

한·중간 민사소송서류의 송달현황과 문제점

양 석 완*

目 次

- I. 머리에
- II. 한국법에서의 소송서류의 외국송달
- III. 중국법에서의 소송서류의 외국송달
- IV. 한·중간 소송서류의 송달공조방안
- V. 한·중 민사 및 상사 사법공조조약에서의 송달관련조항
- VI. 맺으며

[국문개요]

한국과 중국간의 민사소송서류의 송달에 관한 사법공조조약은 2005년 4월 27일부터 발효되고 있다. 중국은 이미 1991년에 헤이그송달협약에 가입하였고, 한국도 2000년 8월 1일부터 헤이그송달협약에 가입하고 있다. 한국이 이 협약에 가입함으로써 한국과 중국은 그 동안 상호주의에 의존한 사법공조방식에서 탈피하여 양국간에 서류전달방법을 단순화하고 협약의 증명서를 이용하여 해외송달이 이루어졌음을 입증하기 용이하게 함으로써 송달받을 자에게 자신을 방어하기에 충분한 시간 안에 송달서류에 대한 정보를 얻을 수 있는 체제를 구축할 수 있게 되었다.

한국과 중국은 모두 직권주의 송달방식을 채용하는 나라이고 우편송달을 허용하지 않으며, 헤이그송달협약 제10조의 방식에 대하여 반대선언을 하였다. 이러한 원인으로 한국과 중국은 송달에 관한 사법공조방식에서 다양한 송달방식을 취할 수 없다는 가장 큰 문제점이 있다. 그러나, 한국과 중국간에 민사사법공조조약이 체결됨으로써, 양국간에 중앙당국 경로를 이용할 경우의 소요시간이 현재의 소요시간보다 짧아야 조약체결의 실익이 있게 된다.

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

1. 머리에

한국과 중국 양국은 2003년 7월 7일 민사 및 상사 사법공조조약을 체결하였고, 이 조약은 2005년 4월 27일부터 발효되고 있다. 중국은 이미 1991년에 헤이그송달협약에 가입하였고, 한국도 2000년 8월 1일부터 헤이그송달협약에 가입하고 있다. 한국이 이 협약에 가입함으로써 한국과 중국은 그 동안 상호주의에 의존한 사법공조방식에서 탈피하여 양국간에 서류전달방법을 단순화하고 협약의 증명서를 이용하여 해외송달이 이루어졌음을 입증하기 용이하게 함으로써 송달받을 자에게 자신을 방어하기에 충분한 시간 안에 송달서류에 대한 정보를 얻을 수 있는 체제를 구축할 수 있게 되었다. 그 외 주목적이 송달사무를 위한 것은 아니나, 영사관계에 관한 비엔나협약의 관련규정도 송달에 관한 양국의 민사사법공조와 밀접한 관련이 있다. 국제민사사법공조법¹⁾은 동(同)법에서 정한 사법공조절차에 관하여 조약 기타 이에 준하는 국제법규에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다고 정하고 있다(제3조).

종전에는 한·중간의 양자협약이 체결되지 않은 관계로 한국과 중국간의 송달에 관한 사법공조는 양국이 공동으로 가입한 헤이그송달협약과 비엔나협약규정에 의존할 수밖에 없었다.

이 두 협약을 중심으로 고찰하면 외국에서 실시하는 송달방법은 크게 직접실시방법과 간접실시방법으로 분류할 수 있다.²⁾ 직접실시방법은 전달의 경로에 의하지 아니하고 소송당사자 또는 송달지의 자국외교관·영사에 의하여 송달이 직접 실시되는 것을 말하는데, ① 법원이 외국에 있는 자에게 직접 우송하는 방법, ② 이해관계인이 직접 외국의 송달기관으로 하여금 송달하게 하는 방법, ③ 자국의 외교관 또는 영사가 직접 송달을 행하는 방법 등 세 가지가 있다.

간접실시방법은 촉탁국의 송달기관이 수탁국의 송달기관에 송달을 요청하면 수탁국의 송달기관이 송달요청서와 송달할 소송서류를 자국의 송달실시기관에 전달하여 그 실시기관이 송달을 실시하는 방법을 말하는데, ① 외교상의 경로, ② 영사의 경로, ③ 중앙당국의 경로, ④ 사법당국간의 직접송부 등 네 가지 방법이 있다. 이런 다양한 공조방식이 있으나, 한국과 중국은 헤이그송달협약 제10조의 방식³⁾에 대하여 모두 반대

1) 우리나라는 민사사법공조법 외에 별도의 형사사법공조법을 제정하였으나, 일본은 양자를 통합하여 '외국재판소의 촉탁에 의한 공조법'으로 규율하고 있다.

2) 장원일, 외국에서 하는 송달에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 2001, p.31

3) 도착지의 국가가 반대하지 아니하는 한 이 협약은 다음 사항을 반대하지 아니한다. 1. 직접 해외 거주

선언을 하였고, 또 제8조에 따라 재판상의 문서가 촉탁국의 국민에게 송달되는 경우를 제외하고는 그 영역 내에서 외교관 또는 영사를 통하여 직접 문서를 송달하는데 반대한다고 선언함으로써, 기존의 영사와 외교상의 경로를 통한 송달 외에 중앙당국에 의한 방식만을 인정하게 되었다.

이리하여 양국간에는 직접실시방법을 이용하는 송달방법은 실시할 가능성이 없게 되었고, 조약 체결 전에는 간접실시방법에서도 촉탁국의 법원 등 사법당국과 수탁국의 법원 등 사법당국간에 있어서 송달할 서류를 직접 송부하는 방식인 사법당국간의 직접송부도 한·중 양국간의 송달공조에서 배제되었었다. 이는 양국간에 협정이 있는 경우에만 인정되는 예외적인 경로라는 점에서 국제사법공조의 이상형이라 할 수 있는데,⁴⁾ 사법공조조약이 체결된 현재 한·중 양국간의 송달은 외교관계를 통한 방식, 영사에 의한 방식, 그리고 중앙당국에 의한 방식을 통해 이루어지고 있는 상황이다.

2000년부터 2003년까지 4년간 한국이 중국에 촉탁한 송달건수는 842건으로 한국이 촉탁국이 되어 외국에 송달을 촉탁한 총 건수의 8.3%를 차지한다. 또한 한국 관할법원이 2000년도에 중국에 송달을 촉탁한 62건 중에서 소요되는 시간이 제일 긴 것은 10개월이고 최단기소요일은 3개월 1일로서 평균 소요기간은 5개월 21일이다. 이는 한국이 외국국가에 대한 송달촉탁이 평균 4개월 정도가 소요된다는 상황과 비교할 때, 중국의 경우는 평균이상의 기간이 소요됨을 의미한다. 그리고 2000년부터 2003년까지 4년간 중국이 촉탁국이 되고 한국이 수탁국이 되어 실시한 송달건수는 총 133건으로서 외국이 한국에 촉탁한 총 송달건수의 8.6%를 차지한다.⁵⁾

한국과 중국은 모두 직권주의 송달방식을 채용하는 나라이고 우편송달을 허용하지 않으며, 헤이그송달협약 제10조의 방식에 대하여 반대선언을 하였다. 이러한 원인으로 한국과 중국은 송달에 관한 사법공조방식에서 다양한 송달방식을 취할 수 없다는 가장 큰 문제점이 있다. 또한, 중국이 외국의 사법공조청구에 대한 실시절차가 아직 규범화되지 못하고 지역이 넓은 관계로 단순한 중앙당국에 의한 송달방식을 채용하면 중국에서 송달에 필요한 소요기간이 길어진다. 이는 한국이 중국에 대한 송달촉탁의 평균 소요기간이 다른 외국국가에 대한 송달촉탁의 평균 소요기간보다 긴 데서 잘 나타

자에 대하여 우편 경로를 통하여 재판서류를 송부할 경우, 2. 촉탁국의 사법직원, 관리 또는 기타 권한자가 목적국의 사법직원, 관리 또는 기타 권한자를 통하여 직접 재판서류를 송달하는 경우, 3. 재판절차를 참여하는 여하한 자가 목적국의 사법직원, 관리 또는 기타 권한자를 통하여 직접 재판서류를 송달하는 경우

4) 허문일, 한·중 민사사법공조의 현황과 촉진방안에 관한 연구, 충남대학교 대학원 석사학위논문, 2003. 2. p.53
5) 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원, “대한민국과 중화인민공화국간의 민사 및 상사 사법공조조약 비준동의안 검토보고서”, 2004. 12. p.8

나고 있다.

그러나, 한국과 중국간에 민사사법공조조약이 체결됨으로써, 양국간에 중앙당국 경로를 이용할 경우의 소요시간이 현재의 소요시간보다 짧아야 조약체결의 실익이 있게 된다.

II. 한국법에서의 소송서류의 외국송달

2.1. 통상의 송달방법

한국 민사소송절차에서의 송달은 직권으로 이루어지는 것이 원칙이다. 따라서 원칙적으로 송달은 당사자의 신청을 필요로 하지 않으며, 그 실시 또한 당사자에게 맡겨지지도 않는다. 즉 소장, 상소장 및 판결 등 소송서류의 송달은 법원에 의하여 이루어진다. 이러한 직권송달주의의 원칙은 외국송달의 경우에도 적용된다. 민사소송법 제191조에 따르면 재판장은 송달이 이루어질 외국에 주재하는 대한민국의 대사, 공사, 영사 또는 그 나라의 관할 공무소에 촉탁하는 형식으로 송달한다.

그런데 외국판결의 승인요건에 관한 민사소송법 제217조 제2항은 “폐소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것”이라고 규정하여, 법문상으로는 피고가 응소하지 아니한 경우 송달의 방법은 공시송달 이외의 모든 송달이 허용되는 것처럼 보이나, 대법원은 여기서의 송달은 보충송달이나 우편송달이 아닌 ‘통상의 송달방법’에 의한 송달을 의미하는 것으로 풀이하고 있다. 즉 통상의 송달방법이란 교부송달을 의미하고 보충송달이나 유치송달은 포함하지 않는다고 한다.⁶⁾ 이 대법원 판결은 실시 중에서 “이 때의 송달이란 보충송달이나 우편송달이 아닌 통상의 송달방법에 의한 송달을 의미한다고 하고 있다.

2.2. 우편송달

위 대법원 1992. 7. 14판결은 ‘우편송달’과 ‘우편에 의한 송달’을 엄격히 구분하여 사용한 것인지 분명하지 않지만, 먼저 우편송달⁷⁾에 관하여, 다음에는 우편에 의한 송달

6) 대법원 1992. 7. 14 선고 92 다 2585 판결 (법원공보 1992. 9. 1. 제927호, pp.2395-2396)

에 관하여 검토하기로 한다.

한국 민사소송법은 송달을 수령할 자가 외국에 거주하는 경우에도 법이 정하는 절차에 따라 송달할 것을 요구하고 있다. 한국의 민사소송 구조 하에서의 송달은 당사자의 사무가 아닌 법관의 주권행사 행위로 파악되므로, 송달을 담당하는 한국 법원은 외국의 영토 내에 송달할 수 없다. 그러나 이를 이유로 재판을 거부하면 헌법상 국민의 기본권으로 규정된 재판청구권 내지는 사법보장청구권을 침해하게 될 것이다. 따라서 어떻게든 송달을 하여야 하는데, 그 방법으로는 국내송달로써 외국송달을 의제하거나 또는 상대방 국가의 동의나 국제조약·협약에 가입함으로써 외국송달이 그 나라의 주권을 침해하지 않도록 하는 방법이 있다. 국내송달에 의한 외국송달의 의제는 송달영수인 제도를 들 수 있다(민사소송법 제184조). 개정 전 민사소송법에서는 송달영수인 지정을 강제하고, 이 경우 우편송달이 가능할 수 있도록 하였다(구 민사소송법 제171조 제2항). 그러나 2002년 개정 민사소송법에서는 우편송달의 가능성을 배제하였으므로 송달영수인에게 우편송달을 할 수 없게 되었다(민사소송법 제187조, 제186조).

다음으로, 외국법원이 하는 우편에 의한 송달은 그 자체로서 국제법에 반하는 것은 아니나, 우리나라 국제민사사법공조법의 취지에 반하는 것으로 보인다. 국제민사사법공조법은 외국으로부터의 송달촉탁은 외교상의 경로를 거칠 것을 요건으로 하고 송달장소를 관할하는 제1심법원이 관할하도록 규정하고 있는 바, 이를 근거로 외국법원이 직접 우편에 의한 송달을 하는 것을 불허하는 취지로 볼 수 있다는 견해가 있다.⁸⁾ 그러나, 이에 대하여는 국제민사사법공조법은 기본적으로 사법공조의 제공에 관한 법으로서 국제민사사법공조법은 우리나라가 외국법원의 촉탁이 있는 경우 동법에 정한 요건을 구비하지 않은 때에는 우리나라 법원이 사법공조를 제공하지 않는다는 취지를 규정한 것이지, 동법에서 정한 방법 이외의 송달을 모두 위법하다고 규정한 것은 아니라는 반론도 주장될 수 있다고 한다.⁹⁾

2.3. 공시송달

또 다른 방법으로는 공시송달의 방법이 있다. 민사소송법 제194조에 따르면 외국에

7) 우리나라 민사소송법상 '우편송달'은 법원사무관 등이 하는 점에서 우편집배원이 하는 '우편에 의한 송달'과 구별된다. 우편송달의 경우 등기우편 발송시에 송달이 완료된 것으로 본다(민사소송법 제189조).

8) 정연옥, "영사파견국의 법원이 우리나라 국민에 대하여 한 영사송달의 효력", 『관례해설 1992』, 하반기 18권, p.200 ; 진성규, "민사소송에 있어서의 국제사법공조", 『섭외사건의 제문제(下)』(재판자료 제34집), 1986, p.482

9) 석광현, 『국제사법과 국제소송』(제1권), 박영사, 2002, p.371

서 하여야 할 송달에 관하여 제191조의 규정에 따를 수 없거나 또는 이에 따라도 효력이 없을 것으로 인정되는 경우에는 재판장이 직권이나 당사자의 신청으로 공시송달을 할 수 있다. 그러나 이 방법 또한 제191조에 따라 촉탁하여야 할 뿐 아니라 공시송달을 통하여 내린 한국 법원의 판결이 당해 외국에서 승인이 거부될 것이라는 점에서 이 송달방법을 현실적으로 채택하는 데에는 한계가 있다.

만일 우리나라 법원이 사법공조에 의하여 송달을 실시하는 경우에는 송달의 실시는 우리나라 법에 따라 하게 되므로(국제민사사법공조법 제15조) 통상의 송달방법은 물론이고 보충송달과 송달을 받은 당사자 본인·대리인이 거부한 경우의 유치송달이 허용될 것임은 의문이 없을 것이다. 다만, 사법공조에 의하여 우리나라 법원이 송달을 하는 경우 당사자의 주소, 거소 기타 송달할 장소를 알 수 없는 경우에도 공시송달을 할 것은 아니고, 그 경우에는 송달불능으로 회신하여야 할 것이다. 국제민사사법공조법 제16조 제1항은 증거조사불능만을 언급하고 송달불능은 언급하고 있지 않으나 송달의 경우도 마찬가지로 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁾ 한·중 사법공조조약은 재판상 서류가 송달되지 아니한 경우에는 그 서류는 송달되지 아니한 사유를 명시한 증명서와 아울러 촉탁국에 반환되어야 한다고 정하고 있다(제13조 제3항). 우리나라 법원이 송달불능으로 회신한 경우 공시송달 기타 의제송달의 방법을 취할 것인가는 결국 판결국의 법원이 결정할 사항이라고 본다.¹¹⁾

그런데, 헤이그송달협약 제15조는 피고가 출석하지 않더라도 동조의 요건이 구비된 경우 우리나라 법원이 재판을 할 수 있다고 규정하는데, 그 경우 법원이 공시송달을 할 수 있도록 민사소송법 제196조를 개정할 필요가 있는가라는 의문이 제기된다. 현행 민사소송법상 피고에게 송달을 할 수 없는 경우 공시송달을 한 뒤에 비로소 재판을 할 수 있기 때문이다. 이는 논리적으로는 송달협약과 민사소송법의 해석상 제15조의 요건 구비시 우리나라 법원이 공시송달 없이 재판할 수 있는가의 문제이다.

송달협약 제15조 제1항은 “소환장 또는 이에 상응하는 문서가 이 협약의 규정에 의해 송달할 목적으로 해외에 송부되었으나 피고가 출석하지 아니한 경우, 다음 각호의 사항이 확정되기 전까지는 판결을 해서는 아니된다.

1. 그 문서가 국내소송에서의 문서송달을 위해 피촉탁국의 국내법에 규정된 방식으로 동국의 영역 안에 소재하는 자에게 송달되었을 것
2. 그 문서가 이 협약에 규정된 다른 방식에 의해 피고 또는 그의 거주지(residence)에 실제 교부되었을 것

10) 법원행정처, 『법원실무제요-민사(上)』, 1996, p.601도 송달불능의 회신을 인정하고 있다.

11) 석광현, 전계서(제1권), p.369

또한 상기 각호의 경우에 있어서 송달 또는 교부는 피고가 자신을 변호할 수 있도록 충분히 시간을 두고 이루어졌을 것.”

위 제1항의 취지로부터 명백하듯이 피고가 충분한 시간을 두고 송달을 받음으로써 자신을 방어할 수 있었던 경우에만 촉탁국의 법원은 재판할 수 있고, 그렇지 않은 경우 다시 송달을 시도하거나 재판을 중지해야 한다. 그러나, 이에 대한 예외로서 제15조 제2항은 일정한 경우 법원이 재판할 수 있도록 다음과 같이 규정한다.

“각 계약국은 판사가 본조 제1항의 규정에도 불구하고 송달 또는 교부가 있었다는 증명을 접수하지 아니하더라도 다음 각 호의 제 조건이 충족되는 경우에는 판결을 내릴 수 있다고 선언할 수 있다.

1. 문서가 이 협약에 규정된 방식 중 하나로 송부되었을 것
2. 문서의 송부일부터 최소한 6월 이상으로서 구체적 사안에 따라 판사가 적절하다고 보는 기간이 경과했을 것
3. 피촉탁국의 권한있는 당국을 통하여 어떤 종류의 증명이라도 취득하려고 상당한 노력을 했음에도 불구하고 이를 얻지 못했을 것.”

피고 불출석시의 재판에 관한 송달협약 제15조는 ‘결정적인 타협’이라고 한다.¹²⁾

이에 관해서는 외국에 있는 자에 대한 공시송달 요건을 정한 민사소송법 제196조가 송달협약 제15조 제2항과 모순되므로 민사소송법을 개정해 송달촉탁일로부터 6개월의 기간이 경과해야만 공시송달을 할 수 있는 것으로 개정해야 한다는 견해¹³⁾도 있으나, 제15조의 요건이 구비되면 우리나라 법원은 공시송달을 하지 않고 막바로 재판할 수 있을 것으로 본다. 왜냐 하면, 송달협약은 동조의 요건이 구비된 때에는 송달 또는 교부가 있었다는 증명을 접수하지 않더라도 판결을 할 수 있다고 규정하기 때문이다. 제15조의 요건이 구비되는 데도 불구하고 법원이 다시 공시송달을 해야 한다는 것은 불합리하다. 그러므로 공시송달을 할 수 있도록 민사소송법을 개정할 필요는 없다고 본다.¹⁴⁾

송달협약에 가입하면서 정부는 다음과 같이 제15조 제2항에 따른 선언을 함으로써 피고가 불출석하더라도 동조의 요건 구비시 우리 법원이 재판을 할 수 있도록 했다.

“협약 제15조 제2항에 따라 대한민국의 판사는 동조 제1항의 규정에 불구하고 송달

12) 석광현, 국제사법과 국제소송(제2권), 박영사, 2002, p.303

13) 유영일, “국제민사사법공조에 관한 연구”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 1995, p.121 : 참고로 일본은 송달협약 제15조 제2항의 선언을 한 뒤 민사소송법을 개정해 일본 민사소송법 제110조 제4호(우리나라 민사소송법 제179조에 상응하는 조항)에 송달협약 제15조 단서의 경우를 공시송달을 할 수 있는 사유로 추가했다.

14) 석광현, 전계서(제2권), p.310 : 물론 민사소송법을 개정해 우리나라 법원이 공시송달을 하도록 할 수는 있으나, 그 경우 소송절차가 불필요하게 지연될 것이다.

또는 교부가 있었다는 증명을 접수하지 아니하더라도 다음 각목의 제 조건이 충족되는 경우에는 판결을 할 수 있다.

가. 문서가 이 협약에 규정된 방식 중 하나로 송부되었을 것

나. 문서의 송부일부터 최소한 6월 이상으로서 구체적인 사안에 있어서 판사가 적절하다고 보는 기간이 경과했을 것

다. 피촉탁국의 권한있는 당국을 통하여 어떠한 종류의 증명을 취득하려고 상당한 노력을 했음에도 불구하고 이를 얻지 못했을 것.”

뿐만 아니라, 제16조는 불출석한 상태에서 판결을 받은 피고의 보호를 위해 일정한 요건이 구비되는 경우 피고가 상소할 수 있도록 함으로써 피고를 구제한다.

그러나, 송달받을 자의 주소가 불명인 경우에는 송달협약 자체가 적용되지 않으므로 제15조가 적용될 여지가 없음을 주의해야 한다(제1조 제2항 참조).

2.4. 송달협조촉탁

결국 남은 길은 송달을 받을 자가 거주하는 나라에 송달협조를 구하는 수밖에 없다. 상대국의 협조는 한국 법원의 송달을 용인한다거나 아니면 적극적으로 승인하거나 또는 사법공조촉탁에 호응하는 형태로 나타난다.

첫째, 한국 법원은 상대국이 자신의 주권침해를 용인하는 경우에는 그 나라에 주재하는 대사·공사 또는 영사를 통하여 수송달자에게 직접 교부하거나 우편에 의한 송달을 할 수 있을 것이며(국제민사사법공조법 제8조 참조), 상대국이 송달실시기관을 지정하여 송달승인의 의사를 표명한 경우에는 지정된 송달실시기관에 송달을 촉탁한다(국제민사사법공조법 제5조 제1항 제2호).

둘째, 상대국이 자신의 주권침해를 용인하는 송달방식을 허용하지 아니한 경우에는 사법공조에 의한 전통적인 송달방식인 외교적·영사적 방법, 즉 상대국에 주재하는 한국의 대사·공사 또는 영사에게 송달을 촉탁하여야 한다.

이 경우 한국의 대사·공사 또는 영사가 파견된 나라에 거주하는 한국 국민에게 할 송달은 그 나라가 영사관계에 관한 비엔나협약에 가입하고 있는 이상, 그 곳의 대사·공사 또는 영사에 촉탁하고(국제민사사법공조법 제5조 제1항), 이들은 수송달자에게 직접교부하거나 우편에 의한 송달방식을 취하여야 한다(동법 제8조).¹⁵⁾ 물론 이와 같

15) 즉, 이 경우에는 사법공조의 예외적인 형태인 직접실시방식이 활용되어, 그 경로는 수소법원 - 법원행정처 - 외무부 - 피청구국 주재 대한민국 대사, 영사 - 수송달자에게 전달된다(국제민사사법공조법 제6조 및 제8조).

이 영사에 의한 직접실시방식은 대사 등이 주재하고 있는 나라의 법령이 금지하거나 또는 승인하지 아니한 때에는 외교경로에 의한 송달에 기대할 수밖에 없을 것이다.¹⁶⁾

이렇게 자국민에 대한 송달과 관련하여 외교상의 경로를 거쳐야 할 경우와 자국민이 아닌 자에 대한 외교송달은 원칙적으로 다음과 같은 복잡한 과정을 거치는 이른바 간접실시방법에 의한 송달이 이루어진다. 수소법원 - 법원행정처 - 외무부 - 피청구국 주재 대한민국 대사, 영사 - 피청구국 외무부 - 피청구국 관할법원 - 수송달자 순이다. 그러나 외교상의 경로에 의한 외국송달에는 긴 기간이 소요되므로 당사자의 권리실현은 위태로워지고, 특히 어음·수표소송의 경우에는 권리보호를 거부하는 결과가 될 것이다.

이와 같은 이유로 각국은 오랫동안 국제조약 또는 협약을 체결함으로써 이를 극복하고자 노력해 오고 있다. 직접실시방식을 규정하는 조약 또는 협약이 그 대표적인 예이다. 예컨대, 헤이그송달협약 제8조는 다음과 같이 규정한다.

“각 계약국은 강제력의 사용 없이 자국의 외교관 또는 영사관원을 통하여 직접 해외 소재자에게 재판상 문서를 송달할 수 있다. 촉탁국의 국민에게 그 문서가 송달되는 경우를 제외하고 모든 국가는 자국 영역 안에서의 그러한 송달에 반대한다고 선언할 수 있다.”

이것은 이른바 ‘외교관 또는 영사에 의한 직접송달’인데, 이를 단순히 ‘영사송달’이라고 부르기도 한다.¹⁷⁾ 송달협약은 강제력을 사용하지 않는다면, 영사파견국은 자국민에게 자유로이 직접 송달을 할 수 있음을 정한 것이다. 이는 외교관 또는 영사관원이 송달받을 자에게 직접 전달하는 점에서 영사관원을 통해 목적지국이 지정하는 당국에 송달하는 간접적인 송달방법(송달협약 제9조)과는 구별된다.

우리나라 정부는 송달협약에 가입하면서 제8조 제2항에 따라 외교관 또는 영사에 의한 직접 송달에 대해 다음과 같이 반대하는 선언을 했다.

“1. 협약 제8조에 따라 대한민국은 재판상 문서가 촉탁국의 국민에게 송달되는 경우를 제외하고는, 대한민국 영역 안에서 외교관 또는 영사를 통하여 직접 동 문서를 송달하는 데 반대한다.”

16) 대법원 판결 1992. 7. 14. 92 다 2585 (법원공보 1992, 2395)에 따르면, 대만(당시의 자유중국) 대북지방법원이 주한 자유중국 대사를 통하여 우편으로 한국 법인인 피고에게 소장과 기일소환장을 송달하여 내린 판결의 승인을 송달상의 하자를 이유로 거부한 사건에서 한국 법(국제민사사법공조법 제12조 제3호)은 적어도 영사파견국의 국민(이 사건에서는 한국에 거주하는 대만인)이 아닌 경우에는(이 사건에서 주한 자유중국대사는 자국민이 아닌 대한민국국민에게 송달하였음), 비엔나협약에 규정된 영사에 의한 직접실시방법에 대하여 이의를 표시하고 있음을 명백히 지적하고 한국과 영사관계가 있더라도 송달을 받을 자가 자국민(이 사건에서는 대만인)이 아닌 경우에는 영사에 의한 직접실시방법을 취하지 않는 것이 국제예양(international comity)임을 판기시켰다.

17) 진성규, 전계논문, p.480 ; 유영일, 전계논문, p.83

이는 다른 체약국이 외교관 또는 영사를 통해 한국으로 송달하는 경우 자국민에 대해서만 이를 허용하고 한국민 또는 제3국민에 대해서는 반대한다는 취지이다.

「영사관계에 관한 비엔나협약」(이하 “비엔나협약”이라 한다)은 명시적으로 영사의 권한을 파견국 국민에 대한 송달에 한정하지는 않으나,¹⁸⁾ 접수국에 거주하는 파견국 국민 이외의 자에 대한 파견국영사에 의한 송달은 접수국의 동의가 없는 한 접수국 주권의 침해로서 국제관습법상 허용되지 않는 것으로 이해된다.¹⁹⁾ 외교관의 경우도 마찬가지이다.²⁰⁾

판례도 “비엔나협약 제5조 제이(j)항에는 파견국 영사는 파견국 법원을 위해 소송서류 또는 소송 이외의 서류를 송달할 수 있도록 되어 있으나, 이는 자국민에 대해서만 가능한 것이고, 우리나라와 영사관계가 있더라도 송달을 받을 자가 자국민이 아닌 경우에는 영사에 의한 직접실시방식을 취하지 않는 것이 국제예양이며,²¹⁾ 위 협약에 가입하고 있는 국가라고 할지라도 명시적으로 위 방식에 대한 이의를 표시하고 있는 경우에는 이에 의할 수 없는 것이라고 할 것이다”고 판시하고 있다.²²⁾ 이를 전제로 위 대법원 판결은 우리나라는 민사공조법에 의해 외교관 또는 영사에 의한 직접송달에 대해 이의를 한 것이라고 보고 있다. 송달협약 제8조와 관련해 주목할 것은 일본과의 관계이다. 일본은 제8조에 대해 이의하지 않았으므로,²³⁾ 한국의 법원은 재일한국인은 물론 일본인이나 제3국민에 대해서도 일본 주재 한국 외교관 또는 영사를 통해 직접 송달할 수 있게 되었다.²⁴⁾

그러나 한국은 제8조에 대해 이의를 하였으므로 일본의 법원은 한국 내 한국인이나 제3국민에 대해서는 영사송달을 할 수 없으므로 양국간에 불균형이 존재한다. 우리나라 법원으로서 이러한 불균형에도 불구하고 송달협약에 따라 처리할 수 있을 것으로 보이나, 실제로 그렇게 할 것인지는 두고 보아야 할 것이다.

한편, 미국 정부는 1976. 2. 3. 강제력이 따르지 않는 한 미국 내에서 외국의 외교기관원이나 영사관원이 소송서류를 송달하거나 증인신문을 함에 이의가 없음을 선언했

18) 비엔나협약 제5조 (j)항은 영사의 권한의 하나로서 “유효한 국제협정에 의거해 또는 그러한 국제협정이 없는 경우에는 접수국의 법령과 양립하는 기타의 방법으로 파견국의 법원을 위해 소송서류 또는 소송 이외의 서류를 송달하거나 또는 증거조사 의뢰서 또는 증거조사 위임장을 집행하는 것”을 열거한다.

19) 진성규, 전계논문, p.482

20) 석광현, 전계서(제2권), p.298

21) 대법원 판결은 그 근거를 국제예양에서 구한 점에서, 학설이 국제관습법에서 구한 점과 차이가 있다.

22) 대법원 1992. 7. 14. 선고 92 다 2585 판결, 법원공보 제927호(1992. 9. 1), pp.2395-2396

23) 일본의 경우 제10조 a)호에 대해 유보를 하지 않았는데 일본의 입장을 어떻게 이해할 것인가에 관해 논란이 있었고 미국 법원의 판결도 나뉘어 있다. - 임치용, “헤이그송달조약을 가입함에 있어”, 『국제사법연구』 제2호, 1997, pp.101-104 ; 유영일, 전계논문, pp.97-104 ; 석광현, 전계서(제2권), p.298

24) 일본 동경지방법원 1998. 2. 24. 판례시보 1657호 p.79 참조

으므로,²⁵⁾ 우리나라 법원은 미국에 대해서는 송달을 받을 자가 한국인이든 외국인이든 간에 관계없이 미국 내 한국의 외교관 또는 영사에게 촉탁해 송달을 받을 자에게 직접 송달할 수 있다. 다만, 미국은 미국의 외교관이나 영사가 해외에서 소장송달을 하는 것을 금지했다.²⁶⁾

요컨대, 비엔나협약 제5조 ①항은 파견국 영사에 의한 직접실시방식을 규정하고 있으며, 1905년의 헤이그 민사소송협약 제1조 제3항은 개별 조약체결에 의한 관할공무소(법원)간의 직접실시방식을 규정하였고,²⁷⁾ 1965년의 헤이그 송달협약과 1970년의 헤이그 증거협약은 각국에 외국송달과 관련한 일체의 사항을 관장하는 “중앙당국”을 설치케 하여 체결국가 상호간에는 중앙당국 상호간의 송달체계를 구축함으로써 또 다른 형태의 실시방식을 채택하는 개가를 올리고 있다. 그러나 호주와 중국을 제외한 다른 나라와는 개별조약을 체결하고 있지 않은 한국은 위와 같은 간이한 송달방식을 활용하지 못하고 있다.

Ⅲ. 중국법에서의 소송서류의 외국송달

3.1. 조약에서 규정한 방식

3.1.1 중앙당국을 통한 방식

중국사법협조조약에서 규정한 “사법서류”와 중국민사소송법 중의 “소송서류”는 동일한 개념에 속한다.²⁸⁾ 중국법상 문서송달은 인민법원이 법정절차와 방식에 따라 진행하는 행위이다. 송달자는 법원공무원이다. 다시 말하면 송달은 인민법원의 직권에 전속되기에 일종의 국가사법권을 집행하는 행위이다. 중국민사소송법 제263조는 사법협조 혹은 대사관·영사관을 통하는 송달경로를 제외하고 “중화인민공화국 주관기관의 허가를 얻지 않고는 어느 외국의 기관 혹은 개인도 중화인민공화국 내에 서류를 송달하지 못

25) 법원행정처, 『법원실무재요 민사(상)』(전정정보판), 1996, p.547 - 1976. 5. 28. 민사 제61호 통첩 송일 76-2 참조

26) 석광현, 전계서(제2권), p.299

27) 1905년의 헤이그 민사소송협약은 1954년의 민사소송협약에 가입한 국가들 사이에 적용되며(1954년 헤이그 민사소송협약 제29조 참조), 사법공조를 규정하고 있는 1954년 협약 제2장(Art. 8-16)은 1970년 헤이그 증거협약에 가입한 국가들 사이에서는 1970년 협약으로 대체된다(그 결과 1954년 협약 제8조 내지 제16조는 1970년 증거협약에 가입하지 아니한 국가와의 관계에서만 적용된다).

28) 徐宏, 國際民事司法協助, 武漢大學出版社, 1996, p.130 ; 허문일, 전계논문, p.57

한다”고 명확히 규정하였다.

조약에서 규정한 방식으로 송달한다는 것은 피송달자 소재국과 중국이 체결 혹은 공동으로 가입한 국제조약에서 규정한 방식에 따라 송달하는 것이다. 중국은 이미 선후로 프랑스, 폴란드, 벨기에, 이태리, 쿠바 등 국가와 사법공조협의를 체결하였다. 1991년에는 “국외에 민사 혹은 상사사법서류와 사법외서류 송달에 관한 협약”(헤이그송달협약)에 가입하였다. 이 협약은 각 체약국은 하나의 기관을 외국에서 영사경로를 통해 전해 온 서류를 접수할 권한이 있는 중앙당국으로 지정할 것을 규정하고 있다. 중국은 사법부를 외국이 영사경로를 통해 전해온 서류를 접수할 권한이 있는 중앙당국으로 규정하였다. 중국인민법원이 체약국당사자에게 소송서류를 송달하려면 반드시 먼저 청구서를 송달자소재국의 중앙당국에 교부하여야 하고, 다음에 그 기관에서 송달을 실시한다.

한중사법공조조약 제4조에 따르면, “이 조약에 달리 규정되어 있지 아니하는 한, 양 당사국은 사법공조 촉탁을 하거나 또는 사법공조 촉탁에 응하기 위하여 각자 지정한 중앙당국을 통하여 직접 연락한다. 여기서 말하는 중앙당국은 대한민국의 경우 법원행정처로 하고 중화인민공화국의 경우 사법부로 한다”고 정하고 있다. 이 조약 제4조의 규정은 양 당사국의 중앙당국간에 외교경로를 통하지 아니한 사법공조의 촉탁서를 제출할 수 있도록 하고 있는 바, 이는 외교경로를 통하여 사법공조를 실시하도록 규정하는 국제민사사법공조법 제6조의 특례에 해당한다.²⁹⁾

3.1.2 중국의 외국에 주재하는 대사관·영사관에의 위탁송달

섭외민사소송 중의 송달은 인민법원이 법정방식에 따라 소송서류를 당사자 혹은 기타 소송참여자에게 교부하는 행위를 가리킨다. 섭외민사소송의 송달은 섭외민사소송서류의 국내송달과 국외송달을 포함한다. 당사자가 중국 내에 주소지 혹은 거주지가 있으면 국내민사소송송달방식에 따라 송달하고, 당사자가 중국 내에 주소지 혹은 거주지가 없으면 아래의 방식에 따라 송달한다.³⁰⁾

중화인민공화국 국적을 가지고 있지만 중국 내에 주소지가 없는 피송달자에 대하여는 중국사법기관이 피송달자소재국에 주재하는 중국대사관·영사관에 직접 위탁하여 송달하게 할 수 있다. 중국이 이미 가입한 ‘비엔나영사관계공약’은 피소국법원은 외국에 주재하는 대사관·영사관에 위탁하여 본국 당사자에게 소송서류를 송달할 수 있다고 규정하였다. 이 송달방식을 채용하려면 첫째, 피송달자가 반드시 중국국민이어야 하

29) 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원, “대한민국과 중화인민공화국간의 민사 및 상사 사법공조조약 비준동의안 검토보고서”, 2004. 12. p.9

30) 韋武生主編, 民事訴訟法新論, 法律出版社, 2002. p.581

며, 둘째, 피송달자가 중국 내에 주소지가 없어야 한다.

한중사법공조조약 제15조에 따르면, “일방당사국은 타방당사국의 법을 위반하지 아니하고 어떠한 종류의 강제조치도 취하지 아니한다면, 타방당사국의 영역 안에 있는 자국민에게 자국의 외교관 또는 영사관원을 통하여 재판상 서류의 송달을 실시할 수 있다”고 정하고 있다.

3.2. 외교경로를 통한 송달

외교경로를 통한 송달은 중국과 피송달자소재국이 조약을 체결하지 않은 경우에 실시할 수 있는 방법이다. 물론 한중사법공조조약 제9조에 따르더라도, “이 조약은 어느 당사국이 외교경로를 통하여 사법공조를 요청하는 것을 방해하지 아니한다”고 정하고 있다. 즉 중국의 성, 시, 자치구의 고급인민법원을 거쳐 당사자 혹은 기타 소송참여자에게 반드시 송달하여야 할 소송서류를 중국외교기관에 보내어 중국외교부의 영사사(領事司)에서 중국에 주재하는 당사자소재국의 외교기구에 교부하고 그가 다시 그 나라의 외교기구에 전달한 다음 그 나라 법률에서 규정한 방식에 따라 송달하는 것이다.

최고인민법원·외교부·사법부가 연합으로 규정한 <중국법원과 외국법원이 외교경로를 통하여 법률서류의 송달을 상호 위탁하는 약간의 문제에 관한 통지>는 중국인민법원이 외교경로를 통하여 국외당사자에게 소송서류를 송달하려면 반드시 아래의 절차에 따라 취급해야 한다고 규정하였다.

(i) 송달하려는 법률서류는 반드시 관련 성, 시, 자치구, 직할시의 고급인민법원에서 심사를 하고 외교부 영사사에서 책임지고 전달한다.

(ii) 피송달자의 성명, 성별, 나이, 국적 그리고 외국문으로 된 그의 국외의 상세한 주소를 반드시 기록해야 하며 또 그 사건의 기본정황을 외교부 영사사에 알려야 한다.

(iii) 송달위탁서와 송달회증을 반드시 첨부해야 한다.

3.3. 국제법상 인정되는 방식

3.3.1. 피송달자의 대리인에 대한 송달

피송달자가 위탁한 대리인에게 소송서류를 송달하는 것은 국제법상 인정되고 있는 방법이다. 피송달자가 소송대리인을 위탁하고 권한수여위탁서에 그 대리인이 소송서류를 대신하여 접수할 수 있다고 명확하게 표시했으면 인민법원은 그 대리인에게 송달할 수 있다.

3.3.2. 피송달자의 영수대리인에의 송달

피송달자가 중국 내에 설립한 대표기구 혹은 송달을 접수할 권한이 있는 분사무소, 업무대행인이 있는 경우에는 이에 대하여 송달할 수 있다. 이런 송달방식은 주로 피송달자가 외국기업 혹은 조직인 경우에 활용된다. 외국기업 혹은 조직이 중국 내에 주소지가 없으면 그들이 설립한 대표기구를 통하여 송달할 수 있다. 대표기구가 없지만 중국 내에 분사무소 혹은 업무대행인이 있으면 그들이 소송서류를 접수할 수 있는 권한을 받기만 하면 분사무소 혹은 업무대행인에게도 송달할 수 있다. 이런 방식은 그 간편성 때문에 국제법상에서 일반적으로 이용되는 송달방식이다.

3.4. 국내 민사소송법에 따른 방식

3.4.1. 우편송달

중국민사소송법 제247조는 “우편송달은 발송한 날부터 6개월이 지나고 송달회증이 돌아오지 않았지만 여러 가지 정황에 근거하여 이미 송달된 것으로 인정할 수 있으면 기간 만료일에 송달된 것으로 본다”고 규정하였다. 어떤 상황이 “이미 송달된 것으로 인정할 수 있는” 상황인가는 법원에서 매 사건에 따라 판단한다.³¹⁾

섭외민사소송에서 우편송달방식의 채용은 반드시 피송달자소재국 법률의 허가를 전제로 한다. 중국법원이 외국에 우편송달하기 위해서는 반드시 상대국법률이 그 우편송달을 허용한 경우라야 한다. 따라서 이 방식을 채용하려면 먼저 피송달자소재국 법률이 우편송달을 허용하는가 혹은 기타의 다른 관련규정이 있는가를 검토해야 한다. 만약 상대국법률이 우편송달을 허용하지 않으면 중국법원은 이 방식을 채용할 수 없다. 그 반대로 중국이 외국에서 중국 내의 당사자에게 우편으로 소송서류를 송달하는 것도 허용되지 않는다.

중국은 헤이그송달협약에 가입할 때 협약 제21조 제1항의 규정에 근거하여 우편송달의 방식에 의한 국내 송달에 반대한다고 선언하였다.³²⁾ 헤이그송달협약에서는 이른바 ‘우편에 의한 송달(Zustellung durch die Post)’ 내지는 ‘우편경로(postal channel)에 의한 송달’을 규정한 것으로, 영미법계의 송달방법을 반영한 것이다. 우편에 의한 송달이란 함은 내국에서 완료된 송달을 단지 외국에 통지하는 것이 아니라, 수령인이 문서를 외국에서 수령함으로써 송달이 행해지는 경우를 말한다.³³⁾ 전자의 경우 단순한 통지이나,

31) 徐宏, 前掲書, p.161

32) 徐宏, 前掲書, p.160

33) 이를 편의상 ‘우편송달’이라고도 부르나 양자는 구별해야 한다. 우리나라 민사소송법상 ‘우편송달

후자의 경우 송달 자체를 외국에서 행하는 것이 되어, 송달을 주권의 행사로 이해하는 입장에서는 수령국의 동의가 없는 한, 수령국의 주권을 침해하는 것이 된다.³⁴⁾ 즉 우편에 의한 송달을 허용한다면, 중앙당국을 두어 그로 하여금 외국의 부적법한 송달요청에 대해 통제할 수 있도록 한 취지가 몰각될 수 있으므로 이를 제한하는 것이다. 우편에 의한 송달의 주체는 외국의 법원일 수도 있고 당사자일 수도 있다. 여기서 당사자가 하는 경우가 이른바 '사적(私的)송달' 또는 '사인(私人)송달'이다. 사적송달은 당사자(또는 소송대리인)가 직접 또는 전문송달업체 또는 송달받을 자가 있는 국가의 변호사 등을 통해 상대방에게 소송서류를 송달하는 것이다. 사적송달 중 우편경로를 통해 송달이 이루어질 경우 이는 사적송달이자 동시에 우편에 의한 송달이 된다. 여기서, 당사자가 우편에 의한 송달을 하는 경우, 목적국의 주권침해의 문제가 발생하는가 하는 논란이 있다. 목적국의 주권침해의 문제를 불문하는 것으로 보는 견해도 있으나,³⁵⁾ 우편에 의한 송달을 허용하는 것이 다수 계약국의 입장이고, 1977년 헤이그국제사법회의 특별위원회는 우편에 의한 송달은 목적지국의 주권침해가 아니라는 견해를 취한 바 있다.³⁶⁾

송달협약 제10조의 제2호와 제3호는 모두 목적지국의 사법공무원·관리 또는 기타 권한 있는 자를 통해 재판상 문서를 직접 송달하는 방법을 허용하나, 양자는 송달하는 자에 차이가 있다. 즉 제2호는 '축탁국의 사법공무원·관리 또는 기타 권한 있는 자'에 의한 송달을, 제3호는 '재판절차의 모든 이해관계인'에 의한 송달을 규정한 것이다. 제2호가 실제로 의미를 가지는 것은 프랑스법계에서 널리 이용되고 있는 이른바 'huissier' 간에 직접적인 송달의 경우이다.³⁷⁾

문제는 기타 권한 있는 자에 당사자 또는 그의 소송대리인이 포함되는가의 여부인데, 만일 이를 허용한다면 사적인 송달을 허용하는 결과로 되어 부당하므로 부정설을 취하는 견해도 있으나,³⁸⁾ 영국과 미국에서는 영국의 사무변호사(solicitor)는 그에 포함된다고 본다.³⁹⁾

(Zustellung durch Aufgabe zur Post)('우편에 부(付)하는 송달' 또는 '발송송달'이라고도 한다)은 수소법원의 소재지에 주소 등이 없는 당사자가 송달영수인을 신고하지 아니한 경우 법원사무관 등이 하는 점에서 우편집배원이 하는 '우편에 의한 송달'과 구별된다. 우편송달의 경우 동기우편 발송시에 송달이 완료된 것으로 본다(제189조). - 이시윤, 『민사소송법』, 박영사, 2004, p.368

34) Pfennig, Günter. Die internationale Zustellung in Zivil - und Handelssachen. 1988. SS.65-66 : 석광현, 전계서(제2권), p.300

35) Pfeil-Kammer, Christa. Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen. 1987. SS.123-124 : 석광현, 전계서(제2권), p.300

36) 석광현, 전계서(제2권), p.300

37) Ibid.

38) 임치용, 전계논문, p.69

39) 석광현, 전계서(제2권), p.301

정부는 송달협약에 가입하면서 제10조에 따라 다음과 같이 선언했는데 이는 동조에 규정된 모든 간이한 송달방법에 대해 반대한다는 취지이다.

3.4.2. 공시송달

상술한 송달방식을 모두 채용할 수 없을 때 인민법원은 공시송달방식으로 송달할 수 있다. 공시송달시 송달하려는 소송서류의 내용을 국외에 발행하는 신문 혹은 적당한 장소에 게재하여 공시한다. 공시한 날부터 만 6개월이 지나면 송달된 것으로 본다.

중국 최고인민법원의 관련 사법해석의 규정에 의하면 중국 내에 거주하지 않는 피고에 대하여 공시송달방식으로 기소장을 송달하거나 혹은 소환하고 공시송달기간이 만료된 후 응소를 하지 않아 인민법원에서 결석판결을 한 후라도 여전히 재판서류를 송달해야 한다. 재판서류를 공시송달하여 만 6개월이 지난 다음날부터 30일의 상소기간에 당사자가 상소를 하지 않았으면 1심판결은 즉시 법적 효력이 발생한다.⁴⁰⁾

IV. 한·중간 소송서류의 송달공조방안

4.1. 외교경로에 의한 송달

한국의 당사자 혹은 기타 소송참여자에게 반드시 송달하여야 할 소송서류는 중국의 성, 시, 자치구의 고급인민법원을 거쳐 중국외교부의 영사사에 보내지고, 영사사에서 중국에 주재하는 한국대사관에 교부하여 그가 다시 한국의 외교경로를 통하여 한국법원에서 규정한 방식에 따라 송달된다.

중국인민법원이 외교경로를 통하여 한국당사자에게 소송서류를 송달하려면 반드시 아래의 절차에 따라 해야 한다.

(i) 송달하려는 법률서류는 반드시 관련 성, 시, 자치구, 직할시의 고급인민법원에서 심사를 하고 외교부 영사사에서 책임지고 전달한다.

(ii) 피송달자의 성명, 성별, 나이, 국적 그리고 한국어로 된 그의 국외의 상세한 주소를 반드시 기록해야 하며 또 그 사건의 기본정황을 외교부 영사사에 알려야 한다.

(iii) 송달위탁서와 송달회증을 반드시 첨부해야 한다.

중국법원은 한·중 섭외혼인관계사건에서 한국에 있는 피고가 이혼소송에 응하고 또

40) 章武生主編, 前掲書, p.583

이혼에 동의하면 이혼에 동의하는 서류를 한국공증기관의 공증을 거친 다음 한국 주재 중국대사관의 인증을 거쳐 법원에 교부하면 쌍방이 이혼에 동의하는 것으로 판결을 하고 있다. 이는 외교경로를 통한 소송서류 송달에 속한다.

4.2. 헤이그송달협약에 의한 사법공조

4.2.1. 중앙당국을 통한 송달

송달협약은 민사소송협약상의 해외송달을 개선한 것인데, 가장 중요한 것은 각 계약국으로 하여금 중앙당국(central authority)을 지정하도록 하고 그를 통해 규정된 방식과 절차에 따라 송달을 하도록 한 '중앙당국제도의 창설'이다. 중앙당국제도의 도입은 당시로서는 혁신이었으며 그 후 다양한 조약에서 공조를 담당하는 기관의 역할을 하고 있다. 송달협약에 따르면, 각 계약국은 다른 계약국으로부터 송달요청을 수령하고 이를 처리할 중앙당국(central authority)을 지정해야 한다(제2조). 중앙당국은 송달요청의 수령기관(receiving authority)이지 발송기관(forwarding authority)이 아니다.⁴¹⁾ 송달협약의 성안과정에서 중앙당국을 수령기관 겸 발송기관으로 하자는 의견이 있었으나, 반드시 법원이 송달요청을 해야 하는 국가도 있었기에 이는 거부되었다.⁴²⁾ 이러한 중앙당국을 통한 송달이 원칙적인 송달방법이다.

과거에는 외국으로의 송달은 민사공조법에 따라 외교경로를 통한 간접실시방식에 의해 이루어졌다. 그러나, 현재는 외교통상부는 계약국의 중앙당국에 요청서를 직접 발송하는 방법을 취한다. 우리나라는 법원행정처를 중앙당국으로 지정했으나, 중앙당국은 요청서의 발송기관은 아니므로 외국으로의 송달은 국제민사공조법에 따라 여전히 외교통상부가 처리하기 때문이다.⁴³⁾ 물론 호주와의 사이에서는 한호공조조약에 따라 중앙당국인 법원행정처가 호주의 중앙당국(법무부)⁴⁴⁾에 요청서를 발송해야 한다.

따라서 2000년 8월 1일 이후로는, 송달협약의 계약국으로의 송달요청은 외교통상부가 외국의 중앙당국에 직접 하지만, 계약국으로부터의 송달요청은 외국의 발송기관이

41) 석광현, 전계서(제2권), p.292

42) McClean, David, International Judicial Assistance, 1992, p.17 ; 석광현, 전계서(제2권), p.292 주 22) 참조

43) 석광현, 전계서(제2권), p.311 : 각 계약국은 국내법에 따라 중앙당국으로 하여금 송달을 발송하는 기관을 겸하도록 할 수 있으나, 우리나라는 이러한 조치를 취하지 않았으므로 발송기관은 민사공조법에 따라 여전히 외교통상부이다. 그러나 한중사법공조조약이 체결됨으로써 중앙당국인 법원행정처가 수령기관 겸 발송기관으로 되고 있다(한중사법공조조약 제4조).

44) 한호공조조약 제2조 제2항은 "대한민국의 중앙당국은 법원행정처이고, 호주의 중앙당국은 호주정부의 법무부이다"고 규정하고 있다.

법원행정처로 직접 하게 되는 결과, 요청서의 발송경로와 수령경로가 다르게 된다.⁴⁵⁾ 이는 여러모로 불편할 것이므로 국제민사사법공조법을 개정하여 송달협약의 체약국에 대해서는 법원행정처가 직접 서류를 발송하도록 함이 바람직할 것이다. 송달협약 제3조는 재판상 문서가 작성된 국가의 법에 따라 권한 있는 당국이 촉탁서를 수신국의 중앙당국에 발송하도록 규정하므로 발송기관은 촉탁국이 결정할 사항이다. 따라서 우리나라가 국제민사공조법을 개정하여 발송기관을 법원행정처로 변경하더라도 문제는 없다.

그러나, 현재 실무상으로는 송달협약의 체약국으로의 송달은 외교통상부가 아니라 법원행정처가 하고 있는 것으로 보인다. 이러한 실무처리는 결과적으로는 바람직한 것이지만, 문제는 그와 같이 할 법적인 근거가 없다는 점이다. 위에서 말한 바와 같이 중앙당국은 수령기관이지 발송기관이 아니기 때문이다. 또한, 송달협약 제3조의 “권한 있는 당국이나 사법공무원”은 외국으로의 송달을 할 권한 있는 당국이나 사법공무원을 가리키는 것으로 풀이되기 때문이다. 만일 이를 국내에서 송달을 할 권한 있는 당국이나 사법공무원을 가리키는 것으로 해석한다면, 모든 수소(受訴)법원이 법원행정처와 외교통상부를 경유하지 않고 막바로 외국에 송달할 수 있다는 것이 되나, 이는 법원행정처와 외교통상부를 경유하도록 규정한 국제민사공조법에 정면으로 반한다.

물론 장기적으로는 수소법원이 외국의 중앙당국으로 직접 송달할 수 있도록 하는 방안도 검토할 필요가 있을 것이다. 그렇게 한다면 발송경로와 수송경로가 다르게 되겠지만, 신속한 송달을 위해서는 그것이 바람직하고 외국으로의 송달을 위해 반드시 법원행정처의 통제가 필요한 것은 아니기 때문이다. 예컨대, 미국의 경우 중앙당국은 연방 법무부이지만, 송달협약 제3조의 권한 있는 당국이나 사법공무원에는 소송대리인이 포함되는 것은 위에서 언급한 바와 같다. 다만, 우리나라가 그렇게 하기 위해서는 외국으로의 송달시 법원행정처와 외교통상부를 경유할 것을 규정한 국제민사공조법이 먼저 개정되어야 할 것이다.

이러한 문제점을 한중사법공조조약은 중앙당국인 법원행정처를 수령기관 겸 발송기관으로 지정함으로써 해소한 셈이 된다(한중사법공조조약 제4조).

촉탁국법상 권한 있는 당국이나 사법공무원은 송달협약의 양식에 따라 요청서를 수탁국의 중앙당국에 발송한다(제3조). 요청서의 발송기관은 ‘당국이나 사법공무원’을 말하므로 사인은 그에 포함되지 않으나 소송대리인은 촉탁국의 법에 따라 권한 있는 당국에 포함될 수 있는데, 영국의 사무변호사(solicitor)는 이에 포함되는 것으로 이해되고 있고, 미국은 헤이그국제사법회의에 자국법상 요청서를 발송할 수 있는 기관을 통

45) 석광현, 전거서(제2권), p.312 : 물론 비체약국에 대한 관계에서는 발송과 수령을 모두 외교통상부가 외교경로를 통해서 할 것이다.

지하였는데 그에는 당사자를 대리하는 변호사가 포함되어 있다.⁴⁶⁾

요청서를 받은 중앙당국은 요청서가 송달협약의 규정에 일치하지 않거나 또는 요청서를 이행하는 것이 자국의 주권 또는 안보를 침해할 것이라고 판단하는 경우가 아닌 한(제4조, 제13조), 문서를 스스로 송달하거나 또는 적절한 기관으로 하여금 다음 세 가지 중 어느 방식에 의해 송달하도록 한다(제5조).

① 공식적인 송달(formal service) - 국내소송에서 자국에 소재하는 자에 대한 문서의 송달에 대해 자국법이 정하는 방법(제1항 a호)에 의한 송달을 말한다.

② 특정한 방식(particular method) - 신청인이 요청한 특정의 방식(제1항 b호)을 말한다. 단, 이는 그 방식이 자국의 법에 저촉되지 않는 경우에 한한다.

③ 비공식적 교부(informal delivery) - 문서를 임의로 수령하는 수신인에게 교부하는 방식(제2항)을 말한다. 단, 그 방식이 자국의 법에 저촉되지 않는 경우에 한한다.⁴⁷⁾

문서가 ①과 ②의 방식에 의해 송달되는 경우 중앙당국은 송달할 문서가 수탁국의 공용어로 기재되거나 번역되도록 요청할 수 있다. 이러한 요청은 일반적인 선언으로 할 수도 있고 개개의 사건별로 할 수도 있는데 계약국들의 실무례도 나뉘어 있다.⁴⁸⁾

4.2.2. 중앙당국을 통하지 아니한 송달방법

송달협약은 중앙당국을 통한 송달 외에도 다음과 같은 보조적인 송달경로를 이용한다. 헤이그국제사법회의는 제14차 회기에서 수령인에게 경고와 통지를 기재한 통지서를 발송할 것을 권고하였는데 이는 경로에 관계없이 송달의 정의에 봉사하기 위한 것이다.

① 촉탁국의 외교관 또는 영사관원에 의해 송달을 받을 자에게 직접 하는 송달(제8조). 이것이 이른바 '외교관 또는 영사에 의한 직접송달'이다.

② 영사관원(예외적인 경우 외교관도 가능)을 통해 목적지국의 지정 당국으로 하는 간접적인 송달방법(제9조).

위 ①과의 차이는 ①은 외교관 또는 영사관원이 송달을 받을 자에게 직접 송달하는데 반해 ②의 경우는 영사관원이 목적지국이 지정한 당국으로 송달하는 점에 차이가 있다. 민사공조법상 외교경로를 통한 간접적인 송달방법은 ②중에서 외교관을 통한 송달에 해당한다. 이는 민사소송협약상으로는 원칙적인 송달방법이었으나 송달협약에서

46) 석광현, 전계서(제2권), p.293

47) 석광현, 전계서(제2권), p.293에 따르면, 이는 프랑스법계에서 인정되는 것으로 예컨대 문서를 지방경찰서에 교부하면 경찰서로부터 연락을 받은 송달받을 자가 경찰서에 가서 자발적으로 문서를 수령하는 방식을 말한다. 미국연방 민사소송규칙(FRCP)처럼 수령인에게 통상우편에 의해 교부하고 그가 자발적으로 영수증을 작성하여 반송하는 것은 이와 유사하다.

48) 석광현, 전계서(제2권), p.293

는 예외적인 송달방법으로서 허용된다.

③ 우편에 의한 송달(제10조 a)호). 이는 외국에 소재하는 자에게 재판상 문서를 우편으로 직접 발송하는 방법에 의한 송달이다. 발송의 주체는 법원일 수도 있고 당사자일 수도 있다.

④ 촉탁국의 사법공무원 기타 권한 있는 자가 목적지국의 사법공무원 기타 권한 있는 자에게 직접 하는 송달(제10조 b)호). 사법공무원간의 직접 송달은 가장 이상인 국제사법공조방식이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾

⑤ 이해관계인이 목적지국의 사법공무원 기타 권한 있는 자에게 직접 하는 송달(제10조 c)호).

다만, ③ 내지 ⑥호의 송달방법은 목적지국이 그에 반대하지 않은 경우에 한한다.

⑥ 그 밖의 직접적인 경로(제11조). 계약국들은 별도의 약정으로 그 밖의 직접적인 경로를 사용할 수 있다. 실제로 북유럽국가들은 1974년 법원간의 직접적인 경로를 허용하는 법률공조에 관한 노르딕협약을 체결한 바 있다.⁵⁰⁾

⑦ 계약국의 법이 허용하는 그 밖의 방식에 의한 송달(제19조). 이는 보다 자유로운 방식에 의한 송달을 가능하게 하려는 미국의 요청에 의해 삽입된 조항이다.⁵¹⁾

V. 한·중 민사 및 상사 사법공조조약에서의 송달관련조항

5.1. 적용대상과 범위

5.1.1. 적용대상

한·중 민사 및 상사 사법공조조약에 있어서의 사법공조의 범위는 재판상 서류의 송달과 증거조사, 중재판정의 승인·집행, 법률정보의 교환 또는 소송기록의 제공으로 하고 있다(동 조약 제3조). 한·중 조약의 재판상 서류의 송달에 관한 규정의 주요 내용은 다음과 같다.

5.1.2. 적용범위

한중사법공조조약은 민사 및 상사에만 적용되나(제3조), 이 조약은 '민사 및 상사'의

49) 유영일, 전계논문, p.81 ; 석광현, 전계서(제2권), p.294 ; 진성규, 전계논문, p.477

50) 석광현, 전계서(제2권), p.295

51) 임치용, 전계논문, pp.79-80 ; 석광현, 전계서(제2권), p.295

개념을 정의하지 않는다. 민사 및 상사의 범위와 관련하여, 영미법계에서는 형사만을 제외하는 데 반해, 독일에서는 형사는 물론 행정, 조세 등의 공법상의 사건도 송달협약의 적용범위로부터 제외된 것으로 본다. 이에 관해 1989년 헤이그국제사법회의 특별위원회는 ① 민사 또는 상사의 개념은 협약의 독자적인 해석에 의해 결정되어야 하고, ② 애매한 분야에서는 가능한 한 넓게 해석할 것이나, ③ 대부분의 국가에서 공법분야로 인정되는 조세사건은 제외되지만, ④ 그 경우에도 협약국에 의한 송달협약의 적용을 금지하는 것은 아니라는 견해를 채택한 바 있다.⁵²⁾

우리나라 민사소송법상의 개념에 따라 '민사'를 이해한다면 '가사'도 민사에 포함되지 않을 것이나, 송달협약의 해석상으로는 가사는 민사에 포함되는 것으로 풀이된다.⁵³⁾ 국제민사사법공조법 제1조는 동법은 '민사사건'에 적용된다고 규정하나, 종래 실무상 동법은 가사사건에도 당연히 적용되는 것으로 해석되고 있다. 가사소송법은 가사소송절차에 관해 동법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송법의 규정에 의한다는 규정을 두고 있으므로, 국제민사사법공조법도 민사소송과 마찬가지로 가사사건에도 적용된다고 풀이할 수는 있을 것이나, 국제민사사법공조법을 개정해 동법이 가사사건에도 적용됨을 명확히 하는 것이 바람직하지 않을까 생각된다.⁵⁴⁾

한·중 조약 제9조에서 "일방 당사국은 자국 영역 안의 사람에 대한 상대국의 재판상 서류의 송달촉탁을 이 조약의 규정에 따라 실시한다"라고 적용범위에 대해 규정하고 있다.

5.2. 중앙당국 및 송달촉탁

5.2.1. 중앙당국

한·중 양 당사국은 사법공조 촉탁을 하거나 또는 사법공조 촉탁에 응하기 위하여 이 조약에 달리 규정되어 있지 아니하는 한, 각자 지정한 중앙당국을 통하여 직접 연락한다(동 조약 제4조 제1항). 제1항에 규정된 중앙당국을 대한민국은 법원행정처, 중국은 사법부로 지정하였다.

재판상 서류의 송달 촉탁에 있어서 촉탁국의 중앙당국은 수탁국의 중앙당국에 촉탁서를 송부하여 실시한다(동 조약 제11조 제1항).

52) 석광현, 전계서(제2권), p.292

53) *Ibid.*

54) 同旨 : 석광현, 전계서(제2권), p.314

5.2.2. 촉탁서

촉탁서에는 촉탁법원의 명칭 및 주소, 당사자의 이름 및 국적, 서류의 명칭, 소송절차의 성격 그리고 적절한 경우 소송물가액, 법정출석 일시 및 장소, 재판 선고 또는 고지 법원, 재판 선고 또는 고지일, 해당기한 등 일정한 사항이 기재되어야 하며, 송달될 서류가 촉탁서에 첨부되어야 한다. 촉탁서에는 수탁국의 언어 또는 영어로 된 번역문을 첨부하며, 그 부속서류에는 수탁국의 언어로 된 번역문을 첨부한다. 이러한 번역은 촉탁국의 법과 관행에 따라 정확하다고 확인되어야 하지만 공증이나 기타 이에 상응하는 절차는 요구되지 않는다.⁵⁵⁾

수탁국의 중앙당국은 촉탁이 이 조약의 규정에 부합하지 않는다고 판단하는 경우 촉탁국의 중앙당국에 신속하게 그 촉탁에 대한 이의를 명시하여 이를 통지하여야 한다. 수탁국의 중앙당국은 촉탁국이 제공한 정보가 부정확하거나 또는 이 조약에 따라 촉탁을 처리하기에 충분하지 아니하다고 판단하는 경우 촉탁국의 중앙당국에 촉탁서에 기술된 정보가 정확한지 여부를 문의하거나 추가정보를 요청할 수 있고 촉탁국의 중앙당국이 보완조치를 취하거나 정보를 수정·추가함으로써 촉탁실시에 있어서의 장애사유가 해소된 경우 수탁국의 중앙당국은 촉탁이 실시되도록 조치하여야 한다.

5.2.3. 촉탁의 실시와 거절

조약의 규정에 따라 적법하게 이루어진 송달촉탁은 신속하게 실시되어야 하고, 송달은 수탁국의 법에 규정된 방식 또는 촉탁국이 명시적으로 요청한 특별한 방식에 따라 실시되어야 한다. 다만, 그 특별한 방식이 수탁국의 법에 저촉되는 경우에는 그러하지 아니하다. 송달될 서류의 요지를 담은 촉탁서의 해당부분은 서류와 함께 송달된다. 수탁기관이 촉탁을 실시할 권한이 없을 때에는 권한이 있는 기관에 촉탁서를 송부해야 한다(동 조약 제18조).

수탁국은 촉탁의 실시가 자국의 주권, 안보, 본질적인 공공이익을 해하거나 국내법의 기본원칙에 반하는 것으로 판단될 때, 또는 촉탁의 실시가 사법당국의 권한을 넘는 것으로 판단될 때에는 촉탁의 실시를 거절할 수 있고, 그 경우 촉탁국에 거절사유를 통지해야 한다. 그러나 수탁국은 자국 법원이 소송물에 대하여 전속관할권을 가지고 있거나 촉탁의 근거가 되는 소가 자국의 국내법상 허용되지 아니한다는 이유만으로 촉탁의 실시를 거절할 수 없다(동 조약 제6조).

55) 동 조약 제27조에 따르면, 이 조약의 목적상, 양 당사국의 법원 또는 그 밖의 권한 있는 당국에 의하여 작성되거나 확인되고, 제4조의 규정에 의한 연락경로를 통하여 송부된 서류는 어떠한 형태의 인증도 면제된다.

민사 및 상사 사법공조조약의 공조거절사유는 형사사법공조조약과는 달리 그 본질상 공조거절사유를 한정적으로 규정하여 사법공조를 원활하게 할 필요성이 있다는 점을 감안할 때, 이 조약에서 규정된 거절사유 중 개념상 포괄적 개념인 '주권'이나 '안전보장'이 포함되어 있으므로 원활한 공조에 영향을 미치지 않도록 하여야 할 것이다. 한편, 우리나라 국제민사사법공조법 제12조에서는 공조의 요건으로 대한민국의 안녕질서와 미풍양속을 해할 우려가 없을 것으로 하고 있다.

5.2.4. 송달결과의 통지

수탁국의 중앙당국은 송달을 증명하는 증명서 또는 서류가 송달되지 못한 사유를 명시한 증명서를 촉탁국의 중앙당국에 송부해야 한다. 증명서의 사본은 그 증명서의 원본이 우송되기 전에 팩스 또는 전자우편으로 송부하면 된다. 서류가 송달된 경우 송달 증명서에는 서류의 수령인의 성명과 수신인과의 관계, 송달일, 송달장소 및 송달방식을 기재하여야 한다. 송달증명서는 수탁국의 공용어로 작성될 수 있으며 촉탁국의 공용어로 번역될 필요는 없다(동 조약 제13조).

5.2.5. 송달비용

수탁국은 그 영토 내에서의 송달 촉탁의 실시로 인하여 발생한 비용을 부담한다. 그러나 촉탁국이 명시적으로 요청한 특별한 방식에 따른 송달촉탁의 실시로 인하여 발생한 비용은 촉탁국이 부담한다(동 조약 제14조).

VI. 맺으며

송달협약과 송달에 관한 사법공조조약의 기본목적은 첫째, 송달문서의 수령인이 자신을 방어하는 데 필요한 충분한 시간을 가지고 현실적으로 문서의 내용을 알 수 있게 하는 제도를 확립하고, 둘째, 촉탁국으로부터 수탁국에로의 문서의 전달방법을 단순화 하며, 셋째, 통일된 양식에 의한 증명을 사용해 송달증명을 촉진하는 데 있다. 송달협약과 송달에 관한 사법공조조약에 있어서의 송달은 민사 또는 상사에만 적용되나(제2조), 이들 협약 및 조약은 "민사 또는 상사"의 개념을 정의하지 않는다. 영미법계에서는 형사만을 제외하는데 반해, 독일에서는 형사는 물론, 행정, 조세 등 공법상의 사건도 송달협약의 적용범위로부터 제외된 것으로 본다. 이에 관해 1989년 헤이그국제사법회의 특별위원회는 ① 민사 또는 상사의 개념은 협약의 독자적인 해석에 의해 결정되

어야 하고, ② 애매한 분야에서는 가능한 한 넓게 해석할 것이나, ③ 대부분의 국가에서는 공법분야로 인정되는 조세사건은 제외되며, ④ 그 경우에도 체약국에 의한 송달협약의 적용을 금지하는 것은 아니라는 견해를 채택한 바 있다.

송달협약 제10조의 규정에 의하면, 제1호는 이른바 “우편에 의한 송달” 내지는 “우편경로에 의한 송달”을 규정한 것으로, 영미법계의 송달방법을 반영한 것이다. 우편에 의한 송달이라 함은 내국에서 완료된 송달을 단지 외국에 통지하는 것이 아니라, 수령인이 문서를 외국에서 수령함으로써 송달이 행해지는 결과를 말한다. 전자의 경우 단순한 통지이나, 후자의 경우 송달 자체를 외국에서 행하는 것이 되어, 송달을 주권의 행사로 이해하는 입장에서는 수령국의 동의가 없는 한 수령국의 주권을 침해하는 것이 된다. 우편에 의한 송달의 주체는 외국의 법원일 수도 있고 당사자일 수도 있다.

송달협약 제10조 제2호와 제3호는 모두 목적지국의 사법공무원·관리 또는 기타 권한 있는 자를 통해 재판상 문서를 직접 송달하는 방법을 허용하지만 송달하는 자에 차이가 있다.

한국정부는 송달협약에 가입하면서 제10조에 규정된 모든 간이 송달방법에 대하여 반대한다는 취지를 선언했다. 이로 인하여 해외송달에 있어서 우편에 의한 송달은 한국에서 허용되지 않는다. 중국도 송달협약에 가입하면서 제10조에 규정된 모든 송달방식에 대해 반대선언을 하였다.

이와 같이 송달관련 조항을 검토해 보면 현재 몇 개월씩 소모되는 비효율적인 공조 방식에서 탈피하여 법원 대 법원간의 경로를 개발하고 송달방식에서도 단순화된 간접 송달방식을 채택했으면 하는 제안이 있다.

참고문헌

- 이태희, “국제사법공조에 관한 연구, 『법률학의 제문제』(유기천박사 고회기념), 1988
임치용, “헤이그송달조약을 가입함에 있어”, 『국제사법연구』 제2호, 1997
정연옥, “영사파견국의 법원이 우리나라 국민에 대하여 한 영사송달의 효력”, 『판례해설 1992』, 하반기 18권
진성규, “민사소송에 있어서의 국제사법공조”, 『섭의사건의 제문제 (下)』(재판자료 제 34집), 1986
유영일, “국제민사사법공조에 관한 연구”, 서울대학교대학원 법학박사학위논문, 1995
장원일, “외국에서 하는 송달에 관한 연구”, 서울대학교대학원 법학석사학위논문, 2001

- 허문일, “한·중 민사사법공조의 현황과 촉진방안에 관한 연구”, 충남대학교대학원 법학 석사학위논문, 2003
- 국회 통일외교통상위원회 수석전문위원, “대한민국과 중화인민공화국간의 민사 및 상사 사법공조조약 비준동의안 검토보고서”, 2004. 12
- 법원행정처, 『법원실무제요 민사(상)』(전정중보판), 1996
- 석광현, 『국제사법과 국제소송』(제1권), 박영사, 2002
- _____, 『국제사법과 국제소송』(제2권), 박영사, 2002
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2004
- 徐宏, 國際民事司法協助, 武漢大學出版社, 1996
- 章武生主編, 民事訴訟法新論, 法律出版社, 2002
- McClean, David, International Judicial Assistance, 1992
- Pfeil-Kammer, Christa, Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen, 1987
- Pfennig, Günter, Die internationale Zustellung in Zivil - und Handelssachen, 1988