사단법인 한국국제사법학회
제160회 정기연구회 자료집

일 시 : 2023. 5. 25.(목) 19:00 – 21:00
장 소 : 서초동 변호사회관 1층 회의실

제160회 정기연구회

사회 : 총무이사 이종혁

19:00	개회사 노태악 대법관(한국국제사법학회장)
19:00 – 20:15	발 표 김영석 재판연구관(대법원)
20:15 – 20:30	지정토론 이주연 교수(한양대학교 법학전문대학원)
20:30 – 21:00	전체토론

<u>발표문</u>

채무인수의 준거법 등 국제사법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고

— 대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결을 중심으로 —

김영석 부장판사
(대법원 재판연구관)

채무인수의 준거법 등 국제사법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고 -대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결을 중심으로*

대법원 재판연구관(부장판사) 김영석**

Ⅰ. 대상판결

1. 사실관계

가. 원고(A, 대한민국 국적의 개인)는 2012. 2. 8. 원심공동피고 B(대한민국 법인)[1]에 이 사건 주식(=스위스법인인 C가 발행한 주식)을 대여하고 향후 B로부터 이를 반환받기로 하는 내용의 주식대여약정(이하 ‘이 사건 제2대여계약’이라 한다)을 체결하였다.

나. 한편, B는 이미 2011. 12. 6. C에게 주식(=C가 발행한 주식)을 대여하고 (Share Lending agreement) 향후 C로부터 그 주식을 상환받기로 하는 계약을 체결한 상태였다(이하 ‘이 사건 제1대여계약’이라 한다).

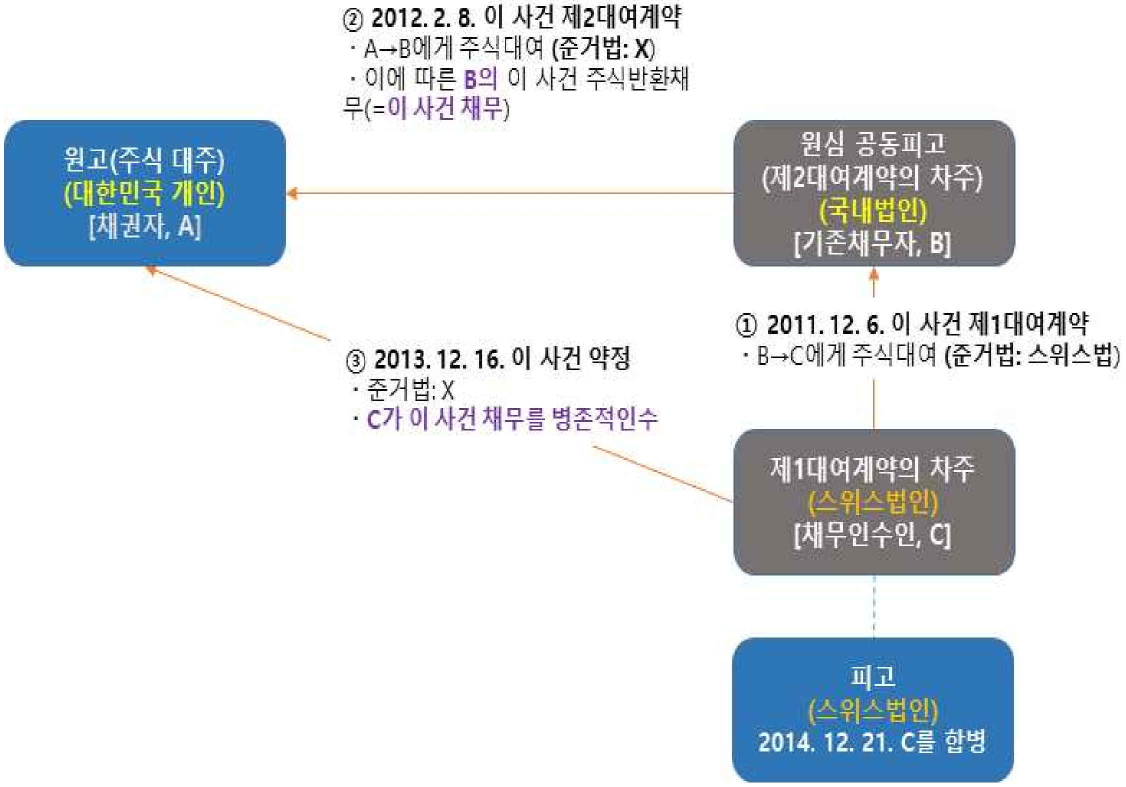
다. 이러한 상황에서 원고(A), B, C는 2013. 12. 16. 3자간 주식상환약정(이하 ‘이 사건 약정’이라 한다)을 체결하여, B의 원고(A)에 대한 주식반환채무(이하 ‘이 사건 채무’)를 C가 병존적으로 인수하기로 하였다.[2] 즉, C가 B에게 반환할 주식을 A에게 직접 반환하기로 하는 합의가 위 3자간에 이루어졌다.

라. 이후 C는 2014. 12. 21. 이 사건 피고(스위스법인)에게 합병되었다.

마. 이러한 상황에서 원고는 피고를 상대로 이 사건 약정에 따라 주식을 반환하라는 이 사건 소송을 제기하였다. 이와 같은 주요사실을 시간의 순서에 따라 표로 정리하면 아래와 같다.

---

* 이 글은 아직 공간되지 않았으므로 인용을 삼가주시기 바랍니다.
* 법학박사/뉴욕주변호사
1) 법인의 국적에 관하여 설립준거법설, 본거지법설 등이 대립하나, 본 사건에 등장하는 법인들은 설립준거법과 본거지법이 일치하여 이 부분 쟁점이 문제되지는 않았다. 위 각 견해 대립에 관한 상세는 석광현, 「국제사법 해설」, 박영사(2013), 201면 이하를 참조.
2) 사실심의 전권을 가진 원심이 3자간 주식상환약정을 병존적 채무인수로 해석하였고 대상판결에서도 그 판단이 그대로 유지되었다.



2. 소송의 진행경과

가. 원심: 청구인용

원심(서울고등법원 2018. 11. 22. 선고 2018나2015824 판결)은 이 사건 약정이 병존적 채무인수에 해당한다고 보고 원고가 피고를 상대로 직접 주식의 인도를 구할 수 있다고 판단하여 원고 승소판결을 선고하였다.[3] 다만, 이 사건 약정이 외국적 요소가 있는 계약임에도 그 준거법에 관하여는 별도로 판단하지 않고 대한민국법이 적용됨을 전제로 당사자들의 법률관계를 판단하였다.

이에 대해 피고는 이 사건 약정에 따른 원고(A, 채권자)와 채무인수인(C)의 법률관계는 기존채무자(B)와 채무인수인(C)의 법률관계, 즉, 제1대여계약에서 준거법으로 정한 스위스 법을 따라야 하므로 원심에는 준거법에 대한 판단누락, 심리미진의 오해가 있다고 주장하였다.[4]

3) 원심과 달리, 제1심(서울중앙지법 2018. 2. 21. 선고 2016가합564275 판결)은 이 사건 약정이 이행인수에 해당한다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다. 다만 이는 국제사법 쟁점이 아니므로 이 글에서는 다루지 아니한다.
4) 그밖에 이 사건 약정의 성질에 관한 상고이유도 있었으나 국제사법적 쟁점이 아니므로 본 글에서는 다루지 아니한다.

나. 대상판결: 상고기각

대법원은 이 사건 약정의 성질을 병존적 채무인수로 본 원심의 판단이 타당하다고 본 다음, 아래와 같은 점을 고려하면 이 사건에 적용되어야 하는 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 국제사법' 이라 한다) 제34조, 제25조[5] 등에 의하더라도 피고의 원고에 대한 주식반환채무에는 대한민국 법이 적용되어야 하므로 원심은 결과적으로 정당하다고 판단하였다.

(1) 구 국제사법 제34조는 채권의 양도인과 양수인 간의 법률관계는 이들 간의 계약의 준거법에 의하도록 정하고(제1항 본문), 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하도록 정하면서(제1항 단서), 채무인수에 대해서도 이를 준용하고 있다(제2항). 이때 채무인수에는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함된다고 봄이 타당하다.

(2) 병존적 채무인수의 경우, 채무자와 인수인 사이의 법률관계는 이들 사이의 계약의 준거법에 의하고, 채권자에 대한 채무인수의 효력은 인수되는 채무의 준거법, 즉 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법에 의하게 되며, 이는 채권자, 채무자, 인수인이 함께 채무인수에 관한 합의를 한 경우에도 마찬가지이다. 따라서 채권자, 채무자, 인수인 사이의 합의를 통해 병존적 채무인수가 이루어진 경우, 인수인이 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법과 동일하다.

(3) 구 국제사법 제25조는 당사자자치의 원칙에 따라 계약당사자가 명시적 또는 묵시적으로 계약에 적용할 준거법을 선택하도록 정하고 있다(제1항 본문). 따라서 계약상 채무의 준거법은 채무자가 채권자와 계약을 체결하면서 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법이 된다. 다만 묵시적 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한되는데(같은 조 제1항 단서), 이는 계약의 준거법이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위한 것이다. 따라서 준거법에 관한 묵시적 선택을 인정할 때에는 계약내용을 기초로 하여 계약당사자의 국적이나 설립준

---

5) 대상판결이 선고되기 전에 현행 국제사법이 개정되어 2022. 7. 5.부터 시행되었으나, 아래와 같은 부칙 제3조 제1항 본문에 따라 이 사건 약정을 둘러싼 법률관계에 적용되는 준거법에 관하여는 구 국제사법이 적용되었다.

제3조(준거법 적용에 관한 경과조치) 이 법 시행 전에 생긴 사항에 적용되는 준거법에 대해서는 종전의 규정에 따른다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(계속)되는 법률관계에 대해서는 이 법 시행 이후의 법률관계에 대해서만 이 법의 규정을 적용한다.

거법, 주소나 본점소재지 등 생활본거지나 주된 영업활동지, 계약의 성립 배경과 그 경위 등 객관적 사정을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단해야 한다.

(4) 이 사건 약정은 기존채무자(B)가 채권자(A, 원고)에 부담하는 주식반환채무를 채무인수인(C)이 병존적으로 인수하는 약정이므로, C와 A 사이의 법률관계에는 A와 B 사이의 법률관계에 적용되는 준거법이 동일하게 적용된다. 그런데 A와 B가 주식대여계약을 체결하면서 준거법 선택에 관한 명시적 합의를 하지는 않았지만, A가 주식을 대여하면서 그 대가로 대한민국 법정통화인 원화를 기준으로 산정한 이자를 지급받기로 한 점, 위 주식대여계약서는 한국어로 작성되어 있고 국문계약서 이외에 다른 언어로 작성된 계약서는 존재하지 않는 것으로 보이는 점, 그 밖에 A의 국적이 대한민국이고 그 주소도 대한민국에 있으며 B의 설립 준거법이 대한민국 법이고 본점소재지 또한 대한민국에 있는 점 등 객관적 사정을 종합하면, 위 주식대여계약에 관하여 적용할 준거법을 대한민국 법으로 정했다고 보는 것이 A와 B의 묵시적 의사에 부합한다. 따라서 원고(A)가 C를 합병한 피고를 상대로 주식의 반환을 구하는 법률관계에 적용되는 법은 대한민국 법으로 봄이 타당하다.

Ⅱ. 들어가며

1. 외국적 요소가 있는 법률관계와 준거법

외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용되는 준거법으로서의 외국법은 사실이 아니라 법이므로 법원은 직권으로 그 내용을 조사하여야 하고, 따라서 준거법과 관련한 주장이 없더라도 법원으로서는 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하거나 필요한 자료를 제출하게 하는 등 그 법률관계에 적용될 국제협약 또는 국제사법에 따른 준거법에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.[6]

그런데 아래에서 보는 바와 같이 이 사건 제1,2대여계약 및 이에 기초하여 작성된 이 사건 약정은 외국적 요소를 가지고 있으므로, 원심으로서는 당연히 채무인수를 둘러싼 당사자들의 법률관계를 판단하기에 앞서 준거법을 검토했어야 한다.

구분	계약당사자의 국적, 주소 등	관할합의조항	준거법조항
제1대여계약	B(한국), C(스위스)	스위스 Zug 지방법원	스위스 법

6) 대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결. 위 사건은 네덜란드 법인인 원고와 대한민국 법인인 피고 사이의 물품매매계약에 관하여 CISG를 적용하여야 함에도 이를 적용하지 않은 원심을 파기한 사안이다. 홍승면, “국제물품매매계약의 준거법 결정”, 판례공보스터디 민사판례해설 Ⅲ-하, 서울고등법원 판례공보스터디(2022), 698면 이하도 타당한 판결이라는 취지로 위 대법원 판결을 소개한다.

제2대여계약	A(한국), B(한국)	없음	없음
이 사건 약정	A(한국), B(한국), C(스위스)	대한민국 서울중앙지법	없음

다만, 이 사건 약정에 따라 채무인수인(C)과 채권자인 원고(A) 사이에 적용되어야 하는 준거법이 대한민국 법이라면 결과적으로 원심의 판단은 정당하게 된다. 준거법을 검토하지 않은 위법은 판결의 결과에 영향을 미치지 않는 것으로서 특별히 문제되지 않는 것이다. 대상판결은 그와 같은 취지에서 원심의 결론은 정당하다고 보고 상고를 기각하였다.

2. 대상판결의 논리 구조

대상판결은 다음과 같은 논리를 거쳐, 원고(A)와 피고(C를 합병한 기업) 사이에 적용되어야 하는 준거법은 대한민국 법이라고 판단하였다.

❶ 원고(A, 채권자), 기존채무자(B), 채무인수인(C) 사이에 체결한 이 사건 약정의 법적 성격은 병존적 채무인수이다.

❷ 구 국제사법 제34조 제2항에서 의미하는 채무인수에는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함된다. 따라서 채무인수인(C)이 원고(A)에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 인수되는 채무의 준거법, 즉, 원고(A)와 기존채무자(B) 사이의 법률관계에 적용되는 준거법이 된다.

❸ 그런데 원고(A)와 기존채무자(B)가 이 사건 제2대여계약을 체결하면서 명시적으로 준거법을 지정하지는 않았지만, 당사자의 국적, 설립준거법, 계약내용 등을 종합하면 당사자 간에 묵시적으로 대한민국 법을 준거법으로 정했다고 봄이 상당하다.

❹ 따라서 이 사건 약정에 따른 채무인수인(C)의 원고(A)에 대한 주식반환의무는 대한민국 법에 따라야 한다. 그러므로 채무인수인(C)의 권리·의무를 승계한 피고의 원고(A)에 대한 법률관계에 대해서도 마찬가지로 대한민국법이 적용된다.[7]

3. 논의의 범위

7) 엄밀히 말하면 이 사건에서 합병의 준거법도 문제될 수 있었지만 이 부분은 상고이유로 다투어지고 있지 않아 검토되지 않았다. 만약 상고인이 이 부분을 주장하였다면 김인호, “2022년 국제거래법 중요판례평석”, 인권과 정의 제513호, 대한변호사협회(2023), 276면이 지적하는 것처럼 채무인수인(C)과 피고 모두 스위스 법인이므로 스위스법이 합병의 준거법이 되었을 가능성이 높다. 다만, 스위스법에 따르더라도 C의 권리·의무가 피고에 승계되는 점에서는 동일할 것이므로 결론에 있어서는 차이가 없을 것으로 보인다.

대상판결은 ❷와 관련하여 그동안 다소 불명확하였던 구 국제사법 제34조 제2항의 채무인수의 의미를 명확히 하였고, ❸과 관련하여서도 구 섭외사법 하에서 제시되었던 묵시적 준거법 선택의 판단기준을 보다 구체화하였다는 점에서 유의미하다. 특히, 구 국제사법 제34조는 아래에서 보는 것처럼 현행 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정된 것)에서도 제54조로 실질적으로 동일하게 유지되고 있으므로(띄어쓰기와 일부 표현만 변경되었는데 아래 밑줄 부분과 같음), 향후에도 유사한 쟁점을 판단하는 주요한 기준으로 작용할 수 있다.

구 국제사법 제34조	현행 국제사법 제54조
제34조(채권의 양도 및 채무의 인수) ① 채권의 양도인과 양수인간의 법률관계는 <u>당사자간의</u> 계약의 준거법에 의한다. 다만, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의한다. ② <u>제1항의 규정은 채무인수에 이를 준용한다</u>.	제54조(채권의 양도 및 채무의 인수) ① 채권의 양도인과 양수인 간의 법률관계는 <u>당사자 간의</u> 계약의 준거법에 따른다. 다만, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 따른다. ② <u>채무인수에 관하여는 제1항을 준용한다</u>.

한편, ❶과 관련하여서도 대상판결이 명시적으로 법리를 판시한 것은 아니지만, 사실상 연결대상(내지 법률관계)이 되는 이 사건 약정의 성질을 결정하는 준거법을 법정지법인 대한민국 법으로 본 것으로 평가할 수 있다. 이에 따라 성질 결정은 법정지법에 따라야 한다는 입장이 더욱 힘을 얻게 된 것으로 보인다. 이하에서 ❶,❷,❸ 쟁점을 순차적으로 살펴본다.

Ⅲ. 연결대상(법률관계)의 성질을 결정하는 준거법

1. 개관

국제사법 조문은 통상 연결대상과 연결점이라고 하는 두 개의 요소로 구성된다.[8] 가령, 구 국제사법 제34조 제2항, 제1항에 따르면 채권자에 대한 채무인수의 효력은 인수되는 채무의 준거법에 의하게 되는데, 이때 채무인수는 연결대상이고 인수되는 채무의 준거법은 연결점이 된다.[9] 즉, 준거법을 정하기 위해서는 먼저 연결대상의 법적

8) 석광현(註 1), 23면 이하를 참조.
9) 엄밀히 말하면 인수되는 채무의 준거법(=채권자와 기존채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법)은

성질이 무엇인지를 확인하는 작업이 선행되어야 한다. 대상판결과 같은 사안에서 구 국제사법 제34조 제2항이 적용되기 위해서는 당사자 간의 법률관계의 성질이 먼저 채무인수로 결정되어야 하는 것이다.

그렇다면 해당 법률관계의 성질이 채무인수에 해당하는지 아닌지를 결정하는 기준은 어느 국가의 법이 되어야 할까. 이것이 바로 성질결정의 준거법 문제인데, 이에 관하여는 구 국제사법은 물론이고 현행 국제사법에서도 특별한 규정을 두고 있지 않다. 종래 성질결정의 준거법에 관한 규정을 총칙에 두어야 한다는 주장이 있었으나,[10] 이는 학설ㆍ판례에 맡길 사항이라고 판단되어 연구반 초안에서부터 그러한 주장은 채택되지 않았다고 한다.[11]

2. 학설의 대립과 대상판결의 의미

가. 견해의 대립

이에 관하여 우리나라 학계에서 활발한 논의가 이루어지고 있지는 않지만, 교과서 등에는 법정지법설, 준거법설, 국제사법자체설(비교법설, 저촉규정목적설, 신법정지법설) 등 외국에서 논의되는 여러 견해가 소개되고 있다.[12] 법정지법설은 법정지의 실질법이 성질결정의 기준이 되어야 한다는 입장이고, 준거법설은 법정지 국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 국가의 실질법상의 체계개념이 성질결정의 기준이 된다는 견해이며, 국제사법자체설은 국제사법 자체의 입장을 고려해야 한다는 것으로 세부적으로 다시 기준이 나뉜다.

나. 대상판결: 사실상 법정지설을 취함

대상판결은 이 부분 쟁점에 관하여 명시적으로 판단한 것은 아니지만, 이 사건 약정의 법적성질을 병존적 채무인수로 본 원심의 판단이 타당하다고 봄으로써 사실상 법정지설을 취하였다. 대상판결은 이 사건 약정의 법적성질(제1항)을 준거법(제2항)에 앞서 독립적으로 먼저 판단하면서 원심의 판단이 타당하다고 판단한 것이므로, 채무인수를 둘러싼 당사자들의 법률관계에 적용될 준거법이 무엇인지를 판단하기 전에 이

구 국제사법 제25조에 따라 또다시 '당사자의 의사'를 연결점으로 삼고 있으나 편의상 위와 같이 설명하였다.

10) 장문철,「국제사법 총론」, 홍문사(1996), 220면.

11) 석광현(註 1), 187면.

12) 견해대립에 관한 상세는 석광현(註 1), 31면; 안강현,「로스쿨 국제거래법 제8판」, 박영사(2022), 154면; 신창섭,「국제사법 제4판」, 세창출판사(2018), 93면 이하; 김연/박정기/김인유,「국제사법 제3판 보정판」, 법문사(2014), 123면 이하를 각 참조.

미 법정지법인 대한민국 법을 기준으로 이 사건 약정의 법적성질을 검토한 것이다.

따라서 결과적으로 이 사건 약정의 준거법도 대한민국 법으로 판단되기는 하였지만 그와 같은 사정만으로 대상판결이 준거법설을 취하였다고 보기는 어렵고, 대상판결이 여러 국가의 국제사법을 비교하거나 그 실질법들과의 상호관계를 추가로 검토한 것도 아니므로 국제사법자체설의 입장을 취하였다고 보기도 어렵다.

3. 검토: 법정지설이 타당함

이와 같은 대상판결의 입장은 실무의 입장에서 바람직하다고 생각된다. 연결대상(법률관계)의 성질결정의 준거법과 관련하여, 국제사법의 목적, 다른 규정과의 상호관계, 법정지의 실질법, 그 법과 동일법계에 있는 타국의 실질법 및 국제사법, 양자 간의 목적과 취지 등을 종합적으로 고려하는 것은 이론적인 측면에서는 타당할 수도 있겠으나, 구체적인 법률관계를 해결함에 있어서는 어떤 방향성을 전혀 제시해주지 못하기 때문이다.

결과적으로 구체적 사안에서 어느 법률을 기준으로 삼아야 하는지에 관하여 명쾌한 답변을 해주지 못하게 된다면, 외국적 요소가 있는 경우 안정적인 법률관계를 형성하기 위해 제정된 국제사법의 목적과 취지에 반하는 결과를 초래할 수밖에 없다. 또한 법정지법의 법원으로 하여금 준거법 소속국의 실질법을 넘어 그 국제사법까지 검토하고 이를 법정지법인 우리나라의 국제사법 내지 실질법과 비교·검토하여 성질결정의 준거법을 정하라고 하는 것은 현실적이지도 않다. 따라서 대상판결이 취한 태도는 타당하다.

Ⅳ. 채무인수의 준거법

1. 개관

구 국제사법 제34조 제2항(☜ 현행 국제사법 제54조 제2항에 상응)은 채무인수의 경우에도 채권양도에 관한 준거법 결정원칙을 그대로 적용할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 따르면 채권양도인과 채권양수인의 법률관계는 당사자 간의 채권양도계약의 준거법에 의하므로, 기존채무자(B)와 채무인수인(C) 사이에 적용될 준거법은 채무인수계약의 준거법에 따르게 된다. 그리고 채무자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하므로, 채권자(A)에 대한 채무인수의 효력, 즉, 채권자(A)와 채무인수인(C) 사이에 적용될 준거법은 인수되는 채무(=채무자 B가 채권자 A에게 부

담하던 기존 계약상 채무)의 준거법에 의한다.[13)]

이때 채무인수의 의미는 무엇일까. 면책적 채무인수만을 의미하는지 것인지, 병존적 채무인수까지 의미하는 것인지 그 문언만으로는 불분명한데, 종래 면책적 채무인수만을 의미하는 것이라고 설명하는 입장이 있어 왔다.[14)] 이와 같이 본다면 병존적 채무인수 관계에서는 구 국제사법 제34조를 활용하지 못하게 되므로 채무인수인(C)과 채권자(A) 사이의 법률관계에 대해서는 양자의 관계를 별도로 검토하여 그에 적용될 준거법을 정하여야 한다.

그런데 그와 같이 보는 것이 타당할까. 그와 같은 입장에 따르면 병존적 채무인수에서 인수인이 부담하는 채무 내용은 면책적 채무인수와 마찬가지로 기존채무와 동일하다는 기존 법리(대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 판결 등 참조)와 정합하지 않는 어색한 결과가 발생할 수 있다. 법률규정으로 병존적 채무인수가 의제된 책임보험관계에서와 달리,[15)] 법률행위(3자간 합의)로 병존적 채무인수가 이루어진 때에는 B가 부담하는 채무와 C가 부담하는 채무의 준거법을 동일하게 취급하는 것이 당사자들의 의사와 기대가능성에 더 부합할 여지도 크다. 나아가 후술하듯이, 병존적 채무인수도 종국적으로는 채권자의 수익의 의사표시가 있어야 성립되는 법률관계이므로 전적으로 의무부담행위의 성질만을 가진다고 보기 어렵다. 그렇다면 B와 C 사이의 관계에만 주목하기 보다는 어떻게든 기존 채권자 A의 의사도 반영되는 방법을 강구하는 것이 합리적일 수도 있다. 대상판결은 이러한 문제의식에서 출발한다.

2. 학설의 대립과 대상판결의 의미

앞서 본 것처럼 종래 교과서 등은 구 국제사법 제34조 제2항에서 의미하는 채무인수가 면책적 채무인수를 의미하는 것으로 설명하여 왔다. 병존적 채무인수는 처분행위가 아니라 의무부담행위로서 채권자의 관여가 불필요하므로 채권양도와 구조가 다르고 면책적 채무인수만이 채권양도와 유사하다는 것이 주된 논거이다. 즉, 기존채무자와 채무인수인 사이의 법률관계로 해결해야 하는 것이고 따라서 당사자들의 의사에 따라서는 기존 법률관계(채권자와 기존채무자)에서 선택된 준거법을 그대로 적용할 여지고 있다고 한다.[16)]

---

13) 채권양도에 관한 논문이기는 하지만 Alison Xu, “New Solution Concerning Choice-Of-Law for the Assignment of Debts”, British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press (2021), 665면 이하는 양도인, 양수인, 채무자의 법률관계를 세분화하여 구체적으로 설명하고 있어 참조할만하다.
14) 석광현(註 1), 428면과 안춘수, 「국제사법」, 법문사(2017), 289면에서 위와 같이 검토하고 있고, 다른 교과서들은 대부분 위 두 교과서에서의 검토를 함께 소개하고 있다.
15) 후술하듯이 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결이 이에 해당한다.

이러한 상황에서 대상판결은 위 조항에서 의미하는 채무인수는 병존적 채무인수까지 포함하는 것이라고 본 다음, 채권자/채무자/인수인 사이의 합의를 통해 병존적 채무인수가 이루어진 경우, 인수인(C)이 채권자(A)에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 채권자(A)와 채무자(B) 사이의 법률관계에 적용되는 준거법이라고 명시적으로 판시하였다. 즉, 종래에 설명되어 오던 것과 다른 입장을 취하여 구 국제사법 제34조 제2항의 적용범위를 더욱 넓혔다.

3. 검토

면책적 채무인수만이 구 국제사법 제34조 제2항에서 말하는 채무인수에 해당한다는 종래 학계의 입장은 충분히 경청할만하다. 그러나 아래와 같은 이유를 종합하면 반드시 면책적 채무인수만이 이에 해당한다고 단정하기는 어렵고, 오히려 그 범위를 넓히는 것이 기존 판례법리 및 병존적 채무인수가 채무인수의 기본형으로 자리를 잡아가고 있는 실무와 조화롭게 설명되는 측면이 있다. 따라서 양론이 가능한 이상, 병존적 채무인수도 위 조항에서 의미하는 채무인수에 포함된다고 본 대상판결의 결론을 수긍하고 지지할 수 있다.

가. 병존적 채무인수인이 부담하는 채무내용은 (면책적 채무인수에서의 인수인이 부담하는 것과 마찬가지로) 기존채무와 동일해야 하므로 준거법을 달리 볼 실익이 없음

아래에서 보는 바와 같이, 대법원은 1996. 10. 11. 선고 96다27476 판결에서 면책적 채무인수로 인하여 인수인이 부담하는 채무의 내용은 기존채무와 동일하다고 판시하였는데, 나아가 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 판결에서는 병존적 채무인수로 인하여 인수인이 부담하는 채무의 내용도 기존채무와 동일하다고 판시하였다.

■ 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다27476 판결 (☜ 면책적 채무인수에 관한 사안)

면책적 채무인수라 함은 채무의 동일성을 유지하면서 이를 종래의 채무자로부터 제3자인 인수인에게 이전하는 것을 목적으로 하는 계약을 말하는바, 채무인수로 인하여 인수인은 종래의 채무자와 지위를 교체하여 새로이 당사자로서 채무관계에 들어서서 **종래의 채무자와 동일한 채무를 부담하고** 동시에 종래의 채무자는 채무관계에서 탈퇴하여 면책되는 것일 뿐 종래의 채무가 소멸하는 것이 아니므로, 채무인수로 종래의 채무가 소멸하였으니 저당권의 부종성으로 인하여 당연히 소멸한

16) 석광현, "국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여", 사단법인 한국국제사법학회 창립 30주년 기념학술대회 자료집, 사단법인 한국국제사법학회(2023), 115면.

채무를 담보하는 저당권도 소멸한다는 법리는 성립하지 않는다. 민법 제459조 단서는 보증인이나 제3자가 채무인수에 동의한 경우에는 전 채무자의 채무에 대한 보증이나 제3자가 제공한 담보는 채무인수로 인하여 소멸하지 아니하는 것으로 규정하고 있는바, 위 조항에 규정된 채무인수에 대한 동의는 인수인을 위하여 새로운 담보를 설정하도록 하는 의사표시를 의미하는 것이 아니라 기존의 담보를 인수인을 위하여 계속시키는데 대한 의사표시를 의미하는 것이므로, 물상보증인이 채무인수에 동의함으로써 소멸하지 아니하는 담보는 당연히 기존의 담보와 동일한 내용을 갖는 것이다.

■ 대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 판결 (☜병존적 채무인수에 관한 사안)

<u>**중첩적 채무인수**라 함은 제3자인 인수인이 종래의 채무자와 함께 **동일한 내용의 채무를 부담하는 것**을 목적으로 하는 계약</u>으로서, 중첩적 채무인수로 인하여 인수인은 새로이 당사자로서 기존의 채무관계에 들어가 <u>**기존채무와 동일한 내용의 채무를 부담하게 된다**</u>. 이와 같이 중첩적 채무인수에 의하여 인수되는 채무는 <u>기존채무와 내용이 동일하고 인수행위로 인하여 그 채무의 성질 등이 변하는 것은 아니므로</u>, 인수인이 부담하는 인수채무에 대해서는 기존채무와 동일한 소멸시효기간이 적용된다.

물론, 이와 같은 법리가 준거법도 동일해야 한다는 것으로 귀결되는 것은 아니다. 가령, 채권자(A)와 기존채무자(B) 사이에 적용될 준거법과 채권자(A)와 병존적 채무인수인(C) 사이에 적용될 준거법이 다르더라도 채무내용을 동일하게 판단하는 것도 논리적으로 설명이 불가능한 것은 아니기 때문이다. 그러나 이는 어색하다. 채무내용을 동일하게 보아야 하는 것임에도 준거법이 상이하게 된다면 B와 C가 부담하는 채무내용이 달라질 수 있으므로 양자가 부담하는 채무는 동일해야 한다는 대법원 판결과 모순·저촉되지 않도록 설명하기 어렵기 때문이다. 어차피 동일한 내용의 채무를 부담하는 것으로 보아야 한다면 굳이 양 법률관계에서의 준거법을 달리 취급할 실익도 없다.

나. 법률규정에 의한 병존적 채무인수에 대해 제34조 제2항을 고려해야 한다는 법리가 판시되었으므로, 법률행위에 의한 병존적 채무인수의 경우에 달리 볼 이유가 없음

한편, 책임보험자의 제3자에 대한 병존적 채무인수자로서의 지위가 문제된 사안에서 우리 대법원은 아래에서 보는 바와 같이, 이미 구 국제사법 제34조를 참작하여 준거법을 정하여야 한다는 판시를 하였다.

■ 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결

책임보험계약에서 보험자와 제3자 사이의 직접청구권에 관한 법률관계는 법적 성질이 법률에 의하여 보험자가 피보험자의 제3자인 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 관계에 해당한다. 국제사법 제34조는 채권양도 및 채무인수의 법률관계를 동일하게 취급하여, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의하도록 규정하고(제1항), 채무인수에 대하여도 이를 준용하고 있다(제2항). 또한 국제사법 제35조는 법률에 의한 채권의 이전에 관하여, 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자 사이의 법률관계의 준거법에 의하지만, 만약 이러한 법률관계가 존재하지 아니하는 경우에는 채권양도 및 채무인수의 경우와 마찬가지로 이전되는 채권의 준거법에 의하도록 규정하고 있다. 이에 비추어 보면, 채무인수 및 법률에 의한 채권의 이전에 관하여 이전되는 채무·채권의 준거법에 의하도록 한 국제사법 제34조 및 제35조의 기준은 법률에 의한 채무의 인수의 경우에도 참작함이 타당하다.

만약, 구 국제사법 제34조가 면책적 채무인수에만 적용되는 것이라면 병존적 채무인수가 의제된 위 사안에서 대법원이 구 국제사법 제34조를 참작해야 한다는 위와 같은 판시를 하지는 않았을 것이다. 따라서 법률규정에 따라 정책적으로 병존적 채무인수 관계가 의제되는 경우에도 구 국제사법 제34조를 고려해야 하는 이상, 법률행위로 병존적 채무인수관계가 형성된 경우에 구 국제사법 제34조를 적용할 수 있음은 논리적으로 무리가 없다.

물론, 위 사안에서 결과적으로 기존채무자(피보험자)가 부담하는 손해배상채무의 준거법과 보험자(의제된 병존적 채무인수자)가 부담하는 채무의 준거법이 달리 판단되기는 하였다. 그러나 이는 법률규정에 의해 병존적 채무관계가 의제되는 관계에 있었기 때문에 구 국제사법 제34조 제2항을 (참작만할 뿐) 직접 적용할 수 없었기 때문이고, 병존적 채무인수가 구 국제사법 제34조 제2항상의 채무인수에서 제외되어야 했기 때문이 아니다.[17]

다. 입법 취지에 비추어 보더라도 당사자 간의 합의에 따라 병존적 채무인수가 이루어지는 경우 이를 포함하여 해석하는 것이 바람직함

구 국제사법[18]의 입법 자료(법제사법위원회 검토보고서 및 심사보고서 등)는 제34

17) 최성수, "책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 판례의 검토", 아주법학 제13권 제4호, 아주대학교 법학연구소(2020), 145면 이하도 계약채무의 인수에 관한 조항인 구 국제사법 제34조가 법정채무의 인수에도 적용될 수 있을지 조심스럽다는 점도 대법원이 위 조항을 참작한다고만 판시한 이유일 수 있다고 설명하고 있다.

18) 참고로 채무인수에 관한 국제사법 제34조 제2항은 구 섭외사법 시절에는 존재하지 않다가, 2001년도에 구 섭외사법이 전면 개정되면서 처음으로 도입된 조문이다.

조 제2항에 규정된 채무인수의 의미에 관하여 구체적으로 설명하고 있지 않고, 특별분과위원회는 아래처럼 해설하고 있을 뿐이어서,[19] 명확한 입법자들의 의사를 알 수는 없다.

> 현행법은 채무인수에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 개정안에서는 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위하여 채권양도에 준하여 채무인수에 관한 조항을 신설하였다(제2항).

[그림 삽입을 위한 여백]

그러나 적어도 제3자간 법률행위(합의)에 따라 병존적 채무인수가 이루어진 경우 ❶ 채무인수인(C)은 기존채무자(B)가 부담하던 만큼의 채무를 부담할 의사로 채무를 병존적으로 인수한 것이고, ❷ 채권자(A) 또한 동일한 내용의 채무를 이행해줄 인수인이 추가된 것으로 이해하는 것이 당사자들의 의사에 합치하고 자연스러워 보이는 점을 고려한다면, 이와 같이 해석하는 것이 위 특별분과위원회에서 개정취지로 들고 있는 법적안정성과 예측가능성의 기준에도 부합한다.

참고로 제3자간 법률행위를 통해 병존적 채무인수 관계를 설정하면서 채권자(A)와 채무인수인(C)간에 적용될 준거법을 달리 정할 수도 있다. 그러나 이때는 ⅰ) 병존적 채무인수에 따라 채권자(A)와 기존채무자(B) 사이에 적용되는 채무의 준거법을 먼저 그대로 따르되, ⅱ) 그 이후 채무인수인(C)이 채권자(A)와의 합의를 당사자 간의 법률관계에 적용될 준거법을 사후적으로 변경하는 것으로 설명할 수 있으므로(구 국제사법 제26조 제3항), 무리가 없고 더 자연스럽다.

이와 달리 채권자(A)와 채무인수인(C) 사이에 적용될 준거법을 독립적으로 판단해야 하고, 다만 개별사안에 따라서는 인수되는 채무의 준거법, 즉, 채권자(A)와 기존채무자(B) 사이에 적용되는 채무의 준거법을 그대로 적용할 여지가 있다고 설명하는 것은 목적지까지 쭉 이어진 똑바른 길을 놔두고 먼 길을 돌아 우회하는 느낌이다.

라. 채권양도와 면책적 채무인수의 구조가 동일하다고 단정할 수 없고, 오히려 채권양도와 병존적 채무인수의 구조가 유사한 측면도 있음

기존채무자가 종래의 법률관계에서 벗어나는 면책적 채무인수가 기존채권자가 채권을 상실하는 채권양도와 구조적으로 유사한 측면이 있고, 독일 민법(Bürgerlichen Gesetzbuche, BGB)도 이러한 점을 고려하여 면책적 채무인수를 중심으로 제414조부터 제419조까지를 규정하고 있다.[20] 종래의 견해는 아마도 이와 같은 관점에서 구

19) 장준혁, "涉外私法 改正法律案의 검토", 한국국제사법학회(2001), 346면.

국제사법 제34조 제2항을 해석한 것으로 생각된다.

그러나 우리법상 채권양도는 양도인과 양수인 간의 합의만으로 그 효력이 발생하고(대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다41818 판결 등 참조), 대항요건은 상대방인 채무자와의 관계에서만 문제될 뿐이어서(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008두20109 판결 등 참조),[21] 상대방인 채권자의 승낙을 효력발생요건으로 두고 있는 면책적 채무인수와 차이가 있다. 오히려 채무자와 인수인 간의 계약만으로 일단 대내적 효력이 발생되고, 이후 채권자의 수익의 의사표시가 있는 경우에 병존적 채무인수가 이루어지는 것으로 보는 아래 제3유형의 병존적 채무인수와 더 유사한 측면이 있다.[22] 처음부터 채권자, 기존채무자, 채무인수인 간에 병존적 채무인수 합의가 이루어진 제1유형의 경우에는 면책적 채무인수와 성립구조가 유사한 것이기도 하다.

병존적 채무인수의 유형	당사자	비고
제1유형	채권자/채무자/인수인 간의 계약	
제2유형	채권자/인수인 간의 계약[23]	
제3유형	채무자/인수인 간의 계약	가장 많이 활용됨[24]

한편, 채무부담을 추가하는 의무부담행위(Verpflichtungsgeschäft)로서의 성질을 주로 가진다는 점에서 병존적 채무인수는 채권양도와 달리 볼 여지도 있다. 그러나 (제1,2유형은 물론이고) 제3유형의 경우에도 채권자가 수익의 의사표시를 통해 채무인수인(C)에 대한 채권취득에 관여하므로 처분행위(Verfügungsgeschäft)로서의 성

20) 가령, 제414조는 채무인수는 기존채무자가 부담하는 지위를 채무인수인이 승계하는 것이라고 규정하고 있고, 제415조 제1항은 채권자의 승인이 없으면 기존채무자와 채무인수인간의 채무인수합의는 그 효력이 없는 것이라고 규정하고 있다. 해당 원문은 아래와 같다.

§ 414 Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer

Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt.

§ 415 Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer

(1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

21) 즉, 대항요건이 구비되기 전에도 대내적으로는 이미 채권이 양수인에게 이전된 것이지만, 채무자와의 관계에서만 양도인이 여전히 채권자의 지위를 가지는 것에 불과하다.

22) 3유형의 경우 채권자의 수익의 의사표시가 있기 전에는 제3자를 위한 계약으로서의 성질을 가진다(대법원 2006. 5. 12. 선고 2006다1350, 1367 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2005다48833 판결 등 참조).

23) 채무자의 의사에 반하여 할 수 있는지 문제되나, 가능하다고 보는 것이 다수설이라고 한다. 김용덕(편집대표),「주석민법[채권총칙(3) 제4판」, 한국사법행정학회(2020), 636면(집필담당: 전원열).

24) 김용덕(편집대표)(註 23), 636면(집필담당: 전원열).

질이 없다고 단정하기 어렵다. 설령 그렇지 않더라도, 이행인수처럼 채무인수인이 독립된 제3자의 지위에서 채무자와의 계약만으로 급부의 이행만을 떠맡는 경우와 달리, 병존적 채무인수의 경우에는 채무인수인(C)이 기존 채권 관계 안으로 들어오는 것이라는 점을 고려하면, 채권자의 의사와 무관하게 기존채무자(B)와 채무인수인(C) 간의 합의만으로 채권자가 기존 채권과 상이한 준거법이 적용되는 채권을 취득하게 된다는 점은 자연스럽지 않다.[25] 어떤 식으로든지 기존 채권자(A)의 의사를 반영하는 것이 계약의 실질에 부합하므로, A가 관여하였던 기존계약의 준거법을 따르도록 하되 특별한 사정이 있다면 이를 적용하지 않을 수 있도록 하는 입장이 무리가 없다.

마. 병존적 채무인수의 활용도가 실무에서 높아지고 있고, 채무인수의 기본형으로 자리 잡아가고 있음

광의의 채무인수는 면책적 채무인수 뿐만 아니라 병존적 채무인수까지 포함하는 것으로 학계와 실무에서 해석되어 오고 있고, 실무에서의 이용 빈도도 병존적 채무인수가 면책적 채무인수보다 훨씬 많다. 이러한 점을 고려하여 최근의 외국 입법례들은 병존적 채무인수를 오히려 채무인수의 기본형으로 삼고 있고, 우리나라에서도 그와 같이 민법상 채무인수 규정을 개정하자는 움직임이 있다.[26] 가령, 일본의 민법은 제3편 제1장 제5절에서 채무의 인수(債務の引受)를 규율하면서 먼저 제1관에서 병존적 채무인수(併存的債務受)에 관한 조문을 두고, 이어서 제2관에서 비로소 면책적 채무인수(免責的債務引受)에 관한 조문을 두고 있기도 하다.

Ⅴ. 묵시적 준거법 선택의 판단기준

1. 구 국제사법 제25조에 따른 준거법 결정 원칙: 당사자자치의 원칙

이 사건 채무(주식반환채무)는 계약상 채무이므로, 채무자(B)의 채권자(A)에 대한 기존채무(주식반환)의 내용은 구 국제사법 제25조에 따라 채권자(A)와 채무자(B)가 이 사건 제2대여계약을 체결하면서 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 따른다. 구 국제사법 제25조는 현행 국제사법에서도 제45조로 실질적으로 동일하게 유지되고 있는데(띄어쓰기와 일부 표현만 변경되었는데 아래 밑줄 부분과 같음), 해당 부분 조

25) 참고로 병존적 채무인수에서 기존채무자(B)와 채무인수인(C)이 어떤 관계에 있는지에 대하여는 보증채무관계설, 연대채무관계설, 부진정연대채무관계설 등이 있고 판례도 분명하지 않은데(상세는 전원열, "면책적 채무인수, 병존적 채무인수, 이행인수의 구별기준", 저스티스 통권 제156호, 한국법학원(2016), 309면을 참조), 만약 B가 부담하는 채무와 C가 부담하는 채무의 준거법을 달리 본다면 양자의 관계를 규율하는 법은 또 어느 법이 기준이 되어야 하는지 등 많은 복잡한 문제가 생긴다.

26) 전원열, "민법상 채무인수 규정의 개선방향", 비교사법 제27권 제3호(통권 제90호), 한국비교사법학회(2020), 200면 이하를 참조.

문은 아래와 같다.

구 국제사법 제25조	현행 국제사법 제45조
제25조(당사자 자치) ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다. ② 당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다. ③ 당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약의 방식의 유효성과 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다. ④ 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다. ⑤ 준거법 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성에 관하여는 제29조의 규정을 준용한다.	제45조(당사자 자치) ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 따른다. 다만, 묵시적인 선택은 계약내용이나 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 한정한다. ② 당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다. ③ 당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제46조에 따른 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약 방식의 유효 여부와 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다. ④ 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 적용이 배제되지 아니한다. ⑤ 준거법 선택에 관한 당사자 간 합의의 성립 및 유효성에 관하여는 제49조를 준용한다.

즉, 현행 국제사법에서도 구 국제사법에서 확립된 원칙에 따라 계약상채무에 대해서는 원칙적으로 당사자 간에 명시적으로 선택한 준거법을 적용하되, 그와 같은 의사가 분명하지 않은 경우에는 묵시적으로도 준거법 선택을 인정할 수 있다. 다만, 그 부당한 확대를 막기 위해 묵시적 선택은 계약내용이나 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 한정하는 것이다.

2. 종래의 묵시적 합의유무 판단기준

그렇다면 묵시적 준거법의 유무를 판단하는 기준은 무엇일까. 구 국제사법 제25조의 전신(前身)인 구 섭외사법 제9조[27]가 적용된 사안이기는 하지만 대법원이 제시한 아

27) 구 섭외사법 제9조(법률행위의 성립 및 효력)

래와 같은 기준을 유의미하게 참조할 수 있다.

■ 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다71724 판결

당사자의 의사에 의하여 준거법을 정함에 있어서는 당사자 사이에 준거법 선택에 관하여 명시적인 합의가 있는 경우에는 그에 의하여야 할 것이고, 그러한 명시적인 합의가 없는 경우에는 이 사건 합의에 포함되어 있는 준거법 이외의 다른 의사표시의 내용이나 소송행위를 통하여 나타난 당사자의 태도 등을 기초로 당사자의 **묵시적 의사를 추정**하여야 할 것이며, 그러한 묵시적 의사를 추정할 수 없는 경우에도 **당사자의 국적, 주소 등 생활본거지, 이 사건 합의의 성립 배경과 그 경위, 기타 여러 가지 객관적 사정을 종합하여 볼 때** 이 사건 합의 당시 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 **가정적 의사**를 추정하여 준거법을 결정할 수 있다고 할 것이다. 위와 같은 법리 및 기록에 비추어 살펴보면, 이 사건 합의의 효력에 관하여 적용할 준거법은 대한민국 민법으로 정하는 것이 **당사자들의 묵시적 의사에 부합한다고 판단**된다.

물론, 이는 객관적 준거법에 관한 규정이 별도로 존재하지 않던 구 섭외사법 체제 하에서 묵시적 의사 외에 가정적 의사라는 개념까지 도입하면서 설명하는 것이어서, 구 국제사법이나 현행 국제사법 하에서도 그대로 적용하기는 어려운 측면이 있다. 그러나 실제로 위 판결이 제시한 기준은 구 국제사법이 제정된 이후에도, 묵시적 합의의 판단요소로 하급심 등 실무에서 많이 인용되어 왔다.[28]

3. 대상판결의 의미 및 검토

이러한 상황에서 대상판결은 국제사법 제25조 제1항 단서의 문언(=계약내용 그밖에 모든 사정)을 기초로 삼고, 그중 이를 구체화하는 요소로 위 대법원 2006다71724 판결의 제시기준을 나열하면서도, 묵시적 합의가 너무 확대되어서는 안 된다는 법리(대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결)[29]에 따라, 이를 신중하게

법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 **당사자의 의사**에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다.

28) 가령, ① 대법원 2017다56325 판결(심리불속행 기각)의 원심인 서울중앙지법 2017나20769 판결, ② 서울고등법원 2016나208749 판결(미상고확정)의 1심인 서울남부지법 2015가합3342, ③ 대전고등법원 2019나13542 판결(미상고확정), ④ 서울중앙지법 2019가단5195128 판결(미항소확정)이 있다.
29) 해당 부분 판시는 아래와 같다.

■ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결

국제사법 제25조 제1항에서 계약의 준거법을 당사자가 자유롭게 선택할 수 있도록 하면서도 그것이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여 묵시적인 선택은 계약 내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한하고 있으므로, 준거법에 관한 명시적인 합의가 없더라도 묵시

판단해야 한다는 문구도 추가하였으므로 유의미하다. 특히 대상판결은 대법원 2006다71724 판결의 기존문구 중 가정적 의사 관련 부분을 배제하였는데, 아래와 같은 점을 고려할 때 이는 타당하다고 생각된다.

첫째, 대법원 2006다71724 판결은 묵시적 의사를 다시 ⅰ) 현실의 묵시적 의사와 ⅱ) 가정적 묵시적 의사로 구분하면서, 가정적 의사를 판단하는 요소로 앞서 본 기준을 제시하였는데, 위 판결은 (구 국제사법 제25조에서처럼 묵시적이라는 표현을 명시적으로 두고 있지 않았던) 구 섭외사법 제9조 하에서 그 문언에 따라 당사자의 의사에 초점을 맞출 수밖에 없었기 때문에 위와 같은 표현을 사용한 것으로 보인다.

둘째, 구 섭외사법의 틀에서 벗어나, 구 국제사법 제25조에서 "묵시적" 이라는 법문을 직접 도입한 이상 굳이 다시 이를 세분화하여 법문에서 두고 있지도 않은 가정적 의사라는 표현을 사용하기는 적절하지 않다.

셋째, 어차피 묵시적 의사라는 것은 당사자의 태도, 행동 등에 따라 그 의사를 추단하는 것이므로 현실의 묵시적 의사와 가정적 묵시적 의사를 개념적으로 다시 구분한다는 것은 어색하고 그 실익도 크지 않다.

넷째, 구 국제사법이나 현행 국제사법은 묵시적 합의라는 개념을 도입하고, 밀접한 관련성이라는 개념을 도입하는 등으로 구 섭외사법과 그 내용 및 체계를 달리하므로, 국제사법 하에서 가정적 의사라는 용어를 사용하는 것은 마치 법관으로 하여금 심리학적 추론에 의하여 계약내용을 탐구하여야 한다는 인상을 불러일으켜 부적절하다고 지적하는 견해가 유력하다.30)

4. 사안의 경우

이 사건의 경우 채권자(A)와 기존채무자(B) 사이에 이 사건 제2대여계약의 준거법을 명시적으로 합의하지는 않았으나, 아래와 같은 점을 고려하면 당사자 간에 위 계약에서 이 사건 채무에 관하여 묵시적으로 대한민국 법을 선택하였다고 넉넉히 인정할 수 있다고 생각된다. 따라서 법리에 따른 사례의 포섭의 측면에서도 대상판결을 지지할 수 있다.

적인 합의를 인정할 수도 있으나 소송절차에서 당사자가 준거법에 관하여 다투지 않았다는 사정만으로는 준거법에 관한 묵시적 합의를 인정하기는 어렵다.

30) 석광현(註 1), 297면.

❶ [이자] 주식대여에 대한 대가로 기존채무자(B)가 채권자(A)에게 지급하기로 한 이자가 대한민국의 법정통화인 “원화”를 기준으로 산정되어 있으므로(7,300,000원/월), 당사자 간 권리·의무를 대한민국 법을 기준으로 정하겠다는 의사가 합의된 것으로 볼 여지가 있다.

❷ [작성언어] 계약서는 한국어로 작성되어 있고 국문계약서 이외의 다른 언어로 작성된 계약서는 존재하지 않는 것으로 보인다.

❸ [국적, 주소, 설립준거법, 본점소재지] 이 사건 채무(기존채무)의 당사자인 채권자(A, 원고)의 국적은 대한민국이고, 그 주소 또한 대한민국 내에 있다. 또 다른 당사자인 기존채무자(B)의 설립준거법도 대한민국법이고 그 본점소재지도 대한민국 내에 있다.

❹ [계약체결 성립배경 및 경위] 이 사건 제2대여계약 체결 이후의 경위이기는 하지만, 위 제2대여계약에 기초한 이 사건 약정에서는 관련 분쟁을 대한민국의 서울중앙지법에서 해결하기로 하는 전속관할합의 조항을 두고 있기도 하였다.

Ⅴ. 결론

외국적 요소가 있는 법률관계를 검토할 때 그 법률관계에 적용될 국제협약이나 국제사법에 따른 준거법에 관하여 검토하여야 한다는 것은 이제 확립된 법리가 되었다. 국제재판관할 규칙에 관한 규정들을 전면적으로 재정비한 현행 국제사법 체제 하에서 관할 외에 준거법에 대해서도 여전히 많은 관심을 가져야 하는 이유이다. 이러한 점에서 기존에 다소 불분명하였던 구 국제사법 하에서의 개념에 관한 유의미한 법리를 판시한 대상판결의 의미는 결코 작지 않다. 대상판결에서 다룬 구 국제사법 제34조, 제25조는 현행 국제사법에서도 여전히 유의미하게 기능하고 있기 때문이다.

먼저 대상판결은 명시적으로 법리를 판시하지는 않았지만, 연결대상(법률관계)의 성질을 결정하는 준거법을 법정지법으로 본 것으로 평가할 수 있다. 이는 이미 사실상 이와 같은 방식으로 이루어지고 있는 실무에 부합한 것으로서 타당하다. 준거법설, 국제사법자체설 등과 같은 견해가 이론적으로는 우월할 수 있지만, 이에 따르면 결국 어느 법을 적용해야 하는지 불확실하게 된다. 첫 단추를 꿰는 단계에서부터 당사자들의 법률관계가 불안정하게 된다면 안정적인 법률관계를 형성하기 위해 제정된 국제사법의 목적과 취지에 반하는 결과가 초래될 수 있으므로 법정지설이 타당하다.

다음으로 대상판결이 구 국제사법 제34조 제2항(=현행 국제사법 제54조 제2항)의 채무인수는 면책적 채무인수 뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함하는 것이라는 법리를 선언한 점도 유의미하다. 물론, 면책적 채무인수가 기존에 채무인수의 기본형으로

취급되어 왔던 점을 고려하면 면책적 채무인수만 이에 해당하는 것으로 보는 견해도 충분히 타당하고 경청할만하다. 다만, 앞서 본 바와 같이 병존적 채무인수에서 인수인이 부담하는 채무의 내용은 (면책적 채무인수에서 인수인이 부담하는 채무의 내용과 마찬가지로) 기존채무와 동일하다는 법리가 확립되었으므로(대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 판결), 양자를 같이 취급하는 것이 타당하다.

이를 달리 취급한다면 동일한 내용의 채무에 관하여 준거법이 달라지는 불합리함이 발생할 수 있고, 채권자의 이익을 두텁게 보호하려는 병존적 채무인수의 취지에도 반하기 때문이다. 이미 법률규정에 의한 병존적 채무인수에 대해서도 제34조 제2항을 고려해야 한다는 법리(대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결)가 선언된 이상, 법률행위에 따른 병존적 채무인수의 경우에도 달리 볼 이유가 없고, 그와 같이 보는 것이 병존적 채무인수가 채무인수의 기본형으로 자리잡아가는 현재 당사자들의 실질적 의사에도 부합한다. 기존채무자와 채무인수인 사이에서만 채무인수 계약을 한 경우에도 결국 채권자가 제3자로서 수익의 의사표시를 해야 병존적 채무인수 관계가 형성되는 점을 고려하면, 의무부담행위만 존재하고 채권자의 처분행위가 전혀 존재하지 않는 법률관계라고 보기도 어려워 우리와 체계를 달리하는 독일의 논의를 그대로 적용하기도 어렵다.[31)]

마지막으로 대상판결이 계약상 채무의 묵시적 준거법을 판단하는 구체적 기준을 제시한 부분도 주목할 만하다. 구 섭외사법에서 활용되어 왔던 실질적 기준을 원용하면서도 구 국제사법이나 현행 국제사법의 문언과 체계에 맞추어 이를 변경한 부분은 향후에도 많이 활용될 수 있을 것으로 보인다. 물론, 묵시적 준거법은 합리적으로 인정될 수 있는 경우에만 허용되고 그와 같이 볼 수 없는 경우에는 구 국제사법 제26조(☜ 현행 국제사법 제46조에 상응함)에 따라 객관적 준거법을 검토해야 하는 것이기는 하다.[32)] 그러나 계약상 채무의 준거법은 당사자 자치(party autonomy)에 기초하고 있다는 점을 고려하면 객관적 준거법 단계로 넘어가기에 앞서 묵시적 준거법이 활용될 여지는 적지 않다고 생각된다.

Ⅵ. 관련문제 - 묵시적 준거법과 객관적 준거법의 구분기준

31) 전원열(註 26), 191면은 독일민법도 병존적 채무인수를 제3자를 위한 계약으로 보기는 하지만 우리나라와 달리 채권자의 수익의 의사표시를 필요로 하지 않는다고 설명한다.

32) 김인호(註 7), 276면은 이러한 취지에서 묵시적 선택을 판단하는 기준으로서 "당사자의 상거소, 국적, 계약체결지, 계약이행지 등의 객관적 연결점은 고려될 수 없고 준거법을 선택하려는 당사자의 의도가 명백히 드러난 사정만을 의미한다"는 의견을 제시하는데 경청할만한 지적이다. 후술하듯이 장기적으로 묵시적 준거법과 객관적 준거법을 구분하는 기준이 명백해지면 고려요소도 그에 따라 더 세분화되어야 할 것으로 보인다.

참고로 대상판결에서는 상고이유로 제기되지 않아 문제되지 않았지만, 계약상 채무의 준거법에 관한 사례가 집적될수록, 묵시적 준거법과 객관적 준거법의 경계를 확정하는 기준도 문제될 수 있을 것으로 보인다.[33)]

이와 관련하여「계약상채무의 준거법에 관한 2008년 6월 17일 유럽의회 및 이사회의 No 593/2008 규정」(이하 'ROME Ⅰ' 이라 한다)도, 제3조에서 준거법의 묵시적 합의는 그와 같은 의사가 "계약조항이나 제반사정 등에 비추어 분명하게 나타나는 경우(clearly demonstrated)" 에만 인정될 수 있다고 규정함으로써 종래「로마협약(계약상 채권관계의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약, Rome Convention)」에서 취하였던 입장을 더 엄격하게 변경하였다.[34)]

그러나 성립요건이 엄격해졌다는 이유만으로 당사자들의 묵시적 준거법 선택 자체가 배제되는 것은 아니고, 실무에서도 여전히 양자를 구분하는 기준이 명확히 확립되어 있다고 보기는 어렵다.[35)] 로마협약에 관한 주석서인 Giuliano-Lagarde Report[36)]에서도 해상보험과 관련하여 Lloyd에서 작성한 보험 증권을 사용한 경우나 동일 당사자 간에 종전에 유사한 내용의 계약을 체결하면서 이미 특정한 국가의 법을 계약상 준거법으로 합의한 경우 등 비교적 명백한 경우만을 예시로 들고 있을 뿐이어서,[37)] 여전히 많은 연구가 필요할 것으로 보인다.

---

33)「계약상채무의 준거법에 관한 2008년 6월 17일 유럽의회 및 이사회의 No 593/2008 규정」(ROME Ⅰ)은 제3조에서 준거법의 묵시적 합의는 그와 같은 의사가 "계약조항이나 제반사정 등에 비추어 분명하게 나타나는 경우(clearly demonstrated)"에만 인정될 수 있다고 규정하는데, 이는 종래「로마협약(계약상 채권관계의 준거법에 관한 1980년 유럽공동체협약, Rome Convention)」에서 "합리적인 확실성이 나타나는 경우(demonstrated with reasonable certainty)"만으로 묵시적 합의를 인정하였던 것을 더 엄격하게 변경한 것이다. 참고로「계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회의 No 864/2007 규정」(ROMEⅡ)도 발효되었는데, 이에 관한 대표적인 국내 문헌으로는 석광현, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)", 서울대학교 법학 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2011), 245면 이하를 참조.

34) 로마협약에서는 "합리적인 확실성이 나타나는 경우(demonstrated with reasonable certainty)"만으로도 묵시적 합의를 인정하였고, 가령 영국법원도 이에 따라 더 유연한 태도를 보였던 것으로 보인다. 상세는 Jonathan Hill, "Choice of Law in Contract Under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts" (2004) 53 ICLQ(International & Comparative Law Quarterly) 325, 329.

35) Lawrence Collins (eds.), Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws,* Sweet & Maxwell Ltd (15th Ed.) (2012), paras. 32-060은 이러한 어려움을 토로하고 있고, Lawrence Collins (eds.), Dicey, Morris and Collins, *The Conflict of Laws, Fifth Cumulative Supplement to the Fifteenth Edition,* Sweet & Maxwell Ltd (2019), para. 32-059 이하는 일부 영국 하급심 판결들이 여전히 묵시적 준거법을 지나치게 널리 인정하고 있다("cross the line"이라는 표현을 사용하였음)고 지적하고 있기도 하다.

36) Mario Giuliano/Paul Lagarde, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, Official Journal of the European Communities No C 282/1 (31.10.80)을 의미한다.

37) Mario Giuliano/Paul Lagarde(註 36), 17면 이하를 참조.

다만, 해당 계약과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 준거법으로 선택하는 것이 거래 실무에 비추어 자연스럽다는 점을 고려하면, 묵시적 준거법과 객관적 준거법이 항상 상충하는 것만은 아닐 것이다. 장기적으로는 구 국제사법 제26조나 현행 국제사법 제46조에서 제시한 객관적 준거법이 특별한 사정이 없는 한 묵시적 준거법으로서의 지위도 겸유하게 되는 실무가 안착할 여지도 있다고 생각된다.

참고문헌

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

김연/박정기/김인유,「국제사법 제3판 보정판」, 법문사(2014)

김용덕(편집대표),「주석민법[채권총칙(3) 제4판」, 한국사법행정학회(2020)

석광현,「국제사법 해설」, 박영사(2013)

신창섭,「국제사법 제4판」, 세창출판사(2018)

안강현,「로스쿨 국제거래법 제8판」, 박영사(2022)

안춘수,「국제사법」, 법문사(2017)

장문철,「국제사법 총론」, 홍문사(1996)

2. 논문

김인호, "2022년 국제거래법 중요판례평석", 인권과 정의 제513호, 대한변호사협회(2023)

석광현, "계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)", 서울대학교 법학 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2011)

______, "국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여", 사단법인 한국국제사법학회 창립 30주년 기념학술대회 자료집, 사단법인 한국국제사법학회(2023)

장준혁, "涉外私法 改正法律案의 검토", 한국국제사법학회(2001)

전원열, "면책적 채무인수, 병존적 채무인수, 이행인수의 구별기준", 저스티스 통권 제156호, 한국법학원(2016)

______, "민법상 채무인수 규정의 개선방향", 비교사법 제27권 제3호(통권 제90호), 한국비교사법학회(2020)

최성수, "책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 판례의 검토", 아주법학 제13권 제4호, 아주대학교 법학연구소(2020)

홍승면, "국제물품매매계약의 준거법 결정", 판례공보스터디 민사판례해설 Ⅲ-하, 서울고등법원 판례공보스터디(2022)

Ⅱ. 국외문헌

1. 단행본

Lawrence Collins (eds.), *Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws,* Sweet & Maxwell Ltd (15th Ed.) (2012)

Lawrence Collins (eds.), Dicey, Morris and Collins, The Conflict of Laws, Fifth Cumulative Supplement to the Fifteenth Edition, Sweet & Maxwell Ltd (2019)

Mario Giuliano/Paul Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, Official Journal of the European Communities No C 282/1 (31.10.80)

2. 논문

Alison Xu, "New Solution Concerning Choice-Of-Law for the Assignment of Debts", British Institute of International and Comparative Law, Cambridge University Press (2021)

Jonathan Hill, "Choice of Law in Contract Under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts" (2004) 53 ICLQ(International & Comparative Law Quarterly)

《국문초록》

외국적 요소가 있는 법률관계를 검토할 때 국제사법에 따라 해당 법률관계에 적용될 준거법을 검토하여야 한다는 것은 이제 실무에서도 널리 알려진 확립된 법리가 되었다. 그런 점에서 그동안 다소 불분명하였던 국제사법상의 준거법 결정원칙에 관한 주요 법리를 판시한 대상판결은 유의미하다.

먼저, 대상판결은 명시적으로 법리를 판시하지는 않았지만, 연결대상(법률관계)의 성질을 결정하는 준거법을 사실상 법정지법으로 보았다. 이는 이미 그와 같은 방식으로 이루어지고 있는 실무를 재확인함과 동시에 결과적으로 당사자들의 안정적인 법률관계 형성을 도울 수 있다는 점에서 국제사법의 목적과 취지에 부합한다.

다음으로 대상판결은 구 국제사법 제34조 제2항(=현행 국제사법 제54조 제2항)에서 명시한 채무인수에는 병존적 채무인수도 포함되는 것이라고 보아 지금까지 다소 불분명했던 채무인수의 준거법에 관한 법리를 분명히 하였다. 종래 면책적 채무인수만이 이에 해당하는 것이라고 주장하는 견해도 있었으나, 병존적 채무인수인이 부담하는 내용의 채무가 기존채무와 동일하다는 법리(대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 판결)가 선언된 이상, 양자의 준거법을 달리 취급하는 것은 불합리하고, 채권자의 이익을 두텁게 보호하려는 병존적 채무인수의 취지에도 반한다.

마지막으로 대상판결은 계약상채무의 묵시적 준거법을 판단하는 구체적 기준을 제시하였다. 구 섭외사법에서 활용되어 오던 기준 활용하면서도 이를 구 국제사법이나 현행 국제사법의 문언과 체계에 맞추어 변경하였으므로 향후에도 많이 활용될 수 있을 것으로 보인다. 물론 묵시적 준거법은 합리적으로 인정될 수 있는 경우에만 허용되는 것이지만 계약상 채무의 준거법은 기본적으로 당사자 자치(party autonomy)에 기초하고 있으므로 묵시적 준거법에 대한 검토 없이 객관적 준거법을 바로 적용하여서는 안 된다. 사례의 집적을 통해 양자의 영역을 구분하는 기준을 확립해나가야 할 것이다.

주제어: 국제사법, 준거법, 성질결정, 채무인수, 면책적 채무인수, 병존적 채무인수, 계약상채무, 당사자 자치, 묵시적 준거법

《Abstract》

Some issues of Private International Law, including the Governing Law of the Assumption of Debt −Focusing on the Supreme Court of Korea Judgment of July 28, 2022, 2019−Da−201662

Young−Seok KIM*

It is necessary to examine the governing law applicable to a legal relationship under private international law where the legal relationship is with foreign elements. This is now a well−established and widely recognized rule of law in practice. In this regard, the Supreme Court of Korea Judgment 2019−Da−201662 (hereinafter 'the Judgment') is very meaningful as it clarifies key legal principles regarding the determination of governing law that have been somewhat unclear.

First, the Judgment actually viewed the governing law for characterization of the legal relationship as the law of the forum, although it did not explicitly explain this rule directly. This stance is in line with the goal and purpose of private international law because it, as a result, helps parties to establish a stable legal relationship.

Next, the Judgment clarified the governing law for Assumption of Debt, which had been somewhat unclear, by holding that Article 34(2) of the former Private International Law (= Article 54(2) of the current Private International Law) applies to the Cumulative Assumption of Debt as well as the Privative Assumption of Debt. Previously, it had been argued that only Privative Assumption of Debt falls under this area. However, considering another Supreme Court of Korea Judgment (2019−Da−209345) that

---

* Supreme Court of Korea Research Judge/Juris Doctor/U.S. Attorney at Law (N.Y. Bar)

established the debt assumed by the Cumulative Assumption of Debt should be the same as the existing debt, it would be unreasonable to treat the governing law of the two differently. It also would be contrary to the purpose of Cumulative Assumption of Debt which is to protect the interests of creditors.

Finally, the Judgment provided a specific standard for determining the implied governing law of contractual obligations. It utilized the standard that had been used in the old regime but adapted it to the text and system of the former and current private international law, which is likely to be used in the future. Implied choice of law is allowed only where it can be reasonably recognized but the governing law for the contractual obligations is basically based on party autonomy. Thus, choice of law in the absence of choice should not be applied directly without examining implied choice of law. The accumulation of cases will be required to establish the criteria for distinguishing between the two areas.

Keywords: Private International Law, Governing Law, Characterization, Assumption of Debt, Privative Assumption of Debt, Cumulative Assumption of Debt, Contractual Obligations, Party Autonomy, Implied Choice of Law

토론문

발표문에 대한 지정토론문

이주연 교수
(한양대학교 법학전문대학원)

[국제사법학회 2023년 5월 정기연구회 토론문]

"채무인수의 준거법 등 국제사법의 몇 가지 쟁점에 관한 소고 -대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결을 중심으로-" 에 대한 토론문

이주연 (한양대학교 법학전문대학원)

병존적 채무인수의 준거법 문제를 다룬 대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결(이하 "대상판결")은, 국제사법 학계의 주류적 입장과 달리, 채무인수의 준거법에 대한 구 국제사법 제34조 제2항을 직접 적용한 사례로서 주목을 끕니다. 김영석 부장판사님께서는 이 같은 대상판결을 다각도에서 분석하고 많은 시사점을 주는 훌륭한 발제문을 준비해주셨습니다. 운이 좋게도 김판사님의 발표에 토론을 맡게 된 덕분에 미리 발제문을 통해 많이 배울 수 있었는데, 깊이 있는 연구를 해주신 김판사님께 먼저 감사하다는 인사를 드립니다.

토론을 위해 대상판결에 대한 김판사님의 발표 내용의 순서에 맞추어 아래와 같은 문제제기를 해보았습니다.

1. 대상판결에 대하여 연결대상(법률관계) 성질결정의 준거법을 법정지의 실질법이라 본 것으로 평가할 수 있을까?
2. 구 국제사법 제34조 제2항은 병존적 채무인수에도 적용되는 것일까?
3. 대상판결의 사안은 계약의 묵시적 준거법 선택을 인정할 만한 사안이었을까?

첫째. 연결대상(법률관계) 성질결정의 준거법에 대하여

이 사건 소송절차에서 원고겸 피상고인 A(한국에 주소를 둔 한국인, B의 2대 주주), 원심 공동피고 B(한국 법인 케이지파워 주식회사), C(피고겸 상고인 스위스 법인 아이큐 파워 라이센싱 아게가 인수합병한 아이큐파워아게) 3자간 2013. 12. 16.자 주식상환약정(이하 "이 사건 3자간 약정")을 두고 피고는 이행인수라고 주장하고, 원고는 병존적 채무인수라고 주장하였습니다. 이에 대해 1심은 이행인수라고 판단하였지만, 원심은 병존적 채무인수라고 판단하였고 대법원도 원심판결을 지지하였습니다.

이와 관련하여 김판사님께서는 대상판결이, 명시적으로 판단한 것은 아니지만, 이 사건 3자간 약정의 법적성질을 병존적 채무인수로 본 원심의 판단이 타당하다고 봄으로써 연결대상(법률관계) 성질결정의 준거법에 대하여 사실상 법정지설을 취한 것이라고 볼 수 있다고 하셨습니다. 그러나 계약의 해석에 다툼이 있는데 그 계약이 사안과 같이 외국적 요소가 있는 법률관계에 관한 것이라면, 법원은 먼저 해당

계약의 준거법을 결정한 후 계약을 해석하였어야 하는 것은 아닌지 김판사님의 의견을 듣고 싶습니다.[1]

한편, 대법원은 이 사건 3자간 약정은 병존적 채무인수라고 한 다음, 구 국제사법 제34조에서의 채무인수는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수를 포함하고, 나아가 (이 사건 3자간 약정과 같이) 채권자, 채무자, 인수인 3자간 합의에 의한 병존적 채무인수도 포함한다고 판시하였습니다. 저는 이 대목에서 우리 대법원이 병존적 채무인수에 대한 성질결정, 즉 병존적 채무인수라는 법률관계는 구 국제사법 제34조 제2항의 '채무인수'에 해당한다는 성질결정을 한 것이 아닌가, 라는 생각을 해보았습니다. 만약 그렇다고 한다면 법률관계의 성질결정에 있어서 그 판단의 기준은 오롯이 법정지의 실질법만이 될 수는 없고, 오히려 법정지의 국제사법(의 문언 및 그 해석을 통한 범위획정)이 중요한 역할을 한다고 볼 수 있지 않나 생각되는데, 이에 대한 김판사님의 생각을 듣고 싶습니다.

둘째. 구 국제사법 제34조 제2항은 병존적 채무인수에도 적용되는 것일까? 에 대하여

김판사님께서 지적하신 바와 같이, 학계의 주류적 입장은 구 국제사법 제34조 제2항의 채무인수는 처분행위로서채권양도에 대응하는 면책적 채무인수만을 뜻하며, 병존적 채무인수는 여기에 해당되지 않는다는 것이나,[2] 이와 달리 대상판결은 '법률행위에 의한' 병존적 채무인수도 구 국제사법 제34조 제2항의 적용대상이라고 판시하였습니다. 이에 대하여 김판사님께서도 대상판결을 지지하면서 여러 주장과 논거를 제시하고 있습니다.

토론자의 역할을 충실히 하고 추가 논의를 위해 저는 김판사님과는 반대의 시각에서 살펴보았는데, 논의의 편의상 김판사님의 의견을 "가."로 저의 의견을 "가-1."의 표제로 나누어 작성해보았습니다. 저의 부족한 생각에 대한 김판사임의 고견을 청합니다.

가. 병존적 채무인수에서 인수인이 부담하는 채무 내용은 면책적 채무인수와 마찬가지로 기존채무와 동일하다(대법원 2021. 9. 30. 선고 2019다209345 등). 인수인이 부담하는 채무와 기존채무의 내용은 동일한데, 만약 준거법이 상이하게 된다면 기존채무자와 병존적 채무인수인이 부담하는 채무내용이 달라질 수 있고, 그렇게 되면 양 채무가 동일하다는 우리 대법원 판결과 부정합하게 된다. 동일한 내용의 채무를 부담한다면 굳이 준거법을 달리할 실익도 없다.

가-1. (면책적이든 병존적이든) 채무인수에서 인수인이 부담하는 것은 기존채무와 동일하다는 것은 채무인수의 의의에 따른 당연한 법리이다. 인수인이 동일한 내용의 채무를 부담하게 될지라도 그 전제로서 채권자 등에게 효력을 미치는 채무인수가 성립하였는지 등을 판단하기 위한 준거법은 달라질 수 있다. 외국적 요소가 있는 책임보험계약에서 제3자 직접청구권의 행사에 관한 법률관계의 준거법에 관한

[1] 사견으로는, 계약의 해석 원칙과 관련한 각국의 계약법이나 판례가 크게 다르지 않을 것이라는 일반적 추론이 가능하다고 생각됩니다. 이러한 점에서 설령 이 사건 3자간 약정의 준거법이 한국법이 아닌 스위스법이라 하더라도 계약해석의 일반원칙에 관한 스위스법과 한국법이 차이가 있을 것이라 여기지 않았기 때문에 한국법을 적용한 것이라고 선해하여 생각해볼 수 있지 않나 생각되었습니다.

[2] 석광현, 국제사법 해설(2013), 428면; 안춘수, 국제사법(2017), 289면; 최흥섭, 한국 국제사법 Ⅰ-법적용법을 중심으로-(2019), 326면; 안강현, 로스쿨 국제거래법(2022), 261면.

대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결의 판시는 책임보험의 보험자의 '법률에 의한' 병존적 채무인수 인정 여부의 준거법에 관한 것이라고도 할 수 있는데, 이에 대해 동 판결은, 그 준거법을 채무의 준거법(사안에서 한국법)으로 판단하지 않고, 해당 법률관계는 보험계약에 적용되는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있다고 보아 보험계약의 준거법인 외국법(영국법)을 적용하여 제3자의 직접청구권 행사를 부정, 즉 병존적 채무인수가 인정되지 않는다는 결론을 도출한 바 있다.[3] 인수된 채무의 내용이 기존채무의 내용과 동일하다는 것과 채권자나 제3자가 채무인수의 효력발생을 거부 내지 부인하거나 어떠한 항변권을 행사할 수 있는지의 문제는 구분하여야 한다. 전자, 즉 인수된 채무의 내용이 어떠한지는 채무의 준거법에 의해 판단하여야 하지만, 후자는 구 국제사법 제34조 제1항 단서를 준용하는 구 국제사법 제34조 제2항의 규율사항이다. 구 국제사법 제34조 제2항 및 동조 제1항 단서에 의해 채무의 준거법이 채무의 인수가능성, 채권자 및 제3자에 대한 채무인수의 효력을 규율하지만, 그 이유는 (면책적 채무인수라면 면책될) 채무자의 채무와 인수인이 인수한 채무의 내용이 동일하다는 것에 있기 보다는 그 적용대상이 본질적으로 채무의 준거법 문제[4]이거나 채무의 준거법이 채권자 및 제3자를 보호하는데 적합하다[5]는데 있다고 보아야 한다.

나. [법률행위에 의한] 채무인수 및 법률에 의한 채권의 이전에 관하여, 이전되는 채무·채권의 준거법에 의하도록 한 구 국제사법 제34조 및 제35조의 기준을 법률에 의한 [병존적] 채무의 인수의 경우에도 참작하여야 한다고 판시한 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결에 비추어볼 때 법률행위에 의한 병존적 채무인수에 구 국제사법 34조를 적용하는 것에는 논리적으로 무리가 없다.

나-1. 우리 국제사법은 '법률행위(계약)에 의한 채권의 이전(채권양도)'과 '법률행위(계약)에 의한 채무의 인수(채무인수)', '법률에 의한 채권의 이전(이때의 이전은 포괄승계가 아닌 특정승계만을 의미)'에 관한 저촉규칙을 두고 있으나, 법률에 의한 채무의 인수에 관한 저촉규칙은 두고 있지 않다. 이러한 상황에서 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결은 '법률에 의한' 병존적 채무인수가 구 국제사법 제

---

[3] 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결("보험자가 피보험자의 손해배상채무를 병존적으로 인수하게 되는 원인은, 피보험자가 제3자에 대하여 손해배상채무를 부담하는 것과는 별개로, 그 기초가 되는 보험자와 피보험자 사이의 법률관계인 책임보험계약에 관하여 제3자의 보험자에 대한 직접청구권을 인정하는 법 규정이 존재하기 때문이다. 그리고 제3자 직접청구권이 인정되는 경우에 보험자가 제3자에 대하여 부담하는 구체적인 책임의 범위와 내용은 책임보험계약에 따라 정해질 수밖에 없고, 책임보험계약에 따라 보험자와 피보험자가 부담하는 권리의무도 변경된다. 위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 외국적 요소가 있는 책임보험계약에서 제3자 직접청구권의 행사에 관한 법률관계에 대하여는 그 기초가 되는 책임보험계약에 적용되는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있다고 보이므로, 그 국가의 법이 준거법으로 된다고 해석함이 타당하다")

[4] 예컨대 대법원 1991.12.10. 선고 90다9728 판결은 "계약상의 지위 인수가 허용되는지 또는 그 요건과 효과가 어떠한지에 대하여 인수된 계약 자체의 준거법에 의한다"고 판시한 바 있다.

[5] 김인호, "2022년 국제거래법 중요판례평석", 인권과 정의 제513호(2023), 276면("국제사법의 규정이 의미하는 '채권자에 대한 채무인수의 효력'은 채무인수로 인하여 채무자가 채권자에 대하여 채무를 면하는지 여부 등 채무인수로 인하여 채권자의 지위에 불이익이 없도록 보호하기 위하여 채권자의 권리에 미치는 영향을 의미하는 것이지 채무인수로 인하여 인수인이 채권자에게 채무를 부담하게 되는 것을 의미하는 것은 아니다.")

34조 제2항의 직접 적용대상이 아님을 분명히 판시하였다.[6] 동 판결은 '법률에 의한' 채무인수에 대한 것이므로 '법률행위에 의한' '병존적' 채무인수에 대하여 구 국제사법 제34조 제2항의 적용 여부는 어느 쪽으로든 열려 있는 상태이긴 하였다. 그러한 의미에서 판시 자체만 놓고 본다면 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결과 대상판결은 논리적으로는 모순되지 않는다. 그러나 실제 사실관계의 측면에서 볼 때 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결과 대상판결 사안은 '병존적' 채무인수가 문제된 사건이라는 공통점이 있고, 전자는 가해자(채무자)와 보험자(인수인으로 주장된 자) 사이의 보험계약의 준거법에 따라 피해자(채권자)의 보험자에 대한 직접청구권의 취득여부(이는 곧 '병존적 채무인수의 인정여부'이기도 하다)를 판단하였다는 점에 비추어 보면, 채무자와 인수인 2자간 합의에 의한 병존적 채무인수(이는 '제3자를 위한 계약'에 해당한다) 사안에서 채권자가 인수인에게 채무의 이행을 요구할 수 있는지(즉 채권자가 낙약자에 대한 권리를 취득하였는지) 등을 포함한 채권자와 인수인 간의 법률관계의 준거법은 채무자와 인수인 간 병존적 채무인수의 합의(즉, '제3자를 위한 계약')의 준거법에 의하여야 한다고 보는 것이 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결에 보다 부합하지 않을까?

다. 3자간 합의에 의한 병존적 채무인수의 경우 채권자와 인수인이 그들 간의 법률관계에 적용될 준거법을 달리 합의할 수도 있지만, 그러한 준거법 합의가 없다면 채권자와 채무자 사이에 적용되는 채무의 준거법을 따르는 것이 자연스럽다. 준거법 합의가 없는 경우 채권자와 인수인 사이에 적용될 준거법을 독립적으로 판단하여야 한다고 보는 것은 똑바른 길을 놔두고 먼 길을 돌아 우회하는 느낌이다.

다-1. 3자간 합의에 의한 병존적 채무인수에서 채권자와 인수인의 법률관계의 준거법은 해당 합의의 준거법이라고 볼 수 있지 않을까? 채권자와 인수인이 모두 당사자인 3자간 합의의 준거법이 채권자와 인수인의 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법이라 할 것이고, 이러한 가장 밀접한 관련이 있는 법을 두고 채권자와 채무자 사이의 법률관계의 준거법에 종속적으로 연결한다는 것이 오히려 우회하는 것이라고 볼 수 있다. 또한 채권자와 인수인 간 준거법 선택이 허용된다면 그러한 준거법 선택은 일반적으로 3자간 합의에서 준거법을 선택하는 형태로 발현될 것이고 (분쟁에 발생한 이후 분쟁의 당사자가 준거법 합의를 하는 경우를 제외하면) 3자간 합의 이후 채권자와 인수인이 별도로 그들 간 법률관계에 대한 준거법 합의를 하는 것은 이례적일 것이다.

라. 채권양도와 면책적 채무인수의 구조가 동일하다고 단정할 수 없고, 오히려 채권양도와 병존적 채무인수의 구조가 유사한 측면이 있다. 우리법상 채권양도는 양도인과 양수인 간의 합의만으로 효력이 발생하는 반면, 구채무자와 신채무자간 면책적 채무인수는 구채무자와 신채무자의 합의만으로 효력이 발생하지 않고 채권자의 승낙을 효력발생요건으로 한다는 점에서 차이가 있다. 오히려 채무자와 인수인 2자간 합의에 의한 병존적 채무인수는 그 합의(계약)만으로 대내적 효력이 발생하고 이후 채권자의 수익의 의사표시가 있는 때 병존적 채무인수가 이루어진다고 볼 수 있다는 점에서 채권양도와 구조적으로 유사하다고 할 수 있으며, 채권자는 수익의 의사표시를 통해 채권 취득에 관여하므로 전적으로 의무부담행위의 성질만을 가진다거나 처분행위로서의 성질이 없다고 단정하기는 어렵다.

라-1. 재산적 가치를 이전해야 할 채무를 발생함에 그치는 '채무부담행위'인 병존적 채무인수와 직접

---

[6] 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결.

권리변동의 효과를 발생시키는 '처분행위'로서 준물권행위인 채권양도와 면책적 채무인수의 구별은 유효하다. 채무자와 인수인 간 합의에 의한 병존적 채무인수는 제3자를 위한 계약에 해당하므로 채권자가 인수인에 대하여 직접 청구할 권리(채권)을 취득하려면 채권자의 수익의 의사표시를 요하지만, 병존적 채무인수는 채무자와 인수인 간 합의만으로 성립하여 효력이 발생하고 병존적 채무인수가 성립하거나 효력이 발생하는 데 채권자의 수익의 의사표시까지 필요한 것은 아니다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2011다56033 판결[7]). 채권자의 수익의 의사표시는 채권자가 인수인에 대한 채권을 취득하기 위한 요건으로 수익의 의사표시 전까지 채권자는 그러한 권리를 취득한 바가 없으므로 그때까지 병존적 채무인수 합의의 당사자인 채무자와 인수인은 채권자의 지위를 변경 또는 소멸시킬 수 있다(민법 제541조의 반대해석).

바. 구 국제사법 제34조 제2항에 관한 입법자료에서 병존적 채무인수를 배제한다는 의사를 확인하기 어렵다. 실무에서 병존적 채무인수의 활용도가 높아 면책적 채무인수가 아닌 병존적 채무인수가 채무인수의 기본형으로 자리잡아가고 있다.

바-1. 우리 민법은 면책적 채무인수에 대하여는 명문으로 규정하고 있는 반면, 병존적 채무인수에 대하여는 그렇지 않다.[8] 따라서 설령 실무에서 병존적 채무인수가 많이 활용되고 있다고 하더라도, 국제사법상 채무인수에 대한 준거법에 관한 규정은 민법이 규정하는 면책적 채무인수를 전제한 것이라고 해석함이 타당하고, 해당 준거법 규정은 실무를 고려하여 병존적 채무인수를 염두에 둔 것이라거나 그것까지 포함한 것이라고 설명한 관련 입법자료가 없다면 병존적 채무인수까지 규율하려는 의도까지 있다고 보기는 어려울 것이다. 또한 우리 국제사법상 채무인수의 준거법 규정의 법문에 비추어 보면 이는 민법 제454조에서 규정하는 채무자와 인수인 2자간 합의와 채권자의 승낙에 의한 면책적 채무인수를 원형으로 생각하고 입법한 것으로 보인다. 국제사법 제54조(구 국제사법 제34조, 이하 동일) 제2항 및 동조 제1항 에 의하면 '채무자와 인수인 간의 법률관계는 당사자 간의 계약의 준거법에 따른다'는 것인데 이는 채무자와 인수인 2자간 합의의 경우에 의미가 있기 때문이다. 채권자와 인수인 간 합의에 의한 면책적 채무인수(민법 제453조)의 경우는 제54조 제2항 및 제54조 제1항 본문이 적용될 수는 없고, 오직 제54조 제2항 및 54조 제1항 단서, 즉 '채권자에 대한 채무인수의 효력은 인수되는 채무의 준거법을 따른다'에 따라 채권자와 인수인의 법률관계가 채무를 발생시킨 채권자와 채무자의 법률관계의 준거법에 의하게 될지, 아니면 채권자와 인수인 사이의 면책적 채무인수계약의 준거법에 의할지의 논의가 있게 될 뿐이다. 생각건대 후자로 봄이 타당하다고 생각한다. 마찬가지 이유로 채권자 • 채무자 • 인수인 3자간 합의에 의한 면책적 채무인수의 준거법은 3자간 합의의 준거법에 의하면 될 것이라고 생각한다. 다만 유

---

[7] 대법원 2013. 9. 13. 선고 2011다56033 판결("채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수는 일종의 제3자를 위한 계약이라고 할 것이므로, 채권자는 인수인에 대하여 채무이행을 청구하거나 기타 채권자로서의 권리를 행사하는 방법으로 수익의 의사표시를 함으로써 인수인에 대하여 직접 청구할 권리를 갖게 된다. 이러한 점에서 채무자에 대한 채권을 상실시키는 효과가 있는 면책적 채무인수의 경우 채권자의 승낙을 계약의 효력발생요건으로 보아야 하는 것과는 달리, 채무자와 인수인의 합의에 의한 중첩적 채무인수의 경우 채권자의 수익의 의사표시는 그 계약의 성립요건이나 효력발생요건이 아니라 채권자가 인수인에 대하여 채권을 취득하기 위한 요건이다.")

[8] 물론 명문의 규정이 없다 하더라도 계약자유의 원칙상 당사자간 합의로 계약의 내용을 자유롭게 결정할 수 있으므로 병존적 채무인수가 인정되는 데 문제는 없다.

의할 점은 채무의 인수가능성은 당사자 간 법률관계가 아닌 채무 자체의 문제이므로 항상 채무의 준거법, 채무를 발생시킨 채권자와 채무자의 법률관계의 준거법에 의하여야 할 것이다.

셋째. 대상 판결의 사안은 계약의 묵시적 준거법 선택을 인정할 만한 사안이었을까? 에 대하여

대상판결은 이 사건 3자간 약정을 병존적 채무인수로 파악하고 구 국제사법 34조를 적용하여, 인수인(C)과 채권자(A) 사이의 법률관계에 적용될 준거법은 채권자(A)와 채무자(B) 사이의 법률관계에 적용되는 준거법과 동일하다고 하는 한편, 채권자(A)와 채무자(B) 사이의 법률관계, 즉 2012. 2. 8.자 A와 B간 이 사건 주식 대여약정에 대하여 그 준거법을 한국법으로 하는 당사자간 묵시적 준거법 선택이 있다고 판단하였습니다. 그러나 묵시적 선택은 당사자의 '의식적' 의사가 추단되는 경우에 인정될 수 있고, 당사자들이 실제로 의욕하지 않았지만, 준거법을 선택하기를 원했더라면 선택하였을 것으로 생각되는 '가정적 의사'와는 구별하여야 합니다.[9][10] 따라서 준거법 규정이 없었던 위 A와 B간 이 사건 주식 대여약정에서 양 당사자가 한국인과 한국법인이라고 하더라도 당사자의 묵시적 선택이 있었다고 하기보다 그 준거법은 구 국제사법 26조에 의한 계약의 객관적 준거법, 즉 계약과 가장 밀접한 국가의 법이라고 하고, 계약과의 최밀접관련국법이 한국법이라고 판단하는 것이 보다 바람직하지 않았나 생각됩니다.

추가질문. 법인의 속인법과 이 사건과의 관계에 대하여

김판사님께서는 각주 1에서 법인의 국적에 관하여 설립준거법설, 본거지법설 등이 대립한다고 하였는데, 추측해보건대 이는 구 국제사법 제16조(현행법 제30조)의 적용 문제,[11] 사안에서 피고가 C를 흡수합병한 것과 관련하여 그 준거법인 법인의 속인법에 대한 논의를 말씀하시려던 것 같습니다. 그런데 대상판결의 원심판결에서는 C를 스위스법에 따라 설립된 주식회사라고 하였지만,[12] 1심 판결에서는 C를 독일 주식회사라고 하였습니다.[13] 어떠한 연유로 1심과 항소심에서 C에 대한 사실인정이 다르게 된 것인지, 또한 김판사님께서는 사안에 등장하는 법인들은 설립준거법과 본거지법이 일치하여 이 부분 쟁점이 문제되지 않았다고 하셨는데, 만약 설립준거법과 본거지법이 달랐다면 사안에서 어떠한 쟁점이 발생하였을 것인지, 그것이 사건에 영향을 줄 수 있었던 것인지 궁금합니다.

이상으로 부족한 토론을 마칩니다. 감사합니다.

---

9 석(2013), 297면

10 김인호(2023), 276면은 당사자의 준거법의 묵시적 선택을 인정할 수 있는 사정은 준거법을 선택하려는 당사자의 의도가 명백히 드러난 사정만을 의미하며, 당사자의 상거소, 국적, 계약체결지, 계약이행지 등의 객관적 연결점을 고려될 수 없다고 한다.

11 김판사님께서 인용하고 있는 석광현(2013), 201면 이하는 구 국제사법 제16조에 관한 논의입니다.

12 2018. 11. 22. 선고 서울고등법원 2018나2015824 판결의 판결문 2면.

13 2018. 2. 21. 선고 서울중앙지방법원 2016가합564275 판결의 판결문 2면.