

대한민국에서의 헤이그관할합의협약 채택방안
- 헤이그관할합의조약의 의의와 과제 -

In search of the adoption of Hague Convention on Choice of Court Agreement in the Republic of Korea

(2019. 6. 15. 2nd Joint Conference of PIL Association of Korea and Japan 발표원고)

성균관대학교 법학전문대학원
장준혁

I. 연혁

유럽에서의 브뤼셀협약¹⁾과 루가노협약²⁾의 성공에 자극받아 미국이 1992년에 교섭을 제안함으로써, 헤이그국제사법회의에서 민상사의 국제재판관할 및 외국판결 승인집행조약의 성안작업(“재판 프로젝트”)이 시작되었다. 특별위원회(1997-1999)에서는 범세계적 조약도 브뤼셀협약 및 루가노협약처럼 빈틈없는 이중협약(double convention)으로 만들 것이냐고 문제제기하고, 각국 국제재판관할법의 큰 차이를 고려할 때, ‘관할사유의 한정적 열거 없는’ 이중협약이 현실적이라고 제안했다. 그리고 이를 “혼합협약(mixed convention)”이라고 불렀다. 여기에서 “혼합”은, ㉠ 이중협약으로 하되, ㉡ 관할사유를 한정적으로 열거하는 대신, “백색목록”과 “흑색목록” 사이에 숨쉴 공간(“회색지대”)을 두어 그 영역에서는 국내법으로 직접관할도 규정하고 외국판결도 승인하게 한다는 의미였다. 특별위원회의 1999년 예비초안³⁾은 ‘선이 굵은’ 규칙들로 구성된, 상당히 포괄적인 조문체계를 두었고, 브뤼셀-루가노협약에서 많은 내용을 빌어왔다. 실제로 유럽연합 위원회에서 브뤼셀협약을 브뤼셀 제1규정화하기 위해 위원회안을 만드는 작업과 시기적으로 병행되었고 내용도 종종 겹쳤다. 이 점은 논란과 견해대립의 시발점이 되었다. 인터넷이라는 새로운 매체의 활성화도 새로운 과제를 던져주었다. 분야별 이해집단도 예민하게 반응했다. 결국 2000년에 상설사무국은 원래 의도한 혼합협약을 한번에 완성시키는 작업방식은 포기하고, 분야와 관할사유의 면에서 가장 쉽게 합의가능한 부분부터 작업하기로 결정했다. 그래서 비공식 작업반(2000-2003)은 ‘기업간(B2B) 거래에서 체결되는 관할합의’로 범위를 좁힌 조문안을 만들었고, 특별위원회(2003-2004)를 거쳐 2005년 20차 외교회의에서 우선 관할합의협약을 성립시켜 재판프로젝트를 일단락지었다.⁴⁾ 이 협약은 2015. 10. 1. 발효했다.⁵⁾

“혼합협약”이라는 설계는 관할합의협약에도 남아 있다. 첫째, 전속적 관할합의를 협약이 규정하는 한도에서만 인정하도록 하는 것도 아니다. 둘째, 협약의 외국판결 승인집행 규정들이 인정하는 합의관할의 범위는 협약의 직접관할 규정들이 정하는 그것보다 약간 넓다. 그리고 그 한도에서는 판결국 국내법에 의해 직접관할을 긍정하여 나온 판결도 승인하도록 한다. 또, 이 한도에서는 브뤼셀-루가노법제처럼 국내법을 근거로 직접관할을 인정한 판결도 협약으로 승인집행한다.

관할합의협약의 후속작업에서는 우선 외국판결승인집행조약을 먼저 만들기로 했다. 2018년 5월에 특별위원회 초안(“민상사의 외국판결 승인집행에 관한 협약 초안”,⁶⁾ 이하 ‘2018년 초안’이라 함)이 나

1) Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters. 1968년 성립.

2) 최초본은 1988년 성립. 현재는 2007년본이 시행중.

3) Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

4) 이상의 연혁은 Andrea Schulz, "The Hague Conference of 30 June 2005 on Choice of Court Convention Agreements, Journal of Private International Law, Vol. 2 No. 2 (October 2006), pp. 244-248.

5) 비준, 승인(approval) 또는 가입한 회원은 멕시코(2007), 유럽연합(2015)(영연합왕국은 2018년 승인, 2019. 4. 1. 발효, Brexit 문제의 해결지연으로 2019. 11. 1.까지 가입유예), 싱가포르(2016), 몬테네그로(2018), 덴마크(2018), 미국, 우크라이나, 중국은 서명만 함.

6) Draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or commercial matters (prepared

왔고, 2019. 6. 18.부터 7. 2.까지 열릴 22차 외교회의에서 조약으로 성립할 것이 기대된다. 이 조약이 성립한 뒤, 전문가그룹(Expert Group)이 직접관할과 그 단계에서의 국제적 이중소송을 규율하는 조약을 만들지 검토할 예정이다. 그러나 면밀한 이중협약(“이중협약”)이나 그 절충형인 “혼합협약” 모델을 계속하여 추구하는 데 회의적인 견해도 강하여,⁷⁾ 재판 프로젝트가 2019년 협약으로 종결될 가능성이 높아 보인다.

II. 관할합의협약의 주요 내용

1. 비전속성이 명시되지 않은 관할합의의 전속성 간주

관할합의는 비전속적인 것임이 “명시”되어 있지 않은 한 전속적인 것으로 “간주”된다(제3조 b호). 즉, 비전속적 관할합의라는 증명은 “명시적” 합의에 의해서만 가능하다. 그것이 없는 한, 당사자의 의사가 전속적인 것으로 보여지지 않더라도, 억지로라도 전속적 관할합의로 취급해야 한다. 이것은 단순한 ‘번복가능한 추정’을 넘어 “간주”에 해당한다.

그러나 관할합의를 체결하는 데 사용된 서면이 아니라 관할합의가 “문서화”된 것도 서면요건을 충족하는 데 쓰일 수 있다(제3조 c항 두문). 이는 제3조 b호를 완화하는 기능을 할 수 있다. 예컨대 관할합의가 전속적인 것인지 비전속적인 것인지 밝히지 않은 서면이 작성된 후에 그 합의가 비전속적 관할합의를 명시하는 서면이 작성되면, 이 합의는 비전속적 관할합의로 처리될 수 있다. 가령 일방이 이메일에서 이런 언급을 하고 타방이 다른 문제만 언급하면서 회신한 경우에도, 비전속적 관할합의가 당사자의 합의로 문서화된 것이면 비전속적 관할합의의 “서면화”라 할 수 있다.

2. 전속적 관할합의의 방식

가. 방식요건의 편면적 통일

관할합의협약은 전속적 관할합의의 방식요건을 스스로 정한다(제3조 c항). 그러나 국내법으로 더 완화된 방식요건을 정하는 것은 자유이다. 합의법정지인 판결국, 국제적 이중소송이 제기된 타국, 피요청국이 모두 그렇게 할 수 있다. 단지, 그 세 입장의 국가가 협약에 구속되는 것은 제3조 c항을 준수한 것에 한정된다. ‘이 협약이 말하는 전속적 관할합의는 이런 방식요건도 충족한 것만을 가리킨다’는 입법기술로 이 점이 간명히 표현되어 있다.

협약이 정하는 방식요건은 “서면”(제3조 c항 i호)이나 “정보가 추후의 참조를 위해 사용될 수 있는 통신수단으로”(ii호) “체결되거나 문서화”되어야 한다(동항 두문)는 것이다. 서명은 전혀 요구되지 않는다. 또 합의가 그 문서에 의해 성립했어야 하는 것도 아니다. “문서화(documented)”는 “문서로 증명(evidenced in writing)”되는 것과 기본적으로 같은 의미로 이해된다.

나. 방식에 관한 국제적 강행법규의 개입 가능성

방식에 관한 절대적 강행법규의 개입은 협약에 의해 배제되지 않는다고 해석해야 할 듯하다. 그 예로 약관의 제시·설명 의무를 정하는 ‘약관의 규제에 관한 법률’(약관규제법) 제3조⁸⁾와, 보험약관에

by the Special Commission of May 2018).

7) 예컨대 Yoav Oestreicher, *The Rise and Fall of the “Mixed” and “Double” Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments*, 6 Washington University Global Studies Law Review 339 (2007).

대하여 같은 의무를 부과하는 상법 제638조의3와 그 위반의 효과를 정한 제663조를 들 수 있다. 계약조건을 담은 서면을 미리 제시하도록 하여 계약조건을 미리 숙지하도록 보장하는 것은 방식목적(Formzweck)에 해당한다. 그래서 두 법이 정하는 약관제시.설명의무는 방식요건으로 풀이된다.⁹⁾

3. 전속적 관할합의의 실질적 성립.유효성과 구속력

가. 판단의 우선권 여부는 국내법에 맡겨짐

브뤼셀 제1규정 개정규정(2010) 제31조 제2항과 달리, 협약은 합의법정지국과 타국 간의 국제적 이 중소송의 맥락에서도 합의법정지국의 우선적 판단권을 규정하지 않는다. 그렇다고 이것을 배제하는 것도 아니다. 국내법에 맡겨질 뿐이다.

나. 준거법 결정기준의 통일

전속적 관할합의의 실질적 성립.유효성은 항상 합의법정지국법에 의한다. 합의법정, 배제합의된 법정, 피요청국 모두 합의법정지국법에 따라야 한다(제5조 제1항, 제6조 a호, 제9조 a호). 여기에서 합의법정지국법을 지시하는 것은 총괄지정으로 해석되어야 한다. 물론 국제재판관할도 절차문제라 하여 관할합의의 실질적 성립.유효성에 대해 법정지법을 적용하는 것이 가장 기본적인 태도인 것은 사실이다. 그러나 합의법정지국이 그런 기본태도에 머무르지 않고, 본계약 준거법 소속국법을 지시하거나, 관할합의의 실질적 성립.유효성의 준거법 선택을 허용하거나, 자신의 속인법을 원용하여 관할 합의에 동의할 수 있게 하거나(한국에서는 국제사법 제25조 제5항에 의한 제29조 제2항의 준용의 유추적용) 할 때, 굳이 협약이 이를 무시할 것을 명한다고 해석할 이유는 없다. 뉴욕협약 제5조 a호 3단의 중재지법 지시가 총괄지정으로 해석되어야 하는 것과 같다.¹⁰⁾

다. 추가적 접촉 요건의 불채택 그러나 사안의 국제성의 요구

관할합의협약은 '당사자나 사안의 법정지와 관련성'(객관적 관련성, 추가적 접촉)을 관할합의의 유효요건으로 요구하지 않는다. 그러나 이 요건을 요구해서는 안 된다는 입장을 철저히 일관하는 것도 아니다.

실체재판 단계에서의 국제재판관할에 관한 관할합의협약의 규정(제2장)은 이미 추가적 접촉이 있는 사안에만 적용된다(제1조 제2항). 즉, 합의법정지와 전혀 관련 없는 사안에 대해 합의법정지국을 전속적 합의관할국으로 택하는 합의의 구속력 문제는 실체재판 단계에서는 다루지 않는다. 이 문제는 국내법에 맡겨진다.

8) 대법원 2010. 08. 26. 선고 2010다28185 판결(동양전자상사/자랑크 세미컨덕터)(공2010하,1813)은 한국 약관규제법의 규정 들 전반에 대해 국제적 공서법규의 지위를 당연히 인정할 수 있는 것은 아니라고 설시했다. 대법원 2010.9.9. 선고 2009 다105383 판결(한화손해보험/(주) 신흥)(공2010하,1884)에서는 국내업체간(한국캐피탈리스 주식회사와 주식회사 신흥) 간의 선박리스계약에서 "외국법준거약관"이 있고 이를 실질법적 원용이 아닌 준거법약정으로 보았음에도 불구하고, 한국 약관규제법 제3조의 설명의무에 관한 규율이 적용된다고 판단했다. 다만 이것이 이 사건 계약을 '외국법준거약정을 제외하면 외국적 요소가 없는 계약관계'로 보아 국제사법 제25조 제3항을 적용한 것인지, 아니면 내국적 접촉이 매우 강한 사안에서는 한국 약관규제법 제3조가 특별연결된다고 인정한 예인지는 불분명하다.

9) 다수설은 약관에 포함된 중재합의의 편입통제를 중재합의의 '실질적' 성립.유효성의 문제로 본다. 김갑유, "중재합의의 유효성판단과 그 준거법: 대법원 2001.10.12.선고, 99다45543판결", 인권과 정의 제331호(2004), 180면; 석광현, 국제상사중재법연구 제1권(박영사, 2007), 274면.

10) 석광현, 국제상사중재법연구 제1권(박영사, 2007), 274면은 단순히 중재법이 지정된다고만 서술하므로, 단순지정으로 보는 견해로 보인다.

직접관할 단계에서 국제적 관할합의를 좁게 정의하고 이를 충족해야만 협약을 적용시키는 태도는, 특히 ‘관할배제합의된 국가’의 의무에 관한 제6조에서 철저히 관철된다. 전속적 합의법정지와외의 추가적 접촉요구가 가장 예민하게 문제되는 것은 바로 이 맥락이다. 그리고 이 맥락에서 ‘관할배제합의된 국가는 추가적 접촉요구를 해서는 안 된다’는 규율은 협약에는 없다. 국내법으로 이를 요구해도 된다.

물론, 합의법정지국이 자신의 합의관할에 대해 판단하는 단계에서는 제2장의 적용범위 제한의 효과가 사실상 다소 완화되기는 한다. 합의법정지국은 편의법정지 법리에 의해 관할행사를 거절하지 못하므로(제5조 제2항), 사안의 국제성을 겨우 충족하기만 해도 협약의 적용범위에 속하게 되어 합의관할 긍정의무(제5조 제1항) 및 행사의무(제2항)를 지게 되기 때문이다. 그러나 여기에서도 사안의 국제성 요건 자체가 완화되는 것은 아니다.

또, 외국판결 승인집행 단계에서는 추가적 접촉요구를 할 수 없다. ‘사안 자체의 국제성’이 없어도 외국판결 승인집행 단계에서는 “국제적” 관할합의로 인정하여 협약의 적용범위에 포함시키고 있으며(제1조 제3항), ‘추가적 접촉 결여’는 협약이 한정적으로 열거하는 승인거절사유 목록에 없기 때문이다. 이런 협약의 규율은 추가적 접촉요구를 부정하는 견해가 주류적 입장이 되었다는 증거라 할 수 있는가? 꼭 그렇게 보아야만 하는 것은 아니라고 생각된다. 왜냐하면, 외국판결 승인집행이라는 맥락을 고려하여 추가적 접촉요구를 덜어낸 것(간접관할 심사의 제한)으로 평가할 수도 있기 때문이다. 합의법정지국에서 이미 판결까지 나와 승인집행요건을 충족할 때까지 피요청국에서 국제적 이중소송이 진행되어 판결이 내려진 일이 없는 상황이다. 그런 일이 있으면 제9조 f호의 승인집행거절사유가 존재하게 된다. 즉, 피요청국 국내법이 추가적 접촉이 없는 전속관할합의의 효력을 부정하는 입장이라면, 합의법정지에 제소된 피고는 피요청국에 병행소송을 제기하여 먼저 판결을 얻으면 된다. 그런데 그렇게 하지 않았다. 그리고 나서 이제 와서 피요청국이 ‘전속적 합의법정지국과의 추가적 접촉요구’를 들고 나오는 것도 허용하기는 주저되는 점이 있다. 이것이 입법의도일 수 있다. 요컨대, 협약이 판결승인집행 단계에서 ‘추가적 접촉’ 없는 전속적 관할합의의 효력도 인정하게 하는 것은, 간접관할 심사의 제한이라는 사고방식이 덧붙여짐으로써 비로소 그렇게 된 것이라고 의미부여할 여지도 있다.

라. 국제적 강행법규와 공서양속의 개입 가능성

관할합의가 법정지와 제3국의 국제적 강행법규 위반(제6조 a호) 또는 공서양속 위반(제6조 c호, 제9조 e호)을 이유로 무효로 판단될 여지는 열려 있다. 물론 판결승인집행 단계에서 합의법정지인 판결국의 ‘관할합의 유효’ 판단에 구속되는(제9조 a호 단서절) 한도에서는, 국제적 강행법규 위반이 정면에서 원용될 수는 없다. 그러나 합의법정이 관할합의의 유효성 문제에 대해 판단하지 않은 경우에는 판결승인집행의 맥락에서도 국제적 강행법규가 개입하여 관할합의를 무효로 만들 수 있다(제9조 a호 주절). 또, 승인국이 특별연결을 인정하는 국제적 강행법규가 공서위반(제9조 e호)이라는 우회로를 통해 승인집행 거절사유로 작용할 여지도 있다.

법정지의 전속관할 위반이 ‘전속관할에 위반하는 전속적 관할합의는 금지된다’는 국제적 강행법규의 위반으로 이론구성되어 관할합의를 무효로 만들 가능성과, 전속관할 위반이 공서양속 위반으로 이론구성될 가능성도 열려 있다. 후자처럼 간접관할 심사를 공서양속의 틀 내에서 하는 것은 바람직한 것은 아니지만, 협약에는 이를 배제하는 규정이 없다.

마. 실행가능성의 고려의 개입

당사자들이 통제할 수 없는 사정으로 전속적 관할합의의 합리적 실행가능성이 없으면, 관할배제합

의된 국가는 그 관할합의에 따르지 않아도 된다(제6조 d호).

4. 전속적 관할합의의 성립·유효성에 대한 판단의 승인

가. 관할기초사실 판단의 승인

합의법정지국의 법원이 ‘협약에 의한 합의관할’ 긍정의 기초로 삼은 사실판단은, 꺾적판결이 아닌 한, 구속력을 가진다(제8조 제2항 2문). ‘협약에 의한 합의관할’의 부정에 이른 사실판단에는 이 규정이 적용되지 않는다. 또, 국내법에 의한 합의관할 기타 관할의 기초사실에 대한 판단에도 이 규정이 적용되지 않는다. 예컨대 협약상의 방식요건은 부준수되었지만 국내법상의 방식요건은 준수되었다고 판단하여 국내법으로 합의관할을 긍정한 경우에는, 합의법정이 내린 관할기초사실 판단에 피요청국이 협약으로써 구속되는 것은 없다.

나. 성립·유효성을 긍정한 판단의 구속력

합의법정지국이 국제재판관할을 긍정하는 판단만 해도 곧바로 타국이 승인의무를 지는 것은 아니다. 즉, 국제적 이중소송의 맥락에서 타국이 이에 따라야 한다는, 브뤼셀 제1규정 개정규정 제31조 제3항과 같은 규정은 없다.

그러나 합의법정지국의 법원이 전속적 관할합의의 성립·유효성을 긍정하는 판단을 내리고 실체판결까지 하면, 합의법정지국이 관할합의의 성립·유효성을 긍정한 판단은 피요청국에서 승인되어야 한다(제9조 a호 단서절). 이런 협약의 태도는 이미 실체판결까지 났다면 합의법정지국의 판단을 더 존중할 필요가 있다는 것으로 설명할 수 있다. 요컨대 간접관할 심사가 부분적으로 폐지된 것이다.

문언은 “유효성”만 언급하나, 실질적 성립(의사합치 등)에 대한 판단도 구속력이 있다고 해석할 수 있다.¹¹⁾ 판데텐법학의 엄밀한 용어체계를 국제적 범통일조약에서 항상 관철하기는 어렵고, 오히려 국제조약에서 ‘사용자 친화적’인 쉬운 표현을 쓴 것으로 이해해야 하지 않을까 생각된다.

제9조 a호 단서절과 같은 규정이 뉴욕협약에는 없으나 관할합의협약에는 있는 점은 어떻게 설명할 수 있을 것인가? 국가는 외국을 중재지로 하는 중재판정부보다는 외국을 더 신뢰할 수 있고, 그것이 제9조 a호 단서절에 나타났다고 설명할 수 있다. 물론 국가가 중재판정부에게도 이런 신뢰를 보낼 가능성은 열려 있다.

다. 성립·유효성을 부정한 판단은 피요청국에 대한 구속력은 규정 없음

합의법정지가 관할합의 판단의 성립, 유효성을 부정한 판단은 피요청국 법원이 뒤집을 수 있다고 해석된다. 제9조 a호 단서절을 이 경우에 확장적용하기는 무리이다. 이런 판단의 구속력 여하는 피요청국 국내법에 맡겨진다.

라. 관할합의의 전속성 여부의 판단은 피요청국에 대한 구속력은 규정 없음

관할합의가 전속적인 것인지 비전속적인 것인지를 구별(전속성의 추정이 깨어지는지 포함)에 대해서도 제9조 a호 단서절이 적용되지 않는다. 합의법정지국이 전속적 관할합의로 파악했다라도 피요청

11) 제9조 a호에 대응되는 뉴욕협약 제5조 제1항 a호 2, 3단(총칭하여 후단)이 말하는 “모종의 무효”도 불성립을 포함하는 것으로 해석된다. 석광현, 국제상사중재법연구 제1권(박영사, 2007), 273면.

국은 비전속적 관할합의로 판단할 수 있다.

합의법정지국 외의 국가가 당해 관할합의를 비전속적인 것으로 파악하고 동일 당사자간의 동일 사건에 대해 실체재판을 한 경우, 피요청국도 마찬가지로 비전속적 관할합의로 파악하면, 그 판결이 피요청국에서 승인될 가능성이 있다. 합의법정지가 자신의 합의관할을 '전속적'인 것으로 파악하고 판결했다라도 이것만으로는 피요청국의 이런 처리를 막지 못한다.

5. 전속적 합의관할법원의 의무

전속적 관할합의로써 선택된 법원(이하 '전속적 합의관할법원')은 관할합의가 그 국가의 법에 의해 무효가 아닌 한 자신의 재판관할의 존재를 긍정해야 한다(제5조 제1항). 그리고 불편의법정지 법리에 따라 자신의 재판관할 행사를 거절해서는 안 된다(제2항).

전속적 국제재판관할합의에 의한 선정법정지국의 지시 외에 선정법정지국과 아무 관련이 없는 경우에도 같다. 그 경우에도 선정법정지국은 국제재판관할의 존재를 인정하고(제5조 제1항) 행사해야 한다(제2항).

제19조는 이런 경우 선정법정지국이 실체재판을 거절할 수 있다는 선언을 허용한다. 이 선언을 한 국가의 법원은 이런 경우 자신의 국제재판관할의 존재 자체를 부정해도 되고, 불행사해도 된다.

6. 사항적 적용범위

가. 민상사

협약의 적용범위는 민상사에 국한된다(제1조 제1항).

국가, 국가기관 등이 당사자인 법률관계(예: 정부계약)를 어떻게 다루지는 주권면제 법리(제2조 제6항)와 협약의 해석에 맡겨진다. 2019년 협약 제7조 제1항 c호 말미의 특별유보조항과 같은 규정은 없다. 국가, 국가기관 등이 주체인 사안에 대한 적용제외선언을 허용하는 규정도 따로 마련되지 않았다. 그러나 이런 사안(정부계약 등)에 대해 특정사항 적용제외선언(제21조)을 하는 것은 허용된다고 생각된다.

민상사의 정의와 제2조 제1항 각호의 적용제외규정의 역할분담이 완벽하다면, 제2조 제1항 각호의 규정은 그것이 민상사의 일종임을 확인하는 의미도 가질 것이다. 그러나 실제로는 민상사와 민상사 아닌 것의 구별이 논란거리이거나 민상사와 민상사 아닌 것이 혼재하는 분야도 있다. 관할합의협약에서도 이런 분야들에 대해 적용제외규정을 두어 입법적으로 해결한 부분도 있다. 그렇지만, 민상사가 아닌 법률관계만 있는 분야라면 굳이 적용제외 조문에서 언급할 필요가 없을 것이다. 그러므로 관할합의협약이 반독점(h호), 저작권과 저작인접권 외의 지식재산권(n, o호), "공적 장부 기재의 유효성"(p호)을 언급한 것은, 그 분야 내지 문제 중에는 민상사적 법률관계도 있음을 암시한 의미가 있다고 할 수 있다.

나. 제2조에 의한 통일적 적용제외

관할합의협약은 민상사의 모든 하위분야에 적용되는 것은 아니다. 민상사라도 적용제외되는 것이 있다(제2조 제1항 각호). 먼저, 소비자계약(제2조 제1항 a호)과 근로계약(b호)에 적용되지 않는다. 또, 자연인의 신분과 능력(제2조 제2항 a호), 부양의무(b호), 부부재산제를 포함한 가족법 문제(c호), 유언과 상속(d호), 도산, 화의나 이에 유사한 문제(e호), 여객운송과 물품운송(f호), 해양오염, 해상법상 청

구에 대한 책임제한, 공동해손, 긴급예인, 해난구조(이상 g호), 반독점(경쟁) 문제(h호), 원자력손해에 대한 책임(i호), 자연인이 제기하는 인명·인신손해(personal injury)(j호), 유체물에 발생한 손해에 대한 청구로서 계약관계에서 발생하는 것이 아닌 것(k호), 부동산물권과 부동산임대차(l호), 법인의 유효성, 무효, 해산, 법인의 기관의 결정의 유효성(이상 m호), 저작권과 저작인접권 외의 지식재산권의 유효성(n호)에도 적용되지 않는다. 지식재산권 침해소송이 당사자간의 그 지식재산권에 대한 계약위반에 대해 제기되거나 제기될 수 있었던 경우를 제외하고, 저작권과 저작인접권 외의 지식재산권의 침해에도 적용되지 않는다(o호). 공적 장부 기재의 유효성에도 적용되지 않는다(p호).

적용제외사항은 다소 넓고 다양하게 규정된 편이다. 여기에는 협약의 규율대상을 주로 ‘상사(商事)’에 국한하려는 고려가 작용했고,¹²⁾ 특화된 조약으로 다루어지는 분야, 통상의 쟁송절차와 다른 절차적 특칙이 적용되는 분야, 전속관할이 종종 규정된 분야, “통치이익(governmental interests)”이 작용하는 분야를 배제하고자 한 결과이기도 하다.¹³⁾ 국내법상의 전속관할에 대한 배려는 그런 국내법이 많은 분야를 아예 적용제외하는 방식으로 이루어졌다.¹⁴⁾ 반독점(h호), 부동산물권, 부동산임대차(l호), 저작권·저작인접권 외의 지식재산권(n, o호) 등이 그렇다. 지식재산권 침해가 부분적으로만 포함된 것은, 지식재산권계약 위반과 그 경우의 지식재산권 침해는 실제로는 명쾌히 구별되지 않고, 법리구성이 달라 별개의 법률관계로 성질결정될 뿐임을 고려한 것이다.

첫째, 소비자계약의 정의도 넓은 편이다.

둘째, j호, k호도 굳이 적용제외할 필요는 없었다고 생각된다. 관할합의협약이 기업간(B2B) 거래에 초점을 맞추므로 j호, k호의 적용제외규정도 타당하다는 견해에는 설득력이 약하다.¹⁵⁾ 오히려 제9조 a호 단서절 같은 과감한 규율을 미루고 관할합의의 실질적으로 유효한 성립에 대한 심리 기회를 넓게 유지하면서 사항적 적용범위를 최대한 넓히는 것이 낫지 않았을까 라는 생각도 든다. 사항적 적용범위에서 조심스러운 태도를 취하지 않더라도, 국제적 강행법규와 공서양속에 의해 관할합의의 유효한 성립 여부를 통제할 수 있기 때문이다.

셋째, 교섭의 어려움이 있었으리라고 생각되기는 하지만, 저작권과 저작인접권 외의 지식재산권을 광범위하게 적용제외하고 반독점 문제를 완전히 적용제외한 점도 아쉬움이 남는다. 당사자가 전속적 관할합의로써 그런 문제들까지 합의법정에 맡겼는데도 협약이 이를 다루지 않게 되어 있다. 그렇다면 그런 합의가 없는 경우에는 적용제외할 이유가 더 강하다. 이 점은 이 문제들이 2019년 협약에서도 적용제외론을 뒷받침할 수 있다. 2019년 협약의 교섭에서는 찬반양론의 대립이 이어지고 있다.

다. 사항별 적용제외선언

체약국이 “특정 사항에 이 협약을 적용하지 않는 데 강한 이익”이 있으면 그렇게 한다는 선언을 할 수 있다(제21조 제1항 1문). 이 선언은 상호효를 가진다(제2항).

이 선언을 하기 위해 요구되는 “강한 이익”은 “이 협약을 적용하지 않는” 데 대한 것이면 족하다. 즉, 특정 사항을 전속적 관할합의와 그에 근거하여 나온 외국인사판결의 승인집행제도의 밖에 놓는

12) 즉 “영업(business)에 관련된다는 의미에서의 ‘민상사’가 아닌” 것은 이번 관할합의협약에서는 다루지 않는다는 사고방식. Schulz, 전계논문, p. 249.

13) Schulz, 전계논문, p. 249.

14) Schulz, 전계논문, p. 249.

15) 소비자, 근로자, 보험계약자, 피보험자, 보험수익자를 “사회경제적 약자”로 규정지으면서 유럽공동체에서 고안한 ‘세밀하면서도 추상적인’ 대륙법식 특칙체계에 따르게 하려는 유럽공동체, 상설사무국 내지 특별위원회(소수 전문가로 구성된) 측의 시도가 2000-2001년의 재판프로젝트 좌초의 중요한 이유 중 하나였다고 한다. 그리고 기업간 거래용 관할합의협약을 만들자고 한 목소리의 배경에는, 그런 심한 의견대립의 기억이 되살아나는 일을 피하려는 취지도 있었으리라고 생각된다. 그러나 기업간 거래에 초점을 맞추자고 하여 교섭작업을 재개하도록 부드럽게 설득하고 분위기를 조성하는 문제와, 협약이 기업간 거래에만 적용되도록 규정하는 것은 다른 문제이다.

데 강한 이익이 있어야 하는 것은 아니다. 그 사항은 국제조약으로 규율하기보다 국내법으로 규율하겠다는 데 강한 이익을 가져도 충분하고, 협약의 구체적 규정내용 중 어떤 것이 그 사항과 관련해서는 적합하지 않다는 데 강한 이익을 가져도 충분하다.

라. 적용제외되는 사항에 대한 관할합의와 판결의 처리

(1) 적용제외사항이 선결문제로 제기된 경우

적용제외사항이 본문제로 제기된 경우에 그에 대한 실체판단이 협약에 의해 승인집행될 수 없음은 당연하다. 그러나 적용제외사항이 선결문제로 제기되어도 그에 대한 판단이 본문제 판단에 영향을 미칠 수 있다. 먼저, 제10조 제1항은 적용제외사항이 선결문제로서 판단된 것 자체는 승인집행되지 않는다고 규정한다.

이 규정은 판결이유의 구속력과 관련하여 실익이 있다. 승인되는 외국판결에 어떤 효력을 인정하느냐에 관해 효력확장설과 대등적 효력설(동등설) 중 어느 것을 따를지는 피요청국 국내법에 맡겨지지만,¹⁶⁾ 판결이유의 구속력도 승인집행의 대상이 될 수 있기 때문이다.

(2) 적용제외사항을 선결문제로 하는 판단의 처리

적용제외사항을 선결문제로 하여 내려진 판단은 승인집행이 거절될 수 있다(제10조 제2항).

이에 대해서는 예외가 있다. 저작권, 저작인접권 외의 지식재산권의 유효성이 선결문제가 된 경우에 관한 제3항이 그것이다. 부여국법에서 내려진 “관할관청”의 판결이나 결정과 불합치하면 승인집행을 거절할 수 있다(a호). 그 지식재산권의 유효성에 대한 절차가 그 국가에 계류되어 있는 경우에는 승인집행을 거절하거나 연기할 수 있다(b호). 제3항이 제2항과 다른 점은, 유효성이 문제된 지식재산권의 부여국의 판결이나 결정과 “불합치”하는 경우에만 승인거절사유가 되고(a호), 또 그 지식재산권의 유효성에 대해 부여국의 우선적 판단기회를 준다는(b호) 점이다. 결국, 저작권, 저작인접권 외의 지식재산권의 유효성에 대해서는 부여국에 전속적 국제재판관할과 우선적 판단기회를 인정하고 그 국가의 판단에 대해 일정한 한도에서 승인의무를 지우는 셈이다. 제10조 제3항은 저작권, 저작인접권 외의 지식재산권의 유효성을 적용제외한(제2조 제1항 n호) 것을, 이 한도에서 뒤집고 있다. 실질적으로는 뒷문을 통해 사항적 적용범위 내에 어느 정도 들어와 있다. 게다가, 제10조 제3항을 문리 해석하여, 이 항은 ‘요등록’ 지식재산권에만 한정되지 않고, 저작권, 저작인접권 외의 모든 지식재산권(예컨대 불요등록 특허권, 불요등록 상표권, 불요등록 신종지식재산권)에도 적용된다고 할 가능성도 열려 있다.

7. 규율대상인 절차문제의 범위

가. 관할“합의”

“둘 이상의 당사자들에 의해 체결된 합의”여야 한다. 따라서 일방에 의한 관할지시에는 협약이 적용되지 않는다. 여기에서 말하는 “합의”는 관할에 대한 “합의”를 말한다. 그래서 관할합의의 대상이 합의로써 성립하는 법률관계인지, 단독행위로써 성립하는 법률관계인지는 묻지 않는다.

그런데 신탁증서상의 국제재판관할지정에는 협약이 적용될 수 없는 것으로 전제하면서 관할합의협

16) 한국에서는 효력확장설이 다수설이다. 석광현, 국제민사소송법(박영사, 2012), 410면 참조.

약이 교섭된 듯하다. 2019년 협약의 교섭도 같은 전제 위에서 진행되고 있다. 그러나 신탁증서에 신탁의 내부관계에 관한 신탁자와 타방당사자(들) 간의 국제재판관할합의가 기록되어 있으면, 적어도 문리해석상으로는, 이것도 관할합의의 “문서화”(제3조 c호 두문)에 해당할 수 있다. 그러므로 양 협약의 중복을 피하려면 이 부분도 다듬어져야 한다.

나. “국제적” 관할합의

협약은 국제적 관할합의에만 적용된다. 여기에서 말하는 국제성의 의미는 직접관할의 단계(제2장)와 외국판결 승인집행의 단계(제3장)에서 다르다.

직접관할의 단계에서는 “사안”이 “국제적”일 것을 요구한다(제1조 제1항). 여기에서 사안의 국제성은 대체로 엄격하게 정의되고 있다. 당사자들의居所, 법률관계, “분쟁에 관련되는 기타의 모든 요소”가 모두 한 국가와만 관련되면, 타국법원이 선택되었더라도, 국제적 사안이 아니다(제2항). 국내적 사안에 대해 외국법원을 선택한 경우에 대해서는 협약 제2장이 적용되지 않고 국내법(합의법정지국과 배제합의된 국가)에 의한다. 국내법이 그 사안을 국제적 사안으로 취급하여 국제재판관할합의를 허용해도 되고, 국내적 사안으로 취급하면서 허용해도 된다. 또, 국내적 사안이라고 하면서 금지해도 되고, 국제적 사안이라고 하면서 금지해도 된다.

합의법정지국이 협약에 의해 전속적 합의관할을 가지는 것은 ‘사안 자체가 이미 국제적인 경우’에 국한되지만, 그 실제적 함의는 제한된다. 합의법정지국이 편의법정지 법리에 의해 관할행사를 거절하는 것이 금지되므로(제5조 제2항), 사안의 국제성의 관문을 겨우 통과하기만 해도 충분하기 때문이다. 이에 의해, 제1조 제2항이 사안의 국제성을 좁게 정의한 결과가 실제로는 다소 완화될 수도 있다.

둘째, 외국판결 승인집행의 단계에서는, 합의법정지인 판결국이 외국이라는 점만으로 이미 국제성이 존재한다(제1조 제3항). 그래서 간접관할을 근거지우는 국제재판관할합의는 항상 “국제적” 관할합의라고 해도 무방하다. 즉, 제3장의 적용요건으로서의 국제성은 제1조 제2항처럼 엄격할 필요가 없다. 그래서 협약은 제3항의 적용범위는 이처럼 넓게 했다.

다. 국제관할합의와 함께 체결된 국내관할합의에도 적용됨

협약은 두 유형의 합의에 적용된다. 첫째, 국제재판관할만 합의한 것에 적용된다. 제3조 a호가 체약국의 “법원들(the courts)”의 선택이라 함이 그것이다. 둘째, 국제재판관할과 국내토지관할 양쪽에 대해 전속적 관할을 정하는 합의에도 적용된다. 이 경우에는 그 두 합의를 묶어 다룬다. 제3조 a호는 체약국의 “하나 이상의 특정한 법원들(one or more specific courts)”의 선택이라 함이 그것이다.

라. 둘 이상의 국가가 선택된 국제관할합의에는 적용되지 않음

국내관할합의가 둘 이상의 국내법원을 선택하는 것이라도, 전속적 국제재판관할합의와 함께 체결되는 한, “전속적 관할합의”의 일부로 파악된다. 그래서 협약이 적용된다(제3조 a호).

그러나 협약은 둘 이상의 국가를 전속적 국제재판관할국으로 선택하는 국제관할합의는 전속적 국제재판관할합의로 다루지 않는다(제3조 a호). 그래서 양당사자는 A국이나 B국에만 제소할 수 있다는 합의에는 적용되지 않는다. 일방당사자는 A국에만, 타방당사자는 B국에만 제소할 수 있다는 합의에도 적용되지 않는다. 또, 일방당사자가 제소하는 경우의 전속적 국제재판관할에 대해서만 합의하고 타방당사자가 제소하는 경우에 대해서는 정하지 않는 것도 협약의 규율대상이 아니다.¹⁷⁾

협약의 규율대상의 이런 제한은 논리필연적인 것이 아니다. 물론 이렇게 규율대상을 좁히면 뉴욕 협약과의 대응관계가 분명해진다. 그러나 국가재판권은 중재재판권과 달리 강제적 재판권이다. 중재 재판권은 성립의 측면에서는 임의적 재판권이므로, 중재합의는 논리필연적으로 중재재판권 창설합의 이자 모든 국가의 재판권의 배제합의이다. 그래서 재판권설정합의로서의 측면과 재판권 배제합의로서의 측면을 묶어서 다루는 것으로 충분하다. 반면에 관할합의는 관할설정합의와 관할배제합의로 나뉘고 양자는 다른 규율을 요구할 수 있다. 만약 협약이 이론적 접근방법에 충실했다면, ‘관할배제합의는 관할설정합의보다 얼마나 더 엄격히 규율할 것인가’를 따져야 한다.

그러나 실업계와 실무가는 이런 이론적 설명에 흥미를 느끼지 않을 것이다. 오히려 그들은 하나의 완성품으로서 “전속적 관할합의”를 이야기하기를 선호할 것이다. 그리고 전속적 관할합의는 기능상 중재합의와 대등하여, 거래계와 실무가의 관심이 클 것이다. 전속적 관할합의라는 개념에서 출발하는 조약은 뉴욕협약과 일대일(一對一)로 대응되어 이해하기 쉽다. 실무친화적 관점이 압도하여 이런 이론적 관점이 드러날 기회를 찾지 못하는 가운데 관할합의협약이 교섭된 듯하다. 관할합의협약이 다양한 형태의 국제재판관할 배제합의를 규율대상으로 하지 못하고 전속적 관할합의를 좁게 개념정의하게 된 데는 이런 사정이 있었던 듯하다. 결국, 관할배제합의 중 일부만이 국제조약으로 다루어지게 되었다.

마. 순수한 국내적 사안의 적용제외선언

제19조와 제20조는 순수한 국내적 사안의 적용제외선언을 허용한다. 제19조는 합의법정지로서 재판관할을 긍정하고 행사할 의무(제5조의 의무)를 피하는 선언이다. 제20조는 합의법정지의 판결을 승인집행할 의무(제8조의 의무)를 피하는 선언이다. 제19조의 선언만 따로 할 수 있게 허용하는 것은, 순수국내사안에 한정하여 합의법정지의 재판관할 행사거절 금지(제5조 제2항)를 하지 않겠다고 선언하는 것과 같다. 이것은 이해할 수 있다.

바. 전속적 관할합의만 다루는 것이 원칙임

관할합의협약은 기본적으로 전속적 관할합의만 다룬다. 개별 체약국은 비전속적 관할합의에도 확장적용하겠다는 선언을 할 수 있다(제22조).

그런데 엄밀히 말하면 전속적 관할합의만 협약의 규율대상인 것은 아니다. 협약은 비전속성의 명시 요구와 전속성의 간주도 규정한다(제3조 b호). 이 간주규정을 둠으로써, 이 간주규정의 적용 여부, 즉 비전속성의 명시적 합의가 있는지 여부의 의사해석 문제도 협약의 규율범위에 속하게 되었다. 왜냐하면 협약규정의 적용범위는 협약의 해석문제이기 때문이다.

물론, 비전속적 관할합의를 어떻게 다룰지에 대해서는 협약이 전혀 규율하지 않는다. 가령 전속적 합의관할국이 그 ‘전속성’은 강행법규나 공서양속 위반으로 무효로 판단하면서 ‘비전속적 관할합의’로서는 유효(일부유효)하다고 판단하여 실제판결을 했다면, 그 승인집행에 대해서는 제3장의 규정이 적용되지 않는다. 왜냐하면 제3장은 “전속적 관할합의에서 지정한 체약국의 법원이 내린 판결”의 승인 집행에만 적용되기 때문이다(제8조 제1항).

사. 중재와의 관계에 대한 침묵

중재와의 관계도 다루지 않고 미해결의 과제로 남겼다(제2조 제4항). 이것은 중재와의 관계를 뉴욕

17) 이 두 유형이 “비대칭적 관할합의(asymmetric choice-of-court agreement)”이다.

협약의 영역으로 미룬다는 뜻이 아니다. 이 문제를 관할합의협약에서 입법적으로 해결하는 대신, 앞으로의 해석과제로 남겼을 뿐이다.

III. 관할합의협약에서 반독점법 문제를 적용제외한 것의 보완방안

관할합의협약이 성립하고 재판프로젝트의 남은 부분이 진행중인 현 시점에서 돌이켜 보면, '계약 및 계약외 채권관계에 대한 반독점법의 구체적 개입결과'까지는 관할합의협약의 적용범위에 포함시키는 편이 낫지 않았을까 라는 생각이 든다.

첫째 이유는 당사자의 기대이다. 본계약을 체결하면서 '이 계약에서 나오는 분쟁'에 대해서만 관할합의를 하기보다는, '이 계약과 관련된 분쟁'도 묶어 관할합의를 체결하는 경우가 오히려 많다. 후자는 계약과 계약관련적 비계약적 채권관계에 반독점법이 연루되는 부분까지 묶어 합의법정에 맡기려는 의사일 것이다.

둘째 이유는 법률관계의 본질(성질결정)과 관련된다. 계약관계에 대한 반독점법의 효력법규적 개입은 계약상 법률관계의 일부이다. 반독점법이 계약상 의무를 무효화하는 것은 양속위반을 이유로 그렇게 하는 것과 별로 다르지 않다. 반독점법이 개입하여 비계약적 채권관계를 성립시키는 것도, 금지법규(단속법규) 위반이나 양속위반을 이유로 위법성이 인정되는 불법행위와 별로 다르지 않다. 그러므로 2019년 성립예정인 협약과 달리, 전속적 관할합의만 다루는 관할합의협약에서는 위 문제들을 사항적 적용범위에 포함시키면서, 반독점법에 특유한 염려에 대응하는 보완장치를 두었다더라면 좋을 것이다.

한편, 반독점법 위반 자체는 적용제외하는 것이 낫다. 판결국법이 판결이유의 구속력을 인정하고, 판결이유에 이런 설시가 나오는 경우가 문제이다. 이런 경우에, 판결에서 반독점법 위반의 점 자체를 언급한 것까지 승인집행하도록 요구하는 것은 법발달의 현 단계에서는 과도해 보인다. 이 문제는 효력확장설을 취하든, 대등적 효력설을 취하든 발생할 수 있다.

이상과 같이 반독점법 문제를 부분적으로 적용범위에 포함시키는 규율은 2019년 협약에 담을 수도 있다. 2018년 특별위원회안 제5조 제1항 m호는 비전속적 관할합의를 간접관할사유로 규정한다. 이 규정을 전속적 관할합의에도 적용되도록 수정하고(이 제안은 타 회원에 의해 외교회의에 제출되어 있음), 그런 관할합의의 대상이 된 한도에서 반독점 문제도 2019년 협약의 사항적 적용범위에 넣는 해결방안이 적절해 보인다. 요컨대, 전속적 또는 비전속적 관할합의의 대상이 된 경우에 민상사관계에 대한 반독점법의 구체적 개입에 한정하여 2019년 협약의 적용범위에 넣는 것이다. 즉, 2018년 초안 제5조 제1항 m호에서 "전속적 관할합의 외에(other than an exclusive choice of court agreement)"를 "2005년 6월 30일에 헤이그에서 체결된 관할합의협약이 다루는 전속적 관할합의 외에"¹⁸⁾로 수정하고, 반독점 적용제외를 규정하는 제2조 제1항 p호를 "반독점(경쟁) 문제, 다만 반독점(경쟁)법에 직접적 또는 간접적 개입에 의해 성립하는 계약위반, 비계약적 채권관계 또는 그 부정에 관하여 제5조 제1항 m호가 적용되는 관할합의가 있는 경우는 제외"¹⁹⁾고 수정하는 방안이다.

이렇게 사항적 적용범위를 조정하면, 반독점 민사관계에 특유한 보완방안도 함께 마련될 필요가 있다.

첫째, 민사적 금지명령의 승인집행 거절을 허용할 필요가 있다. 민사적 금지명령은 규제당국이 내리는 시정명령과 절차면에서 구별되지만 실질적으로는 적어도 소송당사자간에서는 비슷한 기능을 한

18) "other than an exclusive choice of court agreement dealt with by the Convention on Choice of Court Agreements, concluded at The Hague on 30 June 2005"(밑줄은 추가문구).

19) "anti-trust (competition) matters, except breach of contract, a non-contractual obligation, or their denial, constituted under the direct or indirect intervention of an anti-trust (competition) law, where there is a choice-of-court agreement concerning these matters to which Article 5(1)(m) applies."

다. 그러므로 그것을 어떻게 승인하고 집행할지는 각국의 법과 실무에 맡겨두고 그것이 어떻게 발달되는지 지켜봄이 적절할 것이다. 각국의 법과 실무가 상당히 수렴되어 나갈 때 국제적 법통일조약으로 다루어도 늦지 않을 것이다.

둘째, 반독점법 분야에서 순수재산손해의 산정기준은 확립되어 있지 않고, 미국에서 영업손실 산정 전문 자문회사(대표적으로 Lexecon)의 활약으로 고액으로 치솟기도 하는 등 상당히 불안정하다. 손해산정은 원래 공서조항으로 심사할 만한 사항이 아니지만, 비전보적 배상의 명목을 띠더라도 심하게 과도하면 공서조항으로 통제할 현실적 필요가 있다. 가령 비전보적 손해배상의 승인집행 거절을 허용하는 제10조에서 ‘반독점 사건에서는 피요청국법이 알지 못하는 손해항목에 대해 피요청국법이 알지 못하는 산정방법으로 산정된 손해의 승인이나 집행도 거절할 수 있다’는 조문을 추가(현재의 제1항과 제2항 사이)하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

이런 보완장치들이 갖추어진다면, 2019년 협약의 사항적 적용범위를 좀 더 넓혀, 관할합의의 대상이 아닌 계약관계에 대한 반독점법의 개입까지, 심지어 비계약적 채권관계에 대한 개입까지 포함시키는 것은 어떤가? 이것도 검토해 볼 만한 절충안이기도 하다. 그러나 반독점 민사판결의 승인집행을 조약으로 정하는 것은 각별히 조심할 필요가 있다.

무엇보다 반독점 민사판결의 승인집행에 관해서는 국내법의 경험이 적다. 국제입법례도 전무하다. 반독점 분야에도 민사사건이 있음을 확인한 뒤 전혀 주저없이 조약으로 판결승인집행의무를 부과하려 해서는 곤란하다. 국제입법이 판결승인집행의 현실과 국내법을 앞질러 모험적 입법을 하는 것은 조심스럽다. 그것은 국제입법에의 과도한 권력집중이다. 또, 체약국의 방어적 태도를 유발할 수 있다. 반독점 적용제외를 한 국가는 그렇게 할 “강한 이익”(제21조 제1항)을 밝힌 것이 되는데, 이것이 국내적 입법과 해석에 짐으로 작용할 수 있다. 아예 국내법에 의한 반독점 민사판결 승인까지 주저하도록 만들 여지가 있다. 심지어 이 상태에서 고착될 우려가 있다. 또, 위에 적은 절충안이 실현될 가능성마저도 막아버리게 될 것이다. 반독점 민사판결 승인집행협약도 만들어 새 시대를 열겠다는 의욕만 앞세운 나머지, 이에 조심스러운 나라로 하여금 반독점 적용제외선언을 하도록 재촉해서는 곤란하다. 그런 선언은 그 국가의 국내법 발달을 오래 정체시키고, 심지어 퇴보시킬 수 있다. 국제입법이 성급히 주도권을 행사하여 적용범위를 너무 넓히면, 이처럼 승인집행 비토를 유발하고 그 상태로 법발달을 고착화시키는 역효과를 빚을 우려가 있다.

또, 반독점 불법행위에 관해서는 다음의 추가적 염려가 있다. 관할합의 없이도 반독점법을 2019년 협약의 적용범위에 넣게 되면, 원고가 제소한 반독점법 사안의 범위가 어디까지인지, 그래서 기판력의 차단효가 객관적으로 어디까지(어느 나라 반독점법 하의 법률관계에까지) 미치는가 라는 까다로운 문제에 정면으로 부딪치게 될 것이다. 특히 로마 제2규정 제6조 제3항은 반독점 불법행위의 원칙적 준거법으로 효과발생지법을 지정하고(a호), 피해자가 복수의 효과발생지에서 입은 손해들을 묶어 법정지법에 따라 제소할 수 있는 선택권을 일정 한도에서 인정한다(b호). 즉, 로마 제2규정은 반독점 불법행위에 대해서도 본격적 형태의 ‘법률관계에서 출발하는 접근방법’을 채용하여, 전세계의 어느 국가의 반독점법에 의한 것이든 포괄하여 1개의 법률관계로 취급하는 것으로 보인다. 이것은 종전의 우세한 접근방법인 ‘법규에서 출발하는 접근방법’과 대비된다. 두 접근방법의 차이는 외국판결 승인 집행의 맥락에서 소송물의 범위 내지 기판력의 차단효의 범위와 관련하여 어려운 문제를 낳게 된다. 2018년 특별위원회 안은 일반관할은 넓게 규정하는 편이지만(제3조 제2항, 제5조 제1항 b호), 불법행위지관할은 생명, 신체, 유형재산 침해에 한하여 규정하므로(제5조 제1항 j호), 피해자가 판결승인집행에서 2019년 조약의 혜택을 누릴 생각으로, 피고를 찾아 로마 제2규정 적용국에서 제소하는 일이 생길 수 있다. 이 경우에는 전세계의 모든 효과발생지를 다 특정하고 그곳에서의 손해를 입증하여 제소해야 한다. 그렇게 하지 않으면 2019년 협약의 전 체약국에서 기판력의 차단효에 부딪치게 된다. 이런 결과를 원고가 쉽게 납득할 수 있을 것인지 의문이다. 오히려 한편으로는 로마 제2규정의 실험

이 어떻게 기능할지를 시간을 두고 지켜보면서 실체재판 단계의 범발달을 기다리고, 다른 한편으로는 반독점 민사판결이 국내법에 의해 승인집행되는 경험을 축적해 나가는 것이 어떨까 한다.

IV. 계약국이 되려는 국가의 대응방안

1. 관할합의협약의 장단점: 비준할 것인가

가. 국내법이 아닌 국제적 성문화라는 의의

헤이그국제사법회의에서 만든 다른 국제사법통일조약들과 마찬가지로, 헤이그관할합의협약도 내용상으로는 획기적인 것이 적다. 오히려 국제사법통일조약의 형태로 성문화했다는 것이 중요하다. 특히 다음의 점이 주목할 만하다.

첫째, 판결국과 승인국이 모두 이 협약의 계약국이 되면, 적어도 이 협약의 사항적 적용범위 내에서는 상호보증이 생긴다. 즉, 국내법이 조약이나 상호보증을 요구하고 그 요건들이 미충족되었던 상황이 타개된다.

둘째, 관할배제합의에 효력을 부여할 의무를 국제조약으로 부과한다. 실체재판의 단계와 외국판결 승인집행의 단계에서 공히 그렇게 한다.

셋째, 국내법에만 맡기면 이해관계인과 법원은 외국의 국제재판관할법과 외국판결 승인집행법을 확인하기 위해 그 국내법을 조사해야 한다. 그런데 각국이 이미 채택하고 있거나 채택하려는 규율을 영어와 불어를 공용어로 하는 통일조약으로 명문화함으로써 투명성을 확보하고, 외국 국제민사소송법 조사의 부담을 덜어준다.

나. 국내법에 의해 국제적 통일성을 잠식할 가능성을 열어 둔 부분

(1) 국제적 강행법규의 개입가능성

각국은 국제적 강행법규에 의해 관할합의협약의 규율을 뒤로 물러나게 할 수 있다.

첫째, 관할합의의 실질적 성립·유효성에 관해 개입할 수 있다.

둘째, 관할합의의 방식요건을 강화할 수 있는지도 문제된다. 합의법정지국이 그렇게 할 수 없음은 명문으로 규정되어 있다(제5조 제1항, 제2항 참조). 그러나 직접관할과 외국판결 승인집행 단계에서 합의법정지국 아닌 국가가 자국이나 제3국의 국제적 강행법규를 원용하여 관할합의의 방식 불비로 판단할 수 있는지는 해석에 맡겨져 있다. 이것이 허용된다고 해석된다면, 이 점에서도 국내법의 행동반경이 인정되는 것이다.

(2) 국내법이 정하는 전속관할의 개입가능성

국내법상의 전속관할의 개입가능성도 넓게 열려 있다. 먼저, 합의법정지국은 자국의 전속관할법에 따라 인정되는 타국의 전속관할 위반을 이유로 국제재판관할합의를 무효로 인정할 수 있다(제5조 제1항). 또, 관할배제합의된 국가도 '합의법정지국의 국제재판관할법상 인정되는' 타국 전속관할 침해를 이유로 관할합의를 무효로 판단할 수 있다(제6조 a호). 같은 이유로 공서위반(c호)이라 할 여지도 배제되지 않고 있다. 또, 심지어 판결승인집행 단계에서도, 합의법정지가 관할합의의 유무효 판단을 한 일이 없다면, 같은 이유로 관할합의를 무효로 판단하여 승인집행을 거절할 수 있고(제9조 a호), 공서

위반론을 들고 나올 여지도 배제되지 않고 있다(제9조 e호).

2. 어떤 선언을 할 것인가

가. 추가접촉 요구선언(제19조, 제20조)

국제사법 개정안 제8조는 판례상의 추가적 접촉 요건을 전면 폐지하고 있다. 이것이 이론적으로도 타당하고 개정위원회에서도 전혀 이의없이 의견합치를 본 사항이므로, 국내법은 이번에 개정되지 않더라도 언젠가 이 방향으로 개정되리라 예상된다. 결국 국내법 개정안과 관할합의협약은 일치하여 추가적 접촉 요건을 폐지하는 내용으로 되어 있다. 이 점을 보더라도, 제19조와 제20조의 선언은 하지 않는 것이 타당하다.

현행 판례를 유지하더라도, 제19조와 제20조의 선언은 안 하는 것이 낫다. 즉, 전속적 합의법정지와의 추가적 접촉을 요구하지 않는 관할합의협약과, 전속적 합의법정지와의 추가적 접촉을 요구하고 심지어 이를 양면규정화한 한국 판례를 병용하는 것도 반드시 어색한 것은 아니다. 현행 판례와 관할합의협약은 공존할 수 있다. 가령 다음과 같은 설명이 가능하다. 국내법이 현실과 타협하여 관할합의협약보다 쇠국적인 태도를 취하더라도 어느 정도 이해할 수는 있다. 재판권의 사실상 형해화의 방지, 사법접근의 제한, 사법자원의 절약, '전문성 있고 실효성 있는 재판'을 하는 법원으로서의 위신 유지를 위해 낯선 법률관계의 재판을 피하려는 생각 등이 그 고려요소일 것이다. '전속적 국제재판관할합의의 효력을 서로 인정하는 조약관계'가 없으면 그런 현실주의적 대응도 나올 만하다. 그러나 '전속적 국제재판관할합의의 효력을 서로 인정하는 조약'의 체결국들 사이에서는, 추가적 접촉을 요구하기보다, 당사자들의 선택에 따라 판결하고 타 체결국들에서 승인집행하는 편이 합리적이다. 그래서 전속적 관할합의를 다루는 협약에서는 추가적 접촉 요건을 용이하게 폐지할 수 있었다. 현행 판례를 유지하면서 제19조, 제20조의 선언 없이 협약을 비준하는 것도 이처럼 나름대로 합리적일 수 있다. 요컨대 제19조, 제20조의 선언을 하지 않는 것은 현행 국내법과의 균형이라는 면에서도 문제가 없다.

나. 특정사항 적용제외선언(제21조)

유럽연합, 덴마크, 영연합왕국은 보험계약에 대해 광범위한 적용제외선언을 했다. 보험계약 중에서는 다음의 것만 적용범위 내에 남긴다. 재보험계약, 사후적 관할합의, 동일한 체결국에 주소나 상거소를 두는 자들 간에 체결된 보험계약으로서 보험사고 발생지국을 불문하고 그 체결국에 재판관할을 부여하며 그 체결국의 법에 위반하지 않는 합의. 그리고 자세히 그 한계를 정한 대규모 위험에 대한 보험계약. 보험계약을 원칙적으로 적용제외하는 것은 보험계약자, 피보험자, 보험수익자의 이익을 보호하기 위한 것임을 선언 내에서 밝히고 있다.

제20조의 선언을 할지, 그리고 제21조의 선언을 어떤 사항에 대해 할지에 대해서는 국내에서도 견해가 나뉠 것으로 생각된다. 비준시에는 선언을 하지 않았다가 나중에 해도 무방하지만(제32조 제1항), 그렇게 하면 그 선언에 대한 대한민국의 '형성중인 국제공법' 차원의 규범적 확신이 비교적 약한 인상을 주게 되고, 같은 차원에서 실무(실행)(practice)의 일관성도 적어 보이게 될 것이다. 그러므로 제20조와 제21조에 대해 충분한 논의를 거쳐 선언목록을 정하여, 비준과 동시에 선언하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

제21조의 선언을 할 만한 분야나 사안유형이 있는지에 대해서도 신중한 검토가 필요할 것이다. 우선 제21조의 선언대상으로 검토해 볼 만한 것으로는 어떤 것들이 있을 수 있는가? 막연하지만 다음과 같이 나누어 생각해 보고자 한다.

첫째, 제2조에서 열거하지는 않았지만 전속적 국제재판관할합의의 효력을 쉽게 인정하거나 전속적 국제재판관할합의를 헤이그관할합의협약으로 통일적으로 규율하는 것이 바람직하지 않음이 새로 밝혀진 분야가 있을 수 있다. 그런 염려가 특히 크다면 제21조의 선언대상으로 삼을 필요가 있다. 각국의 법정책이 크게 충돌하여 어차피 판결이 나오더라도 공서조항이 자주 원용될 것으로 예상될 수도 있다. 전보배상의 산정방식이 큰 논란이 되어 전보배상의 이름 하에 산정되는 손해배상액이 큰 편차를 보이고 또 지나친 고액에 이를 염려가 있는 분야도 있을 수 있다. 전속적 국제재판관할합의를 체결한 것을 빌미로 괴롭히기 소송(harassment lawsuit)이 행해질 가능성이 있음이 새로 주목받게 되는 분야도 있을 수 있다. 헤이그관할합의협약의 적용제외 조문에는 없지만 2018년 협약안에서는 적용제외를 명시하는 사항들도, 제21조의 선언대상으로 삼을지 검토해 볼 만하다. 예를 들어, 새로 실체법이 발달하고 있는 분야인 개인정보보호는, 중요한 법정책이 개입하여 충돌한다는 이유에서 유럽연합이 2018년 협약안의 적용범위에서 제안할 것을 제안하고 있다(동 협약안 제2조 제1항 (l)호: 꺾쇠 내 표시).

둘째, 어떤 분야에서 외국의 효력법규가 개입하거나 내외국의 효력법규의 충돌이 빈발하여 계약의 효력을 부정하는 일이 자주 생기고 그것이 국제거래의 안정을 저해하는 일이 빈발한다면, 그런 분야를 제21조의 선언대상으로 삼는 방안을 검토해 볼 수 있다.

셋째, 외국의 단속법규(금지법규)가 개입하여 불법행위의 위법성 인정에 결정적 요인으로 작용하는 일이 어떤 분야에서 자주 생기고, 그러한 불법행위에 대한 전속적 국제재판관할합의와 그에 기하여 나온 판결이 헤이그관할합의협약에 의해 중요하게 취급되는 것이 그다지 적절치 않은 경우가 있을 수 있다. 그런 경우에는 그 분야를 제21조에 의해 적용제외할지 검토해 볼 만하다.

넷째, 관할합의의 유효한 성립을 선호하여 이 문제를 합의법정지국법에 맡기는 해결(제5조 제1항, 제6조 a호, 제9조 a호)이, 분야에 따라서는 합의법정지국에게 과도한 우위를 부여한다고 보여지는 일이 빈발할 수 있다. 그런 분야는 제21조에 의한 선언대상으로 삼을지 검토해 볼 만하다. 예컨대 당사자가 약관의 내용의 내용을 숙지하고 계약체결하기가 실제로 매우 곤란한 일이 빈발하는 분야 내지 사안유형이 있을 수 있다. 이런 분야나 사안유형에서는 관할합의의 유효한 성립 문제를 합의법정지국에 맡기는 해결이 너무 앞서나간 것으로 여겨질 여지가 없지 않다. 그렇다면 이런 분야나 사안유형은 아예 제21조의 선언대상으로 삼아 국내법에 맡기면서 앞으로의 법발달을 기약하는 편이 나올 수 있다. 그렇게 하지 않으면, 오히려 전술한 대로 제6조 a호, 제9조 a호를 회피하는 일이 빈발할 가능성이 있다. 그렇게 하기보다는 제21조의 선언을 하는 편이 나올 것이다.

다섯째, 대규모 분쟁해결절차에서 수많은 원고들과의 사이에 사후적으로 전속적 국제재판관할합의를 체결하는 일이 빈발하는 분야가 있을 수 있다. 이런 일은 대규모 분쟁해결절차가 발달한 국가의 소송실무에서 생길 수 있다. 그런 실무경향의 추이도 지켜보고 제21조의 선언대상으로 삼는 것이 실용적일지 검토해 볼 수 있다.

여섯째, 특정 분야를 다루는 별도의 범세계적 협약이 생기는 경우도 있다. 그 경우에는 '타 국제문건과의 관계'에 관한 헤이그관할합의협약(제26조)과 2018년 협약안(제24조) 조문에 의존할 수도 있지만, 그렇게 하기보다 제21조의 선언을 하는 편이 간명할 수도 있다.

이상의 유형화는 논의를 돕기 위해 논의 틀을 예시해 본 것에 불과하다. 구체적으로 어떤 사항에 대해 제21조의 선언을 할지는 신중히 검토되어야 할 것이다. 당사자의 국제재판관할합의를 인정하는 것이 원칙적으로 타당하다는 점을 충분히 고려하고, 선언이 가져오는 상호효의 불이익(제21조 제2항)도 충분히 감안해야 할 것이다.

다. 비전속적 관할합의의 확장선언(제22조)

비전속적 관할합의에의 확장선언은 보류함이 좋을 것이다. 무엇보다 제9조 a호 단서절이 규정하는 ‘합의법정지의 자기관할 긍정판단의 승인의무(피요청국에 대한 구속력)’가 부담이 된다. 이 부분은 전속적 관할합의의 경우에는 피요청국(또는 제3국)의 국제적 강행법규나 공서양속의 개입으로 어느 정도 뒤집을 수 있다. 그러나 ‘비전속적’ 관할합의는 그 효과가 ‘전속적’ 관할합의보다 약하므로 국제적 강행법규나 공서양속 침해가 되지 않을 가능성이 있다. 그렇지만 외국판결 승인집행단계에서는 제9조 a호 단서절이 가지는 위력은 ‘비전속적’ 관할합의라 하여 결코 작지 않다. 이 문제점을 해결하려면 제9조 a호 단서절에 대해 조약법의 일반원칙에 의해 유보선언을 하는 방법 밖에 없을 것 같다. 그렇게 하면서까지 제22조의 선언을 할 필요가 있는지 의문이다.

라. 분방의 일부에의 부적용선언(제28조)

대한민국의 판례는 북한지역도 대한민국의 영토의 일부라는 것이다.²⁰⁾ 그러나 모든 대한민국법이 북한지역도 영토적 효력범위로 하는 것은 아니라고 해야 한다. 즉, 대한민국 안에 ‘그 존재가 헌법에 위반되는 위법한 분방’이 있고, 그래서 대한민국도 장소적 법분열국이다. 그러므로 ‘이 조약은 북한지역에는 적용되지 않는다’는 선언을 할지 생각해 보아야 한다.

북한은 스스로를 독립된 국가(독립된 분방의 수준을 넘어)로 생각하고 있을 것이므로, 협약이 대한민국에 발효하더라도 북한지역에서 협약이 준수되리라고 기대할 수 없다. 이 점에서, 대한민국은 북한지역에는 협약을 적용하지 않는다는 제28조의 선언을 할 실익이 있다.

물론 대한민국은 남북한의 국제연합 동시가입이 추진될 때부터 지금까지, 타국이 북한을 국가로 승인하더라도 이의하지 않는다는 신중한 입장을 취하고 있다. ‘북한으로 하여금 반(反)대한민국 외교활동에 주력하도록 자극하지 않는다’는 생각에서, 북한의 지위 문제에 대해 국제적으로는 이의표명을 자제하고 있다. 그것이 남북한 국제연합 동시가입 추진 당시부터의 기초(基調)이다. 그러나 이런 미묘한 외교정책에도 불구하고 대한민국의 입장은 북한지역이 대한민국 영토의 일부라는 것이다. 탈북자에 대한 외교적 보호권 행사도 이 입장에 근거한다. 이 외에도, 북한의 ‘대한민국 내의 불법적 분방’으로서의 지위를 명확히 할 실익이 있으면 그렇게 함이 타당하다. 조약의 실효성을 보장할 수 없는 한도에서는 부적용선언을 하는 것이 적절하다. 굳이 제28조의 선언을 게을리하여 ‘북한지역도 대한민국의 일부’라고 알고 있는 소송당사자와 법원을—특히 제6조 a호와 제3장의 맥락에서—‘북한에서도 협약이 적용되리라’고 여기는 혼란에 빠지도록 방지할 필요가 없다.²¹⁾

3. 이행입법

가. “할 수 있다”, “될 수 있다”는 규정의 의미

협약이 정하는 승인집행거절사유가 충족되면 피요청국 법원이 승인집행을 거절“할 수 있다”고 규정한다(제8조 제1항 2문, 제9조 두문). 이 규정들이 정하는 사유가 충족되면 법정지국은 자국 법원에 게 자유재량이나 기속재량을 인정해야 하는가? 아니면 기속재량만 인정해야 하는가?²²⁾ 아니면 조약

20) 심지어 대한민국의 모든 법령의 영토적 효력범위에 북한지역도 속한다고 판시하기까지 한다. 대법원 1961. 9. 28. 선고 4292行上48 판결; 서울민사지법 1989. 7. 26. 자 89카13692 결정(하집1989(2),195); 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누6396 판결(집38(3)특,161; 공1990.11.15.(884),2187); 서울고법 2006. 3. 29. 선고 2004나14033 판결(각공2006.5.10.(33),1223).

21) 다만, 이 기회를 다시 흘려보내고 기존의 입장표명 자제 기초(基調)를 단순히 유지한다 하여, ‘외국에서 북한이 독립국가로 다루어지는 데 대해 국제법적으로 이의가 없는’ 쪽으로 입장이 바뀐다고 할 수는 없다. 대한민국 정부는 탈북자 보호에서도 탈북자의 신변 안전을 위해 조용한 외교를 펼쳐야 할 만큼 실로 난처한 입장에 놓여 있어서, 기회가 올 때마다 이 문제에 대한 국제법적 입장을 명확히 할 처지가 못 되기 때문이다.

22) 독일 판례(BGH 2000. 11. 2. 판결)는 뉴욕협약 제5조가 중재판정 승인집행 거절사유를 “may”로 규정하는 것을 기속재

은 계약국의 국가적 재량을 정할 뿐이고, 각 계약국이 이를 법원의 자유재량으로 할지, 기속재량으로 할지, 아니면 필요적(기속적) 승인집행거절.연기사유로 할지는 국내법에 맡겨지는 것인가? 조약의 엄격해석의 원칙상, 마지막 해석이 타당하다.

나. 승인집행 거절사유의 입증책임

민사소송법 제217조, 제217조의2는 승인요건을 승인거절사유의 형태가 아니라 적극적 요건의 형태로 규정한다. 그래서 '사실상의 입증책임'이 승인을 구하는 당사자에게 있다. 그런데 관할합의협약은 관할합의의 방식상 유효한 성립을 제외하면, 나머지 승인요건은 승인거절사유의 형태로 규정되어 있다. 그렇다면 이 사유들의 입증책임은 승인거절을 주장하는 당사자에게 지워지는 것인가? 이것도 이 법통일조약의 내용인가?

조약의 엄격해석의 원칙상 그렇게 해석하기는 어렵다. 승인집행 거절사유를 법원의 직권조사사항으로 할지, 변론사항으로 할지는 국내법에 맡기는 취지로 이해된다.

한국이 관할합의협약을 비준하면, 한국에서의 그 국내법적 효력에 관한 한, 승인집행 거절사유는 법원의 직권조사사항으로 해석될 것이다. 이것으로 충분하다. 이 부분을 굳이 국내적 이행입법으로 분명히 할 필요는 없다. 그렇게 하지 않는 편이 좋을 것이다. 불필요한 국내적 이행입법은 국제적으로 통일된 해석을 저해할 위험을 수반하기 때문이다.

다. 재판상 화해의 효력증명제도

제13조 제1항 e호가 언급하는 재판상화해의 효력증명제도를 마련해야 한다. 이미 존재하는 법적 효력을 단순히 입증하는 것이므로, 대법원 예규로 충분할 것으로 생각된다.

라. 공용어 외 번역면제 입법

공용어 외 번역면제 입법(제13조 제4항)은 하지 않는 것이 좋을 것이다.

량으로 풀이한다. Mistelis & Di Pietro, in Mistelis, Concise Int'l Arbitration, New York Convention, art. V, note 1.