인이 분쟁의 당사자가 되는 국제소송도 함께 늘어나고 있습니다. 국제소송에서 재판관할을 결정하는 문제는 실무적으로 매우 큰 중요성을 가짐에도 종전 국제사법은 충분한 규정을 두고 있지 않았습니다. 20년 만에 전면 개정된 국제사법은 특히 국제재판관할에 관하여 상세한 규정을 마련함으로써 국제소송 사건을 수행하는 당사자의 예측 가능성을 높이고 법원의 재판에도 명확한 기준을 제시하게 되었습니다.

전면개정된 국제사법을 해석, 적용하는 과정에서 지속적으로 많은 연구와 검토가 필요함은 당연합니다. 이번 학술대회가 관할합의, 국제적 소송경합, 지식재산권, 가사, 해상사건 등 다양한 분야에서, 개정 국제사법 하에서의 국제재판관할의 문제를 검토하고 향후 심화된 연구의 단초를 제공할 수 있을 것으로 기대합니다. 사법정책연구원은 앞으로도 국제사법학회와의 상호 협력을 통하여 내실 있는 연구가 이루어질 수 있도록 노력하겠습니다.

축사

끝으로 바쁘신 가운데서도 오늘 학술대회에서 흔쾌히 사회, 발표 및 토론을 맡아 주신 전문가 여러분들, 그리고 이번 학술대회를 기획하고 준비해 주신 모든 관계자 여러분들께 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

2022. 7. 22.

사법정책연구원장 홍 기 태

C·O·N·T·E·N·T·S

국제사법 개정경과 및 향후과제

박정현 과장(법무부 국제법무과)	1
-------------------------	---

기조발제 : 국제재판관할법 전면 개정의 의의와 과제

장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)	9
------------------------------	---

제1주제 : 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분(anti-suit injunction)과 손해배상청구

발표 : 김민경 판사(대전지방법원)	83
---------------------------	----

토론 : 이창현 변호사(법무법인 태평양)	115
------------------------------	-----

제2주제 : 국제적 소송경합과 국제재판관할권의 불행사 - 부적절한 법정지의 법리(forum non conveniens)의 국제적 · 비교법적 의의 및 구현 방안

발표 : 이해민 판사(헤이그 국제사법회의 파견)	121
----------------------------------	-----

토론 : 이경훈 변호사(법무법인 광장)	169
-----------------------------	-----

**제3주제 : 신국제사법의 지식재산권 침해 관할규칙과 불법행위 관할규칙 검토 - 국제사법
제39조와 제44조의 정합성을 중심으로 -**

발표 : 이주연 교수(한양대학교 법학전문대학원) 177

토론 : 이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원) 209

제4주제 : 가사사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법의 검토

발표 : 강은현 교수(서울시립대학교 법학전문대학원) 215

토론 : 이광우 부장판사(서울가정법원) 241

**제5주제 : 신국제사법의 해상 국제재판관할 규정에 관한 소고 - 영미법상 해상대물소송을
중심으로**

발표 : 이재찬 연구위원/판사(사법정책연구원) 253

토론 : 이철원 변호사(김 · 장 법률사무소) 283



국제사법 개정경과 및 향후과제

박정현 과장(법무부 국제법무과)

국제사법 개정경과 및 향후과제

법무부 국제법무과

과장 박정현

개정 필요성: 2001년 전면 개정시 국제재판관할 규정의 미비

- ❖ 1962년 제정된 '섭외사법'을 '국제사법'으로 전면 개정, 준거법 관련 규정 대폭 정비
- ❖ 국제재판관할 일반원칙 규정(제2조) 도입

제2조(국제재판관할) ① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 **실질적 관련**이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.

② 법원은 **국내법의 관할 규정을 참작**하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

개정 필요성: 2001년 전면 개정시 국제재판관할 규정의 미비 (계속)

섭외사법개정법률안

검 토 보 고

2001. 2.

법 제 사 법 위 원 회
수석전문위원 김희선

“국제재판관할에 관한 성문규정의 입법이 절실하다는 현실적인 필요성과 현 단계에서 완결된 내용의 국제재판관할 규칙을 마련하는 것은 어려운 실정임을 감안할 때, 향후 법률 분야별로 국제재판관할에 관한 정치한 규정을 두기 전까지의 과도기적 입법조치로서 개정안과 같은 국제재판관할에 관한 일반적인 원칙 조항을 규정할 필요가 있다고 판단...”(5면)



국제사법 개정경과



기 간	주요 내용
'12. 04. ~ '14. 01.	국제사법 개정 방안 연구 연구용역 실시
'14. 06. ~ '15. 12.	국제사법 개정위원회
'15. 12. ~ '17. 12.	국제사법 개정 전문가회의
'18. 11.	20대 국회 제출, 임기만료 폐지
'20. 08. ~ 09.	21대 국회 제출, 법사위 상정/소위 회부
'21. 12. 09.	국회 본회의 통과
'22. 01. 04.	개정법률 공포
'22. 07. 05.	개정법률 발효

新국제사법의 특징 및 개정 의의

- ① 정치한 국제재판관할 규정을 도입하여 **법적 안정성과 예측가능성 확보**
 - ② 예외적 사정에 의한 국제재판관할권 불행사의 법리 도입을 통해 법원의 재량을 인정함으로써 개별사건에서 **구체적 타당성 보장**
 - ③ 국제협약과 타국 입법례를 적극 반영하여 **국제적 적합성 고려**
- '01년 이후 약 20년간 중단된 국제사법 개정작업의 완성

新국제사법의 국제협약/외국법 반영 현황

국제협약	개정안 관련 조문
루가노협약(민사 및 상사에 관한 재판관할과 판결의 집행에 관한 EU·EFTA 협약)	변론관할(안 제9조)
브뤼셀규정 I (민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합 규정)	일반관할(안 제3조) / 사무소·영업소 소재지 등의 특별관할(안 제4조) / 관련사건의 관할(안 제6조) / 합의관할(안 제8조) / 변론관할(안 제9조) / 전속관할(안 제10조) / 국제적 소송경합(안 제11조) / 계약에 관한 소의 특별관할(안 제41조) / 불법행위에 관한 소의 특별관할(안 제44조)
헤이그 1999년 예비초안 헤이그 관할합의협약	일반관할(안 제3조) / 사무소·영업소 소재지 등의 특별관할(안 제4조) / 관련사건의 관할(안 제6조) / 반소관할(안 제7조) / 합의관할(안 제8조) / 변론관할(안 제9조) / 전속관할(안 제10조) / 국제적 소송경합(안 제11조) / 보전처분(안 제14조) / 계약에 관한 소의 특별관할(안 제41조) / 불법행위에 관한 소의 특별관할(안 제44조)
ALI/UNIDROIT 국제민사소송원칙	일반원칙(안 제2조)

新국제사법의 국제협약/외국법 반영 현황 (계속)

국제협약	개정안 관련 조문
ALI(미국법률학회) 원칙	지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할(안 제38조) 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할(안 제39조)
CLIP 원칙	지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할(안 제38조) 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할(안 제39조)
선박의 가압류 및 압류에 관한 국제 협약	선박 또는 항해에 관한 소의 특별관할(안 제90조) 공동해손에 관한 소의 특별관할(안 제91조)
선박충돌에 대한 민사재판 관할에 관한 국제협약	선박충돌에 관한 소의 특별관할(안 제92조)

新국제사법의 국제협약/외국법 반영 현황 (계속)

외국법	개정안 관련 조문
스위스 연방 국제사법	실종신고 등 사건의 특별관할(안 제24조) / 친생자관계에 관한 사건의 특별관할(안 제57조) / 입양관계에 관한 사건의 특별관할(안 제58조) / 부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할(안 제59조) / 상속 및 유언에 관한 사건의 관할(안 제76조)
독일 (민사소송법 / 실종법 / 가사사건 / 절차법)	재산소재지의 특별관할(안 제5조) 실종신고 등 사건의 특별관할(안 제24조) 혼인관계에 관한 사건의 특별관할(안 제56조) 친생자관계에 관한 사건의 특별관할(안 제57조) 입양관계에 관한 사건의 특별관할(안 제58조) 부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할(안 제59조) 후견에 관한 사건의 특별관할(안 제61조)
일본 (민사소송법 / 민사보전법)	재산소재지의 특별관할(안 제5조) / 반소관할(안 제7조) / 사원 등에 대한 소의 특별관할(안 제25조) / 불법행위에 관한 소의 특별관할(안 제44조) / 상속 및 유언에 관한 사건의 관할(안 제76조) / 선박충돌에 관한 소의 특별관할(안 제92조) / 보전처분(안 제14조)

향후 과제

❖ 준거법 규정과 국제재판관할 규정 간 균형 확보

- 준거법 규정의 재정비 필요성 검토

❖ 국제적 논의 추가 반영 지속 검토

- 국제 도산(int'l insolvency)의 준거법 등

❖ 새로운 규범적 수요(needs)의 반영 필요성

- ADR의 활성화, Cross-Border 서비스 거래의 증가 등 거래 현실의 변화



기조발제

국제재판관할법 전면 개정의 의의와 과제

장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

국제재판관할법 전면 개정의 의의와 과제

장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

I. 도입

포괄적인 국제재판관할규정체계를 신설하는 국제사법 전부개정법률이 2022. 1. 4.에 공포되어 2022. 7. 5. 시행되었다. 다수의 국제관할규정이 신설된 큰 개정이므로, 이 법을 정확히 이해하고 해석의 여지가 있는 부분은 잘 해석하여 적용하는 일이 당면과제이다. 이 글에서는 이 개정법률의 정확한 적용을 위하여 개정의 골자와 특징을 설명하는 데 주안을 둔다. 나아가 개정의 입법사적, 학설사적 의의를 생각해 보고, 앞으로의 국내적, 국제적인 입법과 해석상의 과제를 점검하는 기회로 삼고자 한다.

필자도 개정법률안의 윤곽을 짚 국제사법 개정위원회(2014. 6.~2015. 12.)와 그 후속 마무리작업을 한 국제사법 개정을 위한 전문가위원회(2017. 1.~10.) 소속으로 활동하는 소중한 기회를 누렸다. 다만 개정법률안에 채택된 부분 외의 논의 내용을 소개하는 것은 개정법률을 설명하는 의미가 적은 데다가, 개정위원회에서의 논의경과의 회고는 다른 문헌에서 이루어졌으므로, 필자에 의한 회고는 훗날로 미룬다.

아래 서술은 다음 순서로 한다. 먼저, 개정의 배경과 입법작업의 경과를 살펴본(II) 후, 개정법률의 전체적 특징을 개관한다(III). 이어 국제재판관할법 총칙(IV), 재산관계의 각칙(V), 자연인, 친족, 상속사건의 각칙(VI)의 순서로 개정조문을 훑어본다. 개정법률이 부분적으로만 규정하거나 해석에 맡긴 부분을 점검한(VII) 후, 개정법률이 미래에 던져 주는 도전과 과제를 생각해 보고 어떻게 접근해야 할지 생각하여 본다(VIII).

II. 개정의 배경과 입법작업의 경과

1. 개정의 배경: 국제관할법의 입법연혁과 판례의 추이

가. 민사소송법의 국내토지관할규정의 특이한 함의

1960년 민사소송법은 일본 민사소송법이 의용된 것을 그대로 번역하다시피 하여 공포한 것이었다.¹⁾ 여기에는 일련의 국내토지관할규정들이 포함되어 있었다. 독일 민사소송법은 편면적 국제관할 규정과 국내토지관할규정을 겸하는 이중기능적 토지관할규정을 두었고, 일본은 이를 본받고 약간의 내용을 추가하였다.

일본이 메이지(明治) 시대에 민사소송법 입법을 서두른 주된 이유는 근대적 민사소송제도를 완비하여 영사재판권을 폐지시키는 데 있었다. 유럽 국가들이 유럽 밖으로 식민지를 개척하면서, 식민지에 체재하는 자국민이 식민지의 전근대적 민사재판제도에 따를 수는 없다는 이유로 자국의 영사재판권에만 따르게 하거나(대부분의 식민지), 개척민 사회에 고유한 민사재판제도에만 따르게 했다(예: 독립 전의 미국, 남아프리카공화국). 이를 극복하려는 것이었다. 그런데 국내토지관할법제도 근대적 민사소송제도의 요소 중 하나라고 생각하여 민사소송법 내에 국내토지관할규정을 둔 것이다.

일본 민사소송법의 최초 입법시에 국제관할규정체계를 갖춘다는 입법 의사가 있었는지는 의심스럽다. 독일 민사소송법의 이중기능적 토지관할규정을 모사(模寫)하면서도, 그것이 이중기능적 규정이라는 생각을 하지 않았을 가능성이 높다. 오히려 2002년 개정 전 민사소송법 제203조 제1호가 보여주듯이, 국제재판관할을 국가재판권과 혼동한 것으로 보인다.

한국이 건국초기의 곤란 속에서 1960년 민사소송법을 입법할 때에는 독립국가에 걸맞게 한국어로 된 법전을 공포한다는 데 초점이 있었을 것이다. 그래서 외국판결의 승인요건으로 간접관할을 규정해야 할 자리에 국가재판권 요건을 규정하고 있었던 의용 민사소송법 규정도 그대로 두었다(2002년 개정 전 제203조 제1호). 용어상 “재판권”이라고 한 아쉬움이 있을 뿐이지 국제재판관할 요건을 규정한 것이라고 보고 싶은 논자가 있을지 모르겠다. 실로 그랬더라면 좋았을 것이다. 그러나 “법률 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 아니한 일”이라는 소극적 규정방식을 볼 때, 한국 입법자에게 국제재판관할 요건을 입법한다는 생각이 있었는지 의심스럽다. 국가의 민사재판권은 거의 한계가 없고, 주권면제 법리로써 예외적으로 부정될 뿐이므로 소극적 규정방식이 자연스럽다. 물론 당시 일본판례는 국제재판관할에 관하여 역추지설(逆推知說)을 따르고 있었지만, 식민지기에 한국인 법관과 변호사는 조선반도에서만 실무에 종사했고, 조선반도 내에서 국제재판관할 사안이 얼마나 있었는지는 의심스럽다. 초창기의 국제재판관할 판례가 국내토지관할규정의 유추적용이나 그로부터의 역추지 외의 다양한 해석론을 가지고 실험하고 있었다는²⁾ 점도, 1960년 민사소송법의 국내토지관할규정이 순전히 국내토지관할규정으로만 입법되었을 가능성을 뒷받침한다.

그런데 다른 법분야가 그렇듯이 국제재판관할법도 초기의 정상화는 일본의 문헌과 판례에 의존함으로써 이루어졌던 것으로 보인다. 그래서 국내토지관할규정을 국제관할 판단의 기준으로 끌어오는

1) 1960. 4. 4. 법률 제547호. 1960. 7. 1. 시행.

2) 이중기능설, 역추지설, 준거법소속국관할, 관할법상의 반정, 외국에서의 승인가능성의 고려 등.

역추지설을 받아들였다.³⁾ 그 뒤에 일본의 학설과 판례로 수정역추지설이 발달하자, 한국 판례도 신속히 수정역추지설로 이행(移行)했다. 일본에서 사실심 판례와 학설의 노력으로 수정역추지설의 모양새가 잡히자, 한국 대법원은 일본 최고재판소가 수정역추지설을 채택한 것보다도 앞서서 그렇게 했다.⁴⁾ 이렇게 할 정도로 일본에서의 해석론의 동향에 촉각을 곤두세웠다고 할 수 있다.

수정역추지설은 역추지설에 따른 결론이 적당한지를 살펴보는 작업을 말미에 덧붙인 것이다. 그 결과 결론이 수정될 수 있으므로 “수정”역추지설이라 한다. 제1단계로 민사소송법의 토지관할규정은 국내토지관할만 정하는 규정이어서 국제관할에는 흠결이 있음(즉 독일 민사소송법처럼 이중기능적 토지관할규정이 아님)을 확인한다. 제2단계로 장소적(ratione loci) 관할이라는 점에서 국제관할과 국내토지관할이 공통됨을 확인한다. 제3단계로 개별 사안에서 내국의 국내토지관할규정에 따르면 내국에 국내토지관할을 가지는 법원이 있는지 확인한다. 이것은 한편으로는 국내토지관할을 먼저 판단하는 것이지만, 다른 한편으로는 국내토지관할규정 모두를 국제관할법에 그대로 유추적용한다면 국제관할에 관하여 어떤 결론이 내려질지 가늠해 보는 작업도 된다. 제3단계에서 일본에 국내토지관할을 가지는 법원이 있음이 확인된다는 것은, 일본의 국내토지관할규정을 그대로 국제관할의 기준으로 삼는다면 일본이 국제관할을 가지게 됨을 뜻한다. 이 경우에는 제4단계로 개별 사건에서 국제관할에 관하여 이 잠정적 결론을 유지할지, 아니면 수정할지 판단한다. 일본과 한국 판례의 표현을 그대로 옮기면, 제3단계의 결론을 뒤집을 “특별한 사정”(일본어: “특단의 사정”)이 있는지 살핀다.

수정역추지설이 국내토지관할규정의 신중한 선별적 유추로 발달하지 않고 개별사안별 종합판단이라는 불투명한, 재량극대화식 판단방식으로 흐른 것도 한국이 앞섰다. 여기에는 국제사법 제2조에 대한 오해가 중요하게 작용했다.

제2조의 신설취지는 국내토지관할규정의 선별적 유추적용을 보다 분명히 실시하도록 유도하는 것이었다. 수정역추지설은 국내토지관할규정 중 어느 것이 국제관할 판단에 참고가치 있는지를 정면에서 말하지 않는다. 제4단계의 특별사정론이 위력을 발휘한 사례가 축적된 것을 보고 미루어 짐작할 수 있을 뿐이다. 이것은 선배 세대의 국내토지관할법 입법을 놓고 국제관할 판단에 적합한 내용과 아닌 내용을 가려내면서 왈가왈부하기를 꺼리는 일본인의 감각에 맞는다. 그러나 한국 민사소송법에 들어 있는 국내토지관할규정의 대부분은 일본에서 이식된 것이지 한국의 선배 법률가가 만든 것이 아니므로, 한국의 입장에서는 국제관할의 기준으로 적절한 것과 아닌 것을 가려내는 데 심리적 부담

3) 대표적으로 대법원 1972. 4. 20. 선고 72다248 판결(송천산업/니찌맨지쓰교). 계약사건에 고유한 국제관할로 의무이행지관할을 인정했는데, 민사소송법의 국내토지관할규정을 언급하지는 않았지만, 그 조문으로부터 위 국제관할규칙을 간취한 점은 분명하다.

4) 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므71 판결; 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897 판결(미츠오/암코); 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결(메릴랜드보험/나우정밀); 서울지법 1996. 1. 12. 선고 94가합66533 판결(홍완유/타이항공); 서울지법 1997. 5. 8. 선고 95가합11856, 96가합14175 판결(진양산업/판엔지니어링); 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결(광주은행/중국은행). 이 과정에서, 기존 판례가 민사소송법의 국내토지관할규정을 적용하든, 변형하여 준용하든, 국제관할규칙이 존재한다고 한 것을 일거에 뒤집어, 국제재판관할법에 전면 흠결이 있다고 단언한 일(위 판결 모두)은, 기존 판례를 너무 간단히 뒤엎는 것으로서 잘 이해가 가지 않는다.

이 없다. 게다가 수정역추지설의 완곡어법은 일본 문화가 크게 담긴 것이어서 한국인의 감각에 맞지 않는다. 그래서 수정역추지설의 제3, 제4단계를 하나로 압축하여, 국내토지관할규정들 중 어느 규정을 어떻게 참고하는지를 밝히면서 판례를 쌓아 나가자는 것이 제2조의 입법취지이다.⁵⁾

그러나 법원은 제2조를 보고, 오히려 수정역추지설보다도 한층 더 불확실성이 큰 개별사안별(ad hoc) 종합판단을 하도록 정한 규정인 것처럼 여긴 것 같다. 제1항의 고차원적 문구를 보고, 법관 스스로 고차원적 판단을 하면 된다는 수권조항으로 받아들인 것 같다. 여기에 깊이 감응한 나머지, 국내토지관할규정의 선별적 유추적용을 요구하는 제2항은 무시되었다. 이런 자기만족적 오해가 2001년부터 2019년 6월까지 주류적 판례로서 대한민국 법원을 지배했다. 무려 20년이 허비되었을 뿐 아니라, 기존 판례마저도 20년을 거치면서 퇴락했다.

개별사안별 종합판단 방식이 모든 문제를 지배한 것은 아니고, 분야별로 또는 개별 사건별로 태도가 엇갈렸다. 국제관할법의 흠결을 보충한 기존의 판례가 아예 잊혀지거나 가볍게 여겨지기도 했다(혼인관계사건에 대한 국제관할에 관한 대법원 판례). 일반적으로 개별사건별 종합판단방식을 따르는 것과 태도를 달리하는 이유를 전혀 설명하지 않은 채, 일부 국제관할규칙에 관해서만 기존 판례의 태도를 유지하기도 했다(전속적 국제재판관할합의의 유효요건, 불법행위지관할). 아무런 이유제시도 없이 직간접관할을 차별화하기도 했다(제조물책임의 결과발생지관할에 대한 제한). 기존 판례상의 국제관할규칙을 유지하고 더 고차원적으로 발달시키는 것처럼 보이다가, 아무런 설명도 없이 단순한 개별사건별 종합판단방식으로 태도를 바꾸기도 했다(계약사건에 대한 의무이행지관할). 물론 국내토지관할규정을 선별적으로 유추적용하여 흠결을 보충하거나(부당이득사건에 대한 이득지관할), 당사자자치에 의하지 않고 실체준거법이 정해지는 경우에 준거법소속국관할을 인정하여 국제재판관할법의 흠결을 보충하는(이혼사건에 대한 일방 배우자의 본국 겸 상거소지국의 관할) 모범적 판례도 없지 않았다. 또, 뒤늦게 수정역추지설을 2001년 개정 전보다도 활성화하여 국내토지관할규정들에 따라 한국법원이 국내토지관할을 가지는지를 살핀 뒤 “실질적 관련” 유무 판단으로 나아간 예도 있다.

가사사건의 국제재판관할에 관한 판례에서도 제2조 신설을 계기로 규칙허무주의적 태도로 급격히 전환한 점은 공통된다. 그런데 국내토지관할법과의 괴리는 한결 두드러졌다. 그래서 개별사안별 종합판단을 반복하는 가운데 일관된 태도가 귀납적으로 관찰되는 부분도 한결 적었다.

가사사건의 국제재판관할에 관한 판례는 제2조 신설의 변수로 급변하기 전에도 한 차례의 급변을 겪었다. 초기에는 이중기능설(역추지설), 준거법소속국관할, 국제재판관할법상의 반정 등 다양한 해석론이 시도되었다(제1기). 그런데 대법원 1975. 7. 22. 선고 74므22 판결에서 일본 판례를 전격 채

5) 법무부, 국제사법 해설(2001), 25면(“종전과 같이 일단 「국제재판관할 규칙 = 토지관할규정」이라고 전제하고 그러한 결론이 부당한 경우 특별한 사정을 근거로 [국제재판관할을 긍정한] 결론을 부인할 것이 아니라, 일차적으로 국내법의 관할규정을 참작하되 국제재판관할의 특수성을 함께 고려하는 것이 올바른 국제재판관할 규칙의 정립”방법이다); 석광현, 국제민사소송법(박영사, 2012), 81면(“「국제재판관할규칙 = 토지관할규정」이라는 공식을 명백히 거부하고, 국내법의 관할규정을 참작하여……정당한 국제재판관할규칙을 정립할 것을 요구하는 것”임). 개정위원회에서 준비하여 법무부에서 간행한 해설자료가 수정역추지설을 비판하는 논조가 강하지는 않으나, 이것은 완곡어법에 불과한 것으로 이해된다.

택하여 피고배우자 주소지관할과 예외적 원고주소지관할을 인정한 이래, 판례는 이 태도를 견지하여 왔다(제2기). 그러다가 2001년에 국제사법 제2조가 신설되면서 변화의 여지가 생겼는데, 대법원과 서울가정법원의 태도가 대조적으로 갈렸다. 대법원은 아무런 국제관할규칙도 형성하려 하지 않고 제2조 제1항 자체를 형평법적 국제재판관할규칙으로 취급하여 제2항을 보조적 도구의 하나로 전락시키고 국제재판관할법을 오리무중으로 만드는 극단적 종합판단 방식으로 태도를 급변했다. 처음에는 국제재판관할법상의 반정, 외국에서의 승인가능성의 고려 등을 되살린 내용도 함께 있었으나(대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결), 후속 판례에서는 제2조 제1항에 의존하는 부분만 남기는 쪽으로 정리되어 나갔다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결). 그러다가 2022년 개정법률의 원안이 2018년 1월에 입법예고되고 2018년 11월에 국회에 제출되는 것을 본 뒤, 다시 태도가 조금 바뀌었다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결). 대법원 2006년과 2014년 판결로 형성된 개별사건별 종합판단방식은 유지되었지만 1975년 이래 정립되었던 판례의 일부가 되살아나 국제관할의 판단을 좀 더 간단히 하는 형태로 바뀌었다고 평가할 수 있다. 특히 피고 배우자의 주소, 거소 내지 상거소(명확하게 법률용어로 표현하지는 않지만)(두 판결)와 피고 배우자가 본안변론을 적극적으로 한 점(두 판결)이나 국제관할을 명시적으로 다투지 않고 본안변론한 점(대법원 2021. 10. 28. 선고 2019므15425 판결)을 국제관할 긍정의 중요 근거로 드는 점이 주목을 끈다.

그런데 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결에서는 양 배우자, 특히 피고의 생활의 본거(“생활의 근거를 두고 실제 거주”한 곳)가 한국에 있음을 인정하면서도 이 자체를 국제관할 인정의 충분조건으로 실시하지 않았다. 피고의 주소라고 부르든 상거소라고 부르든 그 자체만으로 충분한 국제관할기초가 된다고 실시했어야 한다. 그랬더라면 제2조에 기대어 1975년에 정립된 판례로 돌아갔다고 평가할 수 있었을 것이다. 그러나 대법원이 1975년에 정립된 판례가 유지되는 동안 원피고 배우자의 주소를 확정하는 데 주저함이 없었던 것과 달리, 제2조 신설 후에는 주소든 상거소든 명확히 언급하는 판례(예: 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결)와 “주소 내지 상거소가 대한민국에 있다고 할 수 있다”는 정도의 조심스러운 실시마저도 멀리하고 “생활의 근거”를 운위하는 데 그치는 판례(예: 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결)가 나뉜다. 왜 이런 태도를 보이는 것인가? 몇 가지 가능성을 차례로 생각하여 본다.

혹시 수정역추지설 하에서 완곡한 접근이 필요하다고 생각해서인가? 그렇게 볼 수 없다. 재산관계에서 제2조 신설 후 비주류적 판례의 한 흐름이 그렇듯이 제2조를 수정역추지설의 성문화로 오해했더라도, 주소를 명확히 확인하고 국제관할의 결정적 근거로 삼기를 주저할 필요가 없다. 실로 판례는

6) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결(“……피고도 대한민국에서 소송대리인을 선임하여 응소하였다. 이 사건에 관하여 상당한 기간 대한민국 법원에서 본안에 관한 실질적인 변론과 심리가 이루어졌다.”); 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019므15425 판결(“……원고와 피고는 제1심과 원심에서 이혼사유의 존부 등에 관하여 실질적으로 변론하였고……”).

7) “……피고는 제1심 변론기일, 조정기일 대부분과 원심 변론기일에 직접 출석하여 변론하였다. 피고는 이 사건 변론 과정에서 대한민국 법원에 국제재판관할이 없다는 주장을 명시적으로 한 적은 없고, 오히려 제1심에서 이혼 등의 반소를 제기하기도 하였다.”

수정역추지설 채택 후에도 1975년 판례를 의연히 유지했었다.

혹시 제2조 제1항을 개별사건별 종합판단을 요구하는 독립된 국제관할규칙으로 오해해서 그런 것인가? 그렇게 볼 수도 없다. “실질적 관련”이 결정적 기준이고 주소나 상거소는 결정적 의미는 없는 간접사실에 불과하다면, 그런 간접사실 확정의 심리적 부담은 오히려 줄어들어야 정상이기 때문이다.

혹시 주소와 상거소 중 어느 것을 2022년 개정 전 법률 하의 기준으로 삼을지를 주저하고 있는 것일까? 즉, 1975년에 정립된 판례를 포함한 종래 판례에서 주소를 연결점으로 쓰기도 하고 상거소를 중시하기도 하고, 또 2001년 이래의 사실심 판결에서 주소 대신 상거소를 연결점으로 쓰기도 하는 것을 두루 감안하고, 2022년 개정법률이 주소 대신 상거소를 연결점을 쓰는 것도 감안하여 그렇게 하는 것인가? 그럴 가능성이 비교적 높아 보인다.

한편, 서울가정법원 판례의 2001년 개정에 대한 반응은 대법원 판례의 혼란상과는 비교할 수 없을 정도로 법해석방법론과 국제관할법의 일반이론에 충실했다. 첫째, 기존의 피고주소지국관할, 예외적 원고주소지국관할을 유지하되 주소를 상거소로 대체했다. 둘째, 한국인이며 한국에 상거소를 둔 배우자가 한국에서 재판상 이혼을 청구하는 경우에는 이런 접촉만으로 한국법원의 국제관할을 인정하기에 충분하다는 국제관할규칙을 발달시켰다. 첫째의 점은 주소와 상거소의 개념상 유사성에 착안하여 국제관할과 준거법의 판단기준과 국제관할의 분야별 판단기준에 혼선을 피하기 위한 노력으로서 타당하다. 둘째의 국제관할규칙을 해석상 신설한 근거의 이론구성을 서울가정법원 스스로 시도하지는 않았다. 그러나 제66조 단서(2022년 개정 전에는 제39조 단서)에 따라 한국법이 준거법이 되는 경우에 준거법소속국관할이 인정되는 데 착안하여, 이 법률저촉규정과 똑같은 연결기준을 채용한 국제관할규칙을 해석상 발견한 것으로 선택할 수 있다.

사실심이 대법원 판례를 다분히 무시하고 자신의 해석론에 충실한 것은 충분히 정당화된다. 대법원 판례를 문면대로 읽으면 개별사안별 종합판단에만 의존하는 규칙허무주의적 태도로 해석론을 바꾸라는 것인데, 이것은 법해석의 직무를 미충족 상태로 방기하는 것이어서 부당하다. 그래서 사실심은 대법원 판례의 구체화시도를 하는 것이 바람직하다. 대법원이 스스로 새롭게 법리구성하지도, 새로운 국제관할규칙을 발견하지도 않으면서 주요 유의점을 혼계한 점을 무덤덤하게 바라본 것은 타당하다. 사실심이 웃어른의 훈화를 똑같이 흉내내면서 ‘국제재판관할 판단시에는 여러 가지 고려를 잘 하면서 실질적 관념에 유념할 일이다’라고 판시한다면 오히려 실망스러울 것이다. 그러나 사실심 법관이 대법관의 이유설시를 똑같이 흉내내는 것을 직무규범화하는 비정상적 양상이 지배하는 한국에서, 유독 국제이혼관할 분야에서만 사실심 법관이 정도를 고집하는 데에는 큰 정신적 부담이 따랐을 수 있다. 그래서인지 국제이혼관할 분야에서도 대법원의 규칙허무주의가 사실심에 스며들기 시작했다.⁸⁾

8) 제2조의 신설로 대법원 판례가 혼란상을 보인 결과 하급심에게도 혼란이 초래되었다는 지적이 있다. 석광현, 국제거래와 법 제

수정역추지설의 채용과 그 논리구조 단축 취지의 제2조 신설에도 불구하고 가사사건에서 국내토지 관할규정의 유추적용 시도가 저조했던 부분은 나름대로 이해할 만하다. 물론 가사소송법의 국내토지 관할규정도 장소적 관할규정이어서, 국제적인 장소적 관할법의 공백을 메우는 데 유추적용될 여지가 있다. 초기 판례는, 일관된 것은 아니었지만, 가사심판법의 토지관할규정의 이중기능을 인정하기도 했다(일본식으로 말하면 역추지설). 그러나 가사소송법의 토지관할규정이 독일식의 이중기능적 토지 관할규정 입법방식의 영향을 받아 입법되었을 가능성은 민사소송법의 경우보다 낮아 보인다. 국제·국내관할이 장소적 관할의 성격을 공유한다는 데 착안한 이중기능설이라는 입법기술은, 독일 민사소송법에서는 국제관할법의 입법을 일련의 이중기능적 토지관할규정들의 형태로 완비하는 데 이르렀다. 그러나 독일 가사소송법에서는 국제관할을 이중기능적 토지관할규정 형태로 규정하기 어렵다. 또, 가족관계, 특히 그 출발점이 되는 혼인관계에서는 국제적 판단일치가 특히 중요하여, 내국의 국제관할을 정할 때 내국판결의 국외승인가능성을 고려할 실익이 비교적 큰데, 이 부분도 이중기능적 토지관할규정에 담기 곤란하다. 그래서 독일도 가사사건의 국제재판관할법은 부분적으로만 국내토지관할법으로부터 유추하면서 다른 해석론적 원천에서 추가적인 국제관할규칙을 찾거나 별도의 국제재판관할규정을 두는 식으로 대응해 왔고, 결국 1개 입법(현재는 가사·비송사건절차법) 내에 국제재판관할규정과 국내토지관할규정을 따로 완비하는 것으로 태도를 정리했다. 독일이 재산법과 상속법 분야에서는 지금까지도, 100년이 넘게 이중기능설의 입법기술을 대원칙으로 고수하는 것과 대조된다. 그래서 한국에서도 가사사건에서 국내토지관할규정을 국제관할법 해석의 중요한 실마리로 삼으려면, ‘장소적 관할규정의 하나인 국내토지관할규정에서 유추하여 국제관할법의 공백을 보충한다’는 방법론적 정면돌파가 필요하다.⁹⁾ 법해석방법론을 분명히 하지 않으면서 한국법의 독일적 계보(系譜)를 강조하여 우회적으로, 분위기의 힘으로 역추지설이나 수정역추지설 쪽으로 몰고 가는 식은, 재산 및 상속사건에서도 문제이지만, 가사사건에서는 더 명백히 한계를 노출한다. 결국 한국에서 이중기능설을 국제관할법의 독일법계적 일반이론으로 승격시켜 바라보고 동경(憧憬)하는 데에서 원동력을 얻는 방법론적 불철저가 있었던 점은 역추지설이든, 민사소송법학계의 이중기능설적 색채이든, 수정역추지설이든 마찬가지이다.

2001년 개정의 기초자가 제2조를 두어 일본의 수정역추지설을 극복한다는 입법의사를 강조한 것이 법원의 오해를 산 것 같기도 하다. 미국의 대외관계법 제3차 리스테이트먼트(1987) 제421조는 2001년 개정시에도 참고되었으리라고 생각되는데, 제421조는 미국의 국제·주제관할법의 큰 틀과

23호(2018. 11.), 74면; 한국해법학회지 제40권 제2호(2018. 11.), 15면. 대법원이 보여준 혼란상이 하급심을 난처하게 만든 일에 대한 완곡한 지적으로 생각된다.

9) 가족법 분야에서도 우선 혼인관계에 관하여 가사소송법의 국내토지관할규정을 국제재판관할법의 해석기준으로 삼으려는 시도가 많다. 대표적으로 석광현, 국제민사소송법(박영사, 2012.), 140면 이하. 이것은 국내토지관할규정의 입법연혁이나 계보에 이중기능적 관할규정이라는 요소가 없더라도 개의치 않고 국제재판관할법의 흠결 보충에 끌어오려 하는 점에서 주목할 만하다. 그러나 이 연구자는 필자가 국제사법 제2조 제1항을 ‘원칙 형태의 국제관할규칙’으로 본다. 석광현, 국제거래와 법 제23호(2018.10.), 76면(국내토지관할규정은 제1항에 의한 국제관할 유무 판단의 “참조근거”임).

흐름을 추상화시켜 표현한 것에 불과한데도, 이 법재록 조문이 미국의 국제·주제관할법 그 자체인 것으로 오해한 것일 지도 모른다. 즉, 미국의 일부 주들이 불법행위 준거법을 정하는 기준으로 불법행위지법규칙을 버리고 이익분석론(interest analysis)으로 태도를 바꾸어, 불확실성을 감내하면서 여러 가지 고려요소들을 형량하여 개별 사안별로 준거법을 정하고 있는데, 그것과 마찬가지로 여긴 것일지도 모른다. 제2조 제2항이 유추적용이나 준용이라는 표현 대신 “참작”이라는 너무나 완곡한 표현을 쓴 것이 오해를 불러온 것일 가능성도 없지 않다. ‘국내토지관할규정 가운데 국제재판관할에 적합한 부분을 준용’하도록 규정하거나, ‘그 준용가능성이 우선적으로 탐구되어야 한다’는 정도로 규정했다라면 좋았겠다는 아쉬움이 남는다. 다만 판결문에서 “참작”이라는 표현에 각별히 주목한 예는 거의 없음을 볼 때 필자의 기우(杞憂)에 불과할지도 모른다.

대법원은 개별사안별 종합판단방식을 미국과 어깨를 나란히 하는 최첨단의 선진 판례로 여기는 듯 했는데, 일본에서 국제관할규정체계 신설작업이 시작되는 것을 보고 조금씩 흔들리기 시작한 것 같다. 급기야 2011년에 국제관할규정체계가 따로 명문화되자, 대법원도 일본처럼 국제재판관할법을 따로 성문화하는 것이 바람직하다는 쪽으로 입장을 선회하게 되었다.

나. 약간의 국제관할규정

요컨대 국제재판관할을 다루고자 의식적으로 둔 명문규정은 조금 밖에 없었다. 그래서 광범위한 영역을 해석에 맡겨 불확실한 상태로 내버려두는 불안한 상태가 오래 지속되었다.

의용 법례에는 외국인에 대한 실종선고와 외국인에 대한 한정치산·금치산에 대한 국제관할규정이 있었다. 1962년 섭외사법도 이를 보존했고, 2001년 개정시에도 손대지 않았다. 이 규정들의 규정 내용은 2022년 개정시에도 보존되었다.

2001년 개정시에 소비자계약과 근로계약에 관한 국제재판관할규정이 양면적 규정 형태로 신설되었다. 국내토지관할규정의 유추적용으로는 얻어질 수 없는 특칙이라는 점이 신설근거였다. 그런데 입법 당시 크게 의식되지는 않았던 듯하지만, 양면적 국제관할규정으로 입법된 점이 눈길을 끈다. 아쉽게도 2022년 개정시에는 편면적 국제관할규정 형태로 바꾸고자 했는데, 국제적 합의관할은 양면적 국제관할규정 형태로 입법하기로 한 것이 소비자계약과 근로계약의 특칙에도 영향을 주었다.

2. 개정작업의 경과

가. 기초연구와 개정안 기초(起草)작업

국제사법학회 내에서는 일본의 2011년 민사소송법도 나온 상황에서 국제재판관할규정체계의 성문화를 미룰 필요가 없다는 데 의견을 모으고, 한편으로는 법무부에 국제사법 개정을 건의하면서, 다른 한편으로는 개정방향의 윤곽을 잡기 위한 기초연구를 했다. 학회 내에 국제사법 개정 연구반을 구성하여 2012년 4월부터 2013년 5월까지 10회의 연구회를 가졌다.¹⁰⁾ 법무부도 개정작업에 열의를

보여, ‘국제사법 개정 방안 연구’의 연구용역(연구기간: 2012년 8월-11월)을 의뢰했다. 이 연구보고서는 추후 수정을 거쳐 법무부에 의하여 발간되었다.

법무부는 국제사법 개정위원회(회장: 손경한)를 설치하여 개정안의 작성을 맡겼다. 1년(2014년 6월-2015년 6월)의 활동기간을 예정하고, 필요에 따라 6개월 연장할 수 있게 했다. 재산법 분야와 이미 국제재판관할규정이 일부 존재하는 부재, 실종선고, 성년무능력선고, 후견에 한정하여 개정안을 만들기로 하고, 친족, 상속 분야로 확대할지는 추후 검토할 수 있는 것으로 하였다. 그래서 개정위원회도 재산법 분야에 맞게 구성되었다. 그런데 일본의 자연인, 친족, 상속 분야의 개정안 작성작업이 2015년 말 경에 실질적으로 마무리된다는 소식이 전해지면서, 이번 기회에 친족, 상속 분야까지 다루는 개정안을 만들게 되었다. 준비되지 않은 개정은 무리라는 소수의견이 있었으나 무시되었다.

친족, 상속 분야와 비송관할에 관한 개정방향의 윤곽을 잡고 실행가능성을 가늠하기 위하여 2015년 초에 법무부 주최로 공개 학술대회를 열었다. 법무부 국제법무과와 개정위원회는 여기에서 만족스러운 성과를 얻었다고 판단하고, 친족, 상속, 비송관할을 작업범위에 포함시키기로 결정하고, 개정위원회의 종료일도 2015년 12월 31일로 연장했다.

개정위원회는 2015년 상반기까지 개정안의 1차 초안이 나오리라고 예상하고, 2015년 가을에 비공개로 한일공동세미나와 한중공동세미나를 열어 일본과 중국 학자들의 코멘트를 듣기로 계획을 세웠다. 한중공동세미나가 2015년 9월 22일에, 한일공동세미나가 2015년 10월 31일에 열렸다. 그러나 미완결 논의점이 누적된 상태여서 기대한 만큼의 성과를 거두지 못했다. 개정위원 전원이 전 일정에 참여한 것도 아니어서 공동세미나에서의 논의성과를 개정위원회에 보고, 원용하는 작업이 필요했는데, 개정위원회의 마무리작업으로도 과중하여, 이 작업이 체계적으로 이루어질 여력이 없었다.

결국 개정위원회는 조문안에 들어갈 내용을 완결짓지 못한 채 활동기간을 마감했다.

법무부 산하에 ‘국제사법 개정을 위한 전문가위원회’(2017년 1월~10월)(회장: 정병석 당시 국제사법학회 회장)를 두어, 개정위원회에서 논의된 개정방향의 틀에 맞게 조문안을 다듬게 되었다. 개정위원회에서 결정한 사항은 유지했으나, 개정위원회에서 개정위원회 내에서 의견이 나뉘는 점까지만 확인하고 결론을 내리지 않았거나 개정위원회에서 논의하지 않은 논점에 대해서는 전문가위원회에서 논의하여 조문안을 보충, 수정했다. 전문가위원회는 2017년 10월에 개정조문안을 완성하여 법무부에 제출하는 것으로 작업을 마무리했다.

나. 법제처에서의 용어 개조 관련 혼란

그 후에는 조문안이 법무부의 손에 넘겨져 형식적 문구의 통일, ‘쉬운 말 쓰기’의 윤문작업 등이 행해졌다. 법무부는 법제처의 의견도 받았는데, 이 단계에서 의외의 난항에 부딪혔다. 신임 김외숙 법제처장은 “상거소”를 ‘국민이 이해하기 어려운 고답적 용어’로 지목하면서, “상시거소”로 바꾸지 않

10) 그보다 앞서 동아(東亞)국제민사소송법연구회(회장: 노태약)가 활동했다. 다만 본격적인 개정준비작업의 일환은 아니었다.

으면 법제처를 통과할 수 없다는 강경한 입장을 보였다. 국제재판관할 각칙을 장별로 두기 위하여 조문번호를 전체적으로 새로 매긴 탓에 전면개정의 형식을 취하게 되었는데, 이로 인하여 국제사법에 별 관심을 가지지 않았던 법률가가 보기에는 마치 “상거소”의 용어가 처음 낯설게 도입되는 인상을 준 것 같기도 하다. 2001년에 국제사법에 이 용어를 규정한 후 실무, 국제협약과 실무매뉴얼의 번역, 타 법령의 입법 등에서 아무 문제 없이 사용해 온 점과, “상거소”가 한자문화권 즉 동아시아 국가들의 국제공용어(*lingua franca*)라는 점(이것이 2001년에 “상거소”의 용어가 채택된 이유 중 하나이기도 하다)에도 불구하고, 법제처의 위신을 살리면서 협조를 받으려면 뭔가 절충하는 모양새를 취하지 않을 수 없었다. 결국 원안의 “상거소”를 유지하기는 어려워졌고, 법제처장과 절충하기 위하여 “일상거소”로 바꾸게 되었다. 아울러, 개정위원들이 “상거소”가 국제적으로 확립된 *lingua franca*의 직역어로서 한자문화권 공용어라는 점을 강조한 때문인지, 괄호 안에 영어를 병기하여 “일상거소(*habitual residence*)”로 표기하게 되었다.

법제처에서 벌어진 파동으로, 상거소라는 동아시아 *lingua franca*의 통일성이 조문상 깨어졌다. 대한민국은 동아시아에서 가장 국제적 정합성을 중시하는(싱가포르는 영미법계에 치우치면서 국제적 정합성을 추구하므로 논외로 한다) 국가이기를 표방하면서도 그렇게 하고 말았다. 게다가 용어의 의미전달기능이 방해받게 되었다. 한국어로 “일상거소”라 하면 ‘일상을 보내는 거소’라는 가벼운 느낌을 준다. 한국어로 “일상”이라는 말은 소소한 일상을 가리키는 어감이 강하기 때문이다. 그러나 상거소는 그런 가벼운 의미가 아니다. 만약 한국어로 일상거소의 용어가 적절하다면 독일어 용어는 “alltägliche Aufenthalt”가 되었어야 할텐데, 독일어로 그런 표현은 쓰이지 않는다. 오히려 “gewöhnliche Aufenthalt”라는 무게감 있는 용어를 쓴다. 그런데 영어권에서 말하는 “통상적 거소(*ordinary residence*)”보다는 엄격한 개념이라고 한다. 즉, “*ordinary residence*”보다 한결 강한 인적 결부가 있어야 상거소로 파악된다. “항구적 거소”(permanent residence) 만큼은 아니더라도, ‘보통다분히 항상적(恒常的)인 거소여야 한다. 프랑스어로 “habituel”은 공권력이 개입하여 주소취득 허가를 받는 문제가 아니라는 의미와 함께, 삶의 통상(通常)적 중심지라는 의미가 있다. 단순히 일상 생활을 여기에서 보낸다는 의미가 아니다. 한자어에 비견될 만한 어려운 말을 써서 명확한 뜻을 부여하고 이런 의미로만 쓰기로 용어의 의미를 경직화시키는 것이 프랑스어의 장점이므로, 불어의 “résidence habituelle”을 기준으로 국제적 *lingua franca*를 만들었다. 불어의 이 표현을 살리기 위하여, 영어로도 “habitual residence”라고 직역하여 그대로 쓴다. 영어권 법률가들에게 어감이 잘 전달되지 않는 부분도 감수한다. 그런데 한국은 편한 용어를 좋아한 나머지, 무거운 개념을 가벼운 용어로 표현하려 하는 무리수를 두게 되었다.

그런데 불행 중 다행은 “일상거소(*habitual residence*)”로의 용어교체가 ‘국제사법’ 조문에 국한된 점이다. 이 법에 대한 특별법령에서는 “상거소”의 용어를 그대로 쓴다.¹¹⁾ 이것이 정확한 용어이

11) 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률 시행규칙 제2조 제1항 제4호(“아동의 상거소”), 제5조 제1항 제4호(같은), 별지

고 오래 동안 써 온 친숙한 용어이며, 한자문화권의 국제공용어이기 때문일 것이다. 소장, 준비서면, 판결문, 실무지침서, 예규 등에서도 종전과 마찬가지로 “상거소”라고 하면 된다고 생각된다. 타 법령, 신청서 양식, 일반 국민용 매뉴얼, 가족관계등록예규 등을 바꿀 일도 아니라고 생각된다.¹²⁾ 더구나, 쉬운 말 쓰기 운동의 시련 속에서 일반법인 ‘국제사법’에서 “상거소”의 용어를 바꾸었어도, 굳이 여기에 구매받을 필요가 없다. 법률조문에서 부모를 ‘아버지와 어머니’로 바꾸었다 하여 곧바로 “부모”의 법률용어가 되출, 매장되지 않는다. 국제사법 제22조가 “반정(反定)”의 용어를 쓰지 않고 풀어 쓰도록 바뀌었어도 소장, 준비서면, 판결문, 가족관계등록예규, 학술문헌, 일반 국민용 매뉴얼 등에서 요지부동으로 이 용어를 계속 쓰는 것이 타당하다. “상거소”도 마찬가지이다. 법률조문이 마치 한영 법률용어 대조표(또는 백과사전 표제어)처럼 “일상거소(habitual residence)”라고 했더라도 구매받을 필요가 없다. 법률의 실수요자인 국민은 오히려 전문화된 짧은 용어로 “상거소”라고 해야 더 이해하기 쉬운 것이 아닐까? 그런데 generalist로서의 엘리트 법률가들이 불편하고 낯선 개혁을 구상하느라 일반 국민과 현장의 실무가들이 고생하는 것은 아닐까? 누구를 위하여 끝없이 쉬운 말을 찾는가? 용어의 잦은 변경과 불필요한 영어 병기로 혼란을 빚은 일을 반성하고, 원래대로 되돌릴 일이다.

다. 개정안의 입법예고, 공청회, 국회 심의, 공포

개정안은 법제처에서의 우여곡절 끝에 2018. 1. 19.에야 입법예고되었고, 2018. 2. 27.에 공청회가 열렸다. 개정안은 2018년 11월에 확정되어 국회에 제출되었으나, 2020년에 임기 종료로 자동 폐기되었다. 법무부는 똑같은 조문안을 2020년에 제22대 국회에 다시 제출했다. 결국 2021년 말 국회에서 약간의 수정을 거쳐 통과되었다. 제22조에서 “반정(反定)”의 용어를 없애어 국민을 위하는 듯한 생색을 내었고, 약간의 조문에서 불필요한 수정이 있었다. 2022. 1. 4. 공포되어 2022. 7. 5. 0시에 발표했다.

제1호 서식 '아동반환 지원 신청서'("상거소지"), 별지 제2호 서식 '면접교섭권 행사 지원 신청서'("상거소지"); 전자문서 및 전자거래 기본법(약칭: 전자문서법) 제6조 제3항(상거소를 전자문서의 송신/수신지로 간주); 법무부 발간 '헤이그 아동탈취협약 활용 체크리스트: 국제아동탈취, 이렇게 대처하세요'; 이병화 저 법무부 발간 '국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약 연구'(2009); 석광현, 이병화 공저 법무부 발간 '헤이그국제아동탈취협약상 법률지원시스템 구축에 관한 연구'(2016). 그 외에 수많은 가족관계등록예규, 가족관계등록선례에서도 “상거소”의 용어를 사용한다.

12) 2022년 개정 국제사법 제22조에서 굳이 “반정(反定)”이라는 말을 지우고 “외국법에 따른 대한민국법의 적용”이라고 장황하게 풀어 썼다. 그러나 소장, 준비서면, 판결문, 판례평석, 논문, 연구서, 실무지침서, 연구보고서 등에서 “반정(反定)”이라는 표현을 쓰는 것이 당연하고 또 바람직하다. 만약 소장, 준비서면, 판결문 등에서 “반정(反定)”의 용어를 금기시하고 일일이 “외국법에 따른 대한민국법의 적용”이라고 쓴다면 이를 읽는 법관, 소송당사자 등의 불편감은 폭발 직전에 이를 것이다. 민법 조문에서 “아버지 또는 어머니”라고 쉬운 말을 쓰더라도(법을 전공하지 않은 일반 국민이 “부모 중 일방”이라는 말이 어려울까봐 걱정하여 “아버지 또는 어머니”라는 용어를 고집한다. 민법 제908조의4. 민법 제180조 제1항도 마찬가지) 각종 서면에서 “부모 중 일방”이라는 표현을 쓰는 데 아무 지장이 없는 것과 마찬가지이다.

Ⅲ. 개정법률의 전체적 특징

1. 규정의 위치와 편면적 규정형식

2022년에 신설된 국제재판관할규정들은 규정의 위치와 규정형식 면에서 다음의 특징을 가진다. 첫째, 일국법으로 입법되었다. 둘째, 주로 편면적 규정형식을 따르고 일부 규정만 양면적 규정형식을 따른다. 셋째, 국제관할규정체계와 국내관할규정체계가 따로 별개의 규정체계를 이룬다. 넷째, 국제관할규정체계는 국제사법에 두고 국내관할규정체계는 민사소송법과 가사소송법에 둔다.

가. 국제·국내관할규칙의 분리

일국법으로 법정지국의 국제관할만 편면적으로 규정하는 경우에는 국제·국내관할을 단일 법문 내에 규정하는 이중기능적 관할규정방식을 따라 입법하는 방법이 유력하다. 그것이 유럽대륙의 전통적 입법방식이다. 이런 입법방식을 다소 어색하게 느끼는 나라에서는 ‘국제관할은 국내토지관할법에 의한다’는 포괄적 준용규정을 두기도 한다(튀르키예). 또, 국제·주제관할의 기준이 같은 경우에는 내국에 그리고 내국의 어느 주에 관할이 있다고 규정하고 국제관할과 주제관할의 기준을 달리할 때에는 이 점을 명시하여, 이중기능성 유무를 개별 규정에서 일일이 명시하는 입법례도 있다(스위스).

이중기능적 토지관할규정을 두는 데에는 실제적 장점도 있다. 조문의 숫자를 줄여 조감가능성을 높이고, 입법기술상 간편하다. 게다가 하나의 이중기능적 관할규정을 놓고 발달된 해석론이 그 규정에 담긴 국제·국내토지관할규칙 양쪽에 공통되는 일이 자연스럽게 일어난다. 그래서 국제·국내관할법이 공동보조로 혼선없이 발달할 수 있다.

그러나 2022년 신설 국제관할규정들은 이중기능적 관할규정의 입법방식을 따르지 않았다. 개정위원회의 다수의견은 이 입법방식을 배격했다. 이중기능설은 개정위원회 내에서 금기어에 가까웠다. 왜 이렇게 되었는가?

국내관할규정에는 장소적 관할의 정도에서 벗어난 것들이 산재하여 있다. 그럼에도 불구하고 민사소송법학계나 사법부(司法院)에서 그 개정필요성을 지적하는 견해는 찾아보기 어렵다. 형사소송법의 국내토지관할규정체계에는 군더더기가 없지만 해석작업이 관심을 끌지 못하는 문제가 있다. 민사소송에서 원고가 자신에게 일방적으로 유리하고 피고에게 일방적으로 불편한 1심법원을 골라 제소하여 원고가 사는 고장의 지역적 소속감이 지배하는 분위기의 혜택을 누리며 항토법관의 재판을 받고자 하는 경우에도, 이런 점을 지적하여 편의이송을 신청하기는 어려운 것이 실정이다. 편의이송으로 민사소송을 이송한다든지, 형사적 명예훼손·모욕소송에서 범죄지관할이 결과발생지관할을 포함하는 지에 대하여 진지하게 문제제기하는 일은 찾아보기 어렵다. 이처럼 국내관할법의 일부 문제점들이 속수무책으로 방치되고 있는 상황에서, 국제관할법만이라도 그런 문제점들을 피하여 건설적으로 발달시키기 위하여 이중기능적 관할규정의 입법방식을 피하게 되었다. 요컨대 이중기능적 관할규정방

식은 국내관할 문제의 중요성에 둔감하고 현행법의 평가, 개선의 의지가 박약한 한국의 실정을 고려할 때, 한국의 토양에는 전혀 맞지 않는 것으로 생각된다.

나. 편면적 규정방식과 외국법원에 대한 준용규정

외국의 국제재판관할을 평가하는 기준, 즉 간접관할법을 일국법으로 명문화하는 것은 어색한 일이 아니다. 이렇게 하는 데에도 몇 가지 입법방식이 있다. 첫째, 직접관할법만 체계적으로 성문화하고 간접관할은 경상원칙(鏡像原則, Spiegelbildprinzip, mirror image rule)에 기대어 직접관할법에 따라 판단한다고 입법할 수도 있다(예: 한국 민사소송법 제217조 제1항 제1호). 둘째, 직간접관할법을 따로 정하면서 점진적으로 접근시킬 수도 있으며(예: 영국). 셋째, 아예 직간접관할법을 통일적으로 입법할 수도 있다(예: 2001년 개정 국제사법 제27조 제4항-제6항, 제28조 제3항-제5항).

국제관할규정체계 자체에서는 직접관할만 정하면서 간접관할법은 경상원칙에 기대어 직접관할법을 포괄적으로 준용하는 방식에도 장점이 있다. 무엇보다 직간접관할법을 언제 어떻게 차별화할지라는 까다로운 문제를 해석에 미루면서, 우선 직접관할법의 체계적 성문화를 달성할 수 있다. 직간접관할법의 차별 여하를 일일이 입법으로 명시하려다가 직접관할법의 포괄적 성문화마저 미루게 되면, 국제관할법의 투명성 제고는 요원해질텐데, 이런 난처한 교착상태를 피할 수 있다. 특히 국제관할법의 성문화의 초창기에 우선 직접관할법에 초점을 두고 최대한의 성문화를 추구하는 방법이 될 수 있다. 19세기의 신생국 독일이 직접관할법만을 성문화하고 간접관할은 경상원칙에 따라 판단하도록 한 것도 그 예이다.

직간접관할법을 따로 입법하면서 점진적으로 접근시키는 영국식에도 장점이 있다. 국제관할을 충분히 넓히는 데, 즉 국제관할이 너무 좁아 원고에게 가혹한 일을 피하는 데에 특히 장점이 있다. 즉, 국제관할이 지나치게 좁아 긴급관할에 기대어야 하는 상황을 최소화할 수 있다. 먼저, 직접관할법은 다양한 내국접촉(잠정적 연결점)을 정하되 내국이 편의법정지(forum conveniens) 즉 “자연적 법정”(natural forum)일 것을 요구한다. 그래서 직접관할이 충분히 넓으면서도 과도하게 넓어지지 않게 한다. 게다가 영국이 자연적 법정인지를 국외송달허가 단계에서 가려내어, 국제관할 유무와 행사 여부에 대한 다툼을 조기에 최소화한다. 물론 영국이 편의법정지인지는 나중에 불편의법정지 항변에 따라 다시 검토하게 되기는 하지만, 불편의법정지 항변에만 일임하여 미루지 않는다. 이렇게 영국 나름대로 노력한다. 다음으로, 간접관할법도 과도하게 좁혀지지 않게 한다. 이 부분에서는 기득권이론(vested rights theory)에 기대다. 그래서 외국판결의 승인 내지 집행의 단계에서는 국제관할(간접관할)이 반드시 결정적인 요소는 아니도록 발달될 여지가 이론상으로는 열려 있다. 아직은 외국법에 의한 판결 외의 공적 행위나 사적 행위의 승인과 달리, 외국판결의 승인은 여전히 간접관할을 요건으로 하면서, 포괄적인 간접관할사유를 다양하게 규정하여 투명성을 높여 주는 단계에 머물고 있다. 그러나 간접관할의 심사를 배제하는 단계로 넘어가기도 한다. 브뤼셀 제1규정 1, 2차본과 2007년 루

가노협약을 적용받는 동안에는 유럽연합과 유럽자유무역협정 회원국의 간접관할의 심사가 배제되었다. 결국, 원고의 사법접근(司法接近)이 국제관할법 때문에 방해받지 않도록 하는 부수적 기능도 한다. 원고가 이미 내국에 제소했거나 외국에 제소하여 그 외국에서 이미 판결이 나온 상황에서 돌이켜 보면, 원고가 제소한 곳은 적어도 원고에게는 편리한 곳이기 때문이다.

가장 완성도가 높은 입법형태는 직간접관할법을 가급적 통일적으로 정하는 것이다. 내외국 평등의 원칙과 이를 전제로 하는 국제적 관할배분설에 가장 잘 들어맞는다. 물론 현실적 한계가 있을 수 있다. 한편으로는 직접관할만 확대시키거나 간접관할만 확대시킬 필요가 있을 수 있다. 다른 한편으로는 우선 직간접관할법 중 어느 한 쪽을 먼저 발달시키면서 다른 쪽에도 확대시킬지는 시간을 두고 지켜보는 것이 좋을 수도 있다. 그래서 내국관할이나 외국관할만 국제관할규정체계에서 양면적 국제재판관할규정을 두는 것을 원칙으로 하면서, 직간접관할을 확정적으로나 잠정적으로 차별화하는 경우에는 이 점을 명시하면서 유추적용에 의하여 직간접관할법이 접근할 가능할 여지를 열어 놓는 것이 현실적으로 적당할 수 있다.

한국 국제관할법은 독일법을 계수한 일본 민사소송법을 이식받아 보존함으로써, 직접관할법만 먼저 성문화하면서 간접관할법은 경상원칙에 따른 준용규정으로 변통하는 방식(첫 번째 방식)을 따르도록 되어 있었다. 한국 민사소송법의 토지관할규정을 명실상부한 이중기능적 규정으로 해석한 초기 판례도 한국법의 태도를 그렇게 파악했다. 또, 의용 법례와 이를 유지한 1962년 섭외사법(2001년에 국제사법으로 개칭)에서부터 이미 직접관할만을 정하는 명시적 국제관할규정이 있었다. 1개 조문에 불과하고 2001년에 무관심 속에서 삭제되어 버리기는 했지만, 간접관할만을 정하는 명시적 국제관할규정도 있었다.

그러나 1970년대말부터 국제재판관할법에는 포괄적 입법흡결이 있고 국내토지관할규정을 유추적용하거나 참고하여 국제관할법의 흡결을 보충할 수 있을 뿐이라는 입장으로 전환했다. 게다가 2001년에 국제사법 제2조가 신설되자마자, 국내토지관할규정의 선별적 유추적용의 시도를 대폭 방기하고 그 참고가치마저도 대폭 낮추어 보는 것을 주류적 태도로 삼았다. 놀랍게도 대법원은 아무런 법이론적, 법해석방법론적 정당화 시도 없이, 개정조문이 적용되기 전의 사안에서부터 눈치빠르게 이런 태도로 전환하기를 서두르는 신중치 못한 태도를 보였다.

한편, 2001년에는 일국법에 양면적 국제관할규정을 두는 과감한 접근을 본격화했다. 이 때 신설한 개별 국제재판관할규정(제27조 제4항-제6항, 제28조 제3항-제5항)에서 그렇게 했다. 1962년 섭외사법에 들어 있었던 1개의 외국판결 승인규정을 굳이 삭제한 것도, 내외국 평등원칙과 장소적 정의에 충실하게 국제적으로 관할을 배분하는 방식에 충실하고자 한 취지로 선택할 여지가 있다. 즉, 언젠가 어차피 양면적 국제관할규정체계를 완비해야 할 것이므로 이에 방해되는 편면적 국제관할규정들은 직접관할만을 정한 것이든 간접관할만을 정한 것이든 가급적 정리하는 취지였을 수 있다.

2022년 개정에서는 일국법에 양면적 국제관할규정을 두는 태도를 오히려 위축시켜 일부 규정에서

만 채택했다(제8조, 제42조 제3항, 제43조 제3항, 제60조 제2항, 제76조 제2항). 21년간 사용해 온 소비자·근로계약에 관한 양면적 국제관할규정도 대체로 편면적 국제관할규정 형태로 후퇴시켰다(제43조 제1항~제2항, 제44조 제1항~제2항). 그러면서도 경상원칙에 따라 직간접관할법을 원칙적으로 일치시키는 명문의 준용규정을 합의관할의 한계(제7조 제3항 제1호), 국제적 이중소송(제11조 제1항 두문 본문, 제3항) 등을 규정하는 부분에까지 확대시켰다. 주로 편면적 규정형태를 따르고 기존 규정까지 그렇게 바꾼 것은 일본을 모방한 것이다. 경상원칙에 따르는 준용규정을 확대한 것은 기존의 통설, 판례를 따른 것이다.

2022년 개정법률이 거의 전면적으로 편면적 규정형태를 채택한 것은 일본의 재산법 분야 국제관할규정체계 신설(2011년 개정 민사소송법 제3조의2 이하)을 본받은 것이다. 일본 판례는 수정역추지설 하에서 특별사정 유무판단의 비대화라는 형태로 국제관할 판단의 불확실성 증대라는 문제점을 노출했다. 그래서 이렇게 아무리 내용상 비슷한 점이 많더라도 국제·국내관할법을 완전히 분리하여 별도의 규정체계를 두는 결단을 내렸다. 이런 일본의 결단은 한국에 신선하면서도 안전한 충격을 주었다. 몇 가지 점에서 그랬다.

첫째, 법원과 민사소송법학계에서는 혁신을 꺼리면서도 일본법의 개정동향에 주목하는 경향이 있다. 특히 권위적 법적용당국인 법원은 세부적인 규율에도 면밀히 신경쓰지 않을 수 없는데, 한국법이 일본법의 이식에서 출발하여 법체계가 유사하므로, 일본법을 본받아 입법할 경우에는 세부 사항까지 한국의 법·실무에 어긋나지 않게 꼼꼼히 다듬어진 입법을 하게 된다는 장점이 있다.

둘째, 일본의 입법작업의 선례는 실행가능성 조사연구(feasibility study)의 역할을 한다. 일본이 입법작업을 아직 개시하지 않은 경우에는 한국의 입법작업을 과도하게 위축시킬 위험이 있다. 그러나 일본이 이미 입법을 완료한 경우에는, 한국이 입법작업을 마냥 미룰 필요가 없음을 시사하게 된다. 일본은 워낙 신중히 입법하는 경향이 있으므로, 일본이 실제로 입법을 완료하기까지 했다면, 실행가능성 조사연구는 거의 완벽하게 이루어진 셈이기 때문이다.

셋째, 일본의 2011년 개혁 전까지 일본과 한국의 판례가 불확실성의 대규모 증폭이라는 문제점을 공통적으로 보이면서 학계의 큰 비판을 받아 왔으므로, 일본이 내놓은 입법적 개혁방안이 한국에도 큰 호소력을 가질 수 있었다. 일본이 수정역추지설을 버리고 일국법으로 국제관할법을 국내토지관할법과 분리, 병치하기로 했다는 점이 큰 자극제가 되었을 것이다.

넷째, 일본의 2011년 개정은 일국법으로 국제·국내관할법을 따로 완비하면서도, 내용적으로는 혁신성을 최소화했다. 신설된 국제관할법은 국내토지관할법과 내용이 일치하거나 유사한 부분이 많다. 편면적 규정방식을 채택하여 간접관할법의 차별화 여지를 크게 열어 놓았다. 기존의 수정역추지설 내의 특별사정론을 예외적인 국제관할 부정 내지 불행사의 근거조문으로 다듬어 입법화했다(민사소송법 제3조의9). 이렇게 내용적 혁신성을 최소화한 입법선례는 두 가지 점에서 자극제가 되었다. 한편으로는, 한국도 내용적 혁신성을 최소화하면서 국제관할규정체계를 따로 둘 수 있음을 보여주었

다. 한국이 국제주의적인 혁신을 추가하여 일본법과 차별화할 가능성도 보여주었다.

2. 대륙법적 요소의 부분적 억제와 영미법적 요소의 부분적 채택

가. 포괄적, 함축적 개념으로 골자만을 입법하는 대륙법계식 최소입법

프로이센 일반란트법이 완벽하게 자세한 법전을 추구했다. 흠결보충도 중앙에서 능률적으로 하여, 지속적인 추완입법에 가까웠다. 그러나 이런 입법방식은 실행불가능함이 곧 밝혀졌다. 그 이후로는 요점을 간추리는 데 머무르고 해석론의 몫을 열어놓기를 주저하지 않는 최소입법이 대륙법계를 특징 지우게 되었다. 2022년 개정으로 신설된 국제관할법 조문들도 마찬가지로 방식으로 입법되었다.

나. 관할배분설의 틀 내에서 영미법에서 발달된 활동지 특별관할도 채용

영미법계의 국제재판관할법은 국제적 관할배분의 고려에 의하여 주도된 것이 아니다. 오히려 국경을 넘는 교류에 직면해서도 영토주의에 스스로를 얽매었다. 한편으로는 역내적 재판관할을 무조건 당연시했다. 다른 한편으로는 영토주의의 엄격성을 완화하여 역외적 재판관할을 인정했다. 후자는 역내적 재판관할에 치우쳤던 기존 국제재판관할법이 남긴 규율공백을 메우는 성격이 짙었다. 물론 역외적 재판관할을 인정하려면 국제재판관할을 정당화할 수 있는 내국접촉은 필요했다.

미국의 예를 보면, 국제·주제재판관할의 확대는 초기에는 피고의 역내활동을 위하여 국제재판관할에 대한 동의를 요구하거나 피고가 역내활동을 하면 국제재판관할에 대하여 동의한 것으로 의제하는 접근이 주종을 이루었다. 그러다가 일정한 내국접촉을 근거로 역외적 재판관할을 정면으로 인정하는 비중이 높아졌다. 활동지관할도 여기에 속한다.

영미법계는 영토주의에 속박되느라 국제·주제재판관할법이 너무 좁은 문제점을 해결하는 데 치중하여 왔지만, 국제교류가 심화되면서 차차 관할배분설적 관점에서 국제재판관할을 바라보게 되었다. 그런데 미국에서는 법정지주가 국제·주제재판관할을 자발적으로 합리적으로 한계지우는 일은 크게 두드러지지 않았다. 오히려 주이기주의(州利己主義)가 팽배한 가운데, 연방헌법의 적법절차조항(Due Process Clause)의 해석론으로 국제·주제재판관할법에 헌법적으로 허용되는 외연을 정하는데 의존하고 있다.¹³⁾ 특히 활동지관할의 폭주에 제동을 거는 판례가 로버츠 대법원장 취임 후 눈에 띄게 발달하고 있다.

이렇게 다듬어진 활동지 특별관할에 “계속적이고 조직적”인 활동에 의한 접촉이어야 한다는 요건을 덧붙여 제4조 제2항으로 도입했다. “계속적이고 조직적”이라는 기준은 미국에서 활동지 일반관할의 헌법적 허용한계를 정하는 “계속적이고 체계적”(continuous and systematic)인 접촉 기준을 연상시킨다. 이것은 우연이 아니다. 사무소·영업소 소재지국 특별관할에 비하여 균형이 맞게끔 이 제

13) 연방의회 입법으로 국제·주제관할을 제한하는 일도 큰 어려움을 겪고 있다. 특히 주제관할을 제한하는 입법은 불가능에 가깝다. 연방의회 제정법이나 연방정부가 교섭한 국제사법 통일조약으로 국제관할만 다루기도 쉽지 않다. 2000년대부터는 “협동적 연방주의”(cooperative federalism)라를 내세우면서 연방권력의 개입에 대한 저항이 더욱 강해졌다.

한을 추가한 것으로 이해된다.

다. 국제재판관할의 행사의무에 대한 예외: 불편의법정지 법리

국가법원의 재판권은 망라적이고 일국 영토 내에서 독점적인 것이다. 게다가 근대적 영토국가의 국가법은 세상에 마치 일국만이 존재하는 것처럼 전제하면서 규율하는 일국주의(一國主義) 즉 개국주의(個國主義)(particularisme: 개별국가주의로도 번역 가능)의 색채를 가진다. 그래서 개인은 국가에 대하여 사법(司法)적 보호청구권, 즉 국가법원에서 재판받을 권리(헌법 제27조)가 있고, 국가법원은 재판권과 국제재판관할이 있는 한 재판을 할 의무를 진다.

그런데 현실을 보면 외국도 존재하고 외국법원에서 재판받을 수도 있다. 그래서 한국에 국제재판관할이 있더라도, 다른 나라를 제쳐두고 굳이 한국에서 재판받도록 할 이유가 약하고 외국법원에서 재판받는 것이 훨씬 합리적인 경우에는, 외국에서 재판받도록 할 수도 있다. 이런 생각에서, 불편의법정지 법리가 2022년 개정법률의 일부로 도입되었다(제12조).

불편의법정지 법리는 국제재판관할의 재량적 불행사를 정한다. 국가재판관할이 있지만 행사하지 않는다고 이론구성하므로, 사법(司法)적 보호청구권의 관점에서 한층 더 거슬러 보이기도 한다. 그러나 국제재판관할의 존재범위를 정할 때와 마찬가지로 국제재판관할의 행사 여부를 정할 때에도 국제적인 재판관할 배분의 관점(관할배분설)에 근거한다. 그러므로 헌법 위반의 소지가 있다고 생각할 필요는 없다. 또, 영미법계에서 먼저 크게 활동된 법리이기는 하지만, 대륙법계에 맞지 않게 마련이라고 여기며 경원시할 필요도 없다. 대륙법계인 스코틀랜드에서 탄생한 불편의법정지 법리를 영미법계에서 배워 발달시켰듯이, 한국 국제사법이나 국제사법 통일조약도 영미법계 위주로 발달된 불편의법정지 법리로부터 배울 수 있다.

라. 해석론에 의한 보완과 흠결보충의 가능성

추상적이고 포괄적 문언으로 골자만을 정하는 현대적 법전의 경우에는, 법관이 사법권의 한계를 의식하면서 조심스럽게 목적론적 감축(축소)과 유추해석 등의 방법으로 사법적(司法的) 법형성, 즉 법의 계속형성에 임하는 것도 정상적인 법형성의 일환으로서 입지를 가진다.

2022년에 신설된 국제관할규정들도 현대적 법전주의에 따라 최소입법 형태로 만들어졌다. 그 문구들은 추상적이고 포괄적이며, 해석의 여지를 남긴다. 자구에 얽매어 문리해석만 특별히 강조하곤 하는 영미법계의 양상을 본받으려 할 필요도 없다.

예컨대 계약사건에 대한 의무이행지관할을 규정한 제41조를 보면, 제2항은 의무이행지 개념을 이행예정지(의무적 이행지)와 실제 이행제공(tender of delivery)지로 둘로 나눈다. 이 구별을 명문상으로 하면서, 합의된 이행예정지에 한하여 인정하고, 후자는 항상 인정하는 입법적 절충도 명시했다. 그런데 제2항이 청구의 기초된 의무의 이행지에 의무이행지관할을 인정하는 실체법적 접근을 하는

것과 달리, 제1항은 의무이행지를 소송법(관할법) 독자적으로 정의한다. 즉, 계약특징적 급부의무의 이행지에 모든 계약상 의무에 대한 의무이행지관할을 집중시킨다. 제1항은 이 점에서는 규정내용을 구체화했지만, 제1항은 의무이행지 개념을 세분하여 각기 어떻게 다룰지는 해석론에 미루고, 단순히 “이행지”라고 할 뿐이다(제3호). 제1호와 제2호도 “이행지”라는 막연한 상위개념을 물품공급형 계약과 용역제공형 계약에 맞추어 “물품인도지”, “용역제공지”라고 구체화할 뿐, 의무이행지 개념을 제2항에서처럼 세분화하지 않는다. 그래서 각 세부유형을 어떻게 취급할지는 해석론에 맡겨져 있다고 해야 한다. 굳이 제1항에서 “인도지”, “제공지”, “이행지”라는 문구의 언어적 표현을 유달리 중시하여, 실제 이행제공지만 포함되고 이행예정지(계약준거법에 따른 것이든, 따로 합의한 이행예정지이든)는 불포함된다고 한정지으려 해서는 곤란하다. 그렇게 유난히 문자적 해석에만 매달릴 이유가 없을 뿐 아니다. 게다가 그렇게 하면 의무이행지관할규칙이 대폭 개조되었다고 하게 되는데, 단순한 자구만 들어 그런 큰 일이 벌어졌다고 단정짓기는 무리이다.

불법행위사건에 고유한 특별관할규정인 제44조가 특수불법행위별로 차별화될 가능성도 해석에 맡겨졌다.

성문법의 자족적 완결성 모델에 얽매어 입법흡결의 보충을 무조건 자제하려 할 필요도 없다. 예컨대 부당이득사건이나 채권자취소소송에 고유한 특별관할규정이 따로 없다. 물론 근대법질서의 초창기에 광범위한 입법흡결을 둔 채 관습을 조사하여 적용하거나 조리(條理)에 의하여 흡결보충하듯이, 너무 성급히 비교법에만 매진할 일은 아니다. 현존하는 국제관할규정(특히 제5조 제1호의 목적물소재지관할)에 의한 해결을 먼저 추구한 뒤, 그것으로 부족한 한도에서 사법적(司法的) 법형성에 의한 흡결보충을 시도할 것이 요청된다.

이번에 신설한 친족, 상속 분야의 특별관할규정들도 크고 작은 입법흡결을 보인다. 실무가의 입장에서 쉽게 예상할 수 있는 사안유형에 대한 대응에 치중하고, 특히 유력한 연결점 위주로 규정한 결과이다. 유럽연합 규정 자체에 명문화된 ‘회원국 사건’용 통일 국제관할규칙을 각별히 주목하다 보니 ‘비회원국(제3국) 사건’에 적용할 개별 회원국 자율법(국내법)에서 시선이 멀어지는 경향도 있었다. 이런 입법연혁도 고려할 때, 완결적인 관할규정 목록이 규정되었다고 성급히 단정할 것이 아니다. 오히려 규정되지 않은 국제관할기초를 하나씩 검토하여 추가하여 나가는 해석 내지 사법적(司法的) 법형성에 힘쓸 것이 요청된다.

우선 생각할 수 있는 것은 준거법소속국관할(forum legis)과 국제재판관할법상의 반정이다.

물론 준거법소속국관할의 일반법리에 기대어 성문의 국제관할규정체계에 흡결을 남기는 것은 바람직하지 않다. 준거법소속국관할로 인정될 국제재판관할도 독립적 국제재판관할규정의 형태로 가시화하여 투명성을 높이는 편이 낫다. 그래서 국제관할법 자체적으로 완결된 규정체계를 두는 것이 좋다. 그렇게 하는 만큼 법의 명확성, 조감가능성, 투명성이 높아진다. 그러나 국제재판관할규정에 전면적 또는 부분적 흡결이 있는 경우에는 문제가 다르다. 우아한 작업이 못 될 바에는 국제관할의

흡결을 방지하겠다고 할 수는 없다. 이런 문제점에 눈감고 해석론을 게을리하는 것이 정당화되는 것은 아니다. 성문법의 현실이 20세기 전반의 수준일 때에는 20세기 전반에 채용했던 고육지책을 쓰기를 주저하지 말아야 한다. 입법흡결을 보충하기 위하여 옛 서고에서 준거법소속국관할의 법리를 찾아와 이 일반법리로 변통하는 것은 실로 바람직한 일이다. 실로 국제사법에는 이렇게 필요한 경우에만 꺼내어 써야 하는 일반법리들이 많이 있다. 다만 당사자가 준거법선택의 자유를 행사하여 실제준거법이 정해진 경우까지만 준거법소속국관할을 인정하는 데에는 좀 더 신중해야 한다. 당사자가 관할국을 선택할 수 있다는 규정을 두지 않은 부분을 보충하는 결과가 되는 점도 있기 때문이다. 예컨대 계약(제45조)처럼 당사자가 어떤 법역의 법이든 선택할 수 있는 경우에는, 준거법소속국관할을 부정하는 것이 타당하다.

아무 법역이나 국제재판관할국으로 선택가능한(제8조) 분야에서도, 국제재판관할법상의 무제한적 당사자자치는 그것으로 충분하다. 채권법적 단독행위로 성립하는 채권관계로 성질결정되는(다툼 있음) 신탁에 대하여 위탁자(설정자)의 단독행위로 신탁의 고유관계(내부관계)에 대한 관할국을 정할 가능성도, 합의관할에 관한 제8조를 어떻게 유추적용할지로 접근하는 것이 정도일 것이다. 이 문제를 굳이 준거법소속국관할의 형태로 우회적으로 접근하는 것도 가능한가? 즉, 위탁자가 신탁준거법을 단독행위로 선택할 수 있다고 해석하면서 그렇게 선택된 신탁준거법 소속국의 관할을 인정하는 해석도 가능한가? 논리적으로는 가능하지만, 제8조의 유추적용 여부로 해석론의 구도를 좁히는 편이 좀 더 나아 보인다.

국제재판관할합의를 인정하지만 당사자가 관할국으로 선택할 수 있는 선택지가 한정되는 경우(제42조 제3항, 제43조 제3항, 제60조 제2항, 제76조 제2항)에도, 준거법소속국관할을 인정하여 이를 뒤집는 결과에 이르는 대체로 주저된다. 국제재판관할법상의 당사자자치를 이렇게 제한적으로 인정하기로 입법한 것이기 때문이다.

한편, 자연인, 친족, 상속 분야에는 적용되지 않는 것처럼 규정된(특히 제6조 제4항이나 제13조에 의하여) 총칙규정이란도, 분야별로 적절한 경우에는 요건을 조금 더 강화하여 유추적용할 여지가 있다. 자연인, 친족, 상속 분야에서 관련사건관할이 제6조 제3항의 틀 내에서만 인정되는 것으로 충분한지, 아니면 부족한 부분이 있는지 문제된다. 부족한 부분이 있다면, 병합가능사건에 대한 관련관할을 규정한 제6조 제1항, 제2항을 자연인, 친족, 상속 분야에도 적용하는 방법으로 대응할 수 있다.

자연인, 친족, 상속 분야에서, 제13조는 소위 변론관할 규정(제9조)이 일정한 자연인, 친족, 상속 분야에서는 적용제외된다고 규정한다. 그 반대해석과 제9조의 총칙적 성격으로 인하여, 나머지의 자연인, 친족, 상속 분야에는 제9조가 적용된다고 일단 해석된다. 그러나 제13조에 의하여 적용제외된 분야에서도 해석론으로 제9조보다 요건을 조금 더 강화하여 일종의 변론관할을 인정할 여지가 있다. 또, 제13조가 언급하지 않아 제9조가 적용되도록 규정되었어도, 해석론으로 제9조보다 요건을 조금 더 강화할 여지도 있다.

3. 재산관계 규정체계의 특징: 넉넉한 관할사유와 불편의법정지 법리의 역할

재산관계에 적용되는 국제관할규정들을 보면, 재산소재지관할(제5조), 병합사건에 대한 관련관할(제6조 제1항, 제2항), 반소관할(제7조)과 같이 국제재판관할을 다소 넉넉히 넓게 정하는 부분이 눈에 띈다. 해상(제10장 제1절) 분야에서는 이런 특징이 한층 두드러진다. 재산관계에서는 이렇게 관할사유를 충분히 넓게 규정하면서, 한국의 국제관할이 구체적 사안에서 너무 넓으면 불편의법정지 법리(제12조)에 의존하여 억제하는 것이 특징이다.

4. 자연인 분야 규정체계의 특징: 보호필요성을 위한 관할 확보와 불편의법정지 법리의 협업

자연인 분야의 국제관할규정들을 보면, 보호필요성에 초점을 맞춘 범용적(catch-all) 관할사유를 긴급관할적 조문으로 두어(제24조 제1항 제4호, 제61조 제1항 제3호, 제2항 제2호) 국제관할을 충분히 포괄적이게 하는 점이 특징이다. 이렇게 하여, 다른 관할사유들이 법률저촉법이 중시하는 국적을 국제재판관할법에서 다소 홀대하여 관할과 준거법의 병행의 이상(理想)을 굳이 벗어나게 되는 부분을 해결해 준다.

그러나 이렇게 일국주의적 관점에서 보호필요성에 치중하면, 최적의 법역에서 재판받는 데 방해될 수 있다. 국제관할사유를 넉넉하게 정한 점이나, 국제적 이중소송의 해결기준으로 선소우선주의를 원칙으로 정한(제11조 제1항 제1호) 점이 족쇄가 될 필요는 없다. 오히려 자연인 분야야말로 불편의법정지 법리가 자주 활용되고, 또 그 기준을 정형화할 수 있는 분야라고 생각된다. 특히, 불편의법정지 법리에 기대어 국제관할사유들 간의 우선순위를 발달시킬 여지가 있다. 한국법원이 선소법원인 경우에도, 외국에 재판을 맡기고 한국에서의 재판을 진행중단(“중지”)하거나 주된 관할국인 외국에 주도권을 넘기고 한국의 재판절차를 보조적 절차로 자리매김하는 것이 적절할 때에는 제12조의 유연한 틀 내에서 그렇게 하면 된다. 반대로 한국법원이 후소법원인 경우에는 제11조 제1항 제2호에 의하면 된다. 이렇게 하면 헤이그아동보호협약(1996)¹⁴⁾과 헤이그성년자보호협약(2000)¹⁵⁾의 체결국이 되지 않으면서도 어느 정도는 비슷한 효과를 거둘 여지가 있다.

5. 친족, 상속 분야 규정체계의 특징: 대표적 국제관할사유 위주로 좁게 규정

14) 친권(친책)과 아동보호조치에 관한 재판관할, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 협약(Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children). 이 협약에 관해서는 최흥섭, “자의 보호를 위한 1996년의 헤이그협약”, 인하대 법학연구 제4집(2001. 12.), 23-67면. 간략한 개관은 이병화, “가족법 분야의 헤이그국제사법회의의 협약: 특히 아동보호와 관련하여”, 국제사법연구 제12호(2006), 181면의 주34; 김문숙, “부양사건과 성년후견사건의 국제재판관할권에 관한 입법론”, 국제사법연구 제19권 제2호(2013. 12.), 182-183면(협약의 명칭을 “부모책임과...”로 번역하고 “1996년 부모책임협약”으로 약칭).

15) 성년자 보호에 관한 헤이그협약(Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults). 이 협약에 관해서는 최흥섭, “성년자의 국제적 보호를 위한 2000년의 헤이그협약”, 인하대 법학연구 제4집(2001. 12.), 69-96면; 김문숙, “부양사건과 성년후견사건의 국제재판관할권에 관한 입법론”, 183-191면.

친족, 상속 분야의 국제관할규정은 대표적 국제관할사유 위주로 좁게 규정하고, 국적관할은 최소한도로만 명문화한 점이 특징이다. 개정위원회에서 국제관할을 좁히려고 최소한의 관할목록을 정한 것도 아니다. 특이하게도 친족, 상속 분야에서는 개정위원회 내 법원측 인사(2인)의 목소리가 크게 반영되었다. 그런데 법원측 인사들은 당장은 한국법원에서 자주 접하는 사건들을 다루는 입법만 하면 되고, 외국 입법례를 자세히 참고하거나 사안을 유형화하여 그 외의 국제관할사유를 성문화하는 방안을 검토하는 일은 거추장스러운 것으로 여기거나 무관심한 경향을 보였다. 일반적으로 생각해 보면, 판사는 소제기를 기다려 재판하는 직책이고, 적극적이고 왕성한 법형성은 사법관(司法官)으로서의 미덕이 아니므로, 아무리 입법을 위한 개정위원회 내에서라도 무관심하게 되는 일이 자연스러울 수 있다. 그래서 개정위원회에서는 대표적인 국제관할사유만 우선 명문화하는 것으로 하여 입법흡결을 상정하면서 긴급관할에 기대기로 했다.

그런데 비교적 넓은 법률흡결을 보충하기 위하여 반드시 긴급관할을 비대화할 필요는 없다. 오히려 긴급관할은 최후의 보루로 삼고, 준거법소속국관할, 관할법상의 반정 등의 일반법리를 먼저 활용해야 한다.

6. 몇 가지 입법기술상 특징

이번 개정법률은 한국법원의 국제재판관할권을 이야기할 때, “대한민국 법원”이라 하지 않고, “법원”이라고 약칭한다. 물론 초출(初出)시에는 “대한민국 법원”이라는 정확한 표현을 쓰고, 위 약칭을 쓰겠다고 밝힌다(제2조 제1항). 글자 수를 줄이는 편의적인 방편으로 이해되기는 한다. 그러나 이런 용어선택은 국제관할법에 어울리지 않는다. 국제관할법은 내외국을 구별하여 한국이 언제 어떤 근거로 관할하는지 정하는데, 한국법원을 법원으로 약칭하는 것은 어색하다. 내외국평등의 감각에 맞지 않고, 자국법원 중심의 사고방식이 우러난다. 좋게 보더라도, 영미법계의 역외관할설¹⁶⁾적 느낌을 준다. 그래서 국제적 관할배분사상, 즉 관할배분설과도 어울리지 않는다. 대륙법계의 전통적 통설이자 현대의 세계적 통설이며, 제2조 제1항 2문도 이를 기본사상으로 따른다고 선언한다. 관할배분설은 한국법원과 외국법원을 대등하게 놓고 어느 나라에 국제재판관할을 인정할지를 초국가적 관점을 빌어 생각하는 것인데, 그런 관점에서 나온 입법이 한국법원을 법원으로 약칭하는 것은, 아무리 편의상 약칭이라고 어색하기 그지없다. 규정체계의 앞부분에서 이런 약칭을 쓰겠다고 명시하여(제2조 제1항

16) 영미법이 역내적 재판관할(intraterritorial jurisdiction)과 역외적 재판관할(extraterritorial jurisdiction)을 구별하여 달리 다룬다는 점을 명확히 지정한 것은 미국 법률가로서 변호사로 활동하다가 덴마크(코펜하겐대)에서 박사학위를 받고 코펜하겐대 국제사법 교수를 지낸 루코프스키(Joseph Lookofsky) 교수이다. 그와 헤르츠 교수가 공저한 국제민사소송법 교과서 Joseph Lookofsky & Ketilbjörn Hertz, Transnational Litigation and Commercial Arbitration: American, European and International Law (4th ed., Djoeff, 2017)에서 두 용어를 일관되게 사용한다. 미국의 국제사법 전문가들이 ‘대인소송의 국제·주제재판관할’을 ‘국제·주제’ 자(字)는 빼고 ‘대인적 재판관할’이라고 약칭하기를 즐긴 나머지 미국 외의 국제사법 전공자들에게 용어상 불편을 초래하고 미국 국제·주제재판관할법이 실제보다 더 독특하고 비교불가능한 것처럼 보이게 하여 국제적 학술교류와 국제적 법통일을 방해하곤 하는데, 루코프스키는 대조적인 모습을 보여 미국 법률가들과 미국법 연구자들에게 모범을 보이고 경종을 울렸다. 비교법은 표면적 용어차이에 현혹되지 않고 기능과 본질을 포착해야 함을 행동으로 보여주었다.

1문) 개념상 부정확은 겨우 피했지만, 어색하기는 마찬가지이다.

2001년의 전면개정 후 약 20년 밖에 안 되었음에도 불구하고, 조문번호를 전부 새로 붙였다. 바람직한 것은 아니다.

IV. 국제재판관할법 총칙

1. 국제재판관할법의 지도원리와 국내토지관할법으로부터의 유추가능성(제2조)

가. 제2조의 본질

제2조는 국제관할법의 지도원리를 선언하고 국내토지관할규정들을 참고한 흠결보충요령을 명시한다. 형식적으로는 국제관할법의 총칙에 편제되어 있지만, 엄밀히 말하면 총칙은 아니고 총론의 일부이다.

먼저 제1항은 국제관할법의 지도원리를 선언한 원칙조항일 뿐, 관할규칙을 담고 있지 않다. 독립적(자족적) 국제관할규정(국제관할법 총칙과 각칙의 대부분이 여기 해당)이 아님은 물론이고, 국제관할규칙이나 법률저촉규칙에 기댈으로써 비로소 국제관할법적 규율이 완결되는 비독립적 국제관할규정(예: 불문의 규칙으로 준거법소속국관할규칙, 국제관할법상의 반정규칙, 성문의 규칙으로 관련사건관할규칙, 반소관할규칙)도 아니다.

제2항도 독립적 국제관할규정도, 비독립적 국제관할규정이 아니다. 오히려 국제관할법의 흠결보충방법을 명시하는 법원론(法源論)적 조문이다. 국제관할법의 흠결은 국내토지관할법에서 유추하여 보충할 여지도 있다. 법해석방법상 그렇게 된다. 제2항이 있어 달라지는 점은 없다. 물론 제2항을 둔 입법적 의의는 중요하다. 첫째, 국내토지관할규정이 당연히 이중기능적 토지관할규정이라고 단정할 일이 아니라는 법현실적 진단이 깔려 있다. 둘째, ‘일단 모든 국내토지관할규정이 이중기능적 토지관할규정이라면 개별 사건에서 국제관할이 어떻게 규율될지를 생각해 본 뒤 개별사건별로 그 잠정적 결론을 유지할지의 결론만 내리는’, 그래서 국제관할법의 흠결보충을 최대한 이루는 수정역추지설을 백아시하는 시각이 내포되어 있다. 셋째, 국제관할과 국내토지관할 간에는 차이(“국제재판관할의 특수성”)도 있지만 장소적 관할인 점에서 공통되므로 국제관할법의 흠결을 국내토지관할법으로부터의 유추로 보충하는 일은 유력한 흠결보충방법(의 하나)임을 환기시킨다. 이상의 점은 이론적 의미만이 아니라, 한국의 국제관할법 발달사에서 역사적 의미도 가진다. 국내토지관할규정을 참고하여 흠결보충할 때 판례가 수정역추지설의 매력에 이끌렸던 때에, 이런 방법론적 우회를 청산하고 유추해석이라는 정도로 돌아갈 것을 역설한다. 그렇더라도, 제2항은 국내토지관할법으로부터의 유추의 구체적 요령을 친절히 설명할 뿐이며, 이를 포함한 흠결보충의 여러 방법들 간의 비중을 바

뛰놓는 것도 아니다.

나. 제2조 명문화의 실효성

2001년에 신설된 후 21년간은 국제관할법의 입법흡결이 광범위했으므로 제2조에 맡겨진 역할이 컸다. 그러나 판례에서는 제2조가 오히려 국제관할법의 흡결보충작업을 방기하는 촉진제로 오용되는 부작용이 컸다. 수정역추지설은 이중기능적 국제관할규정을 골라내는 해석과 국내토지관할규정에서 유추하는 사법(司法)적 흡결보충의 작업을 미룰 수 있게 해 주어, 해석론에 의한 법발달을 방해할 소지가 크다. 제2조는 수정역추지설의 이런 문제점을 벗어나 교과서적 흡결보충방법으로 돌아갈 것을 촉구했다.

그런데 제2조 신설 후에는 놀랍게도 제2조 제1항을 만능의 일반조항으로 여기는 판례가 나왔다. 제2조 신설 후의 주류적 판례는 제2조 제1항을 만능의 자족적 일반조항으로 본 나머지 국내토지관할 규정의 유추적용 가능성 검토를 게을리하고 초점이 흐렸다. 그래서 수정역추지설보다도 심하게 흡결보충을 방해했다. 제2조에 불구하고 수정역추지설을 따른 소수 판례가 훨씬 나아 보일 정도였다.

더구나, 수정역추지설은 국내토지관할규정 중에서 어느 것을 골라 국제관할규칙으로 유추적용할지의 판단을 명시적으로 하기를 미루는 것이지만, 수정역추지설을 따른 한국의 판례는 수정역추지설의 제3단계에서 국내토지관할규정에 일응 준거할 때 몇몇 국내토지관할규정(특히 민사소송법 제5조 제2항, 제7조, 제8조 중 거소지관할 부분)은 아예 언급하지 않는 고무적인 모습을 보였다. 그래서 한국 판례상의 수정역추지설은 단순한 수정역추지설에 머무르지 않고, 국제관할법의 흡결보충에 참고될 여지가 없는 국내토지관할규정을 속아내는 기능도 했다. 게다가, 수정역추지설의 틀 내에서도 국제적 합의관할, 제조물책임의 결과발생지관할, 혼인관계사건의 국제관할 등에 관해서는 국제관할규칙이 국내토지관할규칙과 어떻게 차별화되는지를 구체적으로 정하는 판례도 나왔다. 이렇게 국내토지관할규정을 유추적용하면서 국제관할규칙이 차별화되어야 하는 부분을 명시하여 국제관할규칙을 구체화하는 작업은 수정역추지설 자체가 요구하는 것이 아니고, 오히려 수정역추지설 자체는 이 작업부담을 면제해 주는 것이지만, 수정역추지설의 틀 내임에도 불구하고 한국 법원에서는 수정역추지설이 이런 생산적인 역할도 해 왔다. 이 점은 뒤늦게 주목받게 되었다.

게다가, 국내토지관할규정이 규정하는 관할기준을 진지하게 고려한다는 점만으로도 수정역추지설이 제2조 제1항 만능론(이것을 만능의 일반조항으로 보는 판례)보다 한결 낫다.¹⁷⁾ 제2조 제1항 만능론으로 퇴보한 상황에 놓였으므로, 제2조가 배격했던 수정역추지설 자체가 오히려 긍정적으로 재평가받게 되었다.

17) 그래서 유력설은 제2조 신설에 불구하고 수정역추지설에 충실한 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결이 “그나마 균형을 잡은 것”으로 긍정적으로 평가한다. 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙”, 국제거래와법 제21호(2018. 4.), 45면. 수정역추지설의 방법론적 우회성을 비판하고 이를 제거하고자 제2조를 둔 취지에 충실한 판례는 아니지만, 국내토지관할규정을 진지하게 고려한 점에서, 주류적 판례보다 훨씬 낫다는 것이다.

국제관할법이 성문화되는 만큼 과거지사로 묻히게 되지만, 최근까지도 해석론의 굴곡이 심각했던 데다가, 2022년 개정 후에도 국제관할법의 흠결이 약간 남아 있다. 그래서 제2조 제2항이 규정하듯이 국내토지관할법으로부터의 유추를 시도할 일이 남아 있다. 그런데 제2조가 없어도 국내토지관할법의 유추(제2항)는 어차피 시도하게 된다. 더구나 제1항처럼 지도원리를 새삼스럽게 법률조문에 옮겨적는 것은 이례적이다. 2014~2015년의 개정위원회에서는 이 두 가지 점을 들어, 제2조의 삭제를 주장하는 소수의견도 있었다. 제2조 제1항은 리스테이트먼트에나 적합한 규정이라고 지적하기도 했다. 그러나 개정위원회 내 다수의견은 제2조가 한국 국제관할법에만 있고, 한국 국제관할법사 내에서 상징성도 있으며, 국제관할법의 지도원리와 유추의 흠결보충방법을 환기시켜 주는 긍정적 기능이 있음을 들어, 굳이 삭제할 것은 아니고 존치하자고 했다. 그래서 제2조를 존치하게 되었다. 제2조가 필요한 조문인지의 평가는 종전처럼 학설의 몫으로 남았다.

제2조가 꼭 필요한 것은 아니지만, 긍정적 기능은 할 수 있다. 첫째, 모든 국내토지관할규정은 당연히 국제관할규칙도 담고 있다는 이중기능설(역추지설)은 따를 것이 못 된다는 점을 확인한다. 둘째, 수정역추지설의 불필요한 우회성과 비능률성을 환기시킨다. 셋째, ‘비슷한 문제에 대한 법의 유추적용’이 해석론적 흠결보충방법으로서 유력함을 확인한다.

한편, 제2조는 위험성도 안고 있다. 첫째, 2001~2022년 사이에 그랬듯이, 제2조 제1항이 선언하는 지도원리의 호소력이 지나쳐, 제2조 제1항을 자기완결적(독립적) 국제관할규정으로 여기는 견해가 무단히 팽배할 우려가 있다. 2022년 개정시 제2항에 “이 법이나 그 밖의 대한민국 법령 또는 조약에 국제재판관할규정이 없는 경우에는”의 문구를 추가하여, 이 견해를 더 확실히 차단하고자 했다. 둘째, 2001~2022년의 소수 판례가 그랬듯이, 제2조가 수정역추지설을 뒷받침한다는 오해도 나올 수 있다. 피상적으로만 보면, 수정역추지설의 제1단계(국제관할법의 흠결 확인)가 제2항의 도입문구에, 제2단계(국제관할법과 국내관할법이 공히 장소적 관할법이라는 점에 주목)가 제1항에(“국제재판관할 배분의 이념”), 제3단계(국내토지관할규정에 일응 준거)가 제2항에, 제4단계(특별사정론)가 제1항과 제2항에 명시되어 있다고 오해할 소지가 있다. 위 두 위험의 극복은 해석론의 과제로 남아 있다.

2. 자연인에 대한 일반관할

가. 피고상거소지국의 일반관할

자연인에 대한 일반관할의 기준으로는 국제적 공통성을 가지기에 유리한 상거소가 채택되었다(제3조 제1항). 2001년 개정 후 제2조 하에서 국내토지관할법의 피고주소지관할(제3조)을 국제관할법상으로 끌어쓸 때, 2001년 개정시 주소 대신 상거소로 연결점을 일괄 교체한 것을 고려하여 피고상거소지관할로 적응시킬지,¹⁸⁾ 아니면 국제관할법상으로도 피고주소지국관할을 인정할지¹⁹⁾에 관하여

18) 혼인관계사건의 국제관할의 기준으로 원피고 배우자의 거주지국에 대등한 중요성을 두고 고려한 예이기는 하지만, 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결(Missouri주 소속 미국인간 이혼); 서울고법 2013. 2. 8. 선고 2012르3476 판결(한

대법원의 견해가 일정하지 않았는데, 입법적으로 해결되었다. 2001년 개정시 보호적 관할규정을 둘 때 수동적 소비자와 근로자가 피고인 소송에서 특별관할사유를 대폭 제한하여 피고상거소지관할 위주로 좁힐 때 이렇게 했었다(제27조 제5항, 제28조 제4항: 2022년에 제42조 제2항, 제43조 제2항으로 조문번호 수정). 2001년 개정시 법률저촉법에서 부분적으로 주소주의를 따르던 것을 상거소주의로 교체한 것과 일관성을 기한 조치였다.

실체관계의 성질에 의한 국제관할(jurisdiction *ratione materiae*)과 준거법결정의 기준이 일치하는 일은 바람직하다. 무엇보다, 실체법을 잘 아는 법관이 재판하는 장점이 있다. 그러므로 국제관할법과 법률저촉법이 거주지를 지정할 때 둘 다 상거소를 기준으로 삼는 편이 낫다. 국제관할법에서 상거소지주의는 이 장점도 가진다.

주소에 비하여 상거소는 그 확정기준을 국제적으로 통일시키기가 비교적 용이하다. 첫째, 거소 개념의 연장선상에 있어 개념상 비교적 평이하다. 둘째, 사용해 온 역사가 아주 짧아 구체적 규율내용이 축적된 소여(所興)(*acquis*)가 적어 거의 백지상태에서 신선하게 평이하고 통일적 내용을 채워넣을 수 있다. 셋째, 국내법이 아니라 헤이그국제사법회의의 조약을 위시한 국제적 국제사법 통일법규에서 먼저 채택했으므로, 국가별로 상이하게 확립된 기준이 상충하는 문제를 피하기가 비교적 용이하다. 국제사법은 적절한 장소에서 적절한 장소의 법에 따라 재판받아 섭외적 생활의 안정을 제고하는 것을 임무로 하므로, 연결기준의 통일성을 기할 수 있다는 것은 큰 장점이다. 이 장점은 법률저촉법에서 더욱 절실하지만, 국제관할법에서도 중요하다.

나. 외국에서의 재판권면제를 누리는 자의 국제적 피고재판적

외국에서 실체재판면제를 누리는 사람은 실체재판을 받을 수 있는 나라가 대폭 제한되므로, 그만큼 국제관할규칙을 보충하여 국제관할법상의 이익균형을 기할 필요가 있다. 우선 자연인에 대하여 입법적으로 대응하기 위하여 제3조 제2항이 마련되었다. 제3조 제2항은 민사소송법 제4조에 포함되어 있거나 이 조문이 전제하는 국제관할규칙을 명문화한 것이다.

한국이 파견한 대사나 공사의 국제적 보통재판적은 그를 해외에 파견한 나라로서 한국에도 일반관할을 인정한다(제3조 제2항 앞부분). 대사나 공사가 외국인이라도 같다. 대사, 공사는 그만큼 국가적으로 중요한 직책이기 때문이다. 또, 상거소지국의 일반관할(제3조 제1항)도 배제된다고 해석할 이유가 없다. 그래서 일반관할국이 둘이 된다.

한국이 파견한 대사, 공사 외에도 외국에서 재판권면제를 누리는 자연인이 있다. 그에 대해서는 본국관할로서 한국에 일반관할을 인정한다(제3조 제2항 뒷부분). 그의 경우에도 상거소지국의 일반관할(§3①)을 굳이 배제할 필요가 없다. 그래서 두 나라의 일반관할이 둘 다 인정된다.

국인여 · 스페인남이혼); 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결(상고심).
19) 판례로 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결(중국인간 대여금반환청구가 제주도 영주권자인 중국인을 상대로 제기된 사례).

§3②는 민訴 §4에 포함되어 있거나 이 조문이 전제하고 있는 국제관할규칙을 명문화한 것이다. §3 ②가 신설되었으므로, 민訴 §4에 같은 내용의 국제관할규정이 들어 있다고 해석하지 않아도 된다. 제3조 제2항의 요건이 충족되면 일반관할은 피고를 해외에 파견한 국가(앞부분) 내지 본국(뒷부분)으로서 한국에(도) 있다. 한국이 이렇게 제3조 제2항에 의하여 일반관할을 가지면, —한국이 다른 국제관할규칙에 의해서도 일반관할이나 특별관할을 가지는지는 묻지 않고—국내관할의 배분도 문제된다. 한국 내에서 피고주소지관할을 대신하는 국내적 일반관할은 대법원 소재지법원(서울중앙지방법원)에 있다(민사소송법 제4조). 국내관할법의 나머지 부분은 일반법에 따른다.

3. 법인 및 단체에 대한 일반관할

제3조 제3항 신설 전에도 단체의 국제적 보통재판적을 본점만을 기준으로 생각하는 견해가 유력했다. 민사소송법 제5조 제2항은 국내토지관할규정만을 정할 뿐 국제재판관할법에는 맞지 않는다고 보고, 외국법인이라도 국제적 일반관할은 본점소재지국에만 인정해야 한다는 학설이 오래 전부터 유력했다.²⁰⁾ 이 점을 분명히 밝힌 판례도 드물지만 있었다.²¹⁾ 그리고 판례는 국제재판관할 판단시 민사소송법 제5조 제2항을 참고삼아 언급하는 일도 철저히 삼가 왔다.²²⁾ 이런 해석은 국제적 통설과도 일치했다. 이 기반 위에서 제3조 제3항이 용이하게 입법될 수 있었다.

주된 사무소 또는 영업소는 실질적으로 본점 역할을 하는 곳을 의미했다(통설). 제3조 제3항처럼 다양한 기준을 병용하기는 해석론으로는 어려워, 입법적 개혁을 기다리고 있었다.

2022년 개정으로 단체의 국제적 보통재판적의 기초가 다양해졌다. 법인 또는 단체의 경우에는 주된 사무소 또는 영업소, 정관상 본거지, 경영중심지, 설립준거법 소속국이 일반관할을 가지는 것으로 한다(제3조 제3항).

제3항이 단체의 일반관할에 대해 복수의 선택적(택일적) 기준을 정한 것은 단체의 응소의 부담을 늘리지만, 다음 이유로 정당화된다. 첫째, 단체가 국제거래(국제적 교통)의 혜택을 누림에 따른 부담도 지는 것이 타당하다. 둘째, 단체의 외관상 본거를 신뢰한 소송상대방의 정당한 신뢰를 보호한다. 소송상대방의 관점에서는 공적 장부나 문서상의 본거지국과 실질적인 본거지국 양쪽의 일반관할에 정당한 기대를 가질 수 있다.

20) 2022년 개정 전 법에 관한 문헌으로 최공웅, 국제소송(개정판, 육법사, 1988), 302면; 한충수, “국내토지관할 규정의 국제적 정합성: 법인의 보통재판적과 영업소 및 재산소재지 특별재판적을 중심으로”, 민사소송 제13권 제2호(2009. 10), 137면 (제5조 제2항은 내외국법인을 부당하게 차별하여 입법론적으로 명백히 부당하나, 해석론상으로는 제2조 제2항에 따라 감안 하면서 실질적 관련성 유무를 엄격히 판단할 수 밖에 없음); 석광현, 국제민사소송법(박영사, 2012), 84, 108~109면.

21) 명시적으로 그렇게 설시한 예: 창원지법 2006. 10. 19. 선고 2005가합9692 판결.

22) 민사소송법 제5조 제2항을 수정역추지설의 틀 내에서의 검토할 때 논외로 한 예: 서울지판 1996. 1. 12. 94가합66533 중간판결(홍완유/타이항공); 부산지방법원 2009. 6. 17. 선고 2006가합12698 판결(김해공항 항공기 추락사건(X/중국국제항공)의 1심판결); 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결(같은 사건 3심판결) 등. 김해공항 항공기 추락사건의 1~3심 판결은 국제사법 제2조 하에서도 수정역추지설을 충실히 따랐다. 이것은 국제사법 제2조의 입법취지를 충분히 살린 것은 아니지만, 제2조 제2항을 아예 무시하고 지도원리(제2조 제1항) 만능론에 빠졌던 2001~2019년의 주류적 판례보다 훨씬 나았다. 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙”, 국제거래와법 제21호(2018. 4.), 45면.

4. 사무소·영업소 소재지 및 활동지 특별관할

제4조 제1항은 사무소·영업소 소재지국 특별관할을 명시한다. 소송원인이 된 실체관계가 사무소 또는 영업소의 업무로부터 나왔을 것을 요구하는 “arising out of”(발생원천) 기준을 명시적으로 채택했다라면 더 좋았을 것이다. 그러나 명문의 국제관할규정을 처음 두면서부터 이렇게 제약할 것은 아니라는 쪽으로 개정위원회의 의견이 모아져, 업무관련성의 기준을 모호하게 규정하면서 해석에 맡기게 되었다.

특정 법역에 사무소나 영업소를 두고 이를 통하여 활동한 경우에 비하여, 특정 법역을 활동지로 삼은 것은 관할기초가 되기에 설득력이 비교적 약하게 마련이다. 피고가 외관을 만든 점도, 원고가 이를 믿고 관할인정을 기대하는 점도 강도가 약하다. 그래서 특별관할의 형태로도 사무소·영업소소재지관할과 활동지관할은 대등하게 규정하기는 곤란했다. 결국 제4조 제2항은 “계속적이고 조직적”인 활동(역내활동이나 역외에서 역내를 향한 활동)이어야 한다는 요건을 덧붙여 활동지 특별관할의 요건을 엄격히 하여 도입했다.

돌이켜 생각해 보면, 기존의 법상태 하에서도 사무소나 영업소를 둔 것과 마찬가지로 수준의 계속적이고 조직적인 활동을 했으면서도 형식적으로는 사무소나 영업소를 두지 않은 경우에 법률회피의 일반이론으로 같은 결론에 이를 수 있었다. 이런 경우에 사무소·영업소 소재지국 특별관할을 부정하는 주장은 사무소·영업소 소재지국 특별관할규칙(국제사법 제2조에 의한 민사소송법 제12조의 유추적용)의 한계를 권리남용적으로 원용하여 그 특별관할규칙의 적용을 회피하는 것이라고 할 수 있기 때문이다.

사무소·영업소 소재지 특별관할과 활동지국 특별관할 모두 자연인과 단체에 똑같이 적용된다.

5. 재산소재지국 특별관할

가. 목적물소재지국관할

제5조 제1호 전단은 민사소송법 제11조를 본받아 대인소송의 국제관할사유의 하나로 목적물소재지국관할을 규정한다. 목적부동산 소재지국의 관할은 전속관할 형태로 따로 규정되어 있으므로(제10조 제1항 제3호), 제5조 제1호를 규정한 실익은 그 외의 재산관계 사안에 국한된다.

나. 담보물소재지국관할

담보물소재지관할을 일반적으로 인정하는 입법례는 드물다. 계약사안을 한국 민사소송법의 조모법인 독일 민사소송법도 담보물소재지관할은 규정하지 않는다. 브뤼셀 제1규정 2차본 Art. 8(4)는 계약소송을 계약상 채권을 담보하는 부동산물권에 관한 소송(부동산담보물권의 실행소송 포함)의 관할국인 담보부동산소재지국에 병합하여 제기할 수 있게 한다. 계약사안을 담보부동산소재지국에 제기할 가능성을 부분적으로 열어주지만, 관련사건관할의 형태로 그렇게 할 뿐이다.

그러나 일본 민사소송법이 민사소송법의 재산재판적(재산소재지관할) 규정의 일부로 규정하고, 이것이 한국에 의용되고, 한국 민사소송법의 일부로 규정되었다(민사소송법 제11조). 이 조문을 국제관할법에서도 본받아 제5조 제1항에서 담보물소재지국관할을 규정했다.

담보물소재지국관할은 본질과 기능 면에서 일반적 재산소재지국관할(제5조 제2호)에 가깝다. 그래서 제5조 제2호 단서를 유추적용하여 마찬가지로 제한해야 한다. 권리남용금지원칙도 일반적 재산소재지관할에서와 마찬가지로 기능한다. 그래서 해당 재산이 한국에 소재하도록 원고가 유도한 데 대한 권리남용 금지원칙의 개입도 제5조 제2호의 경우와 마찬가지로 이루어져야 한다.

다. 일반적 재산소재지관할

(1) 요건

재산소재지관할을 규정한 민사소송법 제11조는 명백히 국제관할과 국내토지관할을 함께 정하는 이중기능적 토지관할규정임이 명백하다.²³⁾ 대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1728 판결은 분명히 이런 태도에 섰다.²⁴⁾ 그러나 판례는 일본의 수정역추지설을 모방하여 국제재판관할법이 전면 흡결되어 있다는 현실진단에서 출발하기로 하면서, 민사소송법 제11조도 국제관할규정을 겸한다고 보지 않는 셈이 되었다. 국제사법 제2조가 신설된 후에는, 민사소송법 제11조도 이중기능적 토지관할규정이 아니라는 입장을 분명히 했다.²⁵⁾ 국제사법 제2조도 수정역추지설이 국제재판관할법이 전면 흡결되어 있다고 법현실을 파악하는 부분과 견해를 같이하기 때문이다.

제5조 제2호는 피고의 압류가능한 재산의 국내 소재만을 요구한다. 그러나 단서에서 기존의 학설과 판례를 명문화한 두 가지 예외를 규정한다.

첫째, 사안이 대한민국과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우여서는 안 된다. 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결(고엽제 2심)이 재산소재지관할에도 실질적 관련 기준이 개입한다고 판시한 것을 모범으로 하여 입법화한 것이다. 그러나 재산소재지관할의 존재이유가 관할배분설이 아니라 집행편의에 있음을 고려하여, 실질적 관련 기준의 개입이 다소 완화되어 있다.

둘째, 법정지국에 소재한 재산의 가액이 현저하게 작아서는 안 된다. 권리남용 금지원칙(민법 제2조 제2항)의 적용례이다.

23) 반대설: 한충수, “국제사법의 탄생과 국제재판관할”, 법조 제536호(2001. 5), 49-50, 50의 주 11. 수정역추지설이 판례상 확립된 후에는 견해를 바꾸어서라도 민사소송법 제11조의 이중기능성을 부정해야 한다고 주장한 문헌으로는 국제재판관할에 관한 연구: 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로(서울대학교출판부, 2001), 261면.

24) 다만, 석광현, 국제재판관할에 관한 연구: 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로(서울대학교출판부, 2001), 261면은 조금 완곡하게 민사소송법의 재산소재지관할규정이 국제관할 문제에 “직접 적용되거나 類推適用됨을 인정”한 것으로 판지를 이해한다.

25) 인천지방법원 2003. 7. 24. 선고 2003가합1768 판결; 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결(고엽제 2심)(“재산소재지의 국제재판관할 유무를 판단함에 있어 이러한 국내법의 관할규정을 참작하되 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 법정지인 대한민국 사이에 실질적 관련성이 존재하는지 여부도 고려하여야 할 것이다”); 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결(X/중국국제항공); 서울고등법원 2011. 12. 8. 선고 2011나43329 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결.

(2) 일반적 재산소재지국관할의 적절한 역할

재산소재지관할은 실질적 관련이 없더라도 재산소재지에서 실체재판도 하고 강제집행도 하는 것이 편리하다는 고려에서 고안된 것이다.²⁶⁾ 그런데 ‘실질적 관련’ 기준이 부가되자,²⁷⁾ 재산소재 외에는 ‘실질적 관련’ 기준에 직접 의존하는 일반조항이 될 잠재력이 생겼다. 게다가 현대사회에는 내국 재산 소재를 충족시키기가 비교적 쉽다.

실제로 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결은 ‘실질적 관련 기준 하의 재산소재지관할’을 ‘실질적 관련성’관할에 준하는 만능의 관할사유로 활용하려는 움직임을 보였다. 국제사법 제 2조 제1항을 독립적 국제관할규칙으로 삼는 2001~2019년 판례에 필적하는 위험요인으로 대두되었다.²⁸⁾

더구나 제5조 제2호에는 피고의 국제적 보통재판적이 한국에 없는 경우에만 적용될 수 있다는 제한이 규정되어 있지 않다. 이것은 비교법적으로 특이하다. 독일 민사소송법은 ‘피고의 주소가(보통재판적이) 법정지에 없는 경우’에만 재산소재지관할이 인정될 수 있게 한정한다. 그러나 이런 제한은 민사소송법 제11조에는 두지 않았고, 국제사법 제2조 제2항으로 국제관할법에 유추적용하면서도 보충하지 않았다. 이 제한은 입법적으로 추가할 필요가 있다.

일반적 재산소재지관할의 기능을 주변적인 것으로 몰고 가는 지혜로운 접근 외에는 당분간은 마땅한 대응방법이 없는 것 같다. 즉, 일반적 재산소재지관할은 피고의 국제적 보통재판적은 물론이고 다른 통상의 국제관할사유가 없는 경우에 비로소 고려할 만한 편법으로 위치지우는 해석론이 향후 발달되어야 하지 않을까 생각된다. 무엇보다, 외국에서의 승인집행가능성이 전혀 없다시피 한,²⁹⁾ 일종의 비상수단임을 상기해야 한다. 더구나 재산소재지관할은 불편의법정지 법리(제12조)의 쉬운 원용 대상이 될 것이다. 국제관할 유무 판단을 느슨하게 하여 국제관할 행사 여부 판단을 실질화, 비대화시킬 필요가 없다. 오히려 국제관할 유무판단으로 대부분의 문제가 해결되고, 국제관할 행사 여부로 판가름해야 할 논점은 조금만 남기는 것이 타당하다.

6. 병합청구를 전제로 한 관련사건관할

청구권기초 간의 관련성을 이유로 하는 장소적 관할이 관련사건관할이다. 제6조는 약간의 중요한

26) Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. Beck, 2021, Rn. 398; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결. 독일에서 입법된 경위와 재산소재지관할을 제약하는 판례에 관해서는 한애라, “재산소재지 특별관할에 관한 법리와 판례의 검토 및 입법론”, 저스티스 제182-1호(2021. 2.), 226-229면 참조.

27) 독일 연방보통법원 판례이다. BGH 1991. 7. 2. 판결(BGHZ 115, 90 = NJW 1991, 3092 = IPRax 1992, 160 = JZ 1992, 51)(내국재산 소재 외에 “법적 쟁송의 충분한 내국관련”을 요구). 이 판결의 요지와 “충분한 내국관련”의 내용에 관한 학설·판례는 석광현, 국제재판관할에 관한 연구, 253~255면.

28) 장준혁, “국제재판관할법상 실질적 관련성 기준에 관한 판례의 표류: 지도원리의 독립적 관할기초화와 예견가능성론에 의한 무력화”, 자율과 정의의 민법학: 양창수교수 고회기념논문집(박영사, 2021), 1027-1028, 1031-1032면.

29) 재산소재지관할은 과잉관할을 본질로 하며, 재산소재지관할로만 국제관할이 뒷받침되는 내국판결은 원칙적으로 외국에서 승인될 수 없다. Schack, 전거서, Rn. 398.

입법적 개혁을 담고 있다. 첫째, 동일 당사자간의 관련사건관할도 밀접관련성의 요건 하에서만 인정됨을 명시했다(제1항). 둘째, 브뤼셀 제1규정 2차본 제8조 제1항을 본받아, 상이한 피고에 대한 관련사건관할은 피고들 중 한 명에 대한 일반관할국에만 인정하는 제한을 신설했다(제2항). 청구권기초간의 밀접관련성 요건은 제1항과 제2항에서 문언상 달리 표현되어 있지만, 관련성 요건의 본질이 동일하므로, 요구되는 관련성의 정도는 원칙적으로 동일하다고 해석된다.

관련사건관할은 긍정적 기능도 한다. 본안재판절차의 능률과, 관련사건들에 대한 모순회피에 도움될 수 있다. 관할법상의 법률관계의 경계획정이 세분화된 것을 수정하는 기능을 한다.³⁰⁾ 그러나 각 실체관계별로 엄격히 정해진 특별관할의 한계를 우회적으로 넘어가는 폐단도 가진다. 병합청구사건의 관련관할(제6조 제1항, 제2항)은 원고가 일방적으로 원용하는 것이므로 특히 문제이다. 이 점도 고려하여 제6조 제1항, 제2항의 밀접관련성 요건은 엄격하게 해석할 필요가 있다. 실질적으로는 하나의 사안이지만 법적으로는 복수의 법률관계로 파악되는 것들 사이에는 밀접관련성을 쉽게 인정할 수 있다. 그러나 그 외의 경우에는 신중해야 한다.

7. 반소관할

전통적으로 반소관할은 청구의 원인관계에 동일성이나 밀접관련성이 있는 경우에 인정된다. 그러나 제7조는 본소에 대한 방어방법과 반소의 청구원인 간에 동일성이나 밀접관련성을 이유로 하는 반소관할도 허용한다. 국제적 상계관할과의 균형을 위하여 이런 입법적 혁신을 도입했다. 그러나 상계관할보다 반소관할의 요건을 엄격히 하여도 별로 문제될 것이 없고, 오히려 더 정당하다고 생각된다. 그러므로 방어방법과의 청구권기초상의 동일성이나 밀접관련성 부분은 각별히 엄격하게 해석되어야 한다.

한편으로는 위와 같이 반소관할의 적극적 요건을 완화하면서, 다른 한편으로는 소송절차의 현저한 지연(가능성)에 근거하는 소극적 요건도 신설했다. 소극적 요건 부분은 권리남용 금지의 원칙(民 §2 ②)의 작용으로 설명된다. 결과적으로 반소관할에 관한 제도와 전통적 태도와 결론이 수렴하게 되는 부분도 있을 것이다. 그러나 굳이 적극적 요건의 완화와 소극적 요건(예외)의 점점을 거치면서 명확성과 법적 안정성이 타협되는 점은 안타깝다. 전통적 반소관할은 좀처럼 현저한 지연(가능성)의 예외에 걸리지 않는다고 하고, 방어방법의 청구권기초와의 동일성이나 밀접관련성에 근거하는 반소관할은 현저한 지연(가능성)의 예외를 정형화시켜 범주적인 제한을 받도록 해석하는 방안이 탐구되어야 한다.

한편, 본소가 계속된 나라에 반소를 제기하면, 그런 반소제기 자체가 본소에 대한 국제관할사유가 된다'는 규율도 인정되는지 문제된다. 대법원 판례는 아니지만 이를 분명히 긍정적인 실시례로 서울지

30) 그러므로 '관련사건관할이 청구권경합의 문제를 관할법적으로 해결한다'는 표현은 정확한 것은 아니다. 실체법이 청구권경합 문제로 다루는 문제는 장소적 관할법에 의하여 다양한 방법으로 해결된다. 관련사건관할 외에 일반관할, 사무소·영업소소재지관할, 활동지관할, 합의관할, 응소관할로도 해결된다.

법 1997. 5. 8. 선고 95가합11856, 96가합14175 판결(진양산업/판엔지니어링)이 있었다.³¹⁾ 또, 재판상 이혼청구사건인 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019므15425 판결에서도 피고 배우자가 1심에서 반소로 이혼청구를 제기한 점을 본소에 대한 국제관할을 뒷받침하는 사유 중 하나로 들었다.³²⁾ 그러나 제7조는 이렇게 반소관할을 반대방향으로 뒤집은 관할사유는 인정되지 않도록 입법적으로 해결한 것으로 평가된다. 제7조는 반소제기 없이도 본소에 대한 국제관할이 있을 것을 반소관할의 전제로 규정하기 때문이다.

8. 합의관할

제8조는 2005년 헤이그관할합의협약³³⁾을 국내법으로 수용하는 취지로 만들어졌다. 가장 중요한 변화는 조문의 행간에 존재한다. 헤이그관할합의협약이 중립적 제3국을 전속적 합의관할국으로 선택하는 것을 허용하는 태도를 받아들이는 취지가 제8조에 담겨 있다. 개정위원회는 이 점에 가장 큰 의미를 두었다. 중립적 제3국을 선택하는 전속적 국제재판관할합의를 불허하는 기존 판례³⁴⁾는 입법적으로 폐기되었다.

제2항은 관할합의가 종이서면이나 전자서면으로 체결되어야 한다고 규정한다. 그러나 구두로 체결된 합의의 추후 서면화되어도 무방하도록(헤이그관할합의협약 제3조 c항), 서면화 요건으로 완화함이 타당하다. 해석론의 과제로 남았다.³⁵⁾ 또, 제2항은 일체의 “통신수단”에 의한 전자적 “의사표시”라고 넓게 표현하지만, 종이문서와 기능적으로 동일시할 만한 전자서면에 국한시켜야 한다. 해석론으로도 가능할 것이다.

전속적 관할합의인지 비전속적 관할합의인지가 불분명한 경우에는 전자로 추정한다(제3항). 헤이그관할합의협약(제3조 b항)을 본받은 것이다.

제5조 제1호~제3호는 비전속적 관할부여합의에도 적용할 만한 내용이므로 유추적용함이 타당하다.

오로지 일국과만 관련된 사안에 대하여 타국에 국제재판관할을 부여하는 합의가 허용되는가? 이

31) 다만 이 판결에서 본소와 반소의 기초가 된 계약은 동일했다. 서로 상대방의 계약위반을 탓했을 뿐이다. 그러므로 피고가 반소를 제기함으로써 본소에 대한 국제관할항변을 묵시적으로 철회하거나 본소에 묵시적 동의관할의 국제관할사유가 생겼다고 볼 여지도 있다.

32) “오히려 피고는……제1심에서 이혼 등의 반소를 제기하기도 하였다.”

33) Convention on Choice of Court Agreements.

34) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결 등. 지지하는 견해로, 강희철, “전속적인 국제재판관할권 합의의 유효요건”, 국제사법연구 제2호(1997), 337면. 장준혁 외, 일본과 중국의 국제재판관할 규정에 관한 연구(법무부 정책연구보고서, 2016), 61면(장준혁 집필부분)에서는 이 태도가 일본 최고재판소 판례에서 유래했다고 서술했다. 그러나 이 부분은 석혹일현, 현대국제사법(상)(동경대학출판회, 1986), 360면 등 일부 학설이 일본 판례에 부연하여 주장한 해석론일 뿐이다. 이성웅, “일본 법상 선하중권에 의한 국제재판관할합의의 요건: 일본최고재판소의 치사다네호 사건판결을 중심으로”, 해사법연구 제15권 제2호(2003), 273면의 주 45 참조. 이 점을 지적하여 주신 석광현 교수님께 감사드리고, 필자의 착오를 정정한다. 위 보고서의 독자 제현께도 깊이 사과드린다.

35) 일본 민사소송법 제3조의7 제2항의 서면요건이 치사다네호 판결의 판지를 수용하는 것인지는 해석에 맡겨져 있다고 한다. 김문숙, “일본법원의 국제재판관할에 관하여”, 국제사법연구 제18호(2012), 315면의 주 136.

문제는 해석에 맡겨져 있다.

제8조가 모델로 삼은 관할합의협약은 일국과만 관련된 사안도 대체로 적용범위에 포함시킨다(협약 제1조 제2항, 제3항). 당사자의 자유를 이렇게까지 확대하는 것이 부담스러운 체약국을 위하여 이 부분의 적용제외선언을 허용할 뿐이다(제20조).

학계 일각에서는 한국과만 관련된 사안에 대하여 타국을 전속적 국제재판관할지로 선택하는 합의가 불허된다는 해석론이 유력하다.³⁶⁾ 이런 제한을 양면화하여, 일국과만 관련된 사안을 타국으로 가져가는 전속적 국제관할합의를, 전속적 합의관할국으로 합의된 것이 한국이든 외국이든 불허된다고 하면서, 헤이그관할합의협약 제20조의 선언도 할 것을 주장하는 견해도 있다.³⁷⁾

제8조 신설 후에도 이런 견해가 주장될 가능성은 열려 있다. 특히, 국제사법의 규율대상에 관한 다수설에 따르면 국제사법은 국제적 사안만을 규율대상으로 한다. 그러나 일국과만 관련된 순수한 국내적 사안에 대하여 그 나라에 국제재판관할이 있고 그 나라의 법이 적용됨이 당연하다는 것도 국제사법적 규율이지, 국가재판권의 사항적 효력범위론이나 국가법의 사항적 효력범위론으로 설명할 것이 아니다. 일국의 순수한 국내사안이 그 나라의 재판권과 국가법의 사항적(소위 대물적) 효력범위에 ‘전속’한다는 생각은 너무 경직적이다. 전속적 효력범위론을 떠나, 국제사법의 한 원칙으로 생각하는 것이 좋다. 이렇게 하면 유연하게 접근할 여지가 생긴다. 계약준거법의 결정에 관한 제45조처럼, 일국과만 관련된 순수한 국내사건의 처리도 국제사법 내에서 다루고, 일정한 한계 내에서 타국에 맡길 길이 열린다.

순수한 국내적 사안도 국제관할합의의 대상이 되지만, 재판받을 기회를 실질적으로 박탈하는 결과가 되는 국제관할합의는 공서양속 위반으로 무효라고 하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 민법 제103조가 한국 국제사법 제8조 소정의 절차법적 합의에도 적용되고, 합의법정지가 외국인 경우에도 국제적 강행법규로서 적용이 관철된다고 설명하면 된다.

9. 응소관할(소위 변론관할)

제9조는 응소관할(소위 변론관할)을 규정한다. 국제사법 제9조와 민사소송법 제30조는 변론준비 절차나 변론절차에서 적시에 국제관할 없음을 변론하지 않은 채 본안에 관하여 변론함으로써 응소관할(소위 변론관할)이 성립한다고 규정한다. 관할에 대한 변론을 해태함으로써 성립하는 형태의 응소관할(소위 변론관할)이다. 말하자면 ‘변론해태형’ 응소관할이라 해도 좋을 것이다.

그런데 2002년에 민사소송법을 개정하면서 국내토지관할법상의 응소관할을 가리키는 용어를 “변

36) 호문혁, 민사소송법(제13판, 법문사, 2016), 190면. 다만, 이 문헌은 특정 외국의 순수 국내사안에 대하여 제3국이나 한국 법원에 관할을 전속시키는 합의의 허부에 대해서는 명시적 언급이 없고, 비전속적 국제재판관할합의에 대해서도 언급하지 않는다.

37) 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 205면. 반대설: 장준혁, “대한민국에서의 헤이그관할합의협약 채택방안: 2019년 재판협약 성립을 계기로 돌아본 의의와 과제”, 안암법학 제61호(2020. 11.), 139-140면.

론관할”로 대체했다. 관할법의 중요성을 낮게 본 나머지 관할에 관한 변론은 변론이 아니라고 보는 시각에서만 나올 수 있는 어색한 용어이다. 그럼에도 불구하고 국제사법 제9조도 이를 존중하여 본받고 말았다. 그래서 국제·국내토지관할법 양쪽에서 어색한 용어를 쓰게 되었다. 보편적 개념을 가리키는 법률용어까지도 민족국가별로 차별화하려 할 만큼 민족주의에 지배받지 않았더라도, 이렇게 적확(的確)하지 못하고 비생산적인 용어 차별화가 벌어졌을지는 의문이다. 수많은 현대어들이 일본어에서 수입된 것이 현실인데도 유독 “응소”(應訴)만 지목하여 “왜색”(倭色)으로 배격하는 부분도 이해할 수 없다.

국내토지관할법상의 응소관할(소위 변론관할)(민사소송법 제30조)과 본질을 같이하고 조문도 일치하므로 해석론도 공통되게 발달해야 한다.

하나의 법역에서 재판받을지와 그 법역 내의 어느 지역의 법원에서 재판받을지는 독립된 의미를 가진다. 그러므로 응소관할(소위 변론관할)의 성립 여부도 따로 판단되어야 한다. 다만, 외관상 국내 토지관할만 다툼 것처럼 보이더라도 국제재판관할을 함께 다툼 것으로 의사해석되어야 할 경우가 있을 수 있다.

피고가 국제관할의 존재를 다투지 않으면서 국제관할의 불행사(§12)의 신청과 본안에 관한 변론만 한 채 변론준비기일이나 본인이일이 종료되면, 소제기당한 국가의 응소관할(소위 변론관할)(§9)은 성립한다. 다만 외관상으로는 국제관할의 행사만 다툼 것으로 보이더라도 국제관할의 존재도 다투는 것으로 의사해석될 여지는 있다.

10. 총칙상의 전속관할

국제적 전속관할규정은 제10조 제1항에 모아져 있다. 제1호(등기, 등록)와 제5호(재판의 집행)이 총칙에 속한다. 제2호(단체의 설립 등), 제3호(부동산), 제4호(요등록지식재산권)은 국제관할법 각칙에서 사항의 성질에 의한(ratione materiae) 특별관할규정 중 국제적 전속관할을 정한 것을 참조의 편의상 모아놓은 것이다.

가. 등기·등록사건의 등기·등록국 전속관할

공적 장부의 등기·등록사건의 등기·등록(제1호)에 관한 민사사건만 여기에 해당한다. 행정법상 법률관계는 민사관계가 아니므로 여기에 포함되지 않는다.

나. 외국재판의 승인·집행가능성 및 재판의 집행에 관한 집행국 전속관할

제5호는 “집행”이라고만 하지만, 재판의 집행에 관한 집행국 전속관할만 규정하는 것이 아니라, 외국판결 및 재판상 화해(아래에서는 편의상 외국판결만 언급한다)의 승인과 승인에서 도출되는 집행가능성(enforceability)에 대한 승인집행국의 전속관할도 규정한다고 해석해야 한다. 오히려 후자에

초점이 있다고 이해된다. 입법론적으로는 ‘승인과 집행가능성’이라고 규정하여, 후자만 언급하는 취지임을 분명히 했더라면 좋았을 것이다. 실체법 관련성을 가지는 승인과 집행가능성 문제에 관한 국제재판관할이야말로 국제재판관할규정체계에 포함시켜 언급하기에 적합한 문제이기 때문이다.

반면에 판결의 강제집행에 관한 국제적 집행관할은 국가사법권(國家司法權)의 영토적 효력범위와, 국가가 그 영토 내에서 가지는 사법권(司法權)은 독점적이라는 점으로부터 명쾌하게 밝혀진다. 게다가 다른 국제재판관할규정들과 서로 관련되어 그 효력을 제한하는 점이 얼마나 되는지 의문이다. 그래서 국제적 집행관할은 본안재판을 할 국제관할을 중심으로 하는 규정체계를 처음으로 종합적으로 입법한 이번 개정에서 굳이 명시해야 할 절실함이 없었다.

이와 정반대로 제5호는 집행 자체만 규정하는 것이라는 견해도 있다. 그러나 외국판결 및 재판상 화해의 승인과 집행가능성에 관한 국제재판관할을 다루지 않고 입법공백을 남겼다고 보는 것은 무리이다. 2022년 개정 국제사법에 명문화된 국제관할규정들은 국제적 본안재판관할에 치중되어 있다. 그래서 국제관할법의 지도원리를 언급하는 제2조 제1항도 본안재판만을 염두에 두고 “분쟁이 된 사안”이라는 표현을 쓸 정도이다. 외국 본안판결의 승인과 집행가능성은 외국판결 승인집행법이라는 절차법의 문제이기는 하지만, 외국 ‘본안’판결과 관련되는 문제이므로, 2022년에 함께 신설할 만했다. 더구나 외국판결의 승인 내지 집행가능성의 요건을 판단할 국제관할이 각 승인집행국에 전속하는지, 혹은 그것이 국제적인 전속관할이 아니어서 간접관할 있는 타국법원의 판단(결론 또는 이유)이 승인될 수 있는지—그래서 두 번째 집행가능선언국이 내리는 집행가능선언(exequatur)은 첫 번째 집행가능선언국이 내린 집행가능선언을 집행가능선언하는 이중적 집행가능선언(double exequatur)인 셈이 되어도 괜찮은지—가 학설, 판례상 문제되고 있다. 그런데 이 문제를 수수방관하고 입법흡결을 남겼다고 보는 것은, 포괄적 국제관할법을 입법하는 2022년 개정의 취지에 잘 어울리지 않는다.

11. 국제적 소송경합

국제적 이중소송에 관해서는, 승인예측설의 틀 내에서 선소우선주의를 원칙으로 하되(제11조 제1항 본문), 편의법정지법적 예외를 정했다(제11조 제1항 단서 제2호).

외국소송이 후소이면 아예 제11조의 적용범위 밖이지만, 제11조 제1항 단서 제2호에 상응하는 사정이 있으면 예외적으로 외국소송을 우선시킬 필요가 있다. 제11조 제1항 단서 제2호를 유추적용하면 된다.

선후의 기준시는 소제기시를 기준으로 규정했다(제5항). 그러나 그대로 문리해석할 것은 아니다. 오히려 브뤼셀 제1규정 2차본 Art. 32가 구체적으로 규정하듯이, 법원이나 송달담당 공무원 등에게 최초의 서류를 제출한 때를 가리키는 의미로 풀이되어야 한다. 한국처럼 소장을 법원에 제출한 후 송달하는 경우에는, 소장 제출시가 기준이다(브뤼셀 제1규정 2차본 Art. 32.1(a) 참조). 외국의 절차가

소장송달을 위한 확정일자 부여, 소장 송달허가, 소장 송달촉탁, 소장송달 등을 선행한 뒤에 소장을 제출하도록 하는 경우에는, 소장송달을 위하여 송달담당 공무원 등에게 소장이 교부된 때가 기준이다(브뤼셀 제1규정 2차본 Art. 32.1(b) 참조). 그 때가 최초의 공적인 조치시이기 때문이다.

승인요건을 갖춘 외국판결이 내려지면 소를 각하하도록 규정한다(제3항). 한국법은 외국판결 승인을 위하여 확정을 요구하므로(민사소송법 제217조 제1항 두문), 소를 각하하게 되기까지 보통 여러 해 동안 내국소송이 중지상태에 놓이게 된다. 이 점은 외국판결 승인법에서 확정성 요건을 완화할 때까지는 마땅히 해결할 길이 없다.

국제적 소송경합의 경우에 외국소송이 한국소송에 우선하는 경우에도, 그 외국법원이 합리적 기간 내에 본안재판을 선고하지 않으면 당사자의 신청으로 사건의 심리를 계속할 수 있도록 정했다(제4항). 이 예외는 어뢰소송(torpedo litigation)에 대비한 것이다. 외국에서의 신속한 심리, 재판을 촉진하는 기능도 기대된다.

재판형식은 결정이다(제1항 두문). 원고의 의견을 진술할 기회를 주어야 한다는 규정이 없으나, 제12조 제2항을 유추적용하여 그렇게 해석해야 할 것으로 생각된다.

소각하결정(제3항)에 대하여 항고할 수 있음은 물론이다. 소송절차 중지결정에 대해서도 즉시항고할 수 있도록 명시했다(제2항).

제11조의 적용분야에는 제한이 없지만, 특히 자연인에 대한 보조적 국제관할을 주된 관할국을 위하여 양보시키는 기능이 기대된다. 실종선고, 성년무능력선고, 후견재판의 국제관할사유가 넓게 정해져 있고(제24조 제1항 제3호, 제4호, 제2항 후단, 제61조 제1항 제3호, 제2항 제2호), 법정지법에 의하더라도 신속하게 재판하는 차선택을 정한다. 이에 대응하여, 주된 관할국의 우선적 관할을 인정하는 규율이 요망되는데, 주된 관할국에 양보하도록 하는 역할을 제11조 제1항 제2호의 유추적용이 수행할 수 있다. 소송계속의 선후가 아니라 관할사유의 우열을 기준으로 삼고, 자연인, 친족, 상속 분야에서의 외국판결 승인요건을 간접관할(민사소송법 제217조 제1 제1호)과 공서위반 심사(제3호)만 남겨 승인예측의 기준도 똑같이 완화되게끔 하는 것이 타당하다. 나아가 자연인의 분야에서는 미확정판결의 승인도 적극적으로 검토할 필요가 있다.

12. 국제재판관할권의 불행사

영미법계의 불편의법정지(forum non conveniens) 법리를 골자만 축약하여 도입했다. 재판관할권의 존재와 행사를 구별하여, 국제재판관할권이 존재하더라도 예외적으로 불행사할 수 있게 한다(제12조). 이 규정을 돌지에 관해서 개정위원회에서 견해가 팽팽히 나뉘었고, 다수결로 규정을 두게 되었다.

한국법원의 국제재판관할권 행사가 “부적절”하고 외국법원의 그 행사가 “더 적절”함이 “명백”해야 한다(제1항 본문). 다만, 한국법원의 합의관할권은 불행사할 수 없다(단서).

아래 세부 논점은 해석으로 미루어져 있다.

첫째, 적절성 여부를 평가하기 위하여 감안될 수 있는 고려요소에 제한이나 우열을 둘지 문제된다. 미국 콜럼비아 특별구처럼 대체적 법정지(외국)의 법률저촉법도 고려할지, 영국법처럼 먼저 사익(私益)만 고려하여 형량해야 하고, 국가이익은 사익형량만으로 답이 나오지 않는 경우에 한하여 부차적으로만 고려하도록 할지, 원피고가 모두 외국인이고 외국 거주자인 점이 불편의법정지 법리의 적용을 위하여 고려될 수 있는 적절한 고려요소인지,³⁸⁾ 인권침해를 이유로 하는 소송에서 불편의법정지 법리를 배제할지 등이 문제된다.

둘째, 영미법계에서는 불편의법정지 법리를 원용하여 소를 각하할 때, 피고가 대체적 법정지에서의 본안소송에 협조하고 제소기한 도과의 항변을 하지 않기로 하는 등의 의무부담선언(undertaking)을 조건으로 달기도 한다. 개정위원회에서도 이것이 가능하다고 규정할지가 논의되었다. 그러나 절차적 재판에 조건을 붙이는 것은 한국 민사소송법의 원칙에 맞지 않아, 이런 규정을 두지 않기로 했다. 개정위원회의 결론과 정면으로 견해를 달리하기는 어려워 보이지만, 이 문제는 해석에 맡겨졌다고 할 수 있다.

13. 보전재판의 국제관할

보전처분의 국제관할에 관해서는 제14조를 신설했다.

본안에 대한 국제재판관할이 인정되는 국가가 보전처분을 내릴 국제재판관할도 가지는 것은 당연하다(제1항 제1호). 그 외에 보전처분의 대상인 재산의 소재만으로도, 보전처분의 국제재판관할이 긍정된다(제2호). 또, 긴급한 필요만으로도 충분한 관할사유가 된다(제2항). 제2항에서 말하는 긴급한 필요는 ‘한국에서’ 해당 보전처분을 해야 할 긴급할 필요를 말한다. 그러므로 이것은 보전처분 자체의 요건으로서의 긴급성(가령 보전의 필요성)이 있으면 대개 인정될 것이다. 국제관할이 제2항에만 의존하는 경우에는 “대한민국에서만 효력을 가지는 보전처분”을 할 국제관할만 인정된다고 제2항은 규정한다. 그런데 한국법원의 재판권의 영토적 효력범위는 한국 내이므로, 제14조 제2항의 경우 외에도 이 점은 항상 같다.

제14조에 의한 국제재판관할의 긍정도 권리남용에 해당할 수 있다. 가령 국내 소재 재산의 가치가 극단적으로 작거나, 피신청인이 국내에서 소구가능(訴求可能)한 채권을 가질 뿐이면, 경우에 따라 권리남용에 해당할 수 있다.

14. 비송사건에 대한 국제관할

국제비송관할에 관하여 간략한 규정이라도 두고자 제15조가 규정되었다. 제1장 제2절에 규정하는 국제재판관할법 총칙규정들은 ‘성질에 반하지 않는 범위’ 내에서 비송사건에도 준용된다(제1항). 실

38) Schack, 전게서, Rn. 612.

종선고, 친족·상속 분야 및 선박소유자 등의 책임제한사건에 대한 국제재판관할규정은 비송사건에도 적용됨을 명시했다(제2항). 그 외에는 제2조에 의하게 된다(제3항). 그러나 제2조에 의하여 국내 토지관할규정을 유추적용하기 전에, 준거법소속국관할(forum legis) 등 다른 법리도 고려해야 한다.

15. 총칙의 분야별 적용제외와 차별화

국제재판관할법의 총칙은 재산관계의 국제재판관할 문제를 다루면서 발달된 것이다. 그렇지만 규정체계상으로는 ‘제1장 총칙’의 ‘제2절 국제재판관할’에 두어 국제재판관할법 전체의 총칙이 될 가능성을 열어두는 것을 기본태도로 한다. 다만, 자연인, 친족, 상속 분야나 대물소송에도 미치는 총칙으로 삼기는 버거운 부분이 있을 수 있다.

우선 합의관할에 관한 제8조와 응소관할(소위 변론관할)에 관한 제9조의 적용범위에 관하여 입법적 해결을 한 부분이 있다. 실종선고, 성년무능력선고, 후견, 혼인관계, 친자관계의 성립사안과 효력사안, 유언사건, 선박소유자 책임제한사건에는 적용되지 않도록 명시했다(제13조). 그런 사안에서도 합의관할과 응소관할(소위 변론관할)이 제한적 형태로 허용되는 해석론이 발달할 여지는 물론 열려 있다. 또, 그 외의 사안에서 합의관할과 응소관할(소위 변론관할)이 해석상 제한될 여지도 열려 있다.

V. 재산관계의 국제재판관할법 각칙과 보호적 관할규칙

1. 단체의 고유문제(내부문제)에 관한 특별관할

가. 단체의 존립과 기관의 결의의 유무효에 관한 본거지국 전속관할

단체의 존립과 기관의 결의의 유무효의 문제에 대해서는 단체소속국의 전속관할을 인정하는 것이 국제적 통설이다. 이를 명문화한 입법례로 1999년 헤이그예비초안 Art. 12.2, 브뤼셀 제1규정 2차 본³⁹⁾ Art. 24(2)가 있다. 2022년 개정 제10조 제1항 제2호도 이를 본받았다.

비법인재단의 실질을 가져 국제사법적으로는 비법인재단의 범주에 포섭되는 신탁도 있다. 그러나 비법인재단의 실질을 가진 신탁의 고유문제에 대한 국제재판관할은 굳이 성립준거법 소속국에 전속시킬 필요가 없다.

그러므로 제10조 제1항 제2호의 “단체”를 좁게 해석하여 신탁은 일체 포함하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 그래서 국제적 합의관할도 허용된다. 신탁의 내부문제의 국제적 특별재판적은 존

39) 민상사의 재판관할과 재판의 승인집행에 관한 유럽연합 및 이사회(참사회) 규정 제1215/2012호(Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters}. 2012. 12. 12. 성립. 2015. 10. 1. 본격적 발효.

립의 문제까지 포함하여 제25조를 유추적용하여 신탁의 주된 관리지(위탁자가 지정 가능)국에 관할을 인정하고, 그런 곳이 없다면 그 외의 기준으로 정해지는 신탁본거지국의 관할을 인정해야 한다.

나. 사단의 기타 내부문제에 관한 본거지국의 비전속적 관할

제25조 각호가 “법인 또는 단체”라 하는 점을 보면 재단법인과 비법인재단도 포함하는 듯이 보인다. 그러나 재단에는 사원이 없다. 그래서 제25조 제1호~제3호가 재단에 적용될 여지는 없고, 제25조는 사단만을 다루는 조문이 되었다.

그러나 재단에도 제25조가 언급하는 법률관계와 비슷한 문제가 있으면 제25조를 유추적용할 수 있다고 생각된다. 그렇게 해석하지 않으면, 재단의 단체법적 문제 중 설립(성립)준거법 소속국의 전속관할사항 외의 것의 국제적 특별재판적에 관해서는 입법적 공백이 남게 된다.

제25조의 문언은 “사원”만 언급하고, 임원은 언급하지 않지만, 임원에도 유추적용될 여지가 있다. 임원은 사단에도 있고 재단에도 있다. 임원과 직원은 구별된다. 단체와 직원의 관계는 근로계약관계(제43조)에 해당하지만, 단체와 임원 간의 관계는 근로계약관계일 수도 있고, 단순한 고용계약관계(제41조 제1항 제2호)일 수도 있다. 사단과 임원간, 또는 사단의 임원들 간의 단체법상 법률관계에는 제25조가 적용된다. 재단과 임원 간, 또는 재단의 임원들 간의 단체법상의 법률관계에는 제25조가 유추적용된다.

나. 국제비송관할에 관한 제25조의 유추적용

회사법 분야에는 비송사건도 적지 않다. 회사의 존립과 기관 결의의 유무효에 관한 것이면 제15조에 의하여 제10조 제1항 제2호를 준용하고, 기타의 내부문제에 관한 것이면 제25조를 유추적용해야 한다. 제15조 제1항, 제2항의 준용규정이 제25조를 언급하지 않지만, 한정적 열거가 아니므로 상관 없다. 결국 제2조 제2항에 의해야 할 법률공백은 남지 않게 된다.

다. 신탁의 존립을 포함한 내부문제에 관한 특별재판적

신탁관계는 한편으로는 신탁을 유효한 성립에서 출발하여 위탁자(설정자), 수탁자, 수익자 등의 권리의무를 정하고, 다른 한편으로는 수탁자만을 신탁재산에 대한 재산권의 귀속주체로 하되 수탁자의 고유재산으로 분리된 별도의 총괄재산을 구성하도록 한다. 전자가 신탁 고유의 법률관계이며, 신탁의 “내부”관계라고도 부른다.⁴⁰⁾

신탁의 내부관계는 위탁자(설정자)와 수탁자 간의 분쟁, 수탁자와 수익자 간의 분쟁이 대부분이다. 사항적으로는 “신탁증서(trust instrument)의 ‘유효한 성립’(validity),⁴¹⁾ 해석, 변경(variation),

40) Catherine Kessedjian, “Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Hague Conference on Private International Law의 Execution of Judgments 프로젝트에서 1998. 3.의 특별위원회를 위하여 준비된 Prel. Doc. No 8 (November 1997), para. 57(“신탁관계 내부적 소송”).

‘신탁증서상의 의무의 실행’(implementation)”(1999년 헤이그예비초안 Art. 11.1 두문)이 대표적인 예이다. 권리의무의 당사자는 위탁자(설정자), 수탁자, 수익자가 대표적이지만, 그 외의 임원들도 포함된다.

신탁은 조직성 즉 단체성의 강약에 따라 비법인재단의 일종으로 볼 수 있는 것도 있고, 그렇게 보기 어려워 채권관계로 다루어야 하는 것도 있다. 법률저촉법상으로는 비법인재단의 고유법과 계약준거법을 정하는 기준이 다르므로, 어떻게 성질결정할지 논의할 실익이 있다.

등기된 신탁의 경우 등기의 유효한 성립의 문제(물론 국제민사관할법에서는 사법(私法)상 문제만을 다룬다)에 대하여 등기국(登記國)이 전속적으로 관할한다(제10조 제1항 제1호). 그러나 그 외에는 전속관할사항으로 할 필요가 없다.

물론, 신탁의 고유문제의 국제적 특별재판적을 정할 때, 다양한 기준에 순위를 매기는 방식으로 신탁의 본거지국을 정하고, 그 국가에 국제재판관할을 배타적으로 귀속시키는 입법례가 있다. 1999년 헤이그예비초안 Art. 11은 위탁자(설정자)가 선택한 국가(제1항 1문), 주된 관리지국(제2항 제1호), 신탁준거법 소속국(제2호), 기타의 기준으로 정해지는 신탁의 본거지국(제3호)으로 순위를 매겨 그 나라에 재판관할을 전속시킨다. 다만, 위탁자(설정자)가 단독행위로 법정의 본거지국을 배제하고 전속적 관할국을 스스로의 의사에 따라 자유롭게 정하는 것도 허용한다. 이렇게 국제관할법상의 당사자자치의 여지를 열어 둔 점에서, 약간 완화된 형태의 국제적 전속관할에 해당한다.

그러나 브뤼셀 2차본 Art. 7(6)과 2019년 헤이그재판협약 Art. 5.1(k)는 신탁의 내부문제의 국제적 특별재판적을 비전속적인 것으로 규정한다. 이런 입법례는 주목할 만하다. 범세계적 협약인 후자는 특히 그렇다. 신탁제도에 애착을 가진 교섭국들도 이렇게 과감하게 국제관할국의 다양화를 받아들였다. 헤이그국제사법회의에서 직접관할법까지 통일하는 접근이 거의 실천불가능하다는 점은 1999-2000년을 거치면서 드러났으므로, 현명하게 대처한 것으로 생각된다.

위탁자(설정자)와 수탁자의 합의로 신탁의 내부관계 전반에 대하여 국제재판관할합의(제8조)를 하는 것은 당연히 허용된다.

그런데 한국이 헤이그재판협약(2019)의 체약국이 되면, 신탁증서상의 국제관할선택을 간접관할법상으로 인정하는 명문의 규정(동 협약 Art. 5.1(k)(i))을 가지게 된다. 국제법의 국내법적 효력으로 이 간접관할규정은 한국법의 일부가 된다. 그래서 한국법 내에서 이 간접관할규정을 직접관할법에 유추 적용할 여지가 생긴다. 이것은 별 무리가 없다. 왜냐하면 한국은 이 협약 Art. 5.1(k)(i)와 같은 국제적 관할배분이 타당하다고 판단하여 이 협약을 서명, 비준하여 체약국이 된 것이고, 내외국평등의 원칙상 직접관할법과 간접관할법상의 국제적 관할배분은 동일한 것이 원칙이기 때문이다. 민사소송법

41) 영어의 “validity”는 대륙법계의 법개념을 번역할 때에는 “유효성”만을 가리키는 용어로도 쓰이지만, 영어권에서 법률용어로 “validity”라 하면 성립(예컨대 계약의 경우 종국적 의사합치)의 문제도 포함한다. 그래서 “substantive validity”도 ‘실질적으로 유효한 성립’(실질적 성립 · 유효성)을 가리킨다.

제217조 제1항 제1호의 간접관할을 직접관할법과 동일한 기준에 따라 규율하고, 이를 경상원칙(鏡像原則)이라 한다. 말하자면 이것은 ‘순방향의 경상원칙’이며, 간접관할규칙을 직접관할법의 흠결보충을 위해 유추적용하는 것은 ‘역방향의 경상원칙’이라 할 수 있다.

당사자가 관할국을 선택하지 않은 경우에는 객관적 기준에 따라 국제관할을 정해야 한다. 국제관할법 총칙이 적용되므로, 여기에서는 ‘사항(의 본성)을 이유로 하는 특별관할’의 기준만 정하면 된다.

먼저 주된 관리지(principal place of administration) 관할을 인정할 수 있다. 이곳이 신탁관계의 본거이기 때문이다. 브뤼셀 제1규정 2차본 Art. 7(6)(신탁의 “주소”지국관할)의 직접관할규정(국내토지관할도 정하는 이중기능적 규정임)과 헤이그재판협약 Art. 5.1(k)(ii)의 간접관할규정 모두 이 관할기초를 명시한다. 1999년 헤이그예비초안 Art. 11.2(b)도 이를 명시한다.

국제관할은 신탁준거법 소속국에도 인정하기는 조심스럽다. 무엇보다, 당사자가 자유롭게 선택한 실체준거법 소속국이 최밀접관련국이라는 보장은 없다. 그리고 신탁준거법 지정과 신탁에 대한 국제관할 지정을 별도로 지정하는 법제가 교란되게 된다. 현행 국제사법상 신탁의 준거법 결정의 기준이 불완전한 점도 있다. 제30조 단서는 본거의 이전을 외국에서 내국으로의 이전에 국한시킨다. 이 점은 물론 해석론의 틀 내에서도 극복되어야 하지만, 시간이 걸릴 수 있고, 판례로 받아들여질지는 미지수이다.

신탁관계 가운데 주된 관리지라고 할 만한 곳이 없는 경우에는 신탁의 주된 관리지로 가시화되지 않았더라도 신탁의 내부관계의 본거지인 곳을 찾아, 그곳에 특별재판적을 인정해야 한다.

2. 물건 분야의 특별관할

가. 동산물권의 특별재판적: 소재지국의 비전속적 관할

2022년 개정시 민사소송법 제11조의 국내토지관할규정이 정하는 목적물·담보물소재지관할을 국제관할로도 채택했다(제5조 제1호). 즉, 물건 사안에 대하여 물건소재지국관할을 인정하는 데 머무르지 않고, 그 물건이 청구의 목적물이거나 담보물인 모든 재산사건에 대하여 널리 물건소재지국관할을 인정한다. 그래서 동산물권의 소재지국관할은 목적물소재지국 관할규정의 이름으로 인정된다.

나. 부동산물권과 등기된 부동산사용권의 특별재판적: 부동산소재지국 전속관할

부동산물권에 대해 부동산소재지국의 전속관할이 인정된다(제10조 제1항 제1호).

제10조 제1항 제2호가 부동산물권과 마찬가지로 다루는 부동산사용권은 “부동산의 사용을 목적으로 하는 권리로서 공적 장부에 등기나 등록이 된 것”에 한정된다. 그 구체적 범위는 해석에 맡겨져 있는데, 우선 두 가지 점이 눈에 띈다. 첫째, 다음의 점에서는 포섭범위가 넓다. 유상(유상)의 사용권, 즉 임차권에 한정된다고 규정하지 않는다. 또, 주거용 임차권에 한정하지 않고, 자연인이 임차인인 경우에 한정하지도 않는다. 단기임대차를 배제하지도 않는다. 둘째, 공적 장부상의 등기나 등록이 이

미 경로된 것에만 적용된다.

3. 계약의 국제적 특별재판적: 의무이행지관할

계약이라는 사항을 이유로 하는(ratione materiae) 관할사유로 의무이행지관할이 인정된다(제41조). 계약사안과의 사안근접성(Sachnähe)이 있고, 계약상 채무를 그 본지에 따라 이행해야 하는 곳에서 응소할 의무도 지우는 것이 타당하기 때문이다.

수동적 소비자계약에 대한 소비자 상거소지관할(제42조 제1항, 제2항)과 근로계약에 대한 일상적 노무제공지(또는 고용사무소지)관할(제43조 제1항, 제2항)도 의무이행지관할을 정형화한 것인데, 실체준거법과 국제재판관할의 일치를 촉진하는 취지도 담고 있다. 브뤼셀협약(1968)은 위 조문들의 모델이 된 조문을 규정할 때, 그 두 가지 입법의사를 가지고 그렇게 했다.⁴²⁾

의무이행지관할규정의 구체적 내용도 제41조 제1항과 제42조 제1항, 제43조 제1항, 그리고 제42조 제2항과 제43조 제2항의 관할부여적 부분(사업자나 사용자가 다른 나라에 소재기할 수 없게 하는 부분 외의 부분)에서 일관된다.

첫째, 특징적 급부의무의 이행지에 계약재판적을 집중시킨다. 그래서 반대채무를 비롯한 다른 채무에 대해서도 이행지관할은 그곳에만 인정한다.

둘째, 이행예정지와 실제 이행제공지에 두루 관할을 인정한다. 제41조 제1항의 인도지와 역무제공지도 이행예정지와 실제 이행제공지를 포괄하는 것으로 해석되어야 한다. 제42조 제1항, 제2항과 제43조 제1항, 제2항으로 정형화된 의무이행지관할도 입법취지는 이행예정지에 초점이 있지만, 실제 이행제공지에도 관할을 인정할 해석가능성은 열려 있다. 적어도 소비자나 근로자가 소재기하는 경우에는 실제 이행제공지의 관할도 인정됨에 의문이 없다.

그런데 한국에서는 2001년에 의무이행지 국제관할규정을 명문화하기를 미루고 우선 수동적 소비자계약과 근로계약에 관한 규정부터 두었다. 그래서 이렇게 의무이행지 개념을 관할법의 목적에 맞게 입법적으로 다듬는 일은 두 계약유형에서 먼저 구현되었고, 일반원칙 차원에서는 제41조 제1항이 나중에 만들어졌다.

그렇지만 수동적 소비자계약과 근로계약에 관한 특칙의 입법론적 파급효과가 의무이행지관할의 일반원칙에 미쳤다고 말할 필요는 없다. 2001년 개정시의 개정위원회도 이미 제41조에 대한 기본적인 구상을 가지고 있었던 것 같다. 단지 국제재판관할법 통일조약 성안작업이 헤이그국제사법회의에서 진행중이었고, 계약 분야에서는 기업간(business-to-business: B2B) 거래에 초점을 두고 있었으며, 이 조약이 완성될 가능성이 있다고 보여졌으므로 제41조를 두는 일이 늦추어졌을 뿐이다.

한편, 전술한 대로 목적물소재지관할(제5조 제1호 전단)도 의무이행지관할의 일종이지만, 계약사안에 국한되는 것이 아니므로 일반원칙의 일부로 편제되어 있다.

42) Geert van Calster, *European Private International Law* (3d ed., Hart, 2021), para. 2.278 참조.

4. 불법행위사건의 국제적 특별재판적: 불법행위지관할

가. 행동지와 결과발생지의 개념과 결과발생지관할의 요건 강화

제44조는 행동지, 지향된 결과발생지, 예견가능한 결과발생지의 세 가지 연결점을 규정한다. 예견가능성은 단서에서 규정한다. ‘예견가능한 결과발생지’관할의 요건 중 예견가능성은 적극적으로 입증될 필요는 없고, 예견불가능성이 입증되지 않는 것으로 충분하다. 즉, 엄밀히 말하면 ‘예견불가능성이 입증되지 않은 결과발생지’국의 관할이다. 물론 국제관할도 소송요건이어서 직권으로 확인되어야 한다. 즉, 국제관할의 기초사실 즉 연결점은 직권으로 조사, 증명되어야 한다. 그래서 예견가능성 요건이 제44조의 ‘단서’ 형태로 규정되었다 하여 이 점이 달라지지는 않는다. 그러나 직권의 조사, 증명작용도 완전할 수는 없으므로, 예견가능하다고 할지, 예견불가능하다고 할지 법관 스스로 확신에 이르지 못할 수 있다. 예견가능성이 단서로 규정된 것은 이 점에서 의미가 있다.

입법기술적으로는 마치 제44조 단서가 지향된 결과발생지와 결과발생지에 두루 미치도록 규정되었다. 그러나 가해자가 특정 결과발생지를 “지향”한 경우, 그곳이 결과발생지가 되리라는 점은 이미 “예견”의 수준을 넘어서 있다. 즉, 지향된 결과발생지는 예견가능한 결과발생지의 개념에 포섭되며, 그 핵심부를 이룬다.

제44조 단서는 결과발생지관할에 대하여 예견가능성을 항상 요구하는 점에서 외관상 독특해 보인다. 그러나 보통의 불법행위일수록 결과발생지의 예견가능성은 높아서, 예견가능성 요건은 거의 항상 충족될 것이다. 그래서 예견가능성의 제약이 실제로 큰 의미를 가지는 것은 예견불가능한 결과발생지가 생기기 쉬운 특수불법행위 유형들에 국한된다.

나. 제조물책임에서의 행동지 및 결과발생지

제조물책임사건에 차별화된 해석 여하는 해석에 맡겨져 있다. 해석론에 까다로운 과제가 맡겨졌다. 기존 판례는 관할기준을 구체화하는 성과와 함께 일관성상의 문제점도 보여주었는데, 이를 극복할 것이 요청된다.

간접관할의 기준은 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결이 예견가능성 요건, 유통의 흐름 기준, 역내활동 요건을 요구하여 엄격하게 해석했다. 그러나 직접관할의 기준은 느슨하게 해석한다. 대법원 2013. 7. 12. 2006다17539 판결은 한국이 후유증이 발생한 장소로서 제조물책임의 결과발생지관할을 가지는지 문제되었는데, 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결과의 일관성을 깨뜨리고 예견가능성만 요구했다. 대법원 2015. 2. 12. 2012다21737 판결(미공간)에서는 한국이 제조물책임의 결과발생지로서 국제관할을 가지는냐가 문제되었는데, 국제사법 제2조 제1항에 의존하여 아뭏든 대한민국과 실질적 관련이 있다고만 설시했다. 그래서 예견가능성 요건도, 유통의 흐름 기준도 명백히 요구하지 않았다.⁴³⁾

국제사법 제2조 제1항이 명문으로 언급하기까지 하는 “국제재판관할 배분의 이념”, 즉 관할배분설은 직접관할과 간접관할이 가급적 일치할 것(경상이론, Spiegelbildprinzip, mirror image principle)을 요구한다. 앞으로 개선될 것이 요청된다.

다. 명예훼손, 개인정보침해 등 인격권침해에서의 행동지와 결과발생지

산포적(확산적) 불법행위(Streudelikt, diffusive tort)의 경우에는 행동지는 제한적이지만 결과는 동시다발적으로 여러 나라에서 발생한다. 그런 많은 결과발생지에 모두 관할을 인정할지, 다른 해결 방법은 없는지 문제된다.

Shevill v. Press Alliance⁴⁴⁾ 판례는 산포적 불법행위에도 일체의 결과발생지에 두루 결과발생지 관할을 인정하되, 결과발생지관할의 효력범위를 양적으로 제한한다. 손해배상청구에 대한 결과발생지관할의 효력범위는 그 결과발생지에서 발생한 손해에 한정시킨다. 그런데 Shevill 판례가 내놓은 절충책은 별로 효과적이지 않다.

피해자는 어느 결과발생지에서도 전 손해의 배상청구를 할 수 없어 괴롭다. 피해자가 가해자의 홈 그라운드 쪽에서 제소하지 않으면서 전 손해를 배상받으려면, 여러 결과발생지에서 제소해야 한다. 그래서 재판상 화해를 끌어내기도 힘들다.

한편, 가해자는 결과발생지로 피소될 수 있는 나라에 제한이 없어서 괴롭다. 피해자가 전 손해를 배상받으려고 여러 나라에서 제소하면, 가해자는 여기에 일일이 응소해야 한다. 또, 피해자가 중요한 사실적, 법적 논점에 관하여 유리한 판결을 먼저 받아 놓으려고 특정 결과발생지국을 골라 먼저 소제 기할 수 있는데, 그 선택의 범위도 넓어져서 가해자는 괴롭다. 게다가 피해자가 맘먹고 가해자 괴롭히기 소송전을 벌일 가능성에도 노출된다.

제44조는 Shevill 판례 법리를 불채택했다. 이것은 타당한 입법이다.

5. 지식재산권 분야의 특별관할

지식재산권 분야의 특별관할규정은 가급적 지식재산권의 장에 모으려 했다. 지식재산권계약과 지식재산권침해도 각기 계약과 불법행위의 일종이다. 그래서 제38조는 제41조 제3항, 제39조는 제44조 제3항으로 규정해도 상관없다. 그런데 지식재산권에 대한 입법적 관심과 이 분야의 특수성을 강조하기 위하여 지식재산권의 장에 규정했다. 한편, 전속관할규정은 제10조 제1항에 모았는데, 제4호는 지식재산권 분야의 각칙에 해당한다.

가. 불요등록 지적재산권의 성립, 유효성 및 소멸

43) 이렇게 직접관할과 간접직접관할을 간접관할보다 넓은 데 대한 상세한 비판은 Jang Junhyok, “Divergence of Direct and Indirect Jurisdiction in the Supreme Court of the Republic of Korea”, Korean Yearbook of International Law, Vol. 4 (2016), 261-270.

44) Case C-68/93 Shevill v Presse Alliance [1995] ECR I-415.

불요등록 지식재산권의 성립, 귀속, 유효성에 관해서는 보호국의 특별관할이 인정되고 이것이 비전속적인 관할이라는 데 다툼이 없다. 외국판결의 승인집행에서는 본원국의 재판과 그 외의 보호국의 재판 간의 우열을 인정할지 문제가 있다. 그러나 직접관할에서는 이 문제가 없다.

나. 요등록 지적재산권의 성립, 유효성, 소멸에 관한 등록국 전속관할

요등록 지적재산권의 유효한 성립과 소멸에 대해서는 등록국(등록이 신청된 국가)이 전속적으로 관할한다(제10조 제1항 제4호).

다. 지식재산권계약에 대한 특별관할

제41조에 대한 특칙으로(제38조 제2항) 규정한 것이 제38조이다. 특별법이 일반법에 우선함을 명시하는 일반적인 입법기술에 따랐다면, “...소는 제41조에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다”고 규정했을 것이다.

주된 급부의무와 관련된 국가가 반대급부에 대해서도 관할하게 하는 점은 제38조 제1항도 제41조 제1호 각호와 마찬가지로이다. 그러나 제41조 제1항 각호가 계약특징적 급부의무의 이행지 개념에만 충실한 것과 달리, 제38조 제1항은 다양한 연결점을 규정한다. 즉, 보호국, 사용(행사)지국, 등록국에 두루 특별관할을 인정한다(제38조 제1항).

제2호의 적용은 요등록지식재산권에 국한되지 않는다. 요등록지식재산권이 아니라도 예컨대 실체법상 더 나은 보호를 받기 위하여 등록하는 경우가 있는데, 그렇게 등록된 나라도 여기에 포함된다.

제38조는 지식재산권계약에 두루 적용된다. 제38조 제1항 두문은 지식재산권에 대한 양도계약, 담보권 설정계약, 사용허락계약을 예시한다. 모든 종류의 지식재산권계약에 대하여 보호국, 사용(행사)지국, 등록국의 관할이 다 인정되는가? 아니면 사용(행사)지국관할이 인정되는 것은 일정 유형의 지식재산권계약에 국한되는가? 이 문제는 해석에 맡겨져 있다.

라. 지식재산권 침해에 대한 특별관할

지식재산권 침해의 특수불법행위에도 불법행위지관할의 일반적 기준이 적용된다. 지식재산권의 속지성에 근거한 제약이 덧붙여질 뿐이다.

그래서 지식재산권 침해의 경우에도 불법행위지 개념이 행동지(제39조 제1항 두문 단서 제1호)와 결과발생지(제2호, 제3호)로 세분된다. 지식재산권 침해는 고의불법행위가 대부분이므로, 적어도 국제관할법에서는 고의불법행위를 모범형으로 상정하면서 국제관할법적 규율내용을 다듬는 것이 적절할 수 있다. 입법자가 이런 고려에 충실했다면, 제44조가 규정하는 세 가지 관할기초 중 예견가능한 결과발생지를 배제하고, 행동지와 지향된 결과발생지만 남겨야 했다. 그런데 제39조는 도리어 §44의 '예견가능한 결과발생지'보다 관할기준이 느슨해지도록 하여, '단순한 결과발생지'를 제39조 제1항 두문 단서 제2호에 규정했다. 이것은 입법론적으로 의문이다. 아무리 제39조 제1항 두문 단서의 양

적 제한이 불더라도, 의미있는 보완책이 되지 못한다.

한편, 2022년 개정법률은 산포적 불법행위에 대하여 일반적으로는 ‘결과발생지관할의 양적 효력 범위의 파편화’(Shevill 판례)를 불채택하면서도, 유독 지식재산권침해에 대해서는 Shevill 판례를 채택했다(제39조 제1항 두문 단서).

지식재산권 침해사건에서 행동지와 결과발생지를 실체준거법에 의하여 행동지와 결과발생지로 평가되는 곳에 국한할지, 아니면 사실상의 행동지와 사실상의 결과발생지인 것으로 충분하게 할지는 견해가 나뉜다. 앞의 견해에 따르면 지식재산권 침해에서 Shevill 사건에 그대로 대응되는 산포적 불법행위라는 것은 존재하지 않게 된다. 이 점에 주목하면, 제39조가 뒤의 견해를 따른 것 같기도 하다.

6. 보호적 관할의 특칙

가. 수동적 소비자계약의 특칙

수동적 소비자계약의 특칙은 2001년에 신설된 규정을 원칙적으로 편면적 규정으로 바꾼 외에, 조금 다듬었을 뿐이다. 제43조 제1항은 2001년 신설 제27조 제1항의 소비자계약의 정의와 수동적 계약체결상황의 정의를 기본적으로 그대로 유지했다. 다만 제1호 후단에서 약간의 개정이 있었다. ‘소비자가 그의 상거소지국에서 계약체결에 필요한 행위를 하였을 것’을 규정한 부분은 삭제하되, 소비자 상거소지국에서 사업자가 행한 영업활동 등의 범위 내에 속하여야 한다는 제한을 두었다(제1호). 이렇게 하여 수동적 소비자상황의 범위를 조금 완화했다.

수동적 소비자계약의 경우에 소비자가 자신의 상거소지국에 소제기할 수 있고(제2항), 사업자가 소비자를 소비자의 상거소지국에서만 제기할 수 있음(제3항)은 2022년 개정 전 제27조 제4항, 제5항과 같다.

수동적 소비자계약의 경우에 국제재판관할합의가 한정적으로 인정되는 범위에 대해서도 2022년 개정 전 제27조 제6항의 태도를 유지했다.

나. 근로계약의 특칙

제43조는 2022년 개정 전 제28조 제3항~제5항을 그대로 유지한 것이다. 의무이행지관할을 계약특징적 급부의무의 이행지에 집중시키는 사고방식은 제41조 제1항 제2호에도 반영되어 있고, 일상적 노무제공지국관할(제43조 제1항, 제2항)도 뒷받침한다. 제43조 제2항의 관할배제적 규율 부분은 보호적 관할의 원리, 국제재판관할과 준거법의 병행, 그리고 공법적 규율과의 병행에 의하여 뒷받침된다. 어느 고려를 더 중시하는지에 관해서는 견해가 나뉜다.

VI. 자연인, 친족, 상속 분야의 국제재판관할

1. 자연인

가. 실종 및 부재

제24조는 실종 및 부재 전반에 대하여 규정하는 대신, 한국법이 인정하는 재판형태에 대해서만 규정한다.

실종선고의 국제관할은 제1항에서 정한다. (i) 부재자가 대한민국 국민이거나(제1호), 부재자의 최후 상거소가 대한민국에 있거나(제2호), 부재자의 재산이 대한민국에 있거나 대한민국법에 의하는 법률관계가 있거나 그 밖에 정당한 사유가 있는 경우(제3호)에 대한민국 법원에 국제관할이 있다. 제3호의 국제재판관할은 법정지국 내에 소재한 재산 및 법률관계에만 미친다(제2항).

부재자의 재산관리에 대해서는 부재자의 최후 상거소가 대한민국에 있거나 재산이 대한민국에 있으면 할 수 있다(제3항).

나. 후견사건의 관할

성년무능력선고와 후견은 본질상 ‘자연인’의 문제에 속한다. 개정위원회에서는 제2장(사람)에 두려는 견해와 제7장(친족)에 두려는 견해가 나뉘었는데 다수의견인 후자에 따라 편제되었다. 헤이그아동보호협약이 친권과 미성년자후견을 함께 다루는 점이 중시되었다.

제59조는 성년후견(제1항)과 미성년후견(제2항)으로 나누어 다른 기준을 정한다.

성년후견(제1항)에 대하여는 피후견인의 상거소가 대한민국에 있거나(제1호), 피후견인이 대한민국 국민이거나(제2호), 피후견인의 재산이 대한민국에 있고 피후견인을 보호할 필요가 있으면(제3호) 대한민국의 국제재판관할이 인정된다.

미성년후견에 대해서는 친자관계에 관한 제59조가 규정하는 경우, 또는 자녀의 재산이 대한민국에 있고 그 자녀의 보호필요성이 있는 경우에 대한민국에 국제재판관할이 있다(제2항).

2. 친족

친족관계의 모든 문제를 망라하여 규정하지 않고, 입법의 흠결을 남겼다. 아무 규정 없는 법률관계도 있다(예: 약혼, 무등록 비혼배우자관계, 등록 비혼배우자관계). 조문안의 적용범위에 속하는지 불분명한 부분도 있다(예: 부부재산제).

가. 친족 분야에 특유한 총칙

(1) 친족 분야의 총칙으로서의 결과사건관할

가사사건의 경우에는 신분관계의 변동에 관한 사건(이혼, 파양 등)에 대해 독자적인 국제재판관할

이 있으면 그 효과사안(Folgesachen)(부수사건, 부속사건)에도 국제재판관할을 인정하는 규정을 두었다(제3항 본문). 그러나 부수사건에 대한 국제재판관할을 근거로 주된 사건에 대한 관련사건관할을 인정할 수는 없음을 명시했다(제3항 단서). 이렇게 규정하는 결과, 가사사건에 대해 제1항이나 제2항이 적용될 수 있는 여지는 극히 제한적일 것으로 보인다.

(2) 법원에서의 조정절차의 국제관할

법원에서의 가사조정은 조정절차에 회부하는 합의 없이도 이루어질 수 있다. 이것은 강제적 분쟁 해결절차이므로 국제관할조문이 필요하다고 보아 제62조를 두었다. 본안사건에 대하여 대한민국에 국제재판관할이 있으면 대한민국 법원에 조정을 신청할 수 있음을 명시한다.

나. 혼인관계사건의 관할

재판관할법의 규율목적상 혼인관계사건으로 중요한 것은 혼인의 성립사건(성립에 대한 개입), 혼인의 유효한 성립의 사후적 판단을 포함하는 혼인의 해소사건, 부부재산제 해소사건을 중심으로 한 부부재산제 사건이다. 부부재산제 해소사건은 혼인의 신분적 효력사건도 이론적으로는 있을 수 있으나, 혼인생활의 영역에는 국가법원이 개입하지 않는 것이 현대법의 태도이므로 굳이 논의할 필요가 없다.

법률저촉법과 재판관할법에서 법률관계의 분류를 달리하는 부분이 있다. 혼인무효나 혼인취소는 준거법 결정의 맥락에서는 혼인의 유효한 성립(제63조)의 문제로 분류하여 방식(형식적 성립·유효요건과 그 결여의 효과)과 실질적 성립·유효요건을 나눈다. 그러나 국제·국내관할법상으로는 혼인관계 해소사건에 해당한다. 혼인관계 해소에 소급효 유무는 관할법상의 법률관계 분류에 영향이 없다.

부부재산제에 대한 국제관할이 독립적으로 문제되는 것은 부부재산제 자체가 재판대상이 되는, 즉 부부재산제법상의 권리가 청구권기초가 되는 경우에 한정된다. 일방 배우자의 부부공동재산 처분이나 잠재적 재산분할 대상재산 처분이 부부재산제를 침해했다 하여 그 효력을 다투는 경우도 있다. 만약 그런 처분이나 처분의 원인행위의 효력을 다투는 것을 재판상으로만 하게 되어 있어서 재판상 무효, 무효화, 취소 등의 청구를 한다면, 관할법적으로도 이것을 혼인관계사건의 일종인 부부재산제 사건으로 분류할지, 아니면 재산법상의 해당 법률행위(처분행위나 원인행위)의 실질적 성립·유효성을 다투는 점을 중시하여 채권자취소소송처럼 특별규정을 따로 두지 않은 재산관계 소송으로 다룰지 문제된다. 그 논의는 나중에 미루고, 여기에서는 부부재산제 해소사건을 중심으로 부부재산제 사건을 생각하기로 한다. 부부재산제가 법률상 당연히 해소되고 아무런 승계 문제도 남기지 않는 경우(예컨대 한국법상 일방 또는 쌍방 배우자의 사망으로 인한 부부재산제의 종료)에는 부부재산제 자체가 재판대상이 될 일이 없다. 그렇지만 이론적으로는 한국실체법이 적용되는 사건에서도 가령 일방배우자 사망시에 타방배우자가 부부재산제법상 자신의 몫을 취득한다고 주장하여 부부재산분할 청구소

송을 제기할 여지가 있다. 이런 사건도 부부재산제 해소사건에 해당하고 그에 대한 재판관할을 판단해야 한다.

2022년 개정법률은 혼인관계사건에 관하여 제56조의 1개 조문만 둔다. 일방 배우자가 타방 배우자를 제소하는지, 제3자가 쌍방 배우자를 제소하는지에 따라 항을 나눌 뿐이다.

제56조의 “혼인관계”가 혼인성립사건을 포함한다는 문리해석은 명백히 부적당하다. 제56조는 혼인해소사건을 상정하고 마련되었을 뿐이다. 게다가 혼인성립소송사건은 관할법상 존재할 수 없어, 비송관할에 준용할 조문이 없다. 오히려 혼인성립사건의 비송관할규칙은 혼인의 방식준거법 지정규칙인 제63조 제2항에서 찾아야 한다. 같은 연결점을 채용하는 국제비송관할을 사법적(司法的) 법형성으로 인정하여 흠결보충하는 것이 최선일 것이다. 그것이 해석론상 다소 무리라면, 준거법소속국관할(forum legis)의 일반법리에 기대어서도 같은 결론에 이를 수 있다.

필자가 주장하는 차선책을 놓고, 준거법소속국관할(forum legis)의 일반법리가 낡은 것이라 하여 경원시할 일은 아니다. 준거법소속국관할에의 의존보다 국제관할규정의 명시를 선호하는 통설은 이 법리에의 의존으로 만족하려 하면서 국제비송관할규정을 두지 않으려고 버티는 것이 부적당하다는 것이지, 국제비송관할규정을 두지 못하고 입법공백을 남긴 난처한 상황을 극복하기 위하여 선현의 지혜가 담긴 준거법소속국관할이라는 일반법리를 끌어오는 일을 혐오할 일이 아니다. 최첨단의 규칙이 아닐 바에는 아무런 규칙도 없이 ‘모르겠다’고 말하는 것이 낫다는 것은 법해석자가 할 말이 아니다. 준거법소속국관할에 의존하는 모습이 꺼려지면, 아예 제63조 제2항의 연결점을 국제관할법의 흠결보충을 위하여 가져와, 제63조 제2항의 준거법지정규칙을 국제비송관할규칙으로 유추적용하면 될 것이다. 즉, 준거법소속국관할의 일반법리에 기대는 해석론을 전폭적으로 지지하다 못해 아예 더 과감하게 준거법지정규칙에 기댈 일이다. 필자도 입법론적으로 그런 준용을 지지하며, 해석론으로도 그런 유추적용이 최선이라고 생각한다. 다만 준거법지정규칙을 국제비송관할규칙으로 유추적용하는 해석론적 정면돌파를 꺼리는 목소리도 있을 수 있으므로, 준거법소속국관할의 일반법리를 연결고리로 하여 마찬가지로 결론을 얻는 차선책도 함께 주장하는 것이다.

다. 친생자관계 성립사건의 특별관할

친생자관계 성립사건의 성질에 의한 특별관할을 정한다. 자녀의 상거소국이거나(제57조 전단), 한국이 부모 일방과 자녀의 공통본국인 경우(후단)에도 한국에 국제관할이 인정된다.

“친생자관계”에는 친생자관계가 간주되는 경우(예: 친생부인금지, 정자나 난자를 얻어 태어난 시험관 아기, 대리모를 통한 출산)도 포함된다고 해석된다.

라. 양친자관계 성립사건의 관할

양친자관계의 성립사건에 대한 국제관할은 제58조 제1항에서 규정한다. 양친자관계 해소사건에

대해서는 제58조 제2항에서 사안의 성질에 의한 특별관할만 규정한다. 입양성립절차는 재판에 의하는 부분(입양허가나 성립의 재판, 입양절차의 감독)에 한하여 제1항의 규율대상에 포함된다. 입양의 불성립, 무효, 취소는 파양과 마찬가지로 다루는 것으로 입법적으로 해결했다(제2항).

입양의 성립사건은 입양성립에 관한 국제비송사건을 말한다. 입양성립절차 후에 입양의 유효한 성립을 다투는 사건은 입양해소사건으로 분류된다. 제2항에서 “양친자관계의 존부확인”과 “입양의 취소”사건을 언급하여 이 점을 명시한다.

입양성립사건에 관한 제1항은 양친의 상거소지관할과 양자의 상거소지관할만 규정한다. 그러나 이 규정은 이 분야의 국제비송재판관할사유를 남김없이 정하는 것으로 보기 어렵다.

특히 준거법소속국관할은 따로 명시하지 않았어도, 당연히 인정되는 것으로 해석해야 한다. 그렇게 해석하지 않으면, 문제가 생긴다. 가령 외국에 상거소를 두고 살던 아동이 한국에 시험양육, 입양 불성립, 입양취소 등으로 한국에 소재하게 되었지만 한국에 상거소를 취득하지 않은 상태에 있고, 외국 거주 한국인이 이 아동을 입양하고자 할 때, 입양성립을 위한 형성재판에 가장 적절한 장소에 있는 것은 한국법원일 것이다. 양자의 동의나 제3자의 승낙에 관해서도 양자의 본국관할도 인정된다고 해석하는 것이 타당하다. 양친의 본국관할과 양자의 본국관할은 준거법소속국관할의 법리에 의하여 뒷받침된다. 준거법소속국관할의 일반원칙에 기대어 그런 국제규칙을 사법(司法)적 법형성으로 보충하는 것이 최선일 것이다. 차선책으로는 단순히 준거법소속국관할을 인정하여 한국법원의 국제비송관할을 인정할 수 있다.

마. 친자관계 효력사건의 관할

미성년 자녀에 대한 친권, 양육권 및 면접교섭권에 대해서는 자녀의 상거소지국과, 부모 일방과 자녀의 공통본국의 관할이 인정된다(제59조). 양육권도 함께 다룬 점에 주목할 필요가 있다. 친권의 준거법 결정에 관한 제72조는 이번에 개정하지 않았지만, 이것은 준거법 조문을 개정범위 밖에 둔 기본 방침에 따른 것에 불과하다. 그러므로 제72조의 체계개념은 양육권도 포함하도록 확장해석하는 것이 타당한데, 이런 확장해석은 제59조가 양육권도 함께 다루는 점에 의해서도 뒷받침받게 되었다.

바. 부양사건의 특별관할

부양사건에 대하여는 부양권리자의 상거소지국에 특별관할을 인정한다(제59조 제1항). 또, 부양사건에 대해서도 제8조에 따른 국제재판관할합의를 허용한다(제2항 본문). 다만 피부양자가 미성년자이거나 피성년후견인인 경우에는 국제재판관할합의가 허용되지 않는다(제2항 단서 제1호). 또, 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 국가에 국제재판관할을 부여하는 합의도 허용되지 않는다(제2호).

부양사건의 계속관할은 전속관할을 규정하는 입법례가 나와 있으나, 아예 아무 규정도 하지 않았다.

3. 상속과 유언

가. 상속사건의 국제재판관할

상속사건에 대하여는 피상속인의 사망시 상거소지국에 국제재판관할이 있다(제1항 제1호 제1문). 피상속인이 사망시에 어느 국가에도 상거소를 가지지 않았거나 그의 사망시 상거소를 알 수 없는 경우에는 그의 최후의 상거소를 기준으로 했다(제1호 제2문). 상속재산 소재지국의 관할도, 그 상속재산의 가액이 현저히 낮은 경우가 아닌 한, 인정된다(제1항 제2호).

상속에 관한 사건에 대해서는 원칙적으로 제8조에 따른 국제재판관할합의를 할 수 있다(제2항 본문). 그 국제관할합의의 주체는 공동상속인들일 것이다. 다만 공동상속인 중 1인이 미성년자이거나 피성년후견인인 경우(제2항 단서 제1호), 또는 합의에 의하여 국제재판관할이 부여된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우(제2호)에는 국제재판관할합의가 허용되지 않는다. 공동상속인들 중 관할합의의 당사자로 누락된 자가 있거나, 관할합의의 일부 당사자가 제2항 단서에 해당하는 경우에, 그 관할합의가 전부무효인지, 아니면 일부유효인지 문제될 것이다. 이 문제는 해석에 맡겨졌다.

피상속인의 본국관할이 규정되지 않은 것은 특히 아쉽다. 준거법소속국관할의 일반이론에 기대어 이 관할규칙을 해석상 정립하거나, 이 나라에 국제관할을 인정해야 한다.

상속사건에는 제13조의 유보 하에 제3조 제1항 1문, 제11조, 제14조도 적용된다. 그런데 상속사건의 부분별로 2개 이상의 국가에 소송계속되었으면 국제적 소송경합은 없으므로 제11조는 부적용된다. 법률관계의 세분화(dépeçage)가 일어난다. 부분적으로만 국제적 소송경합이 있으면 그 한도에서만 제11조가 적용될 수 있으나, 해석상 제한 여지가 있다.

나. 유언사건의 국제재판관할

유언에 관한 사건에 대하여는 유언자의 유언시 상거소가 대한민국에 있거나, 유언의 대상인 재산이 대한민국에 있으면 대한민국에 국제재판관할이 있도록 했다(제76조 제3항).

Ⅶ. 해석에 맡기거나 입법공백을 둔 국제관할법 총칙과 각칙

1. 해석이나 사법(司法)적 법형성에 맡겨진 국제관할사유

관할사유는 남김없이 열거하는 것이 바람직하기는 하다. 그러나 국제민사재판관할은 단순히 국가법원이 당사자를 규제하는 문제가 아니라, 원피고의 이익을 중심으로 민사재판절차법적 이익을 적절히 형량하여 규율하는 문제이다. 그래서 열거주의가 절대적인 요청은 아니다. 그러므로 별도의 명문

규정이 없는 관할사유는 일체 인정될 수 없다고 못박을 일은 아니다.

2022년 개정법률에서 따로 명시하지 않은 국제관할법의 총칙으로, 원고복종관할, 자연인의 주된 사무소·영업소 소재지국의 국제적 일반관할, 제3자 인입소송(引入訴訟)의 관련사건관할, 상계관할, 피고의 동의관할, 국제관할법상의 반정, 긴급관할 등이 있다. 이것들은 해석론에 맡겨져 있다. 특히 상계관할과 긴급관할은 개정위원회에서도 당연히 인정되는 것으로 전제했다.

각칙 분야에서도 입법의 공백을 남긴 부분이 있다. 비채변제, 사무관리, 부당이득, 채권자취소소송, 혼인성립에 관한 비송관할, 준혼(準婚) 등 다양한 문제에 관하여 입법공백이 있다. 별도의 규정을 두지 않고 해석에 맡긴 부분도 있다. 신탁의 내부관계에 관한 별도의 규정을 두지는 않았고, 불법행위지국관할(§44)을 특수불법행위별로 차별화하는 작업의 대부분도 해석에 맡겼다. 이 문제들에 관한 해석과 사법(司法)적 법형성에 의한 흠결보충도 해석론에 맡겨져 있다.

2. 국제재판관할 판단의 기준시

부칙 제2조는 개정법률의 적용 기준시를 정할 때 소제기시가 아니라 비로소 소송계속된⁴⁵⁾ 때를 기준임을 명시한다. 이 부분은 주목할 만하다. 국제적 소송경합에서 선소를 가려내는 제11조 제5항을 잘못 읽으면 혼란에 빠질 수 있는데, 그런 혼란을 막는 데 도움이 된다.

제11조 제5항이 국제적 소송경합에서 시간적 우선순위를 정할 때 “소를 제기한 때”를 기준으로 삼는 것은 국제적 소송경합법에서 선소우선주의에 따를 때 소장을 법원에 제출한 후 송달하는지, 법원의 인증을 받아 송달한 후 법원에 제출하는지가 나라별로 다른 점을 고려한 것이다. 법원 제출이든 송달을 위한 인증신청이든 관청과 최초로 접촉한 때를 기준으로 선후를 가려내도록 한다. 각국의 절차법의 차이에 구애받지 않고 선소우선주의의 취지를 적절히 살리기 위하여 비교의 기준시를 앞당긴 것이지, 국제관할 유무 판단의 기준시를 앞당긴 것이 전혀 아니다. 이 점은 법리상 당연하지만, 조문만 보면 헛갈릴 수 있다. 그런데 부칙 제2조가, 경과규정의 맥락에 한정되긴 하지만, 소송계속시가 국제관할의 기준시라는 점을 명시하므로, 이런 불필요한 혼란을 불식시켜 준다.

3. 관할의 항정

부칙 제2조는 개정법률 시행시에 이미 한국법원에 소송이 계속(繫屬)되어 있으면 구법에 의하게 한다. 경과규정인데, 개정법률이 적용되는 시간적 범위를 넓게 잡은 편이다. 기존의 실체관계라도 개정법률 시행을 기다려 제소하면 개정법률을 적용받기 때문이다.

부칙 제2조가 관할항정(管轄恒定, perpetuatio fori)의 법리를 부분적으로 규정한 것이라는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 개정법률 시행 전에 소송계속되어 구법에 따라 관할이 확립되었으면, 나중에 관할기초가

45) “계속 중인”은 “계속되어 있는”의 뜻인데, 의미 전달에는 어려움이 없다. 다만 괄호 안에 “繫屬”의 한자를 적으면 좋았을 것이다. 사족이라고 여길 것이 아니다. 한글 세대의 눈높이에서 생각해야 한다.

46) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 국제거래와 법 제23호(2018).

탈락해도 상관없다는 내용이 부칙 제2조에 들어 있다는 취지로 생각된다. 그러나 그런 규율은 부칙 제2조에 들어 있지 않다. 관할의 항정의 법리는 사안에 적용될 국제관할규칙이 개정되었든 아니든 상관없이 해석론상 인정된다.

관할의 항정은 관할의 기준시 후에 관할기초가 탈락(예: 상거소의 변경)한 경우에도 관할이 유지되는 법리일 뿐이다. 이와 달리, 부칙 제2조의 경과규정은 관할의 기준시 후에 관할법이 바뀌어 기존의 관할기초가 더 이상 관할기초로서 의미부여되지 않게 되었더라도 관할이 유지된다고 규정할 뿐이다. 이것은 관할법의 개정이 관할법적 평가에 영향을 미치지 않는다는 경과규정일 뿐이다. 관할기초의 사후적 탈락(타국으로의 변경 등)이 관할에 영향을 미치지 않는다는 취지가 아니다. 즉, 관할항정을 명시한 규정이 아니다.⁴⁷⁾

물론 부칙 제2조가 소송계속시를 국제관할의 기준시로 하는 것이 관할항정 법리와도 관련되기는 한다. 관할항정도 언제를 국제관할 판단의 기준시로 할지를 전제로 하기 때문이다. 요컨대 관할항정의 법리가 기존 법에 따라 관할이 확립되었으면 충분하다고 할 때, 기존 법이란 ‘소송계속시에 시행 중인 국제관할법’이라는 점을 부칙 제2조가 정할 뿐이다. 결국, 부칙 제2조에는 관할항정의 법리를 규정한 부분은 없다. 그러나 국제관할 판단의 기준시를 부분적으로 정한 부분은 있다.

VIII. 2022년 개정법률이 제시하는 도전과 향후 과제

1. 2022년 개정법률이 국제관할법에 부여하는 과제

가. 상거소 확정기준의 정립

대법원을 비롯한 각급법원은 상거소나 주소의 이전에 관하여 명확히 판단하기를 꺼려 왔다. 그리고 상거소의 확정기준에 관해서는 학설상 논의와 판례가 적다. 그래서 상거소를 확정하는 기준의 정립이 앞으로의 도전이 될 것이다.

상거소 취득의 요건에 관해서는 일정한 주거지가 필요한지, 아니면 주거장소가 일정하지 않더라도 상관없는지 답해야 한다. 후자를 인정하면 국적처럼 법역 전체를 상거소로 하는 상거소 개념을 포용하는 것이 된다.

상거소 취득의 시점도 까다로운 문제가 된다. 가족관계공무원의 업무처리기준으로 만들어진 가족관계등록예규는 일본의 통례를 모방한 것인데, 이주하려는 국가에 입국한 후 일정 기간 계속하여 거

10.), 122면.

47) 가령 2022년 개정 전에 자연인에 대한 일반관할의 기준이 주소였다 하자. 그리고 피고가 2021년까지 주소를 한국에 두고 있다가 2022년 8월에 외국으로 옮겼다 하자. 그에 대한 주소지국관할은 관할항정의 법리 덕택에 2022년 8월 이후에도 유지된다. 부칙 제2조는 그에 대한 일반관할이 상거소(제3조)가 아니라 주소를 기준으로 정해진다고 정할 뿐이다. 2022년 8월에 외국으로 주소를 옮긴 것이 관할법상 무의미한 것은 부칙 제2조 때문이 아니라, 해석론상 인정되는 관할항정의 법리 때문이다.

주한 후에 비로소 상거소를 취득한다고 정한다. 실제로 상거소의 확정기준을 정하기가, 까다로와 상거소를 연결점으로 삼기를 포기하고, 차선택으로 ‘일정 기간 계속된 거소’를 기준으로 하는 입법례처럼 상거소를 판단하는 입법례도 있는데, 상거소를 연결점으로 채택했음에도 불구하고 마치 그렇게 하지 않고 ‘일정 기간 계속된 거소’를 연결점으로 채택한 것처럼 해석하는 것이다. 이것은 상거소 개념에 어긋난다. 오히려 상거소 변경의사가 명확할 때에는 입국과 동시에 상거소를 취득할 수도 있는지를 신중히 검토할 필요가 있다.

신상거소가 취득되면 구상거소는 법률상 당연히 상실되는가? 그렇게 보아야 할 것이다. 신상거소를 취득하기 전에도 구 상거소지를 확정적으로 떠나면 구 상거소를 상실하여 신 상거소 취득 전까지 무상거소자가 되는가? 그렇게 처리하기 곤란하다. 결국 상거소가 어느 나라에도 없는 경우는 아주 드물 것이다.

이중상거소의 인정 여부도 문제된다. 원칙적으로 부정해야 하겠지만, 아주 드물게 인정할 만한 경우가 있을지는 해석과제로 남아 있다.

나. 관련재판적과 반소관할의 관련성 요건의 정립, 특히 병합가능성과의 구별

병합사건의 관련재판적과 반소관할의 기초가 되는 관련성 요건은 비교법적 연구 및 학설과 판례의 축적을 기다릴 수 밖에 없다. 병합이나 병합가능성이 두 관할규칙의 적용요건인 것까지는 아니고, 병합청구하거나 반소로 제기한 것으로 충분하다는 해석론을 검증하고 정립시키는 일도 마찬가지이다.

다. 국제재판관할 및 불편의법정지 항변의 판단절차 및 증거법 원칙의 정립

국제재판관할이 적시에 다투어지거나, 불편의법정지 법리에 따른 중지신청이 적시에 제출된 경우에, 두 문제에 관한 재판(변론, 증거조사 및 판결 또는 결정)의 절차와 상소절차가 잘 정립되어야 한다. 그리고 관할기초사실이 직권조사사항이기는 하여도 어디까지나 사실인 이상 증명되어야 하므로 원고에게 증명책임을 지우게 되는데, 어느 정도의 증명도를 요구할지 문제된다. 이 문제도 해석론에 맡겨져 있다.

국제재판관할 유무에 대한 재판절차에 대해서는 아무런 규정이 없다. 불편의법정지임을 이유로 하는 중지신청에 대한 재판절차에 대해서는 원고에게 진술할 기회를 주고(제12조 제2항) 결정으로 재판한다는(제1항) 점 외에는 다른 규정이 없고, 중지하는 결정이 내려지면 원고가 즉시항고할 수 있다고 규정할 뿐이다.

그러나 국제재판관할이 부존재하거나 불행사되어야 하는 경우에는 그럼에도 불구하고 본안심리를 하는 것 자체가 문제이다. 본안심리는 본안재판의 일부이고, 국제관할이 없거나 불행사되어야 하는 데도 불구하고 국제관할을 행사하고 있는 것이기 때문이다. 그래서 국제관할이 존재한다는 판단을 내린 뒤에 본안심리로 넘어가는 것이 바람직하다.

피고의 관할법적 이익을 더 진지하게 존중하려면 국제관할이 존재한다거나 불행사사유가 없어 행사하기로 한다는 사실심의 재판에 대하여 독립적으로 상소할 수 있게 해야겠지만, 2022년 개정에서는 이런 개혁까지는 채택되지 못했다. 앞으로의 개혁 과제로 남아 있다.

라. 국제재판관할법의 흠결보충

국제관할에 관한 일반법의 흠결을 위하여 가장 먼저 모색되어야 하는 방법은 아마도 다른 국제관할법규의 유추적용일 것이다. 예컨대 계약사건에서 특징적 급부의무의 이행지관할을 정한 제41조 제1항 제1호~제3호를 완결적 목록이 아니라고 해석하여 제1항 내에 입법흠결을 발견하고 해석으로 또 다른 규칙을 추가할 여지가 있다. 특수 맥락에서 국제관할을 정한 법규를 유추적용할 수도 있다. 여기에는 국제관할법 통일협약에 포함된 국제관할규정도 포함된다. 예컨대 대한민국이 로테르담규정에 가입하면 국제해상물품운송에 적용될 국제관할규정을 갖추게 된다. 국제사법 내의 국제관할규정에 흠결이 있으면, 로테르담규정 내의 국제관할규정을 다른 맥락에도 유추적용할지 검토할 수 있다. 또, 2019년 헤이그재판협약⁴⁸⁾ 등에 가입하면 자연인의 주된 사무·영업소 소재지 일반관할, 신탁의 내부관계에 대한 특별관할 등 한국의 일반법에는 없는 간접관할규정을 보유하게 된다. 이 간접관할 규정들은 이 협약의 체약국 외의 국가의 간접관할을 판단하는 데에도 유추적용될 여지가 있고, 한국의 직접관할을 정하는 데에도 유추적용될 여지가 있다.

국제사법 제2조 제2항이 규정하는 대로 국내토지관할규정⁴⁹⁾에서 국제관할의 규율에 끌어올 만한 규정이나 내용을 선별하여 유추적용하는 방법도 있다. 어떤 규정을 유추적용하느냐에 관하여 위계질서가 있는 것은 아니므로, 국제관할규정체계 내에서 다른 규정을 유추적용하는 것과 국내토지관할규정을 유추적용하는 것 사이에 기계적인 우선순위가 있을 수는 없다. 그러나 국내토지관할법으로부터의 차별화를 위하여 국제재판관할규정체계를 신설했다는 입법취지를 생각할 때, 국내토지관할규정의 유추적용은 국제관할법 내의 흠결보충보다 후순위로 고려해야 한다고 말해도 상관없을 것 같다.

혹자는 국제사법 제2조 제2항은 입법흠결이 있으면 곧바로 이 방법에 의하도록 규정하는 듯한데, 어떻게 해서 이것이 차순위의 방법이 되어야 하는가 라는 의문을 제기할지 모른다. 법률해석의 방법

48) 민상사의 외국판결의 승인집행에 관한 2019년 협약(Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matter). 이 협약의 개관은 장준혁, “2019년 헤이그 외국판결 승인집행협약”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 437-510면; 석광현, “2019년 헤이그 재판협약의 주요 내용과 간접관할규정” 국제사법연구 제26권 제2호(2020. 12.), 3-83면. 한국의 대응방안에 관해서는 한충수, “헤이그 재판협약과 민사소송법 개정 논의의 필요성-관할규정의 현대화 및 국제화를 지향하며”, 인권과정의 제493호(2020. 11.), 73-95면; 장준혁, “2019년 헤이그 재판협약의 우리나라 입법, 해석, 실무에 대한 시사점과 가입방안”, 국제사법연구 제26권 제2호(2020. 12.), 141-217면.

49) “참작” 대상 규정은 ‘국내토지관할규정’이다. 제2조 제2항에서 이렇게 규정하는 것이 정확하다. ‘국내관할규정’, ‘토지관할규정’이라고 해도 무방하다. 그러나 2001년 신설시부터 제2조 제2항의 문언은 하지 않고 “국내법의 관할 규정”이라고 한다. 그래서 마치 국제적 법통일협약에 규정된 국내토지관할규정은 유추대상이 아니고 국내법(자율법)에 규정된 국내토지관할규정만 유추대상인 것처럼 오해될 소지를 남긴다. 그리고 국내법으로 정한 국제재판관할규정도 곧바로 사안에 적용되는 것이 아니라 제2조 제2항을 통하여 제2조의 용광로 속으로 들어가 법관의 종합적 판단을 기다리는 것처럼 보인다. 그러나 2001년 개정시에 이런 입법의사는 전혀 없었다. 2022년 개정시에도 같다.

으로 흠결이 보충되면 더 이상 흠결이 없게 되므로, 제2조 제2항에 의할 일이 없다.

국제관할규정체계가 없고 국내토지관할법의 유추적용에 크게 의존하던 시절에는, 규정유추(법률 유추) 외의 방법으로 보다 창의적인 법형성을 하여 국제관할규칙을 정립하는 작업도 제2조 제2항의 틀 내에서 이루어져야 했다. 그러나 이제는 국제관할규정체계가 갖추어져, 그 성문규정체계를 놓고 그 틈새를 메우는 흠결보충을 하게 되었다. 그래서 규정유추 외의 방법에 의한 흠결보충도 성문의 국제사법규정체계를 놓고 이루어지게 된다.

초법률적(법률위반적) 법형성은 매우 조심스러운 것이다. 제21조(2022년 개정 전 제8조) 제1항이 준거법지정규정의 초법률적 법형성권한을 법관에게 수여하는 것 같은 명문규정도 없다. 그렇지만 해석작업이 해석(흠결 발견과 유추에 의한 보충 포함)의 통상적 한계를 넘어 초법률적 법형성의 수준에 이를 가능성은 열려 있다.

2. 2022년 신설조문과 병존해야 할 국제협약 가입 필요성

가. 2005년 관할합의협약의 시급한 비준의 요청

2005년 헤이그관할합의협약의 비준을 주장하는 목소리가 예전부터 높고,⁵⁰⁾ 반대하는 의견은 찾아볼 수 없다. 제8조가 이 협약을 모범삼아 입법하여 그 주요내용을 그대로 담기까지 했다. 주된 변화는 전속적 합의법정지국과의 추가적 접촉 요건의 폐지이다. 관련된 외국이 2005년 관할합의협약의 체약국이든 아니든 묻지 않는다. 이미 자율법으로 협약과 동일한, 관할합의를 지지하는 태도를 내면 화했으므로, 이 협약 가입을 미룰 이유가 거의 없어졌다.

협약 가입의 주요 실익으로 몇 가지를 들 수 있다. 첫째, 합의법정지가 중립적 제3국이라도 실체재판을 할 의무를 지운다. 그래서 불편의법정지 법리를 원용하느냐 마느냐를 놓고 다투느라 불확실성을 겪고 소송 지연과 소송비용 증가를 겪는 일이 방지된다. 둘째, 전속적 국제재판관할합의를 불허하는 나라(예: 호주법상으로는 외국법원을 전속적 합의법정지로 삼는 합의는 무효)도 있는데, 체약국이 되면 체약국 간 관계에서만이라도 태도를 바꾸게 된다. 셋째, 중립적 제3국을 전속적 합의법정지로 택하는 국제관할합의의 효력을 부정하는 나라라도, 체약국이 그렇게 선택된 경우에는 체약국 판결의 합의관할을 인정하게 된다. 전속적 합의법정지국이 한국이든 제3국이든, 둘째와 셋째의 변화는 당사자들의 예견가능성과 확실성을 높인다. 넷째, 체약국 간에 부분적 상호보증을 창출한다. 다섯째, 한국법원의 판결이 타 체약국에서 승인집행되거나 한국에서 타 체약국 판결이 승인집행된 사례가 협약

50) 석광현, 국제민사소송법, 125면; 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 193면(다만 관할합의의 실질적 유효성의 준거법으로 합의법정지법을 지정한 취지가 총괄지정인 점은 단점으로 지적); 장준혁, 대한민국에서의 헤이그관할합의협약 채택방안: 2019년 재판협약 성립을 계기로 돌아본 의의와 과제, 안암법학 제61호(2020, 11.), 47174면; 장준혁 · 이규호 · 천창민 · 이종혁 · 장지용, 민사 또는 상사에 관한 외국재판의 승인과 집행에 관한 협약(헤이그재판협약) 연구(법무부 정책연구 보고서, 2021), 70면 이하(장지용 부장판사는 공식 공저자는 아니지만 실질적 자문을 제공했으므로 공저자로 표기한다).

사안 데이터베이스에 등록됨으로써 한국의 민사재판제도의 위상을 높인다.

나. 2019년 재판협약 비준의 요청

2019년 재판협약은 규정내용에 부담되는 부분이 거의 없다. 물론 2005년 관할합의협약이 원피고 간 합의로 선택된 국가의 국제재판관할만 다루는 것과 달리, 2019년 재판협약은 원고가 이 협약이 규정하는 간접관할국 중에서 일방적으로 선택한 국가의 국제재판관할을 두루 다룬다. 그렇지만 협약이 규정하는 국제관할규정은 널리 인정될 만한 것으로 엄선하여 규정했으므로, 과도하게 외국판결 승인집행의무를 지게 될 일도 별로 없다. 또, 직접관할을 다루지 않는 단순협약인데다가, 2005년 관할합의협약과 달리 체약국 판결이나 재판상 화해의 승인이나 집행 여부를 판단할 때 승인국의 간접관할 심사권한에 아무런 제약이 없다. 2005년 관할합의협약보다 사항적 적용범위가 약간 늘어났지만, 부담될 정도는 아니다. 그래서 거절서 기탁실무가 필요한 점을 제외하면 2005년 관할합의협약보다 부담이 적다.

게다가 2019년 협약은 자연인의 주된 사무소·영업소 소재지국의 일반관할(제5조 제1항 b호), 신탁의 고유관계(내부관계) 사건에 관할 국제관할규정(제5조 제1항 k호)과 같이 기존의 입법례에 없는 공백을 메운다. 그 규정내용도 관할사유를 무리하게 확대하는 내용이 전혀 없다. 이런 규정들은 협약사안 밖의 간접관할법과 직접관할법에도 유추적용될 가능성도 열려 있다. 그리고 그런 유추적용이 요망된다. 그래서 한국 국제관할법의 2022년 개정시 남겨둔 과제를 해결하는 데에도 도움이 된다. 또, 비전속적 합의관할에 관한 규정(제5조 제1항 m호)도 새롭고, 규정내용이 부담되는 것도 아니다. 이처럼 기존의 국제재판관할법의 빈 공간을 보충하여 주는 내용이 담겨 있다.

한 가지 실무상 부담될 수 있는 부분은 특정 체약국 거절실무의 운영이다. 한국이 처음 비준서를 기탁할 때에도 마찬가지이지만, 부패문제 등에서 벗어난 정상적인 사법제도를 갖추지 못한 실패국가(failed state) 내지 문제국가가 비준서, 승인서, 수락서, 가입서를 제출할 때에는 12개월 내에 거절서를 기탁해야 한다(제29조 제2항). 그래서 문제국가를 판별하는 작업을 해야 하는 부담이 있다. 그러나 이 부담은 헤이그국제사법회의 상설사무국이 있는 헤이그 소재 대사관에 상시 파견되어 있는 헤이그국제사법회의 담당 서기관(외교부 소속), 사법협력관(대법원 파견), 법무협력관(법무부 파견), 물밀의 의견교환으로 극복될 수 있다. 오히려 그런 협력의 경험을 쌓아나가는 기회가 된다.

다. 해사법분야 협약 비준의 실익

공유수면은 서로 통하므로 해사법은 자연스럽게 세계법으로 발달했다. 단지 영토국가들이 지배하는 세상이 되면서 해사법을 국가법화하는 일이 벌어졌을 뿐이다. 20세기 후반부터는 해사법까지 무리하게 국가법화한 일을 정상으로 되돌리기 위하여 법통일조약의 형식으로 해사법 통일운동이 벌어졌다.

한국은 주권국가를 세운 초창기여서 국가주권을 강조하기 때문인지, 아니면 근대법전통이 일본에서 들어온 탓에 일본의 행보를 크게 참고하기 때문인지 모르겠으나, 국제적 범통일조약에 참여하는데 매우 소극적인 편이다. 일본법과 법제가 유사하므로 일본에서의 반응과 동향을 살피는 것은 좋은 일이지만, 그런 노력은 일본 내 전문가인 학계와, 실수요자인 기업 등에서 해당 범통일협약을 어떻게 평가하는지를 살필 일이지, 외교부와의 협조 하에 범통일협약 교섭, 가입 등을 주관하는 법무성의 동향에만 과도하게 촉각을 곤두세울 일은 아니라고 생각된다.

(1) 헤이그-비스비규칙

헤이그 규칙(Hague Rules)⁵¹⁾은 1924년에 만들어졌고 1968년 비스비 의정서(Visby Protocol)에 의하여 부분적으로 개정되었다. 이 개정본을 헤이그-비스비규칙이라고 한다. 헤이그-비스비규칙에는 국제재판관할에 관한 명문규정이 없다. 다만 운송인의 책임을 감축하는 약정을 금지하는 제3조 제8항⁵²⁾이 국제재판관할합의에도 적용되는 것으로 해석되고 있다. 구체적으로는, 이 조항이 모든 국제재판관할합의를 금지한다는 해석론⁵³⁾과, 원고가 선택한 법정지의 법보다 합의법정지의 법이 운송인의 책임을 더 제한하는 한도에서만 국제재판관할합의가 무효라는 해석론⁵⁴⁾이 나뉜다.

(2) 해상물품운송에 관한 함부르히규칙

1978년의 국제연합 해상물품운송협약(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea)⁵⁵⁾(약칭 함부르히규칙)은 국제관할과 국내토지관할을 정하는 조문(제21조)을 둔다.

51) '선하증권에 관한 일정한 규칙의 통일을 위한 국제협약(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading).' 1924. 8. 25.에 성립하고, 1931. 6. 2. 발효하였다(현재 비준당사자 86개). 1968. 2. 23.에 작성된 제1차 의정서는 1977. 6. 23.에 발효하였고(현재 비준국 24개국), 1979. 12. 21.에 작성된 두 번째 의정서(Protocol)는 1982. 2. 24.에 발효되었다(현재 비준국 19개국). 원래의 1924년 조약의 통일법은 헤이그규칙(Hague Rules)이라 부르고, 두 차례의 비스비의정서에 의하여 개정된 것은 헤이그-비스비규칙(Hague-Visby Rules)이라 부른다. 미국은 현재 1924년 조약의 당사국이다. 영국은 1924년 조약부터 참여하였고, 두 차례의 의정서에 의하여 개정된 헤이그-비스비규칙의 당사국이다. 동아시아에서는 홍콩(1924년 조약은 철회, 제1, 2차 의정서), 일본(1924년 조약은 철회, 제2차 의정서), 싱가포르(1924년 조약과 제1차 의정서) 등에서 발효하여 있다. 한국은 미가입.

52) "과실, 과책 또는 본조에 규정된 의무의 해태에서 발생하는, 물품에 대한 또는 물품과 관련한 멸실이나 손해에 대한 운송인이나 선박의 책임을 감면하거나, 본 조약에 규정된 외에 그 책임을 감축시키는, 일체의 조항, 약정 또는 합의는 무효이며 아무런 효과가 없다. 보험의 혜택에 대한 운송인에게 유리한 약정조항이나 유사한 약정조항은 운송인의 책임을 감면하는 약정조항으로 본다."("Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connexion with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in this Convention, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.").

53) 벨기에 판례가 이러한 입장이고, 아래에 인용하는 연방대법원 판례가 나오기 전의 미국의 하급심 판례도 이러한 입장이었다고 한다. Michael F. Sturley, Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules, Unif. L. Rev. 2009, p. 948 n. 12.

54) 영국의 귀족원(House of Lords)(2009년부터 Supreme Court로 개칭)과 미국의 대법원 판례가 이러한 입장이다. The Hollandia, [1983] A.C. 565, 574-575 (1982); Vimar Seguros ZY Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, 515 U.S. 528, 540-541 (1995). 이상은 Sturley, op. cit., p. 948에서 재인용.

55) 1992. 11. 1. 발효. 당사국(서명 또는 가입하고 비준서까지 기탁하여 발효한 국가)은 현재 34개국이다. 구미-아시아권의 영미법계 국가로는 미국, 싱가포르, 필리핀이 조약의 성안, 교섭절차에 참여하였고 서명하였으나, 미국과 싱가포르에서는 비준이 없어 발효하지 않았다(필리핀에서는 비준, 발효함). 한국은 미가입.

피고재판적(a호: 피고의 주된 영업소소재지관할, 피고에게 주된 영업소가 없으면 피고상거소지관할), 계약체결지관할(b호), 선적항소재지관할과 양륙항소재지관할(c호), 운송계약서상 명시된 목적지관할(d호), 가압류지관할(제2항)을 차례로 규정한다. 합의관할은 사후적 관할합의만 인정한다(제5항). 제3항 제2문은 국제적 보전처분관할이 본안관할국에 한정되지 않는다고 규정한다. 제4항은 국제적 이 중소송에 관하여 규정한다.

제21조(제1항, 제2항, 제5항)에 담긴 장소적 관할규정들은 모두 국제·국내토지관할을 동시에 규율하는 이중기능적 관할규정이다. 이중기능적 관할규정이 편제상 국제관할법 쪽에 들어 있는 형태이다. 오늘날에는 장소적 관할법이 국제관할법을 중심으로 발달하므로 이런 일이 흔하다.

(3) 해상물품운송에 관한 로테르담규칙

2008년 12월 11일 성립한 국제해상화물운송계약에 관한 유엔조약(United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea; 이하 ‘로테르담규칙’으로 약칭)⁵⁶⁾도 상세한 국제관할규정을 담고 있다. 함부르히규칙과 마찬가지로 국제관할과 국내토지관할을 함께 규율한다. 전속적 합의관할과 법정관할을 나눈 다음에, 피고가 어느 쪽 당사자인지에 따라 인정되는 관할사유를 정리하여 거래계의 실무자에게 친화적이다. 법정관할 부분은 다음과 같다.

운송인을 피고로 하는 운송계약상의 청구는 “운송인의 주소지”(제66조 제1항 a호 i), “운송계약에서 합의된 수령지”(ii), “운송물이 처음에 선박에 선적된 항구 또는 운송물이 최종적으로 선박으로부터 양륙된 항구”의 소재지(iii)에 제기될 수 있다.

해상이행당사자(maritime performing party)를 피고로 하는 청구는 피고주소지관할(제68조 a호) 외에, “운송물이 해상이행당사자에 의하여 수령된 항구 또는 운송물이 해상이행당사자에 의하여 인도된 항구 또는 해상이행당사자가 운송물과 관련하여 영업을 행하는 항구”의 3개의 연결점 소재지에 제기될 수 있다.

(3) 1952년 및 1999년 선박가압류조약

1952년 선박가압류조약⁵⁷⁾과 이를 개정한 1999년 선박가압류조약⁵⁸⁾은 선박가압류지관할을 규정한다.⁵⁹⁾ 그 사항적 적용범위인 “해사채권”은 상당히 넓은 범위에 걸치는데, 위 각 조약은 무엇이 “해

56) 발효를 위해서는 20개국의 비준을 요하나 현재 3개국(콩고공화국, 스페인, 토고)만이 비준한 상태임. 미국도 성안, 교섭절차에 참여하였고, 서명하였다. 영연합왕국(United Kingdom)은 함부르히규칙과 로테르담규칙 어느 쪽에도 참여하지 않고 있다. 로테르담규칙에 대해서는 선주협회에서 조문을 완역하고 그 해설서를 발간한 바 있다. 아래에 게시되어 있다.

http://www.haewoon.or.kr/portal/bbs/selectBoardArticle.do?nttlId=630&bbsId=B_000641&menuNo=200027&viewType=. 한국은 미가입.

57) ‘해운선박의 가압류에 관한 일정한 규칙의 통일을 위한 국제협약(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Arrest of Seagoing Ships)’. 1952년에 브뤼셀에서 성립하였다. 한국은 미가입.

58) ‘선박의 가압류에 관한 국제협약(International Convention on Arrest of Ships)’. 1999년 제네바에서 성립하였다. 한국은 미가입.

59) 양 조약상의 선박가압류지관할의 상세한 비교, 분석은 정완용, “선박가압류조약(Arrest Convention)상 해사채권의 국제재

사채권”에 해당하는지를 상세히 열거하고 있다(각 조약 제1조 제1항).

라. 국제상사법원과의 관계

한국이 중립적 제3국으로서 전속적 합의법정지로 선택되는 일은 현재로서는 드물 것 같다. 그러나 한국은 바로 그런 사건을 유치하는 데에도 상당한 비중을 두고 국제상사법원의 설치를 준비하고 있다.

한국이 추진중인 국제상사법원은 재판언어, 법관의 자격과 구성, 변호사자격, 절차법 등을 국제거래에 자주 쓰이는 영어와 영미법 위주로 정하는 특별법원이다. 한국법원의 하나이지만, 외국의 원로 법률가가 영어로 재판하고 외국 변호사가 소송대리인을 맡을 수 있고 절차법과 절차의 운영에도 한국 민사소송법 특유의 색채를 최소화하는 것이다. 그러나 국제민사소송법을 포함한 국제사법에 대해서는 특칙을 두기 곤란하고, 한국 국제사법의 현 수준을 생각할 때 굳이 특칙을 둘 필요도 없다. 오히려 평소에 적용하는 한국 국제사법을 국제상사법원에서도 일관되게 적용한다는 신뢰를 주는 일이 필요하다. 그러나 한국법원의 일부이므로, 한국이 가입한 국제협약을 적용할 때 한국법원으로 다루어지고, 외국에서 한국과의 사이에 상호보증에 있는지를 따질 때에도 한국법원으로 다루게 된다. 미국의 주법원과 나란히 연방지방법원을 두어 일반법원과 대등한 기능을 수행하도록 하듯이, 한국 법원 제도 내에 다분히 탈한국적인 색채를 띤, 세계화된 한국법원을 두는 것이다. 그 기능도 연방지방법원과 마찬가지로 될 것이다. 즉, 세계화된 특별법원이므로 재판의 중립성 면에서 신뢰가 높아질 수 있다. 그래서 일반법원에서도 재판의 중립성을 기하도록 긴장감을 높일 수도 있다. 다만 국내관할로는 합의관할만 인정하는 것으로 할 필요가 있다. 그 점에서는 미국의 연방지방법원과 다른 오히려 상설중재기관에 가까워질 것이다.

이렇게 하여, 한국측 당사자가 일방당사자인 사건뿐 아니라, 외국기업간의 사건, 심지어 한국과 전혀 관련없는 사건도 국제상사법원에 유치할 수 있다. 세계의 어디에나 이웃 국가와의 불신이나 불화는 있게 마련이므로, 오히려 중립적 제3국인 한국의 세계화된 국제상사중재법원에서 재판받기를 선호하는 경우가 얼마든지 있을 수 있다.

그런데 한국의 국제상사법원에서 재판하도록 합의하려면 전속적 국제재판관할합의와 전속적 국내관할합의를 모두 해야 하는데, 2005년 관할합의협약은 두 문제를 모두 규율하여, 이런 요청에 잘 부응할 수 있다. 이 협약이 국내관할합의를 규율하는 부분에서 국내“토지”관할합의에 한정하지 않는 부분에도 주목할 필요가 있다. 한국의 국제상사법원은 타국의 국제상사법원과 마찬가지로 별도의 관할구역에 가지지 않을 가능성이 높지만, 이 협약이 일체의 국내관할합의도 규율하므로, 국제상사법원에서 재판받기로 하는 전속적 국내관할합의를 규율하기에 손색이 없다.

혹자는 국제사법 제8조와 한국 국내민사소송법(실질적 의미)에서 국제상사법원을 선택하는 전속적

판관할 입법방안에 관한 고찰”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 215-249면.

국내관할합의의 효력을 정하는 것으로 충분하지 않느냐고 말할지 모른다. 그러나 이렇게 국내법으로 대응하는 것만으로는 2005년 관할합의협약이 제공하는 상호성, 확실성, 투명성, 국제적 데이터베이스 수록이 가져올 위상제고효과 등을 기할 수 없다.

마. 헤이그아동보호협약(1996)과 헤이그성년자보호협약(2000) 가입 필요성

자연인 분야에서 보호필요성에 초점을 맞춘 국제관할규정까지 충분히 두고 국제적 이중소송에 대한 편의법정지적 규율(제11조 제1항 제2호)과 불편의법정지 법리(제12조)로 내외국간에 행사의 수준에서 조율될 수 있는 가능성에 대해서는 앞에서 언급했다(III. 4.). 그러나 이렇게 일국법적으로 대응하는 데에는 한계가 있다. 일방적 노력만으로는 헤이그아동보호협약(1996)과 헤이그성년자보호협약(2000)이 약속하는 국제적 협력체제를 구현하는 데 한계가 크고, 두 협약의 체약국과 접촉하여 협조를 구하는 데에도 어색함이 따를 수 있다. 그러므로 체약국 간에 국제재판관할사유를 충분히 넓힌 상태로 어느 체약국이 행사할지를 긴밀히 조율하고 외국판결 승인집행에도 만전을 기하는 장치로서 두 협약 가입이 최선의 해결책으로 생각된다.⁶⁰⁾

그런데 두 협약은 국적주의에서 상거소주의로 이동한 유럽국가들과 주소주의에서 상거소주의로 세부조정된 영미법계 국가들에 맞게 상거소를 국제재판관할과 준거법 양면에서 주된 연결점으로 채용하고 있다. 준거법 결정에서 상거소지법주의가 원칙인 점은 상거소지국관할을 원칙으로 하면서 준거법 결정에 관하여 법정지법주의를 따르는 규정들 내에 들어 있다. 이 점이 한국에 약간 부담이 되기는 한다. 그러나 큰 부담은 되지 않고, 오히려 두 협약의 가입과 함께 두 분야에서 본국법주의로부터 상거소지법주의로 이행(移行)하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

후견에 관해서는 본국법이 원칙적 준거법이기는 하지만(제75조 제1항), 법정지법주의가 차지하는 비중이 커서(제2항) 현재지국에서 그 법에 의하여 신속히 재판하도록 하는 부분이 이미 구현되어 있다. 게다가 피후견인이 미성년자인 경우에는 자신의 국적이 자신의 의사와 상관없이 정해진다. 요보호 성년자는 자신의 의사대로 국적관계를 정리할 여유가 없을 가능성이 높다. 그래서 상거소지법주의에 타당한 점이 있다. 그러므로 협약 가입으로 바뀌는 부분이 비교적 적을 것이다. 협약 가입과 함께 제75조 제1항도 상거소지법 지정규정으로 개정하는 것이 좋고,⁶¹⁾ 이런 개정에 큰 무리가 없을 것이다.

그러나 친권과 친권자 외의 자의 양육권의 경우에는 한국 법률저촉법이 본국법주의를 원칙으로 한다(제72조 전단). 부, 모, 자녀가 모두 같은 나라 국민인 경우에 공통본국법에 의하는 부분에서 법적

60) 일찍이 최흥섭, “자의 보호를 위한 1996년 헤이그협약”, 67면과 최흥섭, “성년자의 국제적 보호를 위한 2000년의 헤이그협약”, 96면에서 주장되었다. *Ibid.*는 헤이그아동보호협약의 가입이 “보다 시급하며 우선되어야” 한다고 주장한다. 이병화, “가족법 분야의 헤이그국제사법회의의 협약: 특히 아동보호와 관련하여”, 국제사법연구 제12호(2006), 181-182면의 주 34도 이를 주목할 만한 견해로 언급한다.

61) 이미 최흥섭, “성년자의 국제적 보호를 위한 2000년의 헤이그협약”, 96면이 이런 견해를 밝히는데, 이 협약 가입에 “선행”하여 개정할 것을 주장한다.

안정성에 만전을 기하려 하는 입장이다. 이런 사안은 그 나라의 순수한 국내적 사안인 경우가 많고, 섭외적 사안인 경우에도 공통본국법 적용을 일관하는 것도 나름대로 설득력이 있다. 그러나 미성년 자녀의 입장에서 생각하면, 그의 국적은 자녀의 의사와 상관없이 정해지므로, 아주 중시할 것은 아니라고 생각할 수 있다. 그리고 자녀의 상거소가 단순거소처럼 너무 쉽게 바뀌지 않도록 상거소 결정기준을 신중히 정할 수 있다. 그러므로 국제친자관계법 중에서 우선 친자관계의 효력(부모 외의 자의 양육권도 포함하는 것으로 확대해석해야 함)부터라도 ‘자녀의 상거소’지법을 항상 적용하는 것으로 전환하는 것이 입법론적으로 나아 보인다.

그러므로 제72조 전단과 75조 제1항을 상거소지법규칙(각기 자녀의 상거소지법과 피후견인의 상거소지법을 지정하도록)으로 개정하면서 헤이그아동보호협약과 헤이그성년자보호협약의 체약국이 되는 방안을 추진하는 것이 타당하다고 생각된다. 국내법적 개정과 두 협약이 같은 날에 발효하도록 하면 가장 좋을 것이다.

두 협약의 동시 가입이 급작스러워 주저된다면, 가입을 위한 국내적 검토는 묶어서 하되, 하나씩 순차로 가입하는 수순을 밟아 나가는 방법도 있다. 미성년 자녀의 국적이 자녀의 의사와 상관없이 정해진다는 점에 주목하면 헤이그아동보호협약 가입과 제72조 전단의 개정부터 서두를 수도 있을 것이다. 요보호 성년자의 경우에 국적관계를 자신의 의사대로 정리할 여유가 없으리라는 점에 주목하면 헤이그성년자보호협약 가입과 제75조 제1항의 개정부터 서두를 수도 있을 것이다. 자율 국제사법의 법률저촉규정의 개정의 변화의 폭이 적은 쪽을 우선하려면 헤이그성년자보호협약부터 가입하는 편이 나을 것 같다.

3. 법률저촉법에 주어진 과제: 본국법주의와 상거소지법주의의 관계

헤이그아동보호협약(1996)과 헤이그성년자보호협약(2000)에 가입하고 자율 국제사법도 그에 맞게 바꾸는 것이 타당하다 하여, 너무 성급하게 넓은 의미의 신분법 분야 전반적으로 본국법주의를 백안시하고 상거소지법주의로 달려갈 일은 아니다. 그러므로 헤이그아동보호협약과 헤이그성년자보호협약 가입을 이런 거대한 급변의 신호탄으로 삼을 필요는 없다고 생각된다. 한국 국제사법이 넓은 의미의 신분관계 전체적으로 국적주의를 버리고 상거소주의로 이행할지는 간단히 생각할 일이 아니다.

민족국가 즉 영토국가의 초창기에 본국법주의를 만들어내고 크게 활용한 것은 독일, 이탈리아 등의 유럽국가들이다. 그 국가들이 그 때와 다른 상황에 접어들어 본국법주의를 버리고 상거소지법주의로 이행한다 하여, 무작정 그 국가들의 현재 모습을 모방하려 할 것은 아니다. 오히려 한국에서의 국경을 넘는 민사적 생활의 양상과 신생의 근대적 민족국가, 영토국가로서의 대한민국이 초창기에 있으며 심지어 아직 미완성 단계라는 점을 중요하게 고려할 필요가 있다. 유럽국가들은 신대륙으로의 이민의 역사가 오래되어 명목만 자국민인 재외국민의 처리에 골머리를 앓고 있지만, 한국은 오히려 재외국민이 해외로 이주한 역사가 짧고 한국에 강한 애착을 느낀다. 한국이 재외국민에게 보이는

애착도 마찬가지이다. 국적을 연결고리로 하는 한국과 재외국민 간의 애착은 한국 국적을 버린 재외교포에까지 미친다. 국민의 일반적 정서를 보면, 외국에 이민 가서 그 나라의 국민이 되고 한국 국적을 이탈한 재외교포나, 심지어 이민 2세에 대해서까지도, 국제적으로 주목받는 성취를 거둔 것을 자랑스러워한다. 국적법적인 한국인 개념보다 넓은 “한인”(“코리안”)의 개념이 사회에 깊이 뿌리박고 있다. 이런 법공동체의 현실과 법감정을 외면하고 국제사법학자의 학자적 생각에만 치우친 나머지 국적주의적 법감정을 배격하려 할 필요는 아니라고 생각된다.

국적법의 현황도 고려할 필요가 있다. 유럽국가들과 그 영향을 받은 국가들의 국적법이 이중국적을 너무 쉽게 허용하면서 국적법의 기본원칙을 경쟁적으로 무너뜨리고 있다. 부자의 소득세 확보를 위한 국가간 경쟁도 한 몫 하고 있는 것 같다. 그래서 국제사법에서 국적주의를 떠날 때에는 거의 자포자기의 심정이었을 것이다. 이와 달리 한국은 여전히 이중국적을 불허하는 이상적인 태도를 원칙적으로 고수하고 있다.

IX. 결어

일본의 입법자는 이중기능적 토지관할규정을 두는 입법의사가 없이 국내토지관할규정체계를 성문화한 것으로 보이고, 이런 태도는 한국에도 답습되었다. 그래서 2022년 개정 전에는 국제관할법에 큰 입법흠결이 있었다. 의용 법례에서 이어받거나 2001년에 신설한 약간의 명문의 국제관할규정이 있었을 뿐이다. 그런데 이 흠결을 보충하는 작업도 원활하지 못했다. 국제관할의 규율에 적합하지 않은 국내토지관할규정들이 부분적으로 산재하여 있어 해석작업에 짐이 되었다. 대법원은 일본의 수정역추지설을 전격 도입하여 극복하려 했는데, 수정역추지설이 내포한 일본식의 완곡어법을 좀 더 명쾌한 선별적 유추적용 형태로 개조하려고 만든 제2조가 역효과를 낳아, 오히려 선별적 유추적용작업을 전면 방기는 태도가 주류적 판례로 자리잡았다. 누구보다 대법원이 앞장서서 국내토지관할규정의 유추적용 가능성 탐구를 방기하면서 이렇게 법관의 판단재량 극대화를 추구했다. 그 결과 한국 국제재판관할법은 극도로 불명확해지고 자의적 판단의 여지도 커졌다. 그런데 때마침 일본에서 재산관계와 자연인·가족·상속관계를 나누어 2단계로 국제재판관할법 성문화작업을 진행하였고, 이것이 자극제가 되어 한국에서도 규칙다운 규칙(rule-like rules) 형태로 국제재판관할법을 성문화하게 되었다.

2022년 국제사법 개정시 일련의 국제관할규정을 도입할 때에는 어음·수표와 해상을 제외한 재산관계에 중점이 두어졌다. 그래서 총칙과 각칙 양면에서 국제관할사유를 가급적 정교한 규정을 두려 했다. 구체적으로는 1999년 헤이그예비초안과 2005년 헤이그관할합의협약이 주된 입법모델이 되었

다. 영미식의 정치(精緻)한 규정을 두려 했다가는 지나치게 상세해져 해독이 어려워질 것이므로, 세부적으로 파고들지 않고 큰 골격 위주로 굵직하게 규정하는 대륙법식 입법방식이 채택되었다.

먼저, 국제관할법에 과잉관할적 부분이 없도록 국제관할사유를 가급적 엄격히 제약하려 했다. 계약사건의 의무이행지관할이 대폭 제한된 점(제41조)이 특히 눈길을 끈다. 이는 국제관할 유무 판단을 위하여 한국 국제사법을 적용하여 실체판단을 하는 것은 어색하다는 사고방식이 개정위원회에서 다수의 지지를 받은 결과이기도 했다. 이 정도로까지 국제관할사유를 명확히 한정하려 했다. 또, 피고를 달리하는 관련사건관할은 피고 1인의 국제적 보통재판적국에만 인정하도록 대폭 좁혔다(제6조 제2항). 이것은 1999년 헤이그예비초안, 브뤼셀 제1규정 2차본(2012)에서 관련사건관할이 좁게 인정됨을 참고한 것이다.

그러나 명확하게 국제재판관할사유를 한정하는 데에도 한계가 있었다. 그래서 입법적 해결의 폭을 줄이고 해석론에 크게 의존한 부분도 있다. 상거소의 확정기준은 해석론에 큰 부담으로 느껴질 수 있다. 학계에서 비교법적 검토를 통하여 충분한 참고의견을 제공해야 할 부분이다. 불법행위의 결과발생지관할에 대해서는 예견가능성의 제약만 덧붙였지만(제44조), 특수불법행위의 유형별로 결과발생지관할을 제약하는 추가적 법리가 발달될 가능성은 열려 있다 국내의 논의를 더 기다리기로 하면서 입법흡결을 남긴 부분도 있다. 신탁 분야에서 그렇게 했다. 위탁자(설정자)의 단독행위로도 국제재판관할을 선택할 수 있다고 해석함이 타당하지만, 이 점은 입법적으로 해결되지 않고 해석론의 과업으로 남겨졌다.

반면에, 현실적 관점을 고려하여 국제관할사유를 엄격히 한정짓기를 보류하고, 오히려 관할사유를 입법적으로 확충한 부분도 있다. 일국의 자율입법임을 고려하여 1999년 헤이그예비초안보다 국제관할사유를 의식적으로 넓혔다. 이 부분에서는 민사소송법의 국내토지관할규정들과 일본의 2011년 민사소송법 개정시 도입된 국제관할규정들도 중요하게 참고되었다. 사무소·영업소가 없어도 지점소재지관할에 준하는 특별관할이 인정될 수 있도록 ‘계속적이고 체계적인 활동지’의 특별관할을 새로 도입했다(제4조 제2항). 동일한 원피고간의 관련사건관할도 그대로 보존했다(제6조 제1항). 반소관할은 방어방법과의 관련성만으로 충분하도록 하여 요건을 도리어 완화했다(제7조). 국제적 집행편의의 이익도 고려하여, 실질적 관련 원칙의 제약을 받는 재산소재지관할규칙도 보존했다(제5조 제2호). 계약사건에 대한 의무이행지관할을 대체로 제약하면서도, 계약특징적 급부의무의 이행지에 의무이행지관할을 집중시키는 혁신을 채택했고(제41조 제1항), 실제 이행제공지의 의무이행지관할은 폭넓게 인정한다(제41조 제2항). 이행지의 합의에도 별다른 제한이 없어(제41조 제2항), 이행지를 의제하는 합의도 어느 정도 허용될 가능성이 열려 있다. 또, 지식재산권계약(제38조)과 지식재산권 침해(제39조)에는 각별한 관심을 보이면서 국제관할사유를 충분히 확충하는 데 힘썼다.

실질적 관련 원칙의 제한을 받는 재산소재지관할(제5조 제2호)은 관할확대의 면에서, 편의법정지법리(제12조)는 관할행사의 제한의 면에서 법관의 판단여지를 남긴다. 두 조항은 유연한 해결을 가능

하게 하여 긍정적으로 기능할 가능성도 있다. 반면에 국제관할법과 국제소송실무의 발달을 저해하고 불확실성을 키울 위험도 있다. 이렇게 되면 당사자들의 국제관할법적 이익은—당사자들이 국내토지 관할법적 이익이 아주 소홀히 다루어지는 것과는 다른 형태로—찬밥신세를 면치 못하게 될 것이다. 외국 법관들과 한국 내의 국제상사법원의 외국계 법관들도 한국 국제민사소송법·실무를 백안시하게 될 것이다. 한국법원이 불필요한 국제적 논쟁에 휘말릴 수도 있다.

실질적 관련 원칙에 제한되는 것이라 해도, 재산소재지관할은 어디까지나 최후의 보루로 여겨져야 하고, 재산소재지관할의 존재이유에 어울리는 기능만을 해야 한다. 그렇지만 이 관할사유가 과용(過用)되면 한국 국제재판관할법의 발달을 정체시키고 외국에서 한국판결이 승인, 집행되는 길을 가로막게 된다. 그런 일이 없어야 한다.

편의법정지 법리는 한국법에 새로운 것일 뿐 아니라 미국 국제민사소송법에 관심을 가진 한국의 법률가들이 큰 매력을 느껴 온 법리라는 점에서 큰 위험을 안고 있다. 이 법리는 법관의 자유로운 판단을 허용하는 인상을 주며, 피고와 법관에게 매력적으로 다가올 수 있다. 그러나 국제관할사유를 좁게 해석하는 일을 건너뛰고 편의법정지 법리에 의존하는 일은 금물이다. 또, 피고가 편의법정지 법리를 원용하는 항변에 비중을 두더라도, 법원이 무조건 친절하게 그 논지를 따라가면서 편의법정지 법리 위주로 판단하려 할 필요가 없다. 편의법정지 법리가 가볍게 원용된 경우에는 간단히 배척하기를 주저할 필요가 없다. 또, 영미법계에서 세부적으로 어떻게 규율되는지를 참고하여 편의법정지 법리의 세부 내용과 실무를 조금씩 쌓아나갈 필요가 있다. 법정지의 편의성(적절성) 판단을 위하여 주로 또는 우선적으로 감안되어야 하는 요소들과 그렇지 않은 요소들을 가려내는 노력도 요구된다. 대체적 법정지의 비교우위도 엄격히 판단할 필요가 있다. 확실히 그 나라에서 더 잘 재판할 수 있다는 보장이 있느냐를 생각해야 한다. 만약 판사간의 직접 의사소통(direct judicial communication)이 가능하다면 이 점을 외국판사에게 묻고 실제재판을 정중히 의뢰할 만한 수준의 사안이어야만 이 법리를 심각하게 고려할 만하다고 생각해도 좋을 것이다. 이 법리가 장래 발달할 가능성을 아예 한정짓기는 어렵겠지만, 원고의 법정지 선택의 남용적 성격이 두드러지는 경우 위주로 이 법리를 활용하는 것이 바람직하여 보인다.

해상 분야에서는 실무가의 현실적 견지가 강조되어 국제관할사유들을 다양하게 빠짐없이 규정해 놓고 편의법정지 법리(§12)에 자주 의존하려 했다. 그래서 많은 문제가 입법적으로 해결되었고, 구체적인 사안에서 편의법정지 법리로써 운영의 묘를 기하려 한다. 그래서 해석론의 역할이 비교적 적게끔 되었다.

자연인, 친족, 상속 분야는 입법의 기회가 왔을 때 함께 다룬 것에 불과하고, 실제로도 대표적인 국제관할사유를 규정하는 수준에 머물렀다. 그래서 해석론 차원에서 입법흡결이 보충되어야 할 여지가 크다. 심지어 준거법지정규칙이 최밀접관련국으로 지목하는 나라도 국제관할이 없는 것처럼 규정하기까지 한다. 이런 미비한 법상황은 준거법소속국관할(forum legis)로 대응하는 외에 별다른 방도가

없다. 국제관할법을 정면으로 다루어 입법하는 마당에 굳이 준거법소속국관할이라는 일반원칙에 의거할 필요가 있느냐는 지적도 한국 국제관할법 내의 흠결 앞에서는 사치에 불과하다.

한국의 자연인, 친족, 상속 분야의 국제관할법처럼 국제재판관할법의 입법과 해석의 역사가 일천(日淺)한 환경 하에서는 관할입법의 완전성 테제를 부정하는 검허하는 용기가 필요하다. 물론 관할입법은 관할사유를 거의 남김없이 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 한국의 2022년 입법도 그렇게 하지 않았겠느냐는 막연한 추측 내지 자부심에 휘둘러서는 곤란하다. 아무리 학설 자체로서 멋있더라도, 법 전체의 큰 그림에 맞지 않는다면 국제관할법적 이익형량에서 실패하는 일은 학자의 응당의 몫이 아니다. 다분히 잊혀진 옛 학설을 되살리는 것처럼 보여지더라도 할 수 없다. ‘곰팡이 냄새’도 감수해야 할 때가 있다. 입법흠결을 적절히 메우고 적절한 이익형량에 충실하는 용기가 필요하다. 최신에 이론을 갖춘 학자적 면모를 포기하더라도 법의 목적을 달성해야 한다.

해상 분야에서는 실무가의 현실적 견지가 강조되어 국제관할사유들을 다양하게 빠짐없이 규정해 놓고 편의법정지 법리(§12)에 자주 의존하려 했다. 그래서 많은 문제가 입법적으로 해결되었고, 구체적인 사안에서 편의법정지 법리로써 운영의 묘를 기하려 한다. 그래서 해석론의 역할이 비교적 적게끔 되었다.

자연인, 친족, 상속 분야는 입법의 기회가 왔을 때 함께 다룬 것에 불과하고, 실제로도 대표적인 국제관할사유를 규정하는 수준에 머물렀다. 그래서 해석론 차원에서 입법흠결이 보충되어야 할 여지가 크다. 심지어 준거법지정규칙이 최밀접관련국으로 지목하는 나라도 국제관할이 없는 것처럼 규정하기까지 한다. 이런 미비한 법상황은 준거법소속국관할(forum legis)로 대응하는 외에 별다른 방도가 없다. 국제관할법을 정면으로 다루어 입법하는 마당에 굳이 준거법소속국관할이라는 일반원칙에 의거할 필요가 있느냐는 지적도 한국 국제관할법 내의 흠결 앞에서는 사치에 불과하다.

한국의 자연인, 친족, 상속 분야의 국제관할법처럼 국제재판관할법의 입법과 해석의 역사가 일천(日淺)한 환경 하에서는 관할입법의 완전성 테제를 부정하는 검허하는 용기가 필요하다. 물론 관할입법은 관할사유를 거의 남김없이 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 한국의 2022년 입법도 그렇게 하지 않았겠느냐는 막연한 추측 내지 자부심에 휘둘러서는 곤란하다. 아무리 학설 자체로서 멋있더라도, 법 전체의 큰 그림에 맞지 않는다면 국제관할법적 이익형량에서 실패하는 일은 학자의 응당의 몫이 아니다. 다분히 잊혀진 옛 학설을 되살리는 것처럼 보여지더라도 할 수 없다. ‘곰팡이 냄새’도 감수해야 할 때가 있다. 입법흠결을 적절히 메우고 적절한 이익형량에 충실하는 용기가 필요하다. 최신에 이론을 갖춘 학자적 면모를 포기하더라도 법의 목적을 달성해야 한다.

〈 참고문헌 〉

1. 국내서

- 김효정·장지용, 외국재판의 승인과 집행에 관한 연구, 사법정책연구원, 2020.
- 박상순, “헤이그 재판관할합의협약에 대한 연구”, 서울대학교 법학석사학위논문(지도교수: 석광현), 2017.
- 석광현, 국제재판관할에 관한 연구, 서울대학교출판부, 2001.
- _____, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2001.
- _____, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004.
- _____, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사, 2012.
- _____, 국제사법 해설, 박영사, 2013.
- 이필복, 국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구: 소송과 중재를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문(지도교수: 석광현), 2020.
- 이호정, 국제사법, 경문사, 1981.
- 장준혁 외, 일본과 중국의 국제재판관할 규정에 관한 연구, 법무부 용역보고서, 2017.
- 장준혁·이규호·천창민·이종혁·장지용, 민사 또는 상사에 관한 외국재판의 승인과 집행에 관한 협약(헤이그재판협약) 연구, 법무부 정책연구 보고서, 2021
- 조수정, 국제적 소송경합에 있어서의 중복제소의 금지, 서울대학교 법학석사학위논문, 1994.
- 최공웅, 국제소송, 개정판, 육법사, 1988.
- 호문혁, 민사소송법, 제13판, 법문사, 2016.

2. 국내논문

- 강희철, “전속적인 국제재판관할권 합의의 유효요건”, 국제사법연구 제2호(1997), 337-352면.
- 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.).
- 김동훈, “법률 공포에 관한 우리의 오래된 오해”, 법률신문 2019. 9. 19.
- 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토: 가사사건의 국제재판관할을 중심으로”, 민사소송 제22권 2호(2018. 11.), 135-187면.
- 김현아, “중국법의 관점에서 본 한국의 국제재판관할 입법”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.), 403-433면.
- 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019), 169-222면.

- 김희동, “헤이그관할합의협약과 우리 국제재판관할합의 법제의 과제”, 송실대 법학논총 제31집 (2014. 1.), 41-66면.
- 대한변호사협회, “국제사법 전부개정법률안(법무부)에 대한 검토의견(2020. 6. 10.)(법무부 접수).
- 박정훈, “헤이그 재판관할합의협약”, 국제사법연구 제18호(2012), 233-277면.
- 법무부, 「국제사법」 개정안 조문별 제· 개정이유서, 2016.
- 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체협약(일명 ‘브뤼셀협약’), 국제사법연구 제2호(1998), 153-199면.
- _____, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 협약”, 국제사법연구 제2호(1998), 200-234면.
- _____, “헤이그국제사법회의의 「민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약」 예비초안”, 국제사법연구 제5호(2000), 630-701면.
- _____, “민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약 예비초안”, 국제사법연구 제5호(2000), 702-716면.
- _____, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정(브뤼셀규정): 브뤼셀협약과의 차이를 중심으로”, 한양대 법학논총 제20집 제1호(2003. 6.), 75-95면.
- _____, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 2000년 12월 22일 이사회규정(EC) No 44/2001”, 한양대 법학논총 제20집 제1호(2003. 6.), 96-129면.
- _____, “2005년 헤이그 재판관할합의협약의 소개”, 국제사법연구 제11호(2005), 192-227면.
- _____, “중간시안을 중심으로 본 국제재판관할에 관한 일본의 입법 현황과 한국의 입법 방향”, 국제소송법무(한양대) 제1호(2010. 9.), 29-65면.
- _____, “한국의 국제재판관할규칙의 입법에 관하여”, 국제거래법연구 제21집 제2호(2012. 12.), 143-179면.
- _____, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행에 관한 입법과 판례”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 245-301면.
- _____, “손해배상을 명한 외국재판의 승인과 집행: 2014년 민사소송법 개정과 그에 따른 판례의 변화를 중심으로”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 245-301면.
- _____, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 국제거래와 법 제21호(2018. 4.), 41-126면.
- _____, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 국제거래와 법 제23호(2018. 10.), 41-145면.
- _____, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 해사사건의 국제재판관할규칙”, 한국해법학회지 제40권 제2호(2018. 11.), 7-91면.

- _____, “우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 223-273면.
- _____, “우리 대법원 판결에 비추어 본 헤이그 관할합의협약의 몇 가지 논점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 481-525면.
- 손경환, “한국 국제재판관할입법의 방향”, 2015. 9. 22. 제1회 한일국제사법공동학술대회 발표자료.
- 심활섭 역, “일본 2011년 「민사소송법 및 민사보전법의 일부개정법률」상의 국제재판관할규정”, 국제사법연구 제18호(2012), 541-548면.
- 양석완, “‘소극적 확인의 소’와 국제적 소송경합: 소송지연 또는 유리한 법정지선점 전략으로 악용되는 경우를 중심으로”, 고려법학 제64권(2012), 481-519면.
- 윤병철, “2015년 분야별 중요판례분석(18): 국제거래법”, 법률신문 제4430호(2016. 7. 14.), 13면.
- 이규호, “국제적 소송경합: 1999년 헤이그협약 예비초안과 루가노협약을 중심으로”, 국제사법연구 제13호(2007), 158-219면
- _____, “선제타격형 국제소송에 대한 연구”, 민사소송 제14권 제2호(2010. 1.), 115-148면.
- _____, “외국판결의 승인·집행에 관한 2014년 개정 민사소송법·민사집행법의 의의 및 향후전망”, 민사소송 제19권 제1호(2015. 5.), 105-143면.
- 이시윤, “신민사소송법 제정 15년의 회고와 전망”, 민사소송 제21권 제1호(2017. 5.).
- 이현묵, “국제적 소송경합의 처리에 관한 비교법적 연구”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 383-416면.
- 정선주, “한국의 가사비송절차: 2015년도 법원행정처 가사소송법 전부 개정법률안을 중심으로”, 민사소송 제19권 제2호(2015. 11.).
- 장준혁, “계약관할로서의 의무이행지관할의 개정방안”, 국제거래법연구 제23권 제2호(2014. 12.), 353-415면.
- _____, “헤이그국제재판조약 성안작업의 경과: 2015년 작업반 초안의 검토”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.), 679-776면.
- _____, “재판 프로젝트에 관한 작업반 2015년 10월 31일 제5차 회의에 따른 초안(약칭 작업반 초안)”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.), 782-789면.
- Jang, Junhyok, “Divergence of Direct and Indirect Jurisdiction in the Supreme Court of the Republic of Korea”, Korean Yearbook of International Law, Vol. 4 (2016).
- 장준혁, “2019년 헤이그 외국판결 승인집행협약”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 437-510면.
- _____, “민상사 외국판결의 승인 및 집행에 관한 협약”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 751-768면.

- 장준혁, “대한민국에서의 헤이그관할합의협약 채택방안: 2019년 재판협약 성립을 계기로 돌아본 의의와 과제”, 안암법학 제61호(2020. 11.), 47-174면.
- _____, “국제재판관할법상 실질적 관련성 기준에 관한 판례의 표류: 지도원리의 독립적 관할기초화와 예견가능성론에 의한 무력화”, 자율과 정의의 민법학: 양창수교수 고회기념논문집(박영사, 2021).
- 장지용 “미국 국제사법의 현황”, 국제사법연구 제22권 제1호(2016. 6.), 3-34면.
- 정홍식, “헤이그 국제사법회의의 외국재판의 승인 및 집행에 관한 협약: 2017년 2월 협약수정안 소개”, 국제거래법연구 제26집 제2호(2017. 12.), 1-39면.
- 피정현, “국제적 중복제소의 금지여부: 국내법원에서의 외국소송계속의 고려여부”, 현대사회와 법의 발달: 군재 양승두교수화갑기념논문집(II)(1994), 599-623면.
- 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향: 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할의 쟁점과 관련하여”, 민사판례연구 제35집(2013), 1079-1174면.
- _____, “재산소재지 특별관할에 관한 법리와 판례의 검토 및 입법론”, 저스티스 제182-1호(2021. 2.).
- 한창완, “미국법상 외국기업에 대한 인적 관할에 대한 검토”, 기업법연구 제31권 제3호(2017. 9.), 553-610면.
- 한충수, “국내토지관할 규정의 국제적 정합성: 법인의 보통재판적과 영업소 및 재산소재지 특별재판적을 중심으로”, 민사소송 제13권 제2호(2009. 10).
- 함영주, “유럽연합 민사소송절차의 운용원리와 발전방향”, 민사소송 제19권 제2호(2015. 11.), 345-383면.

3. 해외서

Geert van Calster, *European Private International Law*, 3d ed., Hart, 2021.

Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 8. Aufl. Beck, 2021,

4. 해외논문

Kessedjian, Catherine, “Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Hague Conference on Private International Law의 Execution of Judgments 프로젝트에서 1998. 3.의 특별위원회를 위하여 준비된 Prel. Doc. No 8 (November 1997).



제1주제

전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분(anti-suit injunction)과 손해배상청구

발표 : 김민경 판사(대전지방법원)

토론 : 이창현 변호사(법무법인 태평양)

전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분(anti-suit injunction)과 손해배상청구*

김민경 판사(대전지방법원)**

I. 서론

국제적인 요소가 있는 민사 또는 상사사건에서 여러 국가의 법원이 국제재판관할권¹⁾을 가질 수 있다. 그런데 국가간 언어와 법제도, 소송절차, 준거법 결정원칙, 법문화가 상이하기 때문에 어느 법원에서 재판받는지에 따라 당사자가 투입해야 하는 비용과 노력의 정도가 다르고 경우에 따라서는 소송의 결과도 달라질 수 있어, 국제거래의 당사자로서는 어느 법원에서 분쟁이 해결되는지에 커다란 이해관계를 가진다. 이로 인한 위험과 불안정성을 최소화하기 위해 국제거래의 실무에서 당사자가 특정 국가의 법원에서만 전속적으로 분쟁을 해결하기로 하는 전속적 국제재판관할합의를 하는 경우가 적지 않다. 우리나라는 가입하지 않았으나, 전속적 국제재판관할합의에 관하여 헤이그 국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)가 2005. 6. 30. 채택한 헤이그 관할합의협약(Convention on Choice of Court Agreements)²⁾이 2015. 10. 1. 발효된 것을 보더라도

* 이 발표문은 김민경, “전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분(Anti-suit Injunction)과 손해배상청구”, 국제거래법연구 제30집 제1호(2021. 7.)를 개정 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부개정된 것)을 반영하여 다소 보완한 것이다.

** 법학박사, LLM(University of Cambridge).

1) 이는 국제법에서 말하는 국가관할권 중 재판관할권의 문제이다. 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, Dong-A Journal of IBT Law vol 21(2018. 4.), 동아대학교 법학연구소, 42. 재판권과 국제재판관할권의 구분에 관하여는 석광현, “국제재판관할에 관한 국제사법 개정 - 전체개관”, 한국민사소송법학회 학술대회 발표자료(2022. 5. 28.), 2-3 참조.

2) 2022. 7. 현재 헤이그 관할합의협약의 체약국은 37개국으로, 미국, 영국, 독일, 프랑스, 중국, 싱가포르 등 세계주요국가가 이에 가입하였다.

(<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98> 참조, 최종방문일 2022. 7. 15.).

헤이그 관할합의협약은 전속적 국제재판관할합의에 적용되나, 체약국의 선언에 의하여 비전속적 관할합의에도 협약을 적용할 수 있다(제22조). 헤이그 관할합의협약에 관한 상서는 R. Brand/P. Herrup, The Hague Convention on Choice of Court Agreement, Cambridge University Press, 2008; 석광현, “2005년 헤이그 관할합의협약”, 국제사법연구 제11호(2005), 한국국제사법학회; 석광현, “우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회; 노태악, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토-법원의 실무와 헤이그재판관할합의협약을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회; 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회와 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.)호에 수록된 논문들 참조. 협약의 국문서역은 “2005년 헤이그 관할합의협약”, 국제사법연구 제11호(2005), 한국국제사법학회, 192 이하 참조.

국제거래에서 전속적 국제재판관할합의가 차지하는 중요성을 알 수 있다.

영국에서는 전속적 국제재판관할합의의 실효성을 확보하기 위하여 그 위반으로 인한 소송금지명령(anti-suit injunction)³⁾과 손해배상청구권을 인정하고 있고, 독일 연방대법원도 최근 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권을 명시적으로 인정하였다. 그러나 우리 법상 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분과 손해배상청구권이 인정되는지에 관하여는 정설이 없고 법원의 실무례도 없었다.⁴⁾ 이에 본 연구에서는 영국법과 독일법의 태도를 살펴본 후 우리법상 이를 인정할 수 있는지 검토하되, 그 논의의 전제로서 전속적 국제재판관할합의의 개념, 법적 성질과 효력 및 준거법 결정원칙도 간략히 살펴보기로 한다.

II. 전속적 국제재판관할합의의 개념, 법적 성질, 효력

1. 개념

전속적 국제재판관할합의는 특정 국가의 법원에만 국제재판관할을 부여하는 합의⁵⁾라는 점에서,

- 3) 국내문헌에서는 anti-suit injunction을 소송유지명령(訴訟留止命令)으로 번역하는 것이 더 일반적인 것으로 보인다. 이는 제소 자체를 금지하는 것 뿐만 아니라 이미 제기된 소를 중지하는 것까지 포함하므로 더 정확한 표현이기는 하다. 그러나 留止는 의미상 그 정반대에 가까운 維持와 혼동의 여지가 있고, 유지라고 하면 維持를 떠올리는 것이 일반적인 언어사용례이므로, 본 연구에서는 혼동을 방지하고 가급적 일반인이 이해하기 쉽도록 영국의 anti-suit injunction에 대하여는 ‘소송금지명령’이라는 용어를 사용하되, 우리법의 맥락에서는 ‘소송금지가처분’이라는 용어를 사용한다. 소송유지명령이라는 용어를 쓰는 문헌으로, 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 50호(2010. 4.), 법무부 상사법무과, 3; 이필복, “국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구-소송과 중재를 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020, 218; 이규호, “관할합의에 기초한 소송유지명령(Anti-suit Injunction)의 법적 쟁점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회, 53. 조인영, “소송금지가처분(Anti-Suit Injunction)과 중재금지가처분”, 저스티스 통권 제178호(2020. 6.), 한국법학원, 281은 ‘소송금지가처분’, 이창현, “국제적 분쟁해결에 있어서 ‘소송금지명령’의 활용에 관한 연구-한국에서의 적용 가능성을 중심으로”, 서울대학교 법학전문대학원 법학전문박사 학위논문(2020), 1은 소송금지명령과 소송금지가처분이라는 용어를 호환적으로 사용한다. 김동진, “국제재판관할의 경합에 있어 영미법상의 소송금지명령(Anti Suit Injunction)에 대한 검토”, 해상·보험연구 제4호(2004. 3.), 해상보험연구회, 99는 소송금지명령이라는 용어를 사용한다.
- 4) 전속적 국제재판관할합의 위반과 관련하여, 당사자가 합의하지 않은 법원에 제소한 결과 선고된 판결의 승인·집행 문제와 국제적 소송경합 문제는 본 연구에서 다루지 않는다. 우리 법상으로는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 외국법원에 제소된 결과 선고된 외국판결은 전속적 국제재판관할합의가 유효하다는 전제 하에, 민사소송법 제217조에 따라 외국법원의 관할권이 부정되어 승인되지 않을 것이다. 헤이그 관할합의협약의 태도도 같다. 국제적 소송경합에 관한 현행법상 해석론으로 석광현, “국제적 소송경합”, 국제사법과 국제소송 제4권, 박영사, 2007, 176 이하, 이필복(주 3), 113 이하 참조. 전속적 국제재판관할합의가 있는 경우의 국제적 소송경합에 관한 비교법적 연구로는, 이현목, “국제적 소송경합의 처리에 관한 비교법적 연구”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회, 408 이하 참조. 2018년 국제사법 전부개정법률안(이하 ‘국제사법 개정안’) 제8조 제5항은 외국법원을 선택하는 전속관할합의가 있는 경우 법원은 원칙적으로 소를 각하해야 한다고 명시적으로 규정한다.
- 5) 손경한, “국제재판관할합의에 대한 새로운 이해”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 한국국제사법학회, 421. 헤이그 관할합의협약 제3조 (a)는 ‘the Courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State’, 로테르담규칙 제67조 제1항 (b)는 ‘the Courts of one Contracting State or one or more specific courts of one Contracting State’라는 문언을 사용하며, 한 국가의 법원을 전제로 한다. 브뤼셀 I bis규정[민사 및 상사사건의 재판관할과 집행에 관한 유럽연합규정, Regulation (EU) No 1215/2012] 제25조 제1항은 ‘a court or courts of a Member state’라는 문언을 사용하는데, 문언상으로는 일응 한 국가의 법원을 전제로 한 것처럼 보이나, 브뤼셀 I 규정의 해석론으로 두 개 국가 이상의 법원을 지정하는 합의도 전속적 국제재판관할합의에 해당할 수 있다고 보는 견해도 있다. 상세는 A. Briggs/P. Rees, Civil Jurisdiction and Judgments, 5th Edition, Informa, 2009, para 2.122.

법정관할법원에 추가하여 합의된 국가의 법원에 국제재판관할을 부여하는 부가적 국제재판관할합의와 구분된다.⁶⁾⁷⁾ 개정 국제사법은 합의로 정해진 관할은 전속적인 것으로 추정하고(제8조 제3항), 외국 법원을 관할법원으로 하는 국제재판관할합의를 한 경우에 관하여도 함께 규율한다(제8조 제5항). 관할합의는 서면으로 하여야 한다(제8조 제2항).

2. 법적 성질

전속적 국제재판관할합의의 법적 성질은 전속적 국제재판관할합의에 의무부과효(Verpflichtungswirkung)가 인정되는지, 즉, 전속적 국제재판관할합의 위반의 효과로 곧바로 손해배상청구권과 소송금지청구권을 인정할 수 있는지의 문제와 연결된다. 그리고 비록 그 논의 자체로 전속적 국제재판관할합의에 관한 준거법결정원칙을 완벽하게 제시하지는 못하지만,⁸⁾ 준거법을 결정하는 데 도움이 되므로 이를 살펴 볼 필요가 있다. 민사소송법상 국내적 관할합의는 소송계약으로 보는 것이 지배적인 견해이나,⁹⁾ 국제재판관할합의에 관하여는 견해가 대립된다.

가. 학설¹⁰⁾

① 사법계약설에 의하면 전속적 국제재판관할합의는 소송법관계에 관한 실체법적 계약(이하 사법계약, 사법상 계약과 호환적으로 사용한다)으로, 일정한 법원에만 소를 제기할 작위의무와 다른 법원에는 제소하지 않을 부작위 의무를 창설하는 계약이고, 그 의무 의행을 소구할 수 있다고 본다. 따라서 그 준거법은 통상의 실체법적 계약과 마찬가지로 법정지의 국제사법에 따라 결정되고, 당사자가 준거법을 지정할 수 있다. ② 소송계약설은 이러한 의무부과효를 부정하면서 소송법상으로 관할을 창설하거나 배제하는 효력만을 가진다고 본다. ③ 발전된 사법계약설은 관할합의에 따라 작위, 부작위의무가 발생하지만 이는 소송상 항변으로만 주장할 수 있다고 본다. ④ 발전된 소송계약설¹¹⁾은 관할합의가 기본적으로 처분적 효과를 발생시키는 소송계약이지만, 이로써 일정한 작위·부작위 의무도 발생한다고 본다.

6) 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 116.

7) 이것은 대륙법계의 사고방식이다. 영미에서는 법원의 관할권(jurisdiction)은 법에 근거를 두는 것으로서 당사자가 창설하거나 배제할 수 없다고 보는데, 이는 당사자가 전속적 국제재판관할합의를 하더라도 마찬가지이다. 다만 영미의 법원은 당사자의 관할합의를 포함한 여러 요소들을 고려하여 불편한 법정지의 법리에 따라 관할권을 행사하거나 행사하지 않을 수 있다. 석광현, 발표자료(주 1), 15, 주 51 참조. 이와 관련된 독일법과 미국법의 상이한 입장에 관한 소개는 P. Hay, "Forum Selection Clauses—Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law", Emory International Law Review, Vol 35, Issue 1 (2021), 1-20 참조.

8) 한충수, "국제재판관할합의의 성질결정과 성립준거법, 법학논총 제14권(1997), 한양대학교 법학연구소, 160도 같은 취지.

9) 민일영(편집대표), 주석 민사소송법 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 214.

10) 대립되는 견해에 대한 상세는 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020, 366-367, 한충수, "국제재판관할합의의 위반과 손해배상책임", 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회, 23-24; 이창현(주 3), 183-184; 한충수(주 8); 152-160.

11) 이를 지지하는 견해로, 한충수(주 8), 160.

나. 검토

모든 종류의 전속적 국제재판관할합의에 보편적으로 타당한 성질론을 정립하는 것은 가능하지 않다. 일단 구체적인 약정에서 당사자가 소송법적 효력만을 의욕하였는지, 실체법적 효력을 의욕하였는지, 아니면 둘 다를 의욕하였는지 그 의사를 해석하여 그에 따른 효력을 인정하여야 한다. 당사자 자치의 원칙상 위 세 가지 모두 자유롭게 허용됨은 의문이 없기 때문이다. 전속적 국제재판관할합의에 실체법적 효력을 인정할 수 없다는 소송계약설에 의하더라도, 당사자의 별도의 약정에 의하여 전속적 국제재판관할합의에 실체법적 효력을 인정할 수 있음을 부정하는 것은 아니다.¹²⁾ 그와 같은 이유로 전속적 국제재판관할합의의 법적 성질을 어떻게 보든 결과적으로 큰 차이가 없고, 관할합의를 해석한 결과 직접 의무가 발생된다고 하는지 아니면 묵시적 합의에 의하여 의무가 발생하는 것으로 보는 차이가 있을 뿐이라고 하는 견해도 있다.¹³⁾ 그러나 당사자의 명시적, 묵시적 의사를 알 수 없을 때에는 전속적 국제재판관할합의의 법적 성질론 중 어떤 입장을 취하는지에 따라 소송법적, 실체법적 효력 중 어떤 것이 발생한다고 보는지 달라지므로,¹⁴⁾ 법적 성질론이 아예 의미가 없는 것이라고 할 수 없다.

살피건대, 다음과 같은 이유로 전속적 국제재판관할합의는 소송계약과 실체법적 계약의 성질을 모두 갖는다고 본다.¹⁵⁾ 첫째, 전속적 국제재판관할합의는 관할을 창설하거나 배제한다는 점에서 소송법적 효과를 갖는 소송계약의 성질을 갖고 있다. 그러나 당사자 자치의 원칙상 소송법적 효력과 실체법적 효력을 동시에 갖는 계약을 체결하는 것도 허용된다.

둘째, 전속적 국제재판관할합의의 법적 성질을 결정함에 있어서는 국내소송과 구분되는 국제소송의 특수성을 고려하여야 한다. 국제소송에서는 관할법원으로서의 이송이 불가능하고, 국가간 언어와 법제도, 준거법 결정원칙, 준거법, 법문화가 다르기 때문에 어느 법원에서 재판받는지에 따른 당사자의 이해관계가 국내적 재판관할합의보다 더 첨예하게 대립하게 된다. 따라서 당사자의 분쟁해결장소에 대한 예측가능성과 법적 확실성에 대한 희망이 국내재판관할합의보다 더 강하다고 할 수 있고, forum planning에 대한 당사자의 절실하고 정당한 희망¹⁶⁾은 존중되어야 한다. 그렇다면 전속적 국제재판관할합의의 당사자로서는 단순히 소송상의 부담을 용인한 것이 아니라, 합의된 법원에서만 제소할 작위의무와 합의되지 않은 법원에서 제소하지 않을 부작위의무를 의욕하였다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합한다.

12) 중재합의의 맥락에서 이러한 견해로 김용진, “중재와 법원 사이의 역할분담과 절차협력 관계-국제적 중재합의의 효력에 관한 다툼과 합의관철 방안을 중심으로-”, 중재연구 제27권 제1호(2017. 3.), 한국중재학회, 98.

13) L. Colberg, “Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung”, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, Heft 5(2020), Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, 428.

14) 이창현(주 3), 193도 같은 취지.

15) 이창현(주 3), 193-194, 한승수(주 10), 27도 같은 취지. 이창현(주 3), 196 이하는 실체법적 계약과 소송계약의 성질을 모두 다 갖는다는 것이 구체적으로 어떤 의미인지 상세히 논증한다.

16) 한충수(주 8), 148.

셋째, 전속적 국제재판관할합의의 성질론은 전속적 국제재판관할합의의 효력을 설명하기 위한 실 제적, 실천적 의의가 있는지의 측면에서 접근하여야 하고, 전속적 국제재판관할합의의 성질론이 당 사자자치를 제한하는 도구로 사용되어서는 안 된다.¹⁷⁾ 위에서 본 견해의 대립은 주로 독일의 학설¹⁸⁾ 을 참고한 것으로 보인다. 반면 영국에서는 소송계약과 실체법적 계약을 구분하지 않고, 전속적 국제 재판관할합의와 통상의 계약 모두 당사자의 치열한 협상에 따라 체결된 것으로서 준수되어야 한다고 하면서 전속적 국제재판관할합의 위반을 계약 위반으로 취급하는데,¹⁹⁾ 이런 실용적인 태도도 참고할 만하다고 생각된다. 국제소송에서 법적 확실성과 예측가능성을 위해 분쟁해결의 장소를 제한하려는 당사자의 의사를 고려하면, 전속적 국제재판관할합의가 소송계약과 실체법적 계약의 성질을 동시에 갖고 있고, 이로부터 작위·부작위의무가 발생한다고 보는 것이 법적 현실을 더 잘 반영하는 해석이 라고 생각된다.

3. 효력

유효한 전속적 국제재판관할합의의 결과 관할이 변동되어,²⁰⁾ 당사자가 합의한 법원만 국제재판관 할권을 갖게 되고, 다른 법원의 국제재판관할권은 배제된다. 그 실체법적 효력으로, 당사자가 합의한 법원에만 제소할 작위의무와 합의하지 않은 법원에는 제소하지 않을 부작위의무가 발생한다.

개정 국제사법은 영미식의 불편한 법정지의 법리(제12조)를 도입하였는데, 관할합의를 한 경우에 는 이 법리가 배제된다(제12조 제1항 단서).

개정 국제사법에 의하면, 외국 법원을 선택하는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 한국 법원에 제소되었다면 한국 법원은 원칙적으로 소를 각하해야 하나, ① 관할합의가 효력이 없거나, ② 변론관 할이 발생하거나, ③ 합의로 지정된 국가의 법원이 사건을 심리하지 않기로 하거나, ④ 그 합의가 제 대로 이행될 수 없는 명백한 사정이 있는 경우에는 그렇지 않다(제8조 제5항).

III. 전속적 국제재판관할합의의 준거법

1. 종래 견해의 대립

17) 독일연방대법원 판결도 관할합의에서 이를 위반하는 경우 손해배상의무를 부담하도록 약정하는 것이 가능하고, 관할합의의 성격으로 이를 배제할 수 없다고 판시하였다. BGH 2019. 10. 17. III ZR 42/19, NJW 2020, 399, IPrax, 2020, 459, 461, Rn 24-25.

18) Colberg(주 13), 428. 김용진(주 12), 93도 중재합의의 맥락에서 동일한 내용의 성질논의를 하면서 독일 문헌들을 인용한다.

19) Briggs/Rees(주 5), para 4.50; Fentiman, R., International Commercial Litigation, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015, para 2.271.

20) 석광현(주 6), 122. 이것은 독일법의 입장이고, 앞서 언급한 바와 같이 미국에서는 전속적 국제재판관할합의를 하더라도 관할 법원으로 합의되지 않은 법원의 관할권이 배제되지 않는다고 본다. 미국 법원의 이러한 입장은 미국 연방대법원의 *MS Bremen v Zapata Off-Shore Co*, 407 U.S. 1 (1972) 판결에서도 선언되었다. 이에 대한 상세는 Hay(주 7) 10 이하 참조.

전속적 국제재판관할합의와 관련된 준거법에 관하여는 적법요건(또는 유효요건, 허용요건, Zulässigkeitsvoraussetzung)과 성립 및 실질적 유효성의 준거법을 분리하면서 전속적 국제재판관할합의의 준거법을 적법요건의 준거법, 성립 및 실질적 유효성의 준거법, 방식 및 효력의 준거법으로 분류하는 견해²¹⁾와, 성립 및 실질적 유효성의 문제와 구분되는 적법요건(유효요건)을 따로 인정할 필요가 없고 이는 성립 및 유효성의 문제에 포함된다고 보는 견해²²⁾가 대립되어 왔다. 이 두 견해의 차이는, 전자의 견해는 아래에서 보는 바와 같이 이분설의 입장에서 전속적 국제재판관할합의가 허용되는지의 문제에는 법정지법이 적용되는 한편 전속적 국제재판관할합의가 의사표시의 하자 등으로 무효인지의 문제에 대하여는 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 적용된다고 보는 데 비하여, 후자의 견해에 의하면 위 두 문제에 모두 성립 및 실질적 유효성의 준거법과 법정지법이 함께 적용된다²³⁾는 데 있다. 살피건대, 전자의 견해가 전속적 국제재판관할합의와 관련된 문제에서 전속적 국제재판관할합의의 실체법적 계약의 성질과 소송계약적 성질 중 어느 것이 더 문제되는지를 보다 정치하게 반영하고²⁴⁾ 이에 대응하는 준거법 결정원칙을 정할 수 있다는 점에서 설득력이 높다고 생각한다. 따라서 아래에서는 전자의 견해에 따라 국제재판관할합의와 관련된 준거법을, 적법요건의 준거법, 성립 및 실질적 유효성의 준거법, 방식 및 효력의 준거법으로 나누어 서술하기로 한다.

① 첫째, 적법요건의 준거법은 남용에 대한 통제를 포함하여 전속적 국제재판관할합의가 허용되는지의 문제에 적용되는 준거법이다. 여기서 적법요건이라 함은 의사표시의 하자의 문제와는 구분되는, 사안과 당해 법원관의 합리적 관련성, 다른 법원의 전속관할에 속하지 아니할 것, 전속적 국제재판관할합의가 현저하게 불합리하거나 불공정하지 아니할 것²⁵⁾ 등의 요건을 말한다. ② 둘째, 전속적 국제재판관할합의의 방식과 효력의 준거법은 전속적 국제재판관할합의에 특정한 방식(formal validity)이 요구되는지(이를테면 국제사법 제8조 제2항), 그러한 방식요건을 결한 경우의 효력은 어떻게 되는지의 문제에 적용될 준거법이다. ③ 셋째, 관할합의의 성립과 실질적 유효성(substantial validity)의 준거법은 관할합의가 유효하게 성립되었는지의 문제, 즉 사기, 착오, 강박 등 의사표시의

21) 석광현(2005), 202; 이창현(주 3), 205-206.

22) 김인호, “가맹사업계약에 포함된 부당하게 불리한 중재합의의 유효성”, 비교사법 제27권 제2호(2020. 5.), 한국비교사법학회, 356; 김인호, “국제계약의 분쟁해결메커니즘의 구조와 상호작용”, 국제거래법연구 제23권 제1호(2014. 6.), 231-234.

23) 김인호, “가맹사업계약에 포함된 부당하게 불리한 중재합의의 유효성”, 비교사법 제27권 제2호(2020. 5.), 한국비교사법학회, 356; 김인호, “국제계약의 분쟁해결메커니즘의 구조와 상호작용”, 국제거래법연구 제23권 제2호(2014), 국제거래법학회, 231.

24) 전속적 국제재판관할합의의 적법요건은 그러한 합의에 대한 법정지의 통제와 관련되므로 절차적인 성격에 해당하여 법정지법이 적용되어야 하고, 성립 및 실질적 유효성의 문제는 당사자의 의사표시에 관한 것으로서 실체적 성격이 더 문제되므로 성립 및 실질적 유효성의 준거법, 즉 전속적 국제재판관할합의의 준거법을 적용하는 게 타당하다는 점에서 그러하다.

25) 대법원 판례상 인정되는 전속적인 국제재판관할합의의 적법요건은 ① 당해 사건이 관할합의로써 관할이 배제된 법원의 전속관할에 속하지 아니할 것, ② 지정된 법원이 그 국가의 법상 당해 사건에 대하여 관할권을 가질 것, ③ 당해 사건이 그 법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것, ④ 그와 같은 전속적인 관할합의가 현저하게 불합리하고 불공정하여 공서양속에 반하는 법률행위에 해당하지 않을 것이다. 이러한 요건 하에 국제재판관할합의의 유효성을 판단한 하급심 판결의 소개는, 노태약(주 2), 130 이하 참조. 그 밖에, ‘일정한 법률관계로 인한 분쟁에 관한 합의일 것’도 재판관할합의의 유효요건에 해당한다. 손경한(주 5), 439; 노태약(주 2), 139.

하자 문제를 규율한다. 각 문제에 관하여 준거법을 어떻게 정할지 견해가 갈린다.²⁶⁾

① 법정지법설은 전속적 국제재판관할합의의 적법요건, 방식 및 효력, 성립 및 실질적 유효성 모두에 일률적으로 법정지법이 적용되어야 한다고 본다. 종래 일본의 통설과 판례가 취한 입장으로 전속적 국제재판관할합의의 성격을 소송계약으로 이해하는 것에 따른 당연한 결론이다. ② 법정지 국제사법설은 전속적 국제재판관할합의의 적법요건, 방식 및 효력, 성립 및 실질적 유효성 모두 일률적으로 법정지의 국제사법에 따라 판단해야 한다는 견해이다. 이에 따르면 법정지의 국제사법이 전속적 국제재판관할합의를 소송계약으로 보는지, 실체법적 계약으로 보는지에 따라 준거법이 달라질 수 있다. 소송계약으로 보면 절차의 문제이므로 법정지법을 따르고, 사법계약으로 보면 법정지의 국제사법이 정한 준거법에 따라 결정하게 된다. ③ 이분설²⁷⁾에 의하면 남용의 통제를 포함하여 전속적 국제재판관할합의의 적법요건, 방식 및 효력에 관해서는 법정지법을 따르고, 성립 및 실질적 유효성에 관하여는 통상의 국제계약과 마찬가지로 법정지의 국제사법이 정하는 준거법에 따른다. 여기서 법정지는 소가 계속된 법정지 뿐만 아니라, 남용통제와 관련해서 관할이 배제된 법정지도 포함된다. ④ 계약준거법설에 의하면 관할합의와 관련된 모든 내용은 전속적 국제재판관할합의라는 계약의 준거법에 따른다. ⑤ 합의관할법원 소속국법설은 전속적 국제재판관할합의의 실질적 유효성을 합의관할법원 소속국법(국제사법 포함)에 따라 판단하는 견해로, 헤이그 관할합의협약은 국제사법을 포함하여 선택된 법원의 소속국의 법(*lex fori prorogati*)을 기준으로 실질적 유효성²⁸⁾을 판단한다.²⁹⁾ 브뤼셀 I bis규정 제25조 제1항도 관할합의의 실질적 유효성의 준거법에 관하여 합의관할법원 소속국법설(국제사법 포함)을 취한다.³⁰⁾ 개정 국제사법 제8조 제1항 제1호³¹⁾도 이와 같은 입장을 따르는데, 개정법의 태도에 대하여는 아래에서 항을 바꾸어서 살펴본다. ⑥ 당사자자치와 예측가능성을 이유로 합의관할법원 소속국법에 따르되, 그 국제사법은 제외하여야 한다는 견해³²⁾도 주장된다(이하에서 ⑤

26) 이하 대립되는 견해의 소개는 이창현(주 3), 206-209; 손경한(주 5), 426-427; 한승수(주 10), 18-19를 주로 참고한 것이다.

27) 석광현(주 6), 118-119; 한승수(주 10), 20; 김효정(2019), 191-192; 이창현(주 3), 197, 211-212.

28) 협약에서 말하는 유효성은 사기, 착오, 강박, 부실표시로 인한 계약의 실질적 유효성을 말하고, 이에 대하여는 협약이 정한 준거법 결정원칙에 따라 정해진 법, 즉 합의된 국가의 법에 따르면 된다. 한편, 문제된 국제재판관할합의가 협약상 전속적 국제재판관할합의의 정의에 포함되는지 및 그 방식(제3조), 당사자능력(제6조 (b)), 공서(제6조 (c))와 같이 협약이 직접 규율하는 사항은 협약에 따른다. 석광현, "우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점"(주 2), 234. Brand/Herrup(주 2), 88은 관할합의 성립의 문제는 헤이그 관할합의협약이 규율하고 있지 않기 때문에 법정지 법원이 언제나 판단할 권한이 있다고 한다.

29) 석광현, "우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점"(주 2), 234.

30) 석광현, "우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점"(주 2), 234, 각주 36.

31) 제8조(합의관할)

① 당사자는 일정한 법률관계로 말미암은 소에 관하여 국제재판관할의 합의(이하 이 조에서 "합의"라 한다)를 할 수 있다. 다만, 합의가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 효력이 없다.

1. 합의에 따라 국제재판관할을 가지는 국가의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 포함한다)에 따를 때 그 합의가 효력이 없는 경우

32) 손경한(주 5), 427. 이에 대하여 김인호, "소비자계약 및 그 분쟁해결조항에 대한 소비자보호의 범위와 한계", 국제거래법연구 제29권 제2호(2020. 12.), 국제거래법학회, 51-52는 당사자가 본계약의 준거법을 선택하고 국제재판관할합의의 준거법을 다른 국가의 법으로 선택한 경우에, 이러한 선택은 당사자자치의 원칙상 인정되어야 할 것인데, 만약 합의관할 소속국법의 국제사법 원칙을 제외한다면 국제재판관할합의의 유효성을 당사자가 선택한 준거법에 따라야 할지 아니면 합의관할 소속국법의 실질법에 의하여야 할지 어려운 문제가 생긴다고 지적한다. 이러한 지적은 설득력이 있으나, 필자는 아래 3.에 기재한

와 ⑥의 견해를 통틀어 ‘합의관할법원 소속국법설’로 지칭한다).

2. 개정 국제사법 제8조

개정 국제사법 제8조 제1항 제1호는 헤이그 관할합의협약(제5조 제1항)과 브뤼셀 I bis규정(제25조 제1항)을 반영하여 관할합의의 유효성의 준거법을 합의관할 부여국의 법(그 국가의 국제사법 포함)이라고 명시한다. 다만 국제계약의 현실에서 국제계약의 준거법이 지정되는 경우가 많을 것이고, 당사자자치가 인정되는 이상 그 준거법이 국제재판관할합의의 준거법이 될 여지가 크다.

개정 국제사법 제8조 제1항은 헤이그 관할합의협약(제6조)을 반영하여 국제재판관할합의의 무효 사유를 ① 합의에 따라 국제재판관할을 가지는 국가의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 포함한다)에 따를 때 그 합의가 효력이 없는 경우, ② 합의를 한 당사자가 합의를 할 능력이 없었던 경우, ③ 대한민국의 법령 또는 조약에 따를 때 합의의 대상이 된 소가 합의로 정한 국가가 아닌 다른 국가의 국제재판관할에 전속하는 경우, ④ 합의의 효력을 인정하면 소가 계속된 국가의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 경우로 규정하고 있다. 이것은 종래 대법원 판결에서 제시하였던 국제재판관할합의의 적법요건을 반영하면서도 기존에 많은 비판을 받았다 ‘합리적 관련성’이 요건을 폐지한 것이다.

3. 판례

우리 대법원 판례는, 우리 법원의 관할을 배제하고 외국법원을 전속법원으로 합의한 국제재판관할 합의의 적법요건을 우리 법에 따라 판단하였는데³³⁾ 이는 대체로 법정지법설을 따른 것으로 평가되나,³⁴⁾ 이분설을 취하더라도 법정지법에 따르게 되므로,³⁵⁾ 이는 분명하지 않다.

4. 검토

전속적 국제재판관할합의의 준거법을 정할 때에는 전속적 국제재판관할합의가 소송계약의 성질과 실체법적 계약의 성질을 동시에 가진다는 점을 고려하여야 한다.³⁶⁾ 또한 관할법원을 자유롭게 미리 정할 수 있다는 당사자자치의 원칙과, 관할이 배제된 법정지 또는 소가 현재 계속된 법정지가 부당한 관할합의를 통제할 수 있어야 한다는 법정지의 이익도 균형 있게 고려되어야 한다.

이러한 관점에서 보면 이분설이 전속적 국제재판관할합의의 소송계약적 성질과 실체법적 계약의

것과 같은 이유로 국제사법원칙을 포함하든 아니든 합의관할 소속국법에 따라야 한다는 견해에 반대한다.

33) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결, 대법원 2004. 3. 25. 선고 2001다53349 판결.

34) 석광현, “선하증권에 의한 국제재판관할합의의 문제점-대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결-”, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004, 221은 우리 법에 따라 판단한 것은 우리나라가 법정지이고 동시에 관할이 배제된 법원이기 때문이라고 한다.

35) 이창현(주 3), 208-209도 같은 취지.

36) 이창현(주 3), 197은 국제재판관할합의의 소송계약 또는 실체법적 계약 중 어느 국면에서 기능하고 논의되는지에 따라 더 유의미하고 본질적인 부분인지를 기준으로 준거법을 정해야 한다고 하는데, 이는 타당하다.

성질에 대응하는 준거법 결정원칙을 제시하고, 당사자의 이익과 법정지의 이익을 균형 있게 고려할 수 있다는 점에서 타당하다고 생각된다. 법정지설과 법정지 국제사법설은, 관할합의를 한 당사자가 후에 어느 법원에 소를 제기하였는지(혹은 제기하지 않았는지)라는 사정에 따라 준거법이 결정되고, 당사자의 의사는 전혀 반영하지 못한다는 점에서 타당하지 않다.³⁷⁾ 계약준거법설은 법정지의 이익을 전혀 고려하지 않는다는 점에서 설득력이 없고, 합의관할법원 소속국법설도 (합의관할법원 소속국의 국제사법을 포함하는 견해이든 포함하지 않는다는 견해이든) 당사자가 관할법원으로 합의하지 않은 법원에 제소한 경우, 합의관할법원이 아닌 법정지의 이익을 전혀 고려하지 못한다는 난점이 있다. 또한 계약준거법설이나 합의관할법원 소속국법설을 따르게 되면, 당사자 사이의 지위에 유형적 불균형이 있는 경우, 협상력이 강한 당사자가 자신에게 유리한 국가의 법원(예를 들면 국제재판관할합의의 적법요건 판단기준이 자신에게 유리하거나, 사기에 의한 국제재판관할합의를 판단함에 있어 사기에 고도의 증명을 요하거나)을 선택함으로써 국제재판관할합의를 남용할 수 있다는 문제점이 있다.³⁸⁾

IV. 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분

전속적 국제재판관할합의의 당사자 입장에서는 관할합의를 위반한 소 제기를 막거나, 이미 제기된 소를 중지시키는 것이 가장 실효적인 구제수단일 수 있다. 전속적 국제재판관할합의의 당사자가 이를 위반하여 합의한 법원이 아닌 법원에 소를 제기한 경우, 영국에서는 그 당사자에게 외국법원에서 소를 중지하거나 소를 제기하기 이전이라도 외국법원에의 제소를 금지하는 명령을 발령하는데, 이것이 소송금지명령(anti-suit injunction)이다.

우리 법원은 소송금지가처분을 발령한 전례가 없으나, 최근 학계에서 우리 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분이 허용되는지에 관한 논의가 이루어지고 있어,³⁹⁾ 가까운 장래에 법원에 이러한 내용의 신청이 접수될 가능성이 없지 않다. 이는 이러한 가처분의 피보전권리를 인정할 수 있는지, 전속적 국제재판관할합의의 효력으로서 합의되지 않은 법원에 소를 제기하지 않을 의무가 발생하는지의 문제이다.⁴⁰⁾ 이하에서는 소송금지명령의 실무가 확립된 영국과, 이를 인정하지 않는 독일의 태도를 살펴 본 후 우리 법 하에서 이를 인정할 수 있는지 검토한다.

37) 같은 취지로 손경한(주 5), 426, 한승수(주 10), 30.

38) Brand/Herrup(주 2) 80.

39) 선행연구로, 이규호(주 3), 이창현(주 3), 이필복(주 3), 218 이하. 중재의 맥락에서는 석광현(주 3), 김용진(주 12), 조인영(주 3) 참조.

40) 이창현(주 3), 169.

1. 영국의 태도

영국에서 소송금지명령은 영국법원이 대인관할권을 갖는 당사자에 대하여, 외국에서 소를 제기하는 것을 금지하거나 외국 소송을 중지하라는 명령을 말한다.⁴¹⁾ 이는 형평법에서 유래한 구제수단이므로 부정의를 방지한다는 목적을 갖고 그 행사에 재량이 인정된다. 현재는 제정법인 Senior Courts Act 1981 제37조⁴²⁾에 명문근거가 있다. 주의할 것은, 소송금지명령의 목적이 편리한 법정지의 법리(forum conveniens)를 실현하기 위한 것이거나 전략적 소송을 금지하는 데 있는 것이 아니라는 것이다.⁴³⁾ 소송금지명령은 부정의를 방지하기 위한 것이기 때문에, 국제적 병행소송이나 전략적 소송이 있다는 사실만으로 발령되지 않고, 신청인에게 부정의가 초래되거나,⁴⁴⁾ 억압적이고 의미 없는 경우에 한하여 발령된다.⁴⁵⁾ 따라서 소송금지명령을 관통하는 하나의 기준은 ‘피신청인의 행위가 비양심적인가’이다.⁴⁶⁾ 소송금지명령은 외국법원을 상대로 재판하지 말 것을 명하는 것이 아니라, 대인적으로, 당사자에게 외국 절차에서 비양심적으로 행동할 것을 금지하는 것을 명하는 것이다.⁴⁷⁾ 소송금지명령을 위반하면 법원의 재량에 따라 벌금 또는 징역을 비롯한 다양한 종류의 제재를 받게 된다.⁴⁸⁾ 회사의 이사가 징역형에 처해지거나⁴⁹⁾, 영국에서 영업을 하지 못하거나 영국 자본시장에서 자본을 모집할 수 없게 되거나, 영국에 소유하고 있는 재산이 동결될 수 있다.⁵⁰⁾ 이하에서는 전속적 국제재판관할합의의 맥락에서 영국법상 소송금지명령의 요건을 살펴본다.⁵¹⁾

가. 대인관할권과 사물관할권

소송금지명령을 발령하려면 영국법원이 대인관할권과 사물관할권(subject matter jurisdiction)이 있어야 한다.⁵²⁾ 피신청인이 영국에 소재하거나 주소를 갖고 있거나, 외국송달의 요건을 충족시키는 경우 대인관할권이 있다.⁵³⁾ 사물관할권의 요건은 소송금지명령이 영국에서 계속되고 있거나 영국에서 종결된 소송절차와 관련이 있어야 한다는 것이다.⁵⁴⁾ 이는 예양(comity)의 요청에 의한 것으로,

41) Fentiman(주 19), para 16.01

42) **37 Powers of High Court with respect to injunctions and receivers.**

(1) The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.

제37조 제1항의 ‘just and convenient’라는 요건을 보아도 이것이 형평법에서 유래한 것임을 알 수 있다. 2005년 개정 전 명칭은 Supreme Court Act 1981이었다.

43) *Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC).

44) *Airbus Industrie v Patel* [1999] 1 AC 119.

45) *Star Reefers Pool Inc v JFC Group Go Ltd* [2012] EWCA Civ 14.

46) Fentiman(주 19), para 16.38.

47) Fentiman(주 19), para 16.03.

48) Fentiman(주 19), para 17.47.

49) *Trafigura Pte Ltd v Emirates General Petroleum Corp* [EWHC] 3007 (Comm).

50) *Cruz City 1 Mauritius Holdings v Unitech Ltd and others* [2014] EWHC 3704 (Comm).

51) Fentiman(주 19), paras 16–11–16–13.

52) *Donhue v Armco* [2001] UKHL 64.

53) Civil Procedure rules Part 6 Practice Direction 6B 3.1(6)(d).

54) *Masri v Consolidated Contractors International Co SAL* [2008] EWCA Civ 625.

영국법원이 세계의 경찰과 같은 역할을 해서는 안 된다는 사고에 기초한다.⁵⁵⁾ 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 있는 경우 사물관할권이 인정된다.⁵⁶⁾

나. 분쟁해결장소에 대한 권리(right to venue)

소송금지명령은 실제적 권리(예를 들어 분쟁해결장소에 대한 권리)와 절차적 권리를 보호하기 위한 것인데, 영국에서만 제소될 권리가 있는 경우에 분쟁해결장소에 대한 권리가 있다고 인정된다.⁵⁷⁾ *The Angelic Grace* 사건⁵⁸⁾에서 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 있는 경우 신청인의 장소에 대한 권리가 인정되었다. 영국법원은 전속적 국제재판관할합의의 준거법이 외국법이고 그 외국법에 의하면 관할합의가 무효라도, 소송금지명령의 허용여부에 관하여 영국법을 기준으로 판단하였다.⁵⁹⁾ 다만, 전속적 국제재판관할합의가 있더라도 소송금지명령을 발령하지 않을 강력한 이유(strong reasons)가 있는 경우에는 발령하지 않는다.⁶⁰⁾ 영국을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 있었지만 외국 절차에서 소송 병합의 명백한 필요가 있었을 경우를 그 예로 들 수 있다. *Donohue v Armco* 사건⁶¹⁾에서 귀족원은, 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의는 외국법원에서 절차 병합이 필요한 경우 존중되지 않을 수 있다고 보았다. 소송금지명령을 발령하면 여러 피고를 상대로 한 동일한 내용의 청구가 영국법원과 미국법원에 분리되어 진행될 경우, 적절한 사건관리라는 목적이 전속적 국제재판관할합의보다 우선한다는 것이다. 이 사건에서는 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의의 당사자(소송금지명령의 피신청인)가, 미국법원에 공모를 이유로 한, 다수의 피고에 대한 동일한 내용의 소를 제기하였다. 그런데 미국에서 재판하면 징벌적 손해배상이 내려질 가능성이 있어 신청인에게 부정의가 초래되는 상황이었다. 영국법원은 사안에서 피신청인이 미국법원의 징벌적 손해배상을 영국에서 집행하지 않는 조건으로 소송금지명령을 발령하지 않았다.

다. 재량 행사의 고려요소: 부정의, 예방

앞서 본 요건을 모두 충족하였다고 하더라도, 법원은 마지막 단계로 재량을 행사할지를 판단함에

55) *Airbus Industrie v Patel* [1999] 1 AC 119.

56) *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87. 그 밖에, 브뤼셀 체제 하에서 영국 법원이 국제재판관할권을 가지는 경우에도 영국법원이 소송금지명령을 할 사물관할권이 인정된다. 통상 소송금지명령이 신청되는 경우 이미 영국에 소가 계속되고 있는 경우가 많아 실무상 사물관할권이 문제되는 경우는 많지 않다. Fentiman(주 19), para 16.32.

57) Fentiman(주 19), para 16.41.

58) *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87

59) *OT Africa Line Ltd v Magic Sportswear Corp (The Kribi)* [2005] 2 Lloyd's Rep 170. 그러나 이에 대하여는 소송금지명령이 허용되는지의 문제는 당사자의 의무의 준거법에 따라 사항이라는 비판이 제기된다. Fentiman 교수는 소송금지명령의 근거규정인 Senior Courts Act 1981 제37조가 로마 I 규정 제9조 제1항, 로마 II 규정 제16조의 최우선강행규정에 해당한다고 평가하면서, 분쟁의 실체에 적용될 법이 외국법이더라도 적용된다고 한다. 그렇지 않더라도 또한 절차로 성질결정하여 법정지법인 영국법이 적용된다고 본다. Fentiman(주 19), paras 16.15-16.17.

60) *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64, at [24]

61) [2001] UKHL 64, at [24]

있어, 소송금지명령으로 인하여 부정의가 초래될지, 예양의 원칙을 위반하게 되는 것인지를 고려하여야 한다.⁶²⁾

부정의가 초래되는 경우의 예로, 신청인이 허위의 증거를 근거로 소송금지명령을 신청하였거나,⁶³⁾ 신청인이 외국소송절차가 상당히 진행된 이후에 비로소 소송금지명령을 신청하였거나,⁶⁴⁾ 피신청인으로부터 외국에서 가능한 구제방법을 박탈하게 되는 경우를 들 수 있다.⁶⁵⁾

예양은 한 마디로 정의하기 어려운 개념이나, 보통법계 국가에서 국제사법 원칙을 적용하거나 재형성하는 도구로 광범위하게 사용된다.⁶⁶⁾ 이는 국제공법의 원칙에 의하지 않는 한, 다른 국가의 국내 문제에 대하여 관할권을 행사하지 않거나, 그 국가 또는 그 재산에 대하여 어떤 조치를 강제하지 않는다는 원칙을 말한다.⁶⁷⁾ 소송금지명령의 맥락에서는, 소송금지명령이 간접적으로나마 외국법원의 사법절차에 대한 개입하게 되므로⁶⁸⁾ 예양의 원칙에 위배되는지 주의 깊게 살필 필요가 있다.

예양은 소송금지명령 심사단계 중 두 단계에서 작용한다.⁶⁹⁾ *Star Reefers* 사건⁷⁰⁾에서는, 사물관할을 판단하는 단계에서 소송금지명령과 영국과의 관련성을 심사하는 것 역시 예양의 원칙에 기한 것이지만, 재량행사 단계에서 예양을 다시 별도로 고려하여야 함을 명시적으로 선언하였다. 따라서 재량행사 단계에서는 사안이 영국과 관련성이 있다는 것만으로 예양의 원칙을 충족시키지 못한다. 구체적인 판단요소로, 외국 소송이 더 오래 진행되었을수록,⁷¹⁾ 외국법원과 당사자, 분쟁의 대상과 관련이 강할수록 예양의 요청이 더 커진다.⁷²⁾ 그 밖에 외국법원이 관할을 과잉적으로 행사하였는지 (exorbitant jurisdiction), 소송금지명령을 할 실제적 필요가 있는지, 외국법원에서 구제수단을 거쳤는지 등이 고려된다.⁷³⁾ *Star Reefers* 판결 이전의 판결로, 영국법원은 *Deutsche Bank AG v Highland Crusader Offshore Partners LP* 사건⁷⁴⁾에서 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의를 집행하기 위한 소송금지명령은, 단순히 계약을 이행하라고 하는 것이기 때문에 예양 위반이 아니라고 판시한 바 있다. 그러나 *Star Reefers* 판결의 취지에 비추어 보면, 단순히 전속적 국제재판관할합의가 있었다는 사실만으로 예양의 요건을 충족시키는 것은 아니고, 재량 행사 단계에서 예양의 원칙과 관련된 다른 요소들을 다시 심사해야 할 것으로 보인다. 다만 전속적 국제재판

62) Fentiman(주 19), para 16.101.

63) *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328 at [158]–[171],

64) *Donohue v Armco* [2001] UKHL 64, at [24],

65) *Industrielle Aérospatiale v Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC); *OceanConnect UK Ltd v Angara Maritime Ltd* [2010] EWCA Civ 1050.

66) A. Dicey/J. Morris/L. Collins(ed), *The Conflict of Laws*, 15th Edition, vol 1, Sweet & Maxwell, 2012. para 1–09.

67) *Buck v Att-Gen* [1965] Ch 745, 770 (CA).

68) *British Airways Board v Laker Airways Ltd* [1985] AC 58 at [95].

69) Fentiman(주 19), para 16.116.

70) *Star Reefers Pool Inc v JFC Group Co Ltd* [2012] EWCA Civ 14 at [2].

71) *Royal Bank of Scotland Plc v Highland Financial Partners LP* [2013] EWCA Civ 328/

72) *Deutsche Bank AG v Highland Crusader Offshore Partners LP* [2009] EWCA Civ 725.

73) 상세는 Fentiman(주 19), paras 16.117–16.130. 참조.

74) [2009] EWCA Civ 725, at [50].

관할합의가 있는 경우에는 그렇지 않은 경우보다 예양을 더 약하게 고려해야 할 것이다.⁷⁵⁾

2. 독일의 태도

반면, 독일, 프랑스 등 유럽대륙의 국가들은 통상 소송금지명령을 인정하지 않는다.⁷⁶⁾ 독일이 소송 금지명령에 부정적인 태도를 취하는 것은 전속적 국제재판관할합의로부터 실체법적 효력을 도출하기 어렵고, 소송금지명령은 내국의 법관이 외국의 관할질서, 따라서 외국의 주권에 대하여 간섭한다고 보기 때문이다.⁷⁷⁾ 이와 관련하여 독일법원은, 영국법원의 소송금지명령이 헤이그 송달협약(Hague Convention on Service Abroad)에 따라 처리되어야 하는지 문제된 사건에서 독일인에게 독일법원에 제소하는 것을 금지하는 영국의 소송금지명령을 독일에서 송달하는 것은 헤이그 송달협약 제13조 제1항의 주권 침해에 해당하여 그 송달을 거부할 수 있다고 판시하였다.⁷⁸⁾

3. 우리 법상 허용가부

이하에서는 국제거래의 당사자가 우리 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 외국 법원에 소를 제기하였거나 제기하려는 상황에서, 상대방이 우리 법원에 소송금지가처분을 신청한 사안을 상정하여 논의한다.

당사자가 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 합의되지 않은 법원에 소를 제기하는 경우, 임시의 지위에 관한 가처분(민사집행법 제300조 제2항)으로서 소송금지가처분을 발령할 수 있는지에 관하여 견해가 대립된다. 부정설은 전속적 국제재판관할합의로부터 외국에서 소를 제기하지 않을 부작위의무 또는 합의된 법원에서 소를 제기할 작위의무가 인정되지 않는다는 이유로 소송금지명령이 불가능하다고 보거나(이는 전속적 국제재판관할합의의 성격을 소송계약으로만 파악하는 것에 따른 결론이다),⁷⁹⁾ 다툼이 있는 권리관계에 대한 임시적 지위는 본안으로 확정되어야 할 권리관계에 관한 종국적인 지위를 말하는데, 실체적 권리관계의 존부를 판단하는 소송절차까지 가처분의 대상이 된다고 보는 것은 무리라고 한다.⁸⁰⁾ 한편, 긍정설⁸¹⁾은 전속적 국제재판관할합의에서 위와 같은 작위·부작위의무를 도출할 수 있다고 보는데, 대체로 전속적 국제재판관할합의에 실체법적 효력이 인정됨을 근거로 한다(사법계약설과 발전적 소송계약설은 이와 같은 입장을 취한다). 임시적 지위를 정하는 가처분을 발령하기 위해서는 피보전권리(다툼이 있는 권리관계)와 보전의 필요성이 인정되어야 하는

75) Fentiman(주 19), para 16.119.

76) K. Takahashi, "Damages for Breach of Choice-of-Court Agreement", Yearbook of Private International Law, vol X (2008), Sellier, 89.

77) Takahashi(주 76), 89, 이필복(주 3), 232; 석광현(주 3), 21, 27.

사실관계와 이유의 상세는, 이규호(주 3), 94 참조. 석광현(주 3), 16도 위 판결을 소개한다.

78) OLG Düsseldorf, IPrax 1997, 260 ff.

79) 이와 같은 견해의 소개는, 이창현(주 3), 191.

80) 조인영(주 3), 306-307.

81) 석광현(주 3), 32; 이규호(주 3), 103-104, 이창현(주 3), 이필복(주 3), 239.

데,⁸²⁾ 이러한 논의는 피보전권리로서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 ‘소송금지청구권’을 인정할 수 있는지에 집중되어 있다.

발표자는 아래와 같은 이유로 긍정설을 지지하고, 우리 민사집행법 제300조 제2항⁸³⁾ 따라 다음 요건 하에 소송금지가처분이 가능하다고 본다.

가. 국제재판관할

우리 법원에 소송금지가처분을 할 국제재판관할이 있어야 할 것이다. 종래 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18760호로 전부개정되기 전의 것) 하에서는 구 국제사법 제2조에 따라 민사집행법 제303조의 토지관할규정을 참작하여, 임시의 지위를 구하기 위한 가처분의 경우 본안의 관할법원 또는 다툼의 대상이 있는 곳의 법원이 일응 국제재판관할권을 가진다고 보는 견해가 유력하였다. 개정 국제사법에서는 이러한 취지를 반영하여 제14조에 보전처분에 대해서는 ‘법원에 본안에 관한 국제재판관할이 있는 경우’ 또는 ‘보전처분의 대상이 되는 재산이 한국에 있는 경우’ 한국 법원에 국제재판관할이 있다고 규정하였다. 이것은 민사집행법 제303조의 ‘다툼의 대상이 있는 곳’을 ‘보전처분의 대상이 되는 재산이 있는 곳’으로 수정한 것이다.

우리 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분의 경우, 우리 법원이 본안의 관할법원으로서 국제재판관할권을 가질 수 있다.⁸⁴⁾ 전속적 국제재판관할합의의 효력으로, 외국에서 제소되지 않을 실체법적 권리와 관할법원이 아닌 외국법원에서 제소하지 않을 실체법적 의무가 발생한다고 본다면, 이러한 권리를 본안으로 소구하지 못할 이유가 없다. 그리고 그 본안의 소는 전속적 국제재판관할합의에서 정한 법원이 관할권을 갖는다고 보는 것이 자연스럽다.

그러나 소송금지가처분의 본안소송을 그에 한정할 필요는 없다. 보전처분의 피보전권리와 본안의 소송물인 권리는 엄격히 일치할 필요가 없고 청구의 기초의 동일성이 있으면 본안이 될 수 있기 때문이다.⁸⁵⁾ 청구기초의 동일성이란, 동일한 생활 사실 또는 동일한 경제적 이익에 관한 분쟁에 있어서 그 해결 방법에 차이가 있음에 불과한 것을 말하는데, 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지청구권과 손해배상청구권은 청구기초가 동일하므로, 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권도 소송금지가처분의 본안소송이 될 수 있다.⁸⁶⁾

당사자가 전속적 국제재판관할합의에 의하여 해결하려고 했던 그 분쟁 자체에 관한 소도 소송금지가처분의 본안소송에 해당할 수 있을지 문제된다. 이 경우 그 소는 당사자간 분쟁의 대상이 된 권리 관계를 확정하는 것일 뿐만 아니라, 전속적 국제재판관할합의에서 도출되는 실체법적 권리, 즉 특정

82) 민일영(편집대표), 주석 민사집행법 제8판, 한국사법행정학회, 2018, 667-674(조용현 집필부분).

83) 소송금지가처분의 요건은 절차에 관한 것으로서 법정지법인 우리 민사집행법 제300조 제2항에 따라 정하여야 한다. 이창현(주 3), 143도 같은 취지.

84) 이창현(주 3), 129 이하는 소송금지가처분에 관하여 가능한 관할근거를 상세히 분석한다.

85) 대법원 2006. 11. 24. 선고 2006다35223 판결.

86) 이창현(주 3), 165도 같은 취지.

법원에서 분쟁을 해결할 권리를 실현하는 것이어서, 전속적 국제재판관할합의에 따른 의무인 합의관할법원 외의 법원에 제소하지 않을 의무와 청구기초가 동일하다고 주장될 여지가 있을 것이다. 그런데 가처분신청인이 본안으로 이와 같은 소를 제기한다고 하더라도 상대방의 전속적 국제재판관할합의의 위반행위를 막을 수 없으므로, 소송금지가처분의 피보전권리인 ‘금지청구권’이 실현될 수 없다. 따라서 이러한 소는 소송금지가처분의 본안소송이 될 수 없다고 본다. 그러나 전속적 국제재판관할합의를 위반한 당사자의 상대방에게 합의된 관할법원에서 실제적인 분쟁을 해결하기 위한 소를 제기하는 것과 별도로 부작위청구의 소를 제기할 것을 요구하는 것은 현실적으로 가혹한 측면이 있으므로 유연하게 해석할 필요도 있다고 생각된다.⁸⁷⁾

가처분에서 다툼의 대상이 있는 곳은 다툼의 대상보다 넓은 의미로, 다툼이 있는 권리관계에 관하여 가처분하여야 할 유체물, 무체물을 모두 포함하고,⁸⁸⁾ 작위·부작위가 이루어지는 곳을 포함한다. 따라서 구 국제사법 하에서는 구 국제사법 제2조, 민사집행법 제303조에 따라 한국 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 위반된 경우 한국법원에서만 제소될 권리는 한국법원에서 실현되므로 한국법원이 작위가 이루어지는 곳으로서 다툼의 대상이 있는 곳에 해당한다고 볼 여지가 있었다.⁸⁹⁾ 그러나 개정 국제사법 하에서는 ‘보전처분의 대상이 되는 재산이 있는 곳’으로 문언이 변경되었으므로 한국 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 위반된 경우 한국을 ‘보전처분의 대상이 되는 재산이 있는 곳’에 포섭시키기는 어렵다.

나. 피보전권리의 존재

피보전권리가 존재하여야 한다는 것은 가처분의 요건에 관한 사항이므로 절차지법으로 우리 민사집행법에 따라 규율된다. 실무상 금지가처분이 인정되기 위해서는 법률적으로 금지청구권의 근거가 인정되어야 하는데, 금지가처분의 피보전권리는 물권, 인격권, 법률에 규정된 금지청구권, 계약에 기한 부작위청구권으로 제한된다.⁹⁰⁾

피보전권리가 인정되기 위해서는 그 전제로 적법한 국제재판관할합의가 인정되어야 하고, 그 국제재판관할합의의 효력으로서 소송금지청구권이 발생하여야 한다. 전속적 국제재판관할합의의 적법요건은 이분설의 입장에서 법정지법에 따라 판단하면 되고, 적법요건을 충족시키지 못하면 더 나아가 판단할 필요 없이 소송금지청구권을 인정할 수 없다. 적법요건을 충족하였다면 전속적 국제재판관할합의의 효력으로서 소송금지청구권이 발생하였는지를 살펴보아야 하는데, 이는 전속적 국제재판관할합의로부터 실제법적 권리의무가 발생하는 것인지와 관련된 것이어서 전속적 국제재판관할합의의 실제법적 성질에 관련되므로, 전속적 국제재판관할합의의 성립과 실질적 유효성의 준거법에 따라야

87) 본안의 소를 제기하지 않으면 보전처분의 취소사유가 될 수 있기 때문이다(민사집행법 제301조, 제287조).

88) 주석 민사집행법(주 82), 745(조용현 집필 부분).

89) 석광현(주 3), 24도 전속관할합의 위반을 근거로 하는 가처분은 전속관할법원이 한국 법원이라는 점을 근거로 국제재판관할을 인정할 수 있다고 본다.

90) 이창현(주 3), 164.

한다고 본다.⁹¹⁾ 전속적 국제재판관할합의에 관하여 별도로 준거법이 지정되지 않았고, 전속적 국제재판관할합의가 주된 계약의 일부로 체결되었으며 당사자가 주된 계약의 준거법을 지정한 경우, 그에 따르면 된다.

소송금지청구권 발생여부의 준거법이 한국법이라면, 당사자의 명시적, 묵시적 의사가 전속적 국제재판관할합의로써 어떤 효력을 의욕하였는지를 판단한다. 당사자의 의사를 심리하여도 알 수 없는 경우, 전속적 국제재판관할합의는 소송법적 효력과 실체법적 효력을 모두 가진다고 볼 수 있으므로, 구체적인 사안에서 전속적 국제재판관할합의로부터 합의된 관할법원 외의 법원에 제소하지 않을 의무와 합의된 관할법원에서만 제소될 권리를 도출할 수 있다. 이에 기하여 전속적 국제재판관할합의의 당사자는 상대방에게 합의된 관할법원이 아닌 법원에서 제소하지 말 것을 청구할 수 있는 금지청구권을 가지므로, 피보전권리가 인정된다.⁹²⁾ 따라서 소송계약설에 입각하여 금지청구권을 부정하는 견해는 당사자의 의사와 법적 현실을 제대로 반영하지 못한다는 점에서 타당하지 않고, 과거 독일의 논의를 참고하여 전속적 국제재판관할합의가 소송계약이기 때문에 소송상의 부담만 발생시킨다고 보아야 한다는 주장에서 탈피할 필요가 있다. 종래 소송행위와 사법상 행위를 준별하였던 실익은 소송의 주체가 당사자와 법원이라는 국가기관이라는 점, 그리고 소송법의 영역에서는 계약자유 원칙의 지배를 받지 않는다는 점⁹³⁾에 착안하여 사법의 규정이 그대로 적용되지 못하도록 하는 데 있었다고 생각되나, 소송법적 성질과 실체법적 성질을 모두 갖는 전속적 국제재판관할합의에도 이러한 논리를 관철하는 것은 의문이다.

그리고 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분에서 다툼이 있는 권리관계는, 특정한 법원에서 소를 제기하고 그 외의 법원에서는 소를 제기하지 말 것을 요구하는 권리의 존부이므로, 이것이 단지 다툼이 있는 권리관계를 정하는 소송절차에 관한 다툼에 불과하다고 볼 수 없다.

전속적 국제재판관할합의 위반행위를 불법행위로 구성하여 금지청구권을 인정하는 견해⁹⁴⁾도 있다. 물론 일정한 경우 전속적 국제재판관할합의 위반행위를 불법행위로 구성하는 것도 가능하고, 이러한 견해는 소송금지가처분 실무상 발령되는 금지가처분 중 지식재산권 침해금지청구권과 같이 불법행위에 대한 금지가처분이 상당히 많은 상황에서 금지청구권의 피보전권리를 불법행위에 대한 금지청구권으로 구성하는 것이 자연스럽다는 점에서 설득력이 있다고 생각된다. 그러나 다음과 같은 이유로 피보전 권리를 계약에 기한 부작위청구권으로 구성하는 것이 타당하다고 생각된다. 첫째, 불

91) 이창현(주 3), 197. 그러나 이필복(주 3), 241은 피보전권리의 존부를 국제재판관할합의의 효력의 준거법인 법정지법에 따라 판단해야 한다고 본다.

92) 이규호(주 3), 106는 ‘외국에서 제소당하지 않을 법적 지위 보전’을 피보전권리로 보는데, 이는 외국에서 제소당하지 않을 권리를 의미하는 것으로 보인다.

93) 이시윤(주 10), 364-366

94) 이규호(주 3), 104-105는 ① 전속적 국제재판관할합의 위반행위가 제소금지의무를 위반한 위법한 행위로 피해자의 이익을 침해할 것, ② 금전배상을 명하는 것만으로 피해자 구제에 실효성을 기대하기 어려울 것, ③ 외국법원에서 제소금지로 인하여 보호되는 피해자의 이익과 가해자의 불이익을 비교교량하여 피해자의 이익이 더 클 것의 요건을 충족시킬 때 민법상 불법행위에 해당하고 금지청구도 가능하다고 본다.

법행위로 구성하지 않더라도 계약상 부작위청구권이 도출되는 경우에는 계약에 기한 금지청구권을 인정할 수 있고, 법원의 가치분실무에서도 연예인 전속계약에 기한 출연금지, 강의금지가처분 등과 같은 계약에 기한 금지가처분을 발령하고 있어, 계약상 부작위의무를 피보전권리로 금지가처분을 발령하는 것도 가능하다. 둘째, 소송금지청구권을 불법행위로 인한 청구권으로 성질결정하면 준거법 결정이 복잡해진다는 문제가 있다. 계약상 청구권으로 구성하면 계약의 준거법에 따르면 되지만, 불법행위로 구성하면 준거법을 불법행위지법이나 결과발생지법으로 연결할 수 있을 것인데 불법행위지나 결과발생지를 결정하기 어려울 수 있고, 소송금지청구가 제기된 법정지법에 따라서는 종속적 연결과 누적적 연결 등 불법행위책임에 대한 연결원칙이 상이하여 당사자의 예측가능성과 법적 확실성이 떨어진다는 문제도 있을 것이다. 다만 계약상 소송금지청구권을 인정하기 어려운 경우, 예를 들면 전속적 국제재판관할합의가 아니라 비전속적 국제재판관할합의의 경우에는 불법행위에 기한 소송금지청구권을 인정할 필요가 있을 수 있다.

다. 보전의 필요성

소송금지가처분의 경우에도 일반적인 가치분의 경우와 마찬가지로 보전의 필요성이 요구된다. 소송금지가처분을 하지 아니하는 경우 발생할 현저한 또는 급박한 위험을 피할 필요성이 있어야 한다.

보전의 필요성과 관련하여, 전속적 국제재판관할합의를 위반하더라도 이에 대한 손해배상청구권 등 다른 구제수단을 강구할 수 있으므로 보전의 필요성이 없다는 견해가 주장될 수 있다.⁹⁵⁾ 그러나 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해가 금전적 손해에 한정되지 않을 수 있고, 손해배상청구의 소에서 손해의 증명과 손해액 산정의 어려움 등의 문제로 실제로 입은 손해를 배상받지 못할 가능성도 높다. 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 외국에서 소가 제기되는 경우, 외국법원이 소를 각하하더라도 당사자로서는 익숙하지 않은 법정지에서 응소하여 관할을 다투는 데 상당한 비용과 노력, 시간을 소요하게 된다. 설혹 외국법원이 본안으로 나아가서 유리한 판결을 선고하더라도, 법역별로 준거법과 법제도가 다른 결과, 당초 합의한 법원에서 인정되었을 구제수단이 인정되지 않을 수 있다. 따라서 손해배상청구를 할 수 있다고 하더라도 여전히 소송금지가처분의 보전의 필요성이 인정된다.

한편, 소송금지가처분을 인정하면 외국의 주권을 침해하고 국제예양에 반한다는 견해가 있을 수 있다. 그런데 소송금지가처분이 외국법원을 상대로 재판권 또는 국제재판관할권을 행사하지 말라는 내용으로 발령되는 것이 아니라, 당초 외국법원에 소를 제기하지 않을 것을 약정한 당사자를 상대로 이를 위반하여 소를 제기하지 말라는 것이어서 이를 반드시 주권의 침해로 볼 수 없다. 그리고 외국법원의 국제재판관할권을 존중해야 하는 사정이 있는 경우, 보전의 필요성을 심사하는 단계에서 외

95) 김용진(주 12), 100은 중재의 맥락에서, 중재합의를 위반한 소 제기의 경우 소를 각하하는 방법으로 중재합의를 존중할 수 있고, 손해배상청구로 중재합의 위반당사자를 제재할 수 있으므로 소송금지명령처럼 우리 법과 조화여부가 의심되는 제도를 굳이 수용할 필요가 없다고 한다.

국소송이 이미 상당한 정도로 진행되었는지, 절차적 효율성의 측면에서 외국법원이 이를 재판하는 것이 더 적절한지, 외국법원과 당사자, 분쟁의 대상과 관련이 강한지 등을 고려하여 적절히 운용할 수 있을 것이라고 생각된다.⁹⁶⁾ 관련문제로, 외국법원의 관할을 배제하고 한국 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의에 관한 외국법과 한국법의 적법요건이 상이함에 따라 외국법원과 한국법원의 전속적 국제재판관할합의에 관한 유무효 판단이 다른 경우에는 예외의 문제가 생길 소지가 있다. 이러한 측면에서 계약국간 전속적 국제재판관할합의에 관하여 통일적인 적법요건을 규정하고 합의된 법원의 관할권을 존중할 것을 규정한 헤이그 관할합의협약에 가입하는 것을 긍정적으로 검토할 필요가 있다.

그 밖에 영국과 우리의 제도 차이로 인하여 우리 법제 하에서는 소송금지명령을 인정할 수 없다는 견해도 있을 수 있다. 영국의 소송금지명령은 형평법에서 유래하는 것이어서 그 요건과 효과에 법원의 광범위한 재량이 인정되나, 우리 법상으로는 민사집행법의 엄격한 요건을 충족하여야 하기 때문에 소송금지가처분을 인정하기 어렵다는 주장도 가능하다. 그러나 위에서 본 바와 같이 민사집행법의 해석으로도 임시의 지위를 정하는 가처분의 일종으로 소송금지가처분이 포섭될 수 있고, 현재 법원실무에서 다양한 분야에서의 신속한 권리구제의 요청에 대응하여 다양한 종류의 금지가처분을 발령하고 있으므로,⁹⁷⁾ 소송금지명령이 우리 법제에 그리 이질적인 제도가 아닐 수도 있다.

그리고 전속적 국제재판관할합의와 중재합의는 당사자의 분쟁해결에 관한 합의라는 점에서 유사한데, 전속적 국제재판관할합의 위반의 경우에도 중재합의 위반 시 구제수단과의 균형을 고려할 필요도 있다고 생각된다. 당사자가 중재절차의 준거법을 우리 법으로 지정하였거나 우리나라를 중재지로 합의한 후 중재합의를 위반하여 우리 법원에 소를 제기하는 경우 중재판정부가 임시적 처분(중재법 제18조)으로서 소송금지명령을 발령할 수 있고, 법원은 원칙적으로 이를 승인·집행해야 한다(중재법 제18조의7)는 점에서 그러하다.

라. 관련문제-가처분의 심리와 실효성 확보방안

소송금지가처분을 심리할 때 피신청인이 외국에 소재하고 국내에 주소가 없다면 외국송달을 해야 할 것인데, 이 경우 외국송달에 오랜 시간이 소요되어 신속한 결정을 할 수 없게 되고 따라서 소송금지가처분의 실효성이 저해될 수 있다. 이와 관련하여, 이러한 경우 민사집행법 제304조의 기일을 열어 심리할 경우 가처분의 목적을 달성할 수 없는 사정이 있는 것으로 보아 심문기일을 지정하지 않고 심리할 수 있는지 문제된다. 현재 법원의 실무례는 임시의 지위를 정하는 가처분의 경우 가처분의 본안화 현상이 심하기 때문에 대부분 심문기일을 열어 신중하게 처리하고 있는데, 이러한 태도를 고려하면 현실적으로 법원이 심문기일을 열지 않고 소송금지가처분 사건을 처리하기는 어려울 것으로 생

96) 석광현(주 3), 32.

97) 상세는 주석 민사집행법(주 82), §300, 665-667(조용현 집필 부분) 참조.

각된다. 다만 사안에 따라서는 심문기일을 열지 않더라도 피신청인의 이익을 침해하지 않으면서 신속한 처리의 필요성이 인정되는 경우도 있을 것이고, 결국 실무례의 집적에 따라 기준을 정립하여야 할 것이다. 전속적 국제재판관할합의가 체결되는 상황에 비추어 보면 피신청인이 외국에 소재할 가능성이 높을 것인데, 장래 외국당사자에 대한 송달을 더 용이하게 할 수 있도록 송달에 관한 근거규정을 정비할 필요도 있다.⁹⁸⁾

가처분의 실효성 확보방안에 있어서는 영국과 우리 법제에 큰 차이가 있는 것이 사실이다. 영국과 달리 우리 법상 소송금지가처분을 위반하더라도 법정모욕죄로 처벌하거나 영국법원과 같은 다양한 종류의 제재를 하는 것은 가능하지 않으나, 간접강제결정으로 금전적 부담을 지움으로써 소송금지명령의 실효성을 확보할 수 있을 것이다.⁹⁹⁾ 다만 소송금지가처분의 피신청인이 외국에 소재하고 있고 국내에 자산이 없는 경우에는 간접강제가 실효적인 수단이 될 수 없을 것인데, 이러한 경우에 어떤 제재수단을 도입할 수 있을지 진지한 논의가 이루어져야 하고, 향후 입법으로 해결되어야 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 피신청인이 외국에 자산을 소유하고 있다면 본안의 소로 소송금지의 청구를 제기하여 본안판결을 받은 후, 외국당사자의 소재지국에서 승인판결을 받아 그 국가의 집행절차에 따라 집행하면 될 것이다.¹⁰¹⁾

V. 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권

전속적 국제재판관할합의 위반의 효과로 손해배상을 청구할 수 있는지에 관하여, 영국에서는 이를 비교적 자연스럽게 인정해왔고, 독일은 최근 연방대법원 판결에서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상을 명시적으로 인정하였다. 이하에서는 영국과 독일의 태도를 살펴 본 후, 우리 법상 이를 인정할 수 있는지에 관하여 검토한다.

98) 대법원은 법인에 대한 송달은 법정대리인에 준하는 그 대표자에게 하여야 하므로, 그 대표자의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에서 하여야 한다고 판시하였는데(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59337 판결), 외국법인에도 같은 기준을 적용하는 것이 타당한지 고민이 필요하고, 외국 법인의 국내영업소나 지점에 대한 송달을 허용하는 것도 검토해볼만 하다. 참고로 영국 법상으로는 외국 회사에 대하여 영국 내에 영업을 수행하는 장소(any place...carries on its activities, any place of business. CPR 6.9(2))가 있으면 그 곳에 송달할 수 있는데, 영국 법원이 외국 회사가 9일 동안 영국에서 개최되는 무역박람회에서 9일 동안 영업활동을 한 장소에 송달한 예가 있다.

99) 석광현(주 3), 23.

100) 참고로 독일에서는 간접강제수단으로 이행강제금 뿐만 아니라, 이행강제규류, 질서규류, 과태료 등 다양한 제재를 규정하고 있다. 주석 민사집행법(주 82), § 261, 96(황진구 집필 부분). 어떤 실효적인 강제수단을 도입할 것인지를 검토함에 있어서는 현재 독점규제 및 공정거래에 관한 법률상 공정거래위원회의 시정조치에 응하지 아니하면 형사처벌대상이 되는 것(위법 제67조)과도 균형을 고려할 필요가 있다.

101) 작위 또는 부작위를 명하는 재판도 승인의 대상이 되는지와 관련하여 과거 영미에서는 금전지급을 명하는 재판만 승인될 수 있다고 볼 수 있는 경향이 있었으나 이제 극복된 것으로 보인다는 평가로, 석광현(주 6), 352.

1. 영국의 태도

가. 손해배상 인정 여부

영국에서는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 다른 법원에 소를 제기한 경우, 일반적으로 계약 위반(breach of contract)으로 손해배상을 청구할 수 있다고 본다.¹⁰²⁾ 보통법계에서는 소송계약과 실체법적 계약을 구분하지 않고 전속적 국제재판관할합의도 통상의 계약과 마찬가지로 당사자의 협상의 결과라는 관점을 취하기 때문이다.¹⁰³⁾ 원고가 전속적 국제재판관할합의가 준수되었으면 입지 않았을 경제적 손해를 입었음을 증명하는 경우 손해배상청구가 인용된다.¹⁰⁴⁾ 계약 위반이 있었고, 계약상 권리가 침해되었고, 손해가 발생하였기 때문이다.

리딩케이스로, *Union Discount Co v Zoller* 사건¹⁰⁵⁾에서는 일방당사자가 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 뉴욕에서 소를 제기하였고, 미국법원은 관할합의가 유효하고 구속력이 있기 때문에 미국법원이 관할권이 없다는 이유로 소를 각하하였으나, 소송비용부담의 재판은 하지 않았다.¹⁰⁶⁾ 상대방이 그 후 영국법원에서 관할합의를 위반한 당사자를 상대로 계약 위반에 따른 손해배상으로 뉴욕법원의 관할권에 관하여 다투는 데 지출한 비용을 청구하였는데, 영국 항소법원은 이를 인용하였다.

Donohue v Armco Inc 사건¹⁰⁷⁾에서는 당사자가 영국법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의를 하였으나 이를 위반하여 미국법원에 소를 제기하자, 상대방이 영국법원에 소송금지명령을 신청하였다. 이 사건에서 귀족원은 신청인(미국 소송의 피고)이 미국 소송에서, 영국에서 소가 제기되었을 경우보다 더 많은 비용 또는 채무를 부담하게 되는 경우 피신청인(미국 소송의 원고)이 관할합의 위반으로 인한 손해배상의무를 부담한다는 조건 하에, 소송금지명령을 발령하지 아니하였다. 이는 방론이기는 하나 전속적 국제재판관할합의 위반을 이유로 한 손해배상의무를 인정한 것으로 평가된다.¹⁰⁸⁾ 그 후에도 영국법원은 전속적 국제재판관할합의, 영국을 중재지로 하는 중재합의를 위반한 경우 분쟁해결합의 위반으로 인한 손해배상을 명하는 판결을 계속하여 선고하여, 현재는 이러한 판례가 확립된 것으로 평가된다.¹⁰⁹⁾ 이는 관할합의를 계약으로 보고, 계약당사자가 계약을 협상하고 그 대가를 지급하였다면 계약에서 약속한 대로 의무를 이행하여야 하고, 그 의무를 위반하였다면 상대방의 손해를 배상하여야 한다는 보통법상 원칙이 표현된 것 이상으로 복잡하게 생각할 필

102) Briggs/Rees(주 5), para 4.50; Fentiman(주 19), para 2.271.

103) Takahashi(주 76), 67.

104) *Union Discount Co Ltd v Zoller* [2001] EWCA Civ 1755; *A/S D/S Svendborg v Akar* [2003] EWHC 797 (Comm); *Donohue v Armco Inc* [2001] UKHL 64; *Star Light Shipping Company v Allianz Marine & Aviation Versicherung AG (The Alexandros T)* [2014] EWCA Civ 1010.

105) [2002] WLR 1517 (CA)

106) 이는 미국의 소송절차규칙이 이를 인정하지 않기 때문이라고 한다.

107) [2001] UKHL 64.

108) Takahashi(주 76), 63.

109) Briggs/Rees(주 5), para 5.58; Fentiman(주 19), para 16.42.

요가 없다고 한다.¹¹⁰⁾

이 때 손해배상의 준거법은 전속적 국제재판관할합의의 준거법으로 보는 견해가 유력하다.¹¹¹⁾ 따라서 전속적 국제재판관할합의의 준거법이 그 위반으로 인한 손해배상을 인정해야 손해배상청구가 가능하다. 어떤 범위의 손해를 배상받을 수 있는지도 손해배상의 준거법에 따라 정해진다.¹¹²⁾ 전속적 국제재판관할합의의 위반을 이유로 한 손해배상은 소송금지명령과는 달리 외국법원의 재판권에 대한 간접적 간섭이 아니라고 평가된다.¹¹³⁾

나. 손해배상액의 산정

관할합의 위반으로 인한 손해배상청구가 가능하다는 것은 확립되었으나, 구체적인 손해액을 어떻게 산정할지에 관하여는 학설과 판례가 확립되지 않았다.¹¹⁴⁾ 영국의 손해배상법에서 계약 위반으로 인한 손해액은 기본적으로 채권자를 계약이 이행되었더라면 있었을 상태로 회복시켜주는 것으로 산정하되,¹¹⁵⁾ 계약 위반과 발생한 손해 사이의 인과관계가 너무 멀면 안 된다는 의미에서 소원성의 원칙(remote-ness rule)¹¹⁶⁾이 적용된다. *Union Discount Co v Zoller* 사건과 같이 외국법원이 영국 법원의 관할권을 인정하고 소를 각하한 경우는 비교적 간단하나, 외국법원이 본안판단을 한 경우에는 외국법원의 판결의 기판력 또는 쟁점효가 미치는지, 손해액을 어떻게 산정할 것인지가 더 복잡해진다.¹¹⁷⁾ 특히 손해배상을 청구하는 원고가 전소에서 관할항변을 하지 않고 외국법원의 관할에 복종하였다면 손해배상청구를 하는 것에 금반언의 원칙이 적용된다.¹¹⁸⁾

논의의 편의를 위하여 유형을 좀 더 단순화해보면,¹¹⁹⁾ ① 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 제기된 전소에서 외국법원이 전속적 국제재판관할합의가 있음을 이유로 소를 각하한 경우, ② 외국법원이 소를 각하하지 않고(관할합의가 무효라고 보거나, 관할합의는 유효하지만 그럼에도 외국법원이

110) Fentiman(주 19), para 16.42도 관할합의 위반으로 인한 손해배상을 인정하는 것이 확립된 실무라고 한다.

111) Takahashi(주 76), 67; A v B [2007] EWCA 54 (Comm).

112) A. Briggs, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008, para 8.54.

113) Fentiman(주 19), para 2.262.

114) Briggs/Rees(주 5), para 38. 관할합의 위반으로 인한 손해액의 산정이 쉽지 않기 때문에 관할합의 위반의 경우 원칙적인 구제수단이 소송금지명령이라고 한다. Takahashi(주 76), 70.

115) Briggs(주 112), para 8.15.

116) 소원성의 원칙은 *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Exch 341 판결에서 확립된 원칙으로, 채권자가 주장하는 손해가 ① '계약 위반으로 인한 통상의 경과에서 발생하는(in the usual course of things)' 손해이거나, ② 계약 당시 '당사자의 합리적인 고려(reasonable contemplation) 범위 내에 있는' 손해일 때 한하여 배상받을 수 있다는 것이다. 계약 당시 예견가능성이 있는 손해만 배상받을 수 있는데, 합리적인 사람으로서 계약 위반의 통상적인 결과라고 예견할 수 있는 손해(①의 경우) 뿐만 아니라 계약당사자가 그 밖의 통상적이지 않은 특별한 상황을 알았는지(②의 경우)도 고려되어야 한다. 일반적으로 채무자는 그 의무를 위반하는 경우 그에 따른 통상적인 결과에 대한 책임을 지고, 채권자는 채무자에게 통상적이지 않은 결과에 대해 책임을 묻지 않기로 묵시적으로 합의한 것으로 볼 수 있기 때문이다.

117) Briggs/Rees(주 5), para 5.59.

118) Briggs/Rees(주 5), para 5.59.

119) 이는 Takahashi(주 76), 60-63의 분류를 따른 것이다. Briggs(주 112), para 8.19는 6가지 유형으로 나눠서 논의하나, 그와 같이 복잡하게 분류하지 않고 외국법원이 본안으로 나아간 경우와 본안으로 나아가지 않은 경우로 분류하더라도 각 유형에 공통적인 원칙을 추출할 수 있으므로 이를 따른다. 한승수(주 10), 8-9, 30 이하도 2가지 유형으로 나누어 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구의 관련문제를 상세히 논의한다.

관할권을 행사한 경우) 본안판단으로 나아간 경우로 나눌 수 있다.

① 유형의 예로 앞서 본 *Union Discount Co v Zoller* 사건을 들 수 있다. 이 경우 외국법원이 관할합의의 효력을 인정하여 본안판단을 하지 않았으므로, 기판력의 문제는 생기지 않는다. *Union Discount Co v Zoller* 사건에서는 원고가 미국 소송에서 지출한 소송비용이 손해액으로 인정되었다. 만약 전소에서 소송비용을 일부 상환받았다면 그 상환액을 제외한 나머지 비용을 손해배상으로 청구할 수 있다.¹²⁰⁾ 소송비용 뿐만 아니라 그 밖에 법률자문비용을 비롯하여 전속적 국제재판관할합의가 준수되었더라면 입지 않았을 손해도 배상받을 수 있다.¹²¹⁾ 손해배상의 목적은 채권자를 계약이 준수되었더라면 있었을 상태로 회복시켜 주는 것이기 때문이다.¹²²⁾ *National Westminster Bank Plc v Rabobank Nederland (No 3)*¹²³⁾ 사건에서 영국법원이 손해액을 산정함에 있어 영국 민사소송규칙(CPR) 하에서 인정되는 소송비용 산정기준을 적용하지 않은 것도 같은 취지이다. 법원은 위 사건에서 계약 위반을 이유로 한 손해배상에 소송비용 산정에 관한 기준을 적용하는 것이 잘못이라고 하였다. 법원은 이 사건에서 소송비용규칙을 적용하는 것은 사실상 외국 소송의 피고에게, 그 소송 수행을 위한 비용 발생 당시에는 적용될 것임을 예상하지 못하였던 규칙을 사후적으로 강제하는 것이기 때문에 부당하다고 판시하였다.¹²⁴⁾ 피고(전소 원고)로서는 손해배상청구의 소에서 선택된 법원에서 원고(전소 피고)가 소송을 수행하였더라면 원고가 부담하였을 소송비용은 손해배상액에서 제외되어야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 법원은 소가 선택된 법원에 실제로 제기되어 전소의 원고가 이를 지출하지 않은 이상 이를 공제하지 않을 것이라는 견해가 유력하다.¹²⁵⁾

② 유형에 관하여 보면, *Donohue v Armco* 사건에서는 실제로 손해액을 산정하지는 않았으나, 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 소를 제기한 법원(미국법원)에서, 합의된 관할법원인 영국법원에 소가 제기되었을 경우보다 더 많은 비용과 채무를 부담하게 되는 경우 그 차액을 배상받을 수 있다는 원칙이 선언되었다.¹²⁶⁾ ② 유형의 경우 손해액은 전소를 방어하기 위하여 지출한 비용과 합의된 법원에서 지출하였을 방어비용의 차액, 그리고 전소 법원이 지급을 명한 판결금액과 합의된 법원이 명하였을 판결금액의 차액이 될 것이다.¹²⁷⁾ 합의된 법원에서 상환 또는 지급을 명하였을 소송비용과 판결금액은 피고(전소 원고)가 증명하여야 할 것이고, 이를 증명하지 못하면 전소 법원에서 지

120) Takahashi(주 76), 83.

121) Briggs/Rees(주 5), para 5.59.

122) *CMA CGM SA v Hyundai Mipo Dockyard Co Ltd* [2008] EWHC 2791 (Comm) 사건에서는 중재합의의 일방당사자가 중재합의를 위반하여 프랑스 법원에 소를 제기하여 승소판결을 받았다. 이에 상대방이 프랑스 소송이 중재합의를 위반하여 제기되었음을 이유로 프랑스 법원 판결금 상당을 손해배상으로 청구하는 내용의 중재를 신청하였다. 중재판정부는 프랑스 판결금과 이자 등의 지급을 명하였다. 위 판결에 관한 상세한 소개는, 한민오/유은경, “중재합의 위반시 손해배상청구 가 부에 대한 비교법적 고찰”, 국제거래법학회 신년학술대회 발표자료(2021. 3. 19.), 3-4 참조.

123) [2007] EWHC 1742 (Comm).

124) at [25].

125) Takahashi(주 76), 83.

126) 법원은 이를 소송금지명령을 발령하지 않는 조건으로 하였고 피신청인(미국 소송의 원고)이 이에 동의하였다.

127) Briggs(주 112), para 8.27; Takahashi(주 76), 85.

출한 소송비용액과 전소 판결의 판결금액이 전부 손해배상액으로 인정될 것이다.¹²⁸⁾

이와 같이 ② 유형의 경우 손해액의 증명과 산정이 어렵기 때문에, 국제거래의 당사자로서는 관할 합의 위반의 경우 손해배상액을 예정하는 조항을 두는 것이 예측가능성과 법적 확실성의 측면에서 바람직하고, 외국 판결의 기판력이나 국제예양의 측면에서도 복잡한 문제를 방지할 수 있다.¹²⁹⁾

2. 독일의 태도

가. 학설

독일에서는 관할합의를 절차법적 성격만 갖는 소송계약으로 이해한 결과, 전속적 국제재판관할합의의 효력으로서 외국에서 제소당하지 않을 권리가 발생한다고 볼 수 없다는 전제에서 손해배상청구권도 부정하는 견해가 다수였다.¹³⁰⁾ 그러나 근자에는 전속적 국제재판관할합의의 배제효를 근거로 합의된 관할법원이 아닌 법원에 소를 제기하는 것을 의무 위반으로 보고 그에 따라 손해배상책임이 발생한다고 보는 견해, 전속적 국제재판관할합의가 다른 법원에 소를 제기하지 아니할 의무를 포함하고 당사자에게 절차적 부작위를 요구하는 것으로 파악하여, 이를 위반하는 경우 의무 위반으로 인한 손해배상책임을 인정하자는 견해 등이 주장된다.¹³¹⁾

나. 독일 연방대법원 판결(BGH 2019. 10. 17. III ZR 42/19, NJW 2020, 399)

그러나 독일 연방대법원은 최근 판결에서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구를 인용하였다. 사안에서 피고는 독일 Bonn에 소재하고 있었고, 원고는 미국 Washington DC에 소재하고 있었는데, 상호 데이터를 수신하고 그에 따른 필요한 전송용량을 제공하는 내용의 계약을 체결하였다. 위 계약에서 당사자는 준거법을 독일법으로, 관할법원을 Bonn으로 합의하였다. 그런데 그 후 위 계약과 관련하여 분쟁이 발생하자, 원고는 위 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 미국에 제소하였다. 미국법원은 관할권이 없다는 이유로 소를 각하하였으나, 소송비용부담에 관하여는 판단하지 않았다. 원고는 다시 독일 Bonn 지방법원에 동일한 내용의 소를 제기하였고, 이에 피고는 원고가 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 합의된 법원이 아닌 법원에 소를 제기함으로써 계약상 의무를 위반하였다고 주장하면서, 피고가 미국 소송을 방어하기 위해 지출한 변호사비용¹³²⁾의 배상을 구하는 반소를 제기하였고, 독일 연방대법원은 이를 인용하였다.

이 판결에서 독일법원은 준거법인 독일법 하에서 국제재판관할합의는 절차적 측면에 관한 실체법적 계약에 해당한다고 하였다. 그리고 당사자가 계약의 준거법을 독일법으로 정한 이상 관할합의의

128) Briggs(주 112), para 8.27; Takahashi(주 76), 85.

129) Takahashi(주 76), 87.

130) 이런 입장을 취하는 견해로, 이창현(주 3), 189, 주 774에 소개된 문헌 참조.

131) 독일에서의 논의에 관한 상세는 한승수(주 10), 14 참조.

132) 이는 미화 200,000달러에 달하였다.

준수와 같은 부수적 의무 위반으로 인하여 당사자가 손해배상책임을 부담할 수 있다는 점을 용인하였고, Bonn 지방법원을 관할법원으로 합의하였으므로 독일 민사소송법의 패소당사자 비용부담원칙을 수용한 것이라고 보았다. 이러한 논리에 따라 독일법원은, 일방당사자가 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 외국법원에 소를 제기한 경우 그 소송에서 그 외국법원에서 적용될 법에 따른 합리적인 수준의 변호사비용을 지출한 상대방은 그 배상을 받을 수 있고, 그 비용에는 외국법원에 관할권이 있는지 법률검토를 받기 위하여 지출한 변호사비용이 포함된다고 하였다. 이는 독일의 소송 및 중재 실무를 변화시킬 기념비적 판결이고,¹³³⁾ 관할합의의 효과와 집행가능성을 근본적으로 강화하는 것으로서 법적 확실성을 증대시킬 뿐만 아니라, 특히 브렉시트 이후 법정지로서 독일을 더 매력적으로 보이게 한다고 평가된다.¹³⁴⁾

그러나 이 판결은 ‘관할이 배제된 법원에 소를 제기하지 않을 의무’를 관할합의 자체의 내재적 요소로 보는 것이 아니라, 해석에 의하여 구체적인 사건에서 그런 의무가 있는지 없는지 인정한다는 취지임을 유의할 필요가 있다.¹³⁵⁾ 손해배상 의무의 근거는 묵시적 추가적 합의일 수도 있다. 따라서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 손해배상 의무가 도출될 수 있지만, 늘 그런 것은 아니다. 그리고 사안에서 당사자가 계약의 준거법을 독일법으로 지정한 사정도 근거로 제시하였기 때문에, 계약의 준거법이 독일법이 아닌 경우에도 적용될 수 있을지 불분명하다.¹³⁶⁾ 그러나 준거법인 독일법에 의하면 관할합의 위반을 계약상 부수적 의무 위반으로 본다고 실시한 것에 비추어, 당사자가 선택한 준거법이 독일법이 아니더라도, 그 준거법의 태도가 관할합의에서 실체적 작위·부작위의무가 도출된다고 보는 경우에는 이 판결의 법리가 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

또한 위 판결이 독일민사소송법의 소송부담원칙을 근거로 실시한 것에 비추어 이 판결을 다른 종류의 손해에 적용할 수 있을지는 불분명하나, 독일 민법 제249조의 범위 내에서 법률비용 이외의 손해도 배상받을 수 있으므로 법률비용 이외의 손해도 배상받을 수 있을 것이다. 그 밖에 피고가 그 소송에서 절차 지연에 대한 압박감으로 합의에 이르렀다면, 그 합의금도 배상되어야 한다는 견해가 있다.¹³⁷⁾

3. 우리 법상 허용가부

이하에서는 우리 법원을 관할법원으로 하는 전속적 국제재판관할합의가 체결되었는데 당사자가

133) S. Wilske/C. Krapfl, “German Federal Court of Justice grants claim for damages due to violation of jurisdiction clause”, International Bar Association Arbitration Committee Publication, 2020은 이 판결이 소송에서 관할합의 위반에 관한 것이지만 중재합의 위반의 경우에도 적용될 수 있다고 평가한다. 그 이유는 관할합의에는 배제적 효력이 있는데, 중재 합의는 그보다 더 강한 배제적 효력이 있기 때문이라고 설명한다. 중재의 맥락에서 이 판결의 시사점에 관한 상세한 검토는, 한민오/유은경(주 122) 참조.

134) Colberg(주 13), 426.

135) Colberg(주 13), 429.

136) Colberg(주 13), 430.

137) Colberg(주 13), 431.

이를 위반하여 외국법원에 소를 제기하였고, 그 상대방이 다시 우리 법원에 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구를 하는 사안을 상정하여 논한다. 이에 관하여 손해배상부정설과 긍정설이 대립한다.

가. 부정설

부정설은 전속적 국제재판관할합의로부터 작위, 부작위의무가 도출되지 않는다고 본다.¹³⁸⁾ 따라서 당사자가 전속적 국제재판관할합의를 한 경우 관할이 배제된 다른 법원에 소를 제기해서는 안 되지만, 배제적 합의가 있음을 항변할 수 있을 뿐이고 소 제기를 금지하거나 소송의 철회를 구하는 소를 제기할 수는 없다는 이유로 손해배상청구도 불가능하다고 본다.

나. 긍정설

긍정설은 공통적으로 국제재판관할합의가 소송행위로서 소송법적 효력 외에도 상대방을 구속하는 실체법적 효력을 가짐을 전제로 한다.¹³⁹⁾ 구체적으로 상대방에게 불측의 피해를 입힐 수 있는 법정지쇼핑을 배제하고자 하는 국제사법적 지향을 고려해야 하므로 관할합의위반으로 인한 손해배상책임을 인정하여야 한다는 견해,¹⁴⁰⁾ 합의된 국가의 법원이 아닌 다른 외국법원에서 제소당할 위험을 사전에 제거하는 것이 전속적 국제재판관할합의의 본질인데, 소송금지청구권과 손해배상청구권이 인정되지 않는다고 하면 당사자의 의도가 훼손되고 권리구제의 부분적 공백 상태가 야기된다는 견해¹⁴¹⁾가 주장된다.

다. 검토

전속적 국제재판관할합의 위반으로 손해배상청구권이 발생하는지 여부는 손해배상청구권의 준거법에 따라야 할 것이므로, 그 준거법 결정원칙을 먼저 본다. 적법한 전속적 국제재판관할합의가 인정된다는 전제 하에, 손해배상청구권의 발생여부는 전속적 국제재판관할합의로 인하여 실체적 권리의무가 발생하는 것인지와 관련된 것으로서 전속적 국제재판관할합의의 실체법적 성질과 더 관련이 있으므로, 전속적 국제재판관할합의의 성립과 실질적 유효성의 준거법에 따라야 한다. 전속적 국제재판관할합의에 관하여 별도로 준거법이 지정되지 않았고, 전속적 국제재판관할합의가 주된 계약의 일부로 체결되었으며 당사자가 주된 계약의 준거법을 지정한 경우 그에 따르면 된다.

이런 과정을 거쳐 전속적 국제재판관할합의의 성립 및 실질적 유효성의 준거법이 한국법으로 결정되면, 한국법 하에서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권이 인정함이 타당하다

138) 부정설에 대한 상세한 소개는 이창현(주 3), 191.

139) 한승수(주 10), 27-29; 이창현(주 3), 197-199. 이규호(주 3), 104는 발전적 소송계약설을 지지하면서 소송금지명령이 가능하다고 본다.

140) 한승수(주 10), 27-29.

141) 이창현(주 3), 197-199.

고 본다. 전속적 국제재판관할합의가 실체법적 성질도 갖는다고 보는 이상, 위에서(IV.3.나.) 논한 바와 같이 전속적 국제재판관할합의로 인하여 합의되지 않은 법원에서 소를 제기하지 않을 실체법적 의무와 합의된 법원에서만 소를 제기당할 실체법적 권리가 인정되고, 이렇게 보는 것이 당사자의 의사에 부합하기 때문이다. 전속적 국제재판관할합의를 하는 국제거래의 당사자의 의사는, 어느 법원에서 분쟁이 해결될지를 미리 정하여 둠으로써 예상치 못한 장소에서 소가 제기될 경우에 발생할 수 있는 불확실성과 위험을 제거하려는 것이다. 따라서 합의된 관할법원에만 제소할 의무와 그 밖의 법원에서는 제소당하지 않을 권리를 의욕하였다고 보는 것이 자연스럽다.¹⁴²⁾

우리 법이 준거법인 경우 계약 위반으로 인한 손해배상책임을 인정하기 위해서는 채무자의 고의 또는 과실이 인정되어야 하고, 전속적 국제재판관할합의 위반과 손해 발생 사이에 인과관계가 인정되어야 한다(민법 제390조). 전속적 국제재판관할합의임이 문면상 명백하고 그 적법요건을 의심할만한 별다른 사정이 없는 한, 위반당사자의 고의나 과실을 쉽게 인정할 수 있을 것이다. 그러나 관할합의의 문언상 전속적 국제재판관할합의라는 취지가 명백하지 않고, 당사자가 관할합의를 위반하여 소를 제기한 법정지법의 확립된 태도가 당해 관할합의가 적법요건을 결하였다고 보는 등의 사정이 있는 경우에는 그 위반에 고의 또는 과실을 인정하기 어려울 것이라고 생각된다.

손해배상의 범위는 차액설을 기본으로 하여, 민법 제393조에 따라 통상손해와 특별손해를 배상받을 수 있을 것이다. 앞서와 같이 유형을 나누어 보면, 영국의 *Union Discount Co v Zoller*나 독일 연방대법원 판결의 사안과 같은 ① 유형의 경우, 관할합의를 위반하여 제기된 소를 방어하기 위한 합리적인 수준의 비용은 통상손해의 범위로 포섭될 것이다. 다만 외국의 소송비용부담재판에 따라 상환받은 금액이 있다면 이는 손익상계되어야 할 것이다. 그 지출된 소송비용 내지 방어비용이 합리적인 수준인지는 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 제소된 법정지의 규칙 또는 상황에 따라 판단하여야 할 것이다. 법정지별로 소송에 적절히 대응하기 위해 소요되는 비용의 정도가 현격히 다를 수 있기 때문에 우리 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙을 기준으로 손해액을 산정할 것은 아니라고 생각된다. 그리고 외국법원의 소송절차규칙 등에 의하여 소송비용상환을 받을 수 있는 금액으로 한정하여서도 안 된다. 이 경우 당사자가 소송비용상환을 구하는 것이 아니라 손해배상을 구하는 것이기 때문에 양자는 구분되어야 한다.

② 유형의 경우, 법정지법인 우리 법상 전속적 국제재판관할합의가 무효로 인정되지 않는 이상, 외국법원이 이를 무효라고 판단한 것은 우리 법원의 판단에 영향을 미치지 않는다. 이렇게 보는 것이 국제예양에 반한다는 견해도 주장될 수 있으나, 각국은 자국법에 권리를 침해당한 당사자를 구제할 수 있고, 각 법정지별로 자국과 관련된 국제재판관할합의의 적법요건을 독자적으로 심사할 수 있어야 하기 때문이다.¹⁴³⁾ 본안판단을 한 외국판결은, 한국법상 문제된 관할합의가 무효로 판단되지 않

142) 이창현(주 3), 193도 같은 취지.

143) 위 VI. 3. 다.에서 본 바와 같이 이 경우에도 각국이 국제재판관할합의의 적법요건을 상이하게 규정함으로 인하여 전속적 국

는 한, 전속적 국제재판관할합의를 위반하여 관할권이 없는 상태에서 선고된 것으로서 민사소송법 제217조 제1호의 요건을 결하여 승인될 수 없을 것이다.

이 경우 손해액은 외국 소송을 방어하기 위하여 지출한 비용과 한국에서 소가 제기되었더라면 지출하였을 방어비용의 차액, 그리고 외국법원에서 인정된 판결금액과 한국 법원에서 인정되었을 판결금액의 차액이 될 것이다. 손해배상청구의 소의 피고가 한국 소송에서 지출하였을 소송비용과 판결금채무의 액수를 증명하여야 할 것이나, 그 증명이 쉽지 않을 것이다.

그밖에 지연손해금의 산정과 관련하여 손해가 발생한 시점을 어떻게 볼 것인가도 문제된다.¹⁴⁴⁾ ② 유형의 경우 외국법판결에 기한 판결금채무액이 손해배상의 범위에 포함되는데, 이는 그 외국판결이 확정되었을 때 발생하였다고 보는 것이 설득력이 있다고 생각된다. 당사자가 지출한 소송비용도 소송절차가 확정되어 종료되어야 산정할 수 있으므로 판결 확정시에 발생하였다고 보는 것이 설득력이 있다. 소송비용과 별도로 지출한 법률자문비용 등 소송 외에서 발생한 비용은 각 그 지출 시에 발생한 것으로 볼 수 있을 것이다.

VI. 결론

이상에서 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분과 손해배상청구권에 관한 영국과 독일의 태도와 우리 법상 허용가부를 검토하였다. 현재까지 이와 같은 문제가 활발히 논의되지 않았던 이유는 아마도 소송금지가처분이 우리나라와 같은 대륙법계 국가에서는 생소하고, 전속적 국제재판관할합의의 법적 성질을 소송계약으로 파악하는 종래 독일의 태도에 영향을 받았기 때문이라고 생각된다. 그러나 전속적 국제재판관할합의의 성질을 소송계약으로만 한정하여 보는 것은 국제거래의 실상과 당사자의 의사에 부합하지 아니하므로, 소송계약설에 얽매어 마냥 소송금지가처분과 손해배상청구권을 부정할 것은 아니고, 영국법이 취하는 것과 같은 좀 더 실용적인 접근방법을 경청할 필요가 있다고 생각된다.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾ 소송금지가처분이 우리 법제에서 생소하다고 여겨지나, 민사집행법상

제재판관할합의의 실효성이 보장되기 어려운 상황이 생긴다. 헤이그 관할합의협약은 전속적 국제재판관할합의에 관하여 그 적법요건을 비롯하여 통일적인 원칙을 규정하여 계약국간 전속적 국제재판관할합의가 존중되도록 한다. 이 점에서 헤이그 관할합의협약에 가입할 실익이 있다.

144) Takahashi(주 76), 85는 가능한 견해로, 외국판결의 가집행선고가 되었을 때, 아니면 중국판결이 선고되었을 때, 중국판결이 가집행이 되었을 때, 판결이 확정되었을 때, 아니면 집행되었을 때를 상정하고, 중국판결의 가집행이 되기 전의 시점을 기준으로 하는 것은 합리적이지 않다는 견해를 제시한다. 이는 손해배상의 준거법에 따라 결정될 문제이다.

145) 이창현(주 3), 197-199도 같은 취지.

146) 영국 법원은 소송금지명령을 발령하는 것이 브뤼셀 체제 하에서 상호신뢰의 원칙에 부합하지 않는다는 유럽사법재판소의 판결(Turner v Grovit, Allianz SPA v West Tankers) 이후 영국은 유럽연합 회원국을 상대로는 소송금지명령을 발령하지 않았으나, 영국은 2021. 1. 1.자로 유럽연합에서 탈퇴하였으므로, 영국 법원이 유럽사법재판소의 판례에 구속되지 않고 자유롭게 발령할지 그 실무의 추이를 지켜볼 필요가 있다.

영국 법원이 유럽연합 탈퇴 후 소송금지명령을 자유롭게 발령할 것이라는 관측으로, Louise O'Callaghan, "Choosing London: the effectiveness of exclusive choice-of-court agreements post-Brexit" (2018. 4. 5.), KSLR EU

임시의 지위를 정하는 가치분으로 포섭될 수 있다.

법정지¹⁴⁷⁾의 강행규정을 위반하거나 공서에 위배되는 것이 아닌 한, 당사자자치가 보장되어야 하므로, 전속적 국제재판관할합의를 함으로써 법정지를 예정한 당사자의 희망은 존중되어야 하고, 한국법을 해석함에 있어서도 당사자자치를 가급적 존중할 필요가 있다. 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분과 손해배상청구권은 당사자의 관할합의를 존중하고 강화하는 도구들이다. 우리와 같은 대륙법계 국가인 독일에서 최근 종래의 엄격한 소송계약설에서 벗어나 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권을 인정한 것은 우리에게도 시사하는 바가 크다.

세계 각국의 법원은 국제적인 민·상사 분쟁을 자국 법원으로 유치하기 위하여 치열한 경쟁을 벌이고 있다.¹⁴⁸⁾ 이러한 측면에서 독일법원이 전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 손해배상청구권을 인정한 것을 영국의 유럽연합 탈퇴 이후, 영국법원을 대신하여 선호되는 분쟁해결장소의 위치를 점하려는 시도로 이해할 수 있다.¹⁴⁹⁾ 우리나라에서도 근자에 국제상사법원 설립논의가 진행 중인데, 선호되는 법정지와 선호되는 준거법은 동떨어져 있지 않다. 국제거래의 당사자로서는 법원이 자국법을 적용함으로써 신속하고 정확하게 판단할 것을 기대할 것이기 때문이다. 한국법의 해석으로 당사자의 전속적 국제재판관할합의를 가급적 존중하여 국제거래의 당사자들에게 법적 안정성과 확실성을 보장해줄 수 있다면 선호되는 법정지라는 목표에 한 발짝 더 가까워질 수 있을 것이다. 본 연구에서 상론하지는 않았지만, 전속적 국제재판관할합의의 실효성 확보를 위하여 이에 관한 중요한 국제규범인 헤이그 관할합의협약에 가입하는 것을 진지하게 검토할 필요도 있다.

Law Blog.

(<https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1264> 에서 접근 가능, 최종방문일 2021. 5. 17.)

그러나 영국이 계속하여 유럽사법재판소의 판례에 구속될 것인지는 영국의 루가노협약 가입 여부에 따라 달라질 것으로 보인다. Fiona Caldwell, Felicity Ewing, James Langley, Roger Matthews, "UK accession to Lugano Convention to be decided within weeks" (2021. 4. 19.),

(<https://www.jdsupra.com/legalnews/uk-accession-to-lugano-convention-to-be-4131419/> 에서 접근 가능, 최종방문일 2021. 5. 17.)

Luca Salerno/Anthony Buswell, "Brexit and Jurisdiction: the return of anti-suit injunctions", (2021. 3. 20.) Hanover Bond Law.도 같은 취지.

(https://www.hanoverbondlaw.com/2021/03/brexit-and-jurisdiction-the-return-of-anti-suit-injunctions/?utm_source=Mondaq&utm_medium=syndication&utm_campaign=LinkedIn-integration에서 접근 가능, 최종방문일 2021. 5. 17.)

147) 여기서 법정지는 전속적 관할합의로 인하여 관할이 배제된 법원과 전속적 관할합의에서 관할법원으로 지정된 법원의 소속국을 포함한다.

148) 아시아에서는 중국과 싱가포르에 국제상사법원이 설립되었다.

149) Colberg(주 13), 426. 독일 Mannheim과 Stuttgart에 최근 영어로 변론이 가능한 국제상사법원이 설립되어 2020. 11. 업무를 개시하였다. 상세는 <https://www.commercial-court.de> 참조. 최종방문일 2021. 5. 23.

〈 참고문헌 〉

[단행본]

- Brand, R./Herrup, P, *The Hague Convention on Choice of Court Agreement*, Cambridge University Press, 2008.
- Briggs, A., *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford University Press, 2008.
- Briggs, A./Rees, P., *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5th Edition, Informa, 2009.
- Dicey, A./Morris, J./Collins, I(ed), *The Conflict of Laws*, 15th Edition, vol 1, Sweet & Maxwell, 2012.
- Fentiman, R., *International Commercial Litigation*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015.
- 민일영(편집대표), 주석 민사소송법 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- 민일영(편집대표), 주석 민사집행법 제8판, 한국사법행정학회, 2018.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 이시윤, 신민사소송법 제14판, 박영사, 2020.

[논문]

- Colberg, L., “Schadenersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Heft 5(2020), Verlag Ernst und Werner Giesecking GmbH.
- Hay, P., Forum Selection Clauses-Procedural Tools or Contractual Obligations? Conceptualization and Remedies in American and German Law, *Emory International Law Review*, Vol 35, Issue 1,
- Takahashi, K., “Damages for Breach of Choice-of-Court Agreement”, *Yearbook of Private International Law*, vol X (2008), Sellier.
- 김동진, “국제재판관할의 경합에 있어 영미법상의 소송금지명령(Anti Suit Injunction)에 대한 검토”, *해상·보험연구* 제4호(2004. 3.), 해상보험연구회.
- 김용진, “중재와 법원 사이의 역할분담과 절차협력 관계-국제적 중재합의의 효력에 관한 다툼과 합의관철 방안을 중심으로-”, *중재연구* 제27권 제1호(2017. 3.), 한국중재학회.
- 김인호, “가맹사업계약에 포함된 부당하게 불리한 중재합의의 유효성”, *비교사법* 제27권 제2호

- (2020. 5.), 한국비교사법학회.
- 김인호, “국제계약의 분쟁해결메커니즘의 구조와 상호작용”, 국제거래법연구 제23권 제2호(2014), 국제거래법학회.
- _____, “소비자계약 및 그 분쟁해결조항에 대한 소비자보호의 범위와 한계”, 국제거래법연구 제29권 제2호(2020. 12.), 국제거래법학회.
- 김효정, “헤이그관할합의협약 가입시의 실익과 고려사항”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회.
- 노태악, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토 법원의 실무와 헤이그 재판관할합의협약을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회.
- 석광현, “2005년 헤이그 관할합의협약”, 국제사법연구 제11호(2005), 한국국제사법학회.
- _____, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 충칙을 중심으로”, Dong-A Journal of IBT Law vol 21(2018. 4.), 동아대학교 법학연구소.
- _____, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 선진상사법률연구 50호(2010. 4.), 법무부 상사법무과.
- _____, “국제적 소송경합”, 국제사법과 국제소송 제4권, 박영사, 2007.
- _____, “선하증권에 의한 국제재판관할합의의 문제점-대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결-”, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004.
- _____, “우리 법원의 IP 허브 추진과 헤이그 관할합의협약 가입의 쟁점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회.
- 손경한, “국제재판관할합의에 대한 새로운 이해”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 한국국제사법학회.
- 이규호, “관할합의에 기초한 소송유지명령(Anti-suit Injunction)의 법적 쟁점”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회.
- 이창현, “국제적 분쟁해결에 있어서 ‘소송금지명령’의 활용에 관한연구-한국에서의 적용 가능성을 중심으로”, 서울대학교 법학전문대학원 법학전문박사 학위논문(2020).
- 이필복, “국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구-소송과 중재를 중심으로”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020.
- 이현묵, “국제적 소송경합의 처리에 관한 비교법적 연구”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회.
- 조인영, “소송금지가처분(Anti-Suit Injunction)과 중재금지가처분”, 저스티스 통권 제178호(2020. 6.), 한국법학원.
- 한승수, “국제재판관할합의의 위반과 손해배상책임”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.). 한국국

제사법학회.

한충수, “국제재판관할합의의 성질결정과 성립준거법, 법학논총 제14권(1997), 한양대학교 법학연구소.

[기타]

Caldow, F., Felicity Ewing, James Langley, Roger Matthews, “UK accession to Lugano Convention to be decided within weeks” (2021. 4. 19.), *Jdsupra website*.

O’Callaghan, L., “Choosing London: the effectiveness of exclusive choice-of-court agreements post-Brexit” (2018. 4. 5.), *KSLR EU Law Blog*.

Salerno. L./Buswell, A., “Brexit and Jurisdiction => Jurisdiction: the return of anti-suit injunctions”, (2021. 3. 20.) *Hanover Bond Law website*.

Wilske, S./Krapfl, C., “German Federal Court of Justice grants claim for damages due to violation of jurisdiction clause”, *International Bar Association Arbitration Committee Publication*, 2020.

석광현, “국제재판관할에 관한 국제사법 개정 - 전체개관”, 한국민사소송법학회 학술대회 발표자료 (2022. 5. 28.)

한민오/유은경, “중재합의 위반시 손해배상청구 가부에 대한 비교법적 고찰”, 국제거래법학회 신년 학술대회 발표자료(2021. 3. 19.)

전속적 국제재판관할합의 위반으로 인한 소송금지가처분과 손해배상청구에 대한 토론문

이창현 변호사(법무법인 태평양)

먼저 한국에서 아직 확립된 이론이 없고 알려진 판례도 없는 어려운 주제에 관해서 폭넓고 깊이 있는 연구를 해주신 발표자님께 깊이 감사드립니다. 활발한 논의를 위하여 아래와 같이 몇 가지 코멘트 또는 질문을 드립니다.

1. 최근의 국제 동향

발표자께서 소개하신 바와 같이, 손해배상과 관련해서는 최근 독일 연방대법원이 국제재판관할합의 위반에 대해 손해배상청구를 인정한 바 있습니다.

그런데 소송금지가처분에 관해서는 발표문 95면에서 “독일, 프랑스 등 유럽대륙의 국가들은 통상 소송금지명령을 인정하지 않는다”라고만 소개하고 계십니다. 그러나 최근(2019년, 2020년) 독일과 프랑스 법원도 ‘미국법원에 소송금지명령을 신청하는 것을 금지하는 내용의 소송금지가처분’을 허용한 바 있습니다.¹⁾ 제한적 범위 내에서 인정한 것이기는 하지만, 독일과 프랑스 등 대륙법계 국가들이 소송금지가처분을 인정하지 않는다는 전통적인 평가는 이제 수정이 필요해 보입니다.

중국에서도 최근(2020년) 비슷한 취지의 소송금지가처분을 인정한 2개의 판례들이 나왔습니다.

흥미로운 점은, 위 독일, 프랑스, 중국의 최신 판례들은 모두 모바일 표준필수특허(SEPs)의 FRAND 조건 관련 글로벌 특허분쟁 사안이었습니다. 한국도 이러한 분쟁의 당사국이 될 가능성이 매우 높아졌습니다.²⁾

2. 법적 성질 논의

법적 성질 논의에 있어 ‘소송계약이나 사법계약이나’라는 이분법적, 도그마적 접근보다는 기능적, 실용적 접근을 중시하여 양자의 성격을 모두 가지고 있다고 보는 발표자의 견해에는 결론적으로 동의합니다. 그러나 이론적으로는 여전히 몇 가지 난제들이 존재하는 것이 사실입니다. 예컨대, 다음과

1) 졸저, 이창현, 국제적 분쟁과 소송금지명령, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 96, 경인문화사, 120면 이하, 131면 이하 참조.

2) 최근 중국 판례들에 자극을 받아 한국의 산업부에서도 소송금지명령의 실태를 확인하기 위한 소규모 세미나를 가진 바 있습니다.

같은 문제들을 어떻게 설명할지에 관한 발표자의 견해를 여쭙어 봅니다.

1) 법적 성질 논의에 있어서는, 국내 재판관할합의와 국제 재판관할합의의 성격을 다르게 볼 정도의 본질적인 차이가 없어 보입니다. 발표문 86면에서는 국제소송의 특수성을 고려하여야 한다는 설명을 하고 계시는데, 국내 재판관할합의의 법적 성질과 국제 재판관할합의의 성격을 다르게 보시는 것인지, 동일하게 보시는 것이지요.

2) 양자의 성격을 모두 가진다는 것의 정확한 의미는 무엇인지요. 두 개의 행위가 병존하고 그 효력도 소송법과 실체법에 따라서 각각 별개로 판단된다는 의미인지요(병존설), 양자의 성격을 모두 가진 하나의 행위라는 의미인지요(양성설). 실익은 예컨대 후자로 볼 경우, 소송법상 요건과 실체법상 요건을 모두 충족해야만 효력을 가질 것으로 보입니다. 전자로 볼 경우에는 준거법을 정하는 기준이 분리될 수 있는 난점이 있습니다.

3) 양자의 성격을 모두 가진다는 발표자의 견해와 ‘발견된 소송계약설’은 같은 것인지 다른 것이지요. 독일 연방대법원이 취하는 ‘소송법적 관계에 관한 실체계약’ 또는 ‘절차적 측면에 관한 실체계약’이라는 입장과는요?

3. 소송금지청구권과 손해배상청구권의 관계

양자는 별개 쟁점이면서도 서로 밀접하게 관련되어 있습니다. 요건이나 인정범위 측면에서 양자의 차이가 있을지요? 예컨대, 전속적 국제재판관할합의를 위반했을 때 손해배상청구권이 인정된다면 당연히 소송금지청구권도 인정되는 것인지, 아니면 손해배상청구권은 인정되지만 소송금지청구권은 인정되지 않는 경우도 있을 수 있는지. 반대로, 소송금지청구권이 인정되지 않는 경우라면 손해배상청구권도 당연히 인정될 수 없는 것일지요?

실제 사안에서 구제수단으로서의 실효성이나 효과 측면에서 양 구제수단의 장단점은 어떨지요.

4. 개정법 관련

소송금지가처분 및 손해배상청구와 관련하여, 개정 전 국제사법과 개정 후 국제사법에 있어서 어떤 차이가 발생하거나, 유의미한 영향이 있을 부분이 있다면 설명해 주시기 바랍니다.

5. 실무 사례가 잘 발견되지 않는 이유

소송실무에서는 관할을 다투는 사례가 흔하고, 영미나 유럽 등에서는 소송금지명령 또는 손해배상 관련 판례들이 매우 많은데도, 한국에서는 그러한 사례를 거의 찾아보기가 어려운데, 그 이유는 무엇이라고 보시는지요? 발표문에서 언급하신 것처럼, 소송금지가처분의 경우 외국송달의 어려움이 장애물이 될 수 있고, 손해배상청구에 있어서는 손해액의 입증이 쉽지 않다는 문제가 있을 수 있어 보입

니다. 한편으로는 한국법원도 중국이나 독일법원처럼 이를 허용하는 선례를 내려준다면, 그 후부터는 이러한 신청이 더 활성화 될 수도 있을 것 같고, 이렇게 하는 것이 한국의 국제분쟁 허브화 측면에서도 도움이 될 것으로 보이는데, 이에 대한 발표자의 견해는 어떠신지요.



제2주제

국제적 소송경합과 국제재판관할권의 불행사

- 부적절한 법정지의 법리(forum non conveniens)의
국제적 · 비교법적 의의 및 구현 방안

발표 : 이해민 판사(헤이그 국제사법회의 파견)

토론 : 이경훈 변호사(법무법인 광장)

국제적 소송경합과 국제재판관할권의 불행사

- 부적절한 법정지의 법리(Forum Non Conveniens)의

국제적 · 비교법적 의의 및 구현 방안

이혜민 판사[서울회생법원, 헤이그국제사법회의 사무국(HCCH PB) 파견]

I. 서론

국제교류와 거래가 증가하면서 하나의 사건이 둘 이상의 국가의 법원에 관할을 발생시키는 경우가 빈번해졌다. 이러한 현상이 당사자들의 forum shopping의 경향과 결합하여, 국제적 ‘소송경합(lis pendens)’, 또는 ‘병행소송(또는 중복소송, parallel proceedings)’이 새로운 쟁점으로 대두하고 있다. 이러한 소송경합은 당사자와 법원의 자원을 낭비하게 하는 것 외에도, 같은 당사자들 사이의 같은 사안에 대하여 모순된 판결(irreconcilable judgments)을 발생시킨다는 중대한 문제가 있다.

이러한 소송경합을 인식하고 해결해 온 방식은 법체계의 전통에 따라 큰 차이를 보인다. 대륙법계의 국가들은 선착순 해결의 방식인 ‘First in time rule(우선주의)’을 지지하는 반면에, 영미법계 국가들은 제소의 선후를 절대적 기준으로 삼지 않고 ‘부적절한 법정지의 법리(Forum Non Conveniens)’¹⁾에 기반하여 더 나은 법정지의 법원이 관할권을 행사한다는 이른바 ‘Better forum approach’의 방식을 취한다. 국제사회는 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law, HCCH)를 중심으로 지난 몇십 년간 관할과 소송경합의 문제를 해결하는 규범을 수립하고자 노력을 경주하여 왔으나, 이러한 근본적인 이념의 대립은 그 해결을 지연시켜왔다. 그러나 최근에 헤이그국제사법회의에서는 좌초되었던 Jurisdiction Project를 부활시켜 소송경합에 관한 규범 형성을 위한 논의를 본격적으로 재개하였다. 특히, 새로운 관할협약에 관한 실무작업반 가장 최근 논의는 부적절한 법정지의 법리에 종전보다 방점을 두고 있는 경향이 감지된다.

법원이 관할이 있음에도 다른 법원이 사건 처리에 더 적절하다는 이유로 그 관할권을 행사하지 않고 소를 중지 또는 각하할 수 있다는 내용의 부적절한 법정지의 법리는 보통법계 국가에서 원고의 관할선택권에 대응하여 그 절차의 진행을 저지하는 피고의 주요 항변사항으로 널리 원용 및 채택되어 왔다. 그리고 이제는 국제적 소송경합을 해결하거나 예방하기 위한 수단으로서의 그 중요성이 더욱

1) 원문 그대로는 ‘불편한 법정지의 법리’로 번역되나, 근래 전개된 법리는 그 관할의 적절성에 초점을 맞추고 있는 점을 고려하여 ‘부적절한 법정지의 법리’로 번역함이 타당해 보인다(Jeffrey Talpis & Shelley L. Kath, The Exceptional as Commonplace in Quebec Forum Non Conveniens Law: Cambior, a Case in Point, 34 R.J.T. n.s. 761 (2000), 773 논의 등 참조).

부각되고 있다.

2022. 7. 5. 시행된 개정 국제사법(제18670호)은 앞서 본 First in time rule과 Better forum approach를 조화시킨 절충적인 입장에 기반한 국제적 소송경합에 관한 규정(제11조)과 부적절한 법정지의 법리에 근거한 국제재판관할권 불행사에 관한 규정(제12조)을 입법화하였다. 대륙법계 국가로서는 이례적인 이런 입법은 국내외적으로 여러 시사점을 가진다. 현 시점에서 본 발표문은 우리 개정 국제사법의 의의 및 시의성을 확인하고, 비교법적 관점에서 추후 적절한 재량의 행사를 위해 법원 실무를 어떻게 설계해나갈 것인가에 초점을 두고 준비되었다. 이를 위해 1) 소송경합에 관한 기존의 국제, 국내의 논의를 정리하고, 2) 헤이그국제사법회의에서의 소송경합에 관한 규범 형성을 위한 노력 및 근래의 논의 현황을 소개하며, 3) 부적절한 법정지의 법리가 각 영미법계 국가에서 전개된 양상을 비교·검토하고, 4) 3)에서의 법리 검토를 바탕으로, 우리 법원이 국제재판관할권을 행사하지 않을 재량권을 행사하는데 유의미한 쟁점들을 적용범위, 심사강도 및 입증책임, 심사기준 및 심리와 재판의 방식의 순서로 살펴보고자 한다.

II. 국제적 소송경합에 관한 논의 동향

1. 국제적 논의

가. First in time Rule [우선주의]

1) 의의

국제적 소송경합에 대응하는 관점 중 하나인 ‘First in time rule’, 이른바 우선주의는 먼저 제기된 전소 법원에 우선권을 부여하여, 전소 법원이 스스로 관할이 있다고 결정하면 계속하여 심리하고, 후소 법원은 원칙적으로 소송을 중단하거나 각하 또는 기각하도록 한다는 원칙이다. 일반적으로 대륙법계 국가들의 입장으로 설명된다.

통상 대륙법계 국가들은 같은 당사자, 같은 소송물에 대한 소송경합(또는 중복소송)을 방지하기 위하여 후소 법원에서의 사건 진행을 허용하지 않는 ‘Lis Alibi Pendens(라틴어로 “dispute elsewhere pending”의 의미이다)’를 원칙으로 삼고 있다. 이는 기판력의 법리(Res judicata)와 더불어 두 개의 법원에서 사건이 진행되어 사법자원을 낭비하고 모순된 판결이 발생하는 위험을 차단하는 기능을 한다. 이는 또한 판사들의 재량을 제한하고 성문법에 따라 직무 배분의 차원에서 관할을 정하며 이를 통해 법적 안정성을 추구하는 대륙법계의 태도를 반영한다. 영미법계와 같이 부적절한 법정지의 법리에 기해 법원이 재량을 행사하여 소송을 중지하거나 소를 각하시키는 것이 당사자(원고)의 법원에 대한 접근권(access to justice)을 제한한다는 문제의식을 반영하는 것이기도 하다.²⁾

우리 민사소송법 제259조 역시 중복된 소제기를 금지하고 있으므로, 국내 법원에 중복소송이 제기되면 후소 법원은 본안 판단에 나아가지 않고 그 소를 각하하게 된다.

이 입장의 장점은 무엇보다 가장 명확하고 간명한 기준으로 소송경합을 해소함으로써 효율성 및 예측가능성을 부여한다는 것이다. 나아가, 불필요한 후소가 제기되는 것을 방지하고, 설령 후소가 제기되더라도 소 제기 순서라는 간단한 기준에 의하여 해결되므로 법원이나 당사자가 불필요한 비용을 지출하는 것을 예방한다. 반면에, 이 입장의 문제점은 우선주의를 남용하려는 시도에 무력할 수 있다는 것이다. 당사자의 입장에서는 관할이 성립하는 법정지 중에서 유리한 판결이나 더 큰 배상액이 기대된다거나, 증거 확보가 쉽다거나, 또는 기타 거리나 언어 등의 보다 편리하다는 등의 이유로 선호하는 법원에서 절차를 진행하고자 먼저 소를 제기하게 되는, 이른바 ‘race to the court’ 현상을 발생시킨다. 이는 본래는 발생하지 않았을 분쟁을 부추기거나, 법정 외에서 분쟁을 해결하려는 노력이나 여유를 몰각시킬 수 있다. 때로 당사자는 분쟁과 협상에서 유리한 고지를 선점하고, 상대방의 분쟁 해결 시도를 지연 내지 방해하기 위해 소극적 확인의 소 등을 먼저 제기하기도 하는데, 이를 ‘torpedo(어뢰) 소송이라 한다.³⁾

2) 브뤼셀 체제

우선주의의 전통이 가장 잘 드러나는 것이 1968. “민사 및 상사 사건에서 재판관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 유럽공동체협약(Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 ‘브뤼셀 협약’), 이를 개정한 후 이사회 규정(Council Regulation)으로 전환한 2000. “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 유럽연합의 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, 브뤼셀 I 규정)” 과 “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 유럽의회와 이사회의 규정(REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), 브뤼셀 1 (recast))”로 이어지는 유럽연합(EU)의 브뤼셀 체제(Brussels Regime)이다.

(가) 브뤼셀 협약

1968. 9. 27. 유럽공동체(당시 EEC, 현 EU) 회원국이었던 벨기에, 독일, 프랑스, 이탈리아, 룩셈

2) Ronald A. Brand, Challenges to Forum Non Conveniens, 45 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1003 (2013), 1009

3) 한 예로 유럽사법재판소(ECJ)의 *Trasporti Castelletti SpA v Hugo Trumpy SpA* 사건에서 원심 법원인 이태리 법원이 절차를 느리게 진행한 결과, 선하증권의 이면약관에서 영국 법원을 전속적 관할법원으로 합의하였으므로 당해 이태리 법원에 관할이 없다는 결정에 이르기까지 10년이 소요된 바도 있다.

부르크, 네덜란드 6개국은 “유럽공동체 내에서의 판결의 자유로운 유통을 보장하기 위하여”⁴⁾ 브뤼셀 협약을 성안하여 체결하였고, 이는 1973. 2. 1. 발효되었다. 브뤼셀협약은 관할과 재판의 승인·집행 문제를 동시에 다루는 이중협약(double convention)이었다. 당시 위 6개국의 국내법에는 부적절한 법정지의 법리에 관한 규정이 없었으므로 브뤼셀 협약도 그러한 규정을 두지 않았고, 이는 아래에서 보는 유럽사법재판소 판결에 의해서도 확인되었다.⁵⁾ 대신에 위 협약은 회원국에게 관할을 행사할 의무를 부여하면서, 동시에 소송경합의 해결에 관하여는 대륙법계의 ‘우선주의’ 원칙을 채택하여 전소가 제기된 법원에 우선권을 부여하고, 원칙적으로 후소 법원에 절차 중지 또는 관할 없음을 선고할 의무를 부여하는 취지의 규정을 두었다(제21조 참조).⁶⁾ 이러한 입장은 아래에서 보는 브뤼셀 규정에서도 견지되었다.

(나) 브뤼셀 I 규정

2000. 12. 브뤼셀 협약의 체결국들은 유럽공동체조약의 신설조항인 Title IV 제65조에 근거하여 브뤼셀 협약의 형식을 국제협약으로부터 모든 회원국들에게 적용되는 이사회 규정으로 전환하는 브뤼셀 규정(Brussels I Regulation)을 채택하였고, 이는 2002. 3. 1. 발효되었다.⁷⁾ 브뤼셀 협약의 개정작업은 당시 헤이그국제사법회의 차원에서 진행중이던 관할에 관한 협약 성안작업과 상호 영향을 미쳤기도 하다.⁸⁾ 브뤼셀 I 규정은 제27 내지 30조에서 소송경합과 관련소송(Lis pendens-related actions)에 대하여 규율하고 있는데, 그 중에서 제27조는 동일 당사자 사이에 동일한 청구원인(cause of action) 관한 소송이 계속된 경우에 처음 소가 제기된 법원 이외의 법원은 처음 소가 제기된 법원의 관할이 확정될 때까지 직권으로 절차를 중지하고 만일 그 관할이 확정되면 다른 법원은 관할권 행사를 거부(decline jurisdiction)할 의무를 부과하는 규정이다.

(다) 브뤼셀 I 규정(Recast)

브뤼셀 규정을 개정한 브뤼셀 I 규정(Recast) 역시 우선주의에 기반한 규율을 유지하고 있다(Art. 29)⁹⁾. 또 특징적인 것은, 위 규정이 유럽연합의 회원국과 비회원국 사이에 발생한 국제적 소송경합

4) 석광현, 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정 (“브뤼셀 규정”) : 브뤼셀협약과의 차이를 중심으로, 한양대학교 법학논총 20집 1호, 2003, 75

5) Paul Beaumont, Forum non Conveniens and the EU Rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution, *Revue critique de droit international privé*, 2018, 447

6) 아울러, 1988. 9. 16. 유럽공동체 회원국과 유럽자유무역연합(European Free Trade Association, EFTA)의 회원국 사이에 체결되었고, 브뤼셀협약과 상당부분 유사한 병행협약인 민사 및 상사 사건에서 관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 ‘루가노협약’)도 같은 취지의 규정을 두었다(제27조 참조).

7) 노태악 외, 루가노협약과 브뤼셀규정에 관한 연구, 국제규범의 현황과 전망 : 2007년 국제규범연구반 연구보고, 대법원 법원행정처, 2016, 417

8) 석광현(주4), 77

9) Art. 29

1. Without prejudice to Article 31 (2), where proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Member States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established.

을 처리하는 규정을 두어, 제3국에 같은 당사자들 사이의 같은 청구원인에 대한 소가 계속중이고, 그 전소가 승인·집행될 수 있는 것으로 예상되면, 후소가 제기된 유럽연합 회원국의 법원은 절차를 중단할 수 있는 재량을 부여한다는 것이다(Art.33). 이 때 선행소송이 합리적인 시일 내에 종결될 것 같지 않은 경우 후소를 계속 진행할 수 있도록 하는 규정(Art. 33.2.(b))까지 두고 있다.¹⁰⁾

3) 유럽사법재판소 판례

(가) Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl. 사건¹¹⁾

본 사안에서 이탈리아 매수인 MISAT 측은 오스트리아 매도인 Gasser를 상대로 이탈리아에서 채무부존재 확인의 소를 제기하였고, 매도인은 계약상 전속적 관할 합의조항에 의거하여 오스트리아 법원에서 이행청구의 소를 제기하였다. 오스트리아 매도인은 브뤼셀 협약 제17조에 근거하여 오스트

3. Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court.

제29조

① 제31조 제2항에 저촉되지 않는 범위에서, 동일한 청구에 관하여 동일한 당사자들 간에 상이한 회원국들의 법원에 소가 계속한 때에는, 최초로 소가 계속한 법원 이외의 법원은 최초로 소가 계속한 법원의 관할이 확정될 때까지 직권으로 소송을 중지하여야 한다.

③ 최초로 소송이 계속한 법원의 관할이 확정된 때에는 다른 법원은 그 법원을 위하여 관할권의 행사를 거부하여야 한다.

(국문 번역은 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004, 394 이하 참조)

10) Art. 33

1. Where jurisdiction is based on Article 4 or on Articles 7, 8 or 9 and proceedings are pending before a court of a third State at the time when a court in a Member State is seised of an action involving the same cause of action and between the same parties as the proceedings in the court of the third State, the court of the Member State may stay the proceedings if:

(a) it is expected that the court of the third State will give a judgment capable of recognition and, where applicable, of enforcement in that Member State; and

(b) the court of the Member State is satisfied that a stay is necessary for the proper administration of justice.

2. The court of the Member State may continue the proceedings at any time if:

(a) the proceedings in the court of the third State are themselves stayed or discontinued;

(b) it appears to the court of the Member State that the proceedings in the court of the third State are unlikely to be concluded within a reasonable time; or

(c) the continuation of the proceedings is required for the proper administration of justice.

3. The court of the Member State shall dismiss the proceedings if the proceedings in the court of the third State are concluded and have resulted in a judgment capable of recognition and, where applicable, of enforcement in that Member State.

제33조

① 소송이 계속된 회원국 법원의 관할이 제4조, 제7조 내지 제9조에 의해 인정되고, 그 소송이 계속될 당시 제3국의 법원에 동일한 청구에 관하여 동일한 당사자 간의 소가 계속한 때에는, 회원국의 법원은 아래의 요건이 갖추어진 때에 소송을 중지할 수 있다.

(a) 제3국의 법원이 그 회원국 내에서 승인 또는 필요한 경우 집행이 가능한 판결을 선고할 것으로 예측될 것

(b) 회원국의 법원이 사법권의 적절한 실현을 위하여 소송의 중지가 필요하다고 인정할 것

② 회원국의 법원은 아래의 경우에 언제나 소송을 진행할 수 있다.

(a) 제3국 법원의 절차가 중지되거나 또는 취하된 경우

(b) 제3국 법원의 절차가 합리적인 기간 내에 종결될 수 없을 것으로 인정되는 경우

(c) 사법권의 적절한 실현을 위하여 절차의 진행이 필요한 경우

③ 회원국의 법원은 제3국 법원의 절차가 종결되고 그 회원국에서 승인 또는 필요한 경우 집행이 가능한 판결이 확정된 경우에는 소를 각하(dismiss)하여야 한다

11) Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl., Case No. C-116/02 [European Ct. Justice 2003]

리아 법원이 전속적 관할권을 가진다고 주장했으나, 유럽사법재판소는 이탈리아 매수인의 주장을 받아들여 협약 제21조의 Lis Pendens 조항이 제17조보다 우선하여 후에 제기된 오스트리아 법원에서 사건이 이탈리아 법원에서 진행 중인 선소와의 관계에서 각하되어야 한다고 판시했다. 이는 이른바 소송 지연을 위한 전략적 어뢰소송(Torpedo)에 대한 문제의식을 불러일으켰고, 후에 Brussels I 규정(recast)은 제31조 제2, 3항 규정을 통해 제25조에 의한 전속적 국제재판관할합의가 있었던 경우에는 우선권이 부여되는 것으로 정함으로써 입법적 해결을 하였다.

(나) Owusu v. Jackson 사건

영국 국적의 원고(Owusu)가 자메이카 해변에서 수영 중 상해를 입고 영국 국적의 숙소 소유주와 자메이카 회사 등을 상대로 과실을 주장하며 영국 법원에 손해배상을 구하는 소를 제기하였던 사안이다. 피고는 부적절한 법정지의 법리에 기하여 항변하였고, 이 사건은 영국 항소법원(English Court of Appeal)에 의하여 유럽사법재판소에 회부되었다. 재판소는 “1978년 덴마크, 아일랜드, 영국 가입 당시 그 문제가 제기되기도 했으나, 협약 작성자들은 부적절한 법정지의 법리에 기반한 예외는 마련하지 않았다는 것이 공통된 전제”라고 판시함으로써, 대체법정지가 비체약국에 있더라도 브뤼셀 협약 하에서 부적절한 법정지의 법리의 적용이 없음을 명확히 했다.¹²⁾ 그 논거에 관하여 위 재판소는 첫째로는 협약 제2조의 규정이 의무적이라는 점과, 아울러 “관할을 가진 법원이 부적절한 법정지의 법리를 적용하는 것이 허용된다면 브뤼셀 협약의 목표 중 하나인 법적 명확성(legal certainty)의 원칙이 충분히 보장되지 않을 것”¹³⁾이라는 점을 들었다.

이와 같이 유럽사법재판소가 브뤼셀 체제 하에서 부적절한 법정지의 법리의 적용이 없음을 명확히 하고, 아울러 병행(중복)소송을 해결하는 원칙으로 우선주의 원칙이 우선 적용됨을 밝힘으로써, 유럽 내에서는 위 원칙이 보다 더 절대적으로 자리잡았다.¹⁴⁾

나. Better forum Approach

보통법계 국가들은 대체로 국제적 소송경합에 관하여 통상 기존의 부적절한 법정지의 법리(forum non conveniens)에 기반을 두고 보다 더 적절한 법정지로 인정되는 법원이 사건을 관할하도록 한다는 입장(이른바 ‘Better forum approach’)을 견지하고 있다. 근본적으로 영미법계에서 재판 관할(judicial jurisdiction)이 어떠한 사건을 맡아 심리할 수 있는 법원의 권한(a court’s power to hear a case)을 의미한다는 인식에 기초하여 재판관할권의 행사 여부를 정할 수 있는 판

12) Owusu v. Jackson, Case No. C-281/02 [European Ct. Justice 2005]; “(The Brussels Convention) precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State.”

13) Owusu v. Jackson, Case No. C-281/02 [European Ct. Justice 2005], para 37, 38-41

14) 영국 법원에 위 Owusu 사건이 미친 영향을 보여주는 사례로 Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others, UKSC 20 [2019] 참조.

사의 비교적 폭넓은 재량을 인정하는데 기반한다. 한편으로는, 대륙법계 국가에서 이 쟁점을 원고의 법원 접근권(access to justice)의 문제로 인식¹⁵⁾하는 반면에, 영미법계 국가, 특히 미국에서는 적절한 법정지에서 재판받을 피고의 적법절차상의 권리(due process right)에 방점을 찍고 있는 차이도 엿보인다.¹⁶⁾

부적절한 법정지의 법리(forum non conveniens)는 라틴어로 “an inconvenient forum”이라는 의미를 지닌다. 사건이 제소된 법원이 다른 법원이 재판을 하는 것이 더 적절하다고 판단한 경우에는 사건을 그 법원으로 이송하거나, 스스로 절차를 중지하거나 또는 더 나아가 소를 각하 또는 기각할 수 있도록 하는 법리이다. 구체적 사안을 살펴 재판을 진행하는 것이 더 적절한 법원이 재판을 진행하는 것이 바람직하다는 이념에 기초하고 있고, 그 판단에서 법원의 재량을 상당 부분 존중하게 됨은 물론이다. 이는 반드시 국제적 요소가 있는 소송이나 중복·병행소송을 염두에 두고 형성된 제도는 아니나, 근래에는 국제적 소송경합을 방지하거나 정리하는데 중요한 도구로 부각되고 있다. 다만, 실무상 “상대방이 외국에서 제소하거나 소송을 수행하는 것을 선제적으로 차단하기 위한 수단”¹⁷⁾으로 소송유지(금지)명령(anti-suit injunction)이 활용되어 소송경합을 예방 내지 해결하는 다른 축으로 작용하므로, 이를 유기적으로 이해할 필요가 있다.

이러한 접근방식의 장점은 무엇보다 사안에 따른 구체적인 해결이 가능하다는 점이다. 법원의 재량, 나아가서는 그 국가의 사법주권을 존중한다는 함의도 있다. 반면에 문제점은 해당 법정지 또는 대체법정지가 적절한 법정지인지 판별하는데 법원과 당사자의 많은 비용과 노력이 소요되어 경제적이지 않다는 점, 그리고 이에 따라 불가피하게 불확실성이 초래되어 당사자들의 법적 안정성을 저하시킨다는 점이다. 이 때문에 lis pendens 원칙은 예측가능성 또는 법원접근권으로 대변되는 사회적 이익에, 부적절한 법정지의 법리는 형평과 공정으로 대변되는 개인적 이익에 보다 비중을 두고 있다고 이해되기도 한다.¹⁸⁾

부적절한 법정지의 법리는 스코틀랜드를 시발점으로 하여 주로 영미법계 국가의 법리로 발전했는데, 구체적인 판단 기준과 양상은 같은 영미법계 내에서도 국가 또는 주마다 차이를 보이고 있다. 보다 자세한 내용은 추후 장을 달리하여 서술한다.

2. 국내의 논의

민사소송법은 제259조에서 중복된 소제기 금지 원칙을 규정하여 후소를 각하할 근거를 제시하고

15) Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), COM (2010) 748 final (Dec. 14, 2010), 3

16) Ronald A. Brand 외, Challenges to Forum Non Conveniens, 45 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 1003(2013), 1025

17) 석광현, 2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로, Dong-a journal of international business transactions law vol.21, 2018, 93

18) Ronald A. Brand(주16), 1011

있으나, 국제적 소송경합에 대하여는 규율이 없다. 한편, 같은 법은 제35조(손해나 지연을 피하기 위한 이송)의 규정에 의하여 법원이 소송에 대하여 관할권이 있는 경우라도 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하면 소송의 전부 또는 일부를 다른 관할법원에 이송할 근거를 두고 있고, 이는 중복소송 또는 관련소송의 문제를 해결하기 위해 종종 사용되나, 국제적 소송경합은 이러한 ‘이송’의 방식으로는 해결할 수 없는 것이 중요한 특징이다. 국내에 제기된 소송이 같은 당사자들 사이에 같은 분쟁에 대하여 외국 법원에 먼저 제기된 소에 대한 관계에서 후소로 여겨질 경우, 법원으로서 후소를 그냥 진행하거나, 중지하여 기다리거나, 각하하여 소송계속을 해소하는 선택지를 가지게 된다.

국내에는 이에 관하여 그간 (1) 규제소극설(국제적 소송경합을 허용하는 입장으로 이해되기도 하며, 국제적 소송경합에 대하여는 민사소송법 제259조의 유추적용이 불가하므로 실정법상 해결의 근거가 없다는 점 등을 들어 특별한 규제를 하는 것을 부인하는 견해), (2) 승인예측설(전소를 존중하는 우선주의를 전제로, 선행 외국소송에서 판결이 내려지면 우리나라에서 승인될 것으로 예측되는 경우에는 민사소송법 제259조를 (유추)적용하여 우리 법원에 제기된 후소를 각하한다는 견해), (3) 비교형량설(국제재판관할이론에 의하여 해결하는 견해로도 취급되며, 국제재판관할권 행사에 관련된 여러 요소를 종합적이고 구체적으로 비교형량하여 관할권 행사의 당부를 판단한다는 견해), (4) 절충설 등의 견해가 있었다. 여러 형태의 절충적인 견해 중 대표적인 것은 “승인예측설을 원칙으로 하되, 전소가 제기된 법원이 항상 우선하는 것이 아니라, 예컨대 한국에서 전소가 제기되고 외국에서 후소가 제기되었더라도 외국이 명백히 보다 더 적절한 법정지이고 우리 법원에서 재판하는 것이 국제재판관할 배분의 이념에 비추어 현저히 부당하다는 예외적 사정이 있는 때에는 우리 법원이 소송절차를 중지할 수 있다”¹⁹⁾는 견해가 있다. 대체로 아래에서 보는 헤이그 2001 잠정초안 제21조를 따른 것으로 제한적 범위 내에서 부적절한 법정지의 법리를 도입하는 것으로 설명된다.²⁰⁾

3. 기타 여러 분야에서의 규율

가. 개별 주제에 관한 협약 등 다자간 문서(instrument)에 국제적 소송경합에 대한 규율이 이루어지고 있는 현황은 어떠한지 살펴본다. 우선, 가족법 분야는 헤이그국제사법회의(HCCH)와 유럽연합의 규정을 중심으로 다음과 같이 비교적 정지한 규율을 두고 있는 편인데, 전반적으로 우선주의에 기반한 규율인 점이 눈에 띈다.

● HCCH 1970 이혼협약(HCCH Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations)은 제12조에서 이혼이나 법적 별거에 관한 절차는 각 당사자의 혼인상 지위에 관한 절차가 다른 회원국의 법원에서 계속중이면 중단될 수 있다고 정한다.

● HCCH 2007 아동보호협약(HCCH Convention of 23 November 2007 on the

19) 석광현(주 17), 94

20) 석광현(주 17), 94

International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance)은 제22조에서 같은 당사자들 사이에 같은 목적의 절차가 먼저 제기되어 계속중이면 후소의 승인·집행이 거절될 수 있다고 정한다.

- HCCH 2000 성년자보호협약(HCCH Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults) 제7조는 국적 등 관할의 근거를 제시하면서도, 다른 규정들에 의해 관할이 있는 당국이 해당 성년자의 국적지에 이미 조치가 취해졌거나 절차가 계속중임을 알리면, 위 관할권을 행사할 수 없다고 정하고 있다.

- Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases (1993, Minsk Convention) 역시 아래 유럽연합의 규정과 유사하게 우선주의에 입각한 규정을 두고 있다(제22조 참조). 이는 민사 및 가족법 쟁점 전반에 적용되는 규정이다.

- 유럽연합의 Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation no. 1347/2000 (Brussels II bis Regulation) 제19조에서 이혼, 별거, 혼인무효 및 부모의 책임에 관한 소송경합이 있을 경우 전소 법원 관할 성립 시까지 후소 법원은 절차를 중단하고, 관할이 성립되면 후소는 관할권 행사를 하지 않도록 하는 우선주의에 입각한 규정을 두고 있다.

- 이러한 취지의 규정은 유럽연합은 상속, 승계 등과 관련된 규정에서도 찾을 수 있다(Regulation (EU) 650/2012 of 4 July 2012 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in Matters of Succession and On the Creation of a European Certificate of Succession 제17, 18조 참조).

나. 한편, 국제도산의 경우 국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL)의 1997. 「국제도산에 관한 모델법(Model Law on Cross-Border Insolvency, MLCBI) 등을 중심으로 여러 국가들의 입법 및 실무례가 형성되고 있는 특징이 있는데, 위 모델법에 의하면 병행도산절차의 경우 이를 해소하려고 하기보다는 타국에서의 절차를 COMI(주된 이익의 중심지)가 소재하는 주절차(main proceeding)과 그 외의 종절차(non-main proceeding)로 구분하여 승인하고, 이에 따른 적절한 구제수단 및 지원조치를 부여하는 방식으로 운영할 것이 권고된다. 이 과정에서 법원간 협력과 공조의 기능도 강조되고 있다. 국제도산에 관한 국제적 규율의 다른 한 축을 이루는 유럽연합의 The Regulation(EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) 역시 큰 틀에서 이와 유사하다. 도산절차는 채무자를 중심으로 한 집단적 절차라는 점에서 소송경합에서 예정하는 대심적 소송절차와는 차이가 있으나, 이러한 규율방식은 병행

소송에 대한 지침을 정하는 데에도 참고가 된다.

다. 이를 제외하면, World Intellectual Property Organization(WIPO)가 관장하는 문서만 해도 26개에 이르는 지적재산권(IP) 분야나, 기타 운송(the carriage of passengers and goods), 해양 오염(marine pollution), 핵(nuclear) 등 광범위한 다자간 협약 등에 의한 규율이 이루어지고 있는 여러 영역에서도 국제사법에 관한 세밀한 규정은 찾아보기 어려운 것이 현실이고, 병행소송이나 소송경합의 해결에 관한 규율은 더욱 희박하다. 특히, 부적절한 법정지의 법리에 입각한 규범을 찾기는 거의 어렵고 이는 아래에서 보는 바와 같이 국내법에 의한 규율에 맡겨져 있는 형편이다.

III. 통일적 규범 형성을 위한 노력과 실패, 그리고 재도전 - 헤이그 국제사법회의(HCCH)에서의 논의 경위 및 현황

1. 헤이그국제사법회의의 개관

헤이그국제사법회의는 1893년에 설립된 정부간 국제기구로서, 국제사법의 점진적인 통일(progressive unification of the rules of private international law)을 목적으로 한다. 이를 목적으로 헤이그국제사법회의는 37개의 협약, 2개의 protocol(의정서), 1개의 soft law instrument 등 다수의 다자간 문서(instrument)를 성안시켰다. 2022. 5. 현재 90개 국가와 유럽연합이 회원으로 가입되어 있다. 현 시점에 헤이그국제사법회의를 구성하는 3개의 축은 1) 국제 가족 및 아동 보호(International Family & Child Protection Law), 2) 국제 소송 및 사법 협력(International Transnational Litigation & Legal Cooperation), 3) 국제 상사 및 경제법(International Commercial & Financial Law)이다. 그리고 그 중 2) 국제 소송 및 사법협력팀에서 후술하는 관할 프로젝트를 담당하여 진행하고 있다.

2. 관할 프로젝트(HCCH Jurisdiction Project)의 역사

가. 논의의 개시

헤이그국제사법회의에서 관할 등에 관한 신탁약을 형성하기 위한 움직임은 1990년대로 거슬러 올라간다. 1992. 미국 대표(Edwin Williamson)가 헤이그국제사법회의에 재판의 승인·집행에 관한 논의를 개시할 것을 제안하는 서신을 보냄으로써 위 논의가 개시되었다.²¹⁾ 위 제안은 1992. 헤이그국

21) Richard Garnett, The Judgments Project: fulfilling Asser's dream of free-flowing judgments, The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law, 2020, 310; 당시 미국 측은 미국의 징벌적 손해배상 판결이나 규모가 큰 배심판정에 대해 다른 국가들이 승인·집행을 꺼려하는 것에 대한 우려가 있었다고 한다. 미국

제사법회의의 작업반에 의해 타당성이 검토되었는데, 작업반은 직접 관할 및 재판의 승인 및 집행에 관한 다자간 협약을 협상하는 것이 바람직함(desirability)에 동의하고 이를 권고하였다.²²⁾ 기본적으로 이중협약(double convention)인 브뤼셀 및 루가노 협약의 영향을 받아 관할과 승인집행에 관한 규율을 모두 두고 있지만, required jurisdiction(의무관할)와 prohibited jurisdiction(금지관할) 외 관할의 근거가 되는 회색 영역이 제시된 이른바 혼합협약(mixed convention)의 형태를 염두에 두고 논의가 개시되었다.

나. 1999 예비초안의 성안

1997. - 1999. 5차례에 걸친 특별위원회(special commission)를 통해 1999. 10. 30. 민사 및 상사사건에서 국제재판관할 및 외국재판에 관한 협약의 1999년 예비초안(Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 '1999 예비초안')이 마련되었다. 위 초안은 직접관할의 근거규정, 소송경합을 대비한 관할권 불행사의 근거규정(lis pendens와 FNC), 승인·집행에 관한 규정을 모두 담고 있다. 위 초안은 기본적으로 브뤼셀 체제의 이중협약(double convention) 체제를 따르면서도, 체약국들로 하여금 국내법에 따라 직접관할에 관한 규정을 적용하도록 허용함으로써 전통적인 혼합 협약(mixed convention)의 측면을 담고 있었다.²³⁾

다. 2001 잠정초안의 성안

1) 위 1999 예비초안에 대하여 미국 측은 이미 이를 수용할 수 없다는 의사를 밝히고 있었고, 2001. 6. 개최된 제1차 외교회의(Diplomatic Conference) 후에 수정된 잠정초안(June 2001 Interim Text of the Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments, 2001 Interim Text, 이하 '2001 잠정초안')이 만들어졌다.

외교회의는 다수결로 결의하는 특별위원회와 달리 의견 일치를 요하기 때문에 합의가 충분히 이루어지지 않은 논점들에 대하여 각 조문에 괄호 및 각주 등을 병기해 표시하고 있는데, 특히, 인터넷과 전자상거래, 행위지 관할, 소비자 및 고용계약에 대한 관할, 지적재산권 관련 관할, 다른 협약과의 관계 등의 쟁점 등에 대하여 합의가 이루어지지 않았다.²⁴⁾ 무엇보다 직접 관할에 대한 논의가 시도되었으나 각 법체계의 관할에 대한 시각과 다양한 차이를 포섭하기에는 역부족이었고, 여기에 많은 에너

판결에 대한 승인·집행을 유독 주저하게 되는 현상은 우리 법원의 집행 판결례에서도 확인할 수 있다. 2000.부터 2019.까지 집행판결을 전수조사한 결과, 미국 법원의 판결에 대하여 집행판결이 소구된 총 71건 중에서 인용된 것은 46건에 그쳤고, 일부각하까지 포함하면 각하된 사건이 총 25건으로 각하율이 평균치를 훨씬 상회하는 35%에 이르렀다(이혜민, 통계로 본 외국재판의 집행판결 20년사 - 2000~2019 외국재판 집행청구 각하사건을 중심으로, 법조 통권740호, 2020 참조).

22) HCCH PB, 'Conclusion of the Special Commission of June 1992 on general affairs and policy of the Conference' (August 1992) Preliminary Document No 18, 253(<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>, 2022. 7. 1. 확인)

23) Richard Garnett(주21), 311

24) Richard Garnett(주21), 311

지가 소모되었다는 것이 가장 큰 실패의 원인으로 지적된다. 당시 미국 교섭대표(Arthur von Mehren)는 초기 단계부터 브뤼셀 협약의 지배와 특별위원회의 과반수 결의가 미국과 EU 사이의 간극을 좁히지 못하게 하였다고 하면서, 더 나아가 특별위원회가 근본적인 경제적, 정치적 그리고 제도적 차이를 무시했다고 비판하기도 하였다.²⁵⁾²⁶⁾ 2001 잠정초안은 팔호 안의 논점들이 너무 많이 병기되어 이를 바탕으로 협약 성안으로의 진행이 어렵다고 평가되어 결국 이중협약으로도, 혼합협약으로의 발전을 이루지 못하였다. 결국 2001 잠정초안은 “1999 초안의 성안과정에서 이미 논의되고 타결되었던 쟁점들이 재론되어 불확정한 상태가 되었다”는 점에서 퇴보한 것으로 평가되고,²⁷⁾ 이러한 입장 차는 현재의 Jurisdiction Project(관할 프로젝트)에서도 반복되어 표출되고 있다.

2) 소송경합과 관련하여서는, 2001 잠정초안은 1999 예비초안을 계승하여 우선주의를 원칙으로 하면서도, 대륙법계와 영미법계의 입장을 절충하여 예외적인 경우에 부적절한 법정지의 법리를 원용할 수 있는 여지를 두고 있다. 보다 구체적으로, 제21조²⁸⁾에서는 lis pendens에 입각하여 소송 경합 시 후소 법원이 절차를 중단하고, 전소에서 승인·집행에 적합한 판결이 내려지면 후소를 각하하도록 하되, 다만 예외적으로 전소 법원이 후소 법원이 명백하게 분쟁 해결에 더 적절한 법정지라고 판단하면 이 조의 적용을 배제하도록 하는 여지를 남기고 있다. 아울러 제22조(Exceptional circumstances for declining jurisdiction)²⁹⁾에서는 당사자의 신청에 따라, 수소법원이 1) 국제재판관할을 행사하

25) Arthur T von Mehren, 'Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-wide: Can the Hague Conference Project Succeed?' (2001) 49 American Journal of Comparative Law 191, 200.

26) Richard Garnett(주21), 313; 구체적으로 예를 들어, 미국은 'place of injury'를 관할 근거지로 삼는 것이 적법절차(due process) 원리에 어긋난다는 이유로 이러한 류의 조항을 받아들이지 못하였고, 반면 유럽 국가들은 미국이 'minimum contacts'나 'purposeful availment' 등 모호한 기준으로 관할권을 행사하는 것이 불확실성을 초래할뿐 아니라 외국 당사자들에게 과잉관할을 행사하는 결과가 될 것이라고 우려했다고 한다.

27) 석광현, 헤이그국제사법회의의 「민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약」 2001년 초안, 법학논총 20집1호, 한양대학교, 2003, 35

28) Article 21 (Lis pendens)

1. When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction under Articles [white list] [or under a rule of national law which is consistent with these articles] and is expected to render a judgment capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under Article 4 [11] or 12.
2. The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the Convention.
3. Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.
7. This Article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.

29) Article 22 (Exceptional circumstances for declining jurisdiction)

1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seised is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under Article 4, or on Article 7, 8 or 12, the court may, on application by

기에 명백히 부적절하고, 2) 다른 국가의 법원이 국제재판관할권을 가지며, 3) 그 다른 법원이 분쟁을 해결하기에 명백히 더 적절한 법정일 것을 요건으로, 당사자의 신청에 따라 소송절차를 중지할 수 있도록 하고(제21조 제1항), 궁극적으로는 각하하도록 하는(제5항) 규정을 두었다. 다만, 이러한 중지 신청은 본안에 대한 최초의 항변을 하기 전에 하도록 시한을 두었다. 이 때 법원은 특히, a) 거주지의 관점에서 당사자들의 불편, b) 문서와 증인을 포함하여 증거의 성질과 위치 및 그 증거를 확보하는 절차, c) 적용가능한 시효와 제척기간, d) 본안에 대한 승인을 얻을 가능성 등을 고려하도록 정하고 있다(제22조 제2항). 특기할 만한 점은 절차를 중지할지를 정하면서, 법원은 국적이나 당사자들의 거주지에 입각하여 차별하지 않도록 정하고 있다는 점이다(제22조 제3항).

라. 2005 관할합의협약의 성안

당초의 혼합협약을 구성하는 방안에 대한 합의가 이루어지지 않자, 2002년 헤이그국제사법회의는 합의가 이루어진 관할권 행사 근거에 관한 단일협약을 구성하는 것에 대한 논의를 재개했고, 작업반 논의를 거쳐 결국 당사국들은 전속적 관할합의가 있는 경우만을 규율하는 2005년 헤이그관할합의협약(Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements)만을 성안하기에 이르렀다.³⁰⁾ 위 협약은 2015. 10. 1. 발효되어 2022. 5. 10. 기준 가입한 국가 및 조직은 미국과 유럽 연합을 포함 32개에 이른다.³¹⁾

2005 관할합의협약은 기본적으로 1) 선택된 법원은 사건을 심리해야 하고, 2) 선택되지 않은 법원은 관할권을 행사하지 않아야 하며, 3) 선택된 법원에 의하여 내려진 판결은 다른 계약국에서 승인·

a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.

2. The court shall take into account, in particular –

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;

b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;

c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4. If the court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other court on the merits. However, it shall make such an order if the other court has jurisdiction only under Article 17, or if it is in a non-Contracting State, unless the defendant establishes that [the plaintiffs ability to enforce the judgment will not be materially prejudiced if such an order is not made] [sufficient assets exist in the State of that other court or in another State where the court's decision could be enforced].

5. When the court has suspended its proceedings under paragraph 1,

a) it shall decline to exercise jurisdiction if the court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the court; or

b) it shall proceed with the case if the court of the other State decides not to exercise jurisdiction.

30) 성안 과정에 대한 상세한 내용은 석광현, “2005년 헤이그 재판관할합의협약의 소개”, 국제사법연구 제11호(2005. 12.), 192-193 참조

31) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>(2022. 7. 1. 확인)

집행될 것을 정하고 있다. 구조상으로는 첫 번째 부분은 관할 합의와 관련된 직접관할 조항들로 구성되어 있고, 두 번째 부분은 관할합의에 관련된 판결의 승인·집행 조항들로 구성되어 있다. 이러한 기본 구조에 더하여 협약은 제5조 제2항에 명시적으로 부적절한 법정지의 법리를 배제하는 조항을 두었다(2) A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State}. 이러한 취지는 앞서 본 2001 잠정초안에 이미 반영되어 있기도 하다. 이에 의하면 당사자들에 의해 관할법원으로 합의된 법원은 부적절한 법정지의 법리에 의거하여 관할권 행사를 거부할 재량이 차단된다. 이는 관할합의협약의 집행가능성을 높여 당사자들의 거래에 안정성을 부여하고자 하는 협약의 목표 달성에 기여하는 수단으로 평가된다.³²⁾

마. 2019 재판협약의 성안

2011년 헤이그 국제사법회의 일반사무정책이사회(CGAP)는 Judgment Project의 재개의 이익을 검토하기 위한 전문가그룹(Experts' Group)이 설립하였고, 전문가그룹은 2013년 외국재판의 승인·집행 협약을 단일협약(單一協約, Convention simple)으로 추진하기로 하면서 다만 국제재판관할에 관한 문서(instrument)는 별도로 성안할 여지를 남겨두었다. 2013. 2.부터 2015. 10.까지 5차례의 실무작업반(Working Group) 회의를 통해 작업반 초안이 마련되었고, 2016. 3. 헤이그국제사법회의 일반사무정책이사회의 결정에 따라 4차례(2016년 6월, 2017년 2월, 2017년 11월, 2018년 5월) 개최된 전 회원국을 대상으로 한 특별위원회에서 협약안이 마련되었으며, 2019. 6. 17.부터 2019. 7. 2.까지 개최된 외교회의에서 “민사 또는 상사에 관한 외국판결의 승인 및 집행에 관한 협약(Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, 이하 “2019 재판협약”)을 채택하게 되었다.³³⁾ 위 협약은 2022. 5. 10. 기준 2022. 3. 2. 가입한 미국을 포함하여 6개국이 서명하였으나, 아직 발효 전이고, EU는 현재 가입 절차를 준비중이며 2023년경 발효가능성이 점쳐지고 있다.

2019 재판협약은 판결의 외국에서의 승인·집행을 보장하여 판결의 유통(circulation)을 가능하게 하는 협약으로, 체약국 사이에서는 본안에 대한 실질 재심사를 금지하고, 승인·집행의 거부사유를 송달, 사기, 공서, 관할합의 위반, 선행판결 등의 사유로 한정함으로써 궁극적으로 판결 집행에 대한 예측가능성을 높이고, 거래 및 이동성을 촉진하는 것을 목적으로 한다. 한편, 위 협약은 동일한 소송물에 대한 소송이 승인 또는 집행을 요청받은 국가의 법원에 계속중인 경우 이를 연기하거나 거부할 수 있는 여지도 두고 있다(제8조 제2항(a)). 이와 관련하여 집행단계에서 부적절한 법정지의 법리가 적용될 여지가 있는지가 문제될 수 있는데 후술하듯이, 재판협약은 판결이 다른 국가에서 승인·

32) Richard Garnett(주21), 315

33) 자세한 경위와 내용에 대해서는 김효정 외, 외국재판의 승인과 집행에 관한 연구, 사법정책연구원, 2020 참조

집행되어야 한다는 이유로 법원이 판결의 승인·집행을 거절할 수는 없다고 명시한 규정(제13조)을 두고 있다.

바. 관할 프로젝트의 재개

1) 전문가그룹의 결성

2019. 재판 협약이 마무리되면서, 헤이그국제사법회의 상설사무국(Permanent Bureau, PB)은 일반사무정책이사회의 결정에 따라 국제재판관할에 관한 문서 작성을 준비하기 위한 전문가그룹 회의(Experts' Group on the Jurisdiction Project)를 개최하였다. 전문가그룹은 2020.-2021. 여러 차례 회의를 통하여 민사 또는 상사 사건의 국제재판관할에 관한 문서 작성의 필요성(desirability, necessity)과 실현 가능성(feasibility) 및 부수하여 발생할 수 있는 쟁점과 선택지 등에 대하여 토의하였다. 전문가그룹은 제5차 회의에서 최종적으로 작업반 구성을 권고할 것을 결의하였다.³⁴⁾

2) 작업반 결성

2021. 3. 개최된 일반사무정책이사회의는 전문가그룹의 권고안에 따라 헤이그 국제사법회의 국제재판관할 프로젝트에 관한 작업반(Working Group on the Jurisdiction Project) 구성 의제를 채택하였고, 작업반에 다음과 같은 내용의 임무를 부과하였다. 이에 따라 작업반이 구성되었고, 전문가그룹의 의장이었던 일본의 Keisuke Takeshita 교수가 의장으로 다시 추대되었다.

- a. 작업반은 새로운 문서의 적용범위와 유형에 관한 정책의 고려와 결정에 관한 보다 진전된 인식(inform)을 위하여, 병행절차(concurrent proceedings/ parallel proceedings and related actions or claims)에 관한 규칙을 포함한, 민사 또는 상사 사건의 국제재판관할에 관한 규정의 초안을 마련할 의무를 부담한다.
- b. 작업반의 작업은 병행절차(소송경합과 관련 소송 또는 청구)에 관한 구속적 규칙의 마련에 기본적인 초점을 두고, 국제재판관할규칙(jurisdictional rules)과 불편한 법정지의 법리(forum non conveniens) 모두가 중요한 기능을 함을 인식하면서, 포괄적이고 총체적인 방법(inclusive and holistic manner)으로 진행되어야 한다.
- c. 작업반은 사법적 조정(coordination)과 공조(cooperation)에 관한 유연한 체계가 민사 또는 상사소송의 병행 절차와 국제재판관할에 관한 새로운 문서의 작용을 어떻게 뒷받침할 수 있는지를 검토하여야 한다.

34) 필자는 위 전문가그룹 제5차 회의에 이필복 판사와 함께 한국 대표단으로 참가하였다.

3. 관할 프로젝트의 논의 현황

가. 작업반 회의 경과

2021. 10. 1차, 2022. 2. 2차 각 온라인으로 작업반 회의가 개최되었다. 작업반은 위 각 회의에서 민사 또는 상사 사건의 국제재판관할에 관한 문서의 초안을 마련하기 위하여, 병행절차를 해결하는 방식 관련 국제적 소송경합의 해결을 위한 ‘불편한 법정지의 법리’와 ‘우선주의’ 및 ‘국제재판관할규칙’의 각 기능 및 역할에 대한 논의에 집중하였다. 작업반은 대륙법계가 주장하는 우선주의 및 2001 잠정초안을 기초로 삼은 부록 I (Annex I)과 불편한 법정지의 법리(forum non conveniens)의 내용을 토대로 한 부록 II (Annex II)을 논의의 출발점으로 삼았다. 전반적으로 제1차 회의는 기본 쟁점과 관련된 입장차이를 확인하고, 전문가 그룹 회의 당시 대두하였던 쟁점이 상당부분 반복되어 표출되는 양상을 보였다. 이에 대하여 비공식적으로, 종래의 갈등과 쟁점이 반복됨으로써 진행이 더디다는 평가와, 전문가 그룹에 참여하지 않고 작업반에서 비로소 논의에 참여한 대표단들에 논의를 소개하고 참여시키는 의미에서 생산적이었다는 평가가 공존했다.

당해 프로젝트는 관할에 기반한 논의로 개시되었고 현재까지 관할 프로젝트라고 이름 붙여져 있지만 현재까지 직접관할에 관한 통일적 규범을 마련하는데 공감대가 형성되어 있지 않다. 따라서 논의의 양상은 직접관할에 관한 규정을 두는 것보다는 국제적 소송경합(parallel proceedings)에 대한 해결책을 제시하는 것에 초점을 두고 있고, 관할(jurisdiction)이라는 용어보다 연결점/연결요소(connecting Factor)라는 용어를 사용하여 그 기능을 제한하고자 하는 흐름이 보인다.

제2차 작업반 회의에서 역시 국제적 소송경합을 해결하는 입장의 차이가 일부 평행선을 달렸으나, 새로운 절충안이 제시되고 이를 긍정적으로 수용하여 논의의 기초로 삼기로 했다는 점에서 진일보한 측면이 있었다. 새로운 절충안에 대하여 항을 바꾸어 설명한다.

나. 국제적 소송경합을 논의하는 새로운 제안과 논의의 틀

제2차 회의에 앞서 미국, 브라질, 이스라엘, 싱가폴은 대륙법계 국가들이 지지하는 우선주의 원칙을 가미한 새로운 안(Working Document No.3 및 Working Document No.5)을 제안하였고, 의장은 이를 일부 반영하여 [첨부] flowchart와 함께 새로운 논의의 체계로 제안하였다(Information Documents No.1. ‘Possible revision of the Structure in the WD No.3’). 위 새로운 체계에 따르면, 소송경합을 해결하는 틀은 다음과 같다.

- i) (합리적인 기간 내에) 관련 법원은 어느 법원이 더 적절한 법정지인지 판단한다. [FNC]
- ii) (만일 판단이 상충되어 각 법원이 스스로 더 적절한 법정지라고 판단할 경우) 전소 법원이 진행하고 후소 법원은 절차를 중지한다. [First in time rule].

제안한 측에서는 결정적인 교착의 상황에 우선주의를 적용하므로 이는 사실상 우선주의를 우선시하는 타협안이라고도 주장하였으나, 위 안은 결국 대륙법계가 주장하는 소의 선후라는 형식적인 기준으로 판단하지 않고 원칙적으로 모든 법원이 더 적절한 법정지 여부를 심리해야 함을 전제하므로, 부적절한 법정지의 법리에 의한 해결이 우선적으로 전면에 등장하는 안임을 부인하기는 어렵다. 이러한 점에서 새로운 논의 방향은 과거의 2001 잠정초안과 차이를 보인다. 위 제안의 파급력과 논의를 계속 주목해야 하는 이유이기도 하다.

IV. 부적절한 법정지의 법리 (Forum Non Conveniens)

1. 의의

부적절한 법정지의 법리는 사건이 제소된 법원이 다른 법원이 재판을 하는 것이 더 적절하거나 (appropriate) 더 편리하다고 (convenient) 판단한 경우에 스스로 절차를 중지하거나 소를 각하함으로써 관할권을 행사하지 아니할 수 있다는 법리이다. 로마법이나 대륙법계의 전통에서는 그 혼적을 찾기 어렵고, 보통법계의 법원칙으로 알려져 있다. 혼합법계에 가까운 스코틀랜드에서는 19세기에 이르러 관할원인이 존재하더라도 법원이 그 재량에 의해 재판관할권을 부정할 수 있다는 법리가 최초로 형성되었다. 그러나 이는 무제한적인 재량을 의미하는 것은 아니었고, 법원은 ‘다른 재판소에 관할(competent jurisdiction)이 있고, 그 사건이 모든 당사자들의 이익과 정의를 위해(for the ends of justice) 더 적절하게 심리될 것’임이 증명되었을 때에 한해 이를 원용할 수 있다는 제한적인 입장이었다.³⁵⁾ 19세기 후반에는 당초에 ‘권한 없는 법정지(forum non competens)’라는 이름으로 형성된 법원리가 현재와 같이 ‘부적절한 법정지(forum non conveniens)’의 원칙으로 대체되었다.³⁶⁾

35) Sim v. Robinow, 19 R. 665, 667-68 (Sess. Cas. 1892) (Scot.)(Lord Kinneir)

36) 영국 귀족원의 Goff 경은 Airbus 사건에서 부적절한 법정지의 법리의 존재의의와 본질에 관하여 실시하였는데, 부적절한 법정지의 법리의 목적과 배경을 잘 설명하고 있어 이를 소개한다;

“유럽 대륙(continent of Europe)에서는 유럽공동체(EC) 출범 초기부터 회원국 사이의 재판관할권 충돌을 피할 필요성이 제기되었다. 뛰어난 학자들이 구축한 브뤼셀협약의 법체계는 정치한 규칙(well-defined rule)에 기초하여 관할을 배분한다. 이 법체계는 위 목표를 달성하지만 대가도 치른다. 그 대가는 바로 ‘경직성(rigidity)’이다. 그리고 경직성은 부정의(injustice)를 양산할 수 있다. ... 커먼로계(common law world)는 정반대의 상황이다. 커먼로계에는 전 세계에 걸친 그야말로 ‘관할권의 정글(jungle of separate jurisdiction)’이 존재한다. 예를 들어 잉글랜드에서는, 피고가 관할권 내에 현존하거나 그 관할권 밖의 피고에게 영장을 송달할 수 있는 특정한 상황(그러나 그 상황은 광범위하다)이 인정될 때 잉글랜드 법원이 관할권을 가진다. 그러나 잠재적인 커먼로계 관할권의 과잉은 부적절한 법정지의 법리-법원이 명백히 더 적절한 다른 법정지를 위하여 소송절차를 중지하거나 소를 각하함으로써 관할권의 행사를 스스로 거부하는 규칙-를 수용함으로써 제한된다. ... 부적절한 법정지의 법리는 부적절한 법정지에 제기된 소에 대하여 적용됨으로써 커먼로계 국가들 사이에서 어떤 소가 분쟁 해결에 적절한 법정지에만 제기되도록 보장한다. 따라서 이 법리의 목적은 브뤼셀협약이 기초한 목적과는 다르다. 이 법리는 재판관할권의 저축을 회피할 것을 목표로 하지 않고, 국제적 소송경합 상태를 수용할 수 없는 것으로 취급하지도 않는다. 이러한 점에서 이 법리는 완전히 못한 무기(imperfect weapon)라고 할 수도 있다. 그러나 이 법리는 유연하고(flexible) 실용적이며(practical), 그것이 효과적으로 작용하는 때에는 실천적 정의(practical justice)를 달성하는 데 도움이 될 수 있다(Airbus

이후 위 법원리는 영미법계에서 당사자의 관할권 선택 또는 포럼 쇼핑에 대응하여 법원이 재판권 내지 관할권을 행사하지 않을 근거를 형성하는 중요한 법원칙으로 자리잡았다. 더 나아가서는 앞서 본 바와 같이 국제적 소송경합의 해소책으로서 Better forum approach의 기반을 이루고 있다. 실천적으로 구체적 사안을 살펴 재판을 진행하는 것이 더 적절한 법원이 재판을 진행하는 것이 바람직하다는 판단과 관련하여 법원의 재량이 큰 역할을 하게 되는 것은 물론이다. 이는 세밀한 관할규정에 의해 법원의 재량을 제한하면서 법적 안정성과 예측가능성을 부여하고자 하는 대륙법계와의 이념과는 대조를 이룬다. 이하에서는 영미법계의 주요 국가들의 부적절한 법정지의 법리 전개과정 및 특징에 대하여 살핀다.

2. 비교법적 분석

가. 영국 (잉글랜드와 웨일즈)³⁷⁾

1) 초기단계 - “oppressive or vexatious test”

영국 법원은 20세기 초에 이르러서야 비로소 다른 법원에서의 사건처리가 더 적절하다는 이유로 관할권을 행사하지 않는 실무례를 보인다. 초기 단계의 부적절한 법정지의 법리는 원고의 법정지 선택을 상당히 존중하면서, 피고에게 비교적 엄격한 입증의 부담을 부과하는 방식으로 형성되었다.³⁸⁾ 대표적으로 Logan v. Bank of Scotland 사건³⁹⁾에서 재판장(Sir Gorell Barnes)은 스코틀랜드에서 발현된 위 법리를 의식하고, 또 아직 영국 법원이 그와 비슷한 의사표시를 하는 단계까지 나아가지는 않았다면, ‘어떠한 법원에서 심리를 하는 불편함(inconvenience)이 실질적으로 피고에게 중대한 부정의(injustice)로 작용하거나 괴로움(vexation)’이 될 수 있다고 보았다⁴⁰⁾. 아울러 St. Pierre v. South American Stores(Goth & Chaves), Ltd. 사건에서는 ‘편리함의 균형(A mere balance of convenience)만으로는 원고로부터 영국 법원에서 재판받을 이익을 박탈하기에 부족하고, 왕의 법원에의 접근할 권리는 가볍게 거부되어서는 안된다’고 하면서 다음과 같은 두 가지 요건을 제시하였다; 하나는 (a) 사건의 계속이 억압적이거나 괴로움을 가하거나(oppressive or vexatious) 그 밖에 법원 절차의 남용이어야 한다는 것이고, (b) 다른 하나는 그 중지가 원고에게 부정의(injustice)를 가하는 것이 되어서는 안된다는 것이다⁴¹⁾. 나아가, 위 법원은 그 입증책임은 피고

Industrie GIE v Patel and others, [1999] 1 AC 119 (HL), 이필복, 국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구 -소송과 중재를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2020에서 재인용}.

37) 아래의 발전단계는 Ronald A. Brand 외, Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements“, Oxford University Press, 2007, 11 이하의 논의 전개를 참고하였다. 위 저서는 영국에서의 부적절한 법정지의 법리의 발전단계를 A. First step: The oppressive and vexatious principle, B. The most suitable forum approach, C. Modern forum non conveniens doctrine in England로 분류하고 있다.

38) Ronald A. Brand(주37), 13

39) Logan v. Bank of Scotland, [1906] 1 K.B. 141 (C.A.)

40) Logan v. Bank of Scotland, [1906] 1 K.B. 141, 151-152 (C.A.)

에게 있음을 명시하였다. 이러한 “oppressive or vexatious test”는 영국 뿐 아니라 영미법계 다른 국가의 법리 발전에도 큰 영향을 미쳤다.

2) 과도기 - “the more suitable forum test”

영국 귀족원(또는 상원, House of Lords, 당시 최고법원의 기능)은 이후 일련의 사건들에서 위와 같은 엄격한 기준을 보다 완화하는 모습을 보였다. 과도기적인 사건으로 1973. The Atlantic Star 사건은 스코틀랜드의 법리를 전면적으로 받아들이기는 주저하고, 피고에게 억압적이거나 괴로움을 가하는지(oppressive and vexatious)라는 기존의 심사기준을 폐기하지는 않으면서도, 억압, 괴롭힘 등에 대하여 보다 넓고 자유로운 해석(liberal interpretation)의 필요성을 제시하였다.⁴²⁾ 다음으로 MacShannon v. Rockware Glass Ltd. 사건의 항소법원(The Court of Appeal)은, 위 법리에 따라 절차를 중단하려면 (a) 상당히 더 적은 불편함과 비용으로 당사자들 사이의 정의가 행해질 수 있는 다른 법정지가 있다는 점 및 (b) 그 중지가 원고가 영국 법원에서의 관할에서 누리는 적법한 개인적 또는 법적인 이익(personal or juridical advantage)을 박탈하지 않는다는 점⁴³⁾이 인정되어야 한다고 하였는데, 이 중 후자의 요건에 대한 입증책임이 이 때부터 원고에게 전환되었다.⁴⁴⁾

3) 현대적 법리의 정립 - “more appropriate forum test”

영국에서 부적절한 법정지의 법리를 정리한 대표적인 사건은 1986년 Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. 사건(이하 ‘Spiliada 사건’이라 한다)이고, 이는 영국 외 여러 보통법계 국가에서도 중요한 선례로 꼽힌다. 캐나다에서 선적된 물질 중 유황에 의해 두 척의 배에 손상이 발생하자, 한 척의 선주인 라이베리아 국적의 원고는 영국에서 수출업자인 캐나다인 피고를 상대로 이 사건 소를 제기하고, 관할 외 지역에서의 송달을 위한 허가(service ex juris)를 신청하였다⁴⁵⁾. 다른 한 척의 선주 역시 영국에서 위 피고를 상대로 소를 제기한 상태였다. 귀족원은 이 사건에서 명시적으로 부적절한 법정지의 법리를 영국법 체계의 일부로 승인했다.

위 사건에서 Goff경은 “관할이 있는 다른 법정지가 존재하고, 모든 당사자들의 이익과 정의의 관점에서 그 사건이 그 법정지에서 더 적절히 처리될 수 있다는 등, 그 법정지가 그 사건의 처리를 위해(명백히) 더 적절한 법정지인 경우에 한하여, 절차가 중지(stay)될 수 있다고 판시했다.⁴⁶⁾ 이 사건을

41) St. Pierre v. South American Stores(Goth & Chaves), Ltd. [1936] 1 K.B. 382, 398 (C.A.)

42) The Atlantic Star, [1974] A.C. 436, 454, 466 (H.L.)

43) MacShannon v. Rockware Glass Ltd. [1978] A.C.795, 812 (H.L.)

44) Ronald A. Brand(주37), 16

45) 영국 법제에서의 관할 규정은 본래 송달과 밀접한 연관을 지니고 있다. 민사소송규칙(Civil Procedure Rules, CPR)에 송달에 관한 방대하고 세세한 규정을 두면서 그 중 제4장(IV SERVICE OF THE CLAIM FORM AND OTHER DOCUMENTS OUT OF THE JURISDICTION)에서 관할 외에서의 송달을 규율한다. 이에 따르면, 원칙적으로 관할 외로 소장(청구)을 송달하기 위해서는 법원의 허가가 필요한데(6. 36. Service of the claim form where the permission of the court is required), 그 허가요건 중 하나가 England와 Wales가 청구를 제기할 적절한 장소임을 보이는 것(6. 37.(3))이다;

6. 37 Application for permission to serve the claim form out of the jurisdiction

(3) The court will not give permission unless satisfied that England and Wales is the proper place in which to bring the claim.

통해 영국의 부적절한 법정지의 법리의 심사기준이 보다 완화되어 스코틀랜드와 통일적인 기준을 형성하게 되었다는 평가가 있고,⁴⁷⁾ 이와 같이 형성된 “more appropriate forum test”의 기준은 영국 판례법리 뿐 아니라 싱가포르, 홍콩, 뉴질랜드, 아일랜드 등 영연방 국가에 큰 영향을 미쳤다.

나. 미국

1) 역사적 배경

미국에서의 부적절한 법정지의 법리 전개 역시 관할과 연결지어 이해되어야 한다. 미국의 민사상 관할은 대인관할권(personal jurisdiction)과 대물관할권(subject matter jurisdiction)으로 구분된다. 그 중 대인관할권은 특정 피고에 대한 판결을 내려 그 피고에 대한 자산까지 집행에 복속시킬 수 있는 법원의 권한과 결부된다.⁴⁸⁾ 그리고 이러한 (외국인 포함 비거주자인 피고에 대한) 인적 관할권은 법령(예를 들어, 주의 경우에는 각 주의 Long arm statutes, 연방의 경우에는 Federal Rule of Civil Procedure §4) 및 헌법상 요건을 충족해야 한다.

당초 수정헌법 제5, 14조 적법절차(Due process) 조항은 19, 20세기에 엄격한 지역적 제한(territorial restriction)을 요구하는 것으로 받아들여졌다. 미 연방대법원은 1877년경 이른바 Pennoyer 사건⁴⁹⁾을 통해 다음의 세 가지 국제법 원칙을 확립하였는데, 1) 모든 국가는 그 영토(territory) 내의 사람과 재산에 대하여 배타적인 관할권과 주권을 가진다는 것과, 2) 어떠한 국가도 영토 없이 사람과 재산에 대하여 직접 관할권을 행사할 수 없다는 것, 그리고 3) 한 국가의 법원의 절차는 다른 국가와 만날 수 없다는 것이다.⁵⁰⁾ 이 원칙에 따라 피고로 삼기 위하여는 (스스로 나타나거나) 그 관할권 내에서 ‘송달’을 받을 것을 요구하게 된다.

그런데 Pennoyer 사건에서 확립된 관할에 대한 엄격한 지리적·영토적 제한은 점차 완화되어 마침내 1945년 International Shoe 사건을 통해 적법절차의 원리는 그 법정지의 영토에 현재 소재하지 않는 피고에 대하여 ‘그 소송의 유지가 전통적인 공평과 실질적 정의 관념(traditional notions of fair play and substantial justice)에 반하지 않는 한’, ‘최소한의 접촉(minimum contact)’이 있을 것을 요구한다⁵¹⁾는 것으로 정리되었다.⁵²⁾ 그리고 이를 통해 법정지에 관한 원고의 선택의 폭이

46) Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460 ; “[A] stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for trial of the action, i.e., in which the case may be tried more suitably for the interests of all the parties and the ends of justice.”

47) Ronald A. Brand(주37), 24

48) Gary B. Born 외, International Civil Litigation in United States Courts, Wolters Kluwer(6th edition), 2018, 2

49) Pennoyer v Neff, 95 U.S. 714, 24 L. Ed. 565 (1877)

50) Gary B. Born(주48), 83

51) International Shoe Co v State of Washington, 326 U. S. 310 (1945), 316 : [D]ue process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it “such that the maintenance of the suit does not offend ‘traditional notions of fair play and substantial justice.’”

52) 이에 대하여, 각 주의 관할권 확대법(long-arm statute)이 미치는 관할을 위 International Shoe Co. 사건 등에서 확립된

자연스레 넓어졌다.

이러한 관할권 확대경향과 더불어 국제소송에서 미국을 법정지로 선호하는 경향이 점차 대두하였고, 이 때문에 미국 법원의 사건 부담 및 적체가 과중해진 것은 자연스러운 현상이다. 이와 더불어 1920년대 미국에서는 스코틀랜드에서 유래한 부적절한 법정지의 법리를 도입하자는 주장에 제기되기 시작했다. 1929년에 뉴욕 로펌 변호사였던 Paxton Blair가 Columbia Law Review에 ‘사실심 법원에서의 기일 혼잡이 가장 심각한 문제 중의 하나’ 라고 지적하며, ‘부적절한 법정지의 법리’를 원용하여 이를 해결할 필요가 있다고 주장⁵³⁾한 것이 반향을 불러일으켰다고 전해진다. 물론 19세기부터 구체적으로 불편한 법정지의 법리를 원용하지는 않아도 하급심 법원들이 국제법, 예양, 편리성, 사법 행정, 법정지에의 관련성 등을 근거로 들어 소를 각하한 예는 심심치 않게 찾을 수 있다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾ 미 연방대법원은 1932년 경에는, 아직 부적절한 법정지의 법리 자체를 원용하지는 않았으나, 캐나다에 등록된 캐나다 선주들간의 분쟁이었던 Canada Malting Co. v. Paterson Steamships Ltd. 사건⁵⁶⁾에서 지방법원 판사가 의회가 부여한 관할권을 거부할 재량이 없다는 주장을 배척하고, 소를 각하한 판단을 인용하였다. 또한, 1936년 Landis 사건⁵⁷⁾은 섭외적 요소가 있는 사건은 아니었으나 두 연방지방법원 사이의 소송경합이 발생한 사건이었는데, 연방대법원은 위 사건에서 ‘절차를 중지할 법원의 고유한 권한(“the power to stay proceedings is incidental to the power inherent in every court”)’을 선언하기도 하였다.

한편, 미국은 1948년경 입법으로 연방지방법원들 사이의 이송의 근거를 마련한 28 U. S. Code §1404(a) 규정을 도입함으로써, 부적절한 법정지의 법리를 명문화하였다. 위 규정은 법정지의 변경(Change of Venue)이라는 제목 하에, (a)“연방지방법원은 당사자와 증인의 편의(convenience)를 위하여, 그리고 사법의 이익이라는 관점에서, 민사사건을 그 사건이 제소될 수 있었거나 모든 당사자들이 동의하였을 다른 지방(district) 또는 지역(division)의 법원으로 이송할 수 있다”⁵⁸⁾고 규정하고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 이 규정은 섭외적 요소가 있는 민사소송에는 적용이 없고, 국제적 소송경합은 현재까

‘minimum contact’ 법리에 입각한 적법절차 분석으로 제한을 두어, 부적절한 법정지의 법리에 의거한 판단을 하기에 앞서 관할 단계에서 사건을 정리하게 되었다는 시각도 있다[Ronald A. Brand(주37), 50].

53) Paxton Blair, The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law, 29 COLUM. L. REV. 1(1929), 1

54) Gary B. Born(주48), 350

55) Gardner v. Thomas, 14 Johns. 134 (N.Y. 1817); 관할 내에서 제기된 소를 편리성(convenience)과 예양(comity)에 근거하여 각하할 재량을 명시하였다.

56) Canada Malting Co. v. Paterson Steamships Ltd. 285 U.S. 413(1932), 423; “Courts of equity and of law also occasionally decline, in the interest of justice, to exercise jurisdiction, where the suit is between aliens or nonresidents, or where for kindred reasons the litigation can more appropriately be conducted in a foreign tribunal.

57) Landis v. North American Co., 299 U. S. 248 (1936)

58) 28 U. S. Code §1404(a)

For the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice, a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have been brought or to any district or division to which all parties have consented.

59) 아울러, 미국법률협회(ALI)의 1971년 Restatement (Second) of Conflict of Laws 제84조는 “만일 더 적절한 법정지가

지도 주로 판례 법리에 의하여 규율되어 왔다.

2) 판례 법리의 형성

미국 판례 법리에 처음으로 명시적으로 부적절한 법정지의 법리를 적용한 기념비적 사건은 1947년 미 연방대법원의 Gulf Oil Corp. v. Gilbert 사건(이하 ‘Gilbert 사건’)⁶⁰⁾이다. 이는 다른 주 시민 간 사건으로서 연방 법원에 관할이 있는 이른바 diversity action 사건이다. 이 사건에서 버지니아 주 사람인 원고는 버지니아와 뉴욕 모두에 등록된 펜실베이니아 법인인 피고를 상대로, 피고의 과실(negligence)로 발생한 화재로 인한 손해의 배상을 주장하면서 뉴욕연방남부지방법원에 이 사건 소를 제기하였다. 위 1심 법원은 부적절한 법정지의 법리에 근거하여 위 소가 버지니아 주에서 제기되는 것이 더 적절하다고 보아 이 사건 소를 각하하였고, 항소심은 이 결정을 취소하였으나, 연방대법원은 항소심의 판단을 번복하고 1심의 판단을 인용하였다. 위 Gilbert 사건은 아래에서 자세히 살펴 보듯이, 부적절한 법정지의 법리에 근거할 때 형량의 척도로 사익 요소(private interest factors)와 공익 요소(public interest factors)를 나누어 제시하였다는 중요한 의의가 있다. 같은 날 선고된 Koster v. Lumbermens Mutual Casualty Co.(이하 ‘Koster 사건’이라 한다)⁶¹⁾도 부적절한 법정지의 법리를 적용하여 소를 각하하면서도, 원고의 Home forum에 대한 선택은 상당한 존중을 받는다는 중요한 판시를 하였다.

다음으로, 1981년 Piper Aircraft Co. v. Reyno 사건(이하 ‘Piper Aircraft 사건’이라 한다)⁶²⁾은 미국의 현대적 부적절한 법정지의 법리를 확립한 사건이다. 앞서 두 사건이 미국 국내 사건이었다면, 이는 본격적으로涉外적 요소가 있는 사건이었다. 1976년 펜실베이니아주의 항공기 제조사인 Piper Aircraft Co.사가 미국에서 제조하고 스코틀랜드 회사에 의해 운영되고 있던 상업 항공기가 스코틀랜드에서 추락하여 조종사와 탑승객 5명이 사망하였는데 피해자들은 스코틀랜드인이었다. 탑승객들의 자산관리인으로 지정된 Reyno는 Piper사 등을 상대로 캘리포니아 법원에서 과실과 무과실 책임을 주장하며 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 당시 Reyno는 책임, 제소능력 그리고 손해배상에 관한 미국법이 스코틀랜드보다 원고측에 유리하기 때문에 미국에서 소를 제기하였다고 밝혔다(스코틀랜드 법은 불법행위에서 무과실책임(strict liability)을 인정하지 않고, 사망으로 인한 손해배상 청구는 망인의 친족들에 한해 허용하고 있다). 캘리포니아 법원에서 펜실베이니아 연방지방법원으로 사건이 이송된 후 1심 법원은 Gilbert와 Koster 사건을 인용하여 부적절한 법정지의 법리에 근거하여 소를 각하하였다. 그러나 항소심은 1심이 재량을 남용했고, 부적절한 법정지의 법리는 대체법정지의

있고, 그 주가 매우 부적절한 법정지일 경우에는 그 주(州)는 관할권을 행사하지 않는다([a] state will not exercise jurisdiction if it is a seriously inconvenient forum for the trial of the action provided that a more appropriate forum is available to the plaintiff.)고 규정한다.

60) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947)

61) Koster v. Lumbermens Mutual Casualty Co. 330 U.S. 518 (1947)

62) Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 (1981)

실체법이 원고에게 더 불리할 경우에는 적용되어서는 안된다고 하여 1심 판단을 취소했으나, 이 판단은 대법원에 의하여 파기되었다. 이 사건에서는 후술하는 바와 같이, 대체법정지의 실체법을 적용하면 원고에게 더 불리할 경우에도 여전히 부적절한 법정지의 법리를 원용하여 소를 배척할 수 있는지, 외국인 원고에 대한 차별이 정당화되는지 등의 중요한 논점이 다루어졌다.

Gilbert 사건 및 Koster 사건과 Piper Aircraft 사건으로 이어지는 미국의 판례 법리의 전개를 통해 드러난 특징들은 첫째, 미국 법원은 사익 요소 뿐 아니라 공익 요소(public interest factor)도 고려하고, 둘째, 부적절한 법정지의 법리가 소송절차의 중지 뿐 아니라 각하의 근거로 작용하였으며, 셋째, 외국인 원고의 선택에 비하여 그 지역 원고의 관할 선택에 보다 의미를 부여하는 경향을 보였다는 것이다.⁶³⁾ 이후 부적절한 법정지의 법리는 미국에서 중요한 항변사항으로 자리잡았고, 연방 뿐 아니라 대부분의 주 법원에서 빈번하게 원용되고 있다.

다. 호주

호주최고법원(Australian High Court)은 1908년 Maritime insurance Co.Ltd v. Geelong Harbor Trust Commissioners 사건에서 영국 귀족원의 “vexation and oppression” 등의 잣대를 언급하며⁶⁴⁾ 처음으로 분명하게 부적절한 법정지의 법리를 적용하였다. 그러나 영국 등 영미법계 국가들 다수가 위 엄격한 기준에서 벗어나 “more appropriate forum test”라는 완화된 판단기준으로 나아갔음에도, 호주는 호주의 법원이 명백히 부적절한지를 중심으로 심리하는 이른바 “clearly inappropriate forum test”의 기준을 고수하였다. 이를 ‘절차 남용’ 접근법이라고도 한다.⁶⁵⁾ 이를 반영한 대표적인 사건이 Oceanic Sun Line Special Shipping Co. Inc. v Fay, Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd 사건 등이다.

1988년경 Oceanic Sun Line Special Shipping Co Inc v Fay 사건에서 Deane 대법관은 “사건이 다른 나라의 재판소에 제기되어야 한다는 이유로 사건을 각하 또는 중지시킬 수 있는 법원의 권한은, 법원이 부적절한 법정지이고 계속 심리를 진행하는 것은 피고에게 억압적이고 괴로움을 가져온다는 면에서 중대한 부정의로 작용한다는 점이 법원 스스로에게 설득된 경우에 한정”되고, 단순히 외국 재판소가 “더 적절한 법정지”라는 것만으로는 부족하다고 정리하였다.⁶⁶⁾ 뒤를 이은 Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd 사건에서 최고법원은 Spiliada에서 확립된 “most appropriate forum” test가 영미법계의 합의된 기준이라는 주장을 배척하고,⁶⁷⁾ 위 “clearly inappropriate

63) Ronald A. Brand(주37), 4

64) Maritime insurance Co.Ltd v. Geelong Harbor Trust Commissioners, 6 C.L.R. 194(1908)

65) Ronald A. Brand(주37), 4-5

66) Oceanic Sun Line Special Shipping Co. Inc. v Fay, 165 C.L.R. 197, 242 (1988); 위 사안은 한 호주인이 그리스 회사인 Oceanic Sun이 운영하는 그리스 크루즈 배를 타고 그리스 영해에서 항해중, 배 위에서 참가한 활동에서 상해를 입은데 대하여 호주 법원에서 손해배상을 구하였던 사건이었다.

67) Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd, 171 C.L.R. 538, 560 (1990); 위 사안은 두 호주 회사가 원고가 되어 Missouri에서 온 회계사를 상대로, 잘못된 세무관련 조언으로 인해 호주와 미국에서 금전적 손실을 입었음을 주장하면서 New South

forum test” 기준을 재차 확인하였다. 다만 위 법원은 이러한 기준이 전통적인 “vexatious and oppressive” test 보다는 다소 완화된 것임을 밝혔다.⁶⁸⁾ 위 척도에 의하면 피고는 더 나은 법정지의 존재 뿐 아니라 호주의 법원이 명백히 부적절하다는 점까지 입증하여야 한다.

라. 캐나다

캐나다의 판례 법리는 영국의 Spiliada 사건의 법리를 비교적 충실히 구현하는 것으로 평가된다. 대표적인 판례로 꼽히는 1993년의 Amchem Products Inc. v. British Columbia Workers' Compensation Board 사건은 피고에 의해 부적절한 법정지에 기한 항변이 제기된 전형적인 유형의 사건은 아니다. 상당수가 캐나다 British Columbia 주에 거주하고 있던 원고들은 텍사스 연방지방법원에 피고 석면회사들을 상대로 석면 노출로 인한 손해의 배상을 구하는 소를 제기하였고, 피고 석면회사들 중 일부가 부적절한 법정지의 법리에 기하여 위 소의 각하를 구하였다가 배척되자, 텍사스에 제기된 소송 계속을 차단하기 위하여 캐나다의 British Columbia 주에 소송유지(금지)명령(anti-suit injunction)을 신청하였던 사건이다. 이 사건에서 캐나다 대법원은 Spiliada 사건의 법리에 따라 원고가 택한 법원을 대체하는 더 나은 법정지의 존재가 명백히 성립되어야 한다(“clearly more appropriate”)고 판시했다.⁶⁹⁾ Spiliada를 충실히 승계한 캐나다 법원에서의 법리가 영국의 법리와의 차이점을 보이는 부분은 피고로부터 원고에게 입증책임을 전환시키는 Spiliada의 2단계 심사를 밟지 않고 1단계 심사에 가까운 입장을 취함으로써, 통상 피고에게 전체적인 입증 부담을 지운다는 것이다.⁷⁰⁾ 특히, 캐나다 법원은 원고가 사법적 유리함(juridical advantage)을 잃는 부분을 독립적인 요건으로 보지 않고 더 적절한 법정지를 형량하는 여러 요소 중의 하나로 보고 있다.⁷¹⁾

한편, 캐나다에서 형성된 법리의 특이점 중 하나는 연방제라서 주마다 규율의 차이를 보인다는 점이고, 다른 하나는 성문화의 노력이다. 예를 들어, 1994년경 캐나다 법 통일을 위한 기구인 The Uniform Law Conference of Canada(ULCC)는 “the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act(CJPTA)”라는 모델 규정을 채택했고, 이는 이후 일부 주(Saskatchewan, British Columbia and Nova Scotia)의 입법에 반영되기도 하였는데, 위 규정에는 법원이 관할을 가지고 있더라도, 이를 행사하지 않고 소송을 중지할 수 있다는 취지의 규정이 포함된다.⁷²⁾

Wales에서 소를 제기하였던 사건이다. 결국 이 사건에서는 Missouri가 더 적절한 법정지라고 판단되었다.

68) Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd, 171 C.L.R. 538, 556-557 (1990)

69) Amchem Products Inc. v. British Columbia Workers' Compensation Board, [1993] 1 S.C.R. 897, 921

70) Jeffrey Talpis(주1), 780; 그 원인 중의 하나는 관할 외 송달을 위해 원고의 입증을 통한 허가를 요하는 영국과 달리, 캐나다의 대부분의 주는 그러한 허가가 요구되지 않기 때문이다.

71) Amchem Products Inc. v. British Columbia Workers' Compensation Board, [1993] 1 S.C.R. 897, 919; 이에 반해 영국의 기준에 의하면 피고가 우선 더 적절한 법정지를 보일 책임을 지고, 이 단계가 성립한 후에는 법원은 절차가 중지되면 원고가 사법적 유리함을 잃게 되는지를 따지게 된다[Ronald A. Brand(주37), 80].

72) Art.11.

(1) After considering the interests of the parties to a proceeding and the ends of justice, a court may decline to exercise its territorial competence in the proceeding on the ground that a court of another state is a more appropriate forum in which to hear the proceeding.

캐나다 여러 주의 규율 중에서 우리 입장에서 눈여겨 보아야 할 부분은 프랑스의 전통을 계수하여 대륙법계로 분류되는 퀘벡주의 규율이다. 퀘벡주는 1994년 퀘벡 민법(Québec Civil Code) 제 3135조⁷³⁾에서 부적절한 법정지의 법리를 성문화하였다. 그러나 ‘예외적으로(exceptionally)’만 관할 행사를 거부할 수 있다는 문언에도 불구하고 위 법리가 지나치게 빈번하게 원용되고 적용되며,⁷⁴⁾ 판례상으로도 ‘예외적인’이 수식하는 부분이 자의적, 가변적이어서, 입법자의 의사에 반하고 당사자들에게 예측가능성을 부여하지 못하여 성문법 체계의 장점을 살리지 못하고 있다는 비판이 있다.⁷⁵⁾

V. 부적절한 법정지의 법리의 도입 및 구현방안

1. 국제사법 개정 경위

구 섭외사법 시행 당시, 국제사법 학계 및 민사소송법 학계에서 민사소송법 개정 또는 국제사법 개정을 통하여 국제재판관할에 관한 명시적인 규정을 둘 필요성이 계속적으로 논의된 끝에, 1999. 4. 섭외사법개정연구반이 구성되었고,⁷⁶⁾ 2001. 7. 구 국제사법(법률 제6465호) 전부개정을 통해 국제재판관할에 관한 규정들을 두기에 이르렀다. 그러나 개정 작업 당시 진행 중이던 헤이그국제사법회의에서 ‘민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약’ 성안을 위한 작업이 완결되지 않은 상태였으므로, 당시는 과도기적 조치로서 단편적인 규정만을 두었다.⁷⁷⁾ 당시까지의 판례의 태도, 특히 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결에서 도입된 ‘실질적 관련성’의 기준을 반영하여 초안이 만들어졌는데, 당초 제2조 제3항에 두었던 부적절한 법정지의 법리(forum non conveniens) 조항은 최종 삭제되었다고 한다.⁷⁸⁾

이후 혼합협약을 성안하려던 헤이그국제사법회의의 시도가 실패하고 관할합의 협약과 재판협약을 성안하는데 그치게 되자, 한국국제사법학회는 국제사법을 개정하여 정치한 국제재판관할규칙을 국제사법에 도입할 것을 강력히 촉구하였고, 2014. 법무부는 위원회를 구성함으로써 다시 국제사법 개정작업에 착수하였다.⁷⁹⁾ 법무부가 2017. 정치한 국제재판관할규칙을 담은 개정 국제사법 초안을 성안한 뒤 2018. 2. 27. 공청회를 거쳐 2018. 11. 20대 국회에 제출하였으나 폐기되었고, 법무부는 동

73) Québec Civil Code 3135. Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute.

74) 통계에 의하면 1999. 12.까지 퀘벡 법원들은 77건 중 27건에서 대륙법정지를 우선 시하며 소를 각하하였다고 한다(Jeffrey Talpis(주1), 796).

75) Jeffrey Talpis(주1), 798 이하 참조

76) 한애라, 국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향 : 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여, 민사판례연구 35권, 박영사, 1088

77) 석광현(주17), 44

78) 한애라(주76), 1088-1089

79) 상세 개정 경위에 대해서는 석광현(주17), 45-46

일한 내용의 개정안을 2020. 8. 21대 국회에 다시 제출하였으며 2021. 12. 9. 국회 본회의를 통과하였다.⁸⁰⁾ 국제사법 전부개정법률(제18670호, 이하 “개정법률”이라 한다)은 2022. 1. 4. 공포되었고 2022. 7. 5. 시행되었다.

2. 국제적 소송경합 및 국제재판관할권의 불행사 관련 규정의 도입

가. 개정법률 내용

제11조(국제적 소송경합)

- ① 같은 당사자 간에 외국법원에 계속 중인 사건과 동일한 소가 법원에 다시 제기된 경우에 외국 법원의 재판이 대한민국에서 승인될 것으로 예상되는 때에는 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 결정으로 소송절차를 중지할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 전속적 국제재판관할의 합의에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우
 2. 법원에서 해당 사건을 재판하는 것이 외국법원에서 재판하는 것보다 더 적절함이 명백한 경우
- ② 당사자는 제1항에 따른 법원의 중지 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.
- ③ 법원은 대한민국 법령 또는 조약에 따른 승인 요건을 갖춘 외국의 재판이 있는 경우 같은 당사자 간에 그 재판과 동일한 소가 법원에 제기된 때에는 그 소를 각하하여야 한다.
- ④ 외국법원이 본안에 대한 재판을 하기 위하여 필요한 조치를 하지 아니하는 경우 또는 외국법원이 합리적인 기간 내에 본안에 관하여 재판을 선고하지 아니하거나 선고하지 아니할 것으로 예상되는 경우에 당사자의 신청이 있으면 법원은 제1항에 따라 중지된 사건의 심리를 계속할 수 있다.
- ⑤ 제1항에 따라 소송절차의 중지 여부를 결정하는 경우 소의 선후(先後)는 소를 제기한 때를 기준으로 한다.

제12조(국제재판관할권의 불행사)

- ① 이 법에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우에도 법원이 국제재판관할권을 행사하기에 부적절하고 국제재판관할이 있는 외국법원이 분쟁을 해결하기에 더 적절하다는 예외적인 사정이 명백히 존재할 때에는 피고의 신청에 의하여 법원은 본안에 관한 최초의 변론기일 또는 변론준비기일까지 소송절차를 결정으로 중지하거나 소를 각하할 수 있다. 다만, 당사자가 합의한 국제재판관할이 법원에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 제1항 본문의 경우 법원은 소송절차를 중지하거나 소를 각하하기 전에 원고에게 진술할 기회를 주어야 한다.
- ③ 당사자는 제1항에 따른 법원의 중지 결정에 대해서는 즉시항고를 할 수 있다.

80) 석광현, 국제재판관할에 관한 국제사법 개정 전체 개관, 1(추후 공간 시 인용 보정 예정)

나. 해설 및 평가

개정법률 제11조(국제적 소송경합) 제1항은 동일 당사자 사이에 외국법원에 계속 중인 사건과 동일한 소가 법원에 다시 제기된 경우 외국법원이 내릴 재판이 법원에서 승인될 것으로 예상되는 경우에는 법원이 결정으로 소송절차를 중지할 수 있도록 하는 점에서 승인예측설과 유사하나, 우리 법원이 당해 사건을 처리하는 것이 외국 법원에서 처리하는 것보다 더 적절함이 명백한 경우에는 예외를 인정하는 점에서는 차이가 있고, 이는 부적절한 법정지의 법리를 가미하여 유연한 처리를 가능하게 하는 것으로 이해된다.⁸¹⁾ 위 규정과 헤이그 2001 잠정초안 제21조의 규정과의 유사성이 두드러지는데, 다만 잠정초안은 중지를 의무(shall)로 규정한 반면, 개정법률은 ‘중지할 수 있다’고 재량사항으로 규정한 것이 특징이다. 절차를 중지한 후 승인 요건을 갖춘 외국의 재판이 있는 경우에 비로소 후소를 각하하도록 규정되어 있는데(제3항), 이는 헤이그 2001 잠정초안과는 유사하나 전소 법원의 판결이 성립하기만 하면 후소를 각하하도록 한 브뤼셀 I 규정(recast)과는 다른 지점이고(각주 9 참조), 외국의 선행소송이 장기화 될 가능성이 있으므로 법원으로서의 미제 관리의 부담을 질 수 밖에 없다는 점에서 다소 우려되는 측면이 있다.

다음으로, 개정법률 제12조(국제재판관할권의 불행사)의 규정은 보통법계의 부적절한 법정지의 법리를 제한적으로 수용한 취지의 규정이다. ‘국제재판관할규칙의 경직성을 완화함으로써 구체적 사건에서 국제재판관할 배분의 정의를 보다 충실하게 구현하려는’ 목적의 규정이라 볼 수 있다.⁸²⁾ 이 규정에 따라서 법원이 국제재판관할권을 행사하지 않으려면, ‘① 국제사법에 따라 법원에 국제재판관할권이 있을 것, ② 외국에 국제재판관할권이 있는 대체법정지가 있을 것, ③ 모든 사정을 고려할 때 우리 법원이 국제재판관할권을 행사하기에 부적절하고 당해 외국의 법원이 분쟁을 해결하기에 더 적절할 것, ④ 그런 예외적 사정의 존재가 명백할 것, ⑤ 본안에 관한 최초 변론기일 또는 변론준비기일 이전의 피고의 신청이 있을 것과 ⑥ 법원이 당사자의 합의에 의하여 국제재판관할을 가지는 경우가 아니어야 할 것’의 요건이 충족되어야 한다.⁸³⁾

개정법률이 대륙법계의 이념에 매몰되지 않고, 대륙법계의 우선주의와 영미법계의 부적절한 법정지의 법리를 결합한 절충적인 입장을 입법화한 것으로 예측가능성과 구체적 타당성을 조화롭게 추구하고자 한 입법으로 평가된다. 나아가 헤이그국제사법회의를 중심으로 한 국제적 논의의 흐름을 따라 선도적으로 2001 잠정초안을 충실히 반영한 것 역시 고무적이다. 영미법계 국가들에서 부적절한 법정지의 법리도 판례 및 성문화 노력을 통해 여러 갈래로 발전해 가고 있고, 헤이그국제사법회의의 관할 프로젝트(Jurisdiction Project)에서도 해당 법리는 확고한 지지를 받아 그 중요성이 더욱 강조되고 있으므로, 시의성도 있다.

81) 석광현(주17), 95; 석광현(주80), 19

82) 석광현(주17), 106

83) 석광현(주80), 21

다만 현 시점에서 유의하여야 할 부분 중 한 가지는, 개정법률은 기존의 2001 잠정초안을 기초로 하였는데, 현재 헤이그에서의 논의는 기존 잠정초안처럼 부적절한 법정지의 법리가 예외로 작용하는 것이 아니라, 부적절한 법정지의 법리에 기초한 Better forum approach를 1차적인 잣대로 삼는 방향으로 이루어지고 있다는 점이다. 작업반의 위 논의를 주시하고 또 이에 적극적으로 참여하여야 할 필요성이 보이는 지점이다. 나아가, 부적절한 법정지의 법리는 영미법계 국가에서 판례 법리를 중심으로 발전한데다가 구체적 사안에 따른 형량과 법원의 재량판단을 중시하는 제도이므로, 성문법에 의한 규율과 법적 안정성을 중시하는 대륙법계의 기존 체계와 다소 상충될 가능성이 있다. 따라서, 당사자들의 예측가능성을 보장하기 위해 외국의 제도를 세밀히 참고하여 그 재량권 행사의 기준을 세밀히 축적해 나갈 필요가 있다.

3. 구체적 구현방안 – 쟁점별 검토

가. 적용범위

1) 전속적 국제재판관할과의 관계

개정법률은 제10조에 전속적 국제재판관할 규정을 두어, 대한민국의 공적 장부의 등기 또는 등록에 관한 소, 대한민국 법령에 따라 설립된 법인·단체의 설립 무효, 해산 또는 그 기관의 결의의 유효·무효 등에 관한 소, 대한민국에 있는 부동산에 관한 물건에 관한 소, 등록에 의하여 창설되는 지식재산권이 대한민국에 등록되어 있는 경우 그 지식재산권의 성립, 유효성 또는 소멸에 관한 소는 대한민국 법원에 전속관할이 있음을 명시하고 있다. 그렇다면 국내법에 따라 우리 법원에 전속적 국제재판관할이 있을 경우에도 소송경합 또는 국제재판권 불행사에 관한 규정이 그대로 적용될 수 있는지가 문제된다. 위에서 본 개정 국제사법은 국제적 소송경합의 규율에 대한 예외로 ‘전속적 국제재판관할의 합의에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우’만 규정하고 있고 법에 따라 전속적 국제재판관할이 있는 경우를 명시적으로 배제하는 규정을 두고 있지는 않다.

우선, 국제규범은 어떠한 방식으로 이 문제에 접근하고 있는지 본다. 2001 잠정초안에 의하면 전소 법원이 우선권을 가지는 것이 원칙이지만, 만일 후소 법원이 잠정초안 제12조 등의 규정에 따라 전속 관할을 가지는 경우에는 전소 법원은 관할이 없는 것으로 보므로,⁸⁴⁾ 결국 소송경합에 관한 규정은 적용이 없는 것이 된다. 같은 해석기준으로, 국내 법원에서 제기된 소가 후소일 경우에도 전속적 국제재판관할이 있는 경우라면 전소 법원이 관할이 없는 것이 되므로 제11조 소송경합에 관한 규정의 적용이 없는 경우이거나 배제된다고 보아도 무방할 것이다. 나아가, 국내 법원에 전속적 재판관할

84) HCCH, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, Prel.doc. No.11 of Aug. 2000, 90

(<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>, 2022. 7. 1. 확인)

에 근거한 관할이 있는 경우라면 다른 법원에 관할권이 있고 그 법원이 관할권을 행사하기에 더 적절하다고 보기는 어려우므로, 제12조의 규정 역시 적용이 없을 것이다.

이와 관련하여, 추후에 관할협약이 성안되고 우리가 체약국이 되는 경우에, 국내에서 위와 같이 전속적 국제재판관할사항으로 규정한 부분과 협약과의 관계가 문제될 수 있다. 국제협약은 반드시 전속적 관할 사항을 적극적으로 규정하는 방법⁸⁵⁾ 외에도, 애초에 국내법상 전속적 관할이 있을 법한 일부 쟁점을 협약 적용범위의 '예외'로 명시함으로써 협약의 적용을 배제하는 방법을 취하기도 한다. 예를 들어 2019 재판협약은 제2조(Exclusions from scope)에서 '자연인의 지위와 법적 능력, 혼인 등 가족법과 관계된 쟁점, 유언과 상속, 도산, 운송, 해양오염, 핵으로 인한 피해, 법인의 유효성, 무효 또는 해체나 자연인 또는 법인의 조합, 공적 장부 등록의 효력, 명예훼손, 프라이버시, 지적재산권, 군대의 활동, 법 집행, 독점금지(경쟁)법, 일방적 국가채무조정 등'은 협약 적용범위의 예외로 정하고 있다. 개정법률 제10조에서 대한민국이 전속적 관할을 가지는 것으로 정한 사항 중 추후 관할협약의 예외와 중복되는 범위 내에서는⁸⁶⁾ 한국이 체약국이 되는 경우를 상정하더라도 협약 적용이 배제된다. 다만, 이 때 사안은 직접적 주제로 다루는 경우를 의미하고, 사안의 전제 등으로 다루어지는 것에 불과한 경우는 예외에 해당되지 않는다.⁸⁷⁾

더 나아가 현재 관할협약 프로젝트 작업반 논의 중에도 '체약국 국내법상 해당 법원이 전속적 국제재판관할을 보유하는 것으로 정하고 있는 경우에는 협약 적용범위에서 제외한다는 일반적 규정을 둘 수 있을 것인지'에 대하여는 논의가 있었으나 일단은 체약국의 일방적인 행위로 적용 범위를 제한하는 것이 바람직하지 않다는 이유로 채택되지 않았고, 대신 일방적 선언규정(A separate declaration mechanism)을 둘 필요성이 논의되고 있다(2019 재판협약 제18조 규정(Declarations with respect to specific matters) 참조). 그렇다면 우리나라가 추후 성안되는 관할협약에 가입하게 될 경우, 예외규정의 범위를 검토하고, 이에 포함되지 않는 우리의 전속적 관할규정이 존재하는 경우 이에 대하여 선언을 통한 유보를 미리 준비할 필요가 있을 것이다.

2) 전속적 국제재판관할합의와의 관계

국제적 소송경합 및 국제재판권 불행사에 관한 규정이 당사자들 사이에 전속적 국제재판관할 합의가 있을 경우에도 적용되는지, 혹은 합의가 우선하여 규정의 적용이 배제되는지가 문제될 수 있다. 당사자 자치(party autonomy)에 어느만큼 방점을 두느냐의 문제이기도 하다. 참고로, 헤이그국제사법회의의 2005. 관할합의 협약은 앞서 본 바와 같이 당사자들 사이의 전속적 관할 합의에 의해 지정

85) 브뤼셀협약(제16조), 브뤼셀 I Recast(제24조), 2001년 초안(제12조) 등에서 전속적 국제재판관할 사항을 규율하고 있다.

86) 현재 재판협약 프로젝트 작업반은 기존 2019 재판협약상 예외 규정(제2조)을 기초로 논의 진행중이나, 문서의 대상과 쟁점이 2019 재판협약의 그것과는 상이하므로 별도의 예외 규정이 정립되어야 한다는 문제의식도 가지고 있다. 이와 관련하여 작업반은 헤이그 국제사법회의의 사무국(PB)에 국제 조약들의 병행소송에 관한 규율 현황을 바탕으로 그 예외 규정의 항목별 유지 필요성을 연구해 줄 것을 의뢰하였고, 필자가 기초 연구 수행 및 보고서 초고 작성을 담당하였다.

87) Garcimartin/Saumier, Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, para 43

된 법원은 그 합의에 따라 관할권을 행사할 의무(shall)를 지고, 그러한 경우 그 법원은 그 분쟁이 다른 국가에서 결정되어야 한다는 이유로 관할권 행사를 거부할 수 없다고 함으로써, 명시적으로 부적절한 법정지의 법리의 적용을 배제한다(제5조 제1, 2항 참조)⁸⁸⁾. 나아가 유효한 관할 합의에 따라 내려진 판결에 대해서는 계약국은 협약에 정해진 예외적인 경우가 아닌 한 그 판결을 승인·집행할 의무를 부담한다(제8조 참조).

우리나라는 아직 2005 관할합의 협약의 계약국이 아니지만, 개정법률은 국제적 소송경합에 관한 제11조 규정은 “전속적 국제재판관할의 합의에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우”에는 적용이 없도록 하였고(제11조 제1항 제1호), 국제재판관할권을 불행사할 수 있는 근거를 정한 제12조의 규정 역시 “당사자가 합의한 국제재판관할이 법원에 있는 경우”에는 적용이 없도록 함으로써(제1항 단서), 소송경합 시 소의 선후나 부적절한 법정지의 법리가 적용될 만한 상황에도 불구하고 법원이 당사자들의 합의에 따라 재판을 계속할 의무를 부과하고 있다. 이는 당사자 자치를 존중하고, 당사자의 예측가능성과 법적 안정성을 제고하기 위하여 예외적 사정에 의한 재판관할권 불행사의 법리의 적용을 제한한 것으로,⁸⁹⁾ 타당한 방향이라고 본다. 다만 구체적 사안에서 관할합의의 해석의 문제가 남을 수 있다. 나아가, 개정 국제사법이 2005 관할합의 협약의 중요한 부분들을 이미 반영하고 있는 만큼, 그 가입을 검토할 필요성도 더욱 증대되었다고 할 것이다.

3) 판결 승인·집행단계에서 재판권 불행사의 가부

채무자의 소재나 자산이 여러 관할에 걸쳐 있을 경우, 채권자는 판결의 집행단계에서 역시 유리한 법정지를 모색하게 된다. 이 때 채무자는 채권자의 집행지 선택에 대하여 부적절한 법정지의 법리를 들어 항변할 수 있는가? 외국판결의 승인·집행 신청이 접수된 법원이 외국에 보다 더 나은 법정지가 있음을 들어 그 집행을 거부할 수 있는가의 문제이기도 하다.

이 문제에 대하여 헤이그 2019 재판협약은 판결이 다른 국가에서 승인·집행되어야 한다는 이유로 법원이 판결의 승인·집행을 거절할 수는 없다고 명시한다(제13조).⁹⁰⁾ 일부 국가에서는 판결 채무자의 거주지나 채무자 자산의 소재 등 외국판결의 집행을 위한 관할을 요구하기도 하는데, 이러한 경우 채무자는 부적절한 법정지의 법리를 원용하여 더 적절하고 편리한 법정지가 있다고 항변할 수 있는 여지가 있게 된다.⁹¹⁾ 이러한 추가적인 분쟁은 집행절차를 지연시키고 판결채권자의 이익을 해

88) Art. 5 (Jurisdiction of the chosen court)

1) The court or courts of a Contracting State designated in an exclusive choice of court agreement shall have jurisdiction to decide a dispute to which the agreement applies, unless the agreement is null and void under the law of that State

2) A court that has jurisdiction under paragraph 1 shall not decline to exercise jurisdiction on the ground that the dispute should be decided in a court of another State.

89) 석광현(주17), 104

90) Art. 13 (Procedure)

2. The court of the requested State shall not refuse the recognition or enforcement of a judgment under this Convention on the ground that recognition or enforcement should be sought in another State

91) GARCIMARTÍN-SAUMIER REPORT(주87), para 319

할 우려가 있으므로, 위 제13조 제2항은 제1항의 예외로서, 국내법상 근거가 있더라도 더 나은 법정지가 있다는 이유를 들어 집행을 거부할 수 없도록 명문화한 것이다.

사건으로도 집행단계에서 부적절한 법정지의 법리에 근거한 항변 및 배척을 허용하지 않는 편이 바람직하다고 본다. 우선 우리 법 체계는 외국재판(판결)의 승인·집행에 관한 규정을 국제사법에 두지 않고 민사소송법 제217조(외국재판의 승인) 규정을 통해 규율하고 있는데, 위 규정상 승인 또는 집행단계에서 부적절한 법정지의 법리를 반영할 근거가 없고, 국제재판관할권의 불행사에 관한 개정 법률 제12조를 유추적용하기도 어렵다. 나아가, 채권자로서는 통상 채무자나 채무자 자산의 소재지, 소재한 자산의 종류, 그 자산의 환가가능성 및 채무를 만족시키는지, 그 자산이 채무자에게 중요한지 등 여러 가지를 고려하여 집행지를 선택하게 된다. 때로는 특정 국가에서의 집행이 채권자 스스로에게도 더 많은 비용을 초래하더라도, 환가가능성이 높다거나, 채무자에게 압박을 준다는 등의 여러 가지 집행의 이익을 고려할 수 있다. 이러한 집행채권자의 이익도 나름대로 정당성이 있으며, 판결까지 받은 집행채권자에게 해당 집행지가 채무자에게 유리하고 적절한 집행지 내지 자산이라는 점까지 고려 및 입증해야 하는 부담을 부과하는 것은 가혹한 측면이 있다. 집행지와 관련하여 제반 사정을 심사하는 것은 법원에게도 과도한 부담이 될 수 있다.⁹²⁾ 장기적으로는 2019 재판협약에의 가입 필요성까지 고려하면 그 규정에 어긋나는 실무의 형성은 장애가 될 수 있다는 점도 고려요소이다. 뿐만 아니라 비단 2019 재판협약까지 가지 않더라도, 외국 판결의 승인·집행은 본안에 나아가지 않는 형식적 심사 위주로 이루어지는 것이 판례의 흐름이자 바람직한 방향이기도 하다.

나. 심사강도

1) 심사강도 및 입증책임

각 국가의 판례 법리상 부적절한 법정지의 법리에 관한 심사강도 및 입증책임 분배의 경향에 관하여 살펴본다. 이는 원고의 법정지 선택을 얼마만큼 존중하는가의 문제이기도 하다. 기본적으로 영국, 미국, 캐나다 등은 Spiliada 사건으로 대표되는 “more appropriate forum test”를 취하고, 호주의 법리는 “clearly inappropriate forum’ test를 취하고 있다.⁹³⁾

92) 근래 Unidroit(International Institute for the Unification of Private Law)에서는 현재 효율적인 집행을 위한 모범실무에 관한 문서를 성안하기 위한 작업반(Best Practices for Effective Enforcement Working Group)을 운영하고 있는데, 그 중의 하나의 쟁점으로 채권자의 집행지 또는 집행자산 선택에 대응하여 채무자가 (채무자에게 유리한) 더 나은 법정지가 있다고 선택 항변할 수 있는가가 논의되고 있기도 하다; UNIDROIT 2021 Study LXXVIB - W.G.2 - Doc. 2, SECRETARIAT'S REPORT ON THE BACKGROUND, STATUS OF THE PROJECT AND INTERSESSIONAL DEVELOPMENTS., 2021. 11.

(<https://www.unidroit.org/english/documents/2021/study76b/wg02/s-76b-wg02-02-e.pdf>, 2022. 7. 1. 확인)

93) 이에 대하여 Von Mehren 교수는 미국, 영국, 캐나다는 “convenience-suitability approach” 접근법을, 호주는 “abuse-of-process approach” test를 취한다고 평가하기도 한다(Arthur T Von Mehren, Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems, 295 RECUEIL DES COURS, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE 9, 326 (2002)).

가) 영국 및 영연방의 more appropriate forum test

앞서 본 바와 같이 영국 귀족원은 Spiliada 사건을 통해 완화된 심사기준을 제시했다. 위 Spiliada 사건에서 제시된 2단계 판단구조에 의하면, 1단계로 피고가 1차적으로 다른 법정지가 존재하고, 명백히 더 적절하다는 것을 보일 책임이 있다. 피고에 의해 더 명백하게 적절한 법정지가 있다는 입증이 일응(prima facie) 성립하면, 법원은 통상적으로 절차의 중지를 명한다.⁹⁴⁾ 이 때, 2단계로 책임이 원고에게 전환되어 “그럼에도 소송을 중지시키지 않는 것이 정의에 부합하다는 사정(circumstances by reason of which justice requires that a stay should nevertheless not be granted)”을 보일 책임을 지게 된다.⁹⁵⁾ 이 때 ‘법원이 다른 법정지에서 상당한 정의가 행해질 수 있을 것이라고 본다면, 원고가 이익(advantage)을 박탈당할 것이라는 사정만으로는’⁹⁶⁾ 위 중지를 막을 수는 없다. 그러므로 원고는 England에서 소송하면 절차적으로 유리하다거나, 배상액의 규모가 더 크다거나, 더 유리한 시효 규정의 적용을 받는다거나 하는 점을 보이는 것으로는 충분치 않고, 대체법정지에서는 상당한 정의가 행하여지지 않는다는 것을 보일 것이 요구된다.⁹⁷⁾ 참고로, 원고가 사법상 유리함(juridical advantage)을 박탈당하는 측면에 대해서, 영국은 이를 별도의 단계로 고려하여 원고에게 입증책임을 부여하지만, 유사한 심사기준을 채택한 캐나다에서는 고려 형량요소 중의 하나로 포함시켜, 전체적으로 피고에게 그 입증책임을 부여하는 차이가 있다.⁹⁸⁾

나) 미국

1947. 미국의 Gilbert 사건에서 비추어지는 연방대법원의 태도는 기본적으로 원고의 이익 및 자율을 존중하는 태도이다. 즉, 피고로서는 현재의 법정지보다 다른 법정지가 명확하게 더 적절하고 편리하다는 것을 보일 수 있어야 한다.⁹⁹⁾ 위 Gilbert 사건과 같은 날 판결이 내려진 Koster v. American Lumbermens Mutual Casualty Co. 사건에서 역시 미 연방대법원(Jackson 대법관)은 뉴욕 거주자가 일리노이 피고들을 상대로 뉴욕동부지방법원에 제기한 주주대표소송(Shareholder Derivative action)을 각하한 판단을 유지하면서도, 원고의 home forum에 대한 판단은 상당한 존중과 추정을 받는다고 명시했다.¹⁰⁰⁾ 한편, 앞서 본 Piper Aircraft Co. 사건을 통해 Gilbert 사건의

94) Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460, 478

95) Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460, 476, 478; Ronald A. Brand[주37], 3

96) Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 460, 482

97) Lubbe v. Cape plc, [2000] 1 W.L.R. 1545 (House of Lords)

98) Stephen G. A. Pitel, The Canadian Codification of Forum Non Conveniens, 7 J. PRIV. INT'L L. 251 (2011), 258; Philippa Webb, Chapter 29: Forum non conveniens: a comparative perspective, The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law, 2020, 393

99) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947), 508; “unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice of forum should rarely be disturbed.”

100) Koster v. American Lumbermens Mutual Casualty Co., 330 U.S. 524; “When there are only two parties to a dispute, there is a good reason why it should be tried in the plaintiff’s home forum if that has been his choice. He should not be deprived of the presumed advantages of his home jurisdiction except upon a clear showing of facts which either (1) establish such oppressiveness and vexation to a defendant as to be out of all proportion to plaintiff’s convenience, which may be shown to be slight or nonexistent, or (2)

“절차 남용(abuse of process)” 접근법에서 “가장 적절한 법원(most suitable approach)” 접근법으로 옮겨감으로써 그 심사기준이 보다 완화되었다는 평가도 있다.¹⁰¹⁾

다) 호주

앞서 살펴본 바와 같이 호주는 “clearly inappropriate forum test” 기준을 유지하여 호주가 명백히 부적절한 법정지인지를 중심으로 심리하는 경향을 보인다. 호주의 기준에 의하면 피고는 기존 절차에서 계속 심리를 진행하는 것이 피고에게 억압적이고 괴로움을 가져와 원고의 관할선택권의 남용에 해당한다는 점을 보일 것이 요구되므로, 원고의 선택에 대하여 한층 더 존중을 하게 되고, 피고의 입증 부담이 더 커지는 셈이 된다.

호주 법원의 척도와 영국 법원의 척도가 가져오는 실질적인 차이는 실제로는 크지 않을 수도 있다. 위 각 척도에 따라 결과가 달라지는 사안은 법원 스스로 진단하였듯이, 외국에 존재하는 법정지가 자연적(natural) 법정지이거나 더 적절하지만, 그렇다고 해서 기존 법원(호주)이 명백히 부적절한 법정지라고는 말할 수 없는 드문 경우에 한정된다.¹⁰²⁾ 그럼에도 영국의 척도는 양 법정지를 비교한다면, 호주의 척도는 기존 법정지에서 계속 진행하는 것의 장단점에 초점을 맞춘다는 점에서 큰 차이가 있다.

유의할 점은, 호주 법원이 비교적 엄격한 전통적인 기준을 유지하고 있으나 병행(중복)소송의 경우에는 이를 다소 완화하는 경향을 보이고 있다는 점이다. 중복 이혼소송이 문제된 Henry v. Henry¹⁰³⁾ 사건에서는, 이미 처에 의해 모나코에서 이혼소송이 계속중인 상황에서 부(夫)에 의하여 호주에서 재차 이혼 소송이 제기되었는데, 법원은 이에 대한 처의 중지 요청을 받아들이면서, “같은 사안에 대하여 소송이 계속중인데 두 번째 또는 후속 소송을 시작하는 것은 일응(prima facie) 괴롭힘을 주고 억압적인 것(vexatious and oppressive)”이라고 평가했다.

2) 외국인 원고에 대한 심사강도

원고가 대한민국 국적자 내지 대한민국에 소재한 법인 등이 아니라 외국인일 경우, 부적절한 법정지의 법리에 근거한 각하 여부를 정할 때 같은 기준을 적용하여 원고의 관할 선택을 최대한 존중하는 것이 타당한가, 혹은 본인의 거주지(이른바 home forum)이 별도로 있음에도 외국에 소를 제기한 외국인 원고의 경우에는 그 선택의 정당성을 보다 엄격히 심사해야 하는가? 달리 말해 외국인 원고에 대한 차별적 취급이 정당화되는가의 문제이다. 위 Piper Aircraft Co. 사건에서 1심 법원은 원고의 법정지 선택은 강한 추정을 받고, 사익 및 공익 요소가 명백히 대체 법정지 쪽으로 향할 때에야 반복

make trial in the chosen forum inappropriate because of considering affecting the court's own administrative and legal problems.”

101) Julius Jurianto, Forum Non Conveniens Another Look at Conditional Dismissals, 83 U.Det. Mercy L. Rev. 369 (2006). 381

102) Voth v Manildra Flour Mills Pty. Ltd, 171 C.L.R. 538, 558 (1990)

103) Henry v. Henry, 185 C.L.R. 571(1996)

될 수 있으나, 원고가 외국인일 경우 이러한 추정은 약화된다고 판단하였다. 원고가 ‘home forum’을 선택했을 때에는 더 편리하다고 추정하는 것이 합리적이나, 원고가 외국인일 경우 이러한 선택은 덜 존중받게 됨이 상당하다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 그리고 이러한 1심 판단은 연방대법원의 지지를 받았다.

미 연방제2순회법원은 이에 대하여 *Iraggorri v. United Technologies Corp.*¹⁰⁵⁾ 사건에서, 자국 원고의 법정지 선택을 더 우선시 하게 되는 것은 편리함을 형량한 자연적인 결과이고, 반드시 외국인 원고에 대한 차별을 의미하는 것은 아니라고 한 바 있다. 위 항소 법원은 미 연방대법원의 취지는 원고의 법정지 선택이 전략적 이익을 위한 경우보다 정당한 이유들에 기반하였을 때 더 존중을 받는다는 것이고, 위 정당한 이유에는 원고의 편리함과 미국에 거주하는 원고가 관할을 획득할 수 있는 능력이 포함된다고 보았다.

이와 관련하여 헤이그 2001 잠정문안 제22조 제3항은 협약 적용 시 이러한 보호주의적인 접근을 경계하며 “절차의 중지 여부를 정할 때, 법원은 국적 또는 당사자들의 상거소에 기반한 차별을 하여서는 아니 된다(3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.)”고 정한다. 이 규정은 원고가 외국인이라는 이유만으로 그 법정지 선택을 덜 존중하는 것은 금지하는 취지로서 그 자체로 상징성이 있다. 그러나 이 규정이 제22조 제2항 (a)에 제시된 상거소에 기반한 편리성 심사(any inconvenience to the parties in view of their habitual residence)를 배제하는 취지는 아니라고 설명된다.¹⁰⁶⁾ 이 취지에 의하면, 거소지에 관련한 적정한 형량을 하였고 외국인 원고라는 이유만으로 달리 취급한 것이 아니라면 이는 위 문안이 금지하는 외국인 원고에 대한 차별대우를 한 것은 아니게 된다.¹⁰⁷⁾

사건으로는, 원고의 상거소지는 아래에서 보는 바와 같이 주요 형량요소로서 자연스럽게 심사될 것이고, 이 과정에서 원고가 국내에 거주하지 않는 경우라면 불리한 요소로 작용하는 것은 부득이하다고 하더라도, 국제적 기준에 비추어 외국인이라는 이유로 대외적인 심사기준을 달리 적용하는 것은 자제되어야 한다고 본다.

3) 항소심의 심사강도

개정법률에 의하면 국내법원이 국제재판관할권을 행사하지 아니하고 소송절차를 중지하거나 각하한 경우, 각하판결에 대하여 당사자는 항소를 할 수 있고, 중지 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다(제12조 제3항). 이 때 항소심 내지 항고심에서 적절한 법정지에 대하여 1심 판단을 어떠한 강도로

104) *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255-56 (1981) ; “When the home forum has been chosen, it is reasonable to assume that this choice is convenient. When the plaintiff is foreign, however, this assumption is much less reasonable. Because the central purpose of any forum non conveniens inquiry is to ensure that the trial is convenient, a foreign plaintiff’s choice deserves less deference.”

105) *Iraggorri v. United Technologies Corp.*, 274 F.3d 65, 73 (2d Cir. 2001)(en banc); Ronald A. Brand(주37), 52

106) HCCH(주84), 92

107) HCCH(주84), 92

심사하여야 하는지가 문제될 수 있다. 이는 사실심(1심)의 판단을 어느 정도 존중할 것인지의 문제이기도 하다.

미국 법원은 대체로 1심 법원 판사의 재량을 존중하여 그 판단에 재량권의 일탈·남용이 있는지를 기준으로 심사하는 흐름을 보인다.¹⁰⁸⁾ 대표적인 예로, 위 Piper Aircraft Co. 사건에서 대법원은, 부적절한 법정지의 법리는 1심 법원의 적절한 재량에 따르며, 그 재량의 명백한 남용이 있을 경우에만 그 판단을 번복한다는 취지를 명확히 하면서, (1심) 법원이 모든 공익 및 사익 요소를 고려하였고 그 형량이 합리적이라면 그 판단은 상당한 존중(substantial deference)을 받아야 한다고 판시했다. 이를 전제로, 1심이 사건과 스코틀랜드와의 관련성이 압도적(overwhelming)이라고 표현한 것은 다소 과장된 것이라 하더라도, 이 사건에서 많은 증거가 영국에 남아있어 스코틀랜드에서 재판이 이루어지는 것이 더 적절하다는 판단이 재량을 벗어난 것은 아니라고 보았다.

미 연방대법원의 이러한 1심 법원에 대한 존중 및 심사 자제 경향(deferential review)에 대하여는 일관되지 않은 판결례를 형성하여 법적 안정성을 몰각시킨다는 비판이 있기도 하다.¹⁰⁹⁾ 한편, 미 항소심은 연방대법원에 비해 예측가능성을 더 중시하면서, 1심 법원의 재량에는 한계가 있음을 강조하기도 하고¹¹⁰⁾ 1심이 앞서 미 연방대법원에서 제시된 형량 요소들을 개별적으로 고려하고 평가할 것을 요구하기도 했다¹¹¹⁾.

추후 개정법률에 따라 형성되는 실무례를 지켜보아야 할 것이지만, 법원의 재량을 존중하는 법원 리나 사건 초기 단계에서 사건을 불확정한 상태로 오래 두는 것은 지양해야 하는 점 등을 고려하면, 사실심의 재량을 존중하는 위 연방대법원의 태도를 참고할 필요가 있다.

다. 심사척도

개정법률 제12조의 규정은 ① 법원이 국제재판관할권을 행사하기에 부적절하고, ② 국제재판관할이 있는 외국법원이 분쟁을 해결하기에 더 적절하다는 예외적인 사정이 명백히 존재할 때, 소송절차를 중지하거나 소를 각하할 수 있다고 규정할 뿐, 국제재판관할권 행사를 배제할 명확한 심사기준을 열거 또는 예시하고 있지는 않다. 그렇다면 이 때 적절 여부의 심사기준은 어떠한가? 부적절한 법정지의 법리를 받아들인 영미법계 국가들 사이에서도 심사기준, 고려요소에 관한 법리가 분화되어 차이를 보이고 있다. 이러한 문언의 차이는 종종 결국 분석의 단계나 중점을 두는 요소, 입증책임 등에 차이를 가져오고, 궁극적으로는 각 법원의 ‘재량의 행사’에 영향을 미치게 된다. 생소한 법리를 받아들여 판단의 틀을 만들어 나가야 하는 우리의 입장에서는 형량 요소 하나하나를 신중히 설계할 필요

108) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947), 508 참조("The doctrine leaves much to the discretion of the court to which the plaintiff resorts.")

109) Gary B. Born(주48), 373

110) Pain v. United Techs. Corp., 637 F.2d 775, 781 (D.C. Cir. 1980)

111) Synegy, Inc. v. ZS Assocs, Inc., 2009 WL 1532117 (3d Cir.); Wilson v. Island Seas Invs., Ltd., 590 F.3d 1264 (11th Cir.2009)

가 있음은 물론이다.

1) 헤이그 2001 잠정문안의 고려요소

우선, 헤이그 2001 잠정문안 제22조 제2항은 4가지 고려요소를 제시하고 있는데, 여기에는 a) 상거소지에 비추어 당사자들이 겪을 불편, b) 문서와 증인을 포함한 증거의 성질과 위치 및 그러한 증거를 얻는 절차, c) 적용되는 시한, d) 본안 결정의 승인 및 집행을 획득할 가능성이 포함된다.¹¹²⁾ 이 사안은 한정적이거나 열거적 규정은 아니고, 순위를 내포하고 있지도 않으며, 당시에는 이외에 분쟁 해결에 적용될 실체법, 법적 조력의 가능성, 구제수단 등이 관련 있는 요소로 거론되었다.¹¹³⁾

2) 미국 - 사익 및 공익 요소의 고려

가) 사익 요소

(1) 전술하였듯이 미국의 판례는 사익 요소와 공익 요소를 모두 형량요소로 고려하는 특징을 보인다. 앞서 본 위 Gilbert 사건을 비롯하여 미 연방대법원 판례에 나타난 사익 요소는 “증거에의 상대적 접근 용이성, 비협조적 증인을 출석시키는 비용 또는 비협조적 증인 출석 강제절차의 유무, 현장을 볼 가능성, 현장을 보는 것이 사건에 적절한지 등 소송을 쉽고, 신속하고, 경제적이게 만드는 모든 실용적인 문제들, 나아가서 판결의 집행가능성, 공정한 재판에 대한 상대적인 유리함 또는 장애물 등”이다.¹¹⁴⁾

(2) 눈여겨보아야 할 쟁점 중 하나는, 당사자의 입장에서 대체법정지 실체법의 유,불리를 고려 요소로 삼을 수 있는가이다. 앞서 본 Piper Aircraft Co.사건에서 원심인 연방항소법원은 원고가 대체법정지의 실체법이 더 불리함을 들어 항변할 수 있다는 취지로 이를 긍정하였으나, 연방대법원은 “부적절한 법정지의 법리를 적용할지 여부에 관한 심사에 있어서, 부적절한 법정지의 법리의 적용에 의해 분쟁 해결에 적용될 실체법(substantive law)이 변경될 가능성이 있다는 사정은 (고려요소가 전혀 될 수 없는 것은 아니지만) 결정적이거나 중요한 기준이 될 수 없다”는 이유 등을 들어 연방항소법원의 판단을 파기하였다.¹¹⁵⁾ 이와 관련하여 연방대법원은 부적절한 법정지의 법리의 가치는 유연성

112) Art. 22. (2) The court shall take into account, in particular -

a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;

b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;

c) applicable limitation or prescription periods;

d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.

113) HCCH(주84), 91

114) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947), 508; “the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witness; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of judgment ... relative advantage and obstacles to fair trial. ... the plaintiff may not... “vex”, “harass” or “oppress” the defendants.”

115) Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 248-251 (1981)

(flexibility)에 있고 이를 유지하는 것이 중요함을 강조하면서, 만일 하나의 요소에 중심을 두게 되면 위 법리의 가치를 잃게 될 것을 우려했다. 원고로서는 가장 유리한 법정지를 선택할 것이므로, 위와 같은 기준에 의하면 위 법리를 적용하여 소를 각하하는 것이 어려워질 것이고, 보다 실질적으로 부적절한 법정지의 법리의 취지는 법원으로 하여금 복잡한 비교법의 문제를 피할 수 있게 하려는 것이고 이것이 공익 요소인데, 위 논리에 의하면 오히려 법원이 다른 법정지의 실체법까지 분석하여 비교해야 하는 부담을 안게 된다는 점을 지적하였다. 무엇보다 대법원은 이미 외국 원고들에게 매력적인 미국 법원이 더욱 매력적이 되어, 소송의 증가가 법원의 부담을 더욱 가중시킬 것이라고 우려를 표시하기도 하였다. 다만 연방대법원은 실체법의 불리함을 전혀 고려하지 말라는 뜻은 아니고, 대체법정지의 구제수단이 명백하게 부적절하거나 부족하거나 구제수단이 없을 경우에는 그러한 차이는 상당한 무게를 두어, '정의의 관점(interest of justice)'에서 각하가 부적절하다고 볼 수 있을 것이라고 여지를 남겨 두었다. 그러나 스코틀랜드법상 무과실책임이 인정되지 않는다거나 배상액이 더 적을 것이라는 사정 만으로는 이에 해당하지 않음을 분명히 하였다.

(3) 다른 고려요소는, 다른 국가의 사법시스템 또는 절차의 부족함 내지 하자를 형량요소로 삼을 수 있는가의 문제이다. 근래 영미법계에서 다국적 기업(MNC)의 외국에서의 불법행위를 주장하며 외국 피해자들이 소를 제기할 경우, 부적절한 법정지의 법리가 다국적 기업 피고들의 항변사항으로 등장하는 경우가 종종 목격된다. 이런 경우 원고들은 본국 법원의 시스템의 미비 등 부적절성을 재항변사항으로 거론할 수 있다. 예를 들어, 인도 보팔(Bhopal) 지역에서 일어난 대형 유독가스 유출사고와 관련하여 손해배상소송이 Union Carbide사를 상대로 미국에서 제기되었고, 당시 인도 사법제도가 충분히 발전되지 않았고 심각한 소송지연이 있으며 불법행위법이 충분히 발전되지 않았고 증거개시 제도가 불충분하여 인도는 적절한 법정지가 아니라는 취지의 주장이 제기되었는데, 1심 법원은 이러한 주장을 배척하고 부적절한 법정지의 법리에 근거하여 위 소송을 각하하였다.¹¹⁶⁾ 미국의 일부 법원들은 중요 증거를 얻는 과정에서의 절차적 장애물 등 외에도, 배심제도가 없다거나, 성공보수제의 결여 등을 다른 법정지가 적절하지 않다고 보는 주요 요소의 하나로 반영한 사례들이 있는 반면, 디스커버리 제도의 미비, 구두변론의 차단, 부패나 기초적인 판례법리의 미발전 등은 결정적이지 않은 요소로 평가한 사례들도 보인다.¹¹⁷⁾ Connelly v. RTZ Corp. 사건¹¹⁸⁾에서 영국 법원은 당사자들 모두 영국 법원에서 변호사, 과학 전문가에 의해 전문적인 대변(professional representation)을 받을 수 있는데 대체법정지인 나미비아에서는 이를 기대하기 어려울 경우, 정의의 관점에서 나미비아가 적절한 대체법정지라고 볼 수 없다고 판시하기도 하였다.

나) 공익 요소

116) In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986)

117) Julius Jurianto(주101), 385

118) Connelly v. RTZ Corp.[1987] 4 All E.R. 335., 347

다음으로, 위 Gilbert 사건을 비롯하여 미 연방대법원 판례에 나타난 공익 요소에는 “사건이 적체된 법원이 갖게 되는 (사건관리의) 행정적인 어려움, 소송에 관련 없는 지역사회에 속한 사람들에게 부과되어서는 안되는 배심원으로서의 부담, 지역 분쟁을 그 지역에서 해결하는 것에 대한 그 지역의 이해관계(또는 반대로 그 지역의 이해관계의 결여), (외국 또는 타 주의 법을 적용할 필요 없이) 그 지역(주) 법을 적용하는 법원에서 직접 재판하는 적절성(즉, conflicts of law - 외국 법, 준거법 등을 판단하는 어려움)” 등이 있다.¹¹⁹⁾ 이러한 요소를 바탕으로 Gilbert 사건에서 미 연방대법원은 당사자들이 뉴욕 출신이 아니고, 모든 사건이 버지니아에서 일어났으며, 모든 증인들은 버지니아에 있고, 뉴욕법원에서의 재판은 시민들(배심원의무 관련)과 법원(준거법 분석 관련)에 부담이 된다는 논거를 들어, 1심 법원의 판단을 수긍하였다. 위 Piper Aircraft Co. 사건에서 법원은, 이 사건을 심리할 경우 Piper사에는 펜실베이니아 법을, 다른 피고(Hartzell)에게는 스코틀랜드 법도 적용하여야 하는데 이러한 외국법을 적용할 필요성은 각하의 근거가 된다고 하며 소를 배척한 1심 법원의 판단을 지지하였고, 이 과정에서 미 연방대법원은 배심원들이 법 적용단계에서 혼란스러울 수도 있고, 법원이 스코틀랜드법에 친숙하지 않은 점 등의 실질적인 이유도 아울러 들었다.

미국의 판례 법리에서 나타난 미국의 공익 요소를 종합하여 보면, 이 때의 공익은 정의 등의 관념에 입각한 것이 아니라 미국의 이익, 보다 구체적으로는 미국 법원으로서의 사건 유입을 적절히 차단함으로써 미국 법원이나 미국의 지역사회가 불필요하게 떠안게 되는 부담을 경감시킨다는 취지임을 이해할 수 있다. 이는 미국의 법원이 징벌적 손해배상제도 등 비교적 높은 배상액, 배심제도, 패소당사자에게 소송비용을 전부 전가시키지 않는 제도 등 여러 가지 면에서 매력적이어서 외국 원고들에게 매력적인 법정지로 작용한다는 인식에 기반한다. 이 때문에 외국인 원고를 위한 재판을 하느라 사건 적체가 발생하여 납세자, 시민, 거주자들이 재판 기회를 기다려야 한다는 것은 부당하다는 통념이 발생한 것이다. 더 나아가서는 외국에서 영업활동을 하는 미국 기업이 외국인 원고가 미국에서 제기한 소송에서 피고가 되어 다른 국적의 기업에 비해 더 불리한 위치에 처하고 있다는 문제의식도 작용하고 있다.

3) 기타

영국 법원은 Spiliada 사건을 통해 제시한 2단계 판단구조 중 1단계 심리 단계에서, (a) 증인의 존재, (b) 관련 거래를 규율하는 법, (c) 당사자들의 거주지나 영업지 등을 고려하도록 하고 있다.¹²⁰⁾

다음으로, 캐나다 법원들 역시 법정지의 적절성을 평가하기 위해 법정지에서 당사자들이 감수하는

119) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 (1947), 508-509; “Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers... Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is a reason for holding the trial in their view... There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case..”

120) Ronald A. Brand[주37], 22

비용과 어려움, 잠재적 증인, 준거법, 병행소송의 방지 등 여러 요소를 고려한다.¹²¹⁾ 특히, 앞서 본 The Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act(CJPTA) 제11조 제1항은 부적절한 법정지의 법리를 명시하고, 제2항은 과거에 법원에 의해 명시적 또는 묵시적으로 고려된 요소들을 열거하고 있는데, 이는 기존의 법리를 성문화한 것이고 추가적인 요소를 입법한 것은 아니라고 설명된다.¹²²⁾ 그럼에도 고려요소가 명문으로 열거되면서 법원의 판단에 중요한 영향을 미칠 것으로 전망된다.¹²³⁾ 위 규정¹²⁴⁾에서 제시하는 고려 요소는 다음과 같다.

- (a) 당사자들의 상대적인 비용과 편의
- (b) 절차의 준거법
- (c) 중복된 법적 절차를 피하는 것이 바람직한지
- (d) 다른 법원의 모순된 결정을 피하는 것이 바람직한지
- (e) 최종 판결의 집행
- (f) 전체적인 캐나다 법 체계의 공정하고 효율적인 운영

아울러, 대륙법계임에도 부적절한 법정지의 법리를 성문화한 퀘벡주 판례 법리에서 가장 빈번하게 고려되는 요소는 “1) 피고의 거주지, 2) 자연적 법정지의 위치, 3) 증인의 거주지, 4) 계약 생성 및 집행을 장소, 5) 다른 관할 내에 진행 중인 소의 존재 및 그 단계, 6) 준거법, 7) 원고의 사법적 이익, 그리고 8) 정의(interests of justice)” 등이다¹²⁵⁾.

4) 검토

우선, 사익 요소와 관련하여, 당사자나 증인의 법원에 대한 접근성이나 이로 인해 당사자가 부담하게 되는 비용이나 편의 등은 헤이그 2001 잠정초안이나 영국, 미국, 캐나다 등 주요 보통법계 국가들의 법리에서 모두 중요하게 여겨지는 기준이고 타당하다. 그러나 한편, 위 조건들은 수십년 전, 길게

121) Jeffrey Talpis[주1], 782

122) Stephen G. A. Pite[주98], 254; 위 조문을 적용한 판결로 캐나다 연방대법원의 Teck Cominco Metals Ltd Lloyd's v. Lloyd's Underwriters, [2009J 1 SCR 321, affg (2007) 67 BCLR '4ti 101 (CA), affig (2006) O BCLR (4th) 261 (SC) 사건 참조

123) Stephen G. A. Pite[주98], 258

124) the circumstances relevant to the proceeding, including:

- (a) the comparative convenience and expense for the parties to the proceeding and for their witnesses, in litigating in the court or in any alternative forum;
- (b) the law to be applied to issues in the proceeding;
- (c) the desirability of avoiding multiplicity of legal proceedings;
- (d) the desirability of avoiding conflicting decisions in different courts;
- (e) the enforcement of an eventual judgment, and
- (f) the fair and efficient working of the Canadian legal system as a whole.

125) 1) residence and domicile of the defendant, 2) location of the natural forum, 3) place of residence of the witnesses, 4) place of formation and execution of the contract, 5) existence of another action pending in another jurisdiction, and the stage of such proceeding, 6) the law applicable to dispute, 7) juridical advantages for the plaintiff, and 8) the interests of justice

는 100년 전에 형성된 잣대이다. 그간 교통과 통신기술, 그리고 재판제도에 현격한 발전이 이루어졌는데도 예전과 같은 비중으로 이를 받아들일 것인지는 신중히 살펴보아야 할 문제이다. 예를 들어, 원격(화상) 증인신문, 용이해진 증거 전송, 나아가 헤이그 송달협약이나 증거협약 등 국가간 사법공조에 관한 협약 체결 및 시스템의 구축은 외국에서의 재판을 용이하게 하는 여러 가능성을 제시하고 있으므로, 이러한 시점에 새로운 제도를 구축할 때에는 이러한 점을 심분 고려해야 할 것이다.

다음으로, 외국 법정지의 시스템을 평가하는 것은 신중을 기해야 하는 측면이 있다. 사법시스템은 전체를 알아야 적절한 평가가 가능한데 짧은 심리 과정에서 이것이 가능한가의 문제가 있고, 국제 예양과 사법주권, 상호주의 등의 측면에서도 문제될 여지가 있기 때문이다. 다만, 국내 기업의 외국활동에 의해 피해를 입은 외국 당사자의 구제를 외면하는 것은 단기적으로는 우리 기업 보호에 도움이 될지는 몰라도 장기적으로는 인권 및 국가 시스템에 대한 신뢰도 저하를 초래할 수 있다는 점 역시 유의할 필요가 있다. 외국인 원고에 대하여 차별적 심사기준을 적용하는 것도 같은 맥락에서 문제가 된다. 참고로, 유엔인권이사회(UNHRC)는 산하 작업반을 통하여 다국적 기업의 인권침해와 관련하여서는 관할을 확대하고, 부적절한 법정지의 법리 등에 근거한 각하 등을 자제시키려는 움직임을 보이고 있는데 이러한 국제적 움직임도 면밀히 주시할 필요가 있을 것이다.¹²⁶⁾

끝으로, 공익 요소와 관련하여, 사익 요소와 공익 요소를 구별하여 형량요소로 삼는 미국의 선례는 우리 제도를 설계하는 데에도 좋은 참고자료가 된다. 법원이 지는 부담이 과도할 때 심리 역시 수월하지 않을 것이기 때문이다. 이는 우리의 제도에도 낮은 기준이 아니다. 대법원¹²⁷⁾은 구 국제사법 제 2조에 따라 국제재판관할권 인정 근거인 ‘당사자 또는 분쟁이 된 사안과 대한민국의 실질적 관련성’을 판단하면서, “국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원 내지 국가의 이익도 함께 고려하여야 할 것이며, 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자와의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 할 것”이라는 기준을 제시해 왔다. 이와 관련하여 국내에는 독일의 관할이익 분류이론이 소개되었는데, 여기에는 “사적 이익인 ① 당사자 이익(가능한 한 당사자와 법원에서 소송을 하는 데 대하여 당사자가 가지는 지리상, 언어상 또한 통신상의 이익)과, 공적 이익인 ② 법원이익(사안과 증거조사가 편리한 곳에서 재판을 하는 데 대하여

126) UNHRC는 United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UN Guiding Principles) 성안의 일환으로 Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights 작업반을 설립하여 다국적 기업의 인권침해와 관련한 문서 성안을 논의하고 있는데, 다국적 기업의 인권침해를 이유로 한 사건의 경우 피해자의 국적이나 거주지에도 불구하고, 어떤 법원에도 관할이 발생하고 법원은 관할을 행사할 의무를 부담한다는 내용의 규정이 논의되고 있다; <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc> (제3차 초안 제9조 참조, 2022. 7. 1. 확인)

127) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 등 참조

법원이 가지는 이익 및 준거법과 관련하여 외국법이 아닌 자국법을 적용함으로써 얻는 이익), ③ 국가이익(국제재판관할의 긍정 또는 부정에 대하여 국가가 가지는 이익, 즉 원고의 정당한 이익을 침해함이 없이 피고를 보호함으로써 법적 평화를 유지하고, 원고에 대해 그의 국적에 관계없이 실효적인 권리보호를 하는 이익), ④ 질서이익(국제사법의 이상의 하나인 ‘국제적 판결의 일치’를 실현하기 위하여 국제적으로 통용되는 연결원칙을 따르고, 국제재판관할의 배분도 국제적 판결의 일치하는 이상에 봉사함으로써, 자국 판결이 외국에서 승인될 개연성을 제고하고, 동일사건에 대해 다시 외국에서 재판하는 것을 피할 수 있도록 하는 이익)” 등이 있다.¹²⁸⁾ 이와 같이 종래 우리 국제재판관할권 유무를 판별하기 위하여 검토되었던 판례 법리와 이익들은 국제재판관할권의 행사 유무를 정하는 형량 요소로도 큰 의미를 가진다고 할 것이다.¹²⁹⁾

라. 심리 및 재판의 방식

1) 조건부 결정의 문제

미국, 영국, 캐나다, 호주 등의 판례법리의 공통점 중 하나는 부적절한 법정지의 법리 행사 요건으로 ‘대체법정지의 존재’가 성립할 것을 요구한다는 것이다. 부적절한 법정지의 법리에 의해 관할권을 행사하지 않는다는 것은 대체법정지에서 재판을 하는 것이 더 적절하다는 것이지, 원고의 소송가능성을 봉쇄한다는 의미는 아니기 때문이다. 그러므로 소를 중지 또는 각하하는 법원은 더 적절한 법정지에서 원고가 적절한 구제를 받기를 기대하나, 이것이 항상 용이한 것은 아니다. 미국에서 이루어진 한 양적 연구에 의하면, Gilbert 사건 이후 1984년말까지 연방법원들이 부적절한 법정지의 법리에 의거하여 각하한 사건들을 대상으로 질문지를 발송하여 회신된 85건을 조사한 결과, 85건 중 18건의 원고는 청구를 포기하였고, 22건은 최초 손해 추산액 50%이하의 수준에서 합의하였으며, 14건은 확인되지 않은 액수 또는 50% 이상의 액수로 합의하였고, 16건의 경우에만 외국 법원에서 후속 소송을 진행하였으며, 그 16건 중에서도 조사 당시까지 소송이 계속되거나 패소하거나 결과가 알려지지 않은 사건이 상당수였다고 한다.¹³⁰⁾ 여러 원인이 결합하여 작용하겠으나, 부적절한 법정지의 법리에 근거한 각하 또는 중지가 원고가 후속 절차를 진행하는데 1차적 장애물로 작용함을 추단할 수 있다. 그리고 이는 불법행위 사건에서 다국적 기업의 사회적 책임을 면피하게 하는 수단으로 악용될 수 있다.

이 때문에 영미법계의 많은 법원들은 부적절한 법정지의 법리에 근거하여 소송절차를 중단하거나

128) 석광현, “국제재판관할의 기초이론: 도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 법학논총 제22집 제2호(2005. 12), 한양대학교, 22면; 한애라(주76), 1102-1103

129) 이 경우 다만, 관할권 유무 판단과 행사 여부 판단이 반복된다는 문제가 있을 수 있다. 실제로 외국 선례에 의하면 그 판단이 명확하게 구분되지는 않는 경향을 보인다. 미국 및 영국의 선례에서 송달 허가 여부를 판단할 때 법정지의 적절성이 판단되는 사례는 앞서 보았다. 또한, 2007년 미 연방대법원은 Sinochem Intern.Co.Ltd. v. Malaysia Intern. Shipping Corp. 사건(549 U.S. 422, 127 S.Ct., 1184, 1188)에서, ‘물적 또는 인적 관할 판단이 어렵고, 부적절한 법정지의 법리가 각하(dismissal)쪽으로 강하게 기울 때, 법원은 덜 부담스러운 길(less burdensome road)을 택할 수 있다’고 판시함으로써, 법원이 부적절한 법정지의 법리에 기반하여 사건을 각하하기 이전에 반드시 스스로의 관할을 명확하게 성립시킬 필요는 없다는 지침을 제시했다.

130) Julius Jurianto(주101), 389

소를 각하시킬 때 대체법정지에서의 소송에 관한 ‘조건’을 결부시켜 왔다. 영국의 Spiliada 사건 역시 조건부 결정이 가능함을 인정했고¹³¹⁾, 캐나다 온타리오주의 Courts of Justice Act(CJA) 제106조 규정은 법원이 부적절한 법리 등에 근거하여 소송절차를 중단할 때 적정하다고 여겨지는 조건을 부과할 수 있도록(“A court...may stay any proceeding ...on such terms as are considered just”) 명시하고 있기도 하다.

가장 흔히 부과되는 조건은 피고로 하여금 대체법정지에서의 소송에 동의하도록 하는 것이다.¹³²⁾ 판결상의 조건은 때로 피고가 대체 법정지에서 제소·응소하는 것을 넘어, 모든 소멸시효 등의 항변을 포기하거나, 더 나아가 판결 후 승인·집행에 동의할 것까지 요구하기도 한다.¹³³⁾ 예를 들어, 호주의 대표적인 사안인 Voth 사건에서 호주 최고법원은 New South Wales가 부적절한 법정지임을 인정하면서도, 대체법정지인 Missouri에서 피고가 시효와 관련된 어떠한 항변도 포기하는 것에 동의하는 것을 조건으로 절차를 중지하였다. 앞서 본 보팔 가스사건에 대해서 미국 제2연방순회항소법원은 피고가 인도 법원에서의 관할에 동의하고 시효 항변을 포기할 것을 조건으로 하는 뉴욕연방지방법원의 각하 결정을 인용하면서도, 1심에서 부과된 조건 중에서 인도 법원에서 어떠한 결과가 나오든 그 집행에 동의한다거나, 인도에서 미 연방민사소송규칙(FRCP)에 의한 증거개시를 수락할 것 등의 동의를 조건으로 하는 것은 받아들이지 않았다.¹³⁴⁾ 근래 미국 하급심 판결 중에는 부적절한 법정지의 법리의 대가로 피고로 하여금 외국 법원에서 배상책임을 인정하고 바로 손해의 산정에 나아가도록 하는 실체적 조건까지 부과한 사례도 엿보인다.¹³⁵⁾

우리 제도에서 부적절한 법정지의 법리에 근거하여 소를 각하하거나 절차를 중지하는 ‘결정’을 내리면서 주문에 조건을 부과할 수 있는가에 관하여 논의가 분분하나, 현 제도상으로는 용이하지 않은 측면이 있다. 특히, 각하 결정에 대하여는 무엇보다 일의적으로 해석되어야 하는 주문의 효력이 불안정하게 될 여지가 있고, 결정이 이미 확정된 후에 조건 미이행 시의 처리, 즉 당사자에게 이익 또는 불이익을 어떻게 부과할 것인지의 문제가 있다. 다른 한편, 중지결정의 경우에는 조건을 부과하고, 미이행 시 상대방의 신청으로 소를 재개할 수 있도록 하는 것은 법원의 재량 행사의 범위 및 소송 절차의 범위 내에서 가능할 것으로 보인다. 그런데 여전히 발생하는 문제는, 그 조건 부과가 외국 법원까지 구속한다고 보기는 어렵다는 점이다. 예를 들어, 관할이나 제척기간, 시효규정 등의 문제는 때

131) Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd [1987] A.C. 484; 더 나아가 귀족원은 영국 법원은 원고가 이 나라에서 그 절차를 개시한 이익을 상실하지 않도록 조건을 부과해야 한다고도 하였다.

132) Julius Jurianto(주101), 370, 402; 이런 조건이 상시화되면서, ‘대체법정지의 존재’를 요건의 하나로 심리하는 대신 이를 조건으로 부과하는 것으로 대체하는 현상까지 나타나고 있고, 때로는 이른바 대체법정지에서의 관할을 창설하는 결과를 가져오기도 한다고 한다.

133) David W. Robertson, Forum Non Conveniens in America and England: “A Rather Fantastic Friction,” 103 L.Q. REV 398, 408 (1987); Douglas W. Dunham & Eric F. Gladbach, Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the 1990s, 24 BROOK. J. Int’l L. 665, 690-91 (1999)

134) In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, 809 F.2d 195 (2d Cir.), cert. denied, 484 U.S. 871 (1987)

135) Pain v United Technologies Corp, 637 F (2d) 775 (DC Cir 1980), cert denied, 454 US 1128 (1981)

로는 직권조사사항 등에도 해당하여 피고의 항변 포기로 반드시 해결될 일은 아니다. 더 나아가 외국 법원에서 특정 절차나 판단을 전제하기로 하는 조건 등은 예양, 사법주권의 관점에서도 문제가 있다. 현실적인 방법 중의 하나는 피고가 일정기간 안에 제소할 것 또는 특정 항변을 포기할 것 등의 조건을 중지 결정의 이유나 조서 등에 부기해두고, 대체법정지에서의 절차가 원만하게 진행되지 않을 경우 이를 감안하여 사건의 재개 여부를 결정하는 길일 것이다.

2) 실무상 사법공조의 가능성 및 방안

부적절한 법정지의 법리에 근거하여 재판권을 불행사할 경우에 다른 법원과의 공조의 필요성과 가능성이 문제된다. 헤이그 관할협약 프로젝트의 작업반에게 주어진 임무 중에는 ‘사법적 조정(coordination)과 공조(cooperation)’에 관한 검토하는 것까지 포함된다. 현 단계에서도 간헐적으로 그 가능성이 논의되고 있으나 동시에 언어, 비용 등 그 어려움까지 함께 거론되고 있고 아직 구체적인 방안이 모색되지 않는 단계이다. 추후 논의를 지켜보아야 할 것이나, 법정지의 적절성을 평가하는 단계에서 정보를 확보하기 위해, 또는 대체법정지에서의 원고의 구제를 보장받는 차원 등에서 법원간 커뮤니케이션을 활용해 볼 여지가 있다. 이와 관련하여 1965 헤이그 송달협약이나 1970 헤이그 증거협약 등에서 활용된 중앙당국(central authority) 모델이나, 국제도산절차에서 법원간 사법공조의 관행 및 도산사법네트워크(Judicial Insolvency Network)에서 성안한 국제도산관련 공조규범(Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters 또는 JIN Guidelines) 등의 선례와 서울회생법원의 공조 경험 등이 유용한 참고자료가 될 것으로 보인다.

VI. 결론

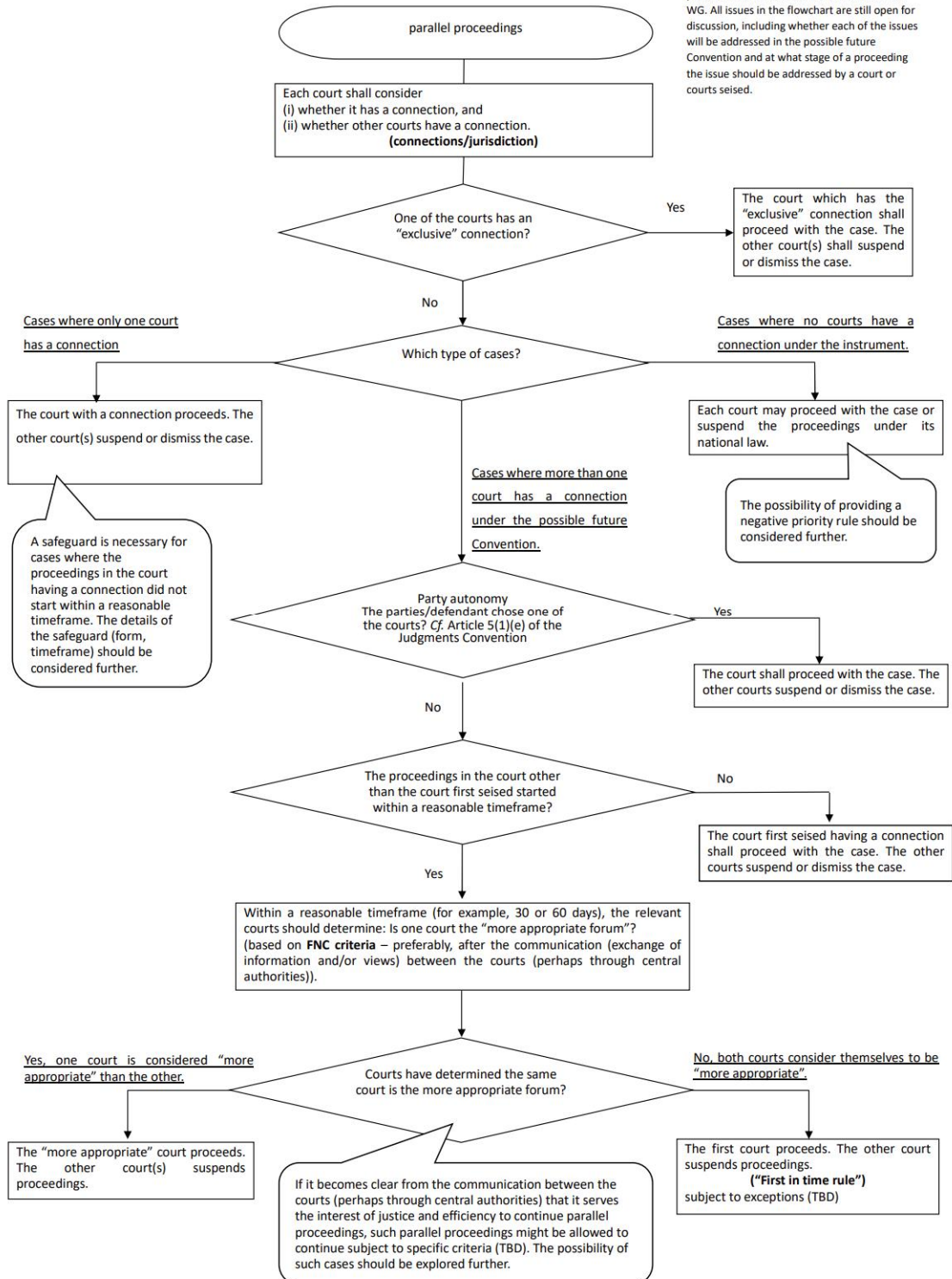
개정 국제사법은 대륙법계의 체계에 매몰되지 않고 과감히 영미법계 요소인 부적절한 법정지의 법리와 헤이그국제사법회의의 관할협약에 관한 2001 잠정초안의 틀을 도입한 선진적인 입법으로 평가할 수 있다. 섭외적 요소가 있는 분쟁이 늘어나고 국제적 소송경합이 현실적인 문제로 등장하고 있는 현 시점에, 국제적 소송경합과 국제재판권불행사에 관한 규정을 도입한 개정법률의 시의성과 중요성이 확인된다. 다만, 현재 헤이그국제사법회의에서 관할협약에 관한 논의가 재개되었고 그 논의 방향이 가변적인만큼 법원과 학계 모두 그 논의의 흐름을 면밀히 주시할 필요가 있다. 나아가, 부적절한 법정지의 법리는 법원의 재량을 폭넓게 인정하고 구체적 타당성을 쫓는다는 이념에 입각하고 있으므로, 그 장점을 살리면서 기존 체제와 정합성을 유지하려면 쟁점별로 비교법적 연구를 통해 실무례를 구축해 나가야 할 것이다.

[첨부] 헤이그국제사법회의의 관할 프로젝트 실무작업반 제2차 회의 제시 Flow Chart

Basic structure of the possible future Convention

(Flowchart clarifying the points for future discussion by the WG)

*This flowchart is intended to help clarify the points still in need of further discussion in the WG. All issues in the flowchart are still open for discussion, including whether each of the issues will be addressed in the possible future Convention and at what stage of a proceeding the issue should be addressed by a court or courts seized.



〈 참고문헌 〉

[단행본]

- 석광현, “민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정”, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004
- 김효정 외, 외국재판의 승인과 집행에 관한 연구, 사법정책연구원, 2020
- Ronald A. Brand 외, Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements“, Oxford University Press, 2007
- Gary B. Born 외, International Civil Litigation in United States Courts, Wolters Kluwer(6th edition), 2018
- Garcimartin/Saumier, Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters
- Hélène van Lith, International Jurisdiction and Commercial Litigation - Uniform Rules for Contract Disputes, T.M.C.Asser Press, 2009

[국내논문]

- 노태악 외, 루가노협약과 브뤼셀규정에 관한 연구, 국제규범의 현황과 전망 : 2007년 국제규범연구 반 연구보고, 대법원 법원행정처, 2016
- 석광현, 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽연합규정 (“브뤼셀 규정”) : 브뤼셀 협약과의 차이를 중심으로, 한양대학교 법학논총20집 1호, 2003
- _____, 국제재판관할에 관한 국제사법 개정 전체 개관 (추후 자료 공간 시 보정 예정)
- _____, 국제재판관할의 기초이론: 도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의”, 법학논총 제22집 제2호(2005. 12), 한양대학교
- _____, 2005년 헤이그 재판관할합의협약의 소개, 국제사법연구 제11호(2005. 12.),
- _____, 2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 충적을 중심으로, Dong-A Journal of IBT Law, Vol.21, 2018
- _____, 헤이그국제사법회의의 「민사 및 상사사건의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약」 2001년 초안, 법학논총 20집1호, 한양대학교, 2003
- 이혜민, 통계로 본 외국재판의 집행판결 20년사 2000~2019 외국재판 집행청구 각하사건을 중심으로

로, 법조 통권740호, 2020

이필복, 국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구 -소송과 중재를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 2020

한애라, 국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향 : 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여, 민사판례연구 35권, 박영사

[외국논문]

Arthur T von Mehren, - 'Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-wide: Can the Hague Conference Project Succeed?', 49 American Journal of Comparative Law, (2001)

Arthur T von Mehren, Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems, 295 RECUEIL DES COURS, ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE 9, 326 (2002)

David W. Robertson, Forum Non Conveniens in America and England: "A Rather Fantastic Friction," 103 L.Q. REV 398, 408 (1987)

Douglas W. Dunham & Eric F. Gladbach, Forum Non Conveniens and Foreign Plaintiffs in the 1990s, 24 BROOK. J. Int'l L. 665, 690-91 (1999)

Jeffrey Talpis & Shelley L. Kath, The Exceptional as Commonplace in Quebec Forum Non Conveniens Law: Cambior, a Case in Point, 34 R.J.T. n.s. 761 (2000)

Julius Jurianto, Forum Non Conveniens Another Look at Conditional Dismissals, 83 U.Det. Mercy L. Rev. 369 (2006)

Paul Beaumont, Forum non Conveniens and the EU Rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution, Revue critique de droit international prive 2018

Paxton Blair, The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law, 29 COLUM. L. REV. 1, 22-23 (1929)

Philippa Webb, Chapter 29: Forum non conveniens: a comparative perspective, The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law (2020)

Richard Garnett, The Judgments Project: fulfilling Asser's dream of free-flowing judgments, The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law (2020)

Ronald A. Brand, Challenges to Forum Non Conveniens, 45 N.Y.U. J. INT'l L. & POL.

1003 (2013)

Stephen G. A. Pitel, The Canadian Codification of Forum Non Conveniens, 7 J. PRIV.
INT'L L. 251 (2011)

[기타자료]

- Commission Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast), COM (2010) 748 final (Dec. 14, 2010)
- HCCH PB, 'Conclusion of the Special Commission of June 1992 on general affairs and policy of the Conference' (August 1992) Preliminary Document No 18
- HCCH, Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, Prel.doc. No.11 of Aug. 2000
- UNIDROIT 2021 Study LXXVIB 8211; W.G.2 & 8211; Doc. 2, , SECRETARIAT'S REPORT ON THE BACKGROUND, STATUS OF THE PROJECT AND INTERSESSIONAL DEVELOPMENTS,, 2021. 11.

미국의 부적절한 법정지의 법리에 관한 사례를 중심으로 한 토론

이경훈 변호사(법무법인 광장)

먼저 발표하신 이해민 판사님의 깊이 있는 분석과 제안이 이번 주제를 이해하는 데에 많은 도움이 되었음을 말씀드립니다. 이하에서는 부적절한 법정지의 법리(Forum Non Conveniens)와 관련된 미국에서의 사례를 중심으로 간단한 소개 및 토론을 준비하고자 한다.

1. 부적절한 법정지의 법리에 대한 미국법원의 판단기준/심사척도

미국에서는 부적절한 법정지에 관한 법리를 기본적으로 원고의 forum shopping 전략에 대한 피고의 대응 방안(법리)으로 바라보고 있다고 이해된다. 이러한 측면에서 미국법원은 부적절한 법정지의 법리에 기초한 피고 측 주장(신청)을 판단함에 있어 (1) 대체법정지의 존재여부와 아울러 (2) 당사자 등에 관한 사익적 요소(private factors) 및 (3) 공익적 요소(public factors)를 함께 종합적으로 고려하는 것으로 이해된다.

이와 관련한 미국법의 대표적인 규정들을 살펴보면, 미국 연방법전 제28편 제1404조(28 USC §1404)에서는 당사자들의 사익적 요소(convenience of parties and witnesses)와 공익적 요소(interest of justice)를 함께 규정하고 있는 반면,¹⁾ 뉴욕주법 (Civil Practice Law and Rule §327)에서는 “interest of substantial justice”라는 문구를 사용하고 있다.²⁾ 다만, 이와 같은 조문 표현상의 차이에도 불구하고, 미국법원의 판례나 해석론은 기본적으로 공익적 요소와 사익적 요소를 모두 고려하고 있는 것으로 이해된다.

다만, 미국법원 판결례의 내용을 살펴보면 사익적 요소의 경우에는 판단의 근거들이 비교적 명시적으로 설시되어 있는 반면(예를 들어, 응소를 위한 피고의 현실적 내지 잠재적 부담, 당사자들의 거

1) 미국 연방법전 제28편 제1404조 제(a)항의 전문은 다음과 같다.

For the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice, a district court may transfer any civil action to any other district or division where it might have been brought or to any district or division to which all parties have consented.

2) 뉴욕주 Civil Practice Law and Rule 제327조 제(a)항의 전문은 다음과 같다:

When the court finds that in the interest of substantial justice the action should be heard in another forum, the court, on the motion of any party, may stay or dismiss the action in whole or in part on any conditions that may be just. The domicile or residence in this state of any party to the action shall not preclude the court from staying or dismissing the action

주지, 증인 및 관련 증거들의 소재지, 청구원인사실의 발생지 등), 공익적 요소의 경우에는 판단의 근거가 구체적으로 명시되어 있지 않는 경우가 많다고 파악된다 (경우에 따라서는 해당 사건의 준거법이 외국법인지 또는 해당 주의 법인지 여부나, 해당 주(州) 법원의 사건부담 현황 등을 종종 실시하고 있는 것으로 파악된다).

최근에는 화상재판과 함께 전자증거의 활용도가 증가함에 따라(번역의 경우 기계번역을 활용하는 경우가 빈번해지고 있음), 기존에 사익적 요소로 고려되었던 항목들의 중요도가 낮아지거나 없어지는 추세도 나타나고 있다. 반면, 세계 각국의 개인정보 내지 데이터 보호제도 등에 관한 새로운 규제들이 입법화 됨으로써 증거의 국경간 이동이 제한되는 경향도 나타나고 있으므로, 법원이 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장의 당부를 판단함에 있어 새롭게 고려하여야 하는 요소들도 생겨나고 있다.

한편, 원고가 소를 제기한 제소법정지와 피고가 주장하는 대체법정지간 실제법상 차이가 존재하는 경우라도(실무상 자주 발생하는 쟁점 중 하나로는, 제소법정지에서는 징벌적 배상(punitive damage)이 인정될 수 있는 반면, 대체법정지에서는 그와 같은 징벌적 배상을 허용되지 않거나 제한적으로만 허용되는 등의 경우가 그것이다). 미국법상으로는 이러한 차이의 존재가 부적절한 법정지의 법리를 인정함에 있어 중요하게 고려되고 있지는 않은 것으로 파악된다. 오히려 punitive damages의 청구가 원고측에서 forum shopping을 시도한 것으로 이해되는 사례도 발견된다.

2. 부적절한 법정지의 법리에 대한 미국법원의 심리절차

미국 소송절차에서 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장은 Motion형태로 제기된다. 즉, 피고의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장(항변)은 사건의 본안에 대한 답변(Answer)이 아닌, 본안에 대한 다툼 이전에 그리고 본안에 대한 다툼과는 별개로 제기하는 주장으로서, 이에 관한 법원의 판단(재판)을 구하는 신청의 일종(motion)이다. 이러한 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장(신청)은 해당 소송의 결론을 좌우할 수 있다는 점에서 처분적인 신청(dispositive motion)에 해당한다고 볼 수 있다. 이 점에서 미국에서는 피고의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 신청은 본안전 처분적 신청(pretrial dispositive motion)으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 2022. 7. 5. 자 개정 국제사법은 이와 유사한 내용을 규정화한 것으로 이해된다(국제사법 제12조 제1항).

피고가 부적절한 법정지의 법리에 기초하여 motion to dismiss를 신청하는 경우, 절차상으로는 원고가 피고의 motion to dismiss에 대한 반박서면(opposition to dismiss)을, 이후 피고 측에서 원고 측 반박서면에 대한 답변서면(reply to opposition)을 제출하는 순서로 진행되는 것이 일반적이다. 앞서 언급한 것처럼 피고의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion이 받아들여질 경우 소가 각하(dismiss)되는 효과가 있는 만큼, 원고에게 충분한 반박의 기회가 부여될 필요가 있다. 2022. 7. 5. 개정 국제사법은 이러한 내용을 규정화한 것으로 이해된다(국제사법 제12조 제2항).

입증책임의 부담 관련, 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion to dismiss의 특성상 미국법원은 원고가 소장에서 주장하는 관할에 관한 사실관계를 일응 사실인 것으로 보면서 이를 번복하고자 하는 피고 측에 번복을 위한 입증책임을 부담시키고 있다. 다만, 그 입증의 정도는 민사소송의 일반적인 입증 기준인 preponderance of evidence 를 따르는 것으로 보인다.

피고의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion to dismiss 절차에서는 원칙적으로 증거개시(discovery) 절차는 진행되지 않는다. 즉, 증거개시절차에서 통상적으로 진행되는 증언녹취(deposition)나 문서제출(document production) 등의 절차는 일반적으로 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion에서는 진행이 되지 않는다. 다만, 피고가 주장하고 있는 부적절한 법정지의 법리와 관련된 요건들을 증명하기 위한 목적에서 증거를 제출하는 것은 허용이 된다. 실무상으로는 주로 당사자의 진술서나, 대체법정지가 존재한다는 점 등에 관한 대체법정지 법률전문가의 진술서 등이 제출되고 있다.

이처럼 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion to dismiss는 본안에 관한 절차와는 엄격하게 구분되어 진행이 된다. 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion이 받아들여진다면 해당 소송은 그 것으로 종결되고, 반면 해당 motion이 기각된다면 다른 motion이 제기되는 등의 특별한 사정이 없는 한 해당 소송은 본안에 관한 절차로 진행하게 된다.

3. 미국 연방법원과 주(州) 법원에서의 부적절한 법정지의 법리의 취급에 관한 차이의 가능성

부적절한 법정지의 법리를 취급함에 있어 미국의 연방법원과 주(州) 법원 사이에 다소간의 차이가 존재하는 것으로 보인다.. 예를 들어, 연방법원의 경우 공익적 요소를 미합중국의 공익을 고려하는 등으로 비교적 폭넓게 인정하고 있는 것과 달리, 주(州) 법원의 경우 공익적 요소를 해당 주(州) 자체의 이익만을 고려하는 경향이 있다고 보인다. 또한, 부적절한 법정지의 법리에 기초한 motion을 받아들이는 경우에도 연방법원은 절차에 대한 중지결정(stay order)을 내리는 경우가 종종 있는 반면, 주(州) 법원의 경우 확정적인 소 각하(dismiss with prejudice) 결정을 내리는 것이 많은 것으로 보인다.

이와 관련, 약간은 다른 맥락에서 참고가 될 수 있는 최근의 미국 연방대법원 판결을 소개하고자 한다. 미국 연방법전 제28편 제1782조(28 USC §1782, 이하 “제1782조”)는 외국 또는 국제 재판부가 진행하고 있는 사건 또는 절차에서 이해관계인이나 당사자가 일정 요건을 충족하는 경우 미국에 소재하고 있는 특정인을 상대로 미국법상 증거개시제도를 활용하는 것을 허용하고 있는데,³⁾ 이는 외

3) 미국 연방법전 제28편 제1782조 (a)항의 전문은 다음과 같다.

The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the

국의 법원 재판절차 등에서 사용하기 위한 목적에서 미국 내에서의 증거개시절차를 국제예양과 상호 존중 등의 이념을 바탕으로 허용하는 규정이다. 이런 제1782조 규정의 적용 범위와 관련하여, 미국 연방대법원은 최근 *ZF Automotive US, Inc., et al. v. Luxshare, Ltd.* 판결을 통하여 미국에서의 증거개시 (discovery) 제도에 따른 증거조사는 사적인 중재기관의 국제상사중재사건에는 적용되지 않는다고 판시하였다.⁴⁾ 이로 인하여 제1782조의 효용범위가 종전보다는 제한이 될 것으로 예상되는데, 미국 연방법원은 위 사건의 판시이유에서 자국의 법원이 외국의 순수 사적 분쟁을 해결하기 위한 사적 기관을 지원하기 위하여 자원을 제공하도록 할 이유가 없다고 설시한 바 있다. (“Why would Congress lend the resources of district court to aid purely private bodies adjudicating purely private disputes aboard?”).

달리 해석할 여지가 있을 수 있으나, 이는 미국 사법 자원의 유지와 보존을 중요한 가치로 여기는 미국 연방대법원의 의사가 드러난 것으로 해석될 수 있다. 이번 토론 주제와 맥락은 약간 다를 수 있겠으나, 위 미국 연방대법원의 판결 내용에 비추어보면 미국법원이 향후 부적절한 법정지의 법리에 관한 판단을 내리면서 주법원은 물론 연방법원에서도 순수하게 외국인이 당사자인 사건에 대하여 판단을 자제하는 재판(즉, 피고 측의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 신청을 인용하는 재판)을 내리는 경향이 증가할 것으로 조심스럽게 예측해 볼 수 있겠다.

4. 상소심에서의 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장에 대한 심리

미국법원에서는 일반적으로 부적절한 법정지의 법리에 기초한 주장을 판단함에 있어 제1심 법원이 재량(court discretion)을 행사할 수 있고 또 이러한 재량은 기본적으로 존중받아야 한다는 것이 일반적이다. 이에 따라 부적절한 법정지의 법리에 기초한 신청에 대하여 제1심 법원이 내리는 결정에 대하여 상소가 제기된 경우, 상소심 법원은 부적절한 법정지의 법리에 관한 요건이 충족되었는지 여부가 아니라 제1심 법원이 재량권을 남용하여 재판을 하였는지 여부에 심사의 초점을 맞추고 있다. 다만, 상소심 법원이 실무상 제1심 법원의 재량권 남용 여부에 대하여 판단을 함에 있어 부적절한 법정지의 법리에 관한 요건이 충족되었는지 여부 등에 대하여도 살피는 것으로 이해된다.

document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

- 4) 실무적으로 그간 각종 소송 또는 중재절차에서 미국에 있는 증거를 확보하기 위한 방편으로 헤이그 증거협약(Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters)에 따른 증거조사보다는 제1782조에 기초한 증거개시 제도에 따른 증거조사가 널리 사용되었는데, 미국 연방법원은 위 판결을 통하여 제1782조의 적용범위에서 사적인 국제중재사건을 배제한 것이다.

5. 우리나라 소송절차에서의 시사점 등

(1) 개정 국제사법 12조 1항에서는 ‘국제재판관할권을 행사하기에 부적절하고 국제재판관할이 있는 외국법원이 분쟁을 해결하기에 더 적절하다는 예외적인 사정 이 명백히 존재할 때’ 피고의 신청에 의해 소를 각하 또는 소송절차를 중지할 수 있는 것으로 규정하여, 일응 신청인인 피고에게 입증 책임을 부과한 것으로 보이는데, 나아가 그 입증의 정도는 어떻게 봐야 의문이 있게 된다. 향후 재판실무를 통해서 구체적인 기준이 형성되겠지만, 미국 관련 법규정과는 다르게 개정법에서는 문언상 예외적인 사정이 그냥 존재하는 것이 아니라 명백하게 존재해야 한다고 규정함으로써, 더욱 강화된 입증을 전제로 한 것이 아닌가 짐작된다. 따라서 미국에서 적용하는 공익적 요소와 사익적 요소들의 종합적 고려보다 더욱 엄격하게 심사기준을 적용하는 것이 개정법 취지에 부합하는 것으로 보인다.

(2) 한편, 개정 국제사법 12조 2항에서는 법원이 소송절차를 중지하거나 소를 각하하기 전에 원고에게 진술할 기회를 주어야 한다고 규정하고 있는데, 이는 부적절한 법정지 주장이 인용될 경우, 원고에게 미칠 치명적 불이익을 고려하여 방어할 기회를 보장하기 위한 절차적 조항으로 타당함은 말할 나위가 없다. 다만, 원고에 진술할 기회를 주는 것으로 부적절한 법정지에 대한 심리를 종결할 것인지, 아니면 미국의 경우 - 신청인 (피고) 신청 (Motion), 피신청인 (원고) 반박 (Opposition) 및 신청인 (피고) 답변 (Reply)의 3 단계 진행 - 처럼 다시 피고에게답변의 형식으로 재반박할 기회를 부여할 지는 재판부의 재량에 따라 적절히 진행할 수 있도록 실무를 형성해 나아가는 것이 바람직해 보인다.

나아가서 해당 조항에서는 원고에게 진술할 기회를 부여하는 요건으로 소송절차를 중지하거나 소를 각하하기 전이라고 규정하여, 마치 소송절차를 중지하거나 소를 각하하지 않는 경우에는 원고에게 진술할 기회를 부여하지 않아도 되는 것으로 해석될 소지가 있어 보이는데, 오히려 피고의 부적절한 법정지 주장이 제기되면, 절차상 언제나 원고에게 진술할 기회 (나아가 피고에게 재반박 답변할 기회까지) 제공하는 것이 타당한 심리방식이 아닌가 한다.

관련하여, 개정 12조에 따르면, 부적절한 법정지 주장이 제기된 경우, 법원이 이주장을 받아 들이면 소송절차를 중지하거나 소를 각하하게 되는데, 해당 주장을 배척한다면 별도의 판단없이 본안으로 진행되는 것으로 보인다. 즉, 본안에 대한 최초 변론기일 (또는 준비기일)이 진행되면 부적절한 법정지 주장은 배척되는 것이다. 그러나, 부적절한 법정지 주장을 받아 들이면 소송 중지 또는 소 각하 판단을 하는 것처럼, 배척하는 경우에도 가능한 본안 진행전에 중간판결형태로 명확하게 해당 쟁점을 정리하는 것이 바람직한 소송진행으로 보인다.

(3) 이론적 측면에서, 부적절한 법정지 논의는 대체법정지에 제소를 전제로 하지는 않지만, 국제적 소송경합이라는 관점에서 제소 법정지와 대체 법정지 법원에 모두 제소된 경우를 생각해 보면, (가)

양 법원이 모두 해당 사건을 부적절하지 않은 소송으로 판단하는 경우에는 제소 시점 순서에 따라 우선 제소된 법원이 재판권을 행사하는 것으로 정리할 수 있는 반면, (나) 양 법원이 모두 해당 사건을 부적절한 소송으로 판단하는 경우에는 어느 법원에서 재판권을 행사해야 하는 것인지 의문이 생길 수 있는데, 이런 상황은 국가간 사법공조 등으로 해결될 수 있는 것인지 발표자의 견해를 구해 본다.

(4) 종래 당사자간 국제재판관할합의가 명확하지 않은 경우, 이를 전속적 합의로 볼 것인지 아니면 부가적 합의로 볼 것인지, 학설이 대립되어 왔고, 이에 관한 거의 유일한 판례인 대법원 2008. 3. 13. 선고2006다68209 판결의 취지에 대하여도 견해가 달라던 것으로 보인다.

새로 개정 시행된 국제사법에는 국제재판관할 합의 관련하여 전속적 관할 합의로 추정하는 규정을 신설하여(제8조 제3항) 합의관할의 성격에 대한 견해의 대립은 해소되었으나, 해당 조항의 신설로 불편한 법정의 법리를 도입하여 재판관할에 유연성을 두고자 하는 개정 국제사법의 적용범위를 실질적으로 축소할 수 밖에 없어 그 효과를 반감시키는 결과를 초래할 수도 있을 것이다.

다만, 이러한 개정 국제사법의 취지는 당사자간 국제재판 관할에 관한 합의를 존중하면서 당사자가 익숙하지 않은 다른 국가에서 재판을 받음으로 인해 생길 수 있는 불이익을 방지하고 이러한 위험을 당사자 스스로의 선택과 합의에 의하여 해결하려는 것으로 국제 중재와 마찬가지로 국제분쟁 해결에 있어 자치의 원칙을 존중한다는 측면에서 타당한 것으로 보인다.



제3주제

신국제사법의 지식재산권 침해 관할규칙과 불법행위 관할규칙 검토

- 국제사법 제39조와 제44조의 정합성을 중심으로 -

발표 : 이주연 교수(한양대학교 법학전문대학원)

토론 : 이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원)

신국제사법의 지식재산권 침해 관할규칙과 불법행위 관할규칙 검토

- 국제사법 제39조와 제44조의 정합성을 중심으로 -

이주연 교수(한양대학교 법학전문대학원)

I. 문제제기

2001년 전부개정되면서 큰 변화를 보였던 국제사법이 올해 초 다시 전부개정되어 7월 5일부터 시행되었다. 20여 년이 지나 전부개정된 이번 국제사법은 국제재판관할의 일반원칙인 ‘실질적 관련성’ 판단기준¹⁾을 구체화하여 국제재판관할에 관한 총칙 규정을 신설하고 유형별 사건에 관한 국제재판관할 규정을 도입함으로써 국제재판관할권 문제에 있어 법적 안정성 및 예측가능성을 제고하는 데 주안점을 두었다.²⁾

본 발표에서는 그 중 지식재산권 침해 관할과 불법행위 관할에 대하여 신설된 국제사법 제39조와 제44조에 대하여 논하고자 한다. 개정법의 시행에 앞서 이 두 조항을 두고 문언의 해석,³⁾ 더 나아가 조문의 체계나 용어의 적절성에 대한 의문⁴⁾도 제기된 바 있다.⁵⁾ 앞선 논의들을 모아 정리해보면 다음과 같다:

1. 불법행위 관할규칙과는 별도의 지식재산권 침해 관할규칙을 둘 필요가 있는가? 이와 관련해서는 다음과 같은 의견이 있다.

A. 지식재산권 침해도 불법행위의 일종이므로 제44조로 규정해도 무방하다. (장준혁 교수)⁶⁾

1) 국제사법 제2조.

2) 법제처 국가법령정보센터, 2022. 1. 4. 전부개정된 국제사법(법률 제18670호)의 개정이유 및 주요내용, <<https://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=238791&lsId=&efYd=20220705&chrClsCd=010202&urlMode=lsEflInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR&ancYnChk=0#>>

3) 예컨대 국제사법 제44조의 해석론에 대하여는, 이종혁, “명예훼손적 온라인 콘텐츠 정정·삭제청구소송의 국제재판관할 - 유럽 사법재판소의 2017년 Bolagsupplysningen 판결과 2021년 GTFlix TV 판결의 분석”, 2022. 2. 10. 국제사법판례연구회 발표자료, 18면 이하.

4) 예컨대 2022. 5. 28. 민사소송법학회 정기학술대회에서 석광현 교수의 발표와 장준혁 교수의 발표 중 국제사법 제39조와 제44조에 대한 부분.

5) 그 밖에 국제사법 제39조의 해석론에 대하여 이주연, “2022년 국제사법상 지식재산권 관련 소의 국제재판관할 문제: 총칙과 각칙의 검토”, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022).

6) 2022. 5. 28. 민사소송법학회 정기학술대회 장준혁 교수의 발표문의 내용인데, 장준혁 교수는 발표문을 인용하지 말 것을 요청하였다. 논의를 위해 본문에서 장준혁 교수 주장의 취지를 기재한 후 장준혁 교수 주장임을 표시하고, 이하 각주에서 장준혁 교수의 발표문의 페이지 표시는 생략한다.

2. 제39조와 제44조 모두 우리 법원의 관할권을 인정하는 연결점으로 행동지, 결과발생지, 지향지(제44조의 경우 행동지, 지향지, 결과발생지 순으로 기재) 3가지를 규정한다.

가. 우선 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조에 대하여는 다음과 같은 주장 내지 비판이 있다.

A. 지식재산권의 속지성을 고려할 때 그 연결점은 침해지(행동지이자 결과발생지)와 지향된 침해지(지향된 결과발생지)만 있을 수 있을 뿐이다. 제39조 제3항 전단부의 주된 ‘침해행위’는 주된 ‘침해의 결과’가 되어야 한다(장준혁 교수).

나. 제39조와 제44조의 3가지 연결점 중 결과발생지와 지향지를 두고 다음과 같은 의문과 주장이 있다.

A. 제39조의 지향지는 인터넷에 의한 지식재산권 침해를 염두에 둔 것인데, 결과발생지의 관할을 인정하는 이상 이를 별도의 관할근거로 규정할 필요는 없다. 지향지는 인터넷에 의한 불법행위에서 결과발생지(즉 인터넷 접속가능 지역)로 관할이 확대되는 것을 막는 장치여야 한다. 따라서 결과발생지와 지향지를 병렬적으로 규정한 것은 잘못이다(석광현 교수).⁷⁾

B. 국제사법 제39조와 제44조의 지향의 의미는 같은가, 아니면 다른가? 예컨대 결과발생지는 인터넷상의 명예훼손 상황에서 접속가능지를 뜻하고 제44조 단서의 적용을 받는가? (이종혁 교수)⁸⁾

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

A. 국제관할법에서는 고의불법행위를 모범형으로 상정하는 것이 적절하다는 점에서 불법행위 관할의 연결점은 예견가능한 결과발생지를 배제하고 행동지와 결과발생지만 두는 것이 바람직했다. 그럼에도 제39조가 단순한 결과발생지에도 관할이 성립할 수 있도록 제44조보다 관할 기준을 느슨하게 한 것은 입법론적으로 의문이다. (장준혁 교수)

4. 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우 관할권의 범위가 결과발생지로 제한되는 반면(동항 단서

7) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙 : 각칙을 중심으로”, 국제거래법 연구 제23호, 26면. 이러한 석광현 교수의 주장은 현행 제39조 제1항과 제44조보다는 다음과 같은 2018. 2. 27. 법무부 공청회 개정안을 지지하는 것으로 보인다.

개정안 제40조(지식재산권 침해사건에 관한 소의 특별관할)

① 지식재산권 침해에 관한 소는 그 침해행위가 대한민국에서 행하여지거나 그 결과가 대한민국에서 발생하는 경우에는 법원에 제기할 수 있다(침해행위가 대한민국을 향하여 행하여지는 경우에도 같다). 다만, 그 경우 대한민국에서 발생하는 결과에 관하여만 법원에 소를 제기할 수 있으며 제6조 제1항은 적용되지 아니한다.

개정안 제45조(불법행위에 관한 소의 특별관할) 불법행위에 관한 소는 대한민국에서 그 행위가 행하여지거나 그 결과가 발생하는 경우 법원에 제기할 수 있다(행위가 대한민국을 향하여 행하여지는 경우에도 같다). 다만, 그 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우에는 그러하지 아니하다.

8) 이종혁, 앞의 발표문, 18-19면.

와 동조 제2항), 제44조는 그와 같은 양적 제한 규정을 두고 있지 않다. 이와 관련해서 다음과 같은 의문과 비판이 있다.

- A. 제39조 제1항 단서의 양적으로 제한된 관할이라는 법리를 제44조의 해석에도 유추적용할 수 있는가? 문면상으로 유추적용할 수 없다면 제44조 단서의 예견가능성 기준을 통하여 양적으로 제한할 수 있는가? (이종혁 교수)⁹⁾
- B. (Shevill 판례의 폐해를 지적하며) 제44조에서 양적 제한을 두지 않은 것은 타당하다. 제39조 제1항 단서와 제2항이 양적으로 관할을 제한하는 것은 Shevill 판례의 폐해를 키우는 것이다 (장준혁 교수)

이제 막 시행된 국제사법 제39조와 제44조를 둘러싼 위와 같은 논의들은, 이론적으로도 그렇지만, 아직 관련 판례가 부재하여 명확한 지침을 찾을 수 없는 현 상황에서 실무에서 제기될 수 있는 의문들이기도 하다. 그러나 불법행위 관할과 지식재산권 침해 관할 문제는 사회의 변화, 특히 인터넷 환경에서 벌어지는 상황을 두고 그 논의가 계속 진행중인 어려운 문제이다. 이에 발표문에서는 제39조와 제44조, 이 두 조항의 (각 조항 내에서, 그리고 양 조항 사이에서) 정합성 문제를 (이론적 관점에서 정치하게 따지기보다는) 현재와 같이 규정된 상황에서 어떻게 하면 정합적으로 해석할 수 있는가에 초점을 두고, 그러한 해석의 단서를 찾는데 노력하였다.

이에 발표문에서는 그 출발점으로 민사소송절차에서 국제재판관할의 의미에 대하여 살펴보고(II), 정합적 해석을 위한 단서를 찾기 위해 국제사법 제39조와 제44조의 입법 과정에서 참고가 되었을 유럽사법재판소와 미국 법원의 판례를 검토하였다(III.). 이를 바탕으로 다음 국제사법 제39조와 제44조의 의미를 해석한 후(IV), 앞서 제기된 여러 논의에 대한 발표자의 부족한 생각을 정리하였다(V.)

II. 논의의 출발점

1. 민사소송절차에서 국제재판관할의 의미

민사법원의 관할권은 소송요건의 하나로 직권조사사항이다.¹⁰⁾ 개정 국제사법에서 국제재판관할 조사에 대한 규정을 두고 있는 것은 아니지만 이를 달리 볼 것은 아니다. 즉 국제재판관할권은 적극적인 소송요건이고, 외국적 요소가 있는 민사사건의 수소법원은 그 유무를 직권으로 조사하여야 한다.¹¹⁾ 국제재판관할권이 인정되지 않으면 소는 부적법하므로 각하되어야 하고, 그 흠결을 간과한 판결은 확정되더라도 기판력·집행력이 인정되지 않을 것이므로 사실상 효력이 없다.¹²⁾

9) 그 외에도 이종혁 교수는 인터넷상 명예훼손 사건에서 유럽사법재판소 판례가 집중관할의 연결점으로 사용하는 이익중심지 개념을 예견가능성 기준을 통하여 도입할 수 있는지에 대한 의문을 표한다. 이종혁, 앞의 발표문, 18-19면.

10) 민사소송법 제32조(관할에 관한 직권조사) 법원은 관할에 관한 사항을 직권으로 조사할 수 있다.

11) 전원합의, 민사소송법 강익(제2판, 2021), 104, 218-219면. 석광현, 앞의 논문(2018), 121면.

국제재판관할이 소송요건이라는 것은 소송절차에서 어떠한 의미가 있는가? 첫째, 당사자 주장을 기다리지 않고, 법원이 직권으로 그 존부를 조사한다.¹³⁾ 즉 피고의 국제재판관할권 흠결 항변은 직권 조사사항을 촉구하는 것일뿐 진정한 의미의 항변이 아니다.¹⁴⁾ 둘째, 소송 당사자의 사실자료 제출의 무(주장책임)가 없다는 것일뿐 증거자료제출 의무(입증책임)는 있다.¹⁵⁾ 본안판결을 받는 것은 원고에게 유리한 일이므로 국제재판관할은 원고가 증명하여야 한다.¹⁶⁾ 예컨대 연결점이 국적, 일상거소인 경우 원고는 이를 증명하여야 한다. 셋째, 엄격한 증거가 아닌 자유로운 증명의 대상이다. 즉 민사소송법에 정해진 절차에 의하지 않더라도 당사자가 제출하여 소송기록에 편철된 자료에 의해서도 증명될 수 있다.¹⁷⁾ 증명도에 있어서는 통상의 증명과 같다.¹⁸⁾

문제는 국제재판관할의 연결점 중에는 동시에 청구의 근거가 되는 사실, 이른바 이중적으로 의미 있는 사실인 경우도 있다는 것이다. 불법행위 관할의 연결점으로 인정되는 널리 인정되는 불법행위(행동 또는 결과발생)가 대표적 예다. 즉 우리 국제사법 제39조와 제44조에서 정한 3가지 연결점이 그러하다. 이에 대하여는 원고의 주장을 기초로 판단하자는 견해도 있지만,¹⁹⁾ 국내에서는 피고가 해외 거주자인 국제소송에서 원고의 일방적인 주장만을 기초로 관할을 인정하면 피고에게 부당하게 응소를 강요할 위험이 있으므로 불법행위의 발생 등 관할원인사실에 대하여 피고를 본안심리에 복종시켜도 좋다고 합리적으로 판단할 수 있을 정도로 원고가 일응의 입증을 하여야 한다는 의견이 제시된 바 있다.²⁰⁾²¹⁾ 이 의견에서 ‘일응의 입증’의 의미가 간접사실을 통한 증명, 사실의 추정을 허용한다는 뜻인지, 증명도를 낮추어 ‘소명’ 혹은 ‘증명’과 ‘소명’사이의 그 어딘가에 해당하는 정도의 증명을 요한다는 뜻인지 불분명하나, 적어도 원고가 연결점을 주장하는 것만으로는 부족하고 그 존재를 증명해야 한다는 의견이라는 점에서 동의한다. 그래야만 해외 피고의 부당한 응소 위험을 줄이고, 설령 해외 피고가 절차적으로 전혀 대응하지 않더라도²²⁾ 우리 법원이 원고의 주장에만 근거하여 국제재판관할을 충족하였다고 보고 무변론판결을 내릴 가능성이 사라진다.²³⁾ 즉, 우리 법원은 해외 피고의 절

12) 전원열, 앞의 책, 104면.

13) 이시윤, 신민사소송법 (제13판, 2019), 337면; 전원열, 앞의 책, 274면; 다만 직권조사사항이라고 해도 항상 당사자의 주장 없이 법원이 먼저 이를 문제 삼아야 하는 것은 아니고, 당사자의 주장이나 기타 자료에 의하여 그 존부가 의심스러운 경우에 비로소 문제삼을 경우도 있다. 외국법원의 전속관할사항이 아닌 경우에는 피고의 변론관할이 성립할 수 있으므로, 피고가 항변하지 않으면 문제삼지 않아도 된다. Ibid., 275면

14) 이시윤, 앞의 책, 215면 참조.

15) 전원열, 앞의 책, 274면.

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

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

18) Ibid., 357면.

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

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

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

22) 해외에 있는 피고는 절차적으로 대응하지 않을 가능성이 상당하다. 그 이유는 자력 부족이나 해외 소송에 대한 부담 등 여러가지가 있겠지만, 스스로 우리 법원이 재판관할권이 없다는 판단을 하였기 때문일 수도 있다. 예컨대, 새천년 민주당 사건(대법원, 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결)에서도 새천년 민주당이 미국에서 제기된 소송에 응소하지 아니하여 결석판결(또는 결석판결: 무응소(無應訴)판결, default judgment)을 받게 된 것도 미국법원에 재판관할이 없다고 판단하였기 때문이다.

차적 대응이 없더라도 원고가 제출한 증거를 보고 우리 법원의 국제재판관할권 유무를 판단한 후 없다고 생각하면 소를 각하하여야 한다. 이는 국제사법 제39조와 제44조에서 정한 3가지 연결점의 해석과도 관련이 있다. 이 점에 대하여는 IV.의 해당 부분에서 설명한다.

2. 불법행위 관할규칙과 별도로 지식재산권 침해 관할규칙을 둘 필요성

지식재산권 침해는 불법행위의 특수한 유형이기는 하나, 속지성이라는 불법행위와는 구별되는 특성이 있고 그것이 관할의 성립이나 범위에 영향을 줄 수 있다. 전자의 측면에서 본다면 유럽연합의 브뤼셀 체계와 같이 불법행위 관할규칙에 근거하되 실제 적용에 있어 지식재산권 침해의 특수성을 고려하는 방안도 가능하지만, 후자의 측면에 초점을 둘 경우 측면국제사법이 불법행위 관할규칙과 지식재산권 침해 관할규칙을 구분한 것은 이론적 타당성이 있다.

지식재산권 침해의 특수성을 고려하여 제44조로 규율하지 않고 제39조에 별도의 규정을 둔 것이 라면,²⁴⁾ 이론적 측면에서 보건대 제39조에서 연결점(불법행위 관할규칙의 연결점으로 일반적으로 인정되는) 행동지, 결과발생지 대신 침해지로 하였을 때²⁵⁾ 불법행위 관할규칙에서 분리되어 독자적으로 규정한 취지에 더 잘 부합할 수 있었을 것이다. 그러나 지식재산권 침해 관할문제를 불법행위 관할규칙에 따라 행동지와 결과발생지의 관점에서 설명하는 유럽사법재판소 판례에서 보듯, 그리고 지식재산권과 국제사법에 관한 모델원칙 중에도 행동지와 결과발생지를 연결점으로 사용하는 예가 있다는 점에서,²⁶⁾ 더욱이 오늘날 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권 침해 사안은 행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는 행동지와 결과발생지가 달라질 수 있는 예외적인 상황일 것이라는 점에서, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조에서도 그 연결점을 침해지가 아니라 제44조와 동일한 연결점(행동지와 결과발생지, 그리고 지향지)을 사용한 것의 이유를 찾을 수 있다.

제39조는 관할의 근거로 제44조와 동일한 연결점을 사용하고 있으나, 예견가능성 기준 유무, 관할의 양적 범위 등에 있어서는 제44조와 차이를 보이고 있다. 이는 불법행위와는 다른 지식재산권 침해의 특수성을 반영한 결과로 것으로서, 불법행위 관할규칙과는 별도의 지식재산권 침해 관할규칙을 둘 필요성을 나타낸다.

23) 아래 민사소송법 제257조 제1항 본문과 단서 참조.

제257조(변론 없이 하는 판결) ①법원은 피고가 제256조제1항의 답변서를 제출하지 아니한 때에는 청구의 원인이 된 사실을 자백한 것으로 보고 변론 없이 판결할 수 있다. 다만, 직권으로 조사할 사항이 있거나 판결이 선고되기까지 피고가 원고의 청구를 다투는 취지의 답변서를 제출한 경우에는 그러하지 아니하다.

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

25) CLIP 원칙이 그러하다. CLIP 원칙 Article 2:202 참조.

26) 한일공동제안이 그러하다. ALI 원칙은 행동지와 '지향된' 결과발생지를 연결점으로 사용하는 것으로 볼 수 있다.

III. 유럽사법재판소와 미국 법원의 법리

1. 유럽사법재판소

2012년에 전면개정된 현행 브뤼셀Ibis규정²⁷⁾ Article 4(1)은 피고 주소지 소재지 회원국 법원에 관할을 부여하는 일반관할규칙을 두고, 불법행위에 관하여 Article 7(2)에서 “가해적 사건이 발생하였거나 발생할 우려가 있는 장소(the place where the harmful event occurred or may occur)”의 회원국 법원에 관할권을 부여하는 특별관할규칙을 두고 있다. 이러한 브뤼셀Ibis규정의 불법행위 관할규칙은 2015년 1월 10일부터 브뤼셀Ibis규정이 대체한 브뤼셀I규정²⁸⁾ Article 5.3 문언 그대로이다. 그 전신인 1968년 브뤼셀 협약²⁹⁾ Article 5.3과의 차이도 크지 않다. 후자는 그 연결점이 “가해적 사건이 발생한 장소(the place where the harmful event occurred)”로만 규정되어 있었고, 브뤼셀I규정의 문언에서는 가해적 사건이 발생할 우려가 있는 경우까지 확대한 정도에 불과하다. 따라서 현행 브뤼셀Ibis Article 7(2)에 대한 해석은 과거 브뤼셀 협약 당시 판례로부터 현재의 판례에 이르기까지 연결선상에서 함께 논의되고 있다. 이는 원고가 자국 법원에 해외 피고를 상대로 제소한 사안에서 주로 문제되는데, 이와 관련한 유럽사법재판소 판결의 발자취는 아래와 같다.

가. 이중 법정지(double forum) 원칙과 모자이크 법리의 확립

유럽사법재판소는 격지간 불법행위의 관할 문제를 다룬 1976년 Bier 사건 판결³⁰⁾³¹⁾ 이래로 브뤼셀협약 Article 5.3의 “가해적 사건이 발생한 장소(place where the harmful event occurred)”를 ‘손해가 발생한 장소(the place of the event giving rise to the damage)’, 즉 ‘손해발생지’(이하 ‘손해발생지와’와 ‘결과발생지’와 같은 의미로 사용한다)와 ‘손해를 야기한 사건이 발생한 장소(the place of the event giving rise to it)’, 즉 ‘행동지’, 둘 다 포함하는 것으로 해석해왔다.

이후 여러 회원국에 피해자의 명예를 훼손하는 신문기사가 배포된 사례였던 1995년 Shevill 사건 판결³²⁾³³⁾에서도 유럽사법재판소는 Bier 사건에서 개발한 이중 관할 규칙을 적용했다. 유럽사법재판

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

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

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

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

31) 이 사건에서는 네덜란드 법원이 네덜란드 원에 기업인 Handelskwekerij G. J. Bier BV이 프랑스기업인 Mines de potasse d'Alsace를 상대로 제기한 소송에 대해 판결할 관할권이 있는지 여부를 결정해야 하였다. 강 하루 네덜란드에 있는 Handelskwekerij Bier는 관개를 위해 주로 라인강 물에 의존했는데, 오염된 물은 농장에 피해를 입혔고 피해를 줄이기 위해 값비싼 조치를 취하지 않을 수 없었다. 유럽사법재판소는 이른바 이중 법정지 원칙을 확립했는데, 브뤼셀 협약 Article 5.3조는 행동지(locus acti; Handlungsort) 뿐만 아니라 손해발생지(locus damni; Erfolgsort)의 법원에서 관할권을 부여한다는 것이었다. 1976 E.C.R. 01735, paras. 2-4, 19.

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

소는 행동지는 명예훼손물이 발행되어 유통된 곳, 즉 사안에서는 피고의 주소지인 해당 신문사의 설립지이고, 행동지 법원이 발생한 모든 손해를 심리할 관할권이 있다고 하였다.³⁴⁾ 반면, 관할을 손해 발생지에 근거한 경우, 원고는 명예훼손 출판물이 배포되고 자신의 평판에 피해를 입었다고 주장하는 각 회원국의 법원에 소송을 제기할 수 있고(이들 국가의 법원은 해당 국가에서 행해진 명예훼손을 평가하고 해당 손해의 범위를 결정하기에 가장 좋은 위치에 있다), 다만 행동지 법원과 달리 이들 손해발생지법원의 관할권은 자국 내에서 입은 손해로 제한된다고 하였다.³⁵⁾ 이러한 제한을 ‘모자이크 원칙’이라 한다. 손해발생지에 관한 유럽사법재판소의 모자이크 원칙은 신문이 아주 소량만 배포된 곳에서 전체 손해의 배상을 구하기 위한 소송이 제기되는 것을 막고자 한 것이었다.³⁶⁾ 유럽사법재판소는 모자이크 원칙이 동일한 분쟁에서 소송이 단편화될 위험이 있지만, 이러한 단점은 원고가 전체 청구를 피고의 주소지 법원에 할지, 아니면 신문사 설립지 법원(즉, 행동지 법원)에 할지 선택할 수 있는 장점으로 상쇄될 수 있을 것이라고 하였다.³⁷⁾

나. 인터넷 환경에서 적용되는 법리

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

2011년 eDate 사건과 Martínez 사건의 병합판결³⁸⁾에서 유럽사법재판소는 사이버 공간에서 브뤼셀I규정 Article 5.3이 어떻게 적용되는지 판시하였다. 두 사건 모두 해외에 있는 피고가 온라인에 정보와 사진을 게시함으로써 피해를 입은 원고가 자국 법원에 제소한 사건이다.³⁹⁾⁴⁰⁾

33) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: Presse Alliance SA에서 발행한 프랑스 신문인 France-Soir에는 프랑스 경찰의 마약 수사관들이 Chequepoint SARL이 운영하는 파리의 환전소 중 한 곳에서 수행한 작전에 대한 기사가 실렸다. 프랑스 프레스 뉴스 에이전시가 제공한 정보를 바탕으로 한 이 기사는 “Chequepoint”라는 회사와 “Fiona Shevill-Avril”이라는 이름의 젊은 여성을 언급하였다. 영국에 거주하는 영국 국민인 Shevill은 파리의 Chequepoint SARL에서 3개월 동안 일한 적이 있었다. 네 명의 청구인은 그들이 자금세탁을 한 마약밀매 네트워크의 일부라는 것을 암시했기 때문에 이 기사가 명예를 훼손했다고 주장하면서 Presse Alliance SA를 상대로 소송을 제기하였다. France-Soir는 주로 프랑스에서 판매되는 신문으로 문제가 된 신문은 프랑스에서는 237,000개 이상의 부수가 판매되고, 다른 유럽지역에 15,000 개 부수가 판매되었는데, 그 중 영국에는 230개 부수가 판매된 것으로 추정되었다. 피고 Presse Alliance는 영국 법원의 관할권에 이의를 제기하면서, 브뤼셀 협약 Article 5.3의 의미에 따른 가해적 사건이 영국에서 발생하지 않았다고 주장하였다. 1995 E.C.R. I-415, paras. 3-9, 10.

34) Shevill, 1995 E.C.R. I-415, paras. 24-26.

35) Shevill, 1995 E.C.R. I-415, paras. 27-30.

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

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

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

39) eDate 사건의 사실관계는 다음과 같다: 독일에 주소를 두고 있는 X는 1993년에 유명 배우를 살해한 혐의로 형제와 함께 독일 법원에서 무기징역을 선고받았다. 2008년에 그는 가석방되었다. 오스트리아에 설립된 eDate Advertising은 www.rainbow.at에서 인터넷 포털을 운영하였다. 이 웹사이트 중 오래된 뉴스만 게시하는 섹션에서 eDate는 X와 그의 형제의 이름을 밝히면서 이들이 유죄판결에 항소했다고 한 1999년 기사를 게시하였다. X는 eDate Advertising에 해당 내용의 보도를 중단하고 향후 게시하지 않을 것을 약속할 것을 요구했고 eDate는 웹사이트에서 문제가 된 정보를 삭제하였다. 독일 법원에 소송을 제기하면서 X는 자신이 저지른 범죄와 관련하여 그에 대해 보도할 때 전체 실명을 사용하지 못하게 하려고 하였다. eDate는 독일 법원에 관할권이 없다고 주장하였다. eDate, 2011 E.C.R. I-10269, paras. 15-18.

40) Martínez 사건의 사실관계는 다음과 같다: 프랑스 배우 Olivier Martinez와 그의 아버지가 사생활 침해와 Olivier Martinez

유럽사법재판소는 Shevill 법리를 사이버 공간에도 적용할 수 있음을 확인하면서도,⁴¹⁾ 콘텐츠를 온라인에 게시하는 경우는 그 편재(遍在)성을 이유로 인쇄매체를 오프라인상에서 배포하는 것과는 구별되어야 한다며 손해발생지를 결정할 때 Shevill 법리의 배포 기준(distribution criterion)을 변용하는 것이 필요하다고 하였다.⁴²⁾ 그리고 인터넷 환경에서 손해가 발생한 장소는 온라인에 게시된 콘텐츠에 접근이 가능했거나 가능한 각 회원국이라고 보았다.⁴³⁾ 즉, Shevill 판결이 손해발생지 관할권의 근거로 적극적인 ‘배포’를 요구하였다면, eDate 판결은 이러한 조건을 완화하여 (성격상 수동적인) 접근가능성만으로 충분하다고 본 것이다.⁴⁴⁾ 대부분의 인터넷 사이트는 전 세계 어디에서나 접근할 수 있다. 따라서 접근성 기준은 모든 회원국에 관할권이 있을 가능성을 열어준다.⁴⁵⁾

또한 eDate 사건 판결에서 유럽사법재판소는 원고를 위한 추가적인 법정지 개념을 도입했다. 온라인 인격권 침해의 피해자, 즉 원고는 자신의 ‘이해관계 중심지(centre of interests)’가 있는 회원국에서 모든 손해에 대한 소송을 제기할 수 있다는 것이다. 이해관계 중심지는 하나만 존재할 수 있고,⁴⁶⁾ 일반적으로 원고가 자연인인 경우 일상 거주지와 일치하겠지만 직업적 활동과 같은 다른 요소로 밀접한 관계의 존재를 입증할 수 있는 다른 회원국이 될 수도 있다.⁴⁷⁾ 결과적으로 유형의 출판물에 의해 인격권이 침해된 경우와 비교하면, 온라인 명예훼손의 피해자는 브뤼셀 Ibis 규정 Article 7(2)에 따라 ‘이해관계의 중심지’라는 전세계적인 손해배상을 청구할 수 있는 법정지가 하나 더 늘어나게 되었다.

2) 인터넷상에서의 명예훼손 사건(2): 금지청구권의 관할권

2017년 Bolagsupplysningen 사건 판결⁴⁸⁾ 역시 원고가 자국 법원(에스토니아 법원)에 해외(스웨덴)에 있는 피고를 제소한 인터넷상 명예훼손 사건이다. 앞선 eDate 사건과의 차이는 피해를 주장하는 원고 중 법인이 있고, 원고의 청구는 손해배상뿐 아니라 명예훼손적 콘텐츠의 정정 및 삭제도 함께 구한다는 점이다.⁴⁹⁾ 그리하여 유럽사법재판소 판결은 명예훼손 사건에서 법인에게도 ‘이해관계

의 초상권(image right)침해를 이유로 영국 신문 Sunday Mirror 웹사이트를 운영하는 영국 회사 MGN Limited를 상대로 프랑스 법원에 소송을 제기하였다. 소송에서 MGN은 프랑스 법원은 관할권이 없다고 주장하였다. Martínez, 2011 E.C.R. I-10269, paras. 25-26.

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

42) Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 643.

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

44) Jan-Jaap Kuipers, ‘Joined Cases C-509/09 & 161/10, eDate Advertising v. X and Olivier Martinez and Robert Martinez v. MGN Limited, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 25 October 2011’ [2012] CMLR 1211, 1222; Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 643.

45) Csongor Istvan Nagy, ‘The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law: Missed and New Opportunities’ [2012] J Priv Int L 251, 269; Kuipers (n 24), 1222; Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 643.

46) 유럽사법재판소 판결은 “어느(a)”라는 말 대신 “그(the)” 이해관계 중심지라고 하여 피해자는 이해관계 중심지가 하나만 있을 수 있음을 강조한다. Michael Bogdan, ‘Defamation on the Internet, forum delicti and the e-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case’ Yrbk Priv Intl L [2011] 483, 486; Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 643.

47) eDate (n 18), para. 49; Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 643.

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

중심지’ 법정지 관할을 인정할 수 있는지(만약 그렇다면, 법인의 ‘이해관계 중심지’는 어디인지), 명예훼손적 콘텐츠의 정정 및 삭제 청구에 대한 관할권은 어떠한지와 관련하여 브뤼셀 Ibis 규정 Article 7(2)을 해석하게 되었다. 특히 후자와 관련해서는 해당 콘텐츠에 접속가능한 국가이기만 하면, 즉 피고의 행동지 국가나 이해관계 중심지 국가의 법원이 아니더라도 관할권을 가지는지가 문제되었다.

먼저 유럽사법재판소는 법인도 ‘이해관계 중심지’ 법정지 관할권을 이용할 수 있다고 답하였다.⁵⁰⁾ 원고 법인의 이해관계 중심지 결정과 관련하여서는, 영리 법인의 이해관계 중심지는 상업적 평판이 가장 확고하게 확립된 장소이고 따라서 경제활동의 주요 부분을 수행하는 장소를 기준으로 결정해야 한다며, 이 사건에서 원고 회사의 등록사무소는 에스토니아에 있지만 스웨덴에서 주요활동을 하므로 그의 이해관계 중심지는 에스토니아가 아닌 스웨덴이라고 판단하였다.⁵¹⁾ 또한 유럽사법재판소는 법인의 경제적 활동이 특정 회원국에서 주로 이루어지고 있는 점이 불분명하여 그의 이해관계 중심지를 식별할 수 없다면 법인은 전체 손해를 배상받을 수 있는 ‘이해관계 중심지’ 법정지의 혜택을 받을 수 없다고 덧붙였다.⁵²⁾ 따라서 법인인 원고가 자신에게 유리한 법정지를 선택하려면, 그 법정지국에서 활동의 주요 부분을 수행하고 있어야 하고, 그 특정 회원국 법원이 그러한 관할권을 유무를 판단할 때 그것을 뒷받침하는 증거를 제출하여야 한다.⁵³⁾

다음으로 유럽사법재판소는 정정 및 삭제 청구는 발생한 전체 손해에 대한 관할권이 있는 법원에만 제기할 수 있는, 단일하고 분할할 수 없는 청구라고 하면서,⁵⁴⁾ 브뤼셀 Ibis 규정 Article 7(2)에 근거하는 한, 피고의 행동지 법원과 원고의 이해관계 중심지 법원에만 금지청구의 관할권이 있다고 하였다. 이러한 유럽사법재판소의 입장은 정정 및 삭제 청구에 대하여도 기존 Shevill 판결의 법리를 깨뜨리지 않고 재확인한 것으로 평가할 수 있다. 반면 이 사건에서 (유럽사법재판소는 그의 주장을 받아들이지는 않았지만) Bobek 특별법무관은 일단 어느 법원에 불법행위 문제를 심리할 국제관할이 성립되었다면, 선고할 수 있는 구제의 유형과 관련하여 관할 법원을 제한할 가능성이나 법적 근거가 없다고 주장했다. 즉 해당 구제책이 국내법에 존재하는 경우라면 손해발생지 법원도 청구된 구제방안을 내릴 권한이 있다는 것이다.⁵⁵⁾

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

50) Ibid., para. 38.

51) Ibid., paras. 41–42.

52) Bolagsupplysningen, ECLI:EU:C:2017:766, para. 43.

53) Cedric Vanleenhove, 앞의 논문, p. 645

54) 유럽사법재판소는 웹사이트에 온라인으로 게시되는 정보와 콘텐츠의 편집적 특성과 이들의 배포범위가 원칙적으로 전세계라는 사실을 지적하였다. Bolagsupplysningen, ECLI:EU:C:2017:766, para. 48.

유럽사법재판소는 2021년 원고인 체코 법인이 인터넷상 명예훼손을 이유로 헝가리에 거주하는 피고를 상대로 프랑스 법원에 손해배상과 명예훼손 금지 등을 청구하는 소를 제기한 Gtflix Tv v DR 사건의 판결⁵⁶⁾에서, 브뤼셀 Ibis 규정 Article 7(2)에 근거할 경우, (피고의 행동지국이나 이해관계의 중심지국이 아닌) 해당 콘텐츠에 접속가능한 국가의 법원은 손해배상청구에 대하여는 자국 내에서 발생한 손해에 한하여 관할권이 있지만, 명예훼손 금지 등의 청구에 대하여는 관할권이 없다고 판시하여, 앞선 eDate 사건과 Martínez 사건의 병합판결과 Bolagsupplysningen 사건 판결의 판시를 반복한 바 있다.⁵⁷⁾

3) 인터넷을 통한 지식재산권 침해물품 판매 사건

유럽사법재판소는 2013년 Pinckney 사건 판결⁵⁸⁾에서 인터넷 사이트에서 저작권 침해물품을 판매한 자에 대한 저작권침해소송에서 해당 인터넷 사이트에 접속이 가능한 국가에서 관할권이 성립한다고 판단하였다. 이 판결의 사안은 프랑스에 거주하는 싱어송라이터인 원고(Pinckney)가 자신의 노래를 무단으로 CD로 제작하여 인터넷상에서 판매한 오스트리아 회사를 자국 법원인 프랑스 법원에 제소한 것이었다.⁵⁹⁾ 법정지에서 단순히 해당 사이트에 접속할 수 있다는 것만으로 관할권을 인정할 수 있는지, 아니면 ‘지향’한 사실이 있어야 하는지가 문제되었는데, 유럽사법재판소는 브뤼셀 I 규정 Article 5.3의 문언상 ‘지향’ 요건이 없다는 것을 이유로 전자의 입장을 채택하였다. 관할권의 범위와 관련하여서는 Shevill 사건의 모자이크 법리를 지식재산권 침해사건에서도 그대로 적용하였다.⁶⁰⁾

55) Bobek 특별법무관은 이 사건에서 주장된 손해의 근원인 문제된 웹사이트는 단 하나만 존재하고, 그 웹사이트는 특정 국가에서 입은 손해에 ‘비례하여’ 그 비율만큼 수정되거나 삭제될 수 없다는 이유를 들었다. Bobek 특별법무관은 자신의 견해를 설명하고자 동네 어떤 주민의 폐수탱크가 누수되는 상황에 비유하였다. 다른 모든 주민들이 오염된 물로 인해 정원에서 재배하는 채소에 피해를 입은 경우라면, 누군가가 소송을 시작하기로 결심하고 그 이웃이 폐수탱크를 수리하고 누수를 막도록 명령해달라고 청구하게 될 수 있다. 그렇게 되면 말 그대로 모든 사람에게 이익이 될 것이다. 그 이웃이 주변의 모든 주민들에 끼친 전체 손해 중에서 원고의 야채에 입힌 손해가 차지하는 비중이 산술적으로 상응하는 비율만큼만 누출을 막을 의무가 있다고 보기는 어렵다. 같은 맥락에서, Bobek 특별법무관은 어떤 법원에 전체 손해배상 중 일부에 대한 관할권만 있는 경우, 그 관할권의 비중을 따라 금지명령을 내릴 관할권도 일부만 있다고 보는 것은 말이 안 되는 논리라고 하였다. Opinion in Bolagsupplysningen, paras. 125-128.

56) Case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036.

57) 이 사건에 대한 설명과 판시는 이종혁, 앞의 발표문, 13면 이하.

58) Case C-170/12, Peter Pinckney v. KDG Mediatech AG, 2013 EUR-Lex CELEX 62012CJ0170.

59) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 프랑스 툴루즈(Toulouse)에 살고 있는 싱어송라이터 Pinckney(원고)는 자신의 노래들을 오스트리아 회사인 Mediatech(피고)가 오스트리아에서 CD로 무단 복제 제작하였고, 이 CD들을 영국 회사들(Crusoe 또는 Elegy)이 자신의 거주지인 툴루즈에서도 접근할 수 있는 다양한 인터넷 사이트를 통해 판매하고 있는 것을 발견하였다. 이에 Pinckney는 Mediatech를 상대로 프랑스에서 소를 제기하였는데, Mediatech는 프랑스 법원의 관할권을 다투었다.

60) 구체적으로 유럽사법재판소는 [2000년] 브뤼셀 I 규정 Article 5.3의 유일한 기준은 가해적 사건이 발생하였거나 발생할 우려가 있다는 것이고 관련 행위가 주소법원이 소재한 (유럽연합) 회원국을 ‘지향’할 것을 요구하지 않으므로, 만약 주소법원이 위치한 회원국이 원고 청구의 근거가 된 저작권을 보호하고 가해적 사건이 주소법원의 관할 내에서 발생할 우려가 있다면 그 주소법원에 불법행위 사건을 심리할 관할이 이미 성립되어 있다는 결론에 이르고 실시하였다. 그리고 본 사건과 같은 상황에서 가해적 사건이 주소법원의 관할 내에서 발생할 가능성은 무엇보다도 주소법원의 관할지역 내에서 접근이 가능한 인터넷 사이트에서 피고 Mediatech가 복제한 저작물을 구할 수 있다는 점에서 비롯된다면서 프랑스 법원의 관할을 인정하고, 이때 관할의 범위와 관련하여서는 자국 내 손해에 대해서만 판단할 수 있다고 하였다. Ibid., paras. 41-46.

4) 인터넷상 저작권 침해 사건

2015년 Hejduk 사건 판결⁶¹⁾의 쟁점은 인터넷상 저작권침해(우리 저작권법상으로는 성명표시권과 공중전송권 중 전송권 침해)의 관할문제였다. 이 사건은 사진에 대한 오스트리아 저작권자(Hejduk)가 해당 사진을 무단으로 인터넷에 업로드한 독일 침해자를 자국 법원인 오스트리아 법원에 제소한 사건으로, 전형적인 인터넷(유비쿼터스 미디어)을 통한 편재적 저작권 침해 사례이다.⁶²⁾ 유럽 사법재판소는 Pinckney 사건 판결을 인용하면서, 본안에서 원고 Hejduk의 주장의 근거가 된 권리는 오스트리아에서 보호되는 권리이고, 브뤼셀 I 규정 Article 5.3은 관련 활동이 수소법원이 소재한 국가를 지향할 것을 요구하지 않으므로 피고의 웹사이트가 수소법원이 소재한 오스트리아를 지향하지 않았다는 점은 브뤼셀 I 규정 Article 5.3에 근거한 관할권 귀속 판단과는 무관하다고 실시하였다.⁶³⁾ 그리고 “브뤼셀 I 규정 Article 5.3은 수소법원의 회원국이 보호하는 저작권 및 저작인접권이 침해되었다고 주장하는 경우 수소법원은, 손해의 발생장소라는 점에 근거하여, 그 관할지역에서 접근할 수 있는 웹사이트에 보호되는 사진들을 됴으로써 발생하는 권리침해로 인한 손해배상소송을 심리할 관할권이 있다는 의미로 해석하여야 한다”고 판시함으로써 오스트리아 법원의 관할을 인정하였다. 그리고 관할권의 범위와 관련하여 Shevill 법리를 그대로 적용하여 “수소법원은 자신이 소재한 회원국에서 발생한 손해에 대하여만 판결할 수 있는 관할권이 있다”고 판시하였다.⁶⁴⁾

5) 인터넷상 등록상표권 침해 사건

2012년 Wintersteiger 사건 판결⁶⁵⁾의 사안은 독일 회사(Product 4U)가 구글의 독일 최상위 도메인('google.de')에서 오스트리아 등록 상표(Wintersteiger)와 동일한 키워드로 광고한 것에 대하여, 오스트리아 상표권자(Wintersteiger)가 독일 회사를 상대로 오스트리아 법원에 오스트리아 상표의 사용금지청구 소를 제기한 것이다.⁶⁶⁾ 오스트리아 1심 법원은 관할권이 없다고 판단했으나, 항소

61) Case C-441/13, Pez Hejduk v. EnergieAgentur.NRW GmbH, 2015 EUR-Lex CELEX 62013CJ0441.

62) 이 사건의 사실관계는 다음과 같다: 오스트리아에 거주하는 Hejduk(원고)은 자신이 촬영한 사진을 독일회사인 EnergieAgentur(피고)가 자신의 동의 없이 저작자명을 표시하지 않은 채 EnergieAgentur의 웹사이트에 게시하여 보거나 다운로드할 수 있게 이용제공하자 EnergieAgentur를 상대로 오스트리아 법원에 저작권침해 소송을 제기하였다. 이에 EnergieAgentur는 독일의 최상위 도메인인 '.de' 아래 운영되는 자사 웹사이트는 오스트리아를 지향하지 않으므로 손해는 오스트리아에서 발생하지 않았다고 주장하면서, 오스트리아에서 자사 웹사이트에 접근할 수 있다는 사실만으로는 오스트리아 법원에 관할권을 부여하기에 부족하다고 항변하였다. 이에 오스트리아 법원은 권리자의 거주지가 아닌 회원국의 최상위 도메인 하에서 운영되는 웹사이트에서 권리자의 저작권이 침해당했다고 주장하는 분쟁에서의 재판관할권은 (피고 EnergieAgentur의 주장처럼) 웹사이트의 내용에 비추어볼 때 웹사이트가 지향하는 회원국에 있다는 의미로 [2000년] 브뤼셀규정 I 제5조 제3항을 해석할 수 있는지를 놓고 유럽사법재판소에 선결적 판결을 제청하였다.

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

64) Ibid., para. 39.

65) Case C-523/10, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, 2012 EUR-Lex CELEX 62010CJ0523.

66) 피고 Product 4U는 구글의 광고 시스템에서 원고 Wintersteiger의 오스트리아 등록상표 'Wintersteiger'라는 키워드를 구매하여 보유하였는데, 이는 구글의 독일 최상위 도메인, 즉 'google.de'에 한정되는 것이었고, 'google.de'에서 키워드 'Wintersteiger'와 연결된 Product 4U 광고는 Wintersteiger와 Products 4U 사이에 경제적 연관성이 없다는 표시를 두지는 않았다. Product 4U는 구글의 오스트리아 최상위 도메인, 'google.at' 웹사이트에 'Wintersteiger'라는 검색어와 연결된 광고를 입력하지 않았다. Ibid., para. 12.

심은 관할권은 인정하되 오스트리아 회사의 청구를 기각하였다.⁶⁷⁾ 이 사건에서 유럽사법재판소는 인터넷 검색엔진 웹사이트의 상표등록 회원국(오스트리아)이 아닌 다른 회원국(독일)의 최상위 도메인 하에서 그 상표와 동일한 키워드 광고로 상표가 침해되었다고 주장된 소송에서 브뤼셀 I 규정 Article 5.3.에 관할권을 판단함에 어떠한 기준이 사용되어야 하는가?라는 문제를 다루게 되었다.

먼저 손해발생지 연결점과 관련하여, 유럽사법재판소는 eDate 사건 판결에서 전체 손해에 대하여 심리할 수 있는 ‘이해관계 중심지’ 법정지를 언급하면서도 인격권은 모든 회원국에서 보호되지만 상표는 등록국 내에서 보호되는 차이가 있으므로 인격권 침해의 관할기준이 지식재산권 침해의 관할기준이 될 수 없다고 설명하였다.⁶⁸⁾ 상표권 침해 여부는 본안의 심리 사항(즉 관할법원이 준거법인 실질법에 따라 판단할 사항)인데, 이를 가장 잘 판단할 수 있는 국가는 해당 상표의 등록국이라고 하면서 상표등록국 법원이 전체 손해에 대한 배상청구와 상표권침해금지 신청을 심리할 권한이 있다고 하였다.⁶⁹⁾

다음으로 행동지 연결점과 관련하여, 상표의 속지적 보호라는 한계가 상표등록국 법원 이외의 다른 국가 법원의 관할권을 배제하는 것은 아니라고 하면서,⁷⁰⁾ 이 사건에서 주장된 침해를 야기한 사건은 광고 그 자체의 현시(display)가 아니라 어떻게 광고할 것인지를 정한 광고주의 행위이므로, 손해를 야기한 사건이 발생한 장소는 서버가 있는 온라인 서비스 제공자의 사업장이 아니라, 광고를 지시한 광고주의 사업장이라고 하였다.⁷¹⁾

한편, Wintersteiger 사건 판결에서 선결적 판결을 요청한 오스트리아 대법원은 접근가능성을 기준으로 한 관할권 인정 가부에 대하여 질의하였지만,⁷²⁾ 유럽사법재판소는 접근가능성 측면에서 판단하는 대신 오스트리아가 ‘상표등록국’이므로 오스트리아 법원에 재판관할이 있다고 판단하였다. 하지만 결과적으로 오스트리아 대법원이 관할권을 인정하기 위해 접근가능성 외에 추가요건이 필요한지에 질의하였음에도 답하지 않고 오스트리아 법원의 관할권을 인정하였다는 점에서 종전의 접근가능성 기준을 유지한 것이라고 평가할 수 있을 것이다. 즉, 피고가 오스트리아에서는 해당 키워드 광고를 볼 수 없도록 차단조치를 하였더라면, 원고가 오스트리아 법원에 피고를 상대로 오스트리아 상표권 침해를 ‘주장’ 했더라도 오스트리아에서는 문제된 상표의 키워드 광고에 접근할 수 없으므로 오스트리아 법원의 관할권을 인정할 수 없었을 것이다.

67) Ibid., para. 15.

68) Ibid., paras. 22-25.

69) Ibid., paras. 26-28.

70) Ibid., para. 30.

71) Ibid., paras. 36-37.

72) 구체적으로 (i) 수소법원 소재국, 즉 오스트리아의 최상위 도메인하의 검색엔진 웹사이트에서 키워드가 사용된 경우에 오스트리아 법원의 관할이 인정되는지, 아니면 (ii) 키워드가 사용된 검색엔진 웹사이트에 오스트리아에서 접근할 수 있다면 오스트리아 법원에 관할권이 있는지, 아니면 (iii) 접근가능성 외에 추가요건이 필요한지 질의하였다.

2. 미국 법원⁷³⁾

가. 미국 법원의 관할권 체계

미국 법원의 관할권은 ‘사물관할권(subject matter jurisdiction)’과 ‘대인관할권(personal jurisdiction)’을 동시에 갖추어야 한다. 사물관할권은 ‘사건’에 대한 관할권으로, 연방법원과 주(州) 법원 중 어느 법원에 (혹은 경합하여 두 법원 모두에) 관할권이 있는지의 문제이다. ‘대인관할권(personal jurisdiction)’은 어느 주(州)에 소재한 법원에 ‘피고’에 대한 재판관할권이 있는지의 문제이다.⁷⁴⁾ 미국 법원의 해외 피고에 대한 국제재판관할권의 문제는 이 중 대인관할권, 그 중 특별대인관할권(specific personal jurisdiction, 이하 ‘특별관할권’)과 관련이 있다.⁷⁵⁾

일반적으로 어떤 주(州)에 거주하지 않는 피고에 대한 특별관할권이 인정되려면 첫째, 그 주(州)의 관할권확대법(long-arm statute)⁷⁶⁾에 의한 입법적 수권이 있어야 하고, 둘째, 재판관할권의 행사가 연방헌법상 적법절차조항(due process clause)에 부합하여야 한다는 2단계 심사를 통과해야 한다. 이때 헌법상 적법절차는 우선 피고와 법정지 간에 최소한의 접촉이 있을 것, 그리고 법정지의 재판관할권 행사가 공평과 실질적 정의의 관념에 부합하여 합리적일 것을 요한다. 한편 주(州)의 관할권확대법의 요건을 충족할 수 없더라도, 원고의 청구가 연방법에 근거하고 미국 어느 주(州)의 법원에도 일반관할이 인정되지 아니하는 피고에게 송달이 이루어졌으며 헌법상 적법절차요건이 충족된다면 법정지 주(州)의 관할권확대법에 근거하지 않고 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 “FRCP”) Rule 4(k)(2)⁷⁷⁾를 근거로 연방법원에 특별관할을 인정하는 방법이 있다.⁷⁸⁾ 주(州)의 관할권확대법에 의할 경우에는 해당 주(州)와의 접촉이 문제되지만, FRCP Rule 4(k)(2)에 의할 경우에는 미국과의 접촉이 문제된다.

즉 해외 피고를 상대로 미국 법원에 제기된 소에서는 이러한 ‘접촉’이 법원의 국제재판관할권을 인

73) 이 부분은 이주연, “인터넷상 저작권침해와 국제재판관할권 -유럽사법재판소 판결과 미국 워싱턴DC 연방지방법원 판결의 비교를 중심으로-” 민사소송 제21권 제2호 (2017), 103-119면의 내용을 요약, 발췌한 것이다.

74) 이는 사법제도 측면에서도 연방과 각 주(州)가 독립적인 법원 제도를 운영하고 있는 연방국가로서의 미국의 특성에 기인한다.

75) 일반대인관할권(general personal jurisdiction)은 피고에 대한 모든 소송 사건에 대하여 법정지에서 관할권을 행사할 수 있는 경우로서, 피고의 주소지(법인 또는 단체의 경우는 설립지, 주된 영업소, 또는 경영중심지)가 법정지 주(州)에 있는 경우에 인정된다.

76) 관할권확대법은 주법원이 비거주자인 피고에 대하여 그가 그 주와 충분한 연결(connection)이 있는 경우 그가 행한 어떠한 행위에 근거하여 대인관할권을 부여하는 법을 말한다. Long-Arm Statute, LII, Cornell University Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/long-arm_statute (최종방문일: 2022.7.10.); 미국 연방대법원은 1945년에 International Shoe 사건 판결에서 법정지가 다른 주의 피고에 대하여 대인관할권을 행사할 수 있는 요건으로서 적법절차는 피고와 법정지주 간에 최소한의 접촉이 있어서 소송의 유지가 공평과 실질적 정의의 전통적 관념을 해하지 않을 것만 요구한다고 판시하였고(International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 301 (1945), p. 316), 그 결과 각 주법원은 주 밖의 사람들에게도 대인관할권을 행사할 수 있게 되었다. International Shoe 사건 판결 이후 일리노이주가 1955년에 최초로 관할권확대법을 제정한 이래 미국의 모든 주는 관할권확대법을 제정함으로써 최소한의 접촉을 기초로 주법원의 재판관할권을 확대하였다. 연방법원은 그가 소재한 주의 관할권확대법을 차용한다. 석광현, 국제재판관할에 관한 연구: 민사 및 상사사건에서의 국제재판관할의 기초이론과 일반관할을 중심으로 (2001), 101-102면.

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

78) 석광현, 앞의 책(2001), 103면.

정하기 위한 연결점이 된다. 그렇다면 이러한 접촉의 존재를 인정하기 위한 요건은 무엇인가?

나. 전통적인 오프라인상황에서 특별관할의 법리

미국 연방대법원은 1958년 Hanson 사건 판결⁷⁹⁾에서 피고에 대한 관할권을 행사하기 위한 전제로 피고와 법정지 간의 ‘최소한의 접촉’을 요하는 원칙은 피고의 행위의 성질과 특성에 따라 다양하게 적용되겠지만, 의도적으로 법정지주 내에서 행위하여 그로써 법정지 주 법의 이익 및 보호를 누리는 피고 행위의 존재는 모든 사건에서 핵심요소가 된다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 이를 ‘의도적 이용(purposeful availment)’ 혹은 ‘Rule of Hanson v. Denckla’라고 하는데, 최소한의 접촉이 인정되기 위하여 ① 법정지 내에서 피고의 행위가 있을 것, ② 그 행위가 의도적일 것, ③ 법정지법의 이익 및 보호를 향유할 것이라는 세 가지 요건이 충족될 것을 요하는 ‘의도적 이용’은 적법절차분석의 또 하나의 시금석이 되었다. 이후 위 ①의 요건에 관하여 그 후의 판결들은 ‘법정지 내에서의 행위’가 아니라 ‘법정지와 관련된 의도적 행위’라고 함으로써 법정지 밖에서의 행위도 포함시켰고, 피고의 법정지 내에서의 물리적 행위가 필요한 것은 아니고 ‘법정지 내에서의 효과를 발생할 것이 예상되는 법정지 밖에서의 행위’도 포함되는 것으로 확립되었다.⁸¹⁾

예컨대 1984년 Calder 사건 판결⁸²⁾의 사안은 캘리포니아주 거주자인 연예인 Shirley Jones가 플로리다주 거주자인 National Enquirer의 편집장 겸 사장 Calder와 기자를 상대로 출판물에 의한 명예훼손 소송(libel action)을 캘리포니아주 지방법원에 제기한 것이었는데, 연방대법원은 피고들의 ‘의도적인 … 행위(intentional … actions)’는 명백히 캘리포니아를 겨냥한 것이었고, 피고들은 원고가 캘리포니아에서 피해를 입게 될 것을 알았다고 설시하며, 비거주자인 피고들에 대한 캘리포니아주 법원의 관할권의 행사를 인정하였다.⁸³⁾ 또한 1985년 Burger King 사건 판결⁸⁴⁾에서는 상행위자가 의도적으로 다른 주의 거주자들을 지향하고자 노력한 경우에는 물리적 접촉의 부재로 인해 대인관할권이 부정된다는 주장을 배척해왔다고 판시하였다.⁸⁵⁾

이처럼 미국 연방대법원은, 접촉이 물리적일 필요는 없지만, 피고가 법정지의 거주민들에게 자신의 활동을 의도적으로 지향하게 하였다는 사실을 입증하거나, 피고가 법정지에서 사업활동을 할 수 있는 혜택을 의도적으로 이용함으로써 법정지 법이 주는 이익과 보호를 누렸다는 점을 입증하여야 한다고 한다. 이것이 최소한의 접촉을 인정하기 위한 핵심 요소이다. 제9순회구 연방항소법원은 법원들은 종종 ‘의도적 이용’이라는 약칭을 사용하지만, 주로 계약에 기한 소송에 사용되는 ‘의도적 이용

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

80) Ibid., p. 253.

81) 석광현, 앞의 책(2001), 104-105면.

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

83) Ibid., p. 783, 785-786, 788-790.

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

85) Ibid., p. 476.

분석(purposeful availment analysis)'과 주로 불법행위 소송에 사용되는 '의도적 지향분석(purposeful direction analysis)'의 두 가지 개념으로 구분된다고 하였다.⁸⁶⁾ 저작권침해에 기한 소송에서는 이는 불법행위의 일종으로 의도적 지향이 더 적합한 분석틀이라고 하였다.⁸⁷⁾

다. 인터넷 환경에서의 특별관할의 법리

의도적 이용 법리는 미국 연방대법원이 전통적인 오프라인상 대인관할권문제를 다루며 발전시켜 온 것이고, 온라인, 즉 인터넷상에서 벌어지는 사건과 관련하여 연방대법원은 대인관할권 법리를 판시한 적이 없다.⁸⁸⁾ 이러한 상황에서 미국 하급심 법원들은 인터넷상 대인관할권문제를 판단할 때 어려움을 겪으며 현실공간의 관할이론을 가상공간에 접목하여 이문제의 해결방향을 제시해오고 있다.⁸⁹⁾ 그 과정 중 초창기 몇몇 법원은 결과적으로 웹사이트를 개설하고 게시하는 것만으로도 관할을 인정하였으나 많은 비판을 받았다.⁹⁰⁾ 이후 Zippo 사건 판결⁹¹⁾에서 유래된 '영역별 분석법(sliding scale test)'에 따라 웹사이트 활동(상호작용)의 수준을 평가하거나,⁹²⁾ Calder 사건 판결에서 유래한 효과 테스트를 적용하여 웹사이트 운영자가 의도적으로 법정지를 지향하였는지 여부를 중심으로 판단하는 방향으로 전개되었다.⁹³⁾

미국 법원에 해외 피고를 상대로 제기된 저작권침해 소송의 예로 2017년 워싱턴 D.C. 연방지방법원의 Triple Up Limited v. Youku Tudou Inc. 사건 판결⁹⁴⁾이 있다. 이 사건의 사안은 해외 원고

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

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

88) 연방대법원은 Walden v. Fiore 사건 판결(134 S. Ct. 1115 (2014))에서 피고의 가상적 '존재(presence)'와 행위가 특정 주와의 '접촉(contacts)'이 될 수 있는가라는 가상적 접촉(virtual contacts) 문제에 대한 설시는 다음 기화로 미룬다고 하였다. Walden v. Fiore, 134 S. Ct. 1115 (2014), p. 1125 n.9.

89) 김성진, "국제전자상거래상 소비자계약분쟁의 국제재판관할권에 관한 연구 -미국의 타깃팅 재판관할권이론을 중심으로-", 국제거래법연구 제10집 제1호 (2009), 112면.

90) 대표적으로, Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc., 937 F.Supp. 161 (D. Conn.1996), p. 161, 165 (이 판결의 사안은 원고인 코네티컷주 회사가 피고인 매사추세츠주 회사를 상대로 피고가 원고의 상표를 도메인 이름으로 사용하였다고 코네티컷 연방지방법원에 제소한 것이었다. 코네티컷 연방지방법원은 인터넷을 통한 피고의 광고활동과 무료전화번호는 코네티컷주 뿐 아니라 미국 전체 주를 지향한 것이고 인터넷에 게시된 광고는 TV나 라디오 광고와 달리 모든 인터넷 사용자들에게 계속 열려있으므로 피고는 의도적으로 코네티컷주 내에서 사업활동을 할 수 있는 혜택을 이용했다고 하면서 피고와 코네티컷주 간의 최소한의 접촉을 인정하였다. 또한 코네티컷주와 매사추세츠주는 근접하고 소송에서 코네티컷주법이 문제된다는 점에서 이러한 최소한의 접촉은 공평과 실질적 정의의 관념에도 부합한다고 판시하면서 코네티컷 연방지방법원의 관할을 인정하였다); 그러나 이러한 판결들은 웹사이트 운영자들은 단순히 그 웹사이트를 볼 수 있다는 이유만으로 어떠한 주든 상관없이 그 주의 재판관할권에 구속되어 불합리하고 전자상거래의 발전을 저해시킨다는 이유로 학계와 다른 법원들로부터 많은 비판을 받았다. 김성진, 앞의 글, 112-113면.

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

92) 웹사이트 운영자에 대한 대인관할권이 문제되었던 Zippo 사건 판결에서는 종래 현실공간의 관할이론을 가상공간에 접목하고 대인관할권 행사의 헌법상 허용여부는 당사자가 인터넷에서 한 상업적 활동의 속성과 본질에 따라 판단된다는 '영역별 분석법(sliding scale test)'을 취하였다. 이 판결에서는 웹사이트를 운영하는 유형을 ① 피고가 인터넷상에서 명백히 영업을 하는 능동적 웹사이트로서 대인관할권이 인정되는 경우, ② 다른 관할지역의 인터넷 사용자가 접근할 수 있는 인터넷 웹사이트에 피고가 단지 정보를 게시하는 수동적 웹사이트로서 대인관할이 부정되는 경우, ③ 양자의 중간영역에 속하는 상호작용적 웹사이트로서 웹사이트에서 행해지는 운영자와 사용자간의 상호작용의 수준과 정보교환의 상업적 성격에 의하여 대인관할권의 유무가 결정되는 경우의 세 가지 범주로 구분하였다. 석광현, 앞의 책(2001), p. 1124.

93) Richard E. Kaye, Internet Web site activities of nonresident person or corporation as conferring personal jurisdiction under long-arm statutes and due process clause, 81 American Law Reports (5th) 41 (Originally Published in 2000) (2017. 10. 1. 기준).

(Triple Up Limited, 이하 ‘Triple Up’)가 해외 피고(케이먼 제도에 설립된 회사로서 중국에 주사업장을 둔 중국내 1위 인터넷 TV 회사인 Youku Tudou Inc., 이하 ‘Youku’)를 상대로 저작권침해 소송을 제기한 것이었다. 원고 Triple Up은 대만영화 3편을 미국에서 인터넷으로 독점 방송할 수 있는 권리를 보유하고 있었는데, 2015년 8월과 12월에 D.C.에 있는 Triple Up의 변호사가 피고의 웹사이트에서 위 대만영화 3편을 스트리밍 방식으로 시청할 수 있었다고 하면서(Triple Up의 변호사 외에 다른 누군가가 미국에서 이를 시청하기 위해 Youku 웹사이트를 이용했다고 주장하지는 않았다) 저작권 침해를 이유로 피고 Triple Up을 상대로 DC 연방지방법원에 소를 제기하였다. 이 사건의 주된 쟁점은 미국 법원의 Youku에 대한 관할권 유무, 즉 미국 법원이 해외 피고인 Youku에 대하여 관할권을 행사하는 것을 정당화할 만큼 과연 Youku와 미국 사이에 인터넷상 충분한 접촉(contact)이 있었는지 여부였다. 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 우선 법정지에서의 ‘피고 웹사이트로의 접근가능성’만으로는 ‘최소한의 접촉’ 요건이 충족되지 못한다는 점은 분명하다고 판시하였다.⁹⁴⁾ 원고 Triple Up은 피고 Youku가 이 사건 영화들을 미국에서 보지 못하게 하는 지역차단 기술을 적용하는 등 적극적 조치를 하지 않았기 때문에 미국에서 보게 될 것을 잘 알면서도 의도적으로 송신한 것이라고 주장하였는데, 법원은 지역차단 조치를 취한 것이 대인관할권 판단에 중요한 요소가 될 수 있으나 지역차단 조치를 취하지 않은 부작위와 의도적 이용을 동일 선상에 놓을 수는 없다고 하면서 원고의 주장을 받아들이지 않았다.⁹⁵⁾ 또한 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 판결 이유에서 Youku의 웹사이트는 전부 본토 중국어로 쓰여 있는 점, 문제된 3개 영화는 대만영화이고, 본토 중국어 자막이 달려 있는 점, 원고 Youku가 보여준 영화가 상당수 미국 시청자들을 확보하여 이것이 ‘사업모델의 핵심요소’가 되었다는 증거를 제시하지 못했으며, Triple Up의 변호사들 외에 다른 사람들이 미국에서 시청하였다는 사실을 주장한 바도 없다고 하며, 설령 Calder 사건의 ‘효과테스트’ 주장이 본 법원에 제시되었더라도 결론이 달라지지는 않았을 것이라고 부연하였다.

3. 검토

이상에서 살펴본 유럽사법재판소와 미국 법원의 판결들을 보면, 불법행위와 지식재산권 침해 사건에서 피고에 대한 관할권 유무가 쟁점이 주로 문제되는 경우는 법정지 비거주자인 피고가 법정지 밖에서 행동한 사안임을 알 수 있다. 그 결과 행동지와 손해발생지를 연결점으로 인정하는 유럽사법재판소에서는 특히 손해발생지에 관한 법리가, 미국 법원에서는 피고가 법정지 밖에서 행동한 사건에서 법정지와 최소한의 접촉 유무 판단을 위한 의도적 법정지 지향 법리가 많이 다루어졌다.⁹⁷⁾ 그리

94) 235 F.Supp.3d 15, Affirmed by Triple Up Limited v. Youku Tudou Inc. 2018 WL 4440459 (D.C. Cir).

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

96) Ibid., p. 24-25.

97) 미국의 의도적인 법정지 지향 법리는 비거주자에 대한 대인특별관할권을 인정하기 위한 것으로서, 법정지 비거주자가 법정지에서 행동한 경우와 법정지 밖에서 행동한 경우 모두에 적용된다.

고 2022년에 개정된 우리 국제사법은 불법행위와 지식재산권 침해 관할의 연결점으로 행동지 외에 결과발생지와 지향지 모두 인정한다. 즉 우리 국제사법은 유럽사법재판소가 불법행위 관할규칙에서 연결점으로 사용하는 행동지와 결과발생지, 그리고 미국 법원이 법정지 밖의 거주자에 대한 관할권을 인정하기 위해 채택한 연결점, 즉 법정지와 최소한의 접촉 유무를 판단하기 위한 기준으로서의 ‘의도적 법정지 지향’ 법리를 모두 받아들인 결과로 추측된다. 또한 우리 국제사법 제39조 제1항 단서의 관할권의 양적 제한은 유럽사법재판소의 Shevill 법리를 연상케한다. 따라서 유럽사법재판소와 미국 법원의 법리는 우리에게 시사하는 바가 있을 것이다.

먼저 유럽사법재판소는 관할의 근거인 손해발생지를 어떻게 파악하였는지 살펴보자. 오프라인 환경이었던 유럽사법재판소 Shevill 사건 판결에서는 원고의 명예를 훼손하는 기사가 포함된 문제의 신문이 판매되어 배포된 곳이 손해발생지였다. 즉 원고는 자국에 문제의 신문이 물리적으로 존재한 사실로써 손해발생지 관할권을 증명할 수 있었다. 하지만 무대를 옮겨 온라인 환경에서 벌어진 명예 훼손 사건인 eDate 사건 판결에서 유럽사법재판소는 바로 명예훼손적 콘텐츠에 접속할 있는 곳이면 모두 손해발생지가 될 수 있다고 판단하였다. Shevill 판결과 eDate 판결에서 손해발생지 결정의 중요한 분기점은 오프라인 환경과 온라인 환경이다. 하지만 또 한가지 이유는 적용되는 관할규칙이 브뤼셀협약 Article 5.3과 브뤼셀I규정 Article 5.3으로 바뀌면서, 문언상 연결점이 “가해적 사건이 발생한 장소”뿐 아니라 “가해적 사건이 발생할 우려가 있는 장소”까지 확대된 것에도 있으리라 생각된다. 이는 인터넷 웹사이트를 통해 저작권침해물품을 판매한 사안으로서 브뤼셀I규정 Article 5.3.이 적용된 Pinckney 사건과 비교해보면 더욱 그러하다. 만약 Pinckney 사건에 브뤼셀협약 Article 5.3.이 적용되었더라면, 프랑스에서 문제의 웹사이트에 접속가능한 사실만으로는 부족하고 (Shevill 사건 판결에서 영국에서 문제의 신문이 판매된 사실로 관할을 인정하였듯) 실제 프랑스에서 CD가 판매된 사실이 필요하다고 보았을 수 있다. 그러나 Pinckney 사건에서는 법정지인 프랑스에서 실제 누군가가 해당 웹사이트를 통해 Pinckney의 저작권을 침해하는 CD를 구매한 사실이 있는지 여부가지는 묻지 않았다. 프랑스에서 해당 웹사이트에 접속이 가능하다는 사실이 프랑스가 ‘가해적 사건이 발생할 우려가 있는 곳’임을 보여주었기 때문이었을 것이다.

유럽사법재판소는 (대부분 피고의 주소지국과 일치할, 그래서 원고가 선호하지 않는) 행동지국 법원에 전체 손해에 대한 관할권을 인정한다. 반면 (대부분 원고의 주소지국이거나 복수인 경우에는 원고의 주소지국이 포함되어 있는, 그래서 원고가 선호하는) 손해발생지국 법원의 경우 그 관할권의 범위를 자국 내의 손해로 한정하여 양적으로 제한한다. 오늘날 온라인 환경으로 인해 손해발생지가 편재적으로 존재하는 상황에서도 이러한 패러다임의 기본 틀은 그대로 유지되고 있지만, 개별 사건의 성격에 따라 추가적인 해석과 약간의 변용이 이루어지고 있다. 좀더 구체적으로 보면, 브뤼셀체계의 관할규칙은 관할의 근거에 대해서만 규정하고 있을 뿐 관할의 범위는 정하고 있지 않다. 이에 유럽사법재판소는 Shevill 판결에서 원고가 손해의 규모가 크지 않은 곳의 법원에 전체 손해를 구하는 것을

막기 위해 이른바 모자이크 법리를 창안했다. 그리고 eDate 사건 판결에서는 모자이크 법리의 단점으로 지적된 소송의 파편화에 대한 구제책으로서, 복수로 존재하는 손해발생지 중 피해자의 ‘이해관계 중심지’의 법원은 행동지 법원과 마찬가지로 전체 손해에 대한 관할권이 있다고 하였다. 즉 오프라인 환경에서는 피고 주소지 관할원칙의 기초에 충실했다고 한다면, 온라인 환경에서는 피해자인 원고의 주소지 관할원칙으로 옮겨온 것이라고 평가할 수 있다.

한편 온라인 환경에서의 지식재산권 침해 관할문제와 관련해서, 유럽사법재판소는 비등록지식재산권인 저작권 침해 사례와 등록지식재산권인 상표권 침해 사례 사이에 미묘한 차이를 두는 듯한 판시를 하였다. 저작권은 특별한 방식을 요구하지 않고 저작물의 창작사실로부터 발생하는 권리이자, 베른협약에 의해 전세계 국가에서 동시에 보호받는 권리이다. 이에 유럽사법재판소는 Hejduk 사건 판결에서 손해발생지와 관련해서는 eDate 사건 판결 그대로 접속가능지가 손해발생지라고 판시하고, 그 관할권의 범위에 대하여는 Shevill 판결의 모자이크 법리를 그대로 유지한 채, 별도로 피해자의 ‘이해관계 중심지’와 같은 전체 손해에 대하여 관할권이 있는 손해발생지 개념을 창안하지 않았다. 반면 등록상표권 침해가 문제된 Wintersteiger 사건 판결에서는 eDate 사건 판결에서 창안한 전체 손해에 대하여 관할권을 가지는 손해발생지인 ‘이익관계 중심지’에 상응하는 법정지로서 등록상표권 침해에 대한 전체 손해 및 침해금지청구에 대한 관할권이 있는 손해발생지는 상표등록국이라고 판시하였다. 이처럼 손해발생지와 관련하여, Hejduk 사건 판결은 Shevill 판결의 모자이크 방식을 그대로 유지하고, Wintersteiger 사건 판결은 그렇지 않은 것 같아 보이지만, 실은 이는 비등록지식재산권과 등록지식재산권의 차이일 뿐 두 판결 모두 지식재산권의 속지성을 따른 판시였다고 생각된다. 저작권 침해의 소는 손해발생지에 근거할 경우 각국에서 자국이 인정한 저작권 침해여부를 판단한다. 즉 Pinckney는 손해발생지인 프랑스 법원에서는 프랑스 저작권 침해만 주장할 수 있을 뿐이다(만약 Pinckney가 피고를 상대로 프랑스를 포함한 복수의 국가에서 발생한 저작권 침해를 주장하고 그 책임을 추궁하려면 피고의 주소지 혹은 피고의 행동지 국가에 제소하여야 한다). 등록지식재산권인 상표권 침해의 경우 그 표현만 달리했을 뿐 속지성의 메커니즘이 그대로 적용되었다. 상표권은 등록된 국가 내에서만 보호되므로 상표권 침해의 손해발생지는 등록국 1개일 수밖에 없다. Wintersteiger 사건에서 손해발생지는 오스트리아가 유일하고, 행동지인 독일 법원이든 손해발생지인 오스트리아 법원이든 오스트리아에서 발생한 손해에 대하여만 판단하게 될 것이다. 그러므로 Wintersteiger 사건 판결에서 Shevill의 모자이크 법리를 언급할 이유가 없다. 만약 원래의 사실관계와 달리 원고 Wintersteiger 상표권자가 오스트리아 외에 여러 국가에서 동일한 상표를 등록하고 피고를 상대로 복수 국가에서의 상표권 침해를 주장하고 관할을 손해발생지에 근거할 경우 각 상표등록국 법원이 자국 내에서 발생한 손해(즉, 자국의 상표권 침해)에 대하여만 관할권이 있다는 Shevill 판결의 법리가 차용되었을 것이라 생각된다.

Hejduk 사건 판결과 Wintersteiger 사건 판결은 지식재산권이 온라인상에서 침해된 사안에서 행

동지와 결과발생지가 분리되는 상황을 인지하고 양자 모두에 관할권을 인정하였다는 데 의의가 있다.⁹⁸⁾ 지식재산권 침해 관할규칙인 국제사법 제39조에서 ‘침해지’가 아닌 행동지와 결과발생지를 연결점으로 둔 것도 오늘날 국제재판관할이 문제되는 지식재산권 침해사건은 행동지와 결과발생지가 불일치하는 경우에 주로 문제가 될 것이라는 점을 반영한 것이라고 생각된다.

다음 쟁점은 지향지의 개념을 어떻게 파악할 것인가이다. 인터넷상 불법행위 혹은 지식재산권 침해 사안에서 결과발생지를 문제된 콘텐츠에 접근할 수 있는 곳(접근가능지)으로 이해하는 유럽사법재판소와 달리, 미국 법원은 접근가능성만으로는 최소한의 접촉을 인정할 수 없다, 즉 의도적 지향을 인정할 수 없다는 태도를 보인다. 실제로 미국 법원은 인터넷 환경하에서 비거주자에 대한 법정지의 특별재판관할권을 인정하기 위한 법리를 판례로 발전시켜 오면서, 여러 요소들을 종합적으로 함께 판단하는 태도를 보이고 있다. 즉 유럽사법재판소의 결과발생지와 미국 법원의 지향지는 구분되는 연결점이다.

그렇다면 문제는 우리 국제사법에서 결과발생지와 지향지를 어떻게 해석할 것인가이다. 이와 관련하여 발표자는 인터넷상에서 발생하는 저작권 침해의 국제재판관할 문제와 관련하여, 실무상 관점에서 우리 법원은 미국 법원의 접근방법이 아닌 유럽사법재판소와 같은 접근가능성을 기준으로 우리 법원의 관할권을 인정하는 것이 타당하다고 주장한 바 있다. 그 이유로는 국내 권리자 보호, 우리나라가 포럼 쇼핑국이 될 가능성이 낮다는 점도 있었지만, 가장 주된 이유는 미국의 접근방식에 의할 경우 관할권 유무에 대한 예측가능성이 떨어지고 본안 판단에 앞서 관할권 유무에 대한 심리 부담이 가중된다는 점에 있었다.⁹⁹⁾ 하지만 우리 국제사법은 지향지라는 연결점을 도입함으로써 인터넷상 불법행위나 지식재산권 침해 사건에서 접근가능성만으로는 우리 법원의 관할권을 인정하지 않겠다는 뜻을 명확히 하였다고 생각된다. 그러나, 그렇다고 하여 지향지라는 연결점을 미국의 의도적 지향과 온전히 동일한 의미로 사용할 필요는 없다. 생각건대 3가지 연결점의 의미는 위 II.에서 언급한 바와 같이, 우리 법원에 해외 피고를 제소한 원고가 연결점에 대한 증명책임을 진다는 것과 연관지어 파악할 필요가 있을 것이다. 이에 대하여는 아래 IV.의 관련 부분에서 설명한다.

IV. 우리 국제사법상의 지식재산권 침해와 불법행위 관할규칙

국제사법 제3조에 따라 피고의 일상거소(법인 또는 단체의 경우는 설립지, 주된 사무소·영업소, 정관상의 본거지, 또는 경영의 중심지)가 우리나라에 있는 경우에는 그의 불법행위이든 지식재산권 침해이든 그에 대한 모든 청구에 대하여 우리 법원의 관할권이 인정되므로, 국제사법 제39조와 제44조는 피고가 해외에 일상거소를 둔 자인 경우(피고가 법인 또는 단체의 경우에는 외국법에 따라 설립

98) Wintersteiger 사건 판결에서 온라인상 지식재산권 침해의 행동지에 대하여는 서버 소재지가 아니라 행위자가 그 침해행위와 관련된 주요한 의사결정 행위를 한 장소로 파악한 점도 눈길을 끈다.

99) 이주연, 앞의 논문 (2017), 121-126면.

되어 주된 사무소·영업소, 정관상의 본거지, 경영의 중심지가 모두 해외에 있는 경우) 의미가 있다.

그런데 국제사법 제39조와 제44조는 발표문의 I. 문제제기 부분에서 언급한 바와 같이 그 해석을 두고 논의의 여지가 있는 부분이 있다. 따라서 국제지식재산소송 실무에서 이들 규정을 적용할 때 지침이 될 수 있도록 설명하고, 규정의 내용만으로는 명확하게 해결되지 못한 부분에 대하여는 가능한 해석론을 논의하고 검토할 필요가 있다. 이를 위해 앞선 III. 에서 검토한 유럽사법재판소의 판결과 미국 법원의 판결 외에도, 국제사법 제39조와 관련해서는 그 모델 내지 참고가 되었을 지식재산권과 국제사법 원칙에 관한 모델원칙도 함께 비교, 검토한다.

1. 지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할 (제39조)¹⁰⁰⁾

가. 제39조의 구조

국제사법 제39조는 지식재산권 침해에 관한 소에 있어 우리 법원에 특별관할권이 인정되는 경우와 그 관할권의 범위에 대하여 규정하고 있다. 오늘날 국제거래 상황이나 인터넷 환경에서 지식재산권 침해자는 지식재산권 침해가 발생한 국가 밖에 거주하는 자일 수도 있고, 그 침해행위(행동)도 그 국가 밖에서 할 수 있다. 실제 소송에서 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권 침해 사건은 피고가 해외 거주자이거나, 나아가 (행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는) 행동지와 결과발생지가 달라지는 예외적인 모습을 띄고 있을 것이다. 국제사법은 이러한 예외적인 상황을 전제로 지식재산권 침해 관할규칙을 다음과 같이 정하였다:

제39조(지식재산권 침해에 관한 소의 특별관할)

- ① 지식재산권 침해에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다. 다만, 이 경우 대한민국에서 발생한 결과에 한정한다.
 1. 침해행위를 대한민국에서 한 경우
 2. 침해의 결과가 대한민국에서 발생한 경우
 3. 침해행위를 대한민국을 향하여 한 경우
- ② 제1항에 따라 소를 제기하는 경우 제6조제1항을 적용하지 아니한다.
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 지식재산권에 대한 주된 침해행위가 대한민국에서 일어난 경우에는 외국에서 발생하는 결과를 포함하여 침해행위로 인한 모든 결과에 관한 소를 법원에 제기할 수 있다.
- ④ 제1항 및 제3항에 따라 소를 제기하는 경우 제44조를 적용하지 아니한다.

국제사법 제39조는 먼저 제1항에서 우리 법원의 국제재판관할권이 인정되는 경우로 피고가 우리나라에서 (단순한 또는 종된) 침해행위를 한 경우(제1호),¹⁰¹⁾ (침해행위를 우리나라 밖에서 하였는데 그 침해의 결과가 우리나라에서 발생한 경우(제2호),¹⁰²⁾ (우리나라 밖에서) 우리나라를 향하여 침해

100) 이 부분은 이주연, 앞의 논문(2022)의 III. 4. 부분을 기초로 내용을 보완한 것이다.

101) 국제사법 제39조 제3항의 '주된' 침해행위와의 관계에서 여기서 침해행위는 단순한 또는 종된 침해행위라고 부연 설명하였다.

행위를 한 경우(제3호)를 상정한다.¹⁰³⁾ 이때 그 관할권의 범위와 관련, 국제사법 제1항 단서와 제2항은 우리나라에서 발생한 결과에 대한 것으로 한정하고, 외국에서 발생한 결과에 대한 청구에 대하여는 우리 법원의 관련사건 관할을 인정하지 않는다.¹⁰⁴⁾ 즉, 유럽사법재판소 Shevill 사건 판결에서 유래한 ‘모자이크’ 방식을 채택한 것으로 평가된다. 한편 그에 대한 예외로서, 국제사법 제39조 제3항은 주된 침해행위가 우리나라에서 일어난 경우에는 외국에서 발생하는 결과를 포함한 전체 결과에 대해서까지 우리 법원의 관할권의 범위를 인정한다.

나. 제39조 제1항 각 호의 연결점

제39조는 제44조와 마찬가지로 행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 연결점을 사용한다. 이는 유럽사법재판소가 불법행위 관할규칙에서 연결점으로 인정한 (그리고, 혹은 그 결과 일반적으로 널리 받아들여지고 있는) 행동지와 결과발생지, 그리고 미국 법원이 법정지 밖의 거주자에 대한 관할권을 인정하기 위해 채택한 연결점, 즉 법정지와 최소한의 접촉 유무를 판단하기 위한 기준으로서의 ‘의도적 법정지 지향’ 법리를 받아들인 결과로 추측된다.

구체적으로 제39조 제1항 제1호는 우선 해외 거주자가 우리나라 체류 중에 지식재산권 침해행위를 한 경우에 적용될 수 있을 것이다. 우리나라 지식재산권만 침해되는 경우도 있겠지만 경우에 따라서는 그 침해행위가 우리나라를 포함한 복수 국가에서 지식재산권 침해가 문제되는 경우도 있을 것이다. 후자의 경우에는 제39조 제3항과의 관계에서 주된 침해자의 침해행위를 국내에서 방조한 자에 적용될 것이다.

다음으로 제39조 제1항 2호의 결과발생은 오프라인 상황에서 발생한 사건이라면 우리나라에 유형적으로 존재하는 결과를 뜻한다(예: 지식재산침해 물품의 존재, 하자 있는 제조물로 인한 신체 상해). 한편 순수하게 온라인 환경에서 벌어진 사건에서의 결과발생은 어느 정도 의미 있는 규모의 우리나라 거주자들이 해당 콘텐츠에 접속한 사실을 의미한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다. 우선, 우리 국제사법에서 결과발생지라는 연결점 외에 별도로 지향지라는 연결점을 둔 점에 비추어보면, 결과발생지를 유럽사법재판소와 같이 접근가능지로 해석할 수는 없다고 본다. 사실 실질법적 관점에서는 저작권 중 전송권 침해 사례와 같이¹⁰⁵⁾ 해외 거주자가 해외에서 우리나라를 지향하지 않고 온라인상에

102) 국제사법 제39조 제1항 제2호의 침해행위는 제1호에 의할 수 없는, 즉 우리나라 밖에서의 행위를 상정한 것으로 보아야 한다.

103) 前註의 국제사법 제39조 제1항 제2호의 침해행위에 대한 설명은 제3호에도 해당된다. 제3호의 차별점은 우리나라 밖에서 (이 점은 제2호와 동일하다) ‘우리나라를 향하여’ 침해행위를 하였다는 데 있다. 이는 실질법적 관점에서는 ‘고의’라고 설명할 수 있다. 반면 제2호는 고의가 아닌 경우, 즉 과실이거나 무과실의 경우이다.

104) 이와 달리 서울중앙지방법원 2005. 6. 22. 선고 2003가합87723 판결은 한국인 시나리오 작가가 미국 영화배급사 DreamWorks를 상대로 우리나라를 비롯한 전세계 각국에서의 저작권침해금지과 전 세계에서 발생한 저작권침해로 인한 손해배상을 구한 사건에서 그 전체 청구에 대하여 관할권을 인정한 바 있다(동 판결에 대한 평석으로는 최승수, “저작권침해사건의 국제재판관할”, 문화미디어엔터테인먼트법 제14권 제1호 (2020)). 이러한 판결의 결과는 국제사법 제6조 제1항의 적용을 긍정한 것이다. 그러나 만약 이 사건에서 국제사법이 적용되었다면 우리나라에서 발생한 저작권침해에 관하여서만 관할권이 인정되었을 것이다.

105) 전송권은 업로드(이용제공) 하는 순간 완성되므로 우리나라에서 해당 저작물에 접근이 가능하다면 우리나라 저작권침해가 성립하게 된다.

서 지식재산권 침해행위를 하였더라도 우리나라 지식재산권의 침해로 평가되는 경우가 있다. 만약 전송권 침해가 문제된 상황에서 제2호의 결과발생지를 실질법적 관점에서 단순한 접근가능지로 이해한다면, ALI 원칙이나 CLIP 원칙과 같은 모델원칙에서의 지식재산권 침해의 특별관할 규칙과 비교할 때, 이들 규칙과 달리, 이른바 ‘overspill’ 사안에서도 국내 법원의 관할권을 인정한다는 점에서 과도한 입법이라는 비판이 있을 수 있다.¹⁰⁶⁾ 그러나 이는 어디까지나 실질법적 관점이고 국제사법적 관점에서 그 영향이 미미한 사건에까지 법원이 관할권을 행사할지 여부는 국제사법적 관점에서 결정해야 할 것이다. 그런데 이와 반대로, 국내원고가 상당한 피해를 입었지만, 피고의 행위가 우리나라에서 이루어졌거나 우리나라를 향한 것이었다는 점을 증명할 자료를 찾기 힘든 경우도 있을 수 있다. 이러한 경우에는 원고는 피고의 행위가 우리나라를 향한 것이었다는 점을 증명하는 대신, (어떠한 경로를 통해서든 할 수만 있다면) 국제사법적 관점에서 의미 있는 국내에서 침해의 결과발생사실(예: 국내에 지식재산권침해물이 유통되고 있는 사실)을 증명함으로써 우리 법원의 관할권을 주장할 수 있게 될 것이다. 이러한 점에서 연결점으로 3호의 지향지(지향된 결과발생지)를 두면서도 결과발생지를 연결점으로 둔 실익이 있다고 생각된다.

제39조 제1항 3호는, 해외 거주자가 해외에서 우리나라 거주자(혹은 우리나라 시장)를 대상으로 지식재산권 침해품을 판매(국제거래 상황인 경우)하거나 인터넷에 지식재산권침해물을 업로드하는 등의 행위를 한 경우 그에 대한 우리 법원의 (우리나라 내에서 발생한 손해에 대한) 관할권을 인정할 수 있다는 데 의미가 있다. 지향지를 연결점으로 한 것은 오늘날 인터넷 환경에서 벌어지는 불법행위와 지식재산권 침해를 염두에 둔 것으로 보이지만, (미국의 의도적 지향 법리가 그러하듯) 오프라인 상황에서도 우리나라가 지향지에 해당하는 경우가 있을 수 있다. 우리 국제사법은 지향지와 관련하여 특별히 인터넷과 특정 매체를 통한 지식재산권 침해나 불법행위로 한정하고 있지 않기 때문이다. 그런데 연결점인 ‘지향’은 그 성질상 행위자의 고의성을 추단하는 사실로 증명해야 한다. 이 때 그 판단 기준은 미국 법원이 세운 의도적 지향 법리보다는 약화된 것, 가령 ALI 원칙이 설명하는 바와 같은 정도의 기준이면 족하다고 본다.¹⁰⁷⁾ Youku 사건에서 미국 워싱턴 D.C. 연방지방법원은 판단기준으로 의도적으로 미국을 지향한 효과를 언급하며, 상당수 미국 시청자들을 확보함으로써 이것이 ‘사업 모델의 핵심요소’가 되었다는 증거가 제시되지 않았음을 지적한 바 있다. 그러나 우리 국제사법은 지향과는 별도로 결과발생지라는 연결점을 두고 있으므로, 앞서 국제사법 제39조 제1항 제2호에서 언급한 것과 같은 논리로, 지향을 인정하기 위하여 지향의 효과로서 어떠한 결과가 발생했는지 증명할

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

107) ALI 원칙은 향(direct)하였는지는 객관적으로 판단할 사항으로, 피고의 행동(behavior)에 비추어 피고가 법정지와 관련된 활동을 통해 이익을 취하고자 했다는 점을 합리적으로 도출할 수 있는지 여부의 문제라고 설명한다. 웹사이트의 경우라면 그 판단의 요소로는 사용언어, 결제통화 등을 생각할 수 있다. 우리나라에 거주하고 있는 이용자들에게 침해품을 무료로 주겠다는 제안과 같이 비상업적으로 접촉(contact)하더라도 향하였다고 볼 수 있다. 이와 달리 우리나라에는 물건을 배송하지 않고, 우리나라에 거주하는 이용자들이 웹사이트에 접근하는 것을 차단하기 위한 기술적 조치를 취하며, 우리나라에 소재한 은행이 발급한 카드를 사용할 수 없도록 하는 등의 조치를 취한다면 향하였다고 볼 수 없을 것이다. ALI, 앞의 책, p. 48-49.

것까지 요구해서는 안 된다고 생각한다.

다. 제39조 제1항 1호의 침해행위와 제39조 제3항의 주된 침해행위

다음으로 주목할 부분은 국제사법 제39조는 우리나라에서 단순한(또는 종된) 침해행위를 한 경우(제39조 제1항 1호)와 우리나라에서 주된 침해행위를 한 경우(제39조 제2항)를 구분한다는 점이다. 그 효과는 전자에 의한 관할권은 제39조 제1항 단서와 제2항에 의하여 그 범위가 국내에서 발생한 지식재산권 침해로 제한되는 반면, 후자의 경우에는 그러한 속지적 제한이 없다. 국제사법 제39조 제3항은 지식재산권 침해가 복수 국가에서 발생하였거나 경우에 따라서는 전세계에서 편재적으로 일어날 수 있는 오늘날의 상황을 고려하여, 우리나라의 집중관할권을 인정하는 규정이다. 이는 특히 인터넷 환경에서 의미가 있을 것이지만, 우리 국제사법은 이를 기술중립적으로 규정하였다.¹⁰⁸⁾

그렇다면 주된 침해행위란 무엇인가? 한일공동제안 제203조 제1항 제2문은 지식재산권 피해가 복수의 국가에서 발생한 경우 ‘주된’ 침해행위가 일어난 국가에 집중관할권을 인정하므로, 이에 대한 설명은 어떠한 경우가 국제사법 제39조 제2항에 해당하는지 판단할 때 도움이 될 것이다. 그런데 한일공동제안의 해설은 제203조 제1항 제2문의 ‘주된 침해행위가 일어난 국가’란 “침해행위의 본질적이고 또는 중요한 부분이 일어난 국가”라고만 추상적으로 설명하고 있다.¹⁰⁹⁾ 유사하게 집중관할권의 근거가 되는 침해를 위한 ‘실질적 행위(또는 주된 행위, substantially acted)’로 규정하여 한일공동제안 제203조 제1항 제2문의 모델이 되었을 것으로 보이는 ALI 원칙 §204(1)에 대한 해설에 따르면, 주된 침해행위의 예로는 우리나라에 서버를 둔 저작권침해 웹사이트를 운영하는 것, 우리나라에서 불법송출하는 방송설비를 운용하는 것, 우리나라에서 특허침해품을 생산·배포하는 센터를 운영하는 것, 우리나라에서 티셔츠에 침해상표를 찍는 공장을 운영하는 것 등이 될 것이다.¹¹⁰⁾

그런데 국제사법 제39조 제3항은 우리 법원의 집중관할권을 인정하는 근거로서 ‘주된 침해행위가 우리나라에서 일어난 경우’만을 들고 있다. 따라서 해외에서 주된 침해행위가 일어났지만(침해행위를 우리나라를 향하여 한 결과) 그 침해의 결과가 우리나라에서 주로 발생한 경우 우리 법원의 관할권은 제39조 제1항에 따라 우리나라에서 발생한 결과에 한해서만 미치게 될 것이다. 이는 CLIP 원칙 Article 2:203(2)이, 비록 그 적용의 전제조건은 보다 엄격하지만, 침해행위가 향해진 국가의 법원에 도 집중관할권이 인정될 수 있는 가능성을 열어두고 있는 것과 비교된다.¹¹¹⁾ 해외에서 일어난 행동에 의해 복수 국가의 지식재산권 침해가 발생하였지만 주로 우리나라 지식재산권 침해가 발생한 경

108) 이는 ALI 원칙과 한일공동제안의 태도를 따른 것인데, 이와 달리 CLIP 원칙은 편재적 매체에 의한 침해에 한하여 관할권 집중을 허용한다.

109) 한국국제사법학회 편집부, 앞의 자료, 545면.

110) ALI, 앞의 책, p. 48-49.

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

우, 만약 우리 법원의 관할의 근거를 제39조 제1항 제2호나 제3호가 아닌 제4조의 사업·영업활동지 관할에서 찾을 수 있다면 (즉 지향이 ‘계속적이고 조직적’이라는 점을 증명할 수 있다면) 제39조 제2항의 제한을 받지 않으므로 제6조 제1항에 따른 객관적 병합 제도를 이용할 수 있다. 즉 제39조 제3항에서 주된 결과발생지에 집중관할권을 인정하지 않는 것은 제4조를 이용하는 방법으로 보완할 수 있을 것이다.

2. 불법행위에 관한 소의 특별관할 (제44조)

가. 제44조의 구조

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

제44조(불법행위에 관한 소의 특별관할)

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

위와 같은 국제사법 제44조의 경우는 국제매매 상황에서 제조물책임과 미디어 매체를 통한, 특히 오늘날 인터넷을 통한 명예훼손 사례에서 주로 문제가 될 것으로 추측한다.

국제사법 제44조를 구조적으로 분석해보면 다음과 같다. 우선 본문에서 외국적 요소가 있는 불법행위에 관한 소는 그 행위(강학상으로는 ‘행동’)가 ① 대한민국에서 행하여지거나 ② 대한민국을 향하여 행하여지는 경우 또는 ③ 대한민국에서 그 (행동의) 결과가 발생하는 경우 우리 법원에 관할권이 있음을 규정한다. 그리고 단서로 ‘불법행위(행동)의 결과가 대한민국에서 발생할 것을 예견할 수 없었던 경우’에는 우리 법원의 관할권을 인정할 수 없다고 규정한다. 이는 국제사법 제39조와의 차이점이다. 또 다른 국제사법 제39조와의 차이는 국제사법 제44조에서는 제39조 제1항 단서와 제39조 제2항과 같이 관할권의 범위를 양적으로 제한하는 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 이는 유럽사법재판소의 Shevill 판결의 모자이크 법리를 원칙적으로 받아들이지 않은 것으로 볼 수 있다.¹¹²⁾

아래에서 제44조 본문의 연결점에 해당하는 사례, 제44조 단서의 의미, 그리고 관할권의 양적 제한 규정을 두지 않은 것의 의미에 대하여 차례로 살펴본다.

나. 제44조의 본문: 3개의 연결점

제39조와 제44조에서 정한 행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 연결점의 의미를 특별히 달리

112) 석광현, 앞의 논문(2018), 72면 참조.

파악할 필요는 없다고 본다. 다만 구체적 ‘사안’에 따라 판례에 의해 그 의미가 구체화되는 조정이 있을 수는 있지만, 그러한 조정이 항상 지식재산권 침해와 불법행위의 본질적 차이에서 기인하지 보다는 개별 사안의 특수성에 기인할 것이고, 제39조와 제44조 중 어느 하나에 있는 연결점에 대한 해석이나 법리는 다른 조문에 있는 상응하는 연결점에 대하여 공통적으로 적용되는 경우도 많을 것이라 생각된다.

국제사법 제44조 본문 중 위 가.의 ①의 예로는 해외 거주자가 우리나라에서 관광 중 교통사고를 일으킨 경우, 비행기 사고가 우리나라에서 발생한 경우 등을 생각할 수 있다. ②는 해외 거주자의 우리나라와의 의도적 내지 고의적 접촉(contact)에서 발생하는 불법행위를 상정한 것이다. 인터넷상에서 벌어지는 명예훼손 사건이나 거래를 빙자한 온라인상의 사기 사건도 여기에 해당될 수 있다. 또한 국제매매 상황에서 발생하는 제조물 책임을 지는 제조업자 중 제조물을 우리나라에 수출한 자도 여기에 해당할 것이다(제조물 책임은 무과실 책임이므로, 우리나라에 수출 행위를 우리나라를 지향한 불법행위로 평가할 수 없다는 논리에 의한다면 이 경우는 ②가 아닌 ③에 해당한다. 다만 이러한 수출업자는 제조물 책임 사고가 우리나라에서 발생할 것을 예견할 수 있을 것이고, 따라서 제44조 단서의 적용가능성이 없다는 점에서 우리나라에 직접 수출하지 아니한 해외 제조업자와 구별된다). 한편 해외 제조업자 중 직접 우리나라에 수출한 것은 아니지만 유통 과정을 통해 그의 제조물에 대한 사고가 우리나라에서 발생한 경우는 ③에 해당할 것이다.

생각해야 할 점은 위 ①~③의 구별은 항상 서로 배타적인 것이 아니라 경우에 따라 중첩될 수도 있고, 또한 그 구분이 계속 고정적인 것은 아니라는 점이다. 예컨대 위 ①의 예로 든 예시는 행동지와 결과발생지가 동일한 경우이다.¹¹³⁾ 인터넷상에서 벌어진 명예훼손의 경우를 예로 들면, 행위자는 우리나라 거주자에게 그러한 명예훼손적 사실을 전달하고자 의도한 것이 아니었고 그 정황(이용한 웹사이트, 언어 등)에 비추어 우리나라를 향했다고 볼 수 없다고 한다면 ②가 아닌 ③의 해당 여부만 문제될 것이다. 그러나 이후 피해자로부터 어떠한 (예컨대 해당 콘텐츠에 의해 명예가 훼손되었고, 그 피해가 발생한 곳에 한국이 포함된다는 식의 내용이 포함된) 경고를 받은 이후 적절한 조치를 취하지 않는다면 ②의 영역으로 들어가게 될 것이다. 해외 거주자가 한국에서 체류하는 중에 한국인들이 많이 이용하는 웹사이트에 특정 한국 연예인의 명예를 훼손하는 글을 게시하였다고 하자. 해외 거주자의 행동지는 (타인의 명예를 훼손하는 글을 ‘한국에서’ 온라인에 게시하였으므로) 한국(업로드지)이다.¹¹⁴⁾ 또한 이 경우 한국이 지향지라고 보는 것에도 큰 문제가 없다. 나아가 실제 한국 사람들이 이

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

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

글을 읽고 해당 연예인이 고통을 겪었다면 한국이 결과발생지이다.

다. 제44조의 단서: 예견할 수 없는 결과발생지

국제사법 제44조 단서는 그 해석상 (행동지와 결과발생지가 다른 경우) 관할이 ③의 결과발생지에 근거할 경우에만 문제될 것이다. 이유는 다음과 같다: 우선 우리나라에서 불법한 결과를 야기한 행위를 한 자는 그 행위가 고의에 의한 것이든 과실에 의한 것이든 혹은 무과실이어서 책임이 없든 그 분쟁해결을 위해 우리 법원에서 자신이 피소될 수 있음을 합리적으로 예견할 수 있다(①의 경우). 다음으로 불법행위로 주장될 만한 행위를 우리나라를 ‘향하여’ 한 자는(②의 경우) 실질법상으로 고의에 의한 불법행위를 한 자이거나 그와 같이 향해진 행위로 인해 무언가 잘못된 결과가 발생한 경우 우리나라에서 피소될 수 있음을 합리적으로 예견할 수 있었다고 보아야 하기 때문이다.

그렇다면 어떠한 경우가 ③의 경우에 해당할 것인가? 제조물책임이 문제되는 사안의 경우 결과발생지의 인정은 어렵지 않고, 논의의 초점은 그러한 결과발생의 예견가능성에 있게 될 것이다.¹¹⁵⁾ 한편 인터넷상 명예훼손 사안의 경우는 우리나라에서 해외에도 게시된 명예훼손적 콘텐츠에 접속할 수 있다는 사실만으로 우리나라를 결과발생지로 볼 것인지의 문제가 있다.

우선 우리나라가 제조물 책임 사고의 결과발생지로 인정된 경우 제44조 단서의 예견가능성 판단 기준은 어떠한가? 이와 관련해서는 제조물 책임 사건에서 관할권 유무 판단의 기준으로 예견가능성을 언급한 우리 대법원 판결¹¹⁶⁾이 제44조의 단서에 반영되었다는 평가도 있다.¹¹⁷⁾ 다만 우리 대법원의 태도는 해외에서 발생한 국내 제조물 책임 사건에서 외국 법원의 관할유무를 따질 때와 해외 제조물 책임 사건에서 우리 법원의 관할유무를 따질 때 그 기준이 일관적이지 못하고, 특히 해외에서 발생한 국내 제조물 책임 사건의 경우 우리 기업이 미국에 제조물을 수출하였기 때문에 미국을 결과발생지로 보았을 때 대법원의 판단과 달리 예견가능성이 있다고 볼 만한 사안이었다.¹¹⁸⁾ 따라서 향후 제조물 책임 사건에서 제44조 단서에 대한 판단에서는 종전 우리 대법원 판결과는 다른 변화가 필요하다고 생각된다.

다음으로 인터넷상 명예훼손 사안에서 결과발생지의 의미와 관련하여서는, 앞서 말한 바와 같이 제39조와 제44조에서 정한 행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 연결점의 의미를 특별히 달리 파

115) 미국 자동차부품업체 A1이 미국 자동차 제조사 A2에 부품을 납품했는데, A2가 A1이 납품한 부품을 포함시켜 만든 자동차를 우리나라에 자동차를 수출하였고, A1이 납품한 부품의 하자로 인하여 우리나라에서 발생한 자동차 제조물책임에 대한 소송이 국내 법원에 제기되었다고 생각해보자. 이 경우 A1 과 A2 모두 제조물책임의 주체가 된다. A2는 우리나라에 자동차를 수출한 자로서 위 ②와 ③에 해당하고, 따라서 피해를 입은 국내 소비자들이 A2를 상대로 국내 법원에 제조물책임 소송을 제기하는 것에는 큰 문제가 없다. 반면, A1의 경우 미국 회사에 부품을 공급하였기 때문에 ②에 해당하지 않고 ③에 해당할 것이다. 이 경우는 국제사법 제44조 단서에 해당하는지가 문제될 수 있다. 참고로 제조물은 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함하므로(제조물 책임법 제2조 제1호), A1도 제조물 책임의 주체가 된다.

116) 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결 (무선전화기 사건); 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 (고엽제 사건); 대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다21737 판결 (압력밥솥 사건).

117) 이종혁, 앞의 발표문, 21-22면.

118) 석광현, 앞의 논문(2018), 69면. (“플로리다주 또는 뉴욕주에 물품을 판매한 제조사로서는 물품에 결함이 있을 경우 플로리다주 또는 뉴욕주에서 제조될 것은 당연히 예견할 수 있다.”)

악할 필요는 없다는 데에 단서가 있다. 즉 인터넷상 명예훼손 사안에서 제44조의 결과발생지의 의미를 단순한 접근가능지로 새길 수는 없고, 피해자 외에 의미 있는 규모(다만 명예훼손의 전파가능성 법리를 고려할 때, 의미 있는 규모가 되기 위한 실제 접속자 수는 지식재산권 침해 사안에서 요구되는 수보다 적을 수는 있다)의 우리나라 거주자가 명예를 훼손하는 콘텐츠에 접속한 사실이 있을 때 우리나라가 결과발생지가 될 것이다. 원고가 결과발생지라는 연결점에만 근거하여 관할권을 증명하는 경우에는 피고는 제44조 단서에 따라 예견가능성이 없었음을 주장할 수 있다. 이때 예견가능성이 없다는 점에 대한 증명책임은 피고가 부담하여야 하므로,¹¹⁹⁾ 예외적인 상황(예: 누군가를 비방하는 내용을 온라인 비밀 일기로 작성하였는데 그것이 해킹된 경우)에서만 인정될 수 있을 것이라 생각된다. 자신에 대한 명예훼손적 글이 인터넷에 게시된 원고 전직 국회의원인 피고 국내 정당을 상대로 미국 법원에 제소하여 미국 법원의 관할권 유무가 문제되었던 새천년민주당 사건 판결¹²⁰⁾에서 우리 대법원은 원고의 청구는 원고가 대한민국 국회의원 선거에서 낙선함에 따라 선거운동으로 투입한 비용 상당액과 국회의원으로서 4년간 일하여 받을 수 있었던 수입을 얻지 못하게 된 데 따른 손해에 대한 것으로 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 정신상 손해의 배상을 청구하는 것이 아니었다는 이유로 미국은 피고의 행동지도 결과발생지도 아니라고 판단한 바 있다. 만약 이 사건에서 원고가 미국 내 한인사회에서의 명예훼손에 따른 정신상 손해의 배상을 청구한 것이었다면 결과발생지로서 미국 법원의 관할권을 인정할 수 있었을 것이다.

3. 제39조와 제44조의 비교

가. 결과발생지 관할권 부인의 근거로 예견가능성 유무

불법행위 관할규칙인 제44조가 결과발생지와 관련하여 예견가능성 제한을 두고 있는 것과 달리, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조는 제1항 제2호의 사유와 관련하여 그러한 제한을 두고 있지 않다. 이는 지식재산권 침해와 불법행위의 차이로 설명될 수 있다고 생각된다. 지식재산권 침해는 고의나 과실의 유무와 상관없이 침해행위가 있으면 성립되고 금지청구의 대상이 된다.¹²¹⁾ 지식재산권 침해로 인한 손해배상청구는 고의와 과실이라는 주관적 요건까지 필요로 하지만, 금지청구는 지식재산권 침해의 주요한 구제수단이고, 또한 지식재산권 침해에 대한 손해배상청구와 관련하여 법은 과실이나 경우에 따라 고의를 추정하는 규정을 두고 있다.¹²²⁾

나. 제39조 제1항의 관할권과 제44조 관할권의 양적 범위

119) 이종혁, 앞의 발표문, 22면.

120) 서울지방법원 남부지원 2002. 9. 5. 선고 2001가합14185 판결; 서울고등법원 2003. 5. 13. 선고 2002나57395 판결; 대법원, 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결.

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

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

지식재산권 침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우, 동항 단서와 제2항으로 관할권의 범위를 결과발생지로 제한하는 양적 제한을 두고 있는 반면 불법행위 관할규칙인 제44조는 그와 같은 양적 제한 규정을 두고 있지 않은 차이가 있다. 전자는 Shevill 사건의 모자이크 법리를 명시한 반면, 후자는 그렇지 않은 것이다. 이렇게 문언상의 차이를 둔 것은 의도적이라고 보아야 하므로, 제39조 제1항 단서의 양적으로 제한된 관할이라는 법리를 제44조의 해석에 유추적용할 수는 없다고 생각된다. 다만 우리 법원이 불법행위 관할권을 가진다는 것이 항상 그로 인하여 전세계에서 발생한 손해에 대해서까지 관할권을 행사하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 생각한다. 이 부분은 특정 사안에 따라 우리 법원이 제2조의 실질적 관련성이라는 대원칙에 기초하여 그 관할권의 범위를 적절히 판단할 수 있으리라 생각한다. 이는 유럽연합의 브뤼셀체제에서 불법행위 관할규칙에서는 관할의 근거인 연결점만 규정하고 관할권의 범위에 대하여는 규정하고 있지 않음에도 유럽사법재판소가 창안한 법리를 통해 관할권 범위를 제한하는 것과 마찬가지로이다. 한편 제44조 단서의 예견가능성을 기준으로 관할권을 양적으로 제한하는 것은 타당하지 않다고 생각되는데, 제44조 단서는 우리 법원의 관할권 유무를 판단하기 위한 기준이기 때문이다.

그렇다면, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우 그 단서와 제2항으로 우리 법원의 관할권의 범위를 양적으로 제한한다는 규정을 둘 필요가 있었을까?라는 의문이 생긴다. 제44조와 마찬가지로 관할의 근거만 규정하고, 그 범위에 대하여는 제한이 필요하다고 생각되면 마찬가지로 실질적 관련성이라는 원칙을 고려하여 법원이 결정하면 될 것이기 때문이다. 이 역시 지식재산권 침해와 불법행위의 차이로 설명할 수 있다고 생각된다. 지식재산권 침해는 그 권리의 속지적 성격상 각 국가별로 성립한다. 따라서 한 국가의 지식재산권 침해 여부는 그 국가의 법원이 가장 잘 판단할 수 있다는 사고와 그 효과면에서 준거법이 법정지법과 일치된다는 장점을 이유로 침해지국의 관할권이 인정된다.¹²³⁾ 지식재산권 침해 관할에 대한 양적 제한은 우리나라 내에서 우리나라 지식재산권을 침해하는 행동과 그로 인한 우리나라 지식재산권 침해가 발생하는 사안에서는 사실의 의미가 없다. 양적 제한은 행동지와 결과발생지가 다른 사안, 즉 지식재산권 침해를 야기하는 행위(즉 행동)가 (국내에서든 해외에서든) 일어나서 국내 지식재산권 뿐 아니라 해외 지식재산권의 침해가 발생하더라도 우리 법원은 원칙적으로 국내 지식재산권 침해에 대하여만 관할권을 행사하겠다는 뜻을 선언한 것이다. 비록 제39조에서는 연결점으로 ‘침해지’라는 용어를 사용하지 않았지만, 제39조 제1항 단서와 제2항에 의해 제39조 제1항의 관할권은 속지적으로 제한되는 침해지 관할권임을 규정한 것으로 평가할 수 있다.¹²⁴⁾ 유럽사법재판소에서도 온라인상에서의 저작권 침해 사안에서 Shevill 법리를 그대로 차용하고, 등록상표권 침해 사안에서 결과발생지는 해당 상표의 등록국이라고 하였다.

123) 예컨대 CLIP 원칙 Article 2:202이 이러한 태도이다. ALI §204(2), 한일공동제안 §203(2)에서 지향된 결과발생지(즉, 침해지)의 관할권을 인정하는 것도 속지성을 반영한 것이다.

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

이는 지식재산권의 속지성을 반영한 결과이다. 한편 지식재산권 침해 관할을 속지적으로 제한하게 되면, 국내 권리자가 해외에서도 동일 또는 유사한 지식재산을 대상으로 한 권리를 보유하고 있는 상황에서 제39조 제1항에 근거하여 해외 피고를 상대로 국내 법원에 제소하는 경우, 설령 동일한 해외 피고가 다른 국가 지식재산권도 침해하고 있다 하더라도 그를 상대로 한 모든 청구를 일거에 해소할 수 없다는 단점이 있다. 그럼에도 우리 법원이 해외 지식재산권 침해 여부까지 항상 잘 판단할 수 있는 법원이라고 하기는 어렵다는 점(각 국가의 지식재산권법을 조사해야 하는 부담이 있다), 지식재산권자는 일반적으로 일반 불법행위 피해자보다 많은 자원을 가진 자이므로 해외 피고의 일상거소가 있는 국가에 제소하는 것이 큰 부담이라고 할 수 없고, 복수 국가에서의 소송을 수행하더라도 부담이 상대적으로 덜하다는 점, 제39조 제3항의 주된 행동지 관할이나 제4조의 사업·영업활동지 관할의 요건을 충족하는 경우라면 예외적으로 각 국가에서 발생한 지식재산권 침해에 대해서도 우리 법원에서 한번에 심리 받을 기회가 있다는 점에서, 지식재산권 침해 관할의 경우 그 범위를 원칙적으로 속지적으로 제한하는 규정을 둔 것은 타당하다고 생각한다.

V. 맺음말

국제사법 제39조와 제44조 두 조문을 둘러싼 여러 논의와 그 해석에 대한 발표자의 개략적인 생각은 다음과 같다.

지식재산권 침해는 불법행위의 특수한 유형이기는 하나 속지성이라는 불법행위와는 구별되는 특성이 있고, 그것이 관할의 성립이나 범위에 영향을 줄 수 있다. 그러한 점에서 유럽연합의 브뤼셀 체계와 같이 불법행위 관할규칙에 근거하되 실제 적용에 있어 지식재산권 침해의 특수성을 고려하는 방안도 있겠지만, 국제사법이 불법행위 관할규칙과 지식재산권 침해 관할규칙을 구분한 것은 이론적 타당성이 있다. (I. 문제제기 중 1. 관련)

지식재산권 침해의 특수성을 고려하여 제44조로 규율하지 않고 제39조에 별도의 규정을 둔 것이라면, 이론적 측면에서 보건대 제39조에서 연결점을 (불법행위 관할규칙의 연결점으로 일반적으로 인정되는) 행동지, 결과발생지가 아닌 침해지로 하였을 때 불법행위 관할규칙에서 분리되어 독자적으로 규정한 취지에 더 잘 부합할 수 있었을 것이다. 그러나 지식재산권 침해 관할문제를 불법행위 관할규칙에 따라 행동지와 결과발생지의 관점에서 설명하는 유럽사법재판소 판례에서 보듯, 그리고 지식재산권과 국제사법에 관한 모델원칙 중에도 행동지와 결과발생지를 연결점으로 사용하는 예가 있다는 점에서, 더욱이 오늘날 국제재판관할이 쟁점이 될 지식재산권 침해 사안은 행동지와 결과발생지가 일치하는 원형적인 모습이기보다는 행동지와 결과발생지가 달라질 수 있는 예외적인 상황일

것이라는 점에서, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조에서도 그 연결점을 침해지가 아닌 (제44조와 마찬가지로) 행동지, 결과발생지, 지향지로 한 것의 타당성을 찾을 수 있다. (I. 문제제기 중 2. 가. 관련)

제39조와 제44조 모두 행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 연결점을 사용한다. 이는 유럽사법재판소가 불법행위 관할규칙에서 연결점으로 인정한 (그리고, 혹은 그 결과 일반적으로 널리 받아들여지고 있는) 행동지와 결과발생지, 그리고 미국 법원이 법정지 비거주자에 대한 관할권을 인정하기 위해 채택한 연결점, 즉 법정지와 최소한의 접촉 유무를 판단하기 위한 기준으로서의 ‘의도적 법정지 지향’ 법리를 받아들인 결과이다. 그런데 인터넷상의 불법행위 혹은 지식재산권 침해 사안에서 유럽사법재판소는 결과발생지를 문제된 콘텐츠에 접근할 수 있는 곳(접근가능지)으로 이해하는 반면, 미국 법원은 접근가능성만으로는 최소한의 접촉을 인정할 수 없다, 즉 의도적 지향을 인정할 수 없다고 한다. 그렇다면 문제는 우리 국제사법에서 결과발생지와 지향지를 어떻게 해석할 것인가이다. 생각건대 제39조와 제44조가 규정한 3개의 연결점의 의미는 우리 법원에 해외 피고를 제소한 원고가 연결점에 대한 증명책임을 진다는 것과 연결지어 파악하여야 할 것이다. 그에 따른 결과발생지와 지향지의 의미는 다음과 같다.

먼저 결과발생은 오프라인 상황에서 발생한 사건이라면 우리나라에 유형적으로 존재하는 결과를 뜻한다(예: 지식재산침해 물품의 존재, 하자 있는 제조물로 인한 신체 상해). 순수하게 온라인 환경에서 벌어진 사건에서의 결과발생은 어느 정도 의미 있는 규모의 우리나라 거주자들이 해당 콘텐츠에 접속한 사실을 의미한다. 우리 국제사법에서 결과발생지라는 연결점 외에 별도로 지향지라는 연결점을 둔 점에 비추어 볼 때, 결과발생지를 유럽사법재판소와 같이 접근가능지로 해석할 수는 없기 때문이다. 다음으로 지향은 그 성질상 행위자의 고의성을 추단하는 사실로 밖에 증명될 수 없는데, 이 때 그 판단기준은 미국 법원이 세운 의도적 지향 법리보다는 약화된 것, 가령 ALI 원칙이 설명하는 바와 같은 정도의 기준이면 족하다. 우리 국제사법은 지향과는 별도로 결과발생지라는 연결점을 두고 있으므로, 앞서 국제사법 제39조 제1항 제2호에서 언급한 마찬가지로 논리로, 지향을 인정하기 위한 판단기준으로 그러한 지향의 효과로서 어떠한 결과가 발생했는지 보여주는 증명까지 요구해서는 안 될 것이다. (I. 문제제기 중 2. 나. A. 관련)

행동지, 결과발생지, 지향지라는 3개의 연결점의 의미를 제39조인지 제44조인지에 따라 달리 파악할 필요는 없다고 본다. 따라서 인터넷상 명예훼손 사안에서 제44조의 결과발생지의 의미를 단순한 접근가능지로 새길 수는 없고, 피해자 이외에 의미 있는 규모(다만 명예훼손의 전파가능성 법리를 고려할 때, 의미 있는 규모가 되기 위한 실제 접속자 수는 지식재산권 침해 사안에서 요구되는 수보다 적을 수는 있다)의 우리나라 거주자가 명예를 훼손하는 콘텐츠에 접속한 사실이 될 것이다. 만약 관할권이 결과발생지라는 연결점에만 근거할 경우, 피고가 예외적인 상황(예: 누군가를 비방하는 내용을 온라인 일기로 작성하였는데, 그것이 해킹된 경우)을 증명한다면 제44조 단서(피고는 예견가능

성이 없었다)에 해당한다고 보아 관할권이 부정될 것이다. (I. 문제제기 중 2. 나. B. 관련)

불법행위 관할규칙인 제44조가 결과발생지와 관련하여 예견가능성 제한을 두고 있는 것과 달리, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조는 그러한 제한을 두고 있지 않은 것은 지식재산권 침해와 불법행위의 차이로 설명될 수 있다. 지식재산권 침해는 고의·과실의 유무와 상관없이 침해행위가 있으면 성립되고 금지청구의 대상이 된다. 금지청구는 지식재산권 침해의 주요한 구제수단이고, 또한 고의나 과실이 요구되는 지식재산권 침해에 대한 손해배상청구와 관련해서도 법은 과실이나 경우에 따라 고의를 추정하는 규정을 두고 있다. (I. 문제제기 중 3. 관련)

지식재산권 침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우, 동항 단서와 제2항으로 관할권의 범위를 결과발생지로 제한하는 양적 제한을 두고 있는 반면 불법행위 관할규칙인 제44조는 그와 같은 양적 제한 규정을 두고 있지 않은 차이가 있다. 전자는 Shevill 사건의 모자이크 법리를 명시한 반면, 후자는 그렇지 않은 것이다. 이렇게 문언상의 차이를 둔 것은 의도적이라고 보아야 하므로, 제39조 제1항 단서의 양적으로 제한된 관할이라는 법리를 제44조의 해석에 유추적용할 수는 없다고 생각된다. 다만 우리 법원이 불법행위 관할권을 가진다는 것이 항상 그로 인하여 전세계에서 발생한 손해에 대해서까지 관할권을 행사하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다고 생각한다. 이 부분은 특정 사안에 따라 우리 법원이 제2조의 실질적 관련성이라는 대원칙에 기초하여 그 관할권의 범위를 적절히 판단할 수 있으리라 생각한다. 한편 제44조 단서의 예견가능성을 기준으로 관할권을 양적으로 제한하는 것은 타당치 않다고 생각되는데, 제44조 단서는 우리 법원의 관할권 유무 판단을 위한 기준이기 때문이다. (I. 문제제기 중 4. A. 관련)

그렇다면, 지식재산권 침해 관할규칙인 제39조 제1항에 근거한 관할권의 경우 그 단서와 제2항으로 우리 법원의 관할권의 범위를 양적으로 제한한다는 규정을 둘 필요가 있을까? 이 역시 지식재산권 침해와 불법행위의 차이로 설명할 수 있다. 지식재산권 침해는 그 권리의 속지적 성격상 각 국가별로 성립한다. 따라서 한 국가의 지식재산권 침해 여부는 그 국가의 법원이 가장 잘 판단할 수 있다는 사고와 그 효과면에서 준거법이 법정지법과 일치된다는 장점을 이유로 침해지국의 관할권이 인정된다. 비록 제39조에서는 연결점으로 ‘침해지’라는 용어를 사용하지 않았지만, 제39조 제1항 단서와 제2항에 의해 제39조 제1항의 관할권은 속지적으로 제한되는 침해지 관할권임을 규정한 것으로 평가할 수 있다. 한편 지식재산권 침해 관할을 속지적으로 제한하게 되면, 국내 권리자가 해외에서도 동일 또는 유사한 지식재산을 대상으로 한 권리를 보유하고 있는 상황에서 제39조 제1항에 근거하여 해외 피고를 상대로 국내 법원에 제소하는 경우, 설령 동일한 해외 피고가 다른 국가 지식재산권도 침해하고 있다 하더라도 그를 상대로 한 모든 청구를 일거에 해소할 수 없다는 단점이 있다. 그럼에도 우리 법원이 해외 지식재산권 침해 여부까지 항상 잘 판단할 수 있는 법원이라고 하기는 어렵다는 점(각 국가의 지식재산권법을 조사해야 하는 부담이 있다), 지식재산권자는 일반적으로 일반 불법행위 피해자보다 많은 자원을 가진 자이므로 해외 피고의 일상거소가 있는 국가에 제소하는 것이 큰 부담이

라고 할 수 없고, 복수 국가에서의 소송을 수행하더라도 부담이 상대적으로 덜하다는 점, 제39조 제3항의 주된 행동지 관할이나 제4조의 사업·영업활동지 관할의 요건을 충족하는 경우라면 예외적으로 각 국가에서 발생한 지식재산권 침해에 대해서도 우리 법원에서 한번에 심리 받을 기회가 있다. 이러한 점에서 지식재산권 침해 관할의 경우, 불법행위 관할과 달리, 그 범위를 원칙적으로 속지적으로 제한하는 규정을 둔 것은 타당하다. (I. 문제제기 중 4. B. 관련).

끝으로 지식재산권 침해 사건에서 예외적으로 우리 법원의 집중관할권을 규정한 제39조 제3항은 우리 법원의 집중관할권을 인정하는 근거로서 ‘주된 침해행위’가 우리나라에서 일어난 경우만 들고 있다. 즉 우리나라가 주된 행동지인 경우에 집중관할권을 인정하고 주된 결과발생지인 경우에는 집중관할권을 인정하지 않는다. 다만 해외에서 일어난 행동에 의해 복수 국가의 지식재산권 침해가 발생하였지만 주로 우리나라 지식재산권 침해가 발생한 경우, 만약 우리 법원의 관할의 근거를 제39조 제1항 제2호나 제3호가 아닌 제4조의 사업·영업활동지 관할에서 찾을 수 있다면 제39조 제2항의 제한을 받지 않으므로 제6조 제1항에 따른 객관적 병합 제도를 이용할 수 있을 것이다.

신국제사법의 지식재산권 침해 관할규칙과 불법행위 관할규칙 검토

- 국제사법 제39조와 제44조의 정합성을 중심으로 -

이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원)

국제사법이 2022년 개정된 이후 의미있는 학술대회에서 이주연 교수님의 발표에 대해 지정토론을 하게 되어 기쁘게 생각합니다. 그리고 깊이 있는 발표문을 작성해 주신 이주연 교수님께 심심한 사의를 표합니다. 제 토론문을 통해 이주연 교수님의 발표문에 대하여 제가 아직 정리하지 못한 생각을 공유하고 이주연 교수님의 의견을 경청하고자 합니다.

1. 국제재판관할권의 존재 여부는 소송요건인지 여부

“국제재판관할권은 적극적 소송요건이고, 외국적 요소가 있는 민사사건의 수소법원은 그 유무를 직권으로 조사하여야 한다.”라는 필자의 주장에 대해 동의합니다. 이를 전제로 아래의 내용을 논의할 필요가 있다고 봅니다.

- 아래 -

① “피고의 국제재판관할권 흠결 항변은 직권조사사항을 촉구하는 것일뿐 진정한 의미의 항변이 아니다.”라는 표현은 피고의 국제재판관할권 흠의 항변은 소송상 항변 중 본안전 항변에 해당하므로, 본안의 항변이 아니라는 취지인지를 다시 확인하고자 합니다.

② 이주연 교수님의 발표문에서는 “국내에서는 피고가 해외 거주자인 국제소송에서 원고의 일방적인 주장만을 기초로 관할을 인정하면 피고에게 부당하게 응소를 강요할 위험이 있으므로 불법행위의 발생 등 관할원인사실에 대하여 피고를 본안심리에 복종시켜도 좋다고 합리적으로 판단할 수 있을 정도로 원고가 일응의 입증을 하여야 한다는 의견이 제시된 바 있다. 이 의견이 ‘일응의 입증’의 의미가 간접사실을 통한 증명, 사실의 추정을 허용한다는 뜻인지, 증명도를 낮추어 ‘소명’ 혹은 ‘증명’과 ‘소명’사이의 그 어딘가에 해당하는 정도의 증명을 요한다는 뜻인지 불분명하나, 적어도 원고가 연결점을 주장하는 것만으로는 부족하고 그 존재를 증명해야 한다는 의견이라는 점에서 동의한다. 그래야만 해외 피고의 부당한 응소 위험을 줄이고, 설령 해외 피고가 절차적으로 전혀 대응하지 않더라도 우리 법원이 원고의 주장에만 근거하여 국제재판관할을 충족하였다고 보고 무변론판결을 내릴 가능

성이 사라진다.”라고 설명하고 있습니다. 그런데, 판례¹²⁵⁾는 “직권조사사항에 관하여도 그 사실의 존부가 불명한 경우에는 입증책임의 원칙이 적용되어야 할 것인바, 본안판결을 받는다는 것 자체가 원고에게 유리하다는 점에 비추어 직권조사사항인 소송요건에 대한 입증책임은 원고에게 있다.”라고 하고 있는 바, 소송요건인 국제재판관할권의 존부에 관한 입증책임은 원고에게 있는 것이 타당하고, 그 증명도를 완화할 수는 있겠지만 소명과 증명의 중간영역이라고 하기는 어려울 듯 싶기도 합니다. 이와 관련하여 이주연 교수님은 ‘일응의 입증’에 관한 증명도 수준을 어느 정도로 보시는지 궁금합니다. 특히 본문의 내용 중 소송요건인 국제재판관할권의 존부에 대하여 원고가 “소송 당사자의 사실자료 제출의무(주장책임)가 없다는 것일뿐 증거자료제출 의무(입증책임)는 있다.”는 점을 밝히신 것을 보면, 여기에서 언급한 입증책임은 주관적 증명책임에 해당할 수 있겠다는 생각이 듭니다. 반면에 증명도와 같이 언급된 입증책임은 객관적 증명책임과 대동소이한 것으로 판단할 수도 있겠다는 생각이 듭니다. 이러한 관점에서 보면, 객관적 증명책임을 부담하는 자가 부담하는 증명도와 관련된 법이론을 차용할 수 있을 것으로 판단되기도 합니다.

2. 국제재판관할권 존재 여부가 소송요건에 해당하여 절차법적 쟁점이므로 관련 법률용어의 개념 및 전제사실 해당 여부에 대하여 법정지의 실질법과 절차법을 적용하는 것이 타당한지 아니면 국제사법에 국제재판관할권을 본격적으로 규정하고 있으므로 국제사법 자체에서 판단할 것인지 여부가 문제될 수 있습니다. 아래에서는 영업비밀 침해행위를 예로 들어 논의하고자 합니다.

(i) 영업비밀 침해행위로 인한 소의 경우 준거법

영업비밀 침해행위에 대하여 불법행위로 성질결정하려는 견해¹²⁶⁾와 지식재산권 침해행위로 성질결정하려는 견해¹²⁷⁾로 나뉩니다.¹²⁸⁾¹²⁹⁾ 판례(서울고등법원 2021. 1. 12. 선고 2019나2058149 판결(확정))는 전자의 입장을 취하고 있습니다.¹³⁰⁾ 제 개인적인 견해로는 영업비밀 침해행위에 대해서

125) 대법원 1997. 7. 25. 선고 96다39301 판결 [손해배상(기)](공1997.9.15.(42),2666].

126) 조영선, “영업비밀 침해로 인한 국제소송에 관한 검토”, 『지식재산연구』, 제12권 제2호, 2017년, 114, 118, 124-127면.

127) 최정열/이규호, 앞의 책, 615면.

128) 국내법상 영업비밀은 지식재산일 뿐이고, 지식재산권이 아니라는 견해에 대한 상세한 설명은 최정열/이규호, 앞의 책, 272-279면.

129) 참고로 석광현, “국제지적재산권법에 관한 小考-최근 일부 하급심 판결들에 대한 유감을 표시하며-”, 『법률신문』, 2008. 6. 9.(<<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=138503> (최종방문일: 2022. 7. 10.))에서는 “제24조는 금지청구와 손해배상을 그의 성질결정에 관계없이 통일적으로 보호국법에 연결한다. 하지만 지적재산권의 침해는 불법행위로서의 성질을 가지므로 불법행위에 관한 제32조 이하의 조문도 적용될 수 있다. 예컨대 제32조 제4항에 따라 과도한 손해배상을 배제할 수 있고, 제33조에 따라 준거법의 사후적 합의로 침해로 인한 효과(예컨대 손해배상청구권)에 관하여는 가능하다(다만 지적재산권의 존부에까지 허용하기는 어렵다). 하지만 불법행위의 준거법에 관하여 행위지법원칙을 정한 제32조 제1항은 제24조에 배치되므로 적용될 수 없다(석광현, 『2001년 개정 국제사법 해설』, 제2판, 자산, 2003, 193면; 강영수, “國際知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法의 問題에 관한 研究—屬地主義 原則의 限界 및 그 修正을 中心으로—”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2005), 214면). 다만 양자 간에 결과적으로는 별 차이가 없다.”라고 기술하고 있다

130) 서울중앙지방법원 2015. 2. 17. 선고 2014가합515460 판결(1심); 서울고등법원 2016. 4. 7. 선고 2015나2015922 판결(환송 전 항소심); 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결.

보호국법을 준거법으로 하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있습니다.¹³¹⁾ 왜냐하면 영업비밀의 경우, 특허 등 다른 지식재산권과 관련이 있는 경우가 많기에 이를 일률적으로 단일의 준거법으로 처리하는 것이 쉬울 것이기 때문입니다.¹³²⁾

(ii) 영업비밀 침해 등으로 인한 손해배상청구의 소에 관한 특별관할권

예컨대 영업비밀 침해행위나 부정경쟁행위로 인한 손해배상청구의 소의 경우, 지식재산권 침해에 관한 특별관할을 적용할 것인지 아니면 불법행위에 관한 특별관할 규정을 적용할 것인지 여부를 판단하기 위해서는 영업비밀로 인한 법익이나 부정경쟁행위로 상실할 법익을 지식재산권에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 여부를 미리 판단해야 할 수 있습니다. 그 판단기준을 법정지인 대한민국의 실질법으로 하게 되면 영업비밀은 지식재산인 관계로 당연히 불법행위에 관한 특별관할을 적용할 수 있을 수 있고, 그 판단기준을 국제사법 자체에 의거한다면 영업비밀 침해행위로 인한 손해배상청구의 소에 관하여 지식재산권침해에 관한 특별관할을 허용할 가능성도 존재한다고 판단할 수 있습니다. 후자의 경우에는 영업비밀 침해행위로 인한 손해배상청구의 소에서 그 준거법을 보호국법으로 하는 입장과 통일성을 유지할 수 있는 장점도 존재합니다. 이에 대한 발표자의 고견을 듣고 싶습니다. 참고로 유럽연합의 경우에는 영업비밀 침해행위를 불법행위로 보아 불법행위에 관한 특별관할을 인정하고 있습니다. 유럽연합 차원에서 영업비밀의 정의를 불법행위로 하고 있다는 점에서 우리와는 차이점을 인정할 수도 있겠다는 생각도 듭니다.

131) 미국법률가협회(American Law Institute; 이하 'ALI'라 한다)의 "지식재산: 섭외적 분쟁사건에서 재판관할, 준거법 및 판결에 관한 원칙(Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes)"(이하 'ALI 원칙'이라 한다)에서는 영업비밀 침해 및 그 구제방법에 대한 준거법은 보호국법이 된다.

132) 최정열/이규호, 앞의 책, 615면.



제4주제

가사사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법의 검토

발표 : 강은현 교수(서울시립대학교 법학전문대학원)

토론 : 이광우 부장판사(서울가정법원)

가사사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법의 검토

강은현 교수(서울시립대학교 법학전문대학원)*

I. 서론

소송이 개시되면 가장 먼저 부딪치는 문제가 국제재판관할에 관한 내용인데, 국제소송에서 어느 재판관할을 선택하느냐에 따라 소송에 사용되는 비용, 언어, 적용 규범 등에 차이가 있으므로 재판관할의 문제가 더욱 중요한 위치를 차지한다.¹⁾ 국제재판관할의 결정은 결국 절차법을 결정하는 것에 다름 아닌데, 그러므로 당사자 및 사건본인에게 어느 나라 법원에서 어느 나라의 절차법에 따라 재판절차 내에서 변론 또는 심문의 보장 등 절차보장이 이루어지는지가 결정되는 것이다.²⁾ 특히 가사사건은 사람의 생활 전반에 큰 영향을 미치기 때문에 재판관할의 문제는 더욱 민감한 요소인데, 각국의 정책적 판단에 따라 법관의 역할이나 절차의 기본적인 구조 자체가 크게 달라질 수 있어 법정지 선택과 이에 수반하는 절차법의 지정은 재판의 결과에 큰 영향을 미치게 되므로 법정지 쇼핑의 유혹이 더욱 커지게 된다.³⁾ 이에 따라 가사사건에 관한 국제재판관할규칙을 수립하여 분쟁 당사자들에게 법적안정성과 예측가능성을 부여할 필요성이 시급하였다.

국제사법 개정법률(이하 ‘개정 국제사법’이라고 한다)이 2022. 7. 5.자로 시행되었다. 이번 국제사법의 개정은 특히 국제재판관할과 관련하여 구 국제사법(법률 제13759호, 2022. 1. 4.자로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 국제사법’이라고 한다) 제2조를 구체화하고자 하는 많은 시도가 결실을 본 것으로 이번 개정안은 법률의 새로운 제정이라고 할 정도로 국제재판관할의 세부적이고 구체적인 내용을 새롭게 담고 있다. 이는 해외 교류가 활발해지면서 필연적으로 국제적인 사건이 증가하고 이에 따라 외국적 요소와 관련된 법적 분쟁 역시 증가하고 있는 현실을 반영한 것으로 볼 수 있다.

개정 국제사법은 재산법상의 사건은 물론이고 가사사건과 비송사건의 국제재판관할규칙도 함께

* 서울시립대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

1) 강영주, “개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰 - 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 -”, 고려법학 제104호(2022. 3.), 고려대학교 법학연구원, 578면

2) 김원태, “가사사건의 국제재판관할 -후견사건을 중심으로-”, 가족법연구 제32권 제1호(2018. 3.), 한국가족법학회, 301면

3) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 국제사법연구 제19권 제2호(2013. 12.), 한국국제사법학회, 4면

규정하는 점에 특색이 있는데, 국제사법에 준거법규칙과 국제재판관할규칙도 함께 규정하는 것은 일본 및 중국과 다른 한국 국제사법의 특색이다.⁴⁾ 개정법은 한편으로는 정치한 국제재판관할규칙을 도입함으로써 법적 안정성을 제고함과 동시에, 다른 한편으로는 엄격한 요건 하에 부적절한 법정지의 법리를 통하여 법원의 재량을 인정함으로써 개별사건에서 구체적 타당성을 보장하고자 하며 나아가 국제적 소송경합의 처리도 규정한다.⁵⁾ 이하에서는 가사소송 및 가사비송사건의 국제재판관할과 관련된 개정 국제사법의 내용을 개관하고, 각 해당 조항에서 본국관할을 인정하고 있거나 인정할 필요가 있는 경우와 가사비송사건관할의 개선방안에 대해 덧붙여 논의하고자 한다.

II. 국제재판관할과 관련한 구 국제사법 및 판례의 흐름

1. 구 국제사법 제2조 신설 전까지의 학설과 판례의 태도

2002년 7월 민사소송법과 민사집행법으로 분리되기 전의 구 민사소송법(이하 ‘구 민사소송법’)과 섭외사법은 소송사건의 국제재판관할규칙을 두지 않았으나 구 국제사법이 국제재판관할에 관한 조항을 신설함으로써 우리는 비로소 국제재판관할에 관한 입법을 가지게 되었다.⁶⁾ 구 국제사법 제2조 제1항에서는 실질적 관련성을 국제재판관할의 기준으로 삼고, 실질적 관련성 유무를 판단함에 있어서는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다고 규정하였으며, 다시 제2항에서는 국내법의 관할규정을 참작하여 국제재판관할권 유무를 판단하여야 하고, 이 때 제1항의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다고 규정하였다.⁷⁾ 이는 구 국제사법으로 개정할 당시 국제재판관할에 관한 국내의 연구가 부족하였고, 민사 및 상사 사건의 국제재판관할과 판결의 승인 및 집행에 관한 조약의 성안작업이 헤이그국제사법회의 차원에서 진행 중이었기에 세부적 규정을 두는 대신 과도기적 조치로서 규정한 것이었다.⁸⁾

재산관계 사건과 관련하여 과거 섭외사법 하에서는 국제재판관할에 대한 성문법규가 없었으므로, 민사소송법의 토지관할에 관한 규정에서 기준을 구하여 그로부터 역으로 파악하여 국제재판관할의 유무를 정하는 역추지설(토지관할규정유추설)과 국제재판관할권의 유무, 즉 어느 나라에서 재판할 것인가의 문제는 재판의 적정, 당사자간의 공평, 소송의 신속이라는 민사소송의 이념을 고려하여 조리에 따라 결정하여야 한다는 입장(proper forum)인 관할배분설(조리설), 그리고 이러한 기준에 의해 우리나라에서 재판관할권을 갖는 것이 심히 부당한 ‘특단의 사정’이 있을 때에는 관할배분설의 기

4) 석광현, 국제사법과 국제소송[정년기념], 박영사(2022), 33면

5) 석광현, 국제사법과 국제소송[정년기념], 33-34면

6) 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 한국국제사법학회, 6면

7) 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향 -국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여-”, 민사판례연구 제35집(2013), 민사판례연구회, 1081면

8) 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 6면

준에 의하여도 좋을 것이라는 수정역추지설 내지 특단의 사정설이 존재하였다.⁹⁾ 위 학설들은 구 국제사법 제2조가 신설된 이후로는 그 의미가 크지 않게 된 것으로 보인다. 과거 섭외사법 하에서의 판례는 기본적으로 역추지설의 입장을 취하면서 국제재판관할의 결정기준으로 ‘조리’를 도입한 것으로 평가된다.¹⁰⁾ 또한, 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결은 ‘국제재판관할규칙=토지관할규정’이라고 보되, 그 결과 국제재판관할을 인정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 때에는 국제재판관할을 부정할 수 있도록 하여, 부당한 결론을 시정하는 개별적 조정의 도구로서 ‘특별한 사정’을 적용하였다.¹¹⁾

그러나 가사사건의 경우 종래의 판례는 ‘수정 역추지설’의 입장이 아닌 다른 기준을 적용하였다. 구 국제사법 제2조의 도입 이전에 혼인관계사건의 국제재판관할에 관하여 주류적 판례의 태도를 정립하였다고 평가되는 대표적 판례는 대법원 1975. 7. 22. 선고 74므22 판결이다.¹²⁾¹³⁾ 이 판결은 이혼사건의 국제재판관할 판단 기준으로서 피고주소지를 원칙으로 취하고, 원고주소지를 예외적인 경우에만 관할근거로 인정하였고, 원고주소지관할을 인정하는 경우는 ‘피청구인의 행방불명 기타 이에 준하는 사정’ 또는 ‘상대방의 적극적 응소’를 들고 있으며, 국제재판관할 판단 근거로서 ‘국적’에 대한 언급이 없다.¹⁴⁾ 가사사건이 역추지와 별개의 관할규칙을 적용하고 있는 구체적인 이유는 불명확한데, 역추지에 의하여 부의 주소로 관할원인으로 하면 여성차별의 문제를 야기할 수 있기 때문에 이를 회피하기 위한 것이라고 선해할 수도 있겠지만 양성차별적 내용을 바로잡은 1991년 가사소송법 제정 후에도 판례는 종래의 입장을 유지함으로써 여전히 역추지와 무관하게 국제재판관할을 결정하는 모습을 보여주고 있어 불분명하다.¹⁵⁾ 즉, 가사사건의 경우 재산관계사건의 경우와 완전히 이원화되어 피고주소지관할 원칙과 원고주소지관할의 예외적 인정의 경우만을 적시하면서도 이러한 이원화의 근거는 명시하지 않았는데, 이는 국내 민사소송법에 대한 가사소송법의 관할 근거와 마찬가지로 단순히 가사사건의 특질¹⁶⁾에서 연유하였다고 추정할 수밖에 없어 보인다.¹⁷⁾

9) 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사(2021), 62면

10) 대법원 1972. 4. 20. 선고 72다 248 판결, 대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카 1728 판결, 대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카 3991 판결, 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다 41897 판결(석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사(2012), 72면에서 재인용)

11) 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 73-74면

12) 이승미, “혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법적 제안과 유럽재판소 및 독일 판례의 시사점”, 「국제사법연구」 제21권 제1호(2015. 6.), 한국국제사법학회, 62면

13) 위 사건에서 청구인과 피청구인은 다 같이 미합중국에 국적을 두었는데, 청구인은 1964년부터 우리나라에 와서 거주하면서, 우리 법원에 미국에 거주하고 있는 피청구인을 상대로 이혼청구를 하였다. 우리 법원은 이에 대해 ‘외국인 간의 이혼심판 청구사건에 대한 재판청구권의 행사는 소송 절차상의 공평 및 정의관념에 비추어 상대방인 피청구인의 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보여져 그들에 대한 심판의 거부 가 오히려 외국인에 대한 법의 보호를 거부하는 셈이 되어 정의에 반한다고 인정되는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방인 피청구인의 주소가 우리나라에 있는 것을 요건으로 한다.’라고 판시하면서 ‘이 사건의 경우 상대방인 피청구인은 계속 미국에 거주하여 우리나라에 와서 거주한 사실조차 없는 사람이고 그의 미국 내 주소가 명백하여 행방불명이라 볼 수 없고 적극적으로 응소하려는 것도 아니라고 보여진다는 점 등으로 보아 청구인의 주소지의 재판관할권을 인정하여야 할 예외적인 경우에도 해당하지 않으므로 이 사건 재판관할권이 우리나라 법원에 있다고 할 수 없다.’고 판단하였다.

14) 이승미, 전제논문, 63면

15) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙-친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 7면

2. 구 국제사법 제2조 신설 후의 학설과 판례

국제사법 제2조의 신설 이후, i. 민사소송법상의 토지관할 규정에 대한 검토, ii. 국제재판관할 배분의 이념 및 국제재판관할의 특수성을 감안하여 국제재판관할 판단에서 고려하여야 할 다른 관할이익의 검토(개인적 이익 및 법원의 이익 측면에서), iii. 관할권 행사를 포기할 만한 다른 사유의 검토라는 대체적인 판단구조를 취하는 것으로 정립된 재산관계 사건과 달리¹⁶⁾ 혼인관계사건의 경우 구 국제사법 제2조가 신설되었음에도 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결이 선고되기까지 판례의 태도는 종전과 같이 유지되었다.¹⁷⁾ 2005므884 판결에 이르러 법원은 피고주소지관할 원칙 및 원고주소지관할의 예외적 인정이라는 기존 판결의 법리를 따르지 않고, 국제사법 제2조 제1항의 실질적 관련성을 근거로 국제재판관할의 존부를 판단함으로써 토지관할 규정으로부터의 역추지를 배제하였음은 물론 74므22 판결의 원고주소지 원칙도 반영하지 않았다.²⁰⁾²¹⁾ 위 판결이 취한 태도에 대한 해석은 모호한데, ‘실질적 관련성’이라는 추상적인 기준을 국제재판관할 판단의 출발점으로 삼았다는 점에서 재산관계 사건과 가사사건에 대한 이원적 규율을 폐기하였다고 볼 수도 있으나, 위 판결 이후에도 하급심의 실무가 74므22 판결을 반영한 것과 ‘실질적 관련성’이라는 추상적 원칙을 제시하는 것으로 나누어져 있음²²⁾을 감안한다면 국제 가사사건에 대한 재판관할규칙은 아직 정립되지 않은

16) 가사사건에 대하여 민사소송법이 아닌 가사소송법의 관할 규정을 적용하는 근거는, 가사사건이 본질적으로 민사사건에 속한다 하더라도, 신분관계에서 직접 비롯되는 권리, 재산관계에 관한 분쟁은 가정의 평화와 친족 간의 우애, 사회공동생활의 안정에 커다란 영향을 미치므로, 이러한 분쟁을 임시적인 사적 자치의 원칙이 적용되는 일반 민사소송절차에 의하여 해결하는 것은 적절하지 않다는 점이다(법원실무제요 가사[1], 법원행정처, 2020, 4면; 이승미, 전제논문, 67면에서 재인용).

17) 이승미, 전제논문, 67면

18) 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향 -국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여-”, 1103-1104면

19) 이승미, 전제논문, 67-68면

20) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 8면

21) 이 사건은 미합중국 국적을 보유하고 대한민국에 거주하는 부부 쌍방이 모두 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성한 상태에서 남편(원고)이 처(피고)를 상대로 대한민국 법원에 이혼, 친권자 및 양육자지정 청구의 소를 제기하였는데, 우리 법원은 국제재판관할과 관련하여 ‘원 · 피고는 거주기간을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하고 있으므로 쌍방 모두 대한민국에 상거소(常居所)를 가지고 있다고 할 수 있고, 여기에 그 혼인이 대한민국에서 성립되었고 그 혼인생활의 대부분이 대한민국에서 형성되었다는 점까지 고려한다면, 이 사건 이혼청구 등은 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 대한민국 법원은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 할 수 있다. 한편, 이혼 등에 관한 미주리 주의 법률(Missouri State Statute, Chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance)의 관련 규정들(제305조, 제310조, 제371조 등), 미주리 주의 주법원 판결(Mo. App. 1959, GRANT v. GRANT, 324 S.W.2d 382 등), 미국 연방대법원 및 각 주법원의 관련 판결들 및 학설 등에 근거하여 일반적으로 승인되어 있는 이혼에 관한 미국 국제사법의 일반원칙(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws 제11조 내지 제21조, 제71조, 제285조 등)을 종합하여 보면, 원 · 피고는 늦어도 원고가 미군 복무를 마친 다음 그 자유의지에 따라서 피고 및 사건본인들과 함께 대한민국에 정착한 시점부터는 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성하였다고 볼 수 있고, 여기에 피고가 이 사건 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하였다는 점까지 고려한다면, 원 · 피고의 본국법인 동시에 종전 주소지를 관할하는 미주리 주의 법에 비추어 대물 소송(in rem)에 해당하는 이 사건 이혼청구와 대인 소송(in personam)에 해당하는 이 사건 친권자 및 양육자지정 청구 등에 대하여 모두 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것은 정당하다고 볼 수 있으므로, 결국 국제사법 제2조 제2항에 규정된 ‘국제재판관할의 특수성’을 충분히 고려하더라도 이 사건에 대한 대한민국 법원의 재판관할권 행사에는 아무런 문제가 없다.’라고 판시하였다.

22) 혼인관계 사건에서의 하급심의 실무는 2005므884 판결 후에도 여전히 (1) 과거 대법원판결의 설시를 따른 판결도 있으나(서울가정법원 2006. 8. 4. 선고 2006드단6954 판결 등), (2) 이와 달리 국제사법 제2조, 그리고 이를 구체화한 대법원의 추상적 법률론에 기초하여 개별적 사안 분석을 하는 판결도 있다(서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2012르3746 판결 등)(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 국제사법연구 제24권 제2호

것으로 볼 수도 있다.²³⁾

또한, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 사건²⁴⁾에서도 우리 법원은 재산관계사건의 국제재판관할에 관한 판례와 동일한 내용의 일반원칙을 실시한 후, 구체적 사실관계로부터 실질적 관련성을 인정할 근거를 찾아 판시하였다.²⁵⁾ 이러한 판례의 입장으로는 여전히 혼인관계사건의 국제재판관할을 판단하는 법리가 무엇인지, 1975년 판결이 정립한 종전 판례의 법리는 폐기된 것인지, 구 국제사법 제2조의 도입 이후 재산관계사건의 국제재판관할에 관하여 정착되어 가던 판례의 새로운 법리가 통일된 것인지 불분명하여 당사자의 예측가능성과 법적 안정성을 해치는 상태에 있었다.²⁶⁾

대법원은 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결에 이르러 비로소 국제사법 제2조가 가사사건에도 동일하게 적용됨을 명백하게 밝히고 있다.²⁷⁾ 다만, 실질적 관련성의 구체적인 판단에 있어서는 (1)

(2018. 12.), 한국국제사법학회, 498-499면 참조.

23) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 8면

24) 원고는 스페인 영주권을 가지고 있는 아내로 대한민국 국적을 가지고 있고, 피고는 대한민국 국적을 가진 부모에게서 대한민국 국적을 가지고 태어나 스페인으로 이주하여 현재 스페인 국적을 가지고 있는 남편이며, 사건본인은 대한민국과 스페인 국적을 모두 가지고 있었다. 원고와 피고는 대한민국에서 2006. 8. 15. 결혼식을 마치고 한 달 가량 대한민국에서 혼인생활을 하였는데, 그 후 원고가 수술, 임신 및 사건본인의 출산 등으로 대한민국에 계속 거주하게 되자, 피고가 대한민국과 스페인을 왕래하면서 생활하다가, 2009. 3. 14.경에야 원고가 사건본인과 함께 스페인으로 출국하여 그때부터 스페인에서의 혼인생활이 시작되었다. 이후 원고와 피고는 피고가 스페인 여성과 부정한 행위를 하였다는 이유로 다투었고, 원고는 2011. 6. 29. 사건본인과 함께 대한민국에 돌아와 대한민국에 거주하면서 사건본인을 양육하고 있는 상황에서 피고를 상대로 대한민국 법원에 이혼 등의 청구를 한 것이다. 피고도 며칠 후 스페인 법원에 원고를 상대로 이혼의 소를 제기하였다.

25) 국제사법 제2조 제1항은 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.”고 규정하고, 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.”고 규정하고 있다. 그러므로 국제재판관할은 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라 결정하여야 하고, 구체적으로는 소송 당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율 및 판결의 실효성 등과 같은 법원과 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 그리고 이러한 다양한 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지 여부는 개별 사건에서 법정지와 당사자의 실질적 관련성 및 법정지와 분쟁이 된 사안과의 실질적 관련성을 객관적인 기준으로 삼아 합리적으로 판단하여야 한다. (중략) ① 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수 있는 것이므로, 스페인 법원이 대한민국 법원보다 심리에 더 편리하다는 것만으로 대한민국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정하여서는 곤란하고, 원고가 대한민국 법원에서 재판을 받았다는 의사를 명백히 표명하여 재판을 청구하고 있는 점도 고려하여야 하는 점, ② 원고 및 사건본인이 대한민국 국적을 가지고 있고, 사건본인이 대한민국에서 출생하여 현재 대한민국 유치원에 다니고 있으며, 결혼식과 혼인신고가 원 · 피고가 대한민국에 거주할 때 이루어졌으므로 피고 역시 이혼소송이 대한민국에서 제기될 수 있음을 예측할 수 있었다고 보이는 점, ③ 원고는 혼인기간 내내 사건본인과 함께 대한민국에 주민등록이 되어 있었고, 실제 혼인 중 상당기간 대한민국에서 거주하였을 뿐만 아니라, 2011. 6. 29. 경부터 현재까지 대한민국에서 생활하고 있어 원고의 상거소가 대한민국에 존재하는 점, ④ 국제사법 제39조 단서는 이혼의 준거법을 정함에 있어 “부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다.”고 규정하고 있어 이 사건 소송의 준거법은 대한민국 법이 되므로, 대한민국 국민인 원고의 이익을 위해서도 대한민국 법원에 재 재판관할권을 인정할 필요가 있는 점, ⑤ 원고의 이 사건 청구에는 대한민국 국적을 가지고, 대한민국에 거주하며, 대한민국 국민에 의하여 양육되고 있는 사건본인에 대한 친권자 및 양육자 지정청구도 포함되어 있는데, 그러한 사항까지도 대한민국 법원이 관할할 수 없다는 것은 대한민국 국민에 대한 법의 보호를 포기하는 결과가 되는 점, ⑥ 피고가 소유하고 있는 재산이 대한민국 내에 존재하고, 원고가 위 재산을 가압류한 상황에서 원고의 위자료 및 재산분할청구의 실효성 있는 집행을 위해서도 대한민국 법원에 이혼소송을 제기할 실익이 있는 점 등의 사정을 근거로 원고의 이 사건 청구는 대한민국과 실질적 관련성이 있으므로 대한민국 법원에 국제재판관할권이 인정된다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결).

26) 이승미, 전게논문, 72면

27) 위 사건에서 법원은 ‘국제재판관할권에 관한 국제사법 제2조는 가사사건에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 가사사건에 대하여 대한민국 법원이 재판관할권을 가지려면 대한민국이 해당 사건의 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있어야 한다. 그런데 가사사건은 일반 민사사건과 달리 공동생활의 근간이 되는 가족과 친족이라는 신분관계에 관한 사건이거나 신분관계와 밀접하게 관련된 재산, 권리, 그 밖의 법률관계에 관한 사건으로서 사회생활의 기본토대에 중대한 영향을 미친다. 가

국내법상의 관할 규정, (2) 당사자의 국적과 주소 또는 상거소, (3) 분쟁의 원인이 되는 사실관계가 발생한 장소, (4) 해당 사건에 적용되는 준거법, (5) 사건 관련 자료 수집의 용이성, (6) 당사자들 소송 수행의 편의와 권익보호의 필요성, (7) 판결의 실효성 등의 다양한 요소들을 단순 나열하면서 각 요소 간의 관계와 우열에 대해 전혀 언급하지 않아 여전히 국제재판관할 유무를 예측하는 것은 어려운 상태에 놓여 있다.

한편, 최근 대법원 2021. 10. 28. 선고 2019므15425 판결은 가사사건에서의 국제재판관할의 판단기준으로 ‘국제사법 제2조는 가사사건에도 적용되므로, 대한민국 법원이 가사사건에 대하여 재판관할권을 가지려면 대한민국이 해당 사건의 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있어야 한다. ‘실질적 관련’이 있다는 것은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻한다. 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 하고, 특히 가사사건에서는 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소에 대한 배려도 필요하다. 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있는지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다. 이때, 피고가 소장 부분을 적법하게 송달받고 관할위반의 항변을 하지 아니한 채 실제 본안에 관한 주장과 증거를 제출하는 등 적극적으로 응소하였다면 이러한 사정은 대한민국 법원에 관할권을 인정하는데 긍정적인 요소의 하나로 고려할 수 있다’ 라고 판시하면서, 구체적 사실관계를 열거하여 이 사건 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있다고 보기에 충분하다고 결론을 내렸다.²⁸⁾ 위 판결 역시 2013므1196 판결,

사사건에서는 피고의 방어권 보장뿐만 아니라 해당 쟁점에 대한 재판의 적정과 능률, 당사자의 정당한 이익 보호, 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소도 고려할 필요가 있다. 따라서 가사사건에서 ‘실질적 관련의 유무’는 국내법의 관할 규정뿐만 아니라 당사자의 국적이나 주소 또는 상거소(常居所), 분쟁의 원인이 되는 사실관계가 이루어진 장소(예를 들어 혼인의 취소나 이혼 사유가 발생한 장소, 자녀의 양육권이 문제 되는 경우 자녀가 생활하는 곳, 재산분할이 주요 쟁점인 경우 해당 재산의 소재지 등), 해당 사건에 적용되는 준거법, 사건 관련 자료(증인이나 물적 증거, 준거법 해석과 적용을 위한 자료, 그 밖의 소송자료 등) 수집의 용이성, 당사자들 소송 수행의 편의와 권익보호의 필요성, 판결의 실효성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 재판상 이혼과 같은 혼인관계를 다투는 사건에서 대한민국에 당사자들의 국적이나 주소가 없어 대한민국 법원에 국내법의 관할 규정에 따른 관할이 인정되기 어려운 경우라도 이혼청구의 주요 원인이 된 사실관계가 대한민국에서 형성되었고(부부의 국적이나 주소가 해외에 있더라도 부부의 한쪽이 대한민국에 상당 기간 체류함으로써 부부의 별거상태가 형성되는 경우 등) 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 대한민국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있다면, 피고의 예측가능성, 당사자의 권리구제, 해당 쟁점의 심리 편의와 판결의 실효성 차원에서 대한민국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 여지가 크다. 나아가 피고가 소장 부분을 적법하게 송달받고 실제 적극적으로 응소하였다면 이러한 사정은 대한민국 법원에 관할권을 인정하는 데 긍정적으로 고려할 수 있다.’ 라고 판시하였다.

- 28) 위 판결은 실질적 관련성을 인정한 근거로 ‘① 대한민국 국민인 피고는 원고와 대한민국에서 혼인신고를 하였고, 사건본인도 대한민국에서 출생하여 출생신고까지 이루어졌다. ② 피고의 어머니와 언니는 대한민국에 주소를 두고 계속 거주하고 있고, 이들의 주소지에 피고와 사건본인의 주민등록을 두고 있다. ③ 피고는 혼인 이후에도 사업목적 등으로 매년 수차례 대한민국에 입국하여 그 때마다 수일 또는 수개월간 체류하고 있다. ④ 외국인인 원고가 지리상·언어상 불이익을 감수하면서 스스로 대한민국 법원에 이 사건 소를 제기하였다. ⑤ 피고는 위 주민등록지에서 소송서류를 적법하게 송달받았고, 제1심에서는 소송대리인을 선임하여 원고의 주장을 다투었다. 이 과정에서 피고는 제1심 변론기일, 조정기일 대부분과 원심 변론기일에 직접 출석하여 변론하였다. 피고는 이 사건 변론 과정에서 대한민국 법원에 국제재판관할이 없다는 주장을 명시적으로 한 적은 없고, 오히려 제1심에서 이혼 등의 반소를 제기하기도 하였다. ⑥ 원고와 피고는 제1심과 원심에서 이혼사유의 존부 등에 관하여 실질적으로 변론하였고, 그 과정에서 쌍방 모두 증거자료 수집·제출의 어려움을 호소한 적은 없다. 그에 따라 제1심법원은 정상적으로 본안심리를 마치고 원고의 청구를 기각하였고, 원심에서도 변론과 심리가 별다른 절차적 어려움 없이 정상적으로 진행되었다.’ 라는 점을 들었다.

2017므12552 판결 등과 같은 입장인 것으로 보이나, 실질적 관련성을 판단함에 있어 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소를 배려할 필요가 있는 가사사건의 특질도 고려하여야 한다는 점을 명시하였다.

위와 같이 법원이 개별사건에서 사안별 분석을 기초로 국제재판관할 유무를 판단하는 것은 법적 안정성과 당사자의 예측가능성을 해할 우려가 있으며, 특히 재산법상의 사건에서는 민사소송법의 토지관할규칙이 유력한 참조근거가 되나, 가사사건의 경우 상응하는 참고근거가 없거나 약하고 국제재판관할규칙에 관한 논의가 부족한 탓에 법원의 자의가 개입할 여지가 더 큰 상황이었다.²⁹⁾

III. 개정 국제사법의 내용

1. 개정 경위와 개정의 이유

2001. 7. 섭외사법을 구 국제사법으로 전면개정하면서 제2조에 국제재판관할에 관한 기본 원칙을 도입한 이래 국제재판관할의 일반원칙으로서 “실질적 관련의 원칙”을 선언하는 조문과 소비자계약 및 근로계약 사건에 관한 국제재판관할을 정하는 규정 외에는 국제재판관할에 관한 사항을 규정하지 아니한 문제점은 개선될 필요가 있었다. 이에 법무부는 2014. 6. 30. 국제사법 중 국제재판관할부분을 개선하기 위한 국제사법개정위원회를 구성, 2015. 12. 31. 까지 작업을 진행하였으나 완성된 개정안이 채택되지 못한 채 위원회의 활동이 종료되었고, 이후 2017년부터 전문가 자문을 통한 법무부 개정안을 마련하여 2018. 11. 23. 국제사법 전부개정법률안의 입법제안을 하였으나,³⁰⁾ 제20대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 이후 제21대 국회에서 동일한 내용으로 입법제안 및 공포되어 개정 국제사법은 2022. 7. 5. 부터 시행되었다.

법무부는 개정이유로 “국제재판관할 결정의 일반원칙인 ‘실질적 관련성’ 판단 기준을 구체화하고, 일반관할 및 사무소·영업소 소재지 등의 특별관할, 반소·합의·변론·전속관할 등 국제재판관할에 관한 총칙 규정을 신설하며, 채권, 지식재산권, 친족·상속, 해상 등 유형별 사건에 관한 국제재판관할 규정을 도입하여 법적 안정성 및 예측가능성을 확보할 수 있도록 하는 것”이라고 설명하고 있다.

2. 일반원칙(제2조)

개정 국제사법은 한편으로는 정치한 국제재판관할규칙을 도입함으로써 법적안정성을 제고하고, 다만 각칙으로 모든 법률관계에 관하여 완벽한 국제재판관할규칙을 두는 것은 아니므로 다른 한편으

29) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 499면

30) 노태악, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토 -법원의 실무와 헤이그재판관할합의협약을 중심으로-”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회, 153-154면

로는 현행법보다 구체적인 기준을 추가하여 열거한 제2조의 일반원칙을 존치함과 동시에 제12조에서 예외적 사정에 의한 재판관할권 불행사의 법리 도입을 통하여 유연성을 확보함으로써 개별사건에서 구체적 타당성을 도모하고 있다.³¹⁾ 개정안에 대한 논의 당시 국제사법개정위원회는 일반원칙을 정한 제2조를 개정안에 존치할 것인지 여부에 관하여 논란이 있었으나, 개정안도 국제재판관할규칙을 망라적으로 도입하는 것은 아니기에(예컨대 신탁의 내부관계 등) 그 범위 내에서 여전히 일정한 기능을 할 수 있고 또한 해야 한다고 판단했기 때문에³²⁾ 제2조를 존치하기로 하였다.

개정 국제사법 제2조는 실질적 관련성의 유무를 판단하는 경우 구체적인 기준을 제시하고 있는데, 제1항에서 실질적 관련 여부를 판단할 때 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 내용을 추가하고, 제2항에서 국제재판관할에 관한 규정이 없는 경우에는 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단한다는 점을 명확히 하였다.³³⁾ 이는 그 동안 판례에서 제시한 ‘실질적 관련성’에 관한 구체적인 기준들을 개정 국제사법에 반영한 것이다.³⁴⁾

3. 일반관할(제3조)

개정법에서 보통재판적이라는 용어 대신 ‘일반관할’이라는 용어를 사용하는 이유는 구 국제사법에 국제재판관할에 관한 개념을 처음 도입하면서 국제적으로 널리 사용되는 용어를 채택하였기 때문이다.³⁵⁾ 개정 국제사법 제3조는 자연인, 법인이나 단체 등에 대한 소에 관하여 상거소 등을 기준으로 신설된 일반관할 규정인데, 민사소송법이나 가사소송법의 ‘주소’ 개념을 국제적 정합성에 따라 ‘상거소’의 개념으로 대체하였다.³⁶⁾ 일상거소는 해외 입법례를 보더라도 주소 대신 채택하는 예가 많고 주소와 비교하면 국제법적으로 내용을 통일하기 쉽다는 장점이 있으므로, 개정 국제사법에서 일상거소를 일반관할의 기준으로 채택한 것으로 이해된다.³⁷⁾

제3조의 피고관할원칙이 혼인사건에서도 타당한지에 관하여는 논란이 있으나 피고관할원칙이 인정되는 근거는 대체로 국제혼인사건에서도 타당하고, 섭외사법 하에서 74므22 대법원판결도 국제가사사건에서 피고주소지주의를 채택하였으며, 브뤼셀 개정 제2규정도 이를 채택하고 있다는 점 등을 들 수 있다.³⁸⁾ 한편, 일반관할 규정은 친족이나 상속 등 가사사건 및 비송사건에도 적용된다.

31) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 국제거래와 법 제21호(2018. 4.), 동아대학교 법학연구소, 49면

32) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 496면

33) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 1면

34) 강영주, 전제논문, 589면

35) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 502-503면

36) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 민사소송 제22권 제2호(2018. 11.), 11-12면

37) 브뤼셀 개정 제2규정, 독일의 가사·비송법은 국제재판관할의 기준을 일상거소 중심으로 규정하였고, 한국의 개정 국제사법도 이를 따르고 있다(강영주, 전제논문, 599면).

38) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 504면

4. 관련사건의 관할(제6조)

관련사건의 관할에서는 특히 가사사건의 경우 그 특수성을 고려하여야 할 사정이 있는데, 가사소송은 가사비송사건인 재산분할, 친권자 및 양육자지정, 양육비, 면접교섭청구권 등과 같은 부수적 효과에 관한 청구를 병합하거나 경우에 따라 위자료청구도 병합하는 경우가 많다.³⁹⁾ 이러한 점을 고려하여 개정 국제사법 제6조 제3항 및 제4항에서는 가사사건에서 주된 청구인 혼인, 친생자, 입양, 부모·자녀 간 관계, 부양, 후견 사건에 대한 국제재판관할이 있는 경우 이와 관련된 부수적 청구에 대하여는 관련사건의 관할을 인정하지만 반대의 경우에는 관련사건의 관할을 인정하지 않겠다는 취지를 분명히 명시하고 있다.

그러나 국제재판관할의 맥락에서 청구의 객관적 병합을 쉽게 인정하는 것은 피고의 관할이익을 부당하게 침해할 우려가 있고, 학설도 대체로 비판적인 입장이다.⁴⁰⁾ 특히 친권자, 양육자의 결정, 면접교섭에 관한 처분 등 친권 관계 사건은 마류 가사비송사건으로서 대심적 성격을 가지고 있으므로, 상대방의 주소지에 국제재판관할을 인정하여 그의 방어권을 보장하는 것도 중요하지만, 사건본인인 아동을 위해 최선의 이익이 되는 결정을 내리는 것이 그보다 우선적으로 고려될 필요가 있다.⁴¹⁾ 그러한 결정이 가능하기 위해서는 사건본인의 양육환경, 생활상태, 심리상황 등에 대한 전문적인 조사와 사건본인의 의견 청취가 무엇보다 중요하므로 아동의 주소 내지 상거소가 있는 국가 또는 현재 아동이 소재하고 있는 국가에서 친권 관계 사건에 대한 국제재판관할을 행사하도록 하는 것이 가장 바람직하다.⁴²⁾

개정법의 태도는 친권 관계 사건의 국제재판관할이 혼인 관계 사건에 의해 좌우되는 것을 원치 않는 브뤼셀 II ter 규칙⁴³⁾의 입장과 완전히 다르다. EU 회원국에서 2022. 8. 1.부터 시행될 예정인 브뤼셀 II ter 규칙은 2004년부터 발효된 브뤼셀 II bis 규칙⁴⁴⁾의 내용 중 친권 관계 사건에 관해 상당한 변화를 주었는데, 아동의 최선의 이익 관점에서 국제재판관할 규칙을 정비하고, 친권 관계 재판이 다른 회원국에서도 효과적으로 집행될 수 있도록 집행제도를 개선하며, 아동의 의견청취권을 강화하는 등의 방향으로 개정이 이루어진 바 있다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 그 내용을 살펴보면 근접성의 원칙에 따라 소재지

39) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 17면

40) 한충수, 민사소송법(제3판), 박영사(2021), 73-74면; 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 16면

41) 현소혜, “친권 관계 사건의 국제재판관할 - 2019년 브뤼셀 II ter 규칙에 대한 소개를 중심으로 -”, 가족법연구 제35권 제2호(2021. 7), 한국가족법학회, 242면

42) 현소혜, 전게논문, 242면

43) Council Regulation(EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility, and on International Child Abduction

44) Council Regulation(EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters and in Matters of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000

45) 현소혜, 전게논문, 225면

46) 자세한 내용은 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1111>에서 확인할 수 있다. 규칙에 대한 해석 및 번역은 현소혜, 전게논문, 229-232면을 참조하였다.

당시 아동의 상거소국에 일차적으로 국제재판관할을 인정하고(제7조 제1항), 예외적으로 아동이 합법적으로 다른 회원국으로 이동하여 그 곳에 새로운 상거소를 갖게 된 경우라도 면접교섭권자가 아동의 종전 상거소국에 계속 상거소를 가지고 있다면, 아동의 종전 상거소국 법원은 아동이 이동하기 전에 그 국가에서 선고된 면접교섭에 관한 재판을 변경하기 위해 아동 이동 후 3개월간 국제재판관할권을 행사할 수 있도록 하였다(제8조 제1항). 또한, 국제적 아동탈취 사건에서 위법한 이동 또는 유치 직전에 아동이 상거소를 가지고 있었던 회원국의 법원은 계속 국제재판관할을 갖는데, 그 아동이 다른 회원국에 상거소를 갖게 되었고, 양육권자가 그 이동 또는 유치를 묵인한 경우 또는 그 아동이 다른 회원국에 상거소를 갖게 되었고 양육권자가 아동이 어디 있는지를 알게 되었거나 알았어야 했던 때부터 적어도 1년 이상의 기간 동안 그 회원국에 거주하였으며, 새로운 환경에 적응한 경우로서 양육권자가 그 기간 동안 아동 반환청구를 하지 않았거나 아동 반환청구가 일정한 사유를 이유로 기각된 경우 등의 경우는 예외이다(제9조). 특히 모든 아동을 평등하게 다루기 위해서는 혼인 관계 소송과 독립하여 친권 관계 소송의 관할을 결정할 필요가 있다는 이유로 혼인 관계 소송을 관할하는 법원에 자동적으로 친권 관계 소송에 대해서도 관련 사건의 관할을 인정하였던 브뤼셀 II bis 규칙 제12조를 삭제하였다.

한편, 1996년 아동보호협약⁴⁷⁾은 국제재판관할의 경합을 최소화하기 위해 상거소 관할을 원칙으로 하고, 국제적 아동탈취, 긴급관할 등 몇 개의 예외만을 인정하고 있다(제5조). 같은 취지에서 브뤼셀 II ter 규칙과 전반적으로 유사한 내용을 담고 있으나 몇 가지 차이점은 첫째, 친권 관계에 대한 재판 도중 아동의 상거소가 다른 체약국으로 이동하면, 새로운 상거소국이 국제재판관할권을 행사하는 점(제5조 제2항), 둘째, 국제적 아동탈취 사건에서 종전 상거소국이 국제재판관할을 상실하는 사유를 (1) 친권자가 그 이동 또는 유치를 묵인한 경우 또는 (2) 친권자가 아동의 소재를 알았거나 알 수 있었을 때부터 1년 이상 아동 반환청구가 없었고, 아동이 새로운 환경에 적응한 경우로서 해당 국가에 새로운 상거소를 갖게 된 경우로 한정된 점을 들 수 있다(제7조). 세 번째 차이점은 아동과 실질적 관련 있는 국가에 합의관할 내지 승인관할을 인정하지 않고, 국제재판관할 있는 법원이 부적절한 법정지의 법리에 따라 아동의 국적국, 재산소재국, 혼인 관계 사건이 계류 중인 국가, 그 밖에 아동과 실질적 관련 있는 국가에 이송 요청 등을 할 수 있는 제도가 있다(제8조). 네 번째로 혼인 관계 사건에 대해 국제재판관할 있는 체약국은 아동의 부모 중 일방이 그 국가에 상거소를 두고 있고, 아동에 대해 친권을 가지고 있으며, 그 체약국의 법원이 아동의 신상이나 재산의 보호를 위한 조치를 취하는

47) 1996년 헤이그국제사법회의에서 친권 및 아동의 보호조치와 관련된 관할, 준거법, 승인, 집행 및 협력에 관한 1996. 10. 19. 자 헤이그 협약(Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children) (이하 '아동보호 협약'이라고 한다)이 체결된바 있다. 우리나라는 위 협약에 아직 가입하지 않고 있으나 2020년 현재 EU 회원국을 비롯하여 53 개국이 비준 내지 가입한 중요한 국제규범이다(현소해, 전개논문, 226면).

가입국 상황은 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>에서 확인할 수 있다.

48) 자세한 내용은 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=70>에서 확인할 수 있다. 협약에 대한 해석 및 번역은 현소해, 전개논문, 239-240면을 참고하였다.

것에 대해 부모가 국제재판관할을 승인하였고, 그것이 아동의 최선의 이익에 부합하는 경우에는 그러한 보호조치에 대해서도 국제재판관할을 갖는다(제10조).

모든 아동은 자신의 상거소국에서 적절한 배경조사와 의견청취를 거쳐 친권 관계 재판을 받을 권리가 있으며, 부모가 혼인 관계 소송을 진행 중이라는 이유로 그 권리를 선불리 박탈당해서는 안 된다.⁴⁹⁾ 개정법은 국제재판관할의 특수성을 반영하여 혼인 관계 사건의 국제재판관할 선택지를 매우 넓혀 놓았기 때문에, 원고와 피고가 모두 아동과 상거소를 달리 하는 경우에는 아동의 최선의 이익에 반하는 국제재판관할이 인정될 가능성이 있는바, 이러한 경우 혼인 관계 사건과 친권 관계 사건을 서로 분리하거나, 반드시 병합 심리해야 하는 경우라면 아동의 상거소국에서 혼인 관계 사건까지 관할할 수 있도록 아동의 상거소국 관할을 우선 적용하는 방법 등의 해석론을 통해 문제를 해결할 필요성이 있다.⁵⁰⁾

5. 가사사건에서의 적용제외(제13조)

제13조는 제7장의 친족과 제8장 상속사건에서 합의관할(제8조)과 변론관할(제9조)의 적용이 제한됨을 명시하고 있다. 우리나라는 그동안 국제가사사건으로 인한 분쟁이 많지 않았기 때문에 가사 관계 사건에서 국제재판관할이 절차법 및 준거법 결정, 신분관계와 신분등록 등에 미치는 심대한 영향 등에 대해 당사자들이 충분한 인식이나 정보를 갖고 있지 못한 경우가 많고, 상대방의 무지나 궁박한 처지, 열악한 지위 등을 악용할 우려가 있다는 점 등을 고려할 때 개정법의 태도와 같이 우리나라에서 가사 관계 사건에 대한 합의관할이나 변론관할을 인정하는 것에는 아직 신중할 필요가 있다.⁵¹⁾ 브뤼셀 II ter 규칙 역시 친권 관계 사건에서 합의관할 또는 변론관할을 널리 인정하면 상대방의 궁박한 처지나 열악한 지위를 악용할 우려가 있다는 점을 고려하여 묵시적 승인 내지 변론관할을 금지하는 것으로 일정한 요건을 갖춘 서면에 의한 합의관할 또는 법원에 의한 정보제공을 전제로 한 명시적 승인 관할만을 허용하는 것으로 브뤼셀 II bis 규칙의 내용을 개정하였다.⁵²⁾

다만, 예외적으로 다만 개별 조문에서 별도의 허용 규정이 명시적으로 있는 경우는 제13조가 적용되지 않는데, 부양사건(제60조)과 상속사건(제76조)에서 명시적으로 합의관할과 변론관할을 인정하며, 이때의 합의는 전속적인 것으로 추정한다.⁵³⁾

6. 보전처분의 관할(제14조 제2항)

제14조 제2항은 보전처분의 관할로 긴급한 필요가 있는 경우 한국에서만 효력을 가지는 보전처분

49) 현소해, 전개논문, 250면

50) 현소해, 전개논문, 250-251면

51) 현소해, 전개논문, 249면

52) 현소해, 전개논문, 249면

53) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 20면

을 할 수 있는 특별관할을 규정한다. 가사사건의 경우 아동보호협약이 신속관할과 당해 국가에서만 효력을 가지는 임시적 명령을 위한 관할을 명시하고 있고, 우리나라는 아직 미가입이나 2000년의 ‘헤이그 국제성년보호협약(이하 ‘성년보호협약’이라고 한다)’도 성년자 또는 그 재산소재지 체약국에 당해 국가에서만 효력을 가지는 임시적 명령을 위한 관할을 인정하는 점을 고려한 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

7. 비송사건의 관할(제15조)

비송사건은 다양한 유형의 분쟁을 포괄하고 있어 모든 유형에 있어 정치한 국제재판관할 규칙을 마련하기는 어려운데, 제15조에서 비송사건의 국제재판관할에 관한 규정을 됴으로써 비송사건 국제재판관할에 관한 일반원칙, 적용범위 등을 명확히 하였다.⁵⁶⁾ 위 조문은 첫째, 종래 비송사건에서 준거법과 국제재판관할의 병행주의를 채택하지 않았다는 점을 분명히 하고, 둘째, 국제적 정합성⁵⁷⁾에 따라 소송사건과 비송사건의 국제재판관할규정을 명시적으로 구분하지는 않고 재산법상의 사건과 가사사건의 차이를 두어 규정하는 절충적 접근방법을 채택한 것이라고 할 수 있다.⁵⁸⁾ 즉, 동조 제1항은 성질에 반하지 않는 범위 안에서 비송사건에도 국제재판관할에 관한 총칙 규정(제2조 내지 제14조)을 준용하도록 하여 비송사건의 국제재판관할에 관한 기본원칙을 제시하고, 제2항은 친족, 상속 사건 등에 관한 국제재판관할은 각각 그 규정에 따르도록 한다.⁵⁹⁾ 가사비송사건의 심리, 재판에는 가사소송법이 달리 정하는 외에는 비송사건절차법 제1편 ‘총칙’의 규정이 준용된다(가사소송법 제34조 본문). 개정 국제사법 제15조 제3항의 경우 비송사건절차법이 민사비송과 상사비송에 관하여 토지관할규칙을 비교적 상세히 규정하고 있으므로 제2조 제2항에서 규정하는 것처럼 국내법 관할규정을 참작하여 정하여야 한다는 의미이다.⁶⁰⁾ 국내 토지관할규정을 국제재판관할로서 원용함에 있어서는 개별사건에서의 국제적 요소를 고려하여, 각국의 입법례와 재판례, 이에 관한 학술적 견해를 참고함으로써, 국제재판관할의 일반원칙의 이념이 구체적 사건별로 실현될 수 있는 방법론을 도모해야 할 것이다.⁶¹⁾

54) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 30면; 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 547-548면

55) 위 협약은 보호를 필요로 하는 상태에 있는 성년(이하 ‘요보호성년’)의 보호조치 관련 관할, 준거법, 외국 보호조치의 승인, 집행 및 협력에 관하여 규정하고 있다. 동 협약 제11조 제1항은 요보호성년이 일시 머무르고 있는 국가는 상거소지국에 통지하면 신상보호에 관한 임시적인 보호조치를 취할 잠정관할권을 가질 수 있다고 규정하고, 동조 제2항은 체약국에 상거소를 두고 있는 요보호성년에 대하여 체류국에서 취한 임시적 보호조치는 상거소지국 등이 보호조치에 관한 결정을 내리는 즉시 그 효력을 잃는다고 규정하고 있다(김원태, “가사사건의 국제재판관할 - 후견사건을 중심으로 -”, 259면).

56) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 16면

57) 브뤼셀 II bis 규칙(제1조 제1항)은 재판절차의 종류는 묻지 않으므로 소송사건과 비송사건에 공히 적용되며, 아동보호협약과 성년자보호협약(제5조 내지 제12조)도 소송사건과 비송사건을 도식적으로 구분하지 않는다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 111-112면).

58) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 30-31면

59) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 16면

60) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 31면

61) 김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015. 12), 한국국제사법학회, 134면

비송사건의 국제재판관할을 결정함에 있어 사건유형을 중심으로 너무 구체적으로 입법할 경우 사건유형이 상세하여 그 적용범위가 한정적으로 되고, 비송사건의 분류 기준에 따라 같은 유형의 사건이 분산되어 규정되는 등의 문제점이 있을 수 있으며,⁶²⁾ 개별 사건에서 구체적 타당성의 추구에 걸림돌이 될 수 있는 문제가 있으나, 비송사건의 국제재판관할에 대한 개정 국제사법의 규정은 여전히 추상적인 정도에 머물러 있다고 보인다. 따라서 장래에 더욱 정치한 관할규칙을 도입할 필요가 있고, 우선 문제되는 중요한 비송사건에 대하여 구체적인 관할규칙을 단계적으로 도입하는 방안이 현실적일 것이며, 이는 장래의 과제이다.⁶³⁾ 세부적으로는 비송사건의 토지관할규정을 출발점으로 삼더라도 개별조항을 검토하여 (1) 국제재판관할규칙으로 삼을 수 있는 것, (2) 국제재판관할규칙으로 삼을 수 없는 것과 (3) 수정해서 국제재판관할규칙으로 삼을 수 있는 것으로 유형화하고, (3) 유형의 경우 이를 어떻게 수정할지까지 고민해야 하며, 나아가 (4) 토지관할규정에는 없으나 기타 국제재판관할의 근거가 될 수 있는 관할근거가 무엇인지도 검토해야 한다.⁶⁴⁾

8. 친족사건의 관할

가. 개 관

친족사건의 국제재판관할과 관련하여서는 다음과 같은 점을 고려하여야 한다. 첫째, 가사사건은 사람의 신분과 생활 전반에 중대한 영향을 미치므로 재산관계사건에서보다는 원고의 구제에 더 유념하여야 하고, 둘째 대등하지 않은 당사자 간의 다툼에서는 예컨대 아동 또는 부양권리자와 같은 약자를 보호해야 하며, 셋째, 가사사건은 재산관계사건보다 공익성이 강하기 때문에 당사자의 임의처분이 제한되는 경향이 있고(관할합의의 제한 등), 넷째 국가는 자국민의 신분관계 및 신분등록에 관하여 당연히 이해관계를 가지므로 당사자의 본국관할을 인정할 필요가 있다는 점이다.⁶⁵⁾

가사사건은 크게 소송사건과 비송사건으로 나뉘며, 비송사건은 상대방이 없는 가사비송사건과 상대방이 있는 가사비송사건으로 나뉜다. 같은 가사사건이라고 하더라도 그 성격은 매우 다양하므로 가사사건의 국제재판관할을 결정하는 기준을 한마디로 정의할 수는 없으며, 개별 사건마다 검토할 필요가 있다.⁶⁶⁾ 개정 국제사법은 혼인관계사건, 친자관계사건, 부양사건과 성년후견사건 및 가사조정사건으로 나누어 특별관할을 인정하되 각 분야별로 소송사건과 비송사건에 같이 적용되는 관할을 규정하는 형식으로 정하고 있다.⁶⁷⁾

62) 김문숙, 전제논문, 149-150면

63) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 115면

64) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 115면

65) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 40-41면

66) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 2018. 6. 2. 개최된 2018년 제2회 한·국민사소송법학회 학술대회: 국제사법 전부개정법률안에 대한 소송법적 검토, 7-8면

67) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 42면

나. 혼인관계사건의 특별관할

(1) 혼인관계사건의 특징

국제이혼과 같이 외국적 요소를 지닌 혼인관계사건이 청구된 때 국제재판관할이 중요한 이유는, 다수의 국가가 국제재판관할을 갖는 경우 당사자가 어느 국가의 법원에 소를 제기하느냐에 따라 지리적 거리와 소송에 사용되는 언어가 달라지고, 사건에 적용될 절차규범과 실질규범에도 차이가 생길 수 있기 때문이며, 국제재판관할의 문제는 혼인관계사건에 관한 판결의 승인에서도 중요하기 때문이다.⁶⁸⁾ 특히 혼인관계사건에서의 국제재판관할은 재산관계사건에서처럼 분쟁에 대비해 사전에 정해놓은 계약 내용이나 조약, 일반적으로 승인되는 국제법상의 원칙으로 해결하지 못하고, 당사자가 그 청구에 당면한 후에야 고려하게 되는 속성이 있으므로, 관련규정은 당사자가 절차와 그에 따른 결과를 쉽게 예견할 수 있도록 명확하고 구체적이어야 한다.⁶⁹⁾

종래 외국적 요소를 가진 혼인관계사건에 대한 국제재판관할에 관한 판례의 태도가 분명하지 않아 관할의 유무에 관한 판단이 용이하지 않았으나 개정 국제사법이 국제재판관할을 명확히 규정함으로써 불확실성을 해소하고 당사자의 예측가능성을 보장하며 분쟁의 신속하고 효율적인 해결에 기여할 것으로 기대한다.⁷⁰⁾

(2) 개정 국제사법의 내용(제56조)

(가) 원고관할

가사사건은 사람의 신분과 생활 전반에 중대한 영향을 미치므로 재산사건과 비교하여 원고의 구제에도 더 유념해야 하는데, 이혼처럼 쟁송성이 강한 소송에서도 국제재판관할의 결정에는 피고주소지 원칙만이 아니라 원고 측의 사정을 고려해야 한다.⁷¹⁾ 개정 국제사법 제56조는 국제결혼 등의 증가로 외국적 요소를 가진 혼인관계에 관한 소송이 증가하고 있는 현실에 효과적으로 대응하기 위하여 신설한 규정이다.⁷²⁾ 동조 제1항 제1호는 부부 중 한쪽의 일상거소가 대한민국에 있고 부부의 마지막 공동 일상거소가 대한민국에 있는 경우 원고관할을 인정한다. 그러한 요건이 구비되면 한국은 당사자와 실질적 관련이 있다고 할 수 있기 때문이다.⁷³⁾ 또한, 원고와 미성년 자녀의 전부나 일부의 일상거소가 대한민국에 있는 경우,⁷⁴⁾ 대한민국 국민으로서 대한민국에 일상거소를 둔 원고가 혼인관계 해소만을 목적으로 제기하는 사건의 경우(동조 1항 2호 및 4호)에 원고관할을 인정하고 있다.⁷⁵⁾ 이

68) 이승미, 전계논문, 60-61면

69) 이승미, 전계논문, 61면

70) 법무부, 「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서, 27면

71) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 79면

72) 법무부, 「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서, 27면

73) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 80면

74) 이에 대하여는 개정안 논의 당시 일단 혼인관계사건의 관할을 판단하고 친자관계에 관하여는 부대사건(또는 부속사건)으로서 관할을 인정하면 족하지, 자녀의 상거소를 혼인관계사건의 관할근거로 삼을 이유는 없다는 비판과 미성년자녀의 양육을 보호하기 위한 것이라고 하며 지지하는 견해의 대립이 있었다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 80면 참조).

는 한국인이 외국인과 혼인한 뒤 배우자인 외국인의 소재불명 등으로 재판할 수 없게 되는 사안을 고려하여 혼인관계해소만을 위한 것이라면 한국의 관할을 인정함으로써 가족관계등록부를 정리할 수 있게 하려는 것이다.⁷⁶⁾ 이 경우 제6조 제3항이 정한 관련사건의 관할은 허용되지 않는다.⁷⁷⁾

원고관할은 일정한 요건 아래에 브뤼셀 II bis 규칙, 독일의 가사·비송법, 일본 인사소송법이 모두 인정하고 있고, 독일의 경우 일방 배우자가 국내에 일상거소가 있는 경우 원고관할이 인정되는 반면 개정 국제사법은 부부가 공동 일상거소까지 가질 것을 요구하고 있다(동조 제1호).⁷⁸⁾ 앞으로 일방 배우자의 일상거소만으로 원고관할을 인정하는 방향으로 그 범위를 보다 넓히는 방향을 고려해 볼 수 있을 것이다.⁷⁹⁾

(나) 본국관할(국적관할)

개정 국제사법 제56조 제1항 제3호는 부부 모두가 한국인인 경우에 본국관할을 허용한다. 그동안 판례는 가사사건에서 국적과 관련하여 관할을 인정하는 것에 인색하였으나 개정 국제사법은 부부가 모두 한국인인 경우에만 보수적으로 본국관할을 인정하고 있다.⁸⁰⁾ 즉, 일방의 본국관할을 인정하는 독일에 비하여 우리는 브뤼셀 II bis 규칙과 같이 제한적인 입장을 취하였다.⁸¹⁾ 본국관할을 인정할 경우 구체적 사건에서 사안 내지 증거와의 근접성이라는 관점에서 취약할 수 있으나 그 경우에는 제12조의 부적절한 법정지의 법리를 활용할 수 있을 것이다.⁸²⁾ 따라서 본국관할을 인정하는 것은 언어나 지리, 통신상 등 당사자 이익을 고려하고, 국가로서는 가족관계부를 정리하는 국가이익에도 부합하는 것으로 볼 수 있다.⁸³⁾

(다) 합의관할과 변론관할의 불허

개정 국제사법은 부양사건(제60조)과 상속사건(제76조)을 제외하고, 가사 관계 사건에 대해 합의관할과 변론관할을 인정하지 않음은 전술하였다(제13조).

다. 친생자관계사건의 특별관할(제57조)

현행 가사소송법은 친생자관계의 성립과 그 해소에 관한 사건들 중 일부는 ‘가류’ 소송사건으로, 나머지는 ‘나류’ 소송사건으로 분류하고 있다. 개정 국제사법은 당사자의 소송수행 편의, 자녀에 대

75) 강영주, 전계논문, 592면

76) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 80면

77) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 80면

78) 강영주, 전계논문, 600면; 브뤼셀 개정 제2규정은 제소 직전 1년 이상 유지된 원고 상거소지 또는 제소 직전 6월 이상 유지된 원고 상거소지(원고가 그 국가 국민인 경우)의 관할, 즉 원고관할을 인정하고 있고, 독일의 가사·비송법은 국적 또는 상거소에 근거한 원고 관할을 인정한다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 79-80면 참조).

79) 강영주, 전계논문, 600면

80) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 507면

81) 강영주, 전계논문, 600면

82) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 81면

83) 석광현, “이혼 기타 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 『국제사법연구』 제19권 제2호(2013. 12.), 한국국제사법학회, 135면

한 보호 필요성 등을 고려하여 친생자관계의 성립에 관한 사건의 국제재판관할 규정을 신설하였다.⁸⁴⁾ 아동보호협약은 국제친권사건, 즉 친권자(또는 양육자)의 결정, 아동의 신상감호, 아동의 재산 관리, 기타 친권의 효력 및 소멸 등의 국제재판관할을 규정하면서 원칙적으로 아동의 상거소지국에 관할을 인정하는데, 당국의 신속한 개입을 가능하게 하고, 절차로 인한 아동의 부담을 줄이며, 증거 근접성과 아동 및 청년원조제도와와의 근접성을 확보할 수 있기 때문인데, 이는 국제적으로 널리 인정된다.⁸⁵⁾ 그러나 아동의 신분 내지 지위에 관한 문제이므로 친자관계의 성립 또는 다툼에는 적용되지 않는다.⁸⁶⁾

개정 국제사법 제57조는 친생자관계의 성립 및 해소에 관한 사건에 대하여 자녀의 일상거소가 대한민국에 있는 경우, 자녀 및 피고가 되는 부모 중 한 쪽이 대한민국 국민인 경우 법원에 국제재판관할이 있다고 규정한다. 자녀의 일상거소에 대한 관할을 인정하는 것은 국제적 정합성에 부합하는 것으로 볼 수 있으나, 본국관할을 당사자 역할(즉 피고일 것)과 결합하여 인정하는 것은 이례적이다.⁸⁷⁾ 친생자관계 사건이 추구하여야 할 재판이 ‘진실한 사실관계에 입각한 재판’이라고 본다면 친생자관계 사건에 관한 관할규칙은 혈연의 진실을 밝히기에 가장 적합하도록 설계되어야 한다는 결론에 이르게 되고, 각국의 절차법의 차이로 인하여 유전자 검사에 의하여 혈연상의 친자관계의 존부를 확인할 수 있는 가능성의 정도가 법정지에 따라 달라지게 된다는 국제적 특수성을 고려한다면 혈연감정이 가장 용이한 법정지를 선택할 수 있도록 관할원인을 최대한 넓게 인정할 필요가 있다.⁸⁸⁾ 다만 친생자관계 사건은 기본적으로 부자관계를 대상으로 하는 것으로서 모의 법적인 친족관계와는 무관하기 때문에 모의 본국에까지 관할을 인정할 필요는 없어 보이며,⁸⁹⁾ 이해관계인인 자녀, 부, 모 등의 상거소지관할뿐 아니라 자녀와 ‘부모 중 한쪽’이 아닌 부의 국적지에 본국관할을 인정하는 것이 타당하다. 다만, 조정의 대상이 될 수 있는 ‘나류’ 소송사건(아버지의 결정, 친생부인, 인지의 취소, 인지에 대한 이의, 인지청구)은 대등한 당사자간의 절차보장이 중요하게 되므로 위와 같이 확대하기는 어렵다고 생각된다.⁹⁰⁾

라. 입양관계에 관한 사건의 특별관할(제58조)

가사소송법에 규정된 입양에 관한 사건으로는 양친자관계의 성립과 관련된 사건으로 계약형 입양에 대한 허가(모두 라류 비송사건), 친양자입양에 대한 허가(라류 비송사건)이 있고, 성립한 입양의 무효(가류 소송사건) 또는 취소(나류 소송사건)를 주장하는 사건, 양친자관계의 해소 즉 파양을 구하

84) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 28면

85) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 83면

86) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 83면

87) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 510면

88) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 14면

89) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 14면

90) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 14-15면

는 사건(모두 나류 소송사건), 그리고 파양의 무효(가류 소송사건) 또는 취소(나류 소송사건)를 주장하는 사건 등으로 크게 나누어 볼 수 있는데,⁹¹⁾ 개정 국제사법은 양자가 되려는 사람에 대한 보호의 필요성 등을 고려하여 양친자관계에 관한 사건의 국제재판관할 규정을 신설하였다.⁹²⁾ 즉 제58조 제1항은 입양의 성립에 관한 사건에 대하여는 양자가 되려는 사람 또는 양친이 되려는 사람의 일상거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다고 규정하는데, 이는 입양의 성립에 관하여 양자 또는 양친의 상거소지국이 모두 입양과 실질적 관련이 있고 동등한 이해관계를 가지고 있기 때문이며,⁹³⁾ 우리나라가 비준 준비 중인 ‘헤이그 아동입양협약’의 태도에도 부합하는 규정이다.⁹⁴⁾

미국의 국제사법에 따르면, 미국에서는 어느 주에 양자 또는 양친의 주소지가 있고, 또한 양친 및 양자 또는 양자에 대하여 법적 양육권을 가지는 자가 그 주의 인적 관할권에 복종하는 때에 그 주가 선고형 입양의 재판관할을 가진다고 규정하고, 독일의 가사·비송법도 양친의 1인 또는 양자인 아동이 독일에 상거소를 가지고 있는 경우 독일 법원의 국제재판관할을 인정한다.⁹⁵⁾ 독일의 경우 어느 일방의 본국관할을 인정하지는 않더라도 양친이 될 자와 양자가 될 자의 국적이 모두 한국인인 때에는 본국관할을 인정하고 있는데, 우리 개정 국제사법은 이를 인정하지 않고 있다.⁹⁶⁾ 이 경우 본국관할을 인정하는 것이 보다 타당할 것이다.

한편, 동조 제2항은 양친자관계의 존부확인, 입양의 취소 또는 파양에 관한 사건에 대하여 제57조 친생자관계에 관한 사건의 특별관할 규정을 준용한다. 이는 “입양의 취소에 대하여는 친자관계의 확인 또는 부인에 대하여 관할을 가지는 것과 동일한 법원이 관할을 가진다”고 규정하는 스위스 국제사법을 참조한 것인데, 그 결과 자녀의 상거소가 한국에 있는 경우와, 자녀 및 피고가 되는 부모 중 한 쪽이 한국인인 경우 한국의 국제재판관할이 인정된다.⁹⁷⁾

입양사건의 경우는 양자가 성년자인 경우와 미성년자인 경우를 나눌 수 있는데, 성년자인 경우에는 양친과 대등한 지위에서 절차보장을 받도록 해 줄 필요가 있으므로 혼인, 이혼에 준하여 국제재판관할을 결정하고, 미성년자인 경우에는 미성년자의 보호자 결정에 준하여 국제재판관할을 인정하는 방법도 생각해 볼 수 있다.⁹⁸⁾ 이러한 기준을 적용하면 개정 국제사법보다 관할을 확장하는 효과를 가져올 수 있을 것이다.

91) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 15면

92) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 29면

93) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 84-85면

94) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 29면; 아동입양협약은 개정 국제사법 제58조의 내용에 추가하여 양부모가 될 사람의 한쪽 또는 양쪽이나 양자가 될 아동이 한국 국적을 보유하고 있는 경우 우리 법원의 관할을 인정한다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 511면 참조).

95) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 85면

96) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 85면

97) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 각칙을 중심으로”, 86면

98) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 18면

마. 부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할(제59조)

부모, 자녀 간의 법률관계에 관한 사건은 친권과 부양의무가 규율대상이나 개정 국제사법은 미성년자에 대한 부양의무에 관하여 별도의 규정(제60조)을 두고 있으므로 제59조에서는 친권, 양육권 및 면접교섭권 등에 관한 사항을 규정한다.⁹⁹⁾ 국제적 친권사건, 즉 친권자 또는 양육자의 결정, 아동의 신상감호, 아동의 재산관리, 기타 친권의 효력 및 소멸 등의 국제재판관할을 논의하는 이유는 예컨대 부모의 양육권 박탈 기타 아동의 최대복리를 보호하기 위한 조치를 취할 법원 기타 당국의 소속국을 결정하는데 있다.¹⁰⁰⁾ 개정 국제사법이 아동의 상거소지국에 관할을 인정하는 이유는 당국의 신속한 개입이 가능하고 절차로 인한 아동의 부담을 줄일 수 있으며, 증거 근접성과 아동 및 청소년원조와의 근접성을 확보할 수 있기 때문이다.¹⁰¹⁾ 이는 우리나라가 가입한 ‘헤이그 아동탈취협약’의 태도에도 부합한다.¹⁰²⁾

제59조 제2호는 ‘부모 중 한쪽과 자녀가 대한민국 국민인 경우’에도 법원이 국제재판관할을 가질 수 있도록 하였는데, 이는 다문화가정의 혼인이주여성이 배우자의 동의 없이 아이들을 데리고 본국으로 출국하여 아이들은 본국의 친정 등에 맡겨두고 본인이 다시 입국하여 취업을 한 사례 등에서 혼인관계가 이미 해소된 이후의 친권자 및 양육자 변경 소송을 국내에서 진행할 수 있도록 배려하기 위함이다.¹⁰³⁾ 다만, 친권 관계 사건에서 국제재판관할이 다수의 국가에 인정되면 아동이 극심한 분쟁과 재판에 반복적으로 노출될 위험이 있고, 본인에게 유리한 재판을 받을 수 있는 국가에 먼저 소를 제기하려는 ‘법원으로의 경주’ 현상이 발생할 우려가 있으며, 이는 결국 아동의 최선의 이익보다 법률전문가로부터 조력을 받을 자력이 있는 당사자에게 유리한 결과로 이어지게 되므로 위 조항은 같은 조 제1호에 따른 국제재판관할보다 열후적 순위를 갖는 보충적 성격으로만 해석할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾

바. 부양사건의 관할(제60조)

부양의무자인 피고의 상거소지국은 일반관할을 가짐은 물론이나, 제60조는 부양권리자를 두텁게 보호하기 위하여 부양권리자의 상거소지국의 특별관할을 명시한다.¹⁰⁵⁾ 제1항에서 부양에 관한 사건에 대해서는 부양권리자의 일상거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다고 규정한다. 이는 일차적으로 부양권리자에게 익숙하고 편리한 곳의 관할을 인정하기 위한 것이고, 나아가 부

99) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 43면

100) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 513면

101) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 43면

102) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 30면; 아동탈취협약은 아동의 즉각적인 반환에 관하여 아동소재지국의 반환의무를 부과함으로써 간접적으로 국제재판관할을 규율하나, 본안인 양육권에 관하여는 관할규칙을 명시하지 않고 있다. 이에 대해 탈취 직전 상거소지국이 관할을 가진다는 견해가 받아들여지고 있다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 515면 참조).

103) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 516면

104) 현소혜, 전게논문, 245-246면

105) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 44면

양권리자의 상거소지국은 권리자의 생활상태의 조사와 부양료액의 산정 등에 필요한 자료수집에도 적합하다.¹⁰⁶⁾ 위 조항은 부양권리자의 관할이 인정되는 경우 외국에서 한국인 양육의무자를 상대로 선고된 양육비지급판결이 한국에서 승인, 집행되는데 필요한 간접관할의 요건이 구비된다는 점에서도 의의가 크다.¹⁰⁷⁾

또한 부양사건은 재산적 성질을 가지므로 관할합의를 허용하고 있고, 변론관할(제9조)도 인정되나, 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우, 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우는 관할이 인정되지 아니한다(동조 제2항, 제3항). 관할합의를 허용하는 것은 당사자의 관할합의와 변론관할을 허용하는 EU부양규정¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾을 참조하면서 추상적으로 규정한 것이다.¹¹⁰⁾ EU부양규정은 합의관할을 인정하되 선택지를 제한하고 있는데(제4조), 일정한 선택지 가운데 하나에 대하여 국제재판관할과 토지관할을 부여하는 합의를 하거나, 국제재판관할에 대해서만 그러한 합의를 할 수 있다고 규정한다. 국제재판관할은 부양채권자나 부양채무자의 상거소지국이나 부양채권자나 부양채무자의 국적국을 선택하는 합의가 허용되고, 배우자나 구 배우자 사이의 부양의무의 경우에는 혼인관계에 대한 관할국, 1년 이상의 공통상거소지국을 선택하는 것도 허용된다. EU부양규정 제5조는 변론관할(응소관할)을 규정하는데, “관할의 다툼 없는 출석”을 관할사유로 하고 있다.

부양사건의 경우에도 부양권리자와 부양의무자가 모두 한국인일 때에는 본국관할을 인정하는 것을 검토할 수 있으나, 개정 국제사법은 이를 인정하지 않았다. 부양채권자의 상거소지법이 부양에 불리한 부분을 공통국적국법에 따라 극복하게 하는 취지¹¹¹⁾ 외에는 국적관할을 뚝으로써 얻어지는 실익은 크지 않을 것으로 예상된다. 오히려 개정 국제사법에 의하더라도 부양사건이 원인된 친족관계와 병합되었을 때, 그 친족관계에 대한 관할이 국적관할로서 근거지워지는 경우에는, 제6조의 관련사건 관할로서 부양사건에도 국적관할이 미칠 수 있는데, 부양채권자를 두텁게 보호하기 위해 원인관계에 대한 관할이 일방 당사자의 국적에만 근거하는 경우에는 부양관할을 관련사건 관할로서 근거지울 수 없도록 입법으로 명시하거나 해석론을 정비할 필요성이 있다.¹¹²⁾

한편, EU부양규정 제8조와 같이 부양료채무에 관한 재판이 내려진 후에 다시 그 부양료채무에 대

106) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 517면

107) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 44면

108) ‘부양의무에 관한 사안에서의 관할, 준거법, 판결의 승인집행 및 협력에 관한 2008년 12월 28일 이사회 규정 (EC) 제 4/2009호’{Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (OJ L 10.1.2009)}

109) 자세한 내용은 <https://www.legislation.gov.uk/eur/2009/4/contents>에서 확인할 수 있다. 규정에 대한 해석 및 번역은 장준혁, “부양사건의 국제재판관할 - 입법론을 중심으로 -”, 가족법연구 제31권 제1호(2017. 3), 한국가족법학회, 187-189면을 참고하였다.

110) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 517면

111) 장준혁, 전제논문, 212면

112) 장준혁, 전제논문, 221면

하여 수정 등의 재판을 하는 경우에 적용할 계속관할을 규정할 필요도 있다.

사. 후견사건의 특별관할(제61조)

개정 국제사법은 성년후견과 미성년후견을 구분하여 규정한다. 개정법 제61조는 제1항에서 성년 후견사건의 특별관할을 정하고 있는데, 후견개시심판과 후견감독사건의 국제재판관할을 하나로 묶어 규정하고 있다. 즉, 피후견인의 일상거소가 대한민국에 있는 경우, 피후견인이 대한민국 국민인 경우와 피후견인의 재산이 대한민국에 있고 피후견인을 보호하여야 할 필요가 있는 경우에는 한국의 국제재판관할을 인정한다. 후견에 관한 사건은 상대방 없는 가사비송사건으로 형식적 당사자는 존재하지 않지만 실질적 당사자에 준하는 사건본인인 피후견인이 중심에 있음을 고려하여 피후견인의 권리 및 절차적 기본권 보장을 고려한 것으로 매우 타당한 규정이다.¹¹³⁾ 본국관할의 경우 성년자는 오래 전부터 생활을 영위하고 있으므로 외국에 상거소가 있더라도 가족적 유대관계는 본국과의 밀접한 관련을 가진다고 보아 이를 반영한 것이다.¹¹⁴⁾

성년자보호협약은 원칙적으로 성년자의 상거소지국이 관할을 가지도록 하고 몇 가지 예외를 인정한다.¹¹⁵⁾ 위 협약은 후견사건의 국제재판관할규칙을 정함에 있어서 성년자와 아동을 구별하는데, 아동보호협약과 달리 상거소지관할, 본국관할과 재산소재지 관할을 인정한다.¹¹⁶⁾ 개정 국제사법의 내용은 국제적 정합성에 부합하는 것으로 보인다.

구 국제사법 제48조 제2항 제2호는 대한민국에 상거소 또는 거소가 있는 외국인에 대한 후견은 ‘대한민국에서 한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판을 한 경우’ 대한민국 법에 의하도록 규정하고 있는데, 개정 국제사법에서 위 규정이 삭제되었다. 이에 대해 후견사건에서는 후견개시 재판 이후에도 법원이 직권으로 후견적 임무를 수행해야 할 경우가 상당히 많아 우리 법원이 후견개시재판을 한 경우 보호조치와 후견종료재판 등과 같은 그 후속재판(이하 ‘계속관할’이라고 한다)을 인정할 필요가 있으므로 조문을 두자는 견해가 있다.¹¹⁷⁾ 개정 국제사법은 계속관할을 규정하지 않으므로 변경재판을 하자면 그 때를 기준으로 제61조에 따라 후견사건의 국제재판관할이 있는지를 판단해야 하므로 피후견인을 두텁게 보호하기 위해 계속관할의 규정을 검토할 필요성이 있다. 후견사건만이 아니라 ‘외국재판의 변경’ 일반에 관하여 대한민국에 제2조에 따른 국제

113) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 521면; 상거소지국과 재산소재지의 국제재판관할의 인정에는 이견이 없으나, 성년후견사건의 경우 본국관할을 인정한 것은 과잉관할이라는 견해는 김원태, “가사사건의 국제재판관할 - 후견사건을 중심으로 -”, 297면

114) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 521면; 이에 대해 임의후견은 피임의후견인에 의한 대리권수여를 기초로 하므로 법정후견과 성질이 다르고, 임의후견감독인이 선임되어 후견계약의 효력이 발생하더라도 피임의후견인의 행위능력이 제한되는 것도 아니므로 피임의후견인의 국적에 기한 관할을 인정할 관련성이 있다고 보기 어렵다는 비판이 있다(권재문, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부재와 실종에 관한 국제재판관할”, 국제사법연구 제21권 제1호(2015. 6.), 43면; 김원태, “가사사건의 국제재판관할 - 후견사건을 중심으로 -”, 289면 각 참조)

115) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 520면

116) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 521면

117) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 29-30면

재판관할을 인정해야 한다는 견해도 있다.¹¹⁸⁾

개정 국제사법 제61조 제2항은 미성년인 자녀의 후견사건의 특별관할에 관한 것인데, 1호에서 부모, 자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할과 마찬가지로 미성년자의 일상거소가 대한민국에 있는 경우에 관할을 인정하고 있고, 2호에서 미성년자의 재산이 대한민국에 있고 미성년자를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에도 특별관할을 인정한다. 미성년자의 경우 통상 재산을 가지지 않으므로 아동보호협약은 긴급한 경우에만 재산소재지 관할을 인정하는데, 개정 국제사법은 아동의 경우에도 보호할 필요가 있는 경우에는 재산소재지의 특별관할을 인정하는 점에서 아동보호협약과는 차이가 있다.¹¹⁹⁾ 위 조항 역시 다른 친권 관계 사건과 마찬가지로 미성년자의 상거소지를 중심으로 국제재판관할을 결정하고, 미성년자의 재산소재지에 관한 국제재판관할은 보충적, 열후적으로만 인정할 필요가 있다.

한편, 미성년자의 경우 성년후견사건의 경우와 달리 본국관할을 인정하지 아니하여 관할의 합리적 규정을 도모하고 있다.¹²⁰⁾

아. 가사조정사건의 관할(제62조)

가사소송법 제50조 제1항에 따르면, 나류 및 다류 가사소송사건과 마류 가사비송사건에 대하여 가정법원에 소를 제기하거나 심판을 청구하려는 사람은 먼저 조정을 신청하도록 하여 우리 법원은 일부 가사사건에 대해 조정전치주의를 채택하고 있다. 가사조정사건은 그에 상응하는 가사소송사건이나 가사비송사건을 관할하는 가정법원 또는 당사자가 합의로 정한 가정법원이 관할한다(가사소송법 제51조 제1항). 개정 국제사법 제62조에서 규정하는 내용과 같이 조정의 대상이 되는 사건에 대하여 한국이 국제재판관할을 가진다면 당해 조정사건에 대해서도 관할을 가진다는 점에는 별다른 의문이 없다.¹²¹⁾

9. 상속 및 유언 사건의 특별관할(제76조)

상속에 관한 사건은 우선 가정법원의 관장사항으로 하는 가사사건과 민사지방법원의 관할사건인 상속사건으로 나눌 수 있고, 가사사건으로서의 상속에 관한 사건도 상대방 있는 가사비송사건(현행 마류 가사비송사건)과 상대방 없는 가사비송사건(현행 라류 가사비송사건)으로 나눌 수 있다.¹²²⁾ 상대방 있는 상속에 관한 가사비송사건은 기여분의 결정과 상속재산의 분할에 관한 처분이 있고, 상대방 없는 상속에 관한 가사비송사건은 (1) 상속의 승인 또는 포기를 위한 기간의 연장허가, (2) 상속재

118) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 522- 523면

119) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 523- 524면

120) 법무부, “「국제사법」 전부개정법률안 조문별 제· 개정이유서”, 32면; 성년후견 중 임의후견에 대해 본국관할을 인정하는 것에 대한 비판은 각주 108), 109) 참조

121) 노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 47면

122) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 32면

산 보존을 위한 처분, (3) 상속의 한정승인신고 또는 포기신고의 수리와 한정승인 취소신고 또는 포기 취소신고의 수리, (4) 감정인의 선임, (5) 공동상속재산을 위한 관리인의 선임, (6) 상속재산의 분리, (7) 상속재산 분리 후의 상속재산 관리에 관한 처분, (8) 관리인의 선임 및 그 공고와 재산관리에 관한 처분, (9) 상속인 수색의 공고, (10) 상속재산의 분여 사건 등이 있다(가사소송법 제2조).

유언에 관한 가사비송사건으로는 (1) 유언의 검인, (2) 유언의 증서 또는 녹음의 검인, (3) 유언증서의 개봉, (4) 유언집행자의 선임 및 그 임무에 관한 처분, (5) 유언집행자의 승낙 또는 사퇴를 위한 통지의 수리, (6) 유언집행자에 대한 보수의 결정, (7) 유언집행자의 사퇴에 대한 허가, (8) 유언집행자의 해임, (9) 부담 있는 유언의 취소 등이 있다(가사소송법 제2조).

개정 국제사법 제76조는 다양한 이해관계자가 존재하고, 재산법적 성격이 강한 상속 등 사건의 특성을 고려하여 상속과 유언에 관한 국제재판관할규정을 명확히 규정함으로써 당사자의 예견가능성을 확보하고 분쟁의 신속하고 효율적인 해결에 기여하며, 일정한 경우 관할합의를 인정함으로써 국제적 흐름에 부합하는 국제재판관할 규정을 도입하고자 하는데 그 입법취지가 있다.¹²³⁾

즉, 상속에 관한 사건¹²⁴⁾에 대해 민사소송법상 토지관할규칙(제22조 내지 제23조)을 국제재판관할규칙으로 받아들여 ‘주소’를 ‘상거소’로 대체하여 피상속인 사망 당시 상거소가 한국에 있는 경우 또는 한국에 상속재산이 있는 경우(다만 그 상속재산의 가액이 현저히 낮은 경우는 제외) 한국의 국제재판관할을 인정한다.¹²⁵⁾ 상속개시시의 피상속인의 상거소는 기본적으로 재판에 필요한 자료가 피상속인의 생활의 본거에 많이 있을 것으로 생각되는 등 당사자 및 사건관계인에게 밀접한 관계가 있으며, 상속재산에 포함되는 재산이 대한민국 내에 있는 경우에는 그 재산에 관하여 이해관계를 가지는 자가 대한민국 내에 있을 가능성이 크고, 상속재산의 관리 등에 관한 사건을 대한민국 법원이 적절하게 해결하는 것이 바람직하다는 관점에서 위 관할규정은 타당하다.¹²⁶⁾ 다만, 제76조 제1항 제2호의 단서에서 상속재산의 가액이 현저하게 적은 경우에는 과잉관할이며, 당해 사건과 한국 사이에 밀접한 관련이 있다고 보기도 어려워 한국의 국제재판관할을 배제하는 취지는 찬성하나 해당 규정을 굳이 명시하지 않고 해석으로 맡겨두자는 견해가 있다.¹²⁷⁾

한편, 사망 당시 피상속인의 상거소나 상속재산이 한국에 없는 경우라도 피상속인의 국적에 따라 본국관할을 일정할 필요가 있는 경우를 생각해 볼 수 있는데, 예컨대 상대방 없는 라류 가사비송사건에 해당하는 상속 관련 사건으로서 피상속인 사망 당시 한국 국민이어서 대한민국법이 준거법으로 적용되고, 상속인도 한국에 거주 중인 경우를 들 수 있다. 피상속인의 국적에 따른 본국관할을 추가

123) 법무부, “국제사법」 전부개정법률안 조문별 제·개정이유서”, 35면

124) 개정법 제8장은 소송사건과 비송사건을 통합 규정하는 방식(소송인지 비송인지 구별하지 않고 전부 제8장에 따르면 하는 형태)을 취함으로써 원칙적으로 양자에 공통된 관할규칙을 두는데, 개정법은 제15조 제2항에서 위와 같은 취지를 명시한다. 상속비송사건 중 상대방이 없는 가사비송사건(라류 가사비송사건)에 대해 일반관할 규정(제3조)을 준용하기는 어려운 것으로 보인다(석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 529면).

125) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 48면

126) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 33면

127) 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 33-34면

하도록 입법하거나 개정 국제사법 하에서는 제2조의 실질적 관련성을 인정하여 관할을 긍정할 수 있을 것이다.

유언에 관한 사건에 대하여도 유언자의 유언 당시 상거소 또는 유언 대상인 재산이 한국에 있는 경우 한국의 국제재판관할을 인정한다. 유언의 경우 민사소송법은 유증을 규정하는데 반하여 개정법은 ‘유언에 관한 사건’으로 넓게 규정하는 데 특색이 있다.¹²⁸⁾ 그 외에 사건 당사자의 이해관계와 절차적 기본권의 보장, 증거에의 접근의 용이성 등을 고려하여 유언의 효력 발생 당시 유언자의 상거소와 유언서 보관장소 등의 국제재판관할을 추가로 인정할 필요성이 있다.

한편, 상속 또는 유언에 관한 사건에서 당사자의 관할합의를 허용하는 것은 재산법적 성격이 강하다는 점과 구 국제사법이 상속의 준거법에 관하여 당사자자치를 제한적으로 허용하는 점을 고려한 것이다.¹²⁹⁾ 다만 피부양자가 미성년자이거나 피성년후견인인 경우와 국제재판관할이 부여된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우에는 허용되지 않는다. 관할합의가 허용되는 범위 내에서는 변론관할도 허용된다(제76조 제3항).¹³⁰⁾

상속에 관한 사건 중 마류 가사비송사건(기여분의 결정과 상속재산의 분할에 관한 처분 등)도 가사 조정의 대상이 되며, 조정전치주의의 적용을 받는데(가사소송법 제50조), 개정 국제사법 제76조 제5항에서 조정의 대상이 되는 사건에 대하여 한국이 국제재판관할을 가진다면 당해 조정사건에 대해서도 관할을 가진다고 명시하였다.

IV. 결 론

적절한 국제재판관할의 판단기준을 수립하는 것은 어려운 일인데, 우리 법원의 국제재판관할을 지나치게 좁게 인정하면 국민의 재판받을 권리를 침해할 우려가 있는 반면, 이를 지나치게 넓게 인정하면 재판의 모순, 저축을 초래하고, 집행국의 법리에 따라 우리 법원의 국제재판관할이 부정되어 결국 집행에 이르지 못하게 될 위험이 있다.¹³¹⁾ 국제재판관할의 범위는 합리적이어야 하는데, 특히 가사 사건에서 국제재판관할을 결정할 때 주의하여야 할 것은, 절차적 열위에 있는 사람을 보호하여야 한다는 것이다. 특히 상대방이 없는 가사비송사건에서는 형식적 당사자는 아니지만 재판의 효력을 직접 받을 실질적 당사자로서의 사건본인인 피후견인이 될 사람 또는 미성년자의 절차적 기본권 보장 차원에서 검토되어야 하며, 가사사건마다 그 성격이 매우 다양하므로 개별 사건마다 검토하여 국제

128) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 528면

129) 노태약, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 48면

130) 합의관할은 지지하면서도 변론관할에 대해서는 부정적인 견해가 있다(김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 34면).

131) 노태약, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토 -법원의 실무와 헤이그재판관할합의협약을 중심으로-”, 156면; 현소혜, 전제논문, 253-254면

재판관할의 유무를 판단하여야 한다.

개정 국제사법이 특히 가사사건에 관하여 보다 정치한 국제재판관할을 규정하였으므로, 향후 개정 법의 시행 이후에는 우선 국제사법을 적용하여 국제재판관할의 유무를 판단하고, 당해 사안의 모든 사정을 고려하여 관할권의 행사가 부적절한 사정이 있는 경우에는 예외적으로 재판관할권을 행사하지 않음으로써 개별사건에서 국제재판관할 배분의 이념을 충실하게 구현하는 방향으로 사건을 해결해 나갈 것이다.¹³²⁾ 이를 통해 국제가사사건에서 법원과 당사자들의 예측가능성을 크게 제고할 수 있고, 그 과정에서 법적안정성을 보장하는데 크게 기여할 것으로 기대한다. 다만, 국제재판관할규칙은 시대와 상황의 변화에 따라 변화하므로 장래 국제재판관할규칙을 재점검할 필요가 있고 이를 위해서는 국제재판관할에 관한 국제규범의 추이를 예의주시함으로써 국제적 정합성을 확보하기 위해 꾸준히 노력할 필요가 있다.¹³³⁾

132) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 551면

133) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 551면

〈 참고문헌 〉

법원실무제요 가사[1], 법원행정처, 2020

석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사(2012)

_____, 국제사법과 국제소송[정년기념], 박영사(2022)

이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사(2021)

한충수, 민사소송법(제3판), 박영사(2021)

강영주, “개정 국제사법에 관한 비교법적 고찰 - 혼인관계사건의 국제재판관할을 중심으로 -”, 고려법학 제104호(2022. 3.), 고려대학교 법학연구원

권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙 -친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 국제사법연구 제19권 제2호(2013. 12.), 한국국제사법학회

_____, “친자관계의 성립과 효력, 성년후견, 부재와 실종에 관한 국제재판관할”, 국제사법연구 제21권 제1호(2015. 6.), 한국국제사법학회

김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015. 12.), 한국국제사법학회

김원태, “가사사건의 국제재판관할 -후견사건을 중심으로-”, 가족법연구 제32권 제1호(2018. 3.), 한국가족법학회

_____, “국제사법 전부개정법률안의 검토 -가사사건의 국제재판관할을 중심으로-”, 2018. 6. 2. 개최된 2018년 제2회 한국민사소송법학회 학술대회: 국제사법 전부개정법률안에 대한 소송법적 검토

노태악, “2018년 국제사법 전부개정법률안의 주요 내용”, 민사소송 제22권 제2호(2018. 11.), 한국민사소송법학회

_____, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토 - 법원의 실무와 헤이그재판관할합의협약을 중심으로-”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019. 6.), 한국국제사법학회

석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안(공청회)에 따른 가사사건의 국제재판관할규칙”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.), 한국국제사법학회

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

_____, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙: 총칙을 중심으로”, 국제거래

와 법 제21호(2018. 4.), 동아대학교 법학연구소

석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 한국국제사법학회

_____, “이혼 기타 혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 「국제사법연구」 제19권 제2호(2013. 12.), 한국국제사법학회

이승미, “혼인관계사건의 국제재판관할에 관한 입법적 제안과 유럽재판소 및 독일 판례의 시사점”, 「국제사법연구」 제21권 제1호(2015. 6.), 한국국제사법학회

장준혁, “부양사건의 국제재판관할 - 입법론을 중심으로 -”, 가족법연구 제31권 제1호(2017. 3.), 한국가족법학회

한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향 - 국제재판관할의 판단구조 및 법인에 대한 일부 과잉관할 쟁점과 관련하여-”, 민사판례연구 제35집(2013), 민사판례연구회

현소혜, “친권 관계 사건의 국제재판관할 - 2019년 브뤼셀 II ter 규칙에 대한 소개를 중심으로 -”, 가족법연구 제35권 제2호(2021. 7), 한국가족법학회

개정 국제사법의 가사국제재판관할에 관한 검토

- 가정법원 실무의 관점에서

이광우 부장판사(서울가정법원)

1. 들어가며

아래에서는 개정 국제사법(이하 '법'이라 한다)이 구체적으로 규정하고 있는 가사국제재판관할에 관하여 가사사건을 담당하고 있는 실무가의 관점에서 덧붙이고 싶은 몇 가지 의견을 정리해 보았습니다. 개별 사건에서 접하는 다양한 사정에 따라 다른 의견이 제시될 수도 있겠지만 실무에서 고민하는 부분 중 하나로 이해해 주시면 감사하겠습니다.

2. 조문별 검토

가. 일반원칙(법 2조)

제2조(일반원칙)

- ① 대한민국 법원(이하 "법원"이라 한다)은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단할 때에 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 꾀한다는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.
- ② 이 법이나 그 밖의 대한민국 법령 또는 조약에 국제재판관할에 관한 규정이 없는 경우 법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다.

나. 일반관할(법 3조)

제3조(일반관할)

- ① 대한민국에 일상거소(habitual residence)가 있는 사람에 대한 소(소)에 관하여는 법원에 국제재판관할이 있다. 일상거소가 어느 국가에도 없거나 일상거소를 알 수 없는 사람의 거소가 대한민국에 있는 경우에도 또한 같다.
- ② 제1항에도 불구하고 대사(대사)·공사(공사), 그 밖에 외국의 재판권 행사대상에서 제외되는 대한민국 국민에 대한 소에 관하여는 법원에 국제재판관할이 있다.

③ 주된 사무소·영업소 또는 정관상의 본거지나 경영의 중심지가 대한민국에 있는 법인 또는 단체와 대한민국의 법에 따라 설립된 법인 또는 단체에 대한 소에 관하여는 법원에 국제재판관할이 있다.

다. 관련사건의 관할(법 6조)

제6조(관련사건의 관할)

- ① 상호 밀접한 관련이 있는 여러 개의 청구 가운데 하나에 대하여 법원에 국제재판관할이 있으면 그 여러 개의 청구를 하나의 소로 법원에 제기할 수 있다.
- ② 공동피고 가운데 1인의 피고에 대하여 법원이 제3조에 따른 일반관할을 가지는 때에는 그 피고에 대한 청구와 다른 공동피고에 대한 청구 사이에 밀접한 관련이 있어서 모순된 재판의 위험을 피할 필요가 있는 경우에만 공동피고에 대한 소를 하나의 소로 법원에 제기할 수 있다.
- ③ 다음 각 호의 사건의 주된 청구에 대하여 제56조부터 제61조까지의 규정에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 친권자·양육자 지정, 부양료 지급 등 해당 주된 청구에 부수되는 부수적 청구에 대해서도 법원에 소를 제기할 수 있다.
 1. 혼인관계 사건
 2. 친생자관계 사건
 3. 입양관계 사건
 4. 부모·자녀 간 관계 사건
 5. 부양관계 사건
 6. 후견관계 사건
- ④ 제3항 각 호에 따른 사건의 주된 청구에 부수되는 부수적 청구에 대해서만 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 그 주된 청구에 대한 소를 법원에 제기할 수 없다.

친권자, 양육자의 결정, 면접교섭에 관한 처분 등 친권 관계사건에서 상대방의 방어권을 보장하는 것도 중요하지만 사건본인인 아동을 위하여 최선의 이익이 되는 결정을 내리는 것이 우선적으로 고려될 필요가 있다는 발표자의 입장에 동의합니다. 발표자는 모든 아동이 자신의 일상거소국에서 적절한 배경조사와 의견청취를 거쳐 친권 관계 재판을 받을 권리가 있고, 부모가 혼인 관계 소송을 진행 중이라는 이유로 그 권리를 박탈당해서는 안 되며, 이러한 경우 혼인 관계 사건과 친권 관계 사건을 서로 분리하거나, 반드시 병합 심리해야 하는 경우라면 아동의 일상거소국에서 혼인 관계 사건까지 관할할 수 있도록 아동의 일상거소국 관할을 우선 적용하는 방법 등의 해석론을 통해 문제를 해결할 필요가 있다고 제안하였습니다(발표문 223, 225면).

먼저 법 6조 3항에서 말하는 부수적 청구 개념이 적절한 것인지 의문입니다. 법 6조 3항은 친권자·양육자 지정, 부양료 지급을 부수적 청구의 예로 들고 있으나, 이는 각각 법 59조와 법 60조에 정한 주된 청구에 해당하고 혼인관계 사건과 밀접한 관련이 있는 사건일 뿐 이를 부수적 청구로 이해하는 것은 바람직하지 않습니다. 현재의 가정법원 실무가 아동의 복리 보호에 보다 높은 관심을 가지고

있다는 점도 유의할 필요가 있습니다. 법 6조 1항과 2항은 관련사건을 국제재판관할이 있는 사건과 하나의 사건으로 소를 제기할 수 있다고 규정한 반면, 3항은 국제재판관할이 있는 사건의 부수적 청구라면 시기나 방법의 제한 없이 소를 제기할 수 있는 것으로 규정하고 있습니다. 부수적 청구 개념을 인정하더라도 적어도 주된 사건과 하나의 소로 제기할 경우에만 관련사건 관할을 인정하는 것이 좋겠다는 의견입니다.

다만 실무상 개별 사건에서 법 56조의 혼인관계에 관한 사건의 특별관할과 법 59조의 부모·자녀간의 법률관계 사건의 특별관할은 상당 부분 중첩될 것으로 보입니다. 사건본인인 아동이 대한민국 내에 일상거소를 가지지 않는 사건이 접수된 경우 법 2조의 실질적 관련성을 인정할 수 있는 사건이라면 법원은 당사자의 협조를 이끌어내 사건본인인 아동을 직접 대면하거나 영상조사 등의 방법으로 양육환경, 생활상태, 심리상태 등에 관한 조사와 의견 청취를 진행하며 사건본인의 이익을 중심으로 사건을 진행할 수 있을 것입니다. 만일 위와 같은 아동의 복리보호를 위한 조치가 불가능한 경우라면 법원은 법 12조에 따라 관할권을 행사하지 않을 수도 있다고 생각합니다.

라. 전속관할(법 10조)

제10조(전속관할)

① 다음 각 호의 소는 법원에만 제기할 수 있다.

1. 대한민국의 공적 장부의 등기 또는 등록에 관한 소. 다만, 당사자 간의 계약에 따른 이전이나 그 밖의 처분에 관한 소로서 등기 또는 등록의 이행을 청구하는 경우는 제외한다.
2. 대한민국 법령에 따라 설립된 법인 또는 단체의 설립 무효, 해산 또는 그 기관의 결의의 유효 또는 무효에 관한 소
3. 대한민국에 있는 부동산의 물권에 관한 소 또는 부동산의 사용을 목적으로 하는 권리로서 공적 장부에 등기나 등록이 된 것에 관한 소
4. 등록 또는 기탁에 의하여 창설되는 지식재산권이 대한민국에 등록되어 있거나 등록이 신청된 경우 그 지식재산권의 성립, 유효성 또는 소멸에 관한 소
5. 대한민국에서 재판의 집행을 하려는 경우 그 집행에 관한 소

② 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 외국법원의 국제재판관할에 전속하는 소에 대해서는 제3조부터 제7조까지 및 제9조를 적용하지 아니한다.

③ 제1항 각 호에 따라 법원의 전속관할에 속하는 사항이 다른 소의 선결문제가 되는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.

법 10조 1항 1호의 공적장부에는 가족관계등록부가 포함됩니다. 1호의 적용범위에 관하여 가족관계등록부 기재의 변경을 가져올 수 있는 모든 사건이 포함된다고 볼 여지도 있겠으나, 등록 자체에 관한 사건 즉 가족관계등록 창설, 가족관계등록부 정정허가 등 가족관계등록비송 사건에 한정된다고 해석함이 타당할 것입니다.

마. 적용제외(법 13조)

제13조(적용 제외)

제24조, 제56조부터 제59조까지, 제61조, 제62조, 제76조제4항 및 제89조에 따라 국제재판관할이 정하여지는 사건에는 제8조 및 제9조를 적용하지 아니한다.

바. 실종선고 등 사건의 특별관할(법 24조)

제24조(실종선고 등 사건의 특별관할)

① 실종선고에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 부재자가 대한민국 국민인 경우
2. 부재자의 마지막 일상거소가 대한민국에 있는 경우
3. 부재자의 재산이 대한민국에 있거나 대한민국 법에 따라야 하는 법률관계가 있는 경우. 다만, 그 재산 및 법률관계에 관한 부분으로 한정한다.
4. 그 밖에 정당한 사유가 있는 경우

② 부재자 재산관리에 관한 사건에 대해서는 부재자의 마지막 일상거소 또는 재산이 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

실무상 국제재판관할이 문제되는 실종선고 사건은 대부분 한국에서 국제결혼 후 한국인 배우자와 외국인이 함께 외국인의 본국으로 출국한 경우입니다. 한국인 배우자의 부모 등이 사망하여 상속이 개시된 경우 주로 공동상속인의 청구로 한국인 배우자에 대한 실종선고와 외국인에 대한 실종선고가 동시 혹은 순차로 청구되고 있습니다. 이 경우 법 24조 1항 3호에 따라 외국인 부재자에 대한 국제재판관할이 인정되지만, 사건으로는 이를 인정하는 것에 신중할 필요가 있다고 생각합니다. (부재자 재산관리에 관한 심판을 청구하는 것은 논외로 하고) 실종선고는 부재자의 신분에 관한 재판으로 그 효과는 부재자를 사망한 것으로 간주하는 것입니다. 부재자인 외국인은 이미 수년에서 수십 년 전에 한국을 떠나 대한민국과 실질적 관련성을 인정하기 어려울 뿐 아니라, 외국에서 이루어지는 신분사항의 변동과 법률관계를 국내에서 파악하기 어려워 부재자의 가족관계와 상속인을 확인할 방법이 없는 사건이 대부분입니다. 이와 같은 사건에 관하여 국제재판관할을 인정한다면 이는 오로지 국내 공동상속인들의 편의를 위한 것에 불과하고, 결과적으로 상속재산(부재자가 상속받은 국내재산)의 귀속주체를 왜곡하게 됩니다. 또한 3호 단서는 “그 재산 및 법률관계에 관한 부분으로 한정한다.”고 규정하고 있는데, 그 효력도 다소 불분명해 보입니다. 문제되는 상속재산에 관하여만 사망한 것으로 간주한다는 불명확한 법률관계가 발생하고 이에 따라 다른 어려움이 발생할 수도 있을 것입니다. 국내의 상속관계를 정리하기 위한 필요가 있음은 충분히 공감하지만, 위와 같은 문제를 고려하여 국제재판관할을 인정하는 것이 과연 타당한지 신중한 검토가 필요합니다.

사. 혼인관계에 관한 사건의 특별관할(법 56조)

제56조(혼인관계에 관한 사건의 특별관할)

① 혼인관계에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 부부 중 한쪽의 일상거소가 대한민국에 있고 부부의 마지막 공동 일상거소가 대한민국에 있었던 경우
2. 원고와 미성년 자녀 전부 또는 일부의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
3. 부부 모두가 대한민국 국민인 경우
4. 대한민국 국민으로서 대한민국에 일상거소를 둔 원고가 혼인관계 해소만을 목적으로 제기하는 사건의 경우

② 부부 모두를 상대로 하는 혼인관계에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 부부 중 한쪽의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
2. 부부 중 한쪽이 사망한 때에는 생존한 다른 한쪽의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
3. 부부 모두가 사망한 때에는 부부 중 한쪽의 마지막 일상거소가 대한민국에 있었던 경우
4. 부부 모두가 대한민국 국민인 경우

대법원은 재판상 이혼과 같은 혼인관계를 다투는 사건에서 대한민국에 당사자들의 국적이나 주소가 없어 대한민국 법원에 국내법의 관할 규정에 따른 관할이 인정되기 어려운 경우라도 이혼청구의 주요 원인이 된 사실관계가 대한민국에서 형성되었고(부부의 국적이나 주소가 해외에 있더라도 부부의 한쪽이 대한민국에 상당 기간 체류함으로써 부부의 별거상태가 형성되는 경우 등) 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 대한민국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있다면, 피고의 예측가능성, 당사자의 권리구제, 해당 쟁점의 심리 편의와 판결의 실효성 차원에서 대한민국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 여지가 크고, 나아가 피고가 소장부분을 적법하게 송달받고 실제 적극적으로 응소하였다면 이러한 사정은 대한민국 법원에 관할권을 인정하는 데 긍정적으로 고려할 수 있다고 판시한바 있습니다(대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결).

법원 실무는 부부 중 한 명이 외국인이고 국내에서 부부 공동생활을 영위하고 있거나 영위하였던 경우, 부부가 모두 대한민국 국민이고 외국에서 혼인생활을 한 경우, 부부가 모두 외국인인데 국내에서 거주하는 경우, 부부가 모두 외국인이고 그 중 한 명이 국내에서 거주하는 경우 등의 사건에서 대한민국 법원의 국제재판관할권을 인정하여 왔습니다. 개정 국제사법은 혼인관계에 관한 사건의 국제재판관할을 구체적으로 규정함으로써 명확한 기준을 제시하여다는 의미가 있습니다.

아. 친생자관계에 관한 사건의 특별관할(법 57조)

제57조(친생자관계에 관한 사건의 특별관할)

친생자관계의 성립 및 해소에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제

재판관할이 있다.

1. 자녀의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
2. 자녀와 피고가 되는 부모 중 한쪽이 대한민국 국민인 경우

발표자는 친생자관계 사건에 국적관할을 인정하는 것에 동의하면서도 친생자관계 사건은 기본적으로 부자관계를 대상으로 하는 것이므로 모의 국적관할을 인정할 필요는 없고 부의 국적관할을 인정하면 충분하다는 견해이나, 혈연상 친자관계의 존부가 국가적 이익과 관련 있음을 고려하더라도 부와 모의 국적지를 달리 볼 합리적인 이유는 없다고 생각합니다.

자. 입양관계에 관한 사건의 특별관할(법 58조)

제58조(입양관계에 관한 사건의 특별관할)

- ① 입양의 성립에 관한 사건에 대해서는 양자가 되려는 사람 또는 양친이 되려는 사람의 일상거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
- ② 양친자관계의 존부확인, 입양의 취소 또는 파양(파양)에 관한 사건에 관하여는 제57조를 준용한다

발표자는 양친이 될 자와 양자가 될 자의 국적이 모두 한국인일 때에는 국적관할을 인정하는 것이 타당하다고 하였고(발표문 231면), 현재까지의 법원 실무는 외국에 거주하는 대한민국 국민 사이의 입양에 관하여 국제재판관할을 긍정하여 왔습니다. 이는 입양에 관하여 양부모의 본국법을 준거법으로 하고, 양자의 본국법이 정하는 요건을 갖추어야 한다는 국제사법의 규정(법 70조, 71조)과 입양허가제를 도입한 우리 민법에 비추어 타당하다고 생각합니다.

차. 부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할(법 59조)

제59조(부모·자녀 간의 법률관계 등에 관한 사건의 특별관할)

미성년인 자녀 등에 대한 친권, 양육권 및 면접교섭권에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 자녀의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
2. 부모 중 한쪽과 자녀가 대한민국 국민인 경우

법원 실무에서 마류 가사비송사건에 관하여 청구인, 상대방, 사건본인이 모두 국내에 거주하는 외국인인 경우 국제재판관할을 인정한 사례가 있습니다. 법 59조에 따르면 국내에 거주하는 외국국적 아동에 관한 사건에 관하여 법원은 국제재판관할을 가지게 됩니다. 그러나 아동이 대한민국 국민인 경우 친권에 관한 심판결과가 가족관계등록부에 기재되어 공시되는 반면, 부모와 자녀가 모두 외국인인 경우 심판에 따른 가족관계등록부 기재가 있을 수 없습니다. 법원이 친권상실 등 사건을 관할하여 심판하더라도 그 효력은 제한적일 수밖에 없을 것입니다.

카. 부양에 관한 사건의 관할(법 60조)

제60조(부양에 관한 사건의 관할)

- ① 부양에 관한 사건에 대해서는 부양권리자의 일상거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
- ② 당사자가 부양에 관한 사건에 대하여 제8조에 따라 국제재판관할의 합의를 하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 합의의 효력이 없다.
 1. 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우. 다만, 해당 합의에서 미성년자이거나 피후견인인 부양권리자에게 법원 외에 외국법원에도 소를 제기할 수 있도록 한 경우는 제외한다.
 2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우
- ③ 부양에 관한 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조를 적용하지 아니한다.
 1. 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우
 2. 대한민국이 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우

타. 후견에 관한 사건의 특별관할(법 61조)

제61조(후견에 관한 사건의 특별관할)

- ① 성년인 사람의 후견에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
 1. 피후견인(피후견인이 될 사람을 포함한다. 이하 같다)의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
 2. 피후견인이 대한민국 국민인 경우
 3. 피후견인의 재산이 대한민국에 있고 피후견인을 보호하여야 할 필요가 있는 경우
- ② 미성년자의 후견에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
 1. 미성년자의 일상거소가 대한민국에 있는 경우
 2. 미성년자의 재산이 대한민국에 있고 미성년자를 보호하여야 할 필요가 있는 경우

가사소송법 44조 1항 1의2호 단서에 의하면 성년·한정후견개시 심판, 특정후견 심판, 미성년후견인·임의후견감독인 선임심판이 확정된 이후의 후견에 관한 사건은 후견개시 등의 심판을 한 가정법원(항고법원이 심판한 경우에는 1심 법원인 가정법원)에 관할이 항정됩니다. 이는 법원이 후견감독과정에서 피후견인의 복리를 위하여 통일성과 일관성을 유지하도록 하기 위한 것입니다. 법원 실무는 후견개시 등의 심판을 한 가정법원이 후견감독사건을 직권으로 개시하고, 그 후견감독사건에서 피후견인의 신상과 재산보호를 위한 감독절차를 진행하고 있으며, 후견인의 사임·변경, 권한범위의 변경, 후견의 종료, 피후견인의 신상과 재산보호를 위하여 필요한 사항의 허가, 후견인의 임무수행에 필요한 처분명령 등 관련사건을 모두 감독법원에서 담당하고 있습니다. 이러한 사정에 비추어 법 61조에서 후견감독 관련사건의 계속관할을 규정하지 않은 것은 사건본인의 보호의 관점에서는 미흡한

부분이라고 생각합니다.

미성년후견 사건의 경우 관리할 피후견인의 재산이 없는 경우가 다수인데, 재산이 없는 피후견인이 외국에 일상거소가 있을 경우 개정법에 따르면 법원은 피후견인의 복리를 위하여 필요한 개입을 할 수 없는 문제가 발생합니다. 즉 미성년후견인이 선임된 후 특별한 재산이 없는 피후견인이 외국에 거주하게 되면 법 61조에 따라서 더 이상 법원의 국제재판관할을 인정할 수 없게 됩니다. 법 61조 2항은 1항과 달리 미성년후견에 관하여 국적관할을 인정하지 않고 있고, 관련사건의 계속 관할 규정도 없기 때문입니다. 후견법원은 피후견인의 재산보호뿐 아니라 신상보호를 위하여 개입할 필요가 있고, 미성년후견의 경우 성년후견에 비하여 법 61조 2항 2호에 따라 관할이 인정될 수 있는 범위가 좁을 것이므로 국적관할을 인정할 필요가 더 크다고 생각합니다.

우리나라는 성년후견에 관한 사항은 후견등기부에 기재하고, 미성년후견에 관한 사항은 가족관계등록부에 기재하고 있습니다. 법원은 법 61조 2항에 따라 대한민국에 일상거소가 있는 외국인 미성년자에 대한 후견사건의 관할을 가지게 되지만, 가족관계등록부가 없는 외국인 미성년자에게는 그 심판의 결과를 공시할 수 없는 문제가 발생하게 됩니다.

파. 가사조정사건의 관할(법 62조)

제62조(가사조정사건의 관할)

제56조부터 제61조까지의 규정에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 사건의 경우에는 그 조정사건에 대해서도 법원에 국제재판관할이 있다.

하. 상속 및 유언에 관한 사건의 관할(법 76조)

제76조(상속 및 유언에 관한 사건의 관할)

- ① 상속에 관한 사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
 - 1. 피상속인의 사망 당시 일상거소가 대한민국에 있는 경우. 피상속인의 일상거소가 어느 국가에도 없거나 이를 알 수 없고 그의 마지막 일상거소가 대한민국에 있었던 경우에도 또한 같다.
 - 2. 대한민국에 상속재산이 있는 경우. 다만, 그 상속재산의 가액이 현저하게 적은 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 당사자가 상속에 관한 사건에 대하여 제8조에 따라 국제재판관할의 합의를 하는 경우에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 합의의 효력이 없다.
 - 1. 당사자가 미성년자이거나 피후견인인 경우. 다만, 해당 합의에서 미성년자이거나 피후견인인 당사자에게 법원 외에 외국법원에도 소를 제기하는 것을 허용하는 경우는 제외한다.
 - 2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우
- ③ 상속에 관한 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조를 적용하지 아니한다.
 - 1. 당사자가 미성년자이거나 피후견인인 경우

2. 대한민국이 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우

- ④ 유언에 관한 사건은 유언자의 유언 당시 일상거소가 대한민국에 있거나 유언의 대상이 되는 재산이 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.
- ⑤ 제1항에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 사건의 경우에는 그 조정사건에 관하여도 법원에 국제재판관할이 있다.

발표자는 피상속인의 일상거소나 상속재산이 한국에 없는 경우라도 피상속인의 국적에 따라 국적관할을 인정할 필요가 있으므로, 이에 국적관할을 추가하거나 법 2조의 실질적 관련성을 인정하여 관할을 긍정하여야 할 것이라고 하였습니다(발표문 236면). 상속에 관한 사건 대부분은 국내에 상속재산이 있음을 전제로 할 것입니다. 그런데 상속의 포기·한정승인 신고 사건의 경우 피상속인의 사망 당시 일상거소가 외국에 있고, 채무만이 문제되는 사안에서 상속인들의 상속포기, 한정승인을 허용하기 위하여 국적관할이 검토될 필요가 있다고 생각합니다. 현재의 규정 아래에서는 발표자의 견해와 같이 법 2조에 따라 관할을 긍정할 수 있을 것입니다.

유언의 효력발생 당시 유언자의 상거소와 유언서 보관장소 등의 국제재판관할을 추가할 필요가 있다는 의견(발표문 237면)에 관하여는 상속개시지에 해당하는 전자 부분은 같은 의견입니다. 후자의 경우 임의로 관할을 확대할 수 있는 문제가 있을 수 있습니다. 한편 법 76조 4항에 따라 유언의 대상이 되는 재산이 대한민국에 있는 경우에는 법원의 관할을 인정함으로써 충분히 넓은 관할을 인정한 것이라는 생각도 있습니다. 유언의 대상이 되는 재산이 대한민국에 없다면 그 집행가능성을 고려할 때 우리 법원이 관할하는 것에 큰 의미가 없을 수도 있기 때문입니다.



제5주제

신국제사법의 해사 국제재판관할 규정에 관한 소고

– 영미법상 해사대물소송을 중심으로

발표 : 이재찬 연구위원/판사(사법정책연구원)

토론 : 이철원 변호사(김 · 장 법률사무소)

신국제사법의 해사 국제재판관할 규정에 관한 소고

– 영미법상 해사대물소송을 중심으로

이재찬 연구위원/판사(사법정책연구원)

1. 들어가면서

신국제사법이 법률 제18670호로 전부 개정되어 2022. 7. 5.부터 시행되었다. 이번 국제사법 개정을 통해 정치한 국제재판관할규칙을 도입하여 법적 안정성을 제고하였고, 엄격한 요건 하에 부적절한 법정지의 법리 등을 도입하여 개별 사건의 구체적 타당성 및 유연성 또한 보장하고자 하였다.¹⁾ 나아가 신국제사법은 해사사건의 국제재판관할에 대한 비교적 상세한 규정을 신설함으로써 국제해사사건의 관할 문제에 관하여도 명확한 규칙을 제시하였다는 점에서 의미가 크다. 특히 선박에 대한 가압류·압류를 통해 본안 관할권을 창설하는 소위 “선박 가압류관할” 제도가 도입되었는데, 선박을 가압류·압류함으로써 본안 관할권을 창설한다는 개념은 대륙법계를 취하는 우리나라 법제에서는 생소한 개념이지만, 선박 등 물건을 대상으로 소를 제기하는 영미법상 해사대물소송(admiralty claim in rem) 제도에 있어서는 필수적인 부분으로 이해되고 있다. 선박은 신속한 이동이 가능하므로 당해 선박에 대한 가압류 또는 압류 등의 절차를 통해 관할 이외의 구역으로 이동하지 못하도록 하여 채권의 집행을 담보함과 동시에 선박소유자 등의 출석을 간접적으로 강제하여 채권의 존부에 다룰 수 있도록 하는 것이 해사대물소송 제도의 기본적인 절차적 구조이고, 특히 선박 가압류지를 연결점으로 하여 본안 관할을 인정하는 선박 가압류관할은 해사대물소송의 필수적인 요소이다.²⁾ 이번 신국제사법 전부 개정을 통해 선박 가압류관할이라는 대물소송의 핵심적 요소를 도입하였다고 평가할 수 있는바, 영미법상 해사대물소송 제도의 구체적인 모습을 살펴봄으로써 우리 신국제사법의 해사사건에 관한 국제재판관할 규정의 바람직한 해석 및 개선 방안 등을 고민해보고자 한다.

본고는 다음과 같이 구성된다. 2장에서는 영미법상 해사대물소송의 구체적인 모습을 살펴본다. 국

1) 석광현, “2018년 국제사법 전부개정법률안에 따른 해사사건의 국제재판관할규칙”, 한국해법학회지 제40권 제2호(2018), 15-18.

2) 해사재판관할의 특성으로, 해사소송의 경우 다수 당사자가 관련된 경우가 많은 점, 해사소송에 관하여는 선박우선특권 내지 대물소송이 허용되는 경우가 있는 점, 해사소송에 관하여 선박소유자의 책임제한이 인정되나 각국의 제도가 동일하지 아니하여 포럼 쇼핑(forum shopping) 내지 다수 관할의 발생이 빈번한 점, 국제사법상 합의관할의 경우 관련성을 요구하고 있으나 해사소송의 경우 분쟁 및 해사법규의 특이성 등을 감안하여 오히려 중립적인 전문법원의 판단을 받기 원하는 점, 불편한 법정지의 법리 명시 및 국제적 중복제소 문제해결 방안의 필요성, 판결의 승인 및 집행에 관한 규정의 필요성 등을 들 수 있다. 정병석, “해사관련 국제재판관할 입법”, 한국해법학회지 제37권 제1호(2015), 22-29.

제재판관할을 포함하여 구체적인 절차를 상세히 살펴봄으로써 영국과 미국에서는 해사대물소송이 어떻게 구현·운영되고 있는지 검토하고자 한다. 3장은 영미법상 해사대물소송 제도의 관점에서 우리 신국제사법의 해사사건 국제재판관할을 분석한다. 특히 선박 가압류관할 규정의 해석이나 개선안에 대해 집중적으로 검토한다. 4장은 현재 법원 내외부에서 활발히 논의되고 있는 전문법원인 해사법원 설립에 관하여 본다. 해사법원 설립과 관련하여 신국제사법의 해사사건 국제재판관할 규정이 가지는 의미와 향후 과제 등에 대해 검토한다. 5장은 결론이다.

2. 영미법상 해사대물소송 개관

가. 대물소송의 의의 및 연혁

대물소송은 선박 등 물건을 의인화하여 선박 등 물건이 사고를 야기한 주체로서 직접적인 책임을 부담한다는 관념에서 그 물건을 피고로 하여 제기하는 소송을 말한다.³⁾ 영미법에서 대물소송은 해사사건 뿐만 아니라 조세소송이나 가사소송 등에도 원용되고, 대물소송이 대인소송과 구별되는 특징으로는 물건 자체를 피고로 삼는다는 점 이외에, 기판력이 대세적이라는 점 등을 들 수 있다.⁴⁾

역사적으로 로마법에서는 대물소권(actio in rem)이 인정되었으므로 해사대물소송도 이에 유래하였다고 보는 견해가 있었으나, 16세기 영국 해사법관들이 로마법상 대물소권의 대물적 성질이 전혀 없는 순수한 대인적 성격의 대물소송을 심리하였고, 더욱이 중세 말기 또는 근대 초기에 선박우선특권이나 선박저당권은 선박에 대한 대물소송을 제기할 수 있는 요건이 아니었다는 점에서, 최근 역사학자들은 이에 대하여 의문을 제기하고 있다.⁵⁾ 오히려 영국의 해사대물소송은 피고의 출석을 강제하기 위한 수단으로서 시작하였고, 이는 중세 유럽에서 발전하여 15세기 영국에 정착한 절차(precensus contra contumacem)에서 유래하였다고 보는 견해가 유력하다.⁶⁾ 영국 튜더-스튜어트 왕조 시대의 해사소송절차는 위 대륙법의 precensus contra contumacem 절차와는 달리 독자적으로 발전하였는데, 당시 해사소송에서는 대물소송과 대인소송의 구분이 없었고, 사람에 대한 체포가 우선적인 수단으로 사용된 반면 부수적으로 재산에 대한 압류가 이루어졌으며, 재산에 대한 압류는 그 관할구역 내에 있는 어떤 재산도 가능하였다.⁷⁾ 1660년 왕정복고 이후 영국의 해사소송절차는 현대의 그것과 유사하게 변화하기 시작하였고, 특히 17세기 후반 내지 18세기 무렵에 대물소송과 대인소송의 구분이 시작되었다고 보고 있다.⁸⁾ 당시 영국 해사법원과 일반법원 사이의 관할에 관한 다

3) 김인현, 해상법(제6판), 법문사(2020), 495.

4) 김종호, “미국법상 대물소송(Action in Rem) 제도에 대한 소고”, 한양법학 제23권 제4집(2012), 261-262.

5) William Tetley, “Arrest, Attachment, and Related Maritime Law Procedures”, 73 TUL. L. REV. 1895(1999), 1900.

6) Tetley, 1900-1901.

7) Tetley, 1901-1903. 위와 같은 재산에 대한 압류 방식은 뒤에서 살펴보는 대인소송 가압류(admiralty attachment)와 유사한 형태였던 것으로 보인다.

8) Tetley, 1903-1904.

통과 갈등으로 인해 해사법원의 관할은 현저히 축소되었고, 이에 따라 대인소송의 관할은 거의 자취를 감추게 되었으나,⁹⁾ 1840년 및 1861년 해사법원법(the Admiralty Court Acts of 1840, 1861)에 의해 대인소송이 다시 부활하게 되었다. 다만, 그 이후에도 영국 해사법원은 대인소송 가압류(admiralty attachment)는 여전히 발령하지 않게 되었다.¹⁰⁾¹¹⁾

나. 대물소송의 법적 성격

대물소송의 법적 성격에 관하여는 크게 의인화 이론(personification theory)과 절차 이론(procedural theory)이 대립하고 있다.

의인화 이론은 대물소송을 실체법적 관점에서 접근하여 선박과 같은 “물건(res)”을 피고로 하는 소송이라고 보면서 그 물건의 소유자에 대한 청구와는 전혀 별개로 물건에 대한 실체법적 청구권을 인정한다.¹²⁾ 현재 미국이나 캐나다 등에서 취하고 있는 견해이다.

이에 반하여 절차 이론은 앞서 본 대물소송의 역사적 연혁을 근거로 하여 대물소송은 피고의 출석을 강제하기 위한 수단으로 보는 견해이다. 즉, 앞서 본 바와 같이 영국의 해사소송은 대인소송과 대물소송의 구분 없이 피고의 출석을 강제하기 위한 절차로서 출발하였으나, 일반법원과의 관할 다툼으로 인해 해사법원이 대물소송을 주로 담당하게 되면서 현재 절차에 이르게 된 것이므로, 이를 고려하면 대물소송은 절차적 수단이라는 것이다.¹³⁾ 이 견해에 따르면 선박우선특권은 압류 제도로부터 뒤늦게 발전한 제도라고 한다. 영국 상원(House of Lords)¹⁴⁾은 Indian Grace(no. 2) 사건¹⁵⁾에서 선행 대인소송에서 승소한 당사자는 다시 영국 법원에 동일한 내용의 대물소송을 제기하지 못한다고 판시하였는바, 이와 같이 대체적으로 영국에서는 대물소송의 성격을 절차적인 것으로 이해하고 있다.¹⁶⁾ 한편, 위 Indian Grace(no. 2) 사건은 선박우선특권(maritime lien)을 전제로 하는 본래의 대물소송이 아니라 준대물소송에 관한 사건이므로 대물소송과 준대물소송의 구별이라는 관점에 주의하여 판시를 해석하여야 한다는 견해도 있다.¹⁷⁾

의인화 이론은 선박소유자와 관계없이 선박에 부착되는 선박우선특권을 전제로 하는 견해이므로 선박우선특권이 아닌 다른 권리를 기초로 대물소송을 제기하게 되면(이른바 준대물소송) 대물소송의

9) 일반법원에서 해사법원의 대인소송 관할을 제한하는 writ of prohibition을 발부하였고, 그에 따라 당시 영국 해사법원은 주로 대물소송을 담당하게 되었다고 한다.

10) Tetley, 1904-1905. 뒤에서 보는 바와 같이 미국에서는 Rule C 가압류(attachment) 형태로 대인소송 가압류 제도가 여전히 살아남게 되었다.

11) 한편, 일반 민사법과는 구별되는 독자적인 영국 해사법의 연원에 대하여는 아키텐 엘레오노르의 지시에 의해 만들어진 Rolls of Oléron이 엘레오노르와 헨리 2세의 훈인으로 인해 영국에 소개되면서 효시가 되었다고 보고 있다. Neill Hutton, “The Origin, Development, and Future of Maritime Liens and the Action in Rem”, 28 TUL. MAR. L.J. 81(2003), 82-85.

12) D. C. Jackson, Enforcement of Maritime Claims(3rd edition), LLP(2000), 235.

13) Jackson, 236.

14) 영국 대법원이 2009년 설립되기 이전에는 상원에서 최종심을 담당하였다.

15) [1998] 1 Lloyd’s Rep. 1(H.L.)

16) Jackson, 236-238.

17) Nigel Meeson, Admiralty Jurisdiction and Practice(2nd edition), LLP(2000), 75-76.

성질이 변경된다는 비판을 받게 된다. 반면, 절차 이론은 대물소송 중에서 선박소유자의 책임이 없는 경우에도 그 소유자나 선의취득자에 대하여 채권을 행사할 수 있는 근거에 대해 설명하지 못한다는 비판을 받는다.¹⁸⁾¹⁹⁾

대물소송의 법적 성격은 각국의 대물소송 제도의 구체적인 모습에 따라 달리 이해되고 있는 것으로 보인다. 영국과 같이 대물소송이 절차적 수단이라는 견해에 따르면 우리나라의 경우에도 직접적으로 대물소송 제도를 도입하지 않더라도 가압류 관할규정 등을 통해서 대물소송과 유사하게 해사소송 제도를 운용할 여지가 있을 것이다. 자세한 내용은 뒤에서 살펴본다.

다. 영국의 대물소송

1) 대물소송의 관할

가) 사건관할

영국은 고급법원(High Court)의 여왕좌부(Queen's Bench Division, 이하 'QBD'라 한다)에 속한 해사법원(Admiralty Court)에서 해사사건을 담당하고 있고,²⁰⁾ 대물소송은 영국 해사법원이 전속적으로 관할하고 있다[영국 민사소송규칙(Civil Procedure Rules, 이하 'CPR'이라 한다) §61.2(1), (2)]. 해사법원의 사물관할은 1981년 상위법원법(Senior Courts Act 1981)에서 정하고 있는데, 구체적인 내용은 아래와 같다.²¹⁾

상위법원법

제20조 고급법원의 해사관할(Admiralty jurisdiction of High Court)

(1) 고급법원의 해사관할은 다음과 같다.

- (a) 제(2)항에 규정된 청구에 관하여 심리하고 결정할 관할권
- (b) 제(3)항에 규정된 절차에 관한 관할권
- (c) 이 법 시행 이전에 인정된 그 밖의 해사관할권
- (d) 선박 또는 항공기와 관련하여 이 섹션 이외에 고급법원에 부여되고, 이 법 시행 이후에 제정되거나 효력이 인정되는 규칙에 의해 QBD에 부여되며, 그 규칙에 의해 해사법원에 의해 시행될 것을 규정된 관할권

(2) 제(1)항 (a)에서 말하는 청구는 다음과 같다.

- (a) 선박의 소유권에 관한 청구
- (b) 선박의 공동소유에 따른 점유, 고용, 수익과 관련한 청구

18) Jackson, 236-238.

19) 한편, 이러한 이론들에 대하여 대물소송은 로마법의 저당권(hypothec) 제도에서 비롯되었고, 불법행위를 저지른 '물건'에 대해 책임을 묻는 제도라고 설명하는 견해도 있으나, 이에 대한 역사적인 근거는 비교적 약하다고 한다. Jackson, 237.

20) 이재찬, 해사법원 설치에 관한 연구, 사법정책연구원(2021), 8-9. 영국 해사법원에 대하여 QBD의 하위 디비전으로서 전문 재판부의 성격에 가깝다는 견해가 있는 반면, 영국 해사법원은 독자적인 행정사무처를 별도로 갖추고 있으므로 독립된 전문 법원의 성격을 가진다는 견해도 있다.

21) 이재찬, 9-12.

- (c) 선박에 관한 저당, 담보 및 그 지분에 관한 청구
 - (d) 선박이 입은 손해에 관한 청구
 - (e) 선박이 입힌 손해에 관한 청구
 - (f) 선박이나 선박 부품의 결함에 따른 인명손실 또는 상해에 관한 청구, 또는 선박의 소유자, 용선자, 점유자, 관리자, 선장 또는 선원, 선박의 소유자·용선자·점유자·관리자의 책임 아래에 있는 자가 선박의 항행 및 관리, 운송물의 선적·운송·하역, 여객의 승선·운송·하선에 관한 고의, 과실에 의한 불법행위로 인해 발생한 인명손실 또는 상해에 관한 청구
 - (g) 선박이 운송한 물품의 멸실 또는 손상에 관한 청구
 - (h) 선박에 의한 개품운송계약 및 용선계약에 관한 청구
 - (j) 1989년 해난구조조약, 해난구조 용역을 목적으로 하거나 그에 관한 계약, 또는 이에 포함되지 않으나 성질상 해난구조에 해당하는 경우에 관한 청구, 또는 그에 상응하는 항공기에 관한 청구
 - (k) 선박이나 항공기의 예선에 관한 청구
 - (l) 선박이나 항공기의 도선에 관한 청구
 - (m) 선박의 운영 또는 유지를 위해 제공된 상품 및 재료(materials)에 관한 청구
 - (n) 선박의 건조, 수리나 부품 및 항만사용료에 관한 청구
 - (o) 선장이나 선원의 임금에 관한 청구
 - (p) 선장, 화주, 용선인 또는 그 대리인이 지출한 비용 내지 선비(disbursement)와 관련하여 제기하는 청구
 - (q) 공동해손 또는 공동해손으로 주장되는 행위와 관련한 청구
 - (r) 모험대차(bottomry)와 관련한 청구
 - (s) 선박 및 선박에 의해 운송 중이거나, 운송이 완료되었거나 또는 운송을 시도 중인 물품의 물수와 관련한 청구, 선박이나 물품의 압수 후 반환청구와 관련한 청구, 또는 droits of Admiralty²²⁾에 따른 청구
- (3) 제(1)항 (b)에서 말하는 절차는 다음과 같다.
- (a) 1894년부터 1979년까지의 상선법(Merchant Shipping Acts)에 따라 고급법원에 신청된 사건. 단, 1995년 상선법에 의해 대리인의 선정에 관한 신청은 예외로 한다.
 - (b) 선박의 충돌, 선박의 항해나 그 부작위, 선박의 충돌 관련 법규의 위반에 따른 손해, 인명손실 또는 상해에 관한 청구권을 집행하기 위한 소송
 - (c) 1995년 상선법(Merchant Shipping Acts)에 따라 선박이나 그 밖의 재산에 대한 책임제한과 관련하여 선박소유자나 그 이외의 자가 제기하는 소송

[이하 생략]

제21조 해사관할의 행사방법(Mode of exercise of Admiralty jurisdiction)

- (1) 제22조에 따라, 해사관할에 해당하는 모든 사건은 대인소송으로 제기할 수 있다.
- (2) 제20조 제(2)항 (a), (c), (s)에 따른 청구에 관한 사건, 또는 제20조 제(2)항 (b)에 따른 쟁점에 관한 사건은 고급법원에 그 청구나 쟁점에 관계된 선박 또는 물건(property)에 대하여 대물소송을 제기할

수 있다.

(3) 선박, 항공기 또는 다른 물건에 대해 청구금액에 상당한 선박우선특권 또는 다른 담보권이 있는 경우에, 고급법원에 그 선박, 항공기 또는 물건에 대하여 대물소송을 제기할 수 있다.

(4) 제20조 제(2)항 (e) 내지 (r)에 따른 청구와 관련하여,

(a) 선박과 관련하여 청구가 발생하고,

(b) 대인소송에서 책임이 인정되는 사람("the relevant person", 해당인)이, 청구의 원인이 발생하였을 때, 그 선박의 소유자, 용선자, 점유자, 또는 관리자에 해당하는 경우에, 고급법원에 아래 물건에 대해 대물소송을(그 선박에 대해 선박우선특권이 발생하는지 여부를 불문하고) 제기할 수 있다.

(i) 소송제기 시점에 해당인이 선박의 모든 지분을 소유한 수혜적 소유자(beneficial owner)이거나, 나용선자인 경우에 그 해당 선박,

(ii) 소송제기 시점에 해당인이 수혜적 소유자로서 모든 지분을 소유한 그 밖의 선박

[이하 생략]

위 1981년 상위법원법 규정과 같이, 영국에서 대물소송을 제기할 수 있는 청구로는, ① 선박의 소유권, 공동소유, 저당권 및 압수 등 관련 청구에 관한 소송[§21(2), §20(2)(a), (b), (c), (s)], ② 선박우선특권(maritime lien) 등 담보물권에 관한 소송[§21(3)], ③ 그 이외에 해사관할 사건에 관한 소송[§21(4), 20(2)(e) - (r)]으로 나눌 수 있다. 위 ①, ② 대물소송은 선박 등 소유자가 현재 그 선박 등을 소유하고 있는지 여부나 개인적인 책임을 부담하는지 여부와 상관없이 제기할 수 있는 본래 의미의 대물소송(true in rem claims)으로 불린다. 반면 위 ③ 대물소송은 그 이외의 모든 해사청구를 대물소송으로 제기할 수 있도록 하였는데 이는 선박 등 소유자의 개인적인 책임과 어느 정도 연관되어 있는 것으로서 법정대물권(statutory rights in rem)에 관한 소송 또는 준대물소송(quasi in rem claims)으로 불린다.²³⁾ 준대물소송은 위 §21(4)에서 규정하는 바와 같이, 그 채권과 관련된 선박(피고가 선박소유자, 나용선자인 경우로 한정) 또는 선박소유자, 용선자, 점유자 또는 관리자가 소유한 자매선박에 대하여만 대물소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.

영국의 선박우선특권은 법률에서 규정하고 있지는 않고 판례법 등에 의해 형성되었는데, 다른 나라에 비해 비교적 한정적으로 선박우선특권을 인정하고 있다. 영국에서 인정되는 선박우선특권의 피보전채권은 해난구조료 채권, 선박에 의한 피해에 따른 손해배상채권, 선장과 선원의 임금채권, 선장의 체당금채권, 모험대차에 따른 채권 등이 있다.²⁴⁾ 이와 같이 영국에서 인정되는 선박우선특권의 범위가 한정적이므로 본래 의미의 대물소송을 제기할 수 있는 범위도 상당히 제한적이기는 하나, 앞서 본 바와 같이 그 이외의 거의 모든 해사사건에 대하여도 준대물소송을 제기할 수 있으므로 대물소송을 제기할 수 있는 사건의 범위는 비교적 넓다고 할 것이다.

22) 정부에 의한 적국의 재산 몰수와 관련된 관습법에 따른 분쟁을 의미한다고 한다. 변지영·김현범, 해사쟁송절차 개선에 관한 연구, 사법정책연구원(2019), 58.

23) Meeson, 75-81.

24) Meeson, 17-19; Tetley, 1908-1911.

본래 의미의 대물소송과 준대물소송의 차이점에 관하여 보면, 대물소송의 기초가 되는 선박우선택권 등은 그 원인행위가 있는 경우 즉시 발생하지만 준대물소송의 법정대물권은 소를 제기하여야 발생하는 점, 이에 따라 준대물소송이 제기되기 전에 선박의 소유권이 이전되는 경우 그 선박에 대해 더 이상 준대물소송을 제기할 수 없는 점, 준대물소송의 법정대물권은 선박우선택권에 비하여 우선 순위가 밀리게 되는 점 등을 들 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾ 대인소송을 제기할 수 있음에도 준대물소송을 제기하는 이유로는, 가압류(arrest)²⁷⁾는 대물소송을 통해서만 실행할 수 있으므로 자신의 청구에 대한 담보를 확보할 수 있는 점, 선박 소유자 등이 관할 외에 위치하는 경우 선박에 대한 가압류(arrest)를 통해 본안 관할을 창설할 수 있다는 점 등을 들고 있다.²⁸⁾

한편, CPR §61.2(1), (2)는 선박 대물소송(a claim in rem), 선박에 의한 손해, 선박의 소유권에 관한 분쟁, 1995년 상선법에 따른 분쟁, 1981년 상위법원법 §20(2)(f)에 규정된 인명손실 또는 상해에 따른 분쟁, 선원 또는 선장의 임금에 관한 분쟁, 예선 및 도선과 관련한 분쟁, 충돌 분쟁, 책임제한 분쟁, 해난구조 분쟁에 관한 소송은 반드시 해사법원에 제기되어야 한다고 규정하여 전속관할을 인정하고 있고, 그 이외의 다른 해사분쟁은 해사법원에 임의적으로 제기할 수 있다고 규정한다.²⁹⁾

나) 국제재판관할

전통적으로 영국 민사소송의 관할은 피고에게 소장(claim form)이 송달이 이루어지면 법원에 그 사건의 본안을 관할하는 권한이 발생하는 것으로 보고 있고, 이는 대물소송도 마찬가지라고 한다.³⁰⁾ 그러나 이러한 전통적인 영국의 접근방식은 브뤼셀 체제³¹⁾를 비롯한 여러 관련 국제협약들에 의해 수정되거나 제한되고 있다. 특히 대물소송을 포함한 해사사건의 경우에는 국제적 성격을 띠는 사건이 대부분을 차지하고 있기 때문에 관련 국제협약에 대한 검토의 필요성이 더욱 높다.

브뤼셀 체제는 민사 및 상사사건에 적용되는 것이므로 해사사건에도 적용된다. 다만, 브뤼셀 체제는 해난구조에 대한 특별관할 및 선박의 책임제한 사건에 관한 관할에 관한 규정[브뤼셀 I Recast §7(7), §9]만을 두고 있고,³²⁾ 대물소송에 관하여는 특별한 언급이 없다. 그렇다면 브뤼셀 체제가 영

25) Meeson, 80; Tetley, 1911.

26) 한편, 영국은 Administration of Justice Act 1956을 통해 1952년 선박가압류조약을 일부 받아들였으나, 여전히 영국의 대물소송은 다음과 같은 점에서 1952년 선박가압류조약과 다른 특징을 가지고 있었다. 먼저, 영국의 대물소송은 일반적으로 선박의 가압류(arrest)를 수반하는 데 반하여 1952년 선박가압류조약은 가압류와 본안을 분리하고 있는 점, 두 번째로 영국의 준대물소송을 제기하기 위하여는 선박 소유자 등의 책임을 요하고 있으나 1952년 선박가압류조약은 그러한 요건이 없는 점, 세 번째로 1952년 선박가압류조약은 용선된 선박에 대하여도 전반적으로 가압류를 인정하고 있으나 영국은 그렇지 않은 점 등을 들 수 있다. 다만, 1999년 선박가압류조약은 영미법상 대물소송의 요소를 어느 정도 더 반영하였으나, 본안과 가압류(arrest) 절차의 분리 여부 부분에서는 여전히 상당한 차이가 있다고 한다. Jackson, 241-242.

27) 뒤에서 보는 바와 같이 영미법상 arrest는 판결 선고 이후에도 할 수 있다는 점에서 가압류 및 압류를 포함하는 개념으로 이해되나, 편의상 본고에서는 가압류라고만 칭하기로 한다.

28) Meeson, 79-80.

29) 이재찬, 12.

30) Jackson, 83-84, 250. 한편, 대인소송과 달리 대물소송의 소장은 영국 이외의 다른 국가에 대하여 송달을 진행할 수 없다고 한다.

31) 이는 브뤼셀협약, 브뤼셀 I, 브뤼셀 I Recast, 루가노협약과 개정 루가노협약을 망라하는 표현이다. 석광현, 17.

32) 석광현, 25; 이규호, “민사소송법상 해사특별재판적과 국제재판관할 입법”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014), 300-304;

국의 대물소송에 대하여도 적용되는 것인지 문제가 되는데, 특히 브뤼셀 체제는 사람(person)을 피고로 하여 소를 제기하는 것을 전제로 하는 것이므로 사람이 아닌 물건을 피고로 보는 대물소송에는 적용되지 않는다고 볼 여지도 있기 때문이다.³³⁾ Deichland 사건³⁴⁾에서 영국 항소법원(Court of Appeal)은 브뤼셀 협약은 비교적 넓게 목적적으로 해석되어야 하고 영국 국내법의 특유한 제도로 인해 위 협약이 방해받아서는 안된다는 이유로 대물소송에 대하여도 브뤼셀 협약이 적용된다고 판시하였다.³⁵⁾ 위 Deichland 사건에서 원고는 선박에 대해 준대물소송을 제기하였는데, 선박의 용선자가 비록 대물소송의 당사자는 아니지만 이를 대인소송의 관점에서 보면 용선자가 피고에 해당하고 용선자의 거소가 독일이라는 이유로 브뤼셀 협약에 의해 영국 법원에 관할이 없다고 판단하였다. 위 사건은 준대물소송에 관한 사건이나 본래 의미의 대물소송에도 적용된다고 보고 있는데,³⁶⁾ 다만 선박소유자 등의 책임과 전혀 관련이 없는 대물소송의 경우에는 여전히 논란의 여지가 있어 보인다.

대물소송에 대해 브뤼셀 체제의 규정이 적용된다고 하더라도, 브뤼셀 체제는 다른 협약이 특정한 문제에 관하여 관할에 대해 규정하는 경우 다른 협약이 우선 적용되도록 규정[브뤼셀 I Recast §71, 브뤼셀 협약 §57]하고 있는바, 특히 영국에서 대물소송을 제기하는 경우에 거의 대부분 선박에 대한 가압류(arrest)를 수반하고 있으므로 영국이 체약국인 1952년 선박가압류조약의 적용을 받게 된다고 할 것이다. 1952년 선박가압류조약은 선박에 대한 가압류가 있는 경우 본안재판관할을 인정하고 있으므로³⁷⁾ 이에 의하여 본안에 관한 관할권이 창설된다. 위 Deichland 사건은 원고가 대물소송을 제기하면서 가압류를 하지 않았던 사안으로서 1952년 선박가압류조약이 적용될 여지가 없어서 영국 법원의 관할이 인정되지 않았다.

결국, 영국의 해사대물소송에 있어서 국제재판관할은 당해 선박에 대한 가압류(arrest) 여부가 본안 관할을 결정하는 데 중요한 요소가 된다고 할 것이고, 통상 대물소송은 선박에 대한 가압류를 수

브뤼셀 I Recast §7(7)은 화물 또는 운임의 해난구조에 관한 보수지급 분쟁은 그 화물 또는 운임이 (a) 그 지급의 담보를 위해 압류되었거나, (b) 압류될 수 있었으나 보증금 또는 기타 담보가 제공된 법원이 특별관할(special jurisdiction)을 가진다고 규정하고 있다. 나아가 브뤼셀 I Recast §9는 어느 회원국의 법원이 선박의 사용이나 운송에서 발생하는 책임에 관한 소송에 대해 관할이 있는 경우 그 법원 또는 그 국가의 국내법에 따라 대체되는 다른 법원은 그 책임제한에 관한 관할도 인정된다고 규정한다. 위 규정은 브뤼셀 협약 §5(7), §6a와 대부분 동일하다.

33) Jackson, 107.

34) [1990] 1 Q.B. 361 (C.A.).

35) Meeson, 111-114.

36) Meeson, 111-112.

37) 정완용, “선박가압류조약(Arrest Convention)상 해사채권의 국제재판관할 입법방안에 관한 고찰”, 국제사법연구 제19권 제1호, 223-226.

한편, 1952년 선박가압류조약 §7(1)은 본안재판관할에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

(1) 가압류가 실행된 국가의 법원은 그 국가의 국내법상 관할이 있는 경우 또는 다음과 같은 경우에 본안관할권을 가진다.
 (a) 원고가 가압류가 실행된 국가에 주소 또는 사업의 주된 영업소가 있는 때
 (b) 그 청구가 가압류가 실행된 국가에서 발생한 때
 (c) 청구가 가압류가 실행도니 선박의 항해에 관하여 발생한 때
 (d) 청구가 충돌에 의해 발생하거나 1910년 9월 23일 브뤼셀에서 서명된 선박충돌협약 제13조 규정이 적용되는 때
 (e) 청구가 해난구조를 위한 것일 때
 (f) 청구가 가압류된 선박에 대한 저장권 등에 의한 것일 때

반한다는 점에서 영국 해사법원에 국제재판관할을 인정하는 것은 특별히 문제가 되지 않을 것으로 보인다. 나아가 1952년 선박가압류조약 §8(3)은 위 조약의 비체약국 국기를 게양하는 선박에 대하여도 가압류를 허용하고 있는바,³⁸⁾ 1952년 선박가압류조약의 비체약국 국기를 게양한 선박 등에 대하여도 가압류를 통한 본안 관할을 인정하는 것이 가능할 것으로 생각된다. 한편, 브뤼셀 체제의 규정은 피고가 법원에 출석(appearance)하는 경우 그 법원에 관할권을 인정하는 규정을 두고 있는데[브뤼셀 I Recast §26, 브뤼셀 협약 §18], 대물소송이 제기되더라도 선박 소유자 등이 이를 다투기 위해 출석하는 경우에도 당해 법원의 관할권이 인정되는 근거가 될 수 있다.³⁹⁾

2) 대물소송의 절차

영국 대물소송을 제기하는 절차에 관하여는 CPR Part §61 및 실무지침(Practice Direction, 이하 'PD'라 한다) §61에 자세히 규정되어 있다. 대물소송을 제기하고자 하는 원고는 소장(claim form)을 발부하고 이를 송달하는 절차를 밟게 되는데, 송달은 당해 선박 등에 하게 되고 송달방법에 관하여는 PD §61.3.6.에 자세히 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 소장이 발부되면 법정대물권(statutory rights in rem)이 발생하게 되어 소장이 송달이 되기 전에 선의의 제3자에게 선박의 소유권이 넘어가더라도 원고는 제3자에 대하여 법정대물권을 주장할 수 있는 효과를 가지므로 특히 준대물소송에서 큰 의미를 가지게 된다.⁴¹⁾

대물소송이 제기되는 경우 선박의 소유자 등은 피고로서 송달의 승인(acknowledgement of service)을 할 수 있는데, 그와 같은 경우에는 대물소송이 대인소송의 성격을 동시에 띠게 되면서 두 절차가 병행하여 진행하게 되는 효과를 가져 온다.⁴²⁾ 대물소송에는 선박 소유자 등뿐만 아니라 대물소송에 이해관계가 있는 사람들도 법원의 명령에 따라 소송에 참가할 수 있고, 이러한 소송참가는 송달의 승인에 따른 대인소송 책임 부담의 위험을 피하면서 다룰 수 있는 장점이 있다.⁴³⁾

대물소송에 있어서도 무변론/자백간주판결(judgment in default)을 할 수 있고, 그 상세한 요건에 관하여는 CPR §61.9 및 PD §61.9에 규정하고 있다.

3) 가압류(arrest)

영국의 가압류(arrest) 제도는 해사대물소송의 핵심적인 요소이자 강력한 법적 수단이다. 가압류는 세 기능이 인정되는데, 첫 번째로 보전처분으로서의 기능, 두 번째로 본안 관할 창설 기능, 마지막

38) Jackson 146; 정완용, 223.

39) Jackson, 251.

40) 원칙적으로 원고가 송달하지만 일정한 경우에 법원의 명령에 따라 집행관이 송달하기도 한다. PD §61.3.7.

41) Meeson, 129; Tetley, 1913.

42) Meeson 81-82; Tetley, 1907-1908. 한편, 본래 의미의 대물소송에 있어서, 대물소송이 확정되더라도 아직 변제받지 못한 부분에 대하여 후속적으로 대인소송을 제기할 수 있고, 그 반대도 가능하다고 한다. 다만, 앞서 본 Indian Grace(No.2) 사건의 판시에 따라 준대물소송의 경우에는 대물소송이 확정된 이후 대인소송을 제기하거나, 대인소송이 확정된 경우 대물소송을 제기하는 것이 어렵다고 해석될 여지도 있다고 보면서, 준대물소송이라고 하여 대물소송과 달리 아직 변제받지 못한 부분에 대한 추가적인 소를 제기하지 못하는 것은 부당하다는 견해가 있다. Meeson, 82-84.

43) Jackson, 256.

으로 물건의 매각을 통한 채권 만족 기능이 그것이다.⁴⁴⁾ 통상 대륙법계의 가압류는 보전처분으로서 기능하고 위 세 기능이 분리되어 각각의 요건과 효과를 지니고 있는 반면에, 영미법계는 위 세 기능이 통합되어 제도적으로 운영되고 있다.⁴⁵⁾

절차에 관하여 보면, 대물소송의 소장이 발부되면 이때부터 원고는 당해 선박 등에 대해 가압류 영장(warrant of arrest)을 받을 수 있다. 대물소송의 소장이 발부된 이후에는 언제든지 가능하고, 판결선고 이후에도 가능하다.⁴⁶⁾ 선박이 가압류되는 경우 해사집행관은 선박 보존을 위해 필요한 조치를 취할 수 있고, 안전을 위해 5마일 이내에 선박을 이동할 수 있으며, 선박 승선원들에 대해 음식이나 연료 등을 공급할 수 있는 권한이 있다.⁴⁷⁾ 선박 소유자 등은 선박에 대한 가압류 금지명령(caveat against arrest)을 신청할 수 있으나, 그러한 명령이 있다고 하더라도 가압류가 불가능한 것은 아니고 법원의 재량을 통해 가압류 해제 등을 명할 수 있을 뿐이다.⁴⁸⁾

가압류(arrest)된 선박 등에 대하여 대물소송 중 어떤 단계에서도 조사, 평가, 매각 등의 절차에 들어갈 수 있다.⁴⁹⁾ 선박 등이 매각절차에 들어가기 위하여는 그 재산에 대한 가압류가 전제되는 것인지는 법은 명시하고 있지 않으나 판례나 실무지침에 의하면 매각절차는 가압류를 전제하고 있는 것으로 보인다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 나아가 가압류된 선박 등은 판결 전 매각(sale pendente lite)도 가능한데 판결 전 매각 결정은 반드시 해사법원에 의하여 이루어져야 하고⁵²⁾ 상당한 이유(good reason)가 있어야 한다.⁵³⁾ 판결 전 매각은 보통 앞서 본 무변론/자백간주 판결이 이루어지는 경우 선박 등을 즉시 매각하지 않으면 가압류로 인해 발생하는 비용에 의해 담보된 선박 등 재산의 가치가 상당히 감소하는 경우에 할 수 있는데, 피고가 다투는 경우에는 상당한 이유에 대하여 더욱 강화된 심사가 필요하다.⁵⁴⁾ 선박 등 매각절차 이후에는 매각대금에 대한 배당절차가 진행되고, 위와 같은 매각 및 배당절차는 모두 해사법원의 관할에 해당한다.⁵⁵⁾

다만, 영국의 가압류(arrest) 절차에 있어서는 미국에서 인정되는 절차 후 심문절차 등이 특별히 규정되어 있지 않아 선박 소유자 등의 재산권 보호에 취약할 수 있다는 점을 지적하는 견해도 있다.⁵⁶⁾

44) Jackson, 367.

45) Jackson, 367-368.

46) Meeson, 137.

47) PD §61.5.6, form AMD10.

48) Meeson, 138-139.

49) CPR §61.10(1).

50) Jackson, 401; Sarah Derrington · James Turner, *The Law and Practice of Admiralty Matters*(2nd ed.), Oxford University Press(2016), 173-174.

51) PD §61.9.1.(1)

52) PD §61.9.3.

53) Derrington · Turner, 175-176.

54) Derrington · Turner, 176.

55) 이재찬, 54.

56) Tetley, 1915-1916.

4) 동결명령(freezing order, Mareva injunction)

앞서 본 바와 같이 영국 해사법원은 일반법원과의 관할 다툼으로 인해 해사가압류(admiralty attachment) 권한을 잃어버리게 되었으나, 동결명령(freezing order, Mareva injunction)을 통해 어느 정도 부족한 부분을 해결할 수 있게 되었다.⁵⁷⁾ 동결명령은 피고로 하여금 소송 전이나 계속 중에 재산을 관할 구역 외로 이동하거나 분산시켜 원고의 채권 만족에 방해가 되게 하는 것을 방지하는 명령으로서, 항소법원(Court of Appeal)의 Mareva 사건⁵⁸⁾에서 인정되었는데, 현재에는 입법화되어 상위법원법 §37(3)은 고급법원(High Court)에 동결명령의 권한을 부여하고 있다.⁵⁹⁾ 동결명령은 대인소송을 전제로 하는 제도이지만 대물소송에서도 인정된다고 보고 있다.⁶⁰⁾ 이는 우리나라의 처분 금지가처분과 유사한 제도로 이해된다.

법원이 동결명령을 하기 위하여는 신청인은, 1) 피신청인에 대한 본안 청구의 원인, 2) 승소가능성(a “good arguable case”), 3) 피신청인이 관할 구역 내에 재산을 보유하고 있을 것, 4) 피신청인이 관할 구역 외로 재산을 이동시키거나 분산시킬 위험성이 있을 것, 5) 명령을 발령함에 따른 편의성의 균형 등을 입증하여야 하고, 나아가 신청인은 자신이 지득하고 있는 정보를 최대한 제공할 의무가 있다.⁶¹⁾ 가압류명령(arrest)과 달리 법원은 공정하고 편의한지(just and convenient) 검토하여 재량에 따라 명령을 할 수 있다.⁶²⁾ 동결명령의 대상은 재산이라면 어떤 형태를 가지고 있는지 특별히 묻지 않으나, 실무에서는 특히 은행계좌나 보험금이 특히 문제된다.⁶³⁾ 또한 동결명령은 소제기 전이나 후에도 신청이 가능하고, 신청인은 피신청인의 손해를 위한 담보(undertaking)를 제공하여야 하며, 피신청인에 대한 잠행성이 인정되어 신청인 일방 심문 등을 통해 동결명령을 하게 된다.⁶⁴⁾ 동결명령이 발령되면 피신청인(채무자)뿐만 아니라 제3채무자도 위 명령에 위반된 행위를 할 경우 법정모욕(contempt of court)으로 제재를 받을 수 있다.⁶⁵⁾

초기에는 영국 내에 위치하는 재산에 대하여만 동결명령을 하였으나, 1988년부터 영국 법원은 영국 이외에 위치한 재산에 대하여도 동결명령을 하기 시작하였다(소위 “worldwide” Mareva injunction). 이와 같은 동결명령의 경우 영국 법원은 당해 국가에서 그 명령이 집행가능할 것을 조건으로 하기도 하는데, 학자들로부터 영국 법원의 과도한 권한 행사라는 비판을 받기도 한다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

57) Tetley, 1948.

58) [1975] 2 Lloyd's Rep. 509.

59) Tetley 1948-1949; Jackson 410-411.

60) Tetley 1952; *The Rena K*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 545 등. 다만, 선박 소유자 등의 책임과는 전혀 관련이 없는 본래 의미의 대물소송에 있어서는 대인소송과 같이 피고 또는 피신청인을 전제로 하는 동결명령을 하기는 어려울 것으로 보인다.

61) Tetley 1950; Jackson 420-421.

62) Jackson, 421.

63) Jackson, 414.

64) Tetley, 1952.

65) Jackson, 425.

66) Tetley, 1950-1953.

67) 한편, 대물소송의 가압류/압류(arrest)가 동결명령에 대하여 가지는 장점으로는 1) 대물소송의 경우 법원이 그 선박 등을 보존하여 직접 본안에 관한 판결을 내릴 수 있는 권한이 있지만 동결명령은 그렇지 않은 점, 2) 대물소송에서 원고는 가압류/압

라. 미국의 대물소송

1) 대물소송의 관할

가) 사건관할

미국 연방헌법 제3조 제2항은 “모든 사법 권력은 해사와 해양 관할의 사건에 미친다”라고 규정하고 있고, 이에 근거하여 미국 연방법 제28장 제1333조는 아래와 같이 연방지방법원(federal district court)에 해사사건에 대한 관할권을 부여하고 있다.⁶⁸⁾

미국 연방법

제28장 제1333조 (해사 및 포획물 사건)

연방지방법원은 다음의 사건에 대하여 주 법원을 배제하는 전속관할권을 가진다:

- (1) 해양 관할의 모든 민사사건. 단, 청구인이 다른 구제에 대한 권리를 가진 경우는 예외로 한다.
- (2) 미국으로 가져온 포획물 및 포획물 수송에 관한 절차

이와 같이 연방법원이 담당할 구체적 해사사건관할에 대하여 별다른 언급이 없어 판례법에 의해 사건관할이 정립되어 왔고, 해사사건관할로는 크게 해사불법행위 관할(Admiralty Tort Jurisdiction)과 해상계약 관할(Admiralty Contract Jurisdiction)로 대별할 수 있다.

어떠한 사건이 연방법원의 해사불법행위 관할에 해당하려면 (1) “장소적 요건”[the locality test: 당해 사고가 가항수역(navigable waters)에서 발생하였거나 지상에서 발생한 사고라도 가항수역에 있는 선박에 의하여 발생하였을 것]과, (2) “관계성 요건”(the connection/nexus/relationship test: 당해 사고와 해상 활동 사이에 상당한 관계성이 있을 것)⁶⁹⁾을 각 충족하여야 한다.⁷⁰⁾ 위 “관계성 요건”은 다시 그러한 사고가 잠재적으로 해상 상업활동(maritime commerce)을 방해할 것과, 전통적인 해상활동(traditional maritime activity)과 실질적 연관성이 있을 것을 동시에 요구하고 있는데, 이는 연방법원으로 하여금 본질적으로 해사사건이 아닌 사건을 걸러내는 정책적인 판단의

류를 할 권한이 당연히 발생하지만 동결명령은 법원의 재량에 따르는 점, 3) 대물소송의 청구는 우선권이 인정되지만 동결명령은 우선권이 인정되지 않는 점, 4) 대물소송에서 용선자가 개인적 책임이 인정되는 경우 자매선박에 대한 가압류/압류될 수 있지만 동결명령은 용선자의 자산을 동결할 뿐인 점, 5) 대물소송의 가압류/압류의 경우 그것이 부당한(wrongful) 경우에만 그 손해를 배상할 책임을 지지만 동결명령의 신청인은 피신청인의 손해에 대해 더 자주 배상책임을 부담하는 점, 6) 대물소송의 가압류/압류에는 제3자가 이익을 제기할 수 있는 절차가 마련되어 있지만 동결명령의 경우 제3자는 그 권리를 주장하기 위하여는 별도의 실질적 절차를 밟아야 하는 점 등을 들 수 있다. 반대로 동결명령이 대물소송에 의한 가압류/압류에 대해 가지는 장점으로는, 1) 대물소송은 영국 내에 위치하는 선박 등에 대하여만 가능한 데 반하여 동결명령은 영국 및 해외에 위치한 모든 형태의 재산에 대해 가능한 점, 2) 동결명령은 여러 선박에 대하여도 가능하나, 하나의 청구에 대해 하나의 선박만 가압류/압류가 가능한 점, 3) 동결명령은 그 재산을 피신청인의 관리하에 둬으로써 비용을 줄일 수 있는 점, 4) 동결명령이 된 재산은 법원의 승인 하에 피신청인이 일상적인 영업을 할 수 있지만, 대물소송의 가압류/압류 대상이 된 재산은 그렇지 않은 점 등을 들고 있다. Tetley, 1955-1957.

68) 변지영 · 김현범, 104-105.

69) *Executive Jet Aviation, Inc. v. Cleveland*, 409 U.S. 249(1972); *Foremost Insurance Co. v. Richardson*, 457 U.S. 668(1982); *Sisson v. Ruby*, 497 U.S. 358(1990).

70) Thomas Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*(6th Ed.), West Academic Publishing(2019), 24-36; 이재찬, 17-18.

근거로서 역할을 하고 있다.⁷¹⁾

연방법원의 해상계약 관할은 해사불법행위 관할에 관한 법리와 달리 지역적 요건보다는 그 계약의 “성질과 주제(nature and subject matter)”에 따라 판단하는데, 그 계약의 성질과 주제가 선박에 관한 것이거나, 해상 상업활동에 관한 것이거나, 가항수역에서의 항행에 관한 것이어야 하고, 해상계약 관할에 해당되는지 여부는 개개의 건별마다 선례를 바탕으로 판단하고 있다.⁷²⁾⁷³⁾ 미국 연방법원에서는 대체로 특정 선박에 대한 물품, 서비스 등 공급계약, 용선계약, 부두사용계약, 선박보관계약, 운송계약, 여객운송계약, 해상보험계약, 도선계약, 선원고용계약, 해난구조계약, 예선계약, 특정한 준설계약, 선박담보법(Ship Mortgage Act of 1920)에 따른 선박담보 등을 해상계약에 해당한다고 보고 있다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

이와 같은 미국 연방법원의 기본적인 해사사건관할을 전제로 하여, 대물소송의 사건관할에 관하여 본다. 앞서 본 바와 같이 미국의 대물소송은 영국과 달리 의인화 이론(the personification theory)에 기반하여 대물소송을 이해한다. 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 ‘FRCP’라 한다)의 해사소송 등 보충규정(Supplemental Rules for Admiralty or Maritime Claims and Asset Forfeiture Actions, 이하 ‘해사보충규정’이라 하고, 해사보충규정의 세부조항을 지칭할 때는 ‘Rule’이라고만 한다) C(1)에 의하면, 대물소송을 제기할 수 있는 사건은 선박우선특권이 있거나, 법이 대물소송을 규정하거나 또는 그와 유사한 절차를 규정하고 있는 경우라고 규정하고 있다. 위 규정에도 불구하고 미국의 대물소송은 실제로 선박우선특권에 의하여만 제기할 수 있고 영국과 같은 별도의 법정대물권은 인정되지 않는다.⁷⁶⁾ 다만, 미국에서는 다른 국가보다 선박우선특권을 매우 넓게 인정하고 있어서 실질적으로 대물소송을 제기할 수 있는 청구의 범위는 영국과 크게 다르지 않는 것으로 보인다. 미국에서 주로 판례법에 의해서 선박우선특권이 인정되고 일부 연방법이나 주법에 의하여도 인정되는데, 이에는 선장과 선원의 임금 청구, 해난구조 관련 청구, 공동해손 관련 청구, 용선계약 위반에 따른 청구, 우선권 있는 선박저당권 관련 청구,⁷⁷⁾ 선박에 대한 수리 및

71) Schoenbaum, 24-36.

72) Schoenbaum at 53-64; *Exxon Corp. v. Central Gulf Lines, Inc.*, 500 U.S. 603(1991)(위 판결은 Exxon이 Waterman과 사이에 체결한 선박연료공급 대리계약이 해사관할에 해당하는지 문제되었는데, 연방대법원은 계약의 기본적인 목적이 해상 상업활동의 보호가 있어야 한다는 이유로 해사관할을 인정하였다) 등.

73) 어떤 계약이 해상적인 요소와 비해상적인 요소를 동시에 포함하고 있는 경우에, ① 계약의 성격과 특징에 비추어 계약의 주된 목적이 해상 상업활동에 관한 것이고, ② 그 계약에 본질적으로 지역적인 요소가 포함되지 않는 경우(two prong test)에 이를 연방법원의 해상계약 관할에 해당하는 것으로 보고 있다. Schoenbaum, 53-64; *Norfolk Southern Railway Co. v. Kirby*, 543 U.S. 14(2004) 등.

74) Schoenbaum, 53-64; 이재찬, 18-19.

75) 한편, 해상계약의 주제는 선박의 운영 및 항해와 직접적인 연관이 있어야 하고, 해상 관련 쟁점에 대해 예비적이거나 선결적인 것(preliminary)에 관한 계약은 해상계약에 해당되지 않는바, 이에 따라 선박의 매매계약[*The Ada*, 250 F. 914(2d Cir. 1918) 등], 선박건조계약[*The Jefferson*, 61 U.S. 393(1857) 등]은 해상계약에 해당되지 않는 것으로 이해되고 있다. Schoenbaum, 53-64.

76) Tetley, 1929-1930; 김인현, “선박압류/가압류에 대한 비교법적 연구”, 한국해법학회지 제37권 제2호(2014), 97.

77) 미국 이외의 국가에서는 선박우선특권과 선박저당권을 구분하고 있으므로 이러한 점에서 미국법의 특이한 점이라고 보인다. 미국에서도 전통적으로 선박저당권은 선박우선특권을 발생시키지 않는 것으로 보았으나 연방법인 선박저당권법(The Ship Mortgage Act)를 통해 선박우선특권으로 인정되었다고 한다. Schoenbaum, 415.

공급 등 필요품에 관한 계약 관련 청구,⁷⁸⁾ 사람의 사상이나 선박충돌에 따른 불법행위청구, 운송품의 손상 및 멸실에 대한 청구, 미지급 운임과 체선료 청구, 해양오염에 관한 청구 등이 포함된다.⁷⁹⁾

나) 국제재판관할

미국의 해사 대인소송은 연방법원의 피고에 대한 인적 관할이 성립되어야 하고, 그러한 관할은 피고에 대하여 적법절차에 따른 송달이 이루어진 경우 인정된다.⁸⁰⁾ 이에 반하여 대물소송의 관할은 인적 관할과 관계없이 선박우선특권을 집행하기 위해 선박이나 해사재산을 관할구역에서 발견하여 압류하는 경우에 대물소송의 관할이 성립한다고 보고 있다[아래에서 보는 바와 같이 대인소송을 전제로 하는 Rule B 가압류(attachment)도 관할구역 내에 재산이 발견되면 관할이 인정되는 것으로 본다].⁸¹⁾ 미국은 1952년 및 1999년 선박가압류조약의 체결국이 아니지만, 대물소송의 국제재판관할에 관하여도 위와 같은 방법과 동일하게 미국 영역 내에 있는 다른 국적 선박에 대해 압류를 함으로써 본안관할이 성립하는 것으로 본다. 오히려, 앞서 본 바와 같이 미국의 선박우선특권 인정범위는 다른 국가와 다르기 때문에 국제적 성격을 띠는 대물소송에서 관할보다는 준거법 결정이 더욱 중요한 쟁점⁸²⁾으로 부각되고 있고, 준거법은 다양한 요소를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.⁸³⁾

2) 대물소송과 Rule C 가압류(arrest)

대물소송은 원고가 소장(complaint)과 선서서(affidavit)를 제출함으로써 개시되고,⁸⁴⁾ 법원은 이를 심사하여 대물소송이 어느 정도 근거가 있다고 인정(prima facie showing)되는 경우 법원은 반드시 법원 직원(clerk)으로 하여금 Rule C 가압류 영장(arrest warrant)을 발행하게 하여야 한다 [Rule C(1) - (3)]. 영국과 마찬가지로 가압류는 대물소송에 있어서 필수적인 요소로 이해되고 있다.

78) 필요품에 관한 선박우선특권은 상업증권과 선박우선특권법(The Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 이 법은 1989년부터 선박저당권법을 대체하는 법률이다)에 자세하게 규정되어 있다. Schoenbaum, 415.

79) Schoenbaum, 415-416; 김인현(주 76), 98. 한편, 미국의 선박우선특권은 우선적 선박우선특권과 비우선적 선박우선특권으로 나뉘는데, 전자에는 선장과 선원의 임금, 해난구조료, 해상불법행위에 따른 손해배상청구권, 선주 등으로부터 직접 고용된 항만노동자의 임금, 선박저당권보다 먼저 설정된 계약적 선박우선특권 등에 해당되고, 후자는 선박저당권보다 뒤늦게 설정된 계약적 선박우선특권 등이 해당된다. Tetley, 1930.

80) Schoenbaum, 7-9. 피고에 대한 인적 관할을 인정하기 위한 적법절차는 주로 최소한 접촉의 원칙(minimum contacts)에 따라 판단된다.

81) Schoenbaum, 9, 877-878; *In re Louisville Underwriters*, 134 U.S. 488(1890) 등. 한편, 선박 등 해사재산은 소재 기시 뿐만 아니라 소송 계속 중에도 관할구역에 계속하여 위치하고 있어야 하고, 사고 또는 사기적인 행위로 인해 선박 등이 관할구역을 벗어나는 경우에는 관할이 소멸되지 않는다고 보고 있다. 또한 실제로 선박이 가압류되지 않는다고 하더라도 선박 소유자 등이 제출하는 선적이행각서(letter of undertaking)가 제출되면 관할이 인정된다고 한다. Schoenbaum, 855-856.

82) 앞서 본 바와 같이 미국은 다른 국가에 비해 선박우선특권의 범위를 넓게 인정하지만, 반대로 우리나라와 같은 대륙법계의 선박가압류는 피보전채권에 제한이 없기 때문에 대물소송 또는 이와 유사한 형태의 소송이 더욱 넓게 인정되는 경우도 있을 수 있다. 미국 연방법원이 외국법을 준거법으로 삼는 경우, 외국법에 따라 선박우선특권이 인정되지 않으면 미국 연방법원에 의한 선박 가압류/압류가 가능하지 않으므로, 선박 소유자 등은 외국법의 적용을 주장하는 경우가 많다. Schoenbaum, 856.

83) Schoenbaum, 448-451; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571(1953) 등. 한편, forum non conveniens의 법리도 해사사건에 적용되고, 외국법이 준거법으로 되는 경우 이에 해당될 여지가 더욱 높을 것이다. Schoenbaum, 881-883; *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501(1947).

84) 원고의 청구가 해사청구 뿐만 아니라 비해사청구도 포함하고 있는 경우에, 원고는 연방법원의 해사절차로 진행할 것인지, 아니면 일반절차로 진행할 것인지를 지정할 수 있도록 정하고 있다[FRCP §9(h)]. 해사절차로 진행되는 경우에는 뒤에서 보는 바와 같이 배심재판의 적용 배제 등 여러 절차적 특례가 인정된다.

대물소송을 제기하는 경우 다른 법에서 달리 정하지 않는 한 대인소송도 동시에 제기가 가능하고 [Rule C(1)(b)], 이러한 경우의 장점은 선박의 가치를 넘는 채권 부분에 대하여 대인소송을 통해 만족을 구할 수 있다는 점과, 나아가 당해 선박에 대한 선박우선특권이 존재하는지 불분명하여 대물소송 제기가 가능한지 확신이 없는 경우에도 이를 제기할 수 있다는 점 등에 있다.⁸⁵⁾

대물소송과 Rule C 가압류(arrest)의 대상은 선박 등 해사재산에 한정되고, 영국과 달리 자매선박에 대한 대물소송은 가능하지 않는데, 이는 아래에서 보는 바와 같이 Rule B 가압류(attachment)가 자매선박 등을 포함한 선박 소유자 등이 소유한 재산 전반에 관한 가압류가 가능하기 때문이다.

미국에서는 대물소송에 있어서 선박 소유자 등의 재산권에 대한 부당한 침해를 방지하기 위한 헌법적 보호제도(safeguards)나 절차 마련에 큰 관심을 두고 있는 것으로 보인다. 대물소송에 있어서 Rule C 가압류 영장 등의 송달은 집행관(marshal)이 하게 되고, 집행관은 선박을 직접 관리하거나 직접 관리가 어려운 경우에는 영장을 선박에 부착하거나 선박소유자 등에게 교부하는 방법으로 가압류를 집행하게 된다[Rule C(3)(b), E(4)(b)]. 대물소송이 제기되는 경우 선박 소유자 등에 대한 송달에 관하여는 특별한 규정을 두고 있지 않아 선박 소유자 등에 대한 송달이 없이도 선박을 가압류할 수 있는 것으로 이해되지만,⁸⁶⁾ 상업증권 및 선박우선특권법에는 우선 선박저당권(preferred mortgage)이나 선박우선특권에 관한 민사소송을 제기하는 경우에 선박의 선장이나 책임자, 선박우선특권자, 저당권자 등에 통지를 하도록 하는 규정을 두고 있다[46 U.S.C. §31325(d)(1)(A) - (C)].⁸⁷⁾ 또한 대물소송과 Rule C 가압류를 한 경우에 신문 등에 이의를 제기할 수 있는 기한 등을 포함한 공고를 하도록 규정한다[Rule C(4)]. 나아가 미국 연방법은 가압류가 이루어진 경우 사후 심문절차가 마련되어 있어서 선박 소유자 등은 가압류의 적법성에 대해 다툴 수 있는 절차를 마련하고 있고[Rule E(4)(f)],⁸⁸⁾ 위 심문절차에서 원고는 당해 선박을 압류할 만한 합리적인 근거(probable cause)가 있음을 입증하여야 하는바, 이는 영국에는 없는 절차로서 이해관계인들에 대하여 적법절차(due process)를 보장하는 절차로 이해되고 있다.⁸⁹⁾

대물소송을 포함하여, 미국 연방법원의 해사관할로 인정되는 경우에 일반 민사소송 절차와 다른 특례가 적용되는데, 제3자의 소송참가 규정[FCRP §14(c)], 배심재판의 배제 규정[FCRP §38(e)], 해사관할 규정[FCRP §82] 및 해사보충규정 등이 적용되고, 그 밖에 책임 인정 여부에 관한 중간판결에 대한 항소[interlocutory appeals, 28 U.S.C. §1292(a)(3)]도 가능하다.⁹⁰⁾

선박 소유자 등은 담보 등을 제공함으로써 선박 등에 대한 Rule C 가압류(arrest)의 해제를 구할 수 있다[Rule E(5)].⁹¹⁾ 대물소송절차는 가압류된 선박 등을 매각하고 이에 대한 배당을 통해 종료하

85) Schoenbaum, 854; Tetley, 1936.

86) Schoenbaum, 851.

87) Tetley, 1939.

88) Schoenbaum, 853-855.

89) Tetley, 1939; Schoenbaum, 853, 865.

90) Schoenbaum, 834-835.

게 된다. 영국과 마찬가지로 당해 물건이 부패할 우려가 있는 경우, 보존비용이 과도한 경우, 가압류 해방절차가 부당히 지연되는 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에는 법원의 명령에 의하여 판결 전이라도 선박 등에 대한 매각절차를 밟을 수 있다[Rule E(9)(a)].

3) Rule B 가압류(attachment)

미국은 18세기 영국으로부터 독립하면서 영국과 같은 법원 간의 관할 다툼이 없었고, 이에 따라 대물소송에 따른 가압류(arrest) 제도뿐만 아니라 해사가압류(admiralty attachment) 제도도 계속 보유하게 되었다.⁹²⁾ Rule B 가압류(attachment)는 대물소송을 전제로 하는 Rule C 가압류와는 달리 대인소송을 전제로 하는 보전처분으로, 관할구역에 피고는 존재하지 않지만 피고의 재산이 위치하는 경우에 그 재산에 대하여 보전처분을 할 수 있는 제도이다. Rule B 가압류의 피보전채권은 대인소송을 제기할 수 있는 해사채권에만 해당되면 되고 선박우선특권 등의 존재를 반드시 요구하지 않는다. 또한 가압류 대상재산도 선박 등 해사재산에 한정되지 않고, 주로 은행계좌나 자매선박(sister ship)에 대하여 가압류를 하게 된다.⁹³⁾ 다만, Rule B 가압류가 대인소송을 전제로 하기는 하지만, 본안에서 피고가 출석하지 않는 한 판결은 가압류된 재산의 가액 범위 내에서만 이행을 명할 수 있다.⁹⁴⁾

Rule B 가압류(attachment)는, ① 채권자가 채무자에 대하여 대인소송이 가능한 해사채권을 가져야 하고, ② 채무자가 관할구역에 존재하지 않으며,⁹⁵⁾ ③ 채무자에게 속한 재산이 관할 지역에 있거나 그러할 예정이고, ④ 그러한 가압류를 금지하는 법령이 존재하지 않는 경우에 신청할 수 있다.⁹⁶⁾ 위 ② 요건은 다시 i) 피고에 대한 관할이 인정되지 않아야 되고[보통 최소한의 접촉(minimum contacts) 원칙으로 판단함], ii) 피고에 대하여 현재 관할구역 내에서 송달할 수 없을 것(관할구역에 송달을 받을 사무소나 대리인이 없는 경우 등)을 요구한다.⁹⁷⁾ 이와 같이 Rule B 가압류를 신청하는 것은, 채무자에 대해 관할을 창설하고, 채권에 대한 담보를 확보하며, 판결의 집행을 위한 재산을 확보하기 위한 것이다.⁹⁸⁾ Rule B 가압류에 의해 창설되는 관할권을 준대물관할권(quasi in rem jurisdiction)이라고 부르는데, 영국에서는 선박우선특권 이외에 법령상 인정되는 법정대물권에 기하여 제기하는 소송을 준대물소송이라고 부르고 있다는 점에서 차이가 있다.

채권자는 법원에 소장과 선서서를 제출하면 법원은 급박한 사정이 있는 것인지 심사한 후 Rule B 가압류 집행문(process)과 소환장(summon)을 발부하는 명령을 하는데, 위 집행문과 소환장은 집행관에 의하여 송달이 이루어져야 하고, 채무자에 대하여도 송달(우편송달도 가능)되어야 한다[Rule

91) 선박 소유자 등이 제출할 수 있는 담보는 특별 담보(special bond), 일반 담보(general bond), 보증서(stipulation) 등이 있다.

92) Tetley, 1928.

93) Schoenbaum, 836-837.

94) Schoenbaum, 839.

95) 다만, 제3채무자(garnishee)에 대하여는 관할이 인정되어야 한다. Schoenbaum, 837.

96) Schoenbaum, 844; 김인현(주 76), 96.

97) Schoenbaum, 844; Tetley, 1935.

98) Schoenbaum, 836; 김인현(주 76), 95.

B(1), (2)]. 대물소송과 마찬가지로, 채무자와 제3채무자는 Rule E(4)(f)에 따라 사후심문절차에서 가압류의 적법 여부 등에 대하여 다툴 수 있다.

Rule B 가압류와 더불어 주법에 따른 일반적인 가압류 등의 보전처분도 신청이 가능한데, 이러한 보전처분은 채무자가 관할 지역에 소재하는 경우에도 발령이 가능하므로 그러한 경우에 유용하게 활용된다.⁹⁹⁾ 해사사건에서 가처분(injunctive relief)도 가능하다.¹⁰⁰⁾

3. 신국제사법의 해사 국제재판관할 규정에 관한 소고

가. 신국제사법의 해사 국제재판관할 규정과 선박 가압류관할의 도입

1) 개관

신국제사법은 해사소송사건의 특별관할 규정을 두게 되었는데, 이에선 선박소유자등의 책임제한 사건, 선박소유자등에 대한 선박 또는 항해에 관한 소, 공동해손에 관한 소, 선박충돌에 관한 소, 그리고 해난구조에 관한 소에 관한 특별관할을 둔다.

국제사법

제10장 해상

제1절 국제재판관할

제89조(선박소유자등의 책임제한사건의 관할) 선박소유자·용선자(傭船者)·선박관리인·선박운항자, 그 밖의 선박사용인(이하 “선박소유자등”이라 한다)의 책임제한사건에 대해서는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 곳이 대한민국에 있는 경우에만 법원에 국제재판관할이 있다.

1. 선박소유자등의 책임제한을 할 수 있는 채권(이하 “제한채권”이라 한다)이 발생한 선박의 선적(船籍)이 있는 곳
2. 신청인인 선박소유자등에 대하여 제3조에 따른 일반관할이 인정되는 곳
3. 사고발생지(사고로 인한 결과 발생지를 포함한다)
4. 사고 후 사고선박이 최초로 도착한 곳
5. 제한채권에 의하여 선박소유자등의 재산이 압류 또는 가압류된 곳(압류에 갈음하여 담보가 제공된 곳을 포함한다. 이하 “압류등이 된 곳”이라 한다)
6. 선박소유자등에 대하여 제한채권에 근거한 소가 제기된 곳

제90조(선박 또는 항해에 관한 소의 특별관할) 선박소유자등에 대한 선박 또는 항해에 관한 소는 선박이 압류등이 된 곳이 대한민국에 있는 경우 법원에 제기할 수 있다.

제91조(공동해손에 관한 소의 특별관할) 공동해손(共同海損)에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당

99) Schoenbaum, 848-849. 주법에 의한 보전처분으로는 arrest, attachment, garnishment, replevin, sequestration, 또는 이와 유사한 처분 등이 있다.

100) Schoenbaum, 894-895.

하는 곳이 대한민국에 있는 경우 법원에 제기할 수 있다.

1. 선박의 소재지
2. 사고 후 선박이 최초로 도착한 곳
3. 선박이 압류등이 된 곳

제92조(선박충돌에 관한 소의 특별관할) 선박의 충돌이나 그 밖의 사고에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 곳이 대한민국에 있는 경우 법원에 제기할 수 있다.

1. 가해 선박의 선적지 또는 소재지
2. 사고 발생지
3. 피해 선박이 사고 후 최초로 도착한 곳
4. 가해 선박이 압류등이 된 곳

제93조(해난구조에 관한 소의 특별관할) 해난구조에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 곳이 대한민국에 있는 경우 법원에 제기할 수 있다.

1. 해난구조가 있었던 곳
2. 구조된 선박이 최초로 도착한 곳
3. 구조된 선박이 압류등이 된 곳

이러한 해사사건에 관한 특별재판관할은 신국제사법의 다른 규정의 적용을 배제하는 것은 아니므로 해사사건에도 신국제사법의 총칙규정(제1장)이 당연히 적용되고, 나아가 선박 관련 물권에 관한 소에 대하여는 제4장이, 선박과 관련한 계약 기타 채권에 관한 소에 대하여는 제6장이, 책임제한사건을 제외한 기타 해사 비송사건에 관하여는 제15조가 각 적용된다.

신국제사법 제8조는 국제재판관할합의에 관한 규정을 두게 되었는데, 이는 헤이그관할합의협약의 내용을 반영하였고 종전 판례를 통해 인정되었던 합리적 관련성 요건을 더 이상 요구하지 않게 되었다.¹⁰¹⁾ 해사사건에도 당연히 위 규정이 적용될 것이고, 합리적 관련성이 요구되지 않아 해사사건에서의 국제재판관할합의의 중요성이 더욱 부각될 것으로 보인다. 또한 신국제사법 제9조는 변론관할을 인정하고 있는바, 선박 가압류관할에 더하여 가압류, 압류된 선박의 소유자가 변론에 응함으로써 변론관할도 국내법원에 인정될 여지가 있게 되었다.

2) 선박 가압류관할의 도입

위에서 본 바와 같이 신국제사법 제90조는 선박의 가압류에 근거하여 본안소송에 대한 특별관할을 창설하는 선박 가압류관할을 도입하였다. 이는 1999년 선박가압류조약에서 원칙적으로 선박을 압류·가압류한 국가 법원에 본안관할을 인정하는 태도는 받아들여지,¹⁰²⁾¹⁰³⁾ 위 조약의 ‘해사채권

101) 노태약, “국제재판관할합의에 관한 2018년 국제사법 전부개정법률안의 검토 - 법원이 실무와 헤이그재판관할합의협약을 중심으로”, 국제사법연구 제25권 제1호(2019), 159-161.

102) 한편, 해상운송에 관한 로테르담 규칙은 운송인을 피고로 하는 소송에서는 운송인의 주소지, 운송계약상 운송물의 수령지와

(maritime claim)’이라는 개념은 수용하지 않은 것이고, 나아가 종래 우리나라에서 해사사건의 실무상 선박의 가압류에 근거하여 본안에 대한 관할을 인정하는 경향을 명문화한 것이라고 한다.¹⁰⁴⁾

민사소송법 제13조는 선박 또는 항해에 관한 일로 선박소유자, 그 밖의 선박이용자에 대해 소를 제기하는 경우 선적지를 특별재판적으로 보고 있는데, 신국제사법은 이러한 선적지 대신 선박 가압류를 특별관할의 연결점으로 삼게 되었다.¹⁰⁵⁾ 선박 가압류관할은 앞서 본 영미법상 대물소송에서는 필수적으로 인정되고 있고, 선박가압류조약에서도 통용되는 국제적인 기준이라고 인정해도 무방한 만큼, 선적지 기준이 아닌 선박 가압류관할을 국제재판관할로 한 것은 타당한 것으로 보이나, 민사소송법에 따른 국내재판관할 규정과의 괴리가 발생하게 되었다.¹⁰⁶⁾ 선박 가압류관할은 국제적으로 통용되는 기준이라는 점 이외에, 이동이 비교적 자유로운 선박에 관한 쟁송이 이루어지는 경우 그 선박이 정박하고 있는 곳이 법정지가 되어 분쟁의 해결과 함께 집행까지 일괄하여 처리하는 것이 해사소송의 특성에 부합한다는 점에서, 민사소송법의 특별재판적으로도 선박 가압류관할을 도입하는 것이 타당하다고 생각된다. 한편, 선적지 관할이 도입되지 않았지만 신국제사법 제3조에 의해 일반관할의 근거가 확대되어 선적 소재지가 주된 사무소·영업소 소재지, 정관상 본거지 또는 경영의 중심지, 법인 또는 단체의 설립준거법 소속국이라면 그곳에 일반관할이 인정되므로 국제재판관할 실무상 큰 차이가 없다고 보인다.¹⁰⁷⁾

신국제사법 제5조는 청구 또는 담보의 목적인 재산이 대한민국에 있는 경우(제1호)와, 압류할 수 있는 피고의 재산이 대한민국에 있는 경우(제2호)에 관할이 인정되나, 제2호의 경우에는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우 또는 그 재산의 가액이 현저하게 적은 경우는 제외한다고 규정하고 있다. 이와 같은 신국제사법 제5조에 따른 재산소재지 특별관할도 해사사건에 적용될 수 있고, 선박 가압류관할과 중복하여 적용될 수도 있다.¹⁰⁸⁾ 선박 가압류관할과

인도지, 운송물의 최초 선적항 또는 최후의 양하항을 연결점으로 하고 있고(제66조), 해상이행당사자에 대한 소송의 경우 해상이행당사자의 주소지, 해상이행당사자가 운송물을 수령하거나 인도한 항구, 해상이행당사자가 운송물과 관련한 행위를 항구를 연결점으로 하고 있다(제68조). 나아가 로테르담 규칙은 가압류/압류가 있는 경우에도 그 국가에 적용되는 다른 국제협약이 달리 규정하는 등이 아닌 한 본안 관할권이 없음을 명확히 하고 있는바(제70조), 선박가압류조약을 가입한 경우에는 선박 가압류관할을 인정할 수 있을 것이다. 이정원, “로테르담 규칙과 국제재판관할에 관한 고찰”, 법조 제658권(2011), 170-191; 우리나라는 로테르담 규칙에 가입하지 않았고, 헤이그 규칙 및 헤이그-비스비 규칙 등의 규정(위 규정에는 재판관할권의 배분에 관한 규정은 별도로 없다)이 상법에 반영되었다. 송상현·김현, 해상법원론(제5판)(2015), 309-314; 이번 신국제사법 개정에서 개품운송계약에 관하여 규정을 두는 방안이 논의되었으나 계약에 관한 소의 관할규칙으로 해결하게 되었다. 석광현, 25-26.

103) 헤이그 예비초안은 해사사건을 그 적용범위에서 명시적으로 배제하고 있다. 이규호, “민사소송법상 해사특별재판적과 국제재판관할 입법”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014), 299.

104) 석광현, 27.

105) 석광현, 29-30.

106) 예를 들어, 외국에 선적이 있는 외국인 소유 선박이 부산에서 가압류가 된 경우 위 선박에 대하여 대한민국의 국제재판관할이 인정되고, 나아가 민사소송법 제11조에 의해 부산 소재 법원에 토지관할도 인정되어 부산이 법정지가 될 수 있다. 반면에, 인천에 선적이 있는 내국인 소유 선박이 부산에서 가압류되는 경우에, 민사소송법 제14조에 따른 선박채권(선박우선특권)에 관한 소송이 아닌 이상, 부산에 소재한 법원에는 민사소송법상 토지관할이 인정되지 않는바, 구태여 국제재판관할과 국내 토지관할을 분리하여 달리 인정할 필요성이 있는지 의문이 든다.

107) 석광현, 30.

108) 석광현, 32; 재산소재지 특별관할에 관한 기존 대법원 판례의 경향 및 신국제사법 제5조의 입법안에 대한 평가에 관한 자제

재산소재지 특별관할의 차이점은, 전자는 실질적 관련성을 요하지 않는 반면, 후자, 특히 제2호 규정은 실질적 관련성이나 재산 가액을 그 요건으로 하고 있는 것이다. 민사소송법 제14조는 선박채권, 그 밖에 선박을 담보로 한 채권에 관한 소를 제기하는 경우에 선박 소재지를 특별재판적으로 보고 있으나, 신국제사법은 민사소송법 제14조를 채택하지는 않았다.¹⁰⁹⁾ 민사소송법 제14조에서 말하는 선박채권은 선박우선특권을 말하는데, 위 조항이 신국제사법이 채택되지 않았다고 하더라도 실무적으로는 선박 가압류관할에 의해 해결하거나 신국제사법 제5조의 재산소재지 특별관할을 통해 해결할 수 있을 것으로 보인다.¹¹⁰⁾

신국제사법은 비송사건인 책임제한사건과 함께, 공동해손, 선박충돌, 해난구조 사건에 대하여도 선박 가압류관할을 인정하게 되었다. 책임제한사건은 선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률 제2조에서 신청인의 재산에 대한 압류 또는 가압류가 진행된 곳을 토지관할로 인정하고 있었는데, 이를 국제재판관할로 인정한 것이다. 신국제사법은 공동해손, 선박충돌 사건의 경우 선박 가압류관할과 함께 선박 소재지관할도 인정하고 있는데, 이에 대하여는 비판적인 견해가 있다.¹¹¹⁾ 해난구조 사건의 경우 신국제사법은 선박에 대한 가압류관할을 인정하게 되었는데, 브뤼셀 I Recast §7(7)에서 화물 또는 운임에 대해 가압류관할을 인정하고 있는 것을 참고할 수 있다.

3) 선박 가압류관할의 인정 범위(신국제사법 제90조)

신국제사법은 선박 가압류관할을 도입하면서 그 인정 범위도 비교적 넓게 보고 있다. 신국제사법 제90조는 ‘선박 또는 항해에 관한 소’에 관하여 선박 가압류관할을 인정함으로써 대부분의 해상사건에 대해 선박 가압류관할을 인정하게 되었다. 선박에 관한 소란 선박 자체를 목적으로 하거나 선박에 기인하는 권리와계약의 소를 말하고, 이에선 선박의 소유권에 관한 소, 공유선박 분할의 소, 선박소유권이전등기청구의 소, 선체용선계약에 관한 소, 선원의 급료청구의 소, 감항능력주의의무 위반에 의한 손해배상청구의 소, 불법행위에 기한 손해배상청구의 소 등이 포함된다. 나아가 선박건조계약에 따른 선박 인도청구도 이에 포함된다고 보아야 할 것이다.¹¹²⁾ 항해에 관한 소란 선박을 항해에 제공함으로써 생기는 일체의 법률관계에 관한 소를 말하고, 이에선 운임청구의 소, 운임반환청구의 소, 항해용 물자의 구입, 선박의 수선, 선원의 고용 그리고 승객 및 화물의 운송 기타 항해에 관한 생긴 채무불이행 또는 불법행위, 그 밖의 청구에 관한 일체의 소가 포함된다.¹¹³⁾

한 검토는 한애라, “재산소재지 특별관할에 관한 법리와 판례의 검토 및 입법론”, 민사판례연구 제43집(2021) 참조.

109) 신국제사법은 민사소송법의 토지관할 규정을 ① 그대로 국제재판관할규칙으로 사용할 수 있는 것, ② 수정해서 국제재판관할규칙으로 사용할 수 있는 것, ③ 국제재판관할규칙으로는 부적절해서 배제해야 하는 것, ④ 토지관할 규정에는 없는 기타 국제재판관할의 근거 등으로 분류하여 적용하였는데, 민사소송법 제13, 14조는 위 ③ 유형에 해당하고, 선박가압류 관할은 위 ④ 유형에 해당한다. 석광현, 24.

110) 석광현, 34.

111) 석광현, 34-37.

112) 석광현, 31. 다만, 앞서 본 바와 같이 미국에서는 선박매매계약, 선박건조계약에 관한 소는 해상사건 관할에 해당되지 않는다고 보고 있다.

113) 편집대표 민일웅, 주석 민사소송법(I)(제8판)(2018), 160(황진구 집필부분).

선박 가압류관할이 인정되는 대상 재산은 선박으로 한정되는바, 앞서 본 영국이나 미국의 대물소송에서 선박 이외의 해사재산(화물 등)에 대하여도 가압류관할을 인정하는 것과 비교하면 대상재산의 범위를 선박뿐만 아니라 화물 등 관련 해사재산에 대하여도 확장하는 방안도 긍정적으로 검토해 보는 것이 타당하다고 생각된다. 한편, 비송사건인 책임제한사건의 경우에는 선박소유자 등 재산이라고만 규정하여 특별히 대상 재산의 범위를 선박 등으로 한정하지 않고 있는데, 앞서 본 바와 같이 선박소유자 등의 책임제한절차에 관한 법률 제2조에서 신청인의 재산에 대한 압류 또는 가압류가 진행된 곳을 토지관할로 인정하고 있었는데, 이를 그대로 국제재판관할로 가져온 것이다.¹¹⁴⁾

신국제사법 제90조에 의하면, 선박 가압류관할은 그 가압류를 함에 있어 그 피보전채권이 반드시 선박소유자에 대한 청구일 것을 요하지 않고, 선박소유자, 용선인, 선박관리인, 선박운항자, 그 밖의 선박사용인 등(“선박소유자등”)에 대한 청구도 가능하다. 또한 가압류 대상인 선박에 대하여 특별한 제한이나 한정을 두고 있지 않으므로, 가압류 대상으로 피고 소유의 선박이면 족하고, 해사채권을 발생시킨 선박 또는 그의 자매선에 한정되지 않는다.¹¹⁵⁾ 이에 의하면 결국, ① 선박소유자를 피고로 하면서 해사채권을 발생시킨 선박을 가압류·압류하는 경우, ② 선박소유자를 피고로 하면서 선박소유자 소유의 자매선박을 가압류·압류하는 경우, ③ 선박소유자 이외의 용선인 등(용선인, 선박관리인, 선박운항자, 그 밖의 선박사용인 등)을 피고로 하면서 해사채권을 발생시킨 선박을 가압류·압류하는 경우, ④ 선박소유자 이외의 용선자 등을 피고로 하면서 용선자 등이 소유한 자매선박에 대해 가압류·압류하는 경우 모두 본안에 관한 관할권이 인정된다고 해석할 수 있다.

위 ③의 경우, 대물소송이라는 개념을 받아들이지 않는 우리나라로서는 용선인, 선박관리인, 선박운항자, 선박사용인 등이 단독으로 부담하는 채무에 기하여 당해 선박을 가압류·압류할 수는 없다고 할 것이므로, 용선인 등에 대한 청구가 상법 제809조, 제850조, 제894조 등에 따라 선박소유자도 책임을 부담하는 경우에 선박소유자를 공동 피고로 제기하는 경우에만 가능할 것으로 보인다.¹¹⁶⁾ 이와 같은 경우에 선박소유자에 대하여만 본안관할권이 창설되고 당해 선박을 소유하지 않아 선박집행의 신속성, 용이성 등과는 별다른 관련이 없는 용선인 등에 대하여는 본안관할권이 창설될 수 없다는 견해가 있을 수 있으나, 신국제사법 제90조에 규정 자체로 특별한 제한이 없는 점, 동일한 사건에 선박소유자와 용선인 등이 같이 소송을 진행함으로써 분쟁을 일의적으로 해결하는 것이 타당하고, 국제재판관할 배분의 이념에도 부합하는 점, 같은 사건에 관하여 선박소유자와 용선자 등을 구분하여

114) 한편, 유류오염손해배상 보장법[민사책임협약(CLC), 국제기금협약(FC)을 비준하여 그 내용을 반영한 것이다] 제32조는 유류오염손해에 대한 책임제한사건의 관할은 유조선 유류오염손해가 발생한 곳을 관할하는 지방법원에 전속하거나, 대한민국의 영역 및 대한민국의 배타적 경제수역 안에서 손해가 발생하는 것을 방지하기 위하여 그 영역 및 배타적 경제수역 밖에서 취한 방제조치에 관한 책임제한사건으로서 관할 법원이 정하여지지 아니하는 경우에는 대법원규칙으로 정하는 법원(유류오염손해배상사건등의절차에관한규칙 제1조는 ‘서울지방법원’으로 규정하고 있다)의 관할에 전속한다고 규정하고 있는데, 유류오염손해에 대한 책임제한사건의 경우에도 신국제사법 제89조 제3호에 의해 사고발생지 관할로 인정될 수 있을 것이나, 위와 같은 규정을 국제재판관할로 명확히 규정하는 것도 검토할 수 있을 것이다.

115) 석광현, 32-33.

116) 대법원 2019. 7. 24.자 2017마1142 결정 등 참조.

본안관할권 창설 여부를 판단하는 것은 매우 기계적인 판단인 점 등을 고려하면 용선인 등에 대하여도 본안관할권이 창설된다고 봄이 합리적이다. 신국제사법 제6조 제2항은 국내법원이 공동피고 가운데 1인의 피고에 대해 신국제사법 제3조에 따른 일반관할을 가지는 때에만 다른 공동피고에 대한 밀접한 관련 등이 있는 청구에 관하여도 관련사건 관할을 인정하고 있는바, 위와 같은 해석에 의하면, 신국제사법 제90조는 신국제사법 제6조 제2항의 주관적 관련사건 관할 규정에 대한 특례 규정으로 볼 수 있을 것이다.

나. 영미법상 대물소송의 관점에서 본 신국제사법 제90조의 선박 가압류관할

1) 각국의 선박 가압류관할 관련 제도 비교

신국제사법에 의하여 도입된 선박 가압류관할 제도와 관련하여, 영미법상 대물소송 제도 및 선박 가압류조약과 간단히 비교하면 아래 표와 같다.

	한국	영국	미국
선박 가압류관할 인정 여부	○	○	○
선박 가압류관할 대상 해사채권의 범위	선박 또는 항해에 관한 소(신국제사법 제90조)	선박우선특권(대물소송) + 법정대물권(준대물소송)	대물소송(Rule C)의 경우 선박우선특권에 한정 / 대인소송(Rule B)의 경우 해사채권
선박 가압류관할 대상 재산의 범위	선박(별다른 제한 없음)	본래 의미의 대물소송의 경우 해사채권이 발생한 당해 선박 및 물건 / 준대물소송의 경우, 해사채권이 발생한 당해 선박(소송제기 당시 피고가 선박소유자, 나용선자인 경우에 한정) 또는 선박소유자, 용선자, 관리인, 점유자가 소유한 자매선박	대물소송(Rule C)의 경우 해사채권이 발생한 당해 선박 등 해사재산에 한정 / 대인소송(Rule B)에 따른 준대물관할권의 경우에 대상 재산에 대한 제한 없음
비고	—	—	대인소송(Rule B)에 따른 준대물관할권의 경우 피고가 관할구역에 존재하지 않아야 하는 반면, 대상 재산은 관할구역 내에 위치하고 있음을 요구함
	1952년 선박가압류조약 ¹¹⁷⁾	1999년 선박가압류조약	—
선박 가압류관할 인정 여부	○	○	—
선박 가압류관할 대상 해사채권의 범위	17종류의 해사채권 ¹¹⁸⁾	22종류의 해사채권 ¹¹⁹⁾	—
선박 가압류관할 대상 재산의 범위	선박소유자, 나용선자, 정기용선자, 항해용선자가 피고인 경우 당해 채권을 발생시킨 선박 및 선박소유자, 나용선자, 정기	선박소유자, 나용선자가 피고인 경우 당해 채권을 발생시킨 선박 및 선박소유자, 나용선자, 정기용선자, 항해용선자가 소	—

	용선자, 항해용선자가 소유한 자매선박 ¹²⁰⁾	유한 자매선박 ¹²¹⁾	
비고	가압류가 실행된 국가의 법원은 그 국가의 국내법상 재판관할권이 있는 경우 등에만 본안관할권 인정 ¹²²⁾	가압류가 실행된 경우, 선박의 가압류해방을 위하여 담보가 제공된 경우에 당해 국가의 법원에 본안재판관할권 인정 ¹²³⁾	—

2) 선박 가압류관할 도입이 가지는 의미와 구체적인 절차

이와 같이 신국제사법이 선박 가압류관할을 도입함으로써 영미법상 대물소송과 유사한 절차를 국내에서도 실행할 수 있는 명시적인 근거가 생기게 되었다고 할 것이다. 물론 이전에도 민사소송법 제 11조, 제14조 등의 규정을 통해 국내에 소재한 외국 선박에 대해 본안소송을 제기할 여지는 있었으나, 위와 같은 규정이 과잉관할에 해당한다는 비판 및 국제재판관할 인정 여부의 불확실성 등을 제거하고, 영미법 또는 선박가압류조약 등의 국제적 기준에 부합하는 국제재판관할 규정을 두게 되겠다는 점에서 그 의미가 크다고 할 것이다.

구체적인 운용절차에 관하여 보면, 외국선박이 국내항에 정박한 경우에 채권자는 선박 또는 항해에 관하여 발생한 해사채권에 기하여 당해 선박을 가압류하거나 압류할 수 있다. 청구채권이 선박우선특권인 경우에 채권자는 별도의 집행권원이 없어도 곧바로 해당 선박에 대해 임의경매신청을 할 수 있어 그 선박에 대한 가압류신청은 보전의 필요성이 없다는 것이 판례의 태도¹²⁴⁾이므로, 선박우선특권을 가진 채권자는 곧바로 임의경매개시신청을 하여야 한다.

117) 표의 선박가압류조약 관련 내용은 정완용, 215-245, 김인현(주 76), 105-112를 참조하여 작성하였다.

118) 해사채권에는 다음의 사유로 인한 권리 또는 채권이 포함된다. ㉠ 선박충돌 기타의 사유로 인하여 발생한 손해, ㉡ 선박에 의해 발생되었거나 선박의 운항과 관련하여 발생한 사람의 사망 또는 신체의 상해, ㉢ 해난구조료, ㉣ 용선계약이나 다른 방법에 의한 선박의 이용 또는 임차에 관한 계약, ㉤ 용선계약이나 다른 방법에 의한 선박의 이용 또는 임차에 관한 계약, ㉥ 선박에 의하여 운송되는 물건 및 수하물의 멸실 또는 훼손, ㉦ 공동해손, ㉧ 모험대차, ㉨ 예선료, ㉩ 도선료, ㉪ 어느 장소에서 공급하거나 불문하고 선박의 이용 또는 유지를 위하여 선박에 대하여 공급한 제품 또는 재료의 공급, ㉫ 선박의 건조, 수선, 의장 또는 정비료, ㉬ 선장, 선박직원 또는 해원의 임금, ㉭ 선장의 체당금 및 송하인, 용선자 또는 기타의 대리인이 선박을 위하여 또는 그의 소유자를 위하여 행한 체당금, ㉮ 선박의 소유권에 대한 분쟁, ㉯ 선박공유자간에 그 선박의 공유권, 점유, 이용 또는 수익권에 대한 분쟁, ㉺ 모든 선박저당권 및 모든 양도저당.

119) 1952년 선박가압류조약의 해사채권에 더하여, 해난구조와 관련된 특별보상금채권, 환경손해채권, 무해조치 관련채권, 용선계약 또는 다른 계약에 포함되어 있는 선박의 사용 또는 임대와 관련된 계약채권, 선원의 송환비용 및 사회보험료채권 등이 추가로 포함되었다.

120) 김인현(주 76), 107-109.

121) 김인현(주 76), 110-112. 1952년 선박가압류조약은 정기용선자 및 항해용선자가 피고인 경우에도 채권을 발생시킨 당해 선박의 가압류가 가능하도록 하였으나, 1999년 선박가압류조약은 이를 제외하였는바, 이는 대륙법계의 입장이 반영된 것이라고 한다.

122) 이에 관한 구체적인 내용은 주 37 참조. 1952년 선박가압류조약이 가압류지 법원이 본안에 관한 재판 관할권을 갖도록 규정한 것은, 대물소송을 인정하는 영미법계와 가압류 관할이 본안관할이 되기 위하여는 명시적인 연결점이 필요하다고 보는 대륙법계의 절충안으로 채택된 것이다. 정완용, 226-227.

123) 이는 1952년 선박가압류조약과 달리 가압류가 실행된 국가의 법원 또는 담보가 제공된 국가의 법원이 본안사건에 관한 관할권을 가진다는 일반원칙을 수렴한 것이고, 다만 당사자들이 다른 국가의 법원이나 중재에 의해 분쟁을 해결하기로 합의한 경우, 가압류가 실행되거나 담보가 제공된 국가의 법원이 재판관할권 행사를 거부한 경우에는 예외가 인정된다. 정완용, 230-231.

124) 부산지방법원, 선박집행실무(개정판)(2013), 225; 대법원 1982. 7. 13. 선고 80다2318 판결, 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결 등.

선박우선특권이 아닌 일반적인 해사채권에 기한 가압류 절차에 관하여 본다. 선박가압류는 가압류 등기를 하는 방법 또는 선박국적증서 등을 수취하는 방법이 있는데(민사집행법 제295조 제1항), 외국선박에 대한 가압류의 경우에는 가압류등기촉탁을 할 수 없으므로 후자의 방법으로 가압류를 하여야 한다. 그리고 외국선박의 이동을 막기 위하여 선박에 대한 감수·보존처분을 할 수 있다(민사집행 규칙 제208, 102, 103조). 가압류의 효력은 원칙적으로 채무자에게 가압류명령이 송달된 때에 생기나 그 외에 집행관이 선박국적증서 등을 받은 때 또는 감수·보존처분을 하였을 때에도 가압류의 효력이 생긴다(민사집행법 제291조, 제172조, 제83조 제4항, 제94조, 제174조 제2항, 제178조 제2항).¹²⁵⁾ 가압류명령의 송달도 해외에 있는 선박소유자 뿐만 아니라 선적항 외에서 포괄적 대리권이 있는 선장에 대하여도 할 수 있다(상법 제749조).¹²⁶⁾ 외국선박에 대한 가압류가 이루어지는 경우 신 국제사법 제14조, 제90조를 통해 본안사건의 관할도 국내 법원에 있게 된다. 이와 같이, 일반적인 해사채권에 관한 가압류 및 본안소송은 영국의 준대물소송과 유사한 방식으로 진행될 수 있을 것이다. 다만, 선박가압류 절차에서 주의할 점은 선박소유자가 당해 선박을 점유하고 있다는 점을 요구하고 있다는 것이고, 이에 따라 나용선자나 선박임차인이 점유하고 있는 경우에는 그 점유로써 압류채권자에게 대항할 수 있는지 여부를 불문하고 당해 선박에 대한 가압류를 신청할 수 없다고 보아야 하는 반면(다만, 나용선자의 경우에도 상법 제850조 제2항에 따라 선박우선특권이 선박소유자에 대하여 효력을 미치는 경우에는 채권자는 선박소유자에 대한 효력을 주장하여 해당 선박에 대해 임의경매신청을 할 수 있다¹²⁷⁾), 정기용선의 경우에는 선박소유자가 자기의 사용인인 선장, 선원에 의해 그 선박의 점유를 하고 있는 경우이므로 가압류를 신청할 수 있다고 본다.¹²⁸⁾

다음으로, 채권자가 선박우선특권 등 담보물권을 가지고 있는 경우에 관하여 본다. 이러한 경우 채권자는 집행권원이 없어도 외국선박에 대해 곧바로 임의경매신청을 할 수 있으므로, 본안재판관할에 관하여 논의할 여지는 적다고 할 것이다. 이러한 사안은 영미법에서 전형적인 대물소송의 사안이라고 할 것이고, 영미법에서는 대물소송의 본안소송 제기 및 가압류(arrest)를 신청하는 방식으로 선박우선특권 등의 만족을 구하고 있는바, 우리나라의 집행방식과는 다소 차이가 있다. 선박강제집행은 당해 선박이 있는 곳을 관할하는 지방법원의 전속관할(민사집행법 제173조, 제21조)에 속하는바, 외국선박이 국내에 있는 경우 집행절차의 국제재판관할도 국내법원에 있다고 보는 것이 합리적이므로, 채권자가 국내법원에서 임의경매절차를 진행하는 것에는 특별한 문제가 없어 보인다. 임의경매개시 결정 등의 송달은 선박소유자 뿐만 아니라 선장에 대하여도 가능하다(상법 제749조). 오히려 채무자가 채권자를 상대로 선박우선특권 부존재확인 소 등을 제기하여 다투어야 하는데, 이러한 경우 채

125) 사법연수원, 법원실무제요 민사집행 V(2020), 290.

126) 김인현(주 76), 143.

127) 대법원 2019. 7. 24.자 2017마1142 결정 등.

128) 사법연수원, 법원실무제요 민사집행 III(2020), 512. 민사집행법 제291조는 가압류의 집행에 대하여 강제집행에 관한 규정을 준용하고 있고, 민사집행법 제177조 제1항 제1호 전단은 선박강제경매를 신청함에 있어 소유자가 선박을 점유하고 있음을 소명할 수 있는 증거를 제출하도록 규정하고 있다.

권자가 압류를 한 경우에는 신국제사법 제90조에 따라서 국내법원에 국제재판관할권이 인정되고, 채권자가 압류를 하기 이전이라도 신국제사법 제5조 제1항의 “담보의 목적인 재산이 대한민국에 있는 경우”로서 국내법원의 국제재판관할권이 인정된다고 할 것이다.

한편, 채권자는 선박에 대한 소유권 등을 주장하면서 선박에 대한 처분금지가처분이나 점유이전금지가처분 등도 제기할 수 있을 것인데, 이러한 경우에는 신국제사법 제5조 제1항의 “청구의 목적인 재산이 대한민국에 있는 경우”에 해당되어 국내법원의 관할권이 인정될 것이다.

결론적으로, 신국제사법에 의해 선박가압류 관할을 인정할 수 있는 명시적인 근거가 마련됨으로써 실질적으로는 영미법의 대물소송에 근접한 제도를 운용할 수 있게 되었다고 할 수 있다. 이와 관련하여, 영미법상의 대물소송 제도 등과 비교하여 우리나라의 선박 가압류관할 제도에 관하여 검토할 부분을 아래에서 살펴보기로 한다.

3) 신국제사법 제90조의 선박 가압류관할 규정 검토

가) 인정범위 관련

신국제사법 제90조는 선박 가압류관할의 대상 사건으로서 “선박 또는 항해에 관한 소”를 규정하고 있음은 앞서 본 바와 같다. “선박 또는 항해에 관한 소”라는 개념은 애매모호한 측면이 있고 이에 해당하는지 여부에 관하여 다툼이 있을 수 있다. 앞서 본 바와 같이 선박가압류조약은 17종 또는 22종의 해사채권을 명시적으로 규정하고 있고, 영국의 해사사건 관할에 관한 규정도 대물소송 또는 준대물소송이 가능한 소의 유형에 관하여 명시하고 있으므로 우리 국제사법도 이와 같이 해사채권의 종류를 명시할 필요성이 있다고 생각된다.¹²⁹⁾ 특히 현재 전문법원인 해사법원의 설립이 논의되고 있는 바, 해사법원이 설립된다면 해사법원이 전속적으로 담당할 사건의 범위와 일치시킴으로써 해사사건을 담당하는 전문법원이 국제해사사건 또한 전속적으로 담당할 수 있도록 하여야 할 것이다.¹³⁰⁾

한편, 앞서 본 바와 같이 신국제사법 제90조는 선박소유자, 용선인, 선박관리인, 선박운항자, 그 밖의 선박사용인 등(“선박소유자등”)에 대한 청구에 관하여도 선박 가압류관할을 인정하고 있고, 또한 가압류 대상인 선박에 대하여 특별한 제한을 두고 않고 있는바, 이에 대하여는 검토할 부분이 있다고 생각된다. 신국제사법 제89조는 책임제한사건에 따른 선박 가압류관할을 규정하면서 위와 같이 “선박소유자등”으로 피고 또는 채무자의 범위를 정하였고, 신국제사법 제90조에 따른 해사사건의 선박 가압류관할에 대하여도 그와 같은 “선박소유자등”이라는 용어 내지 개념을 계속하여 사용하고 있다. “선박소유자등”은 상법 제774조에서 책임제한을 할 수 있는 자의 범위에 관하여 규정한 내용을 그대

129) 석광현, 31.

130) 현재 윤상현, 안병길, 배준영, 이수진 의원이 각 대표로 발의한 법원조직법 개정안이 국회에 계류 중에 있는바, 위 각 발의안은 해사민사사건의 범위로 “① 상법 제4편 제2장 제4절(해상보험) 및 제5편(해상)의 규정이 적용되거나 준용되는 민사사건(외국 법이 준거법인 사건 포함), ② 선원법의 규정이 적용되거나 준용되는 민사사건, ③ 위에서 규정하는 사건 외에 선박(건조 중인 선박을 포함) 또는 항해, 선박채권 또는 그 밖에 선박을 담보로 한 채권, 선박의 충돌 또는 그 밖의 사고 등에 관한 민사사건으로서 대법원규칙으로 정하는 사건”으로 규정하고 있다.

로 가져온 것으로 보이는데, 위와 같은 피고의 범위를 해사사건의 선박 가압류관할 규정에도 동일하게 사용될 수 있는 개념인지는 검토가 필요하다고 생각한다.

위 가.의 3)항에서 본 ③의 경우(선박소유자 이외의 용선인 등을 피고로 하면서 해사채권을 발생시킨 선박을 가압류·압류하는 경우) 대물소송이 인정되지 않는 우리나라로서는 용선인 등이 단독으로 부담하는 채무에 대하여 선박소유자 소유의 선박에 대해 가압류·압류할 수는 없고, 선박소유자와 공동으로 책임을 부담하는 경우에만 가압류/압류가 가능하고 이에 대한 본안관할권 창설이 가능하다는 점은 앞서 본 바와 같다. 따라서 위 ③의 경우에 “선박소유자등”의 개념을 그대로 사용할 것이 아니라 피고의 범위를 선박소유자와 공동으로 채무를 부담할 수 있는 자로 한정하거나, 용선자 등이 선박소유자와 공동으로 책임을 부담하는 경우에만 가압류·압류가 가능하고 본안관할권이 창설될 수 있다는 점을 명시하는 것이 잘못된 해석의 여지를 줄일 수 있다고 생각된다. 영국의 준대물소송 제도와 1999년 선박가압류조약은 피고가 선박소유자와 나용선자인 경우에만 당해 선박에 관한 가압류(arrest)가 가능하고 본안관할권도 창설된다고 보고 있는 점도 참고할만하다.

위 가.의 3)항에서 본 ④의 경우(선박소유자 이외의 용선자 등을 피고로 하면서 용선자 등이 소유한 자매선박에 대해 가압류·압류하는 경우)에도, “선박소유자등”의 개념이 확대됨으로써 해사채권이 발생한 당해 선박이 아닌 용선자 등이 소유한 다른 선박에 관하여도 선박 가압류관할을 널리 인정하고 있는바, 실질적 관련성 측면에서 검토할 필요성이 있다고 보인다. 예를 들어, 해사채권이 해외에 정박 중인 선박과 관련하여 발생하였고 그 분쟁이 국내와는 별다른 관련성이 없는 경우에도, 용선자 등이 소유한 선박이 국내에 정박하고 있는 사정만으로도 그 선박을 가압류·압류하면 국내에 본안에 관한 국제재판관할권이 인정되는바, 실질적 관련성을 요구하는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하지 않는 경우도 발생할 수 있을 것이다. 물론 영국의 준대물소송 제도는 용선자, 관리자, 점유자에 대하여, 선박가압류조약은 용선자에 대하여 각 그들이 소유한 자매선박의 가압류를 허용하고 있기는 하나, 우리 신국제사법은 더 나아가 그 밖의 선박사용인에 대하여도 자매선박 가압류관할을 인정하고 있는바, 향후 그 범위를 어느 정도 제한할 것인지 논의할 필요성은 있다고 보인다. 우리 신국제사법이 재산소재지 관할을 인정하고 있기는 하나, 그 경우에 실질적 관련성 또는 상당한 재산의 가액을 요구하고 있는데, 선박과 선박 이외의 재산을 구분하여 국제재판관할 인정요건을 달리 보는 것이 합리적이지 않다는 점도 고려할 필요가 있을 것이다.

나아가 신국제사법 제90조의 선박 가압류관할은 원고뿐만 아니라 제3자가 가압류 등을 한 경우에도 적용될 수 있을 것인지 문제된다. 법령상으로는 별다른 제한이 없으므로 제3자가 가압류한 경우에도 본안관할권이 창설된다고 볼 여지도 있을 것이나, 영미법상 대물소송은 원고가 소송을 제기하고 이를 근거로 가압류(arrest) 절차에 착수하는 것을 전제로 하므로 당해 원고가 가압류하는 것을 예정하고 있는 점, 신국제사법 제90조는 선박소재지 관할은 채택하지 않고 있고, 일반적인 소재지 관할은 신국제사법 제5조에 따라 관련성 등이 요구되는 점(앞서 본 공동해손, 선박충돌 사건의 경우에는 선

박소재지 관할도 채택하고 있기 때문에 제3자의 가압류에 대하여도 본안관할권을 인정할 수 있다는 견해가 있다¹³¹⁾ 등을 고려하면 제3자의 가압류는 신국제사법 제90조에 따른 선박 가압류관할이 발생하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

나) 피고에 대한 송달 관련

영미법상 대물소송의 장점으로 들 수 있는 것은, 선박을 가압류/압류하면 본안관할권을 창설할 수 있을 뿐만 아니라 국외에 있는 선박소유자 등에 대한 송달을 요구하지 않고, 오히려 이를 다투고자 하는 선박소유자 등은 스스로 송달확인(acknowledgment of the claim form) 등을 통해 소에 응하여야 한다는 점이다. 이로써 원고 또는 채권자로서는 국외 송달의 복잡한 절차를 밟지 않아도 선박에 대한 집행이 가능하다고 할 것이다. 우리나라의 경우에도 상법 제749조 제1항은 선적항 외에서 선장은 항해에 필요한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 권한이 있다고 규정하고 있는바, 선박에 대한 가압류/압류나, 본안소송에 관한 송달은 선박소유자에 대하여 포괄적인 대리권이 인정되는 선장에 대하여 하면 될 것이므로, 영미법상 대물소송 제도와 유사하게 운영될 수 있다고 할 것이다. 다만, 선장에 대하여도 송달이 불가능한 경우, 상법 제749조 제1항에서 규정한 선장의 대리권을 넘어서는 경우, 선박소유자와 용선자 등을 공동 피고로 하여 소송을 진행하면서 용선자 등에 대하여는 별도로 국외 송달을 해야 하는 경우 등에는 본안소송에서 송달 문제가 대두될 수 있을 것인바, 이에 대하여 영미법상 대물소송 제도와 같이 송달의 편의를 위한 법적 장치를 마련할 것인지, 아니면 대인소송의 기본 틀을 유지하는 이상 현행 제도 하에서 운영할 수밖에 없는 것인지 등에 관하여 논의할 필요성은 있다고 보인다.

다) 적법절차 보장 관련

앞서 본 바와 같이, 미국 대물소송 제도에서는 선박소유자 등에 대해 사후심문 절차를 마련함으로써 적법절차를 보장하고 있다는 점을 강조하고 있다. 우리나라의 경우에는 채무자는 가압류에 대하여 이의신청이 가능하고, 압류에 대하여는 경매개시결정에 대한 이의신청이 가능하므로 위 절차에 따른 심문 등에서 가압류, 압류의 적법성을 다룰 수 있고, 당연히 본안에서도 국제재판관할 존부를 다룰 수 있다고 할 것이므로, 선박소유자 등에 대한 적법절차 보장은 크게 문제될 여지가 없다고 보인다.

4. 해사법원의 설립과 향후 과제

가. 해사법원 설치에 관한 논의

실무와 해상법 학계에서는 해사사건의 전문법원인 해사법원의 설치를 적극적으로 요청하여 왔다. 전문적이고 신속한 해상 법률서비스 제공, 국제해사사건의 유치, 해사법 관련 지식산업의 발전 등을

131) 석광현, 35-36.

고려한다면 우리나라에도 전문법원인 해사법원을 설치하는 것이 상당히 설득력이 있다. 이에 관하여는 현재 21대 국회에서 윤상현, 안병길, 배준영, 이수진 의원이 각 대표 발의한 법률안들이 계류 중에 있고, 대법원 사법행정자문회의에서도 2020. 9.경 해사법원 설치 추진을 권고하기도 하였다.¹³²⁾

해사법원 설립을 추진하는 가장 중요한 이유 중 하나는 국제해사사건의 국내 유치라고 할 것인데, 이번 신국제사법에서 선박 가압류관할을 인정하여 우리나라에 정박한 외국 선박에 대한 본안관할권을 인정하게 됨으로써 해사법원이 설치되는 경우 해사법원의 국제사건 관할 확대에 도움이 될 것으로 보인다. 물론 기존 민사소송법의 재산소재지 관할 규정 등을 통해 선박 가압류관할과 유사한 방식으로 국내 재판관할을 인정할 여지가 있었으나, 신국제사법에서 선박 가압류관할을 인정할 수 있는 명시적 근거를 마련하였고 과잉관할 등의 비판을 해소할 수 있게 되었다는 점에서 의미가 있음은 앞서 본 바와 같다. 선박 가압류관할 이외에도 신국제사법을 통해 다양한 해사사건에 관한 국제재판관할 규칙이 정립됨으로써 향후 설립될 해사법원이 국제해사사건을 담당할 수 있는 기반을 마련하였다고 평가할 수 있다. 물론 해사법원이 설립된다면 국제해사사건은 해사법원이 전속적으로 관할함으로써 관할의 집중과 전문성 강화를 꾀하여야 할 것이다.

나. 향후 과제

해사사건의 수, 전문화를 위한 관할 집중의 필요성 등을 고려하면, 해사법원을 설치하는 경우에는 지방법원 및 그 지원보다 그 수가 줄어들 수밖에 없다. 국제해사사건에 있어서 선박 가압류관할이 인정됨으로써 선박에 대한 가압류 또는 압류 절차가 더욱 중요한 의미를 가지게 될 것인데, 비교적 적은 수의 해사법원에서 선박 집행을 전부 담당하게 된다면 신속성 등이 저해될 수 있으므로 해사법원이 설치되는 경우 그 집행기능을 특히 강화할 필요성이 있다. 또한 외국 선박에 대한 가압류·압류는 본안관할 창설이라는 중대한 소송법적 의미를 지니게 되었으므로 해사법원의 집행관이 신속하게 외국 선박을 가압류할 수 있는 역량을 갖추 수 있도록 제도적 지원 등이 필요할 것으로 보인다.

신국제사법을 통해 해사사건의 국제재판관할에 관한 규칙이 어느 정도 정립되었다고 할 것이지만, 나아가 해사사건의 국제적 정합성을 제고하기 위하여 해사사건 관련 조약들에 가입하는 방안도 고려할 수 있다.¹³³⁾ 앞서 본 선박가압류조약을 포함한 다른 여러 조약에 대하여, 국내법 및 신국제사법과 유기적으로 결합할 수 있는 범위에서 적극적으로 가입하여 국제적인 기준에 맞는 제도를 구현할 필요성이 크다.

해사법원이 설치되어 국제해사사건을 유치하기 위하여는, 국제재판관할에 관한 규정의 정립과 더불어 준거법의 정비도 필요하다. 국제해사사건의 당사자들은 준거법이 적용되는 국가를 법정지로 하는 관할합의를 할 경향이 있을 것이다. 이번 신국제사법 개정작업에서는 준거법에 관하여 특별한 개

132) 이재찬, 1-3.

133) 석광현, 12.

정작업이 이루어지지 않는바, 향후에 이에 대한 정비 작업도 필요할 것으로 생각된다. 특히 별다른 근거 없이 많은 쟁점에 대해 선적국법을 준거법으로 하고 있는 현행 규정은 충분한 검토가 필요한 것으로 보인다.¹³⁴⁾ 나아가 해사사건 중 상당한 수의 분쟁은 해상계약으로부터 비롯되는데, 선박건조계약, 용선계약, 운송계약 등에 관하여 표준서식이 이용되는바,¹³⁵⁾ 위 표준서식은 런던, 뉴욕, 싱가포르의 법정지나 준거법을 사용하도록 규정하고 있다.¹³⁶⁾ 대한상사중재원과 한국해법학회도 한국형 해사표준서식을 만든 바 있는데, 국내외 해상계약 표준서식에 우리 해사법원을 법정지로 하거나 한국법을 준거법으로 선택할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.¹³⁷⁾

마지막으로, 국제 해사분쟁의 경우 상당수가 해사중재로 해결되고 있는바, 런던해사중재협회(London Maritime Arbitrators' Association)가 전세계 해사중재사건의 90%를 해결하고 있다고 한다.¹³⁸⁾ 앞서 본 바와 같이 해상계약의 표준서식은 영국 등을 중재지로 하는 경우가 많은바, 우리나라를 중재지로 할 수 있도록 노력할 필요가 있다.¹³⁹⁾ 이를 위하여는 향후 설립될 해사법원과 해사중재기관의 긴밀한 연계가 필요하고, 국내중재기관에 해사중재가 계속되거나 중재판정이 이루어진 경우에도 해사법원이 신속하게 선박에 대한 보전처분 내지 강제집행을 하거나 그 해방이 이루어질 수 있도록 여러 절차적 연계를 강화하거나 그와 관련된 절차적 근거규정을 만드는 등 제도적 정비가 필요할 것이다.¹⁴⁰⁾ 나아가 국제해사중재사건이 중재기관에 의해 진행되더라도 중재판정취소의 소, 사전적 소송유지명령의 청구, 사후적 손해배상청구, 중재판정의 승인 및 집행결정 청구 등은 법원에 제기될 것이므로 해사법원을 포함한 우리 법원은 중재와 관련한 전문성을 제고하여야 한다.¹⁴¹⁾

5. 결론

이상에서는 영미법상 해사대물소송 제도의 구체적인 모습을 살펴보았고, 이를 바탕으로 우리 신국 제사법의 해사사건 국제재판관할 규정을 검토하였다. 특히, 대물소송의 요소라고 할 수 있는 선박 가압류관할을 명시적으로 도입함으로써 국내법원이 국제해사사건을 담당할 수 있는 명확한 근거를 마

134) 석광현, 87.

135) 보통 우리 선사의 경우 선박건조계약의 경우 일본조선공업협회(SAJ)의 표준서식을, 용선계약의 경우 Barecon, NYPE, Gencon 등의 표준서식을 각 사용하고 있고, BIMCO(Baltic and International Maritime Council)가 그 작성에 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 이재찬, 123-125.

136) 김인현, “한국 해사법정 및 한국 준거법 활용현황과 그 활성화 방안”, 한국해법학회지 제34권 제1호(2012), 57-68; 이재찬, 123-125.

137) 이재찬, 125.

138) 이재찬, 123.

139) 현재 우리나라에는 대한상사중재원 이외에 2018. 2.경 임의중재기관인 ‘서울해사중재협회’가 설립되었고, 2018. 3.경 부산 지역에 기관중재를 담당하는 ‘아시아-태평양 해사중재센터’가 설립되었다. 이재찬, 124.

140) 이재찬, 125; 중재합의가 있는 경우 중재판정을 거치지 않고 경매신청 등은 부적법하다는 것이 판례의 태도이나(대법원 1983. 8. 1.자 82마카77 결정, 대법원 1993. 10. 5.자 93마621 결정 등), 중재합의가 있음에도 곧바로 임의경매신청을 하였다고 하여 곧바로 채권자의 고의 또는 과실이 추정되거나 위법, 부당한 압류로서 불법행위를 구성하지는 않는다고 본다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다88917 판결 등). 중재합의가 있는 경우에도 중재합의에 기한 집행의 편의 등을 위해 가압류, 압류 등이 가능하다고 해석하거나 관련된 제도적 정비가 필요할 것이다.

141) 석광현, 86-87.

련한 것에 큰 의미가 있다고 생각된다. 선박 가압류관할 규정을 중심으로 그 운용, 해석 및 개선 방안 등에 대해서도 검토하였다. 나아가 향후 해사사건의 전문적이고 신속한 처리를 위해 전문법원인 해사법원의 설립을 추진함이 바람직하고, 그와 관련한 향후 과제에 관하여도 검토하였다. 선박 가압류관할 규정의 개선 방안이나, 해사법원 설치와 관련한 향후 과제에 관하여 더욱 심도 있는 논의가 이루어지기를 바란다.

제5주제 발표 관련 토론문

이철원 변호사(김 · 장 법률사무소)

발표문에서 잘 정리하셨듯이, 해상 사건에 있어서 단순히 소송을 어느 국가의 법원에서 소송을 제기할 수 있는지도 중요하지만, 어느 국가에서 해당 선박이 arrest 될 수 있는지가 실질적으로 더 중요한 문제입니다. 선박의 Arrest는 특정 항구에서 선박의 출항 자체를 금지시키는 법적 집행 조치로서 선박을 이용한 사업에서 가장 중요한 선박의 이동성을 제한한다는 측면에서 실질적으로 영업금지 가처분에 비견될 만큼 강력한 효과를 가지고 있습니다. 따라서 선박의 arrest는 영업금지 가처분을 내릴 때와 마찬가지로 신중하게 이루어져야 하며 그 해제 조치도 필요시 가능한 신속하게 이루어질 필요가 있습니다.

영국법상 선박우선특권에 기한 arrest와 일반 해사채권에 기한 arrest는 선박의 출항을 금지시키는 집행이라는 점과 소송 관할을 창설하는 측면에서는 차이가 없습니다. 1952년 Arrest Convention이나 1999년 Arrest Convention의 경우도 선박우선특권과 일반해사채권에 따른 arrest에 대하여 절차적인 측면에서 별다른 구분을 두지 않고 있습니다. 그런데 우리나라 법상으로는 선박우선특권은 실체적인 담보권으로 취급되고, 반면 가압류는 순수하게 절차적인 것으로 구분하여 섭외 사건의 경우 준거법을 달리하고 절차적으로 차이를 둘 필요가 있는지에 대하여 의문이 제기됩니다.

이에 현행 국제사법이 적용되는 섭외적인 법률관계가 문제되는 해상 분쟁에서 우리나라 법원이 어떤 범위에서 arrest를 인정하는지를 가정적인 사례를 통하여 살펴보려고 합니다. 그 다음에 우리나라 법제도의 문제점에 대하여 논의를 하겠습니다.

[전제되는 사실관계]

100,000톤의 벌크 선박은 라이베리아 등록선주 SO가 소유자입니다. 라이베리아 등록선주 SO는 페이퍼 컴퍼니이고, 위 선박 이외에 다른 재산은 없다고 가정하겠습니다. 라이베리아 등록선주 SO는 일본의 대형선사인 BBC 라는 해운사에 위 선박을 30년간 나용선 주었습니다. 일본의 대형선사 BBC는 선장과 선원을 고용하여 위 선박을 운영하였습니다. 일본의 대형선사 BBC는 2022년 1월부

터 해상운송 사업을 하는 싱가포르의 회사인 TC에게 1년간 위 선박을 1일 용선료를 3만 달러로 하여 정기용선 주었습니다. 싱가포르 회사인 TC는 위 선박을 이용하여 석탄수출을 하는 호주회사 VC와 사이에 호주에서 한국으로 이루어지는 1항차의 석탄 화물의 운송에 대한 화물 운송 계약을 항해용선계약의 형태로 체결하였습니다. 화물을 호주에서 선적한 후 위 선박의 나용선자인 BBC의 직원인 선장은 BBC 명의로 선하증권을 발행하였습니다. 위 선박은 한국의 대산항에서 석탄 화물을 하역하였고, 발전소 PP가 선하증권 원본을 선장에게 교부하고 화물을 인도받았습니다. 위 선박은 한국의 대산항을 출항하면 앞으로 1년간 한국의 항구에 입항할 계획이 없습니다.

[분쟁 사례 1]

위 선박은 대산항에 입항하다가 선장의 부주의로 인근 어민 F가 설치한 어망을 손상시켰습니다. 이로 인하여 어민 F가 입은 손해는 1000만원입니다.

[분쟁 사례 2]

위 선박이 대산항에 입항하면서 부두에 접안하는 과정에서 BBC의 요청을 예인선 소유자 T는 자신의 예인선을 이용하여 예인 서비스를 제공하였습니다. 그러나 BBC는 예인선 소유자 T에게 예인료 500만원을 지불하지 않았습니다.

[분쟁 사례 3]

발전소 PP는 위 선박에서 인도받은 위 화물이 해상운송 과정에서 변질 손상되어 원 수입 목적에 따라 사용할 수 없게 되었습니다.

[분쟁 사례 4]

위 선박의 정기용선자인 TC는 호주에서 한국으로 항해하는 도중에 싱가포르를 경유하면서 싱가포르 연료유 공급업자인 B로부터 약 30만 달러의 연료유를 구매하였고, B는 위 선박에 위 연료유를 공급하였습니다. 그러나 TC는 B에게 연료유 대금을 지불하지 않고 있습니다.

[질문]

위 각 사례에서 청구권을 가지는 어민 F, 예인선 소유자 T, 발전소 PP, 연료유 공급업자 B는 위 선박이 정박중인 대산항을 관할하는 한국의 대전지방법원 서산지원에 선박의 가압류 또는 압류를 신청하여 선박의 출항을 막아서 자신의 청구권 실현을 위한 유리한 위치에 설 수 있는가?

[답변]

국제사법 제94조는 선박우선특권을 적용함에 있어서 선적국법에 따르도록 하고 있습니다. 사례 1번과 2번의 경우 거의 모든 국가에서 선박우선특권을 인정하는 법률관계인바, 라이베리아 법도 마찬가지이므로 우리나라 법원은 선박우선특권에 따른 압류의 방법으로 선박을 arrest 할 수 있습니다. 3번 사례의 경우 라이베리아 법으로도 선박우선특권이 인정이 되지 않고, 반면 발전소 PP는 자신의 운송계약 상대방인 TC 또는 실질 운송인에 해당하는 BBC에 대하여만 손해배상 채권을 가지는데 TC나 BBC는 이 사건 선박의 소유자가 아니므로 가압류도 할 수 없게 됩니다. 참고로 영국법원의 경우 3번 사례와 같은 경우 용선자에 대한 채권으로 대물소송이 가능하므로 arrest가 가능하였을 것입니다. 4번 사례의 경우 라이베리아 법이 이례적으로 (선박소유자로부터 승인을 받은 자로부터 주문을 받았음을 전제로) 연료유 공급채권을 선박우선특권으로 인정하므로 한국 법원에서는 위 선박을 압류할 수 있습니다. 만일 해당 선박이 라이베리아 선적이 아니고 한국이나 일본 선적이었다고 하면 4번 사례의 경우 압류가 불가능합니다. 이 경우 연료유 공급자는 선박 소유자인 SO가 아니라 TC에 대하여 채권을 가지고 있으므로 선박에 대한 가압류도 할 수 없습니다.

[우리나라 법제의 검토]

위 사례에 대한 검토에서 보듯이 결국 해상 분쟁에서 우리나라 법원의 관할권의 문제는 결국 우리나라 법원이 해당 선박에 대한 선박우선특권에 기한 압류나 가압류를 할 수 있는지의 문제와 연결됩니다.

선박우선특권은 선박에 대한 경매 과정에서 배당 순위에 대하여 의미를 가지기도 하지만 소액의 선박우선특권에 기한 압류로 선박에 대한 경매와 매각, 배당이 이루어지는 경우는 매우 드물게 일어납니다. 실제로 선박우선특권의 가장 중요한 기능은 소액의 채권을 가지는 채권자가 선박의 출항을 금지시키는 압류권을 행사하고 이를 기초로 유리한 협상력을 가지고 화해 계약을 체결함에 있습니다. 이는 국내 항구에 소재한 도선사, 예인선주, 시설물 손해를 입은 어민이나 항만 사업자 등이 다시 한국에 기항할 가능성을 알 수 없고, 누가 선박 사고를 일으킨 주체인지 알기 어려운 상황에서 선박의 압류를 통해 담보를 확보하고 책임 주체에 대한 복잡한 검토를 피할 수 있도록 한 것입니다.

그런데 국제사법은 선적국법을 선박우선특권의 준거법으로 정함에 따라 우리나라 법상으로는 선박우선특권이 인정되지 않는 연료유 공급대금 채권에 대하여 선박우선특권에 기하여 선박을 압류할 수 있게 되는 문제가 발생하게 됩니다. 나아가 선박은 전세계적으로 편의치적이 빈번하게 이루어지고 있는바, 문제되는 해상 분쟁과는 관련성이 떨어지는 선적국의 법률에 따라 선박우선특권 인정 여부가 결정되는 결과를 초래할 가능성이 높습니다. 더욱이 우리나라 선박 역시 대부분이 편의치적되어 있는 현실을 고려하면, 선박우선특권의 인정 여부를 결정함에 있어서 우리나라 법이 거의 적용되지 않게 되며, 선박우선특권의 인정 여부가 다투어질 경우에는 선적국법의 해석을 확인하기 위하여 해외 로펌에 자문을 구하는 등으로 상당한 시간과 비용이 투입되는 비효율을 낳고 있습니다.

반면 가압류의 경우 용선자에 대한 청구권을 가지고도 해당 선박에 대하여 Senior Court Act 제 21조 제4항 (b)호에 따라 arrest를 수반하는 대물소송을 제기할 수 있는 영국이나 1952년 arrest convention과 달리, 우리나라 법상으로는 오직 소유자에 대한 청구권만을 가지고 선박을 가압류할 수 있는바, 페이퍼 컴퍼니에 불과한 선박의 등록 소유자가 해상운송계약 등에 따른 채무를 부담하는 경우를 상정하기 어려우므로 실무적으로 활발하게 활용되지 못하고 있습니다. 실질 선주의 이름으로 등록된 러시아 어선들이 우리나라 조선소에서 직접 수리계약을 체결하고 수리 대금을 지급하지 못한 경우에 선박우선특권이 없기 때문에 조선소가 가압류를 하는 경우가 실제 이용되는 정도입니다. 결국 현행법상 선박가압류는 그 활용 범위가 제한적이므로 선박가압류의 대상이 되는 선박의 범위를 합리적인 범위 내에서 확대하기 위한 방안도 고려할 필요가 있다고 할 것입니다.

금번 국제사법 개정으로 선박 또는 항해에 관한 소에 대하여 선박의 압류/가압류가 이루어진 경우에 우리나라 법원이 관할을 가진다는 점을 명기한 것은 분명 의미가 있어 보입니다. 다만 해사 관할의 문제는 섬외적인 해사 사건에서 가압류와 선박우선특권에 기한 압류에 대하여 각기 다른 준거법을 취하는 것이 타당한 것인지의 문제는 여전히 남아 있습니다. 이를 해결하기 위한 방안으로는 여러가지가 있겠으나 선박우선특권과 선박가압류의 준거법을 모두 법정지국으로 하는 방안을 고려할 필요가 있겠습니다. 더 나아가 현행 민사집행법은 arrest 제도를 단순히 경매 절차로 나아가기 위한 보전절차의 관점에서만 규정되어 있는바, arrest 제도가 실질적으로는 선박의 출항을 금지시키는 가처분적 성격의 법원의 강제조치에 해당하는 점을 고려하여, 민사집행법의 규정들을 Arrest Convention을 비롯한 국제적인 arrest 규범에 맞추도록 개정하는 방안을 고민할 필요가 있다고 보입니다.