

〈논문〉

## 한국법원에서 제기된 중국법의 쟁점<sup>\*\*</sup> - 계약법, 불법행위법, 혼인법과 외국판결의 승인·집행을 중심으로 -

石光現<sup>\*\*\*</sup>

### 요 약

중국은 현재 한국의 최대교역국이고 양국 간에 인적 교류도 활발하다. 그 결과 한국법원이 중국법을 적용하여 재판하는 사례가 늘고 있다. 여기에서는 한국 국제사법상 준거법으로 지정된 외국법의 해석과 적용에 관한 논점을 개관하고, 한국법원이 중국의 실질법을 적용한 사례를 소개한다.

첫째는 한중기업 간의 물품매매계약에 관한 사건이다. 당사자는 매매계약의 준거법을 합의하지 않았으므로 양국이 가입한 “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약”이 적용되었다. 원고인 중국 매도인은 피고인 한국 매수인을 상대로 잔대금지급을 구하는 소를 제기하였으나 피고는 계약위반으로 인한 손해배상채권에 기한 상계항변을 하였다. 상계의 요건과 효과에 대해 제1심법원은 한국법을 적용하였으나, 제2심법원은 중국법을 적용하였던바 후자가 타당하다. 둘째는 중국에서 발생한 국내항공사고를 이유로 한국 유가족이 중국 항공사를 상대로 손해배상을 구한 사건이다. 제1심법원과 제2심법원은 모두 준거법을 중국법이라고 보았다. 제1심법원은 손해3분설을 따라 유가족이 피상속인의 손해배상채권을 상속하는 상속구성을 취하였으나 제2심법원은 유가족이 부양권을 상실하는 것으로 보는 부양구성을 취하였다. 셋째는 양국인 간의 위장혼인사건인데 법원은 이를 무효라고 보았다. 넷째는 한국 법원이 중국판결을 승인한 사건이다. 제1심법원은 외국판결의 승인 및 집행에 관한 한국법의 요건과 중국법의 요건을 비교하고 양국 간 상호보증의 존재를 긍정하였다. 물론 이는 중국 법원의 실무가 중국법에 충실하게 이루어지는 것을 전제로 한다.

한국 법원은 한국 국제사법과, 그에 따라 준거법으로 지정된 중국법을 올바르게 적용하고 있는 것으로 보인다. 한국 법원이 준거법으로 지정된 중국법을 정확히 적용하기 위해서는 중국법에 대한 한국 내 연구수준을 제고할 필요가 있다. 물론 한중 조약에 규정된 법정보공조도 활용할 필요가 있다.

주제어: 외국법의 적용, 상계의 준거법, 불법행위의 준거법, 상속구성, 부양구성, 위장 혼인, 외국판결의 승인 및 집행

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2010학년도 학술연구비 지원을 받았다.

\*\* 이 논문은 2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다.

\*\*\* 서울대학교 법과대학·법학전문대학원 교수.

## I. 머리말 - 한국 국제사법에 따른 중국법 적용사례의 증가

대한민국(이하 “한국”이라 한다)과 중화인민공화국(이하 “중국”이라 한다)이 1992년 8월 수교한 이래 양국의 교역규모가 점증하였고 중국은 한국의 최대교역국이 되었다.<sup>1)</sup> 양국 간에 인적 교류도 활발하다. 그에 따라 한국법원이 중국법을 적용하여 재판하는 사례가 늘고 있다. 우리가 외국법을 연구하는 이유는 여러 가지가 있지만 종래 우리 법률가들은 한국법의 해석론 또는 입법론을 위하여 직접 도움이 되는 독일법, 프랑스법, 미국법과 일본법에 주로 관심을 두었고, 중국법에는 상대적으로 큰 비중을 두지 않았다. 하지만 현실적으로 제기되는 법적 쟁점을 해결하기 위하여 한국법원은 중국법에 대한 지식이 필요하게 되었다. 이는 위에서 언급한 독일법, 프랑스법 등에 대한 관심방향과는 다른, 구체적 사건을 해결하기 위한 현실적 필요, 즉 국제사법의 요청에 따른 것이다.

이러한 배경 하에서 여기에서는 우선 한국법원이 재판하는 경우 국제사법에 따라 준거법으로 지정된 외국법의 해석과 적용에 관한 일반적인 논점을 개관하고(아래 II.), 한국법원이 중국의 실질법<sup>2)</sup>, 특히 중국의 계약법, 불법행위법과 혼인법을 적용한 사례와 중국판결을 승인한 사례를 소개한다(아래 III.). 그렇게 함으로써 한국법원이 국제사법에 따라 특정법률관계의 준거법으로 지정된 외국법, 특히 중국법을 어떻게 적용하는지와, 문제된 사건을 제대로 해결하기 위하여 중국법에 대한 지식이 필요함을 논증하고자 한다. 이를 통하여 한국법률가들에게 중국법이 가지는 의미를 알고, 한국법률가들이 앞으로 중국법에 대해 어떤 자세를 가져야 하는지를 깨닫게 될 것이다. 다만 여기에서 소개하는 사건은 여러 경로로 필자가 알게 된 사건들이라는 점에서 代表性을 가지는 사건이라고 평가하기는 어렵다. 여기에서는 현황을 소개하는 데 중점을 두었고, 한국법원이 중국법을 제대로 해석·적용하였는지에 대한 평가는 중국법률가의 도움을 필요로 하므로 뒤로 미룬다.

1) 중국은 2009년 한국 수출의 24%와 수입의 17%를 차지하였다. <http://kr.news.yahoo.com/service/news/shellview.htm?articleid=2010040617444574098&linkid=4&newssetid=1352> 참조. 기타 한중무역에 관한 각종 자료는 전윤중, “한중간 국제거래분쟁의 현황과 해결과제”, **국제사법연구** 제13호(2008), 3면 이하 참조.

2) 실질법은 실체법과 구별해야 한다. 실체법은 절차법에 대비되는 개념인 데 반하여, 실질법은 국제사법(또는 저축법)에 대비되는 개념이다. 영어로는 실질법을 위한 的確한 표현이 없고 ‘substantive law’ 또는 ‘domestic law’를 흔히 사용하므로 실체법과 혼동하는 경우가 많다.

## II. 한국 국제사법상 외국법의 지위와 외국법의 적용

2001년 7월 1일자로 전문 개정된 한국 국제사법에 의하여 준거법으로 한국법이 지정되면 한국 법원은 한국법을 적용하여 판단하면 된다. 이는 국내사건에 관하여 법원이 늘 하는 업무이므로 특별히 어려울 것이 없다. 반면에 국제사법에 의하여 준거법으로 외국법이 지정되면 한국법원은 외국법을 적용해야 하는데 이 경우 아래와 같은 다양한 의문이 제기된다.<sup>3)</sup>

### 1. 외국법의 성질

학설에는 외국법을 법으로 보는 외국법법률설과 사실로 보는 외국법사실설 등이 소개되고 있으나 한국에서는 외국법법률설이 통설이다.<sup>4)</sup> 아래(2.)에서 보듯이 외국법법률설은 법원이 외국법을 직권으로 조사하여 적용하여야 한다는 견해를 취하고, 외국법사실설은 당사자가 외국법을 주장·입증해야 하고 그렇지 않으면 법원은 그 외국법을 적용할 수 없다고 보는 경향이 있다. 그러나, 외국법의 법적 성질론과 법원의 직권조사·적용의무가 반드시 논리적으로 결합되는 것은 아니다. 즉 외국법을 법으로 보더라도 내국법과 동일시하지 않으며, 사실로 보더라도 특수한 사실로 볼 수 있기 때문이다. 실제로 독일에서는 외국법을 법으로 보면서도 독일 민사소송법(제549조)은 외국법적용의 오류를 상고이유로 인정하지 않는데 반하여,<sup>5)</sup> 영국은 외국법을 사실로 보면서도 상고에 관한 한 거의 영국법과 유사하게 취급한다.<sup>6)</sup> 흥미로운 것은 현대 국제상사중재에서는 외국법은 법으로 취급된다는 점

3) 외국법의 적용과 관련된 간략한 비교법적 검토는 Trevor C. Hartley, *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*, *International and Comparative Law Quarterly* April 1996 p. 271 이하; Richard Fentiman, *Foreign Law in English Courts : Pleading, Proof and Choice of Law* (1998), p. 265 이하; Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis* (2004) 참조. 포괄적인 보고는 Imre Zaitay, *The Application of Foreign Law*, Vol. III, Ch. 14, *International Encyclopedia of Comparative Law* (1972) 참조. 독일법의 논의는 MünckKommBGB/Sonnenberger, 4. Auflage (2006), Einl. IPR Rn. 628ff. 참조. 중국법의 논의는 郭玉军, “近年中国有关外国法查明与适用的理论与实践”, *국제사법연구* 제12호(2006), 347면 이하(일본어 번역문에 기초한 손경환 교수의 국문 번역문은 370면 이하) 참조.

4) 신창선, *국제사법* 제6판(2007), 167면.

5) 그러나 이런 태도는 근자에 달라졌다는 견해가 있다. 아래 註 21 참조.

6) Fentiman(註 3), p. 4. 미국에서는 외국법은 법률문제로 취급된다. 연방민사소송규칙(FRCP) Rule 44.1은 이 점을 명시한다. 상세는 임치용, “법정보공조”, *국제사법연구* 제4권(1999), 474면 이하 참조.

이다.)

## 2. 법원의 준거법 직권조사·적용의무

한국 국제사법(제5조)에 따르면, 국제사법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우 법원은 당사자의 입증 없더라도 외국법을 직권으로 조사·확정하고 적용하여야 하나,<sup>8)</sup> 다만 입증의 편의를 위하여 법원은 당사자에게 협력을 요구할 수 있다. 그 취지는, 외국법은 법으로서 취급되어야 하므로 법원은 당사자가 제출한 자료에 한정됨이 없이, 사용가능한 모든 인식수단을 이용하여 외국법을 조사하고 인식하여야 하지만, 법원은 당사자에게 법원이 접근하기 어려운 法源 또는 판례를 제공하거나, 또는 쟁점에 대해 정통한 관청 또는 전문가를 알려줄 것을 요구할 수 있다는 것이다. 이런 의미에서 외국법은 당사자의 증거신청 여부에 불구하고 법원이 직권으로 증거조사를 할 책임을 지는 사항이며, 職權探知主義가 타당한 영역에 속한다.

위의 논의가 타당한 통상의 소송절차와 달리, 신속하게 처리할 필요가 있는 보전처분의 경우 외국법의 처리는 논란이 있다. 독일에서는 이 경우 법정지법을 적용할 것이라는 견해가 유력하나,<sup>9)</sup> 원칙적으로는 준거법인 외국법을 조사하여 적용하되 실무상의 필요에 의하여 이를 다소 완화할 수 있다고 본다.

## 3. 외국법조사의 방법

국제사법은 명시하지 않지만, 종래 한국법원은 외국법을 조사함에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고, 반드시 감정인의 감정이나 전문가의 증언 또는 국내의 공무소, 학교 등에 감정을 촉탁하거나 사실조회를 하는 등의 방법만에 의하여야 할 필요는 없다.<sup>10)</sup> 실무적으로는 한국법원은 독일처럼 자국의 저명한 법학교수에게 감정의견(Gutachten)을 요청하는 것이 아니라, 당사자가 준거법 소속국의 법률전문가로부터 선서진술서(affidavit)를 받아 법원에

7) Nigel Blackaby and Constantine Partasides with Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth Edition (2009), para. 6.172.

8) 그에 앞서 사안에 외국적 요소가 있으면 한국법원은 당사자의 주장이 없더라도 국제사법을 직권으로 적용하여야 한다. 대법원 1982. 8. 24. 선고 81다684 판결도 같은 취지이다.

9) MünckKommBGB/Sonnenberger, 4. Auflage (2006), Einl. IPR Rn. 631.

10) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결은 이 점을 명확히 실시하였다.

제출하는 영미식의 방법을 많이 사용하는 것으로 보인다. 후자는 외국의 현행법을 정확히 파악하는 데 우월하다는 장점이 있으나, 당사자가 자신에게 유리한 법률의견만을 제출함으로써 법원을 誤導할 가능성이 있고, 또한 쟁점에 따라서는 저촉되는 법률의견이 제출됨으로써 비용이 많이 발생할 뿐만 아니라 법원의 최종판단이 어렵게 된다는 단점이 있다.<sup>11)</sup> 또한 독일에서는 감정의견을 모아 단행본으로 공간함으로써<sup>12)</sup> 외국법에 대한 연구결과를 학계와 사회가 공유할 수 있으나, 한국에서는 선서진술서는 공간되지 않으며, 법원은 판결문 중에서 외국법에 대한 판단을 간단히 실시할 뿐이므로 외국법에 대한 정보가 사회의 자산으로 축적되지 못하고 사장되는 경향이 있다.

다만 법정정보공조에 관한 협약이 있으면 그에 의할 수 있다. 실제로 한국은 2003년 7월 중국과 “대한민국과 중화인민공화국 간의 민사 및 상사사법공조조약”(이하 “한중조약”이라 한다)을 체결하였고 이는 2005년 4월 27일 발효되었는데 제26조는 법정정보공조에 관한 규정을 두고 있다.<sup>13)</sup> 그에 따르면 중국의 중앙당국(사법부)은, 한국의 중앙당국인 법원행정처가 요청하는 경우, 한국의 중앙당국에 한국의 소송절차와 관련된 중국의 법령 및 사법실무에 관한 정보를 제공한다.<sup>14)</sup> 그러나 아직

11) 이러한 문제점을 고려하면 외국법 일반이 아니라 재판의 전제가 되는 외국법의 조사를 위한 소규모 외국법연구센터를 대법원에 설치하는 방안을 검토할 필요도 있다. 참고로, 미국 제7순회구 연방항소법원의 2010년 9월 2일 *Bodum USA, Inc., v. La Cafetière, Inc.* 사건 판결에서 Easterbrook과 Posner 판사가 그런 방법이 연방민사소송규칙상 허용되는 실무지만 이는 숙고의 결과가 아니라 습관적으로 반복되는 ‘bad practice’라고 평가하고 법관이 직접 영문 번역자료를 조사하는 것이 더 나은 방법이라고 판시한 점은 흥미롭다.

12) 예컨대 Jürgen Basedow/Dagmar Coester-Waltjen/Heinz-Peter Mansel, *Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht (IPG)* 2007/2008 (2010) 참조.

13) 참고로 유럽에는 외국법에 관한 정보제공을 위한 국제조약이 있다. 1968년 6월 7일의 “외국법정보에 관한 유럽협약”(European Convention on Information on Foreign Law)이 그것이다.

14) 제26조의 조문은 아래와 같다.

“제26조 법률정보 또는 소송기록의 제공

1. 수탁국의 중앙당국은, 요청이 있는 경우, 촉탁국의 중앙당국에 촉탁국의 소송절차와 관련된 수탁국의 법령 및 사법실무에 관한 정보를 제공한다.

2. 수탁국의 중앙당국은, 요청이 있는 경우, 촉탁국의 중앙당국에 촉탁국의 국민이 관계된 수탁국의 소송절차에 관하여 공개적으로 이용가능한 소송기록의 초록을 제공한다.”

한중조약에 관하여는 배형원, “한·중민사사법공조조약”, *국제사법연구* 제10호(2004), 297면; 黃進·曾濤, “중국과 한국 간 사법공조의 현황 및 미래”, *국제사법연구* 제15호(2009), 21면 이하(번역문); 사법공조연구 TFT, *다자협약 및 양자조약 연구*(사법발전재단, 2010), 262면 이하 참조.

이 조항이 제대로 활용되고 있지는 않은 것으로 보인다.

#### 4. 외국법 불명 시의 처리

1999년과 2000년에 걸쳐 진행된, 한국 국제사법의 前身인 涉外私法の 개정과정에서, 법원이 상당한 기간 동안 합리적인 노력을 기울였음에도 불구하고 외국법의 내용을 확정할 수 없는 때에는 한국법을 적용한다는 취지의 조항을 두자는 견해가 있었고, 실제로 스위스 국제사법(제16조 제2항)과 오스트리아 국제사법(제4조 제2항)은 그러한 취지의 규정을 두고 있다. 그러나 그렇게 할 경우 자칫 법원으로 하여금 너무 안이하게 한국법을 적용하도록 조장하는 결과가 될 것을 우려하여 조항을 두지 않았다. 특히 종래 한국법원의 판례가 외국법의 내용이 불명한 경우 조리를 적용할 것이라는 견해를 취하였으므로 그러한 조항에 대해 반대의견이 강하였다.

대법원 1988. 2. 9 선고 87다카1427 판결은 외국법 불명 시 법정지법인 한국법을 적용하였으나, 대법원은 근자에는 조리설을 취하면서 近似法을 조리의 내용을 보는 것으로 이해된다(이를 광의의 조리적용설이라고 부르기도 한다). 예컨대 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결은 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서 법원에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국관습법에 의할 것이고, 외국관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없는바, 그러한 조리의 내용은 가능하면 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전체계적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다라고 판시하였다.

대법원이 외국법의 내용 불명 시 조리를 적용하고, 나아가 近似法을 조리의 내용을 파악하는 점은 필자도 지지한다. 그러나 대법원이 한국 민법(제1조)<sup>15)</sup>이 정한 성문법, 관습법과 조리의 3단계구조를 法源에 관한 민사상의 대원칙으로 파악하여 외국법질서에도 타당한 원칙으로 파악하는 것은 잘못이다. 위 판결에서 다루어졌던 사안에서는 중국법이 준거법이 되었다. 그런데 중국에서는 최고인민법원의 司法解釋이 法源인지가 논란이 있는데 가사 法源이 아니라고 보더라도 사법해석이

15) 法源을 정한 한국 민법 제1조는 다음과 같다.

“민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 條理에 의한다.”

있으면 법원은 그에 따라야 하므로 3단계구조를 중국법에 적용하는 것은 적절하지 않다.<sup>16)</sup> 또한 영미법계 국가에서는 판례도 法源이므로 추상적 법률론으로 3단계구조를 法源에 관한 민사상의 대원칙이라고 단정하는 것은 옳지 않다. 그러나 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결은 준거법이 미국법인 사건에서 위와 같은 취지로 판시하였다. 즉 위 판결은 “선하증권의 법률관계에 대한 미국의 법과 관습에 대한 자료가 전혀 제출되어 있지 아니하는바, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서 法源에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국관습법에 의할 것이고, 외국관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없다”고 판시하였다.

요컨대 대법원이 외국법 불명 시 조리에 의하여 近似法을 적용하는 것은 좋지 만, 너무 안이하게 우리 민법의 法源理論을 외국법에도 적용하는 것은 잘못이다. 그런 결론을 내리기에 앞서 과연 그것이 국제적으로 통용되는 대원칙인지를 확인해야 한다.<sup>17)</sup> 필자는 대법원의 위와 같은 논리전개는 잘못이라는 점을 지적한 바 있는데, 근자에는 이런 식의 설시는 잘 보이지 않는 것은 다행이다.

## 5. 외국법의 해석·적용

외국법이 준거법인 경우 법원은 그 외국법을 해석·적용하여야 하는데, 외국법이 법으로서 적용되어야 하는 것인 이상 외국법의 해석은 우리 법원의 입장에서가

16) 마광, “중국법의 연원에 대한 연구”, **인권과 정의** 통권 제395호(2009. 7.), 191면은 사법해석은 매우 중요하기는 하지만 법원은 아니라고 하면서도 최고인민법원의 사법해석은 법적 효력이 있다고 한다. 사법해석에 관한 개관은 정철, **중국의 사법제도**(2009), 97면 참조. 위 사건에서 대법원판결은 신용장 거래에 부수하여 이루어지는 환어음 인수인의 어음발상 의무에 관한 준거법이 환어음 지급지 소재지인 중국의 법이지만 환어음이 지급제시되고 인수될 당시 중국에 어음관계를 규율하는 법이 존재하지 않았던 경우, 그 후 시행된 중국의 어음수표법을 유추적용하는 것이 조리에 부합한다고 판단하였다.

17) 미국의 경우 논란이 있으나 최소한 연방헌법, 연방법률, 연방행정규칙, 연방조약, 연방법원의 판결, 주헌법, 주법률, 주행정규칙과 주법원판결의 9종을 法源으로 열거할 수 있고, 주헌법에 근거를 둔 국민발안 또는 국민표결에 의해 채택된 법률을 독립된 法源으로 추가할 수 있다고 한다(밑줄은 필자가 추가). 안경환, “영국법과 미국법의 비교연구(IV)—법원의 정립과 구체적 적용—”, **서울대학교 법학** 통권 제90호(제33권 2호)(1992), 227면. 반면에 영국의 法源은 제정법, 위임입법과 판결의 3종류뿐이라고 한다. 위 안경환, 226면.

아니라 당해 외국법원의 입장에서 당해 외국 법원이 해석하는 것과 마찬가지로 해석하여야 한다.

대법원 1996. 2. 9. 선고 94다30041, 30058 판결도 그와 같은 취지로 판시하였다. 즉 동 판결은 “섭외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것이지만”이라는 취지로 판시하였다.

만일 그 본국의 해석이 없다면 우리 법원이 외국법을 어떤 기준에 따라 해석할지가 문제되는데, 법원으로서의 당해 준거법 소속국가의 법해석기준에 따라야 할 것이다. 그러나 위 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다30041, 30058 판결은, “...그 소송과정에서 그 외국의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서의 일반적인 법해석기준에 따라 법의 의미·내용을 확정할 수밖에 없다(대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결 참조)”는 취지로 판시하였다.

대법원판결이 말하는 일반적인 법해석기준이 무엇인지는 불분명하지만, 아마도 한국법상의 법해석기준을 의미하는 것으로 짐작된다. 그러나 일반적으로 법률(또는 법)의 해석에 관하여 국제적으로 통일된 방법은 없고 법계에 따른 차이가 있지만,<sup>18)</sup> 종래 법률의 해석방법에 관하여 대륙법계에서는 Savigny가 문법적 해석, 논리적 해석, 역사적 해석과 체계적 해석이라는 4개 해석기준(Die vier Auslegungskanonnes)을 제시한 이래<sup>19)</sup> 대체로 그에 따르거나 이를 다소 수정하여 문리적(또는 문언적) 해석, 체계적 해석, 역사적 해석과 목적론적 해석이 타당하다고 보는 경향이 있다.<sup>20)</sup> 한국 대법원이 검증되지 않은 기준을 너무 안이하게 일반적 기준이라고 믿는 듯한 인상을 준다.<sup>21)</sup>

18) 법률의 해석방법에 관하여는 종래 영미법계와 대륙법계 간에 차이가 있다. 상세는 Patrick Melin, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland* (2005), S. 53ff. 참조. 미국의 경우 특히 법경제학의 발전에 따라 좀더 다양한 관점이 제시되고 있다. 박세일, *법경제학*(2006), 757면 이하 참조.

19) Melin(註 18), S. 186f.

20) 근자에는 논리적 해석 대신 목적론적 해석을 든다. Melin(註 18), S. 185ff., 특히 S. 253; 김영환, *법철학의 근본문제*(2007), 244면, 250면 이하 참조.

21) 이런 설시는 최근 대법원판결에서도 유지되고 있다. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008다 88375 판결은 “섭외적 사건에 관하여 적용될 준거법인 외국법의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미 또는 내용에 좇아야 하고, 소송과정에서 그 외국의 판례 등 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용이 확인이 불가능한 경우에만 일반적인 법해석기준에 따라



## 6. 외국법 적용의 잘못과 상고이유

한국 민사소송법(제423조)에 따르면, 대법원의 상고는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 때에만 가능하다. 이는 한국의 대법원은 법률심이기 때문이다. 따라서 한국법원이 준거법의 적용할 잘못된 경우 상고이유가 되는지가 문제된다. 여기에서는 사안을 구별할 필요가 있다.

첫째, 한국법원이 한국 국제사법을 잘못 적용한 경우, 즉 국제사법에 따르면 A국법을 적용해야 하는데 국제사법을 잘못 적용한 결과 B국법을 준거법으로 판단하여 적용한 경우에는 한국 국제사법의 위반이므로 당연히 상고이유가 된다. 반면에 둘째, 법원이 한국 국제사법은 제대로 적용하였으나 준거법인 외국법을 잘못 적용한 경우에도 상고이유가 되는지는 논란의 여지가 있으나 긍정설이 통설이다.<sup>22)</sup> 상고이유로 보지 않는 이유는 외국법해석의 어려움과 외국법의 해석과정에서 최고법원의 권위가 실추될 것에 대한 우려에 있으나, 그렇더라도 우리나라에서는 최고법원이 외국법을 가장 잘 적용할 능력이 있고, 국제교류의 증가를 고려할 때 최고법원이 국제적 사안을 통제할 필요가 있으며,<sup>23)</sup> 나아가 한국 내에서의 외국법적용의 통일을 기할 필요가 있다는 점을 들 수 있다. 따라서 한국법원은 준거법인 중국법을 정확히 적용하기 위하여 노력하여야 하고 만일 이를 잘못 적용한 때에는 상고이유가 된다고 본다. 중국에서는 상황이 다르다. 즉 중국은 민사사건에서 2심제를 취하고 있고 법률심과 사실심의 구별이 없으므로 외국법적용의 잘못은 당연히 상소이유가 되기 때문이다.<sup>24)</sup>

---

법의 의미·내용을 확정할 수 있는 것이다”고 판시하였다. 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결도 같다. 관례법 국가의 경우 외국 관례의 해석에 관한 일반적인 해석기준이 무엇인지 궁금하다.

22) 신창선(註 4), 174면. 우리 관례도 동지로 보인다. 즉 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006다 5130 판결은 판결에 영향을 미친 외국법령 해석에 관한 법리오해 등의 위법이 있다는 이유로 원심판결을 파기하였다. 이런 태도는 독일의 중래 해석론과는 다르다. 즉, 독일 민사소송법(제549조 제1항)에 따르면 상고는 재판이 연방법 또는 그 타당범위가 고등법원의 지역을 넘어서 미치는 규정의 위반에 기초한 경우에만 허용되므로 외국법위반은 상고이유가 되지 않는다. 그러나 이런 태도는 2009년 9월 1일 발효된 비송사건절차법 개혁법률(FGG-Reformgesetz)에 의하여 변경되었다는 주장이 있다. Florian Eichel, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung von §545 Abs. 1 ZPO, *IPRax* (2009), S. 389ff.

23) 신창선(註 4), 174면.

24) 郭玉军(註 3), 384면.

### III. 한국법원에서 중국법이 적용된 몇 가지 사례

여기에서는 한국법원이 외국적 요소가 있는 법률관계의 준거법이 중국법이라고 판단하여 중국법을 적용한 사례를 소개한다. 첫째는 한중기업 간의 물품매매계약에 관한 사건이고, 둘째는 중국에서 발생한 불법행위를 다룬 사건이며, 셋째는 한중 간의 국제혼인과 관련된 가족법 사건이고, 넷째는 한국에서의 중국판결의 승인에 관한 사건이다. 이를 통하여 한국법원에서 다루어진 중국법의 쟁점을 단편적으로나마 소개할 수 있기를 희망한다. 보다 체계적이고 포괄적인 논의는 다른 기회로 미룬다.

#### 1. 국제물품매매와 관련된 계약법의 쟁점

국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) (“CISG” 또는 매매협약)은 중국에서는 1988년 1월 1일부터 발효하였고 한국에서는 2005년 3월 1일부터 발효되었으므로 한중기업 간의 국제물품매매의 경우, 당사자가 매매협약의 적용을 배제하지 않으면 매매협약에 의하여 규율된다. 따라서 앞으로 엄청난 규모의 국제물품매매거래에 매매협약이 적용될 것이다.<sup>25)</sup>

여기에서 소개하는 서울동부지방법원 2007. 11. 16. 선고 2006가합6384 판결 (“제1심 판결”)은 필자가 아는 한 매매협약을 본격적으로 적용한 최초의 한국법원 판결이었다. 필자는 제1심 판결에 대해 간단한 평석을 발표하여, 동 판결이 문제된 매매계약에 매매협약을 적용하고, 본질적 계약위반의 개념과 손해배상의 발생요건과 범위 등에 관해 정확히 실시한 점을 높이 평가하면서도 문제점을 지적하였는데,<sup>26)</sup> 제2심 판결인 서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2008나14857 판결은 필자가 지적한 논점 전부에 대해 견해를 표명하고 보다 충실히 판단하였다. 필자는 제2심 판결에 대하여도 소견을 제시한 바 있다. 제2심 판결은 확정되었다.

아래에서는 이 사건의 사안과 쟁점, 특히 중국법과 관련된 쟁점을 살펴본다.

25) 매매협약은 일본에서도 2009년 8월 1일부터 발효되었으므로 이제는 당사자들이 배제하지 않으면 한일기업 간 또는 중일기업 간의 국제물품매매에도 마찬가지로 매매협약이 적용된다. 이제 동북아시아의 국제물품매매계약은 대부분 매매협약에 의하여 규율될 것이라는 점에서 매매협약은 실무적으로 매우 중요한 의미를 가지게 되었다.

26) 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 다룬 최초의 우리 판결”, **법률신문** 제3754호(2009. 6. 15.), 15면.

### 가. 사안의 개요

중국회사인 매도인(원고)과 한국회사인 매수인(피고)은 2005. 6. 11. 매도인이 매수인에게 여러 차례에 걸쳐 오리털을 공급하기로 하는 계약(“이 사건 계약”)을 체결하였다. 피고는 제3자에게 오리털을 전매하는 계약을 체결했고 원고도 계약 체결시 그 사실을 알았다. 원고는 일정 기간에 걸쳐 피고에게 오리털을 공급했으나 그 중 일부는 선박운항회사의 실수로 환적되지 않아 싱가포르항에 묶이고 도착 예정일이 지나도록 공급되지 않았다. 이를 이유로 피고는 이 사건 계약을 해제하고 대금의 지급을 거부하였다. 원고는 미지급대금의 지급을 구하는 소를 서울동부지방법원에 제기하였고, 피고는 ① 원고가 일부 공급의무를 이행하지 않았다는 이유로 이 사건 계약을 해제했다고 주장하고, ② 소송 중에, 가사 원고의 미지급대금 채권이 있더라도 피고가 원고에 대하여 가지는 계약위반으로 인한 손해배상채권(또는 손해배상청구권. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)에 기하여 상계한다는 항변을 제출하였다.

### 나. 사건의 쟁점

위 사건의 쟁점은 아래와 같다.<sup>27)</sup>

#### (1) 잔대금지급채권과 손해배상채권의 상계

제1심 판결은, 준거법에 관하여 언급하지 않은 채, 피고의 손해배상채권과 원고의 미지급대금채권은 피고의 상계에 의하여 대등액 범위에서 소멸했다고 보았다. 원고와 피고의 채권은 모두 이 사건 계약으로부터 발생했는데, 매매협약은 상계를 규율하지 않으므로 상계의 준거법을 결정할 필요가 있다. 필자는, 제1심 판결이 상계의 준거법을 한국법으로 보았다면 잘못이라는 점을 지적하고, 상계를 규율하는 매매협약의 내재적 메커니즘을 인정할 수 있는지,<sup>28)</sup> 만일 이를 부정한다면 결국 준거법

27) 여기에서 언급하는 외에도 분할인도계약의 일부, 즉 분할인도부분의 해제사유가 존재하는지와 손해배상의 범위가 중요한 쟁점이나 이는 중국법과는 직접 관련이 없으므로 그에 대한 논의는 생략한다.

28) Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*(2005), Art. 4 Rn. 47. 그 근거로는 예컨대 매매계약의 해제시 매도인은 대금을 반환해야 하고, 매수인은 그에 상응하여 물품으로부터 발생된 이익을 지급해야 함을 규정한 제84조와, 물품을 매각한 당사자는 매각 대금에서 물품의 보관 및 매각 비용을 공제하고 차액을 상대방에게 반환해야 한다고 규정하는 제88조 나아가 당사자 간의 의무이행의 동시이행을 규정한 제58조, 제81조 제2항

에 따라 상계를 판단할 수밖에 없는데 한국 국제사법(제26조)에 따르면 이 사건 매매계약의 보충적 준거법은 중국법일 개연성이 크므로 상계적상의 존부는 중국법에 의하여 판단해야 한다는 견해를 피력하였다. 제2심 판결은 이러한 지적을 받아들여 이 사건 매매계약의 준거법은 국제사법 제26조에 의하여 중국법이므로 상계의 준거법도 중국법이라고 보고, 중국합동법상 상계에 해당하는 ‘저소’(抵銷)의 법리에 따라 피고의 손해배상채권과 원고의 대금채권은 상계적상에 있었으므로 원고의 채권은 피고의 상계의 의사표시에 의하여 상계적상일에 소급하여 소멸하였다고 판단하였다.

또한 필자는 제1심 판결에 대해 매매협약상(또는 중국법상) 피고의 손해배상채권의 통화가 미달리화인지도 문제된다(한국의 판례에 따르면 민법상 손해배상채권의 통화는 원칙적으로 원화이다)는 점을 지적하고, 만일 이 사건에서 매매협약상(또는 중국법상) 피고의 손해배상채권의 통화가 미달리화가 아니라면 그럼에도 불구하고 채무자의 대용급부권이 인정되어 상계적상에 있었는지를 검토해야 한다는 점을 지적하였는데, 제2심 판결이 이 점을 판단하지 않은 점은 아쉽다.

## (2) 외화채권과 채권자의 대용급부청구권

이 사건 매매계약에서 원고의 대금채권은 미달리화채권인데 원고는 이 사건 소송에서 한국의 원화(Korean Won)로 지급할 것을 청구하였다. 제1심 판결은 한국 민법 제378조<sup>29)</sup>의 해석상 채권자인 원고가 본래의 급부에 갈음하여 대용급부를 청구할 수 있는 권리, 즉 대용급부청구권을 가진다고 보아 원화지급을 명하였다. 이에 대해 필자는 ① 매매협약의 해석상 채권자가 대용급부청구권을 가지는지, ② 만일 부정된다면, 그럼에도 불구하고 민법 제378조가 이 사건 계약에 적용되는 근거를 밝혔어야 한다는 점과, 그 맥락에서 의무이행지도 판단해야 한다고 지적하였다. 이에 대해 제2심 판결은 대용급부는 채무의 내용의 구체적인 이행방법에 관한 것이고 환산의 시기 및 환산율은 채무의 실질적 내용에 영향을 미치는 것으로 보기 어려우므로, 원고의 대금채권이 실제로 이행되는 장소 혹은 그 이행을 구하는 소가 제기된 장소인 한국법이 준거법이라 보고 대용급부청구권을 긍정하였다.

---

등을 든다. 그 밖에 대금감액권을 정한 제50조를 들기도 한다. James Fawcett/Jonathan Harris/Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005), para. 16.58. 만일 이 견해를 따른다면 상계의 준거법을 별도로 판단할 필요가 없다.

29) 한국 민법 제378조는 “채권액이 다른 나라 통화로 지정된 때에는 채무자는 지급할 때에 있어서의 이행지의 환금시가에 의하여 우리나라 통화로 변제할 수 있다.”고 규정한다.

한국 민법 제378조에 따른 채무자의 대응급부권은 연혁적으로 채무자의 채무변제의 편의를 위하여 인정된 것으로<sup>30)</sup> 그 경우 채무의 성질은 내국통화로 지급할 수 있는 대응급부권이 허용된 임의채무라는 것이 판례와 통설인데,<sup>31)</sup> 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결의 다수의견은 채권자도 대응급부청구권을 가진다는 점을 긍정하였으므로, 문제는 민법 제378조가 채무의 준거법이 한국법이 경우에만 적용되는가, 아니면 이행지가 한국 내인 한 채무의 준거법에 관계없이 적용되는가라는 점이다. 필자는 제2심 판결이 논거를 제시한 점은 높이 평가하나, 우선 환산의 기준시기 및 환율은 채무의 실질적 내용에 영향을 미치는 것이 명백하고(1심은 미화 1달러 당 916.6원으로, 항소심은 1236.7원으로 각 환산했다), 현행 한국 국제사법상 채무이행의 방법에 대해 이행지법을 적용할 근거를 제시할 필요가 있음을 지적하였다. 예컨대 한국 민법 제378조의 ‘이행지’는 법률(또는 계약)상 이행지인지, 사실상 이행지인지 논란의 여지가 있는데, 한국법원이 지급을 명하면 이행지가 한국이 되는지, 나아가 한국에서 제소되었다는 이유로 한국법을 적용할 근거가 되는지는 의문이다.

중국법상 한국 민법 제378조와 같은 조문이 있는지, 나아가 중국법상 채권자의 대응급부청구권이 인정되는지도 검토할 필요가 있을 것이다.

### (3) 판결선고일까지의 지연손해금

매매협약(제78조)은 당사자가 대금 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 아니하는 경우 지연이자를 지급할 의무가 있다고 규정하고 있으나 이자율에 관하여는 규정하지 않는다. 지연이자(즉 지연손해금)의 이율을 어떻게 결정할지에 관하여는 다양한 견해가 있다. 우선 매매협약 제7조 제2항이 말하는 “매매협약의 기초를 이루는 일반 원칙”을 적용하는 견해가 있고,<sup>32)</sup> 그에는 이자를 불법행위법적으로 성질결정하여 채권자국가의 이자율을 적용하는 견해와, 이를 부당이득법적으로 성질결정하여 채무자국가의 이자율을 적용하는 견해가 있으나, 일반원칙의 존재를 부정하고 법정지

30) 양승태, “외국금전채권의 이행에 따르는 채문제,” **재판자료** 제34집, 섭외사건의 채문제(하) (1986), 37면. 보다 멀리는 대응급부권의 연원은 환어금의 지급에 관한 대륙의 상사판행에 있는데(어음법 제41조 참조) 그것이 발전되어 일반화된 것이다.

31) 관윤직(편), **민법주해**[Ⅶ] 채권(1)(1995), 181면(이공현 집필부분) 참조.

32) 매매협약 제7조 제2항은 “이 협약에 의하여 규율되는 사항으로서 협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제는, 이 협약이 기초하고 있는 일반원칙, 그 원칙이 없는 경우에는 국제사법 규칙에 의하여 적용되는 법에 따라 해결되어야 한다”고 규정한다.

국제사법에 의하여 결정되는 매매계약의 보충적 준거법에 의할 것이라는 견해도 유력하다.

여기에서 지연손해금은 두 가지를 구분할 필요가 있다. 하나는 판결선고일까지의 지연손해금이고, 다른 하나는 그 익일부터 완제시까지의 소송촉진 등에 관한 특례법(“특례법”)에 따른 지연손해금이다. 한국의 특례법은 소송을 촉진하기 위하여, 원고가 구하는 이행의무의 존부 및 범위에 관하여 피고가 항쟁함이 상당한 이유가 없는 경우에는 연 20%의 각 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명할 수 있기 때문이다. 여기에서는 전자만 논의하고 후자는 아래((4))에서 별도로 논의한다.

제1심 판결은 피고에게 판결선고일까지 상법소정의 연 6%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하였다. 반면에 제2심 판결은 원고의 대금채권에 관한 지연손해금의 준거법은 중국법이라고 판단하고 중국의 합동법(제207조), 민사소송법(제229조), 중국최고인민법원의 “중국 민사소송법의 적용에 관한 약간의 문제점에 관한 의견”(제293 및 제294) 등을 적용하여 상계적상일의 다음날부터 판결선고일까지 중국인민은행의 금융기관대출 최고이율인 연 5.22%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하였다. 필자는 제1심 판결에 대해 연 6%의 지급을 명한 것은 한국 상법을 적용한 것으로 짐작되나 매매협약이 적용되고 보충적으로 중국법이 적용될 개연성이 큰 사건에서 상법을 적용할 근거가 없다고 비판하였는데 제2심 판결은 필자의 지적을 전면 반영한 것이다.

#### (4) 판결선고일 후의 지연손해금

제1심 판결은, 피고에게 판결선고일 익일부터 완제시까지는 특례법 소정의 연 20%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하였다. 한편 제2심 판결은 판결선고일 익일부터 완제일까지는 그 기간에 대한 최고이율인 연 5.76%의 2배인 연 11.52%의 비율에 의한 지연손해금의 지급을 명하였다. 필자는 제1심 판결에 대해 개인적으로는 그러한 결론을 지지하지만, 이는 지연손해금은 준거법에 따라 판단할 사항이라고 보는 대법원판결에 위반됨을 지적하였다. 제2심 판결은 필자의 지적을 반영하여 대법원판결을 따랐다.

주요 쟁점에 관한 제1심 판결과 제2심 판결의 태도를 정리하면 다음과 같다.

쟁점	제1심 판결	제2심 판결
매도인의 본질적 계약위반 <sup>33)</sup>	매매협약 적용하면서 부정	매매협약 적용하면서 긍정
매매계약의 보충적 준거법	판단 없음	중국법
상계의 요건과 효과	한국법 전제	중국법
채권자의 대응급부청구권	한국법 전제	한국법(민법 제378조를 근거로)
판결선고일까지의 지연손해금	한국법(상법)	중국법: 중국인민은행 금융기관대출 최고이율인 연 5.22%의 비율에 의한 지연손해금
판결선고일 후의 지연손해금	한국법(특례법)	중국법: 최고이율인 연 5.76%의 2배인 연 11.52%의 비율에 의한 지연손해금

#### (5) 기타 매매협약의 흠결과 보충

매매협약은 국제물품매매계약의 성립 및 그 계약으로부터 발생하는 매도인과 매수인의 권리의무만을 규율하고, 원칙적으로 계약이나 그 조항의 유효성(validity)과 관련이 없다(제4조). 이처럼 매매협약이 규율하지 않는 사항을 가리켜 매매협약의 ‘외적 흠결’이라고 부르는데 그 중 계약법적 쟁점은 매매계약의 준거법에 의해 규율된다. 정확히 말하자면, 매매협약은 당사자의 능력, 임의대리, 소멸시효, 계약체결상의 과실책임, 채권양도, 채무인수 등을 규율하지 않는데, 이런 사항들은 법정지의 국제사법에 의하여 결정되는 각 관련 쟁점의 준거법에 의한다. 나아가, 매매협약에 의하여 규율되는 사항으로서 매매협약에서 명시적으로 해결되지 아니하는 문제가 있으면 협약의 ‘내적 흠결’이 있게 되는데, 이는 매매협약의 기초를 이루는 일반원칙을 탐구해서 그에 의해 해결하고 일반원칙을 찾을 수 없는 경우에 비로소 매매계약의 준거법에 따라 해결해야 한다(제7조). 이에 해당하는 것으로 위에서 본 대응급부권과 대응급부청구권, 이자율 등의 쟁점이 있다. 또한 매매협약(제11조, 제29조)은 계약의 방식 특히 서면요건을 요구하지 않으면서도 계약국의 유보를 허용하는데 중국은 유보를 하였다. 따라서 당사자가 중국에 영업소를 가지고 있는 경우에는 매매협약 제11조, 제29조는 적용되지 않는다. 그러므로 한중기업 간에 매매계약을 체결하는 경우 법정지가 한국이라면 매매계약의 방식의 준거법은 한국 국제사법에 의하여 결정되는데, 만일 중국법이 방식의 준거법이 된다면 당사자들은 중국법이 정한 방식요건을 구비해야 한다. 중국이 매매협약에 가입한 뒤 1999년

33) 이는 매매협약 제25조의 ‘fundamental breach of contract’를 의미한다.

개정된 중국 계약법에 따르면 과거와 달리 계약은 서면을 요구하지 않는다.<sup>34)</sup>

이런 사정을 고려하면, 앞으로 한중기업 간의 물품매매계약은 일차적으로는 매매협약에 의하여 규율되더라도, 위에서 언급한 쟁점들 중 계약법적 쟁점은 매매계약의 보충적 준거법에 의하여 규율된다. 한국기업이 중국기업으로부터 물품을 수입하는 거래의 경우 중국법이 매매계약의 보충적 준거법이 될 개연성이 크다.

## 2. 항공사고로 인한 손해배상채권에 관련된 불법행위법의 쟁점

이 사건은 중국북방항공공사와 중국 내 항공운송계약을 체결하고 탑승한 한국인 승객이 중국에서 발생한 사고로 사망하여 유가족인 배우자와 자녀들이 중국 항공사를 상대로 한국에서 불법행위에 기한 손해배상청구의 소를 제기한 사건이다. 이는 사망사고시 중국 불법행위법을 적용한 사건으로서 의미가 있다. 제1심 판결은 서울중앙지방법원 2005. 12. 23. 선고 2002가합78265 판결이고, 제2심 판결은 서울고등법원 2009. 6. 19. 선고 2006나30787 판결이다. 제2심 판결은 확정되었다.

### 가. 사안의 개요

망 김○○는 한국국민으로서 사고 당시 OTIS LG 엘리베이터 유한회사 중국지사에서의 근무를 위하여 중국에 거주하고 있었다. 원고 X1은 김○○의 처이고 원고 X2, 원고 X3, 원고 X4는 김○○의 자녀들이며 원고들은 모두 한국국민이다. 피고 중국북방항공공사는 중국법에 의하여 설립된 중국법인으로서 주된 사무소를 중국 내에 두고 있고 서울 중구에 영업소를 두고 있다. 김○○는 2002. 5. 7. 피고가 운항하는 중국 북경발 대련행 6163편 중국 국내선 항공기에 탑승하여 북경에서 대련으로 향하던 중, 탑승자 장○○의 방화로 항공기 뒷부분에서부터 불이 나 주요 전원선로가 소훼되었고 비행시설의 대부분이 정상적으로 작동할 수 없게 되어 항공기가 대련 근처에서 추락함에 따라 탑승객 103명 및 승무원 전원이 사망하였다. 피고는 이 사건 항공기 내에서 탑승객의 방화를 막고 화재를 조기 진화하거나 그 피해를 예방하기 위한 어떠한 안전조치도 취한 바 없다.

원고들은 피고를 상대로 서울중앙지방법원에 불법행위로 인한 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

34) 張瀟劍, “한·중무역간 CISG의 적용”, **국제사법연구** 제13호(2003), 106면(번역문을 인용한다)에 따르면, 중국법원에서 재판 시 유보의 결과 한중기업 간의 매매계약은 서면으로 체결되어야 한다는 것으로 보인다. 그러나 이는 잘 이해되지 않는다.



나. 사건의 쟁점

(1) 국제재판관할

국제재판관할은 중국법이 문제된 쟁점은 아니나 간단히 소개한다.

항공사고가 중국에서 발생하였음에도 불구하고 제1심 판결과 제2심 판결은 모두 한국의 국제재판관할을 긍정하였다. 가장 큰 근거는 한국 민사소송법 제5조<sup>35)</sup>이다. 즉 그에 따르면 외국회사의 사무소가 한국에 있는 경우 비록 그 사무소가 당해 거래와 아무런 관련이 없더라도 한국의 토지관할이 인정되는데 이를 국제재판관할규칙으로 인정한 것이다. 필자는 종래 이에 대해 비판적이지만 그런 태도를 취할 경우 원고에게 여러 모로 편리한 것은 사실이고 대법원판례<sup>36)</sup>도 이를 인정하는 태도를 취하고 있다.

제1심 판결은 국제사법 제2조 제1항과 제2항<sup>37)</sup>과 민사소송법 제5조를 실시한 뒤, 이 사건 사고가 중국 대륙 부근에서 발생하였으나, 한편 피고는 서울에 영업소를 두고 있으므로 이 사건 소는 한국 민사소송법 제5조의 규정에 비추어 한국과 실질적 관련이 있고, 증거수집의 용이성이나 소송수행의 부담 정도 등 구체적인 사정을 고려할 때 응소를 강제하는 것이 민사소송의 이념에 비추어 보아 심히 부당한 결과에 이르게 될 만한 특별한 사정도 없다는 이유로 한국법원의 국제재판관할권을 인정하였다. 제2심 판결도 결론은 같으나, 국제재판관할을 판단함에 있어서 한국 민사소송법의 의무이행지재판적보다 실질적 관련에 좀 더 비중을 둔 최근 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908,71915 판결을 인용하고, 재산소재지의 관할을 정한 한국 민사소송법 제8조도 언급하였고, 나아가 김○○와 가족인 원고들은 원래 한국

35) 조문은 아래와 같다.

“제5조(법인 등의 보통재판적)

① 법인, 그 밖의 사단 또는 재단의 보통재판적은 이들의 주된 사무소 또는 영업소가 있는 곳에 따라 정하고 사무소와 영업소가 없는 경우에는 주된 업무담당자의 주소에 따라 정한다.

② 제1항의 규정을 외국법인, 그 밖의 사단 또는 재단에 적용하는 경우 보통재판적은 대한민국에 있는 이들의 사무소, 영업소 또는 업무담당자의 주소에 따라 정한다.”

36) 예컨대 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결.

37) 조문은 아래와 같다.

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

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

에서 거주하다가 망인의 지사 근무를 위해 일시적으로 중국에 거주하게 된 것일 뿐이고 원고들은 사고 후 재판 시까지 한국에 주소를 두고 거주하고 있는바, 피고의 손해배상채무의 이행지는 원고들의 주소지인 한국인 점을 추가로 언급하였다.<sup>38)</sup>

(2) 불법행위의 준거법

피해자인 사망자 본인과, 유가족인 원고들이 불법행위에 기하여 피고에 대하여 가지는 손해배상청구권의 준거법을 판단할 필요가 있다.

이에 대해 제1심 판결은 한국 국제사법 제32조에 따라 불법행위의 준거법은 불법 행위지법이 될 것이나 사망자와 피고 간에 이 사건 항공운송계약이 존재하였고 이 사건 불법행위로 말미암아 위 계약관계가 침해된 것이 명백하므로 국제사법 제32조 제3항에 따라 이 사건 항공운송계약의 준거법에 의하여야 한다고 판시하였다.<sup>39)</sup> 이는 종속적 연결원칙을 따른 것으로서 국제사법 제32조에 충실한 해석이다.

이러한 전제에서 제1심 판결은 이 사건 항공운송계약의 준거법을 판단하였는데, 그 과정에서 한국 국제사법 제26조에 따라 이 사건 항공운송계약의 준거법은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 되어야 하고, 이 사건 항공운송계약과 같은 도급계약의 경우 항공사의 주된 사무소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정된다고 보고<sup>40)</sup> 중국법이 항공운송계약의 준거법이 되고 결국

38) 참고로 의무이행지가 한국인지는 의무의 준거법에 따라 판단할 사항이다. 한국 민법 (제467조 제2항)은 금전채무의 변제장소에 관하여 지참채무원칙을 취한다.

39) 조문은 아래와 같다.

“제32조(불법행위)

① 불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.

② ...

③ 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다.

④ ...”

40) 한국 국제사법 제26조는 아래와 같다.

“제26조 (준거법 결정시의 객관적 연결) ① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.

② 당사자가 계약에 따라 다음 각호 중 어느 하나에 해당하는 이행을 행하여야 하는 경우에는 계약체결당시 그의 상거소지법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 다만, 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.

1. 양도계약의 경우에는 양도인의 이행

2. 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행

불법행위의 준거법도 중국법이라고 판단하였다. 그러나 사건으로는 이 사건에서 당사자들이 중국법을 항공운송계약의 준거법으로 묵시적으로 선택한 것으로 보여지가 있다고 생각된다.

제2심 판결도 동일한 견해를 취하였다. 다만 제2심 판결은 제1심 판결이 언급한 ‘최고인민법원 인신손해배상안건심리 적용법률 약간 문제에 관한 해석’을 ‘인신손해배상사건을 심리하는데 적용하는 법률의 약간의 문제에 대한 최고법원의 해석(最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释)(이하 “최고법원해석1”이라 한다)’으로 수정하였다.

**약간의 평가:** 이 사건 항공운송계약은 국내운송을 위한 것이었으므로 한국법원이 한중이 모두 가입한 헤이그의정서에 의하여 개정된 바르샤바협약(이하 “개정협약”이라 한다)이 적용되는 사안은 아니었다. 따라서 개정협약을 적용하지 않은 한국법원의 판단은 타당하다.<sup>41)</sup> 개정협약(제1조 제2항)에 의하면 동 협약이 적용되는 국제운송(international carriage)이라 함은 출발지 및 도착지가 2개의 체약국의 영역 내에 있거나 또는 출발지 및 도착지가 단일 체약국의 영역 내에 있더라도 타국의 영역 내에 예정기항지가 있는 경우의 운송을 말하기 때문이다.

한국법원들이 중국법을 불법행위의 준거법으로 판단한 것도 타당하다.<sup>42)</sup> 한국 국제사법 제32조 제1항이 정한 불법행위지법원칙에 따르더라도 중국법이 준거법이 되었을 텐데, 한국법원들은 중속적 연결원칙을 적용하여 항공운송계약의 준거법인

3. 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행  
③ ... ”

- 41) 한국은 1967년 1월 ‘1929. 10. 12. 바르샤바에서 서명된 국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약(일명 “바르샤바협약”)에는 가입하지 않았으나 바르샤바협약을 개정하기 위한 1955년 의정서(Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air signed at Warsaw on 12 October 1929’. “헤이그의정서”)에 가입하고 1967년 10월 11일 조약 제259호로 이를 공포하였는데, 이에 따라 개정협약은 국내법과 동일한 효력을 가지고 국제항공운송에 관한 법률관계에 대하여는 일반법인 민법에 대한 특별법으로 우선 적용된다. 중국도 바르샤바협약에 가입하지 않고 헤이그의정서의 체약국이 되었다. 한국은 2007년 1999년 몬트리올협약(Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air Done at Montreal on 28 May 1999)에 가입하여 이는 2007. 12. 29. 발효되었다. 중국에서는 그에 앞서 2005. 7. 31. 발효되었다.
- 42) 중국 국제사법원칙에 따르더라도 불법행위지법이 준거법이 되므로 반정은 문제되지 않는다. 沈涓, “중국 국제사법의 개관”, **국제사법연구** 제9호(2003), 154면(이하 번역문을 인용한다). 나아가 제1심 법원이 소비자계약에 관한 국제사법 제27조를 적용하지 않은 점은 의미가 있다.

중국법(즉 중국의 불법행위법)을 불법행위의 준거법으로 보았다. 이러한 결론은 타당하다. 다만, 불법행위의 준거법을 판단함에 있어서, 일단 망인이 손해배상채권을 취득하고 유가족인 원고들이 이를 상속하는 상속구성을 취한 제1심 판결에 따르면 망인과 피고 간에 체결된 항공운송계약의 준거법을 결정하고 불법행위의 준거법을 종속적으로 연결한 것은 자연스럽다. 반면에 제2심 판결처럼 부양구성을 취할 경우 원·피고 간에 계약관계가 존재하지 않으므로 종속적 연결에 대해 논란의 여지가 있을 수 있다. 위에서 본 바와 같이 국제사법(제32조 제3항)이 원·피고가 아니라 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계에 착안하는데, 여기의 피해자는 망인이 아니라 부양청구권을 침해당한 피해자라고 본다면 종속적 연결에 의문을 가질 수도 있다. 하지만 이 경우에도 종속적 연결의 취지, 즉 당사자의 신뢰를 보호하고 불법행위와 계약을 통일적으로 연결한다는 취지를 고려한다면 종속적 연결을 긍정하는 것이 옳다고 본다.<sup>43)</sup>

### (3) 불법행위의 성립

제1심 판결은 다음의 이유로 피고의 불법행위가 성립한다고 보았다.

항공기는 대량의 인원을 태운 채 공중을 운항하기 때문에 항공기의 운항 중 기내에서 방화와 같은 사고가 발생하는 경우 이는 곧 대량참사로 이어지기 쉬우므로 항공사로서는 기내에서 발생할 수도 있는 방화와 같은 사고를 막기 위하여 고도의 주의의무를 부담한다. 그러므로 피고는 그에 대비하여 탑승 전에 미리 탑승자의 휴대품을 검색하여 탑승자가 인화성물질 등을 가지고 탑승하지 못하게 하여야 하고 항공기 내에는 일정한 자격을 갖춘 안전요원을 배치하여 탑승자가 기내에서 방화를 시도하지 못하도록 막아야 하며 항공기 내부는 방열제 등을 사용하여 불이 쉽게 번지지 못하도록 하는 한편 소화기 등을 충분히 설치하여 불이 일어난 경우에도 쉽게 소화할 수 있도록 하는 등의 조치를 취할 의무가 있다. 그러나 피고는 탑승객의 방화를 막기 위하여 어떠한 안전조치도 취한 사실이 없는바 이는 통상 항공사에게 요구되는 주의의무에 현저히 위반하는 것으로 거의 고의에 가까운 정도로 주의를 결한 것이므로, 이 사건 사고는 피고의 중대한 과실로 인하여 발생되었다고 보아야 한다. 따라서, 피고는 김○○의 상속인들인 원고들에게 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

43) 종속적 연결을 규정한 스위스 국제사법(제133조 제3항)에 관한 Daniel Girsberger et al., *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Auflage (2004), Art. 133 Rn. 22 참조.

제2심 판결은 제1심 판결 이유를 그대로 인용하였다.

#### (4) 피고의 면책 또는 책임제한의 항변

피고는 불가항력에 기한 면책항변과, 피고의 국내여객운송약관에 의한 책임제한의 항변을 제출하였다.

첫째, 불가항력에 기한 면책항변.

피고는, 이 사건 사고는 장○○의 방화로 인한 불가항력적인 사고이고 피고에게는 과실이 없으므로 면책되어야 한다고 주장하였다. 제1심 판결은, 이 사건 사고에 관하여 피고에게 중대한 과실이 인정된다고 보아 이를 배척하였다. 제2심 판결도 이를 지지하였다.

둘째, 피고의 국내여객운송약관에 의한 책임제한의 항변.

피고는, 피고의 국내여객운송약관에 의하여 그 책임이 중국화 70,000위안으로 제한된다고 주장하였다. 제1심 판결은 중국의 민용항공법 제128조에 따라 1993. 11. 29. 국무원령 제132호 제6조은 운송인의 배상책임한도액을 승객 당 최고 중국화 70,000위안으로 정하였고, 피고는 그를 기초로 제18장 제99조에 약관을 작성하여 1998. 1. 25. 민용항공총국 운송관리처의 비준을 받았으므로 중국의 국내여객운송 중 발생한 여행자의 사망, 부상에 대한 피고의 배상한도는 승객 당 중국화 70,000위안으로 제한되어 있음을 인정하였다. 그러나 제1심 판결은 고의나 중대한 과실로 상대방의 재산상 손실을 초래한 경우 약관의 면책조항은 무효라는 중국 계약법 제53조에 따라 피고의 중대한 과실에 의하여 발생한 이 사건 사고에는 위 책임제한규정은 적용되지 않는다고 보았다. 제2심 판결도 이를 지지하였다.

제2심 판결은 나아가 피고의 책임제한 주장을 받아들이는 것은 한국 국제사법 제10조의 공서에 반한다고 판단하였다. 그 이유는 아래와 같다. 국제사법 제10조는 ‘외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다’고 규정하는바, 뒤에서 보듯이 원고들에 대한 손해배상범위는 중국의 법규정인 최고법원해석1에 의해 정해지는데 그에 의하면 사망사고의 경우 피해자 본인인 망인은 어떠한 권리도 취득할 수 없고, 그 가족에게 사망배상금 청구권과 피부양인<sup>44)</sup> 생활비 청구권이 발생하는데 이는 사망사고로 인한 손해배상의 주안점을 유족의 생계유지에

44) 제2심 판결은 피부양인과 피부양자를 혼용하므로 여기에서도 양자를 호환적으로 사용한다.

두는 것으로(오지용, ‘새로운 손해배상 산정방식의 모색-중국의 손해배상 산정방식과 우리 법제에서의 시사점-’, 법조 626호(2008. 11.), 22면, 26면) 사망배상금은 수소법원 소재지 주민의 평균가처분소득에 의해, 피부양인 생활비는 수소법원 소재지 주민의 평균생활비에 의해 정해지는데, 그 취지에 비추어 보면 원고들의 손해배상액은 수소법원 소재지이자 원고들의 거주지인 서울 거주자들의 평균 생활수준을 유지할 수 있을 정도의 금액이 되어야 한다. 그런데, 피고가 주장하는 책임제한금액인 70,000위안은 변론종결 무렵의 환율로 환산하면 12,785,500원<sup>45)</sup> 정도로서 아래에서 원고들에게 인정되는 손해배상금액의 합계 397,681,899원<sup>46)</sup>의 3.2% 정도에 불과한 점을 감안하면, 책임제한규정을 적용할 경우 원고들이 한국에 거주하면서 생계를 유지할 수 있는 실질적인 배상은 사실상 불가능하다. 따라서 신체손해배상잠정규정을 이 사건에 적용하는 것은 사실상 원고들의 손해배상청구권을 부정하게 되는데, 이는 한국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반된다.

위 설시의 취지는 다소 애매하다. 왜냐하면, 국제사법 제10조에 의해 중국법규정인 신체손해배상잠정규정의 적용을 배제한다면 법상 책임제한이 없게 되는데 그렇더라도 피고의 책임제한약관이 당연무효는 아니기 때문이다. 위 설시의 취지는 아마도 중국의 신체손해배상잠정규정은 국제사법 제10조에 의하여 적용이 배제되고 한국법이 적용되는데 그런 내용을 담은 피고의 약관은 한국법상 무효라고 판단한 것으로 짐작된다.

## (5) 손해배상청구권자, 손해배상의 범위와 산정

### (가) 한국법의 태도

사망사고의 경우 한국 민법에 따르면 이른바 손해3분설이 적용된다. 즉 불법행위로 인한 손해는 ① 장래비와 같은 적극적 재산적 손해, ② 일실입금과 퇴직금과 같은 일실이익의 상실에 따른 소극적 재산적 손해 및 ③ 정신적 고통에 따른 정신적 손해의 3가지로 구분된다.<sup>47)</sup> 한국에서는 이들 3개의 손해항목은 민사소송법 상으로도 별개의 소송물로 취급된다.<sup>48)</sup> 좀 더 구체적으로, 피해자의 사망으로 인한 일실수익을 산정함에 있어서 법원은, 우선 불법행위가 없었다면 피해자가 얼마

45) 이 사건 변론종결일인 2009. 5. 22. 당시의 중국 위안화에 대한 원화환율은 182.65로서, 70,000위안을 원화로 환산하면 12,785,500원(70,000 × 182.65)이 된다.

46) 원고 X1 103,935,284원 + 원고 X2, X3에게 각 79,832,673원 + 원고 X4 134,081,269원.

47) 지원림, **민법강의** 7판(2005), 5-322.

48) 대법원 2002. 9. 10. 선고 2002다34581 판결.

동안 일할 수 있었는지를 가동연한과 평균여명을 고려하여 판단하고, 그 기간 동안 어느 정도의 수입을 올릴 수 있었는지를 산정한 뒤, 그로부터 피해자가 사망함으로써 지출할 필요가 없게 된 생활비 등을 공제하고, 다시 통상 單利에 의하여 중간 이자를 공제함으로써 그의 現價를 계산하는데, 이 과정에서 피해자의 불법행위 당시의 연령, 건강상태, 직업, 거주지역 등 제반사정을 참작하여 개연성을 제고한다.<sup>49)</sup>

#### (나) 제1심 판결의 판시

제1심 판결은 불법행위의 준거법이 중국법이라고 보고, 중국의 ‘최고인민법원 인신손해배상안건심리 적용법률 약간 문제에 관한 해석’과 ‘민법통칙’ 제106, 121, 122조를 적용하여 피해자가 인신손해를 입어 진찰·치료에 지출한 비용 및 노동 손실로 감소한 수입은 의료비, 일실수입, 간호비, 교통비, 숙박비, 입원식사보조비, 필요영양비를 포함하여 모두 배상의무자가 이를 배상하여야 하며, 특히 피해자가 사망한 경우 가해자는 응급처치비용 외에 장례비, 사망자가 생전에 부양한 가족의 필요생활비, 피해자 가족에 대한 정신적인 위로금을 지불해야 한다고 파악하면서도, 손해배상의 산정에 관한 손해3분설과 마찬가지로 ① 피해자인 김○○의 소극적 손해인 일실이익, 즉 일실임금(282,680,381원)과 일실퇴직금(34,801,697원)의 합계인 317,482,078원, ② 배우자의 적극적 손해인 장례비(3,000,000원)와 ③ 배우자(18,333,333원)와 자녀(각 10,555,556원)의 위자료를 산정하고,<sup>50)</sup> 위 ①의 소극적 손해에 대한 배상 청구권을 원고들이 각 상속지분에 따라 상속하는 것으로 구성하였다. 즉 이러한 접근이 중국법상으로도 허용된다고 파악한 것으로 보인다.

한편 지연손해금에 관하여 제1심 판결은, 원고들에게 지급할 금액에 대하여 사고 일인 2002. 5. 7.부터 다 갚는 날까지 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 제1심 판결은 지연손해금은 중국법에 의할 사항이라고 보면서도 입증자료가 없다는 이유로 조리라고 인정한 한국 민법을 적용하였다.<sup>51)</sup>

49) 지원림(註 47), 5-323 참조.

50) 제1심 판결이 별도로 실시하지는 않았으나 사망자 본인의 위자료는 인정하지 않았다.

51) 즉 제1심 판결은, 이 사건 손해배상채무의 지급을 지체함으로 인하여 발생하는 지연손해금은 준거법인 중국법에 의하여야 할 것이나(대법원 1997. 5. 9. 선고 95다34385 판결 참조) 이를 규율하고 있는 법규나 관습법에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능하므로, 조리에 따라 한국 민법소정의 연 5%의 비율에 의한 지연손해금을 인정하였다.

(다) 제2심 판결의 판시

제2심 판결도 불법행위의 준거법을 중국법이라고 보면서 최고법원해석1을 검토하여 원고들이 구하는 피부양자 생활비, 사망보상비,<sup>52)</sup> 장례비와 위자료를 산정하였다.<sup>53)</sup>

피부양자 생활비에 관하여는 아래와 같이 판시하였다.

최고법원해석1 제28조에 따르면, 피부양자의 생활비는 부양자의 노동능력상실 정도에 따라 수소법원 소재지 도시 주민 1년간의 평균 소비성지출을 표준으로 계산한다. 피부양자가 미성년자인 경우 18세까지 계산한다. 피부양자라 함은 피해자가 법에 따라 부양의무를 지는 미성년자 또는 노동능력을 상실하고 다른 수입원이 없는 성년의 근친족을 말한다. 피부양자 생활비의 기초가 되는 소비성지출액은 수입 중 생활비로 사용되는 지출액을 의미하는 것으로 서울의 1인당 월 평균 소비성지출액은 2004년 695,934.83원이고, 미성년자인 원고 X2, X3와 X4만이 피부양자로서 사고 당시부터 18세가 될 때까지의 생활비를 청구할 수 있는데,<sup>54)</sup> 피부양자가 수인인 경우에는 연 배상총액의 누계가 전년도 도시 주민의 평균 소비성지출액을 초과하지 못하는 점을 감안하여, 피고는 원고 X2와 X3에게 각 16,336,353원(49,009,059원 / 3), 원고 X4에게 70,584,949원(16,336,353원 + 54,248,596원)을 지급할 의무가 있다.<sup>55)</sup>

한편 사망배상금에 관하여는 아래와 같이 판시하였다.

최고법원해석1 제29조에 따르면, 사망배상금은 수소법원 소재지의 전년도 도시 주민의 지배수입을 표준으로 하여 20년분으로 계산한다. 여기에서 ‘지배수입’은

52) 이는 제2심 판결이 언급한 사망배상금과 같은 의미로 보인다.

53) 제2심 판결의 판단순서를 제1심 판결과 같은 순서가 되도록 편의상 다소 변경하였다.

54) 제2심 판결은 배우자인 원고 X1는 사고 당시 38세 남짓의 성인으로서 노동능력을 상실하지 않았으므로 피부양자에 포함되지 않는다고 판단하였다.

55) 상세한 산정근거는 아래와 같다.

○ X1, X2, X3는 사고일(2002. 5. 7.)부터 18세가 될 때까지 각 월 695,934.83원의 생활비를 청구할 수 있는바, 원고 X1, X2가 18세가 되는 2008. 3. 17.까지의 X1, X2, X3의 연 평균 소비성 지출액 합계는 25,053,653원(695,934.83원 × 3 × 12개월)으로서, 2004년 도시 주민의 연 평균 소비성 지출액 8,351,217원을 초과하므로, 2008. 3. 17.까지는 원고들의 생활비 청구액을 연 8,351,217원으로 제한한다.

49,009,059원{8,351,217원 × 2,142일(2002. 5. 7.부터 2008. 3. 17.까지) / 365일}

○ 2008. 3. 18.부터 원고 X3이 18세가 되는 2014. 9. 13.까지의 생활비

54,248,596원{1인당 월 평균 생활비 695,934.83 × 12개월 × 2,371일(2008. 3. 18.부터 2014. 9. 13.까지) / 365일}

○ 그 결과 피고는 피부양자 생활비로 X1, X2에게 각 16,336,353원(49,009,059원, X3에게 70,584,949원(16,336,353원 + 54,248,596원)을 지급할 의무가 있다.



소득에서 세금 등의 비소비지출을 제외하고 실제로 소비나 저축 등에 자유롭게 사용할 수 있는 소득으로서 이른바 가처분소득에 해당하는바, 서울의 1인당 월 평균 가처분소득은 2004년 808,272원이다. 따라서 사망배상금은 193,985,282원(808,272원 × 12개월 × 20년)인데, 이는 망인 가족의 생활안정을 목적으로 하므로 그 청구권은 망인의 가족에게 직접 귀속되고(오지용, 위 논문 27쪽), 중국에서는 각 상속인의 상속지분이 균등한 점에(중국 계승법 제13조(오지용, 위 논문 28쪽) 비추어 사망 배상금은 사망자의 상속인들에게 균분하여 배정함이 상당하므로,<sup>56)</sup> 피고는 원고들에게 각 48,496,320원(193,985,282원 / 4)을 지급할 의무가 있다.

장례비에 관하여는 아래와 같이 판시하였다.

최고법원해석1에 따르면, 장례비는 수소법원 소재지 직공의 전년도 평균임금을 표준으로 6개월의 총액으로 계산하며(제27조), 여기의 “직공 평균임금” 등은 정부 통계부문이 공포한 각 성 등의 전년도 관련 통계숫자로 확정하고, “전년도”라 함은 제1심 법정변론 종결시를 기준으로 직전 통계년도를 말한다(제35조). 이 사건 제1심 변론종결일을 기준으로 수소법원인 서울의 2004년 직공 1인당 평균임금은 월 906,494원이므로, 장례비는 5,438,964원(906,494원 × 6개월)이 되므로 피고는 장례비를 지출한 원고 X1에게 위 금액을 지급할 의무가 있다.

나아가 위자료에 관하여 제2심 판결은, 인신손해와 관련한 정신적 손해에 대해서는 ‘불법행위로 인한 정신적 손해배상 책임을 확정하는데 있어서의 약간의 문제에 관한 최고법원의 해석(最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释)(이하 “최고법원해석2”라 한다)에 따라 판단하였다. 최고법원해석2 제7조에 따르면, 자연인은 위법한 인격권<sup>57)</sup>침해를 이유로 정신적 손해배상을 청구할 수 있는데, 불법행위로 인한 자연인의 사망 시 배우자, 부모와 자녀가 원고로서 정신적 손해배상을 청구할 수 있다. 이에 따라 제2심 판결은 위자료 청구권은 사망자의 배우자와 자녀에 대해서만 인정하고 사망자 본인의 위자료 청구권을 부정하였으며, 김○○의 나이, 원고들과의 인적 관계, 사고 경위 등을 참작하여 원고 X1에 대해서는 50,000,000원, 원고 X2, X3, X4에 대하여는 각 15,000,000원을 위자료로

56) 상속구성을 취하면 한국 국제사법상 상속의 준거법은 피상속인의 본국법인 한국법이므로 상속지분은 제1심 판결처럼 한국 민법에 따라 판단할 사항이다. 불법행위채권의 상속 가능성은 불법행위의 준거법이 결정하지만 상속권자와 상속지분은 상속의 준거법에 따른다. 상속구성을 취하지 않은 제2심 판결이 상속지분을 언급한 것은 오해의 소지가 있다.

57) 이는 (1) 생명권, 건강권, 신체권, (2) 성명권, 초상권, 명예권, 영예권, (3) 인격존엄권, 인신자유권을 말한다(최고법원해석 2 제1조).

인정하였다.

한편 지연손해금에 관하여 제2심 판결은, 중국법에서는 손해배상금에 대한 지연손해금은 일반적으로 인정되지 않으므로 판결에서 지연손해금지급을 명하지 않으며, 다만 법원에서 최종적으로 손해배상금액을 확정하였음에도 불구하고 당사자가 판결에서 정한 기간 내에 지급하지 않을 경우 중국 민사소송법 제232조에 따라 지연기간 동안 이자(통상 중국인민은행이 공포한 대출이율)를 지급하도록 하고 있고 구체적인 지연손해금액은 강제집행단계에서 확정되므로 판결에는 지급기일만을 정한다고 보아, 원고들의 지연손해금청구는 배척하되 손해배상금을 판결확정일로부터 1개월 이내에 지급할 것을 명하였다. 이는 위 계약법사건의 제2심 판결의 태도와는 다른데, 그것이 사건의 성질의 차이에 기인하는 것인지 의문이다.<sup>58)</sup>

구 분	제1심 판결	제2심 판결
구 성 식	상속구성 <sup>59)</sup> 사망자의 일실효익 산정하고 원고들이 상속하는 것으로 구성 (미국의 survival statute와 유사)	부양구성이나 <sup>60)</sup> 상속구성적 요소도 있음. 사망자의 일실효익 산정하지 않고 원고 각자의 손해배상 산정(미국의 survival statute와 wrongful death statute의 결합으로 보임)
재산적 손해	① 사망자의 일실효익 317,482,078원(일실효임금 282,680,381원 + 일실효퇴직금 34,801,697원) 상속지분에 따라 위 금액 상속 X1: 3/9, 자녀 각 2/9	① 피부양자생활비와 사망배상금 X1: 48,496,320원(사망배상금) X2, X3: 각 64,832,673원(피부양자생활비 + 사망배상금) X4: 119,081,269원(피부양자생활비 + 사망배상금)
	② 장례비(3,000,000). X1 주장 금액 중 입증된 금액	② X1: 장례비(5,438,964원). 수소법원 소재지 직공의 전년도 평균임금을 표준으로 6개월 총액(최고법원해석 1 제27조)

58) 토론자였던 오재성 부장판사는 중국법에 따른 이율을 주문에 명기한 위 계약법사건의 서울 고등법원의 판결태도를 지지한다. **韓國法과 中國法の 교류**(2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의 발표자료), 233면.

59) 이는 한국법의 접근방법인데, 제1심 판결은 중국법을 준거법으로 보면서도 이렇게 판단했다.

60) 상속구성과 대비되는 방식이 부양구성인데, 한국과 일본만이 상속구성을 취하고 미국, 영국, 독일, 프랑스 등은 부양구성을 취한다. 오지용, “새로운 손해배상 산정방식의 모색-중국의 손해배상 산정방식과 우리 법제에서의 시사점-”, **법조** 626호(2008. 11.), 16면 주 17. 상세는 정귀호, “損害賠償法理의 再構成—扶養構成理論에 관하여—”, 자동사사

구 분	제1심 판결	제2심 판결
위자료	③ X1(배우자): 18,333,333원 X2-X4(자녀): 각 10,555,556원 <sup>61)</sup>	③ 배우자(5천만원)와 자녀(각1.5천만원)의 위자료만 인정하고 사망자 본인 위자료 배제
원 본 합 계	④ 합계 370,482,076원 X1: 127,160,692원(상속분 + 장례비 + 위자료), X2, X3, X4: 각 81,107,128원(상속분 + 위자료)	④ 합계 397,681,899원 (X1: 103,935,284원 + X2, X3: 각 79,832,673원 + X4: 134,081,269원)
지 연 손해금	⑤ 사고일부터 완제 시까지 연 5% (중국법 입증 없음을 이유로)	⑤ 판결선고 전에는 없고, 판결확정 후 1개월 경과 후에만 가능하나 명시 없음

참고로, 항공기 승객의 사망으로 인한 손해배상청구소송의 경우, 국가에 따라서는 ① 상속구성을 취하지 아니하고 유족이 상실된 부양료를 자신의 고유한 손해로 구성하여 직접 배상을 구하는 방식(미국에서는 이런 소송을 ‘wrongful death action’이라 한다), ② 유족이 사망자의 손해배상청구권을 상속하거나 상속재산을 위하여 손해가 배상되는 방법으로 소송이 이루어지는 방식(미국에서는 이런 소송을 ‘survival action’이라 한다) 또는 ③ 위 두 가지를 혼용하는 방식 등이 있다고 한다.<sup>62)</sup> 피해자의 사망 시 중국의 손해배상산정방식은 일차적으로 부양구성을 취하는 것으로 보이나 부양구성만을 취한 것은 아니고 상속구성을 고려하여 사망배상금을 인정함으로써 부양구성의 문제점을 해결한 것이라고 하면서 우리도 눈여겨 볼 필요가 있다는 견해가 있다.<sup>63)</sup>

고로 인한 손해배상(상) **재판자료** 제20집(1984), 403면 이하 참조. 독일 민법 제844조 제2항은 부양구성을 명시한다. 미국법의 태도는 김종배, “逸失利益의 算出方法과 算定基準—서울民事地方法院交通部의 裁判實務傾向을 中心으로—”, **재판자료** 제21집(1984), 5면 이하 참조.

61) 위자료의 산정근거는 분명하지 않다. 실시하지는 않았으나 제1심 판결도 사망자 본인의 위자료는 인정하지 않았다.

62) 서울고등법원 1998. 8. 27. 선고 96나37321 판결은 이 점을 지적하였다. 하집1998-2, 310. 미국의 경우 생명침해에 의하여 발생하는 손해의 구체적인 포착방법은 survival statute와 wrongful death statute를 어떤 형태로 수용하였는가에 따라서 각주마다 다르나, 일반적으로는 이 손해를 재산상 손해로 국한하고 유가족의 감정이익의 상실(sentimental loss)에 대한 위자료는 따로 인정하지 않는 것이 원칙이나 재산상손해의 명목으로 실질상으로는 비재산적손해의 배상을 허용하는 경향이 보인다고 한다. 김종배(註 60), 33-34면.

63) 오지용(註 60), 23면.

**약간의 평가:** 중국법 하에서 인정되는 사망배상금은 망인의 상속인(중국에서는 계승인)이 미래에 상속함으로써 취득할 수 있는 수입이므로 상속인이 미래의 가득 수입을 상실한 부분에 대한 배상이라고 설명하는 것으로 보인다.<sup>64)</sup> 그러나 상속인이 취득할 수 있다고 하면서도 상속지분에 관계없이 균분하여 받을 수 있다고 하므로 그 성질이 애매하다. 상속인이 사망배상금을 수령할 수 있다면 이는 결국 상속구성적 요소라고 보이는 점에서, 상속구성을 비판하면서 사망배상금을 인정하지는 주장은 선뜻 수긍하기 어렵다. 최고법원해석1의 취지와 관련하여 몇 가지 의문이 있다. 최고법원해석1이 외국거주 외국인이 손해배상을 청구하는 경우에도 적용될 것을 의도한 것인지 의문이다. 또한 만일 원고들이 중국법원에서 제소하였다면 중국법원은 사망배상금은 수소법원 소재지 주민의 평균가처분소득에 의해, 피부양자 생활비는 수소법원 소재지 주민의 평균생활비에 의해 산정했을 텐데, 한국법원이 국제재판관할이 있다는 이유로 재판하면서 수소법원 소재지를 한국으로 보아 중국법원이 재판했을 경우와 비교하여 상당한 고액의 손해배상을 산정하는 것이 최고법원해석에 부합하는지, 즉 과연 최고법원해석이 외국법원에 의해 적용될 것을 상정하였는지는 의문이다.<sup>65)</sup>

(라) 손해배상청구권자, 손해배상의 범위 및 산정과 헤이그의정서

열핏 생각하기에는 국제운송에서 승객의 사망사고가 발생하는 경우 손해배상 청구권자, 손해배상의 범위 및 산정은 헤이그의정서라는 통일규범에 의하여 전적으로 규율될 것처럼 보인다. 그러나 바르샤바협약은(개정협약도) 국제항공사고로 인한 손해배상의 모든 측면을 규율하지는 않는데, 특히 제24조의 제2항의 해석은 논란이 있다. 왜냐하면 “제18조 및 제19조에 정하여진 경우에는, 책임에 관한 소는 명의의 여하를 불문하고 본 협약에 정하여진 조건 및 제한 하에서만 제기할 수 있고”(제24조 제1항), “전항의 규정은 제17조에 정하여진 경우에도 적용된다. 다만

64) 오지용(註 60), 28면.

65) 만일 본문처럼 본다면 중국인 승무원이 중국 항공사로부터 고액의 손해배상을 받을 목적으로 한국 법원에 소를 제기할 유인을 가지게 된다(중국법원에 전속관할을 부여하는 합의가 없다면). 왜냐하면 승객은 바르샤바협약에 따라 국제재판관할이 있는 법원에 제소해야 하지만, 승무원에 대하여는 바르샤바협약이 적용되지 않고 법정지의 국제재판관할규칙이 적용되기 때문이다. 실제로 이런 사건이 발생하였다. 중국인 승무원이 한국에서 사고를 낸 중국 항공사를 상대로 우리 법원에 소를 제기하였던바 제1심판결과 제2심판결은 한국의 국제재판관할을 부정하였으나 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결은 이를 긍정하였다.

소를 제기하는 권리를 가진 자의 결정 및 이러한 자가 각자 가지는 권리의 결정에 영향을 미치지 않기”(제2항) 때문이다(밑줄은 필자가 추가함). 즉 바르샤바협약은 (개정협약도) 승객의 사망 또는 신체상해로 인한 손해에서 손해배상청구권자와 손해배상의 종류, 범위 등을 규율하지 않는데, 이는 항공사에 대해 누가, 어떤 손해배상청구권을 가지는지는 규율하지 않는다는 것이다. 그렇게 규정한 이유는 바르샤바협약을 채택할 1929년 당시 많은 국가에서, 특히 영미법계국가에서 승객 사망 시 손해배상규칙이 발전하지 못했고 있더라도 크게 달랐기 때문이다.

따라서 개정협약이 적용되는 사건에서도 승객의 사망을 이유로 손해배상청구를 하는 경우에도 여전히 피해자와 유족들의 손해배상의 종류와 범위의 준거법이 문제되는데, 구체적으로 법정지 국제사법설(미국 연방대법원의 지도적인 *Zicherman v. Korean Air Lines* 사건 판결<sup>66)</sup>과 법정지 실질법설이 대립하고 있다. 이 쟁점은 한중 간의 항공운송에 적용되는 1999년 몬트리올협약에서도 여전히 문제된다.<sup>67)</sup>

요컨대, 여기에서 논의하는 항공운송 중 발생하는 사망사고 시 중국법에 따른 손해배상청구권자, 손해배상의 범위 및 산정의 문제는 중국 내 항공운송의 경우만이 아니라 몬트리올협약에 의하여 규율되는 한중 간의 국제항공운송의 경우에도 불법행위의 준거법이 중국법이라면 여전히 의미를 가진다는 점을 유념하여야 한다. 실제로는 운송계약의 준거법이 중국법인 경우 불법행위는 종속적 연결에 의하여 중국법이 될 개연성이 크다(적어도 한국법원에서 재판하는 경우 그렇다). 따라서 반드시 사고 발생지에 의하여 좌우되는 것은 아니다.

### 3. 혼인의사의 흠결과 혼인무효에 관한 쟁점

한국인과 중국인 간의 혼인사건과 관련하여서는, 중국인 여자, 특히 조선족여자가 한국에 입국하기 위한 방편으로 혼인할 의사(즉 혼인의사)가 없음에도 불구하고 위장혼인을 하고 혼인신고를 한 뒤 한국에 입국한 뒤 가출한 경우 남편이 부인을 상대로 혼인의사의 흠결을 이유로 중국인 부인을 상대로 혼인무효소송을 제기하는 사례가 많이 보인다. 아래에서는 이러한 사례를 소개하고 법적 쟁점을 언급한다.

<sup>66)</sup> 516 U.S. 217, 229 (1996).

<sup>67)</sup> 종래 우리나라에서는 이 점이 별로 논의되고 있지 않다. 이에 관하여는 석광현, “국제항공운송사고로 인한 손해배상과 국제사법적 사고의 빈곤”, **법률신문** 제3816호(2010. 2. 8.), 14면 참조. 이는 헤이그의정서를 적용한 대법원 2009. 12. 24. 선고 2008다3527 판결, 서울고등법원 2007. 12. 4. 선고 2006나112603 판결과 서울중앙지방법원 2006. 10. 27. 선고 2003가합13708 판결에 대한 비판이다.

### 가. 사안의 개요

예컨대 서울가정법원 2010. 1. 28. 선고 2009드단66283 사건 판결의 사안은 아래와 같다.

원고와 피고는 위장혼인의 방법으로 피고를 한국에 입국시키기로 결의한 후, 2004. 10. 25. ○○민원봉사실 호적계에서, 사실은 원고가 피고와 진정으로 혼인한 사실이 없음에도 불구하고, 마치 진정하게 혼인을 한 것처럼 혼인신고서를 작성하여 부속서류와 함께 제출하여, 그 점을 모르는 호적 담당 공무원으로 하여금 원고와 피고가 진정하게 혼인한 것으로 원고의 공전자기록인 호적부에 입력하게 하고 불실의 사실이 기재된 공전자기록을 그곳에 비치하게 하여 이를 행사하였다고 인정되어 2008. 6. 24. 전주지방법원 ○○호로 공전자기록등불실기재죄 등으로 벌금 300만 원을 선고 받았다.

원고는 혼인 성립 당시 원고와 피고에게 혼인의사가 없었다고 주장하면서 피고를 상대로 혼인이 무효임을 확인하는 소를 제기하였다.

### 나. 사건의 쟁점

#### (1) 준거법

##### (가) 혼인의 효력의 준거법을 적용한 판결

일부 판결은 혼인의 성립의 문제를 혼인의 효력의 문제와 혼동하여 한국법만을 적용하여 혼인무효를 판단하고 있다. 예컨대 항소심인 춘천지방법원 2009. 7. 9. 선고 2009르114 판결은 한국인인 원고가 중국인인 피고를 상대로 혼인무효를 주장한 사건에서, 원·피고의 동일한 상거소지가 한국인 점 등을 고려하여 원·피고 사이의 혼인이 실질적 성립요건을 구비한 것으로서 유효한지 여부는 원고의 본국법인 한국법에 의해 정하는 것이 타당하다(대법원 1996. 11. 22. 선고 96도2049 판결 참조)고 판시하였다. 그러나 이 판결이 인용하는 대법원 1996년 판결은, 혼인의사 없이 혼인한 한국남자와 중국여자 사이의 혼인의 효력에 관하여 구 섭외사법 제15조 제1항(혼인의 성립)에 따라 준거법을 지정하지 않고 구 섭외사법 제16조(혼인의 효력)의 규정에 따라 남자의 본국법인 한국 민법을 준거법으로 적용한 잘못된 판결인데 이를 답습한 것은 유감이다.<sup>68)</sup>

68) 유승룡, “섭외 혼인사건에서의 준거법의 지정”, **재판자료** 제101집 (2003), 550면 주 78도 동지.

## (나) 배분적 연결원칙을 취한 판결

위에서 본 서울가정법원 2010년 판결은 준거법에 관하여 아래와 같이 실시하였다.

원고는 혼인 성립 당시 원고와 피고에게 혼인의사가 없었다고 주장하면서 그 무효확인을 구하고 있는바, 국제사법 제36조 1항에 의하면 혼인성립의 실질적 요건에 관하여는 각 혼인당사자에 관하여 그 본국법이 준거법이 되므로, 이 사건의 준거법은 원고에 대하여는 그의 본국법인 한국 민법, 피고에 대하여는 피고의 본국법인 중국의 혼인관계법령이다. 이러한 태도를 취하는 것이 서울가정법원의 다수 실무례이다.<sup>69)</sup>

## (다) 배분적 연결원칙을 취하면서도 한국법만을 적용하는 견해

학설로서는 국제사법 제36조 제1항을 적용하면서도 혼인의사의 결여를 당사자 쌍방에게 요구되는 쌍면적 혼인장애사유로 보아 중국법을 고려함이 없이 한국 민법만을 적용하더라도 혼인무효라는 결론을 도출할 수 있다는 견해도 있다.<sup>70)</sup>

## (라) 사건

위에서 언급한 것처럼 (가)의 판결이 혼인의 성립에 관한 국제사법(제36조 제1항)에 상응하는 구 섭외사법 제15조 제1항을 적용하지 않고 혼인의 효력의 준거법을 적용한 것은 잘못이며 근거가 없다. 한편 (나)의 판결은 국제사법 제36조 제1항이 배분적 연결원칙을 정한 것으로 이해하고 혼인의사의 결여를 일면적 혼인장애사유로 본 것으로 생각된다. 이는 결국 혼인의사의 결여가 일면적 혼인장애사유인지 아니면 쌍면적 혼인장애사유인지의 문제이다.

우리 학설은 혼인장애의 일면성·쌍면성의 구별은 국제사법해석의 문제라고 보는 경향이 있으나,<sup>71)</sup> 외국에서는 이는 실질규정의 해석의 문제라고 본다.<sup>72)</sup> 국제사법으로부터는 아무런 원칙을 도출할 수 없으므로 외국의 유력설이 타당하다. 그러나 이렇게 보더라도, 종래 우리 다수설처럼 당사자의 혼인의사를 일면적 요건으로

69) 전연숙, “국제가사소송사건의 실태분석 및 개성방안—서울가정법원 가사5단독(국제가사소송사건 전담재판부) 실무례를 중심으로—”, **국제사법연구** 제12호(2006), 69면.

70) 유승룡(註 68), 550면; 전연숙(註 69), 70면.

71) 신창섭, **국제사법**(2007), 284-285면.

72) 横山 潤, **國際親族法**(1997), 52면. Marianne Andrae, *Internationales Familienrecht* 2. Auflage (2006), §1 Rn. 35; Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht* 6. Auflage (2006), §44 I, S. 331.

보고 일방당사자의 혼인의사에 하자가 있는 경우 그 효과는 문제되는 당사자의 본국법에 따를 사항이라고 볼 수 있다.<sup>73)</sup> 혼인합의를 생각하면 합의의 부존재는 쌍면적 혼인장애사유처럼 보이나, 각 당사자의 혼인의사에 착안하면 혼인의사의 부존재가 일면적 혼인장애사유임을 인정할 수 있을 것이다.

## (2) 중국법에 따른 위장혼인의 효력

위 서울가정법원 2010년 판결은 실질법에 따른 위장혼인의 효력을 다음과 실시하였다.

우리 민법 제815조 제1호는 ‘당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때’를 혼인의 무효사유로 규정하고 있고, 중국의 혼인관계법령은 남녀쌍방의 자유의사에 의한 혼인의 원칙을 천명하고, 자원적(自願的)이 아닌 혼인의 등기를 금지하는 규정(중국혼인법 5조, 혼인등기판법 6조)을 두고 있는바, 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 혼인당사자의 혼인의사의 흠결은 혼인무효사유에 해당한다.<sup>74)</sup>

춘천지방법원 2009. 7. 9. 선고 2009르114 판결도 동일한 결론을 취하였으나 그 이유를 아래와 같이 좀 더 상세히 실시하였다.

민법 제815조 제1호는 ‘당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때’에는 그 혼인은 무효로 한다고 규정하고 있는데, 이는 당사자 간에 사회통념상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 생기기 할 의사를 갖고 있지 않은 경우를 말한다(위 대법원 96도2049 판결 참조). 그런데 원고와 피고의 동거기간이 약 15일 정도에 불과하고, 동거기간 중에도 피고가 원고와의 성관계를 계속 거부한 점, 피고는 그 후 일방적으로 가출하여 약 13개월이 지난 현재까지 귀가를 거부하면서 원고에게 자신의 거주지와 직장조차 알려주지 않고 있는 점에다가, 피고가 이 사건 항소를 제기한 지 3개월 이상이 지나도록 원고의 주장을 탄핵하거나 피고에게 유리한 증거를 전혀 제출하지 않은 채 아무런 소명자료도 없이 변론기일 변경신청을 하는 등 시간을 끌고 있는 점 등 제반 사정을 종합해 보면, 피고는 원고와 사이에 사회통념상 부부라고 인정될 만한 정신적·육체적 결합을 이룰 의사 없이 취업 등 다른 목적을

73) 신창선(註 4), 323면; 김연·박정기·김인유, **국제사법** 제2판(2006), 339면.

74) 예컨대 서울가정법원 2007. 9. 14. 선고 2007드단7976 판결도 동일한 취지의 실시를 하였다. 최승록, “한·중 섭외혼인관계 소송의 심리”, **가사조정** 제5호(2002년), 132면은 중국혼인법 제5조는 “결혼은 반드시 남녀쌍방의 완전한 자유의사에 의하여야 하며 일방이 상대방에 강요하거나 제3자가 이에 간섭할 수 없다”고 규정하고 있으나 이를 혼인의 무효사유로는 정하고 있지 않고 있다고 한다.



달성하기 위한 방편으로 형식상 혼인한 것에 불과하다고 봄이 타당하다. 따라서 원·피고 사이에는 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사의 합치를 인정할 수 없어 그 혼인은 민법 제815조 제1호의 규정에 따라 무효이다. 즉 혼인의 실질적 성립요건으로서 중요한 것은 혼인의사이지 혼인신고의사가 아니라는 것이다.<sup>75)</sup>

그러나 혼인의사의 부존재를 확정하기는 어려우므로 대부분 간접사실에 의하여 추정할 수밖에 없는데, 실무상으로는 외국인이 상당한 금원을 송금 받은 뒤 한국에 입국하지 않은 채 행방을 감추거나 입국을 거부하는 경우, 입국하여 바로 자취를 감추거나 외국인등록증을 받아마자 별다른 사유 없이 가출한 경우, 위장혼인의 의심된다는 이유로 비자가 기각된 경우 등에 있어서는 혼인의사의 결여를 추정하여 혼인무효청구를 받아들이고 그 외의 경우에는 청구취지를 이혼으로 변경하도록 한 뒤 이혼청구를 받아들이고 있다고 한다.<sup>76)</sup>

### (3) 법원의 실무에 대한 의문

위((2))에서 언급한 국제사법원칙에 관하여 의문이 있다. 즉 중국 민법총칙(제147조)에 따르면 혼인의 형식적 요건과 실질적 요건은 모두 혼인거행지법에 따르는 것으로 보인다.<sup>77)</sup> 통상의 위장혼인 사건의 경우 혼인거행지는 아마도 한국일 텐데, 그렇다면 한국 국제사법에 의하면 중국인 배우자의 혼인의사의 존재라는 요건은 중국법에 따를 사항이지만 중국 민법총칙에 따라 한국법으로 反定이 있게 되는 것이 아닌가 생각된다. 만일 反定이 있게 되면 중국법을 고려할 필요 없이 한국법만을 적용하면 된다는 결론이 된다. 따라서 이 점에 관한 중국의 국제사법원칙을 재확인할 필요가 있다.

75) 최근 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010므574 판결도 “당사자 일방에게만 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 있고 상대방에게는 그러한 의사가 결여됐다면 비록 당사자 사이에 혼인신고 자체에 관해 의사의 합치가 있어 법률상 부부라는 신분관계를 설정할 의사는 있었다고 해도 그 혼인은 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 것이어서 무효라고 판시하였다.

76) 전연숙(註 69), 79면; 한숙희, “국제혼인의 파탄사유에 관한 실증적 고찰”, **국제가족법의 최근 쟁점**(2009년 12월 19일 개최된 한국국제사법학회·한국가족법학회 공동세미나 발표자료), 59면. 다만 공정증서원본불실기재 및 동 행사 등의 형사유죄판결이 확정된 경우에는 사실인정이 수월할 것이다.

77) 沈湄(註 42), 155면; HUO Zhengxin, *China's Codification of Conflicts Law: Latest Efforts*, 2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의자료, p. 109.

#### 4. 외국재판의 승인 및 집행<sup>78)</sup>

가. 서언

어느 국가의 법원의 재판(또는 판결. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)은 재판권(Gerichtsbareit, *facultas jurisdictionis*), 즉 주권을 행사한 결과이므로 당해 국가에서 효력을 가지는 데 그치고 다른 국가에서 당연히 효력을 가지는 것은 아니다. 그러나, 이러한 원칙을 고집한다면 섭외적 법률관계의 안정을 해하고 국제적인 민사분쟁의 신속한 해결을 저해한다. 이런 이유로 오늘날 한국과 중국을 포함한 많은 국가들은, 외국판결이 당해 국가의 국내법이 정한 일정한 요건을 구비하는 경우 그의 효력을 승인하고 집행을 허용하는 입장을 취하고 있다.<sup>79)</sup> 외국재판의 승인 및 집행의 이론적 근거로는 영미법계에서는 주로 ‘예양(comity) 또는 ‘국제예양이나 ‘의무이론’(doctrine of obligation)에서 구하는 경향이 있고, 대륙법계에서는 외국재판에 의해 얻어진 분쟁해결의 중국성의 확보라는 실제적인 필요성, 국제적인 파행적 법률관계의 발생을 방지하고 섭외적 법률관계의 안정을 도모한다는 데서 구하는 경향이 있다.<sup>80)</sup>

여기에서는 외국재판의 승인 및 집행에 관한 한국과 중국의 법제를 간단히 살펴보고(나.), 중국 인민법원의 판결을 최초로 승인한 서울지방법원 판결을 소개한 뒤(다.), 마지막으로 한중조약에 관련된 논점을 간단히 언급한다(라.).

나. 외국재판의 승인 및 집행의 요건의 비교

##### (1) 한국법

한국에서는 외국재판의 승인 및 집행은 민사소송법과 민사집행법의 명문의 규정에 의해 각각 규율되고 있다. 과거에는 양자가 모두 민사소송법에 규정되어 있었는데

78) 이 부분은 필자가 2003년 2월 14일 북경 청화대학법학원에서 강연한 원고를 수정·보완한 것이다. 2003년 당시 발표자료를 배포하지는 않았다.

79) 외국중재판정의 승인 및 집행에 관하여는 1958년 유엔협약(이른바 뉴욕협약)이 있다. 반면에, 외국재판에 대하여는 아직 그에 상응하는 국제조약은 없으나, 헤이그관할합의 협약의 존재에 주목할 필요가 있다. 즉 헤이그국제사법회의에서 2005년 6월 “관할합의에 관한 협약”(Convention on Choice of Court Agreements)이 채택되었는데, 동 협약의 목적은 국제소송에 관하여, 종래 국제중재에서 뉴욕협약이 수행하는 역할에 상응하는 역할을 하도록 하려는 것이다. 장래 관할합의협약이 발효되면 국제상사중재가 국제소송에 대하여 가지는 상대적 장점은 그 범위 내에서 완화될 것이다.

80) 상세는 석광현, “민사 및 상사사건에서의 외국재판의 승인 및 집행”, **국제사법과 국제소송** 제1권(2001), 261면 이하 참조.

2002년 7월 1일자로 민사소송법이 민사소송법과 민사집행법으로 분리되면서 양자가 서로 다른 법률에 규정된 것이다. 이는 민사소송법의 다른 조항들과 마찬가지로 일본을 통해 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung, ZPO)을 계수한 것이므로 독일의 해석론이 도움이 된다. 외국재판의 승인 및 집행을 강학상으로는 국제민사소송법(국제민사절차법) 또는 국제사법의 문제로 논의되고 있다. 과거에는 국제민사소송법(또는 국제민사절차법)의 문제로 이해하는 경향이 주류를 이루었으나 2001년 7월 1일자로 개정된 국제사법이 국제재판관할의 결정이 국제사법의 과제임을 천명한 것<sup>81)</sup>과 헤이그국제사법회의에서 추진하였던 민사 및 상사에서의 국제재판관할과 외국재판에 관한 협약안을 성안하기 위한 작업의 영향으로 외국재판의 승인 및 집행의 문제도 국제사법의 문제라는 인식이 점차 확산되었다.

외국재판이 한국에서 기판력 등 효력을 가지기 위하여는, 즉 승인되기 위하여는 민사소송법 제217조가 정한 아래 다섯 가지 요건을 구비해야 하는데, 이러한 승인요건이 구비되면 외국재판은 외국에서 재판이 선고된 시점으로 소급하여 한국에서 기판력 등의 효력을 가진다. 반면에 외국재판을 한국에서 집행하기 위하여는 한국법원의 집행판결(*exequatur*)을 받아야 한다.<sup>82)</sup> 즉 집행판결에 의하여 집행력이 비로소 부여된다는 점에서 집행판결은 형성판결이다. 한국법원이 집행판결을 하기 위하여는 승인요건이 구비되어야 한다(민사집행법 제26조, 제27조).<sup>83)</sup> 이처럼 외국재판의 승인은 요건이 구비되면 자동적으로 이루어지는 데 반하여, 집행은 외국재판에 기초한 강제집행을 허가하는 취지의 한국법원의 집행판결을 받아야 한다는 점에서 차이가 있다.

81) 국제사법 제1조는 다음과 같다. “제1조 (목적) 이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다.” 1962년 1월 15일 제정·공포된 섭외사법은 제정 당시부터 시대착오적이라는 비판을 받았음에도 불구하고 거의 개정되지 않은 채 최근까지 유지되었으나 마침내 2001년 7월 1일자로 개정되었고 그 명칭도 국제사법으로 변경되었다. 상세는 석광현, **2001년 개정 국제사법 해설** 제2판(2003), 3면 이하 참조.

82) 한국의 이러한 법제는 대륙법계의 입장을 따른 것으로, ‘외국재판에 기한 소(action upon the foreign judgment)’ 또는 외국재판의 등록에 의한 승인·집행의 방식을 사용하는 등록을 요구하는 영미법계와 차이가 있다.

83) 한국에서의 외국재판의 승인 및 집행에 관한 상세는 석광현, “민사 및 상사사건에서의 외국재판의 승인 및 집행”, **국제사법과 국제소송** 제1권(2001), 259면 이하 참조.

- ① 외국판결이 확정판결일 것
- ② 외국 법원이 국제재판관할권을 가질 것<sup>84)</sup>
- ③ 패소한 피고가 공시송달에 의하지 아니하고 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간 여유를 두고 소장의 송달을 받았거나 송달을 받지 않고 응소하였을 것<sup>85)</sup>
- ④ 외국판결의 승인이 공서에 반하지 아니할 것<sup>86)</sup>
- ⑤ 상호보증이 있을 것

한국법원은 외국재판의 옳고 그름을 심사할 수 없는데 이것이 實質再審査(*révision au fond*) 금지의 원칙이다. 그러나 한국법원은 승인요건의 구비 여부를 심사할 수 있고, 이러한 심사를 위하여 필요한 범위 내에서는 實質再審査가 가능할 뿐만 아니라 필요하며 사실을 조사할 수 있다. 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 대법원 1988. 2. 9. 선고 84다카1003 판결도 이런 취지를 명확히 선언하였다.

이러한 승인요건에 따르면 중국재판의 승인 및 집행시 가장 문제가 되는 것은 상호보증의 존재 여부가 될 것이다.<sup>87)</sup> 상호보증이라 함은 상호주의(*reciprocity*)가 보증됨을 의미하는데, 상호보증의 존재를 인정하기 위한 요건에 관하여는 재판국이 민사소송법 제217조와 동일하거나 또는 그보다 관대한 조건하에 한국판결을 승인할 경우에 한하여 상호보증이 있다는 견해와, 재판국이 민사소송법 제217조의 요건과 중요한 점에서 다르지 않은 조건하에 한국판결을 승인하면 족하다고 하여 보다 완화된 입장이 있다. 과거 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1393 판결은 “... 상호의 보증이 있는 일이라 함은 당해 외국이 조약에 의하여 또는 그 국내법에 의하여 대한민국 판결의 당부를 조사함이 없이 구 민사소송법 제203조<sup>88)</sup>의 규정

84) 이는 간접관할(또는 승인관할)을 말하는데 직접관할과 동일한 기준에 따른다.

85) 이는 외국소송에서 패소한 피고의 방어권, 나아가 적법절차(*due process*)를 보장하기 위한 것으로 송달의 적법성과 적시성의 요건이다.

86) 이는 우리가 포기할 수 없는 한국의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념을 보호하기 위한 것이다. 따라서 공서위반을 이유로 외국판결의 집행을 거부하기 위하여는 당해 사안이 한국과 관련이 있어야 하며, 이러한 ‘내국관련’의 정도가 낮은 경우에는 우리의 공서가 개입할 가능성이 낮으므로 우리 법의 ‘본질적인 원칙’과 다소 괴리가 있더라도 승인·집행될 가능성이 상대적으로 크다.

87) 다른 요건들은 개별재판마다 그 구비 여부가 문제되나, 상호보증은 한국과 중국의 재판 전반(보다 정확하게는 한국과 중국의 재산법상의 재판 또는 신분법상의 재판과 같은 일정한 유형의 재판)에 대하여 구비 여부가 문제되는 점에서 차이가 있다.

88) 이는 구 민사소송법의 조문을 가리키는 것으로 현행 민사소송법 제217조에 상응한다.

과 같던가 또는 이보다도 관대한 조건 아래에서 대한민국의 판결의 효력을 인정하고 있는 경우를 말하는 것”이라고 판시함으로써 전설을 취하였고 그 후 공식적으로는 이런 견해가 유지되어 왔다. 이를 ‘동일 또는 관대조건설’이라고 부르기도 한다. 그러나 근자에는 후설을 취한 하급심판결들을 대법원이 수용하였고, 마침내 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결<sup>89)</sup>은 “...우리나라와 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 상당하다”고 판시함으로써, 상호보증의 개념에 관한 태도를 사실상 변경하고, 상호보증의 존재의 판단의 기준은 ‘동종판결’임을 명확히 하였다.

## (2) 중국법

중국 민사소송법은 당사자에 의한 외국재판의 승인·집행을 허용하는 취지를 규정하고(제265조),<sup>90)</sup> 중국이 체결 또는 가입한 국제조약에 의하여, 또는 호혜의 원칙에 따라 심사한 후 중국법률의 기본원칙, 또는 국가 주권, 안전 또는 사회적, 공공적 이익에 위반하지 않는 경우에는 그의 효력을 승인하는 취지의 재판을 하고, 집행이 필요하다고 인정되는 경우에는 집행명령을 발하며, 중국 민사소송법의 규정에 의해 집행한다고 규정한다(제266조).<sup>91)</sup> 따라서 조문상으로는 외국재판을 중국에서 승인 및 집행하기 위하여는 다음 세 가지 요건이 구비되어야 하는 것으로 보인다.<sup>92)</sup>

- ① 외국재판이 법적 효력을 발생하였을 것
- ② 외국과 중국 간에 국제조약 또는 호혜관계가 존재할 것
- ③ 당해 외국재판이 중국의 법률적 기본원칙 또는 국가주권, 안전, 사회적, 공공적 이익에 반하지 않을 것

89) 평석은 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반어부와 상호보증”, **국제사법과 국제소송** 제4권(2007), 263면 이하 참조.

90) 아래에서 언급하는 서울지방법원 판결 당시에는 제267조였으나 2008년 4월 1일부터 시행된 중국 민사소송법의 일부 개정을 계기로 제265조가 되었다.

91) 아래에서 언급하는 서울지방법원 판결 당시에는 제268조였으나 2008년 4월 1일 개정에 의하여 제265조가 되었다. 前註와 이 주는 서울대학교 대학원 박사과정에 재학 중인 蘇曉凌 변호사가 지적해준 사항이다 이 점 감사한다.

92) 조상림 주편, **국제사법**(2002), 392면.

한중 간에 국제조약은 존재하지 않으므로 위 ②의 “호혜관계”가 무엇을 의미하는지, 특히 그것이 상호주의를 의미하는지의 여부가 문제가 된다. 만일 호혜관계가 없다면, 중국과 사이에 국제조약도 없고 호혜관계도 없는 때에는 당사자가 인민법원에 소를 제기하고 그 재판을 집행한다고 규정하는 1992년 「중화인민공화국 민사소송법의 적용에 관련된 약간의 문제에 관한 최고인민법원의 의견」 제318조가 적용된다.<sup>93)</sup> 여기에서 인민법원에 소를 제기하라는 것의 의미가 새로운 소를 제기하고 다시 재판을 하라는 것인지가 문제된다. 반면에 만일 호혜관계가 상호주의의 존재를 의미한다면, 이러한 요건은 우리 민사소송법의 요건과 별로 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

그러나 승인요건을 달리 설명하는 견해도 있는데 그 중 몇 가지를 소개한다. 우선 승인요건을 아래와 같이 설명하는 견해가 있다.<sup>94)</sup>

① 외국법원의 관할권 존재, ② 소송절차의 공정성, ③ 외국판결이 확정적이고, 실효성이 있을 것, ④ 외국판결은 기타 관련법원의 판결과 저촉되지 않을 것, ⑤ 호혜원칙이 준수될 것과 ⑥ 외국판결의 승인 및 집행이 중국의 공공질서에 반하지 않을 것

나아가 승인요건을 아래와 같이 설명하는 견해도 있다.<sup>95)</sup>

① 중국법의 기준에 의한 간접관할, ② 적법한 소환과 방어기회의 보장, ③ 외국재판이 부당하게 취득되지 않았을 것, ④ 외국재판이 확정되고 집행 가능할 것, ⑤ 중국의 법령, 공공정책, 사회주의적 도덕에 반하지 않을 것, ⑥ 중국의 국가·사회의 이익에 반하지 않을 것과 ⑦ 상호의 보증이 있을 것

93) 渡辺惺之, “香港高等法院でなされた第3當事者訴訟を含む一連の訴訟にかかる訴訟費用の負擔命令について執行裁判を認めた事例,” 判例時報 1670号, 205面. 中國의 國際民事訴訟法에 관한 최근의 문헌으로는 黃軻霆, “中國國際民事訴訟法とハーグ「裁判管轄と裁判條約準備草案」”, 阪大法學 第51卷 第2号(通卷 第212号)(2001), 497면 이하 참조.

94) 沈涓(註 42), 165면 이하.

95) 歐雲龍, “中國における涉外民事手續法”, 法學政治學の動向, 北海學園記念論文集, 53면 (渡辺惺之(註 93), 209면에서 재인용).

또 다른 견해는 승인요건을 아래와 같이 설명한다.<sup>96)</sup> 기존 중국의 사법적 실무에 따르면, 외국법원의 판결과 판정이 중국법원의 승인 및 집행을 받으려면 하나의 전제조건과 7가지 실질적 조건에 부합되어야 한다. 하나의 전제조건은, 판결과 판정을 내린 사법기관이 소재한 국가와 중국 간에 법원의 판결과 판정에 관하여 상호 승인 및 집행한다는 국제조약을 체결하였거나 또는 상호호혜관계원칙이 존재하여야 한다. 한편 7가지 실질적 조건은 아래와 같다.

- ① 외국사법기관이 동 사건에서 관할권을 행사함에 있어서 중국의 전속관할권에 대한 규정을 위배하지 않을 것, ② 외국판결은 반드시 효력을 발생한 최종적인 판결일 것, ③ 외국판결을 선고한 사법기관이 소재한 소송규칙에 따라, 피신청인은 소송과정에서 충분한 진술과 변호할 기회를 가졌을 것, ④ 외국판결이 기만적인 소송절차를 통하여 내려지지 않았을 것, ⑤ 외국판결이 중국법원이 이미 내린 관련판결과 모순이 존재하지 않을 것, ⑥ 동일한 분쟁에 대하여 당사자가 중국법원에 소를 제기하였을 경우 외국법원이 우선 수리할 수 있을 것, ⑦ 중국의 사회공공이익에 위배되지 않을 것

이상의 논의를 보면 한국에서는 외국판결의 승인 및 집행의 요건이 한국 민사소송법과 민사집행법에 一義的으로 명확하게 규정되어 있는 반면에, 중국에서는 상세한 명문의 규정이 없는 탓에 외국판결의 승인요건이 논자에 따라 다소 차이가 있다. 다만, 어느 견해를 따르든 간에 양국 간에 호혜관계 또는 상호보증이 있어야 하는 것으로 보인다.<sup>97)</sup> 그러나 무엇보다도 가장 큰 문제는 외국재판의 승인 및 집행에 관한 중국법원의 실무가 위 요건에 따라 이루어지는가라는 점인데, 이는 중국법원이 한국법원의 재판을 승인하였거나, 그 밖에 중국법원이 중국과 국제조약이 없는 외국의 판결을 승인한 사례가 있는지에 따라 결정될 것이다. 만일 중국법원의 실무가 위 요건에 따라 이루어진다면, 한중 간에 상호보증의 존재를 인정

96) 광둥성 고급인민법원, “중국집외상사심판실무”, 법률출판사(2004), 32면(王洪鵬, “韩国判決与仲裁裁决在中国的承认和执行”, **국제사법연구** 제13호(2007)(노광·강영화의 국문번역문은 172면)에서 재인용).

97) 다만 외국 이혼판결의 경우 호혜관계는 필요하지 않다고 한다. 그 근거는 1991년 8월 13일부터 시행된 “最高人民法院關於中國公民申請承認外國法院離婚判決程序問題的規定”이라고 한다. 즉 제1조 제1항은 중국과 사법공조조약을 체결하지 않은 외국의 법원이 내린 이혼판결에 대해 중국의 당사자는 당해 규정에 따라 외국판결의 승인에 대해 인민법원에 신청할 수 있다고 규정한다. 이 점은 蘇曉凌 변호사의 지적을 반영한 것이다.

할 수 있을 것이다.<sup>98)</sup> 승인을 위하여 재판이 필요한지의 여부는 절차적인 문제로서 상호주의의 존부를 판단함에 있어서 크게 문제될 것이 없다. 궁극적으로는 한국과의 상호보증의 존재를 긍정하는 최고인민법원의 판결이 있기 전에는 확정적인 답을 하기는 어려울 것이다.

중국판결의 승인과 관련하여 근자에 중국 학자가 다음과 같은 지적을 한 바 있음을 주목할 필요가 있다.<sup>99)</sup>

“한국법은 한국피고 또는 피집행인의 송달방식에 대해서도 엄격하게 요구한다. 한국 피고 또는 피집행인이 한국 국내에 있을 경우, 한국법은 한국법원을 통하여 한국 피고 또는 피집행인에 대해 완성한 송달에 대해서만 승인을 한다. 만약 판결이 내려진 국가와 한국 간에 어떠한 사법공조 계획이 존재하지 않을 경우, 개정통지 및 기타 절차문건 등은 반드시 외교방식을 통하여 한국법원에 위탁하여 송달해야 하며, 기타 송달방식은 모두 승인을 거절할 수 있는 사유가 된다. 따라서, 이러한 특별한 송달방식 요구는 중국과 한국 간의 승인표준 조화의 가장 큰 장애가 될 수도 있다.”

필자가 보기에는 위 설명의 취지가 다소 불분명하지만 틀린 것은 아니다. 즉 한국에 소재하는 피고에게 한국에서 송달을 하자면, 사법공조에 관한 국제조약이 없는 경우 국제민사사법공조법에 따라 외교경로를 통해서 송달을 해야 하기 때문이다. 한국 민사소송법 제217조의 송달요건은 패소한 피고의 방어권을 보장하기 위하여 외국법원의 송달이 적법성과 적시성을 구비할 것을 요구하는 것이고 국제조약이 없다면 외교경로를 통하는 것이 원칙이므로 그것을 요구할 뿐이지 한국이 특별한 송달방식을 요구하는 것은 아니다. 더욱이 한국과 중국은 모두 헤이그송달협약에 가입하였을 뿐만 아니라, 한중조약이 존재하므로 실무상 그에 따라 송달이 이루어질 텐데, 만일 그렇다면 송달요건의 구비에는 아무런 문제가 없을 것이다. 따라서 특별한 송달방식 요구는 중국과 한국 간의 승인표준 조화의 가장 큰 장애가 될 수도 있다는 진술에는 동의할 수 없다.

98) 독일에서도 중국 민사소송법의 검토에 기초하여 독일과 중국 간의 상호보증의 존재를 긍정하는 견해가 유력하다. 예컨대 Heinrich Nagel/Peter Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht 6. Auflage (2007), §14 Rz. 117.

99) 莫世健, “중한 외교판결의 승인 및 집행 표준의 조화문제에 관한 중국의 시각”, **국제사법연구** 제15호(2009)(번역문), 91면.



#### 다. 서울지방법원 판결

서울지방법원<sup>100)</sup> 1999. 11. 5. 선고 99가합26523 판결은 중국산동성 웨이팡시 중급인민법원 판결을 승인하고 그의 기판력을 긍정하였다.<sup>101)</sup> 즉, 위 중급인민법원에서 신용장개설은행인 중국공상은행을 상대로 보험자대위 또는 채권양도에 의해 신용장대금채권을 취득하였음을 근거로 신용장대금의 지급을 구하는 소를 제기하였다가 패소한 원고, 즉 한국수출보험공사가 한국법원에서 중국공상은행을 상대로 다시 신용장대금 등의 지급을 구하는 소를 제기한 사건에서, 한국법원은 중국인민법원 판결의 기판력을 근거로 한국수출보험공사의 청구를 기각하였다. 이는 외국에서 패소한 원고가 한국에서 다시 소를 제기한 사건이므로 중국판결의 승인, 즉 기판력의 확장만이 문제되었고 집행의 문제는 제기되지 않은 사건이었다. 위 판결의 사안은 다음과 같다.

한국의 주식회사 보경화섬(수출자)은 중국법인인 산둥 엘리아 가먼트 그룹 시오(수입자)와 오리털의류 부자재(화물)를 매도하는 계약을 체결하였고 피고의 웨이팡시지점은 수입자를 위하여 취소불능신용장을 개설하였다. 수출자는 화물을 선적한 뒤 선적서류를 한국의 국민은행에게 매도하였다. 수입자는 화물의 품질에 문제가 있다고 이의를 제기하였고 피고는 수입자의 요청에 따라 신용장의 지급을 거절하였다. 수입자는 중국법원으로부터 신용장대금의 지급정지를 명하는 명령을 받았다.

그런데 원고는 한국의 국민은행과 수출어음보험계약을 체결하였다. 국민은행은 원고로부터 수출어음보험계약에 따라 화환어음금의 95% 상당 금액을 수령하였고, 원고는 국민은행과 수출자로부터 피고에 대한 신용장대금채권 및 손해배상채권 등 모든 권리를 양도받았다. 원고는 국민은행의 피고에 대한 신용장대금채권을 보험자대위 또는 채권양도에 의해 취득한 자로서 피고를 상대로 신용장대금의 지급을

100) 이는 서울중앙지방법원으로 명칭이 변경되기 전의 구 명칭이다.

101) 흥미로운 것은, 중국 법원의 판결에 대하여는 당사자와 법원이 재심신청권을 가지고 법원의 재심신청기간도 제한이 없으므로 기판력이 없다는 견해가 있다는 점이다. 정선주, “중국 민사판결의 효력과 집행상의 문제에 대한 의견”, **韓國法과 中國法の 교류** (2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의 발표자료), 280면; 손한기, “중국민사집행절차 개관—개정 민사소송법을 중심으로”, **민사소송** 제12권 제1호(2008), 518면 주 32. 이를 따르면 중국 법원의 판결은 승인될 수 없다. 그러나 중국법상 재심사유가 넓기는 하지만 그렇다고 하여 기판력 자체를 부정할 것은 아니라고 생각된다. 정연호, “중국 민사판결의 효력과 집행상의 문제”, **韓國法과 中國法の 교류**(2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의 발표자료), 242면 이하도 동지.

구하는 소를 산둥성 웨이팡시 중국인민법원에 제기하였으나 1998. 8. 5. 동 법원으로부터 청구기각판결을 받았고 이는 확정되었다.

그 후 원고는 피고를 상대로 신용장대금의 지급을 구하는 이 사건 소를 서울지방법원에 제기하였고, 피고는 기판력에 기한 항변을 제출하였다. 서울지방법원은 중국 인민법원판결이 민사소송법상 외국판결의 승인요건을 구비한다고 판단하고 그 기판력에 기하여 한국수출보험공사의 청구를 기각하였다.

이러한 결론을 내리는 과정에서 서울지방법원은 외국재판의 승인에 관한 한국과 중국의 법제(당시 중국 민사소송법 제267조와 제268조)를 비교 검토한 뒤 양자는 표현만 다를 뿐이고 별차이가 없다고 보아 한중 간에 상호보증의 존재를 인정하였다. 상호보증의 존재를 인정하기 위한 요건에 관하여 위 서울지방법원판결은, “...우리 민사소송법 제203조<sup>102)</sup>의 규정과 중요한 점에서 다르지 않은 조건 아래 우리나라 판결을 승인하고 있으면 상호보증이 있다고 봄이 상당하다 할 것이다”고 하여 위에서 언급한 보다 완화된 견해를 취하였다.

그 밖에도 원고는 중국에서는 사법권과 법관이 독립되어 있는지 여부가 불투명하고, 적정과 공평의 이념에 의하여 재판이 이루어지는지 의문이 있으므로 중국 법원 판결의 승인은 한국의 절차적 공서에 위반된다는 주장을 하였다. 이에 대해 위 판결은 사법권의 독립을 정한 중국 헌법 제126조, 법관의 독립과 당사자의 평등을 정한 중국 민사소송법 제2조, 제6조와 제8조를 검토한 뒤 이를 근거로 “중국의 법원도 법률상 독립되어 재판을 하고, 공평, 적정한 재판을 민사소송의 이상으로 삼고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 위 확정판결이 절차적 공서에 반한다고 할 수 없고”라고 판시하고, 나아가 “가사 중국의 법관의 사회적 지위가 낮고 법률가가 아닌 사람이 포함되어 있다고 하더라도 그러한 사정만으로 위 확정판결이 절차적 공서에 반한다고 할 수 없”다고 판단하였다. 또한 원고는 중국 민사소송법 제219조가 판결의 집행신청기간을 단기간으로 정하고 있으므로 승인기준이 한국 법보다 엄격하다고 주장하였으나 위 판결은 이러한 단기간의 제한은 외국판결에만 적용되는 것이 아니고 중국법원의 판결에도 적용된다고 보고 이를 배척하였다.

다만 위 판결은 말미에 “다만, 우리나라 법원에서 중국과 사이에 상호보증이 있다고 보고 중국의 재판을 승인하였음에도 중국법원이 우리나라와 상호보증이 없다는 이유로 우리나라 재판의 승인, 집행을 거부하는 사례들이 발생한다면, 우리나라 법원으로서도 더 이상 상호보증이 있다는 견해를 유지하기는 어려울 것이다”

102) 이는 구 민사소송법의 조문으로 현행 민사소송법 제217조의 전신이다.

는 설시를 추가하였다. 법원이 이처럼 이례적인 문언을 추가한 것은 양국 간의 상호보증의 존재를 최초로 긍정하는 데 대한 심리적 부담이 있었기 때문일 것이다.

그러나, 중국에는 일본과 중국 간의 상호보증의 부존재를 이유로 일본 재판의 승인·집행을 거부한 사례가 있는 탓에<sup>103)</sup> 일본에는 중일 간 상호보증이 없다고 판단할 유력한 근거가 있다는 견해가 있는데,<sup>104)</sup> 이러한 논의는 한중 간의 관계에서도 마찬가지로 적용될 수 있다는 주장이 가능하다.

#### 라. 한중조약의 처리

위에서 본 바와 같이 한중조약은 2005년 4월 27일 발효되었다. 중국이 한국측에 조약초안을 제시하고 그에 대해 한국이 수정안을 제시하여 논의가 진행되었다. 당초 중국은 판결의 승인 및 집행에 관한 공조를 양자조약의 대상에 포함시키고자 하였으나, 한국은 민사 및 상사에 관한 외국재판의 전면적인 승인을 조약에 규정하기는 이르다는 견해를 취하여 결국 그 부분은 양자조약의 범위에서 제외되었다. 만일 위 판결이 대법원판결이었다면 한국이 양자조약에서 외국재판의 승인 및 집행에 관한 조문을 두자는 중국의 제안을 수용할 수 있었을 것이나, 그것은 하급심 판결이었기에 중국의 제안이 수용되지 않았다고 할 수 있다.

#### 마. 소결

외국재판의 승인 및 집행에 관한 중국의 민사소송법 등 관련규범을 볼 때, 만일 중국법원의 실무가 법규에 따라 이루어진다면 한국과 중국 간에 상호보증의 존재를 긍정할 수 있을 것이다. 그러나, 중국법원이 일본과의 사이에서 상호보증의 존재를 부인한 것을 보면 실무상 한중 간의 상호보증의 존재를 긍정하기는 어려운 것이라는 생각도 든다. 하지만 한국법원이 한중 간의 상호주의의 존재를 인정하는 재판을 먼저 선고하였으므로, 이러한 재판의 존재를 중국측에 널리 홍보한다면 장차 중국법원도 이에 상응하는 재판을 할 개연성이 크다. 위 서울지방법원판결이 先供後得의 의미를 살릴 수 있기를 기대한다.<sup>105)</sup>

<sup>103)</sup> Alice Jong, "Red-chips boom, H-share bust: Can the chinese legal system cope?" LAWASIA journal (1998), pp. 34-35. 渡辺惺之(註 93), 209면에서 재인용. 이는 渡辺惺之(註 93), 210면 말미에 소개되어 있는데, 최고인민법원중국응용법학연구소편, 인민법원안례선—민사, 경제, 지식재산권, 해사, **민사소송절차권(하)**, 인민법원출판사(1997), 2170-2173면에 게재되어 있다고 한다.

<sup>104)</sup> 渡辺惺之(註 93), 209면.

#### IV. 맺음말

이상을 통해 한국 법원이 국제사법에 충실하게 준거법으로 지정된 중국법을 올바르게 적용하고자 노력하고 있음을 확인하였다. 대법원이 과거 法源에 관하여 부적절한 설시를 하고, 외국법의 해석에 관한 일반원칙을 속단하는 잘못을 저지르는 했지만, 한국 법원은 대체로 정확하게 국제사법을 적용하고 그에 따라 준거법으로 지정된 중국법을 제대로 적용하고 있는 것으로 생각된다. 국제사법에 의해 준거법으로 지정된 중국법을 정확히 적용하기 위해서는 중국법에 대한 한국 내 연구수준과 질을 제고할 필요가 있다. 물론 한중조약에 규정된 법정보공조도 적절히 활용할 필요가 있다. 끝으로 두 가지 제언을 하면서 이 글을 마친다.

**첫째, 한국 내 중국법연구의 체계화 및 조직화.** 한국은 지난 수 천년 동안 중국과 이웃으로 지내왔다. 따라서 중국을 제외한다면, 한국이 전세계 국가 중에서 중국법을 포함한 중국의 문화를 가장 잘 아는 국가여야 할 것이나 현실은 그렇지 않은 것 같다. 지난 수천년 동안 축적된 중국에 대한 귀중한 지식과 경험이 근대 격변기를 거치면서 상실된 것인지 모르겠다. 이제부터라도 중국법을 포함한 중국 문화를 제대로 이해하려는 체계적 노력을 기울여야 한다. 이를 위하여는 가까운 장래에 서울대학교 법학전문대학원에 중국법 전임교수를 초빙하고 중국법(또는 동북아법)연구소 설립할 필요가 있으며 장차 이를 아시아법연구소로 확대·개편할 수도 있을 것이다. 전국에 산재하는 중국법 관련 연구소를 통합하는 방안도 고려할 필요가 있다. 오늘 이 자리가 서울대학교 법학전문대학원이 중국법에 대해 좀 더 체계적 접근을 시작하는 귀중한 계기가 되기를 희망한다.

**둘째, 민사사법공조의 영역에서 한중조약에 기초한 한일조약 체결 후 한중일 삼사조약의 체결.** 국제민사사법공조라 함은, 광의로는 모든 사법활동에 관한 국제적 협력을, 협의로는 문서의 송달과 증거의 수집과 조사에 관한 국제적 사법협력을 말한다. 한국은 2000년 헤이그송달협약에 가입했고, 1999년에는 한호조약을, 2003년에는 한중조약을 체결했다. 그러나 한일 간, 중일 간과 한중일 간에는 민사사법공조조약은 없다. 한중일 삼국은 모두 헤이그송달협약에 가입했지만, 1970년 헤이그 증거협약에는 중국과 한국만이 가입했다.<sup>106)</sup> 따라서 필자는 제1단계조치로서 한중

105) 정연호(註 101), 242면 주 22는 중국 법원의 실무관행은 한국 판결의 기판력을 인정하지 않는 것으로 보인다고 하나, 근거를 제시하지는 않는다.

106) 한국은 2009년 헤이그증거협약에 가입하여 2010년 2월 12일부터 한국에서 발효되었다.

조약을 기초로 민사사법공조에 관한 한일조약을 체결하고, 제2단계조치로서 이를 확대하여 한중일조약을 체결할 것을 제안한 바 있으며 여기에서도 이를 거듭 제안한다. 이는 동북아시아의 司法協力を 위한 제일보이다. 한일조약은 협의의 사법공조 외에 외국판결의 승인 및 집행도 함께 규율해야 하고, 삼자조약은 외국판결의 승인 및 집행을 포함해야 한다. 삼자조약의 채택은, 동북아시아의 경제활성화, 광범위한 사법협력, 민사 및 상사 분쟁의 실효적 해결은 물론 동북아시아의 평화와 안정에도 기여할 것이다. 나아가 제3단계조치로서, 1968년 6개국 간에 처음 체결된 유럽공동체의 브뤼셀협약이 40년 동안 동쪽으로 확대해 온 것처럼, 한중일도 ASEAN 국가들과 다자조약을 체결함으로써 삼자조약의 적용범위를 서쪽으로 확대해 나갈 수도 있다. 그 때 한중일과 아세안이 ‘ASEAN + 3’으로 존재하건, ‘동아시아공동체’(EAC)가 결성되건 간에 이는 추진할 만한 가치가 있는 작업일 것이다.

투고일 2010. 8. 14	심사완료일 2010. 9. 1	게재확정일 2010. 9. 3
-----------------	------------------	------------------

---

개관은 석광현, “헤이그증거협약 가입을 환영하며”, **법률신문** 제3806호(2010. 1. 4.), 15면 참조.

## 참고문헌

- 郭玉军, “近年中國有關外國法查明与适用的理论与實踐”, **국제사법연구** 제12호, 2006.
- 곽윤직(편), **민법주해[Ⅷ]** 채권(1), 1995.
- 김연·박정기·김인유, **국제사법** 제2판, 2006.
- 김영환, **법철학의 근본문제**, 2007.
- 김중배, “逸失利益의 算出方法과 算定基準—서울民事地方法院交通部의 裁判 實務傾向을 中心으로—”, **재판자료** 제21집, 1984.
- 유승룡, “섭외 혼인사건에서의 준거법의 지정”, **재판자료** 제101집, 2003.
- 마 광, “중국법의 연원에 대한 연구”, **인권과 정의 통권** 제395호, 2009. 7.
- 莫世健, “중한 외국판결의 승인 및 집행 표준의 조화문제에 관한 중국의 시각”, **국제사법연구** 제15호, 2009.
- 박세일, **법경제학**, 2006.
- 배형원, “한·중민사사법공조조약”, **국제사법연구** 제10호, 2004.
- 석광현, “국제항공운송사고로 인한 손해배상과 국제사법적 사고의 빈곤”, **법률신문** 제3816호, 2010. 2. 8.
- 석광현, “헤이그증거협약 가입을 환영하며”, **법률신문** 제3806호, 2010. 1. 4.
- 석광현, “국제물품매매협약(CISG)을 다룬 최초의 우리 판결”, **법률신문** 제3754호, 2009. 6. 15.
- 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, **국제사법과 국제소송** 제4권, 2007.
- 석광현, **2001년 개정 국제사법 해설** 제2판, 2003.
- 석광현, “민사 및 상사사건에서의 외국재판의 승인 및 집행”, **국제사법과 국제소송** 제1권, 2001.
- 손한기, “중국민사집행절차 개관 - 개정 민사소송법을 중심으로”, **민사소송** 제12권 제1호, 2008.
- 신창선, **국제사법** 제6판, 2007.
- 신창섭, **국제사법**, 2007.
- 沈 涓, “중국 국제사법의 개관”, **국제사법연구** 제9호, 2003.
- 안경환, “영국법과 미국법의 비교연구(IV)—법원의 정립과 구체적 적용—”, **서울대학교 법학 통권** 제90호(제33권 2호), 1992.
- 양승태, “외국금전채권의 이행에 따르는 제문제”, **재판자료** 제34집, 섭외사건의 제

문제(하), 1986.

오지용, “새로운 손해배상 산정방식의 모색-중국의 손해배상 산정방식과 우리 법  
제에서의 시사점-”, **법조** 626호, 2008. 11.

王洪鵬, “韓國判決與仲裁裁決在中國承認和執行”, **국제사법연구** 제13호, 2007.

임치용, “법정보공조”, **국제사법연구** 제4권, 1999.

張瀟劍, “한·중 무역간 CISG의 적용”, **국제사법연구** 제13호, 2003.

전연숙, “국제가사소송사건의 실태분석 및 개성방안—서울가정법원 가사5단독(국제  
가사소송사건 전담재판부) 실무례를 중심으로—”, **국제사법연구** 제12호,  
2006.

전윤중, “한중간 국제거래분쟁의 현황과 해결과제”, **국제사법연구** 제13호, 2008.

정귀호, “損害賠償法理의 再構成—扶養構成理論에 관하여—”, 자동차사고로 인한  
손해배상(상) **재판자료** 제20집, 1984.

정선주, “중국 민사판결의 효력과 집행상의 문제에 대한 의견”, **韓國法과 中國法の  
교류**(2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국  
법의 교류에 관한 국제학술회의 발표자료).

정연호, “중국 민사판결의 효력과 집행상의 문제”, **韓國法과 中國法の 교류**(2010년  
6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국법과 중국법의 교류에  
관한 국제학술회의 발표자료).

정철, **중국의 사법제도**, 2009.

지원림, **민법강의** 7판, 2005.

최승록, “한·중 섭외혼인관계 소송의 심리”, **가사조정** 제5호, 2002.

한숙희, “국제혼인의 파탄사유에 관한 실증적 고찰”, 국제가족법의 최근 쟁점(2009년  
12월 19일 개최된 한국국제사법학회·한국가족법학회 공동세미나 발표자료)

黃進·曾濤, “중국과 한국 간 사법공조의 현황 및 미래”, **국제사법연구** 제15호,  
2009.

HUO Zhengxin, China's Codification of Conflicts Law: Latest Efforts, **韓國法과 中  
國法の 교류** (2010년 6월 11일 서울대학교 법학연구소에서 개최한 한국  
법과 중국법의 교류에 관한 국제학술회의자료).

渡辺惺之, “香港高等法院でなされた第3當事者訴訟を含む一連の訴訟にかかる  
訴訟費用の負擔命令について執行裁判を認めた事例,” **判例時報** 1670号.

黃軻霆, “中國國際民事訴訟法とハーグ「裁判管轄と裁判條約準備草案」,” **阪  
大法學** 第51卷 第2号(通卷 第212号), 2001.

橫山 潤, **國際親族法**, 1997.

조상림 주편, **국제사법**, 2002.

Andrae, Marianne, *Internationales Familienrecht* 2. Auflage, 2006.

Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht* 6. Auflage, 2006.

Melin, Patrick, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*, 2005.

MünckKommBGB/Sonnenberger, 4. Auflage, 2006, IPR.

Eichel, Florian, Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung von §545 Abs. 1 ZPO, *IPRax*, 2009.

Staudinger/Magnus, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, 2005.

Zaitay, Imre, The Application of Foreign Law, Vol. III, Ch. 14, *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1972.

Fawcett, James/Harris, Jonathan/Bridge, Michael, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, 2005.

Fentiman, Richard, *Foreign Law in English Courts : Pleading, Proof and Choice of Law*, 1998.

Geeroms, Sofie, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, 2004.

Hartley, Trevor C., Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, *International and Comparative Law Quarterly*, April 1996.

Redfern, Alan and Hunter, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Fifth Edition, 2009.



<Abstract>

## Several Chinese Law Issues raised before Korean Courts: With Emphases on Laws on Contract, Tort, Marriage and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

Kwang Hyun SUK\*

At present China is the largest trading partner of Korea and personal exchanges between Korea and China are very active. Accordingly, the number of cases where Korean courts are required to apply Chinese law as the governing law is increasing. In this article the author discusses issues on application of foreign law in general, and then presents several cases where Korean courts actually applied Chinese law.

First case is related to a sales contract between a Chinese seller and a Korean buyer. Since the parties did not select a law applicable to the contract, the Korean courts correctly held that the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods applied to the contract. While the plaintiff filed a suit requesting the defendant to pay the outstanding balance of the sales proceeds, the defendant exercised its right of set-off based upon its alleged claim for compensation of damages arising from the plaintiff's breach of contract. The court of first instance applied Korean law, whereas the court of second instance applied Chinese law, which is correct. Second case is related to a case for compensation of damage suffered by successors of a Korean passenger killed by the crash of a domestic flight airplane in China. The family of the deceased Korean filed a suit against the Chinese airline to seek compensation of damages incurred by the death of their husband/father. Courts of both first and second instances applied Chinese law to the tort. The judgment of first instance adopted the so-called succession theory whereby the claim for compensation of damage (i.e., loss of income) of the deceased is succeeded to by the successors of the victim. On the other hand the court of second

---

\* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

instance adopted the support theory whereby the successors lose their right to support. Third case is related to a sham marriage between a Korean husband and a Chinese wife which has been held invalid. Fourth case is related to recognition of a Chinese judgment by Korean court. After comparing the requirements for recognition and enforcement of both Korean and Chinese laws, the Korean court acknowledged the existence of reciprocity between Korea and China. Obviously, this conclusion is based upon the assumption that Chinese courts will in reality comply with its internal law regulating recognition and enforcement of foreign judgments.

Korean courts appear to apply Chinese law that has been designated as the law applicable to the issue in question as well as the Korean Private International Law Act correctly. In order to enable Korean courts to apply Chinese law more correctly, we need to enhance the level and quality of research on Chinese law in Korea. Of course Korean courts will need to make use of the legal information cooperation set forth by the bilateral treaty between Korea and China.

Key words: application of foreign law, law applicable to set-off, law applicable to tort, survival action, wrongful death action, sham marriage, recognition and enforcement of foreign judgments