

사단법인 한국국제사법학회
제164회 정기연구회 및
2024년 정기총회 자료집



일 시 : 2024. 3. 28.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

제164회 정기연구회 및 2024년 정기총회

사회 : 총무이사 이종혁

- | | |
|---------------|---------------------------------|
| 19:00 | 개회사
노태악 대법관(한국국제사법학회 회장) |
| 19:00 - 20:15 | 발 표
서영수 연구원(서울대학교 국제통상거래법센터) |
| 20:15 - 20:30 | 지정토론
장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원) |
| 20:30 - 20:45 | 전체토론 |
| 20:45 - 21:00 | 2024년 정기총회 |

발표문

국제부양사건의 합의관할 · 변론관할 · 관련관할
— 국제사법의 보호적 관할규정의 비판적
검토를 중심으로 —

서영수 연구원
(서울대학교 국제통상거래법센터)

국제부양사건의 합의관할·변론관할·관련관할
- 국제사법의 보호적 관할규정의 비판적 검토를 중심으로 -

서 영 수*

I. 서론

정형화된 사회경제적 약자 보호의 관점에서 마련된 특별한 국제재판관할을 이른바 ‘보호적 관할(protective jurisdiction)’ 이라고 한다. 개정 전 국제사법은 소비자계약 및 근로계약에 관하여만 보호적 관할규정을 두고 있었다. 그러나 소비자·근로자 외의 약자에 대한 보호도 필요하다. 코피노(Kopino) 사건이 보여주듯 국경에 걸쳐 존재하는 부양채권자들은 열악한 상황에 처할 수 있기에, 개정 국제사법이 부양사건의 보호적 관할규정¹⁾을 둔 점은 환영할 만하다. 그러나, 부양사건에 관하여 신설된 보호적 관할규정 중 합의관할과 변론관할에 관한 부분은, 오히려 약자에게 불이익을 주는 모순된 상황을 초래할 수 있다.

이러한 문제의식에서 출발하여, 우선 **국제재판관할의 평가 기준을 설정**하고(II), **보호적 관할의 적용범위를 검토**한다(III). 개정 국제사법상 **부양사건의 합의관할·변론관할 규정**이 보호적 관할의 취지를 실현하고 있는지를 분석하고 합당한 해석론과 입법론을 제시한다(IV). 부양사건을 비롯한 가사사건은 여러 청구가 함께 문제되는 경우가 많으므로, 개정 국제사법상 **가사사건의 관련관할 규정**이 합당한지를 나아가 검토한다(V). 마지막으로, **반정(反定)과 국제재판관할(합의관할/관련관할)이 연관된 몇 가지 특수주제**(관할합의의 유효성에 관한 객관적 준거법 확정 시 반정의 처리 문제, 숨은 반정과 이혼 후 부양의 문제)를 다룬다(VI).

II. 국제재판관할의 평가 기준

1. 관할이익의 관점

관할이익은 국제재판관할의 규칙 정립 및 구체적 사건에서 국제재판관할의 행사 여부를 결정하는 단계에서 비교·형량하는 다양한 이익으로, 아래와 같이 구분할 수 있다.²⁾

‘**당사자이익**’은, 관할에 관하여 당사자가 가지는 지리상, 언어상 또는 통신상의 이익으로, 국제재판관할에 대한 당사자의 예견가능성 보호와 관련하여 중요하다. ‘**법원이익**’은 사안과 증거조사가 편리한 곳에서 재판하는 데 대하여 법원이 가지는 이익이다. 준거법이 국내법이라면 외국법의 적용으로 인한 어려움을 피할 수 있어 법원도 준거법에 대해 이익을 가진다. ‘**국가이익**’은 국제재판관할의 긍정 또는 부정에 대하여 국가가 가지는 이익이다. 국가는 원고의 정당한 이익을 침해함이 없이 피고를 보호하여야 한다. 의문이 있다면 당사자이익이 국가이익에 우선해야 한다. ‘**질서이익**’은 국제재판관할의 배분이 국제적 판결의 일치라는 이상에 봉사하는 이익이다. 국제적으로 통용되는 관할규칙을 수용함으로써 자국 판결이 외국에서 승인되고 동일사건이 다시 외국에서 재판받는 것을 예방할 수 있다.

* 서울대학교 국제통상거래법센터 연구원, 서울대학교 법과대학 박사과정(국제사법 전공) 재학

1) 위 보호적 관할규정은 ① 부양권리자의 상거소지국 특별관할을 인정하고(60조 제1항), ② 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우 또는 대한민국이 사안과 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우 변론관할을 배제하고 관할합의를 원칙적으로 무효로 하는 것(제60조 제2항, 제3항)이다.
2) 석광현, 국제재판관할법: 2022년 개정 국제사법 해설(박영사, 2022), 36-37면(이하 ‘석광현, 해설, 00면’으로 인용). 관할이익을 언급한 판결은 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 등 참조.

중시되는 관할이익은 문제된 법분야에 따라 달라질 수 있다.³⁾ 재산법상의 사건은 사익적 요소가 강한 기준들(당사자와의 밀접성, 사안과의 밀접성, 절차의 집중)이, 신분법상의 사건은 공익적 요소가 강한 기준들(준거법과의 밀접성, 판결의 집행가능성)이 우선할 수 있다.⁴⁾

2. 영역별 특수성의 고려 - 가사사건의 경우

가사사건의 국제재판관할은 더욱 큰 의미를 가진다. 어느 나라에서 재판하느냐에 따라 재판절차와 준거법 및 지리적·언어적 요소로 인한 소송 수행의 난이도가 크게 달라질 뿐만 아니라,⁵⁾ 그 나라 고유의 가족문화에 대한 법관의 시각이 재판에 영향을 미칠 가능성이 높고, 각국마다 법관의 역할이나 절차의 기본적 구조에 확연한 차이가 있기 때문이다.⁶⁾ 따라서 다음의 특수성을 고려해야 한다.⁷⁾ 첫째, 가사사건은 원고의 구제에 더 유념해야 한다. 재산관계사건보다 비교적 사람의 신분이나 생활 전반에 중대한 영향을 미치기 때문이다. 둘째, 대등하지 않은 당사자 간의 다툼에서는 예컨대 아동 또는 부양권리자와 같은 약자를 보호해야 한다. 셋째, 재산관계사건보다 공익성이 강하기 때문에 관할합의, 변론관할 등 당사자의 임의처분이 제한되는 경향이 있다.⁸⁾ 넷째, 국가가 당연히 이해관계를 가지는 자국민의 신분관계 및 신분등록에 관한 가사사건에서는 당사자의 국적관할을 인정할 필요성이 있다.

그러나 모든 가사사건에 대하여 당사자의 임의처분이 제한되는 것은 아니므로 향후 합의관할과 변론관할의 허용범위를 적절히 조정하여야 하고,⁹⁾ 이때 개별 가사사건의 특성(조정전치주의의 적용 여부, 공익성과 쟁송성의 정도, 직권주의의 정도 등)을 고려하여야 한다.

3. 헌법적 관점

미국은 헌법상 적법절차의 원리에서, 독일은 법치국가의 원칙 또는 원고의 재판청구권의 관점에서 국제재판관할을 평가하는 태도를 보인다.¹⁰⁾ 우리나라에서도 다음과 같이 국제재판관할규칙을 헌법에 비추어 살펴볼 수 있다. 첫째, 국제재판관할규칙의 입법 및 해석·적용도 적법절차 원칙을 준수해야 할 것이다. 헌법재판소는 적법절차의 원칙의 적용범위를 형사절차에 국한하지 않고 행정·입법·사법 등 모든 국가작용으로 확대하고 있고,¹¹⁾ 대법원 역시 이와 동일한 입장¹²⁾이기 때문이다. 둘째, 국제재판관할규칙을 재판청구권과 평등원칙의

3) 석광현, 國際裁判管轄에 관한 研究: 民事 및 商事事件에서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로(서울대학교출판부, 2001), 55-56면.

4) 석광현, 해설, 37면.

5) 현소혜, “친권 관계 사건의 국제재판관할 - 2019년 브뤼셀 II ter 규칙에 대한 소개를 중심으로”, 가족법연구, 제35권 제2호(2021), 220면.

6) 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할규칙—친자관계에 관한 사건을 중심으로”, 國際私法研究 제19권 제2호, 2013, 4면을 참조할 것.

7) 석광현, 해설, 248-249면.

8) 따라서 국제사법 개정 전 대법원이 적극적 응소만을 이유로 국제재판관할을 인정한 예는 없고, 다만 상대방의 적극적 응소를 국제재판관할의 중요 판단 요소로 열거한 재판례들(대법원 1988. 4. 12. 선고 85트71 판결; 대법원 1994. 2. 21.자 92스26 결정; 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017트12552 판결 등)이 있다. 현소혜, 전제논문, 248면.

9) 석광현, 해설, 351-352면 참조.

10) 석광현, “국제사법에 대한 헌법의 영향”, 국제사법과 국제소송 - 정년기념(박영사, 2022), 234-237면 및 위 논문이 지시하는 Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage (2009), Rn 250a, Rn 250b 참조.

11) 헌법재판소 1992. 12. 24. 92헌가8 결정 참조.

12) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결 참조. 이 판결에서 대법원은 헌법상 적법절차원칙의 기본 정신은 과세처분에도 관철되어야 한다고 판시하였고, 이를 근거로 김철수, 법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구(사법정책연구원, 2018), 153면은 본문과 같이 평가한다.

관점에서 평가해볼 수 있다. ‘재판청구권’과 ‘신속한 재판을 받을 권리’(헌법 제27조 제1항, 제3항), ‘공정한 재판을 받을 권리’ 역시 국민의 기본권으로 보호된다.¹³⁾ 평등의 원칙은 신속한 재판을 받을 권리에도 적용되어 민사소송에서도 당사자가 누구인지에 따른 합리적 이유 없는 차별은 불허된다.¹⁴⁾

4. 준거법과의 병행의 관점

상속사건이나 비송사건처럼 절차법과 실질법이 긴밀하게 연관된 사건에서 준거법과 국제재판관할의 관련성을 강조하여 양자를 일치시키는 이른바 ‘준거법관할(*forum legis, Statutzuständigkeit*)’이 주장되기도 한다.¹⁵⁾ 그러나, 준거법 소속국과 국제재판관할국이 동일한지 여부는 관할이익의 형량 과정에서 고려요소(특히 법원이익의 요소)로 삼으면 족하다.

III. 보호적 관할규정이 적용되는 국제부양사건의 범위 획정

1. 국제사법상 부양사건의 범위

현행 국제사법상 부양사건의 의미와 관련하여 최근의 연구는 다음과 같이 파악한다.¹⁶⁾ ① 국제사법 조문상 부양은 친족간 부양(민법 제974조), 부부간 부양, 미성년 자녀 양육을 포함하는 넓은 의미의 부양이다. 양육비 청구는 그 본질이 자녀가 가지는 부양권리를 양육친이 자신의 이름으로 행사하는 것이므로 양육비청구사건도 본조의 부양사건이고, 미성년후견인의 친권자를 상대로 한 양육비지급청구(대법원 2021. 5. 27.자 2019스621 결정에 의해 허용됨)도 마찬가지다. 다만, 공적 부조나 당사자의 계약, 부양을 목적으로 하는 신탁은 포함되지 않는다. ② 제1차 부양과 제2차 부양을 불문한다. ③ 금전적 부양만 포함되고, 동거부양은 포함되지 않는다.¹⁷⁾ ④ 제15조 제2항 2호에서 본조를 적시하고 있기 때문에, 비송사건만이 부양사건에 해당된다. ⑤ 제2차 부양의무자가 제1차 부양의무자를 상대로 부양권리자를 부양하기 위하여 지출한 비용 상당액에 관하여 상환청구를 하는 사건은 판례(2012. 12. 27. 선고 2011다96932 판결 등)에 따르면 민사소송사건이므로, 부양사건에 해당하지 않는다.

위와 같은 부양사건의 범위 설정은 대체로 적절해 보이나, **④번, ⑤번은 동의하기 어렵다. 제60조는 비송사건·소송사건을 불문하고 부양사건으로 성질결정되는 사건에 적용된다고 해석해야 한다.** 위 연구는 비송사건만 제60조의 부양사건에 해당한다(④번)고 하면서 그 논거로 제15조 제2항 제2호¹⁸⁾가 제60조를 적시하고 있음을 들지만, 이 논거는 부적절하다. 제15조 제2항 제2호는 친족관계에 관한 사건인 제56조부터 제61조까지의 국제재판관할 규정이 비송사건에도 적용된다는 취지일 뿐이지, 비송사건에만 적용된다고 규정한 것은 아니다. 일

13) 헌법재판소 1996. 12. 26. 94헌바1 결정; 헌법재판소 2001. 8. 30. 99헌마496 결정 등.

14) 헌법재판소 1989. 1. 25. 88헌가7 결정.

15) 병행주의에 대한 소개 및 비판으로는, 김용태, “民事訴訟法改正案 중 國際訴訟에 관한 부분에 대한 檢討意見書”, 국제사법연구 제4호(1999), 48면 이하; 김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 국제사법연구, 제21권 제2호(2015), 132면 이하; 권재문, “가사사건에 관한 국제재판관할 규칙—친자관계에 관한 사건을 중심으로”, 국제사법연구, 제19권 제2호(2013), 10면 이하 참조.

16) 이하의 내용은 권재문, “개정 국제사법에 대한 해석론 — 후견, 부양을 중심으로 —”, 서울법학 제30권 제4호(2023), 45-51면에서 가져온 것이다.

17) 국제사법상 부양관계는 부양료 청구사건으로 구체화되는 경우가 대다수고, 동거의무를 강제하는 것이 부양권리자와 부양의무자의 상거소지국이 다른 경우에 이행될 수 있을지 의문인데다가 국제사법상 공서에 저촉될 여지가 있기 때문이라고 한다.

18) 제15조(비송사건의 관할) ② 비송사건의 국제재판관할은 다음 각 호의 구분에 따라 해당 규정에서 정한 바에 따른다.

2. 친족관계에 관한 사건: 제56조부터 제61조까지

례로, 이혼 후 부양청구사건은 우리 판례의 논리에 따르자면 가사소송법에 규정이 없으므로 비송사건이 아니게 된다. 그러나 부양사건에 해당함은 명백하다(국제사법은 이혼 후 부양의 준거법에 관한 조문도 제73조 제2항에 두고 있다). 아울러, 제2차 부양의무자가 제1차 부양의무자를 상대로 상환청구를 하는 것은, 비록 판례가 이를 가사비송사건이 아니라 민사소송 사건에 해당한다고 보더라도, 부양의무자의 부양료채권을 법정대위하여 행사하는 것이며 그 채권의 성질은 변동되는 것은 아니므로 여전히 부양사건에 해당한다고 봄이 타당하다.

2. 국제사법상 보호적 관할규정의 채권양도/법정대위시 승계 문제

가. 문제의 소재

보호적 관할규정은, 당초 적용이 예정되었던 약자로부터 제3자에게 채권이 이전된 경우에도 적용되는가? 예컨대, 다른 부양채무자를 대신하여 부양채무를 변제하여 부양채권자를 법정대위하는 자 역시 부양권리자의 상거소지국 법원에 소제기를 하여하는 국제사법 제60조 제1항을 원용할 수 있는가? 이를 긍정한다면, 법정대위자와 원래의 부양채권자 중 누가 위조항의 부양권리자인가? 국제사법상 법정대위의 준거법은 규정이 존재하나(제55조), 그 국제재판관할에 대한 규정은 없어 이는 해석에 맡겨져 있다. 채권양도도 같다.

이 질문에 답하고자, 유럽의 학설 및 판례를 살핀 뒤, 우리 국제사법상 소비자계약사건·근로계약사건·부양사건의 채권이 이전되는 경우 보호적 관할규정의 승계 여부를 논한다.

나. 학설 - 브뤼셀 Ia 규정 하의 견해대립

1) 인적 특권설과 청구권 내재적 속성설

브뤼셀 Ia 규정¹⁹⁾에 관한 주석서에는, 부양채무를 대위변제한 국가기관이 법정대위자로서 청구를 하는 경우 위 규정상 부양사건의 특별관할 규정(부양권리자의 주소지국 법원 또는 상거소지국 법원에 관할을 인정, 위 규정 제5조 제2항)이 승계되는지에 대한 논의가 있다.²⁰⁾

청구권의 승계는 청구권의 성격을 변경시키지 않는다. 대위변제로써 청구권을 승계한 국가기관의 청구권에도 기존 부양청구권과 마찬가지로 브뤼셀 Ia 규정이 적용된다. 그런데, 브뤼셀 Ia 규정 제5조 제2항의 특별관할 규정이 ① 원래의 부양채권자인 원고들에 한하여 ‘인적 특권(personal privilege)’를 부여하는 것이므로 이를 법정대위한 자는 그 특혜를 받지 못하게 되는 것인지(이하 ‘인적 특권설’이라 한다), ② 아니면 관할상의 이점은 ‘청구권 자체’에 내재된 것(the jurisdictional benefit is inherent in the claim)이어서 법정대위자도 원고관할의 특혜를 누릴 수 있게 되는 것인지(이하 ‘청구권 내재적 속성설’이라 한다) 문제된다. 청구권 내재적 속성설에 따르면, 법정대위자도 특별관할의 이익을 누릴 수 있고, 특별관할의 근거가 되는 주소지 및 상거소지는 원래의 부양권리자를 기준으로 판단한다.

2) 인적 특권과 청구권 내재적 속성 간 구별 기준

위 주석서는, 특별관할의 근거의 그 판단기준(test)을 제시한다. 만약 특별관할의 근거로서 사용된 연결점(connecting factor)이 통상적으로 약자인 당사자(weaker party)의 인적 속성(주소지, 상거소지 등)을 표현하고 있다면, 특별관할은 인적 특권에서 기인하는 것으로 보아야 한다. 반면, 만약 특별관할의 근거인 연결점이 원래의 채권자의 인적 속성을 언급하지 않거

19) Council Regulation(EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters (OJ. L. 12. 16.1.2001.)

20) 이하의 내용은 Ulrich Magnus, Peter Mankowski, Brussels I Regulation. Vol 2nd rev. ed. Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers(2012), 222-224면에서 가져왔다.

나 이와 독립적이라면 특별관할의 근거는 청구권 자체에 내재되어 있다고 보아야 한다.²¹⁾

다. 유럽사법재판소의 판례 - 부양료채권의 법정대위 및 소비자계약상 채권의 양도 사안

1) 부양료채권의 법정대위 시 특별관할의 판단 문제 - 청구권 내재적 속성설로의 판례 변경 가) 브뤼셀 Ia 규정 하에서 인적 특권설을 취한 판례

유럽사법재판소(이하 ‘ECJ’ 라 한다)는 종래 부양채권의 법정대위 사안에서,²²⁾ 위 제5조 제2항이 ‘부양과 관련된 문제(matters relating to maintenance)’에 적용된다고 포괄적으로 규정하지만 이는 법정대위자에게는 적용되지 않는다고 판시하여 인적 특권설을 취하였다. 논거는 관할규정의 약자 보호 취지이다. 원래의 부양채권자는 약자이지만, 법정대위자는 약자가 아니고 오히려 청구를 당하는 피고가 약자이므로 일반관할만을 적용한다.

나) 부양규정 하에서 청구권 내재적 속성설으로의 판례 변경

부양규정²³⁾은 브뤼셀 I 규정의 부양사건의 특별관할 규정을 흡수하면서 일부를 변경 및 구체화하였다. 부양규정은 제3조(일반규정)에서 피고의 상거소지국 법원(a호), 채권자의 상거소지국 법원(b호) 등에 관할을 부여한다. 최근 유럽사법재판소는 위 제3조 b호가 부양채권이 법정대위된 경우에도 적용된다고 판시하여 종전 2004년 판결의 법리를 변경하였다.²⁴⁾

논거는, ① 부양채무자는 언제든지 부양채권자의 상거소에서 제소당할 수 있음을 예견할 수 있었기 때문에, 법정대위자가 부양채권자의 상거소에서 소를 제기할 수 있게 한다고 하더라도 부양채무자의 이익이나 예견가능성을 해치지 않는 점, ② 브뤼셀협약과 부양규정의 규정형식의 차이점,²⁵⁾ ③ 부양규정 제3조 b호는 부양채권자 자신에 의해 소가 제기되어야 한다고 명시하지 않아 법정대위자에 의해 소가 제기된 경우를 배제하지 않는 점 등이다.

2) 소비자계약상 채권의 양도 시 인적 특권설을 취한 판례

유럽사법재판소는, 소비자의 주소지국 법원에 관할을 인정하는 브뤼셀 I 규정 제16조 제1항이 소비자계약상 채권이 양도된 경우에도 적용되는지 문제된 사안에서, 이를 부정하였다.²⁶⁾ 논거는 다음과 같다. ① 소비자계약에 관한 보호적 관할은 영업자보다 약자인 계약당

21) 주석서에 따르면, 인적 특권설을 적용할 경우는 브뤼셀 Ia 규정 중 부양사건(제5조 제2항), 보험사건(제8조부터 제14조), 소비자계약사건(제15조부터 제17조), 고용계약사건(제18조부터 제21조)이다. 관할근거가 약자의 인적 특성과 결합된 조문들이다. 청구권 내재적 속성설을 적용할 경우는 제5조 제1항(계약사건의 특별관할로 의무이행지 관할을 인정), 제3항(불법행위의 특별관할로 불법행위지 관할을 인정) 및 제5항(지점·대리인·기타 기관의 활동에 의하여 분쟁이 발생하는 경우 지점·대리인·기타 기관의 소재지 관할을 인정)이다. 연결점이 청구권 자체와 관련되어 있는 조문들이다.

22) Freistaat Bayern v. Jan Blijdenstein, (Case C-433/01) (2004) ECR I-981, I-1002. 원고 바이에른 주가 네덜란드에 주소지를 둔 피고 Jan Blijdenstein이 그의 자녀에게 부담하는 부양료채무를 대위변제하였음을 이유로 피고를 상대로 구상금청구의 소를 자녀의 상거소지 법원인 뮌헨 법원에 제기한 사안이었다. 쟁점은 ‘바이에른 주가 부양료채권을 법정대위한 경우에도 브뤼셀협약(=부양사건에 관하여는 브뤼셀 Ia 규정과 동일) 제5조 제2항이 적용되어 뮌헨 법원에 관할이 있는가’ 였다.

23) Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations 본고에서는 이를 ‘부양규정’, ‘유럽부양규정’ 또는 ‘EU 부양규정’으로 지칭한다.

24) Case C-540/19, Landkreis Harburg (Subrogation of a public body to the claims of a maintenance creditor), 2020. 사안의 구조는 앞서 본 2004년 판례와 유사하다.

25) 브뤼셀협약은 ‘일반관할’ (제2조)과 ‘특별관할’ (제5조 제2항)이 원칙과 예외의 형식으로 규정되어 있으나, 부양규정은 일반조항인 제3조에서 접속사 ‘or’ 을 사용하여 병렬적으로 피고의 상거소지국 관할(a호)과 부양채권자의 상거소지국 관할(b호)을 나열한다.

26) Case C-498/16. Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited., 2018. 원고는 전 세계 25,000명 이상의 Facebook 이용자(소비자)로부터 Facebook에 대한 권리를 양수한 다른 Facebook 이용자가 개인정보보호 활동가이다. 원고는 피고(Facebook 아일랜드 법인)를 상대로 소송을 자신의 주소지국

사자인 소비자를 보호하기 위해 도입된 것이므로, 소비자계약의 당사자가 아니라면 소비자 계약에 관한 관할규정의 혜택을 받을 수 없다. ② 제16조 제1항의 문언(‘proceedings against the other party to a contract’)상, 위 규정은 소비자의 계약상대방에 대한 소송에서만 적용된다고 보아야 한다. ③ 국제적 소비자 집단소송을 활성화하고자 하는 정책적 목표를 위한 법원의 입법(judicial legislation)은 자제되어야 한다.²⁷⁾

라. 우리 국제사법상 보호적 관할의 법정대위·채권양도시 승계 여부 검토

1) 논증의 유의점

우리 국제사법상 보호적 관할의 승계 여부를 논증할 때, 두 가지 점을 유의해야 한다.²⁸⁾

첫째, 국제사법의 문언에 근거한 논증은 설득력이 크지 않다. ① 우리 국제사법의 입법자가 채권의 특정승계 문제까지 염두에 두고 법문을 만들었다고 보기 어렵다. ② 면책적 채무인수 사례(예컨대 제3자가 사용자의 근로자에 대한 채무를 면책적 채무인수를 한 사례)의 경우에도 약자인 소비자가 보호적 관할을 주장할 수 있어야 하는데, 국제사법 문언(예컨대 ‘소비자는 계약의 상대방에 대하여’)에만 근거한다면 이러한 결론을 정당화하기 어렵다.

둘째, 인적 특권설을 지지할 수 있는 논거, 청구권 내재적 속성설을 지지할 수 있는 타당한 논거가 각 존재하므로, 어떤 견해를 취할지를 사건 유형별로 달리 본다면 그 사건의 고유한 특성 등의 뚜렷한 이유가 있어야 한다.

이를 유의하며, 먼저 각 학설의 일반적인 논거를 살핀 뒤, 우리 국제사법의 해석을 본다.

2) 인적 특권설 및 청구권 내재적 속성설의 일반 논거 검토

인적 특권설의 경우, 관할규정의 약자 보호 취지가 핵심 논거가 된다. 약자로부터 제3자에게 채권이 이전된다면, 그 제3자는 당초 보호적 관할규정의 적용이 예정된 약자가 아니므로(오히려, 청구를 당하는 피고를 약자로 볼 여지가 있다) 보호를 부여할 필요가 없다.

한편, 청구권 내재적 속성설의 논거는 관할이익적 분석을 토대로 찾을 수 있다. **부양사건의 특별관할 규정(부양채권자의 상거소지국 특별관할)의 예시**를 들어보도록 한다. 첫째, **당사자이익의 관점**에서 불리해지는 자가 없다. 법정대위자/채권양수인은 선택가능한 법정지가 늘어나 유리하다. 원래의 부양채권자는 법정대위자/채권양수인²⁹⁾과 부양채무자 간 소송에 참가하고자 할 수도 있으므로, 원래의 부양채권자의 상거소지국에서 소송이 진행되는 것이 유리할 수 있다. 부양채무자는 애초에 부양채권자의 상거소에서 제소당할 수 있음을 예상할 수 있었기에 더 불리해지는 않는다. 둘째, **법원이익도** 극대화된다. 부양채권자의 상거소에서 재판을 할 때 부양채권자의 생활상황 등을 조사하기 용이하며, 준거법(부양권리자의 상거소지법, 제73조 제1항 본문 참조)과 관할의 병행이 이루어져 재판하기에 편리하다. 셋째, 당사자의 정당한 이익을 침해함이 없이 공익을 추구할 수 있다(**국가이익의 관점**).

법원(오스트리아 법원)에 제기하였다. 유럽사법재판소는 원고가 (1) 오스트리아에 주소지를 둔 다른 소비자, (2) 다른 EU 회원국에 주소지를 둔 소비자, (3) 비회원국에 주소지를 둔 소비자들로부터 각 양도받은 소비자계약상 채권 모두에 관하여 오스트리아 법원의 관할을 부정하였다.

27) 논거 중 ①, ②는 판결에, ③은 Advocate General의 보고서(Case C-498/16 Schrems EU:C:2017:863, Opinion of Advocate General Bobek, paras 119-123)에 등장한다.

28) 첫 번째 유의점은 한양대학교 법학전문대학원의 이주연 교수님께서, 두 번째 유의점은 서울대학교 법학전문대학원의 고유강 교수님께서 2024. 2. 29.자 ILA-Korea 2024년 춘계 연구발표회(필자는 “국제사법상 보호적 관할규정의 채권양도/법정대위시 승계 문제”를 주제로 발표하였다)에서 말씀 해주셨다. 통찰력이 담긴 귀중한 코멘트를 해주신 이주연, 고유강 교수님께 감사드립니다.

29) 채권의 양도가능성은 양도되는 채권의 준거법에 따라 사항이므로(제54조 제1항 단서) 우리 민법과 달리 부양료채권의 양도가 허용되는 경우가 생길 수 있다.

3) 사건 유형별 검토

보호적 관할은 당초 적용이 예정된 약자에게만 적용되는 것이 원칙이고, 채권을 이전받은 제3자에게 적용하기 위하여는 특별한 사정이 있어야 한다고 생각한다. **부양사건의 특별관할**에 관하여는 **청구권 내재적 속성설**을 취해야 할 특별한 사정이 있다. 이유는 다음과 같다.

첫째, 생계유지를 위해 부양료를 지급받아야 하는 **부양채권자는 일반적으로 소비자·근로자보다 보호 필요성이 크다**. 대위변제자가 편리한 법정지에서 부양채무자에게 구상금청구를 할 수 있다면 대위변제의 인센티브가 커져 부양채권자 보호가 더 잘 실현될 수 있다.³⁰⁾

둘째, **법원이익의 관점**에서, 특별관할 규정의 승계를 인정할 실익은 부양사건에서 비교적 크다. 부양사건은 부양의무자의 생활상태를 조사할 필요가 크므로 부양권리자의 상거소지국(제60조 제1항)에서 소제기를 허용할 때 **증거조사의 편이가 크게 증진된다**.³¹⁾ ② 특별관할의 승계를 인정할 시 **관할과 준거법의 병행이 달성될 가능성**은 부양사건의 경우가 더 높다.³²⁾

셋째, 국제사법이 부양권리자의 상거소지법을 부양의 원칙적 준거법으로 한 이유 중 하나는 **부양권리자의 부양청구권이 부인되는 경우 그에 대한 공적 부조는 상거소지 국가의 부담이 된다**는 점인데,³³⁾ 이 점에서도 상거소지국 법원이 재판할 이익이 크다(**국가이익의 관점**).

다만, **부양사건에서 합의관할과 변론관할에 관한 보호적 관할 규정**, 그리고 **소비자계약·근로계약의 보호적 관할 규정**은 승계를 정당화할 만한 특별한 이유가 보이지 않으므로, **인적 특권설의 원칙으로 돌아가 승계되지 않는다고 본다**.

국제사법의 문언도 대체로 위 논증을 뒷받침한다.³⁴⁾ 표로 정리하면 아래와 같다.

사건유형	보호적 관할규정	승계 여부
소비자계약 (인적 특권설)	소비자가 사업자를 상대로 한 소의 경우, 소비자 상거소지국 법원(부가적) (國私 42조①)	×
	사업자가 소비자를 상대로 한 소의 경우, 소비자 상거소지국 법원(전속적) (國私 42조②)	×
	소비자계약 당사자 간 관할합의의 제한 (國私 42조③)	×
근로계약 (인적 특권설)	사용자를 상대로 한 소의 경우, 일상적 노무제공지국(부가적) (國私 43조①)	×
	사용자가 근로자를 상대로 한 소의 경우, 상거소지국 또는 일상적 노무제공지국(전속적) (國私 43조②)	×
	근로계약 당사자 간 관할합의의 제한 (國私 43조③)	×
부양사건 (특별관할의 경우, 청구권 내재적 특권설)	부양권리자의 상거소지국 법원 (國私 60조①)	○
	부양사건에 관한 관할합의의 제한 (國私 60조②)	×
	부양사건에 관한 변론관할의 배제 (國私 60조③)	×

30) 유럽사법재판소 판결[Case C-433/01, paragraph 33]에 소개된 제청법원의 견해도 본문과 유사하다.

31) 소비자계약사건·근로계약사건은 소비자 상거소지국(제42조 제1항, 제2항)·일상적 노무제공지국(제43조 제1항, 제2항)에서 증거조사의 편이가 증진되는 정도가 부양사건의 경우보다 비교적 적다.

32) 근로계약/소비자계약의 당사자가 제3국법으로 준거법합의를 하면 준거법과 관할의 병행이 어렵다.

33) 윤진수 편집대표, 주해친족법 제2권(박영사, 2015), 1756-1757면(석광현 집필부분)

34) 문언상 논증은 다음과 같다. ① 소비자계약부터 본다. 제42조 제1, 2, 3항은 모두 소비자계약의 당사자 간 소제기 또는 관할합의가 있는 경우를 전제한다. 채권을 이전받은 자는 당초 채무자와 계약 상대방 관계에 있지 않아 위 조항의 적용요건이 충족되지 않는다. ② 근로계약도 마찬가지로 논리로 인적 특권설이 문언상 정당화된다. 다만, 제43조 제1항은 소송을 제기하는 주체가 ‘근로자’로 한정되어 있지 않아 문언상으로는 논란이 있을 수 있으나, 개정 전 국제사법 제28조 제3항은 소제기의 주체로 ‘근로자’를 명시하고 있으며, 현행 국제사법은 위 조항을 다듬은 것일 뿐 의미 변동을 의도한 것은 아닌 점을 고려하면, 보호적 관할이 승계되지 않는다고 보아야 한다. ③ 반면 부양사건의 경우, 제60조 제1, 2, 3항은 채권의 귀속 주체를 한정하지 않으므로, 문언상 청구권 내재적 속성설이 정당화된다. 다만 제2항, 제3항은 승계를 부정함이 타당함은 본문에 서술한 바와 같다.

IV. 국제부양사건의 합의관할과 변론관할의 보호적 관할규정에 대한 비판적 검토

1. 개관

일반 가사사건의 경우 합의관할과 변론관할이 전면적으로 배제되나(제13조), 국제부양사건과 국제상속사건에서 합의관할(제8조)과 변론관할(제9조)이 제한적으로 허용된다.

국제사법 제60조(부양에 관한 사건의 관할) ① 부양에 관한 사건에 대해서는 부양권리자의 일상 거소가 대한민국에 있는 경우 법원에 국제재판관할이 있다.

② 당사자가 **부양에 관한 사건**에 대하여 제8조에 따라 **국제재판관할의 합의**를 하는 경우 **다음 각 호의** 어느 하나에 해당하면 **합의의 효력이 없다**.

1. 부양권리자가 **미성년자**이거나 **피후견인**인 경우. 다만, 해당 합의에서 미성년자이거나 피후견인인 부양권리자에게 **법원³⁵⁾ 외에 외국법원에도 소를 제기할 수 있도록 한 경우는 제외**한다.
2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우

③ **부양에 관한 사건이 다음 각 호의** 어느 하나에 해당하는 경우에는 **제9조를 적용하지 아니한다**.

1. 부양권리자가 **미성년자**이거나 **피후견인**인 경우
2. **대한민국이** 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우

국제부양사건의 합의관할·변론관할 규정 중 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우를 규율한 부분(제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호)은 약자인 부양권리자가 대한민국이 자신에게 유리한 법정지라고 판단하여 **대한민국 법원에 부양사건에 관한 재판을 청구하였거나 부가적 관할합의를 하더라도 변론관할 및 합의관할의 발생을 불허**한다. ① 이하에서는 위 규정의 문제점을 구체적으로 분석한다. ② 해외 입법례를 조망한 뒤, ③ 개정 국제사법 입법 과정의 논의를 개관한다. ④ 현행 부양사건의 합의관할·변론관할 규정과 관련한 두 가지 해석상 쟁점[= (a) 비송사건에서 변론관할의 발생 가부, (b) 현행 규정의 흠결을 목적론적 축소로써 해결할 수 있는지 여부]을 다룬다. ⑤ 위 규정의 개정안을 제시한다.

2. 현행 규정의 문제점

가. 변론관할 규정의 문제점 - 약자에 대한 불이익 초래

부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우 변론관할을 인정할 여지를 두지 않는 현행 국제사법 규정은 문제가 있다. ① 미성년자·피후견인이 피고가 된 경우, ② 원고가 된 경우로 나누어 분석해보면, 어느 경우에도 변론관할을 배제하는 실익이 없음을 알 수 있다.

먼저, **미성년자·피후견인이 피고가 된 경우**를 본다. 이러한 분쟁 유형은 비교적 드물 것이나, 설사 미성년자·피후견인이 피고가 된 사안이 생긴다 하더라도, 그들의 응소로써 변론관할이 발생하는 것은 상정하기 어렵다. 제한능력자가 법정대리인 등의 도움 없이 단독으로 재판절차에서 한 행위의 효력이 인정되기 어렵기 때문이다(가사소송법 제12조를 통해 가사사건에 적용되는 민사소송법 제55조가 미성년자의 소송능력을 원칙적으로 배제한다).³⁶⁾

다음으로 **미성년자·피후견인이 원고가 된 경우**를 본다. 코피노 사건을 변형한 가상의 사안(**외국에 상거소를 둔 부양채권자가 외국에 상거소를 둔 부양의무자를 상대로 한국법원에 부양료청구를 하는 사안**)을 생각해 본다.

35) 국제사법에서 별다른 수식 없는 ‘법원’은 대한민국 법원이다(제2조 제1항 참조).

36) 권재문, 전제논문, 55면 역시 이러한 점을 지적한다.

< 사례 >

A는 필리핀 어머니 B와 한국인 아버지 C 사이에서 출생하여 필리핀에 거주하고 있다. 아버지 C는 미국과 한국의 이중국적자였는데, 병역의무를 회피하기 위해서 만 18세가 된 후 3개월 내에 한국 국적을 적법히 포기한 자이다. C는 대학생 때 필리핀에 어학연수를 와서 어머니 B와 동거하다가 B가 임신한 것을 깨닫고 잠적하였고, 대학 졸업 후 미국 캘리포니아주로 유학을 가서 미국에 일자리를 얻고 살고 있다. 어머니 B는 홀로 A를 양육하다가 A가 14세에 다다른 때에 사고로 사망하였다. 어머니의 유품을 정리하던 A는 아버지의 이름과 사진이 담긴 일기를 발견하고 아버지를 찾기 시작한다. A는 한국에 코피노를 조력하기 위한 시민단체나 프로보노 활동을 하는 로펌이 있음을 깨닫고 연락을 취하였다. 아버지 C가 무시로 일관하자 A는 한국의 공익변호사의 조력을 받아 한국법원에 인지청구 및 과거와 장래 부양료청구를 병합하여 소를 제기하였다. 이 소식을 듣고 C는 과거를 후회하며 응소하였다.

현행법에 따르면, 위 <사례>의 소송 중 부양료청구에 관하여 한국 법원에 국제재판관할이 인정되기 어렵다.³⁷⁾ 이러한 결론은 매우 부당하다. 인지청구에 관하여 한국법원에 관할을 인정할 수 없다고 치더라도, 부양료청구에 관하여는 변론관할을 허용하여야 할 실제적 필요성이 있다. 국제규범 및 기존 재판실무의 태도에 따라서 신분관계에 관한 선결문제심리를 통하여 부양의무를 잠정적으로 확정함으로써 부양권리자를 보호할 수 있기 때문이다(본고 V. 3. 참조). 그럼에도 불구하고 우리 국제사법은 미성년자가 당사자인 부양사건에 관한 변론관할을 배제해 약자의 재판청구권을 오히려 박탈해버리는 문제가 있다.³⁸⁾

나. 합의관할 규정의 문제점 - 소비자계약·근로계약의 과거 및 해외 입법례와의 비교

현행 국제사법은, 약자 보호의 취지상 약자에게 유리한 관할합의만을 허용하고자 하는 규정을 네 군데(소비자계약사건, 근로계약사건, 부양사건, 상속사건) 둔다. 이들 조문은 모두 원칙적으로 국제재판관할의 합의를 불허하되, ‘해당 합의에서 **법원 외에 외국법원에도** 약자(소비자, 근로자, 피후견인/미성년자인 상속인 또는 부양권리자)가 **제소할 수 있도록 한 경우에는 합의의 효력이 있다**’는 취지의 내용을 포함하고 있다(제42조 제3항 제2호, 제43조 제3항 제2호, 제60조 제2항 제1호 단서, 제76조 제2항 제1호 단서).

위 조문들이 ‘(한국)법원 외에 외국법원’으로 부가적 관할합의를 한 경우만 합의의 효력을 인정하여, **한국법원에도 약자가 제소할 수 있도록 한 부가적 관할합의는 무효라고 보게 된다.** 현행 국제사법 조항이 이례적이라는 점은, **약자에게 유리한 부가적 관할합의를 허용하**

37) ① 부양권리자인 A의 상거소는 필리핀에 있으므로, 부양사건의 특별관할(제60조 제1항)이 인정될 수는 없다. ② 피고 C의 상거소가 한국에 있지 않기에 일반관할(제3조)도 인정될 수 없고, 일반원칙(제2조)에 기한 관할도 부정될 여지가 크다. ③ 관련관할(제6조 제3항)은 인정될 수 있는가? 주된 사건인 인지청구에 관하여 한국법원에 특별관할이 인정될 수 없으므로 관련관할을 인정할 수 없다. 인지청구는 i) 자녀의 상거소가 대한민국에 있거나, ii) ‘자녀’와 ‘피고가 되는 부모 중 한쪽’이 모두 대한민국 국민인 경우에 한국법원의 특별관할이 인정되는데(제57조 각호), A는 필리핀에 상거소를 두고 있으며 A, C는 모두 대한민국 국민이 아니므로 인지청구에 관하여 한국 법원에 국제재판관할이 인정될 수 없다. ④ 결국 부양료청구에 관하여 한국 법원에 국제재판관할이 인정되기 위하여는 변론관할이 성립하여야 하는데, 부양권리자가 미성년자이므로 변론관할이 성립할 수 없다(제60조 제3항 제1호). 물론, 인지청구에 관하여도 변론관할은 배제된다(제13조).

38) 아울러, 변론관할을 배제하는 것이 부양권리자의 이익이 되는 예외적 상황이 발생하기는 어렵다. ① 미성년자 또는 피후견인인 부양권리자가 법정대리인이나 소송대리인 등의 조력을 받아 원고로서 소 제기를 하는 경우에는 대리인에 의한 검토가 이루어질 것이므로 부양권리자에게 불이익한 상황이 초래될 가능성이 적을 것이다. ② 대한민국 법원이 재판권이 합리적이지 않다고 판단되는 경우라면 당해 사안과 한국 간의 무관련성을 들어 변론관할을 부정하거나(제60조 제3항 제2호), 부적절한 법정지의 법리(국제사법 제12조 참조)에 기해 국제재판관할권을 불행사하면 된다.

는 조항을 둔 소비자계약·근로계약의 과거 및 해외 입법례와 비교하면 더욱 선명해진다.

먼저 개정 전 국제사법을 본다. 개정 전 국제사법에서 소비자계약 및 근로계약의 합의관할 조항은 소비자/근로자에게 “이 조에 의한 관할법원에 추가하여 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우” 관할합의의 효력을 인정한다(구 국제사법 제27조 제6항 제2호, 구 국제사법 제28조 제5항 제2호). 위 조문은 ‘다른 법원’이라는 중립적 표현을 사용한다..

브뤼셀 I 규정³⁹⁾을 본다. 브뤼셀 Ia 규정 및 브뤼셀 I bis 규정은 소비자계약과 근로계약의 국제재판관할규정을 두고 있고, 관할합의를 원칙적으로 불허하지만 ‘소비자(근로자)에게 이 절에 규정된 법원 이외의 다른 법원에 제소하는 것을 허용하는 합의’는 효력을 인정하고 있다. 역시 ‘다른 법원’이라는 표현을 사용한다.

일본 민사소송법을 본다. 소비자계약에 관한 장래의 분쟁에 관한 관할합의 중 허용되는 경우로 ‘소비가 해당 합의에 기하여 합의된 국가의 법원에 소를 제기한 경우’ (제3조의 7 제5호 나목)를 규정하여, 일본 법원으로서의 관할합의도 소비자가 유효히 활용할 수 있다.

개정 전 한국 국제사법과 브뤼셀 I 규정 및 일본의 입법례의 규정형식(부가적 관할합의를 할 수 있는 법원을 구태여 외국법원으로 특정하지 않는 형식)이 합리적이다. 현행 국제사법상 소비자계약·근로계약·부양사건·상속사건의 합의관할 규정 중 (한국)법원 외 외국법원으로서의 부가적 관할합의만 허용하는 부분은 합리적 근거가 없고 입법자의 실수로 보인다.

다. 공통적 문제점 ① - 미성년자의 소송능력을 부양료청구에 관하여 예외적으로 인정하는 민사소송법 및 판례와의 비정합성

미성년자는 원칙적으로 소송무능력자이다. 그러나, 우리 민사소송법 및 판례는 부양료청구에 관하여 예외적으로 미성년자에게 소송능력을 인정한다. 부양료청구는 미성년자에게 유리하며 미성년자가 독자적으로 수행할 현실적 필요가 있음을 반영한 것으로 보인다.

일반적인 소송능력은 민사소송법에 특별한 규정이 없는 경우 민법, 그 밖의 법률에 의하도록 규정되어 있어(민사소송법 제51조) 대체로 민법상 행위능력과 일치한다. 그러나 제한능력자의 소송능력과 관련하여서는 민사소송법은 특별한 규정을 두어, 미성년자는 법정대리인에 의해서만 소송행위를 할 수 있으나(민사소송법 제55조 제1항 본문), 다만 ‘미성년자가 독립하여 법률행위를 할 수 있는 경우’에는 소송능력을 가진다고 규정한다(동항 단서 제1호). 미성년자는 권리만 얻거나 의무만을 면하는 행위를 독립하여 할 수 있는데(민법 제5조 단서). 판례는 이를 근거로 미성년자는 법정대리인의 동의 없이 단독으로 부양의무자인 친권자에게 부양료를 청구할 수 있다고 본다.⁴⁰⁾

우리 법은 소송능력에 관하여 (일면적)⁴¹⁾ 법정지법주의를 취하므로 외국인인 미성년자 역시 부양료청구에 관하여 소송능력이 있다. 민사소송법 제57조는 외국인이 그의 본국법에 따르면 소송능력이 없는 경우라도 대한민국의 법률에 따라 소송능력이 있는 경우에는 소송능력이 있는 것으로 본다고 규정한다. 외국인을 내국인 이상으로 보호할 필요가 없기 때문

39) 국문 번역은 석광현, “民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 유럽연합규정(“브뤼셀 규정”) —브뤼셀협약과의 차이를 중심으로”, 법학논총 제20권 1호(2003), 105-106면 참조.

40) 대법원 1972. 7. 11. 선고 72므5 판결은, 미성년자가 단독으로 부양의무자인 친권자에게 부양료청구를 할 수 있는 이유로 미성년자는 권리만을 얻거나 의무를 면하는 행위는 독자적으로 할 수 있다는 민법 제5조 단서, 친권자와 자 사이에 이해상반행위를 할 때 그 자의 특별대리인을 선임하도록 한 민법 제921조를 제시한다.

41) ‘일면적’이라는 표현을 쓴 이유는, 사람의 능력 또는 행위능력에 관한 준거법(국제사법 제26조, 제28조)으로 지정된 외국법인 본국법에 따라서 소송능력이 없는 자라도 한국법에 의해 소송능력이 인정된다면 소송능력을 부여하는 방향으로만(소송능력에 유리하게) 법정지법이 적용되기 때문이다.

에 이러한 조문을 둔 것인데, 이 조문을 근거로 대한민국법상 소송능력은 법정지법설에 따른다고 평가하는 것이 일반적인 견해이고 가사소송능력·가사비송능력도 마찬가지이다.⁴²⁾

그런데 앞서 본 부양사건의 보호적 관할규정은, 미성년자에게 부양료청구에 관한 유리한 소송행위를 허용해온 기존 법리에 배치된다는 문제점이 있다.

라. 공통적 문제점 ② - 평등원칙 위배 및 재판청구권 침해 가능성

위와 같은 합의관할·변론관할 규정은 위헌적이라고 판단될 여지가 있다. 국제재판관할 규칙은 헌법적 관점(평등원칙, 재판청구권의 제한, 적법절차의 원칙 등)에서 평가될 수 있다(분고 II. 2 참조). 보호적 관할규칙이 당사자 일방을 상대방보다 우대하더라도 평등의 원칙에 반하지 않는 이유는 그로써 약자 보호를 통한 실질적/상대적 평등이 달성될 수 있기 때문이다.⁴³⁾ 보호적 관할규칙이 약자에게 오히려 불리하게 작용한다면, 그러한 관할규칙은 헌법적으로 정당화되기 어렵다. 결국 부양사건의 합의관할·변론관할 규정 중 약자에게 불리한 부분은 평등원칙에 위배하여 미성년자와 피후견인의 재판청구권을 침해할 여지가 있다.

3. 부양사건에 관한 비교법적 검토

가. 개관

국제부양사건의 관할에 관한 국제입법 및 스위스 국제사법을 개관하며, 특히 합의관할과 변론관할과 관련한 시사점을 모색한다.⁴⁴⁾ 검토대상인 국제입법은 다음과 같다. 헤이그국제사법회의 협약으로는 1958년 자녀부양료승인집행협약, 1973년 부양승인집행협약, 2007년 부양료회수협약을 본다. 유럽연합 규정으로는 브뤼셀협약과 브뤼셀 Ia 규정, 2007년 루가노협약, 유럽연합 부양규정을 분석한다. 부양의무에 관한 미주 몬테비데오 조약(1989년)도 살핀다.

나. 헤이그 국제사법회의의 협약

1) 1958년 자녀부양승인집행협약

이 협약⁴⁵⁾은 부모의 자녀에 대한 부양의무에 관한 간접관할만을 규율한다(제3조). 부양채무자·부양채권자의 상거소지관할(제1, 2호), 명시적 동의나 다툼 없는 응소에 의한 복종관할(제3호)을 인정한다. 합의관할 규정은 두지 않고, 변론관할은 제한 없이 인정하는 것이다.

2) 1973년 부양승인집행협약

이 협약⁴⁶⁾은 가족관계에서 발생하는 부양의무 일반을 다루며, 간접관할만 규율한다. 이 협약은 1958년 협약과 마찬가지로, 부양채무자 또는 부양채권자의 상거소지관할(제7조 제1항), 부양채무자의 복종관할(제7조 제3항)을 인정한다. 1958년 협약과 달라진 점은, ① 부양채무

42) 강현중, “외국인의 소송능력”, 사법행정 30호(한국사법행정학회, 1986), 43면; 장석조, 주석 민사소송법 1, 제9판, 민일영 편집대표(한국사법행정학회, 2023), 406면; 김원태, “가사소송에서의 소송능력”, 민사소송 제18권 제1호(2014), 282면 및 296-297면 참조.

43) 소비자계약 및 근로계약의 보호적 관할규칙이 소비자와 근로자를 각 그 계약상대방보다 우대하여 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌지 문제되나, 위 원칙은 약자 보호를 위한 국제사법 차원의 조치라는 점, 헌법이 소비자보호규정(제124조) 및 근로자보호규정(제32조)을 두고 있다는 점에서 실질적·상대적 평등의 관점에서 정당화될 수 있다는 견해로, 석광현, 전계논문(註 10), 242면 참조.

44) 해외 입법례의 소개는 장준혁, “부양사건의 국제재판관할 -입법론을 중심으로-”, 가족법연구 제31권 제1호(2017. 3), 181면 이하를 참고할 것.

45) 불어로만 만들어진 협약으로, 협약의 불어 명칭은 ‘Convention concernant la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière d’obligations alimentaires envers les enfants’이다.

46) ‘부양의무에 관한 재판의 승인 및 집행에 관한 헤이그협약’이다.

자와 부양채권자의 공통국적국관할(제7조 제2항)도 인정하고, ② 승인국법에 따라 이혼, 법정별거, 혼인무효·취소에 의하여 부양의무가 발생하는 경우에는 재판한 국가에 부양채권에 대해서도 간접관할을 인정한다는 점이다(제8조).

3) 2007년 부양료회수협약

이 협약⁴⁷⁾은 부모-자녀 관계에서 만 21세 이하의 자녀에 대하여 발생하는 부양의무 및 일정한 범위의 배우자 간 부양에 적용된다. 이 협약 역시 원칙적으로 간접관할 규정만을 둔다.⁴⁸⁾ 제20조 제1항은, 피고 상거소지국 관할(a호), 변론관할(b호), 채권자 상거소지국 관할(c호), 자녀와 피고의 공동거주·부양지국관할(d호), 합의관할(e호), 부수사건관할(f호)을 간접관할의 근거로 인정한다. 1973년 협약과 달라진 점 중 주목할 만한 부분은 합의관할도 간접관할의 근거로 추가된 것이다. 다만, 자녀에 관한 부양의무와 관련된 분쟁에서는 합의관할이 간접관할의 근거로 인정되지 않는다는 제한이 붙었다.

4) 소결

헤이그 국제사법회의 규정에서, 부양사건의 합의관할은 비교적 최근에야 간접관할의 근거로 채택되었고, 다만 자녀와 관련한 부양의무는 예외로 하였다. 부양사건의 변론관할은 합의관할과 달리 초창기부터 별다른 제약 없이 인정하는 태도가 보인다.

다. 유럽연합 규정 및 스위스 국제사법

1) 개관

유럽에서 국제부양사건은 일반적인 민사·상사사건과 유사하게 취급되다가 이후 분화되는 형태로 국제규범이 발달하였다. 브뤼셀협약, 브뤼셀 Ia 규정, 2007년 루가노협약이 국제부양사건의 관할을 여타 민·상사사건과 함께 규정하였으나, 이후 EU 부양규정이 독자적으로 국제부양사건을 규율하게 되었다. 위 각 규정과 스위스 국제사법을 살펴도록 한다.

2) 브뤼셀협약, 브뤼셀 Ia 규정, 2007년 루가노협약

브뤼셀협약⁴⁹⁾, 브뤼셀 Ia 규정, 2007년 루가노협약⁵⁰⁾은 부양사건을 일반적인 민·상사사건과 원칙적으로 동일하게 취급하여 일반관할, 합의관할, 변론관할은 함께 규정하되, 부양사건에 관한 특별관할은 별도로 둔다.

이들 규정은 부양사건에 관하여 부양채권자의 주소지국 또는 상거소지국에 특별관할을 인정하고, 신분관계소송에 부수된 부양사건에 관하여 부수사건관할을 인정한다.⁵¹⁾

브뤼셀협약, 브뤼셀 Ia규정, 2007년 루가노협약은 위 특별관할 및 부수사건관할의 맥락을 제외하고는 부양료청구사건을 여타 재산관계사건과 차등을 두지 않는다. 따라서 합의관할, 변론관할 규정이 부양사건에도 동일하게 적용되었다. 세 국제규범의 합의관할, 변론관할 규정은 전반적으로 동일하고,⁵²⁾ 부양사건의 합의관할이나 변론관할을 제한하지 않는다.

47) 협약의 영문 명칭은 ‘Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance’ 이다. 2007. 11. 23. 성립, 2013. 1. 1. 발효되었다.

48) 다만, 선행 부양료결정에 대해 부양채무자가 제기하는 변경청구에 관해서는 예외적으로 직접관할 규정(제18조)을 두었다. 장준혁, 전게논문, 184면 참조.

49) 영문 명칭은 ‘Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters’ 이다.

50) 영문 명칭은 ‘Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters’ (Done at Lugano on October 30, 2007)이다.

51) 단, 주된 사건의 관할이 오직 당사자 일방의 국적에 근거한 것이라면 부수사건관할이 부정된다. 2007년 루가노협약은 추가로 친권관계사건에 부수된 부양사건에도 부수사건관할을 인정한다.

52) 브뤼셀 Ia규정, 2007년 루가노협약의 합의관할 및 변론관할 규정은 정확히 동일하지만, 브뤼셀 Ia

3) EU 부양규정

EU 부양규정이 제정되어, 유럽연합은 국제부양사건을 독립적으로 다루는 국제규범을 갖게 되었다. 부양규정 제3조는 피고 상거소지국 관할(a호), 부양채권자 상거소지국 관할(b호), 부수사건관할(c호, d호)을 인정한다. 제3조 c호는 원인관계가 신분관계사건인 경우를, d호는 친권관계사건⁵³⁾인 경우를 규정하며, 다만 원인관계에 대한 국제재판관할이 오직 국적에만 근거하는 경우는 부수사건관할을 인정하지 않는다. 제6조는 EU 부양규정에 따라 국제재판관할을 가지는 회원국이 없는 경우 당사자들의 공통 본국의 법원들이 국제재판관할을 가진다고 하여 보충적 관할을 규정한다. 제7조는 긴급관할을, 제8조는 재판이 내려진 부양료채무에 대한 수정을 구하는 재판은 원판결국에 계속관할이 있음을 규정한다.

한편, 부양규정은 합의관할(제4조), 변론관할(제5조)을 다음과 같이 규정한다.

<p>제4조 법원의 선택</p> <p>1. <u>당사자들은 다음의 법원(들)이</u> 그들 사이에서 발생하였거나 발생할 <u>부양의무와 관련된 분쟁을 해결할 관할을 갖도록 합의할 수 있다.</u></p> <p>(a) 당사자 중 <u>일방이 상거소를 갖는 회원국의 법원</u></p> <p>(b) 당사자 중 <u>일방이 국적을 갖는 회원국의 법원</u></p> <p>(c) <u>배우자들 또는 前 배우자들 간 부양사건의 경우에는, (i) 혼인관계사건에 관한 관할을 갖는 법원, 또는 (ii) 배우자들이 마지막으로 1년 이상 공통으로 상거소를 가진 곳의 법원</u></p> <p>위 (a), (b), (c)항에 언급된 요건은 관할합의시 또는 소제기시에 갖추어져야 한다.</p> <p>합의로 정해진 관할은 당사자가 달리 합의하지 않는 한 전속적이다.</p> <p>2. 관할합의는 서면으로 이루어져야 한다. 합의를 지속적으로 기록할 수 있는 전자적 수단에 의한 통신은 “서면”에 상당한다.</p> <p>3. <u>이 조항은 18세 미만의 자녀에 대한 부양의무와 관련한 사건에는 적용되지 않는다.</u></p> <p>4. 만약 당사자들이 2007년 루가노 협약의 제약국의 법원에 전속적 관할합의를 하였다면, 제3항에서 언급한 분쟁의 경우를 제외하고는 해당 협약이 적용된다.</p>
<p>제5조 피고의 출석에 기초한 관할</p> <p>이 규정의 다른 조항에서 도출된 관할과는 별개로, 회원국 <u>법원은 피고가 출석한 경우 관할을 가진다.</u> 이 조항은 관할에 이의를 제기하기 위해 출석한 경우에는 적용되지 않는다.</p>

부양규정은, 관할합의 대상이 될 수 있는 법원을 양적으로 제한하고(제4조 제1항),⁵⁴⁾ 18세 미만의 자녀에 대한 부양의무와 관련해서는 합의관할을 배제한다는 점(제4조 제3항)에서 기존 국제규범과 차별화된다. 다만, 변론관할은 여전히 제한없이 인정한다(제5조).

4) 스위스 국제사법

스위스 연방 국제사법⁵⁵⁾은 제4장 제4절에서 친자관계의 효과의 국제재판관할에 관하여 규정을 두고 있고, 이는 자의 부양에 관한 소의 국제재판관할에 대해서도 적용된다(79조 제1항). 이 규정은 국제재판관할과 국내관할을 동시에 정하고 있다. 이 조항에 따르면, 부양사건의 경우 자녀의 상거소지 법원, 부모 일방의 주소지(주소가 없는 경우에는 상거소지)의 법원에 관할이 있다. 부모 일방의 주소지 또는 상거소지의 관할은 부모가 피고로 된 경우에만 적용된다. 루가노협약이 적용되는 한에서는 제79조 제1항은 적용 배제된다.⁵⁶⁾

규정과 브뤼셀협약은 일부 달라진 점이 있다. 관련하여 석광현, 전계논문(註 39), 86-87면 참조.

53) ‘parental responsibility’ 를 친책(親責), 부모책임 또는 아버지책임으로 번역하는 문헌도 있다.

54) 구체적으로, ① 당사자 중 일방의 상거소지국 법원, ② 당사자 중 일방의 국적국 법원, ③ 배우자 간 부양의무라면 (i) 혼인관계사건에 대해 관할을 갖는 법원 또는 (ii) 부부가 1년 이상 공통으로 거주했던 마지막 상거소지국 법원으로 관할합의를 할 수 있다.

55) 스위스 국제사법의 번역은 석광현, “스위스의 국제사법 재론”, 국제사법과 국제소송 제8권(정년기념 특별호)(박영사, 2022), 629면을 참조하였다.

56) 법무부, 국제사법 개정 방안 연구(2014), 289면.

한편, 스위스 국제사법은 부양사건에 관하여 특별한 합의관할 또는 변론관할 규정을 두지는 않고, 일반적인 합의관할(제5조), 변론관할(제6조) 규정만 둔다. 위 합의관할, 변론관할 조항은, 각각 ‘재산권상의 청구’, ‘재산법상의 분쟁’에만 적용되는데, 주석서에 따르면 스위스 국제사법은 부양료청구 및 부양사건을 재산권상의 청구 및 재산법상의 문제로 파악하므로,⁵⁷⁾ 스위스 또한 부양사건에 대한 합의관할과 변론관할을 허용한다고 볼 수 있다.

5) 소결

유럽연합의 국제규범을 살펴보면, 브뤼셀협약, 브뤼셀 I 규정, 2007년 루가노협약은 부양사건의 합의관할과 변론관할에 별다른 제한을 두지 않았다. 이후 부양규정이 부양에 대한 독자적인 국제규범으로 출범하였고, 이 규범에서는 합의관할에 일정한 제한(관할합의 대상이 될 수 있는 법원의 양적 제한 및 18세 미만의 자녀에 대한 부양의무에 관한 합의관할의 배제)을 추가했으나 여전히 변론관할에는 아무런 제한을 두지 않았다. 한편, 스위스 국제사법은 부양사건에 관하여 합의관할, 변론관할을 여타 재산관계사건과 마찬가지로 허용한다.

라. 부양의무에 관한 미주 몬테비데오 조약

1989년의 부양의무에 관한 미주 조약⁵⁸⁾은 이 협약은 합의관할에 관한 규정은 두고 있지 않으나, 변론관할은 제한 없이 인정하고 있다(제8조 제2항).

마. 종합 검토

부양사건의 합의관할은 최근 일부 제한하는 경우가 발견된다. 간접관할을 다룬 헤이그 국제사법 규정 중 2007년 부양료회수협약은 자녀에 관한 부양의무와 관련된 분쟁에서는 합의관할을 간접관할의 근거로 인정하지 않는다. 부양규정은 관할합의가 가능한 법원을 양적으로 제한하고, 만 18세 미만에 대한 부양의무에 대해서는 합의관할 규정의 적용을 배제한다. 그러나 부양사건의 변론관할을 제한하는 경우는 해외 입법례 중에서 찾을 수 없다.

위와 같은 입법례는 합리적이다. 미성년 자녀에 대한 부양의무에 한하여 관할합의를 배제하는 EU 부양규정은 약자에게 불리한 관할합의를 방지한다는 점에서 타당성이 인정된다. 한편, 변론관할에는 제한을 두지 않는 점도 합당하다. 부양권리자가 원고/신청인이 되는 대다수의 부양사건에서 변론관할을 배제하면 부양권리자에게 오히려 불이익하기 때문이다.

4. 입법과정의 검토

가. 공청회안-정부제출안-위원회의결안 조문의 비교

현행 국제사법의 입법과정을 살펴보면,⁵⁹⁾ 전문가회의에서 만들어진 최초의 개정안(이하

57) Markus Müller-Chen, *Corinne Widmer Lüchinger, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, vom 18. Dezember 1987. Band I., 3., aktualisierte und teilweise vollständig neu bearbeitete Auflage, 84-85면 및 121면.

58) 영문 명칭은 Inter-American Convention on Support Obligations이며, 1989. 7. 15. 성립하고 1996. 6. 3. 발효하였다. 장준혁, 전제논문, 189-191면을 참조할 것.

59) 입법과정은 다음과 같다. ① 국제사법학회, 2011. 6. 30. ‘국제사법 개정 촉구 결의문’을 법무부에 송부 → ② 법무부, 국제사법학회에 연구용역 발주 ③ 최종보고서로 ‘국제사법 개정 방안 연구’ 발간(2014. 2.) → ④ 국제사법 개정위원회 발족, 2014. 6.부터 2015. 12.까지 활동(기간 내 공식적 개정안을 도출하지는 못하였음) → ⑤ 전문가 자문 및 회의를 통하여 법무부 개정안 마련(2017. 1. ~ 2017. 12.) ⑥ 국제사법 전부개정법률안 공청회(2018. 2. 27.) → ⑦ 정부, 법제처 심사 후 2020. 8. 7. 국제사법 전부개정법률안 국회 제출 → ⑧ 법제사법위원회 회의 후 위원회의결안 본회의 상정, 2021. 12. 9. 국회 본회의 가결. 이상의 입법과정은, 법무부, 국제사법 전부개정법률안 공청회 자료집(2018. 2. 27.), 3-11면을 참조할 것(이하 ‘법무부, 공청회 자료집, 00면’으로 인용).

‘공청회안’이라 한다), 정부가 국회에 제출한 개정안(이하 ‘정부제출안’이라 한다), 법제사법위원회가 의결하고 본회의에서 가결된 개정안(이하 ‘위원회의결안’이라 한다)까지 다소간의 변경이 있었다.⁶⁰⁾ 정부제출안과 위원회의결안은 ‘피성년후견인’을 ‘피후견인’으로 고친 것 외에는 동일하므로, 공청회안과 정부제출안을 비교하도록 한다.

〈 공청회안-정부제출안 조문대비표 〉

공 청 회 안	정 부 제 출 안
<p>제61조(부양사건의 관할) ① (생략)</p> <p>② 당사자는 부양에 관한 사건에 관하여 제8조에 따른 국제재판관할합의를 할 수 있다. 다만, 다음 각호의 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 피성년후견인인 경우(다만 미성년자이거나 피성년후견인인 부양권리자에게 이 법에 따른 관할 법원에 추가하여 다른 국가의 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우는 제외한다)</p> <p>2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p> <p>③ 제2항에 따라 국제재판관할합의가 허용되는 경우에는 제9조의 적용이 배제되지 아니한다.</p> <p>< 신 설 ></p> <p>< 신 설 ></p>	<p>제60조(부양에 관한 사건의 관할) ① (생략)</p> <p>② 당사자가-----대하여-----따라 국제재판관할의 합의를 하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 합의의 효력이 없다.</p> <p>1. ----- 경우. 다만, 해당 합의에서 ----- 피성년후견인[위원회의결안은 ‘피후견인’]인 ----- 법원 외에 외국법원에도 소를 제기할 수 있도록 한 경우는 제외한다.</p> <p>2. (공청회안과 같음)</p> <p>③ 부양에 관한 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조를 적용하지 아니한다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 피성년후견인[위원회의결안은 ‘피후견인’]인 경우</p> <p>2. 대한민국이 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p>

공청회안에서는 앞서 지적한 현행 국제사법의 문제점이 발생하지 않는다. ① 공청회안 제61조 제2항 제1호를 보면, 미성년자 또는 피후견인인 부양권리자가 “이 법에 따른 관할 법원에 추가하여 다른 국가의 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우” 관할합의를 허용한다. 위 ‘다른 국가의 법원’에는 대한민국 법원도 포함된다. ② 공청회안 제61조 제3항은 “제2항에 따라 국제재판관할합의가 허용되는 경우” 제9조(변론관할)의 적용이 배제되지 않는다고 한다. 제61조 제2항은 미성년자 또는 피성년후견인인 부양권리자가 “이 법에 따른 관할 법원에 추가하여 다른 국가의 법원에 제소” 하는 경우에만 관할합의를 허용하므로, 변론관할 역시 부양권리자가 제소하는 것을 허용하는 한도에서 허용된다고 볼 수 있다.

나. 입법과정에서 부양사건의 합의관할 및 변론관할에 관한 논의

1) 공청회안의 설명

국제사법 개정위원회 및 전문가 회의 등 입법과정에 참여하여 공청회안을 만든 장준혁 교수는, 부양사건에서 변론관할과 합의관할을 인정해야 한다고 보았다.⁶¹⁾ 그는 부양료채무

60) 공청회안은 법무부, 상계서에서, 정부제출안/위원회의결안은 의안정보시스템에서 확인할 수 있다.

61) 장준혁, 전계논문, 210-211면 참조.

의 법률관계는 재산관계로서의 성격이 강하기에, 부양채권자의 국제부양관할법상의 보호에 대한 처분가능성 내지 포기의 자유를 인정함이 타당하며, 제한 없는 변론관할을 부양사건에서 인정할 실익이 분명히 존재한다고 말한다.⁶²⁾ 한편, 합의관할에 대한 제한이 필요한지 문제되거나 국내에서 학설상 논의가 적은 점, 합의된 법정지가 과도하게 부적당하면 공서양속 위반으로 합의를 무효로 할 수 있다는 점을 고려해 제한을 둘 필요는 없다고 보았다.⁶³⁾

입법과정 초기부터 참여한 석광현 교수의 공청회안 해설은 다음과 같다. 공청회안 제61조 제2항은 “부양사건이 재산적 성질을 가지는 점을 고려하여 관할합의를 허용” 하면서 일부 예외를 둔 것이며, 이는 “당사자의 관할합의와 변론관할을 허용하는 EU 부양규정(제4조, 제5조)을 참조하면서 추상적으로 규정한 것” 이라고 한다. 공청회안 제61조 제3항에 대해서는 “제2항에 따라 국제재판관할합의가 허용되는 경우에는 변론관할도 허용되어야 하므로 제9조의 적용이 배제되지 아니함을 명시” 한 것이라고 한다.⁶⁴⁾

2) 공청회안 중 변론관할 규정에 대한 반대론 및 이에 대한 찬성론의 대응

공청회안이 합의관할을 제한적으로 허용하는 데 대한 반대론은 별달리 없었으나,⁶⁵⁾ 변론관할에 대해서는 아래와 같은 반대론이 존재하였다.

가) 관할편취의 우려 및 변론관할 형성이 정의관념에 반한다는 주장

한숙희 당시 대전가정법원장은, 공청회안 제61조 제3항은, “친족상속사건의 특성상 당사자의 실질적인 능력에 큰 차이가 있어 관할편취 등의 우려” 가 있고 “합의관할을 인정하는 것으로 충분하므로 삭제” 하여야 한다고 보았다. 아울러 “대부분의 당사자는 관할에 대한 개념이 없기 때문에 대부분 법원에서 정해진 날짜에 출석하여 억울함을 호소하는데 그 자체로 변론관할이 형성된다는 것은 정의관념에 반하고 부당하다” 며, “원고가 우리나라에 소를 제기하고 싶으면 정정당당하게 피고와 관할합의를 하면 됨” 을 주장한다.⁶⁶⁾

석광현 교수는 다음과 같이 답변하였다.⁶⁷⁾ ① (국내적) 토지관할의 맥락과 달리, 국제재판관할의 맥락에서는 친족/상속사건에서 합의관할과 변론관할이 인정되는지는 견해가 나뉜다. ② EU부양규정, EU상속규정 등 국제규범에서는 합의관할이 인정되는 경우 변론관할도 인정하므로, 친족/상속 사건에서 제한적으로 합의관할을 인정한다면 그 범위 안에서는 변론관할도 함께 인정함이 논리적이다.⁶⁸⁾ ③ 당사자들이 관할을 잘 알지 못하여 정의관념에 반하는 결과가 초래될 수 있다는 우려는 석명권 행사 및 실무의 변경 등으로 해결할 수 있다.

나) 가사비송사건에서는 변론관할이 발생할 수 없다는 주장

김원태 교수는 공청회안의 변론관할 규정을 삭제하기를 제안하였다. 논리는 다음과 같다. 우리나라 법원에서 부양사건의 재판을 할 경우 ‘절차는 법정지법에 따른다’ 는 원칙에 의해 법정지법인 대한민국 가사소송법에 따르게 된다. 그런데 대한민국 가사소송법에 따르면

62) 실익은, 각국의 관할근거가 부양채권자의 주소지, 상거소지 등으로 상이한 경우, ①수소법원이 직접관할기초에 대해 더 이상 따지지 않아도 되며, ②그 판결의 승인이 문제된 타국도 변론관할로 만족할 수 있다(간접관할 요건을 충족할 수 있다)는 점이다. 장준혁, 상계논문, 210면

63) 장준혁, 전계논문, 210-211면.

64) 법무부, 공청회 자료집, 74면.

65) 다만, 부양권리자의 상거소지국이 생활상태의 조사와 부양료액 산정 등 자료수집에 가장 적합하므로 합의관할을 인정할 것인지는 더 검토가 필요하다는 견해로는, 김원태, “국제사법 전부개정법률안의 검토- 가사사건의 국제재판관할을 중심으로 -”, 민사소송 제22권 제2호(2018), 166면.

66) 법무부, 공청회 자료집, 110-111면.

67) 석광현, “국제사법 전부개정법률안에 따른 국제재판관할규칙 - 각칙을 중심으로”, 國際去來와 法 제23호(2018), 82면.

68) 다만, 현소혜, 전계논문, 249면은 의문을 제기하며, 김원태, 전계논문(註 65), 166면도 반대 견해다.

부양에 관한 사건은 소송사건이 아니라 상대방이 있는 가사비송사건이다. 가사비송사건에서는 변론 대신 당사자와 관계인을 심문한다(가사소송법 제48조). 그렇기에 상대방이 국제재판관할이 없음을 주장하지 아니하고 본안에 대하여 변론하거나 진술하는 경우를 상정하기 어렵다. 국내사건에서도 비송사건에서는 이러한 이유로 변론관할을 인정하지 않는다.⁶⁹⁾ 법원실무제요 역시 “가사비송사건에 대한 이들 가정법원의 관할은 성질상 임의관할이지만, 성질상 변론관할이나 합의관할이 생길 여지는 없다” 고 한다.⁷⁰⁾

석광현 교수는, “제9조의 요건이 구비되지 않는다면 그 자체로서 변론관할이 발생할 수 없을 것” 인데 김원태 교수가 “왜 그런 제안을 하는지 잘 이해되지 않는다” 고 한다.⁷¹⁾

3) 소비자계약·근로계약의 국제재판관할의 양면적 규정형식에 대한 비판론이 부양사건의 합의관할 규정에 미친 영향

개정 전 국제사법 및 공청회안 규정은 소비자계약과 근로계약의 규정형식을 양면적으로 규정하고 있었다.⁷²⁾ 국제사법 전부개정법률안 공청회가 개최된 이후, 국제사법상 소비자계약 및 근로계약 사건의 일반적(양면적) 규정형식⁷³⁾에 대한 비판⁷⁴⁾이 제기되었고, 이러한 비판을 고려하여 공청회안이 일면적 규정으로 수정되어⁷⁵⁾ 정부를 거쳐 국회에 제출되었다.

문제는, 소비자계약·근로계약의 합의관할 규정은 본질상 ‘양면적’ 일 수밖에 없는 데도 불구하고 일면적 규정으로 변모된 점이다. 그것도 외국 법원으로서의 부가적 관할합의의 유효성만을 규정한다는 점에서, ‘한국법원의 관할만 규정한다’ 는 본래의 용법과는 다르지만 역시 ‘일면적’ 규정이 되었다. 당초 공청회안이 소비자/근로자가 “이 조에 따른 관할 법원에 추가하여 다른 국가의 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우” 에 관할합의가 유효하다고 규정한 것⁷⁶⁾과 달리, 정부제출안에서는 “법원 외에 외국법원에도 소비자/근로자가 소를 제기할 수 있도록 한 경우” 국제재판관할합의가 유효하다고 문구를 수정하였다. 마찬가지의 변화가 부양사건의 합의관할 규정에서도 일어났다.

요컨대, 현행 국제사법상 부양사건의 보호적 관할규정이 외국법원으로서의 부가적 관할합의만을 유효하게 보는 비대칭적인 형태는, 소비자계약·근로계약에 대하여 일면적 규정형식을 촉구하는 비판이 잘못 받아들여진 결과가 파급된 것이라고 추측해볼 수도 있다.

4) ‘피성년후견인’ 에서 ‘피후견인’ 으로의 문언 변경

정부제출안의 피성년후견인이 위원회의결안에서 피후견인으로 변경되었다. 피한정후견인, 피특정후견인, 피임의후견인을 모두 포함하기 위한 것이라는 입법자료만이 발견된다.⁷⁷⁾

69) 김원태(註 65), 166-167면.

70) 법원행정처 편, 법원실무제요: 가사[I], 박영사, 2021, 50면.

71) 석광현, 전계논문(註 67), 82면.

72) 예컨대, 공청회안 제44조 제2항(“근로계약의 경우에 근로자의 상거소가 대한민국에 있는 때에는 사용자가 근로자에 대하여 제기하는 소는 법원에만 제기할 수 있다. 다만, 근로자가 대한민국 이외에서 일상적으로 노무를 제공하는 경우에는 사용자는 그 국가에도 소를 제기할 수 있다.”) 참조.

73) 국제재판관할규칙의 규정형식으로서의 일면적 규정(우리 법원이 국제재판관할을 가지는 경우만을 규정한 것)과 양면적 규정(조약과 같이 중립적 규정을 두어 우리 법원과 외국 법원이 국제재판관할을 가지는 경우를 함께 규정한 것)이 있다. 국제사법 개정위원회가 의도한 국제재판관할규칙의 규정형식은 원칙적으로 일면적 규정형식이되 예외적으로 관할합의와 같은 경우 양면적 관할규칙을 두는 것이었다. 법무부, 공청회 자료집, 21면 참조.

74) 비판의 요지는, (조약이나 국가 공동체의 규범과 달리) 국제사법은 대한민국이 국제재판관할을 가지는 경우를 일면적으로 규정하면 충분하다는 것이다. 김인호, “소비자계약 및 근로계약 사건의 국제재판관할의 일반적 규정 방식에 대한 비판적 검토”, 국제사법연구 제24권 제1호(2018), 295면.

75) 석광현, 전계논문(註 67), 232면 각주 85번 참조.

76) 여기서 ‘다른 국가’ 는 한국도, 외국도 될 수 있으며, 원래 양면적인 속성을 가질 수밖에 없는 관할합의의 특성을 잘 반영하였다고 보인다.

5. 현행법 규정의 합리적 해석 방법

가. 비송사건인 국제부양사건에서의 변론관할 발생 가부

1) 문제의 소재

부양사건이 가사비송사건이어서 변론관할이 발생할 수 없다는 비판이 존재한다.⁷⁸⁾ 그러나, 변론관할을 허용하는 제60조 제3항 및 약자 보호 관점을 고려하면 위 비판을 선뜻 받아들이기 어렵다. 그렇다면 가사비송사건에서 변론관할이 인정될 여지는 없는지 검토한다.

2) 검토: 국제사법 제15조 제1항을 토대로 한 제한적 긍정설의 정당화

부정설의 요지는, 변론절차가 없는 비송사건은 성질상 변론관할이 생길 수 없다는 것이다. 그러나, 국제사법 개정 이후에는 적어도 제한적 긍정설이 타당하다. 비송사건에 변론관할을 준용하는 조문이 신설되어, (변형된 형태로라도) 변론관할을 인정해야 하기 때문이다.

국제사법 제15조(비송사건의 관할) ① 비송사건의 국제재판관할에 관하여는 성질에 반하지 아니하는 범위에서 제2조부터 제14조까지의 규정을 준용한다.

국제사법 제15조 제1항은 ‘성질에 반하지 아니하는 범위에서’ 국제재판관할의 총칙 규정(제2조부터 제14조)을 비송사건에 준용한다. 준용 대상에는 변론관할에 관한 제9조도 포함되어 있으므로, 비송사건에도 ‘성질에 반하지 아니하는 범위에서’ 변론관할 규정을 준용하라는 것이 입법자의 의사이다. ‘준용’이란 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 대상에 대해 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하는 것이므로, 국제재판관할의 맥락에서 ① 비송사건 중 소송사건과 성질이 유사하여 변론관할 규정을 준용할 수 있는 사건들은 무엇인지, ② 변론관할 규정을 어떻게 수정하여 적용하여야 할 것인지가 문제된다.

변론관할 규정이 준용될 수 있는 비송사건의 유형을 본다. 라류 가사비송사건에 비해 마류 가사비송사건은 강한 쟁송성을 가지고 대립당사자구조를 취한다는 점, 공익성이 약하고 조정전치주의가 적용되는 등 당사자의 임의처분이 일정 정도 허용된다는 점, 필요적 심문 절차가 적용된다는 점 등⁷⁹⁾을 고려할 때, 소송사건과 유사한 측면이 있으므로⁸⁰⁾ 변론관할 규정이 준용될 수 있다고 봄이 타당하다.⁸¹⁾

변론관할의 요건을 어떻게 수정하여 이해할 것인지를 본다. 제15조 제1항은 독자적으로 요건과 효과를 규정하지 않아 준용대상조문인 제9조의 요건과 효과를 모두 준용해야 한다. 국제재판관할의 발생이라는 효과는 그대로 준용가능하나, 요건은 수정이 필요하다. 제9조의 요건은 ‘피고가 국제재판관할이 없음을 주장하지 아니하고 본안에 대하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술’ 하는 것인데, 비송사건은 변론기일/변론준비기일이 없기 때문이다. 마류 가사비송사건은 특별한 사정이 없으면 사건관계인을 심문하여야 하므로, 심문기일에서 상대방이 관할항변 없이 본안에 대하여 진술한 경우 변론관할이 생긴다고 보아야 한다.

77) 한정후견, 특별후견, 임의후견까지 모두 포함하는 것임을 명확히 하고자 범문을 수정하였다고 한다. 의안정보시스템상 ‘소관위 심사정보(위원회의결안)’ 문서 참조.

78) 그러나 가사비송사건이 아닌 부양사건도 있기에 이 비판은 부정확한 면이 있다(본고 III. 1. 참조).

79) 사법연수원 편, 법원실무제요: 가사[I](박영사, 2021), 9-15면; 사법연수원 편, 법원실무제요: 가사[II](박영사, 2021), 834면; 김원태, “가사비송절차에서의 절차보장”, 법학연구 제24권 제2호(2013. 12.), 343-344면; 김문숙, “부양사건과 성년후견사건의 국제재판관할권에 관한 입법론”, 국제사법연구, 제19권 제2호(2013, 179면) 등 참조.

80) 이 때문에 마류 가사비송사건에 대하여, 판례(대법원 2010. 2. 25.자 2009스113 결정)는 “쟁송성이 강하고 소송사건적 성격을 띠고 있어 전형적인 비송사건과는 거리가 없지 않다”고 보며, 이시운, 신민사소송법, 제15판(박영사, 2021), 16면은 ‘진정쟁송사건(echte Streitsachen)’이라고도 부른다.

81) 마류 가사비송사건과 소송사건의 관할을 유사하게 판단할 수 있다는 시각은 다음 문헌에서도 발견된다. 김원태, “섭외가사소송절차에 관한 연구”, 부산대학교 법학연구 제40권 제1호(1999), 391면; 김문숙, “비송사건의 국제재판관할에 관한 입법론”, 국제사법연구 제21권 제2호(2015), 133면.

나. 목적론적 축소의 가능성

1) 문제의 소재

현행 국제사법 제60조 제2항 제1호 및 제3항 제1호는 보호적 관할규정의 취지에 반하여 오히려 약자의 권리구제 가능성을 차단하는 측면이 있다. 이를 법 개정 없이 시정하기 위해서는, 명백히 문언에 포함되는 규율대상을 법률규정의 포섭범위에서 제외하는 이른바 목적론적 축소라는 법학방법론을 동원하여야 한다. 그런데 목적론적 축소는 법문과 정반대의 결과를 가져와 법적 안정성, 권력분립, 법치주의 원칙을 해할 위험이 있어 그 허용범위와 한계는 법학방법론상 까다로운 문제이므로,⁸²⁾ 그 허부가 문제된다.

2) 국제사법 제60조 제2항 제1호 및 제3항 제1호의 목적론적 축소

목적론적 축소란, “표면적으로는 명백하지만 법률의 목적과 비교해 보았을 때는 너무 폭넓게 규정된, 즉 무차별적인 문언의 의미를, 입법목적에 부합하는 적용영역으로 축소하는 작업”이다.⁸³⁾ 목적론적 ‘축소’는 범형성에 속하는 범획득방법으로서, 범발견에 속하는 일반적 해석론(축소/확장 ‘해석’ 등)과는 상이한 기준에 의하여만 정당화된다.⁸⁴⁾⁸⁵⁾

특히 참고할 만한 사례로는, 대리인의 자기거래를 금지하는 독일민법 제181조가 거래 유형상 본인에게 법적 이익만을 부여할 수 있는 거래에는 적용되지 않는다고 목적론적 축소를 한 사례다. 이는 본인과 대리인 간 이해관계 충돌로부터 본인을 보호한다는 입법목적에 반하는 결론을 피하기 위해 정당화된다.⁸⁶⁾ 유사한 논리를 본건에 차용할 수 있다.

현행 국제사법 제60조 제2항 제1호 및 제3항 제1호의 문언은, 약자의 보호라는 목적에 부합하지 않게 과도하게 넓은 규율범위를 가지고 있고, 따라서 입법목적에 부합하는 범위로 위 각 조항의 규율범위를 아래와 같이 목적론적 축소를 통하여 좁혀야 한다.

제60조 제2항 제1호를 본다. 문언을 따르면 국내법원으로서의 부가적 관할합의는 무효로 보게 된다. 이는 부양권리자에게 유리한 관할합의를 허용하겠다는 입법목적과 상충되므로, 목적론적 축소로써 그 규율범위를 좁혀, 국내법원으로서의 부가적 관할합의도 허용해야 한다.

제60조 제3항 제1호를 본다. 부양권리자가 유리한 법정지에 부양료청구의 소를 제기하여 부양의무자가 응소하였다면, 변론관할을 발생시키는 것이 부양권리자를 보호하고자 하는 입법목적에 합치한다. 그렇다면, 목적론적 축소로써 위 조항의 규율범위를 좁혀, 약자인 부양권리자가 부양료청구 등을 하는 경우 변론관할이 발생한다고 봄이 타당하다.

6. 개정안의 제안

가. 개정의 착안점

첫째, 앞서 본 목적론적 축소에 따른 규율범위를 명문화할 필요가 있다. 외국법원뿐 아니

82) 석광현, “국제사법상 소비자계약의 범위에 관한 판례의 소개와 검토: 제27조의 목적론적 축소와 관련하여”, 국제사법과 국제소송 제6권(2019), 155면.

83) 에른스트 A. 크라머(최준규 역), 법학방법론(박영사, 2022), 231면.

84) 김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점 - 범발견과 범형성: 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로”, 법철학연구 제18권 제2호(2015), 161-162면.

85) 목적론적 축소가 “현저히 정의관념에 반하는 사례들로서 명확한 문언의미에 의거하는 것이 명백히 권리남용으로 보이는 경우” 가능하다는 견해(스위스의 사법상 학설·판례), “법률문언이 규정의 진정한 의미를 반영하지 않는다는 점에 대하여 설득력 있는 근거가 존재하는 경우” 허용된다는 견해(스위스의 공법상 학설·판례)(이상 에른스트 A. 크라머, 전거서, 245-235면), 법률이 지배적 정의관념과 모순되어 법률이 법적 문제를 정당하게 해결할 수 있는 기능을 발휘하지 못하는 경우에 허용된다는 견해(라인홀트 치펠리우스(김형배 역), 법학방법론(삼영사, 1995), 115면.) 등이 있다.

86) 라렌츠, 카나리스(허일태 역), 법학방법론, 세종, 2000, 277-279면 참조.

라 한국법원으로의 부가적 관할합의를 하는 것도 허용된다는 것을 분명히 하고, 부양권리자가 제소하는 변론관할을 허용하거나 변론관할 제한 규정을 아예 삭제하여야 한다.

둘째, 현행 국제사법 제60조 제2항, 제3항의 ‘피후견인’ 앞에 ‘관련된 능력이 없는’을 붙여 잔존능력이 있는 피후견인을 존중함이 타당하다. 피후견인 전반에 대해 일률적으로 변론관할·합의관할을 배제·제한함은 다음의 두 가지 이유로 부당하기 때문이다. ① 국내·외적으로 다양한 유형의 피후견인제도가 있고, 보호가 불필요한 피후견인도 있다. ② 종래 금치산·한정치산제도를 피후견인제도로 변경한 취지는 법정후견의 유형을 다양화하여 본인의 현존능력(잔존능력)의 활용을 통하여 자기결정의 여지를 존중하는 데 있다.

셋째, EU 부양규정은 관할합의로써 선택 가능한 법원을 양적으로 제한하는데, 이러한 양적 제한을 받아들일지, 아니면 현행 국제사법처럼 인적 기준을 바탕으로 일률적으로 배제할지가 문제된다. 관할합의된 법정지가 과도하게 부적당하다면 제60조 제2항 제2호 또는 공서에 근거해 합의를 무효로 할 수 있으므로 양적 제한의 필요성은 크지 않다.

나. 개정안의 제안

현행 국제사법	필자가 제시하는 개정안
<p>제60조(부양에 관한 사건의 관할) ① (생략)</p> <p>② 당사자가 부양에 관한 사건에 대하여 제8조에 따라 국제재판관할의 합의를 하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 합의의 효력이 없다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우. 다만, 해당 합의에서 미성년자이거나 피후견인인 부양권리자에게 법원 외의 외국법원에도 소를 제기할 수 있도록 한 경우는 제외한다.</p> <p>2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p> <p>③ 부양에 관한 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조를 적용하지 아니한다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 피후견인인 경우</p> <p>2. 대한민국이 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p>	<p>제60조(부양에 관한 사건의 관할) ① (생략)</p> <p>② 당사자가 부양에 관한 사건에 대하여 제8조에 따라 국제재판관할의 합의를 하는 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 합의의 효력이 없다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 관련된 능력이 없는 피후견인인 경우. 다만, 해당 합의에서 미성년자이거나 피후견인인 부양권리자에게 이 법에 따른 관할 법원에 추가하여 다른 국가의 법원에 제소하는 것을 허용하는 경우는 제외한다.</p> <p>2. 합의로 지정된 국가가 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p> <p>③ 부양에 관한 사건이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조를 적용하지 아니한다.</p> <p>1. 부양권리자가 미성년자이거나 관련된 능력이 없는 피후견인인 경우. 다만, 부양권리자가 부양의무자를 상대로 제소하는 경우는 제외한다.</p> <p>2. 대한민국이 사안과 아무런 관련이 없거나 근소한 관련만 있는 경우</p>

V. 국제부양사건과 관련관할

1. 개관 - 가사사건의 관련관할에 대한 몇 가지 비판들

국제부양사건을 비롯한 가사사건은 단독으로 문제되기보다는 다른 사건과 연관되어 문제되는 경우가 많다. 부양사건은 신분관계의 확정을 전제로 하기 때문에 더욱 그러하다. 따라서 국제사법 제6조의 관련관할 규정(특히 가사사건에 관한 제3, 4항)을 검토할 필요가 있다.

제6조(관련사건의 관할) ① 상호 밀접한 관련이 있는 여러 개의 청구 가운데 하나에 대하여 법원에 국제재판관할이 있으면 그 여러 개의 청구를 하나의 소로 법원에 제기할 수 있다.

② 공동피고 가운데 1인의 피고에 대하여 법원이 제3조에 따른 일반관할을 가지는 때에는 그 피고에 대한 청구와 다른 공동피고에 대한 청구 사이에 밀접한 관련이 있어서 모순된 재판의 위험을 피할 필요가 있는 경우에만 공동피고에 대한 소를 하나의 소로 법원에 제기할 수 있다.

③ 다음 각 호의 사건의 주된 청구에 대하여 제56조부터 제61조까지의 규정에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 친권자·양육자 지정, 부양료 지급 등 해당 주된 청구에 부수되는 부수적 청구에 대해서도 법원에 소를 제기할 수 있다.

1. 혼인관계 사건
2. 친생자관계 사건
3. 입양관계 사건
4. 부모·자녀 간 관계 사건
5. 부양관계 사건
6. 후견관계 사건

④ 제3항 각 호에 따른 사건의 주된 청구에 부수되는 부수적 청구에 대해서만 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 그 주된 청구에 대한 소를 법원에 제기할 수 없다.

가사사건의 관련관할에 관한 제6조 제3, 4항에 대하여 몇 가지 의문이 제기되었다. 첫째는 주된 청구와 부수적 청구의 경계와 범위가 항상 분명하지는 않다는 비판이다.⁸⁷⁾ 예컨대 현행 국제사법에서는 ‘부양관계 사건’ 과 ‘부양료 지급’ 이 각각 주된 청구와 부수적 청구로 명시되어 혼란스럽다.⁸⁸⁾ 둘째로, 부양사건에서 부양권리자의 일상거소지 관할을 인정하는데(제60조 제1항), 이를 기초로 이혼사건 기타 관련사건을 병합하는 것을 허용하는 것은 주저된다는 비판이 제기된다.⁸⁹⁾ 주된 사건의 예시로 ‘부양관계사건’ 을 넣은 것이 어색하다는 취지의 비판이다. 셋째로, 혼인관계 사건의 국제재판관할에 친권관계 사건의 국제재판관할을 종속시키는 국제사법의 태도는 자녀의 이익에 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁹⁰⁾

이하에서는 부양사건을 비롯한 가사사건의 관련관할을 검토한다. ① 혼인관계사건, 친권관계사건, 부양사건 간의 관련관할 문제를 다룬다(셋째 비판 관련). ② 부양사건의 관할이 있어도 이에 기초해 신분관계사건의 관련관할을 인정할 수 없다면, 부양사건의 관할만 인정되고 신분관계사건의 관할은 인정되지 않는 상황에서 법원은 어떤 조치를 취해야 하는지를 다룬다(둘째 비판 관련). ③ 가사사건의 관련관할 규정의 개선방안을 제시한다.

2. 혼인관계사건, 친권관계사건 및 부양사건 간 관련관할의 문제

가. 문제의 소재

관련관할의 맥락에서, 혼인관계사건에 친권관계사건의 국제재판관할을 종속시키는 국제사

87) 석광현, 해설, 92-93면.

88) 석광현, 해설, 93면.

89) 석광현, 해설, 92면.

90) 현소혜, 강은현 교수의 발표에 대한 토론문(2022), 2-4면(석광현, 해설, 379면에서 재인용) 참조.

법의 태도에 대한 비판이 있음은 앞서 살핀 바와 같다. 이러한 비판을 수용할 수 있는가? 수용한다면, 위 각 사건과 연관이 깊은 부양사건(특히 이혼 당사자 간 부양사건 및 양육비 사건)은 친권관계사건·혼인관계사건 중 어떤 사건에 부수된 사건으로 취급해야 하는가?

이 질문에 답하기 위하여, 우선 유럽부양규정상 관련관할규정이라 할 수 있는 제3조 c호, d호와 관련된 유럽사법재판소의 판례를 살피고, 이후 우리 국제사법의 해석을 검토한다.

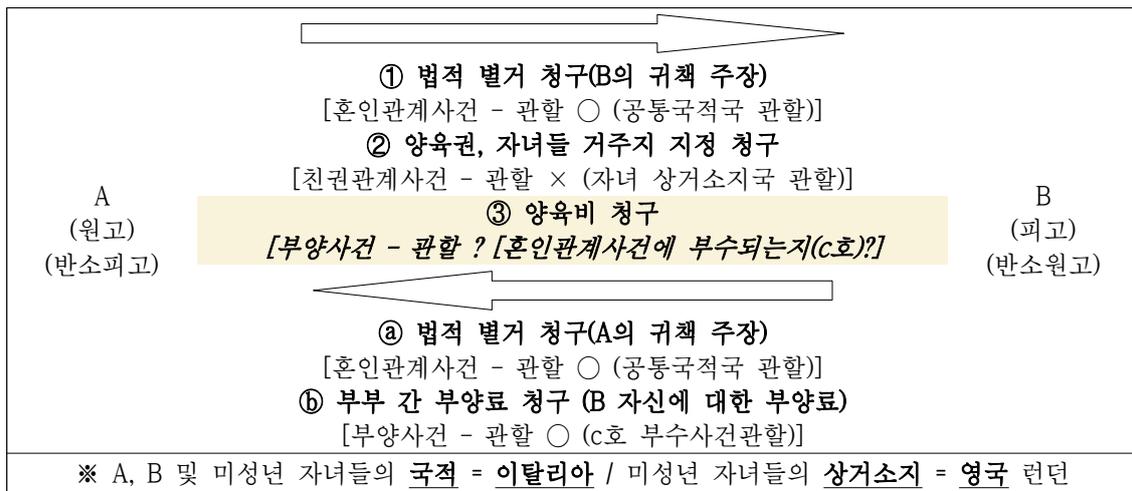
나. 유럽부양규정상 부수사건관할에 관한 유럽사법재판소 판례 - 양육비사건이 혼인관계사건에 부수되는지 여부

1) 쟁점

유럽부양규정 제3조⁹¹⁾는 우리나라의 관련관할에 상응하는 부수사건관할(c호, d호)⁹²⁾을 규정하고 있다. c호는 신분관계사건에 부수적인 부양료청구에, d호는 친권관계사건에 부수적인 부양료청구에 관할을 인정하되, 주된 사건에 대한 관할이 오직 당사자 일방의 국적에만 기초한 것이라면 부양사건의 부수사건관할(내지 관련관할)은 인정되지 않는다. 위 조항과 관련하여 양육비청구사건이 친권관계사건뿐만 아니라 혼인관계사건에 부수된 사건으로 보아 관할을 인정할 수 있는지 여부가 문제되었고, 유럽사법재판소는 이를 부정하였다.⁹³⁾

2) 사실관계 및 재판경과

< 표 : Case C-184/14 판결에서 각 당사자의 청구 정리 >



A와 B는 두 명의 미성년 자녀를 둔 부부이다. A, B 및 두 자녀들은 모두 이탈리아 국적이며, 런던에서 계속 거주해왔다. A는 B를 상대로 하여 이탈리아 밀라노 지방법원에 ① [혼인관계사건] 별거 선언(declaration of separation), ② [친권관계사건] 자녀에 대한 공동양육권(shared custody) 및 자녀들의 거주지 지정 등, ③ [부양사건] 양육비를 청구하였다. B는

91) 피고의 상거소지국 관할(a호), 부양채권자의 상거소지국 관할(b호) 역시 인정한다.

92) “회원국 내에서 부양사건에 대한 관할은 다음과 같은 범위에 있다:

(c) 해당 국가의 법에 따라 신분관계사건(proceedings concerning the status of a person)에 대한 관할이 있는 법원. 단 부양사건이 그 사건에 부수된(ancillary) 경우에 한하며, 그 관할이 당사자 중 한 명의 국적에만 기반을 둔 경우는 제외한다.

(d) 해당 국가의 법에 따라 친권관계사건(proceedings concerning parental responsibility)에 대한 관할이 있는 법원. 단 부양사건이 그 사건에 부수된 경우에 한하며, 그 관할이 당사자 중 한 명의 국적에만 기반을 둔 경우는 제외한다.

93) Case C-184/14 A v. B., 2015. (이하 ‘Case C-184/14’ 로 약칭한다)

반소를 제기하여 ㉠ [혼인관계사건] A의 귀책을 이유로 하는 별거 및 ㉡ [부양사건] B 자신에 대한 부양료 지급을 청구하면서, 관할항변을 함께 하였다. 관할항변의 내용은, 자녀와 관련된 사건 즉 친권관계사건(㉢번 사건) 및 자녀 양육비 청구(㉣번 사건)에 대해서는 이탈리아 법원에 관할이 없다는 것이다.⁹⁴⁾

밀라노 지방법원은 혼인관계사건(㉠, ㉡ 사건) 대한 관할은 부부의 공통 국적국이 이탈리아라는 점을 근거로 인정하였으나(브뤼셀 II bis 규정 제3조 b호),⁹⁵⁾ 자녀의 상거소지가 영국이므로 친권관계사건인 ㉢에 대한 관할은 없다고 판단하였다(동 규정 제8조 제1항).⁹⁶⁾

문제된 것은 부양료지급 청구(㉢, ㉣)에 대한 관할이 있는지 여부였다. 부양채권자와 부양의무자의 상거소가 모두 런던에 있었으므로 상거소에 근거해서는 이탈리아 법원의 국제재판 관할은 인정될 수 없고, 부수사건관할이 문제되었다. 밀라노 지방법원의 판단은 다음과 같다. 우선, 부부 일방이 타방을 상대로 제기한 자신에 대한 부양료 청구는 혼인관계사건(사안에서는 법적 별거 사건)에 부수적이라는 것은 의문의 여지가 없어 ㉣는 부수사건관할이 인정된다(유럽부양규정 제3조 c호). 그러나, 자녀 양육비 청구는 친권관계사건에 부수된 사건(제3조 d호)일 뿐 혼인관계사건(법적 별거 사건)에 부수된 청구(c호)라고 할 수 없는데, 전자에 대하여 국제재판관할이 없으므로 부수사건관할이 인정될 수 없다.⁹⁷⁾

이에 대해 A는 양육비 청구 역시 혼인관계사건(법적 별거 사건)에 부수된 사건이므로 이탈리아 법원에 국제재판관할이 인정되어야 한다고 주장하며 상소하였고, 이탈리아 파기원(우리나라 대법원에 상응)은 이 쟁점에 대한 판단을 유럽사법재판소에 요청하였다.⁹⁸⁾

3) 유럽사법재판소의 판단

유럽사법재판소는, 자녀 양육비 청구는 친권관계사건에 대한 부수사건일 뿐 신분관계사건인 법적 별거 사건에 대한 부수사건이라고 할 수 없다고 보았다. 논거는 다음과 같다.

첫째, c호 및 d호의 문언상, 신분관계사건은 친권관계사건과 구별된다. 이러한 구분은 유럽부양규정에 앞선 브뤼셀 II bis 규정부터 명확히 유지되어온 것으로, 혼인관계사건에 대한 관할은 주로 배우자의 현재 또는 과거의 상거소와 연결되는 반면, 친권관계사건에 대한 관할규칙은 ‘아동의 최선의 이익’, 특히 아동과의 근접성을 고려하여 형성되었다. 이 중 미성년 자녀에 관한 부양의무사건은 본질적으로 친권문제에 관한 절차와 연결되어 있다.⁹⁹⁾

둘째, 부양채권자의 이익 보호와 사법권의 적절한 행사의 촉진이라는 유럽부양규정의 취지에 비추어, 양육비청구사건은 친권관계사건에 부수적일 뿐, 혼인관계사건(본건에서는 부부 간 법적 별거 사건)에 부수적이라고 보기 어렵다. ㉠ 미성년 자녀에 대한 부양과 관련된 신청이 반드시 혼인관계사건(이혼 또는 별거 절차 등)과 연결되는 것은 아니며, 그러한 절차가 반드시 미성년 자녀에 대한 양육비를 지불해야 하는 의무로 이어지지도 않는다. ㉡ 반면, 친권관계사건에 대한 관할이 있는 법원은 자녀 양육비 사건을 구체적으로 평가하기에 가장 적절한 법원이다. 왜냐하면 친권관계사건에 대한 관할을 갖는 법원은 (i) 양육권의 유형(공동 양육인지 단독양육인지 등), (ii) 면접교섭권 및 그 기간, (iii) 친권 행사와 관련된 기타 사실

94) Case C-184/14, paragraph 15-17.

95) 이혼·법적 별거·혼인취소의 일반관할 규정인 브뤼셀 II 규정 제3조 b호는 배우자의 공통 국적국에 관할이 있다고 규정하는데, A와 B 모두 이탈리아 국적이었기 때문에 관할이 인정되었다.

96) Case C-184/14, paragraph 18-20. 밀라노 지방법원의 결정에 따라, 이후 A는 친권관계에 관한 청구를 영국의 High Court of Justice (England & Wales)에 제기하였다.

97) Case C-184/14, paragraph 21.

98) Case C-184/14, paragraph 22-25.

99) Case C-184/14, paragraph 34-40.

적 요소 등을 고려할 수 있기 때문이다. 이것이 부양권리자인 자녀의 이익에도 가장 부합하는데, 미성년 자녀는 자신의 부양료청구를 평가하기 위한 핵심적인 요소를 알고 있는 법원으로부터 쉬이 결정을 받을 수 있기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 즉, 양육비청구사건은 혼인관계사건이 아니라 친권관계사건에만 부수적이라고 보는 것이 ‘아동의 최선의 이익’에 부합한다.¹⁰¹⁾

다. 검토: 우리 국제사법상 혼인관계사건·친권관계사건·양육비사건의 관계

위 ECJ 판결은 양육비청구사건이 혼인관계사건에는 부수되지 않으며, 친권관계사건에는 부수된다는 법리를 실시하였다. 위 법리를 우리 국제사법상 관련관할 규정의 해석에 수용해야 하는가? 혼인관계사건의 준거법이 혼인관계사건에 친권관계사건·양육비사건을 종속시키는 형태(예컨대 한국법)가 아닌 경우에 한하여 수용해야 한다. 이유는 다음과 같다.

위 법리는 우리나라의 실질법과 충돌하는 부분이 있다. 구체적으로 보면, 우리나라의 실질법은 혼인관계사건에 친권관계사건을 종속시키는 형태로 규정되어 있다.¹⁰²⁾ 민법 제909조 제5항에 따르면, 법원은 이혼청구를 인용하는 경우 반드시 친권·양육에 관한 사항도 함께 판단을 하여야 한다. 아울러, 우리 실질법은 혼인관계사건에 양육비사건도 종속시킨다. 우리 민법 제837조, 제843조에 따르면, 재판상 이혼에 따른 자녀의 양육책임에 대하여 이혼 당사자 간에 양육자의 결정과 양육비용의 부담에 관한 사항에 대하여 협의가 이루어지지 않거나 협의할 수 없을 때에는 가정법원은 직권 또는 당사자의 청구에 따라 해당 사항을 정한다.

이처럼 재판상 이혼 시 친권관계사건 및 양육비에 관한 판단을 필수적으로 요청하는 한국의 실질법과의 모순·충돌을 피하기 위해서는, 한국법이 준거법인 혼인관계사건을 재판할 때 친권관계사건 및 양육비사건에 대해서도 관할이 있어야 한다.¹⁰³⁾ 그렇기에, 우리 국제사법 제6조 제3항은 친권관계사건이 혼인관계사건에 부수된다고 해석하게 된다. 이를 전제로 국제사법 개정안도 입안되었고¹⁰⁴⁾ 법원의 실무도 운용되었다.¹⁰⁵⁾

그러나 관련관할의 맥락에서 일률적으로 혼인관계사건에 친권관계사건(과 양육비사건)을 종속시키는 해석은 아동의 최선의 이익을 고려하여 친권관계사건의 독자성을 존중하는 국제규범의 동향과 어울리지 않는다.¹⁰⁶⁾ 아동은 자신의 상거소국에서 적절한 배경조사와 의견청

100) Case C-184/14, paragraph 41-44.

101) Case C-184/14, paragraph 45-47.

102) 현소혜, 전계논문, 250면.

103) 친권관계사건의 관할규정(제59조)은 혼인관계사건의 관할규정(제56조 제1항)과 달리 규정되어 있어, 한국법원이 혼인관계사건에만 관할이 있고 친권관계사건에 대해서는 관할이 없을 수도 있다.

104) 혼인관계사건에 국제재판관할 있는 법원이 친권관계사건까지 관할함이 가능함을 전제로 공청회 안이 만들어졌다. 현소혜, 전계논문, 250면; 김원태, 전계논문(註 65), 141면; 석광현, “외국인 부부의 이혼사건에서 이혼·재산분할의 국제재판관할과 준거법”, 안암법학 제62권(2021), 667면 참조.

105) 법원행정처 편, 법원실무제요: 가사[I], 박영사, 2021, 398면에 따르면, 국제사법 개정 전의 실무에 관한 서술이기는 하나, “재판상 이혼청구에 병합되어 청구되는 미성년 자녀 관련 비송사건청구는 그 주된 청구에 따라 국제재판관할권이 결정되고, 주된 청구와 병합된 청구에 관하여 별도로 국제재판관할 여부를 판단하지는 않는다”고 한다.

106) 브뤼셀 II 규정에서 친권관계사건과 혼인관계사건의 연계는 점차 약화되었고, 두 사건 간 분리는 브뤼셀 II ter 규정에서 더욱 철저해졌다. 최초의 브뤼셀 II 규정은 혼인관계사건을 연결점으로 하여 친권관계사건의 관련사건관할 규정(아동의 상거소지국에 국제재판관할을 인정한 아동보호협약에 대한 특칙)을 두었다. 혼인관계사건에 대해 국제재판관할을 갖는 회원국 법원이 그 회원국에 상거소를 두고 있는 부부 공동의 자녀에 대해서도 국제재판관할을 행사한다는 규정이다(제3조 제1항). 이후 브뤼셀 II bis 규정은 친권관계사건의 관할을 독자적으로 분리하여 아동의 상거소지국에 관할을 인정하였는데, 혼인관계사건을 관할하는 법원이 일정한 요건(① 부부 중 적어도 일방이 친권자이며, ② 배우자 및 친권자가 소재지 시점에 법원의 관할을 명시적으로 또는 분명한 태도로 수락하였을 것, ③ 자녀의 우월한(superior) 이익에 부합할 것) 구비를 전제로 합의관할 내지 변론관할에

취를 거쳐 친권관계사건의 재판을 받을 권리가 있으며 이러한 권리는 부모가 혼인관계소송을 진행 중이라고 하여 박탈되는 것은 불합리하다.¹⁰⁷⁾ 과잉관할의 문제도 생길 수 있다.¹⁰⁸⁾

이러한 문제점을 고려하면, 실질법과 국제사법 간의 충돌을 회피하기 위하여 불가피한 한도에서만 친권관계사건이 혼인관계사건에 부수된다고 제6조 제3항을 축소해석하여야 한다. 즉, 혼인관계사건의 준거법이 한국법과 같이 혼인관계사건에 친권관계사건을 종속시키는 법인 경우여서 재판상 이혼, 혼인취소의 선고 등을 할 때 필수적으로 일정한 친권관계사항을 함께 판단하는 경우에 한하여 친권관계사건이 혼인관계사건에 부수된다고 보는 것이 합당하다. 그 외의 경우는 친권관계사건과 혼인관계사건이 서로 독립적이라고 보는 것이 친권관계사건의 독자성을 존중하고 아동의 최선의 이익을 추구하는 국제규범의 동향에 부합한다.

이와 같이 혼인관계사건의 준거법이 한국법인 경우에 한해서만 친권관계사건이 혼인관계사건에 종속된다고 국제사법 제6조 제3항을 축소해석한다면, 앞서 본 유럽사법재판소 판결의 법리를 수용하는 것이 의미가 있다. 친권관계사건의 독자성을 확립한 뒤, 양육비청구사건은 혼인관계사건이 아니라 친권관계사건에만 부수적이라고 보는 것이 아동의 최선의 이익, 사법권의 적절한 행사 등에 부합하는 합리적인 해석이다.

3. 부양사건의 관할이 인정되고 신분관계사건·친권관계사건의 관할은 부정되는 경우의 처리방법

가. 문제의 소재

부양의무는 신분관계의 확정을 전제로 발생하며, 부양의무 중 양육비 지급의무는 친권관계의 확정을 전제로 발생한다. 그렇다면, 국제재판관할이 신분관계사건·친권관계사건에 대해서는 인정되지 않고, 부양사건에 대해서는 인정되는 경우는 어떻게 처리해야 하는지가 문제된다. 부양사건에 대하여 관할이 있는데도 그 선결문제인 신분관계사건·친권관계사건을 확정하지 못한다고 하면 사실상 부양사건의 관할을 부정하는 것과 마찬가지로 된다. 즉, 부양사건의 관할이 존재한다는 점과 신분관계사건·친권관계사건에 대한 관할이 부존재한다는 점을 조화롭게 처리할 방법을 강구할 필요가 있다. ① 유럽사법재판소의 판례를 살핀 뒤, ② 브뤼셀 II ter 규정, 국내의 재판실무를 참작해 이러한 상황의 해결방법을 검토한다.

나. 유럽사법재판소 판례

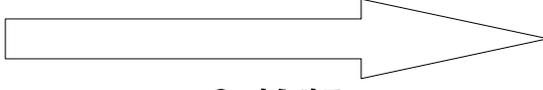
기초해 친권관계사건에 관하여 국제재판관할을 가질 수 있게 하였다(제12조 제1항). **브뤼셀 II ter 규정은** 혼인관계소송과 독립하여 친권관계소송의 관할을 결정할 필요가 있다는 이유로 위 조항을 삭제하였다. 다만, 합의관할 규정을 두어, 소 제기 당시 친권관계사건의 원칙적인 법정지(아동의 상거소지국)를 합의관할로써 수정하려면 ① 합의관할 부여국이 아동의 실질적 관련국이면서 ② 당사자들 간에 늦어도 소 제기 시까지 그 관할에 대해 자유로운 합의가 있었거나, 당사자들이 재판 과정에서 그 관할을 명시적으로 승인하였고, ③ 그 국가에서 재판관할권을 행사하는 것이 아동의 최선의(best) 이익에 부합하여야 한다고 규정한다. 현소해, 전제논문, 228-234면 및 250면 참조.

107) 현소해, 전제논문, 250면.

108) 예컨대, **남편과 아내가 모두 A국 국적자로서 한국에서 혼인생활을 하며 자녀를 출산하였는데, 별거하면서 남편은 계속 한국에 상거소를 두고, 아내는 자녀들과 함께 A국으로 귀국해 상거소를 형성한 사례**를 생각해 보자. **남편이 아내를 상대로 한국법원에 이혼청구 및 친권자·양육자지정 청구등을 한 경우**, 이혼청구에 관하여는 한국법원에 특별관할이 인정되나(부부 중 한쪽의 상거소 및 마지막 공동상거소지가 한국에 있었던 경우로서 제56조 제1항 제1호에 해당), 친권관계사건에 관한 특별관할은 인정되지 않는다(제59조 각호에 불해당). 이 사례에서 친권관계사건의 준거법은 A국법(부모의 동일한 본국법, 제72조)인데, A국법이 친권관계사건을 혼인관계사건에 종속시키는 법제가 아니라면 관련관할을 인정할 이유가 없는데, 그럼에도 불구하고 **아동의 상거소지국 법원(A국 법원)이 아닌 한국법원에 이혼청구에 관하여 관할이 있다고 하여 친권관계사건에도 관련관할을 인정한다면 아동의 최선의 이익에 반하며, 이러한 판결이 A국에서 승인되지 않을 수도 있다.**

1) 사실관계 및 재판경과

< 표 : Case C-468/18 판결에서 당사자의 청구 정리 >

R (원고) (자녀와 함께 영국 거주)	 ① 이혼청구 [혼인관계사건 - 관할 ○ (공통국적국 관할)] ② 친권자지정 및 거소지정 청구 [친권관계사건 - 관할 ×] ③ 양육비 지급 청구 → 처리방법? [부양사건 - 관할 ○ (피고 상거소지국 관할 또는 변론관할)]	P (피고) (루마니아 거주)
※ R, P의 국적 = 루마니아 / R, 미성년 자녀는 영국 거주, P는 루마니아 거주		

루마니아인 부부인 아내 R과 남편 P는 루마니아에서 결혼하고 영국 벨파스트에서 자녀를 낳고 거주하다가 별거하였다. 별거 후 P는 루마니아로 귀국했으나 R은 영국 벨파스트에서 자녀(미성년자)와 함께 살았다. R은 루마니아 법원에 이혼청구, 단독친권자 지정 및 아이의 거소지 지정 청구, 양육비청구를 병합하여 제기하였다. 이혼사건에 관하여, 루마니아 법원은 공통국적국 관할을 인정하였다(브뤼셀 II bis 제3조 제1항 b호). 그러나 친권관계사건에 관하여는, 아동의 우월한 이익 등 동 규정 제12조 제1항의 요건¹⁰⁹⁾을 갖추지 못하였다는 이유로 관할이 없다고 판단하였다. 한편 양육비청구에 관하여서는, 남편인 피고 P가 루마니아에 귀국하여 계속 거주하고 있는 한 루마니아 법원에 관할은 일응 존재하고(피고의 상거소지국 관할, 부양규정 제3조 a호), 설사 그렇지 않더라도 피고 P가 관할항변을 뒤늦게 하였기 때문에 변론관할이 발생하였다고도 볼 수 있었다(부양규정 제5조).¹¹⁰⁾

그러나 루마니아 법원은 ‘친권관계사건에 대한 관할이 없는데 양육비청구를 판단할 수 있는가’에 대한 의문을 풀어 유럽사법재판소에 해당 쟁점의 판단을 요청하였다.¹¹¹⁾

2) 유럽사법재판소의 판단

유럽사법재판소는, 법원이 미성년 자녀에 대한 친권관계사건의 관할이 없다고 하더라도, 양육비사건의 관할은 별도로 판단하여 관할이 인정되면 재판을 하여야 한다고 보았다. 부양규정은 부양채권자 내지 신청인에게 법정지를 (부양채권자의 상거소지, 부양의무자의 상거소지 중에서) 선택할 수 있게 함으로써 유리한 준거법을 사실상 선택하는 것을 허용하는데, 만약 친권관계사건에 관한 관할을 갖는 법원만이 부양사건의 재판을 할 수 있다고 한다면 부양채권자의 관할 선택권뿐만 아니라 준거법의 선택지까지 줄이게 되어 규정의 취지에 반한다.¹¹²⁾ 신청인은 친권관계사건에 관한 관할이 없는 법원에 부양료청구를 하는 선택

109) 브뤼셀 II bis 제12조 제1항은, 제3조에 따라 혼인관계사건에 관하여 관할이 있는 법원은 다음의 요건을 갖추면 친권관계사건에 관하여도 관할이 있다고 본다. ① 적어도 한 명의 배우자가 해당 아동에 대하여 친권을 가지고 있을 것, ② 배우자들 및 친권의 소지자들이 명시적으로 해당 법원의 관할을 수락하였을 것, ③ 해당 법원의 관할이 아동의 우월한 이익(superior interests)에 부합할 것.

110) Case C-468/18 R v P., 2019., paragraph. 17-24. 이하 ‘Case C-468/18’로 약칭한다.

111) 루마니아 법원의 의문을 부연하면 다음과 같다. 친권관계사건의 관할은, 브뤼셀 II bis 제8조 제1항에 따라, 자녀의 상거소지가 있는 영국 법원이 가진다. 그런데 양육비 지급의무는 친권자가 누구이고 자녀가 부모 중 누구와 거주하게 되는지가 결정되어야 적절히 판단할 수 있다. 앞서 본 A v. B (C-184/14) 판결도, 양육비사건과 친권관계사건의 관련성을 반영하여 ‘양육비사건은 친권관계사건에만 부수될 뿐, 혼인관계사건에는 부수되지 않는다’고 보았다. 그렇다면, 친권관계사건에 관하여 관할을 가진 법원만이 양육비사건을 재판해야 하는 것이 아닌지(그러한 법리가 앞서 본 Case C-184/14 판결에서 파생되는지)가 루마니아 법원의 의문이었다. Case C-468/18, paragraph. 25-27.

112) Case C-468/18 R v P., 2019., paragraph. 45-47.

을 할 수 있고 그것이 아동의 최선의 이익에 부합할 수도 있다. 그 이유로는 그 법원(사안에서는 루마니아 법원)에서 모국어를 사용하여 재판받을 수 있는 점, 유리한 준거법이 적용될 수 있는 점, 소송비용이 저렴할 수 있는 점, 법원이 피고의 재산상황을 잘 알고 있고 집행절차가 용이할 수 있는 점을 들 수 있다.¹¹³⁾

다. 검토: 브뤼셀 II ter 규정과 국내의 재판실무를 참작한 해결방법

앞서 본 유럽사법재판소의 판시를 고려하면, 부양의무의 전제가 되는 신분관계사건·친권관계사건에 관한 관할이 없더라도 부양사건의 관할이 인정된다면 법원은 부양사건에 관한 재판을 하는 것이 부양채권자의 이익에 부합한다. 그렇다면, 구체적으로 어떠한 식으로 재판을 해야 하는가? ① 브뤼셀 II ter 규정, ② 국내의 재판실무를 참작할 만하다.

브뤼셀 II ter 규정은 (이전 규정들과 달리) 친권관계사건이 상속 등 여타 문제의 선결문제가 된 경우의 처리방법에 대한 규정을 두고 있다.¹¹⁴⁾ 브뤼셀 II ter 규정에 따르면, 재산에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 친권 관련 쟁점이 선결문제가 되는 경우, 비록 친권관계사건에 대하여 법원이 국제재판관할을 갖고 있지 않더라도 분쟁해결을 위하여 그 선결문제를 결정할 수 있다(규정 제16조 제1항).¹¹⁵⁾ 그러나 이러한 선결문제에 대한 결정은 그 결정이 내려진 절차 내에서만 효력을 가진다(규정 제16조 제2항).

국내 가사사건의 재판실무상으로도, 부양사건의 선결문제로 신분관계에 관한 다툼이 있는 경우 해당 절차 내에서만 효력이 있는 판단을 할 수 있다고 처리하여 왔다. 법원실무제요는, ‘가정법원이 부양에 관한 심판의 전제문제로서 신분관계의 유무에 관하여 심리·판단할 수는 있지만 그 심판에는 기판력이 없으므로 후에 가사소송 등에 의하여 그 신분관계가 부정되면 심판은 그에 배치되는 범위에서는 효력을 상실한다’는 입장이다.¹¹⁶⁾

브뤼셀 II ter 규정 및 종래 국내의 재판실무의 처리방법이 합리적이다. 부양사건을 재판하면서 그 선결문제로서 신분관계사건에 대한 판단도 가능하지만, 그 선결문제에 대한 판단은 해당 절차 내에서만 유효하다고 효력을 제한하여, 부양사건의 국제재판관할의 존재 및 신분관계사건의 국제재판관할의 부존재라는 양 측면을 모두 존중할 수 있기 때문이다.

4. 개정안의 제안

가. 개정의 착안점

첫째, 제6조 제3항의 주된 청구와 부수적 청구 간 구분을 유지할 것인가? 주된 청구와 부수적 청구를 열거하고 있는 실익이 크지 않고 오히려 혼란을 초래한다. 부수적 청구의 예시(‘친권자·양육자 지정’, ‘부양료 지급’)는 주된 청구의 예시(‘부모·자녀 간 관계사건’, ‘부양관계 사건’) 일부 중복되기도 한다. 또한 우리 관련관할 규정은 마치 친권관계사건과 부양사건은 항상 부수적인 청구인 것처럼 해석될 여지를 남겨 국제적 동향과 부합하지도 않는다. 따라서 주된 청구와 부수적 청구라는 용어만 남기고 열거된 예시를 삭제하여 불필요한 혼란을 제거하고 유연한 해석의 가능성을 열어둬야 타당하다.

둘째, 부양사건이 항상 여타 가사사건에 부수적이라고 보아야 하는가? 이에 대한 부정적인 태도가 실무¹¹⁷⁾와 학계¹¹⁸⁾, 그리고 국제동향¹¹⁹⁾에서 발견된다. 원인관계에 대한 관할이

113) Case C-468/18 R v P., 2019., paragraph. 49-51.

114) 브뤼셀 II ter 규정상 선결문제의 관할조항 설명은 현소혜, 전개논문, 235면 참조.

115) 가령 상속 관련 분쟁에서 아동을 위해 행위할 소송후견인을 선임해야 하는 경우 등이 이에 해당한다고 한다. 현소혜, 전개논문, 235면 참조.

116) 사법연수원 편, 법원실무제요: 가사[II](박영사, 2021), 1564면.

오로지 그 당사자의 국적에만 근거한 경우에는 부양채권자의 독자적인 이익을 박탈하지 않도록 부양사건의 부수성 내지 관련관할을 부정함이 타당하다(EU 부양규정 제3조 c, d호와 같은 태도). 다만, 이를 조문에 명시하기보다는, 주된 청구와 부수적 청구의 예시를 삭제하고, 부양사건이 부수적 사건으로 인정되지 않는 유형을 해석을 통해 정립해나가면 족하다.

셋째, 제6조 제3항은 (제6조 제1항과 달리) 청구가 하나의 소로 병합될 것을 전제로 하지 않고 있는데, 이러한 입장이 타당한가? 현행 조항이 주된 청구가 한국법원에 계속될 것까지 요구하는지는 분명치 않다. 그러나 주된 청구가 법원에 계속되지 않은 경우까지 부수적 청구에 관할을 인정하는 것은 불합리하므로, 위 조항은 ‘주된 청구가 한국 법원에 계속된 경우, 그에 부수되는 청구에 대하여 (주된 청구와의 병합 여부를 불문하고) 관련관할을 인정할 수 있다’는 뜻으로 이해된다. 그러나, 병합되지 않은 별개의 사건에 의하여 관할의 존부가 달라질 수 있다는 점은 ‘부수적 청구와 주된 청구’라는 개념의 모호성과 결합할 때 법원의 부담을 가중시킨다. 그렇다면, 제6조 제3항에서도 제1항이나 제2항처럼 병합될 것을 요구할지 문제된다. 실무에서는 그러한 요청이 존재한다.¹²⁰⁾ 그러나 기존의 공청회안 제6조 제3항의 문언처럼 “그 주된 청구가 계속된 법원에 소를 제기할 수 있다”라고 규정하면 충분하다. 주된 청구가 계속된 경우에 관련관할이 발생할 수 있음을 명시해 불필요한 해석상 논란을 방지하고, 같은 법원에 제기하도록 하여 법원의 부담을 경감할 수 있다.

나. 개정안의 제안

현행 국제사법	필자가 제시하는 개정안
제6조(관련사건의 관할) ①, ② (생략) ③ 다음 각 호의 사건의 주된 청구에 대하여 제56조부터 제61조까지의 규정에 따라 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 친권자·양육자 지정, 부양료 지급 등 해당 주된 청구	제6조(관련사건의 관할) ①, ② (현행법과 같음) ③ 제7장(친족) 제1절이 적용되는 사건의 경우에는 주된 청구에 대하여 법원에 국제재판관할이 있는 때에는 부수적 청구에 대하여도 그 주된 청구가 계속된 법원에 소를 제기할

117) 이광우 서울가정법원 부장판사는, “6조 3항은 친권자·양육자 지정, 부양료 지급을 부수적 청구의 예로 들고 있으나, 이는 각각 법 59조와 법 60조에 정한 주된 청구에 해당하고 혼인관계 사건과 밀접한 관련이 있는 사건일 뿐 이를 부수적 청구로 이해하는 것은 바람직하지 않습니다. 현재의 가정법원 실무가 아동의 복리 보호에 보다 높은 관심을 가지고 있다는 점도 유의할 필요가 있습니다.”라고 지적한다. 이광우, 강은현 교수의 “가사사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법의 검토”라는 발표에 대한 토론문, 한국국제사법학회 2022년 연차학술대회 자료집(2022), 242-243면.

118) 장준혁, 전개논문, 221면(“다만, 부수사건관할에 대한 제한을 규정할 때 원인관계에 대한 관할이 일방 당사자의 국적에만 근거하는 경우’만을 언급할지, 아니면 다른 경우도 언급할 필요가 있는지는 좀 더 생각해 보아야 할 것 같다”고 한다.); 강은현, “가사사건의 국제재판관할에 관한 개정 국제사법의 검토”, 한국국제사법학회 2022년 연차학술대회 자료집(2022), 233면(“원인관계에 대한 관할이 일방 당사자의 국적에만 근거하는 경우에는 부양관할을 관련사건 관할로서 근거지을 수 있도록 입법으로 명시하거나 해석론을 정비할 필요성이 있다.”고 한다.).

119) EU 부양규정 제3조 c호, d호는 부양사건이 신분관계사건에 부수된 경우이거나 혼인관계사건에 부수된 경우 원칙적으로 부수사건관할을 인정하되, 주된 사건의 관할근거가 오로지 당사자 일방의 국적에 근거한 경우에는 관련관할을 부정하여 부양사건의 독자성과 부양채권자의 이익을 존중하는 태도를 취한다. 또한, 유럽사법재판소는, 자녀에 대한 양육비 청구는 친권관계사건에 대한 부수사건일 뿐, 신분관계사건인 법적 별거 사건에 대한 부수사건이라고 할 수 없다고 보았다(V. 2. 참조).

120) 이광우 부장판사는, “6조 1항과 2항은 관련사건을 국제재판관할이 있는 사건과 하나의 사건으로 소를 제기할 수 있다고 규정한 반면, 3항은 국제재판관할이 있는 사건의 부수적 청구라면 시기나 방법의 제한 없이 소를 제기할 수 있는 것으로 규정”한 것에 대하여, 적어도 주된 사건과 하나의 소로 제기할 경우에만 관련사건 관할을 인정하는 것이 좋겠다고 한다. 이광우, 전개토론문, 243면.

<p>에 부수되는 부수적 청구에 대해서도 법원에 소를 제기할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 혼인관계 사건 2. 친생자관계 사건 3. 입양관계 사건 4. 부모·자녀 간 관계 사건 5. 부양관계 사건 6. 후견관계 사건 <p>④ 제3항 각 호에 따른 사건의 주된 청구에 부수되는 부수적 청구에 대해서만 법원에 국제재판관할이 있는 경우에는 그 주된 청구에 대한 소를 법원에 제기할 수 없다.</p>	<p><u>수 있다. 그러나 반대의 경우에는 그러하지 아니하다.</u></p> <p>④ (삭제)</p>
--	---

VI. 반정(反定)과 국제재판관할(합의관할/관련관할)이 연관된 몇 가지 쟁점들

1. 관할합의의 유효성의 재판적 준거법 확정 - 이른바 '끝없는 순환론' 문제의 해결

가. 문제의 소재

관할합의의 준거법에 관한 명시적 또는 묵시적 합의¹²¹⁾가 있는 경우가 아니라면, 관할합의의 유효성의 재판적 준거법 확정이 필요하다. 관할합의의 유효성¹²²⁾은 **“합의에 따라 국제재판관할을 가지는 국가의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 포함한다)”** (국제사법 제8조 제1항 제1호)에 따른다.¹²³⁾ 이는 관할합의협약(제5조 제1항) 및 브뤼셀 I bis(제25조)와 같은 태도로, 합의관할 부여국의 법을 관할합의 유효성 판단의 준거법으로 하되 그 준거법 지정은 국제사법을 포함하는 지정 즉 총괄지정(또는 국제사법지정)임을 명시한 것이다.¹²⁴⁾

이 지점에서 그 국가의 국제사법이 우리나라 법으로 직접반정하는 경우 이른바 **‘끝없는 순환론’** 또는 **‘논리적 반사경’**이라는 독특한 문제가 발생한다.¹²⁵⁾ 이는 주된 계약에 대한 준거법 합의 없이 외국(A국) 법원으로 관할합의를 하였음에도 일방이 한국법원에 제소하였을 때, 합의관할 부여국의 국제사법에 따르면 한국법이 적용되어야 하는 경우(예컨대 A국이 법정지법설을 따르는 경우) 발생하는 문제이다. 대한민국 국제사법에 따르면 A국법이 적용되어야 하는데 이는 총괄지정이므로 A국 국제사법도 적용되고, A국 국제사법에 의하면 한국법이 다시 적용되어야 하므로 이 순환을 어디서 끊어야 하는지가 문제되는 것이다.

나. 국제사법 제22조에 따른 해결

이 문제는 우리 국제사법상 반정에 관한 일반조항인 제22조에 따라 해결할 수 있다. 제22조 제1항은, **“이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한**

121) 관할합의가 주된 계약의 일부를 이루는 경우, 주된 계약의 준거법이 명시적·묵시적으로 지정되어 있다면 관할합의의 유효성의 준거법도 당사자자치와 당사자의 의사를 고려할 때 그 주된 계약의 준거법에 따르게 된다는 견해로는, 석광현, 해설, 103면 참조.

122) 관할합의의 실질적 유효성(validity)은 강행법규·공서 위반이나 의사표시의 하자가 없을 것으로, 관할합의의 유효요건(관할합의의 허용요건)과는 구별된다. 관할합의의 유효요건, 방식과 (소송법적) 효력은 법정지법에 따른다(국제사법 제8조). 석광현, 해설, 100-101면.

123) **관할합의의 성립 또한 유효성의 준거법에 따른다고 보아야 한다는 견해가 일반적이다.** 석광현, 해설, 103면; 장준혁, “대한민국에서의 헤이그관할합의협약 채택방안 — 2019년 재판협약 성립을 계기로 돌아본 의의와 과제—”, 안암법학 제61호(2020. 11.), 79면 참조. **관할합의에 따른 실체법적 효력 역시 관할합의의 준거법에 따른다는 견해가 유력하다.** 석광현, 해설, 105면 및 124면 참조.

124) 석광현, 해설, 102-103면.

125) 석광현, 해설, 104면.

민국 법이 적용되어야 할 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규는 제외한다)에 따른다”고 규정한다. 관할합의의 유효성의 준거법 역시 국제사법에 의하여 지정된 것이므로 제22조의 적용을 받아 원칙적으로 한국의 실질법이 된다고 보아야 한다. 반정이 발생하면 적용되어야 하는 법은 (그 외국법이 한국법을 총괄지정하는지 아니면 사항지정규정을 하는지를 불문하고)¹²⁶⁾ 대한민국의 실질법이기 때문이다. 다만 반정을 허용하는 것이 국제사법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우에는 반정이 허용되지 않는데(제22조 제2항 제6호), 관할합의의 유효성에 관한 준거법으로 합의관할 부여국의 법을 지정한 취지는 **당사자자치의 존중**이므로,¹²⁷⁾ 반정을 허용하면 당사자자치에 반하는 경우에는 반정을 불허해야 한다.¹²⁸⁾

즉, ‘원칙적으로 한국법이 준거법이 되지만, 당사자자치의 존중이라는 관할합의의 유효성에 관한 준거법 지정 취지에 반하는 경우에는 반정을 배제하여 A국법이 준거법이 된다’는 기준을 적용해야 한다. 이에 따르면 끝없는 순환론 문제는 아래 <표>와 같이 해결된다. 한국/A국의 실질법에 따라 관할합의가 유효/무효인 경우를 나누어 만든 2×2의 표이다.

< 표 : A국 법원에 전속적 관할합의 후 한국법원에 소가 제기된 경우 >

A국법 한국법	관할합의 유효	관할합의 무효
관할합의 유효	A국법, 한국법 결론 동일 준거법 : 한국법(國私 22조①) 결론 : 각하 ¹²⁹⁾	A국법, 한국법 결론 상이 준거법 : 한국법(國私 22조①) 결론 : 각하
관할합의 무효	A국법, 한국법 결론 상이 준거법 : A국법(國私 22조①vi) 결론 : 각하	A국법, 한국법 결론 동일 준거법 : 한국법(國私 22조①) 결론 : 여타 관할근거 판단 ¹³⁰⁾

한국의 실질법, A국의 실질법에 따른 관할합의의 유·무효가 동일한 경우(위 <표>의 좌측 상단 및 우측 하단의 경우)에는 **한국법이 준거법이 된다**. 두 법에 따른 결론이 동일하므로 반정을 배제할 이유가 없어 원칙으로 돌아가 한국법이 준거법이 되는 것이다(제22조 제1항).

한국의 실질법, A국의 실질법에 따른 관할합의의 유·무효가 상이한 경우(위 <표>의 좌측 하단 및 우측 상단의 경우)는 어떠한가? **관할합의를 유효로 보는 실질법을 적용함으로써 당사자자치를 존중하여야 한다**. 한국법에 따르면 관할합의가 무효이고, A국법에 따르면 관할합의가 유효인 경우(좌측 하단)를 본다. 준거법 지정의 취지상 반정을 배제하고(제22조 제2항 제6호) A국법을 택하여 관할합의를 유효로 보아 소를 각하한다. A국법에 따르면 관할합

126) 총괄지정(국제사법지정)된 외국법이 ① 만약 한국법으로 사항지정규정(실질법지정)을 한다면 우리 실질법이 준거법이 되는 것이고 외국법으로의 재반정의 여지가 없고, ② 만약 한국법으로 다시 총괄지정을 하고 있다 하더라도 우리 국제사법 제22조 제1항이 반정이 일어나면 “준거법의 지정에 관한 법규는 제외”한 한국법이 적용된다고 규정하므로, 역시 외국법으로의 재반정이 차단된다.

127) 관할합의가 있는 경우 당사자자치를 존중하고자 하는 것이 개정 국제사법 입법자들의 태도였다고 본다. 관할합의가 있는 경우 ‘부적절한 법정지의 법리’의 적용을 배제한다는 점(제12조 제1항), 과거 판례상으로 전속적 국제재판관할합의의 요건으로 요구되었던 ‘법원과 당해 사건 간 합리적 관련성’이 국제사법 개정으로 인하여 명시적으로 폐기되었다는 점 등을 근거로 들 수 있다.

128) **석광현, 해설, 102-104면은 이러한 해결에 대하여 회의적이다(직접반정의 경우 개정법 제22조 제1항을 적용하여 반정의 고리를 끊을 수 있는지 의문이라고 한다)**. 우리 국제사법 제8조가 관할합의 협약 제5조 제1항과 브뤼셀 I bis 규정 제25조와 같은 태도인데 관할합의협약과 브뤼셀 I bis 규정은 국제사법지정 내지 총괄지정을 허용함에 따라 끝없는 순환론의 문제가 발생하므로 우리 국제사법도 마찬가지로 논리로 보인다. **그러나, 본고는 우리 국제사법에는 반정에 관한 일반조항(제22조)이 있으므로 이를 존중하여 위 문제를 해결하여야 한다고 본다**.

129) 한국법원은 외국법원으로의 전속적 국제재판관할합의가 유효하면 소를 각하한다(제8조 제5항).

130) 외국법원으로의 전속적 관할합의가 무효라면, 한국법원은 한국법원의 여타 관할근거를 살핀다.

의가 무효이고, 한국법에 따르면 관할합의가 유효인 경우(우측 하단)을 본다. 반정을 허용하면 관할합의를 유효하다고 판단하게 되어 당사자자치 존중이라는 준거법 지정 취지에 부합하므로 원칙으로 돌아가 반정이 허용되고, 이때 대한민국의 실질법이 적용되므로 A국법으로의 재반정은 일어나지 않는다(제22조 제1항). 끝없는 순환론의 문제는 이렇게 해결된다.¹³¹⁾

2. 이혼 후 부양의 준거법과 관련관할 - 숨은 반정의 법리 인정 여부

가. 문제의 소재

이혼 당사자 간 부양은 이혼의 준거법에 따르며(제73조 제2항), 이혼의 준거법 결정방법과 관련해서는 숨은 반정을 인정할 것인지에 대한 견해대립이 있다. 대법원은 숨은 반정을 인정하여¹³²⁾ 이혼 후 부양이 문제되는 사건은 적은데, 숨은 반정의 법리가 타당한지를 살피고, 이를 폐기한다면 급증할 이혼 후 부양사건에서 나타날 수 있는 관련관할의 문제를 살핀다.

나. 이혼의 준거법 결정방법과 숨은 반정의 법리

이혼 당사자 간 부양은, 내국법 적용의 특례조항(제73조 제4항¹³³⁾)이 적용되지 않는 한, 이혼의 준거법에 따른다(제73조 제2항). 이혼의 준거법은 ① 부부의 동일한 본국법, ② 부부의 동일한 상거소지법, ③ 부부의 최밀접관련지국법의 순서로 단계적 연결에 의한다(제66조 본문, 제64조). 다만, 부부 중 일방이 한국에 상거소가 있는 한국 국민인 경우 한국법에 의한다(내국인 조항, 제66조 단서).

숨은 반정(hidden renvoi)은, 법정지의 국제사법에 의해 지정된 외국의 국제사법에 해당 연결대상에 대한 준거법 결정규칙이 직접 존재하지는 않더라도, 외국의 국제재판관할규칙에 법정지법(법정지의 실질법)을 적용한다는 준거법 결정원칙이 숨겨져 있다고 볼 수 있다면 직접반정을 인정하여 법정지인 우리나라의 실질법을 적용하는 것이다.¹³⁴⁾

숨은 반정의 요건은 다음과 같다.¹³⁵⁾ ① 우리 국제사법에 의하여 연결대상의 준거법으로 외국법이 지정되어야 한다. ② 해당 외국의 법질서 내에 연결대상에 관한 독립적 저촉규칙이 존재하지 않아야 한다. ③ 해당 외국의 국제재판관할규칙에 따라(즉, 외국의 국제재판관할규칙을 우리나라의 국제재판관할규칙인 것처럼 가정하고 적용하였을 때) 우리 법원에 국제재판관할이 인정되어야 한다. ④ 해당 외국은 자국법원에 국제재판관할이 인정되는 경우 법정지인 자국의 실질법을 적용한다는 원칙을 가지고 있어야 한다.¹³⁶⁾ ⑤ 반정을 인정하는

131) 법원은 다음의 순서로 판단하면 된다. 먼저, 한국법에 따라 위 관할합의가 유효한지 심리한다. 유효하면 반정을 허용하고 소를 각하한다. 만약 한국법에 따라 관할합의가 무효라면, A국법에 따라 관할합의가 유효한지 심리하고, 유효하다면 반정을 불허하고 각하한다. 두 법이 모두 관할합의를 무효로 보는 경우에만 관할합의를 무효로 판단하고(반정은 허용), 여타 관할근거를 살핀다.

132) 이종혁, “이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017트12552 판결을 계기로 삼아”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022), 515면 이하 참조.

133) 부양권리자와 부양의무자가 모두 대한민국 국민이고, 부양의무자가 대한민국에 상거소를 둔 경우 한국법에 따른다(제73조 제4항). 이는 모든 부양의무에 일반적으로 적용된다.

134) 미국, 캐나다 기타 영미법계 국가는 이혼, 입양 등 혼인법과 친자법의 일부 쟁점에 대하여 독립적인 저촉규칙이 없으나 자국 법원에 국제재판관할이 인정되면 자국의 실질법을 적용하므로, 위 쟁점에 대하여 국제사법에 따라 위 영미법계 국가의 법이 지정된다면 숨은 반정이 일어날 여지가 있다. 이종혁, 전제논문, 512면.

135) 이종혁, 전제논문, 519-522면.

136) 다만, 그 외국이 법정지법을 적용하는 이유가 그 외국의 공서를 위한 것이거나 그 외국 국적자들에게 우위를 인정하기 위한 것이라면 양면적 저촉규정으로 취급할 수 없어 숨은 반정을 인정할 수 없다. 이종혁, 전제논문, 520면 등 참조.

것이 국제사법의 준거법 지정 취지에 반하지 않아야 한다(국제사법 제22조 제2항 제6호).

다. 숨은 반정에 대한 비판론에 대한 검토 및 숨은 반정을 인정하지 않는 경우의 처리

최근 숨은 반정에 대한 설득력 있는 비판이 제기되었다.¹³⁷⁾ 논거는 다음과 같다. 첫째, 숨은 반정을 허용할 경우 한국과 외국 모두 자국법을 적용하는 결과 국제적 판결의 일치가 달성되지 않는다. 둘째, 숨은 반정은 준거법으로 지정된 외국법의 해석은 해당 외국법의 관점에서 행하여져야 한다는 국제사법 원칙에 반한다. 셋째, 숨은 반정은 국제민사소송법과 국제사법의 경계를 애매하게 만들고, 한국과 준거법 소속국인 외국이 모두 관할을 가지는 경우 준거법의 지정이 불분명하다. 넷째, 숨은 반정은 외국법 대신에 법정지법을 적용하기 위하여 동원하는 국제사법적 가장(假裝)에 불과하다. 다섯째, 외국 국제사법에 따라 한국 법원에 국제재판관할이 인정되는 경우 한국 법원의 판결은 준거법에 관계없이 승인되므로 해당 외국은 한국 법원이 한국법을 적용한 판결만 승인하겠다는 입장을 취한 것이 아니다. 여섯째, 숨은 반정은 독일에 특유한 법리이고, 일본과 한국이 수용하였을 뿐 다른 국가에서는 반향이 없고, 준거법규칙의 국제적 통일화 경향에도 부합하지 않는다.

석광현 교수는 그 견해의 출현을 환영하면서 다만 논거 중 일부는 반정 자체에 대한 비판도 포함되어 있으며 세 번째 논거는 한국이 전속관할을 갖는 경우로 한정하면 의미를 상실한다고 지적한다.¹³⁸⁾ 또한, 숨은 반정은 자국법이 준거법으로 지정되도록 하여 국제재판관할과 준거법의 병행을 가져와 법원이익을 제고한다고 긍정적으로 평가할 여지도 있다.

그러나, 숨은 반정의 법리는 국제적 판결의 일치를 저해하고, 국제적 반향이 없는 법리로 준거법규칙의 국제적 통일화 경향에 반한다는 등의 논거를 고려할 때, 숨은 반정의 법리는 폐기함이 타당하다. 그렇다면, 위 비판론을 받아들여 숨은 반정을 인정하지 않을 때 연결대상에 대하여 어떠한 실질법을 적용할지 문제된다. 독일에서는 숨은 반정의 법리를 인정하지 않더라도 법정지의 실질법을 적용할 수 있다는 견해들이 제시되었으나,¹³⁹⁾ 반정을 널리 허용하는 독일과 달리 반정의 허용범위가 좁은 우리나라는 직접반정의 요건을 구비하지 못하여 반정이 인정되지 않는다고 봄이 타당하므로,¹⁴⁰⁾ 해당 외국의 실질법을 적용해야 한다.

라. 소결 및 관련관할의 맥락에서의 함의

숨은 반정의 법리를 폐기한다면, 우리 국제사법에 의하여 이혼의 준거법으로 지정된 외국의 실질법이 그대로 적용되게 되므로 이혼 당사자 간 부양의무가 쟁점이 되는 사안은 늘어날 것이다. 이에 따라 이혼 당사자 간 부양의무와 다른 가사사건과의 관련관할의 인정 문제가 대두될 수 있다. 앞선 논의를 종합하면 관련관할 등의 문제는 아래와 같이 정리할 수 있을 것이다. ① 이혼 당사자 간 부양의무가 이혼사건에 부수된 사건으로서 관련관할이 인정될 수 있음은 명백하다. 그러나 반대로 이혼 당사자 간 부양사건의 관할이 있다고 하여 이를 기초로 이혼사건에 관한 관련관할을 인정할 수는 없을 것이다. ② 양육비사건은 이혼사건에도, 이혼 당사자간 부양의무에도 부수된 사건이라고 볼 수 없다. ③ 이혼사건의 관할은 인정되지 않으나 이혼 후 당사자 간 부양의무의 관할만이 인정되는 경우는, 부양사건의 심판에 필요한 한도 내에서 법원이 이혼 여부 등에 대한 선결문제 심리를 할 수 있을 것이다.

137) 이종혁, 전제논문, 522면 이하.

138) 통찰력이 담긴 코멘트를 해주신 석광현 교수님께 감사드립니다.

139) 학설의 소개로는 이종혁, 전제논문, 524-525면 참조.

140) 이종혁, 전제논문, 524면.

VII. 결론

국제부양사건의 보호적 관할 중 합의관할·변론관할 및 가사사건의 관련관할을 다루었다. 먼저 분석의 기초가 되는 이론을 검토하였다. 국제재판관할의 평가기준을 살폈다(II). 국제재판관할은 관할이익, 헌법, 준거법과의 병행, 영역별 특수성의 관점에서 분석할 수 있다. 보호적 관할의 적용범위를 검토하였다(III). 국제사법의 부양사건의 범위와 관련하여 비송사건만 부양사건이 될 수 있다는 논리는 부정확하다. 보호적 관할규정이 채권양도·법정대위시에도 보호적 관할 규정이 승계되는지를 살폈다. 소비자계약, 근로계약의 경우와 달리 부양사건의 경우는 보호적 관할이 원칙적으로 승계된다고 보아야 한다.

부양사건의 합의관할·변론관할 규정을 비판적으로 검토하였다(IV). 위 규정이 약자에게 불이익한 측면이 있음을 검토하고, 해외 입법례를 조망하며 위 규정은 전례 없는 규정임을 밝혔다. 개정 국제사법의 입법과정에서의 논의를 조망하였다. 이후 현행법의 해석상 쟁점에 대하여 타당한 해석론을 제시하였다. 가사비송사건 중 마류 사건에 관하여는 변론관할 성립을 인정함이 타당하다. 현행 국제사법상 보호적 관할규정이 약자에게 불리하게 작용하는 문제는 목적론적 축소를 통하여 해결할 수 있다. 마지막으로, 위 규정의 개정안을 제시하였다.

가사사건의 관련관할의 문제를 다루었다(V). 유럽사법재판소 판결과 같이 양육비청구사건은 혼인관계사건이 아니라 친권관계사건에만 부수적이라고 보는 것이 아동의 최선의 이익 등에 부합하는 합리적인 해석이다. 실질법과 국제사법 간의 충돌을 회피하기 위해 필요한 경우에만 친권관계사건이 혼인관계사건에 부수된다고 보아 제6조 제3항의 적용범위를 축소 해석하면 위 법리를 수용하는 의미가 있다. 부양사건에 대한 관할이 있다고 하여 주된 사건인 신분관계사건에 관련관할을 인정할 수는 없겠으나, 부양사건의 재판과정에서 신분관계사건에 관한 선결문제를 잠정적으로 확정할 수 있고, 그 판단의 효력은 해당 절차 내에서만 유효하다고 제한함이 타당하다. 나아가 현행 관련관할 규정의 개정안을 제시하였다.

반정(反定)과 합의관할/관련관할이 연관된 몇 가지 특수주제를 다루었다(VI). 관할합의의 유효성에 관한 객관적 준거법의 확정 과정에서 총괄지정된 외국법이 한국법으로 반정하는 경우 발생하는 이른바 끝없는 순환론의 문제는 우리 실정법 조문(제22조)에 따라 해결할 수 있다. 숨은 반정의 법리는 국제적 판단의 일치를 저해하고 준거법 통일화 경향에 반하며, 이를 폐기한다면 늘어날 수 있는 이혼 후 부양사건과 여타 가사사건 간의 관련관할 문제를 살폈다.

본고가 보호적 관할/관련관할에 관한 논의에 조금이나마 기여하기를 바라며 글을 맺는다.

토론문

발표문에 대한 지정토론문

장준혁 교수

(성균관대학교 법학전문대학원)

성균관대 법학전문대학원 장준혁

서영수 연구원님의 정밀하고 깊이있는 연구에 감사드립니다. 연구를 계속 이어나가 학계에 많은 기여를 해 주시기를 소망합니다. 지정토론자의 소임을 다하고자 제 나름대로 몇 자 적어 보았습니다. 발표내용에 동조하는 부분도 있고, 이견을 밝힌 부분도 있습니다. 정기연구회에 참석하신 학문후속세대를 위하여, 참고로 적은 부분도 있습니다. 훌륭한 연구논문을 공부하며 제 생각을 적느라 길어졌습니다. 저의 토론문에 일관된 흐름이 있는 것도 아니고, 발표논문을 읽으며 토(吐)를 달았을 뿐입니다. 제 생각에 몰두하여 과도한 열의를 쏟은 부분도 있는 것 같습니다. 감안하여 읽어 주시면 감사하겠습니다.

1. 국제재판관할법적 이익의 유형화는 객관적 이익형량의 방편이지 범주적 사고가 아니다

Kegel은 Savigny의 본거이론을 계승하되, ‘법률관계가 마치 사람처럼 본거를 가진다’는 은유적 화법을 피하고, ‘실질법적 정의에서 독립된 공간적 정의’론으로 다듬어 제시했다. 그리고 정의는 이익형량을 통하여 발견된다는 Philipp Heck의 이익형량론을 국제사법학에 받아들였다. Heck는 Jhering이 법률의 목적을 강조한 것을 ‘목적법학’(Zweckjurisprudenz)이라고 비판했다. Heck는 특정 목적을 추구하는 열정에서 한 발 떨어져 객관적 이익형량에 신중을 기할 필요를 강조했다. 그래서 국제사법적 이익을 정형화하여, 한 발 더 떨어져 바라보고 형량하고자 했다.¹⁾ 그리고 Schack는 이 견해를 국제재판관할법에 적용했다.²⁾

Kegel에 의한 법률저촉법적 이익의 유형화와 Schack에 의한 관할법적 이익의 유형화는 이익형량을 적절히 하고 이익형량의 열개를 간명하게 설명하기 위한 방편이다. Kant가 <형이상학적 법학기초이론>에서 그렇게 했듯이 ‘구체적 문제를 추상적 문제로 환원시켜 범주적 사고(categorical thinking)를 하면 이성이 명령하는 일률적 답을 얻을 수 있다’고 여기지 않았다. 후자로 이해하는 것은 Kegel과 Schack의 국제사법적 이익 유형화를 형이상학적 환원주의(reductionism)로 곡해하는 것이다. Kegel이 국제사법적 이익을 유형화하여 자신이 학설을 서술한 것(예컨대 계약준거법 연결기준은 당사자이익이 지배해야 한다는 서술)을 놓고, 분야별로 네 가지 국제사법적 이익 중 어느 것이 우위에 서야 하는지를 범주적으로 단정지은 것으로 여긴다면, 분야별로 가장 우위에 서는 국제사법적 이익 추구에 매진하라는 논조가 되며, 목적법학이 된다. 이런 이해는 Kegel이 본받은 Heck의 논지의 정면 배반이며, Kegel의 이익법학의 원천적 곡해이다. Schack의 국제재판관할법적 이익 유형화도 마찬가지이다.

2. 국제재판관할법이 적법절차원칙에 내포되어 그로부터 연역(“도출”)된다는 생각은 무리이다

발표문 2면은 “미국”이 “적법절차원칙으로부터 국제[·주제]재판관할규칙을 도출”한다고 서술하면서, 한국도 그렇게 할 여지가 있다고 서술한다. 그러나 미국의 국제재판관할법이 적법절차원칙에 내포되어 있어 적법절차원칙으로부터 미국 국제재판관할법을 도출(導出, deduct)한다는 서술은 미국 국제·주제재판관할법의 발달사와 전혀 동떨어진 것이다. 미국 판례가 약 80년 전부터 ‘국제·주제재판관할법도 국가재판관에서 도출된다는 식으로 생각할 것이 아니’라고 사고전환을 하고, ‘국제·주제재판관할법도 적법절차원칙에 합치할 것’을 요구하기 시작했을 뿐이다. 미국 국제·주제재판관할법과

1) 이호정 교수님은 법률저촉법 분야에서 이 견해를 전수받아 계승했다.

2) 석광현 교수님은 국제재판관할법적 이익형량에서는 Schack의 이익유형화를 따른다.

한국 국제재판관할법이 각기 “최소접촉” 기준과 “실질적 관련” 기준에서 도출된다는 말도 무리이다. 법은 법적 지체, 관습, 이익형량 등의 축적이지, 상위의 명제로부터 도출되는 것이 아니다. 법적 도그마틱은 신학적 도그마틱의 외형적 차용일 뿐이지, 진정한 도그마틱이 아니다. 법학은 과학답게 귀납법을 따라야 한다. 신학처럼 연역법에만 의지하려 해서는 곤란하다.

3. 준거법소속국관할(forum legis)는 법정지법주의와 피상적으로 비슷하지만, 논거를 크게 달리 한다

2면은 준거법소속국관할에 관하여 회의적인 견해를 밝힌다. “준거법 소속국과 국제재판관할국이 동일한지 여부는 관할[법적]이익의 형량 과정에서 고려요소(특히 법원이익의 요소)로 삼으면 족하다.”고 서술한다. ‘실체준거법이 법정지법이면 준거외국법 조사의 어려움이 없으므로 법정지 스스로 실체재판을 하는 일이 법원이익에 의해서도 뒷받침된다’는 취지로 읽힌다.

그러나 준거법소속국관할은 실체준거법 조사의 편의를 들어 사법편의주의(司法便宜主義)적으로 주장되는, 가법고 기회주의적인 법리가 아니다. 준거법소속국관할은 실체준거법 결정을 통하여 밝혀진 사안근접성을 국제재판관할 판단에까지 연장시키는 것이다. 실체준거법 결정도, 준거법소속국관할도, 법원이익 내지 사법편의주의(司法便宜主義)에 의해 지배되지 않는다.

법정지법주의와 준거법소속국관할은 둘 다 ‘관할과 준거법의 병행’으로서 외형상 닮았다. 그러나 둘의 논거는 전혀 다르다. 법정지법주의는 ‘국제재판관할이 (다른 이유로) 인정되는 배경 하에서 어떤 이유로(가령 내국법 적용의 편의, 신속하고 정밀한 실체재판의 필요를 이유로, 또는 Wächter처럼 적절한 연결기준에 대한 확신이 아직 없음을 이유로, 또는 영미법계처럼 영토주의에 매몰된 때문에) 법정지법을 준거법으로 삼는’ 것이다. 준거법소속국관할은 ‘실체준거법 결정과정에서 관할법적 사안 근접성도 함께 확인되었음을 이유로 국제재판관할도 인정하는 것이다. 법정지법주의의 논거 중 하나로 준거외국법 조사의 어려움을 덜어준다는 실용성이 종종 들어지지만, 이 점이 준거법소속국관할의 중요한 논거를 이룬다고 여기는 것은 오해이다.

4. 보호적 관할도 객관적 이익형량에 따라 적절한 타협점을 찾아야지, 일방의 후견적 보호를 지상과제로 설정하고 일방의 관할법적 이익 극대화에 매진할 일은 아니다

보호적 관할이라 하여, 객관적 이익형량을 하려는 생각을 접고 약자 보호에 매진해야 하는 것은 아니다. 이익을 객관적으로 형량하여 적절한 선을 긋겠다는 생각을 버리고 일방의 이익의 극대화에 매진해야 하는 것은 아니다. 단지 상충하는 국제재판관할법적 이익 간의 타협점을 필요한 만큼 약자에게 유리한 쪽으로 이동시킴을 뜻한다.

법이 일방을 편든다는 것이 워낙 어색한 일이므로, “보호적” 관할이라 하여 표제어로 꺼냈다. 그러나 그런 이름이 만들어졌다 하여 고무될 것은 아니다. “보호적” 관할의 철저화가 소위 시대정신(Zeitgeist)이며 이 방향으로 질풍노도처럼 내달려야 한다고 단정할 일이 아니다. 신조어(新造語)는 개혁방향을 정의하기 위해서도 만들어지지만, 극복되어야 할 ‘문제적 현상’을 포착하기 위해서도 만들어진다.³⁾

일군의 국제재판관할규정들을 가리켜 ‘보호적 관할’규정이라 하여 특권적으로 다루는 것이 반드시 타당하다는 보장은 없다. 배경에 깔린 문제의식과 법정책에 신중히 접근하려면, 이익형량의 결과 어디에 선을 긋는지에 관해 ‘더 보호하는’ 입법례와 ‘덜 보호하는’ 입법례가 나뉜다고 여기면서 조심스럽게 접근할 수도 있을 것이다. “보호적 관할”이라는 표제어에 빠져 일방 당사자를 편드는 데 치중하는 것은 목적법학이지 이익법학이 아니다. 그런 일방적 편향은 법과 법학에 걸맞지 않으며, Kegel

3) 프랑스 실존철학자들과 반(反)예술가들이 문제상황을 “상황”(situation)으로서 포착하여 문학이나 예술로 그린 것도 같은 취지이다.

의 국제사법적 이익론과 정면으로 어긋난다.

보호적 관할법제가 일반법(국제재판관할법의 총칙과 각칙)에서 이탈하는 부분을 최소화하려는 노력도 필요하다.

5. 보호적 관할이 승계인에게 미치는지

보호적 관할규정에 의한 관할법적 약자보호의 혜택이 승계인에게도 미치는지의 문제는 까다롭다. 실체법적 권리의무의 특정승계인에게도 미치는지의 문제는 특히 까다롭다. 더구나 보호적 관할은 역사가 짧은 인위적인 해결책이고, 그 입법론적 타당성도 논란거리이며(Schack도 의문시), 유럽연합 중심으로 발달된 것에 불과하다. 그만큼 견해대립의 여지가 넓다. 그러므로 발표자가 “인적 특권설”과 “청구권 내재적 속성설”로 부르는 견해 간의 선택이 까다로운 것은 자연스럽다.

이런 상황에서 두 견해 간의 선택에 관하여 보편타당한 하나의 답을 찾기 어려운 것은 이해할 만하다. 그렇다면 보호적 관할의 입법례들의 입법취지 및 내용과 제도적, 사회적 배경에도 유념하면서 조심스럽게 해석해 나가야 하지 않을까 하는 생각이 든다. 발표자가 소개하는 유럽연합 대법원 판례도 소비자계약에 관한 보호적 관할의 입법취지를 구체적으로 따진다. 세계적으로 통일된 답을 신속히 찾으려고 너무 서두를 필요는 없는 것 같다.

6. 비송재판과 법률관계의 일부로서 관청의 비송절차적 개입의 구별

발표자도 언급하듯이, 비송사건은 응소관할(소위 변론관할)에 친하지 않다는 견해도 있다. 비송사건은 변론주의의 지배가 약하여, 비송사건에서 당사자가 본안에 관하여 하는 진술은 엄밀한 의미에서 “변론”이 아니라는 것이다.

이 견해도에 일리는 있다. 재판의 성격이 약하고 법률관계 형성에 대한 후견적 개입의 성격이 강한 경우, 그래서 방식요건의 성격이 오히려 강한 경우(예: 유언 성립에 관한 법원의 개입)에는, 준거법소속국관할이 국제비송관할을 지배하는 것이 당연하고, 응소관할(소위 변론관할)이 인정될 여지는 별로 없을 것이다.

그러나 쟁송과 비송의 성격이 섞인 재판절차에서 법원의 후견적 개입을 강화하여 비송절차로 분류하는 경우도 있다. 이런 경우에는 응소관할(소위 변론관할)의 배제가 오히려 무리일 것이다.

7. 부양에 관한 합의관할과 응소관할의 제한의 입법론적 당부

오늘날 부양사건은 부양료사건으로 나타난다. 그래서 국제재판관할에 관한 한 재산법사건적 성격이 강하다. 그래서 발표자도 지적하듯이, 응소관할을 제한하는 입법례를 찾기 어렵다(14면). 지정토론자도 제한 없는 합의관할과 응소관할을 인정하는 것이 입법론적으로 타당하다고 생각한다.

그럼에도 불구하고 2022년 개정법률은 부양사건에 대하여 합의관할과 응소관할(소위 변론관할)을 제한적으로 허용하는 데 머물렀다. 이것은 소비자계약과 근로계약의 경우에 사후적 관할합의와 응소관할이 무제한적으로 허용되는 것을 고려하여 균형을 맞춘 것이다.

그러나 보호적 관할법제를 먼저 갖춘 소비자계약과 근로계약 분야에서도 응소관할에는 아무 제약이 없다. 이에 비하여 부양 분야의 응소관할에 대해서는 입법의 후견적 개입이 과도하다. 기초자가 보호적 관할이라는 논리를 앞세운 데 기인하는 점이 있다고 생각된다. 부양에 대해서도 보호적 관할규정을 두기로 했다. 그렇다면 얼마나 특별취급할 것이냐? 그런데 보호적 관할규정이라 하여 부양권리자의 관할법적 이익극대화를 추구해야 하는 것도, 당사자별 차별취급을 극대화하는 해법이 항상 적절한 것도 아니다. 여기에 초점을 두어 생각하면, 부양사건의 관할사유를 너무 다양하게 넓힐 필요가 있느냐 라고 생각할 여지가 있다. 특히 부양사건은 친족법사건의 성격도 가지는 만큼, 국제재판관할법에서 당사자의 행동반경을 소비자계약, 근로계약보다 좁혀도 좋겠다고 생각할 여지가 있다. 개정위원회는 그런 생각에 경도된 셈이다.

아쉬움이 없지 않으나, 우선 입법적 확신이 선 국제재판관할규칙부터 성문화한 것으로 이해할 수 있다. 실로 친족상속법 분야에서는 입법론의 축적과 개정위원회 내 검토가 재산법 분야보다 비교적 취약했다. 친족상속법 분야의 국제재판관할법 성문화는 일본을 앞질러가야겠다는 의욕이 앞서기도 했다. 이런 가운데 국제재판관할규정체계의 완결성을 높이기는 어려웠다.

다만 개정법률의 문제가 도저히 소화 불가능한 것은 아닌 것 같다. 사안근접성이 전혀 없는 나라는 비전속적 합의법정지라도 선택할 수 없고, 응소관할도 가질 수 없다. 응소관할의 구체적 요건도 해석에 맡겨져 있다.

8. 미성년자나 피후견인의 합의관할 내지 응소관할 원용의 제한의 당부

제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호는 부양권리자가 미성년자나 피후견인인 경우에 일률적으로 합의관할과 응소관할을 제한한다. 그런 부양권리자가 원고로서 법정을 선택한 경우에도 이 제한이 미친다. 발표자는 이런 제한이 부양권리자의 불이익으로 작용할 수 있다고 비판한다. 특히, 관할합의 내지 응소관할이 제60조 제2항 제1호 내지 제3항 제1호에 위반되면 항상 무효여서, 부양권리자가 원고로서 그 법원의 국제재판관할을 원용할 수도 없게 하는데, 이것은 과도한 제한이라고 주장한다(9면).

특히 응소관할의 제한에 대해서는 다음과 같이 비판한다. 미성년자나 피후견인이 피고인 경우에는 응소관할을 성립시킬 가능성이 적어 별다른 혜택이 없다(10면). 반면에 미성년자나 피후견인이 원고인 경우에는 응소관할이 성립하여 얻을 수 있는 혜택이 있다(10-11면). 그런데 후자의 혜택을 부당하게 박탈한다(11면).

발표자는 미성년자나 피후견인이 피고인 경우에 응소관할이 성립할 가능성이 적어 무시할 만하다고 하나, 이 점에는 이견이 있다. 미성년자가 피후견인이 선불리 본안변론을 앞세우다가 응소관할을 성립시킬 우려가 없는 것은 아니다. 법정대리인이나 소송대리인 없이 재판에 임하는 경우이든, 법정대리인이나 소송대리인이 대리하는 경우이든, 이런 일이 생길 수 있다. 그리고 이런 우려가 개정위원회에서 중요하게 작용했다.

부양사건은 부양료사건으로 나타나므로, 응소관할을 백안시할 이유가 없다. 발표자도 비교법적 검토에서 이런 견해에 근접한다. 그러나 아무리 부양권리자가 원고라도 아무 나라이든 상관없이 응소관할을 가질 수 있게 열어놓는 것은 부양사건의 본질에 맞지 않고 국제재판관할을 너무 쉽게 성립시킬 수 있다는 것이 개정위원회의 생각이었다. 더구나 개정위원회는 친족상속법 분야에서는, 우선 중요한 관할규칙 위주로 성문화하면서, 기타의 관할근거의 인정가능성은 해석에 미루는 경향을 보였다. 특히 법원측 위원(2인)의 목소리가 크게 작용했는데, 법원측 위원은 실무상 익숙하게 사용해 온 관할근거나 실무자에게 친숙하게 여겨지는 중요 관할근거에 관심을 집중시키는 경향을 보였다. 이 과정에서, 국내도지관할법에도 등장하는 관할사유에 관심을 집중시키는 경향이 있었다. 비교법적 검토에 따라 그 외의 관할근거도 규정해야 한다는 주장에 대해서는, 한국의 법원실무에 대한 의구심 표명으로 여기며 일축하는 태도를 보였다.

일본에서 진행중이던 인사·가사분야의 국제재판관할법 성문화작업의 영향도 컸고, 이 점이 묘하게 작용하여, 성문화된 국제재판관할규칙을 최소화하는 요인으로 작용했다. 일본은 근대화과정에서 고유의 법문화를 희생시키면서, 가족법과 가정의 영역(즉 행위능력법, 후견법과 가족법)을 최후의 보루로 남겼다. 일본 국제사법은 국제적 가사사건을 다룰 때 ‘순수한 국내사건에 가까운 사건’과 ‘외국 관련성이 큰 사건’으로 나누어, 전자에 대해서는 본국법주의를 고수하고, 후자에 대한 일본법원의 국제재판관할을 좁힌다. 가족법관계마저 국제적으로 휩쓸리는 것은 탐탁한 일이 아니고, 일본법원이 그런 사람들까지 챙겨주느라 힘을 너무 많이 쓸 생각은 없다는 것이다. ‘합리적 인간의 의식적 결단’에 한정하지 않고 문화와 무의식의 세계에까지 시야를 넓혀 생각해 보면, 이런 일본적 사고방식이 은연중에 2022년의 친족상속 분야 국제재판관할규정 도입과정에도 영향을 미쳤음을 부인하기 어렵다. 공

청회 전에, 심지어 개정위원회 작업이 완료되기도 전에, 일본과 중국의 국제사법학자를 초청하여 코멘트를 받는 이례적인 실험도 있었고, 이 과정에서 일본의 영향이 커졌다.

다만 응소관할의 제한에 따른 실제적 피해가 반드시 아주 큰 것은 아닌 것 같다. 응소관할이 인정될 수 없는 나라에서 부양권리자가 부양청구를 하는 경우에도, 그 나라의 국제재판관할을 인정하는 국제재판관할합의는 사전적, 사후적 합의를 불문하고 폭넓게 허용된다(제60조 제2항 제1호 단서). 혹은 사후적 합의관할과 응소관할을 비슷하게 여기거나, 두 관할은 성질뿐만 아니라 기능도 달리한다. 응소관할은 피고의 소송상 거동에 의하여 성립하는 것이므로, 피고가 어떻게 반응할지에 일방적으로 의존한다. 반면에 관할합의는 소제기 전에 양 당사자가 합의하는 것이며, 이렇게 하여 법적 안정성을 높여 놓는 장치로 기능한다.

발표자가 9면에서 드는 경우(코피노가 한국 밖에 상거소를 둔 한국인 부양의무자를 한국법원에 제소)에도, 응소관할은 인정할 수 없지만, 사후적 합의관할은 가능하다. 사후적 관할합의는 피고가 국제재판관할을 다툰 뒤에도 할 수 있다. 한국인 부양의무자도 한국에서 응소하기를 선호할 가능성이 높아, 한국법원의 국제재판관할을 인정하는 부가적 관할합의 제안에 응할 가능성이 높다. 이런 사안유형에서 한국에 부양사건에 대한 국제재판관할을 인정하는 것이 일반적으로 타당하다는 것이 발표자의 가치판단인 것으로 보인다. 그렇다면, 부양의무자가 ‘한국법원을 관할국으로 추가하는 합의는 하기 싫지만 실수로 국제재판관할을 다투지 않고 본안변론을 하는 경우’만 노릴 것이 아니다. 오히려 입법이나 해석(엄밀히 말하면 司法的 법형성)으로 ‘피고인 부양의무자의 국적관할’을 인정하는 편이 나올 것이다. 그런 입법이나 해석이 제60조 제3항 제1호의 개정이나 법률위반적 해석(엄밀히 말하면 법률위반적 법형성)보다 더 명쾌하며, 오히려 더 용이할 수 있다. 피고가 ‘관할합의는 하기 싫으면서 응소관할은 성립시키는’ 엇갈린 행보를 보이는 데 의존하는 대신, 관할법적 이익형량을 정면으로 하고 그 결과를 정면으로 관할법에 반영시키는 것이기 때문이다.

2022년에 도입한 국제재판관할법 각칙규정들을 완전체로 여기고 총칙에 의존하여 관할법적 이익의 세부조정을 하려 할 것이 아니다. 오히려 국제재판관할법 각칙을 입법과 해석으로 보완하는 데 힘을 쏟을 여지가 충분히 있으며, 그것이 정공법일 것이다. 2022년의 국제재판관할규정 신설작업이 친족상속법 분야에서 중요 관할사유 위주로 이루어졌고, 그 외에는 해석에 의한 계속형성 가능성에 미루었다는 점과도 어울린다.

9. 미성년자의 관할합의, 응소관할 원용의 제한(제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호)이 부양료청구 사건에서 미성년자의 소송능력을 인정하는 판례와 충돌한다는 지적(10-11면)의 당부

발표자는, 부양권리자인 미성년자가 관할합의, 응소관할을 원용하는 것을 제한하는 것(제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호)이, 부양사건에서 미성년자의 소송능력을 인정하는 판례와 충돌한다고 지적한다(10면). 그러나 국제재판관할과 소송능력은 전혀 별개의 문제이다. 그러므로 국제재판관할에 관한 규율과 소송능력에 관한 규율이 충돌할 수 없다.

한국법원에 국제재판관할이 있는 사건에서, 미성년자의 소송능력을 인정하는 판례는 아무 제약 없이 적용된다. 국제재판관할에 관한 규율이 소송능력에 관한 규율을 방해하는 것은 없다. 한국법원에 국제재판관할이 있으면, 원고의 소송능력이 없더라도, 법정대리인이나 소송대리인의 개입으로 제소하고 소송수행할 수 있다. ‘국제재판관할을 인정해 보았자 소송능력이 없어 스스로 소제기하지 못할 것이니 국제재판관할을 부정해야겠다’는 취지로 제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호를 둔 것도 아니다.

그리고 미성년자에게 소송능력이 있든 없든, 관할합의에는 아무런 방해도 되지 않고, 별로 플러스요인도 되지 않는다. 소송능력이 없는 당사자도 법정대리인이나 임의대리인이 개입하여 관할합의를 교섭하고 체결할 수 있다.

발표자의 논지는 ‘국제재판관할만 긍정되면 소송능력도 긍정되어 한국에서 소송하는 데 아무 장애

가 없었을텐데 왜 국제재판관할을 제한하느냐'라는 취지로 귀결된다. 그러나 이것은 국제재판관할 규정을 뒷받침하는 적극적 논거가 되지 못한다. 관건이 합의관할이나 응소관할이라 하여 달라지는 것도 없다.

10. '외국' 법원의 관할장설합의만 허용하는 듯한 제60조 제2항 제1호 단서에 대한 비판(9면)

이 비판은 당연하다. 발표자는 이 부분이 원래(공청회안) 양면적 규정으로 되어 있었는데 나중에 편면적 규정으로 바뀐 점을 지적하고(15면), "입법자의 실수"로 평가한다(10면). 타당한 지적이다. 입법기술적 미비점이 명백하다. 해석으로라도 양면화해야 한다. 입법과정의 해프닝임이 명백한 만큼, 이 점을 손질하는 보정적 해석에는 별 무리가 없어 보인다.

11. 목적론적 축소(감축)의 한계와 입법의 행동여지의 대비

법률해석 방법의 하나로서 목적론적 감축(축소)(teleologische Reduktion)이 있다. 그러나 이것은 만능이 아니다. 이렇게 이름붙여 사법(司法)적 법형성방법의 하나로 자리매김되어 있다 하여, 반드시 정당하고 바람직한 법형성방법이라는 것도 아니다. 학설이 어떤 현상을 놓고 학술용어로 이름 붙였다 하여, 그것을 학문적으로 수용하고 존중하는 것이 대세라고 단정할 수 없다. 목적론적 감축을 하는 이유는, '법률규정을 목적론적으로 감축하여 법률홈결을 확보하고 반대취지로 홈결보충하기 위해서이다. 이런 사법(司法)적 법형성을 가리켜 "법률위반적 법형성"(Rechtsfortbildung contra legem)이라고도 부른다.⁴⁾ 이렇게 부른다 하여 목적론적 감축을 부정적으로 보는 것도 아니다. 이렇게 부르기 를 피한다 하여 목적론적 감축을 긍정적으로 보는 것도 아니다.

그러므로 '교과서에도 나오는 법형성방법의 하나로 목적론적 감축이 있으니 그것을 사용하면 된다'고 일반적으로 단정할 수 없다. 왜 교육지책으로서 그런 법률위반적 법형성이 정당한지를 논증해야 하며, 이 책임은 '목적론적 감축'이라는 이름에 의하여 경감되지 않는다.

그래서 발표자도 정밀한 논증을 거쳐 목적론적 감축과 부분적으로 법률위반적인 법형성을 주장한다. 합의관할과 응소관할에 관한 제60조 제2항 제1호, 제3항 제1호의 제한을 최소한으로 수정하고자 발표자 나름대로 애쓴 것으로 생각된다. 이에 관한 토론자의 상세한 견해 표명은 유보한다.

다만 발표자가 제시한 입법론이 법률위반적 법형성 주장과 동일한 수준의 개혁에 머무르는 점은 다소 의문이 남는다. 발표자는 비교법적 검토에서 부양 분야에서는 합의관할과 응소관할을 제한하는 입법례가 드물거나 보이지 않는다는 점을 확인했고, 그 입법론적 타당성을 수긍한 것으로 보인다. 그렇다면 입법론에서는 관할법적 이익형량 면에서 간명하고 일관성 있는 대안을 제시하는 것이 타당할 것이다.

한편, 발표자의 입법론이 가장 이상적인 관할법적 이익형량 결과를 제시한 것인지도 모르겠다. 이렇게 보면, 사법(司法)적 법형성 주장이 입법론에 필적하는 과감성을 보인 부분에서, 해석(엄밀히 말하면 司法的 법형성)의 한계상 다소 무리스러운 부분이 없었는가 라는 의문이 들기도 한다.

12. 양육비사건의 경우 친권사건(친자관계효력사건)에 대한 부수관할은 인정하지만 혼인해소사건에 대한 부수관할은 부정하는 해석론에 관하여

이 부분의 목적론적 감축 의견은 특히 흥미롭다. 양육비사건에 대하여 혼인해소사건에 대한 부수

4) 박준석, "법률 문언의 구속성에 대하여", 진북대 법학연구 제57집(2018. 9.), 1-26면은 이 해석방법을 "법률의 문언에 반하는……해석"이라고 번역한다. 그러나 이런 번역은 결과론적이다. 법률위반적 법형성의 결과, 이를 방해하는 법규는 더 이상 남아 있지 않지만, 그렇다 하여 "법률위반적 법형성"이라고 말할 것이 아니라고 여길 것은 아니다. 오히려 이런 법형성의 요체는 법률위반적으로 홈결을 발견하고 보충하는 데 있다. 사법(司法)적 법형성방법에 관한 논의는 사법(司法)적 법형성을 할지 말지, 어떻게 할지 고민하는 현장에 초점을 맞추어야 한다. 그 시점에서 보면 "법률위반적 해석"이라고 부르는 통례가 적확하다.

관할을 규정할 때 개정위원회가 염두에 둔 사안유형은, 혼인을 해소하면서 친권 및 양육비에 대해서도 판단하는 경우였다. 개정위원회는 친권에 대해서는 재판하지 않는 혼인해소사건에 부수하여 양육비청구가 제기되는 경우는 염두에 두지 못했다. 그러므로 후자의 사안유형에서도 부수관할을 인정하는 입법취지로 제6조 제3항이 규정된 것은 아니라고 해석하겠다는 것이다. 발표자의 이 견해는 설득력이 높아 보인다.

13. 선결문제에 관한 국제재판관할

청구권기초별로 인정되는 특별관할은 청구권기초를 기준으로 판단된다. 그래서 선결문제에 대한 국제재판관할은 처음부터 요구되지 않는다. 발표자가 인용한 Brussels II ter 제16조 제1항은 특수한 입법례가 아니라, 이 점을 확인적으로 규정한 것이다. 유럽연합 회원국들에게 통일적으로 부과되는 국제입법이다 보니, 혹여 오해가 있을까봐 이런 세세한 부분까지 친절히 규정했을 뿐이다. 유럽연합 회원국이 늘면서 회원국별로 수준이 다양한 점을 생각할 때, 이런 자상한 입법은 더욱 자연스럽다.

14. 제8조 제1항 제1호는 외국법원이론을 채택한 것임; 한국법원이 이 조문에 따라 외국법을 총괄지정하여 ‘반정의 영원한 순환’에 직면하는 일은 생기지 않음

국제사법 제8조 제1항 제1호의 합의법정지법 지정은 절차 문제의 일부로서 절차적 합의의 ‘실질적으로 유효한 성립’ 문제의 준거법을 지정하는 것이지, 실체준거법(lex causae)을 지정하는 것이 아니다. 국제재판관할합의의 실질적 성립 및 유효성은 절차법 내에서 외국법(법정지법 아닌 법)에 의할 여지가 있는 문제, 즉 절차법 내에서 (절차)준거법을 정할 필요가 있는 문제이지, 실체문제가 아니다. 따라서 실체관계의 준거법을 정하는 법, 즉 법률저촉(conflict de lois)법의 일부인(제1장 총칙 제3절 준거법이라는 편제상으로도 분명함) 제22조 제1항은 여기에 적용되지 않는다.

국제사법이 일견 기교적으로 보이고 미지의 수수께끼를 푸는 것처럼 보일지 모르나, 국제사법이야말로 자연법학설의 강한 지배 내지 영향력 하에 발달해 온 분야임을 잊어서는 안 된다. 국제사법은 다른 어느 법보다도 자연스럽고 보편타당한 해결을 추구한다. 다만 현대에 국가별로 국제사법을 실정적으로 따로 입법하는 시대가 되고, 나아가 각국 국제사법의 입법에서 보편주의가 경시되는 일이 종종 생기면서, 법률저촉규정이 나라별로 상이한 경우가 생겼다. 보편타당하고 자연스러운 해결을 추구하는 법률저촉법은 이 현실도 외면할 수 없다. 연결기준의 국제적 상충의 문제를 해결하는 기준이라도 보편타당하고 자연스럽게 해결해야 한다. 이것은 보편주의의 입장에서 볼 때 차선책이지만, 보편주의의 틀 내에 있다. 이처럼 반정 법리의 발달도 비교적 자연스럽고 보편타당한 해결을 찾고자 나온 것이지, 마법과 같은 기교적인 것이 아니다. 또, 반정 법리를 획기적인 특효약으로 여길 일도 아니다. 그저 주어진 상황에서 최선을 다할 뿐이다.

제22조 제2항은 독립적 법률저촉규칙의 취지가 총괄지정인지 단순지정(사항규정지정)인지를 말한다. 제1호-제5호는 개별 법률저촉규칙의 입법의사를 명시한 것이고, 제6호는 기타 경우에 이것이 입법의사의 해석 문제임(제1호-제5호가 한정적 열거가 아님)을 확인한다.

제8조 제1항 제1호는 총괄지정의 취지임을 괄호 안에서 명시한다. 그래서 한국법으로의 직접반정도, 제3국법으로의 전정도, 한국법으로의 간접반정도 논리적으로는 있을 수 있다. 그러나 제8조 제1항 제1호의 입법취지는 ‘합의로 배제된 법정’(derogated forum)도 합의법정(내지 합의법정지의 법원)이 관할합의의 실질적 성립·유효성을 판단하듯이 판단하라고 결론짓는다. 외국법원이론(foreign court theory)이 입법적으로 채택된 셈이다.

따라서 한국이 국제사법 제8조 제1항 제1호에 따라 외국법을 지정할 때, 그 외국이 도리어 한국법을 지정하는지(직접반정이 있는지), 한국이 그것을 받아들일지도 오로지 합의법정지법에 따를 뿐이다. 제8조 제1항 제1호가 이렇게 정했으므로, 한국의 반정법리가 더 이상 개입할 여지는 없다. 여기

에서 합의법정지법이라 함은 그곳의 국제사법을 포함한다(제8조 제1항 제1호 괄호 안). 즉, 관할합의의 실질적 성립·유효성의 준거법 결정에 관한 독립적 저촉규칙과, 이 차원에서 반정 문제를 어떻게 다룰지에 관한 총칙규칙을 포함한다. 한국이 더 이상 고민할 필요는 없다. 영원한 순환이 있는지, 그렇다면 그것을 어디에서 멈출지는 한국 국제사법 스스로 판단할 문제가 아니다.

이런 입법취지는 제8조 제1항 제1호가 헤이그관할합의협약을 모사(模寫)하고 이 협약과의 일관성을 기한 점에서도 드러난다. ‘국제사법 통일조약은 반정배제를 추구한다(반정에 적대적이다)’는 생각은 피상적 이해에 불과하다. 국제사법 통일조약은 통일적 연결을 추구한다. 그렇게 하기 위한 가장 간명한 방법은 각칙의 지정(지시)규정의 통일하고 그것을 사항규정지정으로 만드는 것이다. 그러나 관할합의의 실질적 성립·유효성의 준거법 지정규정을 통일하지 못했다. 그렇다면 차선택은 어느 나라의 국제사법에 의할지를 통일하는 것이다. 이를 통일적으로 정하기 어렵다면 일국법으로라도 어느 나라의 국제사법에 의할지 명확히 정하는 것이 좋다. 국제사법 제8조 제1항 제1호는 그렇게 한다. A국을 전속적 합의법정지로 지정한 경우에 그 합의의 실질적 성립·유효성은 A국법원이 스스로 판단하듯이 판단하는 것이 타당하다. 이것이 바로 외국법원이론이다. 한편, 헤이그관할합의협약 제9조 a호는 국제사법 제8조 제1항 제1호에서 한 걸음 더 나아가, 합의법정지 법원이 이미 관할합의의 실질적 성립·유효성을 긍정하는 판단을 내렸으면 승인국 법원은 이 판단을 수용하도록 한다.

15. 반정을 받아들일지(반정에 따를지) 말지를 내외국법의 비교에 맡길 수는 없다; 이런 식으로 ‘법률관계에서 출발하는’ 접근(반정이론)을 진정저촉과 부진정저촉을 식별하는 이익분석론과 결합시키는 것은 독자적 견해에 불과하고 방법론적 일관성이 없다

직접반정은 있거나 없는 것이다. 직접반정이 있는 경우 이를 존중할지 말지도 연결 단계에서, 즉 준거법의 내용을 보기 전에, 확정된다. 전자나 후자의 문제의 해결을 생략한 채 ‘연결 결과 준거법이 될 법’의 내용을 비교하여 진정저촉(true conflict)과 부진정저촉(false conflict)을 구별하는 식으로 문제해결을 회피할 수는 없다. 물론 사실심 판결에 반정 문제 규율을 그르친 위법이 있어도 ‘결과에 영향을 미치지 않’으면 법률심의 파기를 피한다. ‘결론에 영향을 미치지 않은 위법’이기 때문이다. 그러나 그것이 위법임은 달라지지 않는다. 학술논문에서 ‘결론이 같아지니 위법도 묵인하자’고 할 수는 없다.

이 문제점은 주 131에서 명백해진다. 발표자의 결론은 주 131으로 요약된다. 이것은 제8조 제1항 제1호와 동떨어진 독자적 해결이다.

발표자가 60년대 미국식 이익분석론에 경도된 것으로 보이기도 한다. 미국의 이익분석론자들은 ‘연결대상에서 출발하여 준거법을 향하는 지시’의 방법을 따르기를 거부하고 ‘잠재적 준거법들에 의하여 어떤 결론이 나는지’를 비교하여 진정저촉과 부진정저촉을 가려내고 진정저촉만 위 방법에 따라 해결하자고 주장했다.

그러나 Schack 교수가 지적하듯이 국제재판관할의 문제는 실제준거법 판단처럼 여유를 가지고 잠재적 준거법들의 내용을 비교하여 판단실익 유무를 따져 가면서 판단할 문제가 아니라, 실제재판에 들어가기 전에 명확히 판단되어야 할 “예비적 문제”이다(Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized, C. F. Mueller, 1983). 이 요청을 정면으로 외면하는 발표자의 해법은 미국의 ‘저촉법 혁명’론자도 주장한 적이 없는 독자적 견해이다.

물론 발표자가 ‘저촉법 혁명’의 영토를 독자적으로 확장하는 것은 논리적으로는 가능하다. 그러나 그런 주장을 할 때, 발표자는 제8조 제1항 제1호를 허구적인 병폐, 무시되어야 할 도그마로 매도하고 진정저촉만 규율하는 규정으로 개조하자는 식의 입장에 선다. 그런 입장에 서면서 반정이론을 활용할 수도 있다고 하는 것은 일관성이 없다. 잠재적 준거법의 비교에 따라 반정이론 활용 여부를 좌우하는 더욱 일관성이 없다. 더구나 발표자는 부양준거법을 정할 때에나 다른 실제관계의 준거법을 정

할 때, ‘법률관계에서 출발하는’ 법률저촉규칙의 권위를 정면으로 부정하고 Currie식으로 준거법 결정 방법을 뒤집는 저촉법혁명론의 입장에 서지 않는다. 이 점에서도 일관성을 잃는다.

요컨대 발표자께서는 저촉법혁명이 용이한 경우에는 오히려 저촉법혁명을 완전히 외면하면서, 유독 국제재판관할이라는 “예비적” 논점에 관해서만 저촉법혁명을 주장하고 계신 것으로 보인다.

16. ‘숨은 반정’ 부정론에 관하여

반정이론은 ‘어느 나라의 연결규정에 따를지만이라도 통일적으로 정해야 한다’는 생각에서 나온 것이다. 그래서 내국법원이 최밀접관련국으로 여기는 나라의 국제사법을 존중하고 따르려 하는 것이다. 반정이론이 ‘준거외국법 조사를 귀찮아하는 게으른 자의 핑계거리로 유용하다’는 점에 신경 쓸 필요는 없다. 유효적절한 이론이라면 채용해야 한다. 외국법 조사를 게을리하는 자를 꾸중할 기회를 놓친다 하여 아쉬워할 필요는 없다.

반정 문제를 어떻게 다룰지도 국제사법 통일조약으로 통일하는 것이 좋다. 그것이 어렵다면, 일국 만이라도 최밀접관련국 국제사법에 따르는 해결을 해야 한다. 일국 국제사법의 반정이론의 그래서 정당한 존재이유를 가진다. 국제사법 통일조약에 의한 반정이론의 (부분적) 채용과 일국 국제사법에 의한 반정이론의 (부분적) 채용은 이렇게 이론적 일관성을 지킨다. 여기에서 명시적 반정과 숨은 반정이 달리 취급되어야 할 이유는 없다. 숨은 반정의 해결방법이 제20조와 같은 명문규정의 결여에 영향받는다면, 국제사법의 자연법적 근거를 경시한 것이다.

그런데 숨은 반정은 종종 법정지법의 적용에 이르는데, 이 점을 문제삼아 숨은 반정을 일률적으로 배격하는 견해가 유력하다(석광현 명예회장님, 이종혁 교수님, 서영수 연구원님 등). 그러나 사안의 최밀접관련국이 바로 그렇게 개별 사건별로 법정지법이 적용되는 것이 최선이라고 여긴다면, 그런 취지의 ‘숨은’ 국제사법적 규율에 따라주는 것도 정당하다. 명시적 반정이나 숨은 반정이나에 따라 정당성이 달라지는 것도 아니고, 결과적으로 법정지법에 따르게 된다 하여 정당성이 흔들린다고 할 것도 아니다.

오히려 당사자능력, 소송능력, 상속과 같이 절차의 국제적 분열이 불가피한 경우에는, 한국법원이 명시적 반정이나 숨은 반정에 따른 결과 연결기준이 절차지별로 분열되어도 할 수 없다. 그것이 현실적으로 달성가능한 최선이다.

피상속인이 영미법계에 주소를 둔 경우, 상속절차는 상속재산소재지별로 분열될 가능성이 높고, 피상속인 주소지는 상속재산소재지별로 준거법이 달라지는 것을 별로 의문시하지 않는다. 오히려 부동산의 경우에는 각 부동산소재지법이 적용되는 모습을 환영할 것이다. 상속의 본거지가 아닌 한국이 굳이 나서서 ‘영미법계에 주소를 둔 피상속인으로부터의 상속’의 연결기준을 피상속인 본국으로 통일해 주겠다고 할 이유가 약하다.

소멸시효도 마찬가지이다. 영미법계는 법정지법에 의할지, 차용법규(orrowing statues)를 만들어 실제준거법을 따를지를 각 법역이 결정하는 것을 자연스럽게 여긴다. 그런데 영미법계의 법이 실제준거법인 사안, 즉 영미법계의 법역이 법률관계의 본거인 사안을 놓고, 한국이 굳이 나서서 ‘고쳐 놓겠다’고 할 이유가 약하다.

명시적 반정과 숨은 반정은 이런 입장에서 공통된다. 유독 숨은 반정만 타겟삼아 공격하는 것은 명문의 총칙규정이 없다는 이유로(숨은 반정에도 제20조가 적용된다고 해석해야 하지만 이를 부정하고 유추적용된다고만 하는 것이 다수설, 판례이다) 확대하는 것이며, ‘입법은 주권자의 명령이므로 따라야 한다’는 Austin적 명령이론에 과도하게 얽매이는 것이다. ‘숨은 저촉 부정론’은 최밀접관련국의 법률저촉법적 확신이 강할수록 무시하는 셈인데, 이 점도 어색하다. 최밀접관련국인 영미법계 법역이 ‘외국법의 적용가능성을 열어두고 준거법 결정을 의식적으로 하려는 생각’도 안 할 만큼 ‘그때그때의 법정지법이 적용되어야 한다’는 생각이 확고부동한데, 왜 이런 경우라 하여 도리어 그 나라의 법률저

촉법적 태도를 무시하자는 것인지 이해할 수 없다.

‘숨은 반정’을 무시하려 하는 ‘숨은 반정 부정론자’는 나름대로 국제적 판단일치를 추구한다. 한국에서 재판받는지, 영미법계의 최밀접관련국에서 재판받는지에 따라, 각기 법정지법이 적용됨으로써 결과가 달라져서는 안 된다는 것이다.

그러나 영미법계의 최밀접관련국이 ‘한국법원의 법정지법 적용’을 달갑게 여기지 않으리라는 것은 한국 국제사법의 생각을 고집하는 것에 불과하고, 반정이론의 기본태도에 어긋난다. 오히려 영미법계의 최밀접관련국은, 한국에서 재판받는다면 상계, 소멸시효도 법정지법(한국법에 따라 판단받기를 기대하고 반길 가능성이 높다. 그런 문제들을 어느 나라 법에 따라야 하는지에 대한 그들의 생각이 그렇기 때문이다. 그런데 한국 국제사법이 ‘우리가 상계, 소멸시효에 관해 숨은 반정을 무시하고 너희 법을 적용하는 것이 국제적 판단일치에 관한 너희의 기대에도 맞는 것 아닌가, 그렇게 생각을 고쳐 먹으시오’라고 일침을 놓는다면, 영미법계의 최밀접관련국은 국제사법적인 법적 안정성이 제고되었다고 느낄 것인가? 그렇게까지 억지로 한국식 생각이 고집되어 국제적 판단일치 고도화를 강요당하기를 환영할 것인가? 반드시 그렇다고 단정할 일이 아니다. 그런 단정은 한국식 생각일 뿐이다. 한국식 생각을 최밀접관련국에게 강요하는 것이다. 이는 반정을 인정하는 겸양적 태도, 즉 최밀접관련국의 국제사법에 경청하는 태도와 배치(背馳)된다.

객관적 관점에서 국제적 판단일치를 증진하려 할 때에도, 한국과 영미법계의 최밀접관련국이 재판하는 경우만 놓고 비교할 것이 아니다. 영미법계의 최밀접관련국을 벗어나 영미법계의 제3국이나 한국이 재판하는 경우를 놓고 비교해야 한다. 그리고 그 판결이 국경을 넘어 승인되는 장면을 염두에 두고 생각해 보아야 한다. 영미법계의 범역들은 그 사이에서 원활하게 국경을 넘을 수 있는 공통의 생활공간을 형성한다. 영어와 영미법이 공통의 생활기반을 이룬다. 예컨대 영국에 주소를 둔 사람이 홍콩, 미얀마, 인도 등에 사는 일은 흔했다. 미국을 구성하는 주 사이의 이주는 실로 흔하다. 호주인이 미국으로, 미국인이 호주로 이주하기도 쉽다. 그래서 영미법계 국가의 국민이 타 영미법계 범역에서 재판받는 일은 흔하고, 한국에서 재판받는 일은 비교적 드물다. 전자의 경우에, 영미법계의 국제사법과 국민은 법정지별로 상계, 소멸시효 등의 준거법이 달라지는 일을 당연시한다. 자신의 본국을 떠나 타 영미법계에서 벌어진 일은 응당 그 나라 법에 따라 재판받아야 한다고 생각하면서 법정지법주의를 당연시한다. 그렇다면, 영미법계 국가의 국민 중에서, 영미법계 안에서 국경을 넘나드는 데 머물지 않고, 드물게 한국과도 관련을 맺은 사람도 마찬가지로 다루어져야 한다. 괜스레 한국 국제사법이 나서서 ‘너희 영미법계는 틀렸다, 너희들은 상계, 소멸시효 등을 절차 문제로 다루어 그때그때의 법정지법 적용을 당연시하나본데, 그것은 바보짓이니 너희 말은 듣지 않겠다, 너희는 외국법 적용가능성을 열어두고 의식적으로 준거법결정을 할 생각조차 안 할 정도로 법정지법 적용을 당연시하나본데, 그렇게 너희의 확신이 강할수록 우리는 너희 생각을 무시하겠다, 그럴수록 내가 가르쳐 주겠다는 마음은 더욱 단호해진다, 너희 법을 단순지정(사항규정지정)하여, 법정지법주의가 얼마나 잘못된지 가르쳐줄테니 그런 줄 알라’고 말할 일인가? 이것이 반정이론을 가진 나라의 태도로서, 명시적 반정을 존중하는 나라의 태도로서 일관성 있는 것인가?

의안

사단법인 한국국제사법학회
2024년 정기총회 의안

일 시 : 2024. 3. 28.(목) 20:45

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

사단법인 한국국제사법학회 2024년 정기총회 의안

일 시 : 2024. 3. 28.(목) 20:45

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

[보고사항]

I. 2023년 사업실적 보고(붙임1. 참조)

[의결사항]

I. 2024년 사업계획 승인

1. 2024년 사업계획(붙임2. 참조)
2. 2024년 학회 운영방안
 - 가. 2024년 연차학술대회
 - 나. 정기연구회 개최(마지막주 목요일 저녁)
 - 다. 국제문화재법연구회, 국제사법관례연구회 운영
 - 라. 중국국제사법학회와 제12회 공동학술대회 개최

II. 2023년 결산 및 2024년 예산 승인(붙임3. 및 붙임4. 참조)

III. 임원 선임

1. 회장 선임
2. 부회장, 이사 선임(정관 제15조에 따라 회장에게 위임)

붙임1.

2023년 사업실적

1. 연차학술대회

사단법인 한국국제사법학회 창립 30주년 기념학술대회
(사법정책연구원 공동주최 2023년 연차학술대회)

일시 : 2023. 4. 19.(수) 09:00 - 18:00

장소 : 광화문 변호사회관 10층 조영대홀

주최 : 사단법인 한국국제사법학회, 사법정책연구원

진행 : 천창민 연구이사(서울과학기술대학교 교수)

09:00 - 09:30 등 록

09:30 - 09:40 개회사 : 노태약 한국국제사법학회장(대법관)

09:40 - 09:50 축 사 : 박형남 사법정책연구원장

09:50 - 10:00 내빈 소개 및 인사말씀

10:00 - 10:10 기념촬영

제1부 : 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제

사회 : 임성권 고문(인하대학교 법학전문대학원 교수)

10:10 - 10:20 한국국제사법학회 연구활동 경과보고

보고 : 장준혁 부회장(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

10:20 - 10:40 한국법원에서 섭외사건의 현황

보고 : 김영석 재판연구관/부장판사(대법원), 유정화 판사(서울 동부지방법원)

10:40 - 11:20 기념강연 : 한국 국제사법학의 태동과 한국국제사법학회의 창립

강연 : 최공웅 명예회장(전 특허법원장, 법무법인 화우 고문)

11:20 - 12:00 기념강연 : 국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을
향하여

강연 : 석광현 명예회장(전 서울대학교 법학전문대학원 교수)

제2부 : 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할

좌장 : 손경한 명예회장(전 성균관대학교 법학전문대학원 교수)

14:00 - 14:50 제1주제 : 국제적인 물품거래와 제조물책임의 준거법

발표 : 김성호 교수(부경대학교 법학과)

토론 : 권민재 재판연구원/판사(대법원)

14:50 - 15:40 제2주제 : 한류 열풍과 국제저작권법상 제문제

발표 : 이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원)

토론 : 이규홍 부장판사(서울고등법원)

15:40 - 16:00 휴식

제3부 : 국제사법과 국제공법의 교차

좌장 : 배형원 부회장(서울고등법원 수석부장판사)

16:00 - 16:50 제3주제 : ‘고려 서주(端州) 부석사’ 관음상 사건과 국제문화재법

발표 : 류재현 검사(광주지방검찰청), 황성재 변호사(야놀자클라우드)

토론 : 송호영 교수(한양대학교 법학전문대학원)

16:50 - 17:40 제4주제 : 외국인의 국가배상소송과 저축법: 체계제법(體系際法), 시제법, 국제사법

발표 : 이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원)

토론 : 권혁준 고법판사(서울고등법원)

17:40 - 18:00 종합토론

2. 정기연구회

(1) 제158회 정기연구회(2022년 대주제 : 과학기술·정보기술의 발전과 국제사법)

일 시 : 2023. 1. 26.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

주 제 : 가상자산 거래의 준거법 - 물권법적 측면을 중심으로

발표자 : 천창민 교수(서울과학기술대학교 글로벌테크노경영전공)

토론자 : 이정수 교수(서울대학교 법학전문대학원)

(2) 제159회 정기연구회(2023년 대주제 : 한국사회의 국제화와 국제사법 쟁점의 다변화)

일 시 : 2023. 3. 30.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 헤이그 국제아동탈취협약에 따른 아동인도 집행실무의 몇 가지 문제점

발표자 : 곽민희 교수(숙명여자대학교 법과대학)

토론자 : 최승은 사무관(법무부 국제법무과)

(3) 제160회 정기연구회

일 시 : 2023. 5. 25.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 채무인수의 준거법에 관한 몇 가지 쟁점 - 대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결을 중심으로

발표자 : 김영석 부장판사(대법원 재판연구관)

토론자 : 이주연 교수(한양대학교 법학전문대학원)

(4) 제161회 정기연구회

일 시 : 2023. 8. 24.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 국제중재에서 중재관정부의 권한에 관한 제문제

발표자 : 윤석준 변호사(법무법인 피터앤김)

토론자 : 허해관 교수(숭실대학교 글로벌통상학과)

(5) 제162회 정기연구회

일 시 : 2023. 11. 30.(목) 19:00 - 21:00
장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실
주 제 : 책임보험자에 대한 피해자의 직접청구권의 준거법
발표자 : 김재환 변호사(법률사무소 안시)
토론자 : 이상협 변호사(김장 법률사무소)

3. 국제문화재법연구회

(1) 제46회 정기연구회

일 시 : 2023. 4. 17.(월) 19:00 - 21:00
장 소 : 중앙대학교 법학관 601호
주 제 : 국제 아트페어에서의 문화재 거래 - 아트페어 주최측의 법적 책임을 중심으로
발표자 : 이유경 박사/미국변호사(Danziger, Danziger & Muro LLP)

(2) 제47회 정기연구회

일 시 : 2023. 7. 10.(월) 19:00 - 21:00
장 소 : 중앙대학교 법학관 601호
주 제 : 문화재와 유산, 용어의 혼용으로 인한 법체계의 불협화음과 개선과제
발표자 : 서재권 교수(한국전통문화대학교)

(3) 제48회 정기연구회

일 시 : 2023. 11. 20.(월) 19:00 - 21:00
장 소 : 중앙대학교 법학관 601호

주 제 : 한시적 압류면제법제의 도입방안

발표자 : 이규호 교수(중앙대학교)

4. 국제사법판례연구회

(1) 제10회 정기연구회

일 시 : 2023. 3. 16.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

주 제 : 징벌적 손해배상을 명한 외국판결의 승인 및 집행

대상판결 : 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결

발표자1 : 김서울 변호사(법률사무소 BLP)

발표자2 : Merve Gökmen 터키변호사(서울대학교 법과대학 박사과정)

(2) 제11회 정기연구회

일 시 : 2023. 6. 8.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제1주제 : 대표이사의 고용계약의 국제사법상 취급 - 상거소, 재산소재지관
할, 국제적 이중소송의 검토를 겸하여

대상판결 : 의정부지방법원 고양지원 2020. 2. 14. 선고 2017가합72082 판결

발표자 : 장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

제2주제 : 국제명예훼손의 준거법 - 일본 판례의 평석을 중심으로

대상판결 : (1) 東京地裁平成28年11月30日判決, 平成27年(ワ)第1973号 損害賠償請求事件; (2) 東京地裁平成4年9月30日判決, 平成2年(ワ)第13041号 損害賠償請求事件

발표자 : 천창민 교수(서울과학기술대학교 글로벌테크노경영전공)

(3) 제12회 정기연구회

일 시 : 2023. 9. 13.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제1주제 : 공정증서유언의 준거법 결정과 유언의 해석 - 東京地判 2012. 1. 27, 平成22年(㉿)第1086號에 대한 비판적 연구

대상판결 : 東京地判 2012. 1. 27, 平成22年(㉿)第1086號

발표자 : 정구태 교수(조선대학교 법사회대학)

제2주제 : 미국, 유럽연합 등의 경제제재가 우리 기업의 국제계약에 미치는 영향

대상판결 : 서울중앙지방법원 2022. 8. 17. 선고 2021가합560147 판결[보증금 청구의 소](확정)

발표자 : 김민경 판사(인천지방법원)

(4) 제13회 정기연구회

일 시 : 2023. 12. 21.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

주 제 : 2023년 국제사법 주요판례 소개

발표자 : 유정화 판사(서울동부지방법원)

붙임2.

2024년 사업계획

1. 연차학술대회

대주제 : 국제입양을 둘러싼 법률문제의 종합적 검토

주 최 : 사단법인 한국국제사법학회, 사법정책연구원

일 시 : 2024. 9. 25.(수)

장 소 : [추후 확정]

[세부주제, 발표자, 토론자 추후 확정]

2. 제12회 한·중 국제사법학회 공동학술대회

일 시 : 2024. 11. 2.(토)

장 소 : 한국 제주

주 최 : 사단법인 한국국제사법학회

[세부주제, 발표자, 토론자 추후 확정]

3. 정기연구회

(1) 제163회 정기연구회(2023년 대주제 : 한국사회의 국제화와 국제사법 쟁점의 다변화)

일 시 : 2024. 1. 25.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 인터넷에 의한 명예훼손의 준거법

발표자 : 김효정 연구위원(사법정책연구원)

토론자 : 이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원)

(2) 제164회 정기연구회(2024년 대주제 : 현대 국제사법의 다양한 쟁점과 과제)

일 시 : 2024. 3. 28.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 국제부양사건의 합의관할, 변론관할, 관련관할 - 국제사법의 보호적 관할규정의 비판적 검토를 중심으로

발표자 : 서영수 연구원(서울대학교 국제통상거래법센터)

토론자 : 장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

(3) 제165회 정기연구회

일 시 : 2024. 5. 30.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 프랑스 국제사법 제정법률안의 소개와 평가(가제)

발표자 : 고유강 교수(서울대학교 법학전문대학원)

토론자 : [추후 확정]

(4) 제166회 정기연구회

일 시 : 2024. 8. 29.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 오픈소스 라이선스와 국제사법(가제)

발표자 : 오혜민 전문위원(한국발명진흥회, 독일 훔볼트대학 법학박사)

토론자 : [추후 확정]

(5) 제167회 정기연구회

일 시 : 2024. 11. 28.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

주 제 : 헤이그 송달협약의 현안과 과제(가제)

발표자 : 이정아 판사(수원지방법원 안양지원)

토론자 : [추후 확정]

4. 국제문화재법연구회

(1) 제49회 정기연구회

일 시 : 2024. 4. 23.(화) 19:00 - 21:00

장 소 : 중앙대학교 법학관 601호

주 제 : 독일에서 문화재 환수 관련 국제사법적 쟁점의 최신 동향

발표자 : 최종모 심사관(특허청, 법학박사)

(2) 제50회 정기연구회

일 시 : 2024. 7. 15.(월) 19:00 - 21:00

장 소 : 중앙대학교 법학관 601호

주 제 : 유럽에서 문화재 환수 관련 국제사법적 쟁점의 최신 동향 - 벨기에
를 포함하여

발표자 : 오혜민 전문위원(한국발명진흥회, 독일 훔볼트대학 법학박사)

(3) 제51회 정기연구회

일 시 : 2024. 9. 23.(월) 19:00 - 21:00

장 소 : 중앙대학교 법학관 601호

주 제 : 보스톤미술관 소장 고려시대 사리 및 사리구의 반환에 관한 법적
쟁점

발표자 : 이유경 박사/미국변호사(Danziger, Danziger & Muro LLP)

(4) 제52회 정기연구회

일 시 : 2024. 12. 16.(월) 19:00 - 21:00

장 소 : 중앙대학교 법학관 601호

주 제 : 문화재 적용범위의 확대에 따른 국제사법적 쟁점

발표자 : 서재권 교수(한국전통문화대학교 문화재관리학과)

5. 국제사법판례연구회

(1) 제14회 정기연구회

일 시 : 2024. 3. 21.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

주 제 : ‘간주된 동의’ 관할의 재부상과 미국 국제·주제재판관할법의 퇴보
- Mallory v. Norfolk Southern Railway Co.[600 U.S. 122 (2023)]의 비
판적 검토

대상판결 : Mallory v. Norfolk Southern Railway Co.[600 U.S. 122 (2023)]

발표자 : 장준혁 교수(성균관대학교 법학전문대학원)

(2) 제15회 정기연구회

일 시 : 2024. 6. 13.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제1주제 : 국제카르텔과 손해배상

대상판결 : 서울중앙지방법원 2023. 11. 23. 선고 2014가합504385 판결

발표자 : 이세인 교수(부산대학교 법학전문대학원)

제2주제 : 개인정보보호법은 소비자계약 특칙(제47조 제1항)에 따른 강행법
규인가?

대상판결 : 대법원 2023. 4. 13. 선고 2017다219232 판결(구글 판결)

발표자 : 이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원)

(3) 제16회 정기연구회

일 시 : 2024. 9. 12.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제1주제 : [추후 확정]

대상판결 : [추후 확정]

발표자 : 이필복 판사(수원지방법원 성남지원)

제2주제 : [추후 확정]

대상판결 : [추후 확정]

발표자 : [추후 확정]

(4) 제17회 정기연구회

일시 : 2024. 12. 19.(목) 19:00 - 21:00

장소 : Zoom 온라인 회의실

주제 : 2024년 국제사법 주요판례 소개

발표 : 유정화 판사(서울동부지방법원)

붙임3.

2023년 결산내역 및 2024년 예산내역

1. 2023년 결산내역

내역	수입	지출
1. 전년도 이월금액	73,060,235	
2. 연회비, 평생회비, 임원분담금	13,050,000	
3. 국제사법연구 저작권료	970,738	
4. 국제사법연구 게재료	260,000	
5. 이자, 국세 환급	64,391	
6. 학회지 발간(심사료, 우송료 포함)		8,381,150
7. 정기연구회(학회, 산하 연구회)		5,203,840
8. 연차학술대회		9,993,660
9. 한일 공동학술대회		5,618,900
10. 한중 공동학술대회		4,048,106
11. 온주 국제사법 원고료 등		2,008,500
12. 운영경비(집행이사회 개최 등)		1,438,000
13. 제반비용(홈페이지 관리비 등)		1,868,200
14. 국세, 지방세		327,250
15. 차년도 이월금액		48,517,758
계	87,405,364	87,405,364

2. 2024년 예산내역

내역	수입	지출
1. 전년도 이월금액	48,517,758	
2. 연회비, 평생회비, 임원분담금	15,000,000	
3. 기부금	15,000,000	
4. 용역수익	5,000,000	
5. 국제사법연구 저작권료	1,000,000	
6. 온주 국제사법 저작권료	8,000,000	
7. 국제사법연구 게재료	2,000,000	
8. 이자	100,000	
9. 학회지 발간(심사료, 우송료 포함)		10,000,000
10. 정기연구회		5,000,000
11. 연차학술대회		8,000,000
12. 한중학술대회		10,000,000
13. 산하 연구회 보조		2,000,000
14. 용역 인건비, 경비		3,000,000
15. 법인세, 지방세, 인지대		1,000,000
16. 운영경비(이사회 개최 등)		3,000,000
17. 제반비용(홈페이지 관리비 등)		2,000,000
18. 차년도 이월금액		50,617,758
계	94,617,758	94,617,758

감 사 보 고 서

사단법인 한국국제사법학회 정관 제12조 및 제16조 제4항에 의거하여 2023회계년도 사단법인 한국국제사법학회의 감사 결과를 다음과 같이 보고합니다.

1. 감사사항

- 가. 정관의 이행상황
- 나. 수입·지출 예산의 집행상황

2. 감사결과

- 가. 사단법인 한국국제사법학회의 정관의 이행에 이상 없음을 확인하였습니다.
- 나. 2023회계년도의 기금 관리상황 및 수입·지출 예산의 집행 상황을 감사한바,
 - (1) 수입·지출이 정확하게 기록되어 있고,
 - (2) 지출의 내용이 타당하다고 인정되며,
 - (3) 잔액의 보존이 적절하다고 판단하였습니다.

2024년 2월 29일

감사

오승룡 (인)

사단법인 한국국제사법학회 귀중

감 사 보 고 서

사단법인 한국국제사법학회 정관 제12조 및 제16조 제4항에 의거하여 2023회계년도 사단법인 한국국제사법학회의 감사 결과를 다음과 같이 보고합니다.

1. 감사사항

- 가. 정관의 이행상황
- 나. 수입·지출 예산의 집행상황

2. 감사결과

- 가. 사단법인 한국국제사법학회의 정관의 이행에 이상 없음을 확인하였습니다.
- 나. 2023회계년도의 기금 관리상황 및 수입·지출 예산의 집행 상황을 감사한바,
 - (1) 수입·지출이 정확하게 기록되어 있고,
 - (2) 지출의 내용이 타당하다고 인정되며,
 - (3) 잔액의 보존이 적절하다고 판단하였습니다.

2024년 2월 29일

감사 강영수



사단법인 한국국제사법학회 귀중