

## 國際裁判管轄의 合意

金 祥 燦\*

### 目 次

I. 序 說	1. 合意의 成立 準據法
II. 合意의 體系的 地位	2. 合意의 方式
1. 合意의 利益衡量 基準	IV. 合意에 관한 證明責任
2. 管轄의 決定基準과 利益衡量	V. 合意의 適法要件
3. 合意의 評價基準 分析	VI. 合意의 效果
III. 合意의 成立 準據法과 方式	Ⅶ. 結 語

### I. 序 說

우리 민사소송법 26조는 당사자의 합의에 의하여 법정관할법원과 다른 법원을 선택하는 경우에 공익에 반하지 않는 한 이를 금하지 않고, 이른바 합의관할을 인정하고 있으며, 오늘날 국내외 경제활동이나 당사자간에 계약서를 작성하거나 약관에 의존하는 경우가 빈번해지고 이 같은 계약이나 약관에는 준거법조항과 짝지어서 관할합의조항이 삽입되는 수가 많아 관할의 합의는 그 중요성을 더해가고 있다.<sup>1)</sup> 그렇다면 국제재판관할의 합의는 어떠한가. 우리 민사소송법이나 국제사법은 국제재판관할의 합의에 관해서 충분한 고려를 하고 있지 않다. 따라서 학설은 민사소송법 26조를 유추하여 이를 인정하고 있으며,<sup>2)</sup> 그 흠결된 부분은 동법 26조와 28조의 바탕 위에 조리의 실례로서 외국의 입법 및 판례 등을 참작하여 보충시킬 수밖에 없다.<sup>3)</sup>

생각건대, '국제재판관할의 합의'라는 제도가 합리적으로 이용되면 法廷地를 고정하는 (forum fixing) 기능에 의하여 원고가 법정지를 일방적으로 선택하는 것을 방지할 수 있고, 또 당사자로 하여금 소송상 이익과 부담을 예측가능하게 하므로 그 적법성이나 허용성을

\* 제주대학교 법정대학 법학부 조교수

1) 송상현, 「민사소송법(신정2판)」, 박영사, 1999, 91면.  
2) 송상현, 「상계서」, 93면 : 강현중, 「민사소송법(전정증보판)」, 박영사, 1992, 898면.  
3) 이인재, 「국제적 관할합의」, 「사법론집」 제20집, 법원행정처, 1989, 2, 630면.

부정할 필요는 없다.<sup>4)</sup> 그러나 일찍이 Nadelmann이 지적한 바와 같이 管轄條項이 광범위하게 적용되고 있는 현대의 국제거래에서는 합의형성과정의 충실하지 못하고 유명무실해지는 경우가 많다.<sup>5)</sup> 예컨대, The Fehmarn판결<sup>6)</sup>과 독일<sup>7)</sup> 및 EC법원의 일부판례<sup>8)</sup>가 보통 거래약관중의 관할조항을 문제삼고, 관할의 합의가 사실상 존재할 필요성이 있다고 강조하고 있는 것은 관할약관의 남용으로 합의형성과정의 유명무실해지고 있는데 대한 경종이라 할 수 있다.

국제재판관할의 합의는 특정한 법정지의 국제재판관할을 배제하는 기능(배제적 합의, Derogation)도 하고, 특정한 법정지를 설정하는 기능(설정적 합의, Prorogation)도 하는데,<sup>9)</sup> 특정한 법정지를 고정하여 당사자에게 법적안정성과 예측가능성을 갖도록 한다는 국제재판관할의 합의의 핵심기능인 법정지를 고정하는 기능('forum fixing')에 비추어 보면, 합의의 효과의 중점은 Prorogation에 있다고 할 것이다.<sup>10)</sup> 그러므로 독일에서의 통상적인 이해<sup>11)</sup>와는 달리, 어떤 국가의 국제재판관할이 배제되는 것은 당해 국가의 입장에서 보아 외국의 진속관할의 합의가 인정된 경우의 반사적 효과에 지나지 않는다고 구성하는 것이 타당하다.<sup>12)</sup> 즉 당사자가 특정국가의 국제재판관할을 배제할 수 있을 뿐만 아니라, 소제기지의 법원은 국제적 규모의 재판거절이 생기지 않도록 배려하는 역할이 요구된다.<sup>13)</sup> 이에 비추어 생각해 보면, 합의된 법정지에서 당사자의 소송수행상의 '부담과 이익의 균형'이 아주 중요한 기준이 된다.

요컨대, 국제재판관할의 합의를 평가하는 경우, '합의'라는 중요한 연결점이 존재하는 것을 고려하면서, 국제재판관할의 결정은 소송절차의 전체구조나 적용법규가 다른 법정지에서 소송수행을 행할 가능성을 가지고 있으므로, ①당사자간의 실질적인 무기평등·공평

4) Samleben. Forum Fixing. 46 Rabels Z., 716 (1982) ; Gottwald. Grenzen internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen. in : Fsch. für K. Firsching (1985) 89 ; Cutler. Comparative Conflicts of Law : Effectiveness of Contractual Choice of Forum. 20 Tex. Int'l. L. J. 97 (1985).

5) Nadelmann. Choice of Court Clauses in the United States : The Road to Zapata. 21 Am. J. Comp. L., 134 ff. (1973).

6) The Fehmarn. (1958) 1 All E. R. 333 (C. A.).

7) BGH v. 29. 2. 1968, BGHZ 49, 384 = NJW 1968, 1233 ; BGH v. 17. 5. 1972. NJW 1972, 1622.

8) 24/76, Ditta Estasis Salotti Di Colzani Aimò E. Gianmario Colzani v. Rüwa Polstereimaschinen GmbH. 14. 12. 1976. (1977) 1 CMLR 345 ; 25/76, Galeries Segoura S. p. r. l. v. Firma Rahim Bonakdarian. 14. 12. 1976. (1977) 1 CMLR 361

9) 石黒一憲, 「金銭取引と國際訴訟」, 有斐閣, 1983, 26이하 ; 貝瀬幸雄, 「國際的合意管轄の基礎理論(1)・(2完)」, 「法學協會雜誌」 102卷 5號, 1985, 938 이하, 同 7號, 1985, 1369 이하.

10) cf. Kahn-Freund. Jurisdiction Agreements, 26 ICLQ, 827 (1977).

11) 예컨대, Geimer, JZ 1979, 648.

12) Jung. Vereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach dem EWG - Gerichtsstands - und Vollstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO, 79 (1980).

13) 국제적 규모의 '재판거절의 방지'는 국제관습법이다 : Herrmann/Basedow/Kropholler, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd. I (1982), at 214.

의 확보, ②국제적인 재판거절의 실질적인 방지, ③관할의 합의의 적극적 효과의 실현의 확보 등이 국제민사소송법상 요청된다 할 수 있다.

그러므로 본고에서는 위의 국제민사소송법상 세가지 요청에 대한 배려를 기초로 하면서, 국제재판관할 합의의 체계적 지위, 합의의 성립과 방식, 합의에 대한 증명책임, 적법요건, 합의의 효과 등에 관하여 비교법적인 해석을 전개함으로써, 우리 나라의 이에 관한 제도의 바람직한 운용에 도움을 줄 기초자료를 제공하고자 한다.

## II. 合意의 體系的 地位

### 1. 合意의 利益衡量 基準

합의된 법정지에서의 소송에서 양 당사자의 부담과 이익의 균형을 구체적으로 평가하는 경우 가장 유익한 기준이 되는 것은 합의된 법정지 및 소제기와 당해 사안과의 밀접관련성이다. 이 관련성이 클수록 증거나 중요한 연결점이 그 법정지에 집중될 것이므로 당사자의 공격방어가 쉽고 충실하게 되며 국제적 규모의 실질적인 재판거절이 방지될 수 있는 확률도 높다.<sup>14)</sup>

독일의 OLG Hamburg 판결<sup>15)</sup>은 독일법원의 Prorogation에 관한 '합의의 일반적인 적법요건'으로서 충분한 국내관련성을 들고 있다. 이 판결은 국내법원의 부담 및 국내의 다른 소송에 대한 부정적인 영향을 고려하고 있다. 사안과의 밀접관련성을 가지지 않는 법정지에서 공격방어를 할 수 없는 당사자의 불이익도 중요한 요소인데, 독일의 학설과 판례는 국제재판관할의 합의의 평가에 있어 그러한 부담과 이익의 균형을 과소평가하는 경향이 있다.<sup>16)</sup>

일본의 경우, 적극적인 이익형량을 도입하려는 기반을 구축하고 있음을 볼 수 있다. 일본 대법원 1975. 11. 28 판결<sup>17)</sup>은, 외국법원에의 전속관할의 합의는, 첫째 당해 사건이 일본의 재판권에 전속하는 것이 아닐 것, 둘째 합의에 의하여 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해 사건에 관한 관할권을 가질 것이라는 두가지 요건을 충족하는 한, 일본 국제민사소송법상 원칙적으로 유효하다고 하고 있는데, 이 판결에 대하여 학설은 합의된 법정지와 관련

14) 石黒一憲, "國際的な裁判管轄の合意", 「民事訴訟法の争点」, 有斐閣, 1979, 60면.

15) OLG Hamburg v. 6. 8. 1975 Nr. 141 = RIW/AWD 1976, 228. 이 판례의 해설에 관해서는 貝瀬幸雄, "前掲 國際的合意管轄の基礎理論(2完)", 1393면 이하 참조.

16) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht (14. Aufl. 1986), at 94.

17) 日大判 1975. 11. 28 日民集 29권 10호 1554면. 이에 관한 해설로는 貝瀬幸雄, "國際裁判管轄の合意", 「民事訴訟法の争点(新版)」, 有斐閣, 1988, 70면 이하 참조.

이 적은 경우 '公序'개념을 원용하거나,<sup>18)</sup> 또는 그 법정지에서의 소송수행이 현저하게 불합리한 경우에는 민사소송법 31조(우리 민소법 32조)를 활용하거나, 합의의 해석에 의하여 효력의 미치는 범위를 제한한다는 법리를 구성하여 이 판결의 구체적 사안에 따른 이익형량을 하고 있다.<sup>19)</sup>

영국에서는 The Eleftheria판결과 The El Amria판결 등에서, 국제재판관할의 합의는 원칙적으로 유효하다는 이론을 유지하면서도 유효성의 추정을 뒤엎을 수 있는 예외적 사유를 폭넓게 인정하고 있다.<sup>20)</sup> 그리고 합의된 법정지와 소재기지 중 어느 쪽이 당사자나 사안과 보다 밀접한 관계를 가지고 있는가 비교형량하여 영국과의 관련성이 큰 경우에는 관할조항이 원용되어도 법원의 재량에 의하여 소송의 정지를 거절한다. 관련성을 판단하는 요인으로는, 피고가 합의된 외국에 본점을 가지고 있는가, 피고가 영국에서 영업하고 있는가, 영국에서 선박이 나포되었는가, 수하물의 손해에 대하여 다투고 있는 경우 그 증거가 영국에 집중하고 있는가, 쟁점을 같이 하는 소송이 국내에서 계속하고 있는가 등이다.

미국에서도, Muller판결<sup>21)</sup>의 경향을 따르는 판례는 영국과 거의 같은 법리를 채용하여, 피고에게 무거운 증명책임을 지운 forum non conveniens의 법리를 轉用하는 형태로 합의의 합리적인 증명책임을 분배한 점에서 위의 The Eleftheria판결의 방법과는 다르다. 그러나 이 Muller판결의 법리도 그 구체적 적용을 살펴보면 '전통적 공서론'을 벗어난 유연한 태도를 보이는 반면, Bremen판결<sup>22)</sup>에서는 연방대법원이 원고에게 상당히 무거운 증명책임을 지우고 있는데, 이는 제2씨킷법원 판결이 '전통적 공서론'을 지지한 것에 대한 반동에서 비롯된 것이다.

이상의 영미의 법리를 참고할 때, 이익형량의 기준으로서 위의 OLG Hamburg판결이 제창한 '일반적 합의의 적법요건'이 비교적 유익할 것이다. 말하자면, 합의된 법정지와 사안과의 현실적 관련성 및 소재지와 사안과의 밀접관련성을 각각 국제재판관할의 합의의 적법요건 및 무효원인으로서 함으로써 common law 국가와 같은 유연한 이익형량이 가능하게 된다.

## 2. 管轄의 決定基準과 利益衡量

OLG Hamburg 판결이 채용한 독창적인 구성에 대하여 독일의 학설은 약간 비판적이

18) 川上太郎, "專屬的裁判管轄約款の效力", 『判例タイムズ』 256號, 1971, 43면 이하.

19) 石黒一憲, 『現代國際私法(上)』, 東京大學出版會, 1986, 360면 이하.

20) The Eleftheria, (1969) 2 All E. R. 641; The El Amria, (1982) 2 Lloyd's L. Rep. 119.

21) Wm. H. Muller Co. Inc. v. Swedish American Line Ltd., 224 F. 2d 806 (2d Cir.), cert. denied 350 U. S. 903 (1955).

22) Bremen v. Zapata Off-Shore Co. 407 U. S. 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513(1972).

다. 이 학설의 비판은 독일법원의 국제재판관할을 결정하는 일반적 기준(전형적인 이중의 기능론)을 지나치게 철저히 관철하려고 하는 경직적인 해석론에 기인하는 바가 크다. 그래서 이하에서는 국제재판관할의 합의뿐만 아니라 국제재판관할의 결정에 있어서도 일반적으로 이러한 유연한 이익형량이 가능한지 여부를 검토하려고 한다.

미국의 경우, Muller판결의 계보에 한정하면 그 법리는 원고에 의한 법정지의 일방적인 선택에 대한 예외적 구체책인 *forum non conveniens*의 법리를 국제재판관할의 합의에 전용한 것이고, 증명책임의 분배문제를 제외하면 비교적 유연한 이익형량을 행하고 있다고 할 수 있으며, 국제재판관할 결정의 일반이론과의 균형이 유지된다. 그런데 Bremen판결에서 말하는 '합리성'의 법리는 *forum non conveniens*의 이론에서 벗어난 독자적인 존재로서 위치하고 있기 때문에 국제재판관할을 결정하는 새로운 관할원인으로서 관할의 합의가 인치된 것으로 해석할 수 있을 것이다. 그리고 합의된 외국법원에서의 소송으로부터 생기는 불편은 합의할 때 명확히 예측가능하다고 봄으로써 불편에 대한 항변은 통상의 *forum non conveniens*의 경우에 비하여 엄격히 제한을 받고, 비교적 이익형량을 도입할 여지가 적어지게 된다.

영국의 경우, 국제재판관할조항의 존재는 국내소송절차를 중지하는 경우의 영국법원의 재판권에 큰 영향을 미친다. 즉, 피고에 대한 영장의 송달 등이 행해지고 있는 이상, 관할조항을 흠결하는 경우는 피고가 외국법원에서의 소송수행이 보다 편리하다는 것을 입증하지 않으면 중지는 거절되는데 대하여, 외국법원의 관할조항이 존재하는 경우는 원고가 영국에서 소송수행하지 않으면 안되는 강력한 원인을 입증해야 한다. 그러나 주의해야 할 것은 이 '강력한 원인'의 범위는 상당히 광범위하게 인정되고 있다는 점이다.<sup>23)</sup>

이러한 영미법 국가와 비교할 때, 독일의 국제재판관할의 합의에 관하여 논의되는 '관련성(Berührung, Beziehung)'은 매우 형식적이며 상세한 이익형량을 도입할 여지가 적다. 이러한 경향은 독일의 국제재판관할 결정의 일반기준에 관하여 지적할 수 있다.

우선, 독일의 법리를 요약하면 다음과 같다. ZPO의 입법자는 외국과의 관계도 토지관할의 규정에서 규율한다면 충분하다고 생각하였다.<sup>24)</sup> 또한 ZPO 중에도 국제재판관할에 관한 명시적 규정이 존재한다.<sup>25)</sup> 그 두 번째 이유로 ZPO 중의 토지관할의 규정은 국제재판관할을 표시하는 이중의 기능(Doppelfunktion)을 가지고, 관할규정의 요건이 충족되면 원칙적으로 바로 그 효과가 발생한다고 하는 것이 통설·판례의 입장<sup>26)</sup>이다. 그렇지만 Geimer에

23) cf. Graveson, *Conflict of Laws* (7th ed. 1974), at 149 ff.

24) Hahn, *Materialien zur Zivilprozeßordnung*, 2. Bd. (1880)에 의하면, 초안은 개별적인 예외규정이 없는 한, 재판권에 관한 규정은 외국인에게도 타당하다고 해석하고 있다(at 149) : Matthies, *Die deutsche internationale Zuständigkeit*, (1955) at 39 ff.

25) vgl. Zöller/Geimer, *Zivilprozeßordnung* (13. Aufl. 1981), at 66.

26) 예컨대, Zöller/Geimer, *Ibid.* : Geimer, *NJW* 1979, 1784 : Herrmann/Basedow/Kropholler, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd. I, at 210 (1982).

의하면,<sup>27)</sup> 국제재판관할을 토지관할과 구별되는 독자적 소송요건으로 해석하는 것은 지장이 없다. 생각건대, 국제재판관할의 경우에는 이익상황이 상당히 복잡하고, 더구나 이종의 기능론은 100여년 전에 작성된 관할규정의 보충 내지 수정을 허용하고 있는 것이다. 이상과 같은 관할규정의 미세한 조정에 그치는 전통적인 이종의 기능론의 근거에는 국제재판관할의 합의의 적법요건은 신ZPO 38조의 규정이 중심이고, 그 이상으로 구체적 사정을 근거로 하여 이익형량을 시도하려고 하는 기반이 취약하다고 할 수 있다. 다만, 이러한 전통적인 논의를 넘어서 미국의 *forum non conveniens*의 법리를 적극적으로 도입하려고 하는 견해도 있다.<sup>28)</sup>

일본의 경우, 국제재판관할의 합의에 대해서는 이익형량을 도입하려고 하는 해석론이 유력한데, 이러한 노력은 국제재판관할 결정의 일반적 기준의 발전에 대응하고 있다고 할 수 있다. 일본의 국제사법상의 통설의 논리를 요약하면 다음과 같다. 즉, 국제재판관할 결정의 기본이념으로서는 국가주의·국제주의·보편주의가 있는 바, 보편주의를 채택해야 할 것이고, 일본민사소송법상 국제재판관할에 관한 직접적인 성문규정이 없기 때문에, 재판의 적정·공평·능률 등의 견지에서 조리에 의하여 흠결을 보충해야 한다고 설명한다.<sup>29)</sup> 이와 같이 일본의 국제사법상의 통설은 총론에 있어서 국제재판관할 규정의 흠결을 이유로 하는 자유로운 이익형량을 설명하고 있는데, 각론에서는 민사소송법전의 관할규정에 약간의 수정을 가하여 유추적용한다고 하고 있다.

### 3. 合意의 評價基準 分析

국제재판관할 합의의 연결점으로서의 특색의 하나는 그 전략적 성격이다. 다시 말하면, 국제재판관할의 결정에 중요한 역할을 하는 연결점의 대부분이 정태적(예컨대 支店の 존재) 또는 우발적(예컨대 불법행위지)인 것에 대하여, 이 연결점은 분쟁의 발생을 예정하여 설정된다(*forum fixing*의 기능). 그런 까닭에 대부분 계약내용이 정형화되어 있는 국제거래에 있어서는 충분한 교섭을 거치지 않은 채로 계약서나 약관 가운데 管轄條項이 삽입되기 쉽다. 이러한 경우에 당사자에게 합의된 법원에서의 절차를 보장하기 위해서는 양 당사자의 의도, 그 의도가 당사자간의 이해의 균형에 어떠한 영향을 줄 것인가, 또 그 의도가 법원·소송절차에 어떠한 영향을 줄 것인가 하는 시점에서 합의를 둘러싼 일련의 객관적 상황과 사실을 평가할 필요가 있다.<sup>30)</sup>

27) Geimer, Ibid. at 77ff.

28) Wahl, Die verfehlt internationale Zuständigkeit, (1974) 114 ff. ; Schütze, 88 ZJP (1975) 478 ; Cohn, AcP (1975).

29) 池原季雄, "國際的裁判管轄權", 「新·實務民事訴訟講座(7)」, 日本評論社, 1982, 14-21면.

30) 新堂幸司, 「民事訴訟法(第2版)」, 筑摩書房, 1982, 74면.

(1) 우선 외국법원의 전속관할의 합의의 경우, 합의된 법정지보다도 소재기지 쪽이 당해 사안과 훨씬 밀접한 관련을 가지는가 어떤가의 평가에 대하여, 영미판례의 분석에 의하여 얻어진 기준에 주목할 필요가 있다. 앞의 영국의 *The Eleftheria*, 및 *The El Amria*, 그리고 *Evans Marshall*판결<sup>31)</sup> 등에 의하면, ①피고가 합의한 법정지에 영업의 본거를 가지고 있는가. ②원고가 소재기지에 적어도 常居所를 가지고 있는가. ③피고가 대리인을 통하여 영국에서 영업하고 있고 그 영업으로부터 소송원인이 생겼는가 등이 중시되고 있다. 그리고 *Bremen*판결의 '합리성'의 법리의 한계사례를 보이고 있는 *Copperweld*판결은 피고의 영업소가 미국에 존재하고 증거가 미국에 집중하고 있는 경우에, 위의 ③과 같은 고려아래 관할조항에 효과를 부여하는 것을 배척하였다.

이러한 영미판례의 판단기준은 우리 민사소송법상에서도 지지될 것이다. 말하자면, 피고가 대리인 또는 지점·영업소를 통하여 우리 나라에서 영업하고 있고, 또 증거가 우리 나라에 집중하고 있으며, 소송물이 우리 나라에서의 영업으로부터 생기고 있다면, 합의된 외국에 피고의 본점이 존재하는 경우에도 관할의 합의는 무효원인이 존재하므로 효과가 발생되지 않는다고 해석한다. 증거의 집중에 대하여 문제되는 것은, 우리 나라를 발송지로 하는 수하물의 손해가 우리 나라에서 발견된 경우(즉 海事訴訟의 경우)이다. 영국의 *The Makefjell*판결<sup>32)</sup>은 이러한 해사소송에 있어서는 손해가 물으로 옮겨질 때 발견되는 것이 일반적이고, 증거의 발송지에의 집중은 결정적인 기준으로 되지 않는다고 하는데, *The Athenee*판결<sup>33)</sup> 및 앞의 *The El Amria*판결은 이 요소를 보다 중시하고 있다.<sup>34)</sup>

그렇다면, 소재기지에 지점 등이 존재하지 않는 경우는 어떤가. 미국판례에서는 이러한 경우의 관할합의는 대체로 합리적이라고 평가되고 있는 것 같다. 그런데 영국의 *The El Amria* 및 *The Adolf Warski*판결<sup>35)</sup>은 소송의 결과에 결정적 영향을 미치는 증거의 집중 및 그 이용가능성을 높이 평가하고 있다. 우리 나라의 경우 민사소송법의 토지관할의 규정 중에 우리 나라와의 밀접관련성을 상징하는 중요한 연결점이 적시되고 있고, common law 국가가 중시하고 있는 증거의 집중 이외에, 이들의 연결점도 충분히 고려할 필요가 있다는 것이다. 즉, 지점·영업소의 존재는 토지관할 규정 중의 하나의 연결점에 불과하고, 예컨대 지점이 우리 나라에 존재하지 않는 경우에 토지관할 규정 중에 표시된 기타의 연결점이 우리 나라에 집중하고 있지 않다면 관할의 합의의 효력은 부정될 수 있을 것이다. 하지만 종종 과잉관할을 발생시키기 쉬운 연결점(의무이행지, 재산소재지 등)의 평가는 신중을 요

31) *Evans Marshall v. Bertola S. A.*, (1973) 1 All E. R. 992.

32) *The Makefjell*, (1976) 2 Lloyd's Rep. 29.

33) *The Athenee*, (1922) Lloyd's L. Rep 6.

34) *The Atlantic Song*, (1983) 2 Lloyd's L. Rep. 394는 같은 사안에 관하여 영국에의 증거의 집중도 등에 비추어 피고의 증지신청에는 tactical advantage를 구하는데 지나지 않는다고 하고 있고, 일본의 해상보험회사가 원고를 대위하고 있으므로 실무상으로도 주목할 만한 사례이다.

35) *The Adolf Warski*, (1976) 1 Lloyd's L. Rep. 107, (1976) 2 Lloyd's L. Rep. 241.

한다. 지점이나 영업소가 우리 나라에 존재하지 않고, 우리 나라에서 영업이 현실적으로 이루어지고 있다고 평가하기 어려운 경우, 외국법원의 국제재판관할의 합의의 효력을 부정하는 데에는 통상의 국제재판관할을 긍정하는 이상으로 매우 높은 우리 나라와의 밀접관련성이 요구될 것이다. 그래서, 우리 나라에 증거가 집중되고 있는 것을 전제로 대표적인 연결점에 관하여 개별적으로 검토될 것이다.

우선, 국제재판관할의 연결점으로서의 의무이행지(민소법 6조)에 관하여, 국제민사소송법상 독자적인 관점에서 구성되어야 한다. 그리고 의무이행지의 특징에 있어서는 수하물의 실제의 인도지, 금전의 지급지 등의 요소가 고려될 것이다. 그러나 증거의 집중이라는 전제가 존재한다고 한다면, 의무이행지만에 의하여 국제적 합의관할을 배척하는 것은 증거의 편재가 매우 극단적이지 않은 한 문제가 있다. 다만, 의무이행지와 불법행위지(민소법 16조), 재산소재지(민소법 9조) 등이 경합적으로 인정되는 경우가 많을 것이기 때문에, 증거의 우리 나라에의 집중이 극단적이고, 원고측이 합의된 법정지에서의 대등한 공격방어가 곤란한 경우에 한하여 합의의 효과는 배제된다고 해석해야 할 것이다.

재산소재지는 이른바 과잉관할을 발생시키기 쉽기 때문에 통상의 국제재판관할의 결정의 경우에도 재산의 평가와 청구액과의 균형을 고려하고, 일시적·잠정적으로 존재한 재산에 기한 청구를 막기 위하여 가압류에 의한 고정화를 요구하려는 견해가 유력하다. 따라서 이상의 요건에 더하여 여기에서도 다른 연결점에 의한 보장과 증거의 편재가 특히 요구된다.

불법행위지(민소법 16조 1항)의 경우도 동일한 기준에 의해야 하고, 제조물책임의 문제에서는 소재지와 피고(가해자)와의 관련성은 그다지 밀접하지 않아도, 결정적인 증거인 결합제품은 우리 나라에 존재하는 것이 통상일 것이다.

(2) 이와 같은 이론구성 하에서, 당해 사안과 전혀 관련성을 가지지 않는 법정지를 합의하는 것이 허용되는가. 영국의 상황은 미묘하지만,<sup>36)</sup> 독일 및 Bremen판결 이후의 미국에는, 이러한 합의도 긍정하는 것이 통설·판례이다.<sup>37)</sup> 그러나, 준거법의 합의와 평행선으로 생각하여 그 결론을 이끌어 내는 것은, 특히 국내법원의 관할을 설정하는 합의(Prorogation)의 경우에는 문제가 있다. 즉, 이미 우리 나라의 국제재판관할이 인정되어 당해 사안을 심리하는 것을 전제로 하여 국제적 법률관계의 일부를 결정하는 기준으로 되는 법규범을 탐구하는 경우와, 그러한 본안의 심리를 행할지 여부를 결정하는 경우에는 후자 쪽이 피고에게 보다 큰 부담을 계속하여 부여하는, 다시 말하면 원고가 선택한 소재지에서 공격방어를 할 수 없게 된다고 하는 점에서, 그 효과는 한층 더 증대하다. 특히, 합의된 우리 나라의

36) 외국법원의 전속관할의 합의의 경우에는 당사자가 관련성을 가지고 있지 않은 법정지의 합의는 부정되고 있다. 오히려 법원의 재량권은 '중지'를 거절하는 경향이다. 이에 대하여 영국법원의 전속관할의 합의의 경우에는 영국과의 관련성이 없는 당사자에 대하여도 허용되는 것 같다 : 貝瀨幸雄, "前掲 國際的合意管轄の基礎理論(1)", 990면 이하 참조.

37) Rosenberg/Schwab, supra note 16, at 94 : Zöller/Geimer, supra note 25, at 96.

법원에도 큰 부담을 지우게 된다. 외국법원에의 합의(즉, 우리 나라의 국제재판관할의 Derogation)에는 우리 법원의 심리의 부담은 존재하지 않지만, 우리 나라에서 소를 제기한 원고에게 모든 소송절차를 외국에서 수행한다고 하는 부담이 남기 때문에, 준거법의 합의와 평행선으로 파악하는 것은 타당하지 않다. 관련성이 없는 법정지의 합의에 있어서도 당사자의 의도·이해의 균형·소송절차에의 영향을 생각해야 할 것이고, 이러한 합의에는 그 나름의 합리적 이유가 요구될 것이다. 바꾸어 말하면, 양당사자가 합의를 형성하는 교섭과정으로부터 중립적인 법정지를 선택하는데 충분할 만한 사정 등이 파악되어야 한다. 이 사정이 인정되는 경우에는 신의칙의 관점에서 적법요건의 결여를 원용하는 것은 허용되지 않는다고 해석한다.<sup>38)</sup> 이와 관련하여, 이상에 있어서 주장한 해석론의 형식적 근거는, 민사소송법 32조에서 구하는 것이 가능할 것이다. 토지관할의 합의가 존재하는 경우에는 그 합의를 인정하는 것에 의하여 보다 현저한 지체가 생기는 경우에 한하여 동법 32조가 준용된다고 한다.

그러나 국제소송의 경우, Derogation에 따라서 국내에서의 소를 각하한다면, 국내법원에서의 소송에 대하여 현저한 손해 또는 지체가 생길 것인가 하는 문제는 소멸하고, 오로지 당사자가 현저히 불이익(손해)을 입었는가 어떤가 하는 시점만이 남는다. 이와 같은 국제소송에 있어서 Derogation의 특색으로부터 당사자가 현저히 손해를 입는 경우에도 32조를 준용하는 것이 가능하다. 그런데, 우리 나라에의 Prorogation의 경우에는 토지관할에 관한 32조의 통설적 해석에 따르면, 우리 나라에서의 소송에 관하여 현저한 지체가 생기는 경우에 한하여, 소는 각하되게 될 것이다. 다만, 국제소송에 있어서의 관할의 합의는 국내의 경우와 비교할 수 없을 만큼 중요한 영향을 당사자에게 미치기 때문에, 절차보장을 충실히 하기 위해서 당사자간의 이해의 균형이 중시되어야 한다고 해석한다면 Derogation의 경우와 마찬가지로 당사자(이 경우는 피고)의 현저한 손해를 이유로 32조를 준용하게 하는 것이 가능할 것이다. 이러한 손해의 유무가 밀접관련성의 기준에 의하여 평가되고, 특히 일방 당사자의 행동에 문제가 있는 경우에는 국제민사소송법상의 신의칙 등이 원용되게 된다.

(3) 국제민사소송법상의 신의칙에 관하여 간단히 검토해보자. 영국에서는 절차상의 clean hands(더럽지 않은 손의 원칙)가 강학상의 개념으로서 주장되고 있고, 피고가 합의된 법원에서의 소송수행에 의하여 단순한 절차상의 이익만을 구하고 있는 것인가 하는 시각에서 검토하였다(The Eleftheria판결). 또 미국의 판례에서도 관할의 항변의 제출시기(Carbon Black판결), 청구액과 소송비용과의 균형(Indussa Corp판결<sup>39)</sup>), 미국의 관할권을 취득한 때의 사정(Bremen 판결) 등은 이러한 범주의 것이라 생각된다. 독일에서는 신의칙을 국제민사소송에서 활용하자는 학설이 주장되고 있고, BGH도 매우 신중하기는 하지만

38) Herrmann/Basedow/Kropholler, supra note 26, at 410 ff : James & Hazard, Civil Procedure(2d ed. 1977) 646.

39) Indussa Corp. v. S. S. Ranborg, 377 F. 2d 200 (2d Cir. 1967).

약의에 의한 소송의 제기는 규제되어야 한다고 하고 있다.<sup>40)</sup> 이와 관련하여 스위스국제사법 제2초안 5조(재판적의 합의) 2항은 “일방당사자가 스위스법의 정하는 재판적을 부당하게 박탈될 때에는 재판적의 합의는 유효하지 않다”고 규정되어 있고, 일반조항에 의한 관할의 합의의 규제를 생각할 경우에 충분히 시사한다고 생각된다.<sup>41)</sup> 그리고 일본에서도 거의 같은 시각에서 피고측은 어떤 응소의 불편도 느끼지 않는데, 원고가 받는 불이익을 안 후에 관할조항을 원용한 경우에는, 국제민사소송법상의 신의칙에 반한다고 하고 있다.<sup>42)</sup>

(4) 이상과 같은 합의의 평가기준을 국제재판관할의 이론적 체계 속에서 어떤 지위에 있게 할 것인가. 이미 살펴본 대로 종래의 국제사법상 통설의 문제점은 총론에서 자유로운 이익형량을 하고 있는 한편, 각론에서는 그 형량이 약간 추상적·형식적인 점에 있다. 따라서 연결점의 집중, 양당사자의 공평 등을 중심으로 토지관할의 각 규정을 축소해석하는 방법으로 유연한 이익형량을 시도해 보려는 견해가 제창되고 있다. 그래서 위에서 살펴본 국제적 관할합의의 평가기준을 기초로 다음과 같이 해석함으로써 토지관할 규정에서 보이는 관할의 체계를 붕괴시키지 않는 이익형량을 도입할 수 있다고 생각한다.

독일의 학설이나 판례에서 시사되고 있는 것처럼 국제재판관할을 독자적인 소송요건으로 정립하고, 그 틀 내에서 고려하여 이익형량을 해야한다. 이 견해를 취하면, 국제재판관할 결정의 최종 근거는 민사소송법상의 토지관할규정에서 구하는 동시에 관할의 체계를 깨트리지 않는 한도에서 이익형량을 충실히 할 수 있을 것이다. 국제소송에서는 이송제도가 존재하지 않고, 양당사자의 형평이 중시되기 때문에 특별재판적의 연결소로서의 자격이 희박한 것이고, 단일한 특별재판적이 존재한다면 바로 우리 나라의 국제재판관할을 인정하는 것은 채용할 수 없다.

국제재판관할을 결정하는 과정으로서, 첫째로 사안과 각국과의 밀접관련성을 탐구하고, 둘째로 이 평가를 통하여 우리 나라의 국제재판관할을 인정하는 것이 타당하다고 판단되는 경우에는 토지관할의 규정 중에서 가장 밀접한 관련성을 보인다고 생각되는 연결점에 근거를 구하며, 셋째로 국제민사소송법상의 일반원리(신의칙, 권리남용금지 등)에 비추어 관할원인 이동의 남용 및 무관할의 항변권 남용의 유무를 심사한다. 밀접관련성의 판정에 있어서는 토지관할의 규정에 보이는 요소에 뿐만 아니라 계약체결지·사업활동지·증거의 집중 등을 고려할 필요가 있다.

40) BGH v. 8. 7. 1981, NJW 1981, 2644.

41) 제2초안에 대해서는 石黒一憲, “スイス國際私法 第2草案(1982年)について(1)”, 「法學協會雜誌」, 100卷 10號, 1983, 1989면 이하 참조.

42) 野村秀敏, “管轄の合意”, 「新版民事訴訟法演習」, 1983, 34면 이하.

### Ⅲ. 合意의 成立 準據法과 方式

#### 1. 合意의 成立 準據法

국제재판관할의 합의의 성립에 관한 문제, 즉 의사표시의 하자, 행위능력, 대리권의 문제 등은 어느 나라의 법을 준거법으로 하여 판단해야 할 것인가. 성립문제를 국제사법상 또는 국제민사소송법상의 당사자자치에 위임해야 한다고 하는 설<sup>43)</sup>을 취하면, 동일유형의 합의에도 성립준거법이 전혀 다른 경우가 생길 수 있어 통일적인 처리가 안될 뿐만 아니라 불공평한 결과를 초래한다.<sup>44)</sup>

이에 관하여 외국의 경우를 간단히 살펴보면, 영국의 판례는 관할의 합의의 validity를 결정하는 proper law가 영국법과 본질적인 점에서 다르게 되어 있는가 어떤가 하는 시점에서 성립문제를 평가하고 있다. 그리고 미국에서는 Bremen판결 이후, 합리성의 법리에 의한 일원적 평가가 정착되어 있다.<sup>45)</sup> 독일의 경우, 관할합의의 계약법적 측면을 강조하여 소송법적 관계에 관한 실체법적 계약으로 파악하고 그 귀결로 관할합의는 주된 계약의 준거법에 의하여 그 성립여부를 판단해야 한다고 주장하거나,<sup>46)</sup> 관할합의를 소송계약으로 파악하면서도 법정지의 소송법에 특별한 규정이 없으면 그 국가의 국제사법에 의하여 성립준거법을 정해야 한다고 하여 결과적으로 계약의 준거법에 따라야 한다<sup>47)</sup>고 하여 기본계약준거법설이 통설·판례이다. 일본의 경우에는 관할합의를 소송행위로서의 계약으로 보거나 그 성립의 문제를 국제재판관할권의 존부판단에 관한 문제로 보아 그 판단기준을 소송법에서 구하여 국제소송의 일반원칙에 따라 관할합의의 성립은 법정지의 소송법에 따라 판단하여야 하거나,<sup>48)</sup> 국제민사소송법에 의하여 평가된다고 해석해야 한다고 한다.<sup>49)</sup>

생각건대, 국제재판관할의 합의에 관한 성질결정 문제는 그 자체가 목적이 아니고 관할 합의에 적용될 법률이 소송법이 되어야 할지 실질법이 되어야 할지를 정하는데 의의가 있다 할 것이다. 따라서 그 성질을 획일적으로 결정할 것이 아니라 구체적 경우에 따라 어떤 법규를 적용하는 것이 타당한지를 살펴볼 필요가 있다. 성질론으로 보더라도 관할합의는 궁극적으로 소송법적 효과를 목적으로 하는 법률행위이기는 하나, 법원과 당사자간에 이루

43) 川上太郎, “專屬的裁判管轄約款の效力”, 『判例タイムズ』 256號 40-42면.

44) 石黒一憲, 「前掲 金銭取引と國際訴訟」, 129-133면.

45) 貝瀬幸雄, “前掲 國際的合意管轄の基礎理論(1)”, 1025면 이하

46) Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht, 1985, 47 : H. Nagel, Internationales Zivilprozeßrecht, 2Aufl., 1984, Rdnr. 123 : BGHZ 49, 384(386) : 57, 72(75).

47) Rosenberg/Schwab, supra note 16, at 202 : Stein/Jonas/Leipold, Kommentar zur ZPO (20. Aufl. 1978), at 383.

48) 池原季雄, “前掲論文”, 36면 ; 川上太郎, “前掲論文”, 42면.

49) 貝瀬幸雄, “前掲 國際的合意管轄の基礎理論(2完)”, 1373면.

어지는 좁은 의미의 소송행위와는 달리 당사자간에 계약형태로 이루어지며, 그 자체로서 소송에 직접적인 효력을 미치는 것이 아니라 당사자가 법원에 대하여 관할의 합의를 주장한 때에 비로소 소송에 영향을 미치게 된다는 점에서 그 사법계약으로서의 성질도 부인할 수는 없기 때문이다.

국제재판관할의 합의의 성립을 법정지의 소송법에 의하여 판단하여야 한다는 견해도 계약의 성립에 관한 한 이를 규율하는 법규가 소송법에는 없으므로 사법규정을 유추적용할 수밖에 없고,<sup>50)</sup> 또 소송대리나 소송능력 등 좁은 의미의 소송행위에 적용되는 민사소송법의 규정을 국제재판관할의 합의에 대해서는 그대로 적용할 수 없다고 하는 점<sup>51)</sup>에서 알 수 있듯이, 관할합의의 성립에 관한 문제는 효력에 관한 문제와는 달리 실질적으로 보아 사법의 영역에 속하는 것이라 하겠다. 그렇다면 국제재판관할의 합의의 성립문제는 사법이 직접 적용되어야 하고, 그렇게 되면 합의의 섭외성으로 인하여 저촉법의 문제가 일어나게 되므로 결국 그 성립의 문제는 법정지의 국제사법이 지정하는 사법에 의하여 판단되어야 할 것이다. 즉 기본계약과 마찬가지로 섭외사법 제9조에 의하여 먼저 당사자의 의사에 따라 준거법을 정하고, 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우에는 행위지법에 의하게 되며, 독자적인 연결점이 규정되어 있는 행위능력 등의 경우에는 그 규정에 따라 준거법이 결정되어야 한다. 그렇게 되면 섭외사건에 대한 국제적 판단일치의 요구도 충족되게 된다.<sup>52)</sup>

## 2. 合意의 方式

국제재판관할의 합의의 방식에 관해서는 어떤가. 합의의 방식의 문제는 성립의 문제와는 달리 법정지인 우리 나라의 민사소송법이 적용되어야 할 것이다. 관할합의의 방식에 관하여는 우리 민사소송법 26조 2항이 이를 규정하고 있어 소송법상의 문제로 보아야 할 것이므로 섭외사법 제10조에 의한 준거법의 지정이 개입될 여지가 없기 때문이다. 다만 관할합의는 서면으로 해야 한다는 규정, 즉 합의의 '서면성'의 문제에 관해서는 국제재판관할의 합의에도 그대로 적용되어야 할 것인지는 명백하지 않다.

합의의 서면성의 문제에 관해서 영미법에서는 특히 엄격한 방식을 요구하지 않고, B/L을 일방적으로 송부한 경우에도 일반적인 기준에 의하여 평가하고 있다. 독일의 경우 상인간의 국제재판관할의 합의에는 엄격한 의미에서의 '서면'은 요구되지 않지만, 최소한 합의의 성립을 증명하는 어떤 문서가 필요하다고 하고 있다. EC법원은 보통거래약관이 상거래에 이용된 경우에도 EC조약 17조에서 말하는 '서면'의 요건을 엄격히 해석해 왔는데, 1978

50) 川上太郎, "前掲論文", 30면.

51) Rosenberg/Schwab, supra note 16, at 371 ; Stein/Jonas/Leipold, supra note 47, at 383.

52) 이호정, 「국제사법」, 경문사, 1981, 155면 ; 이인재, "전제논문", 633면.

년의 확대EC조약(미발효)은 국제상관습의 존중이 조약 17조에서 명문화되었다. 즉, 합의의 성립을 증명하는 어떤 문서는 필요하지만, 그 이상으로 엄격한 방식을 요구해서는 안된다고 하는 경향이 보인다.<sup>53)</sup>

우리 나라와 마찬가지로 국제재판관할의 합의에 관한 별도의 직접적인 규정이 없는 일본에서는 앞에서 살펴본 일본대법원 1975. 11. 28 판결을 통하여 이 문제를 해결하고 있다. 이 판결은 일본민사소송법 25조 2항(우리 민소법 26조 2항과 동일)의 취지를 참작하여 조리에 따라 결정할 것이라고 하면서, 적어도 당사자 일방이 작성한 서면에 특정국가의 법원이 명시적으로 지정되어 있어 당사자간에 합의의 존재와 내용이 명백하면 충분하다고 하고, 송하인의 서명이 없는 선하증권상의 관할약관의 효력을 인정하고 있다.

이상과 같은 합의의 방식의 완화의 흐름 가운데서, 스위스국제사법 제2초안 5조 1항은 "특정한 법률관계로부터 생긴 재산법상의 청구에 관하여 현재 또는 장래의 법적 분쟁에 관해서 당사자는 서면, 전보, 또는 텔렉스에 의하여 재판적합을 합의할 수 있다"고 정하고 있다. 즉 동조는 '서면'요건을 엄격하게 해석하기 때문에 '서면'개념이 포함된 합의의 방식 전반을 확대함으로써 국제거래의 요청에 부응하고 있는 것이다.

이 초안과 같이 명문화하는 것이 가장 확실한 방법이지만, 민사소송법 26조 2항의 해석에 의하여 충분히 처리할 수 있다고 생각한다. 그리고 '서면성'을 판정하는 지표로 되는 것은, 당해 문서에 관할의 합의가 명확하게 또 합의의 효과가 예측가능하게 기재되어 있는가 여부일 것이다. 따라서 기본계약이 약관에 계약의 구체적 내용을 맡기고 있고, 당해 약관 중에 관할의 합의가 기재되어 있는 경우에는, 수락자에게 약관이 송부되고, 그 내용이 알 수 있는 상태로 되어야 한다고 생각된다. 서신이나 전보의 교환, 텔렉스, 도 국제소송의 경우는 원칙적으로 민사소송법 26조 2항의 '서면'으로 평가될 수 있다. 다만, 당사자의 법적 지식·교섭능력에 상당한 차이가 보이는 경우(노동계약, 기업과 소비자간의 계약의 대다수가 이에 해당될 것이다), 단순한 약관 등의 일방적 송부만으로는 불충분하고, 관할의 합의가 기재된 동일서면에의 양당사자의 서명, 또는 서면의 교환을 요구하는 해석론도 가능할 것이다.

그런데, 원고는 의무이행지의 합의를 통하여 자기에게 일방적으로 유리한 국제적 재판관할을 취득할 수 있고, 이것은 간접적인 국제적 재판관할의 합의로서 기능을 가질 것이다. EC법원 판례<sup>54)</sup>는 ①조약의 체계상 이행지의 관할과 합의관할은 별개의 개념이다. ②합의관할은 합의의 요건의 존재 이외의 객관적 관련(예컨대 이행지와 연결)을 불필요하기 때문에 결국 양자는 다르며 이행지의 합의는 무방식으로도 좋다고 하였다. 그렇지만 이렇

53) 이에 관한 판례 North River Insurance Co.v. Fed Sea/Fed Pac Line, 647 F. 2d 985 (9th Cir. 1981) 및 Roach v. Hapag-Lloyd, A. G., 358 F. Supp. 481 (N. D. Cal. 1973)은 모두 B/L중의 관할조항에 Bremen판결의 기준을 적용하고 있다.

54) 56/79 Siegfried Zelger v. Sebastiano Salinitri, 17. 1. 1980(1980) 2 CMLR 635.

게 원고에 의하여 일방적으로 유리한 재판적을 무방식으로 창출시키는 것은 문제가 있다. 그리고 ZPO 29조 2항도 38조와 동일한 범위에서 이행지의 합의를 제한하고 있다. 따라서 관할의 합의와 이행지의 합의는 방식·적법요건도 함께 동일한 규제를 받는다고 해석해야 할 것이다.<sup>55)</sup>

#### IV. 合意에 관한 證明責任

국제재판관할의 합의를 둘러싼 증명책임의 문제에 관하여 살펴보면, 우선 국제재판관할의 존부는 법원이 직권으로 고려해야 할 사항이고, 그 판단의 자료는 직권으로 탐지해야 할 것이다.<sup>56)</sup> 그 이유는 공익성이 강하기 때문인데, 국제소송의 경우에는 각 법정지의 소송절차가 이질적이고 국제적 규모의 재판거절의 방지·절차적 보장의 충실이 필요하기 때문에 법원의 적극적 개입이 요청되는 것이다. 이러한 해석은 민사소송법 29조에 근거한다. 국제재판관할의 합의의 경우에도 관할조항을 기재한 서면은 직권탐지의 대상으로 되고, 관련성의 문제를 포함한 적법요건도 마찬가지이다.<sup>57)</sup> 그렇지만 어떤 사항에 관하여 직권으로 조사해도 역시 진위불명(non-liquet)인 경우의 증명책임의 분배는 어떻게 할 것인가. 국제재판관할의 합의가 존재하는데 대한 증명책임은 합의의 존재·성립을 주장하는 당사자가 부담한다.

다음으로, 관련성의 문제의 증명책임은 어떤가. 외국법원의 전속관할의 경우, 영국의 *The Eleftheria* 판결은 합의된 법정지와 피고와의 매우 현실적인 관련(영업의 본거의 존재)을 중시하고 있으며, *James & Hazard*<sup>58)</sup>는 합의된 법정지와 거래간의 최소한의 관련을 요구하고 있다. 우리의 해석론으로서도 이미 말한 바와 같이 합의에 관하여 당사자에게 공격방어를 다하여, forum shopping을 방지한다고 하는 견지에서 합의된 법정지와 관련성은 피고가 입증해야 할 합의의 접법요건이라고 해야 할 것이다. 그렇지만, 관할의 합의가 기재된 서면의 존재에 의하여 합의의 존재가 추정되므로, 이 관련성요건은 현실의 관련(피고의 생활·영업의 본거의 존재)으로 충분할 것이다. 그리고, 소제기지와 사안과의 매우 밀접한 관

55) Lüderitz, Fremdbestimmte Internationale Zuständigkeit?, in : F Schr. für K. Zweigert (1981), at 246도 이행지의 합의에 관하여, 관할의 합의와 동등한 독립한 합의방식을 요구한다.

56) 新堂幸司, 「前掲書」, 59면.

57) vgl. Wirth, Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr, NJW 1978, at 463-464. 관할의 합의의 존부·성부의 증명책임은 법정지법에 의하여 결정된다고 해석해야 할 것이다. 입증해야 할 법률관계가 모두 법정지 국제민사소송법을 기준으로 하기 때문이다 : Kegel, Internationales Privatrecht (4. Aufl. 1977), at 486.

58) *James & Hazard*, Civil Procedure (2d ed. 1977), at 646.

련은 예외적 무효원인으로서 원고가 입증해야 할 것이다. 이렇게 해석하지 않으면, 사안과의 밀접관련성이 합의된 법정지와 소재지가 동등한 경우, 또는 각국과의 관련성의 강약이 non-liquet의 경우(다만 합의된 법정지와 관련성이 결여된 경우는 제외)에 피고를 패소시키게 되고, 관할의 합의의 원칙적 유효성을 승인한 것과 모순되기 때문이다.

그런데, 우리 나라의 법원의 전속적 합의의 경우, 우리 나라는 합의된 법정지임과 동시에 소재지가이기도 하고, 우리 나라에서의 다른 소송을 지연시키는 악영향을 주는지 여부도 배려할 필요가 있으므로 적어도 우리 나라와의 현실의 관련이 존재하는 것이 필요하고 그 점에 관해서는 원고가 입증해야 할 것이다. 피고가 자기의 생활·영업의 본거와 매우 밀접한 관련성을 가지고 있는 것을 입증한다면 합의의 효력은 부정될 수 있다.

외국법원에 합의의 경우에는, 그 법원이 당해 사건을 수리할 것, 즉 사법조직이 정상적으로 기능하고 있고, 또 국제재판관할을 가지는 것에 대한 증명책임을 관할의 합의를 주장하는 당사자가 부담한다. 소의 수리라고 하는 요건은 국제적 규모의 재판거절을 방지하기 위하여 우리 나라의 국제재판관할을 배제하는데 필요한 요건으로 해야 할 것이다. 또 통상의 경우, 합의를 주장하는 당사자는 자기의 본국의 전속관할을 합의하기 때문에 '증거의 거리'를 생각해도 이렇게 해석하는 것이 타당하다.

외국 내지 국내법원에 의하여, 판결의 승인가능성·집행가능성을 요건화해야 할 것인가. 당사자는 권리보호의 이익을 포기할 수 있으므로 승인·집행가능성을 요건화할 필요성이 없다고 생각할 수도 있으나, 당사자가 실효성이 없는 판결의 취득을 합의의 내용으로 했다고는 생각할 수 없기 때문에 찬성할 수 없다. 영국에서는 외국판결의 영국에 있어서의 집행가능성을 담보가 제공되고 있는가 아닌가 하는 사실과 마찬가지로 중시된다. 독일의 통설은 승인가능성 및 집행가능성의 예측은 당사자나 법관 모두에게 곤란하다고 하여 이것을 유효요건에서 제외시키고 있다. 소수설도 외국에서의 권리보호와 국내에서의 권리보호의 등가성을 구한다고 하는 견지에서 승인가능성만을 요건화하는가, 집행가능성을 중시하는가로 나누어진다.

우선 집행가능성의 문제를 검토한다. 왜냐하면, 외국에 집행가능한 재산이 원고의 청구액 이상으로 존재한다면, 우리 나라에 있어서 승인되지 않아도 권리보호를 부정하는 것은 아닐 것이기 때문이다. 중요한 것은 그 합의된 외국에 집행가능한 피고의 재산이 존재하지 않는 경우, 또는 원고의 청구의 일부를 충족시키는 정도밖에 존재하지 않는 경우이다.<sup>59)</sup> 그리고 이것을 어떻게 어디까지 조사할 수 있는가. 관할의 합의를 행하는 경우의 당사자의 통상의 의도·권리보호의 관철·국제민사소송법상의 신의칙 등에 비추어 보면, 피고의 영업재산이 집중하고 있는 곳 또는 원고의 청구액을 넘는 정도의 재산이 존재하고 있는 곳

59) vgl. Jakobs, Vorprozessuale Vereinbarungen über die deutsche internationale Zuständigkeit (1974), at 128.

에서 합의된 법원의 판결이 승인·집행되는 것이 필요하다. 그리고 이러한 승인·집행가능성이 결여되고 있다면 예외적으로 합의의 유효성을 주장할 수 없다고 파악할 수 있기 때문에, 그 증명책임은 관할의 합의의 무효를 주장하는 당사자가 부담할 것이다.<sup>60)</sup>

다음으로, 판결이 실효성이 없다고 하기 위한 또 하나의 요건, 즉 승인가능성의 문제인데, 이것은 양국의 승인요건의 비교에 의하여 결정될 것이고, 국내법질서의 급격한 변동이 없는 한 객관적 확정이 가능하다. 승인요건의 비교검토는 상당히 곤란하지만, 결국 관할의 합의를 평가하는 시점에서 어디까지 엄밀히 승인요건의 형량을 요구하는가 하는 문제로 귀착된다고 할 수 있다. 양당사자가 충분한 교섭을 거치고, 피고의 재산이 존재하지 않는 중립적인 법정지를 합의한 경우에는 그 제3국의 판결이 피고의 본거 또는 우리 나라에서 승인되는 것이 필요하다. 결국, 합의된 법정지에 집행가능한 재산이 집중되어 있지 않고, 또한 원고의 청구액 미만밖에 존재하고 있지 않는 경우에, 피고의 영업의 본거 등과 그 법정지 간에 승인가능성이 존재하지 않는 경우에는 국제민사소송법상의 신의칙에 의하여 예외적으로 관할조항의 원용이 허용되지 않는 것이라고 해야 한다.<sup>61)</sup>

## V. 合意의 適法要件

1. 관할의 합의는 제1심 재판절차의 토지관할 및 사물관할에 한한다(민사소송법 26조 1항). 국제소송에 있어서도 당사자의 심급의 이익은 보장되어야 하므로 국제재판관할의 합의의 경우에도 이 요건이 주어진다. 다만 명시적으로 상소법원이 지정되어 있지 않은 한, 이 요건은 충족된다고 해석해도 좋다. 독일에서는 국제재판관할의 합의와 동시에 국내토지관할의 합의도 이루어지고 있지 않으면 안된다(즉, 제1심법원이 특정되어 있지 않으면 안된다)고 하는 것이 통설적 견해인데,<sup>62)</sup> 국내토지관할의 분배는 법정지법에 의하여 독자적으로 행해지면 충분하다. 그리고 이 경우에는 이송이 가능하므로 원고 측의 일방적인 법원의 선택으로 피고가 농락당할 가능성도 적다.<sup>63)</sup>

2. 관할의 합의는 일정한 법률관계에 기인한 소에 관한 것이어야 한다(민사소송법 26조 2항). 마찬가지로 국제재판관할의 합의도 일정한 법률관계에 기인한 소에 관하여 체결되지 않으면 안된다. 이것은 합의의 구체적 효과를 당사자에게 예측가능한 것으로 하기 위한 것이고, 특히 국제재판관할의 합의의 경우에는 대상이 특정되지 않으면 어떤 법정지에서 모

60) vgl. Hoffmeyer, Die Gerichtswahlklausel im Konnossement (1962), at 107.

61) vgl. Stein/Jonas/Leipold, supra note 47, at 368.

62) Rosenberg/Schwab, supra note 16, at 94 ; Schütze, supra note 46, 54 ; H. Nagel, supra note 46, at 129.

63) 貝瀬幸雄, 前掲“國際的合意管轄の基礎理論(2完)”, 1389면.

든 법률관계에 기초한 소송을 배제하는 소권의 포기과 같은 결과를 가져오기 때문에 대상이 되는 법률관계의 특정성은 필수적이다. 그리고 특정성의 정도도 효과의 예측가능성이라고 하는 기준에서 합목적적으로 결정해야 할 것이고, 단지 계약의 종류를 특정하는 것만으로는 충분하지 않으며 다른 동종의 계약과 구별가능한 정도에까지 특정되어 있을 것을 필요로 한다고 생각한다.

3. 우리 민사소송법 28조는 소에 관하여 전속관할의 정함이 있는 경우에 관할에 관한 합의할 수 없다고 규정한다. 말하자면 독촉절차, 강제집행절차, 회사관계소송, 기타 전속관할이 법정되어 있는 사건에 있어서는 관할의 합의가 허용되지 않는다.<sup>64)</sup> 이 조항은 심리의 적정·신속이라고 하는 공익적 요청에 의하여 마련된 것이며, 국제소송에 있어서도 다른 법원에 의해서는 적정·신속한 심리가 기대될 수 없고, 또 심리의 결과에 관하여 소재지가 중대한 이익관계를 가지는 경우에는 동조에 의하여 규율될 것이다. 예컨대, 파산사건이나 회사관계소송 등은 법정지의 경제질서의 변경·재편성과 관계가 있고 다수인의 이해관계에 영향을 주기 때문에,<sup>65)</sup> 우리 나라와의 밀접관련성이 강하다고 하는 조건하에 민사소송법 28조에 의하여 국제재판관할의 합의는 배제될 것이다.

그런데, 부동산소재지는 민사소송법 18조에 의하여 임의관할이 인정되고 있는데 그친다. 부동산의 경우는 토지관할과 국제재판관할과는 이익상황이 매우 다르고 사인간의 합의에 의하여 타국내의 부동산의 배타적 지배에 관하여 외국법원이 판단하여도 그 판결의 승인이나 법률관계의 공시라는 점에서 문제가 있으므로 직접 부동산소재지에 국제적 전속관할을 인정하는 것은 의문이고,<sup>66)</sup> 역시 밀접관련성을 기준으로 평가해야 할 것이다. 민사소송법 19조가 임의관할로 하고 있는 등기·등록지도 국제소송에 있어서는 마찬가지로 평가를 행해야 한다(상표·특허의 문제도 포함).<sup>67)</sup> 우리 나라 법원에의 합의(Prorogation)의 경우, 외국법원이 그 외국법상 전속관할을 가지고 있는지 여부는 문제되지 않는다. 그러나 우리나라의 국제민사소송법 독자의 입장에서 강한 밀접관련성을 기준으로 민사소송법 28조가 인정하고 있는 상황이 존재하는가 어떤가를 평가하는 것은 관계없고, 오히려 현저한 소송의 지체를 피하고 다수의 이해관계인의 절차적 보장을 위하여 필요하다. 따라서 위에서 언급한 사건에서는 우리 나라에의 Prorogation도 경우에 따라서는 부정될 수 있을 것이다.<sup>68)</sup>

64) 송상현, 「전개서」, 92면.

65) 新堂幸司, 「前掲書」, 62면 : 齊藤秀夫, 「民事訴訟法」, 有斐閣, 1982, 162면.

66) 특히 石黑一憲, 「前掲 現代國際私法(上)」, 268면 이하.

67) 김제상, “외국판결의 승인과 집행”, 「사법론집」 제6집, 485-486면 : Rosenberg/Schwab, supra note 16, at 219ff에서는 부동산소재지, 등기·등록지 등의 국가에 국제적 전속관할을 인정하고 있다.

68) 이시윤, 「민사소송법」, 박영사, 1998, 110면은 우리나라의 법원을 관할법원으로 하는 국제적 관할합의가 외국의 전속관할을 침해하는 경우에도 그 관할합의는 무효라고 한다.

## VI. 合意의 效果

1. 통상의 관할의 합의에는 특정한 법원에 대해서 관할권을 인정하고 그 밖의 다른 법원의 관할권을 배제하는 전속적 합의와, 법정관할 이외에 다른 법원을 부가하는 부가적 합의가 있다. 관할의 합의를 함에 있어서 명시적으로 '전속적' 또는 '부가적' 합의를 하였을 때는 합의된 바에 따른다. 그러나 그 관할합의가 어느 쪽인지 명확하지 않을 경우는 문제이다. 우리 나라의 통설·판례<sup>69)</sup>는 당사자의 의사를 합리적으로 해석하여 결정할 것이나, 원칙적으로 부가적 합의관할을 정한 것으로 보아야 한다고 한다.

그러나 국제적 관할합의가 전속적 합의인지 부가적 합의인지 명확하지 아니한 경우 전속적 합의로 보는 것이 당사자의 의사에 합치한 것으로 본다는 견해<sup>70)</sup>가 있다. 그 이유는 민사 및 상사사건에 있어서 재판관할과 판결의 집행에 관한 유럽공동체협약 제17조도 관할법원이 합의되면 그 법원은 전속적으로 관할권을 행사한다고 규정하고 있고, 위 협약의 1978. 10. 9. 개정안이 같은 규정을 둔 것도 국제적 관할합의에 있어 당사자는 일반적으로 전속적 합의를 의도한다고 본 때문이라고 한다.

국제재판관할의 합의가 전속관할을 정하는가 어떤가의 해석에 관하여 영국은 합의의 proper law에 의한다고 하고 있는데, 전속관할의 합의로 해석되어도 소송을 중지시키는 법원의 재량권이 남는다.<sup>71)</sup> 그런데 독일과 일본에서는 합의의 해석이 국제재판관할의 결정에 밀접한 관계를 가지기 때문에 이것은 소송법적 문제이고 합의의 해석도 법정지법에 의한다고 한다.<sup>72)</sup> 관할의 합의가 원칙적으로 전속관할을 정한 것으로 해석해야 하는가(전속성의 추정), 그렇지 않으면 문언 등 제 요소를 평가하여 합의에 의하여 정해진 관할의 성질을 결정해야 하는가.<sup>73)</sup> 국제재판관할의 합의에 있어서도, 단일한 법정지를 합의하는 것에 한하지 않고 복수의 법정지를 경합적으로 정하는 경우도 있고,<sup>74)</sup> 뿐만 아니라 서로의 본국을 합의하는 상호적 관할조항(reciprocal jurisdiction clause)도 있을 수 있다. 그리고 합의형성과정이 유명무실화하고 있는 경우에는 전속성의 추정이 당사자의 이익과 반드시 합치된다고는 할 수 없을 것이다. 따라서 전속관할의 합의인가 아닌가는 어디까지나 합의의 형성 과정에 입각한 객관적 해석에 의하여 탐구될 필요가 있고, 특정의 법정지는 특별히 다른 국제재판관할을 배제하는 취지인가 어떤가를 합의의 특질을 고려하여 판단해야 한다.

69) 송상현, 「전게서」, 93면 ; 이시윤, 「상게서」, 103면 ; 강현중, 「전게서」, 106면 ; 김상원, 「관할의 합의」, 「법조」, 1972.9. 90면 ; 대판 1963. 5. 15. 63다111. 대법원판결집 제11권 제1집, 309면.

70) 이인재, 「전개논문」, 631면 ; 川上太郎, 「前掲論文」, 42면.

71) Kahn-Freund, Jurisdiction Agreements, 26 ICLQ., at 849 ff.

72) 貝瀬幸雄, 「前掲 國際的合意管轄의基礎理論(2完)」, 1388면.

73) 전속성의 추정은 인정하지 않는다고 하는 것이 독일의 통설이다 ; 貝瀬幸雄, 「上掲論文」, 1403면.

74) Gruson, Fourm-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements, Univ. Ill. L. Rev. (1982) at 192.

이와 같이 국제재판관할의 합의의 효력이 인정되는 경우, 영국법에서 보이는 것처럼 소송의 증지가 가능할 것인가. 소송절차의 증지의 가능성은 주로 국제적소송경합을 둘러싸고 논의되고 있는데, 소의 각하로 부적합한 경우에 민사소송법 223조, 224조에 의하여 '증지'를 명할 수 있다고 하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 영국에서는 재량에 의하여 소송의 증지가 폭넓게 이용되고 있는데 비하여, 우리 나라에서는 절차의 '증지'는 어디까지나 예외에 그치는 것이며, 더구나 당사자의 상소를 허용하게 되므로 이러한 것이 실효성이 어느 정도인가 의문이다. 절차의 '증지'제도도 좋지만, 독일의 학설이 유력하게 주장하고 있는 '긴급관할(Notzuständigkeit)'의 법리가 우리 나라에도 귀중한 시사를 줄 것이라고 생각한다. 즉 긴급관할이란, ①국제재판관할의 소극적 저촉(법률상 또는 사실상의 이유로 외국법원의 판결이 취득될 수 없는 경우), ②외국판결이 독일에서 승인되지 않는 경우 등에 해당되면 재판거절을 방지한다고 하는 견지에서 국가는 국내의 관할법원에 절차의 재시도를 위임할 의무를 진다고 하는 법리이다.<sup>75)</sup> ②에 관해서는 예컨대 국내에 재산이 존재하기 때문에 독일에서 권리보호의 필요가 존재하는 경우가 거론되고 있고, 이러한 긴급관할에 의한 사후적 조정은 이미 국제적 합의관할의 영역에 있어서도 Kropholler가 제창하고 있다. 그리고 스위스국제사법 제2초안이 이 긴급관할을 명문화하여, "이 법률이 관할을 규정하지 않고, 또 외국에서의 절차가 가능하지 않을 때에는 당해 사실관계와 충분한 관계를 가지는 곳인 스위스의 법원 또는 관청이 관할을 가진다(초안 3조)"고 한 것은 주목할 만 하다. 이러한 긴급관할의 법리를 국제재판관할의 합의에도 도입한다면 국내에서의 소의 각하 후에 판명된 국제적 재판거절을 초래하는 사태의 사후적 조정을 피할 수 있다고 생각한다.

2. 국제재판관할 합의의 효력의 발생이 인정된다 해도 그 효력의 범위에 관하여 다양한 문제가 발생되는데 그 주요한 것을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 우선, 기본계약과 함께 체결된 국제재판관할의 합의의 효력이 불법행위에 기한 청구에 미치는가 어떤가 하는 문제에 관하여 살펴보자. 영국의 경우, The Sindh판결<sup>76)</sup>은 기본계약준거법에 의하여 이 문제를 처리했는데, The Makefjell판결은 법정지법에 의하여 당사자의 의도를 해석하고, 원고가 청구원인의 구성시에 관할조항의 구속을 벗어나는 것을 방지하였다. 소송원인의 이용가능성은 법정지법에 의한다고 하는 것이 영국의 통설이라고 생각된다. 독일의 학설·판례도 영국의 통설과 같이 동일한 생활관계에서 생기는 청구권의 법적 구성 여하에 의하여 관할합의의 효력범위는 좌우되지 않는다고 하고 있다. 이러한 문제는 합의의 합리적인 해석에 의하여 결정되어야 하고, 법정지 국제민사소송법을 기준으로 하는 것이 타당하다. 그리고 해석에 있어서는 그 청구가 관할조항의 효력의 범위내라고 해도 당사자의 예측가능성을 해치지 않는가를 기준으로 해야 할 것이다. 더구나 독일의 학설

75) Zöller/Geimer, supra note 25, at 68 ; Herrmann/Basedow/Kropholler, supra note 26, at 272 ff.

76) The Sindh, (1975) Lloyd's L. Rep. 372 ; 貝瀨幸雄, "前掲 國際的合意管轄의基礎理論(1)", 1003면.

이 지적하는 바와 같이 동일한 사실관계로부터 생기고 있는 한 많은 청구권의 관할을 집중시킨다고 하는 이익도 존중하지 않으면 안된다. 따라서 원고 측의 청구의 법적 구성 여하에 따라서 법정지가 다르게 되는 불합리한 해석은 배척된다.

(2) 국제재판관할의 합의에 반하여 일방당사자가 소를 제기한 경우, 그 자는 같은 법정지에서 피고가 제기한 반소에 대하여 관할의 합의를 주장할 수 있는가. 독일의 통설·판례는 이를 긍정한다. 반소는 독립한 소이지만 이러한 소송이 인정되는 이유는 피고에게도 본소절차를 이용할 기회를 인정한다고 하는 원고·피고간의 공평과, 심판의 중복·불통일을 피하는데 있고, 특히, 이중기소의 금지를 널리 인정하는 학설에서 보면, 동일소송절차 내에서 반소를 제기할 기회는 가능한 한 널리 인정되지 않으면 안된다.<sup>77)</sup> 또 본소와 반소의 관련성이 밀접한 경우(국제민사소송에 있어서도 절차의 혼란을 피하기 위하여 민사소송법 242조 1항과 같은 취지의 '관련성'은 요구되어야 한다),<sup>78)</sup> 즉 본소와 반소의 소송자료의 대다수가 공통하는 경우, 이송제도나 상고심에 의한 판례의 통일기능도 존재하지 않는 국제소송에 있어서는 통일적 심리의 필요가 크다. 더구나 원고가 관할의 합의에 반하여 소를 제기한 것은, 피고에게는 어디까지나 우연한 은혜이고 피고는 그 이상의 이익은 얻을 수 없다고 할 수도 있는데,<sup>79)</sup> 원고의 관할조항의 원용이 국제민사소송법상의 신의칙에 반해서는 안된다. 요컨대, 본소와 반소의 관련성이 밀접한 경우에는 원고가 본소의 제기에 의하여 관할의 합의를 일반적으로 포기한 것은 아니라는 것을 보이는 것이 필요할 것이다. 민사소송법 242조 1항 단서는 반소청구가 다른 법원의 전속관할에 속할 때는 반소를 금하고 있고 전속적 합의관할도 이에 포함된다고 해석하고 있다.<sup>80)</sup> 그렇지만 전속적 합의관할은 국제민사소송법상의 전속관할로 평가해야 하는가는 의문이고 국내 민사소송법에 비하여 반소에 수반하는 이익상황에도 증대한 것이다. 따라서 당해 합의가 민사소송법 242조 1항에서 말하는 '전속성', 즉 반소를 배제할 만큼의 효과를 국제민사소송법상도 가지고 있는가 어떤가 하는 해석문제로 귀착한다고 생각한다.

(3) 독일 BGH의 한 판례<sup>81)</sup>는 국제재판관할의 합의에는 소송상의 상계금지의 취지가 포함되어 있다고 하여 위의 (2)와 같은 상황하에서 관할의 합의가 있는 채권을 수동채권으로 한 상계를 금하였는데, 이것은 합의의 해석을 배제한 것인가 어떤가가 의문이다.<sup>82)</sup> 더구나

77) Eisner. Gerichtsstandsvereinbarungen und Widerklage im internationalen Wirtschaftsrecht. NJW 1970. at 2141.

78) Herrmann/Basedow/Kropholler, supra note 26. at 369-370.

79) BGH v. 8. 7. 1981. NJW 1981. 2644.

80) 新堂幸司, 「前掲書」, 466면.

81) BGH v. 8. 7. 1981. NJW 1981. 2644.

82) Herrmann/Basedow/Kropholler, supra note 26. at 425은 이 BGH판결을 인용하면서, 상계의 주장이 가능한가 어떤가는 개개의 경우의 모든 사정을 고려하여 당사자의사의 해석에 의하여 결정되어야 한다고 한다.

EC법원은 당사자의 독자적인 의사의 존중, 그리고 쓸모없는 절차의 회피라고 하는 견지에서 관할조항의 문언·정신에 반하지 않는 한도에서 상호적 관할조항에 관해서 상계를 허용하고 있다.<sup>83)</sup> 이러한 소송상의 상계가 긍정되는가 부정되는가는 관할의 합의의 해석에 의하여 처리되어야 할 것이다. 해석에 있어서는 ①관할의 합의 및 기본계약에 상계를 금지하는 뜻이 포함되어 있는가,<sup>84)</sup> ②관할의 합의에 있어서 양당사자가 충분한 교섭을 하였는가를 중시할 필요가 있다고 생각된다. ②의 사정이 인정되는 경우에는 상계의 주장은 국제민사소송법상의 신의칙에 반한다고 구성할 수 있고, 관할의 합의에 상계금지의 취지도 포함하고 있다고 하는 것이 가능할 것이다. ①·②의 모든 사정이 인정되지 않는 경우에는 수동채권에 국내의 국제적 재판관할이 존재하는 것을 전제로 하여, (a)자동채권에 관하여 우리 나라의 국제재판관할이 존재할 것 또는 (b)자동채권과 수동채권간에 밀접한 관련성이 있을 것을 조건으로 국제소송상의 상계의 항변은 허용될 것이다.<sup>85)</sup> 그 항변의 효과는 실제적 권리관계에 영향을 주는 한도에서 수동채권의 준거법에 의하여 결정된다고 해야 할 것이다.

(4) 반소와 같은 복수청구소송에 한하지 않고 다수당사자소송에 있어서 피고가 원고에 대하여 외국법원의 전속관할조항을 원용한 경우, 다수당사자소송인 것이 국제재판관할의 합의의 효력에 어떠한 영향을 미칠 것인가. 우선 합의의 제3자에 대한 효력의 범위인데, 소송계약의 효력의 주관적 범위 일반에 관하여 계약당사자의 승계인 등의 경우를 제외하고는 소송계약의 효력은 원칙적으로 계약당사자 이외의 제3자에게는 미치지 않는다고 하는 것이 일본민사소송법학의 통설이다.<sup>86)</sup> 따라서 통상의 공동소송인이나 소송고지를 받은 자에 대해서는 다른 공동소송인이나 고지자의 체결한 소송계약의 효력은 미치지 않는데, 필요적 공동소송의 경우에는, 소송계약의 효과가 공동소송인 전원에게 유리하다면, 민사소송법 63조 1항에 의하여 전원이 그 이익을 받게 된다고 한다.

국제민사소송법상도 어떤 공동소송인의 받은 판결의 효력이 다른 공동소송인에게 미치는 경우에는 기판력의 모순충돌을 피하기 위하여 위와 같은 해석론이 지지되어야 할 것이다. 다만, 이러한 필요적 공동소송의 대표적인 예인 회사관계소송은 우리 나라의 국제적 전속관할이 인정될 것이므로 관할의 합의는 배제될 것이다.

소의 주관적예비적병합의 경우에도 같은 문제가 생긴다. 앞에서 살펴본 The El Amria 판결은 국제적 판결의 모순저축을 피할 필요성을 중시하여, 피고의 일인이 원용한 외국법원의 전속관할조항의 효력을 부정하고 있다. 일본에서는 이러한 소송형태를 인용할 수 있다고 하는 견해도 유력하게 주장되고 있다.<sup>87)</sup> 이러한 견해에 의하면, 국제적인 다수당사자소

83) Gottwald, Die Prozeßaufrechnung im europäischen Zivilprozeß. IPRax 1986.10.

84) vgl. Geimer, NJw 1973. 952.

85) Herrmann/Basedow/ Kropholler, supra note 26, at 371-372.

86) 中野貞一郎編, 「民事訴訟法講義(補訂版)」, 有斐閣, 1980, 522면; 新堂幸司, 「前掲書」, 478면.

87) 中野貞一郎編, 「前掲書」, 527면 이하; 新堂幸司, 「前掲書」, 483면 이하.

송에서는 각 피고에 대한 청구간에 실질적 관련이 있고, 그런 까닭에 국제적인 판결의 조화를 도모할 필요가 높은 경우에는 우리 나라에의 증거 기타의 연결점의 집중이 현저할 것 또는 국제민사소송법상의 일반법리(특히 약자보호)상 원고를 보호할 필요성이 강할 것 등이 인정된다면, 민사소송법 22조에 의하여 주관적병합을 긍정하고, 외국법원의 전속관할의 합의를 배제하는 것도 가능하다고 해석할 수 있다.

(5) 다수당사자소송 외에 국제재판관할의 합의의 효력의 주관적범위가 문제로 될 수 있는 것은 보험대위의 경우나 유통성을 가지는 유가증권의 권면상 이러한 합의가 기재되어 있는 경우인데, 여기에서는 합의의 승계의 주관적범위에 관해서 검토해보고자 한다.

일본의 학설은 국제재판관할의 합의의 승계에 관해서도 민사소송법학상의 통설에 따라 국제민사소송법에 의하여 해결하고 있다.<sup>88)</sup> 즉, 관할의 합의를 사법상의 권리관계의 속성 내지 그 내용의 변경으로 파악하고, 합의의 효력은 포괄승계인에 대하여는 당연히 미치지 만, 특별승계인에 대해서는 당사자의 권리관계의 속성을 자유로 변경할 수 있는지 여부로 결정한다고 하고 있다. '포괄승계'인가 '특별승계'인가, 그리고 권리관계의 내용의 자유처분의 가부 등은 국내실질법을 참조하면서도 법정지 국제민사소송법에서 결정하게 될 것이다. 기본계약과 관할의 합의와의 '분리가능성'은 국제민사소송법상 인정될 수 있고, 그런 까닭에 기본계약의 해석을 전제로 해제에 의하여 생기는 권리의무를 다투는 소송이나 기본계약의 부존재확인소송에도 관할의 합의의 효력은 미칠 것이다.

이렇게 관할의 합의의 독자성을 강조하면 합의의 효력의 주관적범위는 사법상 법률관계의 주체인 지위와는 독립하여 소송당사자의 행위의 소송법상의 효과가 미치는 범위의 일반원칙의 유추에 의하여 결정해야 한다고 할 것이다. 그리고 이 학설에 의하면 기판력의 주관적범위에 관하여 민사소송법 204조를 중심으로 기준이 확정되어, 당사자적격의 승계인이 있으면 그 승계의 형태나 원인을 묻지않고 피승계인이 체결한 관할의 합의의 효력을 승계받게 된다. 다만, 이 유력설도 승계인이 자기 고유의 실체법상 인지되어 있는 공격방어 방법을 원용하여 피승계인이 체결한 소송계약의 효력을 면할 수 있다고 해석하고 있기 때문에 그 구체적 귀결에 있어서 통설과 어느 정도 다른 것인가 의문이 남는다.

사건으로는 이러한 실체법상의 지위의 이전에는 반드시 좌우되지 않지만 국제민사소송법상 당사자적격이 이전되는가 어떤가를 독자적으로 평가할 여지도 있는 것은 아닌가 생각한다. 그런데, 당사자적격의 승계라고 하는 수준에서 이익형량을 하는 것보다도 기본계약 내지 관할의 합의 자체에서 해석상 반대의 취지가 인정되지 않는 한 원칙적으로 당사자적격은 승계된다<sup>89)</sup>고 이해할 수 있다고 생각한다.

(6) 마지막으로 소재지에서 행해진 가압류는 국제재판관할의 합의의 효과에 어떠한 영

88) 高橋宏志, "國際裁判管轄", 『國際民事訴訟法の理論』, 有斐閣, 1987, 32면.

89) Stein/Jonas/Leipold, supra note 47. at 388.

향을 미치는가. 독일에서는 본안의 국제재판관할과 독립하여 가압류법원에도 국제재판관할이 인정되고 있고, 국제재판관할의 합의는 이러한 가압류관할을 배제할 수 있도록 되어있다. 다만, Geimer는 외국에서의 본안소송에 의하여 얻은 판결이 실효성을 결한 경우, 독일의 가압류에 기한 긴급관할을 인정해야 한다고 하여 원고의 보호를 꾀하고 있다.

그렇다면, 우리의 해석론으로서 ①가압류에 기한 국제재판관할은 인정되어야 할 것인가, ②국제재판관할의 합의는 가압류에 의한 관할을 배제할 수 있는가에 관하여 검토해보자. ①에 관하여 재산의 평가와 소송가액의 균형을 고려할 필요가 있고, 연결점의 집중도에 의한 종합적 이익형량의 여지가 남을 수 있다. 그러므로 다른 연결점 및 증거의 우리 나라에의 편재가 현저한 경우에 한하여 합의의 효력은 부정된다고 해야 한다. 가압류가 행해진다면 거기에서 바로 우리 나라의 국제재판관할이 결정되는 의미는 아니므로 독일에 있어서의 가장 소박한 이중의 기능론 하의 ②와 같은 문제제기는 조금 경직적이지만, 원칙적으로 ②는 긍정될 것이다.

## Ⅵ. 結 語

섭외적 요소를 수반한 민사분쟁은 이를 심리할 국제적 사법기관이 존재하지 않기 때문에 적어도 오늘날까지는 각국의 국내법원에서 심리된 판결을 받는다. 그래서 특정한 섭외사건에서 보면, 그것이 어느 나라의 법원에서 심리될 것인가가 문제로 되며, 특정 국가에서 보면 어떤 섭외사건을 자국에서 심리하는가가 문제로 된다. 이 문제를 국제재판관할이라 부른다. 국제재판관할은 당사자로 하여금 익숙하지 않은 언어·관습·법제도 아래에서 재판 받게 한다는 점에서 매우 중요한 문제가 될 뿐 아니라 법원으로서도 섭외사건을 어떻게 신속·적정하게 처리하느냐 하는 점에서 중요하다.

오늘날 국제거래가 활발해지고 또 이로 인한 분쟁이 날이 갈수록 늘어가면서 기본계약 체결할 때 국제재판관할의 합의를 하는 경우가 늘고 있으나 이에 관한 입법이 존재하지 않을 뿐 아니라 판례도 많지 않은 실정이다. 이러한 현실을 감안하여 본고에서는 서설에서 제시한 문제의식을 유지하면서 국제재판관할의 합의를 오로지 국제민사소송법의 시점에서 살펴보고 노력하였다. 국제재판관할 합의의 체계적 지위나 적법요건 등을 검토하면서 영미법과 독일, 그리고 일본의 판례를 분석하고, 그에 관한 학설을 검토하는 등 비교법적인 접근을 시도함으로써 국제민사소송법상의 이익형량을 도입하려고 노력하였다. 그러나 피해량이익을 자세히 분석하지는 못하였고, 앞으로 국제재판관할 일반의 문제에 관하여 보다 자세한 비교법적인 고찰을 전제로 한 종합적 검토가 필요할 것이다. 나아가 국제재판관할의 합의를 포함한 다양한 계약유형의 발굴과 그 특성에 따른 요건론을 구성하는 것도 앞으로 연구해나갈 과제의 하나이다.