

國際契約에 있어서 準據法決定에 관한 研究

裴 正 漢*

-
- I. 問題提起
 - II. 準據法の 概念
 - III. 國際契約의 準據法 決定方法
 - IV. 單一指定과 分割指定
 - V. 結 論-國際契約締結時 準據法에 관한 考慮事項
-

I. 問題提起

현재 법분야에 있어서의 국제적 통일은 매우 미미한 상태이며, 세계 대부분의 국가들은 자국의 고유한 전통과 문화 등의 배경하에 제정된 고유한 自國法을 가지고 있다. 따라서 국가를 달리하는 당사자간에 체결된 國際契約으로부터 분쟁이 발생하면 어느 국가의 법을 적용하여 해결할 것인가가 문제가 된다. 왜냐하면 복수의 국가가 관련되는 涉外的 法律問題에는 각기 다른 다수국의 법이나 국제관련법이 적용되어질 수 있으며, 이로 인하여 어느 국가의 법을 적용하느냐에 따라서 그 결과가 달라질 수가 있다. 이러한 이유로 涉外的 法律問題에 어느 국가의 법을 적용하느냐는 중요한 문제이다.

涉外的 法律問題에 적용가능한 여러 국가의 법들 중에서 선택되어 적용되는 법을 準據法(governing law, applicable law)이라고 한다. 涉外的 法律問題에 대한 準據法の 決定問題는 婚姻, 親子, 相續과 같은 身分上의 關係, 不動產의 取得과 같은 物權關係, 知的所有權의 紛爭, 交通事故와 같은 不法行爲, 國際契約 등에 있어서 발생한다.

특히 오늘날 경제적인 측면에서의 국제거래는 무수히 행해져 오고 있기 때

* 嶺南大學校 貿易學科 助教授.

문에 國際契約에 있어서 準據法の 결정은 대단히 중요한 문제이다. 그런데 어떠한 原則에 의하여 準據法을 결정하느냐의 문제는 國際私法(private international law)의 기능이다.

涉外的 法律關係를 규율하기 위한 準據法을 지정하는 法規의 總體를 말하는 國際私法은 국제적으로 통일되지 못한 각국의 國內法으로 존재하고 있으며, 매우 제한된 분야, 또는 지역에서만 국제적으로 통일된 國際私法을 가지고 있다. 각국의 國際私法規定들은 涉外的 法律關係에 관한 준거법을 결정함에 있어서 當事者 自治原則을 인정하는 경우(主觀主義)와 인정하지 않는 경우(客觀主義)가 있다. 그리고 만약 當事者 自治原則을 인정하는 경우에도 국가에 따라서 각기 다른 제한을 가하고 있다. 또한 당사자에 의한 有效한 準據法の 선택이 없거나 當事者 自治原則이 인정되지 않으므로 訴訟地의 法院에 의하여 準據法이 결정되어야 하는 경우, 그 決定原則이 국가에 따라서 다르다. 이와 같이 國際契約과 관련하여 세계 각국은 각기 다른 國際私法の 原則을 가지고 있다고 할 수 있다.

현재 우리나라의 국내시장은 거의 개방된 상태이며, 또한 우리나라의 기업들도 전 세계시장을 대상으로 國際去來를 행하고 있다. 이러한 시점에서 國際契約의 準據法 결정에 관한 基本的인 理論과 우리나라의 국제경제거래에 큰 비중을 차지하고 있는 주요국의 國際契約의 準據法決定에 관한 國際私法規定을 比較法的으로 연구할 필요가 있다고 하겠다. 또한 法律的인 研究를 바탕으로 국제거래의 당사자들이 國際契約체결시 準據法과 관련된 유의점을 연구하여 제시할 필요가 있다고 생각된다. 본 연구는 國際契約에 관련된 범위내에서 實質上의 準據法の 決定에 관한 問題에 대해서 基本理論과 우리나라의 주요 교역대상국인 일본, 중국, 유럽공동체, 미국의 國際私法規定을 중심으로 연구한다.

본 研究의 目的은 상기와 같은 내용의 연구를 통하여 우리나라의 국제거래 당사자들에게 國際契約체결시 準據法決定에 관한 基本理論과 우리나라의 주요 거래대상국의 準據法決定原則을 고찰하고 실무상의 유의점을 제시하여 원만한 國際契約의 체결과 이로 인한 국제거래의 활성화에 도움이 되고자 함이다.

II. 準據法の 概念

1. 準據法の 概念

準據法(governing law, applicable law)이란 準據法 決定原則(choice of law rule)을 적용하여 涉外的 性質을 가지는 법률관계를 규율하기 위해 지정된 법이라고 정의된다. 그리고 涉外的 法律關係를 규율하기 위하여 準據法을 결정하는 것은 國際私法(private international law) 또는 抵觸法(conflict of laws)¹⁾ 상의 문제로 일반적으로 어떠한 연결요소를 매개로 하여 이루어진다. 따라서 國際私法 또는 抵觸法이란 涉外的 法律關係를 규율하기 위한 準據法을 결정하는 法規의 總體를 말한다.

2. 準據法の 決定對象

涉外的 法律關係에 대하여 國際私法에 의한 準據法の 결정이 가능한 것은 實體法이고, 節次法은 法定地法을 적용하는 것이 원칙이다. 이를 節次法 法定地法主義라고 한다. 단, 외국에서 집행될 판결의 경우, 그 외국에서의 承認에 필요한 정도로 外國의 節次法이 고려된다. 우리나라의 大法院의 한 判例²⁾에서도 “울단국은행이 국내법원에 내국회사를 상대로 한 貸與金請求訴訟을 제기한 경우, 그 準據法이 行爲地法인 울단국법이 된다고 하더라도 그 재판의 소송절차에 관하여는 당연히 국내의 裁判節次法規가 적용되는 것이고, 證據의 證據能力에 관한 規定은 위와 같은 裁判節次法規에 해당하는 것이므로, 口頭證據의 證據能力을 제한한 울단국법은 적용될 수 없다.”라고 판결했다.

準據法の 결정이 가능한 것이 實體法이라는 것은 涉外的 法律關係를 규율하기 위한 법지정에 관한 國際私法的 規範의 목적 중의 하나가 法廷地의 선택에 따라서 本案의 勝敗가 결정되는 것을 방지하기 위한 것이다. 그리고 節次法 法

1) 英美法에서는 國際私法을 抵觸法(conflict of laws)이라고 부르는 경우가 많다.

2) 대법원 1987. 10. 13. 선고 83다카1046 판결.

廷地法主義는 節次法이 本案의 勝敗에 영향을 미치지 않는다는 전제를 하고 있다.

3. 準據法の 分類

(1) 實質上の 準據法과 方式上の 準據法

國際契約으로부터 발생하는 法律問題를 契約의 實質上の 問題와 契約方式上の 問題로 나눌 수가 있다. 契約 實質上の 問題란 契約의 成立과 效力에 대한 것으로 이에 대한 準據法을 實質上の 準據法이라고 한다. 그리고 法律行爲의 方式이라는 것은 法律行爲를 함에 있어서 당사자가 그 意思를 표시하는 外部的 形式을 말한다. 各國의 實質法上으로 契約에 있어서 일정한 方式, 예를 들어 契約 체결에 있어서 書面上의 要求라든가 契約서상에 당사자의 署名을 要求한다든가 하는 일정한 意思表示의 形式을 要求할 수가 있다. 이와 같이 契約에 있어서 書面上의 要求, 捺印證書의 要求, 署名의 必要性 등과 같은 의사표시의 외부적 形式에 대한 準據法을 契約方式의 準據法이라고 한다.

(2) 契約準據法과 補助準據法

國際契約에 있어서 準據法을 契約準據法과 補助準據法으로도 나눌 수 있다. 契約準據法이란 契約의 가장 중요한 문제인 契約成立과 效力에 적용되는 주요한 準據法을 말한다. 원칙적으로 하나의 國際契約에서 그 成立과 效力의 모든 문제에 대하여 契約準據法을 적용한다. 그런데 契約의 성립과 효력에 관한 어떠한 要素(爭點)에 대하여는 契約準據法과 다른 법률을 적용하는 것이 바람직한 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 國際契約의 債務履行 그 자체는 契約準據法을 적용하는 것이 당연하지만, 契約과 관련된 거래일, 거래시간, 지급에 사용되는 화폐의 종류 등에 대하여는 契約準據法에 의하는 것보다도 履行地法을 적용하는 것이 합리적이고 실제적이라고 할 수 있다. 또한 契約서가 당해 契約準據法 국가 이외의 국가의 國어로 작성될 수도 있다. 이러한 경우에 法律用語를 포함한 契約서의 解釋에는 契約準據法을 적용하는 것보다 契約서에 사용된 언어의 母國法을 적용하는 것이 합리적일 것이다. 이와 같이 契約의 이행일자, 통화, 契約서의 해석 등의 契約를 구성하는 일정한 요소에 대하여 적용되는 契

約準據法 국가 이외의 法律을 契約準據法에 대하여 補助準據法(Nebenstatut) 이라고 한다.³⁾

補助準據法이란 大陸法系의 國際私法概念으로 본래 準據法 單一原則 하에서 契約準據法만으로는 대응할 수 없는 문제를 처리하기 위하여 예외적으로 별도로 지정된 법을 말한다. 英美法系에서는 準據法의 分割指定으로 複數의 準據法이 있을 수 있기 때문에 그 중의 하나가 주요한 準據法으로 契約準據法에 해당하고, 다른 準據法은 契約準據法에 대한 補助準據法에 해당될 수 있다. 그러나 英美法에서 補助準據法이란 名稱을 사용하지는 않는다.⁴⁾

일반적으로 國際契約에서 당사자에 의한 반대의 意思表示가 없는 한, 補助準據法으로서 履行地法이 적용되는 분야에는 거래일, 거래시간, 지급에 사용된 통화의 종류, 도량형 등이 있으며, 또한 債權額의 표시가 契約準據法 국가 이외의 국가의 貨幣로 된 경우, 그 貨幣所屬國의 法律에 의한다는 당사자의 默示의 實質法的 指定이 있었다고 추정하여 貨幣의 정의, 명목가치 등에 관한 문제에 그 貨幣所屬國의 法律에 따르게 된다.

그런데 補助準據法의 適用은 契約準據法 국가의 强行規定에 반하지 않아야 되고, 또한 당사자에 의한 반대의 표시가 없어야 한다. 이와 같은 계약의 일정한 요소에 대하여 補助準據法의 적용이 인정되는 것은 契約準據法이 인정하는 범위내에서이다.

4. 抵觸法的 指定과 實質法的 指定

일반적으로 契約準據法의 選擇을 抵觸法的 指定이라고 부른다. 이와 구별되는 實質法的 指定이란 契約準據法의 지배하에 당사자가 다른 法規를 적용할 것을 선언하고, 그것을 계약내용으로 한 것을 말한다.⁵⁾ 예를 들면 신용장통일 규칙, 인코텀즈(Incoterms) 등과 같은 國際規則을 원용하여 계약에 채용하면, 곧 實質法的 指定이 되는 것이다. 이와 같은 實質法的 指定은 하나의 制定法으로서가 아니라 당사자들에 의하여 합의된 일련의 계약서상의 제조조건으로 작용

3) 山本敬三, 「國際去來法」, 學陽書房, 1984, p. 62.

4) 早川武夫, “契約準據法と解釋準據法(3)”, 「國際商事法務」, Vol. 19, No. 10, 國際商事法務研究所, 1991, p. 1617.

5) 西賢, “當事者自治の原則と比較法的動向”, 「現代契約法大系」, 第9卷 國際取引契約(2), 有斐閣, 1983, p. 80.

하는 것이다.⁶⁾

오늘날 외국의 法規나 國際規則이 당사자들에 의한 實質法的 準據法 指定으로서 계약중에 편입할 수 있는 당사자의 권리는 일반적으로 승인되고 있다. 그러나 실질법적으로 편입되는 개개 條項의 有效性은 契約準據法이나 法廷地的 強行法規나 公序良俗이 허용하는 범위내에서만 가능하다.

Ⅲ. 國際契約의 準據法 決定方法

1. 당사자에 의한 유효한 법선택이 있는 경우

國際契約의 당사자들은 계약체결시 또는 분쟁발생후에 準據法에 관한 합의를 할 수도 있다. 즉, 계약체결시에 準據法條項을 포함시키거나 또는 다른 방법에 의하여 準據法을 스스로 선택하여 놓을 수도 있고, 아니면 분쟁발생후에 당사자간의 합의에 의하여 스스로 準據法을 결정할 수가 있다. 그런데 당사자에 의한 準據法의 選擇이 각국의 國際私法 규정에 따라서 유효한 선택이 되지 못할 수도 있으며, 또한 어떠한 국가의 國際私法에서는 당사자에 의한 準據法 選擇을 인정하지 않고 있다. 그리고 당사자에 의한 準據法의 選擇이 없는 경우에는 결국 訴訟이 제기된 法院에서 國際私法의 原則에 따라서 準據法을 결정하게 된다. 이와 같은 관행하에서 國際契約의 準據法 決定原則에 대하여 관련 國際協約, 各國의 立法, 判例, 學說 등이 갈라져 主觀主義와 客觀主義가 대립하고 있다.

(1) 客觀主義와 主觀主義

가. 客觀主義

準據法의 결정에 있어서 客觀主義(非意思主義)란 계약당사자의 의사와는 관계 없이 소송이 제기된 法院이 契約締結地法, 契約履行地法, 債務者の 本國法 등과 같이 계약에 最高로 關聯이 깊은 客觀的인 連結要素를 媒介로 하여 一律

6) J.H.C. Moris, *The Conflict of Law*, 3rd ed., London, Steven & Sons, 1984, p. 274.

的 定型的으로 準據法을 결정하는 것을 말한다. 客觀主義는 契約을 체결하는 당사자들 스스로의 의사에 의하여 準據法을 결정할 수 있다는 當事者 自治原則(prinzip der parteiautonomies)을 인정하지 않고, 오직 분쟁이 발생하여 소송이 제기된 法院만이 일정한 連結要素를 매개로 하여 가장 밀접한 法을 準據法으로 결정하는 것이 합리적이라는 관점이다. 예를 들어 미국의 몇 개 주와 스위스는 契約締結地法主義를 채용하고 있으며, 또한 중남미제국들은 履行地法主義를 채용하고 있다.

그런데 오늘날 契約은 매우 다양하며, 원래 특정한 곳과 결합되기가 쉽고, 또한 교통이나 통신이 발달함에 따라서 契約締結地나 履行地가 우연적으로 결정될 기회가 증대하고 있다. 따라서 이러한 이유들로 客觀主義에 의한 準據法의 決定은 합리적이고도 객관적인 연결점을 찾기가 어렵다는 점에서 비판이 많이 제기되어 왔다.

(2) 主觀主義

가. 개념

準據法 決定에 있어서 主觀主義(意思主義)란 國際私法上 準據法은 當事者의 自治의인 意思에 의하여 결정되어야 한다는 原則이다. 원래 契約關係에는 “契約自由의 原則”(liberty of contract)이 대원칙으로서 인정되고 있고, 準據法의 決定에 대하여도 契約自由의 理想을 존중하여 당사자의 자유로운 의사를 존중하는 것이 합리적이라고 판단한다. 따라서 이를 當事者 自治原則 또는 意思主義라고도 한다.

主觀主義는 客觀主義에 대한 비판에 대응하여 16세기에 나타나 19세기 이후 많은 국가의 國際私法이나 관련 國際協約⁷⁾에서 널리 채택되고 있으며, 이러한 當事者 自治原則은 實質法의 영역에 있어서의 契約自由의 原則을 배경으로 성립하였다.

오늘날 國際契約이 一般化 및 大量化되므로 契約 자체가 점차 定型化되고 있다. 이러한 定型化된 國際契約에서는 대부분 裁判管轄이나 紛爭解決方法에 관한 合意와 함께 準據法에 대한 합의가 이루어져 契約에 삽입되고 있다.⁸⁾ 따

7) 主觀主義를 채택하고 있는 國際協約에는 유럽 공동체의 「契約上 債權關係에서의 準據法에 관한 로마協約」, 「어떤 種類의 消費者賣買에의 準據法에 관한 헤이그協約」, 「國際物品賣買契約의 準據法에 관한 헤이그協約」 등이 있다.

라서 대부분 국가의 國際私法에서는 準據法 決定에 관한 主觀主義를 채택하여 당사자의 準據法에 대한 合意를 인정하고 있다.

나. 根據

국제상거래를 위한 國際契約의 準據法決定에 있어서의 當事者 自治原則을 인정하는 根據는 다음과 같다. 첫째, 契約當事者의 豫測可能性을 충족시킬 수가 있다는 점이다. 즉, 계약당사자가 선택한 법을 적용한다는 것은 계약당사자의 정당한 기대를 보호한다고 하는 法目的(契約法の 기초에 이러한 目的도 있음)을 달성할 수 있다는 점이다. 둘째, 첫번째와 관련하여 계약당사자가 계약 중에 선택한 법을 법원이 당해계약에 적용하게 되면, 당사자는 안심하고 상거래에 종사할 수 있다. 따라서 當事者 自治原則의 承認은 국제거래의 안전과 원활화에 적합하다고 할 수 있다. 셋째, 國際契約에 있어서 당사자의 의사를 존중하여 당사자가 선택한 법을 法院이 적용하는 것은 民·商法 등 實質法에 있어서의 契約自由의 原則을 國際私法에 반영내지는 투영이라는 점이다. 實質法에 있어서 당사자의 의사가 존중되는 것과 같이 國際私法에 있어서도 적용할 법률에 관한 당사자의 의사는 존중되어야 한다.⁹⁾

다. 制限

그 동안 자본주의가 점차 발전함에 따라서 자유주의경제의 결함이 심각하게 나타나고 있었다. 즉, 富의 편재나 기업의 집중현상 등이 나타나고, 이들로 인한 사회의 황폐화 및 경제의 정체현상이 나타나기 시작했다. 따라서 대부분의 국가들은 사회·경제의 질서유지와 비전, 거래의 보호, 경제적 약자의 보호 등의 관점에서부터 勞動法, 不動產關係法, 消費者保護法 등의 여러 분야에 強行法規를 제정하여 정도의 차이는 있지만 국내거래에 있어서도 契約自由의 原則을 어느 정도 제한을 가하고 있다.

8) 예를 들어 일본 대외무역기구인 JETRO는 일본인과 거래를 하는 투자자에게 다음과 같은 조항을 계약에 삽입할 것을 권고하고 있다. "Arbitration: All disputes, controversies, or differences which may arise between Seller and Buyer, out of or in relation to or in connection with this Contract, or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Osaka, Japan in accordance with the Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association. The Award rendered by the arbitrator(s) shall be final and binding upon both parties. Governing Law: This Contract shall be governed in all respects by the laws of Japan."

9) 松岡博, 「國際取引と國際私法」, 晃洋書房, 1993, p. 171.

이와 같이 實質法分野에 있어서의 契約自由의 原則이 어느 정도 수정되어 强行法規가 많이 제정되면, 實質法上的 契約自由 原則을 배경으로 성립된 國際私法上的 當事者 自治原則도 필연적으로 수정되어 제한을 받을 수 밖에 없다. 그러므로 國際契約의 準據法 決定原則을 정함에 있어서 고려되어야 할 요소에는 당사자의 豫測可能性이나 法的 安定性 確保 뿐 만 아니라 계약 및 당사자와 실질적 관련을 가지는 國家나 訴訟地 國家의 利益, 예를 들어 消費者나 勞動者 등과 같은 弱者를 보호함으로 생기는 利益이나 관련 국가의 經濟規制立法의 法目的 등도 있다. 따라서 대부분 국가들의 國際私法上 國際契約에 있어서 당사자에 의한 법선택을 원칙적으로 인정하지만, 다음과 같은 다양한 制限論이 주장되고 있다.

첫째, 계약이나 당사자와 실질적인 관계를 가지는 국가의 强行法規의 適用을 의도적으로 回避하는 것을 막기 위하여 當事者 自治原則의 인정에 대한 量的制限論¹⁰⁾이 주장되고 있다. 이 주장은 당사자에 의한 법선택을 인정하지만, 그러한 법선택은 계약이나 당사자와 어떠한 실질적 관련을 가지는 국가의 법으로 한정해야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 量的制限論은 결국 계약이나 당사자와 실질적인 관계를 가지는 국가의 强行法規의 適用을 회피하려는 당사자의 의도를 저지하기 위한 것이다.¹¹⁾

그러나 量的制限論은 다음과 같은 점에 있어서 그 타당성이 결여되어 있다고 할 수 있다. 어떠한 國際契約에 있어서는 상황에 따라서 계약이나 당사자에 어떠한 실질적 관계도 가지지 않는 國家法の 適用을 인정해야 할 상당한 根據가 있을 수 있기 때문이다. 예를 들어 독일회사와 프랑스회사간의 계약에서 양 당사자가 중립적이며 공평한 법으로서 거래나 당사자와 어떠한 관계도 가지지 않는 스위스법의 적용을 합의하는 경우, 또는 해상보험 등의 분야에 있어서 英國法이 상세하고도 고도로 발달한 規定을 가지고 있기 때문에 또는 계약당사자가 잘 알고 있는 법이라는 이유로 영국과 어떠한 관계도 없는 계약에 英國法을 선택하는 것이 합리적일 수도 있기 때문이다.¹²⁾ 當事者 自治原則에 대한

10) 예를들어 과거의 폴란드의 國際私法 제 7 조에는 당사자에 의한 準據法 選擇의 범위를 당사자의 本國法, 住所地法, 締結地法, 履行地法 또는 目的物 所在地法으로 한정하고 있었다. 그리고 현행 폴란드 國際私法 제 25 조 1 항에서도 당사자나 계약과 어떠한 관계를 가지는 국가의 법으로 당사자의 선택을 제한하고 있다.

11) 松岡博, 「앞의 책」, p. 173.

12) 松岡博, 「위의 책」, p. 173.

양적제한을 가하는 대표적인 國際私法으로 미국의 저축법 리스테이트먼트(Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws)와 통일상법전(Uiniform Commercial Code; UCC)이 있다.

둘째, 當事者 自治原則에 대한 양적제한을 두지는 않지만, 계약의 성립이나 효력과 밀접한 관련을 가지는 국가(제3국)나 訴訟地의 公法에 의한 제한을 두어야 한다는 「公法理論」이 있다. 오늘날 대부분의 국가들은 勞動契約, 消費者契約, 獨寡占行爲, 不動産契約, 外國換去來 등의 많은 분야에서 公法的 規範을 제정하여 개인의 경제활동에 개입하고 있다. 따라서 公法理論에 따르면 이러한 분야의 國際契約에서는 準據法 決定에 관한 當事者 自治原則을 허용해서는 않된다는 것이다. 실제적으로 많은 국가들의 國際私法에서는 當事者 自治原則을 인정하면서도 公法理論에 의한 제한을 가하고 있는 실정이다.

셋째, 당사자는 訴訟地 國家의 公序良俗에 반하는 내용의 外國法을 準據法으로 지정할 수 없다는 「公序論」에 의한 制限論이다. 어떠한 國際契約에서 당사자들의 합의에 의하여 선택되어 있는 準據法이 外國法인 경우, 訴訟地의 法院은 그 나라의 涉外私法 規定에 따라서 당사자에 의한 準據法 選擇을 인정하지만, 만약 그 外國法の 어떠한 내용이 그 나라의 公序良俗에 위배되는 경우에는 그러한 내용은 적용하지 않는다.

그러나 公序論에 의한 當事者 自治原則의 제한에도 문제점이 제기될 수가 있다. 예를 들어 국제노동계약에 있어서 주요한 문제인 解雇에 대하여 강행적으로 적용되어야 될 法規는 訴訟地의 強行法規가 아니라 오히려 勞動供給地의 法規이어야 한다는 의문이다.¹³⁾

넷째, 「強行法規의 特別連結理論」이다. 이 이론은 계약당사자에 의하여 선택된 법질서의 強行法規도 아니고, 또한 訴訟地의 強行法規도 아닌 계약과 실질적인 관계를 가지는 제3국의 強行法規의 적용을 특별한 연결을 통하여 확보하려는 것이다. 여기서 제3국의 強行法規라는 말은 당사자에 의하여 선택된 契約準據法 所屬國도 아니고 訴訟地 國家도 아니라는 의미에서의 제3국의 強行法規이다. 이러한 제3국의 強行法規가 當事者 自治原則의 제한으로서 적용되어야 하는 이유는 계약과 가장 실질적인 관계를 가지는 국가이면서도 當事者 自治原則의 인정으로 그러한 국가의 強行法規適用을 회피하려는 당사자들

13) 山本敬三, 「國際契約と強行法規」, 「現代契約法大系」, 第8卷 國際取引契約(1), 有斐閣, 1983, p. 124.

의 의도를 저지할 필요가 있기 때문이다. 그리고 當事者 自治原則에 대한 제한으로서 訴訟地의 強行法規는 그 자체가 契約準據法이나 아니냐에 관계 없이 公法理論이나 公序論에 의하여 적용될 수 있다. 이 理論의 目的은 계약과 실질적인 관계를 가지는 제 3 국의 強行法規를 어떠한 경우에 당사자가 선택한 法(契約準據法)의 적용을 배제하고 특별히 연결시켜서 적용시킬 수 있는가 이다.

일반적으로 強行法規의 特別連結理論에서는 제 3 국의 強行法規의 적용요건은 다음과 같다. 첫째로 당해국의 強行法規가 스스로 그 적용을 원할 것, 둘째로 계약이 強行法規의 所屬國과 충분히 밀접한 관계가 있을 것, 셋째로 訴訟地의 公序가 그 외국(제 3 국)의 強行法規의 적용을 배제하지 않을 것이 요구된다.¹⁴⁾ 이러한 「強行法規의 特別連結理論」은 1980 년의 EU의 「契約債務의 準據法에 관한 條約」[EU Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980)] 제 6 조,¹⁵⁾ 헤이그 國際私法會議의 1980 년의 “어떤 種類의 消費者賣買의 準據法에 관한 條約” 결의 제 6 조, 1945 년의 “國際通貨基金協정” 제 8 조 2 항(b)¹⁶⁾ 등에 實定法的으로 國際條約에 채용되고 있다. 그리고 국제적으로 이 이론에 의한 當事者 自治原則에 대한 제한이 점차로 널리 인정될 것으로 예상된다.

(2) 주요국의 國際私法에 있어서 당사자에 의한 법선택의 承認과 制限

準據法에 관한 國際協約이나 대부분의 국가의 國際私法에서 當事者 自治原則이 인정되고 있다. 이러한 국가들의 國際私法에 의하면 당사자에 의하여 선택된 법이 당해 계약의 準據法으로서 적용될 것이다. 그런데 당사자에 의한 법선택이 인정되기 위하여는 당사자에 의한 準據法의 지정이 유효한 것이 되어야

14) 山本敬三, 「國際去來法」, 學陽書房, p. 66.

15) 제 6 조 제 1 항 “제 3 조의 규정에도 불구하고, 個別勞動契約에서 당사자에 의한 법선택이 법선택이 없는 경우에 제 2 항에 의거하여 적용되어질 법의 強行法規에 의하여 勞動者에게 부여된 보호를 빼앗는 결과를 가져올 수는 없다.” 제 2 항 “제 4 조의 규정에도 불구하고, 제 3 조의 규정에 따라서 당사자에 의한 법선택이 없는 勞動契約은 (a) 비록 다른 국가에 임시적으로 고용되어 있을 지라도, 勞動者가 勞動契約에 따라서 상시적으로 노무를 제공하는 국가의 법, 또는 (b) 勞動者가 어느 한 국가에서 노무를 제공하지 않는 경우, 그가 고용되어 있는 사업소의 소재지 국의 법에 의하여 규율된다. 단, 모든 사항을 고려하여, 계약이 다른 국가와 보다 밀접한 관계를 가지는 것으로 나타나는 경우, 계약은 그러한 국가의 법에 의하여 규율된다.”라고 규정하고 있다.

16) 제 8 조 2 항(b)에 “가맹국통화에 관한 외국환거래계약에서 이 협정에 합치되어 존속되고 있고, 또한 설정되어진 가맹국의 외국환관리에 관한 규제에 위반하는 것은 어떠한 가맹국의 영역에서도 강제력을 가지지 못한다”라고 규정하고 있다.

한다. 만약 당사자의 법선택이 錯誤, 強迫, 詐欺 등의 부당한 수단에 의하여 이루어졌을 때에는 당사자의 진정한 의사에 의한 準據法 選擇이 있었다고 볼 수 없다. 따라서 당사자에 의한 법선택이 있는 경우에도 그러한 법선택이 유효한 경우에만 當事者 自治原則에 의하여 선택된 법이 당해 계약에 적용될 것이다.

그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 當事者 自治原則에 의하여 당사자가 선택한 법이 당해 계약의 準據法으로 무조건적으로 적용되는 것은 아니고, 계약이나 당사자와의 일정한 관계를 요구하거나 強行法規에 의한 制限을 가하고 있다. 따라서 주요국의 國際私法 상 當事者 自治原則의 승인과 제한에 대하여 살펴보고자 한다.

가. 우리나라

우리나라의 國際私法인 涉外私法 제9조에는 “法律行爲의 成立 및 效力에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 法을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 行爲地法에 의한다.”라고 규정하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 우리나라의 國際私法에서도 원칙적으로 當事者 自治原則을 인정하고 있다. 그리고 후반부에 “당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 行爲地法에 의한다”라고 규정하고 있다. 따라서 당사자의 의사가 명시적으로 분명한 경우에는 當事者 自治原則에 따라 당사자가 정한 법이 準據法이 되는데, 문제는 당사자의 의사가 분명하지 아니한 경우이다. 즉, 당사자의 의사가 불분명한 경우에 行爲地法에 따른다고 규정하고 있으나, 당사자의 의사가 불분명하다고 하여 바로 行爲地法을 적용하는가 이다. 이 점에 대하여 학설적으로나 판례적으로 당사자의 의사표시는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것도 인정되고 있다.

그리고 우리나라의 경우에도 우리나라의 強行法規나 公序에 의한 當事者 自治原則을 제한하고 있다. 특히 우리나라 涉外私法 제5조에는 “外國法에 의하여야 할 경우에 있어서 그 규정이 선량한 風俗 기타 社會秩序에 위반하는 사항을 내용으로 하는 것인 때에는 이를 적용하지 않는다.”라고 규정하고 있다. 따라서 만약 당사자가 선택한 準據法의 내용이 우리나라의 사법적 사회생활을 침해할 염려가 있는 경우에는 그 법을 적용하지 않음을 분명히 하고 있다.

17) 제9조에서 말하는 法律行爲란 債權的 法律行爲를 말하며, 身分的 法律行爲에 대하여는 涉外私法 제16조 이하에 규정하고 있다.

나. 일본

일본의 國際私法¹⁸⁾인 「法例」 제 7 조 1 항에 “法律行爲¹⁹⁾의 成立 및 效力에 대하여는 당사자의 의사에 따라서 그 어떠한 나라의 法律에 의할 것인가를 정한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 일본의 國際私法에서도 當事者 自治原則을 원칙적으로 인정하고 있다. 그리고 동조 2 항에 “당사자의 의사가 분명하지 않을 때에는 行爲地法에 따른다.”라고 규정하고 있다. 그런데 일본에서도 우리나라와 마찬가지로 準據法 選擇에 관한 당사자들의 의사표시는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것도 인정되고 있다.

일본도 强行法規에 의한 當事者 自治原則을 제한하고 있다. 그런데 일본의 國際私법인 法例 제 7 조 當事者 自治原則을 인정하고 있는 규정은 100 여년 전에 처음 제정된 후 지금까지 수정되지 않았다. 따라서 이러한 當事者 自治原則에 대한 제한은 判例法에 위임하게 되었다. 그런데 일본에서 當事者 自治原則의 제한에 대한 判例法の 흐름을 파악하는 것은 곤란하고, 단지 확인할 수 있는 것은 法廷地法인 日本法の 强行法規를 어떠한 형태로든 적용하려고 하는 경향이다. 이러한 경향은 일본의 傳統的인 國際私法理論을 범주를 벗어난 것이라고 말할 수 있다. 그러나 强行法規適用의 根據는 명확하지가 않다. 일본의 判例 중에는 屬地的 適用이라고 하는 용어를 사용하고 있는 것으로 보아서 公法理論을 택하고 있다고 해석될 수 있는 判例도 보여지고 있다. 즉, 強行법화 되어진 영역을 公法的 色彩를 가진 것으로 하여 國際私法의 대상 외로 하고 있다. 또한 强行法規의 特別連結理論을 취하고 있는 것²⁰⁾으로 해석될 수 있는 判例도 있다.²¹⁾

다. 중국

중국은 1979 년 대외개방정책으로 전환한 이 후 국제무역을 비롯한 국제경제관계가 급속도로 발전하였다. 이러한 상황 하에 그 필요성에 따라서 제정된 國際私法²²⁾으로서 현재 涉外經濟契約法과 中華人民共和國民法通則 第 8 章 「涉

18) 일본의 國際私法에는 明治 31 年에 제정된 「法例」 등이 있으나, 이러한 制定法은 빈약하고 또한 시대에 뒤떨어져 있기 때문에 學說法の 비중이 높다고 할 수 있다.

19) 여기서 말하는 법률행위는 채권적 법률행위만을 의미한다.

20) 동경 지방재판 1965 년 4 월 26 일 결정.

21) 山本敬三, 「앞의 책」, p. 67.

22) 중국은 현재 國際私法으로 1985 년 3 월 21 일 제 6 회 全國人民代表大會 상무위원회 제 10 차 회의에서 성립한 「涉外經濟契約法」, 1986 년 4 월 12 일 제 6 회 전국인

外民事關係의 法律 適用」을 가지고 있다.

涉外經濟契約法은 그 제정과정에서 當事者 自治原則의 인정여부에 대하여 많은 찬반의 논의가 있었다. 즉, 정치적 입장을 고려하여 當事者 自治原則을 인정해서는 않된다는 주장과 문제의 법적성격에 창안하고, 또한 세계적 조류에 부응하여 인정해야 된다는 주장이 대립하였으나, 當事者 自治原則이 세계 각국에서 넓게 인정되고 있다는 현실을 감안하여 當事者 自治原則을 인정하는 것으로 입법되었다.

涉外經濟契約法 제5조에 “계약당사자는 계약분쟁을 해결할 기준으로 적용할 法律을 선택할 수가 있다. 당사자간에 법선택이 없는 경우에는 최고로 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 中華人民共和國 民法通則 제8장 제145조(涉外民事關係의 法律 適用)에도 涉外經濟契約法 제5조와 동일한 규정을 두고 있다.

이와 같이 중국의 國際私法에서 當事者 自治原則을 인정하고 있는데, 문제는 準據法 選擇에 관한 당사자의 의사표시가 명시적이지 아니한 경우에 묵시적 의사를 탐구하여 準據法을 결정하여야 하는가가 문제이다. 중국의 경우 默示的 意思探究에 대하여는 지금까지 부정적인 견해가 유력하다. 最高人民法院의 견해에 따르면 당사자의 의사는 명시적이어야 한다. 最高人民法院 「涉外經濟契約法을 적용하는 약간의 문제에 관한 解答」²³⁾ 제2조(2)항에는 “당사자의 법선택은 계약당사자 쌍방의 합의를 통하여, 명시적인 것이어야 한다”라고 규정하고 있다.²⁴⁾

그런데 當事者 自治原則의 制限과 관련하여 중국의 涉外經濟契約法 草案에

민대표대회 제4차 회의에서 성립한 「中華人民共和國民法通則」第8章 「涉外民事關係의 法律 適用」을 가지고 있다. 양자는 그 적용범위에 있어서 상이하지만, 섭외계약에 관한 규정내용은 완전히 일치하고 있다. 그리고 섭외경제계약법의 적용범위는 국제운송계약을 제외한 중국과 외국간의 경제교류목적의 거래계약관계를 대상으로 하는 특별법이라고 할 수 있다.

23) 最高人民法院 「關於適用涉外經濟合同法若干問題的解答」(1989. 10. 19) 最高人民法院의 解答의 性質에 대하여는 法源組織法 제33조 「最高人民法院은 재판과정에서 法律, 法規를 구체적으로 어떻게 적용할 것인가에 대하여 解釋을 제시할 수가 있다」라고 규정하고 있다. 여기서 「解釋」이라는 것은 구체적인 케이스에 있어서의 해석을 포함하는데, 그리고 下級審法院에 있어서의 재판에 대한 일반 보충적인 지도성을 가지는 「文件」도 포함한다. 이것은 원칙을 구체화하고, 입법부족을 보충하는 역할을 하는데, 성질은 유권해석이며 실제입법적 작용을 가지고 있다(李 旺, “中國における涉外契約の準據法について(上)”, 「國際商事法務」, Vol. 21, No. 3, 國際商事法務研究所會, 1993, p. 308.

24) 李 旺, “위의 논문(上)”, p. 306.

서 當事者 自治原則의 인정을 “계약과 확실한 관련을 가지는 국가의 법”으로 한정하였으나, 現行法에서는 성립과정에서 이러한 文言을 삭제하였다. 따라서 현재의 涉外經濟契約法에서는 當事者 自治原則에 대한 量的制限規定은 없다. 그러나 여전히 많은 학자들은 이러한 양적제한을 주장하고 있는 실정이다.

그러나 중국도 當事者 自治原則을 強行法規에 의하여 制限하고 있다. 즉, 중국과 관련이 있는 계약에 대하여 중국의 強行規定은 당사자의 법선택과 관계없이 적용된다. 그리고 계약과 밀접한 관련을 가지는 外國의 強行規定은 원칙적으로 내국의 強行規定과 마찬가지로 法院이 구체적인 상황을 감안하여 公正審理의 原則에 따라서 당사자의 법선택과 관계없이 적용할 것인가를 결정한다.²⁵⁾

그리고 중국에 있어서 또 다른 當事者 自治原則의 예외로는 특별법 분야의 계약에 대한 중국법 적용원칙이다. 즉, 당사자간에 유효한 법선택이 있더라도 당사자가 선택한 법을 準據法으로 하지 않고, 또한 당사자간에 유효한 법선택이 없는 경우에 계약에 최고로 밀접한 관련을 가지는 국가법의 적용원칙에 따르지 않고, 中國法을 적용한다는 점이다. 涉外經濟契約法 제 5조 2항에는 중국 국내에서 이행되어질 合併企業契約, 合作企業契約, 天然資源共同探査開發契約에 대하여는 중국의 법률을 적용한다고 규정하고 있다. 그리고 涉外經濟契約法 제 2조의 규정에는 국제운송계약에는 이 법이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

라. 유럽 공동체

유럽 공동체는 법률통일화의 한 성과로서 1980년 「契約上 債權關係의 準據法에 관한 유럽 공동체 協約」[EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations(Rome 1980)]²⁶⁾(일명 「로마 협약,이라고도 함)을 체결하였으며, 그 후 이 협약은 1991년 4월 1일부 효력이 발생하였다. 계약상 채무²⁷⁾에 적용되는 이 협약에 의하여 유럽 공동체의 國際私法規範이 어느 정도 통일되었다고 할 수 있다.

유럽 공동체의 「契約上 債權關係의 準據法에 관한 유럽 공동체 協約」 제 3조 1

25) 李 旺, “위의 논문(上)”, p. 306.

26) 이 협약은 1991년 4월 1일부터 영국, 독일, 프랑스, 벨기에, 덴마크, 이탈리아, 룩셈부르크 7개국간에 발효되었다.

27) 계약상 채무에는 물권과 지적재산권의 문제는 포함되지 않는다. 그리고 이 협약은 일부 특정계약에 대하여 특적을 두는 한편, 제 1조 제 2항 내지 제 4항에서 협약의 적용범위에서 제외되는 유형의 계약 또는 논점들을 열거하고 있다(石 光現, “契約上 債權關係의 準據法에 관한 유럽공동체 協約(上)”, 法曹, 통권 450, 1994. 3, p. 57~62 참조).

항에 “계약은 당사자들이 선택한 법에 의하여 규율된다. 그러한 선택은 반드시 계약의 條件이나 事案의 제사정에 의하여 명시되거나 合理的인 確實性(reasonable certainty)을 가지고 표시되어야 한다. 당사자들은 법선택에 의하여 계약의 전부 또는 오직 일부에 적용할 법을 선택할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

우선 유럽 공동체협약은 대부분 회원국의 國際私法에서 인정되어 오고 있는 當事者 自治原則을 인정하고 있다. 그리고 그러한 당사자들의 법선택은 계약의 條件이나 事案의 諸事情에 의하여 명시적일 수도 묵시적일 수도 있는데, 단, 묵시적인 경우에는 계약의 條件이나 事案의 諸事情에 의하여 “合理的인 確實性”(reasonable certainty)을 가지고 표시되어야 한다고 규정하고 있다. 따라서 당사자들에 의한 명시적인 準據法의 選擇이 있는 경우에는 문제가 되지 않는 데, 어떠한 경우에 당사자들의 법선택이 계약의 條件이나 事案의 諸事情에 의하여 “合理的인 確實性”을 가지고 표시되어 있다고 할 수 있는가이다. 예를 들어 계약이 特定國家의 法律에 의하여 규율되는 標準契約書를 사용하고 있는 경우 또는 特定國家의 法院을 管轄法院으로 합의한 경우 또는 特定國家를 仲裁地로 합의하고 있는 경우에는 이러한 당해 “契約의 條件”(the terms of the contract)으로부터, 그리고 관련된 거래에서 당사자들이 명시적으로 準據法을 지정하고 있는 경우에는 “事案의 諸事情(the circumstances of the case)”으로부터 당사들의 默示的인 準據法의 지정을 끌어낼 수 있는 예라고 할 수 있다. 그리고 묵시적 선택을 가능하게 하는 요소들이 서로 상이한 準據法을 지정하고 있는 경우에는 默示的인 準據法의 선택에 合理的인 確實性이 있다고 할 수 없으므로 당사자들의 準據法 選擇이 없는 경우로서 취급하여야 한다.²⁸⁾

그리고 로마 협약 상의 準據法 選擇은 強行法規나 公序에 의하여 일반적으로 제한된다. 우선 제3조 3항에 “외국법원을 管轄法院으로 선택했으나 아니 했느냐에 관계 없이, 당사자들이 외국법을 準據法으로 選擇한 경우, 이러한 사실이 準據法 選擇 당시에 사안에 관련된 모든 다른 요소들이 어느 한 국가에만 오직 관련되어 있는 경우, 계약에 의하여 배제될 수 없는 그러한 국가의 법규(이하에서는 ‘強行法規’라고 부른다.)의 적용을 방해하지 않는다.”라고 규정하고 있다.

이 규정에 따르면, 어떠한 계약에서 당사자들이 準據法으로 선택한 법이 外

28) 石光現, “위의 논문(上)”, p. 67.

國法人 경우, 當事者 自治原則에 따라서 그러한 法이 準據法으로 인정되지만, 만약 準據法을 선택할 당시에 그러한 당사자들에 의한 準據法 選擇外의 事案의 모든 요소들이 다른 어느 한 국가에만 관련되는 경우, 그 국가의 強行法規가 당사자들이 선택한 準據法에 우선하여 적용된다는 의미이고, 또한 이러한 원칙은 당사자들이 外國法院을 管轄法院으로 선택하고 있느냐 아니냐의 문제와는 관계 없이 단지 外國法을 準據法으로 선택한 경우의 문제이다. 따라서 이 규정에 의한 當事者 自治原則의 制限은 계약과 가장 밀접한 관계를 가지는 國家法の 適用을 회피하려는 당사자들의 의도를 저지하기 위한 것이다. 그리고 로마 협약의 특징 중의 하나로 협약 제 5 조와 제 6 조에는 國際私法의 차원에서 社會經濟的 弱者를 보호할 목적으로 각각 어떤 消費者契約(Certain consumer contracts)과 個別的 勞動契約(Individual employment contracts)에 대하여 특별규정을 두어 當事者 自治原則을 제한하고 있다는 점이다.

그리고 로마 협약 제 7 조에는 제 3 국의 強行法規, 訴訟地의 強行法規의 적용에 의하여 當事者 自治原則이 제한됨을 규정하고 있다. 제 1 항에 따르면 法院은 準據法을 적용함에 있어 事案과 밀접한 관련을 가지는 다른 國家(準據法 所屬國家 또는 訴訟地가 아닌 第3國)의 強行法規에 대하여 그것이 당해 국가법상 계약의 準據法에 관계 없이 적용되는 것인 경우, 효력을 부여할 수 있다.²⁹⁾ 그리고 제 2 항에는 소송지의 強行法規는 協約에 따라 결정되는 準據法에 관계없이 적용됨을 명시하고 있다. 그리고 협약 제 16 조에 협약에 의하여 결정된 準據法은 訴訟地의 공서의 원칙에 의하여 그 적용이 배제될 수 있음을 규정하고 있다. 公序의 原則에 따라 외국법의 적용이 배제되는 것은 準據法인 外國法 그 자체가 아니라 外國法을 事案에 적용한 결과가 法廷地의 公序에 반하고 나아가 그 결과가 명백히 法廷地의 公序에 반하는 경우에 한한다.³⁰⁾

마. 미국

미국의 國際私法³¹⁾에 관한 학설인 1971 년의 抵觸法的 리스테인먼트

29) 石光現, “위의 논문(下)”, 法曹, 통권 451, 1994. 4, p. 69.

30) 石光現, “위의 논문(上)”, p. 91.

31) 미국은 모든 주가 자기의 抵觸法(國際私法)을 가지고 있다. 그리고 통일상법전(Uniform Commercial Code)에도 抵觸法的 規定이 있으며, 또한 저촉법 리스테인먼트(Restatement)가 있다. 미국의 저촉법의 법원은 제정법이 부족하고, 대부분 판례법이다. 리스테인먼트는 학설이기 때문에 그 권위에 의하여 재판소를 지도하는데, 반면에 UCC는 그것을 채용하고 있는 주의 법률이기 때문에 재판소를 구속한다. 따라서 UCC의 규정과 리스테인먼트의 규정이 모순될 때에는 UCC의 규

(Restatement for the Law,³²⁾ second, Conflict of Laws) 제 187 조에는 다음과 같이 규정하고 있다. (1) 당사자의 계약상 權利와 義務를 규율하기 위하여 당사자에 의하여 선택되어진 州(國家)의 法은 문제의 爭點이 그 爭點에 관하여 당사자가 합의한 明示의 條項에 의하여 당사자가 약정해 놓은 경우에는 적용된다. 단, 다음의 경우에는 그렇지 않다. (a) 선택된 州(國家)가 당사자나 거래에 실질적인 관계를 가지지 않고, 또한 당사자의 선택에 기타의 상당한 根據가 없을 때, (b) 선택된 州(國家)法の 適用이, 문제의 爭點의 결정에 대하여 선택된 州(國家) 보다도 현저히 많은 利害關係를 가지는 州(國家)가 있고, 또한 제 188 조 규정에 따라 당사자에 의한 유효한 법선택이 없는 경우에 準據法州(國家)로 되는 州(國家)의 基本的 法目的에 반할 때, (3) 반대의 意思表示가 없는 한, 準據法の 選擇은 선택되어진 州(國家)의 地域法에 대하여 이루어진 것으로 한다. 그리고 UCC에서도 準據法에 관한 당사자간의 합의가 있는 경우, 그러한 합의에 의하여 선택된 법이 거래와 “合理的인 關係 또는 相當의 關係”(reasonable relations)가 있으면, 어떠한 州나 國家의 法도 準據法으로 인정된다고 규정하고 있다.³³⁾

따라서 리스테인트먼트나 통일상법전(UCC)에서는 契約準據法을 당사자가 선택한 경우, 그러한 법이 契約準據法으로 인정되기 위하여는 準據法 所屬州(國家)가 당사자나 계약과 實質的인 關係(significant relationship)가 있을 것을 요구하고 있다. 이것은 원칙적으로 當事者 自治原則을 인정하고 있으나, 소위 量的制限을 하고 있다. 즉, 리스테인트먼트 187 조 2 항에 (1) 實質的 關係(substantial relationship)나 선택에 있어서의 合理的 根據(reasonable basis)가 없

정이 우선 적용된다(早川武夫, “契約準據法と解釋準據法(2)”, 國際商事法務 Vol. 19, No. 11, 國際商事法研究所, 1991, p. 1493). 그런데 미국의 國際私法은 아직도 유동하고 있으며, 리스테인트먼트 2d는 방향을 가리키고는 있으나 현존하는 판례법을 요약한 것이나 잘 묘사한 것은 결코 아니다. 그러므로 리스테인트먼트에 채택된 새로운 테스트와 함께 미국의 특정주에서 적용되어진 國際私法이론을 예의 주시하는 것이 항상 중요하다. 대체로 말하면 뉴욕, 캘리포니아 등의 많은 주는 國際私法에 관한 현대이론을 과감히 도입하고 있음에 반하여 중부의 소수의 주들은 아직도 전통적 이론을 고수하고 있다고 할 수 있다.

32) 미국은 영국의 普通法(common law)를 계수했으나 각 주가 독립의 法域을 이루고, 法律內容도 매우 복잡화했으므로 美國法律協會(American Law Institute)의 주업무로서 美國法の 각 분야를 간단한 條文形式으로 체계적으로 再表現하려고 한 것인데, 주로 現行法중의 유력하고 타당한 것을 채용하고, 얼마간의 實錄적 견지에서 수정을 가한 것이다. 현재 契約, 不法行爲, 信託 등의 10개 분야가 완성되어 간행되었다.

33) UCC § 1-105 (1) 전반부.

는 경우, (2) 당사자가 선택한 準據法の 적용이 당사자의 법선택이 없거나, 있더라도 유효하게 인정되지 않는 경우에 당해 계약에 적용되어야 될 法の 所屬州(國家)의 基本的인 政策(法目的)에 반하는 경우는 당사자의 법선택이 인정되지 않는다고 선언하고 있다. 다시 말하면, 準據法으로 선택된 法の 所屬州(國家)보다도 실질적으로 보다 더 利害關係(materially greater interest)를 가지는 州(國家)나 처음부터 당사자에 의한 準據法 選擇이 없는 경우에 제 188 조의 규정에 의하여 법원이 準據法으로 지정한 法の 所屬國의 基本定策(fundamental policy)에 반하는 경우는 當事者 自治原則이 법원에 의하여 존중되지 않는다는 것이다. 여기서 基本政策에 위반된다는 것은 公共政策(成文法인 경우는 強行法規)의 위반을 말한다. 그런데 리스테이트먼트에 당사자의 법선택이 없거나 선택되어 있으나 유효하지 못한 경우에 지정되는 準據法 所屬國의 基本的인 法目的이 어떠한 경우에 존재한다고 볼 수 있는가에 대하여는 상세하게 기술하고 있지 않다.

그리고 UCC에서의 “合理的인 關係 또는 相當한 關係”(reasonable relation)에 대한 공식적 코멘트는 *Seeman v. Phila Warehouse (1927)* 사건에서 聯邦 最高法院이 근거한 기준과 동일한 데, 이 사건의 판결에서 “自然的 그리고 重要的 關係”(natural and vital connection)가 있을 것, 그리고 “성실히”(good faith) 선택되었을 것을 요구하고 있다. 이것은 실제로 리스테이트먼트(Restatement)의 “實質的 關係”(substantial relationship or significant relationship)와 같은 의미로 해석되고 있다. 이와 같이 당사자간의 準據法合意가 있는 경우의 UCC의 규정은 리스테이트먼트와 같은 요건이다. 따라서 미국에 있어서 準據法條項은 法院이 법선택에 있어서 고려해야 할 하나의 요인에 지나지 않는다는 입장이다.³⁴⁾

(3) 當事者の 準據法 選擇時期

國際契約에서 당사자들에 의한 準據法の 選擇이 있는 경우, 이러한 準據法の 選擇은 계약체결시에 다른 계약내용과 함께 이루어진다. 그러나 계약체결시 당사자에 의한 準據法選擇이 없을 지라도 분쟁이 발생한 후에 그러한 분쟁의 해결기준으로서 사후적으로 準據法을 선택하려고 할 수도 있다. 또한 계약체결

34) 北川武夫, “앞의 논문 (2)”, p. 1493.

시에 선택되어진 準據法의 내용이 당사자가 의도한 효과를 발생시킬 수 없다는 것이 후에 판명되거나, 準據法選擇의 有效性에 대한 의문이 발생하는 경우 등의 사정에 의하여 사후적으로 準據法을 변경할 필요가 발생할 수도 있다. 따라서 準據法의 選擇時期가 문제가 된다. 準據法選擇時期에 관한 問題는 契約締結時 準據法의 선택이 없었던 경우에 언제까지 당사자가 準據法을 변경할 수 있는가 등의 문제이다.

일반적으로 당사자에 의한 準據法의 選擇時期는 계약체결시점이나 계약체결 후 공판전까지는 가능한 것으로 되어 있다. 準據法 選擇時期에 대한 명시적 규정이 있는 國際私法으로는 EU의 로마 협약이다. 동 협약 제3조 2항에서는 계약체결후의 사후적 準據法의 選擇이나 準據法의 變更을 인정하고 있다. 그리고 계약체결후에 準據法을 변경하는 경우, 이는 계약의 방식과 제3자의 권리에는 영향을 미치지 아니하는 것으로 규정하고 있다.

그리고 중국의 最高人民法院의 解答 제2조 (4)항에 당사자에 의한 準據法의 指定時點에 대하여 “계약체결당시 또는 분쟁발생 후, 계약에 準據法이 指定되어 있지 않은 때에는 人民法院이 사건수리 후, 그리고 공판 전에 당사자에게 準據法을 選定시키지 않으면 안된다. 당사자가 자유의사에 의한 합의로 선택할 수 없을 때에는 人民法院이 최고로 밀접한 관련을 가지는 곳의 法이라는 原則에 기초하여 準據法으로 정하지 않으면 안된다.”라고 규정하고 있다. 따라서 人民法院은 사후에 있어서의 準據法 選擇을 訴訟 公判開始前까지로 제한하고 있다고 할 수 있다.³⁵⁾

2. 당사자에 의한 유효한 법선택이 없는 경우

(1) 國際私法에 의거한 法院에 의한 準據法의 指定

準據法 決定에 있어서 또 다른 중요한 문제의 하나는 당사자에 의한 유효한 準據法의 選擇이 없는 경우에 어떠한 방법으로 準據法을 결정하느냐의 문제이다. 이러한 경우에는 訴訟地의 國際私法과 法院의 판단에 위임하고 있다. 일반적으로 國際契約에 있어서 準據法에 관한 당사자의 의사가 불분명한 경우, 여

35) 李 旺, “위의 논문(下)”, 「國際商事法務」, Vol. 21, No. 3, 國際商事法研究所, 1993, p. 306~307.

러 가지 연결요소를 매개로 하여 당해 계약과 최고로 실질적인 관계를 가지는 곳의 법이 準據法이 된다.

법원에 의한 準據法의 選定에 있어서 고려해야 될 사항으로 계약당사자의 主營業所在地, 履行地, 契約目的物所在地, 契約의 交渉地 또는 締結地, 어떠한 法體系에 기초한 標準契約書나 一般條件協定書를 사용한 경우, 당사자에 의한 仲裁地의 選定, 계약에 사용되어진 言語 등이 있다.³⁶⁾ 이러한 연결요소를 매개로 하여 準據法을 결정하는 주요한 理論을 살펴보면 다음과 같다.

가. 行爲地法主義

行爲地法主義는 계약의 行爲地法을 國際契約의 準據法으로 한다는 原則이다. 契約行爲地는 계약과 최고로 실질적인 관계를 가지는 법의 결정에 있어서 고려되어야 할 중요한 요소의 하나이다. 우리나라와 일본의 國際私法에서도 당사자에 의한 明示의 또는 默示的 準據法 選擇이 없는 경우에 行爲地法을 적용한다고 규정하고 있다. 그런데 國際契約에서 行爲地를 어디로 보느냐가 문제이다. 우리나라나 일본법에서는 意思表示를 통지한 곳을 行爲地로 보는데 반하여,³⁷⁾ 英美法의 경우에는 契約의 承諾이 완성된 곳을 行爲地로 보고 있다. 英美法에서 계약이 체결되는 行爲地를 결정함에 있어서 請約보다도 承諾이 중요하게 작용한다. 왜냐 하면 承諾은 그 때까지의 협상을 法的 拘束力이 있는 責任으로 전환시키기 때문이다.³⁸⁾

行爲地法主義는 다음과 같은 점에서 비판이 제기되고 있다. 첫째, 서신이나 원격지 통신 등에 의한 意思表示의 경우에 行爲地의 決定이 곤란할 수가 있고, 만약 무리하게 결정하게 되면 당사자에게 부당한 결과를 초래할 수도 있다. 둘째, 國際私法의 理念은 特定 法律關係에 대하여 가장 밀접한 관계에 있는 法秩序를 선택하는 것이기 때문에 계약의 종류, 쟁점의 여하를 문제삼지 아니하고 行爲地法을 적용하는 것은 타당하지 않다. 셋째, 계약의 교섭과정에서 行爲地가 쉽게 바뀔 수 있으므로 불합리하게 될 가능성이 있다.³⁹⁾

36) 小原三佑嘉, “仲裁人による準據法の選定基準”, 『國際商事法務』, Vol. 15, No. 10, 國際商事法研究所, 1987, p. 774.

37) 우리나라 涉外私法 제 11 조 1 항, 일본의 法例 제 9 조 1 항.

38) Geoffrey Whitehead, *Elements of Export Law*, Woodhead-Faulkner, 1983, p. 47.

39) 崔竣璿, 『國際去來法』, 三英社, 1996, p. 85.

나. 履行地法主義

계약의 履行地란 契約履行을 포함하여 일반적으로 債務의 履行이 이루어지는 곳을 말한다. 따라서 履行地法主義란 國際契約의 履行地法을 準據法으로 한다는 원칙이다. 契約履行地는 契約締結地와 다른 장소일지라도 계약과 密接한 關係를 가지는 法の 決定에 있어서 고려되어야 될 중요한 要素이다. 예를 들어 신용장거래에 있어서 取消不能確認 信用狀이 발행되는 경우, 通知銀行이 영업하고 있는 곳이 履行地로서 그 국가의 法이 銀行과 受益者간의 法律問題에 가장 밀접하고 실제적인 關係를 가지는 法이 된다.⁴⁰⁾

다. 最高密接關係理論(most significant relationship approach)

이 이론은 미국의 1971년 리스테이트먼트에서 채택하고 있는 理論으로 訴訟의 각 쟁점별로 이에 가장 밀접한 關係를 가지고 있는 州(國家)法을 적용해야 한다는 주장이다. 이러한 州(國家)의 法이 쟁점과 가장 밀접한 關係를 가지고 있는가를 판단하는 基準에 대하여 미국의 리스테이트먼트 제6조에 규정하고 있다. 즉, 聯邦體制 또는 國際法秩序의 要請, 訴訟地의 관련정책(法目的), 特定問題의 決定에 서는 다른 利害關係가 있는 州(國家)들의 關聯政策(法目的) 및 그들 州(國家)의 상대적 利害關係의 정도, 正當한 기대보호, 特定法分野의 基礎를 구성하는 基本政策(法目的), 結果의 確定性, 豫測可能性 및 統一性, 적용될 法の 決定과 適用의 容易性 등을 고려해야 할 요인으로 규정하고 있다. 그리고 EU의 로마 협약 제4조에서도 당사자에 의한 유효한 법선택이 없는 경우, 당해 계약과 가장 밀접한 關係를 가진 國家의 法이 準據法이 된다고 규정하고 있어 미국의 리스테이트먼트의 規定과 類似하다. 그런데 이 이론은 아래의 默示的 意思探究理論과 매우 유사하다고 할 수 있다.

라. 默示的 意思探究理論

默示的 意思探究理論은 당사자에 의한 명시적 법선택이 없는 경우에 계약사항을 종합적으로 고려하여 당사자의 默示的 意思를 탐구하여 準據法을 결정하여야 한다는 주장이다. 따라서 默示的 意思探究理論은 準據法에 대한 당사자의 명시적 의사표시가 없더라도 바로 行爲地法 등을 적용하여 準據法을 결정하는

40) Clive M. Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade*, 9th ed. London, Stevens & Sons, 1986, p. 218.

것이 아니라 우선 당사자의 묵시적 의사의 탐구, 즉 계약의 형, 내용, 성질, 당사자, 목적물, 분쟁해결법 등을 종합적으로 고려하여 準據法에 관한 당사자의 默示的 意思를 탐구하여 그러한 탐구된 의사에 의거하여 準據法을 결정하여야 한다는 것이다.

이 이론은 우리나라와 일본의 國際私法에 당사자의 의사가 불분명한 경우 行爲地法을 적용한다는 行爲地法主義를 실질적으로 수정하고 있다. 즉, 계약은 매우 다양하며, 또한 어떠한 계약에서의 법률적 쟁점도 다양함에도 불구하고 모든 계약에 行爲地法을 적용하는 것을 불합리하고, 또한 오늘날 서신이나 원격통신 등의 커뮤니케이션수단을 통한 國際契約의 締結이나 履行의 慣行으로 볼 때에 行爲地를 결정하는 것이 매우 곤란할 때도 있기 때문에 立法論적으로 行爲地法主義는 반드시 적절한 것이라고 할 수 없다.

그런데 구체적으로 당사자의 默示的 意思를 어떻게 탐구할 것인가에 대하여는 학설적으로나 판례적으로 견해가 일치된다고 할 수 없다. 그러나 최근 우리나라나 일본에 있어서는 당사자에 의한 準據法의 明示的 選擇이 없는 경우, 國際私法에 규정된 대로 직접적으로 行爲地法을 적용하는 것이 아니라, 먼저 당사자의 默示的 意思를 탐구해야 된다는 점에는 견해가 일치하고 있다.

(2) 주요국의 國際私法の 規定

가. 우리나라

우리나라의 國際私법인 涉外私法 제 9조 후반부에 “당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 行爲地法에 의한다.”라고 규정하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 이 규정의 의미는 準據法에 관한 당사자의 의사가 없다고 無條件 行爲地法을 적용한다는 것이 아니라, 계약과 관련된 구체적인 事案을 토대로 당사자의 默示的 意思를 探究하여 당사자의 利害關係에 가장 적합한 국가의 法을 準據法으로 결정하고, 만약 이러한 默示的 意思探究에 의해서도 당사자의 의사가 불분명한 경우에만 補充적으로 行爲地法으로 적용하는 것으로 해석되고 있다.

최근 우리나라의 한 판례⁴¹⁾를 예를 들면 「수입신용장 개설은행의 신용장에 따른 대금지급의무는 法律行爲인 신용장의 支給確約에 의하여 발생하는 것인

41) 大法院 1997. 5. 9. 선고, 95다34385.

데, 그 法律行爲의 成立과 效力 등에 관하여는 涉外私法 제 9 조에 따라 당사자가 지정한 準據法에 의하며, 당사자가 명시적으로나 묵시적으로 準據法을 정하지 아니한 경우에는 동조의 단서를 적용하여 行爲地法에 의하나, 이 사건과 같이 신용장 매입은행이 개설은행의 所在地와는 다른 法律이 적용하는 곳에 존재하는 경우에는 같은 법 제 11 조에 의하여 신용장 개설은행의 支給確約 意思表示를 통지한 곳, 즉, 개설은행의 所在地에서 시행되는 法이 行爲地法으로 간주되는 것이다」라고 판결하고 있다. 이 판례에서 涉外私法 제 9 조에 따라서 國際契約의 準據法 決定은 當事者 自治原則이 인정되고, 그리고 당사자의 의사는 명시적인 것은 물론이고 묵시적인 것이어도 된다고 판결하고 있다. 따라서 판례는 현재 당사자의 의사가 분명하지 아니한 계약의 諸事案을 고려하여 먼저 당사자의 默示의 意思를 探究하고, 그럼에도 불구하고 당사자의 의사가 불분명한 경우에만 補充의 行爲地法을 적용한다는 原則에 의거하고 있다.

나. 일본

일본의 國際私法인 「法例」 제 7 조 2 항에는 우리나라의 涉外私法과 마찬가지로 “당사자의 의사가 분명하지 않을 때에는 行爲地法에 의한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 현재 일본에는 이와 같이 당해 契約의 準據法에 대한 당사자의 의사가 명백하지 않는 경우에는 직접 「法例」 제 7 조 2 항의 규정을 그대로 적용하여 行爲地法을 해야 한다는 견해와 계약의 구체적인 사정을 고려하여 당사자의 默示의 意思를 탐구해서 準據法을 결정하고, 그러한 묵시의 의사도 명백하지 않는 경우에만 이 규정을 직접적으로 적용해야 한다는 견해로 나누어져 있다.

첫 번째 견해에 따른 判例로 1934년 12월 일본 大審院의 判決이 있다. 이 사건은 동경시가 프랑스에서 발행한 公債의 準據法과 관련하여, 공채채권에 의거한 準據法에 대하여는 「法例」 제 7 조의 규정에 의하여 결정되어야 하는데, 공채증권기재의 約款, 發行趣旨書 등에는 어떠한 기재도 없이 準據法에 관한 당사자의 의사가 명확하지 않기 때문에 그 발행지인 프랑스법에 의한 것으로 하고, 프랑스법을 적용했다.

그러나 현재 學說의으로는 두 번째 견해가 유력하다. 즉, 準據法에 대한 당사자의 明示의 意思表示가 없더라도 바로 行爲地法을 적용하는 것이 아니라, 우선 당사자의 默示意思의 探究, 즉 계약의 형, 내용, 성질, 당사자, 목적물, 분

쟁해결법, 지정된 소송지나 중재지 등을 종합적 고려를 해야 한다는 것이다. 따라서 상기의 사건에 대하여 당사자에 의한 명시적 準據法指定이 없는 경우, 바로 당사자의 의사가 불명확하다고 판단하여 行爲地法을 적용하는 것이 아니라, 당사자의 默示의 意思를 탐구해야 한다고 비판하고 있다. 이러한 학설의 흐름을 반영하여 判例에 默示의 意思探究理論에 의거하여 準據法을 決定하는 경우가 증가하고 있다.⁴²⁾

다. 중국

중국의 涉外經濟契約法 제 5 조에 후반부에 “당사자간에 법선택이 없는 경우에는 최고로 밀접한 관련을 가지는 國家의 法을 적용한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 당사자의 법선택은 반드시 명시적이어야 된다고 해석되고 있다. 따라서 당사자간에 명시적 법선택이 없거나 또는 명시적 선택이 있더라도 어떠한 이유로 선택된 法이 準據法으로 인정되지 않는 경우에는 계약과 최고로 밀접한 관련을 가지는 국가의 법이 準據法으로 결정된다.

여기서 “最高”라는 문언이 삽입된 것은 契約履行地가 2개 이상의 국가나 지역인 경우, 비교적 주요한 契約의 履行地를 최고로 밀접한 관련이 있는 國家로 지명하거나, 또한 目的物이 2개 이상의 국가나 지역에 존재하고 있는 경우, 그 주요한 目的物의 所在地를 지명한다는 의미이다. 그리고 최고로 밀접한 관련을 가지는 國家의 法이란 계약의 체결지, 이행지, 목적물 소재지, 중재지 또는 재판소 소재지 등의 法을 말하는데, 이것은 原則적인 規定이고, 法院가 종합적으로 구체적인 事實의 事情을 확인하여 결정해야 된다는 의미이다. 그리고 涉外經濟契約法의 제정과정에서 계약의 類型化에 대한 제안이 있었으나, 결국 모든 종류의 계약을 망라할 수가 없고, 또한 대외거래가 초기단계로 경험의 축적이

42) 이러한 경향을 나타내는 대표적인 判例로서 1978년 4월 20일 일본 最高裁判所의 判決이 있다. 이 判決에 있어서 國際私法 상의 쟁점 중의 하나는 재일화교 A와 상고인인 타이 은행 동경지점간에 체결한 정기에금채권의 準據法 문제였다. 법원은 “본건 정기에금계약 상의 채권에 대한 準據法에 대하여 「법례」 제 7종 따라 당사자의 의사에 따라야 하는데, 당사자의 명시적 의사표시를 확인할 수가 없다. 따라서 상고인 타이 은행 동경지점은 당시 일본에 거주하고 있었던 화교와 엔(¥)을 대상으로 A와 본건 정기에금계약을 하고, 동 정기에금은 상고인 동경지점이 일본국내에서 행하는 일반의 은행거래와 같고, 정형적 확일적으로 행하는 부항계약의 성질을 가지고 있으며, 이러한 사실에 추가해서 외국은행이 일본국내에서 지점 등을 설치하여 영업을 하는 경우에 주무대신의 면허를 받아야 되는 것 등을 참작하면, 당사는 본건정기에금계약상의 채권과 관련된 準據法으로서 상고인 동경지점의 소재지법인 일본법을 묵시적으로 정한 것으로 해석해야 한다.”라고 하고 은행소재지인 일본법이 당사자의 묵시의 지정에 의한 契約準據法이라고 판결했다(松岡博, 「앞의 책」, p. 201).

많지 않기 때문에 원칙적인 규정에 그치고, 각각의 사건에 따라 法院에게 그 決定權을 위임하게 되었다.⁴³⁾

라. 유럽 공동체

유럽 공동체의 로마 협약 제 4 조 1 항에 당사자들이 명시적 또는 묵시적으로 準據法을 선택하지 않은 경우 당해 契約의 準據法은 당해 계약과 “가장 밀접한 관련(most closely connected)을 가진 國家의 法으로 한다.”라고 규정하고 있다. 이는 協約이 準據法의 決定에 있어서 경직된 원칙을 따르지 않고, 法院으로 하여금 계약의 다양한 요구와 구체적 사안을 고려하여 연결점을 찾도록 보다 유연한 접근방식을 택한 것이다.

그리고 協約 제 4 조 2 항에 그 계약의 “特徵的 給付”(characteristic performance)를 하여야 하는 당사자가 계약체결시 상거소를 가지고 있는 國家 또는 그가 社團 또는 法人인 경우에는 주된 집행지를 두고 있는 국가가 가장 밀접한 관련을 가지는 국가로 추정된다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 그런데 협약은 “特徵的 給付”의 概念을 정의하고 있지 않다. 報告書에 따르면 特徵的 給付는 債務의 本質(essence)을 구성하고, 계약을 그것이 일부를 이루는 社會, 經濟的 環境과 본질적으로 연결짓는 기능을 하기 때문에 추정기능을 인정하는 것이라고 한다.⁴⁵⁾ 그리고 동조 제 3 항에는 계약의 목적물이 不動產財産上의 權利(right in immovable property) 또는 不動產財産을 이용할 수 있는 權利(right to use the immovable property)인 경우에는 그러한 不動產財産이 소재하고 있는 국가가 계약과 가장 밀접한 관련을 가지는 것으로 추정한다고 규정하고 있다.

마. 미국

미국에서 과거의 전통적인 견해에 따르면, 계약의 成立과 效力에 대하여는 契約締結地法을 적용하고, 계약의 이행에 관여하는 契約履行地法을 적용하였다.⁴⁶⁾ 그러나 현재에는 「最高密接關係理論」을 채택하고 있다.

리스테이트먼트 제 188 조 1 항에 계약의 쟁점에 대한 당사자의 權利 및 義務

43) 李 旺, “앞의 논문(下)”, p. 456.

44) 그런데 동 조 제 4 항에 제 2 항의 예외로 物品運送契約(contract for the carriage of goods)에 대한 별도의 規定을 두고 있다. 그리고 제 5 항에는 “特徵的 給付”를 결정할 수 없거나 諸事案으로부터 다른 국가가 보다 더 계약과 밀접한 관련을 가지는 것으로 나타나는 경우에는 제 2 항이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.

45) 石光現, “앞의 논문(上)”, p. 69.

46) 李相潤, 「英美法」, 博英社, 1996, pp. 507~508.

는 제 6 조의 原則에 따라 그 爭點에 관련하여 거래 및 당사자와 “最高로 重要한 關係”(most significant relationship)를 가지는 州(國家)의 法에 의하여, 그것을 정한다라고 규정하고 있다. 그리고 2 항에 따르면 당사자에 의한 유효한 법 선택이 없는 경우, 法院이 제 6 조의 原則에 따라 爭點과 최고 중요한 관계가 있는 州(國家)의 法을 선정하여야 한다. 이 같은 선정에 있어서, 다음과 같은 接觸(contacts)이 고려된다. 즉 契約의 締結地, 契約의 交渉地, 履行地, 契約目的物의 所在地, 당사자의 住所, 居所, 國籍, 法人의 경우에는 그 設立地, 당사자의 營業所在地 등을 열거하고 있다. 그리고 3 항에서는 계약의 交渉地와 履行地가 동일한 州(國家)인 경우에 통상 그 州(國家)의 法을 적용한다라고 규정하고 있다. 그런데 상기와 같은 원칙에 의하여 최고 중요관계가 판단되는데, 그 최고의 평가에 主觀이 개입되기 때문에 裁判官에 따라서 그 결과가 다를 수도 있다.

그리고 準據法 決定에 있어서 고려해야 할 要因으로서 제 6 조에 聯邦體制 또는 國際法秩序의 要請, 訴訟地의 關聯政策(法目的), 特定問題의 決定에 서는 다른 利害關係가 있는 州(國家)들의 關聯政策(法目的) 및 그들 州(國家)의 相對的 利害關係의 정도, 正當한 期待保護, 特定法分野의 基礎를 구성하는 基本政策(法目的), 結果의 確定性, 豫測可能性 및 統一性, 적용될 법의 決定과 適用의 容易性 등이다. 그런데 법선택 요인중에서 제 188 조의 주석에서 계약분야에서 중요한 것으로 강조되고 있는 것은 당사자의 正當한 期待의 保護, 잠재적으로 利害關係를 가지는 州(國家)의 實質法의 目的과 이들 州(國家)가 개개의 쟁점 결정에 대하여 가지는 이해관계의 정도이다.

그리고 당사자간에 準據法의 合意가 없는 경우에 대한 UCC의 규정은 리스테이트먼트의 규정과 차이가 있다. UCC § 1-105(1) 후반부에 당해 주와 “適切한 關係”(appropriate relation)을 가지고 있는 거래에는 本法(UCC)이 적용된다고 규정되어 있다. 실제로 “適切한 關係”(appropriate relation)의 의미는 동조 전반부의 “合理的인 關係”(reasonable relation)이나 리스테이트먼트의 “實質的 關係”(significant relationship)와 같은 의미로 취급되고 있다.⁴⁷⁾

47) 早川武夫, 앞의 논문(2), p. 1493.

IV. 單一指定과 分割指定

1. 國際契約의 分割

國際契約의 準據法 決定에 있어서 계약의 成立과 效力을 구별하여, 별개의 單位法律關係로서 취급할 수도 있을 것이다. 그러나 傳統的 國際私法의 立法主義는 약간의 예외적인 경우를 제외하고 이 구별을 인정하지 않는다.⁴⁸⁾ 그러나 국제투자 등의 長期契約에서는 계약의 成立과 效力뿐만 아니라 이행의 각 단계에 대하여도 별개의 準據法 指定이 이루어지고 있다. 이와 같이 하나의 國際契約에 複數의 爭點이 생길 수가 있다. 즉, 契約交渉단계에 있어서의 豫備的 合意, 契約締結上的 過失, 契約成立과 관련된 문제로서 意思表示(請約과 承諾), 契約成立, 書式의 紛爭, 契約締結能力, 契約締結權限, 契約成立에 있어서의 書面性의 問題, 그리고 계약의 效力과 관련된 문제 등의 複數의 問題를 법률적으로 분리할 수가 있다.

2. 單一指定과 分割指定

앞에서 살펴본 바와 같이 하나의 契約을 契約方式上的 問題와 契約實質上的 問題에 관한 구별은 별도로 하고, 國際契約의 實質上的 問題에 대하여도 하나의 國際契約에서 複數의 爭點이 생길 수 있다. 이러한 경우 하나의 契約에 爭點數에 따라서 당사자나 法院이 다른 법률을 선택하여 적용할 수 있는가가 準據法의 單一指定과 分割指定의 문제이다. 예를 들어, 당사자가 불이행의 損害賠償에 대하여는 A 국법을, 그리고 다른 법률문제에 대하여는 B 국법을 지정할 경우, 準據法의 分割指定이라고 한다.

그런데 전통적인 이론에 따르면, 당사자의 법선택이 유효한 경우, 그 당사자에 의하여 지정된 법은 契約準據法으로서 契約成立과 效力에 관한 모든 문제에 적용된다. 즉, 契約 전체에 적용할 단일의 법만을 지정할 수가 있다. 이러한

48) 澤木敬郎, 「國際私法入門」, 第3版, 有斐閣, 1991, p. 181.

것을 準據法單一의 原則이라고 한다. 이에 대하여 하나의 國際契約에서 발생하는 복수의 법률문제 대하여 각각 다른 국가의 법률을 準據法으로 지정할 수 있다는 것이 分割指定이다.

우리나라의 경우에 涉外私法上 分割指定을 인정하는 명시적 규정은 없지만, 제 9조 본문의 해석상 이를 不法이라고 할 根據는 없다는 것이 일반적 견해이다. 그리고 國際物品賣買契約의 準據法에 관한 헤이그 協約 제 7조 1항에서는 準據法의 選擇은 계약의 일부에 한정할 수가 있다는 규정에 의하여 分割指定을 긍정하고 있다. 또한 미국의 경우, 準據法單一은 오래전부터 通例로 되어 있지만, 당사자나 法院이 爭點의 數에 따라서 複數의 準據法을 선정할 수 있도록 되어 있으며, 유럽 공동체의 로마 협약 제 3조 1항에 당사자들은 계약의 전부 또는 일부의 準據法을 정할 수 있다라고 규정하고 있고, 또한 제 4조 1항에 당사자들에 의한 準據法 選擇이 없는 경우, 계약과 가장 밀접한 관계를 가지는 國家의 법이 적용되며, 하나의 계약에서 분할가능한 어떠한 쟁점이 다른 국가와 보다 더 밀접한 관련을 가지는 경우에는 그러한 국가의 법을 적용할 수 있다고 규정하고 있다고 규정하므로 당사자나 법원이 準據法을 分割指定할 수 있음을 명시적으로 인정하고 있다. 그리고 일본의 國際私法에도 명시적 규정은 없으나, 學說上 分割指定을 인정하는 것이 유력하게 되고 있다. 또한 일본에서 準據法의 分割을 인정하는 것으로 볼 수 있는 判例가 있다.⁴⁹⁾

그런데 당사자들이 하나의 國際契約으로부터 발생하는 쟁점들에 대하여 상이한 法을 準據法으로 선택하는 경우, 그러한 準據法의 分割選擇이 모순됨이 없이 논리적이고도 일관성이 있어야 한다. 法院은 합리적인 이유없이 한 계약의 다른 쟁점에 다른 법률을 적용하려고 하지 않을 것이다.

V. 結 論

- 國際契約締結時 準據法에 관한 考慮事項 -

앞에서 國際契約의 準據法 決定에 관한 基本理論과 각국의 國際私法에 있어서의 규정에 대하여 살펴보았다. 國際契約에 있어서 당사자에 의한 明示的 準

49) 松岡博, 앞의 책, p. 174.

據法の選擇이 있는 경우 이러한 선택은 각국의 國際私法上 일반적으로 광범위하게 인정되고 있다. 그리고 대부분의 국가의 國際私法에 따르면 當事者自治原則은 强行法規에 의한 제한을 받고 있다. 强行法規에 의한 當事者自治原則의 制限은 많은 비판을 받고 있으나, 오늘날 국제적으로 國際契約의 準據法決定에 관한 當事者自治原則에 대한 어떠한 제한이 필요하다는 데에는 공감 이 이루어지고 있다. 그런데 當事者自治原則에 대한 制限은 현대의 시대적 배경하에서 고려되어야 될 문제이다. 즉, 오늘날 國際契約의 準據法에 관한 다음과 같은 고려가 필요할 것이다. 우선 현재 각국에 있어서 거의 공통적으로 인식되고 있는 實質法上の 契約自由의 原則의 축소현상이 當事者自治原則에 미치는 영향이다. 그리고 매우 다양한 종류의 계약을 國際私法上 일률적으로 취급한다는 것이 타당한가 하는 문제이다.⁵⁰⁾ 따라서 오늘날 각국간에 當事者自治原則에 대한 制限이 통일되어 있는 것이 아니라 다양한 형태로 制限을 가하고 있는 실정이다. 그리고 準據法에 관한 당사자의 합의가 없는 경우에 각국의 國際私法에서는 行爲地主義, 履行地主義, 默示의 意思探究理論, 最高密接關係理論 등의 다양한 이론을 채용하여 準據法을 결정하고 있다.

그런데 각국의 國際私法の 原則을 비교하는데 있어서 大陸法과 英美法간에 사용되는 개념이 반드시 對應關係에 있는 것이 아니기 때문에 단순한 형식적 비교에 있어서 때로 오해를 불러일으킬 수도 있다. 특히 英美法과 大陸法간에 準據法決定方法은 形式的으로 상당히 다르다고 할 수 있으나, 要所的으로는 상당한 類似性이 있다고 할 수 있다. 예를 들어 미국의 “最高密接關係理論”의 論據는 事案과 最高로 密接한 關係가 있는 州(國家)가 당사자의 권리관계를 결정하면, 객관적으로 최고로 밀접한 利害關係를 가질 뿐만 아니라 당사자도 그 같은 국가의 法律을 염두에 두고 계약을 체결한 것으로 보아야 한다는 것이다. 따라서 이것을 默示의 合意로 구성할 것인가 또는 最高密接關係理論으로 구성할 것인가는 裁判에 있어서 理由를 어떻게 붙이는가의 차이에 지나지 않는다고 할 수도 있다. 따라서 오늘날 國際契約의 準據法決定과 관련된 각국의 國際私法規定은 실제적으로 상당한 부분에서 일치한다고 할 수 있다.

그리고 우리나라의 涉外私法은 當事者自治原則을 인정하면서 우리나라의 强行法規나 公序良俗에 의한 制限을 가하고 있다. 그런데 當事者自治原則의

50) 山本敬三, 앞의 책, p. 58.

制限에 있어서 유럽 공동체의 로마 협약이나 일본의 判例 등에서 보여지는 것과 같이 「強行法規의 特別連結理論」을 채용하여 계약이나 당사자와 실질적인 관련을 가지는 外國(第3國)의 強行法規나 公序良俗에 의한 制限을 가하는 것이 國際化時代에 있어서 합리적인 것으로 사료된다.

그리고 앞에서 살펴본 바에 따르면 우리나라 國際去來者가 國際契約을 체결할 때에 準據法에 대하여 유의해야 할 것이다. 특히 短期的인 物品賣買契約이 아닌 海外直接投資와 같은 長期契約의 경우에는 準據法과 관련된 問題가 복잡할 수도 있다. 따라서 準據法 決定에 관한 一般的 論議와 國際去來에 있어서 우리나라의 주요한 파트너인 국가들의 國際私法에 대한 分析을 통하여 契約締結時 準據法과 관련하여 다음과 같은 점에 대하여 고려해야 된다고 생각된다.

우선 國際契約을 체결할 때에 國際契約의 당사자가 準據法條項 등에 의하여 準據法을 선택할 것인가의 問題이다. 國際契約의 準據法 決定에 있어서 當事者自治原則의 근거의 하나인 당사자의 期待의 保護와 法的 安定性確保라는 측면에서 원칙적으로 準據法을 선택해 놓는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 그 이유는 앞에서 살펴본 바와 같이 당사자에 의한 準據法 選擇이 있는 경우, 일반적으로 대부분의 國家의 國際私法上 그러한 선택이 當事者自治原則에 의거하여 準據法으로 인정되기 때문에 法的 安定性을 확보할 수 있기 때문이다.

그런데 國際契約을 체결할 때에 실제로 國際契約 당사자들이 自國法 이외에는 門外漢이기 때문에 準據法의 合意는 가장 어려운 문제중의 하나이다. 특히 국제거래에서 優越한 地位를 점하고 있는 先進國 去來者들은 가능한 한 自國의 法律을 準據法으로 선택하려는 傾向이 있다. 그것은 자신이 잘 알고 있는 自國의 法을 準據法으로 선택하는 경우에 豫測可能性을 높일 수가 있고, 또한 紛爭이 발생하여 실제적인 訴訟에 들어간 경우에도 자국의 변호사를 이용하므로 시간적 경제적 비용을 줄일 수 있기 때문이다. 따라서 準據法에 대한 협상시 가능하면 자신이 잘 알고 있고, 또한 소송발생시 변호사 비용 등에 있어서 유리한 自國法을 準據法으로 합의하는 것이 바람직 할 것이다.

그런데 當事者自治原則을 인정하는 대부분의 국가가 그 내용에 있어서 차이는 있지만 強行法規에 의한 制限을 가하고 있으므로 訴訟地나 계약과 實質的인 關係를 가지는 國家의 強行法規에 의한 制限事項을 고려하여야 한다. 미국과 같이 당사자 자치의 원칙을 인정하지만, 당사자에 의하여 선택된 법이 契約이나 當事者와 밀접한 關聯이 있을 것을 要件으로 하는 국가가 있다. 이러한

국가가 訴訟地가 되는 경우에는 제3국의 法을 準據法으로 선택하더라도, 그 선택이 유효한 것으로 인정되지 않을 수도 있음에 유의하여야 한다. 그리고 이러한 양적 제한을 가하지 않더라도 대부분의 국가가 強行法規나 公序良俗에 의한 外國法の 적용을 배제시키므로 相關국의 公共政策, 強行法規, 또는 公序良俗에 대하여 고려하여야 한다.

그리고 일반적으로 準據法の 分割이 인정되기 때문에 쟁점에 따라서 다른 국가의 法을 準據法으로 선택하는 것도 경우에 따라서 고려해 볼 필요가 있다. 예를 들어, 特定條件(爭點)에 대하여는 契約準據法을 적용하지 않고, 어떠한 특정 국가의 法을 적용하고자 할 때, 準據法條項에 어떠한 특정 조건을 제외하든 모든 계약에 韓國法을 적용하고, 그러한 特定條項은 英國法을 적용한다라고 규정할 수가 있다.

그리고 당사자간에 準據法에 대한 合意가 自國法の 주장으로 쉽게 이루어지지 않을 경우, 이로 인하여 계약체결 자체에 문제가 될 수도 있으므로 유의하여야 한다. 이러한 경우에 우선 공정한 第3國法을 準據法으로 선택하는 것을 고려해 볼 수 있다. 선진국 중에는 國際契約과 관련된 법체계가 잘 정비되어 있고, 國際契約과 관련된 풍부한 判例가 있을 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 경우, 많은 國家의 國際私法上 원칙적으로 準據法으로서 인정될 수도 있으나 예외적인 국가가 많이 있고, 우리나라의 경우에도 규정이 없고, 또한 판례도 없기 때문에 법원에 의하여 계약이나 당사자와 전혀 무관한 第3國法을 準據法으로 선택하는 것이 유효할지는 의문이다.

그리고 다음으로 고려될 수 있는 것은 準據法에 관한 合意를 하지 않는 경우이다. 당사자에 의한 準據法 선택이 없는 경우에 法院에 의한 準據法の 選擇의 문제이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 각국의 國際私法上 형식적인 측면에서 여러가지 準據法 決定原則을 규정하고 있는데, 이들은 상당한 類似性을 가지고 있으며, 실제로 最高로 實質的인 關聯을 가지는 法이 적용된다고 할 수 있다. 準據法 選擇의 效用은 분쟁이 발생하는 경우에 나타나는 것이고, 또한 準據法에 관한 명시적 당사자의 합의가 없을지라도, 默示的 意思探究理論이나 이와 유사한 입장에 의거한 판례들이 많이 있기 때문에, 그러한 이론에 의거한 準據法の 決定에 영향을 미칠 수 있는 요인들을 파악하여 계약체결시 자신에게 유리하도록 유도할 수 있어야 한다. 당사자에 의한 묵시적 準據法 選擇의 가장 명백한 예는 계약으로부터 발생하는 紛爭의 訴訟에 의한 해결장소로서 특정

法廷, 國家나 都市 등을 지명한 條項이 있는 경우이다. 이러한 경우 法院은 그러한 條項에 의하여 訴訟地의 法이 당사자에 의하여 묵시적으로 準據法으로 선택되었다고 강력한 推定을 할 것이다. 그리고 당사자에 의한 準據法 選擇이나 어떠한 法規의 適用排除가 계약상의 명시적 또는 묵시의 의사나 행위로부터도 이루어질 수 있으므로 유의하여야 한다.

또한 우리나라의 당사자들이 國際契約을 체결할 때에 사용하는 言語가 대부분 英文 등의 외국어이기 때문에 이것이 準據法에 대한 당사자의 합의가 없을 때에 契約書에 사용된 言語가 準據法 決定의 하나의 連結素가 될 수가 있으므로 유의하여야 하고, 또한 이러한 경우, 예를 들어 우리나라법이 準據法이 될 경우에도 契約書의 用語의 解釋 등에 대한 補助準據法으로서의 解釋準據法은 그 사용된 言語의 所屬國이기 때문에 契約書의 작성시 의미가 명백한 用語를 사용하여야 한다.

만약 계약에서 명시된 紛爭解決方法이 訴訟이 아닌 仲裁인 경우에도 반드시 仲裁條項內에 仲裁의 準據法을 명시하여 두는 것이 바람직하다. 왜냐하면 仲裁判定에 있어서도 당사자들이 선택된 準據法이 인정되며, 또한 중요한 判定의 기준이 되기 때문이다.

그리고 國際契約에 있어서 국제적인 裁判管轄合意가 있는 경우에 선정된 訴訟地國의 法에 준거한다고 하는 묵시적 의사를 추정하는 경우가 있다. 따라서 國際契約의 체결시에 準據法에 관한 합의 없이 裁判管轄合意를 하는 경우에 準據法에 대하여 염두에 두고 하여야 할 것이다,

마지막으로 무엇보다도 중요한 것은 一般去來者의 立場에서 자신과 거래하고 있는 국가의 關聯法規를 전부 파악한다는 것은 매우 어려운 일이다. 따라서 國際契約의 체결시 準據法決定과 같이 계약상 주요한 法律問題에 대하여 國際辯護士에게 상담해야 할 것이다. 현재 우리나라에서 대외거래활동의 비약적 증대에 따른 관련된 법률서비스의 수요가 증가하고 있다. 따라서 현재 국내에서 많은 國際辯護士가 활동하고 있으며, 이들이 國際契約과 관련된 專門的인 법률서비스를 제공하고 있다.

參 考 文 獻

- 石光現, “契約上 債權關係의 準據法에 관한 유럽공동체 협약(상, 하)”, 法曹, 통권 451, 1994.
- 李相潤, 「英美法」, 博英社, 1996.
- 李鎔根, “貿易契約上 準據法 選擇 및 決定에 관한 研究”, 「國際商學」, 第8卷, 國際商學會, 1993.
- 崔埃璿, 「國際去來法」, 三英社, 1996.
- 山本敬三, 「國際去來法」, 學陽書房, 1984.
- 山本敬三, “國際契約と强行法規”, 「現代契約法大系」 第8卷 國際取引契約(1), 有斐閣, 1983.
- 西 賢, “當事者自治の原則と比較法的動向”, 「現代契約法大系」, 第9卷 國際取引契約(2), 有斐閣, 1983.
- 小原三佑嘉, “仲裁人による準據法の選定基準”, 「國際商事法務」, Vol. 15, No. 10, 國際商事法研究所, 1987.
- 松岡博, 「國際取引と國際私法」, 晃洋書房, 1993.
- 森井清, 「貿易と國際法」, 同文館, 1991.
- 李 旺, “中國における涉外契約の準據法について(上)”, 「國際商事法務」, Vol. 21, No. 3, 國際商事法務研究所, 1993
- , “中國における涉外契約の準據法について(下)”, 「國際商事法務」, Vol. 21, No. 3, 國際商事法務研究所, 1993.
- 早川武夫, “契約準據法と解釋準據法(1)”, 「國際商事法務」, Vol. 19, No. 10, 國際商事法務研究所, 1991.
- , “契約準據法と解釋準據法(1)”, 「國際商事法務」, Vol. 19, No. 11, 國際商事法務研究所, 1991.
- , “契約準據法と解釋準據法(1)”, 「國際商事法務」, Vol. 19, No. 12, 國際商事法務研究所, 1991.
- 澤木敬郎, 「國際私法入門」, 第3版, 有斐閣, 1991.
- 坪田潤二郎, 「國際去來法の基本問題」, 酒井書店, 1989.
- The American law Institute, Restatement of the Law, Second : Conflict of Law, 1971.
- Guest, A.G., Benjamin's Sale of Goods, Sweet & Maxwell, 1988.

- Moris, J.H.C., *The Conflict of Law*, 3rd ed., London, Stevens & Sons, 1984.
- Schmitthoff, Clive M., *Schmitthoff's Export Trade*, 9th ed., London, Stevens & Sons, 1986.
- Whitehead, Geoffrey, *Elements of Export Law*, Woodhead-Faulkner, 1983.
- Wilson, T. Donald, *International Business Transactions*, West Publishing Co., 1981.