개정 國際私法의 소개 : 國際去來에 미치는 영향을 중심으로

석 광 현*

I. 머리말
II. 涉外私法 改正의 방향**
III. 國際私法 總則
IV. 國際裁判管轄 (제1장, 제3장)
V. 法人 또는 團體의 屬人法(제2장)
VI. 法律行爲(제3장)
VII. 物權(제4장)
VIII. 知的財産權(제4장)
IX. 契約(제5장)
X. 法定債權(제5장)
XI. 國際債權法 - 契約債權과 法定債權에 공통되는 사항
XII. 商事에 관한 규정의 정비
XIII. 海商(제9장)
XIV. 장래의 입법론적 과제
XV. 맺음말

Ⅰ. 머리말

1. 국제무역거래법

필자는 우리나라가 지금의 무역국가로 성장하는 데 있어서 무역학자들(상학

* 한양대학교 법과대학 교수

** 상세는 석광현, 2001년 개정 國際私法 해설 제2판(도서출판 지산, 2003), 15면 이하 참조.

자들)이 국제무역거래에서 발생하는 이론적·실무적 쟁점뿐만 아니라 법적인 쟁점의 해결에도 크게 기여하였음을 인식하고 이를 높이 평가한다. 그리고 무역학자들이 국제무역의 실무, 관행과 법규에 관하여 귀중한 문헌 및 자료들[1]을 간행한 점도 치하한다. 의문의 여지없이 이는 모든 무역학자들의 공이지만 그것이 가능했던 것은 양영환 선생님과 같은 선구자들이 계셨기 때문이라고 믿는다. 무역학자들의 글 중에는, 특히 법적인 쟁점을 다룬 글의 경우 의욕만이 앞섰을 뿐 미처 정제되지 않은 주장이 적지 않고 그것이 일부 법률가들에 의하여 백안시되는 이유가 되기도 하지만,[2] 법률가들도 비난만 할 것이 아니라 제대로 된 글을 활발하게 발표함으로써 이 분야의 논의를 주도해 나가야 할 것이다. 필자는 변호사이던 시절(아마도 1995년경) 양영환 선생님의 소개로 처음으로 무역학자들의 forum에 참여한 뒤 이런 문제의식을 가지게 되었고, 1999년 3월 「국제거래법」 전임교수가 된 이래 이러한 과제를 수행하고자 노력하고 있다. 다만 무역학자들도 법적인 쟁점을 취급하기 위하여는 법학적 기초를 좀더 공고히 해야 한다. 무역학자들은 영미의 문헌에 의존하는 경향이 큰데 영미의 법리가 우리나라에서 그대로 타당한 것처럼 쓰는 것은 옳지 않다. 필자의 궁극적인 목표는 무역학자들과 법률가들의 연구성과를 체계적으로 결합하여 시너지효과를 발휘하도록 함으로써 국제무역거래에 참여하는 우리 기업들에게 도움을 주고 우리나라의 국제무역거래법, 더 넓게는 국제거래법의 발전에 기여하는 것이다.

2. 논의의 배경

2001년 7월 1일자로 涉外私法이 개정되어 國際私法(이하 "國際私法")이 되었다. 1962. 1. 15. 제정·공포된 涉外私法은 1898년의 일본의 法例를 모방한 것

---

1) 예컨대 양영환/서정두(편저), 國際貿易法規 제3판(1998), 대한상공회의소·ICC한국위원회, 인코텀즈(Incotersm) 2000(1999)과 대한상공회의소·ICC한국국내위원회, 貨換信用狀 통일규칙 및 慣例(1993) 등이 그것이다. 정부 또는 대한상공회의소 기타 누가 주축이 되든간에 흔히 사용되는 국제규칙의 유권적인 국문번역을 작성하는 것이 바람직하다고 본다.

2) 예컨대 ICC에서 간행한 Charles del Busto (ed.), UCP 500 & 400 Compared (1993), p. 42는 신용장통일규칙(제13조)의 비서류조건을 설명하면서 거의 2000년 동안 국제법은 'conditions'와 'terms'를 구별해 왔다고 한다. 이는 우리 民法(제147조 이하)에서 보듯이 장래 발생 여부가 불확실한 '條件'과 장래 발생할 것이 확실한 '期限'을 말한다. 그러나 신용장통일규칙의 기존 해설서들은 이를 오해하고 있다. 물론 일부 법률가도 동일한 잘못을 범하고 있고 무역학자들 전부가 그런 것은 아니다.

으로 제정 당시부터 시대착오적이라는 비판을 받았다. 특히 국제적인 인적·물적 교류의 증가와 정보화혁명에 따라 전세계가 하나의 지구촌을 형성하는 등 국제거래의 환경이 엄청나게 변화된 결과 國際私法的 解決을 필요로 하는 문제점들이 확대되었고, 전혀 새로운 유형과 성질의 문제점들도 제기되었다. 한편 협의의 國際私法 분야에 있어서도 전통적인 대륙법계의 방법론과 구별되는 미국의 새로운 방법론이 대두하면서 國際私法의 혁명 내지는 위기가 초래되었고, 대륙법계의 國際私法도 그에 대응하여 위기를 극복하는 과정에서 連結原則을 세분화하고, 當事者自治의 原則을 확대하며, 實質法[3]의 價値를 고려하여 社會·經濟的 弱者를 보호하며, 國際私法의 方法論的 多元主義를 도입하는 등 상당한 변화를 경험하였다. 이에 따라 많은 국가들이 1970년 이후 國際私法을 개정하였고 이와 병행하여 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)의 주도하에 國際私法의 통일작업이 꾸준히 추진되어 왔다.

그러나 涉外私法은 형식적이고 기계적인 準據法 결정방법과 내용상의 不備로 인하여 국제화시대에 부응하지 못하고 있었다. 또한 국제민사분쟁이 비약적으로 증가하고 있는 오늘날 國際私法은 「國際去來의 基本法」의 역할을 수행해야 한다는 인식이 확산되었다. 나아가 우리나라는 1997년 8월 헤이그국제사법회의에 가입하였고, 2000년 8월 1일자로 헤이그송달협약이 발효됨에 따라 국내에서도 國際私法에 대한 관심이 고조되었다. 涉外私法의 개정은 이러한 시대적 요청에 부응하기 위한 우리의 노력의 산물이다.

일부 무역학자들은 우리 國際私法에 큰 관심을 가지지 않고 있고, 심지어 涉外私法이 전면개정되었음에도 불구하고 여전히 涉外私法을 운위하는 책들도 있다. 그러나 國際私法에 대한 이해는 국제무역거래법을 제대로 연구하기 위하여 불가결하다. 필자는 涉外私法의 개정작업에 깊이 관여한 사람으로서 여기에서는 기업간에 이루어지는 통상적인 국제거래, 특히 국제무역거래에 미치는 영향을 중심으로 개정된 國際私法을 간단히 소개한다. 개정부분이 아니더라도 국제거래의 실무상 중요한 논점은 간단히 언급한다.

---

3) 實質法이라 함은 법적용규범(또는 간접규범)인 抵觸法(또는 國際私法)에 대비되는 개념으로, 우리 民·商法과 같이 抵觸法(또는 國際私法)에 의하여 準據法으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다.

Ⅱ. 涉外私法 改正의 방향[4]

1. 명칭

과거에는 "涉外私法"이라는 명칭을 사용하였으나 헤이그국제사법회의와 외국의 입법예에서 보듯이 "國際私法"이라는 명칭이 국제적으로 널리 사용되므로 법의 명칭을 "國際私法"으로 수정하였다.

2. 체제의 변경

涉外私法은 총칙, 민사와 상사라는 3개장 47개조로 구성되었으나, 國際私法에서는 이를 세분하여 총칙, 사람, 法律行爲, 물권, 채권, 친족, 상속, 어음·수표, 및 해상이라는 모두 9개장 62개조로 재편하였다. 涉外私法의 "제3장(상사에 관한 규정)"은 (1) 상사관련 특칙, (2) 어음·수표 관련 규정과 (3) 해상 관련 규정으로 구성되었는데 그 중 (1) 을 대부분 삭제하고, 상사회사의 행위능력과 무기명증권에 관한 조항들(涉外私法 제29조, 제31조)은 사람에 관한 제2장과 물권에 관한 제4장으로 옮겼다(國際私法 제16조, 제21조).

3. 완결된 國際私法 체제의 지향과 법의 흠결의 보충

涉外私法은 권리능력, 법인 또는 단체, 임의대리, 운송수단, 이동중의 물건, 채권 등에 대한 담보물권, 지적재산권, 법률에 의한 채권의 이전, 채무인수 등에 관하여 규정을 두지 않았다. 國際私法에서는 이러한 연결대상의 연결원칙을 명시하여 법의 흠결을 보충함으로써 법적 안정성과 당사자의 예측가능성을 제고하고, 보다 완결된 國際私法 체제를 지향하였다.

---

4) 상세는 석광현, 2001년 개정 國際私法 해설 제2판(도서출판 지산, 2003), 15면 이하 참조.

4. 國際裁判管轄에 관한 규정의 확대

종래 확립된 판례와 학설은 우리나라에는 민사사건의 國際裁判管轄에 관한 아무런 성문법규가 없다고 보았고, 國際裁判管轄에 관한 규칙은 주로 판례에 의하여 발전되어 왔다. 涉外私法은 한정치산·금치산(제7조)과 실종선고(제8조) 등 비송사건에 관하여만 國際裁判管轄에 관한 규정을 두었으나, 國際私法에서는 제1장(총칙)에서 國際裁判管轄에 관한 일반원칙을 규정하고(제2조), 제5장(債權)에서 사회·경제적 약자인 소비자와 근로자를 보호하기 위하여 國際裁判管轄에 관한 특칙을 두었다(제27조, 제28조). 國際私法은 장차 다양한 법률분야별로 정치한 國際裁判管轄規則을 둘 것을 전제로 한 것이므로 이는 과도기적인 조치이다.

5. '가장 밀접한 관련' 원칙의 관철

國際私法에서는 다양한 연결대상별로 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 準據法으로 지정하였다. 나아가 구체적인 사건에서 國際私法을 적용한 결과가 위 원칙에 부합하지 않는 때에는 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하도록 하는 예외조항(제8조)을 총칙에 둠으로써 '가장 밀접한 관련' 원칙을 관철하였다.

6. 탄력적인 연결원칙의 도입

涉外私法(제10조)은 法律行爲의 방식에 관하여만 선택적 연결을 인정하고 단계적 연결은 인정하지 않으나, 國際私法에서는 선택적 연결의 적용범위를 확대하고, 단계적 연결을 새로 도입함으로써(주로 國際家族法 분야) 탄력적인 연결을 가능하게 하였다. 한편 涉外私法의 연결원칙이 상당부분 수정됨에 따라 反定(renvoi), 보다 정확히는 俠義의 反定의 허용범위를 다소 확대하였다.

7. 實質法的 價値의 고려

涉外私法은 전통적인 대륙법계 國際私法의 이념에 따라 원칙적으로 장소적으로 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 準據法으로 지정할 뿐이고, 準據法으로 지정된 實質法의 내용을 고려하지 않는다. 그러나 國際私法에서는 사회·경제적 약자인 소비자와 근로자를 보호하기 위한 抵觸法的 次元의 조치로서 소비자의 常居所地 또는 근로자가 통상 노무를 제공하는 국가의 강행규정이 소비자 또는 근로자에게 부여하는 보호를 박탈할 수 없도록 하였다(제27조, 제28조). 또한 위에 언급한 바와 같이 소비자와 근로자의 보호를 위하여 國際裁判管轄에 관한 특칙을 두었다.

8. 當事者自治의 확대

涉外私法(제9조)은 국제계약법 분야에서만 당사자자치(party autonomy)를 허용하였으나, 國際私法에서는 사무관리, 부당이득, 불법행위의 경우에도 사후적인 당사자자치를 허용하였다(제33조). 그러나 사회·경제적 약자를 보호하기 위하여 소비자계약과 근로계약의 경우 準據法과 國際裁判管轄에 관한 당사자의 합의를 제한하였다(제27조, 제28조).

9. 國際條約의 고려

국제계약의 準據法에 관하여 國際私法은 특히 「계약채무의 準據法에 관한 1980년 유럽공동체협약("로마협약")」[5]을 상당 부분 수용함으로써 國際私法의 이상인 '국제적 판결의 일치'를 도모하였다(제17조, 제25조 이하). 한편 國際裁判管轄에 관하여는 「민사 및 상사사건의 國際裁判管轄과 외국판결의 승인·집행에 관한 유럽공동체협약("브뤼셀협약")[6]과 병행협약인 루가노협약 및 당

5) 로마협약에 관한 상세는 석광현, "계약상 채무의 準據法에 관한 유럽공동체협약(로마협약)", 「國際私法과 國際訴訟」 제1권(2001), 53면 이하 참조.

6) 브뤼셀협약에 관한 상세는 석광현, "민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽공동체협약(브뤼셀 협약)", 「國際私法과 國際訴訟」 제2권(2001), 321면 이하 참조. 2002년 3월 1일자로 브뤼셀협약의 법형식은 國際條約으로부터 유럽연합

시 헤이그국제사법회의에서 작업이 진행중이던 「민사 및 상사사건의 國際裁判管轄과 외국재판에 관한 협약」의 1999년 예비초안을 참작하였다(제27조 제4항 내지 제6항, 제28조 제3항 내지 제5항).

Ⅲ. 國際私法 總則

國際裁判管轄도 총칙에 포함되어 있지만 그에 대하여는 아래(Ⅳ.)에서 별도로 논의한다.

1. 외국법의 조사·증명

외국법이 準據法인 경우 누가 주장·입증책임을 지는지와, 외국법의 내용이 불분명한 경우의 처리에 관하여 涉外私法에는 규정이 없었다. 國際私法은 종래 학설·판례를 따라 당사자의 주장·입증이 없더라도 법원이 외국법을 직권으로 조사, 확정하고 적용하여야 함을 명시하고, 다만 입증의 편의를 위하여 법원이 당사자에게 협력을 요구할 수 있도록 하였다(제5조). "협력"이라 함은 예컨대 법원이 접근하기 어려운 法源 또는 판례를 제공하거나, 쟁점에 정통한 관청 또는 전문가를 알려주는 것 등을 말한다. 외국법의 조사·확정은 법원의 의무이므로 당사자가 협력하지 않는다고 하여 입증책임을 부담시키는 등의 불이익을 줄 수는 없고, 종래 실무상으로도 당사자에게 협력을 요구하였다는 이유로 협력을 요구할 수 있다고만 규정하였다. 당사자가 협력하지 않는 경우 법원이 결국 외국법의 내용을 확정하지 못함으로써 代替法을 적용하는 불이익을 입게 될 것이다.

이사회규정(Council Regulation)으로 전환되었다. 이것이 "브뤼셀규정"이다. 브뤼셀규정에 관하여는 석광현, "民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 유럽연합규정("브뤼셀규정")—브뤼셀협약과의 차이를 중심으로—", 한양논총 제20집 제1호(2003. 8. 간행 예정) 참조.

2. 準據法 지정의 범위

전통 國際私法 이론에 의하면 國際私法에 의하여 지정되는 외국법은 私法이며, 公法은 제외되는 것이 원칙이었다. 그러나 公法과 私法의 구별은 매우 어렵고 국가에 따라서는 양자의 구별이 존재하지 않으며 구별기준 또한 국가별로 상이하고, 무엇보다도 外國公法의 적용을 배제하거나 제한할 필요가 있더라도 이는 당해 법규를 적용한 결과에 착안한 國際私法的 考慮에 기초해야지, 어떤 법규의 성질에 따라 일률적으로 결정할 것은 아니다. 따라서 제6조는 準據法으로 지정된 외국법의 내용이 공법적 성격을 가진다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 않음을 명시하였다. 國際私法 제6조는 準據法 소속국의 國際的 强行法規와도 관련된다. 다만 동조는 소극적인 규정방식을 취하므로 제6조의 결과 準據法 所屬國의 國際的 强行法規가 準據法의 일부로서 당연히 적용되는 것은 아니다. 準據法 소속국의 外國公法을 적용할 경우 그 근거는 다양할 수 있다. 하나는, 한 국가의 법질서는 하나의 단위로서 총체적으로 파악할 것이므로 外國公法도 準據法의 일부로서 적용된다는 견해이고, 다른 하나는, 그러한 법규는 이른바 '强行法規의 特別連結理論'이라는 독자적인 연결원칙에 의해 적용된다는 견해이다. 그 밖에도 國際的인 公法理論(涉外公法理論) 등에 의해 설명할 여지도 있다.[7]

3. 國際的 强行法規 개념의 도입

國際私法에서는 의하여 외국법이 準據法으로 지정되더라도 입법 목적에 비추어 準據法에 관계없이 적용되어야 하는 우리나라의 强行法規는 여전히 적용됨을 명시하였다(제7조). 이는 종래 당연한 것으로 인정되어 온 것인데 國際私

7) 國際的 强行法規는 '準據法 소속국의 强行法規', '法廷地의 强行法規'와 그 밖의 경우 즉 '제3국의 强行法規'로 구분되는데, 國際私法은 법정지의 强行法規(제7조)와, 準據法 소속국의 强行法規(제6조)에 관하여는 규정하나 제3국의 强行法規에 관하여는 규정하지 않는다. 왜냐하면 제3국의 强行法規의 처리에 관하여는 국제적으로 정립된 견해가 없고, 우리나라의 경우도 마찬가지이기 때문이다. 로마협약(제7조 제1항)은 제3국의 國際的 强行法規에 대해 효력을 부여할 수 있다고 규정하지만 많은 논란이 있고 영국과 독일 등은 그의 적용을 유보하였다.

法에서는 로마협약(제7조 제2항)을 따라 그 취지를 분명히 하고, 그것이 國際私法的 判斷의 결과임을 명확히 한 것이었다. 여기에서 문제되는 우리 법은 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없는 이른바 "單純한(또는 통상의) 强行法規"[8]가 아니라, 예컨대 외국환거래법, 대외무역법과 독점규제및공정거래에관한법률 등[9]과 같이 당사자의 합의에 의해 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라, 그에 추가하여 準據法이 외국법이라도 그의 적용이 배제되지 않는 이른바 "國際的 强行法規"를 말한다. 제7조에 의해 "國際的 强行法規"의 개념이 國際私法에 도입되고, 國際私法의 방법론상의 다원화가 이루어졌다고 할 수 있다.

公序條項의 경우 우선 國際私法에 의하여 일단 외국법이 準據法으로 결정되고 그를 적용한 결과가 내국의 公序에 반하는 경우에 비로소 적용되므로 외국법의 내용이 문제되는 데 반하여, 法廷地의 國際的 强行法規는 외국법이 準據法이 되는 과정을 거치지 않고, 외국법의 내용에 관계없이 곧바로 적용된다는 점에서 公序條項과 다르다. 즉 공서조항은 거절의 과정인 데 반하여 國際的 强行法規는 선택의 과정이다. 따라서 國際的 强行法規를 "직접적용법(lois d'application immédiate)"이라고 하는 것이다.[10]

4. 準據法 지정의 예외

國際私法의 모든 연결원칙은 당해 사안과 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 準據法으로 지정하는 것이다. 그러나 國際私法을 적용한 결과가 그러한 원칙에 부합하지 않는 사안이 있을 수 있다. 이러한 경우에 대비하여 國際私法이 지향하는 올바른 연결원칙을 실현하고자 '예외조항'을 두었다(國際私法 제8조 제1항). "올바른 연결"이라 함은 實質法的으로 보다 나은 법이 아니라, 밀접한 관련이라는 연결체계의 유지라는 관점에서 올바른 법을 의미한다. 다만 國際私法

8) 당사자자치에 관한 國際私法 제25조 제4항의 강행규정, 소비자계약에 관한 제27조 제1항의 강행규정과 근로계약에 관한 제28조 제1항의 강행규정은 이러한 單純한 强行法規를 말한다.

9) 그 밖에 대리상에 관한 商法 제92조의2, 해상운송인의 의무 또는 책임을 감면하는 당사자의 특약을 무효로 하는 商法 제790조 제1항과 약관의규제에관한법률이 國際的 强行法規인지가 문제된다. 대리상의 경우에는 이론이 있을 수 있으나 나머지는 부정해야 할 것이다.

10) 독일에서는 "Eingriffsnorm"(干涉規範 또는 介入規範)이라고도 한다. 다만 그 범위는 논자에 따라 차이가 있다.

상 當事者自治가 허용되는 경우에는 예외조항의 적용을 배제하였다(제8조 제2항). 예외조항이 적용될 가능성이 있는 예로는 다양한 유형의 불법행위와 선박의 편의치적(便宜置籍)의 경우를 들 수 있다. 다만 예외조항의 적용은 엄격한 요건하에 신중히 해야 할 것이다. 예외조항이 도입된 결과 과거와 비교하여 準據法 결정상의 법적 불안정성이 상대적으로 커질 것이나, 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 準據法으로 지정한다는 國際私法의 대원칙에 비추어 불가피하다. 앞으로는 準據法 결정에 불만이 있는 당사자는, 當事者自治가 타당한 쟁점이 아니라면 例外條項을 적극 활용할 것으로 예상된다.

5. 反定(renvoi)의 확대

國際私法에서는 '국제적 판결의 일치'를 도모할 수 있고, 경직된 법 선택의 원칙을 완화하여 구체적인 사건에 보다 타당한 법을 적용할 수 있으며, 反定을 허용할 경우 외국법의 적용에 따른 어려움을 완화할 수 있다는 이유로 轉定은 涉外私法과 같이 제한하되, 俠義의 反定은 보다 넓게 허용하였다(제9조 제1항). 涉外私法상 反定이 허용되기 위해서는 본국법이 적용되는 경우에 한하였으나(제4조), 國際私法에서는 이러한 제한을 없애 허용범위를 확대하는 한편, 反定이 허용되지 않는 경우를 열거하였다(제9조 제2항). 그러나 국제거래에서 중요한 사안, 즉 당사자가 準據法을 선택하는 경우(제1호)와, 계약의 準據法에 관하여는(제2호) 反定을 허용하지 않는다. 또한 反定을 허용하는 것이 國際私法이 외국법을 準據法으로 지정한 취지에 반하는 경우에도 이를 허용하지 않으므로(제6호) 國際私法에서는 그에 해당하는지의 판단이 중요하다. 이제 反定의 허용범위가 확대된 결과 외국 國際私法에 대한 연구의 필요성이 커졌다. 앞으로는 國際私法(제9조 제2항)이 反定을 금지하는 경우가 아닌 한, 準據法 결정에 불만이 있는 당사자는, 準據法이 한국법이 됨으로써 실익이 있는 경우에는 反定의 적용을 주장할 것이다.

6. 公序條項의 개정

涉外私法(제5조)은 '외국법의 규정'이 선량한 풍속 및 사회질서에 반하면 항

상 그 적용을 배제하는 듯한 취지로 규정하였으나, 公序의 원칙은 추상적인 외국법 자체를 비난하는 것이 아니라 그 '적용 결과'로 인해 우리의 기본적인 사회질서가 파괴되는 것을 막기 위한 것이므로 國際私法에서는 외국법 자체의 내용이 아니라 외국법을 적용한 결과가 문제됨을 명확히 하였다(제10조).[11] 또한 公序條項의 남용을 막고자 사회질서에 '명백히' 위반되는 경우에만 외국법의 적용이 배제됨을 명시하였다. 이는 최근의 국제조약의 흐름과도 일치한다.

Ⅳ. 國際裁判管轄 (제1장, 제3장)

궁극적으로는 國際私法이 규율하는 모든 법률분야에 관하여 精緻한 國際裁判管轄 규칙을 國際私法에 두는 것이 바람직할 것이나, 현재로서는 이는 현실적으로 매우 어렵고 현재 진행중인 헤이그국제사법회의의 작업을 좀더 지켜볼 필요가 있다. 따라서 國際私法에서는 과도기적인 조치로서 제1장(총칙)에서 대법원판례[12]가 취해 온 입장을 반영하여 國際裁判管轄에 관한 일반원칙을 규정하고(제2조), 各則인 제6장(債權)에서 사회·경제적 약자인 소비자와 근로자를 보호하기 위해 특칙을 두었다(제27조 제4항-제6항, 제28조 제3항-제5항).

1. 총칙

확립된 판례와 학설은 우리나라에는 민사사건의 國際裁判管轄에 관한 아무런 성문법규가 없다고 보았고, 國際裁判管轄에 관한 규칙은 종래 주로 판례에 의해 발전되어 왔다. 대법원은 國際裁判管轄의 결정에 관한 法理를 다음과 같은 4단계 구조로 설시하였다.[13]

---

11) 법제처의 심의 과정을 거치면서 초안의 "적용한 결과가"라는 표현이 단순히 "적용이"로 수정되었으나 결론에 차이가 있는 것은 아니라고 본다.

12) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다 41897 판결, 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다 39607 판결 등.

13) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897 판결과 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결 등.

① 섭외사건의 국제재판관할에 관해 조약이나 일반적으로 승인된 국제법상의 원칙이 아직 확립되어 있지 않고 우리의 성문법규도 없다.

② 따라서 섭외사건에 관한 법원의 국제재판관할 유무는 결국 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속이라는 기본이념에 따라 조리에 의해 결정함이 상당하다.

③ 이 경우 민사소송법의 토지관할규정 또한 위 기본이념에 따라 제정된 것이므로 위 규정에 의한 재판적이 한국에 있을 때에는 한국법원에 국제재판관할이 있다고 봄이 상당하다.

④ 다만, 위 ③에 따라 국제재판관할을 긍정하는 것이 조리에 반한다는 특별한 사정이 있는 경우에는 한국법원은 국제재판관할이 없다.

涉外私法하에서는 國際裁判管轄의 결정에 관하여 逆推知說, 管轄配分說과 절충설 등이 있었으나 國際私法에 의하여 이러한 학설의 대립은 해소되었고 이제는 國際私法 제2조가 결정적인 의미를 가진다. 제2조는 國內法의 관할규정(예컨대 민사사건의 경우 民事訴訟法의 土地管轄規定)을 참작하되 그에 얽매이지 말고 國際裁判管轄의 특수성을 충분히 고려함으로써 精緻한 國際裁判管轄規則을 정립하라는 것이다. 그러므로 모든 土地管轄規定에 대해 동등한 가치를 부여할 것이 아니라, 土地管轄規定들을 ① 그대로 國際裁判管轄規則으로 사용할 수 있는 것, ② 국제적인 고려에 의해 수정함으로써 비로소 國際裁判管轄規則으로 사용할 수 있는 것과 ③ 國際裁判管轄規則으로는 적절치 않아 아예 배제되어야 할 것으로 구분하고, ④ 土地管轄規定이 망라적인 것은 아니므로 그 밖에도 國際裁判管轄의 근거가 될 수 있는 사정의 유무와, 이를 인정한다면 그 내용을 확정할 필요가 있다.[14]

國際私法은, 아래에서 언급하는 소비자계약과 근로계약의 경우를 제외하면, 國際裁判管轄에 관하여 매우 단편적인 규정만을 두고 있으므로, 종래 판례에 의해 발전되어온 國際裁判管轄의 法理, 특히 土地管轄規定을 기초로 國際裁判管轄規則을 정립하려는 노력은 國際私法하에서도 상당 부분 유지될 수 있다. 다만 일단 「國際裁判管轄 規則 = 土地管轄規定」이라고 하고, 그러한 결론이

14) 도메인이름을 둘러싼 분쟁에 관한 國際裁判管轄規則이 위 ④에 해당하는지는 좀더 검토할 필요가 있다.

부당한 경우 特別한 事情을 근거로 管轄이 없다고 판단할 것이 아니라, 일차적으로 國內의 관할규정을 참작하여 國際裁判管轄의 특수성을 고려해서 올바른 國際裁判管轄規則을 정립해야 한다. 이 과정에서 특히 위 ②에 속하는 규칙의 경우 이를 어떻게 수정할 것인가가 핵심적인 논점이다. 앞으로의 과제는 國際私法에 따른 國際裁判管轄의 근거를 一般管轄과 特別管轄로 구분하여 좀더 세분화하고 구체화하는 것인데,[15] 국제적으로 통용될 수 있는 國際裁判管轄規則을 정립하기 위해서는 民事訴訟法[16] 등 국내법의 토지관할규정을 기초로 하되, 브뤼셀협약(브뤼셀규정)과 헤이그국제사법회의에서 추진중인 신협약의 1999년 초안과 2001년 초안 등에 대한 광범위한 比較法的 檢討를 해야 한다.[17]

다만 외국에 더 적절한 代替法廷地가 있고, 모든 사정을 고려할 때 그곳에서 재판하는 것이 훨씬 더 적절한 경우, 우리 법원이 과연 영미에서 인정되고 있는 이른바 不適切한 法廷地의 法理(doctrine of forum non conveniens)를 제한적으로 도입하여 訴訟節次를 中止(또는 각하)함으로써 管轄의 행사를 거부할 수 있는가에 관하여는 國際私法이 명시하지 않으므로 논란이 있을 수 있다.

실무상으로는 많은 국제거래의 경우 國際裁判管轄에 관한 쟁점은 國際裁判管轄合意[18]에 의해 상당부분 해소된다. 당사자들이 유효한 專屬的 管轄合意를 한 경우에는 전적으로 그에 의해 國際裁判管轄의 문제가 해결되나, 非專屬的 管轄合意를 한 경우에는 國際裁判管轄에 관한 논의가 여전히 중요한 의미를 가진다.

한편 國際私法 제2조는 國際的 訴訟競合의 처리에 관한 종래의 논의에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 원고가 미국에서 손해배상을 구하는 訴를 제기하여 소송계속 중 한국에서 (國際私法 시행 전에) 後訴를 제기한 사안에서 서울지방법원 2002. 12. 13. 선고 2000가합90940 판결은 이른바 承認豫測說을 취하

---

15) 상세는 우선 석광현(註 4), 49-75면 참조.

16) 民事訴訟法은 2002년 7월 1일자로 개정되었는데 그에 의하여 제24조, 지적재산권 등에 관한 특별재판적이 신설되었다. 즉 그에 따르면 "... 국제거래에 관한 소를 제기하는 경우에는 제2조 내지 제23조의 규정에 따른 관할법원 소재지를 관할하는 고등법원이 있는 곳의 지방법원에 제기할 수 있다." 그러나 제24조는 국내 지방법원간의 土地管轄의 배분에 관한 조항일 뿐이고 國際裁判管轄에는 영향을 미치지 아니한다.

17) 석광현, 國際裁判管轄에 관한 연구(서울대출판부. 2001)는 이러한 노력의 산물이다.

18) 이에 관하여는 우선 한충수, "國際裁判管轄合意에 관한 硏究", 연세대학교 박사학위논문(1997)을 참조. 헤이그국제사법회의는 당초 "民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약"이라는 광범위한 조약을 채택하고자 하였으나 지금은 조약의 범위를 대폭 제한하여 國際裁判管轄合意를 중심으로 하는 조약을 성안하는 작업을 진행중이다.

여 後訴를 각하한 바 있다.[19]

2. 國際裁判管轄 결정시의 사회·경제적 약자의 보호

國際私法은 一般管轄이나 特別管轄, 특히 契約에 관한 國際裁判管轄과 國際裁判管轄合意에 관한 원칙을 두지 않고 消費者契約에 관하여 特則을 둔다. 이는 체계적으로는 문제가 있지만, 契約에 관한 國際裁判管轄 또는 國際裁判管轄合意에 관한 원칙은 國際私法 제2조를 기초로 정립될 수 있으나, 消費者와 勤勞者를 보호하는 규칙은, 필요성은 큼에도 불구하고 판례에 의한 정립을 기대하기가 어렵거나, 언제가 될지 알 수 없으므로 시급한 두 가지 경우를 國際私法에서 명시한 것이다.

제27조 제1항에 정한 消費者契約의 경우 소비자는 그의 常居所가 있는 국가에서도 상대방에 대하여 訴를 제기할 수 있다(제4항). 이는 소비자보호를 위하여, 民事訴訟法의 기본원칙인 'actor sequitur forum rei (原告는 被告의 法廷地를 따른다)'라는 原則에 정면으로 배치되는 國際裁判管轄規則을 인정한 것이다. 한편 消費者契約의 경우에 消費者의 상대방이 소비자에 대하여 제기하는 訴는 소비자의 常居所가 있는 국가에서만 제기할 수 있다(제5항). 이는 專屬的이라는 점에 의의가 있다. 나아가 제27조는 부당한 裁判管轄合意를 막기 위하여 당사자간의 裁判管轄合意는 사후적 합의, 또는 사전 합의일 경우 소비자에게 유리한 추가적 합의만을 인정한다(제6항). 소비자계약의 경우와 유사하게, 제28조는 勤勞契約에 관한 사건에 대해 근로자를 보호하기 위한 特則을 둔다. 다만 소비자의 常居所地에 갈음하여 노무제공지가 중요한 의미를 가지는 점에 차이가 있다. 여기에서는 기업간의 국제거래를 대상으로 하므로 國際裁判管轄에서의 사회·경제적 약자의 보호에 관한 상세한 논의는 생략한다.

Ⅴ. 法人 또는 團體의 屬人法(제2장)

법인과 단체의 屬人法(lex societatis)에 관하여 涉外私法은 규정을 두지 않

19) 상세는 석광현(註 4), 75면 이하 참조.

았고 단지 상사회사의 행위능력에 관하여만 규정을 두었다(제29조). 따라서 종래 법인과 단체의 屬人法에 관하여는 設立準據法說과 本據地法說 등 다양한 견해가 대립되고 있다.

법인과 단체에 대한 屬人法의 결정은 국제회사법 내지는 국제단체법의 기본적인 논점이므로 완결된 國際私法 체제를 지향하는 개정의 취지에 부응하고, 또한 법인 또는 단체의 屬人法에 관한 법적 불안정을 제거하고자 國際私法에서는 원칙적으로 設立準據法說에 따라 법인과 단체의 準據法을 명시하였다(제16조 본문). 그 이유는 設立準據法說이 종래 우리나라의 유력설로서 당사자 이익을 존중하고, 設立準據法의 확인이 용이하고 본거지의 변동에도 불구하고 準據法이 고정되므로 법적 안정성을 확보할 수 있다는 장점이 있기 때문이었다. 設立準據法 소속국과 本據地法 소속국이 일치하지 않는 다수의 외국법인의 경우, 만일 本據地法說에 따를 경우, 國際私法에서는 轉定이 인정되지 않으므로, 법인의 설립 자체가 부정될 가능성이 있다는 점도 고려되었다. 다만 외국법에 의해 설립된 법인 또는 단체의 주된 사무소가 한국에 있거나 한국에서 주된 사업을 하는 예외적인 경우에는, 한국에서의 거래의 안전을 보호하기 위하여 한국법을 準據法으로 하였다(國際私法 제16조 단서). 단서는 商法 제617조[20]의 연장선상에 있는 것이다.

문제는 우리 기업들이 특정한 목적을 위하여 외국법에 따라 외국에서 SPC(특수목적회사)를 설립하고 그 SPC가 한국에서 주된 사업을 하는 경우 한국법이 회사의 準據法이 된다는 점이다. 이 경우 한국에서 설립을 위한 절차를 밟지 않은 SPC의 법인격이 자체가 부정될 가능성이 있다. 商法의 해석론으로도 아마 동일한 결과가 될 것이나[21] 國際私法에 의해 그 취지가 좀더 명확해졌다고 할 수 있다. 이런 사례가 없지는 않은 것으로 보이는데 이는 실무가들이 國際私法的 論點을 인식하지 못한 탓이다. 다만, 특별법에서 그러한 SPC의 설립을 상정하고 있는 경우에는 예외적인 취급을 할 수 있을지는 좀더 검토할 사항이다.

---

20) 조문은 다음과 같다. "외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 그 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 때에는 대한민국에서 설립된 회사와 동일한 규정에 의하여야 한다."

21) 商法의 해석상으로는 견해가 나뉜다.

Ⅵ. 法律行爲(제3장)

1. 法律行爲의 방식

涉外私法은 法律行爲의 방식에 관하여 효력의 準據法 또는 행위지법에 연결함으로써 이른바 "favor negotii"(法律行爲에 유리하게) 원칙을 따랐다. 國際私法은 상이한 국가에 소재하는 당사자간에 체결된 계약의 경우 관련 국가 중 어느 한 국가의 법의 요건을 충족하면 방식상 유효한 것으로 함으로써 위 원칙을 보다 강화하였다(제17조).

2. 任意代理의 準據法

涉外私法은 대리의 準據法에 관하여 규정하지 않았으므로 이는 학설과 판례에 의하여 처리되었다. 학설은 나뉘었으나 판례[22]는 본인과 제3자의 외부관계에 대하여 대리행위지법을 準據法으로 보았다.

國際私法(제18조)에서는 임의대리에 관한 규정을 두고, 판례를 따라 대리행위지법을 존중하면서 보다 상세한 조항을 두었다. 즉 본인과 대리인의 내부관계는 당사자간의 법률관계의 準據法에 의하고, 본인과 제3자의 외부관계는 대리인의 영업소 소재지법, 이것이 없는 경우에는 대리행위지법에 의하도록 하였다. 나아가 대리의 準據法에 관하여 일정한 요건하에 當事者自治를 허용하고, 대리권을 가지지 않은 대리인과 제3자와의 관계에 대하여는 대리인의 영업소 소재지법, 이것이 없는 경우에는 대리행위지법에 의함을 명시하였다. 이는 본인과 제3자의 외부관계를 규율하는 법과 동일한 법에 의하도록 하기 위한 것이다. 종래 우리 법상은 대리권의 수여를 철회할 수 없다고 명시한 경우에도 본인이 이를 철회할 수 있다는 견해가 유력하였기 때문에 실무상 위임장에서 대리권의 準據法을 영국법으로 명시하는 예들이 있었다. 涉外私法하에서는 이

22) 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카 15 판결; 대법원 1988. 2. 9. 선고 84다카1003 판결 등.

것이 가능한지 의문이 있었으나, 國際私法이 명시적으로 당사자자치를 허용하므로 이러한 실무가 명시적인 근거를 가지게 되었다.

Ⅶ. 物權(제4장)

涉外私法은 물권의 準據法에 관하여 가장 원칙적인 조항(제12조) 하나만을 두었으나 國際私法은 이를 보완하였다.

1. 송부매매의 경우 물권변동[23]

國際私法상 동산에 관한 물권은 목적물의 소재지법에 의한다(제19조 제1항). 한편 물품의 운송을 수반하는 국제적인 매매 이른바 '송부매매'(Versendungskauf)의 경우처럼 物權法的 要件이 실현되는 도중에 물건이 국내에 들어온 경우 소유권이전은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 목적물의 소재지법에 의한다(國際私法 제19조 제2항). 예컨대 한국에 있는 물건을 일본으로 수출하는 경우에는—즉 매매계약의 체결과 인도간에 물건의 소재지가 변경된다—계약 체결시의 물건 소재지법인 한국법상 소유권이전을 위하여 점유이전이 필요하므로 한국법상은 물권변동의 요건이 구비되지 않아 소유권이 이전되지 않지만, 물건이 일본에 도착하면 신소재지인 일본법에 따르므로 일본법상의 요건을 구비한 것이 되어 그때에 당사자간에서는 매수인에게 소유권이 이전된다. 반면에 일본에 있는 물건(특정물)을 한국으로 수입하는 경우에는 계약 체결시 물건 소재지법인 일본법상 매매계약 체결에 의해 소유권이 매수인에게 이전되므로 계약 체결 즉시 일본 民法에 따라 당사자간에서는 매수인에게 소유권이 이전된다.

주의할 것은 「무역조건의 해석에 관한 국제규칙(International Rules for the Interpretation of Trade Terms. Incoterms)」(최근에는 2000년에 개정됨)을 적용하기로 당사자들이 합의한 경우 Incoterms는 물건의 소유권이전과는 직접

23) 상세는 석광현, "輸入貨物의 소유권이전에 관한 연구", 통상법률 2003. 6.(통권 제51호), 35면 이하 참조.

관련이 없다는 점이다.[24] 예컨대 영국의 매도인이 信用狀에 기하여 C.I.F. 조건으로 한국의 수입자에게 물건을 수출한 경우, 물건의 위험은 C.I.F. 조건에 따라 물건이 본선의 난간을 통과하는 때에 매수인에게 이전되나 물건의 소유권이 그와 동시에 매수인에게 이전되는 것은 아니다. 民法의 형식주의하에서는 매수인이 물건의 점유를 취득하여야 소유권을 취득할 수 있다. 따라서 물건이 점유 없이 소유권취득을 허용하는 국가(예컨대 영국, 일본, 미국)에 소재하는 특정물이고, 당사자들이 계약 체결시 매수인에게 소유권이 이전되는 것으로 합의한 경우라면 모르겠지만, 그 외의 수입거래라면 물권변동의 準據法은 우리법이 되므로 매수인이 물건의 점유를 취득하는 때보다 앞선 시점으로 소유권이전시기를 앞당기는 것은 허용되지 않는다.

우리나라의 실무가들 사이에는 국제물품매매계약에서의 물품의 소유권이전에 관한 세 가지 오해, 즉 첫째 소유권이 인코텀즈에 따른 위험이전과 동시에 매수인에게 이전된다거나(특히 F.O.B.의 경우),[25] 둘째 소유권이 매매계약의 準據法에 따라 이전된다거나,[26] 또는 셋째 소유권이전이 영국의 물품매매법을 중심으로 한 국제관습에 의해 규율된다는[27] 오해가 있는 것으로 보인다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 인코텀즈는 소유권이전을 직접 규율하지 않으며, 소유권은 매매계약의 準據法이 아니라 法廷地의 國際私法에 따라 결정되는 소유권이전의 準據法이 정하는 바에 따라 당사자가 의도하는 때(특정을 전제로), 매수인이 점유를 취득하는 때 또는 그 밖의 시기에 매수인에게 이전된다.[28] 매매계약의 準據法은 國際私法 제25조 이하에 의하는 데 반하여, 물권의 準據法은 제19조 이하에 의하여 별도로 규율된다. 따라서 소유권유보(retention of title) 조건이 있는 매매의 경우에도 계약적 측면과 물권법적 측면을 구분하여

---

24) Jan Ramberg, ICC Guide to Incoterms 2000 (1999), p. 12는 이를 분명히 지적하고 있다. 대한상공회의소·ICC한국위원회, 인코텀즈 2000(1999), 255면에서는 이를 분명히 밝히고 있다. 다만 소유권이전의 準據法이 우리 법이어서 매수인이 점유를 취득해야 하는 경우에도 인코텀즈의 F군에서 운송인이 매수인의 대리인 또는 이행보조자로서 매도인으로부터 물품의 점유를 취득한다면 운송인의 점유취득시 매수인이 소유권을 취득할 수는 있다. 그렇더라도 이는 인코텀즈에 따른 직접적인 결과는 아니다.

25) 대한상공회의소·ICC한국위원회(註 24), 121면. 그러나 255면에서는 제대로 설명하고 있다.

26) 예컨대 서헌제, 통상문제와 법, 국제거래법 강좌 I(1994), 504-505면; 강이수, 國際貿易慣習論(1993), 302면; 오원석, "國際物品賣買契約에서 所有權移轉時期에 관한 論爭의 實益," 仲裁 1994. 6.(통권268호), 21면.

27) 예컨대 강원진, 무역계약론(2000), 166면.

28) 이동중의 물건(res in transitu)이라면 아래(4.)의 논의가 타당하다.

準據法을 결정하여야 한다. 만일 동산의 소유권이전의 準據法決定에 관하여 當事者自治가 허용된다면 양자의 準據法을 일치시킬 수 있으나, 우리 國際私法의 해석론으로는 이는 허용되지 않는다고 본다.

물품의 소유권이전은 국제거래에서 핵심적인 쟁점임에도 불구하고 이 분야의 규범이 국제적으로 통일되거나 조화되지 않은 상태이므로, 법적 확실성에 대한 업계의 수요에 부응하기 위하여 국제상업회의소는 1999년 포괄적인 비교법적 연구결과를 담아 A. von Ziegler et al. (eds.), Transfer of Ownership in International Trade(국제무역에서의 소유권의 이전) 이라는 책자를 간행하였다. 이는 소유권이전과 관련된 國際私法 및 實質法의 쟁점에 관하여 19개국의 법제를 동일한 편제에 따라 정리한 것이다.[29]

2. 운송수단

운송수단의 경우 성질상 소재지법을 準據法으로 하는 것이 타당하지 않으므로 國際私法에서는 항공기의 경우 국적소속국, 철도차량의 경우 운행허가국의 법을 각 準據法으로 하였다(제20조). 선박에 관하여는 해상편(제60조)에 별도의 규정이 있다. 자동차에 관하여는 소재지법에 의하는 것이 타당할 것으로 생각되어 별도의 규정을 두지 않았다.

3. 무기명증권

무기명증권은 유가증권이고 그에 화체된 권리는 다양하지만 마치 동산처럼 취급되므로 소재지법에 의해 규율된다. 이는 涉外私法(제31조)이 이미 규정하고 있던 원칙인데, 國際私法은 이를 취득만이 아니라 득실변경으로 확대하고 물권편으로 위치를 변경하였다(제21조).

여기의 무기명증권에 관한 권리에는 무기명증권 자체에 대한 권리와 무기명증권에 의하여 化體된 권리가 포함된다. 유가증권 자체에 대한 권리는 무기명증권이 아닌 다른 증권의 경우에도 당해 증권의 소재지법에 의할 것이나, 무기명증권의 경우는 당해 증권과 그에 化體된 권리를 동일시할 수 있으므로 化體

29) 석광현(註 23)은 동일한 편제에 따라 우리 법의 입장을 정리해 본 글이다.

된 권리도 증권의 소재지법에 의한다는 것이다. 제21조의 취지는 여기에 있다. 물론 어느 유가증권이 무기명증권인지의 여부는 당해 증권에 化體된 권리의 準據法에 의하여 결정되어야 할 것이다. 화체된 권리의 취득과 처분(즉 양도 또는 담보제공)이 증권소재지법에 따를 사항임은 분명하나, 그의 내용적 변경에까지 증권소재지법이 적용되는 것은 아니다. 이는 화체된 권리의 準據法에 의할 사항이다. 이 점에서 제21조의 문언은 다소 부적절한 면이 있으며 개선할 필요가 있다.[30]

그러나 무기명증권이 중앙예탁기관 또는 중개기관에 예치되고 그에 대한 권리가 계좌이체에 의해 일어나는 경우에는 무기명증권의 소재지가 결정적인 의미를 가지지 않으므로 그러한 경우에까지 제21조를 적용할 것은 아니고 그 경우에는 해석론으로도 계좌소재지법인 중개기관소재지법이 적용되어야 할 것이다.[31] 이것이 이른바 'place of the relevant intermediary approach(관련중개기관 소재지 접근방법)—PRIMA'이다. 2002년 12월 헤이그국제사법회의에서 채택된「중개기관에 보유하는 유가증권에 관한 일부 권리의 準據法에 관한 협약」(Convention on the Law Applicable to Certain Rights in respect of Securities held with an Intermediary. "간접보유유가증권협약")은 PRIMA를 채택한 조약이다. 동 협약은 PRIMA를 다소 수정하여 간접보유유가증권에 관한 물권법적 쟁점을 일차적으로 증권약정의 당사자들이 합의한 법에 따르도록 하나, 國際私法의 해석론으로서는 동일한 결론을 도출하는 것은 곤란하다.

4. 이동중의 물건(res in transitu)

이동중 또는 운송중인 물건에 관하여 소유권의 이전 또는 질권의 설정과 같은 물권행위가 이루어진 경우 準據法의 결정이 문제되는데, 國際私法에서는 목적지법을 準據法으로 정하였다(제22조). 다만 선하증권과 같은 물품증권이 발생된 경우에 관하여는 규정을 두지 않았다. 따라서 그에 대해서는 목적지법설

30) 상세는 석광현, "國際的인 證券擔保去來의 準據法—PRIMA와 관련하여—", 증권법연구 제3권 제1호(2002), 120면 이하. 이 글은 우리 國際私法상의 해석론을 전개하고 본문 아래에서 언급하는 간접보유유가증권협약의 2002년 4월 예비초안을 소개한 것이다.

31) 석광현(註 30), 125면. 담보제공자의 중개기관소재지와 담보권자의 중개기관소재지가 상이한 경우 國際私法에 따른 準據法의 결정은 어려운 문제를 제기한다.

과 증권소재지법설 등이 주장될 수 있을 것이다.

5. 債權 등에 대한 약정담보물권

債權, 株式 또는 기타의 권리에 대한 약정담보물권의 準據法에 관하여 涉外私法은 아무런 규정을 두지 않았다. 이 경우 목적인 권리 자체의 準據法에 의한다는 견해가 종래의 학설이었는데, 國際私法은 그러한 취지를 명문화하였다(제23조). 따라서 債權質은 채권의 準據法에 의하고, 株式質은 주식회사의 屬人法, 즉 그의 設立準據法에 의한다.

나아가 채권·주식, 그 밖의 권리를 표창하는 유가증권을 대상으로 하는 약정담보물권도 화체된 권리의 準據法에 의한다. 그러나 무기명증권은 마치 동산처럼 취급되므로 무기명증권에 대한 약정담보물권은 화체된 권리의 準據法이 아니라 무기명증권 자체의 소재지법에 의한다(제23조 단서).[32]

제23조를 둔 것은, 무기명증권의 경우는 國際私法이 기본적인 원칙을 두고 있으나 다른 유가증권의 경우는 규정을 두고 있지 않으므로 무기명증권과의 균형상 기본적인 원칙을 규정하기 위한 것이다. 제23조는 배서 또는 교부에 의해 유가증권에 대한 권리의 득실변경이 일어나는 통상적인 경우에 적용되며, 유가증권이 결제기구 또는 중개기관에 예치되고 그에 대한 권리가 유가증권의 교부에 의해서가 아니라 계좌이체에 의해 일어나는 경우에까지 적용할 것은 아니다.[33]

Ⅷ. 知的財産權(제4장)

지적재산권의 準據法에 관하여 涉外私法은 아무런 규정을 두지 않았으므로,

32) 그러나 國際私法 제23조는, 무기명증권을 제외하면 유가증권에 화체된 권리의 準據法만을 정한 것이고, 유가증권 자체의 準據法을 정한 것은 아니다. 즉 '유가증권에 화체된 권리의 準據法'과 '유가증권 자체의 準據法'을 구분해야 하는데, 前者는 유가증권에 화체된 권리의 내용에 따라 상이하고, 國際私法 제23조는 이를 정한 것이다. 後者는 유가증권 자체에 대한 소유권 기타 제한물권 등의 취득, 상실에 관한 準據法으로 이는 동산에 준하여 증권 소재지법에 따른다. 다만 무기명증권의 경우는 양자가 동일한 법, 즉 증권소재지법에 의한다.

33) 그 경우의 해석론은 석광현(註 30), 185면 이하 참조.

종래 우리나라에서는 국제적인 지적재산권 분쟁이 외국적 요소를 가지는 법률관계로서 準據法 결정을 필요로 한다는 점에 대한 인식이 매우 부족하였다. 이를 시정함과 동시에 완결된 國際私法체제를 지향하기 위하여, 國際私法은 지적재산권에 관한 국제조약과 각국의 입법에 의해 널리 인정되고 있는 이른바 '보호국법주의'를 명시하였다(제24조). 다만, 지적재산권의 보호가 문제되는 모든 분야에 관하여 보호국법주의를 명시하는 대신 가장 문제되는 지적재산권 침해를 중심으로 보호국법주의를 규정하였다. 그러나 이 조는 지적재산권 전반에 관하여 보호국법주의를 선언한 조항으로 볼 수 있을 것이다. 제24조에 따르면 특허권뿐만 아니라 저작권도 보호국법주의에 의한다.

다만 知的財産權의 종류별로 관련 국제조약이 이미 保護國法主義를 규정하고 있는 경우에는 제24조는 별 의미가 없을 것이나, 그렇지 않은 경우에는 제24조가 抵觸規範으로서의 의미를 가진다.

Ⅸ. 契約(제5장)

국제거래의 실무에 미치는 영향이라는 관점에서 본다면 이 부분의 개정이 가장 중요하다고 할 수 있다.

1. 當事者自治

涉外私法은 法律行爲를 중심으로 '當事者自治(party autonomy)'에 의하여 결정되는 '主觀的 準據法'에 관해 간결하게 규정하였으나, 國際私法(제25조)에서는 계약을 중심으로 當事者自治와 관련된 논점들에 대하여 상세히 규정하였다. 國際私法은 로마협약과 외국의 입법례를 참조하여 국제적인 흐름을 따른 것이나, 종래 우리의 다수설의 입장과도 크게 다르지는 않다. 주요 개정 내용은 다음과 같다.

제25조는 準據法의 분열(dépeçage. 또는 "분할")과 準據法의 사후적 변경을 명시적으로 허용한다(제2항, 제3항). 참고로 대법원은 이른바 협회적하약관에 포함된 영국법준거약관의 법적 성질에 관하여 과거에는 보험계약의 準據法이

영국법이라는 입장을 취하였으나, 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707 판결은 영국법준거약관을 보험계약에 따른 전보청구 및 결제에 관하여만 영국법을 準據法으로 보고, 보험계약의 성립에 관하여는 한국법을 準據法으로 봄으로써 다른 입장을 취하였다.[34] 후자의 판례는 部分指定을 인정한 것인데, 결론이 상이한 것은 판례가 변경되었기 때문이 아니라 실제로 사용된 영국법준거약관의 문언에 차이가 있었기 때문이라고 생각된다.

모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택하는 것을 허용하되, 당해 국가의 강행규정의 적용은 배제되지 않는다고 규정하였다(제4항).[35] '강행규정'이라 함은 당사자의 합의에 의해 적용을 배제할 수 없는 단순한 또는 통상의 강행법규를 말한다. 準據法 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성은, 주된 계약 자체의 성립 및 유효성과 마찬가지로 그 계약이 유효하다면 國際私法에 따라 적용되어야 하는 準據法에 따라 판단한다(제25조 제5항, 제29조).[36]

전통적인 國際私法理論에 따르면 계약의 準據法은 어느 국가의 法體系(national system of law)가 되는 것이 당연하였고, 어느 국가의 법이 아닌 법규범의 선택은 準據法의 지정으로서 효력이 없으며, 따라서 그 경우 客觀的 準據法이 계약을 규율한다. 이는 어느 국가의 법만이 당사자들의 권리·의무와 그의 집행을 위한 구제수단을 망라적으로 규율할 수 있다는 점을 주된 근거로 한다.[37] 이에 대한 입장에 따라 당사자들이 예컨대 「국제물품매매계약에 관한 UN협약」(CISG) 또는 UNIDROIT의 국제상사계약원칙(Principles of International Commercial Contract)을 매매계약에 적용하기로 합의한 경우 이것이 抵觸法的 指定인지, 實質法的 指定[38]인지가 달라진다. 만일 後者라면 당

34) 위 판결에 대하여는 석광현, "해상적하보험증권상의 영국법 준거약관에 따라 영국법이 규율하는 사항의 범위", 판례연구 제15집(下) 서울지방변호사회(2001), 112면 이하 참조.

35) 종래 국내해상화물운송과 관련된 적하보험계약의 경우에도 별다른 문제의식 없이 영국법준거약관이 사용되고 있는 것으로 보인다. 그러나 만일 순수한 국내사건에 대해 외국법을 準據法으로 지정할 수 없다는 입장을 취한다면 그러한 적하보험계약의 경우 영국법은 準據法으로 지정될 수 없고, 지정한다면 이는 무효이므로 당사자들이 합의한 準據法이 없는 것이 되어 客觀的 連結에 의하여 準據法이 결정된다.

36) 이 문제를 정면으로 다룬 것은 아니지만 대법원 1987. 3. 24. 선고 86다카715 판결은 계약의 準據法은 계약이 유효하게 성립한 경우에 비로소 적용될 수 있을 뿐이므로, 계약의 성립 및 유효성은 계약의 準據法에 의해 규율된다는 것은 논리적으로 가능하지 않다는 취지의 설시를 한 바 있다.

37) Peter Nygh, Autonomy in International Contracts(1999), p. 61.

38) 抵觸法的 指定은 準據法을 지정하는 것이고, 實質法的 指定은 準據法의 지정이 아

해 계약은 客觀的 準據法의 强行法規에 의한 제한을 받는다. 물론 매매계약에 관한 强行法規가 많지 않으므로 이러한 차이는 실익은 크지 않을 것이다.

참고로 중재법(제29조 제1항 1문)은 "仲裁判定部는 當事者들이 지정한 法에 따라 判定을 내려야 한다"고 하여 國際私法과 유사한 조문을 두는데, 중재법은 모델법(제28조 제1항)과 달리 법이라고 하고 '법규' 또는 '법의 규칙'이라고 하지 않지만 법의 규칙을 의미하는 것으로 해석해야 할 것이므로 國際私法과는 차이가 있는 셈이다.[39]

2. 客觀的 準據法

가. 國際私法의 취지

涉外私法은 당사자가 準據法을 지정하지 않은 경우의 이른바 '客觀的 準據法'의 결정에 관하여 행위지법원칙을 채택하였다(제9조). 따라서 격지자간의 계약의 경우 행위지를 결정하기 위한 원칙이 필요한데 涉外私法은 청약에 주위적 지위를 인정하여 청약을 발송한 곳을 계약에 관한 행위지로 보았다(제11조). 그러나 행위지법원칙은 다양한 유형의 계약의 특성을 전혀 고려하지 않은 지나치게 기계적이고 도식적인 원칙으로서, 공간적 이동이 용이한 현대사회에서 행위지는 당사자의 편의 등 우연한 사정에 의해 결정되는 경우가 많으므로 부적절하며, 심지어 시대착오적이라는 비판을 받았다.

따라서 國際私法에서는 행위지법원칙을 버리고 '계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'을 準據法으로 지정하고(제26조 제1항), 법원과 당사자들의 부담을 덜기 위해 추정규정을 둔다(제26조 제2항, 제3항). 國際私法은 로마협약이나 스위스 國際私法처럼 '特徵的 履行'(characteristic performance)[40]이라는 용어를 사용하지는 않으나, 제26조 제2항에 열거된 이행(이는 特徵的 履行의 예

니라 외국법을 마치 약관처럼 참조(또는 언급)함으로써 계약의 내용으로 편입하는 것(incorporation by reference)을 말한다. 양자의 차이점은 석광현(註 4), 207면 참조. 종래 실무상 抵觸法的 指定과 實質法的 指定의 구별이 문제되었던 것은 해상적하보험계약의 영국법준거약관과 선하증권의 至上約款(clause paramount)을 들 수 있다. 석광현(註 4), 208면 참조.

39) 이에 관하여는 석광현, "改正仲裁法의 몇 가지 문제점—國際商事仲裁를 중심으로—", 「國際私法과 國際訴訟」 2권(2001), 485면 이하 참조. 필자는 仲裁法 제29조 제1항이 "법에 따라"라고 규정한 것은 부적절하다고 비판한 바 있다.

40) 존호놀드/오원석(역), UN統一賣買法(1998), 66면의 번역은 적절하지 않다.

시이다)을 해야 하는 당사자의 계약체결 당시 상거소가 있는 국가(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가)의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 다만 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.

참고로 중재법 제29조 제2항은 "第1項의 지정이 없는 경우에 仲裁判定部는 紛爭의 대상과 가장 밀접한 관련이 있는 國家의 法을 적용하여야 한다"고 하여 계약에 관한 한 國際私法과 거의 유사한 입장을 취한다. 주목할 것은 이 경우 "국가의 법"이라고 하여 중재법 제29조 제1항과 구별하는 점과, 모델법(제28조 제2항)은 國際私法의 중개를 통하여 準據法을 결정하는 데 반하여, 중재법은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용하도록 하는 점이다. 중재법은 일종의 변형된 抵觸法的 接近方法을 취하는 것이고, 1998년 1월 1일자로 개정된 국제상업회의소(ICC) 仲裁規則(제17조 제1항)과 같이 이른바 직접적인 방법(voie directe)을 취하는 것과는 차이가 있다.

客觀的 準據法에 관하여는 準據法의 분열을 명시하지 않았으나 이를 부정할 이유는 없다.

나. 客觀的 準據法의 결정이 문제되는 사례

실무상 客觀的 準據法의 결정이 문제되는 몇 가지 예로는 신용장, 선하증권과 라이센스계약 등을 들 수 있다.

(1) 信用狀[41]

신용장의 경우 중요한 것은 관련 당사자들간의 법률관계별로 準據法을 판단해야 한다는 점인데, 특히 문제되는 것은 첫째 개설은행과 수익자간의 法律關係와, 둘째 개설은행과 매입은행간의 法律關係의 準據法이다. 우선 전자에 관하여는 신용장에 準據法이 지정되지 않은 경우 涉外私法하에서는 개설은행이 의사표시를 한 곳으로서 개설은행 소재지법이 準據法이 되었으나, 國際私法하에서는 개설은행 소재지법이 特徵的인 履行을 하는 당사자의 영업소 소재지법

41) 신용장의 準據法에 관하여는 석광현, "貨換信用狀去來에 따른 法律關係의 準據法", 「國際私法과 國際訴訟」 제1권(2001), 146면 이하 참조.

으로서 準據法이 될 가능성이 크다. 즉 개설은행 소재지법이 準據法이 되는 결론은 동일하나 논리적인 근거에 차이가 있다. 한편 후자, 즉 개설은행과 매입은행의 법률관계에 관하여도,[42] 그들간에 위임계약이 존재하지 않는 한 동일한 이유로 개설은행 소재지법이 準據法이 될 가능성이 크다고 본다. 신용장에 따른 법률관계의 準據法을 논의하는 이유는 獨立·抽象性의 원칙에 대한 예외, 즉 사기적인 청구 또는 권리남용의 예에서 보는 바와 같이 국제상업회의소의 信用狀統一規則(UCP)만으로는 신용장과 관련된 법률관계를 전부 규율할 수는 없고 準據法에 의하여 보충하지 않을 수 없기 때문이다.

(2) 船荷證券[43]

선하증권의 효력을 채권적 효력과 물권적 효력으로 구분하는 것에 상응하여 선하증권에 따른 법률관계의 準據法도 채권적인 법률관계와 물권적인 법률관계를 나누어 보아야 한다. 선하증권의 채권적 법률관계는 기본적으로 선하증권의 적법한 소지인과 운송인간의 채권적인 법률관계를 말하는데 이는 선하증권의 準據法에 의하여 판단하여야 한다. 선하증권의 準據法은 운송계약의 準據法과 마찬가지로 명시적 또는 묵시적으로 지정될 수 있는데 선하증권에 準據法 條項이 없는 경우 準據法의 결정이 문제된다. 선하증권이 準據法을 지정하지 않은 사안에서 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결은 涉外私法의 해석상 선하증권의 발행지법이 準據法이 된다고 판시하였다. 涉外私法하에서는 그렇게 해석할 여지가 없는 것은 아니지만 國際私法하에서는 선하증권과 가장 밀접한 관련을 가지는 법이 準據法이 된다. 한편 선하증권에 따른 물권적 법률관계에 관하여는 우리 國際私法은 규정을 두고 있지 않은데, 독일의 다수설은 목적지국법에 따른다고 하나, 스위스 國際私法(제106조 제2항)은 증권소재지법이 準據法이 된다고 한다.

---

42) 과거 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결은 매입은행과 개설은행간의 法律關係의 準據法을 판단함에 있어서 "涉外私法 제9조 및 제11조 제1항에 따라 행위지법인 신용장 개설은행이 지급확약의 의사표시를 통지한 개설은행 소재지에서 시행되는 법인 중국법이 準據法이 된다고 할 것이고"라고 판시한 바 있다.

43) 선하증권의 準據法에 관하여는 석광현, "선하증권의 準據法에 관한 몇 가지 문제점— 국제해상물건운송계약법의 서론적 고찰—", 「國際私法과 國際訴訟」 2권 (2001), 81면 이하 참조.

(3) 라이센스계약

國際私法은 지적재산권과 관련된 라이센스계약의 準據法에 관하여 특칙을 두지 않는다. 따라서 라이센스계약도 國際私法(제26조 제2항 제2호)의 이용계약이므로 일응 이용하도록 하는 당사자, 즉 라이센서의 常居所(법인의 경우 주된 사무소, 영업활동의 경우 영업소)가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 법이라고 추정할 수 있다. 그러나 이는 그렇게 간단한 문제가 아니다.

실제로 외국에서는 이에 관하여 다양한 견해가 주장되고 있다. 예컨대 독일에서는 라이센서가 수 개국에 산재하는 라이센시들에게 이용허락을 하는 경우에는 라이센서의 영업소 소재지법을 準據法으로 보는 견해가 유력하나, 하나의 라이센시와 계약을 체결하는 경우에는 원칙적으로 라이센서가 계약의 特徵的 履行을 하는 당사자이므로 그의 영업소 소재지법이 準據法이 되어야 할 것이나, 라이센시가 전용실시권을 가지는 경우 및/또는 행사의무 등을 부담하는 경우에는 라이센시의 영업소 소재지법이 準據法이라는 견해가 있다. 그러나 후자의 경우에도 (또는 어느 경우에나) 보호국이 가장 밀접한 관련을 가지므로 보호국법을 적용해야 한다는 견해도 유력하다.[44] 한편 영국에서는 로마협약의 해석상 라이센서의 상거소지법, 라이센시의 상거소지법과 보호국법을 적용할 것이라는 견해 등이 주장되고 있다.[45] 다만 어느 견해를 따르든간에 라이센서가 가지는 지적재산권의 존재, 범위, 라이센스 가능성 등은 보호국법에 따를 사항이다.

3. 國際契約의 準據法 결정시의 사회·경제적 약자의 보호

오늘날 實質法의 영역에서 계약자유의 원칙은 상당한 제한을 받게 되었고 이는 특히 사회·경제적 약자인 소비자 또는 근로자를 보호하기 위한 법규에서 현저한데, 이러한 법규는 당사자들이 합의에 의하여 적용을 배제할 수 없는

---

44) Reithmann/Hiestand, Internationales Vertragsrecht 5. Auflage(1996) Rn. 1271ff.

45) James J. Fawcett/Paul Torremans, Intellectual Property and Private International Law (1998), p. 561. Fawcett/Torremans는 로마협약의 해석론으로서 단순한 라이센스계약의 경우를 제외하고는 대부분의 라이센스계약의 경우 特徵的 履行을 결정할 수 없으므로 제4조 제2항의 추정규정이 적용될 수 없고 결국 제4조 제5항에 따라 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 적용해야 하는데, 이는 보호국법이며 대체로 이용이 행해지는 국가의 법이라고 한다. 상세는 위 책 p. 556 이하 참조.

강행규정이다. 만일 당사자들이 외국법을 準據法으로 지정함으로써 實質法상의 제한을 회피할 수 있다면 實質法의 입법취지가 잠탈되므로 國際私法은 약자를 보호하기 위한 國際私法的 次元의 조치로서, 소비자계약과 근로계약의 경우 當事者自治의 原則을 제한하고, 客觀的 準據法의 결정에 관하여도 일반원칙을 수정하였다(제27, 제28조). 소비자의 보호는 특히 약관규제법의 적용과 관련하여 중요한 의미를 가진다.[46] 여기에서는 기업간의 국제거래를 대상으로 하므로 상세한 논의는 생략한다.

X. 法定債權(제5장)

涉外私法은 법정채권이라는 제목하에 사무관리, 부당이득 및 불법행위를 하나의 조문에 통합하여 규율하였으나, 國際私法은 3자를 분리하여 별개의 조문으로 규정한다(제30조-제32조). 법정채권 중 실무상 중요한 부당이득과 불법행위에 관하여만 논의한다.

1. 부당이득

우선 부당이득의 準據法은 이득지법에 의하나(제31조 본문), 不當利得이 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우 그 법률관계의 準據法이 不當利得의 準據法이 된다(제31조 단서). 후자는 이른바 從屬的 連結을 도입한 것이다. 國際私法은 명시하지 않지만, 부당이득 당시 당사자들이 동일한 국가에 상거소를 가지는 때에는 그 국가의 법이 準據法이 된다고 본다(제32조 제2항 참조).[47] 또한 당사자들은 사후적으로 법정지법인 한국법을 부당이득의 準據法으로 합의할 수 있다(제33조). 當事者自治를 도입하되 당사자가 선택할 수 있는 법을 법정지법으로 제한하였다.

주의할 것은 부당이득의 準據法에 관하여는 準據法의 사후적 합의가 가장 우

46) 이에 관하여는 석광현, "國際去來와 약관의규제에관한법률의 적용", 한국국제사법학회 2003. 5. 30. 발표자료(국제사법연구 제9호(2003. 12) 게재 예정) 참조.

47) 國際私法은 부당이득의 경우 그러한 조항을 두지 않지만 제31조와 準據法指定의 예외조항(제8조 제1항)의 결합에 의해 동일한 결론을 내릴 수 있을 것이다.

선하고, 그 다음이 從屬的 連結, 그 다음이 共通의 屬人法이고 이러한 특칙이 적용되지 않는 경우에 비로소 이득지원칙(제31조 본문)이 적용된다는 점이다.

2. 불법행위의 準據法

國際私法상 불법행위의 準據法은 다음과 같이 결정된다.

첫째 國際私法(제32조 제1항)은 불법행위지법(또는 행위지법)과 법정지법을 누적적용하는 涉外私法의 절충주의를 폐지하고 불법행위지법원칙을 일원화하였다. 다만 "그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의한다"는 문언을 "그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다"고 수정하였을 뿐이고, 행동지와 결과발생지가 상이한 '격지불법행위'의 準據法에 관하여 별도의 규정을 두지 않는다. 이는 판례와 학설에 의해 해결되어야 할 것이다.[48]

한편 불법행위의 효력인 손해배상액의 산정은 準據法에 따를 사항이나 외국법에 따른 손해배상의 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나, 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다. 전자의 예로는 미국에서 인정되는 懲罰的 損害賠償(punitive damages)을, 후자의 예로는 지나치게 과도한 손해배상(grossly excessive damages)을 들 수 있다. 涉外私法상으로는 한국법에 의한 손해배상액을 넘는 범위내에서는 외국법의 적용이 배제되었으나(제13조 제3항), 國

48) 불법행위지의 개념에 관하여 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체판결(대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카966 판결도 동지)은 원인된 사실이 발생한 곳은 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함한다고 판시하였으나, 그것이 피해자에게 행동지와 결과발생지의 선택권을 인정한 것인지 법원이 선택의무를 진다는 것인지, 아니면 행동지와 결과발생지 중 어느 하나가 한국인 경우에는 한국법이 準據法으로 된다는 취지인지는 분명하지 않다. 그런데 최근 고엽제소송에서 서울지방법원 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결은 涉外私法의 해석론으로서, "불법행위의 특수한 유형인 제조물책임 소송에 있어서 가해행위지는 생산지, 취득지, 시장유통지뿐만 아니라 사용지까지 모두 포함하는 개념이라고 봄이 상당하므로 당해 사건의 준거법은 가해행위지법으로서 생산지법인 미합중국법, 사용지법인 월남법, 결과발생지법으로서 대한민국법이라 할 것"이라고 판시하고, "준거법이 복수로 지정된 경우에는 그 각각의 법률은 모두 그 지정을 정당화하는 이익에 의하여 뒷받침되고 그 이익의 우열을 판단할 수 없다고 보아야 할 것이므로, ... 각 준거법을 적용하였을 때 원고가 다른 준거법을 적용할 때보다 더 유리한 판결을 받을 수 있는 준거법이 있다면 그 법률을 적용할 수 있다고 할 것이고, 그 유리·불리의 여부는 법원이 아닌 원고가 판단하여야 할 것이다(각 준거법의 택일적 적용 또는 주장도 가능하다고 볼 것이다). 다만 선택된 준거법은 의의, 요건, 효과 등 당해 법률관계에 전체적으로 적용되어야 하므로, 원고는 각 준거법으로부터 자신에게 유리한 일부 요건이나 효과만을 선택적으로 추출하여 주장할 수는 없다"는 취지로 판시하였다.

際私法에 따르면 그것이 본질적으로 넘는 범위내에서만 외국법의 적용이 배제될 뿐이므로 어느 정도의 차이는 受忍해야 할 것이라는 점에서 차이가 있다.

둘째 불법행위 당시 가해자와 피해자가 동일한 국가에 常居所를 가지는 때에는 그 국가의 법이 準據法이 된다(제32조 제2항). 이는 이른바 공통의 속인법이 準據法이 된다는 것인데 國際私法은 국적이 아니라 상거소를 기준으로 한다.

셋째 國際私法(제32조 제3항)은 從屬的 連結을 규정한다. 이에 의하면 예컨대 당사자간에 계약관계가 있는 경우 불법행위가 계약관계를 침해하는 때에는 불법행위책임과 함께 채무불이행이 성립하는데, 이 경우 불법행위는 불법행위지법이 아니라 계약의 準據法, 보다 정확히는 계약의 準據法 소속국의 불법행위법에 따른다는 것이다. 이 경우 계약의 準據法과 불법행위의 準據法이 동일국가의 법이 되므로, 청구권경합이 되는지 법조경합이 되는지는 그 국가의 實質法에 의한다. 주의할 것은 이 경우 불법행위책임이 성립하지 않고 계약책임만을 물을 수 있다는 것은 아니다.[49]

넷째 당사자들은 불법행위의 발생 후 법정지법인 한국법을 불법행위의 準據法으로 합의할 수 있다(제33조). 일방 당사자가 법정에서 한국법의 적용을 주장하는 데 대해 상대방이 이의를 제기하기 않고 변론하는 경우 묵시적 합의가 성립할 수 있다.

주의할 것은, 불법행위의 準據法에 관하여는 準據法의 사후적 합의(제33조)가 가장 우선하고, 그 다음이 從屬的 連結(제32조 제3항), 그 다음이 共通의 屬人法(제32조 제2항)이고 이러한 특칙이 적용되지 않는 경우 비로소 불법행위지원칙(제32조 제1항)이 적용된다는 점이다.

한편 불법행위의 유형별로 특칙을 둘 것인가에 대하여는 논란이 있었으나 두지 않기로 하였다. 따라서 國際私法하에서는 불법행위지법을 적용하는 것이 적절하지 않다고 판단되는 예외적인 경우 예외조항인 國際私法 제8조를 활용함으로써 적절한 연결원칙을 도입할 필요가 있다. 예컨대 제조물책임[50]이나 시장지법이나 부정경쟁 또는 경쟁제한으로 인한 불법행위의 경우 시장지법을 적용하는 것을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이의 구체화는 앞으로의 과제이다.

---

49) 과거 涉外私法하에서, 운송중에 화물이 멸실된 경우 선하증권의 準據法이 영국법이고, 불법행위책임의 準據法이 한국법인 사안에서 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결은 國際私法的 考慮 없이 청구권경합설의 입장을 취하였는데 이러한 대법원판결의 논리는 國際私法하에서는 유지될 수 없을 것이다.

50) 위에 언급한 서울지방법원 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결 참조.

XI. 國際債權法 - 契約債權과 法定債權에 공통되는 사항

1. 債權讓渡와 債務引受의 準據法

涉外私法은 채권양도에 관하여 단지 제3자에 대한 효력의 準據法만을 규정하였고 당사자간의 관계의 準據法은 규정하지 않았다. 당사자간의 채권적인 관계는 그들간의 계약의 準據法에 의하고 準物權行爲인 채권양도는 채권 자체의 準據法에 의하는 것으로 해석되었다. 國際私法에서는 당사자간의 관계에 관하여 準據法을 명확히 하고, 채권의 양도가능성과 채무자에 대한 관계는 채권 자체의 準據法에 의함을 명시하였다(제34조 제1항). 나아가 제3자에 대한 관계에서도 이해관계인들의 이익을 균형 있게 고려하여 채무자의 주소지법이 아니라 양도의 대상인 채권 자체의 準據法에 의하도록 하였다.[51] 그러나 당사자간의 관계의 準據法의 적용범위와 관련하여 그것이 準物權行爲에도 적용되는지는 논란이 있을 수 있다.

한편 涉外私法은 채무인수에 관하여 규정을 두지 않았으나 채무인수는 논리적으로 채권양도에 대응하는 것이므로 國際私法에서는 채무인수에는 채권양도에 관한 규정을 준용하도록 하였다(제34조 제2항). 채권양도 및 채무인수는 계약상의 채권 및 채무뿐만 아니라 법정채권 및 채무에도 적용된다.

2. 法律에 의한 債權의 이전

涉外私法은 변제에 의한 대위 또는 보험자에 의한 대위 등 법률에 의한 채권의 이전에 관하여 아무런 규정을 두지 않았으나, 國際私法에서는 조항을 신

51) 2001년 12월 UNCITRAL의 주도하에 작성된 국제채권양도협약(제22조)은 이중양도 및 기타 경합하는 권리자간의 우선권에 관하여 채권자, 즉 양도인 소재지법을 準據法으로 한다. 이는 채권자가 익숙한 법을 準據法으로 함으로써 채권양도를 촉진하고, 將來債權의 경우 채권의 準據法을 미리 알 수 없으며 특히 다수의 채권을 일괄양도하는 경우 개별 채권의 準據法 또는 개별 채무자의 주소지 또는 소재지에 관계없이 단일한 準據法을 적용함으로써 채권양도를 용이하게 하기 위한 것이다. 이는 어떤 법률관계와 가장 밀접한 법을 準據法으로 지정하는 것이 아니라 채권양도를 용이하게 한다는 정책적 고려에 기초한 것이다. 이러한 동향은 간접보유유가증권협약에서도 볼 수 있다. 국제채권양도협약에 관하여는 석광현, 국제채권양도협약연구(법무부, 2002) 참조.

설하였다(제35조). 법률에 의한 채권의 이전은 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자간의 법률관계가 존재하는 경우에는 그 법률관계의 準據法에 의한다(제1항 본문). 보증인이 보증계약에 따라 채무를 변제하거나, 또는 보험회사가 보험계약에 따라 보험계약자에게 보험금을 지급한 경우 보증인 또는 보험회사가 채권자의 권리를 대위하는지는 보증계약 또는 보험계약의 準據法에 따른다. 다만 이전되는 채권의 準據法상의 채무자보호 규정은 準據法에도 불구하고 적용된다(제1항 단서). 이는 채무자를 보호하기 위한 것이다. 그러나 그러한 법률관계가 존재하지 아니하는 경우, 예컨대 제3자가 임의로 변제한 경우에는 이전되는 채권 자체의 準據法에 의하도록 규정하였다(제2항). 이는 법률에 의한 채권의 이전은 채무변제의 효력의 문제라고 할 수 있기 때문이다.

그러나 國際私法은 연대채무자간 또는 보증인의 주채무자에 대한 구상권의 準據法에 관하여는 규정하지 않는데, 이는 로마협약(제13조)의 입장을 따른 것이다. 반면에 스위스 國際私法(제144조)은 법률에 의한 채권의 이전의 準據法과 구상권의 準據法을 별도로 연결하는데, 후자에 관하여는 쌍방의 채무의 準據法을 누적적으로 적용한다. 후자에 따르면 구상권의 행사가 상대적으로 어렵게 된다는 단점이 있다. 國際私法의 해석으로는 보증인(또는 손해담보자)의 주채무자에 대한 구상권은 보증계약의 準據法이 아니라 주채무자와 보증인(또는 손해담보자)간의 법률관계의 準據法에 따를 사항이라고 본다.

XII. 商事에 관한 규정의 정비

國際私法에서는 어음·수표에 관한 부분을 제외하고는 상사에 관한 규정을 삭제하였다. 어음·수표에 관한 규정은 독립된 장(제8장)에서 규정하면서, 涉外私法의 원칙을 유지하였다(제51조-제59조). 어음·수표에 관한 涉外私法의 연결원칙은 「환어음 및 약속어음의 抵觸法에 관한 1930년 제네바협약」과 「수표의 抵觸法에 관한 1931년 제네바협약」에 따른 것이므로 그 원칙의 유지가 바람직하기 때문이다. 이처럼 어음·수표에 관한 連結原則을 어음법·수표법이 아니라 國際私法에 통합한 점은 우리 법의 특색의 하나이다.

환어음과 관련한 국제무역거래 실무상의 문제를 한 가지 지적하자면,[52] 國

際私法(제53조 제1항)에 의하면 환어음의 어음요건은 서명지인 한국법에 의한다. 그런데 만기를 예컨대 "선하증권 일자 후 30일"이라고 기재한 경우 우리 어음법상 환어음은 무효이다(어음법 제33조). 문제는 종래 실무상 우리나라의 수출기업들과 은행들은 이러한 환어음이 유효인 것으로 믿고 이러한 환어음을 발행하고, 그에 배서하는 등 환어음행위를 한다는 점이다. 더욱 심각한 것은 어음요건을 구비하지 못하여 무효인 환어음에 매입은행이 배서한 경우 어음행위독립의 원칙이 적용되지 않으므로 환어음의 소지인(예컨대 재매입은행)은 배서인인 매입은행에 대해 溯求權을 행사할 수도 없다는 점이다. 물론 환어음이 무효이더라도 신용장조건에 일치하는 한 수익자 또는 재매입은행은 신용장상의 권리를 행사할 수 있고, 실무상 대부분의 경우 신용장에 따라 결제가 이루어지므로 큰 문제가 없지만, 이처럼 무효인 환어음을 발행하고 배서하는 실무를 방치하는 것은 바람직하지 않다. 만일 제시된 서류가 신용장조건에 일치하지 않아 신용장에 따른 지급이 거절된다면 매입은행이 정작 환어음상의 권리를 행사할 경우 환어음은 무의미하게 될 것이기 때문이다. 수출환어음 발행의 실무를 바꾸어 우리 어음법에 합치하도록 하거나, 그것이 국제거래의 실무상 도저히 수용할 수 없다면 어음법을 개정하여 실무가 유효한 것이 되도록 현재의 불합리한 상황을 개선할 필요가 있다.

XIII. 海商(제9장)

선박에 관한 소유권, 저당권 등 물권의 準據法을 선적국법으로 하는 것에서는 별 이의가 없었으나, 해상에 특유한 제도로서 선박우선특권 및 선박소유자의 책임제한의 準據法에 관하여는 많은 논란이 있었다. 國際私法에서는 涉外私法(제44조)을 유지하면서 제1호 내지 제4호를 포괄하여 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권은 선적국법에 의하도록 단순화하였다(제60조). 특히 國際私法(제60조 제4호)에서는 "선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위"를 선적국법에 의하도록 명시하였음은 주목할 만하다.

52) 상세는 석광현, "국제무역거래에서 발행되는 환어음에 관한 몇 가지 문제점", 변호사, 서울지방변호사회 회원연구논문집(2003), 266면 이하 참조.

이는 선박소유자등의 총체적 책임제한(global limitation)에 대해 涉外私法(제44조 제6호)의 적용을 부인한 대법원판결[53]이 있었기 때문에 이를 바로잡기 위한 것이다.

한 가지 유념할 것은, 국제해상법 분야에서의 準據法 결정은 과거 涉外私法의 해상편(제44조 이하)에 따라 거의 기계적으로 이루어졌으나, 國際私法에 따르면 제9장(해상)만이 아니라 國際私法 총칙에 규정된 예외조항(제8조)의 적용가능성을 검토해야 한다는 점이다.

XIV. 장래의 입법론적 과제

國際私法은 계속 변화, 발전하지 않으면 아니되나 이는 장래에 구체화될 수 있는 과제이므로, 여기에서는 2001년의 개정작업 과정에서 후일로 미루어둔 입법론상의 과제를 정리해 본다.[54]

첫째, 國際裁判管轄에 관한 각칙의 정비이다. 國際裁判管轄에 관한 國際私法의 규정은 단편적이고, 과도기적인 성격을 가진다. 따라서 헤이그국제사법회의에서 추진중인 신협약의 진전상황을 보아 가면서 법률분야별로 國際裁判管轄에 관한 각칙을 정비해야 한다. 民事 및 商事뿐만 아니라, 家事事件 및 非訟事件에 대해서도 國際私法에서 적절한 國際裁判管轄規則을 둘 필요가 있다.

둘째, 헤이그국제사법회의에서 채택한 각종 협약에의 가입이다. 우선 1970년 증거조사협약과 1961년 「외국공문서의 인증요건 폐지에 관한 협약」에 가입해야 할 것이고, 2002년 12월 채택된 간접보유유가증권협약에의 가입도 신중하게 검토해야 한다. 그 밖에도 헤이그국제사법회의의 제협약을 체계적으로 검토하여 가입할 협약을 특정하고 가입절차를 추진해야 할 것이다.

셋째, 추후의 과제로 미룬 입법론적 논점들에 대한 검토이다. 예컨대 물품증권이 발행된 경우의 물권의 準據法과 國際有價證券法과 관련한 논점들을 체계

53) 涉外私法 제44조 제6호는 "선박소유자가 선박과 운임을 위부하여 책임을 면할 수 있는 여부"를 선적국법에 의할 사항의 하나로 열거하고 있었는데, 1993년 상법이 개정되기 전의 사안에서 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다18167 판결은 불법행위 책임에 대한 책임제한의 準據法에 관하여 위 제6호의 적용을 부인하고 이를 불법행위의 準據法에 의할 사항이라고 판시하였다.

54) 상세는 석광현(註 4), 433면 이하 참조.

적으로 검토하여 필요하다면 입법을 할 필요가 있다.

넷째, 외국판결의 승인 및 집행의 문제이다. 과거에는 民事訴訟法이 외국판결의 승인 및 집행을 함께 규율하였으나, 2002년 7월 1일자로 舊民事訴訟法이 개정되어 民事訴訟法과 民事執行法으로 분리되었으므로 외국판결의 承認과 執行은 상이한 법률에 의해 규율된다. 양자를 별도의 법률로 규율하는 것은 실용적으로나 법체계적으로도 바람직하지 않다. 따라서 民事 및 商事는 물론이고 家事와 非訟事件에 관한 外國裁判의 承認 및 執行에 관한 規範을 통합하여 國際私法에 규정할 필요가 있다.

다섯째, 涉外的 要素 또는 外國關聯이 있는 국제사건에서 準據法의 결정이 문제되는 것처럼 國際倒産事件에서도 準據法의 결정이 문제된다. 이것이 倒産國際私法(또는 倒産抵觸法)의 문제이다. 예컨대 倒産節次의 準據法, 절차에서 우선하는 자의 범위, 도산이 양당사자의 이행이 종료되지 않은 기존계약(특히 雙務契約)에 미치는 영향, 상계의 허용 여부, 否認權의 행사의 準據法의 문제가 제기된다. 倒産國際私法에 관하여 우리 國際私法과 倒産法은 전혀 규정을 두지 않으므로 이는 학설, 판례에 의하여 해결할 수밖에 없는데, 장기적으로 이를 입법에 의하여 해결할 것인지를 검토할 필요가 있다. 倒産國際私法에 관하여는 2002. 5. 31. 발효된 유럽연합의 「倒産節次에 관한 이사회규정(Council Regulation (EC) N° 1346/2000 on insolvency proceedings)」이 상세한 조항을 두고 있다.[55]

여섯째, 좀더 거시적인 논점으로서 앞으로는 다양한 분야의 법을 제·개정시 우리 법의 국제적인 적용범위를 고려해야 한다. 특히 전자상거래나 도메인 이름과 관련된 입법을 하는 경우 그의 국제적 적용범위를 고려할 필요가 있다. 또한 다양한 법률분야의 학자들도 국제거래와 관련된 논점에 관심을 기울여야 한다. 특히 해상법, 보험법, 신용장거래, 국제금융거래, 전자상거래, 소비자거래, 노동법 및 知的財産權 등에 관한 전문가들이 國際私法에 대한 이해를 기초로 당해 분야에서 제기되는 國際私法的 論點을 다루어야 한다. 종래 우리나라에서는 이 부분에 대한 문제의식이 매우 박약하였으나 그래서는 국제거래를 제대로 이해할 수 없다.

---

55) 이의 해설과 조문은 석광현, "유럽연합의 國際倒産法制", 國際私法硏究 제7호 (2002), 81면 이하 참조.

XV. 맺음말

國際私法이 시행됨으로써 우리나라도 이제 현대적인 國際私法을 가지게 되었다. 國際私法은 기본적으로 대륙법계 국제사법의 전통을 따른 것이지만, 유럽연합의 國際條約과 헤이그국제사법회의에서 채택된 國際條約을 대폭 수용함으로써 일본법과 독일법에의 偏向을 상당 부분 극복하고 좀더 폭넓은 보편성을 추구하였다. 또한 涉外私法은 미국에서 비롯된 국제사법의 혁명 내지는 위기를 경험하기 전의 대륙법계 국제사법의 전통에 충실한 것이었지만, 國際私法은 그의 세례를 받은 후의 대륙법계의 내용을 담은 것이다. 國際裁判管轄의 문제를 國際私法에 명시적으로 규정한 것도 전통적인 독일법의 접근방법과 결별하고 國際私法의 범위를 실제적 필요에 따라 넓게 이해하여야 함을 명확히 한 것이다. 따라서 國際私法의 중요성이 더 커졌다고 할 수 있는데, 특히 전자상거래의 확산과 더불어 국제무역거래에서 제기되는 분쟁을 해결하기 위한 수단으로서 國際私法은 더욱 중요한 기능을 하게 될 것이다.

國際私法의 시행으로 인하여 국제무역거래에 관한 한 準據法이든, 國際裁判管轄이든 유럽 국가들의 규범과 유사하게 되었다. 그러나 여전히 차이는 있다. 앞으로는 우리나라에서도 國際私法의 실천적인 의미를 정확히 깨닫고 그러한 토대 위에서 국제무역거래법과 국제거래법에 관한 논의를 전개하기를 희망하면서 이 글을 마친다.

參考文獻

강원진, 무역계약론 (박영사, 2000)

강이수, 國際貿易慣習論 (삼영사, 1993)

대한상공회의소 · ICC한국위원회, 인코텀즈(Incotersm) 2000 (대한상공회의소, 1999)

대한상공회의소 · ICC한국국내위원회, 貨煥信用狀 통일규칙 및 慣例 (대한상공회의소, 1993)

서헌제, 통상문제와 법, 국제거래법 강좌 I (율곡출판사, 1994)

석광현, 2001년 개정 國際私法 해설 제2판 (도서출판 지산, 2003)

_____, 國際私法과 國際訴訟 제1권, 제2권 (박영사, 2001)

_____, 國際裁判管轄에 관한 연구 (서울대출판부, 2001)

_____, "輸入貨物의 소유권이전에 관한 연구", 통상법률 2003. 6. (통권 제51호)

_____, "國際的인 證券擔保去來의 準據法—PRIMA와 관련하여—", 증권법연구 제3권 제1호(2002)

_____, "해상적하보험증권상의 영국법 준거약관에 따라 영국법이 규율하는 사항의 범위", 판례연구 제15집(下) (서울지방변호사회, 2001)

_____, "국제무역거래에서 발행되는 환어음에 관한 몇 가지 문제점", 변호사 (서울지방변호사회, 2003)

_____, "유럽연합의 國際倒産法制", 國際私法研究 제7호 (한국 국제사법학회, 2002)

_____, 국제채권양도협약연구 (법무부, 2002)

양영환/서정두(편저), 國際貿易法規 제3판 (삼영사, 1998)

오원석, "國際物品賣買契約에서 所有權移轉時期에 관한 論爭의 實益," 仲裁 1994. 6. (대한상사중재원, 통권268호)

존호놀드/오원석(역), UN統一賣買法 (삼영사, 1998)

한충수, "國際裁判管轄合意에 관한 研究", 연세대학교 박사학위논문 (1997)

Busto, Charles del (ed.), UCP 500 & 400 Compared (ICC, 1993)

Fawcett, James J. and Torremans, Paul, Intellectual Property and Private International Law (Clarendon Press, 1998)

Nygh, Peter, Autonomy in International Contracts (Clarendon Press, 1999)

Ramberg, Jan, ICC Guide to Incoterms 2000 (ICC, 1999)

Reithmann, Christoph / Hiestand, Martin, Internationales Vertragsrecht 5. Auflage (Verlag Dr. Otto Schmidt, 1996)

ABSTRACT

The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea

Suk, Kwang Hyun

The Law amending the Conflict of Laws Act of the Republic of Korea ("Korea"), which had taken two years to prepare, was promulgated on April 7, 2001 and finally took effect as of July 1, 2001. Accordingly, the old earlier Conflict of Laws Act which was called "Seoboesabeop" in Korean ("Prior Act"Old Act) was replaced by the new Conflict of Laws Act called "Gukjesabeop" in Korean ("New Act"). In fact the Old Act Prior Act was promulgated in 1962, but it was regarded as outdated from the moment of its promulgation . However, since the Old Act because it was modeled after the chapter of the Private International Law of the Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch (EGBGB) of the Federal Republic of Germany ("German PIL") and the Japanese Private International Law ("Japanese PIL") which had been promulgated toward the end of the 19th century. , the Old Act was viewed as outdated from the moment of its promulgation. As a result of the drastic change of the environment for international trade of which that has taken took place in parallel with the global information technology revolution on a global basis, the scope of issues to be addressed which should be resolved by the conflict of laws principles has been remarkably expanded, and various new issues of an entirely which are quite new in its type and nature have arisen been raised. In the field of conflict of laws in its narrow sense, a revolution or crisis of the traditional conflict of laws has been brought about by the advent in the United States rise of a the new methodology for of the conflict of laws, of the United States of America and in the process of overcoming the such crisis the conflict of laws of the European continent has undergone substantial changes such as

the diversification of the connecting principles, the expansion of the principle of party autonomy and the consideration of the value of the substantive law to protect socio-economically weaker parties of. The Prior Act, which was based on However, with the mechanical connecting principles and contained various outdated the inappropriate provisions, the Old Act could not cope with the issues raised by the internationalization and globalization of the Korean society. Furthermore In addition, the Old Act Prior Act was regarded as insufficient in that it lacked rules on international jurisdiction to adjudicate, or international adjudicatory jurisdiction, whereas the expectation of the public was that the Conflict of Laws a Act should function as the "Basic Law of the International Legal Relationships"encompassing rules on international jurisdiction given the increase of international disputes. Furthermore the private international law has also attracted more attention from the Korean

At the beginning of the new Millennium, thanks to the promulgation of the New Act, I believe that Korea has succeeded in achieving the modest goal of reflecting in the its codification substantial parts of the major developments of the private international law which the leading advanced continental European countries had achieved during the last century. The New Act has followed the approach of the traditional conflict of laws of the European continent. It is a product of the efforts to eliminate the then existing problems of the Prior Old Act and to adapt the Korean private international law regime to the standard of international conventions and national laws of advanced countries. Unlike the Prior Old Act which was heavily dependent upon the prior Japanese PIL and the prior German PIL, the New Act has been prepared by taking into full account the Rome Convention, the Swiss PIL, the new German PIL which took effect in 1986 and various conventions adopted by the Hague Conference. Therefore, the New Act has substantially reduced dependence upon the Japanese PIL and the German PIL, and has gained relatively greater universal validity. The fact that the New Act expressly declares that the determination of

international jurisdiction is a matter of conflict of laws is a clear sign that it has departed from the German tradition which confines the conflict of laws principles to choice of laws rules, and moved toward a broader and more practical approach widely accepted in the area of conflict of laws. It is hoped, and I am personally confident, that the New Act will be able to achieve its intended objectives in the 21st century as the basic law for the ever-increasing legal relationships with a foreign element.

Key Words : 국제사법, Conflict of Laws Act