

• 특별기고 •

외국판결과 외국중재판정에 관한 승인 및 집행에 있어서 공서의 의미

문 정 일
서울고등법원 판사

I. 서론

세계화가 진전되고, 외국과의 무역거래 비중이 갈수록 높아짐에 따라 국제적인 민·상사 분쟁 역시 계속하여 증가하고 있고, 그에 따라 외국법원의 판결이나 외국중재기관의 중재판정을 우리나라에 소재하는 재산에 집행하기 위하여 집행판결을 청구하는 사건 역시 증가하고 있다. 동일 분쟁에 관한 중복소송을 회피하고 국제간의 파행적인 법률상태나 모순판결을 방지하여 당사자의 섭외적 생활관계의 안정을 도모하며 신속하고 효율적으로 당사자의 권리를 보호한다는 점에서 외국판결 및 외국중재판정(이하 ‘외국판결 등’이라 한다)의 효력을 존중할 필요성이 있는 반면, 외국에서 벌어진 소송이나 중재가 공평하고 정당하며 우리의 법적 정의관념에 부합한다고 항상 보장할 수는 없으므로, 위와 같이 충돌하는 두 가지 가치를 이익형량하여 어떠한 경우 외국판결 등의 효력을 우리나라에서 그대로 인정할 수 있는지가 문제된다. 이 글에서는 외국판결 등을 우리나라에서 승인받고 집행할 수 있는 요건 중 특히 “공서(公序)”의 의미에 관하여 판례를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

II. 외국판결 등의 승인 및 집행요건

1. 외국판결 등의 승인과 집행

(1) 승인의 의미¹⁾

외국판결의 승인이라고 함은 외국판결의 효력을 우리나라에서 인정하는 것을 말하는 데, 우리나라의 다수설은 재판국기준설(裁判國基準說)을 취하여 승인요건을 구비한 외국판결은 재판국에서 부여되는 것과 동일한 효력을 한국에서 가지고 이는 판결효의 국내에서의 확장을 뜻한다고 한다. 이에 대하여 외국판결은 재판국과 승인국법에서 함께 인정되는 효력만을 가진다는 유력한 견해가 있다. 즉, 승인국법상 당해 외국재판에 상응하는 재판의 효력을 한도로 하여 재판국법에서 인정되는 효력을 인정한다는 견해로 독일의 실무라고 한다.²⁾

한편 승인의 절차는 이른바 자동적 승인(自動的承認)으로 승인의 요건을 갖춘 한 승인판결과 같은 특별한 절차 없이 승인되는 것이고, 외국판결의 효력이 문제되는 개개 사안의 심리시 승인의 요건을 갖추었는지 심리하여 승인의 요건을 갖추었다고 인정되면 그 외국판결을 내국판결의 전제로 하여 판결을 하면 되며, 따라서 집행력 이외의 판결의 나머지 효력인 기판력, 형성력, 참가적 효력 등에 대하여는 그 외국에서 효력을 갖는 시점에서 국내에서도 판결의 효력을 가지게 된다고 보는 것이 통설이다.

(2) 집행판결의 의미³⁾

외국판결의 효력 중 집행력은 기판력이나 형성력 등과 달리 자동적으로 승인국에서 인정되지는 아니한다. 이는 판결의 집행력이라는 것이 채무자가 명하여진 급부의무를 행하지 아니하는 경우에 당해 국가의 국가기관에게 그 의무내용을 강제적으로 실현시키도록 명하는 것에 본질이 있는 것이어서 그 강제력의 행사는 그 국가의 주권이 미치는 영역 내에 한정되기 때문이다.

이러한 집행판결을 구하는 소송의 성질에 관하여, 이행소송설, 확인소송설, 형성소송설의 대립이 있으나 본래 집행력을 가지지 아니한 외국판결에 대하여 국내에서 새로이 집행

1) 주로 외국판결에 관하여 승인의 의미에 관한 논의가 이루어지나, 중재판정은 당사자간에 확정판결과 동일한 효력을 가지므로(중재법 제35조), 이러한 논의는 그 성질에 반하지 않는 한 외국중재판정에 관하여도 적용된다.

2) 이러한 학설의 상세는 최공웅, “외국판결의 승인과 기판력”, 특별법연구 3권(1989. 3.), 박영사, 299면.; 석광현, 『국제사법과 국제소송(제1권)』, 박영사, 2002, 338면.

3) 중재판정의 경우에는 국내 중재판정이라 하더라도 집행을 위하여는 법원의 집행판결이 필요하다. 중재법 제37조제1항.

력을 부여하는 것이라는 형성소송설이 다수설이고 타당하다.⁴⁾ 즉 집행판결은 본질적으로 속지적인 효력을 갖는 집행력을 국내에서 새로이 부여한다는 점에서 승인과는 달리 판결 효의 부여에 해당한다.

한편 무엇이 채무명의가 되는가에 대하여 외국판결이 채무명의가 된다는 견해, 집행판결만 채무명의로 된다는 견해, 외국판결과 집행판결이 함께 채무명의가 된다는 견해가 대립하나, 외국판결만으로는 집행력이 현재화되지 않고, 집행판결이 청구권의 존부와 범위를 확정하는 것은 아니므로 외국판결과 집행판결이 일체로 채무명의가 된다고 본다.⁵⁾

2. 외국판결의 승인 및 집행요건

우리 민사집행법 제26조6)제1항은 외국의 판결에 기한 우리나라에서의 강제집행은 우리나라의 법원에서 집행판결로 적법함을 선고하여야 할 수 있다고 규정하고 있고, 민사집행법 제27조7)는 위의 집행판결은 그 재판의 당부에 관하여 조사하지 아니하고 하여야 하나, 그 외국판결이 확정된 것이 증명되지 아니하였거나 민사소송법 제217조의 요건을 갖추지 못하였을 때에는 그 소를 각하하여야 한다고 규정하고 있다. 한편 민사소송법 제217조8)는 외국판결이 우리나라의 법령이나 조약에 따른 국제재판관할의 원칙에서 정한 국제재판관할권이 있는 외국법원에서 선고된 판결이어야 하고, 피고가 소장이나 기일통지서 등을 공시송달이나 이와 비슷한 방식의 송달이 아닌 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간 여유를 두고 송달받았거나 또는 그 소송에 응소한 상태에서 선고되어야 하고, 그 판결의 효력을 인정하는 것이 우리나라의 선량한 풍속이나 사회질서에 반하지 않아야 하며, 그 외국과 상호의 보증이 있을 것이라는 요건을 모두 충족할 때 우리나라에서 효력이 인정된

4) 김상원 외(편)/서기석(집필), 『주석 민사집행법(제2권)』, 한국사법행정학회, 2003, 119면.; 석광현, 앞의 책, 347면.

5) 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 120면.

6) 제26조【외국판결의 강제집행】

- ① 외국법원의 판결에 기초한 강제집행은 대한민국 법원에서 집행판결로 그 적법함을 선고하여야 할 수 있다.
- ② 집행판결을 청구하는 소는 채무자의 보통재판적이 있는 곳의 지방법원이 관할하며, 보통재판적이 없는 때에는 민사소송법 제11조의 규정에 따라 채무자에 대한 소를 관할하는 법원이 관할한다.

7) 제27조【집행판결】

- ① 집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.
- ② 집행판결을 청구하는 소는 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 각하하여야 한다.
 1. 외국법원의 판결이 확정된 것을 증명하지 아니한 때
 2. 외국판결이 민사소송법 제217조의 조건을 갖추지 아니한 때

다고 규정하고 있다.

3. 외국중재판정의 승인 및 집행요건

이에 대하여 우리 중재법 제39조9)는 외국중재판정 중 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards를 말한다. 이 협약은 통상 ‘뉴욕협약’이라고 불린다.)¹⁰⁾의 적용을 받는 중재판정에 관하여는 위 뉴욕협약에 의하여 승인 또는 집행을 하고, 그렇지 아니한 외국중재판정에 관하여는 위에서 본 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조제1항 및 제27조의 규정에 따른다고 규정하고 있다.

그런데 우리나라는 뉴욕협약에 가입하면서 위 협약 제1조제3항에 따라, 다른 계약국¹¹⁾의 영토 내에서 내려진 중재판정의 승인과 집행에 한하여, 그 분쟁이 계약적 성질이거나 아니거나를 불문하고 우리나라법상 상사로 인정되는 법률관계로부터 발생하는 분쟁에만 위 협약을 적용한다는 유보를 달았고, 위 협약 제1조제1항은 집행국이 내국중재판정으로 인정하지 아니하는 중재판정에도 적용된다고 규정하고 있으며, 제7조제1항은 위 협약의 규정이 계약국에 의하여 체결된 중재판정의 승인 및 집행에 관한 다자 또는 양자협정의 효력에 영향을 미치지 아니하고, 또한 어떠한 관계당사자가 중재판정의 원용이 요구된 국가의 법령이나 조약에서 인정된 방법과 한도 내에서 그 판정을 원용할 수 있는 권리를 박탈하지 아니한다고 규정하고 있으므로, 원칙적으로 위 협약은 외국의 중재판정 또는 우리나라

8) 제217조【외국판결의 효력】

외국법원의 확정판결은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 효력이 인정된다.

1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것
2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것
3. 그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것
4. 상호보증이 있을 것

9) 제39조【외국중재판정】

- ① 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약의 적용을 받는 외국중재판정의 승인 또는 집행은 동 협약에 의한다.
- ② 민사소송법 제217조, 민사집행법 제26조제1항 및 제27조의 규정은 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약의 적용을 받지 아니하는 외국중재판정의 승인 또는 집행에 관하여 이를 준용한다.

10) 우리나라는 1973년 2월 8일 위 협약에 가입하였고, 위 협약은 1973년 5월 9일 조약 제471호로 발효되었다.

11) 현재까지 위 협약에 가입한 나라는 142개국이라 한다.

외교통상부 홈페이지(<http://www.mofat.go.kr/state/treatylaw/treatyinformation/index.jsp>) 참조.

라 내에서 이루어진 중재판정이라 하더라도 내국중재판정으로 인정되지 아니한 중재판정¹²⁾에 관하여 당사자가 위 협약에 따라 집행을 구하여야 하고,¹³⁾ 그 외국이 위 협약의 체결국이어야 하며, 우리나라법상 상사관계라고 인정되는 법률관계에서 발생한 분쟁에 관한 중재판정이어야 한다.

한편 뉴욕협약 제5조¹⁴⁾는 판정이 불리하게 원용되는 당사자가 무능력자이거나 중재합의가 무효라는 점, 또는 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 응할 수 없었던 정당한 사정이 있었던 점, 또는 중재판정이 중재합의에 정하지 아니한 사항에 관한 것이라는 점, 또는 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의나 그 국가의 법령에 합치하지 아니한다는 점, 또는 중재판정의 구속력이 아직 발생하지 아니하였거나 중재판정이 취소 또는 정지된 점을 입증하는 경우 그 중재판정에 관한 승인과 집행은 거부될 수 있고(제1항), 중재판정의 승인 및 집행을 요구받은 국가의 권한 있는 기관이 중재가능성¹⁵⁾이 결여되어 있다고 판단하는 경우나 그 중재판정의 승인이나 집행이 그

12) 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 111면은 이에 해당하는 예로 당해 분쟁에 우리나라와 무관한 외국적 요소만 있는 경우 또는 중재절차에 적용된 절차법이 외국법인 경우 등을 들고 있다.

13) 즉, 예를 들어 위 협약 제1조제1항에 의하여 외국중재판정으로 취급되는 국내에서의 중재판정에 관하여 집행을 구하는 당사자는 위 협약 제7조제1항의 규정에 따라 우리 중재법 제38조의 내국중재판정임을 주장하여 집행을 구하거나 또는 위 협약에 따라 중재법 제39조의 외국중재판정임을 주장하여 집행을 구할 수 있는 선택권을 가진다는 의미이다. 이에 대하여 반대설도 있다. 이에 대한 학설의 소개는 석광현, 『국제사법과 국제소송(제2권)』, 박영사, 2002, 494면 이하.

14) 제5조

1. 판정의 승인과 집행은 판정이 불리하게 원용되는 당사자의 청구에 의하여 그 당사자가 판정의 승인 및 집행을 요구를 받은 국가의 권한 있는 기관에게 다음의 증거를 제출하는 경우에 한하여 거부될 수 있다.
 - 가. 제2조에 규정한 합의의 당사자가 그들에게 적용될 법률에 의하여 무능력자였던가 또는 당사자들이 준거법으로서 지정한 법령에 의하여 또는 지정이 없는 경우에는 판정을 내린 국가의 법령에 의하여 전기 합의가 무효인 경우, 또는
 - 나. 판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 응할 수 없었을 경우, 또는
 - 다. 판정이 중재부탁조항에 규정되어 있지 아니하거나 또는 그 조항의 범위에 속하지 아니하는 분쟁에 관한 것이거나 또는 그 판정이 중재부탁의 범위를 벗어나는 사항에 관한 결정을 포함하는 경우. 다만, 중재에 부탁한 사항에 관한 결정이 부탁하지 아니한 사항과 분리될 수 있는 경우에는 중재부탁 사항에 관한 결정을 포함하는 판정의 부분은 승인되고 집행될 수 있다.
 - 라. 중재기관의 구성이나 중재절차가 당사자간의 합의와 합치하지 아니하거나 또는 이러한 합의가 없는 경우에는 중재를 행하는 국가의 법령에 합치하지 아니하는 경우, 또는
 - 마. 판정이 당사자에 대한 구속력을 아직 발생하지 아니하였거나 또는 판정이 내려진 국가의 권한 있는 기관이나 또는 그 국가의 법령에 의거하여 취소 또는 정지된 경우.
2. 중재판정의 승인 및 집행이 요구된 국가의 권한 있는 기관이 다음의 사항을 인정하는 경우에도 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있다.
 - 가. 분쟁의 대상인 사항이 그 국가의 법률하에서는 중재에 의한 해결을 할 수 없는 것일 경우, 또는
 - 나. 판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우.

국가의 공공의 질서에 반한다고 인정하는 경우는 직권으로 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있다(제2항)고 규정하고 있다.

Ⅲ. 승인 및 집행의 요건으로서의 공서

1. 공서의 개념

공공질서(public order)라는 개념은 원래 영미법계에서 나온 용어로 외국판결의 국내집행에 대한 거부사유 등 국제사법상의 개념으로 사용되어 왔고 이에 대하여 대륙법계에서는 공서양속(ordre public)이란 개념으로 사용되었는데 이는 위 공공질서의 개념보다 넓은 개념으로 국내법상 사인이 처분할 수 없는 강행법규성 또는 사적자치의 한계까지 포함하는 것이었으나 현재는 양자가 같은 의미로 사용된다고 한다.¹⁶⁾

민사소송법 제217조의 “선량한 풍속 그 밖의 사회질서”와 뉴욕협약상의 “공공의 질서”라는 개념이 민법 제103조의 “선량한 풍속 기타 사회질서”와 동일한 의미인가에 대하여 논의가 있으나 대법원 1990. 4. 10. 선고, 89다카20252 판결은 “뉴욕협약 제5조제2항 나호에 의하면 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인과 집행을 거부할 수 있게 규정하고 있는바, 이는 중재판정이나 승인이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하려는데 그 취지가 있다 할 것이므로 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이다.”라고 실시하여¹⁷⁾ 외국판결 등의 승인 및 집행에서 고려하여야 할 공서의 개념은 민법 제103조에서와 같이 일반 국민이 지켜야 할 최소한의 도덕률을 말하는 사회의 기본적인 도덕적 가치와 국가·사회 일반적 이익¹⁸⁾이라는 국내적 공서의 개념에 국제적 거래질서의 안정이라는 측면에서 국제적 공서의 개념까지 고려하여야 한다는 의미로 해석되므로 결국 민법 제103조의 개념보다 좁은 것으로 생각된다.¹⁹⁾

15) 이는 영미법상 “arbitrability”란 개념으로 결국 중재적격성을 의미한다.

16) Lew, Applicable Law in International Commercial arbitration, 1978, 401면, 목영준, “외국중재판정의 집행거부 사유인 공공질서 -우리나라와 미국의 판례를 중심으로-”, 상사판례연구(제5권), 박영사, 1990, 416면에서 재인용.

17) 이러한 대법원의 판시는 대법원 1995. 2. 14. 선고, 93다53054 판결.; 대법원 2000. 12. 8. 선고, 2000다35795 판결.; 대법원 2003. 4. 11. 선고, 2001다20134 판결 등에서 계속 이어지고 있다.

18) 곽윤직, 『민법총칙(신정수정판)』, 박영사, 2000, 302면.

그런데 전쟁, 해적행위, 테러, 집단살해, 노예매매, 인종차별 등의 국제적인 합의가 형성되어 있다고 볼 수 있는 경우²⁰⁾를 제외하고는 실제 사례에서 무엇이 위에서 말하는 공서에 반하는 것인지를 일의적으로 확정하는 것은 불가능한 것이므로, 이는 결국 판례의 집적으로 해결할 수밖에 없다.

나아가 외국판결 등이 공서에 반하는지 여부를 주문만으로 판단하여야 할지 이유도 판단의 대상으로 삼아야 할 지에 대하여 견해의 대립이 있으나, 주문만으로는 그 외국판결 등을 우리나라에서 집행하는 것이 공서에 반하는 것인지를 알기 불가능하거나²¹⁾ 어려우므로 이유까지 함께 심사대상으로 삼아야 한다는 이유판단설(理由判斷說)이 타당하다.

이러한 공서에는 절차적 공서(節次的 公序)와 실체적 공서(實體的 公序)가 있으므로, 이하에서는 판례에 나타난 사례를 중심으로 하여 검토하여 본다.

2. 절차적 공서

절차적 공서라고 함은 우리법상의 절차적인 기본원칙을 말하는 것으로 외국판결 등이 이에 어긋나는 경우 승인받을 수 없다.

이러한 예로는 법원의 독립이나 법원이나 중재판정부의 공정성, 당사자의 절차 참여권의 보장,²²⁾ 당사자 평등의 원칙, 판결이나 중재판정의 성립절차에 사기적 행위가 개입된 경우 등을 들 수 있다. 그러나 우리나라법과 절차가 상이하다거나 직업법관이 아니라 배심에 의한 판결이라는 사정은 절차적 공서에 반하는 것은 아니다.²³⁾

19) 이러한 논의에 대하여는 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 129면 참조. 한편 서울고등법원 2001. 2. 27. 선고, 2000나23725 판결은 뉴욕협약 제5조의 공서가 구 민사소송법 제203조의 공서보다 좁은 개념으로 파악하고 있는데 이는 의문이다.

20) 김경배, “외국중재판정의 집행판결에서 나타난 집행거부사유에 관한 고찰 -대법원 판례를 중심으로-”, 중재연구 14권 1호(2004. 8), 219면.; 박영길, “외국중재판정의 집행을 거부하기 위한 사유로서의 공서양속 -ILA에서의 논의를 중심으로-”, 중재(294호), 대한상사중재원, 72면.

21) 금전의 지급을 명하는 외국판결 등의 주문만으로는 그 청구원인이 예를 들어 마약거래약정에 따른 것인지를 알 수 없다.

22) 당사자의 절차참여권의 보장은 원래 절차적 공서의 한 내용이지만 우리 민사소송법 제217조제2호는 “패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간 여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것”이라는 요건을 별도로 승인거부의 한 요건으로 유형화하였고, 뉴욕협약 제5조제1항 나호도 “판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 응할 수 없었을 경우”라고 별도의 요건으로 정하고 있음은 앞서 본 바이다.

(1) 중재판정부의 공정성

대법원 2005. 5. 27. 선고, 2004다2649 판결

甲회사에 소속된 종업원들의 복지증진을 위하여 증권거래법에 의하여 설립된 원고(우리사주조합)와 주식매매계약을 체결한 피고가 그 매매계약에서 정한 주식의 가격이 상승하자 위 주식을 원고에게 인도하지 아니하고 제3자에게 매도하여 버렸고, 이에 원고는 위 주식매매계약에 포함되어 있는 중재약정(계약당사자 사이에 분쟁이 발생할 경우 런던국제중재재판소의 규칙에 따라 1인 이상의 한국변호사가 포함된 3인의 중재판정부의 중재에 의하여 해결하되, 중재절차는 캐나다 밴쿠버에서 영어로 진행하기로 하였다)에 기하여 런던국제중재재판소에 이행지체로 인한 전보배상을 청구하였는데, 중재재판부는 피고의 모든 항변을 배척하고 원고에게 손해배상금의 지급을 명하였다. 그런데 위 중재재판부에 중재인으로 참가한 한국변호사 또는 그가 소속된 법무법인은 중재 도중 甲회사를 흡수합병한 乙회사를 위하여 흡수합병 전부터 법률고문을 맡아왔다.

이에 피고는, 원고가 甲회사와 회사경영이나 경제적 측면에서 밀접한 이해관계가 있고, 위 변호사는 위 흡수합병으로 인하여 원고에 대한 관계에서도 밀접한 이해관계를 가지고 되었음에도 중재절차에서 이를 고지하지 아니한 채 계속하여 중재를 진행하였으니 이는 중재인의 공정성과 독립성이 침해된 상태에서 진행된 중재라고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은 원고가 甲회사나 乙회사와는 구별되는 별개의 독립된 비법인사단이고 위 법무법인이나 위 변호사와 아무런 계약관계가 없었던 이상, 위와 같은 사유만으로 중재인에게 공정성과 독립성에 의심이 가는 사유가 있다고 보기 어렵다고 판시하였다.

(2) 절차참여권의 보장

1) 대법원 1990. 4. 10. 선고, 89다카20252 판결

피고가 매매계약서에 자신의 주소로 자신의 런던사무소의 주소를 기재하여 두었고 영국의 외국회사등기부상의 기재도 그와 같으며 송달영수인으로 런던사무소에 근무하던 피고의 책임자를 신고하여 놓았다가 1979년 1월경 위 책임자를 한국의 본사로 발령하고 그 후임자를 파견하지 아니하여 1980년 9월경 원고의 신청으로 심리를 개시한 런던 중재법원이 보낸 중재절차통지를 수령하지 못하였고 중재절차에도 참석하지 않았다. 그러나

23) 석광현, 앞의 책 제1권, 314면.

피고는 1979년 9월경 위 런던사무소를 사실상 폐쇄하고, 그 날 같은 장소에 피고 회사가 100% 주식을 소유하는 자회사를 현지법인으로 설립하여 피고의 직원을 파견시켰으며, 런던 중재법원에서 위 주소지로 보낸 통지가 반송되지 않는 것이었다. 한편 원고는 1979년 10월경 직원을 서울에 보내 피고와 위 분쟁에 관한 협상을 진행하였으나 결국 결렬되자 1980년 5월경 피고에게 수주일 내 런던 중재법원의 절차개시통고가 될 것이라고 통지까지 하였다.

중재판정 집행판결을 구하는 소송에서 피고가 자신이 중재절차에 관한 통고를 받지 못하였다고 주장함에 대하여, 대법원은 뉴욕협약 제5조제1항 나호가 중재판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 방어할 수 없었던 경우에는 집행국 법원이 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있게 규정하고 있는 취지는 위와 같은 사유로 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 말하는 것이 아니라 그 방어권침해의 정도가 현저하여 용인할 수 없는 경우만으로 한정되는 것이라고 해석되고, 또 중재당사자의 방어권보장은 절차적 정의 실현과 직결되어 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로 이는 집행국 법령의 기준에 의하여 판단하여야 한다는 입장을 취하면서, 피고가 이 사건 중재절차에 관하여 원고로부터 직접 사전통고를 받았고, 런던사무소 및 그 후신적인 자회사에 근무중이던 피고 직원들로부터 중재절차 진행중에 중재법원으로부터의 각종 통지들을 충분히 전달받았으리라고 추정됨에도 불구하고 스스로 위 절차진행중 필요한 서면을 제출하거나 심리기일에 출석하여 의견으로 진술하는 등 방어권을 행사하지 아니하였고, 피고가 중재판정서 사본을 원고로부터 송달받고도 영국법에 따른 불복절차를 전혀 취하지 아니하였음을 알 수 있는 이 사건에서 중재절차가 적절히 통고되지 아니하여 피고의 방어권이 부당하게 박탈되었다고 볼 수는 없다고 판시하였다.

2) 대법원 1997. 9. 9. 선고, 96다47517 판결

미국 미네소타주에 거주하던 원고가 한국 유학생인 피고를 상대로 그곳 법원에 폭행, 강간 등을 이유로 한 정신적 고통, 치료비, 수입상실 기타 비용 등 미화 합계 50,000달러를 초과하는 합리적 손해액의 배상을 구하는 손해배상청구소송을 제기하였고, 피고는 위 소장 및 20일 내에 답변서를 제출할 것과 답변서를 제출하지 않을 경우에는 원고가 법원에 위 소장에서 요구한 구제를 청구할 취지임을 명백히 밝힌 소환장을 교부송달 받았음에도 답변서를 제출하지 아니하고 달리 아무런 응소를 하지 아니한 채 한국으로 귀국하였다. 이에 원고는 위 미국법원에 청구금액을 미화 500,000달러로 확정 한 결석판결(Default

Judgement)을 신청하였고, 위 미국법원은 결석판결명령에 의하여 피고가 원고를 폭행, 강간한 사실을 인정하고, 피고에게 위 불법행위로 인한 원고의 신체적 및 심리적 상해로 인한 정신적 손해, 과거 및 장래의 임금 상실, 기왕의 치료비 및 장래의 추가적 치료비 기타 비용 등 미화 합계 500,000달러의 손해를 배상하라는 판결을 선고하였다.

위 미네소타주 민사소송법에 의하면, 금전적 회복을 구하는 구제청구를 함에 있어서 그 청구가 불확정손해(원고가 회복할 수 있는 권리 이상의 것이 입증되지 아니하여 금액에 있어서 아직 확실한 액수가 산출되지 아니한 손해 또는 사건의 확인된 자료로부터 단순한 수학적 계산에 의하여 산출될 수 없는 손해를 말한다)에 대한 금전적 회복을 구하는 경우 그 금액이 미화 50,000달러를 초과하는 때에는 단지 미화 50,000달러를 초과하는 합리적 손해액의 배상을 구한다고 기재하기만 하면 되고, 결석하거나 응소하지 아니한 당사자에게는 최초의 소장에 따른 각종 주장서면 따위를 송달할 필요가 없으나 만일 새로운 또는 추가적 청구를 주장하는 주장서면이라면 이를 소환장 송달에 관한 방식에 따라 송달하여야 한다. 한편 위 판결에 대하여는 상소를 하거나 일정한 경우에는 이에 대하여 새로운 재판이나 정당한 구제수단을 허락할 것을 신청할 수 있도록 규정되어 있는데 피고는 위와 같은 조치를 전혀 취하지 아니하였다.

이에 대하여 대법원은 외국판결의 성립절차가 대한민국 국민인 피고의 방어권을 현저히 침해한 경우에는 절차에 관한 선량한 풍속 기타 사회질서 위반으로 우리 나라에서 승인 또는 집행될 수 없다고 할 것이나, 원고가 처음부터 한국에 있는 피고를 상대로 소송을 제기한 것이 아니라 미국에 거주하는 피고에게 소장 및 소환장을 송달하였는데 피고가 특별한 사정 없이 응소하지 않고 한국으로 귀국한 것이므로 원격지 법원에의 제소로 인한 방어권 침해가 있었음을 주장할 수가 없고, 한편 위 미국판결은 미국법상 결석판결에 의하여 불확정손해의 배상을 구함에 있어 요구되는 제반 절차를 제대로 거쳐 성립된 것으로서 비록 원고가 미화 500,000달러라는 거액을 청구금액으로 확정하여 결석판결을 신청하였다고 하더라도 이는 미국법상 추가적 청구는 아니며, 피고로서는 당초부터 미화 50,000달러를 초과하는 합리적 손해액의 배상을 구한다고 기재된 소장을 송달받음으로써 앞으로의 소송 진행에 따라 더 많은 금액이 청구되어 인용될 수도 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 봄이 상당함에도 별다른 응소를 하지 아니한 채 귀국함으로써 그 후에 있어서 방어의 기회를 스스로 포기한 결과가 되었고, 피고가 그 후로도 일부 소송서류를 수령하는 등으로 이 사건 미국판결이 문제가 되고 있음을 알고도 상소나 그 밖의 가능한 구제절차를 전혀 취하지 아니한 사실 등에 비추어 보면, 위 미국판결이 그 성립절차에 있어서 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 보기는 어려우며, 그 밖에 달리 피고가 방어나

상소의 기회를 박탈당하였다거나 그 절차가 우리 나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한다고 볼 특별한 사정을 찾아 볼 수 없다고 판시하였다.

3) 서울고등법원 2008. 7. 24. 선고, 2007나124085 판결²⁴⁾

피고는 한국 법인으로 멕시코에서 멕시코인의 중개로 멕시코 법인인 원고에게 치약을 공급하다가 거래를 중단하게 되었는데, 원고는 피고가 매매계약상의 물품공급의무를 이행하지 아니하였다며 멕시코법원에 소를 제기하였다. 멕시코법원은 피고에게 소장 및 소환장을 송달하면서 원고가 피고의 대리인이라고 주장하는 위 중개인의 주소지로 송달하였고, 중개인은 이를 한국에 있는 피고 본사에 통지하였으며, 피고는 멕시코 변호사에게 소송수행을 위임하였다. 첫 변론기일에 위 멕시코 변호사가 출석하였으나 위 법원이 위임장에 대한민국 주재 멕시코 영사의 서명이 공증되지 아니하였다는 이유로 위 변호사의 소송대리권을 부인하는 판결을 하였고, 이에 대하여 위 변호사가 항소하였으나 기각되었으며, 그 판결에 대한 헌법소원 역시 기각당하였다. 그러나 위 변호사는 피고에게 이러한 사실을 알리지 않았고, 위 법원 역시 피고에게 새로운 기일통지 등 아무런 통지를 하지 않아 피고가 이러한 사실을 모르고 있는 사이에 결석재판이 진행되어 원고의 청구를 모두 인용하는 판결이 선고되었다.

이에 대하여 서울고등법원은 위 중개인이 피고를 대리 또는 대표하여 위 소송의 소장이나 소환장을 송달받을 자격이 있다고 보기 어렵고, 피고가 위 중개인으로부터 소송이 제기되었다는 것을 통지받고 소송대리인을 선임하여 그 소송대리인에게 출석하여 변론하도록 함으로써 응소를 시도하기는 하였으나 위 멕시코법원이 피고 소송대리인의 대리권을 부인하면서도 피고에 대하여 다시 기일을 정하여 기일소환장을 통지하지 아니한 채 피고가 본래의 기일에 불출석한 것으로 보고 원고의 청구원인사실을 모두 인정하는 것으로 간주하여 위 판결을 선고하였으니 이를 피고나 그 대리인이 위 소송절차에 응소한 것으로 평가하기도 어려우므로, 위 멕시코판결은 민사소송법 제217조 제2호가 정한 요건을 충족하지 못하여 우리나라에서 집행할 수 없다고 판시하였다.

4) 서울고등법원 2008. 3. 21. 선고, 2006나88168 판결²⁵⁾

24) 이 판결은 제1심인 서울중앙지방법원 2007. 11. 9. 선고, 2006가합84879 판결을 그대로 인용하면서 항소를 기각하였고 이에 대하여 상고가 제기되어 현재 상고심 계류중이다.

25) 현재 상고심 계류중이다.

미국인인 원고가 고용계약, 배상계약 등을 위반하였음을 이유로 한국 법인인 피고를 상대로 미국 워싱턴주 법원에 소를 제기하였는데, 피고는 소장과 소환장을 피고가 입주해 있는 건물관리인으로부터 전달받았으면서도 위 사건에 관하여 미국에 재판관할권이 없다는 이유로 응소하지 아니하였다. 이에 위 법원은 원고의 결석재판신청을 받아들여 판결을 선고하였다. 원고가 위 판결의 집행을 구한 소송에서 피고는 소장 등의 송달이 적법하지 않아 방어권이 침해당하였고, 판결문이 피고에게 송달되지도 않았음에도 판결의 등록만으로 항소기간이 진행된다는 미국 워싱턴주의 항소절차규정이 우리 민사소송법의 규정²⁶⁾에 반하므로 이를 집행하는 것은 공서에 반한다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 위 법원으로부터 소장과 소환장을 수령한 사람이 피고의 피고용인이 아니라 건물주가 고용한 건물관리인이기는 하나 피고가 그로부터 소장을 전달받았다면 그 전달한 때 적법한 송달이 되고, 피고가 위 판결을 위한 청문회의 개최를 불과 3일 전에 팩스로 송부받기는 하였으나 워싱턴주의 소송절차규정에 의하면, 결석재판시에 청문회의 개최를 반드시 통보하여야 하는 것도 아니며, 소장 및 소환장이 적법하게 송달된 이상 피고는 응소하지 아니할 경우 결석판결이 내려질 위험이 있음을 알면서도 방어의 기회를 스스로 포기한 것으로 보아야 하고, 워싱턴주의 규정상 항소인은 판결문이 당사자에게 송달되었는지를 묻지 아니하고 판결이 등록된 날로부터 30일 내 항소를 하여야 한다고 규정하고 있어 결석재판을 받은 당사자는 판결의 선고여부 및 판결의 내용을 제대로 알기 어려워 기간 내에 항소하지 못할 가능성이 높다고 볼 수 있으나, 소장 및 소환장이 적법하게 송달되었고, 위 규정상 결석판결의 경우 항소뿐만 아니라 무효신청을 통하여서도 구제받을 수 있도록 규정하고 있으므로, 위 워싱턴주의 규정이 우리 민사소송법과 달리 판결문의 송달 없이 등록만으로 확정된다고 하더라도 위 판결을 집행하는 것이 우리나라의 공서에 반한다고 할 수 없다고 판시하였다.

5) 서울고등법원 2004. 6. 16. 2003나83308 판결²⁷⁾

원고가 미국 시민권자인 피고를 상대로 미국 캘리포니아주 법원에 대여금 등의 지급을 구하는 소송을 제기하였고, 위 법원은 소장 및 소환장을 원고가 주장하는 피고의 주소지(원고와 피고 사이에 이전에도 소송이 있었고 그 소송에서 위 주소지로 소송서류가 송달

26) 민사소송법 제396조 제1항은 “항소는 판결서가 송달된 날로부터 2주 이내에 하여야 한다”고 규정하고 있다.

27) 이 판결은 상고가 제기되지 않아 확정되었다.

되었다)로 송달하여 피고의 차남이 이를 수령하였다. 위 법원은 피고가 출석하지 아니하자 결석재판으로 원고의 청구를 모두 인용하는 판결을 선고하였다. 피고는 위 법원에 위 판결에 관한 결석 기재 무효화 및 소환장 송달 취소신청을 하였으나, 위 신청은 각하되었다.

이에 대하여 서울고등법원은 피고는 위 소송 이전부터 현재까지 우리나라에 거소가 있고 차남이 위 소장을 수령할 당시에 한국에 거주하고 있었으며, 원고도 피고가 대부분 우리나라에 체류한다는 것을 알고 있었고, 피고가 위 소장 수령 이후 미국으로 가서 소송이 제기된 것을 알고 소송대리인을 선임하여 피고의 소송대리인이 원고의 소송대리인에게 답변기일을 연기하여 줄 것을 요청하였으나, 원고의 소송대리인이 결석재판이 진행 중이라는 이유로 거절하였으며, 피고가 위 법원에 결석 기재 무효화 및 소환장 송달의 취소신청을 하였으나 위 법원이 그에 첨부된 진술서에 적법한 형식에 의한 서명이 없다는 등의 이유로 위 신청을 각하하여, 피고로서는 이 사건 판결의 당부를 실질적으로 다투어 볼 수 없었으며, 종전 소송에서 위 주소지로 소송서류가 송달된 까닭은 당시 피고의 소송대리인이 사임하자 그 이후의 소송서류들이 피고가 소송대리인을 선임할 당시의 주소지였던 위 주소지로 우편송달된 점에 비추어 보면, 위 주소지가 피고의 미국 내 거소라거나 피고의 차남이 피고의 동거인으로 보기 어렵고, 따라서 위 소장의 송달이 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간적 여유를 두고 송달되었다고 볼 수는 없다고 하였다.

(3) 기망에 의하여 취득한 외국판결 등

1) 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2002다74213 판결

피고가 원고를 상대로 관광선 동업계약 파기에 따른 이익분배 등을 청구하면서 미국자 치령 북마리아나 제도(The Commonwealth of the Northern Mariana Islands) 법원에 소송을 제기하였고, 제1심에서 승소하였으나 원고가 상소²⁸⁾한 결과 대법원이 당사자들 사이의 매매계약서를 근거로 제1심 판결을 파기하고 오히려 피고가 원고에게 매매잔대금을 지급하라는 판결을 선고하였다. 당시 피고는 위 대법원에 원고가 제출한 매매계약서, 확인서 등이 위조 및 변조되었다고 주장하면서 이를 탄핵할 서류의 사본을 제출하였으나 위 탄핵서류의 원본을 제출하지 아니함으로써 북마리아나 제도의 증거법칙상 위 주장이 배척되었다. 피고는 한국으로 와서 원고를 사문서위조 등으로 고소하였으나 참고인 중지로 인한

28) 위 북마리아나 제도는 2심제를 채택하고 있다고 한다.

불기소결정이 내려졌다.

원고가 위 판결의 집행판결을 청구함에 대하여 피고는 위 대법원 판결은 원고가 위조 및 변조한 서류를 증거로 제출하여 위 법원을 기망하여 편취한 판결이므로 집행을 허용하여서는 아니된다고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은, 외국판결의 승인 및 집행을 요건인 외국판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니하여야 한다는 것은 외국판결의 내용 자체뿐 아니라 그 외국판결의 성립절차가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우도 승인 및 집행을 거부할 사유에 포함된다고 할 것이나, 민사집행법 제27조제1항이 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.”고 규정하고 있을 뿐만 아니라 사기적인 방법으로 편취한 판결인지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 외국판결의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 외국판결에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이어서 허용할 수 없으므로, 위조·변조 내지는 폐기된 서류를 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 외국판결을 얻었다는 사유는 원칙적으로 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없고, 다만 재심사유에 관한 민사소송법 제451조제1항제6호, 제7호, 제2항29)의 내용에 비추어 볼 때 피고가 판결국 법정에서 위와 같은 사기적인 사유를 주장할 수 없었고 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대하여 유죄의 판결과 같은 고도의 증거가 있는 경우에 한하여 승인 또는 집행을 구하는 외국판결을 무효화하는 별도의 절차를 당해 판결국에서 거치지 아니하였다 할지라도 바로 우리나라에서 승인 내지 집행을 거부할 수는 있다고 봄이 상당하다고 하면서 위에서 본 사유만으로는 위 외국판결의 집행을 거부할 사유가 되지 아니한다고 판시하였다.

2) 서울고등법원 2008. 1. 30. 선고, 2006나69150³⁰⁾

원고가 피고와 사이의 매매계약이 해제되었음을 주장하면서 위 매매계약에서 정한 바

29) 제451조【재심사유】

- ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
 6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
 7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
- ② 제1항제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.

에 따라 대한상사중재원에 중재를 요청하였고, 위 중재원은 위 매매계약의 준거법인 영국 법에 의할 때 위 매매계약은 묵시적으로 합의해제되었으므로 피고는 원고에게 지급받은 매매대금 중 일부를 반환하여야 한다는 중재판정을 하였다.

원고가 위 중재판정에 관한 집행판결을 청구하자 피고는 위 중재판정이 원고의 협박을 받은 증인의 허위증언에 기초하여 이루어졌으므로, 공서에 반한다는 주장³¹⁾을 하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 원칙적으로 위조 또는 변조된 서류를 증거로 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 중재판정을 얻었다는 사유는 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없고, 위 증인의 증언이 명백히 허위라고 단정할 수 있을 정도의 고도의 증거가 있다고 볼 수도 없다며 피고의 주장을 배척하였다.

3) 학설의 검토³²⁾

영미법계에서는 사기를 외국재판 후에 비로소 알게 된 외재적 사기(外在的詐欺, extraneous fraud)와 재판과정에서 이미 알고 있었고 이를 주장하였으나 받아들여지지 않았던 내재적 사기(內在的詐欺, intrinsic fraud)로 구별하여 승인을 저지하는 요건인 사기는 외재적 사기에 한정된다고 보는 것이 일반적이라고 한다.³³⁾

우리나라에서는 외국판결의 성립절차에 사기·강박 등의 하자가 있을 때 그 판결은 승인되지 못한다고 일반적으로 설명되나, 위에서 본 영미법계의 해석론과 동일한 입장을 취하는 견해도 있다.³⁴⁾ 이에 대하여 외국판결의 승인이 공서에 반하는가 여부를 판단하는 것은 외국판결의 실질적 재심사와는 다른 문제라고 보아야 하고, 이를 심사하기 위하여는 외국판결의 사실인정에 구속되지 아니한 채 새로운 증거제출이 가능하다는 입장에 서서

30) 위 판결은 제1심인 서울중앙지방법원 2006. 7. 11. 선고, 2005가합80955 판결을 그대로 인용하면서 항소를 기각하였고, 이에 대한 상고가 제기되었으나 상고이유서 부제출로 기각되었다. 다만, 이 사안은 외국중재판정이 아니라 내국중재판정에 관한 사안이다.

31) 이는 중재법 제36조제2항에 기한 주장이다. 중재법 제36조제2항은 중재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 인정되는 경우 법원은 중재판정을 취소할 수 있다고 규정하고 있다.

32) 각국의 학설에 관한 상세는 장상균, “외국판결의 집행요건”, 대법원판례해설 제51권(2004. 하반기), 법원도서관, 511면.; 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서 -대법원 2004. 10. 28. 선고, 2002다 74213 판결-”, 인권과 정의 제353호(2006. 1.), 대한변호사협회, 157면.

33) 인형무, “미국에 있어서의 외국판결의 승인과 집행”, 사법행정 27권 11호(1986. 11.), 한국사법행정학회, 99면에 의하면 미국에서는 외재적 사기만이 외국판결을 무효화할 수 있고 특별한 비상구제절차를 요하지 않고 부수공격(collateral attack)의 방법으로 무효를 주장할 수 있는 반면 판결법원에 제기될 수 있었거나 제기된 문제를 포함한 내재적 사기의 경우에는 승인을 거부하지 않았다고 한다.

34) 석광현, 앞의 책 제1권, 315면.

사기적 방법으로 판결을 편취한 경우 재심요건에 해당될 정도의 증거가 없더라도 이를 심사할 수 있다는 반론도 있다.³⁵⁾

생각건대 집행판결 청구소송의 피고가 위조된 문서나 위증에 기초하여 외국판결이 선고되었다는 주장을 한다고 하여 모든 경우에 그러한 사정이 있었는지 심사를 하는 것은 결국 외국소송에서 제출된 서증과 증인의 진정성에 대하여 우리나라 법원이 그 진정성에 대하여 다시 심사하고 증거의 가치판단을 새로 한다는 것과 다르지 아니하므로 이는 민사집행법이 정한 실질적 재심사에 반한다고 보지 않을 수 없다. 따라서 그 외국소송에서 주장하였으나 받아들여지지 아니한 사기주장에 대하여는 원칙적으로 이를 승인과 집행요건을 심사함에 고려하지 않는다는 위 영미법계의 입장은 상당한 설득력이 있다. 그러나 그 증언이나 서면이 위조되었음이 명백히 밝혀진 후에도 외국소송에서 이미 주장한 적이 있다는 사정만으로 이를 고려하지 않기는 힘들고 일반적인 정의관념에도 현저히 반하므로, 민사소송법이 정한 재심사유를 기준으로 정하여 이에 해당한다는 증거가 있는 경우는 재심사할 수 있다는 판례의 태도는 충분히 수긍할 수 있다.³⁶⁾

3. 실체적 공서

실체적 공서위반이란 외국판결 등의 판단 내용 자체가 공서에 반한다는 것이 아니라 외국판결 등을 승인한 결과가 우리나라 법질서의 기본원칙에 반한다는 것을 말한다.³⁷⁾

(1) 강행법규 위반

1) 대법원 2005. 5. 27. 선고, 2004다2649 판결

위 2의 (1)항에서 본 대법원 판결이다. 이 사안에서 피고는 원고와의 주식매매계약이 상법 제335조가 정한 주식의 양도제한 금지에 반하고, 위 중재판정이 우리나라의 증권관계 법령이 정한 자사주에 대한 1년의 의무예탁기간을 무시한 채 손해액의 산정시기를 정하였

35) 김동윤, 앞의 논문, 163면.

36) 장상균, 앞의 논문, 513면.

37) 구 민사소송법 제203조 제3호는 “판결이 대한민국의 선량한 풍속이나 사회질서에 어긋나지 아니할 것”이라고 규정하여 마치 판결 자체가 공서에 반하는 것인가에 대한 재심사가 허용되는 듯한 표현을 하고 있었는데 민사소송법을 개정하면서 “그 판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것”이라고 표현을 수정하였다. 법원행정처, 『민사소송법 개정내용 해설』, 2002, 115면.

으며, 민법이나 판례에 의하여 확립된 동시이행관계나 이행지체책임의 법리를 무시한 채 내려진 것이므로, 이에 대한 집행판결은 우리나라의 공서에 반한다고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은, 뉴욕협약 제5조에서 말하는 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우를 판단함에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적인 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이고, 해당 중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 사회적으로 도저히 용인할 수 없을 정도에 이르러야 비로소 승인이나 집행을 거부할 수 있다고 할 것인데, 피고가 주장하는 사유는 이에 해당하지 않는다는 원심의 판단을 지지하였다.

2) 대법원 1995. 2. 14. 선고, 93다53054 판결

피고는, 외국중재판정에서 원고 채권의 소멸시효를 당사자 사이의 계약의 준거법인 네덜란드 안틸레스법이 정한 30년으로 판단하였는데 이는 우리나라 민법의 소멸시효에 관한 강행규정에 반한다고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은 위 중재판정에서 적용한 소멸시효기간이 우리나라법상의 강행규정³⁸⁾에 반한다고 하더라도 그것만으로 위 중재판정을 우리나라에서 집행하는 것이 우리나라의 공서에 반한다고 할 수 없다는 원심의 판단을 지지하였다.

3) 서울고등법원 1995. 3. 14. 선고, 94나11868 판결³⁹⁾

원고가 피고와 사이의 소프트웨어 라이선스계약 위반을 이유로 위 계약에서 정한 바에 따라 미국에서 중재신청을 하여 중재판정을 받은 다음 집행판결을 신청하였다. 이에 대하여 피고는 위 라이선스계약에서 피고에게 일정한 판매물량을 정해놓고 이를 반드시 판매하도록 정하고 있는데 이는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에서 금하고 있는 불공정 거래행위에 해당하므로 우리나라의 공서에 반한다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 뉴욕협약 제5조의 공공질서는 국제거래질서의 안정이라는 국제적인 특성을 고려하여 제한적으로 풀이하여야 할 것인데, 위 라이선스계약에 피고의 주장과 같은 사유가 있다고 하더라도 위 계약의 준거법인 미국 캘리포니아주 법률에 의하여 유효하게 성립된 이상 위 중재판정을 집행하는 것이 우리나라의 공서에 반한다고 보

38) 소멸시효는 법률행위에 의하여 이를 배제, 연장 또는 가중할 수 없다는 민법 제184조제2항을 말한다.

39) 이 판결에 대하여 상고가 제기되었으나 상고심 계속중 소취하로 종결되었다.

기 어렵다고 판시하였다.

(2) 지나치게 과도한 손해배상을 명한 경우

1) 서울고등법원 1996. 9. 18. 선고, 95나14840 판결

이 판결은 위 2. (2) 2)항에서 본 대법원 1997. 9. 9. 선고, 96다47517 판결의 항소심 판결이다. 그런데 이 판결에 대하여 피고만 상고를 제기하여 대법원에서는 외국판결이 지나치게 과도한 손해배상을 명한 경우 이를 제한할 수 있는지에 관하여 판단하지 않았으므로, 위 고등법원 판결을 살펴보기로 한다.

위에서 본 바와 같이 원고는 미국 미네소타주 법원으로부터 폭행, 강간 등을 원인으로 하는 정신적 고통, 치료비, 수입상실 등에 대한 손해배상으로 미화 500,000달러의 지급을 명하는 판결을 선고받고 위 판결의 집행판결을 청구하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 제1심 판결⁴⁰⁾을 인용하면서 위 미국 판결 중 미화 250,000달러에 한하여 우리나라에서 집행을 허가하는 것이 상당하고 이를 초과하는 부분은 집행판결의 요건을 흠결하여 부적법하다고 판시하였다. 이 부분에 관한 제1심 판결의 요지는 우리 협외사법 제13조제3항⁴¹⁾과 비례의 원칙에 비추어 볼 때 우리 손해배상법의 기준에 비추어 우리나라에서 인정될 만한 상당한 금액을 현저히 초과하는 부분은 공서에 반한다는 것이다.

2) 징벌적 손해배상(punitive damages)에 관하여

이른바 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원 판결의 승인이 공서에 반하는 것인가에 대하여 논의가 있다. 이에 대한 국내의 통설은 피해자가 입은 손해의 정도와 관계없이 가해자에 대한 제재와 일반예방을 목적으로 하여 부과되는 징벌적 손해배상은 우리나라법의 공서에 반한다고 본다. 다만, 징벌적 손해배상이라고 하여 무조건적으로 승인이 거부되는 것

40) 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고, 93가합19069 판결.

41) 구 협외사법(2001년 4월 7일 법률 제6465호 국제사법으로 전문 개정되기 전의 것) 제13조제3항은 “외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여 불법행위가 되는 경우일지라도 피해자는 대한민국의 법률이 인정한 손해배상 기타의 처분 이외에 이를 청구하지 못한다.”라고 규정하고 있었고, 현행 국제사법 제32조 제4항 역시 “제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 해당하는 전형적인 예가 미국의 징벌적 손해배상 제도라고 설명된다. 그러나 위 사안에서 미국 법원이 지급을 명한 위 50만 달러는 징벌적 손해배상에 해당하는 것은 아니었다.

은 아니고 그 중 일부가 손해의 전보 또는 보상의 기능을 하는 경우에는 그 범위 내에서 승인될 수 있다고 보는 것이 일반적이다.⁴²⁾

일본 최고재판소는 징벌적 손해배상은 가해자에 대한 제재와 일반 예방을 위한 것으로 일본 손해배상제도의 기본원칙과 기본이념에 부합하지 않는다고 하면서 집행을 구한 외국판결 중 보상적 손해배상을 명한 부분과 소송비용에 한하여 효력을 인정하였고,⁴³⁾ 독일 연방대법원도 미화 40만 달러의 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원의 판결에 대한 집행을 거부한 바 있는⁴⁴⁾ 등 대륙법계 국가에서는 위 징벌적 손해배상을 명한 판결의 승인이 거부되고 있다. 한편 미국에서조차 징벌적 손해배상의 위헌성에 대한 검토가 이루어지고 있다고 한다.⁴⁵⁾

(3) 국내 확정판결과의 충돌

대법원 1994. 5. 10. 선고, 93므1051, 1068 판결⁴⁶⁾

피고가 대한민국에서 원고를 상대로, 원고가 1988년경 가출하는 등의 원고의 귀책사유로 혼인관계가 파탄에 빠졌고, 피고와 피고의 부모에게 심히 부당한 대우를 하였다는 이유로 이혼심판청구를 하였으나 제1심은 피고가 주된 유책자라는 이유로 위 청구를 기각하였고, 피고가 항소하였으나 항소기각판결이 선고되었으며, 피고가 상고심 도중 상고를 취함으로써 위 판결이 확정되었다. 한편 원고는 위 항소심 변론종결일 전에 미국으로 출국하여 뉴욕주에 거주하였는데 피고도 역시 미국으로 출국하여 네바다주에 거주하다가 위 네바다주 법원에 원고를 상대로 다시 이혼소송을 제기하면서 그 청구원인을 네바다주법의 이혼요건에 맞추어 성격 등의 불일치로 재결합이 불가능하고 1988년 이래 1년 이상 별거하였다는 주장을 하였고, 원고가 위 소장을 송달받았으나 응소하지 아니하여 결석재판이 진행되어 이혼을 허용하는 판결이 선고되었다. 피고는 위 외국판결에 기초하여 서울 중구청에 이혼신고를 하였다.⁴⁷⁾ 이에 대하여 원고가 피고를 상대로 이혼무효확인청구의 소를 제기하였다.

42) 국내 학설의 상제는 피정현, “외국판결의 승인·집행요건으로서의 공서양속”, 비교사법 제8권 제1호 (2001. 6.), 한국비교사법학회, 521면.

43) 最高裁判所 1997. 7. 11. (判例タイムズ 제958호 93면). 이른바 만세공업사건이라 불린다.

44) BGHZ, 118, 312 = IPRax 1993, S. 310-321. 석광현, 위의 책(제1권), 311면에서 재인용

45) 신창선, 『국제사법(제5판)』, 피데스, 2006, 304면.

46) 이 판결은 이혼심판청구에 관한 판결로 재산법상의 법률관계에 관한 것은 아니다.

이에 대하여 대법원은, 위 국내에서의 이혼소송과 미국에서의 이혼소송은 모두 동일 당사자간 혼인의 해소라는 동일한 목적을 위한 것이고, 그 주장된 청구원인이 일부 다르기는 하지만 이는 그 기본적 사실관계는 동일함에도 우리 민법과 네바다주법상의 이혼 요건이 상이함 때문에 비롯된 것에 불과하며, 동일 당사자간의 동일 사건에 관하여 우리나라에서 판결이 확정된 후에 다시 외국에서 판결이 선고되어 확정되었다면 그 외국판결은 우리나라의 판결의 기판력에 저촉되는 것으로서 우리나라의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 승인요건을 흠결한 경우에 해당한다는 원심의 판단을 지지하였다.

(4) 이유의 불기재

1) 대법원 1990. 4. 10. 선고, 89다카20252 판결

위 2. (2) 1)항에서 본 대법원 판결이다. 이 사건에서 대법원은 중재판정에 자세한 이유 기재가 없다 하더라도 그것만으로는 우리나라의 공공질서에 반한다고 볼 수 없다고 하였다.

2) 학설의 검토

민사집행법이나 민사소송법, 뉴욕협약 등에서 외국판결이나 외국중재판정에 이유가 기재되어 있을 것이라는 요건은 없다. 그러나 특히 외국중재판정에 관하여 대부분의 입법

- 47) 이혼판결은 형성판결이므로 앞서 본 바와 같이 승인요건을 갖추면 자동적으로 우리나라에서 효력을 발생하고 따로 집행판결이 필요하지 않다. 당초 호적예규는 외국법원의 이혼판결에 기초하여 호적기재를 하기 위하여는 집행판결이 있어야 한다고 규정하고 있었다고 한다. 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 117면. 그런데 1981년 10월 14일 제정된 호적예규 제371호 및 그 이후의 호적예규 제641호(2003년 3월 18일 개정), 제725호(2007년 10월 18일 개정)는 외국법원의 이혼판결은 민사소송법 제217조 소정의 조건을 구비하는 한 우리나라에서도 그 효력이 있고, 그에 기한 이혼신고는 우리나라 판결에 기한 이혼신고와 마찬가지로 호적법 제81조, 제63조의 규정에 의한 절차를 따르되 그 신고에는 그 판결의 정본 등 일정한 서류를 제출하여야 하며, 이러한 이혼신고가 제출된 경우 호적공무원은 이혼신고에 첨부된 판결의 정본 또는 등본에 의하여 당해 외국판결이 민사소송법 제217조 소정의 각 조건을 구비하고 있는지의 여부를 심사하여 그 수리 여부를 결정하여야 하나 그 조건의 구비 여부가 명백하지 아니한 경우에는 반드시 관계서류 일체를 첨부하여 감독법원에 질의하고 그 회답을 얻어 처리하여야 한다고 규정하여 위 입장을 변경하였다.
- 한편 2007년 12월 10일 제정된 가족관계등록예규 제174호는 외국법원의 이혼판결에 의한 이혼신고의 경우에 외국판결의 확정 여부 및 송달의 적법 여부가 불분명하거나, 외국법원의 판결절차가 진행될 당시 피고가 해당 외국에 거주하지 않은 경우 및 그 밖에 외국판결의 효력이 의심스러운 경우에는 반드시 관계서류 모두를 첨부하여 감독법원에 질의하고 그 회답을 받아 처리하여야 한다고 규정하면서도 외국판결상의 피고인 대한민국 국민이 해당 외국판결에 의한 이혼신고에 동의하거나 스스로 이혼신고를 한 경우나 외국법원의 이혼판결에 대하여 민사집행법 제26조 및 제27조에 따른 집행판결을 받은 경우(외국의 이혼판결은 승인요건을 갖추기만 하면 효력을 가지고 집행판결이 필요하지 않다는 입장에서 볼 때 이 부분은 불필요한 규정이다)에는 질의를 요하지 아니한다고 규정하고 있다.

례가 중재판정에 이유의 기재를 요구하고 있으며,⁴⁸⁾ 당사자의 명시적 합의 없이 이유를 붙이지 아니한 중재판정을 허용한다면 법원으로서 그 집행단계에서 위와 같은 사유를 검토하기 위하여 실질심사를 하여야 하므로 중재판정 이유의 전부 또는 일부가 흠결된 경우나 중요한 사항에 대한 판단을 유탈한 때에는 중재판정은 공서에 반한다고 한다.⁴⁹⁾

대법원은 중재판정의 이유 실시 정도에 관하여 “구 중재법 제13조제1항제4호 후단의 ‘중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때’란 중재판정서에 전혀 이유의 기재가 없거나 이유의 기재가 있더라도 불명료하여 중재판정이 어떠한 사실상 또는 법률상의 판단에 기인하고 있는가를 판명할 수 없는 경우와 이유가 모순인 경우를 말하고, 중재판정서에 이유의 실시가 있는 한 그 판단이 실정법을 떠나 공평을 근거로 삼는 것도 정당하며, 중재판정에 붙여야 할 이유는 당해 사건의 전제로 되는 권리관계에 대하여 명확하고, 상세한 판단을 나타낼 것까지는 요구되지 않고 중재인이 어떻게 하여 판단에 이른 것인지를 알 수 있을 정도의 기재가 있으면 충분하고, 또한 그 판단이 명백하게 비상식적이고 모순인 경우가 아닌 한, 그 판단에 부당하거나 불완전한 점이 있다는 것은 이유를 붙이지 아니한 때에 해당하지 아니한다 할 것이다”라고 판시하였다.⁵⁰⁾

그런데 중재법이 1999년 12월 31일 법률 제6083호로 개정되면서 제32조제2항에서 “중재판정에는 그 판정의 근거가 되는 이유를 기재하여야 한다. 다만, 당사자간에 합의가 있거나 제31조의 규정에 의한 화해중재판정인 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있지만, 중재판정 취소의 사유에 관하여 규정한 제36조에서는 이유의 기재가 없을 경우를 그 요건에서 따로 규정하고 있지 아니하다. 그러므로 단순히 이유의 기재가 없다고 하여 이를 공서에 반한다고 할 수 있는지 의문이 들고 내국중재판정의 경우에도 당사자간 합의가 있거나 화해중재판정의 경우 이유를 기재하지 아니할 수 있다는 점 등에 비추어 사건으로는 이유의 기재가 없는 외국중재판정이라고 하더라도 당사자가 당시 주장한 내용과 증거에 비추어 중재판정이 그와 같은 내용으로 성립한 사정을 알 수 있는 경우라면 이를 공서에 반한다고 하기는 어렵지 않을까 생각한다.

IV. 청구이의사유와 공서

48) 구 중재법(1999년 12월 31일 법률 제6083호로 전문개정되기 전의 것) 제11조제3항은 중재판정에는 이유의 요지를 기재하여야 한다고 규정하고 있었고, 제13조제1항제4호는 중재판정에 이유를 붙이지 아니하였을 때를 중재판정 취소의 사유로 삼고 있었다.

49) 목영준, 앞의 논문, 436면.

50) 대법원 2001.4.10. 선고, 99다13577, 13584 판결.

1. 집행판결에서 청구이의사유를 주장할 수 있는지 여부⁵¹⁾

외국판결의 기판력의 표준시 또는 외국중재판정의 성립일 이후에 생긴 청구권의 소멸, 의무이행의 유예 등 본래 청구이의의 소로써 주장할 수 있는 사유를 집행판결절차에서 항변으로 주장할 수 있는지에 대하여 다수의 견해는 이를 항변으로 주장할 수 있다고 한다(抗辯說).⁵²⁾ 그 근거로는 집행판결소송은 강제집행을 하기 전에 별도로 행하여지는 판결절차로서 실체상의 청구권에 대하여 심리하더라도 반드시 부적절하다고 할 수 없고 청구권이 없는 집행력에 대하여 눈을 감는다는 것은 강제집행의 이념에 맞지 않으며, 청구이의의 소로만 다루게 하는 것보다 당사자에게 편리하고 경제적이라는 것 등을 들고 있다. 이에 대하여 반대의 견해는 집행력의 배제는 청구이의의 소에 의하도록 하는 것이 집행의 신속을 위하여 타당하고, 외국판결 등의 집행판결절차 내에서는 실질적 권리관계에 대한 변론을 허용하지 말아야 한다는 것 등을 이유로 외국판결 등의 확정 이후에 생긴 사유는 청구이의의 소로 해결하여야 한다고 주장한다(別訴說). 사건으로는 우리나라의 집행재판은 판결절차로 이루어지고,⁵³⁾ 집행판결은 외국판결에 없었던 집행력을 새로 부여하는 절차라는 점 등을 고려하면 항변설이 타당하다고 생각된다.

그런데 항변설 중에서도 집행판결소송에서 청구이의사유를 주장할 수 있는 이상 그 이후 집행판결부 외국판결에 대한 청구이의소송에서는 집행판결 사실심 변론종결 후의 사정에 한하여 청구이의사유로 주장할 수 있다는 견해⁵⁴⁾와 집행판결에서 심리하는 대상은 외국판결 등에 집행력을 부여하여 달라는 청구이지 외국판결 등에서 판단한 청구 자체는 아니므로 외국판결 등에 대한 청구이의사유가 집행판결의 기판력에 차단되는 것은 아니라고 하는 견해⁵⁵⁾가 있다. 그런데 집행력을 부여하는 것은 청구채권의 존재를 전제로 하는 것이고, 만약 집행판결의 소송물이 청구채권의 존부와 무관한 외국판결 등에 대한 집행력의 부여 자체에 한정하여야 하는 것이라면 집행판결절차에서 청구이의사유를 주장하

51) 이에 대한 학설의 상세에 대하여는 장상균, “외국중재판정에 대한 집행재판과정에서의 청구이의사유의 주장”, 대법원판례해설 제44호(2003. 4.), 법원도서관, 119면.

52) 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 122면. 일본에서도 이와 같은 견해가 다수인 것으로 보인다. 동경지재 1965. 10. 13.(判例時報 제426호 13면). ; 三ツ木正次, “執行判決訴訟において請求異議事由を抗弁とすることの適否”, ジェリスト(제353호), 有斐閣, 135면.

53) 장상균, 앞의 논문(주 50), 121면에 의하면 독일에서는 ‘결정’의 형식으로 이루어진다고 한다.

54) 김상원 외(편)/서기석(집필), 앞의 책, 122면. 다수설이다.

55) 오정후, “집행판결의 거부사유인 공공질서 위반에 관한 연구 -청구이의사유가 있을 때 집행판결을 하는 것이 공공질서위반인가?”, 한국민사소송법학회지(제11-1권), 한국사법행정학회, 337면.

는 것을 허용하지 않는 것이 더 논리적이라고 할 것이므로, 전자의 견해가 타당하다고 생각된다.

2. 청구이의사유와 공서

(1) 대법원 2003. 4. 11. 선고, 2001다20134 판결

원고는 피고가 제작하여 공급한 자수기에 하자가 있다는 이유로 베트남상사중재원에 중재를 신청하였고, 위 중재원은 피고에게 자수기를 제공·설치할 것과 손해배상금을 지급하라고 판정하였다. 원고가 위 중재판정에 기하여 집행판결청구를 하였고, 이에 대하여 피고는 자신이 위 중재판정에서 명한 의무를 모두 이행 또는 이행제공하였는데 원고가 수령을 거절하였으므로 집행판결을 허용하여서는 아니된다고 주장하였다.

이에 대하여 대법원은 집행판결은 외국중재판정에 대하여 집행력을 부여하여 우리나라 법률상의 강제집행절차로 나아갈 수 있도록 허용하는 것으로서 그 변론종결시를 기준으로 하여 집행력의 유무를 판단하는 재판이므로, 중재판정의 성립 이후 채무의 소멸과 같은 집행법상 청구이의의 사유가 발생하여 중재판정문에 터잡아 강제집행절차를 밟아 나가도록 허용하는 것이 우리 법의 기본적 원리에 반한다는 사정이 집행재판의 변론과정에 드러난 경우에는, 법원은 이러한 사정을 뉴욕협약 제5조의 공공질서 위반에 해당하는 것으로 보아 그 중재판정의 집행을 거부할 수 있고, 이와 같이 해석하는 것이 집행판결의 확정 이후에 별도의 청구이의 소송을 통하여 다투도록 하는 것보다 소송경제에 부합할 뿐만 아니라, 변론을 거친 판결의 형식에 의하여 집행판결을 하도록 정한 우리 법제에 비추어 타당하다고 판시하였다.

(2) 서울고등법원 2008. 11. 6. 선고, 2006나3624 판결⁵⁶⁾

원고가 피고와 사이의 용선계약에 따른 용선료를 지급받지 못하였다는 이유로 용선계약에서 정한 바에 따라 영국에서 중재를 신청하였고 피고는 중재인을 선임하라는 통지를 받고도 이에 응하지 아니하여 원고가 선임한 중재인에 의하여 중재가 진행되고 피고에게

56) 이 사건은 제1심에서 원고가 대리인을 선임하였으나 항소심에서 대리인이 사임하여 원고의 주소지로 외국송달을 하였으나 송달이 불능되어 공시송달로 진행되었고, 원고가 상고를 제기하지 않아 확정되었다.

용선료를 지급하라는 중재판정이 내려졌다. 원고가 위 중재판정에 관한 집행판결을 청구한 사안에서 피고는 자신이 원고에 대하여 다른 용선계약 등과 관련하여 반대채권을 가지고 있으니 이를 자동채권으로 하여 위 중재판정에 지급을 명한 원고의 채권과 상계한다고 주장하고,⁵⁷⁾ 상계의 의사표시로 소멸한 위 중재판정에 의한 채권에 대하여 집행을 허용하는 것은 공서에 반한다고 주장하였다.

이에 대하여 서울고등법원은 집행판결소송 중 피고가 상계의 의사표시를 하여 원고의 중재판정에 기한 채권이 모두 소멸하였는바, 이러한 사정하에서 집행을 허가하는 것은 우리 법의 기본적 원리에 반하는 것으로, 이는 위 뉴욕협약 제5조에서 말하는 공서에 반하는 경우에 해당한다고 판시하였다.

(3) 위 판결들의 검토

위 판결들은 집행판결소송에서 청구이의사유가 있음이 명백히 드러나는 경우에는 그 중재판정에 집행력을 부여하는 것은 공서에 반한다는 것으로 결국 청구이의사유의 부존재가 공서의 한 내용을 이룬다는 입장⁵⁸⁾으로서 위에서 본 항변설보다 한 걸음 더 나아간 전향적인 판결로 생각된다.⁵⁹⁾

이는 대법원이, 피고가 연대보증인 중 일인인 원고를 상대로 채권액 전액을 청구하는 소송을 제기하였다가 그 소송 도중 다른 연대보증인으로 부터 채권액의 일부를 변제받았음에도 청구취지를 감축하지 아니한 채 전액 승소판결(의제자백판결)을 받은 후 나머지 채권액도 다른 연대보증인으로 부터 변제받아 채권이 전부 소멸하였음에도 위 승소판결을 받았음을 기화로 원고가 거주하는 아파트에 강제경매신청을 하였다가 원고가 위 보증채무가 실질적으로 모두 소멸되었음을 이유로 이의를 제기하자 위 경매신청을 취하하였다가 다시 위 아파트에 가압류신청을 하자 원고가 청구이의의 소를 제기한 사안에서, “피고가 원고 거주 위 아파트에 관하여 다시 신청한 위 강제집행은 이 사건 판결의 변론중

57) 일반적인 청구이의사유에 있어서는 그 사유가 패소판결의 변론종결일 이후에 생긴 때 한하여 이를 주장할 수 있으나, 상계의 경우는 반대채권의 성립시기가 패소판결의 변론종결일 전이라 하더라도 피고가 상계의 의사표시를 변론종결일 이후에 하였다면 청구이의사유로 삼을 수 있다고 보는 것이 판례와 다수설의 입장이다. 김상원 외(편)/김용덕(집필), 『주석 민사집행법(제2권)』, 한국사법행정학회, 2003, 245면.

58) 청구이의사유가 있더라도 강제집행을 허용하는 것이 권리남용에 해당하지 않는 경우란 실제로 생각하기 어렵기 때문에 결국 청구이의사유가 있으면서 집행판결을 청구하는 것 자체가 권리남용에 해당한다고 보는 입장으로 해석해도 무방하다고 보인다.

59) 위 대법원 판결을 지지하는 입장으로는 채동현, “청구이의 사유와 외국중재판정에 대한 집행판결 거부”, 중재(제300호), 대한상사중재원, 115면.; 장상균, 앞의 논문(주 50), 121면.

결 전에 원고의 보증채무 중 일부가 이미 소멸한 사실을 알았거나 쉽게 알 수 있었음에도 불구하고 그 보증채무 전액의 지급을 명하는 판결을 받았음을 기화로 원고의 보증채무가 변제에 의하여 모두 소멸된 후에 이를 이중으로 지급받고자 하는 것일 뿐만 아니라 그 집행의 과정도 신의에 반하는 것으로서 그 부당함이 현저하고, 한편 주채무자의 보증인에 불과하고 그 소유의 담보물건에 관하여 일차 경매가 실행된 바 있는 원고에게 이미 소멸된 보증채무의 이중변제를 위하여 그 거주 부동산에 대한 강제집행까지 수인하라는 것이 되어 가혹하다고 하지 않을 수 없으므로, 위 강제집행은 사회생활상 도저히 용인할 수 없다 할 것이어서 권리남용이라고 보아야 할 것이다.”라고 판시⁶⁰⁾하여 판결의 취득이나 이용이 권리남용에 해당하는 경우 청구이의의 사유가 된다고 보는 입장을 취하고 있는 점과 뉴욕협약에서 중재판정에 대한 집행판결을 불허할 사유로 청구이의사유가 있을 때를 따로 규정하지 않고 이에 해당할 만한 요건으로 공서에 반한다는 것만을 규정하고 있는 점, 우리나라의 경우 변론을 거친 판결로 집행을 허가하고 있는 것 등을 고려한 때문이라고 생각되고 구체적 타당성의 점에서 동의할 만하다고 생각된다.

위 판결들의 견해에 따르면 청구이의사유의 부존재는 집행판결을 함에 있어서의 공서의 한 내용이 된다고 할 것이나 이는 외국판결 등의 승인을 함에 있어서 고려하여야 할 공서의 내용은 아니라고 할 것이므로, 결국 승인요건과 집행요건에 차이가 생기게 된다.

우리 민사소송법 제217조상의 외국판결의 승인요건은 법원의 직권조사사항이라는 것이 일반적인 견해이고⁶¹⁾ 뉴욕협약 제5조제2항은 그에 규정되어 있는 공서요건은 같은 조 제1항에 규정되어 있는 요건과 달리 법원이 직권으로 심사하도록 규정하고 있으므로, 당사자의 청구이의에 관한 주장이 없다고 하더라도 직권조사사항에 관한 일반론에 따르면 적어도 법원이 직권으로 주장·입증을 촉구하여야 하고, 당사자의 합의나 자백 등으로도 법원의 권한 행사를 배제할 수 없게 된다.⁶²⁾ 물론 대법원은 권리남용이나 신의칙에 반하

60) 대법원 1997. 9. 12. 선고, 96다4862 판결. 대법원은 위 판결에서 “확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 그 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않는다 할 것이므로 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 그 집행을 배제를 구할 수 있다 할 것이고, 확정판결의 내용이 실제적 권리관계에 배치되는 경우 그 판결에 의하여 집행할 수 있는 것으로 확정된 권리의 성질과 그 내용, 판결의 성립 경위 및 판결 성립 후 집행에 이르기까지의 사정, 그 집행이 당사자에게 미치는 영향 등 제반 사정을 종합하여 볼 때, 그 확정판결에 기한 집행이 현저히 부당하고 상대방으로 하여금 그 집행을 수인하도록 하는 것이 정의에 반함이 명백하여 사회생활상 용인할 수 없다고 인정되는 경우에는 그 집행은 권리남용으로서 허용되지 않는다고 할 것이다”라고 판시하였다. 이와 같은 취지의 판결로는 대법원 2006. 7. 6. 선고, 2004다17436 판결.; 대법원 2003. 2. 28. 선고, 2000므582 판결.; 대법원 2001. 11. 13. 선고, 99다32899 판결.; 대법원 1984. 7. 24. 선고, 84다카572 판결 등이 있다.

61) 김상원 외(편)/민일영(집필), 『주석 신민사소송법(제3권)』, 한국사법행정학회, 2004, 340면.

는 것은 강행규정에 위배되는 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 판단할 수 있다는 입장을 취하고 있으나,⁶³⁾ 이는 변론에 현출된 모든 사정을 종합하여 권리남용이나 신의칙에 반한다고 인정되면 당사자의 주장이 없더라도 그렇게 판단할 수 있다는 취지로 이해되고, 권리남용에 해당하는 구체적 사정에 대한 주장·입증책임은 당사자에게 있다고 보지 않을 수 없다. 더구나 집행판결절차에서 청구이의사유는 그 존재 자체가 공서에 반한다는 판단을 가능하게 하는 것이고 이에 더하여 다른 추가적인 사정이 인정되어야 비로소 공서에 반한다고 할 것은 아니라고 생각된다.

이러한 점을 고려하면, 청구이의사유가 있을 때 집행판결을 청구하는 것이 공서에 반한다고 하기보다는, 집행판결절차에서 청구이의사유를 별도의 항변사유로 주장할 수 있다고 보는 것이 더 타당하다고 생각된다. 비록 우리법상의 집행판결의 요건이나 뉴욕협약상의 그 요건에 청구이의사유에 대한 규정이 없고, 집행판결절차에서는 그 외국판결 등의 당부에 대하여 심사를 할 수 없지만, 그 외국판결 등의 확정 이후에 생긴 사유를 심사한다고 하여 이를 그 외국판결 등의 당부에 대한 심사라고 할 수 없고, 집행판결절차가 청구이의의 소와 같이 판결절차로 진행되는 이상 이를 항변으로 주장할 수 있다고 보는 것이 더 타당하기 때문이다.⁶⁴⁾

V. 결론

이상으로 외국판결 등의 승인·집행요건 중 주로 공서의 개념에 관하여 우리 판례를 중심으로 하여 살펴보았다.

지구촌이라는 말이 전혀 어색하지 않은 요즈음이고 특히 우리나라는 국가경제의 상당부분을 무역에 의존하고 있는 만큼 국제적인 분쟁으로 인하여 생기는 외국판결 등에 대한 집행판결청구가 증가할 수밖에 없다. 그러나 이러한 청구를 받은 우리나라의 법원이 어느 범위에서 이를 허용할 것인가를 판단하는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 더구나 앞에서 언급한 바와 같이 공서라는 개념은 일의적으로 그 의미 또는 범위를 확정하기는 불가능한 것

62) 김상원 외(편)/박삼봉(집필), 『주석 신민사소송법(제2권)』, 한국사법행정학회, 2003, 295면.; 강현중, 『민사소송법(제3전정판)』, 박영사, 310면.

63) 대법원 1998. 8. 21. 선고, 97다37821 판결.; 대법원 1995. 12. 22. 선고, 94다42129 판결 등.

64) 위 항변설의 논거 참조. 한편 이와 달리 청구이의사유가 있을 때 집행판결을 선고하는 것 자체가 공서에 반한다고 하기는 곤란하고 집행력의 부여와 부당집행은 다른 문제이며, 다만 소송경제의 측면에서 항변으로 주장할 수 있다는 입장에서 위 대법원 2003. 4. 11. 선고, 2001다20134 판결에 반대하는 입장도 있다. 오정후, 앞의 논문, 322면 이하.

이고, 개개의 사례에서 재판을 통하여 구체화할 수 있을 뿐이므로 이러한 사례를 정리한다는 의미에서 이 글을 써보았다.

위에서 본 여러 판례에서 보는 것처럼 공서라는 개념을 판단함에 있어 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하고 실질적, 전체적으로 당해 사안을 검토하여 우리 법상의 핵심적인 가치가 아닌 한 공서위반으로 의율하지 말고 국제적으로 보편 타당한 기준에 맞추어 판단하여야 할 것으로 생각된다. 

한글 1