

외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제

경북대학교 법학전문대학원 부교수/변호사 이 헌 목

*논문접수: 2017. 6. 29. *심사개시: 2017. 7. 28. *게재확정: 2017. 8. 13.

〈 목 차 〉

I. 들어가기	V. 입법적 제안
II. 외국재판의 승인의 이론적 근거의 재정립	1. 승인 및 집행의 대상의 확대
1. 기존의 이론	2. 기판력의 존부에 대한 판단기준
2. 우리의 경우에 있어서 외국재판을 승인 하는 근거	3. 절차참가권의 보장
3. 외국재판을 승인하는 근거의 재정립	4. 구제절차의 마련
III. 확정된 외국재판의 의미	VI. 추가적 문제로서의 상호보증
1. 외국재판의 확정과 관련한 문제	1. 상호보증의 의미
2. 외국재판의 확정의 판단기준	2. 문제점
IV. 결석판결(default judgment)과 동의판결 (consent judgment)의 승인여부	3. 상호주의의 폐지의 필요성
1. 결석판결	VI. 나가기
2. 동의판결(consent judgment) 또는 동의 명령(consent order)	

I. 들어가기

한 국가의 사법권의 행사는 주권적 행위의 하나이므로 그 국가의 영토 내에서

만 효력이 있는 것이 원칙이다. 그러나 민사소송법 제217조에서는 일정한 요건이 충족되면 외국법원의 재판(이하 ‘외국재판’이라고 한다.)이 국내에서도 효력을

가질 수 있도록 규정하고 있고, 민사집행법 제26조에서는 외국재판에 대하여 제27조의 집행판결을 받으면 그 외국재판에 기초하여 강제집행을 할 수 있도록 규정하고 있다.¹⁾²⁾ 그러나 외국재판의 승인 및 집행을 허용여부나 그 요건과 효과가 나라마다 동일한 것은 아니다. 예를 들어 네덜란드처럼 국제협약이 없는 경우에는 외국재판의 효력을 인정하지 아니하는 경우, 미국처럼 외국재판을 국내

재판과 같이 널리 승인하여 주는 경우,³⁾ 영국(England를 의미한다. 이하 동일하다.)처럼 상호보증을 요구하지 않으면서도 확정된 금전의 지급을 명하는 외국재판에 대하여만 승인 및 집행을 허용하는 경우⁴⁾도 있다. 이와 같이 외국재판에 대하여 어떠한 효력을 인정할 것인지는 원칙적으로 주권을 가진 국가의 입법정책의 문제이다.⁵⁾

1) 이러한 집행판결이 본래 국내에서도 인정되는 외국재판의 집행력을 확인하는 판결인지 아니면 본래 국내에서는 부인되고 있는 외국재판에 대하여 새로이 집행력을 부여하는 판결인지 논의가 있다(석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 417쪽). 이러한 논의에 따라서 집행판결의 소송물이 실체법상의 청구권인지 아니면 집행판결을 구하는 청구권인지 차이를 가져온다(앞의 책, 같은 쪽).

2) 민사소송법 제217조의 승인요건이 구비되면, 외국재판은 별도의 절차를 요하지 아니하고 자동적으로 기판력을 포함한 효력(집행력은 제외)이 우리나라에 확장되는데 이를 ‘자동승인’이라고 한다. 그러나 강제집행은 국가의 강제력의 행사이고 외국재판이 우리나라에서 당연히 강제력을 가진다고 할 수 없으므로 외국판결에 기초하여 강제집행하기 위해서는 우리 법원의 집행판결을 받아야 한다. 집행판결청구의 소를 심리하는 법원은 승인요건의 구비 여부만을 조사할 수 있고 공서양속의 위반을 제외하고는 재판의 내용이 옳고 그름을 조사할 수 없다. 이것을 실질재심사(révision au fond) 금지의 원칙이라고 한다(석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 20권 1호(2014.6.), 29쪽).

3) Ralf Michaels, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, available at http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship, p. 3. 미국 헌법 제4장 제1조에서는 “다른 모든 주의 법령, 기록과 사법절차는 각 주에서 충분한 신뢰와 신용이 부여되어야 한다. 그리고 의회는 일반법에 의하여 그러한 법령, 기록과 사법절차가 증명되기 위한 방법과 그 효력에 관하여 규정할 수 있다.”(Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.)고 규정하여 각 주 상호 간에 재판이 다른 주에서도 승인될 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이를 ‘Full Faith and Credit doctrine’이라고 한다. 이러한 ‘Full Faith and Credit doctrine’은 각 주가 다른 주의 재판에 대하여 자신의 재판과 동일한 효력을 부여해야 한다는 의미로 해석되고 있다. 그런데 Restatement (Third) of Foreign Relations Law 제481조 comment c에서는 승인된 외국재판에 대하여는 미국의 다른 주의 재판과 동일한 효력이 부여되어야 한다고 하여 ‘Full Faith and Credit doctrine’이 외국재판에 대하여도 적용되도록 하는 취지의 규정을 두고 있고, 이에 따라서 대부분의 미국 법원은 큰 논의를 거치지 아니하고 자신의 법에 따라서 외국재판의 기판력의 범위를 결정하고 있다.

4) Lord Collins of Mapesbury, Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 2012, para. 14-022.

5) 구자현, “집행판결의 대상이 되는 외국법원의 판결의 의미”, 대법원판례해설 83호(2010.4.), 323쪽.

그런데 2014년 민사소송법이 개정되기 전 민사소송법에서는 “외국법원의 확정판결”만을 승인의 대상으로 규정하였지만, 2014년 개정 민사소송법에서는 “외국법원의 확정판결” 이외에 “이와 동일한 효력이 인정되는 재판”도 승인의 대상으로 포함시켰다.⁶⁾⁷⁾ 이와 같이 개정된 이유는 외국법원의 판결뿐만 아니라 결정 등의 그 밖의 재판도 승인대상에 포함시킴으로써 승인의 대상을 확장하는데 있다.⁸⁾ 하지만 외국재판의 형태와 내용이 다양하기 때문에 “확정판결과 동일한 효력이 인정되는 재판”에는 수많은 형태의 재판이 포섭될 수 있고 그만큼 불확실성이 가중되었다고 볼 수 있다. 이 글에서는 영국법상의 재판제도와 승인제도를 기초로 하여 우리법상의 승인의 대상인 외국재판의 범위와 관련한 몇 가지 문제를 제기하고 이에 대한 해결방법을 제시함으로써 조금이나마 승인의 대상인 ‘외국재판’의 개념적 불확실성을 줄이는데

기여하고자 한다. 이러한 논의를 전개하기 전에 외국재판의 승인의 대상, 요건, 효과 등에 관한 기초적 토대를 제공하고 있는 외국재판의 승인의 이론적 근거를 재정립하고, 이와 같이 재정립된 이론적 근거를 가지고 현행법의 해석과 함께 입법론을 제시하고자 한다.

II. 외국재판의 승인의 이론적 근거의 재정립

1. 기존의 이론⁹⁾

외국재판의 승인의 이론적 근거로는 대표적으로 국제예양(comity of nations)과 의무이론(doctrine of obligation)¹⁰⁾이 있다. 과거에는 국제예양이 지배적 견해이었다. 국제예양은 네덜란드에서 처음으로 주장되었지만 그 구체적 의미는 미국 연방대법원 *Hilton v. Guyot* 판결¹¹⁾에 의하여 확립되었다.¹²⁾ 이 판결에서 미국 연방대법

6) 외국재판의 승인 및 집행에 관한 규정의 변천에 관하여는 석광현, 앞의 글(주2), 30쪽 이하 참조.

7) 확정판결과 동일한 효력은 기관력을 의미하는 것으로 보인다. 외국법상 화해판결과 인낙판결이 확정판결과 동일한 효력을 가진다면 이들은 확정판결과 동일한 효력이 있는 재판에 해당하겠지만 기관력이 없으면 그렇게 볼 수는 없다(석광현, 앞의 글(주2), 60쪽).

8) 법률 제13952호 민사소송법 일부개정법률 제정·개정문 참조.

9) 외국재판의 승인 및 집행의 근거에 관한 자세한 논의는 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 법학연구 제23집(2006.8.) 참조.

10) 이를 ‘기득권이론’(vested right theory)라고도 한다.

11) 159 U.S. 113 (1895).

12) Michaels, *supra* n. 3, p. 2.

원은 프랑스 법원의 판결의 승인을 거부하면서 “국제예양이란 법률적 관점에서 상대방에 대한 절대적 의무사항도 아니고 단순히 선의에 불과한 것도 아니다. 국제예양은 국제적 의무와 편의, 자신의 국민 또는 자신의 법의 보호 하에 있는 사람의 권리를 고려하여 어느 국가가 그 영토 내에서 다른 국가의 입법적, 행정적, 사법적 행위의 승인을 허용하는 것을 말한다.”¹³⁾고 판시하고 있다. 이를 간단히 정리하면, 외국의 주권행사를 존중해 주어야 하지만 그 외국도 우리의 주권을 존중해 줄 때 비로소 우리도 그 외국의 주권을 존중하겠다는 상호주의(reciprocity)를 의미한다. 영국도 외국재판의 승인의 근거를 최초로 국제예양에서 찾았지만 1842년 Russell v Smyth 판결¹⁴⁾에서 적법한 관할을 갖고 있는 법원이 일정한 금액의 지급을 명령하였다면 그 금액을 지급할 책임은 영국에서도 집행할 수 있는 법적 의무가 된다는 ‘의무이론’으로 대체한 이래로 이 이론이 계속 유지되고 있다.¹⁵⁾ 국제예양이 국가 간의 공적 관계를

바탕으로 하고 있다면 의무이론은 당사자 사이의 사적 관계를 바탕으로 하여 외국재판을 승인해야 한다고 보고 있는 점에서 양자 사이에는 차이가 있다.¹⁶⁾ 이러한 이론적 차이점 이외에 국제예양에서는 상호주의를 요구하므로 외국재판의 승인에 대하여 엄격한 요건을 요구할 수밖에 없는 반면에, 의무이론은 이러한 상호주의를 요구하지 아니하므로 국제예양에 비하여 자유로운 재판의 이동이 보장된다.

2. 우리의 경우에 있어서 외국재판을 승인하는 근거

우리의 경우에는 민사소송법 제217조 제1항 제4호에서 외국재판을 승인하기 위한 요건으로 상호보증을 요구하고 있는데 상호주의는 국제예양을 근거로 하므로 우리 민사소송법이 국제예양의 영향을 받았다는 점을 부정할 수 없다. 그렇다고 전적으로 국제예양을 근거로 하여 외국재판을 승인하고 있는 것은 아니다.

13) “‘Comity,’ in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws.”

14) (1842) 9 M. & W.

15) Fawcett/Carruthers/Peter North, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, 14th Edition, Oxford University Press, 2008, p. 514.

16) Michaels, supra n. 3, p. 2.

대법원 1992. 7. 14. 선고 92다2585 판결에서는 “영사관계에관한비엔나협약 제 5조 제이(j)항에는 파견국 영사는 파견국 법원을 위하여 소송서류 또는 소송 이외의 서류를 송달할 수 있도록 되어 있으나, 이는 자국민에 대하여서만 가능한 것이고, 우리나라와 영사관계가 있더라도 송달을 받을 자가 자국민이 아닌 경우에는 영사에 의한 직접실시방식을 취하지 않는 것이 국제예양이며..”라고 판시하여 국제예양을 언급하고 있지만, 국제예양을 국제법적 관습이라는 의미로 사용한 것으로 보이며 외국재판의 승인의 근거로 사용한 것으로 보기 힘들다. 그리고 그 밖에 국제예양을 언급하고 있는 대법원 판결은 없는 듯하다. 반면에 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결에서는 “집행판결의 제도는, 재판권이 있는 외국의 법원에서 행하여진 판결에서 확인된 당사자의 권리를 우리나라에서 강제적으로 실현하고자 하는 경우에 다시 소를 제기하는 등 이중의 절차를 강요할 필요 없이 그 외국의 판결을 기초로 하되 단지 우리나라에서 그 판결의 강제실현이 허용되는지 여부만을 심사하여 이를 승인하는 집행판결을 얻도록 함으로써 당사자의 원활한 권리실현의 요구를 국가의 독점적·배타적 강제집행권 행사

와 조화시켜 그 사이에 적절한 균형을 도모하려는 취지에서 나온 것이다.”라고 판시하고 있다. 이 판시내용 중 밑줄 친 부분을 중심으로 전체 맥락을 이해하면 영국의 의무이론을 보는 듯하다. 이와 같은 입법과 판례를 종합하면 우리의 경우에 있어서는 외국재판을 승인하는 근거가 확립되어 있다고 볼 수 없다.

3. 외국재판을 승인하는 근거의 재정립

민사소송절차가 당사자의 사적 권리를 구제하는데 주된 목적이 있으므로 국가간의 관계인 국제예양을 근거로 하여 외국재판을 승인하는 것은 이해하기 힘들다. 더욱이 국가의 주권이나 독립성을 강조하여 국제예양에서 외국재판의 승인을 찾는 것은 구시대적이란 점¹⁷⁾에서도 국제예양을 근거로 하여 외국재판을 승인한다는 것은 합당하지 않다. 현재 우리나라에서 외국재판의 승인의 근거를 국제예양에서 찾는 건해는 찾아보기 힘들며 일반적으로 외국재판의 승인은 세계화의 기조 속에 원활한 국제거래의 증진에 큰 기여를 할 것이란 점, 이중의 소송을 방지하여 소송경제에 적합하다는 점, 국제적으로 모순된 판결을 방지할 수 있다는 점 등과 같은 실질적인 이유를 그 근거

17) Fawcett, supra n. 3, p. 514.

로 제시하고 있다.¹⁸⁾ 최근 영국이 유럽연합으로부터 탈퇴선언(Brexit)을 하였는데, 이러한 탈퇴에 따라서 외국재판의 승인 및 집행에 관한 유럽연합법이 영국에서 적용이 중단되면 런던의 세계적 금융시장으로서의 지위가 약화될 것이라는 주장도 외국재판의 승인이 국제거래에 실질적 기여를 하고 있다는 점을 보여준다.¹⁹⁾ 그런데 위와 같은 이유들을 종합해 보면 궁극적으로 재판의 효력에 있어서 국경을 없애자는 ‘재판의 자유로운 이동’(free movement of judgments)으로 수렴된다.

‘재판의 자유로운 이동’을 위해서는 외국재판의 승인의 의미를 외국의 주권적 행위의 존중에 둘 것이 아니라 외국재판에 의하여 형성된 당사자 사이의 권리의 무의 관계인 법률관계의 승인에 두어야 한다.²⁰⁾ 이러한 결론에 따르면 승인의 대상은 단순히 외국재판이 아니라 ‘외국재판에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’가 된다. 예를 들어 외국

재판에서 피고가 원고에게 미화 10만 달러를 지급하도록 판결하였고 이러한 판결이 확정되었다면, 승인의 대상은 외국법원의 사법권의 행사가 아니라 사법권의 행사의 결과인 피고가 원고에게 10만 달러의 채무를 부담하고 있다는 법률관계가 된다. 그러나 위와 같은 경제적 측면에서만 외국재판의 승인의 근거를 찾기 보다는 민사소송의 주된 목적인 당사자의 권리구제도 외국재판의 승인의 근거가 되어야 함을 당연하다. 이와 같이 당사자의 권리구제도 외국재판의 승인의 근거로 본다면 역설적으로 우리가 승인해야 하는 대상을 외국재판에 한정시킬 필요는 없으며, 재판상 화해와 같이 외국재판에 상응하는 효력이 있는 외국의 제도도 승인되어야 한다. 즉 ‘외국재판’이 아니라 ‘외국법’에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계가 승인의 대상이 되어야 한다. 이에 관하여는 아래에서 다시 논하도록 한다.

18) 최광웅, “외국판결의 효력”, 사법논집 제18집(1987.12.), 332쪽; 윤성근, “외국판결 및 중재판정승인거부요건으로서의 공서위반”, 국제사법연구 20권 2호(2014.12.), 438쪽; 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 인권과 정의 353호(2006.1.), 159쪽; 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념”, 이화여자대학교 법학논집 21권 2호(2016.12.), 62쪽; Michaels, *supra* n. 3, p. 1.

19) 좀 더 자세한 내용은 이현목, “브렉시트(Brexit)에 따른 영국 내 민상법상의 문제”, 법률신문, 2017. 6. 19. 참조.

20) 유럽공동체의 「민사 및 상사에 관한 재판의 관할과 집행에 관한 협약」(Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters; 이하 ‘브뤼셀협약’이라고 한다.) 서문에서도 이 협약이 당사자의 권리구제(to strengthen in the Community the legal protection of persons)에 목적이 있다고 규정하고 있다.

III. 확정된 외국재판의 의미

1. 외국재판의 확정과 관련한 문제

민사소송법 제217조 제1항에서는 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”을 외국재판의 승인의 대상으로 규정하고 있으므로 확정된 외국재판만이 승인의 대상이 된다. 민사소송법에서 재판이 확정되었다는 의미는 당해 사건에 대한 소송절차가 최종적으로 종결되어 그것에 하자가 있다고 하더라도 다시 통상의 절차로는 더 이상 다룰 수 없는 기판력이나 형성력, 집행력을 갖는 판결을 뜻한다.²¹⁾ 이와 같이 재판이 확정되면 소송법적 측면과 실체법적 측면에서 효력이 발생한다. 먼저 소송법적 측면으로, 당사자는 더 이상 확정된 재판에 대하여 불복할 수 없다. 이를 ‘형식적 확정력’이라고도 한다. 민사소송법 제498조에서는 “판결은 상소를 제기할 수 있는 기간 또는 그 기간 이내에 적법한 상소제기가 있을 때에는 확정되지 아니한

다.”고 규정하여 재판이 확정되었다는 뜻은 더 이상 그 재판에 대하여 불복할 수 없다는 의미란 점을 명시하고 있다. 그리고 실체법적 측면으로, 확정된 재판에서 확정된 법률관계는 진실한 법률관계로 취급되어 재판을 한 법원 및 다른 법원은 확정된 재판에서 확정된 법률관계와 다른 사실을 인정할 수 없는데, 이를 ‘기판력’ 또는 ‘실질적 확정력’이라고 한다. 그리고 확정된 중국판결이 이행판결이라면 강제집행을 할 수 있는 집행력이 발생한다(민사집행법 제24조). 그러나 기판력과 집행력이 발생되기 위한 요건은 나라마다 차이가 있기 때문에 외국법원의 재판이 확정되었는지 여부를 우리법과 재판국법 중 어느 법에 의하여 판단해야 하는가의 문제가 발생한다.

예를 들어 영국에서는 법원의 판결에 기판력과 집행력이 발생하기 위해서는 판결이 최종적(final and conclusive)²²⁾이어야 한다.²³⁾ 이때 판결이 최종적이란 의미는 우리법상 판결의 확정과 그 요건에

21) 대법원 1995. 2. 14. 선고 93제다27 전원합의체 판결.

22) 영국의 common law에 따르면, 판결이 최종적이란 의미는 판결을 선고한 법원이 동일한 당사자 사이의 나중의 절차에서 종전에 선고한 판결을 변경할 수 없다는 것을 의미하므로 외국의 재판 중 최종적 재판이 유보된 잠정적 재판은 승인되지 아니하고 기판력이 인정되지 아니한다(Fawcett, *supra* n. 3, p. 536).

23) 영국의 사법시스템의 독특한 제도로 사법판정부가 있다. 사법판정부는 법원이 아니면서도 법률상 분쟁에 대하여 최종적 판단을 할 수 있는 권한이 있는 기구로서 노동분쟁 등 특별한 경우에만 법률에 의하여 인정되는데, 그 구성에 관하여는 Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007이 적용된다. 사법판정부도 법률상 분쟁에 관하여 최종적 판단을 할 수 있다는 점에서 그 판정에는 기판력이 발생한다(Stuart Sime, *Res judicata* and ADR, C.J.Q. 2015, 34(1), pp. 42-43). 우리의 경우에는 특허법 제163조에서 “이 법에 따른 심

있어서 차이가 있다. 영국의 경우에는 판결에 대한 상소와 관계없이 당해 판결이 완성(perfection)된 때에 판결이 최종적이 되고 기판력이 발생한다.²⁴⁾ 영국민사소송규칙 제40.7조에 따르면 판결은 선고되는 즉시 효력을 발생하지만, 제40.3조에 따라서 원칙적으로 법원이 판결문을 작성한 때에 판결이 완성된다. 판결을 선고한 법원은 판결문을 작성하기 전까지 예외적 사정이 존재한다면 변론을 재개하거나 판결의 내용을 수정할 수 있으므로 이때까지 판결이 완성된 것이라고 볼 수 없고 결국 그 판결이 최종적이라고 볼 수 없다.²⁵⁾ 이러한 이유에서 판결이 선고된 때가 아니라 판결이 완성된 때에

기판력이 발생한다.

이와 같이 판결이 완성되었다면 법원에 의하여 제1심 판결의 효력이 정지(stay)되지 아니하는 한, 당사자가 항소를 제기하더라도 제1심 판결의 기판력과 집행력²⁶⁾은 여전히 유지되며, 다만 항소법원이 항소를 받아들였다면 제1심 판결의 기판력과 집행력은 소멸되고 항소심 판결에 대하여만 기판력과 집행력이 발생한다.²⁷⁾ 제1심 판결에 대하여 기판력과 집행력을 인정하는 이유는 소송지연만을 목적으로 한 항소를 방지하는데 있다.²⁸⁾ 덧붙여 영국민사소송규칙 제52.3조 제1항은 당사자가 항소하기 위해서 원칙적으로 법원의 항소허가(permission to appeal)²⁹⁾

판의 심결이 확정되었을 때에는 그 사건에 대해서는 누구든지 동일 사실 및 동일 증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다”고 규정하여 법원의 판결이 아닌 특허심판원의 심결에 대하여 기판력과 유사한 일사부재리의 효력을 인정하고 있지만, 유력한 증거가 새로이 제출된 경우에는 확정된 심결을 반복할 수 있는 등(대법원 2013.09.13. 선고 2012후1057 판결), 기판력과 일사부재리의 효력은 차이가 있다.

24) Neil Andrews, *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, para. 39.11.

25) Peter Barnett, *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*, Oxford, 2001, para. 1.32. 영국법상 판결이 완성되는 시기에 관하여는 Andrews, *supra* n. 24, para. 46.62 이하 참조.

26) 우리의 경우에는 가집행선고가 있는 경우를 제외하고는 확정되지 아니한 판결에 집행력이 발생하지 아니하지만, 영국에서는 제1심 판결만으로 강제집행이 가능하고 제1심 판결에 대하여 항소를 제기하더라도 항소법원이 강제집행을 정지시키지 아니하는 한, 항소를 제기했다는 사실만으로 강제집행이 정지되지 아니한다(영국민사소송규칙 제52.7조).

27) Sime, *supra* n. 23, pp. 42-43; Barnett, *supra* n. 25, fn. 55.

28) Neil Andrews, *Andrews on Civil Processes Volume I*, Intersentia, 2013, para. 15.18. 「사법통일을 위한 국제기구」(UNIDROIT)와 미국법협회(ALI)가 마련한 국제민사소송원칙(ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure)에서도 동일한 취지로 제26.1조에서 “제1심 법원의 최종판결은 일반적으로 즉시 효력을 가져야 한다.”(The final judgment of the first-instance court ordinarily should be immediately enforceable.)고 규정하고 있다.

29) 제1심 법원이 항소허가를 거부한데 대하여 당사자는 항소법원에 항소허가를 신청할 수 있고, 제1심 법원이 한 항소허가를 항소법원이 취소할 수도 있다(Andrews, *supra* n. 28, para. 15.25).

를 받도록 요구하는데, 제52.6조에서는 항소가 받아들여질 가능성이 있거나 항소를 허용해야 하는 정당한 이유가 있는 경우³⁰⁾에만 항소허가를 하도록 규정하고 있다.³¹⁾ 이에 따라서 사소한 이유, 성공 확률이 낮은 이유, 본안에서 벗어난 이유에 의한 항소를 불허한다. 항소에 허가를 요구하는 이유도 제1심 판결이 최종적이라는 점에 바탕을 두고 있다.³²⁾ 제1심 판결의 최종적 성질을 유지하기 위하여 영국은 다른 국가에 비하여 제1심에 좀 더 집중적인 심리를 진행하고 있다고 한다.³³⁾

2. 외국재판의 확정판결의 판단기준

위와 같은 문제에 대한 자세한 논의를 찾아볼 수 없지만 ‘확정’의 의미는 우리 법에 따르되 확정 여부는 재판국법에 따르자는 취지의 주장이 있다.³⁴⁾ 이 주장에서는 영미법상으로는 제1심 판결이 선고되어 당해 법원을 구속하더라도 만일 항

소가 제기되어 아직 우리 법상 형식적 확정력에 상응하는 효력이 발생하기 전이라면 한국에서는 승인될 수 없다는 견해를 취하고 있다.³⁵⁾ 외국재판의 승인을 규정하고 있는 민사소송법 제217조에서 사용하고 있는 용어의 의미는 우리법에 따라서 해석해야 하므로 ‘외국법원의 확정재판’의 의미도 우리법에 따를 수밖에 없지만, 외국의 소송절차에서 확정되었는지 여부는 ‘절차는 법정지법에 따른다’는 원칙상 그 나라의 소송법이 적용될 수밖에 없다. 따라서 가집행선고가 붙은 외국 판결이 그 외국에서 집행력을 갖고 있다고 하더라도 우리법상 확정되지 아니한 이상 우리나라에서 승인될 수 없다.³⁶⁾ 덧붙여 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다 68910 판결에서는 승인대상이 외국판결을 “종국적으로 한 재판”이라고 판시하고 있는데, 그 의미도 당사자 사이의 법률관계를 확정시키고 더 이상의 변동가

30) “(a) the court considers that the appeal would have a real prospect of success; or (b) there is some other compelling reason why the appeal should be heard.”

31) Stuart Sime, A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford, 2008, paras. 46.17 - 46.29.

32) Andrews, supra n. 24, para. 6.129.

33) Andrews, supra n. 28, para. 15.14.

34) 석광현, 앞의 책(주1), 349쪽. 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, YGBL 제2권 제1호(2010), 201쪽에서는 “판결의 확정은 그 판결을 한 외국의 절차에 있어 통상의 불복방법으로는 더 이상 불복할 수 없는 상태를 의미하고 무엇이 통상의 불복방법에 해당하는가는 당해 판결국법에 의하여 결정할 문제이다.”라고 하여 앞서의 주장과 동일한 입장이다.

35) 석광현, 앞의 책(주1), 349쪽.

36) 앞의 책, 같은 쪽.

능성이 없는 형식적 확정력이 있는 재판
을 말한다고 보아야 할 것이다. 그리고
민사소송법 제217조 제2항에서는 제1항
에서 규정하고 있는 승인의 요건이 충족
되었는지 여부를 직권조사사항으로 규정
하고 있으므로 법원은 해당 외국판결이
선고된 국가의 소송법을 조사하여 외국
판결이 형식적으로 확정되었는지 여부를
확인할 필요가 있다.³⁷⁾

한편 외국법원의 재판이 확정되었는지
여부, 즉 불복이 가능하지 여부는 재판국
법에 따를 수밖에 없다는 점에서 민사소
송법상의 ‘확정된 재판’의 의미가 반드시
명확한 것은 아니다. 예를 들어 우리 민
사소송법에 따르면 판결에 대한 통상의
상소가 허용되지 않는다면 재심절차가
가능하더라도 판결이 확정된 것으로 보
는데, 영국에서는 엄격한 요건 하에서 상
소허가를 받은 경우에만 상소가 허용된
다는 점을 감안하면 영국에서의 상소를
우리의 재심에 상응하는 제도로 파악하
고서 영국의 제1심 법원의 판결을 우리
법상 확정판결이라고 해석할 여지도 있

다. 더욱이 2014. 5. 20. 개정 민사소송법
제217조 제1항에서 확정판결만이 아니라
이와 동일한 효력이 있는 재판도 승인
및 집행의 대상으로서의 외국재판에 포
함시켰고, 확정판결과 동일한 효력이 있
는 재판이 단일한 형태와 속성을 갖는
것도 아니기 때문이다.³⁸⁾

그러나 민사소송법 제451조의 재심은
확정된 중국판결에 재심사유에 해당하는
중대한 하자가 있는 경우에 그 판결의
취소를 취소하는데 그치지 아니하고 이
미 종결된 소송을 부활시켜 재심판을 구
하는 비상의 불복신청방법으로서 확정된
중국판결이 갖는 기판력, 형성력, 집행력
등 판결의 효력의 배제를 주된 목적으로
한다.³⁹⁾ 환언하면 재심청구의 소송물은
재심청구의 허부와 재심이 허용됨을 전
제로 한 본안심판의 두 개로 구성되어
있다.⁴⁰⁾ 그리고 재심은 취소의 대상인 확
정된 중국판결을 한 법원의 전속관할로
하는 것이 원칙이므로(민사소송법 제53
조 제1항) 확정판결을 한 법원이 자신의
확정판결을 취소하는 절차이다. 대법원

37) 권혁준, 앞의 글(주34), 201쪽.

38) 한충수, “국제민사소송절차와 국제도산절차에서의 외국재판”, 민사소송 제20권 2호(2016. 11.), 59쪽에서
는 이러한 이유로 당사자의 절차참여가 보장된 상태에서 발해진 보전재판을 확정판결과 동일한 효력이
있는 재판에 귀속시키더라도 이론적인 결함이 없다고 주장하고 있다.

39) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결.

40) 대법원 1994. 12. 27. 선고 92다22473 판결.

1987. 7. 28. 자 87마590 결정에서도 재심 사건에서 그 재심의 대상으로 삼고 있는 확정된 원재판은 재심사건의 하급심판결에 해당하지 아니한다고 판시하여 상소제도와 재심제도를 엄연히 구분하고 있다. 반면에 영국의 상소제도는 하급심법원의 재판에 대하여 상급심법원에 불복하는 절차라는 점에서는 우리의 재심보다는 상소에 유사한 제도이다. 그리고 유럽연합의 「민사 및 상사에 관한 재판의 승인 및 집행 그리고 관할에 관한 규칙」(이하 ‘브뤼셀규칙 recast’라고 한다.)⁴¹⁾ 제51조 제1항에서는 통상의 불복(ordinary appeal)이 있는 경우에 집행거부절차(proceedings for the refusal of enforcement)⁴²⁾를 중단할 수 있도록 규정하고 있는데, 영국의 상소제도의 특수성으로 인하여 영국의 상소제도가 통상의 불복⁴³⁾에 해당하는지 여부가 애매하기 때문에 브뤼셀규칙 recast 제51조 제2항에서는 영국의 상소제도가 통상의 불복에 해당한다

고 규정하여 입법적으로 위 문제를 해결하고 있다. 이러한 사실에서 유럽연합과 영국에서 영국의 상소제도가 재심과 같이 특수한 구제절차로 받아들여지는 것이 아니라 통상의 불복절차로 취급되고 있다는 점을 알 수 있다. 따라서 영국의 제1심 판결이 비록 영국법상 기판력과 집행력을 갖고 있다고 하더라도 우리법상 확정된 재판이라고 볼 수 없고, 더 이상 상소가 허용되지 아니하는 상태가 되어 형식적으로 확정된 경우⁴⁴⁾에 비로소 ‘확정된 외국법원의 재판’으로서 국내에서 승인될 수 있다고 봐야 한다.

위와 같은 논의에 덧붙여 우리 민사집행법 제56조 제4호에서는 일정한 금액의 지급이나 대체물 또는 유가증권의 일정한 수량의 급여에 관한 강제집행의 수락의 취지가 기재된 공정증서를, 그리고 공증인법 제56조의3 제3항에서는 건물이나 토지 또는 일정한 동산의 인도 또는 반

41) REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)

42) 브뤼셀규칙 recast 제39조에서는 별도의 집행판결이 없더라도 유럽연합회원국의 법원의 재판이 다른 회원국에서 집행되도록 규정하고, 집행거부사유가 있는 경우에는 오히려 집행을 당하는 당사자가 제46조에 따라서 집행거부신청을 하도록 규정하고 있다.

43) 유럽연합사법재판소(Court of Justice of the European Union) *Industrial Diamond Supplies v Riva* 판결(Case 43/77, [1977] ECR 2175)에서 통상의 불복이란 어느 당사자라도 합리적으로 예상할 수 있는 일반적 소송절차라고 보았다.

44) 영국에서는 제1심 판결이 선고된 날로부터 21일 내에 항소를 제기해야 한다(영국민사소송규칙 제52.12조(2)(b)).

환에 관한 강제집행을 수락하는 취지가 기재된 공정증서를 각 집행권원으로 보고 있다.⁴⁵⁾ 독일이나 일부 유럽국가에서도 공정증서(authentic instrument)에 대하여 집행력을 인정하고 있는데 이러한 공정증서가 우리나라에서 승인 및 집행될 수 있는지 논의가 있다. 그런데 외국재판의 범위에 관한 앞서의 논의를 적용하면, 비록 공정증서가 작성된 국가에서 집행력이 있다고 하더라도 당사자의 합의사항을 공증인이 확인한 것에 불과한 공정증서는 당사자의 합의를 기계적으로 기록한 것에 불과하므로 승인이나 집행의 대상인 ‘외국재판’이라고 보기에 무리가 있다.⁴⁶⁾ 브뤼셀규정 recast 제4장(CHAPTER IV) 이하에서는 공정증서나 소송상화해가 이루어진 유럽연합의 회원국에서 그러한 공정증서나 소송상화해가 집행력을 갖고 있다면 다른 회원국에서도 집행되어야 한다고 규정하고 있는데, 이와 같이 브뤼셀규정 recast에서도 법원의 재판과 공정증서 및 소송상화해를 개념적으로 구분하고 있다.

IV. 결석판결(default judgment)과 동의판결(consent judgment)의 승인여부

영국에서 법원의 재판에 기판력이 발생하기 위해서는 그 명칭에 관계없이 사실과 법에 대한 사법적 판단(judicial decision)이어야 한다.⁴⁷⁾ 그런데 영국에서는 민사소송절차에서 분쟁에 대한 심리가 진행되지 아니하고 내려진 판결인데도 불구하고 기판력을 갖고 있는 경우가 있다. 결석판결(default judgment)과 동의판결(consent judgment)이 그러하다.

1. 결석판결

가. 결석판결의 내용

영국민사소송규칙 제12.1조에 따르면 피고가 정해진 기간 내에 송달수령통지(acknowledgment of service)⁴⁸⁾ 또는 답변서를 제출하지 아니하면 원고는 법정되어 있는 신청서를 제출하여 법원으로부터 원고승소의 결석판결(default judgment)

45) 그러나 기판력이 인정되지 아니하므로 채무자는 채무부존재확인인 소를 제기하거나 집행력을 배제시키기 위하여 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

46) 한충수, 앞의 글(주38), 51쪽.

47) Barnett, *supra* n. 25, para. 1.24. 반드시 법원에 의한 판단일 필요도 없으며 재판국법상 사법적 판단을 할 수 있도록 권한이 수여된 기관이면 충분하다(ibid, para. 1.19).

48) ‘송달수령통지’란 피고가 답변서 제출기한 내에 답변서를 제출할 수 없거나, 법원의 관할을 다투고자 할 때 답변서를 대신하여 제출하는 서면을 말한다(영국민사소송규칙 제10.1조 제3항).

을 받을 수 있다. 우리의 경우에는 민사소송법 제256조 제1항 및 제257조 제1항에서 피고가 소장을 다투는 답변서를 소장부분을 송달받은 날로부터 30일 이내에 제출하지 아니하면, 피고가 원고의 주장을 자백하는 것으로 보는 의제자백과 변론 없이 판결을 선고할 수 있는 무변론판결만을 인정하고 있을 뿐이고 원고 승소판결을 허용하는 것은 아니란 점에서 영국과 차이가 있다. 그리고 우리의 경우에는 피고의 답변서 부제출의 효력이 동일하며 사건의 형태에 따라서 특별한 제한을 두고 있지 않지만, 영국민사소송규칙 제12.2조 및 제12.3조에서는 결석판결을 받을 수 없는 경우와 결석판결을 받을 수 있는 조건을 다양하게 규정하고 있을 뿐만 아니라, 제12.4조에서는 결석판결을 받을 수 있는 경우를 청구액이 확정되어 있는 경우, 법원에 의하여 청구액이 결정되어 있는 경우, 피고가 금전을 대체물로 지급할 수 있도록 허용하여 물건의 인도를 구하는 경우, 기타 위와 같은 구제방법이 복합되어 있는 경우⁴⁹⁾에 한정하고 있다. 한편 영국민사소송규칙에서는 법관이 아닌 법원(court)이 결석판결

을 내어줄 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 영국민사소송규칙 제2.5조에서는 법원의 권한사항 중 형식적이거나 행정적 성격을 갖고 있는 사항에 대하여는 법원 직원(court staff)이 할 수 있도록 규정하고 있고, 결석판결은 본안의 심리를 필요로 하지 아니하고 위에서 언급한 결석판결을 할 수 있는 언급한 형식적 요건에 대한 심사만을 거치므로 통상적으로 법원직원이 내어주고 있다.

나. 관련한 문제점

영국에서는 결석판결도 법원의 사법적 판단이라는 이유로 기판력을 인정하고,⁵⁰⁾ 외국의 결석판결도 승인하고 있다.⁵¹⁾ 그러나 결석판결은 실제로 본안에 관하여 심리를 진행한 것이 아니므로 결석판결의 기판력은 일반적인 판결에 비하여 기판력의 범위가 상당히 제한되는데, 후소에서 문제된 사항이 결석판결에서 문제된 사항과 완전히 동일한 경우에만 기판력이 작용하고, 거의 동일한 정도의 사항이란 것만으로는 기판력이 작용하지 아니한다.⁵²⁾ 이와 같이 영국의 결석판결은

49) "(a) a specified amount of money; (b) an amount of money to be decided by the court; (c) delivery of goods where the claim form gives the defendant the alternative of paying their value; or (d) any combination of these remedies."

50) Barnett, *supra* n. 25, para. 1.28.

51) Fawcett, *supra* n. 3, p. 537.

법원의 심리를 거치지 아니한 판결이란 점에서 우리나라에서 승인될 수 있는지 검토할 필요가 있다. 덧붙여 영국의 결석 판결은 법관이 아닌 법원직원에 의하여 내어줄 수도 있는데 이와 같이 법관이 아닌 법원직원에 의하여 성립된 결석재판도 우리나라에서 승인될 수 있는지 논의가 필요하다.

다. 승인의 대상인 ‘외국재판’의 의미

2014년 개정 전 민사소송법 제217조에서는 승인의 대상을 단순히 ‘외국법원의 확정판결’이라고만 규정하고 있었기 때문에, 우리나라에서 화해나 인낙조서에 확정판결과 동일한 효력을 인정하는 것과 같이 재판국법에 따라서 확정판결과 동일한 효력이 있는 재판이 우리나라에서 승인될 수 있는지에 관하여 많은 논의가 있었다.⁵²⁾ 그런데 2014년 개정 민사소송법 제217조 제1항에서는 외국법원의 판결뿐만 아니라 결정 등의 그 밖의 재판도 승인대상에 포함시키기 위해서⁵⁴⁾ 승인의 대상을 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”으로 그 대상범위를 확장하였다. 이러한

개정에도 불구하고 여전히 승인의 대상을 ‘재판’으로 규정하고 있기 때문에 재판상 화해나 청구의 포기 혹은 인낙조서 등이 ‘확정판결과 동일한 효력이 있는 재판’에 포함되지 아니한다는 견해가 가능하다.⁵⁵⁾

비록 2014년 민사소송법이 개정되기 전의 판결이지만 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결에서는 “‘외국법원의 판결’이라고 함은 재판권을 가지는 외국 의 사법기관이 그 권한에 기하여 사법상의 법률관계에 관하여 대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차에서 종국적으로 한 재판으로서 구체적 급부의 이행 등 그 강제적 실현에 적합한 내용을 가지는 것을 의미하고, 그 재판의 명칭이나 형식 등이 어떠한지는 문제되지 아니한다.”고 판시하고 있는데 밑줄 친 부분의 내용상 위 판시내용이 ‘외국법원의 판결’뿐만 아니라 ‘외국재판’에 대한 판단기준도 함께 제공하고 있다고 볼 수 있다. 위 대법원의 판단기준은 유럽연합에서 받아들여지고 있는 브뤼셀 recast 제2조(a)의 ‘judgment’⁵⁶⁾의 해석과 궤를 같이 한다. 유럽연합에서도 승인의

52) Andrews, supra n. 24, para. 40.23.

53) 한충수, 앞의 글(주38), 50쪽.

54) 민사소송법 개정이유 참조.

55) 한충수, 앞의 글(주38), 51쪽.

대상인 ‘judgment’가 되려면, 권한을 갖고 있는 법원이 당사자 사이의 분쟁에 결정해야 하고 이러한 결정을 위한 절차에서 당사자에 대한 신문이 있었거나 신문이 보장되어야 한다고 보고 있다.⁵⁷⁾ 이에 따르면 ‘외국재판’이란 사법기관에 의한 ‘판단권한의 행사’(exercise of power of assessment)이다.⁵⁸⁾ 외국재판을 승인하는 이유가 권한이 있는 외국의 사법기관이 확정된 당사자 사이의 법률관계를 우리나라에서도 인정하자는데 그 취지가 있으므로 위와 같은 판단기준이 합리적이라고 본다. 좀 더 구체적으로 ‘판단권한의 행사’가 되기 위해서는 무엇보다 재판의 내용이 당사자의 의사에 전적으로 의존해서는 아니 된다.⁵⁹⁾ 따라서 당사자가 작성한 내용대로 등록(record)할 뿐이고 그에 대하여 아무런 심사가 이루어지지 아니하는 형식적이고 기계적인 결과물은 그 명칭이 재판 또는 판결이라고

하더라도 승인대상이 될 수 없다.⁶⁰⁾ 이러한 경우에 법원의 역할은 단순히 ‘증서화 하는 활동’ 또는 ‘공증적 기능’을 하는데 그치기 때문이다.⁶¹⁾ 예를 들어 우리 민사소송법 제220조에서는 “화해, 청구의 포기·인낙을 변론조서·변론준비기일조서에 적은 때에는 그 조서는 확정판결과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있을 뿐이며 조서에 기재되기 위한 형식적 또는 실질적 요건을 전혀 요구하지 않기 때문에 화해의 내용은 법원의 심사절차를 거치지 아니하고 조서에 기재된다. 따라서 우리의 재판상 화해는 법원의 ‘판단권한의 행사’인 사법적 판단으로 볼 수 없고, 이러한 재판상 화해와 같이 법원의 심사를 거치지 아니하는 외국의 제도는 승인대상인 ‘외국재판’이 될 수 없다.⁶²⁾ 그러나 재판상 화해가 기재된 조서라고 하더라도 당해 외국법상 법원의 심사절차를 거쳐야 한다면 승인의 대상인 ‘외

56) “‘judgment’ means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as a decision on the determination of costs or expenses by an officer of the court.”

57) Andrew Dickinson, The Brussels I Regulation recast, The Brussels I Regulation recast, 2015, para. 2.98.

58) ibid

59) ibid, para. 2.100

60) ibid. 구자현, 앞의 글(주5), 328쪽.

61) 석광현, 앞의 책(주1), 348쪽.

62) 서울지방법원 1968. 10. 17. 선고 68가합620 판결과 제주지방법원 1998. 5. 28. 97가합2982 판결 등에서 일본국의 화해조서와 인낙조서가 집행판결의 대상이 될 수 있음을 인정한 바 있다고 한다(한충수, 앞의 글(주38), 50쪽). 이와 관련하여 해석론 및 입법론상 집행판결의 대상을 확대하여 재판상 화해와 제한된 범위의 공정증서 등을 포함할 필요가 있다는 견해가 있다(석광현, “승인대상인 외국판결의 개념에 관한 대

국제판'에 포함될 것이다.⁶³⁾⁶⁴⁾

한편 우리나라를 비롯한 각국에서 사법의 효율성을 피하기 위하여 반복적이고 정형화된 사건들에 관하여 법관이 아닌 법원사무관 등에 의한 간이·약식의 절차를 통하거나 일정한 경우 당사자가 합의한 사항에 관하여 합의 그 자체에 판결과 같은 동등한 효력을 부여하는 방식 등으로 사건을 처리하고 있고, 이에 따라 종래 전통적인 개념의 판결로 볼 수 없는 간이·약식적인 재판결과가 많아지고 있다. 이러한 재판결과까지도 '외국법원의 판결'에 해당한다고 보아 집행판

결의 대상으로 보아야 할지가 논란이 되고 있다.⁶⁵⁾ 이에 대하여 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 그런데 승인의 대상인 외국법원의 사법적 판단은 그 재판국법에 의하여 권한이 부여된 사법기관에 의한 판단으로서 그 외국의 입법정책의 문제이다. 따라서 재판을 한 주체가 누구인지는 승인의 대상인 '외국재판'을 판단하는 기준이 될 수 없다.⁶⁷⁾ 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결에서는 미국의 결석판결이 법관이 아닌 법원서기(clerk)에 의하여 등록됨으로써 효력이 발생함에도 불구하고 이를 승인하고 있다. 다만 위 판결의 사안에서는 상고이유

법원 재판의 상충", 법률신문 2011. 10. 20. 제3976호). 그리고 재판상 화해조서·인낙조서가 당사자 쌍방의 절차참여권이 보장된 가운데 절차가 진행되고 사법기관이 직접 쌍방의 의사를 확인하여 작성된다고 본다면, 이 역시 '대립적 당사자에 대한 상호간의 심문이 보장된 절차'에서 이루어진 것이라고 볼 수 있다는 견해가 있다(오영준, "민사소송법상 승인의 대상인 '외국법원의 판결'의 의의", 법률신문 2011. 10. 31. 제3979호).

63) 권혁준, 앞의 글(주37), 202쪽; 오영준, 앞의 글.

64) 대법원 2010. 3. 25. 자 2009마1600 결정에서는 "외국법원의 면책재판 등은 실체법상의 청구권 내지 집행력의 존부에 관한 것으로서 그에 의하여 발생하는 효과는, 채무자와 개별 채권자 사이의 채무 혹은 책임의 감면이라고 하는 단순하고 일의적인 것이고, 그 면책재판 등의 승인 여부를 둘러싼 분쟁은 면책 등의 대상이 된 채권에 기하여 제기된 이행소송이나 강제집행절차 혹은 파산절차 등에서 당해 채무자와 채권자 상호간의 공격방어를 통하여 개별적으로 해결함이 타당하다."라는 이유로 외국법원의 면책재판은 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」의 승인절차나 지원절차에 의하여 결정할 것은 아니라 민사소송법 제217조의 외국재판의 승인요건에 의하여 승인을 해야 한다고 판시하고 있다. 이에 대하여 "채무자회생법상의 지원절차는 외국도산절차에 대하여 국내에서 절차적 지원을 하기 위하여 마련된 것이지 실체법적 청구권이나 집행력의 존부의 문제를 직접 다루기 위한 것이 아니다."라는 주장이 있는데(오영준, "채무자 회생 및 파산에 관한 법률하에서 외국도산절차에서 이루어진 외국법원의 면책재판 등의 승인", 대법원판례해설 83호(2010.3.)) 이에 찬성하는 바이다. 그리고 외국법원의 면책재판이라고 하여 일률적으로 승인의 대상인 외국법원의 확정재판으로 볼 수는 없으며 개별적으로 재판국의 법률을 검토하여 '판단권한의 행사'로 볼 수 있는지를 1차적으로 검토해야 할 것이다.

65) 구자현, 앞의 글(주5), 321쪽.

66) 구자현, 앞의 글, 324-325쪽.

67) 구자현, 앞의 글, 324쪽.

로 법원서기에 의하여 등록된 판결의 유효성을 다투지 않았기 때문에 우리 대법원이 법원서기에 의한 판결도 승인한 것이라고 단정할 수 없다.⁶⁸⁾

라. 영국의 결석판결에의 적용

대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결에서는 “위 미국판결은 미국법상 결석판결에 의하여 불확정손해의 배상을 구함에 있어 요구되는 제반 절차를 제대로 거쳐 성립된 것으로서 비록 원고가 미화 500,000달러라는 금액을 청구금액으로 확정하여 결석판결을 신청하였다고 하더라도 이는 미국법상 추가적 청구는 아닌 것이며, 또 피고로서는 당초부터 미화 50,000달러를 초과하는 합리적 손해액의 배상을 구한다고 기재된 소장을 송달받음으로써 앞으로의 소송 진행에 따라 더 많은 금액이 청구되어 인용될 수도 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 봄이 상당함에도 별다른 응소를 하지 아니한 채 귀국함으로써 그 후에 있어서의 방어 기회를 스스로 포기한 결과가 되었다 할 것”이라는 이유로 영국법상의 결석판결과 유사한 미국법상의 결석판결을 승인

하고 있다. 위 판시내용에 비추어 볼 때, 미국법상의 결석판결을 위한 절차에서 피고의 방어권이 보장되었는가에 위 사건에서의 쟁점이 있었던 것으로 보인다. 그러나 결석판결의 쟁점은 이에 그치지 아니하고, 판결의 내용을 당사자가 작성하고 법원이 이를 승인하는데 그친다는 점에서 이를 사법기관의 ‘판단권한의 행사’의 결과인 ‘외국재판’으로 볼 수 있는가에 오히려 더 중요한 쟁점이 있다.

영국의 결석판결에 대하여 위 문제를 적용하여 보면 다음과 같다. 영국에서 수소법원이 피고의 답변서 부제출을 이유로 하여 결석판결을 하기 위해서는 원고가 제출한 결석판결신청서를 심사하여 영국민사소송규칙에서 규정하고 있는 엄격한 요건이 충족되었는지를 판단해야 하고, 만일 위 요건을 충족하지 못한 경우에는 결석판결을 거부해야 한다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 법원이 심사하는 내용은 신청서의 적식(適式) 여부에 한정된 기계적이고 형식적인 심사라고 볼 수 없다. 이러한 점에서 영국민사소송규칙의 결석판결은 당사자의 의사에 전적으로 의존한 결과물이 아니라⁶⁹⁾ 사법

68) 구자현, 앞의 글 326쪽. 2014년 민사소송법의 개정으로 제217조 제2항이 신설되어서 외국재판의 승인요건이 직권조사사항이 되었다. 따라서 현재는 당사자가 상고이유로 삼지 않더라도 대법원이 직권에 의하여 승인요건 모두에 대한 심사를 해야 한다.

69) Dickinson, *supra* n. 55, para. 2.100. 영국의 common law에서도 승인의 대상인 외국재판이 사법적 결정일

기관의 사법적 판단의 결과물로 보는 것이 타당하고, 따라서 우리나라에서 승인될 수 있는 ‘외국재판’에 포함된다. 유럽연합사법재판소(Court of Justice of the European Union)도 *Marco Gambazzi v DaimlerChrysler Canada Inc.* 판결⁷⁰⁾에서 브뤼셀협약에 따른 승인의 대상인 ‘재판’은 대심적 절차(adversarial proceedings)에서의 사법적 판단(judicial decision)이라고 판시하면서 이러한 대심적 절차가 반드시 이뤄질 필요는 없고 대심적 절차가 이뤄질 수 있었다는 것으로 충분하다는 이유로 결석판결도 승인될 수 있다고 보았다.

영국민사소송법상의 결석판결이 승인될 수 있다고 하여 이와 유사한 다른 나라의 결석판결도 모두 승인되어야 한다는 의미는 아니다. 승인여부는 판결국의 법률을 검토하여 개별적으로 판단할 수 밖에 없는데, 예를 들어 피고가 일정 기간 내에 결석판결의 취소를 구할 수 있는 국가에서 내려진 결석판결이라면 최종적 재판이라고 볼 수 없으므로 우리나라에서 승인될 수 없을 것이다.⁷¹⁾

2. 동의판결(consent judgment) 또는 동의명령(consent order)

가. 동의판결 또는 동의명령의 내용과 문제점

우리나라의 소송상화해에 대응하는 제도로써 영국민사소송규칙 제40.6조에서는 동의판결 또는 동의명령(이하 ‘동의판결’이라고 한다)을 규정하고 있다. 동의판결이란 당사자가 합의한 대로 판결 또는 명령을 발하는 것을 말하는데, 이때 당사자 모두에게 소송대리인이 있어야 하고 이러한 소송대리인이 동의판결에 서명해야 한다(영국민사소송규칙 제40.6조(2)(b)). 동의판결은 법관이 아니라 법원서기(court officer)에 의하여 발령되지만 법원서기가 당사자의 합의의 내용을 심사한 결과 그 내용이 불확실하거나 오류가 있는 것으로 보인다면 법관에게 심사를 요청할 수 있다(영국민사소송규칙 Practice Direction 40B 제3.2조). 동의판결은 분쟁의 실체에 관한 합의 모두에 대하여 허용되는 것이 아니라 금전의 지급이나 물건의 인도에 한정되어서 허용된다(영국민사소송규칙 제40.6조(3)(a)). 그리고 동의판결 중 동의명령은 소송절차의 중지, 강제집행의

것을 요구하면서 결석판결도 사법적 결정이라고 보고 있다(Barnett, *supra* n. 25, para. 1.28).

70) Case C-394/07, [2009] E.C.R. I-2563 at paras. 23-24.

71) Fawcett, *supra* n. 3, p. 537.

증지, 집행이 완료되지 아니한 결석판결의 취소 등 절차적 사항에 관한 합의에 대하여도 허용된다(영국민사소송규칙 제 40.6조(3)(b)). 이러한 동의판결에는 기관력이 있기 때문에 화해의 당사자는 동일한 사안에 대하여 다시 소를 제기할 수 없다.⁷²⁾ 동의판결도 당사자 사이의 소송을 종료시키고 사법부의 사법적 승인을 거쳐서 집행력을 수여한다는 이유로 영국에서는 기관력이 인정되고 있다.⁷³⁾ 이러한 동의판결도 결석판결과 마찬가지로 법원이 당사자에 대하여 심문을 하지 않는다는 점에서 승인의 대상이 되는 외국 재판에 해당하는지 문제된다.

나. 동의판결이 승인의 대상인 ‘외국재판’인지 여부

미국의 일부 주(州)에는 영국의 동의판결과 유사한 승인판결(confession judgement)이 있다. 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다68910 판결에서는 미국 캘리포니아주의 승인판결과 관련하여 “승인판결의 제

도는 원고의 승인판결 신청이 있으면 법원서기가 사법기관이 관여하지 아니한 상태에서 작성된 피고의 채무승인진술서 및 피고의 대리인인 변호사의 확인진술서의 제출 여부만을 검토하여 이를 그대로 판결로 등록하는 것이고, 그 과정에서 당사자에 대한 상호간 심문의 기회 등이 보장되어 있다고 할 수 없다. 따라서 위와 같은 이른바 승인판결은, 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 없고, 그렇다면 이는 민사집행법 제26조 제1항에서 정하는 ‘외국법원의 판결’에 해당하지 아니한다고 할 것이다.”고 판시하고 있다.⁷⁴⁾ 그리고 이러한 판시내용에 대하여는 찬성하는 견해가 다수의 견해로 보인다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾

72) Andrews, supra n. 28, para. 14.97. 당사자 사이의 소송 외에서의 순수한 화해(pure settlement)의 경우에는 우리 민법상의 화해계약과 마찬가지로 기관력이 인정되지 않는다.

73) Barnett, supra n. 25, para. 1.26.

74) 이 사건의 항소심법원인 서울고등법원은 승인판결이 비록 변론에서 공방을 통해 이루어진 재판결과와는 아니지만 피고가 자신의 소송대리인을 통해서 충분히 고지 받은 상태에서 작성된 판결승인서(confession of judgment)를 통해 이루어진 재판결과이므로 우리나라에서 집행판결의 대상이 될 수 있다고 보았다.

75) 석광현, 앞의 책(주1), 347쪽; 구자현, 앞의 글(주5), 336쪽에서도 판시내용에 동의하고 있다.

76) 최근 영국법원은 *Midtown Acquisitions LP Claimant v Essar Global Fund Limited* [2017] EWHC 519 (Comm) 판결에서 승인대상인 외국재판은 영국법상 재판인지 여부에 달려 있다고 판시하면서 미국 뉴욕주 법원

미국의 승인판결은 법원이 사법적 판단을 하지 않고 당사자의 의사를 그대로 확인해 주는 것에 불과하므로 승인의 대상인 ‘외국재판’으로 볼 수 없고 당사자 사이의 일종의 계약에 불과하다. 그러나 영국 동의판결은 소가 제기된 후에 당사자가 합의하는 경우로서 법원이 당사자의 합의를 그대로 등록하는 기계적이고 형식적인 절차가 아니다. 앞서 본 바와 같이 엄격한 요건이 충족된 경우에만 동의판결이 발해지며 법원직원의 심사를 거쳐서 법원에 의한 심사의 기회까지 부여되고 있다. 게다가 당사자에게 소송대리인이 있어야 동의판결이 가능하므로 당사자에게 방어 기회도 부여되었다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 동의판결은 우리나라에서 승인될 수 있는 ‘외국재판’에 포함된다고 본다. 영국의 *Landhurst Leasing Plc v Marcq* 판결⁷⁷⁾에서도 벨기에 법원에서 이루어진 소송상화해는 당사자의 의사를 그대로 확인한 것에 불과하여 법원의 사법적 판단이라고 볼 수 없다는 이유로 기판력을 부인한 반면에,

영국의 동의판결은 사법적 판단에 해당한다는 이유로 기판력을 긍정하였다.⁷⁸⁾

V. 입법적 제언

1. 승인 및 집행의 대상의 확대

현행법 하에서 위와 같이 해석한다고 하더라도 현행법이 올바른가에 관하여는 의문이 있다. 민사소송법 제217조 제1항에서 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”만을 승인의 대상으로 한정하고 있는 것도 의도적이든 그렇지 아니하든 국제예양에 바탕으로 두고 있다. 국제예양에 따르면 한 나라의 사법주권의 행사는 다른 나라에서 존중되어야 하고 통상적으로 사법주권의 행사는 법원에 의한 재판권의 행사를 의미하기 때문이다. 앞서 논한 바와 같이 외국재판의 승인의 근거로서 국제예양이라는 공적 이익을 버리고, ‘재판의 자유로운 이동’과 ‘당사자의 권리구제’를 외국재판의 승인의 근거로 본다면, 우리

의 승인판결도 영국법상의 판결로 볼 수 있으므로 영국에서 승인될 수 있다고 판시한 바 있다. 이 판결에서는 승인판결은 소송계속(*lis*)이 발생하지 아니한 상태에서 작성되므로 영국법상의 판결이 될 수 없다는 주장에 대하여 소송계약은 승인의 요건이 아니고 뉴욕주 법원의 승인판결은 영국민사소송규칙 제14.3조의 자백에 기초한 판결과 유사하다고 하여 이를 승인하였다.

77) [1998] I.L.Pr. 822 (1997).

78) 유럽연합사법재판소도 Case C-414/92 *Solo Kleinmotoren GmbH v Boch* [1994] E.C.R. I-2237 판결에서 소송상화해는 기본적으로 당사자의 의사로서 계약적 성질을 갖는다는 이유로 브뤼셀협약의 승인의 대상인 ‘재판’에 포함되지 아니한다고 보았다.

가 승인해야 하는 것은 외국의 사법권의 행사의 결과인 외국재판이 아니라 ‘외국법에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’가 된다. 법원의 재판이 아니더라도 외국법에 따라서 기판력과 집행력이 발생한다면 그러한 기판력과 집행력을 우리나라에서도 그대로 인정하는 것이 당사자의 신속한 권리구제에 적합하다. 또한 이와 같이 본다면 승인의 대상인 외국재판의 범위에 관한 논쟁도 불필요하고 우리법상 소송상화해, 청구의 포기과 인락 등과 같이 법원의 재판의 존재를 인정할 수 없지만 기판력이 인정되는 외국의 제도도 우리나라에서 승인될 수 있다.⁷⁹⁾ 더불어 앞서 민사소송법 제217조 제1항에서 규정하고 있는 ‘확정’의 의미를 우리법에 따르되 확정 여부는 재판국법에 따르자고 하였지만, 우리법상의 확정의 의미와 외국법의 확정의 의미가 다른 마당에 이를 동일한 의미로 취급하게 되어, 앞서 영국법상의 재판의 확정에서 본 바와 같은 불협화음이 발생하게 된다. 만일 승인의 대상을 ‘외국법에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의

법률관계’고 본다면 확정의 의미와 확정 여부 모두를 재판국법에 따르게 되므로 위와 같은 문제가 발생하지 아니할 것이다.

그리고 민사집행법 제27조 제2항에서는 외국재판이 민사소송법 제217조의 승인의 요건을 갖추지 못한 경우에 집행판결을 청구하는 소를 각하하도록 규정하고 있으므로 외국재판의 국내에서의 집행력은 그 외국재판의 승인을 전제로 하고 있다. 그러나 앞서와 같이 외국재판이 아니라 외국에서 인정되는 기판력과 집행력을 승인 및 집행의 대상으로 본다면 외국의 집행력은 기판력의 존재를 전제로 할 필요가 없다.⁸⁰⁾ 따라서 가집행선고, 지급명령, 공정증서, 이행권고결정 등과 같이 우리법상 기판력은 없지만 집행력이 있는 경우와 같은 외국의 제도도 우리나라에서 집행판결을 받을 수 있게 된다.⁸¹⁾

2. 기판력의 존부에 대한 판단기준

로마법 이후로 인정되어 온 기판력은 ‘모든 소송에는 종결이 있어야 한다’ (Interest

79) 나라마다 기판력이 작용하는 범위와 효력이 다르기 때문에 외국의 기판력이 어느 범위에서 우리나라에서 승인될 수 있는지 문제된다. 이에 관하여는 추가적 연구를 진행하고자 한다.

80) 브뤼셀규칙 recast에서도 재판의 승인과 집행을 연계시키지 않고 다만 승인과 집행의 거부사유만 일치시키고 있다.

81) 한충수, 앞의 글(주38)에서도 외국재판의 개념에 보전재판, 재판상화해, 청구인낙·포기도 포함시키자고 주장하고 있다.

reipublicate ut sit finis litium)는 공적 이익과 ‘누구도 동일한 이유로 하여 다시 제소당하지 않아야 한다’(Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa)는 사적 이익을 근거로 한다.⁸²⁾ 그러나 구체적인 기판력의 발생요건과 내용에는 나라마다 차이가 있다. 예를 들어 영국의 기판력도 위 두 가지 이념에 바탕을 두고 있기 때문에 우리의 기판력과 개념적으로는 동일하다. 그러나 우리의 기판력은 판결에 의하여 확정된 법률관계가 상급심 법원까지 기속시키는 효력을 가지고 있지만, 영국의 기판력은 상소가 제기된 상급심 법원에 대한 기속력은 발생하지 아니한다.⁸³⁾ 따라서 앞서와 같이 외국재판이 아니라 외국의 기판력을 승인한다고 할 때 우리법과 재판국법 중 어느 국가의 법에 의하여 기판력의 존재를 인정해야 할 것인지 결정해야 한다.⁸⁴⁾

외국의 기판력을 우리나라에서 승인 및 집행하는 이유는 ‘외국법에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’를 우리나라에서 그대로 인정하기 위한데 있으므로 원칙적으로 기판력이 발생한 국가의 법에 따라서 기판력의 존재

를 판단하는 것이 타당하다. 그리고 우리 법에 따라서만 기판력의 존재를 인정하게 되면 당해 외국법에 따르는 발생되지 아니한 기판력을 우리가 인정하게 되는 문제가 발생할 수 있다는 점에서도 위와 같이 보는 것이 타당하다. 더욱이 기판력은 그 기판력이 발생한 나라의 절차의 산물이기 때문에 그 나라의 법과 불가분적으로 결합되어 있다는 점에서도 기판력이 발생한 국가의 법에 따라서 기판력의 존재를 판단하는 것이 타당하다. 이에 대하여 외국의 기판력을 일방적으로 승인하게 되면 우리에게 익숙하지 아니한 제도까지 승인하게 되어 부당한 결과가 발생할 수 있다는 이유로 당해 외국법과 함께 우리나라의 법도 함께 고려해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 이러한 주장은 여전히 국제적 공서를 놓아 보내지 못한 경우에 가능하며, 부당한 결과의 발생은 공서양속의 요건을 적용하여 배제시킬 수 있으므로 크게 문제되지 않는다고 본다. 이러한 결론에 따르면 항소권이 소멸되기 전의 영국의 제1심 판결도 우리나라에서 승인 또는 집행될 수 있다.

82) International Law Association Berlin Conference(2004), Interim Report on “*Res judicata*” and Arbitration, available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, p. 3.

83) Andrews, *supra* n. 28, para. 15.18.

84) 이 문제는 궁극적으로 외국의 기판력을 승인할 때 어느 국가의 법에 따라서 기판력의 범위를 결정할 것인지의 문제와 긴밀하게 관련되어 있다. 이에 관하여는 별도의 연구를 진행할 예정이다.

3. 절차참가권의 보장

위와 같이 승인 및 집행의 대상을 확대하게 되면 기판력과 집행력을 쉽게 얻을 수 있는 국가에서 기판력과 집행력을 얻으려고 하는 일종의 법정지 쇼핑(forum shopping)이 발생할 우려가 있다. 그러나 이러한 법정지 쇼핑 자체는 국제거래에서 발생하는 자연스러운 현상이고 이러한 현상을 전면적으로 금지할 이유는 없다. 다만 법정지 쇼핑이 부정한 방법에 의하여 기판력과 집행력을 얻기 위한 수단으로 사용되는 경우에 문제가 되겠지만, 이러한 부정한 방법은 통상 당사자의 방어권의 침해와 관련이 있으므로 기판력과 집행력이 발생한 외국의 절차에서 당사자의 방어권이 보장되었다는 점은 우리가 승인 및 집행할 수 있는 외국의 기판력과 집행력의 최소한의 요건이 된다.⁸⁵⁾ 예를 들어 일방당사자의 신청만으로 진행되는 절차(ex parte procedure)에서

발생한 기판력과 집행력은 승인 및 집행될 수 없고 당사자 모두의 절차참가권이 보장된 절차(inter partes procedure)에서 발생한 기판력과 집행력만이 승인 및 집행되어야 한다.⁸⁶⁾ 특히 법원의 재판이 아닌 방법에 의하여 기판력이나 집행력이 발생하는 경우에는 단순히 절차참가권이 보장된 것만으로는 부족하며 당사자 모두가 자유로운 의지에 따라서 절차에 참가한 경우에만 승인 및 집행되어야 한다. 이러한 절차참가권은 공서양속의 요건에 포함될 수도 있고,⁸⁷⁾ 개별적 요건으로 규정할 수도 있지만 명확한 요건으로 하기 위해서는 개별적 요건으로 규정해야 한다고 본다. 따라서 외국에서의 보전처분을 국내에서 승인하거나 집행하는 것을 허용하더라도 일방의 신청에 의해서만 발해지는 가압류나 가처분 등은 승인될 수 없다.⁸⁸⁾

85) 석광현, 국제사법과 국제소송 제5권, 박영사, 2012, 445쪽에서는 “상호간의 심문의 기회가 보장된 절차”일 것은 외국판결의 개념요소라기 보다는 별도의 방어권보장의 요건으로 이해하여 민사소송법 제217조 제2호를 적용하자고 주장하고 있는데, 결론적으로 필자의 주장과 동일하다고 생각된다.

86) 한충수, 앞의 글(주38), 57쪽에서는 일방의 신청에 의해서만 발해지는 가압류나 가처분 등은 기판력을 인정할 수 없지만 변론이나 심문 등을 거쳐 당사자의 절차참여가 보장된 상태에서 발해지는 보전재판에 대해서는 제한적인 범위에서나마 기판력을 인정하는 것이 가능하다고 주장하고 있다.

87) 오영준, 앞의 글(주62), 638쪽에서는 “외국도산절차에서 국내채권자의 적법한 절차 참가권이 침해되거나 그 도산절차가 공서양속에 비추어 도저히 용인하기 어려운 사정이 있는 경우 등이 있을 수 있는데”라고 하여 당사자의 절차참가권의 보장이 공서양속에 포함된다는 취지로 실시하고 있다.

88) 한충수, 앞의 글(주38), 57쪽. 그렇다고 필자가 보전처분에도 기판력이 있다고 인정하거나 외국 보전처분의 집행력이 국내에서 집행되어야 한다고 보는 것은 아니다. 이에 관한 의견은 유보하기로 한다.

4. 구제절차의 마련

가. 외국에서 불복이 있는 경우

형식적으로 확정되지 아니한 외국의 기판력이나 집행력에 대해서까지 승인 및 집행의 범위를 확장한다면, 당사자의 불복으로 인하여 기판력과 집행력이 취소 또는 변동이 발생할 가능성에 대비할 필요가 있다. 위와 같은 문제 중 기판력의 승인의 경우에는, 기판력의 승인에는 별도의 재판절차가 없으므로 승인이 문제되는 관련절차에서 당사자가 그 기판력에 대하여 효력정지신청을 할 수 있도록 함으로써 외국에서의 불복절차가 종료될 때까지 우리나라에서 잠정적으로 기판력이 정지되도록 하는 제도를 고려할 수 있다. 그리고 집행의 경우에는 당사자가 집행판결을 구하는 소송절차의 정지신청을 할 수 있도록 하여 불복절차가 종료될 때까지 소송절차가 정지되도록 하거나 이미 집행판결이 선고되었다면 집행정지신청을 할 수 있도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 위와 같은 당사자의 불복에는 통상의 불복만이 아니라

재심과 같이 특별한 불복도 포함시킬 필요가 있다. 특별한 불복의 경우에도 기판력이나 집행력이 취소 또는 변동될 가능성이 있기 때문이다.⁸⁹⁾

나. 승인된 외국의 기판력 또는 집행이 개시된 외국이 집행력의 취소 또는 변경

영국 제1심 판결의 기판력과 같이 아직 불복절차가 소멸되지 아니한 경우가 집행선고와 같이 기판력이 없이 집행력만 발생한 경우에는 당사자가 우리나라 법원에 외국에서 발생한 기판력 또는 집행력의 취소 또는 변경을 구하는 소를 제기할 가능성이 있다. 대법원 2000. 5. 12. 선고 99다18909 판결에서는 행정대집행이 가능하다면 민사소송으로 공작물의 철거 및 수거를 구하는 것은 부적법하다고 판시하여 특별한 구제절차가 마련되어 있는데도 민사소송으로 소를 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어서 각하된다고 보고 있다. 마찬가지로 기판력이나 집행력의 취소 또는 변경을 위하여

89) 브뤼셀규칙 recast 제38조(a)에서는 승인의 대상이 된 외국재판에 관하여 불복이 있는 경우에 관련절차, 즉 집행절차를 중단할 수 있도록 규정하고 있다. 위 규칙으로 개정되기 전의 규칙(Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) 제37조 제1항에서는 외국재판에 대하여 통상의 불복(ordinary appeal)이 있는 경우에 관련절차를 중단할 수 있도록 규정하고 있었는데, 브뤼셀규칙 recast 제38조(a)에서는 통상의 불복에 한정하지 아니하고 재판에 대한 불복(challenge)이 있으면 관련절차를 중단할 수 있도록 개정하였다. 우리 민사소송법 제500조 제1항에서도 재심의 경우에 당사자가 집행정지신청을 할 수 있도록 규정하고 있다.

당해 외국에서 특별한 구제절차를 마련해 놓고 있다면 우리나라에서 동일한 소송물에 관하여 소를 제기하는 것은 권리보호의 이익이 없어서 각하되어야 한다. 예를 들어 영국의 제1심 판결에 대하여 영국에서 상소를 제기하지 아니하고 우리나라에서 채무부존재확인 소를 제기하는 것은 부적법하다. 그러나 공정증서에 대하여 채무부존재확인 소를 제기하는 것⁹⁰⁾과 같이 외국에서 특별한 불복절차가 마련된 것이 아니라 일반적 소송의 방법에 의해서 구제가 가능하다면 우리나라 법원을 통한 구제도 허용하는 것이 마땅하다. 물론 우리나라 법원에 국제재판관할이 있어야 한다.

VI. 추가적 문제로서의 상호보증

1. 상호보증의 의미

민사소송법 제217조 제1항 제4호에서는 외국재판의 승인요건으로서 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판 등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하

고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”을 요구하고 있다. 환언하면 우리나라가 외국재판을 승인 및 집행하는 것과 마찬가지로 우리나라에서 승인 및 집행이 문제된 외국재판을 한 당해 외국도 우리나라 법원의 재판을 승인 및 집행해야 한다는 상호주의가 보증됨을 말한다.⁹¹⁾ 2014년 민사소송법이 개정되기 전에는 제217조에서 단순히 “상호보증이 있을 것”이라고만 규정하고 있었기 때문에 상호보증의 의미가 무엇인지에 관하여 논의가 있었다.⁹²⁾ 이에 대하여 대법원 1971. 10. 22. 선고 71다1393 판결에서는 “상호의 보증이 있는 일이라 함은 당해 외국이 조약에 의하여 또는 그 국내법에 의하여 대한민국 판결의 당부를 조사함이 없이 민사소송법 제203조의 규정과 같던가 또는 이보다도 관대한 조건아래에서 대한민국의 판결의 효력을 인정하고 있는 경우를 말하는 것”이라고 보았지만, 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결에서는 “우리나라와 외국 사이에 동종 판결의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 외국에서 정한 요건이 우리나라에서 정한 그것보다 전

90) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다4381 판결에서는 공정증서에 관한 청구이의의 소를 제기하지 않고 그 공정증서의 작성원인이 된 채무에 관하여 채무부존재확인 소를 제기하는 경우에도 확인의 이익이 있다고 판시하고 있다.

91) 석광현, 앞의 책(주1), 397쪽.

92) 석광현, 앞의 책, 398쪽.

체로서 과증하지 아니하며 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 민사소송법 제217조 제4호에서 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 상당하고, 또한 이와 같은 상호의 보증은 외국의 법령, 관례 및 관례 등에 의하여 승인요건을 비교하여 인정되면 충분하고 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 우리나라의 동종 판결을 승인한 사례가 없더라도 실제로 승인할 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다 할 것이고, 이와 같은 상호의 보증이 있다는 사실은 법원이 직권으로 조사하여야 하는 사항이라 할 것이다.”라고 판시하여 종전 관례에 비하여 완화된 입장을 취하였다.⁹³⁾ 2014년 개정 민사소송법 제217조 제1항 제4호는 이러한 대법원 관례를 따른 것이다.

한편 상호보증이 있는지 여부는 우리 민사소송법과 재판국의 법률을 전체적으로 비교하여 결정할 것이 아니라 쌍방이

상응하는 재판, 즉 동일하거나 유사한 재판 사이에 상호보증이 있는 것으로 충분하다. 이를 ‘부분적 상호보증’이라고도 한다. 이러한 이유로 신분판결 또는 재산판결과 같은 일정한 종류의 재판에 한정하여 상호보증이 인정될 수 있다.⁹⁴⁾ 그러나 영국의 경우에는 애당초 상호보증을 요구한 바가 없고,⁹⁵⁾ 미국에서는 과거 상호보증을 요구하였지만 현재는 대부분의 주에서 상호보증을 요구하지 않고 있으며,⁹⁶⁾ 스위스는 상호주의를 폐지하였다.⁹⁷⁾

2. 문제점

우리 민사소송법에서는 상호보증을 요구하고 있기 때문에 앞서와 같이 승인 및 집행의 대상인 외국재판의 개념을 넓히게 되면, 승인의 대상인 외국재판의 개념을 좁게 보고 있는 외국과는 상호보증이 인정되지 아니하여 우리나라에서 승인 및 집행될 수 있는 외국재판의 범위가 현저히 줄어드는 문제가 발생한다. 환언하면 민사소송법에서 상호보증을 요구

93) 이러한 판결에 따르면, 만일 당해 재판국도 외국재판의 승인의 요건으로 상호보증을 요구하고 나아가 재판국의 외국재판 승인의 요건이 한국보다 관대한 경우에 재판국 측에서 보면 한국의 요건이 더 엄격한 것으로 되어 한국의 재판을 승인할 수 없게 되고, 결국 한국 측에서도 상호보증이 없다고 보게 되는 불합리한 결과가 발생한다(석광현, 앞의 책, 399쪽).

94) 석광현, 앞의 책, 401쪽.

95) Collins, op. cit., supra fn 4, para. 14-087.

96) Restatement Third, *Foreign Relations Law*, s.481, Rep. Note 1.

97) 김석호, 앞의 글(주9), 299쪽.

하고 있기 때문에 외국재판의 승인 및 집행의 가능성과 편리성을 넓히기 위한 목적이 오히려 그 가능성과 편리성을 더욱 좁히는 결과를 가져오는 모순이 발생한다.

3. 상호주의의 폐지의 필요성

상호보증을 요구하는 취지는, 한국만이 일방적으로 외국재판을 승인 및 집행함으로써 입게 되는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하며, 한국의 재판을 승인 및 집행하지 않는 나라에 대해 보복을 가하는 의미에서 당해 외국으로 하여금 한국 재판의 승인 및 집행요건을 완화하도록 함으로써 외국의 승인 및 집행의 요건과 우리의 요건이 균형을 이루도록 하기 위한 정책적인 것이다.⁹⁸⁾ 즉 상호보증은 주권적 발상에 기초를 두고 있는 요건으로서 국제예양(comity)을 근거로 한다.⁹⁹⁾

앞서 언급한 바와 같이 현행법에 따르면 더라도 우리나라에서 외국재판을 승인

및 집행하는 근거가 외국의 법원에서 행하여진 판결에서 확인된 당사자의 권리를 우리나라에서도 보호해야 한다는 데에 있다고 해야 하므로 민사소송법에서 외국재판의 승인 및 집행의 요건으로 상호보증을 요구하는 것은 적절하지 않다. 더욱이 외국재판이 내용상 정당하더라도 상호보증이 없다는 이유만으로 승인을 거절하는 것은 보복의 성격을 가질 뿐이고 정당한 권리를 가지고 외국재판에서 승소한 자를 보호하지 못하는 불합리한 결과를 가져온다.¹⁰⁰⁾ 그리고 국가의 과실을 가지고 승소한 자를 비난하는 결과를 가져온다는 점에서도 부당하고,¹⁰¹⁾ 특히 신분법상의 외국재판의 경우에는 파행적 법률관계를 초래한다는 문제점이 있다.¹⁰²⁾ 더욱이 앞서 입법론으로 주장한 바와 같이 우리가 승인 및 집행해야 하는 것이 ‘외국법에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’이라고 본다면 이와 전혀 관련이 없는 상호주의는 폐지하는 것이 타당하다.¹⁰³⁾

98) 석광현, 앞의 책(주1), 397쪽.

99) 석광현, 앞의 책, 344쪽. 최공웅, 앞의 글(주18), 332쪽. 영국의 *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Ch. 433 판결 그리고 미국연방대법원의 *Hilton v. Guyot* 59 U.S. 113 (1895) 판결에서도 상호주의가 국제예양에 바탕을 두고 있다고 보았다.

100) 석광현, 앞의 책(주1) 398쪽.

101) Michaels, *supra* n. 3, p. 2.

102) *ibid.*

VI. 나가기

이상으로 외국재판의 승인 및 집행의 대상과 상호보증과 관련한 몇 가지 문제에 관하여 살펴보았다. 현행법상 승인 및 집행의 대상으로 규정하고 있는 ‘외국재판’은 외국 사법기관에 의한 ‘판단권한’의 행사로서 단순히 당사자의 의사를 등록하는 것에 불과한 절차에서 발생한 기관력이나 집행력은 우리나라에서 승인되거나 집행될 수 없다. 그러나 승인 및 집행의 대상을 외국의 사법기관의 사법권의 행사에 한정하는 것은 승인 및 집행의 근거를 국제예양에 두는 경우에만 정당성을 가지며, 승인 및 집행의 근거를 외국에서

확정된 법률관계의 존중이라는 사적 이익에 둔다면 승인 및 집행의 대상을 ‘외국법에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’으로 확장하는 것이 타당하다. 이와 같이 대상범위를 확장하게 되면 승인 및 집행의 대상도 확정되므로 이에 대한 예견가능성이 높아지고, 승인 및 집행의 대상의 범위에 관한 불필요한 논쟁도 없어질 것으로 기대한다. 더불어 국제예양의 잔재인 상호주의도 폐지함으로써 외국의 기관력과 집행력의 승인과 집행이 순수하게 외국에서 확정된 법률관계의 국내에서의 승인과 집행에 그 목적이 있다는 점을 명백히 할 필요가 있다.

103) 김석호, 앞의 글(주9), 298-300쪽과 최공웅, 앞의 글(주18), 348-350쪽에서도 상호주의의 요건의 문제점에 대하여 비판을 가하고 있다. 독일에서는 상호주의의 폐지를 주장하고 있는 학계에 응하여 법원이 상호주의의 요건을 완화하여 해석하고 있다고 한다(Wolfgang Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, Berkeley Journal of International Law, Volume 23 Issue 1(2005), p. 187).

참 고 문 헌

- 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 인권과 정의 353호(2006.1.).
- 구자현, “집행판결의 대상이 되는 외국법원의 판결의 의미”, 대법원판례해설 83호 (2010.4.).
- 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, YGBL 제2권 제1호(2010).
- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 법학연구 제23집(2006.8.).
- 김능환 외, 주석 민사집행법, 한국사법행정학회, 2012.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 석광현, 국제사법과 국제소송 제5권, 박영사, 2012.
- 석광현, “국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행”, 국제사법연구 20권 1호(2014.6.).
- 석광현, “승인대상인 외국판결의 개념에 관한 대법원 재판의 상충”, 법률신문 2011. 10. 20. 제3976호.
- 오영준, “민사소송법상 승인의 대상인 ‘외국법원의 판결’의 의의”, 법률신문 2011. 10. 31.
- 오영준, “채무자 회생 및 파산에 관한 법률하에서 외국도산절차에서 이루어진 외국법원의 면책재판 등의 승인”, 대법원판례해설 83호(2010.3.).
- 윤성근, “외국판결 및 중재판정승인거부요건으로서의 공서위반”, 국제사법연구 20권 2호(2014.12.).
- 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념, 이화여자대학교 법학논집 21권 2호(2016.12.).
- 이현묵, “브렉시트(Brexit)에 따른 영국 내 민상법상의 문제”, 법률신문, 2017. 6. 19.
- 최공웅, “외국판결의 효력”, 사법논집 제18집(1987.12.).
- 한충수, “국제민사소송절차와 국제도산절차에서의 외국재판”, 민사소송 제20권 2호 (2016. 11.).

Andrew Dickinson, The Brussels I Regulation recast, The Brussels I Regulation recast, 2015.

Fawcett/Carruthers/Peter North, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, 14th Edition, Oxford University Press, 2008.

International Law Association Berlin Conference(2004), Interim Report on “Res judicata” and Arbitration, available at <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

Lord Collins of Mapesbury, Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 2012.

Neil Andrews, English Civil Procedure, Oxford, 2003.

Neil Andrews, Andrews on Civil Processes Volume I, Intersentia, 2013.

Peter Barnett, Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments, Oxford, 2001.

Ralf Michaels, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, available at http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship.

Stuart Sime, Res judicata and ADR, C.J.Q. 2015, 34(1).

Stuart Sime, A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford, 2008.

Wolfgang Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, Berkeley Journal of International Law, Volume 23 Issue 1(2005).

[국문초록]

외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제

민사소송법 제217조에서는 ‘외국재판’을 승인의 대상으로 규정하고 있고, 이때 ‘외국재판’은 사법기관에 의한 판단권한의 행사라고 할 것이므로 당사자의 의사를 단순히 등록하는 절차는 승인 및 집행이 될 수 있는 외국재판이라고 볼 수 없다. 이러한 기준을 영국의 결석판결과 동의판결에 적용하여 보면 양자는 본안에 대한 실체적 심리가 진행되지 아니하지만 영국민사소송규칙에 규정된 일정한 요건이 충족되어야 하고 이러한 점이 법원에 의하여 심사된다는 점에서 단순히 당사자의 의사를 등록하는 절차라고 볼 수 없다. 이러한 점에서 결석판결과 동의판결은 승인 및 집행의 대상이 되는 ‘외국재판’에 포함된다. 그러나 승인 및 집행의 대상을 외국의 사법기관의 사법권의 행사에 한정하는 것은 승인 및 집행의 근거를 국제예양에 두는 경우에만 정당성을 가지며, 승인 및 집행의 근거를 외국에서 확정된 법률관계의 존중이라는 사적 이익에 둔다면 승인 및 집행의 대상을 ‘외국법에 의하여 확정되거나 집행이 가능한 사법적 효력’으로 확장하는 것이 타당하다. 이와 같이 대상범위를 확장하게 되면 승인 및 집행의 대상도 확정되므로 이에 대한 예견가능성이 높아지고, 승인 및 집행의 대상의 범위에 관한 불필요한 논쟁도 없어질 것으로 기대한다. 더불어 국제예양의 잔재인 상호주의도 폐지함으로써 외국의 기관력과 집행력의 승인과 집행이 순수하게 외국에서 확정된 법률관계의 국내에서의 승인과 집행에 그 목적이 있다는 점을 명백히 할 필요가 있다.

주제어

외국판결의 승인 및 집행, 상호보증, 기관력, 외국재판의 확정, 동의판결, 결석판결

[ABSTRACT]

Reestablishment of Grounds for Recognition and
Enforcement of Foreign Judgments, and A few Issues
Regarding Subjects and Reciprocity in Terms of
Recognition and Enforcement of Foreign Judgments

The results of proceedings recording the parties' intention as it is are not the foreign judgments that can be recognised and enforced in Korea as the foreign judgements which are the subjects of recognition and enforcement mean judicial assessments by the judicial institutions. Applying the above criterion to default judgment and consent judgment in England, these judgments are not the results of proceedings recording only parties' intention though subject matters of which are not assessed, in that these judgements have to fulfill certain requirements provided in the Civil Procedure Rules and these fulfillments should be assessed by the court. In this regard the default judgment and the consent judgment in England are included in the foreign judgements that can be recognised and enforced in Korea. However, confining the subjects of recognition and enforcement to the results of the exercise of judicial power by the judicial institution is justified only when grounds of recognition and enforcement of foreign judgements is sought from comity of nations. If recognition and enforcement of foreign judgements is based on the protection of private interests, that is to say, respect of legal relationship finally determined in foreign countries the subjects of recognition and enforcement should be extended to 'judicial effects which are finally determined or can be enforced by foreign laws.' The above change of concept is expected to enhance foreseeability and make the unnecessary discussion on the scope of recognition and enforcement ended. In addition, it is necessary to make it clear that the pure purpose of recognition and enforcement of res judicata and enforceability that arose in foreign countries is to recognise and enforce the legal relationship finally determined in foreign countries by way of abolishing the principle of reciprocity that is the vestige of comity of nations.

Key words

recognition and enforcement of foreign judgments, reciprocity, res judicata, finality of foreign judgment, consent judgment, default judgment