

사단법인 한국국제사법학회
제150회 정기연구회 자료집



일 시 : 2021. 8. 27.(금) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom을 통한 비대면회의

제150회 정기연구회 프로그램

사회 : 이종혁 교수(총무이사)

19:00	개회사 석광현 교수(한국국제사법학회장)
19:00 - 20:00	발 표 김인호 교수(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)
20:00 - 20:30	지정토론 오석웅 교수(청주대학교 법과대학)
20:30 - 21:00	전체토론

발표문

국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한
입법론적 쟁점

김 인 호

(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점

김 인 호*

차 례

- I. 서 론
- II. 당사자자치에 의한 준거법 결정
 - 1. 국제사법 제25조 제1항
 - 가. 묵시적 선택의 범위
 - 나. 당사자가 선택한 법의 범위
 - 2. 국제사법 제25조 제3항
 - 3. 국제사법 제25조 제4항
 - 가. 기준 시점의 명시
 - 나. 모든 요소의 범위
 - 다. 강행규정의 제한적·재량적 적용
 - 4. 국제사법 제25조 제5항
- III. 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정
 - 1. 객관적 연결에 관한 구조
 - 2. 계약의 유형에 따른 준거법 지정
 - 3. 특징적 이행 및 가장 밀접한 관련에 따른 지정
 - 4. 법인 또는 단체의 상거소
 - 5. 부동산을 목적으로 하는 계약
 - 6. 운송계약에 대한 특칙
- IV. 소비자계약
 - 1. 소비자계약의 요건
 - 2. 소비자계약의 범위 제한
- V. 근로계약
 - 1. 당사자자치와 강행규정에 의한 근로자보호의 유지
 - 2. 객관적 준거법
- VI. 계약의 성립과 유효성
 - 1. 국제사법 제29조 제1항
 - 2. 국제사법 제29조 제2항
- VII. 결 론

I. 서론

1962년 제정되어 시행되던涉外사법은 그 후 변화된 시대상황과 괴리가 발생하였고 그 간의 국제사법 규칙의 국제적 발전상황을 반영하여 2001년 전문개정된 것이 현재 시행되고 있는 국제사법이다. 국제사법은 유럽연합의 로마협약을 모델로 입법되었는데 계약 분야에서는 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 준거법으로 지정하고 사회경제적 약자인 소비자와 근로자의 보호를 위한 규정을 두어涉外사법의 규범력 상실을 상당한 부분 극복한 것으로 평가되었다. 로마협약의 법리를 수용한 것은 국제사법 규칙의 국제적 통일에 부응하는 결과를 가져와 당사자의 예견가능성과 거래의 법적 안정성을 제고하는데 기여한 것으로 볼 수 있다. 그러나 국제사법으로 전문개정이 이루어진 이후로도 국제화가 급속히 진행되었고 로마협약은 로마 I 규정으로 개정되어 계약 분야를 규율할 국제사법의 조항이 변화된 상황을 실효적으로 규율하는데 미진한 점은 없는지 그리고 그러한 점이 있다면 입법적 대안은 무엇인지 검토할 필요가 있다.

국제사법의 계약에 관한 당사자의 준거법 선택에 관한 규정과 관련하여서는 묵시적 선택의 범위를 명확히 제한하고, 당사자가 선택할 수 있는 법의 범위를 검토하며, 순수 국내계약에 관하여 기준시점의 명시와 강행규정의 재량적 적용을 검토한다. 국제사법은 당사자가 계약의 준거법을 선택하지 아니한 경우 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정에 있어서 로마협약에 따라 가장 밀접한 관련의 원칙을 적용하고 그 적용에 있어 특징적 이행에 기초한 추정규정을 적용하며 나아가 예외조항을 통하여 준거법 결정의 유연성을 부여하는 구조를 가지고 있다. 그러나 이러한 구조는 일반원칙, 추정규정, 예외조항간의 적용 관계에 관하여 명확한 기준을 제시하기 어려워 법적 안정성을 해친다는 비판이 있다. 또한 이러한 준거법 결정 방법을 적용한 판례가 충분히 집적되지 아니하여 판례를 통하여 해석기준을 제시하기에는 어려움이 있다. 한편 국제거래는 지속적으로 성장하여

이에 부응하기 위하여 로마 I 규정이 로마협약을 대체하였다. 로마 I 규정은 객관적 연결에 의하여 국제계약의 준거법을 결정함에 있어서 먼저 전형적인 계약의 준거법을 명확히 지정하는 것으로부터 출발하여 특징적 이행의 기준과 가장 밀접한 관련의 원칙을 보충적으로 적용하고 예외조항을 통하여 유연성을 부여하는 구조적 전환을 하였다. 로마 I 규정의 구조를 참조하여 새로운 구조가 국제사법에서 제기되는 문제점을 해소할 수 있는지를 검토한다.

국제사법은 소비자계약의 요건으로 세 가지를 규정하고 있는데 이로 인한 불분명한 점은 없는지를 검토하여 국제사법에 의하여 보호가 부여되는 소비자계약의 범위를 확정하는 기준에 대하여 다시 검토한다. 운송계약이나 소비자의 상거소가 있는 국가 외의 다른 국가에서 배타적으로 용역을 제공하는 계약을 소비자계약의 범위에서 제외할 것인지를 검토한다. 근로계약과 관련하여서는 국제사법의 규정을 유지하되 일상적 노무제공지를 넓게 파악하기 위하여 로마 I 규정의 입법례를 참조하여 기지원칙을 수용하는 방안을 검토한다. 계약의 성립과 유효성에 관하여는 국제사법의 규정을 유지하되 당사자의 동의가 존재하였는지를 명확히하기 위하여 문언을 검토한다.

국제사법의 계약에 관련한 규정을 검토하여 그 동안 변화한 상황에 부응하고 국제적인 입법 상황에도 조화로운 개정이 이루어져 국제계약의 법적 규율에 있어 예견가능성을 증진하고 구체적 상황에 적합한 유연성이 인정되어 국제거래의 증진에 기여할 수 있기를 기대한다.

II. 당사자자치에 의한 준거법 결정

1. 국제사법 제25조 제1항

가. 묵시적 선택의 범위

준거법의 묵시적 선택을 인정할 수 있는 범위에 관하여 검토한다. 묵시적 선택과 준거법의 객관적 연결 간의 구별에 관하여 로마 I 규정은 “계약 내용이나 사안의 사정으로부터 명백히 인정할 수 있는 경우”로 규정하여 당사자의 가정적 의사가 아닌 진정한 묵시적 의사를 확인할 것을 요구하는 것으로 해석된다.¹⁾ 묵시적 선택을 추론할 수 있는 사안의 사정은 당사자의 상거소, 국적, 계약체결지, 계약이행지 등의 객관적 연결점을 구성하는 사정이 아니라 당사자의 행위나 계약체결에 관련된 사정과 같은 준거법을 선택하려는 당사자의 의도가 명백히 나타나는 것에 한정된다. 이와 같은 주관적인 사정이 인정되지 아니하는 경우에는 계약내용이나 당사자의 선행 행위, 관련된 행위, 또는 후속 행위 등에 의하여 추론하여야 한다.²⁾ 묵시적 선택의 인정에 관하여 “합리적으로”를 로마 I 규정에 비추어 “명백히”로 변경하여 보다 제한적으로 인정되도록 하였다.

나 당사자가 선택한 법의 범위

국제사법 제25조 제1항은 계약은 당사자가 선택한 “법”에 의한다고만 규정할 뿐이고 당사자가 선택할 수 있는 법이 무엇인지 그 종류나 범위에 관하여는 명시적으로 규정하지 아니한다. 당사자가 선택할 수 있는 법은 국가의 법에 한정된다고 보는 입장과 국가의 법에 한정되지 않고 국제조약이나 법의 일반원칙 등도 포함된다는 입장이 있다. 로마협약에서는 전자의 입장이 다수 견해이었고 후자가 소수 견해이었다. 로마 I 규정의 입법취지는 국가의 법에 한정되는 것을 명백히 하고 있다. 로마 I 규정 제3조 제3항이 “당사자가 선택한 법이 속하는 국가(the country whose law has been chosen)”라고 규정하고 있고 국제사법 제25조 제4항이 “당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우”라고 규정하고 있음에 비추어 당사자가 선택할 수 있는 법은 국가의 법에 한정된다고 해석된다.³⁾

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

1) Gralf-Peter Calliess, Rome Regulations (2nd ed.) 82-83 (2015).

2) Calliess, supra note 1, at 98.

당사자가 국가의 법이 아닌 법의 일반원칙 등을 계약에 편입하는 실질 법적 지정을 할 수 있음은 별개의 문제이다.⁴⁾ 또한 특정 국가의 법이 아닌 법원칙을 적용한 중재판정이 승인 또는 집행될 수 있으므로 형평의 견지에서 또한 국제계약의 준거법 선택에 관한 헤이그 원칙(이하 헤이그 원칙이라 함)⁵⁾ 제3조가 당사자는 법정지법이 달리 규정하지 않는 한 국제적 또는 지역적으로 일반적으로 인정되는 법원칙을 선택할 수 있다고 규정하고 있음에 비추어 당사자가 특정 국가의 법은 물론 법원칙을 선택할 수 있음을 명백히 규정하는 것을 검토할 필요가 있다.⁶⁾ 다만, 이 경우에도 그 실익이 무엇인지 의문이 있다.

당사자가 선택할 수 있는 준거법을 로마협약, 로마 I 규정의 해석론, 일본법의 규정에 비추어 특정 국가의 법으로 규정하여 명확히하였다.

3) Calliess, supra note 1, at 95-96.

4) Calliess, supra note 1, at 95-96.

5) The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.

6) Calliess, supra note 1, at 86, 89.

로마협약	Article 3 Freedom of choice 1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.
로마 I 규정	Article 3 Freedom of choice 1. A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.
중국 심외민사 관계법률적용법	제41조 당사자는 합의로 계약의 준거법을 선택할 수 있다.
일본 법식용에 관한 동조법	제7조 당사자의 준거법 선택 법률행위의 성립 및 효력은 당사자가 당해 법률행위 당시 선택한 장소의 법에 의한다.
국제사법	제25조(당사자자치) ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다. 다만, 묵시적 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한한다. ② 당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다.
개정안	제25조(당사자자치) ① 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 <u>국가</u>의 법에 의한다. 다만, 묵시적 선택은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 <u>명백히</u> 인정할 수 있는 경우에 한한다. ② 당사자는 계약의 일부에 관하여도 준거법을 선택할 수 있다.

2. 국제사법 제25조 제3항

준거법의 사후 변경에 관하여 국제사법 제25조 제3항은 “당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 국제사법 제27조와 제28조에서의 당사자의 준거법 선택은 제25조에 의한 것이기는 하나 국제사법 제27조와 제28조에 의하여도 계약의 준거법이 결정되는 것이므로 로마협약과 로마 I 규정에 비추어 “이 조 또는 제26조의 규정에 의한”을 “이 조 또는 이 법의 다른 규정에 의한”으로 변경하였다.

로마협약	Article 3 Freedom of choice 2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Convention. Any variation by the parties of the law to be applied made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 9 or adversely affect the rights of third parties.
로마 I 규정	Article 3 Freedom of choice 2. The parties may at any time agree to subject the contract to a law other than that which previously governed it, whether as a result of an earlier choice under this Article or of other provisions of this Regulation. Any in the law to be applied that is made after the conclusion of the contract shall not prejudice its formal validity under Article 11 or adversely affect the rights of third parties.
일본 법 적용에 관한 동지법	제9조 당사자의 준거법 변경 당사자는 법률행위의 성립 및 효력에 적용되는 법을 변경할 수 있다. 다만, 제3사의 권리를 해하는 경우에는 변경으로 제3사에 대항할 수 없다.
국제사법	제25조(당사자사치) ③ 당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결후 이루어진 준거법의 변경은 계약의 방식의 유효성과 제3사의 권리에 영향을 미치지 아니한다.
개정안	제25조(당사자사치) ③ 당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 <u>이 법의 다른 규정</u>에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결후 이루어진 준거법의 변경은 계약의 방식의 유효성과 제3사의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

3. 국제사법 제25조 제4항

가. 기준 시점의 명시

국제사법 제25조 제4항은 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음을 판단하는 시점에 관하여 명시적으로 규정하지 아니하나 모델이 된 로마협약과 로마 I 규정에 비추어 계약의 체결 시점이 아니라 당사자가 준거법을 선택한 시점을 기준함을 명확히하기 위하여 이를 명시하였다. 당사자가 준거법을 선택한 시점에 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있다면 그 후 당사자가 이행지를 다른 국가로 합의하더라도 같은 항의 적용에 영향을 미치지 아니한다.⁷⁾

나. 모든 요소의 범위

국제사법 제25조 제4항은 “모든 요소”라고만 규정하는데 “모든 요소”가 아무런 제한 없이 어떠한 요소도 포함하는 것인지 불명확하다. “로마협약 제3조 제3항은 당사자의 외국법 선택 이외에 사정에 관계된 모든 다른 요소(all the other elements relevant to the situation)가 오로지 한 국가와 관련이 있을 것(are connected with one country only)을 요구하고 로마 I 규정 제3조 제3항은 당사자의 외국법 선택 이외에 사정에 관계된 모든 다른 요소(all the other elements relevant to the situation)가 당사자가 선택한 준거법 소속국이 아닌 국가에 위치할 것(located in a country other than the country w

7) Michael McParland, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations 327 (2015); Lord Collins of Mapesbury, Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws vol. 2 (15th ed.) 1833 (2012); Calliess, *supra* note 1, at 105; Ulrich Magnus & Peter Mankowski, European Commentaries on Private International Law vol. II 233-234 (2017).

hose law has been chosen)을 요구한다.

일반적으로 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 준거법을 결정하는 객관적 연결점은 사안의 사정에 관계된 것으로 볼 수 있다. 국제사법 제26조 제2항에서 규정하는 계약의 준거법 결정의 객관적 연결, 같은 법 제27조 제2항에서 규정하는 소비자계약의 준거법 결정의 객관적 연결에서의 객관적 연결점인 상거소, 국제사법 제28조 제2항에서 규정하는 근로계약의 준거법 결정의 객관적 연결에서의 객관적 연결점인 의무이행지, 국제사법 제26조 제3항에서 규정하는 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약의 준거법 결정의 객관적 연결에서의 객관적 연결점인 부동산의 소재지 등이 사안의 사정에 관계된 것으로 볼 수 있다.⁸⁾

국제사법이 명시하지 아니하나 모든 요소 중 사안의 사정에 관계된 요소만을 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하므로 개정안에서는 “모든 관련 요소”라고 명시하였다.

다. 강행규정의 제한적·재량적 적용

국제사법 제25조 제1항에 의하여 당사자가 선택한 준거법이 존중될 수 있도록 같은 조 제4항을 적용함에 있어서 강행규정의 적용을 제한적으로 해석할 필요가 있다. 모든 요소가 관련이 있는 국가가 해당 강행규정에 부여하는 효력보다 더 강한 효력을 법정지 법원이 국제사법 제25조 제4항을 통하여 부여하는 결과가 초래되면 부당하므로 모든 요소가 관련이 있는 국가의 법에 의할 때 당사자가 계약의 준거법을 외국법으로 선택한 경우에는 해당 강행규정이 적용되지 아니하는 것으로 해석된다면 해당 강행규정은 적용되지 않는다고 보아야 한다.⁹⁾

8) Richard Plender & Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations* (4th ed.) 168-169, 799 (2015); Magnus & Mankowski, *supra* note 7, at 230-232; Calliess, *supra* note 1, at 105-106.

국제사법 제25조 제4항은 관련된 국가의 “강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다” 라고 규정한다. 로마협약 제3조 제3항이나 로마 I 규정 제3조 제3항은 당사자의 준거법 선택은 강행규정의 “적용에 영향을 미치지 아니한다(shall not prejudice the application)” 고 규정한다. 로마협약 제3조 제3항이나 로마 I 규정 제3조 제3항의 문언은 법정지 법원에 강행규정의 적용 여부에 대하여 일정한 재량을 부여한 것으로 해석되고 이는 조항의 문언의 다소간의 차이에도 불구하고 우리나라 국제사법의 해석에서도 마찬가지로 보인다. 법정지 법원의 재량은 모든 요소가 관련된 국가의 법원이 문제가 된 사안에서 해당 강행규정에 부여할 것으로 기대되는 효력과 같은 효력을 부여하는 형태로 제한적으로 행사되어야 한다.¹⁰⁾ 개정안에서는 강행규정의 적용에 관한 법정지 법원의 재량의 여지를 명백히하기 위하여 “강행규정의 적용에 영향을 미치지 아니한다” 로 하였다.

9) McParland, *supra* note 7, at 326; Lord Collins of Mapesbury, *supra* note 7, at 1832; Jonathan Harris, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, in *Rome I Regulation* 336-337 (Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009); Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 169, 800; Magnus & Mankowski, *supra* note 7, at 230.

10) Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 170.

로마 협약	Article 3 Freedom of choice 3. The fact that the parties have chosen a foreign law, whether or not accompanied by the choice of a foreign tribunal, shall not, where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only, prejudice the application of the rules of law of that country which cannot be derogated from by contract, hereinafter called “mandatory rules”.
로마 I 규정	Article 3 Freedom of choice 3. Where all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.
국제사법	제25조(당사자지치) ④ 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다.
개정안	제25조(당사자지치) ④ 선택 당시 모든 관련 요소가 당사자가 선택한 법이 속속한 국가와 다른 국가와 관련된 경우에 관련된 국가의 강행규정의 적용에 <u>영향을 미치지 아니한다.</u>

4. 국제사법 제25조 제5항

국제사법 제25조 제5항은 “준거법 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성에 관하여는 제29조의 규정을 준용한다.”라고 규정한다. 같은 법 제29조 제1항은 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단한다고

규정하고 같은 조 제2항은 제1항의 규정에 의한 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그 당사자는 계약에 동의하지 아니하였음을 주장하기 위하여 그의 상거소지법을 원용할 수 있다고 규정한다.

로마협약이나 로마 I 규정은 준거법 선택에 관한 당사자의 동의의 성립과 유효성은 계약의 성립 및 유효성에 관한 조항에 의하도록 규정한다. 로마협약이나 로마 I 규정에서 준거법 선택에 관한 “동의”의 성립과 유효성이라고 규정하여 당사자가 일견 준거법을 선택하였다고 합리적으로 볼 수 있어야 함을 전제로 하고 있다고 생각된다. 국제사법도 제29조 제2항에서는 로마협약이나 로마 I 규정에 따라 “동의”라는 용어를 사용하고 있다.

당사자는 준거법을 선택하지 않는 선택을 할 수 있으므로 준거법 선택 합의의 성립과 유효성을 판단하기 위하여는 일방 당사자의 준거법 선택에 관한 청약에 대하여 상대방의 승낙이 있어 준거법 선택이 사실상 이루어진 것으로 인정되어야 한다.¹¹⁾ 국제사법 제25조 제1항에 의할 때 준거법이 유효하게 선택되었는지 여부는 당사자가 그러한 효과를 원하는 합의에 이르렀는지 여부에 달려 있다. 이는 사실관계와 증거에 의하여 판단되는 사실의 문제이다. 한편 같은 조 제5항에서는 준거법 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성에 관하여 같은 법 제29조를 준용하도록 하여 이를 법적 문제로 다루고 있다. 당사자의 준거법 합의의 존재 여부에 대하여 국제사법 제25조 제1항에 의하되 이에 의하여 판단할 수 없는 경우에는 같은 조 제5항, 같은 법 제29조에 의하여 당사자가 일견 선택한 준거법에 의하여 판단하여야 한다.¹²⁾

국제사법은 “준용한다”고 규정하여 준거법 선택 합의의 성립 및 유효성에 관하여 해당 합의의 준거법에 의하여야 하는 것인지 아니면 제29조에 의한 계약의 준거법에 의하여야 하는 것인지 판단하기 어려운 문제를 야기할 수 있다. 당사자가 본 계약에 포함된 준거법 조항의 준거법을 따

11) Calliess, *supra* note 1, at 90-91.

12) Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 172.

로 명시하는 경우는 흔하지 아니하다. 준거법 조항에 대한 준거법 조항을 별개로 두는 경우 이에 대한 준거법 조항을 또 다시 둘 필요가 있으므로 준거법 조항을 무한히 두어야 하는 불합리한 결과가 된다.¹³⁾ 당사자가 준거법 조항의 준거법을 달리 명시하지 않는 한 준거법 조항을 포함한 본 계약 전체에 대하여 준거법 조항이 적용된다고 보는 것이 당사자의 합리적 의사이다.¹⁴⁾ 따라서 개정안에서는 준거법 선택에 관한 “동의”를 사용하고 “준용한다”라는 용어를 “의한다”로 수정하였다.

로마협약	Article 3 Freedom of choice 4. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Article 8, 9 and 11.
로마 I 규정	Article 3 Freedom of choice 5. The existence and validity of the consent of the parties as to the choice of the applicable law shall be determined in accordance with the provisions of Article 10, 11 and 13.
국제사법	제25조(당사자사치) (5) 준거법 선택에 관한 당사자의 합의의 성립 및 유효성에 관하여는 제20조의 규정을 준용한다.
개정안	제25조(당사자사치) (5) 준거법 선택에 관한 당사자의 <u>동의</u> 의 성립 및 유효성은 제20조에 <u>의한다</u> .

III. 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정

13) 김인호, “국제계약의 분쟁해결메커니즘의 구조와 상호작용”, 「국제거래법연구」 제23집 제1호, 국제거래법학회, 2014, 234면.

14) Adrian Briggs, Agreements on Jurisdiction and Choice of Law 401-402 (2008); John Choong et al., A Guide to the SIAC Arbitration Rules (2nd ed.) 230-232 (2018).

1. 객관적 연결에 관한 구조

국제사법은 당사자가 계약의 준거법을 선택하지 아니한 경우 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하도록 하되 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정하고 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약에 관하여는 부동산이 소재하는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정하는 구조를 취하고 있다. 국제사법의 모델이 된 로마협약은 가장 밀접한 관련이라는 일반적 연결점으로부터 출발하여 이를 구체화하는 추정규정을 두고 다시 추정을 번복할 수 있는 예외조항을 두는 구조를 취하였던바, 이에 대하여는 일반조항, 추정규정, 예외조항 사이의 관계가 불명확하고 추정규정에 관하여 유럽연합 각국 법원이 통일된 해석을 하지 못한다는 비판이 있었다. 이에 비하여 로마 I 규정은 먼저 실무상 흔히 사용되는 8개 계약에 대하여 준거법을 지정하고 8가지 유형에 해당하지 아니하는 경우나 계약의 요소가 8가지 계약의 두 가지 이상에 해당하는 경우에는 계약의 특징적 이행을 가려낼 수 있다면 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하도록 하고 다만 사안의 모든 사정에 비추어 계약이 이와 다른 국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의하도록 하고 특징적 이행을 가려낼 수 없는 경우에는 보충적으로 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다. 로마 I 규정이 8가지 특정 유형의 계약에 대하여 준거법을 지정한 것은 법적 안정성과 예견가능성을 증진하나 계약이 8가지 유형에 해당하는지와 유형간의 적용 범주가 중첩되는 어려움이 발생한다.¹⁵⁾

개정안에서는 국제사법에서의 불분명한 점을 해소하고 로마 I 규정을 참조하되 같은 규정을 따를 경우 발생할 수 있는 어려운 점을 회피하기 위

15) C. M. V. Clarkson & Jonathan Hill, *The Conflict of Laws* (4th ed.) 219-223 (2011); Calliess, *supra* note 26, at 110-113; Ulrich Magnus, *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice*, in *Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* 33-34 (2009).

하여 다음과 같은 구조를 채택하였다.

2. 계약의 유형에 따른 준거법 지정

계약을 유형별로 분류하여 준거법을 지정하는 것이 간명할 것이나 그 유형을 선별하는 것이 쉽지 아니하고 해당 계약이 그 유형에 해당하는지 여부가 불분명하거나 여러 유형에 해당하는 경우가 발생할 수 있어 계약을 유형화하지 않는 것이 바람직하다고 생각된다. 국제사법 개정안에서 계약에 관한 소의 특별관할을 규정하면서 물품공급계약과 용역제공계약 그리고 이들의 혼합계약에 관하여 그 이행지를 기초로 관할을 인정하고 있는 것에 맞추어 물품공급계약과 용역제공계약에 관하여 준거법을 지정하는 것을 생각해 볼 수 있으나 이 경우에도 3가지 유형으로 분류하는 것이 합리적인지 의문이 있고 준거법은 특징적 이행자의 상거소지법에 의하도록 하게 되는데 관할은 이행지를 기초로 하나 준거법은 상거소를 기초로 하게 되어 관할 규정과의 조화를 추구하는데 한계가 있어 3가지 유형으로 분류하여 준거법을 지정하지 아니하기로 하였다.

3. 특징적 이행 및 가장 밀접한 관련에 따른 지정

국제사법 제26조 제2항에서 규정하고 있는 각 호는 특징적 이행을 예시적으로 규정한 것으로 해석되나 판례는 이를 열거적인 것으로 판시한 것으로 보여 이를 명확히 할 필요가 있다. 같은 항은 특징적 이행이라는 용어를 사용하지는 아니하였으나 이를 실질적으로 규정하고 있고 국제사법이 전면개정되어 시행된 후 상당한 기간이 지나 해당 용어가 사용될 수 있는 상황이 되었다고 생각된다.

국제사법 제26조 제2항은 양도계약의 경우에는 양도인의 이행, 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행, 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행을 규정하고

있는데, 이는 특징적 이행을 제한적으로 열거한 것이 아니라 예시적 열거로 해석된다.¹⁶⁾ 이와 관련하여 판례는 신용장에 기한 환어음 및 선적서류의 매입은행인 대한민국 법인이 신용장의 개설은행인 일본국 법인에 대하여 신용장대금의 상환을 구하는 사안에서 “국제사법 제26조 제1항은 외국적 요소가 있는 법률관계에서 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하여야 한다고 규정하고, 제26조 제2항 제3호에서는 위임사무의 준거법은 위임사무 이행 의무 당사자의 계약체결 당시의 주된 사무소 등의 소재지법을 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정하고 있다. 그런데 신용장에 기한 환어음 등을 매입하는 매입은행은 신용장 개설은행의 수권에 의하여 매입하긴 하지만, 자기의 계산에 따라 독자적인 영업행위로서 매입하는 것이고 신용장 개설은행을 위한 위임사무의 이행으로서 신용장을 매입하는 것은 아니므로, 신용장 개설은행과 매입은행 사이의 신용장대금 상환의 법률관계에 관한 준거법의 결정에는 위임사무의 이행에 관한 준거법의 추정 규정인 국제사법 제26조 제2항 제3호를 적용할 수 없고, 환어음 등의 매입을 수권하고 신용장대금의 상환을 약정하여 신용장대금 상환의무를 이행하여야 하는 신용장개설은행의 소재지법이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로서 준거법이 된다”고 판시하여 국제사법이 특징적 이행을 제한적으로 열거한 것으로 보고 있는 것으로 보인다.¹⁷⁾ 개정안에서는 열거할 경우 제한적 열거인지 예시적 열거인지에 관하여 혼란이 발생할 수 있고 열거할 유형의 선별이 자의적일 수 있으므로 특징적 이행의 구체적 예를 예시하지는 않기로 하였다.

가장 밀접한 관련의 원칙에 의하는 것은 근본적으로 정당한 접근이나 실제적으로 가장 밀접한 관련을 찾아내는 것이 쉽지 아니하므로 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하는 것으로 규정하고 국제사법 제8조의 예외조항에 의하여 유연성을 부여하는 것으로

16) 법무부, 「국제사법 해설」 (2001), 95면; 석광현, 「국제사법과 국제소송」 (제2권) (2001), 8면; 윤석찬, “원격의료에서의 의료과오책임과 준거법”, 「저스티스」 제80호 (2004), 33면.

17) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결.

하였다. 다만 국제사법과는 달리 특징적 이행에 근거한 추정을 거치지 않고 직접적으로 특징적 이행자의 상거소를 연결점으로 규정하였다. 특징적 이행자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하는 기준을 적용함으로써 인한 법적 안정성 및 예견가능성과 예외조항의 적용을 통한 구체적 사안에서의 부적합한 결과를 회피하는 유연성을 균형되게 운영할 수 있을 것으로 생각된다.¹⁸⁾ 구체적 사안의 사실관계에서 당사자의 묵시적 준거법의 선택을 인정하기 어려운 경우 예외조항의 적용을 통하여 묵시적 준거법의 선택을 인정할 때와 같은 결과를 얻을 수 있을 것이다.¹⁹⁾

로마 I 규정 제4조 제3항은 계약이 다른 국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있는 경우에는 그 국가의 법에 의하도록 하고 같은 조 제4항에서 준거법이 결정될 수 없는 경우 보충적으로 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하도록 규정하는 것에 비추어 특징적 이행자의 상거소를 연결점으로 하여 준거법을 결정할 수 없는 경우에는 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하도록 하였다.

이와 관련하여 국제사법 하의 해석으로 특징적 이행을 정할 수 없는 경우는 물론이고 사안의 모든 사정에 비추어 계약이 특징적 이행을 통하여 밀접한 관련이 있는 것으로 추정되는 국가와 다른 국가가 더 밀접한 관련이 있는 경우에는 국제사법 제26조 제1항에 의하여 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하게 된다고 하면서 후자의 경우 국제사법 제8조를 적용한 결과는 아니라고 설명하는 견해가 있다.²⁰⁾ 이와는 달리 국제사법의 해석과 관련하여서도 국제사법 제8조가 국제사법 제26조 제1항의 가장 밀접한 관련의 원칙의 적용에는 적용이 없으나, 같은 조 제2항, 제3항의 추정규정의 적용에는 적용된다는 견해도 있다.²¹⁾ 개정안에서는 추정 규정을 두지 않고 특징적 이행을 통하여 준거법을 지정하는 것이 가능한 경우에는 특징적 이행자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하는 것으로 하되 국제사법

18) Clarkson & Hill, *supra* note 15, at 224; Calliess, *supra* note 1, at 99.

19) Lord Collins of Mapesbury, *supra* note 7, at 1826.

20) 석광현, 「국제사법 해설」 (2013), 311-312면.

21) 여태식·서완석, “로마협약 제3조 및 제4조를 둘러싼 최근 유럽에서의 논의와 그 시사점에 관한 연구”, 「상사법연구」 제26권 제1호 (2007), 351면.

제8조에 의하여 유연성을 부여하고 특징적 이행을 통하여 준거법을 지정하는 것이 가능하지 아니한 경우에는 국제사법 제8조가 아니라 같은 조에서 규정하는 보충적 기준에 의하여 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하는 것으로 하였다.²²⁾ 결과에 있어서 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다는 점에서는 차이가 없으나 특징적 이행을 통하여 준거법을 지정할 수 있는지 여부에 따라 국제사법 제8조의 적용 여부가 달라진다.

국제사법 제26조 제2항은 특징적 이행을 하는 당사자의 상거소, 주된 사무소, 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다고 규정하고 있는데, 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 대상이 특정 국가인지 아니면 특정 국가의 법인지에 관하여 의문이 있다. 이를 판단함에 있어 분쟁이 아니라 계약을 기준으로 판단하여야 한다. 로마협약 제4조 제1항, 제2항, 로마 I 규정 제4조 제4항이나 국제사법 제26조 제1항의 해석상 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 대상은 특정 국가로 보이고 이렇게 해석하는 것이 당사자의 의사에 관계없이 객관적으로 판단하여야 한다는 점에도 부합한다.²³⁾ 개정안에서도 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하도록 규정하여 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 대상이 특정 국가이며 특정 국가의 법이 아님을 명확히 하였다.

4. 법인 또는 단체의 상거소

당사자가 법인 또는 단체인 경우 객관적 연결점으로 “주된 사무소”라는 용어 대신 로마 I 규정에 따라 “경영중심지”라는 용어를 사용하였다. 경영중심지(place of central administration)는 정관상 본거지(the statutory seat)와 구별된다. 영업활동의 중심지나 주된 생산시설의 소재지로 파악되는 주된 영업소(principal place of business)와도 구별된다. 경영중심지

22) Calliess, *supra* note 1, at 124-125.

23) James Fawcett et al., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* 737-738 (2005); James Fawcett & Janeen M. Carruthers, Cheshire, North & Fawcett *Private International Law* (14th ed.) 709 (2008).

는 실제로 법인 등의 경영판단이 이루어지는 본부가 소재하는 장소를 의미하는 것으로 사실상 기준으로 판단한다.²⁴⁾

국제사법은 로마협약을 따라 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우 당사자의 영업소 소재지를 연결점으로 하나 개정안에서는 당사자의 예견가능성을 존중하여 로마 I 규정을 수용하여 특정 영업소의 영업활동으로 계약이 체결되었거나 계약에 의할 때 해당 영업소가 계약을 이행하여야 하는 경우 영업소 소재지를 연결점으로 하였다. 영업소는 법인 또는 단체의 감독과 관리 하에 그 연장선(extension)으로 상대방과 실질적으로 거래할 수 있는 영속성이 인정되어야 한다. 연락사무소(liaison office)는 스스로 영업활동을 행하지 아니하므로 영업소에 해당하지 아니한다. 독점판매권대리점은 법인 또는 단체에 의하여 감독되거나 관리되지 아니하므로 영업소에 해당하지 아니한다. 자회사는 법인 또는 단체를 위하여 영업활동을 하는 것이 아니라 스스로의 영업활동을 하는 것이므로 영업소에 해당하지 아니한다.²⁵⁾ 영업소의 영업활동으로 체결된다함은 해당 영업소의 내부적 운영에 관련되거나 법인 또는 단체 명의로 체결되어 계약의무를 발생시키는 것을 의미하고 그 계약의무는 영업소가 소재한 국가에서 이행될 것이 요구되지는 아니한다. 계약체결과정에서 영업소의 관여 정도에 관하여 주문을 전달하는 정도의 우연한 것으로는 충분하지 않고 협상과정에서 적극적 참여 등으로 영업소를 법인 또는 단체의 연장선으로 볼 수 있는 정도에 이르러야 한다. 계약을 이행하여야 한다함은 단순히 계약에 관련이 있는 것만으로는 충분하지 않으나 계약의 이행이 해당 영업소가 있는 국가에서만 이행되어야 하는 것은 아니다. 계약체결에 관여한 영업소와 계약을 이행하여야 할 영업소가 다른 국가에 소재하는 경우에는 더 밀접한 관련이 있는 영업소가 있는 국가의 법에 의하거나 특징적 이행자의 영업소를 연결점으로 준거법을 지정할 수 없으므로 보충적 기준인 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하여야 한다는 해석이 있을 수 있고²⁶⁾ 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의할 것이 아니라 법인 또는 단체의 경

24) Calliess, *supra* note 1, at 384-386.

25) Calliess, *supra* note 1, at 386-387.

26) Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 201-202.

영중심지가 있는 국가의 법에 의하여야 한다는 해석이 있을 수 있다.²⁷⁾

5. 부동산을 목적으로 하는 계약

국제사법은 부동산을 목적으로 하는 계약에 관하여 부동산이 소재하는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정하나 로마 I 규정을 고려하여 부동산이 소재하는 국가의 법에 의하는 것으로 하였다. 이에 대하여는 예외조항이 적용되어 부동산이 소재하는 국가의 법이 아닌 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 적용될 수 있으나 같은 조의 가장 밀접한 관련이 있는 국가에 의한 지정은 적용되지 아니한다.

4. 운송계약에 관한 특칙

운송계약에 관하여 로마협약이나 로마 I 규정처럼 별도의 규정을 두어 규율할 것인지는 향후 더 검토가 필요하다. 특히 이는 소비자계약의 적용 범위에서 운송계약을 제외할 것인지의 문제와 연계하여 검토가 필요하다. 운송계약에 관하여 로마협약과 로마 I 규정이 규정하고 있는 내용을 검토하면 다음과 같다.

로마협약 제4조 제4항은 다음과 같이 규정한다. 제2항의 추정은 물건운송계약에는 적용되지 아니한다. 물건운송계약은 계약체결 시에 운송인의 주된 영업소가 있는 국가에 적하지, 양하지 또는 송하인의 주된 영업소가 있는 때에는 그 국가와 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다. 이 항의 적용에 있어 항해용선계약이나 물건의 운송을 주된 목적으로 하는 다른 계약은 물건운송계약으로 본다.

로마협약은 물건운송계약에 관하여 별도의 추정규정을 두어 운송인의 주된 영업소를 연결점으로 규정하고 있다. 그러나 여객운송계약에 관하여

27) McParland, *supra* note 7, at 172-176.

는 달리 규정하고 있지 않으므로 같은 조 제2항의 일반 특징적 이행에 의한 추정이 적용된다. 이는 여객운송계약에 관하여 별도의 추정규정을 둘 경우 같은 여객운송계약에 여객에 따라 다른 준거법이 적용될 수 있어 어려운 점이 발생할 수 있고 운송계약은 운송인의 주된 영업소가 있는 국가의 법원에 국제재판관할권을 부여하는 조항을 포함하는 경우가 많고 이 경우 같은 조 제2항에 의하여 그 국가의 법이 준거법으로 될 것이라는 점을 고려한 결과이다.²⁸⁾

로마 I 규정 제5조 제1항은 다음과 같이 규정한다. 당사자가 제3조에 의하여 준거법을 선택하지 아니한 경우에 물건운송계약은 운송물의 수령지, 인도지, 또는 송하인의 상거소가 운송인의 상거소가 있는 국가에 있다면 그 국가의 법에 의한다. 그러하지 아니한 경우에는 당사자가 약정한 인도장소가 있는 국가의 법에 의한다.

운송인은 스스로 운송을 이행하는 것과 관계없이 물건을 운송할 의무를 지는 운송계약의 당사자를 의미한다. 운송주선인도 스스로 운송을 이행할 의무가 있는 경우에는 운송인에 해당한다. 송하인은 운송인과 운송계약을 체결하는 당사자를 의미한다. 운송물의 수령지는 운송인이 운송물을 수령하기로 합의한 장소이고 이는 계약조건에 의하여 정하여진다. 계약체결시를 기준으로 정한다. 인도지는 운송인이 계약에 따라 물건을 인도하여야 하는 장소이고 이 역시 계약조건에 의하여 정하여진다.²⁹⁾

로마 I 규정 제5조 제2항은 다음과 같이 규정한다.

당사자가 다음에 따라 준거법을 선택하지 아니한 경우에 여객운송계약은 출발지 또는 도착지가 여객의 상거소가 있는 국가에 있다면 그 국가의 법에 의한다. 그러하지 아니한 경우에는 운송인의 상거소가 있는 국가의 법에 의한다.

당사자는 제3조에 의하여 여객운송계약의 준거법으로 (a) 여객의 상거소가 있거나, (b) 운송인의 상거소가 있거나, (c) 운송인의 경영중심지가 있거나, (d) 출발지가 위치하거나, (e) 도착지가 위치한 국가의 법만을 선택

28) Mario Giuliano & paul Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations 21-22 (1980).

29) Calliess, *supra* note 1, at 146-149.

할 수 있다.

여객은 자연인으로 운송계약의 당사자를 의미한다. 출발지와 도착지는 계약체결 시를 기준으로 계약조건에 의하여 정하여지는 여행의 개시장소와 종료장소를 의미한다.³⁰⁾

로마 I 규정 제5조 제3항은 다음과 같이 규정한다. 당사자가 준거법을 선택하지 아니하고 계약이 제1항 또는 제2항에서 규정한 국가와 다국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정에 비추어 분명한 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.

30) Calliess, *supra* note 1, at 150-151.

로마협약	Article 4 Applicable law in the absence of choice 1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.
로마 I 규정	Article 4 Applicable law in the absence of choice 4. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.
중국 십외민사 관계법률적용법	제41조 당사자가 선택하지 아니한 경우에는, 의무이행이 계약의 특징을 가장 잘 구현할 수 있는 일방 당사자의 상거소지 법률 또는 당해 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 기타 법률에 의한다.
일본 법식통에 관한 동지법	제8조 당사자에 의한 준거법 선택이 없는 경우 제1항 적조의 규정에 의한 선택이 없는 경우 법률행위의 성립 및 효력은 당해 법률행위 당시 당해 법률행위와 가장 밀접한 관계가 있는 장소의 법에 의한다.
국제사법	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.
개정안	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ③ 제1항에 의하여 준거법을 결정할 수 없는 경우에는 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.

로미협약	2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated.
로미 I 규정	2. Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.
중국 십외민사 관계법률선택용법	제41조 당사자가 선택하지 아니한 경우에는, 의무이행이 계약의 특징을 가장 잘 구현할 수 있는 일방 당사자의 상거소지 법을 또는 당해 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 기타 법원에 의한다.

일본 법 적용에 관한 통치법	제8조 제2항 전항의 경우 일방 당사자가 법률행위의 특정적 이행을 행하이어 하는 경우에는 그 당사자의 상거소지법(그 당사자가 당해 법률행위와 관계된 영업소가 있는 경우에는 해당 영업소 소재지법, 관계된 영업소가 둘 이상이고 법이 다른 장소에 있는 경우에는 주된 영업소 소재지법)이 당해 법률행위와 가장 밀접한 관계가 있는 장소의 법으로 추정한다.
국제사법	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ② 당사자가 계약에 따라 다음 각호중 어! 하나에 해당 하는 이행을 행하이어 하는 경우에는 계약체결 당시 그의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 주된 사무소가 있는 국가의 법)이 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.
개정안	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 <u>특정적 이행을 행하이어 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 <u>상업중심지가 있는 국가의 법</u>)에 의한다.</u> 다만 , <u>영업소의 영업활동으로 계약이 체결되거나 계약에 의할 때 영업소가 이행하여야 하는 경우에는 해당 영업소가 있는 국가의 법에 의한다.</u>

로마협약	3. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 of this Article, to the extent that the subject matter of the contract is a right immovable property or a right to use immovable property it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the immovable property is situated.
로마 I 규정	1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows: (c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated.
일본 법식용에 관한 동조법	제8조 당사자에 의한 준거법 선택이 없는 경우 제3항 부동산을 목적물로 하는 법률행위의 경우에는 전항의 규정에 불구하고 부동산이 소재하는 장소의 법이 가장 밀접한 관계가 있는 장소의 법으로 추정한다.
국제사법	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ③ 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약의 경우에는 부동산이 소재하는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.
개정안	제26조(준거법 결정시의 객관적 연결) ② <u>부동산을 목적물로 하는 계약은 전항에 불구하고 부동산이 소재하는 국가의 법에 의한다.</u>

IV. 소비자계약

가. 소비자계약의 요건

국제사법 제27조 제1항이 소비자계약의 범주를 획정하는 각 호에 관하여 살펴본다. 같은 조는 계약에 관한 국제사법의 일반원칙에 대한 특칙을 규정하고 있으므로 그 범위를 좁게 엄격하게 해석하여야 한다. 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이더라도 같은 조 제1항이 규정하는 세 가지 요건 중 어느 하나에도 해당하지 아니하는 경우에는 소비자계약에 해당하지 아니하여 같은 조에 의하여 보호가 부여되지 아니한다.³¹⁾

개정안에서는 국제사법 제27조 제1항이 규정하는 세 가지 유형을 아래와 같이 불분명한 점이 있는 것을 감안하여 두 가지 유형으로 개편하였다. 국제사법에 의하더라도 체결한 계약이 상대방의 일반적 영업 범위 내에 있어야 하고 또한 지향된 영업활동의 범위 내에 있어야 한다고 해석된다. 이를 명확히 하기 위하여 로마 I 규정에 따라 계약이 직업 또는 영업활동의 범위를 벗어나지 아니하여야 함을 규정하였다.

우선 제1호에서 소비자가 그의 상거소가 있는 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 할 것을 요구하는데 계약체결에 필요한 행위가 무엇을 의미하는 것인지 판단에 불확실성이 개재될 수 있고 인터넷을 통하여 계약이 체결되는 경우 그러한 행위를 한 장소를 특정하는 것이 용이하지 않으며 상대방의 지향행위가 있는 경우 소비자가 상대방의 국가에 가서 계약을 체결하는 것을 제외할 필요가 없으므로 “소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위”를 할 것을 요구하는 부분은 삭제하였다.³²⁾

제2호에서 상대방이 소비자의 상거소가 있는 국가에서 주문을 받은 경우를 규정하는데 전자상거래의 경우 상대방이 소비자의 주문을 받은 장소를 특정하는 것이 용이하지 않고 입법안에서 제시하는 바와 같이 상대방이 소비자의 상거소가 있는 국가에서 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가로 그러한 활동을 지향하는 경우에 포괄될 수 있으므로 이를 따로 규정할

31) Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 247; Calliess, *supra* note 1, at 175.

32) Calliess, *supra* note 1, at 174; Giuliano & Lagarde, *supra* note 28, at 24; Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 255-257.

필요가 없어 이를 삭제하였다.

제3호에서 상대방이 소비자로 하여금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우를 규정하는데 이 경우도 입법안의 규정에 포괄될 수 있으므로 이를 삭제하였다.

소비자가 상거소지가 아닌 국가에 머무르면서 온라인 계약을 체결한 경우는 국제사법 제27조 제1항의 어느 호에도 해당하지 않아 소비자 보호가 부여되지 않을 것이나 입법안에 의하면 이러한 경우에도 제27조에 의한 보호가 부여된다.

나. 소비자계약의 범위 제한

로마협약이나 로마 I 규정은 일정한 경우에 소비자계약에 부여되는 강행 규정에 의한 보호를 부여하지 아니하는 예외를 인정한다. 당사자가 선택한 준거법과 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정을 함께 적용하는 것보다는 하나의 준거법을 적용할 필요가 크거나 계약이 소비자의 상거소지가 있는 국가가 아닌 다른 국가와 더 밀접한 관련이 인정되는 경우에는 이에 의하는 것이 타당하기 때문이다. 예외를 인정하면 준거법 결정에 불확실성이 증가하게 되고 예외를 인정하면서도 상대방은 소비자의 상거소가 있는 국가에서 소를 제기하여야 하는 것으로 해석하는 경우 소비자계약에 관한 국제재판관할과 준거법이 각 다른 국가로 되므로 이러한 예외는 제한적으로 해석하여야 한다.³³⁾

로마협약과 로마 I 규정은 소비자보호를 부여하는 계약의 범위에서 운송 계약과 소비자의 상거소가 있는 국가 외의 다른 국가에서 배타적으로 용역을 제공하는 계약을 제외하고 있다. 운송계약에 소비자보호를 위하여 특별 규정을 적용하는 것이 적합하지 않기 때문이다. 호텔 숙박이나 어학연수 등 소비자의 상거소가 있는 국가 외의 국가에서 배타적으로 용역을 제공하는 계약은 상대방이 소비자의 상거소가 있는 국가에서 광고 등의 직업 또는 영업활동을 행하였더라도 상대방이 위치한 국가가 가장 밀접한 관련이 있다고 할 것이므로 소비자가 당사자가 선택한 법이나 선택이 없는 경우

33) Calliess, *supra* note 1, at 180, 181-182.

가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법의 적용을 배제하고 소비자의 상거소지 법의 적용을 기대하는 것은 합리적이지 못하다.³⁴⁾

로마 I 규정은 부동산 매매계약, 담보계약 등 부동산물권에 관한 계약이나 부동산임대차계약을 소비자계약에서 제외하고 있다. 이와 같은 계약은 부동산이 소재하는 국가와 가장 밀접한 관련이 있기 때문이다. 부동산이 소재한 국가의 법원이 사실관계를 파악하고 부동산이 소재한 국가의 법을 적용하는 것이 효율적이다.³⁵⁾

국제사법은 이와 같은 규정을 두고 있지 않아 해석의 문제를 남기고 있다. 항공사의 초과예약으로 인한 탑승거절에 대하여 대체항공편의 항공권 요금과 정신적 손해의 배상을 청구한 사안에서 하급심 판례는 “국제사법의 해석상 로마협약과 마찬가지로 운송계약과 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약의 경우에는 국제사법 제27조의 적용이 배제된다”고 해석하였으나³⁶⁾ 대법원 판례는 운송계약이나 소비자의 상거소지 외에서 용역이 제공되는 계약이라고 하더라도 소비자계약에 해당하는 경우에는 당사자가 준거법을 선택하지 아니하면 국제사법 제27조 제2항이 적용되어 소비자의 상거소지법이 준거법이 된다고 판시하였다.³⁷⁾

개정안에서는 로마협약이나 로마 I 규정과 같이 명문의 규정을 두기로 하였다. 소비자의 상거소가 있는 국가 외의 국가에서 배타적으로 용역을 제공하는 계약, 패키지 여행 계약이 아닌 운송계약, 부동산을 목적물로 하는 계약은 소비자계약에서 제외되는 것으로 규정하였다. 다만, 운송계약을 소비자계약에서 제외하는 것은 로마협약이나 로마 I 규정이 운송계약에 관하여 별도의 규정을 두고 있는 점을 고려하여야 할 것이므로 향후 운송계약에 관하여 별도의 규정을 둘 것인지와 함께 더 검토가 필요하다. 로마협약은 여객운송계약에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않고 물건운송계약에 관하여만 규정하면서 운송인의 주된 영업소를 주된 연결점으로 규정

34) Giuliano & Lagarde, *supra* note 28, at 24-25.

35) McParland, *supra* note 7, at 560; Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 243-244; Calliess, *supra* note 1, at 180, 184-185.

36) 서울중앙지법 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결.

37) 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결.

하고 있다. 이때 송하인의 주된 영업소가 같은 국가에 있을 것을 추가적으로 충족되어야 할 세 가지 중의 하나의 요건으로 규정하고 있다. 로마 I 규정은 물건운송계약의 경우에는 당사자가 준거법을 선택하지 아니하면 운송인의 상거소를 주된 연결점으로 인도지를 보충적 연결점으로 규정한다. 운송인의 상거소를 주된 연결점으로 함에 있어 송하인의 주된 영업소가 같은 국가에 있을 것을 추가적으로 충족되어야 할 세 가지 중의 하나의 요건으로 규정하고 있다. 여객운송계약의 경우에는 당사자가 준거법을 선택하지 아니하면 여객의 상거소를 주된 연결점으로 운송인의 상거소를 보충적 연결점으로 규정한다. 물건운송계약과 관련하여 송하인의 주된 영업소나 상거소를 통하여 제한적이거나 소비자의 보호가 부여되고 있다고 볼 수 있다. 여객운송계약과 관련하여 여객의 상거소를 주된 연결점으로 규정하는 점에서 소비자의 보호가 일정부분 부여되고 있다고 볼 수 있고 다른 한편 운송인의 상거소를 보충적 연결점으로 하여 당사자 간의 형평을 도모하고 있다고 볼 수 있으므로 개정안에서 소비자계약에서 운송계약을 제외하는 입법을 할 경우 운송계약에 관한 검토가 필요가 있다.

소비자계약에 대한 예외를 인정하는 경우 국제재판관할에 관하여 규정하는 국제사법 제27조 제4항, 제5항, 제6항도 적용이 되지 아니하는 것인지 아니면 준거법에 관하여만 예외로 되고 국제재판관할에 관하여는 여전히 소비자계약으로 보아 국제사법 제27조 제4항, 제5항, 제6항의 적용이 인정되는지 의문이 있다. 국제사법 제27조를 통일적으로 해석하고 계약에 대한 준거법과 국제재판관할을 통일성을 유지한다는 측면에서 예외를 인정하는 경우 준거법과 국제재판관할 모두에 관하여 적용이 없는 것으로 보는 것이 타당하다.

로마협약	Article 5 Certain consumer contracts 1. This Article applies to a contract the object of which is the supply of goods or services to a person (the consumer) for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession, or a contract for the provision of credit for that object. 2. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence: - if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitation addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract, or - if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or - if the contract is for the sale of goods and the consumer traveled from that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy. 3. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract to which this Article applies shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed by the law of the country in which the consumer has his habitual residence if it is entered into in the circumstances described in paragraph 2 of this Article.
-------------	--

Article 6 Consumer contracts	1. Without prejudice to Articles 5 and 7, a contract concluded by a natural person for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession (the consumer) with another person acting in the exercise of his trade or profession (the professional) shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence, provided that the professional: (a) pursues his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, or (b) by any means, directs such activities to that country or to several countries including that country, and the contract falls within the scope of such activities. 2. Notwithstanding paragraph 1, the parties may choose the law applicable to a contract which fulfills the requirements of paragraph 1, in accordance with Article 3. Such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable on the basis of paragraph 1.
-------------------------------------	---

중국 십외민사 관계법률적용법	제42조 소비계약은 소비자의 상거소지 법률에 의하고, 소비자가 상품 또는 용역 제공지 법률을 선택하거나 또는 경영자가 소비자의 상거소에서 관련된 경영활동을 하지 않는 경우에는 상품 또는 용역 제공지 법률에 의한다.
일본 법식용에 관한 동조법	제11조 소비계약의 특례 ① 소비자(개인(사업으로 또는 사업목적으로 계약 당사자가 되는 경우에는 제외한다.)을 의미한다. 이하 같다.)와 사업자(법인, 기타 사단, 재단, 사업으로 또는 사업목적으로 계약 당사자가 되는 개인을 의미한다. 이하 같다.)간에 체결되는 계약(이하 소비계약을 제외한다. 이하 소비계약이라 한다.)의 성립 및 효력에 관하여 제7조 또는 제9조의 규정에 의하여 선택되거나 변경되어 적용되는 법이 소비자의 상거소지법이 아닌 경우에도 소비자가 상거소지법의 특정 강행규정이 적용되어야 한다는 의사를 사업자에 대하여 표시한 경우에는 소비계약의 성립 및 효력에 관하여 그 강행규정이 정한 사항에 대하여는 그 강행규정도 적용된다. ② 소비계약의 성립 및 효력에 관하여 제7조의 규정에 의한 선택이 없는 경우에는 제8조의 규정에 불구하고 소비계약의 성립 및 효력은 소비자의 상거소지법에 의한다.

국제사법	제27조(소비자계약) ① 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이 다음 각호중 어느 하나에 해당하는 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 상행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 받을 수 없다. 1. 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 소비자의 상거소가 있는 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우 2. 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우 3. 소비자의 상대방이 소비자로부터 여행금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우 ② 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 제1항의 규정에 의한 계약은 제26조의 규정에 불구하고 소비자의 상거소지법에 의한다.
------	---

개정안	제27조(소비자계약) ① 소비자가 직업 또는 영업활동 외의 목적으로 체결하는 계약이 다음 각호중 하나에 해당하는 경우에는 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다. 1. 소비자의 상거방이 <u>소비자의 상거소가 있는 국가에서 직업 또는 영업활동을 행한 경우</u> 2. 소비자의 상거방이 <u>그 국가로 직업 또는 영업활동을 지향한 경우</u> <u>다만, 계약이 그 직업 또는 영업활동의 번위를 벗어나지 아니하여야 한다.</u> ② 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 제1항의 규정에 의한 계약은 제26조의 규정에 불구하고 소비자의 상거소지법에 의한다. ③ 제1항 및 제2항은 다음 각호에는 적용되지 아니한다. 1. <u>소비자의 상거소가 있는 국가 외의 다른 국가에서 매 타식으로 소비자에게 용역을 제공하는 계약</u> 2. <u>패키지 여행 계약 외의 운송계약</u> 3. <u>부동산을 목적물로 하는 계약</u>
-----	--

V. 근로계약

1. 당사자자치와 강행규정에 의한 근로자보호의 유지

개정안에서도 국제사법 제28조 제1항이 규정하는 근로계약에서도 당사자자치를 인정하되 객관적 준거법의 강행규정에 의한 근로자 보호를 박탈

할 수는 없도록 하는 구조를 유지하였다.

로마협약	Article 6 Individual employment contracts 1. Notwithstanding the provisions of Article 3, in a contract of employment a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law which would be applicable under paragraph 2 in the absence of choice.
로마 I 규정	Article 8 Individual employment contracts 1. An individual employment contract shall be governed by the law chosen by the parties in accordance with Article 3. Such a choice of law may not, however, have the result of depriving the employee of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement under the law that, in the absence of choice, would have been applicable pursuant to paragraph 2, 3 and 4 of this Article.
중국-첩외민사 관계법률선택용법	제43조 (국외계약은 국외지가 노무를 제공하는 지역의 법률에 따르고, 국외지가 노무를 제공하는 지역을 확정할 수 없는 경우에는 사용자의 주된 영업지 법률을 적용한다. 노무조건은 노무조건지 법률에 의할 수 있다.

일본 법 적용에 관한 동칙법	제12조 노동계약의 특례 ① 노동계약의 성립 및 효력에 관하여 제7조 또는 제9조의 규정에 의하여 선택되거나 변경되어 적용되는 법이 해당 노동계약과 가장 밀접한 관련이 있는 장소의 법이 아닌 경우에도 노동자가 해당 노동계약과 가장 밀접한 관련이 있는 장소의 법의 특정 상행규정이 적용되어야 한다는 의사를 사용시에 대하여 표시한 경우에는 노동계약의 성립 및 효력에 관하여 그 상행규정이 정한 사항에 대하여는 그 상행규정도 적용된다. ② 전항의 규정의 적용에 있어 해당 노동계약에 있어 노무를 제공하여야 하는 장소의 법(노무를 제공하여야 하는 장소를 특정할 수 없는 경우에는 해당 노동자를 고용한 사업소의 소재지법, 다음 항의 경우에도 같다.)이 해당 노동계약과 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다.
국제사법	제28조(근로계약) ① 근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항의 규정에 의하여 지정되는 준거법 소속 국가의 상행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.
개정안	제28조(근로계약) ① 근로계약의 경우에 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항의 규정에 의하여 지정되는 준거법 소속 국가의 상행규정에 의하여 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.

2. 객관적 준거법

로마 I 규칙 제8조 제2항은 “근로계약은 해당 국가에서(country in which) 근로자가 일상적으로 노무를 제공하거나, 그러하지 아니한 경우에

는 그 국가로부터(or, failing that, from which) 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의한다”고 규정한다. 근로자의 보호라는 목적에 비추어 일상적 노무제공지를 넓게 파악하려는 것이다. “그 국가로부터 일상적으로 노무를 제공”한다는 규정은 항공승무원의 근로계약에 있어 기지(base)를 주된 연결점으로 도입하려는 취지이다. 항공승무원이 기지로부터 근무를 배정받고 기지에서 탑승수속이나 안전점검 등의 다른 업무를 수행하는 경우에 ‘기지원칙(base rule)’을 적용할 수 있다. 따라서 사용자에게 유리할 수 있는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법은 근로자가 한 국가에서 일상적으로 노무를 제공하지 아니하는 경우에 곧 바로 적용되는 것이 아니라 나아가 일상적 노무제공지의 변형인 그 국가로부터 일상적으로 노무를 제공하지 아니하는 경우에 비로소 적용되어야 한다.³⁸⁾

근로계약에서 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 준거법의 객관적 결정에 있어 근로자의 이익 보호를 위하여 일상적 노무제공지를 넓게 파악하고 근로자를 고용한 영업소 소재지를 좁게 파악하려는 취지를 반영하기로 하였다. 다수의 국가를 이동하면서 노무를 제공하는 근로자를 포섭하기 위하여 일상적 노무제공지를 넓게 해석하려는 취지를 구체화하여 로마 I 규정 제8조 제2항의 규정에 따라 근로계약은 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의하되, 이에 의할 수 없는 경우에는 근로자가 근로계약의 이행으로 일상적으로 노무를 제공하는 기초가 되는 국가의 법에 의하는 것으로 하였다.³⁹⁾

국제사법 제28조 제2항에서 “근로자가 일상적으로 어느 한 국가안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우”라는 문구를 근로자의 일상적 노무제공지가 특정될 수 없는 경우로 수정하였다.

38) Peter Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in *Rome I Regulation* 177-181 (Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009); Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 322-325.

39) Plender & Wilderspin, *supra* note 8, at 323-327.

로마협약	2. Notwithstanding the provisions of Article 4, a contract of employment shall, in the absence of choice in accordance with Article 3, be governed: (a) by the law of the country in which the employee habitually carries out his work in performance of the contract, even if he is temporarily employed in another country; or (b) if the employee does not habitually carry out his work in any one country, by the law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated; unless it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, in which case the contract shall be governed by the law of that country.
로마 I 규정	2. To the extent that the law applicable to the individual employment contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country in which or, failing that, from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract. The country where the work is habitually carried out shall not be deemed to have changed if he is temporarily employed in another country. 3. Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraph 2, the contract shall be governed by the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated.
중국 - 십외민사 관계법률적용법	근로계약은 근로자가 노무를 제공하는 지역의 법률에 따르고, 근로자가 노무를 제공하는 지역을 확정할 수 없는 경우에는 사용자의 주된 영업지 법률을 적용한다. 노무조건은 노무조건지 법률에 의할 수 있다.

일본 법식용에 관한 통칙법	을 노동계약의 성립 및 효력에 관하여 제7조의 규정에 의 한 선택이 없는 경우에는 해당 노동계약의 성립 및 효력 관하여 제8조 제2항의 규정에 불구하고 해당 노동계약에 있어서 노무를 제공하여야 하는 장소의 법이 해당 노동계 약과 가장 밀접한 관련이 있는 장소의 법으로 추정한다.
국제사법	⑤ 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 근로계약 은 제26조의 규정에 불구하고 근로자가 일상적으로 노무 를 제공하는 국가의 법에 의하며, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의 한다.
개정안	⑤ 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 근로계약 은 제26조의 규정에 불구하고 <u>근로자가 일상적으로 노무 를 제공하는 국가 또는 근로부터 일상적으로 노무를 제공 하는 국가의 법에 의하며, 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가를 특정할 수 없는 경우에는 사용자가 근로 자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다.</u>

VI. 계약의 성립과 유효성

1. 국제사법 제29조 제1항

계약의 성립 및 유효성에 관하여는 국제사법 제29조 제1항의 규정을 유
지하였다. 로마협약이나 로마 I 규정은 계약 또는 계약의 일부라고 명시하
나 명시하지 않아도 같은 결과에 이를 것으로 판단되어 명시하지 않기로
하였다. 이와 관련하여 준거법 선택 조항, 국제재판관할합의조항, 중재합의
조항 등이 논의될 수 있다. 준거법 선택 조항에 대하여는 국제사법 제25조

제5항에서 규정하고 있다. 국제재판관할합의조항이나 중재합의조항에 관하여 로마 I 규정은 이를 적용 범위에서 제외하고 있으나 유추하여 적용될 수 있는 것으로 해석되고 있다.⁴⁰⁾ 국제사법은 이를 그 적용 범위에서 제외하고 있지 아니하므로 일단 국제사법 제29조에 의하여 규율하되 분리독립성의 원칙에 비추어 개별적으로 판단하여야 한다.

로마협약	Article 8 Material validity 1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Convention if the contract or term were valid.
로마 I 규정	Article 10 Consent and material validity 1. The existence and validity of a contract, or of any term of a contract, shall be determined by the law which would govern it under this Regulation if the contract or term were valid.
중국 첩외민사관계법적용법	제41조 당사자는 합의로 계약의 준거법을 선택할 수 있다. 당사자가 선택하지 아니한 경우에는, 의무이행이 계약의 특징을 가장 잘 구현할 수 있는 일방 당사자의 장기소재 법을 또는 남해 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 기타 법원에 의한다.

40) Calliess, supra note 1, at 263-264.

일본 법식통에 관한 동조법	제7조 당사자의 준거법 선택 법률행위의 성립 및 효력은 당사자가 당해 법률행위의 당시 선택한 장소의 법에 의한다. 제8조 당사자에 의한 준거법 선택이 없는 경우 제1항 전조의 규정에 의한 선택이 없는 경우 법률행위의 성립 및 효력은 당해 법률행위 당시 당해 법률행위와 가 장 밀접한 관계가 있는 장소의 법에 의한다.
국제사법	제29조(계약의 성립 및 유효성) ① 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하 였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따 라 판단한다.
개정안	제29조(계약의 성립 및 유효성) ① 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하 였을 경우 이 법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따 라 판단한다.

2. 국제사법 제29조 제2항

국제사법 제29조 제2항은 “당사자는 계약에 동의하지 아니하였음을 주
장하기 위하여 그의 상거소지법을 원용할 수 있다”고 규정한다. 개정안에
서는 내용을 그대로 유지하되 “당사자는 그의 상거소지법에 의하여 동의하
지 아니하였음을 주장할 수 있다”는 문언으로 다듬었다.

로마협약	2. Nevertheless a party may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence to establish that he did not consent if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in the preceding paragraph.
로마 I 규정	2. Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1.
국제사법	(2) 제1항의 규정에 의한 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그 당사자는 계약에 동의하지 아니하였음을 주장하기 위하여 그의 상거소지법을 원용할 수 있다.
개정안	(2) 제1항의 규정에 의한 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그 당사자는 <u>그의 상거소지법에 의하여 동의하지 아니하였음을 주장할 수 있다.</u>

IV. 결론

국제사법이 전면개정된 후 20여년의 기간이 흐르면서 변화된 상황에 효율적으로 기능하는 국제사법을 마련하기 위한 검토가 필요하게 되었다. 계약에 관한 준거법 결정에 관련한 국제사법 규정에 대하여 검토하였다. 당사자의 계약의 준거법 선택에 관한 국제사법 제25조와 관련하여서는 묵시적 선택의 범위가 제한적임을 명확히 하였고 당사자가 선택할 수 있는 법의 범위를 명확히 하였다. 순수 국내계약과 관련하여 강행규정을 제한적으

로 재량적으로 적용하도록 하였다. 객관적 연결에 의한 준거법 결정에 관한 국제사법 제26조와 관련하여서는 가장 밀접한 관련에 의하는 일반조항, 특징적 이행에 기초한 추정규정, 예외조항이라는 순차적 구조의 불분명한 점을 개선하기 위하여 특징적 이행자의 상거소에 의하도록 하고 이에 의할 수 없는 경우에는 가장 밀접한 관련에 의하도록 구조적 변경을 제안하였다. 소비자계약에 관한 국제사법 제27조와 관련하여서는 소비자계약으로 취급되기 위한 세 가지의 요건을 두 가지 요건으로 정비하고 운송계약과 소비자의 상거소지 외의 다른 국가에서 배타적으로 용역을 제공하는 계약을 소비자계약의 범위에서 제외하는 제안을 하였다. 근로계약에 관한 국제사법 제28조와 관련하여서는 일상적 노무제공지라는 연결점을 넓게 파악하기 위하여 “근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가 또는 그로부터 일상적으로 노무를 제공하는 국가”라고 명시하였다. 마지막으로 계약의 성립 및 유효성에 관한 국제사법 제29조와 관련하여서는 준거법에 따라 당사자의 행위의 효력을 판단하는 것이 명백히 부당한 경우에는 그 “당사자는 그의 상거소지법에 의하여 동의하지 아니하였음을 주장할 수” 있도록 문언을 정비하였다. 이 논문에서의 입법적 제안이 그 동안의 상황변화에 부응하여 국제계약의 준거법 결정에 효율적으로 기능하는 국제사법의 형성에 다소나마 기여하고 나아가 이를 통하여 국제거래의 증진에 도움이 되기를 기대한다.

참 고 문 헌

- 김인호, “국제계약의 분쟁해결메커니즘의 구조와 상호작용”, 「국제거래법 연구」 제23집 제1호, 국제거래법학회, 2014.
- 법무부, 「국제사법 해설」 (2001).
- 석광현, 「국제사법과 국제소송」 (제2권) (2001).
- 석광현, 「국제사법 해설」 (2013).
- 여태식·서완석, “로마협약 제3조 및 제4조를 둘러싼 최근 유럽에서의 논의와 그 시사점에 관한 연구”, 「상사법연구」 제26권 제1호(2007).
- 윤석찬, “월격의료에서의 의료과오책임과 준거법”, 「저스티스」 제80호 (2004).
- Adrian Briggs, *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law* (2008).
- C. M. V. Clarkson & Jonathan Hill, *The Conflict of Laws* (4th ed.) (2011).
- Graf-Peter Calliess, *Rome Regulations* (2nd ed.) (2015).
- James Fawcett et al., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (2005).
- James Fawcett & Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law* (14th ed.) (2008).
- John Choong et al., *A Guide to the SIAC Arbitration Rules* (2nd ed.) (2018).
- Jonathan Harris, *Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation*, in *Rome I Regulation* (Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009).
- Lord Collins of Mapesbury, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* vol. 2 (15th ed.) (2012).
- Mario Giuliano & Paul Lagarde, *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (1980).
- Michael McParland, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations* (2015).
- Peter Mankowski, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in *Rome I Regulation* (Franco Ferrari & Stefan Leible ed., 2009).

- Richard Plender & Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations* (4th ed.) (2015).
- Ulrich Magnus, *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, in Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (2009).
- Ulrich Magnus & Peter Mankowski, *European Commentaries on Private International Law* vol. II (2017).

토론문

발표문에 대한 지정토론문

오 석 응

(청주대학교 법과대학 교수)

<토론문>

국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점

오 석 웅(청주대학교 법학과 교수)

발표문은 2001년 개정되어 시행되고 있는 국제사법상 국제계약법 분야의 전반적인 내용을 검토하고 개정안을 제시하고 있습니다. 현재의 국제사법은 계약법 분야에서 당사자자치의 원칙을 대폭 수용하였습니다. 발표자가 서론에서 밝힌 바와 같이 현행 국제사법상의 국제계약법에 관한 규정들은 2001년 시행된 이후, 별다른 개정 없어서 그 동안의 변화한 시대상황이나, 국제적인 입법 상황에 부합하는지의 검토와 개정논의가 필요한 시점입니다. 이러한 점에서 발표문은 중요한 의미를 갖는다고 생각합니다.

발표자의 발표문의 국제계약법분야의 전반적인 내용을 다루고 있어서 모든 분야의 세부적인 내용을 검토하기에는 시간이 부족하였다는 점을 죄송스럽게 생각합니다. 따라서 본 토론자는 발표자의 전반적인 발표내용에 동의하면서 본 내용을 좀 더 보완하는 의미에서 몇 가지 사항에 관한 질문으로 토론을 대신하고자 합니다.

첫째 발표내용(발표문 4면 이하)에 따르면 당사자가 선택한 법의 범위에 관하여 현행 국제사법 제25조 제1항은 계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 ‘법’에 의한다고만 규정하고 당사자가 선택할 수 있는 법이 무엇인지 그 종류나 범위에 관하여는 명시적으로 규정하지 아니하고 있는데, 이점에 관하여 발표자께서는 로마 I 규정 제3조 제3항이 “당사자가 선택한 법이 속하는 국가(the country whose law has been chosen)”라고 규정하고 있고, 국제사법 제25조 제4항이 “당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우”라고 규정하고 있음에 비추어 당사자가 선택할 수 있는 법은 국가의 법에 한정된다고 해석하여, 제25조 제1항은 당사자가 선택한 ‘국가의 법’으로 명시하도록 개정안을 제시하고 있습니다.

이점에 관하여 현행 국제사법 제25조 제1항이 당사자에 의해 선택된 ‘법’이라고 규정하고 있는데 반해, 객관적 준거법에 관하여는 동조 제2항이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 ‘국가의 법’이라고 규정하여 후자의 경우 ‘국가의 법’임을 명시하여 문면상으로 객관적 준거법의 경우는 어느 국가의 법이어야 하나, 주관적 준거법일 경우에는 경우에는 비국가법을 준거법으로 지정할 수 있는 해석상의 여지를 남길 수 있습니다. 따라서 발표자가 제시한 개정안과 같이 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 국가의 법에 의한다”고 명시할 경우, 당사자가 비국가법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하는 해석하는 것이 원천적으로 불가능하게 되는 문제점이 있는데, 이점에 대해서 발표자의 의견을 듣고 싶습니다.

나아가 발표자께서는 헤이그준거법원칙 제3조와 같이 당사자가 특정 국가의 법은 물론 법원칙을 선택할 수 있음을 명백히 규정하는 것을 검토할 필요가 있지만, 이 경우에도 그 실익이 무엇인지 의문이 있다고 하셨는데, 이전에 관해서도 추가적인 설명을 부탁드립니다.

둘째 준거법의 사후 변경에 관하여 “당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다.”라고 규정하고 있는 국제사법 제25조 제3항을 “이 조 또는 이

법의 다른 규정에 의한”으로 변경할 것을 제안하고, 그 이유로 국제사법 제27조와 제28조에 의하여도 계약의 준거법이 결정될 수 있다는 점을 들고 있습니다. 그런데 이러한 점이 소비자 계약과 근로계약에 있어서 당사자자치의 원칙과 객관적 준거법의 결정원칙을 제한하고 있는 국제사법 제27조 및 제28조의 취지에 부합하는지 질문드리고 싶습니다.

셋째 발표자는 객관적 연결에 관한 제26조를

“① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법(당사자가 법인 또는 단체인 경우에는 경영중심지가 있는 국가의 법)에 의한다. 다만, 영업소의 영업활동으로 계약이 체결되거나 계약에 의할 때 영업소가 이행하여야 하는 경우에는 해당 영업소가 있는 국가의 법에 의한다.

② 부동산을 목적물로 하는 계약은 전항에 불구하고 부동산이 소재하는 국가의 법에 의한다.

③ 제1항에 의하여 준거법을 결정할 수 없는 경우에는 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다.”로 개정할 것을 제안하고 있습니다.

그런데 발표문에서와 같이 제26조와 관련하여 현행 국제사법 하의 해석으로 특징적 이행을 정할 수 없는 경우는 물론이고 사안의 모든 사정에 비추어 계약이 특징적 이행을 통하여 밀접한 관련이 있는 것으로 추정되는 국가와 다른 국가가 더 밀접한 관련이 있는 경우에는 국제사법 제26조 제1항이 적용될 수 있다는 견해와, 이와는 달리 국제사법의 해석과 관련하여서도 국제사법 제8조가 국제사법 제26조 제2항, 제3항의 추정규정의 적용에는 적용된다는 견해가 있는데, 제 생각으로는 현행 제26조 제2항이나 제3항에 의한 국가보다 더 밀접한 관련이 있는 국가가 존재하는 경우에는 전자의 견해인 제26조 제1항이나, 국제사법 제8조에 의하여도 무방하다고 보는데, 굳이 발표자의 의견과 같이 개정할 필요가 있는지 질문드리고 싶습니다.