



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

외국가사재판의 승인 및 집행

- 한국법과 중국법의 비교검토를 중심으로 -

2020년 2월

서울대학교 대학원

법학과 민사소송법 전공

ZHANG QIQI

국문초록

세계화의 흐름에 따라 중국과 외국 간의 교류가 활발하게 이루어지고 있다. 이에 따라 국제이혼 등涉外적 가사사건도 증가하고 있다. 이와 같은 가사사건의 경우, 당사자가 한 국가에서 소를 제기해 선고받은 판결을 다른 국가에서 승인 및 집행을 함으로써 분쟁을 일회적으로 해결하는 것이 바람직하다. 그런데 중국은 외국이혼판결의 승인에 관한 특별법을 마련하고 외국이혼판결을 유연하게 승인해 왔지만, 그 밖의 외국가사재판에 대한 특별법은 제정하지 않고 민사소송법 제281조, 제282조를 외국가사재판의 승인 및 집행에 적용하고 있다. 한국 민사소송법에 규정된 외국재판의 승인요건은 중국법에 규정된 승인요건과 유사하면서도 더 구체화되어 있다. 이에 관한 판례도 한국에는 다수 존재하고 있다. 그런데 양국의 승인 및 집행제도가 다르기 때문에 한국과 중국이 서로 가사재판을 승인 및 집행하는 데에 분쟁의 소지가 있을 수 있다. 이를 해소하기 위해 한국법과 중국법의 비교 연구를 통해서 양국의 외국판결 승인 및 집행제도의 이해를 촉진할 필요가 있다. 이에 본 논문은 한국과 중국의 현행법과 판례의 비교를 통하여 중국의 외국가사재판 승인 및 집행제도에 대한 개선방안을 모색하고자 하였다.

이를 위해서 본 논문은 제2장에서 양국의 현행법과 국제조약의 체결현황을 전체적으로 소개한 후, 제3장에서 양국의 승인요건을 살펴보고, 제4장에서 양국의 집행제도를 비교 검토하였다. 그 결과로 양국의 승인요건과 집행제도의 차이점을 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 승인대상과 관련하여 한국은 외국판결이 확정될 것을 요구하지만 중국은 외국판결에 대해서 “법적 효력이 발생한 것”을 요구하고 있다. 중국은 신분관계를 다루는 외국가사재판만 승인하는 경향이 있지만 한국은 재산관계에 관한 외국가사재판도 승인의 대상으로 본다.

둘째, 국제재판관할권과 관련하여 당사자가 적절한 법정지에서 재판받을 권리를 보호하기 위해서 한국 민사소송법은 이를 승인요건으로 명시

하고 있는 반면, 중국 민사소송법은 이를 규정하지 않고 있다. 또한, 한국에서는 국제재판관할권이 국내법과 국제조약으로 판단되지만, 중국에는 이와 관련된 규정이 없다.

셋째, 피고의 절차참여 기회를 보호한다는 취지에서 승인요건으로 규정된 적법한 송달의 경우, 한국에서는 이를 명시하고 있지만 중국 민사소송법은 이를 규정하지 않고 있다.

넷째, 공서위반의 경우, 한국 민사소송법은 “선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”로 명시하고 있지만 중국 민사소송법과 기타 법률은 “중국법률의 기본원칙, 국가주권, 안전 또는 사회공공이익”으로 규정하고 있다.

다섯째, 상호보증에 대해서는 한국은 외국가사재판의 승인에도 이를 요구하지만 중국은 외국이혼판결의 승인에 호혜관계를 요구하지 않고 그 밖의 외국가사재판의 승인에서 호혜관계를 요구하고 있다.

여섯째, 기관력 저축의 경우에, 한국은 이를 명시하고 있지 않지만, 중국은 외국재판이 중국재판에 저축되는 경우, 중국재판을 우선하며, 서로 다른 나라의 재판이 서로 저축되는 경우, 선행재판을 우선시키는 입장이다.

외국재판의 집행제도에 대해서는 한국은 자동 승인제도를 두고 있기 때문에 외국판결이 승인요건을 구비하면 별도의 절차 없이 그 효력이 한국에서 인정되지만 외국재판의 집행은 한국법원의 집행판결을 받아야 한다. 그런데 중국에서 외국재판의 승인 및 집행은 모두 중국법원에서 이를 허가하는 재정을 받아야 한다.

이와 같은 사실을 토대로, 본 논문은 제5장에서 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 중국법의 개선방안을 다음과 같이 제안하였다.

승인요건을 입법으로 확정하기 위해서 중국 민사소송법은 외국법원의 국제재판관할권과 적법한 송달을 명시할 필요가 있다. 가사사건의 유형마다 중요시되는 법익이 다르기 때문에 외국가사사건의 유형에 따라 국

제재판관할권의 구체적 기준을 명시하는 것이 바람직하다.

송달의 적시성은 당사자의 방어준비 시간을 보장하는 데에 의미가 있으므로 중국법상의 적법한 송달은 적시성을 포함할 필요가 있다.

승인대상과 관련해서 법률관계의 안정과 일회적인 분쟁해결을 도모하기 위해서 중국은 재산관계에 관한 외국가사재판도 승인할 필요가 있다.

공서위반과 관련해서는 중국은 이를 이유로 외국재판의 승인을 거부한 사례가 없지만 외국재판이 중국법과 일치하지 않으면 이를 공서위반으로 보는 경향이 있는데, 각국의 법제가 다르기 때문에 외국법이 중국법과 일치하는 것을 기대하기 어렵고 외국재판이 중국법과 일치하지 않아도 이를 승인한 결과가 반드시 중국의 공서에 반하는 것이 아니므로 이러한 입장을 지양할 필요가 있다.

상호보증과 관련해서 중국은 외국이혼판결의 승인에 호혜관계를 요구하지 않는데, 정당한 외국재판에서 승소한 당사자의 이익을 보호하기 위한 점, 상호보증의 보복기능은 외국재판의 승인을 저해하는 점, 신분관계의 안정을 보호하는 점 등에 비추어, 중국은 외국가사재판의 승인에 호혜관계를 요구하지 않을 필요가 있다.

외국가사재판의 집행제도와 관련해서 중국은 한국과 다른 제도를 두고 있지만, 중국의 ‘외국재판의 승인 및 집행청구의 소’는 승인요건을 심사하는 소로서 ‘한국의 집행판결을 구하는 소’와 내용상 실질적 차이가 없다.

주요어 : 외국가사재판의 승인, 외국가사재판의 집행, 승인요건, 집행절차

학 번 : 2017-25393

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 범위	4
제 2 장 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 현행법 개 관	7
제 1 절 한국법	7
제 2 절 중국법	9
제 3 절 검토	12
제 3 장 외국가사재판의 승인에 관한 비교 검토 ·	17
제 1 절 의의	17
제 2 절 승인가능한 재판	24
제 3 절 국제재판관할권	58
제 4 절 적법한 송달	82
제 5 절 공서에 반하지 않을 것	114
제 6 절 상호보증에 있을 것	146
제 7 절 기판력에 저촉되지 않을 것	163
제 4 장 외국가사재판의 집행에 관한 비교 검토 ·	170
제 1 절 집행절차의 차이	170
제 2 절 집행판결/집행의 대상	174
제 3 절 실질재심사 금지원칙	179

제 5 장 결론	183
참고문헌	186
Abstract	190

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

세계화의 흐름에 따라 국경이 모호해지면서 국가 간의 교류가 활발하게 이루어지고 있다. 중국도 예외가 아니다. 국적이 다른 사람들 간에 이루어지는 왕래, 또는 한 사람이 여러 국가에서 벌이는 활동이 많아지면서 가족관계도 국제화되고 있다. 중국에서 국제결혼을 한 부부는 1985년 2.22 만 쌍에서 2006년 6.82 만 쌍으로 급증하다가 2017년 4.05 만 쌍으로 감소하였다.¹⁾ 이와 같은 섭외적 요소를 가진 가족관계로 인한 분쟁이 섭외적 가사사건이다. 법원의 재판이 국가주권에 기하여 행해지기 때문에 그 법원이 속하는 국가의 영토 범위 내에서 재판의 효력이 발생한다. 그런데 섭외적 가사사건은 외국의 요소를 가진다. 즉, 당사자 양쪽의 국적이 다르거나 집행이 가능한 재산이 여러 국가에 분산되어 있는 경우이다. 한 국가의 판결이 다른 국가에서 승인 및 집행이 되지 않으면 당사자의 권익은 보장받지 못할 것이다. 특히 신분관계를 다루는 가사재판이 외국에서 승인되지 않으면 파행적 신분관계가 형성될 수 있다. 예컨대, 한국에서 받은 이혼판결이 중국에서 승인되지 않으면, 한국에서 당사자 간의 혼인관계는 이미 해소된 것으로 보지만 중국에서 당사자 간의 혼인관계는 아직 존재하는 것으로 본다. 이때, 당사자가 한국에서 재혼할 경우, 한국에서는 이를 적법한 것으로 보지만 중국에서는 이를 중혼으로 볼 수 있다. 또한, 불안정한 신분관계는 재산관계의 불안정을 가져올 수 있다. 중국에서 이혼의 효력이 인정되지 않기 때문에 중국에 있는 재산을 대상으로 재산분할, 양육비 등을 청구할 수 없다. 이를 해결하기

1) 国家统计局, "中国统计年鉴-2018", 国家统计局, <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2018/indexch.htm>(2019.9.30.).

위해서 당사자는 중국에서 다시 이혼의 소를 제기할 수밖에 없다. 이는 소송경제의 원칙에 반한다.

위와 같은 문제를 해소하기 위하여 국제사법공조가 발전해 왔다. 국제사법공조는 한 국가의 법원 또는 기타 주관기관이 다른 국가의 법원, 기타 주관기관, 또는 당사자의 청구에 따라 외국과 체결하거나 공동으로 가입한 국제조약 또는 상호보증에 의하여 소송에 관한 특정한 사법행위에 대하여 협조하는 것이다. 이는 주로 송달과 증거조사에 대한 국제적인 사법협력을 의미하지만, 넓은 의미에서는 모든 국제적인 사법협력 또는 사법활동에 대한 국제적 협력도 포함한다.²⁾ 국제민사소송법에서 외국재판의 승인 및 집행은 국제사법공조의 중요한 과제이다. 한 국가의 판결이 외국에서 승인 및 집행이 되면 법률관계를 신속하게 안정시킬 수 있고 분쟁을 일회적으로 해결함으로써 당사자의 소송부담을 줄일 수 있기 때문이다.

국제조약으로 외국가사재판의 승인 및 집행을 규율하는 것이 가장 바람직하지만 2018년까지 중국은 총 37개 국가와 민사사법공조조약을 체결하였을 뿐이고 그 중 외국재판의 승인 및 집행에 관한 조약은 34개에 불과하다.³⁾ 그 중에서도 외국가사재판의 승인 및 집행을 규율하는 국제조약은 더 적다. 국제조약이 없는 경우에는, 중국 국내법을 적용할 수밖에 없다. 중국은 외국이혼판결의 승인에 관한 특별법, “중국공민이 외국법원의 이혼판결의 승인을 신청하는 절차문제에 관한 최고인민법원의 규정” (最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定, 이하 “이혼승인 특별규정” 이라고 함)을 두고 있으므로 혼인관계의 해소를 명한 외국판결에는 이 규정을 적용한다. 다른 신분관계, 재산관계 또는 이혼으로 인한 재산관계를 다룬 외국판결의 승인 및 집행은 중국 민사소송법 제281조, 제282조와 “중화인민공화국민사소송법의 적용

2) 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사(2012), 217.

3) 中国外交部, 中华人民共和国条约数据库, 中国外交部, <http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp>(2019.6.13.).

에 관한 최고인민법원의 해석”(最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释, 이하 “중국 민사소송법 사법해석”이라고 함)을 적용한다.

그런데 가사재판에서 큰 비중을 차지하는 것은 신분관계를 다루는 재판이다. 신분관계는 재산관계에 비해서 안정성의 요구가 강하다. 신분관계의 혼란은 재산관계의 혼란도 함께 초래할 수 있다. 이러한 특성을 가지는 외국가사재판에 대해서 중국 현행법만으로 이를 승인 및 집행하는 것이 타당한지, 미비한 점이 있으면 어떠한 방향으로 나아가야 할지를 검토할 필요가 있다. 이때 다른 국가의 현행법과 판례를 비교하여 검토하는 것은 중국 외국가사재판의 승인 및 집행제도의 발전방향을 모색하는 데 도움이 될 것이다.

한국과 중국은 1992년 수교한 이래 교류가 활발히 이루어져 왔다. 이에 따라 양국 간의 국제결혼도 증가하고 있다. 한국 통계청에 따르면 2017년 한국인 아내와 외국인 남편의 혼인 5,966건 중 중국인(대만 제외) 남편이 1,523명으로 제일 큰 비중을 차지하고 있고 한국인 남편과 외국인 아내의 혼인 14,869건 중 중국인(대만 제외) 아내가 3,880명으로 베트남에 이어 제일 큰 비중을 차지하고 있다.⁴⁾ 그리고 2017년 한국인 남편과 외국인 아내의 이혼 5,206건 중 중국인(대만 제외) 아내가 2,351명으로 제일 큰 비중을 차지하고 있고 한국인 아내와 외국인 남편의 이혼 1,924건 중 중국인(대만 제외) 남편이 843명으로 제일 큰 비중을 차지하고 있다.⁵⁾ 이와 관련하여 한국과 중국 간의 국제가사사건도 증가하고 있다. 2017년 제1심 가사소송사건에 관련된 당사자인 외국인 4,780명 중 이혼사건에 관련된 인원이 80.9%를 차지하고 있으며 국가별로 보면 중국인이 1,539명(36.6%)으로 가장 큰 비중을 차지하고 있다.⁶⁾ 또한, 2004년부

4) 통계청, “외국인과의 혼인건수 통계결과”, KOSIS 국가통계포털, http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE#SelectStatsBoxDiv(2019.1.26. 확인).

5) 통계청, “외국인과의 혼인건수 통계결과”, KOSIS 국가통계포털, http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE#SelectStatsBoxDiv(2019.1.26. 확인).

터 2011년까지 중국 북경시 섭외혼인의 통계⁷⁾에 따르면 북경시 섭외혼인 중 한국남편은 4.22%로 9위를 차지하고 한국아내는 7.3%로 4위를 차지하고 있다. 중국 조선족 인구가 많은 랴오닝성에서 한국법원의 이혼판결의 승인을 청구한 사례도 적지 않다. 즉, 한국과 중국 간에 외국가사재판의 승인 및 집행은 현실적인 문제이다.

그럼에도 불구하고 한국과 중국의 비교법 연구는 많지 않다. 이는 양국의 사회제도에 차이점이 많기 때문이다. 하지만 이를 이유로 양국의 비교법적 연구가 불가능하다고 단정하기는 어렵다. 종래 한국 법률가들은 한국법의 해석론 또는 입법론에 직접적으로 도움이 되는 독일법, 프랑스법, 미국법과 일본법에 주로 관심을 두었고 중국법에는 큰 관심을 두지 않았다.⁸⁾ 중국 법률가들도 중국의 법체계와 비슷한 일본법, 또는 법체계는 상이하지만 입법상 참고가치가 크다고 평가된 미국과 영국의 입법례에 중점을 두고 연구해왔고 한국법에는 거의 관심을 기울이지 않았다. 그런데 앞에서 지적하였듯이, 한국과 중국 간에 외국가사재판의 승인 및 집행은 이미 현실적인 문제가 되었으므로, 양국의 법제교류를 통하여 양국법에 대한 이해를 촉진할 필요가 있다. 또한, 한국과 중국은 서로 영향을 주고 받는 이웃국가로서 가정윤리, 사회풍속, 도덕적 관념에서 매우 유사하며 양국 국내법이 정한 승인요건도 비슷하다. 이러한 점에 비추어 한국과 중국의 현행법과 판례를 비교하여 검토하는 것은 중국의 외국가사재판 승인과 집행제도의 발전에 주요한 시사점을 제공할 수 있을 것이다.

따라서 본 논문은 한국과 중국의 현행법과 판례를 중심으로 중국의 외국가사재판 승인 및 집행제도의 개선방안을 모색하고자 한다.

6) 법원행정처, “2018사법연감”, 대한민국 법원, http://www.scourt.go.kr/img/pub/jur_2018_Book6.pdf(2019.1.26. 확인).

7) 高颖, 张秀兰, 祝维龙, “北京近年涉外婚姻状况研究”, 载《人口与经济》2013年第1期, 31.

8) 석광현, “한국법원에서 제기된 중국법의 쟁점- 계약법, 불법행위법, 혼인법과 외국판결의 승인·집행을 중심으로-”, 서울대학교 法學 제51권 제3호(2010), 182.

제 2 절 연구의 범위

본 논문은 외국가사재판의 승인과 집행에 대한 한국법과 중국법의 규정 내지는 한국법원과 중국법원이 취하는 태도를 비교함으로써 공통점과 차이점을 검토하여 중국 외국가사재판의 승인과 집행에 관한 개선방안을 모색하고자 한다.

이에 따라 제2장에서 먼저 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 한국과 중국의 현행법 규정을 소개하고 전체적인 맥락을 파악하고자 한다.

제3장에서는 한국과 중국의 현행법과 판례를 통하여 양국의 외국가사재판 승인요건을 비교하여 분석하고자 한다.

제4장에서는 한국과 중국의 현행법과 판례를 통하여 양국의 외국가사재판 집행절차를 비교하여 분석하고자 한다.

제5장에서는 이상의 논의를 바탕으로 양국 가사재판의 승인과 집행에 관한 문제점을 정리하여 보완책을 제안하고자 한다.

본 논문은 한국과 중국의 판례를 바탕으로 양국 실무의 최신동향을 파악할 수 있도록 최근 10년간의 재판을 위주로 다루고자 하지만 중국은 한국에 비하여 판결문의 공개가 아직 불투명하여 중국판례에 대한 접근이 어려운 것이 현실이다. 한편으로, 판결문의 공개제도가 미비하기 때문이고, 다른 한편으로, 중국 민사소송은 입안심사제(立案审查制)를 아직 실행하는 중이기 때문이다. 입안심사제에 따라 제기된 소가 모두 재판절차에 들어가는 것이 아니라, 법원의 심사를 받아 소송요건을 갖춘 사건만 수리하여 재판한다. 한국법원은 소송요건을 갖추지 못한 경우 소각하 판결을 선고하는 반면에, 중국법원은 사건의 접수와 심사를 담당하는 입안법정(立案庭)이 사건수리 여부를 결정한다. 수리를 거부하는 경우, 입안법정은 수리거부의 재정(裁定)⁹⁾을 내린다. 국제입양 등 중국에서 관련 법률규정이 마련되지 않은 국제가사재판의 승인과 집행을 중국법원에 청

9) 중국에서 외국재판을 승인하는 재판은 재정으로 내린다. 재정은 한국의 결정과 유사한 개념이다. 수리거부의 재정을 받은 당사자가 이에 불복하여 항소를 제기할 수 있다.

구하면 수리거부를 받을 확률이 높다. 이러한 수리거부에 관한 재정은 거의 공간되지 않고 온라인 재판검색 사이트에도 공개되지 않는 것이 일반적이다. 한편, 중국최고인민법원은 외국법원의 이혼판결에 관한 특별 규정을 이미 마련했기 때문에 이를 근거로 외국이혼판결을 승인한 판례가 많다. 그러므로 중국판례는 주로 외국이혼판결의 승인과 집행으로 나타나게 된다. 더불어 중국법원은 외국가사재판의 승인과 집행을 거부한 이유를 한국법원처럼 상세히 논의하여 판결문에 기재하지 않고 간단히 “중국의 법률규정에 부합하지 않는다” 고만 하는 경우가 많다. 이와 같이 판결이유가 불명확한 판결을 토대로 해서는 구체적으로 어떠한 요건을 충족하지 않는지, 그 이유가 무엇인지에 대한 중국법원의 태도를 파악하기 어려우므로 분석의 대상에서 제외한다. 다만, 시기적으로는 오래 되었지만 중요한 법리를 밝혔거나 또는 법원의 태도 변화를 반영하고 있는 판례도 분석의 대상으로 포함할 것이다.

본 논문은 한국법과 중국법의 비교를 중심으로 한다. 따라서 제3국법이나 한국과 중국이 가입하지 않은 국제조약, 예컨대, 민사 및 상사에 관한 외국재판의 승인 및 집행을 규율하는 “민사 및 상사에 관한 재판 관할과 판결의 집행에 관한 EU 협약” (1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, “브뤼셀협약” 이라고도 함), 혼인관계에 관한 판결의 승인 및 집행을 규율하는 “2003년 11월 27일 혼인관계사건과 부모의 책임 관련소송의 재판관할, 판결의 승인 및 집행, 그리고 EC규칙 제1347/2000호 폐지에 관한 이사회규칙(EC) 제 2201/2003호” (Council Regulation concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, “Brussels II bis 규칙” 이라고도 함) 등 국제조약은 연구범위에서 제외된다.

또한, 본 논문에서 “중국” 은 대만, 마카오와 홍콩을 제외한 중화인민공화국 내륙만을 의미한다. 대만이 지금 중국의 영토에 해당하는지 여

부에 대하여 중국과 국제사회의 입장은 다르지만 마카오와 홍콩이 중국의 영토라는 것은 이의가 없다. 하지만 마카오와 홍콩에는 중국 내륙과 독립된 사법권과 중국재판권(终审权)¹⁰⁾이 인정되고 중국 내륙과는 별개의 법역(法域)으로 취급되므로 중국 내륙 법원의 재판은 직접 마카오와 홍콩에서 효력이 인정될 수 없고 외국재판처럼 승인과 집행을 청구하여야 한다. 이에 관하여 홍콩, 마카오와 중국 내륙은 외국재판의 승인과 집행과 별개의 법률규정이 마련되어 있는 점, 홍콩, 마카오가 중국의 영토에 속하는 점에 비추어 볼 때 중국 내륙과 마카오, 홍콩, 대만 간의 재판 승인 및 집행은 외국재판의 승인 및 집행과 구별해서 보아야 하므로 본 논문의 논의범위에서 제외된다.

10) 홍콩특별행정구중심법원(The Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region)은 홍콩에서 다른 국가의 대법원의 역할을 담당하고 있다. 홍콩중심법원의 재판은 중국적 재판이고 중국 최고인민법원에 다시 상소를 제기할 수 없다.

제 2 장 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 현행법 개관

제 1 절 한국법

한국은 외국가사재판의 승인에 관한 특별규정을 두고 있지 않으며, 일반 외국재판과 같이 민사소송법 제217조를 적용하여 승인요건을 충족하는지 여부를 판단한다. 한국 민사소송법 제217조에 따르면 외국재판이 한국에서 승인되기 위하여 아래 요건을 구비하여야 한다.

- 1) 외국판결이 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판일 것
- 2) 대한민국의 법령 또는 조약에 따라 외국법원이 국제재판관할권을 가질 것
- 3) 패소한 피고가 공시송달에 의하지 아니하고 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간 여유를 두고 소장의 송달을 받았거나 송달을 받지 않고 응소하였을 것
- 4) 외국판결의 승인이 공서에 반하지 아니할 것
- 5) 상호보증이 있을 것

이상 요건을 모두 갖춘 외국재판은 자동으로 승인되며 외국재판이 재판국에서 선고된 시점으로 소급하여 한국에서 기판력을 비롯한 효력이 발생한다. 외국가사재판의 승인도 이에 따른다.

이때, 승인요건이자 국제재판관할권의 판단기준인 “대한민국의 법령”은 국제사법 제2조로 해석된다. 한국 국제사법 제2조는 “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 유무

를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다” 고 규정하고 있다. 2018년 국제사법 전부개정 법률안 제2조는 “법원은 실질적 관련의 유무를 판단함에 있어 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다” 고 하여 실질적 관련의 유무의 판단기준을 더 상세하게 규정하고 있으며, 제15조는 비송사건의 관할을 명시하고 제57조, 제58조, 제59조, 제60조, 제61조, 제62조와 제63조는 혼인관계사건, 친생자관계에 관한 사건, 양친자관계에 관한 사건, 친자 간의 법률관계 등에 관한 사건, 부양사건, 후견사건, 가사조정사건 등 가사사건의 유형에 따라 특별관할규정을 두고 있다.

외국가사재판의 집행에 관하여도 한국은 특별법을 마련하지 않기 때문에 일반 외국재판의 집행제도에 따른다. 한국 민사집행법 제26조는 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 강제집행을 허가하여야 할 수 있다” 고 규정하여, 외국재판의 집행에 한국법원의 집행판결이 필요함을 명시하고 있다. 동법 제27조는 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다” 고 함으로써 집행판결의 심사에 실질재심사를 금지하는 것을 명시하며, “집행판결을 청구하는 소는 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다. 1. 외국법원의 확정재판등이 확정된 것을 증명하지 아니한 때 2. 외국법원의 확정재판등이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때” 라고 함으로써 외국재판의 확정여부의 입증책임은 집행판결의 청구인에게 있는 것과 집행판결의 심사내용은 민사소송법 제217조의 승인요건임을 명시하고 있다.

2018년까지 한국과 민사사법공조조약을 체결한 국가는 몽골, 우즈베키스탄공화국, 중국, 태국과 호주이다. 그러나 모든 조약의 범위를 “민사 및 상사에서 재판상 서류의 송달, 증거조사 및 법률정보와 소송기록의 교환과 관련한 사법공조” 로 제한하고 있다. 즉, 한국과 외국 간의 양자조약은 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 규정을 두고 있지 않다.

하지만 한국은 외국가사재판의 승인요건에 해당하는 적법한 송달에 관한 국제조약인 “민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약” (Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters, 이하 “헤이그송달 협약” 이라고 함)에 가입하였고 헤이그송달 협약은 2000년 8월 1일부터 한국에서 발효되었다. 즉, 한국과 헤이그송달 협약에 가입한 외국 간의 송달에는 헤이그송달 협약이 적용될 것이다.

제 2 절 중국법

중국 최고인민법원은 1991년 외국이혼판결의 승인을 규율하는 특별규정인 이혼승인 특별규정을 제정하였다. 이에 이어 외국이혼판결의 승인의 수리를 규율하기 위하여 중국 최고인민법원은 2000년 “인민법원이 외국법원의 이혼판결의 승인신청을 수리하는 문제에 관한 최고인민법원의 규정” (最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定, 이하 “이혼승인 수리규정” 이라고 함)을 제정하였다. 중국 이혼승인 특별규정 제12조에 따르면 중국에서 외국이혼판결의 승인과 집행을 구하려면 아래 승인거부사유를 구비하지 않아야 한다.

- 1) 판결은 아직 법적 효력이 발생되지 않을 것
- 2) 판결을 선고한 외국법원은 사건에 대한 관할권을 가지지 않을 것
- 3) 피고가 결석하는 동시에 적법한 소환을 받지 못하였을 때 판결이 선고되었을 것
- 4) 중국법원이 해당 당사자 간의 이혼사건을 심리하고 있거나 이미 판결하였거나 제3국법원이 해당 당사자에 대하여 선고한 이혼판결이 이미 중국법원에서 승인되었을 것
- 5) 판결은 중국법률의 기본원칙에 반하거나 국가주권, 안전, 사회공공이익을 해칠 것

이혼판결을 제외한 기타 외국가사재판의 승인에 대해서는 특별규정이

없으므로 중국 민사소송법과 민사소송법 사법해석에 따른다. 중국 민사소송법 제282조는 “이미 법적 효력이 발생한 외국법원의 판결 및 재정의 승인 및 집행을 신청하거나 청구하는 경우, 중국이 체결 또는 가입한 국제조약 또는 호혜의 원칙에 따라 심사한 후, 중국법률의 기본원칙, 국가주권, 안전 또는 사회공공이익에 위반하지 않는다고 판단되면 이의 효력을 승인한다는 재정을 하고, 집행이 필요하다고 인정되는 경우에는 집행명령을 발부하며, 중국 민사소송법의 규정에 의해 집행한다” 고 규정하고 있다. 이에 의하여 외국재판이 중국에서 승인되기 위하여 아래 요건을 구비하여야 한다.

- 1) 외국재판이 법적 효력을 발생하였을 것
- 2) 외국이 중국과 관련 국제조약 또는 호혜관계가 있을 것
- 3) 당해 외국재판이 중국법률의 기본원칙, 국가주권, 안전 또는 사회공공이익에 반하지 않을 것

이때, 중국 민사소송법 사법해석 제533조는 “중화인민공화국 법원과 외국법원이 모두 관할권을 가진 사건에 대하여 당사자 한 쪽이 외국법원에 소를 제기하고 다른 한 쪽 당사자가 중화인민공화국 법원에 소를 제기하는 경우, 인민법원은 이를 수리할 수 있다. 판결이 선고된 후 외국법원 또는 당사자가 외국법원의 본안에 대한 판결 또는 재정의 승인 및 집행을 청구하는 경우, 이를 허가하지 않는다. 다만, 양국이 공동으로 체결하거나 가입한 국제조약에 다른 규정이 있는 경우 그렇지 않다. 외국법원의 판결 또는 재정은 이미 인민법원에 승인된 후, 당사자가 동일한 분쟁에 대하여 소를 제기하는 경우, 인민법원은 이를 수리하지 않는다” 고 규정함으로써, 외국재판이 자국재판과 저촉되는 경우 자국재판을 우선하는 입장이다.

또한, 중국 민사소송법 사법해석 제543조는 “외국법원의 판결, 재정이 결석판결, 재정이면 신청인은 해당 외국법원이 이미 적법하게 송달하였음을 증명할 수 있는 문서를 제출해야 한다. 다만, 판결, 재정이 이를 명확하게 설명한 경우에 그렇지 않다” 고 규정하고 있다. 즉, 외국결석

재판에 대해서 적법한 송달을 요구하는 입장이다.

2018년까지 중국은 총 37개 국가와 민사사법공조조약을 체결하였고 그 중 외국재판의 승인 및 집행에 관한 조약은 34개이다.¹¹⁾ 중국 민사소송법 제282조에 의하여 관련 국제조약이 있을 때 국내법보다 우선적으로 적용될 것이다.

양자조약 외에도 중국은 외국재판의 승인 및 집행에 관한 다자조약에 가입하거나 서명한 경우가 있다. 중국은 1991년 헤이그송달 협약에 가입하였다. 즉, 중국과 헤이그송달 협약에 가입한 외국 간의 송달에 헤이그송달 협약이 적용될 것이다. 또한, 2017년 9월12일 중국은 헤이그관할합의협약(Convention on Choice of Court Agreements)에 서명하였다. 비록 이 협약 제2조는 혼인재산제도 또는 혼인 및 이와 유사한 관계로 인한 권리와 의무를 비롯한 가족법사항을 적용대상에서 제외하지만 국제재판관할권은 중요한 승인요건이므로 합의관할을 논의할 때 이 협약을 검토할 필요가 있다. 2019년 7월 2일 “민사 및 상사에 관한 외국판결의 승인과 집행에 관한 협약” (Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, 이하 “2019년 협약” 이라고 함)의 Final Act에 중국은 서명하였다. 비록 이 협약 제2조는 혼인재산제도 또는 혼인 및 이와 유사한 관계로 인한 권리와 의무를 비롯한 가족법사항을 적용대상에서 제외하지만 외국판결의 승인과 집행에 관한 협약이므로 중국의 외국가사재판의 발전에 시사점을 제공할 수 있기 때문에 다음 장에서 승인요건과 관련된 문제에 한하여 이 협약의 내용을 언급할 것이다.

또한, 중국은 자동적 승인제도를 두지 않으며, 중국 민사소송법 제281조, 제282조에 따르면 외국재판의 승인 및 집행은 모두 중국법원에 소를 제기하고 승인과 집행을 허가한 재정을 받아야 한다. 중국 민사소송법 사법해석 제546조에 따라 중국법원이 외국재판을 집행하는 것이 필요한

11) 中国外交部, 中华人民共和国条约数据库, 中国外交部, <http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp>(2019.6.13.).

경우, 당사자가 먼저 승인을 청구하여야 한다. 소제기 당시 집행을 청구하지 않더라도 승인을 허가한 재정이 있으면 이에 근거하여 중국법원에 외국재판의 강제집행을 신청할 수 있다.

제 3 절 검토

외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 한국과 중국의 현행법을 앞에서 살펴본 바, 자세한 승인요건에 관한 검토를 다음 장에서 하겠지만 전체적인 맥락을 파악하기 위해서 전체적인 승인요건의 차이 또는 검토할 문제를 제시하고자 한다.

(1) 외국재판이 확정재판일 것

한국 민사소송법 제217조는 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”을 요구하고 있다. 이와 달리 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 “이미 법적 효력이 발생한 외국법원의 판결 또는 재정”을 요구하고 있다. 즉, 양국법은 승인의 대상인 외국판결의 형식에 대한 규정이 다르다. 그렇다면 한국법에서 규정된 판결 또는 재판, 중국법에서 규정된 판결 또는 재정에 한하여 승인하는지, 판결 외에 조정조서, 화해조서 등도 승인할 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 그리고 한국법은 외국재판을 확정재판 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판으로 요구하는데 중국법은 외국재판을 이미 법적 효력이 발생한 것으로 요구한다. 그렇다면 확정재판과 “이미 법적 효력이 발생한다”는 것에 대한 해석이 필요하며, 확정재판의 요구가 타당한지도 검토할 필요가 있다. 또한, 양국의 현행법은 모두 외국소송재판에 대한 승인요건을 규정하고 있지만 가사비송재판은 승인의 대상이 될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 중국 이혼승인 특별규정은 혼인관계의 해소에만 적용되고 민사소송법에서 신분관계와 관련된 재산관계의 외국가사재판은 승인이 가능

한지에 관한 규정이 없고 중국실무에서는 이혼으로 인한 재산관계의 외국재판을 승인하지 않는 입장이기 때문에 중국에서 이혼으로 인한 재산관계의 외국재판도 승인될 수 있는지를 검토해야 한다.

(2) 국제재판관할권

한국 민사소송법 제217조는 국제재판관할권을 승인요건으로 명시하는 반면, 중국 민사소송법은 이를 명시하지 않고 이혼승인 특별규정은 외국법원의 관할권을 요구하고 있지만 이의 판단기준을 명시하지 않고 있다. 그런데 외국법원의 국제재판관할권은 당사자가 적법한 법정지에서 재판받을 권리를 보장하고 재판국이 임의적으로 재판권을 확장하는 것을 방지하기 위한 요건이다. 이를 명시하지 않은 중국 민사소송법이 국제재판관할권을 규정할 필요가 있는지, 그 판단기준은 무엇인지, 구체적 기준의 규정방식, 외국가사비송재판의 국제재판관할권의 판단기준을 검토할 필요가 있다.

(3) 적법한 송달

한국 민사소송법 제217조는 적법한 송달을 승인요건으로 명시하는 반면, 중국 민사소송법 사법해석과 이혼승인 특별규정은 이를 요구하지만 중국 민사소송법은 이를 요구하지 않는다. 그런데 적법한 송달은 피고의 방어권 또는 절차의 공정성을 보장하기 위한 요건이다. 이를 규정하지 않은 중국 민사소송법이 명시할 필요가 있는지, 적법한 송달의 의미, 적법한 송달방식, 송달요건의 대상 및 서류, 송달하자를 치유할 수 있는 응소의 의미 등 문제를 살펴볼 필요가 있다.

(4) 공서에 반하지 않을 것

한국 민사소송법 제217조는 공서를 “선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”로 명시하는 반면, 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 공서를 “중국법률의 기본원칙, 국가주권, 안전 또는 사회공공이익”으로 규정하고 있으며, “선량한 풍속”을 규정하지 않는다. 그렇다면 중국법에서 규정된 공서는 선량한 풍속을 포함하는지 여부를 살펴보아야 한다. 그리고 한국 민사소송법 제217조는 “그 확정재판 등의 내용 및 소송절차”를 규정함으로써 실체적 공서와 절차적 공서를 명시하고 있다. 반면, 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 절차적 공서를 규정하지 않는다. 그런데 실체적 공서와 절차적 공서는 보호하는 법익이 다르기 때문에 중국 민사소송법은 절차적 공서를 명시할 필요가 있는지를 분석하여야 한다. 또한, 실체적 공서와 절차적 공서에 위반하는 기준, 실체적 공서심사와 실질재심사의 구분, 사기의 방법으로 얻은 외국재판은 절차적 공서위반에 해당하는지 등 문제를 검토할 필요가 있다.

(5) 상호보증

한국 민사소송법 제217조는 상호보증을 승인요건으로 규정하고 있는 반면, 중국 이혼승인 특별규정은 호혜관계를 요하지 않고 중국 민사소송법은 호혜관계를 요하고 있다. 그런데 상호보증은 국가 간의 이익균형을 이루기 위한 요건이면서도 보복기능을 가지고 있다. 그렇다면 외국재판의 승인, 나아가 외국가사재판의 승인에 상호보증을 요구할 필요가 있는지를 검토할 필요가 있다. 상호보증을 요구한다고 하더라도 상호보증의 판단기준, 부분적 상호보증을 인정하는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

(6) 기판력에 저촉되지 않을 것

한국 민사소송법은 외국재판이 자국재판 또는 다른 외국재판에 저촉되는 경우에도 승인이 가능한지에 관한 규정을 두고 있지 않다. 중국 민사

소송법 사법해석 제533조와 이혼승인 특별규정 제12조는 외국재판이 중국재판에 저촉되는 경우 중국재판을 우선하며, 다른 두 외국법원의 재판이 서로 저촉되는 경우 먼저 중국법원에서 승인을 허가하는 재정을 받거나 승인을 청구하는 것을 우선한다는 입장이다. 그렇다면 기판력에 저촉되는 외국재판은 승인될 수 있는지, 승인될 수 있다면 자국재판을 우선하는지 선행재판을 우선하는지를 검토할 필요가 있다.

(7) 집행제도의 차이

한국은 자동적 승인제도를 두기 때문에 승인요건을 갖춘 외국재판은 별도의 절차 없이 한국에서 효력이 발생하며, 외국재판의 집행이 필요할 때는 한국법원에 집행판결을 구하는 소를 제기하고 집행판결을 받아야 강제집행을 할 수 있다. 반면, 중국은 외국재판의 승인 및 집행에 모두 중국법원에서 허가한 재정을 받아야 한다. 다만, 소제기 당시 집행을 청구하지 않더라도 승인을 허가한 재정을 받으면 이에 근거하여 강제집행을 신청할 수 있다. 이와 같이 양국의 집행제도가 상이하다. 어느 집행제도가 더 바람직한지, 통일된 집행제도를 추구할 필요성이 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

(8) 집행판결/집행의 대상

한국 민사집행법 제26조는 집행판결이 필요한 대상으로 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판에 기초한 강제집행”을 규정하고 있다. 중국 민사소송법 제282조는 집행의 대상을 “집행이 필요한 경우”로 규정하고 있다. 그렇다면 한국법의 집행판결의 대상 또는 중국법의 집행의 대상을 검토할 필요가 있다.

(9) 실질재심사 금지원칙

한국 민사집행법 제27조는 실질재심사 금지원칙을 명시하고 있다. 반면, 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 이를 규정하지 않는다. 그렇다면 승인요건을 심사할 때 실질재심사 금지원칙의 필요성에 대한 분석이 필요하다.

제 3 장 외국가사재판의 승인에 관한 비교 검토

본 장은 먼저 외국가사재판 승인의 의미와 효력을 살펴본 다음, 한국 법과 중국법이 규정한 외국가사재판의 승인요건, 즉, 승인가능한 재판, 국제재판관할권, 적법한 송달, 공서, 상호보증과 기판력에 저촉되지 않을 것을 검토하여 양국의 현행법과 판례를 통하여 중국법의 미비한 점을 분석하고자 한다.

제 1 절 의의

I. 외국가사재판 승인의 의미

외국재판의 승인과 집행은 구별해서 보아야 하는 개념이다. 외국재판의 승인이란 외국재판의 효력을 자국에서 인정하는 것이다.¹²⁾ 이와 같이 외국가사재판의 승인은 가사재판이 재판국이 아닌 타국에서 효력을 가지는 문제이다.

외국재판의 승인에 관한 각국의 입법은 천차만별이고 입법근거도 다르다. 외국재판 승인의 이론적 근거는 다음과 같다.

(1) 예양이론

예양이라는 용어는 17세기에 네덜란드 학자 후베루스(Huberus)가 국제사법상의 용어로 도입한 것이며, 주로 영미법계의 판례에서 사용된다.¹³⁾

12) 김원태, "外國家事裁判의 承認과 執行", 민사법의 이론과 실무 제5권 제1호(2002), 285.

13) 김석호, "외국판결을 승인·집행하는 근거", 법학연구 제23권(2006), 291.

미국판결 Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113 (1895)은 프랑스법원의 판결의 승인여부에서 “어떤 법도 그 권한이 파생된 주권의 한계를 넘어서는 무효하다. 행정 명령, 입법 또는 사법재판에 따라 해당 지역 내에서 시행되는 한 국가의 법률이 다른 국가의 영토에서 적용될 수 있는지는 국가 예양(the comity of nations)에 달려 있다. 이 문구는 비판을 초래하지만 만족스러운 대체용어가 제시되지 않았다. 예양은 법적 의미로서 절대적인 의무가 아니고 단순한 예절과 선의가 아니다. 이는 한 국가가 이의 영토에서 다른 한 국가의 입법, 행정 또는 사법행위를 허용하는 것을 승인하는 것이며, 국제적 의무와 편의를 중시하고 자국민의 권리와 본국 법률이 보호하는 다른 사람의 권리도 존중한다” 고 예양이론을 설명하였다.¹⁴⁾

그런데 예양은 국제적 의무가 아닌 것을 위와 같이 제시한 바, 의미가 불명확하고 적대행위가 발생할 경우에는 외국판결도 승인이 정지된다는 점에서 상호주의와 비슷하다는 비판을 받고 있다.¹⁵⁾

(2) 기득권이론

영국 학자 A.V. 다이시(A. V. Dicey)는 1896년 저서(a digest of the laws of England with reference to the conflict of laws)에서 기득권이론을 제시하였다.¹⁶⁾ 기득권이론에 따르면 당사자 한쪽이 외국법원의 판결에 의하여 얻은 권리는 기득권에 해당하고 내국법원은 당사자의 기득권을 존중하여야 하기 때문에 외국판결의 승인 및 집행을 허용하여야 한다.

기득권이론은 외국판결의 승인을 사적인 권리의 승인으로 보는데 외국판결의 승인을 공적기관의 승인으로 보는 경우, 이 이론은 주권침해를 야기할 수 있다는 비판을 피할 수 없다. 하지만 “외국판결을 자국의 영

14) Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113 (1895)

15) 최안식, “外國判決의 承認과 執行”, 원광법학 제17권(2000), 300.

16) 徐冬根, 王国华, 萧凯, 国际私法 第1版, 清华大学出版社(2005), 13.

역에서 집행하도록 강요하는 국제법이 존재하지 않는다”는 전통적인 국제공법적 논리를 배제하고 외국판결의 승인 및 집행 문제를 국제사법 영역에 전적으로 귀속시키고 주권의 문제를 극복한다는 점에서 긍정적으로 보는 의견도 있다.¹⁷⁾

(3) 의무창설설

의무창설설은 관할권을 가진 외국법원이 내린 판결은 법적 의무를 창설할 수 있고 본국은 이를 승인 및 집행을 하여야 한다는 것이다. 이 학설은 영국판례 Russell v. Smyth에서 제일 먼저 나왔고 영국판례 Schibsby v. Westenholz에서 재거론되었다.¹⁸⁾

특히 금전지급을 명한 외국판결의 승인에 대하여 의무창설설을 긍정적으로 보는 의견이 있다.¹⁹⁾ 이 의견에 따르면 외국법원이 패소자에게 특정한 금액의 금전을 지급하는 의무를 설정하는데 이 의무를 이행하기 위해서 외국판결의 승인 및 집행이 요구된다.

(4) 묵시적 합의설

묵시적 합의설은 외국에서 소송을 진행한 당사자 간에 외국법원의 재판에 구속된다는 묵시적인 합의가 있고 재판에서 창설된 의무는 외국의 주권에서 파생된 것이 아니라 당사자의 의지와 관련된다는 것이다.²⁰⁾

17) 김석호, 앞의 글, 287.

18) ...the true principle on which the judgments of foreign tribunals are enforced in England is that stated by Parke, B., in Russell v. Smyth (2), and again repeated by him in Williams v. Jones (3), that the judgment of a court of competent jurisdiction over the defendant imposes a duty or obligation on the defendant to pay the sum for which judgment is given, which the courts in this country are bound to enforce; and consequently that anything which negatives that duty, or forms a legal excuse for not performing it, is a defence to the action. Schibsby v. Westenholz.

19) 김석호, 위의 글, 287.

20) ERNEST G. LORENZEN, “The Enforcement of American Judgement Abroad”,

그런데 외국에서 진행된 재판은 피고의 동의를 얻은 것으로 보기 어렵고 피고가 외국에서 진행된 재판을 반대하고 변론기일에 출석하지 않고 결석재판으로 내린 외국판결도 승인 및 집행의 대상이 될 수 있다는 비판을 받고 있다.²¹⁾

(5) 기판력이론

기판력이론에 따르면 외국재판의 승인절차가 기판력이론 하에서 진행된다는 것은 반박할 여지가 없다.²²⁾ 즉, 외국법원의 판결이 확정되면 내국법원도 그 기판력에 구속되고 해당 외국판결을 승인 및 집행하여야 한다는 것이다. 이는 일사부재리 원칙이라고도 한다.

그런데 기판력이론은 재판국과 승인국의 실체법, 절차법이 현저히 다르거나 상황의 변화로 외국판결을 승인하는 것이 부당한 때 승인국에서 소를 제기하는 것이 재판국에 이미 있었던 전소와 단순한 중복이 아닐 수 있다는 비판을 받고 있지만 기판력이론으로 중복제소의 유발을 방지할 수 있다는 긍정적인 의견이 있다.²³⁾

(6) 검토

위와 같이 어떠한 이론만이 옳다고 보기 어렵다. 예양이론은 외국이 자국재판을 승인하지 않으면 자국도 해당 외국의 재판을 승인하지 않는다는 점에서 상호주의와 비슷하다. 기득권이론은 외국재판의 승인의 공법적인 성격을 무시하고 기득권을 인정하는 것도 해당 외국재판의 효력을 이미 인정하는 것을 전제로 하는데 이를 외국재판의 승인을 설명하는

Yale Law Journal Vol.29, 1919, 190.

21) 김석호, 앞의 글, 289.

22) Hans Smit, "International Res Judicata and Collateral Estoppel in the United States", 9 UCLA L Rev 44, 1962, 63.

23) 최안식, 앞의 글, 301.

근거로 삼는 것은 논리적인 문제가 있다. 의무창설설에 따르면 외국판결에 의하여 창설된 의무도 외국판결의 효력을 인정하는 것을 전제로 하기 때문에 의무창설설은 사실상 외국판결을 승인하는 이유를 설명할 수 없다. 묵시적 합의설이 성립되기 위해서는 당사자 양쪽의 합의가 외국재판의 효력의 발생근거가 되어야 하는데 외국재판은 사법권에 기하여 효력이 발생하는 점에 비추어 묵시적 합의설은 문제가 있다. 한 국가의 판결의 기판력은 재판국에서만 발생하고 반드시 다른 국가로 확장되는 것이 아니므로 기판력이론도 문제가 없지 않다.

위와 같은 이론들은 각각 다른 측면에서 외국재판의 승인의 필요성을 분석하지만 외국재판의 승인을 요한다는 점에서는 태도가 일치한다. 따라서 어느 이론이 옳다기보다 각 이론을 종합하여 외국재판 승인의 필요성을 설명할 필요가 있다.

II. 외국가사재판의 승인의 효력

1. 효력의 내용

(1) 기판력

기판력은 판결내용과 동일한 사항에 대하여 당사자가 그에 반하여 다투는 것이 허용되지 아니하며 법원도 재심사할 수 없는 구속력이다.²⁴⁾ 외국재판의 기판력이 인정되면 승인국에서 당사자의 반복제소와 법원의 반복심리 또는 이와 모순된 판단이 불가능하게 된다.

(2) 형성력

형성력이란 형성의 소를 인용하는 형성판결이 확정됨으로써 판결내용

24) 이시윤, 신민사소송법(제12판), 박영사(2018), 627.

대로 새로운 법률관계의 발생이나 종래의 법률관계의 변경, 소멸을 낳는 효력을 의미한다.²⁵⁾ 형성판결인 외국재판이 승인되면 승인국에서 당사자의 법률관계의 발생, 변경, 소멸의 효력이 발생하게 된다.

(3) 집행력

집행력은 판결로 명한 이행의무를 강제집행절차에 의하여 실현할 수 있는 효력을 의미한다.²⁶⁾ 외국재판이 승인되면 집행력이 인정되는지 여부는 각국의 외국재판의 승인 및 집행제도에 따라 다르다. 중국은 외국재판의 승인 및 집행이 모두 중국법원의 심사를 통하여 승인을 허가하는 재정을 받아야 하며, 외국재판의 승인을 허가한 재정을 받으면 이를 집행의 근거로 하여 외국재판의 강제집행을 신청할 수 있다. 즉, 중국법에서 외국재판이 승인되면 집행력이 인정된다. 반면에 한국은 자동적 승인제도를 두고 외국재판이 승인요건을 갖추면 별도로 사법절차 없이 승인의 효력이 발생하고 외국재판의 집행을 하려면 한국법원에 집행판결의 소를 제기하여 집행판결을 받아야 한다. 즉, 한국법에서 외국재판은 승인되더라도 집행력이 인정되지 않고 집행판결을 통하여 집행력이 부여된다.

(4) 법률요건의 효력

법률요건의 효력은 외국재판 승인의 효력에 포함된다.²⁷⁾

2. 효력의 범위

25) 이시윤, 앞의 책, 672.

26) 이시윤, 위의 책, 671.

27) 최안식, 앞의 글, 311.

내국재판의 효력을 기준으로 볼 때 외국재판이 승인된 후, 그 효력은 어디까지인지에 대한 견해가 다르다.

(1) 효력확장설

효력확장설은 외국재판이 승인된 후 재판국법에서 정한 효력이 승인국으로 확장되어 재판국법상의 효력이 발생한다는 견해이다.

이 견해는 재판국법상 판결효력의 확장에 중점을 두기 때문에 외국판결의 차단효 문제를 해결할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가하는 의견이 있다.²⁸⁾

(2) 동등대우설

동등대우설은 외국재판이 승인된 후 내국재판과 동등한 효력을 가진다는 견해이다. 즉, 외국재판이 승인을 통하여 자국재판과 동등한 효력을 취득하는 것으로 보고 승인국법을 기준으로 삼는다.

이 견해는 개별국가 법질서의 배타성 및 규범의 상대성을 전제로 하여 무한한 효력의 확장을 억제할 수 있다는 점에서 긍정적으로 평가받는다.²⁹⁾

(3) 협의설

협의설은 외국재판이 승인된 후 발생하는 효력이 재판국법에서 정한 효력보다 넓게 인정될 수 없는 동시에 승인국법에서 정한 효력을 최대한으로 한다는 견해이다. 이는 한국의 통설이다.³⁰⁾ 이 견해에 따르면 승인대

28) 최안식, 앞의 글, 312.

29) 최안식, 위의 글, 313.

30) 호문혁, “외국판결의 공서위반 판단의 대상에 관한 연구”, 법학평론 제6권(2016), 64.

상의 효력은 승인된 외국재판에 인정되는 재판국법상의 효력으로서, 기본적으로는 기판력을 말하고, 기판력의 객관적 범위와 주관적 범위는 모두 재판국법에 따라 정해지며, 재판국에서 인정되는 기판력의 범위는 승인국법보다 넓게 인정되는 부분은 승인국에서 인정되지 않고 승인국법보다 좁을 경우에 그 범위의 기판력이 인정된다.

이 견해에 따르면 외국판결의 집행은 효력의 확장이고 승인된 외국판결은 이에 대응하는 국내판결에 기하여 모든 집행이 가능하다. 이러한 점에서 이를 수긍하는 의견이 있다.³¹⁾

(4) 검토

효력확장설은 재판국과 같은 효력이 승인국에서 인정된다고 하지만 결국 승인국이 외국판결의 효력을 자국판결보다 넓게 인정할 수 없다는 점에 비추어 효력확장설은 문제가 있을 것이다. 승인국이 외국판결을 재판국에서 인정된 효력보다 넓게 인정할 수 없으며, 외국판결의 집행절차 자체가 국내판결의 집행절차와 다르고 결국 외국판결은 국내판결과 같은 지위를 취득할 수 없으므로 승인된 외국판결이 승인국의 자국판결과 동등한 효력을 가진다는 동등대우설도 단점이 있다. 따라서 승인국 자국판결의 효력범위를 초과하지 않는 한도에서 재판국 법원이 인정하는 효력을 그대로 인정하는 협의설이 상당하다고 본다.

제 2 절 승인가능한 재판

I. 외국판결의 의미

1. 한국법

31) 최안식, 앞의 글, 313.

승인의 대상은 “외국판결” 이라고 하지만 판결에 국한되는 것이 아니다. 한국 민사소송법 제217조는 승인의 대상을 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판” 으로 명시하고 있다. 즉, 승인의 대상은 판결의 형식으로 된 재판에 제한하지 않고 외국법원이 선고한 모든 법률관계에 관한 사법상 재판까지 포함한다. 각종 결정이나 명령 등은 판결이 아니라도 판결의 효력을 가지면 승인의 대상으로 포함될 수 있다. 외국가사재판도 그 예외가 아니다. 문제는 판결, 결정 또는 명령은 형식이 달라도 법원의 판단이 들어간 재판으로 도출된 결과물인데 재판 자체가 아니지만 판결과 동일한 효력을 가지고 있는 것, 예컨대, 인낙조서, 화해조서, 지급명령 및 조정조서 등은 승인의 대상이 되는지에 대하여 한국 민사소송법이 명시하지 않은 것이다. 이러한 조서의 성립절차는 당사자 상호간의 심문이 보장된 절차가 아니므로 조서들을 승인대상에서 제외하여야 한다는 견해가 있다.³²⁾

이와 관련해서 한국 대법원은 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결에서 승인의 대상이 될 수 있는 외국판결의 의미를 “재판권을 가지는 외국의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상의 법률관계에 관하여 대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 중국적으로 한 재판으로서 구체적 급부의 이행 등 그 강제적 실현에 적합한 내용을 가지는 것” 으로 설명하고, “그 재판의 명칭이나 형식 등이 어떠한지는 문제되지 아니한다” 고 판시하여 재판의 형식을 넓게 파악하는 태도가 보인다.

또한, 해당 판결은 승인의 대상인 미합중국 캘리포니아주 로스앤젤레스 카운티의 1심 주법원 BS070003호 사건에 관한 판결을 승인이 가능한 외국법원의 판결로 인정하지 않았다. 이유는 해당 미국판결이 미국법에서 규정된 승인판결이었기 때문이다. 미국의 승인판결제도란 “피고가 특정 금액의 채무에 관하여 소송절차를 거치지 아니하고 판결로 등록하

32) 이시윤, 앞의 책, 636.

는 것을 서면으로 승인하고, 또한 피고의 대리인인 변호사가 그 제안된 판결내용을 검토하였다는 것과 피고에게 위 규정상의 절차를 이용함에 따라 포기하게 되는 소송법상의 권리 및 방어수단에 관하여 설명하고 그 절차를 이용하도록 조언하였다는 것을 서면으로 확인한 경우에, 당사자가 소송절차를 거치지 아니하고서도 피고의 채무승인진술서 및 피고의 대리인인 변호사의 확인진술서 등을 판결로 등록할 것을 신청할 수 있고, 이와 같은 신청이 있으면 법원서기(clerk)는 위 각 서류에 서명한 후 이를 판결로 등록하여야 한다”는 것이다. 한국 대법원은 미국의 승인판결에 대하여 “원고의 승인판결 신청이 있으면 법원서기가 사법기관이 관여하지 아니한 상태에서 작성된 피고의 채무승인진술서 및 피고의 대리인인 변호사의 확인진술서의 제출 여부를 검토하여 이를 그대로 판결로 등록하는 것이고, 그 과정에서 당사자에 대한 상호간 심문의 기회 등이 보장되어 있다고 할 수 없다”고 판단하고, “비록 그 명칭이 ‘판결’이고 정식의 판결과 유사한 효력을 가진다고 하더라도, 또한 피고가 심문권 등 소송법상의 권리를 의도적·자발적으로 포기하기로 하고 승인판결절차를 이용하기로 사전에 동의하였다고 하더라도, 이를 법원이 당사자 상호간의 심문이 보장된 사법절차에서 종국적으로 한 재판이라고 할 수 없다”라고 판시하였다.

한편, 외국법원의 인낙조서를 승인한 한국판례가 있다. 제주지방법원 1998. 5. 28. 선고 97가합2982 판결은 일본국 재판소의 인낙조서에 기초한 강제집행을 허가하였다. 이유는 “일본 민사소송법 제267조에 의하면 인낙조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지고 있으므로 일본국 재판소의 인낙조서를 외국법원의 확정판결에 준하여 집행판결의 대상으로 볼 수 있고, 한국 법률 또는 조약으로 일본국 법원의 재판권을 부인하고 있지 아니하고, 일본국 대판지방법재판소 평성 8년 제26호 사건에서 피고였던 이 사건 피고가 출석하여 청구를 인낙하였으며, 위 인낙조서의 내용이 한국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되지 아니하고, 나아가 일본국은 일본 민사집행법 제22조, 제24조에서 한국 민사소송법 제467조, 제47

7조와 같이 외국판결의 효력을 승인하는 집행판결절차를 마련하고 있을 뿐 아니라 그 승인 조건을 규정하고 있는 일본 민사소송법 제118조는 한국 민사소송법 제203조와 거의 같은 취지이고 일본국 실무관례상으로도 외국판결(한국 판결을 포함하여)의 공정성이 보장되는 한 이를 존중하여 승인하고 있는바, 일본국에서 한국판결이 집행되기 위한 조건은 한국과 같다고 볼 것이어서 일본국과 한국은 상대국 판결 승인에 있어 상호보증이 있다고 할 것”이다.

이 외에도 일본 법원의 화해조서의 집행을 허가한 서울민사지방법원 1968. 10. 17. 선고 68가620 판결이 있다.³³⁾ “일본 민사소송법 200조, 514조, 515조는 한국 민사소송법 203조, 476조, 477조와 동일한 내용을 규정하고 있음이 명백하므로 일본에서 외국판결이 집행되기 위한 조건은 한국과 같다고 보면 일본과 한국 사이의 외국판결의 효력문제는 상호의 보증이 있다고 할 것이며, 다른 법률 또는 조약으로 일본법원의 재판권을 부인한 사실이 없고 화해조항이 한국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하지 아니할 뿐이 아니라 일본법원에서 피고에게 적법한 소환을 하지 아니하였음을 인정할 자료가 없는 이 사건에서 일본에서 한 화해조항은 적법하며 한국에서 집행할 수 있도록 함이 상당하다”는 것이 그 이유이다.

2. 중국법

중국의 민사소송법 제282조는 승인의 대상을 “외국법원의 판결 및 재정”으로 규정하지만 이는 판결과 재정의 형식으로 된 재판에 한하여 승인하는 것은 아니다. 여기서 “외국법원의 판결 및 재정”은 넓은 의미의 판결, 즉 외국법원에서 내려진 법률관계에 대한 모든 재판을 의미한다. 이에 대하여 “외국법원의 판결”은 외국법원이 선고한 민사 및 상사사건에 대한 판결, 재정과 조정서 등을 포함한다는 견해가 있다.³⁴⁾

33) “외국판결에 국내강제집행인정”, 법률신문(1968.10.28.), 6.

“판결”은 그 의미상 판결의 형식으로 된 재판만 가리키는 것으로 이해할 수 있으므로, 중국과 외국 간의 양자조약은 “판결”보다 넓은 의미의 “법원재결(裁判)”을 사용하는 경우가 많다. 조약은 중국과 외국 간의 협상으로 이루어졌기 때문에 협상결과에 따라 법원재결의 정의가 상이하다. 예컨대, 중화인민공화국과 알제리인민민주공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和阿尔及利亚民主人民共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제21조는 “민사와 상사사건에 대한 재판상 문서와 형사사건에서 민사권리에 대한 재판상 문서를 승인과 집행할 수 있으나 유언과 상속, 파산에 관한 재판, 부양사건 외의 임시보전조치는 승인과 집행의 대상에서 제외된다”고 규정하고 있다. 또한, 중화인민공화국과 페루공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和秘鲁共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제21조 제3항에 따르면 유언과 승계, 파산, 청산과 이와 비슷한 절차, 사회보장에 관한 재판상 문서, 보전조치와 임시조치(생활비에 관한 재판이 제외됨), 기타 민사, 상사사건을 포함하지 않는 재판상 문서는 승인과 집행의 대상에서 제외된다. 이러한 조약들을 살펴보면 중국과 외국 간의 국제조약에 법원재결에 대한 통일된 정의를 찾기 어렵다. 다만, 각 조약을 종합적으로 볼 때 법원재결은 법원의 민사 및 상사사건에 대한 판결과 재정, 형사사건을 심리하는 법원이 피해자에게 배상과 재물반환을 선고하는 민사재판, 민사 및 상사사건에 관한 조정서³⁵⁾, 소송비용에 관한 결정, 법원의 인정을 받은 화해서³⁶⁾ 등을 포함한다.

또한, 승인의 대상을 judgment(재판)로 규정하고 이의 의미를 넓게 정의하는 경우가 있다. “2019년 협약” 제3조는 “‘재판’은 명칭을 불문하고 본안에 관한 법원의 모든 판단을 의미하고 결정 또는 명령과 법원(법원공무원을 포함한다)에 의한 비용 또는 경비의 결정을 포함한다. 다만,

34) 李旺, 国际民事诉讼法(第二版), 清华大学出版社(2011), 124.

35) 중국법상의 조정서는 한국법상의 조정조서와 같은 의미다.

36) 중국법상의 화해서는 한국법상의 화해조서와 같은 의미다.

그 결정은 이 협약상 승인 또는 집행될 수 있는 본안에 관한 재판과 관련된 것이어야 한다. 임시적 보호조치(interim measure of protection)는 재판이 아니다” 고 규정하고 있다. 즉, 이 협약도 승인이 가능한 외국판결의 의미를 넓게 파악하는 입장이다. 헤이그관할합의협약 제4조도 이와 같이 규정하고 있다.

한편, 중국 이혼승인 특별규정은 외국이혼판결에만 적용되는 특별법이다. 여기서 “이혼판결”은 모든 이혼과 관련된 판결을 의미하는 것이 아니다. 이혼승인 특별규정 제2조는 “외국법원의 이혼판결 중 부부재산 분할, 생활비부담, 자녀부양에 관한 판결의 승인 및 집행은 본 규정을 적용하지 않는다” 고 규정하고 있다. 즉, 여기서 이혼판결은 혼인관계의 해소에 관한 판결만 뜻한다. 다만, 이는 이혼으로 인한 재산관계 및 양육권에 관한 판결을 이 규정의 적용대상에서 제외할 뿐이고 이혼판결에서 순수한 신분관계의 판결부분만 승인의 대상이 된다는 것은 아니다.

이와 관련해서 승인을 청구한 외국법원의 재판상 문서를 외국재판으로 인정하지 않은 중국판례가 있다. 중국 강문시중급인민법원은 (2017) 粵07协外认20号 재정에서 싱가포르공화국 초급법원이 선고한 유언인증서를 승인이 가능한 외국판결로 인정하지 않았다. 그 이유는 “싱가포르공화국 초급법원이 마이루위샤오(麦瑞尧)의 최후유언에 대하여 선고한 2003년DCP4호 유언인증서는 법원재판의 성질을 가지는 법률문서에 해당하지 아니하며, ‘중화인민공화국과 싱가포르공화국 간의 민사 및 상사에 관한 사법공조조약’(中华人民共和国和新加坡共和国关于民事和商事司法协助的条约)제2조 규정에 부합하지 아니한다” 는 것이다.

또한, 한국의 화해권고결정을 외국재판으로 보아 승인한 중국판례가 있다. 중국 연변조선족자치주중급인민법원은 (2017) 吉24协外认263号 재정에서 대한민국 춘천지방법원 영월지원이 선고한 화해권고결정을 승인하였다. 그 이유는 “대한민국 춘천지방법원 영월지원이 선고한 2012제1555호 화해권고결정은 중국법률에서 규정한 외국법원판결의 효력을 승인하는 요건에 부합한다” 는 것이다.

이어서 한국의 협의이혼의사확인서를 외국재판으로 보아 승인한 중국 판례가 있다. 중국 길림시중급인민법원은 (2015) 吉中民一初字第87号 재정에서 대한민국 인천지방법원이 내린 협의이혼의사확인서를 승인하였다. 그 이유는 “대한민국 인천지방법원이 2014년4월3일에 2014번1323호 협의이혼의사확인서는 중국법률에서 규정한 외국법원의 판결, 재정의 효력을 승인하는 요건에 부합한다” 는 것이다.

그리고 한국의 이혼조정조서를 외국재판으로 보아 승인한 중국판례가 있다. 중국 연변조선족자치주중급인민법원은 (2017) 吉24协外认255号 재정에서 대한민국 서울가정법원이 내린 2016제53407호 조정조서를 승인하였다. 그 이유는 “대한민국 서울가정법원이 내린 2016제53407호 조정조서는 중국법률에서 규정한 외국법원의 판결의 효력을 승인하는 요건에 부합한다” 는 것이다.

3. 검토

(1) 외국의 의미

외국재판의 전제는 재판이 외국에서 내려진 것이다. “외국”의 의미는 한국과 중국의 현행법 및 판례에서 자세히 설명되지 않는다. 재판이 행해진 “외국”이 반드시 승인국이 인정한 주권국가만 의미하는지 승인국의 영토 외의 지역까지 포함할 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 재판권은 국가주권에 기하여 존재하기 때문에 재판이 행해진 곳이 국제사회에서 인정받은 주권국가가 아니거나 주권 자체가 인정되지 않는다면 “외국재판”으로 보기 힘들다. 그런데 국가주권이 인정되지 않은 곳에서 행해진 재판이 외국에서 승인될 현실적인 필요성이 존재할 수 있다.

생각건대, 외국재판의 “외국”을 승인국 정부가 인정한 주권국가로 해석하는 것은 국가 간의 판결의 승인 및 집행과 지역 간의 판결의 승인 및 집행을 구분하는 데에 의미가 없지 않다. 중국실무에서 법제의 차이

로 마카오, 홍콩과 대만의 판결은 직접적으로 중국 대륙에서 집행될 수 없고 외국판결처럼 중국 대륙의 법원에 승인 및 집행을 청구하여야 한다. 만약 “외국”의 의미를 주권국가에 국한하지 않는 것으로 해석하면 마카오, 홍콩과 대만의 판결의 승인 및 집행은 외국판결의 승인 및 집행으로 볼 수 있고 국가주권의 문제를 일으킬 수 있다. 그런데 승인국에서 주권을 인정받지 않는 곳에서 행해진 재판이 승인국에서의 승인이 필요할 수 있다. 더불어 지역 간의 판결의 승인 및 집행은 한 주권국가에서만 가능하기 때문에 해당 국가의 영토 외의 곳으로 해석하면 국가주권의 문제가 없을 것이다. 따라서 외국재판의 “외국”은 주권국가에 한하지 않고 승인국의 영토 외의 곳으로 이해하는 것이 상당하다.

(2) “법원”의 의미

외국재판의 선고기관은 법원이어야 승인의 대상이 될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 여기서 법원은 법원의 명칭을 가지는 기관만 의미하는 것이 아니라 사적인 권리분쟁에 재판권을 행사할 수 있는 기관으로 이해되어야 한다. 각국은 사법기관에 대한 규정이 다르고 법원의 권한을 가지는 기관이 실제 재판을 하지만 법원의 명의를 부여받지 않을 수 있기 때문이다. 외국의 법원 또는 국가에서 사법권을 부여받은 기타 기관이 재판권을 행사할 수 있는지 여부는 절차가 법정지법에 의한다는 원칙에 의거하여 해당 국가의 내국법에 따른다. 그러므로 승인의 대상이 될 수 있는 외국재판은 재판국법에 의하여 재판권을 가지는 기관에서 내려지면 족하고 법원의 명의로 규정된 기관에 제한되지 않는다.

(3) 외국판결의 의미

또한, 그 의미상 “외국판결 및 재정”만 언급하는 중국 민사소송법에 비하여 “외국법원의 확정판결” 외에 “이와 동일한 효력이 인정되는 재

판”을 규정하는 한국 민사소송법은 외국판결의 의미를 상대적으로 완화해서 규정하는 모습이 보인다. 하지만 “판결”에 한정하지 않고 외국재판의 명칭이나 형식을 불문하고 외국법원에서 내려진 법률관계에 대한 모든 재판은 승인의 대상이 될 수 있다는 것이 양국 현행법의 입장이다.

이와 관련하여 한국은 “재판권을 가지는 외국의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상의 법률관계에 관하여 독립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 중국적으로 한 재판”으로 외국판결의 의미를 강조한 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결이 있지만 “인낙조서는 확정판결과 동일한 효력을 가지고 있으므로 일본국 재판소의 인낙조서를 외국법원의 확정판결에 준한다”고 확정판결과 동일한 효력을 강조한 제주지방법원 1998. 5. 28. 선고 97가합2982 판결이 있다. 중국은 유언인증서의 승인을 거부함으로써 외국판결의 의미를 강조한 (2017)粵07协外认20号 재정이 있지만 화해권고결정, 협의이혼의사확인서와 이혼조정조서를 승인함으로써 외국판결을 넓게 파악한 재정도 있다. 즉, 양국 판례는 승인의 대상이 외국재판임을 강조하지만, 재판의 형식이 아니고 확정판결과 동일한 효력을 가지는 것도 승인의 대상에 포함될 수 있도록 폭넓게 이해하고 있다.

여기서 외국판결의 의미는 “확정판결과 동일한 효력”을 강조하느냐 “재판”을 강조하느냐에 따라 다르게 이해될 수 있다. 확정재판과 동일한 효력만 요구하면 판결, 한국법상의 결정 또는 중국법상의 재정 외에 기판력, 집행력 등 확정재판과 같은 효력을 가질 수 있는 중국법상의 조정서(한국법상의 조정조서)와 한국법상의 화해조서(중국법상의 재판상 화해에 의한 조정서), 화해권고결정 등은 당연히 재판과 같이 승인의 대상이 될 수 있다.

그런데 “재판”은 법원이 분쟁에 대하여 사실관계를 인정하고 법률을 적용하여 판단하는 개념으로서 당사자 양쪽의 일치된 자율적 의사에 의하여 성립된 조정, 화해와 근본적인 차이가 있다. 조정조서와 화해조서의 내용은 법원의 판단이 아닌 당사자의 의사에 따라 이루어지기 때문이

다. 더불어 조정과 재판상화해의 과정에는 어느 정도 법원의 참여가 있지만 민간조정과 재판외화해의 과정에는 법원의 참여가 없고 당사자의 심문 등을 보장하는 절차도 없다. 그리하여 조정과 화해는 엄격하게 보면 “재판”에 해당하지 않는다. 설령 조정조서와 화해조서가 재판국에서 확정판결과 같은 효력이 인정되더라도 승인국에서 재판의 효력을 인정하는 것이 타당한지 여부는 불확실하다.

생각건대, 법원의 관여에서 성립된 재판상화해, 법원조정 등은 확정판결과 동일한 효력을 가지면 승인의 대상이 될 수 있다. 우선, 외국판결의 의미를 넓게 인정하는 것은 최대한 많은 종류의 외국재판을 승인하는데에 큰 의미가 있다. 법원 또는 기타 사법기관이 선고한 재판은 최종적 분쟁의 해결수단으로 해석될 수 있으나 이와 다른 분쟁해결 수단으로 화해, 조정 등이 존재하고 있다. 그 중 재판상화해와 조정은 재판이 아니지만 법원의 관여에 의해서 성립되고 재판보다 시간 또는 비용을 줄일 수 있기 때문에 당사자에게 보다 효율적인 분쟁해결 방식일 수 있다. 그럼에도 불구하고 단지 엄격한 의미에서 재판에 해당되지 않는다는 이유로 승인하지 않으면 당사자가 승인국에서 동일한 소를 제기할 수밖에 없다. 화해조서와 조정조서가 외국에서 승인이 불가능할 것으로 예상되면 당사자가 일회적인 분쟁해결을 위하여 재판을 선택하게 될 수 있고 재판국 법원의 심리부담을 가중할 수 있다. 또한, 당사자의 심문보장은 소송절차에서 요구되는 것은 필요하지만 법원조정과 재판상화해에서도 요구될 필요가 있는지는 의문이다. 소송절차에서 당사자의 심문 또는 기타 소송권리를 보장하지 않으면 법원은 일방만의 주장에 의하여 당사자에게 불리한 판결을 선고할 수 있기 때문에 소송절차에서 당사자의 심문 등을 보호하여야 한다. 그런데 소송상화해는 소송이 계속되는 동안 행해지지만 당사자의 합의에 따라 이루어지기 때문에 법률상 절차에 제한을 두지 않는다. 법원조정도 법원이 당사자가 합의를 이룰 수 있게 촉진하는 역할을 하지만 법률상 절차에 제한을 두지 않는다. 이와 같이 재판상화해와 법원조정은 법원의 재판과 다른 제도임에도 불구하고 소송절차와 동

일한 기준으로 재판상화해와 법원조정 절차를 요구하는 것이 타당하지 않다. 따라서 승인의 대상을 좁은 의미에서의 재판으로 한정할 필요가 없다.

그렇지만 외국재판을 폭넓게 인정한다고 하더라도 모든 정식 판결과 유사한 효력을 가지는 것을 다 재판으로 인정한다는 것은 아니다. 법원의 관여 없이 이루어지는 재판외화해, 다른 기관의 주도 하에서 이루어지는 조정 등은 승인의 대상에서 제외되어야 한다. 한국 민사소송법 제20조는 “화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있는바, 소송계속중인 당사자 양쪽이 양보한 끝에 일치된 결과를 법원에 진술하고 이에 따라 작성된 화해조서는 확정판결과 같은 효력이 생긴다. 따라서 법원의 관여로 성립된 재판상화해는 화해계약의 효력만 가지는 재판외화해와 구분된다. 한국 민사조정법 제29조는 “조정은 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다”고 규정하고 있는바, 법원조정이 이루어져 작성된 조정조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다. 이와 같은 법원조정은 민간조정 등 재판외조정과 구분된다. 중국도 법원조정으로 작성된 조정서 또는 재판상화해의 당사자의 신청에 따라 작성된 조정서에 확정판결과 같은 효력을 인정하고 있다. 중국법상 조정서는 중국 민사소송법 제93조와 제97조, 최고인민법원의 인민법원 민사조정에 관한 여러 문제의 규정(最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定) 제4조에 따라 법원조정에 의한 조정서와 재판상화해에 의한 조정서로 나뉜다. 중국 민사소송법 제93조는 “인민법원이 민사사건을 심리할 때 당사자의 자원(自願)원칙에 따라 사실이 명확한 기초에서 시비를 구분하고 조정할 수 있다”고 규정하고 있다. 동법 제97조는 “조정합의를 이루는 경우 인민법원은 조정서를 제작하여야 한다. 조정서는 소송청구, 사건의 사실과 조정결과를 기재하여야 한다.....당사자 양쪽은 조정서를 송달받고 서명한 후 법적 효력이 발생한다”고 규정하고 있다. 즉, 중국은 법원조정으로 성립된 조정서를 확정판결과 같은 효력이 있는 것으로 본다. 또한,

“최고인민법원의 인민법원 민사조정에 관한 여러 문제의 규정” 제4조는 “당사자는 소송과정에서 스스로 화해합의를 이루는 경우 인민법원은 당사자의 신청에 의하여 화해합의를 확인하고 조정서를 제작할 수 있다”고 규정하고 있다. 이에 따르면 당사자의 신청에 의하여 법원이 재판상화해의 내용을 확인하고 조정서를 작성하면 확정판결과 같은 효력을 가진다. 즉, 재판상화해와 법원조정에만 확정판결과 같은 효력을 인정하는 것이 양국 현행법의 입장이다.

재판상화해와 재판외화해의 차이는 법원이 작성한 화해조서가 있는지 여부이고 법원조정과 기타 민간조정의 차이는 조정기관이 법원인지 여부와 법원이 작성한 조정조서가 있는지 여부일 뿐이지만, 법원의 관여로 재판상화해와 법원조정은 확정판결과 같은 효력을 가지게 되는 반면에, 재판외화해와 민간조정으로 이루어진 조서는 민법상의 계약과 같은 효력만 가진다. 당사자 한쪽이 이러한 조서를 이행하지 않으면 상대방 당사자는 조서를 근거하여 법원에 강제집행을 신청할 수 없고 다시 소를 제기하고 확정판결을 받아야 강제집행을 할 수 있다. 이와 같이 민법상의 계약의 효력만 가지는 조서는 국내에서도 확정판결로 취급되지 않고 집행권원으로 간주되지 않는데 외국의 조서가 국내 확정판결로 인정되는 것은 더욱 타당하지 않다. 따라서 판결이 아닌 화해조서 및 조정조서 등은 확정판결과 같은 효력을 가져야 승인의 대상이 될 수 있다.

이러한 법리에 비추어 일본의 인낙조서를 승인한 제주지방법원 1998. 5. 28. 선고 97가합2982 판결과 한국의 화해권고결정을 승인한 (2017) 吉24协外认263号 재정, 한국의 이혼조정조서를 승인한 (2017) 吉24协外认255号 재정은 타당하다고 본다. 반면, 승인의 대상을 좁은 의미상 외국판결로 제한하는 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결의 입장은 타당하지 않다. 해당 판결에서 미국의 소위 “승인판결”의 효력을 명확히 기재하지 않았다. 만약 미국의 승인판결이 확정판결과 같은 효력을 가지는 경우, “피고의 대리인인 변호사가 그 제안된 판결내용을 검토하였다는 것과 피고에게 위 규정상의 절차를 이용함에 따라 포기하게 되는

소송법상의 권리 및 방어수단에 관하여 설명하고 그 절차를 이용하도록 조언하였다는 것을 서면으로 확인하는 과정”을 당사자 간의 화해로 이해하면 “판결”의 명칭으로 등록된 재판상 문서를 재판상화해로 작성된 화해조서로 이해할 수 있고 승인의 대상으로 볼 여지가 없지 않다고 본다. 유언인증서는 법원의 공증 또는 인증을 통하여 유언의 진실성을 추정하는 효력만 발생하기 때문에 확정판결과 같은 효력으로 볼 수 없다. 그러므로 싱가포르의 유언인증서를 승인하지 않은 (2017) 粵07协外认20号 재정은 상당하다고 본다.

또한, 한국에서 협의이혼을 하고자 하는 사람은 법원에 협의이혼의사 확인을 신청하고 법원이 작성한 협의이혼의사확인서를 교부 또는 송달받고 3개월 이내에 동사무소를 방문하여 최종 이혼신고를 하면 혼인관계의 해소 효력이 발생한다. 그런데 한국 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제 75조 제3항에 따르면 협의상 이혼을 하고자 하는 사람이 가정법원으로부터 확인서등본을 교부 또는 송달받은 날부터 3개월 이내에 그 등본을 첨부하여 이혼신고를 하지 않으면 그 가정법원의 확인은 효력을 상실하게 된다. 그렇다면 협의이혼의사확인서는 법원이 당사자의 합의에 따라 작성하지만 확정판결과 같은 효력이 없으며, 협의이혼절차에서 이혼신고를 위한 필수적이고 행정적인 문서에 불과하다. 그러므로 한국의 협의이혼의사확인서를 승인한 (2015) 吉中民一初字第87号 재정은 타당하지 않다고 본다.

II. 확정재판

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조에 따르면 승인의 대상이 되는 외국재판은 확정재판이어야 한다. 외국가사재판도 그 예외가 아니다. 확정재판은 법원이 내린 중국판결에 대하여 당사자의 불복상소로도 취소할 수 없게 된

상태이다.³⁷⁾ 구체적으로 한국법의 형식적 확정력에 상응하는 효력이 다.³⁸⁾ 외국가사재판의 승인에 있어서 해당 재판은 중국재판임을 요구하는 것에 큰 이의가 없으나 “확정”에 대하여 일반 외국재판과 다르게 봐야 한다는 견해가 있다.³⁹⁾ 이 견해에 따르면 가사재판에 대한 확정은 민사소송법상의 확정이 아니라 통상적인 방법으로 불복할 수 없는 상태이다. 그 이유는 가사재판이 신속하게 재판의 취지를 실현할 필요가 있고, 가사재판이 끝난 후 사정변경에 적절하게 대처할 필요가 있기 때문에 형식적 확정재판이 있었다더라도 그 후 사정변경을 이유로 다시 재판을 청구할 수 있기 때문이다. 이러한 가사재판의 특징을 반영하여 외국가사재판의 승인에 실질적 확정과 무관하게 형식적 확정만 요구한다.

또한, 당사자가 외국재판의 승인만 구하고 집행을 위하여 집행판결을 구하지 않는 경우 확정재판의 요구가 필요한지 여부에 대한 문제가 제기될 수 있다. 외국하급법원의 중국재판을 승인하더라도 이는 한국에서 강제집행을 위하여 집행판결을 받아야 하며, 확정되지 않는 중국재판을 승인하더라도 승인국에 부정적인 영향을 미치지 않으므로 굳이 엄밀한 확정재판을 요구하지 않아도 되기 때문이다.

그리고 가집행 선고부 1심 판결과 같은 확정되지 않았지만 집행력이 있는 중국판결, 가압류, 가처분 등 보전처분이 승인의 대상이 될 수 있는지를 따져보아야 한다. 한편, 가집행선고가 붙은 외국재판의 승인가능 여부에 대하여 재판국에서 집행될 수 있어도 확정되지 않는 한, 한국에서 승인될 수 없다는 입장이 있다.⁴⁰⁾ 다른 한편, 보전처분을 승인대상에서 배제해야 한다는 견해가 있다.⁴¹⁾ 이 견해에 따르면 판결의 형식으로 된 보전처분은 판결의 확정에 의하여 형식적 확정력이 발생하고 결정으로 된 보전처분은 이의에 의한 판결이 확정됨에 따라 형식적 확정력이

37) 이시윤, 앞의 책, 625.

38) 석광현, 앞의 책, 349.

39) 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”, 國際私法研究 제23권 제2호(2017), 306.

40) 석광현, 위의 책, 349.

41) 석광현, 위의 책, 351.

발생하므로 확정성은 어느 정도 인정되며, 사건을 완결시키고 심급을 이탈시키는 재판으로 중국적 재판을 이해하면 보전처분의 중국성을 인정할 수 있더라도 보전처분은 분쟁해결의 임시성, 잠정성을 가지고 결국 “분쟁을 중국적으로 해결하는 재판”이 아니므로 승인대상에서 배제된다. 하지만 보전명령의 취소·변경 가능성 및 권리실현의 필요성과 채무자의 재산을 동결할 필요가 있는 긴급성, 채무자의 손해회복가능성 등을 종합적으로 고려하여 채권자를 보호하는 요청이 채무자를 보호하는 요청을 상회하는 경우에는 외국법원에 의한 보전재판의 승인·집행을 인정하여야 한다는 반대견해가 있다.⁴²⁾

이와 관련해서 한국 서울고등법원은 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결⁴³⁾에서 외국법원의 확정판결의 의미를 다음과 같이 설명하였다. 그것은 “외국에서 사법상의 법률관계에 관하여 재판권을 행사하는 권한을 가지고 있는 기관이 한국의 법령에 비추어 실질적으로 보아 사법상의 법률관계에 대하여 당사자 양쪽의 심문을 보장하는 절차에 따라 법원이 중국적으로 내린 민사판결로서 구체적인 이행청구권을 표시하여 이행을 명하는 재판으로서 통상의 불복신청의 방법으로는 불복할 수 없는 상태로 된 것”이다. 더불어 외국법원의 확정판결의 판단기준에 대하여 “그 판결을 한 외국의 법령이 정함에 따라 판단하여야 한다”고 판시하며, 재판국법에 따른다는 입장이다. 승인요건의 심사대상인 미국 연방연방순회항소법원의 판결 확정여부에 대하여 “피고가 미국 제2심판결에 대하여 상고를 포기하였으므로 미국 제1, 2심판결은 통상의 불복방법으로는 더는 불복할 수 없게 되어 확정되었다”고 판시하였다.

한국 부산지방법원은 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판

42) 한충수, "국제민사소송절차와 국제도산절차에서의 외국재판-외국보전재판의 승인 및 집행가능성을 중심으로-", 민사소송 제20권 제2호(2016), 54.

43) 이 사건은 원고가 피고에 대하여 미국 텍사스 동부지방법원 러프킨 지원이 2009. 10. 30. 선고한 판결에 기초하여 집행판결을 구하는 사안이다. 최종판결인 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결에서 확정판결은 논의되지 않았지만 원심판결 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결에서 확정판결의 의미는 설명된다. 외국가사재판에 대하여 집행판결을 청구하는 사안이 아니지만 외국가사재판의 승인에 적용할 수 있으므로 이 판례를 소개하고자 한다.

결에서 판결의 확정에 대하여 다음과 같이 설명하였다. 그것은 “판결의 확정이라 함은 그 판결을 한 외국의 절차에 있어 통상의 불복방법으로는 더 이상 불복할 수 없는 상태”이다. 외국판결의 확정여부의 기준에 대하여 “무엇이 통상의 불복방법에 해당하는가는 당해 판결국법에 의하여 결정한다”고 판시하였다. 즉, 외국판결의 확정여부는 재판국법에 따른다. 승인요건의 심사대상인 미국판결에 대하여 “피고가 항소기간 내에 항소를 제기하지 않으므로 이 미국판결은 미국법 및 법원규칙이 규정하는 상소기간이 경과함으로써 더 이상 통상의 불복방법으로써는 다룰 수 없게 되어 확정되었다”고 판시하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조와 이혼승인 특별규정 제12조는 외국재판에 법적 효력이 이미 발생한 것을 승인요건으로 요구하고 있다. 이는 외국판결이 유효하다는 것만 가리키는 것이 아니며 확정된 중국재판이어야 법적 효력이 발생하기 때문에 승인이 가능한 재판은 확정된 중국재판이어야 한다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 이 견해에 따라 중국 민사소송법 제282조에서 “이미 법적 효력이 발생한 판결”을 재판국에서 소송절차가 이미 종결되어 당사자가 더 이상 불복할 수 없고 이미 법적 효력이 발생한 판결로 이해한다. 즉, 중국법은 법적 효력이 발생한 판결을 확정판결과 같은 의미로 사용한다는 것이다. 이에 따라 중국법원은 외국재판이 확정재판인지의 여부를 조사하여야 하며, 명확하지 않은 경우 승인을 청구하는 당사자가 이에 대한 입증책임을 가진다. 이혼승인 특별규정 제8조에 의하여 외국법원의 이혼판결에서 이미 효력이 발생했다고 기재하지 않았거나 효력발생의 시간을 기재하지 않은 경우, 이의 승인과 집행을 신청하는 당사자는 해당 외국법원이 발급한 판결이 이미 효력이 발생했다는 증명문서를 제출하여야 한다.

44) 李旺, 앞의 책, 125.

이와 관련해서 외국재판의 중국성을 요구한다는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 이 견해에 따라 중국판결은 사법구제를 받을 수 없는 것이며, 제1심법원의 판결은 필히 중국성을 가지는 것이 아니고 당사자가 상소⁴⁶⁾를 포기하거나 상소기간에 상소를 제기하지 않거나 상소를 제기한 후 상소를 취하하는 경우에만 중국적인 효력을 가진다. 이는 외국재판이 자국에서 승인 및 집행되기 위하여 재판에서 인정된 권리는 반드시 확정되고 구체적이고 집행이 가능해야 하기 때문이다. 이와 비슷하게 중국에는 “한 국가의 법원 또는 재판권을 가진 기타 기관이 내국법에서 규정된 절차에 따라 소송사건의 절차적 문제와 실체적 문제에 대한 구속력이 있고 이미 법적 효력이 발생한 판결 또는 재정”으로 중국판결을 해석하는 견해가 있다.⁴⁷⁾

확정재판의 요건은 중국과 외국 간의 국제조약에서 규정된 경우가 많다. 중화인민공화국과 프랑스공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和法兰西共和国关于民事商事司法协助的协定) 제22조는 승인 및 집행의 거부사유에서 “재판국법에 따라 해당 재결이 아직 확정되지 않거나 집행력이 없는 경우”를 규정하고 있다. 중화인민공화국과 폴란드인민공화국 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定) 제20조는 승인 또는 집행의 거부사유에서 “재판국법에 따라 해당 재결이 아직 효력이 발생하지 않거나 집행할 수 없는 경우”를 규정하고 있다. 중화인민공화국과 쿠웨이트국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和科威特国关于民事和商事司法协助的协定) 제21조는 승인 및 집행의 거부사유에서 “재판국법에 의하여 중국적 재결이 아니거나 집행력이 없는 경우”를 규정하고 있다.

45) 钱锋, “终局性:外国法院民商事判决承认与执行的先决条件”, 载《法律适用》2006年第6期, 54.

46) 중국의 경우, 상소는 제1심 재판에 불복하는 것만 의미하는 것으로 한국의 항소와 같은 의미이다.

47) 肖永平, 国际私法原理, 法律出版社(2003), 421.

“2019년 협약” 도 이에 관한 규정을 두고 있다. 이 협약 제4조 제3항에 따르면 판결은 재판국에서 효력이 발생할 때만 승인될 수 있고 재판국에서 집행될 수 있을 때만 집행될 수 있다.

이와 관련해서 중국 진강시중급인민법원은 (2016)苏11协外认1号 재정에서 법적 효력이 이미 발생한 것을 증명할 수 없으므로 미국 메릴랜드주 볼티모어 순회법원의 03-C-14-0953번 이혼판결의 승인을 거부하였다. 그 이유는 “중국 민사소송법 사법해석 제543조에 의하여 신청자가 인민법원에 외국법원의 판결, 재정을 승인 및 집행을 청구할 때 외국법원이 내린 판결 또는 재정의 법적 효력이 이미 발생했다는 문서를 제공하여야 한다. 이혼승인 특별규정 제8조에 의하여 외국법원의 판결은 이미 효력이 발생했다는 것을 기재하지 않거나 효력발생의 시간을 기재하지 않는 경우 이의 승인과 집행을 신청하는 당사자는 해당 외국법원이 발급한 판결이 이미 효력이 발생했다는 증명문서를 제출하여야 한다. 본 사건 중 당사자가 제공한 미국 메릴랜드주 볼티모어 순회법원이 선고한 이혼판결은 해당 판결의 효력이 이미 발생했다는 것을 기재하지 않았거나 효력발생의 시간을 기재하지 않았고 당사자도 해당 판결의 효력이 이미 발생했다는 기타 증명문서를 제공하지 않았으므로 해당 외국법원의 판결을 승인하는 신청이 법률규정에 부합하지 않는다” 는 것이다.

3. 검토

(1) “법적 효력이 이미 발생한 것” 과 “확정판결”

위에서 살펴본 바, 중국 민사소송법 제28조는 외국재판에 “법적 효력이 이미 발생하였을 것” 을 요구하고 이혼승인 특별규정 제8조와 제12조는 외국이혼판결에 “법적 효력이 이미 발생한 판결” 을 요구한다. 이와 관련해서 효력의 발생여부를 확인할 수 없는 미국재판의 승인을 거부한 (2016)苏11协外认1号 재정을 통하여 중국법원의 태도는 법적 효력의 발

생을 요구한 현행법 태도와 일치한다. 반면, 한국 민사소송법 제217조는 외국재판에 “확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”을 요구하고 있다. 확정판결을 “통상의 불복신청의 방법으로는 불복할 수 없는 상태”로 설명한 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결과 판결의 확정을 “그 판결을 한 외국의 절차에 있어 통상의 불복방법으로는 더 이상 불복할 수 없는 상태”로 설명한 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결을 보면 한국법원은 현행법과 같이 외국재판이 확정판결임을 요구하고 있다. 그렇다면 중국법상 “법적 효력이 이미 발생했을 것”과 한국법상 “확정판결”은 같은 의미인지를 살펴보아야 한다.

“법적 효력이 이미 발생했을 것”은 그 의미상 외국재판의 유무효로 이해할 수 있다. 외국재판의 승인은 외국재판의 효력을 자국에서 생기게 하는 것이므로 외국재판이 유효할 것을 전제로 하며, 재판국법상 무효인 재판은 형식상 확정되었다고 승인의 대상에서 제외된다.⁴⁸⁾ 즉, 판결의 확정과 판결의 유무효는 다른 것이다. 그렇다면 “법적 효력이 이미 발생했을 것”은 해석상 논란이 없지 않다.

하지만 중국 민사소송법에는 “확정판결”이라는 용어를 사용하지 않는 것이 사실이다. 중국 민사소송법 제155조는 “최고인민법원의 판결과 재정, 또는 법률에 의하여 상소를 허용하지 않거나 상소기간이 경과하여 상소를 제기하지 않은 판결과 재정은 법적 효력이 발생한 판결과 재정이다”고 규정하고 있고, 한국 민사소송법 제498조는 “판결은 상소를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니한다”고 규정하고 있다. 즉, 중국법상 “법적 효력이 이미 발생했을 것”을 한국법상 통상적인 방법으로 불복할 수 없는 확정판결과 같은 의미로 해석할 수 있다. 이 외에도 한국법상 확정판결과 관련된 사항은 중국법에서 “법적 효력이 이미 발생했을 것”으로 규정된 경우가 많다. 예컨대, 한국 민사소송법 제156조의2에서 열람 및 복사를 할

48) 석광현, 앞의 책, 348.

수 있는 판결서를 “판결이 확정된 사건의 판결서” 로 규정하고 있는데 중국 민사소송법 제156조는 “대중은 법적 효력이 이미 발생한 판결서와 재정서를 열람할 수 있다” 고 규정하고 있다. 또한, 학설상 외국법의 확정판결은 한 국가의 법원 또는 재판권을 가지는 기타 기관이 내국법에서 규정된 절차에 따라 소송사건의 절차 문제와 실체문제에 대한 구속력이 있는 판결과 재정, 즉 법적 효력이 이미 발생하였을 판결과 재정이라는 주장이 있다.⁴⁹⁾ 따라서 설령 “법적 효력이 이미 발생했을 것” 은 재판의 유효를 요구하는 것으로 이해할 수 있지만 한국법상 확정판결과 같은 의미를 가지는 것이 상당하다고 본다.

(2) “확정판결” 의 필요성

앞에서 설명한 것과 같이, 확정이란 상소 등 통상적인 방법으로 법원에 불복할 수 없는 상태이다. 즉, 당사자가 더 이상 수소법원에 해당 외국판결의 폐기 또는 변경을 청구할 수 없는 상태이다. 그런데 외국가사재판의 승인에서도 확정재판을 요구할 필요가 있는지를 검토하고자 한다.

아직 확정되지 않은 외국판결은 상급심법원에 의하여 변동될 가능성이 있다. 확정되지 않은 외국판결의 집행을 허용하면 이 판결 결과가 최종 확정판결과 상이한 경우, 확정판결과 다른 결과의 집행으로 인한 당사자의 손해를 일으킬 수 있고 이러한 손해를 배상하거나 그 상태를 집행 전으로 회복하기 어렵다. 한국은 자동적 승인제도를 채택하지만 외국재판의 집행력은 집행판결에 의하여 부여된다. 그렇다면 확정판결의 요구는 확정판결과 다른 결과의 집행으로 인한 손해를 방지하기 위함이므로 외국재판의 승인에서도 확정판결을 요구하는지를 논의할 여지가 없지 않으나, 중국에서 외국재판의 승인 및 집행은 모두 법원의 재정을 받아야 하지만 소 제기 시 집행을 청구하지 않더라도 승인을 허가한 재정을 가지

49) 郑远民, 国际私法/国际民事诉讼法与国际商事仲裁法(第1版), 中信出版社(2002), 191.

고 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 즉, 중국에서 승인을 허가한 재정은 외국판결의 기판력 등 효력만 인정하는 것이 아니라 집행력까지 인정하는 것이다. 외국재판의 집행에 별도로 법원의 재판을 요하지 않는 제도에서 확정되지 않은 외국판결을 승인하면 확정판결과 다른 집행으로 인한 손해를 초래할 것이다. 더불어 내국판결은 가집행선고가 붙은 판결을 제외하면 확정된 후에만 집행력이 생긴다. 그럼에도 불구하고 확정되지 않은 외국판결의 집행을 허용하면 외국판결은 내국판결보다 강한 효력을 취득하는 것으로 볼 수 있고 이처럼 내국판결의 범위보다 넓게 외국판결의 효력을 인정하는 것은 타당하다고 보기 어렵다.

신분관계를 다루는 외국가사재판은 형성판결 또는 확인판결인 경우가 많다. 판결이 확정된 후 신분관계의 발생, 변경 또는 소멸의 효력이 생기기 때문에 형성판결과 확인판결은 집행의 필요가 없다. 그렇다면 신분관계를 신속하게 안정시키기 위하여 형성판결과 확인판결이 확정되기 전에 승인을 허용할 수 있는지를 따져보아야 한다. 신분관계의 변동을 가족관계등록부에 기재하는 것은 집행에 해당하지 않으나 집행의 성격을 가진다. 한국 가족관계의 등록 등에 관한 법률 제58조와 제78조에 따르면 재판상이혼의 신고는 이혼의 재판이 확정된 후에만 가능하다. 그 이유는 최종 확정판결과 다른 신분관계의 등록을 방지하기 위함이다. 재판상이혼도 이혼신고를 마쳐야 절차가 끝나는 한국과 달리, 중국은 재판상이혼에 이혼신고를 요하지 않는다. 이혼판결과 이혼조정에, 협의이혼의 이혼신고로 받은 이혼증과 같은 효력을 인정하기 때문이다. “이혼당사자의 재혼등기신청에 관한 보충규정”(关于离婚当事人申请再婚登记的补充规定) 제3조는 “중국인민법원의 제1심 이혼판결서를 지참한 당사자가 재혼을 신청하는 경우 법원이 발급한 이혼판결은 법적 효력이 발생하는 증명을 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 법적 효력이 발생한 이혼판결은 이혼증과 동일한 효력을 가지며, 소송이혼을 한 당사자가 이혼신고를 하지 않아도 법적 효력이 발생한 이혼판결을 가지고 재혼신청과 같은 이혼 후의 행위를 할 수 있다. 비록 “이혼당사자의 재혼등기신청

에 관한 보충규정”이 2007년 폐지되었지만 “혼인등기규범”(婚姻登記工作規範), “북경시혼인등기규범”(北京市婚姻登記工作規範) 등 혼인등기와 관련된 규정은 법적 효력이 발생한 이혼판결을 가지고 재혼등기를 허용하는 입장이다. 그렇다면 형성판결인 외국이혼판결이 아직 확정되지 않았음에도 불구하고 승인되면 당사자가 이를 근거하여 중국에서 재혼등기를 할 수 있을 것이다. 이 경우에, 최종 확정판결이 이혼을 허용하지 않는다면 아직 해소되지 않은 혼인관계와 새로 성립된 혼인관계의 공존으로 인한 논란이 생길 것이다. 그러므로 신분관계를 신속하게 안정시킬 필요가 있지만 이러한 안정도 확정판결에 의한 신분관계의 확정이 필요하다. 그렇지 않으면 확정판결과 다른 결과인 하급심판결을 승인함으로써 신분관계의 혼란을 초래할 것이다. 이러한 신분관계의 혼란을 신속하게 해결하기 어려운 현실을 고려하면 외국재판이 확정재판임을 요구하는 것은 타당하다고 본다.

또한, 외국재판이 아직 확정되지 않았지만 당사자가 제1심법원의 중국판결의 결과를 알 수 있다. 비록 항소와 같은 불복방법으로 판결을 변경할 수 있으나 당사자가 불복하지 않으면 판결은 그대로 확정될 것이다. 판결이 확정되기 전에 당사자에게 어느 정도 효력이 발생할 수 있다. 예컨대, 당사자 부부를 대상으로 매매계약을 체결하려는 제3자는 당사자 부부의 이혼판결을 알게 되는 경우, 비록 해당 이혼판결은 확정되지 않았지만 제3자는 계약을 체결하지 않기로 할 수 있다. 즉, 외국판결은 확정되기 전에 당사자에게 어느 영향을 미칠 수 있다. 그런데 이러한 영향을 외국판결의 효력으로 보기 힘들다. 앞에서 살펴본 바, 외국판결의 효력은 기판력, 형성력, 집행력 등이 있다. 이러한 효력은 판결에서 규율된 법률관계에서만 발생한다. 외국이혼판결은 당사자 간의 혼인관계를 해소하는 효력이 있지만 당사자와 제3자 간에 성립될 예정인 계약관계를 해소하는 효력이 있는 것으로 보기 어렵다. 그리고 단순히 외국재판의 존재를 입증하려면 일반 물증과 같은 방법으로 입증하면 족하고 해당 외국재판의 승인을 청구할 필요가 없다.

요컨대, 확정판결과 달리 집행되는 것으로 인한 손해를 피하기 위한 것인 점, 확정판결과 다른 신분관계의 승인으로 인하여 발생할 신분관계의 혼란을 피하기 위한 점, 확정되지 않은 판결이 당사자에게 미칠 모든 영향을 해당 판결의 효력으로 보기 힘든 점 등에 비추어 외국가사재판의 승인에 확정판결을 요구하는 것이 상당하다고 본다.

(3) 기관력의 요부

외국재판의 승인에서 재판의 확정에 따라 생기는 실질적 확정력, 즉 기관력도 요구하는지를 짚어보고자 한다. 일부 가사사건은 특성상 재차 제소할 수 있다. 예컨대, 중국에서 양육비 확정판결로 양육비에 관한 사항을 정했음에도 그 이후 사정변경이 인정되면, 양육비의 증감을 청구하는 소를 제기할 수 있다. 중국 최고인민법원의 “인민법원이 이혼사건을 심리할 때 자녀부양문제의 처리에 관한 여러 의견”(关于人民法院审理离婚案件处理子女抚养问题的若干具体意见) 제18조는 “자녀가 양육비의 증가를 청구할 때 부 혹은 모가 지불능력이 있고 다음 중 하나의 상황이 있을 경우 청구를 인용해야 한다. ① 원래 규정된 양육비가 현지 생활수준을 유지하기가 힘든 경우 ② 질병, 진학 등 원인으로 실제 수요가 원규정의 액수를 초과한 경우 ③ 기타 정당한 이유로 양육비를 증가해야 할 경우”로 규정하고 있다. 이와 관련하여 한국 민법 제837조 제5항은 “가정법원은 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 부·모·자녀 및 검사의 청구 또는 직권으로 자녀의 양육사항을 변경하거나 다른 적당한 처분을 할 수 있다”고 규정하고 있는바, 한국도 양육비청구에 관한 판결이 확정된 후 자의 복리를 위하여 필요하다고 인정할 때 양육비변경을 허용한다. 다만, 한국 가사소송법 제2조에 따라 양육비변경은 마류사건에 해당한다. 또는 이혼소송에서 이혼사유가 충족되지 않고 패소한 당사자가 혼인생활을 계속 유지하기가 어렵고 새로운 사유가 생기면 재차 이혼의 소를 제기할 수 있다. 외국가사재판의 승인에 있어

서 확정판결의 기판력을 요구한다면 이러한 재차 소제기를 허용하는 가사사건에 관한 재판은 기판력이 없는 것으로 볼 수 있으므로 승인될 수 없다.

요컨대, 양육비지급에 관한 판결이 확정되더라도 양육비변경은 자녀의 복리를 위하여 재차 청구를 허용하는 것이 양국법의 입장이다. 다만, 가사소송사건과 가사비송사건을 구분하지 않는 중국에서는 소송의 형식으로 이루어지고 가사소송사건과 가사비송사건을 구분하는 한국에서는 가사비송의 형식으로 이루어진다. 양국 양육비변경 재판의 형식이 다르지만 양육비지급에 관한 확정재판이 있는데도 그 이후 양육비변경을 허용하는 것이다. 그렇다면 양육비변경의 재판에 엄격한 의미상의 기판력을 인정하기 어렵다.

또한, 재차 이혼제소는 한국에서 기판력의 문제가 없다. 한국 민법 제 840조에서 규정된 이혼사유를 각각 별개의 소송물로 보기 때문이다. 당사자가 동일한 이혼사유로 이혼의 소를 재차 제기하면 기판력에 저촉된다.⁵⁰⁾ 즉, 이혼의 소를 재차 제기하더라도 동일한 이혼사유에 해당하지 않으면 새로운 소로 보아 기판력의 문제가 없을 것이다. 그런데 중국은 동일한 이혼사유에 대한 재차 제소를 허용한다. 중국 민사소송법 제124조 제7항은 “이혼을 허가하지 않은 판결 또는 화해(和好)의 조정이 있는 이혼사건, 입양관계의 유지로 판결을 선고하거나 조정이 성립된 사건은 새로운 경우 또는 새로운 이유 없이 원고가 6개월 안에 재차 제소를 하는 경우 수리하지 않는다”고 규정하고 있는바, 동일한 사유라도 6개월 후에 재차 제소를 허용한다. 따라서 이러한 가사재판에 엄격히 기판력을 인정하기 어렵다.

위와 같이 일정한 사건에서 확정판결이 있는데도 재차 제소를 허용하는 것은 일부 가사재판의 특성이다. 외국가사재판의 승인에 기판력을 요구하면 이와 같은 엄격한 기판력을 인정하기 어려운 재판은 승인의 대상에서 제외될 것이다. 따라서 외국가사재판의 승인에서 기판력을 요구하

50) 청주지방법원 2012. 11. 28. 선고 2012드단3228 판결 참고.

지 않는 것이 상당하다고 본다.

그렇지만 기판력이 없는 재판이 모두 승인의 대상으로 인정되는 것은 아니다. 기판력이 없으면 형식적 확정력이 결여될 수 있기 때문이다. 예컨대, 가집행선고가 붙은 외국재판은 재판국에서 집행력이 인정되기 때문에 집행될 수 있지만 아직 확정되지 않으므로 승인의 대상이 될 수 없다. 또는 증거결정, 증거보전결정과 같은 소송절차 내에서만 의미를 가지는 중간판결은 중국적 재판이 아니므로 승인되지 않는다.⁵¹⁾ 가압류, 가처분과 같은 보전처분은 판결이나 결정형식을 취하면 형식적 확정력이 있으나 결국 중국적으로 분쟁을 해결하는 것이 아니기 때문에 승인대상에서 제외된다. 지급명령은 이의신청이 기간 내에 제기되지 않는 경우 집행권원이 될 수 있으나 채무자가 청구이의의 소를 제기하고 지급명령의 효력에 대하여 다툴 수 있으므로 확정된 중국재판으로 볼 수 없다. 그리고 한국 가사소송법상 양육비 직접지급명령은 압류명령과 같은 집행력이 생기는데 양육비지급을 보장하는 제도로서 자녀복리를 보호하는 취지에 비추어 양육비 직접지급명령이 외국에서 재판으로 승인될 수 있는지는 논의의 여지가 있다. 그런데 양육비 직접지급명령은 본질상 이행확보를 위한 집행절차에 불과하고, 실제 집행권원은 양육비지급을 명하는 법원의 판결이다. 그렇다면 양육비 직접지급명령 제도를 마련하지 않는 국가에서 양육비지급을 명하는 외국판결은 승인을 통하여 효력이 인정되고 승인국법의 집행절차에 따라 집행됨으로써 양육비의 지급을 실현할 수 있다. 그러므로 양육비 이행판결이 아닌 양육비 직접지급명령이 승인의 대상으로 인정될 필요가 없다고 본다.

요컨대, 외국가사재판의 특성을 고려하여 외국가사재판의 기판력을 요구하지 않고 재판이 형식적 확정력을 갖추면 승인의 대상이 될 수 있다고 본다. 형식적 확정력을 갖추지 않는 중간판결, 가집행선고가 붙은 외국판결과 보전처분, 또는 집행권원이 아닌 이행확보를 위한 집행문은 승인의 대상에서 제외된다.

51) 석광현, 앞의 책, 350.

Ⅲ. 가사비송재판의 승인여부

1. 한국법

한국 가사소송법 제2조에 따르면 가사사건은 가사소송사건과 가사비송사건으로 분류된다. 외국가사재판이 가사비송재판에 해당하는지 여부는 승인국법에 의하여 결정된다.⁵²⁾ 그런데 외국재판의 승인요건을 규정하고 있는 한국 민사소송법 제217조는 승인의 대상인 외국재판이 비송재판을 포함하는지 여부를 명시하지 않고 있다. 따라서 외국가사재판이 한국 가사소송법에서 규정된 가사비송재판에 해당하는 경우에 이를 한국에서 승인할 수 있는지는 논의의 여지가 있다.

가사비송은 가정법원의 후견적 입장에서 합목적적인 재량에 의하여 법률에 따라 가사비송사건으로 규정되어 가정법원의 권한에 속하는 사건을 처리하는 재판절차이다.⁵³⁾ 한국 가사소송법 제34조에 의하면 가사비송절차는 이에 관한 특별규정을 제외하고는 비송사건절차법에 따른다. 따라서 가사비송사건의 심리는 민사비송사건의 심리와 같은 특성을 가진다. 즉, 가사비송절차는 당사자의 신청에 의하지 않고 개시되는 경우가 많고 대립하는 당사자를 필수로 하지 않으며, 재판은 심판(결정)의 형식을 취하고 기판력이 없고 항고에 의하여 불복할 수 있다.⁵⁴⁾ 한국 가사소송법 제17조에 따르면 가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리할 때에는 직권탐지주의를 적용하고 당사자의 변론에 구속받지 않기 때문에 이는 가사비송과 비슷한 면이 있다. 하지만 가사비송과는 다르게 가사소송은 소송의 형식이 유지되고 당사자의 변론기회가 보장될 필요가 있다.

52) 김원태, 앞의 글, 292.

53) 김홍엽, “가사소송의 특질-민사소송과 관련하여-”, 성균관법학 제22권 제3호(2010), 598-599.

54) 김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015), 83.

또한, 가사비송은 자유로운 증명으로 족하다는 점, 신분관계 및 그에서 비롯된 재산관계의 분쟁을 대상으로 하더라도 가정법원의 재량이 이에 적용될 실체법상의 판단기준이 되며, 가정법원이 후견적 입장에서 함묵 적적으로 일정한 법률관계를 형성하는 것이라는 점에서 가사소송과 구분 된다.⁵⁵⁾

이와 같은 차이점이 존재하지만 한국 민사소송법은 외국소송재판의 승인요건만 규정하고 있다. 외국가사비송재판에 외국가사소송재판과 동일한 승인요건을 적용하면, 오히려 외국가사비송재판이 승인될 가능성이 낮다. 예컨대, 필수적인 변론에 의한 외국가사소송재판을 기준으로 볼 때 필수적인 변론을 요하지 않는 외국가사비송재판은 절차적 공서위반으로 승인될 수 없다. 한국 민사소송법 제217조에서 규정된 확정판결을 형식적 확정력뿐만 아니라 실질적 확정력, 즉 기판력까지 요구하는 것으로 해석하면 기판력이 없는 외국가사비송재판은 승인될 수 없다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 외국가사비송사건이 제217조의 외국재판 등에 해당한다는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 그 이유는 한국 민사소송법 제217조는 확정판결뿐만 아니라 “이와 동일한 효력이 인정되는 재판”에 대하여도 제217조를 적용할 수 있는 취지로 개정되었고 확정재판인지의 여부는 그 효력에 달려 있기 때문이다.

이와 관련하여 명시적으로 가사비송재판이 승인의 대상이 될 수 있는지를 직접적으로 다루지 않지만 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결의 원심판결인 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결은 외국법원의 확정판결에 대해서 “당사자 양쪽의 심문을 보장하는 절차를 요구한 바 있다.

2. 중국법

55) 김홍엽, 앞의 글, 599.

56) 권재문, 앞의 글, 306.

중국은 가사사건에 대하여 소송사건과 비송사건을 구분하지 않기 때문에 가사사건은 소송사건의 절차에 따라 일률적으로 처리된다. 그렇다면 외국법에 의하여 비송사건으로 분류되는 가사사건이 중국법원에 승인 및 집행을 청구할 때 소송사건과 같이 승인 및 집행을 하는지, 또는 승인의 대상으로 보지 않고 승인 및 집행을 거부하는지는 명확하지 않다. 이에 대하여 중국 현행법에 규정이 없고 이를 다룬 학설과 판례도 없다.

3. 검토

앞에서 살펴보았듯이, 양국 현행법은 외국가사비송재판의 승인에 관한 명문규정이 없다.

우선, 외국가사재판을 가사소송재판으로 승인할지 가사비송재판으로 승인할지를 결정하는 데에 승인국법이 기준이 된다. 외국가사비송재판의 승인이라도 외국재판의 효력을 자국에서 인정하는 데에 외국가사소송재판의 승인과 차이가 없기 때문에 승인국법에 따른다. 재판국법을 기준으로 하면, 재판국법이 가사소송과 가사비송을 구분하고 승인국법이 이를 구분하지 않는 경우, 승인국에 가사비송의 제도가 없음에도 불구하고 가사비송절차를 기준으로 외국재판을 승인하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 더불어 재판국법에 따라 가사비송절차로 재판된 사항은 승인국에서 재판으로 처리되지 않고 행정기관에 의해서 처리되는 경우가 있다. 예컨대, 한국 가사소송법 제2조에 따르면 자녀 성의 변경허가는 가사비송사건에 해당한다. 그런데 중국에서 이름의 변경은 법원의 재판을 받을 필요가 없고 행정기관에 의해서 직접 처리될 수 있다. 외국에서 진행된 이름의 변경도 행정기관을 통해서 중국에서 그 효력을 인정할 수 있다. 그럼에도 불구하고 한국에서 가사비송절차로 처리된 자녀의 성의 변경이 중국에서 외국재판의 승인 및 집행절차를 거치는 것을 요구하면, 당사자의 소송부담을 가중하고 시간낭비를 야기할 수 있다. 따라서 승인국법은 가사소송사건과 가사비송사건을 구분하지 않고 외국에서 가사비송절차로

처리된 사건이 승인국법에서 규정된 행정사항에 해당하면 반드시 외국재판의 승인 및 집행절차에 따라 처리될 필요가 없다.

하지만 승인국법은 가사소송사건과 가사비송사건을 구분하는 경우, 외국가사비송재판의 승인이 필요하다. 이와 관련해서 외국비송재판의 승인에 관한 입법례가 없지 않다. 대만의 비송사건법(非訟事件法) 제49조는 “외국법원에서 확정된 비송사건의 재판은 다음 각호에 해당하는 경우, 그 효력을 승인하지 않는다. 1. 중화민국의 법률에 따라 외국법원이 관할권을 가지지 않는 경우 2. 이해관계인이 중화민국인이고 절차의 개시에 관한 소장 또는 통지는 적시적으로 송달되지 않음으로 인하여 이의 권리를 행사할 수 없게 되었음을 주장하는 경우 3. 외국법원의 재판이 공공질서 또는 선량한 풍속에 반하는 경우 4. 상호보증에 없는 경우. 다만, 외국법원의 재판이 중화민국인에게 불리하지 않을 경우 그렇지 않다”고 규정하고 있다. 여기서 외국비송재판의 승인요건은 외국소송재판의 승인요건과 크게 다르지 않다. 그리고 외국비송재판을 받은 당사자가 그 효력을 자국에서 인정받기 위하여 승인을 청구할 필요가 있다. 외국비송재판의 승인을 청구하는 이러한 현실적인 필요성을 무시할 수 없다. 따라서 외국가사비송재판은 승인의 대상이 될 수 있다고 본다.

외국가사비송재판이 승인의 대상이 될 수 있더라도 외국가사소송재판과 동일한 승인요건을 적용할 수 있는지도 분석할 필요가 있다. 외국재판에 대하여 “당사자 양쪽의 심문을 보장하는 절차”를 요구한 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결과 달리, 심문과 변론의 차이점에 입각하여 외국재판의 절차에 대하여 변론을 요하지 않는다는 취지로 확정재판과 동일한 효력을 가지면 승인될 수 있다는 견해가 제기되었다.⁵⁷⁾ 이 견해에 따르면 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결에서 “당사자에 대한 상호 간의 심문이 보장된 절차”로 언급한 “심문”은 “변론”과 구별되는 개념으로서 당사자 또는 이해관계인 등에게 의견을 진술할 기회를 부여하는 것으로 충분할 것이다. 그렇다면 “심

57) 권재문, 앞의 글, 306.

문”을 양쪽 당사자에게 대등한 공격 및 방어 기회가 제공되어야 하고 조서가 작성되어야 하는 변론보다 넓은 개념으로 파악해야 하므로 변론을 거치지 않는 외국가사비송재판도 한국법상 승인의 대상이 될 수 있다.

그런데 심문을 폭넓게 인정해야 한다는 이 견해는 가사비송재판에 한정하지 않고 가사소송재판에도 적용하면 문제가 될 것이다. 가사소송재판은 소송의 형식을 유지하기 때문에 변론 과정에서 양쪽 당사자에게 공평하게 재판을 받을 권리를 보장하여야 한다.⁵⁸⁾ 즉, 가사소송재판은 당사자의 변론기회를 보장할 필요가 있다. 당사자 또는 이해관계인에게 의견의 진술 기회를 주는 심문과 달리, 변론은 당사자 양쪽이 언어로 사실과 증거를 제시함으로써 상대방을 공격하거나 자기를 방어하는 것이다. 하지만 가사소송재판에서도 심문을 폭넓게 인정하면, 당사자에게 변론의 기회를 보장하지 않고 의견진술의 기회만 부여해도 적법한 절차로 볼 수 있게 된다. 이는 당사자의 변론을 보장해야 하는 가사소송의 요구에 어긋난다. 따라서 심문만 보장된다는 해석은 외국가사비송재판의 승인에만 인정할 필요가 있다.

게다가 가사비송절차에서 당사자 또는 이해관계인에게 실시된 심문은 필수적인 절차가 아니다. 한국 가사소송법 제38조는 “가정법원은 필요하다고 인정할 경우에는 당사자 또는 법정대리인을 당사자 심문 방식으로 심문할 수 있고, 그 밖의 관계인을 증인 신문 방식으로 심문할 수 있다”고 규정하고 있는바, 한국 가사비송절차에서 가정법원이 필요하다고 인정할 때에 심문을 할 수 있을 뿐이다. 그런데 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결은 당사자에 대한 상호 간의 심문이 보장된 절차를 요구한다. 심문이 법원의 판단에 의하여 진행될 수 있는 것을 “심문이 보장된 것”으로 볼 수 있는지 의문이다. 심문의 의미를 확대해석하더라도 심문이 필수적인 절차로 규정되지 않는 가사비송절차에서 당사자에게 상호 간의 심문이 보장된 것으로 보기 어렵다.

58) 이시윤, 앞의 책, 312.

이러한 의미에서 외국가사비송재판은 외국가사소송재판과 동일한 승인 요건을 적용할 수 없다. 이유는 앞에서 살펴본 바, 당사자의 변론기회의 보장을 요구하는 소송절차와 달리 비송절차는 법원이 필요하다고 인정할 때에 당사자 또는 이해관계인에게 심문을 할 수 있기 때문이다. 이와 같은 절차의 차이로 비송재판은 소송재판과 같은 절차상 요구를 만족할 수 없다. 또한, 법원은 소송재판의 기판력이 생긴 판결을 취소하거나 변경할 수 없는 반면, 비송재판의 심판이 확정되더라도 법원이 심판이 위법 또는 부당하다고 인정할 때에는 이를 취소하거나 변경할 수 있다. 이러한 효력의 차이로 비송재판은 소송재판의 확정판결의 요구를 만족할 수 없다.

요컨대, 승인국법이 가사소송과 가사비송을 구분하지 않고 외국사건이 승인국법에 따라 행정사항에 해당하는 경우, 이는 재판국에서 가사비송 절차에 따라 처리되어도 승인국에서 반드시 외국재판의 승인 및 집행절차에 따라 처리될 필요가 없다. 하지만 승인국법은 가사소송과 가사비송을 구분하고 이에 따라 외국가사사건은 가사비송사건에 해당하는 경우, 외국비송재판의 승인을 규율하는 입법례가 있고 그 승인요건이 외국소송재판과 크게 다르지 않은 점, 외국비송재판의 승인을 필요로 하는 경우가 있는 점에 비추어 외국가사비송재판은 승인의 대상이 될 수 있다. 다만, 소송절차와 비송절차의 차이를 고려하여 비송절차에 적용되지 않는 기판력, 필수적인 변론 등을 승인요건으로 요하지 않는 것이 상당하다고 본다.

IV. 승인가능한 외국가사재판의 종류

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조는 구체적으로 승인이 가능한 외국가사재판의 종류를 제한하지 않고 있다. 이와 관련해서 대법원 2013. 2. 15. 선고 20

12므66,73 판결은 이혼, 배우자 양육비, 양육비 지급 및 친권, 양육권 지정 등을 포함한 미국 오레곤주 법원의 이혼판결이 한국 민사소송법 제217조의 요건을 모두 충족한 것으로 판단하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조는 승인이 가능한 외국가사재판의 종류를 명시한 바 없으나 이혼승인 특별규정 제1조는 “중국과 사법공조협의를 체결하지 않는 외국의 법원이 선고한 이혼판결에 대하여 중국 국적을 가진 당사자는 본 규정에 의하여 인민법원에 외국법원의 해당 이혼판결의 승인을 신청할 수 있다”고 규정하고 있는바, 이혼승인 특별규정의 적용범위를 외국이혼판결로 제한한다. 동법 제2조는 “외국법원의 이혼판결에서 부부재산분할, 생활비부담, 자녀양육에 관한 판결의 승인 및 집행은 본 규정을 적용하지 않는다”고 규정하고 있는바, 외국이혼판결에서 재산관계를 다룬 부분은 이혼승인 특별규정의 적용범위에서 제외된다.

이와 관련하여 중국 광둥성선전시중급인민법원은 (2015)深中法涉外初字第204号 재정에서 “이혼승인 특별규정 제2조에 따라 본 법원은 해당 외국법원의 판결에서 혼인관계의 해소에 관한 내용만 심사한다”고 판시하였다.

또한, 외국이혼판결이 아닌 외국가사재판의 승인에 관한 중국판례가 있다. 중국 산둥시중급인민법원은 (2015)汕中法民一初字第2号 재정에서 미국 캘리포니아주 고등법원의 혼인무효 확인판결을 승인하지 않았다. “미국 캘리포니아주 고등법원의 판결은 이혼판결이 아니라 혼인무효를 확인하는 판결이다. 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정을 적용할 수 없다”는 것을 그 이유로 들었다.

3. 검토

양국의 현행법은 승인이 가능한 외국가사재판의 종류를 규정하지 않고 있다. 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 이혼, 배우자의 양육비, 자녀의 양육비, 친권 및 양육권을 포함하는 미국 이혼판결을 승인요건의 심사대상으로 삼는 반면, (2015)深中法涉外初字第204号 재정은 외국 이혼판결에서 재산관계에 관한 부분을 심사하지 않고 혼인관계의 해소에 관한 부분만 승인하고 (2015)汕中法民一初字第2号 재정은 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정을 적용할 수 없다는 이유로 미국의 혼인무효확인판결의 승인을 거부하였다.

우선, 신분관계와 재산관계를 불문하고 외국가사재판을 승인한 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 정당하다고 본다. 신분관계의 변동은 재산관계의 변동을 가져오게 될 것이다. 예컨대, 이혼에 수반하여 부부재산분할, 미성년자인 자녀의 양육비부담 등 문제가 발생할 것이다. 법원이 혼인관계의 해소만 재판한다고 하더라도 후속 재산관계의 문제가 여전히 남아 있다. 신분관계에 관한 외국가사재판만 승인하면 신분관계로 인한 재산관계 문제는 당사자가 승인국에서 별도로 소를 제기함으로써 해결할 수밖에 없다. 이는 소송경제의 원칙에 반한다. 따라서 일회적인 분쟁을 해결하기 위하여 신분관계와 재산관계를 불문하고 외국가사재판을 승인할 필요가 있다.

이와 관련하여 혼인관계의 해소에 관한 부분만 심사한 (2015)深中法涉外初字第204号 재정은 부당하다고 본다. 그 이유는 일회적인 분쟁해결 외에, 재산관계를 심사하지 않는 법적 근거가 부족하기 때문이다. 비록 이혼승인 특별규정 제2조는 외국이혼판결에서 재산관계를 다룬 부분을 적용범위에서 제외하지만, 이는 재산관계에 관한 외국가사재판에 특별법인 이혼승인 특별규정을 적용할 수 없게 하는 데에 그치며, 일반법인 민사소송법의 적용까지 배제하는 것은 아니다. 중국 민사소송법 제282조는 외국재판의 승인을 규율하는 일반 규정으로서 모든 외국재판의 승인에 적용된다. 이는 승인이 가능한 외국재판의 종류를 규정하지 않기 때문에 재산관계에 관한 외국재판의 승인을 배제하지 않는 것으로 보아야 한다.

실무에서도 가사재판이 아닌 재산관계를 다루는 외국재판을 승인한 판례가 있었다.⁵⁹⁾ 그럼에도 불구하고 특별법을 적용할 수 없다는 이유로 외국이혼판결의 재산관계에 관한 부분을 심사하지 않는 중국판례의 입장은 타당하지 않다고 본다.

또한, 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정은 혼인무효의 외국판결에 적용될 수 없다는 이유로 혼인무효의 미국판결의 승인을 거부한 (2015)汕中法民一初字第2号 재정은 타당하다고 볼 수 없다. 비록 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정은 외국이혼판결에 한하여 적용되지만 이는 혼인무효의 외국판결의 승인에 일반법인 민사소송법의 적용까지 배제하는 것은 아니다. 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정이 외국이혼판결의 승인에 관한 특별법이라면 중국 민사소송법은 모든 민사재판에 적용될 수 있는 일반법이다. 중국 민사소송법 제282조는 모든 외국재판의 승인에 적용될 수 있는 일반 규정으로서, 민사재판에 해당하는 혼인무효의 외국재판에 당연히 적용될 수 있다. 즉, 혼인무효의 외국판결의 승인에 관하여 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정을 적용할 수 없더라도 민사소송법 제282조를 적용하여 승인요건을 충족하는지 여부를 판단할 수 있다. 그럼에도 불구하고 중국법원은 해당 혼인무효의 외국판결이 민사소송법 제282조에서 정한 승인요건을 갖추는지를 살펴보지 않고 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정을 적용할 수 없다는 이유로 판결의 승인을 거부하였다. 동시에 이러한 입장을 통하여 중국법원이 명문규정에 지나치게 의존하는 태도임을 알 수 있다. 중국 민사소송법 제7조는 “인민법원이 민사사건을 심리할 때 사실을 근거로 하여 법률을 기준으로 하여야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 법원이 재판할 때 사건과 관련된 법률과 규범이 규정되면 필히 법률과 규범을 준수하여야 하는 것이지, 관련 법규가 없으면 법원이 재판할 수 없다는 의미가 아니다. 법률제정 당시 실무에서 일어날 모든 상황을 예측할 수 없기 때문이다. 따라서 사건과 관련된 법규가 없어도 법원은 사건에 대한 판

59) (2015)鄂武汉中民商外初字第00026号 재정은 미국의 이행판결을 승인한 사례이다.

단을 내려야 한다. 이후, 다른 법원이 비슷한 사건을 재판할 때 이를 판례로 삼아 재판의 근거로 사용할 수 있으며, 입법자도 법원의 태도를 참조하여 입법을 진행할 수 있다. 반면에 명문규정이 없다는 이유로 법원이 청구를 기각하는 것은 재판의 책임을 회피하는 것과 다름이 없고 심지어 심리미진으로 여겨질 수 있다. 따라서 혼인무효의 미국판결을 적용법이 없다는 이유로 승인하지 않은 (2015)汕中法民一初字第2号 재정의 입장은 부당하다고 본다.

제 3 절 국제재판관할권

I. 국제재판관할권의 의미

재판권은 법질서의 실현을 위한 것이며 형식적으로 헌법이나 법률이 법원에 맡긴 사건은 모두 사법권에 속하고 실질적으로 재판은 법관의 관할로서 이를 법관으로부터 박탈하여 행정기관에 일임함을 불허한다는 것이다.⁶⁰⁾ 관할은 재판권의 존재를 전제로 하여 법원 가운데 어느 법원이 어떤 사건을 담당처리하느냐의 재판권의 분담관계를 정해 놓은 것이다.⁶¹⁾ 그런데 국제재판관할권은 어느 국가의 어느 한 법원으로 재판을 진행하는 것을 결정하는 것이 아니라, 그 국가의 모든 법원을 전체로 보아 어느 국가가 재판권을 가지는지를 판단하는 데에 그친다. 따라서 그 국가에서 어느 심급의 법원 또는 관할구역에서 구체적으로 어느 법원이 재판권을 행사하는지는 그 국가의 국내법에 따른다.

외국가사재판의 승인에 있어서 국제재판관할권은 외국적 요소를 가진 가사사건에 대하여 어느 국가에서 재판을 진행할지를 결정하는 것이다. 즉, 용어상 “국제재판관할권”으로 표현하지만 관할권이 아닌 국가들 간의 재판권에 관한 문제로 볼 수 있다.

60) 이시윤, 앞의 책, 58.

61) 이시윤, 위의 책, 92.

국제재판관할에는 간접관할과 직접관할이 있는데 양자의 의미를 구분할 필요가 있다. 직접관할은 외국적 요소를 가진 사건에 대한 소가 국내 법원에 제기된 경우 그 국내법원이 재판권을 행사하기 위하여 가지는 국제재판관할권이다. 간접관할은 외국적 요소를 가진 사건에 대한 판결이 한 국가의 법원에서 선고되었고 그 판결이 다른 국가에서 승인 및 집행되기 위하여 판결을 선고한 법원이 속하는 국가가 가지는 국제재판관할권이다. 즉, 외국재판의 승인요건으로서의 국제재판관할권은 간접관할의 문제이다.

II. 국제재판관할권의 존재여부

1. 한국법

한국에는 외국가사재판의 국제재판관할권에 관한 특별법이 없으므로 일반법인 민사소송법을 적용한다. 한국 민사소송법 제217조 제1항 제1호는 “대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것”으로 규정한다. 즉, 국제재판관할권을 외국재판의 승인요건으로 요구하고 있다.

이와 관련해서 한국 부산가정법원은 부산가정법원 2016. 5. 17. 선고 2016드단2556 판결에서 “민사소송법 제217조 제1항 제1호는 외국법원의 확정판결은 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정되어야 승인된다고 규정하고 있다”고 판시하는바, 외국가사재판의 승인에 있어서 외국법원의 국제재판관할권을 요하는 입장이다.

2. 중국법

중국 민사소송법은 외국법원의 국제재판관할권에 대한 규정을 두지 않

고 있으나 이혼승인 특별규정과 중국과 외국 간의 국제조약은 국제재판 관할권을 규정하고 있다. 이혼승인 특별규정 제12조는 “판결을 선고한 외국법원이 해당 사건에 관할권을 가지지 않는 경우 해당 외국법원의 이혼판결을 승인 및 집행하지 않는다”고 명시하고 있다.

외국제판의 승인 및 집행에 관한 규정을 두는 중국과 외국 간의 양자 조약은 국제재판관할권에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 폴란드공화국 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定) 제20조 제1호는 “승인국법에 의하여 관할권이 없는 법원이 재결을 선고하는 경우”를 승인 또는 집행의 거부사유로 규정하고 있다. 중화인민공화국과 스페인왕국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和西班牙王国关于民事商事司法协助的条约) 제22조 제1호는 “조약의 관할권 규정에 따라 관할권이 없는 법원이 재결을 선고한 경우”를 승인 및 집행의 거부사유로 규정하고 있다. “2019년 협약” 제5조와 제6조는 구체적인 국제재판관할권의 기준을 제시하고 제7조는 관할합의 위반을 승인 또는 집행의 거부사유로 규정하고 있다. 즉, 외국판결을 선고한 외국법원의 국제재판관할권을 요하는 입장이다.

국제조약이 우선하여 적용되므로 재판국이 중국과 국제조약을 체결하는 경우, 중국 국내법에 외국법원의 국제재판관할권을 요한다는 규정이 없어도 큰 문제가 없을 것이다. 그런데 중국과 외국 간에 국제조약이 없는 경우, 외국법원의 국제재판관할권이 필요한지 여부에 대한 해석은 필요하다. 이에 대하여 중국법이 명문으로 국제재판관할권을 승인요건으로 규정하지 않으나 재판국법원의 국제재판관할권이 필요하다는 견해가 유력하다.⁶²⁾ 이 견해에 따르면 한 국가의 법원이涉外적 민사사건에 대한 관할권을 가지는 것은 이 국가의 법원이 재판하거나 판결을 선고하는 전제조건으로, 이는 당사자의 권리 취득과 직접적으로 관련되어 있고 국가주권이 사법영역에 있다는 구체적 표현이기 때문이다.

62) 李旺, 앞의 책, 127.

중국 민사소송법은 국제재판관할권에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 국제재판관할권의 필요성을 직접적으로 다루거나 외국법원의 국제재판관할권이 결여되었다는 이유로 외국재판의 승인을 거부한 중국판례는 아직 찾아볼 수 없다. 중국법원이 외국재판의 승인요건을 심사할 때 국제재판관할권을 심사하지 않는 것을 입법공백으로 이해하는 견해가 있다.⁶³⁾

3. 검토

앞에서 살펴본 바와 같이, 한국 민사소송법 제217조는 명확하게 국제재판관할권을 승인요건으로 규정하고 있고 판결을 선고한 외국법원에 사건에 대한 국제재판관할권이 인정되어야 한다는 한국판례의 입장은 현행법의 입장과 일치한다. 반면, 중국 이혼승인 특별규정 제12조와 외국 간의 사법공조조약은 이를 요구하고 있으나 민사소송법 제282조는 국제재판관할권을 승인요건으로 요하지 않는다. 이러한 중국 민사소송법의 불명확한 규정으로 인하여 국제재판관할권에 관한 중국판례는 아직 없다.

재판은 국가주권에 의하여 행해진다. 어떤 국가가 당해 사건에 대한 재판권이 없음에도 불구하고 임의적으로 자국의 재판권을 확대하여 선고한 판결은 다른 국가의 재판권을 침해하기 때문에 당해 판결의 효력이 다른 국가에서 인정되기 어렵다. 또한, 다른 국가에서 언어, 법률제도의 차이로 인하여 당사자가 소송을 수행하는 난이도 역시 달라진다. 당사자의 편의, 합리적인 법정지에서 재판을 받을 권리 등 당사자의 절차적 권리를 보장하기 위하여 국제재판관할권의 존재가 필요하다. 그럼에도 불구하고 중국은 일반법인 민사소송법에서 국제재판관할권을 규정하지 않고 이혼판결의 승인에 관한 특별법인 이혼승인 특별규정에서 이를 규정하고 있다. 이혼승인 특별규정의 적용범위는 외국이혼판결의 승인에 국한되므로 이 규정은 그 외에 외국가사재판의 승인에 적용될 수 없다.

63) 黄瑜, “间接管辖权制度研究——从外国民商事判决在中国的承认与执行现状出发”, 载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2019年 第35卷 第2期, 76.

이와 같은 중국 현행법의 취지는 외국이혼판결의 승인에 대하여만 국제재판관할권을 요구하는 것으로 해석할 수 없다. 외국이혼판결은 혼인 관계를 다루는 신분관계에 관련된 문제로서 다른 외국가사재판과 본질적인 차이가 없기 때문이다. 당사자가 합리적인 법정지에서 재판 받을 권리를 보호할 목적으로 외국이혼판결을 선고한 외국법원의 국제재판관할권을 요구한다면, 같은 이유로 다른 외국가사재판을 선고한 외국법원의 국제재판관할권을 요구할 필요가 있다.

따라서 국제재판관할권의 요구할 지의 여부는 사건의 종류와 무관하다. 그럼에도 불구하고 중국 민사소송법이 국제재판관할권의 존재를 요구하지 않는 것은 입법공백으로 이해하는 것이 타당하다고 본다. 이혼승인 특별규정은 특별법으로서 일반법인 민사소송법보다 외국이혼판결의 승인요건을 더 상세하게 규정하고 있다. 또한, 외국재판의 승인에 관한 규정을 두는 중국과 외국 간의 모든 사법공조조약은 국제재판관할권을 승인요건으로 요구하고 있다. 물론 국제조약은 조약을 체결한 국가에 대하여만 효력이 생기지만 국가 간의 협의로 이루어진 국제조약은 중국입법의 태도를 반영하고 있다. 만약 외국이혼판결의 승인에 대하여만 외국법원의 국제재판관할권을 요구하는 것을 중국 입법의 태도로 이해하면 국제조약에서 국제재판관할권을 요구하지 않을 것이다.

요컨대, 국제조약과 이혼승인 특별규정의 적용대상이 제한적인 점, 국제재판관할권은 국가의 재판권과 관련된 점, 당사자의 절차적 권리보호를 위하여 국제재판관할권이 필요한 점 등에 비추어 중국 민사소송법은 국제재판관할권의 존재를 외국재판의 승인요건으로 명시하는 것이 적합하다고 본다.

III. 국제재판관할권의 판단기준

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제1항 제1호는 “대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것”으로 규정한다. 즉, 국제재판관할권의 기준은 제217조에 구체적으로 명시되지 않고 한국의 내국법과 외국과 체결한 국제조약으로 포괄적으로 규정되고 있다. 여기서 “대한민국의 법령”은 한국 국제사법 제2조와 한국 국내법의 국제재판관할규정으로 해석된다.⁶⁴⁾

한국 국제사법 제2조는 “① 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제 재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. ② 법원은 국내법의 관할규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 국제재판관할권에 대한 일반규정으로 외국가사사건의 국제재판관할권에도 적용된다. 여기서 “실질적 관련”이란 승인국인 한국이 국제재판관할권을 행사하는 것이 정당화될 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁사안이 한국과 관련성을 갖는 연결점이 존재함을 의미하며 구체적인 인정 여부는 법원이 개별사건에서 종합적인 사정을 고려하여 판단하게 될 것이다.⁶⁵⁾ “국제재판관할배분의 이념”은 민사소송의 이상인 적정, 공평, 신속 등을 의미하는 것이며, 가사사건에 관한 국제재판관할은 여러 가치기준을 종합적으로 반영한다.⁶⁶⁾ “국제재판관할의 특수성”은 국내관할 특히 토지관할과 구별된다. 토지관할은 단순한 재판권의 장소적 배분의 문제이지만 국제재판관할의 경우는 그 외에도 법원의 조직, 법관과 변호사의 자격, 소송절차 및 실체의 준거법, 재판의 집행가능성 등에 차이가 있음을 의미하기 때문이다.⁶⁷⁾

64) 석광현, 앞의 책, 357.

65) 이병화, “국제이혼에 관한 국제사법적 고찰”, 저스티스 통권 제137호(2013), 389.

66) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙-친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, 國際私法研究 제19권 제2호(2013), 9.

67) 이병화, 위의 글, 389.

위와 같이 한국 국제사법 제2조가 국제재판관할권의 기준에 대한 포괄적인 규정이라면 2018년 국제사법 전부개정법률안은 비교적 상세한 규정을 두었다. 개정안 제2조는 “실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 기한다는 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다”고 규정하고 실질적 관련성의 판단에 자세한 기준을 제시한 바 있다. 더불어 가사사건의 유형에 따라 구체적 기준을 명시하고 있다. 개정안 제57조는 혼인관계사건에서 부부 일방의 상거소, 부부의 마지막 공동 상거소, 원고와 미성년 자녀 전부 또는 일부의 상거소가 한국에 있거나 부부 모두가 대한민국 국민이나 대한민국 국민으로서 대한민국에 상거소를 둔 원고가 혼인관계 해소만을 목적으로 제기하는 사건의 경우 한국의 국제재판관할권을 인정한다고 한다. 이에 이어 개정안 제58조는 친생자관계에 관한 사건, 제59조는 양친자관계에 관한 사건, 제60조는 친자간의 법률관계 등에 관한 사건, 제61조는 부양사건, 제62조는 후견사건, 제63조는 가사조정사건에 대한 관할규정을 두고 있다.

그런데 한국 국제사법 제2조와 국제사법 전부개정법률안은 직접관할에 관한 규정이다. 즉, 외국적 요소를 가진 사건에 대한 소가 한국에서 제기되었을 때 한국법원이 이에 대한 재판권이 있는지 여부에 관한 규정이다. 이를 외국재판의 승인요건으로서의 간접관할에 적용할 수 있는지를 검토할 여지가 있다. 직접관할은 간접관할과 동일한 사안을 다른 각도에서 보는 것에 불과하므로 국제재판관할을 판단함에 있어서 직접관할과 동일한 원칙을 규율한다는 입장은 한국의 통설이다.⁶⁸⁾ 하지만 간접관할은 이미 종료된 재판절차가 승인에 적합한지의 사후적 판단이고 직접관할은 어느 나라에서 재판절차를 진행하는 것이 적합한지의 행위규범적 판단이라는 차이가 존재하는 점, 파행적 친족관계를 방지하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 간접관할은 직접관할보다 넓게 해석할 필요가 있는 점, 직접관할은 어느 국가에서 재판을 진행하는 것이 공평, 편리한지

68) 이병화, 앞의 글, 413.

의 문제라면 간접관할은 이미 행해진 재판은 무시하고 다시 재판을 진행할 만한 이유가 있는지의 문제이고 양자가 필연적으로 일치할 필요가 없는 점에 비추어 직접관할과 간접관할에 각각 다른 기준을 규정하여야 한다는 반대의견도 있다.⁶⁹⁾

외국법원의 국제재판관할권 유무의 판단기준은 한국판례에서 설명된 바 있다. 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결은 “섭외사건의 국제재판관할에 관하여 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 아니하고 이에 관한 한국의 성문법규도 없는 이상, 섭외사건에 관한 외국 법원의 재판관할권 유무는 당사자 간의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본이념에 따라 조리에 의하여 결정함이 상당하다”고 판시하였다.

외국이혼판결의 승인에 있어서 외국법원의 국제재판관할권 유무의 판단기준에 관하여 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소),2011르696(반소) 판결⁷⁰⁾은 “한국의 법률이나 조약 등에는 섭외 이혼사건의 국제재판관할에 관한 규정을 찾아 볼 수 없으므로, 섭외이혼사건에 있어서 민사소송법 제217조 제1호에 따른 외국법원의 재판관할권 유무는 섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적인 해결을 위한 관점과 외국판결 승인제도의 취지 등에 의하여 합리적으로 결정되어야 한다”고 판시하였다.

다른 한편, 국제재판관할권의 구체적 기준은 관련된 한국 현행법에 규정되어 있지 않지만 2018년 국제사법 전부개정법률안에 당사자의 주소, 국적 등의 기준이 제시되어 있다. 그런데 앞에서 설명한 것과 같이, 이는 직접관할의 구체적 기준이다. 이와 관련해서 당사자의 주소, 국적과 상거소의 간접관할을 학술적으로 논의한 바 있다. 예를 들어, 신분관계를 다루는 경우가 많은 가사재판에서 혼인관계를 비롯한 신분관계는 일정한 지역에 형성되는 법적 협동체와 밀접한 결합관계에 있으므로 당사

69) 권재문(주39), 앞의 글, 307-308.

70) 해당 사건의 확정판결인 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 국제재판관할권을 논의하지 않았으므로 국제재판관할권을 검토한 하급심판결인 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소),2011르696(반소) 판결을 소개한다.

자의 주소와 상거소에 재판관할을 인정할 수 있다.⁷¹⁾ 더불어 상거소는 법적 안정성과 구체적 타당성을 보호하고 대륙법계와 영미법계상의 차이점을 극복하여 국제사법의 통일을 달성하는 데에 큰 의미가 있으므로 이를 간접관할의 연결기준으로 수용할 수 있다.⁷²⁾ 또한, 신분관계는 법적 협동체인 본국 실체법의 지배를 받을 뿐만 아니라 가족관계등록부의 기입 등 그 절차적 처리에 대하여도 법적 협동체인 본국 절차법의 지배를 받아야 하기 때문에 국적을 간접관할의 연결점으로 볼 수 있다.⁷³⁾ 주소, 국적과 상거소 중 어떠한 기준을 우선으로 보아야 하는지에 대해서는 당사자 양쪽이 다른 국적을 갖고 있는 경우 당사자 일방의 국적만으로 간접관할을 인정하면 당사자의 공평을 저해할 수 있으므로 준거법과 재판관할의 병행이라는 관점에서 예외적으로 그 국적이 혼인관계의 준거법이 될 수 있는 때에 한하여 그 국적의 간접관할을 인정하는 견해가 있다.⁷⁴⁾

주소, 국적과 상거소에 대하여 적용의 순서를 정하지 않고 동시에 간접관할을 인정하면 당사자 양쪽의 주소, 국적과 상거소 등 연결기준이 동일한 경우, 그 일치한 주소, 국적과 상거소의 간접관할을 인정하면 된다. 그런데 당사자의 주소, 국적과 상거소가 각각 다른 경우에는 문제가 될 수 있다. 먼저, 당사자 양쪽의 주소가 다른 경우, 주소지의 관할권을 보다 폭넓게 인정하려는 취지로 당사자의 어느 일방이든 주소지국관할을 인정하려는 견해와 피고주소지원칙을 지키면서 가령 원고가 유기된 경우, 피고가 행방불명인 경우, 피고가 국외추방(강제송환)된 경우 기타 이에 준하는 경우, 피고가 응소한 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에만 원고 주소지국의 예외적 관할을 인정함으로써 당사자 간의 편의·공평의 관점에서 유연하게 해석하려는 견해가 있다.⁷⁵⁾ 다음으로, 당사자 양쪽의 국적이 다른 경우, 어느 일방의 국적을 타방의 국적에 우선시킬 아무런

71) 김희동, "외국이혼재판의 승인", 강원법학 제44권(2015), 103.

72) 이병화, 앞의 글, 393.

73) 김희동, 위의 글, 103.

74) 김희동, 위의 글, 104.

75) 이병화, 위의 글, 391.

이유가 없으므로 부부 각자의 본국에 관할을 인정해야 한다는 견해가 있다.⁷⁶⁾ 마지막으로, 당사자 양쪽의 상거소가 다른 경우, 상거소는 개별 법률관계가 요구하는 사회적 통합의 정도에 따라 당사자와 장소의 융합의 정도를 각각 다르게 정해야 할 것이다.⁷⁷⁾

또한, 가사사건 각각의 특수성을 고려하여 외국가사재판의 국제재판관할권의 구체적 기준을 민사재판과 다른 이념으로 정해야 한다는 의견이 있다. 예컨대, 친생자관계에 관한 사건의 국제재판관할은 국제사법의 적정, 공평 등의 이념에 중점을 두는 견해가 있다.⁷⁸⁾ 이 견해에 따르면 친생자관계에 관한 사건은 약자인 자녀의 이익보호와 관련되어 있기 때문에 국제사법 이념 중 “적정”은 사실인정의 정확성보다 자녀 보호의 필요성으로 해석되어야 하고 “공평”은 그대로 적용하기가 어렵다.⁷⁹⁾ 그리고 이 견해는 친생자관계 사건이 혈연의 진실을 밝히는 것을 목적으로 보는데, 각국의 절차법의 차이로 인해 유전자 검사로 혈연상 친자관계의 존부를 확인할 수 있는 가능성이 재판국에 따라 달라지게 되는 사실을 고려하여 혈연감정이 가장 용이한 재판국의 관할을 최대한 넓게 인정하여야 한다는 입장이다.⁸⁰⁾ 나아가 승인국과 같이 혈연을 기준으로 국적을 부여하는 경우에 혈연상의 친자관계의 존부는 대인주권의 존부 판단이라는 국가적인 이익과 직결되어 있으므로 양 당사자의 주소지뿐만 아니라 국적도 대등한 관할원인이 될 수 있기 때문에 이해관계인인 자녀, 부모 등의 주소지관할뿐만 아니라 자녀와 부모의 본국관할도 인정되어야 하지만, 친생자관계 사건은 기본적으로 부자관계를 대상으로 하는데 모의 생활과 큰 관련이 없기 때문에 모의 본국까지 관할을 인정할 필요가 없다는 입장이다.⁸¹⁾

이와 관련하여서 서울가정법원 1996. 7. 16. 선고 96드5333 판결⁸²⁾은 섭

76) 이병화, 앞의 글, 392.

77) 이병화, 위의 글, 393.

78) 권재문(주66), 앞의 글, 9.

79) 권재문(주66), 위의 글, 10.

80) 권재문(주66), 위의 글, 14.

81) 권재문(주66), 위의 글, 14.

외이혼 사건의 국제재판관할권은 원칙적으로 피고 주소지주의에 따른다는 입장이며, 미국법원의 이혼판결을 무효로 확인하였다. “피고가 괄지방법원에서 원고를 상대로 하여 이혼판결을 받을 당시 피고는 괄에 주소를 두고 있었으나 그 상대방인 원고는 우리나라에 주소를 두고 있었고, 당시 원고가 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있었거나 원고가 위 이혼소송에 적극적으로 응소하였다고 볼 만한 자료가 없으므로, 외국법원의 이혼판결을 승인하기 위하여 그 판결을 한 외국법원이 당해 사건에 관하여 우리나라에서 인정될 수 있는 국제재판관할권을 가지고 있어야 하고 섭외이혼 사건의 국제재판관할권은 원칙적으로 피고 주소지주의에 의함에 비추어 위 괄지방법원에는 위 이혼사건에 관한 재판관할권이 있다고 할 수 없다”는 것이 그 이유이다.

이와 비슷하게 부산가정법원 2016. 5. 17. 선고 2016드단2556 판결⁸³⁾은 피고 주소지의 국가에 국제재판관할권이 있는 것으로 인정하고 미국법원의 이혼판결은 무효임을 확인하였다. 그 이유는 “섭외이혼사건에 있어서 외국법원의 재판관할권의 유무는 섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적인 해결을 위한 관점과 외국판결 승인제도의 취지 등에 의하여 합리적으로 결정되어야 할 것이므로, 섭외이혼사건에 있어서 이혼판결을 한 외국법원에 재판관할권이 있다고 하기 위하여 그 이혼청구의 상대방이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보이는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방의 주소가 그 나라에 있을 것을 요건으로 한다고 하는 이

82) 해당 사안은 외국재판의 원고(한국재판의 피고)가 미국의 괄에 거주하였을 때 한국에 거주한 피고(한국재판의 원고)를 상대로 괄지방법원에 이혼의 소를 제기하고 원고는 피고의 주소를 미국의 허위주소로 기재하여 피고의 응소 없이 이혼을 명한 판결을 받았고 이에 의하여 한국에서 이혼신고를 마친 후, 패소한 피고(한국재판의 원고)가 원고(한국재판의 피고)를 상대로 한국가정법원에 괄지방법원의 이혼판결의 무효확인 소를 제기한 사안이다.

83) 해당 사안은 원고가 미국법원에 한국에 거주한 피고를 상대로 이혼의 소를 제기하였고 피고는 소송과정에서 미국법원에 출석하거나 응소하지 않았고 이혼을 명한 판결을 받은 후, 피고가 사망하였고 망인의 어머니는 이혼판결에 의하여 한국 부산에서 이혼을 기록하였으며, 원고는 망인을 상대로 한국 부산가정법원에 미국법원의 이혼판결의 무효확인 소를 제기한 사안이다.

른바, 피고 주소지주의에 따름이 상당하다”는 것이며, “원고가 미국 법원에 이혼청구의 소를 제기할 당시 그 상대방인 망인은 대한민국 부산에 거주하고 있었고, 원고도 그 사실을 잘 알고 있었으며, 망인이 위 소송 과정에서 미국 법원에 출석하거나 응소하지 않은 사실을 인정할 수 있다. 위 인정사실에 의하면 미국 법원에는 위 이혼청구 사건에 관하여 재판관할권이 있다고 할 수 없다”고 판시하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법은 외국법원의 국제재판관할권을 승인요건으로 요구하지 않으므로 이에 관한 기준을 규정하지 않는다. 이혼승인 특별규정 제12조는 “판결을 선고한 외국법원이 해당 사건에 대한 관할권을 가지지 않는 경우”를 승인거부사유로 규정하고 있으나 이에 관한 기준을 명시한 바 없다.

중국 민사소송법은 국제재판관할권을 승인요건으로 명시하지 않지만 외국재판의 승인요건을 심사할 때 외국법원의 국제재판관할권 유무를 판단하여야 한다는 견해가 있다.⁸⁴⁾ 이 견해에 따르면 법원의 관할권은 법원이 사건을 수리하여 유효재판을 할 수 있는 전제가 되고, 한 국가의 법원은 사건에 대한 관할권이 없으면 사건을 수리할 수 없고 수리하더라도 부적법한 관할로 인정된다는 것이다. 또한, 이 견해는 승인국법에 의하여 재판국법원의 국제재판관할권을 판단하는 것을 승인국이 재판국의 사법주권에 대한 간섭으로 보는 입장이다. 그 이유는 사법주권이 국가주권의 일부이고 국가주권 원칙에 의하여 한 국가의 사법기관은 자국에서 독립적으로 사법활동을 진행하는 동시에 다른 국가의 사법주권을 존중하고 다른 국가의 사법활동을 간섭하지 않아야 하기 때문이다. 즉, 이 견해에 따르면 재판국법원의 국제재판관할권은 재판국법에 따라 판단된다.

84) 王国征, “外国法院判决承认与执行中的管辖权”, 载《中国人民大学学报》1998年第5期, 72.

하지만 승인국법에 따라 재판국법원의 국제재판관할권을 판단한다는 반대의견이 있다.⁸⁵⁾ 이 견해에 따르면 국내법의 관할규정은 국내법원의 관할권을 규율하는 동시에 외국재판의 승인요건으로서의 국제재판관할권을 판단할 수 있다. 즉, 승인국법에 따라 외국법원이 국제재판관할권을 가지는 경우에는 외국재판을 승인할 수 있다는 것이다.

중국과 외국 간의 국제조약은 아래와 같은 방식으로 국제재판관할권의 기준을 규정하고 있다.

(1) 특정 경우를 기준으로

판결을 선고한 외국법원이 국제재판관할권을 가지는 경우를 자세히 규정하는 국제조약이 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 에티오피아연방민주공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和埃塞俄比亚联邦民主共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제25조 제1항은 “본 조약의 목적을 위하여 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 재결을 선고한 법원의 관할권이 있는 것으로 인정된다. 1. 소를 제기할 때 피고가 당해 국가에 주소나 거소를 둔 경우 2. 피고가 당해 국가에서 설립한 계열기관의 상업활동으로 인하여 소가 제기된 경우 3. 피고가 명시적으로 재판국 법원의 관할을 받아들이는 경우 4. 피고가 분쟁의 실질적인 문제에 대하여 답변을 하며 관할권에 대한 이의를 제기하지 않은 경우 5. 계약과 관련된 사건에서 계약은 당해 국가에서 체결되거나 당해 국가에서 이미 이행되었거나 이행되어야 하거나 소송목적물이 당해 국가에 있는 경우 6. 계약이 아닌 권리침해의 사건에서 권리침해의 행위 또는 결과가 당해 국가에 있는 경우 7. 부양의무와 관련된 사건에서 채권자가 소를 제기할 때 당해 국가에 주소 또는 거소를 둔 경우 8. 소송목적물로서의 부동산은 당해 국가에 있는 경우 9. 상속사건에서 피상속자가 사망할 때

85) 宣增益, “国家间判决承认与执行中的管辖权标准比较研究”, 载《比较法研究》2005年第3期, 109.

피상속자의 주소지 또는 거소지, 주요 유산의 소재지가 당해 국가에 있는 경우 10. 신분관계사건에서 소송당사자가 당해 국가에 주소 또는 거소를 둔 경우” 고 규정하고 있다. 이와 같이 재판국의 국제재판관할권을 인정하는 기준을 일일이 조약에서 나열하는 방식을 채택하고 있다. 이렇게 중국과 사법공조조약을 체결한 국가는 이태리, 스페인, 페루, 쿠웨이트, 보스니아 헤르체고비나, 베트남 등이 있다. “2019년 협약” 도 제5조와 제6조에서 국제재판관할권을 인정하는 경우를 나열하고 있다.

(2) 승인국 법률을 기준으로

판결을 선고한 외국법원이 국제재판관할권을 가지는지 여부가 승인국의 내국법에 따른다고 규정하는 국제조약이 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 쿠바공화국 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和古巴共和国关于民事和刑事司法协助的协定) 제25조 제1항은 “본 조약 제13조 외에 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 체약국 한 쪽은 체약국 다른 한 쪽의 법원에서 선고된 재결의 승인 및 집행을 거부할 수 있다. 2. 판결의 승인과 집행의 청구를 받은 체약국의 법률에 의하여 청구를 제기한 체약국의 법원이 사건에 대한 관할권이 없는 경우” 라고 규정하고 있다. 즉, 승인국의 내국법에 따라 재판국 법원이 국제재판관할권이 없음을 판단하면 해당 재판을 승인과 집행을 하지 않을 수 있다. 이와 같이 승인국 법률을 기준으로 외국법원의 국제재판관할권을 규정한 중국과 사법공조조약을 체결한 국가는 폴란드, 리투아니아, 모로코 등이 있다.

(3) 승인국의 전속관할권 유무를 기준으로

승인국이 외국판결의 사건에 대한 전속관할권을 가지는지 여부로 재판국의 국제재판관할권 유무를 판단한다고 규정하는 국제조약이 있다. 예

컨대, 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约) 제20조는 “다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 법원재결은 승인 및 집행되지 않는다. 2. 승인국의 법률에 따라 승인국이 당해 사건에 대한 전속관할권을 가지는 경우” 라고 규정하고 있다. 즉, 승인과 집행을 청구하는 외국판결의 사건이 승인국의 전속관할권 범위에 해당하지 않으면 승인국에서 승인과 집행을 하여야 한다. 이와 같이 승인국의 전속관할권 유무를 기준으로 재판국의 국제재판관할권을 판단하는 사법공조조약을 중국과 체결한 국가는 라오스, 벨라루스 등이 있다.

국제재판관할에서 전속적 관할합의를 인정하는 국제조약이 있다. 중국이 2017년 서명한 “헤이그관할합의협약” 제5조에 따르면 전속적 관할합의에 의하여 선택된 법원은 관할합의가 무효인 경우를 제외하고 해당 관할합의가 적용되는 분쟁에 관할권을 가진다. 이 협약 제3조에 따르면 전속적 관할합의는 양쪽 또는 그 이상의 당사자가 서면 또는 나중에 참조할 수 있는 정보를 남기는 다른 통신수단에 의하여 체결하고, 특정한 법률관계에서 발생했거나 발생할 수 있는 분쟁을 해결할 목적으로 이루어진 합의로서 체결국의 하나 또는 그 이상의 법원을 관할법원으로 선택하고 다른 법원의 관할권을 배제한다.

구체적 국제재판관할권의 기준에서 당사자 국적지의 관할을 인정하여야 한다는 주장이 있다.⁸⁶⁾ 이러한 견해에 따르면 국적으로 국제재판관할권을 판단하는 것은 내국 당사자를 보호하는 데에 유리하다. 하지만 이 견해도 복수국적 등 국적관할의 한계를 지적하고 있다. 당사자가 복수국적자이고 국적국이 모두 외국이면, 당사자가 주소를 두는 국가의 관할을 인정하는 경우가 많다. 국적이 없는 사람이면 이의 주소지를 관할의 근거로 삼는 경우가 많다. 즉, 국적을 구체적 국제재판관할의 기준으로 하지만 결국 국적이 아니고 주소를 기준으로 하는 것이다. 아울러 당사자

86) 张庆元, “浅议国际民事诉讼管辖权中的国籍问题”, 载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年 第62卷 第4期, 535.

의 국적국은 분쟁과 실질적 관련이 없을 수 있다는 비판이 있다.⁸⁷⁾ 당사자가 외국으로 이주하지만 그 외국의 국적을 취득하지 않는 경우, 분쟁이 외국에서 발생하고 피고도 그 외국에 주소를 두더라도 국적관할을 인정하면 당사자의 국적국이 분쟁과 실질적 관련이 없음에도 불구하고 국제재판관할권을 가지게 되는데 이는 타당하다고 보기 어렵기 때문이다.

3. 검토

위와 같이, 국제재판관할권의 판단기준에 관한 양국법의 차이점은 판단기준의 명시여부 및 규정방식이다. 한국 민사소송법 제217조는 포괄적인 “대한민국의 법령 또는 조약”을 기준으로 규정하고 있다. 반면, 중국 현행법은 이를 규정하지 않고 있다. 또한, 한국 국제사법 제2조는 포괄적으로 “실질적 관련”을 규정하고 있다. 반면, 2018년 국제사법 전부개정법률안은 비교적 상세한 규정을 두었다. 중국과 외국 간의 국제조약도 구체적 기준을 나열하는 경우가 많다. 따라서 국제재판관할을 판단하는 법률, 직접관할과 간접관할에 동일한 기준 적용여부, 기준의 규정방식을 다음과 같이 살펴보고자 한다.

(1) 국제재판관할권을 판단하는 법률

먼저 국제재판관할권이 재판국법을 기준으로 하는지 승인국법을 기준으로 하는지를 논의하고자 한다. 한국 민사소송법 제217조는 “대한민국의 법령 또는 조약”을 명시하고 있어 승인국법과 승인국과 재판국 간의 국제조약을 기준으로 하는 입장이다. 반면, 중국 현행법은 명확한 태도를 밝히지 않고 있다. 중국과 외국 간의 국제조약은 국제조약과 승인국법을 기준으로 삼는다.

생각건대, 재판국 법원이 외국적 요소를 가진 사건에 대하여 재판을

87) 张庆元, 위의 글, 537.

하려면 국제재판관할권을 가져야 한다. 여기서의 국제재판관할권은 직접관할이다. 즉, 재판국법원이 재판국법에 따라 직접관할을 판단하는 경우가 대부분이다. 그리하여 승인국이 재판국법을 기준으로 재판국의 국제재판관할권을 판단할 때 재판국의 국제재판관할권이 당연히 인정된다. 즉, 재판국법을 기준으로 하면 최대한 많은 외국법원의 국제재판관할권을 인정할 수 있다.

그런데 국제재판관할권을 승인요건으로 규정하는 취지는 당사자, 특히 자국민이 적법한 법정지에서 재판받을 권리를 보장하는 것이다. 따라서 국제재판관할권의 판단을 완전히 외국법인 재판국법에 맡기는 것이 타당한지는 의문이다. 특히 재판국법은 자국의 재판권을 행사하기 위하여 지나치게 국제재판관할권을 확대해석하고 승인국법에 따라 재판국이 국제재판관할권이 없는 경우에도 재판국법에 따라 국제재판관할권을 인정하는 것은 당사자의 권리보장의 취지에 부합한다고 볼 수 없다. 또한, 간접관할이 승인국의 내국법에 따른다고 규정하는 경우도 적지 않다. 그리고 승인국법을 기준으로 하면 재판국법을 조사하는 번거로움을 피할 수 있다. 더구나 외국재판이 승인국에서 효력이 발생하므로 승인국법에 의하여도 당해 외국법원이 재판관할권을 가지는 것이 어느 정도 필요하다. 이러한 점에 비추어 보면 승인국법을 기준으로 국제재판관할권을 판단하는 것이 합리적이다.

하지만 재판국은 재판할 당시에 자국법원이 당해 사건에 대하여 재판관할권을 가지는지 여부, 즉 직접관할을 판단할 때, 국제조약이 체결되어 있지 않는 이상, 재판국법에 의하여 판단하는 것이 대부분이다. 나중에 당해 재판이 다른 국가에서 승인 및 집행될 것을 예상하는 것만으로 외국법에 의하여 판단하지 않는다. 설령 당해 재판이 외국에서 승인 및 집행될 것을 예상할 수 있더라도 여러 국가와 관련된 경우, 모든 관련 국가의 법에 맞추어 자국법원의 재판관할권을 판단하는 것은 생각하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 승인국법으로 외국법원의 국제재판관할권을 판단하는 것은 승인국법과 재판국법의 기준을 동시에 충족하여야 국제재

관할권을 인정한다는 뜻이다. 재판국법과 승인국법이 모두 국제재판관할권을 엄격히 제한하여 인정하면 국제재판관할에 대한 일치된 범위가 좁아지거나 없어질 수 있다. 이로 인하여 재판국의 국제재판관할권의 인정이 어려워지게 될 것이고 오히려 외국재판의 승인을 저해할 수 있다. 따라서 승인국법을 기준으로 국제재판관할권을 판단하는 것이 타당한데, 이때 재판국법의 관할규정과 최대한 겹칠 수 있게 넓은 범위에서 인정하는 것이 바람직하다.

(2) 직접관할과 간접관할에 동일한 기준 적용여부

국제재판관할권의 판단기준을 승인국법으로 하더라도 간접관할에 직접관할과 같은 기준을 적용할 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 중국은 이와 관련된 현행법과 판례가 아직 없다. 한국 현행법과 다수설은 외국재판 승인요건으로 문제되는 국제재판관할, 즉 간접관할은 소제기 단계에서 문제되는 직접관할과 같은 문제를 다른 관점에서 본 것에 지나지 않고 실질적인 내용이 동일하고, 한국법상 국제가사재판의 간접관할에 관한 규정이 구체적으로 마련되어 있지 않는 법상태를 감안하여 직접관할과 간접관할이 모두 같은 규정에 따른다는 입장이다.⁸⁸⁾ 앞에서 설명한 것처럼 한국판례도 직접관할의 규정을 적용하여 간접관할을 판단하는 입장이다.

요컨대, 직접관할과 간접관할을 동일한 문제에 대한 다른 측면으로 보는 관점으로 이해하는 것이 유력하다. 재판국법원이 섭외적 요소를 가진 가사사건을 심리할 때 당연히 당해 사건에 대한 국제재판관할권을 가져야 한다. 승인국은 외국가사재판의 승인요건을 심사할 때 재판국 법원의 국제재판관할권의 존재여부를 심사하여야 한다. 물론 재판국의 직접관할의 판단과 승인국의 간접관할의 판단은 개념상 차이가 존재하지만, 판단하는 대상은 동일하게 재판국법원의 국제재판관할권의 존재여부이다.

88) 권재문(주39), 앞의 글, 307.

즉, 직접관할과 간접관할은 의미상 다른 점이 있지만 본질상 동일하게 판단된다. 게다가 외국가사재판의 간접관할에 관한 규정이 없는 법상태는 간접관할에 대하여 직접관할과 동일한 규정을 적용하는 중요한 요인이 된다. 따라서 간접관할에 대하여 직접관할과 동일한 기준을 적용하여 판단한다는 견해가 합리적인 면이 있다.

하지만 가사사건과 관련된 혼인관계, 친자관계 등 신분관계가 어느 국가에서는 유효하다고 인정되고 그와 다르게 다른 국가에서는 무효나 파기된 것으로 취급된다면 신분관계의 안정성을 저해하게 될 것이다. 더구나 신분관계의 불안정으로 재산관계까지 불안정해질 수 있으므로 가사사건의 간접관할은 직접관할보다 넓게 인정할 필요가 있다. 또한, 앞서 설명한 것처럼 재판국이 재판 당시 국내법에 따라 자국의 국제재판관할권을 판단하는 경우가 많은데 승인국법의 직접관할규정으로 외국법원의 국제재판관할권을 판단하면 사실상 재판국 법원의 국제재판관할권이 재판국법과 승인국법의 직접관할규정에 모두 부합하여야 당해 재판이 승인국에서 승인될 수 있게 된다. 만약 승인국법이 직접관할을 제한적으로 규정하면 오히려 외국가사재판의 승인 및 집행을 방해할 수 있다. 그러므로 신분관계의 안정성을 도모하기 위하여 직접관할보다 넓은 범위에서 외국가사사건의 간접관할을 인정하고 직접관할과 다른 규정을 두는 것이 상당하다고 본다.

(3) 국제재판관할권 기준의 규정방식

국제재판관할권 기준의 규정방식에 관하여 중국 현행법에 관련 규정이 없으나 외국과의 국제조약이 구체적 기준을 제시하는 경우, 구체적 기준 대신 승인국법을 기준으로 하는 경우와 승인국이 전속관할권을 가지는지 여부를 기준으로 명시하는 경우가 있다. 한국 국제사법 제2조는 포괄적인 개념인 “실질적 관련”을 국제재판관할권의 기준으로 하고 국제사법 전부법률개정안은 제2조에서 실질적 관련의 기준을 “당사자 간의 공평,

재판의 적정, 신속 및 경제”로 구체화하고 제7장에서 가사사건의 유형을 나누어 구체적 기준을 제시한 바 있다.

따라서 구체적 기준을 명시하는 방식이 가장 바람직하다. 가사사건의 종류에 따라 구체적 기준, 당사자의 주소, 국적 및 상거소 등을 명시한다면 승인국법원이 사건의 실제상황에 따라 유동적으로 재판국법원의 국제재판관할권을 판단하는 것이 어느 정도 제한된다고 볼 수 있지만 통일된 기준이 없기 때문에 같은 외국재판에 대하여 같은 국가 내에서 승인 및 집행을 청구하는데도 어느 법원에서는 외국법원의 국제재판관할권을 인정하고 어느 법원에서는 이를 인정하지 않는 사태가 발생하는 것을 방지할 수 있다. 당사자도 한국에서 집행판결을 청구하는 소를 제기할 때 해당 외국재판의 법원이 국제재판관할권을 가지는지 여부를 예측할 수 있다. 그러므로 한국 국제사법 전부개정법률안처럼 사건에 따라 구체적인 기준을 마련하는 방식이 상당하다고 본다. 아울러 개정안은 단일기준 대신, 당사자의 상거소, 국적 등 다양한 기준을 제시하여 그 중에 한 가지만 충족하면 재판관할권을 인정하고 있다. 이는 가사사건에서 피고 주소지의 관할권을 인정하고 예외적인 경우에만 원고 주소지의 관할권을 인정하는 실무원칙을 과기하여 재판실무에서 고려할 수 있는 최대한 많은 기준을 포함함으로써 외국법원의 국제재판관할권을 최대한 많이 인정할 수 있다고 본다. 외국법원의 국제재판관할권을 매우 제한된 범위에서만 인정하면 당사자가 소를 제기할 때 가지는 법원의 선택권을 제한하는 동시에 외국법원의 관할권을 부정함으로써 자국의 재판관할권의 범위를 부당하게 확대하는 것과 다름이 없다. 따라서 국제사법 전부개정법률안처럼 사건에 따라 국제재판관할권의 기준을 구체화하고 단일기준이 아닌 다양한 기준을 제시하는 방식으로 국제재판관할권을 규정할 필요가 있다.

(4) 국제재판관할권의 구체적 기준

국제재판관할권의 구체적인 기준은 당사자의 주소, 국적, 상거소 등이 있다. “섭외이혼사건에 있어서 이혼판결을 한 외국법원에 재판관할권이 있다고 하기 위해서는 그 이혼청구의 상대방이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보이는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방의 주소가 그 나라에 있을 것을 요건으로 한다고 하는 이른바, 피고 주소지주의에 따름이 상당하다” 고 판시한 서울가정법원 1996. 7. 16. 선고 96드5333 판결과 부산가정법원 2016. 5. 17. 선고 2016드단2556 판결의 태도는 논의의 여지가 있다. 이는 기계적으로 피고의 주소지에만 관할권을 인정하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

한국 국제사법 제2조는 “국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다” 고 한다. 한국 국내법의 관할규정으로 한국 가사소송법 제13조 제1호는 “가사소송은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 피고의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이 관할한다” 고 규정하지만 동법 제22조는 피고소재지주의를 채택하지 않고 “부부의 소재지가 같은 경우”, “부부가 마지막으로 같은 주소지를 가졌던 가정법원의 관할 구역 내에 부부 중 어느 한쪽의 보통재판적이 있을 경우”, “제1호와 제2호에 해당되지 아니하는 경우로서 부부 중 어느 한쪽이 다른 한쪽을 상대로 하는 경우” 등을 나누어 혼인관계소송의 관할을 상세히 규정하고 있다. 즉, 한국 국내관할규정도 가사소송의 관할에 기계적으로 피고소재지주의를 채택하지 않는다. 더구나 2018년 국제사법 전부개정법률안 제57조는 혼인관계사건에 대하여 구체적인 상황을 나누어 부부의 상거소, 국적국의 국제재판관할권을 인정하고 있다.

그리고 외국적 요소를 가진 혼인관계사건에 대하여 피고소재지주의를 채택하지 않은 한국판례가 있다. 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결은 미국에 법률상 주소로 두고 있는 미국 국적의 남자(원고)가 대한민

국 국적의 여자(피고)와 대한민국에서 결혼한 후, 미국 국적을 취득한 피고와 거주기한을 정하지 아니하고 대한민국에서 거주하다가 피고를 상대로 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 청구한 사안에서 한국의 국제재판관할권에 대하여 “원피고가 거주기한을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하고 원·피고 모두 대한민국에 상거소(常居所)를 가지고 있고, 혼인이 대한민국에서 성립되었으며, 그 혼인생활의 대부분이 대한민국에서 형성된 점 등을 고려하면 위 청구는 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 대한민국 법원이 재판관할권을 가진다”고 판시하였다. 물론 이는 한국법원의 직접관할을 판단하는 판례이지만 직접관할과 간접관할에 동일한 기준을 적용한다고 보는 한국 현행법과 판례 입장에서 보면 피고의 주소가 아닌 당사자 양쪽의 상거소의 재판관할권을 인정한 사례로 피고의 주소지 외에 다른 기준을 인정할 가능성이 보인다.

더불어 신분관계는 일정한 지역에 기하여 형성되기 때문에 신분관계와 밀접한 관계가 있는 곳의 관할권을 인정할 필요가 있다. 이와 같이 혼인관계사건에서 피고 소재지의 관할권을 인정하는 대신, 신분관계의 특수성을 고려하여 혼인관계와 밀접한 관계를 가진 주소, 국적국 등의 재판관할권을 인정하여야 한다. 아울러 피고소재지주의보다 원고 주소지의 국제재판관할권을 인정하면 원고의 편의를 기할 수 있다. 따라서 피고의 소재지뿐만 아니라 원고의 주소, 상거소 또는 당사자 양쪽의 국적도 국제재판관할권의 판단기준으로 삼을 수 있으며, 외국가사재판의 국제재판관할권은 가사사건의 특성에 입각하여 판단하는 것이 보다 적절하다. 그러므로 외국이혼판결을 선고한 외국법원의 국제재판관할권에 대하여 피고주소지주의만 채택하는 서울가정법원 1996. 7. 16. 선고 96드5333 판결과 부산가정법원 2016. 5. 17. 선고 2016드단2556 판결의 입장이 타당하다고 볼 수 없다.

IV. 가사비송재판의 국제재판관할권

1. 한국법

한국 가사소송법 제2조에 의하면 가사사건은 가사소송사건과 가사비송사건으로 나뉜다. 가사소송절차와 가사비송절차는 차이가 존재하기 때문에 외국가사비송재판의 국제재판관할에 대하여 외국가사소송재판과 동일한 기준을 적용하여 결정하는지를 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련해서 실체준거법국과 국제재판관할국이 일치하여야 한다는 병행이론⁸⁹⁾과 국제재판관할의 판단과 준거법의 지정은 별개의 문제라고 하면서 비송사건의 경우에도 소송사건과 마찬가지로 절차법적인 관점에서 국제재판관할규칙을 정립하여야 한다는 절차법설⁹⁰⁾이 있다. 또한, 소송과 비송을 기계적으로 구분하기보다 가사사건의 유형에 따라 적절한 관할규칙을 도출하여야 한다는 견해와 비송재판의 연결점 중에서 당사자의 주소지 또는 상거소지가 아닌 것의 절대다수는 본국이기 때문에 본국관할을 인정하면 병행이론에 의존할 필요가 없다는 견해가 있다.⁹¹⁾ 한국 국제사법 전부법률개정안은 가사비송사건의 직접관할을 규정하고 있다. 개정안 제62조는 후견사건에 대하여 피후견인의 상거소, 국적, 피후견인을 보호하여야 할 필요가 있고 피후견인의 재산소재지의 관할권을 인정하는 한편, 미성년인 자녀의 후견에 관한 사건에 대하여 친자 간의 법률관계사건과 같은 기준을 적용하면서 그 자녀를 보호하여야 할 필요성에 따라 그 자녀의 재산소재지의 관할을 인정한다. 또한, 개정안 제15조 제1항에 따르면 비송사건의 국제재판관할에 관한 특별규정을 제외하고 소송사건의 국제재판관할을 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 비송사건에도 준용한다. 가사비송재판의 국제재판관할권을 다룬 한국판례는 없다.

89) 김문숙, 앞의 글, 81.

90) 권재문(주66), 앞의 글, 11.

91) 권재문(주66), 위의 글, 11.

2. 중국법

중국은 가사소송사건과 가사비송사건을 구분하지 않고 재판국법에 따라 가사비송사건에 해당한다고 하더라도 소송사건과 같은 승인요건을 적용한다. 중국 민사소송법은 앞서 설명하였듯이 국제재판관할권을 승인요건으로 규정하지 않고 이혼승인 특별규정은 국제재판관할권의 기준을 규정하지 않으며, 외국가사비송사건의 국제재판관할권에 대한 태도가 불명확하고 이와 관련된 중국판례는 없다.

3. 검토

앞서 살펴보았듯이 한국 가사소송법은 가사사건을 가사소송사건과 가사비송사건을 나누고 중국 민사소송법은 이러한 구분을 하지 않고 있다. 가사소송절차와 가사비송절차는 차이가 존재하므로 가사소송사건과 가사비송사건의 구분에서 분쟁의 유형에 따라 다른 절차를 적용하고 강도가 다른 절차보호를 보장하는 것이 중요하다. 가사소송사건과 가사비송사건의 구분은 실체법에 해당하고 절차법에 해당하는 국제재판관할권과 무관하다. 가사소송사건의 토지관할은 가사비송사건에 적용될 수 있다. 한국 국제사법 전부개정법률안 제15조는 “①국제재판관할에 관한 제1장(총칙) 제2절은 성질에 반하지 않는 범위 내에서 비송사건에도 준용한다. ② 제24조, 제7장(친족) 제1절, 제8장(상속) 제1절 및 제90조가 규율하는 비송사건의 관할은 각각 그 규정에 따른다. ③ 제2항이 규정하는 경우 이외의 비송사건의 특별관할에 관하여 이 법에 규정이 없는 경우에는 제2조에 따른다” 고 규정한다. 즉, 비송사건에 대한 특별규정이 없는 이상, 소송사건의 관할규정은 비송사건에 적용된다는 입장이다. 비록 이는 직접관할을 규율하는 규정이지만, 간접관할에 대하여 직접관할과 동일한 기준을 적용할 수 있다는 한국 현행법과 판례의 입장에 비추어 가사비송사건의 간접관할에도 가사소송사건과 동일한 기준을 적용할 수 있다.

그런데 일부 쟁송성이 없는 가사비송사건에 대하여 가사소송사건의 관할규정을 준용하는 것에 한계가 있다. 한국 국제사법 전부개정법률안 제3조에 따르면, 소송사건의 국제재판관할에 관한 특별규정이 없는 경우 피고의 상거소와 거소를 원칙으로 한다. 이는 비대심적 비송사건에 적용할 수 없다. 상대방이 없는 비송사건에서는 피고가 없으므로 피고의 상거소와 거소의 국제재판관할권을 기준으로 하는 것이 불가능하기 때문이다. 한국 가사소송법 제2조에 나열된 다양한 라류 사건은 대부분 상대방이 없는 비송사건이다. 이와 같은 비송사건은 공익성이 강하고 사건의 유형마다 심리하여야 할 문제점도 다르다. 따라서 가사소송사건의 국제재판관할규정을 적용할 수 없는 경우에 사건의 유형에 따라 구체적인 관할규정을 마련하는 것이 필요하다. 한국 국제사법 전부개정법률안 제24조는 실종선고에 관한 사건의 국제재판관할권을 규정하고 제62조는 후견사건에 관한 관할규정을 두고 있다. 이처럼 다른 가사비송사건에 구체적인 국제재판관할권을 명시하는 것이 가능하다고 본다.

제 4 절 적법한 송달

I. 적법한 송달의 의미

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제3호는 “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”을 외국재판의 승인요건으로 규정하고 있다. 이는 외국가사재판의 승인에도 적용될 것이다. 이 조문의 취지는 패소한 피고의 방어권을 보장하고자 하는 것이다. 공시송달에 의한 절차에서는 방어의 기회가 거의 없으며,

적법한 송달에 의하지 않는 경우에는 당사자가 보다 신속한 방어권을 행사하기 어렵기 때문이다. 그리고 이 규정은 단지 소송개시에 필요한 소환 또는 명령의 송달에 관한 것이므로 소송개시 후의 소환에는 적용되지 않으며, 소송개시 후의 절차가 공시송달로 송달되었더라도 송달요건을 충족한 것으로 본다.⁹²⁾

송달의 적법성을 판단하는 기준은 재판국법에 따른다. 뿐만 아니라 피고가 외국법원에 출두하기 위하여 필요한 시간적 및 경제적 여건까지 충분히 고려되어야 한다.⁹³⁾ 또한, “피고가 소송에 응하였을 것”이란, 재판관할권에 대하여 유보하지 않고 스스로 출석하여 본안에 관하여 변론한 경우이며, 패소한 피고가 재판관할권에 대한 이의만을 위하여 출석하거나 재판관할을 유보하고 본안변론을 하는 것으로 해석될 수 없다.⁹⁴⁾

이와 관련해서 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결은 외국재판의 승인에 있어서 적법한 송달을 요구함을 명시하고 있다. 또한, 적법한 송달을 요구하는 이유를 “소송에서 방어의 기회를 얻지 못하고 패소한 피고를 보호하려는 것”으로 설명한 바 있다.

또한, 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다31089 판결은 적법한 송달의 적시성을 충족하지 못했으므로 외국재판을 승인하지 않은 사례이다. 그 이유는 “워싱턴주법이 워싱턴주 밖에 주소를 둔 피고에게 60일의 응소기간을 부여한 것은 재판지와 멀리 떨어진 곳에 있는 피고를 위하여 답변의 준비, 증거의 수집, 우편물의 도달기간 등을 고려하여 피고가 그 소송을 실질적으로 방어할 수 있도록 법정의 기간을 규정한 것으로 보이므로 원고가 이러한 규정을 따르지 아니하고 워싱턴주 밖에 주소를 둔 피고에게 20일의 응소기간만을 부여한 소환장을 송달한 것은 적법한 방식에 의한 송달이라고 할 수 없다”는 것이다.

92) 김원태, “外國家事裁判의 承認·執行에 관한 問題의 再檢討”, 國際私法研究 제6호 (2001), 61.

93) 김원태(주12), 앞의 글, 299.

94) 김원태(주12), 위의 글, 299.

2. 중국법

중국 민사소송법은 송달요건을 규정하고 있지 않으나 민사소송법 사법 해석 제543조는 “외국법원의 판결, 재정이 결석판결, 재정이면 신청인은 해당 외국법원이 이미 적법하게 송달하였음을 증명할 수 있는 문서를 제출해야 한다. 다만, 판결, 재정이 이를 명확하게 설명한 경우에 그렇지 않다”고 규정하고 있다. 이혼승인 특별규정 제12조는 승인거부사유에서 “피고가 결석하고 적법한 소환을 받지 못한 경우”를 규정하고 있다. 이에 대하여 송달요건의 목적은 당사자에게 통지함으로써 당사자가 소송의 절차를 알 수 있게 하고 당사자의 기본적인 권리행사를 보장한다는 견해가 있다.⁹⁵⁾

이와 관련해서 중국과 외국 간의 국제조약도 송달에 관한 규정을 두고 있다. 중화인민공화국과 프랑스왕국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和法兰西共和国关于民事商事司法协助的协定) 제22조 제4호에 따르면 패소한 당사자가 적법한 소환을 받지 못하여 재판에서 출석하지 않는 경우 해당 재결을 승인 및 집행하지 않는다. 또한 중화인민공화국과 스페인왕국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和西班牙王国关于民事商事司法协助的条约) 제22조 제4호에 따르면 재결을 선고한 계약국법에 의하여 결석재판인 경우 패소한 당사자가 적법한 소환을 받지 못하였으면 해당 재결을 승인 및 집행하지 않는다. 여기서 “소환”은 법원이 피고에게 소장을 송달하고 지정된 시간에 지정된 장소에서 소송을 진행할 것임을 고지하는 것이다. 이와 같이 송달의 적법성을 외국재판의 승인요건으로 하는 취지는 피고 또는 패소자의 권리와 외국법원의 소송절차의 공정성을 보장하고자 하는 것이다.⁹⁶⁾ 송달의 요건에 대하여 중국 이혼승인 특별규정은 결석재판과 피고가 적법한 소환을 받

95) 张文亮, “外国判决承认与执行语境下‘送达抗辩’研究”, 载《当代法学》2019年第2期, 153.

96) 李旺, 앞의 책, 130.

지 못한 것을 동시에 충족하면 송달의 적법성을 부정하는 데 비해 외국과의 국제조약, 예컨대, 중국이 프랑스와 체결한 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和法兰西共和国关于民事商事司法协助的协定)은 패소한 당사자가 적법한 소환을 받지 못한 것과 재판에 출석하지 못한 것에 인과관계를 요구한다. 그러므로 중국과 외국 간의 국제조약은 적법한 송달에 대하여 획일적인 기준을 규정한 것은 아니다.

“2019년 협약” 제7조는 승인거부사유에서 피고가 출석하고 재판국법이 통지에 대한 항변을 허용하였음에도 불구하고 법원의 통지에 대한 항변을 하지 않은 상태에서 사건에 대한 변론을 하는 경우를 제외하고 “피고가 방어를 준비할 수 있도록 충분한 시간에서 일정한 방식으로 피고에게 통지하지 않았을 것, 또는 피청구국(requested State)이 피고에게 통지하는 방식은 피청구국의 문서송달에 관한 기본원칙에 반할 것”을 규정하고 있다. 즉, 이 협약도 송달의 적법성과 적시성을 요구하고 있다. 헤이그관할합의협약 제9조도 이와 같은 규정을 두고 있다.

헤이그송달 협약도 송달에 관한 규정을 두고 있다. 헤이그송달 협약 제15조는 “송달 또는 교부는 피고가 자신을 변호할 수 있도록 충분한 시간을 두고 이루어졌을 것”이라고 규정하고 있다. 즉, 송달의 적법성과 적시성을 요하는 입장이다.

이와 관련하여 (2016)闽01民再104号 재정은 적법한 송달을 하지 않았다는 이유로 외국이혼판결의 승인을 거부한 판례이다. 그 이유에 대하여 “이혼승인 특별규정 제9조는 ‘외국법원의 이혼판결의 원고가 신청인인 경우 인민법원은 신청인에게 판결을 선고한 외국법원이 이미 적법하게 피고를 소환한 증명서류를 제출하라고 명하여야 한다’고 규정하고 있고, 제12조는 승인거부사유에서 ‘판결은 피고가 결석하고 적법한 소환을 받지 않을 때 선고되었을 것’을 규정하고 있다. 본 사건에서 오스트레일리아연방순회법원의 이혼판결은 이미 적법하게 피고를 소환하였음을 설명하지 않았다. 해당 이혼판결의 원고는 오스트레일리아연방순회법원이 이미 적법하게 피고를 소환하였음을 증명할 수 있는 서류를 제출하지

않았고 그의 변호사도 오스트레일리아연방순회법원이 이미 적법하게 피고를 소환하였음을 증명할 수 있는 서류가 없음을 확인하였다. 해당 이혼판결의 피고도 오스트레일리아연방순회법원의 통지를 받지 못했음을 명확히 명시하였다. 따라서 오스트레일리아연방순회법원의 이혼판결은 중국에서 이의 법적 효력을 승인하는 요건을 갖추지 않는다”고 판시하였다.

이와 비슷하게 (2015)江中法民一初字第18号 재정도 적법한 송달요건을 충족하지 않는다고 외국이혼판결의 승인을 거부한 판례이다. 그 이유는 “외국판결의 승인의 신청인은 이혼승인 특별규정 제9조에 따라 외국법원이 이미 상대방 당사자를 적법하게 소환하였음을 증명할 수 있는 서류를 제출하지 않았으므로 해당 외국판결의 절차정당성과 피고와의 관련성 등 문제를 입증할 수 없다”는 것이다.

3. 검토

이렇듯 양국의 현행법에서 적법한 송달의 요건의 의미가 다르다는 것을 알 수 있다. 한국 민사소송법 제217조 제1항 제2호는 “적법한 방식에 따라” 송달하는 것으로 송달방식의 적법성을 요구할 뿐만 아니라 “방어에 필요한 시간여유를 두고” 송달받은 것으로 송달의 적시성까지 요구하고 있다. 소송대리인이 중앙당국을 통하지 않고 직접 또는 전문송달업체 등을 이용하여 수취인에게 전달한 사적 송달이자 우편에 의한 송달을 적법한 송달로 보지 않은 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결과 미국법에 의하여 응소기간은 60일임에도 불구하고 20일의 응소기간을 부여한 소환장을 송달한 송달기간의 하자를 지적한 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다31089 판결을 통하여 한국법원도 송달요건의 적법성과 적시성을 동시에 갖추는 것을 요구하는 입장이다.

반면, 중국 민사소송법은 송달요건을 규정하지 않고 민사소송법 사법해석 제543조와 이혼승인 특별규정 제9조와 제12조는 “적법한 소환” 만

요구하고 있다. 즉, 송달방식의 적법성만 요구하고 있다. 피고에게 적법한 소환을 증명할 수 없는 이유로 외국이혼판결의 승인을 거부한 (2016) 闽01民再104号 재정과 (2015)江中法民一初字第18号 재정을 통하여 중국 법원은 송달의 적법성만 요구하는 중국 현행법과 같은 입장이다. 또한, 적법한 송달을 승인요건으로 두는 목적이 양국은 다른데, 한국은 패소한 피고의 방어권을 보장하기 위함이며, 중국은 소송절차의 공정성을 보장하기 위함이다.

(1) 적법한 송달의 명시여부

서류의 송달은 재판과 같이 국가주권에 의하여 행해진다. 국가 간의 서류송달이 피송달국의 동의를 받지 않고 그 국가에 있는 당사자에게 송달되는 경우 국가주권을 침해하는 행위로 여겨질 것이다. 뿐만 아니라 적법한 방식으로 송달되지 않으면 당사자가 송달을 받지 못하여 소송의 개시를 모르고 재판에서 방어권을 행사할 수 없게 된다. 그러므로 적법한 송달방식으로 송달되지 않은 것은 절차적 공서위반으로 간주되고 외국재판의 정당성도 결여되어 승인될 수 없다. 이러한 법리에 비추어 볼 때 송달요건은 필요하다.

현재 중국 민사소송법은 송달요건을 요구하지 않는 반면, 이혼승인 특별규정은 요구하고 있으므로 적법한 송달을 직접적으로 다룬 판례는 모두 외국이혼판결의 승인에 관한 판례이다. 그런데 중국 민사소송법의 입법공백을 외국이혼판결에 대하여만 적법한 송달을 요구하는 것으로 해석할 수 없다. 재판의 종류를 불문하고 모든 당사자는 적법한 송달로 방어권의 행사를 보장받을 권리 또는 정당한 절차에 의해서 재판받을 권리가 있기 때문이다. 더구나 중국법원은 성문법규에 의지하는 경향이 있다. 민사소송법에 명시되지 않으면 외국이혼판결을 제외한 기타 외국가사재판의 송달요건이 심사되지 않거나 송달요건이 충족되지 못했다는 당사자의 주장에 대하여 법적 근거가 없다는 이유로 거부할 수 있다. 따라서

중국 민사소송법에 적법한 송달을 외국재판의 승인요건으로 명시하는 것이 적합하다고 본다.

(2) 송달의 적법성과 적시성

중국 민사소송법에 송달요건을 명시한다고 하더라도 적법한 송달의 의미가 송달방식의 적법성만 포함하는지, 적시성까지 포함하는지를 검토할 필요가 있다. 적법성은 한국의 민사소송법과 중국의 이혼승인 특별규정에 명시되고 양국의 판례에서도 확인된 바 있다. 그런데 적시성은 한국의 민사소송법과 판례에 명시되어 있지 않지만 중국의 현행법, 판례 및 외국과의 국제조약에는 규정된 바 없다.

적시성은 피고가 방어의 준비를 위한 시간여유를 가질 수 있도록 미리 송달되어야 한다는 것이다. 충분한 시간은 재판국의 송달시간의 준수뿐만 아니라 번역에 소요되는 시간, 외국 변호사를 접촉하기 위한 시간, 적절한 소송준비를 위하여 필요한 시간과 통상절차인지 보전절차인지 등 사안의 구체적인 사정을 고려하여 결정되는 것으로 해석된다.⁹⁷⁾ 이는 피고에게 방어를 위한 시간여유를 제공함으로써 송달의 적법성만 규정하는 것보다 피고의 이익을 더 보장할 수 있는 것으로, 한국법의 송달의 적법성과 적시성을 승인요건으로 두는 취지로 패소한 피고의 방어권을 보장하는 것과 일치한다.⁹⁸⁾ 그런데 적시성을 요구하지 않는다면 피고가 송달의 법정기한이 종료되는 시점에 소장송달을 받게 될 경우, 방어를 준비할 시간이 없을 가능성이 크다. 따라서 적시성의 요구는 당사자의 방어권을 보장할 뿐만 아니라 방어권의 행사를 위한 준비까지 보장할 수 있다. 또한, 중국이 가입한 헤이그송달 협약과 “2019년 협약” 적시성을 요구하고 있다. 적시성의 요구를 중국법에 명시하면 중국과 협약의 가입국 간의 송달뿐만 아니라 기타 국가와의 송달도 적시성을 요구하는 것은

97) 석광현, 앞의 책, 363.

98) 석광현, 위의 책, 363.

당사자의 방어시간을 보장하는 데에 유리하다. 그러므로 중국법상 송달의 의미에 적시성이 포함되는 것은 바람직하다.

II. 적법한 송달의 적용대상

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제2호는 송달요건의 적용대상을 “패소한 피고”로 명시하고 있다. 적법한 송달의 대상을 패소한 피고로 강조한 판례는 아니지만 앞에서 살펴본 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결과 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008다31089 판결은 외국법원에서 불리한 재판을 선고받은 피고를 대상으로 송달요건을 다루었다.

2. 중국법

중국 민사소송법에 적법한 송달의 적용대상에 관한 규정이 없으나 이혼승인 특별규정에서 그 대상이 “피고”이다. 또한, 이혼승인 수리규정 제1조는 “중국국민은 외국법원이 본인이 결석한 상태에서 선고한 이혼판결의 승인을 청구하는 경우 인민법원에 해당 판결을 선고한 외국법원이 이미 적법하게 본인을 소환하였음을 입증하는 증명서류를 제출하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 외국이혼판결이 중국에서 이 판결의 승인을 청구하는 자가 결석한 상태에서 선고된 경우, 판결의 승인을 청구하는 자는 자신이 적법하게 소환되었음을 증명하여야 한다. 하지만 송달요건의 적용대상은 피고, 이해관계인 또는 분쟁의 당사자를 포함해야 한다는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 이 견해에 따르면 피고, 이해관계인 또는 분쟁의 당사자에게 적법하게 송달되지 않는 경우, 관련된 소송절차가 성립되지 않으며 법원은 송달받지 못한 자에게 구속력 있는 재판을 선고할 수도 없

99) 张文亮, 앞의 글, 154.

다.

중국과 외국과의 양자조약도 다른 규정을 두고 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 우즈베키스탄공화국의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约) 제21조는 송달요건에서 “출석하지 않은 당사자”를 규정하고 있다. 중화인민공화국과 폴란드공화국 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定) 제20조는 송달요건에서 “패소한 당사자”를 규정하고 있다.

“2019년 협약” 제7조는 송달요건에서 “피고”를 규정하고 있다. 헤이그송달 협약 피고의 보호를 목적으로 하는 제15조와 제16조는 출석하지 않은 “피고”를 규정하고 있다.

이와 관련해서 (2015)江中法民一初字第18号 재정은 신청자가 외국법원이 피고에게 적법하게 소환하였음을 증명할 수 없다는 이유로 외국이혼판결의 승인을 거부하였다.

3. 검토

한국 현행법과 판례는 송달요건의 적용대상을 “패소한 피고”로 제한하는 반면, 중국 이혼승인 특별규정은 “피고”로 규정하고 외국과의 국제조약은 “패소한 당사자”로 정한다. 또한, 외국이혼판결의 승인을 신청하는 자가 결석한 상태에서 선고된 외국이혼판결인 경우에는 신청자에게 적법하게 소환하였음을 증명하여야 한다는 것이 이혼승인 수리규정과 중국판례의 입장이다.

한국에서 집행판결을 청구하지 않고 자동적 승인제도를 통하여 외국판결을 승인하는 경우, 재산관계의 외국판결의 집행으로 어떠한 불이익을 초래하는 것이 없기 때문에 송달요건의 적용대상을 제한하지 않는 것이 가능하다. 그런데 신분관계를 다른 외국가사재판의 승인, 한국에서 집행판결을 위한 승인요건의 심사와 중국에서 외국판결의 승인 및 집행을 위

한 심사에서 송달요건의 적용대상을 검토할 필요가 있다.

물론 원고와 피고, 승소와 패소를 불문하고 당사자는 절차의 공정을 보장받을 권리가 있다. 하지만 앞에서 설명한 것처럼, 적법한 송달요건의 취지는 소송절차의 개시를 당사자에게 통지함으로써 당사자의 방어권을 보장하지 않는 상태에서 확정된 판결의 집행으로 인한 불이익을 방지하기 위함이다. 원고는 소를 제기한 자로서 송달을 안 받더라도 소송의 개시를 알기 때문에 승인요건으로의 송달의 대상에서 제외되어도 무방하다. 승소한 피고는 외국재판의 승인 및 집행으로 재판의 내용에서 확정된 권익을 실현할 수 있기 때문에 외국재판 당시 적법한 송달을 받지 못했더라도 외국재판의 승인 및 집행으로 어떠한 불이익을 당할 것으로 보기 어렵다. 이러한 의미에서 승소한 피고가 송달요건의 대상에서 제외되어도 큰 문제가 없을 것이다. 그런데 피고가 외국재판에서 적법한 송달을 못 받았기 때문에 소송절차의 개시를 모르고 이에 대한 방어를 하지 못하고 결국 패소하는 것은 피고의 방어권 또는 정당한 방어를 통하여 승소할 기회를 박탈하는 것과 다름이 없다. 뿐만 아니라 이는 절차의 공정성에 반하는 것이다. 이러한 의미에서 패소한 피고는 송달요건의 대상에 포함되어야 한다. 이러한 법리에 비추어 볼 때 “피고” 또는 “패소한 당사자”의 범위가 “패소한 피고”보다 넓지만 “패소한 피고”를 포함하는 것으로 충분하며 적용대상을 일치시킬 필요는 없다고 본다.

III. 송달의 적법한 방식

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제2호는 공시송달이나 이와 비슷한 송달을 적법한 송달방식에 제외하는 것을 명시하고 있다. 또한, 한국은 “민사 또는 상사의 재판상 및 재판외 문서의 해외송달에 관한 협약”(Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Ci

vil or Commercial Matters, 이하 “헤이그송달 협약” 이라고 함)에 가입하였고 헤이그송달 협약은 2000년 8월 1일부터 한국에서 발효되었다. 송달방식의 적법성에 대하여 외국재판의 당사자가 내국인인 경우 그 나라가 헤이그송달 협약의 체약국인 경우에는 중앙당국을 경유해야 하고 그렇지 않은 경우에는 외교경로를 통해 이루어져야 하며, 일반우편이나 DHL 등의 방법으로 사적으로 행해진 송달은 적법한 방식에 해당하지 않기 때문에 이에 기초한 외국재판은 승인될 수 없다는 해석이 나왔다.¹⁰⁰⁾

앞에서 설명한 것처럼 한국은 헤이그송달 협약에 가입하였다. 헤이그송달 협약 제2조에 따르면 각 체약국은 송달요청을 수령하고 처리할 수 있는 중앙당국을 지정해야 한다. 한국의 중앙당국은 법원행정처로 지정되어 있다. 즉, 헤이그송달 협약에 따라 외국이 한국으로 송달하는 경우, 한국의 법원행정처를 통하여 송달하여야 한다.

이와 관련해서 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결은 “송달”의 의미를 “보충송달이나 우편송달이 아닌 통상의 송달방법에 의한 송달을 의미한다”로 설명하며, 영사과견국의 법원이 외교상의 경로를 거치지 아니하고 한국국민이나 법인을 상대로 하여 자국영사에 의한 직접 실시 방식으로 송달을 한 경우 송달의 적법성을 부정한 판례이다. 그 이유는 “영사관계에관한비엔나협약 제5조 제이(j)항에는 파견국 영사는 파견국 법원을 위하여 소송서류 또는 소송 이외의 서류를 송달할 수 있도록 되어 있으나, 이는 자국민에 대하여서만 가능한 것이고, 한국과 영사관계가 있더라도 송달을 받을 자가 자국민이 아닌 경우에는 영사에 의한 직접실시방식을 취하지 않는 것이 국제예양이며, 위 협약에 가입하고 있는 국가라 할지라도 명시적으로 위 방식에 대한 이의를 표시하고 있는 경우에는 이에 의할 수 없는 것이라고 할 것인데 우리나라는 사법공조업무처리 등에 관한 예규(송민예규 85-1)에 따라 국제간의 사법공조업무를 처리하여 오다가, 위 예규의 내용을 받아 국제민사사법공조법을 제정하여, 외국으로부터의 송달촉탁은 외교상의 경로를 거칠 것을 요건으로 하여

100) 권재문(주39), 앞의 글, 308.

송달장소를 관할하는 제1심 법원이 관할하도록 규정함으로써, 적어도 영사과전국의 국민이 아닌 경우에는 위 비엔나협약에 규정된 영사에 의한 직접실시방식에 대하여 이의를 표시하고 있는 것이라고 볼 것이므로, 영사과전국의 법원이 위와 같은 공조요건인 외교상의 경로를 거치지 아니하고 한국 국민이나 법인을 상대로 하여 자국영사에 의한 직접실시방식으로 송달을 한 것이라면, 이는 위 영사과전국이 우리나라와 영사관계가 있다 하더라도 우리나라의 재판사무권을 침해한 것으로서 적법한 송달로서의 효력이 없다”는 것이다.

또한, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결은 우편송달의 적법성을 부정한 판례이다. 그 이유에 대하여 “결석재판청구서가 미국 내의 한 법률사무소 사무원을 통하여 우편함에 넣어짐으로써 피고에 대한 송달이 이루어졌는데 이러한 송달은 피고에게 방어의 기회를 적절하게 제공한 것이라고 볼 수 없으므로 적법한 송달이 아니다”고 판시하였다.

서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결은 국가 간의 우편송달의 적법성을 부정하였다. 그 이유는 미국과 한국이 모두 헤이그송달협약의 가입국이므로 헤이그송달협약은 우선적으로 적용되고, 한국은 헤이그송달협약에 가입하면서 협약 제10조 제1호에 대한 반대선언을 통하여 한국에 소재하는 자에게 재판상 문서를 우편으로 직접 송부하는 방식을 인정하지 않는 것이다.

2. 중국법

중국은 민사소송법 제277조는 “사법공조는 청구 및 제공은 중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약에 규정된 경로를 통하여 진행되어야 한다. 조약관계가 없는 경우, 외교경로를 통하여 진행된다. 외국주중화인민공화국의 대사관과 영사관은 자국민을 대상으로 문서송달과 증거조사를 할 수 있으나 중화인민공화국의 법률에 반하여도 안 되며 강제 조치를 취할 수 없다”고 규정하고 있다. 즉, 외국이 중국에서 송달을

진행하면 적법한 송달방식은 중국과의 국제조약에 규정된 방식이나 외교 경로에 의한 송달이다.

중국과 외국 간의 양자조약은 이에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대, 대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和大韩民国关于民事和商事司法协助的条约) 제12조는 “수탁국은 자국법에 규정된 방식 또는 촉탁국이 명시적으로 요청한 특정한 방식에 따라 송달 촉탁을 실시한다. 다만, 그러한 방식이 수탁국의 법에 저촉되는 경우에는 그러하지 아니한다”고 하고, 제15조는 자국민을 대상으로 하는 외교관 또는 영사관원에 의한 서류의 송달을 규정하고 있다. 즉, 한국과 중국 간의 적법한 송달방식은 수탁국법에 의한 방식과 촉탁국의 요청에 의한 방식, 또는 촉탁국의 자국민을 대상으로 하는 외교관 또는 영사관원에 의한 서류의 송달이다.

또한, 중국은 1991년 헤이그송달 협약에 가입하였다. 중국과 국제조약을 체결하지는 않았지만 헤이그송달 협약에는 가입한 외국이면 그 외국과 중국 간의 송달은 헤이그송달 협약에 따른다. 헤이그송달 협약 제5조는 적법한 송달방식을 “국내소송에 있어서 자국의 영역 안에 소재하는 자에 대한 문서의 송달에 대하여 자국법이 정하는 방식, 또는 피촉탁국의 법에 저촉되는 아니하는 한, 신청인이 요청한 특정의 방식”으로 규정하며 후자의 경우 문서를 임의로 수령하는 수신인에 대한 교부에 의한 송달을 허용하는 입장이다.

헤이그송달 협약의 실시를 명확하게 하기 위하여 중국 최고인민법원, 외교부와 사법부는 “헤이그송달 협약의 집행에 관한 절차의 통지”(最高人民法院、外交部、司法部关于执行《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》有关程序的通知)를 마련했다. 이 통지에 따르면 중국의 중앙당국은 중국 사법부이다. 즉, 헤이그송달 협약의 체약국은 중국에 민사 및 상사 사법문서의 송달을 촉탁하는 경우 중국 사법부에 직접 전달하여야 한다. 그 이후 중국 사법부는 최고인민법원에 전달하고 최고인민법원은 관련 하급법원에 전달하고 해당 하급법원은 당사자에게

송달한다. 체약국의 주중국 대사관 및 영사관이 중국에 있는 체약국 국민에게 민사 및 상사 사법문서를 송달하는 경우에 중국법에 반하지 않아야 송달이 가능하다.

“2019년 협약”은 적법한 송달방식을 구체적으로 규정하지는 않지만 제7조는 승인거부사유에서 “피청구국(requested State)이 피고에게 통지하는 방식은 피청구국의 문서송달에 관한 기본원칙에 반할 것”을 규정하고 있다. 즉, 송달방식은 송달받은 국가의 송달에 관한 국내법의 기본원칙에 반하지 않으면 적법한 것으로 본다. 이는 입장이다.

중국과 국제조약을 체결하지 않는 동시에 헤이그송달협약에 가입하지 않은 국가는 최고인민법원, 외교부와 사법부가 마련한 “중국법원과 외국법원이 외교경로로 서로 법률문서의 송달을 촉탁하는 것에 관한 여러 문제의 통지”(关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知)에 따르면 외교경로를 통하여 중국에 송달할 수 있다.

위와 같은 방식에 따라 중국과 외국 간의 송달을 실시하여야 송달의 적법성을 인정할 수 있다. 중국 민사소송법 사법해석 제549조는 “외국법원이 속하는 국가와 중국 간에 송달방식에 관한 사법공조조약과 호혜관계가 동시에 존재하지 않으며, 해당 외국법원이 외교경로를 통하여 송달하지 않고 직접적으로 인민법원에 사법공조를 청구하는 경우 인민법원은 서류를 촉탁국에 반환하고 이유를 설명하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 법원에 직접 송달을 촉탁하는 경우뿐만 아니라 당사자에게 직접 송달하거나 규정에 부합하지 않는 기타 방식은 다 적법성이 인정되지 않는다.

구체적인 송달방식에 대해서 교부송달 외에 유치송달, 우편송달, 공시송달 등 다양한 송달방식의 적법성도 인정해야 한다는 견해가 있다.¹⁰¹⁾ 이 견해에 따르면 교부송달은 당사자가 소송의 진행을 실제로 알 수 있도록 최대한 보장하여 송달방식의 부적법에 대한 항변 가능성을 최대한 배제할 수 있는 반면, 유치송달 등은 더 효율적이고 신속한 소송의 진행

101) 张文亮, 앞의 글, 153.

을 보장하는 데에 유리하므로 송달방식의 다양성을 인정하여야 한다. 더불어 이 견해는 피고가 외국법원의 관할을 인정하는지 여부가 송달방식의 적법 여부를 판단하는 중요한 요소이라고 주장한다. 이에 따르면 피고가 외국법원의 관할을 받아들이는 동시에 특정한 송달방식을 동의한 것으로 추정되고 송달도 실제로 약속된 방식에 따라 이루어지는 경우, 피고가 실제로 통지를 받지 못했더라도 송달을 적법한 것으로 본다는 것이다.

이와 관련해서 (2017) 苏01协外认1号 재정은 개인 간의 송달의 적법성을 부정한 판례이다. 해당 외국이혼판결의 원고는 호주에서 이혼의 소를 제기하고 원고의 사촌형을 통하여 중국에 있는 피고에게 소송서류의 전달을 시도하였고 피고가 서류의 전달을 거부하자 원고의 사촌형은 직접 서류를 피고에게 교부하고 서류의 내용과 변론기일을 알려주었고 호주법원은 피고가 불출석한 상태에서 원피고의 혼인관계의 해지를 명하는 이혼명령을 선고하였다. 이에 대하여 중국법원은 “이혼승인 특별규정 제12조 제3항에 따라 외국법원의 이혼판결은 피고가 결석하고 적법한 소환을 받지 않았을 때 선고되는 경우 승인되지 않는다. 본 사건에서 피고가 기일에 출석하지 않고 해당 법원의 적법한 소환을 받지 못하였다. 원고가 사촌형을 위탁하여 피고에게 이혼신청서와 서류송달선서서를 송달하였다. 이를 증명할 수 있는 서류를 제출하였으나 위 서류의 원본을 제출하지 않았고 원고가 개인적으로 제3자를 위탁하여 서류를 송달한 것을 오스트레일리아 연방순회법원이 이미 피고에게 적법하게 소환하였으므로 볼 수 없다” 고 판시하였다.

또한, (2016) 粤03民初836号 재정은 송달의 구체적인 방식을 따지지 않고 송달받은 당사자가 스스로 송달을 받은 것을 인정하면 적법한 송달이 진행되었음을 인정한 판례이다. 송달에 대한 심사는 “미국이혼판결의 피고가 본 법원의 질문에 대답함으로써 본인이 미국법원의 소환장을 받은 후 출석하지 않았음을 확인하였으며, 관련 증명서류를 제출하였다” 로 판시하였다.

“최고인민법원의 우즈베키스탄공화국 CHORVANASLXIZMAT유한회사가 우즈베키스탄공화국 페르가나주 경제법원이 선고한 N015-08-06/9474번 민사판결의 승인 및 집행을 청구하는 사건에 관한 문의에 대한 회신”¹⁰²⁾은 중국주우즈베키스탄대사관과 신장외경무역청(新疆外经贸厅)을 통한 팩스송달의 적법성을 부정한 사례이다. 그 이유에 대하여 “우즈베키스탄공화국 법원의 민사판결을 승인 및 집행하는지 여부는 중화인민공화국과 우즈베키스탄공화국의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和乌兹别克斯坦共和国关于民事和刑事司法协助的条约, 이하 ‘중우조약’이라고 함)에 따라 우즈베키스탄법원이 중국에 있는 당사자에게 기일통지서와 판결정본을 송달하는 것은 우즈베키스탄의 중앙기관이 중국의 중앙기관에 청구를 제기하여 중국의 중앙기관을 통하여 송달하여야 한다. 신장웨이얼자치구고급인민법원의 보고에 의하여 우즈베키스탄공화국 페르가나주 경제법원은 중국주우즈베키스탄대사관을 통하여 신장외경무역청(新疆外经贸厅)으로 보내고 마지막으로 하이홍회사에 기일통지서를 팩스로 송달하였다. 위 방식은 중우조약에 반하고 중국의 사법주권을 침해하였다”고 설명하였다.

또한, 미국법원이 외교경로를 거치지 않고 중국인민법원에 우편으로 보낸 이혼판결을 처리하는 것에 관한 문의에 대한 최고인민법원의 회신¹⁰³⁾은 미국법원의 우편송달의 적법성을 부정하였다. 그 이유는 “미국 캘리포니아주 고등법원이 중국 소주시중급인민법원에 중국공민의 이혼판결 등본 등 서류를 우편으로 보냈지만 축탁서 및 중국어 번역본이 없으며, 외교 경로를 거치지 않았다. 중국과 미국 간의 사법공조조약이 없는 경우에 중국 민사소송법의 규정에 반할 뿐만 아니라 국제관행에 부합하

102) 最高人民法院关于对乌兹别克斯坦共和国CHORVANASLXIZMAT有限责任公司申请承认和执行乌兹别克斯坦共和国费尔干纳州经济法院作出的N015-08-06/9474号民事判决一案的请示的复函 회신은 상급국가기관이 하급국가기관의 문의요청(请示)을 답장하는 공문으로서 판결의 효력이 없으나 최고인민법원의 회신이면 다른 하급법원의 재판에 구속력이 있다.

103) 最高人民法院关于美国法院未通过外交途径直将离婚判决书寄给我人民法院应如何处理问题的批复 (1985年 12月26日 [1985]民他字第37号)

지 않는다”는 것이다.

그리고 (2014)长民确字第1号 재정은 공시송달로 송달을 실시한 한국이 혼판결을 승인한 판례이다. 송달요건에 대하여 “신청인은 대한민국 대구지방법원의 공시송달명령과 송달확정증명서를 제출하였다”로 심사하였고 한국법원의 공시송달을 반대하지 않았고 이의 효력을 인정하였다.

3. 검토

한국 민사소송법 제217조 제2호는 “공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우”를 적법한 송달방식에서 제외하는 입장이며, 헤이그송달 협약에 가입한 국가는 한국 법원행정처를 통하여 송달하여야 한다. 자국민이 아닌 한국 국민을 대상으로 한 외교관 또는 영사관원에 의한 서류의 송달의 적법성을 부정한 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결, 재판국 국내의 우편송달의 적법성을 부정한 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결과 국가 간의 우편송달의 적법성을 부정한 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결을 통하여, 한국법원은 우편송달과 같은 개인 간의 송달과 재판국의 자국민을 대상으로 하지 않은 외교관 또는 영사관원에 의한 서류의 송달을 적법한 송달방식으로 인정하지 않는 입장이다.

중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 외국재판의 승인요건으로서의 송달방식에 대한 규정을 마련하지 않고 있다. 하지만 중국은 헤이그송달 협약에 가입하였다. “중국법원과 외국법원이 외교경로로 서로 법률문서의 송달을 촉탁하는 것에 관한 여러 문제의 통지”에 따라 헤이그송달 협약에 가입한 국가는 중국 사법부를 통하여 송달하여야 하고 헤이그송달 협약에 가입하지 않은 국가는 외교경로를 통하여 송달하여야 한다. 즉, 중국 현행법은 외국과의 송달에 대하여 중앙기관에 의한 송달만 인정하는 태도이다. 개인 간의 교부송달의 적법성을 부정한 (2017) 苏01协外认1号 재정, 팩스송달을 부정한 “최고인민법원의 우즈베키스탄공화국 CHORVANASLXIZMAT유한회사가 우즈베키스탄공화국 페르가나주 경제

법원이 선고한 N015-08-06/9474번 민사판결의 승인 및 집행을 청구하는 사건에 관한 문의에 대한 회신”, “외교경로를 거치지 않고 직접적으로 중국법원에 송달하는 방식을 부정한 최고인민법원의 미국법원이 외교 경로를 거치지 않고 중국인민법원에 우편으로 보낸 이혼판결을 처리하는 것에 관한 문의에 대한 회신”을 통하여 중국법원은 국가 간의 송달에 대해서는 중앙기관에 의한 송달만 인정하는 입장이다. 다만, 구체적인 송달방식을 살펴보지 않고 당사자의 진술로 송달의 적법성을 인정한 (2016)粵03民初字第836号 재정이 있다.

앞에서 설명한 것과 같이, 송달은 당사자 또는 소송관계인에게 소송에 관한 서류의 내용을 알 수 있는 기회를 주기 위하여 법정의 방식을 좇는 통지행위이며, 재판권의 행사에 해당되므로 재판권의 범위에서만 가능하다. 재판권은 국가주권에 기하여 행해진다. 그렇다면 국가주권에 기한 송달은 사실상 공적인 성격을 가지며, 송달방식이 적법한지에 대한 검토는 당사자의 진술로 면제될 수 없다. 따라서 구체적인 송달방식을 살펴보지 않고 당사자의 진술로 송달의 적법성을 인정한 (2016)粵03民初字第836号 재정의 입장은 타당하다고 볼 수 없다.

이에 적법한 송달방식은 국가 간의 송달과 재판국 국내의 송달로 나뉘고 분석하고자 한다.

(1) 국가 간의 적법한 송달

국가 간의 송달은 재판국에서 피고가 소재하는 국가로 송달되는 경우이다. 구체적인 송달방식은 헤이그송달 협약과 같은 국제조약 또는 각국의 국내법에서 규정한다. 헤이그송달 협약은 제2조에서 중앙당국에 의한 송달, 제8조에서 외교관 또는 영사관원에 의한 직접송달, 제9조에서 영사관원을 통하여 목적지국의 지정 당국으로 하는 송달, 제10조에서 우편 송달, 사법공무원 간의 송달, 이해관계인과 목적지국 사법공무원 등 간의 송달, 제11조에서 기타 직접적인 경로, 제19조에서 기타 체약국법이

허용하는 방식 등 다양한 송달방식을 인정하고 있다. 한국과 중국은 모두 헤이그송달 협약에 가입하면서 제8조와 제10조에 대한 이의를 제기하였다. 따라서 한국과 중국에서 헤이그송달 협약에 따라 송달되면 외교관 또는 영사관원에 의한 직접송달은 자국민을 대상으로만 허용되고 제10조에 규정된 모든 송달방식은 허용되지 않는다. 재판국이 헤이그송달 협약에 가입하지 않은 경우, 중국에서 송달을 하면 “중국법원과 외국법원이 외교경로로 서로 법률문서의 송달을 촉탁하는 것에 관한 여러 문제의 통지”에 따라 중앙당국 또는 외교경로를 통하여 송달하여야 하며, 한국에서 송달을 하면 국제민사사법공조법에 따라 한국의 관할법원에 촉탁하여 한국법에 따라 송달을 실시하거나 한국법에 저촉되지 않는 외국법원이 요청한 특정방식에 의하여 송달하여야 한다. 한국과 중국의 사법공조조약(대한민국과 중화인민공화국간의 민사 및 상사사법공조조약)도 중앙당국에 촉탁하는 방식만 인정하고 제12조에 따라 수탁국은 자국법에 규정된 방식 또는 수탁국의 법에 저촉되지 않고 촉탁국이 명시적으로 요청한 특정한 방식에 따라 송달 촉탁을 실시할 수 있다.

물론 중앙당국을 통하지 않고 피고에게 송달되어도 피고가 실제 송달을 받으면 송달의 개시를 알 수 있겠지만, 서류의 송달은 국가의 재판권에 해당하므로 원칙적으로 국가기관을 통하여 송달을 실시하여야 한다고 본다. 특히 국가 간의 송달은 송달받는 국가의 동의를 얻지 않으면 국가주권의 침해로 볼 것이다. 송달받는 국가의 지정기관에 촉탁하여 송달을 실시하는 방식, 즉 중앙당국에 의한 송달은 송달받는 국가의 동의를 얻어야 송달을 실시할 수 있기 때문에 송달의 적법성이 보장되고 이를 국가주권의 침해로 볼 여지가 없다. 반면, 중앙당국에 의하지 않고 외교관 또는 영사관원에 의한 직접송달, 우편송달과 같은 송달방식은 송달받는 국가의 국가주권의 침해로 볼 수 있으므로 적법성을 인정하기 어렵다. 이러한 법리에 비추어 자국민이 아닌 한국국민을 대상으로 한 외교관 또는 영사관원에 의한 서류의 송달의 적법성을 부정한 대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결과 국가 간의 우편송달의 적법성을 부정한 2015. 3.

24. 선고 2013나2012912 판결의 입장이 타당하며, 개인 간의 교부송달의 적법성을 부정한 (2017) 苏01协外认1号 재정, 팩스송달과 외교경로를 거치지 않고 직접적으로 중국법원에 송달하는 방식을 부정한 중국 최고인민법원의 입장도 타당하다.

(2) 재판국 국내의 적법한 송달

재판국 국내에서만 진행되는 적법한 송달방식에 대하여 양국 현행법은 이를 명시한 바 없다. 앞에서 제시한 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결은 미국 국내에서 진행되는 우편송달의 적법성을 부인하였다.

생각건대, 재판국 국내에서 진행되는 송달은 재판국의 국가주권에 기하여 행해진다. 국내송달은 국가 영토를 넘어 송달되지 않기 때문에 다른 국가의 국가주권과 관련이 없으므로 중앙당국에 의한 송달처럼 지정된 기관에 촉탁할 필요가 없다. 또한, 국내송달은 재판절차 중 하나에 해당하기 때문에 재판국 법원이 재판국의 내국법에 따라 송달을 실시한다. 교부송달에만 송달의 효력을 인정하는 것이 아니라 보충송달, 유치송달, 우편송달 등도 적법한 것으로 인정한다. 국내송달이 어떠한 방식으로 실시되는지는 송달의 대상이 자국민인지 외국인인지를 불문한다. 즉, 섭외적 사건이라도 재판국 국내에서만 진행되는 송달은 자국민과 외국인을 구분하지 않고 동일한 송달절차를 통하여 실시된다. 보충송달, 유치송달, 우편송달 등이 섭외적인 사건의 피고에게 방어권을 부여할 수 없다면 내국사건의 피고의 방어권을 위하여 이러한 송달방식은 허용되지 않아야 하는데 실제로는 그렇지 않다. 이러한 경우에, 피고의 방어권 보호를 이유로 교부송달을 제외한 기타 송달방식의 적법성을 부인하는 이유를 찾기 어렵다. 따라서 재판국 국내에서만 진행되는 송달의 방식은 재판국법에 부합하면 적법하다고 본다. 즉, 국가 간의 송달은 중앙기관 또는 외교 경로에 의한 송달만 적법하다고 인정하는 반면, 재판국 국내 송달은 재판국법에서 명시한 규정이 있고 송달이 재판국 법원을 통하여

이루어지면 교부송달, 보충송달, 유치송달, 우편송달과 공시송달 등 다양한 송달방식을 선택하더라도 외국재판의 승인 및 집행의 요건으로서의 송달요건을 충족한다고 보아야 한다. 송달의 대상이 외국인이라도 재판국 국내에 주소를 두고 있고 재판국법에 따라 재판국에 있는 주소로 송달되는 경우, 본국인과 같은 송달방식이 적용되기 때문이다. 이러한 입장에서 볼 때 미국 국내에서만 진행되는 우편송달이 적법하지 않다는 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결의 입장은 타당하다고 볼 수 없다.

IV. 적법한 송달의 서류

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제2호는 송달의 서류를 “소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령”에 제한하고 있다. 즉, 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령이 적법하게 송달된 후, 기타 서류는 공시송달로 송달되어도 된다.

이와 관련해서 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결¹⁰⁴⁾은 송달요건의 서류에 대하여 “소장 및 소송개시에 필요한 소환장 등을 말하는 것으로서 이러한 서류가 적법하게 송달된 이상 그 후의 소환 등의 절차가 우편송달이나 공시송달 등의 절차에 의하여 진행되었더라도 승인의 대상이 될 수 있다”고 판시하였다. 그런데 해당 사건에서 피고는 이미 소장과 소송제기통지를 적법하게 송달받았음에도 불구하고 대법원은 결석재판청구서의 우편송달을 이유로 송달요건을 갖추지 못하였다고 판단하였다. 그 이유는 “비록 피고에게 기일통지가 된 적은 없으나 이는 피

104) 해당 사건에서 피고는 이미 소장과 소송제기통지를 적법하게 송달받았지만 재판관할이 없다는 판단을 하고 응소를 하지 않았다. 원고는 결석재판청구서를 작성하여 우편으로 피고에게 송부하고 미국법원이 속한 캘리포니아주의 민사소송법은 결석재판청구서의 우편송부로 인한 송달을 적법한 것으로 인정한다.

고에 대하여 기일이 열리지 않은 것에 기인할 뿐이고 피고가 소장과 응소방법, 불응소시의 불이익 등이 기재된 서면을 송달받은 이상 민사소송법 제217조 제2호의 요건은 충족되었다고 봄에도 불구하고, 이 사건 판결의 전제가 된 결석재판청구서가 미국 내의 한 법률사무소 사무원을 통하여 우편함에 넣어짐으로써 피고에 대한 송달이 이루어졌는데 이러한 송달은 피고에게 방어의 기회를 적절하게 제공한 것이라고 볼 수 없다”는 것이다.

2. 중국법

중국 민사소송법은 송달요건의 서류에 대한 규정을 두지 않고 이혼승인 특별규정은 “소환”으로 규정한다. 소환은 한국법상 형사소송에서만 사용된 개념으로서 피고인, 증인 등 소송관계인에게 소환장을 발부하여 공판기일이나 그 밖의 일정한 일시에 법원 또는 법원이 지정한 장소에 나올 것을 명령하는 것을 의미한다. 하지만 소환은 중국에서 형사소송뿐만 아니라 민사소송에서 당사자에게 소장을 송달함으로써 변론기일이나 그 밖의 지정된 시간에 법원 또는 법원이 지정된 장소에서 나올 것을 통지하는 것으로 사용된다. 그런데 송달요건에서 송달될 서류는 소송의 개시에 관한 소환만 의미하는지 모든 소송절차에 관한 소환을 의미하는지를 명시하지 않는다.

이에 대하여 적법한 송달의 대상이 되는 서류는 소장, 기일통지서, 판결정본, 또는 감정결론을 기재하는 감정서, 처벌결정 등 기타 진행 중인 소송과 관련된 모든 재판상 문서를 포함해야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁵⁾ 하지만 이 견해는 적법한 송달의 대상이 되는 서류를 넓게 이해하는 동시에, 소장과 판결정본의 송달을 강조하고 있다. 소장은 소송의 개시를 알리는 것으로서 당사자의 소송참여와 관련되고 판결정본은 소송의 결과를 알리는 것으로서 당사자의 항소제기와 관련되기 때문이다.

105) 张文亮, 앞의 글, 154.

이에 관하여 중국과 외국 간의 양자조약은 규정을 두고 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 튀니지공화국 간의 민사 및 상사사법공조조약(中华人民共和国和突尼斯共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제21조에 따르면 승인 및 집행을 청구한 외국재판이 결석재판인 경우 정식적인 소환장 등 본 또는 당사자에게 이미 적법하게 소환장을 송달하였음을 증명할 수 있는 서류를 제출하여야 한다. 중화인민공화국과 보스니아헤르체고비나 간의 민사 및 상사사법공조조약(中华人民共和国和波斯尼亚和黑塞哥维那关于民事和商事司法协助的条约) 제22조에 따르면 외국재판의 승인 및 집행을 청구하는 경우, 패소한 당사자에게 이미 적법하게 판결이 송달되었음을 증명할 수 있는 서류를 제출하여야 하고 외국재판이 결석판결인 경우 결석한 당사자가 이미 적법하게 소환되었음을 증명할 수 있는 서류를 제출하여야 한다. 즉, 중국과 외국 간의 양자조약은 적법하게 송달되어야 할 서류를 소환장만 규정하는 경우가 있고 소환장과 판결을 규정하는 경우가 있다.

“2019년 협약” 제7조는 송달요건에서 “소제기의 문서 또는 이에 상응하는 문서”를 규정하고 있다. 즉, 송달요건의 서류를 소송의 개시에 필요한 서류로 보는 입장이다. 이와 비슷하게 헤이그송달 협약 제1조는 협약의 적용범위를 “재판상 또는 재판외 문서”를 규정하지만 출석하지 않은 피고에 대한 보호를 규율하는 제15조와 제16조는 “소환장 또는 이에 상응하는 문서”를 규정하고 있다.

이와 관련해서 최고인민법원의 우즈베키스탄공화국 CHORVANASLXIZMAT유한회사가 우즈베키스탄공화국 페르가나주 경제법원이 선고한 N015-08-06/9474번 민사판결의 승인 및 집행을 청구하는 사건에 관한 문의에 대한 회신¹⁰⁶⁾은 중국에 있는 당사자에게 송달하는 대상을 “소환장과 판결정본”으로 명시하였다.

106) 最高人民法院关于对乌兹别克斯坦共和国CHORVANASLXIZMAT有限责任公司申请承认和执行乌兹别克斯坦共和国费尔干纳州经济法院作出的N015-08-06/9474号民事判决一案的请示的复函

3. 검토

송달요건이 적용되는 서류에 대하여, 중국 민사소송법에 관련 규정이 없지만 이혼승인 특별규정은 “적법한 소환”을 규정하고 있다. 중국 최고인민법원은 적법하게 송달되어야 하는 것을 “소환장과 판결정본”으로 하는 입장이다. 여기서 소환장은 한국법상 기일통지서와 비슷한 것으로 소송제기에 관한 문서뿐만 아니라 모든 변론기일통지서를 포함한다. 즉, 중국판례도 소송개시에 필요한 서류뿐만 아니라 소환장과 판결정본 등 서류의 송달도 송달요건의 적용범위에 포함하는 입장이다.

한국 민사소송법 제217조 제2호는 “소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령”으로 명시하고 있다. 그런데 이미 소장과 소제기통지를 적법하게 송달했지만 결석재판청구서의 우편송달로 인하여 송달요건을 충족하지 않는다고 판단한 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결의 입장은 한국 현행법의 입장과 다소 모순되어 보인다.

생각건대, 한국 민사소송법은 송달요건에서 서류를 소송의 개시에 필요한 서류에 제한하는 것은 한국법상 송달요건을 규정하는 목적과 일치한다. 앞에서 설명한 것처럼, 한국법상 승인요건으로서의 송달요건은 피고의 방어권을 보장하는 것을 목적으로 한다. 피고는 소송의 개시를 알고난 후에야 방어권을 행사할 수 있다. 따라서 단순히 피고의 방어권을 보장하는 차원에서 볼 때 송달요건은 소송의 개시에 필요한 서류에만 적용된다고 볼 수 있다.

그러나 소송의 개시에 필요한 서류를 제외한 기타 서류가 적법하지 않은 방식으로 송달되는 경우에도 법적 문제가 없는 것은 아니다. 소송의 개시에 필요한 서류가 아닌 서류의 송달이 부적법한 방식으로 실시되면 절차적 공서위반으로 볼 수 있다. 예컨대, 기일통지서가 부적법하게 송달되면 당사자가 지정된 시간에 법정에 출석할 수 없으므로 당사자의 변론의 권리 또는 의견진술의 권리를 보장할 수 없다. 이는 당사자의 절차적 권리보장을 목적으로 하는 절차적 공서에 반하므로 해당 외국재판은

승인될 수 없다. 중국은 법정에서의 판결 선고를 필수적으로 요하지 않고 판결서는 당사자에게 송달될 때부터 효력이 발생하는데, 판결서의 정본이 부적법한 방식으로 송달되면 당사자에게 판결의 효력이 발생하지 않는다. 이와 같이 소송의 개시에 필요한 서류를 제외한 기타 서류의 적법한 송달은 절차적 공서요건으로 보호받을 수 있다. 절차적 공서는 재판절차의 모든 과정을 포함하기 때문에 소송의 개시에 필요한 서류의 송달도 포함할 수 있기 때문이다.

그렇다면 적법한 송달의 서류는 어떻게 해석되어도 무방하다고 본다. 따라서 송달요건의 서류를 “적법한 소환”으로 규정하는 중국 이혼승인 특별규정의 입장, 또는 “소환장과 판결정본”으로 보는 최고인민법원의 입장은 타당하다. 반면, 한국 민사소송법처럼 소송의 개시에 필요한 서류에 한하여 송달요건을 적용하면 기타 서류의 송달은 절차적 공서를 통하여 적법성을 보장할 수 있다. 다만, 입장의 일관성을 유지하기 위하여 소장과 소송제기통지를 적법하게 송달했지만 결석재판청구서의 우편송달로 인하여 송달요건을 충족하지 않는다고 판단한 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결의 입장은 타당하다고 보기 어렵다.

V. 송달하자의 치유

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제2호는 송달에 대하여 적법한 송달과 “송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것”을 규정하고 있다. 즉, 피고의 응소는 송달의 하자를 치유할 수 있다.

패소한 한국인인 피고가 재판국의 재판관할권을 다투지 않고 또는 이점에 관하여 유보를 하지 않고 스스로 출석하여 본안에 관한 응소한 경우를 피고의 응소로 해석하는 견해가 있다.¹⁰⁷⁾

107) 김주상, “외국판결의 승인과 집행”, 사법논집 제6집(1975), 500.

이와 관련해서 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결은 피고가 미국소송에서 답변서를 제출한 것을 송달의 하자가 치유되는 응소로 보지 않았다. 그 이유는 “① 국제적인 사법공조에 관한 다자간 조약인 헤이그 협약에 가입하여 체약국이 자신이 선택한 송달 방법에 의한 경우에만 사법공조절차를 이행하겠다고 한 이상, 위와 같은 사법공조에 관한 협약 내용에 따라 국제적 송달이 이루어져야 하고, 그것이 국제적 송달에 관한 통일적인 국제조약을 체결한 의의와 외국에 송달할 경우에 반드시 적용되어야 하는 조약의 강행적 성격에도 부합하는 것이다. ② 한편 외국 법원이 사법공조에 따른 위와 같은 경로를 거치지 아니하고 대한민국 국민이나 법인을 상대로 하여 직접실시방식으로 송달하는 경우, 이는 결국 대한민국의 주권을 침해한 것으로서 그러한 송달의 효력은 인정될 수 없다. ③ 이러한 국제적 조약의 강행적 성격과 주권 보장적 측면에서 볼 때 헤이그 협약을 위반한 송달에 관하여 사인의 행위로 쉽게 그 하자가 치유되는 것으로 보아서는 안 된다. ④ 민사소송의 피고가 답변서를 제출하는 행위는 그 소송에 대응하는 행위로서 소장이나 소환장 등의 송달과 관련된 행위라고 보기 어렵고 민사소송법 제217조 제2호의 입법취지 등에 비추어 피고의 답변서 제출만으로는 위 규정에서 정하는 응소가 있는 것으로 볼 수 없다” 는 것이다.

또한, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결은 피고의 자신의 이익을 보호하기 위한 방어의 기회를 충분히 가졌으므로 송달의 하자가 치유되었다고 인정한 판례이다. 그 이유는 “민사소송법 제217조 제1항 제2호 후단의 요구는 소송에서 방어의 기회를 얻지 못하고 패소한 피고를 보호하려는 데 그 목적이 있다. 따라서 법정지인 재판국에서 피고에게 방어할 기회를 부여하기 위하여 규정한 송달에 관한 방식과 절차를 따르지 아니한 경우에도, 패소한 피고가 당해 외국법원의 소송절차에서 실제로 자신의 이익을 방어할 기회를 가졌다고 볼 수 있는 때는 피고의 응소가 있는 것으로 봄이 타당하다” 다는 것이다. 피고의 응소행위에 대하여 “피고는 미국소송에서 소송대리인을 선임 및 개입하고, 소장과 소

환장 등 소송 관련 서류를 송달받아 다양한 실체적·절차적 주장과 신청을 하는 등 자신의 이익을 방어할 기회를 실질적으로 보장받았다. 피고가 미국소송 절차에서 자신의 이익을 보호하기 위한 방어의 기회를 충분히 가졌다고 볼 수 있는 이상 피고는 이 사건 미국소송에 응소하였다고 봄이 타당하다”고 판시하였다.

대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 피고가 직접 미국법원에 출석하여 진술한 것을 응소로 보아 송달의 하자가 치유되었다고 보는 판례이다. 그 이유는 “송달지국인 한국에서는 사법공조촉탁을 거치지 않는 피고의 어머니가 원고에게 우리나라 동대구역에서 직접 교부함과 같은 사인 간의 송달은 특별한 사정이 없으면 그 효력이 없으나, 미국판결 소송 진행 경과사실 등을 종합하여 보면 위와 같은 송달의 하자는 원고의 미국대리인이 그 소송서류를 받고 이의 없이 응소함으로써 치유되었거나 원고가 직접 미국법원에 출석하여 진술함으로써 치유되었다”는 것이다.

2. 중국법

중국 민사소송법은 송달요건에 관한 규정을 두지 않는다. 이혼승인 특별규정 제12조는 승인거부사유에서 “판결은 피고가 결석하고 적법한 소환을 받지 못하고 선고되었을 것”을 규정하고 있다. 즉, 피고가 기일에 출석하지 않는 것과 적법한 소환을 받지 못하는 것을 동시에 충족하여야 송달요건이 결여된다고 본다. 그렇다면 피고가 기일에 출석하면 적법한 소환을 받지 않은 하자가 치유되어 해당 외국재판의 승인은 가능하다.

중국과 외국 간의 양자조약은 이에 관한 규정을 두고 있다. 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约) 제20조는 “재판국법에 의하여 출석하지 않은 당사자가 적법한 소환을 받지 않았을 것”을 승인 및 집행의 거부사유들 중 하나로 규정하고 있다. 중화인민공화국과 라오인

민민주주의공화국 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约) 제21조는 “결석재판인 경우 재판국법에 따라 소송에 참가하지 않은 당사자가 이미 적법하게 응소의 통지를 받았을 것”을 승인 및 집행의 요건들 중 하나로 규정하고 있다.

“2019년 협약” 제7조는 “피고가 출석하고 재판국법이 통지에 대한 항변을 허용하였음에도 불구하고 법원의 통지에 대한 항변을 하지 않고 사건에 대한 변론을 하는 경우”를 적법한 송달의 예외로 규정하고 있다. 헤이그관할합의협약 제9조도 이와 비슷한 규정을 두고 있다. 즉, 피고가 출석하여 송달에 대한 항변을 하지 않고 사건에 대한 변론을 하면 송달의 하자를 치유할 수 있다는 입장이다.

이에 부적법한 송달을 송달여부와 적법한 송달여부로 나누어야 한다는 의견이 있다.¹⁰⁸⁾ 이 견해에 따르면 송달여부는 실제로 송달이 진행되는지 여부를 의미하고 송달이 처음부터 진행되지 않으면 피고가 소송의 개시를 모르고 소송참여의 권리를 박탈당하기 때문에 이러한 근본적인 하자는 치유될 수 없다. 반면, 적법한 송달여부는 적법한 방법으로 송달되는지 여부를 의미하는 것으로, 송달이 진행되지만 적법한 방식에 따르지 않거나 피고에게 변론준비를 위한 충분한 시간을 주지 않는 하자는 당사자의 기일출석 및 변론에 의하여 치유될 수 있다. 또한, 이 견해에 따르면 송달요건은 피고가 변론할 수 있는 기회를 보장하는 것으로 충분하고 피고가 실제로 소송에 참여하는지 여부는 중요하지 않다.

이와 관련해서 (2017) 苏01协外认1号 재정은 피고가 기일에 출석하지 않았고 적법한 소환을 받지 못했다는 이유로 승인을 거부한 사례이다.

(2017)冀04协外认2号 재정은 피고가 기일에 출석하지 않았지만 캐나다 법원이 적법하게 피고를 소환하였음을 인정하고 캐나다법원의 이혼판결을 승인한 사례이다.

108) 张文亮, 앞의 글, 155.

3. 검토

(1) 한국법의 “소송에 응하였을 것” 과 중국법의 “결석” 의 의미

한국 민사소송법 제217조는 “송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것” 을 외국재판의 승인요건으로 명시하는 반면, 중국 이혼승인 특별규정 제12조는 “피고가 결석하고 적법한 소환을 받지 못하였을 때” 를 외국이혼판결의 승인거부사유로 규정하고 있다. 그렇다면 중국법은 단순히 결석재판으로 선고된 외국이혼판결의 승인요건을 규정하고 있는지 한국법처럼 응소를 적법한 송달의 하자 치유로 보는지를 검토할 필요가 있다.

한국 민사소송법 제217조에 따르면 적법한 송달을 받는 것과 소송에 응하는 것 중에서 하나만 충족하면 송달요건을 갖춘다. 즉, 피고가 적법한 송달을 받았으면 소송에 응하지 않았더라도 외국재판의 승인이 가능하며, 피고가 소송에 응했으면 적법한 송달을 받지 못하였더라도 외국재판의 승인이 가능하다. 다른 한편, 중국 이혼승인 특별규정 제12조에 따르면 외국이혼판결은 결석재판이면 피고가 적법한 소환을 받아야 승인이 가능할 것이다. 즉, 피고가 적법한 소환을 받았으면 결석재판이라도 승인이 가능하며, 결석재판이 아니면 피고가 적법한 소환을 받지 못하였더라도 승인이 가능하다.

결석재판은 피고가 소송에 응하지 않은 상태에서 법원이 선고한 재판이다. 결석재판이 아닌 경우, 피고는 기일에 출석하여 변론해야 한다. 이는 다른 측면에서 “소송에 응하는 것” 으로 본다. 앞에서 설명한 것과 같이, 소송에 응하는 것은 피고가 스스로 출석하여 본안에 관한 변론을 하는 것이다. 즉, 피고가 소송에 응하면 해당 판결을 결석판결로 붙여지가 없다. 즉, 피고가 적법한 송달을 받지 못하였더라도 스스로 출석하여 본안에 관한 변론을 하면 송달의 하자가 치유된다는 것은 한국법과

중국법의 일치된 입장이다.

따라서 한국법과 중국법의 규정방식이 다르지만 피고가 스스로 출석하고 변론하는 것이 송달의 하자를 치유할 수 있다고 보는 점에서 양국법은 동일하다.

(2) 응소가 송달하자를 치유할 수 있는지 여부

앞에서 보았듯이 한국과 중국의 현행법과 판례는 응소가 송달의 하자를 치유할 수 있다는 입장이다. 이러한 태도가 타당한지를 분석할 필요가 있다.

적법한 송달의 목적은 피고의 방어권 또는 당사자의 절차적 권리를 보호하는 데에 있다. 당사자주의를 채택하는 민사소송에서 원피고가 대립하여 공격 및 방어하는 권리를 보장하여야 하기 때문이다. 가사소송에서 일정한 가사사건에 대해서는 직권탐지주의를 채택하더라도 가사소송은 소송의 형식을 유지하므로 양쪽 당사자의 변론기회를 보장해야 한다. 피고가 소송의 개시조차 모르면 원고의 공격에 대응할 수 없을 것이다. 또한, 법원이 당사자 원고의 주장에만 의거하여 선고한 판결은 피고에게 불리할 수 있을 것이다. 그런데 적법한 송달이 없어도 피고가 스스로 출석하고 변론하면 피고의 방어권을 보장하고자 하는 송달요건의 목적을 달성한 것이다. 소송의 개시 및 내용을 모르면 출석과 변론을 할 수 없기 때문이다. 적법한 송달의 목적이 달성되었음에도 불구하고 피고가 스스로 출석하고 변론한 상태에서 적법한 송달을 요구하는 것이 과연 필요한지는 의문이다. 따라서 응소가 송달의 하자를 치유할 수 있다는 것은 타당하다.

이와 관련해서 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결은 국제적 조약이 가지는 강행적 성격의 측면에서 송달 하자의 치유를 쉽게 인정할 수 없다는 입장이다. 그런데 헤이그송달 협약과 같은 국제적 조약은 강행적 성격이 있더라도 이는 송달의 적법성만 규율하는 것이지,

송달 자체를 대체할 수 없는 강행적 절차로 만드는 것이 아니다. 헤이그 송달 협약 제15조에 따르면, 소환장 또는 이에 상응하는 문서가 이 협약에 의하여 송달할 목적으로 해외에 송부되었으나 피고가 출석하지 않고 “그 문서가 국내소송에서의 문서송달을 위하여 피촉탁국의 국내법에 규정된 방식으로 동국의 영역 안에 소재하는 자에게 송달되었을 것”과 “그 문서가 이 협약에 규정된 다른 방식에 의하여 피고 또는 그의 거주지에 실제 교부되었을 것 또한 상기 각호의 경우에 있어서 송달 또는 교부는 피고가 자신을 변호할 수 있도록 충분한 시간을 두고 이루어졌을 것”이라는 사항이 확정되지 않는 상태에서 각 체약국의 판사가 송달 또는 교부가 있었다는 증명을 접수하지 않더라도 일정한 제조조건이 충족되는 경우에는 판결을 내릴 수 있다고 선언할 수 있다. 즉, 헤이그송달 협약은 적법한 송달을 증명할 수 없어도 일정한 조건을 충족하면 판결의 선고를 허용하는 입장이다. 따라서 국제조약의 강행적 성격을 이유로 송달하자가 치유될 수 없다고 본 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결의 태도는 타당하다고 보기 어렵다.

(3) 응소의 의미

한국 민사소송법 제217조는 “소송에 응하였을 것”의 의미를 설명하지 않고 있다. 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결은 피고가 미국소송에서 답변서를 제출한 것을 송달의 하자가 치유되는 응소로 보지 않았다. 반면, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결은 피고의 자신의 이익을 보호하기 위한 방어의 기회를 충분히 가졌으므로 송달의 하자가 치유되었다고 보았다. 또한, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 피고가 직접 미국법원에 출석하여 진술한 것을 응소로 본 입장이다. 즉, 한국법원에는 응소를 좁은 의미로 해석하는 입장과 넓은 의미로 해석하는 입장이 있다.

중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 응소에 대한 규정을 두고 있

지 않다. (2017) 苏01协外认1号 재정과 (2017) 冀04协外认2号 재정은 피고가 기일에 출석한 것을 응소로 본다. 즉, 중국법원은 피고가 출석하여 변론을 하는 것을 응소로 보는 태도이다. 그렇다면 응소를 기일에 출석하여 변론하는 것에 한하여 인정하는지 기타 소송에 대응하는 행위도 응소로 인정하는지를 살펴보아야 한다.

소위 응소는 원고의 소제기로 인하여 피고가 소송에 참여하는 행위이다. 소송행위는 피고가 기일에 출석하여 상대방의 공격 및 법원의 질문에 응하는 것만 말하는 것이 아니라, 답변서 또는 자신에게 유리한 기타 서류를 제출하거나 기타 방법으로 실체적 및 절차적 권리를 주장하는 것도 포함한다. 응소는 피고의 방어권 또는 당사자의 절차참여를 보장할 수 있으므로 송달의 하자를 치유할 수 있다. 따라서 응소가 피고의 출석과 변론만 의미하는지, 그 밖의 소송행위도 포함하는지는 송달요건의 목적을 달성할 수 있는지의 여부에 따라 판단된다.

그 밖의 소송행위도 피고가 자신의 이익을 방어하기 위한 기회를 실질적으로 보장하는 경우에만 가능하다. 피고가 소송개시를 모르고 방어를 준비하는 시간이 부족하면 답변서 또는 기타 서면의 제출, 변호사의 선임 등은 불가능하기 때문이다. 또한, 기일에 출석하지 않거나 기일에 출석하더라도 변론하지 않은 당사자가 제출한 답변서, 그 밖의 준비서면에 적혀 있는 사항은 진술한 것으로 볼 수 있다. 즉, 피고가 기타 방법으로 실체적 및 절차적 권리를 주장하는 것도 기일에 출석할 때 변론하는 것과 같이 피고의 주장으로 본다. 단지 기일에 출석하여 변론하는 것은 구두변론의 형식을 취하고 답변서를 제출하는 것은 서면의 형식을 취할 뿐이다. 답변서, 그 밖의 준비서면의 제출과 기타 방법에 의한 실체적 및 절차적 권리의 주장을 응소로 보지 않으면 기일에 출석할 때 주장하는 것에 한해서만 피고의 방어를 인정하고 그 밖의 피고의 주장을 피고의 방어로 보지 않아야 한다.

물론 피고가 기일에 출석하고 변론하는 것은 방어권을 행사하는 대표적인 행위이다. 하지만 피고가 기일에 출석하지 않은 것만으로 방어권을

충분히 보장받지 못한 것으로 보기 어렵다. 당사자가 소송에 대해서 법원에서 변론하여야 하지만 이는 당사자의 권리이기 때문이다. 피고가 충분히 방어권을 보장받았음에도 불구하고 기일에 출석하지 않을 수 있다. 이러한 경우 피고가 스스로 변론을 포기한 것으로 본다. 피고가 스스로 변론기회를 포기하였더라도 그것이 방어권을 보장받지 못했기 때문은 아니다.

또한, 피고가 출석하여 변론하더라도 관할을 유보하지 않고 본안에 관한 변론을 해야 응소로 볼 수 있다는 견해를 앞에서 소개하였다. 이는 변론관할과 같은 맥락에서 이해하는 것으로 보인다. 그런데 변론관할은 법원이 관할권을 가지는지에 대한 것이고 응소는 법원이 당사자의 절차 참여 기회를 보장하는지에 대한 것이므로 굳이 같이 볼 필요가 없다. 피고가 소송의 개시를 모르면 법원의 관할을 유보하고 출석할 수 없을 것이다. 즉, 관할을 유보하고 출석하여 변론하는 것은 외국법원의 국제재판관할권을 부정할 뿐이고 이는 당사자의 방어기회를 충분히 보장받지 못한 것으로 볼 수 없다.

따라서 답변서의 제출 등도 방어권을 보장할 때에만 가능한 점, 피고의 소송행위를 종합하여 볼 때 방어권을 보장받음에도 불구하고 기일에 출석하지 않는 것만으로 방어권을 보장받지 못한다고 볼 수 없는 점, 변론관할과 응소는 별개의 문제인 점에 비추어 응소는 피고의 기일출석으로 제한될 필요가 없다. 이러한 법리에 비추어 답변서의 제출을 응소로 보지 않는 서울고등법원 2015. 3. 24. 선고 2013나2012912 판결의 입장은 타당하다고 볼 수 없고 피고 자신의 이익을 보호하기 위한 방어의 기회를 충분히 가졌으므로 송달의 하자가 치유되었다는 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015다207747 판결과 피고가 직접 미국법원에 출석하여 진술한 것을 응소로 보는 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결의 입장이 타당하다.

제 5 절 공서에 반하지 않을 것

I. 공서의 의미

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제3호는 “그 확정재판 등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것”을 규정하고 있다. 외국가사재판의 승인에 있어서도 이 조문이 적용된다. “선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”는 한국의 기본적인 도덕적 신념과 법질서, 사회질서로 이해되며, 민법 제103조의 문언과 동일하다. 그런데 이는 한국 법질서의 불가침적 부분을 말하는 것으로서, 국내 실질사법상의 공서개념(국내적 공서)보다는 좁은 개념이며, 국제사법상 반드시 적용되어야 하는 부분(국제적 공서)을 말하는 것이다.¹⁰⁹⁾

외국재판이 한국의 공서에 위반되는지 여부에 관한 심사는 외국판결의 주문뿐만 아니라 판결의 기초가 된 사실까지 고려하여야 한다는 견해¹¹⁰⁾와 외국판결 승인의 효력 중 기판력은 판결주문에서만 효력이 발생하고 판결주문이 아닌 다른 사항, 예컨대, 판결이유와 외국판결승인으로 발생할 결과는 고려의 대상이 아니라는 견해가 있다.¹¹¹⁾

여기서 공서는 “실체적 공서”와 “절차적 공서”를 포함한다. 실체적 공서라 함은 실체법적 의미에서의 선량한 풍속, 기타 사회질서를 의미한다. 절차적 공서는 한국 절차법의 기본원칙, 예를 들어 사법부의 독립이나 재판청구권의 보장, 당사자 평등의 원칙 등을 말한다.¹¹²⁾ 즉, 외국가사재판이 공서요건을 갖추는지를 심사할 때 실체적 공서와 절차적 공서를 나누어 볼 필요가 있다. 예컨대, 외국가사재판의 주요유형인 의

109) 김희동, 앞의 글, 108.

110) 김원태(주39), 앞의 글, 301.

111) 호문혁, 앞의 글, 68.

112) 호문혁, 위의 글, 69.

국이혼재판을 심사할 때 실체적 공서, 즉 판결에 인정된 이혼사유가 정당한지, 지나치게 넓게 이혼사유를 인정함으로써 피고가 부당하게 이혼을 당하는지, 부양료 또는 위자료가 당사자의 부담능력을 현저히 초과하는지 등을 심사하는 동시에, 절차적 공서, 즉 피고가 적법한 송달을 받았는지, 소송절차에서 변론과 의견진술의 기회를 보장받았는지, 증거의 조사 및 수집의 방식이 적법한지, 소송절차에 중대한 사기나 강박이 있는지 등을 심사하여야 한다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조는 “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익에 반하는 경우 승인 및 집행을 하지 않는다”고 규정하고 있다. 이혼승인 특별규정 제12조 제5호에 의하여 중국 법률의 기본원칙에 반하거나 중국 국가주권, 안전과 사회공공이익을 침해하는 경우에는 외국이혼판결을 승인 및 집행을 하지 않는다. 이와 같이 규정한 취지는 재판국법원의 절차적 공정을 보장하는 동시에 승인국의 법질서의 안정을 보호하고자 함이라는 해석이 있다.¹¹³⁾ 여기서 “중국법의 기본원칙, 국가주권, 안전, 사회공공이익”은 공서로 이해할 수 있다. 비록 “선량한 풍속”은 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정에서 명시되어 있지 않으나 공서에 포함된 것으로 보는 견해가 있다.¹¹⁴⁾

중국과 외국 간의 양자조약도 공서를 외국재판의 승인요건으로 두고 있다. 예컨대, 중화인민공화국과 프랑스공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和法兰西共和国关于民事商事司法协助的协定) 제22조는 승인 및 집행거부사유에서 “재결의 강제집행은 피청구국의 주권, 안전 또는 공공질서를 침해할 수 있을 것”을 규정하고 있다. 중화인민공화국과 알제리인민민주공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中

113) 李旺, 앞의 책, 135.

114) 李旺, 위의 책, 135.

华人民共和国和阿尔及利亚民主人民共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제22조는 승인 및 집행의 거부사유에서 공서를 명시하지 않으나 제8조는 “피촉탁국은 사법공조를 제공하면 본국의 주권, 안전 또는 공공질서를 침해할 것이라고 판단하는 경우, 또는 요청받은 공조는 본국 사법기관의 직권범위를 초과하는 경우에, 사법공조의 제공을 거부하여야 한다” 고 규정하고 있다.

“2019년 협약” 제7조는 승인 및 집행거부사유에서 “승인 및 집행이 피청구국의 공공질서(public policy)를 현저히 위반할 것이고 판결의 구체적인 소송절차가 해당 국가의 절차적 공정의 기본원칙에 반하고 해당 국가의 안전 또는 주권을 침해하는 경우도 포함한다” 고 규정하고 있다. 헤이그관할합의협약 제9조도 이와 유사한 규정을 두고 있다.

3. 검토

(1) 공서의 규정방식

양국 현행법이 공서의 의미를 규율하는 방식은 다르다. 한국 민사소송법 제217조 제3호는 “선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서” 를 명시하고 있다. 중국이 체결하거나 가입한 국제조약도 “주권, 안전 또는 공공질서” 를 규정하고 있다. 반면, 중국 민사소송법 제282조와 이혼승인 특별규정 제12조는 “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익” 을 규정하고 있다. 즉, 한국법과 국제조약은 포괄적인 개념인 “선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서” 로 규정하는 반면, 중국법은 구체적인 공서의 내용인 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익을 나열하고 있다. 이러한 중국법의 규정방식을 검토하고자 한다.

한국 민사소송법과 국제조약처럼 공서를 포괄적으로 규정하는 것은 법원이 사건에 따라 공서를 판단하는 데에 의미가 있다. 이와 달리 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 구체적인 공서를 나열하고 있다. 그

런데 나열의 형식으로 규정하면 발생할 수 있는 모든 구체적인 공서를 명시하여야 한다. 특히 중국법은 “선량한 풍속”을 규정하지 않고 있다. 선량한 풍속에 반하더라도 현행법에 선량한 풍속이 명시되어 있지 않으므로 공서위반으로 보지 않을 수 있다. 나열되지 않은 것도 포함하기 위해서 문단의 후반부에서 “등”을 붙이거나 “그 밖의 공서에 반하는 경우”라고 규정할 수 있다. 그런데 공서에 관한 중국법은 이렇게 규정하지 않고 있다. 그럴 경우, 나열되지 않는 공서의 내용은 현행법에 의해 규정된다고 보기 어렵다.

나열의 규정방식으로 인한 단점을 극복하기 위해서 모든 공서를 포함할 수 있도록 나열된 개념을 넓은 의미로 파악할 수 있는지를 살펴보아야 한다. 우선, “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익”은 사회질서에 해당하기 때문에 사회질서에 선량한 풍속이 포함된다고 볼 수 있는지를 분석하고자 한다. “선량한 풍속”은 일반적 도덕관념을 의미하고 사회질서는 “국가, 사회의 공공질서 또는 일반적 이익”을 의미한다. 즉, 사회질서는 선량한 풍속을 포함하는 관계가 아니라 둘은 서로 독립된 다른 개념이다. 그런데 양자를 동시에 규정하는 중국입법례가 있다. 중국 민법총칙 제8조는 “민사주체가 민사활동에 종사할 때 법률 및 공서양속에 반하지 않아야 한다”고 규정하고 있다. 여기에서 “사회공공이익”이라는 개념 대신, 공서양속이라는 개념을 사용하고 있다. 공서양속의 “공서”는 사회질서를 말하며, “양속”은 선량한 풍속을 말한다. 사회질서가 선량한 풍속을 포함할 수 있다면 따로 규정할 필요가 없다. 따라서 선량한 풍속과 사회질서 간의 본질적인 개념의 차이를 무시할 수 없다.

사회질서가 선량한 풍속을 포함하는 넓은 의미로 해석될 수 없더라도 나열된 구체적 개념, 즉, “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익”은 넓게 해석될 수 있는지를 검토할 필요가 있다. “법률의 기본원칙”, “국가주권”, “안전”은 비교적 구체화되어 있는 개념이므로 넓게 해석될 수 없다. 하지만 “사회공공이익”은 포괄

적인 개념이기 때문에 해석의 가능성이 있다. 사회공공이익은 사회의 구성원으로서의 불특정 다수의 이익이다. 이에 사회질서와 선량한 풍속이 포함된 것으로 해석할 수 있다. 한편, 사회질서는 사회구성원 사이의 질서이다. 이러한 질서를 유지하는 것은 불특정 다수의 요구이므로 이에 반하는 행위는 불특정 다수의 안정된 사회질서를 유지하려는 요구에 반하는 것이다. 그러므로 사회질서는 사회공공이익에 포함된다고 볼 수 있다. 다른 한편, 선량한 풍속은 도덕적 관념, 사회윤리, 공평 및 정의 등의 이념이다. 이러한 사회윤리, 관념 또는 이념에 따라 행동하는 것도 불특정 다수의 요구이므로 이에 반하는 행위는 선량한 풍속에 부합하도록 행동하는 불특정 다수의 요구에 반하는 것이다. 이러한 의미에서 선량한 풍속도 사회공공이익에 포함된 것으로 이해할 수 있다. 즉, 사회공공이익은 공서양속의 의미로 넓게 해석될 수 있다.

더구나 “법률의 기본원칙, 국가주권, 안전”은 사회공공이익에 해당하는 것이다. 따라서 “법률의 기본원칙, 국가주권, 안전”을 나열하지 않고 사회공공이익만을 규정해도 충분하다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 중국법은 나열의 형식을 취하고 있다. 그 이유는 “법률의 기본원칙, 국가주권, 안전”이 구체적인 개념의 예시에 불과하고, “사회공공이익”은 앞에서 언급되지 않는 기타 공서를 포함하는 포괄적인 개념으로 해석되기 때문이다. 따라서 비록 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 선량한 풍속을 명시하지 않으나 나열의 형식으로 공서를 규정하는 단점을 극복하기 위하여 사회공공이익을 넓은 의미로 파악할 필요가 있다.

(2) 공서의 의미

중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정에서 규정된 공서는 한국 민사소송법에서 규정된 공서와 동일한 의미를 가지는지를 분석할 필요가 있다. 한국 민사소송법 제217조 제3호에서 “그 확정재판 등의 내용 및 소송절차”를 규정함으로써 공서를 실체적 공서와 절차적 공서로 나누고 있다.

중국 민사소송법 제282조와 이혼승인 특별규정은 이에 대한 규정을 두고 있지 않다.

생각건대, 절차적 공서와 실체적 공서는 각각 다른 내용의 공서를 의미한다. 실체적 공서가 외국재판을 승인하는 결과가 승인국의 선량한 풍속 및 그 밖의 사회질서에 반하는 것을 방지하기 위함이라면 절차적 공서는 당사자가 외국법원에서 소송을 수행하는 데에 충분한 절차보장을 받기 위함이다. 즉, 절차적 공서는 외국에서 재판을 하더라도 준수되어야 하는 법률의 절차적 기본원칙이다. 외국의 소송절차에서 절차적 공서가 침해된 경우, 외국재판의 승인은 절차적 공서에 반한다고 보며¹¹⁵⁾ 해당 외국재판의 승인을 거부할 수 있다. 절차적 공서에는 구체적으로 사법의 독립, 공정의 원칙, 재판부 구성의 공정성, 방어 및 심문기회의 보장, 적법한 대리권의 흠결, 당사자평등의 원칙과 그밖에 공평한 재판의 원칙 등이 있다.¹¹⁶⁾

그렇다면 실체적 공서와 절차적 공서는 서로 다른 개념이다. 실체적 공서를 넓게 인정하더라도 절차적 공서를 포함한다고 볼 수 없고 절차적 공서를 넓게 인정하더라도 실체적 공서를 포함한다고 볼 수 없다. 그런데 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 “법률의 기본원칙, 국가주권, 안전, 사회공공이익” 만을 나열하고 있다. 이는 실체적 공서에 해당하기 때문에 절차적 공서를 반영하지 않는다. 따라서 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 실체적 공서와 절차적 공서를 명시할 필요가 있을 것이다.

(3) 공서심사의 대상

앞에서 설명한 바와 같이, 한국에서는 공서심사의 대상에 관하여 외국

115) 석광현, 앞의 책, 390.

116) 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 국제사법연구 제20권 제2호(2014), 464.

판결의 주문만으로 제한해야 한다는 주문설과 외국판결의 이유까지 심사의 대상이 될 수 있다는 이유설이 있다. 중국에는 이와 관련된 현행법과 판례가 아직 없다.

공서심사의 범위를 주문으로 제한하면 외국판결을 승인한 결과가 자국에서 공서에 반하는지에 대한 충분한 심사가 이루어질 수 없다. 예컨대, 한 외국판결의 주문에 양쪽 당사자 간의 혼인관계의 해소를 명하는 내용만 기재될 수 있다. 주문의 심사에 그치면 혼인관계의 해소가 자국의 공서에 반하는지를 판단할 수 없다. 그런데 외국판결의 이유에 당사자 한쪽의 가정폭력으로 인한 불화로 이혼을 명하는 것까지 기재되면, 가정폭력으로 인한 불화로 이혼을 명하는 것은 자국의 공서에 반하지 않음을 알 수 있다. 즉, 판결의 결과를 도출하는 이유를 파악해야 자국의 공서에 미칠 영향을 알 수 있다. 또한, 재판국법원은 판결을 선고할 때 승인국의 공서에 미칠 영향을 고려하지 않기 때문에 승인국법원은 이러한 영향을 판단하기 위해서 판결이유를 심사하는 것은 재판국법원이 이미 판단한 부분을 다시 심사하는 것이 아니다. 그러므로 공서심사에서 외국판결의 이유까지 고려하면 외국판결의 당부를 심사하는 것으로 볼 수 없고 실질재심사 금지원칙에 반한다고 볼 수 없다. 아울러 세계 각국의 재판상 문서 형식이 다르다. 주문과 이유를 따로 분리하여 기재하는 판결문이 있지만 주문과 이유를 구분하지 않을 경우, 어디까지 주문인지를 판단하는 것은 쉽지 않다. 따라서 공서심사의 대상은 외국판결의 주문뿐만 아니라 이유까지 포함한다는 이유설이 타당하다고 본다.

II. 실체적 공서

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제1항 제3호는 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 않는 대상에서 “그 확정재판 등의 내용”

을 규정함으로써 실체적 공서를 명시하고 있다.

실체적 공서위반의 판단기준에 대하여, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결은 “확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정재판 등의 승인이 한국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정재판 등이 다른 사안과 한국과의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”고 판시하였다.

실체적 공서위반에 관한 한국판례는 일제강점기에 강제노동에 종사한 회사를 대상으로 위자료를 청구했지만 일본에서 패소한 확정판결의 집행을 거부한 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015다45420 판결, 과도한 손해배상을 명한 판결에서 손해액 중 합리적 근거 없이 과도하게 산정된 비경제적 손해액을 제외하고 경제적 손해액 일부만을 승인한 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결, 징벌배상을 공서위반으로 보는 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결 등이 있다.

외국이혼판결에 관한 실체적 공서를 지나치게 관대하게 보아 피고에게 현저히 불리한 이혼사유로 해석하는 견해가 있다.¹¹⁷⁾ 이와 관련된 한국판례가 있다. 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결은 “외국법원에서 확정된 이혼판결의 이혼사유인 결혼의 파탄이 한국 민법이 정한 이혼사유가 아니고, 외국판결의 재산분할 방식이 한국과 차이가 있으며, 외국판결에서 지급을 명한 배우자 부양료가 한국에서는 인정되지 않는다는 사정만으로 외국판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 할 수 없다”고 본다.

이와 비슷하게 서울가정법원 2014. 4. 3. 선고 2012드합3937 판결은 “외국이혼판결이 대한민국에서의 판결의 기판력에 저촉되거나 대한민국 민법의 적용을 회피할 목적으로 이루어진 것이라고 볼 수 없는 이상 외국이혼판결이 파탄주의에 입각한 것으로서 한국 민법에서 정한 이혼사유와 다르다는 주장만으로 이혼판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의

117) 김희동, 앞의 글, 109.

선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 보기는 어렵다”고 판시하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조는 “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익에 반하는 경우 승인 및 집행을 하지 않는다”고 규정하고 있다. 이혼승인 특별규정 제12조는 승인 및 집행거부사유에서 중국 법률의 기본원칙에 반하거나 중국 국가주권, 안전과 사회공공이익을 침해하는 경우를 규정하고 있다.

이와 같이 실체적 공서의 의미를 명시하지 않는 것을 비판하는 견해가 있다.¹¹⁸⁾ 이 견해에 따르면 외국판결이 중국의 헌법에 반하고 중국의 국가통일과 민족단결을 해치는 경우, 중국이 체결하거나 가입한 국제조약에서 규정된 의무 또는 국제사회에서 인정된 국제법 원칙에 반하는 경우, 중국의 국가주권과 안전을 해치는 경우에만 해당 외국판결을 승인 및 집행하지 않을 수 있다. 또한, 이 견해는 실체적 공서를 외국재판의 승인을 거부하는 최후의 수단으로 본다. 즉, 다른 승인거부사유가 모두 적용될 수 없을 때에 중국법률의 기본원칙과 국가안전을 위해서 실체적 공서위반으로 외국재판의 승인 및 집행을 거부할 수 있다.

실체적 공서위반을 이유로 외국가사재판을 승인하지 않은 중국판례는 아직 없지만 실체적 공서위반을 다룬 판례는 있다. 云南省昆明市中级人民法院(1996)裁认字第1号 재정은 미국이혼판결에서 미국법원이 “본 사건과 혼인 양쪽에 대한 법률관할권을 가지며 본 사건 각 당사자에 대한 관할권을 보류한다”는 판단을 중국의 주권원칙을 침해한 것으로 본다. 그 이유는 미국이혼판결에서 법원의 관할권에 대한 부분이 “‘중화인민공화국에 거주하지 않는 사람을 상대로 소를 제기하는 경우 원고의 주소

118) 马永梅, “外国法院判决与执行中的公共秩序”, 载《政法论坛》2010年 第28卷 第5期, 66.

지의 인민법원이 관할권을 가진다’ 고 규정하는 중국법률에 어긋난다” 고 보기 때문이다. 하지만 외국이혼판결을 승인하는 결과가 중국법률의 기본원칙에 반하거나 국가주권, 안전, 사회공공이익을 침해하지 않으므로 해당 재정은 미국법원의 이혼판결을 승인하였다.

“외국에 거주하는 중국공민이 거주국법에 허용된 방식으로 이루어진 별거합의를 해외중국대사관 또는 영사관이 승인하는지 여부에 대한 최고인민법원의 회신” 119)은 이혼을 허용하지 않는 아르헨티나법에 따라 이루어진 장기간 별거합의의 승인 및 집행을 거부한다고 한다. 그 이유로 “별거합의는 중국 혼인법에 부합하지 않는다” 는 것을 들었다.

3. 검토

(1) 실체적 공서의 내용

위와 같이 중국 현행법과 판례는 공적인 성격을 가진 국가주권, 안전 등의 판단에 중점을 두는 경향이 있다. 실체적 공서의 내용을 해석하는 주장도 실체적 공서의 내용을 중국의 헌법, 중국의 국가통일과 민족단결, 중국이 체결하거나 가입한 국제조약에서 규정된 의무 또는 국제사회에서 인정된 국제법 원칙으로 한정하고 있다.

그런데 외국가사재판은 신분관계 및 그에서 비롯된 재산관계를 다룬 재판으로서 공적인 성격을 가진 이익을 침해할 가능성이 크지 않다. 신분관계는 사적인 법률관계이므로 이의 변동은 공적인 국가주권, 안전 등과의 관련성이 약하기 때문이다. 예컨대, 일부다처제를 허용하는 국가에서 선고된 이혼판결은 중국에서 승인되면 한 남성이 동시에 둘 이상의 부인을 가지는 것을 허용하지 않는 중국 혼인법에 반할 뿐만 아니라 한

119) 最高人民法院关于旅居外国的中国公民按居住国法律允许的方式达成的分居协议, 我驻外使领馆是否承认问题的函 [1984]民他字第14号 이 회신은 최고인민법원이 중국주아르헨티나대사관에 대한 공문으로서 판결의 효력이 없으나 최고인민법원이 중국법에서 인정되지 않는 별거합의에 대한 태도를 알 수 있으므로 이 회신을 소개한다.

남성이 한 여성과만 결혼할 수 있는 혼인에 대한 성실과 신뢰의 신념을 무너뜨릴 수 있다. 이는 중국 혼인법의 기본원칙에 반하여 넓은 의미상의 사회공공이익을 침해한다고 하더라도 국가주권, 안전에 반한다고 보기 어렵다.

또한, 외국이혼판결에서 인정된 위자료 또는 부양료는 중국법으로 볼 때 당사자에게 과다하거나 현저히 형평성을 잃은 것으로 판단하고 실체적 공서위반을 인정하는 경우, 이는 중국법률의 기본원칙에 반하거나 넓은 의미상 사회공공이익을 침해한 것으로 볼 수 있더라도 국가주권, 안전에 반한다고 볼 수 없다. 따라서 외국가사재판의 실체적 공서를 심사할 때에는 공적인 성격을 가지는 국가주권, 안전의 판단에 중점을 두기보다 신분관계에 관한 도덕적 신념, 사회윤리, 공평과 정의 원칙 등 사적인 성격을 가지는 실체적 공서에 중점을 두는 것이 필요하다.

(2) 실체적 공서의 판단기준

양국 현행법은 실체적 공서에 반하지 않을 것을 외국재판의 승인요건으로 규정하지만 실체적 공서위반의 판단기준에 대한 태도가 다르다. 외국이혼판결에서 인정된 이혼사유가 한국법에서 인정되지 않아도 실체적 공서에 반한다고 보지 않은 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결과 서울가정법원 2014. 4. 3. 선고 2012드합3937 판결이 있다. 즉, 외국가사재판에서 한국법에서 인정하지 않는 실체적 내용을 인정하더라도 이것만으로 실체적 공서위반에 해당한다고 보지 않는 것이 한국법원의 입장이다. 반면, 미국이혼판결에서 법원의 관할권에 대한 판단이 중국법에 어긋난다는 것을 중국의 주권원칙을 침해한 것으로 본 云南省昆明市中级人民法院(1996)裁认字第1号 재정과 중국 혼인법에 부합하지 않으므로 외국의 별거합의를 승인하지 않은 최고인민법원의 회신이 있다. 즉, 외국가사재판에서 인정된 권리의무가 중국법에서 인정되지 않으면, 이를 실체적 공서위반으로 보는 것이 중국법원의 입장이다.

생각건대, 실체적 공서요건은 외국재판이 승인국의 선량한 풍속과 그 밖의 사회질서에 반하는 경우에, 승인 및 집행을 거부함으로써 승인국의 공서양속을 보호하는 여과망의 역할을 하고 있다. 특히 가사재판은 승인국 내국의 공서양속을 중요하게 여긴다. 내국의 공서양속을 최대한 보호하자는 취지로 실체적 공서위반을 폭넓게 인정하는 것은 세계화의 흐름에 어긋난다. 앞에서 설명한 바와 같이, 외국재판의 승인요건으로서의 공서는 내국법의 공서보다 좁은 의미로 이해되며, 국내적 공서가 아니라 국제적 공서이다. 실체적 공서요건이 보호하는 공서양속은 승인국 내국의 공서양속뿐만 아니라 국제사회에서도 인정된 공서양속이어야 한다. 이 점에서 실체적 공서위반을 인정함으로써 순수한 승인국 내국의 법질서를 보호하는 것은 더욱 신중하여야 한다. 아울러 폭넓게 외국재판을 승인하고 되도록 신속한 분쟁해결을 도모하는 측면에서도 실체적 공서위반은 제한적 범위에서만 적용되는 것이 필요하다.

또한, 실체적 공서위반은 단순히 외국재판의 내용이 승인국법과 일치하는지 여부로 판단할 수는 없다. 세계 각국의 법률제도가 다르므로 실체법의 일치를 추구하는 것은 비현실적이다. 그리고 재판국이 반드시 승인국법을 준거법으로 하거나 승인국법과 일치된 외국법을 적용하여 실체적 문제를 재판하도록 강요할 수 없다. 더불어 외국재판에서 인정된 실체적 권리가 승인국법에서 인정되지 않더라도, 이를 승인 및 집행하는 것이 반드시 승인국의 공서양속을 침해하는 것은 아니다. 예컨대, 별거합의는 중국 혼인법에 규정되어 있지 않지만, 이를 중국에서 승인 및 집행하는 결과는 중국법률의 기본원칙, 국가주권, 안전 및 사회공공이익을 침해한다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고 단순히 실체법의 불일치로 실체적 공서위반을 인정하면 외국재판의 승인 및 집행을 저해할 수 있다. 따라서 실체적 공서위반은 외국재판을 승인한 결과를 기준으로 볼 필요가 있다.

그리고 실체적 공서위반을 판단할 때 “확정재판 등의 승인이 한국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는

영향을 확정재판 등이 다른 사안과 한국과의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”는 것이 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결의 입장이다. 외국재판을 다른 사안이 승인국과 큰 관련성이 없다면 승인국의 공서양속을 침해한다고 보기 어렵기 때문에 이러한 입장은 타당하다고 본다.

요컨대, 외국가사재판이 승인국법에서 인정되지 않는 실체적 권리를 인정하더라도 이를 승인한 결과가 승인국의 선량한 풍속과 그 밖의 사회 질서에 반하지 않는 한, 이를 실체적 공서위반으로 보지 않는 것이 타당하다. 따라서 외국가사재판이 한국법상 인정하지 않는 이혼사유를 인정하더라도 이것만으로 실체적 공서위반으로 판단하지 않는 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결과 서울가정법원 2014. 4. 3. 선고 2012드합3937 판결은 타당하다고 본다. 반면, 외국이혼재판이 중국법과 상이한 관할에 대한 판단을 내린 것을 국가주권의 침해로 인정한 云南省昆明市中级人民法院(1996)裁认字第1号 재정과 중국 혼인법에 부합하지 않으므로 별거합의를 승인하지 않은 최고인민법원의 입장은 타당하지 않다고 본다.

III. 실체적 공서심사와 실질재심사

1. 한국법

한국 민사집행법 제27조 제1항은 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야한다”고 규정하고 있다. 즉, 승인요건을 심사할 때 외국재판 당부의 심사를 허용하지 않는 태도이다. 그런데 실체적 공서위반 여부의 심사를 위하여 실체적 내용의 심사를 피할 수 없으므로 실체적 공서위반 심사에 필요한 한도에서만 실체적 내용의 심사를 허용할 수 있다는 의견이 있다.¹²⁰⁾ 이와 관련해서 “판결의 당부”와 “공

120) 석광현, 앞의 책, 375.

서”는 서로 별개의 개념이므로 실질재심사 금지원칙은 외국판결의 당부에 대한 재심사를 금지하는 것이고 공서심사는 외국판결을 승인한 결과가 내국의 근본적인 가치관이나 법질서에 반하는지를 공익적 관점에서 판단해야 한다는 견해, 외국판결의 실질적 심사를 금지하는 것이 원칙이고 공서위반은 유보조항으로서 법관에게 외국판결 내용의 재심사를 할 권리와 의무를 부여하므로 공서심사는 실질재심사 금지원칙의 예외로 보는 견해와 공서심사는 실질재심사와 다름이 없기 때문에 공서심사에도 실질재심사 금지원칙을 적용해야 한다는 견해 등이 있다.¹²¹⁾

하지만 실제적 공서의 심사에서도 외국판결의 사실인정에 구속되지 않고 증거를 고려하여 새로운 사실을 인정할 수 있다는 반대의견이 있다.¹²²⁾ 그 이유는 재판국법원이 구체적 사건의 해결을 위해서 사실을 인정할 때 승인국의 공서에 반하는지 여부를 고려하지 않고, 실질재심사를 금지하면 승인국에서 재판하는 만큼 충분한 심사가 불가능하기 때문이다.

이와 관련하여 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결은 공서심리의 명목으로 외국재판에 대한 실질재심사를 허용할 수 없다는 입장이다. 구체적으로 “확정재판 등을 승인한 결과가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 그 확정재판 등의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 ‘집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.’ 라고 규정하고 있는 민사집행법 제27조 제1항에 반할 뿐만 아니라, 외국법원의 확정재판 등에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이므로 허용되지 아니한다”고 판시하였다.

2. 중국법

121) 피정현, “외국판결의 승인·집행과 공서양속”, 비교사법 제8권 제1호(2001), 527-528.

122) 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 人權과正義 : 大韓辯護士協會誌 제353호(2006), 161.

중국 민사소송법, 이혼승인 특별규정 또는 기타 법률에는 외국재판의 실질재심사를 금지하는 규정이 없다. 하지만 중국과 외국 간의 국제조약은 실질재심사 금지원칙을 명시한 바 있다. 중화인민공화국과 라오인민민주주의공화국 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约) 제24조 제2항은 “법원이 외국재판의 승인 및 집행 청구에 대한 결정을 내릴 때 제21조 규정에 부합하는지 여부만 심사하여야 한다” 고 규정하고 있다. 여기서 승인요건만 심사할 수 있다는 것은 승인요건을 갖추는지의 형식적 심사만 허용하고 실질재심사를 금지한다는 의미이다. 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约) 제18조 제2항은 “피청구주관기관은 해당 외국재결이 본 조약의 규정에 부합하는지 여부를 심사할 수 있으나 해당 외국재판에 대하여 실질재심사를 하지 않아야 한다” 고 규정하고 있다. “2019년 협약” 제4조는 “승인 및 집행은 본 협약에 규정된 사유에 한하여 거부될 수 있다. 피청구국은 판결의 실체적 심사를 하지 않아야 한다. 이러한 심사는 본 협약의 적용에 필요할 때만 허용될 수 있다” 고 규정하고 있다. 즉, 실질재심사를 명시적으로 금지하는 입장이다.

이와 관련해서 (2015)鄂武汉中民商外初字第00026号 재정은 외국재판의 승인에서 실질재심사를 허용하지 않는다고 하였다. “본 사건은 외국법원 판결의 승인 및 집행을 청구하는 사건이므로 실체적 권리와 의무에 대한 심사와 관련되지 않는다” 는 것이 그 이유이다.

3. 검토

(1) 실질재심사 금지원칙의 필요성

실질재심사 금지원칙의 취지는 승인국 법원이 다시 외국재판의 당부를

심사함으로써 이미 확정된 재판이 실질적으로 또 다른 심급을 거치는 것을 방지하는 것이다. 이는 단순히 외국법원의 절차 당부에 대한 심사를 금지하는 것이 아니라 외국법원이 사실관계를 정확하게 조사하여 인정하는지, 내국법과 외국법 등 실체법의 적용이 정확한지 등에 대한 심사도 허용하지 않는다. 그렇지 않으면 외국재판에서 패소한 당사자가 승인국 법원의 사실관계와 법률적용에 대한 심사를 통하여 원판결과 상이한 재판을 받을 수 있다. 이는 확정된 외국재판의 기판력에 반하는 동시에 승인국에서 다시 재판을 받는 것과 닮음이 없으므로 재판국에서 확정판결을 받은 당사자에게 또 다른 소송부담과 시간낭비를 야기할 수 있다.

비록 재판국법원이 분쟁을 해결하기 위해서 사실을 인정할 때 승인국의 공서위반 여부를 고려하지 않지만, 승인국의 공서를 보호하고자 하는 것은 공서요건의 취지이다. 즉, 외국재판의 승인요건을 심사할 때 이를 승인한 결과가 승인국의 선량한 풍속과 그 밖의 사회질서에 반하는 것으로 판단할 수 있으면 그 승인 및 집행을 거부할 수 있다. 아울러 실체적 공서는 승인국만의 국내적 공서가 아니라 국제적 공서이므로 재판국에도 존재하고 있다. 이러한 국제적 공서는 재판국법원에서도 고려해야 할 사항에 해당할 것이다. 또한, 한국은 자동적 승인제도를 마련하기 때문에 외국재판의 승인에 대해서 법원의 재판을 요하지 않지만 호적예규 제371호, 제415호 등에 따르면 행정기관이 감독법원에 질의하고 그 회답을 받아 처리할 수 있다. 그리고 공서위반으로 보는 외국판결에 반대이해관계를 가진 사람은 외국판결의 효력이 없다는 확인의 소를 제기할 수 있다. 따라서 재판국이 승인국의 공서를 고려하지 않고 선고한 재판의 심사에 실질재심사를 허용하지 않아도 다양한 구제수단으로 그 영향을 제거할 수 있다.

실질재심사를 금지하면 실질적 심사에 비해서 충분하지 않지만, 외국재판의 승인은 외국재판의 효력을 자국에서 인정하는 것이므로 그 외국재판이 반드시 승인국의 실체법과 일치해야 하는 것을 요구하지 않는다. 즉, 외국재판 승인의 심사는 승인요건의 심사만으로 충분하고 실질적 심

사가 필요하지 않다. 이러한 의미에서 중국 민사소송법은 한국 민사집행법처럼 실질재심사 금지원칙을 명시할 필요가 있다.

(2) 실질재심사와 실체적 공서심사의 구분

앞에서 설명한 바와 같이, 실체적 공서위반 심사에 필요한 한도에서만 실체적 내용의 심사를 허용할 수 있다는 의견, 실질적 심사와 공서심사를 별개의 개념으로 보는 견해, 공서는 실질재심사 금지원칙의 예외로 보는 견해, 공서심사에서도 실질재심사를 금지하는 견해가 있다. 즉, 실체적 공서심사와 실질재심사를 구분하는 데에 아직까지는 일치된 의견이 존재하지 않는다.

생각건대, 실체적 공서심사는 외국판결 자체의 사실관계와 법률적용이 승인국 공서에 반하는지를 심사하는 것이 아니라 외국판결을 승인한 결과가 승인국 공서에 반하는지를 심사하는 것이므로 실체적 공서심사와 실질재심사는 외국재판의 사실관계의 인정과 법률적용에 구속되는지 여부로 구분될 수 있다. 외국재판의 사실관계의 인정과 법률적용에 구속되고 해당 외국재판이 승인되면 내국의 도덕적 신념, 가치관 또는 법질서에 어긋나는지만 조사하는 것은 실체적 공서심사이다. 반면, 원판결의 내용에 구속되지 않고 새로운 사실관계를 조사하고 법률적용이 타당한지를 심사한 후, 원판결의 사실인정과 법률적용이 옳바르지 않다는 이유로 실체적 공서위반을 인정하는 것은 실질재심사이다. 예컨대, 외국법원은 내국법에 따라 이혼으로 인한 거액의 위자료 지급을 명한 판결을 선고하였다. 중국에서 이 판결의 승인 및 집행을 청구하는 경우, 해당 판결에서 인정된 사실관계가 정확한지, 이혼사유가 정당한지, 위자료를 명하는 법률적용이 정확한지를 심사하는 것은 실질재심사이다. 해당 판결의 당부를 판단하지 않고 이 판결을 중국에서 승인 및 집행하면 중국의 공서를 침해하는지, 중국법에 규정된 정당한 금액을 초과한 금액이 당사자에게 현저히 불공평한지를 판단하는 것은 공서의 심사이다. 따라서 판결의

당부와 공서가 별개의 개념이라는 견해는 타당하다고 본다.

또한, 앞에서 공서위반 여부를 판단하기 위하여 필요한 범위에서 사실관계를 조사하는 것을 허용한다는 견해를 소개하였다. 이 견해에 동의하면 “필요한 범위”를 먼저 판단하여야 한다. 그런데 “필요한 범위”의 의미를 어떻게 설명할지, 사실관계의 심사는 어디까지 허용될지 등을 판단하는 것은 그리 쉽지 않다. 이를 넓게 인정하면 사실상 실질재심사를 허용하게 된다. 그리고 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결은 공서의 판단방법에 대하여 “확정재판 등을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지는 승인 여부를 판단하는 시점에서 확정재판 등의 승인이 한국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 확정재판 등이 다른 사안과 한국과의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”고 판시하는바, 사실관계와 법률적용을 포함한 외국법원의 재판 당부를 심사할 필요가 없고 오로지 재판의 내용을 승인 및 집행한 결과가 한국의 공서에 반하는지 판단하면 족하다. 그러므로 해석하기 어려운 “필요한 범위”를 대신하여, 외국재판의 사실관계와 법률적용에 구속되어 해당 외국재판의 승인 및 집행결과가 승인국의 실제적 공서에 반하는지 여부만 조사하는 것으로 충분하다고 본다.

IV. 절차적 공서

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제3호는 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 않는 대상을 “그 확정재판 등의 소송절차”로 규정함으로써 절차적 공서를 외국재판의 승인요건으로 명시하고 있다. 여기서 절차적 공서는 절차법의 기본원칙, 예를 들어 사법부의 독립이나 재판청구권의 보장, 당사자 평등의 원칙 등을 포함한다.

이와 관련해서 이혼소송의 절차가 일방적으로 원고에게 지극히 유리한 때, 중대한 사기나 강박으로 취득한 외국이혼판결, 외국이혼판결이 한국에서 선고된 이혼판결과 저촉되는 경우 등을 외국이혼재판의 승인에 관한 절차적 공서로 해석하는 견해가 있다.¹²³⁾ 이 견해에 따르면 적법한 송달도 절차적 공서에 해당하지만 한국 민사소송법 제217조에서 독립된 승인요건으로 규정하고 있으므로 그 판단에는 절차적 공서를 적용하지 않고 독립적인 송달요건을 적용한다.

절차적 공서의 심사에 관한 한국판례로, 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결은 먼저 “외국판결의 성립절차가 한국민인 피고의 방어권을 현저히 침해한 경우에는 절차에 관한 공서양속위반으로 한국에서 승인될 수 없다”고 하며, 절차적 공서위반 여부에 대해서 주장서면에 판결의 요구를 포함시켰는지, 금전적 회복을 구하는 경우 그 금액을 명기했는지, 새로운 또는 추가적 주장서면은 적법하게 송달되었는지, 결석판결의 신청절차가 적법한지 등을 심사하여 “미국판결의 성립절차에 있어 한국의 공서양속에 반한다고 보아야 할 특단의 사정을 찾아 볼 수 없다”고 판시하였다.

절차적 공서위반의 판단기준에 대하여 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결은 “외국에서 재판을 하더라도 관철되어야 하는 한국법상의 절차적인 기본원칙이 외국의 소송절차에서 침해된 경우에는 외국재판의 승인은 절차적 공서에 반하는 것으로서 외국법원의 독립성이 보장되지 않은 경우, 외국법원이 당사자에게 방어의 기회를 주지 않거나, 당사자가 적법하게 대리되지 않은 경우 또는 사기에 의하여 외국재판이 획득된 경우에는 그 외국재판의 승인은 대한민국의 절차적 공서에 반한다고 보아야 한다. 그러나 단순한 절차상의 차이나 판결에 이유를 붙이지 아니한 것만으로는 절차적 공서 위반이 아니다”라고 판시하였다. 이러한 기준을 토대로 미국판결이 직업법관이 아니라 배심원에 의한 재판으로 선고된 것, 판결문에 손해액의 산정근거를 기재하지 않는 것은

123) 김희동, 앞의 글, 109.

한국의 법체계와 다른 부분으로 인정하되, 미국법원에 관할권이 있고 손해액의 산정에 전문가의 증언이 있으며 피고가 주장과 입증의 기회를 충분히 보장받은 사실, 미국의 배심원 재판제도의 운용방식 등을 살펴본 후, 서울고등법원은 절차적 공서위반을 인정하지 않았다. 이 판단은 확정판결인 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결에서도 인정되었다.

또한, 외국가사재판의 절차적 공서 심사에 관한 한국판례가 있다. 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소),2011르696(반소) 판결은 외국이혼판결의 절차적 공서를 심사하였다. 원고는 피고가 소송과정에서 접근금지명령 신청을 악용하여 불법적인 송달을 하였고 이는 한국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 주장하였다. 서울고등법원은 “미국법원이 재판과정에서 원고의 방어권을 현저히 침해하였다거나 피고가 접근금지명령을 악용하였다고 인정되지 않는다”고 판시하였다. 서울고등법원의 판단결과는 확정판결인 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012르66,73 판결에서 정당하다고 인정되었다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조와 이혼승인 특별규정 제12조는 공서요건을 실제적 공서와 절차적 공서로 나누지 않으나 공서의 내용을 “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익”으로 규정하고 있다.

중국과 외국 간의 양자조약은 절차적 공서에 관한 규정을 두고 있다. 중화인민공화국과 페루공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和秘鲁共和国关于民事和商事司法协助的条约) 제24조는 법원의 재판상 문서의 승인 또는 집행의 거부사유에서 “패소한 당사자가 적법한 소환을 받지 못했거나 소송행위능력(诉讼行为能力)이 없는 당사자가 적법하게 대리되지 못하였을 것”을 규정하고 있다. 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关

于民事和刑事司法协助的条约) 제20조는 승인 및 집행의 거부사유에서 “판결을 선고한 계약국의 법률에 따라 법정에서 출석하지 않은 당사자가 적법한 소환을 받지 못했거나 소송행위능력이 없는 한 쪽 당사자가 적법하게 대리되지 못하였을 것”을 규정하고 있다.

“2019년 협약” 제7조는 승인 또는 집행의 거부사유에서 “판결의 구체적 소송절차는 해당 국가의 절차적 공정의 기본원칙에 반하고 해당 국가의 안전 또는 주권을 침해하는 경우도 포함한다”고 규정하고 있다. 헤이그관할합의협약 제9조도 승인 또는 집행의 거부사유에서 “판결의 구체적 소송절차는 해당 국가의 절차적 공정의 기본원칙에 반하는 경우도 포함한다”고 규정하고 있다. 즉, 양 조약은 절차적 공서위반을 승인 또는 집행의 거부사유로 명시하고 있다.

절차적 공서를 적법절차(due process)로 해석하며, 이와 관련된 중국법 규정을 중국 민사소송법 사법해석 제543조로 이해하는 견해가 있다.¹²⁴⁾ 이 견해에 따르면 외국결석재판에 대해서 외국법원의 적법한 송달을 요구하는 중국 민사소송법 사법해석과 중국이 체결하거나 가입한 국제조약을 통해서, 중국은 절차적 공서의 내용을 구체적으로 “외국판결이 결석 판결인 경우, 당사자가 적법한 소환을 받았는지 여부”와 “소송행위능력이 없는 당사자가 적법하게 대리되었는지 여부”로 제한하고 있다. 이러한 경우를 제외하고도 절차적 공서위반으로 보는 다른 경우가 존재하고 있기 때문에 이 견해는 헤이그관할합의협약과 “민사 및 상사에 관한 외국판결의 승인과 집행에 관한 협약”을 참고하여 절차적 공서를 “송달의 적법성과 적시성을 보장하는 동시에 소송행위능력이 없는 당사자가 평등한 대리권을 취득할 수 있을 것”, “사기에 의해서 얻은 판결이 아닐 것”, “중국 소송절차 공정의 기본원칙에 반하지 않을 것”으로 해석해야 한다고 본다.

중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정에 절차적 공서를 명시하는 규정

124) 乔雄兵, “外国法院判决承认与执行中的正当程序考量”, 载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年 第69卷 第5期, 101.

이 없으므로 절차적 공서위반으로 외국재판을 거부한 판례가 아직 없다.

3. 검토

(1) 절차적 공서의 내용

한국 민사소송법은 절차적 공서를 외국재판의 승인요건으로 규정하지만 절차적 공서의 구체적 내용을 명시하지 않고 있다. 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결, 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결과 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소), 2011르696(반소) 판결에 따르면 소장의 양식, 원고의 청구금액의 명시 여부, 소장이 적법하게 송달되는지 여부, 결석판결의 신청절차가 적법한지 여부, 외국법원의 독립성 보장 여부, 당사자의 방어기회 보장 여부, 당사자가 적법하게 대리되는지 여부, 사기에 의하여 외국재판을 얻었는지 여부를 절차적 공서의 내용으로 인정하고 있다.

반면, 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 절차적 공서를 명시하지 않고 공서의 내용을 “중화인민공화국 법률의 기본원칙이나 국가주권, 안전, 사회공공이익”으로 규정하고 있다. 중국과 외국 간의 국제조약은 일반적으로 송달이 적법하지 않은 것과 소송무능력자가 적법하게 대리되지 않는 것을 절차적 공서위반으로 본다. 이에 절차적 공서에 관한 중국 현행법을 중국 민사소송법 사법해석 제543조로 이해하고 절차적 공서를 적법한 송달과 소송무능력자의 대리권 보장, 사기에 의한 판결이 아닐 것과 중국 소송절차 공정의 기본원칙으로 해석하는 견해도 앞에서 소개하였다. 이와 같이 한국과 중국의 절차적 공서에 대한 견해가 다르므로 이를 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

절차적 공서의 취지는 당사자가 적법한 절차에서 재판받을 권리를 보장하고자 하는 것이다. 소장이 적법하게 피고에게 송달되지 않으면 피고가 소송의 개시를 모르고 방어권을 행사할 수 없을 것이다. 소송무능력

자가 적법하게 대리되지 않으면 스스로 유효한 소송행위를 할 수 없고 불이익을 입을 수밖에 없다. 따라서 적법한 송달과 소송무능력자의 대리권이 절차적 공서에 해당한다는 것은 이견이 없을 것이다.

그런데 이 두 가지 경우만으로 모든 절차적 공서를 포함할 수 없다. 소장의 기재가 불명확하면 법원의 쟁점정리와 신속한 소송진행에 불리하다. 법원의 독립성이 보장되지 않으면 법원은 다른 기관의 명령에 구속받지 않고 판사의 양심과 법률에 따라 공정하게 재판하는 것이 불가능할 것이다. 또한, 당사자 양쪽의 변론기회 및 의견진술의 기회를 보장하지 않으면 법원이 정확한 사실관계를 파악하기 어렵다. 게다가 재판이 공개심리로 진행되지 않으면 그 재판의 공정성을 담보할 수 없고 사법의 투명성에 대한 신뢰를 유지할 수 없다. 이처럼 재판절차의 적법 여부와 관련된 경우들은 많다. 절차적 공서를 적법한 송달과 소송무능력자의 대리권으로 제한하면 그 밖의 절차적 공서에 반하는 경우를 규율할 수 없다. 이러한 의미에서 절차적 공서를 넓게 인정하는 한국판례의 입장은 타당하고 절차적 공서를 적법한 송달과 소송무능력자의 적법한 대리로 제한하는 견해는 타당하지 않다.

한편, 절차적 공서는 재판의 절차에 따라 다르다. 앞에서 설명한 바와 같이, 한국은 가사소송사건과 가사비송사건을 나눈다. 민사소송사건과 가사소송사건의 재판절차가 다르고 가사소송사건과 가사비송사건의 재판절차도 다르다. 당사자가 신청하지 않은 사항에 대해서 판결하지 못한다는 처분권주의는 민사소송에서는 절차적 공서에 부합하지만 가사소송에서는 절차적 공서에 반한다. 한국 가사소송법 제17조에 따르면 가정법원이 가류 또는 나류 가사소송사건을 심리할 때에는 직권으로 사실조사 및 필요한 증거조사를 하여야 하기 때문에 당사자가 신청하지 않은 사항에 대해서도 판결할 수 있다. 한국 가사소송법 제38조에 따르면 가사비송절차에서 가정법원이 필요하다고 인정할 경우에 당사자 또는 법정대리인, 그 밖의 관계인을 심문할 수 있는 것은 가사비송에서 절차적 공서에 부합하지만 이러한 심문만으로 가사소송사건을 심리하면 이는 가사소송의

절차적 공서에 반할 수 있다. 가사소송절차는 소송의 형식을 유지하기 때문에 당사자의 심문뿐만 아니라 변론의 기회도 보장해야 한다. 따라서 절차적 공서의 내용은 각 재판절차에 따라 판단되어야 한다.

(2) 절차적 공서의 판단기준

중국 현행법과 외국과의 국제조약은 외국가사재판의 절차적 공서위반의 판단기준에 대한 규정을 두지 않고 이에 관한 판례가 없다. 한국 현행법은 절차적 공서의 판단기준을 명시하지 않으나 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결은 “외국에서 재판을 하더라도 관철되어야 하는 한국법상의 절차적인 기본원칙이 외국의 소송절차에서 침해된 경우에는 외국재판의 승인은 절차적 공서에 반한다. 그러나 단순한 절차상의 차이나 판결에 이유를 붙이지 아니한 것만으로는 절차적 공서 위반이 아니다” 라고 판시하였다.

앞에서 제시한 바와 같이, 외국재판의 승인요건으로서의 공서는 국내적 공서가 아니라 국제적 공서이다. 이는 실체적 공서의 판단에만 적용되는 것이 아니라 절차적 공서의 판단에도 적용된다. 즉, 절차적 공서는 재판국 또는 승인국의 내국법에서만 인정된 절차적 권리가 아니라 국제사회에서 공통적으로 인정된 당사자의 절차적 권리 또는 재판절차에 대한 가치관이다. 단순한 국내의 절차적 공서를 보호하기 위하여 외국재판의 승인 및 집행을 거부하는 것은 법률관계의 안정과 일회적인 분쟁해결을 도모하는 외국재판 승인제도의 취지에 반한다. 더구나 재판국법과 승인국법의 절차상 차이가 존재하지만 이러한 차이는 당사자의 절차적 권리를 현저히 침해한 것으로 볼 수 없는 이상, 절차적 공서위반으로 볼 수 없다. 세계 각국의 절차법은 천차만별이므로 재판국과 승인국의 절차법 일치를 추구하는 것은 거의 불가능하기 때문이다. 또한, 각국의 절차법 차이를 존중할 필요가 있다. 따라서 단순히 절차법의 차이만으로 절차적 공서위반을 인정할 수 없다. 외국법원의 절차가 국제적 공서에 반

하고 당사자의 절차적 권리를 현저히 침해한다고 볼 수 있을 때에는 절차적 공서위반으로 인정될 수 있다. 이러한 법리에 비추어 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결의 입장은 타당하다.

V. 사기의 방법으로 외국재판을 획득하는 경우

1. 한국법

한국은 사기의 방법으로 외국재판을 획득하는 경우, 해당 외국재판을 승인할 수 있는지에 대한 규정을 두고 있지 않다. 이에 대하여 영미법계 국가는 사기의 방법으로 외국재판을 취득한 경우를 독립적인 승인요건을 규정하고 있지만 한국에서 이를 절차적 공서로 보는 견해가 있다.¹²⁵⁾ 또한, 대륙법계 국가는 기망으로 취득된 판결을 재심에 의하여 취소할 수 있고 영미법계 국가는 기망으로 취득된 판결을 Collateral attack¹²⁶⁾의 대상으로 보고 집행판결을 위한 소송에서 이를 증명하면 무효화할 수 있다는 제도의 차이를 전제로, 대륙법계 국가에서 받은 기망에 의한 판결은 재심으로 취소될 때까지 승인의 대상이 되지만 영미국가에서 받은 이러한 판결은 승인의 대상이 되지 않는다는 견해,¹²⁷⁾ 외국재판이 끝난 후 알게 된 외재적 사기와 재판과정에서 이미 알고 있었고 이를 주장하였지만 외국법원이 받아들이지 않은 내재적 사기를 구분하고 외재적 사기에 한하여 외국재판을 승인하지 않아야 한다는 견해¹²⁸⁾ 등이 있다.

이와 관련해서 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결은 사기적인 방법으로 편취한 판결인지 여부를 심리한다는 명목으로 실질재심사를

125) 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, 민사판례연구 28권 (2006), 12.

126) 집행판결을 위한 소송에서 판결이 사기로 취득된 점을 증명하여 기초되는 판결을 공격함으로써 이를 무효로 하는 것이 바로 Collateral Attack이다. 김주상, 앞의 글, 483 참조.

127) 김주상, 위의 글, 483.

128) 김주상, 위의 글, 498.

하는 정당성을 부정하고 위조·변조 내지는 폐기된 서류를 사용하였거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 외국판결을 얻은 것은 원칙적으로 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없다고 판시하였다. 그런데 이 판결은 예외적인 경우에서 사기의 방법으로 취득한 외국재판을 별도로 무효화하는 절차를 거쳐 한국에서 승인 및 집행할 수 없게 한다고 판시하였다. 그 예외적인 경우는 “재심사유에 관한 민사소송법 제451조 제1항 제6호, 제7호, 제2항의 내용에 비추어 볼 때 피고가 판결국 법정에서 위와 같은 사기적인 사유를 주장할 수 없었고 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대한 유죄의 판결과 같은 고도의 증거가 있는 경우”이다.

대법원 1989. 3. 14. 선고 88므184,88므191 판결도 외국판결을 승인할 수 없는 경우로 “외국판결이 사기로 획득한 것”을 언급하였다.

또한, 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결은 외국판결이 기망에 의하여 획득된 것으로 볼 수 없다고 한 판례이다. 해당 사건의 피고는 원고가 미국법원을 기망하여 미국법원의 판결을 취득하였다고 주장하였다. 이 주장에 대하여 대법원은 피고가 적법한 송달을 받고도 답변서를 제출하지 않고 한국으로 돌아왔다는 사실, 원고가 이에 결석재판을 신청한 사실 등을 종합하여, 원고가 미국법원을 기망하여 미국판결을 취득하였다고 인정하기에 부족하다고 판단하였고 피고가 미국판결이 등록된 후에도 사기 등을 이유로 한 필요한 구제신청을 전혀 취하지 않은 사실을 인정하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법, 이혼승인 특별규정 또는 기타 법률은 사기의 방법으로 외국재판을 취득하면 그 외국재판을 승인 및 집행하지 않는다는 규정을 두고 있지 않다. 이로 인해 사기의 방법으로 취득한 판결을 이유로 외국판결의 승인을 거부한 중국판례는 아직 없다.

하지만 사기에 의한 판결을 승인 및 집행거부사유로 규정하는 국제조

약이 있다. “헤이그관할합의협약” 제9조는 승인 또는 집행의 거부사유에서 “절차상의 사기에 의해서 얻은 판결”을 규정하고 있다. “2019년 협약” 제7조는 승인 또는 집행의 거부사유에서 “사기를 통하여 얻은 판결”을 규정하고 있다.

이와 관련해서 절차상의 사기는 실질적으로 소송절차의 회피이고 절차의 정당성 요구에 반하며, 사기에 의한 외국판결은 당사자 한 쪽이 외국법원을 기망하는 경우에 한하지 않고 당사자 양 쪽이 외국법원을 기망하거나 법관을 매수하고 얻은 외국판결도 포함한다고 보고 이는 절차의 정당성을 해치므로 중국도 사기의 방법으로 얻은 외국판결을 독립적인 외국판결의 승인 및 집행의 거부사유로 규정하여야 한다는 견해가 있다.¹²⁹⁾

반면, 사기에 의한 재판을 독립적인 승인거부사유로 규정하지 않고 공서요건에 의하여 규율할 수 있다는 반대견해도 있다.¹³⁰⁾ 그 이유는 중국 민사소송법이 외국재판의 승인 및 집행의 규정에서 “사기”라는 개념을 규정하지 않기 때문이다. 또한, 이 견해는 중국법원이 한국 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결처럼 재심사유에 비추어 사기에 의한 외국판결을 처리할 수 있다고 주장한다. 그 이유는 중국법은 한국법과 비슷한 재심사유와 재심사유의 증명기준을 규정하고 있기 때문이다. 한국 민사소송법 제451조는 재심사유에서 증거의 위조, 변조와 거짓 진술을 규정하고 있고 중국 민사소송법 제200조도 재심사유에서 증거의 위조를 규정하고 있다. 한국 민사소송법 제451조 제2항에 따르면 증거의 위조, 변조와 거짓 진술을 이유로 재심의 소를 제기하려면 “처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때” 이어야 한다. 중국 민사소송법 사법해석 제387조, 제388조에 따르면

129) 王克玉, “外国判决承认与执行视角下的正当法律程序探析”, 载《政法论坛》2009年 第27卷 第1期, 166.

130) 林峰, 钱振球, “论域外法院判决承认与执行中的欺诈抗辩——以内地与香港法院判决的认可与执行为视角”, 载《法治社会》2019年第2期, 2.

새로운 증거를 이유로 재심의 소를 제기하려면 “원판결 또는 재정이 사실인정 또는 재판결과에 잘못이 있는 것을 증명할 수 있는 경우”, “새로운 증거가 법정심문 종결 전 이미 존재하고 있지만 객관적인 이유로 법정심문 종결 후에 발견되는 경우”, “새로운 증거를 법정심문 종결 전 이미 발견하였지만 개관적인 이유로 취득할 수 없거나 규정된 기한에 제출할 수 없는 경우”, “새로운 증거가 법정심문 종결 후 형성되고 이에 근거하여 별도로 소를 제기할 수 없는 경우” 이어야 한다.

3. 검토

소송에 관한 사기는 관할에 관한 사기, 준거법에 관한 사기, 송달에 관한 사기, 증거에 관한 사기로 나뉠 수 있는데 외국재판의 승인요건으로서 논의되는 사기는 증거에 관한 사기이다.¹³¹⁾ 따라서 사기의 방법으로 취득된 외국재판이란 증거가 된 문서 또는 그 밖의 물건을 위조 또는 변조하거나 당사자 본인과 법정대리인, 증인, 기타 소송관계인 등의 거짓진술을 유도하고 법관을 매수하고 기망으로 피고가 출석하지 못하게 하는 등과 같은 사기의 수단으로 얻은 외국재판이다. 이러한 외국재판은 승인 및 집행이 허용되지 않을 것이다. 사기의 방법으로 얻은 재판은 재판 성립의 과정에서 적법한 증거조사절차를 방해하고 법원이 잘못된 사실관계를 인정하게 하고 당사자가 정당한 절차에서 재판받을 권리를 침해하기 때문이다. 비록 사기에 의하여 외국재판을 취득했는지를 조사하기 위한 실질재심사를 금지해야 한다는 견해와 대륙법계 국가와 영미법계 국가의 차이로 대륙법계 국가에서 받은 이러한 판결이 승인대상이 될 수 있다는 견해가 있지만, 이는 사기에 의하여 취득된 외국재판의 판단 기준에 관한 의견 차이에 불과하며, 사기에 의한 외국재판에 대한 승인을 허용한다는 것은 아니다.

131) 석광현, “民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判의 承認 및 執行에 관한 헤이그協約 1998년 3월 개최된 特別委員會 제2차 회의 참가보고서”, 저스티스 제31권 제4호(1998), 148.

이와 관련해서 사기의 방법으로 취득된 외국재판을 독립적인 승인 및 집행의 거부사유로 규정하는지, 독립된 요건으로 규정하지 않고 절차적 공서위반으로 보는지를 검토할 필요가 있다. 사기에 의한 외국재판인지를 확인하기 위한 심사와 실질재심사의 구분도 분석할 필요가 있다.

(1) 사기의 방법으로 취득된 외국재판의 규정방식

앞에서 보았듯이 사기의 방법으로 취득된 외국재판을 독립된 외국재판의 승인 및 집행거부사유로 규정할지, 절차적 공서위반으로 불지를 놓고 견해가 엇갈린다. 영미법계 국가가 사기의 방법으로 취득된 외국재판을 독립적인 승인 및 집행의 거부사유로 보는 것은 공서에 대하여 좁게 이해하기 때문이다.¹³²⁾ 그렇다면 규정방식의 차이는 사기에 의한 외국재판을 공서에 포함하는지의 여부다.

생각건대, 절차적 공서는 재판의 성립과정에서 모든 절차가 적법한지에 관한 것이다. 적법한 증거조사 및 수집의 절차를 거쳐야 법원이 증거를 채택할 수 있다. 법원이 증거를 통하여 인정한 사실관계는 절대적인 진실이 아닐 수 있으므로 사실관계의 진정성을 담보하기 위해서도 증거조사 및 수집절차의 정당성을 요구한다. 그런데 증거의 위조 및 변조, 허위 증언의 유도과 법관의 매수 또는 이로 인하여 피고가 기일에 출석하지 못하게 하는 것은 이러한 절차요구에 반한다. 더구나 이는 법원의 사실조사를 방해하고 피고의 방어권 또는 정당한 절차에서 재판을 받는 권리를 침해하는 것이므로 이를 외국재판의 성립절차에서 발생한 하자로 볼 수 있을 것이다. 즉, 사기에 의한 재판을 절차적 공서위반으로 볼 수 있다. 그렇다면 이를 독립된 외국재판의 승인 및 집행거부사유로 규정하지 않더라도 절차적 공서위반으로 규율할 수 있으므로 이를 독립적인 승인거부사유로 규정하지 않아도 무방하다.

132) 석광현(주125), 앞의 글, 10.

(2) 사기에 의한 외국재판의 판단기준

미국은 사기를 외국재판 후에 알게 된 외재적 사기와 재판과정에서 이미 알고 있었고 이를 주장하였으나 받아들여지지 않았던 내재적 사기로 구분하고 외재적 사기만 공서위반으로 보는 입장이다.¹³³⁾ 한국법원도 이와 유사한 태도이다. 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결은 사기적인 방법으로 외국판결을 얻었다는 것이 원칙적으로 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없지만 예외적으로 “재심사유에 비추어 피고가 판결국 법정에서 사기적인 사유를 주장할 수 없었고 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대하여 유죄의 판결과 같은 고도의 증거가 있는 경우”에 한하여 사기에 의한 외국재판이 승인 및 집행의 거부사유가 될 수 있다는 입장이다. 그렇다면 피고가 외국법원에 사기를 주장할 수 없는 경우에 한하여 사기에 의한 외국재판을 인정할 필요가 있는지를 검토하여야 한다.

비록 피고가 재판국법원에 사기를 주장할 수 있더라도 이를 주장하지 않는 것은 피고가 스스로 그 권리를 포기한 것으로 볼 여지가 있고 그 이후 승인국법원에 이를 주장하면 승인국법원의 부담을 가중할 수 있지만, 절차적 공서위반 여부는 피고가 외국법원에 이를 주장하는지 여부와 관련이 없다. 피고가 이미 외국법원에 주장하였고 외국법원이 이를 받아들이지 않았더라도 사기에 의한 외국재판이 이로 인하여 절차의 하자가 치유되어 정당화될 수 있는 것이 아니기 때문이다. 아울러 언어와 법률 제도의 차이로 인하여 외국에서 소송을 수행하는 것은 어렵고 오히려 자국에서 사기에 의한 재판의 항변이 더 편리할 수 있다. 그럼에도 불구하고 피고가 외국법원에 이를 주장한 것을 요구할 필요가 있는지 의문이다. 따라서 외국법원에 주장할 수 없었다는 사기와 주장할 수 있었으나 주장하지 않았거나 법원이 이를 받아들이지 않았다는 사기를 구분하고, 주장하지 못한 경우에 한하여 사기에 의한 외국재판을 이유로 승인 및

133) 석광현, 앞의 책, 390.

집행을 거부할 필요가 없다.

또한, 한국판례는 앞에서 “재심사유에 비추어 피고가 판결국 법정에서 사기적인 사유를 주장할 수 없었고 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대하여 유죄의 판결과 같은 고도의 증거가 있는 경우”에 한하여 사기에 의한 외국재판이 승인 및 집행의 거부사유가 될 수 있다고 하는데, 한국 법원은 재심사유에 비추어 사기에 의한 외국재판을 인정하는 태도이다. 이에 사기에 의한 외국재판은 공서에 반하는 것으로서 승인 및 집행의 거부사유가 될 수 있을 뿐이고, 이는 보충성의 요구라든가 남소를 방지하기 위하여 유죄판결을 요구하는 재심에서의 요건들이 승인 및 집행요건의 심사에서도 그대로 적용되어야 한다는 취지가 아니라는 견해가 있다.¹³⁴⁾ 또한, 외국재판에 대한 집행판결은 외국재판이 승인요건을 구비하지 않으면 거부되는데, 이는 재심사유인 중대한 하자가 있으면 법원이 한국의 확정판결을 취소하고 이미 종결된 사건을 재심사하는 재심의 제도 취지와 다르므로 외국재판의 승인 및 집행판결을 한국의 확정판결의 재심과 동일시할 수 없다는 견해가 있다.¹³⁵⁾

생각건대, 재심은 국내의 확정판결을 대상으로 하는 제도이므로 외국 확정판결을 대상으로 하면 적절하지 못한 부분이 있다. 외국재판이 승인을 통하여 자국에서 효력이 발생하더라도 이를 자국재판과 동일시할 수 없다는 것을 앞에서 설명한 바 있다. 특히 중국의 재심제도는 한국의 재심제도와 차이점이 많다. 예컨대, 중국 민사소송법 제198조에 따르면 재심의 소를 제기할 수 있는 주체는 당사자에 그치지 않고, 각 심급의 인민법원의 원장이 본법원이 선고한 판결을 대상으로, 최고인민법원이 각 심급의 인민법원이 선고한 판결을 대상으로, 상급인민법원이 하급인민법원이 선고한 판결을 대상으로 재심의 소를 제기할 수 있다. 또한, 중국 민사소송법 제200조는 증거위조를 재심사유로 규정하고 있지만 법정에서 증거에 대한 질의가 이루어지지 않은 경우, 사건 심리에 필요한

134) 김동윤, 앞의 글, 165.

135) 석광현(주125), 앞의 글, 14.

주요증거를 당사자가 객관적인 이유로 스스로 수집할 수 없고 서면으로 인민법원에 증거의 조사 및 수집을 신청하였으나 인민법원이 수집하지 않았을 경우 등 넓은 범위에서 재심사유를 인정하고 있다. 더구나 한국 민사소송법 제451조에 따르면 제1항 제4호 내지 제7호의 경우에 “처벌 받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만” 재심을 제기할 수 있고, 중국은 이와 같은 재심사유의 증명기준을 두고 있지 않다. 중국 민사소송법 사법해석 제387조, 제388조는 새로운 증거의 증명기준을 규정하고 있지만 이는 새로운 증거에 대한 증명기준이고 증거의 위조, 거짓 진술 등 절차적 사기에 적용될 수 없다. 따라서 중국에서 재심을 제기하는 것은 한국에 비하여 용이하고 직권주의의 적용이 강하다. 그럼에도 불구하고 중국은 외국재판의 승인에서 재심사유를 적용하면 외국재판을 승인하지 않을 가능성이 높다. 이는 외국재판을 최대한 승인하고자 하는 외국재판의 승인 및 집행제도의 취지에 반한다. 그러므로 재심사유에 비추어 사기에 의한 외국재판을 판단하는 것은 타당하지 않다고 본다.

제 6 절 상호보증이 있을 것

I. 상호보증의 존부

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제4호는 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”으로 외국재판의 승인요건으로서의 상호보증을 규정하고 있다.

상호보증이란 한국이 외국판결을 승인 및 집행하는 것과 마찬가지로

당해 외국도 대한민국 판결을 승인하고 집행하는 것이다.¹³⁶⁾ 상호보증을 외국재판의 승인요건으로 규정하는 취지는 재판국과 승인국 간의 이익균형을 보호하고자 하는 것이다. 즉, 한편으로, 상대국이 상호적 조치를 취하지도 않는데 한국만이 일방적으로 외국판결을 승인 및 집행함으로써 상대적 불이익을 입는 것을 방지하고, 다른 한편으로, 한국판결을 승인 및 집행을 하지 않는 외국에 대하여 이에 상응하는 조치를 취함으로써 외국법원이 한국 법원의 판결을 승인 및 집행하도록 유도하고 국제법상 외국의 주권행사를 인정함으로써 자국의 주권행사를 인정받아 판결의 국제적 교류를 원활하게 한다.¹³⁷⁾

외국가사재판에 대한 특별규정이 없기 때문에 한국 민사소송법 제217조에 규정된 상호보증요건이 신분관계만 다루는 외국가사재판에도 적용되어야 하는지 여부가 문제될 것이다. 이와 관련해서 상호보증을 신분관계 사건에도 그대로 적용하여야 한다는 설이 있다.¹³⁸⁾ 이 견해에 따르면 민사소송법 제217조는 외국판결이 재산권에 관한 것인가 신분법에 관한 것인가를 불문하고 적용된다. 반면, 상호보증은 재산권에 관한 판결에 대한 요건이고 신분관계에 관한 판결에 대한 규정이 아니므로 이를 적용할 수 없고 조리상 한국 민사소송법 제217조 중 1호 내지 3호만을 준용하자는 설이 있다.¹³⁹⁾

이와 관련해서 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 친권과 양육권지정을 포함한 미국법원의 이혼판결을 심사할 때 미국과 한국 간의 상호보증을 요구한 판례이다. 상호보증을 요구하는 이유에 대하여 “한국만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위하여” 라고 판시하였다.

이와 비슷하게 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결은 캐나다법

136) 최성수, “외국판결 및 중재판정 승인요건으로서의 상호보증”, 國際私法研究 제20권 제2호(2014), 479.

137) 최성수, 위의 글, 479.

138) 신창선, 국제사법(제7판), Fides(2011), 203.

139) 최성수, 위의 글, 482.

원의 이혼판결에 대하여 캐나다와 한국 간의 상호보증을 요구한 판례이다. 상호보증을 요구하는 이유도 “한국만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위함”이다.

2. 중국법

중국 민사소송법 제282조에 따르면 중국과 국제조약을 체결하지 않는 국가는 중국과 호혜관계가 없는 경우 외국재판을 승인하지 않는다. 호혜관계는 상호주의, 또는 상호원칙이라고도 하며,¹⁴⁰⁾ 한국법상의 상호보증과 동일한 개념이다. 중국 민사소송법은 호혜관계의 의미를 명확하게 규정하지 않는다. 학설상 호혜관계는 한 국가가 중국법원의 재판을 승인 및 집행하는 것을 거부하면 해당 국가의 법원의 재판을 중국에서도 승인 및 집행을 하지 않는 것으로 해석된다.¹⁴¹⁾ 바꾸어 말하면 외국에서 중국 재판을 승인 및 집행을 한 선례가 없으면 이 국가는 중국과 호혜관계가 없는 것으로 본다. 이와 같이 호혜관계를 요구하는 것은 외국법원이 본국재판을 승인 및 집행하는 태도에 따라 동일한 태도를 취함으로써 본국재판을 승인 및 집행하는 외국법원을 격려하고 본국재판을 승인 및 집행하지 않는 외국법원을 보복하기 위함이다.¹⁴²⁾

하지만 호혜관계의 포기를 주장하는 반대의견이 제기되었다.¹⁴³⁾ 이에 따르면 호혜관계가 사실상 보복원칙과 다름이 없는 점, 국가 간에 호혜관계가 있는지는 당사자와 관련이 없음에도 불구하고 국가 간의 관계를 위하여 당사자의 이익을 희생시키는 것이 바람직하지 않은 점, 호혜관계의 목적이 외국에서 본국재판을 승인하게 하는데 이러한 기대는 항상 실현되지 않는 점, 외국이 동일한 조건에서 본국재판을 승인 및 집행을 하

140) 李旺, 앞의 책, 130.

141) 连俊雅, “互惠原则在中国执行外国法院判决中的适用研究——兼论中国废除互惠原则的可能性”, 载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期, 69.

142) 王吉文, “论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具”, 载《法学家》2012年第6卷, 155.

143) 李旺, 위의 책, 134.

는지 여부를 조사하여 인정하는 것이 어렵다는 점 등에 비추어 호혜관계는 현대사회와 글로벌화에 부합되지 않는 제도로서 포기되어야 한다는 것이다.

한편, 중국은 외국이혼판결의 승인에서 호혜관계를 요하지 않는다. 이혼승인 특별규정 제12조에 의하여 외국이혼판결은 기타 요건을 충족하면 해당 국가가 중국과 관련 국제조약과 호혜관계가 없어도 승인될 수 있다. 앞에서 설명한 것처럼 여기서 “이혼판결”은 혼인관계의 해소에 관한 재판만 의미한다. 이혼으로 인한 재산관계 또는 기타 신분관계에 관한 재판의 승인은 여전히 호혜관계를 요구한다.

중국과 외국 간의 국제조약은 호혜관계를 규정하는 경우가 아직 없다. 하지만 중국과 외국은 외국가사재판의 승인에 관한 국제조약에 공동으로 가입하거나 이를 체결한 경우, 우선적으로 그 국제조약을 적용한다. (2016)京03协外认10号 재정은 중국과 스페인 간의 국제조약을 적용하여 스페인법원의 이혼판결을 승인한 판례이다. 해당 스페인법원의 이혼판결을 승인한 이유는 “중국은 스페인과 ‘중화인민공화국과 스페인왕국 간의 민사 및 상사 사법공조에 관한 조약’ (中华人民共和国和西班牙王国关于民事商事司法协助的条约)을 체결하였으므로 이 조약에 따라 심사하여야 한다. 스페인법원의 판결주문에서 혼인관계의 해소에 관한 부분은 그 조약과 중국법률에서 규정한 외국법원의 이혼판결의 효력을 승인하는 요건에 부합한다”는 것이다.

중국과 외국 간에 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 국제조약이 없는 경우, 이혼승인 특별규정을 적용한다. 이혼승인 특별규정은 외국이혼판결의 승인에 호혜관계를 요구하지 않으므로 외국이혼판결의 승인요건을 심사할 때 호혜관계를 논의한 중국판례는 없다. (2018)京04协外认13号 재정은 미국이혼판결을 승인한 판례인데 승인요건을 심사하는 부분에서 호혜관계를 언급하지 않았다.

외국이혼판결이 아닌 외국가사재판에 호혜관계를 요구한 중국판례가 있다. (2014)宁民认字第13号 재정은 말레이시아와 중국 간에 호혜관계가

없다고 판단하고 말레이시아법원의 양육권에 관한 판결을 승인하지 않았다. 그 이유는 “해당 판결은 이혼판결이 아니다. 중국은 말레이시아와 서로 민사판결의 승인 및 집행에 관한 국제조약을 체결하지 않았고 관련 국제조약에 같이 가입하지 않았으므로 호혜관계도 성립하지 않는다”는 것이다.

3. 검토

(1) 상호보증의 요구여부

먼저 외국재판의 승인에 있어서 상호보증을 요구하는지를 검토하고자 한다.

앞에서 봤듯이 상호보증이 요구되는 이유는 재판국과 승인국 간의 이익균형을 도모하기 위한 것이다. 즉, 재판국이 외국재판을 승인할 법률이 없거나 법률에 따라 승인할 가능성이 없음에도 불구하고 승인국이 재판국의 재판을 승인하면 재판국에서 승인국의 재판이 승인되지 않고 승인국에서 재판국의 재판이 승인되는 일방적인 불이익을 초래할 것이다. 또한, 재판국이 승인국의 재판을 승인하지 않는 경우, 승인국도 재판국의 재판을 승인하지 않음으로써 재판국에 보복을 가하고 재판국의 외국재판의 승인제도를 완화하는 데에 기여할 수 있다.

그런데 상호보증은 외국재판의 정당성 여부를 불문하고 승인국판결이 재판국에서 승인될 가능성에 중점을 둔다. 외국재판이 당사자의 정당한 권리를 보호하였음에도 불구하고 승인국판결이 재판국에서 승인될 수 없다는 이유로 외국재판을 승인하지 않는 것은 당사자의 권리를 보호할 수 없는 결과를 초래할 것이다. 특히 외국재판은 사적인 법률관계의 분쟁을 해결하는 것으로서 국가를 대상으로 하는 것이 아니다. 더구나 상호보증의 결여는 법적인 쟁점이 아니고 정치적 쟁점이라는 견해가 있다.¹⁴⁴⁾

144) 석광현, 앞의 책, 398.

또한, 상호보증은 보복의 기능 외에 승인요건에 관한 외국의 입법개정을 촉진하는 기능이 있으나 실제로 상호보증은 보복만 가하는 것으로 보인다. 한편으로, 승인국이 재판국의 판결을 승인하지 않음으로써 재판국의 입법개정을 촉진하는 것이 과연 가능한지 의문이다. 비록 중국은 일대일로(一帶一路)를 위해서 호혜관계의 기준을 완화하여 해석하는 방향으로 나아가지만, 결국 한 국가의 입법은 그 국가의 상황에 따라 이루어지는 것이기 때문에 외국의 영향은 미미하다. 그러므로 다른 국가에도 상호보증의 입법완화를 기대하는 것은 비현실적이다. 다른 한편으로, 세계 각국이 다 상호주의를 취하는 경우, 승인국이 재판국과 상호보증이 없다는 이유로 재판국의 재판을 승인하지 않으면, 그 이후 승인국의 재판이 재판국에서 승인될 필요가 있을 때 재판국은 자국재판이 승인국에서 승인되지 않았다는 이유로 승인국의 재판을 승인하지 않을 수 있다. 즉, 상호보증의 보복으로 국가 간의 재판의 승인이 거의 불가능할 것이다. 결국 상호보증은 외국재판의 승인을 저해한다고 볼 수밖에 없다.

그리고 중국처럼 사실호혜를 기준으로 상호보증을 판단하면 중국의 재판을 승인한 적이 없는 외국에서 선고된 재판은 중국에서 승인될 수 없다. 그런데 외국에서 이미 중국재판을 승인한 사례는 기대하기가 어렵다. 앞에서 제시했듯이 2018년까지 중국과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 국제조약을 체결한 국가는 34개뿐이다. 즉, 이 34개 국가를 제외한 나머지 국가는 중국재판을 승인한 선례가 있어야 해당 국가의 판결이 중국에서 승인될 수 있다. 더구나 외국에서 자국재판을 승인한 선례가 요구되지 않더라도 한국 민사소송법에서 요구된 “승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”을 어떻게 판단할지는 문제이다. 외국의 승인요건을 자국법과 비교하기 위해서는 외국법을 조사하여야 한다. 그런데 국가별 언어의 차이, 외국법이 비공개하거나 공개하는 경로가 명확하지 않는 경우가 존재하기 때문에 외국법의 조사가 쉽지 않다. 또한, 세계 각국의 법률제도가 천차만별이므로 외국법의 승인요건을 자국법과 비교할 때 양자가 일치하거나 비슷

할 것, 또는 자국법보다 관대할 것을 기대하기 어렵다. 설령 한국 민사소송법이 상호보증을 완곡하게 해석하더라도 상호보증의 요구가 존재하는 한, 상호보증의 검토과정이 어려워도 피할 수 없다.

요컨대, 당사자의 이익을 보호하기 위한 점, 상호보증의 보복이 외국재판의 승인을 어렵게 만드는 점, 외국재판의 승인에 관한 통일된 국제법과 국제조약이 없는 현실에서 외국에 자국재판을 승인한 선례가 있을 것을 기대하기가 쉽지 않은 점, 외국법의 승인요건을 자국법의 승인요건과 비교하는 것이 쉽지 않은 점 등에 비추어 외국재판의 승인에서 상호보증을 요구하지 않는 것이 바람직하다.

(2) 외국가사재판의 승인에서 상호보증의 요구여부

비록 외국재판의 승인에 있어서 상호보증을 요구하지 않는 것이 각국 입법의 발전방향이지만, 각국의 법제가 상이하고 외국재판의 승인에 관한 통일된 국제법과 국제조약이 존재하지 않는 현실에 비추어 한국과 중국의 현행법과 판례는 외국재판의 승인에 상호보증을 요구하고 있다. 이처럼 외국재판의 승인에서 상호보증을 요구한다고 하면 외국가사재판의 승인에서도 상호보증을 요구하는지를 분석할 필요가 있다.

이와 관련해서 상호보증이 재산적 이해의 균형을 맞추기 위하여 규정된 것이므로 이것이 재산권에 관한 판결에만 적용된다는 의견이 있다.¹⁴⁵⁾ 그런데 이 해석은 실제 재산권 외의 청구에 관한 외국판결에 대하여 상호보증을 요하지 않는다고 규정하는 독일 민사소송법에 근거하고 있다.¹⁴⁶⁾ 하지만 상호보증을 재산권에 관한 판결에 한하여 적용하는 이유는 제시하지 않고 있다.

한편, 신분관계의 외국판결에 한국 민사소송법 제217조를 유추적용하는 것이 불명확하므로 사건의 유형에 따라 상호보증의 요구여부를 판단

145) 신창선, 앞의 책, 203.

146) 신창섭, 국제사법(제3판), 세창출판사(2015), 79.

해야 한다는 견해가 있다.¹⁴⁷⁾ 이 견해에 따르면 이혼에 따른 위자료나 부양료에 관한 외국판결은 재산상의 청구에 관한 것이므로 민사소송법 제217조를 직접적용할 수 있다.

생각건대, 외국재판의 승인에 상호보증을 요구한다고 하더라도 신분관계를 다른 외국재판에 상호보증을 요구하지 않는 것이 타당하다. 그 이유는 파행적 신분관계를 방지하기 위함이다. 신분관계는 사람의 인격과 밀접한 관련이 있다. 신분관계의 변동, 예컨대, 신분관계의 발생, 변경, 소멸은 사람의 인격에 큰 영향을 미칠 것이다. 신분관계에 관한 재판에 상호보증이 결여된다는 이유로 승인하지 않으면 당사자의 의사에 반하여 파행적 신분관계를 형성하게 될 것이다. 즉, 한 국가에 인정된 신분관계가 다른 국가에서 그 효력이 인정되지 않을 수 있다. 예컨대, 한 국가에서 선고된 이혼판결이 다른 국가에서 승인되지 않으면, 재판국에서는 이혼판결에 의하여 혼인관계를 해소하였지만 승인국에서는 혼인관계가 아직 존재한 것으로 인정된다. 이러한 경우, 승인국에서 그 혼인관계는 법률상 불안정한 상태에서 벗어날 수 없다. 더구나 재판국에서 혼인관계가 이미 해소되었으므로 당사자가 재혼을 해도 문제가 없겠지만, 승인국에서 혼인관계를 해소하는 효력이 인정되지 않으므로 다른 국가에서 이중결혼이 가능하게 될 것이다. 이는 어떤 혼인관계가 유효한지를 판단해야 하는 문제를 초래할 것이고 공서에 반하는 이중결혼도 가능하게 될 것이다.

아울러 혼인관계, 부모와 자녀관계 등 신분관계를 다루는 판결은 재산관계를 다루는 판결보다 효력이 강하다. 재산관계에 관한 판결은 소송당사자에게만 효력을 미치는데 일부 신분관계에 관한 판결은 소송당사자가 아닌 제3자에게도 미친다. 이와 관련해서 중국 현행법은 규정을 두고 있지 않으나 한국 가사소송법 제21조 제1항은 “가류 또는 나류 가사소송사건의 청구를 인용한 확정판결은 제3자에게도 효력이 있다”고 규정하고 있는바, 가류와 나류 가사소송사건의 인용판결에 대세효를 인정한다.

147) 신창선, 위의 책, 203.

한국 가사소송법 제2조에 의하여 가류와 나류 가사소송사건은 신분관계의 무효, 존부 확인, 취소에 관한 사건이다. 이와 같이 신분관계에 관한 판결에 대하여 대세효를 인정하는 것은 신분관계의 안정성을 보호하기 위함이다. 그렇다면 외국에서 선고된 판결에 의하여 신분관계의 변동이 생기는 경우, 신분관계의 안정성을 보장하기 위해서 신분관계의 변동을 인정할 필요가 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 재산관계보다 신분관계는 그 특성상 안정성을 더 요한다. 따라서 신분관계에 관한 외국가사재판에서 상호보증을 요구하지 않는 것은 적절하다고 본다.

한편, 외국이혼판결의 승인에 한하여 호혜관계를 요구하지 않는다는 중국 현행법과 판례의 입장을 검토할 필요가 있다. 혼인관계에 대해서만 호혜관계를 요구하지 않는다는 것에 대한 이론적 근거를 찾기 힘들다. 물론 외국이혼판결은 외국가사재판에서 제일 흔한 유형이지만, 혼인관계는 친자관계를 비롯한 기타 신분관계보다 우위를 차지하지 않는다. 모든 신분관계는 평등하기 때문이다. 또한, 외국이혼판결의 승인청구가 다른 신분관계의 승인청구보다 많다는 점만으로 외국이혼판결에만 상호보증을 요구하지 않는 것이 타당하다고 보기 어렵다. 따라서 외국이혼판결에만 호혜관계를 요구하지 않는다는 중국 현행법과 중국판례의 입장은 적절하지 않다고 본다.

신분관계의 변동으로 인한 재산관계의 변동에 관한 판결에 상호보증을 요구하는지는 또 다른 문제이다. 여성 및 미성년 자녀의 복지를 중요시하는 것은 가사재판이 일반 민사재판과 구별되는 가치관이다. 예컨대, 이혼으로 인한 재산분할, 양육비, 부양료 등 재산관계의 문제는 신분관계의 변동으로 인하여 발생한다. 이는 일반 재산관계와 성질상 별 차이가 없으나 여성 및 미성년 자녀의 이익과 밀접한 관련이 있다. 한국 가사소송법 제63조의2는 양육비 지급을 확보하기 위한 양육비지급명령을 규정하고 있는바, 미성년 자녀의 이익을 우선으로 고려한다. 일반 재산관계와 동일하게 재산관계에 관한 외국가사재판에서도 상호보증을 요구하면 승인되지 않을 수가 있다. 그렇다면 여성 또는 미성년 자녀는 부양

료 또는 양육비를 받기 위해서 다시 승인국에서 소를 제기하거나 재판이 승인되지 않음으로 인한 불이익이나 경제적 곤란을 감당할 수밖에 없다. 이는 가사소송에서 미성년자인 자녀의 복지를 우선적으로 고려하는 가치관에 어긋난다. 따라서 신분관계와 관련된 재산관계사건은 재산관계에 관한 사건으로서 일반 재산관계사건과 본질상 차이가 없으나 여성 또는 미성년 자녀의 이익보호를 위하여 재산관계에 관한 외국가사재판에 상호보증을 요구하지 않는 것이 상당하다.

II. 상호보증의 기준

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조 제4호는 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”으로 상호보증의 기준을 규정하고 있다. 여기서 “상호보증이 있을 것”이란 한국과 외국 간에 서로 판결을 승인 및 집행하는 실제 선례가 있는 것을 의미하고, “그 외국법원이 속하는 국가에 있어서 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 않고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”은 한국과 외국 간에 서로 판결을 승인 및 집행한 선례가 없으나 양국의 법령에서 규정되거나 판례에서 인정된 승인요건이 비슷하고 한국 법원의 재판이 외국에서 승인 및 집행될 가능성이 있는 것으로 해석된다.

이와 관련해서 외국재판을 승인 및 집행한다는 형식적인 법규가 존재하더라도 실제로 승인 및 집행이 이루어지지 않으면 상호보증의 존재는 부정되어야 한다는 견해가 있다.¹⁴⁸⁾ 또한, 한 국가가 외국재판을 재심사하거나 사실의 확정에 대하여 확정 후에도 항변권을 인정하고 있는 경우

148) 최성수, 앞의 글, 480.

에 상호보증이 인정되지 않는다는 견해가 있다.¹⁴⁹⁾ 한 국가가 외국재판의 승인 및 집행을 심사할 때 실질재심사, 즉 재판에 확정된 사실과 법률적용이 타당한지 여부를 심사하면 외국재판을 승인하지 않고 본국에서 다시 소를 제기하고 심리하는 것과 차이가 없기 때문이다.

이와 관련해서 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 친권과 양육권지정을 포함한 미국법원의 이혼판결을 심사할 때 상호보증의 기준을 설명한 판례이다. 상호보증의 기준은 “한국과 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 한국에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다. 또한 이와 같은 상호의 보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 한국의 동종 판결을 승인한 사례가 없더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다”는 것이다. 그 이유는 “판결국에 있어서 외국판결의 승인요건이 우리나라의 그것과 모든 항목에 걸쳐 완전히 같거나 오히려 관대할 것을 요구하는 것은 지나치게 외국판결의 승인 범위를 협소하게 하는 결과가 되어 국제적인 교류가 빈번한 오늘날의 현실에 맞지 아니하고, 오히려 외국에서 우리나라의 판결에 대한 승인을 거부하게 하는 불합리한 결과를 가져온다”는 것이다.

대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결도 위와 동일한 입장을 취하고 있다.

2. 중국법

중국 민사소송법 및 기타 법률에서는 호혜관계의 기준을 명시하지 않고 있다. 이에 대한 중국 최고인민법원의 입장은 외국재판의 승인 및 집

149) 최성수, 앞의 글, 480.

행에 관한 하급 법원의 문의에 답장하는 회신(復函)에서 나타난다. “중국인민법원이 일본국 법원의 채권채무 내용이 포함된 재판을 승인 및 집행을 하는지 여부에 관한 최고인민법원의 회신”(最高人民法院关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函)은 “중국과 일본은 법원의 판결 및 재정의 승인과 집행에 관한 국제조약을 체결하지 않았고 이러한 국제조약을 공동으로 가입하지 않았으며 양국 간에 호혜관계도 성립되지 않았으므로 구민사소송법 제268조(현재 민사소송법 제282조)에 의하여 중국법원이 해당 일본국 법원의 재판을 승인 및 집행을 하지 않아야 한다”고 밝힌다. “신청인 푸라시동력발동기유한회사의 오스트레일리아 법원 판결의 승인 및 집행을 신청하는 사건의 문의에 관한 최고인민법원의 회신”(最高人民法院关于申请人弗拉西动力发动机有限公司申请承认和执行澳大利亚法院判决一案的请示的复函)은 “중국과 오스트레일리아는 법원의 민사판결 및 재정의 승인 및 집행에 관한 국제조약을 체결하거나 가입하지 않았으며 호혜관계도 성립되지 않으므로 푸라시동력발동기유한회사의 신청은 법적 근거가 없고 이를 기각하여야 한다”고 명시한다. 이처럼 호혜관계를 부정하는 회신을 통하여 최고인민법원은 사실호혜를 호혜관계의 기준으로 하는 보수적인 입장을 취하고 있는 것을 알 수 있다.

사실호혜를 기준으로 중국과 외국 간의 호혜관계를 직접적으로 부정하는 최고인민법원의 회신에 대한 비판이 제기되어 왔다.¹⁵⁰⁾ 이러한 비판은 호혜관계에 대한 명확한 중국 법률규정이 없다는 이유로 호혜관계를 부정하는 최고인민법원의 회신이 하급법원에서 계속 시행되므로 중국에서 재판의 승인 및 집행이 거부된 외국은 이에 근거하여 중국재판을 승인 및 집행하지 않으며, 이후 중국법원도 해당 국가에 중국재판을 승인 및 집행한 선례가 없다는 이유로 해당 국가의 재판을 승인 및 집행하지 않게 되므로 결국 호혜관계는 양국 간에 재판의 승인 및 집행의 보복수단이 되어버릴 것이라고 지적한다.

150) 连俊雅, 앞의 글, 73.

이와 같은 지적과 함께 중국 일대일로(一帶一路)를 계기로 호혜관계에 대한 최고인민법원의 태도가 완화되는 경향이 보인다. 2015년 공포된 “인민법원이 일대일로 건설에서 사법서비스를 제공하고 보장하는 것에 대해 최고인민법원이 제시하는 여러 의견” (最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见)은 “일대일로 주변 국가가 아직 중국과 사법공조조약을 체결하지 않은 경우 국제사법 교류의향, 상대국이 약속한 중국에 대한 사법호혜 등 정황에 따라 중국법원이 먼저 상대국에 사법협조를 실시함으로써 호혜관계의 성립을 촉진할 수 있다”고 제시한다. 이 의견은 법률규정이 아니기 때문에 법적 효력은 없으나 최고인민법원의 태도가 전환되었음을 보여준다. 과거에 중국과 외국 간에 관련 국제조약과 호혜관계가 없으면 재판의 승인 및 집행을 비롯한 사법공조는 불가하다는 입장을 상황에 따라 중국법원이 호혜관계의 형성을 위하여 먼저 사법공조를 제공할 수 있다는 입장으로 바꾼 것이다. 그런데 “국제사법 교류의향”, “상대국이 약속한 중국에 대한 사법호혜” 등 실제상황의 구체적 의미와 판단기준은 불명확하다. 이를 입법으로 확정하지 않으면 실무에서 판단을 내릴 때 혼란이 불가피하다는 지적이 있다.¹⁵¹⁾

(2018)鲁02协外认6号 재정은 한국과 중국 간의 호혜관계를 인정하고 재산관계에 관한 한국판결의 승인 및 집행을 허가한 판례이다. 호혜관계를 인정한 이유는 “한국법원이 실무에서 중국 산둥성 웨이팡시 중급인민법원의 민사판결을 승인해준 사실이 있으므로 호혜원칙에 따라 법원도 조건에 부합되는 한국법원의 민사판결을 승인 및 집행한다”는 것이다.

(2014)宁民认字第13号 재정은 말레이시아와 중국 간의 호혜관계를 인정하지 않는 판례이다. “해당 판결은 이혼판결이 아니다. 중국은 말레이시아와 서로 민사판결의 승인 및 집행에 관한 국제조약을 체결하지 않았고 관련 국제조약에 같이 가입하지 않았으므로 호혜관계도 성립하지 않는다”는 것을 그 이유로 들고 있다.

151) 连俊雅, 앞의 글, 73.

3. 검토

한국 현행법과 한국판례는 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”을 상호보증의 기준으로 하여 상호보증을 관대하게 인정하는 태도이다. 반면, 중국 현행법과 중국판례는 사실호혜를 기준으로 하고 호혜관계의 인정에 대하여 보수적인 태도를 취한다. “최고인민법원의 인민법원이 일대일로 건설에 사법서비스와 보장을 제공하는 것에 관한 여러 의견”의 공표로 호혜관계를 관대하게 인정하는 추세가 보이지만 이것이 입법으로 확인된 바 없다.

앞에서 살펴보았듯이, 상호보증의 보복기능이 외국재판의 승인을 저해하는 점, 정당한 외국판결에서 승소한 당사자의 이익을 보호할 수 없는 점, 통일된 국제법과 국제조약이 없는 현실에서 외국에 자국재판을 승인한 선례가 있을 것을 기대하는 것이 비현실적인 점에 비추어 상호보증의 폐지를 지향하는 것이 바람직하다. 그런데 각국의 법률제도가 상이하고 외국재판의 승인에 관한 국제적 규정이 없는 현실을 고려하여 한국 현행법과 판례는 외국재판의 승인에 상호보증을 요구하고 있고 중국 현행법과 판례는 외국이혼판결을 제외하고 외국재판의 승인에 호혜관계를 요구하고 있다. 이처럼 현행법과 판례가 상호보증을 포기하지 못한다 할지라도 그 기준을 유연하게 인정할 필요가 있다.

상호보증을 관대하게 판단하는 이유는 상호보증을 폐지하는 이유와 유사하다. 특히 상호보증의 보복기능이 외국재판의 승인을 저해하는 것은 부정할 수 없다. 재판국과 승인국이 모두 외국재판의 승인에 상호보증을 요구할 때, 승인국이 자국판결이 재판국에서 승인되지 않았기 때문에 재판국의 판결을 승인하지 않음으로써 재판국에 보복을 가하면, 그 이후 승인국의 판결이 재판국에서 승인될 필요가 있는 경우, 재판국도 승인국

이 자국판결을 승인하지 않은 것에 근거해서 승인국과 상호보증 없이 있다고 판단할 수 있다. 이러한 보복기능이 계속 존재하면 한 국가가 먼저 다른 국가의 판결을 승인하지 않는 한, 보복은 계속될 수밖에 없다. 즉, 상호보증은 항상 보복을 반복하는 데에 그치게 되며, 외국이 본국재판을 승인 및 집행하게 하는 것은 사실상 불가능하다. 상호보증은 오히려 국가 간에 서로 재판을 승인하는 데 장애가 될 것이다. 또한, 외국판결의 승인제도는 원래 판결 당사자 개인의 이익을 위한 제도이고 다만 부차적으로 승인국의 재판경감에 이바지한다는 점, 외국판결의 승인에 있어서 외국이 자국판결을 승인하지 않으면 똑같이 그 외국의 판결을 승인하지 않는다는 상호주의는 보복에 불과한 정책적 규정으로서 존재 가치가 의문시 된다는 점, 당사자들에게 예측가능성이 낮아 법적 안정성이 문제된다는 점 등에 비추어 가능한 한 상호보증을 완화해서 해석하는 견해¹⁵²⁾가 정당하다고 본다.

그리고 사실호혜를 기준으로 외국과의 호혜관계를 인정하려면 외국법원이 이미 자국재판을 승인한 선례를 증명해야 할 것이다. 국가별 언어의 차이, 확정판결의 공개제도의 차이로 인해 외국에서 자국재판을 승인한 판례를 찾는 것은 결코 쉽지 않다. 예컨대, 1999년 한국 서울지방법원은 한국과 중국 간에 상호보증을 인정한 서울지방법원 1999. 11. 5. 선고 99가합26523판결을 선고하였다. 사실호혜를 기준으로 판단하더라도 한국과 중국 간의 호혜관계를 인정하여야 한다. 그럼에도 불구하고 중국법원은 한국과 호혜관계가 없다는 이유로 한국판결의 승인을 거부해 왔다. 2011深中法民初字第45号재정은 중국과 한국 간에 호혜관계가 없다고 판단하고 한국 서부지방법원 판결의 승인을 거부한 사례이다. 비록 재산관계에 관한 한국판결의 승인 및 집행을 처음 허가한 (2018) 鲁02协外认6号 재정을 통해서 중국법원이 태도를 전환하였지만 이의 승인이유는 “한국법원이 사법실천에서 중국 산둥성 웨이팡시 중급인민법원의 민사판결을 승인해준 사실이 있다”는 것이다. 즉, 사실호혜를 포기하지 않

152) 최성수, 앞의 글, 484.

는 입장이다. 한국법원이 중국판결을 승인한 사실을 증명할 수 없거나 발견할 수 없으면 과연 (2018) 룬02协外认6号 재정이 여전히 한국판결을 승인 및 집행할 수 있을지 의문이다.

이러한 법리에 비추어 사실호혜를 기준으로 판단하는 중국법의 입장은 적합하다고 보기 어렵다. 중국재판을 승인한 적이 없는 외국의 재판이 중국에서 승인되는 것을 배제하는 것과 다름이 없기 때문이다. 이에 비하여 한국 민사소송법이 상호보증을 관대하게 인정하는 입장은 바람직하다.

그런데 한국법의 입장에 전혀 문제가 없는 것은 아니다. “현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”의 판단기준이 명확하지 않기 때문이다. 외국법의 승인요건이 한국법과 일치할 때만 인정할지, 요건별로 기준을 일일이 한국법과 비교하여 유사하다고 판단하는 경우에만 상호보증을 인정할지는 검토의 여지가 있다. 또한, 재판국의 승인요건이 한국보다 관대하면 한국은 승인국으로 재판국의 재판을 승인할 수 있지만 재판국의 입장에서 볼 때 한국의 승인요건은 자국보다 엄격하다고 판단하기 때문에 한국의 판결을 승인하지 않을 수 있다. 즉, 상호보증의 기준을 관대하게 인정하더라도 결국 상호보증의 한계를 돌파할 수 없다. 따라서 중국법 또는 각국의 입법은 상호보증을 외국가사재판의 승인요건으로 요하지 않는 방향으로 나아가야 할 것이다.

Ⅲ. 부분적 상호보증

상호보증을 요구하는 입장에서 볼 때 부분적 상호보증은 논의의 여지가 있다. 부분적 상호보증의 문제는 모든 외국재판에 동일한 기준을 적용하고 상호보증을 판단하는 것이 아니라 외국재판의 유형에 따라 상호보증을 판단하는 문제이다.

1. 한국법

신분관계에 관한 가사재판과 재산관계에 관한 가사재판으로 나누어 한국가가 전자에 대하여 상호보증을 요구하지만 후자에 대하여 이를 요구하지 않는 경우, 해당 외국이 한국 간의 상호보증의 유무를 어떻게 판단하는지의 문제가 있을 것이다. 이를 부분적 상호보증의 문제라고 한다.¹⁵³⁾ 이에 대하여 판결의 종류뿐만 아니라 개별적인 승인요건 및 승인의 효력까지 세분화하여 개별적으로 판단하자는 견해가 있다.¹⁵⁴⁾ 이 견해에 따르면 신분관계에 관한 가사재판에 대하여 상호보증이 존재하지 않는다고 하더라도 재산관계에 관한 가사재판에 대하여 상호보증이 존재한다고 볼 수 있다. 한국 민사소송법은 이와 관련된 규정을 두고 있지 않고 이를 직접적으로 다룬 한국판례도 아직 없다.

2. 중국법

중국 현행법은 부분적 상호보증을 명시한 바 없으나 외국재판의 승인요건으로서 호혜관계를 요구하는 민사소송법과 외국이혼판결의 승인에 호혜관계를 요구하지 않는 이혼승인 특별규정을 보면 부분적 상호보증을 긍정하는 태도이다. 앞에서 살펴본 중국판례를 통하여 중국법원도 부분적 상호보증을 수긍하는 태도를 취하고 있다.

3. 검토

법률관계의 유형에 따라 상호보증의 유무를 판단하는 것이 가능하다. 사건이 신분관계와 관련된 사건인지 순수한 재산관계와 관련된 사건인지는 당사자의 청구에 신분관계에 대한 내용이 포함되는지 여부로 용이하

153) 최성수, 앞의 글, 482.

154) 최성수, 위의 글, 482.

게 판단될 수 있다. 한국 민사소송법에 따르면 한국판결이 재판국에서 승인될 가능성이 있는 경우, 상호보증이 있는 것으로 판단된다. 이러한 가능성을 판단하기 위해서 재판국의 승인요건을 한국의 승인요건과 비교하여야 한다. 이러한 비교는 신분관계에 관한 사건과 재산관계에 관한 사건으로 나누어 볼 수 있다.

아울러 부분적 상호보증을 긍정하면 외국재판의 승인의 가능성을 높일 수 있다. 중국처럼 외국이혼판결에 대하여 호혜관계를 요하지 않고 외국이혼판결을 제외한 기타 재판에 대하여 호혜관계를 요구하는 국가가 있다. 그럼에도 불구하고 중국이 재산관계에 관한 외국재판의 승인을 거부했기 때문에 해당 국가가 중국과 상호보증이 없다고 판단하여 중국의 모든 재판을 승인하지 않으면, 중국도 이를 근거로 해당 국가와 호혜관계가 없다고 하여 해당 국가의 재판의 승인을 거부할 것이다. 즉, 법률관계의 유형에 따라 상호보증을 인정하는 재판국에 대하여 부분적 상호보증을 인정하지 않고 판결의 승인을 거부하면, 그 이후 재판국은 이에 근거하고 승인국과 상호보증이 없다고 판단할 수 있다. 결국 이는 외국재판의 승인을 방해할 것이다. 따라서 상호보증을 요구하는 한국의 현행법과 판례, 외국이혼판결을 제외하고 호혜관계를 요구하는 중국의 현행법과 판례의 입장에서 볼 때 신분관계와 관련된 사건과 재산관계와 관련된 사건을 다르게 취급하여 개별적으로 상호보증을 인정하는 것이 가능하다고 본다.

제 7 절 기판력에 저촉되지 않을 것

동일한 당사자가 외국과 자국에서 동일한 사건에 대한 소를 제기하고 다른 판결을 선고받은 경우, 그 외국재판이 자국에서 승인될 수 있는지, 동일한 당사자가 다른 국가에서 동일한 사건에 대한 소를 제기하고 다른 판결을 선고받은 후, 그 중 하나의 외국재판이 자국에서 승인될 수 있는지는 명확하지 않다. 이러한 문제는 외국가사재판의 승인에도 존재한다.

1. 한국법

한국 민사소송법 제217조는 이에 대한 규정을 두고 있지 않다. 하지만 학술상 이를 공서의 문제로 보아 내국재판을 우선시하는 견해와 선행재판을 우선시하는 견해가 있다.¹⁵⁵⁾ 내국재판을 우선시하는 견해에 따르면 판결의 선후를 불문하고 외국재판이 한국재판에 저촉되는 경우, 절차적 공서에 반하는 것으로 승인이 거부될 수 있다. 선행재판을 우선시하는 견해에 따르면 외국재판이 먼저 확정된 경우에는, 재심에 의하여 내국재판을 취소할 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 내국재판이 존중되어야 한다. 반면 내국재판이 먼저 확정된 경우에는, 한국 민사소송법 제451조 제1항 제10호의 취지에 따라 외국재판이 취소된 것으로 간주하여야 한다.

이와 관련해서 대법원 1994. 5. 10. 선고 93므1051,1068 판결은 한국이 혼청구기각판결이 먼저 확정된 경우에 동일한 이혼사건에 대한 외국이혼판결이 한국에서 효력이 없다고 본 판례이다. 그 이유는 “동일 당사자 간의 동일 사건에 관하여 대한민국에서 판결이 확정된 후에 다시 외국에서 판결이 선고되어 확정되었다면 그 외국판결은 대한민국판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반” 되기 때문이다.

2. 중국법

중국 민사소송법은 이에 대한 규정을 두고 있지 않으나 민사소송법 사법해석 제533조는 “중화인민공화국 법원과 외국법원이 모두 관할권을 가진 사건에 대하여 당사자 한 쪽이 외국법원에 소를 제기하고 다른 한 쪽 당사자가 중화인민공화국 법원에 소를 제기하는 경우, 인민법원은 이

155) 석광현, 앞의 책, 394.

를 수리할 수 있다. 판결이 선고된 후 외국법원 또는 당사자가 외국법원의 본안에 대한 판결 또는 재정의 승인 및 집행을 청구하는 경우, 이를 허가하지 않는다. 다만, 양국이 공동으로 체결하거나 가입한 국제조약에 다른 규정이 있는 경우에는 그렇지 않다. 외국법원의 판결 또는 재정이 이미 인민법원에 승인된 후, 당사자가 동일한 분쟁에 대하여 소를 제기하는 경우, 인민법원은 이를 수리하지 않는다” 고 규정하고 있다.

또한, 중국 이혼승인 특별규정 제12조는 “해당 이혼사건은 중국 법원이 심리하고 있거나 이미 판결하였거나 제3국 법원이 선고한 이혼판결이 이미 중국 법원에 승인되지 않았을 것” 을 외국이혼판결의 승인요건으로 규정하고 있다.

중국과 외국 간의 양자조약도 이에 대한 규정을 두고 있다. 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约) 제20조는 “재결의 승인 및 집행의 청구를 받은 체약국 법원이 동일한 당사자 간의 동일한 사건에 대하여 이미 효력이 발생한 재결을 선고하였거나 심리하고 있거나 제3국에서 선고된 효력이 발생한 재결을 이미 승인한 경우” 를 법원재결의 승인 및 집행을 거부하는 요건으로 규정하고 있다. 중화인민공화국과 프랑스공화국 간의 민사 및 상사 사법공조조약(中华人民共和国和法兰西共和国关于民事商事司法协助的协定) 제22조는 승인 및 집행의 거부사유에서 “청구를 받은 체약국 법원이 이미 동일한 당사자 간의 동일한 사실과 청구의 사건에 대하여 확정재결을 선고한 경우, 또는 청구를 받은 체약국 법원이 이미 제3국 법원이 선고한 동일한 당사자 간의 동일한 사실과 청구의 사건에 대한 확정재결을 선고한 경우” 를 규정하고 있다.

“2019년 협약” 제7조는 승인 또는 집행의 거부사유에서 “판결이 피청구국 법원이 선고한 동일한 당사자 간의 분쟁에 대한 판결과 일치되지 않는 경우” 와 “판결이 제3국법원이 선고한 동일한 당사자 간의 동일한 목적물에 대한 선행판결과 일치되지 않고 해당 선행판결이 피청구국의 승인에 필요한 요건을 충족한 경우” 를 규정하고 있다. 즉, 외국재판이

자국재판에 저촉되는 경우, 자국재판을 우선하며, 다른 두 외국의 재판이 서로 저촉되는 경우, 선행재판을 우선시하는 입장이다. 헤이그관할합의협약 제9조도 유사한 규정을 두고 있다.

이와 관련해서 (2014) 大民一特字第1号 재정은 당사자가 일본과 중국 법원에 동시에 이혼의 소를 제기하고 일본법원의 이혼조정조서가 먼저 확정된 사안에서 일본의 이혼조정조서를 승인하지 않은 판례이다. 그 이유는 “당사자 한 쪽이 일본법원에 이혼의 소를 제기하는 동시에 다른 한 쪽 당사자가 중국법원에 이혼의 소를 제기하고 중국법원이 이미 판결을 선고하고 효력이 발생하였다” 는 것이다.

3. 검토

앞에서 살펴본 것처럼, 선행재판이 있는 경우, 이에 저촉되는 외국재판이 승인될 수 있는지 여부에 대하여 한국 민사소송법은 규정을 두고 있지 않으나 학설상 내국재판이 우선한다는 견해와 선행재판이 우선한다는 견해가 있다. 한국판결이 먼저 확정된 경우 외국이혼판결을 한국판결의 기관력에 저촉된 것으로 보아 공서에 반한다는 대법원 1994. 5. 10. 선고 93므1051,1068 판결을 통하여 한국법원은 외국가사재판이 내국재판에 저촉되는 경우 승인하지 않는다는 입장임을 알 수 있지만 자국판결이 우선한다는 견해와 선행판결이 우선한다는 견해에 따라서도 외국이혼판결의 효력을 승인하지 않기 때문에 어느 견해를 취하는지를 판단할 수 없다.

중국 민사소송법은 이에 관한 규정을 두고 있지 않으나 민사소송법 사법해석은 기관력에 저촉되는 외국재판을 승인하지 않는 입장이다. 이혼 승인 특별규정도 이와 같은 입장이며, 외국과의 국제조약도 이에 대한 규정을 두고 있다. (2014) 大民一特字第1号 재정을 통하여 중국법원은 자국판결을 우선시하는 입장을 취하고 있다.

(1) 기판력에 저촉된 외국재판의 승인 가능여부

기판력은 법원과 당사자에 대한 구속력으로서, 확정판결에 기판력이 생기면 법원은 이미 판결에서 정해진 사항을 재심사하여 그와 모순되는 판단을 할 수 없고 당사자는 동일한 사항에 대하여 중복제소를 할 수 없다.¹⁵⁶⁾ 그러므로 기판력은 서로 모순된 재판의 선고와 중복제소를 억제하는 데에 그 의미가 있다. 확정판결의 효력으로서 기판력은 재판을 선고한 국가의 영토 범위 내에만 유효하지만 재판이 다른 국가에서 선고되었다 하더라도 모순재판과 중복제소의 문제가 없는 것이 아니다. 재판권을 행사한 국가가 다르다는 이유만으로 자국판결 또는 자국에서 이미 승인된 제3국판결에 저촉되는 외국재판의 승인을 허용하면 법률관계의 혼란과 불안정을 초래할 것이다. 더구나 당사자가 다른 국가에서 중복제소를 통하여 자기에게 유리한 판결을 선택하고 승인을 청구하는 것을 허용하는 불합리한 결과를 초래할 것이다. 따라서 기판력에 저촉되는 외국재판의 승인을 허용하지 않는 것은 상당하다고 본다.

한편, 국가 간 재판의 기판력 저촉문제가 절차적 공서에 해당하는지를 검토할 필요가 있을 것이다. 대법원 1994. 5. 10. 선고 93므1051,1068 판결을 통하여 한국법원은 이를 절차적 공서위반으로 보는 입장이다. 반면, 중국 현행법과 외국 간의 국제조약은 별도의 규정을 마련하거나 이를 독립된 외국재판의 승인요건으로 규정하고 있다.

생각건대, 절차적 공서의 취지는 당사자의 절차적 권리를 보장하는 것이다. 당사자의 절차적 권리는 적법한 송달을 받았는지, 변론 또는 의견진술의 기회를 보장받았는지, 증거조사가 적법한지 등의 문제와 관련되며, 재판과정에 존재한다. 그런데 판결의 기판력 저촉은 판결이 확정된 후 일어나는 문제이다. 특히 기판력은 국가 영토 내에서만 유효하기 때문에 외국재판이 이미 자국에서 승인되지 않는 한, 외국재판의 기판력은 자국재판을 구속할 수 없으므로 자국재판이 기판력에 저촉된다는 이유로

156) 이시윤, 앞의 책, 627.

자국의 소송계속을 중지할 수 없다. 이러한 의미에서 국가 간의 판결의 저촉문제를 재판의 성립절차에서 발생하는 것으로 볼 수 없다. 또한, 내국판결과 외국판결의 저촉을 절차적 공서에 맡긴다면 승인 여부를 예측하기가 어려워 법적 불안정이 야기될 수 있다는 비판이 있다.¹⁵⁷⁾ 따라서 다른 국가의 판결의 기판력 저촉문제를 절차적 공서로 보기 어렵다.

(2) 기판력에 저촉되는 재판의 판단기준

외국재판이 자국재판 또는 제3국재판과 저촉되는 경우, 어느 재판의 효력이 인정되는지는 또 다른 문제이다. 앞에서 살펴본 바, 자국재판을 우선한다는 견해와 선행재판을 우선한다는 견해가 있다. 한국 현행법은 관련 규정을 두고 있지 않고 대법원 1994. 5. 10. 선고 93므1051,1068 판결은 어느 견해에 따르더라도 한국판결의 효력을 인정하므로 한국판례는 어느 견해에 동의하는지 알 수 없다. 반면, 중국 민사소송법 사법해석, 이혼승인 특별규정 또는 외국과의 국제조약을 보면 내국재판과 외국재판이 저촉되는 경우, 내국재판을 우선하며, 다른 외국들 간의 재판이 서로 저촉되는 경우, 먼저 중국에서 승인된 외국재판을 우선한다는 것이 중국 현행법의 입장이다. (2014) 大民一特字第1号 재정은 자국재판과 외국재판에서 자국재판을 우선하기 때문에 중국판례도 중국 현행법과 동일한 입장을 취하고 있음을 알 수 있다.

생각건대, 다른 외국들의 재판이 서로 기판력에 저촉되는 경우, 선행재판의 효력을 인정할 필요가 있다. 전소를 제기할 때에는 확정된 판결이 없기 때문에 당사자가 재판받을 권리를 제한할 이유가 없다. 반면, 후소를 제기할 경우에는 전소의 확정재판이 기판력을 가지므로 후소는 중복제소로 각하되어야 한다. 기판력은 재판을 선고한 국가의 영토 내에만 인정되기 때문에 외국재판이 이미 확정되어도 자국법원은 이를 이유로 자국재판을 각하할 수 없다. 그리하여 다른 국가의 재판이 모두 확정

157) 석광현, 앞의 책, 395.

된 후, 먼저 확정된 재판이 기판력이 생기기 때문에 먼저 확정된 재판의 효력을 인정하여야 한다.

선행재판을 기준으로 판단하더라도 이것이 내국재판과 외국재판이 저촉되는 경우에도 적용이 가능할지를 검토하여야 한다. 내국재판을 무조건 외국재판보다 우선시한다는 것은 지나치게 내국재판을 우선시한다는 비판을 초래할 수 있다. 동일한 당사자가 동일한 소를 제기하면 후소는 전소의 기판력에 구속을 받기 때문에 후소 재판의 효력을 인정할 수 없다. 이는 전후소의 발생지가 국내인지 외국인지와 상관이 없다. 그럴 경우, 외국재판이 자국재판보다 먼저 확정되었음에도 불구하고 자국재판을 우선하는 것이 타당한지는 의문이다. 이러한 점을 고려하면 자국재판이 외국재판에 저촉되는지 다른 외국들의 재판이 서로 저촉되는지와 무관하게 선행재판의 효력을 인정하는 것이 보다 적절하다.

제 4 장 외국가사재판의 집행에 관한 비교 검토

외국재판의 집행은 승인된 외국재판에서 인정된 당사자의 권리를 일정한 수단으로 실현시키는 것이다. 한국과 중국은 외국가사재판을 집행하는 특별법을 마련하고 있지 않기 때문에 외국가사재판의 집행은 외국재판의 집행에 관한 규정에 따른다.

집행과 승인의 관계에 대한 견해는 일치하지 않는다. 종래의 학설은 외국판결의 승인과 집행을 판결의 효력이 외국으로 확장된 것으로 보아 양자는 본질적 차이가 없다고 주장한다.¹⁵⁸⁾ 반면, 집행력은 본질상 속지적인 효력으로서 국가주권이 미치는 영역에서만 유효하며, 외국재판의 집행은 승인을 벗어나는 것으로 승인국에서 외국판결의 집행력을 부여하는 것을 포함한다는 견해가 유력하다.¹⁵⁹⁾ 이와 같은 견해의 차이는 집행절차에 반영된다. 한국과 중국의 집행절차를 살펴보고 집행판결 또는 집행의 대상을 비교한 후, 집행과 실질재심사 금지원칙을 검토하고자 한다.

제 1 절 집행절차의 차이

1. 한국법

한국은 자동적 승인제도를 마련하고 있기 때문에 외국재판이 승인요건을 모두 충족하면 별도의 다른 절차 없이 승인된다. 그렇지만 외국재판을 강제집행하려는 경우, 외국재판이 승인의 요건을 갖추더라도 당사자가 한국법원에 외국재판의 집행을 구하는 소를 제기하여 한국법원의 집

158) 石川明, 小島武司, 國際民事訴訟法, 青林書院(1994), 134.

159) 石川明, 小島武司, 위의 책, 135.

집행판결을 받아야 한다. 집행판결의 심사에 대하여 한국 민사집행법 제27조 제2호는 “집행판결을 청구하는 소는 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다. 1. 외국법원의 확정재판 등이 확정된 것을 증명하지 아니한 때. 2. 외국법원의 확정재판 등이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때”로 규정함으로써 확정재판의 증명책임이 집행판결을 구하는 소의 원고에게 귀속된다는 것과 집행판결의 심사가 승인요건을 충족하는지의 여부에 대한 것임을 명시하고 있다.

집행판결을 구하는 소의 성질에 대해서는 외국재판에서 확정된 청구권에 기하여 새로이 이행을 명한다는 이행소송설, 외국재판에는 없는 한국의 집행력을 부여한다는 형성소송설과 외국재판 자체에 집행력이 있다는 것을 확인한다는 확인소송설이 제기된다.¹⁶⁰⁾

2. 중국법

중국은 자동적 승인제도를 두지 않고 있다. 중국 민사소송법 제281조와 제282조에 의하여 외국재판의 승인과 집행은 모두 중국법원에 소를 제기하여 승인 및 집행을 허가하는 재정을 받아야 한다. 외국재판의 승인 및 집행은 구분되는 개념이므로 중국법원에 외국재판의 승인만 청구할지, 승인과 집행을 동시에 청구할지는 당사자의 의사에 따른다. 중국 민사소송법 사법해석 제546조에 따라 중국법원이 외국재판을 집행하는 것이 필요한 경우, 당사자가 먼저 승인을 청구하여야 한다. 당사자가 외국재판의 승인과 집행을 같이 청구하는 경우, 중국 민사소송법 제282조에 따라 승인을 허가하는 재정에 의하여 법원은 집행명령을 발부하며 집행한다. 당사자가 외국재판의 승인만 청구하는 경우, 중국법원은 해당 재판의 승인 여부에 대하여만 심사하고 판단하여야 한다. 즉, 당사자가 소제기 시 집행을 청구하지 않았더라도 승인을 허가한 재정을 받은 후, 이를 근거로 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 법원은 승인을 허가한

160) 최안식, 앞의 글, 316.

재정을 근거로 집행명령을 발부하여 강제집행을 할 수 있다. 여기서 집행명령은 당사자의 강제집행 신청에 의하여 법원이 외국재판의 승인재정에 따라 작성한 문서이고 재판에 해당하지 않는다. 즉, 승인을 허가한 재정은 강제집행의 권원이며, 집행은 따로 재판을 받을 필요가 없다.

또한, 중국 민사소송법 사법해석 제544조에 따르면 승인 및 집행을 거부하는 재정을 받는 경우, 당사자는 상소를 제기할 수 없지만 중국법원에 동일한 사건에 대한 소를 제기할 수 있다.

“2019년 협약” 제13조는 “승인의 절차, 집행가능의 선고 또는 집행을 위한 등록, 판결의 집행은 본 협약이 규정한 경우를 제외하고 피청구국의 법률에 따른다. 피청구국 법원은 신속하게 행동하여야 한다” 고 규정하고 있는바, 외국재판의 승인 및 집행절차는 승인국법에 따른다는 입장이다. 중국과 외국 간의 양자조약도 이와 유사한 태도이다. 중화인민공화국과 폴란드인민공화국 간의 민사 및 형사 사법공조조약(中华人民共和国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定) 제11조는 “피청구기관이 사법공조를 제공하는 데에 본국 법률을 적용한다. 피청구기관이 민사사법공조를 제공하는 데에 상대방 체약국법률을 적용할 수 있지만 이는 피청구 체약국 법률의 기본원칙에 반하지 않는 한도에서만 가능하다” 고 규정하고 있다.

3. 검토

재판은 국가주권에 의하여 효력이 발생하기 때문에 외국재판은 항상 내국법원에서 일정한 사법절차를 거쳐야 국내에서 효력을 발생할 수 있다. 승인은 외국판결의 효력을 국내에서 인정하는 개념으로서 당사자의 권리를 실현하는 집행과 개념상 본질적인 차이가 있으나, 승인과 집행에 대하여 다른 제도를 마련하여야 하는지 여부는 승인의 효력, 즉 기판력, 형성력, 집행력과 기타 판결의 효력에 대한 이해에 의해 결정된다.

중국의 외국재판의 승인 및 집행제도는 외국재판의 효력확장설에 근거

하는 것으로 보인다. 효력확장설에 따르면 승인과 집행은 모두 외국재판의 효력이 재판국에서 승인국으로 확장한 것으로 본다. 이에 따르면 집행력은 기관력, 형성력과 같이 판결의 효력에 불과하며, 승인국 법원에서 승인을 허가하는 판결을 받게 되면 집행력은 기관력, 형성력과 같이 인정되고 집행권원이 생길 것이다. 이러한 맥락에서 중국은 승인과 집행 모두 법원의 재정을 받아야 할 수 있지만 소제기 당시 집행을 청구하지 않았더라도 승인을 허가하는 재정을 받은 후 이를 집행근거로 법원에 강제집행을 신청할 수 있도록 하고 있다. 이와 달리, 집행력은 속지적 효력으로서 승인국 법원에서 부여되어야 한다는 입장에서 볼 때 기관력, 형성력 등 재판의 효력은 외국으로 확장될 수 있으나 집행력은 외국법원에서 부여되어야 해당 외국에서 재판의 집행권원이 생길 것이다. 이러한 법리로 한국은 자동적 승인제도를 마련하고 외국재판이 한국 민사소송법 제217조에서 정한 요건을 갖추면 별도 절차 없이 외국재판을 승인하도록 하고 있지만 외국재판의 집행을 청구하려면 집행판결을 통하여 집행력을 부여받아야 한다.

외국재판의 승인 및 집행은 모두 승인국 법원에서 재판을 받아야 한다는 것과 집행에만 승인국 법원의 재판을 요구해야 한다는 것 중에서 어느 것이 더 타당하다고 판단할 수 없다. 중국처럼 집행을 청구하지 않아도 법원의 재판을 받아야 하는 절차는 자동적 승인제도에 비하여 시간소요와 소송비용의 측면에서 당사자에게 부담이 될 수 있다. 한국처럼 자동적 승인제도를 채택하면 외국재판이 승인요건을 모두 갖추는지를 확인하는 절차가 없다. 비록 승인에 대하여 별도로 사법적 절차를 요하지 않는 것이 외국의 형성판결과 확인판결의 효력을 한국에서 신속하게 인정하는 데에 유리하지만, 당사자는 외국재판이 승인요건을 갖추었는지 여부를 확인하려면 외국재판의 유무효를 확인하는 소, 외국재판의 무효를 주장하는 소, 집행판결을 청구하는 소 등을 제기하여야 한다. 또한, 형성판결과 확인판결에 의한 행정처리가 필요한 경우, 외국재판이 승인요건을 충족하는지 여부에 관한 판단은 행정기관에 의할 수밖에 없다. 그런

데 승인요건의 충족여부는 법적 문제로서, 재판기능을 담당하지 않는 행정기관에 맡겨 외국재판이 승인요건을 구비하는지 여부를 판단하게 하는 것은 타당하지 않은 면이 있다. 더구나 한국 집행판결의 심사는 별도로 집행에 필요한 요건이 아니라 승인요건의 충족여부를 심사대상으로 한다. 그렇다면 한국에서 집행판결을 청구하는 소와 중국에서 외국재판의 승인 및 집행을 구하는 소는 승인요건의 충족여부를 심사하는 법적 절차이고 중국의 승인 및 집행을 허가하는 재정과 한국의 집행판결은 모두 국내에서 외국재판을 집행하는 집행권원이며, 본질적 차이가 없다. 따라서 외국재판의 집행은 승인국 내국법의 절차법에 따라 진행되므로 각국에서 반드시 일치된 집행절차를 추구할 필요가 없다고 본다.

한편, 양국은 외국가사재판의 집행을 위한 특별절차를 규율하지 않으므로 외국가사재판의 집행은 일반 외국재판의 집행절차에 따른다. 민사재판과 달리 가사재판에 특별 규정을 두는 것은 가사재판이 그 특성상 민사재판과 다른 이익을 보호하기 때문이다. 그런데 외국재판의 집행에서 가사재판과 민사재판은 모두 당사자의 법익을 실현한다는 점에서 일치한다. 가사재판에서 미성년 자녀의 복지를 보호하는 점을 고려하여 양육비를 우선적으로 집행하거나 특별한 집행보장조치를 마련할 필요가 있다고 하더라도 각국의 집행절차의 통일을 요구하는 것은 비현실적이다. 게다가 외국재판의 집행은 승인국의 절차법에 의하여 행해지므로 승인국의 집행절차에 따르면 족하다고 본다.

제 2 절 집행판결/집행의 대상

1. 한국법

한국에서 외국재판을 집행하려면 필히 집행판결을 청구하는 소를 제기하여야 한다. 문제는 승인대상이 신분관계의 형성판결 또는 확인판결인 경우 집행판결을 구하는 소를 제기하여야 하는지 여부이다. 이에 대하여

민사집행법 제26조 제1항의 집행판결은 외국법원의 확정판결을 한국에서 강제집행하기 위한 것이므로 집행판결의 대상이 되는 외국법원의 확정판결은 강제집행할 수 있는 집행력이 있는 이행판결을 대상으로 한다는 견해가 있다.¹⁶¹⁾

하지만 이행판결뿐만 아니라 소의 이익이 있으면 한국에서 외국이혼판결과 같은 형성판결에 대해서도 집행판결을 구할 수 있다는 반대의견이 있다.¹⁶²⁾ 그 이유는 민사집행법 제26조에서 규정된 강제집행을 광의로 해석한다면 반드시 집행력이 있는 판결만을 대상으로 삼을 수 없기 때문이다. 이에 따르면 외국판결에 기한 호적의 기재를 광의의 집행으로 보아 승인요건의 구비에 관하여 다툼이 있을 경우에, 법원에 그 판단을 구하는 것은 실익이 있다. 또한, 이 견해에 의하면 외국의 이혼, 혼인의 무효 및 취소, 입양, 인지 등 신분상의 확정판결에 기하여 호적에 신분변동을 등재하려고 할 때 호적공무원이 당해 외국판결이 과연 민사소송법 제217조의 승인요건을 구비하는지 여부를 심사하는 것은 용이하지 않다.¹⁶³⁾ 이에 따르면 호적의 등재를 거부하거나 기피하는 경우, 외국판결이 한국에서 효력이 있다는 확인의 소를 제기하고, 외국판결에 기한 호적의 등재에 반대이해관계를 가진 경우, 외국판결이 한국에서 효력이 없다는 확인의 소를 제기하고 법원의 판결을 받아 호적의 등재를 막는 것이 현실적으로 필요하므로 외국신분판결에도 집행판결을 구할 실익이 있으면 이를 허용해야 한다는 것이다.

이와 관련해서 신분관계를 다룬 외국판결에 의해서 이루어진 호적기재를 광의의 집행으로 본 판례가 있다. 대법원 1980. 1. 29. 선고 79므11 판결은 “외국판결도 구 민사소송법 203조의 승인요건이 구비되면 효력이 있는 것이고 외국판결에 기하여 호적기재를 변경하는 것과 같은 이른바 광의의 집행은 같은 법 476조에 의한 집행판결을 얻어 할 수 있을 것

161) 편집대표 민일영, 김능환, 주석 민사집행법(제3판Ⅱ), 한국사법행정학회(2012), 121.

162) 김주상, 앞의 글, 516.

163) 김주상, 위의 글, 517.

이다” 고 판시하였다. 또한, 당시 호적예규(1974. 7. 4. 법정 제400호)는 외국이혼판결이 민사소송법 제217조의 요건을 구비하였다고 하더라도 그에 기하여 호적기재를 하기 위해서 집행판결이 있어야 한다고 규정하였다.¹⁶⁴⁾

그런데 외국이혼판결에도 집행판결을 구해야 하는 불편을 해소하기 위해서 대법원은 “외국법원의 이혼판결에 기한 호적사무 처리지침(호적예규 제371호)”¹⁶⁵⁾과 “외국법원의 이혼판결에 기한 이혼신고는 감독법원에 질의한 뒤 처리한다(호적예규 제415호)”¹⁶⁶⁾ 등의 규정을 마련하였다.¹⁶⁷⁾ 이에 따르면 외국법원의 이혼판결은 한국 민사소송법 제217조의 승인요건을 갖추면 한국에서도 효력이 생긴다. 이에 기한 이혼신고는 한국판결에 기한 이혼신고와 마찬가지로 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제78조, 제58조에 규정된 절차에 따른다. 즉, 외국이혼판결에 의한 이혼신고는 집행판결을 구할 필요가 없다. 아울러 외국판결의 확정 여부가 명확하지 않은 경우, 송달의 적법 여부가 명확하지 않은 경우, 외국법원의 판결절차가 진행될 당시 피고가 해당 외국에 거주하지 않는 경우, 그 밖의 외국판결의 효력이 명확하지 않은 경우에는 감독법원에 질의하고 그 회답을 받아 처리하며, 외국판결의 피고가 한국 국민인 경우, 해당 외국판결에 의한 이혼신고에 동의하거나 스스로 이혼신고를 한 경우나 외국이혼판결에 집행판결을 받은 경우에는 감독법원의 질의가 필요하지 않다.¹⁶⁸⁾ 그런데 호적선례 1-200, 1-336, 2-220에 따르면 외국법원의 혼인무효나 취소판결의 경우에는 국내에서 집행판결을 받아야만 호적정정신청(혼인무효의 경우) 또는 호적신고(혼인취소의 경우)를 할 수 있

164) 편집대표 민일영, 김능환, 위의 책, 121.

165) 호적예규 제371호는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 시행에 따라 폐지되지만 "외국법원의 이혼판결에 의한 가족관계등록사무 처리지침(가족관계등록예규 제173호)은 2007.12.10. 제정되어 2008.1.1.부터 시행되고 있다.

166) 호적예규 제415호는 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」의 시행에 따라 폐지되지만 "외국법원의 이혼판결에 의한 이혼신고(가족관계등록예규 제174호)가 2007.12.10. 제정되어 2008.1.1.부터 시행되고 있다.

167) 편집대표 민일영, 김능환, 앞의 책, 122.

168) 편집대표 민일영, 김능환, 위의 책, 122.

다고 한다.

이와 관련해서 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소),2011르696(반소) 판결¹⁶⁹⁾은 미국법원의 이혼과 양육권 지정에 관한 판결에 집행판결을 요구하지 않는다는 입장이다. 그 이유는 “미국법원이 선고한 이혼, 양육권자 지정에 관한 판결은 별도의 집행판결을 요하지 아니하고 바로 효력을 가지며, 실제 그 내용이 한국의 가족관계등록부에 기재되는 방식으로 그 집행이 종료된다” 는 것이다.

2. 중국법

중국에서 외국재판이 집행되게 하려면 당사자가 법원에서 승인을 허가한 재정을 받아 법원의 집행명령에 의하여 강제집행을 신청할 수 있다. 중국 민사소송법 제282조는 “집행을 필요로 하는 경우, 집행명령을 발부하여 본 법의 관련 규정에 의하여 집행한다” 고 규정하고 있다. 여기서 “집행을 필요로 하는 경우” 에 대한 명확한 설명이 없지만 기존 외국재판을 승인한 중국판례를 살펴보면 집행을 필요로 하는 외국재판은 금전지급을 명하는 이행판결이다.

이와 관련해서 (2017) 吉24协外认107号 재정은 한국법원의 이혼판결에 대하여 “대한민국 대전가정법원 천안지원의 2016第2472번 이혼판결을 승인한다” 고 판시하였다.

외국재판이 신분관계에 관한 형성판결이나 확인판결에 해당하는 경우, 중국법원은 승인의 허가여부와 관련된 판례만 있고 그 집행을 허가한 판례는 없다.

3. 검토

169) 확정판결인 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66,73 판결은 미국법원의 이혼과 양육권 지정 판결에 집행판결을 요구하는지를 논의하지 않으므로 서울고등법원 2011. 12. 7. 선고 2011르689(본소),2011르696(반소) 판결을 소개한다.

집행절차의 차이로 중국에서 집행대상의 문제는 한국에서 집행판결 대상의 문제가 된다. 모든 재판이 중국의 집행대상 또는 한국의 집행판결의 대상이 될 수 있는 것은 아니다. 집행은 확정판결에서 인정된 당사자의 이익을 실현하는 것이므로 집행을 통해서 당사자가 이익을 얻을 수 있어야 한다. 즉, 집행은 법률관계의 발생, 변경, 소멸 또는 법률관계의 존부확인에 영향을 미칠 수 있어야 한다. 예컨대, 부동산 이전을 명하는 이행판결은 확정되자마자 부동산이전의 효력을 발생하는 것이 아니라 부동산 이전등기를 마쳐야 그 효력이 발생되고 당사자가 법적으로 부동산의 소유권을 취득하게 된다. 따라서 부동산 이전등기는 집행으로 볼 수 있다. 금전지급을 명하는 이행판결도 확정되자마자 판결에 확정된 금액의 금전을 당사자에게 귀속시키지 않고 계좌이체, 현금지급 등 금전지급의 행위를 통하여 당사자가 금전을 취득한 후 그 소유권을 취득하게 된다. 따라서 이러한 지급행위는 집행으로 볼 수 있다.

그런데 외국법원에서 내린 신분관계에 관한 형성판결과 확인판결에 기한 호적기재를 광의의 집행으로 보는 견해가 있으나 행정기관에 의한 행위로서 집행의 성격을 가진다고 인정하더라도 이를 집행으로 볼 수 없다. 신분관계에 관한 확인판결과 형성판결의 효력은 호적기재에 의해서 발생하지 않기 때문이다. 확인판결은 확정되자마자 신분관계의 존부가 확인된다. 형성판결은 확정되자마자 신분관계의 발생, 변경, 소멸의 효력이 발생한다. 외국가사재판이 형성판결과 확인판결에 해당하는 경우, 그 효력은 승인을 통하여 자국에서 인정된다. 즉, 호적기재는 이미 발생한 신분관계의 변동을 기계적으로 기재할 뿐이다. 호적기재를 하지 않아도 신분관계의 발생, 변경, 소멸의 효력에 영향을 미치지 않는다. 따라서 호적기재는 신분관계를 형성하거나 형성하지 않는 행정행위에 불과하다. 당사자가 이를 통하여 신분관계의 발생, 변경, 소멸, 또는 기존 신분관계의 존부확인의 이익을 얻는다고 볼 수 없으므로 이를 집행으로 보기 어렵다.

한국에서는, 형성판결 또는 확인판결에 해당하는 외국가사재판에 집행

판결을 구할 필요가 없으나 외국판결이 승인요건을 구비하는지 여부에 대한 확인판결을 구하는 소를 제기할 수 있다. 당사자가 원칙적으로 승인요건의 확인을 구할 법률상의 이익이 있다고 할 수 있지만 외국재판에서 승소한 원고가 한국법원에서 이미 집행판결을 받았거나 집행판결을 구하는 소가 이미 계속되고 있을 때에는 확인의 이익이 없다.¹⁷⁰⁾ 이와 비슷하게 외국판결에 의한 호적기재에 이익이 있는 경우, 한국에서 외국판결의 효력이 없다는 확인의 소를 제기할 수 있다. 그런데 이러한 확인의 소는 외국판결의 집행을 구하는 소가 아니므로 이를 근거로 외국법원에서 내린 신분관계에 관한 형성판결과 확인판결에 집행판결을 구해야 한다고 볼 수 없다.

그리고 한국의 호적선례에 따라 외국이혼판결이 혼인무효나 혼인취소판결에 해당하는 경우, 한국에서 집행판결을 받아야만 호적정정신청 또는 호적신고를 할 수 있지만, 이는 집행판결의 예외이다. 다른 신분관계의 무효나 취소를 선고한 외국판결에 집행판결을 구해야 한다는 호적예규, 호적선례 또는 다른 특별법이 없는 한, 이러한 외국판결은 집행판결이 없어도 한국에서 효력이 있는 것으로 본다. 따라서 외국가사재판이 확인판결 또는 형성판결에 해당하는 경우, 중국에서는 집행의 대상이 될 수 없고 한국에서는 집행판결을 청구하는 대상이 될 수 없다.

제 3 절 실질재심사 금지원칙

1. 한국법

한국 민사집행법 제27조 제1항은 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야한다”고 규정하고 있다. 즉, 승인요건을 심사할 때 외국재판의 당부의 심사를 허용하지 않는 태도이다. 이에 외국재판에

170) 석광현, 앞의 책, 409.

명백한 잘못이나 이유모순이 있는데도 그 결과가 당연 무효로 되는 경우나 그 재판의 효력을 인정하는 것이 공서양속에 반하게 되는 경우 외에는, 이를 이유로 집행판결을 거부할 수 없고 외국판결에 재심사유가 있음이 명백한 때에도 이를 이유로 집행판결을 거부할 수 없다는 해석이 있다.¹⁷¹⁾

이와 관련해서 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결은 공서심리의 명목으로 외국재판에 대한 실질재심사를 허용할 수 없다는 입장을 밝혔다. 구체적으로 “확정재판 등을 승인한 결과가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 그 확정재판 등의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 ‘집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.’ 라고 규정하고 있는 민사집행법 제27조 제1항에 반할 뿐만 아니라, 외국법원의 확정재판 등에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이므로 허용되지 아니한다” 고 판시하였다.

2. 중국법

중국 민사소송법, 이혼승인 특별규정 또는 기타 법률에 외국재판의 실질재심사를 금지하는 규정이 없다. 중국과 외국 간의 국제조약은 실질재심사 금지원칙을 명시한 바 있다. 중화인민공화국과 라오인민민주주의공화국 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和老挝人民民主共和国关于民事和刑事司法协助的条约) 제24조 제2항은 “법원이 외국재결의 승인 및 집행 청구에 대한 결정을 내릴 때 제21조 규정에 부합하는지 여부만 심사하여야 한다” 고 규정하고 있다. 여기서 승인요건만 심사할 수 있다는 것은 승인요건을 갖추었는지에 대한 형식적 심사만 허용하고 실질재심사를 금지한다는 의미이다. 중화인민공화국과 러시아연방 간의 민사 및 형사사법공조조약(中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法

171) 편집대표 민일영, 김능환, 앞의 책, 126.

协助的条约) 제18조 제2항은 “피청구주관기관은 해당 외국재결이 본 조약의 규정에 부합하는지 여부를 심사할 수 있으나 해당 외국재결에 대하여 실질재심사를 하지 않아야 한다” 고 규정하고 있다. 이는 실질재심사를 명시적으로 금지하는 입장이다.

“2019년 협약” 제4조는 “승인 및 집행은 본 협약에 규정된 사유에 한하여 거부될 수 있다. 피청구국은 판결의 실체적 심사를 하지 않아야 한다. 이러한 심사는 본 협약의 적용에 필요할 때만 허용될 수 있다” 고 규정하고 있는바, 승인 및 집행에 대한 심사에 실질재심사를 금지하는 입장이다. 헤이그관할합의협약 제8조도 실질재심사를 금지한다고 규정하고 있다.

이와 관련해서 (2015)鄂武汉中民商外初字第00026号 재정은 외국재판의 승인에서 실질재심사를 허용하지 않는다고 하였다. 그 이유는 “본 사건은 외국법원 판결의 승인 및 집행을 청구하는 사건이므로 실체적 권리와 의무에 대한 심사와 관련되지 않는다” 는 것이다.

3. 검토

앞에서 실체적 공서심사와 실질재심사를 구분하는 필요성과 방법을 살펴보았다. 그런데 실체적 공서심사에 실질재심사를 허용하지 않을 뿐만 아니라 모든 승인요건을 심사하는 데에도 실질재심사를 허용하지 않을 필요가 있다.

외국재판의 승인과 집행은 자국에서 외국재판의 효력을 인정하고 이에 기한 강제집행을 가능하게 하는 것이므로 자국법에 규정된 승인요건을 갖추면 충분하다. 외국재판의 당부에 대한 심사를 허용하면 해당 사건에 대한 소가 자국에서 제기된 것처럼 자국법원이 새로운 사실관계를 인정할 수 있고 원판결과 다른 법률을 적용할 수 있고 원판결과 다른 결과의 판결을 선고할 수 있다. 이는 외국재판이 자국에서 승인 및 집행되는 것이 아니라 동일한 소를 자국에서 제기하고 자국법원의 심리를 거치는 것

과 마찬가지로. 그러므로 이는 외국재판 승인 및 집행제도의 취지에 반하고 확정판결을 선고한 외국법원의 재판권을 존중하지 않는 것이며, 이로 인하여 발생하는 소송비용과 소요시간은 당사자에게 부담이 될 수 있다. 특히 자국법원이 심리하더라도 정당한 외국재판과 동일한 재판결과를 도출할 때 이러한 심리는 무의미한 반복일 뿐이다. 그런데 실질재심사 금지원칙은 실체적 공서심사까지 금지하는 것이 아니다. 앞에서 설명한 것처럼, 실체적 공서심사는 외국판결을 승인한 결과가 자국의 공서에 반하는지 여부를 심사하는 것이며, 외국판결에서 인정된 사실관계와 법률적용을 다시 심사하는 것이 아니다.

따라서 중국 민사소송법은 한국 민사집행법처럼 실질재심사를 명시할 필요가 있다. 이에 공서심리의 명목으로 외국재판에 대한 실질재심사를 허용할 수 없다는 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결과 외국재판의 승인에서 실질재심사를 허용하지 않는다는 (2015)鄂武汉中民商外初字第00026号 재정은 타당하다고 본다.

제 5 장 결론

이상과 같이 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 한국과 중국의 현행 법과 판례를 살펴보았다. 한국은 외국가사재판의 승인 및 집행에 관한 특별법을 마련하고 있지 않으므로 외국재판의 승인요건을 규율하는 민사소송법 제217조, 외국재판의 강제집행을 규율하는 민사집행법 제26조, 집행판결의 심사를 규율하는 민사집행법 제27조를 적용하여 외국가사재판을 승인하고 집행하고 있다. 중국은 외국이혼판결의 승인을 규율하는 특별법인 이혼승인 특별규정과 이혼승인 수리규정을 마련하고 있기 때문에 외국이혼판결의 승인에 특별법을 적용한다. 그 밖의 외국가사재판은 중국 민사소송법 제281조, 제282조에 의하여 승인 및 집행된다. 양국의 승인요건과 집행제도의 비교를 통하여 중국법을 보완할 수 있는 방향성을 다음과 같이 제시할 수 있다.

우선, 확정재판과 관련해서는 외국재판의 형식을 불문하고 외국법원이 선고한 재판 또는 확정재판과 동일한 효력을 가지는 조서 등은 승인의 대상이 될 수 있다. 중국법상의 “법적 효력이 발생한 것”은 한국법상의 확정재판과 동일한 의미를 가지므로 “확정재판”의 문구를 규정하지 않아도 무방하다. 그리고 중국 이혼승인 특별규정의 적용범위는 혼인관계의 해소에 관한 외국판결로 제한되지만, 이는 이혼으로 인한 재산관계에 대한 외국재판의 승인을 배제하는 것이 아니므로 재산관계에 관한 외국가사재판도 승인의 대상으로 보아야 할 것이다.

다음으로, 국제재판관할권과 관련해서, 국가별로 언어, 사법절차가 다르므로 소송수행의 난이도가 다른 점, 당사자가 적법한 국가에서 재판받을 권리가 있는 점에 비추어 중국 민사소송법은 한국 민사소송법처럼 국제재판관할권의 존재를 승인요건으로 명시할 필요가 있다. 한편, 직접관할과 동일한 기준을 적용하여 간접관할을 판단하는 견해가 있으나 신분

관계의 안정성을 도모하기 위해서 외국가사사건의 간접관할을 넓게 인정할 필요가 있다. 특히 혼인관계, 친자관계 등 신분관계의 유형에 따라 우선적으로 보호하는 법익이 다르기 때문에 이에 따라 국제재판관할권의 기준을 정하는 것이 바람직하다. 그리고 소송사건과 비송사건의 국제재판관할의 존부판단은 실질적 차이가 없으므로 외국가사비송사건에도 외국가사소송사건의 기준을 적용하여 국제재판관할을 판단하되, 이는 상대방이 없는 가사비송사건의 국제재판관할을 판단하는 데에 한계가 있기 때문에 외국가사비송사건의 국제재판관할에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다.

적법한 송달과 관련해서, 피고의 절차참여 기회를 보장하기 위해서 적법한 송달요건이 필요하므로 중국 민사소송법은 한국 민사소송법처럼 송달요건을 명시할 필요가 있다. 송달의 적시성은 당사자의 방어준비 시간을 보장하는 데에 의미가 있다는 점, 중국이 가입한 헤이그송달 협약도 송달의 적시성을 요구한다는 점에 비추어 중국법상의 적법한 송달에 적시성이 포함될 필요가 있다. 또한, 국가 간의 송달은 국가주권과 관련되기 때문에 국가 간의 국제조약 또는 중앙기관, 외교경로에 의한 방식에만 적법성을 인정할 필요가 있고, 재판국 국내에서만 이루어지는 송달은 재판국의 절차법에 의해 진행된다면 적법성을 인정할 수 있다. 그리고 피고가 스스로 출석하여 변론하는 것뿐만 아니라 답변서 또는 소송 관련 증거, 기타 서류의 제출 등을 종합하여 볼 때 피고가 방어권을 충분히 보장받았다고 볼 수 있을 때 송달의 하자를 치유할 수 있는 응소로 인정할 필요가 있다.

또한, 공서와 관련해서, 중국 민사소송법과 이혼승인 특별규정은 한국 민사소송법과 달리 공서에 해당하는 “선량한 풍속”을 명시하고 있지 않지만 이는 넓은 의미의 사회공공이익에 포함된다고 볼 수 있다. 공서위반으로 외국가사재판의 승인을 거부한 중국판례는 아직 없지만, 중국 법과 일치하지 않는 경우 이를 공서위반으로 보는 경향이 있다. 하지만 이는 외국재판의 승인을 저해할 수 있다. 또한, 절차적 공서심사는 가사

소송절차와 가사비송절차에 따라 다르다. 그리고 이미 확정된 외국재판을 또 다른 심급에서 심사하는 것을 방지하기 위하여 실제적 공서를 심사할 때 실질재심사를 허용하지 않을 필요가 있다.

상호보증과 관련해서, 정당한 외국재판에서 승소한 당사자의 이익을 보호할 필요가 있는 점, 상호보증의 보복기능은 외국재판의 승인을 저해하는 점 등에 비추어 외국재판의 승인에서 상호보증을 요구하지 않는 것은 타당하다. 외국재판의 승인에서 상호보증을 요구한다고 하더라도 파행적 신분관계의 형성을 방지하기 위하여 신분관계에 관한 외국가사재판에 상호보증을 요구하지 않아야 할 것이다.

그리고 기판력 저촉과 관련해서, 다른 국가의 재판들이 서로 저촉되는 경우, 선행재판을 우선하는 것이 타당하다. 외국재판이 내국재판에 저촉되는 경우, 내국재판을 우선하는 것은 지나치게 내국재판을 우선시한다는 비판을 피할 수 없다.

집행절차와 관련해서, 한국과 중국은 외국가사재판의 집행에 대하여 다른 절차를 마련하고 있지만 절차는 법정지법에 따른다는 원칙에 의하면 중국은 반드시 한국과 같은 집행절차를 마련할 필요가 없다. 외국가사재판이 형성판결 또는 확인판결에 해당하는 경우, 집행의 실익이 없으므로 중국에서는 집행을 청구할 필요가 없다. 외국재판에 대해 또 다른 심급에서 사실관계와 법률적용의 당부를 심사하는 것을 방지하기 위해서 한국 집행판결의 소, 중국 외국재판의 승인 및 집행청구의 소에서 실질재심사를 금지할 필요가 있다.

참 고 문 헌

한국문헌

- 권재문, “외국 가사재판의 승인·집행에 관한 입법론적 검토”, *국제私法研究* 제23권 제2호(2017).
- 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙-친자관계에 관한 사건을 중심으로-”, *국제私法研究* 제19권 제2호(2013).
- 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서“, *人權과正義 : 大韓辯護士協會誌* 제353호(2006).
- 김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, *국제사법연구* 제21권 제2호(2015).
- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 근거“, *법학연구* 제23권(2006).
- 김원태, “外國家事裁判의 承認과 執行“, *민사법의 이론과 실무* 제5권 제1호(2002).
- 김원태, “外國家事裁判의 承認·執行에 관한 問題의 再檢討“, *국제私法研究* 제6호(2001).
- 김주상, “외국판결의 승인과 집행”, *사법논집* 제6집(1975).
- 김홍엽, “가사소송의 특질-민사소송과 관련하여-”, *성균관법학* 제22권 제3호(2010).
- 김희동, “외국이혼재판의 승인“, *강원법학* 제44권(2015).
- 석광현, “民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判의 承認 및 執行에 관한 헤이그協約 1998년 3월 개최된 特別委員會 제2차 회의 참가 보고서”, *저스티스* 제31권 제4호(1998).
- 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, *민사판례연구* 28권(2006).
- 석광현, “한국법원에서 제기된 중국법의 쟁점- 계약법, 불법행위법, 혼인법과 외국판결의 승인·집행을 중심으로-”, *서울대학교 法學* 제51

- 권 제3호(2010).
- 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편), 박영사(2012).
- 신창선, 국제사법(제7판), Fides(2011).
- 신창섭, 국제사법(제3판), 세창출판사(2015).
- 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 국
제사법연구 제20권 제2호(2014).
- 이병화, “국제이혼에 관한 국제사법적 고찰”, 저스티스 통권 제137호(2
013).
- 이시윤, 신민사소송법(제12판), 박영사(2018).
- 최성수, “외국판결 및 중재판정 승인요건으로서의 상호보증”, 國際私
法研究 제20권 제2호(2014).
- 최안식, “外國判決의 承認과 執行”, 원광법학 제17권(2000).
- 편집대표 민일영, 김능환, 주석 민사집행법(제3판 II), 한국사법행정학회(2
012).
- 피정현, “외국판결의 승인.집행과 공서양속”, 비교사법 제8권 제1호(20
01).
- 한충수, “국제민사소송절차와 국제도산절차에서의 외국재판-외국보전재
판의 승인 및 집행가능성을 중심으로-“, 민사소송 제20권 제2호(2016).
- 호문혁, “외국판결의 공서위반 판단의 대상에 관한 연구”, 법학평론
제6권(2016).

외국문헌

- ERNEST G. LoRENZEN, “ The Enforcement of American Judgement A
broad” , Yale Law Journal Vol.29, 1919.
- Hans Smit, “International Res Judicata and Collateral Estoppel in the U
nited States” , 9 UCLA L Rev 44, 1962.
- Hilton v. Guyot, 159 U.S. (1895)
- 高颖, 张秀兰, 祝维龙, “北京近年涉外婚姻状况研究”, 载《人口与经济》

2013年第1期.

黄瑜, “间接管辖权制度研究——从外国民商事判决在中国的承认与执行现状出发”, 载《汕头大学学报(人文社会科学版)》2019年 第35卷 第2期.

李旺, 国际民事诉讼法(第二版), 清华大学出版社(2011).

连俊雅, “互惠原则在中国执行外国法院判决中的适用研究——兼论中国废除互惠原则的可能性”, 载《石河子大学学报(哲学社会科学版)》2018年 第1期.

林峰, 钱振球, “论域外法院判决承认与执行中的欺诈抗辩——以内地与香港法院判决的认可与执行为视角”, 载《法治社会》2019年第2期.

马永梅, “外国法院判决与执行中的公共秩序”, 载《政法论坛》2010年 第28卷 第5期.

钱锋, “终局性:外国法院民商事判决承认与执行的先决条件”, 载《法律适用》2006年第6期.

乔雄兵, “外国法院判决承认与执行中的正当程序考量”, 载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年 第69卷 第5期.

石川明, 小島武司, 國際民事訴訟法, 青林書院(1994).

王国征, “外国法院判决承认与执行中的管辖权”, 载《中国人民大学学报》1998年第5期.

王吉文, “论我国对外国判决承认与执行的互惠原则——以利益衡量方法为工具”, 载《法学家》2012年第6卷.

王克玉, “外国判决承认与执行视角下的正当法律程序探析”, 载《政法论坛》2009年 第27卷 第1期.

肖永平, 国际私法原理, 法律出版社(2003).

徐冬根, 王国华, 萧凯, 国际私法 第1版, 清华大学出版社(2005).

宣增益, “国家间判决承认与执行中的管辖权标准比较研究”, 载《比较法研究》2005年第3期.

张庆元, “浅议国际民事诉讼管辖权中的国籍问题”, 载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年 第62卷 第4期.

张文亮, “外国判决承认与执行语境下‘送达抗辩’研究”, 载《当代法学》2019年第2期.

郑远民, 国际私法/国际民事诉讼法与国际商事仲裁法(第1版), 中信出版社(2002).

신문기사

“외국판결에 국내강제집행인정”, 법률신문(1968.10.28.).

웹사이트

국가법령정보센터 <http://www.law.go.kr> (2019.6.23. 확인).

법원행정처 http://www.scourt.go.kr/img/pub/jur_2018_Book6.pdf(2019.1.26. 확인).

통계청 http://kosis.kr/statisticsList/statisticsListIndex.do?menuId=M_01_01&vwcd=MT_ZTITLE#SelectStatsBoxDiv (2019.1.26. 확인).

中国外交部 <http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/index.jsp> (2019.6.13.).

国家统计局 <http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/2018/indexch.htm> (2019.9.30.).

Abstract

Recognition and Enforcement of Foreign Family Judgement

-Focused on the comparison of Korean law and
Chinese law-

ZHANG QIQI

Department of Law Major in Civil Procedure

The Graduate School

Seoul National University

With the development of globalization, China is actively interacting with other countries. As a result, family cases containing foreign factors, are increasing, such as international divorce, etc. In such cases, it is advisable for the parties to resolve the dispute one-time by filing a lawsuit in one country and recognizing and enforcing the judgement in another country. In China, the special law for the recognition of foreign divorce judgement was enacted and foreign divorce judgments have been flexibly recognized. While there is no special law for the recognition of other foreign family judgements, which should be resolved by the articles 281 and 282 of Civil Procedure Law of the People's Republic of China. The requirements for the recognition of foreign judgements in the Korean Civil Procedure Act are more specific

than those in Chinese Civil Procedure law. Moreover, comparative studies about Chinese and Korean law can promote the comprehension of the recognition and enforcement of foreign family judgements in China and Korea. Therefore, the purpose of this thesis is to seek improvements in the recognition and enforcement of foreign family judgements in China by comparing Korean law and Chinese law.

Therefore, this thesis gave a view of current laws and treaties of these two countries in chapter 2. Then, this thesis compared and analyzed the requirements for recognition of foreign family judgements in chapter 3, and compared and analyzed the enforcement system of foreign family judgements in these two countries in chapter 4. As a result, the differences of recognition and enforcement of foreign family judgements between the two countries can be summarized as below.

First, related to the subjects recognized, foreign judgements are required to be final and conclusive in Korea, while in China they are only required to have legal effect. The foreign family judgements which only cover status relationships can be recognized in China, while those which cover property relationships can also be recognized in Korea.

Second, the international adjudicatory jurisdiction, which can protect the parties' right to resolve the dispute in a reasonable place, is required in the Korean Civil Procedure Act, while it is not required in the Chinese Civil Procedure law clearly. Furthermore, it is judged by domestic laws and treaties in Korea, while there is no related regulation in China.

Third, to guarantee the defendant's right to defend properly, proper service to the defendant is required in Korean Civil Procedure Act, while it is not required in Chinese Civil Procedure law clearly.

Fourth, compliance with public policy is required as "sound morals or other social order" in Korean Civil Procedure Act, but it is required as "the basic principles of the law of the People's Republic of China,

state sovereignty, security, social public interest” in Chinese Civil Procedure law.

Fifth, reciprocity is required in the recognition and enforcement of foreign family judgements in Korea, while it is not required in the recognition of foreign divorce judgements but it is still required in the recognition and enforcement of other foreign family judgements in China.

Sixth, whether there is a conflict of *res judicata* is not stipulated in Korea, while in China, if foreign judgements are in conflict with domestic judgements, domestic judgements are prior, but if two foreign judgements are in conflict, the earlier judgment is prior.

In terms of enforcement system of foreign judgements, due to the automatic recognition in Korea, foreign judgements fulfilling necessary requirements can be recognized without any procedure, but the enforcement of foreign judgements still need the judgement of execution from the Korean court. But in China, recognition and enforcement of foreign judgements need ruling issued by the Chinese court.

On the basis of the fact as above, this thesis explained how to improve the recognition and enforcement of foreign family judgements in China in Chapter 5 as below.

In order to remedy the legislative blank, the Chinese Civil Procedure law should stipulate the international adjudicatory jurisdiction and proper service to the defendant as requirements. Different family cases have different legal interests, so it is desirable to make standards of the international adjudicatory jurisdiction according to the type of family cases.

Timely service to the defendant can enable defendants to arrange for their defence, so the meaning of proper service to the defendant in China should include the time requirement.

In order to keep the legal relationship stable and resolve disputes one-time, foreign family judgements relating to property relationship should also be recognized in China.

There is no precedent refusing to recognize foreign judgements because of incompatibility with the public policy in China, but if the foreign judgement is not in accordance with Chinese law, it tends to be regarded as a violation of public policy in China. But laws in different countries are different, so it is hard to look forward that all foreign laws are consistent with Chinese law. And recognizing foreign judgements, which is not in accordance with Chinese law, is not necessarily incompatible with the public policy in China. Thus, the attitude mentioned above should be given up.

It is necessary to protect the interests of parties winning a fair foreign lawsuit and the stability of status relationship, and the retaliation of reciprocity may discourage the recognition of foreign judgements, so reciprocity should not be required in the recognition of foreign family judgements.

Even though China and Korea have different enforcement systems of foreign judgements, a lawsuit seeking the recognition and enforcement of foreign judgements in China has no substantial difference with a lawsuit seeking a judgment of execution in Korea.

keywords : recognition of foreign family judgement, enforcement of foreign family judgement, requirement of recognition, enforcement system

Student Number : 2017-25393