

# 사기에 의하여 취득한 외국재판의 승인에 관한 연구

이 헌 목\*

## 차 례

- I. 들어가기
- II. ‘사기에 의한 외국재판’의 승인과 관련한  
대법원 판례와 해외사례
  - 1. 대법원 판례
  - 2. 대륙법계
  - 3. 영미법계
- III. ‘사기에 의한 외국재판’과 절차적 공서양속의 위반
  - 1. 절차적 공서의 문제
  - 2. ‘사기에 의한 외국재판’에 의하여 침해되는 법적 이익
- IV. 실질재심사금지의 원칙과 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인
  - 1. 문제점
  - 2. ‘사기에 의한 외국재판’에서 실질재심사금지의 원칙이  
전면적으로 적용되는지 여부
  - 3. 실질재심사금지의 원칙과 사기의 주장 시기
  - 4. 재판국에서 구체절차를 밟아야 하는지 여부
- V. ‘사기에 의한 외국재판’이 공서양속에 반하기 위한 구체적 요건
  - 1. 논의의 전제로서 공서양속의 해석의 엄격성
  - 2. 구체적 요건의 제시
- VI. 나가기

\* 경북대학교 법학전문대학원 부교수/변호사

접수일자 : 2017. 10. 26. / 심사일자 : 2017. 11. 22. / 게재확정일자 : 2017. 11. 24.

## I. 들어가기

외국법원에 의한 재판이라고 하더라도 민사소송법 제217조 제1항에 규정된 네 가지 요건을 갖추면 별도의 절차를 갖추지 않더라도 우리나라에서 당연히 그 재판이 효력을 갖는데, 이를 ‘자동승인’(automatic recognition)이라고 한다.<sup>1)</sup> 민사소송법에서는 단순히 ‘승인’이라는 표현을 사용하고 그 의미를 정의하고 있지 않지만 외국재판이 승인의 요건을 갖추면 우리나라에서도 기판력을 갖는다는 점에 관하여 의문이 없다.<sup>2)</sup> 그런데 외국법원을 속여서 자신에게 유리한 재판을 취득한 소위 ‘사기에 의한 외국재판’이 승인될 수 있는지에 관하여 민사소송법에는 아무런 규정이 없고,<sup>3)</sup> 다만 대법원 판례는 일정한 경우에 ‘사기에 의한 외국재판’이 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 소위 공서양속에 반한다는 이유로 승인을 거부하고 있다. 여기서 사기라 함은 사기의 주체에 따라서 원고(이하 ‘원고’라 함은 외국재판에서의 원고를 의미한다.)에 의한 사기와 피고(이하 ‘피고’라 함은 외국재판에서의 피고를 의미한다.)에 의한 사기로 나눌 수 있고, 사기의 상대방에 따라서 피고에 대한 사기와 법원에 대한 사기로 나눌 수 있으며, 재판절차의 단계에 따라서 관할에 관한 사기, 준거법에 관련한 사기, 피고에 대한 송달과 관련한 사기 그리고 증거제출과 관련한 사기<sup>4)</sup>

- 1) 자동승인의 취지에서 보면 「민사 및 상사사건의 재판관할과 승인과 집행에 관한 유럽 연합규칙」(REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast); 이하 ‘브뤼셀규칙 recast’라고 한다.)과 같이 민사소송법 제217조의 요건을 승인의 요건이 아니라 승인거부의 요건으로 규정하는 것이 타당하다고 본다.
- 2) 나라마다 기판력의 범위에 차이가 있기 때문에 외국재판을 승인하는 경우에 재판국의 법과 승인국의 법 중 어느 국가의 법에 의하여 기판력의 범위를 결정해야 하는지 문제가 발생한다.
- 3) 다만 「유류오염손해배상 보장법」은 「유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약」(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage)에 의하여 관할권이 있는 외국법원이 유류오염손해배상청구의 소에 관하여 한 확정판결은 우리나라에서 효력이 있다고 규정하고 있는데, 제13조 제1항에서는 승인거부 사유의 하나로서 “그 판결을 사기에 의하여 취득한 경우”를 들고 있다.
- 4) Yoav Oestreicher, “The Rise and Fall of the “Mixed” and “Double” Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments“, *Global Stud. L. Rev.*, Washington University, 2007, p.339.

로 나눌 수 있을 것이다.<sup>5)</sup> 본 글에서는 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 공서양속에 반한다고 볼 수 있는지, 만일 그와 같이 본다면 구체적 요건은 무엇인지 검토한다.

외국재판의 승인단계에서 피고가 ‘사기에 의한 외국재판’의 주장을 하는 것을 흔히 볼 수 있기 때문에 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인을 거부할 수 있는 근거와 요건을 명확히 하는 것은 매우 중요하다. 무엇보다 대법원 판례는 외국재판의 실체적 내용을 다시 심사할 수 없다는 실질재심사금지(prohibition of *révision au fond*)의 원칙을 근거로 허위의 증거 등에 의하여 취득된 외국재판이 공서에 반하는지를 심사하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보면서도 이에 대하여 예외를 인정하고 있다. 따라서 실질재심사금지의 원칙이 위와 같은 경우에도 전면적으로 적용되는지, 제한적으로 적용되는지, 아니면 전혀 적용되지 아니하는지를 검토할 필요가 있다.

덧붙여 피고가 외국의 재판절차에서 사기에 관한 주장을 하지 않고서 패소한 후에 그 외국재판의 승인이 문제된 단계에서 비로소 사기에 관한 주장을 하거나, 피고가 외국의 재판절차에서 사기에 관한 주장을 하였지만 이러한 주장이 받아들여지지 아니하였는데 그 외국재판의 승인이 문제된 단계에서 다시 사기에 관한 주장을 하는 경우에 승인국 법원인 우리법원이 이러한 사기의 주장에 대하여 심리를 진행할 수 있는지도 실질재심사금지의 원칙과 관련하여 문제되므로 이를 함께 검토한다.

---

5) 이에 덧붙여 외국법원이 부패하여 절차적 공서에 반하는 경우가 있을 수 있는데, 이러한 경우는 당사자가 법원을 기망하는 행위라고 볼 수 없으므로 본 글의 논의가 적용되지 아니한다.

## Ⅱ. ‘사기에 의한 외국재판’의 승인과 관련한 대법원 판례와 해외사례

### 1. 대법원 판례

대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결에서는 “민사집행법 제27조 제2항 제2호, 민사소송법 제217조 제3호에 의하면 외국법원의 확정판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니하여야 한다는 점이 외국판결의 승인 및 집행의 요건인바, 외국판결의 내용 자체가 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우뿐만 아니라 그 외국판결의 성립절차에 있어서 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는 경우도 승인 및 집행을 거부할 사유에 포함된다”고 할 것이나, 민사집행법 제27조 제1항이 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.”고 규정하고 있을 뿐만 아니라 사기적인 방법으로 편취한 판결인지 여부를 심리한다는 명목으로 실질적으로 외국판결의 옳고 그름을 전면적으로 재심사하는 것은 외국판결에 대하여 별도의 집행판결제도를 둔 취지에도 반하는 것이어서 허용할 수 없으므로, 위조·변조 내지는 폐기된 서류를 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 외국판결을 얻었다는 사유는 원칙적으로 승인 및 집행을 거부할 사유가 될 수 없고, 다만 재심사유에 관한 민사소송법 제451조 제1항 제6호, 제7호, 제2항의 내용에 비추어 볼 때 피고가 판결국 법정에서 위와 같은 사기적인 사유를 주장할 수 없었고 또한 처벌받을 사기적인 행위에 대하여 유죄의 판결과 같은 고도의 증명에 있는 경우에 한하여 승인 또는 집행을 구하는 외국판결을 무효화하는 별도의 절차를 당해 판결국에서 거치지 아니하였다 할지라도 바로 우리나라에서 승인 내지 집행을 거부할 수는 있다.”고 판시하고 있다.<sup>6)</sup> 이를

6) 이 판결 이전의 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결에서 피고는 미국에서의 판결이 사기적 방법으로 취득되었다고 주장하였는데, 대법원은 미국에서의 판결이 사기적 방법에 의하여 취득되었고 볼 수 없다고 판시하고 있을 뿐이고, ‘사기에 의한 외국재판’이 공서양속에 반하는 것은 아니라거나 사기적 방법에 대한 명백한 증거가 필요하다는 등의 언급을 하지 않아서 ‘사기에 의한 외국재판’이 당연히 승인거절사유에 해

정리하면 ‘실질재심사금지의 원칙’ 때문에 위조·변조 내지는 폐기된 서류를 사용하였다거나 위증을 이용하는 것과 같은 사기적인 방법으로 취득한 외국재판이라는 사정은 외국재판의 승인거부사유가 될 수 없지만, 예외적으로 민사소송법의 재심규정에 따른 판시된 요건을 갖추면 소위 ‘절차적 공서’에 반하여 승인이 거절될 수 있다는 것이다.

이에 대비되는 판결로는 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다20290 판결이 있다. 이 판결에서는 “그 외국중재판정의 집행을 신청하는 당사자가 중재절차에서 처벌받을 만한 사기적 행위를 하였다는 점이 명확한 증명력을 가진 객관적인 증거에 의하여 명백히 인정되고, 그 반대당사자가 과실 없이 신청당사자의 사기적인 행위를 알지 못하여 중재절차에서 이에 대하여 공격방어를 할 수 없었으며, 신청당사자의 사기적 행위가 중재판정의 쟁점과 중요한 관련이 있다는 요건이 모두 충족되는 경우에 한하여, 외국중재판정을 취소·정지하는 별도의 절차를 거치지 않더라도 바로 당해 외국중재판정의 집행을 거부할 수 있다.”고 판시하고 있는데, 비록 중재판정에 관한 판결이지만 원칙적으로 사기적 방법에 의하여 편취된 중재판정은 공서양속에 반하여 집행이 거절될 수 있다고 판시한 점에서 원칙적으로 ‘사기에 의한 외국재판’이 승인거부사유가 아니라는 앞의 대법원 판결과 다른 입장을 취하고 있다.

그러나 위 판결 모두 ‘사기에 의한 외국재판’ 또는 ‘사기에 의한 중재판정’이 공서양속에 반하여 승인 또는 집행이 거절될 수 있는 가능성을 인정하고 있고, 다만 사기적 방법에 대한 명백한 증거가 있는 경우에만 승인 또는 집행이 거절될 수 있다고 본 점에서 실질적인 내용상에 차이는 없고 다만 기술(記述)상의 차이에 불과하다고 본다.<sup>7)</sup>

---

당하는 듯한 태도를 취하고 있었다.

7) 석광현, “사기에 의하여 획득한 외국중재판정의 승인과 공서위반 여부”, 『판례연구』 24집(2), 서울지방변호사회, 2010, 142쪽. 그 밖에 양 판결 사이에는 몇 가지 차이점이 있는데 구체적인 내용에 관하여는 앞의 글 164쪽 참조.

## 2. 대륙법계

대부분의 대륙법계 국가는 우리와 마찬가지로 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인여부에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않고<sup>8)</sup> 이를 공서양속에 반하는 외국재판으로서 승인을 거부하고 있다.<sup>9)</sup> 그리고 대부분의 대륙법계 국가는 우리와 마찬가지로 사기를 확정된 재판에 대한 재심사유로 인정하고 있다.<sup>10)</sup>

## 3. 영미법계

대륙법계와 달리 영미법에서는 ‘사기에 의한 외국재판’을 공서양속과 분리된 별도의 외국재판의 승인거절사유로 취급하고 있다.

### (1) 영국<sup>11)</sup>의 경우

영국의 보통법(common law)에 따르면 영국의 국내재판이 사기에 의하여 취득된 경우에 당사자는 항소를 제기하지 아니하고 재판의 취소(setting aside)를 구하는 별도의 소를 제기할 수 있고 재판이 확정된 경우에도 그 재판의 취소를 구하는 소를 제기할 수도 있다.<sup>12)</sup> 다만 사기를 이유로 재판이 취소되기 위한 요건이 엄격하다. *Boswell v Coaks* 판결<sup>13)</sup>과 그 후의 판결에 따르면 사기를 이유로 재판의 취소를 구하는 당사자는 재판과정에서 합리적 노력을 다하더라도 발견할 수 없었던 새로운 증거를 제출해야 하며, 이러한 증거는 재판의 결론에 영향을 미칠 정도로 중

---

8) 1999년 「민사 및 상사에 있어서 재판관할과 외국재판에 관한 국제협약」의 예비초안(Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) 제28조 제1항(e)에서는 “절차와 관련한 사기에 의하여 취득한 재판”(the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure)을 승인거부사유로 규정하고 있었지만 위 협약은 아직까지 효력이 발생하지 않고 있다.

9) Peter Schlosser, “Report on the Brussels Convention”, OJ 1979 C 59/71, para.192.

10) *ibid.* para.192.

11) England를 의미한다. 이하 동일하다.

12) Fawcett/Carruthers/Peter North, *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 14th Edition, Oxford University Press, 2008, p.552.

13) [1894] 6 R 167.

요해야 한다.<sup>14)</sup> 반면에 보통법이 적용되는 외국재판의 승인에 있어서는 위와 같은 요건을 요구하지 아니하고, 피고가 외국의 재판절차에서 사기의 주장을 하여 이에 관한 심리가 진행되었든 피고가 이에 관한 주장을 하지 않고 승인단계에서 비로소 사기의 주장을 하든 관계없이, 피고는 승인단계에서 사기의 주장을 할 수 있고 영국법원은 이에 관한 심사를 진행하여 사기가 인정되면 승인을 거부할 수 있다.

한편 Administration of Justice Act 1920와 Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933가 적용되는 외국재판의 경우에는 별도의 승인절차를 거치지 아니하고 외국재판을 등록할 수 있는데, 이와 같이 등록되면 외국재판은 영국에서도 효력을 갖는다. 그런데 위 법들<sup>15)</sup>에서는 ‘사기에 의하여 취득한 재판’(the judgment was obtained by fraud)을 등록취소사유로 규정하고 있으므로 ‘사기에 의한 외국재판’을 주장하는 당사자는 외국재판의 등록의 취소(set aside)를 구하는 소를 제기할 수 있다. 그리고 보통법과 마찬가지로 취소소송의 원고는 외국의 재판절차에서 사기의 주장을 했던 하지 않았던 여전히 사기의 주장을 할 수 있고 영국법원은 이에 관한 심리를 진행할 수 있다.<sup>16)</sup> 이러한 점에서 영국에서는 ‘사기에 의한 국내재판’과 ‘사기에 의한 외국재판’을 달리 취급하고 있다.<sup>17)</sup>

## (2) 미국의 경우

미국에서는 외국재판의 승인에 관한 연방법이 존재하지 않고 주(州)법이나 보통법에 따라서 외국재판을 승인하고 있다. 미국에서는 외국재판의 승인에 있어서 사기를 외재적 사기(extrinsic fraud. ‘외부적 사기’라고도 번역한다.)와 내재적 사기(intrinsic fraud. ‘내부적 사기’라고 번역한다.)로 구분하고, 판례는 통상 외재적 사기가 존재하는 경우에 한정하여 외국재판

14) Lord Collins of Mapesbury, Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, Sweet & Maxwell, 2012, para 14-138.

15) 각 Administration of Justice Act 1920 제9조(2)(d), Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933 제4조(1)(a)(iv).

16) *Interdesco SA v Nullifire Ltd* [1992] 1 Lloyd's Rep 180.

17) 이와 같이 달리 취급되고 있다는 점은 *Owens Bank Ltd v Fulvio Bracco* [1992] 1LL.Pr. 114 판결에서 확인해 주고 있다.

의 승인을 거부하고 있다.<sup>18)</sup> 외재적 사기는 허위의 주소로 송달을 실시하거나 상대방에게 재판의 장소와 시간을 잘못 알려주어 상대방으로 하여금 재판절차에 참가하지 못하도록 한 경우와 같이 원고가 재판절차 외에서의 행위로 피고가 재판절차에 참가하여 적절히 변론하지 못하도록 한 경우에 존재하고, 내재적 사기는 원고가 재판절차 내에서의 위조된 증거를 제출하거나 증인으로 하여금 위증을 하도록 하는 경우와 같이 외국의 재판절차 내에서 행위한 경우에 존재한다.<sup>19)</sup> 그리고 1962년 통일외국금전재판승인법(Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act)<sup>20)</sup>에서는 외재적 사기와 내재적 사기를 구분하지 아니하고 단순히 “사기에 의하여 취득한 재판”을 승인거절사유로 규정하고 있었지만, 2005년 개정된 통일외국금전재판승인법 제4조(c)(2)에서는 필수적 승인거절사유<sup>21)</sup>의 하나로 “패소한 당사자가 자신의 주장을 할 수 있는 적절한 기회를 박탈시키는 사기적 방법에 의하여 취득한 재판”(the judgment was obtained by fraud that deprived the losing party of an adequate opportunity to present its case)이라고 규정하여 외재적 사기에 한정하여 승인거절사유가 된다는 점을 명확히 하였다. 이와 같이 판례나 통일외국금전재판승인법에서 외재적 사기에 한정하여 승인거절사유로 하고 있는 이유는 내재적 사기의 경우에는 원래의 재판절차인 외국의 재판절차에서 주장되고 심리되어야 하기 때문이라고 한다.<sup>22)</sup>

그러나 Restatement (Second) of Judgments 제70조의 코멘트에서는 내재적 사기도 상대방이 그러한 사기에 의하여 진술의 기회를 갖지 못한다는

---

18) Christopher A. Whytock, “Lessons From Chevron”, *Stanford Journal of Complex Litigation*, University of Stanford, 2013, p.474.

19) 석광현, 앞의 글(주7), 151쪽.

20) 미국의 통일법(uniform law)은 명칭으로 인하여 오해의 소지가 있지만 구속력이 있는 법은 아니며 미국의 주(州) 사이에 법을 통일하기 위해서 비정부기관인 통일법위원회(Uniform Law Commission)에서 마련한 법이다. 각 주(州)는 통일법을 채택할 것인지 재량을 갖고 있다. 2017년 9월 21일 현재 31개 주(州)가 통일외국금전재판승인법을 채택하였다.

21) 통일외국금전재판승인법 제4조에서는 승인거절사유를 재량적 승인거절사유와 필수적 거절사유로 나누어 규정하고 있다.

22) Whytock, *op. cit.*, p.475

점에서는 외재적 사기와 차이가 없다고 언급하고 있고, 사기를 한 당사자가 사기를 당한 당사자보다 더 보호받아야 할 합리적인 이유가 없다는 주장이 제기되는 등 양자의 구분이 점차 흐려지고 있다.<sup>23)</sup> 그리고 미국연방제2순회재판부는 *Chevron Corp. v. Naranjo* 판결<sup>24)</sup>에서 외국재판이 사기에 의하여 취득되었다는 주장에 대하여 검토하였는데 비록 이러한 주장이 받아들여지지 않았지만 주장된 사기가 대부분 내재적 사기였음에도 불구하고 심리가 진행된 바가 있다. 이러한 결과 외재적 사기의 개념이 확장되고 있거나 아니면 양자의 구분이 사라지고 있다는 전망이 나타나고 있다.<sup>25)</sup>

### Ⅲ. ‘사기에 의한 외국재판’과 절차적 공서양속의 위반

#### 1. 절차적 공서의 문제

민사소송법 제217조 제1항 제3호는 “그 확정재판 등의 내용 및 재판절차에 비추어 그 확정재판 등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것”이라고 규정하고 있는데, 이는 소위 ‘공서양속’(public policy, ordre public)<sup>26)</sup>을 규정한 것이다. 이러한 공서양속은 ‘실체적 공서’와 ‘절차적 공서’로 나누는 것이 일반적이다.<sup>27)</sup> 아동의 혼인이나 일부다처제가 적법하다는 전제 하에서 내려진 외국재판과 같이 재판의 실체적 내용이 우리의 법감정상 도저히 받아들일 수 없는 경우가 ‘실체적 공서’가 문제되는 경우이고, 일방당사자에게 방어의 기회가 주어지지 않은 재판절차와 같이 재판의 성립과정이 우리의 공서양속에 반하는 경우가 ‘절차적 공서’가 문제되는 경우이다. 판례와 학설에 의하여 외국재판이 절차적 공서에 반하는 경우도 승인거부사유로 인정되어 왔는데,

23) *ibid.*

24) 667 F.3d 232, 235 (2d Cir. 2012).

25) Whytock, *op. cit.*, p.477.

26) 공서의 연혁 및 입법례에 관하여는 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 『국제사법연구』20권2호, 한국국제사법학회, 2014, 445쪽 이하 참조.

27) 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 374쪽.

2014년 개정 민사소송법 제217조 제1항 제3호에서는 “그 확정재판 등의 내용 및 재판절차에 비추어”를 포함시켜서 외국재판의 승인요건으로서의 공서에 ‘절차적 공서’도 포함됨을 명확히 하였다.<sup>28)</sup> ‘사기에 의한 외국재판’은 외국재판의 실체적 내용이 문제되는 경우가 아니라 외국재판이 성립되는 과정에서 원고의 사기가 개입된 경우이므로 ‘절차적 공서’가 문제된다.<sup>29)30)</sup>

## 2. ‘사기에 의한 외국재판’에 의하여 침해되는 법적 이익

민사소송법 제217조 제1항 제3호에서는 공서양속을 “대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”라고만 규정하고 있는데, 법적으로 보호할 가치가 없는 것을 법으로 보호하는 것은 성립될 수 없으므로 ‘선량한 풍속’이나 ‘그 밖의 사회질서’는 모두 법적으로 보호되고 있는 우리의 기본

- 
- 28) 호문혁, “외국판결의 공서위반 판단의 대상에 관한 연구 - 강제징용 사건 관련 대법원 판결에 대한 검토를 중심으로 -”, 『법학평론』6권, 서울대학교, 2016, 69쪽. 영국 보통법에서는 외국의 재판절차에서 피고의 방어권이 보장되지 아니한 경우를 절차적 공서양속의 문제로 보지 않고 자연적 정의(natural justice)에 반하는 것으로 분류하고 있다(Collins, *op. cit.*, para.14-163).
- 29) 외국재판의 과정에서 존재하였던 절차적 공서위반이 재판국법상 취소사유에 해당하는 경우에 우리법원이 외국재판을 직접 취소할 수 있는지가 문제되나, 외국재판은 당해 외국의 법원이 당해 국가의 절차법에 따라 취소할 수 있을 뿐이지 우리 법원이 외국재판을 취소할 권한을 가질 근거가 없다.
- 30) 외국재판의 승인에 따라서 침해될 수 있는 국내법질서가 있다면 공서를 통하여 승인을 거부하여 국내법질서를 보존하는 것이 공서요건의 취지이므로 이때의 공서는 우리나라의 공서일 수밖에 없고, 민사소송법 제217조 제1항 제3호에서도 “대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”라고 하여 이를 명확히 하고 있다. 따라서 외국재판이 재판국의 관할규정에 위반했다거나 그 국가의 절차법에 위반하였다고 하더라도 이러한 위반이 당사자의 절차참가권을 박탈하는 등 우리나라의 공서에 위반되지 아니한 이상 상대방은 이를 공서위반의 승인거부사유에 해당한다는 주장을 제출할 수 없고, 법원은 실질재심사금지의 원칙상 외국재판이 재판국의 절차법에 위반되었는지 여부를 심사할 수 없다( Fawcett, *op. cit.*, p.541). 반면에 윤성근, 앞의 글, 465쪽에서는 “외국법원의 구성이나 재판의 성립과정에 당해 국가의 법을 위반한 하자가 있는 경우 이것을 들어 곧바로 ‘외국법원의 재판’이 아니라고 할 수는 없을 것이나 그 하자가 중대한 경우에는 외국법원의 재판으로 포섭될 수 없는 경우도 있을 수 있을 것이며 때에 따라서는 공서위반의 문제로 파악될 수도 있을 것이다.”라고 하여 외국재판이 재판국법에 반하는 경우에도 공서위반이 될 수 있다는 취지의 주장을 하고 있다.

질서를 의미한다. 그리고 양자를 개념적으로 완전히 분리하는 것도 불가능하므로 이를 각 다른 개념으로 이해할 것이 아니라 그 전체를 하나의 개념으로 이해하는 것이 타당하다.<sup>31)</sup> 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다 1284 판결에서도 “대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서”를 구체화하여 “우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서”라고 판시하여 ‘기본적 도덕적 신념’과 ‘사회질서’가 모두 ‘법적 이익’<sup>32)</sup>이란 점을 명확히 하였다. 그리고 아래에서 보는 바와 같이 공서양속은 엄격하게 해석되어야 하므로 위에서의 법적 이익은 법률에서 보호하는 모든 법적 이익이 아니라 ‘기본적 도덕적 신념’과 ‘사회질서’를 유지하기 위한 근본적 또는 필수적 이익만을 의미하며, 사적 이익을 제외한 공적 이익만을 의미한다.

이러한 ‘기본적 도덕적 신념’과 ‘사회질서’를 보호하기 위한 범규범으로는 대표적으로 헌법이 있다. 헌법은 모든 법률의 근거가 되는 최상위법으로서 대한민국이 지켜야 하는 핵심적 가치를 규정하고 있기 때문이다. 헌법 이외에 헌법적 가치를 보호하기 위한 법률도 기본적인 법질서와 도덕적 가치관을 보호하기 위한 범규범으로 볼 수밖에 없다. 예를 들어 헌법 제119조 제2항에서는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지해야 한다고 천명하고 있는데, 이를 구체적으로 실천하기 위한 법률의 하나로서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」이 있다. 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다 28185 판결에서는 원심판결인 서울고등법원 2010. 2. 11. 선고 2009나 31323 판결대로 준거법이 외국법인 경우에도 위 법의 적용이 배제되지 아니한다고 하여 위 법을 국제적 강행규정<sup>33)</sup>으로 보았는데 위 법을 우리

31) 윤성근, 앞의 글, 447쪽; 박태안, “고액의 손해배상을 명한 미국판결의 승인 및 집행에 관한 문제점 검토”, 『재판실무』3집, 창원지방법원, 2001, 264쪽.

32) 유럽사법재판소는 2014년 *ASflyLAL Lithuanian Airlines, in liquidation v Starptautiskā lidosta Rīga VAS, Air Baltic Corporation AS*, Case C-302 사건에서 공서양속은 순전히 경제적 이익이 아닌 범규칙을 통하여 표현되고 있는 법적 이익을 보호하는데 그 목적이 있다고 보았다.

33) 국제사법 제7조에서는 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.”고 규정하여 외국적 요소가 있는 법률관계라고 하더라도 객관적 준거법 또는 주관적 준거법에 관계없이 항상 적용되어야 하는 한국의 강행규

의 공서양속을 보호하기 위한 법으로 본 것이다.

그런데 헌법 제27조 제1항에서는 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”고 규정하여 국민의 재판받을 권리를 규정하고 있다. 여기서는 단순히 ‘법률에 의한 재판’이라고 규정하고 있지만, 이때 재판은 실체진실의 발견을 위한 공정한 절차를 규정하고 있는 법률에 의한 재판을 의미한다. 국민의 민사재판을 받을 권리를 구체화한 민사소송법 제1조 제1항에서도 “법원은 재판절차가 공정하고 신속하며 경제적으로 진행되도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 공정한 재판을 강조하고 있다. 구체적으로 우리의 민사재판절차는 사실의 주장과 증거의 제출을 당사자에게 맡기고 법원은 공정한 중간자의 입장에서 당사자가 제출한 주장과 증거의 범위에서 심리를 진행하도록 하는 변론주의에 따르고 있으므로 민사재판절차에서 공정한 재판이란 소송당사자 모두에게 공평한 공격과 방어의 기회가 부여된 재판을 의미한다고 볼 수 있다. 그런데 원고가 외국법원을 기망하기 위하여 사기적 방법을 제출하였고 끝내 외국법원이 이에 속아서 재판을 하였다면, 원고의 기망에 의하여 피고가 제출한 주장과 증거는 모두 무시되고 원고의 주장과 증거만이 심리되었다고 볼 수 있으므로 이를 공정한 재판이라고 부를 수 없다. 결국 ‘사기에 의한 외국재판’을 승인한 결과는 우리의 절차적 공서양속에 반한다.<sup>34)</sup> 다만 실질재심사금지의 원칙상 ‘사기에 의한 외국재판’이 절차적 공서에 반하는지 여부에 대하여 우리법원이 심사할 수 있는지를 검토해야 하고, 심사할 수 있는 경우에는 공서양속의 엄격한 해석의 원칙상 구체적으로 어떤 요건이 충족되어야 하는지 검토해야 한다.

---

정이 있다는 점을 선언하고 있다. 이러한 강행규정을 ‘국제적 강행법규’ 또는 ‘국제적 강행규정’이라고 한다. 국제적 강행규정도 법정지의 공서양속을 보호하는 것을 목적으로 하므로 국제적 강행규정이 되기 위해서는 최소한 ‘공적 이익’(public interests)을 보호하기 위한 법규정이어야 한다. 그리고 이때의 ‘공적 이익’은 단순한 공적 이익이 아니라 ‘근본적(fundamental) 또는 필수적(essential) 공적 이익’이어야 하므로 앞서 언급한 헌법적 가치를 보호하기 위한 법규정은 국제적 강행규정에 해당한다.

34) Schlosser, *op. cit.*, para.192에서도 ‘사기에 의한 외국재판’이 공서양속에 위반된다는 점에 관하여는 의문이 없다고 한다.

#### IV. 실질재심사금지의 원칙과 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인

##### 1. 문제점

외국재판이 승인요건을 갖추었는지 심사하는 과정에서 승인국 법원은 외국법원이 행한 사실인정과 그에 기초한 법률의 적용의 옳고 그름을 심사할 수 없다는 원칙을 ‘실질재심사금지의 원칙’이라고 한다. 여기서 옳고 그름을 심사한다는 것이란 외국재판이 재판국의 절차법과 실체법을 올바르게 적용하고 해석하였는지에 한정되지 않고 승인국의 절차법과 실체법을 올바르게 적용하고 해석하였는지를 판단하는 것도 포함된다.<sup>35)</sup> 실질재심사를 허용하게 되면 외국재판의 승인여부를 심사하는 절차는 외국재판의 당부를 심사하는 절차로 전락하여 이중의 소송을 방지하고자 하는 외국재판의 승인의 취지는 형해화 되고 재판에 있어서 국경을 없애자는 ‘재판의 자유로운 이동’(free circulation of judgments)<sup>36)</sup>은 저해될 것이다.<sup>37)</sup> 이러한 이유에서 민사집행법 제27조 제1항에서는 “집행판결은 재판의 옳고 그름을 조사하지 아니하고 하여야 한다.”고 규정하여 외국재판의 집행판결의 과정에서 실질재심사금지의 원칙을 선언하고 있다. 그리고 비록 민사소송법에서는 실질재심사금지의 원칙에 관한 규정을 두고 있지 않지만 이 원칙이 외국재판의 승인과정에서도 적용된다는 점에 대하여 이론(異論)이 없는 것으로 보인다.<sup>38)</sup> 그러므로 외국재판의 승인과정에서

35) 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 『인권과 정의』353호, 대한변호사협회, 2006, 159쪽.

36) 브뤼셀규칙 recast에서도 ‘재판의 자유로운 이동’을 목표로 제시하고 있다.

37) ‘재판의 자유로운 이동’을 위해서는 외국재판의 승인의 의미를 외국의 주권적 행위의 존중에 둘 것이 아니라 외국재판에 의하여 형성된 당사자 사이의 권리의무의 관계인 법률관계의 승인에 두어야 한다. 이러한 결론에 따르면 승인의 대상은 단순히 외국재판이 아니라 ‘외국재판에 의하여 확정된 당사자 사이의 사법상의 법률관계’가 된다. 자세한 내용은 이현목, “외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제”, 『통상법률』136호, 법무부, 2017 참조.

38) 앞의 글, 151쪽. 독일 민사소송법(Zivilprozessordnung; ZPO) 제723조에서도 외국재판의 집행판결에 관하여 실질재심사금지의 원칙을 선언하고 있지만 외국재판의 승인에 관한 제328조에서는 실질재심사금지의 원칙을 규정하고 있지 않다.

우리법원은 외국재판이 사실과 법을 적용함에 있어서 잘못이 있다는 이유만으로 외국재판의 승인을 거부할 수 없다.<sup>39)</sup> 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22952 판결에서 “외국법원에서 확정된 이혼판결의 이혼사유인 결혼의 파탄이 우리 민법이 정한 이혼사유가 아니고, 위 외국판결의 재산분할방식이 우리나라와 차이가 있으며, 위 외국판결에서 지급을 명한 배우자 부양료가 우리나라에서는 인정되지 않는다는 사정만으로는, 위 외국판결의 효력을 인정하는 것이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋난다고 할 수 없다.”고 판시한 것도 동일한 취지이다.

이러한 실질재심사금지의 원칙은 ‘사기에 의한 외국재판’과 매우 밀접한 관련을 갖는다. 왜냐하면 피고가 외국법원에서 사기의 주장을 하였지만 이러한 주장이 받아들여지지 아니하였음에도 불구하고 피고가 승인단계에서 동일한 사기의 주장을 하여 이에 대하여 다시 심리를 진행한다면 외국재판을 재심사하는 결과를 가져오는 것이 아닌지 문제되기 때문이다. 또한 피고가 외국법원에서 사기의 주장을 하지 아니하였고 외국법원이 원고가 제출한 증거에 대한 증거조사를 한 결과 이를 적법한 증거로 인정하였는데, 피고가 승인단계에서 비로소 사기의 주장을 하여 승인국 법원이 다시 증거의 적법성을 조사하게 되면 이 또한 실질재심사금지의 원칙에 반하는 것이 아닌지 문제된다.

## 2. ‘사기에 의한 외국재판’에서 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용되는지 여부

외국재판이 우리의 공서양속에 위반되었는지를 심사하기 위하여 외국재판을 재심사할 수 있지만, 공서양속을 핑계로 전면적으로 외국재판의 내용을 재심사하는 것은 허용되지 아니하므로 공서양속의 위반을 심사하는 경우에도 실질재심사금지의 원칙을 존중하여 최소 필요한 범위로 한정시킬 필요가 있다는 견해가 있다.<sup>40)</sup> 이 견해는 ‘사기에 의한 외국재

39) 「민사 및 상사재판의 관할과 집행에 관한 협약」(Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters; 이하 ‘브뤼셀협약’이라고 한다.)의 공서에 관한 규정을 적용한 대표적인 유럽사법재판소의 판결인 *Krombach v Bamberski*, Case C-7/98 판결에서도 동일하게 보고 있다.

판'의 공서위반을 심사하는 과정에서는 실질재심사금지의 원칙의 적용이 제한될 수 있다는 취지로 해석된다. 그리고 대법원 1988. 2. 9. 선고 84다카1003 판결도 “집행국 법원에 중재판정의 내용에 대한 당부를 심판할 권한은 없지만 … 집행조건의 충족 여부 및 집행거부사유의 유무를 판단하기 위하여 필요한 범위 내에서는 본안에서 판단된 사항에 대하여도 집행국법원이 독자적으로 심리판단 할 수 있다.”고 판시하여 앞의 견해와 동일한 입장이다. 이에 반하여 외국재판의 승인에서 공서양속은 우리의 공서양속을 의미하는데 재판국에서는 우리나라의 공서양속을 고려하지 아니하므로 이를 위하여 새롭게 증거조사를 하는 것을 재심사라고 볼 수 없고,<sup>41)</sup> 실질재심사와 공서양속의 위반여부의 조사가 유사한 작업을 거친다고 하더라도 그 목적에 있어서 차이가 있으므로 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 공서양속에 반하는지 심사하는 것은 실질재심사금지의 원칙이 적용되지 아니한다는 주장이 있다.<sup>42)</sup>

그런데 브뤼셀규칙 recast에서는 “어떠한 경우에도”(In no circumstances) 실질재심사를 금지한다는 강력한 금지문구를 사용하고 있는데, 브뤼셀규칙 recast의 전신인 브뤼셀협약을 적용한 영국의 *Interdesco SA v Nullifire Ltd* 판결<sup>43)</sup>에서는 위와 같은 규정내용상 ‘사기에 의한 외국재판’의 경우에도 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용된다고 보았다. 비록 민사집행법 제27조 제1항에서 위와 같이 강력한 금지문구를 사용하고 있지 않지만 양자가 동일한 취지에서 규정된 이상 민사집행법 제27조 제1항도 실질재심사를 강력하게 금지하고 있는 것으로 해석하는 것이 마땅하고, 승인단계에서의 실질재심사금지의 원칙에서도 동일하게 해석해야 한다. 게다가 외국재판의 승인요건의 심사에 있어서 실질재심사금지의 예외를 인정하게 되면 그 예외의 기준이 무엇인지 애매하기 때문에 남용의 위험이 있고, 그 결과 이중의 심사를 금지하여 재판의 자유로운 이동을 추구하는 외국재판의 승인제도가 약화될 위험이 있다. 더구나 ‘사기에 의한

40) 석광현, 앞의 글(주7), 654쪽.

41) 김동윤, 앞의 글, 161쪽.

42) 앞의 글, 166쪽.

43) [1992] 1 Lloyd's Rep 180.

외국재판'의 경우에 실질재심사를 허용할 법률적 근거도 명확하지 않다. 이러한 이유로 외국재판이 공서양속에 위반되었는지 심사하는 과정에서도 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용되어야 한다고 본다.<sup>44)</sup>

### 3. 실질재심사금지의 원칙과 사기의 주장 시기

#### (1) 대법원 판례

대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결에서는 실질재심사금지의 원칙을 근거로 피고가 판결국 법정에서 사기적인 사유를 주장할 수 없었을 때에 비로소 '사기에 의한 외국재판'에 대한 승인을 거부할 수 있다고 판시하였다. 그러나 어떤 경우가 "피고가 판결국 법정에서 사기적인 사유를 주장할 수 없었던 때"에 해당하는지, 그리고 왜 이러한 요건이 요구되는지에 관하여는 아무런 언급이 없다. 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다47517 판결에서는 미국 미네소타주 판결이 사기에 의한 판결이라는 피고의 주장에 대하여 "피고가 미국에 거주하면서 적법하게 소장과 소환장을 송달 받고도 특별한 사정없이 응소하지 않고 한국으로 귀국하여 방어의 기회를 스스로 포기한 점, 이 사건 미국판결은 미국법상 결석판결에 의하여 불확정손해의 배상을 구함에 있어 요구되는 제반 절차를 제대로 거쳐 성립된 것인 점, 피고가 그 후로도 일부 소송서류를 수령하는 등으로 이 사건 미국판결이 문제가 되고 있음을 알고도 상소나 그 밖의 가능한 구제 절차를 전혀 취하지 아니한 점"을 이유로 피고의 주장을 배척하였다. 즉 피고가 외국의 재판절차에서 사기의 주장을 할 수 있었는데도 불구하고 이를 고의적으로 하지 않고서 승인절차에서 비로소 사기의 주장을 하는 것은 금반언의 원칙상 허용되지 않는다는 것이다.

44) 실질재심사금지의 원칙에 예외를 인정하자는 견해도 실질재심사 금지의 원칙과 승인 요건 특히 공서위반 여부의 심사 간에 긴장관계가 있는 것은 사실이고, 실질재심사 금지의 원칙을 존중하는 것이 승인에 보다 우호적인 태도라는 점에서 구체적으로 양자를 어떻게 합리적으로 조정할 것인지가 문제되며 앞으로 이를 좀 더 검토할 필요가 있다고 지적하고 있다(석광현, "사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보충", 『민사판례연구』28권, 민사판례연구회, 2006, 8쪽).

## (2) 관련 학설

먼저 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 재심청구를 제한하고 있는 민사소송법 제451조 제1항 단서의 규정을 감안할 때, 외국재판이 선고되기 전까지 그와 같은 사정을 알지 못해 소송과정에서 주장할 수 없었던 경우에는 승인절차에서 사기적 방법을 주장할 수 있지만 외국의 재판절차에서 사기적 방법을 알고 있었는에도 이를 주장하지 않았다면 승인과정에서 주장할 수 없다는 견해가 있다.<sup>45)</sup>

다음으로 세 가지 경우를 나누어 검토하는 견해가 있는데 다음과 같다.<sup>46)</sup> 첫째 피고가 외국의 재판절차에서 사기를 이미 알고 있어 이를 주장하였으나 외국법원이 이를 배척한 경우. 이 경우 실질재심사 금지의 원칙에 비추어 승인단계에서 사기의 주장을 하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 승인거부사유의 유무를 판단하기 위하여 필요한 범위 내에서는 실질재심사가 허용되지만, 그 경우에도 가능한 한 예외적인 경우에 한하여 절차법적 공서위반을 인정하는 것이 바람직하기 때문이라고 한다.

둘째 예컨대 사기를 주장하는 당사자가 외국재판 후에 비로소 사기의 존재를 알게 된 경우와 같이 외국의 재판절차에서 사기를 주장할 수 없었던 경우. 이 경우 피고는 승인단계에서 사기의 주장을 할 수 있고, 사기에 기한 외국재판의 승인은 우리의 절차적 공서에 반하는 것이므로 승인을 거부할 수 있다고 한다.

셋째, 피고가 외국의 재판절차에서 사기를 이미 알고 있었고 따라서 주장할 수 있었음에도 불구하고 이를 주장하지 않았다가 승인단계에서 비로소 주장하는 경우. 이 경우에도 위 첫째의 경우처럼 승인단계에서 비로소 사기를 주장하는 것은 허용되지 않는다. 피고가 사기를 알고 있었지만 그를 입증할 증거가 없어 주장하지 않은 경우에도 같은데, 피고는 외국법원에서 사기를 주장하고 입증을 위한 노력을 했어야 하기 때문이라고 한다.

45) 장상균, “외국판결의 집행요건”, 『대법원판례해설』통권제51호, 법원도서관, 2004, 513쪽.

46) 석광현, 앞의 글(주7), 154쪽. 이 견해는 중재판정의 승인과 관련하여 논의를 전개하고 있지만 외국재판의 승인에 있어서도 동일하게 적용될 것이다.

이 경우에는 외국법원의 판단이 있었던 것은 아니므로 실질재심사 금지의 원칙에서 근거를 구할 수 있는지는 논란의 여지가 있을 수 있으나, 이를 인정하지 않더라도 절차의 안정성 보장, 금반언의 법리와 절차법상의 책문권의 상실 등으로 설명할 수 있다고 한다.

### (3) 해외사례

영국의 경우 보통법을 적용한 *Abouloff v Oppenheimer* 판결<sup>47)</sup>에서 외국의 재판절차에서 사기에 관한 주장을 하였지만 이러한 주장이 받아들여지지 않았다고 하더라도 영국법원은 외국법원의 판단에 구속되지 아니하고 처음부터 사기에 의한 재판인지 여부를 검토할 수 있다고 판시하였는데, 이를 ‘Abouloff 규칙’이라고 한다.<sup>48)</sup> 이러한 원칙은 현재도 유지되고 있는데 영국 상원(House of Lords)<sup>49)</sup>은 *Owens bank* 판결<sup>50)</sup>에서 외국의 재판절차에서 사기의 주장을 할 수 없었는지 여부에 관련 없이 피고는 영국법원에서 사기의 주장을 할 수 있다고 보았다.<sup>51)</sup>

독일에서는 원고와 피고의 이익을 비교형량하여 국제재판관할요건을 인정하는 것은 피고가 판결국의 법원에서 그 권리를 행사하지 않으면 안 된다는 것을 확정하는 것이고, 이는 절차상 하자를 판결국의 절차에서 제거할 책임도 포함한다는 등의 이유로 승인 및 집행 절차에서 다시 이를 주장할 수 없다는 견해가 유력하고, 일본의 경우 국내 소송법의 기본 원칙이 외국법상 위법으로 평가되어 외국법상 인정되는 방법에 의해 판결 확정 전구제를 기대할 수 있었던 경우에는 이를 이유로 승인을 거부할 수 없다는 견해와 절차적 하자의 유형에 따라 외국 법정에서 이의를 제기하지 않은 경우에 다시 이의를 제기할 수 있는 것과 제기할 수 없는 것으로 나누어야 한다는 견해가 있다고 한다.<sup>52)</sup>

47) (1882) 10 QBD 295.

48) Fawcett, *op. cit.*, p.553.

49) 영국의 상원은 종전에 최종심으로서의 역할을 하였는데, 2009년부터 대법원(Supreme Court)이 설치되어 최종심의 역할을 하고 있다.

50) [1992] 2 AC 443.

51) Fawcett, *op. cit.*, p.554.

52) 김동윤, 앞의 글 157쪽.

브뤼셀규칙 recast에서는 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인 배제되기 위해서는 피고가 재판국에서 가능한 모든 구제수단을 취해야 하고,<sup>53)</sup> 만일 외국재판에서 사기의 주장을 하였지만 받아들여지지 않았다면 실질재심사금지의 원칙상 승인과정에서 이를 다시 심사할 수 없는 것으로 해석되고 있다.<sup>54)</sup> 앞서 언급한 영국의 *Interdesco SA v Nullifire Ltd* 판결<sup>55)</sup>에서는 브뤼셀협약 제29조에서 “어떠한 경우에도 외국재판은 그 실체에 관하여 심사될 수 없다.”(In no circumstances may a foreign judgment be reviewed as to its substance.)<sup>56)</sup>고 하여 실질재심사금지의 원칙을 규정하고 있고, 규정 내용상 ‘사기에 의한 외국재판’의 경우에도 이 원칙은 그대로 적용되므로 브뤼셀협약이 적용되는 사건에서는 ‘Abouloff 규칙’이 적용되지 아니한다는 이유로, 피고가 외국재판에서 사기를 주장하여 심리가 이루어진 사항에 대하여는 영국법원이 이에 대하여 다시 심리를 진행할 수 없다고 보았다. 다만 외국재판이 종결된 후에 새롭게 발견된 사기의 증거에 대하여는 외국법원이 재판하지 않았으므로 실질재심사금지의 원칙에 반하지 않는다고 한다.

그리고 1999년 『민사 및 상사에 있어서 재판관할과 외국재판에 관한 국제협약』의 예비초안<sup>57)</sup> 제28조 제1항(e)에서는 “절차와 관련한 사기에 의하여 취득한 재판”을 승인거부사유로 규정하고 있었는데, 실질재심사금지의 원칙상 외국법원에서 사기의 주장이 받아들여지지 않았다면 승인과정에서 이를 다시 심사할 수 없다고 해석되었다.<sup>58)</sup>

---

53) Schlosser, *op. cit.*, p.192.

54) Fawcett, *op. cit.*, p.612.

55) [1992] 1 Lloyd's Rep 180.

56) 브뤼셀규칙 recast 제52조에서 사실상 동일한 규정을 두고 있다.

57) Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

58) Nygh/Pocar, “Report of the Special Commission”, Preliminary Document No. 11 of August 2000, p.113.

#### (4) 검토

피고가 외국재판의 승인을 위한 과정에서 사기를 주장한 경우에도 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용된다는 결론에 따르면, ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 공서양속에 반하는지에 관한 심사가 허용되는지 여부는 다음과 같다.

첫째 피고가 외국의 재판절차에서 사기의 주장과 증거를 제출하였지만 받아들여지지 아니한 경우. 이러한 경우에는 외국법원이 원고에 의하여 매수되어 편파적으로 재판을 진행하였다는 등의 특별한 사유가 없는 이상<sup>59)</sup> 실질재심사금지의 원칙상 외국법원에서 사기에 관한 심리를 진행한 이상 우리법원이 이에 관하여 다시 심리할 수 없다. 그런데 앞서 언급한 바와 같이 외국법원은 구체적 사건의 해결을 위하여 재판을 하고 그 전제로서 사실을 인정하는 것이고 이 과정에서 외국법원이 우리나라의 공서에 대하여는 배려하지 않는다는 점에서 위와 같은 경우에는 실질재심사금지의 원칙이 적용되지 아니한다는 견해가 있다.<sup>60)</sup> 외국재판의 승인요건으로서의 공서양속이 우리의 공서양속이란 점에서 위와 같은 주장은 일면 타당성이 있고, 우리의 공서양속에 한정된 절차적 공서위반의 주장에서 적용될 수 있을 것이다. 그러나 피고의 사기의 주장에 대하여 진행되는 주된 심리내용은 원고가 제출한 증거가 허위인지 원고가 피고로 하여금 절차에 참여할 수 없게 기망을 한 것인지 등과 같은 사실인정의 문제로서 외국법원이나 우리법원이나 심리내용에 차이가 없으므로 이를 우리의 공서양속에 한정된 문제라고 볼 수 없다. 따라서 위와 같은 경우에 우리법원이 다시 심리하는 것은 실질재심사금지의 원칙에 반한다고 본다.

둘째 피고가 외국의 재판절차에서 사기의 증거를 발견하였거나 발견할 수 있었음에도 불구하고 사기의 증거를 제출하지 않다가 승인과정에서 비로소 사기의 주장을 한 경우. 이러한 경우에는 외국법원이 이미 증거의 적법성을 조사하여 이를 확정하였으므로 실질재심사금지의 원칙상 우리

59) 이러한 사유가 있다면 ‘사기에 의한 외국재판’이 문제되기 보다는 피고의 방어권 침해의 절차적 공서위반이 더욱 문제될 것이다.

60) 김동윤, 앞의 글, 162쪽.

법원이 다시 증거의 적법성을 조사하는 것은 타당하지 않다.<sup>61)</sup>

셋째 피고가 외국의 재판절차가 진행되는 동안에는 사기의 증거를 제출할 수 없었던 경우. 이러한 경우에는 외국법원에서 사기에 관한 심리가 진행되지 않았고 이에 대하여 피고에게 과실이 없으므로 승인단계에서 사기에 관한 심리를 진행하더라도 실질재심사금지의 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 이에 대하여 이미 외국재판이 확정되어 당사자 사이의 법률관계가 확정되고 이에 반하는 주장이 차단된 이상 새로운 증거가 발견되었다고 하더라도 사기에 대한 심사를 할 수 없다는 견해가 가능하다. 그러나 사기의 피해자가 사기의 가해자에 비하여 보호받지 못한다는 것이야말로 공서양속에 반한다고 할 것이므로 위와 같이 볼 바는 아니다. 한편 ‘피고가 외국의 재판절차가 진행되는 동안에는 사기의 증거를 제출할 수 없었던 경우’는 ① 피고가 합리적 노력을 다했는데도 불구하고 사기에 관한 증거를 찾을 수 없었던 경우,<sup>62)</sup> ② 상대방의 강압에 의하여 사기에 관한 증거를 제출할 수 없었던 경우,<sup>63)</sup> ③ 재판국의 절차법이 당사자의 방어권을 박탈하거나 외국법원이 원고에게 매수되는 등 부패하여 피고가 외국의 재판절차에서 그러한 증거를 제출할 것을 기대할 수 없는 경우<sup>64)</sup>로 나눌 수 있다. 위와 같은 경우에는 우리의 공서양속에 비추어 ‘재판의 자유로운 이동’보다도 사기의 피해자인 피고의 보호가 우선시되는 게 마땅하기 때문이다.

넷째 피고가 외국재판에서 증거 없이 사기의 주장을 하였지만 외국법원에서 받아들여지지 아니하고 재판이 종결된 후에 새로운 증거가 발견된 경우. 이러한 경우에도 외국법원이 새롭게 발견된 증거에 관한 심리가 진행되지 않았으므로 우리법원은 사기에 관한 심리를 진행할 수 있다고

61) 이러한 결론을 이의권의 포기 또는 상실에 근거를 두는 것은 적당하지 않다고 본다. 이의권의 포기 또는 상실은 절차규정 중 당사자가 처분가능한 임의규정의 위반에서만 허용되고 당사자가 처분할 수 없는 강행규정의 위반에서는 허용되지 아니하기 때문이다(민사소송법 제151조 단서).

62) 예를 들어 위조된 서류의 의심이 있다면 피고로서는 필적감정 등을 통하여 위조사실의 밝혔어야 하는데 이러한 노력을 전혀 하지 아니한 경우에는 합리적 노력을 다했다고 볼 수 없다.

63) Fawcett, *op. cit.*, pp.543-544.

64) Magnus/Mankowski(editors), *Brussels I Regulation, european law publ.*, 2007, p.628.

봐야 한다.<sup>65)</sup> 물론 피고가 외국의 재판절차 중에 합리적 노력을 다했음에도 불구하고 사기에 관한 증거를 발견할 수 없는 경우에 한정된다.

#### 4. 재판국에서 구제절차를 밟아야 하는지 여부

피고가 외국재판이 종결된 후에야 사기에 관한 증거를 제출할 수 있게 된 경우에 피고가 재판국에서 가능한 구제절차를 모두 소진해야 하고 그렇지 아니하면 우리법원이 사기의 주장에 대한 심리를 진행할 수 없는지 문제된다. 이에 대하여 앞서 언급한 영국의 *Interdesco SA v Nullifire Ltd* 판결에서는 재판국 법원이 사건에 관한 모든 심리를 진행하는 것이 타당하다는 이유로 새롭게 발견된 사기의 증거라도 재판국에서 구제절차를 밟을 수 있다면 영국법원은 사기의 주장에 대한 심리를 진행할 수 없다고 보았다.<sup>66)</sup> 독일에서도 외국에서 모든 법적 구제수단을 소진하였어야 하고 그렇지 않으면 승인국에서 절차적 공서위반을 주장할 수 없다는 유력한 견해가 있다고 한다.<sup>67)</sup>

유럽연합 내에서 재판의 자유로운 이동을 목적으로 하는 브뤼셀협약이나 브뤼셀규칙 recast의 특수성을 감안하면 유럽연합에서는 위와 같은 주장이 가능하지만 우리의 경우에는 재판국법에 따라서 외국법원이 확정된 이상 피고로 하여금 재판국에서의 구제절차를 모두 소진하도록 요구할 법적 근거가 없다. 또한 공평하지 못한 절차의 위험에 노출된 피고에게 외국에서 비용과 노력을 투자하여 법적 구제수단에 호소할 것을 기대하는 것은 무리이므로 그렇게 볼 것은 아니다.<sup>68)</sup> 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결도 “...승인 또는 집행을 구하는 외국판결을 무효화하는 별도의 절차를 당해 판결국에서 거치지 아니하였다 할지라도 바로 우리나라에서 승인 내지 집행을 거부할 수는 있다”고 판시하여 동일한 입장이다.

65) Fawcett, *op. cit.*, p.612.

66) 다만 영국의 *Owens Bank Ltd v. Fulvio Bracco* [1992] I.L.Pr. 114 판결에서는 외국법원이 뇌물에 의하여 매수된 경우와 같은 이례적인 경우에는 재판국에서 구제절차를 밟는 것이 예외적으로 적정하지 않다고 보았다.

67) 석광현, 앞의 글(주41), 14쪽.

68) 석광현, 앞의 글, 같은 쪽.

## V. ‘사기에 의한 외국재판’이 공서양속에 반하기 위한 구체적 요건

### 1. 논의의 전제로서 공서양속의 해석의 엄격성

과거에는 상호주의(reciprocity)를 바탕으로 한 국제예양(comity)이 외국 재판의 승인의 근거로 제시되었지만<sup>69)</sup> 현재는 외국재판의 승인이 원활한 국제거래의 증진에 큰 기여를 할 것이란 점, 이종의 소송을 방지하여 소송경제에 적합하다는 점, 국제적으로 모순된 판결을 방지할 수 있다는 점 등과 같은 실질적인 이유가 제시되고 있다.<sup>70)</sup> 이러한 이유들을 종합해 보면 궁극적으로 재판의 효력에 있어서 국경을 없애자는 ‘재판의 자유로운 이동’으로 수렴된다. 그런데 나라마다 법, 문화, 윤리의 내용이 다르고 외국법원은 자신의 민사소송법에 따라서 자신의 국제사법에 의하여 결정된 준거법을 적용하여 재판을 수행하므로 외국재판의 판단결과가 우리의 법을 적용하였을 때의 판단결과와 차이가 발생하는 것은 피할 수 없다. 이

69) 국제예양은 네덜란드에서 처음으로 주장되었지만 그 구체적 의미는 미국 연방대법원 *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895) 판결에 의하여 확립되었다. 이 판결에서 미국 연방대법원은 프랑스 법원의 판결의 승인을 거부하면서 “국제예양이란 법률적 관점에서 상대방에 대한 절대적 의무사항도 아니고 단순히 선의에 불과한 것도 아니다. 국제예양은 국제적 의무와 편의, 자신의 국민 또는 자신의 법의 보호 하에 있는 사람의 권리를 고려하여 어느 국가가 그 영토 내에서 다른 국가의 입법적, 행정적, 사법적 행위의 승인을 허용하는 것을 말한다.”고 판시하고 있다. 이를 간단히 정리하면, 외국의 주권행사를 존중해 주어야 하지만 그 외국도 우리의 주권을 존중해 줄 때 비로소 우리도 그 외국의 주권을 존중하겠다는 상호주의를 의미한다. 영국도 외국재판의 승인의 근거를 최초로 국제예양에서 찾았지만 1842년 *Russell v Smyth* (1842) 9 M. & W 판결에서 적법한 관할을 갖고 있는 법원이 일정한 금액의 지급을 명령하였다면 그 금액을 지급할 책임은 영국에서도 집행할 수 있는 법적 의무가 된다는 ‘의무이론’(이를 ‘기득권이론’(vested right theory)라고도 한다.)으로 대체한 이래로 이 이론이 계속 유지되고 있다.

70) 최공웅, “외국판결의 효력”, 『사법논집』 제18집, 법원행정처, 1987, 332쪽; 윤성근, 앞의 글, 438쪽; 김동윤, 앞의 글, 159쪽; 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념”, 『법학논집』 21권2호, 이화여자대학교, 2016, 62쪽; Ralf Michaels, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Max Planck Encyclopedia of Public International Law”, available at [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship), p. 1. 외국재판의 승인 및 집행의 근거에 관한 자세한 논의는 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 『법학연구』 제23집, 경북대학교, 2006 참조.

와 같은 차이가 발생하였다고 하여 이를 함부로 공서양속에 반하는 재판이라고 한다면 실제로 승인될 수 있는 외국재판은 많지 않을 것이며 결국 ‘자유로운 재판의 이동’이라는 취지는 무색하게 된다.<sup>71)</sup> 이러한 이유로 외국재판의 승인의 요건은 엄격하게 해석될 필요가 있다.<sup>72)</sup> 더욱이 공서양속은 그 의미가 매우 추상적이어서 넓게 적용될 수 있기 때문에 외국재판이 공서양속에 반하는지를 위한 심사가 외국재판에 대한 재심사의 기회로 남용될 위험이 있다는 점에서도 승인의 거부사유로서의 공서양속은 엄격하게 해석되어야 한다.

이러한 엄격해석의 원칙상 외국재판이 공서양속에 반한다는 이유로 승인이 거부되기 위해서는 외국재판을 승인하는 결과가 ‘명백히’ 공서양속에 반하는 경우에 한정되어야 한다. 브뤼셀규칙 recast 제45조 제1항(a)에서도 외국재판의 승인이 명백히(manifestly) 승인국의 공서양속에 반하는 경우에만 승인을 거부할 수 있도록 규정하여 그 엄격성을 강조하고 있다. 이러한 점에서 사기적 방법이 사용된 외국재판이라고 하여 무조건 우리의 공서양속에 반한다는 결론에 이를 수는 없으며 엄격한 요건을 제시한 후에 이러한 요건이 충족되는 경우에만 ‘사기에 의한 외국재판’으로서 승인이 거부되어야 한다.

---

71) P. Jenard, “Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters”, OJ 1979 C 59, p.44.

72) *ibid.* p.44에서도 브뤼셀협약 제27조의 공서양속에 관한 규정은 예외적인 경우에만 적용되어야 한다고 지적하고 있다(this clause ought to operate only in exceptional cases). 승인요건의 엄격한 해석의 원칙상 민사소송법 제217조 제1항의 승인요건은 한정적 열거로 보는 것이 타당하다.

## 2. 구체적 요건의 제시<sup>73)</sup>

대법원 판례는 ‘사기에 의한 외국재판’이 성립되기 위한 구체적인 요건을 제시하지 않고 있다. 다만 국내재판에서의 편취행위에 관한 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다82046 판결을 참조할 수 있는데, 이 판결에서는 편취행위가 되기 위해서는 ① 소송당사자가 상대방의 권리를 해할 의사로 ② 상대방의 소송관여를 방해하거나 허위의 증거제출을 동반한 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법을 사용하여 ③ 실제의 권리관계와 다른 내용의 확정판결을 취득하고 ④ 그로 인하여 상대방의 절차적 기본권을 근본적으로 침해함으로써 확정판결의 효력을 존중하는 것이 정의관념에 반하여 이를 도저히 묵과할 수 없는 사정을 요구하고 있다. 그렇지 않고 당사자가 단순히 실체적 권리관계에 반하는 허위주장을 하거나, 자신에게 유리한 증거를 제출하고 불리한 증거는 제출하지 아니하거나, 제출된 증거의 내용을 자기에게 유리하게 해석하는 등의 행위만으로는 확정판결의 위법한 편취에 해당하는 불법행위가 성립한다고 단정할 수 없다고 한다. 아래에서는 위 판결에서 제시한 요건을 참조하여 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 공서양속에 반한다고 볼 수 있는 요건을 제시하여 본다.

---

73) ‘사기에 의한 외국재판’이 공서양속에 반하기 위한 사기적 방법이 무엇인지에 관한 논의는 찾아보기 힘들다. 다만 미국의 외재적 사기와 내재적 사기의 분류를 바탕으로 한 주장이 있는데, 이 주장에서는 내부적 사기는 우리나라에서도 제한된 요건 하에서 재심사유로 되어 있고 미국을 비롯한 각국에서도 마찬가지로 무효화시킬 수 있는 별도의 제도를 두고 있어서 승인거부사유로 삼기 보다는 판결국의 불복절차를 밟도록 하는 것이 타당한 측면이 있고, 내부적 사기에 대한 심사를 한다는 것은 곧 부분적인 “실질심사”와 다름없으므로 부적절한 측면이 있다는 이유로 내부적 사기의 경우 재심사유에 대한 증명 정도의 엄격한 증명을 요구하는 신중한 태도가 요구된다고 한다(장상균, 앞의 글, 513쪽). 즉 민사소송법 제451조에 의하면, 위조서류(제6호), 위증(제7호)의 경우, 유죄판결의 증명을 요구하고 있는 점(제2항)을 감안하여, 위와 같은 사유로 유죄판결까지 받아놓은 상태라면 이를 판결국법원에 제출하여 그 판결을 먼저 무효화시키라고까지 요구하는 것은 부적절하고, 그와 같은 정도의 증명 있으면 우리법원이 승인 및 집행을 거부할 수 있다고 해석함이 상당하다고 한다. 결론적으로 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결과 동일한 입장을 취하고 있다.

(1) 사해의사가 존재할 것

‘사기에 의한 외국재판’이 우리의 절차상 공서에 반하려면 원고에게 외국법원을 기망한 행위가 있어야 하는데 이러한 기망행위에는 당연히 사해의사가 수반된다. 만일 원고에게 외국법원을 기망하려는 사해의사가 없었다면 설령 외국재판에서 확정된 법률관계가 실제의 법률관계와 다르다고 하더라도 이를 우리의 절차상 공서에 위반되었다고 할 수 없으며, 우리법원은 실질재심사금지의 원칙상 외국재판에서 확정된 법률관계가 실제의 법률관계와 다른지에 관하여 심사할 수 없다. 정리하면 원고가 제출한 주장과 증거에 오류가 있다고 하더라도 사해의사가 없는 과실의 존재만으로는 그 외국재판을 공서위반이라고 볼 수 없다.<sup>74)</sup>

(2) 기망에 의하여 상대방의 소송관여를 방해하거나 허위의 증거 제출을 동반한 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법을 사용하였을 것

1) 외재적 사기

앞서 언급한 바와 같이 ‘사기에 의한 외국재판’이 절차상 공서에 위반되는 이유는 이러한 재판이 공정한 재판이라고 볼 수 없기 때문이다. 미국의 외재적 사기에 해당하는 ‘기망에 의하여 상대방의 소송관여를 방해하는 행위’는 피고의 절차참여의 기회를 박탈하여 재판받을 권리를 침해하므로 이에 따른 외국재판을 공정한 재판이라고 볼 수 없다. 따라서 이에 따른 외국재판의 승인은 우리의 절차상 공서에 위반된다. 그러나 송달 사기의 경우에는 특별한 고려가 필요하다. 대법원 1980. 3. 25. 선고 78다 2113 판결에 따르면 제소자가 피고의 주소를 허위로 표시하여 그 허위주소로 소장이 송달된 소위 사위판결은 그것이 공시송달의 방법으로 송달된 것이 아니라면 형식적으로 확정되지 아니하므로 피고는 여전히 항소를 제기할 수 있다. 항소는 판결서가 송달된 날부터 2주 이내에 하여야 하는데(민사소송법 제396조 제1항), 허위주소로 판결서가 송달되었다면

74) Nygh/Pocar, *op. cit.*, p.113.

피고가 판결서를 송달받지 못하여 항소기간이 기산되지 않기 때문이다.

그런데 민사소송법 제217조 제1항에서는 “외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판”을 외국재판의 승인의 대상으로 규정하고 있으므로 확정된 외국재판만이 승인의 대상이 된다. 외국재판의 승인을 규정하고 있는 민사소송법 제217조에서 사용하고 있는 용어의 의미는 우리법에 따라서 해석해야 하므로 ‘외국법원의 확정재판’의 의미도 우리법에 따를 수밖에 없지만, 외국의 재판절차에서 확정되었는지 여부는 ‘절차는 법정지법에 따른다.’(forum regit processum)<sup>75)</sup>는 원칙상 그 나라의 소송법이 적용될 수밖에 없다.<sup>76)</sup> 따라서 재판국법에서도 사위판결을 확정된 재판으로 보고 있지 않다면 이때는 ‘사기에 의한 외국재판’이 문제되는 것이 아니라 미확정의 외국재판으로서 승인이 거부되어야 한다. 반대로 재판국법에서 사위판결을 확정된 재판으로 보고 있다면 이러한 사위판결은 ‘사기에 의한 외국재판’으로서 문제되어야 한다.

---

75) 민사소송법이나 국제사법에서는 ‘절차법은 법정법에 따른다’는 민사소송법의 원칙을 명시적으로 규정하고 있지 않지만 이 원칙은 우리나라뿐만 아니라 모든 국가에서 인정되고 있다. 대법원 2011.1.27. 선고 2009다10249 판결에서는 “지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다. 한편 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정하는 법정이율에 관한 규정은 비록 소송촉진을 목적으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 그 실질은 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이다. 따라서 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정한 법정이율에 관한 규정을 절차법적인 성격을 가지는 것이라고만 볼 수는 없다.”고 판시하고 있는데, 이러한 판시내용은 위 원칙이 우리나라에서도 적용된다는 것을 전제로 한다.

76) 석광현, 앞의 책(주27), 349쪽. 이 주장에서는 영미법상으로는 제1심 판결이 선고되어 당해 법원을 구속하더라도 만일 항소가 제기되어 아직 우리 법상 형식적 확정력에 상응하는 효력이 발생하기 전이라면 한국에서는 승인될 없다는 견해를 취하고 있다. 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 『YGBL』제2권제1호, 연세대학교, 2010, 201쪽에서는 “판결의 확정은 그 판결을 한 외국의 절차에 있어 통상의 불복방법으로는 더 이상 불복할 수 없는 상태를 의미하고 무엇이 통상의 불복방법에 해당하는가는 당해 판결국법에 의하여 결정할 문제이다.”라고 하여 앞서의 주장과 동일한 입장이다.

## 2) 내재적 사기

미국의 내재적 사기에 해당하는 허위의 증거제출 등은 미국에서 대체로 승인거부사유로 보지 않고 있으며 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다 74213 판결도 실질재심사금지의 원칙을 이유로 하여 이 경우를 원칙적으로 승인거부사유가 아니라고 보았다. 그러나 앞서 사기의 주장의 시기에서 검토한 바와 같이 ‘사기에 의한 외국재판’에 대한 심사는 실질재심사금지의 원칙에 반하지 아니하는 경우에만 허용되고 내재적 사기의 주장이라고 하더라도 실질재심사금지의 원칙에 반하지 않는 경우가 있으므로 내재적 사기의 주장이라고 하여 일률적으로 실질재심사금지의 원칙에 반한다고 보는 것은 타당하지 않다.

또한 위 판결에서는 민사소송법 제451조의 재심의 규정을 근거로 하여 내재적 사기라고 하더라도 엄격한 증명이 있는 경우에는 승인거부사유가 될 수 있다고 보았고 이에 찬성하는 견해도 있다.<sup>77)</sup> 이에 대하여 민사소송법 제451조의 재심사유가 있다면 외국판결에 중요한 절차적 하자가 있다는 것이므로 그의 승인은 대체로 우리의 절차적 공서에 위반할 것이라고 볼 여지가 있겠지만, 우리 민사소송법이 재심사유를 비교적 넓게 규정하므로 반드시 그렇다고 단정하기는 어렵다는 견해가 있다.<sup>78)</sup> 예컨대 재심사유 중 “판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 경우”에는 그 외국판결의 승인이 당연히 절차적 공서위반이 되는 것은 아니라고 하면서 외국재판의 승인의 거부를 마치 외국재판에 대해 재심을 하는 것처럼 이해할 것은 아니고 외국판결의 절차적 하자는 결국 절차적 공서위반의 틀 내에서 해결해야 한다고 한다.<sup>79)</sup> 또한 공서요건의 심사에 있어서 민사소송법의 재심사유와 같은 요건을 요구해야 할 법률적 근거가 없고 외국재판의 승인에서 공서는 국내적 공서<sup>80)</sup>보다는 좁은 개념이

77) 장상균, 앞의 글, 513쪽.

78) 석광현, 앞의 글(주41), 14쪽.

79) 석광현, 앞의 글, 같은 쪽.

80) 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 대한민국의 공서양속이란 민법 제103조가 규정하는 ‘국내적 공서’(domestic public policy)와 구별되는 그보다 좁은 ‘국제적 공서’(international public policy)라는 견해가 있는 반면에, 민법 제103조의 공서와 민사

기 때문에 재심사유로부터 공서위반을 찾고 있는 대법원 판결에 반대하는 견해도 있다.<sup>81)</sup>

‘사기에 의한 외국재판’의 경우에는 헌법상 공정한 재판을 받을 권리가 문제되는데 민사소송법 제451조의 재심사유 중 일부는 이러한 공정한 재판을 받을 권리를 보호하기 위한데 그 목적이 있다는 점에는 이론이 없을 것이다. 이러한 점에서 위 대법원 판결이 민사소송법의 재심사유를 참조한 점에 법률적 근거가 없는 것은 아니다. 다만 민사소송법이 재심사유를 비교적 넓게 규정하고 있어서 모든 재심사유가 공정한 재판을 받을 권리를 보호하는데 그 목적이 있는 것은 아니다. 따라서 ‘사기에 의한 외국재판’이 절차적 공서에 반하는지를 심사하는데 있어서 굳이 재심사유를 참조하는 것보다는 독자적인 절차적 공서양속을 근거로 하는 것이 옳다는 견해에 찬성한다. 무엇보다 “제1항 제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.”는 민사소송법 제451조 제2항의 규정은 헌법상 공정한 재판을 받을 권리와 관계없이 확정판결을 함부로 취소할 수 없다는 재심사유의 엄격성을 규정한 것에 불과하고, 더욱이 이 규정은 외국재판의 승인에서의 공서양속의 엄격한 해석의 원칙과 관계가 없으므로 이를 근거로 하여 내재적 사기에서 ‘유죄판결과 같은 고도의 증명’을 요구하는 것은 타당하지 않다.<sup>82)</sup> 무엇보다 공서양속

---

소송법 제217조 제1항 제3호의 공서가 동일한 개념이라는 견해도 있다. 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다20290 판결에서는 “뉴욕협약 제5조는 승인 및 집행의 거부사유를 제한적으로 열거하면서, 제2항 (나)호에서 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인이나 집행을 거부할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 위 협약의 적용을 받는 외국중재판정의 승인이나 집행이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 해하는 것을 방지하여 이를 보호하려는 데 그 취지가 있는 것이므로, 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 이를 제한적으로 해석하여야 하고, 해당 외국중재판정을 인정할 경우 그 구체적 결과가 집행국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 경우에 한하여 그 승인이나 집행을 거부할 수 있다”고 판시하였는데, 국내적 공서보다 좁은 의미로의 국제적 공서를 명시적으로 인정한 판결이라는 견해가 있다(석광현, 앞의 글(주7), 158쪽).

81) 김동윤, 앞의 글, 165쪽.

의 엄격한 해석의 원칙상 객관적이고 엄격한 증명은 내재적 사기에서만 요구되지 않고 실제적 공서위반과 절차적 공서위반 전반에서 요구된다는 점에서 위의 대법원 판결이 유독 사기의 경우에만 엄격한 증명을 요구하는 데는 찬성하지 아니한다.<sup>83)</sup> 덧붙여 위 대법원 판결에서 외국재판의 승인거부의 요건으로 제시하고 있는 ‘유죄판결과 같은 고도의 증명’은 증거의 증명력으로서 절차적 사항이므로 이를 승인거부사유로 보는 것도 체계적으로 적절하지 않다. 결론적으로 내재적 사기라고 하더라도 공서양속에 위반될 수 있고 ‘유죄판결과 같은 고도의 증명’을 승인거부의 요건으로 보기 힘들다.

(3) 외재적 사기로 인하여 피고가 절차에 참여하지 못하거나 내재적 사기로 인하여 외국법원이 실제의 권리관계와 다른 내용의 판결을 하였을 것

‘사기에 의한 외국재판’을 포함하여 절차적 공서위반으로서 외국재판의 승인이 거부되기 위해서는 절차적 공서위반으로 인정되는 하자가 외국재판의 결과에 영향을 미칠 필요가 있는지, 즉 외국재판의 결론이 실제적 권리관계와 달라야 하는지 검토할 필요가 있다. 이에 대한 논의는 많지 않은데, 이를 일률적으로 논할 수 없으며 하자가 중대하고 그러한 외국재판을 승인하는 것이 내국의 절차적 공서에 반하는 경우는 결론에 영향을 미쳤는지를 문제 삼지 않고 승인을 거부해야 한다는 견해가 있다.<sup>84)</sup>

절차적 공서위반 중 법원이 원고에게 매수되거나 재판국법에 따라서 법원이 피고의 재판절차참여권을 박탈한 경우<sup>85)</sup>와 같이 외국법원이 고의

82) 앞의 글, 165-166쪽에서도 유사한 주장을 하고 있다.

83) 석광현, 앞의 글(주7), 160쪽.

84) 김동윤, 앞의 글, 157쪽.

85) 예를 들어 유럽사법재판소의 판결인 *Krombach v Bamberski* 판결의 사안에서 살인 혐의를 받고 있는 독일인은 그 살인과 관련한 프랑스에서의 민사재판에 출석을 거부하고 대신에 변호사만을 출석시키려고 하였지만, 프랑스법상 도주자는 대리인을 출석시킬 수 없었기 때문에 피고는 아무런 진술의 기회를 갖지 못하고 패소하였다. 원고가 이 재판을 가지고 독일에 집행판결을 신청하였지만 유럽사법재판소는 위 재판이 당사자의 방어권을 침해한 공서양속에 반하는 재판으로 보았다.

로 피고의 절차참가권을 박탈한 경우에는 우리의 법감정상 이에 따른 외국재판을 도저히 승인할 수 없으므로 재판의 결과와 관계없이 절차적 공서에 반한다고 보는 것이 타당하다. 그러나 원고의 일방적 기망행위만이 존재하고 법원이 고의로 피고의 방어권을 박탈한 것이 아니라면 실질재심사금지의 원칙과 공서양속의 엄격해석의 원칙상 원고의 일방적 기망행위의 존재만을 이유로 외국재판이 공서양속에 반한다고 보기에는 무리가 있다. 앞서 언급한 바와 같이 ‘사기에 의한 외국재판’이 절차적 공서에 반하는 이유는 원고의 기망행위로 인하여 피고의 방어권이 침해당했기 때문이므로 원인행위인 원고의 기망행위만으로는 절차적 공서가 문제되지 않고 피고의 방어권이 침해되었다는 결과가 발생해야 비로소 외국재판이 절차적 공서에 위반되었다고 볼 수 있다. 구체적으로 외재적 사기와 내재적 사기를 나누어 보면 다음과 같다.

외재적 사기는 원고의 기망행위에 속은 피고가 재판절차에 참여하지 못하여 방어권을 행사하는 못한 것을 의미하므로 원고의 기망행위만으로 절차적 공서를 따지기에 부족하고 피고가 이에 속아서 재판절차에 참여하지 못한 결과가 발생해야 비로소 이에 따른 외국재판의 승인이 절차적 공서에 반한다고 볼 수 있다. 내재적 사기의 경우에는 원고가 법원을 기망하여 이에 속은 법원이 실제의 권리관계와 다른 내용의 재판을 한 것을 의미하므로 원고의 기망행위만으로 절차적 공서를 따지기에 부족하고 원고에게 속은 외국법원이 실제의 권리관계와 다른 결론에 이르러야 비로소 이러한 외국재판의 승인이 절차적 공서에 반한다고 볼 수 있다.<sup>86)</sup>

- (4) 피고의 절차적 기본권을 근본적으로 침해함으로써 외국재판의 효력을 존중하는 것이 정의관념에 반하여 이를 도저히 묵과할 수 없는 사정이 있을 것

‘사기에 의한 외국재판’이 절차적 공서양속에 반하여 승인이 거부되기 위해서는 헌법에서 보호하는 공정한 재판이 침해될 정도에 이르러야 하므로 여기서 사기적 방법은 피고의 절차참여권을 완전히는 아니더라도

---

86) Collins, *op. cit.*, para.14-138.

근본적으로 박탈시킬 정도에 이를 필요가 있다. 여기서 근본적으로 절차 참가권을 박탈시킨다는 의미는 사기적 방법에 의하여 피고가 방어 기 회를 가지지 못하거나 방어의 기회를 가졌지만 외국법원이 사기적 방법 에 속은 결과 방어에 대한 심리를 제대로 진행할 수 없어서 실질적으로 심리가 진행되었다고 볼 수 없을 정도를 의미한다. 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다82046 판결에서는 국내재판에서 ① 당사자가 허위의 증거를 동반하지 아니한 채 단순히 실체적 권리관계에 반하는 허위주장을 하거나, ② 자신에게 유리한 증거를 제출하고 불리한 증거는 제출하지 아니하거나, ③ 제출된 증거의 내용을 자기에게 유리하게 해석하는 등의 행위에 의하여 유리한 판결을 받은 경우에는 불법행위가 성립한다고 단정할 수 없다고 보았다. 외국재판의 경우에도 위와 같은 경우에는 상대방이 충분히 방어의 기회를 가지고 있었고 외국법원이 공정한 제3자의 입장에서 심판하는데 무리가 없었다고 보는 것이 타당하므로 상대방의 절차적 기본권을 근본적으로 침해하였다고 볼 수 없다.

## VI. 나가기

앞서의 논의를 정리하면 다음과 같다. ‘사기에 의한 외국재판’의 승인은 우리의 절차적 공서에 반하기 때문에 승인이 거부되어야 한다. 이때 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 우리의 절차적 공서에 반하는지 여부를 심사하는 것이 실질재심사금지의 원칙에 반하여 허용될 수 있는지 문제 되는데, 위와 같은 심사의 과정에서도 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용되므로 실질재심사금지의 원칙에 반하지 아니하는 경우에만 위와 같은 심사가 가능하다. 이와 같이 심사가 가능한 경우는, 피고가 외국의 재판절차가 진행되는 동안에는 사기의 증거를 제출할 수 없었던 경우와 피고가 외국재판에서 증거 없이 사기의 주장을 하였지만 외국법원에서 받아들여지지 아니하고 재판이 종결된 후에 새로운 증거가 발견된 경우로 볼 수 있다. 그리고 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 우리의 절차적 공서에 반하는지 여부를 결정하기 위한 구체적 요건은 공서양속의 엄격

해석의 원칙을 바탕으로 다음과 같은 네 가지로 볼 수 있다. (1) 사해의사가 존재할 것 (2) 기망에 의하여 상대방의 소송관여를 방해하거나 허위의 증거제출을 동반한 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법을 사용하였을 것 (3) 외재적 사기로 인하여 피고가 절차에 참여하지 못하거나 내재적 사기로 인하여 외국법원이 실제의 권리관계와 다른 내용의 판결을 하였을 것 (4) 피고의 절차적 기본권을 근본적으로 침해함으로써 외국재판의 효력을 존중하는 것이 정의관념에 반하여 이를 도저히 묵과할 수 없는 사정이 있을 것. 위와 같은 결론은 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결과 많은 차이가 있는데, 무엇보다 내재적 사기와 외재적 사기를 구분할 필요가 없고 ‘사기에 의한 외국재판’의 심사와 실질재심사금지의 원칙은 상호 충돌관계에 있는 것이 아니라 공존관계에 있다는 점에서 큰 차이가 나타난다. 이러한 점에서 향후 대법원 판례의 변화를 기대하며 본 글이 학계와 실무계에 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

## 참고문헌

(국내문헌)

- 권혁준, “외국판결 등의 승인 및 집행에 관한 실무상 문제”, 『YGBL』 제2권제1호, 연세대학교, 2010.
- 김석호, “외국판결을 승인·집행하는 논거”, 『법학연구』제23집, 경북대학교, 2006.
- 김동윤, “외국판결의 승인 및 집행요건으로서의 공서”, 『인권과 정의』 353호, 대한변호사협회, 2006.
- 박태안, “고액의 손해배상을 명한 미국판결의 승인 및 집행에 관한 문제점 검토”, 『재판실무』3집, 창원지방법원, 2001.
- 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012.
- 석광현, “사기에 의하여 획득한 외국중재판정의 승인과 공서위반 여부”, 『판례연구』 24집(2), 서울지방변호사회, 2010.
- 석광현, “사기에 의한 외국판결승인의 공서위반여부와 상호보증”, 『민사판례연구』28권, 민사판례연구회, 2006.
- 윤성근, “외국판결 및 중재판정 승인거부요건으로서의 공서위반”, 『국제사법연구』20권2호, 한국국제사법학회, 2014.
- 이연주, “민사소송법 제217조의 승인대상으로서 ‘외국재판’의 개념”, 『법학논집』21권2호, 이화여자대학교, 2016.
- 이현묵, “외국재판의 승인과 집행의 근거의 재정립과 외국재판의 승인과 집행의 대상 및 상호보증과 관련한 몇 가지 문제”, 『통상법률』136호, 법무부, 2017.
- 장상균, “외국판결의 집행요건”, 『대법원판례해설』통권제51호, 법원도서관, 2004.
- 최공웅, “외국판결의 효력”, 『사법논집』제18집, 법원행정처, 1987.
- 호문혁, “외국판결의 공서위반 판단의 대상에 관한 연구 - 강제징용 사건 관련 대법원 판결에 대한 검토를 중심으로 -”, 『법학평론』 6권, 서울대학교, 2016.

(외국문헌)

- Yoav Oestreicher, “The Rise and Fall of the “Mixed” and “Double” Convention Models Regarding Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, *Global Stud. L. Rev.*, Washington University, 2007.
- Peter Schlosser, “Report on the Brussels Convention”, OJ 1979 C 59/71.
- Fawcett/Carruthers/Peter North, Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th Edition, Oxford University Press, 2008.
- Lord Collins of Mapesbury, *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 2012.
- Christopher A. Whytock, “Lessons From Chevron”, *Stanford Journal of Complex Litigation*, University of Stanford, 2013.
- Ralf Michaels, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Max Planck Encyclopedia of Public International Law”, available at [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship).
- P. Jenard, “Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters”, OJ 1979 C 59.
- Nygh/Pocar, “Report of the Special Commission”, Preliminary Document No. 11 of August 2000.
- Magnus/Mankowski(editors), *Brussels I Regulation*, european law publ., 2007.

### <국문초록>

본 글에서는 소위 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 민사소송법 제217조 제1항 제3호의 공서양속에 반한다고 볼 수 있는지, 만일 그와 같이 본다면 구체적 요건은 무엇인지 검토하였다. 그 결론을 간단히 정리하면 다음과 같다. ‘사기에 의한 외국재판’의 승인은 우리의 절차적 공서에 반하기 때문에 승인이 거부되어야 한다. 이때 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 우리의 절차적 공서에 반하는지 여부를 심사하는 것이 실질재심사금지의 원칙을 고려했을 때 허용될 수 있는지 문제되는데, 위와 같은 심사의 과정에서도 실질재심사금지의 원칙이 전면적으로 적용되므로 실질재심사금지의 원칙에 반하지 아니하는 경우에만 위와 같은 심사가 가능하다. 이와 같이 심사가 가능한 경우는, 피고가 외국의 재판절차가 진행되는 동안에는 사기의 증거를 제출할 수 없었던 경우와 피고가 외국재판에서 증거 없이 사기의 주장을 하였지만 외국법원에서 받아들여지지 아니하고 재판이 종결된 후에 새로운 증거가 발견된 경우로 볼 수 있다. 그리고 ‘사기에 의한 외국재판’의 승인이 우리의 절차적 공서에 반하는지 여부를 결정하기 위한 구체적 요건은 공서양속의 엄격해석의 원칙을 바탕으로 다음과 같은 네 가지로 볼 수 있다. (1) 사해의사가 존재할 것 (2) 기망에 의하여 피고의 소송관여를 방해하거나 허위의 증거제출을 동반한 허위의 주장으로 법원을 기망하는 등 부정한 방법을 사용하였을 것 (3) 외재적 사기로 인하여 피고가 절차에 참여하지 못하거나 내재적 사기로 인하여 외국법원이 실제의 권리관계와 다른 내용의 판결을 하였을 것 (4) 피고의 절차적 기본권이 근본적으로 침해됨으로써 외국재판의 효력을 존중하는 것이 정의관념에 반하여 이를 도저히 묵과할 수 없는 사정이 있을 것. 위와 같은 결론은 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결과 많은 차이가 있는데, 무엇보다 내재적 사기와 외재적 사기를 구분할 필요가 없고 ‘사기에 의한 외국재판’의 심사와 실질재심사금지의 원칙은 상호 충돌관계에 있는 것이 아니라 공존관계에 있다는 점에서 큰 차이가 나타

난다. 이러한 점에서 향후 대법원 판례의 변화를 기대하며 본 글이 학계와 실무계에 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

**주제어** : 내재적 사기, 외재적 사기, 외국재판의 승인, 공서양속, 실질재심사금지

## A Study on Recognition of Foreign Judgements Obtained by Fraud

Lee, Hun-Mook\*

This article discussed whether so-called ‘foreign judgments obtained by fraud’ is in breach of public policy provided in Article 217(1)(3) of Civil Procedure Act and, if so, what the specific requirements could be. The summary of the conclusion is as follows. The ‘foreign judgments obtained by fraud’ is against the municipal procedural public policy and then shall not be recognized. In this regard one more question comes up whether reviewing if ‘foreign judgments obtained by fraud’ is in breach of the municipal procedural public policy is allowed in consideration of the principle of prohibition of *révision au fond*. Since the principle is applied entirely in the course of the above reviewing, it is allowed only when it does not breach the principle. The two instances that the reviewing is allowed are where the defendant was not able to produce evidences of fraud during foreign procedures and where the defendant’s claim of fraud without evidences was rejected by the foreign court and then evidences of fraud were found after the foreign procedure was completed. On the other hand, the specific requirements for ‘foreign judgments obtained by fraud’ to be against public policy are following four requirements based on principle of strict interpretation of public policy. (1) plaintiff’s intention to fraud, (2) preventing the defendant from being involved in the procedure by fraud or cheating the foreign court using manipulated evidences, (3) the defendant could not present himself in the foreign court procedure due to the plaintiff’s extraneous fraud or the foreign court decided wrongly due to intrinsic fraud, and (4) defendant’s fundamental procedural rights were breached to the extent that recognizing the effect of foreign judgments was against justice defendant’s fundamental procedural rights. These results differ from the Supreme Court 2004. 10. 28. ruling 2002da74213 in many aspects. Most of all, in my opinion there is no need to distinguish between intrinsic fraud and extraneous fraud and reviewing ‘foreign judgments obtained by fraud’ is

---

\* Associate Professor of Kyungpook National University/Attorney at Law.

not in conflict with the principle of prohibition of *révision au fond* but the both may coexist. In this regard I expect the variation of the Supreme Court's position and hope to contribute to academia and practitioners.

**Key Words** : intrinsic fraud, extraneous fraud, recognition of foreign judgments, public policy, prohibition of *révision au fond*