## 法學博士 學位論文

海事訴訟에 있어서 國際裁判管轄에 관한 研究 - 船舶衝突과 船荷證券을 中心으로 -

A Study on Jurisdiction in a Maritime Action

指導教授 鄭 暎 錫

2005年 2月 韓國海洋大學校 大學院 海 事 法 學 科 張 京 植

# 目 次

# Abstract

第 1	章	序	論	•••••				•••••	•••••			•••••			••••	•••••	1
第 1	節	研多	분의	目的	<b>5</b>	•••••					••••					•••••	1
第 2	節	研多	문의	範圍	<b>회와</b> [	方法									•••••		5
1.	研多	운의	範圍									•••••			•••••	•••••	5
2.	研多	운의	方法			•••••	•••••				••••	•••••				•••••	6
第 2	章	國際	条裁	判律	轄의	4 1	よ礎	理語	侖		••••	•••••			••••	•••••	9
第 1	節	國際	祭裁領	判管	轄의	概念	<b>会 …</b>		•••••		••••				•••••	•••••	9
第 2	節	國際	祭裁	判管	轄의	基本	<b>卜理</b> :	念			••••						12
第 3	節	國際	祭裁領	判管	轄의	利盆	<b></b>										13
第 4	師	國際	祭裁	判管	轄에	관측	む 導	設	中 4	削例		•••••	•••••	•••••	•••••	]	18
1.	學	說 …				•••••					••••			•••••			18
2.	判	例 …			•••••	•••••					••••			•••••	•••••		19
第 5	節	國際	祭裁	判管	轄의	具體	豊的	決定	定基	準 …	••••	• • • • •	•••••		•••••	4	22
第6	節	國際	祭裁	判管	轄과	國際	祭訴	訟競	合		••••				•••••	2	24
1.	國際	祭訴訟	公競台	î의 i	概念·	•••••	•••••				••••			•••••		4	24
2.	國際	祭訴訟	公競台	î의	類型	••••		•••••	•••••	•••••	•••••	•••••		•••••	•••••	'2	25
3.	國際	祭訴訟	公競台	î의 J	處理基	準め	] 관	한 특	學說		••••	•••••	•••••	•••••		4	26
4.	國際	祭訴訟	公競台	ř의 ;	具體的	기인 ,	處理	方法	•••••			•••••	•••••	•••••	•••••	4	27
第 3	章	國際	条裁	判管	轄。	) į	반한	比	較	法的	j ŧ	かい かいかい かいかい かいかい かいかい かいかい かいかい かいかい	<b>.</b>	•••••	•••••	(	30
第 1	節	比輔	交法的	的模	討의	必	要性	ŧ			••••	•••••			•••••	;	30

第 2 節 브뤼셀協約과 루가노協約	31
1. 概 觀	31
2. 一般管轄에 관한 原則	35
3. 契約에 대한 特別管轄	36
4. 不法行爲에 대한 特別管轄	37
第 3 節 헤이그新協約	38
1. 概 觀	38
2. 一般管轄에 관한 原則	46
3. 契約에 대한 特別管轄	49
4. 不法行爲에 대한 特別管轄	50
第 4 節 미국의 裁判管轄理論	51
1. 概 觀	51
2. 一般管轄에 관한 原則	56
3. 契約에 대한 特別管轄	61
4. 不法行爲에 대한 特別管轄	····· 62
第 5 節 우리나라의 裁判管轄理論	
1. 概 觀	
2. 一般管轄에 관한 原則	65
3. 契約에 대한 特別管轄	
4. 不法行爲에 대한 特別管轄	
第 6 節 小 結	68
第 4 章 船舶衝突에 있어서 國際裁判管轄	70
第 1 節 問題의 提起	70
第 2 節 國際裁判管轄	71
1. 概 念	71
2. 國際裁判管轄의 決定原則	······ 72
3. 國際裁判管轄과 準據法	73

1. 國際裁判管轄의 合意112
2. 裁判管轄約款과 至上約款과의 關係117
3. 船荷證券上의 管轄合意에 관한 比較法的 檢討119
4. 私 見
第 6 章 結 論
1. 船舶衝突의 國際裁判管轄 135
2. 船荷證券의 國際裁判管轄 137
<b>參考文獻</b>

## A Study on Jurisdiction in a Maritime Action

by Kyung Sik Jang

Department of Maritime Law

The Graduate School of Korea Maritime University

Busan, Korea

#### Abstract

As "the international" is a main character of marine business as its own nature, if a dispute arose in the course of marine business and the dispute could not be settled amicably out of court, it should be the first thing for the parties concerned to consider filing a law suit at which State's court, so called, "forum shopping".

As each State has different legal systems and the legal effects in a State may be different from those in other States, a judgement of a court in one State may differ from that in another State, which may lead each party concerned attempt to have his action tried in a particular jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgement.

There have been no international Conventions, practices, principles or rules internationally accepted or approved to govern the choice of forum and each State has determined jurisdiction in an international litigation on the basis of its own domestic laws or practices etc..

In the circumstances, the thesis attempts to make legislative suggestions on the proper and reasonable determination of international jurisdictions in maritime actions relating to a dispute on the collision at sea between vessels as a typical case of a tort and to a dispute about bills of lading as a typical case of a breach of contract, reflecting practices, principles and rules acceptable internationally with respect to a choice of forum.

Regarding the choice of jurisdiction in a maritime action in respect of a collision at sea between vessels, the study is made in four categories such as ① collision at domestic territorial seas, ② collision at foreign territorial seas, ③ collision at high seas between vessels with the same national flags and ④ collision at high seas between vessels with different national flags.

When a collision occurs at both domestic territorial seas and foreign territorial seas, it is natural that a coastal State has a jurisdiction in the case as the sovereign authority of a coastal State reaches to the place of collision.

But, there is a question if a coastal State still has a jurisdiction in case that the flags of vessels involved even in a collision at territorial seas are the same. It is more fair and reasonable that the State of the same flags has a jurisdiction in such a case instead of the coastal State for a more convenient, economical, efficient and speedy proceedings.

As there is no coastal State when a collision occurs at high seas, there have been no agreed principles or rules to determine jurisdiction in the case.

It is also fair and natural that the State of the same flags has a jurisdiction in a collision case between vessels with the same flags at high seas.

Korean Private International Law prescribes that the law of the State of a vessel caused the collision is applicable instead of the law of the State of a victim vessel in a collision case between vessels with different flags at high seas. In the Law, even though the meaning of "law" does not appear to be clear, it should be considered as including jurisdiction.

However, it is more appropriate that Korean Court should accept jurisdiction in a collision case at high seas if a Korean vessel is involved because it is very difficult to find which vessel has to be blamed for a collision and each State inclines toward the protection of its own people etc..

In conclusion, it is suggested that Article 61 of Korean Private International Law should be revised reflecting that the State of the same flags should have jurisdiction in a collision case between vessels with the same flags at both territorial waters and high seas and that Korean Court should accept jurisdiction in a collision case at high seas if a Korean vessel is involved.

In the meantime, with regard to the jurisdiction in an international litigation concerning a bill of lading, the study to find a proper and reasonable jurisdiction is made in three sections such as ① the validity of a jurisdiction clause on a bill of lading, ② the jurisdiction in an action concerning the effect of a right in rem of a bill of lading, for example, a dispute between a person who originally receives a bill of lading from ocean carrier and a present holder of the bill of lading by assignments and ③ the jurisdiction in a litigation concerning the effect of obligations of a bill of lading between ocean carrier who issued a bill of lading and a holder of the bill of lading.

First, the validity of a jurisdiction clause on a bill of lading should be held as an agreement between the parties concerned has to be held in respect according to the principle of personal autonomy, unless the agreement is very unfair and unreasonable.

Second, the State where relevant bill of lading is should have jurisdiction in an action concerning the effect of a right in rem of a bill of lading because of the reasons that the protection of circulation of a bill of lading is very important, that a bill of lading represents a cargo concerned, that the disposal of the cargo has to be made by the bill of lading and that in most cases the place where a bill of lading is should finally meet the destination of cargo as the cargo has to be exchanged for the bill of lading and so on.

Third, if an agreement on jurisdiction was not made or not available, the State where relevant bill of lading is should also have jurisdiction in a litigation concerning the effect of obligations of a bill of lading because even though the items on a bill of lading are mentioned based on the contract of carriage of goods, the mentioning on the bill of lading itself should be considered as a *prima facie* evidence and therefore, ocean carrier who issued a bill of lading shall be responsible for the fulfillment of obligations as mentioned on the bill of lading and the place where a bill of lading is should finally meet the destination of cargo in most cases as the cargo has to be exchanged for the bill of lading.

In conclusion, it is suggested that a new Article regarding jurisdiction in an action concerning bill of lading should be made in Korean Private International Law reflecting that a jurisdiction clause on a bill of lading should be considered as valid unless the clause is very unfair and unreasonable and that the State where relevant bill of lading is should have jurisdiction, if an agreement on jurisdiction was not made or not available.

## 第1章序論

## 第 1 節 研究의 目的

海上企業이라 함은 바다를 무대로 하여 船舶이라는 航行用具를 수단으로 이용하여 전개하는 企業을 의미한다.1) 漁業·海難救助業·海上曳船業 등을 포함 海上企業의 종류는 다양하지만 그 대표적인 것은 海上運送業이다. 海上과 밀접한 관련이 있는 기업으로는 海上保險業·海上賣買業·海上金融業 등을 들 수 있다. 海上保險業 등은 직접 바다를 무대로 하는 기업은 아니지만 海上企業을 전제로 하거나 이것에 부수하는 까닭에 海上企業的 특성을 가지게 된다.

海上企業은 그 영위하는 사업의 특질로서 國際性을 가지게 되며 이로 인하여 특히 國際的인 紛爭에 노출되는 경우가 빈번하게 된다. 사업의 영위와 관련한 국제적인 분쟁이 발생한 경우에 당사자들 간의 원만한 合意에 의하여 그 분쟁의 해결을 모색하는 것이 최선이다. 그러나 그렇지 못한 경우 당사자들 간에 분쟁을 仲裁에 의하여 해결하기로 하는 합의가 존재하지 않으면 일반적으로 訴訟에 의하여 당사자의 일방이 어느 국가의 法院에 訴를 제기하고 동 법원이 그에 대해 재판을 함으로써 해결을 하게 된다. 이 경우에訴의 제기를 받은 법원은 사건의 本案에 대한 審理에 들어가기에 앞서 당해국가가 國際裁判管轄을 가지는가를 우선 판단하고, 만일 國際裁判管轄을 가지기 않는 것으로 판단되면 國際裁判管轄이 없음을 이유로 사건의 審理를 거부하게 된다. 따라서 분쟁 당사자는 訴를 제기하기 이전에 어느 국가의 법원이 國際裁判管轄을 가지는가를 검토하고 그러한 國家가 하나인 경우에는

<sup>1)</sup> 鄭暎錫, 海商法講義要論, 海印出版社, 2003, 3面 참조.

그곳에서 제기하고 多數인 경우에는 그 중 자기에게 가장 유리한 國家에서 訴를 제기하게 된다.

더욱이 國際訴訟에서는 法廷地(forum)가 어디인가에 따라 지리적 거리와 언어의 차이 등으로 인하여 당사자들이 소송을 수행하는데 실제적 難易度에 현저한 차이가 있을 뿐만 아니라 소송에 적용되는 節次規範이 달라지게 되며2) 분쟁의 실체에 적용되는 實質規範도 달라질 수 있다.3) 나아가 法廷地는 原告가 勝訴判決을 받아 이를 被告의 재산소재지에서 執行할 수 있는가의 여부에도 영향을 미친다. 왜냐하면 被告가 裁判國에 재산을 가지고 있는 경우에는 문제가 되지 않으나 그렇지 않은 경우 당해 판결을 재산소재지인 외국에서 집행할 필요가 있는데 외국재판의 承認 및 執行可能 여부와 그 요건 등은 국가에 따라 相異하기 때문이다. 이와 같이 國際裁判管轄을 가지는 국가가 복수로 존재하는 경우 法廷地(forum)가 어디가 되는가에 따라차이가 발생하므로 原告는 이른바 "法廷地探索"(forum shopping)4)을 하게 된다. 이렇듯 國際裁判管轄의 문제는 國際訴訟에서 매우 중요한 실천적이론적 의미를 가진다고 할 수 있으며 따라서 국제재판관할의 문제는 국제적 분쟁이 빈번한 海上企業에 있어서 매우 중요한 의미를 가지게 된다.

그러나 현재 國際裁判管轄에 관하여는 브뤼셀협약 및 루가노협약과 같이 일정한 지역에서 적용되는 협약을 제외하면 전 세계적으로 다수국가를 구속하는 국제협약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 확립되어 있

<sup>2)</sup> 이것은 "節次는 法廷地法에 따른다"는 國際私法 내지는 國際民事訴訟法의 원칙 이 국제적으로 널리 인정되기 때문이다.

<sup>3)</sup> 법원은 法廷地國의 國際私法을 적용하는데 현재는 그 내용이 국가에 따라 상이하기 때문이다.

<sup>4)</sup> 당사자 일방이 가장 유리한 判決이나 評決을 받을 수 있을 것으로 생각되는 어느 특정 法院이나 管轄에서 訴를 제기하고자 시도하는 경우를 의미하므로(Such occurs when a party attempts to have his action tried in a particular court or jurisdiction where he feels he will receive the most favorable judgement or verdict: Henry Campbell Black, M.A., Black's Law Dictionary 5th Ed., West Publishing Co., 1979, p.590) "法廷地探索"이라고 번역하고 "choice of forum"은 "法廷地選擇"이라고 번역하였다.

지 않고 각국별로 개별적인 원칙에 따라 해결을 하고 있다. 따라서 裁判權의國際的 抵觸이 불가피하게 발생하게 되고 따라서 위에서 말한 "法廷地探索"(forum shopping)현상이 발생하게 된다.

한편, 民事 및 商事와 관련한 法律關係 당사자들 간에 발생한 분쟁의 해결이란 관련 분쟁당사자들 간의 책임관계를 명확히 하여 책임 있는 당사자가 紛爭의 상대방에 합당한 損害賠償責任을 부담하도록 하는 것이 그 핵심이라고 할 수 있다. 이러한 損害賠償責任은 크게 債務者가 債務의 내용에 좇은 履行을 하지 않는 경우에 발생하는 債務不履行責任과 故意 또는 過失로인한 違法行爲로 他人에게 손해를 가하는 행위에 의한 不法行爲責任의 양자로 대별할 수 있다. 債務不履行과 不法行爲는 다같이 違法한 행위로 損害賠償責任을 발생시킨다는 점에 공통성이 있다. 그러나 不法行爲는 널리 司法的生活關係에서 일반적으로 일어나는 문제인 반면, 債務不履行은 債權・債務關係에 있는 特定當事者 사이에서 일어나는 문제인 점에 차이가 있다.

海事法律關係에 있어서 발생하는 紛爭의 解決을 訴訟을 통하여 모색하는 경우에 이를 海事訴訟이라고 한다. 海事法律關係는 相對的 獨自性을 가지므로 본질적으로 國際性을 띠고 陸地와는 다른 법적 취급을 요하는 海上에서 발생하고 또한 個性을 지닌 船舶을 중심으로 해서 성립되는 特殊性이 있기 때문에5) 이와 관련한 國際裁判管轄은 일반의 國際裁判管轄에 관한 문제와는 차이를 지닌다. 이러한 海事法律關係에 있어서 발생할 수 있는 不法行為責任의 典型은 해상기업 활동에 있어서 가장 중요한 사업수단인 선박이타 선박과 충돌한 경우에 발생할 수 있는 "船舶衝突로 인한 損害賠償責任"이라 할 수 있다. 그리고 債務不履行責任은 해상기업의 대표적인 형태인海上運送業의 법률관계에서 핵심을 이루는 運送契約의 관련사항인 "船荷證券과 관련하여 발생하는 損害賠償責任"이 그 典型이라고 할 수 있다. 이에따라 船舶衝突 및 船荷證券과 관련한 사건의 분쟁에 있어서 國際裁判管轄問題의 검토는 海事法律關係에서 중요한 의미를 가진다고 할 것이다.

海上企業活動과 관련하여 가장 중요한 사업수단인 船舶을 중심으로 船

<sup>5)</sup> 徐希源, 新稿版 國際私法講義, 一潮閣, 1995, 18面 참조.

舶所有者의 責任制限制度가 전 세계적으로 운영되고 있음은 주지의 사실이다. 그러나 船舶所有者의 責任制限과 관련하여 우리 商法은 海難救助 또는 共同海損分擔에 관한 債權, 油類汚染損害에 관한 債權, 海難을 당한 船舶· 積荷 등의 引揚·除去·破壞 또는 無害措置에 관한 債權 등은 그 有限責任을 排除하고 있다.6) 따라서 海事法律關係 중 不法行為의 典型으로서 중요한위치를 차지하고 있으며 또한 海上企業에 고유한 船舶所有者의 總體的 責任制限制度(global limitation)가 實效性을 가질 수 있는 대표적 경우인 船舶衝突에 있어서 國際裁判管轄의 決定問題를 검토하여 국제사회에서 합리성을인정받는 法 理論과 立法論을 정립하는 것은 의미가 있다고 할 것이다.

그리고 海上企業의 대표적 형태인 海上運送業에 있어서 法律關係의 핵심인 船荷證券과 관련한 사항은 船荷證券의 본질적인 流通性에 기인한다. 이에 따라 運送契約의 당사자로서 선하증권을 발급받은 送荷人과 이를 引渡받은 운송계약의 제3자인 船荷證券所持人間에 있어서 해당 운송물의 引渡 및處分 등에 관한 物權的 效力의 問題, 운송계약의 당사자로서 선하증권을 발급한 海上運送人과 운송계약의 제3자인 船荷證券所持人間에 있어서 증권에 기재된 운송물의 引渡請求權 등에 관한 債權的 效力의 문제, 附合契約性을지난 선하증권의 裁判管轄約款에 관한 有效性의 인정 문제 등 다양한 법률적 문제의 검토가 필요하다. 이와 같이 선하증권과 관련한 국제재판관할의연구는 선하증권이 海事法律關係 중 契約과 관련한 사항의 전형으로 핵심적인 지위를 차지하고 있고 학문적으로도 다양한 法律問題의 검토기회를 가질수 있게 하므로 주요한 분야라고 할 것이다. 따라서 선하증권과 관련한 분쟁(債務不履行, 運送契約과 관련된 사항이므로 契約不履行이라고도 함)의 경우에 국제재판관할의 문제를 검토하여 이와 관련한 國際的 海事訴訟에 있어서 국제재판관할의 法 理論과 立法論을 定立하고자 한다.

<sup>6)</sup> 商法 제748조 2호 내지 4호 참조.

## 第 2 節 硏究의 範圍와 方法

#### 1. 硏究의 範圍

海上企業의 涉外的인 법률관계에서 분쟁이 발생한 경우에 合意나 仲裁에 의하여 해결되지 않는 法的 紛爭解決에 있어서 가장 先決되어야 할 문제는 어느 나라의 법원에서 재판을 받느냐하는 國際裁判管轄의 결정문제와 어느 나라의 법이 적용되느냐하는 準據法의 결정문제이다.

英美法系에서는 國際私法의 범위를 國際裁判管轄, 準據法의 決定 및 外國判決의 承認으로 나누어 準據法의 결정 이전에 管轄問題를 다루는 것이 보통이다. 그러나 전통적 大陸法系에서는 어느 나라의 법률이 準據法으로 되는 경우의 문제는 그 나라의 管轄에 속한다고 보아 準據法 여하에 따라 裁判管轄의 유무를 규정하는 것이 보통이다.

이와 같이 비록 準據法의 결정이 國際裁判管轄의 결정을 先導하는 등 국 제재판관할의 결정과 준거법의 결정문제는 상호 밀접한 관련이 있으나 涉外 的인 사건에 있어서 준거법의 결정문제에 관하여는 국제재판관할의 결정문 제에 대한 연구보다 상대적으로 많은 연구가 이루어져 왔으므로 이 논문에 서는 제4장 (船舶衝突에 있어서 國際裁判管轄) 제2절에서 國際裁判管轄과 準據法의 관계에 대한 간략한 언급을 하는데 그치고 국제재판관할의 결정에 관하여만 그 연구범위를 한정한다.

그러나 國際裁判管轄과 準據法은 상호 밀접한 관련이 있으며 改正 國際 私法 海商篇의 규정에 있어서 行為地法, 衝突地法, 船籍國法 등의 用語가 準 據法만을 의미하는지 裁判管轄도 함께 포함하는지 명확하지 않은 점 등을 볼 때 國際裁判管轄에 관한 연구는 결국 準據法에 관한 연구와 상당 부분 그 軌를 같이 한다고 볼 수 있을 것이다.

이 論文에서의 연구범위는 다양한 海事法律關係에 관한 海事訴訟에서 不法行爲責任의 대표적인 사건 유형인 船舶衝突事件에 있어서 國際裁判管轄 의 결정문제와 契約責任의 대표적인 사건 유형인 船荷證券과 관련한 분쟁사건에 있어서 國際裁判管轄의 결정문제에 대하여 한정하여 살펴본다.

船舶衝突의 경우와 船荷證券 분쟁의 경우에 있어서 國際裁判管轄의 결정 문제에서 그 前提가 되는 국제재판관할의 결정에 관한 基礎的인 一般論에 대한 理解가 필요하다. 따라서 이 논문 제2장에서 國際裁判管轄에 대한概念,基本理念,利益,종래의 學說 및 判例,구체적 決定基準,國際訴訟競合에 대하여 검토하였다.

제3장에서는 國際裁判管轄에 대한 국제적으로 승인되거나 통일된 법규가 없으므로 比較法的 검토 방법을 택하여 이와 관련한 國際協約 내지 協約案으로 브뤼셀協約과 헤이그新協約案 그리고 外國의 사례로는 聯邦制度의특수성으로 裁判管轄理論이 발달한 미국의 裁判管轄理論 그리고 우리나라의입장에 대하여 각각 槪觀, 一般管轄과 契約 및 不法行為에 관한 特別管轄에관한 사항을 검토하였다.

제4장에서는 船舶衝突事件과 관련한 국제재판관할의 결정문제를 다루기로 한다. 관련 國際協約의 입장과 영국, 미국, 일본과 우리나라에 있어서의 立法例와 慣行을 중심으로 比較法的인 검토를 주로 하여 우리나라 관련 法規의 문제점을 파악하고 그 改善案을 제시하였다.

제5장에서는 船荷證券 사건의 국제재판관할의 결정과 관련하여 선하증 권의 개별적 효력 형태인 物權的 效力과 관련한 裁判管轄, 債權的 效力과 관 련한 裁判管轄을 살펴보았다. 그리고 선하증권 상의 裁判管轄約款의 有效性 인정여부와 관련하여 國際裁判管轄合意에 대한 일반론을 살펴본 후에 미국, 일본과 우리나라 判例의 입장을 比較法的으로 검토하여 우리 大法院判決의 문제점을 파악하고 그 개선의견을 제안하였다.

마지막으로 제6장에서는 앞에서 검토 및 논의한 사항들을 정리 요약하여 結論으로 삼고자 하였다.

### 2. 硏究의 方法

海上企業의 涉外的인 분쟁의 해결에 있어서 國際裁判管轄에 관하여 국제적으로 승인된 통일적인 法規나 法原則이 없이 각국의 國內法規에 의하여

개별 사건에 관한 國際裁判管轄을 결정하는 현실에서는 國際裁判管轄 規則 이 정당해야 하고 나아가 국제적으로 인정됨으로써 國際的 正當性을 확보할 수 있으므로 이에 대한 논의는 필수적으로 관련 國際協約 및 外國의 事例와의 比較法的 檢討가 필요하다.

이 論文은 船舶衝突과 관련한 國際訴訟의 경우에 있어서 국제재판관할의 결정문제와 船荷證券과 관련한 분쟁의 경우에 있어서 국제재판관할의 결정문제를 그 主題로 하므로 이와 관련한 文獻을 기초로 비교법적 검토를 통하여 각각의 경우에 있어서 문제점을 발견하고 그 개선안을 논의하고자 한다. 그 구체적 방법은 다음과 같다.

첫째, 제2장에서는 一般論 및 관련 基本事項의 理解를 위하여 국제재판 관할의 결정에 관한 槪念, 基本理念, 利益, 종래의 學說 및 判例, 구체적 決 定基準과 國際訴訟競合을 중심으로 검토한다.

둘째, 國際裁判管轄에 대한 比較法的 檢討에 있어서는 國際協約(案), 미국과 우리나라의 경우에 있어서 국제재판관할의 결정에 대한 각자의 기본적인 一般原則, 즉 국제재판관할 규칙과 부적절한 法廷地의 法理에 대한 태도 및 國際訴訟競合 문제의 처리에 대하여 살펴보고 각 協約이나 立法例 등의 一般管轄의 근거에 관한 파악과 契約 및 不法行爲에 대한 特別管轄의 근거에 관하여 간단히 살펴보고 정리한다.

셋째, 船舶衝突의 國際裁判管轄 결정문제의 검토에 있어서 관련 國際協約의 입장을 살펴본 후에 領海內에서의 衝突과 公海上에서의 衝突의 경우로 구분하여 前者는 自國領海와 外國領海, 後者는 同一國籍船間과 다른 國籍船間의 충돌의 경우로 나누어 검토한다.

넷째, 船荷證券과 관련한 國際裁判管轄의 결정에 있어서는 船荷證券의 引渡에 따른 해당 運送物의 引渡에 관한 送荷人과 船荷證券所持人間의 船荷 證券의 物權的 效力과 관련한 재판관할의 문제, 운송물의 引渡請求權과 관련 한 船荷證券所持人 및 海上運送人間의 선하증권의 債權的 效力과 관련한 재 판관할의 문제에 관하여 관련 效力에 대한 學說과 理論을 중심으로 검토한 다. 船荷證券의 管轄合意에 관한 約款의 有效性 문제와 관련하여서는 管轄合 意에 관한 一般論을 살펴본 후에 미국, 일본 및 우리나라의 구체적인 判例에 대한 비교법적 검토를 시도한다.

# 第 2 章 國際裁判管轄의 基礎理論

## 第 1 節 國際裁判管轄의 概念

1. 國際裁判管轄7)이라 함은 涉外的 要素를 가진 분쟁의 해결에 있어서어느 나라의 法院이 裁判權을 가지는가를 결정하는 문제로서 분쟁당사자의입장에서 보면 法廷地選擇(choice of forum)의 문제이다. 이에 관하여 국제적으로 통일되거나 보편화되어 승인된 法原則은 없고 각국별로 개별적으로자신의 國際裁判管轄 규칙을 정하여 해결하고 있으므로 裁判權의 國際的 抵觸이 불가피하게 발생하게 되고 따라서 法廷地探索(forum shopping)현상이 발생하게 된다.

이에 관하여 에렌쯔바이그(Ehrenzweig)는 法廷地探索(forum shopping)을 방지하기 위해서 國際裁判管轄은 문제의 사건 해결에 가장 적합한 국가의 法院(forum convenience)만이 가지도록 제한되어야 한다고 주장한다.8)

우리나라의 종래의 학설과 판례에 의하면 우리 법원에 國際訴訟이 係屬 된 경우 受訴法院은 한국이 직접적 국제재판관할, 즉 直接管轄을 가지는가를 審理하여 국제재판관할이 없는 때에는 그를 이유로 訴를 却下해야 하는데,

<sup>7)</sup> 國際裁判管轄에 관하여 독일에서는 "Internationale Zustendigkeit"라고 하고, 프랑스에서는 "一般管轄(compétence générale)"이라고 하여 "特別管轄(compétence speciale)"이라고 하는 國內管轄과 구별하고 있다. 또 英美에서는 國際裁判管轄을 "jurisdiction"이라고 하여 州內裁判管轄인 "competence"와 구별하고 있다(鄭暎錫, "船舶所有者의 責任制限에 있어서 準據法의 決定", 「韓國海法會誌」第15卷 第1號, 1993, 252面 참조).

<sup>8)</sup> 李好珽, 國際私法, 經文社, 1983, 72面.

이 경우 우리 법원이 어떠한 국제재판관할 규칙에 의하여 국제재판관할의 유무를 결정할 것인가 문제가 된다. 그러나 外國法院이 선고한 판결의 승인 및 집행이 우리 법원에서 문제되는 경우 판결을 선고한 당해 외국법원이 관 할을 가지는가라는 간접적 국제재판관할, 즉 間接管轄의 기준을 直接管轄의 기준과 동일하다고 보는 견해에 따르면 국제재판관할에 관한 규칙은 間接 管轄에 대하여도 동일하게 적용될 것이다.

改正 國際私法(2001년 7월 1일 發效)은 同法의 목적을 "외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 國際裁判管轄에 관한 原則과 準據法을 정하는 것"임을 선언함으로써 국제재판관할 규칙의 정립이 國際私法의 課題임을 선언하고 그에 이어 제2조에서 國際裁判管轄에 관한 原則을 선언하고 있다. 그리고 債權에 관한 제5장(제27조와 제28조)에서 소비자와 근로자를 보호하고자 소비자계약과 근로계약에 관하여 국제재판관할 규칙을 두고 있다. 그러나 국제사법은 일반관할이나 특별관할, 특히 계약에 관한 국제재판관할과합의에 관한 원칙을 규정하지 않은 채 소비자계약과 근로계약에 관하여 特則을 둔 단편적인 형태를 취하고 있다.

이렇게 하여 國際私法의 管轄規則은 소비자계약과 근로계약의 경우를 제외하면 추상적인 기준만을 규정하고 있으므로 구체적인 경우에 있어서 실 제의 문제를 해결하기 위해서는 보다 구체적인 국제재판관할 규칙이 필요하다.

2. 國際裁判管轄은 全體로서의 어느 특정국가의 법원이 법적 爭訟을 裁判해야 하는가 또는 재판임무를 全體로서 어느 특정국가에 배분할 것인가에 관한 문제이다. 이는 全體로서의 어느 특정 국가의 법원이 裁判管轄을 가지는가 또는 裁判權을 행사할 것인가의 문제이므로 어느 국가 내의 同種의 1심 법원 가운데 어느 법원이 법적 爭訟을 처리할 것인가의 문제를 취급하는 土地管轄과는 개념적으로 구별된다. 따라서 국제재판관할은 법적 爭訟을 처리할 법원이 속하는 어느 국가만을 지정하는 것이지 土地管轄에서와 같이 구체적으로 어느 법원까지 지정하지는 않는다.

국제재판관할규칙은 어느 국가가 그에 따라 자신의 재판권을 행사하고 자 하는 범위의 확정 또는 자발적인 재판권의 제한에 관한 규칙을 의미한다. 따라서 재판권은 國際(公)法上의 문제이지만 국제재판관할은 국제재판관할 규칙을 정한 國際協約을 제외하면 各國이 스스로 결정할 사항으로서 國內法 上의 문제이다. 양자는 民事訴訟法 理論上 독립한 소송요건이지만 국제재판관할은 논리적으로 裁判權의 존재를 전제로 하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 의미에서 어느 국가의 民事裁判權의 행사에는 外在的‧國際法的 制約으로서 의 主權免除(sovereign immunity; 國家免除라고도 함)의 문제와 內在的‧國際民事訴訟法的 制約으로서 國際裁判管轄의 문제라고 하는 차원(level)을 달리하는 두 종류의 制約이 있다고 한다.9)

국제재판관할의 문제는 우리 법원에 國際事件에 관한 訴가 제기된 경우에 법원이 裁判할 수 있는 管轄을 가진다는 직접적 국제재판관할(또는 直接管轄)과 외국법원이 선고한 판결의 承認 및 執行이 우리 법원에서 문제되는 경우에 판결을 선고한 당해 외국이 관할을 가진다는 간접적 국제재판관할(또는 間接管轄)의 두 가지 형태가 있다.

국제재판관할은 범위에 따라 "一般管轄"(general jurisdiction)과 "特別管轄"(special jurisdiction)로 구분되는데, 前者는 법원이 사건의 종류나 내용에 관계없이 被告에 대한 모든 訴訟에 관해 재판관할을 가지는 경우를 말하고 後者는 법원이 계약 또는 불법행위 등과 같이 일정한 종류나 내용에 기한 訴訟에 관하여만 재판관할을 가지는 경우를 말한다. 一般管轄의경우에 被告와 法廷地間의 결합이 매우 강력해서 被告에 대한 모든 소송에 관해 裁判管轄을 인정한다. 우리 민사소송법은 독일 민사소송법을 繼受하여

<sup>9)</sup> 우리나라의 多數說은 裁判權의 한계를 "對人的 制約", "對物的 制約"과 "場所的 制約"으로 구분하고, 국가면제(state immunity)를 대인적 제약의 문제로, 국제 재판관할을 대물적 제약의 문제라고 한다. 그러나 多數說이 "裁判籍"을 토지관할의 발생원인이 되는 인적·물적 관련사유라고 설명하는 데서도 알 수 있는 바와 같이 국제재판관할은 당사자와의 관련에 근거하여 발생하기도 하므로 이러한 설명은 적절하지 않다(石光現, 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 博英社, 2001, 115-116面 참조).

"裁判籍"(Gerichtsstand)이라는 개념을 사용하고 이를 普通裁判籍과 特別裁判籍으로 구분하며 一般管轄과 特別管轄이라는 概念을 사용하지는 않는다.10) 그러나 국제적으로는 一般管轄과 特別管轄이라는 概念이 널리 사용되므로 여기에서는 편의상 그러한 개념을 사용하고자 한다.

## 第 2 節 國際裁判管轄의 基本理念

국제재판관할의 결정은 현실적으로 각국이 國內法에 의하여 규율하고 있고 각국에 따라 그 내용이 상이하며, 國際民事訴訟法은 그 발달이 미흡하여 결국 이러한 법의 不備는 條理에 의하여 보충될 수밖에 없다고 본다. 이러한 條理는 國際民事訴訟法의 기초를 이루는 기본적 가치체계, 즉 國際民事訴訟法의 基本理念이 문제가 된다. 국제재판관할의 기본이념에 관한 학설은 다양하지만 크게 다음 세 가지 견해로나눌 수 있다.

첫째로는 國家主義로서 自國의 국제재판관할을 결정함에 있어서 이론상하등의 국제적 배려를 하지 아니하고 또한 실질적 내용상으로도 自國과 自國民의 利益을 특히 보호하고자 하는 內國利益保護主義的 견지에 중점을 두려는 견해이다. 예컨대 당사자가 프랑스인이면 일반적으로 프랑스 법원의 재판관할을 긍정하는 프랑스 민법 제14조 및 제15조의 규정 및 프랑스 판례의입장에 따르고, 自國의 民事訴訟法上 어느 법원에 裁判籍이 인정되면 그것으로 自國의 裁判權이 인정된다는 것이다.11)

둘째로는 國際主義로서 국제재판관할의 문제를 國家主義의 一局面인 司 法權의 抵觸問題로 보아 對人主權 및 領土主權이라고 하는 國際法上의 原則

<sup>10) &</sup>quot;裁判籍"이라 함은 土地管轄의 발생원인이 되는 인적·물적 관련사유 또는 관련지점을 일컫는 것이므로 어느 지역에 普通裁判籍 또는 特別裁判籍이 있다면 그지역의 법원은 당해 사건에 대하여 일반관할 또는 특별관할을 가지는 것이 된다. 이런 의미에서 토지관할과 재판적은 동일물체의 양면이라고 할 수 있다.

<sup>11)</sup> 申昌善, 全面改正版 國際私法, 學友, 2002, 248面 참조.

에 따라 自國의 재판관할을 결정하려는 견해이다. 예를 들면, 부동산을 직접 목적으로 하는 권리관계의 소송에 관하여 그 所在地國 法院의 專屬管轄을 인정하는 경우, 혹은 身分關係의 소송에 관하여 對人主權에 기한 本國의 管 轄權을 인정하는 경우가 이에 해당된다.

셋째로는 普遍主義로서 각국의 재판기관은 국제적으로 협력하여 국제적교접으로부터 발생하는 民事事件의 재판기능을 분담하여야 하고 국제재판관할권의 결정은 국제사회에서 재판기능을 각국의 재판기관 사이에 분배하는 것에 지나지 않으므로 이는 결국 裁判管轄權을 場所的으로 분배한다는 점에서 民事訴訟法에 의한 土地管轄과 다를 바 없다는 견해이다. 이 견해가 國際主義와 다른 점은 管轄權의 분배 내지 충돌을 主權을 기준으로 하는 것이 아니라, 적정·공평·신속·경제라고 하는 民事訴訟法의 基本理念을 통하여어느 나라의 법원이 재판을 하는 것이 가장 합리적인가 하는 점을 기준으로하는 점에서 서로 다르다고 할 수 있다.12)이 이론은 國際協助主義라고도하며 국제재판관할에 관한 입법이나 해석에 있어서 민사소송법일반의 이념인 적정·공평·효율의 원리에 합치하는 재판을 어느 나라의 법원에서 가장기대할 수 있는가를 기준으로 한다.

세계주의적 견지에서 내외 국민의 이익을 공평하게 보호하여 주고 國際 訴訟制度의 존재를 인정하며 國際民事訴訟法의 이념에 따라 國際裁判管轄을 분배하려는 普遍主義가 가장 타당하다고 할 것이나 실질적으로 각국의 법원 은 오히려 國家主義의 입장에서 자국민 보호에 더 비중을 두고 있는 것이 현 실이다. 결국 國際裁判管轄의 결정은 普遍主義를 기초로 하되 國際主義와 國 家主義를 동시에 고려하여야 할 것으로 생각한다.

## 第 3 節 國際裁判管轄의 利益

우리나라에서는 종래 국제재판관할에 있어서의 利益에 관하여 충분히 논의하고 있지 않다.<sup>13)</sup> 그러나 국제재판관할의 규칙을 정립하는 단계에서는

<sup>12)</sup> 金演·朴正基·金仁猷, 國際私法, 法文社, 2002, 65-66面 참조.

물론이고 구체적인 사건에 있어서 국제재판관할의 행사 여부를 결정하는 단계에서 항상 상호 대립하는 다양한 利益을 비교·형량한 뒤에 결론을 내려야 할 것이므로 管轄利益에 대한 분석이 필요하다.

국가에 따라 국제재판관할 규칙이 상이한 것은 管轄利益에 대한 평가에 차이가 있기 때문이다. 대법원 판결14)이 그러한 利益을 구체적으로 언급하지는 않았지만, 國際裁判管轄은 "결국 당사자간의 공평·재판의 적정·신속을 기한다는 基本理念에 따라 條理에 의하여 이를 결정함이 상당하다"고 說示하는 것은 바로 다양한 管轄利益의 대립을 전제로 하는 것으로 생각된다. 다만 이와 같이 우리나라나 일본에서는 당사자간의 공평·재판의 적정·신속을 기한다는 기본이념만을 국제재판관할의 추상적 이념으로 논의하는 경향이 있으나,15) 여기에서 管轄利益에 대하여 구체적으로 검토하고자 한다.

<sup>13)</sup> 일본 松岡 博의 견해는 국제재판관할에 있어 고려할 사항으로 ① 소송당사자 의 편의 · 공평 · 예측가능성, ② 재판의 신속 · 능률 · 공평, ③ 증거조사 · 증인신 문의 용이, ④ 판결의 實效性, ⑤ 사건에 관한 국가의 이익과 ⑥ 법 선택과의 관련을 열거하고 있다. 이 경우 원칙적으로는 피고중심주의를 따를 것이나 국 제기업과 개인간의 소송에서는 약간의 변경이 필요하다는 견해를 취하고 있다. 한편 이익형량설의 입장에서는 여러 가지 정책적인 고려를 하여 이익을 형량 한다(姜秉燮, "國際裁判管轄", 「涉外事件의 諸問題(下)」 裁判資料 34輯, 法院 行政處, 1986, 336-337面 참조); 松岡 博의 견해에 추가하여 ① 생활, 경제활동 의 근거지, 증거방법의 집중지, 판결의 實效性, ② 국적, 자국민보호, 사업활동 지와 ③ 예측가능성 등을 고려할 것이라는 高橋宏志의 견해도 있다(崔公雄, "民 事訴訟法 第9條外 裁判管轄權",「民事法學의 諸問題」,小峰金容漢教授 華甲記 念論文集 刊行委員會, 1990, 515面 참조); "당사자의 공평"에 포함되는 것으로 被告의 방어권 보장과 외국에서 訴를 제기하는 경우의 原告의 부담을, "재판의 적정·효율"에 포함되는 것으로 증인과 증거의 위치, 국제사법공조의 가능성, 다수당사자소송과 준거법을 든다(兪載豊, "國際訴訟의 裁判管轄에 관한 研究", 清州大學校 大學院 博士學位論文, 1994, 189-193面 참조).

<sup>14)</sup> 대법원 1992. 7. 28선고 91다41897판결과 대법원 1995. 11. 21선고 93다39607 판결 등 참조.

<sup>15)</sup> 逆推知說, 管轄配分說 등을 이러한 추상적 이념을 구체화하는 방법에 관한 학설대립으로 이해한다.

管轄利益은 우선 私的 利益과 公的 利益으로 구분할 수 있다.16) 보다 구체적으로는 當事者利益, 法院利益, 國家利益과 秩序利益으로 구분해 볼 수 있다. 대체로 당사자이익은 私的 利益에 나머지는 公的 利益에 해당하게 될 것이다.

첫째, "當事者利益"이라 함은 가능한 한 당사자와 가까운 법원에서 소송절차를 진행하는 데 대하여 당사자가 가지는 지리상, 언어상 또는 통신상의 利益을 말하는데 당사자들은 사안 및 증거와 밀접한 법원에서 재판을 받는 데 대하여 공통된 이익을 가진다고 할 수 있으나 원고와 피고의 당사자이익이 정면으로 대립된다는 점에 문제가 있다. 당사자이익과 관련하여 중요한 것은 국제재판관할에 대한 당사자의 豫測可能性을 보호하는 것이다.17)

둘째, "法院利益"이라 함은 사안과 증거조사가 편리한 곳에서 재판을 하는데 대하여 법원이 가지는 이익을 말한다. 또한 사안에 적용될 準據法이국내법이라면 법원은 외국법의 적용으로 인한 어려움을 피할 수 있게 되는바, 이와 같이 準據法과 관련하여 법원은 이익을 가진다.

셋째, "國家利益"이라 함은 국제재판관할의 긍정 또는 부정에 대하여 국가가 가지는 이익을 말하는데, 國家는 原告의 정당한 이익을 침해함이 없 이 被告를 보호함으로써 법적 평화를 유지해야 하고 原告에 대하여 그의 國 籍에 관계없이 實效的인 權利保護를 하여야 한다. 의문이 있는 경우에 당사 자이익이 국가이익에 우선해야 한다.

넷째, 國際私法의 이상의 하나인 이른바 "國際的 判決의 一致"18)를

<sup>16)</sup> 부적절한 法廷地의 法理에 관하여 미국 연방대법원은 Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 508 사건판결에서 동 법리를 적용함에 있어 법원이 고려할 요소들을 私益的 요소와 公益的 요소로 나누어 제시하였다. 이 판결은 ① 증거에의 접근용이성, ② 증인출석 비용, ③ 현장검증 가능성, ④ 신속, 저렴한심리를 위한 문제점과 ⑤ 판결의 집행가능성을 私益的 요소로 들고, ① 사건이먼 곳에서 처리되는 데 따른 행정적 어려움, ② 소송과 관계없는 사람들에 대한 배심의무부과의 當否, ③ 지역의 이익과 ④ 친숙한 법을 적용하는 이익을 公益的 요소로 들었다.

<sup>17)</sup> 이를 당사자의 공평성의 문제로도 다루고 있다(兪載豊, 前揭論文, 99面 참조).

<sup>18)</sup> 이를 "외적 판결의 일치"라고도 한다(李好珽, 前揭書, 22面 참조).

실현하기 위하여 國際私法은 국제적으로 통용되는 연결원칙을 따라야 한다.19) 국제재판관할의 배분도 국제적 판결의 일치라는 이상에 봉사하는 것이어야 하는데 이러한 이익을 "秩序利益"이라 한다. 즉 국제적으로 널리인정되는 국제재판관할 규칙을 수용함으로써 자국의 판결이 외국에서 승인되고 동일사건에 대해 다시 외국에서 재판하는 것을 예방할 수 있게 된다.

한편 위에서 논의한 利益을 보호할 필요가 있는가의 여부를 판단하기 위한 객관적 기준으로서 ① 當事者와의 密接性,② 事案과의 密接性,③ 準據 法과의 密接性과 ④ 判決의 有效性을 드는 견해가 있다.이 견해는 위의 기준사이의 序列을 정할 수는 없다고 하지만 일반적으로는 당사자와의 밀접성 또는 사안과의 밀접성이 준거법과의 밀접성보다 우선할 것이나 구체적으로는 문제된 법 분야에 따라 기준의 중요성이 달라질 수 있다고 본다. 따라서 財産法上 事件에서는 私益的 요소가 강한 ①,②가 우선하고 身分法上 事件에서는 公益的인 요소가 강한 ③,④가 우선한다는 것이다.

이 견해의 특징은 實質節次法的인 正義와 國際節次法的인 正義를 구별하고 당사자 등과의 密接性을 국제재판관할 배분의 기준으로 제시함으로써國際節次法的 正義를 前面에 내세우는 점이다. 크로폴러(Kropholler)는 이를 "결국 관할규칙의 배후에는 실질절차법적인 정의에 우선하는 고유한 국제절차법적인 정의가 존재 한다"고 표현한다. 즉 국제재판관할의 결정에서는 국내법원과 국내절차법이 당해 사건을 처리하기에 최상의 것이더라도 위에 언급한 기준에 따라 외국법원에서 재판하는 것이 적절한 때에는 국내법원의 국제재판관할을 否定하고 있는데, 이는 國際民事節次法은 그에 따라 法廷地로 선택된 국가의 法院과 節次法의 내용적 가치를 고려하지 않는다는 것이다.20)21)

<sup>19)</sup> 李好珽, 上揭書, 22-24面 참조.

<sup>20)</sup> 이는 마치 國際私法的 正義가 實質法的 正義에 우선하는 것과 유사하다. 즉 국제사법은 장소적으로 밀접한 관련을 가지는 법을 선택할 뿐이고, 준거법으로지정된 실질법의 내용적 가치를 고려하지 않는 것과 유사하다(李好珽, 上揭書, 16-18面 참조).

<sup>21)</sup> 예컨대 準據法에 관하여 보면, 준거법과의 밀접성이 기준이 되는 것이지 준거

대법원판결이 당사자간의 공평·재판의 적정·신속을 기한다는 基本理念에 따라 條理에 의하여 國際裁判管轄을 결정한다고 하는 경우에도 그 法廷地가 당사자에게 공평한 재판을 할 것이라거나 法官의 능력에 비추어 적정하게 재판할 것이라는 것보다는 당해 法廷地의 선택 자체가 공평한 것이어야 하고 事案, 當事者 또는 準據法과의 密接性으로 인하여 적정한 재판을할 것이라는 것으로 이해되어야 한다.

그러나 國際裁判管轄 규칙을 정립하는 단계에서는 크로폴러(Kropholler)처럼 국제절차법적인 정의를 우선시키는 것이 적절하나, 일단 정립된 국제재판관할 규칙을 구체적인 사건에 적용하여 국제재판관할의 행사 여부를 판단하는 단계에서 실질절차법적인 정의를 구현하기 위하여 모든 사정을 고려할 수 있다고 생각된다. 民事訴訟法上으로도 토지관할규정을 정립하는 단계에서는 어느 지역법원의 구체적인 사정을 고려할 필요 없이 관련이익을 유형화하고 그를 기초로 판단할 것이지만, 실제로 소송이 係屬한 단계에서 법원은 상당하다고 인정하는 때 또는 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요가 있는 때에 소송을 移送할 수 있다는 점에 비추어<sup>22)</sup> 그와 같이 이해해야 할 것으로 생각된다.

법의 내용이 문제로 되는 것은 아니다. 미국 연방대법원은 Gulf Oil Corp. v. Gilbert 사건 판결에서 준거법과의 친숙성을 공익적 요소의 하나로 열거하였으나, Piper Aircraft Co., 454 U.S. 254 사건판결에서는 法廷地에 따른 준거법의 변경가능성 유무는 부적절한 法廷地의 法理의 적용 여부를 판단함에 있어 중요성을 가지지 않는다고 判示한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수도 있다. 그러나이 판결은 代替法廷地에서의 救濟가 전혀 의미가 없는 예외적인 경우에는 준거법의 변경도 의미를 가진다고 보는 점에서 크로폴러(Kropholler)의 견해와 같은 것은 아니다.

<sup>22)</sup> 民事訴訟法 제35조(손해나 지연을 피하기 위한 이송) 법원은 소송에 대하여 관할권이 있는 경우라도 현저한 손해 또는 지연을 피하기 위하여 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따른 결정으로 소송의 전부 또는 일부를 다른 관할법원에 이송할 수 있다. 다만, 專屬管轄이 정하여진 訴의 경우에는 그러하지 아니하다.

## 第 4 節 國際裁判管轄에 관한 學說과 判例

#### 1. 學 說

民事訴訟法은 國際裁判管轄의 결정기준에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않으나 우리나라에서는 逆推知說, 管轄配分說, 修正逆推知說, 利益衡量 說 등이 주장되고 있다.

첫째, 逆推知說(土地管轄規定類推說)은 국내의 민사소송법의 토지관할에 관한 규정에서 기준을 구하여 그로부터 거꾸로 파악하여 국제재판관할의유무를 정하자는 이론이다. 즉 당해 사건에 대해 우리 민사소송법의 규정상토지관할권이 국내에 존재(주소·불법행위지·재산소재지·사무소 등이 국내인 경우)하면 국내법원에 국제재판관할권이 있는 것으로 보자는 것이다(독일의 通說<sup>23)</sup>).

둘째, 管轄配分說(國際民事訴訟法獨自說; 條理說)은 민사소송법의 규칙을 참고로 한다고 할지라도 국제민사소송법의 독자적 입장에서 국제사회에 있어서 합리적인 관할배분이라는 보편주의 관점을 추가하여 수정된 규칙을 설정하여야 한다는 이론이다.<sup>24)</sup> 이것은 국제재판관할권의 유무 즉 어느 나라에서 재판할 것인가의 문제로서 재판의 적정·당사자간의 공평·소송의 신속이라는 민사소송의 이념을 고려하여 條理에 따라 결정하여야 한다는 입장이며 條理說이라고도 한다(英美의 通說,<sup>25)</sup> 우리나라의 多數說<sup>26)</sup>). 이 견해에 대하여는 그 기준이 명확하지 않아서 豫測可能性이 없다든가 法的安定性을 해친다고 하는 비판이 있다.<sup>27)</sup>

<sup>23)</sup> 李時潤, 新民事訴訟法, 博英社, 2002, 51面 참조.

<sup>24)</sup> 申昌善, 前揭書, 250面.

<sup>25)</sup> 李時潤, 前掲書, 51面.

<sup>26)</sup> 姜玹中, 民事訴訟法 第3全訂版, 博英社, 1999, 818面; 申昌善, 前揭書, 250面; 鄭東潤, 民事訴訟法 第4全訂版, 博英社, 1998, 114面.

<sup>27)</sup> 金演·朴正基·金仁猷, 前揭書, 68面.

셋째, 修正逆推知說(特段의 事情說)은 원칙적으로는 토지관할의 규정을 유추하여 국제재판관할을 정한다고 하는 逆推知說에 따르되 우리나라에서 재판함이 부당한 특별한 사정이 있는 경우에는 管轄配分說의 기준에 의하자는 견해이다.28)

넷째, 利益衡量說은 국제재판관할에 관한 成文規定의 결함을 條理에 따라 보충하는 것으로써, 당사자 간의 공평·재판의 적정과 신속 등을 기준으로 해서 개별 사건에 따라 적정한 條理를 탐구하는 것이므로 국내 민사소송법의 토지관할 규정과는 관계가 없다고 하며,<sup>29)</sup> 당사자의 이익, 被告의 應訴便宜, 사안의 성질 및 내용 등을 비교형량해서 국제재판관할을 결정하자는 견해이다.

#### 2. 判例

우리 대법원이 국제재판관할에 관하여 判示한 최초의 사건으로 財産權에 관한 訴에 있어서 義務履行地 법원의 관할을 규정한 民事訴訟法 제8조를 적용하여 報酬金債務의 履行地가 한국임을 이유로 한국법원의 국제재판관할을 인정한 사건이 있다(대법원 1972. 4. 20. 선고 72다248 판결). 또한 다른 대법원 판례는 財産所在地의 관할을 규정한 民事訴訟法 제11조를 국제재판관할의 근거로 사용할 수 있다는 취지로 판시하였는데(대법원 1988. 10. 25. 선고 87다카 1728 판결), 위의 판결들은 모두 逆推知說의 입장에 선 것으로 평가된다. 그 후 대법원 판례는 財産法上의 사건에 있어서 최초로 국제재판관할의 결정기준으로 條理를 도입하였다(대법원 1989. 12. 26. 선고 88다카3991 판결).

재산법상의 사건에 있어서 국제재판관할에 관한 최근의 대법원판례로서 특히 주목할 것은 "대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897 판결"(이하 "1992년 7월 28일 판결"이라 한다)과 "대법원 1995. 11. 21. 선고 93 다39607 판결"(이하 "1995년 11월 21일 판결"이라 한다)이다.

"1992년 7월 28일 판결"은 外國法人의 서울사무소에서 근무하던 외

<sup>28)</sup> 申昌善, 前揭書, 250面; 李時潤, 前揭書, 52面.

<sup>29)</sup> 金鶴默, "國際去來에서의 裁判管轄權", 「成均館法學」, 第8號, 1997, 228面.

국인들이 不當解雇를 이유로 우리 법원에서 外國法人에 대해 손해배상을 구한 사건에 관한 것이다. 大法院은 被告의 사무소가 국내에 있으므로 민사소송법 제12조 소정의 裁判籍이 인정된다고 보아 우리 법원의 국제재판관할을 긍정하였다. 이 판결에서 대법원은 "① … 국제재판관할에 관하여 조약이나일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 이에 관한우리나라의 성문법규도 없는 이상, ② 결국 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속을 기한다는 기본이념에 따라 條理에 의하여 이를 결정함이 상당하다할 것이고, ③ 이 경우에 우리나라 민사소송법의 토지관할에 관한 규정 또한위 기본이념에 따라 제정된 것이므로, 위 규정에 의한 裁判籍이 국내에 있을때에는 涉外事件에 관한 訴訟에 관하여도 우리나라에 재판관할권이 있다고인정함이 상당하다"고 判示함으로써 이른바 3단계 구조를 처음으로 채택하였다. 이 구조는 국제재판관할에 관한 일본의 지도적 판례30)가 취한 원칙인데, ③의 단계는 民事訴訟法의 土地管轄規定과 條理를 동일한 것으로 보는입장이라고 할 수 있다.

<sup>30)</sup> 最高裁判所 1981. 10. 16 第2小法廷判決: 말레이시아항공 사건이라고 한다. 이 는 일본인이 말레이시아에서 말레이시아항공과 여객운송계약을 체결하고 말레 이시아의 국내선에 탑승하였다가 사고로 사망하였는데, 일본 나고야市에 住所 를 가진 그의 유족들은 운송계약상의 債務不履行에 기한 損害賠償請求權을 상 속하였음을 이유로 일본에서 말레이시아항공을 상대로 訴를 제기하였다. 말레 이시아항공은 말레이시아法에 따라 설립된 회사로 東京에 營業所를 가지고 있 었던 바, 나고야지방재판소는 일본에 國際裁判管轄이 없음을 이유로 訴를 却下 하였으나, 나고야고등재판소는 일본에 普通裁判籍과 義務履行地의 裁判籍이 있 음을 근거로 1심판결을 취소하고 이를 파기환송 하였다. 最高裁判所는 國際裁 判管轄에 관하여 "… 국제재판관할을 직접 규정하는 법규도 없고 조약이나 일 반적으로 승인된 명확한 국제법상의 원칙도 확립되지 않은 현재로서는, 당사자 간의 공평·재판의 적정·신속을 기한다고 하는 이념에 의한 條理에 따라서 결정 함이 상당하고, 民事訴訟法의 국내의 土地管轄에 관한 규정 …에 따라 일본에 裁判籍이 있는 때에는 그에 관한 사건에 대하여는 被告를 일본의 裁判權에 따 르게 하는 것이 條理에 합당하다"고 하여, 말레이시아항공이 일본 동경에 영업 소를 가지고 있음을 이유로 개정 전 일본 민사소송법 제4조 제3항(우리 민사소 송법 제5조 제2항과 같은 취지)을 근거로 일본의 國際裁判管轄을 인정하였다.

한편, "1995년 11월 21일 판결"은 한국회사가 수출한 무선전화기의 결함으로 인해 손해를 입은 미국의 피해자들이 미국의 수입자를 상대로 소 송을 제기하고, 수입자는 한국회사를 第3者訴訟引受參加(third party practice 또는 제3자 訴訟引入)의 방식에 의해 被告로 참가시킨 뒤에 수입 자와 제조물책임보험을 체결한 미국의 보험회사가 피해자들에게 일단 손해 를 배상하고 勝訴判決을 받아 한국법원에서 執行判決을 구한 事案에 관한 것이다. 동 판례에서 대법원은 국제재판관할을 판단하는 전제로 국제재판관 할의 결정에 관한 法理를 다음과 같은 4단계 구조로 說示하고 있다.

① 涉外事件의 국제재판관할에 관하여 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 우리의 성문법규도 없다. ② 따라서 涉外事件에 관한 국제재판관할의 유무는 결국 당사자간의 공평, 재판의적정, 신속이라는 기본이념에 따라 條理에 의해 결정함이 상당하다. ③ 이경우에 민사소송법의 토지관할규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로, 이 규정에 의한 裁判籍이 한국에 있을 때에는 한국 법원에 국제재판관할이 있다고 봄이 상당하다. ④ 다만 위의 ③에 따라 국제재판관할을 긍정하는 것이 條理에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에 한국 법원은 국제재판관할 할이 없다.

"1995년 11월 21일 판결"은 "1992년 7월 28일 판결"에서는 볼수 없었던 특별한 사정에 의한 국제재판관할 규칙의 수정가능성을 인정함으로써 4단계 구조를 취한 점에서 큰 의미가 있다.<sup>31)</sup>

요컨대, "1992년 7월 28일 판결"은 일본 最高裁判所의 말레이시아항 공 사건의 입장을 취한 것이고, "1995년 11월 21일 판결"은 원칙적으로

<sup>31)</sup> 일본 最高裁判所 1997. 11. 11 判決도 이러한 입장을 채택하고 있다. 이 사건은 일본 法人이 독일에 거주하는 일본인에 대하여 債務履行地가 일본임을 근거로 계약상의 金錢債務의 履行을 구하는 訴를 일본법원에 제기하였으나 最高裁判所는 일본의 國際裁判管轄을 부정하였다. 이 判決은 土地管轄規定에 의하여 국제 재판관할을 판단한 뒤에 특단의 사정을 고려하는 단계적 구조를 취하지 않고 특단의 사정을 먼저 판단함으로써 일본의 국제재판관할을 부정한 점에 특색이 있다(石光現, 國際裁判管轄에 관한 研究, 서울大學校出版部, 2001, 92面 참조).

"國際裁判管轄 規則과 土地管轄 規定은 同一하다"는 논리로 보지만 그 결과 국제재판관할을 인정하는 것이 條理에 어긋난다는 특별한 사정이 있는 경우에는 국제재판관할을 부정할 수 있다고 한다. 이것은 위의 논리를 항상유지할 수는 없을 것이므로 위의 논리를 따를 경우에 초래될 부당한 결론을 시정하기 위하여 이른바 "개별적 조정의 도구"로서 특별한 사정을 도입한 것이다. 이러한 입장에 따르면 앞으로 우리 법원에서의 국제재판관할에 관한다툼은 토지관할규정의 해석과 특별한 사정의 유무를 중심으로 전개된다고할 것이다.32)

## 第 5 節 國際裁判管轄의 具體的 決定基準

國際私法에서 國際裁判管轄의 分配基準으로 정하고 있는 것이 "실질적 관련"과"국제재판관할 배분의 이념"및"합리적인 원칙"등이므로(국제 사법 제2조 제1항) 이 기준을 벗어나는 방법으로 국제재판관할을 정할 수는 없을 것이다. 이러한 이념에 따라 실제 사건에서 국제재판관할을 어떻게 결정할 것인가를 살펴본다.

국제사법상의 국제재판관할 규정도 원칙적인 내용만 규정하고 있기 때문에 실제 사건에서 국제재판관할의 存在與否를 결정하는 것은 학설에 의할수밖에 없다. 이 때에는 민사소송법상의 土地管轄에 관한 규정을 참조하게된다.33) 이에 따라 가장 우선적으로 고려되어야 할 것은 피고의 주소지, 의무이행지, 재산소재지, 불법행위지 등의 管轄이다.

첫째, 피고의 주소지에 대한 관할은 그 피고에 대한 모든 소송을 그 국가의 법원에 제기할 수 있다는 의미에서 一般管轄(general jurisdiction)이라

<sup>32)</sup> 石光現, 前掲 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 246-248面 참조.

<sup>33)</sup> 그러나 민사소송법상의 토지관할규정을 참조하여 국제재판관할을 결정한다고 하여도 學說에 따라 차이가 있다. 즉 逆推知說의 경우는 이것이 중요한 기준으로서 작용하게 될 것이나 管轄配分說의 경우에는 이것이 條理에 상당한 것으로서 참작되는 것에 그친다.

할 수 있으나, 여타의 관할은 그 특정사안에 제한되는 관할이므로 이를 特別管轄(special jurisdiction)이라 한다.<sup>34)</sup> 외국인 간의 사건이라도 피고 측의주소가 한국에 있다는 등의 사정이 있으면 우리나라 法院이 재판관할권을 가질 수 있는 것이다. 이는 전통적으로 "被告의 住所地主義"(actor sequitur forum rei)라는 로마법상의 원칙을 따르는 것이다.

둘째, 義務履行地의 경우는 법률관계의 성질상 의무이행지가 그 법률관계의 최종적 목적지가 된다는 점에서 문제가 된 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지고 있다고 할 수 있다.35)

셋째, 財産所在地의 경우는 당해국의 재산제도를 따르지 않을 수 없다는 점에서<sup>36)</sup> 관할을 가질 수 있다는 것이다.

넷째, 不法行為地의 경우는 그 곳에서 소송에 관련된 자료가 가장 많다는 점에서 소송을 수행하기에 가장 적당하므로 관할을 가지는 것이 좋다는 것이다. 특히 항공기 사고와 관련해서는 내국에서 일어난 사고에 대한 소송은 不法行為의 성격을 가진 것이므로 사고발생지가 관할을 가지나 동시에 제조물책임의 성격도 있는 것이므로 항공기의 제조지도 관할을 가지게 되며, 외국에서 일어난 사고에 대해서는 사고발생지, 제조지와 더불어 유족의 권리보호의 필요에서 內國의 국제재판관할을 인정할 수 있다는 견해가 있다.37)

그리고 관할분배기준 중에서 특히 부동산소재지의 관할은 排他的·專屬的으로 인정된다고 하는 것이 일반적이다.38) 이를 거꾸로 보면 재산이 외국에 있는 경우나 외국의 權利나 그 利害에만 관계있는 소송 그리고 외국인 간의 소송은 원칙적으로 한국에 국제재판관할이 없다는 것이다. 그러나 어느

<sup>34)</sup> 金演·朴正基·金仁猷, 前揭書, 73面.

<sup>35)</sup> 우리 민법상 채무의 이행은 持參債務가 원칙이므로 의무이행지인 채권자의 주소지가 한국인 경우에 한국의 국제재판관할이 인정된다(대법원 1972.4.20선고 71다248판결).

<sup>36)</sup> 우리나라에 주소가 없는 외국인에 대한 소송이라도 문제된 재산이 한국에 있을 때는 한국의 국제재판관할이 인정된다(대법원 1988.10.25선고 87다카1728판결).

<sup>37)</sup> 張文哲, 國際私法總論, 弘文社, 1996, 180面; 鄭東潤, 前揭書, 116面.

<sup>38)</sup> 鄭東潤, 上揭書, 115面.

나라에서도 司法的 救濟를 받을 수 없는 경우에는 국내에 토지관할이 없어도 우리나라의 國際裁判管轄을 인정하여야 한다. 이를 緊急 또는 補充管轄 (Not-oder Ersatzzuständigkeit)이라 한다.39) 그리고 외국인이 우리 裁判權에 복종할 의사를 나타낸 때에는 우리 법원에 裁判權이 있다고 하여야 할 것이다.40)

국제재판관할도 당사자간의 합의에 의한 合意管轄도 가능하나 관할합의는 일정한 법률관계에 관한 합의라야 하며 書面으로 하지 않으면 안된다. 또관할권이 없는 국가의 법원에 提訴하였으나 被告가 異議없이 應訴하였을 때발생하는 應訴管轄도 인정된다.

이외에 身分關係訴訟에 있어서도 원칙적으로 국제재판관할은 피고의 주소지를 관할하는 국가의 법원에 속하며, 사회적 약자인 소비자와 근로자에 대하여는 이를 특별히 보호하기 위하여 改正 國際私法에 관련 규정을 신설하였다.41)

## 第 6 節 國際裁判管轄과 國際訴訟競合

#### 1. 國際訴訟競合의 概念

각국의 법제도 간에 차이가 있기 때문에 하나의 涉外的 紛爭을 둘러싸고 수개의 국가에서 중복하여 소송이 제기되는 國際的인 訴訟競合은 피할 수 없는 현실이다. 국제적인 소송경합이란 동일한 涉外事件에 대한 동일당사자 간의 소송이 2개국 이상의 법원에 동시에 또는 순차적으로 제기되는 경우를 말한다. 이러한 국제적인 소송경합은 최근 각국의 裁判管轄權이 확대됨에 따라 하나의 涉外事件에 대하여 여러 나라 법원이 이에 대한 管轄權을 행사할 수 있는 가능성이 높아지게 되고 또한 原告가 자기에게 유리한 法廷地를 찾

<sup>39)</sup> 李時潤, 前揭書, 53面.

<sup>40)</sup> 외국인이 우리 법원에 保全命令이나 任意競賣申請을 낸 경우에 국제재판관할을 인정한다(대법원 1989.12.26선고 88다카3991판결).

<sup>41)</sup> 國際私法 제27조(소비자계약), 제28조(근로계약) 참조.

아 提訴하는 소위 "法廷地探索"(forum shopping)의 경향이 증가함에 따라 나타나는 현상으로서 國際訴訟의 裁判管轄權과 관련된 가장 현실적인 문제이다.

우리나라 民事訴訟法 제259조는 "법원에 係屬되어 있는 사건에 대하여 당사자는 다시 訴를 제기하지 못한다"고 규정하여 重複提訴를 명백히 금지하고 있다. 이를 국제적인 소송경합의 경우에도 유추적용할 수 있는가가 문제가 된다. 국내소송의 경합은 동일한 司法制度 안에서 나타나는 현상이기때문에 이를 허용할 실익이 없다. 그러나 국제소송의 경합은 서로 다른 司法制度에서 나타나는 현상이기 때문에 이를 반드시 금지하여야만 할 이유는존재하지 않는다.42) 다만 중요한 것은 國際的인 二重訴訟 또는 重複訴訟을 과연 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 점에 있다.

#### 2. 國際訴訟競合의 類型

국제적인 소송경합에는 內國法院과 外國法院에서 동시에 소송이 계속되는 內·外二重訴訟과 2개 이상의 외국법원에서 소송이 계속되는 外·外二重訴訟의 경우가 있다. 그리고 內·外二重訴訟의 경우에도 原告나 被告의 지위가 바뀌지 않고 단지 法廷地 國家 만을 달리하여 소송을 제기하는 並行型 二重訴訟과 외국소송에서의 피고가 내국소송에서는 원고가 되고 외국소송에서의 원고는 내국소송에서는 피고가 되어 서로 반대의 소송을 제기하는 對抗型 二重訴訟이 있다. 前者를 原被告 共通型이라고도 하고 後者를 原被告 逆轉型이라고도 한다. 한편 동일사건에 대하여 2개국 이상의 법원이 동시에 재판관할권을 가지고 있는 積極的 競合과 어느 나라의 법원도 재판관할권을 가지고 있지 않는 消極的 競合이 있다.

그러나 국제소송경합에 있어서 가장 문제가 되고 있는 것은 內·外二重

<sup>42)</sup> 동일한 당사자간에 동일한 사항에 관하여 뉴욕주법원에서 이미 판결이 내려져 우리나라에서 승인될 요건을 구비하였다면 우리나라 법원에 제기된 審判請求의 訴가 외국법원의 확정판결의 旣判力에 저촉되는지 여부를 審理하여야 한다(대 법원 1987.4.14선고 86므57, 86므58판결). 이 사건은 이미 외국에서 확정판결이 내려진 경우에 관한 것이다.

訴訟의 경우이다. 內·外二重訴訟의 경우에도 종전에는 주로 並行型 二重訴訟의 허용여부가 문제가 되었으나 최근에는 對抗型 二重訴訟의 허용여부를 둘러싸고도 많은 논란이 되고 있다.43)

## 3. 國際訴訟競合의 處理基準에 관한 學說

우리나라에서는 國際的 訴訟競合에 관한 논의가 활발하지 않으나 다음 과 같은 네 가지 견해가 있다.<sup>44)</sup>

첫째, 國際的 訴訟競合을 허용하는 견해인 規制消極說로서 민사소송법 제259조의 重複提訴禁止原則은 국내법원에서의 重複提訴를 금지하는 것이 므로 외국에서의 訴訟係屬을 무시한다.

둘째, 國際裁判管轄理論에 의하여 해결하려는 견해로서 이는 부적절한 法廷地의 法理에 의해 더 적절한 法廷地를 판단함에 있어 국제적 소송경합을 하나의 고려요소로 본다. 이는 국제적 소송경합을 국제재판관할의 문제로 해결하는 英美法系의 접근방법이다.

셋째, 承認豫測說로 이는 독일의 통설로서 외국법원에 係屬 중인 사건에서 선고될 판결이 장래 한국에서 승인될 것으로 예측되는 때에는 重複提訴禁止의 原則을 유추 적용한다.

넷째, 위 둘째와 셋째의 학설을 결합한 견해로서 承認豫測說을 기초로하면서 매우 예외적인 경우 부적절한 法廷地의 法理를 고려하는 견해이다. 즉, 이는 承認豫測說을 원칙으로 하되 항상 前訴가 제기된 법원이 우선하는 것이 아니라 외국에서 後訴가 제기되었더라도 그 외국이 명백히 보다 더 적절한 法廷地여서 그 곳에서 재판하는 것이 바람직한 경우에는 예외적으로 前訴가 제기된 한국법원이 소송절차를 중지할 수 있다는 견해이다. 이는 매우 예외적인 경우 부적절한 法廷地의 法理를 도입한 것이다.

생각건대 國際訴訟競合은 國際裁判管轄의 결정과 관련하여 다루어져야할 문제이다. 왜냐하면 외국법원과 국내법원에 동시에 또는 순차적으로 동일 당사자간의 동일한 소송이 제기된 경우 국내법원은 우선 국내법원에 제기된

<sup>&</sup>lt;sup>43)</sup> 尹鍾珍, 改正 現代 國際私法, **한**올出版社, 2003, 237面.

<sup>44)</sup> 石光現, 國際私法과 國際訴訟 第1卷, 博英社, 2001, 353-354面.

소송에 대하여 審理를 계속할 것인가를 결정하여야 하기 때문이다. 이러한 경우에는 당사자의 공평, 재판의 적정·신속·효율, 외국판결의 승인가능성, 내국법원에 二重訴訟을 인정할 실익 및 被告의 應訴便宜 등 제반요소를 종합적으로 검토하고 비교형량하여 처리하여야 할 것이다.

#### 4. 國際訴訟競合의 具體的인 處理方法

## (1) 訴의 却下

先行 外國訴訟의 係屬 중에 국내법원에 後訴가 제기된 경우에는 당해 소송과 관련된 제반 요소를 비교형량하여 외국법원이 더 적절한 法廷地이고국내법원에서 중복하여 재판해야할 특별한 이익 또는 필요가 없는 경우에는국내의 後訴를 却下하여야 할 것이다. 또한 외국소송이 국내소송보다 늦게제기된 경우에도 제반사정을 비교하여 판단해 볼 때 국내법원보다 외국법원이 더 적절한 법원이라고 인정되는 경우에는 訴의 利益이 없는 것으로 보아당해 국내소송을 却下하여야 할 것이다.

#### (2) 訴訟의 中止

동일한 事案에 대하여 국내법원에 제기된 後訴에 대하여 관할권이 없음을 이유로 却下하였으나 외국법원에서도 관할권이 없음을 이유로 先行訴訟을 却下한 경우에는 당사자가 전혀 司法的 權利保護를 받지 못하게 되는 사태가 발생하게 된다. 이러한 사태를 방지하기 위해서는 訴訟의 中止制度를 인정하여야 한다는 주장이 최근 독일이나 일본에서 제기되고 있다.45) 우리나라에서는 민사소송법 제245조 및 제246조가 정하고 있는 소송의 중지제도가 매우 엄격하게 法定되어 있으므로 이를 국제소송경합의 문제해결에 적용하기는 곤란하므로 외국법원에서의 심리가 이미 상당히 진행되어 곧 판결이 선고될 것이 예상되는 경우에는 "期日의 追後指定"방법을 사용하는 것

<sup>45)</sup> 尹鍾珍, 前揭書, 239面.

도 실무상 유용하다는 견해46)가 있다.

생각건대 국제소송경합의 문제를 구체적으로 처리함에 있어서는 국제소송의 특성상 서로 相異한 司法制度를 가지고 있는 다른 나라에 소송을 移送할 수는 없는 것이기 때문에 국내법원에서 재판을 진행할 訴의 이익이 없는 경우에는 이를 却下하는 것이 당연할 것이다. 그러나 경우에 따라서는 內外國의 모든 법원에서 재판이 진행되지 않는 경우도 예상할 수 있는 바, 이와같은 사태가 발생하는 것을 방지하기 위해서는 訴訟의 中止制度를 활용할필요가 있다고 본다. 다만 현실적으로 민사소송법상의 엄격한 訴訟中止制度를 유추적용할 수 없다면, 사실상 소송중지의 효과를 가져올 수 있는 "期日의 追後指定"의 방법을 활용할 수도 있을 것이다. 최근 英美에서도 소송경제 및 소송절차상의 과중한 부담을 경감시키기 위한 목적으로 일정한 요건하에 訴訟의 中止나 却下를 인정하고 있다.

### (3) 外國判決의 效力과 二重判決

동일한 事案에 대하여 국내법원에 제기된 訴에 대해 관할권이 있다고 판단하여 소송심리를 진행하였으나 이미 외국법원에서도 관할권을 긍정하여소송심리가 동시에 진행된 경우에는 국제적인 이중소송에 의하여 서로 모순된 판결이 내려질 가능성이 있다. 이 경우에 어느 일방국가의 판결이 먼저내려진 때에는 이것은 다른 나라의 판결에 어떠한 영향을 미치는가 하는 소위 判決의 旣判力 문제가 발생하고 나아가 二重判決의 우선순위에 관한 문제가 발생하게 된다. 물론 위에서 설명한 소송의 중지제도를 활용할 수 있다면 이러한 경우는 거의 발생하지 않을 것이지만 現行法下에서는 이를 이용하기가 쉽지 않고 또한 경우에 따라서는 전혀 예상하지 않았던 원인에 의하여 確定判決의 競合이 생기는 경우를 배제할 수 없다.47)

확정판결의 경합문제는 우리나라 민사소송법 제217조의 외국판결의 승

<sup>46)</sup> 俞載豊, 前揭論文, 197面.

<sup>47)</sup> 尹鍾珍, 前揭書, 240面.

인요건에 따라 처리하는 것이 타당하다고 본다. 즉 이미 제반요소를 종합적으로 비교·검토하여 국내소송의 재판관할을 인정한 이상 그 소송이 종결되어 판결이 확정된 경우에는 이와 상충되는 외국판결은 그 확정의 전후를 불문하고 민사소송법 제217조 3호의 公序要件에 반하는 것으로 보아 이를 승인할 수 없다고 할 것이다.48) 우리나라의 대법원판결도 동일당사자간의 동일사건에 대하여 한국에서 판결이 확정된 후에 다시 외국에서 판결이 선고되어 확정되었다면 그 외국판결은 대한민국 판결의 旣判力에 저촉되는 것으로서 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반되어 民事訴訟法 제217조 제3호에 정해진 외국판결의 승인요건을 欠缺한 경우에 해당되므로 대한민국에서는 효력이 없다고 判示하였다.49)

<sup>48)</sup> 俞載豊, 前揭論文, 197-198面.

<sup>49)</sup> 대한민국 법원에서 이혼청구기각판결이 확정된 후 동일한 청구원인으로 외국 법원에 제소하여 이혼판결을 받은 경우 그 외국판결의 대한민국에서의 효력을 다툰 사건이다(대법원 1994.5.10선고 93므1051판결).

# 第 3 章 國際裁判管轄에 관한 比較法的 檢討

# 第 1 節 比較法的 檢討의 必要性

국제재판관할 규칙의 정립과 장래 國際協約의 채택 및 해석에 참고로 하기 위하여 국제재판관할에 관한 비교법적 검토가 필요하다. 우리가 정립하는 國際裁判管轄 規則은 정당해야 하고 나아가 국제적으로 인정됨으로써 우리법원의 판결이 외국에서 承認·執行되는 단계에서 국제적 정당성을 확보할수 있는 것이 되어야 한다. 즉 국제적으로 널리 인정되는 국제재판관할을 정함으로써 우리 법원의 판결이 외국에서 승인될 가능성을 높일 수 있고 나아가 동일한 사건에 대하여 외국에서 다시 판결을 받는 것을 피할 수 있게 된다. 또한 비교법적 검토를 통하여 장래 국제재판관할에 관한 국제협약의 채택 여부를 결정하거나 혹은 그 채택한 국제협약을 해석하고 적용함에 있어서도 도움을 받을 수 있다.

大陸法系 국가에서는 國際裁判管轄이라는 개념을 별도로 다루고 있지 않으며 國家主權의 일부인 國內裁判管轄의 연장선상에서 논하고 있다. 따라서 전통적인 로마법상의 "被告의 住所地主義"(actor sequitur forum rei)를 따르고 있어서 일반적으로 國際裁判管轄을 인정하지 않는 반면에 미국에서는 最小의 關聯理論, 부적절한 法廷地의 法理, 準對物管轄權理論 등의 인정에 의해서 原告에게 유리한 法廷을 선택할 수 있는 裁量權을 확대해 놓고 있다.50)

한편, 영국에 있어서는 "實效性의 原則"(principle of effectiveness) 과 "服從의 原則"(principle of submission)에 의하여 국제재판관할이 결

<sup>50)</sup> 鄭暎錫, 前揭論文, 254-255面.

정되는데 實效性의 原則은 소송개시문서가 피고에게 직접 송달되거나 문제된 재산이 法廷地에 있어야 한다는 것이며 服從의 原則은 법원이 그 관할에임의로 복종하는 자에 대하여 관할권을 갖는다는 것이다.51) 그러나 영국은 유럽공동체의 회원국이 됨으로써 브뤼셀협약의 체약국으로 브뤼셀협약의 적용을 받게 되었다. 즉 1987년 1월 1일 發效된 영국의 국내법인 "1982년 民事裁判管轄 및 判決法"(the Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982)에 의하여 브뤼셀협약이 繼受되어 영국법의 일부가 되었다.

이하에서는 國際裁判管轄에 관하여 중요한 의미를 가지는 국제협약 내지는 협약안과 외국의 입장을 우리나라의 경우와 비교법적으로 검토하도록한다. 영국에 대하여는 브뤼셀협약 및 루가노협약과 함께 고찰한다. 한편, 브뤼셀협약과 루가노협약은 지리적으로 제한되고 상당부분 공통된 사회·경제적 배경과 법률문화를 가지는 유럽국가들 간에 체결된 것이다. 따라서 상이한 사회경제적 배경과 법률문화를 가지는 국가들 간에 체결되는 전 세계적인 규모의 협약과는 그 성질상의 차이로 인하여 國際裁判管轄의 決定과 外國裁判의 承認 및 執行에 관한 규칙을 정립함에 있어서 반드시 동일한 원칙이 적용될 수는 없을 것이므로 비록 成案作業이 진행 중이지만 유럽국가들만이 아니라 미국, 일본과 우리나라 등이 참여한 전 세계적인 협약인 1999년의 헤이그신협약안을 살펴본다. 그리고 聯邦制度라는 특수성으로 인하여國家間 뿐만 아니라 州間 涉外事件이 빈번하게 발생하고 있는 결과 管轄에 대한 理論이 발달한 미국의 경우에 대하여 비교법적으로 검토한다.

# 第 2 節 브뤼셀協約과 루가노協約

# 1. 概 觀

유럽공동체(European Community: EC)의 서독과 프랑스, 네덜란드, 룩셈부르크, 벨기에, 이탈리아의 6개 회원국은 1968년 9월 27일 브뤼셀에

<sup>51)</sup> 鄭暎錫, 上揭論文, 253面.

저 각 회원국의 국내법을 조화시켜 판결의 자유로운 승인·집행 및 域內去來의 신뢰성과 무역증진을 달성할 목적으로 "民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 協約"(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters; 이하 "브뤼셀협약"이라 부른다)을 체결하였다. 이 협약은 全文 68개조의 3부로 구성되어 있는데 제1부는 適用範圍, 제2부는 裁判管轄, 제3부는 判決의 承認·執行에 관한 것이다. 이 협약은 1973년 2월 1일 發效되었다. 브뤼셀협약은 그후 회원국들의 가입을 계기로 여러 차례 개정되었는데52) 브뤼셀협약에 의하여 유럽연합의 국제재판관할의 결정과 다른 締約國에서 선고한 판결의 승인 및 집행에 관한 주요 유럽연합국가의 규범이 상당부분 통일되었다.

브뤼셀협약은 국제재판관할과 외국판결의 승인, 집행에 관한 규칙을 정한 조약이라는 의미에서 "二重協約"(convention double)의 성격을 가지는데 이를 가리켜 "유럽연합의 民事訴訟法"이라고도 부른다.

더욱이 1988년 당시 유럽공동체 국가들과 유럽自由貿易聯合<sup>53)</sup> 국가들은 판결의 승인 및 집행을 통한 유럽공동체와의 법적·경제적 협력을 강화하기 위하여 1988년 9월 16일 루가노에서 당시의 브뤼셀협약을 기초로 이를 일부 수정하여 작성한 "루가노협약"(Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters)을 체결하였다. 루가노협약에 의해서 브뤼셀협약의 원칙의 적용범위가 유럽자

<sup>52)</sup> 브뤼셀협약은 덴마크, 아일랜드 및 영국의 유럽공동체 가입을 계기로 1978년 10월 9일 가입협약에 의하여 1차로, 그리스의 회원국 가입을 계기로 1982년 10월 25일 가입협약에 의하여 2차로, 스페인과 포르투갈의 회원국 가입을 계기로 1989년 5월 26일 가입협약에 의하여 3차로 각각 개정되었다. 나아가 오스트리아, 핀란드 및 스웨덴의 가입을 계기로 1996년 11월 29일 가입협약에 의하여 4차로 개정되었다.

<sup>53)</sup> 유럽자유무역연합(EFTA, European Free Trade Association)은 1959년 당시 스톡홀름협약에 의하여 유럽공동체에 가입하지 않은 국가들이 모여 만든 경제 연합으로 오스트리아, 덴마크, 노르웨이, 포르투갈, 스웨덴, 스위스 및 영국에 의하여 설립되었다.

유무역연합국가로 확대되었다. 루가노협약은 내용상 브뤼셀협약과 매우 유 사하므로 이를 "並行協約"(Parallel Convention)이라고도 부른다.54)

브뤼셀협약과 루가노협약의 국제재판관할 규칙은 다음과 같은 세 가지 기본원칙으로 정리할 수 있다.

첫째, 被告가 法廷地國인 締約國에 주소를 가지는 경우에 당해 국가가 一般管轄을 가진다(제2조 제1항). 둘째, 被告가 法廷地國 이외의 締約國에 주소를 가지는 경우에는 法廷地國은 제5조 내지 제18조 또는 별도의 協約에 의하여 特別管轄55)을 가지는 경우에 한하여 재판관할을 가진다(제3조 제1항). 셋째, 被告가 締約國에 주소를 가지지 않는 경우에 專屬管轄을 규정한 제16조의 유보 하에 法廷地國은 國內法에 의하여 국제재판관할의 유무를 결정하므로(제4조 제1항),56) 被告가 어느 체약국에도 주소를 가지지 않으면 각 체약국은 過剩管轄(exorbitant jurisdiction)을 규정한 國內法에 기초하여 국제재판관할을 인정할 수 있다.

브뤼셀협약 제3조는 過剩管轄禁止의 原則을 규정하고 있는데 각 협약당

<sup>54)</sup> 루가노협약의 경우는 브뤼셀협약과 달리 유럽법원이 통일적 해석을 위한 권한을 가지지 아니한다. 유럽자유무역연합의 회원국들이 브뤼셀협약에 가입하는 형식이 아닌 별도의 협약체결형식으로 나아가게 된 동기는 동 연합의 기관이아닌 유럽법원이 브뤼셀협약에 관한 유권해석권한을 가지고 있는 것을 인정할수 없기 때문으로 브뤼셀협약의 내용에 약간의 수정을 가한 별도 협약인 루가노협약을 체결하게 되었다. 1989년 산세바스찬협약(1989년 5월 26일 加入協約을 말한다)에 의하여 브뤼셀협약이 수정됨으로써 양 협약은 매우 유사한 내용으로 조정되었다.

<sup>55)</sup> 一般管轄의 원칙으로서 被告住所地主義를 채택하고 있는데 이에 대한 예외로서 협약당사국에 被告의 주소가 있다고 하더라도 다른 협약당사국의 법원이 재판관할을 가질 수 있는 경우를 말한다. 그러나 特別管轄이 존재한다고 하여 반드시 이에 구속되는 것은 아니고 原告가 一般管轄을 갖는 被告住所地國家의 법원에 提訴할 것인지 아니면 特別管轄을 갖는 법원에 提訴할 것인지는 原告의판단에 달려 있다.

<sup>56)</sup> 이러한 원칙에 대하여 예외가 있는 바, 제16조에 따른 專屬管轄의 원칙은 주소에 관계없이 적용되고, 또한 管轄合意의 경우에는 피고가 체약국에 주소를 가지고 있을 것이 요구되지 않으며 당사자들 중의 1인이 체약국에 주소를 가지는 것으로 족하다.

사국의 국내법에 의하여 허용될 수 있는 過剩管轄條項들을 일일이 열거하여 유럽공동체 또는 유럽자유무역연합 국가에 주소를 두고 있는 자에 대해서는 그 행사를 금지하고 있다.57)

최초의 大陸法系 국가들 만에 의하여 체결된 브뤼셀협약이 부적절한 法 廷地의 法理를 채택하지 않았음은 당연한 것이라고 할 수 있다. 그러나 영국 과 아일랜드가 協約에 가입하면서 부적절한 法廷地의 法理의 도입여부를 논 의하게 되었는데 거부되었다. 그러므로 브뤼셀협약에 따라 어느 체약국의 법 원이 국제재판관할을 가지는 경우에 동 법원은 국제재판관할을 행사해야 하 며 부적절한 法廷地임을 이유로 국제재판관할을 거부할 수 없다.

그러나 영국에서는 부적절한 法廷地의 法理에 따라 영국법원의 재량을 부인한 판결들도 있는데, 경우를 나누어 締約國들 간의 국제재판관할이 문제 된 때에는 부적절한 法廷地의 法理를 적용하지 않으면서 英國과 非締約國의 국제재판관할이 문제된 때에는 영국법원은 위 法理에 기하여 재량으로 영국 의 국제재판관할을 부인할 수 있다고 한 판결도 있다.58)

영국법원은 소송절차를 중지할 수 있는 경우로서 첫째, 부적절한 法廷地의 法理가 적용되는 경우, 둘째, 외국법원이 裁判管轄權을 가지는 것으로 合意된 경우, 셋째, 仲裁의 合意가 있는 경우의 세 가지를 들고 있으며,59) 부적절한 法廷地의 法理와 관련하여 고려할 사항으로는 ① 거증자료에 비교적쉽게 접근할 수 있는가, ② 自發的 혹은 원하지 않는 증인의 拘引可能性 또는 拘引하는데 드는 비용, ③ 判決에 기한 執行이 실제로 가능한가, ④ 변론절차의 진행속도와 비용에 영향을 미칠 기타 부수적이고 실무적인 사항 등을 들고 있다.60)

브뤼셀협약의 관할규정은 외국과 관련이 있는 사안에만 적용된다고 해석되는데, 동 협약 제2조에 규정된 一般管轄과 관련하여 외국관련이 있는 경

<sup>57)</sup> 尹鍾珍, 前揭書, 190面 참조.

<sup>&</sup>lt;sup>58)</sup> Court of Appeal, Re Harrods (Buenos Aires) Ltd.(1992).

<sup>59)</sup> 兪載豊, 前掲論文, 59面 참조.

<sup>60)</sup> Christopher Hill, Maritime Law, 3rd Ed., London, Lloyd's of London Press Ltd., 1989, p.125.

우에도 그것이 어느 하나의 체약국에 대한 것으로 족한지 아니면 다수의 체약국들에 대한 것이어야 하는지에 관하여 견해가 나뉜다. 한국기업이 독일에 주된 영업소를 가지는 기업을 상대로 일반관할을 근거로 독일법원에 訴를 제기하는 경우에 있어서 독일법원이 브뤼셀협약과 독일 민사소송법 중 어느 것을 적용할 것인가 하는 것은 어느 견해를 취하는가에 따라 결론이 달라진다. 다만 一般管轄에 관하여는 住所地 재판관할이 널리 인정되므로 보통 차이가 없을 것이나 영국의 경우에는 부적절한 法廷地의 法理가 인정되므로 차이가 있을 수 있다. 예컨대 한국기업이 영국기업을 상대로 영국의 일반관할을 근거로 영국법원에 訴를 제기하였을 때 만일 協約이 적용되지 않는다는 견해를 취할 경우 영국법원은 自國法에 따라 부적절한 法廷地의 法理를 적용할 여지가 있게 된다.

브뤼셀협약과 루가노협약은 國際訴訟競合에 관하여 이른바 "優先主義"를 채택하여 먼저 訴가 제기된 법원에게 優先權을 인정한다. 그에 따르면 동일 청구에 관하여 동일 당사자들 간에 相異한 締約國들의 법원에 소송이 係屬한 때에는 후에 소송이 係屬한 법원은 前訴가 제기된 법원의 관할이확정될 때까지 직권으로 소송절차를 중지해야 하고 前訴가 제기된 법원의관할이 확정된 때에는 그 법원을 위하여 관할이 없음을 선고해야 한다. 청구의 동일성은 受訴法院이 自國의 訴訟法에 따라 판단할 것이 아니라 協約의목적을 고려하여 해석해야 한다. 優先主義에 대해서는 첫째, 訴訟의 係屬時期를 결정하는데 따른 곤란함, 둘째, 提訴에 앞서 당사자들로 하여금 원만한해결을 포기한 채 먼저 訴를 제기하도록 부추긴다는 점, 마지막으로 原告로서 提訴하는 쪽이 유리하다는 것을 강조한다는 점 등으로 부당하다는 비판이 있다.

# 2. 一般管轄에 관한 原則

브뤼셀협약 상 국제재판관할의 결정에 있어 가장 중요한 連結點은 被告의 住所이고 피고가 주소를 가지는 국가가 일반관할을 가진다(동 협약 제2조 제1항). 그러나 브뤼셀협약은 주소의 개념을 독자적으로 정의하지 않으므로 피고가 주소를 가지고 있다고 주장된 체약국의 법원은 自國法을 적용

하여 피고가 주소를 가지는지 결정한다(동 협약 제52조). 회사나 기타 법인 또는 단체의 경우에 본거지를 주소로 취급하는데(동 협약 제53조), 각 체약 국은 自國의 國際私法을 적용하여 결정된 準據法에 따라 본거지를 결정한다. 즉 브뤼셀협약은 자연인의 주소에 관하여 각국의 實質法을, 법인의 본거지에 관하여 각국의 國際私法을 적용하는 점에 그 특색이 있다.

피고의 주소지 국가 이외의 국가에 訴가 제기된 경우에 法廷地國은 협약 제5조 내지 제18조 또는 별도의 조약에 의하여 특별관할을 가지는 경우에 한하여 국제재판관할을 가진다(동 협약 제3조 제1항).

# 3. 契約에 대한 特別管轄

브뤼셀협약은 "通常의 계약"과 "特殊한 계약"을 구별하여 相異한 관할원칙을 규정한다. "통상의 계약"이란 협약의 적용범위에서 배제되는 계약(公法的 性質의 계약 등)과 협약이 특칙을 두고 있는 계약(보험계약, 소 비자계약, 부동산임차권을 목적으로 하는 계약 및 개별 근로계약)을 제외한 나머지 계약을 말한다.

통상의 계약에 관한 사건의 경우에는 "訴의 기초가 된 債務"의 履行地 法院이 국제재판관할을 가진다(동 협약 제5조 제1호).61) 따라서 계약에 관 한 사건의 경우에 原告는 被告의 주소지 국가에서 訴를 제기하거나 訴의 기 초가 된 債務의 履行地 國家에서 訴를 제기할 수 있다. 이와 같이 "訴의 기 초가 된 債務의 履行地"가 기준이 되므로, 예컨대 賣買契約에서 당사자들이 履行地를 합의하지 않은 경우에 누가 어느 채무를 기초로 訴를 제기하는가 에 따라 관할이 달라질 수 있다. 債務履行地의 결정에 관하여 유럽법원

<sup>61)</sup> 헤이그신협약의 예비초안(제6조)은 물건공급계약과 용역제공계약에 대하여만 의무이행지의 관할을 규정하고 있다.

헤이그신협약 예비초안 제6조 c): 原告는 물건공급계약과 용역제공계약의 양자의 경우에 주된 채무의 일부 또는 전부의 이행이 이루어진 곳의 국가에 訴를 제기할 수 있다(A plaintiff may bring an action in contract in the courts of a State in which - c) in matters relating both to the supply of goods and the provision of services, performance of the principal obligation took place in whole or in part).

(Court of Justice of the European Communities)은 "自國의 國際私法에 의하여 우선 채무의 準據法을 정하고 그 準據法에 따라 채무의 履行地를 결정할 것"이라고 判示하였다.62)

한편, 브뤼셀협약은 사회·경제적 약자인 소비자를 보호하기 위하여 특수한 계약의 한 유형으로서 소비자가 체결한 계약에 관한 소송에 대하여 관할에 관한 특칙을 두고 있다(동 협약 제13조). 즉 소비자가 상대방에 대하여 제기하는 訴는 그 상대방 또는 소비자가 주소를 가지는 체약국에서 제기할수 있다(동 협약 제14조 제1항). 반면에 소비자의 상대방이 소비자를 상대로 제기하는 訴는 소비자가 주소를 가지는 체약국에서만 제기할 수 있다(동 협약 제14조 제2항).

## 4. 不法行爲에 대한 特別管轄

不法行爲 또는 그에 준하는 사건 또는 그로 인한 청구권이 소송의 목적인 경우에는 加害事件(harmful event)이 발생한 장소의 법원이 속하는 국가가 관할을 가진다(동 협약 제5조 제3호). 따라서 불법행위의 피해자는 피고의 주소지국가(동 협약 제2조) 또는 가해사건이 발생한 국가 중 선택에따라서 訴를 제기할 수 있다.63)

不法行為地에 관할을 인정하는 것은 국제적으로 널리 인정되어 온 原則인데 협약상 불법행위지가 行為地를 의미하는지 아니면 結果發生地를 의미하는지가 문제된다. 이에 대하여 유럽법원은 네덜란드의 원예가와 환경단체가 프랑스의 광산회사를 상대로 불법행위를 이유로 손해배상을 청구한 1976년 G.J. Bier B.V. and Reinwater Fondation v. Mines de Potasse d'Alsace S.A. 사건에서 행위지와 결과발생지가 동일하지 않은 경우에 제5

<sup>62) 1976</sup>년 10월 6일 Tessili v. Dunlop 사건 판결.

<sup>63)</sup> 헤이그신협약의 예비초안(제10조)은 전통적인 원칙에 따라 행위지와 결과발생지의 국제재판관할을 인정하되 결과발생지의 경우 豫見可能性의 요건을 도입하고 있다. 나아가 결과발생지의 관할의 경우 피해자가 그 국가에 常居所 또는本據를 가지지 아니하는 한 그 국가에서 발생하였거나 발생할 수 있는 손해에 관하여만 재판관할을 인정한다.

조 제3호의 加害事件이 발생한 장소는 양자 모두를 의미하고 原告는 양자 중 그의 선택에 따라 어느 곳에서나 訴訟을 제기할 수 있다고 判示하였다. 이는 피해자인 原告에게 유리한 견해라고 할 수 있으나 제조물책임의 경우에는 被告가 그의 행위가 그 곳에서 결과를 발생시킬 것을 예견할 수 없었음에도 불구하고 결과발생지 국가에 국제재판관할을 인정하게 되어 지나치게 原告에게 유리하다는 비판이 있다.64)

불법행위에 대한 관할과 관련하여 주목할 것은 유럽법원의 1995년 3월 7일 Fiona Shevill and a.c. v. Presse Alliance S.A. 사건 판결이다. 이는 프랑스에서 발행되어 유럽각국에 배포되는 신문에 의하여 명예가 훼손되었다고 주장하는 개인과 법인이 영국에서 不法行爲로 인한 損害賠償을 구한 사건이다. 위 사건에서 영국 대법원(House of Lords)의 豫備的 判斷 (preliminary ruling)을 요구받은 유럽법원은 신문사 소재지와 신문이 배포된 국가의 재판관할을 모두 인정하였다. 그러나 前者에서는 모든 손해의 배상에 대해 재판관할이 있지만 後者에서는 당해 국가에서 발생한 손해의 배상에 대하여만 재판관할이 있다는 취지로 판결하였다.

# 第 3 節 헤이ユ新協約

### 1. 概 觀

외국판결의 승인 및 집행의 문제를 해결하기 위하여 헤이그國際私法會議(Hague Conference on Private International Law)는 1966년 4월 특별회기에서 1971년 헤이그협약<sup>65)</sup>을 채택하였다. 1971년 헤이그협약은 국제재판관할을 직접 규율하지 않고 외국판결의 승인 및 집행만을 규율하는이른바 "單一協約"(convention simple)의 형식을 취하였다. 1971년 헤이그협약은 發效는 되었으나 3개국만이 批准하여 사실상 實效性이 없는 협

<sup>64)</sup> 石光現, 前揭 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 336面.

<sup>65) &</sup>quot;民事 및 商事事件의 外國裁判의 承認 및 執行에 관한 헤이그協約"을 말한다.

약이 되어 버렸다.66)

1971년 헤이그협약이 결국 실패하고 유럽국가들 간에는 브뤼셀협약과루가노협약이 상당한 성공을 이룩한 상황에서 미국은 1992년 5월 헤이그國際私法會議의 차원에서 民事 및 商事事件에 관한 국제재판관할과 외국판결의 승인 및 집행에 관한 새로운 국제조약의 채택을 제의하였다. 수년 동안의논의를 거쳐 헤이그國際私法會議는 1996년에 소집된 18차 회기에서 國際裁判管轄과 外國判決의 承認 및 執行의 問題를 2000년으로 예정된 19차 회기의 의제에 포함하기로 결정하였다. 이에 따라 사무총장은 특별위원회를 소집하였고 5회에 걸쳐67) 헤이그에서 특별위원회의 회의가 개최되어 "民事및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 協約" (Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters; 이하 "헤이그신협약"이라 한다)의 예비초안이 작성되었다.

특별위원회의 작업이 완료된 것이 아니고 예비초안도 아직 채택되지 않았으므로 헤이그新協約은 브뤼셀협약이나 루가노협약과 비교할 때 제한적인의미를 가진다고 할 수 있다. 그러나 헤이그신협약은 현재 진행 중인 작업이라는 점에서 그리고 유럽국가들 만이 아니라 미국, 일본과 우리나라 등이 참여한 전 세계적인 협약이라는 점에서 헤이그신협약이 협약으로서 發效되고우리가 批准할 경우 민사소송법의 일부를 대체하게 될 것이며, 협약으로서성립되지 않거나 發效되기 전 또는 우리가 이를 批准하지 않더라도68) 국제

<sup>66) 1971</sup>년 헤이그협약이 실패한 이유는 첫째, 브뤼셀협약과 그에 대한 並行協約인 루가노협약의 성공, 둘째, 1971년 헤이그협약의 복잡한 구조, 셋째, 國際訴訟에 있어 소송당사자들에게는 간접관할보다 직접관할이 중요한 의미를 가짐에도 불구하고 1971년 헤이그협약은 後者를 규율하지 않는 점 등이 지적된다. 1971년 헤이그협약의 복잡한 구조라 함은 동 협약에는 이를 보완하는 부속의정서가 첨부되어 있어서 동 협약이 실제로 기능을 발휘하기 위해서는 체약국 간에 별도의 부속협정을 체결해야 함을 가리킨다.

<sup>67) 1</sup>차 회의는 1997년 6월에, 2차 회의는 1998년 3월에, 3차 회의는 1998년 11월에, 4차 회의는 1999년 6월에, 5차 회의는 1999년 10월에 각각 헤이그에서 개최되어 1999년 10월 30일에 "民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 協約"의 예비초안이 작성되었다.

재판관할의 결정기준에 관한 국제적인 공감대의 산물이므로 구체화된 국제 재판관할의 배분원칙으로서 국제재판관할에 관한 條理의 내용을 판단함에 있어 매우 중요한 의미를 가지게 될 것이다.

당초 특별위원회의 의도는 單一協約의 성질을 가지는 1971년 헤이그협약과는 달리 헤이그신협약은 直接管轄도 규정하는 二重協約69)이 되어야 한다는 것이었으나 현재는 混合協約이 될 가능성이 큰 것으로 보인다.70) 그러

<sup>68)</sup> 이러한 전 세계적인 조약이 아직은 시기상조라는 회의적인 시각도 있다. 당초 2000년 가을에 개최될 외교회의에서 예비초안을 채택할 예정이었으나 未決된 논점들을 해결하기 위해서는 충분한 시간이 필요하다는 이유로 미국 등의 제안에 따라 2000년 5월 개최된 헤이그국제사법회의의 일반업무에 관한 특별위원회는 첫째, 일단 예정된 외교회의를 연기하고 추후 외교회의를 2차에 걸쳐 개최할 것과 둘째, 외교회의에 앞서 문제의 해결을 위한 비공식 회의를 개최할 것을 건의하였다. 제1차 외교회의는 2001년 6월에 개최되었다.

<sup>69)</sup> 헤이그신협약의 성질을 "二重協約"(convention double)과 "混合協約"(convention mixture) 중 어느 것으로 할 것인가는 특별위원회의 전 기간 동안 매우 중요한 논점이었다. 1971년 헤이그협약은 외국판결의 승인·집행만을 규율하는 "單一協約"(convention simple)이나, 브뤼셀협약과 루가노협약은 판결의 승인·집행뿐만 아니라 국제재판관할도 함께 규정하는 二重協約이다. 이중협약의 경우 협약에 열거된 관할근거는 망라적이므로 체약국의 법원은 협약에 따라서만 국제재판관할을 가지고 自國法에 근거하여 국제재판관할을 인정할 수는 없다. 그러나 전 세계적으로 통용될 협약에는 二重協約은 적합하지 않다는 이유로 체약국의 법원은 自國法의 관할규칙을 근거로 국제재판관할을 인정할 수 있어야 하므로 헤이그신협약은 이러한 混合協約이 되어야 한다는 것이 미국의 강력한 주장이었고 예비초안은 결국 이러한 입장을 따르고 있다.

<sup>70)</sup> 헤이그신협약의 예비초안 제17조는 다음과 같이 규정한다. "제17조 국내법에 근거한 관할, 제4조, 제5조, 제7조, 제8조, 제12조 및 제13조의 유보 하에 협약은 그것이 제18조에 의하여 금지되지 아니하는 한 체약국이 국내법에 따른 재판관할 규칙을 적용하는 것을 금지하지 아니한다."

이 조문은 헤이그신협약이 混合協約의 성질을 가짐을 의미한다. 混合協約은 國際裁判管轄의 근거를 규정하고 締約國에게 그에 근거한 외국재판을 승인하고 집행할 의무를 부과하는 점에서 二重協約과 동일하고 單一協約과는 구별된다. 그러나 混合協約은 그에 열거된 관할의 근거를 망라적인 것으로 구성하지 않고 締約國의 법원이 협약에 열거되지 않은 근거에 의하여 관할을 가질 수 있음을

나 헤이그신협약의 성질에 관계없이 동 협약은 국제적으로 허용되어서 다른체약국이 승인할 의무를 부담하는 국제재판관할의 발생근거를 규정하게 될 것이다.71) 특별위원회에서의 논의는 상당부분 국제적으로 수용할 수 있는국제재판관할에 관한 공감대를 도출해 가는 방식으로 행하여졌다. 그 과정에서 브뤼셀협약과 루가노협약이 하나의 準據로 사용되고 있고,72) 미국이 自國의 입장을 가능한 한 반영하거나 그에 반하는 조항의 채택을 거부하려는노력을 하고 있다. 헤이그국제사법회의 상설사무국의 보고서와 특별위원회에서의 논의 및 헤이그신협약의 예비초안은 허용되는 국제재판관할의 유형을 一般管轄과 特別管轄로 구분하고 각각 그 발생근거를 무엇으로 할 것인가와 나아가 금지되는 過剩管轄의 범위를 어떻게 정할 것인가를 중점적으로다루고 있다.

헤이그신협약의 예비초안에 의하면 다음 세 가지 종류의 국제재판관할 이 있게 된다.

첫째, 義務管轄로서 締約國은 의무관할이 있는 경우에 재판해야 하고 그

인정하는 점에서 二重協約과 구별된다. 混合協約은 다수의 국가로 구성되는 국제사회에 있어서 二重協約의 장점을 살리고 동시에 유연성과 개방성을 유지하면서도 法廷地探索(forum shopping)을 제한하는 기능을 할 수 있을 것이다. 특별위원회의 회의에서는 협약을 混合協約으로 할 것인가 아니면 二重協約으로 할 것인가를 놓고 투표를 하지는 않았다. 협약의 성질은 2001년으로 예정된 외교회의에서 결정할 사항이라는 일부 국가의 주장이 있었으나 적어도 특별위원회의 회의에서는 위 조문을 채택함으로써 混合協約의 성질을 가지는 것으로 승인하였다고 할 수 있다.

<sup>71)</sup> 이것이 이른바 "의무관할근거"인데, 헤이그신협약이 혼합협약의 성질을 가질경우 협약상의 관할근거에는 ① 의무관할근거와 ② 금지관할근거 외에 ③ 각체약국의 국내법에 기한 관할근거로서 다른 체약국이 그의 승인 여부를 자유로이 판단할 수 있는 이른바 "허용관할근거"의 세 가지 유형이 있게 된다(柳英日, "2000년 헤이그신협약이 가져올 변화와 우리의 대응-民·商事事件에 있어서 國際裁判管轄, 外國判決의 效力에 관한 헤이그국제사법회의 특별위원회 논의를 중심으로-",「人權과 正義」, 大韓辯護士協會誌, 第272號, 1999. 4, 73-75面 참조).

<sup>72)</sup> 브뤼셀협약 및 루가노협약의 개정안과 헤이그신협약안을 비교해 보면 양자가 상호 영향을 주고 있음을 알 수 있다.

에 기한 재판은 新協約上의 거부사유가 없는 한 다른 체약국에서 승인·집 행이 보장된다.

둘째, 禁止管轄로서 締約國은 금지관할에 기하여 재판할 수 없고 그에 기한 재판은 다른 체약국에서 승인·집행이 거부된다.

셋째, 위 어느 것에도 속하지 않는 기타 허용되는 許容管轄로서 締約國은 國內法에 따라 허용관할에 기하여 재판할 수 있고 그에 기한 재판의 승인·집행은 요청을 받은 締約國의 國內法에 따른다.

한편, 부적절한 法廷地의 法理의 수용 여부와 관련하여 1971년 헤이그 협약에 따르면 어느 체약국의 법원에 訴가 제기된 경우에 동일 당사자들 간에 동일한 사실에 기초하고 동일한 목적을 가지는 소송이 다른 체약국의 법원에 係屬 중이고 그러한 절차가 1971년 헤이그 협약에 따라 承認되어야 하는 재판에 이를 수 있는 때 訴가 제기된 체약국의 법원은 訴를 却下하거나 중지할 수 있으나 이는 체약국들이 부속협정을 체결한 경우에 한한다(동 협약 제20조).

특별위원회의 논의과정에서 참가국들 간에 가장 첨예하게 의견이 대립되었던 쟁점중의 하나가 바로 부적절한 法廷地의 法理의 도입 여부였는데 英美法系는 이를 지지하고 大陸法系는 그에 반대하는 법계 간의 대립양상을 보였다. 그러나 일본은 대륙법계임에도 불구하고 위의 法理에 대해 우호적인입장을 표명하였는데 이는 일본 판례에 의하여 발전된 "特段의 事情理論"에 근거한 것이다. 특히, 대륙법계의 국가들은 모든 종류의 관할근거에 광범위한 부적절한 法廷地의 法理를 도입하는 것에 대하여는 강력하게 반발하였다.

결국 부적절한 法廷地의 法理에 관하여는 양 법계의 입장을 절충하여 예외적인 경우에 한정하여 동 법리를 도입하는 해결방안이 잠정적으로 채택되어 다음과 같은 취지로 규정하게 되었다.

즉 精緻한 국제재판관할 규칙을 원칙으로서 정립하여야 하므로 法的安定性을 위하여 예외의 인정은 신중해야 할 것이라는 점에서 부적절한 法廷地의 法理를 광범위하게 도입하지는 않는다. 그러나 예외적인 상황 하에서

受訴法院이 국제재판관할을 행사하기에 명백히 부적절하고 다른 국가가 국제재판관할을 가지며 분쟁을 해결하기에 명백히 더 적절한 法廷인 때에는訴訟節次를 중지할 수 있도록 한다. 다만 訴가 제기된 국가가 一般管轄을 가지는 경우에도 위 法理를 적용할 수 있는가에 관하여는 불허해야 한다는 대륙법계의 입장73)과 오히려 그 경우에 위 법리가 중요한 기능을 한다는 영미법계의 입장이 대립되었으나 예비초안에는 後者의 입장이 채택되었다.

부적절한 法廷地의 法理를 고려함에 있어서 법원은 당사자들의 불편, 증거의 성질과 위치와 그러한 증거를 수집하기 위한 절차, 적용되는 提訴期間 또는 時效期間 및 本案에 대한 재판의 승인·집행 가능성 등을 고려해야 하나 당사자의 國籍에 기한 차별은 허용되지 않는다.74) 법원은 소송절차를 중지한 경우에 만일 다른 국가와 법원이 재판관할을 행사하거나 原告가 법원이 정한 기간 내에 제소하지 않는 때에는 재판관할의 행사를 거부해야 한다. 반면에 더 적절한 法廷이라고 판단된 다른 국가의 법원이 재판관할을 행사하지 않기로 결정한 때에는 소송절차를 진행해야 한다.75)

<sup>73)</sup> 그 논거는 만일 그 경우에도 부적절한 法廷地의 法理를 적용한다면 原告가 被告에 대해 일반관할을 가지는 국가에서 제소하였음에도 불구하고 위 법리를 적용하여 국제재판관할의 행사를 거부할 가능성이 있으므로 法的安定性을 해친다는 것이다.

<sup>74)</sup> 미국 연방대법원이 Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235 사건판결에서 부적절한 法廷地의 法理를 적용함에 있어서 原告의 국적에 따른 차별을 하였기 때문에 이를 명시적으로 금지하기 위한 것이다.

<sup>75)</sup> 예비초안은 다음과 같이 규정하고 있다.

<sup>&</sup>quot;제22조 관할의 거부를 위한 예외적인 상황

<sup>1.</sup> 예외적인 상황 하에서 訴가 係屬한 법원은 그의 관할이 제4조에 따른 유효한 專屬的 管轄合意 또는 제7조, 제8조 또는 제12조에 근거한 것이 아닌 경우에는 그 법원이 관할을 행사하는 것이 명백히 부적절하고 다른 국가의 법원이 관할을 가지고 분쟁을 해결하기에 명백히 더 적절한 법정인 때에는 당사자의 신청에 의하여 소송절차를 중지할 수 있다. 그러한 신청은 本案에 대한 최초의 변론을 하기 이전에 이루어져야 한다.

<sup>2.</sup> 법원은 특히 다음 사항을 고려하여야 한다.

a) 당사자들의 常居所에 비추어 본 당사자들의 불편

b) 서증과 증인을 포함한 증거의 성질과 위치와 그러한 증거를 수집하기 위한

國際訴訟競合에 관하여 헤이그신협약에 규정을 두자는 점에 대해서는 별 異見이 없었으나 구체적인 내용에 관하여는 국제소송경합을 부적절한 法 延地의 法理에 의하여 해결하려는 영미법계의 입장, 적극적인 承認豫測을 전 제로 국제소송경합을 외국판결 승인의 전단계로서 국내 소송경합에 준하여 처리하는 대륙법계76)의 입장, 優先主義를 따르되 前訴가 제기된 법원이 외 국법정이 보다 적절한 法廷이라고 판단하는 경우에 국제재판관할을 거부할 수 있다는 절충적인 견해 등이 제시된 바 있었다.

國際訴訟競合의 경우에도 양법계의 입장을 절충하는 방안이 잠정적으로 채택되었는데 이 경우에는 優先主義를 原則으로 한다. 따라서 동일한 당사자 간에 동일한 소송물에 대하여??) 상이한 체약국에 소송이 이미 係屬한 경우.

절차

- c) 적용되는 제소기간 또는 시효
- d) 본안에 대한 재판의 승인 및 집행의 가능성
- 3. 소송절차를 중지할 것인지의 여부를 결정함에 있어서 법원은 당사자들의 국적 또는 상거소에 기한 차별을 할 수 없다.
- 4. 법원은 제1항에 따라 소송절차를 중지하기로 결정하는 경우에 被告에게 다른 법원의 本案에 관한 재판을 충족하기에 충분한 擔保의 제출을 명할 수 있다. 그러나 법원은 被告가 그 다른 법원의 소속국 또는 법원의 재판이 집행될 수 있는 다른 국가에 충분한 재산이 존재함을 증명하지 않는 한 다른 법원이 오로 지 제17조만에 따라 관할을 가지는 경우 그러한 명령을 하여야 한다.
- 5. 법원이 제1항에 따라 소송절차를 중지한 때에는
  - a) 만일 다른 국가의 법원이 관할을 행사하거나 原告가 법원이 정한 기간 내에 그 국가에서 소송절차를 제기하지 않는 때에는 관할의 행사를 거부하여야 하 고,
  - b) 만일 다른 국가의 법원이 관할을 행사하지 않기로 결정하는 때에는 사건을 진행하여야 한다."
- 76) 이는 결국 前訴가 제기된 법원이 우선하는 결과로 되는데 브뤼셀협약과 루가 노협약은 이러한 입장에 선 것이다. 다만 어느 체약국의 판결은 다른 체약국에 서 원칙적으로 승인될 것이므로 특별히 적극적 승인예측을 요하지 않는 점을 특징으로 한다.
- 77) 國際訴訟競合을 인정하기 위한 요건으로 "동일한 구제의 요청"즉 "심판형식의 동일성"을 요구할 것인가에 관하여는 논란이 있었다. 예비초안은 원칙적으로

後訴法院은 前訴法院이 後訴法院의 국가에서 승인될 수 있는 재판을 선고할 것으로 예상되는 때에는 소송절차를 중지해야 한다. 그러나 그 후 前訴法院이 本案에 대한 재판을 위한 필요한 조치를 취하지 않거나 합리적인 기간 내에 本案에 관한 재판을 선고하지 아니한 때에 後訴法院은 사건의 審理를 계속할 수 있다. 다만 헤이그신협약은 부적절한 法廷地의 法理를 받아들여 예외적인 경우에 訴訟節次의 중지를 허용한다. 즉 前訴法院은 부적절한 法廷地의 法理에 관한 요건을 고려하여 後訴法院이 분쟁을 해결하기에 명백히 더적절한 法廷地라고 판단하는 경우에 당사자의 신청에 의하여 소송절차를 중지할 수 있다.78)

# "제21조 國際的 訴訟競合

- 1. 동일한 당사자들이 상이한 체약국의 법원들에서 소송절차에 관여하는 경우, 그러한 절차가 동일한 訴因에 근거한 것인 때에는 요청하는 구제에 관계없이 後訴가 係屬한 법원은 前訴가 係屬한 법원이 국제재판관할을 가지고 본 협약에따라 後訴가 係屬한 국가에서 승인될 수 있는 재판을 선고할 것으로 예상되는 경우 소송절차를 중지하여야 한다. 다만 後訴가 係屬한 법원이 제4조 또는 제12조에 따라 專屬管轄을 가지는 경우에는 그러하지 아니한다.
- 2. 後訴가 係屬한 법원은 前訴가 제기된 법원에서 선고되고 後訴가 제기된 국가에서 본 협약에 따른 승인 또는 집행의 요건을 구비한 재판이 제출된 즉시 관할을 거부해야 한다.
- 3. 後訴가 係屬한 법원은 前訴가 係屬한 법원에서 原告가 본안에 대한 재판을 하기 위하여 필요한 조치를 취하지 않거나 동 법원이 합리적인 기간 내에 본안에 관하여 재판을 선고하지 아니한 때에는 당사자가 신청하는 경우 사건의 심리를 계속할 수 있다.
- 4. 전항들의 규정은 後訴가 係屬한 법원의 관할이 비록 제17조에 따라 그 국가의 國內法에 근거한 것인 때에도 적용된다.

이를 요구하지 않되 國際訴訟競合이 전략적으로 이용되는 경우, 즉 상대방이외국에서 履行의 訴를 제기하기에 앞서 자국에서 소극적 확인소송을 제기하는 경우에 대비한 규정을 두었다. 그런 경우에는 심판형식의 동일성을 요구하지않는 원칙에 따르면 後訴法院이 소송절차를 중지해야 할 것이나 예비초안은 오히려 後訴法院이 승인될 수 있는 재판을 선고할 것으로 예상되는 경우 前訴法院이 소송절차를 중지하도록 규정하였다.

<sup>78)</sup> 예비초안은 다음과 같이 규정하고 있다.[] 표시된 문언은 확정되지 않았음을 의미한다.

다만 헤이그신협약안의 특기할만한 점은 관계된 법원 간의 의견교환 가능성을 규정하려는 것이다.

### 2. 一般管轄에 관한 原則

1971년 헤이그협약과 헤이그신협약 상 一般管轄의 결정에 있어서는 被告의 住所 또는 本據地가 중요한 의미를 가진다.

1971년 헤이그협약에 의하면 被告가 自然人인 경우에는 그가 提訴時에 常居所를 가진 국가가 일반관할을 가지고, 法人인 경우에는 本據地·設立地 또는 主된 營業所 所在地 국가가 일반관할을 가지며 3자간에 우열은 없다 (동 협약안 제10조 제1호).

헤이그신협약에서는 自然人의 경우에 住所가 아니라 常居所 소재지 법원이 일반관할을 가지는 데는 별 다른 異見이 없으나 法人의 경우에는 일반관할의 근거에 따라 견해가 나뉘었고, 예비초안 제3조79)에서는 연결점으로

<sup>5.</sup> 본 조의 목적상 다음 시점에 법원에 訴가 係屬한 것으로 본다.

a) 소송절차를 개시하는 서면 또는 그에 상응하는 서면이 법원에 제출된 때 또는,

b) 그러한 서면이 법원에 제출되기 전에 송달되어야 하는 때에는 송달을 담당하는 기관이 위 서류를 수령하거나 그것이 피고에게 송달된 때. [적절한 경우에는 세계표준시가 적용된다]

<sup>6.</sup> 만일 前訴가 係屬한 법원의 소송에서 원고가 피고에 대하여 의무가 없다는 판단을 구하고 실체적인 구제를 구하는 訴가 後訴가 係屬한 법원에 제기되는 경우,

a) 제1항 내지 제5항의 규정은 後訴가 係屬한 법원에는 적용되지 아니하고 또 한.

b) 前訴가 係屬한 법원은 後訴가 係屬한 법원이 본 협약에 따라 승인될 수 있는 재판을 선고할 것으로 예상되는 경우 당사자의 신청에 의하여 소송절차를 중지하여야 한다.

<sup>7.</sup> 前訴가 係屬한 법원이 당사자의 신청에 의하여 제22조에 규정된 요건을 고려하여 後訴가 係屬한 법원이 분쟁을 해결하기에 명백히 더 적절하다고 판단하는 경우에는 본 조는 적용되지 아니한다."

<sup>79) &</sup>quot;제3조 被告의 法廷地

<sup>1.</sup> 본 협약의 규정들의 유보 하에 被告는 그가 일상적으로 거주하는 국가의 법원

"法上의 本據地", "設立 또는 組織의 準據法 所屬國", "經營의 中心地"와 "主된 營業所 所在地"의 네 가지가 대등한 가치를 가지는 것으로 선택되었다. 여기에서 "주된 영업소 소재지"는 회사의 영업활동의 중심지를 말하나, "경영의 중심지"는 이사회에 의하여 경영에 관한 결정이 실제로 이루어지는 곳을 말하므로 양자가 반드시 일치하지는 않는다.80)

營業活動 또는 事業活動을 헤이그신협약에서 일반관할의 근거로 허용할 것인지 아니면 오히려 1971년 헤이그협약처럼 이를 過剩管轄로서 금지할 것인지가 중요한 쟁점으로 부각되었다. 예비초안(제18조 제2항 e)은 "당해국가 내에서의 被告의 商業的 또는 기타 활동의 영위"를 금지관할의 근거로 열거하고 있다. 다만 예비초안은 동호 但書에서 "紛爭이 당해국가 내에서의 被告의 商業的 또는 기타 활동의 영위에 직접 관련된 경우"는 금지관할에서 제외하고, 나아가 지점의 特別管轄을 규정한 제9조에서 잠정적으로 "규칙적인 商業的 활동의 영위"를 特別管轄의 근거로 규정하나 이는상당한 논란의 대상이 될 것으로 예상된다.

한편 헤이그신협약 상 財産所有地를 過剩管轄로 규정하는 데 대하여는 별 異見이 제시되지 않았다. 1971년 헤이그협약의 부속의정서 제4조도 被告 소유재산의 所在 또는 原告에 의한 재산의 假押留에 기한 국제재판관할을 過剩管轄의 예로 열거한다. 다만 동 협약은 당해 訴가 그 재산에 대한 所

에서 제소될 수 있다.

<sup>2.</sup> 본 협약의 목적상 단체 또는 자연인 이외의 사람은 다음의 국가에 일상적으로 거주하는 것으로 본다.

a) 法上의 本據地

b) 설립 또는 조직의 準據法 소속국

c) 경영의 중심지

d) 주된 영업소 소재지"

헤이그국제사법회의 전통에 따라 常居所의 개념을 규정하지는 않을 것으로 보인다. 특별위원회 제4차 회의에서는 常居所 대신 住所를 연결점으로 하자는 주장이 있었으나 배척되었다.

<sup>80)</sup> on-line 또는 영상회의 등 기술발전에 의하여 遠隔地 經營이 가능하게 된 현대에 있어 경영 및 감독의 중심지를 결정하는 것은 더욱 어렵게 되고 있다는 문제점이 지적되었다.

有權 또는 占有를 주장하기 위하여 제기되는 경우, 또는 그 재산에 대한 擔保인 다른 소송으로부터 발생하는 경우, 또는 그 재산이 本案인 債務에 대한 擔保인 경우에는 예외적으로 국제재판관할의 근거로 될 수 있다고 하는 점에서 브뤼셀협약과는 차이가 있다. 예비초안은 被告의 소유재산의 존재 또는 假押留를 禁止管轄로 규정하면서도 그 분쟁이 그 재산에 직접 관련된 경우를 제외함으로써 브뤼셀협약이나 루가노협약과 달리 財産所在를 당해 재산에 관한 소송의 特別管轄의 근거로는 허용한다.

특별관할에 관하여 현재의 예비초안은 계약,81) 소비자계약, 근로계약,82) 지점 관련 소송, 不法行爲, 信託, 海事事件, 專屬管轄, 保全處分,83) 被告가 多數인 共同訴訟, 反訴, 擔保責任 및 參加, 關聯訴訟 등에 관한 규정을 두고 그와는 별도로 合意管轄, 應訴管轄에 관한 규정을 두고 있다.84) 나아가

<sup>81)</sup> 전자상거래의 활성화와 관련하여 과연 국제재판관할에 관한 종래의 논의가 컴퓨터 데이터의 교환에 의하여 체결된 계약에 대하여도 적절한가도 논의되었다. 특히 용역의 제공에 관한 계약이 컴퓨터 데이터의 교환에 의하여 체결되고 용역대가도 전자적인 수단에 의하여 지급되는 경우 용역제공자의 常居所를 제외하고는 달리 履行地를 정하기 어렵게 된다. 이러한 관점에서 原告의 주소에 기한 국제재판관할을 인정할 필요성도 제기되었다.

<sup>82)</sup> 근로계약에 대하여 이는 각국이 特別法에 의하여 규율하고 있다는 이유로 신 협약의 규율대상에서 제외되어야 한다는 중남미 국가들의 주장도 있었다.

<sup>83)</sup> 특별위원회는 國際訴訟에 있어 현재 保全處分이 차지하는 중요성에 비추어 헤이그신협약에 보전처분에 대한 국제재판관할에 관한 규정을 둘 필요성을 인정하였다. 그에 관하여는 국제법학회가 1996년 헬싱키 결의에 의하여 채택한 "국제소송에서의 임시적 및 보호적 조치에 관한 원칙"을 참고하였다. 동 원칙은 잠정적 및 보호적 조치 즉 보전처분의 개념을 규정하고 다음과 같은 규정들을 둔다. 保全處分에 대한 管轄과 本案에 대한 管轄은 독립적이다. 단순한 재산소재지 국가이더라도 그 재산에 관하여 보전처분을 할 수 있다. 本案에 관하여 정당한 관할을 행사하는 국가는 被告의 재산에 대하여 그 소재지를 불문하고 그의 재산을 동결하는 보전처분을 할 권한을 가진다. 헤이그신협약 예비초안제13조는 이를 반영하여 임시적 및 보호적 조치에 관한 규정을 두고 있다.

<sup>84)</sup> 特別管轄에 대한 종래의 논의는 계약과 불법행위를 구분하여 각각에 관하여 이루어졌으므로 양자에 공통된 특별관할의 근거는 논의되지 않았다. 특별위원 회의 제2차 회의에서 被告의 "活動"이 양자에 공통된 국제재판관할의 근거가

예비초안은 허용될 수 없는 국제재판관할의 발생근거, 즉 過剩管轄도 비교적 상세히 규정한다(동 협약안 제18조).

### 3. 契約에 대한 特別管轄

예비초안은 契約 一般에 대한 국제재판관할을 규정하는 대신 가장 전형적인 賣買契約과 用役契約에 대해서만 국제재판관할을 규정한다. 그에 의하면 물건(goods)이 공급된 곳 또는 용역이 제공된 곳이 국제재판관할을 가진다. 물건공급과 용역제공 양자에 관한 계약의 경우 主된 의무의 이행이 행해진 곳이 국제재판관할을 가진다. 이는 義務履行地의 국제재판관할의 적용범위를 제한하려는 취지이므로<sup>85)</sup> 다른 유형의 계약의 경우에 의무이행지의 관할은 인정되지 않는다. 또한 실제로 물건공급 또는 용역제공이 없었다면, 즉債務不履行의 경우는 동 협약안 제6조는 적용되지 않는다. 만일 商業的 活動에 기한 特別管轄이 인정된다면 계약에 대한 특별관할과의 관계에서 중첩이발생할 수 있는바 양자의 관계를 정리할 필요가 있을 것이다.

무엇이 契約인가의 성질결정은 결국 受訴法院이 自國法 또는 自國의 國際私法에 따라 결정되는 準據法에 따르는데 承認國 또는 執行國의 법원도

될 수 있는가가 처음으로 논의되었다. 이러한 개념은 미국 대표단이 제시한 것으로서 그에 의하면 어느 당사자가 어느 국가 내에서 활동을 하여 왔고 그 활동으로부터 소송이 발생한 경우 그 당사자는 그 분쟁에 관하여 당해국가에서 提訴될 수 있다. 이 경우에 "활동"은 특별관할의 근거로 되는 바, 이는 다름 아니라 "영업활동"(doing business)과 구별되는 "영업거래"(transacting business)를 특별관할의 근거로 인정하자는 것이다. 被告의 活動을 管轄根據로 인정한다면 當該訴訟이 契約과 不法行為 중 어느 것인가라는 性質決定은 불필요하다. 이러한 개념을 인정할 것인가에 관하여는 상당한 논란이 있었던 바 이를 독립한 특별관할의 근거로 삼는 조항은 잠정 예비초안(제11조)에서 삭제되었다. 그러나 위에 언급한 바와 같이 허용되지 않는 관할에 관한 제18조 제2항 e호가 營業活動에 기한 特別管轄을 허용하고, 특히 지점의 특별관할을 규정한 예비초안 제9조의 [ ]안에 規則的인 商業的 活動에 기한 특별관할이 포함되어 있는데서 보는 것처럼 "영업거래"(transacting business)의 개념이 헤이그신협약에 포함될 가능성도 배제할 수 없다.

<sup>85)</sup> 石光現, 前揭 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 407面.

그에 구속된다고 본다(동 협약안 제27조).

브뤼셀협약 상으로는 契約에 관한 사건의 경우에 "문제가 된 債務"의 履行地 법원이 管轄을 가지므로 訴의 기초가 된 債務에 따라 管轄이 다를 수 있으나 예비초안의 경우에는 그렇지 않다.

# 4. 不法行爲에 대한 特別管轄

不法行爲의 유형별로 관할 규칙을 둘 것인가가 논의되었으나 특별위원 회는 브뤼셀협약과 마찬가지로 不法行爲 一般에 대한 單一原則만을 두기로 하였다. 예비초안은 전통적인 원칙에 따라 行爲地(作爲地 또는 不作爲地)와 結果發生地(侵害發生地)의 국제재판관할을 인정하되 被害者에게 선택권이 있음을 명시하고, 結果發生地의 경우 加害者가 그 곳에서 동일한 성질의 손해를 초래할 수 있다는 점에 대한 합리적인 豫見可能性의 요건을 도입하였다(동 협약안 제10조 제1항). 商業的 活動에 기한 特別管轄이 인정된다면 不法行爲에 대한 특별관할과의 관계에서 중첩이 발생할 수 있는데 양자의관계를 정리할 필요가 있을 것이다.

무엇이 不法行爲인가 하는 성질의 결정은 결국 受訴法院이 自國法 또는 自國의 國際私法에 따라 결정되는 準據法에 따라 해야 되는데 承認國의 법 원도 그에 구속된다고 본다(동 협약안 제27조). 行爲地의 결정도 그러한 원 칙에 따라 법원이 결정할 사항인데, 특히 제조물책임의 경우 어려운 문제를 제기한다. 侵害는 직접적인 효과에 한하고 간접적인 효과는 포함하지 않는다 고 한다.

結果發生地의 管轄은 독점금지법 위반, 특히 가격고정, 독점 또는 경제적 손실을 가하기 위한 공모로 야기된 손해에 적용되지 아니한다(동 협약안제10조 제2항). 이는 가능한 한 그러한 行爲를 한 곳에 訴訟을 집중하고 그의 市場의 規則이 위반된 곳에 管轄을 인정하기 위한 것이나 競爭法 분야에서 널리 인정되는 이른바 效果理論(effect theory)86)과는 일치하지 않는다. 제2항에 대해서는 미국의 강력한 반발이 있었으며 아예 이를 新協約의 적용

<sup>86)</sup> 이는 외국인의 外國에서의 행위가 國內에서 일정한 효과를 미치는 경우에 自國의 法律을 적용할 수 있다는 理論으로 "影響理論"이라고도 한다.

범위로부터 제외하자는 주장도 제기되고 있다.

나아가 原告는 作爲, 不作爲 또는 손해가 발생할 가능성이 있는 때에도 예방을 위하여 訴를 제기할 수 있다(동 협약안 제10조 제3항).

특기할 점은 명예훼손에 의한 不法行爲와 관련하여 行爲地에서 訴를 제기하는 경우에는 모든 손해의 배상을 구할 수 있으나 結果發生地에서 訴를 제기하는 경우에는 당해 국가에서 발생한 손해에 한정되어야 한다는 견해가 주장되었다. 예비초안은 이러한 견해를 따르면서 다만 被害者가 結果發生地에 常居所를 가지는 경우에는 結果發生地 國家가 모든 손해에 대해 管轄을 가지는 것을 인정한다(동 협약안 제10조 제4항).

# 第 4 節 미국의 裁判管轄理論

### 1. 概觀

미국에서는 國際裁判管轄의 문제와 國內裁判管轄의 문제를 준별하여 오지 않았다. 즉 양자는 동일한 원리에 의하여 규제되어 국내재판관할의 결정기준이 곧 국제재판관할의 결정기준으로 사용되어 왔다. 그런데 미국에 있어서 재판관할의 문제는 연방대법원에 의한 聯邦憲法의 해석을 통해서 규제되어 왔는바 각 州法院의 재판관할권의 한계는 憲法의 복잡한 발전과정에 바탕을 두고 있다.87)

美國法에 있어서 管轄(jurisdiction)을 논할 때에는 일반적으로 對人管轄(in personam jurisdiction), 對物管轄(in rem jurisdiction) 및 準對物管轄(quasi in rem jurisdiction)로 분류한다. 對人管轄이라 함은 각 州는 그영토 내에 있는 사람에 대하여 재판관할권을 갖는다는 원칙이다. 對物管轄이라 함은 각 州는 그 영역 내에 있는 모든 財産에 대하여 일반적으로 관할권을 갖는다는 원칙이다. 따라서 그 재산의 소유자가 그 州에 존재하느냐의 여부는 문제가 되지 아니한다. 準對物管轄은 주로 强制執行節次와 관련해서 문

<sup>87)</sup> 兪載豊, 前揭論文, 45面.

제가 된다. 즉 어느 州가 어느 특정 개인에 대하여 對人管轄을 가지고 있지 않은데 그 사람 소유의 재산이 그 州의 영토 내에 있는 경우에는 제3자(주로 그 州의 주민)의 위 재산소유자에 대한 債權(그 재산과 관련 없는 채권)의 만족을 위하여 특정한 상황에서 특별히 인정되는 管轄이다.88)

미국의 고전적인 재판관할원칙은 對人訴訟의 경우에 被告가 州內에 존재하는 것을 전제로 한 현실적인 送達에 있으며 對物訴訟의 경우에는 財産의 物理的 現存에만 그 유일한 기초를 두고 있다. "原告는 被告所在地 法院에 提訴하여야 한다"(actor sequitur forum rei)라는 로마법상의 原則이普通法에 있어서 이른바 現存의 理論(presence theory)으로 나타난 것이다.89) 이 理論은 1877년 연방대법원의 Pennoyer v. Neff 사건90) 판결에서 확인되어 이후 미국에서의 일반적인 원칙으로 지배력을 갖게 되었다. "펜노이어原則"(Pennoyer rule)은 첫째로 被告가 州內에 현실적으로 존재할때 訴狀의 직접 送達이 행해질 것과, 둘째로 訴狀의 送達은 州內에서만 가능하다는 두 가지 점을 명시하고 있다.

이후 營業活動概念의 확대와 관련하여 1945년 연방대법원은 International Shoe Co. v. Washington 사건<sup>91)</sup>에서 "被告가 반드시 法廷地에 소

<sup>88)</sup> 姜秉燮, 前揭論文, 338面.

<sup>89)</sup> 李秉和,"涉外不法行為**에 관한** 研究",梨花女子大學校 大學院 博士學位論文, 1992, 28面.

<sup>90)</sup> Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714, 24L. ED 565 (1877): 이 사건은 오리건州에 소재하는 토지소유권에 관한 소송이었으나 그 쟁점은 피고가 항변하는 다른 판결의 효력에 관한 것이었다. 즉 그 판결은 州外에 거주하는 原告가 직접 送達을 받지 아니하고 다만 소환장의 公示送達에 의해 불출석한 상태로 행하여진 缺席判決이었으며, 또한 당해토지에 대해서는 아무런 押留를 행하고 있지 아니한 경우로서 그 판결의 효력문제에 관하여 다툰 것이었다. 연방대법원은 各州는 그 州內에 있는 사람과 재산에 대하여서만 절대적인 管轄權과 州權을 갖는 것이며, 州外에 있는 사람과 재산에 대하여는 직접적인 管轄權이 없으므로 被告가 그 州內에 住所나 居所를 갖는 것과는 상관없이 현실로 그 州에 있을 때에 訴狀의 送達을 받아야 하며, 訴狀 및 소환장의 送達은 州內에서만 가능하다고 判示한 것이다(崔公雄, 國際訴訟, 育法社, 1994, 278面).

<sup>91)</sup> International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 66 S. Ct. 154, 90 L. Ed.

재하지 않더라도 그 사람에 대한 訴訟의 유지가 공평과 실질적 正義라는 전통적 관념에 반하지 않을 정도로 最小限의 接觸(minimum contact)을 갖는경우에는 管轄權을 인정"함으로써 法廷地가 그 사건을 처리하는데 정당한利益을 가졌는가 하는 관점에서 재판관할의 결정에 융통성을 부여하였다. 이는 1977년 연방대법원의 Shaffer v. Heinter 사건<sup>92</sup>)에서 금전지급 등 그소송의 효력이 특정인에 대해서만 미치는 경우에 債務者의 州內 財産을 押留함으로써 그 물건에 대하여만 對物的으로 管轄權을 생기도록 하는 準對物管轄權에도 인정하게 된다.<sup>93</sup>)

최소한의 접촉의 존재를 인정하기 위한 요건이 문제가 되는데 연방대법원은 Hanson v. Denckla 사건<sup>94)</sup> 판결에서 최소한의 접촉이 있기 위한 요건으로서① 法廷地 내에서 被告의 행위가 있을 것,② 그 행위가 의도적일것,③ 法廷地州法의 利益 및 保護를 향유할 것이라는 세 가지를 제시하였다.<sup>95)</sup> 그러나①의 요건에 관하여 그 후의 판결들은 "法廷地 내에서의 행위"가 아니라 "法廷地와 관련된 의도적 행위"라고 함으로써 法廷地 외에서의 行為도 포함시켰고,결국에는 被告의 法廷地內에서의 物理的 行為가 필요한 것은 아니고 "法廷地內에서의 效果를 발생할 것이 예상되는 法廷地外에서의 行為"도 포함하는 것으로 확대되었다.<sup>96)</sup>

<sup>95 (1945).</sup> 

<sup>92)</sup> Shaffer v. Heitner 433 U.S. 186 (1977).

<sup>93)</sup> 閔丙國, "船主責任制限制度에 관한 涉外私法的 考察",「現代比較法의 諸問題」,1987,45面.

<sup>94) 357</sup> U.S. 235.

<sup>95)</sup> 위 판결은 "… it is essential in each case that there be some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefits and protections of its law."라고 판시하였는데 이를 "rule of Hanson v. Denckla"라 한다. 그러나 Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court, 480 U.S. 102(1987) 사건 판결에서 연방대법원의 일부 판사들은 被告의 의도적 이용이 있었음에도 불구하고 캘리포니아州 國際裁判管轄權을 부정하였다.

<sup>&</sup>lt;sup>96)</sup> Restatement Conflict of Laws §37과 Restatement Foreign Relations §421 제1 항 (j)호도 效果에 근거한 유사한 취지의 규정을 두고 있다. 이 점에서 특히 독

①의 요건인 "被告의 行爲"는 "一般接觸"(general contacts)과 "特別接觸"(specific contacts)으로 구분되는데 前者는 일반관할의 근거가 되는 접촉이고 後者는 특별관할의 근거가 되는 접촉이다. 따라서 일반접촉과 특별접촉의 구별이 중요한데 대체로 前者는 被告가 法廷地와 밀접하고지속적인 관련을 가지는 경우를 말하고 後者는 그 정도에 미치지 못하는 수준 또는 정도의 접촉을 말한다고 하나,97) 양자의 구별기준이 되는 接觸의質과 性質(quality and nature)이 명확하지 않은 점에 어려움이 있다.

점금지법의 역외적용을 둘러싼 입법관할권의 범위와 관련하여 외국인의 외국에 서의 행위가 국내에서 일정한 효과를 미치는 경우 自國의 법률을 적용할 수 있 다는 이른바 "效果理論" 또는 "影響理論"과 유사한 측면이 있다. 그러나 입법관 할권에 관한 논의에서는 효과이론과 합리성의 원칙이 두 개의 대립하는 견해로 이해되는데 반하여 재판관할권에 관한 논의에서는 최소한의 접촉 외에 공평·정 의 및 합리성이 요구되는 것이 당연한 것으로 인정되는 점에서 차이가 있다. 즉, 효과라는 동일한 개념을 사용하더라도 그것이 논의되는 맥락과 비중에 있 어서 차이가 있다. 이 점은 Restatement Foreign Relations §421과 Restatement Foreign Relations §402의 규정방식을 비교해 보면 알 수 있다; 이와는 달리 國 內法의 역외적용 문제와 재판관할권의 문제를 전적으로 동일시하는 것처럼 보 이는 견해가 있다(王相漢, "電子去來와 裁判管轄", 「通商法律」 通卷 第27號, 1999. 6, 13面과 31面). 물론 양자간에 상호작용이 있을 수 있으나 적어도 개념 적으로는 양자를 구별하여야 한다. 형사사건의 경우에 입법관할권과 재판관할 권이 일치하지만 민사사건의 경우에는 한국법원이 涉外事件에서 종종 준거법인 외국법을 적용하는 예에서 보는 바와 같이 양자가 일치하지 않을 수 있다(李成 德, "사이버공간(Cyber space)에 대한 國家管轄權의 問題-立法管轄權을 중심으 로 한 國際法的 眺望-", 「서울國際法研究」 第6卷2號(通卷 第11號), 1999, 224 面 참조).

<sup>97)</sup> Glannon은 접촉의 정도가 강해짐에 따라 관할권이 점차 확대되는 것을 The Shoe Spectrum이라는 도표로 제시한다. 접촉의 유무와 강도에 따라 ① no contact, ② casual or isolated contact, ③ single contact, ④ continuous and systematic contact와 ⑤ substantial or pervasive contact로 구분한 뒤 ①, ② 의 경우 관할권을 부인하고 ③, ④의 경우 특별관할을, ⑤의 경우 일반관할을 각각 인정한다(Joseph W. Glannon, Civil Procedure, Examples and Explanations, 2nd Ed., Boston·Toronto·London: Little, Brown and Company, 1992, p.6).

그 후 最小接觸理論은 1955년 일리노이州를 비롯하여 미국 각 주에서 제정법을 통하여 성문화되어 不同意의 非居住者에 대한 관할권의 행사를 보다 넓게 인정하는 것을 허용하는 이른바 裁判管轄權 擴大法(long arm statute)을 공포하게 되었다.98) 이러한 管轄權擴大로 原告는 法廷地 선택의 재량이 커진 반면 被告는 원하지 않는 곳에서 應訴하여야 하는 어려움이 생기게 되었다.

이에 부당한 法院에서의 訴訟으로 인한 당사자의 不利를 구제하여야 할 필요가 있게 되어 1947년 연방대법원은 Gulf Oil Corp. v. Gilbert 사건<sup>99)</sup>에서 각기 다른 州의 주민 사이의 소송에서 관할권을 가지는 법원이라 할지라도 다른 州의 관할을 인정하는 것이 더 편리하고 正義에 합당한 경우에는 法院은 訴를 移送하거나 却下하여 管轄權을 행사하지 않을 수도 있다는 "부적절한 法廷地(forum non conveniens)의 理論"을 확립하였다. 1971년의 제2차 "리스테이트먼트"(Restatement)<sup>100)</sup>는 "州는 만일 法廷地가

<sup>98)</sup> 李秉和, 前揭論文, 38-39面.

<sup>99)</sup> Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501 67 S. Ct. 839, 91 L. Ed. 1055 (1947).

<sup>100) &</sup>quot;리스테이트먼트"는 미국법학회가 저술한 어떤 분야에서의 해당법의 의미와 그 법의 변화 그리고 그 변화에 대한 입안자의 취지 등을 기술한 일련의 해설 서로서 예를 들면 "계약법의 리스테이트먼트", "불법행위법의 리스테이트먼트" 등을 말한다(Restatement of Law : A series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors think this change should take; for example, Restatement of the Law of Contracts; Restatement of the Law of Torts(Henry Campbell Black, M.A., op. cit., p.1180)); "리스테이트먼트"는 미국에 있어 制定法과 判例法에 이은 2차적 法源으로서 복잡하고 방대한 판례 법을 정리하고 법의 명료화와 단순화를 통해 장차 법의 통일화를 꾀하기 위한 목표를 지니고서 미국법학회가 제정한 권위적인 典據라고 할 수 있다. 이는 모 든 법분야에서 이루어진 것은 아니며 각 州의 判例法이 비교적 일치하고 있는 분야를 중심으로 하여 조문형식으로 체계적인 정리를 하고 있는 것에 불과하므 로 법적 구속력은 없으나 상당한 권위를 인정받고 있다. 1차 "리스테이트먼트" 를 완성년도별로 보면 1932년에 契約法(contract), 1933년에 代理法(agency), 1934년에 涉外私法(conflict of laws), 1935년에 信託法(trust), 1936-1944년에 財 産法(property), 1937년에 原狀回復(restitution), 1941년에 擔保(security), 1942년

訴訟審理에 있어서 극히 불편한 法廷일 경우에는 管轄權을 행사하지 않는다. 다만 더 편리한 法廷이 原告에게 가능한 경우에 限한다"고 하여 이 理論을 명문화 하였다.101)

부적절한 法廷地(forum non conveniens)의 理論은 국제간의 訴訟에는 적용되지 않았으나 1981년 연방대법원의 Piper Aircraft Co. v. Reyno 사건102)을 통하여 국제재판관할의 경우에도 적용되게 되었다.

한편 國際訴訟競合의 문제에 있어서 미국에서는 외국에서의 訴訟係屬을 무시하고 國際訴訟競合을 허용하는 것이 종래 판례의 일반적인 태도라고 할 수 있다.103)

## 2. 一般管轄에 관한 原則

미국의 判例 및 學說上 인정되거나 논란이 되는 一般管轄의 근거로는 다음을 들 수 있다.104)

에 判決(judgements) 등에 관한 것이고, 그 후 1950년대에 이르러 2차 "리스테이트먼트"가 위 각 분야에 대하여 새로이 진행되었으며 1962년에는 對外關係法 (foreign relation law)이 추가되었다(李秉和, 前揭論文, 190-191面 참조).

<sup>101)</sup> Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws (1971), Vol. I, p.251.

<sup>&</sup>lt;sup>102)</sup> Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, 102 S. Ct. 252 (1981).

<sup>103)</sup> Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co., 956 F.2d 1349; Gannon v. Payne, 706 S.W.2d 304; 金容秦, 國際民事訴訟戰略 -國際訴訟實務가이드-, 신영사, 1997, 162面.

<sup>104)</sup> 미국에서는 그 밖에 被告의 "同意 또는 抛棄"도 일반관할의 근거로 들기도 한다. 그러나 被告의 포기는 應訴管轄을 말하는데, 原告가 제소한 당해 사건에 관하여만 재판관할의 근거가 될 뿐이고 그와 아무런 관련이 없는 다른 사건에 대하여는 재판관할의 근거가 되지는 않으므로 본래의 의미의 일반관할과 동일시할 것은 아니다. 한편 被告의 同意는 管轄合意를 말하는데, 특정한 법률관계에 관하여 관할합의를 인정하는 대륙법계와는 달리 미국에서는 당사자간의 모든 분쟁에 대해 관할합의를 하는 것이 가능하므로 피고의 동의를 일반관할의 근거로 보는 것이다. 다른 州의 법인이 송달대리인을 지정한 경우에는 그러한 합의가 있는 것으로 본다거나 과거에 영업활동(doing business)을 함으로써 다른 州의 법인이 영업을 하는 法廷地州의 재판관할권에 묵시적으로 복종한 것으로 봄으로써 일반관할을 인정했던 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 우리 민

## (1) 國籍, 住所 또는 居所(自然人의 경우)

피고의 국적105)에 기한 일반관할은 Blackmer v. United States 사건 판결106)에서 연방대법원에 의하여 인정된 바 있다. Restatement Conflict of Laws \$31도 이를 인정한다.107) 한편 피고의 주소에 기한 일반관할을 인정한 연방대법원의 지도적인 판례는 Milliken v. Meyer 사건 판결108)이다.109) Restatement Conflict of Laws \$29와 Restatement Foreign Relations \$421 (2) (b)도 주소에 기한 일반관할을 인정한다. 나아가 Restatement Conflict of Laws \$30과 Restatement Foreign Relations \$421 (2) (c)는 피고의 居所에 기한 일반관할을 인정한다.

### (2) 法廷地內에서의 送達(自然人의 경우)

Pennoyer v. Neff 사건 판결<sup>110)</sup>에서 확립된 이른바 "펜노이어原則"(Pennoyer rule)에서 본 바와 같이 對人管轄權에 관한 미국의 전통적인 관념에 따르면 法廷地州 내의 被告의 존재는 일반관할의 근거가 된다. 이러한 배경 하에서 미국의 법원들은 法廷地州에 일시 체류하는 被告에게 송달이 행해진 경우 法廷地州는 被告에 대한 일반관할을 긍정하였다. 이것을

사소송법은 합의관할과 응소관할을 보통재판적 또는 특별재판적이 아니라 별도의 관할근거로 규정하는데 우리나라법상으로는 합의관할과 응소관할은 일반관할의 근거가 될 수는 없다.

<sup>105)</sup> 州際事件에서는 州籍을 의미한다.

<sup>106) 284</sup> U.S. 421.

<sup>107)</sup> 국적에 기한 재판관할은 그 自然人과 州間에 재판관할의 행사가 합리적인 것으로 인정될 정도의 관계가 있어야 한다.

<sup>&</sup>lt;sup>108)</sup> 311 U.S. 457.

<sup>109)</sup> 金文煥, "미국의 國際私法上 裁判管轄權", 「美國法研究(I)」, 國民大學校出版 部, 1988, 407面 참조.

<sup>110) 95</sup> U.S. 714.

"一時滯留管轄"(transient jurisdiction)<sup>111)</sup> 또는 "부착관할"(tag jurisdiction)<sup>112)</sup>이라고 한다.<sup>113)</sup> 그의 극단적인 예는 Grace v. MacArthur 사건 판결<sup>114)</sup>에서 나타났는데, 동 사건에서 법원은 法廷地州의 상공을 날고 있는 항공기 안에서 승객인 被告에게 송달하였음을 근거로 재판관할권을 인정하였다.

그러나 미국 내에서도 "부착관할"(tag jurisdiction)에 대하여는 國際法에 반한다거나<sup>115)</sup> 적법절차조항에 반한다는 비판이 있다. 특히 準對物管轄權에 관하여도 International Shoe Co. v. Washington 사건 판결<sup>116)</sup>의기준인 공평과 실질적 正義를 적용해야 한다고 판시함으로써 재산소재지의 재판관할권을 부인한 연방대법원의 Shaffer v. Heitner 사건 판결<sup>117)</sup> 이후 "일시체류관할"(transient jurisdiction) 또는 "부착관할"(tag jurisdiction)은 더 이상 유지될 수 없을 것으로 기대되었으나,<sup>118)</sup> 연방대법원은최근 Burnham v. Superior Court of California 사건 판결<sup>119)</sup>을 통하여 이를 포기하지 않았음을 보여 주었다.<sup>120)</sup> 하지만 "부착관할(tag jurisdict—

<sup>111)</sup> 이는 장기체류의 의사가 없이 짧은 기간 중에 거쳐 가는 것(passing with time of short duration)을 의미하므로 "일시체류"라고 번역한다(Henry Campbell Black, M.A., *op. cit.*, p.1343).

<sup>112)</sup> 이 표현은 미국의 Linda Silberman이 만든 표현이라고 하는데 訴狀이 태그하 듯이 전달만 되면 인정하는 관할을 의미하므로 여기에서는 "부착관할"이라고 번역한다.

<sup>113) &</sup>quot;부착관할"(tag jurisdiction)에 있어서의 송달을 "tag service"라고 한다.

<sup>&</sup>lt;sup>114)</sup> 170 F. Supp. 442.

<sup>115)</sup> Restatement Foreign Relations §421, Reporters' Note 5: 따라서 §421(2)(a)는 일시적이지 않은 현재에 기한 재판관할권만을 인정한다.

<sup>&</sup>lt;sup>116)</sup> 326 U.S. 310.

<sup>117) 433</sup> U.S. 186.

<sup>&</sup>lt;sup>118)</sup> 李泰熙, "裁判權의 一般的 根據로서의 最少關聯性(下)", 法律新聞 1515號, 1983.11.7, 10面 참조.

<sup>119) 495</sup> U.S. 604.

<sup>120)</sup> 판결의 事案은 다음과 같다. 혼인이 파탄에 이르자 Mrs. Burnham은 아이들과 함께 부부의 居住地이던 뉴저지주를 떠나 캘리포니아주로 이주하였고 Mr. Burnham은 계속 뉴저지주에 거주하였다. 그 후 Mr. Burnham은 업무상의 이

ion)"은 국제적으로는 過剩管轄의 전형적인 예로서 배척되고 있다.

### (3) 設立地 또는 登錄地(法人 또는 團體의 경우)

미국의 확립된 이론에 따르면 法人에 대한 모든 訴는 그의 設立地 법원에 제기할 수 있고, 또한 사업을 위하여 등록한 장소 또는 送達代理人을 지정한 장소의 법원에 제기할 수 있다.121) 또한 법인의 사실상의 主된 營業所도 마찬가지이다. 특히 設立地는 굳이 制定法을 필요로 하지 않는 普通法上의 일반관할의 근거로 인정되어 왔다. Restatement Conflict of Laws \$41도 법인의 설립은 재판관할권의 공평하고도 합리적인 근거가 된다고 하고 Restatement Foreign Relations \$421 (2) (e)도 設立準據法 소속 州의 裁判管轄權을 인정한다.

유로 며칠간 캘리포니아주에 오게 되었고 그 기회에 아이들을 방문하였다. Mrs. Burnham은 그 기회를 이용하여 캘리포니아주 법원에 제기한 이혼청구소 송의 訴狀을 캘리포니아주에 체류하는 Mr. Burnham에게 송달되도록 하였다. Mr. Burnham은 캘리포니아주 법원의 재판관할권을 다투었으나 캘리포니아주 법원은 Mr. Burnham이 캘리포니아주에 체류하는 동안 송달을 받았음을 이유로 재판관할을 긍정하였고 연방대법원도 만장일치로 이를 지지하였다. 다만 대법관들은 그 경우 송달이 가지는 의미, 즉 공정성 또는 합리성을 고려할 필요 없이 피고에 대한 송달 자체만으로 적법절차조항을 충족하는지, 아니면 일반적으로는 송달을 근거로 재판관할권을 인정할 수 있으나 재판관할권을 인정하기 위해서는 그렇게 하는 것이 적법절차에 부합할 것을 필요로 하는지에 관하여는 견해가 일치하지 않았다.

<sup>121)</sup> 미국의 거의 대부분의 州는 外國 또는 他州의 法人이 州內에서 영업을 하기 위한 조건으로서 등록대리인을 선임할 것을 요구한다. 등록대리인에게 송달할 수 있는 소송서류의 범위는 州에 따라 상이한데 일체의 소송에 관해 송달을 받을 수 있는 경우와 州內 활동과 관련된 소송에 한하여 송달을 받을 수 있는 경우가 있다(Gary B. Born/David Westin, International Civil Litigation in United States Courts, Commentary & Materials 3rd Ed., The Hague·Boston·London: Kluwer Law International, 1996, pp. 100-101).

### (4) 營業活動

외국 또는 다른 州의 법인이 어느 州內에서 "지속적이고 조직적인 활동"(continuous and systematic122) activities)을 영위하는 경우 당해 州는 동 法人에 대해 一般管轄을 가지는데 이것이 이른바 "영업활동평가"(doing business test)이다.123) 이는 主로 法人에 적용되나 自然人의 경우에도 적용될 수 있다. 이러한 기준은 연방대법원의 Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co. 사건 판결124)에서 확립되었고 그 후 Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A v. Hall 사건 판결125)에서도 확인되었다.126) 반면에 이러한 정도에 이르지 못하는 활동은 特別管轄의 근거가 될수 있을 뿐이므로 일반관할과 특별관할과의 구별이 매우 어려운 경우가 발생하게 된다.

<sup>122)</sup> 직역하면 "체계적인"이라고 할 수 있으나 통상 "조직적인"이라고 번역한다(金文煥, 前揭論文, 418面).

<sup>123)</sup> 법인의 설립지 또는 법인이 지속적이고 조직적인 활동을 영위하는 州의 일반 관할을 인정하는 것은 그 경우 被告와 法廷地州間에 존재하는 연결이 기능적으로 被告를 그 州의 법인과 구별할 수 없도록 만들기 때문이라고 설명한다. 다만 그 경우 법인은 당해 州의 내부자로서의 지위를 가지고 당해 州의 정치적인 과정에 접근할 수 있어 정치적인 힘을 가지게 된다고 설명하는 견해가 있다 (Lea Brilmayer, "How Contacts Count: Due Process Limitations on State Court Jurisdiction", 1980 Sup. Ct. Rev. 77, p. 87; Lea Brilmayer, "A General Look at General Jurisdiction", 66 Tex. L. Rev. 721, 1988, pp. 6-17; Mary Twitchell, "The Myth of General Jurisdiction", 101 Harv. L. Rev. 610, 1988, p.672).

<sup>124) 342</sup> U.S. 437.

<sup>125) 466</sup> U.S. 408.

<sup>126)</sup> International Shoe C. v. Washington, 326 U.S. 310, 320 : 後者의 판결에서는 영업활동(doing business)의 요건을 충족하지 못하는 것으로 판단되었다. 참고로 지속적이고 조직적인 활동이라는 개념은 International Shoe 사건 판결에서 일반관할의 근거로서 이미 언급된 바 있다. 그러나 연방대법원은 당해사건의 訴因은 被告의 워싱턴주 내에서의 활동으로부터 발생한 것이라고 함으로써 일반관할과 특별관할의 명확한 구별기준을 제시하지는 않았다.

#### (5) 財産所在地

財産의 住所가 일반관할의 근거가 될 수 있는가에 관하여 보면 미국은 과거 오랫동안 準對物管轄權(quasi in rem jurisdiction)의 형태로 財産所在地의 裁判管轄權을 인정하여 왔다.127) 이 원칙은 Harris v. Balk 사건 판결128)에서 확립되었는데 原告는 재판관할의 근거가 된 재산소재지의 法廷에서 재산에 대하여 假押留를 해야 하고 판결의 금액은 假押留된 財産의 價額을 한도로 한다는 것이다.

그러나 被告의 活動을 근거로 하는 재판관할 또는 管轄權擴大法에 근거한 재판관할이 널리 인정되고 International Shoe Co. v. Washington 사건판결129) 이후 재판관할권의 원인으로서 "실질적 권한"(physical power)보다 공평과 실질적 정의가 강조됨에 따라 재산소재지의 재판관할의 정당성에 대한 의문이 점차 커졌던 바, 연방대법원은 마침내 Shaffer v. Heiner 사건판결130)에서 對物(in rem)訴訟과 準對物(quasi in rem)訴訟에 대하여도 International Shoe Co. v. Washington 사건판결이 제시한 기준인 공평과실질적 정의를 적용할 것이라고 하고, 原告의 訴因(cause of action)과 관계없는 피고들 소유 재산이 法廷地州에 있는 것만으로는 그 기준을 충족하지 않는다고 함으로써 기존 입장을 변경하고 재산소재지 법원의 재판관할권을 否認하였다.

# 3. 契約에 대한 特別管轄

契約事件에 있어서 特別接觸의 예는 다음과 같다. 우선, 단순한 계약의 체결지인 것만으로는 부족하나 계약협상과정에서 被告 또는 그의 대리인이 法廷地에 실제로 現存(physical presence)하였다면 이는 특별접촉이 되기

<sup>&</sup>lt;sup>127)</sup> Ownbey v. Morgan, 256 U.S. 111.

<sup>&</sup>lt;sup>128)</sup> 198 U.S. 215.

<sup>&</sup>lt;sup>129)</sup> 326 U.S. 310.

<sup>130) 433</sup> U.S. 186.

에 충분한 것으로 평가된다. 賣渡人 또는 그의 대리인이 買受人의 장소에서 물건을 引渡하였다면 引渡地는 특별접촉이 된다. 한편, 賣渡人이 물건이 결국 어떤 買受人의 장소에서 사용될 것을 알고 있었다면 그 장소는 引渡地에 관계없이 특별접촉이 되는가에 관하여는 논란이 있다. 그러나 買受人이 지급을 하여야 할 장소는 그것이 본질적인 중요성을 가지는 예외적인 경우가 아닌 한 특별접촉에 해당하지 않는다. 하지만, 연방대법원은 Mcgee v. International Life Insurance Co., 355 U.S. 220 (1957) 사건판결에서 被告가 캘리포니아주에서 保險契約을 체결한 것만을 근거로 캘리포니아주의 재판관할을 긍정한 바 있다.

## 4. 不法行爲에 대한 特別管轄

不法行爲 사건에서 行爲地와 結果發生地가 일치하는 경우는 그 곳이 特別接觸에 해당하는데 별 문제가 없다. 행위지와 결과발생지가 相異한 경우에 결과발생지라는 것만으로 특별접촉에 해당하는지가 문제된다. 특히 제조물책임의 경우에 논란이 되고 있으며 제조자에 대한 결과발생지의 재판관할권을 인정하기 위하여 流通過程(stream of commerce)理論 등이 발전되었다. 그러나 이와는 대조적으로 판매자에 대한 제조물책임의 경우는 결과발생지의 재판관할권이 부정된 예가 많다. 제조물책임은 오로지 被告의 보호에 초점을 두는 전통적인 입장만으로는 적절하지 않고 中立的인 接觸에 양보하거나 그에 의하여 보충되어야 함을 보여주는 하나의 중요한 예이다.

미국에서는 契約義務履行地, 不法行為地 그 자체가 국제재판관할의 근거가 되지는 않으며 항상 被告와 당해 法廷地州와의 접촉이 法廷地의 관할권을 긍정하는 것을 공평하고 합리적이 되도록 하는가의 여부가 관건이 된다. 물론 관할근거를 열거하는 방식을 취하는 각 州의 管轄權擴大法은 契約과 不法行為에 관하여 相異한 連結點을 규정하고 있으나, 適法節次分析에 관한한 관할의 긍정이 공평하고 합리적인가의 여부가 중요하고 大陸法系에서와 같이 契約과 不法行為라는 성질결정이 중요한 의미를 가지지는 않는다. 특히被告의 거래행위, 즉 이른바 "營業去來"(transacting business)가 특별관할의 근거가 되는 경우에는131) 적법절차분석에서 당해 訴訟이 계약과 불법

행위 중 어느 것으로 성질이 결정되는가 하는 것은 의미가 없다.

# 第 5 節 우리나라의 裁判管轄理論

### 1. 概 觀

우리나라는 2001년에 있었던 國際私法의 전면적인 改正 이전에 國際裁判管轄에 대한 명문규정이 없어서 이에 관하여 오로지 解釋論에 의존하고 있었다. 그러나 2001년 改正 國際私法에서도 제2조에서 國際裁判管轄의 分配에 관한 一般原則만을 규정하고 구체적으로 세부적인 개별사안에 관하여서는 소비자계약(동법 제27조)과 근로계약(동법 제28조)에 대하여만 국제 재판관할에 관하여 명시적으로 규정하고 있다. 소비자계약과 근로계약 외에 구체적인 다른 분야에 대하여는 침묵함으로써 改正 國際私法이 그 적용범위를 국제재판관할의 분야에까지 확대하고 있다는 의미는 반감되고 있으며, 개별사안에 대한 國際私法의 규정이 準據法뿐만 아니라 國際裁判管轄에 관한사항까지 포함하는지 여부에 대하여도 혼란을 초래하고 있다고 생각한다.

改正 國際私法上의 국제재판관할 분배에 관한 일반원칙은 종래 우리나라 대법원 판례의 입장을 최대한 집약하면서 나름대로 새로운 좌표를 설정한 진일보한 것으로 볼 수는 있지만 아직은 과도기적 立法에 불과한 것으로서 현재 발생하고 있는 다양한 涉外事件의 국제재판관할 문제를 합리적으로해결하는 데는 한계가 있는 것으로 보인다. 앞으로 세부적인 개별사안에 대한 국제재판관할규정은 계속해서 보완되어야 할 것이므로 국제재판관할에관한 기초이론의 이해는 여전히 중요하다고 할 것이다.

종래의 대표적인 학설로서 逆推知說, 管轄配分說, 修正逆推知說 및 利益

<sup>131)</sup> 아직 완전히 정착되지는 않았으나 미국에서는 "영업활동"(doing business)과 "영업거래"(transacting business)를 구별하고 있다. 前者는 被告가 문제된 州에서 규칙적이고 광범위하며 빈번한 활동(regular, extensive and frequent activity)을 하는 경우로서 일반관할의 근거가 되나, 後者는 그러한 정도에 미치지 않는 활동을 하는 경우로서 단지 특별관할의 근거가 된다.

衡量說 등이 있음과 관련 判例들은 앞에서 살펴본 바와 같다. 국제재판관할의 결정에 관한 종래 우리의 學說과 判例는 큰 차이가 없는 것으로 보인다. 국제재판관할의 결정에 관한 학설은 매우 경직된 逆推知說 또는 일체의 유형화 또는 규칙의 정립을 거부하는 利益衡量說을 취하지 않는 한, 구체적인 各論에 들어가면 크게 차이가 있거나 實益이 있는 것은 아니며 판례도 그의핵심은 民事訴訟法의 土地管轄規定으로부터 국제재판관할규칙을 정립하고특별한 사정이 없는 한 그 결론을 유지하는 데 있다. 민사소송법의 토지관할 규정을 맹목적으로 따르자는 것은 아니고 이른바 條理에 의한 수정가능성을 인정하고 있기 때문이다.

2001년 改正된 國際私法 제2조 제1항은 먼저 실질적인 관련 원칙을 도입하여 訴訟原因이 되는 분쟁 사안 또는 原告·被告 등의 당사자가 法廷地인 대한민국과 실질적 관련을 가지는 경우에 우리나라 법원에 국제재판관할을 인정하였다. 이러한 실질적 관련의 유무는 국제재판관할 배분의 理念에부합하는 합리적인 원칙에 따라 결정되어야 함이 위 조항에서 선언되고 있다.

여기서 실질적 관련이라 함은 당사자 또는 분쟁 대상이 우리나라와 관련성을 갖고 있어야 하며, 그 관련성은 우리나라 법원이 裁判管轄權을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도이어야 함을 의미하고, 그 구체적인 관련성과정당성의 인정 여부는 법원이 개별 사건마다 종합적인 사정을 고려하여 판단하게 될 것이라는 것이다. 여기서 "실질적 관련"의 구체적 의미는 法廷地國인 대한민국이 國際裁判管轄權을 행사하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 관련성을 갖는 것, 즉 連結點이 존재하는 것을 의미한다.

그리고 같은 조의 제2항은 구체적인 관할 유무를 판단함에 있어 民事訴訟法의 土地管轄 등에 관한 國內法의 규정을 참작하도록 함으로써 被告의住所 또는 法人이나 단체의 主된 事務所 또는 營業所, 不法行為地 기타 民事訴訟法이 규정하는 裁判籍 가운데 어느 것이 대한민국 내에 있는 경우에는 被告에 대하여 대한민국의 국제재판관할을 인정할 수 있는 근거를 마련하였

다. 다만, 본 조항에서는 국제재판관할의 특수성을 고려하여야 한다고 규정함으로써 국내적 관점에서 제정된 國內法上 裁判籍에 관한 규정을 國際私法的 견지에서 보완하고 있다.

한편, 國際私法의 개정작업 시 英美法上 인정되는 "부적절한 法廷地 (forum non conveniens)의 法理"에 대한 수용 문제가 제기되었다. 국내 법원에 제기된 국제민사소송에 있어서 비록 국내법원이 관할권을 가지더라도 외국법원이 더 적절한 法廷地임이 명백한 경우에는 위 法理에 따라 소송을 중지하거나 訴를 却下할 수 있는 근거 규정의 신설 여부에 대한 검토가 있었으나 일단 개정 법률에서는 명문의 규정을 두지 않게 되었다.

그리고 국내 民事訴訟의 경우에 당사자는 어느 법원에 係屬 중인 사건에 대해 다시 訴를 제기할 수 없다. 이것이 民事訴訟法 제259조가 정한 "重複提訴禁止의 原則"인데, 이는 소송경제를 도모하고 동일 당사자간의 동일 소송물에 대한 법원의 모순된 판단을 피함으로써 旣判力의 抵觸을 방지하기위한 것이다. 그런데 동일 당사자간에 동일 소송물에 관하여 외국법원에 前訴가 係屬 중 동일 당사자가 국내법원에 後訴를 제기하거나 또는 반대로 국내법원에 前訴가 係屬 중 외국법원에 後訴가 제기될 수 있다. 이것이 "國際的 訴訟競合"의 문제이다. 國際的 訴訟競合에 관해서는 규정을 두고 있지 않으며 견해도 나뉘어 있다.

# 2. 一般管轄에 관한 原則

일반관할에 관하여 民事訴訟法 제2조는 "普通裁判籍"이라는 표제 하에 "訴는 被告의 普通裁判籍이 있는 곳의 法院이 管轄한다"고 규정하고 있다. 이는 이른바 "被告의 住所地主義"(actor sequitur forum rei)라는 로마법 이래의 大陸法의 原則을 수용한 것으로서 국제재판관할규칙으로 사용할 수 있는 원칙이다. 대륙법계 국가에서는 국제재판관할, 특히 일반관할의 배분에 있어 위의 원칙을 당사자의 공평 내지는 이익형량의 출발점으로 삼는다.

이를 전제로 民事訴訟法은 自然人의 경우에 원칙적으로 住所에 의하여 普通裁判籍을 정하고(동법 제3조), 法人 기타 社團 또는 財團의 경우에 원칙 적으로 그 主된 事務所 또는 營業所에 의하여 普通裁判籍을 정한다(동법 제5조 제1항). 특히 외국의 법인인 경우에는 주된 사무소, 영업소 또는 업무담당자의 주소에 普通裁判籍을 인정한다(동법 제5조 제2항). 국내에 주소가없는 외국인을 被告로 하는 경우에는 不法行爲地, 債務不履行地, 財産所在地등의 裁判籍이 국내에 없으면 원칙적으로 국제재판관할이 없는 것으로 하고있다.

# 3. 契約에 대한 特別管轄

民事訴訟法 제8조는 "居所地 또는 義務履行地의 特別裁判籍"이라는 표제 하에 "財産權에 관한 訴를 提起하는 경우에는 居所地 또는 義務履行 地의 법원에 제기할 수 있다"고 규정한다.

대법원 1972. 4. 20 선고 72다248 판결은 涉外的인 요소가 있는 사건에서 民事訴訟法 제8조를 적용하여 문제로 된 채무의 이행지인 채권자 주소지가 한국임을 근거로 한국법원의 국제재판관할을 인정한 바 있다. 민사소송법은 이른바 "契約裁判籍"을 확장하여 재산권에 관한 訴에 대해 義務履行地의 特別裁判籍을 인정하는 것이나 이는 여러 가지 문제를 제기한다.

첫째, 민사소송법의 해석상 "財産權에 관한 訴"에는 불법행위, 부당이 득, 사무관리 등에 의한 채권적 청구권 등에 관한 訴가 포함되나, 이러한 法定債務에 대해서까지 의무이행지의 관할을 인정하는 것은 被告에게 예측하지 못한 곳에서의 應訴를 강제하게 되어 불공평하며, 그와 같이 해석할 경우에 예컨대, 不法行爲에 대한 별도의 관할규칙이 무의미하게 되므로 債權契約으로부터 발생하는 債務에 한정할 것이라는 견해가 通說이다.132)

둘째, 同條를 적용하기 위해서는 우선 義務履行地를 결정해야 하므로 당사자가 履行地를 합의하지 않은 경우에 그 결정이 문제된다. 위 대법원 1972. 4. 20 선고 72다248 판결은 法廷地인 한국의 涉外私法을 적용하여문제가 된 계약의 準據法을 지정하고 그에 따라 債務의 履行地를 결정하였으나, 이에 대하여는 ① 節次法的 문제인 국제재판관할을 해결하기 위해 實

<sup>132)</sup> 崔公雄, 前掲書, 303面.

體法的 판단을 하는 것은 재판관할이 결정된 다음에 비로소 法廷地의 國際私法을 적용하는 통상적인 논리의 순서에 반하고,② 일단 法廷地의 國際私法을 적용하여 지정된 準據法에 따라 義務履行地를 결정하고 다시 그에 의하여 당해 法廷地가 국제재판관할을 가지는지의 여부를 결정하게 되어 법의적용이 복잡하게 되며,③ 당사자가 義務履行地를 합의하지 않은 경우에 義務履行地의 결정은 결국 準據法이 持參債務 또는 推尋債務 중 어느 것을 취하는가는 相異하게 되므로 섭외적인 법률관계를 복잡하게 하고 당사자의 예측가능성을 넘게 된다는 등의 비판이 있다. 이러한 점을 고려하여 우리나라에서는 국제민사소송법상의 이념에 따라 합리적으로 義務履行地를 결정할 것이라는 견해가 유력하다.133)

셋째, 금전채무의 경우에는 履行地의 합의가 없는 경우에는 물론이고 履行地를 합의하였다고 하더라도 이는 단순히 계좌이체를 위하여 필요하거나 편리한 곳을 履行地로 합의하는 경우가 많기 때문에 이행지의 법원에 국제 재판관할을 인정하는 것은 합리적인 근거가 없다.

보다 근본적으로는 義務履行地의 國際裁判管轄을 인정하는 것이 과연 정당화될 수 있느냐에 대하여, 義務履行地 管轄을 알지 못하는 英美法系에서 는 상당히 비판적인 시각을 가지고 있고 특히 미국은 영업거래 또는 영업활 동에 기한 관할을 선호하고 있다.

#### 4. 不法行爲에 대한 特別管轄

民事訴訟法 제18조 제1항은 "不法行爲에 관한 訴를 제기하는 경우에는 행위지의 법원에 제기할 수 있다"고 규정한다. 國際訴訟의 경우에도 이러한 불법행위지의 관할을 인정하는 것이 적절하다는 점은 일반적으로 승인되고 있다. 여기에서 "不法行爲地"라 함은 行爲地와 結果發生地의 양자 모두를 의미하고 原告는 그의 선택에 따라 어느 곳에서나 提訴할 수 있다고 본다. 그러나 우리나라에서는 "不法行爲地"의 개념은 민사소송법의 그것과 달리국제민사소송법의 독자적인 입장에서 국제소송의 적정, 공평, 신속이라는 관

<sup>133)</sup> 石光現, 前揭 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 137面.

점에서 합리적으로 결정할 것이라는 견해가 유력하다.134)

또한 동법 제18조 제2항에서는 선박 또는 항공기의 충돌 기타 사고로 인한 損害賠償의 訴는 그 선박 또는 항공기가 최초로 도착한 곳의 법원에 제 기할 수 있는 것으로 하고 있다. 그러나 이는 國內訴訟의 경우에 해당되는 사항으로 國際訴訟의 경우에도 이러한 최종도착지의 법원에 管轄權을 인정 할 수 있을지는 의문이다.

한편 改正 國際私法 제32조에서는 "불법행위"라는 표제 하에 제1항에서 "불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다"라고 하고, 동조 제2항에서 "不法行爲가 행하여진 당시 동일한 국가 안에 加害者와 被害者의常居所가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다"고 규정하고 있다. 이에 의하면 不法行爲地의 법과 관할을 원칙적으로 인정하나 당사자 쌍방이 동일 국가 내에 있는 경우에는 예외적으로 그 국가의 법과 관할을 인정하는 것으로 생각된다.

# 第6節小結

앞에서 살펴 본 國際裁判管轄에 관한 比較法的 檢討의 내용을 간단히 정 리하여 보면 다음과 같다.

첫째, 一般管轄에 대하여는 브뤼셀협약과 루가노협약, 헤이그신협약, 미국 및 우리나라는 모두 被告의 住所地 내지 本據地를 중요한 결정요인으로 하고 있다.

둘째, 契約에 관한 特別管轄에 대하여는 브뤼셀협약과 루가노협약 및 우리나라는 債務(義務)의 履行地, 헤이그신협약은 물건공급과 용역제공의 실제 이행지, 미국은 영업활동 등에 따른 특별접촉 인정지를 중요한 결정요인으로 하고 있다.

셋째, 不法行爲에 관한 特別管轄에 대하여는 브뤼셀협약과 루가노협약, 헤이그신협약 및 우리나라는 不法行爲地를 중요한 결정요인으로 하고 있다.

<sup>134)</sup> 兪載豊, 前揭論文, 114面.

미국도 행위지와 결과발생지가 일치하는 경우에 특별접촉으로 인정하고 있다.

한편 國際的 訴訟競合에 관하여는 브뤼셀협약과 루가노협약, 헤이그신협약은 원칙적으로 優先主義를 채택하고 있으나 미국은 訴訟競合을 인정하며우리나라는 이에 관한 규정을 두고 있지 않고 견해도 나뉜다.

# 第 4 章 船舶衝突에 있어서 國際裁判管轄

# 第 1 節 問題의 提起

海上交通量의 증가와 海洋活動의 증대에 따라 航海 및 과학기술의 발전과 선박충돌사고예방을 위한 노력에도 불구하고 海上에서 선박간의 충돌사고는 계속하여 발생하고 있다.

선박충돌이란 항해선 상호간 또는 항해선과 내수항행선 간의 충돌을 말한다. 선박이 충돌하면 刑事責任, 行政責任도 생기지만 관계인 사이의 民事責任이 가장 주된 쟁점이 된다.135)

선박이 충돌하면 충돌한 양 선박은 물론 船上에 있었던 물건이나 사람도 피해를 입게 된다. 나아가 油濁損害를 입은 수산업자 또는 훼손된 항만의 관 리자처럼 선박의 운항과 관련이 없는 제3자도 피해를 당한다. 그리고 이들의 위험을 담보하는 보험회사 혹은 상호보험조합도 부수적으로 이해관계를 갖 는다.

船舶衝突은 不法行爲의 문제로서 그 손해의 발생과 배상책임 문제는 契約사의 債權·債務關係를 구성한다.

충돌 시에 발생할 이해관계인 사이의 私法上 권리와 의무의 통일을 목적으로 제정된 1952년의 브뤼셀船舶衝突協約이 船舶衝突에 관한 民事裁判管轄의 경향을 대체로 示唆하고 있는 것으로 보이지만 아직도 각국의 慣行은일치하지 않고 계속적인 判例의 변화와 여러 學說이 주장되고 있다. 訴訟地國의 선택은 종종 國際私法的 訴訟의 成敗에 결정적인 의미를 가진다.136)

<sup>135)</sup> 朴憲穆, 商法講論, 신지서원, 2002, 595面; 蔡利植, 改訂版 商法講義(下), 博英 社, 2003, 754面 참조.

<sup>136)</sup> 石黑一憲, 國際私法の解釋論的構造, 東京大學出版會, 1980, 272面,

船舶衝突에 있어서 領海內에서의 同一國籍船舶間의 衝突事件에 대한 裁判管轄에 대하여 行爲地의 管轄과 法이 일률적으로 적용된다는 것에는 의문이 있다. 또한 公海에서 國籍이 서로 다른 선박 사이의 衝突事件에 대한 國際裁判管轄의 귀속 문제는 아직도 확립된 國際私法上의 原則은 없는 것으로보인다.137)

따라서 여기에서는 國際裁判管轄의 概念과 그 決定原則, 國際裁判管轄과 準據法과의 관계, 民事裁判管轄에 관한 國際協約을 먼저 살펴본다. 그 후에 國際裁判管轄에 관한 각국의 立場에 관하여 우선 領海와 公海를 분류한 후 에 領海內에서의 衝突은 自國領海와 外國領海 그리고 公海上에서의 衝突은 同一國籍船 간의 衝突과 다른 國籍船 간의 衝突의 경우로 나누어 검토하였 다. 이러한 검토를 바탕으로 우리나라 國際私法上의 관련 규정의 문제점을 지적하고 立法論的 解決方案을 제시하였다.

# 第 2 節 國際裁判管轄

# 1. 概念

船舶衝突과 관련한 國際裁判管轄의 문제는 어느 나라에 있어서 어떤 종류의 법원 또는 어느 지방의 법원이 管轄權을 가지느냐 하는 문제가 아니라 어느 나라 법원이 裁判權을 가지느냐 하는 문제이다. 前者는 전적으로 國內訴訟法上의 管轄權에 관한 원칙에 의해서 결정되는 문제로 이를 特別的 管轄權 또는 國內的 管轄權이라 하고 後者는 國際私法 내지 國際訴訟法上의原則에 의해서 어느 나라에 裁判管轄權이 있는지를 결정하는 문제로 일반적管轄權 또는 國際的 管轄權이라고 한다.138)

<sup>137)</sup> 山内惟介, 海事國際私法の研究, 中央大學出版部, 1988, 175面.

<sup>138)</sup> 徐希源, 前揭書, 120面.

# 2. 國際裁判管轄의 決定原則

앞에서 살펴본 바와 같이 國際裁判管轄의 基本理念에 관한 입장으로 自國과 自國民의 利益을 특히 보호하기 위한 國家主義的 입장과 國際裁判管轄을 主權의 司法管轄로 보고 國際法上의 對人主權과 領土主權에 관한 原則에의하는 國際主義的 입장이 있다. 오늘날 國際主義的 입장에서 國際訴訟制度의 존재를 인정하고 訴訟事件의 적정·공평 및 능률적 운용이라는 점을 고려하여 國際裁判管轄에 관한 원칙을 정하는 普遍主義的 입장이 가장 타당시되고 있으며 가장 유력한 학설이다.139)

우리나라는 國際裁判管轄에 관하여 國際私法 제2조에서 그 원칙을 규정하고 있으며 동법 제32조에서 不法行為에 관한 準據法에 대하여 규정하고 있다. 船舶衝突에 관하여는 國際私法 제61조에서 衝突地法, 船籍國法 등의용어를 사용한 불충분한 규정을 두고 있는데 이러한 衝突地法, 船籍國法 등의용어가 準據法만을 의미하는지 裁判管轄도 함께 포함하는지 명확하지 않으나 準據法 뿐만 아니라 裁判管轄도 포함한다고 보아야 할 것이다.140)

船舶衝突의 國際裁判管轄을 결정함에 있어서 직접적 규정이 없는 것은 法律解釋의 一般原則에 따라 條理에 의해서 결함을 보충해야 할 것이며, 民 事訴訟法上의 土地管轄에 관한 규정과 國際私法 규정 등을 함께 고려해서 결정해야 할 것이다.

우리나라와 日本에서는 지금까지 일반적으로 국내 토지관할 규칙을 유추해서 國際裁判管轄의 유무를 판단하여 왔다. 즉, 訴는 被告의 普通裁判籍이 있는 곳의 법원이 관할하는 것으로 되어 있는 민사소송법 규정과 여기에서 정한 그 밖의 관할 원인이 있는 경우(民事訴訟法 第2條 내지 第36條)에는 裁判權이 있는 것으로 되어 있었으나 日本은 국내재판관할 규칙을 유추하여 國際裁判管轄 규칙을 추출하려는 것은 논리상 잘못이고 실제적으로도부당한 결과를 가져온다고 하여 判例의 입장이 바뀌었다.141)

<sup>139)</sup> 池相源, "船舶衝突의 裁判管轄權에 관한 研究", 「海事法研究」第13卷 第2號, 2001. 12, 124面.

<sup>140)</sup> 池相源, 上揭論文, 140面 참조.

#### 3. 國際裁判管轄과 準據法

전 세계적으로 통일된 法體系가 없는 상황에서 어느 나라의 법원에서 재판을 받느냐에 따라서 소송의 결과가 다르게 나올 수 있다. 그러므로 분쟁이 발생한 경우에 분쟁당사자들은 가급적이면 소송비용, 소송편의 및 소송결과 등 모든 점을 고려하여 유리한 곳에서 혹은 유리한 법을 準據法으로 하는 곳에서 재판받기를 원하게 되어 이른바 "法廷地探索"(forum shopping)을 하게 된다. 예를 들면, 각국의 請求權에 관한 時效가 다르므로 어떤 재판관할에서는 請求時效가 완성되어 청구권이 소멸되어 버렸는데 다른 재판관할에서는 동일한 내용의 청구권에 대하여 請求時效가 소멸되지 않을 수 있다. 그리고 어떤 재판관할에서는 不可抗力(force majeure), 航海過失 등의 海上運送人의 책임에 대한 免責에 따른 防禦가 가능하나 다른 재판관할에서는 그렇지 않을 수도 있다. 또한 海上運送人 내지는 船舶所有者의 責任制限制度 및 責任制限의 범위도 재판관할에 따라 달라질 수 있고 船舶衝突事故와 관련한 雙方過失衝突約款의 實效性 여부 등도 재판관할에 따라 달라질 수 있다.

그리하여 國際裁判管轄의 결정문제는 準據法의 결정문제에 앞서게 되나 분쟁당사자의 입장에서는 그 準據法의 결정이 國際裁判管轄의 결정을 선도 하게 된다.

國際裁判管轄問題를 國際私法의 범위에 포함시키는 입장에서는 涉外的 생활관계에 관한 소송사건에서 國際裁判管轄의 抵觸問題를 해결하지 않고서는 현실적으로 實體法上의 권리관계를 확정할 수 없으며, 또한 準據法의 지정과 國際裁判管轄의 抵觸問題는 상호 의존관계에 있다고 한다. 이에 반하여國際裁判管轄은 어느 나라의 법원에 의하면 당해 涉外事件에 관한 해결의適正·公正·能率을 확보할 수 있는가의 관점에서 결정하여야 할 문제이고, 準據法은 어느 나라의 實體法 질서에 의하면 당해 涉外生活關係에 적절한법률이 행해지는가라는 관점에서 결정하여야 할 문제이므로 양자는 전혀 성

<sup>141)</sup> 東京地方裁判所 1959. 6. 11判決.

질을 달리하는 개별의 문제로서 통일시킬 근거가 전혀 없고 각각의 법 이론이 따로 구성되어야 하며 國際裁判管轄問題는 國際民事訴訟法에 의해 연구되어야 한다고 주장하는 견해도 있다.142)

이와 관련하여 우리나라의 2001년 改正 國際私法 제1조에서는 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 國際裁判管轄에 관한 原則과 準據法을 정함 을 목적으로 한다고 하고 있다.

涉外事件의 해결에 있어 가장 기본이 되는 것은 어느 나라에서 재판을 받는가 하는 法廷地의 選擇(choice of forum) 문제와 法廷에서 어떤 準據法을 선택하여 재판을 진행할 것인가 하는 法의 選擇(choice of law) 문제인데 법의 선택에 있어서는 "節次는 法廷地法에 따른다"는 涉外私法의 一般原則에 따라 實體法의 선택만이 문제가 될 것이다.143)

英美法系에서는 國際私法의 범위를 크게 國際裁判管轄, 準據法의 決定, 外國判決의 承認으로 나누어 準據法의 결정 이전에 管轄問題를 다루는 것이 보통이나 전통적 大陸法系에서는 어느 나라의 법률이 準據法으로 되는 경우 에 당해 문제는 그 나라의 管轄에 속한다고 보아 準據法의 여하에 따라 裁判 管轄의 유무를 규정하는 경향이 강하였다.

결론적으로 法廷地가 달라짐에 따라 결과적으로 적용될 법이 달라지며 분쟁당사자의 입장에서는 準據法의 결정이 國際裁判管轄을 先導하게 되는 점 등을 고려하여 볼 때 國際裁判管轄의 결정문제와 準據法의 선택문제는 서로 밀접한 相互依存關係에 있다고 할 것이다.

특히, 改正 國際私法 海商篇의 규정에 있어서의 行為地法, 衝突地法, 船籍國法 등의 용어가 準據法만을 의미하는지 裁判管轄도 함께 포함하는지 명확하지 않으나 準據法 뿐만 아니라 裁判管轄도 포함한다고 보아야 할 것이다.

國際裁判管轄의 결정은 準據法의 결정과 서로 밀접한 관계에 있으므로

<sup>142)</sup> 일본과 우리나라에서도 종래부터 국제사법상 준거법의 결정에 관해서만 상세히 언급하고 있었으나 오늘날에는 국제재판관할의 문제를 국제사법의 중요한 연구과제로 고려하고 있다(崔公雄, 前揭書, 299-300面 참조).

<sup>143)</sup> 鄭暎錫, 前揭論文, 271-272面 참조.

準據法의 결정문제에 대한 이해도 또한 필요하다고 할 것이다. 이와 관련하여 公海에서 國籍이 서로 다른 선박 사이의 충돌이 있는 경우 國際裁判管轄의 決定問題와 함께 準據法의 決定問題가 생긴다. 準據法의 결정에 있어 우선 검토하여야 할 것은 많은 부분이 國際裁判管轄 결정시의 검토사항과 유사한 것으로 보인다.

準據法은 일방적 충돌규정에 의해서 직접 自國法이 지정되는 경우를 제외하고는 구체적으로 어떤 특정국의 법률이 직접 지정되는 것이 아니라, 국적·주소·물건소재지·행위지·訴訟國(法廷地) 등과 같은 법률관계의 요소를 통하여 결정된다. 이러한 국적이나 주소 또는 행위지 등은 문제된 법률관계를 특정국의 법률에 연결시켜 주는 요소이기 때문에 이것을 連結點 또는 連結素라고 한다. 그러므로 단위 법률관계가 결정되어도 그것과 準據法을결합시키는 連結點이 중요하다.144)

우리나라 國際私法에 있어서의 連結點으로는 國籍·住所·居所·行為地·物件所在地·事實發生地·法廷地·當事者의 意見·署名地·發行地·支給地 및 船籍國 등을 들 수 있다. 이 중 船舶衝突에 있어서 準據法 결정에는 船舶의 國籍·行為地·法廷地 등이 連結點으로서 중요한 의미를 가진다.

國際私法은 連結點을 기준으로 하여 準據法을 정하기 때문에 連結點의 종류에 따라서 準據法도 본국법, 주소지법, 소재지법, 행위지법, 계약지법, 거행지법, 사실발생지법, 이행지법, 法廷地法, 서명지법, 발행지법, 지급지법 등으로 된다.145)

船舶衝突이 公海에서 발생하면 사실의 발생지는 존재하나 公海는 어느 국가에도 속하지 않으므로 不法行為地法은 없다. 이에 따라 不法行為地法에 의한 原則은 적용할 수 없다는 견해, 국제간에 일반적 법규가 없는 경우에는 受訴法院이 自國法인 法廷地法을 적용함은 공평하며 자연의 이치에도 적합 하다는 견해,146) 加害船旗國法說, 被害船旗國法說, 被害船에 유리한 旗國法 說, 加害船舶船籍國法과 被害船舶船籍國法을 중복적으로 적용하는 주의인

<sup>144)</sup> 奥田安弘, 國際取引法の理論, 有斐閣, 1992, 39面.

<sup>145)</sup> 奥田安弘, 上揭書, 39面; 徐希源, 前揭書, 86面.

<sup>146)</sup> 山戶嘉一, 海事國際私法論, 有斐閣, 1943, 339面.

折衷主義(雙方旗國法累積適用主義)147) 등이 주장되고 있다. 公海上에서의 船舶衝突에 관한 책임은 각 선박이 동일한 船籍國에 속한 때에는 동일 船籍 國法에 의하는데 별다른 異論의 여지가 없다.148) 우리나라 國際私法도 이와 같다(國際私法 제61조 제2항).

# 第 3 節 民事裁判管轄에 관한 國際協約

### 1. 1910年 船舶衝突에 대한 規定의 統一에 관한 協約

오늘날 船舶衝突에 관한 刑事裁判管轄은 1952년 브뤼셀船舶衝突協約149)과 1958년 海洋法 會議를 거쳐 1982년 UN 海洋法協約에 이르러 해당 선박의 旗國과 그 승조원의 國籍國이 가진다는 것이 一般原則으로 확립된 단계에 있으나150) 民事裁判管轄에 대하여는 통일된 국제적 일반원칙이

<sup>147)</sup> 가해선의 船籍國法과 피해선의 船籍國法을 累積的으로 적용하는 주의로서 가해선(피고)의 선적국법에 의하여 선박충돌로 인한 채권채무관계를 정하되 동시에 피해선(원고)의 선적국법이 인정하는 범위에서 이를 제한한다고 하는 것이다. 日本의 通說이다(山戶嘉一,上揭書,333面 參照;三浦正人,不法行爲,涉外判例百選(增補版),有斐閣,1976,230面 參照).

<sup>148)</sup> 金鎭權, "海商法上의 準據法 決定에 관한 研究", 韓國海洋大學校 大學院, 博士學位論文, 2003, 85面.

<sup>149) 1952</sup>년 브뤼셀외교관회의에서는 "船舶衝突 기타 항해사고의 刑事裁判管轄權에 관한 規則의 統一에 관한 協約"(International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or Other Incidents of Navigation)을 체결하였다. 이 協約은 航海船의 충돌 및 항해사고 에 있어서 선장 또는 기타 선박 승조원에 대하여 형사상, 징계상의 책임을 추 궁하는 관할을 정한 것으로서, 충돌 당시 또는 항해사고 당시 그 선박이 揭揚하고 있던 국기의 소속국의 법원 또는 징계기관에 專屬管轄이 있다고 규정하고 있다(同協約 제1조). 또한 선박의 기국 관헌을 제외한 다른 국가의 관헌은 단지조사를 하기 위해서라도 그 선박을 押留 또는 抑留할 수 없다고 규정하고 있다 (同協約 제2조).

<sup>150)</sup> 池相源, 前揭論文, 127-128面.

없다.

船舶衝突과 관련한 民事裁判管轄의 통일에 관한 시도는 1888년에 國際 法學會가 管轄法院을 被告의 주소지 법원, 충돌의 피해가 발생한 장소에 가 장 가까운 港의 법원, 충돌을 일으킨 加害船의 도착항의 법원, 加害船이 충 돌 후에 최초로 입항한 港의 법원 및 加害船의 押留를 행한 장소의 법원이라 고 결의한 것이 이 문제에 관한 명문화의 최초의 시도라고 할 수 있다. 그 다 음 해에 南美 여러 나라 대표들은 몬테비데오에서 이 문제에 관한 약간의 가 치 있는 예비적 초안을 준비한 바 있다.151)

1902년 國際海法會는 함부르크에서 원안을 작성하고,<sup>152)</sup> 1904년 암스테르담에서 회의를 개최하여 船舶衝突 사건의 裁判管轄에 관한 協約案을 의결하였다. 이 協約案에 의하면 船舶衝突에 관한 民事訴訟은 原告의 선택에 의하여 被告船 所有者의 주소 또는 영업소의 법원, 충돌이 당사국 영해에서 발생한 경우에는 그 충돌지의 법원, 피고선의 船籍港의 법원, 피고선의 押留地의 법원 중의 하나에 제기할 수 있다고 규정하였다.

그 후 리버풀회의에서 裁判管轄에 관한 문제는 모든 국가에 있어서 訴訟에 관한 유사한 해결을 할 것을 확보하는 國際協約<sup>153)</sup>이 제정되면 그다지 중요하지 않을 것이라는 주장이 지배적이 되어 이 문제는 더 이상 논의하지 않기로 결정하였다.

이에 따라 1910년 9월 23일 브뤼셀의 海事外交會議에서"船舶衝突에 대한 規定의 統一에 관한 協約"(The Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision between Vessels)이 체결되었는데, 이는 선박충돌에 있어서의 책임관계에 대한 기본적인 사항을 규정하고 있으며 전문 17조 부칙1조로 구성되어 있다. 이 협약은 1913년 3월 1일 발효되었다. 그러나 이 협약에는 裁判管轄에 관한 규정은 두지 않고 船舶衝突에 관한 損害賠償과 救助에 관한 것만 규정하였다.

<sup>&</sup>lt;sup>151)</sup> Colombos, International Law of the Sea, 3rd ed., 1954, p.258.

<sup>152)</sup> 李基洙, 保險法·海商法, 博英社, 1993, 531面.

<sup>153)</sup> 이 國際協約은 1910年 브뤼셀에서 채택된 "船舶衝突에 대한 規定의 統一에 관한 協約"을 뜻한다.

# 2. 1952年 船舶衝突의 民事裁判管轄 規則의 統一協約

1910年 船舶衝突에 대한 規定의 統一에 관한 協約이 船舶衝突事件에 관한 모든 문제에 대하여 규정한 것이 아니며 그 적용범위에 제한이 있고 또한 국가에 따라 그 법규의 해석에 차이가 생겨남으로써 各國의 慣行이 서로 다른 경향을 나타내고 혼란을 이루게 되어 裁判管轄의 통일에 관한 필요성이다시 대두되었다.

이에 따라 1952년 5월 10일 벨기에의 브뤼셀에서 "船舶衝突의 民事裁 判管轄에 관한 規則의 統一에 관한 協約"(International Convention for the Unification of Certain Rules concerning Civil Jurisdiction in Matters of Collision, 1952)이 채택되어 1955년 9월 14일 발효되었 다.<sup>154)</sup>

이 협약에서는 航海船 사이의 충돌 및 航海船과 內水航行船과의 충돌에 있어서 被告가 상주하는 주소 또는 영업소를 가지고 있는 곳의 법원, 被告船舶의 押留가 행하여진 곳의 법원, 被告에 속하는 다른 선박의 押留가 합법적으로 행하여진 곳의 법원, 押留가 합법적으로 행하여질 수 있고 擔保가 제공된 곳의 법원 및 충돌이 港內 또는 內水에서 발생한 경우에는 충돌지의 법원에 裁判管轄이 있다. 原告는 그 중의 하나를 선택할 권리가 있으나 최초의訴訟이 係屬 중에는 어느 청구권자도 동일한 被告에 대하여 동일 사실에 관해서 다른 법원에 提訴할 수 없다고 규정하고 있다(협약 제1조). 이 밖에 合意管轄도 인정하며(협약 제2조), 反訴나 당사자 참가에 관한 규정도 있다(협약 제3조).

# 3. 1952年 船舶假押留에 관한 國際協約

船舶假押留에 관한 國際協約155)은 1952년 5월 10일 제9차 브뤼셀 海

<sup>154) 1952</sup>년에 브뤼셀에서 체결된 船舶衝突과 관련한 協約은 民事裁判管轄, 刑事裁判管轄 및 船舶假押留에 관한 協約의 세 가지이다.

<sup>155)</sup> 船舶假押留에 관한 國際協約에는 1952년 船舶假押留에 관한 國際協約에 비하여 假押留가 가능한 海事債權의 범위를 22종류로 확대하고 협약의 적용범위도

事法外交會議에서 "1952년 航行船舶의 假押留에 관한 약간의 규정의 통일을 위한 協約"(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Arrest of Seagoing Ships, 1952)이라는 명칭으로처음 성립하였다. 이 協約은 17종류의 海事債權에 관하여만 船舶假押留를인정하는 대신 담보의 제공에 의한 執行取消를 인정하고 있는 바, 한정된海事債權에 한하여 船舶의 執行을 인정하는 영미법과 아무런 제한 없이 일반金錢債權에 널리 船舶假押留를 허용하는 대륙법의 타협의 소산이라 할 수있다.156)

본 협약은 1956년 2월 24일 발효되었으나, 1983년말 현재 영국, 독일, 프랑스, 스페인을 비롯하여 12개국이 비준(ratification)하고 알제리, 쿠바, 스위스, 나이지리아 등 44개국이 조인(accession)하였고, 1998년 1월 26일 현재 이태리, 그리스, 덴마크, 노르웨이, 스웨덴, 유고슬라비아, 브라질, 포르투갈, 네덜란드 등 74개국이 협약에 가입하여 지금까지 그 나름대로 국제간의 船舶假押留에 대한 통일협약으로서의 역할을 수행하여 왔다. 그러나본 협약은 締約國船舶에만 적용되므로 그 국제적 효용성에는 한계가 있었으며 우리나라도 위 협약에 가입하지 아니하였다.157)

본 협약은 船舶假押留가 시행된 국가의 법원이 本案을 판단할 管轄權을 가지는 경우들을 규정하여 船舶假押留를 本案管轄과 연결시킨다(協約 제7조

締約國船舶에 한하지 않고 非締約國船舶에까지 확대한 "1999년 船舶假押留에 관한 國際協約"(The International Convention on Arrest of Ships, 1999)이 있다. 裁判管轄과 관련하여 1999년 協約은 제7조(本案에 대한 管轄權) 제1항에서 다음과 같이 규정하고 있다.

<sup>&</sup>quot;당사자들이 裁判管轄 또는 仲裁를 허용하는 다른 국가의 법원에 분쟁에 관한 訴를 제기하기로 하는 유효한 合意를 한 경우가 아닌 한, 假押留가 실행된 또 는 선박의 압류해방을 위하여 담보가 제공된 국가의 법원은 本案事件을 재판할 管轄權을 가진다."

<sup>156)</sup> 鄭完溶, "船舶어레스트條約의 개정논점에 관한 소고", 韓國海法會誌 第18卷 第 1號, 27面.

<sup>157)</sup> 丁海德, "船舶執行에 **관한** 研究", 慶熙大學校 大學院, 博士學位論文, 2000, 74 面.

제1항<sup>158)</sup>). 그러나 이것이 곧 船舶假押留命令을 한 법원이 本案管轄도 가져 야만 하는 것을 의미하는 것은 아니다.<sup>159)</sup>

생각건대 船舶假押留란 債權의 保全을 위한 것이며, 국제적 이동성을 지 닌 선박의 일시적인 소재지의 법원이 假押留에 의한 本案管轄을 가진다고 한다면 선박소유자는 자기선박이 항해하다가 어느 나라에서 가압류될지 모 르므로 극히 불안정한 지위에 놓이게 된다. 우연히 선박이 소재한 이유만으 로 國際裁判管轄을 인정하는 것은 불합리하다고 본다. 이것은 앞에서 살펴 본 브뤼셀협약이나 헤이그신협약 등의 국제협약 또한 기본적으로는 財産所 在地의 管轄을 過剩管轄의 예로 보는 취지와도 부합한다고 생각한다.

# 4. UN海洋法協約上의 民事裁判管轄

1958년에 제네바에서 체결된 海洋法에 관한 협약에서는 民事裁判管轄 자체에 관하여 규정한 것은 없으나 民事裁判管轄權의 행사를 위한 선박의 押留에 관한 규정을 두고 있다. 1956년의 초안의 註釋으로서 이 규정은 沿岸國과 旗國間의 私法上 裁判管轄의 충돌문제를 일반적으로 해결하는 것은 아니다. 이 문제는 國際私法의 一般原則에 따라 결정되어야 한다고 하였다.

1982년 유엔(UN)海洋法協約은 제28조에 外國船舶과 관련한 民事裁判管轄에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

<sup>158) 1952</sup>年 船舶假押留에 관한 國際協約 제7조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다

<sup>&</sup>quot;假押留한 국가의 법원은 그 법원에 관할권이 있는 경우와 다음에 규정하는 경우에 假押留한 국가의 법률에 따라 本案裁判의 권한을 가진다.

<sup>(</sup>a) 청구자가 가압류한 국가에 그의 주소 또는 영업본점을 두고 있는 때,

<sup>(</sup>b) 당해 海事債權이 가압류지가 속하는 체약국에서 발생한 때,

<sup>(</sup>c) 海事債權이 항해 중에 발생하고 그 항해 중에 가압류를 행한 때,

<sup>(</sup>d) 채권이 충돌에 의하여 발생한 때 또는 1910년 선박충돌에 대한 규정의 통일에 관한 협약에 규정한 사정에 의하여 발생한 때,

<sup>(</sup>e) 채권이 救助에 의하여 발생한 때,

<sup>(</sup>f) 채권이 가압류를 당한 선박에 대한 海事抵當權 또는 讓渡抵當에 의하여 담 보되어 있는 때"

<sup>159)</sup> 丁海德, 前揭論文, 73面.

- ① 沿岸國은 領海를 통항하는 外國船舶 내에 있는 사람과 관련된 民事管轄權을 행사하기 위하여 그 선박을 정지시키거나 항로를 변경시킬 수 없다.
- ② 沿岸國은 沿岸國水域의 통과 과정에서 또는 通航 목적으로 선박 자체가 부담하거나 인수한 의무 또는 책임에 관한 경우만을 제외하고 民事訴訟節次를 목적으로 그 선박에 대하여 强制執行을 하거나 拿捕할 수 없다.
- ③ 상기 ②의 규정은 領海에 정박해 있거나 또는 內水를 떠난 후 領海를 通航中인 外國船舶에 대하여 自國法에 따라 民事訴訟節次를 목적으로 强制執行 또는 拿捕를 행할 沿岸國의 권리를 침해하는 것은 아니다.
- 이 규정에 의하여도 沿岸國의 主權에 의하여 領海를 通航 중에 발생한 船舶衝突의 裁判管轄에 관한 문제를 모두 해결할 수는 없다.

# 第 4 節 各國의 立場에 대한 比較法的 檢討

### 1. 概 觀

船舶衝突에 관한 裁判管轄을 결정하는데 있어서는 일반적으로 衝突이 領海에서 발생한 경우와 公海에서 발생한 경우로 구별한다.

船舶衝突이 어느 나라의 內水를 포함한 領海에서 발생한 경우에는 不法 行為地法과 衝突地法은 같은 것으로 된다. 그러므로 不法行為地法에 의하여 원칙적으로 그 沿岸國에서 裁判管轄을 가지는 것은 당연하다.

領海內에서 발생한 船舶衝突事件에 대한 裁判管轄權을 沿岸國이 가진다는 원칙은 1878년 영국의 裁判管轄條例(The Territorial Waters Jurisdiction Act)를 통하여 처음으로 확립되었다.160)

領海에서 발생한 船舶衝突 사건에 대한 民事裁判管轄은 刑事裁判管轄의 경우와 마찬가지로 領海에 대한 沿岸國의 權能이 主權이므로 沿岸國에 귀속된다는 것은 정당하다. 즉 船舶衝突이 領海에서 발생한 경우에는 主權管轄의 原則에 의하여 沿岸國이 裁判管轄權을 행사하는 것이다.161)

<sup>160)</sup> 金鎭權, 前揭論文, 84面.

船舶衝突이 港灣 및 內水에서 발생한 경우에는 그 衝突地의 법원이 裁判管轄權을 가지는 것은 관련 國際協約 및 各國이 모두 인정하는 바이며 학설상 異見도 없는 것으로 보인다. 不法行爲에 관한 訴에 관하여서는 증거수집의 편의, 被害者의 보호, 不法行爲地國의 公序와의 관련 등의 관점으로 인하여 不法行爲地國의 관할이 인정되는 것으로 보는 경우도 있다.162)이 경우不法行爲地에는 加害行爲地 뿐만이 아니라 損害發生地도 포함되지만 이차적·파생적으로 발생한 경제적인 손해의 발생지까지는 포함되지 않는다고보는 견해가 日本의 경우에 多數說이다.163)

船舶衝突이 법률이 존재하지 않는 公海에서 발생한 경우에는 事實 發生 地法이라는 것이 존재하지 않으므로<sup>164)</sup> 衝突船舶이 각각 그 旗國法을 달리 하는 경우에는 各國의 學說, 立法例 및 判例의 입장은 여러 가지로 나뉜다.

그 주요한 것으로 訴訟地法(法廷地法)主義, 船舶領土法說에 의하여 어느 一方의 船舶을 行為地로 보는 不法行為地法主義, 被害船旗國法主義, 加害船旗國法主義, 被害船所有者의 선택에 의한 어느 일방의 旗國法主義 및 加害船旗國法과 被害船旗國法의 累積適用主義 등이 있다. 船舶衝突은 선박이란 특수한 물건에 관해서 또 그 발생지가 海洋이란 특수한 장소에 관한 것이므로육상과는 다른 특별한 고려가 필요하다.165)

# 2. 영 국

#### (1) 一般原則

영국법원은 소송의 원인이 발생한 장소 여하를 불문하고 어떠한 소송이라도 제기되기만 하면 이를 受訴하는 무제한 管轄權을 행사하였다.166) 즉,

<sup>161)</sup> 朴容燮, 海上交通法論, 螢雪出版社, 1992, 65面.

<sup>162)</sup> 東京地判 1974年 2月 15日, 下民集 35卷 1-4號 69面.

<sup>163)</sup> 山田 (金寮)一·佐野 寬, 國際取引法, 有斐閣, 1994, 238面.

<sup>164)</sup> 徐希源, 前掲書, 339面.

<sup>165)</sup> 黄山德, 新國際私法, 博英社, 1987, 356面.

<sup>166)</sup> Colombos, op.cit., p.233.

衝突船舶이 외국 선박이라는 이유로 또는 그 선박의 소유자가 영국 국민이 아니라는 이유로 소송의 제기를 거절한 예가 없었다.167)

영국 국민이든 外國人이든 누구라도 외국에서 범한 不法行為에 관한 손해에 대하여 영국법원에 제소할 수 있는 권리는 오랜 세월 동안에 확립되었다. 손해가 英國法과 行為地法에 의하여 제소할 수 있는 것이라면 외국인이외국에서 다른 외국인에 의하여 입은 손해에 대하여 영국법원에 제소하여서는 안 된다는 이유는 없다고 하는 것이 그 동안의 영국의 관행을 단적으로 표현하는 것이다.168)

영국 海事法院<sup>169</sup>)은 관련 선박의 國籍에 불문하고 被告가 소송에 응할 수 있거나 그의 선박이 英國水域에서 압류될 수 있다면 세계 어디에서든지 조류가 있는 可航水域에서 일어나는 船舶衝突의 管轄權을 가진다.<sup>170)</sup> 이와 같이 海事國際裁判管轄의 지리적 범위에 관하여는 조류가 있는 수역일 것을 요한다.<sup>171)</sup>

다만, 訴訟關係人이 외국인이고 또 그 재산이 외국인의 소유이어서 영국 법원의 管轄權이 미치지 못하는 경우와 다른 법원에서 訴訟이 행하여짐이 더욱 정당하다고 인정할 때에 관할권의 행사를 거절하는 경우가 있다.172)

영국 大法院(House of Lords)의 1972년 아트란틱 스타(Atlantic Star)호 사건<sup>173)</sup>에서의 결정은 부적절한 法廷地(Forum non conveniens)

<sup>&</sup>lt;sup>167)</sup> Kenneth C. Mcguffie and Simon Gault, Marsden, The Law of Collision at Sea, 12th ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1973, pp.224-225.

<sup>&</sup>lt;sup>168)</sup> Kenneth C. Mcguffie and Simon Gault, *ibid.*, p.227.

<sup>169)</sup> 英國의 海事法院(Admiralty Court)은 지금은 Queen's Bench Division of the High Court of Justice의 한 部署로 되어 있다.

<sup>&</sup>lt;sup>170)</sup> The Goring, (C.A.)[1987] 2 Lloyd's Law Report. 15; (H.L.(E.)) [1988] 1 Lloyd's Law Report. 460.

<sup>&</sup>lt;sup>171)</sup> Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, "Basic Principles of The Law of Collision", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 22, No. 3, July-October 1991, pp.374-375.

<sup>172)</sup> Colombos, *op.cit.*, p.233.

<sup>173)</sup> 네덜란드 국적의 아트란틱 스타(Atlantic Star)호는 벨기에의 河川에서 벨기에 국적의 艀船과 충돌하였다. 벨기에 船舶所有者는 自國에서의 裁判이 불리하게

의 法理174)를 채택하게 되는 전환점이 되었다.175) 그 이전에 이 法理는 原告에 의한 訴訟의 제기가 被告에 대한 壓迫이나 訴訟의 濫用(vexatious)에 해당하는 경우에만 예외적으로 인정되었다.176) 이 法理를 영국 大法院이 최초로 도입한 것은 1984년의 아비딘 데이버(Abidin Daver)호 사건177) 이며,178) 大法院은 1986년 스필리아다(The Spiliada) 사건을 통하여 부적절한 法廷地의 法理를 공식적으로 인정하였다.179) 이와 같이 영국은 船舶衝突

되자 相對船을 押留하기 위하여 英國法院에 소송을 제기하였다. 이에 대항하여 아트란틱 스타(Atlantic Star)호의 소유자가 英國法院에 訴訟의 정지를 청구하였으나 기각되었지만 大法院은 이전의 停止要件을 완화하는 判斷基準을 새로이 제시하였다(Lloyd's Law Report, (1972) Vol. 1, p.534; (C.A.)(1972) Vol. 2, p.446; (H.L.)(1973) Vol. 2, p.446;

<sup>174)</sup> 이 法理는 역사적으로 보면 스코틀랜드에서 독자적으로 발달한 普通法上의 개념으로 裁判管轄權이 있는 법원이 그 소송에 대하여 裁判管轄權이 있는 다른 법원이 모든 當事者의 利益 및 正義에 비추어 볼 때 보다 적절하게 심리할 수 있다고 판단하는 경우에 그 소송의 진행을 중지하는 것을 말한다.

<sup>&</sup>lt;sup>175)</sup> William Tetley, Marine Cargo Claims, 3rd ed., Montreal, International Shipping Publications, 1988, p.797.

<sup>176)</sup> 佐鳥和郞, "Forum non Conveniens", 「海事法研究會誌」, 日本海運集會所, 1987.10, 24面.

<sup>177)</sup> 이 사건은 터키 선박과 쿠바 선박이 터키 영해에서 충돌하여 터키 선박의 소유자가 터키에서 쿠바 선박을 假押留함으로써 충돌이 발생한 터키에서 소송이 개시되고, 이어 쿠바 선박의 소유자가 영국에서 터키 선박소유자의 자매선을 假押留함으로써 영국에서 두 번째 소송이 개시된 것으로 영국대법원은 영국내 소송을 中止하였다. 이 사건에서 영국大法院의 브랜든(Brandon)판사는 訴訟中止를 정당화하기 위하여서는 적극적 요건으로서 被告에 대하여 관할이 있는 법원이 별도로 있고, 그 곳에서 실질적으로 보다 편리하게 적은 비용으로 재판이 이루어 질 수 있다는 것과, 소극적 요건으로서 訴訟中止는 原告가 영국에서 소송이 계속되면 얻을 수 있는 정당한 개인적 또는 재판상의 이익을 박탈당하지 않아야 한다는 두 가지 요건이 충족되어야 한다는 기준을 제시하였다 (Lloyd's Law Report (H.L.) (1984) Vol. 1, p.339; (1984) 2 Weekly Law Report, p.296).

<sup>178)</sup> J. G. Collier, Conflict of Laws, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p.78; 佐鳥和郎, 前揭論文, 24面.

사건의 民事裁判管轄에 관하여 종래의 관용적인 태도를 바꾸어 부적절한 法 延地의 法理에 의한 訴訟拒絶을 인정하고 있다.

이것은 1982년 제정되어 1987년 1월 1일부터 발효된 "民事裁判管轄 및 判決法"(Civil Jurisdiction & Judgment Act, 1982)에 의한 것이다. 이 법은 유럽연합 域內의 분쟁에 있어서 종래의 혼란하였던 裁判管轄과 그 執行에 관한 문제를 통일적인 규칙을 제정하여 신속하고 명확하게 해결할 것을 목적으로 제정된 1968년 브뤼셀協約을 英國이 國內法化한 것이다.180)

# (2) 領海內 衝突

# 1) 自國領海內 衝突

船舶衝突이 領海內에서 발생한 경우에 不法行為地法에 의한 沿岸國의 裁判管轄 뿐만 아니라 領海에 대한 沿岸國의 主權管轄의 原則에 의하여 沿 岸國이 裁判管轄權을 행사하는 것은 당연하다. 더구나 영국의 경우는 과거 무제한적인 管轄權을 행사하는 태도를 취하여 왔으므로 영국법원이 英國領 海 내에서 발생한 船舶衝突에 관하여 裁判管轄權을 행사하는 것에는 의문이 없다.

#### 2) 外國領海內 衝突

外國의 領海에서 발생한 船舶衝突에 관하여는 行為地法인 沿岸國法을 準據法으로 한다.181) 영국법원은 이 원칙을 스페인 領海에서의 衝突事件인메리 목스헴(The Mary Moxham) 사건182)에 적용하여 스페인法에 의하여 판단한 바가 있다.183) 재판관할에 대하여는 부적절한 法廷地의 法理에 의하

<sup>179)</sup> Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd. ((H.L.), [1987] 1 Lloyd's Law Report, p.1.).

<sup>180)</sup> 片山靜剛, "UK1982年民事裁判管轄權および判決法", 「海事法研究會誌」, 日本 海運集會所, 1990. 2, 16面.

<sup>&</sup>lt;sup>181)</sup> J. G. Collier, op.cit., p.200.

<sup>182) (1876)</sup> Lloyd's Law Report. 1 (P. D.) 107.

여 영국을 法廷地로 할 수 있을 것이다.

#### (3) 公海上 衝突

# 1) 同一國籍船 간의 衝突

公海에서의 船舶衝突의 경우에 두 선박이 國籍이 같을 때에는 同一 旗國 法에 의하면 된다는데 대하여 다툼이 없으며 各國이 인정하고 있는 바이므 로 영국도 이를 부인할 이유는 없는 것으로 보인다.

# 2) 다른 國籍船 간의 衝突

1968년 브뤼셀協約의 제21조<sup>184)</sup>는 公海에서 國籍이 서로 다른 선박사이의 衝突인 경우에 裁判管轄이 두 國家 사이에 競合할 때에는 먼저 訴訟이 제기된 法廷이 國際裁判管轄을 가진다는 원칙을 규정하고 있다. 영국은이 원칙을 船舶衝突에 있어서 1988年 린다(The Linda) 사건<sup>185)</sup>을 통하여수용하였다.

영국은 不法行爲의 準據法으로 주로 英國法을 적용하여 문제를 해결한 다.186) 公海에서 두 선박에 의하여 발생한 船舶衝突이라는 海事不法行爲에

Where proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Contracting States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established.

Where the jurisdiction of the court first seised is established, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court."

<sup>&</sup>lt;sup>183)</sup> Samir Mankabady, The Law of Collision at Sea, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., 1987, p.507.

<sup>&</sup>lt;sup>184)</sup> "Article 21

<sup>&</sup>lt;sup>185)</sup> The Linda, [1988] 1 Lloyd's Law Report, p.175.

<sup>&</sup>lt;sup>186)</sup> D. C. Jackson, Enforcement of Maritime Claims, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1985, p.334.

관한 損害賠償責任은 英國에서 시행되어 온 海法의 一般原則을 準據法으로 하여 결정한다.187) 이것은 실제로 法廷地法인 英國法을 적용한다는 것이다.188) 이 경우에 法廷地法인 英國法을 적용하고 行為地는 항공기의 추락때와 같은 단순한 기회의 문제라는 이유로 不法行為地法은 적용하지 않는다.189) 에쏘 말레이시아(The Esso Malaysia) 사건에서도 두 선박이 모두 外國籍船이었지만 法廷地法으로서 英國法인 "인명사고法"(Fatal Accidents Act. 1976)을 적용하였다.190)

#### 3. 미 국

#### (1) 一般原則

미국에서의 海事管轄은 聯邦地方法院의 管轄에 속한다.191) 聯邦海事管轄은 계약의 경우에는 그 계약의 海事的 성질에 의하며 不法行爲의 경우에는 그것이 미국의 海事管轄內에 있는 水面에서 이루어졌는가와 海事活動과 관련성이 있는가에 의하여 결정된다.192)

<sup>&</sup>lt;sup>187)</sup> The Zollverein(1856) Swab. 96; The Leon(1881) 6 P.D. 148; The Gaetano and Maria(1882) 7 P.D. 137; Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Co. (1883) 10 Q. B. D. 521; The Tojo Maru(1972) A.C. 242 H.L. 290(J. G. Collier, op.cit., p.199; D. C. Jackson, ibid., p.335).

<sup>&</sup>lt;sup>188)</sup> Lloyd v. Guilbert(1865) L. R. 1 Q. B. 115 at 133.

<sup>&</sup>lt;sup>189)</sup> Elizabeth A. Martin, A Dictionary of Law 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 1996, p.229.

<sup>190)</sup> 필리핀 선적의 선박이 그 선원의 과실로 인하여 소비에트 船籍의 선박과 公海上에서 충돌하여 다수의 선원이 익사하였다. 이 사건에서 영국 법원은 人的 損害에 대한 배상에 "인명사고法"(Fatal Accidents Act 1976)을 적용하였다 ((1978) Q. B. 198 (J. G. Collier, *op.cit.*, p.200)).

<sup>&</sup>lt;sup>191)</sup> §1333 of Title 28 of U.S. Code: The district courts shall have original jurisdiction, exclusive of courts of the States, of: (1) Any civil case of admiralty or maritime jurisdiction, saving to suitors in all cases all other remedies to which they are otherwise entitled.

<sup>192)</sup> Executive Jet aviation, Inc. v. City of Cleveland, 409 U.S. 249, 268, 1973

여기에서 水面이란 미국의 海事管轄內에 있는 商船이 항행 가능한 수면을 말하며 公海 뿐만 아니라 公海와 연결되어 있는 강과 운하를 포함한다.193)

미국은 영국보다 상당히 오래 전인 1885년에 벨젠란드(The Belgen-land) 사건<sup>194)</sup>을 통하여 부적절한 法廷地의 法理를 海事分野에서 수용하였다.<sup>195)</sup>

미국의 船舶衝突의 裁判管轄에 관한 기본적인 개념은 영국과 같은 것으로 이해할 수 있다.196)

미국에서는 덴마크의 運送人이 雙方過失衝突約款에 관한 美國法의 적용을 피하기 위하여 積荷와 관련한 분쟁은 덴마크법원이 裁判管轄權을 갖는다고 규정한 船荷證券의 효력을 인정하지 아니한 判例,197) 미국의 海上物件運送法의 적용을 피하기 위하여 노르웨이의 裁判管轄을 규정한 것은 美國法에 위반된다는 判例,198) 다른 나라의 裁判管轄을 규정하고 있지만 미국의 海上物件運送法을 準據法으로 하는 것이 美國法에 위반되지 않는다는 判例 등이 있다.199)

미국은 海事法院으로서의 聯邦地方法院이 船舶衝突事件을 受訴한 경우

AMC 1, 15-16(1972).

<sup>&</sup>lt;sup>193)</sup> The Genesee Chief v. Fitzhugh, 53 U.S. 443(1851); Fretz v. Bull, 53 U.S. 466(1851).

 <sup>194)</sup> The Belgenland, U.S. 355(1885); Perusahaan Umum v. Tel Aviv, 711 F.2d
 1231 at p.1234; 1985 AMC 67 at pp.69-70(5 Cir. 1983); The Jerusalem, 13
 Fed. Cas. 559(No.7293)(C.C.D. Mass. 1814).

<sup>195)</sup> William Tetley, op.cit., p.786.

<sup>&</sup>lt;sup>196)</sup> Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, op.cit., p.374.

<sup>&</sup>lt;sup>197)</sup> Vendo Internatl. v. M/V Frances Hammer, 1974 AMC 924; [1975] 1 Lloyd's Law Report, p.305(S.D.N.Y. 1974).

<sup>&</sup>lt;sup>198)</sup> Indussa Corp. v. S.S. Ranborg, 377 F.2d 200, 1967 AMC 589; [1967] 2 Lloyd's Law Report, 101(2 Cir. 1967).

<sup>&</sup>lt;sup>199)</sup> North River Ins. v. Fed. Sea, 647 F.2d 985, 1982 AMC 2963(9 Cir. 1981);
Ampac Trading v. Ming Summer, 566 F. Supp. 104, 1984 AMC 351(W.D. Wash. 1963).

美國法을 準據法으로 한다. 그리고 美國法을 적용하지 않는 법원에 부적절한 法廷地의 法理를 적용하는 것을 거의 인정하지 않는 것이 Volkswagen of America Inc. 사건<sup>200)</sup> 이후 미국에서의 判例의 경향이다.

# (2) 領海內 衝突

#### 1) 自國領海內 衝突

海事法院으로서의 聯邦地方法院은 美國의 海事管轄內에서 발생한 모든 船舶衝突에 관한 管轄權을 가지지만 被告와 訴訟物에 대한 管轄權이 없는 경우에 管轄權 행사가 불가능한 것은 물론이다.201)

聯邦地方法院은 船舶衝突에 관한 管轄權을 가지지만 부적절한 法廷地의 法理에 의하여 그 管轄權의 행사를 어떠한 사정 하에서는 거절하거나 또는 조건에 따라 시행하거나 하는 선택의 자유를 가진다.202) 이 원칙은 美國人原告가 외국 당사자의 讓受人이거나 代位權者인 경우를 제외하고 이해당사자의 모두가 외국인일 때 적절하게 적용되는 것으로 생각되었지만,203) 原告가 美國人일 경우에도 법원이 이 원칙을 적용하는 경향이 증가하고 있는 것으로 보인다.204)

<sup>200)</sup> Volkswagen of America Inc. v. S.S. Silver Isle, 1966 AMC 925 at pp. 927-928(N.D. Oh. 1966): 이 사건은 미국 국적의 선박이 雙方過失로 인하여충돌한 것으로 이 경우 積荷의 소유자는 美國法에 의하면 양쪽 선박으로부터積荷에 발생한 모든 손해를 배상 받을 수 있다. 積載船의 소유자가 相對船의所有者에 대하여 자기 자신과 수탁 받은 積荷의 이익을 위하여 캐나다 법원에이미 船舶衝突에 관한 소송을 제기하였지만 미국 법원은 "비록 미국 법원이 캐나다 법원과 다른 법적 기준을 準據法으로 적용한다는 것을 가정할 수 있다고하더라도 이것이 法廷地를 결정하는 데 있어서 고려할 요소인 것은 아니다"라고 하여 캐나다 법원에서의 소송의 실제 당사자가 아닌 미국의 積荷利害關係人이 非積載船의 소유자에 대하여 제기한 소송의 진행을 포기하지 아니하였다(William Tetley, op.cit., p.789).

<sup>&</sup>lt;sup>201)</sup> Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, op.cit., p.369.

<sup>&</sup>lt;sup>202)</sup> Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, *ibid.*, p.374.

<sup>&</sup>lt;sup>203)</sup> The Tricolor, 1 F.Supp. 934, 1932 AMC 1256(S.D.N.Y. 1932).

# 2) 外國領海內 衝突

聯邦地方法院은 外國領海에서의 船舶衝突에 관하여서는 海事管轄權을 행사하지 아니한다.205)

#### (3) 公海上 衝突

# 1) 同一國籍船 간의 衝突

公海上에서의 同一國籍船舶間의 충돌의 경우 동일 旗國法에 의하면 된다는데 대하여는 다툼이 없으며 各國이 인정하고 있는 바이므로 聯邦地方法院이 이를 부인할 이유는 없는 것으로 보인다.

#### 2) 다른 國籍船 간의 衝突

미국은 自國籍 선박이 公海에서 外國船舶과 충돌한 경우에 國際裁判管轄을 가진다.

# 4. 일 본

#### (1) 一般原則

일본은 被告의 주소·사무소·영업소 또는 被告의 재산이 일본 국내에 있을 경우, 被告의 義務履行地가 일본 국내인 경우, 충돌손해가 발생한 후에 최초로 도착한 장소 또는 선박의 소재지가 일본인 경우에 裁判管轄을 가진다.

따라서 외국선박 사이의 충돌 또는 외국선박과 일본선박과의 충돌에 의한 손해배상의 訴에 관하여 충돌이 일본의 항만 내에서 발생한 경우와 피해선이 최초로 도착한 항이 일본인 경우(日本 民事訴訟法 第15條) 및 가해선이 일본항에 예컨대, 압류에 의하여 정박한 경우에(同法 第11條) 裁判管轄

<sup>&</sup>lt;sup>204)</sup> 654 F. 2d 147(2d Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 890(1980).

<sup>&</sup>lt;sup>205)</sup> Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, op.cit., pp.377-378.

# 을 가진다.206)

일본은 船舶衝突協約을 1914년 2월 2일 批准하였다. 그러나 商法의 규정과 協約을 並存하여 이 협약을 涉外的 법률관계에만 적용하도록 하고 있다. 船舶衝突에 관하여 商法의 규정과 協約의 규정을 병존하여 행하고 있는 상태이기 때문에 협약의 규정을 海商法分野에서는 비교적 경시하여 왔다.207) 그러나 선박충돌협약을 批准·公布한 일본에서 이 협약은 海商特別法으로서 인정된다.

### (2) 領海內 衝突

일본 선박 사이의 충돌과 일본 영해 내에서의 船舶衝突이 船舶衝突協約의 비당사국 외국선박 사이의 충돌인 경우에 受訴法院이 일본에 있으면 관할을 인정하고 일본 상법을 적용하며, 일본 선박과 船舶衝突協約의 당사국인 외국선박과의 충돌 및 船舶衝突協約의 당사국인 외국선박 사이의 충돌에는 船舶衝突協約을 적용한다. 208) 일본 영해 내에서 선박충돌협약의 비당사국인외국선박 사이의 충돌인 경우에 受訴法院이 일본법원이면 관할을 인정하고일본 상법을 準據法으로 적용한다.

# (3) 公海上 衝突

# 1) 同一國籍船 간의 衝突

公海상에서의 同一 國籍船舶 간의 충돌의 경우 동일 旗國法에 의하면 된다는데 대하여는 다툼이 없으며 各國이 인정하고 있으므로 일본도 이를 부인할 이유는 없는 것으로 보인다.

<sup>&</sup>lt;sup>206)</sup> 小町谷操三,"海事條約の研究",「海商法研究」 第7卷,成山堂書店,1984,264 面

<sup>207)</sup> 田中誠二, 海商法詳論, 勁草書房, 1985, 506面.

<sup>208)</sup> 西島彌太郎, 新版 海商法, 海文堂, 1976, 165-166面.

### 2) 다른 國籍船 간의 衝突

日本에 있어서 서로 國籍이 다른 선박이 公海에서 충돌한 경우에 이 衝突損害의 賠償請求에 관한 모든 사항은 어느 나라의 관할과 법률에 의하여 규율되어야 하는가에 대한 成文規定이 없고 解釋에 위임되어 있다. 이 경우의 準據法에 관하여서도 法廷地法說, 不法行為地法說, 旗國法說 등이 주장되고 있는데 소수설로서 被害船舶의 旗國法說, 加害船의 旗國法說, 法廷地法說 등이 주장되고 있으며,209) 加害船旗國法과 被害船旗國法을 중복적으로 적용하는 雙方旗國法累積適用主義가 日本의 通說인 것으로 되어 있다.210) 그러나 船舶衝突協約이 적용되는 한에 있어서는 이와 같은 準據法 결정의 곤란은 부분적으로 제거되어 있다고 한다.211)

#### 5. 우리나라

우리나라는 외국적 요소가 있는 법률관계의 國際裁判管轄에 관한 원칙과 準據法을 정함을 목적으로 제정된 國際私法 제9장 海商篇 제61조에 船舶衝突에 관한 규정을 두고 있다. 國際私法은 중전의 涉外私法을 2001년 4월 7일 全文 改正한 것으로 동년 7월 1일 發效하였다. 國際私法에서는 船舶衝突에 관하여 領海에서 발생한 경우와 公海에서 발생한 경우로 나누어 규정하고 있다.

#### (1) 領海內 衝突

#### 1) 自國領海內 衝突

國際私法은 제61조 제1항에서 "개항·하천 또는 領海에서의 船舶衝突

<sup>209)</sup> 奥田安弘, 前揭書, 95面.

<sup>210)</sup> 山戶嘉一, 前揭書, 333面; 三浦正人, 前揭書, 230面.

<sup>211)</sup> 公海上에서의 리베리아선박과 日本船舶의 衝突에 관하여 原告가 日本 승조원의 遺族인 日本人이며,被告가 리베리아선박의 定期傭船者인 日本法人이기 때문에 日本法이 適用된다고 判斷하였다(東京地判,1974年 6月 17日 判例時報 748號 77面). 그러나 訴訟當事者 쌍방의 本國法으로서 日本法을 적용하는 것은 어느 學說에 의하여서도 支持되지 않고 있다(奧田安弘,前揭書,95面 參照).

에 관한 책임은 그 衝突地法에 의한다"라고 규정하고 있다. 여기에서 영해 란 우리나라 영해로 한정되지 않는 것으로 본다. 그러므로 沿岸國의 영해에 서 발생한 선박충돌의 경우 그 沿岸國이 裁判管轄을 가지며 準據法도 사실 발생지인 沿岸國法이 된다. 國際私法이 不法行爲를 不法行爲地에 의하게 한 것은 不法行爲地의 公益保護라는 정신에서 나온 것이라고 한다. 따라서 우리 나라 영해 내에서 발생한 선박충돌의 경우 우리나라의 법원이 裁判管轄權을 행사하는 것은 당연하다. 그러나 우리나라 영해 내에서의 충돌이라고 하더라 도 동일한 국가 소속의 외국선박 간의 충돌에 있어서 충돌당사자간의 民事 責任에 관한 私法的인 紛爭에까지 우리나라의 법원이 裁判管轄權을 행사하 는 것은 문제가 있다고 생각한다.

#### 2) 外國領海內 衝突

國際私法 제61조 제1항이 "개항·하천 또는 영해에서의 船舶衝突에 관한 책임은 그 衝突地法에 의한다"라고 규정하고 있으며 여기에서 영해란 우리나라 영해로 한정되지 않는 것으로 본다고 하였으므로 외국영해 내에서 발생한 선박충돌의 경우에 그 沿岸國이 裁判管轄을 가지며 準據法도 사실 발생지인 沿岸國法이 된다.

이와 같이 領海에 있어서의 船舶衝突은 衝突船舶의 국적 여하를 묻지 않고 不法行為에 관한 國際私法上의 一般原則인 行為地法에 의해서 事實發生地法인 領海所屬國法이 準據法이 된다.

그러나 領海에서의 同一國籍船舶 사이의 충돌에 관해서는 그 共通旗國法에 의하여야 한다는 견해에 대하여 內國領海와 外國領海를 구별할 필요는 없는 것으로 본다는 견해가 있다.212) 外國領海 내에서 대한민국 선박 사이의 충돌인 경우에 그 손해배상을 둘러싼 문제에 있어서 우리나라의 管轄 및準據法이 인정되지 않는다면 선박소유자의 경제적·시간적 부담을 가중시킬우려가 높다. 예컨대, 이 경우에 손해배상의 訴訟을 당사자 사이의 合意에의하여 우리나라 법원에 제기한 경우 그 裁判管轄이 否認되고 또한 事實發

<sup>&</sup>lt;sup>212)</sup> 黃山德·金容漢, 新國際私法, 東亞出版社, 1987, 356面.

生地의 외국법이 적용되어야 한다면 이는 당사자 사이에 불편을 초래하게 된다.

따라서 衝突船舶의 國籍 여하를 묻지 않고 衝突事實發生地인 領海所屬國의 裁判管轄과 法을 적용하는 것은 國籍이 다른 선박 사이의 충돌인 경우에는 원칙적으로 문제가 없지만 同一國籍船舶인 경우에도 일률적으로 적용하는 것에는 문제가 있다.

# (2) 公海上 衝突

# 1) 同一國籍船 간의 衝突

公海에서의 船舶衝突에 관한 책임은 각 船舶이 동일한 船籍國에 속하는 때에는 그 船籍國法에 의하고 각 船舶이 船籍國을 달리할 때에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다(국제사법 제61조 제2항).

公海에 있어서의 船舶衝突에 관해서는 衝突船舶이 동일 국적을 가지는 경우에는 그 공통 船籍國에서 裁判管轄을 가지고 그 공통 船籍國法을 적용하는 것은 당연한 것으로 본다.213)

### 2) 다른 國籍船 간의 衝突

國際私法 제61조 제2항에서 公海에서의 船舶衝突의 경우 각 선박이 船籍國을 달리할 때에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다고 규정하고 있다. 船籍國을 달리할 때에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다는 말에는 準據法 뿐만아니라 裁判管轄도 포함한 것으로 본다.

國籍이 다른 선박 사이의 충돌에 관하여 加害船旗國法主義를 채용하고 있는 것은 立法論上으로 의문이 있다.214) 그 근거로는 一方過失에 의한 충돌인 경우 어느 선박이 加害船인가의 여부를 어느 정도 밝힐 수 있겠지만 雙方過失로 인하여 충돌이 발생한 경우 주된 過失 선박을 판정하기가 어렵

<sup>&</sup>lt;sup>213)</sup> 黃山德·金容漢, 上揭書, 357面.

<sup>&</sup>lt;sup>214)</sup> 黄山德·金容漢, 上揭書, 357面.

다.215) 특히, 衝突船舶의 過失이 동일한 경우에는 어느 선박이 加害船인지여부의 판단이 불가능하게 된다는 것을 들고 있다.216) 船舶衝突은 過失의 판정이 매우 어려운 특성을 가지고 있으며 또한 加害船이 어느 선박인지는 裁判進行 중 事實審 審理過程을 거쳐 밝혀야 할 사항이나 그 이전에 어떻게 먼저 결정하여 裁判管轄 여부를 판단할 수 있는지가 의문스럽다.

한편, 裁判拒絶에 따른 문제가 제기될 수 있는데 우리나라에 管轄權이 없다는 이유로 訴를 却下하였을 경우에 다른 나라에서 이를 受理한다는 보장도 없다. 이 경우에 被害者는 管轄法院을 찾기 위하여 많은 시간을 소요하게 됨으로써 時效가 만료되어 손해의 배상을 받지 못하는 경우도 발생할 수있다.217) 따라서 公海에서의 國籍이 서로 다른 船舶衝突인 경우에 加害船旗國法에 의하도록 한정시킬 이유가 없다고 본다.

# 第5節小結

不法行爲에 의한 船舶衝突에 관한 裁判管轄을 결정하는데 있어서는 대 체적으로 衝突이 領海에서 발생한 경우와 公海에서 발생한 경우로 구별한다.

앞서 제3장에서 國際裁判管轄에 관한 比較法的 檢討를 통하여 不法行為에 대한 關聯國際協約 및 미국, 우리나라의 國際裁判管轄의 認定基準을 살펴본 바 있다. 이에 의하면 브뤼셀·루가노협약, 헤이그신협약 및 미국과 우리나라 모두 대체적으로 不法行為地 國家의 裁判管轄을 긍정하고 있는 입장이다. 이를 船舶衝突의 경우에 있어서 裁判管轄의 決定에 적용하여 볼 때 領海內에서의 충돌의 경우 不法行為地인 船舶衝突地 沿岸國의 裁判管轄이 원칙적으로 인정되는 것은 당연하다고 할 것이다. 그러나 領海 내에서의 同一國籍船 간의 충돌의 경우와 國際法上 어느 국가에도 속하지 않아 沿岸國이 존

<sup>215)</sup> 朴容燮, 前揭書, 65面.

<sup>&</sup>lt;sup>216)</sup> 柳祿相, "船舶衝突에 있어서의 法律上의 問題點", 「韓國海運學會誌」, 第6號, 1988, 65面.

<sup>217)</sup> 石黑一憲, 前揭書, 272面.

재하지 않는 公海上의 충돌의 경우에 대한 문제는 남아 있다.

#### 1. 領海內 衝突

#### (1) 自國領海內 衝突

船舶衝突이 어느 나라의 港灣 및 內水를 포함한 領海에서 발생한 경우에는 不法行為地法과 衝突地의 法은 같은 것으로 된다. 그 충돌지 내지는 불법행위지의 法院이 裁判管轄權을 가지는 것은 증거수집의 편의, 피해자의 보호, 不法行為地國의 公序와 관련한 관점 등으로 인하여 국제적으로 널리 인정되어 온 원칙으로 관련 國際協約 및 各國이 모두 인정하는 바이며 학설상異見도 없는 것으로 보인다. 이 경우 不法行為地에는 加害行為地 뿐만이 아니라 損害發生地도 포함되지만 이차적·파생적으로 발생한 경제적인 손해의 발생지까지는 포함되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 그러나 우리나라 영해내에서의 충돌이라고 하더라도 동일한 국가 소속의 외국선박 간의 충돌에 있어서 충돌당사자 간의 民事責任에 관한 私法的인 紛爭에까지 우리나라의법원이 裁判管轄權을 행사하는 것은 문제가 있다고 생각한다. 衝突船舶의 國籍이 같은 경우에는 당사자간의 소송경제적인 측면을 고려하여 公海上 衝突의 경우와 마찬가지로 共通旗國의 裁判管轄과 法을 인정할 수 있다고 하여야 할 것이다.

#### (2) 外國領海內 衝突

領海에 있어서의 船舶衝突은 衝突船舶의 국적 여하를 묻지 않고 不法行 爲에 관한 國際私法上의 一般原則인 行爲地法에 의해서 事實發生地法인 領 海所屬國, 즉 沿岸國의 裁判管轄과 法이 일반적으로 인정된다.

그러나 外國領海內에서의 同一國籍船舶 간의 충돌에 관해서는 그 共通 旗國法에 의하여야 한다는 견해가 있음을 살펴보았다. 外國領海內에서 한국 선박 사이의 충돌인 경우에 그 손해배상을 둘러싼 문제에 있어서 우리나라 의 管轄 및 準據法이 인정되지 않는다면 船舶所有者의 경제적·시간적 부담 을 가중시킬 우려가 높다. 예컨대, 이 경우 손해배상의 소송을 당사자 사이의 合意에 의하여 우리나라 법원에 제기한 경우에 그 裁判管轄이 否認되고 또한 事實發生地의 外國法이 적용되어야 한다면 이는 당사자 사이에 불편을 초래하게 된다.

따라서 衝突船舶의 國籍 여하를 묻지 않고 衝突事實發生地인 領海所屬國의 裁判管轄과 法을 적용하는 것은 國籍이 다른 선박 사이의 충돌인 경우에는 원칙적으로 문제가 없지만 同一國籍船舶인 경우에도 일률적으로 적용함에는 문제가 있다고 생각한다. 그러므로 外國領海 내에서의 船舶衝突의 경우에 沿岸國의 裁判管轄과 準據法 적용을 原則으로 하되, 衝突船舶의 國籍이같은 경우에는 公海上 衝突의 경우와 마찬가지로 共通旗國의 裁判管轄과 法을 인정할 수 있다고 하여야 할 것이다. 이는 不法行爲의 準據法에 관한 國際私法 제32조 제2항의 "不法行爲가 행하여진 당시 동일한 국가 안에 加害者와 被害者의 常居所가 있는 경우에는 제1항의 규정(불법행위지)에 불구하고 그 국가의 법에 의한다"는 규정의 취지와도 부합한다고 할 것이다.

이와 관련하여 이것은 主權相互尊重의 原則에 반하고 일반적으로 不法 行爲에 대하여 순수한 屬地法을 적용하는 이유를 무시한 점 및 오늘날의 선 박충돌이 충돌선박에게만 국한되지 아니하고 사고해역 주변에 유류오염손해 를 야기하는 등 沿岸國의 管轄權이 직접적으로 미칠 수 있다고 하여 비판이 있을 수도 있다. 그러나 同一國籍船 간의 外國領海 내의 충돌사고에 대하여 訴訟經濟的인 측면 및 公海上에서의 충돌사고로 인한 유류오염 등도 주변 沿岸國에 영향을 미칠 수 있는 점 등을 고려할 때 共通旗國의 裁判管轄과 法 을 인정하여도 무리가 없을 것으로 생각한다.

# 2. 公海上 衝突

## (1) 同一國籍船 간의 衝突

公海에서의 船舶衝突인 경우에도 두 船舶이 國籍이 같은 경우에는 동일 旗國法에 의하면 되므로 이에 관한 다툼은 없으며 각국이 인정하고 있는 바이다. 우리나라 國際私法 제61조 제2항에서도 이를 인정한다.

# (2) 다른 國籍船 간의 衝突

문제는 公海에서의 國籍이 다른 선박 사이의 충돌의 경우인데 國際私法 제61조 제2항에서 加害船旗國法主義를 채용하고 있는 것은 의문이 있다. 一方過失에 의한 충돌인 경우에 어느 선박이 加害船인가의 여부를 어느 정도 밝힐 수 있다. 그러나 雙方過失로 인하여 충돌이 발생한 경우에 주된 過失 선박을 판정하기가 어렵다. 특히 衝突船舶의 過失이 동일한 경우에는 어느 선박을 加害船으로 볼 것인가의 문제가 있다. 그리고 대부분의 경우 船舶衝突은 過失의 판정이 매우 어려운 특성을 가지고 있으며,218) 또한 加害船이어느 선박인지는 재판진행 중事實審 審理過程을 거쳐 밝혀지므로 그 이전에 어떻게 먼저 加害船을 결정하여 裁判管轄 여부를 판단할 수 있는지가 의문스럽다.

한편, 裁判拒絶에 따른 문제가 제기될 수 있는데 우리나라에 管轄權이 없다는 이유로 訴를 却下하였을 경우에 다른 나라에서 이를 受理한다는 보 장도 없다.

또한 이미 앞에서 不法行爲와 관련한 國際裁判管轄의 결정에 있어 國際協約 및 各國의 입장은 대체적으로 不法行爲地法을 승인하면서 被害者인 原告의 選擇權 및 自國民의 利益을 중시하고 있는 것으로 보았으므로 公海에서의 다른 國籍船 간의 충돌에 대하여 加害船旗國法主義를 취하고 있는 우리나라의 國際私法 규정은 문제가 있는 것으로 보인다.

따라서 公海에서의 國籍이 서로 다른 船舶衝突의 경우에 加害船旗國法에 의하도록 한정시킬 이유가 없다. 公海上에서의 우리나라 선박이 관련된 충돌에 관하여는 모든 경우에 裁判管轄을 인정하도록 하여야 할 것이다.

이와 관련하여 國際私法 제2조의 國際裁判管轄에 관한 규정에 "당사자 또는 분쟁이 된 事案이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 國際裁判管

<sup>&</sup>lt;sup>218)</sup> 黃山德·金容漢, 前揭書, 357面; 柳祿相, 前揭論文, 65面; 池相源, 前揭論文, 140 面.

轄權을 가진다"라고 하고 있으므로 公海上에서 발생한 다른 國籍船舶 간의 충돌에 있어서 어느 일방이 우리나라 선박이라면 충분히 裁判管轄權이 있다라고 해석할 수도 있다. 그러나 國際私法 제61조에서 船舶衝突에 대하여 별도의 규정을 두고 있는 점에 비추어 관련 조항의 수정을 통하여 立法論的으로 解決하는 것이 바람직하다고 생각한다.

한편, 충돌당사자인 양 선박 외에 충돌선박 내에 있던 물건 혹은 사람 등의 제3자의 피해에 관한 국제재판관할 문제 또한 충돌당사자간의 국제재판관할의 결정원칙을 援用하면 될 것이다. 즉, 被害者와 加害者(加害船)가 동일 국가에 속할 경우에는 충돌장소가 영해이던 공해이던 그 동일 국가의 재판관할에 따르면 될 것이다. 被害者와 加害者(加害船)가 동일 국가에 속하지않을 경우에는 영해에서의 충돌은 不法行爲地인 그 沿岸國의 재판관할에 따르면 될 것이며 공해에서의 충돌은 被告인 加害者(加害船) 소속국의 재판관할에 따르면 될 것이며 공해에서의 충돌은 被告인 加害者(加害船) 소속국의 재판관할에 따르면 될 것이다. 물론 공해상의 충돌의 경우에 우리나라의 선박이 관련된 경우에는 우리나라의 재판관할이 인정되어야 할 것이다. 이는 不法行爲에 관한 國際裁判管轄決定의 一般原則 및 국제적 경향인 自國民 保護의 견지에서 볼 때 타당하다고 생각한다.

#### 3. 立法論的 提言

앞에서의 검토 내용에 따라 國際私法 제61조를 다음과 같이 개정하여야 한다고 본다.

#### "제61조(선박충돌)

- ① 개항·하천 또는 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 그 충돌지의 관할과 법에 의한다. 다만 동일한 선적국에 속하는 선박의 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 그 선적국의 관할과 법에 의한다.
- ② 공해에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일한 선적국에 속하는 때에는 그 선적국의 관할과 법에 의한다. 우리나라의 선박이 관련된 경우에는 우리나라의 관할과 법에 의하고 그 외 각 선박이 선적국을 달리하는 때에는 가해선박의 선적국의 관할과 법에 의한다."

# 第 5 章 船荷證券上의 國際裁判管轄

# 第 1 節 問題의 提起

國際去來(international business transaction)에서도 國內去來에서와 마찬가지로 많은 紛爭이 발생하는데 이 경우에 분쟁당사자의 최대관심사는 먼저 어느 국가의 법원에서 분쟁을 처리할 것인가이다. 국제거래에 관한 분쟁은 당사자간의 合意에 의하여 해결하는 것이 통상적이지만 合意에 의한 처리가 불가능할 경우에는 법적인 수단에 의한 해결을 모색하게 된다.

특히 국제해상물건운송에 있어서 사용되는 화주와 운송인 간의 계약내용을 담은 船荷證券은 運送契約의 당사자 이외의 제3자에게 유통되는 流通性을 그 본질로 한다. 따라서 船荷證券의 引渡에 따른 해당 운송물의 인도에관한 送荷人과 船荷證券所持人間의 선하증권의 物權的 效力의 문제와 운송물의 引渡請求權과 관련한 船荷證券所持人과 海上運送人間의 선하증권의 債權的 效力의 문제가 발생한다. 이에 船荷證券의 物權的 效力과 債權的 效力에 대한 裁判管轄의 결정에 대하여 살펴본다.

한편 船荷證券에는 일반적으로 당해 선하증권 내지는 그 기초가 되는 運 送契約에 관해서 분쟁이 생긴 경우에 적용되어야 할 準據法을 지정하는 約 款과 함께 그러한 분쟁의 해결을 구해야 할 法院의 管轄을 정하는 約款이 삽 입되어 있는데 이러한 船荷證券上의 準據法과 管轄合意에 관한 約款이 유효 한 것으로 인정될지 여부가 문제된다. 國際裁判管轄의 合意에 관한 별도의 직접적인 규정이 없는 우리나라에서는 외국법원에서의 專屬的 管轄合意도 그 사건이 우리나라의 專屬管轄에 속하지 아니하고 지정된 나라에서 同 合 意를 인정하여 裁判權을 행사할 수 있다는 전제 하에서 그 효력을 인정하고 있는 바, 이와 관련한 各國의 判例를 比較法的으로 검토하여 그 일반적인 원칙을 정립하고자 한다.

# 第 2 節 船荷證券의 物權的 效力과 裁判管轄

#### 1. 物權的 效力의 意義

船荷證券에 의하여 운송물을 수령할 수 있는 자(선하증권의 적법한 所持人)에게 선하증권을 교부한 때에는 그 교부는 운송물 위에 행사하는 권리 (所有權·質權)의 취득에 관하여 運送物을 引渡한 것과 동일한 效力을 갖는다(상법 제820조, 제133조;引渡證券性).219) 이와 같은 물권적 효력으로인하여 선하증권이 발행된 경우에는 운송물에 관한 처분 즉,운송물의 讓渡·入質 등은 船荷證券으로 하여야 한다(處分證券性).220) 선하증권에 물권적 효력이 인정되므로 송하인은 운송인의 直接占有 하에 있는 운송물을 賣買나 擔保의 설정에 용이하게 활용할 수 있는 것이다.

#### 2. 物權的 效力의 理論的 根據

船荷證券의 교부가 운송물의 인도와 동일한 효력이 인정되는 이론적 근 거를 설명하기 위하여 종래에는 絶對說과 相對說로 학설이 대립되어 왔으며 相對說은 다시 嚴正相對說과 代表說로 나뉘어져 있다.

<sup>219)</sup> 운송물의 처분은 선하증권으로 해야 하며 선하증권을 양도한 때에는 운송물을 인도한 것과 동일한 물권적 효력이 발생하므로 운송물의 권리를 양수한 수하인 또는 그 이후의 자는 선하증권을 양수함으로써 그 채권적 효력으로 운송계약상 의 권리를 취득하고 동시에 그 물권적 효력으로 운송물의 점유를 인도받은 것 이 되어 운송물의 소유권을 취득한다(대법원 1998.9.4선고 96다6240판결 및 대 법원 1997.7.25선고 97다19656판결).

<sup>&</sup>lt;sup>220)</sup> 梁承圭, 判例教材 保險法·海商法, 法文社, 1982, 655面; 李榮郁, 海商法, 同和文化社, 1973, 305面.

## (1) 絶對說

絶對說(the absolute theory)은 船荷證券의 인도는 운송인의 운송물에 대한 占有와는 관계없이 증권의 移轉만으로 운송물의 점유를 이전시키는 효력이 있다는 견해이다. 이것은 민법상 占有權의 讓渡는 占有物의 引渡로써 그 효력이 있다는 占有移轉의 규정<sup>221)</sup>에 대한 예외로서 商法이 인정한 독특한 占有移轉原因이라고 설명한다. 이 설에 의하면 선하증권의 취득을 운송물의 絶對的 占有取得의 원인으로 보기 때문에 증권의 취득자에게 운송물의 점유취득을 인정한다.<sup>222)</sup>

이 설을 주장하는 자는 善意로 증권을 취득하려는 자가 운송인의 운송물점유 여부를 일일이 점검하는 것은 사실상 어려울 뿐만 아니라, 만약 그렇게된다면 운송인이 운송물을 수령 또는 선적한 후에 발행한 船荷證券의 본래의 流通性 및 機能을 상실하기 때문에 운송인의 운송물 占有와 무관하게 선하증권의 인도가 곧 운송물의 間接占有讓渡로 봄이 타당하다고 한다.223)

絶對說은 증권소지인의 지위를 강화하고 증권의 유통성을 보호하기 위하여 주장되지만 空船荷證券이 발행된 경우나 운송물이 멸실되거나 제3자에의하여 善意取得된 경우에는 결국 證券讓受人의 물권적 구제는 불가능하게되어 물권적 효력이 부정되므로 유통성 보호에 한계가 있다.

# (2) 嚴正相對說

嚴正相對說(strong relative theory)에 의하면 운송물의 直接占有는 운송인이 보유하고 있으므로 운송물의 間接占有만이 증권의 인도에 의하여 이전한다고 하고 상법 제133조의 규정은 目的物返還請求權의 양도에 의한 間

<sup>221)</sup> 民法 제190조(목적물반환청구권의 양도) 제3자가 점유하고 있는 동산에 관한 물권을 양도하는 경우에는 양도인이 그 제3자에 대한 반환청구권을 양수인에게 양도함으로써 동산을 인도한 것으로 본다.

<sup>222)</sup> 嚴潤大, 船荷證券論, 신대종, 2002, 314面.

<sup>223)</sup> 嚴潤大, 上揭書, 315面.

接占有의 이전을 규정한 민법 제190조와 다른 특별규정이 아니라 그것의 한 예시에 불과하다고 본다. 그러므로 間接占有를 이전하는 데는 증권의 인도 이후에 따로 指示에 의한 占有移轉節次(舊民法 제184조: 현행 민법 제190조와 제450조의 결합)를 밟아야 한다고 한다.

嚴正相對說에 의하면 증권에 의한 簡易讓渡를 부정하게 되므로 상법 제 133조를 死文化시킬 뿐 아니라 선하증권의 유통성을 크게 저해하므로 타당 하지 못하다. 오늘날에는 이 학설을 취하는 사람은 없다.<sup>224)</sup>

## (3) 代表說

代表說(representation theory)은 相對說의 일종으로서 선하증권은 운송물을 대표하는 것이므로 증권의 인도는 곧 운송물의 間接占有를 이전하는 것이라고 한다. 이 설에 의하면 운송물의 도난 등으로 운송인이 일시적으로 운송물의 점유를 상실한 경우에는 운송인이 운송물을 현실적으로 점유하고 있지 않기 때문에 증권을 인도하여도 물권적 효력이 생기지 않는다고 볼 수 있는 문제점이 있다고 한다. 그러나 이러한 경우에도 운송인에게 占有回復請求權이 인정되는 한, 증권의 소지로 운송물의 間接占有를 대표하는 물권적 효력은 인정할 수 있다고 한다. 현재 우리나라의 通說이다.225)

생각건대 運送物返還請求權을 나타내는 것이 선하증권이므로 증권 없이는 그 처분도 반환 청구도 할 수 없다면 선하증권의 인도를 곧 운송물의 인도로 擬制할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 擬制를 인정한다면 운송물을 대표한다고 보아도 될 것으로 생각한다. 따라서 代表說이 타당하다고 보는데이는 目的物返還請求權의 讓渡를 動産의 引渡로 擬制하는 민법 제190조에서 그 법적 근거를 찾을 수 있다.

# 3. 運送物의 處分과 物權的 效力의 限界

船荷證券所持人은 증권에 의하여 운송물을 처분하더라도 운송물매매당

<sup>224)</sup> 鄭暎錫, 船荷證券論, 海印出版社, 2003, 220面.

<sup>225)</sup> 嚴潤大, 前揭書, 315面.

사자간에 특약 또는 관습이 없는 한 賣渡人의 給付義務가 완전히 면제되지 아니한다. 왜냐하면 선하증권의 물권적 효력은 선하증권을 취득함으로써 운송물 위에 행사하는 권리를 취득하고 또 이것을 제3자에게 對抗할 수 있다는 것뿐이지 아직 현실적으로 운송물이 인도된 것이 아니므로 종국적으로 證券所持人이 운송물의 인도를 받게 될지는 불확실한 것이기 때문이다.

운송물 위에 행사하는 권리는 證券授受者 간의 계약내용에 따라서 결정될 것이므로 所有權 이외에 質權·留置權 등일 수도 있다.

선하증권이 발행된 경우에는 운송물의 물권적 처분(상법 제132조)과 운송인에 대한 처분권행사(상법 제139조)는 선하증권에 의해서만 할 수 있다. 그러나 운송물이 실제로 처분되어 讓受人이 動産의 善意取得要件을 구비하였다면 선하증권의 물권적 효력이 그 운송물 자체의 善意取得에는 영향을 미치지 못한다. 왜냐하면 증권의 유통질서보다는 실제로 물건 자체의 유통질서가 우선적으로 보호되어야 하기 때문이다.<sup>226)</sup>

## 4. 物權的 效力과 裁判管轄

船荷證券의 물권적 효력은 통상 "이동중의 물건"의 物權變動의 문제로 논의된다. 이동 중에 있는 물건에 관하여 所有權의 移轉 또는 質權 기타擔保權의 설정과 같은 처분이 이루어진 경우에 어느 곳의 법률에 의하여야할 것인지 문제가 된다. 이동 중에 있는 물건의 경우에 물건의 소재지가 밀접한 連結點이라고 하기 어렵고 所在地法主義를 관철할 경우에 연결점이 계속 변경되어 法的安定性이 저해되므로 운송수단의 경우와 마찬가지로 物權의 得失變更을 하나의 고정된 장소에 연결할 필요가 있다. 이에 따라 國際私法은 제22조에 이동 중의 물건에 관한 物權의 득실 변경은 그 目的地法에의하도록 규정하고 있다. 227) 그러나 海上物件運送에 주로 사용되는 船荷證

<sup>226)</sup> 鄭暎錫, 前揭 船荷證券論, 222面.

<sup>227)</sup> 이동중인 또는 운송중인 물건에 대한 처분은 목적물의 이동 또는 운송의 종료 와 더불어 현실적인 효과를 발생하므로 그와 관련하여 물건이 향하고 있는 목 적지가 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 판단되어 이동중의 물건에 관한 物權 의 得失變更에 대하여 目的地法에 의하도록 하였으며, 목적물이 여러 장소를

券과 같은 물건에 관한 권리를 표창하는 증권이 발행된 경우에 있어서는 명 문의 규정을 두지 않고 있다.<sup>228)</sup>

이동중의 물건의 처분에 관하여는 우선 선하증권이 발행되지 않은 경우를 검토하고 그와 대비하여 선하증권이 발행된 경우를 논의하는 것이 일반적이다. 物件의 物權法的인 문제는 物件所在地의 法에 의하는 것이 國際私法의 原則이나 이동중의 물건의 경우 처분행위 시의 목적물의 소재지는 알 수없거나 알 수 있더라도 우연적인 의미를 가지는데 불과하기 때문에 이 원칙을 적용할 수 없다는 점에서 문제가 있다.

船荷證券이 발행되지 않은 海上運送에 있어서 이동중의 물건에 대한 物權變動은 目的地國法에 따른다는 견해가 유력한데 이 경우에는 운송물이 船積港을 출발함으로써 운송물과 선적항과의 관계가 일단 단절되었다고 보고 목적지는 운송물의 장래의 소재지로서 해당 物權關係와 가장 밀접한 관련을 가지기 때문이라고 할 수 있다.<sup>229)</sup> 이는 國際私法 제22조에서 "이동중의물건에 관한 物權의 得失變更은 그 目的地法에 의한다"라고 규정한 취지이기도 하다.

船荷證券이 발행되고 이에 의하여 이동중의 물건이 처분되는 경우에 종 래 일본에서는 證券所在地法<sup>230)</sup> 또는 目的地國法<sup>231)</sup>에 의할 것이라는 견해 등이 있다.

證券所在地法에 의한다는 견해는 당해 선하증권이 無記名證券인가의 여부에 관계없이 證券所在地法에 의한다고 보는 것이다. 반면에 目的地法에 의한다는 견해는 船荷證券의 경우에 물건에 대한 처분이 증권에 의해 이루어지더라도 물건 자체를 화체하는 것이 아니라 物件에 대한 返還請求權만을

경유하는 경우에는 최종 목적지의 법을 기준으로 판단하여야 할 것이다(法務部,國際私法解說, 2001, 81面).

<sup>228)</sup> 이에 대해서는 개정 논의과정에서 명문의 규정을 두는 것을 검토하였으나 논란이 있어 결국 규정을 두지 않기로 하였다(法務部, 上揭書, 82面).

<sup>229)</sup> 金鎭權, 前揭論文, 72面.

<sup>230)</sup> 山田鐐一, 國際私法, 有斐閣, 1992, 279面.

<sup>&</sup>lt;sup>231)</sup> 平塚眞, "船荷證券",「渉外判例百選(第三版)」ジュリスト(別冊), 第133號, 1995. 5, 82面.

화체하므로 물건에 대한 처분은 물건의 處分에 관한 合意와 그에 추가하여 占有의 移轉手段으로써 船荷證券을 교부하는 것이라 한다.

선하증권이 발행된 경우에도 예외적으로 선하증권에 의하지 아니하고 운송물이 처분될 수 있고 목적지와 운송물의 밀접한 관계를 고려한다면 目 的地國法에 의하는 것이 적절하다는 견해가 일본의 多數說이다.<sup>232)</sup> 이에 대 하여 증권소재지법에 의하면 증권의 讓受人이 목적지법을 확인하는 것이 반 드시 쉽지는 않으며 目的地는 중도에 변경될 수 있으므로 적절하지 않다는 비판이 있다.<sup>233)</sup>

여기서 살펴보면, 운송물이 실제로 처분되어 讓受人이 動産의 善意取得要件을 구비하였다면 船荷證券의 물권적 효력이 그 운송물 자체의 善意取得에는 영향을 미치지 못한다는 등의 한계는 있다. 그러나, ① 運送物返還請求權을 나타내는 것이 선하증권이므로 증권 없이는 그 처분도 반환 청구도 할수 없다면 船荷證券의 引渡를 곧 운송물의 引渡로 擬制할 수 있을 것이므로 선하증권이 운송물을 代表한다고 보아도 되는 점, ② 선하증권이 발행된 경우에는 운송물의 物權的處分(상법 제132조)과 운송인에 대한 處分權行使(상법 제139조)는 선하증권에 의해서만 할수 있는 점, ③ 선하증권 본래의목적이 運送契約의 당사자 이외의 제3자에게 流通하는 것에 있다는 점, ④ 선하증권의 提示 및 相換證券性에 의하면 결국 운송물의 目的地와 선하증권의 所在地는 일반적으로 일치하게 되는 점, ⑤ 目的地 변경의 경우는 선하증권의 발행 전체 통수와의 상환을 필요로 하므로(상법 제817조) 선하증권의중요성이 더욱 강조되는 점 등을 종합적으로 고려할 때 船荷證券의 物權的效力과 관련한 裁判管轄과 準據法의 문제는 證券所在地 국가의 裁判管轄과法을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다.

<sup>232)</sup> 櫻田嘉章, "物權準據法の適用範圍",「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木 敬郎・秌場準一 編,有斐閣,1994,115面;池原季雄・高桑昭道・垣內正人,"わが 國における海事國際私法の現況",「海法會誌復刊」第30號,1986,37面.

<sup>233)</sup> 折茂豊, 新版 國際私法(各論), 有斐閣, 1972, 92面; 山田鐐一, 前掲書, 279面.

# 第 3 節 船荷證券의 債權的 效力과 裁判管轄

#### 1. 債權的 效力의 意義

海上運送契約이 체결되면 계약당사자인 운송인과 송하인 사이에는 운송계약의 내용에 따라 運送債務의 履行을 청구할 수 있다. 즉 송하인은 목적지까지의 운송의 청구, 운송의 중지 또는 返送 기타 운송물을 처분할 것을 청구할 수 있다(상법 제812조, 제139조 제1항). 선하증권이 발행된 경우에는 運送債權의 내용이 선하증권에 文言으로 기재되고 송하인으로부터 선하증권을 취득한 자는 선하증권 문언상의 운송채권에 대한 송하인의 권리를 양도받게 된다.234) 그러므로 선하증권의 소지인은 선하증권을 소지한 후에는 運送契約의 履行請求權이나 損害賠償請求權을 가지게 되는데 이를 채권적 효력이라고 한다.235)

선하증권은 流通을 목적으로 발행되기 때문에 운송계약의 당사자가 아닌 受荷人 또는 제3자에게 양도된다. 이때 受荷人 또는 제3자는 선하증권에 기재되지 아니한 운송계약의 내용은 알지 못하기 때문에 선하증권의 채권적 효력을 인정하는 것이다. 즉 선하증권의 유통성을 강화하기 위하여 채권적 효력을 인정하는 것이다.

그러므로 운송인은 船荷證券에 다른 약정이 없는 한 운송계약을 근거로 운송물에 대한 선하증권 소지인의 권리를 축소·변경시킬 수 없다.<sup>236)</sup> 만약 운송인과 선하증권 소지인 사이에 선하증권에 명시된 대로 權利義務가 형성 되지 않으면 선하증권의 법적·경제적 지위가 상실되어 貿易決濟가 현금결

<sup>234)</sup> 嚴潤大, 前揭書, 316面.

<sup>235)</sup> 林錫珉, 船荷證券論, 두남, 2000, 57面 참조.

<sup>236)</sup> 선하증권에 기재된 운임에 관한 특약사항은 선하증권소지인에게도 효력을 미친다고 판시하여 선하증권의 文言的 효력을 인정함과 동시에 선하증권소지인과 운송인 사이의 운송관계는 선하증권의 기재에 따른다는 점을 분명히 하였다(대법원 1972.2.22선고 71다2500판결).

제방식으로 퇴보하게 될 수밖에 없을 것이다.

또한 送荷人은 운송계약의 당사자이므로 선하증권의 要因性에 의하여 送荷人과 運送人 사이에서는 채권적 효력이 발생하지 않는다.237)

## 2. 債權的 效力의 理論的 根據

船荷證券은 그 법적 성질상 要因證券性과 文言證券性이라는 서로 충돌하는 성질을 동시에 가지고 있기 때문에 선하증권의 성질과 채권적 효력을 둘러싸고 이론이 대립하고 있다. 즉 선하증권은 운송계약에 의하여 운송물을 船積하고 送荷人의 청구에 따라 발행하는 運送證券이기 때문에(상법 제813조 제1항, 비스비규칙 제3조 제7항, 함부르크규칙 제14조) 船積을 법률상의원인관계로 한다는 要因性理論과 거래의 안전을 위하여 要因性보다는 文言性을 중시해야 한다는 이론이 대립하고 있다.

#### (1) 要因性을 중시하는 理論

이 이론에 의하면 선하증권의 文言性도 운송인이 운송계약을 이행할 수 있을 때에 비로소 인정가능하다고 본다. 그러므로 空船荷證券은 무효가 되고, 수령한 운송물과 선하증권에 기재된 운송물이 다른 경우 운송인은 船積港에서 실제로 수령하여 선적한 운송물을 인도하면 된다고 해석하게 된다. 그러므로 선하증권의 文言性은 운송물의 同一性이 문제되지 않는 사항에 대해서만 효력을 가진다는 주장이다.

그러나 이 이론은 ① 선하증권의 효력을 기재내용에 따라 要因性과 文言性으로 나누어야 하기 때문에 선하증권의 진정한 법적 성질을 파악하기가어렵고, ② 선하증권의 기재사항이 실질적으로 보호를 받지 못하기 때문에 去來의 安全을 害하게 되며, ③ 선하증권의 기재 잘못에 대하여 送荷人이 아닌 선하증권 소지인은 不法行爲責任을 물을 수 있기 때문에 증권소지인이운송인의 故意:過失에 대한 立證責任을 지게 되어 선하증권의 소지인에게

<sup>237)</sup> 林錫珉, 前掲書, 62面 참조.

매우 불리하며, ④ 送荷人이 運送人과 共謀하여 운송물을 船積하지 않고 空船荷證券을 발행하여 수입상(受荷人)에게 사기행위를 하는 海上詐欺 (maritime fraud)의 경우에도 운송인은 운송물의 引渡를 거절할 수 있게 된다238)는 점 등에서 결국 운송인에게 지나치게 유리하여 衡平의 原則에 어긋난다는 문제점이 있다.

영미 보통법(Common Law)에서는 船積時 외관상태가 나쁜데도 불구하고 운송인이 送荷人의 補償狀(Letter of Indemnity)을 받고 無事故船荷證券을 발행하는 것은 허위표시이고 公共政策(public policy)에 반하기 때문에 補償狀은 위법이고 무효라고 본다.

## (2) 文言性을 중시하는 理論

이 이론에 의하면 선하증권이 발행되면 선하증권 상의 권리는 운송계약으로부터 독립하여 존재하므로 운송인은 선하증권에 기재된 文言에 따라 책임을 져야 한다. 이는 英美法上의 禁反言의 法理(estoppel)에서 출발한 것이다. 그러므로 운송인이 船積을 하지 않고 空船荷證券을 발행한 경우에는 선하증권 소지인에게 현실적으로 운송물을 인도할 수 없기 때문에 운송인은 運送債務不履行에 의한 損害賠償責任을 져야 한다.

선하증권의 文言性에 대하여는 우리나라 상법(제814조의2), 비스비규칙(제3조 제3항), 함부르크규칙(제6조 제3항)에서는 추정적 증거력을 인정하고 있다. 이와는 달리 영국의 1855년 船荷證券法에서는 결정적 증거력을 인정하고 있다(1855년 선하증권법 제3조).

선하증권의 文言性에 대하여 영국 판례상 운송물의 수량·기호 및 외관 상태에 대하여는 禁反言의 原則을 준수해야 한다고 보지만 품질(quality)에 대한 文言은 運送人을 기속하지 않는다고 본다.

<sup>238)</sup> 우리나라 大法院은 要因性을 근거로 운송물을 수령 또는 船積하지 않은 채 발행된 선하증권은 그 원인과 요건을 구비하지 못하여 누구에 대하여도 無效라고 判示하였다(대법원 1981.7.7선고 80다1643판결).

## (3) 우리나라 商法의 解釋

선하증권은 海上物件運送契約의 내용을 증명하고 운송인이 운송물수령사실을 증명하는 證據證券이며, 동시에 運送物引渡請求權을 나타내는 債權證券이다. 그러므로 선하증권의 소지인은 그 증권과 상환으로 운송물의 인도를 청구할 수 있다(상법 제820조, 제139조). 또 선하증권은 법률상 당연한指示證券이기 때문에 背書禁止의 文言이 없는 한 背書讓渡할 수 있다(상법 제820조, 제130조). 선하증권이 제3자에게 양도된 때 소지인과 운송인 사이의 법률관계는 선하증권에 기재된 바에 의한다(文言證券性).

舊商法에서는 화물상환증의 文言證券性에 관한 제131조를 선하증권에 준용하였기 때문에(舊商法 제820조), 선하증권의 要因證券性과 文言證券性 의 모순에 대하여 不法行爲說과 債務不履行說 및 折衷說이 대립하였다. 그런 데 1991년 12월 31일 改正된 현행 商法에서는 선하증권의 경우에 화물상 환증의 文言證券性에 관한 準用規定을 삭제하면서(상법 제820조, 제131조 참조) "船荷證券이 발행된 경우에는 운송인이 그 증권에 기재된 대로 운송 물을 受領 또는 船積한 것으로 推定한다. 그러나 (反證이 있더라도) 운송인 은 선하증권을 善意로 取得한 제3자에 對抗하지 못한다"(상법 제814조의 2)라고 규정함으로써 이 문제를 立法的으로 해결하였다. 즉 실제 운송물이 선하증권의 기재와 서로 다른 경우 또는 空船荷證券이 발행된 경우는 운송 인이 反證하지 못하면 債務不履行責任을 져야 한다(상법 제814조의2 본 문). 또한 운송인은 反證이 있다고 하더라도 증권의 善意取得者에게는 대항 할 수 없다(상법 제814조의2 단서). 이는 善意의 증권소지인을 보호하기 위 한 英美法上의 法理인 禁反言의 法理(estoppel)를 채용한 것이다.239) 그러 나 반대로 所持人이 원래의 운송계약과 운송물을 증명하여 권리를 행사하는 것은 상관없다. 1991년 상법 개정으로 인하여 사실상 채권적 효력을 둘러싼 위와 같은 이론의 대립은 무의미하게 되었다.240)

<sup>239)</sup> 林錫珉, 前揭書, 58面 참조.

<sup>240)</sup> 鄭暎錫, 前揭 船荷證券論, 226面 참조.

## 3. 債權的 效力과 裁判管轄

선하증권의 채권적 효력과 관련한 이론적 대립이 현행 상법에 의하여 立 法的으로 정리가 되었으므로 선하증권의 채권적 효력과 관련하여서는 현행 상법의 규정에 대한 해석론을 기준으로 하는 것이 타당하다고 본다.

선하증권은 다수의 사람들 사이에서 유통될 것이 예상되고 또 그러한 목적으로 발행되는 유가증권이므로 거래의 안전을 확보하기 위하여 발행인에게 무거운 無過失責任을 묻는 것이 옳다고 생각한다. 따라서 선하증권을 발행한 운송인은 善意의 선하증권 소지인에 대하여 그 선하증권에 기재된 바에 따른 債務履行責任을 져야 하며 이것은 상법 제814조의 2의 규정취지와도 일치한다. 그리고 운송인의 운송물에 대한 引渡義務는 일반적으로 船荷證券上에 기재된 목적지에서 선하증권과 相換으로 이행하게 되므로 선하증권의 所在地는 운송물의 目的地 및 債務履行地와도 일치하게 된다.

결론적으로 선하증권의 유통성과 그 기재내용 자체가 중요하므로 기초 가 되는 運送契約의 締結地가 아닌 船荷證券 所在地 國家의 裁判管轄과 法 의 적용이 인정되어야 할 것으로 생각한다.

이러한 선하증권의 債權的 效力은 船荷證券所持人과 관련 海上運送人과의 관계이므로 船荷證券上의 裁判管轄約款의 有效性과도 관계가 있다. 私的自治의 原則 및 本章의 第4節에서 살펴 볼 裁判管轄合意에 대한 여러 가지고려사항을 볼 때 裁判管轄合意의 效力을 우선 인정하여야 할 것이다.

한편, 改正 國際私法 제5장에서는 "債權"이라는 표제 하에 同法 제25조에서 契約과 관련한 사항에 대한 當事者自治의 原則을 선언하고 同法 제26조에서 "委任·都給契約 및 이와 유사한 用役提供契約의 경우에는 用役의 履行"(제2항 제3호)을 해야 하는데 이 때 準據法에 대한 당사자의 선택이 없는 경우에 계약체결 당시의 당사자의 常居所(법인, 단체의 경우에는 주된 사무소, 영업활동으로 체결된 경우에는 영업소)가 있는 국가의 법에 따를 것을 규정하고 있다. 문제는 船荷證券의 경우 用役의 履行 즉, 運送契約의履行에 따른 運送物의 引渡를 청구하는 선하증권 소지인은 일반적으로 운송계약체결의 당사자(送荷人)가 아니라는 점이다. 따라서 國際私法 제26조의

규정을 선하증권의 경우에 적용하기는 곤란하다고 본다.

# 第 4 節 裁判管轄約款의 效力

- 1. 國際裁判管轄의 合意
- (1) 國際裁判管轄合意의 概念

國際裁判管轄合意란 국제거래 당사자사이에 당해 거래에서 법적 분쟁이 발생한 경우 이를 특정국가의 법원에서 해결하기로 사전에 합의하는 것을 말한다.241)

<sup>241)</sup> 우리나라 民事訴訟法 제29조 1항은 "당사자는 合意로 제1심 管轄法院을 정할 수 있다"고 하여 合意管轄을 인정하고 있는데 이러한 관할합의가 국내소송의 재판관할에 관한 것이 아닌 국제소송의 재판관할을 대상으로 한 경우 이를 國際裁判管轄合意라고 한다.

브뤼셀협약 제17조는 ① 書面에 의하거나 書面에 의하여 증명되는 구두합의, ② 당사자들 간에 형성된 관행에 부합하는 방식, ③ 국제상거래에서 당사자들이 알고 있거나 알고 있었어야 하는 관행에 부합하고 나아가 관련 상거래분야에서 당해 유형의 계약의 당사자들에게 널리 알려져 있고 그들에 의하여 규칙적으로 준수되는 방식의 세 가지 방식의 合意를 인정하고 있다.

헤이그신협약은 당사자는 특정한 법률관계와 관련하여 발생하였거나 발생할 분쟁에 관하여 國際裁判管轄合意를 할 수 있다고 하고(동 협약 제4조), 방식에 관하여 ① 書面, ② 추후에 참조를 위하여 정보에 접근할 수 있도록 하는 그 밖의 통신수단, ③ 당사자들 간에 규칙적으로 준수되는 관행, ④ 당사자들이 알 고 있거나 알고 있었어야 하는 관행에 부합하고 관련 상거래분야에서 당해 유 형의 계약의 당사자들에게 널리 알려져 있고 그들에 의하여 규칙적으로 준수되 는 방식에 의하여 체결되거나 확인될 수 있으면 이를 인정한다. 그러나 海事事 件에는 헤이그신협약이 적용되지 않으므로(동 협약 제1조 제2항 h호) 船荷證券 上의 管轄合意에는 적용되지 않는다.

미국의 경우 國際裁判管轄合意는 M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company, 407 .U.S. 1(1972) 사건판결을 계기로 "管轄合意가 자유로운 협상에 의한 것으로서 사기, 부당한 영향 또는 압도적인 교섭력(overweening bargaining power)

국제거래에 있어서는 당사자의 사회적·문화적 배경이 다르기 때문에 법적 분쟁이 발생한 경우 豫測可能性이나 法的安定性을 확보하기가 대단히어렵다. 그리하여 양당사자는 국제거래계약 속에 "본 계약으로부터 발생하는 법적 분쟁은 어느 특정국 법원의 관할에 복종한다"는 요지의 管轄合意條項을 삽입하는 경우가 있는데 이것이 이른바 國際裁判管轄合意의 문제이다.

국제재판관할합의는 분쟁당사자들이 서로 자기에게 유리한 法制를 가지고 있는 나라를 찾아 소송을 제기하는 소위 "法廷地探索"(forum shopping)의 폐해를 방지하고 국제거래분쟁에 대한 豫測可能性이나 法的安定性을 확보하기 위한 것이다. 한편 國際訴訟에 있어서의 재판관할합의는 당사자의 편의에 그 중점을 두고 있는 것이며 당사자간의 대등을 전제로 하는 것이다. 따라서 국제재판관할에 대한 합의가 최근 국제거래의 관행으로 인식되고 있으며 契約自由의 原則上 이를 인정하는 것이 타당하다고는 하지만242) 관할합의 자체가 불공정하거나 불합리하다고 판단되는 경우에는 이를 규제하여야 할 필요성이 있다.

## (2) 國際裁判管轄合意의 類型

원래 국제재판관할이 없는 국가에 管轄權이 창설되도록 하는 관할합의를 設定的 合意라 하며, 반면 관할권이 있는 국가의 관할권을 배제시키는 관할합의를 排除的 合意라 한다.243) 設定的 管轄合意와 排除的 管轄合意는 서로 대립되는 개념으로서 양자가 동시에 행해지는 것이 일반적이지만, 특히排除的 管轄合意를 하는 경우에는 모든 법원의 管轄權이 배제되어 권리보호를 받지 못하게 되는 경우가 발생할 수도 있다.244)

에 의하여 영향을 받은 것이 아니다"는 요건 하에 효력이 인정되었다.

<sup>242)</sup> M. Richard Cutler, "Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum", 20 Tex. Int'l L. J. 97, 1986, p.100.

<sup>243)</sup> 韓忠洙, "國際裁判管轄合意에 관한 研究", 延世大學校 大學院 博士學位論文, 1996, 39面.

또한 관할합의에는 특정국의 법원에 대해서만 재판관할을 인정하는 專屬的 管轄合意와 당사자에 의하여 지정된 합의법원 이외에 다른 나라 법원의 法定管轄도 인정하는 非專屬的 管轄合意가 있다.245) 국제소송에 대한 관할합의에 있어서는 당사자의 의사가 분명하지 않은 경우 이를 專屬的 管轄合意로 보는 것이 管轄合意制度의 취지나 當事者의 意思에 합치한다고 할것이다.246)

#### (3) 國際裁判管轄合意의 有效要件

국제재판관할합의가 專屬的 管轄合意인 경우에는 어느 한 국가에서 무효로 인정되면 排他性을 가질 수 없고 非專屬的 管轄合意인 경우에는 무효로 인정되는 국가에서는 장래 그 판결의 집행을 할 수 없게 된다. 국제소송에 있어서의 재판관할합의는 專屬的 管轄合意가 아닌 한 별 의미가 없으므로 專屬的 管轄合意의 유효성 여부를 중심으로 판단하여야 할 것이다.

우리나라에 있어서 국제소송에 대한 관할합의의 유효요건으로는 ① 관할합의의 대상이 財産關係事件에 대한 분쟁으로서 어느 정도 특정되어 있을 것, ② 관할합의에 의하여 지정된 법원이 특정국의 제1심 법원일 것, ③ 관할합의가 명백하게 존재하되 그 방식은 명시적이든 묵시적이든 書面性을 띠고 있을 것,<sup>247)</sup> ④ 관할합의에 의하여 배제된 법원의 專屬管轄에 속하지 않

<sup>244)</sup> 따라서 대부분의 국가는 設定的 管轄合意에 대해서는 그 適法性을 인정하고 있지만 排除的 管轄合意에 대해서는 일부 국가에서 이를 부정하는 입장을 취하기도 한다.

<sup>245)</sup> 非專屬的 管轄合意는 法定管轄의 기초위에 다시 관할법원을 추가하는 것이라 고 하여 이를 추가적 또는 부가적 관할합의라고도 한다.

<sup>246)</sup> 尹鍾珍, 前揭書, 231面; 그러나 국내소송에 대한 관할합의에 있어서는 당사자의 의사가 불명확한 경우에는 法定管轄을 존중하여 非專屬的 管轄合意로 보는 것이 보통이다(대법원 1963.5.15선고 93다111판결 참조).

<sup>247)</sup> 국제적으로 우리나라 민사소송법 제29조 제2항의 규정과 같은 書面에 의한 합의방식이 반드시 보편성을 가지고 있지 않은 것이 현실이므로 외국인을 당사자로 하는 國際民事訴訟事件에 있어서까지 엄격한 방식을 요구하는 것은 타당하

을 것, ⑤ 관할합의에 의하여 지정된 법원이 그 나라의 법에 의하여 管轄權을 가지고 있을 것, ⑥ 당해사건이 관할합의에 의하여 지정된 법원의 소속국과 밀접한 합리적 관련성을 가지고 있을 것, ⑦ 관할합의가 불합리하여 法廷地의 公序에 반하는 경우가 아닐 것 등을 들 수 있다.

### (4) 國際裁判管轄合意의 效力

국제재판관할합의의 허용범위와 그 효력은 受訴法院이 속하는 국가의소송법에 의하여 결정된다는 데에는 異論이 없다. 그리고 관할합의는 주된계약의 효력에 관한 쟁송을 대상으로 하는 것이기 때문에 관할합의의 독립성의 원칙에 의하여 그 유효성, 적법성 및 효력은 주된 계약과는 독립적으로평가되어야 한다.

관할합의의 가장 중요한 訴訟法上의 效力은 관할합의에 의하여 法定管轄權이 변경된다는 점이다. 따라서 專屬的 管轄合意가 있음에도 불구하고 당사자 일방이 합의된 법원 이외의 법원에 소송을 제기한 경우에는 상대방은管轄權 없음을 抗辯할 수 있다. 이때 법원은 관할합의의 유효성 여부를 조사하여 訴의 却下 여부를 결정하여야 한다. 다만 합의관할은 法定의 專屬管轄이 아니고 任意管轄에 불과하므로 다른 합의에 의하여 이를 변경할 수도 있고 또한 합의된 법원 이외의 법원에 訴가 제기된 경우라도 상대방이 應訴한경우에는 辯論管轄이 발생할 수도 있다.

## (5) 國際裁判管轄合意外 辯論管轄

## 1) 辯論管轄의 意義

우리나라 민사소송법 제30조는 "被告가 제1심 법원에서 관할위반이라

지 않다고 생각한다. 합의의 존재만 확인할 수 있으면 된다고 해석해야 할 것이며 특히 船荷證券이 발행된 때에는 증권 상에 送荷人의 서명이 없더라도 送荷人이 管轄約款이 삽입된 船荷證券을 특별히 이의를 제기하지 아니하고 교부받았다면 합의의 존재를 인정하여야 할 것이다.

고 항변하지 아니하고 本案에 대하여 변론하거나 변론준비기일에서 진술하면 그 법원은 관할권을 가진다"고 하여 소위 辯論管轄을 인정하고 있다.248) 이는 관할권이 없는 법원에 訴가 제기된 경우라도 被告가 이를 다투지 아니하고 應訴한 이상 묵시적인 관할합의가 있었던 것과 마찬가지로 보아 그 법원에 관할이 생기도록 한 것으로서 국제소송에 있어서도 인정되는 것이 보통이다. 따라서 재판관할권이 없는 국가의 법원에 제기된 소송에 대해 被告가 管轄違反의 抗辯을 하지 않고 本案에 관한 변론을 하게 되면 그나라 법원에 裁判管轄이 인정된다.

#### 2) 辯論管轄의 要件

辯論管轄은 제1심의 土地管轄 및 事物管轄에 관하여 인정되고 또한 달리 法定의 專屬管轄이 없는 경우에만 인정된다. 그리고 피고가 관할위반의 항변을 제출하면 역시 변론관할은 발생하지 아니한다. 관할위반의 항변은 반드시 적극적·명시적으로 할 필요는 없고 관할문제를 유보하고 本案에 관하여 변론하였거나 관할항변을 하기 위하여 특별출석을 한 경우에도 변론관할은 생기지 아니한다. 本案에 관한 변론이라 함은 原告의 청구자체, 즉 소송의 목적인 권리 또는 법률관계의 당부에 관한 진술이다. 따라서 소송요건의 홈결의 주장, 법관에 대한 기피, 변론기일연기의 신청 등은 이에 해당되지아니한다.

本案에 관한 변론 또는 진술은 管轄違反임을 알고 할 필요는 없으나 현실적으로 행하여져야 한다. 따라서 本案에 관한 변론을 기재한 준비서면을 제출하였더라도 기일에 현실로 출석하여 진술하지 않는 한 변론관할은 발생하지 않는다(민사소송법 제137조, 제260조). 이것은 被告가 준비서면만 제출하고 불출석하여 준비서면의 기재사항이 진술로 간주되는 경우에도 같다.249) 이는 被告는 관할위반의 법원에 출석할 의무가 없기 때문이다. 다만

<sup>248)</sup> 종래에는 應訴管轄이란 용어를 사용하였으나 2002년 1월 26일 개정된 민사소 송법에서는 辯論管轄이란 용어를 사용하고 있다.

<sup>249)</sup> 소정의 응소관할이 생기려면 피고의 본안에 관한 변론이나 준비절차에서의 진 술은 현실적인 것이어야 하므로 피고의 불출석에 의하여 답변서 등이 법률상

被告가 불출석하였기 때문에 原告가 소장 등에 기재한 관할원인 사실에 관한 주장을 被告가 자백한 것으로 되어 管轄을 긍정하는 일은 있을 수 있으나 이는 辯論管轄이 아니다.

#### 3) 辯論管轄의 效果

被告의 應訴에 의하여 본래 管轄權이 없는 나라의 법원에 裁判管轄權이 발생한다. 관할권이 발생하는 시점은 관할위반의 항변을 제출하지 아니하고 "本案에 관하여 변론한 때"이므로 被告는 그 이후에는 관할위반의 항변을 제출할 수 없게 된다. 또한 변론관할은 당해사건에 한하여 발생하는 것이므로 訴의 却下 또는 却下後의 再訴에 관하여는 그 효력이 없다.

우리나라의 대법원 판결<sup>250)</sup>도 외국법인이 우리나라의 법원에 우리나라 민사소송법상의 任意競賣를 신청한 이상 이는 우리나라 재판권에 복종할 의 사를 한 것이라고 간주하여 競賣申請과 관련된 소송에 대하여 우리나라 법 원이 재판관할을 갖는다고 判示하였다.

#### 2. 裁判管轄約款과 至上約款과의 關係

선하증권의 裁判管轄 및 準據法은 일반적인 운송계약의 경우와 마찬가지로 明示的 또는 黙示的으로 지정될 수 있으며 대부분의 선하증권은 대체로 裁判管轄과 準據法에 관한 約款과 함께 별도로 至上約款을 두고 있다.

至上約款은 선하증권의 다른 조건에도 불구하고 선하증권에 따른 법률 관계에 헤이그규칙 또는 비스비규칙이 직접 적용된다고 규정하거나 또는 특 정국가에서 적용되는 헤이그규칙 또는 비스비규칙이 적용된다는 취지의 조 항이다.

그러나 대부분의 선하증권의 至上約款에서 援用할 것을 규정하고 있는 운송관계의 당사자의 권리의무 또는 책임에 관한 각국의 實體法規를 통일시 키려는 국제적인 노력의 결과로 탄생한 "1924년 船荷證券統一協

진술로 간주되는 경우는 이에 포함되지 아니한다(대법원 1980.9.26 자 80마403 결정).

<sup>250)</sup> 대법원 1989.12.26선고 88다카3991판결.

約"(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bills of Lading, 1924: 1931년 發效, 이하 "헤이그규칙"이라 한다)과 이를 改正한 "1968년 브뤼셀의정서 이른바 비스비改正"(Visby Amendments, 1968: 1977년 發效, 이하 "비스비규칙"이라한다)은 海上運送關係의 분쟁해결을 위한 訴訟 등의 節次에 관한 裁判管轄이나 仲裁 등에 관하여 아무런 규정도 두고 있지 않다. 다만, 헤이그규칙 내지 비스비규칙을 전면적·근본적으로 개정하여 성립된 "1978년 國際聯合海上物件運送協約"(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978: 未發效, 이하 "함부르크규칙"이라 한다)에서 航海過失免責主義의 폐지 등에 의한 해상운송인의 책임의 강화와 함께 분쟁의해결에 관한 절차적 규정으로서 裁判管轄(제21조)251)과 仲裁(제22조)에

<sup>251)</sup> 함부르크규칙 제21조 재판관할

<sup>1.</sup> 이 조약에 의한 물건운송에 관한 법적 절차에 있어서는 原告는 자기의 선택에 의하여 그 所在國의 법률에 의한 정당한 재판관할을 가지고 또 다음 장소의하나가 그 관할 내에 소재하는 법원에 소송을 제기 할 수 있다.

<sup>(</sup>A) 被告의 주된 영업소의 소재지 또는 그것이 없는 때에는 被告의 일상적인 居所

<sup>(</sup>B) 계약체결지, 이 경우에는 被告가 그곳에 계약을 체결한 사무소·지점 또는 대리점을 가지고 있어야 한다.

<sup>(</sup>C) 선적항 또는 양륙항

<sup>(</sup>D) 해상운송계약에서 그 목적을 위하여 지정된 추가장소

<sup>2. (</sup>A) 본조 전항의 규정에도 불구하고 체약국의 법률 및 국제법의 적용 가능한 규칙에 따라서 운송선박 또는 동일한 소유 하에 있는 다른 선박이 押留되어 있는 체약국의 모든 항구 또는 장소의 법원에도 소송을 제기할 수 있다. 그러나 이 경우에 被告의 신청이 있으면 청구자는 자기의 선택에 따라 당해 청구의 결정을 위하여 본조 제1항에 규정된 재판관할법원의 하나로 訴를 移送하여야 하며, 그러한 移送 전에 被告는 당해 訴에서 후에 청구권자에게 선고될 판결에 대한 지급을 확보하기 위하여 충분한 擔保를 제공하여야 한다.

<sup>(</sup>B) 담보의 충분 기타 담보에 관한 문제는 押留가 된 港 또는 장소의 法院이 결정한다.

<sup>3.</sup> 이 조약에 의한 물건운송에 관한 법적 절차는 본조 제1항 및 제2항에 특정되어 있지 아니한 곳에서는 이를 제기할 수 없다. 본 항의 규정은 豫備的

관한 조항을 두고 있다.

따라서 準據法約款과 至上約款에 관한 논의와는 별도로 선하증권의 지상약관에 따라 헤이그규칙 또는 비스비규칙을 원용한다고 할지라도 동 규칙들이 재판관할에 관한 규정을 두고 있지 않아 선하증권 상의 재판관할에 관한 약관과 충돌 내지 저촉이 발생할 가능성이 거의 없다고 할 것이다. 그러므로 선하증권에 있어서의 국제재판관할에 관한 논의를 주제로 하는 이 節에서는 船荷證券의 至上約款과 裁判管轄約款의 관계에 대하여는 이에 논의를 그친다.

- 3. 船荷證券上의 管轄合意에 관한 比較法的 檢討
- (1) 미국의 判例
- 1) Wm H Muller Co. Inc. v. Swedish American Line Ltd.<sup>252)</sup>
- ① 事案의 概要
- 이 사건은 스웨덴으로부터 미국까지의 運送物을 운송하는 항해도중에 被告所有의 선박이 침몰하였기 때문에 受荷人이 뉴욕 남부지구聯邦地方法院

措置 또는 保全的 措置를 위한 체약국의 재판관할에 대한 장애로 해석되지 아 니한다.

<sup>4. (</sup>A) 訴가 본조 제 1 항 및 제 2 항에 의하여 정당한 재판관할을 가지는 법원에 제기된 경우 또는 그러한 법원이 판결을 선고한 경우에는 처음의 訴가 제기된 법원의 판결이 새로운 절차가 제기된 국가에서 집행될 수 없는 경우가 아닌 한 동일당사자 간에 동일사유로 새로운 소송을 개시할 수 없다.

<sup>(</sup>B) 본조의 적용에 있어서 판결의 집행을 얻기 위한 수단의 제기는 새로운 訴의 개시로 인정하지 아니한다.

<sup>(</sup>C) 본조의 적용에 있어서 동일 국가내의 다른 법원으로의 訴의 移送 또는 본조 제 2 항 (A) 에 의한 타국의 법원으로의 移送은 새로운 訴의 개시로 인정하지 아니한다.

<sup>5.</sup> 전 모든 항의 규정에 불구하고 해상운송계약에 의한 청구가 발생한 후에 청 구권자가 訴를 제기할 수 있는 곳을 지정하는 당사자에 의하여 성립된 합의는 효력이 있다.

<sup>&</sup>lt;sup>252)</sup> 1955. A.M.C. 1687.

에 損害賠償請求訴訟을 제기한 것이다. 관련 船荷證券 約款上 스웨덴法院의專屬裁判管轄條項을 두고 있었다.

#### ② 判決要旨

聯邦地方法院은 위 재판관할조항을 이유로 訴를 却下하고 第2巡廻聯邦 抗訴法院도 다음과 같이 判示하여 原審을 지지하였다.

"미국 海上物件運送法은 船荷證券上의 裁判管轄의 合意를 명백하게 無效로 하는 것은 아니다. 管轄條項이 公共政策에 反하는가의 여부는 관련 조항의 合理性(reasonableness) 여부에 따라서 해석하여야 한다. 당사자는 合意에 의해서 法院의 管轄權을 박탈할 수는 없다. 그러나 개개의 사건에 있어서 管轄의 合意가 不當하지 않으면 法院이 그 管轄權의 행사를 삼가는 것은 정당하다. 따라서 本件에 있어서 合意가 상당한가를 판단할 때에는 不堪航에 관한 증거는 스웨덴 法院쪽이 용이하게 파악할 수 있으며 스웨덴 法院이 손해산정에 관해 미국 法院과 동일한 기초를 적용한다는 점, 스웨덴法下에서의 責任制限節次가 미국법과 동일하다는 점에 대하여는 다툼이 없는 점, 스웨덴法院이 本件을 공평하고 정당하게 審理할 수 없다는 취지의 주장을하지 아니하는 점 등이 고려되어야 한다."

이 判決에 의하면 裁判管轄條項의 有效性이 肯定된 것은 아니고 管轄條項은 法院이 裁量權을 행사함에 있어서 고려하여야 할 하나의 사유에 지나지 않는다.

- 2) Indussa Corporation v. S.S. Ranborg<sup>253)</sup>
- ① 事案의 概要

이 사건은 벨기에에서 미국 샌프란시스코까지의 화물운송에 있어서 미국회사인 '인두사 코퍼레이션'(Indussa Corporation; 이하 '인두사'라한다)을 原告로 하고 운송 중 화물이 손상되었음을 이유로 운송선박인 '란보그號'(S.S. Ranborg)를 被告로 하여 미국 뉴욕연방지방법원에 對物訴訟이 제기된 것이다. 原告의 청구기반이 되는 선하증권의 裏面約款에는 동 선

<sup>&</sup>lt;sup>253)</sup> 1967 A.M.C. 589.

하증권 하에서 발생되는 모든 분쟁은 운송인의 주사무소가 위치하고 있는 국가의 법원에서 동 국가의 법에 의하여 해결하기로 하는 管轄合意規定이 있었고 被告船舶의 船主의 主事務所는 노르웨이에 있었다. 이러한 상황에서 被告船舶은 동 소송이 당사자 간의 合意된 管轄合意規定에 위반되었다는 취 지의 管轄抗辯을 하였다.

#### ② 判決要旨

이에 대하여 연방제2항소법원은 本件과 같이 미국의 항구로 수입되는 화물에 대해서는 미국의 1936년 海上物件運送法을 강제적으로 적용한다고 하였다. 이러한 종류의 사건이 외국법원에서 재판되는 경우에 우선 위 海上 物件運送法이나 同法과 유사한 소위 헤이그규칙을 적용하지 아니하는 것이 위 法이나 헤이그규칙에 규정된 것보다 계약사항을 운송인에게 유리하게 변 경할 수 없음에도 불구하고 운송인의 책임을 부당하게 輕減하는 것이 되고, 동 외국이 헤이그규칙에 따른 法規를 가지고 있다고 하더라도 동 외국법원 이 미국법원에서 1936년 海上物件運送法을 적용하는 것과 같은 내용의 外 國法을 적용한다는 보장이 없다는 것을 주된 이유로 하여, 문제의 船荷證券 上의 管轄合意는 有效하게 인정될 수 없다고 判示하였다. 동 판결은 이 판결 이 傭船契約上의 準據法合意나 船荷證券上의 仲裁條項에는 적용되지 않는다 고 하여 船荷證券上의 管轄合意條項에만 적용된다는 留保를 분명히 하였다. 이후 동 판결은 미국법원에서 船荷證券上의 管轄合意를 無效化시키는 데 있 어 소위 先決例(leading case)로 引用되었다. 미국의 건국초기부터 내려오 던 영국 등 他國 船舶所有者로부터 미국의 貨主를 보호하고자 하는 관행은 이 판결에도 여전히 영향을 주었던 것으로 생각된다.

- 3) M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company<sup>254)</sup>
- ① 事案의 概要
- 이 사건에서 미국회사인 原告 '자파타 옾쇼어 컴퍼니'(Zapata Off-Shore Company)는 同社 所有의 석유시추선을 미국 루이지애나로부

<sup>&</sup>lt;sup>254)</sup> 1972 A.M.C. 1407.

터 이태리 석유시추 지점까지 이동시키기 위하여 曳船 '브레멘號'(M/S Bremen)의 船舶所有者인 被告 독일회사 '운터베제'(Unterweser)와의사이에 曳船契約을 체결하였다. 이 계약에서 曳船契約上 발생되는 분쟁은 런던법원에서 해결하기로 하여 管轄合意條項에 서로 合意하였다. 그 후 曳船도중 위 석유시추선이 손상되는 사고가 발생하자 위 曳船列은 미국으로 귀항하였고, 原告는 被告 '운터베제'및 被告船舶을 상대로 미국의 연방법원에서 損害賠償請求를 하였다. 被告는 曳船契約上의 管轄合意條項 및 부적절한 法廷地(forum non conveniens)의 法理에 의거하여 原告의 訴訟을 却下하거나 아니면 런던법원에서 소송이 진행되는 동안 美國內 소송을 중지하여줄 것을 신청하였다.

#### ② 判決要旨

이에 대하여 연방대법원은 商去來의 현실과 미국회사들의 국제거래 확대추이에 비추어 管轄合意規定이 排除되어야 할 강력한 사유가 존재하지 않는 한 曳船契約上의 管轄合意規定은 준수되어야 한다고 判示하였다.

- 4) Vimar Seguros Y Reaseguros S.A. v. M/V Sky Reefer<sup>255)</sup>
- ① 事案의 概要
- 이 사건은 미국 뉴욕 회사인 原告 '바커스 어소시이츠'(Bacchus Associates; 이하 '바커스'라 한다)가 모로코 회사 '갤럭시 네고스'(Galaxie Negoce S.A.)로부터 수입한 과일을 被告船舶 '스카이리퍼 號'(M/V Sky Reefer)를 이용하여 모로코로부터 미국 매사츄세츠주로 운송결과 발생한 화물손상 분쟁사건이다. 被告船舶은 파나마 회사인 被告 '엠에이취 마리타임'(M.H. Maritime S.A.; 이하 '마리타임'이라 한다)의 所有이었으나 일본회사 '니치로 교교 카이샤'(Nichiro Gyogyo Kaisha Ltd.; 이하 '니치로'라 한다)에게 定期傭船되었다. 화물이 被告船舶에 船積된 후 '니치로'는 船荷證券을 발행하였는데, 동 船荷證券에는 동 船荷證券이게서 발생되는 모든 분쟁은 일본 동경에서 仲裁에 의하여 해결하기로

<sup>&</sup>lt;sup>255)</sup> 1995 A.M.C. 1817.

한다는 管轄約定이 있었다. 그런데 '바커스'가 미국에서 화물을 수령할 때에 화물은 이미 損傷되어 있었다. 原告 '바커스'는 原告適格의 적하보험자인 '비마르 세구로스 와이 레아세구로스'(Vimar Seguros Y Reaseguros S.A.; 이하 '비마르'라 한다)로부터 일부에 대한 보험금을 지급받았다. 적하보험자인 原告 '비마르'와 原告 '바커스'는 被告 '마리타임'과 被告船舶을 상대로 미국의 연방법원에 損害賠償訴訟을 제기하였다. 被告들은 이에 대하여 위 仲裁約定에 의거하여 美國訴訟의 중지신청과 함께 日本仲裁를 강제하여 달라는 신청을 하였다. 原告들은 위 仲裁約定은 附合契約이고 또한 美國海上物件運送法 제3조 8항에 抵觸된다는 이유로 仲裁約定은 有效하게 인정될 수 없다고 주장하였다.

#### ② 判決要旨

법원은 이에 대하여 위 美國海上物件運送法 제3조 제8항의 규정은 責任의 내용에 대한 것으로 管轄에 관한 문제와 구별되며, 日本仲裁에서 日本仲裁人이 美國海上物件運送法과 다르게 법률을 적용할 위험은 미국에서의 仲裁判定執行段階에서 公序의 概念으로 다시 審査할 수 있는 기회가 남아 있으므로 管轄抗辯이 提起된 시점에서 그 위험성 유무를 판단하는 것은 시기상조라고 하고, 國際去來의 점증추이에 따라 國際禮讓 및 商慣行을 존중하여야 한다는 점에서 위 仲裁條項은 有效한 것으로 認定되어야 한다고 하였다. 즉, 美國에서의 訴訟은 중지되고 일본 동경에서의 仲裁가 강제되어야 한다고 判示하였다. 이 판결은 무엇보다도 미국기업에 있어서의 國際海上去來의 증가추이 및 國際去來의 현실을 감안하여 船荷證券上의 管轄合意規定에 대하여 처음으로 연방대법원이 有效함을 선언하였다는 점에서 의의가 있다. 동판결이유에서 보는 바와 같이 管轄合意의 내용이 仲裁이냐 아니면 法院이냐를 구분함이 없이 有效하다고 봄으로써 당시까지의 先決例(leading case)이었던 앞의 "인두사"(Indussa)판결을 폐기하게 되었다.

5) Mitsui & Co. (USA), Inc. v. M/V Mira<sup>256)</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>256)</sup> 1997 A.M.C. 2126.

## ① 事案의 概要

이 사건은 '미츠이'(Mitsui & Co. (USA), Inc.) 所有의 철강이 '유로'(Euro)가 傭船한 船舶인 '미라號'(Mira)에 의하여 러시아로부터 뉴올리언스(New Orleans)까지 운송되는 도중에 손해를 입은 분쟁이다. 이 운송에 대하여 船荷證券이 발행되었으며 船荷證券上 런던을 管轄法院으로 하는 外國裁判管轄條項 및 運送物이 美國發 또는 美國向인 경우에는 美國海上物件運送法이 적용되는 것으로 準據法을 지정하는 조항이 삽입되어 있었다. '미츠이'는 運送物의 損害賠償을 구하기 위하여 '유로'에 대하여 對人訴訟, '미라號'에 대해서는 對物訴訟을 루이지애나(Louisiana)東部聯邦地方法院에 제기하였다. 그 후 '미라號'의 船舶所有者 및 運航管理人인 '아트란틱 악추러스'(Atlantic Arcturus, Inc.; 이하 '아트란틱'이라 한다) 및 '레데라이 홀스트 제펜필드'(Reederei Horst Zeppenfield GmbH & Co. KH; 이하 '레데라이'라 한다)도 被告에 추가되었다. '유로'는 船荷證券 중의 外國裁判管轄條項에 의거하여 이 訴訟의 却下를 신청하였다.

## ② 判決要旨

루이지애나東部聯邦地方法院은 外國裁判管轄條項을 '유로'에 유리하게 해석하여 訴를 却下하였다. 이에 '미츠이'는 第5巡廻聯邦抗訴法院에上訴하였고 同 法院은 다음과 같이 判示하였다.

"聯邦大法院은 일관되게 外國裁判管轄條項 및 準據法指定條項을 有效하다고 推定한다. '브레멘號'事件判決에서 이들 조항이 유효하다는 推定을 명확하게 하였다. 有效性의 推定은 제반 사정 하에서 부당한 것으로 입증되면 뒤집어질 수 있다. 부당함에 대한 立證責任은 무거우며 그 조항이 詐欺에 기인한다는 점, 公共政策에 반한다는 점 또는 그 조항을 有效하다고 하면原告의 재판을 받을 권리를 박탈한다는 점 등을 立證하지 않으면 안 된다.

'미츠이'는 有效性의 推定을 뒤집고 船荷證券上의 外國裁判管轄條項을 無效로 하기 위해서 다음과 같이 주장하였다.

外國裁判管轄條項은 美國海上物件運送法 제3조 제8항에 反하는 附合契約에 의한 것이고 자유로운 협상에 의해서 合意된 것이 아니기 때문에 有效

하다고 할 수 없다. 부적절한 法廷地(forum non conveniens)의 法理는 화물이 揚陸된 곳의 法院에서 재판할 것을 명시하고 있으며 영국에서 이 사건을 재판한다는 것은 사실상 '미츠이'의 청구를 소멸시키는 것이 된다.

'미츠이'는 "스카이리퍼號"事件判決 前의 聯邦地方法院은 예외 없이 外國裁判管轄條項을 美國海上物件運送法 제3조 제8항에 의거해서 無效로 하여 왔다고 주장하며, 外國裁判管轄條項을 無效로 한 先決例(leading case)인 "인두사"事件判決을 인용하여 "인두사"事件에서는 외국에서訴訟을 해서 責任을 追及하는 것은 不便과 費用을 증대시키고 사실상 美國海上物件運送法 제3조 제8항의 責任輕減에 해당하며 과도한 비용을 부담하도록 하는 것이기 때문에 外國裁判管轄條項을 無效라고 하였다. 그러나 이입장은 "스카이리퍼號"사건에서 부정되었다.

美國海上物件運送法 제3조 제8항은 契約에 의해서 免除될 수 없는 명확한 義務를 정하고 있지만 그것은 이들 義務를 강제하는 수단과 구별할 것을 法院은 인정하였는데 이 조항은 運送人의 責任을 강제하는 방법에 한한 것이므로 有效하다고 하였다. 外國仲裁條項은 責任의 문제가 아니라 責任을 강제하는 장소의 문제에 관한 것이므로 美國海上物件運送法下에서도 有效하다.

'미츠이'는 "스카이리퍼號"事件判決의 적용은 仲裁條項에 한하고 裁判管轄條項은 그 적용범위를 벗어나므로 그 적용대상이 아니라고 주장하 였으나, 仲裁條項은 裁判管轄條項의 일부에 지나지 않으며 "스카이리퍼 號"사건의 法院은 이 判決을 外國仲裁條項에 한정하지 않았다. 동 判決에 있어서 다수의견은 美國海上物件運送法 제3조 제8항은 명문으로 特定法院 에 있어서 美國海上物件運送法上의 의무를 강제하는 合意를 금지하고 있지 않다는 것을 명확하게 하였다.

'미츠이'는 船荷證券은 附合契約이기 때문에 당사자를 구속하지 않는 다고 주장하였는데 이에 대하여 '유로'는 船荷證券上 裁判管轄條項이 삽 입되어 있는 것은 특별한 것이 아니라 이러한 종류의 거래에 정통하고 있는 國際企業인 '미츠이'는 그것을 豫測할 수 있었다고 지적하고, 이에 관계없 이 聯邦地方法院이 '미츠이'가 船荷證券에 기한 損害賠償請求訴訟을 제기한 것에 대하여 外國裁判管轄條項을 포함한 船荷證券約款條項을 인정한 판단은 정당하며 '미츠이'는 船荷證券約款條項에 구속된다고 주장하였다.

'미츠이'는 美國海上物件運送法을 적용하는 準據法指定條項과 미국외 영국에서의 管轄을 정한 外國裁判管轄條項은 모순된다고 주장하였는데, 海外法院에 美國法의 적용을 구하는 것은 논리적이지 아니함으로 準據法과管轄에 관한 兩條項을 並行하여 미국의 港에서 생긴 문제에 대해서는 美國法院에서 美國法에 의하여 재판하든가, 해외의 거래에 대해서는 英國法院에서 英國法에 의해서 재판하여야 한다고 주장하였다.

그러나 聯邦地方法院이 인정한 바와 같이 2개의 조항은 相互排斥하지 않으므로 이들 조항이 모순되지 않으며 船荷證券上 本件에 대한 美國海上物件運送法의 적용을 구하는 合意와 그 문제가 런던의 一審法院(High Court)257)에서 처리되는 것을 구하는 合意는 모순되지 않는다.

'미츠이'의 주장은 근본적으로 부적절한 法廷地의 法理에 기해서 정보와 증인이 미국에 집중해 있고 영국에서의 재판은 노력과 비용을 증대시키는 것이기 때문에 外國裁判管轄條項은 사실상 '미츠이'의 청구를 소멸시키는 것이고 公共政策에 反한다는 것이었다. 그러나 이것은 미국 법인의地域的인 紛爭이 아니라 國際的 企業의 國際的 去來에 관한 문제이므로 國際企業 간에서는 이러한 편협한 理論을 인정할 수 없으며 수고와 비용의 증대는 外國裁判管轄條項 및 仲裁條項을 無效로 할 충분한 이유가 되지 않는다."

이 判決은 앞에서 본 "스카이리퍼號"사건과 같은 취지의 判例法을 적

<sup>257)</sup> 영국에서는 一審法院이 "High Court"이고, 抗訴法院인 二審法院은 "Court of Appeal"이며, "House of Lords"(上院 法司委員會)가 三審을 담당하는 大法院에 해당한다. "High Court"는 3개의 Division으로 나뉘는데 契約違反·不法行爲訴訟 등을 다루는 Admiralty Court와 Commercial Court가 속하는 Queen's Bench Division과, 遺産管理訴訟·信託·會社의 破産 등을 취급하는 Patents Court와 Companies Court가 속하는 Chancery Division, 그리고 家庭法院 업무를 다루는 Family Division으로 나뉜다(金昌俊, "英國의 司法制度,訴訟節次 및 仲裁節次의 概觀", 韓美合同法律事務所, 1993, 2-3面 참조).

용하여 外國裁判管轄條項을 有效하다고 판결하였다.

#### 6) 美國法院의 경향

1955년 이전의 美國聯邦法院 및 州法院의 判決은 ① 當事者는 合意에 의해서 法院의 管轄權을 박탈할 수 없으며, ② 당사자에게 訴訟提起地에 관 한 규칙변경을 허용함은 法의 균형을 해치는 것으로 옳다고 볼 수 없으며, ③ 管轄條項은 公共政策에 반한다는 등을 이유로 하여 일반적으로 裁判管轄 條項을 無效로 해 왔다. 그러나 Wm H. Muller Co. Inc. v. Swedish American Line Ltd. 사건의 判決은 기본적으로 당사자의 合意에 의해서 법 에 정해져 있는 法院의 管轄權을 배제할 수 없다고 하는 전통적 입장에도 불 구하고 그러한 合意가 제반의 사정을 고려한 결과 상당하다고 인정되는 때 에는 그것에 效力이 인정된다고 하여 訴를 却下하였다. 그러나 Indussa Corp. v. S. S. Ranborg 사건의 판결 이후 미국 海上物件運送法이 적용된 사건에 있어서 外國裁判管轄條項은 無效로 되어 오다가 The Bremen v. Zapata Off-Shore Co. 사건의 판결을 기점으로 美國海上物件運送法의 적 용이 문제가 되지 않는 海事事件에 있어서 계약 중의 裁判管轄條項을 有效 한 것으로 인정하는 判決이 내려져 왔다. 그러한 상황 하에서 직접적으로는 仲裁條項의 유효성이 다투어진 事案이었지만 Vimar Seguros Y Reaseguros. S. A. v. M/V Sky Reefer 사건의 판결에서 美國海上物件運 送法이 적용된 事案에서도 외국 裁判管轄條項의 有效性이 인정되었으며 이 는 최근의 判例에서도 그 경향이 유지되고 있는 것으로 보인다.

# (2) 日本의 判例

日本法院에서 船荷證券上의 管轄合意와 관련하여 선고된 판결 중에는 最高裁判所에서 소화 50년(1975) 11월 28일에 선고된 판결이 대표적인 것 으로 보인다.

## 1) 事案의 概要

이 판결의 事案은 일본의 수입업자인 소외 '갑'이 브라질의 수출업자인 소외 '을'로부터 원당을 수입하였는데 이 원당의 海上運送은 네덜란드에 주사무소를 두고 있는 被告 운송인이 운항하는 선박에 의하여 이루어졌다. 被告 운송인이 送荷人에게 발행하여 준 船荷證券上의 管轄合意規定은 운송인의 주사무소가 있는 네덜란드 암스테르담의 법원에서 專屬的으로 분쟁을 해결하는 것으로 규정하였다. 수입업자 '갑'의 적하보험자인 原告가 被告에 대하여 損害賠償請求를 日本法院에 제기한 事案에서 被告는 위의 管轄合意規定에 의거 本案前 抗辯을 하였다.

## 2) 判決要旨

이에 대하여 日本最高裁判所는 船荷證券上의 管轄合意規定이 유효하기위한 요건으로서, 첫째 당해사건이 日本의 裁判權에 專屬的으로 복종되지 아니하고, 둘째 지정된 외국법원이 그 외국법상 당해사건에 대하여 管轄權을가질 것을 들었다. 아울러 둘째의 요건이 필요로 하는 것은 그 외국법원이당해사건에 관하여 管轄權을 갖는 것으로 족하고 당해 外國法이 문제의 國際的專屬裁判管轄合意를 有效한 것으로 볼 필요는 없다고 判示하였다. 그리고 "相互의 保證"이 有效要件에 포함되느냐 여부에 관하여는 그것이 요건은 아니라고 判示하면서 결국 그 사건에 法院은 管轄合意를 認定하여야 한다고 判示하였다. 그러나 最高裁判所의 이 判決은 管轄合意가 不合理하여 公序法에 違反하는 경우에 管轄合意가 無效가 될 수 있음을 암시하였다.

## (3) 우리나라의 判例

- 1) 대법원 1992년 1월 21일 선고 91다14994판결
- ① 事案의 概要
- 이 판결의 事案은 선하증권 소지은행이 외국선박의 국내선박대리점인 被告會社를 상대로 被告會社가 선하증권 없이 화물을 引渡하였음을 이유로

損害賠償請求를 하였고 被告會社는 船荷證券上의 管轄合意規定에 기하여 管 轄抗辯을 한 事案이었다.

#### ② 判決要旨

동 판결에서 대법원은 "外國法人인 운송인의 선하증권에 이 선하증권으로 인한 소송은 운송인의 주소지인 특정의 외국법원의 專屬管轄에 속한다는 규정이 있다고 하여도 그의 국내선박대리점인 위 被告들이 국내에서 不法行爲를 하여 그 선하증권의 소지인인 原告銀行이 이들을 상대로 損害賠償請求를 하는 경우까지 이 約款을 적용키로 한 취지라고 해석할 수 없다"고 判示하였다.

아울러 대법원은 "그 원인사실이 발생한 곳이 國內이며, 原告와 위 被告들이 모두 國內法人인 점과 이로 인한 裁判節次의 便宜와 實效性을 감안하더라도 이 사건을 국내에서 재판하지 아니하고 운송인의 주사무소 소재지인 외국의 법원에서 재판하는 것은 오히려 不合理하다고 아니할 수 없고…"라고 판시하였다. 이 판시 내용을 살펴볼 때 대법원이 위 管轄抗辯을排斥한 이유의 하나는 당해 事案이 선하증권 상의 관할규정을 적용하기에는불합리하다는 것이고, 다른 하나는 운송인과의 사이의 관할합의규정의 유효성 여부는 別論으로 하고 그 관할합의규정의 해석상 당해 사건의 被告인 선박대리점과 선하증권 소지인과의 사이의 분쟁에도 적용하기로 한 취지라고보기는 어렵다는 것이다.

이 대법원 판결에서 분명히 判示되지는 않았으나 대법원은 첫째로 船荷 證券上의 管轄合意規定은 일응 不法行爲를 原因으로 한 損害賠償請求에도 有效한 것으로 받아들인다는 것과, 둘째로 일응 有效한 管轄合意도 구체적인 事案을 감안하여 인정하는 것이 不合理하다고 할 경우에는 적용이 排除될 수 있다는 두 가지 法理를 암시하는 것으로 생각된다.

- 2) 대법원 1997년 9월 9일 선고 96다20093판결
- ① 事案의 概要

被告(주식회사 삼영익스프레스)는 1992년 3월 16일 原告(주식회사 고

려무역)로부터 폴리에스터직물에 대한 운송을 의뢰받고 物件引渡地는 미국택사스주 브라운스빌, 送荷人을 原告, 受荷人을 신용장 발행은행의 指示人으로 하는 複合運送證券(Combined Transport B/L)을 발행하였다. 위의 물품은 현대상선(株)에 의하여 부산항에서 미합중국 로스앤젤레스항까지 海上運送되고 被告의 미국 대리점 '베니슨 인터내셔널 트랜스포테이션'(Benison International Transportation Inc.; 이하 '베니슨'이라 한다)에 의하여 로스앤젤레스로부터 물품 引渡場所인 택사스주 브라운스빌까지 陸上運送된 후에 '베니슨'에 의하여 브라운스빌의 保稅倉庫業者인'안젤로 인터내셔널'(Angelo International; 이하 '안젤로'라 한다)의보세창고에 보관되었다. '안젤로'가 같은 해 6월 1일에 이를 複合運送證券을 소지하지 않은 제3자에게 引渡하여 줌으로써 운송물이 멸실된 사건이다.

原告는 複合運送證券과 信用狀에 의하여 擔保된 화환어음을 주식회사조흥은행에 네고(NEGO)하였다가 위와 같이 운송물이 멸실됨으로 인하여 1994년 10월 27일 조흥은행에 네고대금 27,005,940원 全額과 그에 대한 延滯利子 6,232,070원을 지급하고 복합운송증권을 반환받아 이를 소지하게되었다. 발행된 복합운송증권의 이면약관 제24조는 "이 증권에 기한 訴는모두 미합중국 뉴욕시법원에 제기하여야 한다. 다만, 운송인은 위와 다른 법원에 訴를 제기할 수 있다"라고 규정하고 있었다.

복합운송증권의 소지인으로서 운송인인 被告에게 不法行爲로 인한 損害 賠償責任을 묻는 原告의 이 사건 訴가 운송증권에 기재된 專屬的 合意管轄 法院이 아닌 대한민국의 법원에 제기된 것에 대하여 被告는 이 사건 訴는 裁 判管轄權이 없는 법원에 제기되어 부적법하다고 주장하였다.

## ② 判決要旨

이에 대한 대법원판결의 요지는 대한민국 법원의 관할을 배제하고 외국의 법원을 관할법원으로 하는 專屬的인 國際管轄의 合意가 有效하기 위해서는 당해사건이 대한민국 법원의 專屬管轄에 속하지 아니하고, 지정된 외국법원이 그 外國法上 당해 사건에 대하여 管轄權을 가져야 하는 외에, 당해 사

건이 그 외국법원에 대하여 合理的인 關聯性을 가질 것이 요구된다고 할 것이고, 한편 專屬的인 管轄合意가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 그 管轄合意는 公序良俗에 反하는 法律行為에 해당하는 점에서도 無效라고 判示하였다.

- 3) 대법원 2004년 3월 25일 선고 2001다53349판결
- ① 事案의 概要
- 이 判決의 事案은 동해펄프가 홍콩의 한화로부터 카수아리나 우드칩을 수입하는 계약을 체결하고 原告인 한국외환은행에게 신용장 발행을 의뢰했 다. 原告는 1997년 8월 25일 수익자 한화, 상환은행 CMB 뉴욕지점의 일람 후 60일 결제조건의 기한부 신용장을 발행하였다. 한화는 被告인 가와사키 기센(川崎汽船)과 중국 해구항에서 울산항까지 운송하는 운송계약을 체결한 뒤 화물을 被告의 선박에 船積하였고 被告로부터 指示式 船荷證券을 교부받 아 CMB 홍콩지점에 讓渡하였다. CMB 홍콩지점은 1998년 2월 18일 선적 서류를 매입하여 原告에게 송부하였고, 상환은행을 통하여 原告에게 신용장 대금의 지급청구를 하여 原告는 만기일에 상환은행에 신용장대금을 지급하 였다. 原告는 信用狀代支給金을 상환 받지 못한 채 선하증권을 소지하고 있 었다. 화물은 1997년 9월 17일 울산항에 도착하였는데 被告는 선장에게 동 해펄프의 保證書를 받고 선하증권 없이 화물을 引渡할 것을 지시했고 동해 펄프는 이를 인도받았다. 선하증권의 이면약관 제27조는 "본 선하증권에 의하여 입증되거나 규정된 계약은 달리 정함이 없는 한 일본법에 의하여 규 율되며, 운송인에 대한 어떠한 소송도 일본 동경지방재판소에 제기되어야 한 다"라고 明記되었다. 原告는 선하증권의 소지인으로서 운송인인 被告에 대 하여 화물의 不法引渡라는 不法行爲로 인한 損害賠償을 구하는 訴를 제기하 였다.

# ② 判決要旨

이에 대한 대법원판결의 요지는 한국법원의 관할을 배제하고 외국법원을 관할법원으로 하는 專屬的인 國際管轄合意가 有效하기 위하여는 당해사

건이 한국법원의 專屬管轄에 속하지 아니하고 지정된 외국법원이 그 外國法上 당해사건에 대하여 管轄權을 가져야 하는 외에 당해사건이 그 외국법원에 대하여 合理的인 關聯性을 가질 것이 요구되고, 한편 專屬的인 管轄合意가 현저하게 불합리하고 불공정한 경우에는 公序良俗에 反하는 法律行爲에해당하는 점에서도 無效라고 判示하였다. 이것은 앞의 대법원 1997년 9월 9일 선고 96다20093판결을 따른 것이다.

즉,被告는 專屬管轄合意條項의 결과 한국에는 管轄權이 없고 損害賠償 債權의 準據法은 日本法이라고 주장하였으나 동 판결은 한국의 管轄權을 긍 정하고 涉外私法上 不法行爲의 準據法은 한국법이라고 보았다. 동 판결은 準 據法合意는 不法行爲에는 미치지 않지만 管轄合意는 不法行爲에도 미치는 것을 전제로 하되 管轄合意條項이 無效라고 보았다.

#### 4. 私 見

앞에서 살펴본 바에 의하면 國際裁判管轄에 관한 合意가 契約으로서의 성질을 갖는 범위 내에서는 그 涉外的 성격으로 말미암아 抵觸法的 문제가 일어나게 되므로 성질결정 자체가 國內裁判管轄에 관한 合意와는 다른 차원 의 문제를 지니고 있으며, 국내의 土地 및 事物管轄의 변화만을 가져오는 통 상의 관할합의와는 달리 국제재판관할에 관한 합의에 의해서는 어느 국가의 法定管轄이 전적으로 배제가 될 수 있다는 점에서 그 허용이 문제된다. 그리 고 국제재판관할 합의에 의해 합의된 法廷地國이 합의된 관할을 수용하지 않거나 그 판결이 被告의 재산이 있는 국가에서 집행될 수 없는 경우 또는 전쟁이나 천재지변으로 合意된 法廷地國에서의 審理가 불가능한 경우가 있 다. 즉 管轄合意에도 불구하고 관련 국가의 法律上 또는 事實上의 이유로 인 하여 당사자의 權利實現이 봉쇄되는 결과가 될 수도 있다. 나아가 국제재판 관할에 관한 합의는 합의된 法廷地가 어디냐에 따라 言語·訴訟節次·司法 制度·準據法 및 訴訟費用 등이 크게 달라져서 경우에 따라 당사자 一方의 權利救濟를 사실상 불가능하게 만들 수도 있으므로 당사자 사이의 사회·경 제적 지위의 우열에 따라 불공정한 合意가 이루어질 가능성도 그만큼 크다 하겠다. 이러한 경우에 각 당사자들 간에 公正하게 權利實現의 길을 열어 주 어야 한다는 점에서 국제재판관할 합의의 문제는 신중하게 다루어져야 할 것이다.

國際裁判管轄의 合意에 관한 별도의 직접적인 규정이 없는 우리나라의 상황에서는 이와 관련한 各國의 입장을 比較法的으로 검토하여 그 일반적인 원칙의 정립과 해석을 하여야 할 필요가 있다. 이에 따라 위에서 살펴 본 各國의 判例에 따르면 國際去來에서의 管轄合意나 仲裁에 다소 적대적이던 미국법원이 수십 년의 세월이 흐르면서 국제거래의 현실을 감안하여 호의적인 태도로 바뀌어 船荷證券上의 管轄合意에 대하여도 그 효력을 인정하기에 이르고 있다. 즉, 船荷證券上의 管轄合意를 포함하여 國際裁判管轄合意는 특단의 사정이 없는 한 원칙적으로 그 효력이 인정되어야 한다는 것이 미국법원이 취하고 있는 현재의 경향으로 보인다. 일본도 管轄合意가 극히 불합리하여 公序法에 위반하는 경우 외에는 國際訴訟의 管轄合意를 일반적으로 인정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 우리나라 대법원의 입장은 管轄合意에 대하여 대체로 否定的인 것으로 생각된다.

그러나 국가간의 거래가 급속하게 증가하여 가는 상황 하에서 우리나라 법원의 국제거래 분쟁해결은 동일한 쟁점에 대한 외국법원의 處理例와 보조 를 맞출 필요가 있다. 외국법원은 앞에서 본 바와 같이 船荷證券上의 管轄合 意에 대하여 관대하게 수용하는 경향이 뚜렷하므로 우리나라의 법원에서도 이들 외국법원의 태도를 참고하여 船荷證券上의 管轄合意規定에 대하여 보 다 적극적으로 有效性을 인정하여 주는 것이 바람직하다고 생각된다.

또한 船荷證券上의 管轄合意規定은 대부분 운송인의 主事務所 소재지법원에서 분쟁을 해결하기로 되어 있다. 이것은 國際管轄分配의 기준으로서被告住所地國의 原則과 일치한다. 해양을 무대로 하여 국제적 규모로 海上運送에 종사하는 운송인이 세계 각지에서 거래관계를 가지고 있는 送荷人, 受荷人 기타 船荷證券所持人에 의하여 소송을 제기 받아 세계 각지의 법원에서 應訴하여야 한다면 합리적인 기업경영을 하는 운송인으로서는 비용 면이나 절차상의 번거로움 등을 감안할 때 그 불이익을 견디기가 어렵다. 따라서운송인이 그러한 상황을 피하려고 하는 것은 당연하므로 운송인의 主事務所

소재지 법원에서 분쟁을 해결하려는 管轄合意規定은 國際貿易의 根幹인 海運企業의 合理的 經營의 견지에서 보아도 타당한 요청으로 긍정할 수 있어야 한다.

그리고 運送人의 主事務所 소재지 國으로의 管轄合意가 되어 있는 선하증권의 규정이 있다는 것은 海運 또는 貿易業에 종사하는 기업이나 사람으로서는 상식으로 운송선박을 선택할 때에 合意管轄地가 어디가 될 것인지를 예측가능 할 수 있게 되므로 실제 분쟁이 발생한 경우 선하증권에 기하여 管轄抗辯을 하는 것이 예상에서 벗어나는 것이 아니다. 선하증권의 管轄合意에 직접 관련된 것은 아니나 브뤼셀협약 제17조에서도 국제상거래에서 당사자들이 알고 있거나 알고 있었어야 하는 慣行에 부합하고 나아가 관련 商去來分野에서 당해 유형의 계약의 당사자들에게 널리 알려져 있고 그들에 의하여 규칙적으로 준수되는 방식의 合意는 인정하고 있다. 미국의 연방대법원도 다수의 고객과 거래하는 사업자로서는 資産의 本據地를 法延地로 제한할 利益을 가지며 그렇게 함으로써 소비자들은 결국 가격인하라는 反射利益을 얻을 수 있음을 고려하여 管轄合意條項의 效力을 인정한 바 있다.258)

船荷證券上의 管轄合意規定의 적용과 관련하여 법원에서 관련 사실을 지나치게 자세히 분석한 후에 관할합의규정의 유효성 여부를 판단하려는 것 은 管轄合意規定의 法的安定性을 해치게 되므로 우리나라 법원도 당사자간 의 管轄合意를 존중하여야 할 것이다.

특히, 기업간 국제거래의 경우 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 법원의 역할은 私的自治를 존중하고 그것이 실현되도록 하는 것이므로 법원은 당사자 간의 管轄合意를 존중하고 당사자들의 합리적인 기대를 충족시킬 수 있도록 하여야 할 것이다.

<sup>&</sup>lt;sup>258)</sup> Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 499 U.S. 585 (1991).

# 第6章結論

海上企業은 國際性을 특징으로 한다. 따라서 海上企業의 활동과정에서 법적분쟁이 발생하면 가장 먼저 어느 나라의 法廷에서 訴를 제기하여야 하는가에 대한 國際裁判管轄이 문제된다. 현재 國際裁判管轄에 관하여 전 세계적으로 다수국가를 구속하는 國際協約이나 일반적으로 승인된 國際法上의原則이 확립되어 있지 아니하다. 따라서 분쟁은 各國別로 개별적인 원칙에따라 해결을 하고 있어 어느 나라의 법원에서 재판을 받느냐에 따라서 소송의 결과가 다르게 나올 수 있으므로 분쟁당사자들은 자신에게 유리한 곳에서 재판받기를 원하게 되어 이른바 "法廷地探索"(forum shopping)을 하게 된다.

이 논문에서는 船舶衝突(不法行為)에 있어서 國際裁判管轄의 결정문제와 船荷證券과 관련한 분쟁(債務不履行)의 경우에 國際裁判管轄의 결정문제를 검토하여 이와 관련한 海事訴訟에 있어서의 國際裁判管轄에 대하여 국제적 추세에 적합한 입법론적 개선안을 제시하였다.

#### 1. 船舶衝突의 國際裁判管轄

먼저 船舶衝突의 경우에 國際裁判管轄을 결정하는데 있어서는 船舶衝突 水域을 領海와 公海로 분류한 후에 領海內에서의 衝突은 自國領海와 外國領 海 그리고 公海上에서의 衝突은 同一國籍船 사이의 衝突과 다른 國籍船 사 이의 衝突의 경우로 구분하여 살펴보았다.

첫째, 船舶衝突이 領海에서 발생한 경우에는 不法行為地(衝突地)인 沿岸國의 法院이 원칙적으로 裁判管轄權을 가지며 公海에서의 同一國籍船舶 사이의 衝突인 경우에는 同一旗國法에 의한다.

둘째, 領海에서의 선박충돌시에는 沿岸國의 裁判管轄을 기준으로 하되 衝突船舶의 國籍이 같은 경우에는 訴訟經濟的인 측면을 고려하여 自國領海 이던 外國領海이던 公海上 衝突의 경우와 마찬가지로 共通旗國의 裁判管轄과 法을 긍정하는 것이 타당하다고 생각한다. 이는 不法行為의 準據法에 관한 改正 國際私法 제32조 제2항의 "불법행위가 행하여진 당시 동일한 국가안에 가해자와 피해자의 常居所가 있는 경우에는 제1항의 규정(불법행위지)에 불구하고 그 국가의 법에 의한다"는 규정의 취지와도 부합한다고 할 것이다.

셋째, 公海에서의 國籍이 다른 선박간의 충돌의 경우에 우리 國際私法 제61조 제2항은 加害船旗國法主義를 채용하고 있다. 그러나 雙方過失로 인하여 충돌이 발생한 경우 주된 過失 선박을 판정하기가 어렵다. 또한 加害船은 재판진행 중 事實審 審理過程을 거쳐 밝혀지는 것이 통상이다. 그리고 不法行爲와 관련한 國際裁判管轄의 결정에 있어 國際協約 및 各國은 대체적으로 不法行爲地法을 승인하나 피해자인 原告의 선택권 및 自國民의 利益을 중시하고 있는 점을 볼 때 加害船舶의 船籍國法에만 따르도록 하는 것은 문제가 있다고 본다. 따라서 公海에서의 國籍이 다른 船舶衝突의 경우에 加害船舶의 船籍國法에 의하도록 한정하지 말고 우리나라 선박이 관련된 경우에는 모든 경우에 裁判管轄을 인정하도록 함이 타당하므로 입법론적 개선이필요하다. 이에 따라 國際私法 제61조를 다음과 같이 개정하여야 한다고 생각한다.

## "제61조(선박충돌)

- ① 개항·하천 또는 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 그 충돌지의 관할과 법에 의한다. 다만 동일한 선적국에 속하는 선박의 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 그 선적국의 관할과 법에 의한다.
- ② 공해에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일한 선적국에 속하는 때에는 그 선적국의 관할과 법에 의한다. 우리나라의 선박이 관련된 경우에는 우리나라의 관할과 법에 의하고 그 외 각 선박이 선적국을 달리하는 때에는 가해선박의 선적국의 관할과 법에 의한다."

## 2. 船荷證券의 國際裁判管轄

다음으로 船荷證券 紛爭의 國際裁判管轄의 決定에 관하여는 선하증권의 物權的 效力 및 債權的 效力과 관련 있는 분쟁의 경우에 있어서 국제재판관 할의 문제와 船荷證券上의 裁判管轄約款의 有效性 인정문제로 나눌 수 있다.

첫째, 船荷證券을 授受한 送荷人과 船荷證券所持人과의 분쟁의 경우는 주로 船荷證券의 引渡 및 處分이 증권에 기재된 운송물 자체의 引渡 및 處分 과 동일한 효력을 가진다는 船荷證券의 物権的 效力과 관계있는 사항이다. 이와 관련하여 비록 운송물이 실제로 處分되어 讓受人이 動産의 善意取得要 件을 구비하였다면 선하증권의 물권적 효력이 그 운송물 자체의 善意取得에 는 영향을 미치지 못한다는 한계는 있다. 그러나 運送物返還請求權을 나타내 는 것이 船荷證券이므로 증권 없이는 그 처분도 반환 청구도 할 수 없다면 선하증권의 引渡를 곧 운송물의 引渡로 擬制할 수 있을 것이다. 그러므로 ① 船荷證券이 運送物을 代表하는 점, ② 선하증권이 발행된 경우에는 운송물의 물권적 처분(상법 제132조)과 운송인에 대한 處分權行使(상법 제139조)는 선하증권에 의해서만 할 수 있는 점, ③ 선하증권 본래의 목적이 運送契約의 당사자 이외의 제3자에게 流通하는 것에 있다는 점, ④ 선하증권의 提示 및 相換證券性에 의하면 결국 운송물의 目的地와 선하증권의 所在地는 일반적 으로 일치하게 되는 점, ⑤ 目的地 변경의 경우는 선하증권의 발행 전체 통 수와의 상환을 필요로 하므로(상법 제817조) 선하증권의 중요성이 더욱 강 조되는 점 등을 종합적으로 고려할 때 船荷證券의 物權的 效力과 관련한 裁 判管轄과 準據法의 문제는 證券所在地 국가의 裁判管轄과 法이 적용되어야 마땅하다고 생각한다.

둘째, 運送契約의 당사자가 아닌 船荷證券所持人과 海上運送人 사이의 운송물의 引渡請求權에 관한 채권적 관계를 정하는 船荷證券의 債権的 效力과 관련한 분쟁에 있어서는, 船荷證券이 발행된 경우 선하증권의 유통성에 따른 거래의 안전을 확보하기 위하여 원칙적으로 운송인은 그 선하증권에 기재된 바에 따른 債務履行責任을 져야 하므로 기초가 되는 운송계약의 締結地가 아닌 선하증권 所在地 국가의 裁判管轄과 法의 적용이 인정되어야

할 것이다. 이는 일반적으로 선하증권 상에 기재된 목적지에서 선하증권과 상환으로 운송물에 대한 引渡義務를 이행하게 되므로 결국 선하증권의 소재 지는 운송물의 목적지 및 債務履行地와 일치하게 되는 점을 고려하여 볼 때 에도 합리적이라고 본다.

셋째, 선하증권의 債權的 效力은 船荷證券所持人과 관련 海上運送人과의 관계이므로 이는 선하증권 상의 裁判管轄約款의 有效性과도 관계가 있다. 私的自治의 原則 및 裁判管轄合意에 대한 여러 가지 고려사항을 감안한다면 선하증권 상의 裁判管轄合意의 效力을 우선 인정하여야 할 것이다.

넷째, 선하증권의 管轄約款의 有效性 인정 여부에 대하여는 각국의 판례 검토 결과 외국의 경우에는 國際訴訟의 管轄合意를 일반적으로 인정하고 있 으나 우리나라 大法院은 管轄合意에 대하여 대체로 否定的이다. 이와 관련하 여 현재 국가간의 거래가 급속하게 증가하는 상황에서 國際去來 분쟁해결에 있어 ① 동일한 쟁점에 대하여 외국법원의 處理例와 보조를 맞출 필요가 있 는 점, ② 선하증권 상의 관할합의규정은 대부분 운송인의 主事務所 소재지 법원에서 분쟁을 해결하기로 되어 있는데 이는 國際管轄分配의 基準으로서 被告住所地國의 原則과 일치하는 점, ③ 운송인이 전 세계적으로 다수의 고 객을 상대로 海運業을 함으로써 損害賠償請求를 전 세계적으로 당하게 되면 비용·절차상의 문제로 海上運送人이 어려움에 직면하게 되므로 國際貿易의 根幹인 海運産業의 보호를 위하여서도 船荷證券의 管轄合意는 인정되어야 하는 점. ④ 운송인의 주사무소 소재지 국가로 관할합의가 되어 있는 선하증 권 규정은 海運 또는 貿易業에 종사하는 기업이나 사람으로서는 상식으로 合意管轄地가 어디인지는 충분히 豫測可能하다는 점, ⑤ 선하증권 상의 관할 합의규정의 적용과 관련하여 법원에서 관련 사실을 지나치게 자세히 분석한 후에 管轄合意規定의 有效性 여부를 판단하려는 것은 관할합의규정의 法的 安定性을 해치게 된다는 등의 고려사항을 지적할 수 있다. 특히 기업간 국제 거래의 경우에 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 私的自 治를 존중하고 그것이 실현되도록 법원은 당사자간의 管轄合意를 인정함이 타당하다고 생각한다.

이에 따라 船荷證券과 관련한 분쟁의 경우에 있어서 國際裁判管轄의 결 정과 관련하여 다음과 같이 國際私法 제63조를 신설하여야 한다고 본다.

# "제63조(선하증권)

- ① 선하증권이 발행된 경우의 물건운송에 있어서 당해운송물에 관한 권리의 득실변경은 해당 선하증권 상의 합의된 관할과 법에 의한다.
- ② 제1항의 합의가 현저하게 불합리하고 불공정하거나 합의의 부재 또는 이행불능의 경우에는 다툼이 발생한 당시의 해당 선하증권이 소재하는 증권소재지국의 관할과 법에 의한다."

## 參考文獻

# I. 國內文獻

## 1. 單行本

姜玹中, 民事訴訟法 第3全訂版, 博英社, 1999. 金演·朴正基·金仁猷, 國際私法, 法文社, 2002. 金容秦, 國際民事訴訟戰略-國際訴訟實務가이드-, 신영사, 1997. 朴容燮, 海上交通法論, 螢雪出版社, 1992. \_\_\_\_\_\_, 海商法論, 螢雪出版社, 1998. 朴憲穆, 商法講論, 신지서원, 2002. 徐希源, 新稿版 國際私法講義, 一潮閣, 1995. 石光現, 國際私法과 國際訴訟 第1卷, 博英社, 2001. \_\_\_\_\_\_, 國際私法과 國際訴訟 第2卷, 博英社, 2001. \_\_\_\_\_\_, 國際裁判管轄에 관한 研究, 서울大學校出版部, 2001. 宋相現·金炫, 海商法原論, 博英社, 1999. 申昌善, 全面改正版 國際私法, 學友, 2002. 沈載斗, 海商運送法, 吉安社, 1997.

嚴潤大, 船荷證券論, 신대종, 2002.

尹鍾珍, 改正 現代 國際私法, 한올出版社, 2003.

梁承圭, 判例教材 保險法·海商法, 法文社, 1982.

李基洙, 保險法·海商法, 博英社, 1993.

李時潤, 新民事訴訟法, 博英社, 2002.

李榮郁, 海商法, 同和文化社, 1973.

李好珽, 國際私法, 經文社, 1983.

林錫珉, 船荷證券論, 두남, 2000.

張文哲, 國際私法總論, 弘文社, 1996.

鄭東潤, 民事訴訟法 第4全訂版, 博英社, 1998.

鄭暎錫, 船荷證券論, 海印出版社, 2003.

, 海商法講義要論, 海印出版社, 2003.

蔡利植, 改訂版 商法講義(下), 博英社, 2003.

崔公雄, 國際訴訟, 育法社, 1994.

崔基元,海商法,博英社,1997.

黄山德, 新國際私法, 博英社, 1987.

黄山德·金容漢, 新國際私法, 東亞出版社, 1987.

## 2. 論文 기타

- 姜秉燮,"國際裁判管轄",「涉外事件의 諸問題(下)」,裁判資料 34輯,法院 行政處, 1986.
- 金文煥, "미국의 國際私法上 裁判管轄權", 「美國法研究(I)」, 國民大學校出版部, 1988.
- 金鎭權, "海商法上의 準據法 決定에 관한 研究", 韓國海洋大學校 大學院, 博士學位論文, 2003.
- 金昌俊, "英國의 司法制度, 訴訟節次 및 仲裁節次의 概觀", 韓美合同法律事務所, 1993.
- 金鶴黙, "國際去來에서의 裁判管轄權", 「成均館法學」, 第8號, 1997.
- 閔丙國, "船主責任制限制度에 관한 涉外私法的 考察",「現代比較法의 諸問題」, 1987.
- 王相漢, "電子去來外 裁判管轄", 「通商法律」, 通卷 第27號, 1999. 6.
- 柳祿相, "船舶衝突에 있어서의 法律上의 問題點",「韓國海運學會誌」,第6號,1988.
- 柳英日, "2000년 헤이그 신협약이 가져올 변화와 우리의 대응-民·商事事件에 있어서 國際裁判管轄, 外國判決의 效力에 관한 헤이그국제사법회의 특별위원회 논의를 중심으로-",「人權과 正義」, 大韓辯

護士協會誌, 第272號, 1999. 4.

- 兪載豊, "國際訴訟의 裁判管轄에 관한 研究", 清州大學校 大學院 博士學位 論文, 1994.
- 李秉和, "涉外不法行為에 관한 研究", 梨花女子大學校 大學院 博士學位論 文, 1992.
- 李成德, "사이버공간(Cyber space)에 대한 國家管轄權의 問題-立法管轄權을 중심으로 한 國際法的 眺望-", 「서울國際法研究」, 第6卷2號(通卷 第11號), 1999.
- 李泰熙, "裁判權의 一般的 根據로서의 最少關聯性(下)", 法律新聞 1515號, 1983.11.7.
- 鄭暎錫, "船舶所有者의 責任制限에 있어서 準據法의 決定",「韓國海法會誌」,第15卷 第1號, 1993.
- 鄭完溶, "船舶어레스트條約의 개정논점에 관한 소고", 韓國海法會誌 第18 卷 第1號.
- 丁海德, "船舶執行에 관한 研究", 慶熙大學校 大學院, 博士學位論文, 2000.
- 池相源, "船舶衝突의 裁判管轄權에 관한 研究", 「海事法研究」, 第13卷第2號, 2001. 12.
- 崔公雄, "民事訴訟法 第9條外 裁判管轄權", 「民事法學의 諸問題」, 小峰 金容漢教授 華甲記念論文集 刊行委員會, 1990.
- 韓忠洙, "國際裁判管轄合意에 관한 研究", 延世大學校 大學院 博士學位論 文, 1996.

# Ⅱ. 日本文獻

# 1. 單行本

山内惟介, 海事國際私法の研究, 中央大學出版部, 1988. 山田(金寮)一·佐野 寬, 國際取引法, 有斐閣, 1994. 山田鐐一, 國際私法, 有斐閣, 1992.

山戶嘉一, 海事國際私法論, 有斐閣, 1943.

三浦正人, 不法行爲, 涉外判例百選(增補版), 有斐閣, 1976.

西島彌太郎, 新版 海商法, 海文堂, 1976.

石黑一憲, 國際私法の解釋論的構造, 東京大學出版會, 1980.

奥田安弘, 國際取引法の理論, 有斐閣, 1992.

田中誠二, 海商法詳論, 勁草書房, 1985.

折茂豊, 新版 國際私法(各論), 有斐閣, 1972.

## 2. 論文 기타

- 小町谷操三, "海事條約の研究", 「海商法研究」, 第7卷, 成山堂書店, 1984.
- 櫻田嘉章, "物權準據法の適用範圍",「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」 澤木敬郎·秌場準一編, 有斐閣, 1994.
- 佐鳥和郞, "Forum non Conveniens", 「海事法研究會誌」, 日本海運集會 所, 1987.10.
- 池原季雄·高桑昭道·垣內正人, "わが國における海事國際私法の現況", 「海法會誌復刊」第30號, 1986.
- 片山靜剛, "UK1982年民事裁判管轄權および判決法", 「海事法研究會誌」, 日本海運集會所, 1990. 2.
- 平塚眞, "船荷證券", 「渉外判例百選(第三版)」 ジュリスト(別冊), 第133 號, 1995. 5.

## Ⅲ. 英美文獻

## 1. 單行本

- Black, Henry Campbell M.A., Black's Law Dictionary 5th Ed., West Publishing Co., 1979.
- Born, Gary B. / Westin, David, International Civil Litigation in United States Courts, Commentary & Materials, 3rd Ed., The Hague·Boston·London: Kluwer Law International, 1996.
- Collier, J. G., Conflict of Laws, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- Colombos, International Law of the Sea, 3rd ed., 1954.
- Glannon, Joseph W., Civil Procedure, Examples and Explanations, 2nd Ed., Boston·Toronto·London: Little, Brown and Company, 1992.
- Hill, Christopher, Maritime Law, 3rd Ed., London, Lloyd's of London Press Ltd., 1989.
- Ivamy, Hardy, Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea, 12th ed., London, Butterworth, 1985.
- Jackson, D. C., Enforcement of Maritime Claims, London, Lloyd's of London Press Ltd., 1985.
- Mankabady, Samir, The Law of Collision at Sea, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.V., 1987.
- Martin, Elizabeth A., A Dictionary of Law, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 1996.
- Mcguffie, Kenneth C. and Marsden, Simon Gault, The Law of Collision at Sea, 12th ed., London, Stevens & Sons Ltd., 1973.
- Tetley, William, Marine Cargo Claims, 3rd ed., Montreal, International

Shipping Publications, 1988.

Todd, Paul, Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, 2nd ed., London·NewYork·Hamburg·Hongkong, Lloyd's of London Press Ltd., 1993.

# 2. 論文 기타

- Brilmayer, Lea, "A General Look at General Jurisdiction", 66 Tex. L. Rev. 721, 1988.
- \_\_\_\_\_\_\_\_, "How Contacts Count: Due Process Limitations on State Court Jurisdiction", 1980 Sup. Ct. Rev. 77.
- Cutler. M. Richard, "Comparative Conflicts of Law: Effectiveness of Contractual Choice of Forum", 20 Tex. Int'l L. J. 97, 1986.
- Healy, Nicholas J. and Sweeney, Joseph C., "Basic Principles of The Law of Collision", Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 22, No. 3, July-October 1991.
- Twitchell, Mary, "The Myth of General Jurisdiction", 101 Harv. L. Rev. 610, 1988.