

국제사법판례연구회
제12회 정기연구회 자료집



일 시 : 2023. 9. 13.(수) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제12회 정기연구회

사회 : 연구회 간사

- | | |
|---------------|-------------------------------------|
| 19:00 | 개회사 장준혁 연구회장(성균관대학교 법학전문대학원) |
| 19:00 - 19:50 | 제1주제 발표 및 토론 정구태 교수(조선대학교 법사회대학) |
| 19:50 - 20:40 | 제2주제 발표 및 토론 김민경 판사(인천지방법원) |
| 20:40 - 21:00 | 전체토론 |

제1주제 발표문

공정증서유언의 준거법 결정과 유언의 해석

정구태 교수

(조선대학교 법사회대학)

공정증서유언의 준거법 결정과 유언의 해석*

-東京地判 2012. 1. 27, 平成22年(ワ)第1086号에 대한 비판적 연구-

정 구 태**

| | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| ▶ 목 차 ◀ | |
| [대상판결] | IV. 유언의 내용적 저촉에 관한 준거법 결정과 유언의 해석 |
| [연구] | 1. 유언의 내용적 저촉에 관한 준거법 결정 |
| I. 序 言 | 2. 1·2차 유언의 내용적 저촉 |
| II. 유언능력의 준거법 결정 | V. 유언의 효력의 준거법 결정과 준거법에 따른 유언의 효력 |
| III. 유언의 방식의 준거법 결정 | 1. 유언의 효력의 준거법 결정 |
| 1. ‘유언의 방식의 준거법에 관한 법률’에 따른 준거법 결정 | 2. 유언의 효력 |
| 2. 공정증서유언의 방식에서 口授要件 | VI. 結 語 |

[대상판결]1)

1. 사실관계

일본에 주재하는 한국인 A는 그 처 B와 사이에 원고 X1, 원고 X2, C 및 D를 낳았다. A는 2008. 3. 12. 사망했다. 피고 Y는 회전초밥집을 경영하는 회사이다. A는 Y회사가 설립된 2000. 2.부터 사망하기까지 Y회사의 대표이사였고 C와 D는 Y회사의 이사였는데, 2008. 5. 28. C는 Y회사의 대표이사로 취임하였다. A는 1998. 12. 8. “자신 소유의 토지 및 건물·예금·채권 등 모든 상속재산을 B와 X2, C 및 D에게 균등하게 상속시키며 유언 집행자를 X2로 한다.”는 취지의 공정증서유언을 작성하였다.

A는 2005년부터 D와 동거하였는데, 2007. 12. 3. 자택에서 쓰러져 입원하였다. 그 후 2007. 12. 27. A가 입원한 병원에서 공증인이 A의 유언에 관한 진술을 청취하고 공정증서 유언을 작성하였다. 여기에는 다음과 같은 내용이 작성되어 있었다: “① 자신 소유의 부동산 및 주식을 C에게 상속시킨다; ② X1과 X2에게는 Y회사의 주식을 일절 취득시키지

* 이 글은 국제사법연구 제22권 제2호(2018.12)에 게재된 글을 본 발표를 위해 수정·보완한 것입니다.

** 조선대학교 법사회대학 교수, 법학박사.

1) 金汶淑, “被相続人が韓国籍である場合において公正証書遺言によって相続の準拠法を日本法と指定する事例”, 『戸籍時報』 第737號(日本加除出版, 2016.03), 68-71頁.

않으며, X1과 X2의 유류분반환청구가 있다면 다른 재산에서 하도록 한다; ③ Y회사의 대표이사는 A의 후계자인 C가 맡으며, D는 C를 보좌한다; ④ 이번 유언에서는 X1과 X2에게 아무 것도 상속시키지 않는다. 그 이유는 다음과 같다. 즉, X1은 A로부터 이미 2000만 엔을 지급받았으므로 더 이상 상속받을 것이 없고, X2는 지금까지 A 등이 경영하는 스시 초밥집에서 단독으로 일하면서 3000만엔 이상의 손실을 발생시켰는데 이를 A가 부담하여 지불하였고, X2가 전처와 이혼할 때 그 위자료도 A가 부담하였으므로 X2도 더 이상 상속받을 몫이 없기 때문이다; ⑤ 유언집행자를 C로 한다; ⑥ 본 유언기재의 재산에 관한 상속의 준거법을 일본법으로 지정한다.”

한편, Y회사의 2008년도 결산보고서의 대차대조표에는 A로부터의 차입금으로서 약 2억 3653만 9462엔이 기재되어 있었는데, X1과 X2(이하 ‘X 등’ 이라 한다)는 2009. 12. 18. 위 대여금에 관한 반환청구권을 상속에 의해 취득하였다고 주장하면서, Y회사를 상대로 대여금액 중 한국 민법에 의한 법정상속분으로서 각 11분의 2인 4300만7174엔을 지급할 것을 청구하였다. 이 사건에서는 ① A의 Y회사에 대한 대여금채권의 존부, ② A의 본건 유언의 해석, ③ A의 본건 유언 당시 의사능력 유무 등이 쟁점이 되었다.

X 등은, “본건 공정증서작성당시 A는 입원 중이었고 심신도 상당히 쇠약한 상태였으므로 A가 그 의미를 충분히 이해하지 못한 채 본건 공정증서의 작성에 응하였다.” 고 주장하면서, “A의 Y회사에 대한 대여금채권에 대해서는 유언상에 아무런 언급이 없으므로, 설령 A의 의사가 본건 공정증서에 기재된 재산에 대해서는 X 등에게 아무 것도 상속시키지 않을 의사였다고 하더라도, 본건 공정증서에 기재되지 않은 상속재산인 대여금채권까지 X 등에게 취득시키지 않을 의사는 아니었고, 따라서 본건 대여금채권은 각 상속인의 법정상속분에 따라 귀속된다.” 고 주장하였다. 이에 대하여 Y회사는 “본건 대여금채권이 공정증서에 기재되었는지 여부와 상관없이 A의 의사는 X 등에게 아무런 재산도 상속시키지 않겠다는 취지로 보아야 하므로, A가 Y회사에 대해 대여금채권을 가지고 있다고 하더라도 X 등이 본건 대여금채권을 법정상속분에 따라 상속한 것은 아니” 라고 항변하였다.

2. 판결요지

가. A의 Y회사에 대한 대여금채권의 존부

A의 Y회사에 대한 금전대여의 구체적 상황은 명확하지 않지만, A는 Y회사에 대해 상기 2008년도 결산보고서의 기재대로 총 2억 3653만 9462엔을 대여하였다고 인정할 수 있다.

나. 본건 유언의 해석

본건 공정증서에는 “X1과 X2에게는 아무 것도 상속시키지 않는다.” 고 기재되어 있는 바, 본건 대여금채권에 대해서는 본건 공정증서에 아무런 정함이 없다.

1) X2에 대하여

① 본건 유언은 舊 유언을 철회한 새로운 것이고, 그 취지가 본건 공정증서에 明記되어 있다. 따라서 舊 유언은 부동산 기타 모든 재산을 B, X2, C 및 D에게 균등하게 상속시키는 내용이었지만, 본건 유언에서는 X2에게 상속시키지 않는다는 내용으로 변경되었다. 본건 공정증서의 X2에 대한 기재에는 이에 상응하는 사정이 있다고 인정되고, 이를 고려한다면 A는 본건 공정증서의 작성을 위한 진술을 할 때 본건 공정증서에 기재되었는지와 상관없이 X2에게는 아무 것도 취득시키지 않을 의사였고, 본건 공정증서는 이러한 의사가 표명된 것이라고 인정하는 것이 합리적이다.

② 또한 상기 유언에는 X 등에게는 Y회사의 주식을 일절 취득시키지 않고 X 등의 유류 분반환청구가 있다면 다른 재산에서 하도록 할 것이라는 기재가 있고, 다른 한편, Y회사의 대표이사를 C로 임명하고 C를 후계자로 한다는 취지가 있다. 이러한 기재는 Y회사의 경영을 C에게 맡김과 동시에 X 등을 Y회사의 경영에서 배제한다고 하는 A의 강한 의지가 표명된 것이라고 해석할 수 있다. 그리고 본건 대여금채권은 Y회사에 대한 채권이기 때문에, X 등이 이를 법정상속분에 따라 취득한다면 Y회사의 경영에 대한 부담 내지 압박으로 되는 것이 명백하다는 점에 비추어 본다면, 상기와 같은 강한 의지를 갖고 있던 A로서는 본건 대여금채권을 X 등에게 취득시키지 않을 의사를 가지고 있었다고 해석하는 것이 합리적이므로, 본건 유언에는 그러한 의사가 표명되어 있다고 해석하는 것이 상당하다.

③ 이상에 의하면, A는 본건 대여금채권에 대해서는 이를 X2에게 취득시키지 않을 의사를 가지고 있었고, 본건 유언에는 그러한 의사가 표명되어 있다고 인정할 수 있다.

2) X1에 대하여

舊 유언에서는 B, X2, C 및 D에게만 모든 재산을 상속시키고, X1이 상속재산을 취득하는 것에 대해서는 아무런 정함이 없어 舊 유언은 X1에게는 아무런 재산도 취득시키지 않을 의사였다고 해석되는바, 본건 유언에서 A가 이러한 취지를 변경한 것으로 인정되는 사정은 엿볼 수 없다. 이상에 의하면 A는 본건 대여금채권을 X1에게 취득시키지 않을 의사를 가지고 있었고, 본건 유언에서는 이러한 의사가 표명되었다고 인정할 수 있다.

다. 본건 유언 당시 A의 의사능력 유무

A의 공정증서에 의한 유언에 있어서 A의 입원 전부터 C가 공증인에게 위탁하거나 자료를 준비하는 등 절차를 마련하였고 공정증서의 원안이 대체로 작성되어 있었던 점, A가 입원한 병원에서 공증인과 면담하여 본건 공정증서의 내용을 口授한 때에도 C가 A의 곁에서 시중을 들고 있었던 것이 인정되는바, 이러한 사정과 상기의 A의 상태를 고려하면 본건 공정증서 작성 당시 A의 유언 내용에 관하여 C의 꾀책이 전달될 수도 있는 상황이었다.

그러나 A는 본건 공정증서 작성 당시 2인의 증인이 입회한 상태에서 공증인에 대하여 진술하였기 때문에, 상기의 병상에 비추어 보더라도 본건 공정증서작성 당시 A가 의사결정능력을 상실하였다고까지 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거도 없다. 또한 A의 유언 내용에 관한 C의 꾀책이 있었다고 하더라도 A가 이를 이해하지 않은 채 수용하여 본건 공정증서작성시에 진술하였다고까지 인정할 수는 없으므로, A가 상기와 같은 상태에 있었다는 것은 상기 1) 및 2)의 판단을 뒤집기에 충분하지 않다.

[연구]

I. 序言

사안에서 A는 유언 당시는 물론 사망하기까지 ‘일본’에 생활의 중심지를 두고 살아온 ‘한국인’으로서 ‘일본’에 소재하는 자기 명의의 부동산과 주식·채권 등을 남기고 사망하였으므로, A의 상속에 관한 법률관계는 외국적 요소가 있는 사건이다. 그러나 대상판결은 이를 간과한 채 준거법 결정에 관한 아무런 판단 없이 국내사건과 마찬가지로 단순히 일본의 실질법을 적용하였는바, 이는 ‘국제사법적 思考가 결여’²⁾된 소치로서 명백한 오류이다. 법원으로서의 마땅히 쟁점별로 다음과 같이 준거법을 결정하여 판단했어야 했다.

먼저 A는 1998. 12. 8. 공정증서유언(이하 ‘1차 유언’이라 한다)을 한 후, 다시 2007. 12. 27. 공정증서유언(이하 ‘2차 유언’이라 한다)을 하였는바, A에게 각각의 유언 당시

2) 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 말씀”, 『가족법연구』 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016.03), 99면.

유언능력이 있었는지, 그리고 각각의 유언이 공정증서유언의 방식을 충족하여 유효한지를 판단하여야 한다. 前者(유언능력)는 유언의 준거법에 의하여 결정될 문제이며(II), 後者(유언의 방식)는 유언의 방식의 준거법에 의하여 결정될 문제이다(III).

다음으로 A가 행한 1차 유언과 2차 유언은 내용적으로 일부 저촉되는바, 저촉되는 부분 중 어느 것을 우선할 것인지를 판단하여야 한다. 이는 유언의 준거법에 의하여 결정될 문제이다(IV).

마지막으로 저촉되는 부분 중 어느 것인지를 우선할 것인가 결정되었다면 그 우선하는 부분과 저촉되는 부분을 제외한 나머지 유언이 어떠한 효력이 있는지를 판단하여야 한다. 이는 상속의 준거법에 의하여 결정될 문제이다. 한편, A는 2차 유언에서 상속의 준거법으로 일본법을 선택하였는바, 이러한 준거법 선택이 유효한지도 검토되어야 한다(V).

II. 유언능력의 준거법 결정

대상판결의 사안에서 X 등은 “2차 유언 당시 A는 입원 중이었고 심신도 상당히 쇠약한 상태였으므로 A가 그 의미를 충분히 이해하지 못한 채 본건 공정증서의 작성에 응하였다”고 주장하면서 A의 유언능력의 存否를 다투었는바, 이는 유언 자체의 문제로서 그 준거법은 ‘법의 적용에 관한 통칙법(이하 ‘통칙법’이라 약칭한다)’ 3) 제37조(유언) 제1항에 의해 결정되어야 한다.⁴⁾ 통칙법 제37조 제1항은 “유언의 성립 및 효력은 그 성립 당시의 유언자의 본국법에 의한다.”고 규정하는바,⁵⁾ 유언 당시 A의 본국법인 한국법⁶⁾이

3) 2006. 6. 21. 법률 제78호로 제정되어 2007. 1. 1.부터 시행된 법을 지칭한다. 통칙법과 한국 국제사법 간의 상세한 비교는 윤남순, “일본 국제사법의 이해”, 『상사판례연구』 제20권 제2호(한국상사판례학회, 2007.06), 180-186면 참조.

4) 櫻田嘉章, 『國際私法[第7版]』(有斐閣, 2020), 344頁.

5) 이는涉外사법 제27조 제1항과 동일하다.

6) 일본에서는 한반도의 분립상태를 ‘양국’의 분립으로 보아 당사자가 在日韓國人인 경우 한국 민법을, 在日北韓人인 경우에는 북한 민법을 본국법으로 보는 견해가 다수설이다. 이에 관한 상세는 山田鐮一, 『國際私法(新版)』(有斐閣, 2003), 107-110頁 참조. 이와 달리, 소수설인 溜池良夫, 『國際私法講義[第3版]』(有斐閣, 2005), 192頁; 木棚照一, “在日韓國·朝鮮人の相續をめぐる國際私法上の諸問題,” 『立命館法學第223·224號(立命館大學法學會, 1992), 612頁은 한반도의 분립상태를 1국 내에 2개의 정부가 대립하고 있는 상태로 보아, 1국 내에 2개의 상이한 법역이 있는 경우에 관한 통칙법 제38조 3항(한국 국제사법 제16조 제3항과 같은 내용이다)을 유추적용해야 한다고 본다. 남북한 특수관계론과 같은 맥락에서 준국제사법적 해결방안을 제시하고 있는 소수설이 이론적으로 보다 타당하다고 생각되지만, 이 글에서는 이 점이 주된 쟁점은 아니므로 이하에서는 일단 일본의 다수설에 좇아 논의를 전개한다. 이 점에 대해 보다 상세한 논의는 정구태·이흥민, “재일동포의 상속에 있어서 준거법 결정에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제

준거법으로 결정된다.

한국 민법 제1061조에 의하면 유언적령은 만 17세이므로 A는 유언적령 요건은 문제 없이 충족한다. 유언은 일신전속적 행위로서 유언의 취지는 망인의 최종적 의사를 존중하는데 있으므로 유언자에게 의사능력이 있으면 유언능력이 인정된다.⁷⁾ 문제는 2차 유언 당시 A에게 의사능력이 있었는지 여부이다.

이와 관련하여 대법원 1980. 12. 23. 선고 80므18 판결은 “뇌혈증으로 병원에 입원치료중인 유언자가 불완전한 의식상태와 언어장애 때문에 말을 하지 못하고 고개만 끄덕거리면서 반응을 할 수 있을 뿐인 의학상 소위 가면성 정신상태 하에서 공증인이 유언내용의 취지를 유언자에게 말하여 주고 ‘그렇소?’라고 묻자 이에 대하여 유언자는 말을 하지 않고 고개만 끄덕끄덕하고 이에 공증인의 사무원이 그 내용을 필기하고 이를 공증인이 낭독하는 방법으로 작성되었다면 이는 유언자가 口授한 것이라고는 할 수 없으므로 무효”라고 판시하였고, 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다34514 판결도 “유언공정증서를 작성할 당시에 유언자가 반혼수상태였으며, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕였다면, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자에게는 의사능력이 없었으며 그 공정증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지를 口授하고 이에 기하여 공정증서가 작성된 것으로 볼 수 없어서, 제1068조가 정하는 공정증서에 의한 유언의 방식에 위배되어 무효”⁸⁾라고 판시하였다. 이는 유언자가 가면성 정신상태나 반혼수상태에 있었다면 유언능력 자체를 인정할 수 없다는 취지로 이해된다.⁹⁾

대상판결이 판시한 바대로 A가 2차 유언을 할 당시 특별히 가면성 정신상태나 반혼수상태였다는 사정은 엿보이지 않으므로, 한국법에 의할 때 1·2차 유언 당시 모두 A의 유언능력은 존재하였던 것으로 판단된다.

Ⅲ. 유언의 방식의 준거법 결정

25권 제1호(한국가족법학회, 2011.03), 85-87면 참조.

7) 신영호·김상훈·정구태, 『가족법강의[제4판]』(세창출판사, 2023), 456면. 유언능력의 판단기준에 관한 상세는 손홍수, “유언능력 유무의 판단기준과 그 판단요소”, 『사법논집』 제55집(법원도서관, 2012), 99-192면; 김현진, “치매와 유언능력의 판단”, 『외법논집』 제41권 제1호(한국외국어대 법학연구소, 2017.02), 321-363면 참조.

8) 이 판결에 대한 평석으로 김민중, “공정증서유언의 유효를 위한 요건”, 『공증과 신뢰』 제4호(대한공증인협회, 2011), 155-178면.

9) 윤진수, 『친족상속법강의[제5판]』(박영사, 2023), 563면.

1. ‘유언의 방식의 준거법에 관한 법률’에 따른 준거법 결정

통칙법 제43조(적용제외) 제2항은 “이 장의 규정은 유언의 방식에 대하여는 적용하지 아니한다.”고 규정하는바, 유언의 방식에 대해서는 별도의 특별법인 ‘유언의 방식의 준거법에 관한 법률’¹⁰⁾이 적용된다. 동법은 1961년 ‘유언의 방식에 관한 법률의 저축에 관한 헤이그협약(이하 ‘헤이그유언협약’이라 한다)’을 비준하여 국내법화한 것으로서, 동법 제2조는 유언은 가급적 유효하게 인정되도록 해야 한다는 “유언에 유리하게(*favor testamenti*)” 원칙의 관점에서 유언자로 하여금 8개의 연결점을 선택할 수 있도록 하고 있다.¹¹⁾

즉, 유언은 그 방식이 ① 행위지법, ② 유언 성립 당시 유언자의 본국법, ③ 사망 당시 유언자의 본국법, ④ 유언 성립 당시 유언자의 주소지법, ⑤ 사망 당시 유언자의 주소지법, ⑥ 유언 성립 당시 유언자의 상거소지법, ⑦ 사망 당시 유언자의 상거소지법, ⑧ 부동산 소재지법(부동산에 관한 유언의 경우) 중 하나에 적합한 때에는 유효로 된다. 사안에서 이들 각각의 준거법은 다음과 같다: ① 일본법, ② 한국법, ③ 한국법, ④ 일본법, ⑤ 일본법, ⑥ 일본법, ⑦ 일본법, ⑧ 일본법. 따라서 A의 1·2차 공정증서방식의 유언은 일본법이나 한국법 중 어느 하나에 적합한 때에는 유효로 된다.

한국 민법 제1068조(공정증서에 의한 유언)에 의하면 “공정증서에 의한 유언은 유언자가 증인 2인이 참여한 공증인의 면전에서 유언의 취지를 구수하고 공증인이 이를 필기낭독하여 유언자와 증인이 그 정확함을 승인한 후 각자 서명 또는 기명날인하여야” 하며, 日本 民法 제969조(공정증서유언)는 “1. 증인 2인 이상의 입회가 있을 것; 2. 유언자가 유언의 취지를 공증인에 구수할 것; 3. 공증인이 유언자의 구술을 필기하여 이를 유언자 및 증인에게 읽어 들려주거나 또는 열람시킬 것; 4. 유언자 및 증인이 필기가 정확함을 승인한 후 각자 여기에 서명하고 날인할 것¹²⁾; 5. 공증인이 그 증서가 전 4호에 정한 방식에 따라 작성되었다는 취지를 부기하여 이에 서명하고 날인할 것”을 요구하고 있다. 사안에서 1차 유언은 아무런 문제가 없는 것으로 보이고, 2차 유언도 口授要件을 제외하면 兩國의 민법이 정한 방식을 모두 충족한 것으로 보인다. 이하에서는 2차 유언에서 口授要件이 충족되었는지를 살펴본다.

10) 1964. 6. 10. 법률 제100호로 제정되어 2006. 6. 21. 법률 제78호로 개정된 법을 지칭한다.

11) 櫻田嘉章(주4), 345-346頁.

12) 그러나 유언자가 서명할 수 없는 경우에는 공증인이 그 사유를 부기하여 서명에 갈음할 수 있다.

2. 공정증서유언의 방식에서 口授要件

가. 공증인의 필기 및 낭독이 口授에 선행한 경우

口授要件과 관련하여 사안에서 2차 유언 당시 공정증서의 원안은 대체로 작성되어 있던바, 만일 시간적으로 공증인의 필기 및 낭독이 A의 口授보다 선행되었다면 이를 적법한 口授로 볼 수 있을지가 문제된다. 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다51550 판결은 일반론으로서 “ ‘유언취지의 구수’ 라고 함은 말로써 유언의 내용을 상대방에게 전달하는 것을 뜻하는 것이므로 이를 엄격하게 제한하여 해석하여야” 한다고 하면서도, 구체적으로 “이 사건 유언공정증서의 작성은 망인의 口授에 의한 것이 아니라 유언 하루 전날 원고가 증인 2명과 함께 공증인 사무실을 찾아가서 공증에 필요한 서면 등을 미리 작성한 후 공증 변호사가 망인의 자택을 방문하여 위 서면에 따라 망인에게 질문을 하여 확인절차를 거치고 망인이 공정증서에 서명날인한 사실, 망인은 1934. 9. 21.생으로 이 사건 유언 당시 만 69세여서 거동이 불편하긴 하나 의식이 명료하고 언어소통에 지장이 없었던 사실, 공증 변호사가 망인에게 유증할 대상자와 유증할 재산에 대하여 묻자 망인은 원고에게 ‘논, 밭, 집터, 집’ 이라고 대답하였고 공증 변호사는 미리 작성하여 온 공정증서의 내용에 따라 망인에게 등기부에 기재된 지번과 평수 및 그 지역에서 부르는 고유명칭을 하나 하나 불러주고 유증의사가 맞는지를 확인한 사실, 그 후 공증 변호사는 망인에게 유언공정증서의 내용을 읽어주고 이의가 없는지를 확인한 후 공정증서 등에 망인과 증인 소외 2, 3의 자필서명을 받은 사실을 인정한 다음, 위와 같이 망인이 의식이 명확한 상태에서 본인의 의사에 따라 유증할 의사를 밝혔고, 사전에 작성하여 온 공정증서에 따라 공증인이 개별 부동산에 대하여 불러준 후 유증의사가 맞는지 확인함과 더불어 유언공정증서의 내용을 낭독하고 이의 여부를 확인한 후 망인의 자필서명을 받은 점에 비추어 이 사건 공정증서에 의한 유언은 유언자의 口授가 있었다고 보아야 할 것이고, 비록 공증인이 미리 유언 내용을 필기하여 왔고 이를 낭독하였더라도 유언자의 口授 내용을 필기하여 낭독한 것과 다를 바 없으므로 이 사건 공정증서에 의한 유언은 민법 제1068조의 요건을 모두 갖추어 유효하다” 고 판단하였다. 兩國의 민법은 모두 공정증서유언의 요건으로서 ‘유언자의 口授→공증인의 필기 및 낭독’의 순서를 요구하고 있지만, 이 판결은 ‘공증인의 필기 및 낭독→유언자의 口授’의 순서를 거쳤더라도 유언자가 의사능력이 있고 유언 자체가 유언자의 진정한 의사에 부합한다면 그 유효성을 부인할 수 없다고 본 것이다.

일찍이 일본 最高裁判所 1968. 12. 20. 判決도 위 대법원판결과 같이 공증인의 필기 및 낭독 후에 유언자의 口授가 있었던 사안에서, “이러한 유언의 방식은 日本 民法 제969조

제2호의 口授와 同條 제3호의 필기 및 낭독이 前後만 바뀐 것으로서, 유언자의 진의를 확보하고 그 정확을 기하기 위하여 유언의 방식을 정한 法意에 반한다고는 할 수 없으므로 同條에서 정한 공정증서에 의한 방식에 위반되지 않는다.” 고 그 유효성을 긍정한 바 있다.¹³⁾

위 대법원판결에 대해서는 “말로 전하거나 가르쳐 준다”는 口授의 사전적 의미에 반하는 것으로서 법률의 문언에 반하는 해석이라는 비판도 없지 않다.¹⁴⁾ 그러나 一說¹⁵⁾이 적절히 언급한 바와 같이, 공정증서유언에 있어서는 유언자의 질병 등 급박한 사유로 공증인이 병상에 출장하여 긴급히 유언서를 작성하는 경우도 적지 않은데, 반드시 위와 같은 순서를 거쳐야만 유효하다고 보는 것은 지나치게 경직된 해석이며, 유언의 내용이 복잡한 경우 유언자가 미리 내용을 정리해 두지 않으면 내용의 일부가 누락될 위험도 있으므로, 단지 필기가 口授보다 앞섰다는 이유만으로 그 유언을 무효라고 단정하는 것은 타당하지 않다.

결국 유언자가 유언의 취지를 정확히 이해할 의사능력이 있고 유언경위에 비추어 유언자의 진의에 기한 것으로 인정할 수 있는 경우에는 설령 공증인이 필기 및 낭독한 후에 유언자가 이를 긍정하는 취지로 口授하였다더라도 口授要件을 충족한 것으로 볼 것이다.¹⁶⁾

나. 유언자에 대하여 受遺者が 영향력을 행사한 경우

사안에서 C는 A의 입원 전부터 공증인에게 위탁하거나 자료를 준비하는 등 A의 유언을 위한 절차를 마련하였고 A가 본건 공정증서의 내용을 口授한 때에도 곁에서 A의 시중을 들었으며, 무엇보다도 “자신 소유의 토지 및 건물·예금·채권 등 모든 상속재산을 B와 X2, C 및 D에게 균등하게 상속시킨다”고 했던 1차 유언과 달리, 2차 유언은 “A의 부동산 및 주식을 모두 C에게 상속시키고 Y회사의 대표이사도 C가 맡는다”는 내용으로 C에게 일방적으로 유리하게 변경되었는바, 본건 공정증서의 작성은 사실상 유언자 A가 아니라 受遺者인 C에 의해 주도된 것으로 볼 여지도 없지 않다. 이처럼 의사능력이 저하된 유언자가 受遺者의 영향을 받아 受遺者에게 다른 공동상속인보다 많은 상속재산을 승계시키는 취지로 유언을 작성한 경우에도 적법한 口授가 있었던 것으로 볼 수 있을지에 관하여,

13) 稲田龍樹, “公正證書遺言の方式”, 『現代裁判法大系⑩相續・遺言』(新日本法規, 1999), 189頁.

14) 박영규, “규정의 목적과 해석”, 『서울법학』 제15권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2008), 70-71면.

15) 정갑주, “공정증서에 의한 유언의 방식”, 『판례월보』 제279호(판례월보사, 1993.06), 17면.

16) 윤진수, “2007년 주요 민법 관련 판례 회고”, 『민법논고VII』(박영사, 2015), 482면.

일본에서는 口授要件을 엄격히 해석하는 嚴格說과 이를 완화하여 해석하는 緩和說의 견해 대립이 있다.¹⁷⁾

살피건대, 이 문제는 결국 입법자가 공정증서유언에서 ‘口授’라는 방식을 요구함으로써 달성하고자 했던 목적이 무엇인지를 살펴봄으로써 그 해결의 실마리를 찾아야 한다. 입법자가 ‘口授’를 요구한 이유는 유언자가 유언의 내용을 ‘음성적 발화’를 통해 능동적으로 공증인에게 전달하고 공증인은 피동적 입장에서 이를 받아들이도록 함으로써 유언의 의사 형성 및 전달에 있어 유언자가 주도권을 가지도록 함에 있다.¹⁸⁾ 그렇다면 설령 유언 당시 주위에 있던 자가 자신의 요망사항을 전달하는 등 유언자에게 일정 부분 영향력을 행사하였다고 하더라도, 유언자가 그 시점에서 유언의 내용을 ‘통제’할 수 있는 의사형성의 자유를 가지고 음성적 발화를 통해 자신의 진의를 전달하였다면 일응 적법한 口授로 볼 것이다.

이는 공증인이 미리 작성한 초안을 바탕으로 유언자에게 질문을 하고 유언자가 肯定이나 否定의 답변을 하는 형태로 유언이 행해진 경우에도 마찬가지이다.¹⁹⁾ 대법원 2008. 2. 28. 선고 2005다75019 판결도 이러한 취지로 이해할 수 있다. 이 판결의 사안에서 피고들은 공증인에게 원고와 피고들의 어머니인 망인이 증인들의 참석 하에 이 사건 부동산 중 망인의 소유인 2분의 1 지분을 원고를 배제한 채 피고들에게 절반씩 유증하는 내용의 유언을 하기로 하였다면서 공정증서에 의한 유언 절차를 의뢰하였고, 이에 공증인은 피고들로부터 전해들은 내용 그대로 미리 유언공정증서를 작성하여 이를 소지하고 망인의 병실을 찾아가 증인들이 참석한 상태에서 망인에게 “이 사건 부동산 중 망인의 지분을 피고들에게 2분의 1씩 유증하겠느냐”고 유언취지 그대로 질문을 하였으며, 망인이 “그렇게 하라”고 답변하자 유언공정증서에 망인과 증인들로 하여금 서명하도록 하였다. 이에 대하여 대법원은 “사정이 그러하다면, 유언자인 망인은 의식이 명확한 상태에서 본인의 의사에 따라 유증할 의사를 밝힌 것으로 볼 수 있”다고 하면서, “망인은 공증인의 질문에 대하여 ‘그렇게 하라’는 내용의 구술 답변을 한 후 유언공정증서를 확인하고 증인들과 함께 서명하였던 것으로서 공증인의 진술에 유도되어 단순히 수증하는 답변 태도를 취한 것으로

17) 이에 관한 상세는 金山直樹, “公正證書遺言における方式と遺言者の意思”, 『新家族法實務大系④相續 [II] -遺言・遺留分-』(新日本法規, 2008), 113-115頁 참조.

18) 김형석, “유언의 성립과 효력에 관한 몇 가지 문제”, 『민사판례연구』 제38권(민사판례연구회, 2016.02), 1071-1072면도 “유언의 내용을 그 진의에 따라 유언자 스스로 주도권을 가지고 형성하여 전달해야 하고 공증인 그 밖의 다른 사람의 영향을 받아서는 안 된다”고 한다.

19) 김형석(주18), 1072면도 “공증인이 작성한 초안을 낭독하는 경우에도 유언자가 그 시점에 내용 채택·변경의 통제권을 가지고 자신의 의사를 표명하였다고 평가될 수 있”다면 口授에 해당한다고 본다.

로는 보이지 않는바, 유언 당시 망인의 의사식별능력, 유언에 이르게 된 경위[에 비추어], 비록 망인이 공증인의 질문에 대하여 ‘그렇게 하라’는 내용의 답변을 하였지만, 이는 유언취지 그대로 물은 공증인의 질문 내용을 충분히 이해하고 그에 따른 절차를 취하라는 취지의 의사를 표시한 것이어서 실질적으로 그 질문 내용과 같은 의사를 표시한 것이고 또한 그 답변을 통하여 인정되는 유언 취지가 망인의 진정한 의사에 기한 것으로 볼 수 있는 여지가 어느 정도 인정” 되므로, 이 사건 유언에 대하여 口授要件을 쉽게 부정할 수는 없다고 판시하였다.

다만, 法文에서 방식요건으로서 ‘口授’를 명언하고 있는 이상 유언자의 음성적 발화는 반드시 있어야 하며,²⁰⁾ 설령 유언자에게 언어능력장애가 있다고 하더라도 口授要件을 ‘거동’으로 대체할 수는 없다고 보아야 한다.²¹⁾ 단순한 거동의 경우에는 유언자가 이를 통해 주도적으로 유언의 내용을 형성할 수 있는 가능성이 담보되지 않는바, 거동까지 口授로 보게 되면 유언자의 주도적 의사형성 및 그 전달을 위해 음성적 발화를 요구하는 입법 취지가 몰각된다.²²⁾

같은 맥락에서 유언자가 口授를 전혀 하지 않은 채 유언내용을 사전에 서면으로 공증인에게 전달하는 방식도 口授要件을 충족시키는 것으로 볼 수 없다.²³⁾ 이와 달리 日本 大審院 1934. 7. 10. 判決은 유언자가 口授를 전혀 하지 않고 처음부터 내용의 전부를 기재한 서면을 제출한 후 공증인이 이를 바탕으로 필기한 다음, 유언자로부터 “유언의 취지는 서면과 같다”는 답변을 듣고 공정증서를 작성한 경우에도 그 유언은 유효하다고 판시하였고, 日本 最高裁判所 2004. 6. 8. 判決도 유언자가 변호사에게 먼저 유언의 취지를 전달하고 이에 따라 변호사가 서면을 작성한 후 이를 공증인에게 팩스로 보낸 다음, 유언자가 증인이 도착하기 전에 공증인에게 유언의 취지를 말한 사안에서도 그 유언의 유효성을 인정하였는바,²⁴⁾ 이러한 판례는 口授要件을 형해화하는 것으로서 타당하다고 할 수 없다.²⁵⁾

20) 일본에서 같은 취지의 견해로 二宮周平, 『家族法[第3版]』(新世社, 2010), 390-391頁.

21) 이와 달리, 유언자가 언어능력의 장애로 口授할 수 없는 경우에는 거동도 口授로 볼 수 있다는 견해로 이재성, “공정증서에 의한 유언의 방식”, 『이재성 판례평석집[Ⅶ]』(육법사, 1988), 509면; 김영희, “구수증서유언과 유언에 있어서 구수의 의의”, 『가족법연구』 제21권 제3호(한국가족법학회, 2007.11), 365면.

22) 김형석(주18), 1073면도 “거동은 단순히 긍정과 부정만 표현할 수 있고 적극적으로 내용을 형성하거나 공증인의 초안을 정정할 가능성이 거의 없으며, 공증인이 질문내용을 통해 유언의 방향을 이끌어 갈 수 있어 유언자의 진의도 담보하기 어렵다”고 한다.

23) 김형석(주18), 1074면. 반면에 이 또한 적법한 口授로 보는 견해로 이재성(주21), 509면.

24) 이 판결의 사실관계 및 소송경과에 대한 상세는 金山直樹(주17), 102-107頁 참조.

25) 二宮周平(주20), 391頁도 실무상 유언서를 먼저 작성한 다음 유언자에게 口授하는 절차가 일반화되어 있기 때문에 口授의 정도까지 완화되어서는 안 된다고 하면서, 유언자가 유언내용을 이해한 후에 답변하는

결론적으로 사안에서 A의 2차 유언 당시 C가 A에게 자신의 요망사항을 전달하는 등 A에 대하여 일정 부분 영향력을 행사하였다고 하더라도, 유언경위에 비추어 A는 유언 당시 유언의 취지를 정확히 이해할 능력이 있었고 유언의 내용을 통제할 수 있는 의사형성의 자유를 가지고 있었으며 음성적 발화를 통해 자신의 진의를 공증인에게 전달하였으므로, A의 2차 유언은 兩國 민법상 공정증서유언 방식에서의 口授要件을 모두 충족하였다고 판단된다. 그렇다면 대상판결이 “A의 유언 내용에 관한 C의 要望이 있었다고 하더라도 A가 이를 이해하지 않은 채 수용하여 본건 공정증서작성시에 진술하였다고까지 인정할 수는 없”다고 하면서, 2차 유언의 유효성을 인정한 것은 결과적으로 타당하다. 이하에서는 A의 1·2차 유언이 한국법에 의하든 일본법에 의하든 모두 적법하게 성립된 것을 전제로 논의를 전개한다.

IV. 유언의 내용적 저촉에 관한 준거법 결정과 유언의 해석

1. 유언의 내용적 저촉에 관한 준거법의 결정

사안에서 A는 1차 유언시 “자신 소유의 토지 및 건물, 예금, 채권 등 모든 상속재산을 B와 X2, C 및 D에게 균등하게 상속시키며 유언집행자를 X2로 한다”고 하였으나, 2차 유언에서는 “자신 소유의 부동산 및 주식을 C에게 상속시키고 X1 및 X2에게는 Y회사의 주식은 물론 아무 것도 상속시키지 않으며 유언집행자를 C로 한다.”고 하였는바, 1차 유언과 2차 유언은 내용적으로 일부 저촉된다. 즉, A는 1차 유언에서는 ‘토지 및 건물, 예금, 채권’을 明言한 반면, 2차 유언에서는 ‘부동산 및 주식’만 明言하고 예금과 채권에 대해서는 明言하지 않았으며, 1차 유언에서는 모든 상속재산을 “B와 X2, C 및 D에게 균등”하게 상속시킨다고 하였으나, 2차 유언에서는 부동산 및 주식을 모두 ‘C’에게만 상속시킨다고 하였다. 그리고 1차 유언에서는 유언집행자를 X2로 한다고 하였으나, 2차 유언에서는 유언집행자를 C로 한다고 하였다.

이와 같이 前後의 유언이 내용적으로 저촉되는 경우 어느 유언을 우선할 것인가가 문제된다. 통칙법 제37조 제2항은 “유언의 취소는 그 당시의 유언자의 본국법에 의한다.”고 규정하는바, 여기서 ‘취소’라 함은 의사표시의 하자에 의한 취소가 아니라²⁶⁾ 유언자의

것인지를 확인할 필요가 있다고 한다. 久貴忠彦 執筆部分, 『新版 注釋民法(28)[補訂版]』(有斐閣, 2002), 111頁도 위 大審院 判決은 口授要件을 지나치게 완화한 것이라고 비판한다.

26) 이는 통칙법 제37조 제1항에 따라 유언의 성립과 효력에 관한 준거법에 의한다.

‘임의에 의한 철회’를 지칭하는 것이다.²⁷⁾ 대상판결과 같이 뒤에 행해진 유언이 앞에 행해진 유언과 내용적으로 모순되는 경우에 어느 것이 우선하는지는 유언의 취소가 아니라 유언의 실질적 성립요건의 문제로서 통칙법 제37조 제1항에 따라 유언의 준거법에 의해야 한다는 것이 일본의 通說이다.²⁸⁾²⁹⁾ 이에 의하면 2차 유언 당시 A의 본국법인 한국법이 준거법으로 결정된다.

만일 이 사안에 한국의 국제사법이 적용되어야 한다면 준거법은 어떻게 결정되어야 하는가? 이에 대하여 한국의 종래 통설은, 이 문제는 유언으로써 한 법률행위와 관련하여 비로소 의미를 가지고, 유언 자체의 문제로서 통일적으로 다룰 필요가 없으므로, 유언 자체의 문제가 아니라 유언으로써 한 법률행위 내지 그에 의하여 성립한 법률관계의 문제로 다루어 그 준거법(상속준거법 등)에 의해야 한다고 해석하는 입장인 반면,³⁰⁾ 근래의 소수설은 우리 국제사법 제78조 제2항이 명문으로 ‘철회’라고 규정하고 있고, 법정철회도 철회의 문제인 이상 이 문제는 유언 철회의 준거법에 의해야 한다고 해석하고 있다.³¹⁾

결론부터 말한다면, 필자는 ① 선후 유언의 내용상 모순, 선행유언의 후행 생전처분과의 충돌, 유언장이나 유증목적물의 파훼 등이 유언의 철회간주(법정철회) 사유가 되는지의 문제와, ② 그것이 법정철회에 해당하는 경우 선행유언의 구속력이 복멸되는지의 문제는 구별되어야 한다고 생각한다. 종래 한국의 해석론은 兩者를 구분하지 않아 通說과 이를 비판하는 소수설 간에 마치 학설대립이 있는 것과 같은 외관이 형성되었다. 그러나 필자의 이해에 따르면 통설은 ②의 문제에 관한 것이고, 소수설은 ①의 문제에 관한 것이어서, 兩者는 서로 대립되는 견해가 아니라 차원이 다른 문제에 관한 각각의 해석론이 아닌가 생

27) 櫻田嘉章(주4), 345頁.

28) 櫻田嘉章(주4), 345頁(단, 同所에 의하면 異說도 있다고 한다).

29) 그리하여 林貴美 執筆部分, 『注釋 國際私法 第2卷』(有斐閣, 2011), 217頁은, 통칙법 제37조 제2항이 구체적으로 적용되는 것은 유언 취소에 필요한 능력, 취소의 의사표시의 하자, 취소의 효력발생시기 등의 문제라고 한다.

30) 신창섭, 『국제사법[제5판]』(세창출판사, 2022), 383면. 김문숙 집필부분, 온주 국제사법 제78조, 2023. 그 밖에 장준혁 집필부분, 『주해 상속법 제2권』(박영사, 2019), 1435면 주84에 인용된 문헌들도 참조.

31) 최홍섭, 『한국 국제사법 I: 법적용을 중심으로』(한국학술정보, 2019), 424면: “이 문제는 나중의 유언이나 유언과 다른 생전행위를, 또는 유언서나 유증목적물의 파손을 철회의 의사표시로 볼 것인가 말 것인가의 문제이기 때문에, 유언 철회의 의제(간주)문제는 제78조 제2항의 유언 철회의 준거법에 따라 그러한 행위(나중의 유언행위, 유언과 다른 생전행위, 유언서나 유증목적물의 파손행위)가 행해진 당시의 유언자의 본국법에 의해 판단하는 것이 옳을 것이다.”; 장준혁 집필부분(주30), 1435면: “어떤 행위가 유언의 철회간주(법정철회)의 사유가 되는지는 국제사법상 유언철회의 문제에 포함되어 國私 § 78②이 정하는 준거법에 의한다고 해석함이 타당하다. 가령 유언자가 유언장을 찢은 후 본국법을 변경하고 사망했다면, 유언장 파훼가 유언철회에 해당하는지는 ‘사망시’의 본국법(§ 77①)이나 유언자가 상속준거법으로 선택한 법(§ 77②)이 아니라, ‘유언장 파훼시’의 본국법(§ 78②)에 의해 판단되어야 한다.”

각된다. 즉, ①의 문제는 한국 국제사법 제78조 제2항이 명언하는 ‘철회’에 관한 문제로서 철회 당시 유언자의 본국법이 준거법으로 결정되어야 하고, ②의 문제는 철회되는 유언의 구속력에 관한 것으로서, 이미 행해진 유언이 철회된 것으로 보아야 하는지 또는 저촉되는 선후의 유언 중 어느 것을 우선할 것인지는 유언의 실질적 내용을 구성하는 법률행위와 보다 밀접한 관련을 갖는 문제이기 때문에, 유언의 철회의 준거법이 아니라 유언의 실질적 내용을 이루는 법률관계의 준거법(가령 상속준거법)에 따라야 한다.³²⁾

2. 1·2차 유언의 내용적 저촉

한국 민법 제1109조(유언의 저촉)는 “전후의 유언이 저촉되는 경우에는 그 저촉된 부분의 전 유언은 이를 철회한 것으로 본다.”고 규정하므로 2차 유언에 의해 1차 유언과 저촉되는 부분은 철회된 것으로 간주된다.³³⁾ 그리하여 “모든 상속재산을 B와 X2, C 및 D에게 균등”하게 상속시킨다고 한 1차 유언 중 “부동산 및 주식을 C에게” 상속시킨다고 한 2차 유언과 저촉되는 부분은 철회된 것으로 간주되고, “유언집행자를 C로 한다”고 한 2차 유언에 의해 “유언집행자를 X2로 한다”고 한 1차 유언 부분도 철회된 것으로 간주된다.

그런데 모든 상속재산을 명기한 1차 유언과 달리 2차 유언에서는 ‘부동산 및 주식’만 명기되어 있는바, 2차 유언에 명기되지 않은 ‘예금과 채권’에 대해서는 前後의 유언 간에 저촉이 없으므로 1차 유언의 효력이 그대로 유지되고, 다만 1차 유언에서는 예금과 채권을 B와 X2, C 및 D에게 균등하게 상속시킨다고 하였으나, 2차 유언에서는 X2에게 아무것도 상속시키지 않는다고 하였으므로 1차 유언에서 X2에게 예금과 채권을 상속시킨다는 부분만 철회된 것으로 간주된다.

결국 1차 유언 중 “자신 소유의 토지 및 건물·예금·채권 등 모든 상속재산을 B와 X2, C 및 D에게 균등하게 상속시키며” 부분은, B·X2·C 및 D를 포괄적 수증자로 하고, 각 포괄적 수증자의 수증분을 각 1/4로 하는 내용의 포괄유증으로 해석할 수 있는바, 1차 유언이 포괄유증임을 전제로 2차 유언은 ‘포괄유증 후 부동산 및 주식에 대한 특정물 상속’ 및 ‘X2에 대한 포괄유증의 철회’로 해석할 수 있다.

32) 장준혁 집필부분(주30), 1436면이 “철회에 의해서든 철회간주에 의해서든, 사후적으로 유언의 효력이 복멸될 수 있는지의 문제가 있다.”고 하면서, “‘철회되는 유언’ 자체의 실질준거법에 의한다.”고 하는 것은 이러한 취지로 이해된다.

33) 김형석(주18), 1077면은 앞의 유언과 뒤의 유언 사이에 내용상 양립할 수 없어 두 유언을 모두 실현시킬 수 없는 부분이 있으면 그 부분에 대하여 전 유언이 철회된 것으로 간주된다고 한다.

대법원 1998. 5. 29. 선고 97다38503 판결도 이러한 해석의 타당성을 방증한다. 이 판결의 사안에서 甲은 자필증서유언으로 乙에게 甲 소유의 X회사 주식과 Y토지의 일정 지분을 유증한 후 X회사 주식을 처분하였는데, 이로써 Y토지에 대한 유증도 철회된 것인지가 문제되었다. 이에 대하여 이 판결은 甲이 X회사의 주식을 처분하였다면 그 저촉되는 한도인 X회사 주식에 대한 유증만 철회될 뿐, Y토지에 대한 유증까지 철회되는 것은 아니라고 판시하였다.³⁴⁾

한편, A는 1차 유언에서 B, X2, C 및 D에게 모든 재산을 상속시킨다고 하면서 X1은 의도적으로 제외하였는바, 1차 유언에 나타난 A의 의사는 적어도 X1에게는 아무런 재산도 상속시키지 않을 의사였다고 보는 것이 합리적이다. 그런데 A는 2차 유언에서도 X1과 X2에게는 아무 것도 상속시키지 않는다고 하였으므로, 적어도 X1에 대해서는 前後의 유언간에 저촉되는 부분이 없다. 대법판결이 이와 같은 취지에서 “舊 유언에서는 B, X2, C 및 D에게만 모든 재산을 상속시키고, X1이 상속재산을 취득하는 것에 대해서는 아무런 정함이 없어 舊 유언은 X1에게는 아무런 재산도 취득시키지 않을 의사였다고 해석되는바, 본건 유언에서 A가 이러한 취지를 변경한 것으로 인정되는 사정은 엿볼 수 없다.” 고 판시한 것은 결과적으로 타당하다.

V. 유언의 효력의 준거법 결정과 준거법에 따른 유언의 효력

1. 유언의 효력의 준거법 결정

가. 1차 유언의 효력의 준거법 결정

1차 유언에는 아래에서 보는 2차 유언과 달리 명시적인 준거법 선택이 없었으므로, 통칙법 제36조(상속)에 의해 그 효력의 준거법은 A의 본국법인 한국법으로 결정된다.

가. 2차 유언의 효력의 준거법 결정

A는 1차 유언에 의해 대여금채권을 B·C·D에게 유증하였고, 2차 유언에 의해 부동산 및 주식을 C에게 상속시켰는바, A는 1·2차 유언을 통해 X 등을 배제함으로써 법정상속에 따른 효과를 변경하고자 하였으므로, 그 유언의 효력은 통칙법 제37조 제1항에 따라 결

34) 이 판결에 찬성하는 견해로 정소민, “유언의 해석”, 『비교사법』 제22권 제1호(한국비교사법학회, 2015.02), 340면.

정되는 유언의 준거법이 아니라 통칙법 제36조에 의하여 결정되는 상속의 준거법에 의하여야 한다.³⁵⁾ 유언의 집행에 관한 문제도 유언 내용의 실현에 관한 것이므로 유언의 준거법이 아니라 그 실질의 준거법에 의하여야 한다.³⁶⁾

통칙법 제36조(상속)는 “상속은 피상속인의 본국법에 의한다.” 고 규정하는바,³⁷⁾ A의 유언의 효력의 준거법은 A의 본국법인 한국법으로 결정된다. 그런데 통칙법 제41조(反致)는 “당사자의 본국법에 의하여야 할 경우에 그 나라의 법에 의하면 일본법에 의하여야 하는 때에는 일본법에 의한다.” 고 규정하고 있으므로, 한국 국제사법에 의할 경우 A의 상속에 관하여 일본법이 준거법으로 결정된다면 일본법으로의 反致가 인정된다.³⁸⁾

한국 국제사법 제77조(상속) 제2항은 섭외사법 제26조³⁹⁾와 달리 당사자자치원칙을 제한적으로 도입하였는바,⁴⁰⁾ 피상속인이 명시적으로 “지정 당시 피상속인의 일상거소가 있는 국가의 법(피상속인이 사망시까지 그 국가에 일상거소를 유지한 경우에 한한다)”⁴¹⁾이나 “부동산에 관한 상속에 대하여 그 부동산의 소재지법”⁴²⁾을 지정한 경우, 국제사법 제77조 제1항에도 불구하고 그 법이 준거법으로 결정된다.⁴³⁾

35) 櫻田嘉章(주4), 344頁.

36) 한국법의 해석론으로서 이러한 취지로 김연·박정기·김인유, 『국제사법[제4판]』(법문사, 2022), 470면.

37) 통칙법은 한국 국제사법과 마찬가지로 상속통일주의 및 본국법주의를 채택하고 있다. 裴薰, “在日韓國人の相續をめぐる諸問題”, 『新家族法實務大系③相續I』-遺言·遺留分-(新日本法規, 2008), 509頁.

38) 西山慶一, “在日韓國人の遺言による相續準據法の指定”, 『ジュリスト』第1210號(有斐閣, 2001.10), 164頁.

39) 통칙법 제36조와 동일하다.

40) 통칙법상으로는 국제상속에서의 당사자자치원칙이 도입되어 있지 않다. 木柵照一, 『國際相續法の研究』(有斐閣, 1995), 230頁에서는 法例 제7조 제1항(법률행위의 성립 및 효력에 대하여는 당사자의 의사에 따라 어느 나라의 법률에 의하여야 할 것인가를 정한다. 통칙법 제7조와 동일하다)에 따라 일본법의 해석상으로도 당사자자치원칙을 인정할 수 있다고 주장한다. 국제가족법에서 당사자자치원칙의 도입에 관한 일본에서의 상세한 논의로 木柵照一, “國際家族法における本國法主義の変遷と当事者自治の原則の導入”, 『家族法の理論と実務(中川淳先生傘壽記念論集)』(日本加除出版, 2011), 1-33頁 참조.

41) 이는 피상속인의 입장에서 생활의 근거지법이 적용되기를 바라는 희망에 부응하기 위함이다. 석광현, 『국제사법해설』(박영사, 2013), 557면.

42) 이는 상속과 부부재산제 및 물권의 준거법을 일치시킴으로써 이들이 달라질 경우 발생할 수 있는 복잡한 법률문제를 회피하기 위함이다. 석광현(주41), 558면.

43) 이는 1989년 “사망에 의한 재산상속의 준거법에 관한 헤이그협약”에 따른 것으로서, 상속은 부부재산제와 함께 신분법과 재산법이 교착하는 제도임을 고려한 것이다. 즉, 피상속인과 상속인을 중심으로 본다면 피상속인의 속인법주의가 적절한 반면, 상속재산 소재지의 이해관계인을 중심으로 본다면 재산소재지법주의가 합리적이므로, 양 주의의 대립을 지양하는 새로운 시도로서 일정한 범위에서 당사자자치를 인정하게 된 것이다. 신창선·윤남순, 『新國際私法[제2판]』(fides, 2016), 384면. 다만, 당사자자치원칙을 전면적으로 인정하지 않고 제한적으로만 인정한 것은 이를 광범위하게 인정할 경우 특히 유류분권리자 등 이해관계인의 권리를 침해할 염려가 있고, 나아가 이러한 준거법 선택이 외국에서 승인될지 여부도 불확실

1차 유언에서는 준거법 선택에 관한 언급이 없었던 반면, 2차 유언에서 A는 명시적으로 “본 유언기재의 재산에 관한 상속의 준거법을 일본법으로 지정한다” 고 하였고, 다른 한편 A는 2차 유언 당시는 물론 사망시까지도 일본에 생활의 중심을 가지고 있었으므로,⁴⁴⁾ A의 준거법 선택이 유효하다면 2차 유언의 효력에 대해서는 A가 준거법으로 선택한 일본법(A의 일상거소지법)으로의 反致가 인정된다.⁴⁵⁾

국제사법 제77조 제2항에 따른 준거법 선택은 유언에 적용되는 방식에 의하여야 하는바, 그 방식의 적법성은 국제사법 제78조 제3항에 의해 판단되어야 한다.⁴⁶⁾ 국제사법 제78조 제3항에 의하면 유언은 ① 유언자의 유언 당시 본국법, ② 유언자의 사망 당시 본국법, ③ 유언자의 유언 당시 일상거소지법, ④ 유언자의 사망 당시 일상거소지법, ⑤ 유언당시 행 위지법, ⑥ 부동산소재지법(부동산에 관한 유언의 경우) 중 어느 하나의 법이 요구하는 방식을 충족하면 적법하다.⁴⁷⁾ 사안에서 이들 각각의 준거법은 다음과 같다: ① 한국법, ② 한국법, ③ 일본법, ④ 일본법, ⑤ 일본법, ⑥ 일본법. 따라서 A의 2차 유언이 한국법이나 일본법 중 어느 하나에 적합한 경우 A의 준거법 선택은 적법하다. 위 III. 2.에서 본 바와 같이 A의 2차 유언은 한국법에 의하든 일본법에 의하든 방식의 유효성이 인정되므로, A의 준거법 선택은 방식의 요건을 충족한다.

결국 통칙법 제36조(상속)와 제41조(反致) 및 국제사법 제77조 제2항 제1호에 의하여 2차 유언의 효력에 관하여는 A가 준거법으로 선택한 일본법이 준거법으로 결정된다.

2. 유언의 효력

가. 한국법에 따른 1차 유언의 효력

1·2차 유언을 종합하면 1차 유언은 부동산 및 주식을 제외한 모든 상속재산을 B·C·D에게 각 1/3의 비율로 포괄유증한 것으로 해석되므로, 포괄유증에 물권적 효력을 인정하는 국내의 통설⁴⁸⁾과 판례⁴⁹⁾에 따르면 B·C·D는 상속개시시에 곧바로 대여금채권을 취득

하다는 점을 고려한 것이다. 신창섭(주30), 376면.

44) ‘생활의 중심지’로서 일상거소의 의미에 관해 상세한 것은 최홍섭, “국제사법에서 일상거소의 의미와 내용”, 『국제사법연구』 제3호(한국국제사법학회, 1998), 527-528면.

45) 金汶淑(주1), 72頁.

46) 석광현(주41), 557면; 안춘수, 『국제사법[제2판]』(법문사, 2023), 338면.

47) 이는 1961년 헤이그유언협약에 따른 것으로서 “유언에 유리하게(*favor testamenti*)” 원칙에 입각하여 방식의 흠결로 인해 유언이 무효가 되는 것을 방지하기 위함이다. 석광현(주41), 562면.

48) 이러한 통설과 달리 포괄유증에 채권적 효력만을 인정해야 한다는 소수설로서 최병조, “포괄적 유증의 효과”, 『민사판례연구』 제9권,(민사판례연구회, 1987), 197면; 정구태, “유류분권리자의 승계인의 범위

하는 반면, X 등은 이를 취득하지 못한다. 따라서 X 등이 대여금채권을 한국 민법상 법정 상속분인 2/11씩 상속했음을 이유로 Y회사를 상대로 그에 상당한 채무의 이행을 구한 것은 타당하지 않다.

나. 일본법에 따른 2차 유언의 효력

1) 부동산 및 주식의 상속

2차 유언에서 A는 부동산과 주식을 모두 C에게만 상속시키겠다고 하였는바, 일본법상 그 효력을 어떻게 볼 것인가가 문제된다. 특정재산을 특정 상속인에게 “상속시킨다(相續させる)”는 유언(이하 ‘특정물상속’이라 한다)의 효력에 관하여 일본에서는 치열한 논쟁이 있었는바,⁵⁰⁾ 일본 最高裁判所 1991. 4. 19. 判決은 “유언서에 특정 상속재산을 특정 상속인에게 ‘상속시킨다’는 취지의 유언자의 의사가 표명되어 있는 경우 유언자의 의사는 제반 사정을 고려하여 그 상속재산을 그 상속인에게 다른 공동상속인과 공동으로가 아니라 단독으로 상속시킨다는 취지라고 해석하는 것이 합리적인 의사해석이며, 유언서의 기재에서 그 취지가 유증이라는 것이 명백하게 드러나거나 유증으로 해석할만한 특별한 사정이 없는 한 유증으로 해석해서는 안 된다”고 판시함으로써 그간의 논란을 종식시켰다.⁵¹⁾ 이에 의하면, 유언에 의해 특정 재산을 상속받은 특정 상속인은 상속개시와 동시에 그 재산을 당연히 취득하고 등기 없이도 그 재산이 자신의 소유임을 제3자에게 대항할 수 있다(相續財産 分割效果說).⁵²⁾ 그리하여 C는 2차 유언에 의해 상속개시와 동시에 부동산 및 주식을 단독으로 취득하고 등기나 인도 없이도 이를 제3자에게 대항할 수 있게 된다.

2) “아무 것도 상속시키지 않는다.”는 유언의 효력

-포괄적 유증의 법적 성질에 대한 종래 통설의 비판적 검토-, 『안암법학』 제28호(안암법학회, 2009.01), 115~154면; 이진기, “유증제도의 새로운 이해 -포괄유증과 특정유증의 효력에 관한 의문을 계기로-”, 『가족법연구』 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016.03), 219~258면; 박영규, “유증의 법률관계 -포괄유증을 중심으로-”, 『법학연구』 제26권 제1호(연세대학교 법학연구원, 2016.03), 237~267면 참조. 이러한 소수설에 대하여 물권적 효과설에 입각한 통설의 반론으로서 현소혜, “포괄적 유증론 -물권적 효과설의 관점에서-”, 『가족법연구』 제31권 제1호(한국가족법학회, 2017.03), 291~328면 참조.

49) 대법원 2003. 5. 27. 선고 2000다73445 판결: “포괄적 유증을 받은 자는 민법 제187조에 의하여 법률상 당연히 유증받은 부동산의 소유권을 취득하게 [된다].”

50) 이 문제를 상세히 다룬 국내 문헌으로 안영하, “일본의 상속시킨다는 취지의 유언에 대한 일고찰”, 『가족법연구』 제21권 제1호(한국가족법학회, 2007.03), 213~248면 참조.

51) 이 판결에 찬동하는 취지의 평석으로 우선 水野謙 “「相續させる」旨の遺言の解釋”, 『民法判例百選 [Ⅲ] 親族・相續』(有斐閣, 2015), 174~175頁 참조.

52) 상세한 것은 현소혜, 『유언의 해석』(경인문화사, 2010), 266~267면 참조.

A는 2차 유언에서 “X1과 X2에게는 아무 것도 상속시키지 않는다.” 고 하였는바, 이를 X 등의 법정상속분을 박탈하는 취지의 유언으로 해석한다면 -X 등에게 상속 폐제사유⁵³⁾가 있었던 경우가 아닌 한- 이러한 유언은 유언법정주의⁵⁴⁾에 위배되어 효력이 없다. 다만, 유언에 유리하게(*favor testamenti*)” 원칙의 관점에서 그 유언의 취지는 부동산과 주식을 C에게, 대여금채권을 B·C·D에게 각각 상속시킴으로써 결과적으로 X 등을 상속에서 배제한다는 의미로 이해하면 족할 것이다.

3) Y회사의 주식에 대한 유류분반환방법

A는 2차 유언에서 X1과 X2는 Y회사의 주식을 일절 취득할 수 없다고 하면서, “X1과 X2의 유류분반환청구가 있다면 다른 재산에서 하도록” 함으로써 Y회사의 주식은 유류분 반환대상에서 제외하도록 하였는바, 이 또한 유언법정주의에 반하므로 효력이 인정되지 않는다. 다만, A가 일본법을 준거법으로 선택한 결과, 수유자에서 제외되어 아무런 재산도 상속받지 못하게 된 X 등이 C를 상대로 유류분반환청구권을 행사하면서 유류분침해액 상당의 Y회사의 주식에 대한 원물반환을 청구한 경우에도, C는 개정 전 일본민법 제1041조 제1항⁵⁵⁾이 규정하는 가액배상권을 행사하여 원물반환의무를 면할 수 있다.⁵⁶⁾

VI. 結語

이상에서의 논의를 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 대상판결이 A의 상속에 관한 법률관계가 외국적 요소가 있는 사건임을 간과하고 준거법 결정에 관한 아무런 판단 없이 단순히 일본의 실질법을 적용한 것은 국제사법적 思考가 결여된 소치로서 명백한 오류이다.

53) 피상속인을 확대하거나 또는 이에 중대한 모욕을 가한 때 또는 추정상속인에게 그 밖의 현저한 비행이 있을 때.

54) 山川一陽, 『親族法·相續法講義[第3版補訂]』(日本加除出版, 2005), 326頁.

55) 개정 전 일본민법 제1041조(가액에 의한 배상) ① 수증자 및 수유자는 반환하게 되는 한도에서 증여 또는 유증의 목적의 가액을 유류분권리자에게 배상하여 반환의무를 면할 수 있다.

56) 일본이 2018년 민법 개정으로 유류분반환방법에 있어 가액반환주의를 취함에 따라 유류분권리자는 2018년 개정 일본민법 시행(2019. 7. 1.) 후에는 제1046조 제1항에 의해 유류분 침해액에 상당한 금전반환만을 구할 수 있게 되었다. 개정 후 일본민법 제1046조(유류분침해액의 청구) ① 유류분권리자 및 그 승계인은 수유자(특정재산승계 유언에 따라 재산을 승계하거나 상속분의 지정을 받은 상속인을 포함한다. 이하 이 장에서 같다.) 또는 수증자에 대하여 유류분침해액에 상당하는 금전의 지급을 청구할 수 있다.

둘째, 1·2차 유언 당시 A에게 유언능력이 있었는지는 유언의 준거법으로서 A의 본국법인 한국법에 의하여 판단되어야 하는바, 이에 의하면 A는 1·2차 유언 당시 모두 유언능력이 있었던 것으로 보인다. 1·2차 유언이 공정증서방식의 口授要件을 충족하여 적법하게 성립되었는지는 한국법이나 일본법에 의하여 판단되어야 하는바, 1·2차 유언은 한국법에 의하든 일본법에 의하든 口授要件을 충족하여 적법하게 성립된 것으로 보인다.

셋째, A가 행한 1차 유언과 2차 유언은 내용적으로 일부 저촉되는바, 저촉되는 부분 중 어느 것을 우선할 것인지는 유언의 준거법으로서 A의 본국법인 한국법에 의하여 판단되어야 한다. 한국법에 따라 A의 1·2차 유언을 해석하면 A는 Y회사에 대한 대여금채권을 B·C·D에게 포괄유증하고, 부동산 및 주식은 C에게 상속시킨 것으로 판단된다.

넷째, 1차 유언의 효력의 준거법은 상속의 준거법인 한국법으로 결정된다. 이와 달리, A는 2차 유언에서 명시적으로 일상거소지법인 일본법을 준거법으로 선택하였으므로 A가 선택한 일본법으로의 反致가 인정되어 2차 유언의 효력의 준거법은 일본법으로 결정된다. 1·2차 유언을 종합하면 1차 유언은 부동산 및 주식을 제외한 모든 상속재산을 B·C·D에게 각 1/3의 비율로 포괄유증한 것으로 해석되므로, 포괄유증에 물권적 효력을 인정하는 국내의 통설과 판례에 따르면 B·C·D는 상속개시시에 곧바로 대여금채권을 취득하는 반면, X 등은 이를 취득하지 못한다. 한편, 일본의 판례에 따르면 C는 상속개시와 동시에 부동산 및 주식을 단독으로 취득하고 등기나 인도 없이도 이를 제3자에게 대항할 수 있다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

가. 단행본

- 김 연 · 박정기 · 김인유, 『국제사법[제4판]』(법문사, 2022)
석광현, 『국제사법해설』(박영사, 2013)
신영호 · 김상훈 · 정구태, 『가족법강의[제4판]』(세창출판사, 2023)
신창선 · 윤남순, 『新國際私法[제2판]』(fides, 2016)
신창섭, 『국제사법[제4판]』(세창출판사, 2022)
안춘수, 『국제사법[제2판]』(법문사, 2023)
윤진수, 『친족상속법강의[제5판]』(박영사, 2023)
최홍섭, 『한국 국제사법 I : 법적용을 중심으로』(한국학술정보, 2019)
현소혜, 『유언의 해석』(경인문화사, 2010)

나. 일반논문

- 김민중, “공정증서유언의 유효를 위한 요건”, 『공증과 신뢰』 제4호(대한공증인협회, 2011)
김영희, “구수증서유언과 유언에 있어서 구수의 의의”, 『가족법연구』 제21권 제3호(한국가족법학회, 2007.11)
김현진, “치매와 유언능력의 판단”, 『외법논집』 제41권 제1호(한국외국어대 법학연구소, 2017.02)
김형석, “유언의 성립과 효력에 관한 몇 가지 문제”, 『민사판례연구』 제38권(민사판례연구회, 2016.02)
박영규, “규정의 목적과 해석”, 『서울법학』 제15권 제2호(서울시립대학교 법학연구소, 2008)
_____, “유증의 법률관계 -포괄유증을 중심으로-”, 『법학연구』 제26권 제1호(연세대학교 법학연구회, 2016.03)
석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 말씀”, 『가족법연구』 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016.03)
손홍수, “유언능력 유무의 판단기준과 그 판단요소”, 『사법논집』 제55집(법원도서관, 2012)
안영하, “일본의 상속시킨다는 취지의 유언에 대한 일고찰”, 『가족법연구』 제21권 제1호(한국가족법학회, 2007.03)
윤남순, “일본 국제사법의 이해”, 『상사판례연구』 제20권 제2호(한국상사판례학회, 2007.06)
윤진수, “2007년 주요 민법 관련 판례 회고”, 『민법논고VII』(박영사, 2015)
이재성, “공정증서에 의한 유언의 방식”, 『이재성 판례평석집[VI]』(육법사, 1988)
이진기, “유증제도의 새로운 이해 -포괄유증과 특정유증의 효력에 관한 의문을 계기로-”, 『가족법연구』 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016.03)
정갑주, “공정증서에 의한 유언의 방식”, 『판례월보』 제279호(판례월보사, 1993.06)
정구태, “유류분권리자의 승계인의 범위 -포괄적 유증의 법적 성질에 대한 종래 통설의 비판적 검토-”, 『안암법학』 제28호(안암법학회, 2009.01)
정구태 · 이흥민, “재일동포의 상속에 있어서 준거법 결정에 관한 고찰”, 『가족법연구』 제25권

제1호(한국가족법학회, 2011.03)

정소민, “유언의 해석”, 『비교사법』 제22권 제1호(한국비교사법학회, 2015.02)

최병조, “포괄적 유증의 효과”, 『민사판례연구』 제9권,(민사판례연구회, 1987)

최홍섭, “국제사법에서 일상거소의 의미와 내용”, 『국제사법연구』 제3호(한국국제사법학회, 1998)

현소혜, “포괄적 유증론 —물권적 효과설의 관점에서—”, 『가족법연구』 제31권 제1호(한국가족법학회, 2017.03)

다. 온라인

김문숙, 온주 국제사법 제78조, 2023.

2. 일본문헌

가. 단행본

久貴忠彦 執筆部分, 『新版 注釋民法(28)[補訂版]』(有斐閣, 2002)

溜池良夫, 『國際私法講義[第3版]』(有斐閣, 2005)

木棚照一, 『國際相續法の研究』(有斐閣, 1995)

山田鎌一, 『國際私法(新版)』(有斐閣, 2003)

山川一陽, 『親族法・相續法講義[第3版補訂]』(日本加除出版, 2005)

櫻田嘉章, 『國際私法[第7版]』(有斐閣, 2020)

二宮周平, 『家族法[第3版]』(新世社, 2010)

林貴美 執筆部分, 『注釋 國際私法 第2卷』(有斐閣, 2011)

나. 일반논문

金山直樹, “公正證書遺言における方式と遺言者の意思”, 『新家族法實務大系④相續[II]-遺言・遺留分-』(新日本法規, 2008)

金汶淑, “被相続人が韓国籍である場合において公正證書遺言によって相続の準拠法を日本法と指定する事例”, 『戸籍時報』 第737號(日本加除出版, 2016.03)

稻田龍樹, “公正證書遺言の方式”, 『現代裁判法大系⑫相續・遺言』(新日本法規, 1999)

木棚照一, “在日韓國・朝鮮人の相續をめぐる國際私法上の諸問題,” 『立命館法學』 第223・224號(立命館大學法學會, 1992)

_____, “國際家族法における本國法主義の変遷と当事者自治の原則の導入”, 『家族法の理論と實務(中川淳先生傘寿記念論集)』(日本加除出版, 2011)

裴 薰, “在日韓國人の相續をめぐる諸問題”, 『新家族法實務大系③相續[I]-遺言・遺留分-』(新日本法規, 2008)

西山慶一, “在日韓國人の遺言による相續準據法の指定”, 『ジュリスト』 第1210號(有斐閣, 2001.10)

水野謙 “「相續させる」旨の遺言の解釋”, 『民法判例百選Ⅲ 親族・相續』(有斐閣, 2015)

제2주제 발표문

미국의 경제제재가 국제계약에 미치는 영향

김민경 판사
(인천지방법원)

미국의 경제제재가 국제계약에 미치는 영향:
서울중앙지방법원 2022. 8. 17. 선고 2021가합560147 판결의 평석

인천지방법원 판사 김민경¹⁾

I. 서론

최근 러시아의 우크라이나 침공을 계기로 유럽연합과 미국의 러시아에 대한 제재가 계속되고 있다. 경제제재는 국제기구 혹은 개별 국가 등 제재의 주체가 특정 국가, 단체 혹은 개인의 행위 혹은 정책의 변화 또는 처벌, 보복, 자위를 위하여 경제적 불이익을 부과하는 조치를 말한다.²⁾ 이러한 경제제재는 제재대상에 대한 자산동결, 수출입 금지, 거래 금지, 관세 및 기타 조치를 통한 무역 제한이나 관련지역에 대한 항공기 및 선박 운항 금지, 여행 금지, 원조 중단 등 다양한 모습으로 나타난다. 이러한 경제제재는 국제적 요소가 있는 거래를 대상으로 하므로 필연적으로 국제계약에 영향을 미치게 되고, 그 제재유형의 다양함과 광범위함으로 인하여 경제제재를 발령하는 국가와 제재대상인 국가 외의 국가의 국민과 기업에도 영향을 미치게 된다. 이 때 만약 경제제재가 국제계약의 준거법소속국의 법으로 도입된 것이라면 이것은 계약의 준거법의 일부로서 계약에 적용될 것이고, 해당 국제계약과 관련하여 발생한 분쟁이 계속된 국가의 법(법정지국)으로 도입된 것이라면 법정지법으로서 적용될 여지가 있다. 그러나 경제제재가 계약의 준거법소속국이나 법정지국이 아닌 제3국에서 도입된 것이라면, 이러한 경제제재가 국제계약의 효력 또는 이행에 미치는 영향을 어떻게 평가할 것인지 문제된다.

이와 관련하여 최근 미국의 경제제재가 독립적 이행보증에 어떤 영향을 미치는지에 관한 하급심 판결(서울중앙지방법원 2022. 8. 17. 선고 2021가합560147 판결, '대상판결')이 선고되었다. 이 글에서는 먼저 대상판결을 간략히 소개하고(II.), 대상판결의 국제사법적 함의를 분석하며(III.), 경제제재와 같은 규범을 적용 또는 고려하는 양대 방법론으로 실질법적 접근방법(IV.)과 국제사법적 접근방법의 대립을 살펴본 후(V.), 바람직한 결론을 제시하는 것(VI.)을 목적으로 한다.

II. 대상판결

1. 사실관계

1) 법학박사, LLM(University of Cambridge)

2) 경제제재는 부과주체에 따라 다자제재(multilateral sanctions)와 일방제재(unilateral sanctions)로 나눌 수 있다. 전자는 국제연합(United Nations)과 같은 국제기구의 집단안보체제에 기초해서 부과되고, 후자는 이와 별도로 한 국가가 독자적으로 부과하는 것이다. 일방제재의 예로 미국의 대러 제재를 들 수 있다. 김규진, "국제물품매매계약 상 채무불이행 책임 면제 사유로서의 경제제재 - 외국 판례를 중심으로 -", 기업법연구 통권 제88호 (2022), 256.

가. 이 사건 계약의 체결

1) 러시아 기업인 원고는 D 주식회사(이하 'D'이라고 한다)와 사이에, 2016. 8. 26.경 D로부터 원고를 포함하는 컨소시엄이 수주한 E 발전소 프로젝트에 필요한 배전변압기를 공급받기로 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 제1계약'이라고 한다)을 체결하고, 2016. 8. 30.경 D로부터 위 프로젝트에 필요한 전력변압기를 공급받기로 하는 내용의 계약(이하 '이 사건 제2계약'이라고 하고, 이 사건 제1계약과 합하여 '이 사건 계약'이라고 한다)을 체결하였다.

2) 피고보조참가인은 2017. 4. 1. D으로부터 인적분할되어 설립되면서 이 사건 계약 및 이에 부수하는 권리·의무를 포괄승계하였다(이하 이 사건 계약의 당사자를 지칭하는 경우 인적분할 전후를 불문하고 '피고보조참가인'이라고만 한다).

나. 이 사건 이행보증서의 발행

1) 피고는 2016. 12. 14. 피고보조참가인의 요청에 따라 이 사건 제1계약에 관하여 수익자를 원고로, 유효기간을 2019. 3. 30.까지로 하여 '피고는 원고로부터 이 사건 계약을 불이행하였다고 적시한 최초의 청구서를 접수하면 취소불능으로 그리고 조건 없이 미화 269,421.20달러(위 보증금액은 이후 276,831.20달러로 최종 증액되었다)를 초과하지 않는 범위 내에서 원고가 청구하는 보증금을 지급한다'는 내용의 이행보증서(이하 '이 사건 제1이행보증서'라고 한다)를 발행하였다.

2) 피고는 같은 날 피고보조참가인의 요청에 따라 이 사건 제2계약에 관하여 수익자를 원고로, 유효기간 2019. 3. 30.까지로 하여 '피고는 원고로부터 이 사건 제2계약을 불이행하였다고 적시한 최초의 청구서를 접수하면 취소불능으로 그리고 조건 없이 미화 97,763.40달러를 초과하지 않는 범위 내에서 원고가 청구하는 보증금을 지급한다'는 내용의 이행보증서(이하 '이 사건 제2이행보증서'라고 하고, 이 사건 제1이행보증서와 합하여 '이 사건 이행보증서'라고 하며, 이 사건 이행보증서에 의한 보증을 '이 사건 이행보증'이라고 한다)를 발행하였다.

다. 이 사건 변압기 인도기일의 연기 및 원고의 SDN 지정

1) 피고보조참가인은 2017. 10. 25.경 원고에게 이 사건 계약에 정한 전력변압기와 배전변압기(이하 합하여 '이 사건 변압기'라고 한다)의 출고 준비가 완료되었음을 통지하였으나, 원고가 2017. 12. 4.경 피고보조참가인에게 전력변압기를 2018. 2. 28.까지, 배전변압기를 2018. 10. 31.까지 보관하다가 각 보관기일 이후 인도하여 달라고 요청하여 이 사건 변압기의 인도기일이 연기되었다.

2) 그러던 중 원고는 2018. 1. 26.경 미국의 '적성국에 대한 경제제재 조치에 관한 법률'(Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, 이하 'CAATSA'라고 한다) 제228조에 따라 제정된 '우크라이나의 주권, 통합, 민주 및 경제적 안정의 지원에 관한 법률'(Support for the Sovereignty, Integrity, Democracy, and Economic Stability of Ukraine Act of 2014, 이하 'UFSA'라고 한다)에 근거한 제재대상자(Specially Designated Nationals and Blocked Persons, 이하 'SDN'이라고 한다) 명단에 등재되었다.

라. 원고의 피고에 대한 보증금 지급 청구

1) 이 사건 이행보증서의 만료일 이전인 2019. 2.경 원고는 피고보조참가인에게 이 사건 계약에 관하여 이행보증서를 발행하거나 이 사건 이행보증서의 유효기간을 연장하여 달라고 요청하였으나, 피고보조참가인은 원고의 SDN 등재로 인하여 이를 이행할 수 없다는 이유로 원고의 요청을 받아들이지 않았다.

2) 이에 원고는 2019. 3. 28.경 피고에게 '피고보조참가인이 이 사건 계약 제5조를 위반하여 이행보증서를 발행하거나 연장하지 않았고, 인도기한을 지키지 못하여 이 사건 계약 제21조에 의한 손해배상의무를 부담하는 계약상 의무 위반을 하였다'는 사유로 이 사건 제1이행보증서에 의한 보증금 256,771.52달러와 이 사건 제2이행보증서에 의한 보증금 97,763.40달러의 지급을 청구하였고, 피고는 미국의 러시아 제재로 인하여 원고의 청구에 응할 수 없다는 이유로 이를 받아들이지 아니하였다.

2. 당사자들 주장의 요지

가. 원고의 주장

이 사건 이행보증은 주채무자인 보증의뢰인과 채권자인 수익자 사이의 원인관계와는 독립되어 그 원인관계에 기한 사유로는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 은행의 무조건적인 지급의무가 발생하게 되는 이른바 독립적 은행보증(first demand bank guarantee)으로, 이러한 은행보증의 보증인은 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에서 채무불이행책임을 부담하게 되는지 여부를 불문하고 그 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있다. 원고가 피고에게 이 사건 이행보증서에 의한 보증금 지급을 청구한 이상 피고는 원고에게 보증금을 지급할 의무가 있으므로, 피고는 원고에게 원고가 청구한 이 사건 이행보증서에 의한 보증금 합계 354,534.92달러와 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다.

나. 피고 및 피고보조참가인의 주장

피고보조참가인은 원고 측의 사정으로 이 사건 변압기 인도기일이 연기되던 중 원고가 SDN으로 지정됨에 따라 원고의 이행보증서 발행 또는 연장 청구 등에 응할 수 없게 되었던 것이므로, 원고는 피고보조참가인에 대하여 아무런 권리를 가지고 있지 않고, 원고가 피고에게 이 사건 이행보증서에 의하여 보증금의 지급을 청구하는 것은 권리남용으로 허용되어서는 아니 된다.

3. 판단

가. 관련법리

1) 민법 제2조 제2항은 권리남용 금지 원칙에 관하여 “권리는 남용하지 못한다.”라고 정한다. 권리남용에 해당하는지는 구체적인 사안에서 개별적으로 판단해야 하는데, 권리 행사자에게 아무런 이익이 없는데도 상대방을 괴롭히기 위해 권리를 행사하거나 권리 행사에 따른 이익과 손해를 비교하여 권리 행사가 사회 관념에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도로 막대한 손해를 상대방에게 입히게 한다거나 권리 행사로 말미암아 사회질서와 신의성실의 원칙에 반하는 결과를 초래하는 경우에는 권리남용으로서 허용되지 않는다(대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다254280 판결 등 참조).

2) 주채무에 대한 관계에 있어서 부종성을 지니는 통상의 보증이 아니라, 원인관계와는 독립되어 그 원인관계에 기한 사유로서는 수익자에게 대항하지 못하고 수익자의 청구가 있기만 하면 보증인의 무조건적인 지급의무가 발생하게 되는 이른바 독립적 은행보증의 경우, 이러한 은행보증의 보증인으로서 수익자의 청구가 있기만 하면 보증의뢰인이 수익자에 대한 관계에 있어서 채무불이행책임을 부담하게 되는지의 여부를 불문하고 그 보증서에 기재된 금액을 지급할 의무가 있다. 이 점에서 이 은행보증은 수익자와 보증의뢰인과의 원인관계와는 단절된 추상성 내지 무인성을 가진다.

그러나 독립적 은행보증의 경우에도 신의성실의 원칙 내지 권리남용금지의 원칙의 적용까지 배제되는 것은 결코 아니라고 할 것이므로 수익자가 실제에 있어서는 보증의뢰인에게 아무런 권리를 가지고 있지 못함에도 불구하고 위와 같은 은행보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 보증인에게 청구를 하는 것이 객관적으로 명백할 때에는 이는 권리남용의 경우에 해당하여 허용될 수 없는 것이고, 이와 같은 경우에는 보증인으로서도 수익자의 청구에 따른 보증금의 지급을 거절할 수 있다고 보아야 할 것이다(대법원 1994. 12. 9. 선고 93다43873 판결 등 참조).

나. 이 사건 이행보증의 성격

피고가 이 사건 이행보증서에 의하여 원고에게 부담하는 채무는 수익자인 원고가 보증의뢰인인 피고보조참가인의 이 사건 계약상 채무의 불이행이 있었다고 판단하는 경우 보증인인 피고는 원고의 서면에 의한 청구가 있으면 무조건적으로 보증금을 지급하겠다는 것으로, 이 사건 이행보증은 이른바 독립적 은행보증에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

다. 피고보조참가인의 원고에 대한 채무불이행 책임에 관한 단

이 사건 이행보증서의 유효기간이 2019. 3. 30.까지인 사실, 피고보조참가인이 이 사건 이행보증서의 유효기간인 2019. 3. 30.까지 이 사건 계약상 의무를 이행하지 않은 사실은 앞서 본 바와 같고, 갑 제3, 6호증의 기재에 의하면 이 사건 계약 제5조에서 피고보조참가인이 원고에게 이 사건 계약상 의무 이행에 관한 보증을 제공하기로 정한 사실이 인정된다. 이에 의하면 피고보조참가인은 원고의 요청에 따라 원고에게 이 사건 계약상 의무의 이행에 관한 이행보증서를 발행하여 주거나 이 사건 이행보증서의 유효기간을 연장하여 줄 의무가 있다고 보는 것이 타당하다. 그런데, 앞서 본 바와 같이 원고가 피고보조참가인에게 이행보증서 발행 또는 이 사건 이행보증서의 유효기간 연장을 요청하였으나 피고보조참가인이 이를 이행하지 않았으므로, 특별한 사정이 없는 한 피고보조참가인은 원고에 대한 이행보증서 발행 또는 이 사건 이행보증서의 유효기간 연장 의무를 불이행하였다고 보아야 한다.

그러나 원고의 요청으로 이 사건 변압기의 인도기일이 연기되어 피고보조참가인이 이 사건 계약에서 정한 이 사건 변압기의 공급 의무를 이행하지 못하고 있었던 사실, 원고의 요청으로 연기된 인도기일이 도래하기 이전인 2018. 1. 26.경 원고가 SDN으로 지정된 사실은 앞서 본 바와 같고, 을나 제6 내지 10호증의 기재와 변론 전체의 취지에 의하면, 피고보조참가인이 원고에게 새로운 이행보증서를 발행받아 주

거나 이 사건 이행보증서의 보증기간을 연장하여 주는 경우, 피고보조참가인이 SDN으로 지정된 원고와 중요한 거래를 하거나 원고의 중요한 거래를 용이하게 한 것으로 판단되어 UFSA 제9조³⁾에 의하여 미국으로부터 피고보조참가인의 미국 내 자산에 관한 거래가 동결되는 등의 제재를 받게 되거나, 미국으로부터 피고보조참가인에 대한 별도의 경제제재를 받을 가능성이 높은 사실이 인정된다. 한편, 미국 및 미국 달러화가 세계 경제 및 국제 거래에서 갖는 중요도를 고려하여 볼 때, 원고를 비롯한 여러 국가의 기업들과 거래하고 있는 피고보조참가인이 미국 내 자산에 관한 거래가 동결되는 등의 경제제재를 받게 되는 경우 입게 될 피해는 매우 극심한 반면, 새로운 이행보증서의 발행 또는 이 사건 이행보증서의 유효기간 연장으로 인하여 원고가 얻는 이익은 크지 않다고 할 것인 점, 원고가 SDN으로 지정된 것은 원고의 대표이사가 러시아의 크림반도 점령 이후 크림반도의 인프라 사업에 대한 지원을 공개적으로 천명하고 크림반도에서의 영업 활동을 지원하였기 때문인 것으로 보이므로(을나 제11호 증), 원고가 SDN으로 지정된 것에 원고 측의 귀책사유가 있는 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 원고가 피고보조참가인에 대하여 이행보증서 발행 또는 이 사건 이행보증서의 유효기간 연장 의무의 이행을 청구하는 것은 권리남용으로 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하고, 따라서 피고보조참가인이 원고에 대하여 이행보증서 발행 또는 이 사건 이행보증서의 유효기간 연장 의무 불이행으로 인한 채무불이행 책임을 진다고 볼 수 없다.

라. 원고의 피고에 대한 보증금 지급 청구의 권리남용 여부에 관한 판단

앞서 본 바와 같이 원고가 피고보조참가인에 대하여 채무불이행 책임을 주장하는 것은 권리남용으로 허용될 수 없으므로, 원고는 보증의뢰인인 피고보조참가인에 대한 권리를 가지고 있지 못하다고 보는 것이 타당하고, 이는 원고가 원고 측의 귀책사유에 의하여 SDN으로 지정되었기 때문이므로, SDN으로 지정된 원고가 피고보조참가인의 원고에 대한 채무불이행 책임을 주장하면서 피고에 대하여 이 사건 이행보증에 의한 보증금 지급 청구를 하는 것은 독립적 은행보증의 추상성 내지 무인성을 악용하여 청구하는 것이 명백한 경우로서 권리남용의 경우에 해당하여 허용될 수 없고, 보증인인 피고는 수익자인 원고의 보증금 지급 청구를 거절할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

Ⅲ. 미국의 대러시아 제재(UFSA)의 국제사법적 함의

1. 미국의 대러시아 제재의 법적 성격

사안에서 피고가 원고에게 새로운 이행보증서를 발간하여 주거나 이행보증서의 보증기간을 연장하는 것을 거절하였던 이유는 원고가 SDN으로 지정된 이상 그와 같은

3) 판결서에는 제10조로 기재되어 있으나 이는 제9조의 오키로 보인다. 제10조는 러시아의 군사, 안보에 관한 연간보고서 발간에 관한 규정이다.

이행을 하는 경우 피고보조참가인이 SDN으로 지정된 원고와 중요한 거래를 하거나 원고의 중요한 거래를 용이하게 한 것으로 판단되어 UFSA 제9조에 의하여 미국으로부터 피고보조참가인의 미국 내 자산에 관한 거래가 동결되는 등의 제재를 받게 되거나, 미국으로부터 별도의 경제제재를 받을 가능성이 있다는 것이다. 이는 일종의 채무이행에 대한 장애사유를 주장한 것으로 보인다.

여기서 피고의 채무이행을 막은 사정은 ‘미국법인 UFSA 제9조’인데 먼저 이것이 국제적 강행규정에 해당하는지 검토한다. 비교법적으로 국제적 강행규정은 ‘한 국가의 정치적, 사회적, 경제적 목적 등 특별한 목적으로 인하여 해당 법률관계의 준거법에 관계없이 적용되는 규정’으로 이해된다.⁴⁾ 그런데 UFSA 제9조는 러시아의 우크라이나 침공에 대한 정책을 실현하기 위한 방안으로서⁵⁾ 미국인 또는 미국에 소재한 자연인 또는 법인에 대하여 SDN에 등재된 당사자와의 거래를 금지하고, 이를 어기는 경우 제재를 가하는 것을 내용으로 한다. 이것은 미국의 정치경제적 목적을 실현하기 위해 해당 법률관계의 준거법이 미국법이든 아니든 국제적 요소가 있는 거래관계에 개입하는 것을 예정하고 있는 것이므로 국제적 강행규정에 해당한다.

2. 국제사법적 합의

대상판결에서 독립적 이행보증의 준거법이 어느 국가의 법인지 명확히 실시되지는 않았으나 대상판결이 민법상 권리남용의 법리를 적용하여 판단한 것으로 보아 독립적 이행보증의 준거법이 한국법이라고 판단한 것으로 보인다. 그리고 사안이 한국 법원에 계속되고 있었으므로 법정지법은 한국법이다. 대상판결은 법정지국법도 준거법소속국법도 아닌 제3국인 미국의 국제적 강행규정이 국제계약에 미치는 영향을 다룬 판결이라고 볼 수 있다.

대상판결은 미국 UFSA 제9조를 법률로서 적용하거나 고려하지 않았고 위 조항이 국제적 강행규정에 해당하는지 판단하지 않았다. 다만 UFSA 제9조로 인하여 발생하는 효과, 즉 피고보조참가인에 대한 제재가능성을 권리남용의 기초사실로 삼아서 판단하였다. 이것은 제3국의 국제적 강행규정을 실질법인 한국 민법을 적용하는 데 있어 사실로서 고려한 것이다. 이것은 국제사법에서 제3국의 국제적 강행규정을 고려하는 양대방법론 즉 ‘실질법적 해결방법’과 ‘저촉법적 해결방법’ 중 전자에 해당한다. 이

4) 석광현, 국제사법 해설, 140; 장준혁, 2007a, 74. 계약채무의 준거법에 관한 유럽공동체 협약(‘로마협약’) 제7조, 계약채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회규정(‘로마 I 규정’) 제9조는 국제적 강행규정에 관한 규정이다. 로마 I 규정 제9조 제1항은 국제적 강행규정을 ‘정치적, 사회적 또는 경제적 구조(organisation)와 같은 국가의 공적 이익을 보호하기 위하여 이를 존중하는 것이 결정적으로 간주되는 결과 이 규정에 따라 달리 계약에 적용되는 준거법에 관계없이 그 범위에 속하는 모든 상황에 적용되는 규정’으로 정의한다.

5) UFSA 제3조는 “우크라이나에 대한 미국의 정책”이라는 표제 하에 해당 법률이 정책적 목적을 러시아의 우크라이나 크림반도에 대한 부당한 군사 개입과 점령 등을 비난(1), 유럽연합, NATO, 국제연합과 공조하여 우크라이나의 주권과 영토적, 경제적 건전성을 승인하고 보호하는 것(3, 4항)을 목표로 한다.

하에서는 양자를 살펴보고 우리 국제사법의 해석론에 위 각 해결방법이 어떻게 적용되는지 검토하며 이를 비판적으로 평가하도록 한다.

IV. 실질법적 해결방법과 그에 대한 평가

제3국의 국제적 강행규정을 법으로서 적용⁶⁾할지 또는 사실로서 고려⁷⁾할지, 적용 또는 고려한다면 어떤 요건 하에 어떻게 효력을 부여할 것인지에 관하여 국제사법에서 논쟁이 뜨겁고 정설이 없다.⁸⁾ 그러나 필자는 국제적인 판단의 일관성을 위해 다른 국가의 이익을 고려할 필요가 있고, 이것이 국제예양의 원칙에 부합하며, 3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려함으로써 법정지와 공통되는 이익 또는 국제적으로 공유되는 이익을 보호할 수 있기 때문에 이것을 적용 또는 고려해야 한다는 입장을 지지한다.⁹⁾ 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려하는 방법으로는 비교법적으로 실질법의 일반조항 하에서 사실로서 고려하자는 입장(실질법적 해결방법)과 저촉법의 차원에서 적용 또는 고려하자는 입장(저촉법적 해결방법)이 대립한다.

그리고 제3국의 국제적 강행규정을 어떤 요건 하에 적용 또는 고려해야 할지는 제3국의 국제적 강행규정과 관련된 이익인 ‘당사자의 이익’,¹⁰⁾ ‘제3국의 이익’, ‘법정지국의 이익’, 그리고 ‘복수국가의 이익(multistate interests)’ 사이에서 균형을 이룰지의 문제라고 본다.¹¹⁾ 여기서 ‘당사자의 이익’은 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 법을 선택한다는 이익이다. 이것은 당사자가 특정 법체계가 준거법으로 적용될 것으로 기대하였던 이익을 말한다.¹²⁾ ‘제3국의 이익’은 제3국의 입장에서 자국의 정책을 실행하기 위하여 자국법을 적용하는 데 가지는 이익이고, ‘법정지국의 이익’은 제3국의 국제적 강행규정을 적용함으로써 침해될 수 있는 법정지국의 이익 또는 법정지가 보호하고자 하는 가치를 말한다. ‘복수국가의 이익’은 국제적 판단의 통일과 조화를 위한 이익(quest for uniformity and international harmony of decisions)을 의미한다. 이하에서는 비교법의 예에서 나타난 실질법적 해결방법과 저촉법적 해결방법이 관련된 이익을 적절하게 반영하는지 차례대로 검토, 평가하기로 한다.

1. 실질법적 해결방법

가. 독일

6) 이하 ‘적용’이라고 하면 법으로서 적용하는 것을 전제한다.

7) 이하 ‘고려’라고 하면 사실로서 적용하는 것을 전제한다.

8) MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 3.

9) 상세는 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사, 2022, 134-135.

10) Bonomi (1999), 236 et seq.

11) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사, 2022, 137 이하.

12) 구체적 사안에서 당사자 일방이 준거법이 적용됨에 따라 얻는 이익 또는 불이익은 여기서 말하는 당사자의 이익에 포함되지 않는다.

로마 I 규정이 시행되기 전까지 독일 법원은 제3국의 국제적 강행규정과 관련하여 그 위반이 비윤리적이어서 독일의 선량한 풍속 위반, 즉 독일 민법(Bürgerliches Gesetzbuch, 이하 'BGB'라 한다) 제138조¹³⁾ 위반으로 계약이 무효가 되는지, 또는 외국법 위반의 사실적 효과로 인하여 계약이 이행불능되는지(BGB 제275조¹⁴⁾)를 판단하였다. Borax 판결¹⁵⁾에서는 독일 회사인 피고가 독일 회사인 원고에게 화학물질 Borax 100톤을 매도하기로 하였는데, Borax의 원료는 미국에서 수입되는 것이었다. 그런데 미국은 Borax가 사회주의 국가에 반입되지 않는다는 조건하에 수출허가를 해주었다. 계약당사자들은 Borax의 최종목적지가 동독이라는 것을 알고 있었음에도 이를 숨기기로 공모하였다. 당시 미국의 사회주의 국가의 경제제재로 인하여 매수인인 원고도 Borax를 사회주의 국가에 매도하지 않는다는 자인서를 작성할 의무가 있었다. 원고가 그 자인서에 서명을 거부하자 피고는 Borax의 인도를 거절하였고, 이에 원고가 피고를 상대로 계약 위반으로 인한 손해배상을 청구하였다.

독일 연방대법원은 당사자가 미국의 수출금지규정을 사기적으로 위반하여 사회주의 국가로 화학물질 Borax를 수출하려는 계약은 당국을 기망하려는 당사자의 의사가 명백한 이상 독일의 선량한 풍속(BGB 제138조)을 위반한 것이라고 보았다. 미국의 수출금지규정의 정치적 목적이 독일을 비롯한 서유럽국가들의 평화와 자유를 유지하기 위한 정책과 부합하고, 그것이 미국의 이익뿐만 아니라 자유로운 서구의 이익 및 독일의 이익에도 보호하기 때문에, 이를 위반하는 계약은 독일의 선량한 풍속 위반으로 무효라고 판단하였다.

독일 법원이 제3국의 국제적 강행규정을 이행불능 하에서 고려한 사례도 있다. 과거 독일 제국대법원은 외국의 강행규정으로 인하여 계약의 이행이 사실상 불가능해진 경우 이를 독일법상 계약의 이행불능에 해당한다고 보았다. 사안에서 영국 회사가 독일 회사에 물품을 매도하였는데 그 후 전쟁이 발발하여 영국의 적국과 교역금지법(Trading with the Enemy Act)에 의하여 영국 회사가 독일로 물품을 운송할 수 없

13) 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft: Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

14) 275 Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

(4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

15) BGHZ 34, 169-179.

게 되었다. 이에 독일 회사가 영국 회사를 상대로 물품미인도로 인한 손해배상을 청구하였다. 법원은 영국의 교역금지법이 독일의 이익에 반하고, 독일의 공서에 반하기 때문에 적용될 수 없다고 보았다. 그러나 당사자가 위 법을 위반하는 경우 무거운 제재를 받게 되기 때문에 법원이 위 법의 존재 자체를 무시할 수는 없으므로, 영국 당사자의 인도 의무는 사실상 이행불능이 되었다고 판단하였다. 이 사건에서 법원은 영국법을 적용한 것이 아니라 그 사실상 효과를 고려하여 독일법상 이행불능이 되었다고 보았다.

위 두 가지 판례는 법원이 계약의 준거실질법의 일반조항에 따라 제3국의 국제적 강행규정을 사실로 고려한 것이다. 그런데 이러한 입장은 여러 난점이 있다. 첫째, 어떤 범위의 제3국의 국제적 강행규정이 어떤 요건 하에서 고려될 수 있는지를 알 수 없다는 점에서 당사자의 준거규범에 대한 예측가능성이 저해되어 당사자의 이익을 충분히 반영하지 못한다. 둘째, 외국법을 준거실질법 하에서 사실로 고려하는 것과 그 규범적 효력을 인정하는 것의 경계가 모호하고, 외국법을 규범적인 맥락에서 고려하는 것은 어떤 방식으로든 이를 '적용'하는 것에 해당하므로, 이는 저촉법으로 해결되어야 한다는 비판¹⁶⁾이 설득력이 있다. 이 비판의 근거는 선량한 풍속 위반, 이행불능, 사정변경의 원칙 등 실질법 원칙은 국내법의 원칙이라는 점에 비추어 볼 때 이를 외국법 위반에 적용하는 데 무리가 있고,¹⁷⁾ 저촉법의 문제를 실질법의 문제로 바꾸는 것은 문제의 본질을 흐리고 적절한 해결방법을 찾는 데 적합하지 않다는 것이다.¹⁸⁾ 예컨대 계약의 목적물인 특정물이 제3국의 국제적 강행규정에 따라 압수 또는 몰수되었다면 그 압수 또는 몰수사실을 기초로 준거실질법 하에서 이행불능이 되었다고 할 수 있다. 그런데 독일 법원에서 영국의 적과의 교역금지법이 문제되었던 판결¹⁹⁾에서처럼, 외국법에 기하여 몰수 등의 처분이 이루어진 것이 아니라, 단지 외국법의 강행규정의 '존재'를 이유로 채무자가 이행을 거부하는 경우 준거실질법 하에서 이행불능을 구성하는 '사실'로 고려할 수 있는지 의문이다. 독일 법원이 외국법에 따른 구체적인 처분이 이루어지지 않은 상태에서, 단지 외국법을 위반하면 중한 제재를 받게 된다는 사정을 사실상 이행불능으로 판단한 것은 그 외국법의 규범적 효력을 인정한 것으로 볼 수 있다.

셋째, 앞서 본 사례들에서 제3국의 국제적 강행규정 위반이 독일법의 선량한 풍속 위반에 해당하는지를 심리하기 위해 일단 사안의 사실관계가 제3국의 국제적 강행규정을 위반한 것인지를 살펴야 한다. 이는 필연적으로 그 강행규정의 요건과 효과를 살피는 과정을 수반하는데 이 역시 외국법을 법으로서 고려하는 것에 해당한다. 넷째, 법원의 사실심리에 대한 부담이 가중된다. 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려에 관하여 저촉법에 정립된 원칙이 없으면, 실질법 원칙 위반 여부를 판단하기 위

16) Vischer (1992), 13, 177; MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 48-50, Schäfer [2010], 217.

17) Vischer (1992), 13, 177.

18) MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 48-50, Schäfer [2010], 217.

19) RGZ 93, 182. 위 2. 참조.

해 그 요건사실 및 간접사실을 심리해야 하기 때문이다. 예를 들면 제3국의 국제적 강행규정 위반이 준거법의 선량한 풍속 위반이 되는지 판단하기 위해 당사자의 기망적 의도가 있는지 심리하여야 하는데, 기망적 의도를 인정하기 위한 간접사실을 심리해야 하는 부담이 가중된다. 준거법이 외국법이라면 준거실질법의 일반조항의 요건을 심리하는 데 대한 부담이 가중될 것이다. 반면, 제3국의 국제적 강행규정을 어떤 요건 하에 적용 또는 고려할 것인지 저촉법에 규정을 두면 이러한 수고로움을 덜 수 있다.

나. 영국

로마 I 규정 시행 전 영국도 독일 법원과 마찬가지로 제3국의 국제적 강행규정에 관하여 실질법적 해결방법을 취하였다. 보통법에서는 원칙적으로 준거법의 강행규정만이 계약의 유효성을 규율한다고 보았으나,²⁰⁾ 예외적으로 제3국법에 의하여 불법인 청구를 받아들이지 않았는데, 이는 ① 예양(comity) 및 영국의 공서(English public policy)에 위배되는 경우와(이하 ‘공서-예양 원칙’²¹⁾이라 한다) ② 이행지법에 의하여 계약이 불법인 경우(illegality rule 또는 lex loci solutionis rule, 이하 ‘이행지법 원칙’이라 한다)로 나누어 볼 수 있다.²²⁾

공서-예양 원칙은 ‘계약이 영국의 국익에 반하거나 영국의 우방국과의 평화적인 관계를 해할 우려가 있을 때 무효로 선언하는 원칙’이다.²³⁾ 영국 법원이 우방국의 법을 위반하는 것을 돕는 것은 예양과 영국의 공서²⁴⁾²⁵⁾에 반한다.²⁶⁾ 따라서 우방국법에 의하여 불법인 행위를 하려는 당사자의 의도와 목적이 공서-예양 원칙을 적용하기 위한 중요한 요건이다.²⁷⁾ 당사자의 진정한 목적과 의도가 우방국인 외국에서 그 법을 위반

20) *Kleinwort, Sons & Co v Ungarische Baumwolle Industrie AC* [1939] 2 KB 678 (CA).

21) 이것은 영국법상 확립된 용어는 아니다. 그러나 영국법에서 우방국법을 고려하는 것은 공서의 개념 하에서 예양의 원칙이 함께 작용하는 것으로 설명된다(Dicey/Morris/Collins [2012], vol 1, para 5R-001, Dicey/Morris/Collins [2012], vol. 2, para 32-190; Kaye [1993], 240; Cheshire/Nroth/Fawcett [2017], 753; Schäfer [2010], 233) 따라서 이해와 표기의 편의상 이 책에서는 ‘공서-예양’ 원칙이라는 용어를 사용하기로 한다. Schäfer [2010], 244도 이 원칙을 ‘the public policy-comity rule’로 지칭한다. Kaye [1993], 240은 ‘the doctrine of public policy comity’이라는 용어를 사용한다.

22) Dicey/Morris/Collins [2012], vol 1, para 32-094; Schäfer [2010], 233-234.

23) Dicey/Morris/Collins [2012], vol 1, para 1-016.

24) 영국법에서 공서의 문제는 ① 외국법의 성질과 내용이 영국의 법관념에 비추어 혐오스러워서 (repugnant) 영국에서 절대로 허용될 수 없는 경우 또는 ② 영국 법원이 특정한 행위를 하지 않으려는 경우에 대두된다. 공서-예양 원칙은 영국 법원은 영국의 국가적 또는 국제적 이익을 상당한 정도로 해할 수 있는 것을 거부해야 한다는 취지로 ②에 해당한다. Hill/Chong [2010] paras 14.3.25-14.3.26.

25) 국제적 공서와 국내적 공서를 구분하는 우리 국제사법이나 프랑스법과는 달리, 영국 문헌에서는 대체로 국제적 공서와 국내적 공서를 구분되는 용어로 표시하지 않는다. 그러나 비교법적 연구에 의하면, 국제계약의 맥락에서 프랑스법상 국제적 공서와 영국법의 공서의 적용은, 프랑스법이 제정법의 규정을 공서의 원천으로 보면서 주관적 기준을 중시하는 반면, 영국법은 객관적 기준을 중요시한다는 차이가 있는 것 외에는 상당히 유사하다고 평가된다. Chong (2006), 29.

26) *De Wutz v. Hendricks*(1824); *Foster v. Driscoll*(1929); *Regazzoni v K C Sethia*(1958).

27) *De Wütz v Hendricks* (1824) 2 Bing 314. Kaye [1993], 19는 단순히 우방국의 공법 또는 형법을

하는 행위를 수행하기 위한 것이라면 계약이 무효가 된다.²⁸⁾ 우방국 정부에 손해를 끼칠 목적으로 약정에 이르는 것은 공서에 반한다.²⁹⁾

공서-예양 원칙의 리딩케이스로 *Foster v. Driscoll*³⁰⁾을 들 수 있다. 사안에서 영국인들 사이에서 미국으로 밀수할 위스키를 매매하는 계약이 체결되었는데, 이는 미국의 국제적 강행규정인 금주법을 위반한 것이었다. 계약의 내용은 영국 세관을 피하기 위해 계약의 이행지를 스코틀랜드로 하고, 위스키를 밀수업자의 보트에 실어서 영국 외로 반출한다는 것이었고, 계약의 준거법은 영국법이였다. 영국 항소법원은 영국 법에 의하여 위 계약을 강제실행할 수 없다(unenforceable)고 판시하였다. 우방국인 미국에서 형사처벌이 되는 행위로 수익을 얻기 위한 목적으로 체결된 계약을 영국 법원에서 인정한다면 미국 정부의 항의를 받게 될 것이고, 국제 예양에 반하며, 영국의 도덕관념(public morality)에도 반하기 때문이다. 영국 항소법원은 계약당사자의 진정한 목적과 의도가 외국법을 위반하는 것이라면 다른 곳에서는 그 계약의 이행이 불법이 아니라고 하더라도 공서에 반한다고 판단하였다.³¹⁾

그러나 다음과 같은 이유로 공서-예양 원칙은 국제계약과 관련하여 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려하는 요건으로서 적합하지 않다.

첫째, ‘계약이 영국의 국익에 반하거나 우방국과의 평화적인 관계를 해할 우려가 있을 것’이라는 공서-예양 원칙의 요건이 지나치게 모호하고 불명확하다. 우방국의 범위가 국제정세에 따라서 변동될 수 있고, 개념상 우방국의 법이라면 어떤 종류의 법도 포함될 수 있다는 문제도 있다. 이는 외교의 원칙으로는 적합할지 모르나, 이러한 요건만으로는 제3국의 국제적 강행규정이 어떤 요건 하에 적용되는지 알 수 없어 당사자의 예측가능성과 법적 확실성이 떨어진다. 따라서 이는 당사자의 이익을 적절히 반영하지 못한다.

둘째, 법정지의 공서는 제한적으로 해석되어야 하므로,³²⁾ 공서-예양 원칙으로부터 제3국의 국제적 강행규정에 관한 일반적인 원칙을 도출하기에 적절하지 않다. 법정지의 공서는 준거법이 외국법을 적용한 결과가 공서에 반하는 경우 그 적용을 거부하는 기능을 하는데(공서의 소극적 기능), 공서-예양의 원칙의 경우 공서가 외국법을 적용하도록 하는 기능을 한다. 그런데 공서의 이러한 적극적 기능은 오늘날에는 인정되지

위반하는 것만으로는 부족하고, 우방국의 법질서에 특히 중대한 위반이 되는 결과 영국 법원이 그 위반을 돕는 경우 영국과 그 우방국의 관계가 위험에 처할 정도가 이르러야 한다고 설명한다.

28) *Foster v Driscoll* [1929] 1 KB 470, 521.

29) *British Nylon Spinners Ltd v ICI Ltd* [1955] Ch 37, 52; *Bodley Head Ltd v Flegon* [1972] 1 WLR 680, 687-8.

30) [1928] All ER Rep 130.

31) 이와 같은 선상의 판단으로, 당사자가 제3국법을 위반하거나 또는 위반하는 것을 방조하려는 사악한 의도를 갖고 있지 않았던 경우, 제3국법이 금지하는 행위를 하였다는 사실만으로 영국의 공서를 위반하였다고 볼 수 없다는 판례가 있다. *British Nylon Spinners Ltd v Imperial Chemical Industries Ltd*(1955), *Toprak v Finagrain*(1979). 한편, 외국법을 위반할 목적으로 계약이 체결된 경우, 그 외국법 자체가 영국의 공서에 위반된다면 그 계약을 이행하는 것이 영국 공서에 위배되지 않는다. *Regazzoni v KC Sethia Ltd* [1958] 1 AC 301, 322, 328 et seq.

32) *Dicey/Morris/Collins* [2012], vol. 1, para 5-003; *Dicey/Morris/Collins* [2012], vol 2, para 32-182.

않으므로,³³⁾ 외국법을 적용 내지 고려하는 이론적 근거로서도 적절하지 않다. 셋째, 독일 연방대법원의 태도와 마찬가지로, 영국의 공서-예양 원칙도 당사자의 범위반의도를 중시하는 결과 법원의 사실심리 부담이 늘어나고 구체적인 사건에서 입증의 정도에 따라 제3국법의 적용 또는 고려 여부가 달라진다. 따라서 공서-예양 원칙은 제3국의 이익과 국제적 판단의 조화를 이익의 측면에서 만족스럽지 못하다.

한편, 이행지법 원칙은 ‘일반적으로 어떤 계약이 준거법에 의하여 적법 또는 불법이든 간에 그 계약이 이행되어야 하는 국가에서 그 계약의 이행이 불법인 경우 그 계약은 무효라는 원칙’을 말한다.³⁴⁾ 이행지가 아닌 국가의 법은 이행지법 원칙에 따라 고려될 수 없다.³⁵⁾³⁶⁾ 리딩케이스인 *Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar*³⁷⁾ 사건에서는 런던에 소재한 영국 회사가 스페인 선주와 인도 캘커타에서 스페인 바르셀로나까지 삼베를 운송하기로 하는 운송계약을 체결하였다. 영국 회사는 운임의 절반은 선박이 인도를 떠났을 때, 나머지 절반은 스페인에 도착했을 때 지급하기로 약정하였다. 계약의 준거법은 영국법이었고 계약 체결 당시 위 계약은 관련된 모든 국가의 법에 의하여 적법했다. 선박이 인도를 떠난 후 영국 회사가 스페인 선주에게 운임의 절반을 지급하였다. 그런데 선박이 스페인에 도착하기 전에 스페인이 운임을 규제하는 법을 제정하여, 나머지 운임의 지급일이 도래하였을 때에는 위 법이 시행되고 있었다. 당사자는 나머지 절반의 운임을 스페인에서 지급하기로 약정한 상태였는데, 계약상 운임(50파운드)이 운임규제법이 정한 상한(10파운드)을 초과하였다. 따라서 나머지 운임을 모두 지급하는 경우 위 스페인법을 위반하게 되었고, 위 법을 위반하는 경우 제재를 받게 되었다. 영국 회사는 스페인 선주에게 위 법이 규정한 상한에 해당하는 운임만을 지급하려 했다. 이에 스페인 선주는 영국 법원에 나머지 운임의 지급을 청구하는 소를 제기하였으나 패소하였다. 영국 항소법원은 ‘스페인법이 계약의 준거법이 아니기 때문에 영국 회사가 나머지 운임 전체를 지급할 의무가 있다’는 원고의 주장을 배척하였다.³⁸⁾

33) Cheshire/North/Fawcett [2017], 753.

34) Dicey/Morris/Collins [2012], vol. 2, para 32-094. 계약 체결 당시부터 그 계약이 외국법에 의하여 불법이었던 경우(initial illegality 또는 subsisting illegality)에는 앞서 본 공서-예양의 원칙이 적용되는 반면, 이행지법 원칙은 계약 체결 이후 후발적으로 이행지법에 의하여 불법이 되는 경우(subsequent illegality)에 적용되는 원칙이라는 점에서 구분된다.

35) *Kleinwort, Sons & Co Ungarische Baumwolle Industrie AG* [1939] 2 KB 678; *Trinidad Shipping Co Alston* [1920] AC 888 (PC); *Toprak v Finagrain* [1979] 2 Lloyd’s Rep 98 (CA); *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* [1989] QB 728, 745; *Euro-Diam Ltd v Bathurst* [1990] 1 QB 1, 15.

36) 지배적인 견해는 이행지법 원칙이 계약법의 원칙이라고 본다.Beale/McKendrick, para 23.027; Dicey/Morris/Collins [2012], vol. 2, para 32-100; Hill/Chong [2010], para 14.4.45; Dickinson (2007), 78. 저촉법적 원칙이라는 견해로 Chong (2006), 64; Briggs [2014], para 7.251.

37) [1920] 2 KB 287(CA). 이는 항소법원이 Dicey와 Morris에 의하여 정립된 이론을 채용한 것이라고 평가된다. Dicey/Morris/Collins [2012], vol. 2 para, 32-097.

38) 이 판결이 이와 같은 결론에 이르게 된 이유(*ratio decidendi*)는 불분명하다. 영국법에 의하면 계약이 후발적으로 불법해진 경우 계약을 이행할 수 없는데, 법원은 스페인법을 계약을 이행할 수 없게 된 사정으로 취급하였고, 영국법에 의하여 후발적 불법성이 문제된 판례(Metropolitan Water Board V. Dick, Kerr & Co [1918] AC 119(HL))를 선례로 인용하였다. 항소법원의 법관 3인은 모

이행지법 원칙은 실질법의 원칙이기는 하나 비교적 구체적인 요건을 규정하고 있다는 점에서 공서-예양 원칙이나 독일 연방대법원이 이행불능이나 선량한 풍속 위반, 행위기초 교란 등 실질법의 일반규정에 의존하고 있는 것보다는 진일보한 것이라고 평가할 수 있다. 따라서 이행지법 원칙을 따를 경우 준거규범에 대한 당사자의 예측 가능성이 있다고 할 수 있고, 이행지법 원칙이 당사자의 이익을 잘 반영하고 있다고 볼 여지가 있다. 그러나 이행지법 원칙은 법정지법의 관점에서 이행지법이 법정지법과 가치를 공유하고 있는지 심사하지는 않는다는 점에서 법정지국의 이익을 충분히 반영하지는 않는다. 그리고 이행지법이 고려대상인 제3국법의 범위를 이행지로 한정하는 것은, 문화재불법거래에서 문화재기원국과 같이 제3국이 이행지가 아니더라도 제3국의 긴요한 규제이익이 관철될 필요가 있는 경우에 제3국법의 이익을 제대로 반영하지 못한다.³⁹⁾ 이런 경우에 제3국 법원이 재판한다면 제3국법을 적용할 것이라는 점에서 이행지법 원칙은 국제적 판단의 조화를 위한 이익도 적절히 반영하지 못한다.

한편, 위 두 가지 흐름의 판례들과 달리 최근 외국법에 따른 불법성을 비례의 원칙 (proportionality test, 또는 형량의 원칙)을 적용하여 판단한 영국 High Court의 판결이 선고되었다. *Magdeev v Tsvetkov*⁴⁰⁾ 판결에서는 Magdeev가 Equix Dubai에 돈을 빌려주었는데 Equix Dubai는 그의 친구인 Tsvetkov가 운영하는 회사였다. 대출계약의 준거법은 영국법이었는데, 대출계약에는 Magdeev가 두바이 고용비자를 취득할 수 있도록 그 회사가 Magdeev를 고용한다는 조항이 있었다. Magdeev가 Tsvetkov에게 대출의 상환을 요청하자 Tsvetkov는 Magdeev의 허위 고용계약이 UAE법을 위반한 것이기 때문에 대출계약의 효력을 주장할 수 없다고 주장하였다. Cockerill 판사는 고용계약이 UAE법에 의하면 비자 사기이지만 Magdeev를 고용하기로 하는 회사의 의무가 계약의 중요부분이 아니고(not central to adventure) 부수적인 부분에 불과해서 Foster나 Ralli의 원칙이 적용되지 않는다고 보았다. 그 과정에서 Cockerill 판사는 “① UAE법이 계약의 중요한 부분(dominant part)의 이행을 금지하지는 않았다. ② 비자 사기가 어느 정도 심각하기는 하지만 UAE 당국이 이런 종류의 위반을 아주 심각하게 보지 않을 수 있다. ③ 당사자가 UAE법을 위반할 의사

두 이행지법 원칙의 근거로 Dicey와 Morris의 저서에 선언된 ‘영국 법원은 이행지에서 불법인 계약을 강제실행하지 않는다’는 원칙을 인용하였다. Scrutton 판사는 이 원칙이 국제예양에 기한 의무로 이해된다고 하면서도 Warrington 판사와 함께, 위 계약에는 계약이 계속하여 유효해야 한다는 묵시적 조건(implied term of the continuing validity), 즉 어떤 계약이 외국에서 이행되어야 하는 경우, 특별한 사정이 없다면, 외국에서 이행되어야 할 행위가 그 외국법에 의하여 불법이어서는 안 된다는 조건이 포함되어 있다고 실시하였는데, 이는 계약 해석의 측면에서 계약당사자가 이행지법 또는 다른 국가의 법에 의하여 계약이 불법해지는 경우에도 이를 이행하지 않는 것으로 의도했다고 보아야 한다는 것이다. 그런데 위 판결 당시에는 계약목적달성불능(frustration) 법리의 근거가 계약의 묵시적 조건이론으로 설명되었으므로, 그의 위 실시가 계약목적달성불능의 법리, 즉 영국의 국내법 하에서 계약을 후발적으로 이행불능으로 만든 사정으로 해석될 수 있었다. 한편 위 판결에서 Scrutton 판사가 이행지법 원칙의 근거로 예양을 언급한 것을 영국의 저촉법 원칙을 선언한 것으로 해석할 여지도 있었기 때문에 그 후로 오랫동안 위 원칙의 법적 성질이 문제되는 시초가 되었다. Day (2020), 67.

39) 이행지법 원칙이 고려대상인 제3국법의 범위를 이행지국법으로 한정하는 것이 타당하지 않은 이유는 이행지법 원칙을 반영한 로마 I 규정에 대한 평가에서 함께 제시하기로 한다. 아래 제3절 V.3. 참조.

40) [2020] EWHC 887 (Comm).

가 있었지만 그것만으로는 계약을 강제실현하기 불능하다고 보기에는 부족하다.”는 요소들을 고려할 때 전체적으로 계약이 집행불가능이라고 하는 경우 정의관념에 반한다고 판단하였다. 그러나 외국법에 따른 불법성이 계약에 미치는 영향을 판단하기 위한 기준으로서 위 판단기준이 명확하다고 보기 어렵다. 특히 ②와 ③은 어떤 기준으로 심각성을 판단하는지, 당사자의 범위반의도 외에 어떤 다른 요건이 있어야 하는지 제시해주지 않는다는 점에서 문제가 있다.

그밖에 영국 법원이 미국의 경제제재를 계약의 ‘non-default clause’ 하에서 고려한 최근 사례가 있다. Lamesa Investments Ltd v. Cynergy Bank Ltd⁴¹⁾에서는 영국법이 준거법인 대출계약(facility agreement)상 당사자가 미국의 세컨더리 보이콧을 이유로 채무를 불이행한 데 대한 책임을 지는지 문제되었다. 키프로스에 설립한 Lamesa Investments Limited(Lamesa)와 영국에 설립한 Cynergy Bank Limited(Cynergy)는 Lamesa가 채권자이고 Cynergy가 채무자인 금융계약 (“금융계약”)을 체결하였다. 그런데 Lamesa의 최종적 수익적 소유자(beneficial owner)인 Viktor Vekselberg(VV)가 미국 재무부 해외자산통제국(OFAC)에서 집계한 특별지정 국민(SDN) 목록에 추가되면서, 그에 따라 Lamesa 자체도 미국의 2차 제재의 대상이 되었다. 이에 Cynergy는 해당 금융계약상 상환의무를 이행하게 되면 미국 경제제재 법령상 ‘미국제재를 받는 법인과 관련된 중요한 금융 거래’로 간주되어 본인 또한 관련 법령에 따른 처벌 및 제재의 대상이 될 위험이 있다고 주장하면서 향후 6개월간 금융계약상 상환을 중단한다면서 위 계약조항상 명시된 ‘법률상 의무 규정’⁴²⁾이 적용된다고 주장하였다. 영국 법원은 ‘법률상 의무 규정’이라는 개념은 영국법뿐만 아니라 미국의 1차 제재 및 2차제재도 포함할 만큼 충분히 넓은 의미의 개념이라고 판단하면서, 그런 이유로 이에 근거해 Cynergy가 Lamesa에 대한 대출금 상환 중단이 가능하다고 판단하였다. 이 사건은 앞서 본 공서-예양원칙이나 이행지법원칙 관련 판례에서와는 달리 문제된 계약에 이러한 상황을 대비한 계약조항이 있었다는 것이다.

다. 홍콩

최근 홍콩 대법원에서는 외국법 위반의 불법성과 관련하여 Foster나 Ralli Bros와 결을 달리하는 판결이 선고되었다. Ryder Industries Ltd v Timely Electronics Co Ltd⁴³⁾ 사안에서 Ryder(‘R’)와 Timely(‘T’)는 각 홍콩 회사로, 조인트벤처를 설립하여 중국 본토에서 휴대폰사업을 하기로 하였다. 계약의 준거법은 홍콩법이었고, 금전 지급을 제외한 대부분 이행은 중국에서 이루어질 예정이었다. 계약 이행을 위해 당사자

41) [2019] EWHC 1877 (Comm). 이 판결에 대한 소개와 평가는 김규진, “국제물품매매계약상 채무불이행책임 면제사유로서의 경제제재-외국판례를 중심으로-”, 283 이하 참조.

42) 그 내용은 다음과 같다. “채무불이행의 부재 조항(non-default clause) …일방당사자(대출계약상 채무자)는 타방당사자(대출계약상 채권자)의 (대출금액상환)통지를 받은 후 14일 동안 일체의 법률상 의무 규정(mandatory provision of law), 규정 혹은 관할권 있는 법원의 명령을 준수하기 위하여 그러한 금액의 상환을 하지 않았다는 통지를 하는 경우 (이 계약상) 채무불이행을 한 것이 아니다.”

43) [2015] HKCU 3109.

들은 은행계좌를 개설하였다. 2006년경 R이 위 계약에 따라 더 지급받을 돈이 많았는데, T는 이를 종종 지급하지 않았다. 2006년에 T는 R에게 미지급된 금액을 2007년말까지 지급한다는 약정을 체결하였고 T의 대표자인 Chan이 보증하였다. 그 후 R가 T에게 그 지급을 구하는 소를 제기하자 T와 Chan은 위 계약의 이행이 중국법에 위반한다는 이유로 거부하였다.

1심 법원은 R이 중국 세관의 승인을 얻지 않고 휴대폰 생산과 관련된 영업활동을 하였다고 판단하였으나 사안에서 불법성은 문제되지 않고 그 중국법 위반을 이유로 T의 지급의무를 부정하는 것은 비례의 원칙에 부합하지 않는다(disproportionate)고 판단하였고 항소심도 그와 같이 판단하였다. 상고심에서 쟁점은 홍콩법이 준거법인 계약의 이행과정에서 일부 중국법 위반이 있었던 경우 홍콩법원이 계약의 이행을 명할 수 있는지였다. 홍콩 대법원은 1심, 2심 법원이 국내사안과 같이 처리한 것은 잘못되었다고 지적하고, 국제사법을 적용해서 판단하여야 한다고 하였다. 홍콩 대법원은 이행지법과 공서-예양의 원칙을 다시 선언하였다. Lord Collins는 중요한 정책을 반영하는 외국법의 충분히 심각한 위반으로 인하여 계약의 이행을 명하는 것이 공서에 반하는 경우가 있을 수 있으나 모든 종류의 위반이 그에 해당한다고 볼 선례가 없다고 하면서 법원은 홍콩 법원이 예양에 따라 계약의 이행을 명하지 않아야 한다는 T의 주장을 받아들이지 않았다. 계약의 이행과정에서 중국법을 사소하게 위반 incidental breaches under PRC law)하였다고 하여 계약의 이행을 불가능하다고 할 수 없다고 하면서 다음과 같은 요소를 고려하여 판단하였다.

① 먼저, 계약조건에 따른 이행이 중국법에 위반한다고 볼 근거가 없다. ② 계약당사자가 중국법을 위반하는 것을 동의했다고 볼 근거가 없다. ③ R이 불법성을 추구했다고 볼 근거가 없다. 그리고 만약 그렇다고 하더라도 이것이 공서에 위반한다고 보기는 어렵다 왜냐하면 이것이 (a) 법의 심각한 위반이 아니고, (b) 이것이 대단히 잘못되었다고 볼 수 없으며 iniquitous (c) 중국에서 실제로 형사절차 또는 집행절차를 야기하지 않았고, (d) 단순한 행정법 위반이기 때문이다.

홍콩 대법원의 이와 같은 입장은 정해진 요건 하에 다소 기계적으로 적용되었던 영국의 기존의 예양-공서원칙과 이행지법원칙과는 외국법을 위반한 불법의 경우에 달리 여러 요소를 형량하여 판단한다는 것이다. 다만 위 판결에서 실시된 기준들 역시 어떤 것이 외국법의 '심각한' 위반인지, 그 심각성을 어떤 기준에 따라 판단하여야 하는지에 관하여 만족스러운 답을 제시하지 않는다는 문제가 있다.

라. 그 밖의 판례

미국의 수출금지명령 등 경제제재의 맥락에서 네덜란드 법원은 이를 실질법의 불가항력에 해당하는지 판단하였다. *Petroles S.A. V. Sensor Nederland B.V.*⁴⁴⁾ 사건에

44) 이 판결에 대한 소개와 평가로 김규진, “국제물품매매계약 상 채무불이행 책임 면제 사유로서의 경제제재 - 외국 판례를 중심으로 -”, 기업법연구 통권 제88호, 260 이하 참조.

서 매도인은 네덜란드 회사, 매수인은 프랑스 회사로 물품매매계약 체결을 체결하였다. 매도인은 미국회사의 완전손자회사였고, 매매목적물의 최종목적지가 소련이었는데 미국은 1982년 소련에 대한 수출금지명령을 발령하였다. 이에 매도인이 계약을 이행하지 않자 매수인이 네덜란드 법원에 매도인을 상대로 계약의 이행을 청구하였다. 매도인은 미국정부의 수출금지명령이 불가항력 법리를 규정하고 있는 네덜란드법상 면책사정에 해당한다고 주장하였는데, 해당 계약에 불가항력 조항은 없었다. 이에 네덜란드 법원은 이 계약이 전적으로 미국 외에서 설립되고 영업활동을 하고 있는 법인간의 계약이고 전적으로 미국 외에서 생산된 물품의 미국 외 거래에 대한 물품매매계약에 해당하는데 이러한 계약에 미국이 관할권을 갖지 않으므로 매도인은 미국의 수출금지조치를 네덜란드법의 면책사정 내지 불가항력으로 주장할 수 없다고 판단하였다. 제3국의 국제적 강행규정을 실질법의 일반조항 하에서 판단하는 것에 대해서는 앞서 독일에 대한 비판과 같은 비판이 가능하다.

2. 실질법적 해결방법에 따른 사안의 해결

그렇다면 우리 국제사법의 해석론으로 제3국의 국제적 강행규정을 고려함에 있어 실질법적 해결방법을 채택할 수 있는지 문제된다. 우리 국제사법은 제3국의 국제적 강행규정에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 뿐만 아니라 독일이나 영국과는 달리 대상판결이 선고되기 전까지 우리나라 판례에서 실질법의 차원에서 제3국의 국제적 강행규정을 고려하자는 논의도 찾아보기 어려웠다. 그러나 그렇다고 하여 우리 국제사법 하에서 제3국의 국제적 강행규정의 적용 내지 고려가 금지된 것은 아니다.⁴⁵⁾ 국제사법에 제3국의 국제적 강행규정에 대한 규정이 없는 것은 제3국의 국제적 강행규정의 처리에 관하여 현재로서 국제적으로 정립된 견해가 없기 때문에 이를 학술과 판례에 맡기려는 의도적인 입법공백이기 때문이다.⁴⁶⁾ 따라서 우리 국제사법 하에서 제3국의 국제적 강행규정을 민법의 실질법의 일반조항 하에서 '사실'로 고려하는 것도 가능하다.

만약 영국 법원의 Lamesa 판결에서와같이 국제계약에서 제3국의 국제적 강행규정이 계약에 미치는 영향을 계약상 어떻게 처리할지 예정한 조항을 두고 있다면, 제3국의 국제적 강행규정을 그 계약 조항 하에서 고려할 수 있다. 예를 들면 이행가혹조항((hardship clause)이나 제3국의 경제제재를 염두에 둔 제재조항(sanction clause)⁴⁷⁾이 그에 해당한다.⁴⁸⁾ 제3국의 국제적 강행규정을 어떻게 취급할지 국제적으로 정설이 없는 상태에서 이러한 조항은 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려라는

45) 김인호 (2012), 133.

46) 석광현 [2013], 148; 안춘수 (2011), 194.

47) 이런 조항은 국제연합, 유럽연합, 또는 미국의 경제제재를 정의하고, 특정국가 내지 특정인이 제재대상으로 되는 경우 계약이 종료됨을 규정한다.

48) 이른바 특별위험조항(special risks clause), OFAC 조항(Office of Foreign Control clause), Grain and Feed Association (GAFTA)의 금지조항(prohibition clause)도 마찬가지이다. 상세는 Zürkomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 40 참조.

저촉법적 문제를 계약의 해석, 적용으로 해결할 수 있도록 한다는 점에서 그 실무적 효용을 무시할 수 없다.

그러나 국제계약에 제3국의 국제적 강행규정으로 인한 영향을 고려할 수 있는 특별한 규정이 없다면, 계약의 준거법이 한국법이라는 전제 하에 제3국의 국제적 강행규정을 우리 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서 위반, 채무불이행에 관한 제390조 이하의 규정들, 민법 제537조의 위험부담의 기초사실로서 고려할 수 있다. 우리 민법은 독일 민법과 달리 행위기초의 교란(BGB 제313조)에 관한 규정을 두고 있지 않다.⁴⁹⁾ 그러나 대법원이 종래 계속적 계약이 아닌 계약에 있어서 사정변경의 원칙을 인정하지 않다가 최근 들어서는 사정변경의 원칙을 인정하는 판결⁵⁰⁾을 선고하여 오고 있으므로, 사정변경의 원칙이 인정되는 한도 내에서는 제3국의 국제적 강행규정을 그에 따라 고려할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

대상판결은 제3국의 국제적 강행규정인 미국의 경제제재와 관련하여, 그 제재로 인하여 발생하는 피고 및 피고보조참가인의 이행장애를 권리남용의 법리를 적용하기 위한 사실로서 판단하였다. 그리고 그 과정에서 원고의 피고보조참가인에 대한 청구와 원고의 피고에 대한 청구가 모두 권리남용에 해당한다는 구조를 취하였다. 실질법적 논점을 검토하는 것은 이 글의 범위를 벗어나나 원고의 입장에서 자신이 제재대상이 되었다고 하여 독립적 이행보증서의 연장 또는 새로운 이행보증서의 발행에 별다른 이익이 없다고 볼 수 있을지는 의문이다. 변론주의의 한계 내에서 이행불능 또는 위험부담, 사정변경의 법리를 검토했다면 더 자연스럽게 않았을까 싶다.

대상판결의 사실관계가 달랐더라면 제3국의 국제적 강행규정인 미국의 경제제재 고려여부가 달라질 수 있다. 대상판결에서는 당사자가 권리남용의 법리를 주장하였는데, 계약의 이행으로 인하여 쌍방 당사자가 얻는 이익, 당사자의 괴롭히려는 의도 등의 변수에 따라 권리남용 여부의 판단이 달라질 수 있다. 이것은 제3국의 국제적 강행규정인 미국의 UFSA 제9조의 내용과는 직접적 관련이 없다고 볼 수 있다. 그리고 이 문제가 변론주의와 결합하면 당사자의 변론능력에 따라 이행불능, 위험부담, 사정변경 중 적절한 법리를 원용하여 주장하지 못하는 경우에도 제3국의 국제적 강행규정 고려여부가 달라질 수 있다는 문제가 생긴다. 이렇듯 실질법적 해결방법은 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려요건을 명확히 규정할 수 없어 준거규범에 대한 예측가능성이라는 당사자의 이익에 부합하지 않는다. 뿐만 아니라, 사안의 사실관계와 계약의 준거실질법의 일반규정의 태도에 따라 제3국법의 적용 또는 고려 여부가 달라져서 제3국의 이익과 국제적 판단의 조화를 위한 이익에도 반한다. 또한 준거법이 외국법일 경우, 법정지의 입장에서 제3국법의 내용과 적용결과가 법정지국의 법체계에 부합하는지 심사할 수 없어⁵²⁾ 법정지국의 이익도 제대로 반영하지 못한다. 따라서 저촉법

49) 다만 이를테면 국가계약법 제19조와 같이 사정변경의 원칙을 명문규정으로 인정한 경우도 있다.

50) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결; 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결, 대법원 2017. 6. 8. 선고 2016다249557 판결; 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다254846 판결 등.

51) 최근 판례에 나타난 사정변경의 원칙에 관한 분석으로 우선 이영준 (2018), 송덕수 (2018), 조인영 (2021) 참조.

적 해결방법이 더 나은 해결방법이다.

V. 저촉법적 해결방법

1. 저촉법적 해결방법

저촉법적 해결방법은 실질법적 해결방법에 대한 반대입장으로, 저촉법에서 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려요건을 국제사법에 규정한다. 그 대표적인 예로 특별연결이론, 로마협약, 로마 I 규정, 스위스 국제사법을 들 수 있다.

가. 특별연결이론

특별연결이론 중에서도 구체적인 연결원칙과 연결소에 관하여는 다양한 견해가 있으나, 사안의 법률관계와 충분한 밀접한 관련을 가지는 국가의 법이 적용 또는 고려되어야 한다는 견해가 독일의 다수설이다.⁵³⁾ 특별연결이론은 대체로 Wengler가 주장 하였던 것처럼 해당 규정을 해당 법률관계의 준거법에 관계없이 적용하려는 입법자의 의지가 있을 것, 제3국법이 사안과 밀접한 관련이 있을 것, 제3국법을 적용한 결과가 법정지의 공서에 위배되지 않을 것, 외국법의 내용이 법정지의 법체계에 부합할 것을 요건으로 한다.⁵⁴⁾ 밀접한 관련의 기준으로는 이행지, 재산 소재지, 당사자의 거소, 고용지 또는 근로제공지, 영향을 받는 시장소재지, 국적, 준거법 등이 제시된다.⁵⁵⁾ 이러한 요건이 충족되면 제3국법을 적용 또는 고려할 수 있다.

특별연결이론은 계약의 준거법소속국이 어느 곳이든 동일한 요건 하에 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려할 수 있어 국제적 판단의 조화를 이루고 상충되는 판단으로부터 당사자를 보호할 수 있다. 따라서 특별연결이론은 국제적 판단의 조화를 위한 이익을 잘 반영한다. 그리고 특별연결이론은 제3국의 국제적 강행규정의 요건을 저촉법적 차원에서 분명히 규정할 수 있기 때문에 당사자의 예측가능성과 국제거래의 법적 확실성의 측면에서도 유리하므로, 당사자의 이익에 부합한다. 또한 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려함으로써 제3국의 정당한 규제이익을 반영할 수 있다. 또한 법정지국의 관점에서 제3국법이 법정지국의 법체계에 부합하는지 내지 법정지국과 공유되는 이익을 추구하는지를 살핌으로써 법정지국의 이익도 함께 균형 있게 고려할 수 있다.⁵⁶⁾ 요컨대 특별연결이론은 당사자의 이익,

52) 그 적용결과가 법정지의 공서에 반하는 경우는 제외한다.

53) StauKomm/Magnus [2002], Rn 115-118.

54) MünchKomm BGB/Martiny[2006], EGBGB Art 34, Rn 133; BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 7. 다만 '외국법의 내용이 법정지의 법체계에 부합할 것'이라는 요건을 법정지의 공서를 위반하지 않을 것의 요건에 포함하여 이해할지, 별개의 요건으로 이해할지에 관하여 견해가 대립된다. MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 158.

55) MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 140.

법정지국의 이익, 제3국의 이익, 국제적 판단의 조화를 위한 이익의 측면에서 모두 만족스러운 견해이다.

나. 로마협약

로마협약 제7조 제1항⁵⁷⁾에 의하면, 사안과 밀접한 관련을 가지는 제3국의 강행규정에 대하여는 법원이 그 성질과 목적 및 그 적용 또는 부적용의 결과 발생하게 될 효과를 고려하여 효력을 부여할 수 있다. 로마협약 제7조 제1항이 적용되기 위해서는 ① 제3국의 국제적 강행규정이 소속된 국가가 사안과 밀접한 관련이 있어야 하고, ② 그 국가의 국제적 강행규정이 준거법에 관계없이 적용을 요하여야 한다. ③ 그러한 규정에 효력을 부여할지에 관하여 법원이 재량을 가지는데, 법원이 재량을 행사할 때 그 규정의 목적과 성질, 그 적용 또는 부적용의 결과를 고려하여야 한다. 밀접한 관련을 판단하는 기준으로 계약이행지나 당사자 일방의 상거소, 영업소 소재지,⁵⁸⁾ 당사자가 계약의 준거법을 합의하지 않았을 경우 로마협약 제4조 제1항에 따라 준거법이 되었을 국가의 법(객관적 준거법소속국법),⁵⁹⁾ 근로제공지, 행위지, 국적, 영업의 중심지가 제시된다.⁶⁰⁾

로마협약 제7조 제1항은 제3국의 국제적 강행규정에 효력을 부여할지 여부에 법원의 광범위한 재량을 인정한다. 그 재량 행사는 그 규정의 목적과 성질, 적용 또는 부적용의 효과에 의하여 정당화될 수 있어야 한다(로마협약 제7조 제1항 2문). 재량을 행사함에 있어 규정의 성질과 목적을 고려하는 것이 제3국의 국제적 강행규정에 대한 ‘내용통제(content control, Inhaltskontrolle)’에 해당한다⁶¹⁾ 그 적용효과와 관련하여 로마협약 제7조 제1항은 그 요건을 충족시키는 제3국의 국제적 강행규정에 “효력을 부여할 수 있다”라고만 규정하고 그 구체적인 의미는 정의하고 있지 않다. 그 의

56) 특별연결이론을 지지하는 견해로, MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 47, Hauser [2012], 103; Günther [2011], 74.

57) Article 7 Mandatory rules

1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

1. 이 협약에 근거하여 특정국가의 법을 적용함에 있어서, 사안과 밀접한 관련을 가지는 다른 국가의 강행규정들에 대하여는, 그 규정들이 해당 국가의 법에 의하여 계약의 준거법에 관계없이 적용되는 것인 한에 있어서는 효력을 부여할 수 있다. 이러한 강행규정들에 대하여 효력을 부여할 것인지를 결정함에 있어서는 그의 성질과 목적 및 그의 적용 또는 부적용의 결과 발생하게 될 효과를 고려하여야 한다.

58) Guiliano/Lagarde [1980], Article 7, para 2.

59) Plender/Wilderspin [2001], para 9-09; Kaye [1993], 251.

60) Guiliano/Lagarde [1980], Article 7, para 2; Kaye [1993], 253-254.

61) Chong (2006), 61; Schäfer [2010], 277; Fazilatfar [2019], 137. 정부이익분석에 관한 상제는 위 문헌 143 이하 참조. 이 견해는 로마협약 제7조 제1항 제2문이 전통적인 법의 저축을 해결하는 방법을 포기하고 미국법상 정부이익분석(governmental interests analysis)과 유사하게 정책적 고려에 따라 준거법을 선택하는 새로운 방법을 채택한 것이라고 평가한다.

미에 관하여 국제적 강행규정 자체를 법으로서 적용해야 한다는 견해⁶²⁾가 유력하다.

로마협약은 제3국의 국제적 강행규정에 관하여 저촉법적 차원의 일관된 원칙을 제시하였다는 점에서 당사자의 이익을 반영하였고, 국제적 판단의 조화를 위한 이익도 반영하였다. 또한 밀접한 관련이 있는 제3국의 국제적 강행규정에 효력을 부여하도록 함으로써 제3국의 이익도 반영하였다. 다만 재량 행사의 기준이 명확하지 않아 당사자의 이익의 측면에서 일부 아쉬움이 있다. 로마협약 제7조 제1항 2문은 재량 행사 단계에서 규정의 목적과 성질, 적용 또는 부적용의 결과를 고려하라고만 규정하고, 제3국의 국제적 강행규정이 법정지국의 법체계와 가치에 부합하는지라는 기준을 명시적으로 제시하고 있지 않기 때문에, 법정지국의 이익의 관점에서 아쉬움이 있다.

다. 스위스 국제사법

스위스는 로마협약 제7조 제1항을 반영하여 국내법으로서는 드물게 국제사법 (Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG)에 제3국의 국제적 강행규정에 관한 명문규정을 도입하였다. 스위스 국제사법 제19조⁶³⁾는, “이 법률에 의하여 지정되는 법 대신에 강행적으로 적용되어야 하는 다른 법의 규정은, 스위스의 법관념에 따라 보호할 만한 가치가 있고 명백히 우월한 당사자 일방의 이익이 있고, 사실관계가 그 법과 밀접한 관련을 가지는 경우에 고려될 수 있다”(제1항), “그러한 규정이 고려되어야 하는지 여부의 판단을 위해, 그 적용이 스위스의 법관념에 따라 적절한 결정을 내리도록 그 규정의 목적과 적용 결과를 고려하여야 한다”(제2항)라고 규정한다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

스위스 국제사법 제19조가 적용되기 위해서는 ① 국제적 강행규정⁶⁶⁾을 제정한 제3국이 사안과 밀접한 관련이 있어야 하고, ② 스위스의 법관념에 따라 보호할 가치가 있고 명백히 우월한 당사자의 이익이 있어야 하며, ③ 법관이 제3국의 국제적 강행규

62) Vischer (1992), 13, 166-168; Chong (2006), 42.

63) Art. 19

1 Anstelle des Rechts, das durch dieses Gesetz bezeichnet wird, kann die Bestimmung eines andern Rechts, die zwingend angewandt sein will, berücksichtigt werden, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten und der Sachverhalt mit jenem Recht einen engen Zusammenhang aufweist.

2 Ob eine solche Bestimmung zu berücksichtigen ist, beurteilt sich nach ihrem Zweck und den daraus sich ergebenden Folgen für eine nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechte Entscheidung.

64) 이 번역은 스위스 국제사법의 독일어본을 기초로 하고 프랑스어본과 이탈리아어본을 참고로 한 것이다. ‘법관념’은 독일어본의 Auffassung, 프랑스어본의 conception, 이탈리아어본의 concezione를 종합하여 번역하였다.

65) 위 규정의 도입으로, 종전에 스위스에서 외국공법 부적용 이론이나 속지주의, 스위스의 공서를 근거로 제3국법의 적용을 부정하였던 판례(BGE 68 II 203, BGE 76 II 33, BGE 80 II 49)는 폐기되었다.

66) 제3국의 법과 관련하여, 스위스 국제사법은 로마협약과 달리 준거법에 관계없이 적용되어야 한다는 요건을 명시하지 않지만, 이는 국제적 강행규정을 의미하는 것으로 풀이된다. ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 18; Schäfer [2010], 272.

정 고려 여부에 관한 재량을 행사할 때 법규의 목적과 적용결과에 비추어 스위스의 법관념에 따른 적절한 판단에 이를지 참작하여야 한다.

밀접한 관련은 계약에 따라 다른 연결소에 따라 인정된다. 예를 들어 임차인보호는 임대차목적물 소재지, 토지매매제한은 토지소재지, 동산처분제한(문화재수출금지 등)은 그 동산 소재지, 직업안전보호는 그 직업 수행이 이루어지는 곳, 선원은 기국, 약한 계약당사자를 보호하는 규정은 그 약한 당사자의 거소, 통화보호는 그 통화가 통용되는 곳, 경쟁법에서는 경쟁에 의하여 영향을 받는 시장, 수입금지의 경우 이행지와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 그러나 밀접한 관련의 존부를 판단할 때 소재지 내지 영토가 유일한 기준은 아니고, 해당 규정이 계약당사자의 지위에 직접적으로 미치는 영향도 고려된다.⁶⁸⁾

스위스 국제사법 제19조 제1항의 스위스 법관념에 따라 보호할 가치가 있고 명백히 우월한 당사자 일방의 이익이 있어야 한다는 요건은, 문제된 강행규정이 소속된 외국과 법정지의 “공유된 가치”가 있어야 한다는 것을 의미한다.⁶⁹⁾ 이는 가치판단을 통한 이익형량을 하여야 한다는 것이다.⁷⁰⁾ 이익이 명백히 우월한지 형량하는 것은 스위스의 법관념에 기초해서 이루어져야 한다. 스위스의 법관념은 스위스법과 국제법에 담긴 가치구조(Wertgefüge), 기본적 인권의 보호과 스위스의 경제질서,⁷¹⁾ 스위스 법질서의 근본적 가치⁷²⁾ 등을 의미한다. 그리하여 제3국의 국제적 강행규정을 적용하는 것이 스위스의 법관념에 비추어 볼 때 가치가 있어야 하고, 이것이 원인준거법(*lex causae*)을 적용하는 이익보다 명백히 우월해야 한다.⁷³⁾ 제3국법의 내용이 스위스법과 유사하여야 하는 것은 아니고, 스위스의 법관념에 부합하는 가치를 추구하는 것이면 족하다.⁷⁴⁾ 이 과정에서 제3국법의 내용을 검토하여야 한다. 이것을 스위스 국제사법 제19조 제2항에서 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과를 고려하는 것과 대비되는 ‘내용통제(Inhaltskontrolle⁷⁵⁾’라고 볼 수 있다. 먼저 제3국법이 국제법의 일반 원칙에 부합하는지, 법치국가의 기본적인 가치에 부합하는지 살펴보아야 한다.⁷⁶⁾ 그 후 이익형량 과정에서, 채무자의 이행을 금지하는 규범이 당사자에게 얼마나 억압적인 상황을 야기하는지 살펴보아야 한다.⁷⁷⁾

67) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 27.

68) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 29.

69) MünchKomm/Martiny [2021], Rom I-VO Art 9, Rn 142. 언어적으로, “스위스의 법관념에 따라”는 “보호가치가 있고”와 “명백히 우월한”을 동시에 수식한다. BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Rn 22. 따라서 명백히 우월한 당사자의 이익이 있는지도 스위스의 법관념에 따라 판단하고, 공유된 가치와 관련이 있다.

70) BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1.

71) BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 21.

72) BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1.

73) BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1; BGE 138 III 489, 495. E. 2.3.3. 여기서 말하는 ‘원인준거법을 적용할 이익’은 필자의 분류에 따르면 당사자의 이익을 의미한다..

74) BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1.

75) ‘내용통제(contents control)’의 용례는 로마협약의 맥락에서 Schäfer [2010], 277. ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 40도 ‘Inhaltskontrolle’라는 용어를 사용한다. 내용통제를 ‘적용요건통제’, 결과통제를 ‘적용효과통제’로 표현하는 것도 가능할 것으로 생각된다.

76) BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 19.

스위스 국제사법 제19조 제2항은 법관이 재량을 행사할 때 고려해야 할 요소로 그 규정의 목적과 그 규정을 적용한 결과가 스위스의 법관념에 따라 적절한지를 명시하고 있다. 즉, 제3국의 국제적 강행규정을 구체적인 사안에 적용한 결과가 스위스의 법관념에 부합해야 하는데, 이는 결과통제(Ergebniskontrolle)에 해당한다.⁷⁸⁾ 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과에 대하여도 제3국과 법정지인 스위스의 이익을 형량하는 것이다.⁷⁹⁾ 이 과정에서 당사자의 계약관계와 법적 지위에 미치는 영향을 고려해야 한다. 이 때 제3국의 이익과 스위스의 이익이 일치하는 정도가 중요한 판단기준이 되고, 그 정도가 높을수록 제3국법에 효력이 부여될 가능성이 높아진다.⁸⁰⁾ 스위스 법에 제3국의 국제적 강행규정과 유사한 강행규정이 있어야 하는 것은 아니고, 외국 규정이 추구하는 목적이 스위스의 법관념에 부합하면 족하다.⁸¹⁾ 그러나 외국법의 내용이 스위스법의 공서에 반하는 내용이라고 하더라도, 당사자가 그 적용을 피할 수 없고 이행이 곤란해지는 경우에는 그 외국법을 고려하지 않을 수 없다.⁸²⁾

스위스 국제사법 제19조 제1항의 요건에 해당하면 제3국의 국제적 강행규정에 효력이 부여될 수 있다. 스위스 국제사법 제19조는 법관에게 외국법을 고려하거나 고려하지 않을 재량을 부여하는데, 재량 행사에서 고려할 요소들은 이미 앞서 본 바와 같이 이익형량에서 고려된다.⁸³⁾ 따라서 외국법의 보호법익이 스위스법의 관점에서 보호할 가치가 있다면, 법관의 재량은 외국법을 고려할지 말지가 아니라, 어떻게 고려할지에 초점을 맞추게 된다.⁸⁴⁾

스위스 국제사법 제19조가 외국법을 ‘적용’한다고 규정하지 않고 ‘고려’될 수 있다고 규정한 이유와 의미는 다음과 같다.⁸⁵⁾ ① 스위스 국제사법 제19조는 외국공법의 직접적 효과가 아니라 해당 외국공법이 사법적 관계에 어떤 영향을 미치는지에 관한 규정이기 때문에 이를 고려하는 것을 공법의 “적용”이라고 볼 수 없다. ② 스위스 국제사법 제19조의 요건에 해당하더라도 외국법에 규정된 법적 효과가 항상 그대로 인정되는 것이 아니다. 스위스 국제사법 제19조 제2항의 “적절한 결정을 내리도록 그 규정의 목적과 적용결과를 고려하여야 한다”는 문언으로, 법관이 적절한 결정을 내리기 위하여 법률효과를 형성하는 것이 가능해진다(Gestaltungsmöglichkeit). 예를 들어 법원이 외국법을 고려한 결과 계약의 일부무효, 이행의 유예(Stundung der Erfüllung), 계약채무의 집행불가능(Nichtdurchsetzbarkeit, IMF 협정 제VIII조 제2(b)의 경우 포함), 계약 해제 또는 계약 변경을 인정할 수 있다. 이는 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려한 결과 어떤 법률효과를 인정할지에 법관의 재량이 인정된다는 의미이다. 법원이 외국의 국제적 강행규정을 적용하여 계약이 무효라고 판단하

77) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 31.

78) BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 25.; BGE 130 III 620, E. 3.5.1.

79) Schäfer [2010], 275는 이것이 미국의 policy weighing과 유사하다고 한다.

80) BGE 136 III 398, E.2.3.3.1.

81) BGE 138 III 489, 495, 2.3.3.

82) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 35.

83) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 15.

84) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 50.

85) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 45-49.

는 경우, 계약 무효에 따른 후속효과는 계약의 준거법에 의하여 결정된다.⁸⁶⁾

스위스 국제사법은 로마협약과 마찬가지로 적용 또는 고려해야 할 제3국법의 범위를 사실관계와 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 규정하였다. 스위스 국제사법 제19조는 로마협약보다 제3국법이 적용될 만한 것인지를 심사하는 단계(제19조 제1항)와 구체적인 사안에서 그 규범이 적용되는 것이 정당한지 심사하는 단계(제19조 제2항)에서 보다 무엇을 고려해야 하는지에 관하여 명확한 지침을 제공한다. 스위스 국제사법 제19조 제1항에서는 제3국의 국제적 강행규정이 ‘스위스 법관념에 따라 보호 가치가 있고 명백히 우월한 당사자의 이익’이라는 구체적인 기준을 제시하여 제3국의 이익과 법정지국의 이익을 형량하도록 한다. 그리고 스위스 국제사법 제19조 제2항에서는 다시 제3국의 국제적 강행규정의 ‘목적’과, ‘그 적용결과가 스위스의 법관념에 따라 적절한 판단에 이르게 되는지’를 판단하도록 한다. 이는 로마협약 제7조 제1항이 제3국의 국제적 강행규정에 효력을 부여할 때 ‘규범의 목적과 성질, 적용 또는 부적용의 효과’를 고려하도록 한 것보다는 발전된 것이다.

스위스 국제사법 제19조 제1항이 ‘스위스 법관념에 따라 보호할 가치가 있는지’라는 기준으로 제3국의 국제적 강행규정과 법정지국의 공유된 가치가 있는지를 심사하는 것은 제3국의 국제적 강행규정의 고려에 대한 법정지국의 이익을 반영할 수 있는 기준으로 적절하다고 생각된다. 그런데 이 단계에서 ‘당사자의’ 명백히 우월한 이익을 기준으로 삼은 것은 의문이다. 먼저 용어 사용으로 인한 혼란을 방지하자면, 스위스 국제사법에서 말하는 당사자의 이익은 필자가 분류한 당사자의 이익과 범주가 다르다. 필자의 분류에 따른 당사자의 이익은 사실관계를 준거하는 규범에 대한 예측가능성을 의미하고 구체적인 사실관계에 특정 법규를 적용한 결과로 인하여 당사자가 얻는 이익 또는 불이익을 의미하지 않는다. 그러나 스위스 국제사법 제19조 제1항의 당사자의 이익은 준거법에 대한 예측가능성 외에 구체적 사실관계에 특정 법규를 적용한 결과로 인하여 당사자가 얻는 이익 또는 불이익을 포함한다.⁸⁷⁾

그러나 필자는 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려함에 있어, 제3국법의 내용에 대한 통제와 제3국법을 적용한 결과에 대한 통제를 준별하여, 내용통제를 먼저 한 후 결과통제를 하는 것이 체계적으로 더 낫다고 생각한다. 스위스 국제사법 제19조 제1항의 해석론으로, ‘당사자 일방의 이익’이 명백히 우월한지를 형량할 때, 제3국의 국제적 강행규정이 당사자에게 얼마나 억압적인 상황을 야기하는지 고려해야 함은 앞서 살펴 본 바와 같다.⁸⁸⁾ 그러나 ‘당사자에 대한 억압적인 상황’ 등을 포함하여 해당 규범을 구체적인 사안에 적용한 결과 당사자가 입는 이익 또는 불이익은 추상적 내용통제가 아니라 구체적 결과통제의 단계에서 고려하는 것이 더 적절하다. 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 부적용으로 인하여 당사자가 얻는 이익 또는 불이익은

86) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 49.

87) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 31. BGE 130 III 620 판결의 원심 법원이, 스위스 은행의 이종지급위험과 형사소추위험을 당사자의 이익으로 언급한 것에 비추어 보아도 그러하다.

88) ZürKomm/Vischer/Lüchinger [2018], Art 19, Rn 31.

구체적인 사안을 전제로 하고, 구체적인 사실관계에 제3국의 국제적 강행규정이 적용되거나 적용되지 않을 때 어떤 결론에 이르는지를 살펴보아야 해당 규범이 당사자에게 얼마나 억압적인 상황을 야기하는지, 규범의 적용으로 인하여 당사자가 얻는 이익 또는 불이익이 무엇인지 분명히 드러나기 때문이다. 따라서 내용통제의 단계에서는 제3국법의 추상적 내용이 법정지법의 관점에서 보호가치가 있는지를 심사하면 족하다고 생각한다.

한편, 스위스 국제사법 제19조 제2항이 결과통제로서 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과가 '스위스의 법관념에 부합하는지'를 심사하도록 한 것은 적절하다. 그러나 제19조 제2항이 이 단계에서 다시 규범의 '목적'을 고려하도록 한 것은 적절하지 않다. 스위스 국제사법 제19조 제1항에 따라 제3국의 국제적 강행규정이 스위스의 법관념에 따라 보호할 만한 가치가 있는지 심사하는 단계에서 제3국의 국제적 강행규정의 목적을 고려하기 때문이다. 스위스 국제사법 제19조 제2항에 따라 제3국의 국제적 강행규정의 목적을 다시 고려하는 것이 제19조 제1항에 따라 스위스 법관념에 따라 보호할 만한 가치가 있는지를 심사하면서 목적을 고려한 것과 실질적으로 어떻게 구분되는지 분명하지 않고, 결과통제에 유용한 지침이 되지 않는다. 앞서 언급하였듯이 결과통제의 단계에서 해당 규범을 적용한 결과로 인하여 당사자에게 얼마나 억압적인 상황이 초래되는지, 그 규범이 적용됨으로써 당사자가 입은 이익 또는 불이익이 무엇인지, 그 적용 결과가 법정지의 공서에 위배되지 않는지를 살펴보면 족하다.

요컨대 스위스 국제사법 제19조는 준거규범에 대한 예측가능성이라는 측면에서 당사자의 이익, 밀접한 관련이 있는 제3국법을 고려한다는 점에서 제3국의 이익, 제3국의 국제적 강행규정의 내용과 적용결과가 법정지의 관점에서 보호가치가 있는지를 심사한다는 점에서 법정지국의 이익, 국제적 판단의 조화를 위한 이익을 골고루 반영하였다. 다만 제19조 제1항에서 제3국법이 당사자에게 미치는 억압적인 상황을 고려하도록 하고, 제19조 제2항에서 제3국법의 목적을 고려하도록 한 것이 내용통제와 결과통제의 각 단계에 비추어 적절하지 않다는 아쉬움이 있다.

라. 로마 I 규정

로마 I 규정은 로마협약의 후신이다. 로마협약 제7조 제1항과 대비되는 로마 I 규정의 뚜렷한 특색은 적용 또는 고려되어야 하는 제3국의 범위를 밀접한 관련이 있는 국가가 아니라 이행지로 한정하였다는 것이다.⁸⁹⁾

제3국의 국제적 강행규정이 로마 I 규정 제9조 제3항에 따라 효력이 부여되기 위해서는 일단 제3국의 규정이 로마 I 규정 제9조 제1항의 국제적 강행규정의 정의에 포섭되어야 한다.⁹⁰⁾ 그리고 그 규정이 '계약이 이행되어야 하거나 이행된 장소'⁹¹⁾의 국제

89) MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO, Art 9, Rn 6; Briggs [2014], paras 7.251, 7.305. 이런 점에서 로마 I 규정 제9조 3항은 영국법의 입장에서 환영하는 변화이다. Briggs [2014], 7.306.

90) 제3장 제1절 III. 참조.

91) 그 의미에 대하여, 이행지가 사실상 이행이 이루어졌거나 이루어질 장소를 의미한다는 견해(1설,

적 강행규정으로서 ‘이행을 불법(unlawful)⁹²⁾하게 만드는 규정’이어야 한다.⁹³⁾ 밀수, 수뢰금지법, 수입금지법, 형사처벌규정 등이 그에 해당함은 명백하다.⁹⁴⁾ 계약을 전부 또는 일부 무효로 만드는 규정과, 가격통제, 최저임금이나 최장근로시간을 규율하는 법규와 같이 계약상 의무를 변경하는 규정도 계약의 이행을 불법하게 만드는 규정에 포함된다.⁹⁵⁾

이상의 요건이 충족되면 법정지 법관이 이행지의 국제적 강행규정에 효력을 부여할 수 있다. 로마 I 규정 제9조 제3항 2문은 로마협약 제7조 제1항 2문과 동일하게, 그 효력 부여에 대한 재량 행사 단계에서 규정의 성질과 목적, 그 적용 또는 부적용의 결과를 고려하도록 한다. 로마 I 규정 제9조 제3항은 로마협약 제7조 제1항에서와 마찬가지로, 제3국의 국제적 강행규정에 ‘효력을 부여’할 수 있다고 규정하고 있다. 효력을 부여한다는 것을 좁은 의미로 보면 제3국법을 직접적용(Anwendung, direct application)하는 것으로 이해할 수 있고, 넓은 의미로 보면 준거법의 실질법 내에서 고려한다(간접적용, Berücksichtigung, indirect application, taking into account)고 이해할 수도 있다.⁹⁶⁾

로마 I 규정을 로마협약이나 스위스 국제사법과 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또

Calliess/Renner [2015], 257; MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO, Rn 118, 126; MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 141)와 계약에서 정한 이행지를 의미한다는 견해(2설, Dicey/Morris/Collins [2012], vol. 2, para 32-096; *Lemenda Trading Co Ltd v African Middle East Petroleum Co Ltd* [1988] QB 448, 455-456; *Tamil Nadu Electricity Board v ST-CMS Electric Co Private Ltd* [2008] 1 Lloyd’s Rep 93, 104.), 계약이 아직 이행되지 않은 경우에는 법적 이행지도 고려해야 한다는 견해(3설)이 대립하나, 3설이 설득력이 있다. 이는 로마 I 규정의 이행지에 관한 문언이 브뤼셀 I 규정 제5조 제1항 (b)의 이행지를 정의하는 문언 (the place...where the goods were delivered or should have been delivered, the place...where the service were provided or should have been provided)과 유사하다는 이유로 브뤼셀 I 규정 제5조 제1항 (b)의 해석론을 따르자는 것이다. 브뤼셀 I 규정 하에서는 원고가 사실상 이행지와 계약상 이행지 사이에서 선택할 수 있다는 견해와, 이미 이행이 되었으면 사실상 이행이 된 곳, 아직 이행되지 않았으면 계약에 따라 이행이 될 곳을 의미한다는 견해가 대립되었는데, 후자가 다수설이다. Hauser [2012], 84.

92) Hauser [2012], 71ff는 로마 I 규정의 입법자가 ‘unlawful’과 ‘illegal’을 의도적으로 구분하고 illegal 보다 더 넓은 개념인 unlawful을 채택한 것이라고 하면서, 영국법의 illegality는 이행금지규정만을 의미하고, 이자율을 제한하는 규정과 같이 이행의 일부를 무효로 하는 규정은 포함되지 않는다 (*Mount Albert Borough Council v Australian Temperance and General Mutual Life Insurance Society* [1938] AC 224)고 설명한다. 같은 취지로, Hellner (2009), 461-462. 그러나 영국에서는 뒤에서 볼 이행지법 원칙의 맥락에서 illegal과 unlawful이라는 개념이나 용어를 구분하여 사용하고 있지 않은 것으로 보인다. Dicey/Morris/Collins [2012] vol. 2., para 32-097. Hartley (1997), 386-387은 illegal을 형사법 위반 뿐만 아니라 불법행위, 제3자와의 다른 계약 위반까지 포함하는 것으로 넓게 해석한다.

93) 로마 I 규정 제9조 제3항의 이행지를 판단하는 준거법에 관하여, 로마 I 규정 제12조 제1항을 근거로 계약의 준거법에 따라야 한다는 견해가 유력하다. 반면, 이행지를 법정지법에 따라 판단하여야 한다는 견해로 Hill/Chong [2010], para 14.3.13. 민사 및 상사사건의 재판관할과 재판의 승인 및 집행에 관한 유럽연합 규정(COUNCIL REGULATION (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, 이하 ‘브뤼셀 I 규정’) 하에서의 해석론과 동일하게 계약이 이미 이행된 경우에는 사실상 이행지, 이 정한 특징적 이행이 이루어지는 국가의 법에 따라야 한다는 견해로 MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO, Art 9, Rn 118.

94) Günther [2011], 163.

95) Hauser [2012], 75; Calliess/Renner [2015], 258; Günther [2011], 163.

96) MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO, Art 9, Rn 52. 직접적용과 간접적용, 저촉법적 적용.

는 고려요건, 재량행사의 기준이라는 두 가지 측면에서 비교, 평가한 결과를 다음과 같이 정리할 수 있다. 로마 I 규정 제9조 제3항은 제3국의 범위를 이행지로 한정함으로써 법적 확실성과 예측가능성이 높아졌고, 로마협약에서보다 당사자의 이익이 더 보장된다고 볼 수 있다.⁹⁷⁾ 그러나 그만큼 제3국의 이익을 도외시하는 결과에 이르렀다. 이러한 태도가 바람직한 것인지는 이행지가 아닌 제3국의 이익을 존중할 필요가 있는지, 또는 이행지가 아닌 제3국의 이익을 무시하는 것이 정당화될 수 있는지의 관점에서 접근하여야 한다. 그런데 이를테면 문화재가 불법반출된 문화재의 기원국이나 부당공동행위로 인하여 그 시장에 영향을 받는 국가는 이행지가 아니더라도 강한 규제이익을 가지고, 이와 같은 이익을 존중할 필요가 있다. 경우에 따라 이행지를 결정하는 것이 어려울 수 있다는 문제도 있다. 영국의 이행지법 원칙이 적용되었던 *Libyan Arab Foreign Bank*⁹⁸⁾ 사건에서 볼 수 있듯이, 특히 여러 나라의 계좌 사이에 결제와 이체가 이루어지는 국제금융거래에서는 이행지를 결정하기 어렵거나⁹⁹⁾ 사안과 이행지가 별다른 관련이 없는 경우가 있을 수 있고, 이런 문제는 외환규제의 맥락에서도 마찬가지로 제기된다.¹⁰⁰⁾ 따라서 제3국의 국제적 강행규정의 범위는 이행지가 아니라 사안과 밀접한 관련이 있는지를 기준으로 결정되어야 한다.

로마 I 규정 제9조 제3항 제2문의 재량행사의 기준에 관하여는 법정지국의 이익과의 형량이라는 관점에서 로마협약에서보다 진전된 논의가 이루어지기는 하였다. 그러나 스위스 국제사법과 비교하면 로마 I 규정 제9조 제3항 2문은 그 재량행사의 고려요소로 제시하는 ‘규정의 목적과 성질, 적용 또는 부적용의 결과’가 구체적으로 어떤 의미인지, 그 요소들이 재량을 행사할 때 어떤 방향으로 고려되어야 하는지 여전히 불분명하다. 로마 I 규정 제9조 제3항의 문언 자체로 재량행사의 지침을 구체적으로 제시하지 못하였고, 제3국의 국제적 강행규정에 관한 내용통제와 결과통제를 구분하지 않았다는 점에서 아쉽다.

요컨대 로마 I 규정 제9조 제3항은 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려요건을 저촉법적 차원에서 명시하였다는 점에서 당사자의 이익에 부합한다. 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려에 관한 재량 행사 단계에서 제3국법이 법정지의 법체계에 부합하는지 심사하는 것이 가능하기는 하나, 제9조 제3항의 문언에서 이를 심사하는 기준이 명확하지 드러나지 않다는 점에서 법정지국의 이익의 측면에서 아쉬움이 있다. 제3국의 범위를 이행지법으로 한정된 것은 제3국의 이익을 적절히 반영하지 못

97) 반면, Hellner (2009), 454-470은 로마 I 규정의 불법(unlawful)의 의미를 넓게 해석하고, ‘계약으로부터 발생하는 의무’를 계약상 의무뿐만 아니라 계약과 관련한 의무를 포함하는 것으로 해석하면, 로마협약 제7조 제1항과 로마 I 규정 제9조 제3항의 차이가 실질적으로 크지 않고, 오히려 제9조 제3항의 적용범위에 속하지 않는 국제적 강행규정을 어떻게 취급할 것인지 규정하지 않았기 때문에 불확실성이 야기된다고 한다. 필자는 적용 또는 고려대상인 제3국의 범위를 이행지로 한정하는 것은 부당하다고 보는 입장이지만, 로마 I 규정 제9조 제3항의 문언 자체를 Hellner와 같이 넓게 해석하는 것은 설득력이 높지 않다고 본다. 로마 I 규정 제9조 제3항의 성안과정과 그 토대가 된 영국의 이행지법 원칙을 고려하면 ‘계약으로부터 발생하는 의무’를 이와 같이 넓게 해석할 근거가 부족하기 때문이다.

98) [1989] QB 728. 제5장 제2절 III.2. 참조.

99) 온라인 증권매매에서 이행지 결정의 어려움에 관하여 Lehmann (2019), 278-279 참조.

100) Proctor [2012], para 4.20.

한다. 그리고 이행지가 아닌 제3국 법원이 재판하는 경우에는 제3국법을 적용하여 판단할 것이므로 국제적 판단의 조화를 위한 이익도 충분히 반영하지 못한다는 아쉬움이 있다.

마. 저촉법적 해결방법에 관한 평가

특별연결이론에 따른 저촉법적 해결방법은 실질법적 해결방법의 이러한 문제를 해결할 수 있다. 저촉법적 해결방법은 저촉법적 차원에서 제3국법의 적용 또는 고려요건을 명확히 규정할 수 있어 당사자의 이익에 부합한다. 또한 사안과 밀접한 관련이 있는 제3국법을 적용 또는 고려하므로, 제3국의 이익을 잘 반영할 수 있다. 또한 일관된 요건 하에 제3국법을 적용 또는 고려하므로 국제적 판단의 조화를 위한 이익에 부합한다. 그리고 법관이 제3국법을 적용 또는 고려함에 있어 법정지의 관점에서 보호가치가 있는 것인지 심사할 수 있으므로 법정지국의 이익에도 부합한다.

둘째, 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려할 때 제3국법의 내용이 법정지의 법체계에 부합하는지 먼저 심사한 후에 그 제3국법을 적용한 구체적인 결과도 법정지의 법체계에 부합하는지 심사하는 것이 체계적으로 더 나은 방법이다. 그리고 그 내용통제와 결과통제에서 고려해야 할 요소를 명확히 규정하여야 한다. 내용통제의 단계에서 제3국법의 성질과 제3국법을 적용함으로써 당사자에게 얼마나 억압적인 상황이 초래되는지 고려하는 것은 적절하지 않다. 그리고 결과통제의 단계에서 내용통제 단계에서 이미 고려된 제3국법의 목적을 고려하는 것은 유용하지 않다.

현재로서 이행지법 원칙과 밀접한 관련의 원칙을 비교한다면 특별연결이론, 로마협약이나 스위스 국제사법의 태도가 더 바람직하다고 생각된다.

2. 우리 국제사법의 해석론으로서의 저촉법적 해결방법

우리 국제사법의 해석론으로도 특별연결이론에 기초한 저촉법적 해결방법이 가능하다. 국내에서 주장되는 특별연결이론은 독일에서와 마찬가지로 다음과 같은 요건 하에 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려할 수 있다고 주장한다. 제3국의 국제적 강행규정이 ① 사안과 밀접한 관련이 있어야 하며, ② 문제되는 강행법규가 추구하는 목적이 우리 법상 보호가치가 있어야 한다¹⁰¹⁾는 것이다. 이하에서는 앞서 본 관련된 이익을 반영하여 이를 조금 더 구체화한다.

가. 제3국과의 밀접한 관련

로마협약 하에서의 논의를 참고하면, 제3국과 밀접한 관련이 있어야 하는 대상이 무엇인지 문제된다. 로마협약에서와 마찬가지로 전체로서의 계약과 제3국이 밀접한

101) 김용진 (1998), 720; 석광현 (2020a), 382; 이필복 (2021), 151.

관련이 있어야 한다는 견해와 분쟁에서 문제된 쟁점과 밀접한 관련이 있어야 한다는 견해가 대립될 수 있으나, 후자가 설득력이 있다. 특정한 쟁점과 관련이 없더라도 계약 자체와 밀접한 관련이 있다는 이유로 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려해야 한다면 지나치게 많은 국가의 법을 검토해야 하고 실무상 큰 부담이 야기되기 때문이다. 따라서 매수인이 대금을 지급하지 않고 있는 경우 대금 지급을 금지하거나, 대금 지급의무를 전부 또는 무효로 만들거나 대금지급의무를 변경하는 규정, 대금 미지급을 정당화할 수 있는 규정¹⁰²⁾이 이와 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.

제3국과 분쟁의 쟁점과 밀접한 관련이 있는지는, 로마협약의 해석론¹⁰³⁾을 참고로, 다음과 같은 요소들을 종합적으로 고려하여 판단한다. ① 이행지 또는 이행의 준비행위가 이루어지는 장소, ② 채무자의 상거소, 설립지, ③ 재산소재지, ④ 근로관계에서 근로제공지, 기업의 영업소재지, ⑤ 시장에 미치는 영향, ⑥ 국적

나. 제3국의 국제적 강행규정이 법정지의 국제적 공서에 비추어 보호할 만한 가치가 있을 것

1) 법정지국의 이익에 부합하는 정도

로마협약, 스위스 국제사법, 로마 I 규정 모두 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려할지 여부에 대하여 법관에게 재량을 부여하고 있고, 법관의 재량행사 과정에서 제3국법의 입법목적이 법정지의 관점에서 보호가치가 있는 것인지를 고려함을 알 수 있다. 이것은 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려에 있어서 형량하여야 할 네 가지 이익 중 법정지국의 이익을 반영한 요건이다. 제3국이 분쟁의 쟁점과 밀접한 관련이 있더라도 그 국제적 강행규정이 아무런 제한 없이 적용되어서는 안 되고, 법정지국의 이익에 부합하는지 확인해야 한다.¹⁰⁴⁾ 그러기 위해서는 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려요건에 법정지국의 이익을 반영할 수 있는 요건이 있어야 한다.

법정지국의 이익과 제3국의 국제적 강행규정의 입법목적이 법정지와 부합하는 정도에 관하여, ‘법정지국의 이익에 부합하거나 배치되지 않을 것’을 요건으로 제3국법을 적용 또는 고려할 수 있다는 견해도 있으나, 스위스 국제사법 제19조의 해석론으로는 스위스법의 법관념에 부합하는 가치,¹⁰⁵⁾ 국제법의 일반원칙 또는 법치국가의 기본적인 가치¹⁰⁶⁾에 부합하는 가치를 추구할 것을 요구한다.

102) 이를테면 문화재의 매수인이, 문화재거래를 금지한 문화재보호법의 규정을 근거로 매매계약이 무효라고 주장하면서 대금 지급을 거절하는 경우를 상정할 수 있다.

103) 김인호 (2012), 580; MünchKomm/Martiny [2006], Cheshire/North/Fawcett [2017]; EGBGB Art 34, Rn 140-153; MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO Art 9, Rn 125-137; 683;

104) MünchKomm/Martiny [2006], EGBGB Art 34, Rn 158; MünchKomm/Martiny [2021], Rom I -VO Art 9, Rn 141.

105) BGE 136 III 392, E. 2.3.3.1.

106) BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 19.

‘법정지국의 이익에 부합하거나 배치되지 않을 것’이라는 기준과 스위스 국제사법의 해석론으로 요구되는 기준을 비교하면, 전자는 적극적인 기준과 소극적인 기준을 함께 규정하고 있는 반면 후자는 적극적인 기준만을 규정하고 있고, ‘법정지의 이익’이 ‘법치국가의 기본적인 가치’보다 범위가 넓은 것으로 보이므로, 후자가 더 엄격한 기준이라고 볼 수 있다. 필자는 다음과 같은 이유로 이에 대한 일종의 절충안으로 제3국의 국제적 강행규정이 ‘우리나라의 국제적 공서에 비추어 보호할 가치가 있는 경우’라는 기준을 제시한다.

국제적 공서는 우리나라의 본질적 법원칙, 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념과, 대한민국의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념,¹⁰⁷⁾ 대한민국 헌법의 핵심적 가치¹⁰⁸⁾를 포함한다. ‘국제적 공서에 비추어 보호할 가치가 있는 경우’라는 것은 제3국의 국제적 강행규정이 법정지인 우리나라의 국제적 공서에 부합하거나, 최소한 이에 배치되지 않아야 한다는 것을 의미한다. 법정지국의 입장에서는 법정지의 국제적 공서에 위반되지 않는 경우라면, 이를테면 법정지국의 국제적 공서에 아무런 영향을 미치지 않는다면 제3국의 국제적 강행규정의 적용 또는 고려를 막을 특별한 이유가 없을 것으로 생각된다. 그리고 국제적 강행규정과 국제적 공서의 관계에 관하여 국제적 공서가 국제적 강행규정보다 더 좁은 개념이라는 전제 하에, 제3국의 국제적 강행규정이 법정지의 공서에 부합하는 경우에 한하여 적용 또는 고려될 수 있다고 본다면, 국제적 공서와 구분되는 국제적 강행규정의 기능이 무의미해질 수도 있을 것이다.

‘우리법상 보호가치가 있을 것’에 관하여 일응 다음과 같은 기준을 제시할 수 있다. 제3국의 국제적 강행규정이 보호하려는 이익이 ① 전세계적으로 승인되는 이익인지(이를테면 마약밀수금지, 테러방지, 부패방지, 인신매매금지, 자금세탁금지, 문화재보호),¹⁰⁹⁾ ② 이를 보호함으로써 간접적으로 한국의 이익을 보호하는지,¹¹⁰⁾ ③ 법정지인 한국의 이익과 일치되거나 최소한 배치되지 않는지,¹¹¹⁾ ④ 법정지에 경제적, 사회적 장애(障害)를 야기하는지, ⑤ 다른 국가를 차별하거나 다른 국가들에게 해악을 가하려는 것인지. ①, ②, ③의 경우라면 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려할 수 있고, ④, ⑤의 경우에는 그럴 수 없을 것이다.

2) 내용통제와 결과통제

한편, 로마협약과 로마 I 규정은 하나의 조문에서 법관이 제3국의 국제적 강행규정

107) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결. 이는 외국 중재판정 승인의 맥락에서 그 승인거부사유로서 강학상 ‘국제적 공서’의 의미를 선언한 것이다. 외국판결 승인의 맥락에서 강제징용에 관한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결, 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결도 이와 같은 기준을 제시한다.

108) 이는 강제징용에 관한 대법원 판결(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결)을 참조한 것이다.

109) 독일 법원의 나이지리아 가면 판결.

110) 독일 법원의 Borax, Borsäure 판결.

111) 로마 I 규정과 스위스 국제사법 제19조의 해석론.

을 적용 또는 고려할지에 관한 재량을 행사할 때 ‘규범의 성질과 목적, 적용 또는 부 적용의 결과’를 한꺼번에 고려하도록 하여 제3국의 국제적 강행규정의 내용에 대한 통제와 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과에 대한 통제의 구분이 분명히 드러나지 않았다. 반면, 스위스 국제사법은 제19조 제1항과 제2항을 구분하여, 제1항에서 제3국의 국제적 강행규정이 스위스의 법관념에 따라 보호할 만한 가치가 있는지 살피도록 하고, 제2항에서 그 규정을 적용한 결과가 스위스 법관념에 따라 적절한 판단에 이르게 되는지를 살펴보도록 함으로써 이를 보다 명확히 구분하고 있다. 스위스 국제사법의 이러한 태도는 법정지국의 이익이 내용통제와 결과통제 단계에서 모두 고려되어야 함을 명확히 하였다는 점에서 바람직하다.

따라서 우리 국제사법의 해석으로도 제3국의 국제적 강행규정을 적용 또는 고려하는 것이 법정지국의 이익에 부합하는지를 이 두 가지 측면에서 심사할 필요가 있다. 첫째, 제3국의 국제적 강행규정이 그 자체로 적용 또는 고려될 만한 가치가 있는지를 심사하는 추상적 내용통제이다. 둘째, 제3국의 국제적 강행규정이 적용 또는 고려될 만한 것이라면 구체적인 사안에 이를 적용하였을 때 법정지법의 관점에서 받아들일 수 없는 결과가 발생하지 않아야 한다는 구체적 결과통제의 단계이다. 내용통제에서 별다른 문제가 없는 규범이더라도 이를 적용한 결과가 부당할 수 있기 때문에 내용통제와 별도로 결과통제를 할 실익이 있다.

내용통제 단계에서는 제3국법의 목적과 내용이 법정지법의 국제적 공서에 비추어 보호할 만한 가치가 있는 것인지를 심사한다. 이 단계에서 준거법의 예측가능성이라는 당사자의 이익, 법정지국의 이익을 모두 형성한다. 다만 스위스 국제사법이 내용통제 단계에서 채택한 ‘당사자 일방의 명백히 우월한 이익’ 기준은 다음과 같은 이유로 우리 법의 해석론에 수용하기에 적절하지 않다고 생각한다. 첫째, 스위스법의 독일어본과 프랑스본 텍스트의 차이를 고려하면 ‘당사자 일방의’라는 기준이 스위스법의 내용으로 정립된 것인지 불명확하다. 둘째, 스위스 국제사법 제19조가 적용된 스위스 연방대법원의 판결들에서도 이 기준이 그다지 중요한 역할을 하지 못한 것으로 보이고 스위스에서도 이 기준을 삭제하자는 개정론이 진행 중이기 때문이다.¹¹²⁾ 셋째, 스위스법에서 말하는 ‘당사자의 명백히 우월한 이익’은 필자가 분류한 준거법에 대한 당사자의 예측가능성이라는 측면의 당사자의 이익과는 달리, 구체적인 사안에 제3국법을 적용한 결과가 당사자에게 억압적인지를 고려하는 것인데, 이 요소는 아래에서 보는 바와 같이 결과통제에서 고려하는 것이 더 적절하다.

결과통제 단계에서는 구체적인 사안에 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과가 한국법의 국제적 공서에 부합하거나 배치되지 않는지 심사한다. 이것은 외국법의 적용결과가 국제적 공서에 위배되는 경우 그 적용을 배제하는 국제사법 제10조에서 법적 근거를 찾을 수 있다. 결과통제의 단계에서 제3국의 국제적 강행규정의 적용 결과 당사자에게 지나치게 억압적이거나 가혹한 결과가 초래되는지 심사한다. 그리고 결과통제의 단계에서 제3국의 국제적 강행규정을 적용한 결과가 국제적 판단의 조화와 일

112) BasKomm/Mächler-Erne/Wolf-Mettier [2021], Art 19, Rn 3.

치에 기여하는지 고려할 수 있다.

스위스 국제사법 제19조 제2항은 결과통제의 단계에서 제3국의 국제적 강행규정의 목적을 고려하도록 한다. 그러나 제3국의 국제적 강행규정의 목적은 국제적 강행규정 성 판단에서도 고려되고, 내용통제 단계에서 다시 한 번 고려되기 때문에 결과통제의 단계에서 다시 목적을 고려하는 것이 어떤 추가적인 효용이 있는지 의문이다. 따라서 이 단계에서 제3국의 국제적 강행규정의 목적을 추가적으로 고려할 필요는 없을 것으로 생각한다.

다. 효과

제3국의 국제적 강행규정을 저촉법적으로 적용하는 경우에는 제3국의 국제적 강행규정이 정한 법률효과가 발생하나(이를테면 계약의 무효), 그 후속효과(이를테면 계약 무효로 인한 부당이득 반환)로서 계약의 나머지 점은 계약의 준거실질법에 따라 판단한다. 만약 공법적 성격을 띠는 금지규범인 제3국의 국제적 강행규정이 그 적용결과 사법적 법률관계에 대한 효력을 직접 규정하고 있는 경우에는 그에 따르면 되고, 그런 규정이 없는 경우 또는 효과를 규정하고 있지만 준거법이 이를 알지 못하는 경우에는 적응의 법리로 그 효과를 수정한다. 제3국의 국제적 강행규정이 사법적 청구권의 발생근거가 된다면 이에 따라 사법적 청구권을 인정한다.

3. 저촉법적 해결방법에 따른 사안의 해결

위와 같은 요건 하에 대상판결에 미국의 국제적 강행규정인 UFSA 제9조를 저촉법적 해결방법에 따라 적용 또는 고려하여 본다.

가. 밀접한 관련

미국의 UFSA와 사안의 관련성에 관하여 대상판결의 기재만으로 피고보조참가인이 미국 내에 자산이 있다는 것 외에, 영업소재지, 이행지 등 다른 연결점을 알 수 없다. 판결서에는 ‘피고보조참가인이 원고에게 새로운 이행보증서를 발행받아 주거나 이 사건 이행보증서의 보증기간을 연장하여 주는 경우, 피고보조참가인이 SDN으로 지정된 원고와 중요한 거래를 하거나 원고의 중요한 거래를 용이하게 한 것으로 판단되어 UFSA 제10조에 의하여 미국으로부터 피고보조참가인의 미국 내 자산에 관한 거래가 동결되는 등의 제재를 받게 되거나, 미국으로부터 피고보조참가인에 대한 별도의 경제제재를 받을 가능성’을 언급하고 있을 뿐이다.¹¹³⁾ 대상판결의 사안과 관련이 있는

113) 참고로 우크라이나-러시아 관련 제재는 다음과 같은 세 종류로 나눌 수 있다.

- ① blocking sanction: 특정인, 특정업체에 대한 제재. 허가받지 않는 한 미국인이나 미국에 있는 사람은 SDN 리스트에 등재된 대상과 송금, 지급, 인출 기타 재산 또는 재산상 이익을 거래하는 것이 금지됨. 이 사람이 직간접적으로 50% 이상 소유하는 재산 또는 재산상 이익도 block됨
- ② sectoral sanction: 미국인 또는 미국에 소재한 사람이 미국 재무부가 지정한 러시아 경제 특정분야 (SSI list)와 거래하는 것이 금지됨. 이 사람들의 재산이나 재산상 이익은 block 되지 않음. 이 제한

것은 ‘blocking sanction’인 것으로 보이고 제재의 대상은 ‘미국 또는 미국에 소재한 사람’을 대상으로 하는데 대상판결에서 피고보조참가인이 원고와 거래에 따라 제재를 받을 가능성을 언급하고 있는 점을 보면 피고보조참가인이 미국 또는 미국에 소재한 사람에 해당하였을 가능성도 없지 않다고 보인다. 만약 그렇지 않더라도 피고보조참가인이 어떤 이유론든 원고와의 거래로 인하여 미국제재대상이 될 가능성이 높다면 미국 UFSA 제9조는 사안과 밀접한 관련이 있다고 볼 수 있다.

나. 제3국의 국제적 강행규정이 법정지의 국제적 공서에 비추어 보호할 만한 가치가 있는지

UFSA 제9조가 러시아의 우크라이나 침입행위를 규탄하기 위한 목적을 갖고 있다는 것은 분명하다. 주권보호와 세계평화라는 가치에 비추어 보면 UFSA 제9조가 보호하는 가치는 최소한 법정지인 우리나라의 국제적 공서에 반하지 않으므로 일응 이 요건도 충족한다.¹¹⁴⁾

다음으로 내용통제에 관하여 본다. 이는 추상적 내용통제로서 UFSA가 그 자체로 적용 또는 고려될 만한 가치가 있는지의 문제이다. 이는 미국인 또는 미국에 소재한 사람에 대하여 러시아와 거래를 금지하는 것으로 전쟁방지 및 억지라는 목적을 고려하면 내용상으로 적용 또는 고려될 가치가 있다고 볼 여지가 있다.¹¹⁵⁾

결과통제에 단계에서는 이 규범을 적용한 결과가 부당한지이를 살펴보아야 한다. 사안에서 UFSA 제9조를 적용한다면 원고와 피고 및 피고보조참가인의 거래가 금지된다. 이것이 원고에게 법정지법의 관점에서 받아들일 수 없을 정도로 부당한 결과가 발생하는지에 관하여 보면, 경제제재의 목적, 즉 주권 보호, 전쟁억지효과를 고려하면 러시아 기업인 원고에게 해당 사안에서 발생하는 결과가 법정지법의 관점에서 받아들일 수 없을 정도로 부당하다고 보기는 어렵다. 따라서 UFSA 제9조는 특별연결이론에 따라 제3국의 국제적 강행규정으로 적용 또는 고려될 수 있다.

그렇다면 그 적용효과에 관하여는 제3국의 국제적 강행규정을 법으로서 직접 적용한다는 견해를 따른다면 UFSA 제9조의 적용효과를 살펴보아야 하고, 그 적용이 계약

을 넘는 거래는 금지되지 않음.

③ 크림 지역에 대한 미국인의 새로운 투자금지

물품, 기술, 서비스의 우크라이나에서부터 미국으로의 직간접적 수출금지

미국에 의한 또는 미국인의 미국으로부터의 직간접적 수출, 재수출, 매매, 공급 금지

미국인이 외국인의 거래를 승인, 금융조달, 대출, 또는 보증할 때 그 외국인의 거래가 미국인 또는 미국에서 이행되었더라면 금지되었을 것인 경우

<https://ofac.treasury.gov/media/8741/download?inline> 마지막 방문 2023. 9. 11.

114) 다만 고민스러운 부분은 제재가 전쟁을 일으킨 국가에 한정되는 것이 아니라 그러한 국가적 의사결정과 관련이 없는 사적 당사자들의 거래관계에 개입한다는 것이다. 그러나 이러한 수단을 통하여 어떤 국가의 다른 국가에 대한 침입을 억지하고 제재하는 효과가 있다면 그래도 법정지국의 입장에서 보호가치가 있다고 볼 여지가 있다.

115) 그런데 이 지점에서도 역시 주저되는 것은 이런 경제제재가 정치적인 목적에 따라 발령되는 것에 미루어 볼 때 법관이 이러한 정치적 판단을 하는 것이 타당한지이다. 법관이 이런 판단을 하지 않아 한다고 본다면, 제3국의 국제적 강행규정의 적용요건을 충족하지 못하는 규범으로 취급하여 그로 인하여 발생하는 사실을 준거실질법의 일반규정 하에서 고려할 수 있다.

에 미치는 후속효과는 계약의 준거법에 따라 판단하여야 한다. UFSA 제9조는 거래를 금지하는 효과가 있다.¹¹⁶⁾ 제3국의 국제적 강행규정인 UFSA 제9조가 적용됨으로써 이에 따라 피고보조참가인이 독립적 이행보증의 연장 또는 재발행을 할 수 없게 되었으므로 그것이 계약에 미치는 후속효과는 한국의 계약법에 따라 판단하면 된다.

VI. 결론

대상판결은 제3국의 국제적 강행규정인 미국의 경제제재가 독립적 이행보증에 미치는 영향을 실질법인 민법의 권리남용의 법리에 따라 사실로 고려하였다는 데 의의가 있다. 이러한 실질법적 해결방법이 제3국의 국제적 강행규정의 취급방법에 관한 국제사법의 해석론으로 불가능한 것은 아니다. 이는 로마 I 규정이 도입되기 이전의 영국이나 독일 그리고 스위스 등의 판례에서도 살펴보았듯이 ‘국제적 강행규정’이라는 개념에 익숙하지 않은 법관들이 익숙한 실질법의 개념에 의존하여 다소 수월하게 사안을 처리하는 데 도움이 될 수 있기도 하다. 그러나 실질법적 해결방법은 제3국의 국제적 강행규정을 ‘법’이 아닌 ‘사실’로 취급하여 외국법을 법으로 취급하는 우리 국제사법의 태도에 부합하지 않고, 그 적용요건과 효과를 제공해주지 않는다는 큰 난점이 있다. 로마협약, 로마 I 규정의 입법례를 보더라도 제3국의 국제적 강행규정의 취급방법을 국제사법 규범에 규정하는 것이 국제거래 당사자의 계약의 준거규범에 대한 예측가능성을 높이고 불확실성을 제거하는 데 바람직하다고 생각된다. 대상판결을 계기로 제3국의 국제적 강행규정에 관한 논의가 더 활발하게 이루어지기를 기대하면서 이 발표를 마친다.

116) “Their assets are blocked and U.S. persons are generally prohibited from dealing with them.”

