

제11회 한국법률가대회

“헌법 제정 70년과 법학의 변화”

- ▶ 제1분과 : “헌법 70년과 헌법의 미래”
- ▶ 제2분과 : “공법 분야에 대한 헌법의 영향”
- ▶ 제3분과 : “사법 및 절차법 분야에 대한 헌법의 영향”

Ⅰ 제4세션 제3분과 세미나 Ⅰ

1. 한국국제사법학회
 - 국제사법에 대한 헌법의 영향
2. 한국중재학회
 - 재판청구권 보장과 ADR

- 일 시 : 2018. 10. 19.(금) 15 : 50 ~ 18 : 00
- 장 소 : 웨라톤서울팔래스강남호텔 그랜드볼룸B
- 주 관 : 한국법학원
- 공동주최 : 대법원 · 헌법재판소 · 법무부 · 대한변호사협회 · 한국법학교수회
- 후 원 : 법제처 · 사법정책연구원 · 한국형사정책연구원 · 법률신문사



제11회 한국법률가대회 프로그램 : “헌법제정 70년과 법학의 변화”

10월 18일 (목요일)

9:30~10:00	등 록	
10:00~10:40	개 회 사 한국법학원장 축 사 대법원장 · 헌법재판소장 · 법무부장관 대한변호사협회 협회장 · 한국법학교수회장	사회 정교화 변호사 임수현 변호사
10:40~11:40	기조발제 “우리 헌법 규범력의 현주소 - 제헌 70년의 성과와 과제” 발 제 자 허 영 석좌교수(경희대)	
11:50~12:50	오찬 (도시락 제공)	

International Symposium The Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression (Simultaneous interpretation services will be provided between English and Korean)		
12:50~15:20	Moderator	· Professor Keun-Gwan Lee, Seoul National University Law School
	Panellists	· H.E. Sergio Ugalde, Ambassador of Costa Rica to the Netherlands & Former Vice-President of the Assembly of States Parties of the International Criminal Court · Professor Dr. Claus Kreß, University of Cologne, Germany · Professor Alex Whiting, Harvard Law School, United States
	Commentators	· Professor Young-Sok Kim, Ewha Womans University Law School · Brigadier General Changsik Hong, Chief Justice of the High Military Court of Korea
15:20~15:50	휴식	

세 미 나 제1분과 : “헌법 70년과 헌법의 미래” 제2분과 : “공법 분야에 대한 헌법의 영향” 제3분과 : “사법 및 절차법 분야에 대한 헌법의 영향”		
15:50~18:00		

세션별 세미나			사회자	발표자	토론자
제1세션 15:50~18:00	제1분과 (그랜드볼룸A)	▶ 정치적 기본권과 정치제도의 구체적인 법 해석 · 적용과 실재의 역사	허종렬 교수 (서울교대)	김학성 교수 (강원대)	정 철 교수(국민대) 최희수 교수(강원대)
		▶ 헌법과 통일법학의 과거, 현재, 미래	신영호 명예교수 (고려대)	박정원 교수 (국민대)	이은정 교수(경북대) 전수미 위원(북방경제협력위원회)
	제2분과 (다이너스티A)	▶ 표현의 자유 실질화를 위한 헌법적 방안 : 집회 소음에 대한 대안적 규제를 중심으로	이재진 교수 (한양대 미디어 커뮤니케이션학과)	장철준 교수 (단국대)	박이관 연구위원(연론진흥재단) 강일신 책임연구원(헌법재판연구원)
		▶ 국제적 기준에서 본 한국에서의 표현의 자유		염규호 교수 (오래관대)	정인경 선임연구원(헌법재판소) 조소영 교수(부산대)
	제3분과 (다이너스티B)	▶ 민법상 금혼규정의 헌법적 고찰	문홍안 교수 (건국대)	윤진수 교수 (서울대)	정구태 교수(조선대) 현소혜 교수(성균관대)
		▶ 헌법에 의한 소비자보호의 의의와 한계	이은영 명예교수 (한국외대)	이병준 교수 (한국외대)	최병록 교수(서원대) 이성환 공동대표(녹색소비자연대)
18:00~	리셉션				

10월 19일 (금요일)

	세 미 나			
10:00~18:00	제1분과 : “헌법 70년과 헌법의 미래” 제2분과 : “공법 분야에 대한 헌법의 영향” 제3분과 : “사법 및 절차법 분야에 대한 헌법의 영향”			
	세션별 세미나	사회자	발표자	토론자
제2세션 10:00~12:10	제1분과 (그랜드볼룸A)	이부하 교수 (영남대)	정주백 교수 (충남대)	성봉근 교수(서경대) 엄주의 박사(국가생명윤리정책원)
			박진완 교수 (경북대)	오승규 교수(종원대) 김현철 박사(정보통신산업진흥원)
			한병호 교수 (한국해양대)	권순현 교수(신라대) 홍선기 교수(국회의정연수원)
	제2분과 (그랜드볼룸B)	서철원 교수 (송실대)	성재호 교수 (성균관대)	강준하 교수(홍익대) 정동원 변호사(화우)
			전종익 교수 (서울대)	이해영 연구위원(사법정책연구원) 이재강 헌법연구관(헌법재판소)
	제3분과 (다이너스티A)	윤남근 교수 (고려대)	손홍수 변호사 (바른)	전병서 교수(중앙대) 심승우 판사(인천지법) 엄덕수 법무사
박종찬 교수 (강원대)			김용진 교수 (충남대)	박승두 교수(창주대) 정영수 교수(서울시립대)
12:10~13:10	오찬 (도시락 제공)			
제3세션 13:10~15:20	제1분과 (그랜드볼룸A)	권건보 교수 (아주대)	이재희 책임연구관 (헌법재판연구원)	허완중 교수(전남대) 김현귀 책임연구관(헌법재판연구원)
			김일중 교수 (성균관대 경제학부)	김두얼 교수 (명지대 경제학과)
	제2분과 (그랜드볼룸B)	김홍영 교수 (성균관대)	정영훈 연구위원 (국회미래연구원)	김기선 박사(한국노동연구원) 양승엽 박사(연세대 법학연구원)
			김복기 교수 (서울대)	김수용 교수(대구대 일반사회교육과) 김중수 변호사(세종)
	제3분과 (다이너스티A)	김원오 교수 (인하대)	이규홍 부장판사 (특허법원)	권보원 판사(대전지법행정지원) 정필운 교수(교원대)
			정차호 교수 (성균관대)	배대현 교수(경북대) 한지영 교수(조선대)
15:20~15:50	휴식			
제4세션 15:50~18:00	제1분과 (그랜드볼룸A)	임지봉 교수 (서강대)	이정선 겸임교수 (서강대 공공정책대학원)	이상훈 부이사관(법제처) 최혜선 박사(형사정책연구원) 정재도 겸임교수(명지대)
			석희태 교수 (연세대 의료법윤리학과)	김창엽 교수 (서울대 보건대학원)
	제2분과 (그랜드볼룸B)	곽정민 변호사 (대한변협 법제이사)	김한균 연구실장 (형사정책연구원)	안서연 변호사 이순욱 교수(중앙대)
			김대인 교수 (이화여대)	김진기 대령 (국방부 고등군사법원)
	제3분과 (다이너스티A)	임성권 교수 (인하대)	석광현 교수 (서울대)	이효원 교수(서울대) 천창민 박사(한국자본시장연구원)
			강수미 교수 (연세대)	정선주 교수 (서울대)
18:00~	리셉션			

■ 제4세션 제3분과 세미나

차 례

주제발표

I

■ 국제사법에 대한 헌법의 영향	7
-------------------------	---

▶ 석광현 교수(서울대학교)

지정토론

▶ 이효원 교수(서울대학교)	53
-----------------------	----

▶ 천창민 연구위원(한국자본시장연구원)	59
-----------------------------	----

주제발표

II

■ 재판청구권 보장과 ADR: 조정과 중재를 중심으로	63
-------------------------------------	----

▶ 정선주 교수(서울대학교)

지정토론

▶ 강병근 교수(고려대학교)	95
-----------------------	----

▶ 최경진 교수(가천대학교)	98
-----------------------	----

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나

국제사법에 대한 헌법의 영향

- 2018. 10. 19. 한국법률가대회 발표자료 -

서울대학교 법학전문대학원 교수 석 광 현

I. 머리말

1. 논의의 배경

과거 우리 국제사법은涉外사법에서 보듯이 주로 준거법을 결정하는 법규(즉 협의의 국제사법)¹⁾로 논의되었다. 헌법과涉外사법의 상호작용은 별로 인식되지 않았고, 다만涉外사법에 의하여 준거법으로 지정된 외국법을 적용한 결과가 우리의 공공질서(공서)에 반하는 경우 그 외국법의 적용은 배제되었는데 공서위반 여부를 판단할 때 헌법이 의미가 있는 것으로 이해되었다. 그러던 중 2001년 7월 국제사법의 시행에 따라 친족법 영역에서 부(父) 또는 부(夫)의 본국법을 우선시키던涉外사법의 저촉규정은 모두 양성평등의 원칙에 부합하는 연결 원칙으로 대체되었다.²⁾ 한편 2001년 7월 국제사법의 시행을 계기로 한국에서도 국제사법을 광의로 이해하게 되었다. 또한 강제징용사건에 관한 2012년 대법원판결이 공서위반을 근거로 한국 헌법의 핵심적 가치에 반하는 일본판결의 승인을 거부함으로써 공서위반의 판단 시 헌법의 역할이 명확히 인식되기에 이르렀다. 특히 근자에는 헌법상의 기본권과 인권은 국제사법의 맥락에서도 중요한 의미를 가진다는 인식이 국내외적으로 확산되고 있다. 따라서 이제는 우리나라에서도 광의의 국제사법(즉 국제재판관할, 준거법 지정과 외국재판의 승인 및 집행

1) 국제사법의 개념에 관하여는 다양한 견해가 있다. 석광현, “한국국제사법학의 과제”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 6.), 382면 이하 참조.

2)涉外사법 개정작업에서 ‘국제사법상의 남녀평등의 실현’은 중요한 개정방향의 하나였다. 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설(2001), 17면. 개정의 지침은 위 석광현, 15면 이하 참조.

을 규율하는 국제사법)과 헌법(특히 기본권규범으로서의 헌법)의 관계를 체계적으로 검토할 필요성이 커졌다. 그에 더하여 우리 특유의 쟁점으로 남북한 주민 간의 법률관계에서 제기되는 준국제사법적 쟁점이 있다.

이런 배경 하에서 마침 ‘헌법이 각 법률분야에 미친 영향’이 한국법학원이 2018년 10월 개최하는 법률가대회의 대주제로 선정되었기에 필자가 위 제목으로 발표를 하게 되었다. 다만 필자의 연구가 부족하므로 여기에서는 서론적 고찰로서 광의의 헌법과 국제사법의 접점에 있는 다양한 논점을 소개한다.³⁾ 이를 통하여 국제사법 연구자들에게 헌법에 더 큰 관심을 가질 것을 촉구하고 ‘헌법에 대한 민감성’을 제고하는 기회로 삼고자 한다. 더 깊이 있는 논의는 다음 기회로 미룬다.

2. 논점의 정리

여기에서는 광의의 국제사법의 주제에 상응하여 첫째, 국제재판관할의 결정과 헌법(Ⅱ.), 둘째, 준거법의 지정과 헌법(Ⅲ.)과 셋째, 외국재판의 승인 및 집행과 헌법(Ⅳ.)을 살펴보고 넷째, 준국제사법의 맥락에서 남북한 주민 간의 법률관계와 헌법(Ⅴ.)을 논의한다. 마지막으로 근자에 점차 중요성을 더해가고 있는 인권과 국제사법의 관계(Ⅵ.)를 간단히 언급한다. 국제사법에 대한 헌법의 영향을 논의함에 있어서 기본권이 중요한 의미를 가지지만 강제징용사건에 관한 대법원 판결에서 보듯이 국제사법에 대한 헌법의 영향이 기본권에 한정되는 것은 아니다.

외국적 요소가 있는 법률관계를 다루는 국제사법과 기본권의 관계를 논의함에 있어서는 외국인의 기본권(특히 천부인권에 속하는 자연권) 주체성이 인정되는 것과 그 외국인에는 자연인만이 아니라 성질상 적용될 수 있는 범위 내에서는 법인도 포함한다는 점을 당연한 전제로 한다.⁴⁾

3) 우리나라의 최고규범인 헌법은 수권적 조직규범인 동시에 기본권보장규범이다. 김철수, 헌법학신론 제21전정 신판(2013), 17면. 따라서 헌법과 국제사법과의 관계도 두 가지 측면으로 구분할 수 있다. 전자는 예컨대 입법권과 사법권의 관계 및 국제사법조약과 국내법의 관계에서 일원론을 취하는지 이원론을 취하는지와 같은 권력분립으로부터 유래하는 쟁점과 연방국가와 같은 법적 다원주의 국가에서 관할과 준거법의 맥락에서 연방법과 주법 중 어느 법을 적용해야 하는지, 또한 연방법원과 주법원 중 어느 법원이 관할을 가지는지 등의 쟁점(이는 한국에서는 제기되지 않는 쟁점이다)을 포함한다. Alex Mills, Constitutional law and private international law, Jürgen Basedow et al. (eds.), Encyclopedia of Private International Law, Vol. 1 (2017), p. 452 *et seq.* 참조(이하 이 책을 “Encyclopedia”라고 인용한다). 따라서 여기에서는 기본권규범으로서의 헌법을 중심으로 논의하나, 강제징용사건의 대법원판결은 기본권과 직접 관련되지 않은 헌법의 가치에 관한 것이다.

4) 이것이 헌법학의 통설과 판례이다. 외국인과 법인에 관하여 김철수(註 3), 330면 이하. 외국인에 관하여 헌법 재판소 1994. 12. 29. 93헌마120 전원재판부결정(“기본권 보장규정인 헌법 제24조의 제목이 “국민의 권리

II. 국제재판관할의 결정과 헌법

1. 문제의 제기

국제재판관할은 전체로서의 어느 특정국가의 법원이 법적 쟁송을 재판해야 하는가, 또는 재판임무를 전체로서의 어느 특정국가에 배분할 것인가의 문제이다. 미국의 경우 통상 어느 주(state)가 재판관할을 가지는지를 문제 삼는다. 종래 미국에서는 국제재판관할은 헌법상의 문제, 특히 적법절차(due process)의 문제인데 반하여 우리나라에서는 과거 국제재판관할 규칙은 판례에 의하여 발전되었고 근자에 국제사법에 의하여 규율되고 있으나 헌법과의 접점이 있음은 별로 인식되고 있지 않다. 그러나 근자에는 독일에서도 국제재판관할법의 기초를 독일 기본법(Grundgesetz, 이하 ‘독일 헌법’과 호환적으로 사용한다), 특히 재판청구권에서 구하는 견해가 있다.⁵⁾ 여기에서는 이런 배경 하에서 우리의 국제재판관할법을 검토한다.

2. 미국에서의 논의: 헌법상의 적법절차

현재 미국의 법원이 피고에 대하여 주재판관할권 또는 국제재판관할권을 가지자면 아래 두 가지 요건이 구비되어야 한다.⁶⁾

첫째, 관할권확대법(long arm statute)에 의한 입법적 수권이 있어야 한다. 주법원의 경우는 당해 주의 관할권확대법을 적용하고, 연방법원의 경우는 연방법원을 위한 일반적인 관할권확대법은 없으므로 연방민사소송규칙에 따르는데, 그에 의하면 연방독점금지법이나 연방증권법과 같이 대인관할권을 부여하는 연방법률이나 연방민사소송규칙(4(k)(2))에 근거한 재판관할권이 인정되지 않는 한, 연방법원은 그가 소재한 주의 관할권확대법을 차용한다.⁷⁾

와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은……권리를 가진다”고 규정하고 있으므로 국민(또는 국민과 유사한 지위에 있는 외국인과 사법인)만이 기본권의 주체라 할 것이다.”), 법인에 관하여 헌법재판소 1991. 6. 3. 90헌마56 결정(“우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권은 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다”) 참조.

5) 아래에서 소개하는 Geimer와 Pfeiffer 등. 미국과 독일을 포함한 비교 국제재판관할법 연구는 Arthur T. von Mehren, *Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study* (2007) 참조.

6) 이하는 석광현, *國際裁判管轄에 관한 研究-民事 및 商事事件에서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로-*(2001), 102면 이하 참조.

7) 연방민사소송규칙 Rule 4(e).

둘째, 재판관할권의 행사가 헌법상의 적법절차(due process)에 부합해야 한다. 적법절차 분석에서는 법정지 주 외의 피고에 대하여 법원의 재판관할권을 긍정하는 것이 'fair play and substantial justice(공평과 실질적 정의)'의 전통적 관념에 비추어 피고에게 기본적인 권리를 보장하는 연방헌법의 적법절차조항에 부합하는지의 여부를 심사하여 그에 부합하는 경우 재판관할권을 긍정한다.⁸⁾ 이처럼 미국에서는 재판관할권을 연방헌법 차원의 문제로 이해하는 점에 특색이 있는데 적법절차분석은 바로 그의 핵심을 이룬다. 적법절차의 요건을 충족하기 위해서는 첫째, 피고와 법정지간에 '최소한의 접촉(minimum contact)'이 있어야 하고,⁹⁾ 둘째, 법정지의 재판관할권의 행사가 공평과 실질적 정의의 관념에 부합하는 합리적인 것이어야 한다.

나아가 미국 법원은 두 단계의 심사를 거쳐 국제재판관할권이 긍정되더라도 관할권의 확대를 억제하는 수단으로서 부적절한 법정지(*forum non conveniens*)의 법리¹⁰⁾에 기초하여 재량으로 재판관할권의 행사를 거부할 수 있다고 함으로써 '재판관할권의 유무 판단'과 '행사 여부 판단'을 구별한다.

3. 우리 법상의 국제재판관할 일반론

대법원은 과거 이른바 4단계 구조를 취하였으나 도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결¹¹⁾은, 국제사법이 시행되기 전의 사건임에도 불구하고 국제사법 제2조를 고려하여 아래와 같이 판시하였다.

“국제재판관할을 결정함에 있어서는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 기본이념에 따라야 할 것이고, 구체적으로는 소송당사자들의 공평, 편의 그리고 예측가

8) 이 경우 주법원의 재판관할권 행사에는 연방헌법 수정 제14조의 적법절차조항이, 연방법원의 재판관할권 행사에는 연방헌법 수정 제5조의 적법절차조항이 각 적용된다. Weintraub, Russell, J., *Commentary on the Conflict of Law Third Edition* (1986) p. 94.

9) 그러나 연방대법원의 *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235 (1958) 판결을 계기로 피고가 법정지주법의 이익 및 보호를 향유할 것이라는 요건을 요구한 결과 'purposeful availment(의도적 이용)'는 적법절차분석의 또 하나의 시금석이 되었다.

10) 부적절한 법정지의 법리는, 우리 법원에 제기된 국제민사소송에서 법원이 국제재판관할을 가지더라도 외국에 대체법정지가 있고 사안의 제사정을 고려할 때 그 법원이 더 적절한 법정지인 경우 우리 법원이 재량으로 소송을 중지하거나 소를 각하할 수 있는 법리인데 이는 영미법계에서 널리 인정된다. 석광현(註 6), 11면, 115면, 132면 이하 참조.

11) 국제재판관할 이익이라는 개념은 위 판결에 처음 등장한 것이다. 필자는 석광현(註 6), 53면 이하에서 독일의 논의를 참조하여 당사자이익, ② 법원이익, ③ 국가이익과 ④ 질서이익(Ordnungsinteresse)을 소개하였는데 위 판결은 그 중 질서이익을 제외한 점에서 아쉬움이 있다. 평석은 석광현, 국제사법과 국제소송 제4권(2007), 85면 이하 참조.

능성과 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 것이다.”

그 후 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결과 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결 등을 보면 이는 추상적 법률론으로서 정착되었다고 할 수 있다.

한편 2001. 7. 1. 발효한 국제사법은 제1장(총칙)에서 과거 대법원판례가 취해 온 입장¹²⁾을 개선하여 아래와 같이 국제재판관할에 관한 일반원칙을 두고(제2조), 각칙인 제5장(채권)에서 소비자와 근로자를 보호하기 위한 특칙을 둔다(제27조와 제28조).

제2조(국제재판관할) ① 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.

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

즉 제2조는 미국 연방헌법상 적법절차 요건을 충족하기 위한 ‘최소한의 접촉’의 존재와, 재판관할권의 행사가 공평과 실질적 정의의 관념에 부합하는 합리적인 것이어야 한다는 두 가지 요건을 규정한다.¹³⁾ 그러나 대법원은 제2조 제2항을 거의 무시하고 제2조 제1항만을 기초로 사안의 모든 사정을 고려하는 ‘사안별분석(case-by-case analysis)’을 거쳐 원하는 결론을 내리고 있으며, 그 과정에서 토지관할규정은 아예 배제되거나 법원이 고려할 요소 중 하나로 전락하였다. 이를 시정하여 법적 안정성과 당사자의 예측가능성을 제고하고자 법무부는 국제사법학회의 촉구를 받아 들여 2014년 6월 위원회를 구성함으로써 국제사법 개정작업에 착수하였고 2018년 말에 국제사법개정안(이하 “개정안”이라 한다)을 국회에 제출할 예정이다.¹⁴⁾

12) 이른바 ‘4단계 구조’를 말한다. 석광현(註 6), 159면 이하 참조.

13) 국제사법에 조문이 신설되기 전에는 대법원 판결이 국제재판관할 배분의 이념으로 당사자 간의 공평과 같은 민사소송의 이상을 열거하였으나 이를 헌법상의 원칙으로 파악하지는 않았다. 하지만 이는 헌법재판소 결정에서 보는 바와 같이 헌법(제27조)의 재판청구권으로부터 도출할 수도 있다. 동일한 원칙을 국제사법에 두는 대신 이를 헌법원칙으로 고양하더라도 실질이 달라지는 것은 아닐 것이나 어떤 차이가 있는지는 더 생각해 볼 문제이다.

14) 법무부는 국제재판관할규칙을 담은 국제사법 전부개정법률안을 성안하여 2018. 1. 19. 입법예고하였고 2. 27. 공청회를 개최하였다. 개정안의 소개는 석광현, “2018년 국제사법 개정안에 따른 국제재판관할규칙”, 국제사법 전부개정법률안 공청회 자료집, 15면 이하 참조.

4. 헌법과 국제재판관할규칙

(1) 독일에서의 논의와 우리 법에의 시사점

추상적으로 말하자면 독일에서도 사안이 독일과 충분한 관련이 있고 권리보호의 필요성이 긍정되면 국제재판관할이 인정되는데, 근자의 유력설은 이는 법치국가원칙으로부터 도출되는 것으로 특별히 구체적 기본권에 연결할 필요는 없으며¹⁵⁾ 법관에 의한 재판을 받을 헌법(제 101조 제1항 제2호)상의 재판청구권은 기본권의 관철을 위해서만이 아니라 일반적으로 모든 분쟁에 관하여 인정된다고 한다.¹⁶⁾ 이런 유력설은 국제재판관할규칙을 원고의 재판청구권으로부터 도출하면서 아래의 취지로 설명한다.¹⁷⁾

“당사자 또는 사안이 독일과 충분한 관련이 있어 독일 법원의 재판을 정당화할 수 있는 경우처럼 헌법상 원고의 법원에의 접근이 강제되는 영역이 있고, 반면에 독일과 아무런 관련이 없어 국제법적으로도 국제재판관할의 주장을 금지하는 사안이 있다. 양자 사이에 존재하는 중간영역에서는 원고의 재판청구권은 법치국가적 절차에 따라 공정한 재판을 받을 수 있는 헌법상으로 보호되는 피고의 지위와 비교·형량되어야 하는데, 그 경우 입법자는 자신의 고유한 활동영역을 가지고 재량에 따라 국제재판관할규칙을 적절히 형성할 수 있다.”

(2) 우리 법상의 논의

헌법(제12조)은 처벌, 보안처분과 영장주의 등과 관련하여 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 그 적용대상은 예시적 열거라는 것이 헌법학의 통설이다.¹⁸⁾ 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8 결정(형사소송법 제331조 단서규정에 대한 위헌심판 위헌)도 “헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것”이라고 판시하였다. 따라서 우리나라에서도 미국에서처럼 적법절차원칙으로부터 국제재판관할규칙을 도출할 여지도 있다. 하지만 아직 이런 견해는 잘 보이지 않는다. 아래에서는 헌법과의 관련 하에서 의미가 있는 우리의 국

15) Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage (2009), Rn. 250.

16) Geimer(註 15), Rn. 250.

17) 이에 관한 Geimer와 Pfeiffer의 견해가 두드러진다. 예컨대 Geimer(註 15), Rn. 250a, Rn. 250b 참조.

18) 김철수(註 3), 624면.

재재판관할규칙을 검토한다.

가. 국제재판관할 일반

위에서 언급한 바와 같이 우리나라에서는 과거 국제재판관할규칙은 판례에 의하여 발전되었고 근자에 국제사법에 의하여 규율되고 있으나, 헌법과의 접점이 있음에 대한 인식은 별로 없다. 그런데 헌법(제27조 제1항)에 따르면 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리, 즉 '재판청구권(Justizgewährungsanspruch 또는 Justizanspruch)'을 가지고, 더욱이 헌법에 명문의 규정은 없으나 공정한 재판을 받을 권리는 국민의 기본권으로 보호되며,¹⁹⁾ 신속한 재판을 받을 권리는 헌법 제27조 제3항에 의하여 보호된다. 나아가 평등의 원칙은 재판청구권의 실현에도 당연히 적용되어야 하므로 재산권 등 사권(私權)의 구체절차인 민사소송에서도 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니 된다.²⁰⁾ von Mehren의 지적처럼²¹⁾ Geimer는 지나치게 원고의 재판청구권을 강조하는 경향이 있으므로 Geimer의 견해를 수용하더라도 적절한 제한이 필요하다. Pfeiffer는 절차적 정의의 관점에서 포괄적인 국제재판관할의 이론체계를 정립하고자 그의 방대한 교수 자격논문에서 국제재판관할법의 기초를 헌법으로부터 도출하는데 그 핵심에 기본권인 당사자의 재판청구권이 있다. Pfeiffer는 그러나 국가고권으로부터 피고의 자유영역(*status negativus*, a sphere of liberty)의 보호를 인정한다.²²⁾ Geimer에 따르더라도 광범위한 중간영역에 관한 한 헌법으로부터 구체적 기준을 도출할 수는 없고²³⁾ 결국 입법자는 재량

19) 헌법재판소 1996. 12. 26. 94헌바1 결정; 헌법재판소 2001. 8. 30. 99헌마496 결정; 김철수(註 3), 1089면. 한편 독일 기본법에 명시적 조문은 없으나 재판청구권이 헌법적으로 보장된다는 점에는 이의가 없다. Geimer(註 15), Rn. 1923; Thomas Pfeiffer, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik (1995), S. 337 참조. 국제민사소송법의 맥락에서 재판청구권에 관하여는 Geimer(註 15), Rn. 1906ff. 참조.

20) 헌법재판소 1989. 1. 25. 88헌가7 결정 참조.

21) von Mehren(註 5), p. 133.

22) von Mehren은 헌법으로부터 국제재판관할규칙을 도출하려는 Pfeiffer의 견해를 높이 평가한다. von Mehren(註 5), p. 133 이하(*status negativus*의 번역은 von Mehren을 따랐다); Pfeiffer는 독일 연방헌법재판소가 발전시킨 법리를 기초로 개인의 재판청구권으로부터 법치주의원칙에 따른 재판절차를 도출한다. 국내사건과 국제사건에 적용되는 이런 재판절차는 효율적이고 공평하며 독립적으로 기능하는 사법제도를 요구한다. 나아가 이러한 속성을 가지는 재판청구권에 기초하여 국제재판관할의 정의와 규칙을 도출한다. 상세는 Pfeiffer(註 19), S. 356ff. 참조. 솔직히 지금으로서는 필자가 Pfeiffer의 견해를 숙지하였다고 하기는 어렵다.

23) Heinrich Nagel/Peter Gottwald, Internationales Zivilprozeßrecht, 7. Auflage (2013), §3, Rn. 405; Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014), Rn. 41. 다만 한국의 재판관할규칙에 의하여 법원이 국제재판관할을 가지지 않는 때에도 외국법원이 재판할 수 없는 때에는 긴급관할(*forum necessitatis*)을 인정할 여지가 있는데 이런 개념은 헌법상의 권리로부터 도출할 수 있다. Patrick Kinsch, Human rights and private international law, Encyclopedia, Vol.

에 따라 국제재판관할규칙을 정립할 수 있다. 그렇다면 헌법상의 재판청구권으로부터 국제재판관할규칙을 도출하더라도 실제로 그렇게 큰 의미가 있는 것은 아니다.²⁴⁾

한편 현행법상의 문제는 아니지만, 2018년 개정안(제12조)은 영미법계의 부적절한 법정지의 법리를 도입하고 있으므로 이것이 재판청구권의 침해가 되는가라는 의문이 있다. 독일에서는 구체적으로는 독일 민사소송법에 따라 독일에 토지관할이 있으면 독일의 국제재판관할이 인정된다(토지관할규칙의 '이중기능'). 따라서 개별사건에서 독일 법원의 국제재판관할이 긍정되면 법원은 재판을 해야 하고, 제사정을 고려하여 재판관할권(또는 재판권)의 행사를 거부할 수 없다.²⁵⁾ 위 법리는 법치국가원칙으로부터 파생되는 원고의 재판청구권과 양립할 수 없고, 또한 미리 정해진 규칙에 따라 법원에 의한 재판을 받을 수 있는 권리(독일 기본법 제101조)와 양립할 수 없다거나,²⁶⁾ 독일의 국제재판관할규칙은 전형적 관할이익의 형량에 기초한 확고한 규칙으로서 재판적에 대한 예측가능성을 제공하므로 개별사건에서 그것이 적절한지를 장기간 다투도록 허용하는 것은 그와 양립할 수 없으며 피고만을 위하여 이를 일방적으로 수정할 필요는 없다²⁷⁾고 설명한다. 그러나 아래의 이유로 필자는 이에 동의하지 않는다.²⁸⁾

과거 간접관할에 관한 우리 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결(나우정밀 사건)은 원칙적으로 「국제재판관할규칙 = 토지관할규칙」이라고 보되, 그 공식을 따를 경우 부당한 결론이 초래되는 예외적 사정이 있는 경우 결론을 시정하는 '개별적 조정의 도구'로서 특별한 사정을 도입하였고 한동안 이런 태도를 유지하였다. 4단계이론과 특별한 사정이론은 일본 판례를 따른 것이었는데,²⁹⁾ 국제사법 제2조가 신설된 후에는 양자는 사용되지 않는 것으로 보인다. 특별한 사정이론이 원고의 재판청구권을 침해하는 것이 아니라면, 유사한 예외적 사정이 있는 경우 특별한 사정이론처럼 재판관할권을 부정하는 것이 아니라 개정안(제12)이 정한 엄격한 요건 하에³⁰⁾ 재판관할권(또는 재판권) 행사의 거부를 허용하는 것은 재판청구권 침해가 아니라고 본다.³¹⁾

1 (2017), p. 881.

24) 이는 종래 필자가 국제법으로부터 민사사건에 관하여 의미 있는 국제재판관할규칙을 도출할 수 없다고 보는 것(석광현(註 6), 43면)과 유사하다. 헌법은 국제법보다는 더 큰 의미가 있다고 본다.

25) 이것이 통설이다. Schack(註 23), Rn. 568 참조.

26) Geimer(註 15), Rn. 1075. 상세는 Pfeiffer(註 19), S. 381-421를 참조.

27) Schack(註 23), Rn. 568.

28) 우리 법상 부적절한 법정지의 법리를 수용하는 데는 헌법적 장애가 있을 수 있음을 언급된 적도 있다. 유영일, "2000년 헤이그 신탁약이 가져올 변화와 우리의 대응 - 민·상사사건에 있어서 국제재판관할, 외국판결의 효력에 관한 헤이그 국제사법회의의 특별위원회 논의를 중심으로 -", 인권과 정의 제272호(1999. 4.), 84면.

29) 석광현, 국제민사소송법(2012), 74면 註 19 참조.

30) 더욱이 개정안(제12조 제1항 단서)에서는 우리 법원이 제8조에 따라 합의관할을 가지는 경우에는 제외된다.

31) 물론 이런 논거는 특별한 사정이론 자체가 헌법상의 재판청구권을 침해한다고 보면 근거가 될 수 없지만 그와 별개로 헌법상의 문제는 없다고 본다. 재판청구권에 관한 법리가 미국과 다르므로 단순비교할 수는 없지만

요컨대 부적절한 법정지의 법리를 둘러싼 논의는, 국제재판관할의 결정에서 ‘법적 안정성’과 개별사건에서 관할배분상의 정의(justice)라고 하는 대립하는 두 이념을 어떻게 조화시킬 것인가의 문제이다.³²⁾ 과거에는 상당히 거친 ‘특별한 사정’에 맡겼던 역할을 개정안에서는 부적절한 법정지의 법리에 맡겨 더 세련되고 유연하게 처리하자는 것이다.³³⁾ 국제재판관할의 유무를 판단하는 단계, 즉 국제재판관할규칙의 정립에 있어서는 ‘국제절차법적 정의(internationalverfahrensrechtliche Gerechtigkeit)’를 고려하나, 부적절한 법정지에 의하여 재판관할권의 행사 여부를 판단하는 단계에서는 ‘실질절차법적 정의(materiellverfahrensrechtliche Gerechtigkeit)’를 포함하는 모든 사정을 고려하여 미세조정(fine tuning)을 한다는 차이가 있다.³⁴⁾ 더욱이 우리 민사소송법은 정치한 토지판할규칙을 두면서도, 독일 민사소송법과 달리 손해나 지연을 피하기 위한 재량 이송제도를 두어(제35조) 구체적인 사건에서 조정 가능성을 열어 두므로 부적절한 법정지의 법리가 생소한 것은 아니다.

나. 일반관할

민사소송법 제2조는 ‘원고는 피고의 법정지를 따른다’는 로마법 이래 대륙법의 원칙을 수용한 것이다. 대륙법계 국가에서는 국제재판관할, 특히 일반관할의 배분에 있어 위 원칙을 당사자의 공평 내지는 이익형량의 출발점으로 삼는다. 얼핏 위 원칙은 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌가라는 의문이 있을 수 있으나³⁵⁾ 이는 아래 이유로 정당화된다.³⁶⁾ 즉 원고는 현재의 상태를 공격함으로써 변경하려는 자이므로 피고의 법정에서 제소하도록 하는 것이 사회의 평화와 질서를 유지하는 데 도움이 되고, 사법권의 행사가 일차적으로 피고에 대해 향해진 것이며, 피고의 생활중심지에서의 소송이 그의 방어를 용이하게 함으로써 피고에게 가장 부담을

국제재판관할권을 연방헌법의 문제로 보는 미국에서 부적절한 법정지의 법리를 허용하는 점도 고려할 필요가 있다.

32) 상세는 석광현(註 6), 188면 이하 참조. 영국 귀족원은 *Airbus Industrie GIE v. Partel and others*, 1998 All ER 257, 263 판결에서 이에 관한 법계의 대립을 문화의 차이(cultural differences)이라 하고, 부적절한 법정지의 법리를 “one of the most civilised of legal principles(가장 문명화된 법원칙 중의 하나)”라고 표현한 바 있다.

33) 국제사법이 정치한 준거법 결정원칙을 두면서도 천차만별의 사안을 고려하여 예외조항(제8조)에 의하여 가장 밀접한 관련이 있는 법을 적용하는 원칙을 관철하는 것과 유사하게, 개정안(제12조)에서는 정치한 국제재판관할규칙을 두면서도 예외조항에 의하여 개별사안의 구체적 사정을 고려함으로써 국제재판관할배분의 이념을 더 정치하게 실현하자는 것이다.

34) 석광현(註 6), 169면; Jan Kropholler, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht Band I, Kapitel III Internationale Zuständigkeit* (1982), Rz. 22-23 참조.

35) 우리 민사소송법학상 ‘당사자 간의 공평’은 민사소송의 이념의 하나이고, 대법원도 이를 국제재판관할 배분의 이념 중 하나로 열거하였다. 석광현(註 6), 167면 이하 참조.

36) 석광현(註 6), 209-210면 참조.

적게 주고, 원고로서는 많은 경우에 피고의 주소지에서 집행할 수 있는 재산을 발견할 수 있기 때문이다. 또한 원고는 상당한 준비를 하고 국제재판관할이 있는 여러 법정 중에서 자신에게 유리한 것을 선택하여 제소하는 데 반하여 피고는 갑자기 제소를 당하므로 양자 사이에 불공평을 완화하기 위한 것이기도 하다.

따라서 피고주소지(상거소지)의 일반관할을 인정하는 것은 헌법상 문제가 없다.

다. 재산소재지 관할

민사소송법 제11조에 의하면 한국에 주소가 없는 사람에 대하여 재산권에 관한 소를 제기하는 경우에는 청구(또는 담보)의 목적의 소재지나, 압류할 수 있는 피고의 재산소재지의 법원에 제기할 수 있다. 문제는 재산권에 관한 소 일반에 대하여 재산소재지 관할을 인정하는 것이 정당한가이다. 과거 대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카1728 판결은 추상적 법률론으로 이를 긍정하였으나, 이는 전형적인 과잉관할(exorbitant jurisdiction)이라는 이유로 전 세계적으로 비판을 받았고 브뤼셀체제에서는 배척되고 있다. 종래 독일의 유력설은 재산소재지의 관할을 인정하는 독일 민사소송법 제23조를 정당하다고 평가하나,³⁷⁾ Pfeiffer는 이를 지지하는 견해를 논박한 뒤 제23조는 비례의 원칙에 반하는 것으로 위헌이라고 평가하고 합헌적인 해석론을 전개한다.³⁸⁾ 개정안(제5조 제2호)은 재산소재지관할을 인정하면서도 재산의 압류가능성과 가액 및 관련성의 존재를 통하여 합리적인 범위로 제한한다.

라. 보호적 관할의 문제

국제사법 제27조와 제28조는 소비자와 근로자를 보호하기 위하여 준거법과 국제재판관할의 맥락에서 특칙을 둔다. 예컨대 소비자는 자신의 상거소지에서 소비자계약 상대방에 대한 소를 제기할 수 있다. 얼핏 위 원칙은 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌가라는 의문이 있을 수 있으나 위 원칙은 사회·경제적 약자를 보호하기 위한 국제사법 차원의 조치라는 이유로 정당화된다. 또한 헌법의 소비자보호규정(제124조)과 근로자보호규정(제32조)을 두고 있는데, 이러한 사회적 약자에 대한 배려에서 평등의 원칙은 형식적 평등이 아니라 실질적 평등이라는 이유로도 정당화될 수 있을 것이다.³⁹⁾

37) Geimer(註 15), Rn. 1356.

38) Pfeiffer(註 19), S. 620ff.

39) 김철수(註 3), 470면 참조.

Ⅲ. 준거법의 지정과 헌법

1. 문제의 제기

(협의의) 국제사법, 즉 준거법 결정원칙으로서의 국제사법과 헌법은 다음과 같이 세 가지 측면에서 접점이 있다. 첫째는 국제사법의 존재근거로서 헌법상 평등의 원칙이고, 둘째는 국제사법에서 연결점의 선택 시 헌법, 특히 헌법상의 평등의 원칙이며(여기에서는 특히 양성평등의 원칙과 기타 평등의 원칙(내지 평등권)⁴⁰⁾의 문제로 구분할 수 있다), 셋째는 국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 외국법의 적용과 공서위반의 문제이다. 첫째와 둘째에서는 주로 평등권의 문제이고, 셋째에서는 평등권과 기타 기본권이 문제된다.⁴¹⁾⁴²⁾ 이는 주로 강학상의 논의이고 헌법재판소에서 국제사법 조문의 위헌성이 다투어진 사례는 위 둘째의 논점과 관련하여 아래(3.(2)(마))에서 소개하는 결정 하나를 제외하고는 보지 못하였다. 이하 이를 아래에서 차례대로 검토한다. 여기(Ⅲ.)에서 국제사법은 달리 밝히지 않으면 ‘협의의 국제사법’을 말한다.

40) 헌법 제10조는 객관적 규범으로서의 평등원칙을 규정하고 국민적 권리로서는 평등권을 보장한다. 김철수(註3), 464면. 헌법재판소 1989. 1. 25. 88헌가7 결정도 “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권중의 기본권”이라고 판시하였다.

41) 일반적으로 사법(私法)과 관계가 있는 기본권(예컨대 헌법 제23조의 재산권의 보호)은 주로 실질사법에 관련되는 데 반하여 헌법 제11조의 평등권은 국제사법과도 관계가 있다. 이호정, 국제사법(1983), 221면은 제36조의 혼인과 가족생활의 보호와 같은 기본권도 국제사법과도 관계가 있다고 한다.

42) 미국에서는 주재사건 나아가 국제사건에도 법정지주법의 적용을 제한하는 원리로서 연방헌법상의 완전한 신뢰와 신용(Full Faith and Credit)의 원칙과 적법절차(Due Process)의 원칙이 의미를 가진다. 주재사건에 관한 한 이는 연방국가의 특성에 기초한 것이므로 우리와는 관련이 없으나, 국제사건에 관한 한 우리에게도 시사하는 바가 있다. 즉 국제재판관할 맥락에서와 마찬가지로, 준거법의 맥락에서도 적법절차의 목적상 어느 주의 법이 적용되기 위하여는 그 주와 당해 사건 사이에 ‘중요한 관련성(significant relationship)’이 있어서 당해 주법의 적용이 자의적이거나 본질적으로 불공정하지 않아야 한다는 것이다. Allstate Insurance Co v. Hague, 449 U.S. 302 (1981) 상세는 Eugene F. Scoles et al., Conflict of Laws Third Edition (2000), §3.20 et seq. 참조. 우리 국제사법상으로는 연결대상과 가장 밀접한 관련이 있는 법이 준거법이 되어야 하나(제9조) 이는 종래 헌법상의 문제로 인식되고 있지는 않다. 동일한 원칙을 국제사법에 두는 대신 이를 헌법원칙으로 고양하더라도 실질이 달라지는 것은 아닐 것이나 어떤 차이가 있는지는 여기에서도 더 생각해볼 문제이다. 미국 논의의 소개는 안춘수, “헌법, 국제사법 그리고 가족법-독일 학설, 판례 및 입법의 변화와 우리 국제사법의 현 위치-”, 가족법연구 제18권 제2호(2004. 7.), 357면 이하 참조.

2. 국제사법의 존재근거

우리가 국제사법을 적용하는 직접적인 근거는 실정법인 국제사법이 있기 때문이다. 국제사법을 제정한 이유는 입법자가 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 준거법을 정할 목적으로 국제사법을 제정하였기 때문이다. 그러나 국제사법을 적용함으로써 외국적 요소가 있는 법률관계의 준거법을 탐구하고 적용하는 근본적인 근거는 헌법 제11조의 평등의 원칙에서 찾을 수 있다.⁴³⁾ 외국인 간의 법률관계에 대하여 한국법을 적용하거나, 한국인 간의 법률관계에 대하여 외국법을 적용하는 것이 평등의 원칙에 반한다는 점은 쉽게 이해할 수 있다. 그러나 국제사법의 모든 연결원칙을 헌법상의 평등의 원칙으로부터 도출할 수는 없다. 왜냐하면 평등의 원칙을 구체화하는 연결원칙은 다양할 수 있기 때문이다. 따라서 평등의 원칙을 충족하는 한 입법자는 다양한 연결원칙을 선택할 수 있는 넓은 활동의 여지(Spielraum)를 가진다.⁴⁴⁾

이를 헌법의 개념을 빌려서 논의하면 아래와 같다. 헌법(제40조)상 입법권을 가지는 입법자는 입법 여부, 입법 시기, 입법 내용 등에 관한 판단권 및 형성의 자유를 가지고 있는데 이러한 입법자의 입법에 관한재량권을 ‘입법형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)’ 내지 ‘입법재량(gesetzgeberisches Ermessen)’이라 부른다.⁴⁵⁾ 헌법재판소는 많은 경우 ‘다양한 규범적 요소들과 사실적 요소들을 종합적으로 고려해야 하기에 입법자에게 광범위한 자유를 인정’하는데⁴⁶⁾ 이는 권력분립원리에 기초한 것으로 사법부의 자기억제(또는 사법자체)의 요청이기도 하다.⁴⁷⁾ 따라서 다양한 법률관계에 대하여 어떤 연결원칙을 선택할지는 입법재량에 속하지만 입법행위는 헌법의 기본원리나 기본질서에 위배되어서는 아니 된다는 실체적 한계가 있다. 입법자의 입법형성의 자유에 대한 심사기준으로서 헌법재판소는 국가의 입법정책에 관한 사항에 관하여는 입법자의 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되고, 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우에는 위헌이 될 수 있다는

43) 안춘수, “외국법 적용의 근거”, 국제사법연구 제3호(1998), 564면 이하; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage (2006), S. 25. 위 안춘수, 548면 이하는 여러 학설을 소개하나 학설의 분류는 이해하기 어렵다.

44) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (2004), S. 523 참조. 이들은 이를 ‘Hof’라고 부른다. 외국법의 해결이 우리 법의 해결과 다르더라도 이런 활동의 여지에 속하면 기본권 침해는 존재하지 않으며 외국법의 적용은 수인할 수 있다. 위 Kegel/Schurig, S. 534-535.

45) 김철수(註 3), 374면, 1375면 이하; 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 법과 정책연구 제13집 제1호(2013. 3.), 93면 참조.

46) 박찬권, “헌법재판에서 입법형성의 범위에 관한 고찰”, 헌법학연구 제20권 제2호(2014. 6), 239면.

47) 정영화, “헌법소송에서 입법재량권에 대한 위헌심사 - 2010. 2. 25. 2007헌마956 - 변리사법 제3조 제1항 제2호등의 위헌성 -”, 홍익법학 제14권 제3호(2013. 9.), 711면 참조.

취지로 판시하였다.⁴⁸⁾

요컨대 평등의 원칙으로부터 구체적인 국제사법규칙을 도출할 수는 없고, 평등의 원칙은 입법자가 사법(私法)규범을 제정하거나 법관이 법을 적용함에 있어서 준수해야 하는 한계 내지 테두리를 정하는 기능을 한다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 이 점에서 평등의 원칙은 주로 소극적(내지 방어적) 기능을 한다.⁵¹⁾ 예컨대 아래(3(2))에서 보듯이 이혼에 관하여 원칙적으로 부(夫)의 본국법을 준거법으로 지정한 구涉外사법(제18조)⁵²⁾은 양성평등의 원칙에 반하였기에 국제사법은 이를 개선하여 1차적으로 부부의 동일한 본국법을, 2차적으로 부부의 동일한 상거소지법을 준거법으로 지정하는 데 반하여 중국(涉外민사관계법률적용법 제27조)⁵³⁾과 영미에서는 법정지법을 적용한다.⁵⁴⁾ 위 양자의 연결원칙 간에는 양성평등원칙의 관점에서는 우열이 없고 그 중 어느 것을 선택할지는 연결정책의 문제이고 입법재량에 속한다는 것이다.

3. 국제사법에서 연결점의 선택과 헌법(국제사법 적용의 [1]단계)

국제사법 조문은 다양한 연결대상을 구분하고 각각에 대하여 적절한 연결점을 규정함으로써 준거법을 지정하는 구조를 취한다. 따라서 법원 기타 법적용자는 주어진 사안에서 성질결정을 하여 연결대상을 포섭하는 국제사법 조문을 결정하고 당해 조문을 적용하여 준거법을 지정한 뒤([1]단계), 그렇게 지정된 준거법을 적용하는([2]단계) 과정을 거친다. 입법자는 입법목적과 주로 국제사법적 이익⁵⁵⁾을 고려하여 정책적 판단에 따라 다양한 연결원칙을 선택한다. 입법자는 대체로 연결대상과 가장 밀접한 관련이 있는 법을 지정하기 위하여 단일 연결점을 선택하나, 그 밖에 선택적 연결, 종속적 연결, 누적적 연결, 배분적 연결과 보정적 연결과

48) 헌법재판소 2008. 12. 26. 2005헌마971 결정 등.

49) Dirk Looschelders, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrecht auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 65 (2001), S. 485. 이하 "RabelsZ"로 인용한다.

50) 이런 이유로 헌법을 '윤곽(틀)규범'이라고 부르기도 하는데(이부하(註 45), 98면; 정종섭, 헌법소송법(2014), 14면)이는 그 안에 있는 그림에 해당하는 법률과 대비된다.

51) Looschelders(註 49), S. 485.

52) 정확히는 법정지법을 누적적용하였다.

53) 정확히는 재판상이혼의 경우이다. 협의이혼에 관하여는 별도 조문(제26조)이 있다.

54) 영국법에 관하여는 Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 15th edition (2017), pp. 979-980.

55) Kegel/Schurig(註 44), S. 134ff.는 국제사법이 봉사하는 이익(국제사법적 이익)을 ① 당사자이익, ② 거래이익과 ③ 질서이익으로 분류하고, ③을 다시 ③-1 외적(국제적) 판단의 일치, ③-2 내적 판단의 일치, ③-3 법적 안정성 및 예견가능성과 ③-4 기타 질서이익(이에는 내국법 적용의 이익과 실효적 판결의 이익을 포함시킨다)으로 세분한다. 나아가 국제사법적 이익과 별도로 [1]실질법적 이익과 [2]공법적 이익 내지 국가이익을 열거한다.

같이 연결점의 조합을 이용하기도 한다.⁵⁶⁾ 이 과정에서 국제사법은 최고규범인 헌법의 가치 판단에 구속되므로 국제사법의 연결원칙은 헌법적합성이 있는 것, 특히 헌법의 평등의 원칙에 부합하는 것이어야 한다. 위에서 보았듯이 합헌적인 연결원칙은 매우 다양할 수 있는데 이는 비교국제사법 연구가 실증하는 바와 같다. 즉 다른 나라는 우리 국제사법과 다른 연결원칙을 채택할 수 있고 그 점에서 각국의 입법자는 입법재량을 가진다.

(1) 연결점의 선택과 헌법상의 양성평등의 원칙

과거 섭외사법은 국제가족법의 분야, 즉 혼인의 효력(제16조), 부부재산제(제17조), 이혼(제18조) 및 친생자(제19조)에 관하여 부(夫)의 본국법을 준거법으로 지정하고, 친자 간의 법률관계(제22조)에 관하여 부(父)의 본국법을 준거법으로 지정함으로써 연결점을 선택하는 단계에서 헌법상 양성평등의 원칙에 반한다는 비판을 받았다. 그러나 섭외사법 하에서 법원이 위 조문들이 위헌이라고 판단한 사례는 보지 못하였다. 이는 섭외사법을 다루는 우리 법률가들의 헌법에 대한 민감성 내지 감수성이 부족하였음을 보여준다. 국제사법은 위 연결원칙을 수정하여 양성평등의 원칙에 부합하도록 1차적으로 부부의 동일한 본국법, 2차적으로 부부의 동일한 상거소지법을 준거법으로 지정하거나, 남녀차별적인 요소를 배제함으로써 위헌의 소지를 불식하였다. 이처럼 입법에 의하여 문제가 해소됨으로써 사회의 주목을 받지 못하였으나 이는 섭외사법 개정 시 중요한 착안점의 하나였다.

흥미로운 것은, 과거 독일에서는 저촉법적 지정(또는 준거법지정)은 일차적으로 기술적 과정이므로 실질적 관점에서 그로 인하여 남성 또는 여성이 우대를 받는 것은 아니고 따라서 독일 기본법(제3조 제2항과 제3항)이 정한 양성평등의 원칙에 반하는 것은 아니라는 견해가 통설이었다는 점이다.⁵⁷⁾ 예컨대 부양청구권의 금액과 같은 실질법적 결과만이 문제가 되고, 국제사법은 남편의 본국법이 부인을 부인 자신의 본국법보다 더 불리하게 대우하는지에 대하여서는 전혀 이야기하지 않기 때문이라는 것이다. 이러한 주장은 ‘국제사법에 대한 형식적-가치중립적 이해(formal-wertneutrales Verständnis des IPR)’에 근거한다. 그러나 어떤 사람과 밀접하게 관련되어 그에게 익숙한 법의 지정을 배제하는 것은 그 자체로서 그를 저촉법적 차원에서 홀대함으로써 보호할 만한 이익을 침해하므로 이런 반론은 부당하다.⁵⁸⁾ 독

56) 그러면서도 우리 국제사법(제8조)은 가장 밀접한 관련이 있는 법의 지정을 관철하기 위하여 일반적 예외조항을 두고 있다. 다양한 연결원칙과 그 사례는 석광현, *국제사법 해설*(2013), 37면; Heinz Peter Mansel, *Connecting factor*, Encyclopedia, Vol. 1 (2017), p. 445 et seq. 참조.

57) Hans Dölle, *Internationales Privatrecht: Eine Einführung in seine Grundlagen*, 2. Auflage (1972), S. 21.

58) Kropholler(註 43), S. 35에 소개된 1950년 Dölle의 그런 취지의 주장에 대한 1952년 Makarov의 반론 참조.

일에서는 과거의 태도는 1986년 민법시행법 개정에 의하여 입법적으로 극복되었는데 이는 독일 연방헌법재판소의 공로라고 평가된다.⁵⁹⁾

요컨대 독일의 과거 통설과 달리 양성평등의 원칙은 [2]단계, 즉 실질법의 적용단계에서만 이 아니라 [1]단계, 즉 연결점의 선택단계에서도 적용된다. 이상을 정리하면 아래와 같다.

《국제사법의 적용 과정과 헌법에 의한 통제》

국제사법의 연결대상의 특성과 성질결정		
준거법의 결정과 적용과정		헌법에 의한 통제
[1]단계	준거법의 결정	← 평등원칙(양성평등 및 기타)에 의한 통제 * 국제사법의 위헌 여부
	국제사법(연결원칙)의 적용	
[2]단계	지정된 외국법(실질법)의 적용	← 공서(평등권 기타 기본권에 의한)에 의한 통제 * 실질법 적용 결과의 공서위반 여부

(2) 연결원칙과 헌법상의 평등원칙(양성평등 이외의)

국제사법은 다양한 법률관계, 보다 정확히는 연결대상을 분류하여 각각에 대해 연결원칙을 규정하고 있다. 이러한 연결원칙은 헌법상 평등의 원칙에 비추어 대체로 문제가 없다고 본다.⁶⁰⁾ 여기에서는 그 중에서 헌법상의 평등원칙(양성평등 이외의)에 비추어 문제의 소지가 있는 연결원칙을 검토한다.⁶¹⁾⁶²⁾

59) Looschelders(註 49), S. 467ff.

60) 즉 전통적으로 국제적으로 널리 인정되는 연결원칙은 평등의 원칙상 문제가 없다는 것이다. 예컨대 속인법에서 국적을 연결점으로 삼든 상거소(또는 주소)를 연결점으로 삼든 문제는 없고, 회사의 준거법 지정에 관하여 설립준거법설을 취하든 본거지법설을 취하든 문제는 없으며, 상속의 준거법 지정에 관하여 상속통일주의를 취하여 피상속인의 본국법에 따르든 상속분열주의를 취하여 부동산에 관하여는 소재지법을, 동산에 관하여는 피상속인의 최후 상거소지법(또는 주소지법)을 지정하여도 이는 입법정책의 문제로서 위헌 문제는 없다. 형사소송법에 관한 것이기는 하나 헌법재판소 1995. 11. 30. 92헌마44 결정은 “형사소송의 구조를 당사자주의와 직권주의 중 어느 것으로 할 것인가의 문제는 입법정책의 문제라고 보아야 할 것인바, 헌법 제11조 제1항의 평등권규정, 헌법 제12조 제1항의 적법절차규정, 헌법 제27조 제1항의 공정한 재판을 받을 권리규정 등을 근거로 형사소송에 있어서 완벽한 당사자주의가 요구된다고 보기는 어렵고”라고 판시한 바 있다.

61) 또한 우리 국제사법(제9조)이 허용하는 반정(renvoi)은 한국법을 우대하여 평등원칙에 반하는가라는 의문이 있을 수 있다. 우리 국제사법이 제한적으로 직접반정을 허용하는 것은 반정을 허용함으로써 국제사법의 이상인 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있고, 제한된 범위 내에서만이나 경직된 법 선택의 원칙을 완화하여 구체적 사건에 보다 타당한 법을 적용할 수 있으며, 법정지법을 적용함으로써 외국법의 적용에 따른 어려움을 완화할 수 있는 등의 실제적 효용을 고려한 것이므로(석광현(註 56), 162면) 위헌의 문제는 없다고 본다.

62) 독일의 문제영역, 특히 자유권과 국제사법에 관하여는 Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Auflage (2003), §7, Rn 49ff. 참조.

가. 한국국적과 외국국적의 적극적 저촉

국제사법은 속인법에 관하여 본국법주의를 유지하므로 국제사법상 국적은 사람 또는 신분, 친족 및 상속에 관한 법률관계에서 연결점으로서 중요한 의미를 가진다. 그런데 출생, 혼인, 이민 등으로 복수국적이 존재하는 경우(‘국적의 적극적 저촉’) 당사자의 본국법 결정이 문제된다. 국제사법은 아래와 같이 규정한다.

제3조(본국법) ① 당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 그 국적중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.(밑줄은 필자가 추가)

신 국적을 우선시킨 섭외사법과 달리 국제사법은 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 우선시킴으로써 구체적 사건에서 타당한 연결을 가능하게 하나, 다만 복수국적 중 하나가 한국인 경우 ‘내국국적 우선의 원칙’을 고수한다. 이는 구체적 타당성보다 법적용상의 명확성(내지 안정성)과 실용성을 위한 것이다.⁶³⁾ 이런 태도는 독일 민법시행법(제5조 제1항 단서)과 일본 법적용통칙법(제38조)에서 보듯이 국제적으로 널리 인정되기는 하나,⁶⁴⁾ 당사자가 내국과 국적 외에 아무런 관련이 없거나 관련이 약한 사안에서도 내국국적을 자동적으로 우선시키는 것은 ‘당사자와 가장 밀접한 관련’이 있는 국가의 법을 적용한다는 국제사법의 정의에 반하고⁶⁵⁾ 국제적 판결의 일치를 해치며 파행적 법률관계를 초래할 가능성이 있다⁶⁶⁾는 비판을 받고 있다.

문제는 제3조 제1항 단서가 평등의 원칙에 반하는가이다. 위에서 보았듯이 이는 법적용상의 명확성과 실용성을 위한 것이므로 정당화할 여지도 없지는 않으나 헌법상 합리적 근거가 없는 차별로서 위헌의 소지가 있음을 부정하기는 어렵다.⁶⁷⁾ 만일 위헌이 아니라고 보더라도 입법정책적으로 장래 이를 폐지하는 것이 바람직하다.

63) BT-DruckS. 10/504. 40f.(Kropholler(註 43), S. 266에서 재인용).

64) MünchKommEGBGB, 6. Auflage (2015), Band 10, Art. 5, Rn. 62 (von Hein 집필부분); von Bar/Mankowski(註 62), §7, Rn. 119; Kropholler(註 43), S. 266.

65) MünchKommEGBGB/von Hein, Art. 5, Rn. 62. 이런 이유로 독일에는 목적론적 축소(teleologische Reduktion)에 의하여 그 범위를 제한하여 당사자가 내국과는 국적 외에는 아무런 관련이 없거나 관련이 약한 사안에서는 이를 적용하지 말자는 견해도 있다. MünchKommEGBGB/von Hein, Art. 5, Rn. 63.

66) MünchKommEGBGB/von Hein, Art. 5, Rn. 62. 특히 양국이 모두 자국국적을 우선시킨다고 생각하면 이를 쉽게 이해할 수 있다.

67) 독일에서는 견해가 나뉘는 것으로 보인다. 예컨대 MünchKommEGBGB/von Hein, Art. 5, Rn 62, Fn. 264는 위헌이 아니라고 하나 von Bar/Mankowski(註 62), §4, Rn 45; §7, Rn 119는 위헌이라고 본다.

나. 혼인의 방식요건에서 내국인조항

혼인의 방식의 준거법에 관하여 국제사법 제36조 제2항은 아래와 같이 규정한다.

제36조(혼인의 성립) ① (생략)

② 혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다. 다만, 대한민국에서 혼인을 거행하는 경우에 당사자 일방이 대한민국 국민인 때에는 대한민국 법에 의한다.

국제사법은 혼인당사자 중 일방이 한국인이고 또한 그들이 한국에서 혼인하는 경우에는 이른바 ‘내국인조항’을 두어 한국의 혼인 방식에 따르도록 한다(제36조 제2항 단서). 만일 위의 경우 한국법이 아닌 타방 당사자의 본국법에 의한 방식만으로 혼인이 성립되는 것을 인정한다면 그 혼인관계가 우리 가족관계등록부에 전혀 명시되지 않은 채 유효하게 성립되어 가족관계에 혼란을 가져올 수 있고, 그 혼인관계에서 출생한 자녀의 국적이나 지위가 불안정해지는 문제점을 고려한 것이다.⁶⁸⁾ 또한 그 경우 당사자에게 거행지법인 한국법의 방식에 따라 혼인신고를 요구하더라도, 한국인이 외국법의 방식에 의하여 혼인을 할 때 보고적 신고를 하는 것(가족관계등록법 제35조 제1항 참조)과 비교하면, 그것이 창설적 신고라는 것일 뿐 실제 내용상의 차이는 없어 특별한 불편을 강요하는 것도 아니라고 한다.⁶⁹⁾

내국인조항을 두어 혼인의 방식에 관한 한국법의 적용을 강제할 경우 ‘跛행혼(跛行婚)(limping marriage)’을 초래할 가능성이 커진다는 비판이 가능하나, 개정위원회에서는 당시 호적 실무상의 문제점을 해소하고, 가족관계에서의 법적 안정성이라는 공적 이익을 위해 이것이 필요하다고 보았다. 이는 일본 법제(제13조 제3항)⁷⁰⁾를 따른 것이다. 참고로 스위스와 오스트리아 등은 자국에서 거행된 혼인의 방식에 대하여 자국인이든 외국인인든 구별 없이 절대적으로 거행지법주의를 취하고 있어 국제사법보다 더욱 엄격하다.⁷¹⁾

여기에서 문제는 내국인조항이 헌법상 평등의 원칙에 반하는가이다. 내국인조항을 두지 않는다면 결국 당사자 일방의 본국법인 외국법에 의한 방식요건도 유효할 텐데, 위에서 본 내국인조항의 근거를 고려한다면 이는 입법자의 입법재량에 속하는 사항이라고 보는 것이 설득력이 있으므로 헌법에 위반된다고 평가하기는 어려울 것이다.⁷²⁾

68) 석광현(註 56), 451면 이하 참조.

69) 최홍섭, “섭외사법개정법률안의 검토- 제2장(자연인), 제4장(친족), 제5장(상속)”, 국제사법학회 8차 연차 학술대회 발표자료(2000. 11. 25.), 7면; 법무부, 국제사법해설(2001), 130면 註 81.

70) 일본의 법 적용통칙법(제24조 제3항)도 같다.

71) 다만 독일 민법시행법(제13조 제3항)은 독일내의 혼인은 독일법이 규정하는 방식으로만 체결할 수 있다고 하면서(‘Inlandsehe-Inlandsform’), 외국인들 간의 혼인의 경우 예외를 인정하여, 일방 당사자가 속하고 있는 국가의 정부로부터 적법하게 수권받은 사람 앞에서 그 국가의 법이 규정하는 방식에 의하여 체결할 수 있도록 하여 다소 완화된 태도를 취한다.

다. 이혼에서 내국인조항

이혼의 준거법에 관하여 국제사법 제39조와 제37조는 아래와 같다.

제39조(이혼) 이혼에 관하여는 제37조의 규정을 준용한다. 다만, 부부중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다.(밑줄은 필자가 추가)

제37조(혼인의 일반적 효력) 혼인의 일반적 효력은 다음 각호에 정한 법의 순위에 의한다.

1. 부부의 동일한 본국법
2. 부부의 동일한 상거소지법
3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법

국제사법은 부부 중 일방이 한국에 상거소가 있는 한국인인 경우 한국법에 의하여 이혼을 하도록 규정한다(단서). 이는 일본 법례(제16조)⁷³⁾를 따른 것인데, 일본처럼 우리나라에서도 협의상 이혼제도가 인정되고 있고, 협의상 이혼 신고서를 가족관계등록 공무원이 수리하는 점에서 발생하는 문제점을 해결하기 위한 것이다.⁷⁴⁾ 즉 부부 중 일방(즉 한국에 상거소를 둔 한국인)이 협의상 이혼 신고서를 제출하면 가족관계등록 공무원은 이혼의 준거법을 판단해야 하한다. 가족관계공무원은 부부의 동일한 본국이 한국이거나 동일한 상거소지가 한국이라면 한국법의 요건을 검토하여 수리할 수 있으나 그런 연결점이 없으면 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법(最密接關聯地法)을 적용해야 하는데 이는 확정하기가 매우 어렵다. 더욱이 이혼의 경우에는 동일한 상거소지도 없는 경우가 빈번하므로 이런 문제가 발생할 가능성이 매우 크다. 단서는 이런 실무상의 난점을 피하기 위한 것이다. 내국인조항에 대해 국제사법의 이념에 비추어 바람직하지 못하다는 비판이 가능하나 위의 이유로 정당화되었다.⁷⁵⁾

그런 이유로 제39조 단서는 일방 당사자가 한국인이고 한국에 상거소를 가질 것을 요구한다.⁷⁶⁾ 즉 일방 당사자가 한국인이고 한국에 상거소를 가진다면 제37조가 정하는 혼인의 일

72) 혼인거행지는 혼인식이 필요한 경우 혼인주채자(신분공무원, 시장 또는 성직자)의 입회 하에 공식적 혼인식이 거행되는 장소를 말하는데, 우리처럼 국가기관에 혼인신고를 해야 하는 국가의 경우 혼인거행지의 결정은 쉽지 않다. 상세는 윤진수(편), 주해친족법 제2권(2015), 1599면 이하 참조(석광현 집필부분).

73) 일본의 법적용통칙법(제27조 단서)도 같다. 구 독일 민법시행법(제17조 제1항)은 “이혼은 이혼신청의 계속 개시된 시점에서 혼인의 일반적 효력의 준거법에 따른다. 혼인이 그 법에 의하면 이혼될 수 없는 때에는 이혼은 그것을 청구하는 배우자가 그 시점에서 독일인이거나 또는 혼인의 체결 당시에 독일인이었던 경우에 독일법에 따른다”고 규정함으로써 혼인의 효력의 준거법에 따르도록 규정하면서 보정적 연결을 규정하였으나 현재는 이혼의 준거법에 관한 2010년 EU규정(번호 1259/2010), 즉 로마Ⅲ에 따른다. 내국인조항은 없다.

74) 상세는 석광현(註 56), 468면 이하 참조.

75) 최홍섭(註 69), 11면. 위 조항은 탈북자와 북한에 남아 있는 배우자와의 이혼에서도 의미를 가진다.

76) 그러나 위에서 본 독일 민법시행법(제17조 제1항 제2문)은 국제사법과는 다르다. 그 목적은 외국인과의 결혼

반적 효력의 준거법은 제1호와 제2호에 의할 경우 논리적으로 한국법이 될 수밖에 없고, 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법도 한국법일 개연성이 크다. 그렇다면 굳이 제39조 단서를 두지 않아도 결론은 동일할 것이다. 더욱이 제39조 단서는 가족관계등록공무원의 판단을 돕기 위한 것인데 우리나라에서는 일본과는 달리 협의상 이혼 시 법관이 이혼의사를 확인하고 있어 이혼의 준거법을 판단할 수 있으므로 단서를 굳이 둘 필요는 없다.⁷⁷⁾

여기에서 문제는 내국인조항이 헌법의 원칙에 반하는가라는 점이다. 위에서 본 것처럼 위조문이 없더라도 결국 한국법이 준거법이 될 수밖에 없거나 그렇지 않더라도 한국법이 될 개연성이 크므로 그 결과를 보다 명확히 규정한 제39조 자체가 평등의 원칙에 반하는 것이라고 평가하기는 어렵다.

라. 사회경제적 약자의 보호와 헌법상의 평등원칙

국제사법은 소비자 또는 근로자와 같은 사회·경제적 약자를 보호하기 위한 국제사법의 조치로서 준거법의 맥락에서도 그들을 보호하는 연결원칙을 두고 있다.⁷⁸⁾ 이는 헌법상 평등의 원칙에 비추어 문제가 없는가라는 의문이 있을 수 있으나, 국제재판관할에 관하여 위에서 논의한 바와 같이 이는 결국 실질적 평등을 실현하기 위한 것이라는 점에서 정당화될 수 있을 것이다. 과거 섭외사법은 국제사법적 정의(正義)와 실질법적 정의(正義)를 준별하고 전자는 법의 적용에만 관계되고 준거법으로 지정된 실질법의 내용에는 관여하지 않는다는 전통적 국제사법이론을 따랐으나⁷⁹⁾ 국제사법은 소비자와 근로자의 보호라는 실질법적 정의를 저촉법적 차원에서 고려하여 통상의 계약에 대한 특칙을 둔다. 지금의 잣대에 따르면 오히려 준거법의 측면에서 약자보호를 전혀 고려하지 않은 섭외사법이 실질적 평등에 반하는 것으로서 위헌이라는 주장도 제기될 수 있다고 해야할지도 모르겠다.

마. 국제사법 조문의 위헌성을 다룬 헌법재판소 결정 : 선박소유자의 책임제한의 준거법

수산업협동조합중앙회는 선박소유자의 책임제한(총체적 책임제한)과 범위를 선적국법에 의하도록 규정한 국제사법 제60조 제4호는 재산권과 평등권을 침해한다며 헌법소원을 제기하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 2009. 5. 28. 2007헌바98 전원재판부 결정에 의하여 재

한 독일 여자들에게 독일에서 이혼을 가능하게 하기 위한 것이라고 한다.

77) 최봉경, “국제이주여성의 법적 문제에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제51권 2-1호(통권 제155호)(2010), 143면도 ‘단서’의 입법태도가 오늘날과 같은 국제화된 사회에서 여전히 합리적이라고 할 수 있을지는 의문이라고 지적한다.

78) 국제사법(제46조)은 또한 준거법의 맥락에서 부양권리자를 보호하는 연결원칙을 두고 있다.

79) 국제사법(제46조)은 79) 이러한 원칙을 “국제사법적 정의는 실질사법적 정의에 우선한다”고 표현한다. 이호정(註 41), 16-18면 참조.

판관 8대 1의 의견으로 합헌결정을 하였다.⁸⁰⁾

다수의견이 다룬 헌법상의 쟁점은 두 가지였다.

첫째는 제60조 제4호에 의하여 재산권이 제한되는지 여부이다. 다수의견은 청구인들의 손해배상청구권이 제한되는 것, 즉 이 사건 사고에 말레이시아 상선법을 적용함으로써 선박소유자의 책임한도액이 우리 상법을 적용한 경우보다 현저하게 낮게 되더라도 이는 준거법을 적용한 반사적인 결과에 불과하므로, 제60조 제4호 자체로 인하여 청구인들의 재산권이 제한된다고 보기 어렵다고 판시하였다. 선박소유자의 책임한도액이 현저하게 낮게 된 것은 제60조 제4호(즉 연결점의 선택) 자체의 문제는 아니라는 점에서 다수의견은 타당하다. 즉 제60조 제4호의 위헌 여부는 연결점의 선택의 문제(위 표의 [1]단계)여야 하지, 그에 의하여 지정된 실질법의 문제(위 표의 [2]단계)는 아닌데 재산권 제한의 문제는 국제사법의 문제는 아니라는 것이다.

둘째는 제60조 제4호가 평등권을 침해하는지이다. 다수의견은, 제60조 제4호는 내·외국 선박을 불문하고 모두에게 적용되는 법률이므로 차별적 취급이 존재한다고 할 수 없고, 이 사건 선박에 말레이시아 상선법을 적용하여 선박소유자 등의 책임한도액이 우리 상법을 적용한 경우보다 현저히 낮게 되더라도 이는 준거법을 적용한 결과에 불과하므로, 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별이라고 할 수 없다고 판시하였다. 다수의견은, (아마도 제60조 제4호가 정한 연결점(선적)의 선택 자체는 평등권의 관점에서 문제 없음을 전제로 하면서), 그에 따라 결정된 준거법을 적용한 반사적인 결과는 합리적인 근거가 없는 자의적 차별은 아니라고 하나 이에 대하여는 다음과 같은 의문이 있다.

다수의견은 논거는 제60조 제4호가 선적이라는 동일한 연결점을 내·외국 선박 모두에게 적용하므로 차별적 취급이 없다는 것이다. 이는 위 표의 [1]단계의 위헌 여부를 논의한 점에서는 타당하다. 그러나 위헌 여부 판단 시 중요한 것은, 선적이라는 ‘동일한 연결점’을 내·외국 선박에 동일하게 적용하는지가 아니라, 선적을 연결점으로 선택함으로써 결국 내국 선박에 대하여는 한국법을, 외국 선박에 대하여는 외국법을 각 적용하는 것이 정당한가이다. 만일 법정지국법을 적용하면 내·외국 선박에 대하여 ‘동일한 준거법’이 지정되므로 이런 문제가 아예 제기되지 않는다.⁸¹⁾ 헌법재판소로서는 동일한 연결점에도 불구하고 결국 상이한 준거법을 지

80) 이 사건에서는 우선 제60조 제4호의 ‘해상’이 선박을 이용한 상행위만을 의미하는 것인지 아니면 선박충돌이나 그로 인한 책임도 포함하는 것인지가 다투어졌다. 다수의견은 이를 긍정하였으나 소수의견은 부정하였다. 다수의견이 타당하나 이는 헌법상의 쟁점으로서의 의미가 없다. 상세는 석광현, “海事國際私法の 몇 가지 문제점 - 準據法을 중심으로 -”, 한국해법학회지 제31권 제2호(2009. 11.), 134면 이하 참조.

81) 만일 제60조 제4호가 법정지법설을 취한다면 내·외국 선박에 동일한 연결점을 적용할 뿐만 아니라, 결국 내·외국 선박에 동일한 준거법(법정지법)이 적용된다. 따라서 양자는 차이가 있는데 평등권 침해의 맥락에서는 ‘동일한 연결점’인지가 아니라 ‘동일한 준거법’인지가 더 의미가 있다.

정하는 점을 검토했어야 하는데 이를 하지 않았다는 점에서 아쉬움이 있다. 물론 그렇게 했더라도 헌법상 문제가 없다는 결론이 도출되었을 것이다. 즉 헌법상의 추상적 원칙이 정한 한계 내이므로 제60조 제4호는 문제가 없고 결정적인 것은 국제사법상의 연결정책이다.

바. 소 결

여기에서는 헌법상의 평등원칙에 비추어 문제의 소지가 있는 국제사법의 연결원칙을 검토하였고 제3조 제1항 단서를 제외하고는 문제가 없다고 판단하였다. 즉 국제사법의 개별조문이 정한 연결원칙도 평등의 원칙에 위배되어서는 아니 되나, 헌법은 준거법의 맥락에서도 입법자와 법관이 준수해야 하는 큰 테두리만을 규정하므로, 결정적인 것은 입법자가 그 입법제량의 범위 내에서 준거법 결정의 다양한 요소를 고려하여 채택하는 연결정책이다. 이런 관점에서 우리 국제사법의 연결원칙은 대체로 헌법상 문제가 없다고 본다.

민사법과 헌법의 관계를 다룬 김형석 교수의 설명을 빌려 국제사법에 대입하면 이를 아래와 같이 표현할 수 있을 것이다.⁸²⁾ 즉, “연결원칙을 찾는 경우에도 법적용자는 국제사법질서에서 해결책을 찾아야 하는데 이는 무엇보다 추상적인 원칙규범인 기본권이 아니라 오랜 시간 동안 세밀하게 정련된 국제사법 규정 및 법리에서 비로소 현실적인 해결을 가능하게 하는 구체적인 형량기준이 발견될 수 있기 때문이다. 국제사법의 적절한 적용으로 이미 기본권이 예정하는 보호는 실현되고 있으며 그러한 의미에서 ‘인식에 있어 국제사법의 우선성’이 인정되어야 한다”⁸³⁾는 것이다.

4. 준거법으로 지정된 외국법의 적용과 공서위반(국제사법 적용의 [2]단계)

(1) 공서조항의 취지

국제사법은 외국적 요소가 있는 사안에서 준거법을 결정하기 위하여 연결정책을 고려하여 다양한 연결대상에 대하여 적절한 연결점을 정하여 준거법을 지정한다. 이는 외국법도 문명국가의 법으로서 사안에 따라 적용하겠다는 입법자의 개방적 자세를 보여준다. 그러나 외국법을 적용한 결과가 한국의 본질적 법원칙, 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념, 즉 공공질서(또는 공서, *ordre public*)에 반하여 우리가 수인(受忍)할 수 있는 범

82) 김형석, “사적 자치와 기본권의 효력 - 유럽사법의 경험으로부터의 시사-”, 윤진수 외, 헌법과 사법(2018), 204면.

83) 바꾸어 말하면 “효력상 우위는 헌법이 아니라 인식상 우위는 오히려 민법에 있다”거나, “민법에 대한 규범통제는 체계정당성 심사로 축소된다”는 식의 설명(이동진, “재산권 보장 조항(헌법 제23조 제1항)과 민법”, 윤진수 외(註 82), 150면)은 준거법 결정원칙에서도 타당하다고 본다.

위를 넘는 때에는 외국법의 적용을 배제할 수 있다. 이것이 공서조항의 방어적 또는 소극적 기능이다. 이를 헌법의 맥락에서 보면 ‘다름에 대한 관용(tolerance of difference)’은 국제사법에 내재된 원리이나 그 다름이 근본적인 헌법적 성질을 가지는 경우 한계에 직면하고 공서위반의 문제가 제기된다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

(2) 공서조항이 적용되기 위한 요건

국제사법 제10조는 다음과 같다.

제10조(사회질서에 반하는 외국법의 규정) 외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.

국제사법에 의하여 지정된 준거법의 적용을 공서위반을 이유로 배제하려면 ① 준거법이 외국법으로 지정될 것, ② 외국법을 적용한 결과가 한국의 법원칙에 반하고, ③ 그 법원칙이 본질적인 것, 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 속하는 것이어야 하며, ④ 그 위반의 정도가 중대하여 우리가 수인할 수 있는 범위를 넘어야 하는데, 이러한 요건의 구비 여부는 내국관련성 및 현재관련성과의 관계에서 상대적으로 판단하여야 한다. 위 ②, ③ 및 내국관련성을 부연하면 아래와 같다.

가. 외국법을 적용한 결과가 우리의 공서에 명백히 반할 것

공서조항이 적용되기 위하여는 준거법인 외국법을 적용한 결과가 우리의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여야 한다. 국제사법에서 공서의 원칙은 외국법 자체에 대하여 ‘추상적 규범 통제(abstrakte Normenkontrolle)’를 하는 것이 아니라,⁸⁶⁾ 외국법을 적용한 결과로 인해 자국의 기본적인 사회질서가 파괴될 우려가 있는 경우 이를 막기 위한 것이므로 문제는 외국법 자체가 아니라 외국법을 적용한 결과이다.

국제사법이 말하는 “선량한 풍속 그 밖의 사회질서”란 민법 제103조가 규정하는 ‘국내적 공

84) Mills(註 3), p. 456는 국제사법에 내재하는 원칙은 압력을 받는다고 하고 그 사례로 피고의 행위가 미국 연방헌법 수정 제1조가 정한 ‘언론의 자유라는 기본권(free speech right)의 행사로서 정당화될 수 있는 경우 외국의 명예훼손 판결의 승인 및 집행을 거부하도록 하는 미국 연방법률인 2010년 SPEECH (Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage) Act를 든다. 이는 미국이 ‘libel tourism’에 대처하기 위하여 제정한 법률이다.

85) 소극적 기능을 하는 공서만이 아니라 나아가 적극적으로 국제적 강행규정성의 근거가 될 수도 있을 것이다.

86) von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (2007), §6, Rn. 150. 다만 추상적 규범통제의 개념에 관하여는 논란이 있다.

서(internal 또는 domestic public policy)'와는 구별되는 '국제적 공서(international public policy)'를 의미한다.⁸⁷⁾ 만일 이를 민법상의 공서로 보아 외국법적용의 결과가 우리 민법상의 공서에 반한다는 이유로 외국법의 적용을 배제한다면 국제사법규정의 대부분은 무의미하게 될 것이다.⁸⁸⁾ 따라서 국제사법 제10조의 공서를 민법(제103조) 등 실질법상의 공서와 구별하기 위하여 '국제적 공서'라고 부르는 것이다. 아래(3)에서 보듯이, 외국법을 적용한 결과 우리 헌법상 기본권이 침해되는 때에는 여기의 공서위반이 될 수 있다.

또한 공서조항이 적용되기 위하여는 외국법을 적용한 결과가 우리의 공서에 '명백히' 위반되어야 한다. 이는 공서조항의 개입을 제한함으로써 그 남용을 막기 위한 것으로 공서위반이 명백하지 않은 경우에는 우리가 외국법의 적용을 수인해야 한다. 이 점은 독일 민법시행법(제6조), 로마협약(제16조)과 로마 I (제21조) 등 국제규범과 같다.⁸⁹⁾

나. 사안의 내국관련성

공서위반의 정도는 사안의 내국관련성과의 관계에서 상대적으로 이해해야 한다. 즉 내국관련성이 크면 외국법 적용의 결과가 우리나라의 선량한 풍속 및 사회질서에 위반되는 정도가 약하더라도 공서위반이 될 수 있으나, 반대로 내국관련성이 작으면 외국법 적용의 결과가 선량한 풍속 및 사회질서에 위반되는 정도가 큰 경우에만 공서위반이 될 수 있다.⁹⁰⁾ 이것이 '정의 개념의 장소에 따른 상대성'에 기인하는 '공서의 상대성(Relativität des ordre public)'이다.⁹¹⁾ 다만 기본권 또는 인권 위반의 경우에도 내국관련성이 요구되는지는 아래(3)에서 보듯이 논란이 있다.

87) 국내적 공서와 대비되는 국제적 공서 개념은 프랑스(Batifol/Lagarde, Droit international privé, Tome 1, 8. éd. (1993), n. 354 참조)와 이탈리아에서는 익숙하나 독일에서는 아니다. MünchKommEGBGB, Band 10, 6. Aufl. (2015), Art. 6 Rn. 19 (von Hein 집필부분) 참조. 독일에서 국제적 공서라 함은 오히려 국제법에 근거한 공서로 이해하는 경향이 있다. Staudinger/EGBGB (2013), Art. 6, Rn. 75f. (Markus Voltz 집필부분).

88) 이호정(註 41), 219면; 신창선·윤남순, 신국제사법 제2판(2012), 184-185면. 만일 국제사법 제10조의 공서를 민법상의 공서와 동일시하면 예컨대 이혼의 준거법인 외국법이 파탄주의를 따르는 경우 내국관련성이 있는 사안에서는 우리 법원은 이를 적용할 수 없게 된다.

89) 헤이그국제사법회의에서 채택한 조약은 자에 대한 부양의무의 준거법에 관한 1956년 협약 이래 이러한 문언을 사용한다.

90) 이호정(註 41), 220면. 외국판결의 승인에 관한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결은 위 개념을 정면으로 도입하였다.

91) Looschelders(註 49), S. 482; MünchKommEGBGB/von Hein, Art. 6 Rn. 190.

(3) 공서위반과 헌법 : 공서의 테두리 내에서의 기본권

가. 문제의 소재

외국법을 적용한 결과 우리 헌법이 보장하는 인간의 기본권이 침해되는 때에는 공서위반이 될 수 있는데, 이는 기본권은 '자유민주적 기본질서의 핵심'으로서 우리의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념을 반영하기 때문이다. 이런 의미에서 공서는 기본권규범 내지 인권규범으로서 기능을 가진다. 기본권이 외국법의 적용을 배제하는지 여부와 그 배제의 범위는 위(나.(2))에서 보았듯이 사안의 내국관련성과의 관계에서 개별적으로 검토해야 한다.⁹²⁾

헌법 위반을 논의함에 있어서는 우리 헌법의 원칙에 기술적으로 반하는 듯한 외국법의 적용이 당연히 국제사법상으로도 공서위반이 되는 것은 아니므로 우리 헌법상의 원칙을 분명히 해야 한다. 예컨대 외국법이 혼인에 의하여 처가 남편의 성을 따르도록 하는 태도, 즉 부계성본주의 자체가 양성평등의 원칙에 반하는 것처럼 보이나 헌법재판소에 따르면 그렇지 않는 점을 주의해야 한다.⁹³⁾ 만일 부계성본주의가 헌법상의 양성평등의 원칙에 반한다고 하더라도 그것이 국제사법상 당연히 공서위반이 되는 것은 아니다.⁹⁴⁾

92) 이호정(註 41), 222면. 기본권의 맥락에서도 이것이 독일 다수설이나 불필요하다는 견해도 있다. Staudinger/EGBGB (2013), Art. 6, Rn. 164 (Markus Voltz 집필부분); Looschelders(註 49), S. 491.

93) 예컨대 자(子)의 성에 관하여 헌법재판소 2005. 12. 22. 2003헌가5 등 결정의 다수의견은 부계성본주의 자체가 헌법에 반하는 것은 아니지만 부성주의를 강요하는 것이 부당한 경우에 대해서도 예외를 규정하지 않은 것은 헌법에 반한다고 판시하였다. 구체적으로 다수의견은 "양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 "자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고" 부분이 성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다"고 판시하였다. 그러나 우리나라도 가입한 유엔 여성차별철폐협약(제16조 제1항 (사))은 여성에게 가족성을 선택할 권리를 보장하도록 규정하는데 우리나라는 위 협약에 가입하면서 위 조항에 대해 유보를 하였다. 그러나 현행 민법은 부의 성을 모의 성보다 우선시킴으로 여전히 문제가 있다. 위 헌법재판소의 태도가 언제까지 유지될 수 있을지는 모를 일이다.

94) 다만 그 이론적 근거는 불분명한데 아래를 생각할 수 있다. 첫째는 국내사건에서 양성평등의 원칙은 절대적 차별금지인 데 반하여, 외국적 요소가 있는 사건에서는 각국의 종교적 및 문화적 차이를 고려하여 상대적으로 판단해야 한다고 보는 것이다. 그러나 양성평등은 인간으로서의 존엄과 밀접하게 관련된다는 이유로 상대화에 반대하는 견해도 있다(Looschelders(註 49), S. 487). 둘째는 피해자 동의의 시 절대적 차별금지에 대한 예외를 인정하는 것이다. 즉 기본권의 개입은 기본권의 침해가 있는 경우에만 문제되므로 기본권 주체가 동의한 경우(부인이 외국법에 따라 남편 성을 따르는 데 동의한 경우) 침해가 없어(volenti non fit injuria) 독일 법관이 피해자의 의사에 반하여 양성평등의 원칙을 관철할 이유는 없다는 것이다. Looschelders(註 49), S. 488(다만 피해자의 동의는 주관적 권리로서 기본권이 침해되는 경우 의미가 있으나 기본권이 제도보장 및 중요한 가치판단으로서 객관적 차원을 가지는 경우에는 당사자가 비록 동의하더라도 기본권의 침해가 인정된다고 하면서 일부다처제 혼인을 예로 든다). 셋째는 양성평등의 원칙에 반하더라도(다만 前註를 고려해야 함을 주의) 부계성주의가 우리의 사법적 사회생활의 질서를 해하는 것은 아니므로 문제가 없다는 것이다. 신창선·윤남순(註 88), 185면 이하.

나. 독일 스페인인 결정의 의의와 우리 법에의 시사점

1) 독일 연방헌법재판소 결정의 소개

공서위반과 관련하여 20세기의 가장 중요한 독일 국제사법 판결⁹⁵⁾ 또는 독일 국제사법의 발전에 있어 전환점을 이루는 판결이라고 평가되는⁹⁶⁾ 독일 연방헌법재판소의 1971. 5. 4. '스페인인 결정(Spanierbeschluss)'⁹⁷⁾을 검토할 가치가 있다.⁹⁸⁾

사건의 개요는 아래와 같다. 독일에서 혼인하였다가 이혼재판에 의하여 이혼한 독일 여자가 독신인 스페인 남자와 혼인하고자 하였다. 스페인 당국이 독일에서의 혼인에 필요한 스페인 남자의 혼인자격증명서를 발급하지 않자 독일 여자는 독일 법원에 증명서의 면제를 신청하였으나 기각되었다. 독일의 당국(Hahm 고등법원장)이 이를 기각한 이유는, 당시 스페인법은 이혼을 허용하지 않았으므로 독일 여자의 이혼은 스페인에서는 인정되지 않았고 따라서 스페인 남자는 기혼인 독일 여자와 혼인하려는 것으로서 스페인 법이 금지하는 배우자 있는 여자와 혼인하는 것이 되었기 때문이었다. 이에 독일 여자와 스페인 남자는 '독일 법원이 이혼을 금하는 스페인 법을 적용하여 신청을 기각한 것은 독일 기본법상 보장된 혼인의 자유권을 침해한 것'이라 하여 헌법소원을 제기하였다.

스페인인 결정에서 독일 연방헌법재판소는 우선 혼인의 자유는 독일 기본법 및 독일이 가입한 조약과 유엔협약에서 보장하는 핵심적인 인권임을 확인한 뒤 아래와 같이 판시하였다. 첫째, 독일의 국제사법은 독일 기본법에 부합해야 하고, 둘째, 독일의 국제사법에 따라 지정된 준거법인 외국법(스페인 남자의 혼인의 성립요건에 관한 스페인법)을 적용한 결과는 독일 기본법이 정한 당사자의 기본권에 의하여 평가되어야 한다. 이런 법리에 기초하여 일체의 이혼을 금지하고 외국에서 외국법에 따라 이루어진 이혼까지 인정하지 않음으로써 이혼한 자와의 혼인을 중혼으로 금지하는 (당시) 스페인 법은 독일 기본법에서 불가침의 기본권으로 인정하고 있는 혼인의 자유를 침해하므로 독일 법원은 이를 적용할 수 없다.

그 결과 저촉규범도 기본권에 의한 통제 하에 놓이게 되었다. 이것이 저촉법의 기본권 내지 헌법 적합성 또는 '저촉법에 대한 기본권의 우위(Grundrechte vor IPR)'이다.

95) von Bar/Mankowski(註 62), §4, Rn 40.

96) Murad Ferid, Internationales Privatrecht, 3. Auflage (1986), §2 Rn. 2-47.

97) BVerfGE 31, 58 = NJW 1971, 1509.

98) 상세는 RabelsZ, Band 36 (1972), 2ff.에 수록된 논문들 참조. 영문 소개는 Friedrich K. Juenger, The German Constitutional Court and the Conflict of Laws, The American Journal of Comparative Law, Vol. 20, No. 2 (Spring, 1972), pp. 290-298 참조. 우리 문헌으로는 안춘수(註 42), 365면 이하가 충실히 소개한다.

2) 준거법인 외국법을 적용할 때 독일의 기본권을 관철하는 방법

위 독일 연방헌법재판소는 외국의 사형규범(즉 준거법으로 지정된 스페인법)의 적용이 독일의 기본권을 침해하는 경우 독일의 기본권을 어떻게 관철시켜야 하는지에 관하여 세 가지 가능성을 제시하였다.⁹⁹⁾

첫째는 기본권 자체가 저촉규범에 의하여 지정된 외국법의 적용에 대한 한계를 직접 규정한 다고 보는 것이고, 둘째는 간접적으로 공서를 통하여 기본권에 반하는 외국법의 적용을 배제하는 방법이다. 첫째를 따르는 견해는 국제사법과 상이한 독자적인 국제헌법(또는 헌법저촉법) 내지 국제기본권법(internationales Grundrechtsrecht)¹⁰⁰⁾ 이론을 개발하는 소수 설이고,¹⁰¹⁾ 독일 법원 판례와 다수설은 둘째를 따른다. 둘째에 의하면 공서조항은 헌법상 '기본권들의 국제사법에의 입구(Einbruchsstelle der Grundrechte in das IPR)'¹⁰²⁾로서 의미가 있다. 그 후 독일 법원은 부부재산제와 이혼의 준거법에서 부(夫)를 우선시키거나 친자관계에서 부(父)를 우선시키는 저촉규정은 위헌으로서 무효라고 선언하거나 새롭게 해석하였고,¹⁰³⁾ 마침내 독일 입법자들은 1986년 민법시행법(제6조 2문)을 개정하면서 외국 법규범의 적용이 기본권과 상충되지 않는 경우 적용이 배제됨을 명시함으로써 기본권을 공서유보에 통합하는 둘째 견해를 채택하였다.¹⁰⁴⁾

99) 본문에 소개하는 두 가지에 앞서 독일 연방헌법재판소는 헌법에 반하는 결과를 회피하는 수단으로서 이혼을 혼인요건에 대한 선결문제로 파악하여 스페인법에 의할 것이 아니라 독자적으로 준거법을 지정함으로써 독일법에 의하는 방법도 가능하다고 판시하였다.

100) 이는 직역하면 '국제기본권법'이나 '국제헌법'이라고 번역할 수도 있다. 안준수(註 42), 374면은 전자를, 이호정(註 41), 221면은 후자를 각 사용한다.

101) 그러나 여기에서 말하는 헌법저촉법의 정확한 의미는 다소 불분명하다. '헌법저촉법'이라면 마치 국내 헌법과 외국 헌법 간의 선택을 문제삼는(양면적 저촉규정) 듯한 인상을 주나 다소 의문이다. 독일 연방헌법재판소는 국제사법에 의하여 지정된 외국법의 적용을 독일 기본권이 직접 제한할 수 있다고 설명하였다(이는 외국재판 승인의 맥락이지만, 미국 SPEECH Act는 미국 연방헌법이 외국재판의 승인을 직접 제한하는 것과 방불하다). 이로부터 독일 헌법의 적용범위를 정하는(일면적 저촉규범) 일면적 저촉규정의 접근방법을 말하는 것으로 보인다(Looschelders(註 49), S. 475도 이런 취지로 보인다). 이는 외국법은 아마도 외국 헌법에 합치할 개연성이 크고(가사 그렇지 않더라도 우리가 외국 헌법을 그 자체로 적용하지는 않는다), 법원은 국내 헌법(기본권법)의 적용을 배제할 수 없기 때문일 것이다. 반면에 Kegel/Schurig(註 44), S. 534(이호정(註 41), 222면)는 어느 국가의 헌법을 적용할 것인가를 논의함으로써 양면적 저촉규범을 전제로 하는 듯하다. 즉 Kegel/Schurig(註 44), S. 533은 헌법저촉법은 외국적 요소가 있는 사안에 독일 헌법의 개별적 기본권이 적용되는지를 규정하고, 만일 적용요건이 구비되면, 독일의 헌법원칙이 통상의 국제사법의 연결원칙과 누적적용되므로, 외국법이 정한 법률효과는 독일 헌법의 기본권에 부합할 때에만 발생할 수 있으며 이 경우 독일 헌법은 외국법의 효력을 배제하는 것이 아니라 헌법저촉법에 의하여 지정된 실질법으로서 외국법에도 불구하고 관철된다고 한다. Kegel/Schurig(註 44), S. 533.

102) 이호정(註 41), 222면. '기본권이 국제사법에 침입하는 지점'이라고 번역할 수도 있다.

103) BVerfGE 63, 181 = NJW 1983, 1968(부부재산제에 관한 민법시행법 제15조에 관하여); BVerfGE 68, 384 = NJW 1985, 1282(이혼에 관한 민법시행법 제17조 제1항에 관하여) 등 참조.

104) 민법시행법에 조문이 신설되어 학설 대립이 해소되었다는 견해(MünchKommEGBGB/Sonnenberger, Einl. Rn. 301)도 있으나 아직 대립이 있는 것으로 보인다. Looschelders(註 49), S. 474; Michael Grünberger, "Alles obsolet? - Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR",

소수설은 저촉규범적 요소를 분명하게 드러내는 장점이 있으나, 헌법의 기초자들은 기본권의 보호를 형성함에 있어서 외국관련을 고려하지 않았으므로 헌법규범의 해석을 통하여 구체적인 사안에서 타당한 헌법저촉규범을 도출하기는 매우 어렵다는 단점이 있다.¹⁰⁵⁾ 결국 이 견해는 저촉규범의 구체화를 포기하고 결국 일반조항의 형태를 사용할 수밖에 없다. 둘째, 공서의 테두리 내에 기본권을 편입하는 방법은 외국법을 적용함에 있어서 기본권이 미치는 영향력(Wirkungskraft)을 구체화하기 위하여 이미 검증된 국제사법 법리를 이용가능하게 하는 장점이 있다.¹⁰⁶⁾

다. 공서에 관한 우리 법원 판례의 검토

우리나라에서 법원이 준거법이 외국법인 사안에서 공서위반을 근거로 외국법의 적용을 배제한 사례는 많지 않다.¹⁰⁷⁾ 특히 법원이 기본권을 근거로 들어 공서위반이라고 판단한 사례는 보지 못하였고 대체로 국제사법 맥락에서 공서위반이라고 판단한 사례들이다.

1) 필리핀법에 따른 이혼 불허: 서울가정법원 1981. 3. 11. 선고 79드2574 심판

이 사건에서는 섭외사법 하에서 외국법이 이혼을 전면 불허하는 외국법의 적용이 공서위반 인지가 다루어졌는데 법원은 아래의 취지로 실시하면서 공서위반이라고 판단하였다.

“... 청구인은 한국 국적을 가진 여자이고, 피청구인은 필리핀공화국의 국적을 가진 남자인데, ... 이혼심판청구는 섭외적 사법관계에 속하는 사건인바, 섭외사법 제18조에 의하면 부(夫)인 피청구인의 본국법, 즉 필리핀공화국의 이혼에 관한 법률이 그 준거법이 될 것이나, 필리핀공화국의 법률 ... 에 따르면 처의 간통이나 부의 축첩 등의 사유가 있는 경우에 법정 별거소송을 인정하고 있을 뿐, 이혼제도 자체를 인정하지 않고 있다고 해석되며, ... 따라서 필리핀공화국 법률의 적용을 고집한다면 청구인은 어떠한 경우에도 이혼할 수 없다는 부당한 결과가 되는데 이는 협의이혼은 물론 재판상 이혼도 비교적 넓게 인정하는 우리 법제도에 비추어 공서양속에 반하므로 섭외사법 제5조에 의하여 필리핀공화국의 법률을 적용하지 아니하고 우리 민법을 적용한다.”(밑줄은 필자가 추가)

in Stephan Leible and Hannes Unberath (Hrsg.), Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? (2013), S. 104ff.

105) Ferid(註 96), Rn. 2-54ff. Kegel/Schurig(註 44), S. 533ff. 참조. 더욱이 이는 헌법으로부터 그 적용범위를 확정하는 형태로 접근하나 이처럼 실질법으로부터 그의 장소적 범위를 도출하는 법규분류학적 접근은 신뢰하기 어려운 탓에 유럽 국제사법에서는 이미 폐기되었다. Looschelders(註 49), S. 475.

106) Looschelders(註 49), S. 475. 안춘수(註 42), 374면은 “독일에서 경직적일 수밖에 없는 국제기본권 법적 접근을 포기하고 유연한 운용이 가능한 공서조항을 통한 적용제한의 길을 열어두는 방법을 택한 것은 현명했다”고 평가한다.

107) 사례는 석광현(註 56), 181면 이하 참조.

위 판결은 기본권을 언급하지 않았으나 파양의 불허는 제36조(혼인과 가족생활의 보호와 같은 기본권) 그것이 아니라면 헌법 제10조(인간의 존엄과 행복추구권)의 한계문제로서 공서위반이 된다고 구성할 여지도 있지 않았을까 생각된다.

2) 알라바마주법에 따른 파양 불허: 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결

이 사건에서는涉外사범 하에서 입양의 준거법인 외국법이 파양을 전면 불허하는 경우 그의 적용이 공서위반인지가 다루어졌는데, 법원은 아래의 취지로 실시하면서 공서위반이라고 판단하였다.

“이 사건 소송은 한국 국적을 가지고 한국에 주소를 둔 양자인 원고가 미국 국적을 가지고 알라바마주에 주소를 가지고 있던 양친인 피고를 상대로 파양을 구하는 것이다. ... 파양은 양친의 본국법에 의하므로 이 사건의 준거법은 미국 알라바마주 법률이다. 그런데, 알라바마 주의 법에 따르는 한 어떠한 경우에도 원고와 피고는 파양할 수 없다. 그러나, 이를 관철하는 경우에는 피고가 원고를 악의로 유기한 채 장기간에 걸쳐 아무런 연락도 없고 행방조차 알 수 없는 데다가 양자인 원고가 그 관계의 청산을 간절히 바라고 있음에도 불구하고 원고로 하여금 형식적으로 양친자 관계를 유지하도록 강요하는 것은 양자의 복지를 주된 목적으로 하는 양자제도의 본질에 반하고 우리의 선량한 풍속 기타 사회질서에도 위반되므로,涉外사범 법 제5조의 규정에 따라 알라바마주의 법률이 적용될 수 없고 우리나라 법률이 준거법이 된다.”(밑줄은 필자가 추가)

현재는 계약형입양/단순입양과 선고(허가, 재판)형 입양/완전입양인 친양자제도가 허용되나, 위 판결 당시에는 우리 민법상으로는 전자만 인정되었다. 미국에서는 완전입양 시 파양은 인정되지 않으나 현재 우리 민법상 친양자의 경우에도 예외적으로 파양이 인정된다. 위 판결은 기본권을 언급하지 않았으나 이혼의 불허는 제36조(혼인과 가족생활의 보호와 같은 기본권) 그것이 아니라면 헌법 제10조(인간의 존엄과 행복추구권)의 한계문제로서 공서위반이 된다고 구성할 여지도 있지 않았을까 생각된다.

3) 강제징용사건에서 공서위반을 이유로 일본 회사법의 적용을 배척한 사례

아래(IV.2(3))에서 소개하는 2012년 강제징용사건에서 피고는 원고등이 원래 책임을 물어야 할 구 미쓰비시와 피고는 별개의 법인이라고 항변하였던바, 대법원은 일본 회사의 법인격을 판단하는 준거법인 일본법을 적용하면 원고등은 구 미쓰비시에 대한 채권을 피고에 대하여 주장할 수 없게 되는데 회사의 인적, 물적 구성에는 기본적인 변화가 없었음에도, 전후처리 및 배상채무 해결을 위한 일본 국내의 기술적 입법을 이유로 구 미쓰비시의 채무가 면탈되

는 것은 공서양속에 비추어 용인할 수 없다고 판시하고 일본법의 적용을 배제하였다. 대법원은 판단과정에서 원고등의 기본권 또는 인권을 언급하지 않았다.

필자는 대법원 판결처럼 구 미쓰비시와 피고가 동일한 법인이라는 식으로 과격한 결론을 도출하기보다는, 별개의 법인격을 인정하면서 구 미쓰비시의 원고등에 대한 채무가 면탈되는 결과는 공서에 반하므로 피고가 구 미쓰비시의 채무를 승계하였다는 식으로 일본법질서에 최소한의 간섭(*minimum d'atteinte portée à loi étrangère*)¹⁰⁸⁾을 할 여지도 있다고 보았다.¹⁰⁹⁾ 만일 그런 접근을 했더라면 일본법을 적용한 결과는 피고가 원고등의 기본권을 침해하는 것¹¹⁰⁾이라고 이론구성할 수 있었을 것이다.

라. 국제사법 제10조에 기본권 내지 인권에 대한 언급을 추가할 필요가 있는가

독일의 전례를 보면 우리도 국제사법(제10조)을 개정하여 ‘기본권’ 또는 ‘인권’에 대한 언급을 추가할 필요가 있는가라는 의문이 있다. 하지만 해석론으로 해결할 수 있으므로 굳이 그럴 필요는 없다고 본다. 준거법에 관한 것은 아니나, 강제징용사건에서 대법원이 헌법의 핵심적 가치를 들어 공서위반이라고 보아 일본재판의 승인을 거부한 바 있으므로 더욱 그러하다.

IV. 외국재판의 승인 및 집행과 헌법

1. 문제의 제기

어느 국가의 법원의 재판은 재판권(또는 사법권), 즉 주권을 행사한 결과이므로 당해 국가에서 효력을 가지는 데 그치고 다른 국가에서 당연히 효력을 가지지는 않는다. 그러나 이러한 원칙을 고집한다면 섭외적 법률관계의 안정을 해하고 국제적인 민사분쟁의 신속한 해결을 저해하므로 오늘날 많은 국가들은 일정한 요건을 구비하는 외국재판의 효력을 승인하고 집행을 허용한다. 우리나라에서는 외국재판의 승인은 민사소송법이, 외국재판의 집행은 민사집행법이 각각 규율한다.

108) 이호정(註 41), 223면.

109) 석광현, “강제징용사건의 준거법”, 남효순 외, 일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구(2014), 131면.

110) 여기에서 ‘기본권의 대사인적 효력’, ‘기본권의 제3자적 효력’ 또는 영미에서 말하는 ‘기본권의 수평효’가 문제될 수 있다.

민사소송법 제217조는 외국판결의 승인요건을 명시하는데 이는 확정판결요건, 국제재판관할요건, 송달요건, 공서요건과 상호보증요건이다. 2014년 5월 신설된 민사소송법 제217조의2(손해배상에 관한 확정재판등의 승인)는 공서요건을 구체화한 것이다. 헌법과의 맥락에서 특히 문제되는 것은 공서요건과 제217조의2이므로¹¹¹⁾ 이하 이를 중심으로 논의한다.¹¹²⁾

2. 외국재판 승인 맥락에서의 공서위반과 손해배상에 관한 재판의 특별취급

(1) 민사소송법 제217조의 공서요건

민사소송법 제217조 제1항 제3호는 아래와 같이 승인요건의 하나로 공서요건을 규정한다. 제217조는 아래와 같다.

제217조(외국재판의 승인)

① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.

1. (생략)

2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것

3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것

4. (생략) ② (생략)

공서요건은 승인국(또는 집행국)의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하기 위한 것이다. 여기의 공서에는 제1항 제3호가 명시하듯이 절차적 공서와 실체적 공서가 있는데¹¹³⁾ 실체적 공서와 관련하여 문제되는 것은 불법행위를 이유로 징벌배상의 지급을 명한 미국 법원 판결의 승인 및 집행이다. 이를 정면으로 다룬 우리 판례는 아직 없는 것으로 보이지만¹¹⁴⁾ 징벌배상의 지급을 명한 미국 법원 판결의 승인 및 집행은 우리나라의 공서에 반하는

111) 그러나 위에 언급한 미국 SPEECH는 승인 및 집행을 맥락에서 헌법규범의 직접적용을 규정하므로 그러한 경우 통상적인 공서위반의 경로를 통할 필요가 없다.

112) 그러나 제217조 제1항 제2호의 송달요건도 패소한 피고의 방어권을 보장하기 위한 것으로 영미에서 말하는 '적법절차(due process)' 내지 독일에서 말하는 '법적인 심문을 받을 권리'를 보장하기 위한 것이므로 여기에도 헌법과의 접점이 있다. 상세는 석광현(註 29), 362면.

113) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결도 같은 취지로 판시하였다. 절차적 공서 위반의 사례는 석광현(註 29), 390면 이하 참조.

114) 삼배배상을 명한 판결의 승인을 다룬 수원지방법원 평택지원 2009. 4. 24. 선고 2007가합1076 판결은

것으로 본다. 독일 민사소송법 제328조 제1항 제4호¹¹⁵⁾는 외국재판 승인거부사유로 공서위반을 열거하면서 기본권 위반을 특별히 언급하나 우리 민사소송법은 기본권을 별도로 언급하지 않는다.

유념할 것은, 공서위반을 이유로 외국판결의 승인을 거부하기 위하여는 사안의 내국관련성이 필요한데, 내국관련성의 정도가 낮은 경우에는 우리의 공서가 개입할 가능성이 낮으므로 우리 법의 '본질적인 원칙'과 다소 괴리가 있더라도 승인·집행될 가능성이 상대적으로 크다. 즉 공서위반의 정도는 사안의 내국관련성과의 관계에서 상대적으로 이해해야 한다. 강제징용사건에 관한 2012년 대법원판결은 이러한 취지를 처음으로 판시하였다.

독일에는 기본적 인권 또는 최소한의 자연법적 정의와 같은 보편적 공서(*ordre public universel*) 위반의 경우에는 내국관련성을 요하지 않는다는 유력한 견해가 있는데¹¹⁶⁾ 이는 설득력이 있다. 다만 저촉법적 공서의 맥락에서 기본권 침해 시에도 내국관련성을 요구한다면 절차적 공서의 맥락에서 기본권 침해 시에도 내국관련성이 필요하다는 견해도 가능할 것이다.

(2) 민사소송법 제217조의2의 의미

제217조의2는 아래와 같은데 문제는 공서요건과 제217조의2와의 관계이다.

제217조의2(손해배상에 관한 확정재판등의 승인)

① 법원은 손해배상에 관한 확정재판등이 대한민국의 법률 또는 대한민국이 체결한 국제조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 해당 확정재판등의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다.

② 법원은 제1항의 요건을 심리할 때에는 외국법원이 인정한 손해배상의 범위에 변호사보수를 비롯한 소송과 관련된 비용과 경비가 포함되는지와 그 범위를 고려하여야 한다.

여기에서는 제217조의2와 관련하여 두 가지 논점만 논의한다. 첫째는 징벌배상 기타 비전보적 손해배상을 명한 외국재판의 승인의 문제이고, 둘째는 지나치게 과도한 전보배상의 지급을 명한 외국재판의 승인의 문제이다.¹¹⁷⁾

있다. 석광현(註 29), 381면 이하 참조.

115) 우리와 달리 외국의 가사비송재판의 승인에 관하여 별도로 규정하는 독일 가사비송사건절차법(FamFG) (제109조 제1항 제4호)도 마찬가지다.

116) Nagel/Gottwald(註 23), §12 Rn. 172.

117) 상세는 석광현, “손해배상을 명한 외국재판의 승인과 집행: 2014년 민사소송법 개정과 판례의 변화를 중심으로”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 245면 이하 참조.

가. 비전보적 손해배상을 명하는 외국법원의 확정재판등의 승인

제217조의2에 따르면 외국법원의 손해배상에 관한 확정재판등이 한국의 법률 또는 조약의 기본질서에 현저히 반하는 결과를 초래할 경우에는 그의 전부 또는 일부를 승인할 수 없다. 제1항은 '징벌배상'이나 '비전보적 손해배상'이라는 용어를 사용하지 않지만 이는 비전보적 손해배상(non-compensatory damages),¹¹⁸⁾ 즉 피해자에 대한 (실)손해의 전보라는 기능을 넘는 손해배상을 명한 외국재판의 승인을 적정범위로 제한하는 취지로 보인다. 비전보적 손해배상을 명한 외국재판의 승인은 제217조 제1항 제3호(즉 공서조항)으로 해결할 수 있지만, 이를 신설한 것은 그 취지를 명확히 함으로써 법적 안정성을 제고하기 위한 것이다. 따라서 제217조의2도 공서조항을 구체화한 것이라고 본다.

과거에는 징벌배상(punitive damages)을 명한 미국 법원 판결의 승인·집행은 구 민사소송법 제217조 제3호의 맥락에서 실체적 공서에 반하는가의 문제로 논의되었다. 과거 유력설은, 피해자가 입은 손해의 정도와 관계없이 가해자의 제재와 일반예방을 목적으로 법관 또는 배심원에 의하여 부과되는 징벌배상의 승인 및 집행은 우리의 공서에 반하므로, 징벌배상을 명한 미국 법원의 판결의 승인 및 집행은 허용되지 않는다고 보았다. 이를 법치국가원칙으로부터 유래하는 '비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)'으로 설명하기도 한다.¹¹⁹⁾ 이는 징벌배상을 명한 외국재판의 승인 및 집행이 한국의 공서에 반한다고 함으로써 당사자들이 승인국에서의 결과를 예견할 수 있어 법적 안정성이 증대되고, 한국의 입장에서 볼 때 피해자가 한국인을 상대로 외국에서 소를 제기하려는 충동을 제거하는 장점이 있다.

서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결은 비례의 원칙을 인정하였으나 그때와 달리 2011년 이래 삼배배상제도가 도입되어 확산 중인 현재로서는 '비례의 원칙'이 우리 민사법질서의 기본원칙이라고 하더라도(우리 민법학계에서는 비례의 원칙에 대한 논의는 별로 없으나 가사 이를 인정하더라도) 이제는 '과거와 동일한 정도로' 그 지위를 유지하고 있다고 할 수는 없다.¹²⁰⁾

참고로 독일 연방대법원은 1992. 6. 4. 기념비적인 판결¹²¹⁾에서 미화 750,260 달러의

118) 징벌배상과 삼배배상은 비전보적 손해배상의 대표적인 예이다.

119) BGHZ, 118, 312 (1993) = IPrax 1993, S. 319는 이런 취지를 명확히 선언한다(Zu den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts gehört der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch in der Zivilrechtsordnung Geltung beansprucht). 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합 19069 판결은 이런 견해를 따랐다. 김용진, 국제민사소송전략-국제소송실무 가이드-(1997), 202면도 동지.

120) 홍완식, "징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론", 경희법학 제52권 제2호(2017. 6.), 496면 이하는 징벌적 손해배상 입법에 관한 헌법적 쟁점을 논의하면서, 징벌적 손해배상을 자의적으로 과도하게 확대하는 입법은 평등원칙 침해의 가능성이 있다고 하면서도 비례의 원칙 위반이라고 하거나 비례의 원칙이 우리 민사법질서의 기본원칙이라고 설명하지는 않는다.

지급을 명한 캘리포니아주 법원 판결 중 징벌배상 부분(40만불)의 승인 및 집행을 공서위반을 이유로 거부하였고, 일본 최고재판소 1997. 7. 11. 판결도 미화 1,125,000불의 징벌배상을 명한 캘리포니아주 법원 판결의 집행을 공서위반을 이유로 거부하였다. 이처럼 독일과 일본에서는 실체적 공서를 근거로 징벌배상을 명한 외국재판의 승인 및 집행을 거부할 수 있다고 본다.¹²²⁾

나. 지나치게 과도한 전보배상의 지급을 명한 외국법원의 확정재판등의 승인 제한

여기의 문제는, 외국법원의 확정재판등이 전보배상의 지급을 명한 것이기는 하나 그 금액이 우리의 기준에 비추어 그것이 지나치게 과도한(grossly excessive) 경우 그 승인을 제한할 수 있는가이다. 지나치게 과도한 경우에는 대체로 이미 징벌적 성격이 들어간 것이라고 볼 수 있으므로 그 범위 내에서는 제217조의2가 아니라 제217조 제1항 제3호가 정한 공서위반을 이유로 승인을 거부할 수도 있다. 물론 그런 결론은 신중하게 제한적으로 내려야 한다. 필자는 외국재판에 징벌적 성격이 포함되지 않았더라도 우리가 수인(受忍)할 수 있는 범위를 넘는 때에는 승인을 거부할 수 있다고 보나 이는 제217조의2가 아니라 제217조 제1항 제3호를 근거로 삼는다. 여기에서도 비례의 원칙을 동원할 여지가 있을 것이다.

(3) 헌법적 가치와의 충돌을 이유로 일본판결의 승인을 거부한 대법원 판결

강제징용사건에서 대법원은 헌법적 가치위반을 이유로 일본판결의 승인을 거부하였다.¹²³⁾ 일제강점기 강제징용을 당했던 한국인들(또는 그의 후손들)이 각각 일본 미쓰비시 중공업을 상대로 ① 강제연행 및 강제노동을 이유로 하는 손해배상과 ② 원자폭탄 투하 후 구조조치의 불이행과 안전귀국 의무 위반을 이유로 하는 손해배상 등을¹²⁴⁾ 구하는 일본 히로시마지방

121) BGHZ, 118, 312 (1993) = IPRax 1993, 310-321.

122) Nagel/Gottwald(註 23), §12 Rn. 174; 中野俊一郎, “懲罰的損害賠償を命じる外國判決の承認・執行, 萬世工業事件最高裁判決をめぐって”, NBL No. 627(1997. 10. 15.), 19면 이하 참조.

123) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(미쓰비시 사건)과 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(신일본제철 사건). 위 대법원판결이 제기하는 외국판결 승인의 문제는 석광현, “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 거부”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 103면 이하 참조. 대법원 판결의 문제점을 지적하면서도 결론에는 수긍하는 필자와 달리 호문혁, “외국판결의 공서위반 판단의 대상에 관한 연구-강제징용 사건 관련 대법원 판결에 대한 검토를 중심으로”, 법학평론 제6권(2016. 4), 81면 이하의 대법원이 외국판결의 이유에서 판단한 부분 중 주문과 직접 관련이 없는 사항을 이유로 승인을 거부한 것은 잘못이라며 신랄하게 비판한다. 필자는 그에 동의하지 않는다. 가사 우리 법원이 어느 항변을 받아들여더라도 일단 일본 판결의 승인을 거부한 뒤 본안에 대해 재판하면서 원고등의 청구를 기각하면 될 것이다. 호문혁 교수의 견해에 대한 비판은 이필복, “외국판결의 승인에서의 ‘공서위반’ 심사의 대상”, 사법 제44호(2018. 6.), 271면 이하 참조.

124) 사안을 단순화하기 위하여 미지급임금청구 부분은 제외한다.

재판소에 제기하였으나 패소하였고 일본 최고재판소에서 상고가 기각됨으로써 원고패소판결이 확정되었다. 그 근거는 ①에 관하여는 강제징용 자체가 불법행위가 아니라는 점이고, ②에 관하여는 원고등의 권리가 있더라도 제척기간(또는 소멸시효)의 완성, 한일청구권협정에 의하여 소멸했다는 점 또는 위에서 언급한 것처럼 피고는 원고등이 원래 책임을 물어야 할 구미쓰비시와 피고는 별개의 법인이라는 점 등이었다.

이 사건의 일차적 쟁점은 일본판결의 승인 여부인데, 이를 판단하는 과정에서 피고가 일제의 침략전쟁에 가담하여 저지른 반인도적인 전쟁범죄가 일본법에 따른 것으로서 적법한지, 국민징용령위반으로 인하여 발생한 손해배상의무가 제척기간(또는 소멸시효)에 의하여 소멸하였으며, 그렇지 않더라도 한일청구권협정과 일본의 재산권조치법에 의하여 소멸하였다고 보아 청구를 기각한 일본판결을 승인하는 것이 우리 공서에 반하는가 여부이다.

대법원 2012. 5. 24. 2009다22549 판결(미쓰비시 사건)과 대법원 2012. 5. 24. 2009다68620 판결(신일본제철 사건)은, 일본판결의 이유는 일제강점기의 강제동원 자체를 불법이라고 보는 한국 헌법의 핵심적 가치와 정면으로 충돌하므로, 일본판결을 승인하는 결과는 그 자체로 한국의 공서에 반하므로 승인할 수 없다고 판시하였다.¹²⁵⁾ 대법원은 일본판결의 승인을 거부하는 이유에서 일제의 한반도 지배는 규범적 관점에서 불법적인 강점이고, 원고들의 개인청구권은 물론 한국 국민에 대한 외교적 보호권도 청구권협정에 의하여 소멸되지 않았다고 판시하였다. 공서위반을 이유로 일본 판결의 승인을 거부한 대법원판결은 법적으로나 역사적으로 큰 의의가 있고 그 결론과 논리는 높이 평가할 만하다. 특히 (승인의 맥락에서) 불법행위의 성립 여부와 관련하여 승인공서의 판단기준으로 헌법의 핵심적 가치를 도입한 점은 커다란 의미가 있다. 앞으로 우리나라에서도 공서위반 여부 판단 기준으로 헌법적 가치가 더 큰 역할을 할 것으로 기대한다.

125) 이는 그렇더라도 일제강점기 한국인들 간의 혼인, 매매 등 계약과 그에 따른 물권변동 등의 효력을 모두 부정함으로써 일제강점기를 법적 공백상태로 만들 수는 없으므로, 개인들의 일상적인 삶에 관한 한 일제강점기에 통용되던 법에 사실상의 규범력을 인정하되, 한국의 헌법정신과 양립할 수 있을 것이라는 한계 하에 효력을 유지하도록 한 것이다. 반면에 일부 공법적인 법률관계의 효력은 헌법정신과 양립할 수 없어 부정될 수 있으나, 그의 정확한 의의와 외연은 더 검토해야 한다.

V. 남북한 주민 간의 법률관계와 헌법

1. 문제의 제기

남북한 주민 또는 기업(이하 “남북한 주민”이라고 한다) 간의 교류에 따라 다양한 법률관계(이하 “남북한 법률관계”라고 한다)가 형성되고, 그 과정에서 광의의 국제사법의 논점들, 즉 국제재판관할, 준거법과 외국판결의 승인 및 집행의 문제가 발생하는데, 이를 광의의 준국제사법 문제라고 부를 수 있다. 만일 북한이 남한의 일부라고 본다면 남북한 법률관계를 남한의 국내적 법률관계로 취급하면 되고, 반대로 북한을 외국으로 본다면 이를 국제적 법률관계로 취급하면 되나 양자는 모두 만족스럽지 않다. 왜냐하면 남북관계는 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 ‘한민족 공동체 내부의 특수관계’이기 때문이다.¹²⁶⁾ 여기에서 남북한 법률관계에서 발생하는 분쟁의 올바른 해결방안이 제기된다.¹²⁷⁾ 그 해결방안을 탐구하는 과정에서 준국제사법적 접근방법이 유용하다.

논리적으로는 여기에서도 관할, 준거법 그리고 재판의 승인 및 집행의 순서로 논의해야 하나 종래 가장 문제된 것이 준거법이므로 이를 먼저 논의한다.

2. 준거법 결정에 관한 접근방법: 헌법과의 관계

종래 북한이 남한의 일부인가는 헌법상의 문제이고, 남북한 주민 간의 법률관계를 바라보는 관점을 헌법 조문과의 관계에서 논의한다. 즉 헌법 제3조(영토조항)에 의하면 북한주민도 대한민국 국민이므로 남북한 법률관계에는 당연히 남한법이 적용되는 데 반하여, 헌법 제4조(통일정책 조항)를 중시하면 북한의 법적 실체를 인정하여 남한과 북한은 별개 국가이고, 북한주민은 외국인으로 취급되므로 남북한 주민 간의 법률관계는 전면적으로 국제사법의 법리에 따른다는 것이다.¹²⁸⁾ 그러나 위(Ⅲ.2.)에서 본 것처럼 국제사법의 적용근거는 헌법 제11조(평등의 원칙)에 있음을 고려해야 한다. 북한주민 간의 법률관계에 남한법을 적용하는 것

126) 헌법재판소와 대법원도 이런 개념을 사용하고 남북가족특별법 제2조도 이를 명시한다. 상세는 이효원, 통일법의 이해(2014), 100-101면, 127면 이하 참조.

127) 상세는 석광현, “남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율: 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015. 12.), 335면 이하 참조.

128) 학설의 소개는 석광현(註 56), 117면 이하 참조.

과, 사망한 북한주민의 상속문제를 남한 민법에 의하여 규율하는 것은 평등의 원칙에 반하고 당사자의 이익에도 반한다. 남한주민 간의 법률관계에 대하여 남한법을, 북한주민 간의 법률관계에 대하여 북한법을 각 적용하는 것이 타당함은 異論이 없는데, 만일 북한주민 간의 법률관계에 대하여도 헌법 제3조 우위설을 따라 남한법을 전면 적용하는 것은 평등의 원칙에 반한다. 따라서 사법적(私法的) 법률관계에 관한 한 제3조와 제4조만 논의할 것은 아니고 제11조를 함께 고려하여 구체적인 연결원칙을 정립해야 한다. 남북한 특수관계론을 취하더라도 이러한 접근방법을 받아들이지 않으면 아니 된다.

다만 (협의의) 준국제사법규칙이 평등의 원칙에 반할 수 없으나 평등의 원칙으로부터 구체적인 (협의의) 준국제사법규칙을 도출할 수는 없다. 여기에서도 평등의 원칙은 큰 테두리만을 정할 뿐이고 이는 (협의의) 준국제사법에 의하여 보완되지 않으면 아니 된다.

3. 준국제재판관할과 북한재판의 승인 및 집행

(1) 준국제재판관할

남북한 간에 어느 지역이 재판관할을 행사할지의 문제는 국제재판관할과 구별하여 '준국제재판관할'이라고 부를 수 있다. 여기에서도 북한의 법적 지위와 관련한 헌법상의 문제가 제기된다. 즉 북한도 대한민국이라고 보면 남북한 법원간의 관할은 당연히 남한법에 따라 결정되는 데 반하여, 북한의 법적 실체를 전면적으로 인정한다면 재판관할은 전면적으로 국제사법의 법리에 따른다. 필자는 준국제재판관할의 결정에도 준국제사법적 접근방법이 타당하다고 본다. 이런 취지를 고려하여 "남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법"("남북가족특별법") 제4조가 규정을 두고 있다.¹²⁹⁾

(2) 북한재판의 승인 및 집행

예컨대 북한주민이 북한법에 따라 혼인하고 혼인신고를 했다면 혼인의 방식요건을 구비한 유효한 혼인인데, 만일 부부인 북한주민들이 북한법에 따라 재판상 이혼을 하였다면 남한에서 그 효력이 문제된다. 이것이 북한판결의 승인의 문제이다. 여기에서도 북한의 법적 지위와 관련한 헌법상의 문제가 있다. 만일 북한의 법적 실체를 전면적으로 인정하여 외국처럼 취급한다면 북한재판의 승인 및 집행은 전면적으로 (광의의) 국제사법(또는 국제민사소송법) 법리

129) 개정안이 국회를 통과하면 제4조도 상응하여 개정할 필요가 있으나 개정안에 포함된 부적절한 법정지의 법리를 적용하는 것은 남북한의 현황을 고려할 때 다소 부정적이다.

에 따른다. 반면에 만일 북한을 대한민국의 일부라고 본다면 북한법원의 재판은 민사소송법 제217조가 말하는 외국재판이 아니다. 그러나 북한법원은 남한법원이 아니고 그 재판은 대부분 남한법 질서가 아니라 그와 현저하게 다른 북한법 질서에 기초하여 이루어지므로 그 재판을 남한법원의 재판과 동일시할 수는 없고, 일정한 요건을 구비하는 경우에 한하여 남한에서 효력을 인정할 수 있을 뿐이다. 이는 북한법원의 재판이 남한에서 효력을 가지기 위하여는 외국재판처럼 ‘승인’을 필요로 함을 의미한다. 따라서 여기에서도 (광의의) 준국제사법적 접근방법을 취하는 것, 즉 민사소송법의 규정을 유추적용하는 것이 타당하다.

2011년 작성된 남북가족특별법 초안(제6조)은 외국재판의 승인에 관한 구 민사소송법 제217조를 준용하였으나 이는 결국 삭제되었다.¹³⁰⁾ 이는 북한 판결을 승인하는 것은 북한을 국가로 승인하는 것이 될 수 있다는 우려 때문이나 필자는 그에 동의하지 않는다. 남북한 특수관계론으로도 친족관계에 관한 북한 판결의 승인을 정당화할 수 있을 것이다.¹³¹⁾

유념할 것은, 북한에서 형성된 법률관계 중 남한의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제되므로 북한법을 적용한 결과 또는 북한 재판을 승인한 결과가 남한 헌법의 핵심적 가치와 정면으로 충돌하는 경우에는¹³²⁾ 공서에 반하는 것으로서 남한에서는 효력을 가질 수 없다는 점이다.

VI. 국제사법 맥락에서 인권

1. 인권이 국제사법에서 가지는 의미

우리 헌법상의 기본권은 인권의 문제이기도 하다. 여기에서는 인간의 권리의 공식적 원천에 따라 그것이 국내법이면 ‘기본권(fundamental rights, Grundrechte)’이라 하고, 그것이 국제관습법 또는 국제인권협약과 같은 국제규범¹³³⁾이면 ‘인권(human rights)’이라고 부른

130) 상세는 석광현(註 127), 383면 이하 참조.

131) 아니면 공법적 법률관계와 사법적 법률관계를 구분하는, 즉 승인의 공법적 차원과 사법적 차원을 구분하는 법리를 동원할 여지도 있다. 이는 미승인국가의 법 적용에 관하여 국제사법재판소가 채택한 ‘Namibia exception’이다. Alex Mills, States, failed and non-recognized, Encyclopedia, Vol. 2 (2017), p. 1656 *et seq.*는 그런 접근방법을 위한 영미와 유럽인권재판소의 판례와 미국 대외관계 Restatement Third, §205(3) 및 타이완 관련 판례를 소개한다.

132) 강제징용사건의 대법원판결 참조.

133) 1948년 국제연합 세계인권선언을 기초로 법적 구속력을 가진 기본적인 보편적인 국제인권법으로 마련된

다.¹³⁴⁾ 이렇게 보면 원칙적으로 기본권은 우리 국내법의 문제인 데 반하여 인권은 국제법의 문제라고 할 수 있으나¹³⁵⁾ 인권은 국내법(특히 헌법과 형사소송법)에 의하여도 보호되므로 하나의 권리가 국내법과 국제법에 의하여 동시에 보호되는 것도 흔한 일이다. 일반적으로 국제인권협약과 같은 조약은 헌법과 동일한 지위에 있는 것은 아니나 우리 법의 핵심적인 구성 부분이므로 그에 위반된 외국법은 기본권에 반하는 외국법처럼 우리의 공서에 반하고 기본권에 관한 위의 논의는 대체로 인권의 맥락에서도 타당할 것이다.¹³⁶⁾ 그러나 구체적으로는 세계적으로 구속력이 있는 통일적인 인권 목록이 없으므로 헌법상의 개별적인 기본권에 포함된 인권의 내용을 정확히 파악하는 것은 쉽지 않고 양자가 일치하지 않을 수 있다는 지적도 있다.¹³⁷⁾ 아직 이 주제에 대한 필자의 연구가 부족하므로 여기에서는 간단한 소개에 그친다.¹³⁸⁾

2. 인권이 국제사법에 영향을 미치는 장면

(1) 외국법의 적용과 공서위반 맥락에서의 인권

것이 '시민적·정치적 권리규약(B규약)'과 '경제적·사회적·문화적 권리규약(A규약)'이다(모두 1966년 채택 1976년 발효). 세계인권선언과 이들을 묶어 '국제인권장전(International Bill of Rights)'이라 한다. 인권에 대해 포괄적 내용을 담은 A·B규약과 달리 특정 주제 또는 집단(group)에 초점을 맞춘 국제인권협약으로는 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 고문방지협약과 아동권리협약이 있다. 이들 4개 협약과 A·B규약을 묶어 '주요(core)인권협약'이라 하는데 한국은 이에 모두 가입하였다. 또한 협약의 이행 강화를 위한 절차적 사항을 정한 다양한 선택의정서가 있고, 주요인권협약 외에 이주노동자권리협약, 장애인 권리협약, 강제실종협약과 같이 사회적 취약계층의 권리 보호를 위한 국제인권규범이 있다. 국제연합 국제인권협약의 개관과 한국의 가입상황 등은 http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do 참조. 상세는 정인섭, 신 국제법강의: 이론과 사례 제8판(2018), 875면 이하 참조.

134) Kinsch(註 23), p. 880.

135) 따라서 기본권에 기하여 외국재판의 승인 또는 집행과 외국법의 적용을 거부하는 데 대하여는 지역적 가치를 역외적으로 투사하는 것으로서 잠재적으로 문제가 있다는 비판이 있으나(Mills(註 3), p. 456 참조), 국제적으로 보호되는 인권에 기한 경우에는 체약국들 간에는 그런 비판의 여지가 없을 것이다.

136) Kegel/Schurig(註 44), S. 536은 인권을 기본권과 동일하게 다룬다. 그러나 독일에서는 인권은 기본권보다 절차적으로 관찰하기가 더 어렵다는 지적이 있다. Looschelders(註 49), S. 491.

137) Looschelders(註 49), S. 483.

138) 이에 관하여는 우선 Patrick Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux, et droit international privé*, 318 *Recueil des Cours* (2005) 9 *et seq.*; James J. Fawcett, "The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law", *Journal of Private International Law*, 56 (2007), 1 *et seq.*; RabelsZ., Band 63 (1999), S. 409ff.에 수록된 '유럽인권협약과 유럽사법에 관한 세미나 논문들: Patrick Kinsch, "Private International Law Topics before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-2011)", *Yearbook of Private International Law*, Vol. XIII (2011), p. 37 *et seq.* 참조.

국제인권협약의 적용범위 내에서는 그에 열거된 인권은 기본권과 마찬가지로 공서의 내용을 결정하는 데 있어 의미가 있다. 이는 위에서 논의한 '국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 외국법의 적용과 공서위반'(즉 국제사법 적용의 [2]단계)의 문제이다. 즉 인권은 협약의 모든 당사국에 공통된 저촉법적 공서의 구성부분이다.¹³⁹⁾

국제사법 맥락에서 인권의 기능의 실천적 의미는, 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)뿐만 아니라 그의 집행을 담보하는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)를 두고 있는 유럽에서 두드러지는데 유럽인권협약은 전통적인 국가별 공서와 구별되는 새로운 유럽의 공서의 기능을 한다.¹⁴⁰⁾

(2) 외국재판의 승인 및 집행의 맥락에서의 인권

특히 외국재판의 승인 및 집행의 맥락에서도 그를 승인한 결과가 인권을 침해하는 경우 공서위반을 이유로 승인이 거부될 수 있다. 논란이 있는 것은 국내법상 대리모가 허용되지 않는 국가의 경우 의뢰인 부부가 외국인 대리모를 통하여 자를 출생한 때 친자관계의 존재를 긍정한 외국(예컨대 캘리포니아주) 판결의 승인이 공서에 위반되는가이다. 이에 관하여는 견해가 나뉘나 독일 연방대법원 2014. 12. 10. 판결¹⁴¹⁾은 생활동반자 남성커플이 의뢰한 대리모 사건에서(일방은 유전적 부였다) 이는 공서위반이 아니라고 판단하였다. 이는 무엇보다도 아이의 복리 그리고 아이와 유전적 부모의 기본권을 중시하기 때문이다.¹⁴²⁾ 다만 독일 연방대법원과 일본 최고재판소(네바다주 판결)는 이를 긍정한 바 있으나 여기에서 캘리포니아주 판결이 승인대상인 외국재판에 해당하는지는 논란이 있다. 외국법원의 판결이 되기 위하여는 법원이 책임을 지는 어떤 판단이 포함되어야 하고, 법원의 역할이 단순히 증서화하는 활동(Urkundstätigkeit) 또는 공증적 기능(beurkundende Funktion)을 하는 데 그치는 것으로는 부족하기 때문이다.¹⁴³⁾

나아가 유럽인권협약 제6조가 보장하는 원고의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 경우에는 승인 및 집행이 거부될 수 있다.¹⁴⁴⁾

139) von Hoffmann/Thorn(註 86), §6, Rn. 148.

140) Mills(註 3), p. 455. 그러나 인권의 적극적 기능을 인정하기도 한다. Jürgen Basedow, "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie auf Grundlage des Internationalen Privatrechts", *RabelsZ*, Band 75 (2011), S. 55ff.는 계약 준거법에 관하여 국제적으로 널리 인정되는 당사자자치 원칙의 근거를 인권에서 구한다.

141) XII ZB 463/13. FamRZ 2015, 240 = IPRax 2015, 261. 평석은 Dieter Henrich, "Leimütter Kinder: Wessen Kinder?", IPRax (2015), S. 229.

142) 상세는 Claudia Mayer, "Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterchaftsfällen", *RabelsZ*, Band 78 (2014), S. 572ff. 참조.

143) 석광현, "국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행", *국제사법연구* 제20권 제1호(2014. 6.), 33면.

144) Patrick Kinsch, "The European Court of Human Rights and PIL", T. Einhorn and K.

(3) 국제적 아동인권 보호기제로서의 헤이그아동협약

국제사법에서 인권보호의 문제는 아동입양협약, 아동탈취협약, 아동보호협약 및 아동부양 협약과 같은 아동인권의 보호를 목적으로 하는 헤이그협약에서 두드러진다. 다만 아동보호협약을 제외하면 위 헤이그아동협약은 전통적인 국제사법의 과제(즉 국제재판관할, 준거법과 외국재판의 승인 및 집행)를 정한 규범은 아니므로 여기의 논의와 직접 관련되지는 않는다. 한편 국제재판관할, 준거법과 외국재판의 승인 및 집행을 다루는 아동보호협약은 아동보호와 국제사법의 목적을 충분히 고려한 국제적 컨센서스를 반영한 것이므로¹⁴⁵⁾ 그에 정한 원칙이 인권, 나아가 우리 헌법의 기본권에 반할 가능성은 거의 없을 것이다.

3. 외국에서 형성된 친자관계의 승인: 대리모의 경우

외국에서 획득한 지위의 승인에 관하여는 유럽연합인권재판소가 특별히 관심을 기울여 왔다. 외국에서 법원의 재판에 의하여 형성된 법상태의 승인은 위(VI.2.나.)에서 본 외국재판의 승인의 문제이다. 반면에 법원의 재판에 의하지 않고 형성된 법상태는 우리의 준거법 통제 나아가 공서통제에 반하는 경우 원칙적으로 인정되지 않지만, 예외적으로 그 법상태의 부정이 헌법상의 기본권 내지 인권 보호에 반할 경우 그 법률효과가 인정될 수도 있는데 특히 신분관계의 경우 그러하다.¹⁴⁶⁾ 이 점은 아직 우리나라에서는 별로 논의되고 있지 않으나 앞으로 문제가 될 것으로 예상된다.

근자에 유럽인권재판소(ECtHR)에서 대리모의 문제를 다룬 사건이 있다. 그 사건에서는 출생증명서의 기재 또는 외국판결에 의한 것인지를 묻지 않고 유럽인권협약상 외국에서 적법하게 형성된 ‘친자관계(parent-child relationship, parenthood, parentage)의 승인’의 문제로 다루어진 것으로 보인다. 대리모, 의뢰인 부부와 아이의 기본권의 보호라는 관점에 검토할 필요가 있다.

2쌍의 프랑스인 부부는 남편의 정자와 익명의 제3자의 난자로 만든 수정란을 대리모계약을 체결한 다른 여성으로 하여금 출산케 하였다. 프랑스인 부부는 각각 캘리포니아주 법원과 미네소타주 법원으로부터 생물학적 부모와 자녀 사이의 친자관계를 인정하는 판결을 받았고, 미국의 출생증명서에도 그렇게 기재되었다. 프랑스인 부부는 미국의 출생증명서와 판결에 기하

Siehr (eds.), *International Cooperation through Private International Law: Essays in memory of Peter Nygh* (2004), p. 218 et seq. 참조.

145) 개관은 석광현(註 56), 515면 이하; 윤진수(편)(註 72), 1731면 이하 참조(석광현 집필부분).

146) Kinsch(註 23), p. 882-883.

여 프랑스의 신분등록부에 아이를 자신들의 자녀로 기재하고자 신청하였으나 프랑스 당국은 이를 거부하였다. 프랑스 파기원은 그들의 청구를 인용할 경우 프랑스법상 형사처벌의 대상이고, 프랑스 민법상 무효인 대리모계약을 인정하고 프랑스법상의 '신분의 불가처분성 원칙'에 반하게 되며 신분등록부 기재 거부가 유럽인권협약 제8조(Right to respect for private and family life) 위반은 아니라고 판단하였다. 위 부부는 프랑스 정부를 유럽인권재판소에 제소하였고, 유럽인권재판소는 2014. 6. 26. 선고한 두 개의 판결(Mennesson v. France와 Labassee v. France)에서, 자녀와 의뢰인 부모 사이에 법적 친자관계를 인정하지 않는 것은 자녀의 사생활을 존중받을 권리(유럽인권협약 제8조) - 이는 사람의 정체성과 법적 친자관계의 승인을 받을 권리를 포함한다 - 를 침해한다고 판시하였다.¹⁴⁷⁾ 우리 헌법상으로도 이는 제17조(사생활의 자유),¹⁴⁸⁾ 제36조(혼인과 가족생활의 보호와 같은 기본권) 그것이 아니라면 헌법 제10조(인간의 존엄과 행복추구권)가 정한 기본권과 관련될 수 있다.

나아가 헌법상의 기본권 내지 인권의 쟁점은 동성혼¹⁴⁹⁾과 동성생활동반자 등의 경우에도 제기된다.

VII. 맺음말

위에서는 헌법과 광의의 국제사법의 접점에 있는 논점들을 검토하였다. 이를 통하여 헌법이 국제사법에 미치는 영향 내지 국제사법과 헌법의 접점이 광범위함을 확인할 수 있었다. 다만 헌법상의 논의는 가치판단을 수반하는 탓에 많은 경우 윤곽규범인 헌법만에 근거하여 구체적인 국제재판관할규칙과 준거법규칙을 도출하기는 어렵다. 즉 헌법은 국제재판관할과 준거법

147) 반면에 유럽인권재판소는 자녀의 가족생활에 대한 권리의 침해를 부정하였고, 또한 의뢰인 부모의 인권침해는 부정하였다. 소개는 "Family: foreign surrogacy arrangement-child conceived using father's sperm and donor egg", *European Human Rights Law Review* (2014), Vol. 5, pp. 546-550; Rainer Frank, "Französisches Kindschaftsverhältnis bei Leihmutterchaft in Kalifornien - Anerkennung (NJW 2015, 3211)", *FamRZ* 2014, S. 1527ff.; 전반적인 논의는 Claire Fenton-Glynn, "International surrogacy before the European Court of Human Rights", *Journal of Private International Law*, Vol. 13 Issue 3 (2017), p. 546 *et seq.* 참조.

148) 우리 헌법은 사생활의 자유에 관하여 조문을 두므로 보충적 권리인 인간의 존엄과 가치·행복추구권에서 찾을 필요는 없다.

149) 동성혼은 헌법 제36조 제1항에 의해 금지된다고 보는 견해도 유력하다. 정종섭, 헌법학원론 제9판(2014), 216면; 대법원 2011. 9. 2.자 2009스117 전원합의체 결정; 가족관계등록공무원의 혼인신고 불수리처분에 대한 동성커플의 불복신청을 각하한 서울서부지방법원 2016. 5. 25.자 2014호파1824 결정 참조.

의 맥락에서 입법자와 법관이 준수해야 하는 큰 테두리만을 규정하고, 결정적인 것은 입법자가 그 입법재량의 범위 내에서 국제사법상의 다양한 요소를 고려하여 채택하는 국제재판관할 규칙과 준거법규칙이다. 국제재판관할규칙의 경우 연결점의 선택 자체가 헌법의 평등권에 반하거나 당사자의 재판청구권을 부당하게 침해하여서는 아니 된다.

준거법규칙의 경우 연결점의 선택 자체가 헌법의 평등권에 반해서는 아니 된다. 여기에서는 준거법규칙의 맥락에서 헌법상의 평등원칙(양성평등)에 비추어 문제의 소지가 있는 연결원칙을 검토하였고 국제사법 제3조 제1항 단서를 제외하고는 문제가 없다고 판단하였다. 나아가 지정된 준거법을 적용한 결과가 공서에 반하면 그 적용이 배제되는데, 공서의 판단에서 헌법의 가치(특히 기본권)가 한국의 본질적 법원칙을 판단함에 있어 준거를 제공한다.

공서위반의 맥락에서 헌법이 역할을 하는 점은 외국재판 승인 및 집행에서도 같다.

근자에 대리모, 동성혼과 동성생활동반자 관계처럼 국제사법에서 까다로운 가치판단을 수반하는 쟁점들이 제기되고 있는데 이는 특히 기본권(내지 인권)과 밀접한 관련을 가지는 문제이므로 앞으로는 광의의 국제사법과 헌법의 상호작용에 대해 더 큰 관심을 가져야 한다. 특히 우리 사회에서 헌법재판소의 역할이 커감에 따라 ‘국제사법과 기본권 내지 인권’의 상호작용에 대하여 깊이 연구할 필요가 있다. 이 글을 계기로 우리나라에서도 장래에는 국제사법을 다루는 분들이 국제사법 쟁점을 다루는 과정에서 헌법이 가지는 의미에 대해 더 큰 관심을 가지게 되기를 희망한다. 그리고 여기의 논의가 더욱 구체화되기를 기대한다.

〈참고문헌〉

국내문헌

- 김용진, 국제민사소송전략-국제소송실무 가이드- (신영사. 1997)
- 김철수, 헌법학신론 제21전정신판(박영사. 2013)
- 김형석, “사적 자치와 기본권의 효력 - 유럽사법의 경험으로부터의 시사-”, 윤진수 외, 헌법과 사법(박영사. 2018)
- 남효순 외, 일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구(박영사. 2014)
- 박찬권, “헌법재판에서 입법형성의 범위에 관한 고찰”, 헌법학연구 제20권 제2호(2014. 6)
- 법무부, 국제사법해설(법무부. 2001)
- 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설(지산. 2001)
- _____, 國際裁判管轄에 관한 研究-民事 및 商事事件에서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로- (서울대학교 출판부. 2001)
- _____, 국제사법과 국제소송 제4권(박영사. 2007)
- _____, 국제민사소송법(박영사. 2012)
- _____, 국제사법 해설(박영사. 2013)
- _____, “남북한 주민 간 법률관계의 올바른 규율 : 광의의 준국제사법규칙과 실질법의 특례를 중심으로”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015. 12.)
- _____, “한국국제사법학의 과제”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 6.)
- _____, “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 거부”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.)
- _____, “강제징용배상 및 임금 청구의 준거법”, 서울대학교 법학 제54권 제3호(2013. 9.)
- _____, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.)
- _____, “2018년 국제사법 개정안에 따른 국제재판관할규칙”, 국제사법 전부개정법률안 공청회 자료집
- _____, “손해배상을 명한 외국재판의 승인과 집행 : 2014년 민사소송법 개정과 판례의 변화를 중심으로”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.)
- 신창선·윤남순, 신국제사법 제2판(fides, 2012)
- 안춘수, “외국법 적용의 근거”, 국제사법연구 제3호(1998)

- _____, “헌법, 국제사법 그리고 가족법 - 독일 학설, 판례 및 입법의 변화와 우리 국제사법의 현 위치 -”, 가족법연구 제18권 제2호(2004. 7.)
- 유영일, “2000년 헤이그 신탁약이 가져올 변화와 우리의 대응 - 민·상사사건에 있어서 국제재판관할, 외국판결의 효력에 관한 헤이그 국제사법회의 특별위원회 논의를 중심으로 -”, 인권과 정의 제272호(1999. 4.)
- 윤진수(편), 주해친족법 제2권(박영사. 2015)
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 법과 정책연구 제13집 제1호(2013. 3.)
- 이호정, 국제사법(경문사. 1983)
- 이효원, 통일법의 이해(박영사. 2014)
- 정영화, “헌법소송에서 입법재량권에 대한 위헌심사 - 2010. 2. 25. 2007헌마956 - 변리사법 제3조 제1항 제2호등의 위헌성 -”, 홍익법학 제14권 제3호(2013. 9.)
- 정종섭, 헌법소송법(박영사. 2014)
- _____, 헌법학원론 9판(박영사. 2014)
- 최홍섭, “섭외사법개정법률안의 검토 - 제2장(자연인), 제4장(친족), 제5장(상속)”, 국제사법학회 8차 연차학술대회 발표자료(2000. 11. 25.)
- 최봉경, “국제이주여성의 법적 문제에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제51권 2-1호(통권 제155호)(2010)
- 홍완식, “징벌적 손해배상제도에 관한 입법평론”, 경희법학 제52권 제2호(2017. 6.)

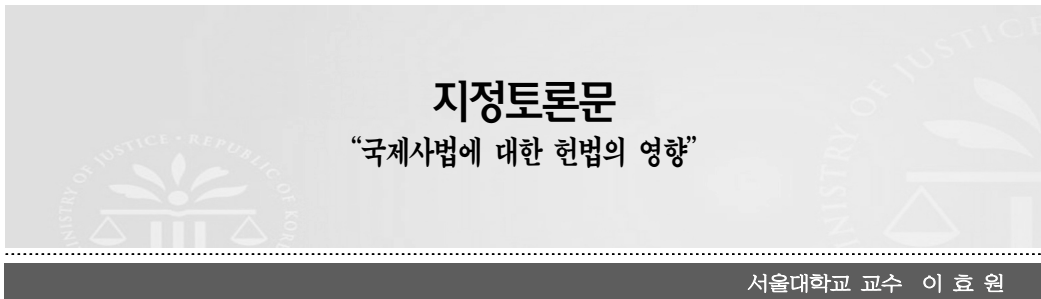
국외문헌

- von Bar, Christian/Mankowski, Peter, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Auflage (C.H. Beck. 2003)
- Basedow, Jürgen, “Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie auf Grundlage des Internationalen Privatrechts”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 75 (2011)
- Basedow, Jürgen et al. (eds.), Encyclopedia of Private International Law, Vol. 1 (2017), Vol. 2 (2017)
- Bausback, Winfried et al., J. von Staudingers Kommentar zum BGB (Sellier-de Gruyter. 2013)
- Dölle, Hans, Internationales Privatrecht : Eine Einführung in seine Grundlagen, 2. Auflage (C. F. Müller. 1972)

- Fawcett, James J., "The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law", *Journal of Private International Law*, 56 (2007)
- Fenton-Glynn, Claire, International surrogacy before the European Court of Human Rights, *Journal of Private International Law*, Vol. 13 Issue 3 (2017)
- Ferid, Murad, *Internationales Privatrecht*, 3. Auflage (Alfred Metger Verlag. 1986)
- Geimer, Reinhold, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Auflage (Dr. Otto Schmidt. 2009)
- Grünberger, Michael, "Alles obsolet?—Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR", in Stephan Leible and Hannes Unberath (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* (Jena. 2013)
- von Hoffmann/Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage (C.H. Beck. 2007)
- Juenger, Friedrich K., The German Constitutional Court and the Conflict of Laws, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 20, No. 2 (Spring, 1972)
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage (C.H. Beck. 2004)
- Kinsch, Patrick, The European Court of Human Rights and PIL, T. Einhorn and K. Siehr (eds.), *International Cooperation through Private International Law: Essays in memory of Peter Nygh* (T·M·C·Asser Press. 2004)
- _____, "Private International Law Topics before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-2011)", *Yearbook of Private International Law*, Vol. X III (2011)
- _____, *Droits de l'homme, droits fondamentaux, et droit international privé*, 318 *Recueil des Cours* (Martinus Nijhoff. 2005)
- Kropholler, Jan, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht* Band I, Kapitel III Internationale Zuständigkeit (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1982)

- _____, Internationales Privatrecht, 6. Auflage (Mohr Siebeck. 2006)
- Looschelders, Dirk, “Die Ansstrahlung der Grund-und Menschenrecht auf das Internationale Privatrecht”, *Rabels Zeitschrift* Band 65 (2001)
- von Mehren, Arthur T., *Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study* (Martins Nijhoff. 2007)
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, 6. Auflage (C.H. Beck. 2015)
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 7. Auflage (Dr. Otto Schmidt. 2013)
- Pfeiffer, Thomas, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit: Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik* (Vittorio Klostermann, 1995)
- Schack, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Auflage (C.H. Beck. 2014)
- Scoles, Eugene F. *et al.*, *Conflict of Laws Third Edition* (West Publishing. 2000)
- Torremans, Paul (ed.), *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 15th edition (Oxford University Press. 2017)
- Weintraub, Russell, J., *Commentary on the Conflict of Law Third Edition* (Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1986)
- 中野俊一郎, “懲罰的損害賠償を命じる外國判決の承認・執行, 萬世工業事件最高裁判決をめぐって”, *NBL* No. 627(1997. 10. 15.)

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나



1. 헌법재판의 활성화로 법학도 통섭의 학문이 되고 있습니다. 그 동안 국제사법의 영역에서는 헌법문제가 상대적으로 쟁점이 되지 않았습니니다. 하지만, 대법원이 강제징용사건에서 헌법의 핵심적 가치를 근거로 일본판결의 승인을 거부한 판결을 선고하고, 헌법재판소가 국제사법 조문에 대해 헌법소원심판을 하였습니다. 이는 헌법에 기초한 법치국가를 지향하는 국가공동체에게는 매우 중요한 의미가 있다고 생각합니다. 발표자께서는 발표문을 통해 이러한 판례를 소개하고, 국제사법과 헌법의 상관관계를 선구적으로 논구해 주셨습니다. 국제사법과 헌법 모두에게 규범적 과제를 제시하고, 이를 해결하는 단초를 제시하고 있어 깊이 감사드립니다.

저는 헌법을 공부하는 지정토론자로서 발표문에서 논점으로 정리한 부분에 대해 제 소견을 말씀드리고자 합니다. 그 과정에서 몇 가지 질문을 드리고자 합니다.

2. ‘국제재판관할의 결정과 헌법’ 부분

이 부분에서 헌법적 쟁점으로는 재판청구권과 재산권의 침해 여부, 적법절차의 원칙을 제시 하셨습니다.

첫째, 발표자께서는 “동일한 원칙을 국제사법에 두는 대신 이를 헌법원칙으로 고양하더라도 실질이 달라지는 것은 아닐 것이나, 어떤 차이가 있는지는 더 생각해볼 문제이다”라고 지적하셨습니다. 국회는 입법작용을 통해 헌법을 구체화하며, 국제사법 역시 헌법적 가치를 실현하

는 수단으로 기능합니다. 국제재판관할의 결정에 있어서 국회는 입법형성의 자유를 가지고 역사적 현실에 적합하다고 판단되는 내용으로 국제사법을 제정하거나 개정할 수 있습니다. 하지만, 헌법을 위반해서는 안 된다는 한계가 있습니다.

저는, 이 부분에서 큰 차이가 있다고 생각합니다. 즉, 동일한 원칙, 그것이 적법절차의 원칙이든지 기본권이든지 국제사법에 두는 경우에는 입법재량에 속하여 국회가 얼마든지 개정할 수 있습니다. 하지만, 이를 헌법원칙으로 고양할 경우에는 국회는 이에 기속되고 위반할 수가 없습니다. 국제재판관할권을 결정하는 과정에서 그 결과가 당사자에게는 차이가 없는 것으로 나타나더라도 국가기관인 국회에 대해서는 기속력에 있어서 차이가 있다고 생각합니다.

둘째, 국제재판관할 일반에 대해 그 유무를 판단하는 단계에서 국제절차법적 정의를 고려하여 원칙을 정립하고, 그 행사 여부를 판단하는 단계에서 실질절차적 정의를 고려하여 미세조정한다는 것은 매우 설득력이 있는 논증이라고 생각합니다. 다만, 이를 재판청구권의 침해 여부를 문제에 적용할 경우에는 이들 양자는 기본권을 제한한 것으로 인정할 수 있다면, 결국에는 과잉제한금지의 원칙에 따라 동시에 형량하여 판단될 것이라고 생각합니다. 헌법학에서 과잉제한금지의 원칙 역시 그 규범체계를 더욱 명확하게 확립해야한다는 것을 고려할 때, 발표자께서 이원화시켜 제시하신 논증구조는 중요한 시사점을 제시할 수 있다고 생각합니다.

셋째, 발표자께서 일반관할, 재산소재지 관할에 대해 설명하신 내용에 대해 동의합니다. 다만, 보호적 관할의 문제에 있어서 소비자와 근로자를 보호하기 위한 특칙에 대해서는 결론에는 동의하지만, 헌법적 논증은 더 필요하다고 생각합니다. 이 부분에 대해서는 다음 항에서 함께 말씀드리겠습니다.

3. ‘준거법의 지정과 헌법’ 부분

이 부분에서 제시하신 중요한 헌법적 쟁점은 연결점의 선택에 있어서 평등권의 침해 여부와 준거법으로 지정된 외국의 적용에 있어서 공서위반 여부입니다. 공서위반 여부는 다음 항인 ‘외국재판의 승인 및 집행과 헌법’ 부분과 중복되므로 함께 말씀드리겠습니다.

첫째, 평등원칙 또는 평등권의 문제야말로 대한민국의 가장 큰 화두이며, 헌법재판소가 그 규범적 기준을 명확하게 정립해야 할 과제라고 생각합니다. 평등원칙의 위반과 평등권 침해도

그 규범적 기준이 동일한지도 더욱 연구해야 할 과제입니다.

헌법재판소가 설립된 이후 헌법재판소는 물론 대법원도 평등권에 대해 구체적인 심사기준을 적극적으로 제시하지 못하고 있습니다. 헌법재판소는 제대군인가산점제도에 대한 사건에서는 처음으로 평등권에 대한 위헌심사기준을 두 가지로 구분하여 적용된다는 것을 천명하였습니다. 즉, 평등권에 대해서는 원칙적으로 자의금지의 원칙을 적용하되, 헌법이 스스로 차별을 금지하는 기준이나 영역을 제시하거나 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 될 경우에는 비례심사의 원칙을 적용한다고 판단하였습니다(1999. 12. 23. 98헌마363).

현재까지 대체로 이러한 기준에 따르고 있습니다. 하지만, 여전히 그 기준은 불명확하며, 헌법재판소가 위헌이라고 판단되는 사안을 정당화하기 위해 사후적으로 엄격한 심사기준을 적용할 위험성도 있습니다. 기본권이 중대하게 제한되어 침해되었는지 여부는 기본권 제한과 침해이론에 따라서 판단하는 것이 타당합니다. 따라서 기본권에 대해 중대한 제한이 초래되었다는 이유만으로 자의금지의 원칙이 아닌 엄격한 비례심사기준을 적용하는 것은 타당하지 않다고 생각합니다.

둘째, 이러한 기준에 따를 경우에 발표자께서 제시하신 연결원칙에 있어서 평등원칙에 대해서는 대부분 동의합니다. 다만, 국제사법 제3조 제1항 단서에서 국적의 적극적 저촉에 있어서 대한민국 본국법으로 하는 것으로 규정한 것도 국회의 입법형성권의 범위에서 인정되고, 헌법이 직접 차별을 금지하고 있거나 이 규정 자체로 기본권의 중대한 제한을 초래한다고 인정하기는 어렵다고 생각합니다. 또한, 소비자와 근로자에 대한 특칙에 대해서도 위헌이라고 생각하지는 않지만, 사회·경제적 약자라는 평가가 실질적 평등이 이름으로 쉽게 평등원칙의 예외가 되어서는 안 된다고 생각합니다. 이러한 법률조항들은 입법정책적으로 폐지할 수는 있을 것입니다. 헌법재판에 있어서 어떤 법률이 ‘나쁜 법’이라는 것과 ‘헌법에 위반되는 법’이라는 것은 다르다고 할 것입니다. 모든 ‘좋은 법’ 또는 ‘나쁜 법’이 당연히 위헌인 것은 아니라는 의미입니다.

셋째, 선박소유자의 책임제한의 준범에 관한 헌법재판소의 결정을 소개해 주셨는데, 헌법재판의 형식에 대해 제 의견을 말씀드리고자 합니다. 이 사건은 규범통제적 헌법소원, 즉 본안 사건의 당사자가 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 기각되자 헌법재판소에 헌법소원 심판을 청구한 것입니다. 청구이유는 국가의 입법작용의 결과인 국제사법 제60조 제4호가 청

구인의 재산권과 평등권을 침해하였다는 것입니다. 헌법재판소는 재산권 침해 여부에 대해서는 반사적 이익에 불과하므로 기본권이 제한되지 않았으며, 평등권 침해 여부에 대해서는 선적이라는 동일한 연결점을 적용하였으므로 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별이라고 할 수 없다고 설명하였습니다.

저는, 헌법재판소가 기각결정을 할 것이 아니라 각하결정을 하는 것이 올바른 논증이라고 생각합니다. 기본권의 침해는 1) 공권력의 행사 또는 불행사가 있을 것, 2) 그것이 기본권을 제한할 것(기본권 침해의 가능성), 3) 그 제한이 헌법적으로 정당화되지 않을 것(과잉제한금지 원칙을 위반하지 않을 것)이라는 논증구조를 통해 심사됩니다. 1)과 2)는 적법요건에 해당하며, 3)이 본안에서 판단될 사항입니다. 평등권의 경우에는 1) 공권력의 행사 또는 불행사가 있을 것, 2) 비교집단을 차별적으로 취급할 것, 3) 그 차별이 합리적이지 않고 자의적일 것이라는 논증구조로 구체화됩니다. 이 사안에서는 헌법재판소가 각각 2)에 해당하는 요건을 갖추지 못하였다고 설명하면서도 본안판단을 통해 위헌이 아니라고 결정하였습니다. 이 사안은 규범통제적 헌법소원으로서 그 적법요건은 재판의 전제성이라고 할 수 있지만, 기본권을 침해하였는지 여부에 대해서 판단하는 이상 위 1)과 2)도 적법요건에 해당한다고 해야 할 것입니다. 이러한 사례는 헌법재판소의 여러 사례를 통해 나타나고 있지만, 시정되어야 한다고 생각합니다. 발표자께서는 평등권 침해 여부에 대해 비교집단의 설정기준을 ‘동일한 연결점’을 적용한 것이 아니라 ‘동일한 준거법’을 적용한 것으로 파악해야 한다고 설명하셨습니다. 만약, 발표자의 의견과 같이 비교집단을 설정하는 기준을 ‘동일한 준거법’으로 설정할 경우에는 본안판단을 통해 위헌여부를 결정해야 할 것입니다. 저는, 동일한 연결점을 선택함으로써 동일한 준거법이 지정되는 결과에 이르렀다고 하더라도 결론에 있어서는 위헌이 아니라고 생각합니다.

4. ‘외국재판의 승인 및 집행과 헌법’ 부분

준거법으로 지정된 외국법을 적용하거나 외국재판을 승인하고 집행하는 과정에서 그 한계 기준이 공서위반 여부입니다. 국제사법과 민사소송법은 공서위반 여부의 판단기준으로 “대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때”를 규정하고 있습니다. 그 동안 대부분의 판례에 있어서는 공서위반을 국제사법의 차원에서 다루었으며, 헌법적 차원으로 인식하지 않았습니다. 다만, 2012년 대법원이 강제징용사건에서 대한민국이 헌법적 가치에 정면으로 배치된다는 이유로 일본판결을 승인하지 않은 것은 공서위반에 대한 규범적 기준을 새

롭게 제시한 것으로 평가할 수 있습니다. 이때 공서위반 여부를 판단하는 규범적 기준인 헌법적 가치가 무엇인지는 명확하지 않습니다. 대법원은 일제의 한반도 지배는 규범적 관점에서 불법적인 강점이기 때문에 대한민국의 공서에 위반한다고 판단하였습니다.

헌법재판에 있어서 법률을 비롯한 국가작용의 위헌여부의 심사기준은 헌법이고, 이때 헌법은 헌법적 가치와 이념을 말하고, 구체적으로는 객관적인 헌법적 기본원리와 주관적인 기본권으로 구분할 수 있습니다. 즉, 공서위반의 여부를 판단하는 기준도 대한민국의 헌법의 기본원리인 국민주권, 자유민주, 법치국가, 사회국가, 국제평화, 문화국가 등과 헌법이 보장하는 기본권이라고 할 것입니다. 결국, 준거법으로 외국법을 지정하거나 외국판결을 승인하고 집행하는 것이 헌법의 기본원리나 기본권을 침해하는 경우에는 허용되지 않을 것입니다. 국제사법과 민사소송법에 규정하는 “대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때”는 이러한 헌법의 기본원리나 기본권을 침해하는 경우를 구체화하는 것으로 이해해야 할 것입니다. 이러한 법률해석이 헌법과 규범조화적이며, 법규범을 통일적·체계적으로 이해하는 것이라고 생각합니다.

5. ‘남북한 주민간의 법률관계와 헌법’ 부분

발표자께서는 남북관계에 대해서는 그 특수성을 반영하여 국제재판관할, 준거법의 지정, 북한재판의 승인 및 집행을 준국제사법으로 인정하고 있습니다. 이 부분에 대해서는 발표자의 의견에 동조하며, 평소 제가 통일법을 공부하면서 주장하는 내용과 큰 차이가 없습니다.

6. ‘국제사법 맥락에서의 인권’ 부분

발표자께서는 기본권(Grundrecht)을 국내법의 영역으로, 인권(Human right)을 국제규범의 영역으로 구분하여 설명하셨습니다. 국제사법을 지도하고 통제하는 규범적 기준으로서 기본권과 인권의 각 개념과 그 구별은 명확하지 않습니다. 국제사법의 맥락에서 인권이 가지는 규범적 의미를 명확하게 정립하기 위해서는 기본권과 인권의 개념을 비교하여 이해하는 것이 필요하다고 생각합니다.

기본권이란 헌법에 의해 보장되는 국민의 기본적 권리를 말하며, 국가의 최고법인 헌법에 의해 보장되는 기본적 권리라고 합니다. 기본권은 헌법에 의해 보장되므로 그 의미는 헌법해

석을 통해 확정됩니다. 헌법은 1948년 제정된 건국헌법에서부터 다양한 종류의 기본권을 규정하고 있지만, 헌법에서는 ‘기본권’이라는 용어를 사용하지 않고 있습니다. 헌법에서는 ‘국민의 권리’, ‘자유’, ‘권리’, ‘개인이 가지는 불가침의 기본적 인권’ 등으로 표현하고 있으며 이 용어들은 구체적인 사안과 맥락에 따라 다양하게 사용되고 있습니다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 ‘헌법상 보장된 기본권’을 침해받은 자는 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하여 비로소 ‘기본권’이라는 용어를 사용하고 있습니다.

한편, 인권이란 인간으로서 당연히 누려야 할 타고난 자유와 권리를 말합니다. 인권은 고유성, 불가침성, 보편성, 항구성을 가진다고 합니다. 즉, 국가나 실정법과 무관하게 사람으로 태어나면서 고유하게 가지는 권리로서 외부로부터 침해될 수 없는 권리라는 것입니다. 또한, 인권은 공간적으로는 모든 인간은 어디에서나 사람으로서 보편적으로 누려야 하는 권리이고, 일시적이 아니라 사람으로 존재하는 동안 항구적으로 누리는 권리라고 합니다.

기본권은 천부인권과 자연권에 기초하고 있지만, 인권과 동일한 개념이 아닙니다. 기본권은 헌법적 가치로 인정되는 권리를 헌법전으로 규범화한 것이므로 인권이라고 하더라도 헌법규범적으로 포섭되지 않는 것은 기본권에 해당하지 않습니다. 또한, 인권이 아니라도 헌법이 특별히 가치를 인정하여 기본권으로 규정한 것은 기본권에 포함될 수 있을 것입니다.

국가인권위원회법은 제2조 제1호에서 “인권이란 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”고 규정하고 있습니다. 이러한 법적 개념에 따르면 기본권은 인권에 포함되지만, 인권이 당연히 기본권인 것은 아닙니다. 기본권과 인권의 관계를 고려할 때, 기본권은 헌법에 의해 인정되는 것이므로 법률에 의해 인정되는 인권보다 우선적으로 그 개념과 범위를 확정하는 것이 타당하다고 생각합니다. 발표자께서 기본권과 인권을 법규범의 영역에 따라, 즉 국내법의 영역에서는 기본권으로, 국제규범의 영역에서는 인권으로 구분하는 것이 적절하고 가능한 기준인지에 대한 의문이 남습니다. 감사합니다.

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나

지정토론문

“국제사법에 대한 헌법의 영향”

한국자본시장연구원 연구위원/법학박사/(사)한국국제사법학회 총무이사 천 창 민

평소 존경하는 석광현 교수님(국제사법학회 회장)의 국제사법에 대한 헌법의 영향이라는 소중한 발표에 대해 토론을 할 수 있게 되어 무한한 영광으로 생각합니다.

발표문을 접하며, 척박한 한국 국제사법학의 환경 가운데서도, 발군의 능력으로 한국 국제사법학의 발전을 위해 고군분투하고 계신 석 교수님의 노력에 대해 무한한 감사를 드립니다. 오늘 발표하신 국제사법과 헌법과의 관계에 관한 상세한 논의의 전개는 아마도 우리나라에서 최초가 아닌가 싶습니다. 앞으로, 이 분야를 연구하고 발전시키는데 있어 소중한 밑거름이 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

오늘 토론에 나선 저로서는 헌법과 국제사법 모두에 대해 공부가 부족하여 토론다운 토론을 할 역량은 매우 부족합니다. 그래서 아래에서는 오늘 발표하신 내용을 담은 발표문의 내용을 기초로 몇 가지 궁금한 부분들을 여쭙는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

1. 국제재판관할과 헌법의 상호영향과 관련하여, 발표자께서는 미국의 논거인 헌법상의 적법절차가 우리나라의 경우에도 적용될 가능성이 있음을 인정하는 동시에 독일에서의 논의를 소개하며, 독일의 유력설은 헌법상 재판청구권에서 국제재판관할규칙을 도출할 수 있다고 설명하고 계십니다. 독일이나 우리나라의 입장에서 재판청구권으로부터 국제재판관할에 관한 근거를 도출하기가 보다 쉬운 것은 아마도 국제재판관할에 관한 연결점을 민사소송법상 토지관할을 참조하여 유추해 내기 때문이 아닌가 싶습니다. 그런데 조만간 우리나라는 올해 말을 목표로 국제사법에 정치한 국제재판관할에 관한 연결점을 담은 규정들을 도입할 예정인데, 이 경우에도 여전히 헌법상의 재판청구권으로부터 국제재판관할에 관한 근거를 찾아야 하는 것인지, 혹시 국제사법의 개정으로 재판청구권보다는 다른 헌법적 가치 예컨대 미국과 같이 적법절차라는 가치에서는 찾는 것이 보다 더 합리적인 것은 아닌지 궁금합니다. 개인적으로는 국제사법이 개정되더라도 여전히 독일과 같이 법치주의의 당연한 산물으로서의 기본권 중 하

나인 재판청구권에서 국제재판관할에 관한 기본적 근거를 찾는 데에 큰 무리가 없을 것으로 생각됩니다. 하지만 다른 가능성에 대해, 그리고 향후 이론의 발전을 위해 연구해야 할 분야의 확장을 위해 이 질문을 드리고 싶습니다.

2. 준거법의 결정과 관련한 연결원칙의 국제사법상의 세부 규정은 발표자의 말씀대로 모든 연결원칙이 헌법상의 평등의 원칙으로부터 도출될 수 없습니다만, 개별적인 연결규칙은 궁극적으로 헌법적 가치가 투영된 것으로 볼 여지는 없는 것인지 궁금합니다. 발표자와 같이 국제사법에서 준거법을 탐구하고 적용하는 근본적인 근거를 헌법상 평등의 원칙에서 찾는다고 한다면, 이를 긍정할 수 있을 것 같습니다. 또한 이 경우 밀접한 관련이 있는 곳을 지정하는 준거법 지정의 대연결원칙도 평등의 원칙에서 비롯된 것이라고 하는 것이 논리적일 것으로 보입니다. 그런데 과연 전 세계 국제사법학에서 공통적으로 인정하는 가장 밀접한 관련이라는 준거법 결정의 대원칙이 헌법상 평등의 원칙을 고려해서 나온 것인지에 대해서는 다소 의문입니다.¹⁾ 개인적으로는 헌법과 관련하여 연구를 하는 과정에서 역추적한 결과 그것이 헌법의 평등의 원칙과 관련되어 있는 것이 아닌지 라는 이론적 시도라고 이해하는 것이 보다 맞는 것이 아닌가 싶기도 합니다. 혹시 밀접한 관련이라는 준거법 결정의 대원칙이 헌법상 평등의 원칙과 관련되어 있다는 외국에서의 주장이 있는지요? 질문을 드리는 이유는, 사전으로는 평등의 원칙이라는 기본권적 가치는 국제사법학의 준거법 결정원칙의 '하나의 근거'가 될 수는 있으나, 발표자께서 서술하신 바와 같이 '근본적 근거'라고 보기에는 약간 지나친 느낌이 있어서 그렇습니다. 예컨대 가족법 분야에서는 평등의 원칙이 상당한 의미를 갖지만 그에 못지않게 인권이라는 헌법적 가치도 국제사법상 연결원칙을 결정하는데 상당히 중요하기 때문입니다.

3. 최근 남북한의 화해모드가 진행되고 있고, 관계의 진전이 있다면 향후 남북간의 인적·물적 교류가 활발해질 가능성이 높고, 이 경우 국제사법의 역할은 더욱 중요해질 것 같습니다. 헌법의 해석상 현재 남북간의 문제는 준국제사법적 관점에서 해결하는 것에는 큰 무리가 없겠습니다만, 현실적으로, 남북한에서 결정된 판결의 효력을 승인하는 문제는 앞으로 재판 실무상 쉬운 문제는 아닐 것 같습니다. 결국 이는 남북간에 상호 판결을 승인하는 큰 틀에서의 합의와 승인의 요건에 대한 논의가 선행되어야 하고, 집행의 문제에 있어서도 남북간 법원의 절차에 관한 국제공조 차원의 합의가 있어야 하지 않나 싶습니다. 발표문에서는 논의하지 않으신 남북간 준국제사법공조와 관련한 발표자의 고견을 듣고 싶습니다.

4. 국제사법적 관점에서 동성생활동반자관계(same-sex partnership), 동성혼, 대리

1) 물론, 발표자께서 이런 주장을 하신 적은 없습니다만 논리적으로 이런 전개가 가능한 듯합니다.

모²⁾ 등의 국제가족관계 관련 문제는 인권이라는 기본적 헌법가치와 관련하여 매우 까다로운 문제를 제기하는 것 같습니다. 혼인의 문제는 혼인 그 자체만이 아니라 이혼, 재산분할, 부양, 양친자/ 파양 관계 등의 문제와 밀접한 관련을 가지기 때문에 이를 혼인 그 자체만 두고 평가할 수 없기 때문입니다. 특히, 최근 외국의 여러 국가에서는 동성생활동반자관계를 도입하였고, 네덜란드의 경우에는 이미 2001년에 생활동반자관계에서 한 걸음 더 나아가 전 세계 최초로 동성혼을 인정한 바 있습니다.³⁾ 이 경우 우리나라의 입장에서는 동성간의 혼인이나 생활동반자관계를 전제로 한 외국적 요소를 가진 다양한 법률관계의 문제를 해결해야 경우가 있을 것 같습니다. 그리고 외국에서 성립된 대리모에 의한 친자관계를 우리나라에서 승인하는 문제는 현재 실제로 문제가 되어 하급심에서 다루어진 경우도 있습니다. 이러한 문제는 인권, 행복추구권 등의 헌법적 가치와 공서라는 가치가 충돌하는 대표적인 예라 생각됩니다. 인권과 공서가 충돌하는 경우, 현재 우리나라는 개인의 인권을 비롯한 기본권이라는 헌법적 가치보다는 사회질서의 관점이나 인권이나 행복추구권과는 다른 헌법적 가치를 우선하는 것이라 생각됩니다. 물론 글로벌화의 물결 속에서 우리나라도 인권이나 개인의 행복추구권에 대한 인식이 변하여 인권과 공서의 인식이 같은 수준에 도달한다면 공서라는 예외적 통제수단을 더 이상 개입될 여지가 없으나, 양자의 빈틈이 있을 경우 언제나 공서가 우선하는 결과가 도출되지 않을까 싶습니다. 이런 점에서는 제한적이지만 인권이라는 헌법상의 가치도 공서라는 국제사법적 '최후 도구개념' 아래 놓이는 것이고, 그 결과 헌법적 가치보다 국제사법적 가치(보다 정확히는 연결점의 적용에 따른 법정지인 우리나라의 가치)가 우선하는 것이라고 평가할 수 있는 것은 아닌지 모르겠습니다. 이에 대해서는 어떻게 생각하시는지요?

국제사법과 헌법의 관계에서도 헌법은 입법적 한계를 정하고 재판의 재량적 한계를 정하는 테두리 규범 즉, 윤곽규범으로서 역할을 한다는 발표자의 결론에 깊이 동감합니다. 발표문의 곳곳에서 분석한 우리나라 국제사법상 헌법적 분석에 대해 높이 평가하며, 앞으로 국내에서도 발표자의 연구를 바탕으로 헌법과 국제사법에 대한 연구가 한층 전진할 수 있기를 기대하며, 토론자도 이에 조금이나마 기여할 것을 다짐하며, 우문만 많은 토론문을 여기서 마칩니다.

고맙습니다.

2) 대리모에 관한 학설, 외국의 입법례 및 입법현황 등에 대한 최신의 논의로는 현소혜, 대리모를 둘러싼 쟁점과 해결방안, 가족법연구, 32권 1호, 2018년, 107면 이하 참조. 대리모에 관한 비교법적 연구 및 국제사법적 쟁점에 관한 논의로는 이병화, 국제대리모계약에 관한 연구, 국제사법연구, 22권 1호, 2016년, 123면 이하 참조.

3) 이에 대하여는 Michael Bogdan, "Some Reflections on the Treatment of Dutch Same-Sex Marriages in European and Private Intranational Law" in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law*, Essay in Memory of Peter E. Nygh, ed. by Talia Einhorn & Kurt Siehr (T.M.C.Asser Press: NY, 2004).

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나

재판청구권 보장과 ADR

- 조정과 중재를 중심으로 -

서울대학교 법학전문대학원 교수 정 선 주

I. 들어가며

오늘날 ADR(Alternative Dispute Resolution)은 법원의 재판을 대체하는 분쟁해결 방안으로서 전 세계적으로 장려되고 있다. ADR의 대표적인 형태인 중재는 법원의 재판보다 더 역사가 오래된 분쟁해결제도로서¹⁾ 특히 국제상사분쟁과 관련하여 많이 이용되고 있으며, 조정 역시 오랜 역사를 가진 분쟁해결제도로서²⁾ 사회 여러 분야에서 널리 이용되고 있다. 분쟁해결을 국가기관인 법원이 아니라 사인이 주도하도록 하는 것이 헌법이 보장하고 있는 국민의 기본권, 특히 재판청구권에 반하는 것은 아닌지 하는 의문이 들 수도 있지만 일반적으로 중재나 조정제도의 합헌성에 관하여서는 큰 논란이 없다. 재판청구권은 헌법과 법률에 의한 법관의 재판을 받을 권리를 의미하는 것이며, 분쟁을 반드시 재판에 의해 해결해야 한다는 의미는 아니기 때문이다.

무엇보다도 중재는 법원의 재판을 배제하는 분쟁해결방안임에도 불구하고 그 합헌성에 관해서는 논란 없이 당연히 인정되고 있다.³⁾ 중재제도는 헌법 이전에 존재하는 분쟁해결절차

1) 현대 중재제도의 기초는 고대 로마법의 'arbitr ex compromisso'라고 할 수 있는데, 이에 관한 상세한 내용은 Lukits, Die private Schiedsgerichtsbarkeit im römischen Recht und heute, SchiedsVZ 2013, 269 ff. 참조.

2) 대표적으로 1648년 10월 24일 30년 전쟁을 끝내면서 작성된 평화조약의 전문에는 조정인으로서 활동한 베니스의 기사 Alvise Contarini의 역할과 기여에 대해 언급하고 있다. Duss-von Werdt/Mähler/Mähler, Mediation: Die andere Scheidung, S. 24 ff., 44 ff. 조정제도가 근대에 들어 의미를 가지게 된 것은 70년대 미국에서 대체적 분쟁해결방안(ADR)의 하나로서 활성화되기 시작한 이후부터이며, 유럽에서는 80년대에 들어 점차 주목을 받게 되었다. 상세한 내용은 Geschichte der Mediation, <https://inkovema.de/mediation/geschichte-der-meditation/> (검색일 : 2018. 8. 7.) 참조.

3) 독일에서도 중재제도의 합헌성에 대해서는 의문이 제기 되지 않는다. Steiner, Das Verhältnis von

(vorkonstitutionelles Gesamtbild des Grundgesetzes)라는 점을 이유로 들기도 하고,⁴⁾ 또 중재제도의 기초가 되는 중재합의는 헌법상 보장되고 있는 인격권의 발현인 사적자치의 원칙에 근거하고 있다는 점을 들기도 한다.⁵⁾⁶⁾ 그리고 중재합의가 헌법상 보장되는 인격권을 반영한 것이라는 점⁷⁾에서 중재제도의 내적 적법성(interne Legitimation)이 인정되며, 또한 법원의 재판을 기능적으로 대체하는 등가물(funktionale Äquivalent)이라는 점에서 외적 적법성(externe Legitimation)이 인정된다고 보기도 한다.⁸⁾

이처럼 조정제도와 중재제도의 합헌성에 대해서는 의문이 제기되지 않지만 이들 또한 판결과 마찬가지로 분쟁을 해결하는 절차이기 때문에 절차적 정당성은 보장되어야 한다. 일반적으로 절차적 정당성은 헌법상 보장되는 절차적 기본권이 해당 절차에서 준수되었을 때 인정되므로 절차적 기본권의 관점에서 현행 조정제도와 중재제도의 절차적 정당성 여부를 검토해 볼 필요가 있다. 특히 중재제도에 대해서는 재판제도와 동가치성을 인정하고 있기 때문에⁹⁾ 현행 중재절차의 내용을 절차적 기본권의 관점에서 검토해 볼 필요가 있는 것이다.¹⁰⁾

이하에서는 헌법에 규정된 모든 기본권과 관련하여 이 문제를 살펴보는 것은 시간적·공간적으로 불가능하므로 절차적 기본권의 핵심을 이루는 재판청구권에 한하여 검토한다.¹¹⁾

Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 16. 미국에서도 중재제도의 합헌성은 당연히 인정되는데, 법원의 소송이 비싸고, 파괴적이며 비효율적이기 때문에 중재제도가 공서(public policy)에 반하지 않는다는 것이다, Zekos, Constitution, Arbitration and Courts, pp. 78.

4) Steiner, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 16.

5) 중재제도가 당사자의 합의에 기초하고 있다는 점에서 헌법적으로 큰 가치가 있다는 견해로는 Zekos, Constitution, Arbitration and Courts, p. 77.

6) 중재합의는 실체법적 의미의 사적자치가 아니라 분쟁해결방법을 선택하고 구체적인 절차내용을 형성하는 절차적 사적자치(prozedurale Privatautonomie)를 의미하는 것으로서 실체적 사적자치와는 구분하여야 한다는 견해로는 Prütting, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, FS für Schlosser, S. 708.

7) 우리 헌법에는 인격권에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않지만, 헌법재판소는 헌법 제10조 제1문에서 명시하고 있는 인간으로서의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다고 밝히고 있다, 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82; 2003. 6. 20. 2002헌가14. 이에 비해 독일에서는 기본법 제2조 제1항(Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.)의 자유권, 즉 인격권에 근거하는 것으로 보고 있다, BGHZ 59, 61; BGH NJW 2000, 1713.

8) Münchener Kommentar-Münch, ZPO, 5. Aufl., 2017, vor § 1025 Rdnr. 7.

9) Münchener Kommentar-Münch, ZPO, 5. Aufl., 2017, vor § 1025 Rdnr. 5.

10) 미국 헌법과 중재제도에 관한 상세한 내용은 Rutledge, Arbitration and the Constitution 참조.

11) 이 주제와 관련하여서는 2012년 제8회 한국법률가대회 제4세션 제4분과 세미나에서 “ADR의 사회통합적 기능 - 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로”라는 발표에서 조정을 중심으로 다루었다. 상세한 내용은 이수중, ADR의 사회통합적 기능 - 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로, 저스티스, 제134-3호, 225면 이하 참조.

II. 재판청구권의 적용 여부

1. 절차적 기본권의 적용

조정과 중재제도의 절차적 정당성을 재판청구권의 관점에서 살펴보기 전에 명확히 하여야 할 것은 도대체 재판청구권과 같은 헌법의 기본권 규정이 조정이나 중재에도 직접 적용될 수 있는지 하는 문제이다. 특히 중재의 경우 당사자는 중재합의에 의해 사법보장청구권(Justizgewährungsanspruch), 즉 헌법이 보장하는 법원에 의한 재판받을 권리를 적법하게 포기한 것이라고 보기 때문에¹²⁾ 재판청구권이 중재제도에 직접 적용될 수 있는지가 문제되는 것이다.¹³⁾ 이에 관하여 일부에서는 중재는 법원 재판의 대체물이기 때문에 헌법상 권리가 중재절차에 적용될 여지가 없다고 한다.¹⁴⁾ 이를 긍정하게 되면 중재절차가 사법절차화 될 수 있다는 것이다.¹⁵⁾ 이에 반해 또 다른 견해에서는 소비자나 근로자를 보호하기 위해서는 중재에도 헌법적 권리가 보장되어야 한다고 하거나¹⁶⁾ 중재판정부가 법원의 재판활동과 같은 활동을 하는 이상 헌법상 기본권이 직접 적용되어야 한다고 본다.¹⁷⁾ 또 일부에서는 중재판정부는 국가기관이 아니기 때문에 헌법상 기본권 규정이 중재에 직접 적용될 수는 없지만 완화되어(abgeschwächt) 적용된다고 보고 있다.¹⁸⁾ 이에 따르면, 헌법이 중재제도에 직접

12) BGHZ 77, 69; Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, 2005; Geimer, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz - Die Organisation der Rechtsberatung: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht -, Bd. 7, S. 115 ff.; Münchener Kommentar-Münch, ZPO, 5. Aufl, 2017, vor § 1025 Rdnr. 4.

13) 조정과 관련하여서도 조정인의 독립성과 공정성, 신중성이 보장되는 절차에서 ADR의 효력이 충분히 안내되고 고지된 상태라면 분쟁당사자는 자신의 재판청구권을 자발적이고 명시적인 의사표시를 통해 불행사한 것으로서 기본권의 포기라고 보기도 한다. 이수중, ADR의 사회통합적 기능 - 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로, 저스티스, 제134-3호, 238면 이하.

14) Silverman v. Benmor Coats, Inc., 61 N.Y.2d 299, 308, 461 N.E.2d. 1261, 1266, 473 N.Y.S.2d 774, 779 (1984).

15) Fletcher, Privatizing Securities Disputes Through the Enforcement of Arbitration Agreement, 71 Minn. L. Rev. 393, 454(1987).

16) Brunet, Arbitration and Constitutional Rights, North Carolina Law Review, Vol. 71, pp. 88.

17) 대표적으로 Schwab, Bemerkungen zur Rechtskraft inter omnes und zur Geltung der Grundrechte im Schiedsverfahren, FS für Gaul, S. 734.

18) 대표적으로 Geimer, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz - Die Organisation der Rechtsberatung: Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht -, Bd. 7, S. 113 ff., 122. 여기서는 중요한 논거 중의 하나로서 중재판정에 대해서는 직접적으로 연방헌법재판소에 헌법소원이 제기될 수 없다는 점을 들고

적용될 수는 없지만 헌법은 입법자와 법원으로 하여금 심문청구권¹⁹⁾과 같은 법치주의의 핵심이 준수되지 않은 중재판정에 대해서는 승인이나 집행이 행해질 수 없도록 하여야 한다는 것이다.²⁰⁾

살펴보건대, 중재는 국가의 행위가 아니기 때문에²¹⁾ 헌법 제27조에서 규정하고 있는 재판청구권의 직접적인 적용대상이 되기는 어렵다. 그렇지만 중재제도가 법원의 재판을 대체하는 분쟁해결제도라는 점을 고려하면 재판청구권에 반영된 절차적 기본권의 기본이념은 중재제도에도 그대로 적용되어야 할 것이다. 특히 중재제도는 법원의 소송제도와 마찬가지로 당사자 사이의 분쟁을 해결하여 법적 평화를 형성하는 데 그 목표를 두고 있다.²²⁾ 이는 법원이 해야 할 임무를 중재합의라는 당사자의 의사에 의해 사적인 판단기구가 대신하고 있는 것이다.²³⁾ 재판이라는 중요한 행위를 국가가 사인에게 광범위한 범위 내에서 맡겨둔 것이 중재제도이다.²⁴⁾ 즉, 중재는 단순히 당사자 사이의 계약관계를 규율하는 제도가 아니라 법원의 재판과 마찬가지로 실체적인 재판(materielle Rechtsprechung)을 하는 것이며,²⁵⁾ 기판력까지 인정되는 판단을 한다는 점에서 중재판정부는 법원과 마찬가지로 재판활동을 하고 있는 것이다. 이러한 관점에서 보면 헌법상 보장되는 법적 보호(Rechtsschutz)가 중재제도에서 부인되어서는 안 되며, 단순히 법적 보호가 행해져야 할 장소가 법원에서 중재판정부로 바뀐 데 불과한 것이다. 따라서 헌법상 기본권 규정이 직접 중재제도에 적용되지는 않는다 하더라도 기본권 규정이 담고 있는 가치는 여전히 중재제도에서도 지켜져야 한다. 중재법 또한 이러한 점을 반영하여 중재판정의 취소사유나 승인집행거부사유의 명시를 통해 절차적 기본권이 중재제도에서도 보장되어야 함을 분명히 하고 있다.

조정제도 또한 분쟁해결절차라는 점을 고려하면 절차적 기본권의 핵심적인 내용은 준수되어야 한다. 특히 민사조정법이 적용되는 조정에서는 재판상 화해와 같은 효력이 조정조서에

있다.

19) 독일연방헌법재판소는 심문청구권(rechtliches Gehör)을 '인간의 절차적 자연권(prozessuales Urrecht des Menschen)' 일 뿐 아니라 '법치주의국가의 소송절차에서 기본권적 의미를 가지는 절차원칙'으로 표현하였다. BVerfGE 55, 6.

20) 같은 취지로 Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts, S. 103.

21) 이를 이유로 미국 헌법에서 보장하는 적법절차원칙(procedural due process)이 중재제도에는 적용된다고 보기 어렵다는 견해로는 Rutledge, Arbitration and the Constitution, pp. 131.

22) BGH NJW-RR 1986, 1060.

23) 독일의 소송법학자들은 대체로 법원과 중재판정부에 의한 권리보호의 동가치성을 인정하고 있다. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., § 175 Rdnr. 22.

24) Schwab, Bemerkungen zur Rechtskraft inter omnes und zur Geltung der Grundrechte im Schiedsverfahren, FS für Gaul, S. 734.

25) BGH NJW1986, 3028; Münchener Kommentar-Münch, ZPO, 5. Aufl, 2017, vor § 1025 Rdnr. 4. 등.

인정되므로 헌법질서에 반하는 사유가 있는 때에는 준재심이 가능하다. 따라서 민사조정법이 적용되는 조정절차에서는 당연히 절차적 기본권이 지켜져야 한다.

그리고 조정에 확정판결이나 재판상 화해와 같은 효력이 인정되는 경우가 아닌 일반 조정에서는 조정조서에 민법상 화해계약과 같은 효력이 인정된다.²⁶⁾ 이 경우 조정조서에는 재판상 화해에서와 같은 기판력이나 집행력이 인정되지 않기 때문에 당사자는 조정합의를 반복할 수도 있고, 또 자발적으로 조정내용이 이행되지 않으면 다시 법원의 소송을 통해 자신의 권리를 구제받을 수 있다. 이러한 점은 일반 조정제도가 가지는 태생적 한계이기도 하지만 조정절차에 대한 당사자의 만족도가 크면 당사자는 자발적으로 조정합의에 따르고 또 합의내용을 이행하게 될 것이다. 조정절차에 대한 당사자의 만족도를 높이기 위해서는 민사조정법이 적용되지 않는 일반 조정에서도 절차적 기본권은 지켜져야 한다.

그러므로 재판청구권의 기본이념이 사법절차를 통한 효율적인 권리보호에 있다는 점을 고려하면²⁷⁾ 조정이나 중재와 같은 대체적 분쟁해결절차에서도 절차적 기본권인 재판청구권의 기본이념은 반드시 지켜져야 할 것이다.

2. 재판청구권의 의미

헌법 제27조 제1항에서는 모든 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가지고 있음을 명시하고 있다. 이에 따르면 재판청구권은 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 독립성이 보장된 법관에 의하여 재판받을 권리를 의미한다.²⁸⁾ 그리고 이는 법치국가 실현을 위해 필요한 중요한 요소로서 국민의 모든 권리, 즉 법률상의 권리와 헌법상의 기본권의 효력이 법원의 재판에 의해 관철되는 것을 보장한다.²⁹⁾

재판청구권의 구체적인 내용에 관하여서는 분쟁이 발생한 경우 법관의 재판을 요구할 수 있는 제소권이라는 실체적 권리와 재판이 행해진 경우 독립된 법관에 의해서 적법한 절차에 따라 공정한 재판을 받을 수 있는 절차적 권리로 구성된다고 보고 있다.³⁰⁾ 실체적 권리로서 제

26) ADR에 재판상 화해와 같은 효력을 부여함으로써 확정판결과 동일한 효력이 인정된다고 하여 재판청구권을 침해하는 것은 아니다. 이수종, ADR의 사회통합적 기능-헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로, 저스티스, 제134-3호, 238면 이하.

27) 이수종, ADR의 사회통합적 기능-헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로, 저스티스, 제134-3호, 238면 이하.

28) 법원에 의해 사실적 측면과 법률적 측면에서 적어도 한차례 이상 심리를 받을 기회를 보장하지 않으면 재판받을 권리의 본질적인 내용에 대한 침해가 된다. 헌재 1992. 6. 26. 90헌바25; 1993. 11. 25. 91헌바8; 2002. 2. 28. 2001헌가18; 성낙인, 헌법학, 제18판, 1457면 이하 등.

29) 한수용, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총, 제10집, 341면.

30) 허영, 한국헌법론, 전정 13판, 398면 이하.

소권과 관련하여서는 원칙적으로 소권은 사인의 국가에 대한 공권이므로 당사자의 합의로 포기할 수 없지만³¹⁾ 부제소합의가 인정되듯이 법원의 재판을 배제하고 사적 판단기구인 중재판 정부에 의해 판단 받고자 하는 중재합의 또한 재판받을 권리의 침해라고 보기는 어렵다.³²⁾

절차적 권리로서 '법률에 의한 재판'에 대해서는 절차법에 의한 재판을 의미한다고 보기도 하고,³³⁾ 또 실체법을 의미한다고 보기도 하지만,³⁴⁾ 헌법재판소는 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하는 취지라고 밝히고 있다.³⁵⁾

Ⅲ. 법원으로서의 접근 가능성과 조정 및 중재

1. 의 의

법원의 재판을 받을 권리를 보장하는 재판청구권은 법의 지배를 실현하기 위한 필수불가결의 전제로서 인권보장을 위한 절차적 기본권이다.³⁶⁾ 이러한 중대한 의미를 가지는 재판청구권이 실현되기 위해서는 무엇보다도 법원으로서의 접근 가능성이 보장되어야 한다. 그런데 조정이나 중재는 법원의 재판 전에 또는 법원의 재판을 대신하여 분쟁을 해결하는 방안이어서 법원으로서의 접근 가능성이 제한되거나 배제되는 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 이들의 합헌성이 인정되는 것은 당사자의 자발성 때문이다. 국가의 재판독점권(Rechtsprechungsmonopol)이 인정되는 경우에도 사적 분쟁해결제도인 조정이나 중재의 합헌성을 긍정하는 것은³⁷⁾ 무엇보다도 이들이 당사자의 자발적인 의사에 근거하고 있기 때문이다. 이처럼 당사자의 자발적 의사는 조정이나 중재에서 가장 핵심을 이루는 부분인 것이다.³⁸⁾ 그런데 현행 조정제도에는 강제조정처럼 당사자의 자발성과 무관하게 조정절차가 진행

31) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누4455 판결.

32) 조정의 경우 원칙적으로 제소권 문제가 발생하지 않지만 강제조정에서는 문제될 수 있다, 본문 Ⅲ. 2. 참조.

33) 김상겸, 법치국가의 요소로서 절차적 기본권 - 재판청구권과 관련하여 -, 아태공법연구, 제7집, 163 면.

34) 장석조, 헌법과 민사소송법, 민사소송, 제9권, 71면.

35) 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8; 1995. 10. 26. 94헌바28 등.

36) 김철수, 헌법학신론, 제21판, 1087면.

37) 대표적으로 BGH NJW 1976, 109; Stein/Jonas-Schlosser, ZPO, 22 Aufl., vor § 1025 Rdnr. 3 등.

38) 중재제도가 당사자의 자발적 의사에 기초하고 있다는 점은 당연히 인정되지만, 스포츠 중재와 관련하여서는 당사자의 자발성에 의문이 제기되기도 한다. 관련스포츠 분야의 개별 선수나 개별 단체는 협회와 동등한 지위를 가진다고 보기 어렵기 때문이라는 것이다, Steiner, Das Verhältnis von

되는 경우도 있고, 또 중재제도에서는 선택적 중재합의의 효력을 부인함으로써 법원으로의 접근 가능성을 좁게 인정하고 있다. 이하에서는 그 타당성을 살펴본다.

2. 강제조정 등

분쟁해결의 가장 바람직한 모습은 법원의 재판이 아니라 당사자의 합의에 의해 분쟁이 해결되는 것이다.³⁹⁾ 법원의 재판은 당사자 사이의 분쟁을 당사자 스스로 합의에 의해 해결하지 못한 경우에 비로소 행해지는 것이 이상적이므로⁴⁰⁾ 이미 법원에 소가 제기된 경우에도 당사자의 합의에 의한 분쟁해결은 언제든지 장려되어야 한다. 이를 위해 우리 민사소송법은 법원으로 하여금 소송의 정도와 관계없이 당사자에게 화해를 권고하거나 수명법관이나 수탁판사로 하여금 화해를 권고하게 할 수 있도록 명시하고 있으며(민사소송법 제145조), 서면화해제도도 인정하고 있다(민사소송법 제148조 제3항). 또한 소송 도중 법원이 직권으로 화해를 권고하는 화해권고결정제도도 두고 있다(민사소송법 제225조). 이와 함께 민사조정법은 조정의 활성화를 위해 다양한 형태의 조정제도를 규율하고 있다. 우선 당사자의 신청이 아니라 수소법원의 직권으로 조정회부가 가능하며(민사조정법 제6조), 수소법원 스스로 조정을 할 수도 있고(민사조정법 제7조 제3항), 또 조정담당판사가 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 내릴 수도 있다(민사조정법 제30조).

그런데 ADR의 가장 중요한 기초가 당사자의 자발성이라는 점을 고려하면 화해권고결정이나 직권조정회부 그리고 조정에 갈음하는 결정이 진정한 의미의 ADR이라고 할 수 있는지는 의문이다.

우선 수소법원의 직권조정회부는 당사자의 의사와는 상관없이 법원의 직권에 의해 조정절차가 진행되는 것이어서 당사자의 자발성을 전제로 하지 않는다. 특히 여기서 당사자는 조정의 주체가 되는 것이 아니라 객체로 전락하여 조정판사나 조정위원이 제시한 조정안을 수용할 것인지 아니면 이의를 제기할 것인지 여부에 관하여서만 결정할 수 있을 뿐이다.

그리고 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정은, 그 명칭에서 잘 알 수 있듯이, 화해권고나 조정의 형식을 빌린 법원의 재판이지 ADR이 아니다. 여기서 법원의 역할은 당사자의 합의를 이끌어내는 것이 아니라 분쟁에 관하여 판단을 하는 것이므로 화해나 조정과는 전혀 무

Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 18 f.

39) 독일 연방헌법재판소도 원칙적으로 법치국가에서는 법원에 의한 재판보다 합의에 의하여 분쟁을 해결하는 것이 우선시 되어야 한다고 밝혔다, BVerfG, 14.02.2007 - 1 BvR 1351/01.

40) Ohio주 대법원장 Moyer도 2002년 판결에서 이 점을 밝혔다, Derolph v. State, 780 N.E.2d 529, 536.

관한 것이다.⁴¹⁾ 즉, 당사자의 자발성을 기초로 하는 화해나 조정의 본래 취지와는 맞지 않는 것이다. 특히 본래 의미의 조정에서는 원칙적으로 조정은 판단을 내려서는 안 되며, 당사자들이 자발적으로 합의에 이를 수 있도록 지원하는 역할을 하여야 한다. 조정판사나 조정위원은 조정절차의 진행에 관하여 권한을 가져야 하며, 분쟁의 해결에 관하여서는 권한을 가져서는 안 된다.⁴²⁾ 그런데 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정에서 판사는 분쟁해결의 권한을 행사하고 있는 것이다.

나아가 수소법원 조정의 경우, 법원에 의한 조정이 합헌적이라 하더라도⁴³⁾ 많은 문제를 안고 있다. 우선 수소법원 조정에서 나온 당사자의 합의가 진정한 합의인지는 의문이다. 다수의 법관들은 분쟁해결의 효율성을 이유로 수소법원 조정제도를 지지하고 있지만⁴⁴⁾ 소송당사자의 입장에서는 수소법원이 제시하는 조정안은 심리적인 압박으로 느껴질 수밖에 없다. 그리고 수소법원 조정이 성립되지 않아 소송절차가 진행되는 경우 조정절차에서 나온 자료를 엄격히 분리하여 소송절차를 진행하는 것은 매우 어려운 일이다. 물론 민사조정법에서는 조정절차에서 행한 당사자 또는 이해관계인의 진술은 민사소송에서 원용하지 못한다고 명시하고 있지만(민사조정법 제23조), 현실적으로 조정절차를 진행한 수소법원이 이들을 엄격히 구분하여 소송절차를 이끌어 나갈 수 있을지는 의문이다.

진정한 의미에서 ADR제도가 발전하기 위해서는 당사자의 신청을 전제로 하지 않는 강제 조정이나 당사자의 합의가 아닌, 재판에 해당하는 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정제도는 재검토되어야 한다. 이러한 제도들은 당사자의 자발적인 의사를 기초로 하지 않는다는 점에서 법원의 재판을 받을 국민의 권리를 제한하는 것이기도 하다. 조정사건의 통계에서 신청사건에 비해 직권조정회부사건에서 조정불성립비율이 높다는 점 그리고 강제조정에 대한 이의가 훨씬 많다는 점⁴⁵⁾은 당사자의 자발성이 전제되지 않은 조정의 문제점을 잘 보여주고

41) 조정의 활성화를 위해 독일에서도 법원에 의한 조정제도를 인정하고 있다(독일 민사소송법 제278조). 다만, 독일의 조정법관(Güterichter)은 원칙적으로 법관의 지위를 가지기 때문에 석명권을 행사하고 소송기록을 볼 수 있으며, 모든 조정기법을 적용하고 조정안을 제시하는 등의 행위를 할 수 있지만, 본안에 관하여 판단을 하는 행위는 할 수 없다. Münchener Kommentar-Prütting, ZPO, 5. Aufl., 2016, § 278 Rdnr. 34. 따라서 조정에 갈음하는 결정과 같은 행위는 당연히 금지된다.

42) 법원조정(Gerichtsmediation)에 대해 독일에서는 조정시장에 법원이 끼어드는 불공정한 경쟁이라는 비판이 가해지기도 한다. Spalckhaver: Mediation als Dienstleistungsangebot der Justiz - Wettbewerbsrechtliche Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, IDR(Internet Dispute Resolution) 2004, S. 80 ff.

43) Wimmer, Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243.

44) 2010년의 한 조사에 따르면 약 80%의 법관이 이를 지지하고 있다. 이를 반영하듯 수소법원 조정이 차지하는 비율은 2009년 89.9%, 2010년 96.2%로 당사자의 자발적인 조정신청 보다는 수소법원이 적극적으로 개입하고 있음을 알 수 있다. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-Vie-w?serial=54114> (검색일: 2018. 7. 23.)

45) 사법연감에 의하면 2016년의 경우, 신청사건에서는 조정성립율이 15%, 불성립율이 26%인 반면, 직권회부의 경우 이 비율은 각각 14%와 45%에 달한다. 그리고 조정에 갈음하는 결정에 대한 이의제기 또한 신청

있다. 우리 헌법재판소도 재판절차가 국민에게 개설되어있다 하더라도 절차적 규정들에 의하여 법원으로서의 접근이 합리적인 이유로 정당화될 수 없는 방법으로 어렵게 된다면 재판청구권은 사실상 침해될 수 있음을 분명히 하였다.⁴⁶⁾

3. 선택적 중재합의

선택적 중재합의는 계약서에 조정 또는 중재 혹은 중재 또는 판결⁴⁷⁾을 분쟁해결방법으로 선택할 수 있도록 한 합의를 말하는데, 우리 대법원은 그 효력에 대해 소극적인 입장이다.⁴⁸⁾ 즉, 선택적 중재조항은 계약의 일방당사자가 상대방에 대하여 조정이 아닌 중재절차를 선택하여 그 절차에 따라 분쟁해결을 요구하고 이에 대하여 상대방이 별다른 이의 없이 중재절차에 임하였을 때에 비로소 중재합의로서 효력이 있다는 것이다.⁴⁹⁾

선택적 중재합의의 유효여부에 관하여서는 그동안 많은 논란이 있었는데,⁵⁰⁾ 현재는 명시적인 법규에 의한 문제 발생 소지는 제거되었다. 지금까지 논란의 원인이 되었던 기획재정부의 회계예규가 폐지되고, 2017년 12월 19일 법률 제15219호로 국가계약법이 개정되어⁵¹⁾ 조정과 중재 중에서 미리 분쟁해결방법을 정할 수 있도록 명시하고 있기 때문이다.⁵²⁾ 하지만

의 경우에는 28%인 반면 직권회부에서는 47%에 달하고 있다.

46) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바40.

47) 기획재정부 계약예규가 제정되기 전 기획재정부 회계예규에서는 '조정 또는 중재, 판결 또는 중재'라는 표현을 사용하였다.

48) 이에 비해 독일에서는 선택적 중재합의를 유효하다고 보고 있다. 우선 연방대법원은 1975년 12월 18일 판결(BGH NJW 1976, 852)에서 매도인에게 중재 또는 소송을 선택할 수 있는 권한을 부여한 중재합의가 유효한가의 문제에 관하여 중재합의의 근거가 되는 계약자유 원칙에서 볼 때 인정하지 않을 이유가 없다고 판시하였다. 그리고 OLG Bremen SchiedsVZ 2007, 51에서도 유효성을 인정하였다. 이 사건은 매매계약의 약관에 매도인에게 중재절차 또는 법원의 소송절차에 대한 선택권을 부여한 조항이 있었던 것인데, Bremen 고등법원은 법원에 소를 제기할 수 있는 가능성을 중재와 함께 열어두는 것은 매도인의 이익을 위해서도 필요하다고 보았다.

49) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결; 2005. 5. 27. 선고 2005다12452 판결 등.

50) 유효설은 김교창, 선택적 중재합의의 효력, 인권과 정의, 제319호, 79면; 정선주, 선택적 중재합의의 유효성과 문제점, 중재연구, 제13권 제2호, 597면 이하 등 참조. 무효설은곽경직, 선택적 중재합의론 소고, 법률신문, 제3102호(2002); 서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부, 법률신문, 제3100호(2002) 등 참조.

51) 중요한 개정 이유가 "중앙관서의 장 등이 국가를 당사자로 하는 계약을 체결할 때 당사자 간 발생하는 분쟁의 해결방법을 국가계약분쟁조정위원회의 조정 또는 「중재법」에 따른 중재로 미리 정할 수 있도록 함으로써 소송으로 인한 사회적 비용을 절감하려는 것"이라고 밝히고 있다, <http://www.law.go.kr> (검색일: 2018. 8. 2.)

52) 국가계약법 제28조의2(분쟁해결방법의 합의) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 국가를 당사자로 하는 계약에서 발생하는 분쟁을 효율적으로 해결하기 위하여 계약을 체결하는 때에 계약당사자 간 분쟁의 해결방법을 정할 수 있다.

② 제1항에 따른 분쟁의 해결방법은 다음 각 호의 어느 하나 중 계약당사자 간 합의로 정한다.

1. 제29조에 따른 국가계약분쟁조정위원회의 조정

이러한 국가계약법의 개정과는 무관하게, 당사자가 선택적 형태의 중재합의를 한 경우 그 효력을 어떻게 볼 것인가의 문제는 여전히 남아있다.

살펴보건대, 선택적 중재합의는 원칙적으로 당사자에게 분쟁해결방법에 관한 선택권을 넓게 보장한다는 측면에서 유효하다고 보아야 한다.⁵³⁾ 국가가 소송 외에 당사자의 사적자치에 의한 분쟁해결방법으로서 중재제도를 인정하고 있는 이상 원칙적으로 공공의 이익이 문제되지 않는 곳에서는 당사자의 자율을 존중하여야 한다. 당사자로 하여금 국가가 제공하는 소송제도를 이용하지 않고 사인에 의한 분쟁해결방법을 취할 수 있도록 허용한다고 하여 처음부터 양 제도에 대한 선택권이 반드시 배제되고 어느 한 제도만을 인정해야 하는 것은 아니다. 중재제도의 본질 상 적법한 중재합의에 의해 법원의 소 제기가 허용되지 않는다고 하여 분쟁해결방법으로서 중재 또는 판결 중에서 선택할 수 있는 것이 허용되지 않는 것은 아니다. 당사자는 중재나 판결 중에서 분쟁해결방법을 선택할 수 있는 내용의 합의를 할 수 있으며, 일방당사자가 중재를 선택하면 그 때 비로소 법원의 제소가 금지되는 것이다. 이처럼 당사자로 하여금 다양한 분쟁해결방법으로서 중재 또는 법원의 재판 중에서 선택할 수 있는 가능성을 열어 두는 것은 무엇보다도 효율적인 당사자의 권리보호를 위해서 필요하다.⁵⁴⁾ 선택적 중재합의는 국가가 제공하는 소송 외에 중재라는 또 다른 방식의 분쟁해결 가능성을 열어두는 것이기 때문에 국민의 재판청구권, 즉 법원으로의 접근 가능성의 확대라는 측면에서 당연히 유효하다고 보아야 한다.

IV. 법관에 의하여 재판받을 권리와 조정 및 중재

1. 의 의

헌법 제27조 제1항에서 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 재판받을 권리, 즉 일정한 자격 요건을 갖추고 그 지위가 보장된 자로 하여금 재판을 하도록 하고 있는 것은 무엇보다도 공정한 재판을 위해서이다. 공정한 재판을 받을 권리는 헌법에 명시적으로 규정되어 있지는

2. 「중재법」에 따른 중재

53) 그 밖의 유효성 논거에 관하여서는 정선주, 선택적 중재합의의 유효성과 문제점, 중재연구, 제13권 제2호, 597면 이하 참조.

54) 선택적 중재합의를 유효하게 보는 것이 반드시 당사자를 보호하는 것이 아니라는 견해로는 목영준/최승재, 상사중재법, 개정판, 116면 각주 190) 참조.

않지만 재판청구권의 내용에 당연히 포함된다고 보고 있다.⁵⁵⁾ 효율적인 권리보호를 제공하기 위해서는 공정한 재판이 재판청구권에 의해 함께 보장되어야 하며, 이러한 공정성 확보를 위해 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판을 요구하고 있다는 것이다. 그리고 이는 재판에서 판단주체의 공정성과 중립성 및 전문성의 보장을 의미하고 있다. 즉, 헌법과 법률에 의한 재판을 받을 권리의 절차적 내용 중 하나가 바로 판단기관의 독립성과 중립성 및 전문성 보장이다.⁵⁶⁾

공정한 판단을 위한 판단주체의 독립성과 중립성 요구는 반드시 법원의 재판에서만 지켜져야 하는 것은 아니며, 재판이 아닌 다른 분쟁해결절차에서도 지켜져야 한다. 분쟁해결기구로서 법원의 독립성과 중립성이 요구되는 것처럼 조정과 중재제도에서도 공정한 판단을 위해 조정인이나 중재인의 독립성과 중립성은 보장되어야 한다. 즉, 헌법과 법률이 정한 법원에 의하여 재판받을 권리에 상응하는 절차주재자의 지위 보장이 조정과 중재에도 필요한 것이다. 조정과 중재에서도 공정한 절차진행과 공정한 판단을 위해 절차주재인 조정인과 중재인에 대해서는 법원과 마찬가지로 독립성과 중립성이 보장되어 업무 수행에 부당한 압력이나 영향을 받아서는 안 되며, 당사자의 어느 한쪽에 편파적인 태도를 취해서도 안 되고 중립성을 지켜야 한다.

그리고 재판절차의 주재인 법원에 대해 법률이 정한 법관이어야 함을 요구하는 것은 법원의 전문성을 의미한다. 법원은 일정한 자격요건을 갖추어야 하는데, 특히 전문법률지식을 갖추어야 하며 이를 위해 일정한 시험을 거쳐 임명되도록 하고 있다.⁵⁷⁾ 이처럼 법관에게 전문성이 요구되는 것은 공정한 재판결과를 위해서이다. 전문적인 법률지식을 바탕으로 당해 사건에 가장 타당하고 공정한 판결을 내릴 것을 법관에게 기대하는 것이다.

그런데 공정한 판단을 위해 필요한 판단주체의 전문성은 조정과 중재에서도 요구된다. 조정과 중재에서 공정하게 절차가 진행되고 합리적인 판단이 행해지기 위해서는 조정제도와 중재제도에 대한 전문적인 이해와 식견을 가진 사람이 절차를 주재하여야 하는 것이다.

2. 독립성과 중립성

법원의 재판에서는 법관의 독립성과 중립성을 보장하기 위해 법관에 대한 제척·기피제도를

55) 대표적으로 김철수, 헌법학신론, 제21판, 1106면; 성낙인, 헌법학, 제18판, 1468면; 김상걸, 법치국가의 요소로서 절차적 기본권 - 재판청구권과 관련하여 -, 아태공법연구, 제7집, 172면; 한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총, 제10집, 370면.

56) 허영, 한국헌법론, 전정 13판, 400면.

57) 헌법재판소는 1995. 9. 28. 92헌가11 결정에서 헌법 제27조 제1항과 관련하여 '헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의해 임명된 법관'을 의미함을 밝혔다.

두고 있다. 민사소송법은 제41조에서 자신이 담당하는 사건과 인적·물적으로 특수한 관계에 있는 법원에 대해 그 사건의 직무집행에서 배제하는 제척제도를 규정하고 있으며, 제43조에서는 제척사유 외에 법원에 대해 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우 당사자에게 법원에 대한 기피권을 인정하고 있다. 이는 모두 재판의 공정성을 확보하기 위한 것이며, 적법절차원칙(due process)에 따른 것이다.⁵⁸⁾ 판단주체의 공정성 보장을 위한 이러한 제도는 조정과 중재에서도 당연히 인정되어야 한다.

(1) 조정인에 대한 기피제도

조정절차에서 조정인은 다른 어떠한 분쟁해결절차의 주재자에 비해 중요한 의미를 가진다. 조정절차에서 당사자가 합의에 이르기 위해서는 조정인이 당사자와 허심탄회하게 대화를 나누어 당사자가 진정으로 원하는 것이 무엇인지를 알아내어야 하며, 경우에 따라서는 당사자 사이의 이해관계를 적절히 조율할 수 있어야 한다. 조정인이 이러한 역할을 제대로 수행하기 위해서는 조정인에 대한 당사자의 전폭적인 신뢰가 있어야 한다. 당사자는 조정인이 그 어느 한쪽으로도 치우치지 않고 독립적이며 중립적이라는 데 대해 확신을 할 수 있어야만 조정인을 신뢰하게 될 것이다. 이처럼 조정인의 독립성과 중립성에 대해서는 당사자들의 관심이 클 수밖에 없으며, 따라서 공정한 조정절차를 위해서는 이를 보장하기 위한 조치들이 마련되어 있어야 한다.⁵⁹⁾ 예컨대, 조정절차 개시 전에 당해 분쟁사건에 대해 일방당사자에게 자문을 하거나 일방당사자를 대리한 경우에는 조정인의 자격이 배제되어야 한다.⁶⁰⁾ 또한 조정인은 조정절차 중에는 당사자의 어떠한 분쟁사건에 대해서도 일방당사자를 대리하거나 자문해서는 안 되며, 어떠한 당사자와도 거래관계에 있어서도 안 된다. 조정인의 독립성과 중립성 보장을 위해 필요한 이러한 내용들은 조정절차에 관한 법규에서 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다.

현재 우리 조정제도에는 민사조정법에 의한 조정을 비롯하여 각종 위원회의 조정 등 다양한 형태가 인정되고 있다. 그런데 조정인의 독립성과 중립성에 관하여 독자적인 규정을 두고 있는 경우는 찾기 어렵다. 소비자기본법 제64조와 '의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률' 제24조에서 이에 관하여 규정하고 있는 것 외에는 명시적인 규정을 두고 있는 경우는 드물다.⁶¹⁾ 조정에 관한 가장 대표적인 법률인 민사조정법에서도 조정인의 공정성과 독립

58) 이시윤, 신민사소송법, 제12판, 83면.

59) 조정인의 공정성에 대해 당사자들이 매우 민감한 관심을 가지고 있음을 실증적으로 분석한 문헌으로는 정현주/김경배, 조정합의 성립의 결정요인에 관한 실증적 분석, 중재학회지, 제11권, 60면 참조.

60) Haft/Schlieffen/Kracht, Handbuch Mediation, § 15.

61) '언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률'에서도 중재위원의 제척에 관하여서는 명시적인 규정을 두고 있는 데 비해(동법 제10조), 조정인에 대해서는 명시적으로 규정하고 있지 않으며 민사조정법을 준용하도록 하고 있

성에 관하여 명문규정을 두고 있지 않다.⁶²⁾ 민사조정법 제39조에서는 조정의 성질에 반하지 않는 범위 내에서 비송사건절차법 제1편(제15조 제외)이 적용됨을 밝히고 있으며, 비송사건 절차법은 제5조에서 법원 직원의 제척·기피에 관한 민사소송법 규정이 준용됨을 명시하고 있다. 이에 따라 민사조정법이 적용되는 조정절차에서는 조정인에 대한 제척·기피가 법관이 아니라 법원 직원에 준하여 처리된다.

그런데 이러한 입법태도는 조정인이 법관과 마찬가지로 분쟁해결절차를 주재하는 자이며, 법관의 사무 처리를 보조하는 자가 아니라는 점에서 타당하지 않다. 공정한 절차진행과 판단을 위해 조정인에 대해서도 법관과 마찬가지로 공정성과 독립성이 요구되는데, 조정인의 지위를 법관이 아니라 법원 직원에 준하여 규정하고 있는 것은 분쟁해결절차를 주재하는 조정인의 지위에는 맞지 않는 것이다. 이는 사법보좌관에 관하여 사법보좌관규칙(대법원규칙 제2784호) 제9조(제척·기피·회피)에서 법관의 제척·기피 등에 관한 민사소송법 제41조 내지 제49조의 규정이 준용됨을 명시하고 있는 것과도 대비된다.

대체적 분쟁해결방안의 하나로서 조정은 법원의 재판을 보조하는 역할을 하는 것이 아니라 재판과 구분되는 독립적인 분쟁해결절차이다. 조정인 역시 법원 직원처럼 법관을 보좌하는 것이 아니라 법관과 마찬가지로 당사자 사이의 분쟁이 합의에 의해 해결되도록 절차를 주재하는 역할을 하고 있다. 따라서 조정인의 제척·기피에 관하여서는 법관에 준하여 독자적으로 규율하여야 한다.

그리고 재판의 공정성을 위해서는 조정법관으로서 업무를 수행한 사실이 법관의 제척사유로서 인정되어야 한다. 민사소송법은 제41조에서 전심재판 관여를 제척사유의 하나로 규정하고 있는데, 조정절차는 재판절차의 전심이 아니기 때문에 조정법관은 제척사유로 규정되어 있는 전심재판 관여에 해당하지 않는다.⁶³⁾ 그런데 조정법관은 조정절차를 주재하면서 당해사건에 관하여 이미 심증을 형성했을 수도 있고, 또 선입견을 가지고 있을 가능성이 매우 크다. 이처럼 조정법관은 당해 사건에 관하여 물적으로 특별한 관계에 있다고 볼 수 있기 때문에 제척사유로서 인정되어야 하는 것이다. 물론 소송상 화해의 경우와 마찬가지로⁶⁴⁾ 조정절차 관여를 기피사유로 볼 수도 있지만, 조정절차의 관여는 전심재판 관여처럼 공정한 재판을 기대하기 어려운 것이 명백한 경우에 해당하므로 제척사유로서 명시하는 것이 기피사유의 인정 여부에 대한 불필요한 분쟁을 방지하고 보다 효율적으로 재판의 공정성을 보장하는 길일 것이다.

으며(동법 제19조 제9항), ‘언론조정중재규칙’에도 조정인의 기피 등에 관한 규정은 없다.

62) ‘조정위원규칙(대법원규칙 제2733호)’이 있으나 이는 조정위원의 위촉 등에 관한 내용을 담고 있다.

63) 우리 판례는 소송상 화해에 관여한 법관이 화해내용에 따른 목적물인도소송에 관여하는 것은 전심관여라고 보지 않는다, 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1232 판결.

64) 이시윤, 신민사소송법, 제12판, 85면.

(2) 중재인에 대한 기피제도

법관에 대한 제척·기피제도를 통하여 재판기관의 독립성과 중립성을 보장하듯이,⁶⁵⁾ 중재 절차에서도 중재인의 공정성과 독립성 보장을 위해 기피제도를 두고 있다. 중재법 제13조와 제14조에서 중재인에 대한 기피사유와 기피절차를 규정하고 있는데, 이는 중재인이 당사자의 사적자치에 의한 분쟁해결절차에서 법관의 역할을 하고 있다는 점을 반영한 것이며, 중재인에 게도 법관의 경우와 마찬가지로 독립성과 중립성이 요구됨을 보여주는 것이다. 특히 우리 중재법은 1999년 UNCITRAL(United Nations Commission on international Trade Law) 모델법을 수용하여 전면 개정되기 전에는 명시적으로 법관의 제척·기피에 관한 규정을 준용하였으며,⁶⁶⁾ 1999년 개정 중재법에 의해 중재인의 기피에 관하여 독자적인 규정을 갖게 되었다.

중재인에 대해서도 법관과 마찬가지로 독립성과 중립성을 보장하기 위해 기피제도를 인정하고 있지만 중재인에 대한 기피판단을 법관에서의와 같은 기준으로 하여야 하는지에 대해서는 논란이 있다. 일부에서는 중재인에 대해서도 법관과 동일한 기준으로 공정성을 판단하여야 한다고 하고,⁶⁷⁾ 또 일부에서는 법관보다 더 엄격하게 판단하여야 한다고 한다.⁶⁸⁾

살피보건대, 중재제도의 가장 중요한 특징 내지 장점 중 하나는 당사자가 중재인을 선정할 수 있다는 사실이다. 법원의 재판에서는 당사자가 자신의 판단자를 선택할 수 없지만 중재에서는 원칙적으로 자신이 원하는 사람을 판단자로 선정할 수 있다.⁶⁹⁾ 그 결과 중재판정부는 원칙적으로 당사자의 신뢰를 바탕으로 하는 중재인으로 구성된다고 볼 수 있다. 당사자는 당연히 자신이 선호하는 사람을 중재인으로 선정할 것인데, 중재인이 가지고 있는 전문적 능력 외에 자신에게 가장 우호적인 입장을 취할 수 있는지 여부가 중재인 선정에서 당사자가 고려

65) 허영, 한국헌법론, 전정 13판, 400면.

66) 1999년 개정 전 중재법은 제6조에서 '당사자는 민사소송법 제37조 또는 제39조 제1항의 사유를 이유로 ... 법원에 중재인의 기피를 신청할 수 있다...'고 규정하였다. 독일중재법 또한 1997년 개정 전에는 '중재인은 법관의 기피에 적용되는 동일한 사유와 요건에 의해 기피될 수 있다.'고 규정하였다(구 독일민사소송법 제1032조 제1항).

67) '차등화된 중립성(abgestufte Unparteilichkeit)'이 존재해서는 안 된다는 견해로는 Thomas/Putzo-Reichhold, ZPO, 32. Aufl., § 1036 Rdnr. 2. 영국 항소법원도 중재인이나 법관에 대한 기피가 인정되기 위해서는 항상 편파성의 실질적인 위험(a real danger of bias)이 존재하는지에 대해 심사하여야 한다고 강조하면서 법관과 중재인을 구분하지 않았다, Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), 20 J. Int'l Arb., Issue 4, p. 329.

68) 일반 법원의 법관보다 더 엄격한 기준으로 중재인의 공정성을 심사하여야 한다는 견해로는 Stein/Jonas-Schlosser, ZPO, 22. Aufl., § 1036 Rdnr. 25.

69) 이 점 때문에 당사자는 분쟁해결방법으로서 중재를 선택하는 것이며, 중재인 선정권한은 헌법적 지위를 가지는 당사자의 기본권(Grundrecht der Parteien)이라고 보아야 한다는 견해로는 Schwab, Bemerkungen zur Rechtskraft inter omnes und zur Geltung der Grundrechte im Schiedsverfahren, FS für Gaul, S. 733 f.

할 가능성이 큰 기준이다. 이러한 점을 고려하면, 법관에게 적용되는 기피기준을 중재인에게 그대로 적용하는 것이 타당한지는 의문이다. 당사자와 전혀 관련성이 없는 객관적인 제3자인 법관과 당사자가 직접 선정한 중재인에 대해 동일한 기준을 가지고 그 공정성과 중립성을 판단하는 것은 당사자선정 중재인제도의 본질에는 맞지 않기 때문이다.⁷⁰⁾

그리고 중재법에서 법관의 제척이나 기피제도를 준용하지 않고 중재인의 기피에 관하여 독자적인 규정을 두고 있는 입법취지를 고려하면 중재인의 기피에 관해서는 법관의 경우와는 다른 기준을 가지고 판단하여야 한다. 중재법 제13조에서는 중재인에 대한 기피사유로서 “...공정성이나 독립성에 관하여 의심을 야기할 수 있는 사유가 있거나...”라고 명시하고 있지만, 실제로 판단을 할 때에는 단순히 의심할 수 있는 것만으로는 부족하며 그 의심이 정당화 될 수 있는 사유의 존재가 인정되어야 한다. 다른 국가의 중재법이나 국제기구의 중재규칙 등에서는 ‘justifiable doubts’나 ‘berechtigter Zweifel’이라고 명시하여 의심이 정당화될 것으로 요구하고 있다. 법관의 경우에는 공정한 재판을 기대하기 어려운 객관적 사정이 있는 경우 기피가 인정될 수 있지만,⁷¹⁾ 당사자에 의해 선정되는 중재인에 대해서는 보다 엄격한 기준을 적용하여 현실적으로 불공정한 행위를 하였다고 의심되는 경우가 아니면 기피를 인정해서는 안 될 것이다.

3. 전문성

(1) 조정인의 전문성

일반적으로 조정의 성패는 조정인에게 달려 있다고 본다. 조정인이 어떻게 조정절차를 이끄느냐에 따라 조정에 임하는 당사자의 태도가 달라지며, 또 합의가 성립될 가능성이 크기 때문이다. 성공적인 조정절차를 위해서는 무엇보다도 조정인의 조정제도에 관한 전문성이 필요하다. 심리학적 지식과 전문적인 의사소통방법 등을 바탕으로 당사자와 허심탄회하게 대화함으로써 분쟁의 본질적인 부분에 대한 이해가 있어야 하며, 적절한 협상능력으로 당사자 사이에 합의가 행해질 수 있도록 지원하여야 한다. 즉, 조정인은 분쟁사건의 내용에 대한 전문적 지식 외에 의사소통방식 등 조정기법에 관하여 전문성을 보유하고 있어야 하는 것이다.

그런데 우리의 조정 실무에서는 아직도 조정인의 자격요건으로서 조정 전문성 보다는 덕망과 같은 도덕성이나 해당분야의 전문성을 강조하고 있다. 대표적으로 민사조정법은 제10조에서 ‘조정위원은 고등법원장, 지방법원장 또는 지방법원지원장이 학식과 덕망이 있는 사람 중

70) 이에 관한 상세한 내용은 정선주, 중재인에 대한 기피, 중재연구, 제17권 제1호, 33면 이하 참조.

71) 이시윤, 신민사소송법, 제12판, 87면.

에서 미리 위촉한다.’라고 명시하고 있으며, 소비자기본법은 제61조에서 소비자분쟁조정위원회의 위원자격과 관련하여 ‘소비자권익 관련분야를 전공한 자’, ‘소비자권익과 관련된 업무에 실무경험이 있는 자’, ‘그 밖에 소비자권익과 관련된 업무에 관한 학식과 경험이 풍부한 자’로 명시하고 있다. 환경분쟁조정법 또한 제8조 제1항에서 ‘중앙조정위원회의 위원장을 포함한 위원은 환경에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람으로서’라고 명시하고 있다. 이들은 모두 조정 업무를 주로 행하는 대표적인 조정위원회임에도 불구하고 조정위원회에 대해 조정의 전문성을 전혀 요구하고 있지 않은 것이다.

조정은 분쟁과 관련하여 당사자의 합의를 이끌어 내는 것을 최종적인 목표로 삼고 있기 때문에 조정에서는 법적인 관점 보다는 다양한 다른 관점들이 분쟁해결점을 찾는 데 큰 역할을 한다. 조정의 활성화를 위해서는 조정인의 전문성이 요구되지만, 이때의 전문성은 법률분야나 해당 직역분야의 전문성만으로는 부족하며 조정에 관한 전문성이 있어야 한다.⁷²⁾ 즉, 조정인은 조정제도 자체에 관하여 일정한 핵심적인 능력을 보유하고 있어야 하는 것이다. 특히 조정의 기본원칙이나 절차진행의 기본구도, 심리기법, 의사소통의 방식과 기술 등에 관하여 전문성을 가지고 있어야 한다. 따라서 조정인으로 활동할 수 있는 사람은 해당분야의 전문가일 뿐 아니라 전문적인 조정기법과 조정에 관하여 전문화된 교육을 받은 사람이어야 한다. 법관이나 변호사라고 하여 당연히 조정인이 될 수 있는 것은 아니며, 이들이 조정인이 되기 위해서는 조정기법, 의사소통방법, 분쟁당사자에 대한 심리학적 이해 등 조정제도 자체에 관한 전문교육을 받아야 한다. 변호사 등 법률직업에 종사하는 조정인은 의사소통기술과 분쟁대처능력 등 조정에 관한 전문적인 내용을 배울 필요가 있으며, 단순히 법적 관점에서 분쟁을 해결하려는 데 초점을 맞추는 것은 진정한 조정의 의미와는 맞지 않다. 조정에 관한 전문성 확보는 단순히 이론교육을 받는 것만으로는 충분하지 않으며, 직접 실습하는 과정도 거쳐야 한다.

조정인의 전문성 확보는 전 세계적으로 추구하고 있는 부분이다. 대표적으로 유럽연합은 2008년 지침(Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters)에서 조정인의 양성과 재교육에 관하여 명시하였으며(제4조), 이를 수용하여 독일은 2012년 ‘조정 및 재판 외 분쟁해결절차의 촉진을 위한 법(Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Mediationsgesetz)’을 제정하여 조정인 교육을 강화하였다. 이 법은 조정인의 전문성 제고를 위해 조정의 기본원칙, 절차진행의 기본구도, 심리기법, 의사소통

72) 강민구, 민사조정 활성화 방안에 관한 실무노트, 법조, 54권 11호, 217면 각주 4에서는 법원에서 재판장이 조정을 망설이는 이유 중 하나로 설득기법, 협상기법, 대화기법, 리더십 등에 대한 체계적인 교육프로그램이 지원되지 않고 있는 점을 지적하고 있다.

의 방식 및 기술 그리고 분쟁구도, 조정에서 법의 역할 등에 대한 기본적인 이론교육 뿐 아니라 실무교육을 받을 것을 명시하였으며, 인증조정인(zertifizierter Mediator) 제도를 도입하였다(독일 조정법 제5조). 인증조정인에 대해서는 전문성 확보를 위해 그 요건을 강화하였는데(독일 조정법 제6조), 2017년 9월 1일부터는 인증조정인교육령(Verordnung über die Aus-und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren vom 21.8.2016, ZMediatAusbV)에 의해 120시간의 교육과정을 이수하고(제2조),⁷³⁾ 이수 후 1년 이내에 1건의 조정사건을 감독관의 감독 하에 처리하여야만 자신을 인증조정인으로 표시할 수 있다. 이후 인증조정인은 3개월마다 40시간의 연수를 받아야 하며(제3조), 2년 동안 4건의 조정사건을 처리하여야 한다(제4조). 변호사의 경우에도 변호사윤리규정(Berufsordnung der Rechtsanwälte, BORA) 제7조 a에 따라 조정인 교육을 받은 변호사만이 자신을 조정인으로 표시할 수 있다.

조정제도가 활성화되기 위해서는 조정 결과에 대한 국민의 신뢰 확보가 중요한데, 이를 위해서는 조정제도에 대한 조정인의 전문성이 보장되어야 한다. 조정제도가 법원의 재판을 대체하는 바람직한 분쟁해결방안으로서 확고하게 자리 잡을 수 있기 위해서는 조정전문가 육성 프로그램을 정립하고, 조정인의 자격에 대한 요건을 강화하여 조정인의 조정 전문성을 제고하여야 한다.

(2) 중재인의 전문성

조정인과는 달리 중재인은 법관과 마찬가지로 분쟁에 관하여 판단을 하는 역할을 하기 때문에 무엇보다도 해당분야에 대한 전문성이 필요하다. 이 점을 고려하여 당사자는 각 분야에서 전문성을 갖춘 사람을 중재인으로 선정한다. 중재인이 해당분야의 전문성을 갖추는 것이 중요하다는 점은 기피사유에도 반영되어 있다. 즉, 중재법 제13조 제2항은 당사자가 합의한 전문성을 중재인이 갖추지 못한 경우에는 중재인에 대한 기피사유가 됨을 명시하고 있는 것이다. 이처럼 중재제도에서는 중재인의 전문성이 큰 의미를 가지며, 중재제도의 장점 중 하나가 당사자가 특정분야의 전문가를 중재인으로 선정할 수 있다는 점이다.

일반적으로 중재인의 전문성은 법관처럼 법률분야에 한정되지 않으며, 사건과 관련하여 해당분야의 전문성을 갖추고 있으면 된다. 그런데 중재인이 반드시 법률가일 필요가 없다는 이 점은 변호사법 제109조와 관련하여 문제될 수 있다. 이 규정에 따르면, 변호사 아닌 자가 감정·대리·중재·화해·청탁·법률상담 등의 행위를 하는 것은 변호사법 위반이다. 보통 중재인

73) 경과조치로서 2012년 7월 26일 전에 92시간의 교육과정을 이수하고 최소 4건의 조정사건을 처리한 조정인은 인증조정인으로 인정된다.

은 중재인 수당을 받기 때문에 변호사 아닌 특정분야의 전문가가 중재인으로 활동하는 것은 변호사 아닌 자가 ‘금품을 받고 중재를 하는 것’에 해당한다. 그리고 외국법자문사로 등록하지 않은 외국변호사의 경우에도 똑같은 문제가 있다. 이들이 국제중재인으로서 한국에서 활동하면 변호사 아닌 사람이 법률사무를 취급하는 것이 되어 변호사법 위반 문제가 생기게 되는 것이다.⁷⁴⁾

물론 현실적으로는 변호사 아닌 자의 중재인 활동에 대해 변호사법 위반을 문제 삼고 있지는 않다. 이를 정당업무행위로서 위법성 조각사유라고 볼 수도 있겠지만, 실제로 변호사 아닌 자가 중재인으로 활동하고 있는 경우가 적지 않은 점을 고려하면⁷⁵⁾ 변호사법 제109조의 특례를 중재법에서 명시적으로 규정하는 것이 필요할 것이다.

V. 법률에 의하여 재판받을 권리와 조정 및 중재

1. 의 의

앞에서 언급했듯이, 헌법재판소는 헌법 제27조 제1항에서 명시하고 있는 ‘법률에 의한 재판’에 관하여 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하는 취지라고 밝혔다.⁷⁶⁾ 여기서 절차법이 정한 절차에 따라 재판할 것을 요구하는 것은 법관의 임의대로 또는 자의에 따라 재판절차가 진행되는 것이 아니라 모든 사람에게 공평하게 적용되는 절차규정에 따라 재판이 진행됨으로써 절차적 정당성을 확보하려는 것이다. 객관적인 절차규정에 따른 절차진행은 모든 분쟁해결절차에서 원칙적으로 준수되어야 하며, 조정과 중재에서도 지켜지는 것이 바람직하다.

74) 외국법자문사법 제24조 제3호에 따라 외국법자문사는 소송대리는 할 수 없으나 국제중재사건의 대리는 가능하다. 따라서 외국변호사의 경우 외국법자문사로 등록했는지 여부에 따라 중재대리의 적법여부가 좌우된다.

75) 대한상사중재원의 경우 전체 중재인 884명 중 법조계 450명, 나머지는 비법조계로서 비슷한 비율을 보이고 있다. http://www.kcab.or.kr/jsp/kcab_kor/arbitration/arbi_05_01_02.jsp?sNum=4&dNum=0&pageNum=1&subNum=5&mi_code=arbi_05_01_02 (검색일: 2018. 8. 12.)

76) 헌재 1993. 11. 25. 91헌바8; 1995. 10. 26. 94헌바28.

2. 법률에 의한 재판과 조정

원칙적으로 조정은 법원의 재판과는 달리 절차형성 면에서 매우 자유로우며, 엄격한 절차규정에 따라 진행되지 않는다. 현재 우리 조정제도에는 사법형 조정, 행정형 조정, 민간형 조정 등 다양한 형태가 존재하며, 구체적인 절차의 모습 또한 다양하다. 우선 사법형 조정의 경우에는 원칙적으로 민사조정법이 적용되어 조정절차가 정형화되어 있다. 이에 비해 다른 형태의 조정에서는 각 행정기관이나 단체 등에서 조정절차와 관련하여 필요한 내용을 각각 규율하고 있어 다양하게 절차가 진행된다. 대표적으로 조정의 효력과 관련하여 일부 행정형 조정에서는 사법형 조정과 마찬가지로 재판상 화해와 같은 효력을 인정하고 있는 데 비해,⁷⁷⁾ 또 다른 행정형 조정이나 민간형 조정에서는 민법상 화해계약과 같은 효력을 인정하고 있다.⁷⁸⁾⁷⁹⁾

조정절차의 다양성은 한편으로는 각 기관이나 단체의 특성을 반영하여 융통성 있게 절차를 운용할 수 있다는 점에서 장점이 되지만, 다른 한편으로는 절차적 기본권조차 보장되지 않은 조정절차가 행해질 위험도 있다. 그리고 각 조정기구마다 절차진행에 차이를 보이면 조정제도를 이용하는 사람의 입장에서는 조정제도 자체에 대한 신뢰를 형성하기가 쉽지 않다.

다양한 행정기관이나 단체에서 분쟁해결을 위한 방안으로 조정제도를 이용하는 것은 장려할만하지만, 그 절차는 어느 정도 통일성을 지녀야 한다. 조정제도에 대한 신뢰를 높여 조정제도를 활성화하기 위해서는 조정절차를 표준화하여 절차에 관한 모델이 제시될 필요가 있는 것이다.⁸⁰⁾ 각 조정기구에서는 이를 바탕으로 자신들의 영역별 특성을 반영하여 조정절차를 유연하게 운용할 수 있을 것이다. 이런 점에서 모든 조정절차에 모델이 될 수 있는 기본적인 절차법이 존재하는 것은 큰 의미를 가진다. 조정의 보편적 특성에 속하는 당사자의 자발성, 조정인의 중립성과 공정성, 조정절차의 유연성, 비공개성과 비밀보장 등에 관한 내용이 규정된 통일적인 조정절차법의 제정이 필요한 것이다.⁸¹⁾

조정절차에 관한 기본법은 유럽연합에서도 장려되고 있다. 2008년 유럽연합 의회는 조정에 관한 지침(Directive 2008/52/EC)을 발표하여 조정제도의 기본원칙에 관한 내용을

77) 대표적으로 소비자분쟁조정위원회의 조정(소비자기본법 제67조 제4항)이나 저작권심의조정위원회의 조정(저작권법 제117조) 또는 의료분쟁조정위원회의 조정(의료분쟁조정법 제37조 제4항) 등.

78) 대표적으로 건설분쟁조정위원회의 조정에 대해서는 조정서와 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다(건축법 제96조 제4항).

79) 환경분쟁조정 경우에는 그 효력이 재판상 화해(구 환경오염피해분쟁조정법 제23조 제3항) ⇒ 당사자 사이의 합의(1997년 8월 28일 환경분쟁조정법 제33조) ⇒ 재판상 화해(2008년 3월 21일 환경분쟁조정법 제33조)로 변화를 거듭하였다.

80) 조정절차기본법 제정에 관하여서는 함영주, 민·상사 사건의 소송대체분쟁해결 시스템의 구축을 위한 조정절차기본법 제정의 필요성, 선진상사법률연구, 제80호, 22면 이하 참조.

81) 상세한 내용은 정선주, ADR통일절차법의 제정에 대한 연구, 민사소송, 제11권 제1호, 290면 이하 참조.

제시하면서 회원국들에게 2011년 5월 21일 전에 자국의 법규정을 시행할 것을 명시하였다. 이 지침에 따라 대표적으로 독일에서는 ‘조정 및 재판 외 분쟁해결절차의 축진을 위한 법(Mediationsgesetz)’을 제정하여⁸²⁾ 2012년 7월 27일부터 시행하고 있다.⁸³⁾

조정절차에 관한 기본법 제정은 조정절차의 표준화 외에 행정형이나 민간형 조정제도에 통일적인 법적 근거를 마련해준다는 데도 의미가 있다. 독일에서도 조정법 제정의 입법 목적 중 하나가 바로 사회 각 분야에서 다양한 형태로 행해지고 있는 조정제도에 법적 근거를 제공하기 위해서였다.⁸⁴⁾ 조정제도에 관하여 명시적인 법적 근거가 마련된다면 사회 각 분야에서 조정제도는 더욱 적극적으로 활용될 수 있을 것이다.

절차기본법에는 조정절차에 관한 상세한 내용을 담을 필요는 없으며, 조정절차의 진행, 조정인의 지위와 임무, 소멸시효의 중단,⁸⁵⁾ 합의의 효력 등 조정제도에 꼭 필요한 기본적인 내용을 담는 것으로 충분할 것이다.

절차기본법의 제정으로 각종 조정위원회에서 행해지고 있는 조정제도에 법적 근거가 마련되고 통일된 절차모델이 제시된다면, 이는 조정제도의 활성화에 크게 기여할 것이다.

3. 법률에 의한 재판과 중재

(1) 절차적 기본권으로서 중재법 제19조와 임시적 처분

조정과는 달리 중재에는 중재절차를 포괄적으로 규율하는 중재법이 있다. 물론 모든 중재절차가 반드시 이 법에 따라야 하는 것은 아니다. 중재법에서 명시하고 있듯이, 중재절차에 관하여서는 중재법의 강행규정에 반하지 않는 한 당사자가 합의하여 정할 수 있으며, 당사자의 합의가 없는 경우에는 중재판정부의 재량이 인정된다(중재법 제20조). 당사자의 합의와 중재판정부의 재량에 의해 절차가 진행될 수 있다는 사실은 법원의 소송절차와 비교하여 중재제도

82) 독일은 2011년 5월 21일까지 조정법을 제정하지 못함으로써 이 기한을 준수하지 못하였지만, 조정지침의 핵심내용인 비밀유지, 시효중단, 집행가능성이 기존의 다른 법규정을 통해 실현될 수 있었기 때문에 유럽연합 집행위원회의 계약위반절차가 개시되지는 않았다.

83) 이에 관한 상세한 내용은 정선주, 2012년 독일 조정법의 내용과 평가, 민사소송, 제16권 제2호, 411면 이하 참조.

84) http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/GE_Mediation_Zuleitungsexemplar.pdf. (검색일: 2018. 7. 5.).

85) 독일 민법은 제203조에서 당사자 사이에 청구권이나 청구권의 근거가 되는 사정에 대해 협상하고 있으면 시효정지의 효력이 발생함을 명시하고 있는데, 조정이 바로 여기에 해당한다. Münchener Kommentar-Grothe, BGB, 7. Aufl., § 203 Rdnr. 5. 그런데 우리는 이러한 규정을 가지고 있지 않기 때문에 원칙적으로 조정 신청에는 시효중단의 효력이 인정되지 않는다. 조정의 활성화를 위해서는 시효중단을 인정하는 명시적인 규정이 필요하다. 동지 유병현, ADR의 발전과 법원의 조정의 효력, 법조 53권 6호, 67면.

가 가지는 가장 중요한 장점 중의 하나이다.

그런데 중재판정부와 당사자가 얼마나 자유롭게 절차를 형성할 수 있는지는 분명하지 않다. 중재법에는 강행규정이라고 볼 수 있는 규정이 분명하게 드러나 있지 않으며 또 그 수도 많지 않기 때문에 원칙적으로 당사자와 중재판정부는 중재절차의 진행과 관련하여 광범위한 결정권을 가진다. 다만, 헌법상 보장되는 재판청구권이 '절차법이 정한 절차'에 따를 것을 요구하고 있기 때문에 중재절차의 진행과 관련하여 당사자와 중재판정부의 재량권이 폭넓게 인정된다고 절차적 기본권은 지켜져야 한다.

물론 어떠한 것을 반드시 지켜야 할 절차적 기본권으로 볼 것인가의 문제는 있지만 논란의 여지없이 인정되고 있는 것은 중재법 제19조이다. 이 규정은 당사자의 평등원칙과 심문권 보장을 명시적으로 표시한 것으로서 중재절차에도 원칙적으로 법치주의에 따른 절차적 기본권이 지켜져야 함을 나타내고 있어 중재절차의 'Magna Charta'라고 불리고 있다.⁸⁶⁾ 중재절차에서 양당사자는 동등한 대우를 받아야 하며, 자신의 사안에 대하여 변론할 수 있는 충분한 기회를 가져야 한다. 특히 당사자의 심문권은 법원의 소송절차에서와 같은 정도로 보장되어야 하며,⁸⁷⁾ 당사자의 충분한 변론 기회보장 없이는 어떠한 중재판정도 행해져서는 안 된다.

그런데 문제는 이러한 심문권 보장원칙이 중재판정부의 임시적 처분에도 그대로 적용되어야 하는가이다.

2016년 우리 중재법은 2006년 개정된 UNCITRAL 모델법을 받아들여 임시적 처분에 관한 규정을 대폭 바꾸었다.⁸⁸⁾ 임시적 처분의 유형을 확대하였으며, 그동안 문제가 되었던 임시적 처분의 집행가능성을 명시적으로 인정하였고,⁸⁹⁾ 부당한 임시적 처분의 손해배상책임을 인정하는 등 임시적 처분에 관하여 상세한 규정을 두었다. 그 중 하나로서 개정 중재법은 임시적 처분의 집행거부사유를 별도로 명시하고 있는데, 중재판정과 마찬가지로 '변론할 수 없었던 사실'을 거부사유로서 인정하고 있다. 즉, 중재법 제18조의 8 제1항 제1호 가목 2)에서는 '임시적 처분의 상대방당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관하여 적절한 통지를 받지 못하였거나 그 밖의 사유로 변론할 수 없었던 사실'을 거부사유로 규정하고 있는 것이다. 이에 따라 중재판정부는 임시적 처분을 내리기 전에 반드시 상대방당사자에게 변론할 수 있는 기회를 부여하여야 하며, 이를 지키지 않으면 법원의 집행결정을 받을 수 없다. 이러한 입법

86) Holtzmann/Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration - Legislative History and Commentary, p. 550.

87) BGH NJW 1992, 2299.

88) 상세한 내용은 정선주, 2016년 개정 중재법 소고, 민사소송, 제21권 제1호, 41면 이하 참조.

89) 집행 가능성이 보장되지 않는 임시적 처분은 '법률적 종이호랑이(juristischer Papiertiger)'에 불과하며 이 점을 비판하는 견해로는 Sandrock/Nöcker, Einstweilige Maßnahmen internationaler Schiedsgerichte: bloße Papiertiger?, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtspraxis (1), S. 74 ff.

태도는 임시적 처분절차에도 당사자의 변론권을 보장하는 중재법 제19조가 적용된다는 것을 전제로 한 것이다.⁹⁰⁾ 그런데 중재판정부의 임시적 처분에 반드시 사전변론권을 보장하여야 하는 것이 임시적 처분의 본질에 비추어 타당한지는 의문이다.

임시적 처분에서도 법원의 보전처분과 마찬가지로 처분의 긴급성과 밀행성이 보장되어야 하는 경우가 있을 수 있다. 본래 중재판정부에 임시적 처분권한이 인정된 것은 부패한 물건의 매각과 같은 매우 급박한 조치가 필요한 경우를 위해서였는데, 2016년 중재법 개정에 의해 임시적 처분의 범위와 내용이 대폭 확대되었다. 즉, 중재법 제18조 제2항에 따라 중재판정부는 ① 본안에 대한 중재판정이 있을 때까지 현상의 유지 또는 복원 ② 중재절차 자체에 현존하거나 급박한 위협이나 영향을 방지하는 조치 또는 그러한 위협이나 영향을 줄 수 있는 조치의 금지 ③ 중재판정의 집행 대상이 되는 자산에 대한 보전 방법의 제공 ④ 분쟁의 해결에 관련성과 중요성이 있는 증거의 보전에 관하여 잠정적 처분을 명할 수 있다. 이처럼 다양한 형태의 임시적 처분이 가능해졌기 때문에 증거인멸이나 해외도피와 같은 급박한 사정이 있는 경우도 있을 수 있다. 그런데 이러한 경우에도 반드시 상대방당사자를 사전에 심문한 후 임시적 처분을 명하여야 한다면 이는 임시적 처분제도의 본질에 반할 뿐 아니라 그 효율성에도 반하는 결과가 된다.

법원의 소송절차에서도 심문권은 절차적 기본권으로서 당연히 보장되어야 하지만 보전절차에서는 그 예외를 인정하고 있다.⁹¹⁾ 보전처분의 긴급성과 밀행성이라는 본질 때문이다. 마찬가지로 중재절차에서도 본안에 관한 중재판정의 경우에는 반드시 사전변론권이 보장되어야 하지만 임시적 처분에서는 그 본질상 긴급성과 밀행성이 요구되는 경우 상대방에 대한 사전 심문 없이 일방적 처분이 가능하여야 한다.⁹²⁾

UNCITRAL 모델법의 내용 중에는 대륙법과 영미법의 간격 속에서 찾은 타협물인 경우가 적지 않다. UNCITRAL에서도 이 점을 인식하고 각국에서 모델법을 수용할 때 자국의 법체계를 고려할 수 있음을 분명히 밝히고 있다.⁹³⁾ 우리 중재법의 내용을 UNCITRAL 모델법

90) 변론권 보장은 강행규정이므로 중재판정부의 임시적 처분에도 적용되어야 한다는 견해로는 Zekoll/Giessen, Das ex parte-Eilverfahren und das Exequaturverfahren für schiedsgerichtliche Eilmaßnahmen im UNCITRAL Model Law - Anspruch und Wirklichkeit einer Reform, SchiedsVZ 2010, 137.

91) 2005년 민사집행법 개정으로 임시의 지위를 정하는 가처분에는 심문기일을 열어 심리하도록 하고 있지만(민사집행법 제304조), 이는 예외이며 원칙적으로 보전절차에서는 변론 없이 심리할 수 있다.

92) Schroth, "Ex-parte-Entscheidungen" bei vorläufigen Maßnahmen im österreichischen Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2004, 74.

93) Holtzmann/Neuhaus/Kristjánsdóttir/Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, pp. 1006, 1038, http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Holtzmann_2006 (검색일: 2018. 7. 26.)

에 따라 바꾸는 경우에도 중재법의 적용대상은 중재지가 우리나라인 경우이다(중재법 제2조). 이는 중재법이 대륙법계인 우리의 전체 법체계와 조화를 이루어야 함을 의미하는 것이다. 영미법에서는 법원의 보전처분에서도 상대방에 대한 심문 없는 일방적 처분을 인정하고 있지 않지만,⁹⁴⁾ 대륙법에서는 긴급성과 밀행성을 이유로 일방적 처분을 인정하고 있다. 우리 또한 법원의 보전처분에서는 당연히 일방적 처분을 인정하고 있다.

일반적으로 중재판정부의 임시적 처분은 법원의 보전처분에 상응하는 제도라고 보고 있으며, 임시적 처분에서도 보전처분과 마찬가지로 긴급성과 밀행성이 인정되어야 하는 경우가 있을 수 있다. 그럼에도 불구하고 모든 임시적 처분에 사전변론권이 보장되어야 한다는 점을 전제로 2016년 개정 중재법에서 변론할 수 없었던 사실을 임시적 처분의 집행거부사유로서 명시하고 있는 것은 대륙법 체계와의 조화를 고려하지 않은 것으로서 타당하지 않다.

(2) 비공개절차와 비밀유지의무

원칙적으로 중재절차는 비공개로 진행되는데, 이는 기업의 영업비밀 보호에 기여하는 것으로서 중재제도의 장점 중 하나로 꼽힌다. 그런데 우리 헌법은 재판공개 원칙을 천명하고 있다. 헌법 제109조는 재판의 심리와 판결은 공개되어야 한다고 규정하고 있다. 재판공개 원칙은 재판청구권에 관한 헌법 제27조 제1항에 명시되어 있지는 않지만 일반적으로 재판청구권의 한 내용으로 보고 있다. 재판공개는 사법절차의 정당성 확보를 위한 필수불가결한 전제 조건이기 때문이다.⁹⁵⁾ 헌법은 정당한 재판을 받을 권리를 사법절차적 기본권으로 보장하고 있으며, 이는 재판청구권을 통해 구현되는데, 공개재판의 원칙은 적법절차원칙을 준수하여 공정한 재판을 받기 위해 반드시 필요한 것이다.

그럼에도 불구하고 중재절차의 비공개원칙에 대해서는 위헌의 문제가 제기되지는 않는다. 중재제도는 당사자의 합의에 기초하고 있으며, 당사자의 권익보호를 위해 비공개심리를 원칙으로 하고 있다고 보기 때문이다.⁹⁶⁾ 이는 법원의 재판에서 소송당사자의 권익보호를 위해 가사소송 등에서 예외적으로 재판의 비공개를 인정하고 있는 것(가사소송법 제34조)과 같은 맥락이다.

그런데 중재심리의 비공개원칙이 제대로 지켜지기 위해서는 비공개로 진행된 중재절차에

94) 대표적으로 미국 연방민사소송규칙(Federal Rules of Civil Procedure) 제65조 Injunctions and Restraining Orders (a) Preliminary Injunction (1)에서는 상대방에 대한 통지가 있어야만 보전처분이 가능함을 밝히고 있다.

95) 허영, 한국헌법론, 전정 13판, 1099면.

96) 공개재판에 의한 재판의 투명성은 공익을 위한 것이며 당사자에게는 사생활의 노출이라는 불이익이 생기는 반면 비공개로 진행되는 중재절차의 투명성은 당사자를 위한 것이라는 견해로는 Brunet, Arbitration and Constitutional Rights, North Carolina Law Review, Vol. 71, pp. 84.

참여한 사람들에 대하여 비밀유지의무가 부과되어야 하며, 그 위반에 대한 제재가 명시되어야 한다.

우선 중재인의 비밀유지의무에 관하여서는 중재법에서 명문으로 규정하지 않고, 대한상사 중재원의 중재규칙에서 규정하고 있다. 즉, 국내중재규칙 제12조는 ① 중재절차 및 중재기록은 공개하지 아니한다. ② 당사자 간에 다른 합의가 없는 경우 중재인, 사무국 임직원, 당사자, 그 대리인 기타 관계인은 중재사건 또는 중재절차와 관련하여 알게 된 사실을 공개하여서는 아니 된다고 명시하고 있다. 그리고 국내중재규칙 제13조에서는 면책에 관하여 규정하고 있는데, 중재원, 중재인 또는 사무국의 임직원은 고의 또는 중과실에 의한 경우를 제외하고는 중재절차에 관한 작위 또는 부작위에 대하여 책임을 지지 않는다는 것이다.⁹⁷⁾

이처럼 중재규칙에서는 중재인과 당사자에 대해 비밀유지의무를 부과하면서도 면책에 관하여서만 규정하고 있을 뿐 비밀유지의무 위반에 대한 제재는 명시적으로 규정하고 있지 않다.⁹⁸⁾ 이에 따라 예컨대, 비공개로 진행된 중재절차의 내용을 중재인이나 당사자 또는 절차에 참여한 제3자가 누설한 경우 이를 제재할 방법이 중재법이나 중재규칙에는 나와 있지 않다.

그러면 현행법상 다른 법에 의해 제재를 가하는 것이 현실적으로 가능한가. 우선 개인정보보호법에 따른 제재를 고려해볼 수 있는데, 결론적으로는 불가능하다. 개인정보보호법 제2조에서는 ‘개인정보처리자’에 관하여, 업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 말한다라고 정의내리고 있는데, 중재인이나 당사자 등은 ‘업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하는 자’가 아니기 때문이다. 다음으로 비공개재판에 참석했던 자가 그 내용을 누설한 경우 형사상 명예훼손죄나 민사상 손해배상청구의 가능성을 고려해 볼 수 있는데, 실제로 그 요건을 충족하는 것도 그리고 이를 증명하는 것도 쉽지 않다.

공개재판의 중대한 예외로서 중재절차에 비공개원칙을 인정한다면 당연히 중재인과 당사자 그리고 절차참가자에 대해서는 비밀유지의무가 부과되어야 하며, 이를 위반한 경우에는 그 제재에 관하여서도 명시적인 규정이 있어야 한다. 그런데 이러한 문제는 법원의 소송절차에서도 똑같이 나타나고 있다. 헌법과 법원조직법은 모두 재판공개예외를 인정하고 있는데, 비공개재판의 참석자에 대한 비밀유지의무의 부과와 그 위반자에 대한 제재에 관하여서는 명시적

97) 중재인의 면책에 관하여서는 중재규칙이 아니라 중재법에서 명시하는 것이 바람직하다.

98) 조정의 경우, 민사조정법은 제20조에서 조정절차는 공개하지 않을 수 있음을 밝히면서 이 경우에도 조정담당판사는 적당하다고 인정하는 자의 방청을 허가할 수 있음을 명시하고 있다. 그런데 민사조정법 또한 비공개조정절차에 참석한 자에 대해 비밀유지의무를 부과하는 명시적인 규정을 두고 있지 않으며, 위반자에 대한 제재 또한 명시적으로 규정하고 있지 않다. 다만, 동법 제41조에서 조정위원회에 관하여서는 비밀누설에 대한 제재를 명시하고 있다.

인 규정을 두고 있지 않다. 헌법 제109조와 법원조직법 제57조 제1항은 재판공개 원칙을 밝히면서 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 심리를 공개하지 않을 수 있음을 명시하고 있다. 다만, 이 경우에도 적당하다고 인정하는 자의 재정을 법원이 허가할 수 있다(법원조직법 제57조 제3항). 이처럼 재판공개원칙의 중요한 예외를 인정하면서도 비공개재판의 당사자나 참석자의 비밀유지의무에 관하여서는 명시하고 있지 않으며, 그 위반에 대한 제재규정도 없다.

재판공개를 원칙으로 하면서도 비공개재판의 가능성을 인정하고 있는 이상 당연히 당사자를 포함한 참석자들에게는 비밀유지의무가 부과되어야 하며 그 위반에 대한 제재 또한 명시되어 있어야 한다. 독일의 경우, 법원조직법(Gerichtsverfassungsgesetz)은 제174조 제3항에서 비공개재판에 참석한 자에 대하여 법원이 비밀유지의무를 부과할 수 있음을 명시하고 있다. 그리고 독일 형법은 제353조 d(Verbotene Mitteilungen über Gerichtsverhandlungen)에서 법원 재판의 공표 금지에 관하여 규정하고 있다. 그 중 제2호에서는 법원이 부과한 비밀유지의무를 위반한 자에 대하여 1년 이하의 징역 또는 벌금형의 제재가 가해짐을 명시하고 있다. 우리도 이와 같은 규정을 참조하여 비공개재판에 참석한 자에 대해 비밀유지의무를 부과하고, 그 위반에 대해 제재를 명시하는 입법안을 마련할 필요가 있다. 가장 바람직한 방법은 독일처럼 형법에 규정을 신설하여 소송절차나 중재절차 등 비공개심리가 행해지는 분쟁해결절차 모두에 적용될 수 있도록 하는 것이다.

그리고 중재제도에서는 비공개심리가 원칙인 점을 고려하면 중재인의 비밀유지의무는 중재절차의 기본법인 중재법에서 규정하여야 하며, 대한상사중재원의 중재규칙에서 정할 것은 아니다.⁹⁹⁾

중재제도의 비공개원칙과 관련하여 생기는 또 다른 문제는 중재판정의 비공개이다. 이에 관하여서는 다음과 같은 비판이 행해지고 있다. 즉, 법치국가원칙에서는 살아있는 법을 적용하는 것이 중요한데, 중재판정의 비공개는 법해석과 법적용의 통일이라는 요청에 반할 수 있다는 것이다. 중재판정의 비공개로 인해 선례가 형성되지 못하여 중재판정에 관하여서는 판례법의 발전을 기대하기 어려울 뿐 아니라 법적 안정성을 침해할 수 있다는 것이다. 그리고 중재판정에 대한 비판적 검토를 통해 중재실무의 발전에 기여할 수 있는 기회도 봉쇄된다는 것이다.¹⁰⁰⁾ 그런데 이러한 비판에도 불구하고 비공개로 진행되는 중재절차에 대해 그 적법성

99) 조정절차와 관련하여서는 조정절차 기본법을 제정하여 조정인 등의 비밀유지의무에 관하여 명시적인 규정을 두는 것이 바람직하다.

100) Reiter, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und staatliche Justiz: Notwendige Ergänzung oder unlauterer Wettbewerb?, <https://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/oeffentliches-recht/graser/medien/thesenpapier.pdf> (검색일: 2018. 8. 1.); Zekos, Constitution, Arbitration and Courts, p. 355.

을 문제 삼을 수 없는 것은 그러한 절차가 당사자의 자발적인 의사에 의해 행해지고 있기 때문이다.

그렇지만 중재제도의 발전을 위해서는 중재판정의 공개 가능성을 넓게 인정할 필요가 있다. 대한상사중재원의 국내중재규칙도 제12조 제3항에서 중재인 교육 및 사례집 발간 등의 공익적 목적을 위하여 중재판정서를 공개할 수 있으며, 다만 당사자의 사생활 또는 기업의 영업비밀이 침해될 수 있는 사항에 관하여 제3자가 인식하지 못하도록 개인정보, 비밀 등의 보호를 위한 처리를 하여야 함을 밝히고 있다. 그런데 비실명처리는 법원의 판결문 공개에서도 요구되는 것이기 때문에 중재절차만의 특별한 사항이라고 할 수는 없다. 당사자가 법원의 소송이 아니라 중재를 선택하여 분쟁을 해결하고자 하는 중요한 이유 중 하나가 중재제도의 비공개원칙이라는 점을 고려하면, 중재인 교육 등 공익적 목적을 위한 것이라 하더라도 중재판정의 공개에는 당사자의 동의를 요건으로 하여야 한다. 중재절차의 시작과 함께 또는 중재판정 후라도 당사자에게 판정서 공개 가능성에 대해 알리고 동의를 구하는 과정이 반드시 있어야 할 것이다.

(3) 형평과 선에 의한 판단

헌법재판소가 1995. 10. 26. 선고 94헌바28 결정에서 명시적으로 밝혔듯이, 법률에 의한 재판은 법원에 의한 재판을 받되 법에 정한 대로 재판, 즉 절차법이 정한 절차에 따라 실체법이 정한 내용대로 재판을 받을 권리를 보장하는 취지로서 자의와 전단에 의한 재판을 배제한다는 것이다. 즉, 법률에 의한 재판은 절차법에 따른 절차진행과 실체법에 따른 본안 판단을 받을 권리를 의미한다.

그런데 중재제도에서는 중재인이 반드시 실체법에 따라 판단하지 않아도 되는 가능성을 인정하고 있다. 즉, 중재인은 당사자 사이의 계약조건이나 특정국가의 법을 적용하는 대신 형평과 선에 따라, 즉 공평의 원칙과 양심에 따라 중재판정을 내릴 수 있다. 이를 '형평과 선에 의한 중재판정(ex aequo et bono, 'according to the right and good' or 'from equity and conscience')'¹⁰¹⁾이라고 하며, 우리 중재법도 제29조 제3항에서 이를 명시적으로 허용하고 있다. 이에 따라 중재판정부는 분쟁의 실체를 해결할 때 엄격한 실체법을 적용하지 않고 중재인이 정의라고 생각하는 원칙에 따라 그리고 중재인이 적절하다고 판단하는 기

101) 형평과 선에 의한 중재를 '우의적 중재'라고도 표현하고 있다. 대표적으로 목영준/최승재, 상사중재법, 132면. 그런데 '우의(友誼)'의 사전적 개념은 '우정' 또는 '친구사이의 정의'로 명시되고 있다. 이러한 내용은 형평과 선에 의한 판단이라는 점을 분명하게 나타내고 있지 못하다. 'amiable'은 엄격하게 법을 적용하고 해석하는 것이 아니라 부드럽고 완화된 형태로 법을 적용·해석하는 것을 의미하므로 이러한 내용을 충분히 반영하고 있지 못한 '우의적'이라는 표현 대신에 '형평과 선에 의한'이라는 표현을 사용하는 것이 타당해 보인다.

준에 따라 판단할 수 있다.

형평과 선에 의한 중재판정은 프랑스에서 유래한 개념으로 당사자 사이에 우의와 신뢰가 중시되는 계약관계, 특히 기술이전계약처럼 장기간의 계약관계나 계속적 거래관계에서는 특정 국가의 법을 적용하는 것이 상대방당사자에게 부담이 될 수 있기 때문에 중재인에게 형평과 선에 따라 판정할 수 있도록 한 것이다. 분쟁을 보다 공평하고 정당하게 해결하기 위해 필요한 경우에는 엄격한 법 적용 대신에 이를 완화하여 적용하거나 구체적인 사안에서 중재인이 형평의 관점에서 생각하는 상식적인 판단에 기초하여 법이나 계약을 해석할 수 있다는 의미이다. 오늘날 이는 국제중재에서 특히 중요한 의미를 가진다. 국제중재에서는 특정국가의 법을 적용하는 것이 당사자간에 공정성 문제를 일으킬 수 있기 때문에 중재판정부의 형평과 선에 의한 판정이 선호되고 있는 것이다.

그런데 중재제도에서 형평과 선에 의한 판단을 인정하고 있는 것이 법률에 의한 재판원칙에 반하는 것은 아닌지 하는 의문이 생길 수 있다. 이러한 우려는 형평과 선에 의한 판단이 중재판정부에게 인정되는 당연한 권한이 아니라 당사자의 명시적인 의사가 있는 경우에만 제한적으로 허용된다는 점에서 불식될 수 있다. 중재법 제29조 제3항에서 명시하고 있듯이, 중재판정부는 당사자의 명시적인 권한 수여가 있어야만 형평과 선에 의한 판단을 할 수 있다. 형평과 선에 의한 중재판정은 법규정을 적용하지 않는다는 점에서 당사자의 이익과 밀접한 관련이 있으므로 반드시 당사자의 명시적인 수권이 있어야 하는 것이다. 당사자의 수권이 없음에도 불구하고 중재판정부가 형평과 선에 따라 판정을 내린 경우에는 중재판정취소사유나 집행거부사유가 된다.¹⁰²⁾

이처럼 형평과 선에 의한 중재판정이 재판받을 권리를 침해하는 것은 아니지만 이 경우에도 중재판정의 이유기재는 원칙적으로 지켜져야 한다.

일반적으로 중재판정의 이유기재에 관하여서는 관대하게 보고 있다.¹⁰³⁾ 사인으로 구성된 중재판정부의 판정에 법원의 판결과 같은 수준으로 이유를 기재하도록 하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 비법률가인 중재인에게 전문 법조인에게 기대되는 수준의 이유작성을 요구한다면 이는 중재제도의 본질에 맞지 않는 것이며, 중재판정의 이유는 당사자에게 정보를 제공한다는 데 의미가 있는 것이기 때문에 상급심의 사후심사를 예상해야 하는 법원의 판결과는 달리 최소한의 요구 수준에 달하는 정도로 기재하면 충분하다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 우리 판례도 중재판정의 이유기재에 관하여서는 관대한 입장을 취하고 있다. 대표적으로 대법원 2010. 6. 24. 선고 2007다73918 판결에서는 ‘중재판정서에 이유의 설시가 있는 한 그 판단이 실정

102) BGH NJW 1986, 1437; OLG München SchiedsVZ 2005, 308.

103) BGHZ 30, 92.

104) Saenger, ZPO, 7. Aufl., § 1054 Rdnr. 5.

법을 떠나 공평을 그 근거로 삼는 것도 정당하며, 중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전제로 되는 권리관계에 대하여 명확하고 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하고, 또한 그 판단이 명백하게 비상식적이고 모순인 경우가 아닌 한, 그 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 기재하지 아니한 때에 해당하지 아니한다.’고 밝혔다.

이처럼 중재판정의 이유기재의 정도는 법원의 판결과 비교할 수 없을 정도로 관대하게 인정되지만, 형평과 선에 따른 중재판정에서는 적어도 어떠한 근거에서 중재판정이 내려지게 되었는지를 밝힐 필요가 있다. 형평과 선에 의한 중재판정에서도 확고한 법원칙이나 법규의 내용을 완전히 무시할 수는 없기 때문에 중재인이 형평과 선에 따라 통상적인 법 적용과는 다른 판정을 내린 때에는 그 이유를 기재하는 것이 당사자의 이익보호를 위해 필요한 것이다.

VI. 마치며

헌법상 보장되는 재판청구권이 사인에 의한 분쟁해결절차인 조정이나 중재에 직접 적용된다고 보기는 어렵지만 절차적 기본권의 기본이념은 조정이나 중재절차에서도 지켜져야 한다. 이를 위해 특히 당사자의 자발성이 전제되지 않은 강제조정이나 당사자의 합의와는 무관한 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정제도는 재고되어 법원으로의 접근 가능성이 폭넓게 보장되어야 한다. 그리고 공정한 재판을 위해 조정인에 대한 기피제도가 명문화되어야 하며, 조정제도 자체에 대한 조정인의 전문성이 제고되어야 한다. 나아가 조정이나 중재절차의 비공개 심리원칙을 실질적으로 보장하기 위해서는 당사자를 비롯한 심리참여자에 대한 비밀유지의무 부과와 위반에 대한 제재가 명문으로 규정되어야 한다.

독일 연방헌법재판소가 명시적으로 밝혔듯이, 분쟁을 법원의 판결에 의해서가 아니라 조정과 같이 당사자의 합의에 의해 해결하려고 먼저 시도하는 것은 법치국가원칙에서도 보다 우선할 가치가 있는 것임에 틀림없다.¹⁰⁵⁾ 특히 다른 어느 나라보다 법원의 재판제도가 산속하고 효율적임에도 불구하고 우리가 조정이나 중재의 활성화에 노력해야 하는 것은 바람직한 분쟁 해결문화의 정착을 위해서이다.

분쟁해결문화를 대립적이고 투쟁적인 구조에서 벗어나 조화롭고 원만한 구조로 만들어 성숙한 시민사회로 나아가기 위해서는 분쟁해결방안으로서 재판이 중심에 서는 것이 아니라 당

105) 2007년 2월 14일 연방헌법재판소 결정, 1 BvR 1351/01.

사자의 사적자치가 적극적으로 반영된 조정이나 중재가 중심에 서야 한다. 다만, 이들 또한 분쟁을 해결하는 절차이기 때문에 재판절차와 마찬가지로 절차적 기본권의 핵심은 지켜져야 하며, 특별한 사정이 없는 한 적법절차원칙은 준수되어야 할 것이다.

〈참고문헌〉

국내문헌

- 강민구, 민사조정 활성화 방안에 관한 실무노트, 법조 54권 11호, 2005.
- 곽경직, 선택적 중재합의론 소고, 법률신문, 제3102호, 2002.
- 김교창, 선택적 중재합의의 효력, 인권과 정의, 제319호, 2003.
- 김상겸, 법치국가의 요소로서 절차적 기본권 - 재판청구권과 관련하여 -, 아태공법연구, 제7집, 2000.
- 김철수, 헌법학신론, 제21판, 2013.
- 목영준·최승재, 상사중재법, 개정판, 2018.
- 서동희, 공사계약일반조건상의 중재조항 유효성 여부, 법률신문, 제3100호, 2002.
- 성낙인, 헌법학, 제18판, 2018.
- 유병현, ADR의 발전과 법원의 조정의 효력, 법조 53권 6호, 2004.
- 이수중, ADR의 사회통합적 기능 - 헌법상 재판청구권과의 관계를 중심으로, 저스티스, 제134-3호, 2013.
- 이시윤, 신민사소송법, 제12판, 2018.
- 장석조, 헌법과 민사소송법, 민사소송, 제9권, 2005.
- 정선주, 선택적 중재합의의 유효성과 문제점, 중재연구, 제13권 제2호, 2004.
- _____, 중재인에 대한 기피, 중재연구, 제17권 제1호, 2007.
- _____, ADR통일절차법의 제정에 대한 연구, 민사소송, 제11권 제1호, 2007.
- _____, 2012년 독일 조정법의 내용과 평가, 민사소송, 제16권 제2호, 2012.
- _____, 2016년 개정 중재법 소고, 민사소송, 제21권 제1호, 2017.
- 정영철, 재판청구권과 효율적 권리보호의 문제, 공법연구, 제40집 제4호, 2012.
- 정헌주·김경배, 조정합의 성립의 결정요인에 관한 실증적 분석, 중재학회지, 제11권,

2001.

한수웅, 헌법 제27조의 재판청구권, 헌법논총, 제10집, 1999.

함영주, 민·상사 사건의 소송대체분쟁해결 시스템의 구축을 위한 조정절차기본법 제정의 필요성, 선진상사법률연구, 제80호, 2017.

허영, 한국헌법론, 전정 13판, 2017.

국외문헌

Brunet, Arbitration and Constitutional Rights, North Carolina Law Review, Vol. 71, pp. 81-120, 1992.

Duss-von Werdt·Mähler·Mähler, Mediation: Die andere Scheidung, 1995.

Fletcher, Privatizing Securities Disputes Through the Enforcement of Arbitration Agreement, 71 Minn. L. Rev. 393, 1987.

Geimer, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), in: Integritätsprobleme im Umfeld der Justiz - Die Organisation der Rechtsberatung; Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht -, Bd. 7, 1994.

Haft·Schlieffen·Kracht, Handbuch Mediation, 2002.

Hesselbarth, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts, 2004.

Holtzmann·Neuhaus, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration - Legislative History and Commentary, 1989.

Holtzmann·Neuhaus·Kristjánsdóttir·Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Holtzmann_2006.

Koch, Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators(2003), 20 J. Int'l Arb., Issue 4, pp. 325.

- Lukits, Die private Schiedsgerichtsbarkeit im römischen Recht und heute, SchiedsVZ 2013, 269 ff.
- Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2015.
- Münchener Kommentar zur ZPO, 7. Aufl., 2016/2017.
- Prütting, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassungsrecht, FS für Schlosser, 2005, 705 ff.
- Reiter, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und staatliche Justiz: Notwendige Ergänzung oder unlauterer Wettbewerb?, <https://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/oeffentliches-recht/graser/medien/thesenpapier.pdf>.
- Rosenberg·Schwab·Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010.
- Rutledge, Arbitration and the Constitution, 2013.
- Sandrock·Nöcker, Einstweilige Maßnahmen internationaler Schiedsgerichte: bloße Papiertiger?, Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtspraxis (1) 1987.
- Sänger, ZPO, 7. Aufl., 2017.
- Schroth, "Ex-parte-Entscheidungen" bei vorläufigen Maßnahmen im österreichischen Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2004, 74 ff.
- Schwab, Bemerkungen zur Rechtskraft inter omnes und zur Geltung der Grundrechte im Schiedsverfahren, FS für Gaul zum 70. Geburtstag, 1997, 729 ff.
- Spalckhaver: Mediation als Dienstleistungsangebot der Justiz - Wettbewerbsrechtliche Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. IDR(Internet Dispute Resolution), 2004.
- Stein·Jonas, ZPO, 22 Aufl., Bd. XI, 2002.
- Steiner, Das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Gerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, 15 ff.
- Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, 2000 ff.
- Thomas·Putzo, ZPO, 32. Aufl., 2011.
- Wimmer, Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243 ff.

Zekos, Constitution, Arbitration and Courts, 2013.

Zekoll·Giessen, Das ex parte-Eilverfahren und das Exequaturverfahren für schiedsgerichtliche Eilmaßnahmen im UNCITRAL Model Law - Anspruch und Wirklichkeit einer Reform, SchiedsVZ 2010, 137 ff.

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나

지정토론문

“재판청구권 보장과 ADR - 조정과 중재를 중심으로”

고려대학교 교수 강 병 근

헌법상 재판청구권의 맥락에서 조정 및 중재에서도 중요한 적법절차의 보장에 관한 사항을 다룬 점에서 발표문은 매우 의미가 깊다. 현재 수행되고 있는 강제조정이나 당사자합의와 무관한 화해권고결정 혹은 조정에 갈음하는 결정제도를 재고해야 국민의 기본권으로서 법원 접근권이 보장될 수 있다는 발표자의 주장은 매우 중요한 견해라고 생각한다. 무엇보다도, 조정 판사나 조정위원은 분쟁 당사자들의 자발적 합의를 촉진하는 조정인의 역할을 수행해야 한다는 지적은 매우 타당하다고 생각한다. 발표자가 제안하였듯이 당사자의 사적자치에 적극 반영된 조정이나 중재가 분쟁해결방안으로서 활성화되어야 현재 대한민국 사회의 사법불신 혹은 재판결과에 대한 실망을 차단하거나 상당히 줄일 수 있을 것이다.

질문1) 법원의 재판을 받을 권리를 중재나 조정이 침해하는지 여부는 헌법적 사항이다. 발표자는 조정이나 중재의 경우에는 당사자의 자발적 의사가 핵심이기에 이러한 논란을 비켜나갈 수 있지만, 스포츠 중재의 경우 발표문 각주 38에서 “스포츠 중재와 관련하여서는 당사자의 자발성에 의문이 제기되기도 한다. 관련스포츠 분야의 개별 선수나 개별 단체는 협회와 동등한 지위를 가진다고 보기 어렵기 때문이라는 것이다”라고 평가하고 있다. 현재 경기 참가 선수들은 스포츠 단체에 소속해야만 출전권을 갖고 해당 스포츠 단체는 스포츠 중재 재판소의 재판관할 혹은 중재관할을 사전 인정하고 있다. 결국 특정 경기단체의 회원인 특정 선수의 사전 중재합의를 추정할 수 있을 것이다. 이런 점에서 본다면 스포츠 중재도 일반 중재와 다르지 않고 당사자의 자발성을 바탕으로 하기에 헌법에서 인정하는 재판받을 권리를 침해하지 않을 것으로 생각하는데, 이에 대한 발표자의 의견이 궁금하다.

질문2) 발표자는 수소법원 조정의 경우 수소법원이 제시하는 조정안에 소송당사자들이 심리

적 압박을 느낄 수밖에 없다는 점을 지적하면서 법원에 의한 강제조정에는 당사자의 자발성이 전제되지 않은 조정으로서 문제점이 있다고 지적하고 있다. 아울러, 수소법원 조정 불성립 후 소송절차가 진행되는 경우 조정절차에서 나온 자료와 소송절차의 자료를 엄격히 분리할 수 없을 것이라는 우려를 하고 있다. 현재 수소법원 조정과 관련하여 조정절차에서 나온 자료를 활용하여 소송절차를 이끌어가는 경우가 어느 정도인지 궁금하다.

질문3) 선택적 중재합의와 관련해서 이러한 형식의 중재합의를 둘러싼 논란은 기재부의 회계예규를 폐지하고, 국가계약법이 개정되면서 조정과 중재 중에서 분쟁해결방법을 정할 수 있도록 하여 해결되었다고 하면서, 여전히 당사자가 실제로 선택적 중재합의를 한 경우 그 효력 여부가 문제라고 9쪽에서 기술하고 있다. 선택적 중재합의를 담은 분쟁해결조항의 유효 여부에 대한 발표자의 견해는 무엇인지 궁금하다.

질문4) 발표자는 조정인의 독립성 및 중립성은 법관 수준에서 보장되어야 하고, 이를 위하여 법관에 준하는 제척·기피제도가 적용되어야 한다고 한다. 토론자로서는 조정법관은 사후 소송절차에서 제척되어야 한다는 발표자의 취지에 공감한다.

발표자는 중재인과 관련해서는 법관에게 적용되는 기피 기준을 적용하는 것이 타당한지에 대해서 의문을 표하면서, 법관과 달리 실제로 불공정한 행위를 했다고 의심되지 않는 한 기피를 인정하지 않아야 한다는 견해를 피력했다. 조정과 중재의 경우 이러한 차이를 두는 이유에 대해서 좀 더 자세한 발표자의 의견이 무엇인지 궁금하다.

아울러, 발표자는 조정인의 전문성을 위해서는 이론교육과 함께 실습과정의 중요성을 강조하고 있다. 이 점에서 독일의 조정인인증 제도를 소개하고 있다. 현재 대한상사중재원의 조정인 교육과정과 사법연수원에서 조정아카데미를 설치하는 것에 대한 발표자의 견해는 어떠한지 궁금하다.

질문5) 발표자는 중재인이 변호사법 제109조에서 제한하고 있는 변호사자격이 없는 자의 법률사무에 '중재'가 포함되어 있기에 변호사 아닌 자의 중재가 포함된 법률사무는 변호사법 위반이라고 보고 있다. 그런데 현실적으로 변호사 아닌 자의 중재활동에 대해서 정당업무행위로 판단하는데 발표자가 생각하는 정당업무의 범위는 중재인직 수행하는 것에 한정하는지 아니면 중재대리행위 및 임의 중재에서 중재절차의 서기 업무도 포함하는지 궁금하다.

질문6) 중재절차 중 중재판정부의 임시적 처분과 관련한 사전변론권 보장에 대해서 발표자는 임시적 처분에 필요한 긴급성 그리고 밀행성을 이유로 그 타당성을 의심하고 있다. 2016년 개정 중재법에서 발표자는 개정 위원으로 참여한 것으로 알려져 있는데, 임시적 처분의 대상이 되는 당사자의 사전 심문 후 임시적 처분을 내리도록 하는 방식에 대해서 어떠한 논의가 진행되어서 2016년 개정 중재법에 반영되었는지 궁금하다.

질문7) 중재절차의 비공개원칙 그리고 당사자의 권익보호를 위한 비공개심리를 중재절차의 원칙으로 설명하면서, 그 밖의 중재절차 참여자에 대해서도 비밀유지의무가 부과되어야 하고 위반사항을 제재해야 한다고 설명하고 있다. 하지만, 현재 국제법이 적용되는 투자자-국가 중재제도(Investor-State Dispute Settlement : ISDS)에서는 중재의 대상이 되는 사안이 투자유치국의 공법적인 사항이기에 가급적 투명하게 공개하는 것을 주 내용으로 하고 있다. 발표자가 보기에 ISDS의 중재절차 공개에서도 여전히 비밀유지 혹은 비공개심리가 필요하다고 보는 것인지 궁금하다.

■ 제11회 한국법률가대회 / 제4세션 제3분과 세미나

지정토론문

“재판청구권 보장과 ADR - 조정과 중재를 중심으로”

가천대학교 법과대학 교수 최 경 진

한국법률가대회의 제3분과(사법 및 절차법 분야에 대한 헌법의 영향)에 토론자로 참여할 수 있게 되어 감사의 말씀을 전합니다. 이 분과의 발표자이신 정선주 교수님의 “재판청구권 보장과 ADR - 조정과 중재를 중심으로” 발표문은 제3분과의 표제에 맞게 대체적 분쟁해결 수단인 조정이나 중재에 대하여 재판청구권의 보장이라는 측면에서 다각적이고 깊이 있는 분석을 행하여 추가적인 토론이 필요 없을 정도로 훌륭하다고 생각합니다.

발표문은 재판청구권의 적용 여부, 법원으로의 접근 가능성, 법원에 의하여 재판받을 권리와 비교 분석, 법률에 의하여 재판받을 권리와 관련한 조정·중재의 쟁점들을 상세히 다루고 있습니다. 개별 쟁점을 조금 더 깊이 살펴보면, 재판청구권의 적용여부에 대하여 발표자께서는 “재판청구권의 기본이념이 사법절차를 통한 효율적인 권리보호에 있다는 점을 고려하면 조정이나 중재와 같은 대체적 분쟁해결절차에서도 절차적 기본권인 재판청구권의 기본이념은 반드시 지켜져야 할 것”이라고 지적하였는데, 재판절차이든 대체적 분쟁해결절차로서의 조정이나 중재이든 궁극적으로 헌법이 보장하는 재판받을 권리와 등가물로 볼 수 있고 그 효과도 - 모든 ADR이 그런 것은 아니지만 - 판결에 준하는 정도로 부여되고 있는 점을 고려하면 재판에 준하는 결론에 대한 정당성을 부여하기 위한 절차적 기본권으로서의 재판청구권의 기본이념은 지켜져야 한다는 발표자의 지적에 전적으로 동감합니다.

법원으로의 접근 가능성과 관련하여, 발표자는 “당사자의 신청을 전제로 하지 않는 강제조정이나 당사자의 합의가 아닌, 재판에 해당하는 화해권고결정이나 조정에 갈음하는 결정제도는 재검토되어야 한다”고 지적한다. 우리나라에서 특히 법률에 의한 행정형 조정제도가 확대되고 있는 것은 법원에 의한 재판에 대한 접근이 어렵거나 분쟁과 관련된 분야의 전문가에 의

한 신속하고 경제적인 분쟁 해결이 가능할 것으로 판단되는 경우에 국민들에게 재판권을 대체하는 분쟁해결절차를 제공해주기 위한 것이라고 이해된다. 그런데 법원의 재판과는 달리 조정의 경우에는 상대방 피신청인의 조정 개시에 대한 동의가 없으면 조정이 시작될 수 없거나 설사 조정이 개시되었다고 하더라도 조정 결과에 대하여 당사자가 수용하지 않으면 결국 분쟁해결은 이루어지지 못하고 시간만 낭비한 꼴이 되는 경우가 종종 발생한다. 이러한 한계를 극복하고자 일부 조정의 경우에는 ADR의 실효성을 높이기 위해서 강제조정이나 조정에 갈음하는 결정과 같은 제도를 도입하기도 한다. 그러나 발표자가 적절히 지정한 바와 같이 재판을 대체하는 제도로서의 조정 절차에서 재판과 같은 수준의 엄격성이 보장되지 않는다면 당사자의 자발적인 의사에 기초하지도 않은 채로 조정 성립의 효과가 부여된다면 이는 법원에 의한 재판받을 권리를 제한하는 것으로 평가될 수 있다. 다만, 이 경우에도 그러한 결론에 대하여 법원에 의한 재판받을 권리가 후속적으로 보장되는지의 여부도 함께 고려하여 ADR의 적정성과 합헌성을 검토하여야 할 것이다. 예를 들면, 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 하고 이에 재판상 화해의 효력을 부여하는 대표적인 사례로서 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제22조를 들 수 있다. 그러나 동법 제22조제4항에 따르면, 직권조정결정에 관하여 이의신청이 있는 때에는 그 이의신청이 있는 때에 법원에 정정보도청구등의 소가 제기된 것으로 본다.

이외에도 발표문의 대부분의 내용은 조정이나 중재 제도를 발전시키고 재판의 대체적인 해결절차로서 국민의 신뢰와 헌법적 정당성을 확보하기 위한 측면에서 그 결론에 대체로 수긍할 수 있다. 다만, 토론자로서 발표문에 대한 토론 이외에 한 가지 부연하고자 한다. 헌법상 국민들에게 보장된 재판청구권을 확보해주는 것만큼이나 재판을 대체하여 신속하고 경제적으로 분쟁을 해결해줄 수 있는 대체적 분쟁해결 수단으로서의 조정이나 중재의 기회를 다각적으로 제공해주는 것은 의미가 있고 적극적으로 활성화해야 한다는 점에 대하여는 토론자가 오랫동안 주장해왔던 점이다. 그런데 이제는 다양한 수요에 맞추어 다양한 분쟁해결수단을 제공해주어야 한다는 국민적 요청을 실질적으로 보장하기 위하여 ICT 기술에 기반 한 온라인 상의 분쟁해결수단을 적극 도입·활용할 필요가 있다. 최근 법원도 영상재판을 포함한 전자소송이나 전자법정을 확대하려는 노력을 하고 있는데, 대체적 분쟁해결수단으로서의 조정이나 중재는 그 본지가 경제성, 신속성, 전문성 등에 있다는 점을 고려하면 더욱 물리적 거리를 극복할 수 있는 전자적인 체계를 구축하여 원격지에 있는 전문가를 활용하거나 당사자가 전자적으로 출석하여서도 간이하게 분쟁을 해결할 수 있는 기반을 마련하는 것이 요구된다. 분쟁해결을 위한 가능한 모든 절차와 수단을 국민들에게 제공하여 분쟁을 해결할 수 있도록 하는 것이야말로 헌법이 부여하는 재판청구권을 실질적으로 보장하는 취지에 부합하는 것이다.

질문서 용지

심포지엄의 주제발표 내용에 질문이나 의견이 있으시면 이 용지를 절취하여 제출하여 주시기 바랍니다.

질문

의견

질문자 성명 :

소속 :