

涉外事件 裁判管轄의 原理的 問題에 관한 研究

— 韓日 涉外家事事務을 中心으로 —

金 亨 洙*

目 次

- | | |
|---------------------|-------------------|
| I. 序論 | 5. 離婚事件의 裁判管轄權 |
| II. 國際私法上의 裁判管轄의 意義 | 6. 親子關係事件의 裁判管轄權 |
| III. 國際裁判管轄의 基準 | V. 韓國民事訴訟法上의 問題點 |
| 1. 一般의 裁判管轄의 原則 | 1. 逆推知說 또는 管轄分配說 |
| 2. 學說의 概觀 | 2. 被告中心主義 |
| 3. 國際裁判管轄의 政策的 配慮 | 3. 被告人 個人的 住所 등 |
| IV. 身分關係事件의 國際裁判管轄權 | VI. 判例分析 및 檢討 |
| 1. 身分關係事件의 特殊性 | 1. 事實의 概要 |
| 2. 本國의 裁判管轄權 | 2. 判決의 要旨 |
| 3. 合意管轄·應訴管轄의 制限 | 3. 判決의 分析 및 檢討·批判 |
| 4. 婚姻事件의 裁判管轄權 | VII. 結論 |

I. 序 論

오늘날 科學文明이 發達로 인하여 國際間의 交通 通信의 發展과 더불어 急激히 늘어나는 涉外의 生活關係의 樣相은 國際的 私法生活을 一般化시키는 傾向에 있고, 그에 따라 國際民事紛爭事

* 法政大學 助教授

件이急增하는趨勢에 있다. 이러한國際化時代に 있어서 頻頻히發生하는國際民事訴訟事件을規律하는制度的裝置의必要性이 더욱要求되어 지고 있는 실정이다.

涉外的事件의訴訟에 있어서는 무엇보다 그裁判管轄權이問題이고 그에 대하여는 여러 가지問題가內包되기 마련이다. 그렇기 때문에涉外的人事訴訟에서는 그判決理由의冒頭に裁判權의有無에 대하여 于先檢討하여야 하는 것이다. 왜냐하면裁判權이認定되기前에는 어떤法組律에 의해서裁判해야 할 것인가 또는國內의 어떤法院이裁判해야 할 것인가 하는問題는發生할餘地가 없기 때문이다. 또한裁判管轄의決定은當該事件判決의正義·公平에至大한影響을 주기 때문에一定한涉外事件에 관하여 어느 나라法院이裁判權을 갖느냐 하는問題는 매우重要的意味를 갖는다.

그런데 우리 나라涉外私法規定에는國際的裁判管轄에 대하여直接的으로規定한成文規定은 없고 다만一定事項에 관하여例外的으로만裁判管轄을定한規定이 있을 뿐이다.¹⁾ 여기에서國際社會의特殊性을考慮하고外國의主權, 裁判權을尊重하면서, 또는各國判決의國際的抵觸을 피하면서各國의立法實情등을參酌하여涉外的私法生活의安定을保障할 수 있는普遍主義的立場에서裁判管轄權의原則을確立하여야 할 것이다.

그런데韓日間의涉外事件에 있어서日本最高裁判所를 비롯한日本各級裁判所가 취급한 많은判例는韓國法の誤解 내지輕視로 인한合理性和妥當性を 잃은 경우가 많음을看過할 수 없다. 이와 같은現實은一般的으로는우리 나라의國際的體面을損傷케 할 뿐만 아니라, 그들의日本社會에 있어서의私權確保에도重大한支障을惹起시키고 있다.

이상과 같은觀點에서本研究에서는 주로涉外家事事件의裁判管轄에 관한一般的인原理와理論을展開하고韓日兩國間의涉外事件判例를實證的으로考究함으로써韓國法律文化의國際的認識을高揚하고 특히日本の關聯判例를分析·批判하여國際的私法生活의安全保障과在日韓國人の正當한私法上の地位를論定할 것을目的으로 한다.

II. 國際私法 내지 國際訴訟法上的 裁判管轄의 意義

國際民事訴訟事件의解決을 위해서는實體的으로는適用될準據法을정하는基準에 관한法規範圍이必要하고, 節次的으로는國際的私法關係에 관한實體法秩序의實効性確保를 위한裁判節次 및執行節次的必要性이 더욱 절실히 지고 있다. 國內的으로는國家機關인法院에 의하여 위와 같은節次가 행하여 지지만, 國際社會에 있어서는私人間의法律關係에 관하여 이를裁判하고

1) 涉外私法 第7條 第2項, 第8條, 第25條 第2項 參照.

執行하는 司法機關이 存在하지 아니하므로 各國의 裁判機關이 이를 分擔하여 處理할 수 밖에 없는 것이다.²⁾

그러면 여기에서 涉外的 生活關係에서 發生하는 民事·商事의 紛爭을 解決하기 위하여 어느 國家의 裁判機關이 裁判管轄權을 가지느냐 하는 것이 「國際裁判管轄權」의 問題이다. 이러한 國際裁判管轄權은 「一般管轄權」이라고도 부르는데, 이에 대하여 涉外事件에 대한 特定國家의 裁判管轄權이 決定된 뒤 그 나라의 어느 法院이 當該事件에 관하여 具體的인 管轄權을 가지느냐 하는 것이 「國內的裁判管轄權」 내지 「特別管轄權」의 問題라고 한다.³⁾

國際裁判管轄權은 한 나라의 立場에서 보면 自國의 裁判權을 行使할 前提로서 그 裁判權을 가지느냐의 與否가 問題로 되는 경우와, 外國의 裁判을 自國에서 承認·執行할 要件으로서 他國이 그 裁判權을 가지고 있었느냐의 與否가 問題로 되는 경우가 있다. 전자를 「直接一般管轄」, 후자를 「間接一般管轄」이라고 부르는데, 이는 본래 同一한 問題를 角度를 달리하여 본것에 불과하므로 이는 同一한 原則에 의하여 規律되어야 한다고 한다.⁴⁾

그런데 國際的裁判管轄權에 대하여는 普遍的인 超國家的 原則이 없으므로 各國은 國內法 또는 條理에 의하여 제각기 이를 規律하고 있다. 各國의 이에 관한 基本立場을 分類해 보면 (i)自國과 自國民을 保護하려는 立場 (ii)對人主權 및 領土主權을 重視하려는 立場 (iii)國際的 私法生活의 安定을 圖謀하려는 國際主義的 立場이 있다. (i)과 (ii)의 立場에서는 國籍이 重視되는데 反하여 (iii)의 立場에서는 國籍보다는 住所가 重要な 意味를 갖는다. 우리나라에서는 國際的 裁判管轄權에 관하여 明文의 規定을 두고 있지 않으므로 國內法에 內在하는 一般原則에 따라 合目的的으로 解決하지 않으면 안되기 때문에 民事訴訟法의 規定 및 學說을 土臺로 하여 條理 등에 의한 合理的 解釋으로 具體的妥當性 및 法的安全性을 아울러 가지는 原則을 導出해야 할 것으로 본다.⁵⁾

2) 姜秉燮, "國際裁判管轄", 法院行政處, 「涉外事件의 諸問題」, 裁判資料 第34輯, p. 331.

3) 黃山德·金容漢, 「新國際私法」, 서울: 博英社, 1983, pp. 141~143.
;池原季雄, "國際裁判管轄權" 新·實務民事訴訟講座七卷 (1982年), p. 4.
;Batiffol, Droit international prive', Tome II (1971), p. 349.

4) 「ジュリスト 増刊 民事訴訟法の爭點」(法律學の爭點 シリノズ 5) p. 50.
木棚照一外 二人, 「國際私法概論」, 東京: 有斐閣, 1985, pp. 224~225.

5) 康鳳洙, "涉外家事事件의 諸問題", 法院行政處, 「涉外事件의 諸問題」, 裁判資料 第34輯, p. 274.

Ⅲ. 國際裁判管轄의 基準

1. 一般的 裁判管轄의 原則

國際 私人間의 實體法的 規律을 위하여 涉外私法이 存在하는 것에 對應하여 그 實効性을 確保하기 위한 方法으로서의 國際民事訴訟法은 그 發達이 매우 幼稚한 段階를 벗어나지 못하고 있으므로, 결국 國際裁判管轄의 決定은 現實의으로 各國의 內國法에 의하여 規律되므로 各國에 따라 그 內容이 크게 다를 수 밖에 없다.

涉外事件에 관한 裁判管轄權도 涉外的 生活關係의 安全保障을 이바지 하는 것인 이상 國家에 따라서 그 原則을 달리 하여서는 충분히 그 目的을 이룰 수 없는 것은 明白하다. 그러나 오늘날에 있어서는 몇몇 條約을 除外한다면 이에 관한 普遍的 超國家的인 原則은 存在하지 않고 다만 一般的인 管轄權에 관한 原則은 各國의 內國法의 形式으로 認定되고 있으므로 결국 이러한 法의 不備는 條理에 의하여 補充될 수 밖에 없다. 이러한 條理는 國際民事訴訟法의 基礎를 이루는 基本的 價值體系 즉 國際民事訴訟法의 基本原則으로서의 條理다.

따라서 이러한 一般的管轄權의 原則에 관한 立法과 學說은 여러가지로 나누어져 있다.⁶⁾ 첫째 國家主義的 見地에 서서 自國 및 自國民의 利益을 특히 保障하고자 하는 內國利益保護의 立場에서 自國의 一般管轄權을 定立하여야 한다는 見解이다. 즉 自國 國際管轄의 決定은, 다른 어떤 國際의 配慮를 할 必要없이 內國保護에 主眼點을 두어 그 歸屬을 決定하여야 한다는 立場이다. 예컨대 當事者가 프랑스인이면 一般的으로 프랑스의 裁判管轄權을 肯定하는 프랑스 民法 第14·15條가 典型的인 例라 할 수 있다. 둘째 一般管轄權을 主權의 司法管轄로서 觀念하고 國際法上的 對人主權과 領土主權에 관한 原則에 따라 定立하여야 한다는 見解이다. 그것은 民事나 商事에 관한 國際裁判管轄權의 問題를 國家主權의 司法管轄 相互間의 抵觸으로 把握하여 對人主權 및 對物主權이라는 國際法上的 原則에 따라 解決하려는 立場이다. 예컨대 不動產을 目的으로 하는 權利關係의 訴訟에 관하여 그 所在地 國의 法院에 그 專屬管轄을 肯定한다는 것이며, 또는 婚姻事件 등의 身分關係의 訴訟에 관하여 當事者의 本國의 管轄權을 主張하는 경우에 그것을 國家의 對物主權이라든지 對人主權에 터잡아 說明하는 것 등이다. 셋째 國際主義 또는 世界主義的인 立場에서 國際訴訟制度의 存在를 인정하고 私法的國際交通의 訴訟面に 있어서의 安全保障이라는 目的에 따라서 定立하여야 한다는 主張이다.⁷⁾

6) 池原季雄 前掲論文, p. 15; 青山善允, 「國際裁判管轄權」, 「ジュリスト増刊, 民事訴訟法の爭點」, (法律學の爭點シリーズ), p. 50.

7) 姜秉燮, 前掲論文, pp. 233이하.

山田瞭一, 澤木敬郎, 「國際私法講義」, 東京: 青林書院新社, 1970, pp. 231~233.

우리 나라에서는 一般的 管轄權에 대한 直接的인 規定이 없다. 따라서 法解釋의 一般原則이나 條理에 의해서 그 缺陷을 補充해야 할 것이나 涉外的 私交通의 圓滑과 安全이 訴訟面에 있어서 確保되어야 한다는 立場에서 여러가지 國內訴訟法上의 土地管轄에 관한 規定이나 涉外私法의 規定따위를 고려해서 '이것을 決定해야 할 것이다.'⁸⁾ 이에 관하여 다음과 같은 學說을 살펴 본다.

2. 學說의 概觀

우리 民事訴訟法이나 日本 民事訴訟法에서는 國際裁判管轄에 관하여 明文의 規定을 두고 있지 않다. 그러므로 國內訴訟法上의 土地管轄에 관한 規定이나 涉外私法의 規定 따위를 고려해서 國內民事訴訟法의 規定이 國際裁判管轄의 決定에 어떤 關聯을 가지느냐에 관하여 다음과 같은 學說이 있다.

가. 逆推知說

民事訴訟法에 裁判權의 限界에 관하여 直接的 規定이 없으므로 土地管轄(裁判籍)에 관한 規定을 逆으로 推知하여, 國內에 裁判籍이 認定되는 事件은 原則적으로 國際裁判管轄權이 認定되다는 見解이다.⁹⁾

나. 管轄配分說

國際裁判管轄에 관하여 明文의 規定이 없으므로, 이는 國際民事訴訟法의 基本理念인 條理 즉 어느 國家의 裁判所가 事件을 審理하는 것이 裁判의 適正·公平 그리고 能率的 進行에 適當하겠는가의 觀點에서 決定되어야 한다는 見解이다. 國內事件에 관하여 內國裁判所의 管轄을 定하는 民事訴訟法의 裁判籍에 관한 規定은, 裁判權의 場所의 配分이라는 面에서 國際裁判管轄의 문제와 類似한 점이 있다. 그렇기 때문에 民事訴訟法의 國內裁判籍에 관한 規定을 「參酌」, 「類推適用」 또는 「勸案」하여 國際的裁判管轄의 문제를 決定할 수 있는 면이 있다. 그러나 國內事件과 涉外事件과의 사이에는 重大한 差異가 있다. 國內裁判所 사이에는 移送이라든지 重復提訴禁止 등의 制度가 있는데, 涉外的 訴訟事件에는 그러한 것이 없다. 뿐만아니라 國內事件은 國內의 어느 裁判所

8) 姜秉燮, 前掲論文, p. 333.; 獨逸民事訴訟法 第606條.
; Kegel, Internationales Privatrecht 4 Aufl (1977), p. 352.
; 兼子一, 「民事訴訟法體系」, 東京: 有斐閣, 昭和39年, p. 84.
그러나 이에 대하여 國內裁判管轄原則을 類推하려는 態度에 反對 意見이 나왔다.
; 池原季雄, 「國際私法」, 經營法學全集, 東京: 다이아몬드社, p. 384. 參照.
; 東京地法院 1959. 6. 11 判決 參照.

9) 小山昇, 「民事訴訟法」(1972年) p. 23; 菊井維大, 「民事訴訟法上」(1968年), p. 26.
木棚照一外, 前掲書, p. 229.

에서 審理되든지 간에 同一한 民事訴訟에 의한 訴訟節次나 訴訟制度에 의하여 행하여지나, 涉外事件에 있어서는 各國에 따라 다르다. 또한 當事者の 實體的 權利義務의 歸屬을 決定하는 準據法도 各國의 國際私法에 따라 다르다. 따라서 國際裁判管轄을 定하는 데 있어서는 國內民事訴訟法の 規定을 參酌하되, 國際的 配慮를 加味하여 條理에 따라 合理的인 妥當性에 기초를 두어 決定하여야 한다.¹⁰⁾

國際裁判管轄의 決定에 관한 위 두 가지 學說은 民事訴訟法の 規定으로부터 그것을 그대로 逆推知하는 逆推知說과 아니면 그것을 參酌·適用하되 國際的 配慮를 加味하여 國際民事訴訟法の 條理를 追求하는 管轄配分說의 差異는 있을지라도, 民事訴訟法の 規定으로부터 出發한다는 점에서는 同一하다.

逆推知說은 國家主義 내지 國際主義的인 色彩가 強하며, 國際裁判管轄權을 各國이 純國內的立場에서 獨自的으로 制定한 國內 民事訴訟法の 土地管轄에 관한 規定에 의하여 決定한다는 것으로서 주로 日本의 民事訴訟法 學者들 사이의 通說的인 見解이다.¹¹⁾ 이는 國際民事訴訟法上의 裁判管轄의 配分 基準으로서 合理性 및 妥當性을 결여하여 실제상 不合理한 結果를 招來한다는 批判이 가해지고 있다.

그래서 國際私法學者들 사이의 通說的 見解로 등장한 것이 管轄配分說이다. 이에 대하여는 國際裁判管轄權의 歸屬도 私人間의 生活關係를 둘러싼 紛爭處理의 문제인 이상, 基本的으로는 國內 民事訴訟法上의 土地管轄의 分配와 差異가 없는 것이나, 具體的決定 基準으로서는 國際的 訴訟의 特殊性때문에 修正되지 않을 수 없다는 것이다. 그것은 國際訴訟에 있어서는 國內訴訟과는 달리 當事者가 異國人間의 경우가 많을 뿐만 아니라 歷史, 傳統은 물론 言語 風俗 法律 등이 다른 國際間的 事件이 그 對象이므로, 具體的인 事件에 있어서 國際裁判管轄의 決定은, 裁判의 適正, 妥當, 公平, 能率 등의 實效를 期하기 위하여 國際的配慮를 基礎로 하여 國內 土地管轄規定을 修正하여 適用할 必要가 있다.¹²⁾

3. 國際裁判管轄의 政策的 配慮

가. 當事者의 便宜·公平과 裁判의 公正·迅速·能率의 要請

國際裁判管轄에 관한 明文의 規定이 없는 이상, 法廷地가 特定 事件에 관하여 國際裁判管轄權

10) 池原季雄, 前掲論文, pp. 18~19; 渡邊惺之, 「財産關係の裁判管轄」, 國際私法の爭點 (1980年), pp. 149~150; 澤木敬郎, 「國際裁判管轄權再考」, 國際商事法務 九卷 (1981年) pp. 612~614.; 松岡博, 「國際的裁判管轄」, 契約法大系, p. 266.

11) 兼子一, 前掲書, p. 84.

12) 姜秉燮, 前掲論文, pp. 334 이하.

: 崔公雄, 「國際訴訟」, 서울: 育法社, 1984, p. 299.

: 兼子一, 前掲書, pp. 227~228 參照.

을 가지느냐의 與否를 判斷 決定함에 있어서 어떠한 要因을 考慮에 넣을 것이냐가 문제 된다. 그것은 國際民事訴訟法의 基本理念인 條理 즉 어느 國家의 裁判所가 事件을 審理하는 것이 그 裁判의 適正·公平 그리고 能率에 適當할 것인가를 考慮하여 國際裁判管轄權의 有無를 決定하여야 한다는 것이다. 여기에서 國際裁判管轄을 決定하는 主要한 政策的考慮로 생각되는 것이 當事者의 便宜·公平과 裁判의 公正·迅速·能率이 要請되어 被告의 立場이 重視되는 點에 있다.¹³⁾ 즉 法廷地의 管轄을 認定하는 것이 當事者의 便宜·公平·豫測可能性이라는 觀點에서 볼 때 妥當하느냐의 문제는 原告보다는 被告의 立場을 重視해야 함은 當然하다 할 것이다. 그러나 모든 경우에 被告의 位置에서 裁判管轄을 決定하는 政策的 考慮를 취할 것이 아니고 原被告의 立場을 具體的으로 考慮하여 衡平을 잃고 있는 경우 즉 被告의 立場이 優勢한 國際의 大企業이고 原告는 弱勢인 個人인 경우에는 被告中心主義에 修正的 變更을 요한다고 한다.¹⁴⁾

그리고 準據法이 法廷地法인 경우 法廷地에서 裁判하는 것이 裁判의 迅速·能率·公平이라는 觀點에서 볼 때 妥當하느냐의 문제는 內外國人에 대하여 다같이 公正한 裁判을 期待할 수 있는냐의 與否는 문제가 될 것으로 본다.

나. 涉外事件과 當事者에 대하여 가지는 利益과 法選擇과의 關聯性의 排除

法廷地 또는 外國이 그 事件과 當事者에 대하여 가지는 關聯 또는 利點, 또는 法選擇과의 關聯도 國際裁判管轄의 有無를 決定하는 데 있어서 考慮가 必要하다. 理想的으로는 國際裁判管轄權을 決定하는데 있어서 事件과 當事者에 대한 法廷地國의 利益은 考慮되어서는 아니 될 것으로 본다. 앞에서 본 通說的 見解인 管轄配分說도 그러한 점은 考慮의 對象으로 삼지 않고 있다. 그러나 現實的으로는 法廷地가 事件 및 當事者에 대하여 강한 利害關係를 가질 때에는 自國에서 裁判하는 것을 正當化하는 重要한 要因이 될 수도 있을 것이다.¹⁵⁾

다. 證據資料收集 및 判決 承認 執行의 容易性要求

公平·適正한 裁判을 위해서는 正確한 事實認定과 證人尋問이 不可缺의 前提로 하기 때문에, 그것을 위해서는 證據資料인 證據方法의 收集 評價를 어느 裁判所가 하는 것이 容易하고도 適切하느냐도 主要한 要因으로서 要求되어야 한다.

그 뿐만 아니라 現在 國家間의 民事裁判協力이 不充分하고 國際民事訴訟이 未備한 상태에서, 어느 나라에서 행하여진 判決이 國際的으로는 그 承認 또는 執行이 確保되어 있지 아니하다. 따

13) 川上太郎, 「新判例國際私法」, 東京: 千倉書房, 昭和 55年, p. 142 이하.

14) 松岡博, 前掲論文, p. 270.

崔公雄, 前掲書, p. 273.

15) 崔公雄, “國際私法의 現代的 課題,” 辯護士誌 第8卷, (1977.4.) p. 131의 註 東京地判, 昭和 47.5.2. ジュリスト 535號 (1973.6.5), p. 203. 再引用.

라서 國際裁判管轄權을 決定하는 데 있어서도 그 裁判에서 얻어진 判決이 他國에서 承認 및 執行 될 可能性 등도 充分히 考慮가 要請되는 문제라고 할 수 있다.¹⁶⁾

Ⅳ. 身分關係事件의 國際裁判管轄權

1. 身分關係事件의 特殊性

身分關係事件의 國際裁判管轄에 관한 節次의 公平·適正·迅速 등의 節次法 理念에 따라서 管轄分配에 관하여 國際裁判管轄問題로서의 本質은 財産關係事件에 관한 것과 다를 것이 없을 것이다. 즉, 基本的으로 被告의 住所地國에 國際裁判管轄權이 認定된다는 被告主義原則이 妥當해야 한다는 것이다. 그러나 身分的 法律關係에 관해서는 各國의 國內法制上, 또는 抵觸法上, 財産의 法律關係와는 다른 特別한 性格을 認定하여 制度的 配慮가 要求되어 國際裁判管轄에 관해서도 그 特殊性을 反映되어 財産關係에 있어서와는 다른 考察이 必要하여 여기에서 主된 것에 관하여 若干 指摘하여 考察한다.¹⁷⁾

2. 本國의 裁判管轄權

身分的法律關係事件에 관해서는 當事者의 住所를 連結點으로 하는 住所地(또는 常居住地) 管轄下에 國籍을 連結點으로 하는 本國管轄이 問題가 된다. 本國管轄에 관하여 學說 判例가 나누어져 있다. 國籍을 國際管轄權歸屬으로서의 連結點으로서의 合理性에 대하여 認定하지 않는다는 本國法管轄을 否定하는 見解나 住所와 더불어 原則의 連結點으로 하고 肯定하는 見解 또는 一定한 경우에 限해서 補充的 連結點으로서의 合理性을 肯定하는 見解 등이 그것이다. 肯定하는 경우에는 當事者의 國籍을 어떤 경우에 認定하느냐에 관해서는 意見이 갈라져 있다. 이 問題에 관해서는 다음의 세가지 點에 관해서 理論的 法政策的 評價가 重要하게 생각되어 진다.

첫째 우리 涉外私法上 屬人法으로서의 本國法主義가 原則으로 되는 경우가 있는데 準據法 決定에 있어서의 身分的法律關係와 本國과의 關聯에 관하여 抵觸法上의 評價를 國際裁判管轄決定에 대하여 어떻게 考慮해야 하느냐 하는 問題이다.

둘째는 並行原則(Gleichlaufsprinzip)이라는 問題에 관해서인데(이는 原來 適用準據法과 裁判管轄의

16) 姜秉燮, 前掲論文, pp. 336~337.

17) 木棚照一外, 前掲書, p. 240.

並行을 說明하는 데서 붙여진 名稱) 여기에서는 身分關係非訟事件節次的 國際管轄에 관해서 獨逸 判例·學說上 主張되어 왔던 것이나,¹⁸⁾ 그 內容에 있어서는 반드시 同一한 內容으로 主張되는 것은 아니지만 裁判所 등에 의해서 非訟的 形成處分の 要否, 形態등이 實體法의 規定에 따르는 것에 注目하여 獨逸 裁判所의 같은 種類의 形成的 裁判의 國際裁判管轄은 獨逸法이 實體準據法이 되는 경우에 限해서 認定되는 見地에서 出發하고 있다. 現在는 이와 같은 嚴格한 並行은 主張되고 있지 않지만 적어도 準據法이 內國法에 있는 경우에는 自國의 管轄權을 肯定해야만 하는것(積極的 並行) 혹은 準據外國法所屬國이 內國裁判所의 形成的 裁判을 承認하는 것을 自國의 裁判管轄權의 要件으로 할 것(消極的 並行) 등의 主張이 論해지고 있다.¹⁹⁾

이와 같이 形成的 裁判에 있어서 實體法과 訴訟法 사이에 關聯認識이 우리 나라 訴訟法學上 一般的으로 承認하고 있는 바 우리 國際民事訴訟法에 있어서도 並行理論의 考慮를 受容할 素地가 있는 것으로 본다. 그러나 그 具體的인 妥當性 與否, 그 範圍, 어느 程度가 適正한가는 역시 理論的인 이 아니고 立法政策의 面에서 慎重한 檢討가 必要하다고 생각 된다.

셋째는 우리 나라의 身分關係 申告制度인 戶籍과의 關係도 考慮의 對象이 될 것이다. 戶籍法은 眞實과 一致하지 않는 戶籍記載의 訂正은 一定한 경우에 判決에 의하여 訂正할 것을 要求하고 있다.²⁰⁾ 그러므로 身分關係訴訟에서 아무리 작은 部分일지라도 (예컨대 親子關係否存在確認訴訟등) 戶籍訂正을 要求하고 있으므로 戶籍訂正의 必要한 경우에는 國內訴訟法上, 訴의 利益이 一般的으로 肯定되고 있는 것에 있는 것이고 우리 나라의 戶籍은 韓國人에 관해서만 作成되어 있는 것을 原則으로 한다. 따라서 적어도 外國在住韓國國籍에 관해서의 身分關係外國判決이 우리 나라에 있어서 承認되지 않는 경우에는 戶籍訂正의 必要에 한해서 非在住의 身分關係訴에 있어서도 우리 나라의 裁判所에 提訴를 認定해야만 한다고 본다.

本國의 裁判管轄權의 問題에 관해서 全體的인 結論을 끌어내기 위해서는 적어도 既述한 諸點에 관해서는 理論的 立法政策의 檢討를 必要로 하며 今後 많은 研究結果를 기다려야 한다. 그러나 위에서 說明한 세가지 點에서는 다소라도 例外的. 補助的인 것으로서 本國의 裁判管轄權을 認定해야만 하는 경우에 있어서 생각한 것이다.

3. 合意管轄·應訴管轄의 制限

身分關係事件의 國際裁判管轄에 관한 合意·應訴管轄에 관해서는 身分關係事件의 特殊性을 反映하는 問題로 생각되므로 簡單히 言及한다.

18) 崔公雄, “涉外離婚의 裁判管轄權”, 서울大司法大學院「Judex Bonus」, p.188 이하 參照.

19) 木棚照一外, 前掲書, p.240.

20) 戶籍法 第120條~123條.

우리 나라의 國內訴訟에 관해서는 身分關係訴訟은 專屬管轄에 屬하여 合意·應訴管轄을 許諾하지 않는다.²¹⁾ 그러나 國內土地管轄의 專屬性和 國際裁判管轄의 專屬性은 相異한 問題이고 이것을 根據로 하여 身分關係事件의 國際裁判管轄에 관해서의 合意·應訴管轄의 制限이 問題가 되는 것은 아니다.

身分的 法律關係에 관해서는 國際私法上 一般的으로, 屬人法에 의하여 支配하는 것으로 되어 있지만 無制限한 合意·應訴管轄의 許容이 本來 適用되어야만 하는 屬人法의 適用回避를 目的으로 한 法廷地選擇(forum shopping)을 그냥 놓아 두기만 하는 가능성이 있다. 그리고 또, 合意管轄이 仲裁契約의 許容 또는 範圍에 限한다고도 말해지는 것처럼 紛爭의 對象이 되는 權利·法律關係의 當事者에 의하여 任意處分の 法的許容性에 그 基礎를 두는 것으로 생각되어 진다. 그러나, 身分的法律關係는 그 公益的 性格의 側面에서 우리 나라 등의 節次法上, 當事者에 의해 任意處分이 制限되고 있다.²²⁾ 그러므로 無制限的으로 合意管轄을 許容하는 것은 우리 나라의 法制上の 體系의 一貫性에서 疑問이 된다. 應訴管轄에 관해서도, 같은 問題가 존재 한다고 본다.

이상과 같은 觀點에서는 身分關係事件에 있어서 合意管轄, 應訴管轄이 無制限的으로 許諾해서 안된다고 해석해야만 할 것이다.²³⁾

한편 우리 나라에 있어서는 協議離婚이 許容되는 등, 身分的 法律關係에 관해서도 一定한 限度에서 當事者에 의해 任意處分이 是認되고 있다. 家事調停에 따라 合意管轄이 許容되고 있는 것도 그 하나의 反映이라고 解釋될 것이다.²⁴⁾ 그러므로 合意·應訴管轄을 全面的으로 禁止하는 것도, 우리 나라의 法制가 취할 態度가 아니다.²⁵⁾

이상의 考察에서 法定管轄을 排除하는 合意(Derogation)는 許容되지 않지만 本來 管轄이 없는 國家에 管轄을 發生케 하는 管轄의 合意(Prorogation) 및 應訴管轄이 事件과 그 國家와의 사이에 合理的 關聯이 存在한다고 認定되는 限度에서 許容된다고 解釋해야만 할 것이다.²⁶⁾ 다음은 개개의 身分關係事件의 裁判管轄에 관해서 살펴 본다.

4. 婚姻事件의 裁判管轄權

一般的으로 婚姻事件을 學論하는 경우에는 離婚뿐만 아니라 婚姻無効·取消, 離婚取消(人訴法1條)외에 離婚無効, 夫婦關係 存否確認等の 各各의 訴訟이 포함된다고 할 것이다. 이 중에서 婚姻

21) 民訴法 第28條, 人事訴法 第1條~3條.

22) 認諾, 裁判上の 自由의 制限, 職權探知의 採用, 人訴法 第12條, 13條 參照.

23) 別居合意書中の 裁判管轄에 拘束力을 否定하는 例로서는 東京家審 昭和 44.6.20. 家月 22卷 3號, p.110.

24) 家審法 第12條, 第14條 參照.

25) 東京家審 昭和 48.10.18 家月 116卷 7號, p.50.

26) 木棚照一外, 前掲書, p.243.

成立에 關係되는 婚姻無効·取消과, 有効하게 成立된 婚姻의 解消를 目的으로 하는 離婚과의 理論的, 機能的 相違에 注目하고, 國際裁判管轄에 關係해서도 다른 考慮(예컨대 婚姻舉行地의 裁判管轄 등)가 되어야만 한다는 見解가 있다.²⁷⁾ 그러나 婚姻無効·取消의 訴訟에 의해 夫婦間 스스로 婚姻關係의 消滅을 다투어 지는 限에서는 離婚의 경우에 準하여 생각해야 할 것으로 본다. 日本 要綱試案에서는 婚姻無効·取消의 裁判管轄에 關係해서는 離婚의 裁判管轄에 準한다고 規定하고 있다.²⁸⁾ 단 婚姻無効·取消, 夫婦關係存否確認의 訴는 第三者가 提起하는 경우도 있고²⁹⁾ 그 경우 에는, 當然히 事情이 달라질 수 밖에 없다. 앞으로 더 많은 檢討가 要求되지만 例컨대 婚姻住所, 혹은 當事者死亡後에 戶籍訂正이 必要하기 때문에 提訴하는 경우에는 身分關係 申告와의 關聯(우리나라 戶籍으로는 國籍) 등을 重視할 必要가 있다.

5. 離婚裁判管轄權

우리 나라에서는 韓日合併과 第二次大戰등의 特別한 原因과 國際化 傾向으로 因하여 韓日間의 涉外離婚事件이 急増하는 傾向에 있다. 여기에서 離婚의 裁判管轄權에 관한 判例는 많으나 그에 대한 學說의 統一을 볼 수 없다. 그런데 日本 大法廷判決에 의하여 一旦 管轄原則이 定立되었는데 그 內容은 다음과 같다.³⁰⁾

戰前 中華民國에 있어서 大韓民國人인 被告(夫)와 婚姻하여, 戰後, 日本에 單身 歸國한 原來 日本人이었던 韓國人女性(原告)의, 日本에 한번도 건너본 적도 없고 韓國에서 離別한 後 계속하여 아무 消息이 없고 現在의 所在도 不明인 被告(夫)에 대하여 離婚請求訴訟에 관하여 日本國에 裁判管轄權을 인정하여 判決한 事例였다.

判決은 「離婚의 國際裁判權의 有無를 決定하는 데 있어서도, 被告의 住所가 日本에 存在할 것을 原則으로 할 것」으로 되어 있으므로 「그러나 反面으로 原告가 遺棄되는 경우,³¹⁾ 被告가 行方 不明인 경우, 그의 이것에 準할 경우³²⁾」에는, 原告의 住所가 日本에 있다면(被告가 日本에 最後의 住所를 가지지 않는 경우라도) 日本의 裁判管轄權을 肯定하는 것이 될 수 있다고 한다.

27) 木棚照一外, 前掲書, p. 244.; 江川英文, 「國際私法」, 東京: 有斐閣, 1960, p. 271.; 久保岩太郎, 「國際私法概論」, 東京: 有斐閣, 1961, p. 221.

28) 法例 改正要綱試案, 「婚姻部」參照.

29) 人訴法 第26條 27條 參照.

30) 日最判 昭和 39年3月25日 (百選78)

日最判 昭和 39年4月9日 (百選79)

31) 遺棄라는 것은 國際民事訴訟法上的 管轄要件으로서의 概念이고 實體法上的 離婚原因이 되는 遺棄는 아니다.

32) 日本 法例 改正 要綱試案 婚姻 部 第15 甲案 參照. 또 被告가 國外追放된 경우에도 해당될 것이다.

判示된 이 原則은 改正試案에도 指摘하고 있지만 離婚의 裁判管轄權에 관해서도 被告의 住所地 原則이 妥當하며 그 例外로는 一定한 경우 原告의 住所에 의거하여 管轄이 認定되어야 한다는 것을 判示하고 있는데 불과하다. 따라서 外國人間의 離婚訴訟事件에 있어서 當然히 國籍에 의거하여 管轄權의 認定(本國管轄)에 관해서는 어떤 判斷도 나타내고 있지 않다.³³⁾

그러므로 이 大法院判決의 原則에서 檢討되어야 할 문제는 우선 離婚에 관해서 本國管轄의 妥當性 與否이다. 이에 관한 學說은 國籍을 裁判管轄의 連結點으로서의 適格性을 疑問視하고 住所에 의거한 管轄法規에 滿足하는 見解와 身分關係事件의 特殊性에서 本國管轄을 全面的으로 否定하는 것은 妥當하지 않다고 하는 見解등이 對立된다.³⁴⁾ 또 原告의 住所에 의거하여 裁判管轄이 認定될 수 있는 例外的인 경우도 檢討할 問題로 남는다.³⁵⁾

6. 親子關係事件의 裁判管轄權

우리 나라에서 國內法上 親子關係事件이라 稱해지는 경우의 訴는 嫡出否認의 訴, 認知의 訴, 認知의 無効 取消의 訴, 父를 定하는 訴 및 親子關係存否確認의 訴등이 포함되지만 入養事件은 이것과 區別하여 規定하고 있다.³⁶⁾ 그러나 國際民事訴訟法上 入養無効·取消, 離縁 또는 그 取消의 訴에 관해서도 親子關係事件에 準하여 생각하는 것이 일반적이다.³⁷⁾

既述한 離婚의 裁判管轄에 관한 大法院判決 후 親子關係事件의 裁判管轄權에 관해서도 基本的으로 그 原則에 準하려고 하는 傾向이 學說·判例上 有力視하게 되었다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 法例改正要綱試案에서 被告의 常居所地國에 裁判管轄을 認定하는 것을 原則으로 하면서 例外로서 被告가 行方不明일 때와 기타 이것에 準하는 경우에 被告가 應訴한 경우에 原告의 常居所地國의 管轄이 認定된다고 하는 思考方式을 本案으로 하고 있다.³⁹⁾

이것은 離婚이든지, 親子關係이든지 訴訟인 이상은 訴訟法的 正義 公平의 理念에서 基本的인 被告住所地主義原則이 妥當해야 하는 것을 明白하게 한 것으로 評價받을 것이다. 따라서 오히려

33) 서울 家法院 1970.12.1 審判 70드382 判例月報 4號, p. 50.

서울 家法院 1971.6.1 審判 70드1896 判例月報 12號, p. 76.

34) 木棚照一外, 前掲書, p.243. 이하 參照.

서울地方法院 1956年 民第1585號 參照.

35) 人事訴訟法 第33條~第37條 參照.

36) 日 法例 改正 要綱 試案「親子部」參照.

37) 大阪地判 昭和 39年 10月9日. (百選 80)

日 法例 改正 要綱 試案「親子部」參照.

38) 法律新聞, 1963. 10. 28.

“涉外離婚訴訟判決에 대한 批判”(서울地法93民 第3895號)

39) 當事者의 一方의 常居住地 또는 國籍에 의한 裁判管轄을 別案으로 併記하고 있음을 改正要綱試案에서 보여주고 있다.

어떤 경우에 어떻게 例外的 管轄을 認定하느냐 하는 問題中에 個個의 訴訟事件類型的 特性이 나타나 진다고 할 수 있다. 예를 들면 夫婦라고 하는 基本的인 平等한 當事者間의 身分關係를 둘러싼 訴訟과 子(未成年인 子)의 保護 및 그것에 관해서 國家가 強力한 公的 關心을 갖고 親子關係存否에 관한 訴訟에서 裁判管轄에 관해서도 다른 考慮가 作用하는 것이 當然하다고 할 수 있다. 여기에서 例外的 管轄을 子の 住所地國에 認定한다고 하는 見解가 主張되고 혹은 원래 親子異住所의 경우에는 子の 住所地國에만 管轄權을 認定하는 見解도 있었던 것이다. 따라서 여기에서도 離婚의 경우와 같이 例外的 管轄을 認定되는 경우의 檢討, 특히「被告가 그 國家에서 追放되었을 때, 또 行方不明이 되었을 때, 그의 이것에 準하는 事由가 있을 때」를 어떻게 解釋하고 解決하느냐 하는 問題가 今後의 討議하고 研究해야 하는 問題이다. 또 本國管轄에 관해서도 否定하는 見解도 學說上 有力하지만 既述한 身分關係의 特殊性에 비추어서 특히 親子關係存否確認訴訟이 戶籍訂正의 目的으로 行해지는 일이 많다고 하는 것을 裁判管轄과의 關係에서 어떻게 解釋해야만 하는가가 問題로 된다.⁴⁰⁾

V. 韓國民事訴訟法上の 問題點

우리 나라에는 國際的裁判管轄에 관한 明文의 規定이 없다. 그러면 國內의 法院사이의 管轄權의 配分을 定한 民事訴訟의 規定과 어떠한 關係가 있는냐가 問題로 된다. 아직 國內에서는 本格的인 論議가 없는 것으로 알고 있지만, 日本에서와 마찬가지로 逆推知說과 管轄配分說의 各 立場이 있을 수 있다고 생각 된다.⁴¹⁾

1. 逆推知說 또는 管轄配分說

우리 民事訴訟法의 裁判籍에 관한 規定에 의하여 우리 나라 어느 法院의 管轄權이 있으면, 그 事件에 관하여 原則적으로 우리 나라의 法院이 裁判管轄을 갖는다고 主張하면 逆推知說의 立場에서 된다. 이에 대하여 國際的裁判管轄의 問題는 어느 나라의 法院에서 事件을 審理하는 것이 裁判의 適正·公平 또는 迅速에 適合하느냐에 따라 決定되어야 하므로, 民事訴訟法의 裁判籍에 관한 規定은 「參酌」, 「類推適用」 또는 「勸案」되는 것에 불과하고, 궁극적으로는 條理에 의하여

40) 木棚照一外, 前掲書, p. 246.

; 金容漢, 鄭照根, "韓日涉外事件의 私法的 研究", 「釜山大論文集」 第8輯, (1980), p. 208 이하 참조.

41) 木棚照一外, 前掲書, pp. 228~230.

姜乘燮, 前掲論文, pp. 364. 이하.

決定된다고主張하면管轄配分說의立場에 서게 될 것이다.⁴²⁾

國內法院사이의管轄權이나國際的裁判管轄權이나 모두裁判管轄權의場所的配分이라는類似的한 면이 있으나,涉外事件은國內事件과는여러가지點에서 다르다. 우선當事者が國籍을달리하고그言語·風俗·傳統이相異하므로어느나라에서裁判을받느냐는것은단순한場所이상의意味를 갖게 된다. 더구나法體系가 서로 다른 나라 사이에 있어서는 더욱 심각한 문제가 된다. 또法技術的인側面에서 보면涉外事件에 있어서는重復提訴나移送에 관한民事訴訟法の規定이 그대로適用될 수는없다할 것이고, 다만參酌 또는類推適用되며 궁극적으로는어느法院이事件을審理하는 것이當事者間의公平에 맞고適正하고도迅速한裁判을期待할 수 있겠느냐에 따라서管轄權의有無가決定되어야 할 것이므로學說로는管轄配分說의立場이 더說得力이 있는 것으로 생각된다.⁴³⁾

2. 被告中心主義

우리民事訴訟法第1條는「訴는被告의普通裁判籍所在地의法院의管轄에屬한다」고規定하여被告中心主義를宣言하고 있다.⁴⁴⁾ 裁判을積極的當事者인原告보다는消極的當事者인被告의生活根據地에서 받도록 하자는 것이다. 그것이不意의打擊과損害에對備하는被告와 철저한事前準備를 갖춘原告와의當事者間의公平에 맞기 때문이다.⁴⁵⁾

이러한當事者間의公平의要請은涉外事件에 있어서도 마찬가지이다. 그리고 대부분의 경우에 있어서消極的當事者인被告의生活根據地를基準으로 하여管轄을認定하는 것이公平할 것이다. 실제에 있어서 우리 나라法院에 우리 나라個人이나法人을相對로外國인이訴를提起한 경우 그事件을 우리 나라法院이裁判하는 것은 별다른問題가 없다. 문제가 되는 것은韓國인이韓國法院에外國人を被告로訴訟을提起한 경우이다.債務中心主義에 의하면 그外國人の本國의法院에提起를 하여야 할 것이다.外國의判例는被告가原告가 사는 곳에서 어떠한營業活

42) 木棚照一外, 前掲書, p. 330.

43) 大法院 1971. 10. 20 71드517 判決; Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws (1971), vol. p. 251.

; 崔公雄, 前掲書, p. 288이하 參照.

44) 江川英文, “國際私法に於ける裁判管轄權”, 法協雜誌 63卷3號, p. 16. 橫濱地判, 1960. 9. 21, 下民11卷9號, p. 1963.

45) 原告가被告所在地의法院에訴를提起하여야 한다(actor Sequitur forum rei)는 로마法 이래의大原則이며 이는國內管轄의決定基準으로大陸法系各國의民事訴訟法에採用되었고, 이는國際管轄決定에 있어서도裁判公平理念에 비추어原則적으로이理想이基礎를이룬다. (佛蘭西國際私法改正草案 12條, 金辰「佛蘭西國際私法典資料」, 法學 1卷1號), 崔公雄, 前掲書, p. 301 註再引用.

動을 하였든지 또는 그 生産品을 流通시킴으로써 어떠한 關聯을 맺었거나 또는 그 地域의 法院에서 裁判 받을 것임을 豫見할 수 있었던 경우에는 原告의 居住地 法院의 管轄을 認定하였고, 航空機墜落事故등의 경우에는 消費者로 하여금 外國法院에의 提訴를 強要하는 것은 그 權利救濟를 外面하는 것이라는 이유로 原告 居住地 法院의 管轄을 肯定하였다. 自國民의 保護라는 側面에서 가능한 限 原告의 居住地 法院의 管轄을 넓게 인정하는 것이 有利할 것이다. 그러나 合理的인 根據없이 管轄을 肯定하여 裁判을 한다면, 그로 인하여 얻어진 勝訴判決은 그 執行을 위하여 外國法院에서 勝訴判決을 얻을 수 없게 된다. 그러므로 涉外事件의 管轄을 檢討함에 있어서는 將來 그 勝訴判決의 執行을 위하여 그 執行이 豫想되는 地域의 國際的管轄에 관한 法院의 判例를 參考할 필요가 있을 것이다.⁴⁶⁾

3. 被告인 個人의 住所 등

民事訴訟法 第2條에 의하면 被告의 住所에 의하여 管轄이 定해지도록 되어 있다. 受動的立場에 있는 被告를 保護하는 것이 當事者의 公平에 맞기 때문이다. 이러한 要請은 國際的 裁判管轄을 定하는 데 있어서도 마찬가지다. 日本에서도 原則적으로 被告住所地國의 管轄을 인정해야 한다는 점에 대하여 異論이 없음을 既述하였다. 위에서 본 바와 같이 被告住所地國의 管轄을 인정하는 理由는 當事者間의 公平, 便宜이라는 點 이외에, 被告의 住所地는 그 生活의 本據地이므로 대개 被告의 財産이 存在하고 있으므로 原告가 勝訴判決을 얻는 경우에 그 執行이 쉽다는 點에 있다. 따라서 韓國內에 住所를 두고 있는 外國人에 대하여 韓國法院이 管轄權을 가진다.⁴⁷⁾ 이 때에 住所의 概念은 各國에 따라서 다를 수 있으나, 被告의 應訴가 가장 便利한 地點을 基準으로 하여 決定하여야 한다는 目的에 비추어 被告의 經濟的·社會的 生活의 基盤을 中心으로 경우에 따라서는 民法上 居所 또는 最後의 住所 등이 國際的 裁判管轄權의 根據가 될 수도 있다. 그러나 國家單位의 裁判管轄權 分配基準으로서의 住所이므로 民法上 概念과는 달리 그 決定에 있어서 涉外私法의 目的과 被告住所地提訴原則의 理念에 비추어 慎重하게 決定하여야 할 것이다.⁴⁸⁾

그런데 일단 國內에 國際的裁判管轄權이 認定되는 경우에 國內法院間의 土地管轄을 定하는 것은 순전히 國內訴訟法上의 問題이다. 다만 이 경우 涉外家事事件의 土地管轄을 國內家事事件과 전혀 同一하게 볼 것인가의 與否 즉 人事訴訟法上의 管轄規定을 그대로 適用할 것인가의 與否가

46) 崔公雄, 前掲書, p.309 이하 參照.

47) 서울地法院 1960年 民1099號, 1956年 民1585號.

:日本最高裁 昭和 56. 10. 16 判決.

:山田瞭一, 「外國法人 に対する損害賠償請求の裁判權」, 民商雜誌 88卷1號 (1983), p. 100.

:崔公雄, 前掲書, p. 301 이하 參照.

48) 崔公雄, 前掲論文 (1977), p. 129.

問題된다. 왜냐하면 예컨대 被請求人인 夫가 國內에 居住하지 않고 단지 請求人인 妻의 住所地國이라는 이유로 우리 나라에 裁判管轄權이 인정된 경우 人事訴訟法規定을 그대로 따르면 國內管轄의 基準이 되는 夫의 住所가 國內에 없어 부득이 大法院 所在地의 家庭法院이 管轄하게 되는데⁴⁹⁾ 請求人の 住所가 다른 곳이라면 이것은 請求人에게 不便을 招來하기 때문이다. 그리하여 日本에 서는 위와 같은 내용의 人事訴訟法規定이 涉外家事事件에 있어서 適用되지 않는다는 見解⁵⁰⁾도 있으나 日本 判例의 大部分은 適用肯定說의 立場에 있다.⁵¹⁾

우리 나라에서는 學說上 이 點에 관한 論議가 分明치 않으나 下級審判例는 대체로 適用肯定說의 立場을 취하고 있다고 본다.⁵²⁾ 現行法上으로 肯定하지 않을 수 없을 것으로 생각되며 다만 個別的인 事件에서 事件을 處理하는 데에 특히 必要한 경우에는 家事審判規則 第5條 1項 但書を 積의 適用하여 運營할 수 있을 것이다.

VI. 判例分析 및 檢討

1. 事實의 概要

原告 丙은 실은 甲丁間의 子인데, 韓國戶籍上으로는 甲乙夫婦의 子로 되어 있다. 그것은 다음과 같은 經緯에서이다. 즉 甲乙은 韓國 濟州道의 本籍地에서 生活하고 있던 韓國人 夫婦였는데 1941年 夫人 甲이 戰爭에 徵用을 받고 妻인 乙을 韓國에 남기고 單身으로 日本에 건너 왔고, 얼마 안가서 日本人 女人(J)과 大阪市內에서 同棲하게 되었다. 그리하여 1946年 甲乙間에 子인 丙이 出生하였다. 그런데 甲은 그 子를 甲乙間에 出生한 子로서 嫡出者出生申告를 本籍地에 냈기 때문에 丙은 甲의 戶籍(韓國戶籍)에 甲乙의 長男으로서 記載되게 된 것이다.

原告(위의 子)인 丙은 이와 같은 事實을 主張하고 表見上(戶籍簿上)의 母인 乙을 被告로 하여 乙丙間에 親子關係가 存在하지 않는다는 確認을 請求하는 訴를 자기 住所地인 大阪의 地方法院에 提訴하였다. 被告 乙은 甲이 渡日한 이래 甲乙間에 아무런 消息이 없기 때문에 지금은 그 所在조차 判明되지 않고 있는(그 때문에 被告 乙에의 訴狀의 送達·期日의 出席등은 公示送達에 의하여 이루어졌고 乙의 不出席채로 訴訟는 終結되었다) 實情에 놓여 있다.

49) 人事訴訟法 第3條 參照.

50) 桑田三郎, "國際裁判管轄", *ジュリスト*, 456號, p. 205.

51) 最判 昭和 39. 3. 25.

福岡高裁 昭和 47. 12. 22. 判時 705號, p. 63.

52) 崔公雄, "涉外離婚事件에 관한 諸問題", 「家庭法院事件의 諸問題」, p. 384. 註35에서 再引用.

韓國의 獨立으로 인하여 乙은 물론 韓國人 丙도 그 判決을 보게 되면(甲이 한 庶子出生申告의 効力을 가지는 嫡出子出生申告에 의하여 韓國 戶籍에 들어 있던 者로서) 韓國人인이므로 즉, 本件은 日本에 居住하는 韓國人인 子가 韓國에 있으면서 한번도 渡日을 한 적이 없는 現在 所在不明의 韓國人인 表見上의 母를 被告로 하여 親子關係不存在確認의 訴를 提起하게 된 것이다.

2. 判決의 要旨⁵³⁾

判決은 거의 原告의 主張대로 事實을 認定하고 請求를 認定하였는데 그 理由는 첫째 裁判管轄權의 問題를 들고 있다. 「日本에 住所를 가진 韓國人인 原告가 日本에 住所를 가지지 않은 戶籍上만인 母(……) 韓國人인 乙을 被告로 하여 母子關係不存在確認을 請求한 데 대하여 日本의 裁判權을 肯定하는 데는 國際條理上 被告의 住所가 日本에 있을 것을 原則으로 한다고 풀이 된다. 그러나 이 被告主義의 原則에 例外를 두지 않는 것은 國際私法生活에 있어서의 正義와 公平의 觀點에서 原告쪽의 住所에 裁判管轄權을 認定해야 할 특별한 事情이 있는 때에는 例外를 認定하게 된다. 本件에서는 原告 丙이 日本에서 태어나 日本에서 자랐고 戶籍上으로만 母에 지나지 않는 被告인 乙과는 面識도 없다. 父인 甲은 渡日 以來 한번도 韓國에 歸國한 일이 없고 甲과 乙과는 終戰前부터 이미 消息不通이었고 乙은 現在의 住所도 不明으로 되어 있다. 原告와 父母를 같이한 妹(누이)도 역시 原告와 마찬가지로 甲乙間의 嫡出子로서 戶籍에 登載되어 있었으나 최근 實母인 丁의 戶籍에 들어 가게 되었다. 本件의 重要한 證人의 거의가 大阪에 살고 있다는 등의 여러가지 事情도 알 수 있다. 이와 같이 戶籍上의 母를 被告로 하여 그 子로 되어 있는 原告가 親子關係不存在確認을 請求하는 本件에 있어서 위와 같이 被告가 所在不明이고 더우기 日本에 本件의 裁判管轄權을 인정하여도 敝害가 있다고는 생각되지 않을 것이 確實한 本件에 있어서는 日本에 裁判管轄權을 認定해야 할 특별한 事情에 해당한다고 풀이 하는 것이 國際私法生活에 있어서의 正義 公平의 理念에 따르는 것이라 하겠다. 本件은 例外的으로 原告쪽만의 住所地인 日本에 裁判管轄權을 認定하여야 한다고 判示하고 있다.

3. 判例의 分析 및 檢討·批判

身分關係의 裁判管轄에 관해서는 現行法上 明文의 規定이 없기 때문에 學說 및 判例가 각각 見解를 달리하고 있다. 身分事件의 裁判管轄에 관한 중견의 學說에서는 被告의 住所地國에 管轄權을 認定하는 見解가 有力하게 主張되었고⁵⁴⁾ 이 立場을 취하는 判例도 있다.⁵⁵⁾ 그러나 最近의 學

53) 大阪地裁. 1964. 10. 9 判決.

54) 江川英文, “國際私法に於る裁判管轄權”, 法協雜誌 60卷3號, p. 16.

55) 横浜地判, 1960. 9. 21. 下民11卷9號, p. 1963.

說은 既述하였지만 ①原告, 被告의 어느쪽의 住所地國들에게도 管轄權이 있다고 하는 學說⁵⁶⁾ ② 被告의 住所地國에 管轄權이 있음을 原則으로 하면서 特別한 事情이 있는 경우에 例外的으로 原告의 住所地國에 管轄權이 있다고 하는 學說⁵⁷⁾ ③子의 住所地國에 管轄權이 있다고 主張하는 學說⁵⁸⁾ ④當事者の 國籍에 의하여 當事者一方이 日本에 國籍이 있는 경우에는 日本法院에 管轄權이 있다는 學說⁵⁹⁾ 등이 있다.

그런데 本 判例는 親子關係의 當事者가 모두 外國人이고 더구나 被告가 한번도 日本의 땅을 밟아 본 일이 없는 事實이다. 當事者가 外國人이더라도 原告인 親子가 함께 日本에 居住하고 있으면 住所地 法廷의 管轄權을 인정하는 데 별다른 異論이 없다. 그런데 本 判例에서 특히 裁判管轄權이 問題된 것은 原告 一方의 住所地만이 日本으로 되어 있기 때문이다. 이러한 경우에도 當事者 一方의 住所地國의 管轄權을 認定해도 무방한 것으로 되어 있는 立法例도 있다.⁶⁰⁾ 그러나 判例에 의하면 이러한 立法例에서 根據한 것이 아니고 오히려 原告쪽의 住所地에 裁判管轄權을 認定해야 할 特別한 事情이 있기 때문에 原告 一方의 住所地國에 裁判管轄權을 認定한 것으로 되어 있다.

여기에서 問題될 수 있는 것은 ①親子關係存否確認請求의 訴訟에 있어서 原告 및 被告의 適格 問題에 관한 것이며 또한 누가 原告가 되든지 特別한 事情에 의하여 原告住所地國에 裁判管轄權을 認定해야 할 것인지 分明하지 않으며 ②住所外에 當事者の 國籍도 親子事件에서는 裁判管轄의 基準이 되는가 즉, 親子關係의 當事者の 一方 또는 雙方의 住所 如何를 불구하고 國籍에 의하여 管轄權을 認定할 것인지 判例에서는 나타나 있지 않다. ③韓國涉外私法 第19條 및 韓國 人事訴訟法 第33條에 관해서는 普及되고 있지 않는데 이 規定들의 適用可能性 與否등이 문제되므로 이하에서는 이러한 問題點들을 中心으로 判例를 檢討하고자 한다.

첫째 ①의 問題에 관하여 살펴 보면 親子關係存否確認의 訴를 提起할 수 있는 者는 父를 定하는 訴(845條), 親生否認의 訴(846條, 848條, 850條), 認知에 대한 異議의 訴(862條)와 認知請求의 訴(863條)의 規定에 의하여 訴를 提起할 수 있는 者이므로 夫婦의 後見人, 夫의 遺言執行者, 夫의 直系尊屬, 夫의 直系卑屬, 母·子와 子의 法定代理人, 子의 直系卑屬 및 기타의 利害關係人이고 眞實과 어긋나는 戶籍上의 父母 雙方에 대하여 親子關係의 不存在確認을 請求하는 경우에는 父母가 共同請求人이 되고, 父 또는 母와의 사이에만 父子關係 또는 母子關係의 不存在確認을 請求하는 경우에는 다른 一方의 父 또는 母에는 被告適格이 없다는 見解가 있고 正當하다고 본

56) 久保岩太郎, “國際婚姻事件にするあか, 裁判權”, 一橋論叢 36卷1號, p. 89.

57) 李好珽, 「國際私法」, 서울: 經文社, 1985, p. 366.

58) 田村精一, 法と政治 15卷2號, p. 89.

59) 加藤一郎, 「實務人事訴訟手續法」, p. 247.

60) 獨逸民事訴訟法 第642條1項 參照.

다.⁶¹⁾ 그리고 第3者 즉 利害關係人으로부터 親生子關係存否確認의 訴를 提起하는 경우에는 父母와 子の 3者 전부를 相對方으로 하여야 한다. 이와 같이 親生子關係存否確認請求訴訟의 當事者 適格은 여러가지의 경우를 豫想할 수 있으며 이러한 一連의 경우에 모두 特別한 事情이 있는 것으로 判斷하여 原告主義를 採擇할 수는 없는 것이다.

둘째 ②에 관해서 살펴 보면 本 判例에서는 이 問題에 관하여 言及하고 있지 않지만 秋田地方 裁判所判決에 의하면 外國人 親子事件에 관하여 當事者의 一方 또는 雙方의 國籍에 의하여 裁判管轄權을 認定하고 있으며⁶²⁾ 學說은 親子事件의 管轄을 原則으로 親의 本國法을 裁判管轄의 基準으로 하는 경우와⁶³⁾ 國籍을 裁判管轄의 基準으로 하는 경우로 나누어 지고 있다.⁶⁴⁾

셋째 ③에 관해서 살펴 보면 우리 나라 國際私法 第19條에는 「親生子의 推定, 承認 또는 否認은 그 出生 當時의 母의 夫의 本國法에 의한다. 夫가 子의 出生前에 死亡한 때에는 그 死亡 當時의 本國法에 의하여 이를 定한다」고 規定하고 우리 나라 人事訴訟法 第33條 3項에 의하면 民法 第865條에 의하여 親生關係의 存否確認을 目的으로 하는 訴는 相對方의 普通裁判籍있는 地의 地方法院管轄에 屬하도록 되어 있다. 따라서 本 判例의 경우에는 韓國涉外私法 第19條에 의하여 丙의 出生 當時의 母의 夫인 甲의 本國法에 의하여야 하는 바 甲의 本國은 大韓民國이므로 韓國法에 의하여야 하고 韓國法人인 韓國人事訴訟法 第33條는 被告의 普通裁判籍이 있는 곳에 管轄權이 있는 것이므로 韓國法院에 裁判管轄權을 認定해야 할 것으로 解釋된다.

그러면 우리 나라의 判例 傾向은 어떤가를 간단히 살펴 본다. 우리 나라 法院의 많은 判決이 裁判管轄權에 대한 아무런 考慮를 거치지 않고 國內民事訴訟法上 어떤 地方의 法院에 管轄이 認定되면 그것만으로 國際私法上의 裁判管轄權을 認定하는 態度를 보였었다.⁶⁵⁾

大法院은 1971年 9月 28日 判決에서 韓國國籍을 가지고 日本에서 出生하여 韓國에 住所나 居所가 없는 者에 대하여 婚姻無效確認의 訴를 提起함에 있어서는 大法院所在地의 서울家庭法院이 그 專屬管轄權을 가지고 있다고 判示하였다.⁶⁶⁾ 當事者雙方이 다 같이 韓國에 住所가 없이 日本國에 居住하고 있는 事案에서 國籍만을 基準으로 하여 우리 나라에 管轄權을 認定하는 前提에 서는 立場은 身分訴訟은 公益에 관한 問題로서 國民主權을 가진 國家가 專屬管轄權을 갖는다는 데서 由來한다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾

61) 金嘯洙, 「親族相續法」, 서울: 法文社, 1981. p. 208.

62) 秋田地判, 1963. 10. 31. 判例タイムズ, 155號, p. 388.

63) 江川英文, 前掲書, p. 19.

64) Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, s. 222.

65) 崔公雄, 前掲論文, p. 188이하.

66) 大法院 1971. 9. 28. 判決 71. 旦27 大法院判決集 第19卷 3集(1971), 民 p. 4.

67) 서울地方法院, 1956年 民 第1585號; 獨逸民事訴訟法 第606條 參照.

獨逸訴法은 婚姻, 親族關係, 相續等 身分訴訟에 관한 國際的 管轄權에 관한 特別規定을 두어 當事者의 獨逸國籍에 基하여 獨逸法院의 裁判管轄權을 認定하고 있다.

婚姻의 無効 取消도 넓은 의미에서는 婚姻關係의 消滅이라는 점에서 離婚과 共通되며 이와 같은 身分訴訟에 관하여는 大陸法에서는 일찍부터 國際私法이 本國法主義를 基礎로 한다는 根據에서 條理上 國籍을 管轄의 基礎로 하고 다만 國籍만이 管轄을 인정하여서는 離婚을 하기 위해 반드시 本國法院에 提訴하여야 한다는 不便을 피하기 위해 補充的으로 住所地國管轄權을 인정하려는 것이 一般的인 傾向이었다.⁶⁸⁾

外國人間의 離婚訴訟에 관하여 夫婦가 韓國에 住所가 없거나 請求人의 居所가 있는 경우에 管轄權을 우리 나라에 認定하여 判決한 事例가 相當數에 達하고 있는데 大法院은 1975年 7月 22日 外國人間의 離婚訴訟에서 裁判管轄에 관한 劃期的인 判決을 宣告하였다.⁶⁹⁾ 즉 大法院은 「外國人間의 離婚審判請求에 대한 裁判請求權의 行使는 訴訟節次上的 公平 및 正義觀念에 비추어 相對方인 被請求人이 行方不明 기타 이에 準하는 事情이 있거나 相對方이 적극적으로 應訴하여 그 便益이 不當하게 侵害될 憂慮가 없다고 보여져 그들에 대한 裁判의 拒否가 오히려 外國人에 대한 法의 保護를 拒否하는 셈이 되어 正義에 反한다고 인정되는 例外的인 경우를 제외하고는 相對方인 被請求人의 住所가 우리 나라에 있는 것을 要件으로 한다고 풀이 함이 상당하므로 相對方인 被請求人이 계속 美國에 居住하여 우리 나라에 와서 居住한 事實조차 없는 사람이고 그의 美國內 住所가 明白하여 行方不明이라 볼 수 없고 적극적으로 應訴하려는 것도 아니므로 請求人의 住所地의 裁判管轄權을 인정하여야 할 例外的인 경우에도 해당되지 않으므로 이 事件 裁判管轄權이 우리 나라 法院에 있다고 한 抗訴審判은 正當하다」고 判示한다.

위 判決은 離婚의 裁判管轄權決定을 住所를 基準으로 하며 특히 被告의 住所를 原則的管轄基準으로 하며⁷⁰⁾ 例外的으로 原告의 住所에 管轄을 인정하는 立場으로 日本의 最高裁判所의 判例도 이와 趣旨를 같이 한다고 본다.⁷¹⁾

이와 같이 原告가 被告所在地의 法院에 訴를 提起하여야 한다는 管轄決定基準은 裁判의 公平理念에 비추어 身分訴訟에서 뿐만 아니라 一般的으로 涉外的 事件 전부에 걸쳐서 널리 管轄權決定의 基礎를 이루고 있다.⁷²⁾

68) 江川英文, 國際私法, p. 271; 久保岩太郎, 國際私法概論, p. 221.

; 서울地方法院 4293 民 第1099號 離婚.

69) 서울家法院 1970. 12. 1. 審判 70드382 判例月報 4號, p. 50.

; 서울家法院 1971. 6. 1 審判 70드1896 判例月報 12號, p. 76.

; 大法院 1975. 7. 22 宣告 74드 離婚事件 法院會報 1975. 9. 15. p. 21.

70) Actor Sequitur forum rei 原則은 로마法에 그 根源을 둔 것으로서 大陸法系 民事訴訟法에 널리 採用되고 있다.

그 根據는 첫째 準備를 갖춘 原告에 대해 不意의 打擊을 받는 不公平性을 緩和하고 둘째 原告의 理由없는 訴의 提起로 발생하는 被告의 損害를 可能한 限 輕減 내지 防止하려는 데 있다.

71) 日最高裁判所 昭和 39. 3. 25 大法廷 判決 民集 28卷 3號, p. 486.

72) 崔公雄, 「國際私法の 現代的 課題」, 辯護士 8 (1977. 4) p. 128.

崔公雄, 涉外離婚의 裁判管轄權 (1965), p. 28.

VII. 結 論

國內事件에 있어서도 어느 法院에 訴를 提起할 것인가 하는 問題가 먼저 解決되어야 하겠지만 國內法院의 同質性 制度的一體性 때문에 어차피 어느 國內法院에서 裁判을 받게 되며 同一한 法이 적용될 것이다. 그렇지만 涉外事件에 있어서는 어느 나라 法院에서 裁判을 받는가에 따라 準據法選擇이 다르게 되므로 國際裁判管轄은 法選擇問題의 先決問題로써 重要的 意味를 가지며, 어느 나라 法院이 裁判權을 否認할 때에는 國際的 移送制度가 없는 만큼 裁判拒否現狀이 생기게 되며, 때로는 外國判決의 承認 執行이 어렵게 되므로 매우 심각하고 증대한 前提的 意義를 갖는다.⁷³⁾

그리고 各國의 國際私法이 國際적으로 統一되어 있지 않은 까닭으로 涉外的 訴訟에 있어서의 原告는 자기에게 有利한 判決을 내려 줄 法廷地를 選擇하는 이른바 恣意로운 法廷地 고르기(forum shopping)가 행해짐으로써 涉外的 生活關係의 法的安定性的 確保라는 國際私法의 理念과 原告와 被告의 公平한 保護라는 訴訟法的 理念에 反하게 되는 것이다. 따라서 涉外的 要素를 가진 生活關係에서 생기는 紛爭에 適用되는 法律이 各國의 實體法中에서 選擇해야 되므로 裁判籍이 다른 適用되는 實體法이 달라질 수 있기 때문에 準據法選擇原則(choice of law rule)에 앞서 法廷地 選擇原則으로서의 國際的 裁判管轄의 原則의 確立이 緊要한 것임은 말할 것도 없다.

國際的 裁判管轄權에 관한 原則은 원래 裁判權의 國際的인 規模에서의 國家를 單位로 하는 裁判權分配의 問題이므로 超國家的인 國際法으로의 確立이 緊急히 要求됨에도 불구하고 이에 관한 國際條約 등은 극히 未備한 狀態이고 各國은 자기 나라의 獨自的 立場에서 國內法의 形式으로 인정하고 있는 형편이며, 이것마저도 매우 不完全한 실정이다. 그래서 涉外的 紛爭에 대한 裁判管轄權의 決定問題는 國際的인 考慮없이 涉外社會秩序의 實効性 있는 保障을 期할 수 없기 때문에 國家主權의 司法管轄 相互間的 抵觸問題로 보아 對人主權 및 領土主權이라고 하는 國際法上的 原則으로 解決하려는 方法이 일찍부터 提起되었다.⁷⁴⁾ 예컨대 不動產 所在地國 法院의 專屬管轄을 인정하고 身分關係訴訟에 대하여는 當事者의 本國法院에 管轄權을 인정하는 것은 모두 國家의 領土主權이나 對人主權에 根據한 것으로 說明 된다. 그러나 裁判管轄의 問題를 國際法上的 領土主權과 對人主權의 法則에 따라 解決하려는 생각은 國際主義的인 점에서 合理的인 것 같으나 오늘날 各國이 國內法에 의하여 國際的 裁判管轄權의 有無를 判斷하고 있는 現實에 있어서 各國이

72) 崔公雄, 「外國判決의 効力과 戶籍記載」, 法律新聞 第1440號 (1988. 4. 12) 參照.

74) Jauerling, Zivilprozessrecht 19 Aufl., p. 15.

모두 一方的으로 自國의 國民과 領土에 대해서만 規律하게 되므로 涉外的 私法生活의 安定을 期할 수가 없다.

따라서 涉外的 事件의 裁判管轄權의 決定基準은 傳統的으로 國籍과 住所라고 한다. 그러나 여기에 國際社會의 特殊性을 考慮하여 外國의 主權, 裁判權을 존중하면서 各國判決의 國際的 抵觸을 피하고 各國의 立法實情등을 고려하여 民事訴訟法의 基本理念인 條理의 立場을 參考하면서 涉外私法生活의 安定을 保障할 수 있는 普遍主義立場에서 새로운 裁判管轄權原則을 確立하여야 한다.⁷⁵⁾

그런데 韓日間의 涉外事件의 裁判管轄에 있어서는 韓國의 涉外私法 및 韓國의 人事訴訟法에 의하여 그 判旨의 論據를 提示하여야 하였음에도 불구하고 日本의 實定法上 明文의 規定이 없음을 이유로 特別한 事情云云하고 있어서 日本의 最高裁判所나 各級裁判所의 判決은 韓國法을 誤解하고 있거나 혹은 韓國法을 輕視하고 있음을 指摘할 수 있다. 이와 같이 裁判管轄에서 뿐만 아니라 日本 最高裁判所를 비롯한 各級法院에서 취급한 韓日涉外事件에 대한 不當한 判決은 結果적으로 66萬 在日同胞들의 私法上의 地位를 弱화시키고 우리 나라의 國際的體面을 損傷케할 뿐만 아니라 在日同胞들의 民族的 自負心에도 惡影響을 招來한다.⁷⁶⁾

그러므로 앞으로 이 分野에 대한 研究를 계속하여 在日同胞들의 涉外的 生活의 安定保障과 아울러서 韓日法律文化交流에 이바지 하여야 할 것으로 생각된다.

- 75) 崔公雄, 「國際的 裁判管轄權 原則의 새로운 傾向」 재판자료 제1집.
 東京家法院 昭和 35年(家1) 第1425號 婚姻取消調停事件 昭和 35年7月21日 審判.
 東京家法院 昭和 34年(夕) 第285號 婚姻取消請求事件 昭和 35年10月25日 判決.
 東京家法院 昭和 36年(家1) 第568號 婚姻無効確認調停事件 昭和 36年4月1日 審判.
 東京家法院 昭和 42年(家1) 第2753號 婚姻取消調停事件 昭和 42年7月19日 審判.
 盛岡家法院 昭和 42年(家1) 第133號 婚姻無効確認調停事件 昭和 42年8月17日 審判.
 東京家法院 昭和 41年(家) 第3517號 自3157號至 3519號 昭和 41年6月7日 審判.
- 76) 李垺鎭, “在日韓國人의 人權과 日本의 出入國管理,” 法曹, 1979. 2. pp. 1~20.
 金容漢, 鄭照根, 前掲論文, p. 233.

Summary

A Study of the Jurisdiction Concerning Family
Case between Korea and Japan

Kim Hyung-soo

This writing is composed of the right of Jurisdiction in the international case. Owing to the rapid growth of Korean economy, Korea is getting more important position in the international society.

Our legal culture has fully arranged with required conditions for constitutionalism and in some particular parts it has remarkably developed.

But we could not overlook the fact that the Japanese cognition about Korean Law is so unexpectedly feeble that precedents the international cases between Korea and Japan which are treated by the every Japanese courts including Japanese supreme court based on their misunderstanding about Korea Law or ignorance are not seldom.

And this kind of study can not only improve Korean legal culture internationally but also induce national pride to 660 thousands of Korean residents in Japan and further more influence them greatly to ensure their private rights in Japan society.