

국제사법 시행 20주년 기념 학술대회

재판례를 중심으로 본
국제사법 20년의 회고와 과제

주최 : 사단법인 한국국제사법학회

주관 : 국제사법판례연구회

후원 : 법무법인(유) 율촌

한양대학교 법학연구소 국제소송법센터

일시 : 2021. 11. 12.(금) 14:00 - 18:00

장소 : 변호사회관(서초동) 1층 회의실

Zoom을 통한 온라인 송출 병행

국제사법 시행 20주년 기념 학술대회
재판례를 중심으로 본 국제사법 20년의 회고와 과제

주최 : 사단법인 한국국제사법학회
주관 : 국제사법판례연구회
후원 : 한양대학교 법학연구소 국제소송법센터

일시 : 2021. 11. 12.(금) 14:00 - 18:00

장소 : 변호사회관 1층 회의실(서울 서초구 법원로1길 21) / Zoom을 통한 온라인 송출 병행

14:00 - 14:15 인사말씀

개회사 : 석광현 한국국제사법학회장(서울대학교 법학전문대학원 교수)
환영사 : 장준혁 국제사법판례연구회장(성균관대학교 법학전문대학원 교수)
축 사 : 최궁웅 한국국제사법학회 명예회장(전 특허법원장, 법무법인 화우 고문)
축 사 : 노태악 대법관

제1부

좌장 : 임성권 부회장(인하대학교 법학전문대학원 교수)

14:15 - 15:00 제1주제 : 국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제

발표 : 김효정 연구위원(사법정책연구원)
토론 : 장지용 고법판사(수원고등법원)

15:00 - 15:45 제2주제 : 국제법정채권법 분야 재판례의 회고와 과제

발표 : 천창민 교수(서울과학기술대학교 글로벌테크노경영전공)
토론 : 이의영 고법판사(서울고등법원)

15:45 - 16:00 휴식

제2부

좌장 : 최성수 부회장(동아대학교 법학전문대학원 교수)

16:00 - 16:45 제3주제 : 국제친족상속법 분야 재판례의 회고와 과제

발표 : 이종혁 교수(한양대학교 법학전문대학원)
토론 : 이병화 교수(동덕여자대학교 교양대학)

16:45 - 17:30 제4주제 : 총칙 및 국제해상법 분야 재판례의 회고와 과제

발표 : 이필복 판사(부산고등법원 울산원외재판부)
토론 : 이철원 변호사(김·장 법률사무소)

17:30 - 18:00 종합토론

목 차

인사말씀

개회사	5
환영사	7
축 사	9
축 사	11

제1주제 : 국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제

발표문	15
토론문	59

제2주제 : 국제법정채권법 분야 재판례의 회고와 과제

발표문	63
토론문	129

제3주제 : 국제친족상속법 분야 재판례의 회고와 과제

발표문	137
토론문	181

제4주제 : 총칙 및 국제해상법 분야 재판례의 회고와 과제

발표문	197
토론문	233

개 회 사

존경하는 최공웅 명예회장님, 노태약 대법관님, 장준혁 판례연구회장님과 국제사법학회 회원 여러분! 안녕하십니까. 저는 사단법인 한국국제사법학회 회장직을 맡고 있는 석광현입니다. 주지하시는 바와 같이 우리는 과거 일본 법례를 모방한 섭외사법을 가지고 있었습니다만 2001년 이를 전문개정하여 국제사법을 제정·시행하였고 올해로써 20주년을 맞이하게 되었습니다. 오늘 국제사법판례연구회의 주관 하에 한국국제사법학회가 “재판례를 중심으로 본 국제사법 20년의 회고와 과제”라는 주제로 국제사법 시행 20주년 기념 학술대회를 개최하게 된 것을 대단히 기쁘게 생각합니다.

2001년 7월 시행된 국제사법은 섭외사법의 낙후성을 극복하고 20세기 유럽 국제사법이 이룩한 성과를 대폭 수용한 것으로 한국 국제사법의 역사에 큰 획을 긋는 획기적 입법이었습니다. 잠시 회고해 보면, 2018년 12월 영면하신 고 이호정 선생님과, 오늘 참석하셔서 자리를 빛내주시고 축사를 해주실 최공웅 원장님을 중심으로 1993년 창립된 한국국제사법학회가 섭외사법의 개정을 주도하였음을 자랑스러운 기억으로 간직하고 있습니다. 우리나라가 섭외사법을 전문개정한 뒤 일본이 법례를 개정하여 2007년부터 법 적용통칙법을 시행하고 있고, 중국도 섭외민사관계법률적용법을 제정하여 2011년부터 시행하고 있는 데서 보듯이 우리의 국제사법 제정은 시의적절한 입법이었고, 또한 우리는 우리 국제사법이 충실한 내용을 담은 것으로 일본과 중국의 입법에도 영향을 주었다고 자부합니다.

국제사법의 큰 주제는 국제재판관할, 준거법과 외국재판의 승인·집행을 들 수 있습니다만 오늘은 실정법인 국제사법에 따른 재판례를 검토하는 자리인 탓에 준거법 분야만을 4개 분야로 나누어 논의할 예정입니다. 우선 국제계약법 분야는 김효정 사법정책연구원 연구위원님께서, 법정채권법 분야는 천창민 교수님께서, 국제친족상속법 분야는 이종혁 교수님께서, 마지막으로 총칙 및 국제해상법 분야는 이필복 판사님께서 각각 발표하실 예정입니다. 그 밖에도 사람, 물권법과 지식재산권법 분야 등이 있는데 이를 다루지 않는 점은 다소 아쉽습니다. 국제사법의 전모를 분석하자면 국제재판관할법도 당연히 다루어야 합니다만 2018년 성안한 국제사법 개정안이 현재 국회에 계류 중인 탓에 국제재판관할법 분야는 제외하였습니다. 또한 저희가 성대하게 국제사법 시행 20주년 기념학술대회를 개최할 수도 있었었습니다만 현재의 방역조치를 존중하고 국제재판관할법 분야를 제외하는 점 등을 고려하여 규모를 축소하였습니다.

우리 학회가 오늘 국제사법을 적용한 재판례를 회고하고 과제를 검토하는 것은, 아무리 훌륭한 입법이 있더라도 그것이 살아 있는 재판규범으로서 규범력을 발휘하지 않는다면 입법의 의미가 반감되기에 지난 20년을 회고하면서 점검을 하는 것입니다. 저는 개인적으로 우리 법원이 대체로 국제사법을 정확히 적용하고 있으나 항상 그런 것은 아니라고 생각하는데 아마도 오늘 정당한 평가를 들을 수 있을 것으로 기대합니다. 혹시 판례에 대한 비판이 있더라도 이는 우리 법원이 국제사법을 정확히 적용하기를 바라는 선의에서 비롯된 것으로 양해하여 주시기 바랍니다. 드물게는, 비판을 받은 재판을 담당했던 법관이 비판적인 판례평석을 자신에 대한 비난으로 오해하는 사례도 있는 것 같아 드리는 말씀입니다.

오늘의 주제는 “재판례를 중심으로 본 국제사법 20년의 회고와 과제”입니다만, 우리는 국제사법의 장래 개정도 염두에 두지 않을 수 없습니다. 이런 이유로 우리 학회는 2021년 초부터 준거법 분야의 개정 착안점을 발굴하기 위한 작업을 해오고 있습니다. 이는 우리 국제사법이 빠르게 변화하는 시대적 요청에 부응하는 내용을 담은 입법이 되도록 보장하고, 상응하는 국제사법학의 발전을 위하여 필요한 작업입니다. 예컨대 암호자산의 물권적 측면에 관한 준거법 결정을 다룬 UNIDROIT와 헤이그국제사법회의의 작업 등에도 관심을 가져야 함은 물론이고, 데이터와 인공지능의 발전이 국제사법에 미치는 영향도 분석해야 합니다. 오늘의 논의를 기초로 그런 작업을 더욱 내실 있게 추진할 수 있을 것으로 기대합니다. 다만 이를 위하여는 학회 회원 모두 배전의 노력을 하지 않으면 아니 된다는 점을 지적해 두고자 합니다.

오늘 발표를 맡아주신 김효정 사법정책연구원 연구위원님, 천창민 교수님, 이종혁 교수님과 이필복 판사님, 토론자로 참여해 주신 장지용 판사님, 이의영 판사님, 이병화 교수님과 이철원 변호사님, 그리고 좌장을 맡아주신 임성권 교수님과 최성수 교수님께 깊은 감사를 드립니다. 또한 이 자리에 참석해주신 최공웅 명예회장님, 노태악 대법관님, 장준혁 판례연구회장님과 여러 회원님들과 화상을 통하여 학술대회에 참여하고 계시는 여러분들께 거듭 감사의 말씀을 드리고, 여러분들 모두 코로나와 갑자기 닥쳐온 추위 속에서도 건강하시기를 기원하면서 개회사에 대신합니다. 감사합니다.

2021. 11. 12.

(사) 한국국제사법학회 회장 석광현

환영사

존경하는 명예회장님, 대법관님, 회장님, 부회장님, 회원님, 그간 안녕하십니까? 국제사법 시행 20주년 기념 학술대회에서 인사드리게 됨을 영광으로 생각합니다. 올해 초 법무법인 율촌의 후원으로 학회 산하 소연구회로 국제사법 판례연구회가 출범하여, 3. 22.부터 3회의 연구회를 열었습니다. 주제에는 제한이 없고, 세 번의 정기연구회에서는 외국판례를 주로 다루었습니다만, 하반기의 연구회는 오늘의 심포지움으로 묶어 지난 20년의 판례를 회고하는 것으로 하였습니다. 법무법인 율촌과, 오늘의 학술행사를 후원하여 주신 한양대학교 법학연구소 국제소송법센터에 깊이 감사드립니다.

그 동안 국제사법 분야의 판례도 상당히 늘고 분야와 내용 면에서도 풍부해졌습니다. 더구나 역사적으로 국제사법은 실무계와 학계의 교류와 상호기여가 각별한 분야로 이야기되고 있습니다. 주지하시다시피 국제사법의 일반이론 중에는 판례에서 유래한 것이 있고, 판례연구에서 유래한 것도 있습니다. 운송과 보험 분야에서 보여지듯이 거래계에서 나온 시도가 해석론의 과제로 되기도 합니다. 재판과정에서 새로운 국제사법적 문제상황이 발굴되고 학계가 감정의 견, 실무연구회 세미나 등의 형태로 자문을 제공하는 일은 외국법의 조사, 연구에 비견될 정도의 비중을 가지며, 학계도 자양분을 얻습니다. 소송대리인의 국제사법적 변론은 판례로 이어지고, 국내외 판례의 연구를 통하여 이론이 전개됩니다. 소송실무가 입법으로 이어지기도 합니다. 이런 협력과 교류는 1993년 창립된 국제사법학회의 전통이기도 하며, 2001년의 전면개정에도 그 소중한 성과가 담겨 숨쉬고 있습니다. 오늘의 기념학술대회는 개정 법률 하에서의 판례를 살펴보고 남겨진 과제를 점검하는 자리입니다. 방대하고 다양한 판례를 정리, 분석하여 주신 발표자 및 토론자 선생님들께 감사드립니다. 앞으로도 학계와 실무계의 만남의 장이자 연구의 요람으로서 판례연구회가 소임을 다할 수 있도록 힘쓰겠습니다.

끝으로, 판례연구회의 결성에 힘써 주신 석광현 회장님과 천창민 전임 총무이사님, 총무이사 겸 판례연구회 간사로서 헌신하시는 이종혁 교수님께 감사드리면서, 두서없는 말씀으로 환영사를 대신하고자 합니다.

2021. 11. 12.

국제사법판례연구회장 장준혁

축 사

반갑습니다. 국제사법을 사랑하시고 열정적으로 참여하시는 학회 회원 여러분을 모신 자리에 참석하여 축사를 드리게 된 것은 과분한 영광이며 기쁨이며 감동입니다.

잘 아시다시피 우리나라에 국제사법이란 학문분야가 처음 도입된 것은 근대사법제도가 정착된 125년 전이지만 국제사법이라는 이름의 법전을 가지게 된 것은 이제 겨우 20년이 되었습니다.

1898년 독일 민법시행법에 기초한 일본의 법례(Horei)가 일제시대 우리나라에 그대로 의용되었고 5·16 혁명 후 일본법을 정리하면서 일본의 법례조문을 거의 그대로 채택하고 법의 명칭만을 섭외사법이라고 바꾸어 1962년부터 40년 가까이 시행하였던 것입니다.

21세기라는 시대적 전환기에 국제사회의 급격한 변화 속에서 저희 학회는 우리나라 국제사법의 현실적 위기를 타개하고 실용적으로 국제적 법률관계의 적정한 해결을 도모할 목적으로 1993. 3. 27. 창립되었으며 첫 사업으로 「외국의 국제사법 입법의 최근 동향」을 연구하는 등 새로운 국제사법 입법을 위한 연구를 시작하였습니다.

석광현 교수를 주축으로 하는 소수의 엘리트들이 연구반을 구성하였고 학회는 법무부와 공동연구에 착수하여 1년만에 개정 초안을 작성하였고 2000. 6. 1. 법무부가 섭외사법개정특별분과위원회를 구성하여 개정시안을 검토·작성하여 국회를 거쳐 2001. 7. 1.부터 시행하게 되었습니다.

국제사법학회 창립과 함께, 새로운 국제사법의 전면개정은 21세기 국제화·세계화 시대에 국제사법이 명실공히 국제시대의 법률문제를 다루는 기본법으로 정착되고 새로운 국제시대를 여는 기폭제가 된 역사적 쾌거라고 생각합니다. 저희 학회는 비록 회원수는 많지 않으나 국제사법을 진심으로 사랑하는 핵심회원들의 열성적인 참여가 이루어낸 성과라고 생각합니다.

학회 창립을 이끌어주신 고 이호정 선생님을 추도하면서 특별히 석광현 회장의 탁월한 능력으로 국제사법 개정안 작성을 주도하고 많은 연구성과를 낸 점, 그리고 김문환, 손경한, 정병석 회장을 비롯한 그밖에 학회를 빛내주신 많은 분들의 각고의 노력으로 오늘날 학회를 반석 위에 올려놓은 점, 여러분의 노고를 마음 깊이 치하 드리고 찬사를 드립니다.

오늘 바쁘신 중에 참석해주신 노태악 대법관께도 감사를 드립니다. 그동안 학회에 성실히 참여·공헌하시며 모범을 보이셨고 국제사법학자가 처음 대법관으로 선임된 점에서도 우리 학회 회원 모두의 자랑이고 기쁨입니다.

오늘 국제사법 시행 20년의 재판례를 회고·연구하는 학술대회를 주관하신 석광현 학회장, 장준혁 판례연구회장, 좌장을 맡으신 임성권, 최성수 부회장, 발표자, 토론자, 그리고 참여하신 학회 회원 모두에게 다시 한 번 감사와 축하 말씀 드리며 여러분의 건승을 빕니다.

감사합니다.

2021. 11. 12.

한국국제사법학회 명예회장 최공웅

축 사

존경하는 최공웅 명예회장님, 석광현 회장님, 장준혁 국제사법판례연구회장님, 그리고 바쁘신 가운데도 이 자리를 빛내주시는 한국국제사법학회 회원 여러분과 국제사법을 공부하는 학자와 실무가들께 먼저 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 한국국제사법학회 산하 국제사법판례연구회가 한양대학교 법학연구소 국제소송법센터의 후원을 받아 국제사법 시행 20주년을 기념하여 『재판례를 중심으로 본 국제사법 20년의 회고와 과제』 학술대회를 개최하게 된 것을 진심으로 축하드립니다. 한국국제사법학회는 1993년 창립된 이래 섭외사법 시절을 거쳐 국제사법 시행 20주년이 된 오늘날에 이르기까지 우리나라 국제사법학 뿐만 아니라 일본과 중국 등 동아시아 국제사법학계의 발전을 선도해 온 전통 있는 학회라고 생각합니다. 오늘 학술대회는 한국국제사법학회가 국내의 명망 있는 학자와 실무가들을 모셔서 우리 법원의 재판례를 대상으로 국제사법 시행 이후 지난 20년을 되돌아보고 장래의 과제를 탐구하기 위해 마련한 자리인 만큼, 오늘 학술대회에서 유익하고 활발한 논의가 이루어져 앞으로 국제사법학계의 발전방향을 가늠할 수 있는 기회가 될 것으로 기대합니다.

그동안 일본의 구법인 법례에서 시작되어 섭외사법을 거쳐 2001년 전면 개정되어 시행된 국제사법은, 이 전의 법률에 비하여 조문의 양과 질에 있어서 비교할 수 없을 정도로 발전된 새로운 모습을 갖추었습니다. 실질적 관련이라는 국제재판관할의 큰 원칙을 정한 제2조가 신설되어 국제사법의 목적과 체계를 해석함에 있어 근본적인 틀을 갖추게 되었고, 기존 명문의 규정 없이 학설과 판례에 의해 인정되던 여러 법 원칙들이 총칙 편에 새로 편입되었습니다. 계약에 관한 당사자자치의 원칙을 기초로 하면서 소비자계약, 근로계약에 대하여는 당사자 간 이해관계를 조정하는 조항들을 마련하고, 법정채권에 관하여는 종속적 연결 원칙과 일정한 범위에서의 당사자자치 원칙을 반영한 것 역시 국제사법의 국제적 경향과 시대적 흐름에 따라 국제적 법적 환경의 예측가능성을 높이게 되었습니다. 친족상속법 분야와 관련하여서는 상거소와 실질적 관련이라는 연결점이 새롭게 도입되어 법적 안정성과 개인의 의사에 기초한 당사자의 개별적 이익을 조화하기 위한 시도가 이루어졌습니다. 우리 법원은 이러

한 국제사법의 개정의 취지에 따라 기존의 법리를 변경, 개선 또는 발전시키거나 새로운 법리를 개발하고 아울러 개별 사안에 있어서도 구체적인 타당성을 도출하고자 합리적으로 해석, 적용하려고 노력해 왔습니다. 오늘 각 세션에서 우리 법원의 성과들 그리고 아쉬운 점 모두 충실히 소개되고, 그에 대한 적절한 평가를 기초로 장래 과제로 삼은 쟁점들에 대한 논의가 모아지기를 기대해 봅니다.

법학 연구에 있어서 재판례를 되돌아보고 그 개선점과 발전 방향을 찾는 것은 효과적인 방법의 중의 하나입니다. 제가 지난 2007년부터 2019년까지 매년 국제사법연구에 그해의 국제사법 관련 주요 재판례를 소개해 왔던 것도 연구대상을 소개하고 모으는 것만으로도 의미가 있다고 여겼기 때문입니다. 오늘 이 학술대회를 통해 지난 20년간 축적된 재판례를 통해 국제사법 이론과 실무의 발전상을 되돌아보고, 앞으로 지향해야 할 방향에 대하여 좋은 의견과 지혜를 모으는 성과를 거둘 수 있기를 바랍니다. 저는 평소부터 학계와 법조 실무계의 지속적이고 다양한 교류를 강조하여 왔습니다. 서로의 입장에서 만들고 축적되어 온 연구 성과를 공유하고 서로의 고민에 대한 이해의 폭과 깊이를 넓혀야 할 것입니다. 바로 그러한 점에서 법원의 재판례를 가지고 학계와 실무계가 머리를 맞대는 오늘 이 자리의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않으리라 생각합니다.

끝으로 국제사법 시행 20주년을 맞이하여 이번 학술대회를 열어 주신 한국국제사법학회에 다시 한번 축하와 감사의 인사를, 그리고 각 세션의 발표와 토론을 맡아 주신 모든 분들께 각별한 감사의 말씀을 드립니다.

귀한 시간을 내어 이 자리에 함께하여 주신 여러분 모두의 건강과 행운을 기원합니다! 감사합니다.

2021. 11. 12. 대법관 노 태 악

제1주제 : 국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제

좌장 : 임성권 부회장
(인하대학교 법학전문대학원 교수)

발표 : 김효정 연구위원
(사법정책연구원)

토론 : 장지용 고법판사
(수원고등법원)

국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제

김 효 정¹⁾

[목 次]	
I. 서론	1. 서설
II. 주관적 준거법(제25조)에 관한 판례	2. 소비자 및 소비자계약의 범위
1. 서설	3. 당사자자치의 제한: 소비자의 상거소지법의 강행규정 적용
2. 당사자자치에 의한 계약의 준거법 선택	4. 소비자계약에서의 국제재판관할의 특칙
3. 준거법의 분할 또는 분열	V. 근로계약(제28조)에 관한 판례
4. 순수한 국내계약에 대한 외국법 준거법 합 의	1. 서설
III. 객관적 준거법(제26조)에 관한 판례	2. 근로계약의 객관적 준거법의 강행규정 적용
1. 서설	3. 선원근로계약의 준거법
2. 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용 한 판례	4. 직무발명의 준거법
3. 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용 하지 않은 판례	5. 근로계약에서의 국제재판관할의 특칙
IV. 소비자계약(제27조)에 관한 판례	VI. 계약의 성립과 유효성(제29조)에 관한 판례
	VII. 결론

I. 서 론

국제사법은 2001. 7. 1. 시행된 이래 올해로 시행 20주년을 맞이하게 되었다. 현행 국제사법은 과거 섭외사법 하에서 드러난 문제점들을 시정하는 한편 유럽공동체의 1980년 “계약상 채무의 준거법에 관한 협약(Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 이하 ‘로마협약’)”의 입장을 수용함으로써 국제적 흐름을 반영하였다. 국제사법이 시행된 이후 20년간 국제사법을 적용한 판례가 집적되었는바, 국제사법 시행 20주년을 맞은 시점에서 국제사법을 적용한 판례들을 분석함으로써 성과 및 문제점을 살펴보고 앞으로 나아가야 할 방향을 모색할 필요가 있다. 본 발표문은 특히 계약채권에 초점을 맞추어 국제사법 시행 이후 계약채권에 관하여 국제사법을 적용한 판례들을 회고함으로써 법원이 계약채권에 관한 국제사법 규정을 어떻게 적용하고 해석하고 있는지를 분석하고, 장래의 과제를 제시하는데 그 목적이 있다.

1) 사법정책연구원 연구위원, 법학박사, 변호사.

계약채권에 관하여 과거 섭외사법은 법률행위를 중심으로 법률행위의 성립 및 효력(제9조), 법률행위의 방식(제10조) 및 이법지역자 간의 법률행위(제11조)를 규정하였으나, 국제사법은 주관적 준거법(제25조), 객관적 준거법(제26조), 소비자계약(제27조), 근로계약(제28조), 계약의 성립과 유효성(제29조)에 관한 규정을 두는 한편 법률행위의 방식(제17조)은 계약채권 부분이 아니라 법률행위에 관한 제3장에서 규율하고 있다. 소비자계약(제27조) 및 근로계약(제28조)에 관한 조항에서는 준거법뿐만 아니라 국제재판관할에 관한 특칙도 함께 규율하고 있다.

이하에서는 주관적 준거법에 관한 판례(Ⅱ), 객관적 준거법에 관한 판례(Ⅲ), 소비자계약에 관한 판례(Ⅳ), 근로계약에 관한 판례(Ⅴ)와 계약의 성립과 유효성에 관한 판례(Ⅵ)의 순서로 관련 주요 판례를 검토하고, 국제계약법 분야에서의 판례에 대한 평가 및 장래의 과제를 제시하면서 끝을 맺고자 한다. 본 발표문은 준거법을 중심으로 검토하나, 소비자계약 및 근로계약에 관한 부분에서는 준거법 외에 국제재판관할에 관한 판례도 함께 다루기로 한다.

Ⅱ. 주관적 준거법(제25조)에 관한 판례

1. 서설

우리 국제사법은 국제계약의 준거법에 관하여 당사자자치의 원칙을 선언하고(제1항), 준거법의 분열 또는 분할(제2항)과 준거법의 사후적 변경(제3항)을 인정한다. 또한 순수한 국내계약에 대한 외국법 준거법 합의(제4항), 준거법합의의 성립 및 유효성에 관한 준거법(제5항)에 대한 규정을 두고 있다. 이하에서는 주관적 준거법에 관한 주요 판례를 살펴보고자 한다.

2. 당사자자치에 의한 계약의 준거법 선택

국제사법 제25조 제1항 본문은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”라고 하여 당사자자치의 원칙을 선언하고 있다. 이하에서는 당사자자치에 의한 계약의 준거법 선택과 관련된 판례들을 몇 개의 논점으로 나누어 검토하기로 한다.

가. 연방제국가의 법을 준거법으로 하는 합의가 유효한지 여부

연방제국가의 법을 준거법으로 하는 합의가 유효한지 여부와 관련하여 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결을 살펴보기로 한다.

(1) 사안의 개요

원고는 우리나라 법에 의하여 설립된 주식회사이고, 피고는 미국 델라웨어 주법에 의하여 설립된 회사로서 우리나라 서울 중구 장교동에 영업소를 두고 있다. 원고는 선주회사와의 사이에 그 소유의 선박을 용선하는 계약(이하 ‘이 사건 용선계약’)을 체결하였고, 그 후 피고와의 사이에 이 사건 선박의 항해를 위하여 사용할 연료유를 미국 뉴올리언즈 항에서 공급받기로 하는 계약(이하 ‘이 사건 연료공급계약’)을 체결하였다. 원고와 피고는 이 사건 연료공급계약의 준거법을 ‘미국법(United States Law)’으로 합의하였다.

이 사건 연료공급계약에서 피고가 뉴올리언즈 항에서 이 사건 선박에 연료(이하 ‘이 사건 연료’)를 공급하였는데, 이 사건 선박이 일본으로 항해하고 있던 중 엔진의 출력이 감소되고 엔진이 과부하되는 현상이 발생하였다. 이에 이 사건 선박은 점검 및 수리를 위하여 미국 하와이로 항로를 변경하였는데, 결국 엔진의 작동이 완전히 멈추었고 예인선에 의하여 예인되어 하와이에 도착하여 수리를 받았다. 수리를 받을 당시 이 사건 연료의 일부를 시료로 채취하여 분석한 결과 이 사건 연료의 산도(酸度)가 비정상적으로 높아 선박에 사용하기에 부적합하여 엔진이 손상되었음이 밝혀졌다. 선주회사는 원고를 상대로 용선계약상의 중재조항에 따라 런던해사중재 협회(London Maritime Arbitration Association, LMAA)에 중재를 신청하여 이 사건 선박의 엔진손상 등으로 인한 손해를 청구하였는데, 중재절차에서 원고가 선주회사에 86만 달러를 배상하기로 하는 합의가 이루어져서 원고가 위 금액을 선주회사에게 지급하였다. 원고는 이 사건 연료의 공급은 피고의 채무불이행 또는 불법행위에 해당한다고 주장하면서 피고를 상대로 손해배상을 구하는 소송을 제기하였다.

(2) 대상판결의 요지

대법원은 당사자가 계약의 준거법으로 지역에 따라 법을 달리하는 이른바 연방제 국가의 어느 특정 지역의 법을 지정하지 않고 단순히 연방제 국가의 법이라고만 약정한 경우, 선택된 법이 특정 지역의 법이 아니라 연방제 국가의 법이라는 사정만으로 그러한 준거법 약정이 내용을 확정할 수 없는 것으로 당연 무효라고 보아서는 아니 되고, 계약 문언, 계약 전후의 사정, 거래관행 등 모든 사정을 고려하여 당사자가 그 국가의 어느 지역의 법을 지정한 것으로 합리적으로 인정되는지 여부까지 살펴보아야 한다고 판시하였다.

나아가 대법원은 지역에 따라 법을 달리하는 연방제 국가라고 하더라도, 어느 법률관계에 관하여 그 국가 전체에 통일적으로 적용되는 이른바 연방법이 존재한다면 적어도 그 법률관계에 관하여는 연방법이 적용되어 지역에 따라 법을 달리한다고 할 수는 없으므로, 당사자가 그 법률관계에 관한 준거법으로 연방제 국가의 법을 준거법으로 선택한 약정은 그 국가의 연방법을 준거법으로 선택한 약정으로서 유효하다고 하였다.

대법원은 미국법의 내용에 의하면 모든 해사사건은 연방법원이 관할하고 그 해사사건에 관해 미국 해사법(admiralty law)이 연방 전체에 통일적으로 적용되며, 그 해사법은 해사계약 및 해사불법행위를 규율한다는 점을 전제로, 이 사건 연료공급계약이 미국 해사법상의 해사계약에 해당하여 연방 전체에 통일적으로 적용되는 미국 해사법이 적용될 것이므로 이 사건 연료공급계약의 준거법을 미국법으로 선택한 합의는 유효한 준거법 합의라고 판단한 원심에 위법이 없다고 판시하였다.

(3) 대상판결의 검토

대상판결에서는 원고와 피고가 이 사건 연료공급계약의 준거법으로 주(州)법을 선택하지 않고 단순히 ‘미국법’이라고만 약정하였다. 이와 같이 지정된 법이 연방제 국가의 특정 지역의 법이 아니라 단순히 연방제 국가의 법인 경우, 그러한 준거법 합의는 내용을 확정할 수 없는 것으로서 무효라고 보아야 할 것인지가 문제된다. 연방제 국가인 경우 주(州)법을 준거법으로 선택하는 것이 통상적이나, 연방제 국가의 법을 지정하였다고 하더라도 당사자의 의사를 해석하여 어느 지역의 법을 지정한 것으로 인정할 수 있는 경우에는 유효하다고 보는 것이 당사자의 의사에 부합할 것이다. 나아가 해당 법률관계에 통일적으로 적용되는 연방법이 있는 경우에는 연방제 국가의 법을 준거법으로 합의한 당사자의 의사는 어느 지역의 법이 아닌 위 연

방법을 준거법으로 선택한 것이라고 보는 것이 합리적이다.¹⁾ 따라서 이와 같은 입장을 취하는 대법원 판결의 입장은 타당하다고 본다.

나. 준거법의 묵시적 선택에 해당하는지 여부

국제사법은 준거법 선택은 명시적인 선택뿐만 아니라 묵시적인 선택이 가능하다는 점을 명시하고 있으나(제25조 제1항 본문), 묵시적인 선택이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여 계약 내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한하고 있다(제25조 제1항 단서). 이때 “계약 내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우”가 구체적으로 어떠한 경우인지가 문제된다.

(1) 특정 국가의 법이 적용됨을 전제로 주장 및 입증을 한 경우

인천지방법원 2021. 8. 18. 선고 2020가단239839 판결은 대한민국 국적의 원고가 중국 국적의 피고를 상대로 미지급 공사대금을 구한 사안으로, 원고 및 피고가 대한민국 법이 적용됨을 전제로 모든 주장 및 입증을 하였으므로 국제사법 제25조 제1항에 따라 그들 사이에서 대한민국 법을 준거법으로 선택하는 묵시적인 합의가 이루어졌다고 보는 것이 타당하다고 판단하였다.

일방당사자가 사안에 적용되어야 한다고 주장하는 준거법에 대하여 상대방당사자가 단순히 다투지 않은 것만으로는 준거법에 대한 묵시적인 합의가 있는 것으로 합리적으로 인정하기는 어렵다고 본다. 그러나 ‘대한민국 법이 적용됨을 전제로 모든 주장 및 입증을 한 사정’은 묵시적인 선택이 있었는지를 판단하기 위하여 고려하여야 하는 사정으로(국제사법 제25조 제1항 단서), 당사자 사이에 특정 국가의 법이 적용됨을 전제로 적극적으로 해당 법상의 요건을 다투었다면 해당 법을 준거법으로 하기로 하는 묵시적인 선택이 있었다고 보는 것이 타당할 것으로 본다.

(2) 조약이 적용됨을 전제로 해당 조약상의 요건을 다투는 경우

아랍에미리트연합국 법인인 원고가 대한민국 법인인 피고로부터 얼굴리프팅 의료

1) 김성진, “국제용선계약과 연료공급계약상의 분쟁해결에 있어서 국제재판관할 및 준거법에 관한 연구 - 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다7754 판결과 미국 해사법의 손해전부구상 법리를 중심으로”, 단국대학교 법학연구소, 법학논총 제38권 제3호 (2014. 9.), 450면.

기기를 구매하기로 하는 계약(이하 ‘이 사건 매매계약’)을 체결하였으나 이 사건 매매계약에는 준거법에 관한 명시적인 합의가 없었던 사안에서, 서울동부지방법원 2021. 10. 29. 선고 2020나28254 판결은 법원은 원고가 이 사건 계약에 “국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(이하 ‘CISG’)과 민법이 적용되어야 함을 전제로 CISG 및 민법에서 정한 계약 해제 및 취소 사유가 있다고 주장함에 대하여 피고는 원고의 청구가 CISG 및 민법에서 정한 해제 및 취소 요건을 갖추지 못하였다고 주장함으로써 묵시적으로 이 사건 계약에 CISG 및 민법의 적용을 선택하였다고 판시하였다.

이 사건에서는 원고와 피고 사이에 CISG 및 대한민국 민법을 준거법으로 하는 묵시적인 선택이 있었다는 근거로, 원고가 CISG 및 민법에서 정한 계약 해제 및 취소 사유가 있다고 주장함에 대하여 피고가 CISG 및 민법에서 정한 해제 및 취소 요건을 갖추지 못하였다고 주장하였다는 점을 제시하고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 당사자 사이에 특정 국가의 법이 적용됨을 전제로 해당 법에서 정한 요건의 충족 여부를 적극적으로 다투는 경우라면 해당 법을 준거법으로 하기로 하는 묵시적인 선택이 있었다고 보는 것은 타당하므로 이 사건에서 민법을 준거법으로 하는 묵시적 선택을 인정한 것은 타당하다고 본다.

다만 CISG를 준거법으로 하는 묵시적인 선택을 인정하기 이전에 CISG가 적용되는지 여부를 검토하였어야 할 것으로 본다. CISG가 적용되지 않는 사안에서 당사자들이 CISG가 적용됨을 전제로 하여 주장 및 입증을 하는 경우에는 CISG를 준거법으로 적용하기로 하는 묵시적인 합의가 있다고 볼 수 있을 것이나, CISG가 직접적용 또는 간접적용되는 사안에서는 당사자의 묵시적 준거법 선택이 문제될 여지가 없기 때문이다. 위 판결에서 CISG가 간접적용될 수 있는 사안인지를 검토하지 않은 채²⁾ 당사자가 CISG가 적용됨을 전제로 CISG상 요건의 충족 여부를 다투고 있다고 하여 곧바로 CISG를 주관적 준거법으로 하는 묵시적인 선택이 있다고 결론을 내린 것은 아쉬운 대목이라 생각한다.

다. 가정적 의사에 의한 준거법 결정의 허용 여부

2) 아랍에미리트연합국은 비체약국이고 우리나라는 체약국으로서 국제사법 규칙에 따라 체약국법인 대한민국법이 적용될 수 있는 경우에는 CISG가 간접적용된다(CISG 제1조 제1항 나호). 그런데 위 사건은 국제사법 제25조 제1항에 따라 대한민국법에 대한 묵시적인 선택을 인정할 수 있는 사안으로서, 국제사법 규칙에 따라 체약국법인 대한민국법이 적용되는 경우에 해당하여 CISG가 간접적용된다고 볼 수 있다.

(1) 가정적 의사의 의미 및 섭외사법 하의 판례의 입장

준거법에 관한 당사자의 ‘가정적 의사’란 묵시적 의사가 인정되지 않는 경우에도 여러 가지 사정을 종합하여 볼 때 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 의사를 말한다.

구 섭외사법이 적용된 판결인 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결에서는 “묵시적 의사를 추정할 수 없는 경우에도 당사자의 국적, 주소 등 생활 본거지, 사용자인 법인의 설립 준거법, 노무급부지, 직무내용 등 근로계약에 관한 여러 가지 객관적 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당시 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 가정적 의사를 추정하여 준거법을 결정할 수 있다.”라고 판시한 바 있다. 위 판결에서는 외국인 파견근무 조종사들인 원고들의 일상적인 노무급부지가 대한민국이라고는 볼 수 없으나 노무제공의 수령자인 피고 회사가 대한민국 법인이고, 원고들이 대한민국 근로기준법에 기하여 청구를 하고 있는 사정 등을 고려하여 원고들과 피고 회사 사이의 근로계약의 준거법은 대한민국 법률이라고 판시하였다. 위 판결은 사용자인 법인의 설립 준거법 등 근로계약에 관한 객관적 사정과 함께 청구의 근거로 주장된 법률 등을 고려하여 당사자의 가정적 의사에 따라 대한민국 법률을 준거법으로 인정한 사안이다.

한편 역시 구 섭외사법이 적용된 판결인 대법원 2007. 11. 15. 선고 2006다72567 판결에서도 한국인 주점 업주인 원고와 한국인 주점 종업원인 피고와의 근로계약이 일본국에서 체결되었고, 그 근로제공의 사업장 또한 일본국에 소재하고 있다는 점 및 당사자들의 합리적 의사 등을 고려하면 원고와 피고 사이에 체결된 근로계약의 효력에 관한 준거법은 일본국 법률이라고 판단하였다. 즉, 계약체결지, 사업장소재지 등 근로계약에 관한 객관적 사정을 고려하여 당사자들의 가정적 의사를 추정하여 일본국 법률이 준거법이라고 판단한 것이다. 그런데 이러한 구 섭외사법 하의 판례의 입장이 현행 국제사법 하에서도 유지될 수 있을지가 문제된다.

(2) 국제사법 하에서의 가정적 의사에 의한 준거법 결정 허용 여부

국제사법 하에서 가정적 의사에 의하여 준거법을 결정한 사안으로 대전고등법원 2020. 7. 9. 선고 2019나13542 판결을 살펴보고자 한다.

(가) 사안의 개요

일본국 법인인 원고가 대한민국 법인인 피고와의 사이에, 대한민국 내에서 일본의 교육연구가 시찌다 마코토가 창안한 유아교육 방식인 시찌다식 교육을 실시하는 것을 허락하고 이에 대한 로열티를 지급받는 내용의 계약(이하 ‘이 사건 계약’)을 체결하였다. 이 사건 계약에는 원고의 본점을 관할하는 일본국 오사카 지방재판소를 관할재판소로 한다는 관할합의조항이 포함되어 있었으나 준거법에 대한 명시적인 합의는 없었다. 원고는 피고의 로열티 미지급 등을 이유로 이 사건 계약을 해지하였고, 피고를 상대로 대한민국 법원에 채무불이행으로 인한 손해배상 청구의 소를 제기하였다.

(나) 대상판결의 요지

대상판결은 국제사법 제25조를 언급하면서 “묵시적 의사를 추정할 수 없는 경우에도 당사자의 국적, 주소 등 생활본거지, 계약의 성립 배경과 그 경위, 기타 여러 가지 객관적 사정을 종합하여 볼 때 계약 당시 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 가정적 의사를 추정하여 준거법을 결정할 수 있다(대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다71724 판결 참조).”라고 판시하였다. 대상판결은 ① 이 사건 계약에서 ‘계약에 관한 분쟁이 발생한 때에는 원고의 본점을 관할하는 일본국 오사카 지방재판소를 관할재판소로 한다’라고 정하고 있으나 준거법에 대한 명시적인 합의는 없는 점, ② 원고는 대전지방법원에 이 사건 소를 제기하면서 대한민국 법을 준거법으로 하여 피고의 책임을 묻고 있고, 피고 역시 관할위반의 항변을 하거나 준거법에 관하여 다투지 않은 채 응소한 점, ③ 피고의 영업지가 대한민국에 소재하고 있는 점, ④ 원고가 이 사건 소를 통하여 피고가 대한민국에서 교육 사업을 영위한 것에 대한 대가 등을 청구하고 있는 점 등의 사정을 고려하여 이 사건 계약에 관한 준거법을 대한민국 법으로 정하는 것이 당사자들의 ‘묵시적 의사’에 부합’한다고 판시하였다.

(다) 대상판결의 검토

이 사건에서는 구 섭외사법이 적용된 판결인 위 대법원 2006다71724 판결을 그대로 인용하면서 국제사법 하에서도 가정적 의사에 의한 준거법 결정이 가능하다는 점을 밝히고 있다. 나아가 위 판결은 비록 이 사건 계약에 관한 준거법을 대한민국

법으로 보는 것이 당사자의 ‘묵시적 의사’라고 표현하기는 하였으나, 실질적으로는 원고의 준거법에 관한 주장 및 피고의 태도, 피고의 영업소 소재지, 청구원인 등을 고려하여 당사자가 준거법을 지정하였더라면 선택하였을 것으로 판단되는 ‘가정적 의사’에 따라 준거법을 대한민국 법으로 한 것으로 판단된다.³⁾

가정적 의사에 기한 준거법 결정이 국제사법 하에서도 가능한지에 대해서는 견해의 대립이 있다. 긍정설은, ① 당사자들이 계약체결시 준거법합의와 같은 예민한 문제를 다루는 것이 주저되어 준거법합의를 제안하지 않았을 뿐이지 일방당사자가 저촉법적으로 매우 유력한 장소를 지시하는 준거법합의를 제안하였더라면 상대방당사자도 그 제안을 받아들였을 것이라고 생각되는 경우는 충분히 있을 수 있는 점, ② 묵시적 의사해석의 이름하에 가정적 의사해석이 이루어지는 예는 여러 국가의 판례상 드문 일이 아닐 뿐만 아니라 매우 유력한 가정적 의사해석은 국제사법 제25조 제1항 단서에도 해당될 여지가 있는 점, ③ 국제사법 제26조 제2항의 추정이 매우 강력한 것으로 해석되어 제26조 제2항의 적용이 경직화되는 경우 종래 입법의 미비 또는 경직성을 보완하는 중요한 기능을 해 온 가정적 의사의 긍정적 역할이 필요하다고 볼 수 있는 점 등을 그 근거로 한다.⁴⁾ 그러나 부정설은, ① 가정적 의사는 법관이 심리학적 추론에 의하여 추정적 계약내용을 회고적으로 탐구하여야 한다는 인상을 불러일으키는 점, ② 경제적으로 우월한 지위에 있는 당사자의 의사가 가정적 의사로 인정될 가능성이 높은 점, ③ 계약체결 당시의 당사자의 의사를 추정함에 있어서 계약체결 이후 발생한 사정과 발전을 고려하는 것은 허용되지 않는 점 등을 근거로 국제사법 하에서 가정적 의사에 의한 준거법 결정은 허용되지 않는다고 한다.⁵⁾

국제사법은 현실적인 의사로서 명시적 또는 묵시적 준거법 선택만을 인정할 뿐이고, 묵시적인 선택의 경우에도 이것이 부당하게 확대하는 것을 방지하기 위하여 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에 한하는 것으로 제한하고 있다. 이러한 점을 고려하면 당사자의 가정적 의사에 따른 준거법 결정은 국제사법 제25조 제1항의 문언을 넘어 국제사법이 규정한 주관적 준거법 선

3) 장준혁, “준거법에 관한 국제사법 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 한국국제사법학회, 국제사법 제20권 제1호 (2014. 6.), 133면에서는 국내의 학설 가운데에는 일본 문헌들의 영향을 받아 ‘묵시적 당사자자치’라는 이름하에 추정적 당사자자치(가정적 당사자자치)를 주장하는 견해가 많았음을 지적하면서, 묵시적 의사해석의 이름하에 가정적 의사해석이 이루어지는 예는 여러 나라의 판례상 결코 드문 일이 아니라고 밝히고 있다.

4) 위의 논문, 133-134면.

5) 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013, 297면.

택을 무리하게 확대하는 한편 국제사법 제26조에 의한 객관적 준거법의 결정을 부당하게 축소하는 것으로 허용될 수 없다고 본다. 결국 당사자의 명시적 또는 묵시적 준거법 선택을 인정할 수 없는 경우에는 국제사법 제26조에 따른 객관적 준거법을 적용할 것이지 당사자의 가정적 의사를 탐구한 후 이에 따른 준거법의 지정이 있는 것으로 볼 것은 아니다.

3. 준거법의 분할 또는 분열

준거법의 분할 또는 분열은 계약의 구성부분에 대하여 각기 다른 준거법을 지정하는 것이다.⁶⁾ 분할 또는 분열이 가능하기 위해서는 문제가 된 쟁점이 다른 부분과 논리적으로 분할가능할 뿐만 아니라 양립가능한 것이어야 한다.⁷⁾ 계약의 실질의 구성부분에 대하여 각 다른 준거법을 지정하는 준거법의 분열 또는 분할이 인정될 것 인지에 대하여 **구** 섭외사법 하에서는 견해가 대립하였으나 판례는 이를 인정하여 왔다.⁸⁾ 국제사법 제25조 제2항은 “당사자는 계약의 일부에 관하여도 계약의 준거법을 선택할 수 있다.”라고 규정하여 준거법의 분열 또는 분할을 명시적으로 인정하고 있다. 판례는 아래에서 살펴볼 바와 같이 선하증권의 지상약관(paramount clause)이 문제된 사건과 적해보험계약상 영국법 준거약관이 문제된 사건에서 준거법의 분할을 인정한 바 있다.

가. 선하증권의 지상약관이 문제된 사건

선하증권의 지상약관을 저촉법적 부분지정으로 보아 준거법의 분할을 인정한 사건으로 **대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결**을 살펴보기로 한다.

(1) 사안의 개요

대한민국 법인 甲회사는 미국 법인 乙회사와의 사이에 乙회사로부터 스티렌 모노머(Styrene Monomer, 이하 ‘이 사건 화물’)를 구매하기로 하는 매매계약을 체결하였다. 乙회사는 싱가포르 법인인 피고와의 사이에 피고가 미국에서 한국까지 이 사건 화물을 운송하기로 하는 항해용선계약(이하 ‘이 사건 항해용선계약’)을 체결하였

6) 안강현, 로스쿨 국제거래법, 제7판, 박영사, 2021, 214면.

7) 예컨대 매도인의 권리와 매수인의 의무의 준거법을 서로 다른 법으로 지정하는 것은 논리적으로 양립가능성이 없으므로 허용될 수 없다. 석광현, 앞의 책, 298면.

8) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707 판결 등 참조.

다. 이 사건 항해용선계약서에는 준거법이 영국법으로 기재되어 있었다. 피고는 송하인 乙회사에게 선하증권(이하 ‘이 사건 선하증권’)을 발행하여 주었다. 이 사건 선하증권 전문은 영국법을 준거법으로 한다는 조항을 포함한 해상운송계약의 모든 조건들이 선하증권에 편입된다는 취지를 기재하고 있는 한편, 이 사건 선하증권 후문은 아래와 같이 운송인인 피고의 책임범위를 미국 해상화물운송법(Carriage of Goods by Sea Act, COGSA)에 의하도록 규정하는 지상약관(paramount clause, 이하 ‘이 사건 지상약관’)을 두고 있었다.

만일 이 선하증권이, 선적항 또는 하역항(양륙항)이 미국 해상화물운송법 또는 유사한 법률이 시행되는 지역 내에 있다는 이유로, 1936. 4. 16. 승인된 미국 해상화물운송법 또는 1924. 8. 25. 브뤼셀에서의 선하증권에 대한 규정의 통일에 관한 국제협약(헤이그규칙)의 성문법적 효력을 부여하는 유사한 법률이 적용되는 권원증권인 경우에, 이 선하증권은 미국 해상화물운송법 또는 유사한 법률에 따라 효력을 가지고, 위 법률 규정은 이 선하증권에 편입된 것으로 간주되며, 이 선하증권의 어느 부분도 위 법률 규정에 따른 운송인의 권리나 면책의 포기 또는 책임의 증거로 간주되지는 아니한다.

이 사건 화물에 관하여 수하인 甲회사와 해상적하보험계약을 체결한 대한민국 법인인 원고는 운송 중 이 사건 화물이 상품성이 없을 정도로 사양이 이탈되는 사고가 발생하자 甲회사에게 보험금을 지급하였다. 나아가 원고는 甲회사가 소지하고 있던 선하증권을 교부받아 보험자대위권의 행사로서 운송인 피고를 상대로 대한민국 법원에 불법행위에 따른 손해배상책임을 구하였다.

피고는 이 사건 지상약관은 저촉법적 부분지정으로서 준거법의 분할이 인정되고, 책임제한액은 미국 해상화물운송법에 따라 톤당 500달러가 된다고 하였다. 반면 원고는 이 사건 지상약관은 실질법적 지정으로서 일반적 준거법인 영국법의 강행규정에 위반할 수 없는데, 미국 해상화물운송법상의 책임제한액은 영국법상 운송인의 책임제한액보다 낮아서 화주를 불리하게 하므로 영국법상 강행규정에 위반하여 무효가 된다고 주장하였다.

(2) 대상판결의 요지

대상판결은 선하증권에 일반적인 준거법에 대한 규정이 있음에도 운송인의 책임 범위에 관하여 국제협약이나 그 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 우선 적용

하기로 하는 이른바 ‘지상약관(paramount clause)’이 준거법의 부분지정(분할)인지 해당 국제협약이나 외국 법률규정의 계약 내용으로의 편입인지는 기본적으로 당사자의 의사표시 해석의 문제라고 하였다.

대상판결은 일반적 준거법 조항이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정하고, 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비하였다면,⁹⁾ 특별한 사정이 없는 한 운송인의 책임제한에는 그 국가의 법을 준거법으로 우선적으로 적용하는 것이 당사자의 의사에 부합한다고 함으로써 이 사건 지상약관을 준거법의 부분지정으로 판단하였다.

결국 대상판결은 이 사건 선하증권의 일반적·전체적 준거법은 영국법이나, 이 사건 선하증권에 기한 피고의 책임제한에 관한 준거법은 미국 해상화물운송법으로 준거법이 분할된다고 판시하고, 피고의 손해배상책임제한에 관한 준거법인 미국 해상화물운송법에 따라 피고의 책임은 톤당 500달러로 제한된다고 한 원심(부산고등법원 2014. 5. 22. 선고 2012나10751 판결)을 지지하였다.

(3) 대상판결의 검토

‘지상약관(paramount clause)’이란 해상운송계약 내지 용선계약상 일정한 법적 문제에 관하여 운송계약이나 용선계약에 적용되는 일반적·전체적 준거법에 관한 규정이 있음에도 불구하고 “선하증권에 관한 일부 규정의 통일을 위한 국제조약(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading, 이하 ‘헤이그규칙’)” 내지 “1924년 선하증권에 관한 일부 규정의 통일을 위한 국제조약을 수정하기 위한 의정서(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bill of Lading 1924, 이하 ‘헤이그-비스비규칙’)”와 같은 국제협약이나 특정국가의 법을 우선적으로 적용하겠다는 계약당사자의 의사를 말한다.¹⁰⁾

선하증권에 일반적 준거법에 대한 규정이 있음에도 불구하고 특히 운송인의 책임 제한 부분을 특정 국가의 법으로 정하는 취지의 지상약관이 있는 경우, 위 약관의

9) 이 사건 화물의 선적항이 미국 프리포트항이고 미국 해상화물운송법은 ‘선적항이나 양륙항이 미국 내에 있는 모든 국제해상화물운송계약에 적용된다’고 규정하고 있으므로, 이 사건은 미국 해상화물운송법상의 적용요건을 충족하였다.

10) 정영석, “해상운송계약에서 최고약관의 효력 - 선하증권 뒷면약관을 중심으로”, 한국해법학회, 한국해법학회지 제32권 제1호 (2010), 241면.

법적 의미를 실질법적 지정으로 볼 것인지 저촉법적 지정으로 볼 것인지 문제된다.

이 사건 지상약관의 법적 의미를 실질법적 지정으로 본다면, 미국 해상화물운송법이 계약의 내용으로 편입된 것이고 이 사건 항해용선계약의 일반적 준거법인 영국법의 강행규정에 위반할 수 없다. 반면 이 사건 지상약관을 저촉법적 지정으로 본다면, 운송인의 책임제한 부분에 대하여는 미국 해상화물운송법이 일반적 준거법인 영국법에 우선하여 적용되므로 준거법이 분할될 수 있다. 이 사건 지상약관을 실질법적 지정으로 볼 것인지 저촉법적 지정으로 볼 것인지는 원칙적으로 당사자의 의사표시 해석의 문제로서¹¹⁾ 대상판결도 이 점을 적절히 지적하고 있다.

대상판결에서 판시하고 있는 바와 같이 일반적 준거법 조항이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정하고, 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비하였다면, 지상약관이 일반적 준거법의 강행규정에 반할 수 없다고 기재되어 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 운송인의 책임제한에는 그 국가의 법을 준거법으로 우선적으로 적용하는 것이 당사자의 의사에 부합할 것으로 본다. 즉 특정 국가의 법이 적용된다고 규정하고 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비한 경우에는 원칙적으로 저촉법적 지정으로 보아야 할 것이다.¹²⁾

또한 이 사건 지상약관에서는 “이 선하증권의 어느 부분도 위 법률 규정에 따른 운송인의 권리나 면책의 포기 또는 책임의 증가로 간주되지는 아니한다.”라고 규정하여 이 사건 선하증권의 다른 어떠한 기재에 의하여도 미국 해상화물운송법에 따

11) 이정원, “국제사법상 당사자자치의 원칙과 지상약관 - 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결의 평석을 중심으로 -”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 제60권 제4호 (2019. 11.), 149면.

12) 석광현, “해사국제사법의 몇 가지 문제점 - 준거법을 중심으로”. 한국해법학회, 한국해법학회지 제31권 제2호 (2009. 11.), 102면에서도 ① 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정 국가의 법이 적용된다고 규정하는 경우 그것이 당해 국가법의 적용요건을 구비한 때에는 저촉법적 부분지정으로 보는 반면, ② 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정 국가의 법이 적용된다고 하더라도 그것이 당해 국가법의 적용요건을 구비하지 못한 때에는 당해 국가의 입법자의 의도에 반하여 특정 국가의 법을 준거법으로 적용할 것은 아니기 때문에 실질법적 부분지정으로 본다. 또한 ③ 헤이그-비스비 규칙이 조약으로서 적용되지 않는 사안에서 지상약관이 헤이그-비스비 규칙이 직접적용된다고 규정한 경우, 우리 국제사법의 해석으로는 특정 국가의 법만이 준거법이 될 수 있다는 것을 근거로 실질법적 부분지정으로 본다.

한편 당사자의 의사를 해석함에 있어서 형식상으로 지정규정이 “어떤 사항에 대해서는 어떤 법에 의한다”는 형태를 띠고 있을 때에는 당사자의 의사를 연결점으로 하여 준거법이 결정된다는 취지(준거기준)로 이해되므로 저촉법적 지정으로 보아야 하나, “어떤 사항에 대해서는 어떤 법에 의하여 면책된다”는 형태를 취하고 있다면 이는 면책이라고 하는 구체적이고도 실질적인 효과의 근거로서 법규범을 계약조항으로 이용한 것(효과기준)으로 해석되므로 실질법적 지정으로 보아야 할 것이라는 견해[이성웅, “선하증권상 지상약관에 의한 준거법의 분할지정”, 통상법률 통권 제79호 (2008), 105면]도 있다. 준거법의 지정형태도 당사자의 의사표시 해석시 고려할 요소 중 하나이지만, 이것을 저촉법적 지정과 실질법적 지정을 구별하는 결정적 기준으로 삼는 것은 부적절할 것으로 본다.

른 운송인의 책임을 증가시킬 수 없음을 분명히 하고 있다. 만약 이 사건 지상약관을 실질법적 지정으로 본다면 운송인의 책임범위에 관하여 일반적 준거법인 영국법상 강행규정에 위반할 수 없는데, 미국 해상화물운송법상의 책임제한액은 영국법상 운송인의 책임제한액보다 낮아서 화주를 불리하게 하므로 영국법상 강행규정에 위반하여 무효가 되고 결국 미국 해상화물운송법보다 책임제한 한도가 높은 영국법에 의하게 된다. 그런데 이러한 결과는 미국 해상화물운송법에 따른 운송인의 책임이 증가되는 것을 부정하는 이 사건 지상약관의 기재에 정면으로 충돌하는 것으로 받아들일 수 없다.¹³⁾ 따라서 위와 같은 기재를 고려하더라도 이 사건 지상약관은 저촉법적 부분지정으로 보아야 할 것이다.

결국 대상판결이 영국법을 이 사건 선하증권의 일반적 준거법으로 인정함에도 불구하고 운송인의 책임범위에 관해서는 미국 해상화물운송법을 우선적으로 적용하는 것이 당사자의 의사에 부합한다고 보아 준거법의 분할을 인정한 것은 타당하다고 본다.¹⁴⁾

나. 적하보험계약상 영국법 준거약관이 문제된 사건

적하보험계약상 영국법 준거약관에 관한 사안에서 준거법의 분할을 인정한 판결로 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결을 검토한다.

(1) 사안의 개요

대한민국 법인 원고는 터키 법인 甲회사와의 사이에 폴리머리제이션라인(Polymerization Line) 1세트 4포장(이하 ‘이 사건 화물’)을 매도하기로 하는 매매계약을 체결한 다음, 미국 법인인 피고와의 사이에 이 사건 화물에 관하여 적하보험계약(이하 ‘이 사건 보험계약’)을 영국 런던 보험자협회 적하약관에서 규정하는 WAIOP 조건(With Average Irrespective Of Percentage, 일정한 해상고유의 위험을 해손의 종류나 규모와 상관없이 보상하는 조건)으로 체결하였다.

이 사건 보험계약에는 ① “본 보험증권에 따라 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법률과 관습이 적용된다(All questions of liability arising under this

13) 대상판결에서는 이러한 점을 언급하고 있지는 않으나, 원심(부산고등법원 2014. 5. 22. 선고 2012나 10751 판결)에서는 이 사건 지상약관을 저촉법적 지정으로 보는 근거로서 이러한 점을 들고 있다.

14) 이정원, 앞의 논문, 152면.

policy are to be governed by the laws and customs of England).”라는 내용의 준거법 약관(이하 ‘이 사건 준거법 약관’이라고 한다)과 ② 원고가 피고에게 부보화물의 갑판적재 사실을 고지하지 않은 경우 이 사건 보험계약의 담보범위는 ‘투하(投下, Jettison)와 갑판유실(甲板流失, Washing Overboard)’ 이외의 일반 분손은 담보하지 않는 분손부담보[分損不擔保, Free from Particular Average (F.P.A.)] 조건으로 축소된다는 내용의 갑판적재 약관(On-Deck Clause, 이하 ‘이 사건 갑판적재 약관’)이 포함되어 있다. 피고는 이 사건 보험계약 체결시 원고에게 이 사건 갑판적재 약관에 대하여 설명하지 않았다.

이 사건 화물은 중국의 상하이 항에서 운송 선박의 갑판 위에 선적되어 운송되던 중 이 사건 화물 4포장 중 한 포장인 보일러 1대(이하 ‘이 사건 보일러’)가 해상으로 떨어지는 사고(이하 ‘이 사건 사고’)가 발생하였다. 甲회사는 원고에게 이 사건 보험계약에 기한 보험금청구권을 양도하고 이를 피고에게 통지하였다. 원고는 피고를 상대로 대한민국 법원에 이 사건 보험계약에 기한 보험금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

(2) 대상판결의 요지

대상판결은 외국적 요소가 있는 계약에서 당사자가 계약의 일부에 관하여만 준거법을 선택한 경우에 그 해당 부분에 관하여는 당사자가 선택한 법이 준거법이 되지만, 준거법 선택이 없는 부분에 관하여는 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다고 판시하였다. 대상판결은 이 사건 준거법 약관은 이 사건 보험계약 전부에 대한 준거법을 지정한 것이 아니라 보험자의 ‘책임’ 문제에 한정하여 영국의 법률과 관습에 따르기로 한 것이므로 보험자의 책임에 관한 것이 아닌 사항에 관하여는 이 사건 보험계약과 가장 밀접한 관련이 있는 우리나라의 법이 적용된다고 할 것인데, 약관의 설명의무에 관한 사항은 약관의 내용이 계약내용이 되는지 여부에 관한 문제로서 보험자의 책임에 관한 것이라고 볼 수 없으므로(대법원 2001. 7. 27. 선고 99다55533 판결 참조), 이에 관하여는 영국법이 아니라 우리나라의 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’)이 적용된다고 하였다. 다만 이 사건 보험계약 체결 당시 원고가 이 사건 갑판적재 약관의 내용을 잘 알고 있었다고 보이므로, 피고가 그 내용을 설명하지 않았더라도 이 사건 갑판적재 약관은 이 사건 보험계약의 내용이 된다고 보았다.

(3) 대상판결의 검토

이 사건 준거법 약관을 영국법을 준거법으로 지정하는 의미의 저촉법적 지정으로 볼 것인지 아니면 영국법을 이 사건 보험계약의 내용으로 편입하는 의미의 실질법적 지정으로 볼 것인지는 앞서 살펴본 바와 같이 당사자의 의사표시 해석의 문제이다. 당사자의 의사표시를 해석함에 있어 의사표시의 대상이 되는 규정의 문언이 어떠한지가 중요한데, 이 사건 준거법 약관은 “본 보험증권에 따라 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법률과 관습이 적용된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the laws and customs of England).”라는 문언으로 되어 있다.

적하보험계약의 경우 약관의 문언에 따라 실무상 세 가지 유형의 약관으로 나누어 볼 수 있는데,¹⁵⁾ 이 사건 준거법 약관도 그 중 하나의 유형에 속한다. 이 사건 준거법 약관이 속한 유형의 영국법 준거약관에 대하여 학설은 ① 저촉법적 전부지정설,¹⁶⁾ ② 저촉법적 부분지정설,¹⁷⁾ ③ 실질법적 지정설¹⁸⁾이 대립하고 있다. 저촉법적 전부지정설은 보험자의 책임 문제뿐만 아니라 보험계약 전체에 대하여 준거법을 지정한 것으로 해석하는 반면, 저촉법적 부분지정설은 보험자의 책임 문제에 대해서만 준거법을 지정한 것으로 본다. 한편 실질법적 지정설은 위 유형의 영국법

15) 이 사건 준거법 약관 외의 두 가지 유형은, ① “본 보험은 영국의 법률과 실무에 따른다(This insurance is subject to English law and practice)”와 ② “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 따른다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims).”의 유형이다.

위 ① 유형에 대해서는 보험계약 전체에 대한 준거법을 영국법으로 정한 저촉법적 전부지정이라는 데 견해가 일치한다(안강현, 앞의 책, 217면). 그러나 위 ② 유형에 대해서는 ‘일체의 전보청구 및 결제’에 대해서만 영국법을 준거법으로 지정한 저촉법적 부분지정이라는 견해(이필복, “해상적하보험 영국법 준거약관의 법적 성질과 내용 - 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결”, 한국해사문제연구소, 해양한국 2019년 2월호, 141면)가 있는 반면, 이는 실질법적 지정으로 당사자들이 영국법을 언급함으로써 이를 계약의 내용으로 편입하는 것이라는 견해(석광현, 해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 국제사법상의 문제점”, 국제사법과 국제소송 제2권, 박영사, 2002, 77면. 이하 이 논문은 ‘석광현(2002)’로 표기하기로 한다)가 있다.

16) 김성태, “보험계약에 있어서 영국법준거약관과 불이익변경금지원칙”, 보험법연구 제1권 (1995), 52면; 양승규, “영국법준거약관과 보험법의 적용”, 대한손해보험협회, 손해보험 제278호 (1991. 12.), 69면; 한창희, 해상보험법, 국민대학교 출판부, 2017, 9면; 지상규, “해상적하보험계약상 영국법 준거약관의 적용 및 보험자의 설명의무에 관한 고찰”, 서울대학교 법학연구소, 서울법학 제25권 제2호 (2017), 378면.

17) 서헌제, “국제거래에 있어서의 위험과 보험”, 보험조사월보 제178호 (1992), 16면; 김진권, “해상보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰”, 해사법연구 제18권 제2호 (2006), 132면; 전해동, “해상보험계약상 영국법 준거약관과 보험법의 적용에 관한 연구”, 해사법연구 제19권 제1호 (2007), 347면; 최성수, “해상보험계약에서 준거법의 결정”, 이화여자대학교 법학논집 제16권 제3호 (2012), 170면.

18) 석광현(2002), 앞의 논문, 57면.

준거약관은 준거법을 지정한 것이 아니라 특정 외국법을 언급함으로써 그것을 계약의 내용으로 편입한 것이라는 견해이다.

대상판결은 이 사건 준거법 약관은 이 사건 보험계약 전부에 대한 준거법을 지정한 것이 아니라 보험자의 ‘책임’ 문제에 한정하여 영국의 법률과 관습에 따르기 위한 것이라고 함으로써 저촉법적 부분지정설의 입장을 취한다.¹⁹⁾ 즉, 대상판결은 보험자의 책임에 관한 사항에 대해서는 국제사법 제25조에 따라 영국의 법률과 관습에 따르고, 보험자의 책임에 관한 것이 아닌 사항에 대해서는 국제사법 제26조에 따라 이 사건 보험계약과 가장 밀접한 관련이 있는 우리나라 법이 적용된다고 하여 준거법의 분할을 인정하고 있다.

다만 이 사건 준거법 약관과 같은 유형의 영국법 준거약관을 사용한 사안에서 대법원 판례가 일관되게 저촉법적 부분지정설을 취하여 온 것으로는 볼 수 없다. 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결에서는 이 사건 준거법 약관과 같은 유형의 영국법 준거약관이 문제되었는데, “보험증권 아래에서 야기되는 일체의 책임문제는 외국의 법률 및 관습에 의하여야 한다는 외국법 준거약관은 동 약관에 의하여 외국법이 적용되는 결과 우리 상법 보험편의 통칙의 규정보다 보험계약자에게 불리하게 된다고 하여 상법 제663조에 따라 곧 무효로 되는 것이 아니고”라고 판시하고, 나아가 “고지의무위반을 이유로 한 보험계약의 해지에 관하여는 영국해상보험법 제18조, 제17조가 적용되고 동법 소정의 고지의무위반을 이유로 한 보험계약의 해지는 우리 상법 제651조 소정의 그것과는 그 요건과 효과를 달리하고 있어 이에 대하여 상법 제651조 소정의 제척기간이나 상법 제655조의 인과관계에 관한 규정은 적용될 여지가 없다”라고 판시한 바 있다. 고지의무 위반을 이유로 한 보험계약의 해지가 보험계약의 성립 및 유효성의 문제인지 보험자의 책임 문제인지에 대해서 위 판결에서 명확히 하지 않았으나, 일반적으로 고지의무의 내용, 요건과 그 위반의 효과, 고지의무 위반을 이유로 하는 계약의 해지는 일반적으로 보험계약의 성립 및 유효성의 문제에 속하는 것으로 본다.²⁰⁾ 그렇다면 위 판결은 이 사건 준거법 약관과 같은 유형의 영국법 준거약관을 근거로 보험자의 책임 문제뿐만 아니라 보험계약의 성립 및 유효성의 문제에 대해서도 영국해상보험법을 적용한 것으로, 저촉법적 전부지정설을 채택한 것으로 볼 수 있다.²¹⁾ 결국 대상판결과 위 90다카

19) 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권 제2호 (2018), 271면; 이필복, 앞의 논문, 141면.

20) 석광현(2002), 앞의 논문, 65면; 김인현, 앞의 논문, 271면; 이필복, 앞의 논문, 141면.

21) 석광현(2002), 앞의 논문, 68면; 이필복, 앞의 논문, 142면. 그러나 박원근, “영국법 준거약관이 포함된 해상보험계약의 준거법 결정”, 부산판례연구회, 해사법의 제문제 (2018), 435면에서는 위 90다카

25314 판결은 같은 유형의 영국법 준거약관에 대하여 서로 다른 입장을 취한 것으로 판단되므로 추후 그 관계를 명확히 정립할 필요가 있다.²²⁾

저촉법적 전부지정설은 영국법 준거약관의 문언에서 ‘책임에 관한 모든 문제’라고 하고 있음에도 불구하고 보험자의 책임뿐만 아니라 보험계약 전체에 대한 저촉법적 지정이 있다고 보는 것으로, 영국법이 적용되는 범위를 ‘책임에 관한 모든 문제’로 제한하고자 한 당사자의 의사에 반하므로 타당하지 않다. 그렇다면 당사자들은 책임에 관한 문제에 한정하여 영국의 법률과 관습이 적용된다고 한 것이 저촉법적 부분지정인지 실질법적 지정인지가 문제된다. 저촉법적 부분지정으로 본다면 보험자의 책임에 관한 문제에 대해서 객관적 준거법의 강행법규가 배제되는 반면, 실질법적 지정으로 보면 객관적 준거법의 강행법규가 적용되는 차이가 있다. 보험자의 책임에 관한 모든 문제에 대해서 영국의 법률과 관습이 적용된다는 문언에 비추어 보면, 이 사건 준거법 약관을 사용한 당사자들의 의사가 영국법을 계약의 내용으로 편입할 뿐이고 경우에 따라 영국법이 아닌 객관적 준거법의 강행법규에 의하여 보험자의 책임 문제를 다루는 것을 감수하고자 하는 의사로 해석하기는 어려울 것으로 본다. 따라서 실질법적 지정으로 보는 것은 타당하지 않다고 본다. 당사자들은 보험자의 책임에 관한 문제에 대해서는 객관적 준거법의 강행법규에 의한 제한 없이 영국법을 준거법으로 적용하고자 하는 의도로 이 사건 준거법 약관과 같은 문언을 사용한 것으로 해석되므로, 저촉법적 부분지정으로 보는 것이 타당하다.

다만 이 사건 준거법 약관을 저촉법적 부분지정으로 본다고 하더라도 우리 국제사법의 해석상 준거법의 지정은 특정 국가의 법에 한하여 가능하므로, ‘영국의 법률’ 외에 ‘관습(customs)’을 지정한 부분에서 관습법에 이르지 못하는 관습은 계약 내용으로 편입되는 것으로 볼 수밖에 없다.²³⁾ 결국 이 사건 준거법 약관 중 ‘영국의 법률’을 지정한 부분은 보험자의 책임에 한하여 영국법을 준거법으로 정한 저촉법적 부분지정인 한편, ‘관습’을 지정한 부분은 실질법적 지정으로 보아야 할 것이다.

4. 순수한 국내계약에 대한 외국법 준거법 합의

25314 판결은 고지의무를 보험자의 책임 문제로 보고, 단지 약관규제법의 적용과 관련한 문제가 대두되지 않아서 해당 쟁점에 대해서 침묵한 것이라고 하여 위 판결도 저촉법적 부분지정설의 입장을 취한 것으로 파악한다.

22) 이필복, 앞의 논문, 142면.

23) 석광현(2002), 앞의 논문, 69면; 이필복, 앞의 논문, 143면.

국제사법 제25조 제4항에 의하면 모든 요소²⁴⁾가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 않는다. 즉, 국제사법 제25조 제4항은 당사자자치를 존중하여 순수한 국내계약에 대하여 외국법을 준거법으로 지정하는 것은 원칙적으로 허용하는 한편, 국내법의 강행규정이 여전히 적용된다고 함으로써 제한을 가하고 있다. 이하에서는 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있는지 여부가 문제된 사건과, 순수한 국내계약에 대하여 영국법을 준거법으로 지정한 사건에 대해서 살펴보기로 한다.

가. 모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있는지 여부

서울동부지방법원 2018. 4. 5. 선고 2017가합103533 판결의 사안에서 대한민국 법인인 원고는 우즈베키스탄 법인 甲회사의 지분 100%를 소유한 회사인데, 원고와 甲회사, 우즈베키스탄 법인 乙회사 사이에 원고가 乙회사에게 甲회사가 소유한 우즈베키스탄 소재 토지(이하 ‘이 사건 부동산’)를 매도하는 내용의 계약(이하 ‘이 사건 매매계약’)을 체결하였다. 이 사건 매매계약은 이 사건 매매계약의 준거법을 대한민국 법으로 정하고 있다. 한편 이 사건 매매계약의 잔금채무를 담보하기 위하여 원고의 대표이사 및 전임 대표이사는 이 사건 부동산의 매매대금 잔금을 乙회사의 주주인 피고 및 乙회사의 대표이사에게 대여하는 내용의 차용계약서를 작성하였다. 그러나 피고 및 乙회사가 이 사건 차용계약서에서 정한 차용금을 지급하지 않자 원고는 피고를 상대로 대한민국 법원에 차용금의 지급을 청구하는 소를 제기하였다.

피고는 이 사건 매매계약의 준거법을 대한민국 법으로 지정한 합의는 형식적인 합의로서 국제사법 제25조 제4항에 따라 이 사건 매매계약의 준거법은 우즈베키스탄 법률이라고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 이 사건 매매계약의 모든 요소가 오로지 우즈베키스탄과 관련이 있는 경우라고 보기 어렵다는 이유로 제27조 제4항의 적용을 부정하였다. 대법원은 이 사건 매매계약의 모든 요소가 오로지 우

24) 김인호, “순수 국내계약에 대한 국제사법규정의 비판적 고찰”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제 26권 제1호 (2020. 6.), 212-213면[이하 이 논문은 ‘김인호(2020)’으로 표기하기로 한다]에서는 국제사법 제25조 제4항의 적용요건으로 ‘모든 요소’가 규정되어 있으나 국제사법의 모델이 된 로마협약과 그 후신인 “계약상 채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회 규정[Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations, 이하 ‘로마I규정’]”의 해석에 비추어 ‘사안의 사정에 관계된 모든 요소(all the other elements relevant to the situation)’로 제한하여 해석하여야 한다고 주장한다. 이에 따르면 해당 ‘사안의 사정에 관계된 모든 요소’로 평가받지 못하는 요소가 해당 사안의 모든 요소가 관련된 국가 이외의 다른 국가에 위치하더라도 국제사법 제25조 제4항을 적용할 수 있다.

즈베키스탄과 관련이 있는 경우에 해당되지 않는다는 이유로 ① 원·피고가 대한민국 사람으로서 대한민국에 주소를 가지고 있는 점, ② 이 사건 소는 금전의 지급을 구하는 것으로서 보통재판적인 피고의 주소지 또는 특별재판적으로서 의무이행지인 원고의 주소지가 있는 대한민국 법원에 민사소송법상 토지관할이 존재한다고 보이는 점, ③ 이 사건 소가 우즈베키스탄에 있는 부동산과 관련이 있다고 하더라도 이 사건 소는 부동산에 관한 권리의 이전 또는 인도를 구하는 소는 아니고 금전의 지급을 구하는 것이라는 점을 제시하였다.

사안에서 대한민국에 객관적 연결점이 존재하므로 대상판결이 이 사건 매매계약의 모든 요소가 오로지 우즈베키스탄과 관련이 있는 경우가 아니라고 본 것은 타당하다. 설령 이 사건에서 모든 요소가 오로지 우즈베키스탄과 관련이 있는 경우에 해당된다고 상정하더라도, 피고의 주장과 같이 이 사건 준거법 합의에도 불구하고 국제사법 제25조 제4항에 따라 우즈베키스탄 법률이 준거법인 것이 아니라 당사자들이 합의한 대한민국 법이 준거법이되 우즈베키스탄의 강행규정이 적용되는 결과가 될 것이다.

나. 순수한 국내계약에 대하여 영국법을 준거법으로 지정한 경우

순수한 국내계약에 대하여 영국법이 준거법으로 지정되었으나 대한민국 약관규제를 적용한 사안으로 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결을 살펴보기로 한다.

(1) 사안의 개요

대한민국 법인인 피고는 대한민국 법인인 리스회사와 사이에 대한민국 선적의 선박에 관하여 시설대여계약(이하 ‘이 사건 리스계약’)을 체결한 후, 대한민국 해상보험회사인 원고와 사이에 이 사건 선박에 관하여 선박보험계약(이하 ‘이 사건 보험계약’)을 체결하였다. 이 사건 보험계약에 적용되는 협회선박기간보험약관은 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 의한다.”라고 규정하고 있다. 한편 이 사건 보험계약에서는 2006. 7. 2.까지 이 사건 선박에 대하여 현상검사를 받고 모든 권고사항이 충족될 것(이하 ‘이 사건 워런티 약관 조항’)을 규정하였다. 피고는 2007. 5. 2.에 이르러서야 이 사건 선박에 대한 현상검사를 받았다. 그 후 이 사건 선박은 목포항을 떠나 태안반도 인근 모래채취구역으로 예인되던 중 다른 선박과 충돌하는 사고를

당하였다. 피고는 원고에게 위 충돌사고로 인한 이 사건 선박의 수리비에 상당하는 보험금의 지급을 청구하였으나, 원고는 피고가 2006. 7. 2.까지 현상검사를 받아야 하는 이 사건 워런티 약관 조항을 위반하였다는 이유로 그 지급을 거절하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 보험금지급채무의 부존재확인을 구하는 소를 제기하였다.

(2) 대상판결의 요지

대상판결은 이 사건 워런티 약관조항은 약관규제법 제3조 제3항이 규정하는 사업자가 약관에 정하여져 있는 중요한 내용을 고객이 이해할 수 있도록 설명하여야 하는 설명의무의 적용대상이라고 판시하였다. 즉, 영국 해상보험법상 워런티 제도는 상법에 존재하지 않는 낯선 제도로서 해상보험계약을 체결한 경험이 없거나 워런티에 관한 지식이 없는 보험계약자가 워런티의 의미 및 효과에 관하여 보험자로부터 설명을 듣지 못하고 보험계약을 체결할 경우 보험계약자에게 미치는 영향이 매우 크므로 이러한 워런티 조항을 사용하여 해상보험을 체결하는 보험자로서는 원칙적으로 당해 보험계약자에게 워런티의 의미 및 효과에 대하여 충분히 설명할 의무가 있다고 판시하였다. 대상판결은 원고가 이 사건 보험계약 체결 당시 이 사건 워런티 약관조항의 구체적인 내용이나 이 사건 워런티 약관조항에서 정한 기한 내에 이를 이행하지 않은 경우 원고가 보험금지급책임을 면하게 되는 효과 등 계약상 중요한 사항에 대하여 충분하게 설명하지 아니하였으므로 원고는 이 사건 워런티 약관조항에 대한 설명의무를 제대로 이행하지 못하였다고 판시하였다.

(3) 대상판결의 검토

대상판결은 이 사건 워런티 약관조항에 약관규제법을 적용하였으나, 이 사건 보험계약의 준거법이 영국법임에도 불구하고 대한민국 약관규제법을 적용하여야 하는 근거는 제시하지 않고 있다. 그러나 대상판결이 명시적으로 언급하지는 않았으나 국제사법 제25조 제4항을 근거로 약관규제법을 적용하였다고 해석할 여지가 있다.²⁵⁾ 원고 및 피고는 모두 대한민국 법인이고, 이 사건 선박의 선적국도 대한민국 일 뿐만 아니라 이 사건 선박의 충돌사고도 대한민국 연안에서 발생하였으므로, 대상판결에 드러나지 않은 다른 사정이 없는 한 모든 요소가 오로지 대한민국과 관련이 있는 경우에 해당되는 것으로 판단된다. 그럼에도 당사자들이 영국법 준거약관을 통하여 영국법을 준거법으로 선택한 경우이므로 국제사법 제25조 제4항에 따라

25) 석광현, 앞의 책, 302면; 김인호(2020), 앞의 논문, 225면.

대한민국의 강행규정은 적용이 배제되지 아니한다. 즉, 대한민국 약관규제법 제3조 제3항은 국제사법 제25조 제4항에 따라 모든 요소가 관련된 국가의 강행규정으로 서 적용되었다고 볼 수 있다.

III. 객관적 준거법(제26조)에 관한 판례

1. 서설

구涉外사법 제9조 단서는 당사자가 준거법을 지정하지 않은 경우의 준거법의 결정에 관하여 행위지법원칙을 채택하였으나, 이에 대해서는 다양한 유형의 계약의 특성을 전혀 고려하지 않은 지나치게 기계적이고 도식적인 원칙으로서 부적절하다는 비판이 있었다.²⁶⁾ 이에 국제사법은 행위지법원칙을 폐기하고 로마협약의 입장²⁷⁾을 수용하여 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우 ‘계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법’을 준거법으로 지정하였다(제26조 제1항). 국제사법은 ‘계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법’을 결정함에 있어서 특징적 이행(characteristic performance)을 기초로 하는 추정규정을 두고 있다. 계약의 특징적 이행을 이행하여야 하는 경우에는 특징적 이행을 하는 당사자의 계약 체결시의 상거소(자연인의 경우), 주된 사무소(법인 또는 단체의 경우) 또는 영업소(직업 또는 영업상 계약의 경우)를 가지는 국가를 당해 계약과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가로 추정하고(제26조 제2항), 부동산에 대한 권리를 대상으로 하는 계약의 경우 부동산 소재지국을 당해 계약과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가로 추정한다(제26조 제3항). 국제사법은 특징적 이행의 예로, ① 양도계약에 있어 양도인의 이행(제26조 제2항 제1호), ② 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 이행(제26조 제2항 제2호), ③ 위임·도급계약 및 이와 유사한 용역제공계약의 경우에는 용역의 이행(제26조 제2항 제3호)을 규정하고 있는데, 이는 제한적 열거가 아니라 예시적 열거로 이해된다.²⁸⁾

26) 석광현, 앞의 책, 308면.

27) 로마협약은 가장 밀접한 관련의 원칙을 선언하고 이를 구체화하는 추정규정을 두었으며, 추정을 반복할 수 있는 예외조항을 두는 구조를 취하였다. 한편 로마 I 규정은 ① 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 실무상 흔히 사용되는 8가지의 특정 유형의 계약에 대하여 준거법을 지정하는 것으로부터 출발하여 ② 계약이 위 8가지 특정 유형에 해당하지 아니하는 경우나 계약의 요소가 8가지 유형의 계약의 두 가지 이상에 해당되는 경우에는 계약은 그 특징적 이행을 해야 하는 당사자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하고, ③ 위 ①, ②에 해당되지 않는 경우에는 계약은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의하는 구조를 취한다. 김인호, “로마 I 규정에 기초한 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정에 관한 입법적 검토”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제19권 제1호 (2013), 554-555면 참조. 이하 이 논문은 ‘김인호(2013)’으로 표기하기로 한다.

이하에서는 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용한 판례와 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용하지 않고 같은 조 제1항을 적용한 판례를 나누어 살펴보고자 한다. 한편 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용하였으나 그 추정을 번복하고 국제사법 제26조 제1항의 원칙을 적용한 판례는 찾아보기 어렵다.²⁹⁾

2. 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용한 판례

가. 리스계약

대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도15350 판결의 사안에서 대한민국 국민 또는 외국인이 미국 캘리포니아주에서 미국 리스회사와 미국 캘리포니아주법에 따라 체결한 리스계약에 따르면 리스회사는 기간을 정하여 리스이용자에게 차량을 사용하게 하고 그 대가로 리스이용자로부터 매달 일정액의 리스료를 지급받기로 하였으나 준거법에 관하여 별도로 약정하지 아니하였다. 이 사건 준거법에 관하여 위 판결은 “(국제사법 제26조) 제2항 제2호에서 ‘이용계약’의 준거법은 물건 또는 권리를 이용하도록 하는 당사자의 계약체결 당시의 주된 사무소 등의 소재지법을 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정하고 있다. 그렇다면 앞서 본 대로 리스계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니하였고 준거법의 결정에 있어서 달리 고려되어야 할 사정을 기록상 찾을 수 없는 이 사건에서 리스회사의 소재지법인 미국 캘리포니아주의 법이 위 리스계약과 가장 밀접한 관련이 있는 법으로서 준거법이 된다고 할 것이므로, 이에 따라 위 리스계약의 내용과 효력을 판단하여야 한다.”라고 판시하였다. 즉, 리스계약이 국제사법 제26조 제2항 제2호의 이용계약에 해당하므로 물건을 이용하도록 하는 당사자인 리스회사의 계약체결 당시 영업소의 소재지법을 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정하였고 그에 따라 준거법을 결정하였다.

나. 위탁판매계약

28) 석광현, 앞의 책, 311면; 김인호(2003), 앞의 논문, 547면.

29) 국제사법 제26조 제2항의 추정이 깨어진 경우에 같은 조 제1항의 가장 밀접한 관련이 있는 국가를 판단함에 있어 어떠한 연결기준이 적합한지에 대한 논의는, 장준혁, 앞의 논문, 136-137면 참조. 위 논문에서는 ① 쌍방의 의무를 보아야 그 계약의 종류를 파악할 수 있을 정도로 쌍방의 의무가 계약의 무게중심의 파악에 관해 중요한 의미를 가지는 경우에는 ‘피공급자의 본거지’, ② 물품공급자의 급부의무가 공급자 본거지를 중심으로 하고 있기보다는 피공급자 측의 현장에 중점을 두고 있는 것으로 판단되는 경우에는 ‘공급자의 이행이 완료되는 장소’, ③ 특징적 급부의무가 전문적 용역인 경우에는 ‘실무지’, ④ 관련된 계약의 준거법에 부종적으로 연결하는 것이 최밀접관련원칙에 가장 잘 부합한다고 판단되는 경우에는 그 관련된 계약의 준거법을 연결기준으로 제시한다.

서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2017나2049752 판결의 사안에서 영국령 버진 아일랜드 법에 따라 설립되어 홍콩에 영업소를 두고 있는 원고는 중국의 제조업체에 LCD 패널을 판매하면서, 영국령 버진아일랜드 법에 따라 설립되어 중국에 영업소를 두고 있는 甲회사가 관리하는 중국 소재 보세창고에 LCD 패널을 보관하였다. 甲회사의 대표이자 유일한 주주인 중국 국적의 피고가 위 보세창고에 보관하고 있던 패널을 타사에 매도하자 위 패널의 소유자인 원고는 피고를 상대로 위 패널 등을 횡령하였다는 이유로 손해배상을 청구하였다.

위 판결은 원고의 주장과 같이 원고와 甲회사 사이에 물품판매 위탁관계가 있다면 위 위탁관계의 준거법은 국제사법 제26조 제2항 제3호에 의하여 중국법이고, 설령 위탁관계가 없다고 본다 하더라도 불법행위지가 중국이어서 역시 중국법이 준거법이므로 이 사건의 준거법은 중국법이라고 판시하였다. 위 판결에서는 위탁판매계약의 체결 여부가 다투어지고 있고 위 판결의 판시만으로는 위탁판매계약의 구체적인 내용을 알 수 없으나, 위탁판매계약은 그 계약의 내용에 따라 위임계약 또는 도급계약에 해당되므로 국제사법 제26조 제2항 제3호에 따라 용역을 이행하는 당사자인 甲회사의 영업소 소재지법인 중국법을 준거법으로 판단한 것은 타당하다고 볼 것이다.

다. 수리계약

대우자동차가 자회사인 대우독일법인과 사이에, 대우독일법인이 대우자동차로부터 자동차를 수입하여 독일 내에서 판매한 후 그 자동차를 구입한 소비자들로부터 보증수리 요청이 있을 경우 우선 대우독일법인이 각 판매점을 통하여 무상으로 수리하고, 나중에 대우자동차에게 그 수리대금을 청구하여 지급받는 형태로 거래한 사안에서 준거법이 독일법인지 대한민국법인지가 문제되었다. 서울고등법원 2006. 4. 19. 선고 2004나89525 판결은 “대우독일법인과 대우자동차가 특별히 준거법을 결정한 후 거래를 한 흔적이 없어 보이는 이 사건에서, 기초사실에서 본 바와 같은 대우독일법인과 대우자동차의 거래형태, 즉 자동차 구입자들의 보증수리 요청에 따른 대우독일법인의 무상 보증수리 후 수리대금 지급요청과 그에 따른 대우자동차의 승인 및 대금 지급 등의 일련의 과정은 국제사법 제26조 제2항 제3호에 해당한다고 할 것이므로, 위와 같은 거래와 가장 밀접한 관련이 있는 독일법(민법)이 준거법이 된다고 보는 것이 타당하다.”라고 판시하였다. 이 사건과 같은 차량수리계약은

도급계약에 해당되므로 대상판결이 판시하고 있는 바와 같이 국제사법 제26조 제3항에 따라 용역의 이행을 하여야 하는 수급인의 영업소 소재지법이 준거법으로 추정된다.

라. 선박대리점계약

대법원 2012. 7. 16.자 2009마461 결정은 국내에 영업소가 있는 선박대리점이 외국의 선박소유자 등과의 선박대리점계약에 기하여 외국 선적의 선박에 관하여 항해 등에 관한 사무의 처리를 위탁받아 그 사무를 처리한 사안으로 선박대리점계약의 객관적 준거법이 문제되었다. 대상결정은 “선박대리점계약에 의하여 발생하는 채권 및 채무의 종류·내용과 효력, 그리고 변제 그 밖의 방법에 의한 소멸 등의 사항에 관하여 당사자가 준거법을 따로 선택하지 아니하였다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제26조 제2항 단서에 의하여 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정되는 선박대리점의 영업소가 있는 우리나라의 법이 준거법이 된다.”라고 판시하였다.

위 결정은 계약이 당사자의 직업 또는 영업활동으로 체결된 경우에는 당사자의 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정한다는 국제사법 제26조 제2항 단서만을 언급하고 선박대리점계약이 국제사법 제26조 제2항 각 호 중 어느 조항에 해당되는지를 명시하지는 아니하였다. 항해 등에 관한 사무의 처리를 위탁받아 그 사무를 처리하는 것을 내용으로 하는 선박대리점계약은 위임계약으로서 국제사법 제26조 제2항 제3호에 따라 위임사무를 이행하여야 하는 선박대리점의 영업소 소재지법을 준거법으로 추정하는 것이 타당하고, 위 결정도 국제사법 제26조 제2항 제3호를 근거로 선박대리점의 영업소가 있는 우리나라 법을 준거법으로 결정한 것으로 판단된다.³⁰⁾

3. 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용하지 않은 판례

가. 신용장 관련 계약

대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결은 신용장에 기한 환어음 및 선적

30) 장준혁, “준거법에 관한 국제사법 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제20권 제1호 (2014), 136면에서도 대상결정이 “선박대리점계약을 제26조 제2항 제3호의 용역제공계약에 포섭시켜 선박대리점의 영업소소재지를 최밀접관련지로 추정”하였다고 설명한다.

서류의 매입은행인 대한민국 법인이 신용장의 개설은행인 일본국 법인에 대하여 신용장대금의 상환을 구하는 사안으로, 신용장 개설은행과 매입은행 사이의 신용장대금 상환의 법률관계에 관한 준거법이 문제되었다. 위 판결은 “신용장에 기한 환어음 등을 매입하는 매입은행은 신용장 개설은행의 수권에 의하여 매입하긴 하지만, 이는 어디까지나 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 추정규정인 국제사법 제26조 제2항 제3호를 적용할 수 없고, 환어음 등의 매입을 수권하고 신용장대금의 상환을 약정하여 신용장대금 상환의무를 이행하여야 하는 신용장 개설은행의 소재지법이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로서 준거법이 된다고 할 것이다.”라고 판시하였다.

위 판결은 신용장 개설은행과 매입은행 사이의 신용장대금 상환의 법률관계가 위임계약이 아니라는 이유로 국제사법 제26조 제2항 제3호를 적용할 수 없고 같은 조 제1항을 적용하여 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다고 판단한 것이다. 이 사건에서는 자유매입신용장이 발행되었는데 자유매입신용장의 경우 매입은행의 환어음 등의 매입은 매입은행이 자신의 위험과 계산 하에 행하는 환어음 등 선적서류의 매매로서, 이는 개설은행의 위임이나 부탁에 따라 행하는 것이 아니라 매입은행이 독자적인 영업행위로서 매입하는 것으로 해석된다.³¹⁾ 따라서 위 판결이 신용장 개설은행과 매입은행 사이의 신용장대금 상환의 법률관계가 위임계약이 아니라고 판단하고 국제사법 제26조 제2항 제3호를 적용하지 아니한 것은 타당하다고 본다.

다만 위 판결은 국제사법 제26조 제2항 제3호에 해당되지 않는다고 하여 곧바로 같은 조 제1항에 따라 준거법을 결정하였는데, 이러한 입장이 타당한지 문제된다. 국제사법 제26조 제2항 각 호는 특징적 이행의 구체적 예를 예시적으로 열거한 것에 불과하므로 신용장 개설은행과 매입은행 사이의 신용장대금 상환의 법률관계가

31) 한편 매입은행이 개설은행에 의해 지정된 특정신용장인 경우, 또는 매입은행이 통지은행 내지 확인은행 · 지급은행의 지위를 겸하는 경우에는 매입은행의 환어음 등의 매입을 자유매입신용장의 경우와 동일하게 선적서류 등의 매매로서 매입은행의 독자적인 영업행위라고 파악하여야 할지 또는 개설은행의 위탁에 따른 위임사무의 처리라고 보아야 할지 문제된다. 이러한 점에서 대상판결의 법리가 특정신용장이나 매입은행이 통지은행 등의 지위를 겸하는 경우에도 유효할지는 의문이나, 매입은행이 개설은행과 내부적으로 위임 내지 위탁의 관계가 있는 경우에도 매입은행의 수익자로 부터의 선적서류 등의 매입행위는 개설은행과의 관계에서 위임 내지 위탁 받은 사무의 처리와는 별개의 행위로서 그 법적 효력도 별도로 파악하여야 할 것이라는 점에서 대상판결의 법리는 위와 같은 경우에도 타당할 것으로 본다. 이정원, “신용장거래에서 개설은행과 매입은행의 주의의무와 준거법”, 중재연구 제22권 제1호 (2012. 3.), 76-77면.

이에 해당하지 아니하더라도 곧바로 제26조 제1항에 따라 준거법을 결정할 것이 아니라 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자를 가려내어 그의 계약체결 당시 영업소의 소재지법을 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정하는 것이 타당하다고 본다.³²⁾ 위 판결의 사안에서 특징적 이행을 행하여야 하는 당사자는 환어음 등의 매입을 수권하고 신용장대금의 상환을 약정하여 신용장대금 상환의무를 이행하여야 하는 신용장 개설은행이라고 판단되므로 신용장개설은행의 계약체결 당시 영업소 소재지법이 가장 밀접한 관련이 있는 법으로 추정된다.³³⁾ 이 경우 신용장개설은행의 계약체결 당시 영업소 소재지법이 된다는 점에서 위 판결과 결론은 동일하나, 위와 같은 결론에 이르게 된 근거에 차이가 있다. 즉, 위 판결은 국제사법 제26조 제1항을 적용하여 신용장개설은행의 계약체결 당시 영업소 소재지법이 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로서 준거법이 된다고 보나, 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용하면 신용장 개설은행의 계약체결 당시 영업소의 소재지법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정되고 그 추정을 번복할 사정이 없는 경우 준거법으로 결정된다.³⁴⁾ 이러한 점에서 위 판결은 국제사법 제26조 제1항 및 제2항의 관계를 유기적으로 파악하지 못한 것으로 판단된다.

나. 선하증권 관련 계약

용선계약상의 중재조항이 선하증권에 편입되어 선하증권의 소지인과 운송인 사이에서도 효력을 가지는지 여부가 문제된 사안에서, 서울고등법원 2015. 4. 21. 선고 2014나30256 판결은 위와 같은 쟁점은 선하증권의 적법한 소지인과 운송인 간의 채권적 법률관계에 속한 사항이므로, ‘선하증권의 준거법’에 의하여 판단하여야 한다고 판시하였다. 대상판결은 선하증권이 그 약관에서 적용할 국가의 법을 정하고 있는 경우에는 국제사법 제25조 제1항에 따라 그 정한 국가의 법이, 선하증권의 발행인이 선하증권에 적용될 법을 명시적 또는 묵시적으로 지정하지 않은 경우에는 국제사법 제26조 제1항에 따라 선하증권과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 될 것이라고 하면서, 이 사건 선하증권의 이면약관은 선적지국(또는 목적지국)에서 입법화한 헤이그규칙 및 일정한 경우 헤이그-비스비규칙이 적용된다는 지상약관(paramount clause)을 담고 있는 외에 달리 명시적으로 선하증권의 준거법을 정하지는 않았고, 위 헤이그규칙과 헤이그-비스비규칙이 위 쟁점을 판단하는

32) 김인호(2013), 앞의 논문, 550면. 석광현, 앞의 책, 318면에서도 대상판결에 대하여 “대법원판결이 특징적 이행에 기초한 추정(제26조 제2항) 과정을 생략한 채 제26조 제1항에 따라 결론을 내린 이 유는 잘 이해되지 않는다.”라고 지적하고 있다.

33) 김인호(2013), 앞의 논문, 550면; 석광현, 앞의 책, 318면.

34) 김인호(2013), 앞의 논문, 550-551면.

기준이나 원칙을 규정하고 있지는 않으므로, 위 쟁점에 관하여는 이 사건 선하증권과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다고 하였다. 위 판결은 이 사건 선하증권의 발행지와 그 화물의 선적장소가 모두 대한민국인 점, 송하인이 대한민국에 주소를 둔 대한민국 법인인 점 등을 고려하면, 이 사건 선하증권과 가장 밀접한 관련이 있는 국가는 대한민국이라고 봄이 상당하므로, 결국 위 쟁점에 관한 준거법은 ‘대한민국법’이라는 결론을 내렸다.

선하증권의 소지인과 운송인 사이의 법률관계는 선하증권의 채권적 법률관계로서 선하증권의 준거법에 따라 판단하여야 한다.³⁵⁾ 선하증권이 준거법을 지정하지 않은 경우, 운송을 위한 선하증권 거래는 일종의 도급계약으로서 국제사법 제26조 제2항 제3호에 해당하여 운송용역의 이행을 하여야 하는 선하증권 발행인의 영업소 소재지법이 준거법으로 추정되고 이러한 추정을 번복할 사정이 없는 한 준거법으로 결정될 것이다.³⁶⁾ 그런데 위 판결은 국제사법 제26조 제2항의 추정규정에 문의함이 없이 곧바로 국제사법 제26조 제1항에 문의하여 선하증권의 발행지, 화물의 선적장소 및 송하인의 주소지가 있는 국가인 대한민국을 선하증권과 가장 밀접한 관련이 있는 국가로 보아 대한민국법을 준거법으로 결정하였다. 위 판결의 결론은 타당하지만, 국제사법 제26조 제1항이 아니라 국제사법 제26조 제2항의 추정규정을 적용하여 준거법을 결정하였어야 할 것으로 본다.

IV. 소비자계약(제27조)에 관한 판례

1. 서설

국제사법 제27조는 사회 경제적 약자인 소비자의 보호라는 실질법적 정의를 저촉 법적 차원에서 고려하여 소비자계약의 준거법 및 국제재판관할에 관한 특칙을 두고 있다. 즉, 국제사법 제27조는 소비자계약에 있어 당사자자치를 제한하여 준거법을 선택하더라도 소비자의 상거소지국의 강행규정이 소비자에게 부여하는 보호를 박탈

35) 석광현, 앞의 책, 318면.

36) 손경환, “계약적 채무의 준거법에 관한 한국 판례의 최근 동향”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제2호 (2016), 116면. 김인호(2013), 앞의 논문, 552면에서도 **구** 섭외사법이 적용된 사건인 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결은 선하증권의 객관적 준거법이 선하증권이 발행지법이라고 판시한 바 있지만 이 사건에 국제사법을 적용한다면 제26조 제2항에 의하여 특징적 이행을 하여야 하는 신용장 개설은행의 계약체결 당시 영업소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 추정되어 준거법으로 될 것이라고 하였다.

할 수 없도록 하였고(제1항), 객관적 준거법의 결정 및 계약의 방식에 관하여도 소비자의 상거소지법에 의하도록 하였으며(제2항, 제3항), 보호적 관할(protective jurisdiction)을 인정하고 있다(제4항 내지 제6항). 국제사법 제27조의 소비자는 외국의 사업자에 의하여 자신의 상거소에서 거래관계에 끌어들여진 ‘수동적 소비자(passive consumer)’에 한정되고 스스로 외국에 여행하거나 거주하면서 물품이나 용역을 구매한 ‘능동적 소비자(active consumer)’는 포함되지 않는다.³⁷⁾ 이하에서는 소비자계약과 관련한 몇 가지 쟁점을 중심으로 소비자계약에 관한 판례의 동향을 살펴보고자 한다.

2. 소비자 및 소비자계약의 범위

가. 수동적 소비자인지 여부

수동적 소비자인지 여부가 문제된 사건으로 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다 230580 판결을 검토한다.

(1) 사안의 개요

대만 여행객인 원고가 대만 현지에서 여행상품 전시회에 갔다가 대만의 甲여행사가 기획한 대한민국 여행 상품을 보고 甲여행사와 여행계약을 체결하고 호텔의 선정 등을 의뢰하였고 甲여행사는 한국 협력 여행사에 의뢰하여 대만 여행객을 위하여 대한민국의 乙호텔 운영업자인 피고와 숙박계약(이하 ‘이 사건 숙박계약’)을 체결하였다. 피고는 호텔홈페이지를 제작·운영하면서 乙호텔을 광고하고 있는데 그 홈페이지 중에는 중국어 간자체(대만은 중국어 번자체를 사용한다)를 사용한 부분도 포함되어 있었고 대만에서도 위 홈페이지에 접속할 수 있었다. 원고는 乙호텔에 투숙하였다가 乙호텔에 비치된 전기 주전자로 인하여 허벅지에 화상을 입었음을 주장하면서 피고를 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

(2) 대상판결의 요지

37) 안강현, 앞의 책, 217면; 석광현, 앞의 책, 326면; 이현묵, “국제사법 제27조에 의해 보호되는 소비자계약의 범위와 수동적 소비자가 되기 위한 요건의 분석”, 소비자문제연구 제49권 제2호(2018. 8.), 219-220면 [이하 이 논문은 ‘이현묵(2018)’로 표기하기로 한다]; 이병화, “국제소비자계약에 대한 국제사법적 고찰”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제21권 제1호(2015. 6.), 356면.

대상판결은 피고가 호텔을 광고하는 중국어 간자체로 작성된 홈페이지를 운영한 사실이 설령 피고의 대만에 대한 乙호텔 광고에 해당한다고 하더라도, 대만 여행객들이 직접 위 홈페이지를 통하여 피고와 숙박계약을 체결하거나 호텔을 특정한 것이 아니라 대만의 甲여행사와 여행계약을 체결하고 그 제휴관계를 통하여 숙박계약을 체결하였으므로, 원고가 피고의 홈페이지 광고에 따라 대만에서 숙박계약을 위하여 필요한 행위를 한 경우에 해당하지 않고 원고에 대한 보호는 甲여행사에 대한 관계에서 소비자로 보호하면 충분하다는 점 등을 근거로 이 사건 숙박계약을 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

(3) 대상판결의 검토

대상판결과 관련해서는 대상판결이 ‘제휴관계’라고 표현한 甲여행사와 피고와의 관계가 법적으로 ① 여행사가 피고의 대리상으로서 숙박계약을 체결한 경우, ② 숙박주선인으로서 숙박계약을 체결한 경우, ③ 甲여행사가 여행객을 위하여 피고와 제3자를 위한 숙박계약을 체결한 경우 등에 해당할 수 있으므로 이를 나누어 살펴 보아야 한다는 지적이 있는데,³⁸⁾ 적절한 지적이라고 판단된다. 이러한 지적에 따르면 위 ①, ②의 경우는 한국의 호텔운영업자가 대만에서 여행사를 통하여 대만 여행자의 주문을 받아 숙박계약을 체결하였다거나(국제사법 제27조 제1항 제2호) 한국의 호텔운영업자가 여행사를 통하여 대만 여행자로 하여금 한국에 와서 숙박을 주문을 하도록 유도한 경우(국제사법 제1항 제3호)에 해당할 수 있어 국제사법상 소비자계약에 관한 특칙이 적용될 수 있다. 한편 위 ③의 경우에는 원고가 乙호텔에 숙박할 것을 알고 甲여행사와 여행계약을 체결하였다면 숙박계약에 대한 수익의 의사표시를 함으로써 숙박계약상의 지위를 취득하였다고 볼 수 있어 국제사법상 소비자계약에 관한 특칙이 적용될 수 있을 것이다.³⁹⁾ 결국 대상판결은 당사자 사이의 법률관계를 보다 면밀하게 살펴본다 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당되는지 여부를 가렸어야 할 것으로 본다.

나. 전자상거래에 의한 소비자계약: 사업자의 지향된 활동의 해석

국제사법 제27조 제1항 제1호가 규정하는 ‘그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하는 경우’는 국제전자상거래에

38) 손경한, 앞의 논문, 121면.

39) 위의 논문, 122-123면.

의한 소비자계약을 염두에 둔 것으로, ‘지향된 활동기준(targeted activity criterion)’을 도입한 것이다.⁴⁰⁾ 이때 전자상거래에 의한 소비자계약에 있어 구체적으로 어떤 경우에 ‘사업자의 지향된 활동’이 있다고 할 수 있는지, 즉 사업자가 소비자의 상거소지국 외의 지역에서 상거소지국으로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하였다고 볼 수 있는지가 문제된다. ‘지향된 활동’의 해석에 관하여는 국내 및 해외에서 ① 웹사이트의 접근가능성(accessibility)을 기준으로 하는 견해, ② 웹사이트의 상호작용성(interactivity)을 기준으로 하는 견해, ③ 사업자의 의도(intention)를 기준으로 하는 견해, ④ 웹사이트가 미친 효과(effect)를 기준으로 하는 견해가 대립하고 있다.⁴¹⁾

우리 판례가 국제사법 제27조 제1항 제1호의 사업자의 지향된 활동을 해석함에 있어서 어떠한 견해를 취하고 있는지는 명확하지 않다. 다만 대한민국에 상거소를 두고 있는 구글 이메일 가입자가 구글을 상대로 개인정보 등을 제공한 내역을 밝히려는 소를 제기한 사건에서, 서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결은 “피고 구글 Inc.는 각종 구글 서비스를 국내 이용자들도 이용할 수 있도록 국내 이용자들을 위한 별도의 도메인 주소를 운영하면서 한국어로 특화된 서비스를 제공하고 있고, 대한민국 외의 지역에서 인터넷 등을 통하여 대한민국을 향하여 구글 서비스에 관한 광고를 하는 등의 방법으로 구글서비스 이용계약 거래의 권유를 비롯한 영업활동을 함은 물론, 국내에서 활동하는 기업이나 개인들로부터 광고를 수주하는 등의 방법으로 수익을 얻는 영업활동을 영위하고 있는바, 피고 구글 Inc.의 위와 같은 행위는 국제사법 제27조 제1항 제1호에서 정한 ‘소비자의 상대방이 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행한 경우’에 해당한다고 할 것이다.”라고 판시한 바 있다. 위 판결에서는 사업자의 지향된 활동이 있는지를 판단함에 있어서 ‘국내 이용자들을 위한 별도의 도메인 주소의 운영’ 및 ‘한국어로 특화된 서비스’, ‘국내에서 활동하는 기업이나 개인들로부터 광고를 수주한 사정’ 등을 고려하고 있다.

다. 무상의 소비자계약

서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결은 “국제사법 제27조가 보호하는 소비자계약이 반드시 소비자의 상대방이 유상으로 물품 또는 용역을

40) 석광현, 앞의 책, 329면.

41) 이에 관한 상세는, 김효정, “국제전자상거래에 의한 소비자계약상 국제재판관할”, 연세법학 제32호(2018. 12.), 80-86면 참조.

제공하는 경우로 한정된다고 볼 아무런 근거가 없으므로, 비록 소비자의 상대방인 피고 구글 Inc.가 구글 서비스와 같은 용역을 무상으로 제공한다고 하더라도 이를 국제사법 제27조가 보호하는 소비자계약의 범위에서 제외된다고 볼 수는 없다”라고 판시하여 무상계약도 국제사법 제27조에 의하여 보호되는 소비자계약이라고 보았다.

국제사법 제27조는 소비자계약이 유상계약일 것을 요구하고 있지 않으므로 위 판결은 국제사법 제27조의 문언에 충실한 해석인 것으로 판단된다. 그러나 위 판결에 대해서는 진정한 무상계약이라면⁴²⁾ 소비자는 그에 따른 부담도 없고, 나아가 소비자의 계약 해제 또는 해지를 제한하지 않는다면 계약의 구속으로부터 벗어날 수 있으므로 소비자의 보호는 원칙적으로 문제되지 않는다는 점에서 국제사법 제27조의 목적론적 축소에 의하여 소비자계약을 유상계약에 한정하여야 한다는 견해가 있다.⁴³⁾ 국제사법 제27조의 소비자계약을 유상계약으로 보아야 한다는 입장에서는 무상계약에서까지 관련 분쟁의 준거법을 소비자의 상거소지법으로 고정하는 것은 소비자의 상대방인 기업 측에게 지나치게 불리한 조항이 될 것이라는 점을 근거로 제시하기도 한다.⁴⁴⁾

무상의 소비자계약은 유상의 소비자계약에 비하여 그 성질상 소비자 보호의 요청이 완화되어야 할 것이나, 이것은 실질법상 결정되어야 할 문제로서 저촉법상 결정될 문제는 아니라고 본다.⁴⁵⁾ 만약 실질법에서 무상의 소비자계약을 보호하고 있다면 국제사법 제27조의 목적론적 축소를 통하여 무상의 소비자계약을 배제하는 것은 적절하지 않을 것으로 본다. 또한 무상의 소비자계약을 배제하는 견해는 소비자의 계약 해제 또는 해지를 제한하지 않는다면 계약의 구속으로부터 벗어날 수 있으므로 소비자의 보호는 원칙적으로 문제되지 않는다고 보나, 인터넷 사업자의 개인정보 침해로 인한 손해는 단순히 계약의 해제 또는 해지만으로 소비자의 손해가 완전히 회복되는 것도 아니다.⁴⁶⁾ 결국 무상의 소비자계약이라고 하더라도 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당된다고 본 위 판결의 태도는 타당하다고 본다.

42) 대상판결에서 구글은 당해 거래로부터 취득한 정보를 활용할 수 있으므로 진정한 무상계약이라고 볼 수 있을지 의문이 있다. 석광현, “국제사법상 소비자계약의 범위에 관한 판례의 소개와 검토 - 제27조의 목적론적 축소와 관련하여”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제1호 (2016. 6.), 48면. 이 논문은 ‘석광현(2016)’으로 표기하기로 한다.

43) 위의 논문, 48면.

44) 최성수, “국제사법 제27조의 해석론 및 관련 판례에 대한 평가”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제2호 (2016. 12.), 23-24면.

45) 이현목(2018), 앞의 논문, 212면.

46) 위의 논문.

라. 운송계약 및 소비자의 상거소지 외 용역제공계약

운송계약 및 소비자의 상거소지 외 용역제공계약이 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당되는지 여부가 문제된 사건으로, 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결을 살펴보기로 한다.

(1) 사안의 개요

대한민국 국적의 원고는 대한민국 여행사를 통하여 대한민국에 정기적으로 취항하는 피고 에어프랑스 항공사로부터 ‘서울-파리’ 구간 왕복항공권을 구입한 후 출국하였으나 피고의 항공기 좌석 초과판매로 ‘파리-서울’ 구간 항공편을 이용하지 못하였다. 피고는 대체 항공편 등을 제안하였으나 원고는 건강상 및 개인 일정상의 이유로 이를 거절하고 다른 항공편을 이용하여 귀국하였다. 피고는 미사용 항공편 요금 2,221,100원을 환불하고 유럽연합규정[Regulation (EC) No 261/2004]에 따라 600유로의 보상금을 지급하였다. 원고는 피고를 상대로 대체 항공권 요금 5,214.85유로와 위자료 200만원의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

(2) 원심 및 대상판결의 요지

원심판결(서울중앙지방법원 2012. 12. 5. 선고 2012나24544 판결)은 국제사법의 해석상 로마협약과 마찬가지로 운송계약과 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약의 경우에는 제27조의 적용이 배제된다고 하였다. 원심판결은 국제사법 제26조 제1항과 제2항의 규정을 종합하면 항공권구매계약의 경우는 그 항공편이 제공되는, 즉 항공기가 출발하는 공항이 위치한 나라의 법이 항공권구매계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라고 봄이 상당하므로, 이 사건 항공편이 제공된 샤를 드골 공항이 위치한 국가의 법, 즉 위 유럽연합규정이 이 사건 항공편 탑승거절로 인한 손해배상의 준거법이 된다고 판단하였다.

그러나 대상판결은 운송계약이나 소비자의 상거소지 외에서 용역이 제공되는 계약이라고 하더라도 국제사법 제27조 제1항이 정하는 소비자계약에 해당하는 경우에는 국제사법 제27조에 따라 소비자의 상거소지법이 준거법이 된다고 판시하였다.

(3) 대상판결의 검토

(가) 운송계약

대상판결은 운송계약에 대해서 국제사법 제27조를 적용하여야 한다고 보고 있다. 국제사법 제27조는 운송계약을 소비자계약의 범위에서 배제하고 있지 않으므로 대상판결의 입장은 국제사법 제27조의 문언에 충실한 해석이다.

그러나 대상판결과 관련하여 운송계약을 국제사법 제27조의 소비자계약에서 제외시켜야 한다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 이 견해는 ① 소비자계약의 경우 제27조의 특칙과 조약의 관계가 분명하지 않다는 점,⁴⁸⁾ ② 운송계약의 준거법을 지정하지 않는 통상의 경우 소비자계약인 운송계약의 준거법이 승객별로 달라질 뿐만 아니라 종속적 연결의 결과 불법행위의 준거법도 승객별로 다르게 되어 동일한 항공편을 이용하는 승객 상호 간의 형평성에 문제가 있고, 항공사의 관점에서는 승객과 위험의 관리에 불편과 불확실성을 초래하게 되어 거래비용을 상승시킬 위험이 있다는 점,⁴⁹⁾ ③ 국제사법 제27조가 로마협약을 모범으로 하여 제정된 것이라면 로마협약의 규정내용과 입법취지 등을 참고함이 상당하다는 점,⁵⁰⁾ ④ 운송계약에서의 소비자보호에 관하여는 국제사법 제27조 외에도 국제사법 제7조의 국제적 강행규정 등으로 보완할 여지가 있다는 점⁵¹⁾ 등을 근거로 한다.

그러나 아래와 같은 점에서 운송계약에 국제사법 제27조가 적용되어야 한다고 본다. 첫째, 소비자의 상거소가 달라짐에 따라 준거법이 달라지는 것은 다양한 국가의 소비자들과 계약을 체결하고 그로부터 인한 이익을 누리는 사업자가 충분히 예상할 수 있고 감수하여야 하는 결과이므로 사업자에게 불리한 결과가 발생한다는 이유로 운송계약을 국제사법상 보호되는 소비자계약의 범위에서 배제하는 것은 타당하지 않다.⁵²⁾ 둘째, 운송계약의 준거법이 승객별로 달라진다고 하더라도 그것이 승객 상호간의 형평에 반하는 것이라고 단정할 수 없고, 오히려 상거소지법에 따른 배상이 이루어지는 것이 형평에 부합할 경우가 있을 수 있다.⁵³⁾ 셋째, 로마 I 규정과 달리

47) 석광현(2016), 앞의 논문, 54면; 최성수, 앞의 논문, 20면.

48) 석광현(2016), 앞의 논문, 54면.

49) 위의 논문.

50) 최성수, 앞의 논문, 21면.

51) 위의 논문, 22면.

52) 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부 再論 - 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결”, 성균관법학 제30권 제4호 (2018. 12.), 280면.

53) 위의 논문.

운송계약에 관하여 별도의 소비자보호규정을 두지 않은 우리 국제사법 하에서 운송 계약을 소비자계약에서 배제하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라 대상판결의 사안에서는 로마 I 규정에 의하더라도 소비자의 상거소지법이 준거법이 된다. 로마 I 규정 제6조 제1항은 “제5조와 제7조의 적용에 영향을 미치지 아니하고”라고 규정하여 소비자계약에서 운송계약을 제외시키는 한편 제5조에 의하여 운송계약의 준거법을 정한다. 즉 제5조에서 운송계약의 성질을 고려하여 별도의 소비자보호규정을 두고 있는 것이다.⁵⁴⁾ 우리 국제사법이 운송계약에 관한 별도의 소비자보호규정을 두고 있지 않은 이상 운송계약을 국제사법 제27조의 소비자계약에서 배제할 것은 아니라고 본다. 또한 로마 I 규정 제5조 제2항은 여객운송계약의 준거법이 당사자들에 의하여 선택되지 않는 한 출발지 또는 목적지의 어느 하나가 여객의 상거소지에 소재하는 경우 그 준거법은 그 국가의 법이 된다고 규정하고 있으므로, 당사자가 준거법을 선택하지 않은 대상판결의 사안에서 준거법은 출발지이자 여객의 상거소지법인 대한민국 법이 된다. 결국 운송계약이 국제사법 제27조의 소비자계약에 포함된다고 본 대상판결의 입장은 타당하다고 본다.

(나) 소비자의 상거소지 외 용역제공계약

대상판결의 사안은 승객의 상거소지를 출발지 및 도착지로 하는 여객운송계약으로서 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약에 해당되지 아니한다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 이 사건의 쟁점이 아닌 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약에 대해서 판단하였다. 대상판결은 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약도 운송계약과 마찬가지로 국제사법 제27조가 적용된다는 입장을 취하였다.

이에 대해서 국제사법 제27조의 목적론적 축소를 통해 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약을 로마협약 및 로마 I 규정과 마찬가지로⁵⁵⁾ 소비자계약에서 제외시켜야 한다는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 이러한 견해는 수동적 소비자이더라도 소비자계약에 따른 용역이 전적으로 소비자의 상거소지국 외의 국가에서 제공된다면 소비자가 소비자의 상거소지법에 따른 보호를 받을 것을 기대한다고 보기 어렵고, 설령 소비자가 그렇게 기대하더라도 이를 보호하는 것은 사업자에게 지나치

54) 이현목(2018), 앞의 논문, 215면.

55) 로마협약 제5조 제4항은 소비자의 상거소지 외 용역제공계약에 대하여는 제5조의 적용을 배제하였고, 로마 I 규정 제6조 제4항 a호도 로마협약과 동일한 규정을 두고 있다.

56) 석광현(2016), 앞의 논문, 60-61면.

게 과중한 부담으로 작용할 것이라는 점을 그 근거로 한다.⁵⁷⁾

그러나 ① 로마협약 및 로마 I 규정에서 소비자의 상거소지 외 용역제공계약에 대해서는 일반적인 준거법 결정 원칙을 적용한 것에 대해 상당한 비판이 제기된 점, ② 소비자의 상거소지 외 용역제공계약, 예컨대 외국의 호텔숙박계약의 경우 외국의 호텔이 직접 또는 대리인이나 중개인을 통하여 소비자의 상거소지에서 광고를 하였고 이에 따라 소비자가 호텔숙박계약을 체결하게 된 경우에 소비자로서는 자신의 상거소지법이 적용될 것을 예상하는 것이 통상적인 점 등에 비추어 보면, 대상 판결의 입장과 같이 소비자의 상거소지 외에서 배타적으로 용역이 제공되는 계약이라고 하더라도 국제사법 제27조의 소비자계약에 해당된다고 본다.⁵⁸⁾

3. 당사자자치의 제한: 소비자의 상거소지법의 강행규정 적용

가. 서설

국제사법 제27조 제1항은 같은 항이 적용되는 소비자계약에 대하여 당사자자치를 허용하되 다만 소비자의 상거소지 국가의 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다고 규정하였다. 국제사법 제27조 제1항이 규정하는 강행규정은 당사자가 합의에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 국내적 강행규정이다. 이하에서는 외국법이 준거법이나 소비자의 상거소지법의 강행규정으로서 대한민국의 약관규제법 또는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 ‘정보통신망법’)이 적용된 판례를 살펴보고자 한다.

나. 약관규제법의 적용

약관규제법은 국내적 강행규정으로 외국법이 준거법이라고 하더라도 소비자의 상거소지가 대한민국인 이상 국제사법 제27조 제1항에 따라 약관규제법이 소비자에게 부여하는 보호를 박탈할 수 없다. 서울고등법원 2020. 5. 20. 선고 2019누38108 판결은 네덜란드 법인인 원고와 대한민국에 상거소를 두고 있는 고객 사이의 플랫폼 이용계약은 국제사법 제27조 제1항이 정한 요건을 충족하는 소비자계약에 해당하므로, 플랫폼 이용약관이 정하고 있는 바에 따라 플랫폼 이용계약의 준거

57) 위의 논문; 손경한, 앞의 논문, 125면.

58) 이현묵(2018), 앞의 논문, 216면.

법이 네덜란드 법이라고 하더라도 소비자의 상거소지법의 강행규정인 대한민국의 약관규제법이 부여하는 보호는 박탈되지 않는다고 판시한 바 있다. 또한 원고의 플랫폼을 통하여 이루어지는 숙박계약은 세계 각국의 숙박업체와 고객 사이에 체결되는 것으로 국제사법 제27조의 보호대상이 되는 소비자계약에 해당되므로, 숙박계약의 준거법은 각 당사자 별로 국제사법의 원칙에 따라 정하여진다고 하더라도 대한민국의 약관규제법의 적용을 받는다고 보았다. 다만 원고의 플랫폼에서 고객이 선택할 수 있는 환불불가조항은 약관에 해당되기는 하나, 이는 숙박계약에 포함된 것으로 원고는 숙박계약의 당사자가 아니고 이 사건 환불불가조항은 숙박업체의 약관이니 원고의 약관이 아니라는 이유로 원고가 환불불가조항에 관한 사업자에 해당되지 않는다고 보아 환불불가조항에 대한 시정명령의 취소를 구한 원고의 청구를 인용하였다.

다. 정보통신망법의 적용

앞서 살펴본 서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결은 구글 서비스 이용계약에 구글 서비스 약관상 미국 캘리포니아 주법을 준거법으로 하기로 한 합의가 적용된다고 하더라도 “정보통신망법의 규정 내용과 체계, 그 위반 시의 제재(정보통신망법 제30조 제4항을 위반하여 필요한 조치를 하지 아니한 경우에는 과태료 처분을 받게 되고, 정보통신망법 제30조 제5항을 위반하여 필요한 조치를 하지 아니하고 개인정보를 제공·이용하면 정보통신망법 제71조에 따라 형사처벌을 받게 된다), 개인정보 자기결정권의 의미와 취지 등을 종합하면, 정보통신망법 제30조가 규정하고 있는 정보통신서비스 이용자의 권리는, 사업자인 정보통신서비스 제공자에 비하여 비교적 열악한 지위에 있는 이용자인 소비자들을 보호하기 위한 것으로서 국제사법 제27조 제1항이 규정하는 ‘준거법 선택에 의하더라도 박탈할 수 없는 소비자에게 부여되는 보호에 관한 강행규정’에 해당한다고 봄이 상당하다.”라고 판시함으로써 정보통신망법이 국제사법 제27조 제1항의 강행규정에 해당된다고 판단한 바 있다. 따라서 위 판결은 당사자가 준거법으로 외국법을 적용하는 것으로 합의를 하였다고 하더라도 이용자가 정보통신망법에 근거한 권리를 행사할 수 없도록 하는 것은 우리나라 강행규정에 의하여 소비자에게 부여되는 보호를 박탈하는 것으로서 그 범위 내에서는 외국법을 준거법으로 하는 합의의 효력을 인정할 수 없다고 하였다. 정보통신망법을 국제사법 제27조의 강행규정으로 본 위 판결의 태도는 타당하다고 본다.

4. 소비자계약에서의 국제재판관할의 특칙

국제사법 제27조 제4항 내지 제6항은 소비자보호를 위하여 보호적 관할을 규정하고 있다. 국제사법은 소비자가 그의 상거소가 있는 국가에서도 상대방에 대하여 소를 제기할 수 있도록 하는 한편(제27조 제4항), 소비자의 상대방이 소비자에 대하여 제기하는 소는 소비자의 상거소가 있는 국가에서만 제기할 수 있도록 한다(제27조 제5항). 또한 부당한 재판관할합의를 막기 위하여 당사자 사이의 재판관할합의는 사후적 합의를 허용하고, 사전합의일 경우에는 소비자에게 유리한 추가적 합의만을 인정한다(제27조 제6항).

서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결에서는 소비자계약에서의 전속적 국제재판관할합의의 효력이 문제되었다. 위 판결은 구글 서비스 약관에 미국 캘리포니아주 산타클라라 카운티의 연방 또는 주 법원에 전속적 관할을 인정하는 전속적 국제재판관할합의가 유효하다고 판시하였으나, 국내의 소비자가 구글 계정을 생성하여 피고 구글 Inc.가 제공하는 구글 서비스를 이용하는 거래관계는 국제사법 제27조가 보호하는 소비자계약에 해당된다고 판단하고 국제사법 제27조 제6항 및 제4항을 적용하였다. 위 판결은 “구글 서비스 약관상 구글 서비스와 관련하여 발생하는 모든 소송은 독점적으로 미국 캘리포니아 주 산타클라라 카운티의 연방 또는 주 법원의 관할로 하도록 정한 것은 대한민국 법원의 국제재판관할권을 배제하기로 하는 합의에 해당하고, 이러한 합의는 국제사법 제27조 제6항에 위반하여 효력이 없다. 따라서 구글 서비스 약관상 전속적 국제재판관할 합의에도 불구하고 구글 계정을 생성하여 피고 구글 Inc.가 제공하는 구글 서비스를 이용하는 국내의 소비자는 국제사법 제27조 제4항에 따라 대한민국 법원에 피고 구글 Inc.를 상대로 소를 제기할 수 있다고 할 것이다.”라고 판시하였다. 이 사건 국제재판관할합의는 사전합의로서 전속적 합의이므로 국제사법 제27조 제6항에 따라 효력이 부정된다고 본 위 판결은 타당하다. 나아가 이 사건 국제재판관할합의가 효력이 없는 이상 대한민국에 상거소를 두고 있는 소비자는 국제사법 제27조 제4항에 따라 대한민국 법원에서도 소를 제기할 수 있게 될 것이므로 이 부분에 관한 위 판결의 판시 또한 타당하다고 할 것이다.

V. 근로계약(제28조)에 관한 판례

1. 서설

국제사법은 사회경제적 약자인 근로자를 보호하기 위하여 근로계약의 준거법과 국제재판관할에 관하여 특칙을 두고 있다. 국제사법 제28조는 당사자자치의 원칙을 제한하여 객관적 준거법의 강행규정이 근로자에게 부여하는 보호를 박탈할 수 없도록 하고(제1항), 객관적 준거법의 결정에 대해서도 일반원칙을 수정하여 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법 또는 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법을 준거법으로 하였다(제2항). 또한 근로계약에서도 보호적 관할을 규정하고 있다(제28조 제3항 내지 제5항).

2. 근로계약의 객관적 준거법의 강행규정 적용

대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다53627 판결은 중국인 근로자들이 국내 회사의 중국 현지법인과 출국연수약정 명목의 계약을 체결하고 해외투자법인 산업연수생의 신분으로 입국하여 국내 회사에서 근로를 제공한 사안으로 대한민국 근로기준법 및 최저임금법의 적용이 문제되었다. 대상판결은 국내 회사가 중국 현지법인에 전액 출자하였고, 출국연수계약의 내용이 단순히 기술 연수에 그치지 않고 국내 회사가 지시하는 바에 따라 1일 최소한 8시간 동안 근로를 제공하고 그 대가로 임금을 받기로 되어 있으며, 이에 따라 중국인 근로자들이 기술 연수는 거의 받지 못한 채 약 1년 6개월 동안 국내 회사의 공장에서 국내 근로자들과 마찬가지로 회사의 지시·감독하에 근로를 제공하였고, 상시로 연장근로와 야간근로까지 하고 그에 대한 수당을 받아온 점 등에 비추어 볼 때 중국인 근로자들이 근로기준법 및 최저임금법상의 근로자에 해당한다고 판단하였다. 산업연수생도 근로자에 해당하고, 일상적 노무제공자가 대한민국이라면 준거법을 외국법으로 지정하더라도 국제사법 제28조 제1항에 의하여 대한민국의 강행규정이 부여하는 보호를 박탈할 수 없으므로 대한민국의 근로기준법과 최저임금법이 적용된다.

3. 선원근로계약의 준거법

가. 일반적인 경우

대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결에서는 “선원근로계약에 관하여는

선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 되므로, 결국 선원임금채권의 양도 가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력과 선원임금채권의 대위에 관한 사항은 그 선원임금채권을 담보하는 선박우선평권에 관한 사항과 마찬가지로 선적국법에 의한다.”라고 판시하여 선박의 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 보고 있다.

선원근로계약의 준거법에 관하여는 ① 선적국이 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가이므로 선적국법이 준거법이라는 견해, ② 근로자가 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하므로 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다는 견해가 있는데, 대법원은 전자의 입장을 취한 것이다.

사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다는 견해는 선원이 다수의 선적국의 선박에 승선할 뿐만 아니라 선박이 편의치적되는 경우가 많다는 점을 고려하면 설득력이 있으나, 선원을 고용하는 영업소는 일반적으로 저임금 국가에 위치한다는 사실에 비추어 채택하기 어렵다는 비판을 받는다.⁵⁹⁾ 한편 선적국법이 준거법이라고 보는 견해에 의하면 해상 관련 사건에 대하여 통일적 규율을 할 수 있으므로 법적 안정성을 기할 수 있다는 장점이 있다.⁶⁰⁾ 그러나 법적으로 선박을 선적국의 영토라고 볼 수 없으므로 선원이 선적국에서 일상적으로 노무를 제공한다고 보기는 어렵다.⁶¹⁾ 또한 국제사법 제28조제2항에서 근로자의 일상적 노무제공지법을 객관적 준거법으로 지정하는 이유는 그 국가가 근로계약과 가장 밀접한 관련이 있기 때문인데, ① 선박의 선적을 어느 국가에 둘 것인지는 전적으로 소유자의 의사에 달려 있기 때문에 선적은 언제든지 변경될 수 있는 점, ② 그리고 선원이 선적국에서 경제적·사회적 의무를 수행한다고 볼 수 없고 선적국의 경제적·정치적 환경이 선원의 노무제공에 영향을 끼친다고 보기도 힘든 점, ③ 선적을 여러 국가에 두는 경우도 있고 선적을 두지 않는 무국적 선박도 있는데 이러한 경우에는 선적국을 특정할 수 없는 점 등에 비추어 보면 선적국은 근로계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가라고 볼 수도 없다.⁶²⁾ 위와 같은 점들을 고려하면 양 견해

59) 김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 인권과 정의 통권 제441호 (2014. 5.), 38면. 이하 이 논문은 ‘김인호(2014)’로 표기하기로 한다.

60) 위의 논문.

61) 다만 선원이 지리적으로 선적국의 영토에서 노무를 제공하는 것은 아니더라도 선박은 선적국의 관할권에 복종하므로 국가주권의 행사와 그에 대한 복종이라는 점에서는 선박을 영토의 일부와 유사하게 볼 여지가 있다고 한다. 석광현, 앞의 책, 360면.

모두 수용하기가 어렵다.

로마 I 규정 제8조 제2항은 “근로계약은 당해 국가에서 근로자가 일상적으로 노무를 제공하거나, 그러하지 아니한 경우에는 그로부터 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 의한다”라고 규정함으로써 근로계약의 객관적 준거법에 관하여 ‘그로부터 일상적으로 노무를 제공하는 국가(from which the employee habitually carries out his work in performance of the contract)’를 포함시켰는데, 이를 ‘기지원칙(base rule)’⁶³⁾이라고 한다. 기지원칙에 따르면 노무제공에 중심적 국가가 있다면 그 국가를, 만일 그러한 국가가 없다면 노무의 대부분을 제공하는 국가의 법이 객관적 준거법이 된다.⁶⁴⁾ 기지원칙은 특히 국경을 넘나드는 국제운송근로관계의 준거법을 정함에 있어 적절한 원칙으로 판단되고 있다. 우리 국제사법 제28조 제2항은 ‘근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법’이라고만 규정하나 일상적으로 노무를 제공하는 국가에 ‘그로부터 일상적으로 노무를 제공하는 국가’를 포함시키는 것으로 넓게 해석함으로써 해석론으로서 기지원칙을 수용하는 것이 가능할 것으로 본다.⁶⁵⁾ 이에 따르면 선원이 업무지시를 받거나 보고를 하고 선원등록과 안전검사 등을 수행하는 고정된 본부가 소재하는 국가가 일상적으로 노무를 제공하는 국가가 될 것이다.

나. 편의치적의 경우

판례는 편의치적의 경우에는 국제사법 제8조에 따라 선적국법이 아니라 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 선원근로계약의 준거법으로 본다. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결에서는 “선박이 편의치적이 되어 있어 그 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고, 실질적인 선박 소유자나 선박 운영회사의 국적과 주된 영업활동장소, 선박의 주된 항해지와 근거지, 선원들의 국적, 선원들의 근로계약에 적용하기로 한 법률, 선박저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 이루어진 장소 및 그에 대하여 적용되는 법률, 선박경매절차가 진행되는 법원이나

62) 이현묵, “근로계약의 준거법에 관한 연구 - 유럽연합에서의 논의를 중심으로”, 한국비교사법학회, 비교사법 제25권 제3호 (2018), 993-994면. 이하 이 논문은 ‘이현묵(2018)’로 표기하기로 한다.

63) 위의 논문, 985면에서는 ‘거점규칙’으로 표현한다.

64) 위의 논문.

65) 김인호(2014), 앞의 논문, 39면. 앞서 살펴본 가정적 의사에 관한 섭외사법 하의 판결인 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결도 대한민국 법인이 노무제공의 수령자라는 점을 고려하였는데, ‘노무제공의 수령자’에는 사용자가 업무지시를 하고 근로자가 업무보고를 한다는 의미를 함축하고 있으므로 위 판결을 바탕으로도 기지원칙을 받아들일 수 있다는 견해가 있다. 이현묵(2018), 앞의 논문, 988면.

경매절차에 참가한 이해관계인 등은 선적국이 아닌 다른 특정 국가와 밀접한 관련이 있어 앞서 본 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 다른 국가의 법을 준거법으로 보아야 한다.”고 판시한 바 있다.

4. 직무발명의 준거법

대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결에서는 직무발명에 대하여 사용자에게 인정되는 통상실시권의 준거법에 관하여 근로계약의 준거법을 적용한 바 있다. 위 판결은 직무발명에 대하여 각국에서 특허를 받을 권리는 하나의 고용관계에 기초하여 실질적으로 하나의 사회적 사실로 평가되는 동일한 발명으로부터 발생한 것이며, 당사자들의 이익보호 및 법적 안정성을 위하여 직무발명으로부터 비롯되는 법률관계에 대하여 고용관계 준거법 국가의 법률에 의한 통일적인 해석이 필요하므로 속지주의의 원칙이나 이에 기초하여 지식재산권의 보호에 관한 국제사법 규정이 적용되지 않고 직무발명의 준거법은 그 발생의 기초가 된 근로계약에 관한 국제사법상의 규정에 따른 준거법이 된다고 보아 당사자가 묵시적으로 지정하였거나 근로자가 일상적으로 노무를 제공한 곳의 법을 적용하여야 한다고 판시하였다.

5. 근로계약에서의 국제재판관할의 특칙

국제사법 제28조 제3항 내지 제5항은 근로계약에 대한 보호적 관할을 규정하고 있다. 근로자는 일상적 노무제공지 또는 최종 일상적 노무제공지에서도 사용자에게 대한 소를 제기할 수 있으며, 위와 같은 노무제공지가 없는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있거나 있었던 국가에서도 사용자에게 대한 소를 제기할 수 있는 한편(제28조 제3항), 사용자가 근로자를 상대로 하는 소는 근로자의 상거소지 또는 일상적 노무제공지에서만 제기할 수 있다(제28조 제4항). 또한 소비자계약과 마찬가지로 근로계약에서도 당사자 사이의 재판관할합의는 사후적 합의를 허용하고, 사전합의일 경우에는 소비자에게 유리한 추가적 합의만을 인정한다(제28조 제5항).

대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다53627 판결은 중국인인 원고들이 대한민국 법인인 피고 회사로 파견되면서 피고 회사의 중국 내 현지법인과의 사이에 체결한 출국연수합의서에서 원고들의 일상적인 노무제공 국가가 아닌 중국법원만을 관할법원으로 정한 전속적 국제재판관할의 효력과 관련하여, “근로계약의 당사자가 분쟁이

발생하기 전에 대한민국 법원의 국제재판관할권을 배제하기로 하는 내용의 합의를 하였다고 하더라도, 그러한 합의는 국제사법 제28조 제5항에 위반하는 것이어서 아무런 효력이 없다”라고 판시한 바 있다. 위 판결은 근로계약에서의 국제재판관할에 관한 전속적 사전합의의 효력을 국제사법 제28조 제5항에 따라 인정하지 않은 것으로 타당하다.

VI. 계약의 성립과 유효성(제29조)에 관한 판례

국제사법 제29조에 의하면 계약의 성립 및 유효성은 그 계약이 유효하게 성립하였을 경우 동법에 의하여 적용되어야 하는 준거법에 따라 판단하고(제1항), 다만 그것이 모든 사정에 비추어 명백히 부당한 경우에는 그 당사자는 자신의 상거소지법을 원용하여 계약에 동의하지 아니하였음을 주장할 수 있다(제2항). 이와 관련하여 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008다88375 판결은 이른바 운송물의 보증도를 위하여 영국법을 준거법으로 하여 발행된 보상장(Letter of Indemnity)에 기한 당사자 사이의 계약의 성립 및 유효성도 국제사법 제29조 제1항에 따라 보상장의 준거법인 영국법에 의한다고 판시한 바 있다.

VII. 결 론

계약채권에 관한 이상의 주요 판례를 살펴볼 때에 우리 법원은 국제계약법 분야에서 국제사법 규정의 문언 및 입법취지에 비교적 충실한 해석을 하여 온 것으로 평가된다. 국제사법 시행 이후 계약채권에 관한 판례의 흐름을 살펴보면, 우리 법원이 국제사법상 쟁점에 대하여 보다 구체적인 판시를 함으로써 법리를 확립하는 노력을 하는 경우가 늘고 있다는 점을 알 수 있다.

그러나 계약채권에 관한 국제사법상 쟁점을 다루면서도 그 법적 근거를 명확히 제시하지 않거나 국제사법 규정들 상호간의 관계를 유기적으로 파악하지 못한 채 국제사법 규정을 적용하여 아쉬움을 남기는 판례들도 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 순수한 국내계약에 대하여 영국법을 준거법으로 지정한 사건에서 우리나라의 약관 규제법을 적용하면서도 그 법적 근거가 국제사법 제25조 제4항임을 제시하지 않고 침묵하거나, 특징적 이행을 하는 자를 가려내어 그의 계약체결 당시 영업소 소재지

법을 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 추정하지 않은 채 예시적 열거에 불과한 국제사법 제26조 제2항 각 호에 해당되지 않는다고 하여 곧바로 국제사법 제26조 제1항에 문의하는 경우가 이에 해당한다. 한편 적하보험계약상 영국법 준거약관을 사용한 경우, 과거 구 섭외사법이 적용된 사건에서는 같은 유형의 약관과 관련하여 저촉법적 전부지정설을 채택한 반면 국제사법 하에서는 저촉법적 부분지정설을 채택하는 등 서로 다른 입장을 취한 것으로 판단되는 판례들도 존재한다.

앞으로 우리 법원은 국제사법 관련 사건에서 국제사법 규정을 보다 정확하게 해석하고 적용한 판례를 집적시켜 나감으로써 정확한 법리를 확립해 나갈 필요가 있다. 이를 위하여 국제사법의 문언 및 체계, 입법취지 등을 분석하는 한편 국제사법 전부개정시 참고하였던 로마협약의 해석론을 고려할 필요가 있다. 또한 로마협약이 로마 I 규정으로 전환하면서 수정한 규칙들의 합리성을 긍정할 수 있는 경우가 많으므로 우리 국제사법의 해석에 있어 로마 I 규정의 입법 및 해석론도 참고할 필요가 있다. 예컨대 앞서 검토한 바와 같이 선원근로계약의 준거법 결정시 국제사법 제28조의 해석론으로서 로마 I 규정의 기지원칙(base rule)에 따른 해석을 할 수 있을 것으로 판단된다. 다만 로마 I 규정이 선진적이고 합리적인 규정을 두고 있다고 하더라도 우리 국제사법의 해석론에 참고함에 있어서 해석의 범위를 넘어 입법에 이르는 정도의 확대해석 또는 축소해석을 하는 것은 지양(止揚)하여야 할 것으로 본다.

나아가 해석론으로 해결될 수 없는 부분들에 대해서는 입법적 해결을 도모할 필요가 있다. 현재 국회에 상정되어 있는 국제사법 전부개정법률안은 국제재판관할에 관한 개정사항만을 담고 있으나, 추후 준거법에 관하여도 해석상 한계가 있는 부분들에 관해서는 입법적 개선을 통하여 체계를 정비할 필요가 있다.

앞으로 국제사법 규정에 대한 정치한 해석론 및 입법론을 확립하기 위해서는 문제된 사안과 관련한 국제사법상 쟁점을 찾아내고 국제사법 규정을 정확하게 적용하고자 하는 실무계의 부단한 노력과, 국제사법을 적용한 판례들을 분석하고 그 문제점을 규명하는 한편 발전방향을 제시함으로써 판례이론이 보다 체계적이고 완전하게 정착할 수 있도록 하는 학계의 지속적인 노력이 병행되어야 할 것이다.

<토론문>

국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제

수원고등법원 고법판사
장 지 용

1. 조약을 준거법으로 지정할 수 있는지 여부

국제사법 제25조는 제26조와 달리 “국가의” 법이라고 한정하지 않아서 문언상 국제협약(조약)을 지정할 수 있는 것처럼 해석될 여지가 있습니다. 그러나 제25조의 지정을 실질법적 지정(계약내용으로의 편입)이 아니라 저촉법적 지정(법체계 전체의 지정)으로 해석하면서도 보통 실질법적인 내용을 담고 있는 국제협약을 지정하는 것을 저촉법적 지정으로 볼 수 있을지 의문입니다. 또한 대법원 선하증권의 지상조항에 관한 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결에서 “국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정하고, 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비”한 경우 준거법의 분할지정을 인정하였는데, 국제협약을 직접 지정하는 것은 허용하지 않는 것으로 해석될 여지가 있습니다.

따라서 인천지방법원 2021. 8. 18. 선고 2020가단239839 판결이 CISG를 준거법으로 하는 묵시적 선택을 인정한 부분은 의문의 여지가 있습니다. 또한 발표자께서는 CISG가 직접 또는 간접적용되는 사안에서는 묵시적 준거법 선택이 문제되지 않는다고 하셨으나, 간접적용의 경우 계약국법(이 사안에서는 대한민국법)이 준거법으로 지정되는 경우에 CISG가 적용되는 것이므로 여전히 준거법의 묵시적 지정이 필요하다고 생각합니다.

2. 가정적 의사에 의한 준거법 지정

국제사법 하에서 (구)섭외사법과 마찬가지로 가정적 의사에 의한 준거법 지정이 인정될 수 있는지와 관련하여 발표자께서 긍정설과 부정설을 잘 설명해 주셨습니다.

섭외사법에서는 법률행위의 성립 및 효력에 관하여 당사자의 의사가 분명하지 않을 때 행위지법에 의하도록 되어 있었지만(제9조), 국제사법에서는 당사자가 준거법을 선택하지 않았을 경우의 준거법, 즉 객관적 준거법에 대하여 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다고 규정하고 있습니다(제26조 제1항). 따라서 국제사법 제25조 제1항이 정한 묵시적 의사에 가정적 의사까지 포함시켜서는 안 되고, 가정적 의사를 추정하는 것보다 밀접한 관련이 있는지를 살펴보는 것이 법적 안정성 측면에서도 낫다고 생각합니다.

참고로 연명치료장치 제거에 대한 대법원 2009. 5. 21. 선고 2009다17417 전원합

의제 판결에서 연명치료 중단의사 추정에 대한 대법관 안대희, 양창수의 반대의견은 개별 사건에서 양자가 선명하게 구별되기 어려운 경우도 있지만, 추정적 또는 묵시적 의사¹⁾는 가정적 의사 또는 의제된 의사²⁾와는 기본적으로 구별되어야 한다고 하였습니다. 위 의견은 가정적 의사의 탐색(보충적 해석)은 애초부터 표의자가 현실적으로 가지지 않는 의사를 법률행위의 내용으로 상감하는 것으로, 의사표시의 해석에 속하는 작업이라기보다는, 법관 등의 제3자가 법률관계의 내용을 보충적으로 형성하여 가는 일이라고 보았습니다.

3. 적하보험계약 약관 문언이 준거법의 분할인지

발표자께서는 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결 사안의 “본 보험증권에 따라 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법률과 관습이 적용된다”는 약관 문언에 대하여 저촉법적 부분지정(준거법의 분할)에 해당하지만 이는 ‘영국법’을 지정한 부분에만 한하고 ‘관습’을 지정한 부분은 실질법적 지정에 해당한다고 하였습니다.

이처럼 한 문장의 앞뒤를 구분하여 일부만 준거법의 지정(이중적 지정)으로 보는 것보다 차라리 모두 실질법적 지정(계약내용으로의 편입)에 해당한다고 보는 것(또는 영국의 법률과 관습법을 지정한 것으로 보는 것)이 당사자의 의사에 부합하는 것은 아닐까 의문이 듭니다.

-
- 1) 추정적 의사란 일반적으로 어떠한 표현행위를 하는 사람이 현실적으로 가진 의사를 제반 정황으로부터 추단하여 그의 의사표시로 인정하는 것을 의미하는 반면(이렇게 행하여진 의사표시는 ‘묵시적 의사표시’라고도 부른다). 정류장에서 버스를 기다리다가 아무 말 없이 자신이 원하는 버스에 올라타는 경우에, 버스회사와의 사이에 운송계약을 체결하려는 의사표시로 보는 것을 그 예로 들고 있다.
 - 2) 제반 사정 아래서 문제되는 사항에 관하여 자신의 법적 의사를 표시하였다고 가정하는 경우에 이러저러한 의사표시를 하였으리라고 인정되는 경우에는 그러한 의사가 ‘가정적 의사’이다.

제2주제 : 국제법정채권법 분야 재판례의 회고와 과제

좌장 : 임성권 부회장
(인하대학교 법학전문대학원 교수)

발표 : 천창민 교수
(서울과학기술대학교 글로벌테크노경영전공)

토론 : 이의영 고법판사
(서울고등법원)

2001년 전면개정 「국제사법」에 따른 법정채권 분야 20년 판례 회고*

A Review of Korean Courts' Cases for 20 years in the Field of Non-Contractual Obligations in Accordance with the Korean Private International Law Act Fully Revised in 2001

千昶民(Chun, Changmin)**

I. 여는말

2001년 4월 7일 법률 제6465호로 전면 개정된 「국제사법」이 지난 2021년 7월 1일부터 시행 20년이 되었다.¹⁾ 전면 개정된 「국제사법」은 잘 알려진 바와 같이 유럽연합의 로마협약(Rome Convention)을 비롯하여 당시 유럽에서 성안을 위해 논의되던 계약 및 법정채권 분야의 흐름을 충실히 반영하고, 스위스 및 독일 등의 국제사법에 포함된 연결규칙 등을 참조하여 당시로서는 아시아에서 가장 먼저 선진화된 국제사법전의 면모를 보여주었다.²⁾

법정채권 내지 비계약적 채무 또는 계약외채무와 관련하여, 국제사법은 구 「섭외사법」에 비해, 법정채권 관련 연결점을 사무관리(제30조), 부당이득(제31조), 불법행위(제32조)로 각기 구분하여 규정하고 각 조문에서 종속적 연결(accessory connection; secondary connection)³⁾을 명문으로 인정함으로써 구 섭외사법에 비해 규범적으로 보다 정지한 연결점을 제시하고 있다.⁴⁾ 특히, 법정채권 모두에 대해 사후적인 준거법 합의를 전격 도입(제33조)하여 구 섭외사법에 비해 진일보한 연결규칙을 도

* 이 논문은 2021년 11월 12일(금) (사)한국국제사법학회가 주최하고, 국제사법판례연구회가 주관한 ‘국제사법 시행 20주년 기념 학술대회’에서 발제할 목적으로 작성된 것이며, 논의의 전개가 다소 정치하지 못한 면이 있어 인용을 삼가해 주시길 부탁드립니다.

** 서울과학기술대학교 기술경영융합대학 경영학과(GTM전공) 조교수, 법학박사(Dr. iur.)

- 1) 국제사법은 부칙 제1조에 따라 2001년 7월 1일부터 시행하되, 법 시행 전에 생긴 사항에 대하여는 종전의 섭외사법에 의한다. 그리고 법 시행 전후에 계속되는 법률관계에 관하여는 국제사법 시행 이후의 법률관계에 한하여 국제사법 규정을 적용한다(부칙 제2조). 그리고 국제재판관할에 관한 경과조치로서 국제사법의 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 대해서는 국제사법상 국제재판관할에 관한 규정을 적용이 배제된다(부칙 제3조).
- 2) 뒤이어 2006년 6월에 일본이, 2010년 10월에 중국이 국제사법을 개정하여, 동아시아 3국 모두 국제사법 선진화 작업을 완성하였고, 나아가 일본은 2011년 5월에 국제재판관할과 관련한 세부 연결점을 신설하는 작업도 완성하였다. 일본의 준거법 및 국제재판관할의 연결규칙을 소개한 문헌으로는 우선, 김문숙, “일본의 법제개정과 남겨진 과제 -법의 적용에 관한 통칙법의 제정에 관하여-”, 국제사법연구 제12호, 2006, 462면 이하; 김문숙, “일본법원의 국제재판관할권에 관하여 -2011년 개정민사소송법을 중심으로-” 국제사법연구 제18호, 2012, 279면 이하 참조. 중국의 국제사법 관련 소개 문헌으로는 황진, “중국 섭외민사관계법률적용법의 제정 및 개선”, 국제사법연구 제17호, 2011, 23면 이하(국제사법연구 제17호는 중국의 신국제사법에 관한 특별호로 황진 중국정법대 총장의 논문 외에도 다수의 중국의 신국제사법에 대한 소개 논문이 수록되어 있다). 참고로, 우리나라도 국제재판관할과 관련한 연결규칙을 포함하기 위한 국제사법 전면 개정 법률안(정부안 의안번호 제2818호)이 국회에 제출되어 있다.
- 3) 이를 부종적 연결 내지 이차적 연결이라고 부를 수도 있다. 아래에서는 학계에서 일반적으로 통용되는 종속적 연결이라는 용어를 사용하기로 한다.
- 4) 후술하는 바와 같이, 그렇다고 하여 국제사법에 따른 법정채권의 연결점이 구 섭외사법에 비해 특별히 다른 것은 아니다.

입하였다고 평가할 수 있다.

이하 이 논문에서는, 국제사법 시행 이후 지난 20년간 하급심을 포함한 우리 법원의 법정채권 관련 판결을 모두 점검하고 소개함으로써 규범과 재판실무가 어떻게 상호작용하고 있으며, 과거에 비해 어떤 점이 나아졌는지 그리고 향후 어떤 쟁점에 대해 보다 예측가능성과 명확성을 제공하기 위한 작업이 필요한 것인가 등에 대한 논의를 전개하고자 한다. 이를 위해 우선, 국제사법상 법정채권과 관련한 연결점의 주요내용을 간략히 살펴보고(Ⅱ), 이어, 부당이득과 관련한 판례를 소개 및 평가하기로(Ⅲ) 한다.⁵⁾ 그리고 법정 채권 분야에서 제일 많은 판례가 축적된 불법행위에 대해 장을 분리하여 분석 및 평가를 진행한다(Ⅳ). 마지막으로, 계약적 채무와 공통으로 적용되는 제34조 및 제35조의 채권 양도 및 대위에 관한 판례를 분석한 후(V), 맺음말에 갈음하여 지난 20년간의 판례에 관한 종합적인 평가를 제시하기로 한다(VI).

Ⅱ. 국제사법상 법정채권 관련 연결점의 주요내용

구涉外사법	국제사법
제13조 (법정채권의 성립 및 효력) ①사무관리, 부당이득 또는 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의한다. ②전항의 규정은 외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하며는 불법행위가 되지 아니하는 때에는 이를 적용하지 아니한다. ③외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여 불법행위가 되는 경우일지라도 피해자는 대한민국의 법률이 인정한 손해배상 기타의 처분 이외에 이를 청구하지 못한다	제30조(사무관리) ①사무관리는 그 관리가 행하여진 곳의 법에 의한다. 다만, 사무관리가 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 경우에는 그 법률관계의 준거법에 의한다. ②다른 사람의 채무를 변제함으로써 발생하는 청구권은 그 채무의 준거법에 의한다. 제31조(부당이득) 부당이득은 그 이득이 발생한 곳의 법에 의한다. 다만, 부당이득이 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우에는 그 법률관계의 준거법에 의한다. 제32조(불법행위) ①불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다. ②불법행위가 행하여진 당시 동일한 국가안에 가해자와 피해자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다. ③가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다. ④제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다.

5) 국제사법 시행 이후 현재까지 사무관리를 정면으로 다룬 판례는 없으므로, 부당이득과 불법행위에 관한 판례만을 다룬다.

	제33조(준거법에 관한 사후적 합의) 당사자는 제30조 내지 제32조의 규정에 불구하고 사무관리·부당이득·불법행위가 발생한 후 합의에 의하여 대한민국 법을 그 준거법으로 선택할 수 있다. 다만, 그로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.
--	--

비록 당시 우리나라에서 시행되던 일본의 法例⁶⁾에 대한 해설이기는 하나 1956년에 발행된 황산덕 교수님의 국제사법 교과서 제3정판에 따르면 “사무관리, 부당이득 및 불법행위는 주로 정의와 형평의 입장에서 법이 일정한 당사자 사이에 채권채무의 관계를 발생하게 하려는 데서 생겨난 공익적 제도[이므로,] 이러한 관계는 —속인법보다도— 속지법의 관할에 속하게 되는 것이다. 그리고 이러한 입장에서만 법례의 규정은 이해할 수가 있다”⁷⁾고 설명하며,⁸⁾ 법례의 규정은 사무관리, 부당이득 또는 불법행위 그 자체의 준거법을 정하지 않고 그것들로 인하여 발생한 채권의 성립과 효력을 원인사실발생지에 연결하도록 함으로써 속지주의적 고려가 있었다고 한다. 이 설명을 정확히 이해하기는 어려우나, 법정채권은 행위 당사자간의 속인적 고려보다는 정의와 형평이라는 공익적 차원에서 보다 속지적인 고려가 필요함을 설명하려는 것으로 보인다. 어찌 되었든, 구 섭외사법 제13조 이러한 취지에서 사무관리, 부당이득 및 불법행위 이 셋을 법정채권이라는 개념으로 포섭한 후 이 모두를 ‘원인사실발생지법’ 하나로 통일하여 연결하고 있었다. 그리고 제2항과 제3항을 통해 불법행위와 관련하여 이 원칙에 대한 법정지법의 간섭으로서 일정한 제한을 가하는 절충주의로서, 불법행위지법과 법정지법을 누적적으로 적용하여, 한국법이 인정하는 손해배상 기타의 처분만을 청구하도록 제한하고 있었다. 그리고 원인사실발생지법을 사무관리에 대응하면, 사무관리지법, 부당이득에 대응하면 부당이득지법, 불법행위에 대응하면 불법행위지법(행동지와 결과발생지법 모두를 포함)으로 이해되었다.⁹⁾

이에 반해, 국제사법은 입법기술적인 방식에서 우선 사무관리, 부당이득, 불법행위를 각각의 조문으로 편제하고¹⁰⁾ 이들 모두에 공통적으로 제한적인 주관적 연결을 허용하는 제33조를 추가하여 보다 선진화된 면모를 갖추었다. 물론 객관적 연결점은 종래와 같이 사무관리지법, 부당이득지법 및 불법행위지법으로 동일하나, 국제사법은 이

6) 1912년 4월 1일부터 당시 조선에서 시행되던 법례는 1962년 1월 15일에 시행된 「법례를 조선에 시행하는 건」에 따라 폐지되고, 동년 동일부터 시행된 섭외사법으로 대체되었다.

7) 황산덕, 『국제사법』, 3정판, 박영사, 단기4289년(서기 1956), 185면.

8) 서회원, 『국제사법강의』, 신고판, 일조각, 1995, 230면도 이와 유사하게 계약 이외의 채권관계에 관한 사실발생지법을 적용하는 이론적 근거를 이들 제도가 정의와 형평 관념에 입각하여 마련된 제도이고 법률관계발생지의 공익과도 밀접한 관계가 있으므로 모두 속지법의 관할에 속하는 것으로 해야 한다는 데 있다고 학자들이 주장한다고 설명한다. 다만, 이들 제도는 원리 각기 그 존재이유가 다르고 법률적 성질이 다른데도 이를 모두 공익유지를 위한 제도라는 단 한 가지 이유만으로 이를 일률적으로 사실발생지법을 적용하는 것이 타당한 것인지에 대해 의문을 제기한다.

9) 섭외사법상 불법행위의 연결점에 관한 전반적인 이론적 소개로는, 임치용, “국제불법행위”, 국제사법연구 제4권, 1999, 362면 이하 참조.

10) 법무부는 법정채권을 이 같이 개별조문으로 별도로 규정하게 된 이유를 실무상 원용되는 빈도가 현저하게 다르고 특칙의 내용 등에서 차이가 있기 때문으로 설명한다(법무부, 『국제사법 해설』, 2001, 110면 각주 61).

들 모두에 대해 종속적 연결을 가능하게 하였다는 점과 제한적이지만 사후적으로 법정지의 주관적 연결을 도입한 점에서 구 섭외사법과 확연히 다른 면모를 보이고 있다. 그리고 불법행위에 대해서만 명문으로 공통상거소지법을 규정하나,¹¹⁾ 해석상 사무관리 및 부당이득에 대해서도 공통상거소가 있을 경우 객관적 연결점인 사무관리지나 부당이득지보다 우선하여 적용된다고 보는 것이 유력하다.¹²⁾ 이에 따라 국제사법상 법정채권의 연결순서를 정리하면, (1) 주관적 연결: 당사자의 사후적 합의(법정지법 한정), (2) 종속적 연결, (3) 공통상거소지, (4) 객관적 연결(원인사실발생지) 순서로 법정채권에 대한 준거법이 결정된다.¹³⁾

구 섭외사법	국제사법
제14조 (채권양도) 채권양도의 제3자에 대한 효력은 채무자의 주소지법에 의한다.	제34조(채권의 양도 및 채무의 인수) ①채권의 양도인과 양수인간의 법률관계는 당사자간의 계약의 준거법에 의한다. 다만, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도되는 채권의 준거법에 의한다. ②제1항의 규정은 채무인수에 이를 준용한다. 제35조(법률에 의한 채권의 이전) ①법률에 의한 채권의 이전은 그 이전의 원인이 된 구채권자와 신채권자간의 법률관계의 준거법에 의한다. 다만, 이전되는 채권의 준거법에 채무자 보호를 위한 규정이 있는 경우에는 그 규정이 적용된다. ②제1항과 같은 법률관계가 존재하지 아니하는 경우에는 이전되는 채권의 준거법에 의한다.

한편, 국제사법은 구 섭외사법이 채권양도에 관한 조문만을 두고 있던 것과는 달리 채무인수에 관하여도 채권양도의 연결점을 준용하도록 명문의 규정을 두었을 뿐만 아니라¹⁴⁾ 법률에 의한 채권이전에 대하여도 법적 안정성과 예측가능성 제고 측면에서

- 11) 법무부는 이를 공통속인법을 존중하는 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2236판결 및 대법원 1979. 11. 13 선고 78다 1343 판결 등의 취지에 따른 것이라고 한다(법무부, 앞의 책, 118면). 그러나 동 판결은 국제성을 부인하기 위해 공통속인법을 원용한 것이므로 제32조 제2항의 신설을 이 판례를 반영하기 위한 것으로 설명하기에는 무리가 있다. 공통상거소지법을 채택에 대한 경과와 비교법적 해설에 대하여는 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 397~399면; 유영일, “국제불법행위 등 법정채권의 준거법에 관한 소고”, 법조 2001·5(Vol.536), 128~132면; 유영일, “개정법률안의 검토 - 사무관리·부당이득·불법행위 -”, 국제사법연구 제6호, 2001, 366~367면 참조(유영일 (당시) 특허법원 부장판사님의 후자(국제사법연구 투고) 논문은 국제사법 개정안을 기초로 한 것이고, 전자(법조 투고) 논문은 개정 국제사법 규정을 반영하여 보다 정치하게 논의를 전개한 것이다. 이하, 별다른 언급이 없는 한 전자의 논문을 인용하기로 한다).
- 12) 석광현, 위의 책, 384면 및 388면. 이에 반해 윤종진, 『현대 국제사법』, 한울출판사, 2003, 407면은 불법행위에 한하여 이를 인정한다고 설명한다. 참고로, 구 섭외사법상 해석에서도 이호정, 『국제사법』, 경문사, 1985, 305면은 법정채권 모두에 대해 공통속인법의 적용을 주장하였다.
- 13) 국제사법상 법정채권 연결점의 입법연혁 및 이유 등에 관한 전반적인 소개로는 유영일, 앞의 논문, 113면 이하 참조.
- 14) 채권양도의 준거법에 관한 전반적인 논의로는 석광현, “국제적 채권양도의 준거법”, 『국제사법과

제35조를 신설하여 명문의 연결점을 도입하였다. 그리고 채권양도 등에 관한 연결점은 계약상의 채권·채무뿐만 아니라 법정채권에 대해서도 적용된다는 것을 명확히 하기 위해 법정채권에 관한 마지막 규정인 제33조 다음에 제34조를 위치시켰다.

채권양도의 연결점 측면에서 보면, 구 섭외사법은 제3자에 대한 효력을 채무자 주소지법에 의하도록 규정하고 있었지만, 국제사법 제34조는 채권양도 전반에 관한 준거법을 규정하여, 채권 양도인과 양수인간의 관계는 당사자간 계약의 준거법으로 연결하고, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 효력은 양도 대상인 채권 자체의 준거법으로 현대화하였다. 그리고 채무인수에 대해 채권양도의 연결점을 준용하도록 하였다.

법률에 의한 채권 이전의 연결점은 그 이전의 원인이 된 新舊 채권자간의 법률관계가 존재하는 경우에는 이전원인준거법에 의하고(제35조 제1항), 그러한 법률관계가 부존재하는 경우에는 이전되는 채권 자체의 준거법에 의한다(제35조 제2항). 그리고 법률관계가 존재하는 경우에도 이전되는 채권 자체의 준거법에 채무자 보호 규정이 있는 때에는 준거법에도 불구하고 채무자 보호 차원에서 그 규정이 적용된다(제35조 제1항 단서).

III. 부당이득 관련 판례 분석

앞서 언급한 바와 같이, 국제사법 시행 이후 사무관리에 관한 제30조를 정면으로 다룬 판례는 아직까지 전무하다. 그러나 그리고 부당이득에 관한 판례도 존재하기는 하나 불법행위 관련 판례에 비하면 작은 편이어서, 국제사법이 시행된 이후¹⁵⁾ 국제사법 제31조를 직접 적용하거나 언급한 판례는 1심까지 합하여 4건에 불과하다.¹⁶⁾ 그리고, 섭외사법을 적용한 사건이지만 부당이득에 관한 연결점은 해석상 국제사법의 것과 다르지 않다는 점에서 2001년 7월 이후 선고된 대법원의 부당이득 판결(아래 hpweb.com 도메인이름 사건) 1건을 합하면 국제사법이 시행된 이후 선고된 판결은 실질적으로 총 5건이라 할 수 있다. 아래에서는 대법원 판결 여부 및 선고일 순서에 따라 각 판례를 소개한다.

1. 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009다15596 판결: hpweb.com 도메인이름 사건

가. 사실관계

국제소송』, 제4권, 박영사, 2007, 39면 이하; 안상진, “채권양도의 준거법에 관한 소고”, 국제사법연구 제9호, 2003, 179면 이하 참조.

- 15) 국제사법 시행 이전 섭외사법에 따라 부당이득으로 처리한 대표적인 판결은 서울고등법원 1976. 9. 10. 선고 73나1888 판결(동 판결은 입수가 불가하여 직접 그 내용을 확인하지는 못하였다)로 보인다. 그 외 국제사법 시행 이전의 부당이득 관련 판례가 더 있는지는 면밀히 확인하지 못하였다.
- 16) 이하 판례의 건수는 청구의 내용이 동일한 대법원 판결과 하급심 판결은 1건으로 처리하고 사실관계가 다른 판례는 계산에 산입한 건수를 말한다. 이 장에서 소개하는 부당이득 판례 중 세 번째 영농조합 관련 판결은 실질적으로 부당이득과는 관련이 없고, 네 번째 선수금이자 원천징수 판결도 사실상 부당이득에 관한 사건이 아니므로 엄격히 부당이득 관련 판례는 총 3건(국제사법 적용은 2건)이라고 할 수 있다.

원고는 웹디자이너로서 digitalcouple.com이라는 도메인이름의 웹사이트를 운영하고 있는 우리나라에 주소를 주고 있는 사람이고, 피고는 미국 캘리포니아주에 본사를 두고 있는 법인인 hp로서 컴퓨터 하드웨어, 프린트 등의 컴퓨터 주변장치, 컴퓨터 소프트웨어 등의 상품과 관련하여 “hp”로 구성되어 있는 표장으로 미국 특허상표청에 상표 및 서비스를 등록하고 있었다.

1999년 11월 23일 원고는 인터넷 도메인이름 “hpweb.com”(이하 ‘이 사건 도메인이름’)을 미국의 도메인이름 등록기관인 네트워크솔루션에 등록하였고, 이 사건 도메인이름을 쓰면 원고가 운영하는 digitalcouple.com으로 포워딩(전달)되도록 하였다. digitalcouple.com은 회원들에게 이메일 주소를 제공하는 서비스를 주된 내용으로 하며, 회원들은 원고가 미리 등록하여 보유하고 있는 450여 개의 도메인이름 중에서 자신이 원하는 도메인이름을 선택하여 개인 이메일 주소로 사용할 수 있도록 하는 서비스를 제공하고 있었다.¹⁷⁾

이에, 2000년 8월 3일 피고 hp는 원고의 hp 도메인이름의 등록·사용으로 미국에 등록되어 있던 hp로 구성된 자신의 상표 등에 대한 권리가 침해되었음을 이유로 국제인터넷주소관리기구(The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers: ICANN)의 통일 도메인이름 분쟁해결정책(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy: UDRP)에 따라 분쟁해결기관인 미국의 국가중재위원회(National Arbitration Forum: NAF)에 분쟁조정신청을 하였고, 2000년 9월 8일 국가중재위원회는 hpweb은 전 세계적으로 10만 명이 넘는 피고의 직원들이 hpweb으로 알려진 내부 전산망을 사용하고 있을 뿐만 아니라 피고의 표장인 ‘hp’는 주지·저명하고 식별력이 있어 법률상 고도의 보호를 받는다고 인정하며 분쟁해결방침 제4조 제a항에 따라 이 사건 도메인이름을 피고에게 이전하라는 내용의 결정을 하였다.

원고는 이 결정에 불복하여 분쟁해결방침 제4조 제k항에 따라 이 결정 후 10영업일 이내에 제1심 법원(서울지방법원)에 이 사건 소를 제기하였으나, 이 사건 도메인이름의 등록기관인 네트워크솔루션은 피고가 분쟁해결방침에 따른 신청을 할 당시 분쟁해결방침규칙 제3조 제b항 제xiii호에 따라 피고가 복종할 관할법원으로서 네트워크솔루션의 주된 사무소의 소재지 법원인 미국 버지니아주 헨던시(Virginia, Herndon)를 관할하는 법원을 선택하였기 때문에 이 사건 제1심 법원은 원고가 이 사건 결정의 집행을 보류시키기 위해 소를 제기할 수 있는 관할법원이 아니라는 이유로, 이 사건 소가 제기되었음에도 국가중재위원회의 결정에 따라 이 사건 도메인이름을 피고에게 이전하였다. 이에, 원고는 피고 hp가 원고에게 이 사건 도메인이름을 이전하고 손해배상금을 지급하는 청구를 하라는 취지의 소를 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

17) 예컨대, 필자가 만약 hpweb.com의 도메인을 이메일 주소로 선택하면, chun@hpweb.com과 같은 필자의 개인 이메일 주소를 생성해주는 서비스라고 할 수 있다. 참고로, 이 글을 작성하는 현재, digitalcouple.com은 더 이상 서비스를 제공하고 있지 않는 것으로 확인된다.

이 사건은 우선, 국제재판관할에 관한 쟁점이 주로 다투어졌는데, 1심 법원은 피고의 국제재판관할에 관한 본안전항변을 배척하며 대한민국의 국제재판관할은 인정하였지만, UDRP는 유효이고 이 사건 도메인이름은 UDRP 제4조 제a항에 해당한다고 판단하면서 이를 부인하는 원고의 청구를 기각하였다.¹⁸⁾ 이에 대해 1차 환송 전 원심은 대한민국의 국제재판관할을 부정하며 제1심판결을 취소하고 원고의 소를 모두 각하하였다.¹⁹⁾ 하지만, 대법원은 원고가 대한민국 내의 자신의 주소지를 사업 중심으로 삼아 회원들에게 이 사건 도메인이름을 포함한 여러 도메인이름들을 이메일 주소용으로 사용할 수 있도록 제공하는 서비스업을 영위하면서 도메인이름을 사용하고 있었던 점, 그 웹사이트의 주된 이용 언어가 한국어이었던 점과 그 주된 서비스권역 역시 대한민국이었던 것으로 보이는 점, 도메인이름에 대한 이전 판정으로 인하여 영업상의 손해가 발생한 곳 역시 원고의 사업본거지라는 점, 그리고 그러한 이용행위가 침해행위인지 여부 및 손해의 유무를 판정하기 위한 증거들이 모두 대한민국에 소재한다고 보이는 점에서 우리나라에 실질적 관련이 있다고 판단하여 우리 법원의 국제재판관할을 인정하여 1차 환송전 원심판결을 파기환송하였다.²⁰⁾ 1차 환송 후 원심에서 원고는 선택적으로 (1) UDRP가 불공정약관 등으로 무효이고 설사 유효하다고 하더라도 원고의 이 사건 도메인이름은 UDRP 제4조 제a항에 해당하지 않으며, 우리나라의 현행법에 따르더라도 피고가 이 사건 도메인이름의 이전 등을 구할 권한이 없으므로, 국가중재위원회의 결정에 기한 이 사건 도메인이름의 이전은 불법이거나 부당한 이전에 해당하기 때문에 그 원상회복으로 이 사건 도메인이름의 이전을 청구하고, (2) UDRP 및 우리나라의 실정법에 의하더라도 당초부터 피고는 원고에 대하여 이 사건 도메인이름에 관한 침해금지를 구할 권리가 부존재한다는 확인청구를 하였다.

이에 대해 1차 환송 후 원심법원은 청구원인 (1)에 대하여 UDRP의 유효성을 인정하고 부정경쟁방지법에서 정한 부정경쟁행위에 해당한다고 하며 원고의 주장을 배척하였고, 청구원인 (2)에 대하여도 도메인이름을 원고에게 회복하기 위한 유효적절한 수단이 아니고, UDRP 제3조의 해석상 확인판결만으로 이 사건 도메인이름의 등록명의를 원고에게 다시 이전해 줄 수 없으므로 확인의 이익이 없어 부적합하다고 판단하며, 항소를 기각하고 1차 환송전 원심에게 허가된 침해금지청구권 부존재확인청구에 대하여도 각하하였다.

이에 원고는 다시 이에 불복하였고, 2차 환송판결에서 대법원은 UDRP는 행정 절차에서 도메인이름 등록기관과 그 등록인 및 상표 또는 서비스표에 관한 권리를 가진

18) 서울중앙지방법원 2001. 12. 14. 선고 2000가합67360 판결. 이하 이 사건의 경과는 유영선, “도메인 이름에 관한 등록이전의 부당이득 관련 준거법 및 미국 캘리포니아주법상 그 등록이전의 부당이득 여부 (2011. 5. 26. 선고 2009다15596 판결: 공2011하, 1263)”, 대법원판례해설 제88호, 2011, 384면 이하; 정운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부 (2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결: 공2008상, 759)”, 대법원판례해설 제75호, 2008, 394면 이하 참조.

19) 서울고등법원 2002. 9. 25. 선고 2002나4896 판결.

20) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결. 이 사건의 국제재판관할과 관련한 쟁점과 의의에 대하여는 우선, 석광현, “국제재판관할의 기초이론 - 도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의 -”, 『국제사법과 국제소송』 제4권, 박영사, 2007, 85면 이하; 장준혁, “도메인이름 분쟁에 관한 국제재판관할 - 한국법 개관 -”, 경희법학 제41권 제2호, 2006, 75면 이하; 오정후, “판례에 나타난 국제재판관할에 대한 이해에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제48권 제1호(142호), 2007, 50면 이하 참조.

제3자에 대하여만 구속력을 가지므로 특별한 사정이 없는 한 의무적 행정절차 외에서 구속력을 가지지 아니한다고 결정하며 당해 사건에 적용 가능한 법률에 의하여 당해 사건을 심리·판단하여야 하므로, 원심이 UDRP 제4조 제a항의 요건을 근거로 이 사건 도메인이름의 이전이 위법하거나 부당하지 않다고 판단한 것은 URDP의 구속력에 대한 법리를 오해한 것이라고 판단하였고, 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위 여부에 대하여도 신설 규정의 시행일이 도메인 등록일보다 뒤이므로 위법이 있다고 할 수 없다고 판단하며, 이전등록 후 원고가 국내에서 이 사건 도메인이름을 사용하지 못하게 되었으므로 불법행위의 성립 및 효력에 대하여는 대한민국법이 준거법이 되며 우리 법상 위 이전등록행위는 위법성이 없으므로 불법행위는 성립할 수 없지만, 이전등록 당시 상표권자에게 도메인이름의 사용금지를 구할 실체법적 권리가 없었다면 비록 그 이전이 분쟁해결기관의 조정결정에 따른 것이라 하더라도 법률상 원인이 없는 것이므로 부당이득이 성립할 여지가 있으므로 구 섭외사법 제13조에 따라 준거법을 결정하여 원고의 도메인이름 반환청구의 당부를 판단하여야 한다고 판시하였다.²¹⁾

2차 환송 후 준거법과 관련하여 원심판결²²⁾은 대법원의 결정에 따라 UDRP는 등록기관의 행정절차에 관한 규정이므로 구속력 있는 판단기준이 없다고 판단하고, 구 섭외사법 제13조에 따라 불법행위의 성립 및 효력에 대해서는 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함하므로²³⁾ 도메인이름을 사용하지 못하게 된 것이 대한민국이므로 대법원의 판단과 같이 불법행위의 성립 및 효력에 대해서는 대한민국법이 준거법이 되며, 분쟁해결기관에 의한 조정결과에 따라 이 사건 도메인이름을 이전받은 행위는 특별한 사정이 없는 한 위법하지 아니하므로 불법행위는 성립하지 않는다고 판단하였다. 부당이득반환채권의 성립 및 효력에 관해서는 섭외사법 제13조에 따라 그 이득이 발생하고 있는 곳의 법에 의하여야 할 것인데, 이 사건에서 도메인이름을 피고가 보유함으로써 그 이득이 발생하고 있는 곳은 피고의 소재지인 미국이므로 미국법이 준거법이 되고, 미국의 연방상표법에 따른 침해요건²⁴⁾을 만족하므로 피고를 상대로 이 사건 도메인이름의 반환을 구할 수 없다고 판단하고, 나아가 부당이득지는 피고의 소재지라고 하면서 피고의 본사가 위치한 캘리포니아주법에 따라 부당하게 이득을 얻었다고 볼 수 없다고 판단²⁵⁾하며, 부당이득에 해당함을 전제로 하는 원고의 이 사건 도메인이름 이전청구를 기각하였다.

이에, 원고는 피고가 한국에서 hp를 상표로 등록하였고 원고는 이 사건 도메인

21) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결.

22) 서울고등법원 2009. 1. 21. 선고 2008나43015 판결.

23) 즉, 이 판결에서 이전등록의 결과 손해(법익침해)가 발생한 곳 즉, 결과발생지가 한국이므로 불법행위에 대해 대한민국법이 적용된다고 판단한 것이다.

24) 원심에 따르면, 미 연방상표법상 도메인이름의 등록 또는 사용이 상표권 침해로서 위법으로 인정되기 위해서는 ① 등록자가 상표로부터 이익을 얻으려는 악의의 존재, ② 도메인이름의 등록 당시 상표가 식별력을 가지거나 저명할 것, ③ 상표와 도메인이름이 같거나, 혼동을 일으킬 정도로 유사하거나, 상표를 희석화할 것(희석화는 저명상표의 경우에만 해당)의 3가지 요건을 필요로 한다고 한다.

25) 보다 구체적으로, 원심은 “원고가 이 사건 도메인이름 등록시 동의한 분쟁해결방침에 따른 이 사건 결정에 의하여 피고가 이 사건 도메인이름을 이전받았고, 이와 같은 이전이 미국 연방상표법상 유효하다고 보이는 이상 피고가 이 사건 도메인이름을 이전받음으로써 ‘부당하게’ 이득을 얻었다고 볼 수 없다”고 설시하였다.

이름을 한국에서 사용하였으므로 상표권 침해 여부를 인정하기 위한 준거법은 대한민국 법이며, 도메인이름의 등록·사용은 전 세계적이고, 이 사건 도메인이름은 주로 한국에서 사용되었으며 피고도 한국에서 hp 상표를 등록하였고 피고가 이 사건 도메인이름을 이전받아 사용함으로써 한국에서도 이득이 발생하므로 이득발생지는 미국이라 단정할 수 없고 대한민국이 되어야 한다고 주장하면서 원고에게 이 사건 도메인이름을 다시 이전할 의무가 있다고 주장하였다. 그리고 캘리포니아주법에 관한 해석에서도 Dinosaur Development, Inc. v. White 판결에서 캘리포니아주 법원이 부당이득을 “어느 사람도 타인의 비용으로 부당히 이득을 취한 것이 허용되어서는 안되며, 타인으로부터 부당히 수령, 취득 또는 전용한 재산 또는 이득을 반환하여야 한다”고 정의하였기 때문에 이에 따라 부당이득의 성립 여부를 판단했어야 하는데, 원심은 그러지 않은 잘못이 있으며, 원고의 이 사건 도메인이름은 어느 미국 연방법규 하에서도 피고의 권리를 침해하는 것이 아니고, 청구인에게의 반환의 허용이 직·간접적으로 다른 법의 시행이나 공공정책과 충돌하는 경우가 아니므로, 피고의 이 사건 도메인이름의 이전·사용은 부당이득에 해당한다고 주장하였다.

이에 대해 대법판결은 (1) 이전등록에 의해 피고가 도메인이름에 관한 권리를 보유하게 됨으로써 이득이 발생한 곳은 피고의 본사 소재지인 미국 캘리포니아주이므로, 부당이득반환채권의 성립 및 효력에 대해서는 캘리포니아주법이 준거법이 된다고 판단하였다. 그리고 (2) 도메인이름 이전등록 당시 피고 회사에 도메인이름 사용금지를 구할 실체법적 권리가 인정되지 않는다면 비록 분쟁해결기관의 결정에 따른 이전등록이라 하더라도 그 이전은 법률상 원인이 없어 부당이득이 성립할 여지가 있으므로, 피고 회사의 부당이득이 성립하는지를 판단하기 위해서는 피고 회사에 도메인이름 사용금지를 구할 실체법적 권리가 있는지 먼저 살펴야 하는데,²⁶⁾ 이는 부당이득반환채권의 성립

26) 참고로, 이러한 원인관계 내지 기본문제가 바로 이른바 선행문제/일차적문제(Erstfrage) 내지 저축법적 선결문제이다. 선행문제는 법정지법설을 취한다(김운호, 앞의 논문, 432면 및 유영선, 앞의 논문, 406~407면도 이를 원인된 기본관계의 문제라고 하며 법정지의 국제사법을 적용한다고 설명하고 있다). 그런데 이 사건에서 피고의 사용금지청구권 유무는 부당이득의 성립 요건으로 볼 수도 있다. 즉, 섭외사법의 제13조의 법문에 따라 부당이득의 성립과 효과는 원인사실발생지법 즉, 부당이득지법에 따라 파악해야 하므로 이를 별도로 파악할 선행문제가 아니라고 보아야 하는 것이다. 판례가 이를 전자 즉, 선행문제로 파악한 것은 부당이득이 성립하기 위한 전제로서 부당한 원인행위가 있어야 하는데, 부당한 원인행위의 여부는 결국 사용금지청구권 여부에 달려 있으므로 이와 관련된 것을 별도로 분석한 것으로 보인다. 후자에 따르면, 섭외사법 제13조의 법문상 부당이득의 성립 요건에 바로 사용금지청구권의 유무가 속한다고 보는 것은 법문상 명확한 사항이므로 섭외사법 하에서 및 국제사법에서도 이를 별도로 파악할 필요가 없이 부당이득지법에 의해 일원적으로 해결해야 할 것이다. 한편, 이 같이 부당이득과 불법행위가 동시에 발생한 경우 불법행위에 종속적으로 연결하면 불법행위지법으로 해결될 수 있지만 섭외사법은 그러한 종속적 연결을 규정하고 있지 않았고, 현 국제사법에 따르면이라도 급부부당이득에 한해 종속적 연결을 인정하므로 현재로서는 불법행위의 유무가 부당이득의 성립 요건인 경우 현재로서는 부당이득지법으로 해결해야 할 것으로 보인다. 그런데, 이 경우 성질결정이 문제될 터인데, 부당이득과 불법행위가 동시에 존재하는 사안에서 이를 부당이득으로 볼 것인지 불법행위로 볼 것인지에 대해서는 외국에서도 학설이 대립된다(이와 관련해서는 우선, Peter Huber/Ivo Bach, Rome II Regulation, 288-290 참조). 다만, 이 사건처럼 사안의 성질이 부당이득으로 결정되고, 불법행위의 유무가 부당이득의 요건인 경우에는 부당이득지법으로 문제를 해결해야 할 것이다. 선결문제(Vorfrage)와 선행문제에 관한 소개로는 석광현, “선박우선특권과 피담보채권(선원임금채권)의 준거법”, 『국제사법과 국제소송』 제5권, 박영사, 2012, 326면 각주 86; 최홍섭, 『한국 국제사법 I』, 한국학술정보, 2019, 93~97면 및 177~184면(최홍섭 교수님은 선행문제를 일차문제라고 번역하며 이를 내국선결문제라고 칭하고, 좁은 의미의 선결문제(Vorfrage; preliminary question)를 외국선결문제라고 소개한다) 참조.

및 효력과는 별개의 문제이므로 이에 관하여는 구 섭외사법에 따라 부당이득과는 별도로 준거법을 정해야 한다고 실시하며, 피고의 사용금지청구권은 원고의 도메인이름 등록·사용행위가 피고 회사의 상표권을 침해하는 불법행위임을 원인으로 하므로, 구 섭외사법에 따라 상표권 침해행위가 행하여지고 권리침해의 결과가 발생한 미국법에 따라야 하는데 미국법에 따르면 원고의 행위는 사이버스쿼팅(cybersquatting) 방지에 관한 15 U.S.C. §1125(d)(1)(A)에 해당하는 것으로서 미국에 등록된 피고 회사의 상표권을 침해하는 위법한 행위이므로 피고 회사는 금지명령구제(injunctive relief)에 관한 15 U.S.C. §1116 규정에 따라 원고를 상대로 도메인이름 사용금지를 구할 실체법적 권리가 있다고 판단하였다. 마지막으로, (3) 원고의 도메인이름 등록·사용은 미국 연방법상 15 U.S.C. §1125(d)(1)(A)에 해당하여 위법하므로 원고는 15 U.S.C. §1116(2)(D)(v)에 따라 피고 회사에 도메인이름 반환을 구할 수 없고, 미국 캘리포니아주법상 부당이득은 타인의 손실로 인해 적절한 법적인 근거가 없는 부당한 이득을 얻는 경우에 성립하는데, 미국 연방법상 피고 회사에 도메인이름 사용금지를 구할 실체적 권리가 인정되는 이상 도메인이름 등록이 원고에게서 피고 회사에 이전된 것을 두고 적절한 법적 근거가 없는 부당한 것이라고도 볼 수 없으므로, 원고는 미국 캘리포니아주법상 부당이득을 원인으로 하여서도 피고 회사에 도메인이름 반환을 청구할 수 없다고 판단하며 원고의 상고를 최종 기각하였다.

다. 평가

대상판결은 섭외사법 제13조에 따른 판결이나 부당이득지를 연결하는 국제사법 제31조와 그 취지가 동일하므로, 부당이득의 연결점과 관련하여 우리 법원에서 가장 상세하게 관련 문제를 다룬 판결이라 할 수 있다. 특히 도메인이름이라는 가상공간상의 재산권에 대해 그 부당이득지를 채권자(부당이득자)의 소재지로 결정하였다는 점과 정확히 실시는 하지 않았으나 손실지와 이득지가 다를 경우 이득지를 연결하였다는 점에서 주목할만한 판결이라 생각된다. 그러나 대상판결이 부당이득지를 도메인이름을 이전 등록받은 자인 피고 회사의 본사 소재지인 미국 캘리포니아라고 본 이유를 전혀 실시하지 않은 것은 유감이며,²⁷⁾ 사안에 따라 연결점이 손실지가 될 수도 있다는 것인지 아니면 손실지와 이득지가 다르면 로마II규정 제10조 제3항과 같이²⁸⁾ 이득지로 연결한다는 것을 명확히 실시한 것인지 대상판결만으로는 선명하지 않다. 다만, 국제사법 제31조의 문구상 이득지로 연결하는 것이 법문에 따른 해석으로 보이며, 명확하지는 않지만 대상판결이 그 점을 전제로 이러한 결론을 내렸다고 평가할 수 있다.²⁹⁾

27) 이현묵, “도메인이름 이전등록에 따른 부당이득의 준거법과 국제사법 제31조의 개정의 필요성”, 국제거래법연구 제21집 제2호, 2012, 123면도 이 사건 판결에서 이를 침묵한 점은 매우 아쉽다고 서술하고 있다. 도메인이름과 관련한 부당이득지에 관한 소개로는, 이현묵, 앞의 논문, 123~125면; 유영선, 앞의 논문, 408~413면 참조.

28) 이에 대하여는, Magnus/Mankowski/Peter Mankowski, Rome II Regulation (2019), Art. 10 at 377~381; Huber/Huber/Bach, Rome II Regulation (2011), Art. 10 at 296~299; 오석웅, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합규정(로마 II)에 있어서 부당이득의 준거법”, 국제사법연구 제22권 제2호, 2016, 86~87면; 이현묵, 위의 논문, 135~137면 참조.

29) 석광현, 국제사법해설, 385면은 국제사법 제31조는 이득이 발생한 곳이라는 표현을 사용하고 있으

부당이득의 준거법은 부당이득이 발생한 곳을 준거법으로 보는 부당이득지법주의³⁰⁾와 부당이득의 원인이 된 기본관계의 준거법을 준거법으로 보는 기본관계의 준거법주의 두 가지 견해가 유력한데, 다수국에서 종래부터 널리 인정되고 있는 것이 사실발생지인 부당이득지법주의이므로 구 섭외사법 및 국제사법은 부당이득지법을 채택하고 있다.³¹⁾ 그리고 부당이득지를 연결점으로 삼게 되면 종종 부당이득자의 상거소지(또는 주된 사무소)가 기준이 되는데, 이같이 국제사법이 부당이득지를 연결점으로 정한 것은 착오로 인한 채권변제와 같이 부당이득이 흔히 부당이득자의 의지와 상관없이 발생하므로 부당이득청구자보다는 부당이득자에게 유리하도록 하기 위한 것으로도 설명되고 있다.³²⁾ 이런 점에서, 대상판결이 부당이득과 밀접한 관련이 있는 피고 회사의 주된 사무소나 재산의 소재지 등을 연결하지 않고 단순히 피고의 본점 소재지를 연결한 것은 의문이다. 단순히 부당이득자의 본점 소재지를 이득지로 보게 되면 재화의 이전이 현실적으로 이루어진 곳을 부당이득지로 보는 종래의 통설³³⁾ 및 판례³⁴⁾와는 거리가 있어 보이기 때문이고, 대상판결과 같이 피고 회사의 본점 소재지를 연결하게 되면 부당이득지법을 채택한 취지를 몰각하게 되고 부당이득자가 법인인 경우 부당이득지가 그 법인의 본점이라는 공식을 성립되었다는 잘못된 인식을 줄 우려가 있기 때문이기도 하다. 또한, EU 사법재판소의 Kronhofer 판결³⁵⁾ 등과 같이 부당이득지를 이득자의 일반적 재산 중심지가 아니라 구체적인 개별재산으로 볼 경우³⁶⁾에는 이득자의 본점 소재지는 더 더욱 거리가 있기 때문이다.³⁷⁾

대상판결이 섭외사법을 적용하였기 때문에 판단하지 아니한 것이지만, 국제사

므로, 이득지와 손실발생지가 상이한 경우 이득지법이 준거법이 된다고 하며, 대상판결과 관련해서도 388면에서 이득지와 손실지가 상이한 경우 이득지법이 준거법이 된다는 취지로 보인다고 서술하고 있다.

30) 부당이득지의 개념과 관련한 일반적 논의로는 안춘수, “국제부당이득법 소고”, 비교사법 제19권 제1호, 2012, 151~153면 참조(특히, 153면은 국제사법 제31조의 ‘이득이 발생한 곳’이라는 문구를 ‘이익의 이전이 일어난 곳’을 의미하는 것으로 해석해야 한다고 설명한다).

31) 신창선·윤남순, 『신국제사법』, 제2판, 피데스, 2016, 314면. 구 섭외사법에 따른 부당이득과 관련한 연결점에 대한 간단한 학설의 소개로는 서희원, 앞의 책, 234~235면 참조.

32) 최홍섭, 앞의 책, 314면.

33) 황산덕·김용환, 『신국제사법』, 박영사, 1985, 235면; 김명기, 『국제사법원론』, 전정판, 법지사, 2003, 317면; 안춘수, 앞의 책, 277면; 김운호, 앞의 논문, 430면; 유영선, 앞의 논문, 404면; 윤종진, 앞의 책, 401면; 강영수, “UDRP의 구속력과 도메인이름 관련 국제분쟁의 준거법”, 민사판례연구, 제32권, 박영사, 2010, 685면.

34) 서울고등법원 1976. 9. 10 선고 73나1888 판결(안춘수, 앞의 논문 152면에서 재인용).

35) ECJ, CASE C-168/02.

36) Magnus/Mankowski/Peter Mankowski, Rome II Regulation (2019), Art. 10 at 379; Huber/Huber/Bach, Rome II Regulation (2011), Art. 10 at 297.

37) 개별재산 소재지로 볼 경우 등록기관소재지인 버지니아주로도 볼 수 있다(석광현, 국제사법해설, 388면; 이현목, 앞의 논문, 138~139면). 이에 대해 등록기관 소재지를 이득발생지로 보는 것은 다음의 관점에서 바람직하지 못하다는 비판이 있다. 즉, 첫째, 도메인이름에 대한 실질적인 분쟁의 당사자는 둘 다 대한민국 회사라고 하더라도, 그 등록기관이 미국에 있다는 형식적인 이유로 인해 추후 소송에서 이들 사이의 분쟁(부당이득)의 준거법을 미국법으로 지정해야 한다면, 이는 대한민국 법원이나 당사자들에게 큰 부담이라는 점, 둘째, 부당이득지법주의의 이론적인 근거가 부당이득은 정의·공평의 견지에서 인정되는 제도로서 공익적 성격이 강하고 이득이 발생한 사회의 관심사라고 할 수 있으므로 그곳의 법을 적용해야만 가장 적절한 해결을 줄 수 있다는 데 있다는 점에 비추어 바람직하지 않는 점에서 인정하기 어렵다고 한다(유영선, 앞의 논문, 412면). 이 견해가 일리가 없는 것은 아니지만, 이 같은 문제는 국제사법 제8조에 의해 해결이 가능할 수도 있다는 점에서 설득력이 크지 않다고 본다.

법 제31조를 적용하였다면 사안을 불법행위에 종속적 연결을 할 수 있는지가 문제가 될 수도 있다. 그러나 국제사법 제31조 단서는 “당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우”에 한정하는데, 법률관계에 기하여 이행한다는 것은 법률관계의 내용인 의무의 실현을 의미하고 여기에서의 법률관계는 급부의 근거 내지 원인이 될 수 있는 것이어야 하므로³⁸⁾ 급부부당이득에 한하여 종속적 연결이 인정된다. 따라서 로마II규정 제10조와는 달리 급부행위를 수반하지 않는 불법행위에는 종속적 연결을 할 수 없다고 생각된다.³⁹⁾ 향후 입법론으로는 유럽과 같이 종속적 연결을 급부가 수반된 계약관계에만 한정하지 아니하는 방식을 고려해 보아야 할 것으로 생각된다.

2. 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다7986 판결: 가지급물 반환 사건

가. 사실관계⁴⁰⁾

소의 수보람 쉬핑 에스에이(Suboram Shipping S.A., 이하, ‘수보람’)은 케미컬 탱커선의 선박건조계약자인 원 발주자((주) 선우해운)로부터 선박건조계약상의 포괄적 지위를 승계받았고, 수보람은 원고들(신한은행 및 신한캐피탈(주))로부터 선박건조자금을 대출 받는 과정에서 담보로 수보람이 건조자인 동방조선과 체결한 선박건조계약에 따라 가지는 모든 권리와 피고인 그린손해보험(주)가 발행한 선수금환급보증(Refund Guarantee: RG)⁴¹⁾으로부터 가지는 모든 권리를 이 사건 양도담보계약에 따라 이 사건

38) 안춘수, 『국제사법』, 법문사, 2017, 277면.

39) 안춘수, 위의 책, 277면은 이렇게 좁은 해석은 수긍하기 어렵다고 하며, 계약관계는 물론 불법행위, 부양의무 등 가족법상의 관계 상속법상의 관계 등 법정채권관계도 여기에 해당된다고 해석한다(안춘수, 앞의 논문, 154면도 같은 의견을 제시한다). 입법론으로서는 찬성할 수 있으나, 제31조의 입법취지 및 제31조 단서 법문의 해석상 이렇게 확장해석을 하기에 무리가 있다고 본다. 제31조 단서의 입법취지에 대한 설명으로는, 유영일, 앞의 논문(법조 2001), 139~141면 참조.

40) 이하의 사실관계는 석광현, “가집행선고의 실효로 인한 가지급물 반환의무의 준거법: 성질결정, 법정지법원칙, 국제사법의 법원(法源)에 관한 논점을 포함하여”, 『국제사법과 국제소송』 제6권, 박영사, 2019, 223면 이하와 원심판결을 참조로 요약한 것이다.

41) 1심판결에 따르면, 이 사건 보증서에는 다음의 주요 내용이 규정되어 있었다.

- 피고는 이 사건 선박 건조를 위하여 선우해운과 동방조선 사이에 체결된 이 사건 선박건조계약 및 선우해운, 동방조선, 수보람 사이에 체결된 이 사건 계약상 지위 이전계약과 관련하여 동방조선의 신청에 따라 수보람을 수익자로 하여 ‘취소될 수 없고 무조건적인’ 선수금환급보증을 개설한다.
- 수보람이 동방조선과 계약을 체결하는 대가로, 계약의 조건에 따라 수보람이 선박의 인도 이전에 동방조선에게 지급한 선수금, 이자 및 기타 지급금을 환급받을 권한을 가지는 경우에 피고는 수보람에 대하여 수보람의 청구가 있는 날부터 30일 이내에 수보람의 청구금액 및 수보람이 위 금액을 지급한 날부터 이 선수금환급보증서에 따라 전액 변제를 받는 날까지 연 5%의 비율로 셈한 이자를 지급할 것임을 취소 불가능하게 보증한다.
- 이 선수금환급보증서에 따른 보증금액은 동방조선이 이 사건 선박의 인도 전 선수금을 받는 즉시 그 선수금 및 이에 대한 계약상의 이자를 더한 금액만큼 자동으로 증가되나, 어떠한 경우에도 보증총액은 9,081,100달러에 동방조선이 각 인도 전 선수금을 수령한 날의 다음날부터 이 선수금환급보증서에 따라 수보람이 지급받는 날까지 연 5%의 비율에 의하여 계산한 이자를 합산한 금액을 초과하지 않는다.
- 상기 내용에도 불구하고, 수보람의 동방조선에 대한 환급청구가 이루어진 때부터 30일 이내에 피고가 동방조선 또는 수보람으로부터 중재절차가 개시되어 수보람의 계약취소권 및 환급청구권이 계약의 조건에 따라 중재에 회부되었다는 점에 대한 서면 확인을 동반한 통지를 받는 경우 피고는 수보람으로부터 지급청구 및 중재결정문 사본을 수령하는 즉시, 중재판정에 따라

보증서에 의하여 보유하거나 보유하게 될 모든 종류의 권리를 원고들에게 양도하였다.

이후 원고들은 건조자인 동방조선이 이 사건 선박의 인도일까지 이 사건 선박의 건조를 완료하지 못하자 채무불이행을 이유로 선박건조계약을 해지 또는 취소한다고 통보하고 선수금의 지급을 요구하였으나 동방조선이 이에 응하지 아니하자 피고에게 이 사건 보증서에 따라 선수금의 반환을 요구하게 되었다. 피고도 선수금 반환을 거절하였고, 이에 원고들은 피고를 상대로 선수금 전액의 환급과 그에 대한 변제기 이후 이 사건 소장 부분의 송달일까지 연 5%의 비율에 의한 약정 이자와 소장 부분 송달일 익일부터 완제일까지 소송촉진특례법 제3조 제1항에서 정하는 법정이율(당시 20%)에 따른 지연손해금을 청구하는 이 사건 소를 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

제1심판결⁴²⁾은 원고의 청구를 모두 받아들이면서 가집행선고가 가능하다는 주문을 포함하였다. 이에, 피고는 물론 원고들도 항소를 제기하였고, 원고들은 청구취지를 확장하여 약정에 따른 이자에 대해 20%의 지연손해금을 청구하였다.

이에 대해, 원심판결⁴³⁾은 피고가 변제기 이후부터 제1심판결 선고일까지 연 5%의 비율에 의한 약정 이자 내지 지연손해금을 원고들에게 지급하도록 결정하고, 확립된 기존의 대법원 판례에 따라,⁴⁴⁾ 그 익일부터 완제일까지 소송촉진특례법 제3조 제1항에 따른 법정이자율이 아니라 채권의 준거법인 영국법이 정한 이율인 8%에 따른 지연손해금을 지급하도록 결정하였다. 그리고 피고는 가지급물인 11,266,250.70달러 중 제1심 판결금을 초과하는 금액의 반환과 그에 대한 지연이자 20%의 지급을 청구하였는데, 원심은 인용금액을 일부 감액하고 원고들의 청구도 일부 기각하며, 원고들에게 가지급 금액 중 원심에서 인용한 금액을 초과하는 부분의 금액인 1,771,507.53달러를 피고에게 반환할 것을 결정하였고 이 사건 가지급물반환신청의 지연손해금 비율에 관하여 지급일부터 원심판결 선고일까지는 연 5%, 그 익일부터 완제일까지는 소송촉진특례법에 따른 연 20%의 비율로 계산한 금액의 지급을 결정하였다. 이와 관련하여, 원고들은 원심판결에서 위 지연손해금 비율에 관해 국제사법 제31조 단서의 종속적 연결점에 따라 영국법이 적용되어야 한다고 주장하였는데, 원심판결은 이 사건 가지급물은 그 성질이 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행일로부터 발생한 경우가 아니라 법원의 가집행선고부 판결에 기한 것이므로 위 가지급물의 반환채무에 관하여는 국내법이 적용되어야 한다고 판단하며, 원고들의 주장을 배척하였다.

동방조선이 수보람에게 지급하여야 할 금액에 상응하는 금액을 9,081,100달러 및 이에 대한 이자의 합계액 범위 내에서 지급할 것이다.

- 이 선수금환급보증서는 보증 금액을 수보람이 수령하거나 또는 수보람이 계약조건에 따라 선박을 인도받음으로써 무효가 되며, 이러한 경우 이 선수금환급보증서는 피고에게 반환되어야 한다.
- 이 선수금환급보증서는 양도가 가능하고, 이 선수금환급보증서의 발행일부터 동방조선이 계약 규정에 따라 수보람에게 선박을 인도하는 때까지 유효하다.
- 이 선수금환급보증서는 영국법에 의하여 규율되고 그에 따라 해석된다.

42) 서울중앙지방법원 2011. 6. 9. 선고 2009가합131561 판결.

43) 서울고등법원 2012. 7. 20. 선고 2011나60300 판결

44) 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결; 대법원 2012. 10. 25 선고 2009다77754 판결 등.

대상판결⁴⁵⁾은 부당이득과 관련한 쟁점에 대해 “가집행선고부 제1심판결에 기하여 금원을 지급하였다가 다시 항소심판결의 선고에 의해 가집행선고가 실효됨에 따라 금원의 수령자가 부담하게 되는 원상회복의무는 성질상 부당이득의 반환채무이지만, 이러한 원상회복의무는 가집행선고의 실효가 기왕에 소급하는 것이 아니기 때문에 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무이므로, 국제사법 제31조 단서에 정한 ‘부당이득이 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우’에 해당한다고 볼 수 없다”고 결정하였다. 즉, 대법원은 가집행선고의 실효에 따라 금원 수령자가 부담하게 되는 원상회복의무의 법적 성질을 부당이득반환채무로 보았고, 가집행선고의 실효가 기왕에 소급하는 것이 아니기 때문에 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무이므로, 국제사법 제31조 단서에 정한 ‘부당이득이 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우’가 아니라고 판단하며, 원심과 같이 원고들의 주장을 배척하고 종속적 연결을 인정하지 않았다.

다. 평가

준거법과 관련한 이 사건의 쟁점은 가지급물 반환의무 여부와 반환범위의 준거법에 관한 것이다. 원심이 “가지급물은 그 성질이 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우가 아니라 법원의 가집행선고부 판결에 기한 것이므로 위 가지급물의 반환채무에 관하여는 국내법이 적용되어야 한다”고 실시한 부분이나, 대상판결이 “가집행선고의 실효가 기왕에 소급하는 것이 아니기 때문에 본래부터 가집행이 없었던 것과 같은 원상으로 회복시키려는 공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무이므로, 국제사법 제31조 단서에 정한 ‘부당이득이 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행으로부터 발생한 경우’에 해당한다고 볼 수 없다”고 실시한 부분을 미루어 볼 때, 명확하지는 않으나 대상판결은 이 사건 가지급물 반환의무가 일부 실체적 성질을 가진다 하더라도 통설과 판례가 가지급물 반환의무를 민사소송법상의 법정채무라고 이해하는 점⁴⁶⁾과 사법정책적 고려에서 가지급물 반환의무의 성질을 절차적인 것으로 성질결정하여 법정지의 절차법인 민사소송법이 적용된다고 판단한 것으로 보인다.⁴⁷⁾ 이에 따라 대법원은 가지급물의 반환의무는 부당이득의 종속적 연결에 관한 국제사법 제31조 단서

45) 대상판결에 대한 전체적인 평석으로는 석광현, 앞의 논문(국제사법과 국제소송 제6권), 223면 이하; 이현묵, “외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점 - 대법원 2015.2.26. 선고 2012다79866 판결을 중심으로 -” 국제사법연구 제22권 제1호, 2016, 93면 이하 참조.

46) 석광현, 앞의 논문(국제사법과 국제소송 제6권), 246면.

47) 석광현, 위의 논문, 246면도 이와 관련하여 “가집행선고의 요건, 절차와 효과가 모두 한국 민사소송법이 정하는 사항인 것처럼 가집행선고의 실효로 인한 가지급물 반환(즉 가지급물 반환의무의 유무와 범위)도 민사소송법에 의할 사항이라고 본 것이라고 평가할 수 있다 즉, 원심법원과 대법원은 가지급물 반환의무를 절차로 결정하고 법정지법을 적용하였다는 것이다”고 평가하고 있다. 반면, 이현묵, 앞의 논문, 96~99면은 가지급물 반환의무는 이 같은 절차적 성질뿐만 아니라 원고는 피고에 대하여 지급물 반환청구권이라는 채권을 갖고 있고 피고 원고에게 가지급물 반환의무라는 채무를 부담한다는 점에서 실체법적 성질을 갖는다고 평가하며, 피고들이 반환신청한 가지급물 반환의무는 원칙적으로 실체에 해당한다고 평가하고, 대상판결이 실체법과 절차법의 구분에 관하여 아무런 판단을 하지 아니한 채 당연히 국제사법을 적용하고 있는 오류가 있다고 비판한다.

가 요구하는 당사자 간의 법률관계에 기하여 행하여진 이행이 아니므로 원고가 주장한 종속적 연결을 배척한 것으로 판단된다. 하지만, 대상판결이 이 사건 반환의무의 성질을 절차적인 것으로 보았으면 국제사법 제31조의 본문을 적용할 필요도 없는데,⁴⁸⁾ 원심판결과 대상판결의 논리적 흐름이 ‘암묵적’으로 국제사법 제31조 단서가 배제되면 본문이 적용되어 이득지법인 한국법이 적용되는 것으로 오해할 수 있도록 실시한 방식은 다시 가지급물반환의무를 실체로 성질결정한 것을 전제로 하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 이는 대상판결이 “공평의 관념에서 민사소송법이 인정한 법정채무”로 평가한 부분과 정면으로 배치되는 논리적 흐름이라고 생각하며, 대상판결이 명확히 실시하고 있는 가지급물의 반환의무를 민사소송법상 법정채무로 보는 점에서 대상판결이 이를 절차적인 것으로 성질결정하였다고 보는 것이 바람직한 것으로 판단된다.

한편, 대상판결이 피고가 청구한 원고의 가지급물 반환채무를 실체적 문제로 성질결정하게 되면 종속적 연결이 가능한가가 문제된다. 위 도메인이름 사건에서도 기술한 바와 같이 국제사법 제31조 단서는 모든 법률관계에 대해 종속적 연결을 인정하지 아니하고 당사자간의 법률관계에 기하여 행하여진 급부부당이득에 한해 종속적 연결을 인정한다. 따라서 대상판결이 이 사건 가지급물 반환채무의 법적 성질을 민사소송법상 법정채무로 보는 이상 국제사법 제31조 단서에 따른 종속적 연결은 인정되지 않는 것으로 해석된다.⁴⁹⁾

3. 대법원 2018. 8. 1. 선고 2017다246739 판결: 영농조합법인 휴양타운 사건

가. 사실관계

원고는 미국 캘리포니아주법에 따라 설립되고, LA에 주소를 두고 있는 센스 엔터프라이즈 잉크(Sense Enterprise, Inc.)이고, 피고들은 대한민국의 법인으로서 구 「농어업경영체 육성 및 지원에 관한 법률」(2015. 1. 6. 법률 제12961호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 농어업경영체법’)에 따라 설립된 ‘영농조합법인 산바람(이하 ‘이 사건 법인’)의 조합원들⁵⁰⁾로서, 피고들의 거주지인 경상북도 봉화군 소재 지역에서 재미교포들의 은퇴 후 국내 거주를 위한 별장식 휴양타운(이하, ‘이 사건 타운’)의 개발사업을 추진하면서 원고에게 이 사건 타운의 분양과 회원모집을 위한 판매·홍보업무 대행계약(이하, ‘이 사건 1차 계약’)을 체결하였고 그 계약에는 미주지역에서 발생하는 계약으로 인해 회원이 지불한 회원가입비가 ME(Metro Escrow)에 입금이 확인되는 동시에 ME는 이 사건 법인에게 5%를 지불하고, 원고에게 이 금액의 15%를 지불하되, 이 사건 법인이 ME에 지불해야 할 에스크로비용 \$500을 제외한 금액을 원고에게 지불한다는 내용과 이 사건 법인과 원고 사이에 분쟁이 발생할 경우 미주 캘리포니아주법에 의하여 일관관례대로 처리한다는 내용이 포함되어 있었다. 이 사건 1차 계약의 체결 이후 피고들이 설립한 이 사건 법인의 대표이사 소외 5가 사업자금 횡령으로 해임되고 소외인이

48) 석광현, 앞의 논문(국제사법과 국제소송 제6권), 247면은 정확히 지적하고 있다.

49) 석광현, 위의 논문, 249면 및 251면.

50) 피고들 중 1인은 사망한 조합원의 소송수계인도 포함한다. 하급심에서는 이 사건 법인도 공동피고였으나, 상고심에서는 동 법인의 조합원들만 피고가 되었다.

새로운 대표이사로 취임하였고, 이에 원고가 이 사건 법인을 신뢰할 수 없다는 이유로 이 사건 1차 계약에 관한 해지의 의사표시를 하고 업무를 중단하였다. 그러나 이 사건 법인은 타운 개발사업을 계속 진행하기를 희망하여 원고에게 이 사건 1차 계약에 따라 원고가 이미 지출한 비용 중 45,000달러를 지급하고, 원고와 다시 이 사건 타운의 분양과 회원모집을 위한 판매·홍보업무 대행계약(이하 ‘이 사건 2차 계약’)을 체결하였다. 이 사건 2차 계약에는 새롭게 이 사건 프로젝트가 시작되어 광고 활동을 시작하기 전, 이 사건 법인은 이전에 이미 원고가 광고를 위해 지출한 137,159달러를 원고에게 지급하여야 한다(제7조)는 내용과 이 사건 법인은 원고에게 원고의 지출금 중 45,000달러를 2012. 9. 6. 지급했고, 나머지 92,159달러에 대한 지급은 2012. 12. 말까지 32,159달러를, 나머지 60,000달러는 완공되는 즉시 피고 법인이 원고에게 지급하되, 프로젝트가 취소 또는 지연되더라도 나머지 잔금 92,159달러는 2013. 3. 31.까지는 지급되어야 한다(제8조)는 내용을 포함하고 있었다. 그런데 이후 원고는 소외 6에게 이 사건 2차 계약에 따른 이 사건 법인에 대한 약정금채권을 양도하였고, 소외 6은 이 사건 법인, 망인인 소외 1, 피고 3~5를 상대로 이 사건 2차 계약에 따른 약정금 지급을 구하는 소⁵¹⁾를 제기하였으나, 인천지방법은 위 채권양도가 소송신탁에 해당한다는 이유로 소를 각하하였다. 이후 원고는 소외 6과 위 채권양도양수계약을 취소하기로 합의하고, 원고가 이 사건 약정금(92,159달러)의 지급에 관한 소송을 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

1심판결⁵²⁾은 준거법에 대한 판단은 전혀 하지 아니한 채 이 사건 법인⁵³⁾ 및 피고들이 이 사건 2차 계약에 따른 약정금 92,159달러를 지급할 의무가 있고, 이 사건 법인의 조합원인 피고들은 농어업육성법 제16조 및 민법 제712조에 따라 이 사건 법인의 채무에 대해 무한책임을 지고, 상법 제57조 제1항에 따라 이 사건 법인의 위 채무 전액에 대하여 연대책임을 부담한다고 하고, 지연손해금 소송촉진특별법에 따라 15%의 비율로 지급할 의무가 있다고 판단하였다.

이에 대해, 원심판결⁵⁴⁾은 1심판결 중 이 사건 법인을 제외한 나머지 피고들에 대한 부분을 취소하고 피고들에 대한 모든 주위적, 예비적 청구를 기각하였으며, 이 사건 법인에 대하여도 원고에게 92,159달러 및 이에 대하여 2013. 4. 1.부터 2015. 9. 14.까지는 연 6%의, 그 익일부터 완제일까지는 준거법에 따른 연 10%⁵⁵⁾의 각 비율로 계산한 돈을 초과하여 지급을 명한 이 사건 법인의 패소 부분(원고 청구 인용 부분)을 취소하고, 그 취소 부분에 해당하는 원고의 이 사건 법인에 대한 청구를 기각하였다. 원심판결은 이 같은 판단을 함에 있어 1심과 달리 준거법과 관련한 판단을 개진하였는

51) 인천지방법원 부천지원 2014가단35107 판결.

52) 서울중앙지방법원 2016. 4. 8. 선고 2015가단5307374 판결.

53) 제1심과 제2심에서 원고는 이 사건 영농조합도 피고에 포함하였기 때문에 제1심과 제2심의 판결문에서는 각각 ‘피고 산바람’ 및 ‘피고 법인’이라고 칭하나 편의상 아래에서는 대상판결과 같이 이 사건 법인으로만 칭하기로 한다.

54) 서울고등법원 2017. 6. 29. 선고 2016나2024152 판결.

55) 이는 캘리포니아주 민법 제3289조에 따른 지연손해금율이다.

데, 원고가 주위적 청구로 주장하는 채권은 국제사법에 규정이 있는 사무관리, 부당이득, 불법행위로 인한 채권은 아니지만, 위 사무관리 등으로 인한 채권과 마찬가지로 법정채권이므로(원고와 조합원인 피고들 사이의 계약을 기초로 하는 채권이 아니다), 위 사무관리 등으로 인한 채권에 관한 국제사법 규정을 유추적용할 수 있다고 하며, 제30조 제1항에 의하면 사무관리는 그 관리지법에 의하며, 제31조에 의하면 부당이득은 그 이득발생지법에 의하며, 제32조 제1항에 의하면, 불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의하므로, 원고가 주위적 청구로 주장하는 채권은 원고와 피고 법인 사이에 캘리포니아주에서 체결된 이 사건 2차 계약에 기초한 것이므로, 위 국제사법 규정들을 유추적용하면, 주위적 청구의 준거법은 캘리포니아주 법이라고 판단하였다. 한편, 원심은 법인과 관련한 준거법에 대한 판단 없이⁵⁶⁾ 법인과 그 구성원의 책임은 분리되는 것이 일반적인 법원칙이므로, 조리 등에 의할 때 특별한 사정이 없는 한 조합원인 피고들이 피고 법인과 연대하여 이 사건 2차 계약에 따른 의무를 이행하여야 한다고 인정하기는 어렵다고 하며, 원고의 이 사건 법인의 조합원인 피고들에 대한 주위적 청구는 이유 없다고 판단하였다.

이에 대해, 원고는 피고 조합원들에 대한 청구 부분에 대해 불복하여 상고하였고, 대법원은 법인·단체의 설립준거법에 대한 판단⁵⁷⁾을 전개하였다. 즉, 대상판결은 이 사건 법인은 구 농어업경영체법에 따라 설립되었으므로 피고들이 이 사건 법인의 채권자인 원고에 대하여 연대책임을 지는지에 대해서도 설립준거법인 대한민국법에 따라야 하는데, 구 농어업경영체법에 따르면 이 사건 법인은 특별한 규정이 없으면 법인격을 전제로 한 것을 제외하고는 민법의 조합에 관한 규정이 준용되므로 영농조합법인의 채권자는 원칙적으로 조합원에 대한 채권자의 권리행사에 관한 민법 제712조에 따라 채권 발생 당시의 각 조합원에 대하여 지분비율에 따라 또는 균분해서 해당 채무의 이행을 청구할 수 있고, 다만 조합채무가 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 부담하게 된 것이라면 상법 제57조 제1항을 적용하여 조합원들의 연대책임을 인정하여야 한다고 판단하면서, 이 사건 법인은 그 조합원 전원을 위하여 상행위가 되는 행위로 위약정금 채무를 부담하였으므로 피고들은 상법 제57조 제1항에 따라 연대하여 원고에게 약정금을 지급할 의무가 있다고 판단하며, 원심의 판단에는 준거법에 관한 법리의 오해가 있다고 결정하였다. 파기환송심 원심판결⁵⁸⁾은 대상판결과 같은 취지로 최종 결정하였고, 피고들은 이에 대해 불복하여 상고하였으나 대법원⁵⁹⁾은 심리불속행으로 기각하여 대상판결의 결정이 그대로 확정되었다.

다. 평가

56) 이 사건의 법인의 준거법과 관련한 평석에 대하여는, 이필복, “법인과 단체의 실체적, 절차적 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 101면 이하 참조.

57) 대상판결은 설립준거법이 판단할 범위로서 그 적용 범위는 법인의 설립과 소멸, 조직과 내부관계, 기관과 구성원의 권리와 의무, 행위능력 등 법인에 관한 문제 전반을 포함한다고 보아야 한다고 명시하였다.

58) 서울고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나2045207 판결.

59) 대법원 2019. 10. 18. 선고 2019다249558 판결.

대상판결은 부당이득과 관련한 쟁점을 본격적으로 다룬 판결은 아니며, 원심에서 원고의 채권이 법정채권에 해당하므로 사무관리, 부당이득 또는 불법행위와 관련된 규정을 ‘유추적용’할 수 있다고 판단하며, 구체적으로 원고의 피고들에 대한 채권이 무엇인지는 밝히지 않은 채 사무관리지, 부당이득지 또는 불법행위지⁶⁰⁾가 모두 캘리포니아주에 있다고 보고 캘리포니아주법을 적용한 사안이다.⁶¹⁾ 원심이 이 사건 2차 계약에 따른 계약채권으로 보지 않고 법정채권으로 본 것은 1차 및 2차 계약의 당사자가 캘리포니아주법에 따라 설립된 원고 회사와 한국법에 따라 설립된 피고 영농조합법인이고, 피고들은 그 계약의 당사자가 아니고 따라서 이 사건 2차 계약에 따른 채무를 직접적으로 담당하지 않는다고 본 때문이라고 추정된다. 하지만 대상판결은 원심과 달리 법정채권에 관한 이러한 쟁점은 다루지 아니하고, 이 사건의 쟁점을 이 사건 법인과 그 법인의 조합원 피고인들간에 이 사건의 주위적 청구 대상인 금원에 대하여 연대채무를 지는가를 분석하며, 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 법인의 설립준거법이 구 농어업경영체법인 한국법이므로 구 농어업경영체법과 민법 및 상법에 따라 피고 조합원들의 연대책임을 인정하고 피고들(조합원들)이 원고의 약정금지급 청구와 지연손해금 10%를 인정하였다.

여기서 필자가 주목하는 부분은 법정채권으로 볼 경우에도 사무관리지와 부당이득지가 왜 캘리포니아주인지 이해하기 힘들다. 이 사건 약정금은 아직 지급되지 아니하였고 관념적으로 보자면 이 사건 법인 내지 연대채무자인 피고들이 한국에서 사무관리를 하거나 한국에서 부당이득을 취하고 있다고 보아야 하는데, 이를 일괄하여 과감하게 캘리포니아주라고 한 것은 어떤 논리로 가능한 것인지 의문이다. 대상판결은 아마도 이러한 어려움을 인지하고 쟁점을 법인의 설립준거법으로 전환한 것인지 알 수는 없으나,⁶²⁾ 만약 법정채권과 관련한 쟁점을 다루어야 했다면 아마도 종속적 연결 가능성을 판단해 보았어야 하지 않을까 생각해 본다. 이 경우 피고 조합원은 이 사건 2차 계약의 당사자는 아니므로 종속적 연결을 할 수 없다고 할 수 있으나, 원심은 법정채권 규정을 ‘유추적용’할 수 있다고 하고 있으므로 이 사건 피고 조합원에 대해서도 유추하여 정할 수 있는지를 추가적으로 검토하였다면 하는 아쉬움이 있다.⁶³⁾ 그리고 피고 조합원들은 이 사건 타운 프로젝트를 적극 추진한 자들이기 때문에 계약과 그리 멀리 있는 우연한

60) 다만, 후술하는 바와 같이 불법행위지는 결과발생지로서 인정할 수 있겠지만, 사무관리지와 부당이득지가 왜 캘리포니아주에 있다는 것인지는 수궁하기 어렵다.

61) 원심판결이 제30조 제1항, 제31조, 제32조 제1항만을 언급하고 있으므로, 종속적 연결을 통해 이 사건 2차 계약의 준거법인 캘리포니아주법을 결정한 것으로는 보이지 않는다. 다만, 원심이 “원고가 주위적 청구로 주장하는 채권은 원고와 피고 법인 사이에 캘리포니아주에서 체결된 이 사건 2차 계약에 기초한 것이므로, 위 국제사법 규정들을 유추적용하면, 주위적 청구의 준거법은 캘리포니아주 법이라고 인정할 수 있다”고 실시하고 있으므로 종속적 연결을 통해 캘리포니아주법을 준거법으로 결정한 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

62) 물론, 그렇지 않은 것으로 생각된다. 논리적으로 대상판결과 같이 법인의 문제로 다루는 것이 더 타당하다고 본다.

63) 어떤 논리로 지연손해금의 준거법을 캘리포니아주법으로 본 것인지는 원심에서 판단했는데, 원심의 피고에는 이 사건 법인도 포함되어 있었으므로 문제가 없었으나, 이후 대상판결이나 파기환송후 원심에서 이 사건 법인은 피고에 포함되어 있지 않다. 따라서 대상판결의 논리에 따르면 원고의 피고 조합원에 대한 약정금채권은 한국법에 따른 연대채권인데, 캘리포니아주법에 따른 10%는 그대로 유지하였으므로 약정금채권의 준거법이 한국법이 아니라는 것을 전제한 것으로 이해할 수도 있다. 다만, 이것까지 고려하여 10%로 한 것은 아니라고 보며, 판단의 실수로 보인다.

당사자도 아니므로, 그 밀접성에 미루어볼 때 계약준거법에 이차적으로 연결하여 처리하는 것이 그리 불합리하지는 않다고 판단된다.

4. 대법원 2019. 4. 23. 선고 2017두48482 판결: 선수금이자 원천징수 사건

가. 사실관계⁶⁴⁾

이 사건은 피고인 영등포세무서장이 원고인 한국수출입은행에게 부과한 법인세 징수처분과 가산세 부과처분을 다룬 사건이다. 1심판결⁶⁵⁾에서 전세조선, 세광중공업, 삼호조선(이하, 통틀어, ‘국내조선사들’)이 Prime Bulk Navigation Limited 외 11개 외국법인들(이하 ‘외국선주사들’)로부터 받은 이 사건 선박건조계약(준거법은 영국법임) 12건과 관련하여, 외국선주사들이 국내조선사들의 선수금을 지급하였고, 원고는 국내조선사들의 외국선주사들에 대한 선수금 및 이자 지급채무를 보증하였다(이하, ‘이 사건 각 보증계약’) 그런데 이 사건 각 선박건조계약이 인도지연 등의 사유로 해제되었고, 외국선주사들은 이 사건 각 보증계약에 따라 이 사건 각 선박건조계약의 해제를 이유로 원고에게 선수금과 그 이자의 지급을 청구하였고, 이에 원고가 이를 지급하였다.

피고 영등포세무서는 쟁점인 선수금이자가 구 법인세법상 기타소득으로서 외국법인의 국내원천소득에 해당하는데도 원고가 위 선수금 이자에 대한 원천징수를 하지 않았다는 이유로 원천징수납부불성실가산세, 지급명세서미제출가산세 등의 부과처분을 하였고, 이에 원고는 동 부과처분에 대해 조세심판원에 심판청구를 제기하였으나 조세심판원은 심판청구를 기각하였고, 이에 행정법원에 이 사건 소를 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

국제사법과 관련된 쟁점을 언급한 1심판결에서 행정법원은 쟁점 선수금이자의 법적 성격과 관련한 분석에서 이 사건 각 선박건조계약, 쟁점 선수금이자의 지급과 이 사건 선박건조계약의 해제로 인한 선수금 등의 환급에 관한 준거법은 제31조 단서 및 국제사법 제25조 제1항 본문에 따라 즉, 부당이득의 종속적 연결에 따라 선박건조계약의 준거법인 영국법으로 판단하고 쟁점 선수금이자에는 원상회복이 아니라 재산권에 관한 계약의 해약으로 인하여 지급받는 손해배상에 해당한다고 보았다. 따라서 쟁점 선수금 이자는 구 법인세법상 외국법인의 국내원천소득에 해당하지 않는다고 판단하였다.

피고 영등포세무서장은 행정법원의 결정에 불복하여 항소하였고 원심판결⁶⁶⁾은 쟁점 선수금이자에 소극적 손해로서 이 사건 조항에서 정한 본래의 계약 내용인 지급 자체에 대한 손해를 넘어 배상받은 금전에 해당한다고 보고 이 사건 각 부과처분이 적법하다고 판단하였다. 그러나 대법원⁶⁷⁾은 쟁점 선수금이자에 외국선주사들이 실제로 입은

64) 이하의 사실관계는 국제사법적 측면의 분석과 관련하여 의미 있는 부분만 다루며 세법의 해석과 관련한 부분은 생략하였다.

65) 서울행정법원 2016. 10. 27. 선고 2015구합61771 판결.

66) 서울고등법원 2017. 5. 23. 선고 2016누74721 판결.

67) 대법원 2019. 4. 23. 선고 2017두48482 판결.

손해를 넘는 금액에 대한 손해배상금이 아니라 실제로 발생한 순자산 감소를 회복시키는 손해배상금이라고 봄이 상당하다고 결정하고 원심판결을 파기하였으며, 원심판결과 대소판결 모두 국제사법과 관련한 쟁점은 더 이상 다루지 않았다.

다. 평가

이 사건은 법인세원천징수와 관련된 사건이나 1심 행정법원이 이 사건 선수금 이자의 지급과 선수금 등의 환급에 관한 준거법을 부당이득의 종속적 연결에 의해 선박건조계약의 준거법인 영국법으로 판단하고, 영국법에 따라 선수금이자에 법적 성질을 손해배상금으로 본 것은 과거 우리 법원이 외국적 요소가 있는 사건임에도 국제사법적 분석을 도외시 한 채 한국법을 적용하는 사례가 종종 있던 점에 미루어 보면 상당히 진일보한 시도로 보인다.

다만, 1심판결이 선수금이자에 왜 부당이득으로 성질결정되는가를 밝히지 않았고, 어떤 이유로 부당이득지가 영국인지를 밝히지 않은 것은 아쉬운 부분이다. 그리고 대소판결이 선수금이자에 법적 성질과 관련하여 1심판결의 결정을 그대로 인정한 것인지 아니면 이를 무시하고 한국법에 따라 해석한 것이지가 분명하지 아니한데, 일견 후자로 보인다는 점에서 대법원이 조세사건은 공법적인 영역이므로 국제사법적 고려가 따로 필요 없으므로 곧바로 법정지 세법과 조세조약에 따라 판단한 것으로 보인다. 하지만, 외국적 요소가 있는 채권채무가 어떤 성질을 가지는 것인지는 일단 해당 준거법에 따라 먼저 판단하고 다음으로 법정지의 세법상 어느 부분에 해당하는지 보아야 하는 것이 아닌가 판단된다. 아직 이 분야에 대한 조사가 불충분하여 외국의 방법론은 알 수 없으나, 필자의 사건으로는 공법적 영역이지만 여전히 국제사법적 고려가 필요한 부분이 있다는 점에서 이 사건 1심판결이 이를 시도하였다는 점만으로도 의의가 있다고 생각된다.

5. 서울중앙지법 2021. 6. 25. 선고 2020가합533643 판결: 넷플릭스 망사용 사건

가. 사실관계

이 사건 원고들(미국회사인 넷플릭스 인코퍼레이티드(이하 ‘원고 넷플릭스’) 및 원고 넷플릭스의 한국계열사인 넷플릭스코리아 유한회사)은 디지털 비디오 스트리밍 서비스를 제공하는 회사로서 원고들은 자신의 인터넷접속역무를 제공하는 기간통신사업자인 피고(SK브로드밴드)를 상대로 피고가 제공하는 인터넷접속역무를 통하여 인터넷에 접속하는 이용자에게 원고 등의 서비스 제공으로 인하여 유발되는 인터넷 트래픽과 관련하여 피고가 국내망 및 국제망을 통한 전송, 이러한 망의 운용, 증설 또는 이용에 대하여 협상하거나 대가를 지급할 채무의 부존재를 구하는 것이다. 이와 관련하여, 원고는 이 사건 재정신청 사건의 절차에서 방송통신위원회가 피고의 신청과 같이 ‘협상하라’는 내용의 재정결정을 하고, 원고 넷플릭스가 이에 불복하는 소를 제기하지 않는다면, 전기통신사업법 제45조 제7항에 따라 재정 내용과 동일한 합의가 성립한 것으로

간주될 것이고, 이에 따라 원고 넷플릭스는 법률적으로 망 이용대가 지급 등과 관련하여 피고와 협상할 합의 내지 계약상 의무를 부담하게 되므로, 위와 같은 의무를 부담하는 것 자체가 원고 넷플릭스의 권리 또는 법률상 지위에 대한 불안과 위험이 되고, 또한 원고 넷플릭스코리아는 국내법상 부가통신사업자로서 언제든지 피고의 재정신청에 의하여 피고에 대한 협상 의무를 부담할 여지가 있고, 이 사건 소송과정에서 피고가 원고 넷플릭스코리아도 망 이용대가를 지급할 의무가 있다고 주장하고 있으므로, 원고 넷플릭스코리아 또한 협상 의무 부존재의 확인을 구할 이익이 있다고 주장하였다. 또한 원고는 이 사건의 경우 피고에게 배타적 이익을 보장하는 권리가 인정되지 않고 그에 대한 침해도 인정되지 않아 피고가 주장하는 침해부당이득이 성립하지 않고, 그 밖에 달리 피고가 원고들에게 망 이용과 관련된 대가를 청구할 법률상·계약상 근거는 존재하지 않는다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

대상판결인 1심법원판결은 (1) ‘협상 의무’ 부존재 확인 청구는 원고들의 권리 또는 법률상의 지위에 불안이 현존하지 않거나 불안제거의 유효·적절한 수단이라 볼 수 없어 확인의 이익이 인정되지 않아 부적법하고, (2) 원고들은 적어도 피고로부터 피고의 인터넷망에 대한 연결 및 연결 상태의 유지라는 유상의 역무를 제공받는 것에 대한 대가를 지급할 의무를 부담한다고 봄이 타당하므로, ‘대가 지급채무’ 부존재 확인 청구는 이유 없다고 모두 각하하고, 원고들의 나머지 청구도 기각하였다.

한편, 위 (2)의 쟁점과 관련한 준거법 결정과 관련하여, 1심판결은 이 사건은 원고들의 청구에 미국 회사인 원고 넷플릭스를 비롯한 원고들이 대한민국 회사인 피고를 상대로 대한민국 영토 밖의 해저케이블에 설치된 피고의 국제선망 등의 이용과 관련한 부당이득 반환채무 등의 부존재 확인을 구하는 청구가 포함되어 있으므로, 외국적 요소가 있어 국제사법에 따라 준거법을 결정하여야 한다고 전제하고, 국제사법 제31조, 제33조에 의하면, 부당이득은 그 이득이 발생한 곳의 법에 의하되, 당사자의 합의에 따라 대한민국법을 그 준거법으로 선택할 수 있는바, 원고들의 피고에 대한 청구에 관한 준거법이 대한민국법이라는 점에 관하여 당사자들 사이에 다툼이 없으므로, 이 사건의 준거법을 대한민국법으로 봄이 상당하다고 결정하였다. 그리고 대상판결은 원고들과 피고는 여전히 원고들이 피고의 망에 연결되어 있는 것에 관하여 그 대가의 지급 방식, 규모, 기준, 시기 등을 협상하는 과정에 있고, 그와 같은 협상의 체결 여부와 내용에 따라 이 사건 변론종결일 현재까지 원고들이 부담하는 연결에 관한 대가 지급채무의 범위가 정하여질 것으로 보이며, 협상이 결렬되었다고 볼 수 없는 현재로서는 원고들이 피고에 대하여 연결에 관한 대가 자체를 지급할 채무가 있음을 넘어 그 지급채무의 범위를 확정할 수 없다고 하고, 원고들이 협상과정 내지 계약체결과정 중 그 상대방인 피고의 명시적인 동의를 받아 피고의 망에 연결하고 그 연결 상태를 유지하고 있는 이상 현재 법률상 원인의 부존재를 요건으로 하는 부당이득 반환채무가 성립하고 있다고 보기도 어렵다⁶⁸⁾고 판단하였다.

68) 다만, 1심법원은 이는 원고들이 피고에 대하여 어떠한 채무도 부담하지 않는다는 것이 아니라, 원

다. 평가

이 사건에서 원고는 (1) 협상의무 부존재의 확인과 (2) 대가 지급채무의 부존재를 구하였는데, 1심판결은 후자와 관련하여 역외의 해저케이블에 설치된 피고의 국제선망 등의 이용과 관련한 부당이득 반환채무 등의 부존재 확인을 구하는 청구가 포함되어 있으므로 부당이득과 관련한 제31조를 적용하되, 처음으로 부당이득과 관련하여 사후적인 당사자 합의를 허용하는 제33조를 적용하여 대한민국법을 준거법으로 선택하였다고 보았다는 점에서 의의가 있다. 이는 원고들의 피고에 대한 청구에 관한 준거법이 대한민국법이라는 점에 관하여 당사자들 사이에 다툼이 없으므로 당사자들이 묵시적으로 대한민국법을 합의하였다고 본 것으로 보인다. 그러나 다툼이 없다고 하여 모두 곧바로 묵시적 합의가 있었다⁶⁹⁾고 보는 것은 다소 무리가 있다고 본다.⁷⁰⁾ 이 경우 국제사법 제25조 제1항 단서에 따라 당사자의 그러한 묵시적 선택이 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있어야 할 것이다.⁷¹⁾ 다만, 소송에서 당사자들이 실제로 다툼이 없이 한국법의 적용을 인용하였다면 그것을 합리적으로 인정할 수 있는 경우가 대부분일 것이다. 현재 이 사건은 서울고등법원에서 항소심이 다투어지고 있는데, 원고가 1심판결과 동일하게 국제사법 제33조가 규정하는 법정지법으로 합의하였다고 계속 인정할지 지켜볼 필요가 있다. 이는 두 번째 분석이 필요한 부분과 관련되는데, 만일 당사자의 합의가 없었다고 본다면, 결국 이 문제는 국제사법 제31조의 연결점에 따라 부당이득지를 판단하여야 한다. 그런데 이 글에서 부당이득에 관하여 첫 번째 소개한 도메인이름 사건의 대법원의 논리처럼 손실지와 이득지가 다를 경우 이득이 미국에서 발생하고 있다고 판단하는 경우 원고 넷플릭스의 본점 소재지가 이득지라고 판단할 개연성이 없는 것도 아니다. 물론 이렇게 판단하는 것은 바람직하지 아니하며, 이 경우 이득도 원고의 관념적 이익이 대한민국에서 발생하고 있다고 보고 대한민국을 부당이득지로 보는 것이 바람직하다고 본다.⁷²⁾ 결국 이 사건에서는 제31조 본문에 따르거나 제33조에 따르더라도 어느 경우에도 한국법이 부당이득의 준거법이 될 것으로 판단된다. 향후 상급심에서의 논의와 판단이 기대된다.

고들이 피고에 대하여 부담하고 있는 연결에 관한 대가의 법적 성격이 민법 제741조가 규정하고 있는 부당이득 반환채무로 보기는 어렵다는 취지라고 한다.

69) 석광현, 앞의 책(국제사법해설), 422면은 당사자들이 소송절차에서 준거법을 다투지 않은 것을 묵시적 합의의 예로 소개한다.

70) 앞서 소개한 영농조합법인 휴양타운 사건의 원심에서 원고가 이 사건 소송에서 원고와 조합원인 피고들 사이에 대한민국 법을 준거법으로 하는 합의가 이루어졌다고 주장한 것에 대해 원심판결은 “원고는 이 사건 소송에서 준거법이 대한민국 법임을 전제로 하는 주장을 하였고, 조합원인 피고들은 이 법원이 2016. 11. 1.자 재판절차안내를 통하여 준거법 확인의 필요성을 설명할 때까지 준거법에 관하여 아무런 주장을 하지 아니하였다. 그러나 위와 같은 사정만으로는, 원고와 조합원인 피고들 사이에 준거법을 대한민국 법으로 하는 묵시적 합의를 사후적으로 하였다고 인정하기 어렵고, 달리 원고와 조합원인 피고들 사이에 대한민국 법을 준거법으로 하는 합의가 이루어진 사실 또는 조합원인 피고들 소송대리인에게 준거법 합의에 관한 수권이 있었음을 인정할 증거가 없다”고 판단하였다.

71) 최홍섭, 앞의 책, 311면.

72) 그리고 원고와 피고의 망사용에 관한 계약관계가 있을 것이므로 제31조 단서에 따라 계약의 준거법에 종속적으로 연결할 수도 있을 것이다.

IV. 불법행위 관련 판례 분석

국제사법의 시행 이후에도 구 섭외사법에서와 동일하게 불법행위 사건은 법정 채권 분야에서 판결례가 가장 많은 분야이다. 필자가 조사한 2001년 이후 불법행위의 준거법과 관련하여 판단한 판례는 하급심을 포함하여 총 30건 정도인데, 부당이득에서와 같이 동일한 쟁점을 다루는 사건을 모두 1건으로 처리하여도 그 숫자가 17건⁷³⁾에 이를 정도로 부당이득 사건에 비해 불법행위 사건이 3배 이상 많다. 아래에서는 부당이득에서와 같이 대법원 판결 여부 및 선고일 순서에 따라 각 판례를 소개한다.

1. 대법원 2011. 5. 26. 선고 2009다15596 판결: hpweb.com 도메인이름 사건

가. 사실관계와 법원의 판단

이 사건의 사실관계에 대하여는 위 부당이득과 관련한 부분에서 소개하였으므로, 불법행위와 관련한 부분의 법원의 판단을 간단히 다시 소개하면 다음과 같다.

피고 미국회사(hp)가 도메인이름의 등록을 이전받기 위한 전제로서 피고가 도메인이름 사용금지를 구할 실체적 권리 즉, 사용금지청구권을 가지는가를 살펴보아야 하는데, 사용금지청구권은 원고의 도메인이름 등록·사용행위가 피고의 상표권 침해라는 불법행위를 원인으로 하는 것이라는 전제하에, 대상판결은 구 섭외사법 제13조에 따라 상표권 침해행위가 행하여지고 권리침해 결과가 발생한 미국법에 의하여야 한다고 판단하였다.

나. 평가

구 섭외사법은 지재권 침해와 관련한 특별연결규칙인 국제사법 제24조를 두지 아니하였으므로, 동법 제13조에 따라 침해의 행동지와 결과발생지가 미국이라고 보고 미국법을 준거법으로 결정하였다. 그러나 원고가 국내에서 hpweb을 상표로서 등록하였는지는 명확하지 않으나, 여하튼 피고의 미국 상표권을 침해하는 모든 행동은 한국에서 하였으므로 행동지를 고려하지 않은 것은 흥미롭다. 이에 대한 한 평석에 따르면, 한국이 사실행위지이기는 하나 미국 상표권 침해에 한해서는 한국에서의 행동인 한국의 실질법에 따라 미국 상표권 침해의 원인행위로 인정되는 것이 아니고 단지 보호국인 미국법에 따라 불법행위의 행동지로서 평가될 뿐이므로 한국법이 미국 상표권침해의 준거법이 되는 것은 아니므로 이 경우 행동지법은 부정되어야 한다고 한다.⁷⁴⁾ 이 견해는 지재권에 관한 특별연결규칙이 없는 상황에서 불법행위의 준거법을 결정할 때 행동지를 어

73) 여기에는 구 섭외사법을 적용한 도메인이름사건, 강제징용 사건과 고엽제 사건을 포함한 것인데 이를 제외하면 그 숫자는 14건으로 줄어든다. 그리고 14건에서 외국판결의 승인 및 집행과 관련된 하급심 판결 2건을 제외하면 순수하게 국제사법 제32조에 따른 판결은 12건이라고 할 수 있다.

74) 장준혁, 앞의 논문(2014), 146~148면 참조.

떻게 고려하여야 하는가에 대한 의미 있는 고려를 제공하였다는 점에서는 의미가 있으나, 불법행위의 행동지와 결과발생지를 사실 그 자체에서 파악하지 않고 법익이 침해된 국가의 실질법의 렌즈를 통하여 파악하고 있다는 점에서 다소 이해하기 어렵다.

2. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 및 2009다68620 판결⁷⁵⁾: 강제징용 사건

이 사건은 일제 강점기에 구 미쓰비시와 구 일본제철에 강제로 징용된 우리 국민이 일본 소송을 진행하는 과정에서 우리 법원에 일본에서와 동일한 청구원인 즉, 강제징용 등으로 인한 손해배상, 안전배려의무 위반으로 인한 손해배상 및 미지급 임금을 구 미쓰비시와 구 일본제철의 권리의무를 승계한 현 미쓰비시와 신일본제철을 피고로 제기한 소송이다. 이 사건은 외국판결의 승인과 관련된 쟁점⁷⁶⁾, 준거법에 관한 쟁점⁷⁷⁾, 국제법적인 쟁점⁷⁸⁾, 민사법⁷⁹⁾ 및 회사법⁸⁰⁾적인 쟁점 등 다양한 쟁점을 가지고 있지만, 여기에서는 이 글의 주제인 준거법 중에서도 불법행위의 준거법과 관련된 부분에만 초점을 두고 사실관계와 법원의 판단⁸¹⁾을 간단히 소개하기로 한다.

가. 사실관계

일본은 중일전쟁과 태평양전쟁을 치르면서 군수물자 생산에 노동력이 부족하게 되자 이를 해결하기 위하여 1938. 4. 1. 국가총동원법을 제정·공포하고, 1942년 조선인 内地移入 斡旋要綱을 제정·실시하고, 한반도 각 지역에서 관알선을 통하여 인력을 모집하였으며, 1944. 10.경부터는 국민징용령에 의하여 일반 한국인에 대한 징용을 실시하였다. 이 과정에서 구 일본제철을 비롯한 일본의 철강생산자들을 총괄 지도하는 일본

75) 앞의 판결은 미쓰비시의 강제징용에 관한 것이고 뒤의 판결은 신일본제철의 강제징용에 관한 것이다.

76) 이에 관한 평석으로는, 석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인 가부”, 앞의 책(국제사법과 국제소송 제6권), 617면 이하; 이현묵, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점: 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 중심으로”, 국제사법연구 제19권 제1호, 2013, 65면 이하; 박선아, “일본 전범기업을 상대로 한 민사소송의 의의와 과제”, 법조 통권 684호, 2013. 9, 239면 이하; 장준혁, “일본 치하의 징용근로자의 대사인적 소송의 법률문제들”, 판례실무연구 XI, 2014, 558면 이하 참조.

77) 이에 관한 평석으로는, 석광현, “강제징용사건의 준거법”, 위의 책, 665면 이하; 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 국제사법연구 제19권 제1호, 2013, 157면 이하 참조.

78) 이에 관한 글로는, 도시환, “한일청구권협정 관련 대법원 판결의 국제법적 평가”, 국제사법연구 19권 1호, 2013, 27면 이하; 강병근, “국제법적 관점에서 본 일제강제징용 배상판결의 주요쟁점에 관한 연구”, 저스티스 통권 제143호, 2014. 8., 235면 이하; 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013, 357면 이하 참조.

79) 이에 대하여는 우선, 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013, 393면 이하; 이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013, 471면 이하; 이흥렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구”, 비교사법, 제19권 제2호, 2012, 503면 이하 참조.

80) 천경훈, “전후 일본의 재벌해체와 채무귀속: 일제강제징용사건의 회사법적 문제에 관한 검토”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013, 433면 이하 참조.

81) 위 두 대법원 판결의 쟁점과 취지는 동일하므로 여기서는 후자인 신일본제철 판결을 소개하기로 한다.

정부 직속기구인 철강통제회가 1941. 4. 26. 설립되었는데, 철강통제회에서는 우리나라에서 노무자를 적극 확충하기로 하고 일본 정부와 협력하여 노무자를 동원하였고, 구일본제철은 사장이 철강통제회의 회장을 역임하는 등 철강통제회에서 주도적인 역할을 하였다. 한편, 원고 1, 2는 1997. 12. 24. 일본 오사카지방법재판소에, 피고와 일본을 상대로 국제법 위반 및 불법행위 등을 이유로 한 손해배상금과 강제노동기간 동안 지급받지 못한 임금 등의 지급을 구하는 소송을 제기하였다가 2001. 3. 27. 원고청구기각 판결을 선고받고, 오사카고등재판소에 항소하였으나 2002. 11. 19. 항소기각판결을 선고받았으며, 2003. 10. 9. 최고재판소의 상고기각 및 상고불수리 결정으로 위 판결들이 확정되었다(이와 같은 일본에서의 소송을 이하 ‘일본소송’이라 하고, 그 판결들을 ‘일본판결’이라고 한다). 한편 원고들은 원고 1, 2의 일본소송이 종료한 이후인 2005. 2. 28. 서울중앙지방법원에 피고를 상대로 국제법 위반 및 불법행위를 이유로 한 손해배상금의 지급을 구하면서 이 사건 소송을 제기하였는데, 원고 1, 2는 일본소송에서 주장한 청구원인과 동일한 내용을 이 사건 소송의 청구원인으로 하였다.

나. 법원의 판단

대상판결은 일본의 한반도와 한국인에 대한 식민지배가 합법적이라는 규범적 인식을 전제로 하여 일제의 국가총동원법과 국민징용령을 한반도와 위 원고들에게 적용하는 것이 유효하다고 평가한 일본판결은 대한민국 헌법의 핵심적 가치와 정면으로 충돌하는 것이므로, 이러한 판결 이유가 담긴 일본판결을 그대로 승인하는 결과는 그 자체로 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반되는 것임이 분명하므로 우리나라에서 일본판결을 승인하여 그 효력을 인정할 수는 없다고 판단하고, 원심판결⁸²⁾이 이와 달리 일본판결의 효력을 대한민국 법원이 승인하는 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 위반되지 않으므로 승인된 일본판결의 기판력에 의하여 위 원고들의 청구에 대하여 일본판결과 모순된 판단을 할 수 없다는 이유로 위 원고들의 청구를 곧바로 기각하고, 대한민국 법원의 독자적인 관점에서 위 원고들의 청구를 직접 판단하지 아니함으로써 외국판결의 승인에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 판단하였다.

한편, 불법행위의 준거법과 관련하여 대상판결은 원고들의 청구권이 발생한 시점에 적용되는 대한민국의 저촉규범에 해당하는 ‘법례’에 의하면 불법행위로 인한 손해배상청구권의 성립과 효력은 불법행위 발생지의 법률에 의하는데(제11조), 이 사건 불법행위지는 대한민국과 일본에 걸쳐 있으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 판단할 준거법은 대한민국법 또는 일본법이 될 것이나, 이미 공동원고들인 원고 1, 2가 일본법이 적용된 일본소송에서 패소한 점에 비추어 원고 3, 4는 자신들에게 보다 유리한 준거법으로 대한민국법을 선택하려는 의사를 가지고 있다고 추인되므로, 대한민국 법원은 대한민국법을 준거법으로 하여 판단하여야 한다고 하고, 제정 민법이 시행된 1960. 1. 1. 이전에 발생한 사건이 불법행위에 해당하는지 여부와 그 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부의 판단에 적용될 대한민국법은 제정 민법 부칙 제2조 본문

82) 서울고등법원 2009. 7. 16. 선고 2008나49129 판결.

에 따라 ‘구 민법(의용 민법)’이 아닌 ‘현행 민법’이라고 결정하였다.

나. 평가

우선, 대상판결은 일본판결의 승인이 일차적인 쟁점이고, 외국판결의 승인에 있어서는 그 외국판결의 준거법 통제를 하지 않는다. 그런데 이 사건은 그 외국판결의 승인결과가 우리나라의 기본적인 도덕적 신념이나 근본적인 가치관념과 정의관념에 반하는가 즉, 승인공서 관점의 통제가 관건인데,⁸³⁾ 대상판결은 준거법 부분까지 판결하였다는 점은 흥미롭다. 어쨌든, 우선 대상판결이 승인공서를 분석하며, 대한민국의 헌법적 가치를 적극 반영하였다는 점에서 큰 의의를 가진다고 평가할 수 있다.⁸⁴⁾

다음으로, 대상판결이 불법행위의 준거법 결정과 관련하여 그 연결점을 행동지와 결과발생지 중에서 원고가 자신들에게 보다 유리한 준거법으로서 대한민국법을 선택하려는 의사를 가지고 있다고 추인한다고 함으로써 격지불법행위에서 원고가 자신에게 유리한 법을 선택할 수 있음을 명확히 하였다는 점에서도 큰 의의가 있다. 종래의 격지불법행위와 관련한 대법원 판례에서는 이 점을 명확히 하지 않았는데,⁸⁵⁾ 대상판결은 피해자인 원고가 자신에게 유리한 법을 선택할 수 있다고 결정한 점은 높이 평가할만하다. 다만, 어떤 경우에도 격지불법행위이면 피해자가 이를 선택할 수 있는 것인지, 일부 경우에는 선택할 수 없다면 그 기준은 무엇인지, 그리고 이 과정에서 법원의 역할은 무엇인지 등의 쟁점에 대해 추후 학계와 판례의 전개가 더 필요하다고 본다.⁸⁶⁾

한편, 대상판결에서는 불법행위가 복수의 장소에서 일어난 경우 그 불법행위를 하나의 불법행위로 보고 하나의 준거법에 의할 것인지 아니면 각각의 불법행위에 대한 준거법을 별도로 결정하여 각각에 대한 판단을 별도로 하여야 하는 것인지에 대한 논점⁸⁷⁾을 다루지는 않았으나, 대상판결의 실시는 섭외사법 하에서의 대법원 판결⁸⁸⁾에 따라 하나의 불법행위로 파악하고 그 손해 전부를 한국법에 따라 처리한 것으로 보인다.

마지막으로, 대상판결은 불법행위의 성립에 관한 부분은 다루지 않았으나, 일본의 국민징용령을 적용하는 것은 헌법 및 공서에 반한다고 판단하였으므로, 그 준거법은 법정지법인 한국법으로 결정한 것으로 보인다.⁸⁹⁾

3. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결: 미국해사법 적용 사건

83) 석광현, 앞의 논문(강제징용의 준거법), 669면은 이를 정확히 지적하고 있다(승인공서와 관련한 쟁점에 대하여는 석광현, 앞의 논문(강제징용사건에 관한 일본판결의 승인 가부), 630~637면 참조).

84) 국제사법에 반영된 헌법적 가치와 관련한 논의로서는 석광현, “국제사법에 대한 헌법의 영향”, 저스티스 통권 170-3호, 2019. 2, 489면 이하 참조.

85) 물론, 하급심 판결에서는 이를 이미 인정하고 있었다. 참고로, 후술하는 고엽제 사건에서 서울지방법원 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결 및 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결에서는 이미 이런 취지를 실시하고 있었다.

86) 아직 이른 감이 있으나, 대상판결 이후에 나온 아래의 대법원 판례를 살펴보면, 이 같은 격지불법행위 피해자의 준거법 ‘선택권’을 정면으로 다루고 있지 않는 점을 미루어 볼 때 이 같은 대법원 판례가 확립된 것인지는 의문이다.

87) 이에 대하여는 장준혁, 앞의 논문, 169~172면; 석광현, 위의 논문, 677~678면 참조.

88) 대법원 1983. 3. 22 선고 82다카1533 판결.

89) 석광현, 앞의 논문(강제징용의 준거법), 668면은 대상판결이 승인공서위반을 인정한 사실로부터 그렇게 판단한 것으로 추측할 수 있다고 설명한다.

가. 사실관계

이 사건 원고는 우리나라 법인인 STX팬오션이고, 피고는 미국 델라웨어 주법에 의해 설립된 회사인 손선 콘넥트 닛컴 인코퍼레이션이며, 서울 중구에 영업소를 두고 있다. 원고는 선주회사인 사판드로스 캐리어 엘티디로부터 이 사건 선박인 간트비전호를 용선하는 계약을 체결하였으며, 원고는 피고와 미국 뉴올리언즈 항에서 연료를 공급받기로 하는 계약(이하 ‘이 사건 연료공급계약’)을 체결하였다. 그리고 그 연료공급계약에서 준거법은 미국법으로 한다고 규정하고 있었다. 그런데 이 사건 연료를 뉴올리언즈 항에서 공급받은 이후 일본으로 항해하고 있던 중 엔진 출력 감소와 엔진 과부하 현상이 발생하였고, 그에 따라 엔진 고장이 발생하였다.

선주회사와 원고는 이 사건 용역계약에서 용선기간 중 용선자인 원고가 이 사건 선박에 자신의 비용으로 연료유를 공급하고, 그 연료유는 이 사건 선박의 엔진에서 연소하기에 적합한 품질을 가져야 한다고 약정하였고, 이 사건 용선계약의 준거법은 영국법으로 하고, 이 사건 계약에 관한 모든 분쟁은 런던 해상중재 협회의 중재에 의한다고 약정하였다. 이에 따라, 선주회사가 원고를 상대로 런던에서 위와 같은 중재를 신청하면서 이 사건 선박의 엔진 손상 등으로 인한 손해를 포함하여 1,209,803.01달러의 손해배상을 청구하였고, 선주회사와 원고 사이에서 원고가 860,000달러를 배상하기로 하는 합의가 이루어졌으며, 그 무렵 원고가 위 금액을 선주회사에게 지급하였다. 이후, 원고는 피고의 부적합 연료유로 인해 이 사건 선박의 엔진이 손상되었는데 이러한 연료유 공급과 원고와 선주회사가 중재절차에서 합의로 지급한 금액 및 변호사 보수의 지출은 피고의 채무불이행 또는 불법행위로 인한 것이라고 주장하며 손해배상을 청구하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

대상판결은 채무불이행과 관련한 준거법 결정과 관련하여 원고가 이 사건 연료공급계약에서 단순히 미국법을 준거법으로 하는 것은 준거법을 특정할 수 없으므로 이 같은 합의는 무효라는 주장을 배척하고, 당사자가 계약의 준거법으로 지역에 따라 법을 달리하는 이른바 연방제국가의 어느 특정 지역의 법을 지정하지 않고 단순히 연방제국가의 법이라고만 약정한 경우, 선택된 법이 특정 지역의 법이 아니라 연방제국가의 법이라는 사정만으로 그러한 준거법 약정이 내용을 확정할 수 없는 것으로 당연 무효라고 보아서는 아니 되고, 계약 문언, 계약 전후의 사정, 거래관행 등 모든 사정을 고려하여 당사자가 그 국가의 어느 지역의 법을 지정한 것으로 합리적으로 인정되는지 여부까지 살펴보아야 하며, 나아가 지역에 따라 법을 달리하는 연방제국가라고 하더라도, 어느 법률관계에 관하여 그 국가 전체에 통일적으로 적용되는 이른바 연방법이 존재한다면 적어도 그 법률관계에 관하여는 연방법이 적용되어 지역에 따라 법을 달리한다고 할 수는 없으므로, 당사자가 그 법률관계에 관한 준거법으로 연방제국가의 법을 준거법으로 선택한 약정은 그 국가의 연방법을 준거법으로 선택한 약정으로서 유효하다고 판단하

고, 원심판결⁹⁰⁾이 해사법(admiralty law)을 이 사건 연료공급계약의 준거법으로 적용된다고 하며, 이 사건 연료공급계약에 관해 미국 법을 준거법으로 선택한 합의는 유효한 준거법 합의라고 판단하며 원심판결을 인용하였다.

또한, 대상판결은 원심판결이 국제사법 제32조 제3항에 따라 가해자와 피해자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에 불법행위에 대한 준거법은 불법행위지법이 아니라 그 침해되는 법률관계의 준거법이 우선적으로 적용된다고 판단하고 미국 해사법을 적용한 부분에 대해서도 법리오해 등의 위법이 없다고 판단하며 원심판결을 인용하였다.

다. 평가

대상판결은 불법행위와 관련하여 국제사법 제32조 제3항의 종속적 연결을 인용한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 의의가 있으나, 불법행위와 관련한 쟁점보다는 계약준거법의 관점에서 연방국가인 미국에서 미국법을 준거법으로 지정한 경우 이를 곧바로 무효로 볼 것이 아니라 국제사법 제25조 제1항에 따라 계약 문언, 계약 전후의 사정, 거래관행 등 모든 사정을 고려하여 당사자가 그 국가의 어느 지역의 법을 지정한 것으로 합리적으로 인정되는지 여부까지 살펴보아야 한다고 설시하며, 연방국가인 미국에서 연방법이 존재한다면 적어도 그 법률관계에 관하여는 연방법이 적용되어 지역에 따라 법을 달리한다고 할 수는 없으므로, 당사자가 그 법률관계에 관한 준거법으로 연방제국가의 법을 준거법으로 선택한 약정은 그 국가의 연방법을 준거법으로 선택한 약정으로서 유효하다고 판단한 부분이 더 큰 의의를 가진다고 평가할 수 있다.

4. 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결 및 2006다17553 판결⁹¹⁾: 고엽제 사건

가. 사실관계와 법원의 판단

이 사건의 원고들은 베트남전 참전군인들로서 베트남전 참전중 미국 회사인 다우 케미칼 등 피고 회사들이 정부가 제시한 제조지시에 따라 제조한 고엽제 때문에 발생한 질병으로 인한 제조물책임 등에 따른 손해배상을 구한 사안이다.

대상판결은 우선 제조물책임 소송에서의 손해발생지 법원에 국제재판관할권이 있는지 여부를 판단하여 경우에는 제조업자가 그 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견⁹²⁾할 수 있을 정도로 제조업자와 손해발생지 사이에 실질적 관련성이 있는지를 고려하여야 한다는 점을 설시한 뒤, 피고들이

90) 서울고등법원 2009. 8. 20. 선고 2007나27566 판결.

91) 양 대법원 판결은 원고만 다르고 청구취지 및 피고들은 동일하며, 양 대상판결의 판결 취지도 동일하다.

92) 이 같은 예견가능성 요건의 근거에 대해 원심판결은 이를 조리에 두고 있다. 제조물소송에서 조리에 근거하여 예견가능성을 요구한 것은 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결(나우정밀 사건)에서부터이다. 대륙전자(이후 드레코로 상호 변경)의 압력솔 폭발과 관련한 뉴욕 남부 연방지법 판결의 승인 및 집행 사건(대법원 2015. 2. 12. 선고 2012다21737 판결)에서도 93다39607 판결을 다시 인용하여 예견가능성을 요구한 바 있다.

우리나라 참전군인들이 베트남전에 참전하는 사실을 알고 있었으므로 베트남에서 살포된 고엽제에 노출된 우리나라 군인들이 귀국한 후 질병이 발생할 경우 우리나라에서 피고들을 상대로 제조물책임을 묻는 소를 제기할 수 있음을 충분히 예견할 수 있었던 점 등을 들어 우리 법원의 국제재판관할을 가진다고 판결하며, 원심⁹³⁾의 판단이 정당하다고 결정하였다.

한편, 대상판결은 불법행위의 준거법 결정과 관련하여 구 섭외사법 제13조에 따른 불법행위지 즉, 그 원인이 된 사실이 발생한 곳은 행동지뿐만 아니라 손해의 결과 발생지도 포함한다고 설시하며, 우리나라 법원이 이 사건 소에 관하여 국제재판관할권을 가지는 이상 우리나라의 법은 이 사건 제조물책임에 관한 준거법이 될 수 있다고 판단하였다. 이에 반해 원심판결은 불법행위의 행동지와 결과발생지가 상이한 경우에는 준거법으로 지정될 수 있는 행동지법과 결과발생지법은 각각 그 지정을 정당화하는 이익에 의하여 뒷받침되고 그 이익의 우열을 판단하기는 어렵다고 보아야 하므로, 피해자인 원고는 다른 준거법을 적용할 때보다 더 유리한 판결을 받을 수 있다고 판단하는 준거법이 있다면 그 법률을 준거법으로 선택할 수 있다고 하고, 이와 같이 원고에게 준거법의 선택권을 인정함으로써 피해자의 침해된 법익을 보다 두텁게 보호할 수 있고, 한편 피고에게 소송수행과 관련하여 특별히 예상치 못한 피해를 준다고 볼 수도 없다고 판시하였다. 다만, 선택된 준거법은 불법행위채권의 성립과 효과 등 당해 채권에 관한 법률관계에 전체적으로 적용되어야 하므로, 원고는 각 준거법으로부터 자신에게 유리한 일부 요건이나 효과만을 선택적으로 추출하여 그 적용을 주장할 수는 없고, 복수의 준거법이 적용될 수 있는 상황에서 원고가 그 적용될 준거법을 선택하지 않은 경우 법원은 행동지법 또는 결과발생지법 중의 하나에 해당하는 법정지법을 그 준거법으로서 적용하여야 하는데, 이는 원고가 복수의 준거법이 적용될 수 있는 상황에서 특정한 준거법이 시행되는 국가를 법정지로 선택한 것은 특별한 사정이 없는 한 그 법정지의 법률을 적용받고자 하는 의사를 표시한 것으로 해석함이 합리적이기 때문이라고 판단하였다. 즉, 이 사건에서 원심판결은 명시적으로 격지불법행위에서 피해자인 원고의 선택권⁹⁴⁾을 인정하였지만, 대상판결은 이에 관한 판단을 실시하지 아니하였다.⁹⁵⁾

나. 평가

이 사건은 구 섭외사법에 따른 판결이기는 하나 제조물책임과 관련하여 중요한 의의를 가진다. 우선 제조물책임소송에서 불법행위지와 관련한 국제재판관할권의 여부에 대한 판단으로서, 대상판결은 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결(나우정밀 사

93) 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결; 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32686 판결.

94) 1심인 서울중앙지법 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결도 선택권을 인정하고 있었다.

95) 대상판결 및 1심판결과 원심판결의 추가적인 시사점으로서 결과발생지는 원칙적으로 일차적 즉, 최초의 손해발생지에 국한되거나 법익침해지만 의미한다는 것이 통설인데, 대상판결 등은 제조물책임소송에서 후유증의 발생지인 한국도 결과발생지에 해당하다는 것을 명시했다는 점을 주목할만하다. 이는 우리 법원은 결과발생지의 개념에서 2차적 손해발생지는 배제되지만 적어도 제조물책임소송에서는 독립된 후유증 발생지는 단순한 이차적 손해발생지가 아니며, 1차적 손해발생지에 해당한다는 입장을 취한 것으로 볼 수 있다(장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호, 2014, 140~141면 참조).

건)에서 제시되었던 예견가능성 요건을 적용하여 피고의 예견가능성을 인정하고 대한민국에서 결과발생이 일어날 수 있을 것임을 예견할 수 있었다는 점과 그 외 증거자료 수집 용이성 등에서 대한민국과 실질적 관련이 있다고 결정하였다.

격지불법행위의 준거법 결정과 관련하여서는 1심판결 및 원심판결과는 달리 대상판결은 피고의 선택권이 있음을 실시하지 아니하였는데, 1심판결과 원심판결에서 이를 명확히 실시하고 있었고 또 이미 위에서 살펴본 2012년 5월 24일의 일제 강제징용사건에서 대법원이 이미 피고의 선택권이 있음을 명확히 하였음에도 대상판결이 이를 실시하지 아니한 것은 의외이다. 이것이 관련 기준이 아직 확립되지 않은 것이므로 대상판결이 의도적으로 실시하지 아니한 것인지 아니면, 이에 관한 인식 없이 부주의로 실시하지 아니한 것인지는 분명하지 아니하다. 그런데 대상판결이 이 사건에 대해 우리 법원에 국제재판관할권이 있는 이상 대한민국법이 이 사건 제조물책임에 관한 준거법이 될 수 있다고 판단한 것은 격지불법행위의 준거법 결정과 관련하여 원고가 대한민국 법원에 소송을 제기하면서 준거법을 결정하지 아니하면, 소송제기 자체로 이미 행동지나 결과발생지인 대한민국법을 준거법으로 결정할 의사가 있다고 보는 것으로 추정한다는 것인지도 모르겠다. 국제재판관할의 연결점과 준거법의 연결점에 관한 결정은 별도의 것이므로 이 같은 설시는 무리가 있는 것으로 보인다.

5. 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결: 디비손해보험등 지상약관 사건

가. 사실관계

금호석유화학이 스위스 국적의 원고 보조참가인 콜마 그룹 에이취(Kolmar Group AG)의 산하 콜마 아메리카즈 인크(Kolmar Americas Inc.)와 매매계약을 체결하여 국내로 수입한 스티렌 모노머가 운송중 상품성이 없을 정도로 사량이 이탈되는 사고가 발생하자, 위 화물에 관하여 금호석유화학과 해상적하보험계약을 체결한 원고 디비손해보험 등⁹⁶⁾이 금호석유화학에게 보험금을 지급하고 금호석유화학이 소지하고 있던 선하증권을 교부받아 화물을 운송한 화학제품 해상운송사업 등에 종사하는 싱가포르 법인인 피고 에이트젠 케미칼 싱가포르 피티이(Eitzen Chemical Singapore Pte.)를 상대로 불법행위에 따른 손해배상을 구하는 된 사건이다.

이 사건의 핵심은 선하증권에 일반적인 준거법에 대한 규정이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약이나 그 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법⁹⁷⁾을 우선 적용하기로 하는 이른바 ‘지상약관(Clause Paramount)’⁹⁸⁾이 준거법의 부분지정(분할)인지 해당 국제협약이나 외국 법률규정의 계약 내용으로의 편입인지에 관한 것인지를, 이에 따라 불법행위의 준거법과 관련하여 제32조 제3항에 따른 종속적 연결할 대

96) 디비손해보험(동부화재) 외에도 6개의 국내 손보사들(총 7개사)이 이 소송의 원고로 참여하였다.

97) 이 사건에서는 미국의 1936 US Carriage of Goods by Sea Act(US COGSA)를 말한다.

98) 해당 문구는 다음과 같다. “이 선하증권이, 선적항 또는 하역항(양륙항)이 미국 해상화물운송법 또는 유사한 법률이 시행되는 지역 내에 있다는 이유로, 1936. 4. 16. 승인된 미국 해상화물운송법 또는 1924. 8. 25. 브뤼셀에서의 선하증권에 대한 규정의 통일에 관한 국제협약(헤이그규칙)의 성문법적 효력을 부여하는 유사한 법률이 적용되는 권원증권인 경우에, 이 선하증권은 미국 해상화물운송법 또는 유사한 법률에 따라 효력을 가지고, 위 법률 규정은 이 선하증권에 편입된 것으로 간주되며, 이 선하증권의 어느 부분도 위 법률 규정에 따른 운송인의 권리나 면책의 포기 또는 책임의 증가로 간주되지는 아니한다.”

상 국가의 법이 정해질 수 있었다. 참고로, 이 사건 선하증권의 준거법은 영국법으로 판단하였고, 운송인의 책임범위에 관한 부분은 미국의 해상화물운송법(COGSA)로 규정되어 있었다.

원고들은 운송인의 책임제한에 관하여 국제사법 제60조 제4호가 운송인인 피고의 책임제한⁹⁹⁾은 선적국법인 싱가포르법에 의하도록 규정하고 있으나, 싱가포르법은 영국법이나 대한민국법과 책임제한액이 동일하며, 가사 피고의 주장처럼 이 사건 선하증권 후문에 의하여 운송인의 책임제한에 관하여 미국 해상화물운송법이 적용된다고 하더라도, 이는 저촉법적 규정이 아닌 실질법적 규정이므로 준거법인 영국법에 반할 수 없는데, 영국법에서는 강행규정으로 운송인의 책임제한범위를 미국 해상화물운송법보다 높게 정하여, 단위당 666.67계산단위 또는 총 중량의 매 킬로그램당 2계산단위 중 높은 금액 이하로 책임제한범위를 정하는 것을 무효로 하고 있다고 주장하고, 불법행위책임과 관련해서는 손해발생지인 대한민국법이 준거법이라고 주장하였다. 반면, 피고는 가사 원고의 주장처럼 영국법이 전체적인 준거법이라 하더라도, 이 사건 선하증권 후문이 정하는 책임제한에 관한 준거법은 미국 해상화물운송법이 되는데, 미국 해상화물운송법이 단순히 실질법적 측면에서 계약 내용에 편입되는 것에 그치지 아니하고 준거법이 분할된 것이므로 전체적인 준거법인 영국법의 강행규정에 의하여 제한되지 않으며, 불법행위책임의 준거법은 국제사법 제32조 제3항 에 의하여 침해되는 법률관계의 준거법에 의하여야 하므로 이 사건 선하증권의 준거법과 동일하게 미국법이라고 주장하였다.

나. 법원의 판단

원심판결¹⁰⁰⁾은 선하증권에 일반적 준거법 조항이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정하고, 그것이 해당 국가의 법률에서 정하는 적용요건을 구비하였다면, 특별한 사정이 없는 한 운송인의 책임제한에는 그 국가의 법을 준거법으로 우선적으로 적용하는 것이 당사자의 의사에 부합한다고 설시하고, 이 사건 선하증권 후문은 명시적으로 운송인인 피고의 책임범위를 미국 해상화물운송법에 의하도록 규정하고 있으므로, 일반적 준거법 조항에도 불구하고 운송인의 책임제한에 관하여 특정 국가의 법으로 정하도록 하였다면 동일한 선하증권에 위 약관이 일반적 준거법의 강행규정에 반할 수 없다고 기재되어 있는 등 특별한 사정이 없는 한 당사자의 의사는 운송인의 책임제한에 대해서는 미국 해상화물운송법을 준거법으로 분할하여 적용하고자 하는 것으로 보는 것이 타당하다고 즉, 피고의 주장과 같이 지상약관의 편입을 저촉법적 지정으로 보는 것이 타당하다고 판단하였으며, 대상판결은 이를 그대로 인용하였다.

불법행위책임의 준거법과 관련하여, 원심판결은 화물을 운송한 선박이 대한민국의 영역에 도착할 때까지도 손해발생이 계속되었다면 대한민국도 손해의 결과발생지

99) 국제사법 제60조 제4항은 운송인이 아니라 선박소유자 등의 책임제한에 대한 것이나 원고의 대리인들이 ‘절러보기’ 식으로 운송인의 책임제한도 이에 해당하는 것처럼 주장한 것으로 보인다.

100) 부산고등법원 2014. 5. 22. 선고 2012나10751 판결.

에 포함된다고 보는 것이 타당하며, 이 경우 대한민국의 영역에 이르기 전까지 발생한 손해와 그 영역에 이른 뒤에 발생한 손해는 일련의 계속된 과실행위에 기인한 것으로서 명확히 구분하기 어려우므로 통틀어 그 손해 전부에 대한 배상청구에 관하여 대한민국 법을 준거법으로 할 수 있다고 판단하였다. 그리고 운송계약상의 채무불이행 책임에 관하여 법률상 면책의 특칙이 있거나 또는 운송계약에 그와 같은 면책특약을 하였다고 하여도 일반적으로 이러한 특칙이나 특약은 이를 불법행위책임에도 적용하기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 없는 한 당연히 불법행위 책임에 적용되지 않는 것이나, 운송물의 권리를 양수하여 선하증권을 교부받아 그 소지인이 된 자는 운송계약상의 권리를 취득함과 동시에 목적물의 점유를 인도받은 것이 되어 운송물의 소유권을 취득하여 운송인에 대하여 채무불이행책임과 불법행위책임을 아울러 추궁할 수 있게 되는 점에 비추어 볼 때 운송인이 선하증권에 기재한 면책약관은 채무불이행 책임만을 대상으로 한 것이고 당사자 사이에 불법행위 책임은 감수할 의도였다고 볼 수 없으므로 불법행위책임에 적용하기로 하는 별도의 명시적, 묵시적 합의가 없더라도 당연히 불법행위 책임에도 그 효력이 미친다고 판단하며, 이 사건 선박이 대한민국의 영역에 도착할 때까지도 하자가 계속하여 발생하고 있었다 할 것이므로 불법행위에 기한 손해배상청구에 관하여는 대한민국법이 준거법이고 판단하고, 앞서 본 바와 같이 불법행위책임에 관하여도 계약상 책임과 마찬가지로 미국 해상화물운송법에 따른 책임제한이 인정된다고 판단하였다.

대상판결은 우선 국제사법 제32조 제1항 및 제3항은 불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의하되, 가해자와 피해자 사이에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 그 법률관계의 준거법에 의한다고 규정하고, 이 사건 선하증권 소지자인 원고들과 운송인인 피고 사이의 법률관계는 원칙적으로 이 사건 선하증권의 준거법에 의하여야 하며, 그 법률관계가 피고의 불법행위에 의하여 침해된 경우에 적용할 준거법 역시 이 사건 선하증권의 준거법이라고 보았다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 선하증권의 일반적·전체적 준거법은 영국법이고 운송인의 책임제한에 관한 준거법은 미국 해상화물운송법이므로, 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구에서도 이와 같으므로, 피고의 불법행위로 인한 손해배상책임에 따른 청구인용금액은 계약상 책임과 같게 된다고 판단하였다. 그리고 원심이 피고의 불법행위를 원인으로 하는 손해배상청구의 준거법이 불법행위지인 대한민국법이라고 보았으나, 불법행위책임에 관하여도 미국 해상화물운송법에 따른 책임제한이 인정되고, 지연손해금 부분에 대한민국법을 적용하더라도 계약상 책임이 인정되는 지연손해금과 같다는 이유로 별도로 불법행위책임의 성립 여부에 대하여 판단하지 않은 원심의 준거법에 관한 이유 설시에 적절하지 아니한 부분이 있기는 하나, 불법행위로 인한 손해배상책임의 청구인용금액이 선택적 청구인 계약상 책임과 같다고 판단한 점에서 결과적으로 정당하므로 원심의 앞서 본 잘못은 판결에 영향이 없다고 판단하였다.

다. 평가

대상판결¹⁰¹⁾은 위 3. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결(STX 환

101) 대상판결에 대한 전반적인 평석으로는, 최성수, “선하증권상 지상약관과 종속적 연결에 의한 불

오션 미국해사법 적용 사건) 다음, 두 번째로 불법행위의 준거법을 계약의 준거법에 종속시킨 대법원 판결이다. 따라서 이 대상판결의 핵심은 계약의 준거법이 쟁점이고 특히 선하증권의 준거법과 달리 지상약관에서 특정 국가의 ‘특정법’을 지정하는 것이 준거법의 분할에 의한 부분지정에 해당하는가에 대해 대상판결은 명시적으로 이를 준거법의 분할지정으로 인정하였다는 점이 특징적이다. 즉, 일반적으로 준거법을 지정한다는 것은 한 국가의 법체계 전체를 지정하는 것인데, 이 판결은 그것이 아니라 한 국가의 구체적인 법을 지정하는 것도 준거법의 부분지정으로 보았다는 점에서 의미가 있는 판결이다.¹⁰²⁾

참고로, 이 사건 선하증권의 준거법은 영국법이었는데, 영국 국제사법의 지도적 저서인 Dicey, Morris & Collins 제15판에 따르면, 선하증권에 1971년 UK COGSA나 1936년 US COGSA를 편입하는 경우 이는 법이 아니라 일련의 계약 조건으로서 효력을 가진다고 한다.¹⁰³⁾

7. 대법원 2019. 4. 23. 선고 2015다60689 판결: 냉동돈육 폐기 사건

가. 사실관계

이 사건은 중국 상하이에 주소를 둔 운송회사인 피고 코스코 컨테이너 라인즈 컴파니 리미티드(Cosco Container Lines Co., Ltd.)가 (주) 한진과 이 사건 운송계약을 체결하며 이를 증명하는 해상화물운송장(sea way bill) 이면약관에 중국법을 준거법으로 지정하는 조항이 기재되어 이 사건 운송계약에 편입되었다고 주장하여 관련 손해배상청구에 중국법의 적용 여부 등이 문제 된 사건이다.

원고 케이비손해보험¹⁰⁴⁾은 한진과 이 사건 보험계약을 체결한 보험자로서 네덜란드의 마르포 비브이(Marfo. B.V.)로부터 네덜란드산 냉동돈육을 구입한 대한항공이 한진과 운송계약을 체결한 후 이 사건 냉동 돈육이 피고가 운행하는 선박인 ‘한진 선젠호’를 통해 부산항으로 운송되던 중 봉인탈락이 발견되어 모두 소각 처분¹⁰⁵⁾되면서 발생한 대한항공의 손해를 배상하였는데, 이에 원고가 한진 및 대한항공이 피고에 대하여

법행위의 준거법”, 외법논집 제43권 제4호, 2019, 227면 이하; 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권 제2호, 2018, 253면 이하; 권창영, “선하증권상 지상약관이 준거법의 부분지정(분할)에 해당하는지 여부: 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결”, 해양한국 537호, 2018, 122면 이하 참조. 지상약관의 준거법에 관한 분석으로는 석광현, “해상국제사법의 몇 가지 문제점”, 국제사법과 국제소송 제5권, 248~252면 참조

102) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결도 대상판결과 같이 선하증권의 지상약관 준거법과 관련하여 명확하지는 않지만 준거법의 분할지정 즉, 부분지정을 인정한 바 있다.

103) Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., (London: Sweet & Maxwell, 2012), paras 32-056~32-057. 그런데 이것이 모든 경우에 그렇다는 것인지는 명확하지 않다. 조금 더 관련 판례와 문헌의 조사가 필요한 것으로 보인다.

104) KB손해보험은 2006년 LG화재에서 LIG손해보험으로 상호를 변경하였다가 2015년 6월 KB금융그룹의 계열사로 편입되면서 KB손해보험으로 상호를 변경하였다. 따라서 원심에서는 LIG손보가 원고였다.

105) 부산항에 도착한 2010년 11월 당시 우리나라는 전염중인 구제역 때문에 봉인 탈락이 있으면 그 내용물의 상태에도 불구하고 검역통과 불가사유에 해당되었고 이에 따라 국립수의과학검역원 담당자 등이 입회한 가운데 이 사건 냉동 돈육은 전액 소각 처분된 것이다.

보유하는 계약상, 불법행위상 책임을 묻는 손해배상청구권을 피고에 대해 대위하여 청구하는 사건이다.

나. 법원의 판단

1심판결¹⁰⁶⁾은 이 사건 이면약관에는 제26조를 비롯하여 거의 대부분의 조항에 해상화물운송장의 표시는 없고 오직 선하증권에 대한 기재만 있는 점에 비추어 피고가 주장하는 이면약관의 존재 및 이 사건 운송계약 편입이 인정되기 어렵다고 판단하였고, 한진과 피고 사이에 이 사건 운송계약에 적용될 법률관계에 관한 준거법을 정하였다고 볼 증거가 없으므로 계약의 준거법은 의무이행지인 부산항이 있는 대한민국이 가장 밀접한 관련을 가지며, 불법행위는 결과발생지로서 법익침해 당시 법익의 소재지인 부산 신행만이 있는 대한민국으로 보고, 원고가 보험자 대위하는 한진과 피고 사이의 운송인의 채무불이행책임, 불법행위의 성립 및 효과, 피고의 손해배상책임의 발생 여부, 구상관계 등 이 사건에 관하여는 모두 대한민국법(민법, 상법)을 준거법으로 한다고 결정하였다.

이에 반해, 원심판결¹⁰⁷⁾은, 피고의 주장의 주장을 받아들여, 피고가 한진에게 발행한 이 사건 해상화물운송장에 ‘이 사건 운송계약에 관련된 모든 분쟁은 중국법에 따라 판단한다’고 규정한 이면약관이 인쇄되어 이 사건 운송계약의 내용에 편입되었다는 점에서 중국법을 준거법이라고 보고 중국 해상법 제257조에 따라 구상권 행사의 제척기간인 90일이 도과하였다고 판단하였다. 이 과정에서 원심은 중국법을 준거법으로 하고 있는 이면약관 조항은 현저하게 불공정하여 공서양속에 반하는 것으로서 무효라고 주장하는 1심을 배척하면서 국제사법은 구 섭외사법과 달리 제32조 제3항에서 가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 그 법률관계의 준거법에 의한다고 명문으로 규정하고 있고 원고가 주장하는 사정만으로는 중국법을 준거법으로 정한 이 사건 해상화물운송장 이면약관 조항이 현저하게 불공정하여 공서양속에 반한다고 볼 수도 없다고 설시하였다. 이에 따라 원심판결은 원고가 피고에 대하여 이 사건 운송계약상의 채무불이행, 불법행위 및 재운송인에 대한 구상권에 따른 청구에 관해서만 판단하고 그 청구를 각하하였다.

이에 대해, 대소판결은 원심이 실시하고 있는 사유만으로는 피고가 주장하는 준거법 조항이 기재된 이면약관과 일체화된 이 사건 해상화물운송장 원본이 발행되어 그 이면약관의 내용이 이 사건 운송계약에 편입되었음을 인정하기에는 부족하다고 판단하고 원고의 상고이유를 받아들였다. 그리고 대소판결은 원심이 원고가 대한항공의 피고에 대한 불법행위에 따른 손해배상청구권의 대위행사하여 청구하는 부분을 누락하여 판단하였다고 결정하고, 불법행위의 준거법은 국제사법 제32조 제1항에 따라 손해의 결과발생지로서 법익침해 당시 법익의 소재지도 포함되므로, 이 사건 봉인번호의 탈락이 최종 확인된 장소가 대한민국이고 이로 인해 침해된 한진의 법익 소재지도 대한민국이므로 원고가 대위하는 대한항공의 피고에 대한 손해배상청구권의 준거법은 대한민국

106) 서울중앙지방법원 2014. 7. 8. 선고, 2012가단36065 판결.

107) 서울중앙지방법원 2015. 8. 19. 선고 2014나41390 판결.

법이라고 판단하고, 상법 제814조 제1항은 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무의 성질은 제척기간인데, 원심판결에서 원고가 동 제척기간 내에 이 사건 소를 제기하였는지 여부를 판단하여야 하고 또한 당사자 사이에 제척기간 연장에 합의가 있었는지도 함께 심리하였어야 했는데 이를 결하였다고 판단하여 원심법원으로 이 사건을 환송하였다.¹⁰⁸⁾

다. 평가¹⁰⁹⁾

이 사건은 피고가 이면약관의 존재에 관한 증명을 하지 못함에 따라 1심판결과 같이 계약준거법에 종속적 연결을 하지 않고, 국제사법 제32조 제1항에 따라 격지불법 행위시 행동지와 결과발생지 중 결과발생지를 불법행위지로 보았다. 하지만, 1심판결에서는 계약의 준거법과 불법행위의 준거법 모두를 각각 대한민국법으로 판단한 것에 반해 대상판결은 불법행위에 대한 준거법만 국제사법 제32조 제1항에 따라 결과발생지법으로서의 대한민국법만 판단하였다. 그런데 이것이 해당 사건의 손해배상청구가 불법행위에 따른 것으로 보아 그렇게 판단한 것이었는지 아니면 계약준거법에 대한 이면약관의 관련 증거가 불충분하므로 이에 대한 판단은 할 필요가 없다고 본 것인지 분명하지 않다. 1심판결과 같이 계약의 준거법을 국제사법 제25조에 따라 판단하였다면 종속적 연결에 의해 대한민국법이 가능하게 되므로 별도로 결과발생지법을 따질 필요가 없을 수도 있는데, 대상판결은 그러한 판단 없이 제32조 제1항에 따른 판단만 하였다. 이는 원고들은 보험계약의 직접 당사자가 아니라 대위하여 구상권을 행사하는 자들이어서 증거불충분의 문제뿐만 아니라 계약에 종속적으로 연결될 대상도 아니기 때문에 별도로 판단하지 아니하였다고 추정된다.

한편, 대상판결은 보험자의 대위에 대한 준거법을 따로 분석하지 않고 한국법이 적용되는 것으로 보고 보험자에게 채권이 이전된 것으로 전제하고 있는데, 이는 한국보험사와 한국회사(한진)간의 보험계약이었고, 한국회사(대한항공)에 대한 한국법에 따른 손해배상채권이 있기 때문에 한국법을 적용한 것으로 보인다.¹¹⁰⁾ 다만, 이 사건 보험계약의 준거법이 한국법이라면 전혀 문제가 없겠지만, 외국법을 준거법으로 하였다면 이 같은 사정만으로 대위의 준거법에 대한 별도의 판단 없이 한국법이 적용된다고 판단하였다면 이는 문제라

108) 환송심(서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2019나22448 판결)은 대상판결에 따라 계약과 불법행위책임의 준거법을 모두 대한민국법으로 판단하였다.

109) 대상판결에 대한 소개와 평석으로는 이필복, “해상운송인의 손해배상책임에 관한 재판관할합의와 준거법”, 해양한국 제549호, 2019, 86면 이하 참조.

110) 준거법과 관련한 것은 아니지만, 이 사건에서는 국제재판관할에 대한 쟁점도 제기 되었는데, 피고는 해상화물운송장 제26조 제1항에 재판관할과 관련하여 “이 선하증권과 관련된 모든 분쟁은 중국법에 따라 판단되고, 운송인을 상대로 한 모든 분쟁은 상하이 해사법원 또는 중국 내의 다른 해사법원의 관할로 한다”라고 규정하고 있으므로 대한민국 법원에 관할이 없다는 주장을 하였는데, 1심과 원심과 파기환송심판결(서울중앙지방법원 2020. 7. 16. 선고 2019나2248 판결) 모두 전속관할합의의 여부에 대한 분석은 하지 아니하고 피고가 국제 해운업에 종사하는 법인으로써 재판을 위해 대한민국에 접근하는 것에 큰 어려움이 없어 대한민국에서 재판을 받는 것이 현저하게 불공평하지는 않으므로 대한민국 법원에 국제재판관할이 있다고 판단하였다. 이것은 이 사건이 한진과 피고의 계약사건이 아니라 선하증권의 당사자가 아닌 원고와 피고의 분쟁이었기 때문인지, 아니면 전속합의가 아니라는 점을 미리 전제하여서인지 그도 아니면 이면합의에 대한 증거가 불충분하였기 때문이었는지 그 이유는 명확하지 않아 보다.

고 생각된다.

8. 서울고등법원 2014. 8. 22. 선고 2012나89230 판결: 항만 크레인 추락 사건

가. 사실관계

이 사건 원고는 해상운송업을 목적으로 덴마크국법에 따라 설립된 법인으로 머스크 미틸리니호(M/V Maersk Mytilini, 이하, ‘이 사건 선박’)을 용선하여 해상운송업에 사용하고 있는 에이 피 뮐러 머스크 에이에스이고, 피고들은 우선 원고와 터미널이용계약을 맺은 CJ대한통운(이하 ‘대한통운’)과 한국컨테이너부두공단법에 따라 설립된 한국컨테이너부두공단의 소송수계인인 여수광양항만공사(이하, ‘항만공사’)¹¹¹⁾이다. 원고와 피고 대한통운은 터미널이용계약을 체결하며 준거법과 관련하여 제31조에서 “국제사법에 관한 규정을 제외하고, 이 계약은 영국법을 준거법으로 하고 영국법에 따라 해석된다”라고 규정하고 있었다.

원고의 이 사건 선박은 2007년 10월 20일에 광양항에 입항하였고, 피고 대한통운의 적화작업에 따라 1,854개의 컨테이너가 선적되었다. 그런데 같은 날 오후 출항과정에서 양화 및 적화작업에 사용하였던 크레인 3대의 붐(boom)대를 원위치로 올리려는 과정에서 붐대가 이 사건 선박 위로 추락하는 사고(이하 ‘이 사건 사고’)가 발생하였다. 이에 원고는 피고 대한통운에 대해 주위적으로 터미널이용계약 제21.1조에 따라, 예비적으로 동계약 제2조에 따라 이 사건 사고로 인한 원고의 제반 손해를 배상할 책임이 있고, 피고 항만공사는 관리의무 소홀로 인한 불법행위자로서 민법 제750조에 따라 손해배상책임이 있고, 대한통운과 항만공사의 각 손해배상의무는 부진정연대채무관계에 있으므로, 피고들은 각자 원고에게 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 주장하며 이 사건을 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

피고 대한통운의 손해배상책임과 관련하여, 대상판결은 이 사건 터미널이용계약에서 준거법을 영국법으로 정하고 있으므로, 피고 대한통운의 채무불이행 여부 및 손해배상책임 여부는 영국법을 준거법으로 하여 판단하여야 한다고 하며, 이 사건 터미널이용계약 제4조¹¹²⁾에 따라 피고 대한통운은 피고 항만공사의 과실을 들어 원고에게 그 책임의 면제 또는 감경을 주장하지 못한다고 결정하였다.

피고 항만공사에 대한 불법행위책임을 이유로 한 손해배상책임과 관련하여, 대

111) 한국컨테이너부두공단은 2011. 8. 19 한국컨테이너공단법 폐지법률 제10628호에 따라 청산되었다. 피고 항만공사는 같은 법 부칙 제2조 (법인의 설립) 및 제3조 (재산 및 권리의무 승계 등)에 따라 한국컨테이너부두공단의 재산과 권리의무를 포괄적으로 승계하면서 이 사건 소송절차를 수계하였다(이하 위 두 법인을 편의상 모두 ‘피고 항만공사’라 함).

112) 터미널이용계약서 제4조는 “피고 대한통운은 이 계약하에서 수행하여야 할 서비스를 위하여 원고의 사전 서면 동의하에 종속계약을 체결할 수 있다. 원고는 불합리하게 동의를 거절할 수 없다. 피고 대한통운은 어떠한 방식으로든 종속계약을 근거로 이 계약하에서의 의무를 면하지 아니하며 이 계약에 따른 이행에 관하여 책임을 진다”고 규정하고 있었다.

상판결은 국제사법 제32조 제1항에 따라, 불법행위가 행해진 곳에는 행동지 이외에 법익침해 당시 법익의 소재지도 포함된다고 하며, 이 사건 사고로 인하여 침해되는 원고의 법익 소재지는 덴마크라고 볼 여지가 있으나 한편 행동지와 결과발생지가 상이한 경우에 피해자인 원고는 준거법을 선택할 수 있는데,¹¹³⁾ 원고가 피고 항만공사에 대한 청구에 있어서 대한민국법에 따른 청구를 하고 있음을 명시적으로 주장하고 있다. 따라서 이 사건 사고로 인하여 원고에 대한 피고 항만공사의 불법행위의 성립과 효과 및 손해배상책임의 발생 여부에 관하여는 대한민국법을 준거법으로 하여 판단한다고 하고 피고 항만공사의 주의의무위반은 원고에 대한 관계에서도 불법행위를 구성한다고 결정하였다.

다. 평가

대상판결은 불법행위의 준거법과 관련하여 2012년 5월 24일 선고된 일제강제징용판결에서 판시한 바와 같이 격지불법행위에서 원고의 선택권이 있음을 인정하고, 원고가 행동지인 대한민국법을 선택할 수 있도록 하였다는 점에서 의의가 있다. 그러나 앞서 논의한 바와 같이 대상판결은 위 대법원의 일제강제징용판결에서 선택권이 있다고 한 것을 모든 경우에 원고의 선택권이 있다고 한 것으로 보이는데, 이 사건에서는 행동지인 대한민국법을 선택하였으므로 피고 대한통운과 항만공사에 별다른 불측의 피해를 주지 않았으므로 별다른 문제가 없으나, 사안에 따라 원고의 선택이 피고에게 불측의 피해를 줄 수도 있으므로 이를 어떻게 적절히 유형화할 수 있을 것인가, 예견가능성이라는 요건만으로도 충분히 피고의 이익도 고려되는가 등에 대해 추후 학설과 판례의 전개가 필요할 것으로 보인다.

9. 서울고등법원 2014. 12. 11. 선고 2014나1463 판결: 텍사스법원의 징벌적 손해배상 일부 집행 사건

가. 사실관계

이 사건은 지폐 계수 및 위조지폐 탐지의 방법 및 장치에 관하여 미국 특허권을 가지고 있는 회사인 원고 커민스알리슨 코퍼레이션이 미국 텍사스 동부지방법원 러프킨지원이 2009년 10월 30일에 선고한 판결에 기초하여 한국 법원에 집행판결을 구하는 사건이다. 피고는 금융자동화기기 개발·제조 및 판매업 등을 목적으로 하는 대한민국 법인으로서 지폐계수기 생산 및 판매업을 하던 (주)신우아이티를 합병한 에스비엠이다. 원고는 피고 및 피고와 미국내 판매계약을 체결한 암로-아시안 트레이드 인코퍼레이션(Amro-Asian Trade Incorporation, 이하 ‘암로’)을 상대로 미국 텍사스 동부지방법원 러프킨지원(이하, ‘미국 제1심법원’)에 피고가 미국에서 판매하는 지폐계수기가 원

113) 대상판결은 선택권의 근거로서 앞서 소개한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결을 근거로 제시한다.

고의 특허권을 침해하였다고 주장하면서 특허침해에 따른 불법행위에 기초한 손해배상과 아울러 금지명령을 구하는 소를 제기하였고, 미국 제1심법원은 손해액은 11,898,279달러로 평결하였다. 이에 피고 및 압로는 동 평결에 불복하여 미국 연방순회항소법원(이하 ‘미국 제2심법원’)에 항소하였고, 미국 제2심법원은 미국 제1심판결 중 위 특정 특허 및 손해배상금의 지급에 관한 부분은 유지하고 특정 특허의 청구항에 대한 무효 선언 부분은 파기한다는 내용의 판결(이하 ‘미국 제2심판결’)을 선고하였고 피고는 미국 제2심판결에 대한 상고를 포기하였다. 이에, 원고는 미국판결에 기초하여 승인 및 집행을 구하는 소를 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

제1심판결은 미국 법원의 판결이 지나치게 과다한 손해배상액을 받아들였고, 피고가 우리나라 법인이며 미국 법원의 판결을 그대로 승인하게 되면 피고가 파산할 우려가 있어 내국관련성이 강하다는 이유로 미국 법원의 판결 중 일부(9,109,278.5달러)에 대해서만 강제집행을 허용하고, 원고의 나머지 부분의 소를 각하하였다. 이에 원고와 피고가 그 패소부분에 각각 불복하여 항소를 제기하고 원고는 원심에서 청구취지를 확장하였다.

대상판결의 미국판결의 특허침해로 인한 손해액 산정방법과 그에 따라 산정한 손해배상액을 인정하는 것이 공서양속에 위반되는지와 관련한 부분에서 피고는 미국 제1, 2심판결은 원고의 특허가 원고의 제품 중 일부에만 관련된 특허임에도 미국에서도 적용을 자제하는 추세인 전시장가치법(Entire Market Value Rule, EMVR)에 따라 원고 제품의 전체 판매가격을 기준으로 손해를 산정함으로써 실제 손해(특허침해와 관련된 부분)를 넘어서는 손해 또는 비경제적 손해를 손해액에 포함시켰으므로 손해의 범위를 상당인과관계 있는 통상손해로 한정하는 우리나라 민법과 특허법 및 우리나라 대법원의 태도에 반하고, 제한배상주의를 취하고 있는 민사소송법 제217조, 제217조의2, 우리나라 민사법, 국제사법 제32조 제4항 및 ‘WTO 무역관련 지적재산권에 관한 협정(TRIPs)’에도 반하고, 더욱이 징벌적 손해배상을 인정한 외국판결뿐만 아니라 전보배상이더라도 과도한 손해액을 인정한 외국판결로부터 국내 기업을 보호하기 위해 2014. 5. 20. 민사소송법 217조의2가 신설되었으므로 이러한 사정에 비추어 지나치게 과도한 손해배상을 명한 미국 제1, 2심판결을 승인하는 것은 공서양속에 위반된다고 주장하였다.

이에 대해 대상판결은 우리나라 특허법과 민법은 실제로 발생한 손해를 원상회복하는 전보적 손해배상을 원칙으로 하고 있고, 미국 특허법 284조도 마찬가지로 전보배상을 원칙으로 하고 있지만, 미국 특허법 284조는 예외적으로 고의침해의 경우에는 가중적인 손해배상이 가능하도록 하여 3배까지 배상할 수 있도록 하는 징벌적 손해배상도 규정하고 있는데, 특허권 침해로 인한 손해배상은 전보적 손해배상을 원칙으로 한다고 하더라도 그 구체적인 손해배상액을 산정하는 방식을 어떻게 정할지는 각국의 법제도의 문제로서 외국판결에 적용된 외국법이 우리나라의 실정법에 위반된다거나 동종 사건에서 우리나라 대법원의 판단과 결론을 달리한다는 이유만으로 바로 승인거부의 사유가 되는 것이 아니고, 해당 외국판결을 인정할 경우 그 구체적인 결과가 우리나라의

선량한 풍속 기타 사회질서에 반할 때에 한하여 승인과 집행을 거부할 수 있을 뿐이므로 단지 외국판결이 우리나라 법을 적용하였더라면 인용하였을 것보다 큰 금액의 손해배상을 명하더라도 그것만으로 외국판결의 집행이 공서양속에 반한다고 할 수 없다고 판단하였다.

다. 평가

이 판결은 특허침해와 관련한 외국판결의 승인 및 집행에 관한 판결로서 직접 우리 국제사법 제32조나 제24조에 따른 준거법을 결정한 사건은 아니나, 피고가 국제사법 제32조 제4항을 원용하며 외국판결의 부당함을 주장하였는데, 대상판결은 이에 관한 것은 판단하지 않았고, 미국 특허법이 예외적으로 3배 배상을 규정하고 있으므로 우리나라에서도 이를 인정할 수 있다고 판시한 점에서 의의가 있다.

국제사법 제32조 제4항은 외국법이 준거법일 때 외국판결의 승인의 관점에서 기능을 할 수 있으나, 이 판결에서는 미국 특허법도 전보배상이 원칙이고, 3배 배상은 구체적인 손해배상액의 산정과 관련한 것으로서 승인 결과가 우리나라의 공서에 반하지 않는다고 판시한 것인데, 이는 근자에 우리나라에서 3배 배상과 관련한 법률들¹¹⁴⁾이 상당히 등장하고 있다는 점에서 해당 사건이 3배 배상을 규정하고 있는 우리나라의 법률과는 상관없는 것이라 하더라도 3배 배상을 명한 외국판결을 승인할 수 있다고 판단하였기 때문에 외국판결의 승인절차의 관점에서 향후 국제사법 제32조 제4항의 역할이 제한적일 것임을 시사한다고 해석할 수도 있을 것이다.

10. 서울고등법원 2016. 6. 10. 선고 2015나2023077 판결: 임대차보증금 반환 사건

가. 사실관계

이 사건 원고 제이제이 인베스트먼트 리미티드(JJ Investment Limited)는 말레이시아국법에 따라 설립된 법인이며, 토피아도봉어학원에 대여한 금원을 담보하기 위해 토피아도봉어학원이 피고에 대하여 가진 임대차보증금에 대해 근질권을 가지게 된 자로서, 토피아도봉어학원이 소재한 건물의 소유자인 피고에 대해 주위적으로 근저당권설정 등기의 회복절차의 이행과 예비적으로 임대차보증금(18억원) 반환과 불법행위로 인한 근질권 침해 및 감사의 임무해태로 인한 근질권 침해로 인한 상법 제414조 제2항에 따른 손해배상을 예비적¹¹⁵⁾으로 청구한 사건이다.

114) 한충수, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II 규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법”, 서울법학 제26권 제1호, 2018, 178면에 따르면, 하도급 거래의 공정화에 관한 법률, 대리점 거래의 공정화에 관한 법률, 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 개인정보보호법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률, 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률, 회귀질환관리법 및 제조물책임법까지 총 8개의 법률에 3배 배상 제도가 도입되어 있다고 한다.

115) 임차금반환청구와 근질권 침해 및 감사의 임무해태로 인한 손해배상청구로 인한 예비적 청구 사이의 관계는 선택적 청구이다.

나. 법원의 판단

대상판결은 이 사건은 원고가 말레이시아국법에 따라 설립된 법인이어서 외국적 요소가 있으므로 국제사법에 따라 준거법을 결정하여야 한다고 전제한 뒤, 원고가 질권자로서 질권의 목적인 채권을 직접 청구하는 임대차보증금반환청구와 관련해서는 국제사법 제23조에 따라 담보대상인 임대차보증금반환채권의 준거법은 국제사법 제26조 제1항에 의하여 이 사건 임대차계약이 이루어지고 임대차목적물이 존재하여 가장 밀접한 관련이 있는 대한민국법이라고 판단하고, 원고가 질권자로서 구하는 말소된 근저당권의 회복등기청구는 국제사법 제19조에 따라 그 목적물인 각 부동산은 대한민국에 소재하고 있으므로 위 법률관계의 준거법은 대한민국법이라고 판단하였다.

그리고 말소회복등기청구에 대한 예비적 청구 중 근질권 침해에 대한 불법행위로 인한 손해배상청구에 대해서는 국제사법 제32조에 따라 대한민국법이 준거법이고, 상법에 의한 감사의 임무해태로 인한 제3자의 손해배상청구의 경우에도 그 책임의 성질을 고려할 때 법정채권 중 불법행위에 적용되는 국제사법 제32조를 유추적용하여 준거법이 대한민국법이 된다고 보는 것이 타당하다고 결정하였다.

다. 평가

대상판결은 약정담보물권의 준거법과 근저당권의 회복등기청구에 대해 각각 국제사법 제23조와 제19조를 적용하여 준거법을 대한민국법으로 적의 판단하였다는 점에서 곧바로 법정지법을 적용하지 않고 국제사법적 판단을 하였다는 것 자체에 일부 의의가 있다고 본다. 하지만 감사의 임무해태로 인한 제3자의 손해배상청구에 대해 이를 법정채권 중 불법행위에 적용되는 국제사법 제32조를 유추적용하여 준거법을 대한민국법으로 본 것은 의외이다. 감사의 제3자에 대한 책임은 회사법상의 문제이므로, 이는 동법인의 설립준거법에 따라 감사의 제3자에 대한 책임의 성립여부 및 그 범위를 결정하여야 했다. 물론 동 법인도 대한민국법인이므로, 결론은 동일할 것이나 이를 제32조에 따라 준거법을 결정한 것은 문제가 있다고 본다.

11. 서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르2226 판결: 캐나다 퀘백부부 위자료 사건

가. 사실관계

원고와 피고는 모두 캐나다 국적을 가진 자로서 2013. 7. ○○○에서 혼인신고를 하고 캐나다 퀘백주에서 거주해 오다가 피고는 2015. 8. 이후 대한민국에 입국한 이후부터는 대한민국에 거주하고 있으며, 원고는 2014. 12. 대한민국에 입국하여 피고 및 피고의 친인척과 함께 지내다가 2015. 1. 캐나다로 돌아간 상태이다. 2015. 3. 원고는 피고를 상대로 서울가정법원에 이혼 등 청구소송을 제기하였는데, 이혼사유는 대한민국 민법 제840조 제2호, 제6호에 규정된 배우자의 다른 일방에 대한 악의적 유기 및 기타 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유의 존재였고, 이혼의 청구 외에 위자료를 청구하였

는데, 위자료 청구의 준거법도 문제 되었다. 이후 원고는 1심에서 2016. 7. 7자 준비서면을 통해 이혼의 청구원인을 캐나다 이혼법 제8조 제2항 (a), (b)¹¹⁶⁾로 사실상 변경하였다.

나. 법원의 판단

대상판결은 이혼 청구에 대하여는 국제사법 제39조에 따라 준용되는 동법 제37조에 따라 원고와 피고의 동일 본국법인 캐나다법, 보다 구체적으로는 캐나다 이혼법을 적용하였고, 1심판결¹¹⁷⁾과 달리 캐나다 이혼법 제8조 제2항 (a)¹¹⁸⁾에 따라 이혼을 명함이 상당하다고 판단하였다.

그리고 위자료 청구와 관련하여, 위자료 청구는 국제사법 제32조 제3항에 따라 원고와 피고 사이에 존재하는 법률관계의 준거법인 캐나다 퀘벡주 민법을 적용한다고 대상판결은 결정하고, 1심판결과 같이 위자료 청구는 인정하지 아니하였다.

마지막으로, 재산분할 청구에 대해서는 국제사법 제38조 제1항에 따라 준용되는 제37조에 따라 원고와 피고의 동일 본국법인 캐나다법, 구체적으로 캐나다 퀘벡주 민법을 적용하여 1심판결과 달리 일정액을 산정하였다.

다. 평가

대상판결은 위자료 청구의 성질에 대한 판례 및 다수설에 따라 불법행위에 따른 손해배상책임¹¹⁹⁾으로 결정하고, 국제사법 제32조를 적용하였는데, 제32조 제3항에 따라 가해자(피고)와 피해자(원고)간에 존재하는 법률관계(혼인관계)가 피고의 불법행위에 의해 침해되었다고 보고 혼인관계의 준거법에 종속적으로 연결하였다. 대상판결은 가족법 분야의 위자료 청구와 관련하여서도 제32조 제3항을 적용하여 종속적 연결을 시도하였다는 점에서 의의가 있다고 평가할 수 있다.

그런데 위자료 청구의 성질을 법정지법에 따라 곧바로 이를 결정할 것이 아니라 기능적 성질결정론¹²⁰⁾에 따라 캐나다에서의 법적 성질도 아울러 분석한 후 이를 결정하였다면 보다 정확한 분석이었을 것으로 판단된다.

116) 동조 동항 (a)호는 배우자 쌍방이 이혼소송 제기 당시 별거상태에 있고, 이혼소송 판결(결정) 직전까지 적어도 1년 이상 별거상태에 있는 경우이고, (b)호는 이혼소송의 상대방 배우자가 혼인 이후 (i) 부정한 행위를 하였거나, (ii) 일방 배우자에게 동거생활을 계속 유지할 수 없을 정도로 참을 수 없는 육체적, 정신적 고통을 가한 경우이다.

117) 의정부지방법원 고양지원 2016. 8. 19. 선고 2015드합77 판결.

118) 대상판결은 (b)호는 해당하지 않는다고 보았다.

119) 민유숙 대표편집, 『주석민법』(제843조 정현경 집필 부분), 제6판, 한국사법행정학회, 2020, 711~713면(불법행위설, 채무불이행책임설, 법정책임설, 결합설을 소개하면서, 판례는 불법행위설을 취한다고 한다). 참고로, 윤진수, 『친족상속법강의』, 제2판, 박영사, 2018, 134면은 이혼으로 인한 손해배상청구권의 법적 성질에 대해 채무불이행책임과 불법행위책임의 성질을 다 가지고 있다고 보는 것이 무난하다고 하면서도(청구권경합설), 제3자들에 대한 손해배상청구는 불법행위책임만이 성립한다고 한다.

120) 이에 대하여는, 석광현, 앞의 책(국제사법 해설), 29~31면; 최홍섭, 앞의 책, 91~93면 참조.

11. 그 밖의 불법행위 판례

이상의 국제불법행위와 관련한 판례 외에도 지난 20년간 결정된 다수의 하급심이 존재한다. 이하에서는 간단히 해당 판결과 불법행위 관련 결정의 주요내용을 소개하기로 한다.

우선 (11) 서울고등법원 2007. 12. 4 선고 2006나112603 판결은 김해공항 인근에서 추락한 중국국제항공의 비행기 추락과 관련한 손해배상청구와 관련된 사건으로서 대상판결은 대한민국 영토 내에서 발생한 이 사건 사고에 관하여 이 사건은 항공여객운송계약서상의 채무불이행 또는 불법행위로 인해 손해배상을 청구하고 있는 것으로서 국제사법 제32조에 의하여 대한민국법이 적용된다고 판단하였다.

(12) 서울고등법원 2008. 10. 2. 선고 2007나26218 판결은 원고 BNP파리바가 농협중앙회에 대해 신용장대금을 청구하는 사건에서, 피고가 원고의 신용장대금청구를 거절하기 위해서는 이 사건 신용장 거래의 매입은행인 원고가 매입 당시에 이 사건 거래가 가공의 거래라는 점을 알았거나 또는 그렇게 의심할 만한 충분한 사유가 있어야 한다고 하는데, 이에 대하여 피고는 신용장대금이 지급거절될 수 있는 사기거래라는 것은 결국 불법행위의 한 형태이므로 이에 적용될 수 있는 준거법은 국제사법 제32조 제1항에 의하여 행위지인 싱가포르국법이라고 할 것이고, 싱가포르에서는 사기거래의 원칙을 보다 완화한 unconscionability(비양심성)라는 개념을 도입하여 사기적 수법에 이르지 아니하더라도 선의의 부존재(lack of bona fide)나 형평에 반하는 경우(unfairness) 등이 인정되면 신용장대금의 지급을 금하고 있으므로 이 사건에 있어서도 이러한 원칙을 적용하여야 한다고 주장하였다. 하지만 대상판결은 이러한 사기거래의 원칙 또는 권리남용의 법리에 의하여 신용장대금의 지급을 거절할 수 있는가 하는 문제를 신용장에 따른 권리·의무의 내용에 관한 문제로 성질결정하고, 그 준거법은 신용장의 준거법에 따라 결정하여야 하고 그와 별도로 불법행위에 있어서의 준거법에 따라 결정할 것은 아니라고 하며, 매입은행과 개설은행 사이의 신용장대금의 지급관계는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제26조 제1항에 따라 신용장개설과 가장 밀접한 관련이 있는 신용장 개설은행이 소재한 국가인 대한민국법을 준거법으로 봄이 상당하다고 결정하였다.

(13) 서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2017나2029752 판결은 영국령 버진아일랜드법에 따라 설립되고 홍콩에 영업소를 두고 있는 원고 갑 회사가 중국의 제조업체에 LCD 패널을 판매하면서, 중국 국적의 피고 을이 대표자인 병 외국회사가 관리하는 중국 소재 보세창고에 LCD 패널을 보관하였는데, 을이 보세창고에 보관하고 있던 위 패널을 타사에 매도하자, 위 패널의 소유자인 원고가 피고를 상대로 위 패널 등을 횡령하였다는 이유로 손해배상을 구한 사안으로서, 대상판결은 원고와 중국에 영업소를 두고 있는 병 사이에 물품판매 위탁관계가 있다면, 위 위탁관계의 준거법은 국제사법 제26조 제2항 제3호에 따라 중국법이고, 가사 위탁관계가 없다고 본다고 하더라도 불법행위지가 중국이어서 역시 중국법이 준거법이라고 판단한 사건이다.¹²¹⁾

121) 이 사건에서 불법행위지와 관련하여 대상판결이 단지 불법행위지라고만 실시하고 있어 이것이 행동지뿐만 아니라 결과발생지도 중국이라고 본 것인지는 분명하지 않다.

(14) 부산지방법원 2009. 1. 22. 선고 2008가합309 판결은 미국 캘리포니아주 슈피어리어법원 북부지원 판결에서 제조물책임과 관련하여 인정한 손해액 중 과도하게 산정된 비경제적 손해액을 제외하고 경제적 손해액 부분만을 승인한 것으로서, 대상판결은 대한민국 국제사법 제32조 제4항은 우리나라에서 재판이 이루어지는 섭외적 법률관계에 있어 외국법의 적용을 일정한 한도로 제한하는 등 우리나라 손해배상법의 지침적 기능을 인정하고 있으므로 위와 같은 저축규정의 적용 여부를 판단함에 있어서는 외국 판결의 기초가 된 사실관계와 우리나라와의 연결, 즉 사건의 내국관련성의 정도가 그 중요한 고려요소가 된다고 설시한 다음 몇 가지 사유를 들어 이 사건의 내국관련성의 정도가 상대적으로 강하다고 봄이 상당하여 위 규정의 지침적 기능을 참작할 수 있고, 이 경우 헌법상의 법치국가원리로부터 파생되는 원칙으로서 민사법질서에 있어서도 그대로 타당하다고 할 수 있는 이른바 비례의 원칙을 적용하여 우리나라 손해배상법에서의 기준에 비추어 볼 때 비정상적으로 고액이라고 보이는 부분 전부를 승인하지 않고 우리나라에서 인정될 만한 상당한 금액을 현저히 초과하는 부분에 한하여 우리나라의 공서에 반한다고 보아 승인을 제한할 수 있다고 판단하였다. 이 사건의 2심판결¹²²⁾은 망인의 정신적 고통에 대한 위자료를 전혀 인정하지 않은 것은 오히려 우리 손해배상법 체계에 비추어 보아도 수긍할 수 없다고 판단하고, 경제적 손해액은 1심과 같이 승인하고, 비경제 손해액은 원심과 달리 위자료의 조절적 기능을 합리적으로 고려한 범위 내에서 10달러를 부분 승인하였다. 이 판결은 징벌배상을 명한 외국판결에서 위자료로 기능하는 손해액도 일정 범위에서 승인할 수 있음을 판시하였다는 점에서 의의가 있다.

(16) 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2012가합32190 판결은 한국법인인 한유엘앤에스(이 사건 선박 탱커선의 소유자), 메리츠화재 및 한국해운조합과 버뮤다법에 따라 설립되어 보험업을 영위하는 UK가 원고이고, 피고는 쟁항호의 선주로서 해양운송업을 영위하는 법인인데, 원고의 이 사건 선박과 피고의 쟁항호가 여수 인근 바다에서 충돌함에 따라 이 사건 선박충돌로 인한 불법행위를 원인으로 한 손해배상 청구 또는 그 손해배상 채권을 양수하였음을 이유로 그 양수금을 청구하는 사건으로서, 대상판결은 국제사법 제32조 제1항에 따라 이 사건 선박충돌사고가 우리나라 영해에서 발생하였으므로 위 손해배상 채권 및 그 양수금 채권에 관한 준거법은 한국법이라고 판단하였다. 그런데 결과적으로는 동일하나 선박의 충돌에 대해서는 불법행위에 관한 특별연결규정인 국제사법 제61조 제1항에 의해 개항, 하천 또는 영해에서의 선박충돌에 대한 책임은 그 충돌지법에 따르기 때문에 대한민국법이 준거법이라고 판단했어야 했으나 대상판결은 인지하지 못한 것인지는 알 수 없으나 제32조 제1항에 따라 준거법을 결정한 잘못이 있다. 또한 결과적으로는 동일할 것이나, 손해배상 채권을 양수하였음을 이유로 청구하는 부분에 대해서도 국제사법 제34조 제1항 단서를 적용하여 그 준거법을 결정하였어야 했으나 이에 대하여 전혀 판단하지 않은 부분도 문제가 있다고 본다.

마지막으로, (17) 울산지방법원 2014. 2. 6. 선고 2012가합3810 판결은 원고 갑 주식회사가 을 중국 법인으로부터 수입한 화물이 운송 중 훼손되었다고 주장하면서 을 법인과 용선계약을 체결하여 화물을 운송한 피고 병 러시아국 법인을 상대로 채무불이행 또는 불법행위에 따른 손해배상을 구한 사안으로서, 대상판결은 피고 병 법인은

122) 부산고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009나3067 판결.

해상 운송업체로서 전 세계에 걸쳐 영업활동을 하고 있는 기업인데 반해 원고 갑 회사는 대한민국 법인으로서 대한민국에 주소가 있고, 용선계약의 체결 장소는 중국이지만 의무이행지가 대한민국이어서 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가가 대한민국이라고 할 수 있는 점과 화물이 손상된 장소가 대한민국이고 이로 인해 침해되는 갑 회사의 법익 소재지 역시 대한민국인 점에 비추어 갑 회사와 병 법인 사이에 운송인의 채무불이행책임, 불법행위의 성립 및 효과, 병 법인의 손해배상책임 발생 여부에 관하여는 대한민국 법(민법, 상법)이 준거법이 된다고 판단하였다.

V. 채권양도 등 관련 판례 분석

구 섭외사법 제14조는 채권양도의 제3자에 대한 효력은 채무자의 주소지법에 의한다는 규정만 두고 있었으나, 국제사법은 제34조 제1항에서 채권의 양도인 및 양수인간의 법률관계는 당사자간의 계약준거법에 따르고, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력은 양도대상인 채권의 준거법에 따르도록 개정하였고, 동조 제2항은 제1항의 연결점을 채무인수에도 준용하도록 규정을 신설하였다. 또한, 국제사법은 제35조 제1항에서 법률에 의한 채권이전은 그 이전의 원인이 된 채권자와 신채권자간의 법률관계의 준거법에 의하되, 이전되는 채권의 준거법에 채무자 보호를 위한 규정이 있는 때에는 그 규정을 적용하도록 규정하였다. 동조 제2항에서는 제1항과 같은 법률관계가 존재하지 않는 때에는 이전되는 채권의 준거법에 따르도록 하였다.

국제사법 시행 이후 국제사법 제34조를 언급하는 판례는 총 13건인데, 사실관계가 동일한 하급심을 1건으로 보면 채권양도와 관련한 판례는 총 5건이다. 그리고 제35조를 언급하는 판례는 총 4건인데, 하급심의 동일 사건을 1건으로 보면 법정대위와 관련한 판례는 총 2건이다. 이하, 대법원 판례를 중심으로 관련 판례를 소개하기로 한다.

1. 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결: 선원임금채권 양도 및 대위 사건¹²³⁾

가. 사실관계

이 사건 피고는 노르웨이 국적의 래드스투플라스 4 에이에스에이(Rådstuplass 4 ASA, 이하 ‘래드스투플라스’)와 라브라도르 에이에스(Labrador AS, 이하 ‘라브라도르’)의 소송수계인 에르빅 홀딩 에이에스(Ervik Holding AS)인데, 피고 래드스투플라스가 글래셜 쉽핑 리미티드(Glacial Shipping Ltd, 이하 ‘소외 회사’)에게 2,100만달러를 대출하고 그 담보로 소외 회사 소유의 선박 3척(이하, ‘이 사건 선박’)에 관하여 각 1순

123) 같은 사실관계로, 선박우선권에 의해 담보되는 선원임금채권의 임의대위에 관한 준거법과 선원임금채권에 대한 준거법을 대법원 판결이 대상판결의 선고일과 같은 날에 결정되었다. 국제사법적 측면에서는 달리 소개할 필요가 없으므로 이에 대하여는 생략한다. 동 대법원 판결과 원심판결 및 1심 판결의 선고일과 번호는 각각 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결, 부산고등법원 2005. 6. 2. 선고 2004나10602 판결, 부산지방법원 2004. 6. 4. 선고 2003가합10158 판결이다.

위 우선 저당권 설정등록을 해 주었는데, 소외 회사가 피고 래드스투플라스에게 대출금을 상환하지 않자, 피고 래드스투플라스가 이 사건 선박에 관하여 부산지방법원에 임의경매를 신청하였고, 위 경매절차가 진행되어 이 사건 선박들이 경락되고 배당표¹²⁴⁾가 작성되자, 소외 회사에게 선용품 공급대금, 선박수리비 등의 채권을 가지고 있음을 이유로 원고들이 선박특권이 있는 채권자임을 주장하면서 임의경매신청을 하거나 위 경매절차에서 배당요구신청을 하였으나 배당에서 제외되자 이의를 제기하며 진행된 사건이다.

이 사건 선박의 선적국은 세인트 빈센트 그레나딘(Saint Vincent And The Grenadines, 이하 ‘세인트 빈센트’)이며, 피고 라브라도르는 소외 에르빅 마린 서비스에 이 사건 선박 선원들의 임금을 대신 지급하고 선원임금채권을 대위하여 위 배당에 참가한 것이고, 피고 래드스투플라스는 이 사건 선박에 대한 저당권과 이 사건 선박 소유자의 요청으로 이 사건 선박 선원들의 임금을 지급하여 이를 양수받아 선원임금채권에 대해 위 배당에 참가하였다. 이에 대해 원고들은 피고 래드스투플라스의 저당권은 무효이고, 피고 라브라도르의 선원임금채권의 대위 행사는 세인트 빈센트법에 따르면 그 대위를 위해서는 세인트 빈센트 법원의 허가를 받아야 하는데 라브라도르는 이를 결여하였기 때문에 그 선박우선특권에 따른 배당은 부적법하다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

1심판결¹²⁵⁾과 원심판결¹²⁶⁾은 선박우선특권 및 저당권의 준거법과 관련하여 국제사법 제60조 제1호 및 제2호에 따라 선적국법인 세인트 빈센트의 상선법(Merchant Shipping Act)가 준거법이라고 판단하고, 이유에 대한 설시는 없지만 선박우선특권에 대해서도 동법이 적용되는 것으로 보고¹²⁷⁾ 별도로 판단하지 않았고, 동법에 따라 원고들의 청구를 모두 기각하였다. 특히, 피고 라브라도르가 선원들의 권리를 대위하여 행사할 수 있는지의 여부와 관련하여 원심판결은 준거법인 세인트 상선법상 선원들에게 임금을 지급하기 전에 법원의 허가를 받은 경우에만 선원들의 권리를 대위 행사할 수 있다는 원고들의 주장사실을 인정할 만한 증거가 없고, 오히려, 세인트 상선법의 일부

124) 경락에 따라, 경매법원은 배당기일인 2003. 4. 11. 실제 배당할 금액 12,982,468,806원 중, ① 1순위로 부산지방법양수산청에게 정박료 등 2,643,150원을, 소외 (주) 미진해운에게 감수보존비용(알리다 글래샬호) 50,859,820원을, 소외 청아해운 (주)에게 감수보존비용(캐롤라인 글래샬호, 크리스티나 글래샬호) 100,890,990원을, ② 2순위로 소외 회사 등을 대신하여 위 선박의 선원들에게 임금을 지급하였다고 주장하는 피고 라브라도르에게 임금(선박우선특권) 386,469,684원을, 피고 래드스투플라스에게 임금(선박우선특권) 1,009,657,212원을, ③ 3순위로 선박저당권자인 피고 래드스투플라스에게 11,431,947,950원을 각각 배당하는 내용의 배당표를 작성하였다.

125) 부산지방법원 2004. 6. 4. 선고 2003가합101158 판결.

126) 부산고등법원 2005. 6. 2. 선고 2004나12639 판결.

127) 원심판결에서는 세인트 빈센트 상선법이 ‘선박우선특권 및 저당권에 관한 1993년 국제협약’(International Convention On Maritime Liens And Mortgages) 제1조 내지 제16조를 세인트 상선법의 일부로 도입하였고, 이 협약의 제5조 및 제10조에 선박우선특권과 선박우선특권에 의해 담보되는 채권의 양도 또는 대위에 관한 내용이 있음을 실시하는데, 이를 미루어 볼 때 원심판결은 선박우선특권에 도 세인트 빈센트 상선법이 준거법이라고 본 것으로 추정되고, 원심판결의 피고 에르빅 홀딩 에이에스에 대한 판단 부분 (나)에서는 명시적으로 “선박우선특권 및 저당권의 준거법인 세인트 상선법”이라고 실시하고 있다.

로 도입된 1993년 국제협약 제10조 제1항은 선박우선평특권에 의하여 담보되는 채권의 양도 또는 대위는 그러한 선박우선평특권의 양도 또는 대위를 수반한다고 규정하고 있을 뿐이고, 1993년 국제협약이나 세인트 상선법에는 선박우선평특권의 대위에 법원의 허가를 요구하는 규정을 두고 있지 않은 점에 비추어 보면, 라브라도르 에이에스는 위와 같이 선원들에게 임금을 대위 변제함으로써 법원의 허가 없이도 선원들의 선박우선평특권 있는 임금채권을 대위 행사할 수 있다고 판단하였다. 그리고 피고 래드스투플라스가 적법한 채권양수인인가와 관련하여서도 원심판결은 1993년 국제협약 6조, 10조는 선박우선평특권에 의하여 담보되는 채권의 양도는 그러한 선박우선평특권의 양도를 수반하고 각 계약국의 법률에 따른 기타 선박우선평특권은 위 협약 4조에 규정된 선박우선평특권보다 후순위에 해당한다고 규정하고 있으므로, 피고 래드스투플라스가 양수한 임금채권은 원고들이 주장하는 채권보다 우선한다고 판단하였다.

이에 대해, 대상판결은 피고 래드스투플라스 1순위 우선저당권에 대해서는 원심판결을 그대로 받아들여 래드스투플라스의 저당권을 인정하였다. 그러나 대상판결은 피고 래드스투플라스의 선원임금채권의 양수와 라브라도르의 선원임금채권 대위의 효력과 관련하여 국제사법 제60조 제1호 및 제2호에 따른 선적국법은 선박우선평특권의 성립 여부, 일정한 채권이 선박우선평특권에 의하여 담보되는지 여부, 선박우선평특권이 미치는 대상의 범위, 선박우선평특권의 순위 등으로서 선박우선평특권에 의하여 담보되는 채권 자체의 양도 및 대위에 관한 사항은 포함되어 있지 않다고 해석되므로, 특별한 사정이 없는 한 그 피담보채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력에 관한 사항은 국제사법 제34조 제1항 단서에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 의하여야 하고, 그 피담보채권의 임의대위에 관한 사항은 국제사법 제35조 제2항에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 의하여야 한다고 실시하고, 선박우선평특권에 의하여 담보되는 채권이 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권인 경우 그 임금채권에 관한 사항은 선원근로계약의 준거법에 의하여야 하고, 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 되므로, 결국 선원임금채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력과 선원임금채권의 대위에 관한 사항은 그 선원임금채권을 담보하는 선박우선평특권에 관한 사항과 마찬가지로 선적국법에 의한다고 보았다.

이에 따라, 대상판결은 피고 래드스투플라스의 선원임금채권 양수는 세인트 빈센트법에 따라 적법하게 양도 받았다고 판단하였으나, 피고 라브라도르의 선원임금채권 대위는 세인트 빈센트의 영국법 적용법(Application of English Law Act) 제4조에 따라 영국의 보통법 및 형평법 원칙은 세인트 빈센트 의회의 법률에 의해 배제되지 않는 한 세인트 빈센트의 상황에 맞추어 수정되는 한도에서 세인트 빈센트에서 시행될 수 있고, 영국에서는 1917년 피톤(The Petone) 사건의 판례 이후 제3자가 자신의 권리를 보호하여야 할 부득이한 상황이나 필요 없이 법원의 허가를 받지 아니하고 자발적으로 선박우선평특권에 의하여 담보되는 채권을 변제한 경우 그 제3자(이하 ‘자발적 제3자’라고 한다)는 그 채권자의 권리나 구제수단을 대위할 수 없다는 원칙이 확립되어 있기 때문에 원심이 라브라도르가 1917년 피톤 사건의 판례에서 판시한 자발적 제3자에 해당

하는지 여부와 만일 그러하다면 라브라도르가 이 사건 선박의 선원들 일부에게 임금을 지급하기 전에 세인트 빈센트 관할 법원의 허가를 받았는지 여부를 살펴본 다음, 라브라도르가 그 선원들의 임금채권을 적법하게 대위할 수 있는지 여부를 심리·판단하였어야 할 것이라고 판단하여 원심판결에 오류가 있다고 결정하였다.

다. 평가

대상판결¹²⁸⁾은 선박우선특권과 관련한 제60조 제1호 및 제2호에서 규정하는 선박우선특권의 연결점인 선적국법의 범위¹²⁹⁾를 적의 판단하고, 원심판결과 달리 피담보채권의 양도 및 대위와 관련한 준거법은 제60조에 의한 선적국법에 따를 사항이 아니고, 국제사법 제34조 및 제35조에 따라 별도로 준거법을 결정해야 함을 결정한 것에 의의가 있다. 하지만 이 과정에서 피담보채권인 선원임금채권 자체의 준거법을 결정함에 있어 법정지법인 우리 국제사법에 따를 것인지 아니면 세인트 빈센트법의 국제사법에 따를 것인지를 판단했어야 했는데, 대상판결은 이 같은 선결문제에 대한 설시가 없어 이에 대해서는 간과한 것으로 보인다.¹³⁰⁾

한편, 대상판결은 선원임금채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력과 선임임금채권의 대위에 관한 사항은 국제사법 제28조 제2항에 따라 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 보고 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항은 특별한 사정이 없는 한 선적국법이 선원임금채권을 담보하는 선박우선특권의 양도 및 대위의 준거법¹³¹⁾이 된다고 결정하였는데, 이는 편의치적선이라는 특성을 전혀 고려하지 않고 일의적으로 선원의 일상적 노무제공지를 선적국이라고 본 것은 문제가 있다고 본다.

이 글의 주제를 벗어난 것이나, 선원들의 노무제공지는 그 선박의 운영회사나 관리회사의 영업지로 생각하는 것이 해당 선원들의 일반적인 생각일 터인데, 한 번도 들어보지도 못하고 알지도 못하는 세인트 빈센트라는 국가에서 자기가 노무를 제공하고 있어 세인트 빈센트법에 따라 자신의 근로계약이 해석된다고 예상하기는 어려울 것이다. 국제사법 제28조 제2항 후단은 “근로자가 일상으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 의한다”고 규정하고 있으므로, 편의치적선과 같이 선박의 운용사가 분리되고 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 않는 경우에는 해당 선원들을 고용한 주 영업소 소재지법에 의하는 것이 현행 국제사법 제28조의 취지에 부합하는 것으로 보인다.¹³²⁾ 그리고 편의

128) 대상판결에 대한 평석으로는 석광현, “선박우선특권과 피담보채권(선원임금채권)의 준거법”, 앞의 책(국제사법과 국제소송 제5권), 293면 이하; 김진권, “선박우선특권과 선원임금채권의 준거법에 대한 고찰”, 한국해법학회지, 제30권 제1호, 2008, 139면 이하 참조.

129) 선박우선특권의 성립 여부, 일정한 채권이 선박우선특권에 의하여 담보되는지 여부, 선박우선특권이 미치는 대상의 범위, 선박우선특권의 순위 등.

130) 이에 대해서는 석광현, “앞의 논문(국제사법과 국제소송 제5권), 326~334면 참조.

131) 선박우선특권의 준거법과 관련한 논의로는 최성수, “외국선박 집행의 준거법에 관한 고찰”, 고려법학 제7호, 2013, 76면 이하 참조.

132) 석광현, 앞의 논문(국제사법과 국제소송 제5권), 320~323면은 통상의 경우와 편의치적선으로 나누어 선원근로계약의 준거법을 달리 보아야 함을 주장한다. 전자의 경우 선적국을 일상적 노무제공지로 볼 수 있고 그렇지 않더라도 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 볼 수 있다고 하고, 후자

치적선이 아닌 경우에는 선적국이 해당 선원을 고용한 곳과 일치하는 경우가 많을 것이므로 선전국이 그 의미를 가질 것이다. 물론 이같이 선원들을 고용한 영업소의 소재지를 고용계약의 준거법으로 할 경우 선원들마다 고용장소에 따라 근로계약의 준거법이 달라지고 따라서 이와 관련한 선박우선특권의 준거법도 달라질 수 있어 복잡해지는 문제가 있으나 이는 부차적인 문제이며 기술적으로 해결 불가능한 문제는 아니라고 본다.

2. 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결: 용선료 채권 양도 사건

가. 사실관계

이 사건은 한국법인인 (주) 봉신이 파나마국법에 따라 설립되어 파나마국에 주소를 두고 있는 파보람선펍(Paboram Shipping S.A., 이하 ‘파보람’)¹³³⁾으로부터 이 사건 선박을 나용선하되, 봉신이 약정한 용선료를 완납하면 그 소유권을 취득하는 내용의 이른바, 소유권취득조건부 나용선계약을 체결하고, 이 선채용선한 선박을 다시 지에스칼텍스에게 각 항해별로 실제 항해 거리와 화물의 중량에 따라 계산된 용선료를 봉신에게 지급하는 것을 내용으로 용선하는 연속항해용선계약(이하 ‘이 사건 연속항해용선계약’)을 체결하였고, 위 연속항해용선계약 제5.01조 및 동조 (a)는 채무불이행사유 또는 잠재적 채무불이행사유가 발생하고 지속될 경우 본인 및 신용당사자들을 위하여 수탁자로 행위하는 수탁은행(원고 우리은행, 이하 ‘원고 은행’)은 즉시 수탁은행이 판단하기에 적절한 방법과 시기에 양도자산에 대한 담권보권자 및 양수인으로서 갖는 제반 권리를 실행하고 행사할 수 있으며, 특히 (a) 선주(파보람), 용선자(봉신) 및 이 사건 연속항해용선계약의 용선자(지에스칼텍스)에게 통지한 후 수탁은행¹³⁴⁾이 이 사건 연속항해용선계약의 용선자가 지급해야 하는 모든 금전에 대한 제반 권리, 권원 및 이익을 포함하나 이에 제한되지 아니하는 이 사건 연속항해용선계약의 용선자 즉, 지에스칼텍스에 대한 제반 권리 및 이해관계를 취득할 수 있다는 취지가 규정되어 있었고, 제5.02조에서는 채무불이행사유 또는 잠재적 채무불이행사유가 발생한 경우 수탁은행은 언제든지 선주에게 이 계약에 따라 설정한 부동담보(floating charge)인 각 담보를 고정화하는(crystalising)하는 통지를 할 수 있다는 내용이 포함되어 있었다. 그리고 이 사건 연속항해용선계약이 체결된 날에 체결되어 동 계약의 일부로 첨부되어 있는 부속서 A 탱커항해용선계약 제30조에는 “이 사건 연속항해용선계약의 해석 및 당사자들의 권리의무는 런던에서 용선계약 당사자들에게 적용되는 법에 따른다”고 규정하고 있었다. 또한 원고 은행과 파보람, 봉신은 원고 은행의 홍콩지점을 통하여 이 사건 나용선계약 및 연속항해용선계약 체결일과 같은 날에 봉신이 지에스칼텍스에 대한 용선료채권 등 이 사건 연속항해용선계약에 따라 가지는 일체의 권리를 파보람에게 양도하고, 파보람은 다시 이를 대출은행들을 대표하는 원고 우리은행에게 순차 양도하는 이 사건 양도계약서

의 경우 실질선주의 법이 가장 밀접한 관련을 가진다고 한다.

133) 파보람은 봉신이 이 사건 선박의 취득을 위하여 설립한 명목회사(paper company)이다.

134) 우리은행 홍콩지점은 파보람의 대출에 참가한 하나은행 뉴욕지점과 수산업협동조합의 수탁은행으로서 역할을 하였고, 파보람은 이 사건 선박 탱커선 키마호의 매수와 관련하여 이 대출을 받았다.

를 작성하였으며, 이 양도계약서 제14.01에는 양도약정의 준거법을 영국법으로 한다고 규정하고 있었다.

그런데, 원 용선자인 봉신의 경영이 악화되어 회생절차가 개시를 신청하게 되었고, 이에 원고 은행의 홍콩지점은 지에스칼텍스에게 이후부터 봉신과 파보람의 권리를 원고 은행이 행사할 것이니 이 사건 연속항해용선계약상의 용선료 등 채무를 봉신이 아닌 원고 은행의 홍콩지점에 개설되어 있는 선우 쉬핑 앤 케크놀로지 컴퍼니 명의의 계좌로 송금하도록 통지하였다. 그리고 7일 후 원고 은행 홍콩지점은 다시 지에스칼텍스에게 위 통지를 취소하니 용선료 등 채무를 원고 은행 홍콩지점에 개설되어 있는 파보람의 계좌로 입금할 것을 통지하였다.

봉신의 경영악화 이후 이 사건 피고들인 봉신의 채권자들이 용선료 채권을 가압류하였고, 지에스칼텍스가 채무액을 혼합공탁¹³⁵⁾하고, 원고 은행이 채권양도에 따라 자신에게 이 공탁금출급청구권이 있음을 확인하는 소를 구하게 된 것이다.

한편, 채권양도와 관련하여 피고들은 다음의 주장을 하였다.¹³⁶⁾ 우선, 피고들이 이 사건 당사자는 모두 내국법인이고, 파보람도 이 사건 선박을 취득하기 위해 설립된 명목회사이므로, 각 당사자 사이의 법률관계는 외국적 요소가 없으므로 국제사법이 적용될 필요가 없고 곧바로 대한민국법이 적용된다고 주장하였다. 둘째, 이 사건의 관련 당사자 모두의 공통적인 속인법이 대한민국법이고 채권의 소재지, 양도지, 통지지, 승낙지가 모두 대한민국이라는 점을 고려하면 영국법은 이 사건 채권양도 또는 이 사건 용선료채권과 근소한 관련이 있을 뿐이고, 가장 밀접한 관련을 가진 국가의 법은 대한민국법이므로 국제사법 제34조 제1항에도 불구하고 이 사건에는 대한민국법이 준거법이 되어야 하고, 한편 국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL) 채권양도협약에 의하더라도 채권양도의 효력에 관한 준거법을 채권양도인의 소재지국법으로 정하고 있으므로 역시 대한민국법이 준거법이 되어야 한다고 주장하였다.

나. 법원의 판단

대사판결¹³⁷⁾은 국제사법적 쟁점과 실질법적 쟁점에 대해 원심판결¹³⁸⁾의 분석과 결론을 모두 인용하였으므로, 여기서는 원심판결을 중심으로 국제사법적 쟁점과 관련하여 원고의 청구를 인용한 부분을 소개하기로 한다.

피고들의 이 사건이 외국적 요소가 없다는 주장과 관련하여, 원심판결은 ① 원

135) 지에스칼텍스는 ‘봉신의 자신에 대한 용선료채권 중 1,646,980,756원에 대하여, 위 채권이 파보람, 원고에게 차례로 양도되었다는 통지가 송달되었으나 그 양도의 효력을 판단하기 어렵고, 이 사건 각 가압류결정이 송달되었으므로 진정한 채권자를 알 수 없다’는 이유로 민법 제487조 후단 및 민사집행법 제248조 제1항, 제291조에 근거하여 1심법원에 이 사건 공탁금을 혼합공탁하게 된 것이다.

136) 이는 원심판결의 준거법에 관한 판단 부분을 요약한 것이며, 본안에 관해서도 피고들은 영국법에 따른 내용에 대해 다양한 주장을 제기한바 있다.

137) 대사판결에 대한 평석으로는 권창영, “용선료 채권에 대한 양도와 가압류 경합으로 인한 혼합공탁시의 법률관계”, 해양한국 제529호, 2017, 142면 이하 참조.

138) 서울고등법원 2012. 11. 15. 선고 2012나14816 판결. 1심판결(인천지방법원 2012. 1. 13. 선고 2011가합3202 판결)도 원심과 유사한 분석을 시도하나 원심판결이 보다 상세하고 풍부한 내용을 제공한다.

심판시 이 사건 양도약정의 당사자에는 원고 은행과 봉신 외에도 파나마국법에 따라 설립된 파보람이 포함되어 있고, 원고 은행의 경우에도 국내지점이 아니라 홍콩지점이 직접 관련되어 있는 점, ② 이 사건 양도약정의 대상이 된 원심판시 이 사건 용선료채권 등은 원심판시 이 사건 연속항해용선계약을 원인으로 발생하였는데, 이 사건 연속항해용선계약은 국제화물운송을 목적으로 하는 이 사건 선박의 용선에 관한 것으로서 이를 원인으로 하여서는 이 사건 용선료채권 이외에도 체선료채권, 임금채권, 각종 손해배상채권 등이 발생할 수 있고, 경우에 따라 이들 채권의 발생지는 외국일 수 있는 점, ③ 당사자들이 이 사건 연속항해용선계약 및 양도약정의 준거법을 영국법으로 정하기로 합의한 점 등을 종합하여 살핀 후, 이 사건에는 외국적 요소가 있다고 보이므로 곧바로 대한민국법을 적용하기보다 국제사법을 적용하여 그 준거법을 정하는 것이 더 합리적이라고 판단하였다. 특히, 원심판결은 편의치적제도와 관련하여 편의치적제도는 선박의 국제경쟁력 확보를 위해 국제적 관례로서 인정될 뿐만 아니라 다수의 중소해운기업이 선박확보를 위해 이용하고 있는 제도로 그 자체가 사회적 상당성이 없는 부정한 방법이라고 할 수 없으므로¹³⁹⁾, 경우에 따라 편의치적을 위하여 설립된 법인의 법인격이 부인되어 실제의 선박소유자인 회사가 책임을 지는 경우가 있다고 하더라도 이 사건에서도 곧바로 이 사건 양도약정의 당사자를 파보람이 아닌 봉신이라고 보기는 어렵고, 파보람을 외국법인이라고 주장하는 것이 신의칙에 반한다고도 할 수 없다고 판시하였다.

둘째, 피고들의 채권양도의 준거법과 관련한 주장과 관련하여, 원심판결은 기술한 부속서 A의 탱커항해용선계약 제30조에서 영국법을 따른다고 규정하고 있고, 이 사건 연속항해용선계약 제1조는 부속서 A가 이 계약에 삽입되어 그 일부를 이룬다고 규정하고 있는 사실과 이 사건 양도약정서의 준거법도 영국법으로 규정되어 있다는 점을 고려할 때, 이 사건 연속항해용선계약의 본문에 준거법에 관한 규정이 없다고 하더라도 위의 사실관계에 나타난 당사자의 의사는 이 사건 연속항해용선계약 자체도 부속서 A에서 합의한 바와 영국법에 의하여 규율되도록 할 의사였다고 보아야 하므로, 이 사건 연속항해용선계약의 당사자는 그 준거법을 영국 런던에서 적용되는 법인 영국법으로 선택하였다고 할 것이므로 이 사건 용선료채권의 성립이나 소멸 등에 관한 준거법은 영국법이고 원고 은행과 피고들 사이의 채권양도를 둘러싼 우열관계 역시 영국법에 따라 판단되어야 한다고 판단하고, 따라서 이 사건 연속항해용선계약에 준거법에 관한 합의가 없음을 전제로 하여 국제사법 제26조 제1항에 따라 준거법을 결정하여야 한다는 피고들의 주장은 받아들이지 않았다.

그리고 국제사법 제8조 제1항에 따른 예외조항의 적용과 관련하여, 국제사법 제8조 제1항을 함부로 적용할 경우 국제사법에서의 법적 안정성이 현저히 저해되므로 이 조항은 국제사법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계에 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 존재하며 그것이 명백한 경우에 한하여 적용함이 상당하고 단지 어느 법이 더 밀접한 관련이 있는지 의문이 있는 정도로는 위 조항을 적용할 수 없으며, 한편 국제사법 제34조 제1항이 채권양도의 제3자에 대한 효력의 준거법을 양도되는 채권의 준거법으로 규정한 이유는 채권양도의 효력을 둘러싸고 제3자의 이익뿐만 아니라 양도인, 양수인, 채무자 등 이해관계인

139) 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도212 판결 참조

사이의 이해 균형의 고려와 함께 채권양도로 인한 법률관계는 그로 인하여 양도되는 채권과 가장 밀접한 관련이 있다는 고려 때문이라고 보아야 하므로, 이러한 입법취지를 고려할 때 특별한 사정이 없는 한 채권양도에 있어서 제8조 제1항의 규정을 들어 제34조 제1항의 적용을 배제할 수는 없다고 보아야 한다고 보았다. 따라서 가사 피고의 주장과 같이 위와 같은 사정만으로 채권양도의 준거법을 제34조 제1항의 규정과 달리 정하게 된다면, 채권의 양도인과 양수인은 어느 법에 따라 채권양도의 대항요건을 갖추어야 할지 알 수 없게 되어 법적 안정성을 해하게 되고, 이 사건에는 외국적 요소가 있으므로 모든 요소가 오로지 대한민국과 관련이 있는 경우에 해당하지 아니하여 국제사법 제25조 제4항이 적용될 여지가 없고, 국제사법이 명문의 규정을 두고 있음에도 불구하고 국제연합 국제상거래법위원회의 채권양도협약에 따라 준거법을 정할 아무런 이유가 없다고 판단하였다.

다. 평가

대상판결과 특히 원심판결은 채권양도와 관련한 쟁점뿐만 아니라 국제사법 전반에 관해 잘 정리된 모범적인 논리전개를 제공하고 있어 많은 시사점을 주는 판결이라 생각된다. 그리고 채권양도의 당사자 사이의 준거법과 관련한 것은 국제사법 제34조 제1항 본문에 따라 이 사건 양도계약서의 준거법인 영국법을 채권양도 당사자 사이의 준거법으로, 원고 은행과 제3자인 피고들 사이의 법률관계는 국제사법 제34조 제1항 단서에 따라 이 사건 용선료채권의 준거법에 따라야 하는데, 이것도 부속서 A 탱커항해용 선계약의 규정에 따라 당사자들의 의사가 영국법을 지정한 것으로 보았는데, 대상판결은 국제사법 시행 이후 채권양도 규정인 제34조 제1항을 모두 정면으로 다룬 판결로서 의의가 있다고 본다.

3. 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결: 책임보험계약상 직접청구권 사건

가. 사실관계

한국의 운송회사인 브라이트해운 주식회사¹⁴⁰⁾는 사우디아라비아 주베일에서 석유화학업을 영위하는 법인인 이 소송의 주위적 원고가 현지에서 건설하고 있는 공장 내의 보일러 설치공사를 담당하고 있는 대한민국 건설회사와의 사이에 그 공사에 필요한 가열기 등의 설비와 자재들의 화물에 관한 운송계약을 체결하였고, 주위적 원고를 수하인으로 하는 이 사건 선하증권¹⁴¹⁾을 발행하고 화물의 운송을 개시하였다. 그리고 브라이트해운은 자신을 피보험자로 하고, 화물 손상을 부보위험으로 하는 등을 내용¹⁴²⁾으로

140) 브라이트해운은 1심에서는 공동피고였으나 원심부터는 피고에서 제외되었다.

141) 이 글의 주제는 아니나, 원심판결은 선하증권의 이면약관 제3조의 지상약관 규정을 실질법적 지정으로 편입된 것으로 보았고, 제4조에서 준거법과 관할에서 “이 사건 선하증권으로부터 발생하거나 이와 관련된 분쟁에 관하여는 운송인의 주된 영업소가 소재한 국가의 법에 따르고 그 국가의 법원이 전속적 관할을 보유한다”고 규정하고 있으므로, 선하증권 전체의 준거법은 한국법이라고 보았다.

하여 피고 동부화재보험과 해상적하‘책임’보험(이하 ‘이 사건 보험계약’)을 체결하였고, 그 보험계약에는 보험자인 피고의 책임에 관하여 영국법을 적용하기로 하는 영국법 준거조항을 포함하고 있었다.

이 사건 화물은 선박의 갑판에 적재된 채 운송되었고, 태국에서 출항하여 사우디아라비아로 항해하던 중 荒天(악천후)을 만나 화물 일부가 바다에 떨어져 멸실되거나 손상되는 등의 사고가 발생하였다. 이에, 주위적 원고는 위 선하증권의 소지인으로서 운송인이자 이 사건 보험의 피보험자인 브라이트해운의 보험자인 피고 동부화재를 상대로 이 사건 보험계약에 따른 보험금 지급을 구하는 소를 한국 법원에 제기하게 된 것이다.¹⁴³⁾

참고로, 피해자의 보험자에 대한 직접청구권 여부는 영국이나 독일과 같이 좁게 인정하는 국가와 우리나라나 대만, 프랑스, 스페인, 덴마크 등과 같이 넓게 인정하는 국가로 대별되므로,¹⁴⁴⁾ 이 사건에서 영국법이 준거법이 되면, 1930년 제3자권리법(Third Parties (Rights against Insurers) Act 1930) 제1조에 따라 피보험자가 법인인 경우에는 해산명령(winding-up order) 또는 해산결의(resolution for a voluntary winding-up)가 이루어졌거나 법인의 영업이나 재산에 관하여 관리수탁자(receiver 또는 manager)가 선임되었거나 회사재산 전체에 대한 유동담보권자에게 회사재산의 점유가 이전된 상태에 있어야 하므로, 피해자가 보험자를 대상으로 직접 손해배상을 청구하기 어렵게 된다.

나. 법원의 판단

이 사건은 국제사법적으로 보험자의 책임에 관한 준거법 및 주위적 원고의 보험자인 피고에 대한 직접청구권 성립과 행사의 준거법 및 선하증권 소지인과 운송인 사이의 법률관계의 준거법¹⁴⁵⁾이 문제된 사건이다.

그러나 놀랍게도 1심판결¹⁴⁶⁾은 국제사법적 쟁점에 관한 분석은 전혀 전개하지

142) 이 사건 보험계약의 부보위험 및 보상내용은 “선창 내 적재조건으로 선하증권이 발행되었음에도 불구하고 갑판상에 적재됨으로써 화물에 손상이 발생하고 그로 인해 피보험자인 선주가 화물소유자에게 손해배상책임을 이행한 경우, 보험자는 선주가 지불한 손해배상금액에서 적하의 송장금액에 10%를 가산한 금액에 대한 보험금액의 비율로 선주에게 보상한다”이다.

143) 참고로, 피고 동부화재는 갑판적으로 인한 화물손상에 대한 운송인의 책임을 담보하는 책임보험자이고 이 사건 화물에 대해서는 해외 보험자들인 예비적 원고들이 적하보험자로 별도로 존재하였다. 이 사건 화물의 화주인 주위적 원고는 1심에서 적하보험자들인 예비적 원고들로부터 적하보험금을 지급받은 후 예비적 원고들을 위하여(영국법상 보험자 대위의 경우 피보험자명의로 소를 제기하게 됨) 운송선사인 브라이트해운(당시 사실상 파산상태였음) 및 그 책임보험자(책임보험자에 대한 직접청구)인 피고를 상대로 구상청구를 제기하게 된 것이다(이와 관련된 사실관계를 자세히 설명해주신 국제사법학회의 명예회장이시자 김·장법률사무소에 근무하고 계신 정병석 변호사님께서 지면을 빌려 감사의 말씀을 드린다).

144) 이와 관련된 소개로는 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법 -대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599판결-”, 일감법학 제39호, 2018, 263~265면; 최성수, “책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 판례의 검토 - 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599판결 -”, 아주법학 제13권 제4호, 2020, 141~144면 참조.

145) 이에 관해서는 위 각주 132에서 잠시 언급한 바의 문제가 있으나, 이 글에서 이에 관한 부분은 생략한다. 상세는 원심판결의 내용을 참조.

146) 서울중앙지방법원 2012. 2. 24. 선고 2009가합119080 판결.

않고, 이 사건 보험계약이 부보하는 위험의 범위 등과 관련한 분석을 전개한 뒤, 이 사건 선하증권이 이 사건 화물을 갑판에 적재할 수 있다는 조건으로 발행된 것으로 해석하고, 주위적 원고의 1심 공동피고였던 브라이트해운에 대한 청구가 이유 있다고 인용하고 이 사건 피고 동부화재의 청구는 기각하였다.

원심판결¹⁴⁷⁾은 우선 (1) 보험자의 책임에 관한 준거법 결정과 관련하여, 이 사건 보험계약에 ‘본 보험증권에 따라 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법과 관습이 적용된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the laws and customs of England)’는 내용의 영국법 준거조항이 규정되어 있는 사실이 인정되고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 영국법 준거약관은 오랜 기간 동안에 걸쳐 해상보험업계의 중심이 되어 온 영국의 법률과 관습에 따라 당사자간의 거래관계를 명확하게 하려는 것으로서 우리나라의 공익규정 또는 공서양속에 반하는 것이라거나 보험계약자의 이익을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로 유효하다고 판단하고, 따라서 이 사건 보험계약에 따른 보험자인 피고의 책임에 관한 문제에는 당사자의 의사에 따라 영국법 즉, 1906년 영국해상보험법(Marine Insurance Act 1906)이 적용된다고 판단하였다. 그리고 (2) 주위적 원고의 피고 보험자에 대한 직접청구권에 관한 준거법에 대해서는, 우리 국제사법에는 이 사건과 같이 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 주장하는 경우에 관한 규정은 존재하지 않으므로, 불법행위 등의 피해자가 보험계약에 기하여 보험자에게 직접청구권을 행사하는 경우 보험계약에 관한 준거법이 적용될 것인지 여부가 결국 이 사건의 준거법 결정에 있어서의 핵심이라고 전제하고, ① 피해자가 보험자에 대하여 직접청구를 하는 것은 보험자가 보험계약을 체결하였다는 것에 그 직접적인 근거를 두고 있는 점, ② 직접청구권이 인정될 경우 그 내용(보상의 범위, 지급시기 등) 역시 보험계약에 따라 정해질 수 밖에 없는 점, ③ 피보험자의 보험금지급청구권의 인정 여부는 보험계약의 준거법에 의하고, 피해자의 직접청구권은 다른 준거법에 따른다면 하나의 계약관계에서 파생되는 밀접한 법률효과에 있어 준거법을 분리시키게 되어 보험계약 당사자의 의사에도 반할 뿐만 아니라 법 해석에 있어 모순 및 충돌의 가능성이 있는 점, ④ 우리 국제사법은 ‘연결점’이라는 개념을 중심으로 준거법을 정하고 그러한 연결점을 정하는 여러 기준을 제시하되, 그와 별도로 당사자 사이에서 국제사법이 정한 준거법과 다른 준거법을 정하는 것의 효력을 인정하면서, 당사자의 의사 합치가 준거법에 있어서 가장 중요한 요소로 작용하는 것을 허용하고 있는데, 피해자의 직접청구권에 있어서 보험자와 피보험자 사이에 합의된 준거법과 다른 법을 적용하는 것은 피해자의 직접청구권이 보험자의 의무 범위와 직결되어 있는 점에 비추어 위와 같은 국제사법의 규정 취지에도 부합하지 않는 점 등을 종합하여 보면, 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 경우에는 ‘보험계약에 따른 준거법’에 의하는 것이 상당하므로 영국법이 준거법이 된다고 판단하였다.

대상판결¹⁴⁸⁾은 우선 피해자인 주위적 원고와 피고 동부화재 사이의 직접청구권에 대한 그 법적 성질을 종래의 확립된 판례¹⁴⁹⁾와 같이 실질법상 손해배상청구권설의

147) 서울고등법원 2015. 6. 9. 선고 2012나29269 판결.

148) 대상판결에 대한 평석으로는 우선 한창완, 앞의 논문(2018), 259면 이하; 최성수, 앞의 논문(2020), 134면 이하 참조.

149) 1993. 5. 11. 선고 92다2530 판결; 대법원 1994. 5. 27. 선고 94다6819 판결; 대법원 1998. 7. 10. 선

입장에서 법률에 의하여 보험자가 피보험자의 제3자인 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 전제하고, 현행 국제사법에는 법률에 의한 채무인수에 규정은 없으므로, 국제사법 제34조 및 제35조의 기준을 법률에 의한 채무인수의 경우에도 참작하는 것이 타당하다고 판단하였다. 그리고 제3자인 피해자가 보험자에 대해 직접청구권을 인정하는 준거법의 결정에 대해서는 위의 원심판결과 같은 이유로 보험계약의 준거법인 영국법인 적용된다고 결정하였다.

국제사법과는 관련이 없으나, 대상판결은 원심에서 영국법에 따라 주위적 원고 직접청구권을 가지지 아니한다는 판단만 하고, 병합하여 청구한 채권자대위에 의한 보험금청구에 관해서는 아무런 판단을 하지 아니하였는데, 대상판결은 선택적 병합에 관한 법리를 오해하였다는 점을 지적하고 주위적 원고의 상고이유를 인용하여 원심판결 전부를 파기하고 원심법원에 이 사건을 다시 환송하였다.¹⁵⁰⁾

다. 평가

대상판결은 제3자인 피해자가 책임보험회사에 손해배상청구권을 행사할 수 있는냐에 대한 첫 대법원 판결이다. 대상판결이 우선 종례의 실질법 관련 대법원 판결에 따라 피해자의 직접청구권과 보험자의 법률관계를 법률에 의한 채무의 병존적 인수로 성질결정하고, 법률에 의한 채무인수에 대해서는 국제사법의 명문의 규정이 없으므로 국제사법 제34조와 제35조의 기준을 참작할 수 있다고 하여 관련 유추적용이 가능하다고 결정한 점에서 의의가 있다. 하지만, 대상판결은 참작할 수 있다고만 실시하고 구체적인 적용에 있어서는 책임보험계약에 적용되는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있으므로 그 국가의 법이 준거법이 된다고 결정하여 무엇을 어떻게 유추적용하였다는 것인지 알기 어렵다. 그리고 한국 실질법(상법)에 따른 직접청구권의 법적 성질을 섭외적인 사안에 적용함으로써 ‘법률에 의해’ 병존적으로 손해배상채무가 보험자로 인수되었다고 하는데, 그러면 다시 그 법률이 무엇인지에 대한 것을 어느 법에 따라서 결정해야 하는가의 문제를 다루지도 않고, 앞에서 논의한 제34조와 제35조의 ‘기준’¹⁵¹⁾을 법률에 의한 채무인수에 참작할 수 있다고 하여 어떻게 참작하였는지 전혀 밝히지 않은 채 보험계약의 준거법이 가장 밀접한 관련을 가지는 것으로 연결점을 도출하고, 다시 그 보험계약의 준거법에 따라 직접청구권의 존부와 행사가능성이 결정되는 논리전개를 하고 있는데, 필자의 역량이 부족한 것이겠지만 솔직히 이를 따라가기 어렵다. 대상판결이 언급한 제34조 단서를 참작하여 유추적용한다면, 제3자에 대한 채권양도의 효력과 관련한 부분을 법률에 의한 채무인수의 제3자에 대한 효력도 채권의 준거법 즉, 손해배상채권의 준거법을 참작하였어야 하고, 제35조를 참작하여 유추적용한다면, 제1항에 따라 구채권자인 피보험자인 브라이트해운과 신채권자인 이 사건 주위적 원고간의 법률관계가 있다고 가정하고 이를 운송인과 화주(선하증권 소지인)의 관계를 규정하는 이 사건 선하증권의 준거법인 한국법을 유추적용하였어야 했을 것이고, 이는 이 사건에 의해 이

고 97다17544 판결; 대법원 1999. 2. 12. 선고 98다44956 판결 등.

150) 파기환송심인 서울고등 2017나28728 사건은 2018. 8. 11. 화해권고결정으로 확정되었는데, 구체적인 내용은 알려져 있지 않다.

151) 여기서 ‘기준’이라는 말의 의미가 무엇인지 명확하지 않으나 연결점을 의도했던 것으로 보인다.

전되는 채무의 법률관계와 상관이 없으므로 제2항에 따라 법률관계가 없다고 보고 이전되는 채무 즉, 손해배상채권의 준거법 즉, 불법행위에 따른 준거법이나 보험계약위반에 따른 손해배상으로 보아 보험계약의 준거법인 영국법을 적용했어야 하나 이러한 논리전개를 생략한 채 곧바로 보험계약이 가장 밀접한 관련을 가지고 보는 것은 문제가 있다고 본다.

또한 논리적으로 대상판결은 직접청구권의 법적 성질을 실질법의 통설 및 판례에 따라 불법행위채권으로 보고 이러한 불법행위에 따른 손해배상채무를 법률에 따라 병존적으로 인수한 것으로 판단하였으므로, 위 보험계약위반에 따른 손해배상으로 보기도 어려우므로 결국 대법원의 참작 내지 유추적용에 따라 결정하면 불법행위에 따른 손해배상채무에 의할 것인데 이 경우 종속적으로 보험계약의 준거법을 연결할 수 있을 것이므로 영국법이 준거법이 된다고 전개했어야 옳은 것이 아닌가 판단된다. 따라서 대상판결은 책임보험 피해자의 보험자에 직접청구권을 정면으로 다루었다는 의의와 보험계약이 가장 밀접한 관련이 가진다는 점을 확인하였다는 점 정도에 의의가 있고, 연결과정에 대한 부분 즉, 논리적 접근에 있어서는 크게 시사하는 바를 찾기 어렵다고 보아야 할 것이다. 그러므로 향후 로마II규정 제18조, 스위스 국제사법 제141조 및 독일 EGBGB 제40조 제4항¹⁵²⁾ 등과 같이 국제사법에 보험자에 대한 직접청구를 선택적으로 허용하는 규정을 정면으로 도입하는 것을 적극 고려하거나, 국제사법 제34조 또는 제35조에 법률에 의한 채무인수에 대한 연결점을 명시적으로 규정¹⁵³⁾하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

한편, 대상판결은 판결요지와 이유에서 “제3자가 외국의 법률이 준거법인 책임보험계약의 피보험자에 대하여 대한민국 법률에 의하여 손해배상청구권을 갖게 되어”라는 부분을 설시하나, 제3자인 이 사건 주위적 원고가 직접청구권을 갖는지 여부는 보험계약의 준거법인 영국법에 따른다고 결정하였음에도 불구하고 대한민국 법률에 따라 손해배상청구권을 가질 수 있는가의 여부도 아니고 이미 갖게 되었다고 설시한 것은 무슨

152) 로마II규정 제18조와 스위스 국제사법 제141조 및 독일 EGBGB 제40조 제4항은 불법행위의 준거법이나 보험계약의 준거법에서 피해자가 직접 보험자에 대해 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하는 경우 이를 허용하고 있다. 즉, 유럽연합 회원국과 스위스는 책임보험 피해자의 직접청구권 문제를 법률에 의한 채무인수로 성질결정하지 않고, 직접청구권에 관한 명문의 규정으로 해결하고 있다. 이와 관련된 분석은 다른 기회로 미룬다.

153) 최성수, 앞의 논문(2020), 147면 및 151면은 대상판결에서 피해자의 직접청구권의 준거법 결정에 있어서 이례적으로 국제사법 제34조 내지 제35조를 참작할 수 있다고 설시하여 불명확성만 야기할 뿐 실제 준거법의 결정과정에는 이를 유추적용 하는 등의 시도는 하지 않았다고 비판하고, 제35조에 법률에 의한 채무인수 규정을 두자는 의견을 제시하고 있다. 필자는 규정 신설의 경우 이를 제34조에도 둘 수 있고(제2항이 채무인수에 관한 규정이 있기 때문이다), 제35조에도 둘 수 있다(법률에 의한 이전이기 때문이다)고 보며, 해석에 따른 해결도 가능하므로 보다 면밀한 비교법적 검토를 통해 명문을 규정의 신설을 고려할 수 있다고 본다. 다만, 이보다는 지적인 바와 같이 직접청구권에 관한 명문의 국제사법 규정을 두는 것이 더 바람직하다고 본다. 참고로, 석광현, 앞의 책(국제사법 해설), 제416~417면은 명문의 규정이 없으므로 해석론상 근거가 약하다고 볼 수도 있지만, 피해자의 직접청구권은 책임보험계약과 불법행위로 인한 손해배상법의 접점에 있는 것으로서 우회적인 청구를 피하도록 하고 나아가 보험계약 자체에 결함이 있더라도 피해자를 보호하기 위한 목적에서 직접 청구를 인정하는 것이는 취지를 고려하여 우리 국제사법의 해석론으로서도 로마II규정, 독일 EGBGB 제40조제4항과 같이 선택적 연결이 불가능한 것은 아니라고 한다. 다만, 이 경우에도 직접청구권의 존재와 그 태양이 선택적으로 연결되고 보험자자의 의무 범위는 보험계약의 준거법에 따라 사항이라고 한다.

의미인지 이해하기 어렵다. 단순 실수인지 아니면 필자의 이해가 짧은 것인지는 알 수 없으나 어떻게 대한민국 법률에 따라 손해배상청구권을 가지게 되었다는 것인지 설명이 없어 이 같은 논리전개 또한 따라가기 어렵다.

마지막으로, 대상판결과 원심은 이 사건 책임보험계약 자체의 준거법과 책임문제의 준거법 모두를 영국법인 것으로 판단한 것으로 보인다. 이는 이 사건 보험계약에 모든 책임에 대해 영국의 법과 관습에 따른다고 한 것을 종례의 일부 판례¹⁵⁴⁾에 따라 전부지정으로 본 때문인 것으로 추정된다. 그러나 대상판결의 내용이 명확하지 않아 준거법을 분열하여 지정한 것으로 볼 여지가 없는 것도 아니다. 따라서 저촉법적 부분지정으로 보았다면 보험계약 자체의 준거법¹⁵⁵⁾이 무엇인지를 밝히는 작업이 있어야 했는데 이에 대한 이유 설시가 없는 부분도 아쉬운 대목이다.¹⁵⁶⁾

4. 서울고등법원 2017. 9. 8. 선고 2015나2030785 판결: 영국준거법 해상적하보험계약에 따른 보험금 양도 사건

가. 사실관계

이 사건 원고는 조선기자재설계, 제작, 판매 및 수출입업 등을 영위하는 한중선박기계 주식회사이고, 피고 로릭코리아 주식회사(이하 ‘피고 1’ 또는 ‘로릭코리아’)는 해상·항공 화물 운송주선업 등을 목적으로 하는 회사로서 이 사건에서 상법 제116조 제2항에 따른 개입권을 행사하여 해상운송인의 지위에 있다. 이 사건의 다른 피고 중 하나는 보험업을 영위하는 롯데손해보험 주식회사(이하 ‘피고 2’ 또는 ‘롯데손보’)이다. 피고 2 보조참가인 콘스탄트 페이스 쉬핑 코 엘티디(이하 ‘피고 2 참가인’ 또는 ‘콘스탄트’라 한다)는 이 사건 선박의 선주로서 실제 해상운송인이다. 원고는 2012. 11. 19. 싱가포르 회사인 주룽 쉽야드 피티이 엘티디(Jurong Shipyard Pte. Ltd.)와 사이에 브라질에서 건설 예정인 주룽 조선소에서 사용할 크레인 자재인 헐 샵 패키지 시스템 1식(Hull Shop Package System)을 수출하기로 하는 수출계약을 체결하였고, 이후 브라질에 있는 에스탈레이로 주룽 아라크루즈 엘티디에이(Estaleiro Jurong Aracruz Ltda., 이하 ‘매수인’)가 위 수출계약상 매수인 지위를 승계하였다. 피고 1이 선임한 검정인의 1차 검정보고서 이 사건 화물을 마산항까지 내륙운송 중 트레일러 가장 밑바닥에 적재되었던 화물을 포장한 나무가 심하게 부서지거나 변형됨에 따라 화물에 손상이 발생하였다는 의견을 제시하였으나, 2차 검정보고서는 이 사건 화물의 선적 전 및 선적 후 상태를 검정한 결과 이 사건 화물에 대한 적부와 고박이 통상적인 기후 조건 하에 해상운송을 감당하기에 적절히 시행되었다는 의견을 제시하였다. 한편, 피고 2는 2013. 5.

154) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결.

155) 대상판결과 원심판결은 보험계약의 준거법이 영국법이라고만 하고 어떻게 영국법인지를 밝히고 있지는 않다. 그러므로 대상판결과 원심판결은 위 준거법 문구를 전부지정이라고 판단하였거나 아니면 준거법의 분열에 대한 인식 없이 책임에 대한 준거법이 영국법이므로 보험계약 자체의 준거법도 영국법으로 볼 수 있다고 전제한 것으로 보인다. 참고로, 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결은 대상판결과 동일한 책임준거법 문구를 포함한 적하보험계약의 약관 내용을 저촉법적 지정 즉, 준거법의 분열로 보았다. 향후 이와 관련한 법원의 정리가 필요한 것으로 보인다.

156) 최성수, 앞의 논문(2020), 150면은 이를 지적하고 있다.

16. 원고를 대리한 피고 1과 사이에 이 사건 화물 중 일부에 관하여 피보험자를 원고로 하여 협회적하약관(전위험담보), 인코텀즈 2010: CIF 비토리아항(INCOTERMS 2010 : CIF VITORIA) 등을 보험조건으로 하고 보험가액을 각 화물 가격의 110%에 해당하는 금액으로 하는 해상적하보험계약을 체결하고, 보험증권을 발행하였다. 위 보험계약에는 “이 보험증권 하에서 발생하는 일체의 책임 문제는 영국의 법과 관습에 의해 규율된다”는 내용이 기재되어 있었다.

원고와 피고들이 이 사건 사고에 관한 보험금에 대한 협상을 진행하던 중 피고 2 롯데손보는 원고와 피고 1에게 이 사건 사고에 관하여 보상하지 않겠다는 면책 통보를 하여, 원고는 피고 1에 대하여는 운송인의 주의의무 위반에 따른 채무불이행책임으로 인한 손해배상을 주위적으로 청구하고, 제1 예비적 청구로서 원고가 피고 1에게 이 같은 손해배상청구권이 없다면, 원고는 매수인으로부터 피고 1에 대하여 가지는 이 사건 사고로 인한 손해배상청구권을 양수하였으므로 채권양수인의 지위에서 이 같은 손해배상을 청구하고, 제2 예비적 청구로서 이 사건 보험계약이 피고 2의 주장과 같이 피고 1의 기망행위로 인하여 체결되어 이 사건 보험계약이 취소됨으로써 원고가 피고 2에 대하여 보험금 청구권을 행사할 수 없게 되는 경우, 피고 1의 기망행위로 인하여 원고가 보험청구권을 상실하게 된 것이므로, 피고 1에 대해 위임계약 위반 또는 불법행위로 인한 손해배상으로 원고에게 이 사건 보험계약이 취소되지 않았더라면 원고가 수령할 수 있었던 보험금을 청구하였다. 또한 원고는 피고 2에 대해서는 주위적 청구로서 이 사건 보험금 청구권을 매수인에게 양도하지 않았으므로, 피보험자로서 수리비 상당의 보험금을 청구하고, 예비적으로 선적서류와 함께 이 사건 보험증권을 인도받은 매수인에게 이 사건 보험금 청구권이 양도된 것이라면 원고는 매수인으로부터 동 청구권을 다시 양수하였으므로 양수인의 지위에서 피고 2에게 수리비 상당의 보험금을 청구하는 소를 제기하게 된 것이다.

나. 법원의 판단

대상판결은 운송업자인 피고 1에 대한 위 주위적 청구에 대해서는 운송인에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상청구를 할 수 있는 자는 원칙적으로 위 선하증권의 소지인이어야 하는데, 이 사건 소 제기 당시에는 매수인이 이를 소지하고 있었으므로 운송계약상 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 위 선하증권의 소지인인 매수인에게 이전되었고, 원고가 이 사건 운송계약에 따라 매수인과 양립하는 별개의 손해배상청구권을 가질 수 없다고 판단하였다. 그리고 피고 1에 대한 제1 예비적 청구에 대해서는 피고 1이 상법 제814조 제1항¹⁵⁷⁾이 정한 제척기간이 도과한 것으로서 부적합하다는 본안전 항변을 받아들여 원고의 청구를 인용하지 않았다.

피고 2인 롯데손보에 대한 주위적 청구에 대해서는 국제사법 제34조 제1항에

157) 상법 제814조 제1항은 “운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 당사자의 합의에 의하여 연장할 수 있다”고 규정한다. 위 기간을 제척기간으로 보는 것이 통설과 판례의 입장이다(최종현, 『해상법상론』, 제2판, 박영사, 2014, 335면).

따라 이 사건 보험계약에 따른 책임의 문제에 관해서는 영국법이 적용되는 점은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 보험금 청구권이 양도되었는지 여부와 그에 따른 보험금 청구권의 귀속 주체 결정 판단에 대한 준거법은 영국법이라고 판단하고, 영국 1906년 해상보험법의 해석상 영국법상 CIF 조건으로 수출계약을 체결한 경우, 배서 없이 보험증권을 인도하는 방식을 보험증권을 양도하는 관습법적 방법으로 인정될 수 있으므로, 이 사건 보험금 청구권은 이 사건 보험증권을 인도받은 매수인에게 관습적 방법으로 양도되었다는 이유로 원고의 주장을 배척하였다. 마지막으로, 피고 2에 대한 예비적 청구에 대해서는 우선 상법 제795조 제1항에 따라 매수인에게 피고 2의 손해배상 의무가 있으므로 이 사건 사고로 인한 손해액 상당의 보험금을 지급할 의무가 있다고 판단하고, 이 같은 매수인의 보험금 청구권은 원고가 매수인으로부터 영국 재산법 제136조에 따라 적법하게 양수하였으므로 원고에게 보험금을 지급할 의무가 있다고 결정하였다.

이 같은 대상판결에 대해 롯데손보는 대상판결이 받아들이지 않은 소송실태 쟁점과 영국 해상보험법상의 최대선의의의무에 관한 쟁점으로 대법원에 상고를 하였으나, 대법원은 대상판결의 판단을 모두 받아들여 롯데손보의 상고를 기각하였다.¹⁵⁸⁾

다. 평가

대상판결은 해상적하보험계약의 영국법 준거약관을 앞서 소개한 바와 같이 전부지정으로 보고¹⁵⁹⁾ 보험금채권의 준거법도 동 보험계약의 준거법으로 판단한 후 국제사법 제34조 제1항 단서에 따라 이 사건 보험금청구권이 영국 재산권법에 따라 적법하게 이 사건 매수인으로부터 원고 한중선박기계에 양도되었으므로 피고 2 롯데손보가 보험금을 지급하여야 한다고 판단하였다. 그러나 이 과정에서 양도대상인 위 보험금채권의 준거법이 무엇인가를 정확히 밝히지 않고 단순히 이 사건 보험계약에 따른 책임문제에 영국법이 적용되므로 보험금청구권이 양도되었는지 여부와 그에 따른 보험금청구권의 귀속 주체의 결정에 대한 준거법이 영국법이라고 판단한 점은 결과론적으로는 옳을 수 있으나 대상판결은 제34조 제1항 단서의 양도대상인 채권의 준거법이 어떻게 결정되었는지를 규명하지는 못하고 있다고 보인다. 아마도 보험금청구권은 결국 보험계약과 밀접한 관련이 있고 보험계약에 의해 파생되는 것이므로 보험계약의 준거법이 보험금청구권의 준거법으로 보았다고 추정할 수 있으나, 그렇다면 이러한 판단논리를 실시하였어야 했는데 그러한 실시가 없었다는 점은 아쉬운 대목이다.

한편, 대상판결은 피고 1에 대한 원고의 제1 예비적 청구를 피고 1의 상법 제814조 제1항에 따른 제척기간 도과라는 본안전 항변을 인용하여 배척하였는데, 원고의 피고 1에 대한 제1 예비적 청구는 브라질 법인인 매수인이 피고 1에 대하여 가지는 손

158) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2017다272103 판결. 이 판결에 대한 소개로는 이필복, “해상적하보험상 준거법 약관의 유형과 피보험자의 최대선의의의무 : -대법원 2018.10.25. 선고 2017다272103 판결의 평석-”, (2019년도) 법관연수 어드밴스(Advance) 과정 연구논문집, 2020, 565면 이하 참조.

159) 다만, 대상판결이 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결 이후 선고된 것임을 감안하면, 대상판결도 동일한 유형의 영국법 준거약관을 책임문제에 한하여 영국법을 적용하는 것으로 즉 부분지정으로 보고, 영국법상 최대선의의의무 위반 문제를 책임문제로 성질결정한 후 영국법을 적용하여 판단한 것으로 볼 여지가 없는 것도 아니다. 따라서 대상판결이 전부지정설을 취한 것이라고 단정하기 어렵다는 주장도 가능하다

해배상채권의 양수와 관련된 것이다. 그런데 이 손해배상채권이 한국법상 손해배상채권 인지와 제814조 제1항의 제척기간을 실체적 문제로 볼 것인지 아니면 절차적 문제로 볼 것인지 그도 아니면 제814조 제1항이 국제적 강행규정인가 등에 대한 점을 검토하여 판단하였어야 했는데, 이에 대한 검토나 이유도 없이 곧바로 상법이 적용되는 것으로 보고 제척기간이 도과하였다는 이유로 이를 배척한 판단은 외국적 요소를 간과한 것으로 보인다.¹⁶⁰⁾ 즉, 매수인은 선하증권의 소지인으로서 채무불이행 또는 불법행위에 따른 손해배상청구권을 가진 것으로 보이는데, 이 손해배상청구권의 성격에 따라 국제사법 제25조, 제26조 또는 제32조 및 제33조 등에 따라 준거법을 결정하여 해당 준거법에서 그러한 손해배상청구권의 행사기간이 도과하였는지를 추가적으로 검토하여야 했던 것으로 판단된다.

5. 서울고등법원 2017. 6. 29. 선고 2016나2024152 판결: 영농조합법인 사건

가. 사실관계 및 법원의 판단

대상판결은 위 부당이득과 관련한 판결에서 소개한 영농조합법인 신바람과 그 조합원들이 피고이고, 이들로부터 미국 내 광고 및 홍보 대행 등의 의뢰를 맡은 원고 센스 엔터프라이즈 사이의 동일한 사실관계와 관련된 것이다. 대상판결에서의 이 주제와 관련한 채무인수와 관련된 것으로서, 원고는 제3 예비적 청구로서 조합원 중 하나인 특정인이 이 사건 2차 계약에 따른 약정금채무를 병존적으로 인수하였으므로 그 특정 피고가 피고 영농조합법인과 연대하여 원고에게 약정금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

이와 관련하여 대상판결은 국제사법 제34조 제2항과 이에 의해 준용되는 동조 제1항에 따라 피고 영농조합법인과 특정 조합원 사이의 법률관계는 대한민국법에 의하고, 원고에 대한 채무인수의 효력은 원고의 피고 영농조합법인에 대한 채권의 준거법인 캘리포니아주법에 의한다고 판단하였으나, 원고자 제시한 주장만으로는 동 특정 조합원이 피고 영농조합법인의 약정금채무를 병존적으로 인수하였다는 사실을 인정하기에 부족하고 달리 이를 일정할 증거가 없다는 점에서 채무인수에 관한 캘리포니아주법의 내용을 살필 필요도 없으므로, 원고의 이러한 청구는 이유가 없다고 판단하였다.

나. 평가

160) 이는 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다96625 판결(선박우선택권의 제척기간을 절차의 문제로 본 사례)에 따라 상법 제814조 제1항의 제척기간도 절차의 문제로 보았기 때문으로 추측되는데, 이 판결은 문제의 소지가 있어 선결례로서의 의미가 부족하므로 이를 따르지 않았어야 했다고 본다. 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다96625 판결에 대한 비판적 평석으로는 우선 석광현, “외국선박에 대한 선박우선택권의 제척기간과 행사방법의 성질결정과 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 361면 이하 참조. 참고로 로마 I 규정 제12조 제1항 제(d)호 및 로마 II 규정 제15조 제(h)호는 준거법이 결정할 사항의 범위에 소멸시효 등에 관한 사항을 포함한다. 즉, 로마 I 규정과 로마 II 규정은 준거법이 소멸시효 등을 실체나 절차의 문제로 성질결정하느냐에 상관없이 적용된다. 따라서 결과적으로는 실제로 보는 것과 같아진다고 할 수 있다.

대상판결은 외국적 요소가 있는 사건에 대해 국제사법을 적의 적용하고, 해당 연결점에 따라 준거법이 어떻게 결정되는가에 대해서까지 친절하게 판시한 좋은 예로 생각된다. 물론, 증거부족으로 캘리포니아주법에 따라 채무인수에 관한 내용의 확인과 그 적용에 대한 부분을 더 살필 필요가 없어 이에 대한 설시는 없지만, 국제사법적 측면에서는 현 국제사법의 시행 이후 아마도 채무인수와 관련하여 제34조 제2항을 정면으로 적용하여 그 준거법을 결정한 첫 판례¹⁶¹⁾라는 점에서 그 의의가 있는 것으로 생각된다.

VI. 맺음말

이상에서 이 글은 국제사법 시행 이후 지난 20년간 우리 법원이 법정채권과 채권양도 및 법정대위와 관련하여 결정한 판결례를 간략히 소개하고 그 의미를 소박하게 평가해 보았다. 섭외사법 하에서의 국제사법 판례를 이번 학술대회와 같이 주제별로 망라하여 분석한 자료가 부족하기 때문에¹⁶²⁾ 국제사법에 따른 법정채권과 채권양도 및 법정대위 분야의 판례가 섭외사법에 따른 동 분야의 판례에 비해 양적으로 그리고 질적으로 어떻게 변화되고 있는지를 분석하지 못하였다는 점에서 이 글의 한계가 있다. 특히, 법정채권 분야의 연결점은 사실상 국제사법이나 섭외사법에서나 거의 동일하기 때문에 그 전제하에 양자의 비교를 통해 국제사법 하에서 판례가 어떻게 발전해 나가고 있는가를 실증적으로 분석하는 작업이 있어야 했는데 여러 사정으로 그러지 못하고 대부분 단순히 국제사법에 따른 판례의 간단한 소개와 그에 대한 평석 및 관련 문헌을 소개하는 데 그쳤다. 향후 중요판례를 중심으로 그러한 국제사법 판례의 전개와 발전적 모습을 평가하는 후속연구를 이어 나가야 함을 느끼며, 본문에서 논의한 국제사법 시행 20년의 법정채권과 채권양도 및 법정대위와 관련한 판례에 대해 총평하면 다음과 같다.

법정채권 분야에서 사무관리와 관련한 판례는 섭외사법에서와 같이 국제사법하에서도 존재하지 않는다. 외국에서도 사무관리와 관련한 판례는 매우 드문 것으로 보아 우리나라의 사무관리 관련 판례가 없다는 점에서 의의는 아니라고 생각한다.

부당이득 관련 판례는 사실상 섭외사법을 적용한 도메인이름 사건과 국제사법에 따른 가지급물 반환 사건, 넷플릭스 사건이 부당이득 관련 쟁점을 정면으로 다룬 것이라 할 수 있다. 이 중에서도 도메인이름 사건은 이득발생지법이 무엇을 의미하는지 조금 더 구체화하는 작업이 필요함을 보여주는 판결로서 의의를 가지며 향후 국제사법 개정과 관련한 논의에 일정한 의의를 가지는 것으로 보인다.

161) 앞서 소개한 책임보험에 따른 직접청구권 판례에서는 법률에 의한 채무인수의 규정이 없다는 점을 든 후, 제34조와 제35조의 기준을 참작할 수 있다고 언급하고 바로 점프하여 보험계약의 준거법이 밀접한 관련을 가지는 것으로 판단하여 채무인수와 관련한 국제사법 제34조 제2항을 제대로 적용하였다고 보기 어렵다는 점에서 이 판례가 국제사법 제34조 제2항을 적용하여 판단한 최초의 판례로 보인다.

162) 김인호, 『국제사법 - 판례와 사례/분석과 해설』, 박영사, 2012는 이 책의 출판 이전까지 섭외사법과 국제사법이 쟁점이 된 판례를 상당히 제공하고 있으나, 미공개 판례까지 제공하고 있지는 못하다. 다만, 섭외사법 하에서의 판례를 전체적으로 조망해 볼 수 있다는 점에서 의의가 있는 자료로 판단된다.

불법행위 판례는 법정채권 관련 판례 중에서 압도적인 수를 차지하는데, 이 글에서는 총 17개의 판례를 다루었다. 이중 섭외사범을 적용한 판례이기는 하나 강제징용 사건 판례는 격지불법행위에서 피해자의 선택권을 인정한 최초의 대법원 판례로서 의미를 가질 뿐만 아니라 헌법적 가치를 정면으로 인정하여 국제사법이 헌법과 밀접한 관련한 가짐을 보여준 의미 있는 판례로 평가할 수 있다. 또한, 섭외사범을 적용한 사건이나 고엽제 사건 판례는 제조물책임과 관련하여 1995년에 선고되었던 나우정밀 사건 판례와 동일하게 피고의 예견가능성 요건을 적용하여 원고와 피고의 이익을 모두 고려한 판례로 생각되며 국제제조물책임의 연결점과 관련하여 이제 판례가 확립되었다고 할 수 있는 계기가 된 판례라고 생각된다. 그리고 향후 외국 사례와 같이 국제사법에도 제조물책임과 관련한 특별연결규칙을 두는 것도 적극 고려해 보아야 할 것으로 판단된다. STX팬오션 미국해사법 적용 사건은 최초로 불법행위에서 중속적 연결을 적용한 사례로서 의의가 있고, 이후 나온 다수의 판례에서 국제사법에 따라 신설된 중속적 연결 규정으로 인해 실무에서 불법행위지 판단과 관련한 긴장을 상당히 완화시켰고, 국제계약법의 중요성을 한층 강화시켰다는 점에서도 의의를 가진다고 판단된다.

채권양도 및 법정대위 관련 판례로는 우선 선원임금채권 양도 및 대위 사건은 불법행위 사건에서 발견되는 특징과 연결되는 것일 수도 있지만 상당수의 사건이 해사 사건과 관련되어 있어 해사사건은 계약, 법정채권뿐만 아니라 채권양도, 채무인수, 법정대위와 관련하여 다양한 국제사법적 쟁점을 포함하고 있는데, 이것은 해사사건이 상당한 국제성을 가짐을 시사한다. 그리고 실무에서 국제사법적 쟁점을 제대로 인식하지 못하거나 아니면 이와 관련된 교육 등이 제대로 이루어지지 않은 상태에서 관련 계약체결이나 행위가 일어나고 있어 자주 동일한 문제가 일어나고 있는 것으로 보여 전반적인 점검이 필요하고 국제사법적 고려가 중요함을 인식시키는 것이 매우 중요한 것으로 보인다.

이 글에서는 다루지 않았으나 대법원¹⁶³⁾은 채권자취소권의 연결점을 사해행위지로 결정하였는데, 이와 관련해서는 조금 더 지켜볼 필요가 있을 것으로 보인다.¹⁶⁴⁾ 그 외, 이번 법정채권과 채권양도, 채무인수 및 법정대위와 관련한 판례의 숲을 산책하는 과정에서 외국적 요소가 있는 불공정경쟁행위, 증권불법행위, 명예훼손, 환경재해와 관련된 판결례는 발견하지 못하였다. 따라서 향후 국제사법 개정과 관련하여 이 분야의 개정은 긴급해 보이지는 않는다. 다만, 중국의 공해로 인한 미세먼지 폐해나 예정된 일본의 방사능 오염수 방출에 따른 환경재해 등은 향후 관련 분쟁이 생길 개연성이 높은 분야여서 제조물책임과 더불어 국제사법에 연결규칙을 신설하는 것을 적극 고려하여야 할 것으로 생각된다. 이와 관련하여 향후 학계와 실무에서 추가적인 연구와 논의의 전개가 필요할 것이다. 모쪼록 국제사법 시행 20주년을 계기로 국제사법의 나무가 이제 더 번창하고 성숙하여 척박한 한국법이라는 땅에서 작게라도 아담한 국제사법의 숲을

163) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013므4133 판결.

164) 채권자취소권과 관련한 위 대법원 판결에 대한 소개로는, 이현목, “채권자취소권의 준거법에 관한 연구”, 비교사법 제23권 제2호, 2016, 469면 이하; 장준혁, “부부재산제와 채권자 취소권의 준거법 결정과 그 적용”, 판례실무연구 XII, 박영사, 2017, 876면 이하; 김윤중, “외국적 요소가 있는 채권자취소권의 준거법”, 대법원판례해설 제109호, 2017, 587면 이하; 한애라, “채권자취소권의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제24권 제1호, 2018, 165면 이하 참조.

이루어 많은 사람들이 아름다운 국제사범의 단풍길을 산책할 수 있는 날이 속히 올 수 있기를 기대하며 부족한 글을 맺는다.

참고문헌

1. 저서

- 김명기, 『국제사법원론』, 전정판, 법지사, 2003.
- 김인호, 『국제사법 - 판례와 사례/분석과 해설』, 박영사, 2012.
- 민유숙 대표편집, 『주석민법』(제843조 정현경 집필 부분), 제6판, 한국사법행정학회, 2020.
- 법무부, 『국제사법 해설』, 2001.
- 서희원, 『국제사법강의』, 신고판, 일조각, 1995.
- 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013.
- 신창선·윤남순, 『신국제사법』, 제2판, 피데스, 2016.
- 안춘수, 『국제사법』, 법문사, 2017.
- 윤종진, 『현대 국제사법』, 한울출판사, 2003.
- 윤진수, 『친족상속법강의』, 제2판, 박영사, 2018.
- 이호정, 『국제사법』, 경문사, 1985.
- 최종현, 『해상법상론』, 제2판, 박영사, 2014.
- 최흥섭, 『한국 국제사법 I』, 한국학술정보, 2019.
- 황산덕, 『국제사법』, 3정판, 박영사, 단기4289년(서기 1956).
- 황산덕·김용한, 『신국제사법』, 박영사, 1985.
- Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed., (London: Sweet & Maxwell, 2012).
- Huber/Huber/Bach, Rome II Regulation (2011), Art. 10.
- Magnus/Mankowski/Peter Mankowski, Rome II Regulation (2019), Art. 10.

2. 논문

- 강병근, “국제법적 관점에서 본 일제강제징용 배상판결의 주요쟁점에 관한 연구”, 저스티스 통권 제143호, 2014.
- 강영수, “UDRP의 구속력과 도메인이른 관련 국제분쟁의 준거법”, 민사판례연구, 제32권, 박영사, 2010.
- 권창영, “선하증권상 지상약관이 준거법의 부분지정(분할)에 해당하는지 여부: 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결”, 해양한국 537호, 2018.
- 권창영, “용선료 채권에 대한 양도와 가압류 경합으로 인한 혼합공탁시의 법률관계”, 해양한국 제529호, 2017.
- 김문숙, “일본의 법제개정과 남겨진 과제 -법의 적용에 관한 통칙법의 제정에 관하여-”, 국제사법연구 제12호, 2006.
- 김문숙, “일본법원의 국제재판관할권에 관하여 -2011년 개정민사소송법을 중심으로-” 국제사법연구 제18호, 2012.
- 김윤종, “외국적 요소가 있는 채권자취소권의 준거법”, 대법원판례해설 제109호, 2017.
- 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권 제2호, 2018.

김진권, “선박우선평권과 선원임금채권의 준거법에 대한 고찰”, 한국해법학회지, 제30권 제1호, 2008.

남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.

도시환, “한일청구권협정 관련 대법원 판결의 국제법적 평가”, 국제사법연구 19권 1호, 2013.

박선아, “일본 전범기업을 상대로 한 민사소송의 의의와 과제”, 법조 통권 684호, 2013.

석광현, “외국선박에 대한 선박우선평권의 제척기간과 행사방법의 성질결정과 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019.

석광현, “가집행선고의 실효로 인한 가지급물 반환의무의 준거법: 성질결정, 법정지법원칙, 국제사법의 법원(法源)에 관한 논점을 포함하여”, 『국제사법과 국제소송』제6권, 박영사, 2019.

석광현, “강제징용사건에 관한 일본판결의 승인 가부”, 국제사법과 국제소송 제6권.

석광현, “강제징용사건의 준거법”, 국제사법과 국제소송 제6권.

석광현, “국제사법에 대한 헌법의 영향”, 저스티스 통권 170-3호, 2019. 2.

석광현, “선박우선평권과 피담보채권(선원임금채권)의 준거법”, 『국제사법과 국제소송』 제5권, 박영사, 2012.

석광현, “해상국제사법의 몇 가지 문제점”, 『국제사법과 국제소송』, 제5권, 박영사, 2012.

석광현, “국제적 채권양도의 준거법”, 『국제사법과 국제소송』, 제4권, 박영사, 2007.

석광현, “국제재판관할의 기초이론 - 도메인이름에 관한 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결의 의의 -”, 『국제사법과 국제소송』 제4권, 박영사, 2007.

안상진, “채권양도의 준거법에 관한 소고”, 국제사법연구 제9호, 2003.

안춘수, “국제부당이득법 소고”, 비교사법 제19권 제1호, 2012.

오정후, “판례에 나타난 국제재판관할에 대한 이해에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제48권 제1호(142호), 2007.

오석웅, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합규정(로마 II)에 있어서 부당이득의 준거법”, 국제사법연구 제22권 제2호, 2016.

유영선, “도메인이름에 관한 등록이전의 부당이득 관련 준거법 및 미국 캘리포니아주법상 그 등록이전의 부당이득 여부 (2011. 5. 26. 선고 2009다15596 판결: 공2011하, 1263)”, 대법원판례해설 제88호, 2011.

유영일, “국제불법행위 등 법정채권의 준거법에 관한 소고”, 법조 2001·5 통권 제536호.

유영일, “개정법률안의 검토 - 사무관리·부당이득·불법행위 -”, 국제사법연구 제6호, 2001.

이동진, “강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.

이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.

이필복, “해상적하보험상 준거법 약관의 유형과 피보험자의 최대선의의의무 : -대법원 2018.10.25. 선고 2017다272103 판결의 평석-”, (2019년도) 법관연수 어드밴스 (Advance) 과정 연구논문집, 2020.

이필복, “해상운송인의 손해배상책임에 관한 재판관할합의와 준거법”, 해양한국 제549호, 2019.

이필복, “법인과 단체의 실체적, 절차적 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019.

- 이헌목, “외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점 - 대법원 2015.2.26. 선고 2012다79866 판결을 중심으로 -” 국제사법연구 제22권 제1호, 2016.
- 이헌목, “채권자취소권의 준거법에 관한 연구”, 비교사법 제23권 제2호, 2016.
- 이헌목, “국제재판관할의 결정에 있어서 몇 가지 문제점: 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다 22549 판결을 중심으로”, 국제사법연구 제19권 제1호, 2013.
- 이헌목, “도메인이름 이전등록에 따른 부당이득의 준거법과 국제사법 제31조의 개정의 필요성”, 국제거래법연구 제21집 제2호, 2012.
- 이흥렬, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구”, 비교사법, 제19권 제2호, 2012.
- 임치용, “국제불법행위”, 국제사법연구 제4권, 1999.
- 장준혁, “부부재산제와 채권자 취소권의 준거법 결정과 그 적용”, 판례실무연구 XII, 박영사, 2017.
- 장준혁, “일본 치하의 징용근로자의 대사인적 소송의 법률문제들”, 판례실무연구 XI, 2014.
- 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호, 2014.
- 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 국제사법연구 제19권 제1호, 2013.
- 장준혁, “도메인이름 분쟁에 관한 국제재판관할 - 한국법 개관 -”, 경희법학 제41권 제2호, 2006.
- 정운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부 (2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결 : 공2008상, 759)” 대법원판례해설 제75호, 2008.
- 천경훈, “전후 일본의 재벌해체와 채무귀속: 일제강제징용사건의 회사법적 문제에 관한 검토”, 서울대학교 법학 제54권 제3호, 2013.
- 최성수, “책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 판례의 검토 - 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599판결 -”, 아주법학 제13권 제4호, 2020.
- 최성수, “선하증권상 지상약관과 종속적 연결에 의한 불법행위의 준거법”, 외법논집 제43권 제4호, 2019.
- 최성수, “외국선박 집행의 준거법에 관한 고찰”, 고려법학 제7호, 2013.
- 한애라, “채권자취소권의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제24권 제1호, 2018.
- 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법 -대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다 42599판결-”, 일감법학 제39호, 2018.
- 한충수, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마Ⅱ규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법”, 서울법학 제26권 제1호, 2018.
- 황진, “중국 섭외민사관계법률적용법의 제정 및 개선”, 국제사법연구 제17호, 2011.

제2주제 ‘국제법정채권법 분야 재판례의 회고와 과제’ 토론문

고법판사 이의영(서울고등법원)

국제사법 시행 20년 동안 이루어진 대법원 및 고등법원, 지방법원의 부당이득, 불법행위, 채권양도와 채무인수 분야의 주요 재판례를 모두 정리·평가하고, 국제사법적 고려의 중요성과 발전방향에 관하여 알려주신 훌륭한 발표에 감사드립니다. 덕분에 많은 공부가 되었습니다. 제조물책임과 환경재해분쟁 등 분야의 입법필요성에 관한 미래지향적 말씀에도 공감합니다. 토론자의 본분에 따라 오늘 좋은 논의를 이어가기 위해 몇 가지 질문을 드리겠습니다.

1. 먼저 부당이득 분야 관련해서 말씀드리겠습니다.

가. 대법원 2017다246749 판결(발표문 15-18면)은 영농조합법인의 조합원들에 대한 연대책임 청구에 관해서 국제사법 제16조 ‘법인 또는 단체의 설립 준거법’에 따라 대한민국법을 적용하라고 판단을 한 것으로 보입니다. 상고되지 않아 분리 확정된 영농조합법인에 대한 청구는 계약에 기한 약정금 청구로서 계약의 준거법인 미국 캘리포니아주법에 따라 원심에서 판단되었고, 그 채무에 대하여 개별 조합원들이 연대책임이 있는지 여부가 상고심의 쟁점이었는데 국제사법 제30 내지 33조의 법정채권 관련 규정이 아니라 제16조의 법인 및 단체에 관한 규정이 적용된다는 판결입니다.

연결대상이 되는 법률관계에 대해 법정지의 특정 국제사법 규정에 포섭시키는 일차적 성질결정의 단계에서, 그것이 계약, 사무관리, 부당이득, 불법행위 등 어느 체계개념에 해당하는지를 밝히는 것은 상당히 어려운 일입니다. 잘 아시다시피, 법정지법이 성질결정의 출발점이 되나 체계상의 흠결을 피하고 기능성을 갖춘 국제사법이 되도록 하기 위해 ‘기능적 관점에서 볼 때 서로 비교될 수 있는 생활관계를 규율하는 외국법제도를 충분히 포섭할 수 있도록’ 법정지 국제사법 규정을 해석해야 한다는 기능적 성질결정설¹⁾이 현재 가장 합리적인 기준으로 논의되고 있습니다.

국제사법이 구 섭외사법과 달리 사무관리, 부당이득, 불법행위 모두에 종속적 연결에 관한 규정을 둔 것은 말씀하신 것처럼 상당히 진일보한 것이지만, 위 사례와 같이 영농조합법인의 채무에 대한 개별 조합원들의 연대책임을 청구하는 경우에는 위 법정채권의 종속적 연결로 준거법을 결정할 것이 아님에도 원심이 혼동했던 것이 아닌가 생각됩니다. 즉, 당해 청구가 계약에 기한 청구가 아니라고 하여 무조건 법정채권 규

1) 성질결정의 의의와 기능적 성질결정설 등 학설에 대한 설명은 안춘수, ‘국제부당이득법 소고’, 비교사법 제19권 1호, 한국비교사법학회(2012. 2), 132-138면 등 참조.

정으로 가서 연결점을 찾아야 하는 것은 아니며, 그 청구의 성격이 법인 또는 단체의 채무 존재를 전제로 그 구성원들의 연대책임을 구하는 것이라면, 법인 또는 단체의 구성원들의 책임 관련해서는 법정채권 제도와 별도로 각국마다 다양한 법인제도를 두고 있으므로, 저는 개인적으로도 국제사법 제16조에 따라 연결점을 찾아 설립준거법을 해당 청구에 대한 준거법으로 결정하는 것이 맞고, 따라서 대상판결의 접근은 타당하다는 의견입니다. 청구의 성질상으로도 사무관리나 부당이득에 포섭하기 어렵다고 생각합니다. 조합원들에 대한 청구를 법정채권 관점에서 국제사법 제30조 내지 32조를 유추적용하여 검토했어야 한다는 취지의 교수님 평가 부분과는 조금 의견이 다른 부분입니다만, 이에 대하여 어떻게 생각하시는지요?

나. 대법원 2017두48482 판결 사안(발표문 18-20면)은 조세사건인데, 이에 대해서는 간략히 코멘트 드리고자 합니다. 국제거래에서 세금 문제는 먼저 각국의 국내세법에 따라 세금을 부과하고, 거주지국과 원천지국 간의 조세조약에 따른 감면규정 적용 여부, 외국납부세액공제 등에 따른 이중과세 조정 여부 등을 살피게 됩니다. 나라마다 세법체계가 상이하고, 여러 종류의 소득금액이 어떠한 유형의 소득에 해당하여 어떤 규정에 따라 과세되는지는 일차적으로 세금을 부과하는 나라의 국내세법 규정에 따르게 됩니다. 이에 대해서는 국제공법(public international law)에 속하는 국제조세법 분야에서 별도의 논의가 이루어지고 있습니다. 일차적으로 각국 국내법에 따라 소득 유형을 분류하여 과세가 되고 이차적으로 조약상 혜택규정 적용 관련해서는 조약상 소득구분에 따르게 되는 2단계 구조가 됩니다.²⁾

물론 위 판결 사안에서 선박건조계약의 해제에 따른 법률관계는 계약의 준거법인 영국법이 적용되고, 쟁점이 된 선수금이자 지급(위 계약에서 이를 손해배상의 예정 liquidated damages로 칭함)의 성격이 손해배상인지 아니면 실제 손해를 넘어 지급되는 금액인지를 파악하는 단계에서는 계약해석과 효력을 영국법 내용에 따라 살펴보게 되지만, 과세처분의 준거법은 어디까지나 대한민국 세법이므로 국제사법 조항은 판결문에서 언급되지 않은 것으로 추측됩니다.

2. 다음으로 불법행위 분야 관련해서 토론 드리겠습니다.

가. 대법원 2015다60689 냉동 돈육 사건(발표문 33-35면) 관련해서 이후 소송 경과를 살펴보니, 2020. 7. 16. 서울중앙지방법원 민사항소부(2019나22448)에서 원고승소판결이 선고되어 그대로 확정되었습니다. 채무불이행책임과 불법행위책임을 중첩적으로 인정하여 손해배상을 명하였고, 채무불이행 손해배상청구 관련해서도 준거법을 대

2) 상세히는 이창희, 국제조세법, 제2판, 박영사(2020), 275-283 등 참조.

한민국법으로 판단했습니다.

상고심에서는 하급심과 달리 상고이유에 대해 판단을 하는데, 운송계약의 준거법에 관하여는 원심에서 중국법을 준거법으로 봤던 것과 관련해서 상고이유 1점으로 다 투어졌고, 이면약관 내용이 계약에 편입되었음을 인정하기 부족하다고 보아 이 부분 상고이유 주장을 받아들인 것이며, 이후 환송 후 원심에서 운송계약의 준거법에 대해 다시 심리하여 판단해야 하므로 대법원 판결문에서는 언급하지 않은 것으로 보입니다. 상고이유 3점과 4점 부분은 대한항공의 불법행위 손해배상청구권을 대위 청구한 부분에 대한 것이어서, 판결문에 국제사법 제32조 1항 판단이 들어간 것으로 보입니다. (이 부분도 질문은 아니고 설명 내지 코멘트가 되겠습니다.)

한편 말씀하신 것처럼 보험자대위의 준거법에 관해서는 원심 판결에 언급이 누락되었던 것으로 보이고, 그러한 점은 환송 후 원심 판결도 마찬가지였습니다.

나. 미국 텍사스의 특허침해 손해배상 판결의 승인이 문제된 서울고등법원 2014나 1463 판결 사안(발표문 37-39면)은 결국 텍사스 법원의 판결에서 인정된 손해액이 모두 전보적 손해배상액에 해당하고 제재적 성격의 손해액이 포함되어 있지 않았던 것으로 결론이 난 것이므로, 표제에서 ‘징벌적 손해배상’이라는 표현은 다소 적절치 않은 느낌이 있습니다. 징벌적 손해배상 여부가 다투어졌던 사안으로 보이고, 위 고등법원 판결 이후 대법원에서 상고기각 판결³⁾이 선고되었는데, 특히 ‘특허권자의 일실 이익 산정에 있어 침해행위자의 판매가격이 아니라 특허권자의 판매가격을 기준으로 하는 경우 특허권자의 일실이익이 침해행위자의 매출액을 초과할 수 있으므로, 이 사건 미국판결에서 원고의 손해액이 피고의 매출액 내지 이익을 초과한다는 사정만으로 특허권자의 일실이익이 공평의 이념에 반할 정도로 과다하다고 볼 수 없는 점’과 ‘민사소송법 제217조의2 입법취지가 징벌적 손해배상이 아닌 전보적 손해배상의 경우에도 손해액이 과다하다는 이유만으로 외국판결의 승인을 제한할 수 있도록 한 것이라고 볼 수 없는 점’을 명시하여 피고의 판결승인 제한 주장을 배척하였습니다.

그렇다면 평가 부분에서 적으신 것처럼 ‘3배 배상은 우리나라의 공서에 반하지 않는다’는 판시가 있었다고 보신 것은 조금 무리가 아닌가 싶습니다. 원심에서 관련된 사정들의 하나로 설시한 것으로 보입니다. 물론 교수님께서 말씀하신 것처럼, 우리나라에 최근 3배 배상과 관련된 법률들이 상당수 등장하고 있는 사정은 외국판결의 승인 관점에서 중요한 점으로 고려되어야 한다고 개인적으로 생각합니다.

외국의 확정재판에 대한 실질적 전면 재심사는 허용되지 않으므로, 징벌적 내지 제재적 성격이 포함되어 있는지 여부는 해당 외국판결문과 그 소송자료 등에 의해서

3) 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다1284 판결

제한적으로 살펴볼 수밖에 없는데, 해당 판결문에 ‘징벌’, ‘제재’ 등의 기재가 없고 실제 발생한 손해에 대한 배상임을 전제로 금액 산정을 하고 있는 이상, 결국 그 승인 집행을 불허하기는 실무상 상당히 어려운 것이 아닌가 생각이 듭니다. 손해배상 제도는 나라마다 매우 다양한 것으로 아는데, 손해배상판결의 국제적 유통, 관할 및 준거법에 대한 당사자 선택의 존중 등 흐름에 따라 결국 그 차이랄까 경계가 조금 흔들릴 수도 있는 것인지 하는 생각도 듭니다. 이에 관하여 교수님의 고견을 듣고 싶습니다.

다. 근질권 침해 손해배상청구 사건인 서울고등법원 2015나2023077 판결 사안(발표문 39-40면)은 이후 대법원에서 근저당권설정등기 말소회복청구 부분 및 그 부분에 관한 예비적 청구 부분을 파기환송하였고, 환송 후 원심 판결(서울고등법원 2020나201355)이 2020. 10. 13. 선고되었습니다. 확정된 사건이기는 하나 저희 재판부에서 선고한 판결이어서 공개적으로 언급하는 것이 적절한지 잠시 주저가 되지만, 학술적 논의에 한정되므로 가능한 것으로 생각하고 간략히만 말씀드리면, 상법상 감사의 임무해태로 인한 제3자의 손해배상청구의 경우 그 준거법에 대해서 환송 후 판결에서는 ‘국제사법 제16조 또는 제32조’라고 양 조문을 병기했음을 알려드립니다.

라. 최근 불법행위 관련 하급심 판결로는 서울고등법원 저희 재판부에서 2021. 1. 19. 선고한 사건(2019나2054956)이 있어서 소개드립니다. 중국의 보험회사들이 보험자대위에 의해 중국에서 발생한 반도체 공장 화재사고 관련해서 국내 모회사 법인을 상대로 불법행위 사용자책임(중국법상 용인단위책임)과 법인격부인(중국법상 법인격 및 주주권 남용)에 따른 연대책임을 구한 사건이었는데, 보험자 대위에 관해서는 국제사법 제25조, 불법행위 사용자책임에 대해서는 국제사법 제32조, 법인격부인 연대책임에 대해서는 국제사법 제16조에 따라 모두 중국법이 준거법으로 결정되었습니다.⁴⁾ 쌍방이 상고하여 현재 상고심에 계속 중이어서 상세한 언급은 생략합니다.

재판부로서는 국내에 매우 생소한 위 중국법 내용을 밝히기 위해서 판례, 교과서, 논문, 전문가의견서 등 서면자료뿐만 아니라 북경대학과 중국인민대학의 민법 교수들이 감정증인으로 채택되어 영상재판을 실시했습니다. 각 주신문, 반대신문과 재판부 신문 등을 통해 궁금한 부분이 많이 해소되었고 결국 판결을 선고할 수 있었습니다. 준거법이 어느 나라의 법인지를 밝히는 것뿐만 아니라, 외국법이 준거법으로 결정된 경우 효율적으로 그 내용을 밝히고 적용하는 문제에 대해서도 실무적 관심과 연구가 있어야 할 것으로 생각합니다.⁵⁾ 최근에는 슬로바키아 상법, 몽골 민법 등 상당히 생

4) 반면 1심에서는 법인격부인 관련해서 대한민국법을 준거법으로 보았고, 보험자대위 관련해서는 준거법 판단을 하지 않았습니다.

5) 국제사법의 법선택(choice of law)에 관한 규정과 법률관계 형성에 관한 당사자 자치의 원칙은 해당

소한 외국법이 준거법이고 그 구체적 내용에 대해 다툼이 있는 사건들도 종종 발견되는데, 언어의 장벽과 문헌자료의 희소성 등 실무적 어려움이 많습니다.

외국법이 사실이나 법이나, 직권조사나 직권탐지나 등의 추상적 논의에서 한 발짝 더 나아가, 결국 법관의 법률전문가로서 능력(legal skill and expertise)⁶⁾을 발동하여 외국 법조문과 문헌자료를 논리적으로 해석해내고 해당 사안에 적용하는 능력과 경험의 축적이 중요해졌다고 보이고, 그 과정에서 공개재판원칙에 따른 구술주의 활용 소송기법도 발전시켜 나가야 한다고 생각합니다. 외국법 발견과 적용의 방법 관련해서 교수님께서 평소 생각하셨던 좋은 방안이 있으신지요?

3. 끝으로 채권양도와 채무인수 발표 부분과 관련해서 질문드립니다.

영국준거법 해상적하보험계약에 따른 보험금 양도 사건(서울고등법원 2015나 2030785 판결)에 대해 평가해주신 내용 중에서 제척기간이 실체적 문제인가 절차적 문제인가에 관한 부분(58-59면)에 관한 것입니다. 소멸시효, 제척기간, 제소기간 등 용어와 개념의 구분부터 명확히 하는 것이 상당히 어렵고, 이 사건처럼 우리나라 법률의 제척기간 규정이 쟁점이 되는 경우뿐만 아니라, 외국법이 준거법인 사건에서 그 외국법에서 일정한 기간 내에 권리행사를 해야 한다는 limitation period 규정을 들어 다투고, 그 상대방은 반대로 제소기간은 절차에 관한 사항이어서 법정지법인 대한민국법에 따라야 한다고 주장하는 사건도 발견됩니다.

교수님께서도 상법 제814조 제1항 등과 같은 제척기간 규정을 실체에 관한 것으로 보시는 입장인지요? 권리소멸에 대한 준거법은 권리성립에 대한 준거법과 같아야 한다는 점, 제척기간 내에 권리행사를 하지 않으면 권리상실의 실체법적 효과가 있다는 점 등에서 계약의 준거법이 소멸시효, 제척기간에도 적용된다고 보는 것이 논리적이라는 데에 동의합니다. 그런데 판결주문에서 소멸시효가 완성된 경우에는 청구기각이지만 제척기간이 만료된 경우에는 소 각하사유가 된다는 점, 우리나라에서 소멸시효는 항변사항이지만 제척기간은 직권조사사항이라는 점 등에서 절차적인 사항으로 볼 측면도 있는 것 같습니다. 교수님의 고견을 여쭙고 싶습니다.

4. 국제사법 시행 이후 나온 많은 재판례에 대해 정리해 주셨는데, 저의 부족함으로 일부에 대해서만 질문드리며 토론하였습니다. 다시 한 번 감사의 말씀을 올립니다.

사건에 관하여 재판관할을 가진 어느 국내법원이 해당 준거법인 외국법을 정확하고 효율적으로 파악하여 적용할 수 없다면 그 의미를 사실상 잃는다는 것으로, Sofie Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford University Press(2004), General Introduction, para In.02.

6) 외국법 관련 전문가 증인의 신빙성 판단의 특성과 법관의 능력 작동에 관해서는 Richard Fentiman, *International Commercial Litigation*, Oxford University Press(2010), 299-304면.

제3주제 : 국제친족상속법 분야 재판례의 회고와 과제

좌장 : 최성수 부회장
(동아대학교 법학전문대학원 교수)

발표 : 이종혁 교수
(한양대학교 법학전문대학원)

토론 : 이병화 교수
(동덕여자대학교 교양대학)

국제가사사건 재판례의 회고와 과제*

이종혁**

I. 서 언

본고의 목적은 국제사법 시행 20주년을 기념하여 우리 법원에서의 국제가사사건 재판례를 국제혼인법, 국제이혼법,¹⁾ 국제친자법,²⁾ 국제부양법, 국제후견법, 국제상속법³⁾ 등 국제가족법⁴⁾ 세부분야별로 회고함으로써 현행 국제사법의 운영상황의 일단을 파악하고 그로부터 현행 국제사법상 국제가족법 규정의 해석에 참고할 만한 시사점을 도출하는 것이다. 검토 대상 재판례는 대법원 종합법률정보시스템⁵⁾에서 ‘검색대상’을 ‘판례’로 선택한 후 검색어로 ‘국제사법’과 ‘섭외사법’을 입력하였을 때 검색되는 재판례 중 ‘사건종류’가 ‘가사’로 분류되어 있는 17건과 28건을 기본으로 삼았고, ‘사건종류’가 ‘민사’로 분류된 재판례 중 국제가족법 쟁점이 포함되어 있는 것을 추가하였으며, 대법원 종합법률정보시스템에서 검색되지 않는 재판례 중 관련 문헌에서 언급되고 있는 것도 판결문 제공신청 제도를 활용하여 추가하였다. 그리하여 심급 구분 없이 70여건의 재판례를 검토 대상으로 삼았다(국제사법 적용 40여건, 섭외사법 적용 30여건).⁶⁾ 이들 재판례에는 준거법 결정규칙인 협의의 국제사법에 관한 것뿐만 아니라 국제재판관할과 외국재판 승인·집행 등 광의의 국제사법에 관한 것도 포함되어 있다. 또한 섭외사법이 적용된 재판례라고 하더라도 현행 국제사법의 해석에 여전히 중요하게 참고할 수 있는 재판례는 검토 대상에 포함시켰다.

이하에서는 첫째로 국제혼인사건을 혼인의 실질적·형식적 성립요건, 사실혼관계 부당파기, 부부재산제의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토하고(국제사법 적용 7건, 섭외사법 적용 7건), 둘째로 국제이혼사건을 국제재판관할, 외국이혼판결의 승인, 그리고

* 국제사법 시행 20주년 기념학술대회(2021. 11. 12.) 발표용 초고이므로 인용하지 마시기 바랍니다.

** 한양대학교 법학전문대학원 조교수.

- 1) 이혼은 혼인의 해소이므로 국제이혼법은 원칙적으로 국제혼인법의 일부에 해당하나, 국제이혼사건 재판례가 다수 있음을 고려하여 별도로 편제하여 논의하기로 한다.
- 2) 헤이그 국제사법회의의 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 이하 “헤이그 아동탈취협약”)이 적용된 재판례도 함께 검토한다.
- 3) 준국제사법 규범인 「남북 주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법」이 언급된 재판례로 대법원 2016. 10. 19. 선고 2014다46648 전원합의체 판결이 있다. 북한주민의 상속회복청구권도 민법 제999조 제2항에 따른 제척기간이 적용되는지 여부라는 실질법 쟁점이 문제된 사건인데, 다수의견은 위 특례법 제11조 제1항이 상속회복청구에 관하여는 특례를 규정하고 있지 않아 상속권 침해일로부터 10년의 제척기간이 적용된다고 한다. 반면에 반대의견(대법관 5인)은 위 특례법에 규정이 없더라도 위 특례법 제11조 제1항을 유추하여 제척기간을 남한 입국시로부터 3년까지로 연장할 수 있다고 한다.
- 4) 본고에서는 ‘국제친족·상속법’이라는 용어 대신에 ‘국제가족법’이라는 용어를 사용하기로 한다.
- 5) 주지하듯이 <https://glaw.scourt.go.kr/>에서 접근할 수 있다.
- 6) 현행 국제사법이 적용된 국제가사사건 재판례 전반을 회고한 문헌으로 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 160면 이하; 최홍섭, “한국 국제가족법의 회고와 과제”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.), 9면 이하가 있다. 본고는 위 논문들과 시차가 있을 뿐만 아니라 그동안 판결문 공개 및 제공신청 제도가 활성화되었기 때문에도 검토 대상 재판례를 위 논문들보다 확대할 수 있었다. 다만, 대법원 종합법률정보시스템에서 검색되지 않는 재판례 중 가족법 관련 문헌에서 산발적으로 언급된 것을 판결문 제공신청 제도를 통하여 추가하는 과정에서 중요성에도 불구하고 누락된 것이 있을 수 있다.

이혼과 그 부수적 결과(위자료, 재산분할, 친권자 및 양육자지정, 양육비)의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토하며(국제사법 적용 9건, 섭외사법 적용 22건), 셋째로 국제친자사건을 국제파양사건의 국제재판관할과 친자관계 성립(국적 취득의 선결문제), 친생부인, 법정대리권, 자녀의 성씨, 입양, 파양의 준거법, 그리고 헤이그 아동탈취협약에 따른 아동반환청구에 관한 재판례의 순서로 검토하고(국제사법 적용 5건, 섭외사법 적용 8건), 넷째로 국제부양사건으로서 미성년자녀 양육비의 준거법과 그 선결문제로서의 친자관계 성립의 준거법에 관한 재판례를 검토하며(국제사법 적용 2건), 다섯째로 국제후견사건의 국제재판관할과 준거법에 관한 재판례를 검토하고(국제사법 적용 1건), 여섯째로 국제상속사건을 국제재판관할과 상속(상속포기, 유류분 포함), 유언의 방식의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토한다(국제사법 적용 5건, 섭외사법 적용 1건).⁷⁾ 재판례의 사실관계와 재판요지는 실질법 쟁점보다는 국제사법 쟁점 위주로 정리하였다.

II. 국제혼인사건

1. 혼인의 실질적 성립요건의 준거법

가. 혼인합의의 부존재

혼인의 실질적 성립요건이란 혼인을 유효하게 성립시키기 위하여 필요한 적극적 요건과 소극적 요건을 의미하고, 적극적 요건의 부존재와 소극적 요건의 존재가 혼인장애사유에 해당한다.⁸⁾ 우리 법원의 재판례에서 주로 문제된 혼인장애사유는 당사자들 간의 혼인합의의 부존재(또는 혼인의사의 불합치)이다.⁹⁾ 우리 민법 제815조 제1호에 규정된 혼인합의의 부존재라는 혼인무효사유는 일면적¹⁰⁾ 혼인장애사유이므로,¹¹⁾ 혼인합의의 존

7) 세부분야별로 재판례를 분류한 결과 일부 재판례는 여러 세부분야에 걸쳐 중복이 있다. 참고로 평석의 필요가 크지 않아 보이는 재판례라고 하더라도 국제사법 시행 20주년을 기념한다는 본고의 목적과 일종의 자료로서의 기능을 고려하여 검토 대상에서 제외시키지 않았다.

8) 山田謙一, 國際私法 第3版(有斐閣, 2004), 405頁. 소극적 요건이 혼인장애사유라고 설명하는 견해도 있다. 석광현, 국제사법 해설(박영사, 2013), 447면; 櫻田嘉章, 國際私法 第6版(有斐閣, 2016), 273頁.

9) 혼인적령, 제3자의 동의, 동성혼 금지, 중혼 금지, 근친혼 금지, 일정한 육체적·정신적 장애의 부존재, 재혼금지기간 준수 등 다른 실질적 성립요건에 관한 재판례가 없는 이유는 이들 사유는 가족관계공무원이 혼인신고를 수리하는 단계에서 대체로 통제될 수 있기 때문으로 보인다.

10) 일면적(또는 편면적) 요건은 일방 당사자의 일방적인 성질 또는 사정에 기초한 요건이고, 쌍면적(또는 양면적) 요건은 일방 당사자와 타방 당사자 간의 상호관계에 기초한 요건이다. 김용한/조명래, 국제사법 전정판(정일출판사, 1992), 309-310면; 櫻田嘉章, 전거서, 273頁. 일면적 요건은 특정한 상황에 있는 사람이 혼인할 수 있는지 여부, 즉 일방 당사자에 대하여만 문제되는 요건이고, 쌍면적 요건은 어떤 사람이 특정한 상황에 있는 다른 사람과 혼인할 수 있는지 여부, 즉 쌍방 당사자 모두에 대하여 문제되는 요건이라고 설명하기도 한다. 신창섭, 국제사법 제4판(세창출판사, 2018), 300-301면.

11) 일면성과 쌍면성의 구별은 국제사법 해석의 문제라는 견해와 실질법 해석의 문제라는 견해가 대립한다. 일본 학설의 개관은 道垣内正人, ポイント 國際私法 各論 第2版(有斐閣, 2014), 70-74頁이 상세하다. 우리 학설로는 국제사법으로부터 정확한 원칙을 도출할 수 없음을 지적하면서 후자를 지지하는 견해(석광현, 전거서, 447면)와 후자에 의하면 부부의 각 본국법이 상충하는 경우 해결이 곤란할 수 있음을 지적하면서 전자를 지지하는 견해(신창섭, 전거서, 301면)가 보인다. 필자의 견해는 일단 유보하나, 양면적 요건의 경우 각 당사자의 본국법이 누적적으로 적용된다는 결론은 적어도 국제사법 제36조 제1항에 규정되어 있는 배분적 연결원칙 자체의 해석으로부터 도출된다고

재라는 일면적 요건의 흠결이나 하자의 효과는 그 요건에 의하여 보호되는 당사자의 본국법에 의한다.¹²⁾

대법원 2010. 6. 10. 선고 2010므574 판결¹³⁾은 한국 국적의 남자¹⁴⁾가 필리핀 국적의 여자를 상대로 혼인무효의 확인을 청구한 사건에서, 국제사법 제36조 제1항에 따른 혼인의 실질적 성립요건의 준거법이 한국법임을 전제로, 피고가 원고와 참다운 부부관계를 설정하려는 의사가 없음에도 한국에 입국하여 취업하기 위한 방편으로 한국에서 혼인신고를 마친 것으로 보이고, 설령 피고가 한국에 입국한 후 1개월 동안 원고와 혼인생활을 지속하였다고 하더라도 이는 피고가 진정한 혼인의사 없이 위와 같은 다른 목적의 달성을 위하여 일시적으로 혼인생활의 외관을 작출한 것이라고 보일 뿐이므로, 민법 제815조 제1호가 혼인무효사유로 규정하고 있는 ‘당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때’에 해당한다고 판시하였다.¹⁵⁾

문제는 위 2010므574 판결이 혼인의 실질적 성립요건의 준거법에 관하여 아무런 언급을 하지 않았고, 항소심판결¹⁶⁾이 “혼인성립의 실질적 요건에 관하여는 각 혼인 당사자에 관하여 그 본국법이 준거법이 되므로, 이 사건의 준거법은 원고에 관하여는 대한민국 민법, 피고에 관하여는 필리핀의 혼인관계법이 된다. 그러나 필리핀 혼인관계법에 관한 자료가 이 법원에 제출되지 않았고, 달리 이를 알 방법이 없으므로, 법정지법인 대한민국 민법을 적용하기로 한다”고 실시하였을 뿐이라는 것이다.¹⁷⁾ 그러나 외국적 요소가 있는 위 사건에서 필리핀 혼인관계법의 내용을 직권으로 조사·적용할 의무가 법원에 있고 당사자에게 그것을 주장·증명할 의무가 없음은 별론으로 하더라도,¹⁸⁾ 필리핀 혼

본다. 山田鑠一, 전거서, 405頁; 溜池良夫, 國際私法講義 第3版(有斐閣, 2005), 422頁도 동지. 澤木敬郎/道垣内正人, 國際私法入門 第8版(有斐閣, 2018), 89頁은 국제사법의 해석으로는 무리라고 한다.

12) 김용한/조명래, 전거서, 310면; 櫻田嘉章, 전거서, 273頁. 일면적 혼인장애사유는 그와 같은 사유를 가진 당사자의 본국법만이 결정하는 사항이므로 법원은 해당 사유의 판단에 관하여는 해당 당사자의 본국법만을 적용하면 충분하다고 설명하기도 한다. 김진, 신국제사법(법문사, 1962), 239면.

13) [혼인의 무효], [공2010하, 1372]. 항소심판결은 서울가정법원 2009. 12. 18. 선고 2009르2577 판결 [미공간](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

14) 여기에서 남편 또는 아내라는 표현을 사용하지 않고 남자 또는 여자라는 표현을 사용한 이유는 국제사법 제36조 제1항의 연결시점은 그에 관한 명시적 언급이 없더라도 ‘혼인성립 직전’이라고 해석하여야 하기 때문이다. 각국 국적법의 내용에 따라서는 혼인성립 직후에 본국법이 변경될 수 있으므로 그렇게 해석하여야 한다. 이호정, 국제사법 중판(경문사, 1985), 333면; 석광현, 전거서, 446면; 최홍섭, 한국 국제사법 I: 법적용법을 중심으로(한국학술정보, 2019), 340면 참조.

15) 위 2010므574 판결은 민법 제815조 제1호가 혼인무효사유로 규정하고 있는 ‘당사자 간에 혼인의 합의가 없는 때’라는 문언을 해석함에 있어서 부부관계라는 법률관계의 설정 자체에 대한 효과의사보다 그것을 설정하는 동기에 더 주목하였다. 법원은 위 문언이 “당사자 사이에 사회관념상 부부라고 인정되는 정신적·육체적 결합을 생기게 할 의사의 합치가 없는 경우”를 의미하기 때문에, “당사자 일방에게만 그와 같은 참다운 부부관계의 설정을 바라는 효과의사가 있고 상대방에게는 그러한 의사가 결여되었다면 비록 당사자 사이에 혼인신고 자체에 관하여 의사의 합치가 있어서 일응 법률상 부부라는 신분관계를 설정할 의사는 있었다고 하더라도 그 혼인은 당사자 간에 혼인의 합의가 없는 것이어서 무효라고 보아야 한다”고 판시하였다. 실질법 논점이므로 여기에서는 위 판결의 당부를 검토하지 않으나, 민법학계에서는 필리핀 국적의 피고에게 부부관계의 설정 자체에 대한 효과의사는 있었던 이상 혼인이 무효라고 볼 수는 없고 1개월 동안 혼인생활의 외관을 작출한 후 가출한 것이 이혼의 사유로 인정될 수는 있을 것이라는 비판이 있다. 박영목, “혼인계약에서의 효과의사: 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010므574 판결”, 민사법학 제51호(한국민사법학회, 2010), 49면 이하 참조.

16) 서울가정법원 2009. 12. 18. 선고 2009르2577 판결[미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

17) 밑줄은 필자가 추가하였다. 이하에서 판결문이나 결정문을 인용한 부분에 있는 밑줄의 경우 모두 같다.

18) 국제사법 제5조 참조.

인관계법을 검토할 필요 없이 우리 민법만 검토하면 충분한 이유는 위 사건에서 혼인의 일방 당사자인 남자의 본국법이 한국법이고, 혼인합의의 존재(또는 부존재)라는 혼인의 실질적 성립요건은 일면적 요건이며, 일면적 요건의 흠결이나 하자의 효과는 그것에 의하여 보호되는 당사자의 본국법에 의하기 때문이다. 따라서 법원으로서의 여자의 본국법인 필리핀법에 관한 자료가 법원에 제출되지 않았더라도 그 내용을 알 방법이 없어서 법정지법을 적용한다고 실시하기보다는 혼인합의의 부존재라는 요건이 일면적 요건에 해당하기에 그것에 의하여 보호되는 남자의 본국법인 한국법만을 검토하면 충분하다고 실시함이 옳았을 것이다.

섭외사법이 적용된 [서울가정법원 1992. 10. 13. 선고 91드68018 판결\(확정\)](#)¹⁹⁾은 현행 국제사법 제36조 제1항과 마찬가지로 혼인의 실질적 성립요건에 관하여 배분적 연결을 규정하고 있었던 섭외사법 제15조 제1항 본문을 근거로, 한국 국적자인 원고가 자신이 혼인에 동의하지 않았음을 주장하고 있다면 일본 국적자인 피고의 본국법을 고려할 필요 없이 우리 민법에 의하여 혼인의사 합치 여부를 판단하면 충분하다고 실시하였다. 이는 일면적 요건의 특성을 고려한 타당한 실시로 평가할 수 있다. 한편 [청주지방법원 청주지원 1997. 6. 27. 선고 96드1493, 1608 판결\(확정\)](#)²⁰⁾은 섭외사법 제15조 제1항 본문에 따른 원고(한국 국적)의 본국법인 우리 민법(제815조 제1호)뿐만 아니라 피고(중국 국적)의 본국법인 중국 혼인법 및 혼인등기판법(婚姻登記辦法)도 혼인의사의 흠결을 혼인무효사유라고 본다고 조사·확정한 후 두 본국법의 공통된 혼인장애사유인 혼인의사 흠결을 기준으로 중국에서의 혼인등기에 의한 혼인이 무효라고 판단하였다. 혼인합의의 부존재는 일면적 혼인장애사유이므로 그것에 의하여 보호되는 일방 당사자의 본국법만 적용하면 충분하나, 위 96드1493 등 판결 사안의 경우 본소와 반소가 제기되었고 원고의 본소 중 예비적 청구와 피고의 반소가 혼인무효를 주장하고 있었기 때문에 법원이 두 본국법을 모두 적용하여 판단한 것으로 선택할 수 있다.

나. 사 기

우리 민법 제816조 제3호는 사기 또는 강박으로 인하여 혼인의 의사표시를 한 경우에는 법원에 혼인의 취소를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 사기 또는 강박으로 인한 혼인의사의 흠결은 일면적 혼인장애사유이고, 전술하였듯이 혼인의사의 흠결이라는 일면적 요건의 흠결이나 하자의 효과는 그 요건에 의하여 보호되는 당사자의 본국법에 의하면 충분하다.

[대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654, 661 판결](#)²¹⁾은 한국 국적의 남편이 베트남 국적의 아내를 상대로 혼인 전 출산경력의 불고지를 이유로 혼인취소를 청구한 사건에서, 아내가 성장과정에서 자신의 의사와 무관하게 성폭력 범죄 피해를 당하여 임신 및 출산하였으나 이후 자녀와의 관계가 단절되고 상당기간 동안 양육, 교류 등이 전혀 없는 경우라면, 단순히 출산경력을 고지하지 않은 것이 곧바로 우리 민법 제816조 제3호의 혼인취

19) [혼인무효확인], [하집1992(3), 617].

20) [이혼등], [하집1997(1), 414].

21) [혼인의무효등·이혼], [공2016상, 423]. 항소심판결은 전주지방법원 2015. 1. 19. 선고 2014르445(본소), 2014르452(반소) 판결[미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

소사유인 ‘사기’에 해당한다고 볼 수는 없고,²²⁾ 이는 국제결혼의 경우에도 마찬가지라고 판시하였다.

문제는 우리 민법 제816조 제3호의 혼인취소사유에 관한 위 2015므654 등 판결의 법리가 위 사건에 적용되는 이유는 단순히 국제결혼에도 마찬가지 법리가 관철되어야 하기 때문이 아니라, 국제사법에 따라 지정된 혼인의 실질적 성립요건의 준거법, 특히 배분적 연결원칙에 따라 혼인의사의 흠결이라는 일면적 요건에 관하여 적용되는 남편(한국 국적)의 본국법이 한국법이기 때문이다. 실질법 차원에서의 당부와는 별개로,²³⁾ 위 2015므654 등 판결에 의하여 국제사법적 사고의 빈곤을 보여주는 재판례가 한 건 추가되었다고 평가할 수밖에 없다.

다. 중 혼

혼인의 실질적 성립요건 중에서 중혼이라는 혼인장애사유는 일방 당사자와 타방 당사자 간의 상호관계에 기초한 전형적인 쌍면적 요건이다. [서울가정법원 2014. 6. 27. 선고 2013드단91378 판결\(확정\)](#)²⁴⁾은 원고(한국 국적으로 추정)가 한국 국적인 피고1과 미국 국적인 피고2를 상대로 피고1과 피고2 사이의 혼인무효 확인을 청구한 사건에서, 피고1이 미국 네바다주 법원에서 확정된 원고와 피고1 사이의 이혼판결을 기초로 이혼신고를 한 후 피고2와 혼인하고 미국 네바다주 혼인등록관으로부터 혼인증서를 발급받아 증서등본을 서울특별시 강서구청장에게 제출하여 혼인신고를 마쳤으나, 피고1과 원고 사이의 이혼이 원고의 진정한 이혼의사 없이 편취된 판결에 기하여 이루어진 것이어서 무효이므로,²⁵⁾ 피고1과 피고2 사이의 혼인은 중혼에 해당하는데, 중혼의 효력에 관하여 당사

22) 법원은 아내의 출산의 경력이나 경위는 개인의 내밀한 영역에 속하는 사항으로서 당사자의 명예 또는 사생활 비밀의 본질적 부분에 해당하고, 나아가 사회통념상 당사자나 제3자에게 그에 대한 고지를 기대할 수 있다거나 이를 고지하지 않은 것이 신의성실의무에 비추어 비난받을 정도라고 단정할 수 없음을 근거로 제시하였다. 의문은 위 2015므654 등 판결이 불가피한 사정이 있는 경우에만 혼인취소를 인정하여야 하는 근거로 헌법 제36조 제1항(“혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등으로 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”)을 제시하고 있는데, 위 헌법 조항이 외국인에게도 적용되는가 하는 것이다. 적어도 부부 중 일방이 한국 국적자라면 부정할 이유는 없다고 본다.

23) 위 2015므654 등 판결을 계기로 실질법 차원에서는 출산경력 고지의무가 일반적으로 인정되는지 여부에 관하여 논란이 있다. 최준규, “출산 경력의 불고지가 혼인취소 사유에 해당하는지 여부: 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015므654 등 판결”, 가족법연구 제31권 제2호(한국가족법학회, 2017), 335-343면은 성폭력으로 인한 출산의 경우 예외적으로 고지의무를 부정할 수 있다고 하고, 김유진, “출산경력의 불고지와 혼인 취소 사유: 대법원 2017. 5. 16. 선고 2017므238 판결”, 가족법연구 제35권 제2호(한국가족법학회, 2021), 314-324면은 출산한 자녀가 아직 미성년자이어서 동거 또는 부양하여야 하는 경우가 아닌 한 출산 사실에 대한 고지의무를 일반적으로 인정할 수는 없다고 한다. 현소혜, “가족법”, 2010년대 민사판례의 경향과 흐름(2021. 8. 21. 제44회 민사판례연구회 하계 심포지엄 자료집), 455-456면은 유책배우자가 혼인관계 해소를 위하여 혼인취소를 구한 경우에는 신의성실원칙 위반이나 권리남용에 해당할 수 있고, 배우자의 기망행위가 혼인관계 파탄과 직접적 인과관계가 없으면 더 그러하다고 한다.

24) [혼인의무효확인], [각공2014하, 697].

25) 사실관계는 다음과 같다. 피고1은 미국 네바다주 법원에서 2011. 8. 11. 확정된 원고와 피고1 사이의 이혼판결을 기초로 2013. 4. 18. 이혼신고를 하였는데, 미국 네바다주 이혼판결에는 원고와 피고1이 공동으로 이혼을 신청하여 판결을 받았다고 기재되어 있고, 미국 네바다주에서 6주 동안 거주한 원고가 미국 네바다주에 있는 공증인의 면전에서 이혼에 동의하여 직접 서명하였다는 내용이 첨부되어 있으나, 원고는 1995. 6. 6. 우리나라에 입국한 이후로는 단 한 차례도 출국한 사실이 없다.

자의 본국법이 서로 다른 경우에는 일반적으로 혼인의 유효성을 보다 부정하는 국가의 법률을 적용함이 타당하므로, 피고1과 피고2 사이의 혼인은 미국 네바다주법을 적용하여 무효라고 판단하였다.

위 2013드단91378 판결은 국제사법 제36조 제1항이 혼인성립의 장해요건인 혼인무효 사유 또는 혼인취소사유를 포함한 혼인의 실질적 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하도록 규정하고 있으므로, 피고1에 대하여는 우리 민법, 피고 2에 대하여는 미국 네바다주 혼인관계법을 각각 적용하여 피고들 사이의 혼인신고의 효력을 판단하여야 한다고 설시한 다음, 우리 민법은 중혼을 혼인취소사유로 규정하고, 미국 네바다주법은 원칙적으로 중혼을 무효사유로 규정하고 있으므로, 이와 같이 중혼의 효력에 대하여 당사자들의 본국법이 서로 다른 태도를 취하고 있는 경우에는 일반적으로 혼인의 유효성을 보다 부정하는 국가의 법률을 적용함이 타당하다고 판시하였다. 그리하여 피고들 사이의 혼인은 중혼의 유효성을 보다 부정하고 있는 미국 네바다주법을 적용하여 무효라고 판단하였다. 타당한 판결이다.²⁶⁾

2. 혼인의 형식적 성립요건의 준거법

혼인의 방식 내지 형식적 성립요건의 준거법에 관하여涉外사법(제15조 제1항 단서)은 혼인거행지법만을 규정하고 있었으나, 국제사법(제36조 제2항)은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법으로의 선택적 연결을 규정하면서도, 혼인거행지가 우리나라이고 당사자 일방이 한국 국적을 가지고 있는 경우에는 한국법에 의한다고 규정하고 있다. 내국인 조항이라고 지칭되는 국제사법 제36조 제2항 단서의 적용 여부를 판단하기 위하여 혼인거행지의 의미를 규명할 실제상 필요가 있다. 혼인거행지란 당사자들이 혼인성립을 위한 중요한 행위를 하는 장소로서,²⁷⁾ 당사자들의 혼인의사가 타인에게 표명되어 사회적으로 공인을 획득하는 장소를 의미하고,²⁸⁾ 대개 혼인의사의 표명 당시 쌍방 당사자의 소재지이다.²⁹⁾ 이는 혼인의 성립을 위하여 행정기관에의 창설적 신고와 수리를 요구하는 우리나라와 일본에서도 다르지 않다.³⁰⁾ 다만, 혼인의 성립을 위하여 성직자, 가

26) 무효가 취소보다 법률관계의 성립을 부정하는 방법과 효과의 측면에서 정도가 더 크므로 ‘대는 소를 포함한다’는 법논리에 따라 중혼에 따른 혼인의 유효성이 문제된 위 2013드단91378 판결에서 무효가 아니라 취소를 인정할 수 있었던 것이 아닌가? 그렇지 않다. 신분법상 법률관계의 성립을 긍정하려는 것이 아니라 부정하려는 것이므로, 형사범죄의 피고인이나 침익적 행정처분의 객체의 이익을 위한 ‘대는 소를 포함한다’는 법논리가 적용될 수 없는 영역이기 때문이다.

27) 櫻田嘉章, 전거서, 277頁.

28) 신창선/윤남순, 신국제사법 제2판(피데스, 2016), 345면; 溜池良夫, 전거서, 433頁 참조.

29) 석광현, 전거서, 450면; 山田鐐一, 전거서, 413頁 참조.

30) 우리나라와 일본은 혼인의 방식으로 행정기관에의 창설적 신고와 수리를 요구하는데, 서류의 우편 접수를 허용하므로(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제40조 제4항), 외국에서 국내 행정기관으로 신고서류를 발송하거나 우리나라에서 일본 행정기관으로 신고서류를 발송한 경우에 혼인거행지는 행정기관 소재지인지, 아니면 신고서류 발송지인지가 문제된다고 한다. 견해 대립의 상제는 석광현, 전거서, 450-451면; 山田鐐一, 전거서, 413-414頁; 櫻田嘉章/道垣内正人 編輯, 注釈国際私法 第2巻: 法の適用に関する通則法 §§24-43, 附則(有斐閣, 2011), 18-20頁(横溝大 집필부분); 澤木敬郎/道垣内正人, 전거서, 93-94頁; 奥田安弘, 国際家族法 第2版: 準拠法・手続法・国籍法・戸籍法・入管法(明石書店, 2020), 143-146頁 참조. 가족관계등록제도가 행정법적 측면과 사법적 측면의 양면성을 가지고 있고 혼인의 성립요건으로 외부적 형식의 구비를 요구한 특수성을 고려하여야 한다는 견해를 경청할 만 하지만(澤木敬郎/道垣内正人, 전거서, 94頁), 방식요건의 구체적 이행방법은 방식의 준거법을 선택하

족관계공무원 등 혼인주재자의 관여 아래 공적인 혼인식이 필요한 경우에는 그 의식이 거행되는 장소를 의미한다.³¹⁾

가. 한국 국적자와 외국 국적자가 한국에서 혼인을 거행한 경우

대구지방법원 2012. 4. 18. 선고 2011구합2394 판결(확정)³²⁾은 한국의 이슬람사원에서 한국 국적자와 결혼식을 거행한 파키스탄 국적자가 본국법인 파키스탄법에 따른 유효한 결혼증명서를 제출하지 않았음을 이유로 대구출입국관리사무소장이 파키스탄 국적자의 체류자격변경신청을 불허하자 그 취소를 청구한 사건에서, 외국인의 체류자격을 규정하고 있는 출입국관리법 시행령 [별표1] 소정 “배우자”란 한국법, 특히 우리 국제사법 제36조 제1항과 제2항 단서에 따라 한국 국적자와의 혼인이 성립된 것으로 인정되는 외국인을 의미하고, 자신의 본국법에 의하여 한국 국적자와의 혼인이 성립된 것으로 인정되는 외국인을 의미하지는 않는다고 판시하였다. 법원은 파키스탄 국적자와 한국 국적자 간에 진정한 혼인관계가 존재하였고, 대구 소재 이슬람사원에서 결혼식을 거행한 후 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 “가족관계등록법”)에 따라 우리나라 가족관계등록관서에 혼인신고를 경료하였으므로, 이 사건 처분은 사실오인에 근거한 재량권 일탈·남용으로서 위법하여 취소되어야 한다고 판단하였다. 위 2011구합2394 판결은 저촉법 문제가 아니라 출입국 관련 행정법령 규정의 해석 문제에 대한 것인데, 행정청의 처분의 대상인 사실관계를 확정하는 과정에서 사법상 법률관계가 문제된다면 우리 국제사법이 적용될 수 있음을 선언하였다는 점에서 의미가 있다.

보험약관과 같은 계약조항에 규정되어 있는 가족의 범위를 해석하는 과정에서 법률상 배우자의 의미가 문제되는 경우에 국제혼인의 유효한 성립이 문제되고 있다면 응당 국제사법을 적용하여 지정되는 준거법에 따라 판단하여야 한다. 대법원 2014. 9. 4. 선고 2013다66966 판결³³⁾은 가족운전자 한정운전 특별약관에 규정된 가족의 범위³⁴⁾에 기명피보험자의 자녀와 사실혼관계에 있는 사람이 포함되는지 여부가 문제된 사건에서, 약관의 해석에 관한 법리 및 가족운전자 한정운전 특별약관은 가족의 범위에 관하여 기명피보험자의 배우자와 자녀는 사실혼관계에 기초한 경우도 포함된다는 규정을 두고 있으나 기명피보험자의 사위나 며느리는 사실혼관계에 기초한 경우가 포함되는지에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점에 비추어 보면, 위 약관에 규정된 기명피보험자의 사

기 전에는 결정할 수 없다는 견해도 설득력이 있다(橫溝大, 전계집필부분, 19-20頁). 혼인거행지는 행위지의 일종으로서, 혼인이라는 당사자들 간의 법률행위의 외부적 표현방법으로서의 방식의 이행 행위지이므로, 당사자들이 현재 혼인합의를 실질적으로 이행하고 그 외부적 표시인 혼인신고를 작성·발송하는 장소라고 보아야 한다는 견해가 설득력이 있다. 櫻田嘉章, 전게서, 277頁.

31) 석광현, 전게서, 450-451면; 山田鐐一, 전게서, 413頁 참조.

32) [체류기간연장등불허처분취소], [각공2012상, 670].

33) [가족운전자한정특약부존재확인], [공2014하, 2008]. 항소심판결은 서울중앙지방법원 2013. 7. 26. 선고 2013나21245 판결[미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능), 제1심판결은 서울중앙지방법원 2013. 3. 25. 선고 2012가단136231 판결[미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

34) 피고의 가족운전자 한정운전 특별약관은 가족의 범위를 “① 기명피보험자의 부모와 양부모, 계부모, ② 기명피보험자의 배우자의 부모 또는 양부모, 계부모, ③ 법률상의 배우자 또는 사실혼관계에 있는 배우자, ④ 법률상 혼인관계에서 출생한 자녀, 사실혼관계에서 출생한 자녀, 양자 또는 양녀, 계자녀, ⑤ 기명피보험자의 며느리 또는 사위, 계자녀 배우자 포함”이라고 규정하고 있었다.

위나 머느리는 기명피보험자의 자녀와 법률상 혼인관계에 있는 사람을 의미한다고 판시한 다음, 한국 국적의 여자인 소외1(원고의 딸)과 대만 국적의 남자인 소외2의 우리나라에서의 혼인의 방식은 국제사법 제36조 제2항 단서에 따라 민법 제812조와 가족관계등록법에 따라야 하는데, 소외1과 소외2는 우리나라에서 혼인을 거행하면서 인천화교협회의 호적등기부에 혼인사실을 등재하였을 뿐 혼인거행지법인 우리 민법 제812조와 가족관계등록법에 따라 가족관계등록관서에 혼인신고를 하지 않았으므로, 소외1과 소외2의 혼인은 법률상 유효한 혼인으로서의 효력이 없고 소외2는 원고의 법률상 사위가 아니었다고 판단하였다.

섭외사법에서와 같이 절대적 혼인거행지법 원칙에 의하는 경우에는 한국 국적자와 외국 국적자가 우리나라에서 일방의 본국법의 방식에 따랐더라도 혼인이 성립하지 않는 문제가 있었다. 외국 국적자들이 우리나라에서 그들의 본국법의 방식에 따랐더라도 마찬가지이었다. [서울지방법원 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결](#)³⁵⁾은 대만 국적의 남자와 한국 국적의 여자가 우리나라에서 혼인하면서 우리 민법, 호적법에 따른 혼인신고를 하지 않고 한성화교협회의 호적등기부에 혼인사실을 등재하였을 뿐인 경우 혼인으로서의 효력이 인정되는지, 그 사이에 출생한 자녀가 혼인 중의 출생자인지, 아니면 혼인 외의 출생자인지가 문제된 사건에서, 섭외사법 제15조 제1항 단서에 따라 혼인의 형식적 성립요건은 한국법에 의하여야 하고, 우리 민법 제812조는 혼인의 방식에 관하여 당사자 쌍방과 성년자인 증인 2인이 연서한 서면에 의하여 호적법에 따라 신고하도록 하고 있으므로, 그 경우 혼인거행지법인 우리 민법 제812조와 호적법에 따른 혼인신고가 없었다면 그 혼인은 무효이고, 그 사이에서 출생한 자는 혼인 외의 출생자라고 판시하였다.

나. 한국 국적자들이 외국에서 혼인을 거행한 경우

한국 국적자들 간의 혼인이나 한국 국적자와 외국 국적자 간의 혼인이 외국에서 거행되는 경우에 그 국가의 법률이 정하는 방식에 따른 혼인절차가 경료되었으면 혼인은 유효하게 성립하고, 별도로 우리 민법 제812조와 가족관계등록법에 따른 혼인신고를 하지 않더라도 혼인의 성립에는 영향이 없다. 또한 한국 국적자들 간의 혼인이 외국에서 거행되는 경우에 민법 제814조에 따른 재외공관장에게 신고에 의하지 않아도 무방하다.³⁶⁾ 당사자들이 가족관계등록법 제34조(호적법 제39조에 상응)³⁷⁾에 의하여 재외공관장에게 혼인신고를 하더라도, 이는 창설적 신고가 아니고, 이미 유효하게 성립한 혼인에 관한 보고적 신고에 불과하다. [대법원 1983. 12. 13. 선고 83도41 판결](#),³⁸⁾ [대법원 1991. 12. 10.](#)

35) (항소여부불명)[예금], [각공2003. 9. 10.(1), 89].

36) 섭외사법 제15조 제2항은 동조 제1항 단서의 절대적 혼인거행지법 원칙에 대한 예외를 인정하여 민법 제814조에 따른 영사혼을 허용함으로써 한국 국적자들이 외국에서 우리 민법이 정하고 있는 방식, 즉 혼인신고에 의하여 혼인할 수 있도록 하였다. 그러나 현행 국제사법 제36조 제2항의 선택적 연결원칙에 따르면, 한국 국적자들이 외국에서 혼인하고자 하는 경우 당사자들의 본국법인 우리 민법으로의 연결이 가능하고, 이에 따라 민법 제814조에 따른 영사혼이 당연히 허용된다. 그래서 2001년 개정시 섭외사법 제15조 제2항의 내용은 삭제된 것이다. 석광현, 전거서, 450면.

37) 섭외사법이 적용된 재판례는 호적법 제40조를 함께 언급하고 있다. 호적법 제40조 제1항은 외국에 있는 한국 국적자가 그 외국의 방식에 의하여 혼인신고를 경료한 경우 그로부터 1개월 내에 재외공관장에게 보고적 신고를 경료할 의무가 있다고 규정하고 있었기 때문이다. 그러나 현행 가족관계등록법은 그와 같은 신고의무를 더 이상 규정하고 있지 않다.

선고 91므535 판결,³⁹⁾ 대법원 1994. 6. 28. 선고 94므413 판결⁴⁰⁾ 등은 섭외사범 아래에서 위와 같은 법리를 정립하였고, 국제사범 제36조 제2항의 선택적 연결원칙이 혼인거행지법으로의 연결을 허용하고 있으므로 그 법리는 현행 국제사범 아래에서도 여전히 타당하다.

특히 위 83도41 판결은 우리 형법상 간통죄의 행위주체인 “배우자가 있는 자”의 해석과 관련하여,⁴¹⁾ 여기의 배우자란 한국법상 유효한 혼인관계에 있는 배우자를 의미하고, 내국인이 국내에서 혼인하여 호적법에 따른 신고를 경료한 경우뿐만 아니라, 섭외사범 제15조 제1항 단서에 따라 외국에서 거행된 혼인이 그 외국법이 정하는 방식에 따라 거행된 경우도 그에 해당하며, 후자의 경우 호적법에 따른 신고가 없는 때에도 마찬가지라고 판시한 것이다. 이는 각국 형법의 국제적 저촉 문제가 아니라 우리 형법 규정의 해석 문제인데, 위 83도41 판결은 범죄의 대상인 사실관계를 확정하는 과정에서 외국적 요소가 있는 사범상 법률관계가 문제된다면, 우리 국제사범이 적용되어야 함을 선언하였다는 점에서 의미가 있다.⁴²⁾

3. 사실혼관계 부당파기로 인한 위자료의 준거법

대법원 1994. 11. 4. 선고 94므1133 판결⁴³⁾은 한국 국적자와 사실혼관계에 있던 대만 국적자의 귀책사유로 인하여 사실혼관계가 파탄에 이르자 한국 국적자가 대만 국적자를 상대로 사실혼관계 부당파기로 인한 정신적 손해의 배상을 청구한 사건에서, 이 사건 위자료청구는 불법행위로 인한 손해배상청구로서, 섭외사범 제13조 제1항에 따라 불법행위의 원인사실 발행지법인 우리 민법 제750조가 적용된다고 판시하였다. 위 94므1133 판결은 사실혼관계 부당파기로 인한 위자료 청구를 불법행위로 성질결정하였다는 점에서 의미가 있다. 다만, 현행 국제사범이 적용되었다면 이미 존재하고 있던 사실혼관계가 그 부당파기로 인하여 침해된 것이므로 사실혼관계의 효력의 준거법으로 종속적으로 연결되었을 것이다(국제사범 제32조 제3항). 사실혼관계의 효력의 준거법은 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 국제사범 제37조를 유추적용하여야 할 것이다.⁴⁴⁾ 위 사건의 경우

38) [간통], [집31(6)형, 60; 공984. 2. 1.(721), 213]. 한국 국적자들이 미국 메릴랜드주법이 정한 방식에 따라 그곳에서 혼인을 거행한 사안이다.

39) [혼인취소], [공1992. 2. 1.(913), 515].

40) [혼인무효확인], [공1994. 8. 1.(973), 2105]. 항소심판결은 서울가정법원 1994. 2. 17. 선고 92르122 판결[미공간], 제1심판결은 서울가정법원 1992. 3. 27. 선고 91드34886 판결[하집1992(1), 642]. 샷포로 총영사예의 보고적 신고 당시 한국 국적의 남편은 이미 사망한 사안이다.

41) 주지하듯이 우리 형법상 간통죄는 2015. 2. 26. 헌법재판소의 위헌 결정으로 2016. 1. 6. 법률 제13719호에 의하여 폐지되었다.

42) 같은 취지의 평가로 류재현, “형사 사건에서의 국제사범: 우리 판례에 대한 검토를 중심으로”, 국제사범연구 제25권 제2호(한국국제사범학회, 2019), 69면.

43) [사실혼관계해소로인한위자료], [공1994. 12. 15.(982), 3273].

44) 신창선/윤남순, 전거서, 364면; 신창섭, 전거서, 313면; 김연/박정기/김인유, 국제사범 제3판 보정판(법문사, 2014), 376면은 사실혼관계의 내용에 따라 국제사범 제36조 또는 제37조를 유추적용하여 해결하자고 한다. 사실혼관계 성립의 문제와 효력의 문제를 구별하자는 것이다. 다만, 우리 실질법상으로는 사실혼관계가 해소된 때에는 재산분할청구가 인정된다고 하는데(대법원 1995. 3. 28. 선고 94므1584 판결 등), 이혼시 재산분할 문제를 부부재산제 청산 문제로 성질결정하여 국제사범 제38조에 따라 준거법을 결정하자는 입장은 사실혼관계 해소시 재산분할의 준거법도 국제사범 제38조를 유추적용하여 결정하자는 결론으로 귀결될 것이다.

각각 한국 국적과 대만 국적인 사실혼관계의 당사자들이 상거소를 형성하고 있었던 한국법이 적용되었을 것이다(국제사법 제37조 제2호의 유추적용).

4. 부부재산제

흔히 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013므4133 판결⁴⁵⁾은 채권자취소권의 행사에서 최밀 접관련국법은 사해행위의 준거법이라고 판단한 재판례로 잘 알려져 있으나, 상고심뿐만 아니라 항소심⁴⁶⁾과 제1심에서 기각된 주위적 청구와 관련하여, 제1심판결인 부산가정법원 2012. 12. 21. 선고 2011드단14172 판결⁴⁷⁾이 적용한 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 국제사법상 법리와 그 적용의 적절성을 검토해볼 필요가 있다.

이 사건에서 원고(러시아 국적)는 피고2(러시아 국적)가 피고1(러시아 국적)이 배우자 있는 사람임을 알았고, 그렇다면 피고1 명의의 이 사건 부동산 역시 원고와 피고1의 부부공동재산이라는 사실과 그 처분에 원고의 동의가 없었다는 사실을 알았다고 보아야 한다고 주장하면서, 피고1과 피고2 사이의 이 사건 부동산에 관한 이 사건 매매계약은 [이 사건 혼인계약의 준거법인] 러시아 가족법 제35조⁴⁸⁾에 따라 무효이고, 이 사건 부동산에 관한 피고1로부터 피고2로의 소유권이전등기는 말소되어야 한다고 주장하였다.

법원은 어떤 물건이 부부재산제에서의 부부재산이나 상속에서의 상속재산과 같은 총괄재산에 포함되는지 여부는 총괄재산의 준거법에 의하나, 개별 물권이 그와 같은 총괄재산의 구성부분에 포섭될 수 있는지 여부는 그 물권의 속성에 관한 문제이므로 그 목적물의 소재지법에 의해서도 인정되어야 한다면서, 총괄재산의 준거법과 개별 물권의 준거법 간의 이러한 관계는 국제사법학상 “개별준거법은 총괄준거법을 파괴한다”거나 “재산준거법은 개별준거법의 승인에 의하여만 존속한다”라고 표현된다고 설시한 다음, 이 사건 매매계약은 우리 민법, 부동산등기법 등에 따라 체결 및 이행되었고, 그에 따라 이 사건 부동산에 관한 등기까지 마쳐졌는바, 등기의 추정적 효력은 이 사건 부동산에 대하여도 당연히 미치고, 이 사건 부동산에 관한 소유권이전등기의 말소를 구하기 위하여는 등기가 원인무효임을 원고가 증명하여야 하며, 이는 소유권의 속성에 관한 문제로서 국제사법 제19조의 의미이기도 하다고 판시하였다. 그러나 이 사건 부동산의 소재지인 우리나라의 민사법 체계상 등기가 원인무효로 인정되려면 일정한 사유가 반드시 필요한데, 러시아 가족법 제35조에 근거한 원고의 주장은 우리 민사법 체계상 등기가 원인무효로 인정되는 경우가 아니라고 판단하였다.

문제는 위 2011드단14172 판결이 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 법리를 잘못 적용하였다는 것이다.⁴⁹⁾ 부부재산제의 맥락에서 위 법리의 의미는 총괄재산인 부부

45) [재산분할등], [공2017상, 227].

46) 부산가정법원 2013. 8. 22. 선고 2013르106 판결[재산분할등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

47) [재산분할등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

48) 위 2011드단14172 판결이 조사·확정한 바에 따르면, 러시아 가족법은 타방 배우자가 부부공동재산에 속하는 부동산에 관한 처분의 무효를 청구할 수 있는 경우로 타방 배우자의 동의가 없었고 거래 상대방이 이를 알았던 때(제35조 제2항)와 공증인에 의하여 확인된 원고의 동의를 얻지 못한 때(제35조 제3항)를 규정하고 있다고 한다.

49) 통렬한 비판으로 편집대표 윤진수, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1293면, 주615(장준혁 집필부분) 참조.

공동재산의 구성 내지 범위, 즉 개별재산의 부부공동재산 귀속 가부의 문제는 총괄준거법인 부부재산제의 준거법에 의하더라도,⁵⁰⁾ 그것은 개별재산의 준거법에 반하지 않는 범위에서만 적용된다는 것이다.⁵¹⁾ 부부재산제의 준거법과 개별재산의 준거법은 공동소유 형태(공유, 합유, 총유 등)나 법정 제한물권 등에서 서로 충돌할 수 있고,⁵²⁾ 그 경우 개별준거법만이 적용되거나, 개별준거법에의 조정 내지 적용을 거친 총괄준거법이 적용된다.⁵³⁾ “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 법리는 절대적 당위라기보다는 그와 같은 불가피한 귀결을 설명하기 위한 것이다. 그러나 위 2011드단14172 판결은 개별재산의 총괄재산 귀속 가부는 총괄준거법과 개별준거법을 누적적으로 적용하여야 한다고 판시하면서도(“목적물 소재지법에 의해서도”), 총괄준거법에 관하여는 판단하지 않은 채 개별준거법만을 적용하였다. 누적적 적용은 이론적 근거가 없을 뿐만 아니라, 실제상으로도 이 사건 부동산이 원고와 피고1의 부부공동재산에 포함되는지 여부는 총괄준거법인 러시아법에 의하면 충분한 사항이었다. 이 사건 부동산의 처분과 같은 경우는 개별준거법인 한국법이 부부공동재산에의 포함 여부(또는 이탈 가부)와 관련하여 특별히 강행적으로 규율하고 있는 사항이 아니기 때문이다. 위 2011드단14172 판결이 언급한 부동산 등기의 추정력 문제가 그 특별한 규율에 해당할 수는 없다.⁵⁴⁾ 오히려 이 사건에서는 총괄준거법인 러시아법에 의한 부부재산제를 국제사법 제38조 제3항, 제4항에 따라 외국인인 제3자에게 대항할 수 있는지가 문제되었어야 한다.

Ⅲ. 국제이혼사건

1. 국제재판관할

가. 제1기 — 남편의 본국의 원칙적 관할, 부부 일방의 주소지의 예외적 관할

해방 이후 1970년대 초반까지 국제이혼사건의 국제재판관할에 관한 하급심 재판례는 남편의 본국에 원칙적 관할이 인정되고 부부 일방의 주소지에 예외적 관할이 인정될 수 있다는 태도를 보였다.⁵⁵⁾ 그와 같은 태도는 1980년대 중반 선고된 하급심 판결에서도 발견된다. 서울고등법원 1985. 11. 4. 선고 84르285 판결(확정)⁵⁶⁾은 한국 국적의 아내가 대만 국적의 남편을 상대로 이혼을 청구한 사건에서, “섭외사법 제18조에 이혼은 그 원

50) 반면에 이병화, “국제적 상속문제에 관한 저촉법적 고찰”, 저스티스 통권 제85호(한국법학원, 2005), 255면은 이 문제도 개별준거법에 의한다고 한다.

51) 석광현, 전거서, 465면; 신창선/윤남순, 전거서, 352면; 장준혁, 전계집필부분, 1293면, 주615.

52) 석광현, 전거서, 465면; 신창선/윤남순, 전거서, 352면.

53) 장준혁, 전계집필부분, 1293면, 주615.

54) 상세는 장준혁, 전계집필부분, 1294면, 주615 참조.

55) 상세는 최공웅, 국제소송 개정판(육법사, 1988), 674-676면 참조. 그곳에 소개된 1956년 서울지방법원 판결은 혼인사건은 국가공익과 지대한 관련이 있으므로 부부에 대하여 국민주권을 가지는 국가에 전속관할이 인정됨이 본칙(本則)이라고 선언한 다음, 부부의 국적이 서로 다른 경우에는 법례가 그 경우 남편의 본국법을 우선시키고 있는 점과 인사소송수속법이 혼인사건에 관하여 남편의 보통재판적이 있는 곳의 법원의 관할을 인정하고 있는 점에 비추어 보면, 남편의 본국에 원칙적 관할이 인정되고, 사법적 국제생활의 원만한 수행에 장애가 있을 우려가 있을 때 거주지국에 예외적 관할이 인정될 수 있다고 판시하였다.

56) [이혼청구사건], [하집1985(4), 432].

인된 사실이 발생할 당시의 부(夫)의 본국법에 의한다고 규정하고 있고, 인사소송법 제 25조에 이혼에 관한 소는 부의 보통재판적 있는 지(地)의 지방법원의 관할에 전속한다고 규정하고 있는 점 등을 고찰할 때 섭외적 이혼 등의 사건에 대한 관할권은 부(夫)의 본국 법원에 있는 것으로 인정함이 원칙”이라고 판시하고,⁵⁷⁾ 이 사건의 경우 청구인과 피청구인이 우리나라에서 혼인식을 거행하고 동거하다가 피청구인이 대만으로 출국하고 청구인만 우리나라에 거주하고 있으므로, “부(夫)의 본국 법원 관할권의 원칙을 고수하게 되면 사법적 국제생활의 신속하고 정의로운 해결에 장애가 될 우려가 있을 뿐 아니라 특히 이 사건에서 피청구인이 적극적으로 다투고 있으므로 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보이므로 청구인의 주소가 있는 우리나라 법원에도 예외적으로 이 사건에 대한 재판관할권이 있다”고 판시하였다. 이는 후술하는 1975년 대법원 판결이 제시한 법리를 수용하지 않은 태도로서, 위 84르285 판결이 선고된 1985년 당시를 기준으로 시대착오적이다.

나. 제2기 — 피고 주소지의 원칙적 관할, 원고 주소지의 예외적 관할

대법원 1975. 7. 22. 선고 74르22 판결⁵⁸⁾은 피고 주소지 관할의 원칙이라는 새로운 기준을 확립한 것으로 평가된다.⁵⁹⁾ 위 74르22 판결은 외국인 부부의 이혼사건에 대한 우리 법원의 국제재판관할은 상대방인 피청구인의 주소가 우리나라에 있는 경우에 인정됨이 원칙이고, 소송절차상 공평과 정의관념에 비추어 상대방인 피청구인이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없어서 그들에 대한 심판의 거부가 오히려 외국인에 대한 법의 보호를 거부하는 셈이 되어 정의에 반한다고 인정되는 경우에 예외적으로 인정된다는 법리를 제시하였다. 이에 따르면 청구인(미국 국적)만 1964년부터 한국에 거주하고 있을 뿐 피청구인(미국 국적)은 한국에 거주한 사실이 없으므로 예외적 사정이 인정되어야 우리 법원의 국제재판관할이 인정될 수 있는데, 대법원은 피청구인의 미국 내 주소가 명백하여 행방불명이 아니고, 피청구인이 적극적으로 응소하고 있지 않음을 이유로 우리 법원의 국제재판관할이 인정되지 않는다고 판단하였다.

위 74르22 판결은 외국인 부부만을 명시적으로 언급하고 있으나, 이후 일련의 하급심 재판례는 외국인 부부만이 아니라 내외국인 부부의 이혼의 국제재판관할에 관하여도 위 74르22 판결의 태도를 적용하여 판단하였다. 서울가정법원 1986. 12. 30.자 85르6506 심판(확정)⁶⁰⁾은 피청구인인 미국 국적의 남편이 청구인인 한국 국적의 아내를 유기하고 현재 행방불명이라는 이유로 우리 법원의 국제재판관할을 인정하였다. 서울가정법원 1989. 9. 20.자 88르65835 심판(확정)⁶¹⁾은 피청구인인 일본 국적의 남편이 청구인인 한국 국적의 아내를 유기하고 현재 행방불명이라는 이유로 우리 법원의 국제재판관할을 인정

57) 위 84르285 판결은 전술한 1956년 서울지방법원 판결의 태도를 답습하여 ‘법례’를 ‘섭외사법’으로, ‘인사소송수속법’을 ‘인사소송법’으로 수정하였을 뿐이다.

58) [이혼], [집23(2)형, 57; 공1975. 9. 15.(520), 8587]

59) 최공웅, 전거서, 676면.

60) [이혼심판청구사건], [하집1986(4), 641].

61) [이혼청구사건], [하집1989(3), 536].

하였다. 서울가정법원 1991. 5. 9. 선고 90드75828 판결(확정)⁶²⁾은 피고인 미국 국적의 남편이 원고인 한국 국적의 아내를 유기하고 있다는 이유로 우리 법원의 국제재판관할을 인정하였다.

나아가 대법원 1994. 2. 21.자 92스26 결정⁶³⁾은 외국인 부부의 이혼 및 그 출생자에 대한 양육자지정의 재판이 외국에서 선고된 후 그 출생자에 관하여 부부 중 일방이 친권자 및 양육자 변경심판을 청구한 사건에서, 국제이혼사건에 한정하지 않고 국제가사사건 일반에 관한 국제재판관할 판단기준을 제시하였는데, 외국인 간의 가사사건에 관하여 한국 법원에 재판관할권이 있는지 여부는 우리 가사소송법상 국내토지판관할규정을 기초로 외국인 간의 소송에서 발생하는 특성을 참작하면서 당사자들 간의 공평, 소송절차의 적정·원활한 운영, 소송경제 등을 고려하여 조리와 정의관념에 의하여 결정하여야 한다는 것이다. 우리 가사소송법상 국내토지판관할규정을 기초로 삼는다고 판시하였다는 점에서 주목할 만하다.

다. 제3기 — 국제사법 제2조에 따른 실질적 관련성의 원칙

대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결⁶⁴⁾은 한국 국적의 원고가 스페인 국적의 피고를 상대로 제기한 이혼소송(위자료, 재산분할, 사건본인에 대한 친권자 및 양육자지정 청구 포함)의 국제재판관할이 문제된 사건에서, 원고의 청구가 한국과 실질적 관련성이 있으므로 한국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 판단하였다. 위 2013므1196 판결은 대법원 2005. 1. 27. 선고2002다59788 판결 이래⁶⁵⁾ 대법원이 재산법상 사건에서 국제사법 제2조의 실질적 관련성의 원칙에 관하여 제시한 추상적 법률론이 가사사건에도 적용됨을 명시적으로 선언하였다. 주지하듯이 그 추상적 법률론은 다음과 같다. 국제사법 제2조 제1항에 규정되어 있는 ‘실질적 관련’은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁 사안과 관련성이 있는 것을 의미하고, 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 하는데, 구체적으로는 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 개인적 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 법원이나 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다는 것이다.⁶⁶⁾ 이처럼 다양한 국제재판관할의

62) [이혼청구사건], [하집1991(2), 539].

63) [친권자및양육자지정], [집42(1)특, 415; 공1994. 4. 15.(966), 1101].

64) [이혼및위자료·재산분할등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

65) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결, 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결 등 참조.

66) 위 2013므1196 판결은 원심판결인 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2012르3746 판결[각공2013상, 297]의 다음과 같은 판단을 그대로 인정하였다. ① 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수 있는 것이므로, 스페인 법원이 한국 법원보다 심리에 더 편리하다는 것만으로 한국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정하여서는 곤란하고, 원고가 한국 법원에서 재판을 받겠다는 의사를 명백히 표명하여 재판을 청구하고 있는 점도 고려하여야 하는 점, ② 원고 및 사건본인이 대한민국 국적을 가지고 있고, 사건본인이 대한민국에서 출생하여 현재 대한민국 유치원에 다니고 있으며, 결혼식과 혼인신고가 원·피고가 대한민국에 거주할 때 이루어졌으므로 피고 역시 이혼소송이 대한민국에서 제기될 수 있음을 예측할 수 있었다고 보이는 점, ③ 원고는 혼인기간 내내 사건본인과 함께 대한민국에 주민등록이 되어 있었고, 실제 혼인 중 상당기간 대한민국에서 거주하였을 뿐만 아니라, 2011. 6.부터 현재까지 대한민국에서 생활하고 있어서 원고의 상거소가 대한민국에 존재하는

이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있는지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다.⁶⁷⁾

대법원 2021. 2. 4. 선고 2017트12552 판결⁶⁸⁾은 캐나다 국적의 원고가 캐나다 국적의 피고를 상대로 제기한 이혼소송의 국제재판관할이 문제된 사건에서, 당사자들이 한국 국적이 없고 한국에 주소가 없더라도 이혼청구의 주요원인인 사실관계가 한국에서 형성되었고 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 한국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있는 경우에는 한국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 수 있다고 판단하였고, 이때 피고가 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소한 사정을 한국 법원의 국제재판관할을 인정하는 근거로 긍정적으로 고려하였다. 위 2017트12552 판결은 위 2013트1196 판결의 연장선상에서 국제가사사건의 국제재판관할 판단기준을 더욱 구체화하였다는 점에서 주목할 만하다.⁶⁹⁾ 이에 따르면, 국제사법 제2조 제2항은 “법원은 국내법의 관할 규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하되, 제1항의 규정의 취지에 비추어 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하여야 한다”고 규정하고 있는데, 이는 국제재판관할권을 판단할 때 국내법의 관할규정을 가장 기본적인 판단기준으로 삼되, 해당 사건의 법적 성격이나 그 밖의 개별적·구체적 사정을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 합리적으로 수정할 수 있다는 것이다.⁷⁰⁾ 그런데 가사사건은 일반 민사사건과 달리 공동생활의 근간이 되는 가족과 친족이라는 신분관계에 관한 사건이거나 신분관계와 밀접하게 관련된 재산, 권리, 그 밖의 법률관계에 관한 사건으로서 사회생활의 기본토대에 중대한 영향을 미친다. 가사사건에서는 피고의 방어권 보장뿐만 아니라 해당 쟁점에 대한 재판의 적정과 능률, 당사자의 정당한 이익 보호, 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소도 고려할 필요가 있다. 따라서 가사사건에서 ‘실질적 관련성의 유무’는 국내법의 관할규정뿐만 아니라 당사자의 국적이나 주소 또는 상거소, 분쟁의 원인이 되는 사실관계가 이루어진 장소(예컨대 혼인의 취소나 이혼 사유가 발생한 장소, 자녀의 양육권이 문제되는 경우 자녀가 생활하는 곳, 재산분할이 주요쟁점인 경우 해당 재산의 소재지 등), 해당 사건에 적용되는 준

점, ④ 국제사법 제39조 단서는 이혼의 준거법을 정함에 있어서 “부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다”고 규정하고 있어서 이 사건 소송의 준거법은 한국법이 되므로, 한국 국민인 원고의 이익을 위해서도 한국 법원에 재판관할권을 인정할 필요가 있는 점, ⑤ 원고의 이 사건 청구에는 한국 국적을 가지고, 한국에 거주하며, 한국 국민에 의하여 양육되고 있는 사건본인에 대한 친권자 및 양육자지정 청구도 포함되어 있는데, 그러한 사항까지도 한국 법원이 관할할 수 없다는 것은 한국 국민에 대한 법의 보호를 포기하는 결과가 되는 점, ⑥ 피고가 소유하고 있는 재산이 한국 내에 존재하고, 원고가 위 재산을 가압류한 상황에서 원고의 위자료 및 재산분할청구의 실효성 있는 집행을 위해서도 한국 법원에 이혼소송을 제기할 실익이 있는 점 등의 사정을 근거로 원고의 이 사건 청구는 한국과 실질적 관련성이 있으므로 한국 법원에 국제재판관할권이 인정된다고 판단하였다.

67) 이 문장은 위 2013트1196 판결 자체에는 언급되어 있지 않으나, 후술하는 2017트12552 판결이 추상적 법률론을 제시할 때 추가되었다. 이 문장은 재산분할 사건인 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결에서 등장하였던 것이다.

68) [이혼및위자료등], [공2021상, 512]. 항소심판결은 서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결 [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

69) 평적으로 석광현, “외국인 부부의 이혼사건에서 이혼·재산분할의 국제재판관할과 준거법”, 안암법학 통권 제62호(안암법학회, 2021), 643면 이하 참조.

70) 국내법상 관할규정을 ‘가장 기본적인 판단기준’으로 삼는다는 표현은 재산분할 사건인 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결에서 등장하였던 것이다.

거법, 사건 관련 자료(증인이나 물적 증거, 준거법 해석과 적용을 위한 자료, 그 밖의 소송자료 등) 수집의 용이성, 당사자들 소송 수행의 편의와 권익보호의 필요성, 판결의 실효성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

가사소송법에서 제13조 제1항, 제22조, 제46조, 제14조 제1항과 같은 관할규정을 둔 주된 취지는 부부의 공동생활이 이루어진 곳을 중심으로 혼인관계소송의 전속관할을 삼되, 피고의 응소 편의와 법원 심리의 효율성을 고려하여 당사자 간의 공평과 소송경제를 도모하기 위한 것이다.⁷¹⁾ 이러한 국내법의 관할규정을 참작할 때 재판상 이혼과 같은 혼인관계를 다투는 사건에서 한국에 당사자들의 국적이나 주소가 없어서 한국 법원에 국내법의 관할규정에 따른 관할이 인정되기 어려운 경우라도 이혼청구의 주요 원인이 된 사실관계가 한국에서 형성되었고(부부의 국적이나 주소가 해외에 있더라도 부부의 일방이 한국에 상당 기간 체류함으로써 부부의 별거상태가 형성되는 경우 등) 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 한국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있다면, 피고의 예측가능성, 당사자의 권리구제, 해당 쟁점의 심리 편의와 판결의 실효성 차원에서 한국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 여지가 크다. 나아가 피고가 소장 부분을 적법하게 송달받고 실제 적극적으로 응소하였다면 이러한 사정은 한국 법원에 관할권을 인정하는 것에 긍정적으로 고려할 수 있다.⁷²⁾ 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있다. 다른 국가의 법원에 재판관할권이 인정될 수 있다는 이유만으로 한국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정해서는 안 된다.⁷³⁾

2. 외국이혼판결의 승인

서울가정법원 1984. 12. 4.자 84드57 심판⁷⁴⁾은 미국 캘리포니아주 법원의 이혼판결의 구 민사소송법 제203조에 따른 승인 여부가 문제된 사건에서, 구 민사소송법 제203조 제1호 소정 “법률 또는 조약으로 외국법원의 재판권을 부인하지 아니한 일”이라는 규정은 외국이혼판결에도 적용되므로 해당 외국판결이 위 요건을 결여한 때에는 우리나라에서 효력이 없다고 선언한 다음, 이때 재판권의 유무란 그 판결을 내린 외국법원에 국제적 의미에서의 재판관할권이 존재하는가의 문제라면서, 섭외소송을 제기할 때 그 국가에 그 소송에 관한 재판관할권이 있는가의 의미에서 고려되는 국제재판관할권은 직접적 재판권이고, 외국판결을 승인할 때 그 판결을 내린 외국에 재판관할권이 있는가의 문제

71) 위 2017므12552 판결은 다음과 같이 실시하고 있다. 가사소송법은 피고의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이 가사소송을 관할하는 것을 원칙으로 정하되(제13조 제1항), 혼인관계소송의 관할에 관한 특별규정(제22조)을 두고 있다. 이에 따르면 재판상 이혼의 소는 부부가 같은 가정법원의 관할 구역 내에 보통재판적이 있을 때에는 그 가정법원, 부부가 마지막으로 같은 주소지를 가졌던 가정법원의 관할 구역 내에 부부 중 어느 일방의 보통재판적이 있을 때에는 그 가정법원의 전속관할이 인정되고, 이에 해당하지 않는 경우에 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이 관할법원이 된다. 재판상 이혼에 따른 재산분할청구에 대해서는 상대방의 보통재판적이 있는 곳의 가정법원이 관할한다(제46조). 청구의 원인이 동일한 사실관계에 기초하거나 1개의 청구의 당부가 다른 청구의 당부의 전제가 되는 경우에는 이를 1개의 소로 제기할 수 있고, 가사소송사건과 가사비송사건이 다른 가정법원에 계속된 경우에는 가사소송사건의 수소법원이 가사비송사건을 병합할 수 있도록 하고 있다(제14조 제1항).

72) 대법원은 참조판례로 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결을 언급하고 있다.

73) 대법원은 참조판례로 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결을 언급하고 있다.

74) (항소)[이혼무효청구사건], [하집1984(4), 694].

는 간접적 재판권인데, 국제사법 생활의 공평주의라는 관점에서 직접적 재판권과 간접적 재판권의 문제는 동일한 원칙에 따라 규율된다고 판시하였다. 국제재판관할권 문제에 관하여 국제적으로 통일된 원칙이 존재하거나 우리나라에 법률 또는 조약이 존재하면 그에 따라 판단할 수 있으나, 그것이 존재하지 않으므로 국제관할분배의 일반원칙에 입각한 우리 대법원의 판례 및 조리에 따라 판단하여야 하는데, 법원은 이때 전술한 74므22 판결이 제시한 법리, 즉 피고 주소지 관할의 원칙과 원고 주소지 관할의 예외가 적용된다고 보았다. 법원은 피청구인(한국 국적)이 원고로서 청구인(한국 국적)을 상대로 미국 캘리포니아주 법원에 이혼소송을 제기할 당시 청구인은 우리나라에 거주하면서 그 동생을 통하여 미국 법원의 심판기일 소환장을 수령하였을 뿐 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 없었고 미국 소송에 적극적으로 응소하지도 않았으므로, 미국 법원의 이혼판결은 재판권 요건을 결여하여 우리나라에서 효력이 없고, 그 판결에 기초한 우리나라에서의 이혼신고는 무효라고 판단하였다. 현행 민사소송법 제217조 제1호가 “대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것”이라고 규정하기 전에는 구 민사소송법 제203조 제1호의 ‘재판권’이 국제재판관할권을 의미하는지, 간접관할에 관하여 직접관할과 동일한 원칙이 적용되는지가 문제되었는데, 위 84트57 심판은 이에 관한 타당한 판시를 선구적으로 제시한 것으로 평가할 수 있다. 특히 직접관할에 관한 원칙이 간접관할에도 적용되는 이유로 ‘국제적인 사법생활의 공평주의’를 근거로 제시하였는데, 이는 외국판결이면 그것이 어느 외국에서 내려졌든 우리나라에서의 승인 여부 판단에는 동일한 국제재판관할규칙을 적용함으로써 모든 외국을 동등하게 취급한다는 의미로 이해된다.⁷⁵⁾

이후 대법원 1988. 4. 12. 선고 85트71 판결⁷⁶⁾은 위 84트57 심판과 마찬가지로, 구 민사소송법 제203조 제1호는 외국법원의 이혼판결에도 적용되고, 그 규정의 취지는 우리나라에서 외국판결을 승인하기 위하여는 그 판결을 내린 외국법원이 당해 사건에 관하여 우리나라의 법률 또는 조약 등에 의한 국제재판관할원칙에 따라 국제재판관할권을 가지고 있음이 인정되어야 한다는 것으로 해석되며, 우리나라의 법률, 조약 등에는 섭외이혼사건의 국제재판관할에 관한 규정이 없으므로 섭외이혼사건에 있어서 외국법원의 재판관할권 유무는 섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적 해결을 위한 관점과 외국판결 승인제도의 취지 등에 의하여 합리적으로 결정되어야 하는데, 섭외이혼사건에 있어서 이혼판결을 내린 외국법원에 재판관할권이 있다고 하기 위하여는 그 이혼청구의 상대방이 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 있거나 상대방이 적극적으로 응소하여 그 이익이 부당하게 침해될 우려가 없다고 보이는 예외적인 경우를 제외하고는 상대방의 주소가 그 국가에 있을 것을 요건으로 한다고 하는 이른바 피고 주소지 주의에 따름이 상당하다고 판시하였다. 법원은 미국 캘리포니아주 법원의 이혼판결 당시⁷⁷⁾ 청구인은 우리나라

75) 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편)(박영사, 2012), 357면도 간접관할이 직접관할과 동일한 원칙에 의하는 근거로 다수 국가들 간에 동일한 국제재판관할규칙을 적용할 수 있다는 점을 든다.

76) [이혼무효], [집36(1)특, 325; 공1988. 5. 15.(824), 845]. 위 84트57 심판과는 다른 사건의 상고심 판결이다.

77) 원고 주소지의 기준시점에 관하여, 위 84트57 심판과 후술하는 96트5333 판결은 외국이혼재판의 재판시를 기준으로 삼았으나, 위 85트71 판결과 후술하는 96트73619 판결은 외국법원에 소 제기시를 기준으로 삼았다. 간접관할이 직접관할과 동일한 원칙에 따라야 하고, 직접관할 유무의 판단에 국내법상 관할규정을 참작하여야 한다면, 가사소송법 제12조(가사소송절차에 관하여 가사소송법에

라에 주소가 있었고 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 없었으며 피청구인의 미국에서의 이혼청구에 적극적으로 응소하지도 않았으므로, 미국 법원의 이혼판결은 재판권 요건을 결여하여 우리나라에서 효력이 없고, 그 판결에 기초한 우리나라에서의 이혼신고는 무효라고 판단하였다. 위 85므71 판결은 간접관할의 맥락에서 위 74므22 판결과 같은 취지로 판시하였는데, 국제재판관할 유무의 판단기준으로 ‘조리’를 언급하지 않고 그 판단을 위한 기본이념으로 ‘섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적 해결’과 함께 ‘외국판결 승인제도의 취지’를 언급하였다는 점에 주목할 만하다. 원칙적으로 어느 국가의 법원의 재판은 국가주권에서 파생된 재판권의 작용이므로 속지주의에 따라 그 국가 내에서만 효력을 가질 뿐이나, 이를 고집하면 국제적으로 파행적인 법률관계가 발생하여 외국적 요소가 있는 법률관계의 안정을 해칠 수 있고(내외국판결 저축 내지 불일치 가능성), 외국재판에 의한 분쟁해결의 중국성이 확보되지 않아 분쟁해결의 신속성 또한 해칠 수 있으므로(중복제소 가능성), 우리나라를 포함한 문명제국은 외국재판의 효력을 국내에서 인정하고 그 집행을 허용하는 것이다.⁷⁸⁾

일련의 후속 하급심 재판례도 같은 태도 아래 있었다. [서울가정법원 1996. 7. 16. 선고 96드5333 판결\(확정\)](#)⁷⁹⁾은 피고가 미국령 괌 지방법원에서 원고를 상대로 이혼판결을 받을 당시 원고가 우리나라에 주소를 두고 있었고 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 없었으며 괌 법원에서의 이혼소송에 적극적으로 응소하지도 않았음을 이유로 괌 법원의 이혼판결은 재판권 요건을 결여하여 우리나라에서 효력이 없고, 그 판결에 기초한 우리나라에서의 이혼신고는 무효라고 판단하였다.

[서울가정법원 1996. 11. 1. 선고 95드27138, 63979 판결\(확정\)](#)⁸⁰⁾은 미국 국적의 아내가 한국 국적의 남편을 상대로 미국 캘리포니아주 지방법원에서 받은 이혼판결(1995. 1. 10. 선고)이 서울가정법원에서 받은 이혼판결(1994. 10. 27. 선고, 1994. 12. 23. 원고에게 송달, 1995. 1. 6. 항소기간 도과로 확정)의 기판력에 저촉되는지 여부가 문제된 사건에서, 미국 이혼판결은 재판권 요건을 결여하여 무효일 뿐만 아니라, 서울가정법원에서의 이혼판결에 따라 이미 혼인관계가 해소된 혼인에 대하여 다시 이혼을 선언하였기 때문에 무효라고 판단하였다.

[서울가정법원 1997. 10. 24. 선고 96드73619 판결\(확정\)](#)⁸¹⁾은 재판권 요건 이외에 송달 요건과 공서 요건도 검토하였다. 이 사건에서는 원고가 1996. 5. 피고를 상대로 미국 텍사스주 법원에 이혼, 재산분할 및 사건본인에 대한 양육자지정을 청구하는 소를 제기하였고 1997. 4. 미국 텍사스주 판결이 확정되었음에도 불구하고, 원고가 1996. 8. 피고를 상대로 서울가정법원에도 이혼 및 위자료를 청구하는 소를 제기함에 따라 미국 텍사스주 판결의 우리나라에서의 승인이 문제되었다. 법원은 원고가 텍사스주 법원에 소를 제기할 당시 피고가 우리나라에 주소를 두고 있었고 행방불명 기타 이에 준하는 사정이 없었으며 미국 텍사스주 법원에서의 이혼소송에 적극적으로 응소하지도 않았음을 이유

특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송법에 따름, 구 인사소송법 제13조도 같은 취지), 민사소송법 제33조(2002년 전부개정 전 제30조)에 따라 소 제기시를 기준으로 삼아야 할 것이다.

78) 최공웅, 전거서, 390-391면; 석광현, 전거서(소송), 31, 343-344면 참조.

79) [이혼무효확인], [하집1996(2), 520].

80) [위자료및재산분할, 위자료등], [하집1996(2), 521].

81) [이혼 및 위자료], [하집1997(2), 448].

로 미국 텍사스주 판결은 재판권 요건(구 민사소송법 제203조 제1호)을 결여하였을 뿐만 아니라, 피고가 미국 텍사스주 법원으로부터 보충송달이나 우편송달이 아닌 통상의 송달방법에 의한 적법한 송달을 받지 못하였으므로 송달 요건(구 민사소송법 제203조 제2호)도 결여하였고, 원고는 지속적인 이혼 요구를 피고가 거부하자 미국 법원에서 우리나라에 거주하는 피고를 상대로 이혼소송을 제기하여 피고가 출석하지 않은 상태에서 미국 판결을 받음으로써 피고의 방어권 행사를 악의적으로 회피하였으므로 공서 요건(구 민사소송법 제203조 제3호)도 결여하였다고 판단하였다. 의문은 미국 법원이 우리 법의 절차상 기본원칙을 침해하였다는 특별한 사정이 없는 이상,⁸²⁾ 피고가 통상의 송달방법에 의한 적법한 송달을 받지 못하여 미국 이혼소송에서의 방어권 행사가 제한되었다고 하더라도, 송달 요건과 구별되는 독자적인 외국재판 승인요건으로서의 공서 요건의 결여, 특히 절차적 공서의 위반을 인정하기는 어렵지 않았는가 하는 것이다.

3. 이혼과 그 부수적 결과의 준거법

가. 이혼의 준거법

서울가정법원 2009. 3. 20. 선고 2008르2020, 3283 판결(확정)⁸³⁾은 한국 국적의 남편이 중국 국적의 아내를 상대로 아내가 가출하여 연락두절되었음을 이유로 이혼을 청구하자 아내도 반소를 제기한 사건이다. 사실관계는 다음과 같다. 남편(원고, 반소피고)이 한국 생활에 적응하지 못하는 아내(피고, 반소원고)를 배려하지 않자 아내가 가출하였고 이후 사건본인을 홍콩에서 출산하였으나 남편은 아내의 사건본인 출산 후에도 아내와 사건본인에게 별다른 관심을 기울이지 않았다. 법원은 원고가 한국 국적자로서 한국에 상거소를 두고 있으므로 국제사법 제39조 단서에 따라 준거법으로 우리 민법을 적용하였고, 아내의 반소청구를 인용하여 이혼과 남편의 위자료 지급 등을 명하였다. 다만, 위 2008르2020 등 판결은 친생추정, 친권자 및 양육자지정, 양육비의 준거법에 관하여 별도로 판단하지 않고 이혼의 준거법인 우리 민법을 적용하였다. 후술하듯이 각각의 준거법에 관하여 검토가 필요한데, 특히 부양의무의 선결문제로서 친생추정이 문제되었음에 주목하여야 한다.

섭외사법 제18조는 이혼의 준거법으로 원인사실 발생 당시 남편의 본국법을 규정함으로써 유책주의와 여성차별을 전제로 하고 있었고, 원인사실 발생 당시 한국법을 누적적으로 적용함으로써 이혼의 자유를 제한하고 있었다. 남편의 본국법 원칙은 그 자체로 헌법상 남녀평등원칙에 반하였고, 심지어 서로 다른 국적을 가진 외국인 부부 간의 이혼사건에서도 남편의 본국법을 적용할 수밖에 없도록 하였다. 일례로 서울가정법원 1984. 2. 21.자 83드4846 심판(확정)⁸⁴⁾은 혼인신고 직후 근로 목적으로 미국으로 출국 후 아내와 연락을 단절한 소련 국적의 남편을 상대로 한국에 거주하고 있는 미국 국적의 아내가 이혼을 청구한 사건에서, 남편의 본국법인 소련법에 따라 청구를 인용하였다.⁸⁵⁾

82) 여기의 절차상 기본원칙의 예로는 법원의 독립과 공정의 원칙, 법적 심문 보장의 원칙, 당사자평등의 원칙과 같은 공평한 재판의 원칙이 있다. 석광현, 전거서(소송), 390면.

83) [이혼·이혼등], [각공2009상, 691].

84) [이혼청구사건], [하집1984(1), 755].

서울가정법원 1984. 1. 31.자 83드2776 심판(확정)⁸⁶⁾은 일본으로 출국 후 아내와 연락을 단절한 일본 국적의 남편을 상대로 한국 국적의 아내가 이혼을 청구한 사건에서, 남편의 본국법인 일본법에 따라 청구를 인용하였다. 흥미롭게도 서울가정법원 1985. 10. 31.자 84드7150 심판(확정)⁸⁷⁾은 주한미군으로 복무하다가 제대하여 미국으로 출국 후 아내와 연락을 단절한 콜롬비아 국적의 남편을 상대로 한국 국적의 아내가 이혼을 청구한 사건에서, 남편의 본국법인 콜롬비아법을 적용하여야 하나, 콜롬비아법의 내용이 불명하여 법원이 그 내용을 확정할 수 없으므로 조리에 따라 판단할 수밖에 없고, 콜롬비아와 풍속, 전통, 관습이 가장 유사한 사회인 베네수엘라, 에콰도르, 페루의 이혼 관련 법률을 참조로 적용하여 판단함이 가장 조리에 합당한 조치라고 실시한 다음, 이들 국가의 법률에 따라 청구를 인용하였다. 이들 외국인 부부는 현행 국제사법(제39조 본문, 제37조 제3호)이 적용되었더라면 1981. 3. 혼인신고를 하였고 1982. 4. 남편이 미국으로 출국하기 전까지 함께 거주하였던 한국이 가장 밀접한 관련이 있는 곳으로 인정되어 한국법에 따라 이혼할 수 있었을 것이다.⁸⁸⁾

누적적으로 적용되는 법정지법인 한국법이 남편의 본국법보다 이혼사유를 더 엄격히 인정하고 있어서 이혼청구가 기각된 재판례도 있었다. 대구지방법원 1985. 12. 29.자 85드1879 심판(확정)⁸⁹⁾은 대만 국적의 아내가 대만 국적의 남편을 상대로 이혼을 청구한 사건에서, 남편의 하반신 불구라는 사실이 대만 민법상 이혼사유에 해당할 수 있다고 하더라도 우리 민법상 재판상 이혼사유에 해당하지 않는다는 이유로 청구를 기각하였다. 이들 외국인 부부는 현행 국제사법(제39조 본문, 제37조 제1호)이 적용되었더라면 동일한 본국법인 대만법에 따라 이혼할 수 있었을 것이다.

나. 국제사법상 공서에 근거한 외국 이혼준거법 적용 부인

서울가정법원 1984. 2. 10.자 83드209 심판⁹⁰⁾은 한국 국적의 아내가 필리핀 국적의 남편을 상대로 재판상 이혼을 청구한 사건에서, 섭외사법 제18조 제1문에 따른 부의 본국법인 필리핀 민법은 이혼을 금지하고 있는 것으로 해석되고, 반정도 인정되지 않으므로, 결국 부의 본국법인 필리핀법이 준거법으로 적용되어야 하나, 이를 고집한다면 청구인은 어떠한 경우에도 피청구인과 이혼할 수 없다는 부당한 결론에 도달하게 되는바, 우리 법률이 협의이혼은 물론 재판상 이혼도 비교적 넓게 인정하고 있는 취지에 비추어 본다면, 필리핀의 이혼에 관한 법제도는 우리의 선량한 풍속이나 사회질서에 위반하는 것이라고 할 수 밖에 없어서 섭외사법 제5조에 따라 필리핀법을 적용하지 않고 우리 민법을 적용

85) 다만, 위 83드4846 심판이 국제재판관할에 관하여 “청구인이 우리나라에 거주하고 있으므로 우리나라 법원에 그 재판관할권이 있음이 법리상 명백”하다고 실시한 부분은 피고 주소지 관할을 원칙으로 선언한 대법원 1975. 7. 22. 선고 74므22 판결의 태도와 배치된다.

86) [이혼청구사건], [하집1984(1), 750].

87) [이혼청구사건], [하집1985(4), 490].

88) 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법(국제사법 제37조 제3호)에 의하는 이유는 부부의 동일한 본국법(국제사법 제37조 제1호)이 존재하지 않았고, 남편이 1982. 4. 미국으로 출국 후 판결이 선고된 1985. 10.까지 아내만 한국에 거주하고 있으므로 부부의 동일한 상거소지법(국제사법 제37조 제2호)도 존재하지 않았기 때문이다.

89) [이혼청구사건], [하집1985(4), 502].

90) (항소여부불명)[이혼청구사건], [하집1984(1), 752].

하기로 한다고 판시하였다. 국제사법상 공서의 방어적 기능이 발현되었다는 점에서뿐만 아니라, 국제사법상 공서에 의한 외국법 배제의 효과로서 준거법으로 지정되었던 외국법과 반대되는 내용을 가진 법정지법이 적용된다는 결론을 명시적으로 제시하였다는 점에서 주목할 만한 판결이다. 필리핀 민법이 이혼을 금지하고 있으므로 그 공백은 전체를 우리 민법이 보충하게 되므로 적응(또는 조정)의 문제는 발생하지 않는다.

다. 숨은 반정

미국의 국제재판관할규칙 속에 숨겨져 있는 준거법 결정규칙을 근거로 국제사법 제9조 제1항을 유추적용하여 한국법으로의 반정을 인정한 재판례가 있다.⁹¹⁾ 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결⁹²⁾은 미국 미주리주에 법률상 주소를 두고 있는 미국 국적의 남자(원고)가 한국 국적의 여자(피고)와 한국에서 혼인 후 미국 국적을 취득한 피고와 한국에서 거주하다가 피고를 상대로 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 청구한 사건에서, 국제사법 제9조 제1항을 유추적용한 숨은 반정의 법리에 따라 법정지법인 우리 민법을 적용하였다. 그에 앞서 법원은 우리 국제사법에 비추어 보나⁹³⁾ 미국 미주리주법에 비추어 보나⁹⁴⁾ 한국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 판시하였다. 법원은 국제사법 제39조, 제37조 제1호에 따르면 이혼에 관하여는 부부의 동일한 본국법이 1차적으로 적용되는데, 미국은 지역에 따라 법을 달리하는 국가이므로 국제사법 제3조 제3항에 따라 미국 국적을 보유한 원·피고 사이의 이혼청구사건 등에 대한 준거법을 결정하기 위하여 종전 주소지를 관할하는 미주리주의 법규정 등을 검토하여야 하는데, 전술하였듯이 미주리주의 법과 미국의 국제사법에 관한 일반원칙 등에 의하면 미국 국적을 보유한 원·피고가 모두 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 한국에 형성한 상태에서 한국 법원에 제기된 이 사건 이혼, 친권자 및 양육자지정 청구에 관해서는 원·피고의 현재 주소(domicile)가 소속된 법정지의 법률이 준거법이 되어야 할 것이므로, 결국 준거법 지정시의 반정(反定)에 관한 국제사법 제9조 제1항 등을 유추적용한 숨은 반정의 법리에 따라

91) 숨은 반정에 관하여는 최공웅, 전게서, 697-698면; 석광현, 전게서, 170-172면 참조.

92) [이혼및위자료등], [집54(1)가, 273; 공2006. 7. 1.(253), 1157]. 항소심판결은 대구지방법원 2005. 5. 18. 선고 2004르441 판결[기간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

93) 법원은 원·피고는 거주기간을 정하지 않고 한국에 거주하고 있으므로 쌍방 모두 한국에 상거소를 가지고 있고, 그 혼인이 한국에서 성립되었고 그 혼인생활의 대부분이 한국에서 형성되었다는 점까지 고려한다면, 이 사건 이혼청구 등은 한국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 한국 법원은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 판시하였다.

94) 법원은 이혼 등에 관한 미주리주법의 관련 규정, 미주리주 주법원 판결, 미국 연방대법원 및 각 주법원의 관련 판결 및 학설 등에 근거하여 일반적으로 승인되어 있는 이혼에 관한 미국 국제사법의 일반원칙(Restatement (Second) of Conflict of Laws 제11조 내지 제21조, 제71조, 제285조 등)을 종합하여 보면, 원·피고는 늦어도 원고가 미군 복무를 마친 다음 그 자유의지에 따라 피고 및 사건본인들과 함께 한국에 정착한 시점부터는 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 한국에 형성하였다고 볼 수 있고, 여기에 피고가 이 사건 소장 부분을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하였다는 점까지 고려한다면, 원·피고의 본국법인 동시에 종전 주소지를 관할하는 미주리주법에 비추어 대물 소송(in rem)에 해당하는 이 사건 이혼청구와 대인 소송(in personam)에 해당하는 이 사건 친권자 및 양육자지정 청구 등에 대하여 모두 한국 법원이 재판관할권을 행사하는 것은 정당하다고 볼 수 있으므로, 국제사법 제2조 제2항에 규정된 국제재판관할의 특수성을 충분히 고려하더라도 이 사건에 대한 한국 법원의 재판관할권 행사에는 아무런 문제가 없다고 판시하였다.

이 사건에 대하여는 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 규율하는 법정지법인 우리 민법을 적용하여야 한다고 판시하였다.

그런데 숨은 반정에 관하여 섭외사법이 적용된 재판례는 섭외사법 제4조를 유추적용하지 않고 직접 적용하였다는 점에서 위 2005므884 판결과는 차이가 있다. [서울가정법원 1991. 5. 9. 선고 90드75828 판결\(확정\)](#)⁹⁵⁾은 혼인 후 3개월 내에 아내와 함께 미국으로 출국하기로 약속하였으나 이를 이행하지 않고 아내와 장모를 구타하고 몰래 미국으로 출국 후 아내와 연락을 단절한 미국 국적의 남편을 상대로 한국 국적의 아내가 이혼을 청구한 사건에서, 섭외사법 제18조 본문, 제2조 제3항에 따른 남편의 본국법은 미국 펜실베이니아주법인데, 미국의 판례와 학설에 따른 이혼에 관한 섭외사법의 일반원칙에 따르면 부부 일방의 주소지에 국제재판관할이 인정됨과 동시에 그 법정지법이 준거법으로 인정되고(Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971), 제71조, 제285조), 이는 펜실베이니아주에서도 동일한바, 원고는 출생 이래 현재까지 계속 영주의사로 한국에 거주해와서 한국에 미국법상 주소지를 가지고 있으므로, 남편의 본국법이 한국법에 의하도록 정하고 있는 경우에 해당하여 섭외사법 제4조에 따라 우리 민법이 준거법이 된다고 판시하였다(청구 인용). 이보다 앞서 [서울가정법원 1986. 12. 30.자 85드6506 심판\(확정\)](#)⁹⁶⁾도 한국에서 혼인신고 후 6개월간 동거하다가 미국으로 출국 후 아내와 연락을 단절한 미국 국적의 남편을 상대로 한국 국적의 아내가 이혼을 청구한 사건에서, 남편의 본국법은 미국 일리노이주법이고, 그에 따르면 이혼의 준거법은 혼인 당사자 쌍방 또는 일방의 주소가 있는 법정지법이므로, 섭외사법 제4조에 따라 당사자 일방인 청구인의 주소지인 한국의 이혼 관련 법률이 준거법이 된다고 판시하였다(청구 인용).

라. 이혼의 방법

[대법원 1991. 12. 10. 선고 91므535 판결](#)⁹⁷⁾은 일본에 거주하는 한국 국적자들 사이에 일본 민법과 호적법에 따른 혼인신고에 의하여 혼인이 유효하게 성립하였으나 우리 호적에는 그 혼인사실이 기재되지 않은 경우에 그들이 일본에서 이혼함에 있어서 이혼의 합의만으로 이혼할 수 있는지가 문제된 사건에서, 섭외사법 제18조 본문에 따르면 재일 교포(한국 국적)인 부부가 일본에서 이혼한다고 하더라도 한국법이 그 준거법이므로, “우리 민법상 일단 혼인이 유효하게 성립하였다면” 이혼신고에 의하여 협의이혼하거나 재판상으로만 유효하게 이혼할 수 있고, 우리 호적에 그 혼인사실이 기재되지 않았다고 하여 [일본법에 따라] 이혼의 합의만으로 이혼할 수 있는 것은 아니라고 판시하였다.

위 91므535 판결은 협의이혼이나 재판상 이혼과 같은 이혼의 방법의 문제는 이혼의 준거법에 의하여 규율되는 사항이고,⁹⁸⁾ 그와 구별되는 법률행위의 방식의 문제로서 국제사법 제17조에 따라 선택적 연결원칙이 적용되는 것이 아님을 전제로 하고 있다는 점에서 타당하다. 문제는 위 91므535 판결의 문면만을 보면 일본에서의 유효한 혼인이 이혼의 선결문제라는 점을 의식하지 못하고 있는 것 같고, 무엇보다도 일본에서 일본법상

95) [이혼청구사건], [하집1991(2), 539].

96) [이혼심판청구사건], [하집1986(4), 641].

97) [혼인취소], [공1992. 2. 1.(913), 515].

98) 석광현, 전거서, 471-472면 참조.

방식에 따라 유효하게 성립된 혼인이 우리나라에서도 유효한 이유는 그것이 위 91므535 판결이 말하듯이 “우리 민법상 일단 유효하게 성립”하였기 때문이 아니라 그것이 우리涉外사법에 따라 지정된 혼인의 방식의 준거법에 따라 행하여졌기 때문이라는 점을 간과하였다는 것이다. 외국에서 형성된 법률관계는 우리나라에서 당연히 유효한 것이 아니고, 그것이 효력을 가지려면 그것이 우리 국제사법에 의하여 지정되는 준거법에 따른 것이어야 한다.⁹⁹⁾ 요컨대 위 사건에서 일본에서 거행된 혼인이 유효한 이유는 그것이 우리 민법상 유효한 것이기 때문이 아니라 우리涉外사법에 합치되는 것이기 때문이다.

마. 이혼의 부수적 결과의 준거법

(1) 일괄하여 연결한 재판례

국제사법이 적용된 재판례를 보면 다음과 같다. ① 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013므1196 판결¹⁰⁰⁾은 국제재판관할의 맥락에서 원고의 이익을 고려하면서 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼청구뿐만 아니라 이혼에 따른 위자료, 재산분할, 친권자 및 양육자지정 청구가 문제되었던 해당 사건의 준거법이 이혼의 준거법이라고 판시하였다(국제사법 제39조 단서에 따라 우리 민법 적용). ② 대구지방법원 2005. 5. 18. 선고 2004르441 판결¹⁰¹⁾은 이혼에 따른 친권자 및 양육자지정 청구는 이혼에 부수하는 문제라고 언급하면서(“이혼과 그에 부수한”) 이혼의 준거법에 따라 판단하였다(미국 미주리주법에서 반정하여 우리 민법 적용).¹⁰²⁾ ③ 서울가정법원 2009. 3. 20. 선고 2008르2020, 3283 판결(확정)¹⁰³⁾은 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼에 따른 위자료, 친권자 및 양육자지정, 양육비 청구도 이혼의 준거법에 따라 판단하였다(국제사법 제39조 단서에 따라 우리 민법 적용). ④ 인천가정법원 부천지원 2018. 11. 21. 선고 2017드단3409 판결¹⁰⁴⁾은 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼에 따른 재산분할, 친권자 및 양육자지정, 양육비 청구와 면접교섭(직권 판단)도 이혼의 준거법에 따라 판단하였다(국제사법 제39조 단서에 따라 우리 민법 적용).

涉外사법이 적용된 재판례를 보면 다음과 같다. ⑤ 대전지방법원 천안지원 1989. 3. 14.자 88드2012 심판¹⁰⁵⁾은 이혼에 따른 위자료, 결혼비용반환 청구도 이혼의 효력으로

99) 석광현, “국제사법에서 준거법의 지정에 갈음하는 승인: 유럽연합에서의 논의와 우리 법에의 시사점”, 국제거래와 법 제34호(동아대학교 법학연구소, 2021. 10.) 참조.

100) [이혼및위자료·재산분할등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능). 원심판결인 서울고등법원 2013. 2. 8. 선고 2012르3746 판결[각공2013상, 297]은 “국제사법 제39조, 제37조는 이혼의 준거법을 정함에 있어서 혼인과 달리 “다만, 부부 중 일방이 대한민국에 상거소가 있는 대한민국 국민인 경우에는 이혼은 대한민국 법에 의한다”는 특칙을 두고 있으므로, 대한민국 국민인 원고의 이익을 위해서도 대한민국 법원에 재판관할권을 인정할 현실적인 필요성이 크다. 더구나 피고 대리인은 “대한민국 법원과 달리 스페인 법원에서는 파탄의 주된 책임자에게 위자료를 구하는 청구를 인정하지 않고 있다”고 스스로 밝히고 있으므로, 대한민국 국민인 원고에게 스페인 법원에서만 재판 받도록 하는 것은 원고에게 가혹한 결과를 낼 수 있다”고 설시하고 있다. 이는 혼인 파탄에 책임 있는 배우자가 부담하는 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의한다는 입장이다.

101) [이혼및위자료등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

102) 같은 분석으로 석광현, 전제서, 471면, 주14.

103) [이혼·이혼등], [각공2009상, 691].

104) (항소여부불명)[이혼], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

보아야 한다면서 이혼의 준거법에 따라 판단하였다(남편의 본국법인 대만법 적용). ⑥ 서울가정법원 1990. 5. 24.자 89드59530 심판(확정)¹⁰⁶⁾은 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼에 따른 양육자지정 청구도 이혼의 준거법에 따라 판단하였다(남편의 본국법인 일본법 적용).

(2) 분절하여 연결한 재판례

국제사법이 적용된 재판례를 보면 다음과 같다. ⑦ 서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결¹⁰⁷⁾은 이혼 청구에 관하여는 국제사법 제39조에 의하여 준용되는 국제사법 제37조에 따라 원고와 피고의 동일한 본국법인 캐나다 이혼법(Divorce Act)을 적용하였고,¹⁰⁸⁾ 위자료 청구에 관하여는 국제사법 제32조 제3항에 따라 원고와 피고 사이에 존재하는 법률관계의 준거법인 캐나다 퀘벡주 민법(Civil Code of Quebec)을 적용하였으며, 재산분할 청구에 관하여는 국제사법 제38조 제1항에 의하여 준용되는 국제사법 제37조에 따라 원고와 피고의 동일한 본국법인 캐나다 퀘벡주 민법(혼인관계를 기초로 한 재산 및 재산분할에 관한 동법 제414조 내지 제426조, 제448조 이하)을 적용하였다. 위 2016르22226 판결이 위자료, 재산분할 청구의 준거법 결정방법과 관련하여 별다른 이유를 밝히지 않은 점은 아쉽다. 상고심판결인 2021. 2. 4. 선고 2017르12552 판결은 위와 같은 판시를 그대로 인정하였다.

섭외사법이 적용된 재판례를 보면 다음과 같다. ⑧ 서울가정법원 1996. 11. 1. 선고 95드27138, 63979 판결(확정)¹⁰⁹⁾은 미국 국적의 아내가 한국 국적의 남편을 상대로 위자료, 재산분할, 양육비, 면접교섭 등을 청구한 사건에서, 이혼에 따른 위자료의 준거법은 원고와 피고의 혼인공동생활의 주된 근거지 및 그 파탄 원인의 발생지가 우리나라이므로 섭외사법 제13조 제1항에 따라 한국법이고, 재산분할의 준거법은 이혼에 부수하여 부분간의 재산관계를 조정하는 것이므로 혼인의 효력에 관한 섭외사법 제16조, 제17조, 이혼에 관한 섭외사법 제18조를 유추적용하여 남편인 피고의 본국법인 한국법이며, 양육비는 부양의무에 관한 사항으로서 그 준거법은 섭외사법 제23조에 따라 부양의무자인 피고의 본국법인 한국법이고, 면접교섭은 친자간의 법률관계에 관한 사항으로서 그 준거법은 남편인 피고의 본국법인 한국법이므로, 결국 각 준거법은 모두 한국법이라고 판시하였다.

(3) 소 결

우리 법원의 재판례의 경향을 중심으로 이혼의 주된 효과인 혼인의 해소 이외에 이혼에 부수하는 개별적 결과의 준거법을 유형별로 검토하면 다음과 같다. 첫째, 유책배우자가 부담하는 이혼원인에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑤)과 불법

105) (항소)[이혼및위자료], [하집1989(1), 596].

106) [이혼등청구사건], [하집1990(2), 670].

107) [이혼 및 위자료 등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

108) 법원이 숨은 반정을 검토하였어야 한다는 비판으로 석광현, 전개논문(캐나다), 679면 이하 참조.

109) [위자료및재산분할, 위자료등], [하집1996(2), 521].

행위의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑧)이 대립한다. 후자의 재판례는 섭외사법이 아니라 국제사법 아래에서 선고되었더라면 혼인의 일반적 효력의 준거법으로 종속적으로 연결되었을 것이다. 둘째, 혼인 파탄에 책임 있는 배우자가 부담하는 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의한다는 입장(위 ①, ③)과 불법행위의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑦)이 대립한다. 후자의 재판례는 혼인의 일반적 효력의 준거법으로의 종속적 연결에 의하였다. 이혼원인에 대한 위자료는 불법행위의 준거법에 의하는 것이 자연스럽고, 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의하는 것이 자연스러우나,¹¹⁰⁾ 하나의 위자료 청구에 두 취지가 모두 포함되어 있거나, 이혼원인이 불법행위에까지 해당할 수 있는지가 성질결정 단계에서 명확하지 않은 경우에는 논란의 여지가 있다. 셋째, 재산분할은 이혼의 준거법에 의한다는 입장(위 ①, ④, ⑧)과 부부재산제 청산의 문제로 보아 부부재산제의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑦, ⑧)이 대립한다. 다만, 위 ⑧ 판결은 성질결정을 생략한 채 섭외사법 제16조(혼인의 효력), 제17조(부부재산제), 제18조(이혼)를 한꺼번에 언급하여 혼란스러운데(제18조는 유추적용), 세 조항 모두 남편의 본국법을 원칙으로 규정하고 있었더라도 제16조 제2항, 제17조 제2항은 외국 국적자가 한국 국적자의 서양자(婿養子)인 경우 한국법을 본국법으로 본다고 규정하고 있었고 제18조 단서는 한국법으로의 누적적 연결을 규정하고 있었으므로 세 조항의 내용이 완전히 동일하였던 것은 아니다. 넷째, 친권자 및 양육자지정 또는 면접교섭권은 이혼의 준거법에 의한다는 입장(위 ①, ②, ③, ④, ⑥)과 친자간 법률관계의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑧)이 대립한다. 논리적으로는 이혼하는 부부 사이의 상호관계 문제와 그들과 자녀 사이의 상호관계 문제가 구별되므로 후자에 속하는 친권자 및 양육자지정과 면접교섭권은 국제사법 제45조에 따른 친자간 법률관계의 준거법에 의한다는 견해가 타당하나,¹¹¹⁾ 법원의 실무는 이혼의 준거법으로 일괄하여 연결하는 태도가 우세하다.¹¹²⁾ 다섯째, 양육비는 이혼의 준거법에 의한다는 입장(위 ③, ④)과 부양의 준거법에 의한다는 입장(위 ⑧)이 대립한다. 현행 국제사법상 부양의 준거법은 부양권리자와 부양의무자를 유형화하여 구별하지 않고 모든 부양의무에 적용된다고 해석되므로,¹¹³⁾ 논리적으로는 양육비를 포함한 미성

110) 첫째와 둘째의 위자료는 개념상 서로 구별된다. 상세는 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가에게 드리는 고언(苦言)”, 가족법연구 제30권 제1호(한국가족법학회, 2016), 101면, 주9; 석광현, 전게논문(캐나다), 680면, 주72; 편집대표 윤진수, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 511면 이하(이동진 집필부분) 참조.

111) 국내의 통설이기도 하다. 이호정, 전게서, 407면; 석광현, 전게서, 513면; 최홍섭, 전게서, 390면; 신창선/윤남순, 전게서, 375면; 신창섭, 전게서, 335면; 김연/박정기/김인유, 404면. 연결점의 변경 가능성을 보면 국제사법 제45조의 자녀의 상거소지라는 연결점은 변경이 가능하나, 국제사법 제39조(본문에 따라 준용되는 제37조)의 연결점은 이혼시로 고정된다는 점에서, 자녀의 복리를 위해서도 친자간 법률관계의 준거법에 의하는 것이 낫다는 주장도 있을 수 있다.

112) 학설로는 일본에서 과거 법례의 해석론으로 이를 주장하였던 折茂豊, 國際私法(各論)[新版](有斐閣, 1972), 388頁이 보인다.

113) 반면에 섭외사법 아래에서의 통설은 부부간 부양의무는 혼인의 일반적 효력의 준거법에 의하고(섭외사법 제16조, 국제사법 제37조에 상응), 이혼한 남녀간 부양의무는 이혼의 준거법에 의하며(섭외사법 제18조, 국제사법 제46조 제2항 또는 제39조에 상응), 부모와 미성년자녀 간의 부양의무는 친자간 법률관계의 준거법에 의하므로(섭외사법 제22조, 국제사법 제45조에 상응), 결국 부양의 준거법에 의해서는 나머지 문제, 즉 부모와 성년자녀 간의 부양의무, 부모 이외 직계혈족 간의 부양의무, 형제자매 기타 방계혈족 간의 부양의무 등이 규율될 뿐이라고 하였다. 대표적으로 이호정, 전게서, 409면. 그러나 현행 국제사법 제46조는 이와 같은 해석론을 거부하고 부양을 단일한 독립적 연결대상으로 취급하고 있다고 한다. 법무부, 국제사법 해설(법무부 국제법무과,

년자녀에 대한 부양의무도 국제사법 제46조에 따르는 것이 타당하다. 반면에 법원의 실무는 이혼의 준거법으로 일괄하여 연결하는 태도가 우세하다. 여섯째, 우리 민법이 이혼 당사자 간의 부양의무를 인정하지 않기에¹¹⁴⁾ 국제이혼사건에서도 이혼의 준거법이 한국법이 아니더라도 청구취지가 누락되는 경향을 보이나, 국제사법 제46조 제2항은 이혼 당사자 간의 부양의무는 이혼의 준거법에 의함을 명시하고 있다. 일곱째, 결혼비용반환 청구도 이혼의 준거법에 의한다는 재판례(위 ⑤)가 있었다.

IV. 국제친자사건

1. 국제과양사건의 국제재판관할

섭외사법이 적용된 재판례 중 국제과양사건에서 피고 주소지의 원칙적 관할을 인정하되, 원고 주소지의 예외적 관할을 인정한 것이 있다. [서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결\(확정\)](#)¹¹⁵⁾은 과양사건은 신분관계의 소멸이라는 중대한 사항에 관하여 당사자가 대립하는 소송사건이므로 원칙적으로 피고의 주소가 있는 국가에 국제재판관할을 인정함이 타당하나, 피고가 원고를 유기한 경우에는 예외적으로 원고의 주소가 있는 국가에도 국제재판관할이 인정되어야 하므로, 우리나라에 주소를 두고 있는 원고가 피고의 유기를 이유로 과양을 청구하는 이 사건에 대하여는 우리나라에도 국제재판관할이 인정된다고 판단하였다. 현행 국제사법 아래에서는 실질적 관련의 원칙을 구체화한 판례법리에 따를 것이다.

2. 친자관계의 준거법 — 국적 취득의 선결문제

국적의 취득이 사법상 법률관계의 존부와 결부되어 있는 경우 그와 같은 선결문제는 국적이 문제된 국가의 국제사법에 의한다. 즉, 선결문제는 본문제인 국적 취득 여부의 준거법 소속국법으로 종속적으로 연결된다. 그 이유는 어느 자연인이 어느 국가의 국민인지는 그 국가만이 결정할 수 있기 때문이다.¹¹⁶⁾ [서울행정법원 2021. 9. 3. 선고 2019구합89449 판결](#)¹¹⁷⁾은 사실혼관계에 있던 한국 국적의 부와 외국 국적의 모 사이에서 출생한 원고들이 국적법 제2조 제1항 제1호, 즉 “출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자는 출생과 동시에 대한민국 국적을 취득한다”는 규정에 따라 한국 국적을 취득하였는지가 문제된 행정사건에서,¹¹⁸⁾ 신뢰보호원칙과 신의성실원칙을 근거로 국적비보유판정의 취소를 명하였다.¹¹⁹⁾

2001), 162-163면. 다만, 섭외사법 제23조가 문면상으로는 부양의무를 독립적 연결대상으로 취급하고 있었음에도 불구하고 과거 통설의 해석론이 위와 같았다는 점에서, 입법 목적을 고려하지 않는다면 국제사법 제46조의 문면만으로는 과거의 통설이 폐기되었다고 단정할 수 없다고 본다. 섭외사법 아래에서 위 95드27138 등 판결(위 ⑧)이 과거의 통설과 달리 미성년자녀를 위한 양육비의 준거법을 섭외사법 제23조에 따라 결정하였다는 점은 주목할 만하다.

114) 이동진, 전계집필부분, 372, 378면.

115) [과양], [하집1992(1), 619].

116) 석광현, 전게서, 42, 116면.

117) [국적비보유판정 취소의 소]. 서울고등법원에 2021누59948호로 계속 중이다.

118) 사실관계는 다음과 같다. 원고들은 한국 국적의 부와 외국 국적(2017년 한국으로 귀화)의 모가 혼인신고를 하지 않은 상태에서 각각 1998년과 2000년 출생한 후 2001년 출생신고되었고, 원고들의

그러나 원고들의 국적 취득 여부는 출생 당시 한국 국적의 부와 친자관계가 성립하였는지 여부와 결부되어 있고, 한국 국적의 부와 사실혼관계에 있던 원고들의 생모가 원고들 출생 당시 외국 국적자이었기 때문에 이 사건에는 외국적 요소가 있다고 보아야 하므로,¹²⁰⁾ 우리 국적법이 문제되는 이상 논리적으로는 우리 국제사법에 따라 친자관계 성립의 준거법을 결정하였어야 한다. 다만, 대법원은 우리 국적법 제2조 제1항 제1호에 따라 부가 한국 국적자임을 이유로 출생과 동시에 한국 국적을 취득하기 위해서는 부와 자녀 사이에 법률상 친자관계가 인정되어야 한다고 하고(국적법 해석의 문제),¹²¹⁾ 부와 혼인 외의 자녀 사이에서는 인지 없이는 법률상 친자관계가 발생하지 않는다고 하므로(민법 해석의 문제), 대법원 판결에 따른다면 선결문제의 성질결정 과정을 통하여 이 사건은 국제사법 제40조에 의할 수밖에 없고, 국제사법 제41조에 의할 수는 없다. 그렇다면 위 2019구합89449 판결의 결론이나 근거를 문제 삼을 수는 없지만, 법원이 국적 취득의 선결문제의 준거법을 언급하지 않은 점은 아쉬움이 남는다.

3. 친생부인의 준거법

현행 국제사법 제40조 제1항과 달리, 섭외사법 제19조 제1문은 친생부인은 친생자의 출생 당시 모(母)의 부(夫)의 본국법에 의한다고 명시적으로 규정하고 있었다. [서울가정법원 1992. 2. 18. 선고 91드82748 판결\(확정\)](#)¹²²⁾은 일본 국적의 부(父)가 일본 국적의 자(子)를 상대로 친생부인을 청구한 사건에서, 친생부인의 준거법은 원고의 본국법인 일본 법이라고 실시한 다음, 우리 민법 제846조, 제847조에 규정된 친생부인의 소와 일본 민법 제774조, 제775조에 규정된 적출부인의 소가 동일한 내용을 규정하고 있으므로, 이 사건 친생부인의 소는 일본 민법상 적출부인의 소에 해당한다면서, 사실관계를 기초로

부의 호적에 자로 등재되었으며, 2008년 가족관계등록법이 시행됨에 따라 원고들에 대한 가족관계등록부가 작성되었다. 원고들의 부모는 2008년 혼인신고를 하였는데, 관할 행정청은 혼인신고 수리 후 원고들의 모에 대한 가족관계등록부를 작성한 후 원고들에 대한 출생신고가 ‘외국인 모와의 혼인외자의 출생신고’에 해당하여 정정대상이라는 이유로 원고들의 가족관계등록부를 폐쇄하였다. 원고들의 부는 2009년 원고들에 대한 인지신고를 하였으나, 원고들의 부의 기본증명서에 만 그 내역이 기록되었고 원고들의 가족관계등록부는 작성되지 않았다. 원고들은 2019년 피고 법무부장관에게 국적법 제20조에 따라 국적보유판정을 신청하였으나, 피고는 “원고들이 한국 국적의 부와 외국 국적의 모 사이의 사실혼관계에서 출생하여 한국 국적을 취득할 수 없음에도 출생신고가 수리되어 가족관계등록부가 작성되었으나 2009년 가족관계등록부가 폐쇄된 자로, 한국 국적 보유자가 아니다”라는 이유로 원고들에게 국적비보유 판정을 하였다.

119) 법률신문 2021. 10. 4.자 “한국인 父 · 외국인 母 사이 혼인신고 않은 상태 태어났어도 호적부 등 등재 되었다면 한국국적 인정해야” 제하 기사 참조.

120) 부와 혼인 외 출생자 간의 친자관계 성립이 문제되더라도 모를 고려하지 않을 수 없다. 일례로 국제사법 제41조 제1항은 부와 혼인 외 출생자 간의 친자관계 성립의 준거법을 자녀의 출생 당시 모의 본국법에도 연결시키고 있다. 이에 비추어 보더라도 이 사건에 외국적 요소가 있다고 보아야 함을 알 수 있다.

121) 대법원 2018. 11. 6.자 2018스32 결정 등 참조. 여기에서 국적법 제2조 제1항 제1호의 친자관계가 법률상 친자관계에 한정된다는 대법원 판결의 당부를 상세히 논의하지는 않는다. 비관으로 권영실, “대한민국 국민인 부와 외국인 모 사이의 혼인외 출생자에 대한 가족관계등록 절차: 대법원 2018. 11. 6.자 2018스32 결정에 대한 비판적 검토”, 가족법연구 제34권 제1호(2020), 245면 이하 참조. 이에 따르면, 실무상으로는 국민의 자녀임이 명백한 상황에서도 가족관계등록을 위하여 거쳐야 할 절차가 너무 복잡하여 시간이 오래 걸리고, 나아가 외국인 모가 조력을 거부하는 경우 부 혼자서 이를 처리하기에는 한계가 있다고 한다.

122) [이혼등], [하집1992(1), 646].

“피고가 원고의 친생자(일본국 민법상 적출자)임을 부인한다”(주문 제2항)는 판결을 선고하였다.

문제는 일본 민법이 법정상속분에 관하여 적출자와 비적출자를 차별하고 있었다는 점에서 우리 민법상 친생자와 일본 민법상 적출자가 법률상 동일한 의미를 가진다고 말할 수 없었을 뿐만 아니라,¹²³⁾ 위 91드82748 판결 당시에는 우리 민법과 일본 민법이 각각 친생부인과 적출부인에 관하여 부인의 허용 여부, 부인권자, 부인의 요건, 부인의 방법, 부인의 상대방, 부인권의 행사기간과 기산점 등을 동일하게 규정하고 있었다고 하더라도,¹²⁴⁾ 우리 법원에 계속한 친생부인의 소가 일본 민법상 적출부인의 소에 해당한다거나 그것과 동일하다고 말할 수는 없고, 우리 법원이 선고하는 친생부인 판결이 일본 법원이 선고하는 적출부인 판결에 해당한다거나 그와 동일하다고 말할 수도 없다는 것이다. 그러므로 전술한 주문 제2항의 괄호 부분은 삭제되었어야 한다. 그 근거는 다음과 같다. 첫째, 우리 법원은 우리 가사소송법이 허용하는 형태의 가사소송사건 또는 가사비송사건을 심리 및 재판할 수 있을 뿐이기 때문이다. 우리 가사소송법(제2조 제1항 제1호 나목 6)단)은 ‘친생부인’을 나류 가사소송사건으로 규정하고 있다. 우리 법원이 일본의 절차법에 따른 적출부인 사건을 심리 및 재판할 수는 없는 노릇이다. 법정지 법원에서 허용되는 사건 형태는 ‘절차는 법정지법에 따른다’는 법정지법원칙에 따라 법정지법에 의할 사항이라고 보아야 한다. 둘째, 친생부인 판결은 형성력을 가지고 제3자에게도 효력이 있는데(가사소송법 제21조 제1항), 우리 법원이 한국법에 따른 친생부인 판결이 아니라 일본법에 따른 적출부인 판결을 선고한 것이라면 그것에 우리 가사소송법에 따른 형성력을 인정할 수는 없을 것이기 때문이다. 셋째, 우리 법원은 외국적 요소가 있는 사건에서 그 준거법인 일본법을 “외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용”하면 충분한 것이지,¹²⁵⁾ 일본 법원을 대신하여 준거법인 일본

123) 2013. 12. 4. 개정되기 전의 일본 민법 제900조 제4호 단서 참조. 동 조항에서 비적출자의 법정상속분이 적출자의 1/2로 규정되어 있던 부분이 삭제된 이유는 일본 최고재판소가 2013. 9. 4. 그에 대하여 위헌 결정을 내렸기 때문이다.

124) 위 91드82748 판결 선고 당시 우리 민법 제846조, 제847조와 일본 민법 제774조, 제775조를 비교하면 아래와 같다. 다만, 우리 민법과 일본 민법이 동일한 내용이라고 말하기 위하여는 아래에서 보듯이 일본 민법 제777조까지 포함시켰어야 한다.

우리 민법	일본 민법
제846조(자의 친생부인) 부는 제844조의 경우에 그 자가 친생자임을 부인하는 소를 제기할 수 있다	第七百七十四条(嫡出の否認) 第七百七十二条の場合において、夫は、子が嫡出であることを否認することができる。
제847조(친생부인의 소) ① 부인의 소는 자 또는 친권자인 모를 상대로 하여 그 출생을 안 날로부터 1년 내에 제기하여야 한다. ② 친권자인 모가 없는 때에는 법원은 특별대리인을 선임하여야 한다.	第七百七十五条(嫡出否認の訴え) 前条の規定による否認権は、子又は親権を行う母に対する嫡出否認の訴えによって行う。 親権を行う母がないときは、家庭裁判所は、特別代理人を選任しなければならない。
	第七百七十七条(嫡出否認の訴えの出訴期間) 嫡出否認の訴えは、夫が子の出生を知った時から一年以内に提起しなければならない。

125) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결; 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다30041, 30058 판결; 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006다5130 판결; 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다54587 판결; 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다49811 판결 등 참조.

법을 적용하는 것은 아니기 때문이다. 넷째, 우리 법원이 일본법을 준거법으로 적용하여 선고하는 친생부인 판결이 그 자체로 일본 법원이 선고하는 적출부인 판결과 동일한 효력을 가지는 것은 아니고, 일본에서는 일본법에 따라 외국판결 승인요건을 충족하여야 하기 때문이다.

현행 국제사법 제40조는 혼인 중의 친자관계의 ‘성립’만을 명시하고 있으나, 친자관계의 성립은 그것이 부인되지 않을 것을 전제로 하므로 당연히 친자관계의 ‘부인(否認)’을 포함한다고 해석된다.¹²⁶⁾ 문제는 국제사법 제40조 제1항의 선택적 연결원칙을 친생부인의 경우 어떻게 해석하여야 옳은가 하는 것이다. 이에 관하여는 자녀의 출생 당시 남편의 본국법과 아내의 본국법 모두가 친생부인을 인정하는 경우에만 친생부인을 인정하여야 한다는 견해,¹²⁷⁾ 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생부인을 인정하더라도 다른 일방의 본국법이 친생추정을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정할 수 없다는 견해,¹²⁸⁾ 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생추정을 인정하였고 그 법이 친생부인을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정하여야 한다는 견해¹²⁹⁾ 등이 있다. 친생추정의 준거법과 무관하게 친생부인의 준거법을 인정하면 법적용상 충돌이 발생할 가능성이 있으나,¹³⁰⁾ 친생부인도 자녀의 보호 내지 복리를 위한 것임을 고려할 필요가 있다. 그렇다면, 논란의 여지는 있으나, 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생추정을 인정하였고 역시 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생부인을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정하여야 한다는 견해도 가능하다고 생각된다.

4. 혼인 외의 자에 대한 생모의 법정대리권의 준거법

서울지방법원 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결¹³¹⁾은 소외1과 소외2 사이의 혼인이 우리 호적법에 따른 혼인신고를 하지 않아 무효이므로 소외1은 미성년자인 혼인 외의 자인 원고의 법정대리인이 될 수 없다는 피고의 본안 전 항변과 관련하여, 국제사법 제45조에 따르면 소외1과 원고의 국적이 서로 다르므로 자의 상거소지법에 따라 위 문제를 판단하여야 하는데, 원고는 한국에서 출생하여 잠시 필리핀으로 이주하였던 때를 제외하고는 주로 한국에서 거주하였고 변론종결일 현재 한국에 거주하고 있으므로 상거소지법은 우리 민법이라고 판시한 다음, 소외1은 원고를 출산하였으므로 소외1은 친권자로서 원고의 법정대리인이고(민법 제855조 제1항, 제911조 등), 소외2의 사망으로 단독으로 원고에 대한 법정대리권을 행사할 수 있다고 판단하였다(민법 제909조 제3항). 혼인 외의 자에 대한 생모의 법정대리권이 국제사법 제45조에 따른 친자관계의 준거법에 의한다고 판시한 타당한 판결이다.

126) 법무부, 전게서, 145면.

127) 최홍섭, “섭외사법 개정법률안의 검토: 자연인, 친족, 상속”, 국제사법연구 제6호(한국국제사법학회, 2001), 401면; 최홍섭, 전게서, 373면.

128) 석광현, 전게서, 479면.

129) 최홍섭, “국제친족법과 국제상속법”, 국제사법연구 제4호(한국국제사법학회, 1999), 273면; 최홍섭, 전게서, 373면.

130) 최홍섭, 전게서, 373면.

131) (항소여부불명)[예금], [각공2003. 9. 10.(1), 89].

5. 자녀의 성씨의 준거법

섭외사법이 적용된 재판례이기는 하나, 자녀의 성씨의 준거법을 현행 국제사법 제47조와 동일한 취지의 섭외사법 제24조에 따라 판단한 [청주지방법원 영동지원 2001. 5. 26.자 2001호파1 결정\(항고기각 확정\)](#)¹³²⁾이 있다. 이 사건에서는 성씨와 본관이 함께 문제되었는데, 본관은 성씨의 문제의 일부로 성질결정할 수 있을 것이다.

사실관계는 다음과 같다. 신청인들의 부는 1934. 7. 일본 국적의 여자와 혼인함에 따라 일본에 귀화하여 일본 국적을 취득하였으나, 혼인관계를 해소하지 않은 상태에서 신청인들의 모와 사이에 신청인들을 출산하였고, 신청인들은 모의 성과 본을 따라 모의가에 입적하였다. 신청인들의 부가 1998. 4. 사망한 후 신청인들은 서울지방검찰청 검사를 상대로 신청인들이 망인의 자녀임에 대한 인지청구의 소를 제기하여 승소 확정판결을 받았다. 신청인들은 그 확정판결에 기초하여 충청북도 옥천군 군북면장에게 인지신고를 하면서, 피인지자인 신청인들의 성과 본을 인지자인 망인이 일본 국적을 취득하기 전에 한국 국적을 보유하고 있을 당시의 성과 본으로 해줄 것을 신청하였다. 이에 위 군북면장은 인지자가 외국인이므로 피인지자인 신청인들의 성과 본도 인지자의 성과 본으로 할 수 있을 뿐 그가 과거 한국 국적을 가지고 있을 당시의 성과 본으로 할 수는 없다는 이유로 위 신청을 불수리하였다.

이에 신청인들은 망인이 외국 국적자이기는 하나 원래 한국 국적자이었고, 민법상 성과 본은 혈통을 표현하는 의미가 있어서 피인지자로서 한국 국적을 가지고 있는 신청인들의 성과 본은 인지자의 한국 국적 보유 당시의 성과 본을 따를 수 있도록 하여야 하므로, 호적공무원인 위 군북면장의 불수리 처분은 부적법하여 그 시정을 구한다고 주장하였다.

법원은 민법상 성과 본을 표시하도록 하는 입법취지는 혈통을 표현하기 위한 목적 이외에도 신분질서를 유지하기 위한 목적이 있다고 설시한 다음, 섭외사법 제24조에 따라 지정된 자녀의 성과 본의 준거법이 한국법임을 전제로, 민법 제781조¹³³⁾를 적용하여 판단하였다. 구체적으로 보면, 신청인들은 망인이 한국 국적을 상실하고 일본 국적을 취득한 후 출생하였고, 이후 망인이 한국 국적을 취득한 사실이 없으므로, 외국인인 망인의 성을 따르거나 한국인인 모의 성과 본을 따를 수 있고, 설령 망인이 과거 한국 국적을 가지고 있었다고 하더라도 신청인들이 출생 당시에는 한국 국적을 상실하고 외국 국적을 가지고 있었던 이상 가장 가까운 혈통인 부의 혈통을 명확히 표현할 수 있도록 신청인들이 출생할 당시의 부의 성을 따를 수 있을 뿐 신청인들의 부의 과거 국적 소속국의 성과 본을 추급하여 그에 따른 성과 본을 따를 수는 없다는 것이다. 법원은 신청인들의 인지신고를 불수리한 위 군북면장의 처분은 적법하다고 판단하였다.

친족법상 법률관계의 변동에 따르는 배우자 또는 자녀의 성씨의 처리가 문제되고, 외국적 요소가 있는 사안이라면 성씨의 준거법이 문제됨은 물론인데, 이에 관하여는 다양한 해석론과 입법론이 제시되어 왔다.¹³⁴⁾ 대충은 인격권의 문제로 보아 당사자의 본국

132) [면장의처분에대한불복신청], [하집2001(1), 532].

133) 위 2001호파1 결정 당시 민법 제781조 제1항은 “자는 부의 성과 본을 따르고 부가에 입적한다. 다만, 부가 외국인인 때에는 모의 성과 본을 따를 수 있고 모가에 입적한다”라고 규정하고 있었다.

134) 국내문헌으로는 이호정, 전게서, 408면; 석광현, 전게서, 218-221, 470, 513면; 최홍섭, 전게서, 232-233면; 김연/박정기/김인유, 전게서, 404-405면; 최홍섭, “국제사법에서 성명준거법: 독일법을 중심으로”, 국제사법연구 제7호(한국국제사법학회, 2002), 74면 이하 참조.

법으로 연결시키자는 견해와 성씨 변경의 원인이 될 수 있는 해당 법률관계의 준거법으로 연결시키자는 견해이다. 국제사법 제47조의 배분적 연결원칙에 따라 준거법이 결정되는 법률관계는 대개 양면적 관계일 가능성이 높지만,¹³⁵⁾ 성씨는 인격권의 문제로서 각자에 대하여 각자의 본국법을 적용하여야 하는 일면적 관계라고 한다면, 위 2001호파 1 결정은 전자의 견해가 국제사법 제47조를 실정법상 기초로 활용할 수 있는 해석론적 지평을 제공하고 있다.

6. 입양의 준거법

서울가정법원 2013. 2. 22.자 2012느합356 심판(확정)¹³⁶⁾은 미혼모(상대방)가 출산한 사건본인이 미국 국적의 부부에게 입양되기 위하여 양친의 본국법인 미국법 이외에도 부모의 입양 동의 등 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」 제4조 제2호가 규정하고 있는 요건이 충족되어야 하는지 여부가 문제된 사건에서, 국제사법 제43조에 따라 입양은 입양 당시 양친의 본국법에 의하고, 국제사법 제44조에 따라 입양에 의한 친자관계의 성립에 관하여 자녀의 본국법이 자녀 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다고 판시한 다음, 사건본인의 입양은 입양 당시 양친이 되고자 하는 미국 국적 부부의 본국법인 미국의 입양 관련법에 의하여야 하지만, 사건본인의 본국법인 한국의 입양 관련법에 따른 절차적 요건도 구비하여야 하므로, 사건본인의 본국법인 한국의 입양 관련법에서 요구하는 요건과 절차도 모두 준수하여야 하는바, 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」에서는 양자가 될 수 있는 자의 자격을 아동복지법상 보호대상아동으로서 부모가 입양을 동의하여 국민기초생활보장법에 의한 보장시설에 보호의뢰한 자 등으로 규정하고 있으므로(위 특례법 제4조 제2호), 사건본인이 위 특례법에 따라 입양이 이루어지기 위해서는 위 특례법 제4조 제2호에 해당되어야 한다고 판시하였다. 법원은 사건본인은 아동복지법상 보호대상아동으로서 그 어머니인 상대방이 입양을 동의하여 국민기초생활보장법에 의한 보장시설에 보호의뢰된 자에 해당하므로, 사건본인의 입양에 관한 절차는 위 특례법에 따라야 한다고 보았다(위 특례법상 절차 위반으로 상대방은 사건본인에 대한 친권 상실).

자녀의 본국법이 자녀의 보호와 복리를 위하여 입양 관련법에서 다양한 요건과 절차를 요구할 수 있고, 그 대표적인 예가 국제사법 제44조에 명시되어 있는 자녀 또는 제3자의 승낙이나 동의이고 그 밖에도 자녀의 본국법이 입법을 통하여 여러 요건과 절차를 추가적으로 요구할 수 있음은 물론인데, 이를 준수하지 않으면 유효하게 입양이 성립될 수 없다. 자녀의 본국법에 속하는 위 특례법은 부모의 입양 동의 이외에도 아동복지법상 보호대상아동일 것과 국민기초생활보장법에 의한 보장시설에 보호의뢰한 자일 것 등을 요구하고 있는데, 이들 요건이 구비되지 않으면 위 특례법에 따른 입양은 유효하게 성립할 수 없다. 위 2012느합356 심판은 그 법적 근거가 국제사법 제44조임을 명시하였다는 점에서 의미가 있다.

입양의 준거법의 경우 반정이 허용됨은 의문이 없다. 또한 국제이혼사건에서와 마찬가지로 국제입양사건에서도 미국법상 국제재판관할규칙에 근거한 숨은 반정이 허용된

135) 최홍섭, 전거서, 409면 참조.

136) [친권제한등], [각공2013상, 415].

다. 서울고등법원 1989. 7. 24. 선고 88르1028 판결(상고기각 확정)¹³⁷⁾은 한국에 거주하는 미국 국적의 부부와 그들의 양자가 양자의 한국 국적의 생부와 생모를 상대로 제기한 양친자관계존재확인청구의 준거법과 관련하여, 청구인들과 피청구인들의 주소가 한국에 있으므로 입양의 준거법은涉外사법 제21조 제1항, 제2항, 리스테이트먼트(제2판) 제78조(미시시피주법도 동일),涉外사법 제4조 등에 의하여 당사자들의 주소지법인 한국의 입양 관련법이라고 판단하였다. 숨은 반정의 법리에 따라涉外사법 제4조를 (유추적용이 아니라) 적용하여 도달한 타당한 결론이라고 생각된다.

7. 파양의 준거법과 국제사법상 공서

서울가정법원 1985. 12. 24.자 85드2828 심판(확정)¹³⁸⁾은 청구인과 피청구인의 입양신고가 서울특별시 중구청장에게 수리되어 호적상 프랑스 국적의 피청구인(양부)의 양자로 입양되어 있는 한국 국적의 청구인이 피청구인을 상대로 입양무효를 청구한 사건에서, 이 사건의 준거법은涉外사법 제21조 제2항에 따라 양부의 본국법인 프랑스법이라고 판시하고, 피청구인이 프랑스로 출국한 후 약 15년 동안 연락을 단절한 사실은 프랑스 민법상 입양취소사유에 해당하는데, 프랑스 민법상 입양취소는 파양에 해당하므로, 청구인과 피청구인은 파양한다고 판단하였다. 입양무효청구를 파양으로 성질결정하여 준거법을 결정한 것은 타당하고, 준거법인 프랑스법상 입양취소에 대하여 조정(또는 적용)을 통하여 우리 실질법상 파양의 효력을 부여한 것도 타당하다. 위 85드2828 심판은 조정의 경우 외국준거법과 법정지법이라는 서로 다른 실질사법을 모두 적용할 수는 없으므로 당사자들의 이익교량을 토대로 약한 이익을 희생시키고 강한 이익을 보호하여야 한다는 조정의 해결방법에도 부합한다고 생각된다.¹³⁹⁾

주목할 점은涉外사법이 적용된 일련의 하급심 재판례가 국제사법상 공서를 이유로 파양의 준거법으로 지정된 외국법의 적용을 거부하고 법정지법인 우리 민법을 적용하여 파양을 명하였다는 것이다. 아래의 세 재판례는 모두 같은 취지이나, 파양을 인정하지 않는 미국 법제에 대한 법원의 평가를 통하여 국제사법상 공서를 적용하기 위한 기준을 간취할 수 있다는 점에서 주목할 만하다.

서울가정법원 1989. 9. 22.자 89드16588 심판(확정)¹⁴⁰⁾은 한국 국적의 양자가 양자를 유기한 채 행방불명된 미국 국적의 양친을 상대로 파양을 청구한 사건에서,涉外사법 제21조 제2항, 제2조 제3항에 따라 파양의 준거법은 미국 루이지애나주법인데, 미국 루이지애나주의 경우 입양의 요건을 엄격하게 제한하는 대신 입양을 계기로 양자와 친생부모의 친자관계를 소멸시키고 양친자관계만을 존속시키므로 별도로 파양제도를 두지 않고 있는바, 미국 루이지애나주법에 따르는 한 청구인과 피청구인은 파양할 수 없고 양친자관계가 영속되어야 하나, 이미 허울만 남은 양친자관계를 존속시키는 것은 우리

137) [양친자관계존재확인, [하집1989(2), 622].

138) [입양무효청구사건], [하집1985(4), 497].

139) 신창선/윤남순, 전거서, 122면 참조. 필자가 프랑스 민법상 입양취소 규정과 우리 민법상 파양 규정을 비교해보지는 못하였으나, 취소와 무효 중에 일응 무효가 취소보다 청구인에게 유리할 것으로 보이므로 본문과 같이 설명하였다.

140) [파양청구사건], [하집1989(3), 530].

나라의 공서양속에 반하는 결과를 초래하므로, 섭외사법 제5조에 따라 미국 루이지애나 주법을 적용하지 않고 파양의 준거법으로 우리 민법을 적용하기로 한다고 판시하였다(청구 인용).

서울가정법원 1990. 11. 28.자 89드73468 심판(확정)¹⁴¹⁾은 한국 국적의 양자가 전혀 돌봄을 받지 못하였고 일면식조차 없는 미국 국적의 양친을 상대로 파양을 청구한 사건에서, 섭외사법 제21조 제2항, 제2조 제3항에 따라 파양의 준거법은 미국 테네시주법인데, 미국 테네시주법은 파양을 인정하지 않으므로 이를 준거법으로 적용하는 이상 청구인과 피청구인의 파양은 허용될 수 없는데, 실질적인 양친자관계가 전혀 존재하지 않고 양자인 청구인이 그 관계의 청산을 간절히 바라고 있음에도 미국 테네시주법을 적용하여 청구인에게 형식적인 양친자관계의 존속을 강요하는 것은 입양제도가 양자의 복지를 목적으로 하는 제도라는 점에 비추어 보면 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것이라고 하지 않을 수 없으므로, 이 사건에는 섭외사법 제5조에 따라 미국 테네시주법을 적용하지 않고 법정지법인 한국법을 적용하기로 한다고 판시하였다(청구 인용).

서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결(확정)¹⁴²⁾은 한국 국적의 양자가 전혀 돌봄을 받지 못하였고 일면식조차 없는 미국 국적의 양친을 상대로 파양을 청구한 사건에서, 섭외사법 제21조 제2항, 제2조 제3항에 따라 파양의 준거법은 미국 오하이오주법인데, 미국 오하이오주법은 파양제도를 인정하지 않으므로 그것에 준거하는 한 어떠한 경우에도 파양을 할 수 없는데, 이러한 입법례는 이른바 완전부양제를 채택한 결과로서 나름대로 합리적 근거가 없지는 않으나, 입양 이후 미국에 거주하고 있는 양부가 양자를 성년에 이르도록 부양하지 않았을 뿐만 아니라 한 번도 상면하지 않고 있는 경우에 까지 파양을 인정하지 않는다면 양부의 유기에 의하여 전혀 실체를 가지고 있지 않은 양친자관계가 양자의 의사에 반하여 영속되어 장래 당사자 사이에 서로 예기하지도 않고 희망하지도 않는 상속, 부양 등과 같은 여러 법률관계가 발생하도록 하는 부당한 결과가 발생할 수 있어서 양자의 복지를 최우선으로 하는 양자제도의 취지에 비추어 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하므로, 이 사건에는 섭외사법 제5조에 따라 미국 오하이오주법을 적용하지 않고 파양을 인정하는 법정지법인 우리 민법을 적용하여야 한다고 판시하였다(청구 인용).

8. 헤이그 아동탈취협약에 따른 아동반환청구

우리나라는 2012. 12. 13. 네덜란드 외교부에 「국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약」(이하 “협약”)의 가입서를 기탁하였고, 협약은 2013. 3. 1. 우리나라에 대하여 발효되었다. 또한 우리나라는 2012. 12. 11. 협약의 이행법률인 「헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률」(이하 “법”)을 제정하였고, 이것 역시 2013. 3. 1.부터 시행되었다. 협약이 우리나라에 대하여 발효되고 법이 시행됨에 따라 우리 법원에서도 협약과 법에 관한 재판례가 등장하기 시작하였다.¹⁴³⁾

141) [파양], [하집1990(3), 681].

142) [파양], [하집1992(1), 619].

143) 협약 가입과 법 제정의 필요성, 그리고 협약과 법이 적용된 국내 재판례에 관한 국내문헌으로는 이병화, “헤이그 국제아동탈취협약의 국내적 이행의 가능성에 관한 연구”, 저스티스 통권 제79호

대법원 2018. 4. 17.자 2017스630 결정¹⁴⁴⁾은 아동의 한국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 양육권이 침해되어 법원에 아동의 반환을 구한 사건에서, 반환예외사유로 정한 법 제12조 제4항 제3호의 ‘중대한 위험’에 상대방인 일방 부모에 대한 잦은 폭력 등으로 인하여 아동에게 정신적 위해가 발생하는 경우와 상거소국에 반환될 경우 적절한 보호나 양육을 받을 수 없게 되어 극심한 고통을 겪게 되는 경우가 포함되는지 여부, 그리고 반환청구를 받은 법원이 고려하여야 할 사항에 관하여 판시하였다. 구체적으로 보면 다음과 같다. 협약과 법에 의하면, 아동의 한국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 인하여 협약에 따른 양육권이 침해된 경우 법원에 아동의 반환을 구할 수 있고(법 제12조 제1항), 법원은 아동의 복리를 최우선으로 고려하여 신속하게 처리하여야 한다(법 제3조). 한편 법원은 아동의 불법적인 이동 등으로 양육권이 침해된 경우에도 법 제12조 제4항 제3호에서 정한 “아동의 반환으로 인하여 아동이 육체적 또는 정신적 위해에 노출되거나 그 밖에 견디기 힘든 상황에 처하게 될 중대한 위험이 있는 사실”이 있을 경우에는 반환청구를 기각할 수 있다(법 제12조 제4항). 법 제12조 제4항 제3호의 반환예외사유는 아동의 신속한 반환으로 인하여 오히려 아동의 구체적이고 개별적인 복리가 침해되어 발생할 위해를 방지하기 위한 것으로, 그 해석에서는 아동의 권익이 일방 부모의 양육권이나 절차의 신속성 등보다 우선하여 고려되어야 한다. 따라서 중대한 위험에는 청구인의 아동에 대한 직접적인 폭력이나 학대 등으로 아동의 심신에 유해한 영향을 미칠 우려가 있는 경우뿐만 아니라 상대방인 일방 부모에 대한 잦은 폭력 등으로 인하여 아동에게 정신적 위해가 발생하는 경우와 상거소국에 반환될 경우 오히려 적절한 보호나 양육을 받을 수 없게 되어 극심한 고통을 겪게 되는 경우를 포함한다. 반환청구를 받은 법원은 위와 같은 사정 이외에도 그 위험의 정도와 반복될 우려가 있는지 여부, 아동의 반환 전후 양육에 관한 구체적 환경, 반환이 아동에게 미칠 심리적·육체적 영향 등 기타 일체의 사정을 종합적으로 검토하되 청구인과 상대방의 양육권 등을 고려하여 아동에 대한 최선의 이익이 무엇인지와 반환이 오히려 아동의 복리에 심각한 침해

(한국법학원, 2004), 149면 이하; 김미경, “자녀 국제인도에 관한 헤이그 협약의 내용과 사례”, 법학연구 제48권 제1호(부산대학교 법학연구소, 2007), 747면 이하; 임채웅, “1980년 헤이그아동탈취협약의 도입방안에 관한 연구”, 홍익법학 제10권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2009), 349면 이하; 권재문, “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약 이행법률안: 제정의 의미와 초안의 검토”, 법학연구 통권 제52호(연세대학교 법학연구원, 2011), 1면 이하; 석광현, “국제아동탈취의 민사적 측면에 관한 헤이그협약과 한국의 가입”, 법학 제54권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2013), 79면 이하; 광민회, “헤이그아동탈취협약의 해석상 「중대한 위험」과 자의 이익”, 민사법학 제67호(한국민사법학회, 2014), 25면 이하; 광민회, “헤이그아동탈취협약의 국내이행입법에 관한 검토: 일본의 헤이그아동탈취협약 실시법으로부터의 시사”, 가족법연구 제28권 제2호(한국가족법학회, 2014), 1면 이하; 광민회, “결혼이민자의 아동탈취와 헤이그 협약의 적용”, 가천법학 제8권 제4호(가천대학교 법학연구소, 2015), 319면 이하; 김아영, “다문화가정의 미성년 자녀 탈취에 관한 연구”, 법과사회 제48호(법과사회이론학회, 2015), 281면 이하; 광민회, “헤이그 아동탈취협약 적용사건에 관한 각국의 판결 및 이행입법의 쟁점별 분석: International Child Abduction Database (INCADAT)를 대상으로”, 법학연구 제24권 제1호(경상국립대학교 법학연구소, 2016), 95면 이하; 이병화, “헤이그국제아동탈취협약의 이행에 있어서 친자법적 재고찰”, 국제사법연구 제23권 제2호(한국국제사법학회, 2017), 209면 이하; 광민회, “혼인관계의 파탄에 따른 자녀인도청구의 실무상 쟁점”, 민사법의 이론과 실무 제22권 제3호(민사법의 이론과 실무학회, 2019), 39면 이하; 현소혜, “헤이그아동탈취법상 아동반환재판과 본안재판의 관계”, 비교사법 제28권 제3호(한국비교사법학회, 2021), 207면 이하 참조.

144) [아동반환청구(헤이그협약)], [공2018상, 901]. 원심결정은 서울가정법원 2017. 10. 18.자 2017브30068 결정[미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

가 되는지 여부를 판단하여야 한다. 법원은 청구인이 상대방에 대하여 수차례 폭언과 폭행을 하고 사건본인1은 위 폭행을 목격하여 정신적 고통을 겪었고, 사건본인들만 또는 사건본인2만 일본으로 돌아갈 경우 그와 같은 분리가 오히려 사건본인들에 대한 심리적 고통을 줄 우려가 있다는 점 등의 사정을 고려하여 사건본인들이 반환될 경우 중대한 위험이 있다고 보아 청구인의 청구를 기각하였다.

서울가정법원 2016. 4. 22.자 2016느단50118 심판¹⁴⁵⁾은 법률상 부부인 청구인과 상대방이 그 자녀인 사건본인(2010년생)과 함께 일본에서 생활하다가 상대방 혼자 한국에 입국하여 살면서 매월 1회 정도 일본에서 청구인과 사건본인을 만났는데, 상대방이 일본에 갔다가 사건본인을 데리고 한국에 입국하여 함께 거주하고 있는 사안에 관한 것이다. 법원의 판단은 다음과 같다. 사건본인은 2011. 3.경부터 2012. 1.경까지 한국에 거주하였으나, 이를 제외하고는 출생시부터 계속 일본에서 생활해왔고, 특히 2012. 1.부터 한국에 입국한 2015. 10.까지 일본에서 생활하였는바, 상대방은 일본에 상거소지를 가지고 있는 사건본인을 한국으로 이동시킴으로써 사건본인의 공동양육자인 청구인의 양육권을 침해하였으므로, 상대방은 특별한 사정이 없는 한 협약 제3조, 제12조 및 법 제12조 제1항에 따라 사건본인을 청구인에게 반환할 의무가 있다. 따라서 법원은 상대방으로 하여금 청구인에게 사건본인을 반환할 것을 명하였다.

V. 국제부양사건

서울가정법원 2009. 3. 20. 선고 2008르2020, 3283 판결(확정)¹⁴⁶⁾은 중국 국적의 아내가 한국 국적의 남편을 상대로 제기한 이혼, 친권자 및 양육자지정, 양육비 청구 모두에 대하여 이혼의 준거법을 적용하였다(국제사법 제39조 단서에 따라 우리 민법 적용). 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼의 준거법이 위 모든 청구를 규율하는 것을 당연한 전제로 하고 있는 판결이다. 그런데 흥미롭게도 위 2008르2020 등 판결은 양육비 청구의 선결문제가 되는 친생추정에 관하여 우리 민법을 적용하여 판단하였다. 즉, 사건본인은 현재 우리 가족관계등록부에 원고와 피고의 친생자로 등재되어 있지는 않으나, 민법 제844조 제1항에 따라 아내가 혼인 중에 포태한 자녀는 남편의 자녀로 추정되고, 피고가 원고와의 혼인기간 중에 사건본인을 포태한 사실은 인정되므로, 사건본인은 원고의 자로 추정된다고 판시하였다.¹⁴⁷⁾

위 2008르2020 등 판결은 양육비 청구가 이혼의 준거법에 관한 국제사법 제39조에 따라 사항을이라고 판단한 듯하지만, 전술하였듯이 양육비를 포함한 미성년자녀에 대한 부양의무는 국제사법 제46조에 따를 사항이다. 이때 부양의무의 선결문제로서 친자관계가 다투어지는 경우 그 준거법이 문제된다.¹⁴⁸⁾ 부양권리자와 부양의무자 사이에 어떠한 친

145) (항고)[아동반환청구(헤이그협약)], [각공2016하, 379].

146) [이혼·이혼등], [각공2009상, 691].

147) 다만, 사건본인이 우리 가족관계등록부에 등재되어 있지 않으므로, 이 사건에서는 사건본인의 출생지인 홍콩에서 발급받은 사건본인의 홍콩특별행정구 회향증 번호로 사건본인을 특정하였다.

148) 이 사건에서 남편(원고, 반소피고)은 이혼만을 청구하고 친권자 및 양육자지정이나 양육비를 청구하지 않았으나, 아내(피고, 반소원고)는 이혼과 위자료뿐만 아니라 친권자 및 양육자지정과 양육비도 청구하였다는 점에서, 사건본인의 친자관계가 부양의무(양육비)의 선결문제로 실제로 다투어질 수 있었던 사안이다.

족관계가 있어야 하는지는 부양의 준거법에 의할 수 있으나, 그러한 친족관계가 실제로 존재하는지는 부양의 준거법에 의할 수 없고 별도로 정하여지는 선결문제의 준거법에 의하여야 한다는 것이다.¹⁴⁹⁾ 부양의무의 선결문제인 친족관계의 준거법에 관한 학설로는 통상의 선결문제처럼 법정지의 국제사법에 따라 독립적으로 연결하자는 견해,¹⁵⁰⁾ 본 문제인 부양의 준거법 소속국의 국제사법이 정하는 준거법에 의하자는 견해,¹⁵¹⁾ 1973년 「부양의무에 적용될 준거법에 관한 헤이그협약」의 해석과 유사하게 부양의 준거법에 의하자는 견해¹⁵²⁾ 등이 제시되어 왔다. 위 2008르2020 등 판결은 양육비의 문제를 부양으로 성질결정하지 않았고, 그에 따라 사건본인에 대한 친생추정의 문제가 부양의무의 선결문제로서 제기될 수 있음을 인식하지 못하였다는 문제가 있다.

서울가정법원 2015. 6. 5. 선고 2014드단311253, 316302 판결¹⁵³⁾은 필리핀 국적의 여자인 원고(반소피고)가 한국 국적의 남자인 피고(반소원고)와 필리핀에서 만나 사건본인을 출산한 후 피고를 상대로 인지, (사실혼관계 내지 혼인예약관계의 부당파기에 대한) 위자료, 친권자 및 양육자지정, 양육비를 청구한 사건(이른바 “코피노” 사건)에서, 사건본인의 친권자 및 양육자로 피고를 지정하고, 피고는 사건본인이 성년에 이를 때까지 양육비를 분담할 의무가 있다고 판단하였다. 문제는 법원이 사안의 외국적 요소에도 불구하고 국제사법을 적용하지 않았다는 것이다. 그래서 위 2014드단311253 등 판결에는 우리 법원에 국제재판관할이 인정되는지, 각 청구의 준거법이 무엇인지가 전혀 언급되어 있지 않다. 국제사법적 사고의 빈곤을 보여주는 전형적인 예이다.¹⁵⁴⁾ 전술하였듯이 인지는 국제사법 제41조 제1항, 제2항, 친권자 및 양육자지정은 국제사법 제45조, 양육비는 국제사법 제46조에 따라 준거법을 결정하였어야 한다. 비록 기각되었지만, 사실혼관계 내지 혼인예약관계의 부당파기에 대한 위자료 청구는 국제사법 제32조 제3항에 따라 사실혼관계 내지 혼인예약관계의 효력의 준거법에 종속적으로 연결되었어야 하고, 전술하였듯이 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 국제사법 제37조가 유추적용되었어야 한다. 다만, 사실혼관계 내지 혼인예약관계 부당파기의 선결문제로서 사실혼관계 내지 혼인예약관계 자체의 성립 여부를 검토하였어야 하고, 선결문제의 해결방법에 관한 법정지 국제사법설에 따른다면 우리 국제사법 제36조가 유추적용되었어야 한다. 위와 같이 다양한 국제사법 쟁점이 있었음에도 불구하고 법원이 이를 간과한 것은 아쉽다.

Ⅶ. 국제후견사건

국제사법 제48조 제1항은 피후견인의 본국법을 후견의 준거법으로 정함과 동시에, 국제사법 제12조, 제14조와 마찬가지로 외국인의 본국에 원칙적 관할이 있음을 전제하고

149) 김용환/조명래, 전거서, 351면.

150) 신창섭, 전거서, 340면; 윤종진, 개정 현대 국제사법(한울출판사, 2006), 478면.

151) 김용환/조명래, 전거서, 351면.

152) 석광현, 전거서, 535면.

153) (항소)[인지및친권행사자지정등청구의소·친권행사자및양육자지정청구의소], [각공2015하, 520].

154) 위 2014드단311253 등 판결에 대한 같은 취지의 비판으로 정구태, “2015년 친자법 관련 주요 판례 회고”, 법학논총 제23집 제1호(조선대학교 법학연구원, 2016), 6면 이하; 석광현, 전거논문(고언), 102면 이하 참조. 후자의 문헌은 “코피노” 사건에서 국제사법적 사고의 빈곤을 보여주는 다른 재판례로 서울가정법원 2014. 5. 30. 선고 2012드단103663 판결과 수원지방법원 성남지원 2015. 5. 28. 선고 2014드단203298, 2015드단200197 판결을 언급하고 있다.

있다.¹⁵⁵⁾ 국제사법 제48조 제2항은 우리 법원이 국제후견사건에 대하여 예외적으로 국제재판관할을 가지는 경우를 규정하고 있는데, 제3호의 “그 밖에 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우”의 의미가 법원에 의하여 구체화될 필요가 있다.

서울가정법원 2018. 1. 17.자 2017브30016 결정¹⁵⁶⁾은 외국 국적자인¹⁵⁷⁾ 사건본인에 대하여 한정후견 개시 및 한정후견인 선임을 청구한 사건에서, 국제사법 제48조 제2항 제3호를 근거로 한국 법원의 국제재판관할이 인정되고 우리 민법이 준거법으로 적용된다고 판시하였다. 먼저 법원은 국제사법 제48조 제2항 두문의 요건, 즉 외국인의 상거소 또는 거소의 한국 내 존재와 관련하여, 사건본인이 2011. 6. 한국 국적을 상실한 이후 한국 이외 지역에서 20일 이상 체재한 사실이 없으므로 주로 거주하여 왔다고 말할 수 있는 국가는 한국이라는 점, 그리고 사건본인이 2017. 10. 한국에 입국한 이후 현재까지 한국에 거주하고 있다는 점을 근거로, 설령 상거소가 한국에 있다고 말할 수 없더라도 적어도 거소는 한국에 있다고 말할 수 있다고 보았다.¹⁵⁸⁾ 다음으로 법원은 국제사법 제48조 제2항 제3호의 요건, 즉 제1호, 제2호 이외에 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우에 해당한다고 보았는데, 그 구체적 근거로는 사건본인이 한국 내에서 토지 및 지상 상가의 각 1/2 지분 등 재산을 소유하고 있다는 점, 사건본인이 한국 내에서 위 상가 등에 관한 임대차계약 체결, 금융기관으로부터의 금원 차용 등 법률행위를 하고 있다는 점, 한국 내에서 배우자와 사이에 이혼소송을 진행하고 있다는 점, 부친의 사망으로 인하여 그 상속과 관련한 분쟁의 당사자가 될 가능성이 높다는 점을 제시하였다. 이는 국제사법 제48조 제2항 제3호의 “긴급한 필요”라는 문언에도 불구하고 적용범위를 다소 넓히려는 해석으로 보인다. 타당한 판결이다.

VII. 국제상속사건

1. 국제재판관할

서울가정법원 2005. 11. 10.자 2004느합17 심판(확정)¹⁵⁹⁾은 일본 국적의 피상속인의 상속재산 중 한국과 일본에 소재하고 있는 부동산들에 관하여, 한국에 거주하는 한국 국

155) 석광현, 전거서, 543면. 반면에 국제사법 제48조 제1항을 준거법 결정원칙으로만 이해하자는 견해들도 있다. 서희원, 국제사법강의 개정판(일조각, 1999), 322-323면은 섭외사법의 해석론으로 피후견인의 상거소지에 원칙적 관할을 인정할 수 있다고 한다. 최홍섭, 전거서, 228-229면은 국제사법 제48조 제1항이 아니라 국제사법 제14조를 국제후견심판의 국제재판관할의 근거로 이해하고 한다. 이를 통하여 피후견인 상거소지 원칙을 관철할 수 있다는 것이다.

156) (재항고)[한정후견개시], [각공2018상, 209].

157) 종합법률정보시스템에 공개되어 있는 결정문만으로는 이 사건 결정 당시 사건본인의 국적이 확인되지 않는다. 결정문에는 사건본인이 2011. 6. 17. 한국 국적을 상실하였고, 2017년경 한국에서 외국인등록이 말소되었다는 사실만 명시되어 있다. 그러나 사건본인이 이 사건 결정 당시 무국적이었던 것 같지는 않다. 결정문에 따르면, 사건본인이 한국 국적 상실 이후에도 한국 이외 지역에서 20일 미만으로 체재하기 위한 목적으로 출국 및 재입국한 사실이 있다고 하므로, 사건본인이 출국 및 재입국시 외국인으로서 유효한 여권을 소지하고 있었을 것으로 보이기 때문이다. 출입국관리법 제7조 제1항, 제28조 제1항 참조.

158) 다만, 사건본인이 2018. 1. 결정 선고시로부터 약 3개월 전인 2017. 10. 한국에 입국하였다고 하더라도, 2011. 6. 이후 20일 이상 외국에 체재한 사실이 없다면 그의 상거소는 한국이라고 볼 수 있었을 것으로 생각된다.

159) [상속재산분할심판], [각공2006. 2. 10.(30), 205].

적의 공동상속인들(청구인들)이 일본에 거주하던 일본 국적의 공동상속인(청구인들의 계모)을 상대로 상속재산분할심판을 청구한 사건에서, 당사자들 간의 법률관계에 관한 대립을 전제로 하는 마류 가사비송사건인 상속재산분할사건에도 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결이 재산법상 사건에서 제시한 추상적 법률론이 적용될 수 있다고 판시한 다음, 국제재판관할은 중첩적으로 인정될 수 있고, 상속재산분할은 상속재산의 일부만을 대상으로 할 수도 있으므로, 이 사건 심판 청구의 대상인 부동산들의 소재지별로 당사자 및 분쟁 대상이 한국과 관련성을 가지는지 여부를 검토하였다.

먼저 일본 소재 부동산들에 대한 부분의 경우에는 필요한 증거가 일본에 소재하고 있다는 점, 상대방에게 심판청구서가 송달되지 않아 공시송달로 심리가 진행되었으므로 일본 소재 부동산들을 포함하여 상속재산분할심판을 하는 경우 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 상대방의 개인적 이익을 해할 가능성이 크다는 점, 일본 민사소송법 제118조가 외국재판 승인요건으로 송달 요건을 규정하면서 공시송달을 제외하고 있어서 일본 소재 부동산들에 대하여 상속지분대로 분할을 명하는 경우 일본에서 그 심판의 집행을 거부할 가능성이 있으므로 심판의 실효성이라는 법원 내지 국가의 이익에 문제가 생길 소지가 있다는 점 등을 이유로 우리 법원의 국제재판관할이 인정되지 않는다고 판단하였다.

다음으로 한국 소재 부동산들에 대한 부분의 경우에는 청구인들이 한국 국적자라는 점, 부동산 소재지가 한국이라는 점, 필요한 증거가 한국에 소재하고 있으므로 한국 법원이 재판하는 것이 재판의 적정, 신속이라는 기본이념에 어긋나지 않는다는 점, 상대방 또한 한국 소재 부동산들에 관하여 한국 법원에 심판이 제기될 가능성을 충분히 예견할 수 있으므로 예측가능성과 같은 상대방의 개인적 이익을 크게 해한다고 볼 수 없다는 점 등을 이유로 우리 법원의 국제재판관할이 인정된다고 판단하였다. 결론적으로 법원은 한국 소재 부동산들에 한정하여 그 부분에 대한 상속재산분할을 구하는 분쟁만 한국과 실질적 관련성이 있다는 이유로 그 부분에 관하여만 한국 법원의 국제재판관할을 인정하였다.

위 2004누합17 심판은 상속재산분할사건에서 상속재산 소재지를 기준으로 우리 법원에의 국제재판관할 인정 여부를 달리 판단하였다는 점에서 주목할 만하다. 그러나 부동산 물권을 목적으로 하는 소에 대하여 부동산 소재지의 전속관할을 인정하는 것처럼 상속재산 소재지만을 기준으로 국제재판관할의 지리적 경계를 획정한 것은 아니다. 오히려 일본에 거주하는 일본 국적의 공동상속인에게 심판청구서가 송달되지 않아 공시송달로 심리가 진행됨에 따라 향후 일본에서 후소가 제기되더라도 한국에서의 전소 확정재판이 승인되지 않을 위험이 있음을 고려하여, 외국적 요소가 있는 마류 가사비송사건의 우리나라와의 실질적 관련 여부를 개인적 이익(특히 일본에 있는 상대방의 예측가능성)과 법원 내지 국가의 이익(특히 우리 법원의 심판의 실효성)을 기준으로 구체적으로 판단함으로써, 일정한 한계에도 불구하고 구체적 타당성 있는 재판권 행사를 도모한 것으로 평가할 수 있다.

또한 법원의 판단에는 다음과 같은 사정도 영향을 미쳤을 것으로 추측된다. 법리적 측면에서는 일본의 「법의 적용에 관한 통칙법」 제36조가 상속의 준거법에 관하여 우리 국제사법과 같은 태도를 취하고 있는 까닭에, 향후 일본 법원에서 일본 소재 부동산들

에 대한 상속재산분할이 문제되더라도 우리 민법이 준거법으로 적용될 것이므로, 양국 법원의 심판 결과를 전체적으로 보면 결과적으로는 대체로 우리 민법에 부합하는 정합적인 결론이 내려지리라 기대가 있었을 것 같다. 사실관계의 측면에서는 청구인들(피상속인과 이혼한 첫 번째 아내 및 그와 피상속인 사이의 자녀)과 상대방(피상속인의 세 번째 아내) 이외에 문제될 수 있는 모든¹⁶⁰⁾ 상속인들(피상속인과 이혼한 두 번째 아내 및 그와 피상속인 사이의 세 자녀)은 상속포기를 하였다는 사실과 피상속인이 사망 하루 전에 상대방에게 일정한 금원을 송금하였다는 사실(증여에 따른 특별수익)이 명확하고 별다른 돌발적인 사실관계가 있었던 것 같지는 않으므로, 법원이 이를 기초로 구체적인 상속분을 산정하는 것에 큰 어려움이 없었던 것으로 보인다.

2. 상속의 선결문제의 준거법

상속의 선결문제로서 친자관계 성립 여부가 문제될 수 있다.¹⁶¹⁾ 일례로 본문제인 상속의 준거법이 대만 민법인데, 한국 국적의 자녀들이 대만 민법상 제1순위 상속권자인 직계비속에 해당하는지, 즉 법률상 친자관계가 존재하는지 여부가 선결문제로서 제기된 사건에서, 법원은 우리 국제사법에 따라 그 선결문제를 판단하였다(선결문제의 해결방법에 관한 법정지 국제사법설). 서울지방법원 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결¹⁶²⁾은 망 소외1(대만 국적)과 소외2(한국 국적) 사이에서 출생한 원고들(대만 국적)이 혼인 외의 출생자인 경우에 원고들이 소외1의 예금채권을 상속하였는지 여부가 문제된 사건에서, 혼인 외 출생자의 상속에 관하여 국제사법 제49조 제1항이 적용되고, 사망 당시 피상속인의 본국법인 대만 민법은 제1138조, 제1144조에서 법정상속인 및 상속순위에 관하여 배우자와 직계비속 등이 제1순위로 균분 상속한다고 규정하고 있는데,¹⁶³⁾ 혼인 외 출생자의 부와의 친자관계 성립에 관하여 국제사법 제41조 제1항 단서가 적용되고, 원고들의 출생 당시 부 소외1의 본국법인 대만 민법은 제1065조에서 “혼인 외의 출생자는 생부의 인지를 거치면 혼생자로 간주하고, 생부의 부양을 거치면 인지로 간주한다”라고 규정하고 있다고 설시한 다음, 혼인 외의 출생자인 원고들이 망 소외1의 직계비속으로서 제1순위 상속권자가 되려면 원고들이 소외1의 인지를 거쳐 법률상 친자관계가 성립되어야 하는데, 원고들은 출생 이후부터 1997. 7. 필리핀으로 유학을 떠나기까지 망 소외1 및 소외2와 같이 동거하고, 원고들의 학비, 생활비도 망 소외1이 부담하였으며, 필리핀으로 유학을 떠난 후에도 망 소외1이 원고들의 생활비와 학비를 조달하였는바, 이에 따라 원고들은 망인의 부양을 거쳐 인지 간주되었다고 할 것이므로, 원고들은 망 소외1과 법률상 친자관계에 있고 법률상 직계비속으로서 제1순위 상속권자라고 판시하였다.

160) 이 사건에서는 피상속인과 첫 번째 아내 사이의 두 자녀 중 한 명만이 청구인이었다. 그러나 청구인에 포함되지 않은 다른 자녀가 상속포기를 하지는 않았다.

161) 상세는 장준혁, 전계집필부분, 1266면 이하 참조.

162) (항소여부불명)[예금], [각공2003. 9. 10.(1), 89].

163) 위 2001가합64849 판결은 이 부분을 “대만 민법은 제1138조, 제1144조에서 배우자를 제외하고 직계비속이 제1순위로 균분 상속한다고 하여 법정상속인 및 순서를 정하고 있다”라고 기술하고 있으나, 법제처 세계정보법제센터에서 확인할 수 있는 대만 민법의 내용은 본문과 같으므로, 위 밑줄 부분은 다소 오해의 소지가 있다. https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?l=1&searchPageRowCnt=10&A=A&AST_SEQ=1284&searchType=all&searchOnlyPrior=Y&CTS_SEQ=38191&pageIndex=1&ETC=4 참조(2021. 11. 8. 최종방문).

위 2001가합64849 판결은 결론은 타당하지만, 적용법조의 실시에는 아쉬움이 있다. 이 사건에서는 인지에 의한 법률상 친자관계의 성립이 문제되었으므로, 법원으로서도 국제사법 제41조 제1항 단서만을 적용할 것이 아니라, 법원이 선결문제의 준거법으로 지정된 대만 민법을 적용하면서 스스로 인지 관련 규정을 적용하였듯이, 인지에 관한 국제사법 제41조 제2항을 응당 함께 적용하였어야 한다. 또한 혼인 외 출생자와 부 간의 친자관계 성립의 준거법과 관련하여 국제사법 제41조 단서만을 언급함으로써 오해의 소지를 만들 것이 아니라, 그것이 국제사법 제41조 제1항 본문에 더하여 선택적 연결의 후보 국가를 추가해주는 것임을 명확히 하였더라면 좋았을 것이다. 그렇다면 이 사건에서 선택적 연결의 후보는 ① 자녀의 출생 당시 모의 본국법인 한국법, ② 자녀의 출생 당시 부의 본국법인 대만법, ③ 현재 자녀의 상거소지법인 한국법, ④ 인지 당시 인지자의 본국법인 대만법으로서, 결국 한국법 또는 대만법이다. 우리 민법에는 대만 민법(제1065조)에 있는 ‘부양사실에 의한 인년간주’와 같은 제도가 없으므로, 피상속인의 자녀인 원고들이 본문제인 상속의 준거법인 대만 민법상 제1순위 상속권자로서의 지위를 인정 받을 수 있었던 이유는 국제사법 제41조 제1항과 제2항이 선결문제인 인지의 준거법에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하고 있기 때문이었다고 할 수 있다.

3. 상속포기의 준거법

상속포기가 상속포기기간 내에 유효하게 행하여졌는지 여부를 상속의 문제로 성질결정하지 않고 법률행위의 방식으로 성질결정하여 국제사법 제17조를 적용한 재판례가 있다. 대구고등법원 2015. 4. 22. 선고 2014나2007 판결(상고기각 확정)¹⁶⁴⁾은 한국 국적을 유지하면서 일본에 거주하던 피상속인이 사망한 후 일본법에 따라 일본 도쿄가정재판소에 상속포기신고를 하였던 원고들(망인의 아내, 장남, 장녀로서 모두 한국 국적)이 한국 소재 상속재산인 이 사건 부동산에 관하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 피고(망인의 차남으로서 한국 국적)를 상대로 소유권이전등기말소를 청구한 사건이다.¹⁶⁵⁾

원고들은 일본 도쿄가정재판소에 신고한 상속포기는 다음과 같은 이유로 이 사건 부동산에 관하여 효력이 없으므로 원고들이 이 사건 부동산에 관하여 여전히 망인의 상속인들이라고 주장하였다. ① 망인의 국내재산에 관한 상속관계는 외국적 요소가 없으므로 국제사법이 적용되지 않는다. ② 그렇지 않더라도 국제사법 제49조(사망 당시 피상속인의 본국법)에 따르면 여전히 우리 민법이 적용되어야 한다. ③ 국제사법 제17조 제2항이 행위지법에 따른 법률행위의 방식이 유효하다고 규정하고 있으나, 동조 제5항은 물권 기타 등기하여야 하는 권리를 정하거나 처분하는 법률행위의 방식에 관하여는 동조 제2항의 적용을 배제하고 있으므로, 원고들의 상속포기는 이 사건 부동산에 관하여 효력이 없다. ④ 원고들의 상속포기가 방식으로는 유효하다고 하더라도 그 실질적 성립요건은 국내법에 따라야 하는데, 원고들 중 일부(망인의 아내, 장남)는 국내 법원으로써

164) [소유권이전등기말소], [미공간]. 제1심판결은 대구지방법원 2014. 5. 13. 선고 2013가합9233 판결 [미공간].

165) 참고로 피고가 이 사건 부동산에 관하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 원고들 중 일부(망인의 아내, 장녀)는 일본 도쿄가정재판소에 상속포기를 취소하는 신청을 하였고 모두 수리되었다.

터 상속포기기간을 연장 받지 않은 상태에서 우리 민법(제1019조)이 정한 상속포기기간 3개월을 초과하여 상속포기를 하였다는 것이다.

원고들의 주장에 대하여 법원은 다음과 같이 판단하였다. ① 망인과 상속인들이 모두 일본에서 거주해왔고 망인의 상속재산이 일본에도 있다. 따라서 망인의 상속관계는 국제사법 제1조의 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’에 해당하므로 국제사법에 따라 준거법을 정하여야 한다. ② 국제사법상 상속의 준거법은 사망 당시 피상속인의 본국법이 원칙이지만(제49조), 법률행위의 방식은 행위지법에 의하더라도 유효하다(제17조 제2항). 상속포기는 신분권과 관련된 포괄적인 권리의무의 승계에 관한 것이므로, 국제사법 제17조 제5항에서 행위지법의 적용을 배제하고 있는 ‘물권 기타 등기하여야 하는 권리를 정하거나 처분하는 법률행위’에 해당하지 않는다. 따라서 원고들이 행위지법에 따라 일본 재판소에 신고한 상속포기는 유효하다. ③ 국제사법의 적용대상이 되는 상속관계에서 그 상속포기기간의 연장결정을 국내 가정법원으로부터 받을지, 외국 가정법원으로부터 받을지는 법률행위의 방식 문제로서, 국제사법 제17조 제2항에 따라 행위지법에 의할 수 있다. 따라서 원고들이 상속개시를 안 날로부터 3개월 내에 행위지법인 일본 민법에 따라 일본 도쿄가정재판소로부터 상속포기기간신고를 연장 받은 후 그 연장기간 내에 마친 상속포기신고는 모두 유효하다.

위 2014나2007 판결이 외국적 요소가 있는 법률관계에 대한 국제사법의 적용 여부와 관련하여 국제사법의 강행법규성을 인정하지 않은 대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결 등¹⁶⁶⁾의 태도를 따르지 않은 점은 타당하다. 즉, 위 2004다26454 판결 등은 “거래 당사자의 국적·주소, 물건 소재지, 행위지, 사실발생지 등이 외국과 밀접하게 관련되어 있어서 곧바로 내국법을 적용하기보다는 국제사법을 적용하여 그 준거법을 정하는 것이 더 합리적이라고 인정되는 법률관계에 대하여는 국제사법의 규정을 적용하여 준거법을 정하여야 한다”는 법리를 설시하였으나,¹⁶⁷⁾ 위 2014나2007 판결은 위 ① 부분에서 그와

166) 대법원 종합법률정보시스템에서 확인되는 판결로는 그 밖에도 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결이 있고, 하급심판결로는 서울고등법원 2015. 6. 16. 선고 2015누82 판결; 서울중앙지방법원 2017. 8. 25. 선고 2017가합518187 판결; 서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결; 서울중앙지방법원 2015. 8. 21. 선고 2012가합32190 판결 등이 있다.

167) 이에 대한 비판의 상제는 석광현, 전게서, 52-54면 참조. 과거 섭외사법(제13조 제1항)이 불법행위의 준거법에 관하여 불법행위지주의라는 경직된 원칙을 규정하고 있음에 따라 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결(이른바 카타르 사건); 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2236 판결과 같이 섭외사건성 자체를 부정함으로써 한국법을 적용하여 구체적 타당성을 도모하는 것이 불가피한 경우가 있었다. 위 카타르 사건의 대법원 판결이 섭외사법의 형식적이고 기계적인 적용을 배척하고 불법행위지주의를 회피하는 이론을 제시함으로써 새로운 방법론을 향한 이정표의 역할을 하였다는 긍정적인 평가로 최공웅, 전게서, 143, 217, 528면 참조. 현행 국제사법은 불법행위의 준거법에 관하여 불법행위지주의에 선행하는 여러 원칙을 단계적으로 규정하는 등 정치한 준거법 결정원칙을 입법하였을 뿐만 아니라 국제사법 제8조의 일반예외조항을 통하여 구체적 타당성 있는 해결방법을 모색할 수 있다는 점에서 ‘합리성’이라는 모호한 기준을 가지고 국제사법의 적용을 부정함으로써 섭외사건성 자체를 부인하는 것은 더 이상 입론의 여지가 없다고 본다. 위 카타르 사건은 현행 국제사법이 적용되었더라면 한국법이 가해자와 피해자의 공동 상거소지법(제32조 제2항)으로서 적용되었을 것이다. 다만, 사용자책임이 청구된 경우에는 국제사법 제32조 제2항 소정 가해자를 배상의무자로 해석하여야 한다는 견해로 석광현, 전게서, 398면; Lawrence Collins *et al.* (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Fifteenth Edition (Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2015), para. 35-029. 그 경우에도 실제로 불법행위를 발생시킨 가해자를 기준으로 삼아야 한다는 견해도 있다. 이종혁, 국제자본시장법시론: 국제적 증권공모발행에서 투자설명서책임의 준거법(경인문화사, 2021), 107-108면; Ulrich Magnus/Peter Mankowski (ed.), *Commentary: Rome II Regulation*,

같은 잘못된 법리의 적용을 거부하고 국제사법 제1조가 선언하고 있듯이 외국적 요소가 있는 법률관계라면 곧바로 강행법규로서의 국제사법이 적용되어 준거법이 결정되어야 한다는 태도를 따랐다는 점에서 타당하다.¹⁶⁸⁾

문제는 상속포기의 기간과 그 기간의 연장방법은 상속의 실질의 문제이지 법률행위의 방식의 문제가 아니라는 점이다.¹⁶⁹⁾ 물권행위의 방식의 문제가 아님은 물론인데, 그 이유는 상속재산을 분할 받을 상속인의 범위가 확정되어야 비로소 상속재산의 분할방법과 물권변동이 문제될 수 있고, 상속재산의 물권변동에 방식요건이 요구된다면 그때 비로소 물권행위의 방식은 그 실질의 준거법인 물건 소재지법에 의하여야 한다는 법리(국제사법 제17조 제1항, 제5항, 제19조)가 적용될 수 있기 때문이다. 바꾸어 말하면, 상속포기의 유효 여부가 다투어지고 있는 단계에서는 물권행위의 방식에 관한 국제사법 규정이 적용될 여지가 아예 없다는 것이다. 그렇다면 위 사건에서는 상속포기의 기간과 그 기간의 연장방법을 상속의 실질로 성질결정하여 국제사법 제49조 제1항에 따른 준거법인 한국법을 일괄적으로 적용하였으면 충분하다. 위 사건에서 상속포기기간 자체가 상속의 준거법인 한국법에 의한다는 점은 당사자들과 법원에 의문이 없었으나(우리 민법 제1019조 제1항 본문에 따른 3개월), 상속포기기간의 연장방법에 관하여 우리 민법 제1019조 제1항 단서가 “이해관계인 또는 검사의 청구에 의하여 가정법원이 이를 연장할 수 있다”고 규정함에 따라 여기의 가정법원이 국내법원에 한정되는지, 아니면 외국법원도 포함하는지가 문제되었던 것이다. 법원은 그 문제가 국제사법 제17조 제2항에 따라 행위지법으로서 일본법이 적용될 사항이므로 일본 도쿄가정재판소에서 상속포기기간을 연장 받고 그 연장기간 내에 상속포기신고를 한 것은 유효하다고 판단하였다. 이에 대하여는 상속포기기간 연장에 관한 국제비송관할의 문제로 이해하여, 원칙적 관할이 있는 우리나라가 상속포기기간 연장을 결정하지 않았더라도, 상속포기신고를 접수할 국제비송관할이 인정되는 다른 국가가 상속포기기간 연장결정을 하였다면, 그것이 부적법하지 않은 한 그 효력이 우리나라에서 승인되어야 한다는 견해가 설득력이 있다.¹⁷⁰⁾ 준거법으로 지정된 실질법상 요건의 일부 요소가 국제비송관할이 인정되는 다른 국가의 법원에서의 결정을 통하여 충족되고, 그 외국법원의 결정에 의하여 부여된 법적 상태 또는 그것에 의하여 형성된 법적 효과가 우리나라에서 승인되는 것으로 이해할 여지도 있다.

한편 **부산고등법원 2017. 1. 19. 선고 2016나54926 판결**¹⁷¹⁾은 준거법이 한국법인 생명보험계약과 우리 상법(제733조 제3항)의 해석상¹⁷²⁾ 피보험자인 망인의 상속인이 생명보

European Commentaries on Private International Law, Vol. 3 (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2019), Art. 4, para. 120 (Ulrich Magnus 집필부분).

168) 일찍이 대법원 1982. 8. 24. 선고 81다684 판결은 당사자들의 주장이 없더라도 법원이 직권으로 국제사법을 적용하여야 함을 분명히 하였다. 위 81다684 판결에서 “이 사건 연대보증계약은 일본국 법인인 원고와 대한민국 국민인 소외 망인 사이에 일본국 내에서 체결된 것이고 그 보증대상인 주채무도 일본국 법인인 소외 주식회사가 역시 일본국 법인인 원고에 대하여 일본국 내에서 지급지를 일본국 내로 하여 발행한 약속어음의 지급채무임이 분명하므로 이 사건은涉外사법 제1조에 규정된涉外적 생활관계에 관한 사건이라고 할 것”이라고 판시하였다.

169) 장준혁, 전계집필부분, 1237-1238면 참조. 위 2014나2007 판결의 태도에 찬동하는 견해로는 정구태, “2015년 상속법 관련 주요 판례 회고”, 사법 통권 제35호(사법발전재단, 2016), 51면 이하 참조.

170) 장준혁, 전계집필부분, 1240-1241면. 이 문헌은 외국에서의 상속포기기간 연장결정이 부적법한 사유로 상속의 준거법에 합치하지 않는 결정이 있는 경우 또는 (준거법 통제를 하지 않는다면) 승인국의 공서에 위반되는 경우를 들고 있다.

171) [보험금등], [미간행](종합법률정보시스템에서 열람 가능).

협계약의 보험수익자인 사건에서, 상속인의 범위를 확정하고 일부 상속인의 상속포기 여부를 판단하기 위한 준거법은 국제사법 제49조 제1항에 따라 중국법이라고 판단하였다. 비록 방론에서이기는 하나, 법원은 망인의 모가 상속인의 지위에서 보험금에 관한 권리(지분) 내지 보험금청구권을 포기하였으므로, 그가 [행위지법인] 중국법에 따라 적법하게 상속을 포기하였는지는 문제되지 않는다고 설시하였다. 이는 위 2014나2007 판결의 태도를 교정한 것으로 평가할 수 있다.

4. 유류분의 준거법

유류분제도가 국제사법 제7조에 따른 국제사법상 강행법규에 해당하는지, 그리고 유류분제도를 알지 못하는 외국법을 적용하는 것이 국제사법 제10조에 따른 국제사법상 공서에 반하는지가 문제된 재판례가 있다.

서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정)¹⁷³⁾은 망인(사망 당시 미국 국적)의 자녀인 원고(한국 국적으로 추정, 한국 거주)가 이복동생인 피고들(미국 국적, 미국 거주)을 상대로 망인의 생전증여로 인하여 유류분이 침해되었음을 이유로 유류분 반환을 청구한 사건이다. 법원은 다음과 같이 판단하였다. 망인이 사망 당시 미국 국적자로서 미국 뉴욕주에 주소를 두고 있었으므로 국제사법 제49조 제1항에 따라 그 상속에 관한 준거법은 망인의 본국법인 미국법이고, 미국은 불통일법국이므로 국제사법 제3조 제3항에 따라 뉴욕주법이 적용되어야 한다. 망인의 본국법인 미국 뉴욕주법상 준거법 지정의 반정 또는 숨은 반정이 허용되지 않으므로 망인의 사망으로 인한 상속에 관한 준거법은 한국법이 아니라 미국 뉴욕주법이다. 미국 뉴욕주법에는 상속과 관련하여 유류분제도가 존재하지 않으므로 유류분반환청구는 인용될 수 없다. 원고는 우리 민법의 유류분제도는 유족들의 생존권 보호 등을 입법목적으로 하는 강행규정이므로 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 국제사법 제7조에 의하여 이를 적용하여야 하고, 이 사건의 경우 유류분제도를 인정하지 않는 뉴욕주법을 적용하면 대한민국의 공서양속에 명백히 위반되는 결과가 되므로 국제사법 제10조에 의하여 뉴욕주법을 적용해서는 안 된다고 주장하였으나, 법원은 유류분반환청구권은 포기할 수 있는 재산상 권리이므로, 유류분제도가 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정이라고 볼 수 없고, 피상속인의 본국법이 유류분을 인정하지 않는 경우에 그 법률을 적용하는 것이 대한민국의 공서양속에 위배된다고 할 수도 없다고 판시하였다.

문제는 위 2018나2005889 판결이 원고가 주장하는 미국 국제사법상 일반원칙과 미국 뉴욕주법 규정은 상속의 준거법이 부동산 소재지법이라고 하는데, 이 사건은 유언에 의한 부동산의 처분 등에 관한 것이므로, 위 규정은 망인이 부동산을 생전에 증여한 이 사건에 적용될 여지가 없다고 판시하였다는 점이다. 그러나 유류분 침해의 문제를 상속

172) 위 2016나54926 판결에 따르면, 단체의 규약으로 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한다는 명시적인 정함이 없음에도 피보험자의 서면 동의 없이 단체보험계약에서 피보험자 또는 그 상속인이 아닌 자를 보험수익자로 지정한 경우 그 보험수익자 지정은 상법 제735조의3 제3항에 위반하여 무효이고, 이후 적법한 보험수익자 지정 전에 보험사고가 발생한 때에는 보험수익자는 피보험자 또는 그 상속인이라고 한다.

173) [유류분반환청구], [미공간]. 제1심판결은 서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2017가합516013 판결[미공간].

으로 성질결정하지 않고 유류분 침해의 원인행위인 증여로 성질결정한 것은 부당하다고 생각된다. 생전증여가 유류분제도에 의하여 어떻게 제한되는지, 즉 생전증여에도 불구하고 상속권자에게 유류분권이 인정되는지는 상속의 문제이기 때문이다.¹⁷⁴⁾

5. 유언의 방식의 준거법

국제사법 제50조 제3항이 유언의 방식의 준거법에 관하여 유언자가 유언 당시 또는 사망 당시 국적을 가지는 국가의 법, 유언자의 유언 당시 또는 사망 당시 상거소지법, 유언 당시 행위지법으로의 선택적 연결(부동산에 관한 유언의 방식의 경우 그 부동산 소재지법 추가)을 규정하고 있음과 달리,涉外사법 제27조 제1항, 제3항은 유언 성립 당시 유언자의 본국법과 행위지법만으로도 선택적 연결을 규정하고 있었다.

서울동부지방법원 2004. 5. 14. 선고 2001가합5720 판결(확정)¹⁷⁵⁾은 피상속인이 2000. 12. 22. 자신이 사망하는 경우 탄자니아와 한국에서 소유하고 있는 모든 재산을 친형인 원고에게 양도한다는 내용으로 탄자니아에서 행한 유언은 피상속인의 본국법인 우리 민법(제1065조 내지 제1070조)과 행위지법인 탄자니아법에 규정된 유언의 방식요건을 구비하지 못하여 무효라고 판단하였다. 문제는 증서진부확인의 소는 서면이 그 작성명의자에 의하여 작성되었는지, 아니면 위조 또는 변조되었는지를 확정하는 소송으로서 그 소가 적법하기 위하여는 그 증서의 진부확인을 구할 이익이 인정되어야 한다는 것이다. 법원은 위 유언장의 진정성립이 인정되더라도 원고가 주장하는 권리관계 내지 법률상 지위의 불안이 제거될 수 없으므로, 이 사건 소는 증서의 진부확인을 구할 이익이 없어서 부적법하다고 판단하였다. 확인의 이익을 판단하기 위한 전제로서涉外사법을 적용한 결과를 고려하였다는 점에서 주목할 만한 재판례이다.

VIII. 결 어

본고는 대법원 종합법률정보시스템을 통하여 열람할 수 있는 국제가사사건 재판례를 중심으로 우리 법원이 취급한 국제가사사건 재판례의 전체상을 일별하고자 하였다. 이번 기회에 지금까지 논의되지 않았던 재판례를 발굴하여 학술적 논의의 장에 등장시키고 종래 주목 받지 못하였던 국제사법 쟁점을 부각시키고자 하였다. 아쉬운 점은 국제사법적으로 중요한 함의가 있음에도 불구하고 아직까지 국제사법 연구자의 손길이 전혀 미치지 못하였던 재판례도 다수 있었다는 사실이다. 국제사법 연구자, 특히 국제가족법 연구자의 태부족이 아쉽게 느껴지는 대목이다. 우리 법원의 국제가사사건 재판례를 정리하는 과정에서 우리 법원의 일부 재판례가 여전히 국제사법적 사고의 빈곤을 드러내는 경우가 있음을 발견하였지만, 대부분의 재판례는 외국적 요소가 있는 가사사건이라면 응당 국제사법을 적용하여야 한다는 전제 위에서 국제사법의 해석과 적용을 외면하지 않았음을 관찰할 수 있었다. 국제사법의 실정성을 외면하지 않은 법관들께 경의를 표한다. 또한 본고의 목적과 분량 관계상 충분히 인용하지는 못하였지만, 지금까지 광의

174) 장준혁, 전계집필부분, 1235면 참조.

175) [유언장진정성립확인], [각공2004. 7. 10.(11), 925].

의 국제가족법학의 등불을 외롭게 밝혀오신 선배들께도 경의를 표한다. 필자도 앞으로 국제가족법에 관심을 가지고 본고에서 취급한 재판례에 대하여 좀더 정치한 분석을 가하는 작업을 계속하겠다고 다짐한다.

<토론문>

국제가사사건 재판례의 회고와 과제

이 병 화

(동덕여자대학교 교양대학 교수)

먼저 토론에 앞서, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제”에 관하여 발표하신 이중혁 교수님께 감사의 마음을 표합니다. 이번 「국제사법 시행 20주년 기념 학술대회」를 통해 국제가족법 분야에서 축적되어온 주요 국제가사사건의 재판례를 전반적으로 회고해보고, 앞으로의 과제를 살펴볼 수 있는 뜻깊은 자리에서 토론을 할 수 있도록 기회를 주신 점에 대하여 매우 영광스럽게 생각합니다. 특히 우리나라 법영역에서 거의 불모지였던 국제사법 분야의 길을 개척해주시고, 그 길을 탄탄하게 넓혀주신 한국국제사법학회 최공웅 명예회장님과 석광현 회장님께 깊은 존경과 감사의 인사를 올립니다.

I. 서 언

본고의 목적은 국제사법 시행 20주년을 기념하여 한국 법원에서의 국제가사사건 재판례를 국제혼인법, 국제이혼법, 국제친자법, 국제부양법, 국제후견법, 국제상속법 등 국제가족법 세부분야별로 회고함으로써 현행 국제사법의 운영상황의 일단을 파악하고 그로부터 현행 국제사법상 국제가족법 규정의 해석에 참고할 만한 시사점을 도출하려는 것이다.

II. 국제혼인사건

본고는 국제혼인사건을 혼인의 실질적·형식적 성립요건, 사실혼관계 부당파기, 부부재산제의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토하고 있다.

1. 혼인의 실질적 성립요건의 준거법

우리 법원의 재판례에서 주로 문제된 혼인장애사유는 당사자들 간의 혼인합의의 부존재(또는 혼인의사의 불합치)이다. 우리 민법 제815조 제1호에 규정된 혼인합의의 부존재라는 혼인무효사유는 일면적 혼인장애사유이므로, 혼인합의의 존재라는 일면적 요건의 흠결이나 하자의 효과는 그 요건에 의하여 보호되는 당사자의 본국법에 의한다.

☞ 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010므574 판결(한국 국적의 남자가 필리핀 국적의 여자를 상대로 혼인무효의 확인을 청구한 사건)에서, 여자의 본국법인 필리핀법에 관한 자료가 법원에 제출되지 않았더라도 그 내용을 알 방법이 없어서 법정지법을 적용한다고 실시하기보다는 혼인합의의 부존재라는 요건이 일면적 요건에 해당하기에 그것에 의

하여 보호되는 남자의 본국법인 한국법만을 검토하면 충분하다고 설시함이 옳았을 것이라는 지적에 동의합니다. 다만 그밖에도 사기는 일면적 혼인장애사유이고, 중혼은 쌍면적 혼인장애사유라고 하는 혼인장애의 일면성·쌍면성의 구별기준은 대체적인 분류이고, 최종적으로는 각국의 실질법(혼인법)이 장애사유를 설정한 목적을 고려하여 결정해야 한다는 견해에 대해서는 실제 적용상 어떠한 어려움이 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

2. 혼인의 형식적 성립요건의 준거법

혼인의 방식 내지 형식적 성립요건의 준거법에 관하여涉外사법(제15조 제1항 단서)은 혼인거행지법만을 규정하고 있었으나, 국제사법(제36조 제2항)은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법으로의 선택적 연결을 규정하면서도, 혼인거행지가 우리나라이고 당사자 일방이 한국 국적을 가지고 있는 경우에는 한국법에 의한다고 규정하고 있다. 내국인 조항이라고 지칭되는 국제사법 제36조 제2항 단서의 적용 여부를 판단하기 위해서는 혼인거행지의 의미를 규명할 실제상 필요가 있음을 강조하고 있다. 본고에서는 한국 국적자와 외국 국적자가 한국에서 혼인을 거행한 경우, 외국 국적자들이 한국에서 혼인을 거행한 경우, 한국 국적자가 외국에서 혼인을 거행한 경우로 구분하여 국제사법 적용상 각 재판례의 의미를 검토하고 있다.

☞ 내국인 조항을 두어 혼인의 방식에 관한 한국법의 적용을 강제할 경우 이른바 ‘파행혼’을 초래할 가능성이 커진다는 비판에 대해서는 혼인거행지의 결정 문제와 관련하여 실제로 어떻게 해석하고 보완할 수 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

3. 사실혼관계 부당파기로 인한 위자료의 준거법

대법원 1994. 11. 4. 선고 94므1133 판결(한국 국적자와 사실혼관계에 있던 대만 국적자의 귀책사유로 인하여 사실혼관계가 파탄에 이르자 한국 국적자가 대만 국적자를 상대로 사실혼관계 부당파기로 인한 정신적 손해의 배상을 청구한 사건)에서,涉外사법상 사실혼관계 부당파기로 인한 위자료 청구를 불법행위로 성질결정하였다는 점에서 의미가 있다. 다만, 현행 국제사법이 적용되었다면 사실혼관계의 효력의 준거법으로 종속적으로 연결되었을 것이며(국제사법 제32조 제3항), 이 경우 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 국제사법 제37조를 유추적용해야 할 것이라고 본다.

☞ 국제사법 제37조는 ① 부부의 동일한 본국법 ② 부부의 동일한 상거소지법 ③ 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순위로 3단계 연결방법을 채택하고 있습니다. 이 경우 특히 제37조 제3호와 준거법 지정의 일반적인 예외조항인 제8조와의 관계에 대해서는 실제 적용상 어떠한 해석이 가능하다고 보시는지 궁금합니다.

4. 부부재산제

부산가정법원 2012. 12. 21. 선고 2011드단14172 판결이 적용한 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 국제사법상 법리와 그 적용의 적절성을 검토하면서, 총괄준거법에 관하여는 판단하지 않은 채 개별준거법만을 적용한 것은 이론적 타당성이 없을 뿐만 아니라, 오히려 이 사건은 총괄준거법인 러시아법에 의한 부부재산제를 국제사법 제38조 제3항, 제4항에 따라 외국인인 제3자에게 대항할 수 있는지가 문제되었어야 한다고 지적하고 있다.

☞ 내국거래 보호조항인 국제사법 제38조 제3항, 제4항에 따라 준거법이 외국법인 경우 그 외국법에 의해 부부재산계약이 체결되고 그것이 한국에서 등기된 경우에는 이를 제3자에게 주장할 수 있으나(제4항), 그러한 부부재산계약이 한국에서 등기되지 않았거나 또는 실제로 등기가 불가능한 법정재산제에 있어 외국법이 준거법이 된 경우에는 한국에서 행하여진 법률행위 및 한국에 있는 재산에 관하여 선의의 제3자에게 대항할 수 없도록 하였고, 제3자가 이를 주장할 때에는 한국법에 의하도록 명시한 규정(제3항)을 실제로 적용함에 있어서 염두에 두어야 할 구체적인 문제점은 무엇이 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

Ⅲ. 국제이혼사건

본고는 국제이혼사건을 국제재판관할, 외국이혼판결의 승인, 이혼의 준거법, 이혼의 부수적 결과(위자료, 재산분할, 친권자·양육자 지정 등)의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토하고 있다.

1. 국제재판관할

본고는 국제이혼사건의 국제재판관할에 관하여 제1기(남편의 본국의 원칙적 관할, 부부 일방의 주소지의 예외적 관할), 제2기(피고 주소지의 원칙적 관할, 원고 주소지의 예외적 관할), 제3기(국제사법 제2조에 따른 실질적 관련의 원칙)로 구분하여 체계적으로 잘 정리하고 있다. 대법원 2005. 1. 27. 선고2002다59788 판결 이래, 대법원은 재산법상 사건에서 국제사법 제2조의 실질적 관련의 원칙에 관하여 제시한 추상적 법률론이 가사사건에도 적용됨을 명시적으로 선언하였다.

☞ 국제재판관할권은 배타적인 것이 아니라 병존할 수도 있으므로 다른 국가의 법원에 재판관할권이 인정될 수 있다는 이유만으로 한국 법원의 재판관할권을 쉽게 부정해서는 안 된다는 지적에 동의합니다. 다만 국제사법 제2조 제2항이 국내법의 관할규정을 참작하여 국제재판관할권의 유무를 판단하라는 것은 적절한 관할규정이 있는 경우에 한하므로 국내법의 관할규정 또는 재판권이 없다는 이유로 국제재판관할을 인정할 수 없는 것은 아니고, 그 경우에는 제2조 제1항의 실질적 관련 원칙에 따라 국제재판관할의 유무를 판단해야 한다는 견해에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

2. 외국이혼판결의 승인

서울가정법원 1984. 12. 4.자 84드57 심판(미국 캘리포니아주 법원의 이혼판결의 구 민사소송법 제203조에 따른 승인 여부가 문제된 사건)에서, 국제사법 생활의 공평주의 라는 관점에서 직접적 재판권과 간접적 재판권의 문제는 동일한 원칙에 따라 규율된다고 판시하였다. 이후 대법원 1988. 4. 12. 선고 85므71 판결은 국제재판관할 유무의 판단기준으로 ‘조리’를 언급하지 않고 그 판단을 위한 기본이념으로 ‘섭외이혼사건의 적정, 공평과 능률적 해결’과 함께 ‘외국판결 승인제도의 취지’를 언급하였다는 점에 주목할 만하다. 서울가정법원 1997. 10. 24. 선고 96드73619 판결은 재판권 요건 이외에 송달 요건과 공서 요건도 검토하였는데, 문제는 미국 법원이 우리 법의 절차상 기본원칙을 침해하였다는 특별한 사정이 없는 이상, 피고가 통상의 송달방법에 의한 적법한 송달을 받지 못하여 미국 이혼소송에서의 방어권 행사가 제한되었다고 하더라도, 송달 요건과 구별되는 독자적인 외국재판 승인요건으로서의 공서 요건의 결여, 특히 절차적 공서의 위반을 인정하기는 어렵지 않았는가 하는 발표자의 판단에 동의한다.

☞ 외국법원의 이혼판결에 기해 우리 가족관계등록부에 이혼을 기재하는 경우, 외국판결이 민사소송법이 규정한 승인요건을 구비하는지의 여부를 법원이 신중하게 판단할 기회가 있어야 함에도 불구하고 실무적으로는 가족관계등록 공무원에 의해 만연히 가족관계등록부의 기재가 이루어지고 있는 현실을 지적하면서, 법원이나 적절한 기관이 승인요건의 구비 여부를 유권적으로 판단할 필요가 있다는 주장에 대하여는 어떠한 생각을 하시는지 궁금합니다.

3. 이혼과 그 부수적 결과의 준거법

1) **이혼의 준거법**: 서울가정법원 2009. 3. 20. 선고 2008르2020, 3283 판결(한국 국적의 남편이 중국 국적의 아내를 상대로 아내가 가출하여 연락두절되었음을 이유로 이혼을 청구하자 아내도 반소를 제기한 사건)에서, 법원은 원고가 한국 국적자로서 한국에 상거소를 두고 있으므로 국제사법 제39조 단서에 따라 준거법으로 우리 민법을 적용하였고, 처의 반소청구를 인용하여 이혼과 남편의 위자료 지급 등을 명하였다.

2) **국제사법상 공서에 근거한 외국 이혼준거법 적용 부인**: 서울가정법원 1984. 2. 10.자 83드209 심판(한국 국적의 아내가 필리핀 국적의 남편 상대로 재판상 이혼을 청구한 사건)에서, 국제사법상 공서의 방어적 기능이 발현되었다는 점뿐만 아니라, 국제사법상 공서에 의한 외국법 배제의 효과로서 준거법으로 지정되었던 외국법과 반대되는 내용을 가진 우리 법이 적용된다는 결론을 명시적으로 제시하였다는 점에서도 주목할 만한 판결이다.

3) **숨은 반정**: 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결(미국 미주리주에 법률상 주소를 두고 있는 미국 국적의 남자(원고)가 한국 국적의 여자(피고)와 한국에서 혼인 후 미국 국적을 취득한 피고와 한국에서 거주하다가 피고를 상대로 이혼, 친권자 및 양육자

지정 등을 청구한 사건)에서, 국제사법 제9조 제1항을 유추적용한 숨은 반정의 법리에 따라 법정지법인 한국 민법을 적용하였다.

4) 이혼의 방법: 대법원 1991. 12. 10. 선고 91므535 판결(일본에 거주하는 한국 국적자들 사이에 일본 민법과 호적법에 따른 혼인신고에 의하여 혼인이 유효하게 성립하였으나 우리 호적에는 그 혼인사실이 기재되지 않은 경우에 그들이 일본에서 이혼함에 있어서 이혼의 합의만으로 이혼할 수 있는지가 문제된 사건)에서, 협의이혼이나 재판상 이혼과 같은 이혼의 방법의 문제는 이혼의 준거법에 의하여 규율되는 사항이고, 그와 구별되는 이혼의 방식의 문제로서 국제사법 제17조에 따라 선택적 연결원칙이 적용되는 것이 아님을 전제로 하고 있는 점은 타당하다고 본다. 또한 외국에서 형성된 법률관계는 우리나라에서 당연히 효력을 가지는 것이 아니고, 그것이 효력을 가지려면 그것이 우리 국제사법에 의하여 지정되는 준거법에 따른 것이어야 한다는 지적에 동의한다.

5) 이혼의 부수적 결과의 준거법: 본고는 우리 법원의 재판례의 경향을 중심으로 이혼의 주된 효과인 혼인의 해소 이외에 이혼에 부수하는 개별적인 결과의 준거법에 관하여 일목요연하게 검토하고 있다. 첫째, 유책배우자가 부담하는 이혼원인에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의한다는 입장과 불법행위의 준거법에 의한다는 입장이 대립한다. 둘째, 혼인 파탄에 책임 있는 배우자가 부담하는 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의한다는 입장과 불법행위의 준거법에 의한다는 입장이 대립한다. 이혼원인에 대한 위자료는 불법행위의 준거법에 의하는 것이 자연스럽고, 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 준거법에 의하는 것이 자연스럽지만, 이혼원인이 불법행위에까지 해당할 수 있는지가 성질결정 단계에서 명확하지 않은 경우에는 논란의 여지가 있음을 지적하고 있다. 셋째, 재산분할은 이혼의 준거법에 의한다는 입장과 부부재산제 청산의 문제로 보아 부부재산제의 준거법에 의한다는 입장이 대립한다. 넷째, 친권자 지정과 면접교섭권은 이혼의 준거법에 의한다는 입장과 친자간 법률관계의 준거법에 의한다는 입장이 대립한다. 국내의 통설은 후자이지만, 법원의 실무는 이혼의 준거법으로 일괄하여 연결하는 태도가 우세하다. 다섯째, 양육자 지정과 양육비는 이혼의 준거법에 의한다는 입장과 부양의 준거법에 의한다는 입장이 대립한다. 논리적으로는 후자가 타당하다고 보지만, 법원의 실무는 이혼의 준거법으로 일괄하여 연결하는 태도가 우세하다. 여섯째, 국제사법 제46조 제2항은 이혼 당사자 간의 부양의무는 이혼의 준거법에 의함을 명시하고 있다. 일곱째, 결혼비용반환청구도 이혼의 준거법에 의한다는 재판례가 있다.

IV. 국제친자사건

본고는 국제친자사건을 국제파양사건의 국제재판관할, 친자관계의 준거법(국적 취득의 선결문제), 친생부인의 준거법, 생모의 법정대리권, 자녀의 성씨의 준거법, 입양의 준거법, 파양의 준거법과 국제사법상 공서, 그리고 헤이그아동탈취협약에 따른 아동반환청구에 관한 재판례의 순서로 검토하고 있다.

1. 국제파양사건의 국제재판관할

국제파양사건에서 피고 주소지의 원칙적 관할을 인정하되, 원고 주소지의 예외적 관할을 인정한 재판례로는 서울가정법원 1992. 4. 23. 선고 91드63419 판결을 제시하고 있다. 즉 우리나라에 주소를 두고 있는 원고가 피고의 유기를 이유로 파양을 청구하는 이 사건에 대하여는 우리나라도 국제재판관할이 있고, 양부인 피고가 대한민국 내에 주소, 거소 또는 최후주소가 없으므로 대법원 소재지의 가정법원이 관할법원이 된다고 판시하였다.

2. 친자관계의 준거법 — 국적 취득의 선결문제

국적의 취득이 사법상 법률관계의 존부와 결부되어 있는 경우에 그 선결문제는 문제된 국가의 국제사법에 의한다. 즉, 선결문제는 본문제인 국적 취득 여부의 준거법 소속 국법으로 종속적으로 연결된다. 그 이유는 어느 자연인이 어느 국가의 국민인지는 그 국가만이 결정할 수 있기 때문이다. 서울행정법원 2021. 9. 3. 선고 2019구합89449 판결(사실혼관계에 있던 한국 국적의 부와 외국 국적의 모 사이에서 출생한 원고들이 국적법 제2조 제1항 제1호 규정에 따라 한국 국적을 취득하였는지가 문제된 사건)에서, 우리 국적법이 문제되는 이상 논리적으로는 우리 국제사법에 따라 친자관계 성립의 준거법을 결정하였어야 하며, 법원이 국적 취득의 선결문제의 준거법을 언급하지 않은 것은 아쉬운 점이라는 지적에 동의한다.

3. 친생부인의 준거법

서울가정법원 1992. 2. 18. 선고 91드82748 판결(일본 국적의 부(父)가 일본 국적의 자(子)를 상대로 친생부인을 청구한 사건)에서, 친생부인의 준거법은 원고의 본국법인 일본법이라고 판단한 다음, 우리 민법 제846조, 제847조에 규정된 친생부인의 소와 일본 민법 제774조, 제775조에 규정된 적출부인의 소가 동일한 내용을 규정하고 있으므로, 이 사건 친생부인의 소는 일본 민법상 적출부인의 소에 해당한다고 판시한 점에 대하여 여러 논거를 들어 비판하고 있는 발표자의 견해에 동의한다.

현행 국제사법 제40조는 혼인 중의 친자관계의 ‘성립’만을 명시하고 있으나, 친자관계의 성립은 그것이 부인되지 않을 것을 전제로 하므로 당연히 친자관계의 ‘부인(否認)’을 포함한다고 해석된다. 문제는 국제사법 제40조 제1항의 선택적 연결원칙을 친생부인의 경우 어떻게 해석하여야 옳은가 하는 것이다. 이에 관하여는 여러 견해가 제시되고 있지만, 친생추정의 준거법과 무관하게 친생부인의 준거법을 인정하면 법 적용상 충돌이 발생할 가능성이 있고, 친생부인도 자녀의 보호 내지 복리를 위한 것임을 고려할 필요가 있다. 따라서 발표자는 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생추정을 인정하였고 역시 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생부인을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정하여야 한다는 견해도 가능하다고 제시한다.

☞ 본래 친자관계의 성립에 관하여 선택적 연결을 인정한 취지는 가능한 한 친자관계의 성립을 용이하게 하기 위한 것이므로 부부 중 일방의 본국법이 친생을 부인하더라도

다른 일방의 본국법이 친자관계의 성립을 인정하는 때에는 친자관계의 성립을 인정해야 한다는 견해에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

4. 혼인 외의 자에 대한 생모의 법정대리권의 준거법

서울지방법원 2003. 7. 25. 선고 2001가합64849 판결은 혼인 외의 자에 대한 생모의 법정대리권이 국제사법 제45조에 따른 친자관계의 준거법에 의한다고 판시하였다. 이 경우 자의 상거소지법은 우리 민법이고, 생모는 그 자를 출산하였으므로 친권자로서 법정대리인이며(민법 제855조 제1항, 제911조 등), 부의 사망으로 인해 생모는 단독으로 자에 대한 법정대리권을 행사할 수 있다고 판단한 것(민법 제909조 제3항)은 타당하다고 본다.

5. 자녀의 성씨의 준거법

청주지방법원 영동지원 2001. 5. 26.자 2001호파1 결정에서, 법원은 민법상 성과 본을 표시하도록 하는 입법취지는 혈통을 표현하기 위한 목적 이외에도 신분질서를 유지하기 위한 목적이 있다고 설시한 다음, 섭외사법 제24조(현행 국제사법 제47조와 동일한 취지)에 따라 지정된 자녀의 성과 본의 준거법이 한국법임을 전제로, 민법 제781조를 적용하여 판단하였다.

친족법상 법률관계의 변동에 따르는 배우자 또는 자녀의 성씨의 처리가 문제되고, 외국적 요소가 있는 사안이라면 성씨의 준거법이 문제되는데, 이에 관한 다양한 해석론은 대체로 인격권의 문제로 보아 당사자의 본국법으로 연결시키자는 견해와 성씨 변경의 원인이 될 수 있는 해당 법률관계의 준거법으로 연결시키자는 견해로 구분된다.

☞ 이 경우 발표자는 성씨를 인격권의 문제로 보고 각자에 대하여 각자의 본국법을 적용하는 일면적 관계로 해석하고 있으신지 궁금합니다. 만일 국적에 연결하는 견해를 취한다면, 자녀가 복수국적을 가지는 경우에 국제사법 제3조 제1항 단서(그 국적 중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다)가 적용될 수 있다고 보시는지도 궁금합니다.

6. 입양의 준거법

서울가정법원 2013. 2. 22.자 2012느합356 심판(미혼모(상대방)가 출산한 사건본인이 미국 국적의 부부에게 입양되기 위하여 양친의 본국법인 미국법 이외에도 부모의 입양 동의 등 「입양촉진 및 절차에 관한 특례법」 제4조 제2호가 규정하고 있는 요건이 충족되어야 하는지 여부가 문제된 사건)에서, 국제사법 제43조에 따라 입양은 입양 당시 양친의 본국법에 의하고, 국제사법 제44조에 따라 입양에 의한 친자관계의 성립에 관하여 자(子)의 본국법이 자(子) 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다고 판시하였다.

서울고등법원 1989. 7. 24. 선고 88르1028 판결(한국에 거주하는 미국 국적의 부부와 그들의 양자가 양자의 한국 국적의 생부와 생모를 상대로 제기한 양친자관계존재확인청구의 준거법과 관련된 사건)에서, 숨은 반정의 법리에 따라涉外사법 제4조를 적용하여 당사자들의 주소지법인 한국의 입양 관련법을 준거법으로 판단하였다.

☞ 우리나라가 2013년 5월 24일에 가입한 헤이그국제아동입양협약(2020. 10. 현재 104개 체결국)의 비준을 위해서는 국제입양 관련 법률을 제정하고, 현재 입양특례법과 민법으로 나뉜 국제입양 대상 아동의 범위를 단일화할 필요가 있으며, 국가 중심의 입양절차 진행 체계를 확립하고, 중앙당국의 지정 및 업무분담 등의 개선이 필요하다고 봅니다. 동 협약이 우리나라의 국제입양 전반에 미치는 영향에 대하여 어떻게 전망하시는지 궁금합니다.

7. 파양의 준거법과 국제사법상 공서

서울가정법원 1985. 12. 24.자 85드2828 심판(청구인과 피청구인의 입양신고가 서울특별시 중구청장에게 수리되어 호적상 프랑스 국적의 피청구인(양부)의 양자로 입양되어 있는 한국 국적의 청구인이 피청구인을 상대로 입양무효를 청구한 사건)에서, 입양무효청구를 파양으로 성질결정하여 준거법을 결정하고, 준거법인 프랑스법상 입양취소에 대하여 조정(또는 적응)을 통해 우리 실질법상 파양의 효력을 부여한 것은 타당하다고 본다.

양자의 복지를 최우선으로 하는 양자제도의 취지에서 볼 때 파양제도를 두지 않은 외국 국적의 양친을 상대로 파양 청구를 한 한국 국적의 양자에게 이미 허울만 남은 형식적인 양친자관계의 존속을 강요하는 것은 우리나라의 공서양속에 반하는 결과를 초래하므로, 국제사법상 공서를 이유로 파양의 준거법으로 지정된 외국법의 적용을 거부하고 법정지법인 우리 민법을 적용하여 파양을 명하였던 또 다른 하급심 재판례들도 제시하고 있다.

8. 헤이그아동탈취협약에 따른 아동반환청구

대법원 2018. 4. 17.자 2017스630 결정(아동의 대한민국으로의 불법적인 이동 또는 유치로 양육권이 침해되어 법원에 아동의 반환을 구한 사건)에서, 반환예외사유로 정한 헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률 제12조 제4항 제3호의 ‘중대한 위험’에 상대방인 일방 부모에 대한 잦은 폭력 등으로 인하여 아동에게 정신적 위해가 발생하는 경우와 상거소국에 반환될 경우 적절한 보호나 양육을 받을 수 없게 되어 극심한 고통을 겪게 되는 경우가 포함되는지 여부, 그리고 반환청구를 받은 법원이 고려하여야 할 사항에 관하여 판시하였다. 여기서 중대한 위험에는 청구인의 아동에 대한 직접적인 폭력이나 학대 등으로 아동의 심신에 유해한 영향을 미칠 우려가 있는 경우뿐만 아니라 상대방인 일방 부모에 대한 잦은 폭력 등으로 인하여 아동에게 정신적 위해가 발생하는 경우와 상거소국에 반환될 경우 오히려 적절한 보호나 양육을 받을 수 없게 되어 극심

한 고통을 겪게 되는 경우를 포함한다. 기타 일체의 사정을 종합적으로 검토하되 청구인과 상대방의 양육권 등을 고려하여 아동에 대한 최선의 이익이 무엇인지와 반환이 오히려 아동의 복리에 심각한 침해가 되는지 여부 등을 판단한 후 법원은 청구인의 청구를 기각하였다.

☞ 헤이그아동탈취협약(2019. 7. 현재 101개 체약국)이 우리나라에서 발효되고 법이 시행됨에 따라 우리 법원에서도 동 협약과 법에 관한 재판례가 계속해서 증가할 것으로 예상됩니다. 불법탈취된 아동의 신속한 반환을 실현하기 위한 노력과 아동의 이익을 최우선으로 실행하기 위한 판단 등이 실제 사안에서 균형 있게 적용되려면 시급한 과제들이 무엇이라고 생각하시는지 궁금합니다.

V. 국제부양사건

본고는 국제부양사건으로서 미성년자녀에 대한 부양의무(양육비)의 준거법과 그 선결문제로서의 친생추정의 준거법에 관한 재판례를 검토하고 있다. 서울가정법원 2009. 3. 20. 선고 2008르2020, 3283 판결은 중국 국적의 아내가 한국 국적의 남편을 상대로 제기한 이혼, 친권자 및 양육자 지정, 양육비 청구 모두에 대하여 별다른 이유를 밝히지 않고 이혼의 준거법을 적용하였다(국제사법 제39조 단서에 따라 우리 민법 적용). 즉 위 판결은 양육자 지정과 양육비의 문제를 부양의무로 성질결정하지 않았고, 그에 따라 사건본인에 대한 친생추정의 문제가 부양의무의 선결문제로서 제기될 수 있음을 의식하지 못하였다는 점을 지적하고 있다.

☞ 향후 국제부양사건의 발생은 더욱 빈번해질 것이므로, 2007년에 채택되고, 2013년부터 발효된 「아동양육 및 다른 형태의 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약」(헤이그국제부양청구협약/2021. 7. 현재 43개 체약국)에의 가입을 적극 검토할 필요가 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

VI. 국제후견사건

본고는 국제후견사건의 국제재판관할과 준거법에 관한 재판례를 검토하고 있다. 서울가정법원 2018. 1. 17.자 2017브30016 결정(외국 국적자인 사건본인에 대하여 한정후견 개시 및 한정후견인 선임을 청구한 사건)에서, 국제사법 제48조 제2항 제3호(그 밖에 피후견인을 보호하여야 할 긴급한 필요가 있는 경우)를 근거로 한국 법원의 국제재판관할이 인정되고 우리 민법이 준거법으로 적용된다고 판시하였다. 이는 “긴급한 필요”라는 문언에도 불구하고 그 적용범위를 다소 넓게 해석하여 타당한 판결을 내린 것이라고 본다.

☞ 국제후견사건과 관련해서도 2000년에 채택되고, 2009년부터 발효된 「성년자의 국제적 보호에 관한 헤이그협약」(헤이그성년자보호협약/2020. 9. 현재 13개 체약국)에의

가입을 적극 검토할 필요가 있다고 생각하시는지 궁금합니다.

VII. 국제상속사건

본고는 국제상속사건을 국제재판관할과 상속의 선결문제 및 상속포기의 준거법, 유류분의 준거법, 유언의 방식의 준거법에 관한 재판례의 순서로 검토하고 있다.

1. 국제재판관할

서울가정법원 2005. 11. 10.자 2004누합17 심판(일본 국적의 피상속인의 상속재산 중 한국과 일본에 소재하고 있는 부동산들에 관하여, 한국에 거주하는 한국 국적의 공동상속인들(청구인들)이 일본에 거주하던 일본 국적의 공동상속인(청구인들의 계모)을 상대로 상속재산분할심판을 청구한 사건)에서, 국제재판관할은 중첩적으로 인정될 수 있고, 상속재산분할은 상속재산의 일부만을 대상으로 할 수도 있으므로, 이 사건 심판 청구의 대상인 부동산들의 소재지별로 당사자 및 분쟁 대상이 한국과 관련성을 가지는지 여부를 검토하였다. 결론적으로 법원은 한국 소재 부동산들에 한정하여 그 부분에 대한 상속재산분할을 구하는 분쟁만 한국과 실질적 관련성이 있다는 이유로 그 부분에 관하여만 한국 법원의 국제재판관할을 인정하였다.

위 심판은 상속재산분할사건에서 상속재산 소재지를 기준으로 우리 법원에의 국제재판관할 인정 여부를 달리 판단하였다는 점에서 주목할 만하다. 또한 외국적 요소가 있는 마류 가사비송사건의 우리나라와의 실질적 관련 여부를 개인적 이익과 법원 내지 국가의 이익을 기준으로 구체적으로 판단함으로써, 일정한 한계에도 불구하고 구체적 타당성 있는 재판권 행사를 도모한 것으로 평가하는 점에 동의한다.

2. 상속의 선결문제의 준거법

서울지방법원 2003. 7. 25.선고 2001가합64849 판결(망 소외1(대만 국적)과 소외2(한국 국적) 사이에서 출생한 원고들(대만 국적)이 혼인 외의 출생자인 경우에 원고들이 소외1의 예금채권을 상속하였는지 여부가 문제된 사건)에서, 본문제인 상속의 준거법은 대만 민법인데, 한국 국적의 자녀들이 대만 민법상 제1순위 상속권자인 직계비속에 해당하는지, 즉 법률상 친자관계가 존재하는지 여부가 선결문제로서 제기된 사건으로, 법원은 우리 국제사법에 따라 그 선결문제를 판단하여(선결문제의 해결방법에 관한 법정지 국제사법설), 원고들은 망 소외1과 법률상 친자관계에 있고 법률상 직계비속으로서 제1순위 상속권자라고 판시하였다.

위 판결의 결론은 타당하지만, 적용법조의 실시에는 아쉬움이 있다는 점에 동의하며, 피상속인의 자녀인 원고들이 본문제인 상속의 준거법인 대만 민법상 제1순위 상속권자로서의 지위를 인정받을 수 있었던 이유는 국제사법 제41조 제1항과 제2항이 선결문제인 인지의 준거법에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하고 있기 때문이었다는 지적은 주목할 점이라고 생각한다.

3. 상속포기의 준거법

대구고등법원 2015. 4. 22. 선고 2014나2007 판결(한국 국적을 유지하면서 일본에 거주 하던 피상속인이 사망한 후 일본법에 따라 일본 도쿄가정재판소에 상속포기신고를 하였 던 원고들(망인의 아내, 장남, 장녀로서 모두 한국 국적)이 한국 소재 상속재산인 이 사 건 부동산에 관하여 상속을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 피고(망인의 차남으로서 한국 국적)를 상대로 소유권이전등기말소를 청구한 사건)에서, 상속포기가 상속포기기간 내에 유효하게 행하여졌는지 여부를 상속의 문제로 성질결정하지 않고 법률행위의 방식 으로 성질결정하여 국제사법 제17조를 적용한 재판례이다. 법원은 원고들이 상속개시를 안 날로부터 3개월 내에 행하지법인 일본 민법에 따라 일본 도쿄가정재판소로부터 상속 포기기간신고를 연장 받은 후 그 연장기간 내에 마친 상속포기신고는 모두 유효하다고 보았다.

문제는 상속포기의 기간과 그 기간의 연장방법은 상속의 실질의 문제이지 법률행위의 방식의 문제가 아니라는 점이다. 즉 상속포기의 유효 여부가 다투어지고 있는 단계에서 는 물권행위의 방식에 관한 국제사법 규정이 적용될 여지가 아예 없으므로, 위 사건에서 는 상속포기의 기간과 그 기간의 연장방법을 상속의 실질로 성질결정하여 국제사법 제49 조 제1항에 따른 준거법인 한국법을 일괄적으로 적용하였으면 충분하다고 보는 견해에 동의한다. 한편 상속포기기간의 연장방법에 관하여 이를 국제비송관할의 문제로 이해하 여, 원칙적 관할이 있는 우리나라가 상속포기기간 연장을 결정하지 않았더라도, 상속포 기신고를 접수할 국제비송관할이 인정되는 다른 국가가 상속포기기간 연장결정을 하였다 면, 그것이 부적법하지 않은 한 그 효력이 우리나라에서 승인되어야 한다는 견해가 설득 력이 있다고 보고 있다.

☞ 상속에 관한 국제사법 제49조 제2항 제2호에 의하면 부동산 상속의 경우에는 피상 속인으로 하여금 부동산 소재지법을 선택할 수 있도록 규정하고 있으므로, 만일 피상속 인이 부동산 상속에 관하여 부동산 소재지법을 선택하고 동 법이 피상속인의 사망 당시 본국법과 상이한 경우에 부동산과 그 밖의 상속재산은 각각 별개의 상속재산인 것처럼 상호 독립하여 각각의 준거법에 따라 상속되겠지만, 실제로 이는 상당히 어려운 문제를 야기할 것이라는 견해에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

4. 유류분의 준거법

서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(망인(사망 당시 미국 국적)의 자녀 인 원고(한국 국적으로 추정, 한국 거주)가 이복동생인 피고들(미국 국적, 미국 거주)을 상대로 망인의 생전증여로 인하여 유류분이 침해되었음을 이유로 유류분 반환을 청구한 사건)에서, 유류분제도가 국제사법 제7조에 따른 국제사법상 강행법규에 해당하는지, 그 리고 유류분제도를 알지 못하는 외국법을 적용하는 것이 국제사법 제10조에 따른 국제 사법상 공서에 반하는지가 문제된 재판례이다. 법원은 유류분반환청구권은 포기할 수

있는 재산상 권리이므로, 유류분제도가 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정이라고 볼 수 없고, 피상속인의 본국법이 유류분을 인정하지 않는 경우에 그 법률을 적용하는 것이 대한민국의 공서양속에 위배된다고 할 수도 없다고 판시하였다.

문제는 원고가 주장하는 미국 국제사법상 일반원칙과 미국 뉴욕주법 규정은 상속의 준거법이 부동산 소재지법이라고 하는데, 이 사건은 유언에 의한 부동산의 처분 등에 관한 것이므로, 위 규정은 망인이 부동산을 생전에 증여한 이 사건에 적용될 여지가 없다고 판시하였다는 점이다. 그러나 생전증여에도 불구하고 상속권자에게 유류분권을 인정하는 것은 상속의 문제이기 때문에, 유류분 침해의 문제를 상속으로 성질결정하지 않고 유류분 침해의 원인행위인 증여로 성질결정한 것은 부당하다는 생각에 동의한다.

5. 유언의 방식의 준거법

서울동부지방법원 2004. 5. 14. 선고 2001가합5720 판결에서, 피상속인이 2000. 12. 22. 자신이 사망하는 경우 탄자니아와 한국에서 소유하고 있는 모든 재산을 친형인 원고에게 양도한다는 내용으로 탄자니아에서 행한 유언은 피상속인의 본국법인 우리 민법(제1065조 내지 제1070조)과 행위지법인 탄자니아법에 규정된 유언의 방식요건을 구비하지 못하여 무효라고 판단하였다.

문제는 증서진부확인의 소는 서면이 그 작성명의자에 의하여 작성되었는지, 아니면 위조 또는 변조되었는지를 확정하는 소송으로서 그 소가 적법하기 위하여는 그 증서의 진부확인을 구할 이익이 인정되어야 한다는 것인데, 법원은 이 사건 소는 증서의 진부확인을 구할 이익이 없어서 부적법하다고 판단하였다. 확인의 이익을 판단하기 위한 전제로서 섭외사법을 적용한 결과를 고려하였다는 점에서 주목할 만한 재판례라고 본다.

☞ 유언의 방식의 준거법 확장을 규정한 국제사법 제50조 제3항과 관련하여, 우리나라도 1961년에 채택되고, 1964년부터 발효된 「유언에 의한 처분의 방식에 관한 법의 저축에 관한 헤이그협약」(헤이그유언방식협약/2017. 8. 현재 42개 체결국)에의 가입이 필요한가 여부에 대하여 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

VIII. 결 어

본고는 우리 법원이 취급한 국제가사사건 재판례의 전반을 다루면서도 구체적인 판시 사항을 일목요연하게 잘 정리하고 있습니다. 우선 다양한 재판례를 검토하신 결과, 국제가족법과 관련하여 종전의 섭외사법상 적용된 재판례와 현행 국제사법상 적용된 재판례의 전반적인 흐름에서 급변하는 국제화시대의 현실을 제대로 반영하는 방향으로 나아가고 있다고 생각하시는지, 또한 국제가사사건을 다루는 데 있어서 가장 시급하고 부족한 과제는 무엇이라고 판단하시는지 궁금합니다.

발표자도 아쉬운 점이라고 지적하셨듯이, 국제사법적으로 중요한 함의가 있음에도 불구하고 아직까지 국제사법 연구자의 손길이 전혀 미치지 못하였던 재판례도 다수 있었다는 사실에도 불구하고, 외국적 요소가 있는 가사사건이라면 응당 국제사법을 적용하

여야 한다는 전제 위에서 법원이 국제사법의 해석과 적용을 외면하지 않았음은 다행스러운 결과라고 생각합니다.

본고를 구체적으로 살펴보면서 평소 국제가족법 분야에서 개인적으로 궁금했던 점을 각각의 질문 형태로 제시하긴 하였지만, 그것에 대한 답변은 어느 하나 쉽지 않을 것이라고 봅니다. 다만 이 자리에서 강조하여 말씀드리고 싶은 점은 현행 국제사법의 완성도를 높이기 위해 판례와 학설의 역할이 매우 중요함은 물론, 특히 국제가족법 분야를 비롯하여 국제사법 전반에서 상당수의 체약국을 보유한 영향력 있는 헤이그협약에의 가입 및 비준 등을 적극적으로 이행하려는 노력을 기울여야 한다는 것입니다.

제4주제 : 총칙 및 국제해상법 분야
재판례의 회고와 과제

좌장 : 최성수 부회장
(동아대학교 법학전문대학원 교수)

발표 : 이필복 판사
(부산고등법원 울산재판부)

토론 : 이철원 변호사
(김 · 장 법률사무소)

국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제

이필복(부산고법 울산재판부 판사)

I. 서론

국제사법은 2001년涉外사법의 전부개정을 통해 시행되어 올해로써 시행 20주년에 이르게 되었다.¹⁾涉外사법이 국제사법으로 개정되면서 총칙 편에는 국제재판관할 결정의 원칙에 관한 조항(제2조), 외국법의 조사와 적용에 관한 원칙을 정하는 조항(제5조), 준거법 소속국의 공법 규정과 법정지의 국제적 강행규정의 적용을 허용하는 조항(제6조, 제7조), 예외조항(제8조)이 신설되고 국적과 상거소에 관한 연결점의 확정(제3조, 제4조), 반정(제9조)과 공서(제10조)에 관한 조항이 크게 손질되는 등의 근본적인 변화가 있었다. 해상 편은涉外사법에서 채택한 선적국법 원칙이 유지됨으로써 근본적인 변화가 있었던 것은 아니다. 그러나 국제사법의 시행 이후 해사에 관한 재판례가 축적되어 해사 사건에서 당사자자치가 구현되는 모습이 보다 분명해졌고, 선적국법이 규율하는 범위와 그 내용, 그리고 편의치적 사안에서의 선적국법주의의 예외에 관한 법리들이 구체화 되었다. 특히 해사 사건은 국제사법 논점의 보고(寶庫)²⁾로서 국제사법의 총론적 쟁점이나 계약 및 법정채권의 준거법에 관한 다양한 재판례들의 원천이 되는 양상을 보이고 있음에 주목할 필요가 있다.

필자는 이하에서 국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례에 대한 분석과 평가를 중심으로 지난 20년간 국제사법의 발전상을 되돌아보고, 이를 기초로 장래의 과제를 발굴해 보고자 한다. 가능한 한 핵심 재판례들을 중심으로 국제사법 총칙과 해상 편의 각 조문 내지 쟁점에 관한 사항들을 망라적으로 검토하는 것을 목표로 한다. 그에 따라 II항에서는 국제사법의 목적과 적용범위(제1조), III항에서는 국제재판관할(제2조), IV항에서는 연결점의 확정 및 외국법의 조사와 적용(제3조 내지 제5조), V항에서는 국제적 강행규정(제6조, 제7조), VI항에서는 준거법 지정의 예외조항(제8조), VII항에서는 반정(제9조), VIII항에서는 공서(제10조), 그리고 IX항에서는 해사사건의 준거법(해상편)에 관하여 순차로 살펴본다.

II. 국제사법의 목적과 적용범위(제1조)

1)涉外사법은 2001. 4. 7. 법률 제6465호로 전부개정되어 법명이 ‘국제사법’으로 바뀌었고, 개정된 국제사법은 2001. 7. 1. 시행되었다. 국제사법은 이후 다른 법률의 개정을 따라 2011년 제24조의 ‘지적재산권’을 ‘지식재산권’으로 바꾸고, 2016년 제14조와 제48조의 ‘한정재산 및 금치산선고’를 ‘한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판’으로 바꾸는 미세한 개정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

2) 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013, 581.

1. 국제사법의 사항적 적용범위에 관한 판례

섭외사법 제1조는 “섭외적 생활관계에 대하여 준거법을 정함을 목적으로 한다”고 규정하고 있었다. 국제사법 제1조는 “외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다”고 규정한다. 주된 개정이 이루어진 지점은 두 곳이다. 첫째, ‘섭외적 생활관계’라는 표현이 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’라는 표현으로 수정되었다. 둘째, 종래 준거법에 관하여만 정하던 것을 국제재판관할에 관한 원칙도 함께 정하는 것으로 변경되었다. 국제재판관할에 관하여는 아래 Ⅲ항에서 보기로 하고, 여기서는 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’라는 국제사법의 사항적 적용범위에 관한 논의를 살펴본다.

‘섭외적 생활관계’라는 표현을 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’라는 표현으로 수정한 것은, 그 실질적인 내용을 변경하기 위함이라기보다는 법의 명칭을 바꾸는 것에 수반하여 종래 오해의 여지가 있었던 표현을 가다듬기 위한 것이다.³⁾ 그런데 통설⁴⁾은 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’, 즉 섭외적 법률관계에 한하여 국제사법이 적용된다고 보는바, 이에 의하면 위 문구는 국제사법의 사항적 적용범위를 결정하는 표지가 된다. 국제사법의 사항적 적용범위에 해당하게 되면, 국제사법은 강행적으로 적용되고 당사자가 그 적용을 임의로 배제할 수 없다.⁵⁾ 따라서 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’를 구체적으로 어떻게 해석할지는 중요한 문제가 된다.

이와 관련하여 우리 판례는 “거래 당사자의 국적·주소, 물건 소재지, 행위지, 사실발생지 등이 외국과 밀접하게 관련되어 있어 곧바로 내국법을 적용하기보다는 국제사법을 적용하여 그 준거법을 정하는 것이 더 합리적이라고 인정되는 법률관계에 대하여는 국제사법의 규정을 적용하여 준거법을 정하여야 한다”고 하여 국제사법을 적용해야 하는 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’의 기준을 제시하고 있다.⁶⁾ 이러한 판시는 ① 한국법인인 채권자가 필리핀국 법인 A 회사로부터 신발부품 제조용 기계를 대외부채(foreign loan) 변제조로 양도받아 A 회사에 점유개정의 방법으로 임대하고 있었는데, 필리핀국 국민인 A 회사의 해고근로자들이 필리핀국 국립노동위원회가 시행한 경매절차에서 위 기계를 낙찰 받았고, 한국인인 채무자가 위 기계를 전전 매수하여(중간 매수인도 한국인이었다) 우리나라로 반입하자 채권자가 채무자를 상대로 위 기계에 관한 점유이전 및 처분금지가처분을 신청한 사안,⁷⁾ ② 한국법인인 A 회사가 파나마 법인인 B 회사(A 회사가 편의치적을 위하여 파나마에 설립한 회사이다)로부터 선채용선한 선박을 다시 한국법인인 C 회사에 영국법을 준거법으로 하여 용선하는 연속항해용선계약을

3) 석광현(주 2), 50 이하.

4) 이에 따르면 섭외적 법률관계에 대해서만 국제사법이 적용되고, 순수한 국내적 법률관계에 대해서는 국제사법의 적용 없이 곧바로 국내법이 적용된다. 석광현(주 2), 52; 신창선/윤남순, 신국제사법(제2판), 피데스, 2016, 4; 최홍섭, 한국 국제사법 I, 한국학술정보, 2019, 39. 순수한 국내적 사안에 대해서도 국제사법이 적용되는지 여부는, 그러한 사안에서 당사자들이 당사자자치에 의해 외국법을 준거법으로 지정할 수 있는지와 관련하여 논의의 실익이 있다. 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호, 2014, 82.

5) 김연/박정기/김인유, 국제사법(제3판 보정판), 법문사, 2014, 21. 아래 대법원 판결도 국제사법의 사항적 적용범위에 해당하는 것으로 인정되는 경우에는 강행적으로 적용된다고 판시하고 있다.

6) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결

7) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결. 원심법원은 “당사자인 채권자와 채무자 모두 국내 법인이거나 자연인이고 소유권 유무가 다투어지는 기계가 이미 필리핀국에서 반출되어 국내로 반입된 만큼 이를 섭외사건으로 규율하기보다는 국내법에 따라 해결함이 상당하다”고 판단하였으나, 대법원은 위 기계가 국내로 반입되었고, 이 사건 채권자와 채무자가 모두 내국인이라고 하더라도 그 전에 이루어진 모든 외국적 요소를 무시한 채 국제사법의 규정에 따르지 않고 곧바로 내국법을 적용하는 것은 합리적이라고 할 수 없다는 이유로 원심판결에는 외국적 요소가 있는 법률관계에 관한 준거법 결정에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 판단하였다.

체결하였고, A 회사가 C 회사에 대한 용선료 채권을 B 회사를 거쳐 원고 은행(홍콩 지점)에 영국법을 준거법으로 하여 순차 양도하는 계약을 체결하였는데, 그 후 A 회사의 채권자들(피고)이 용선료 채권을 가압류함에 따라 C 회사가 채무액을 혼합공탁하였고, 이에 따라 원고 은행이 피고들을 상대로 공탁금출급권 확인의 소를 제기한 사안⁸⁾에 관하여 이루어진 것이다.

2. 검토

국제사법 제1조의 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’의 해석에 관하여, 국내의 학설은 ‘외국적 요소’에 대한 목적론적 해석 차원에서 ‘국제사법을 적용할 필요가 있는 특별한 외국적 요소’를 의미하는 것으로 보아야 한다는 견해,⁹⁾ 섭외적 요소의 강도(Intensität) 등 문제된 법률관계의 전체적인 내용을 살펴서 결정하여야 한다는 견해,¹⁰⁾ 외국관련이 있는 때에는 일단은 ‘외국적 요소’가 있는 섭외사건으로 보되, 다만 구체적인 국제사법 개별 조문의 해석에 있어서 그러한 섭외사건의 외국적 요소가 의미 있는 것인가(relevant한가)의 여부를 판단하여야 한다는 견해¹¹⁾ 등 학자마다 저마다의 기준을 제시하고 있다. 그러나 이러한 견해들은 단순히 외국적 요소를 포함하고 있는 것만으로는 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’에 해당하기에 부족하고, 국제사법 적용 대상이 되기에 충분한 외국 관련성을 가지고 있어야 한다고 보는 점에서는 일맥상통한다. 필자 역시 ‘외국적 요소’는 일체의 외국적 요소를 의미하는 것이 아니라, 「우리 국제사법상 연결점으로 기능할 수 있는 요소로서 당해 법률관계의 기초를 이루는 사실관계나 법률적 쟁점과 실질적 관련성이 있는 외국적 요소」에 한정된다고 보는 것이 타당하다. 위 판례 법리 역시 ‘당해 사안에서 유의미한 국제사법상의 연결점들이 외국과 밀접하게 관련되어 있을 것’을 국제사법 적용의 핵심 기준으로 삼고 있다고 이해된다.

위 판례 법리에서 “국제사법을 적용하여 그 준거법을 정하는 것이 더 합리적이라고 인정되는 법률관계”라는 표현에 대해서는 그 근거가 불분명하고 법원의 자의(恣意)가 개입될 여지가 있음을 들어 이를 비판하는 견해도 제시된다.¹²⁾ 그러나 위와 같은 표현은 제한적 포섭을 뒷받침하기 위한 표현이라고 생각된다. 즉 위 판례 법리에서 무게중심은 ‘법원의 합리성 판단’이 아니라 ‘당해 사안에서 유의미한 국제사법상의 연결점들이 외국과 밀접하게 관련되어 있는지 여부’라는 객관적 사실 평가에 있다. 위 판례 사안들을 보더라도 결국 사안의 기초를 이루는 사실관계나 법률적 쟁점과 관련되어 있는 주요 연결점들이 외국과 관련되어 있다는 점이 중요하게 고려되었던 것으로 보인다. 특히 ② 사안이 흥미로운데, 위 사건에서 항해용선된 선박이 파나마에 편지치적되어 있었다는 측면을 조명한다면 사안의 외국 관련성을 소극적으로 볼 여

8) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결. 원심은 위 채권양도약정의 당사자에 파나마 법인인 B 회사가 포함되어 있고 원고 은행의 경우에도 홍콩지점이 직접 관련되어 있는 점, 위 연속항해용선은 국제화물운송을 목적으로 하는 선박의 용선에 관한 것으로서 그에 기하여 용선료채권 외에도 채선료채권, 임금채권, 각종 손해배상채권 등이 발생할 수 있고 경우에 따라 그 발생지가 외국일 수 있는 점, 위 연속항해용선계약서, 채권양도약정서 및 C 회사에 대한 통지서 등이 모두 영어로 작성된 점, 당사자들이 위 항해용선계약 및 채권양도약정의 준거법을 영국법으로 정하기로 합의한 점 등을 들어 계쟁 법률관계가 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’에 해당한다고 판단하였고, 대법원은 이를 정당한 것으로 수긍하였다. 위 판결의 주요 쟁점에 관한 해설은 권창영, “용선료 채권에 대한 양도와 가압류 경합으로 인한 혼합공탁시의 법률관계”, 해양한국 통권 제529호(2017년 10월호), 2017, 142 이하 참조.

9) 최홍섭(주 4), 40.

10) 신창선/윤남순(주 4), 6.

11) 석광현(주 2), 52.

12) 석광현(주 2), 53.

지가 있었으나, 법원은 그 편의치적에 의해 창설된 선적에 기초한 외국 관련성도 국제사법 적용의 한 근거로 삼았다. 이는 우리 법원이 위와 같이 국제사법의 사항적 적용범위를 축소하는 듯한 판례 법리에도 불구하고 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’를 적극적으로 포착하고 이에 대하여 국제사법을 적용하려는 경향을 보이고 있다는 것을 시사한다. 만약 표면적인 외국관련성에도 불구하고 실질적으로는 당해 사안이 순수하게 국내적 성격을 가진다고 볼 수 있다면, 국제사법의 적용 가능성 자체를 부정하기보다는 이를 긍정하되 다만 제8조 예외조항의 적용 가능성을 검토할 수 있을 것이다. 이러한 접근 방식이 2001년 국제사법 개정에서 반영된 입법자의 의사이자 개정 국제사법의 체계라고 해석된다.¹³⁾ 그리고 우리 법원은 이를 존중하여 그러한 방향을 따라가고 있다고 평가할 수 있다.

Ⅲ. 국제재판관할(제2조)

1. 국제재판관할에 관한 ‘원칙’

국제사법은 섭외사법과 달리 준거법뿐만 아니라 ‘국제재판관할에 관한 원칙’을 함께 규율하는 것을 목적으로 한다(제1조). 그런데 이러한 목적의 변화에 따라 국제사법에 새로 도입된 규정은 국제재판관할에 관한 제2조뿐이다. 이는 일종의 과도기적인 조치였는데, 섭외사법 개정 작업 당시 국내에서 국제재판관할에 관한 연구가 충분하지 않았고, 헤이그국제사법회의에서 진행 중인 국제재판관할에 관한 협약을 성안하는 이른바 ‘재판 프로젝트(Judgments Project)’¹⁴⁾의 결과를 지켜볼 필요도 있었기에 잠정적으로 종래 우리 판례 법리¹⁵⁾를 기초로 국제재판관할 결정의 일반원칙만을 규정한 것이다.¹⁶⁾ 그러나 비록 1개의 조문만을 추가하였을 뿐이더라도 국제사법에 국제재판관할에 관한 일반원칙을 정한 제2조를 신설한 것은 국제사법 체계 측면에서 가장 거대하고 획기적인 변화라고 평가할 수 있다. 이로써 국제재판관할이 국제사법의 체계 내로 확고히 편입되었고, 사실상 일본의 판례 법리를 추종하여 형성되었던 기존의 우리 판례 법리¹⁷⁾ 대신 국제재판관할 결정의 준거로서 기능할 수 있는 독자적인 법률규정을 가지게 되었기 때문이다. 우리 법원은 제2조의 규정에 근거하여 국제재판관할의 결정에 관한 판례 법리를 아래와 같이 발전시켜 왔다.

13) 장준혁(주 4), 84.

14) 재판 프로젝트는 1999년 예비초안(preliminary draft), 2001년 잠정문안(interim text)을 마련하는 단계까지 나아갔으나 결국 협약안을 도출하지 못한 채 좌초되었다. 이후 헤이그국제사법회의는 재판 프로젝트의 대상을 분할하여 2005년 관할합의협약, 2019년 외국재판의 승인·집행협약을 채택하여 체결하기에 이르렀다. 현재는 다시 국제적 병행절차를 포함한 직접적 국제재판관할을 규율할 문서를 마련하기 위한 ‘관할 프로젝트(Jurisdiction Project)’가 진행 중이다.

15) 대법원 1992. 7. 28. 선고 91다41897 판결; 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결 등 참조.

16) 석광현, “2018년 국제사법 개정안에 따른 국제재판관할규칙”, 국제사법과 국제소송(제6권), 박영사, 2019, 440.

17) 이는 ‘수정역추지설’ 또는 ‘특단의 사정설(특별한 사정설)’이라고 일컬어진다. 논증 구조에 따라 3단계 구조 또는 4단계 구조라고 설명되기도 한다. 일본은 2011년 민사소송법 개정을 통해서 비로소 국제재판관할에 관한 구체적인 규정들을 신설하였는데, 그 이전에는 위 판례 법리에 의해 국제재판관할이 결정되었다. 일본의 판례 법리에 관한 상세는 이필복, “국제적인 민사 및 상사분쟁 해결절차의 경합에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020, 52 이하 참조. 국제사법 개정 전 우리 판례 법리에 관한 상세는 석광현, 국제재판관할에 관한 연구, 서울대학교 출판부, 2001, 157 이하 참조.

2. 국제재판관할의 결정에 관한 우리 판례의 전개

국제사법 제2조 제1항은 “법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가진다. 이 경우 법원은 실질적 관련성의 유무를 판단함에 있어 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다.”고 규정한다. 이에 따르면 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 ‘실질적 관련’의 유무가 우리나라의 국제재판관할을 인정하는 가장 근본적인 기준이 된다. 우리 법원은 이러한 점에 주목하여 아래와 같은 법리를 확립하고, 개별 사건에서 당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련성을 부정하거나 긍정할 근거가 될 수 있는 여러 사정들을 종합적으로 고려하여 국제재판관할 유무를 결정하여 왔다.¹⁸⁾

[1] 국제사법 제2조 제1항의 ‘실질적 관련’은 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것을 정당화할 정도로 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 관련성이 있는 것을 뜻한다. 이를 판단할 때에는 당사자의 공평, 재판의 적정, 신속과 경제 등 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙에 따라야 한다. 구체적으로는 당사자의 공평, 편의, 예측가능성과 같은 개인적인 이익뿐만 아니라, 재판의 적정, 신속, 효율, 판결의 실효성과 같은 법원이나 국가의 이익도 함께 고려하여야 한다. 이처럼 다양한 국제재판관할의 이익 중 어떠한 이익을 보호할 필요가 있을지는 개별 사건에서 실질적 관련성 유무를 합리적으로 판단하여 결정하여야 한다.

위와 같은 법리에 의하면 당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련성 유무는 실제적으로 ‘당사자의 개인적 이익’과 ‘법원이나 국가의 이익’에 관한 이익형량적 접근에 의하여 판단된다.¹⁹⁾ 실질적 관련성 유무를 판단하는 데 있어서 민사소송법상 토지관할권 유무가 여전히 중요한 요소가 됨을 부인할 수 없다는 점에 주목한 판례²⁰⁾도 있었으나, 국제사법 제2조 제2항에서 정한 ‘국내법의 관할 규정 참작’이라는 요소는 판단 과정에서 아예 배제되거나 중요하게 고려되지 못하였다.²¹⁾ 오히려 불법행위에 기한 손해배상청구 사건을 중심으로 피고가 법정지인 우리나라에서 피소당할 것을 예측 가능하였는가라는 요소가 당사자의 사적 이익이라는 측면에서 특히 중요하게 고려되고는 하였다.²²⁾ 이러한 재판 실무에 대하여는 실질적

18) 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2006다71908, 71915 판결; 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결; 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결 등 참조. 우리 법원의 국제재판관할에 관한 판결례들을 상세히 분석한 연구로는 우선 최성수, “국제사법 제2조상의 국제재판관할 관련 우리나라 판례의 검토”, 동아법학 제48호, 2010, 769 이하; 노태약, “국제재판관할에 관한 최근 대법원판결의 분석”, 사법 통권 제22호, 2012, 197 이하 및 한애라, “국제재판관할과 관련된 판결의 추이 및 국제사법의 개정방향”, 민사판례연구 제35권, 2013, 1079 이하 참조. 이하에서는 각 법리에 관한 원활한 비교, 분석을 위하여 판시사항마다 [번호]를 붙여 표기한다.

19) 이현목, “국제재판관할의 결정에서 피고의 예측가능성의 기능”, 국제사법연구 제19권 제2호, 2013, 224; 이정원, “국제재판관할결정의 지도원리”, 통상법률 2013년 8월호, 2013, 27.

20) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결

21) 석광현, “국제사법 제2조 제2항을 올바르게 적용한 2019년 대법원 판결의 평석: 일반관할과 재산소재지의 특별관할을 중심으로”, 국제거래와 법 통권 제29호, 2020, 140.

22) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결은 “물품을 제조·판매하는 제조업자에 대한 제조물책임 소송에서 손해발생지의 법원에 국제재판관할권이 있는지 여부를 판단하는 경우에는 제조업자가 그 손해발생지에서 사고가 발생하여 그 지역의 법원에 제소될 것임을 합리적으로 예견할 수 있을 정도로 제조업자와 손해발생지 사이에 실질적 관련성이 있는지를 고려하여야 한다”고 하여

관련이라는 추상적 기준에 기대어 정치한 논리의 정립 없이 제반 사정을 열거한 후 포괄적으로 판단하는 자세는 지양되어야 한다거나,²³⁾ 법원은 제2조에 따라 우선 토지관할규칙 등 국내 관할규정을 참작하여 정치한 국제재판관할규칙을 정립해야지, 단지 다양한 사정을 열거하고 법원이 원하는 결론을 내림으로써 실질적 관련을 법원의 자의적 결론을 정당화하는 도구로 사용하는 것은 제2조에도 반하고 위험하기까지 하다²⁴⁾는 지적 내지 비판이 있었다.

그런데 최근 일련의 판례들은 앞서 본 [1]의 법리를 기반으로 하면서도, 민사소송법의 관할 규정을 국제재판관할의 결정에 있어 중요한 기준으로 고려하는 전향적인 법리를 제시하고 있다.²⁵⁾ 우선 그 내용을 살펴보면 다음과 같다.

[2] 국제사법 제2조 제2항은 제1항에서 정한 실질적 관련성을 판단하는 구체적 기준 또는 방법으로 국내법의 관할 규정을 제시한다. 따라서 민사소송법 관할 규정은 국제재판관할권을 판단하는 데 가장 중요한 판단 기준(밑줄은 필자)으로 작용한다. 다만 이러한 관할 규정은 국내적 관점에서 마련된 재판적에 관한 규정이므로 국제재판관할권을 판단할 때에는 국제재판관할의 특수성을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 수정하여 적용해야 하는 경우도 있다.

이러한 법리는 기존의 법리에 비하여 국제사법 제2조의 문언과 체계에 더 부합하는 것으로서 긍정적으로 평가할 수 있다.²⁶⁾ 국제사법 제2조 제1항, 제2항은 국제재판관할의 결정에서 고려되어야 할 표지들로서 ① 당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련, ② 국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙, ③ 국내법상 관할 규정, 그리고 ④ 국제재판관할의 특수성이라는 표지들을 제시하고 있다. 그중 ‘당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련’이 가장 우선적이고 직접적인 국제재판관할의 연결 기준이 된다는 점에는 별다른 의문이 없으나, 그 유무를 판단함에 있어 고려할 요소로서 ‘국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙’과 ‘국내법상 관할 규정’이라는 표지 상호간의 우열이나 논리적 상관관계는 불분명함이 있다. 다만 문언상 위 두 가지 요소는 ‘당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련’을 판단함에 있어서 필수적으로 고려·참작되어야 하고, 국제재판관할의 특수성은 국내법상 관할 규정을 수정하여 참작하거나 경우에 따라 그 고려를 배제할 수 있는 근거로 활용되어야 한다고 해석된다.²⁷⁾ 기존의 법리는 이와 같은 필수적 참작사항인 ‘국

제조물책임 소송에서 손해발생지에서 피소될 것에 대한 제조업자의 예측가능성을 특별히 중요하게 고려요소로 보았다. 이규호, “불법행위관련 청구에 있어 국제재판관할”, 법조 제57권 제6호(통권 제621호), 2008, 167은 제조물책임소송 사건, 인터넷을 통한 명예훼손 또는 저작권침해에 관련된 사건의 경우에는 손해발생지에서의 손해발생에 대한 피고의 합리적 예견가능성이 중요함을 강조한다. 이현목(주 16), 243은 기본적으로 이를 지지하면서도, 법정지에서의 피소 가능성에 대한 피고의 예측가능성을 지나치게 우선시하는 것은 국제사법 제2조의 실질적 관련성 요건을 왜곡할 위험이 있음을 지적한다.

23) 최성수(주 18), 802.

24) 석광현, “계약사건의 국제재판관할에서 의무이행지와 실질적 관련”, 국제사법과 국제소송(제5권), 박영사, 2012, 385.

25) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결; 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다230588 판결

26) 석광현(주 21), 141.

27) 노태약(주 18), 213은 넓은 의미의 실질적 관련(당사자·분쟁이 된 사안과 대한민국 사이의 실질적 관련을 말함)을 인정하기 위하여 판단 기준이 되는 고려 요소로서 연결점과 같은 좁은 의미에서의 실질적 관련, 국제재판관할 배분의 이념, 국내법상 토지관할규정 등 세 가지를 들 수 있고, 국제재판관할의 특수성이라는 개념은 주로 국내법상 토지관할규정의 소극적 고려 요소로 사용될 것이며, 이러한 네 가지 고려 요소는 넓은 의미의 실질적 관련을 판단함에 필수적으로 검토되어야 하나 반드시 모든 요소를 갖추어야 할 필요는 없다고 한다(예: 국내법상 토지관할규정이 없는 경우). 이

내법상 관할 규정'의 중요성을 경시하거나 간과하였다는 점에서 문제가 있었다. 이와 달리 최근의 법리는 실질적 관련을 판단함에 있어 '국제재판관할 배분의 이념에 부합하는 합리적인 원칙'과 '국내법상 관할 규정'을 균형 있게 고려하여야 하도록 수정되었다는 점에서 의미가 있다.

다만 국내법상 관할 규정이 “가장 중요한 판단 기준”이 된다는 판시는 논란의 여지가 있다. 이는 두 고려요소 중에 국내법상 관할 규정을 논리적 우위에 두는 해석을 채택하였다는 것을 의미하기 때문이다. 이에 대하여는 수정역추지설을 상기시킬 수 있는 판시로서 부적절하다는 지적²⁸⁾도 있으나, 국내법상 관할 규정을 원칙적인 우선적 고려사항으로 놓아 당사자의 예측가능성을 증진시킬 수 있다는 점에서 그 합리성을 수긍할 수 있다. 대륙법계의 전통을 따라 각 법률관계에 대응하는 국제재판관할원인을 규율하지 못하고 과도기적으로 국제재판관할결정의 원칙만을 규정한 현행 국제사법 체제 하에서, 국내소송 차원에서 실질적 관련의 이념과 당사자 간 이익조정을 반영하고 있는 토지관할의 규정을 우선적으로 고려하되 다만 국제재판관할의 특수성을 고려하여 이를 수정·배제할 수 있도록 하는 것은, 제2조 제2항의 문언과 입법 취지에 부합하는 것이라고 생각된다.²⁹⁾

한편 대법원은 가사사건에 관하여는 기본적으로는 위와 같이 [1]과 [2] 법리를 결합한 개선된 법리를 따르면서도, 국내법상 관할 규정의 고려에 관하여 보다 완화된 판시를 하여 주목할 필요가 있다.³⁰⁾

[3] 국제재판관할권을 판단할 때 국내법의 관할 규정을 가장 기본적인 판단 기준(밑줄은 필자)으로 삼되, 해당 사건의 법적 성격이나 그 밖의 개별적·구체적 사정을 고려하여 국제재판관할 배분의 이념에 부합하도록 합리적으로 수정할 수 있다.

국제재판관할권에 관한 국제사법 제2조는 가사사건에도 마찬가지로 적용된다. 따라서 가사사건에 대하여 대한민국 법원이 재판관할권을 가지려면 대한민국이 해당 사건의 당사자 또는 분쟁이 된 사안과 실질적 관련이 있어야 한다. 그런데 가사사건은 일반 민사사건과 달리 공동생활의 근간이 되는 가족과 친족이라는 신분관계에 관한 사건이거나 신분관계와 밀접하게 관련된 재산, 권리, 그 밖의 법률관계에 관한 사건으로서 사회생활의 기본토대에 중대한 영향을 미친다. 가사사건에서는 피고의 방어권 보장뿐만 아니라 해당 쟁점에 대한 재판의 적정과 능률, 당사자의 정당한 이익 보호, 가족제도와 사회질서의 유지 등 공적 가치를 가지는 요소도 고려할 필요가 있다. 따라서 가사사건에서 ‘실질적 관련의 유무’는 국내법의 관할 규정뿐만 아니라 당사자의 국적이나 주소 또는 상거소(상거소), 분쟁의 원인

때 좁은 의미의 실질적 관련이 되는 여러 연결점 등은 경우에 따라 국제재판관할 배분의 이념의 요소가 되기도 하여 중첩적인 기능을 담당할 수 있다.

- 28) 김홍엽, “2019년 분야별 중요판례분석 - 민사소송법”, 법률신문 제4773호(2020. 2. 20.), 12.
- 29) 석광현(주 21), 141 이하; 한애라, “재산소제지 특별관할에 관한 법리와 판례의 검토 및 입법론”, 저스티스 통권 제182-1호(2021년 2월호), 2021, 240. 다만 석광현 교수는 “가장 중요한 판단기준으로 작용한다”는 판시는 다소 지나치고, 대신에 “중요한 판단기준의 하나로 작용한다”고 실시하였다면 더 좋았을 것이라고 한다.
- 30) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017트12552 판결. 이 사건에서 대법원은 위와 같은 법리를 토대로, “재판상 이혼과 같은 혼인관계를 다투는 사건에서 대한민국에 당사자들의 국적이나 주소가 없어 대한민국 법원에 국내법의 관할 규정에 따른 관할이 인정되기 어려운 경우라도 이혼청구의 주요 원인이 된 사실관계가 대한민국에서 형성되었고(부부의 국적이나 주소가 해외에 있더라도 부부의 한쪽이 대한민국에 상당 기간 체류함으로써 부부의 별거상태가 형성되는 경우 등) 이혼과 함께 청구된 재산분할사건에서 대한민국에 있는 재산이 재산분할대상인지 여부가 첨예하게 다투어지고 있다면, 피고의 예측가능성, 당사자의 권리구제, 해당 쟁점의 심리 편의와 판결의 실효성 차원에서 대한민국과 해당 사안 간의 실질적 관련성을 인정할 여지가 크다”고 판시하였다.

이 되는 사실관계가 이루어진 장소(예를 들어 혼인의 취소나 이혼 사유가 발생한 장소, 자녀의 양육권이 문제 되는 경우 자녀가 생활하는 곳, 재산분할이 주요 쟁점인 경우 해당 재산의 소재지 등), 해당 사건에 적용되는 준거법, 사건 관련 자료(증인이나 물적 증거, 준거법 해석과 적용을 위한 자료, 그 밖의 소송자료 등) 수집의 용이성, 당사자들 소송 수행의 편의와 권익보호의 필요성, 판결의 실효성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

이는 가사사건의 경우 신분관계 또는 신분관계와 밀접하게 관련된 재산, 권리 등 법률관계에 관한 사건으로서 사회생활의 기본토대에 중대한 영향을 미치므로, 피고의 방어권 보장뿐만 아니라 공적 가치를 가지는 요소들도 충분히 고려되어야 하고, 국내법의 관할 규정뿐만 아니라 여러 연결점이나 이익들을 종합적으로 고려하여야 한다는 취지이다. 그로 인하여 재산사건에 관한 판결에서 나타난 ‘가장 중요한 판단기준’은 ‘가장 기본적인 판단기준’이라는 표현으로 완화되었다.³¹⁾

3. 검토

국제사법이 제2조에서 국제재판관할 결정의 원칙에 관한 규정만을 둔 것은 과도기적인 조치였고, 법원이 제2조를 해석, 적용함에 있어서 위 [1]의 법리와 같이 제1항의 실질적 관련 원칙만을 중시하여 구체적이고 예측 가능한 관할규칙을 제시하지 못한다는 한계를 노정함에 따라, 한국국제사법학회는 2012년 법무부에 국제사법에 정치한 국제재판관할 규칙을 도입할 것을 촉구하였다.³²⁾ 그에 따라 2014년 6월 국제사법 개정위원회가 구성되어 개정 작업에 착수하였고, 마침내 2018년 국제재판관할에 관한 기본 원칙에서부터 일반관할, 각 법률관계에 대한 특별관할 및 전속관할의 원인, 국제재판관할합의와 국제적 소송경합 등에 관한 상세한 규칙들을 신설하는 내용의 국제사법 개정안이 성안되어 정부안으로 국회에 제출되었다.³³⁾ 그러나 위 개정안은 제20대 국회의 회기 만료로 폐기되었고, 정부가 2020년 제21대 국회에 위 2018년 국제사법 개정안과 실질적으로 동일한 개정안을 다시 제출하였으나, 위 개정안은 현재까지도 국회의 문턱을 넘지 못하고 있다.

위 국제사법 개정안이 통과되면 현행 국제사법 제2조의 해석론을 둘러싼 논의들은 그 의미가 줄어들고, 대신 개개의 국제사법 규정에 대한 해석, 적용 문제가 대두될 것이다. 다만 그와 같이 국제사법 개정안이 통과되기 이전이라도 위와 같이 기존에 문제시 되던 판례 법리가 수정되어 더 높은 법적안정성과 예측가능성을 기대할 수 있게 된 것은 환영할 일이다. 하루 빨리 국제사법 개정안이 통과되어 우리 국제사법에 국제재판관할에 관한 새로운 지평이 열리기를 기대해 본다.

31) 이에 관한 평석으로 석광현, “외국인 부부의 이혼사건에서 이혼·재산분할의 국제재판관할과 준거법”, 안암법학 제62권, 2021, 658, 659는 기본적으로 가사소송법은 민사소송법과 비교하여 국제적 고려가 부족하므로 국제재판관할권을 판단할 때 국내법의 관할 규정으로서 가지는 비중이 상대적으로 약하다고 설명하면서, 대상판결은 가사사건의 경우 국내법의 관할 규정이 가지는 의미 내지 지칭적 기능이 재산분할의 사건과 비교할 때 더 약하다는 점을 지적하지 않은 것이 아쉽고, 가사소송의 특수성을 반영하여 고려할 요소들에 관한 판시가 앞서 본 [1] 법리와 정합성이 있는지 의문이 있다고 한다.

32) 한국국제사법학회, “국제사법개정촉구결의문”, 국제사법연구 제18호, 2012, 551 이하.

33) 2018년 국제사법 개정안에 관한 상세한 설명은 석광현(주 16), 439 이하 참조.

IV. 연결점의 확정, 외국법의 조사와 적용(제3조 내지 제5조)

1. 연결점의 확정(제3조, 제4조)

가. 연결점, 연결개념의 의미와 그 확정 문제 일반론

섭외적 법률관계와 준거법을 연결시키기 위한 매개수단으로서 법률관계에 내포되어 있는 요소를 연결점(連結點) 또는 연결소(連結素)라고 한다.³⁴⁾ 한 나라의 국제사법은 한정된 연결점들을 기초로 개개의 법률관계에 대한 연결규칙을 두고 있는 것이 보통이다.³⁵⁾ 우리 국제사법상의 연결점으로는 예컨대 당사자의 국적, 상거소지, 물건의 소재지, 행위지, 침해지, 사실의 발생지 등을 들 수 있다.³⁶⁾ 연결점에 관한 규율이라는 측면에서, 국제사법의 개정에 따른 두드러진 변화는 ‘주소’를 ‘상거소’로 대체하면서 주소를 국제사법상의 연결점에서 배제하였고,³⁷⁾ ‘가장 밀접한 관련이 있는 곳’과 ‘상거소’를 새로운 연결점으로 채택하여 연결점 체계의 중심으로 끌어들이었다는 것이다.³⁸⁾

연결점 중에서 물건의 소재지, 행위지, 사실의 발생지 등은 사실상의 개념으로서 그 확정을 위해서 사실의 확인으로 충분하다. 이와 달리 국적, 상거소 등은 법률상 개념으로서 예컨대 국적은 각국의 국적법에 의해 확정된다.³⁹⁾ 이처럼 법률개념의 성질을 가지는 연결점을 연결개념이라 한다.⁴⁰⁾ 한편 연결개념이 확정되더라도, 연결점이 여러 국가에 존재하거나 어느 국가에도 존재하지 않는 경우(예: 본국법을 연결하여야 할 사안에서 당사자가 이중국적자이거나 무국적자인 경우)에는 섭외적 법률관계와 준거법을 연결하기 위하여 국제사법이 사용할 구체적인 연결점을 결정하는 작업을 필요로 하게 되는데, 이를 연결점의 확정이라 한다.⁴¹⁾ 연결개념의 확정, 연결점의 확정은 국제사법의 적용을 위하여 연결개념에 관한 규정을 해석하는 문제이고, 연결점의 확정은 국제사법 규정을 해석하는 문제이므로, 법정지의 국제사법에 그 확정에 관한 규정이 있으면 그 규정에 의하고, 그 규정이 없을 때에는 법정지의 국제사법 자체의 입장에서 해석, 결정되어야 한다.⁴²⁾

34) 신창선/윤남순(주 4), 91.

35) 이는 법률관계의 준거법을 찾기 위해서는 각 법률관계가 어디에 본거(本據; situs, Sitz) 내지 고향(Heimat)을 두고 있는지 찾아내서 이에 근거하여 준거법을 정한다는 사비니(Savigny)의 ‘본거설’에 기초한 설명이다. 김연/박정기/김인유(주 3), 42 이하 참조. 이때 본거를 결정하는 주요 인자가 바로 연결점이다.

36) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결 및 김연/박정기/김인유(주 5), 130 이하 참조.

37) 석광현(주 2), 123.

38) 김연/박정기/김인유(주 5), 131.

39) 아래에서 보는 바와 같이 연결개념이나 연결점의 확정은 법정지의 국제사법 자체의 입장에서 해석, 결정되는 것이 원칙이다. 다만 연결개념으로서의 국적에 관하여는 특수하게, 어느 당사자가 국적을 가지는지 여부에 관한 판단을 국적이 문제가 된 그 국가의 국적법에 의하여 결정한다는 원칙이 국제적으로 통용되고 있다. 석광현(주 2), 35; 최홍섭(주 4, 98. 아울러 국적법에서 국적의 취득을 위해서는 종종 혼인, 입양 등을 요구하는데(이른바 ‘국적의 선결문제’), 이에 대해서는 국적의 판단과 마찬가지로 그 국적이 문제로 된 국가의 국제사법에 의한다는 것이 일반적 견해이다. 최홍섭(주 4), 99.

40) 신창선/윤남순(주 4), 91; 신창섭, 국제사법(제4판), 세창출판사, 2018, 102.

41) 신창선/윤남순(주 4), 92; 김연/박정기/김인유(주 5), 132.

42) 석광현(주 2), 35; 신창선/윤남순(주 4), 92; 김연/박정기/김인유(주 5), 133. 다만 국적의 예외에 관하여는 앞서 본 주 39) 참조.

나. 국제사법상 연결점 확정에 관한 규정(제3조, 제4조)

국제사법 제3조는 국적을 연결점으로 하는 경우에 국적의 적극적 저촉이 있는 경우(제1항), 소극적 저촉이 있는 경우(제2항), 그리고 당사자가 불통일법국가의 국적을 가지는 경우(제3항)의 본국법 확정에 관하여 규정하고 있다. 국제사법 제3조는 국적에 관한 연결점의 확정 기준을 정하는 전형적인 규정으로 이해된다.⁴³⁾ 국제사법 제3조는 그에 상응하는 섭외사법 제2조의 규정을 개정한 것인데, ① 국적의 적극적 저촉이 있는 경우 종래 ‘최후에 취득한 국적’으로 확정하던 것을 ‘가장 밀접한 관련이 있는 국가’로 확정하고(제1항),⁴⁴⁾ ② 국적의 소극적 저촉이 있는 경우 종래 ‘주소지법’으로 연결점을 확정하던 것을 ‘상거소지법’으로 확정하며(제2항), ③ 당사자가 불통일법국가의 국적을 가지는 경우는 종래 ‘그 당사자가 속하는 지방의 법’에 연결하던 것을 우선적으로는 그 국가의 법 선택규정에 의하되 그러한 규정이 없을 때에는 ‘당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법’에 연결하도록 변경되었다. 여기서 ‘법 선택규정’이라 함은 그 국가의 통일적인 준국제사법(準國際私法)을 의미한다.⁴⁵⁾

한편 국제사법 제4조는 ‘상거소(常居所)’를 연결점으로 하는 경우에 당사자의 상거소를 알 수 없는 때에는 그 거소(居所)가 있는 국가의 법에 의한다는 점을 명시한다. 이는 연결개념인 상거소의 내용에 관하여 정하는 것은 아니지만, 그것이 불명인 경우(소극적 저촉)에는 보충적으로 거소를 연결점으로 한다는 것으로서 이 역시 연결점 확정을 위한 규칙에 해당한다.⁴⁶⁾

다. 연결점 확정에 관한 우리 재판례와 이에 대한 검토

우리 재판례상으로는 국제사법 제3조 제3항의 해석이 주로 문제된다. 우선 우리 판례는 “지역에 따라 법을 달리하는 연방제국가라고 하더라도, 어느 법률관계에 관하여 그 국가 전체에 통일적으로 적용되는 이른바 연방법이 존재한다면 적어도 그 법률관계에 관하여는 연방법이 적용되어 지역에 따라 법을 달리한다고 할 수는 없으므로, 당사자가 그 법률관계에 관한 준거법으로 연방제국가의 법을 준거법으로 선택한 약정은 그 국가의 연방법을 준거법으로 선택한 약정으로서 유효하다”고 한다.⁴⁷⁾ 따라서 당사자의 국적이 연방국가인 경우라도 당해 법률관계에 관하여 그 국가 전체에 통일적으로 적용되는 ‘연방법’이 있는 경우에는 제3조 제3항의 적용이 문제되지 아니한다.⁴⁸⁾ 한편 위 판결은 “당사자가 계약의 준거법으로 연방제국가의 어느 특정 지역의 법을 지정하지 않고 단순히 연방제국가의 법이라고만 약정한 경우, 선택된 법이 특정 지역의 법이 아니라 연방제국가의 법이라는 사정만으로 그러한 준거법 약정이 내용을 확정할 수 없는 것으로 당연 무효라고 보아서는 아니 되고 계약 문언, 계약 전후의 사정,

43) 김연/박정기/김인유(주 5), 133.

44) 다만 복수국적 중 하나가 대한민국인 때에는 섭외사법과 마찬가지로 대한민국 법에 의하도록 하여 내국국적 우선의 원칙을 고수하였다(제1항 후문). 이는 구체적 타당성보다는 실무상 법적용의 확실성을 위한 것이라고 한다. 석광현(주 2), 111. 이에 대하여는 다수의 복수국적자가 존재하는 현실에서 본국법에 관한 국제적 판단일치를 방해하여 파행적 법률관계를 야기하고, 준거법의 결정 문제를 왜곡시킬 위험이 크므로 재검토할 필요가 있다는 비판이 있다. 최홍섭(주 4), 100.

45) 이는 종래의 통설인 간접지정설의 입장을 반영한 것이다. 불통일법국가의 법이 본국법으로 되는 경우 어느 법역의 법이 적용되는가는 일차적으로는 당해 국가가 결정할 사항이라고 할 수 있기 때문이다. 석광현(주 2), 113.

46) 김연/박정기/김인유(주 5), 159.

47) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결. 미국 법의 내용에 의하면 모든 해사사건은 연방법원이 관할하고 그 해사 사건에 관해 미국 해사법(admiralty law)이 연방 전체에 통일적으로 적용되며, 그 해사법은 해사 계약 및 해사 불법행위를 규율하므로, 해사 계약에 해당하는 선박연료공급계약에 관하여 ‘미국법’을 준거법으로 선택한 합의는 유효하다는 취지의 판결이다.

48) 아래 각주 50)에서 다루는 캐나다 국적자 간 이혼 사건에 관한 사례 참조.

거래 관행 등 모든 사정을 고려하여 당사자가 그 국가의 어느 지역의 법을 지정한 것으로 합리적으로 인정되는지까지 살펴보아야 한다”라고 하여 ‘연방제국가의 법’을 준거법으로 지정한 합의에 대한 해석원리도 제시하고 있다. 이는 당사자자치에 의해 ‘연방제국가의 법’이 지정된 경우에는, 그 국가 중 어느 지역의 법을 준거법으로 지정한 것인지에 관한 당사자의 묵시적 의사를 탐구해 보아야 한다는 취지이다. 이는 ‘당사자가 지역에 따라 법을 달리하는 국가의 국적을 가지는 때’에 관한 국제사법 제3조 제3항의 적용범위와는 명백히 다른 측면을 다룬 것이기는 하나, 위와 같은 묵시적 준거법 지정 의사를 확인할 수 없는 경우에 그 합의를 무효로 볼 것이 아니라 국제사법 제3조 제3항을 유추적용 하여야 한다는 견해⁴⁹⁾도 제시되고 있어 그러한 가능성에 대하여도 고려해 볼 필요는 있다.

우리나라에서는 혼인 당사자가 모두 미국 국적임에도 쌍방 또는 일방이 우리나라에 상거소를 두고 있어 우리나라에서 이혼 등 청구를 하는 경우에 주로 본국법 확정에 관한 제3조 제3항의 적용이 문제되고는 한다. 이와 달리 만약 혼인 당사자의 국적이 모두 캐나다인 경우에는, 캐나다 전체에 통일적으로 적용되는 연방이혼법이 존재하므로, 앞서 본 판례 법리에 따라 적어도 이혼 청구에 관한 한 국제사법 제3조 제3항의 적용이 문제되지 아니한다.⁵⁰⁾ 다시 혼인 당사자가 모두 미국인인 경우에 관하여 보면, 이혼의 준거법으로 국제사법 제39조 본문, 제37조 제1호에 의하여 부부의 동일한 본국법인 ‘미국법’이 적용되어야 할 것인데, 미국의 국제사법 리스테이트먼트(제2판)⁵¹⁾ 제285조는 이혼한 권리의 준거법(Law Governing Right to Divorce)이라는 표제 아래 “이혼할 권리에 관하여는 당사자의 주소가 있는 곳으로서 소가 제기된 주의 법이 적용된다(The local law of the domiciliary state in which the action is brought will be applied to determine the right to divorce).”고 규정하므로, 이를 유추적용 한다면 당사자의 선택에 의한 주소(Domicile of Choice)⁵²⁾가 있는 것으로 인정되는 국가로서 법정지법인 대한민국법이 이혼의 준거법으로 적용될 여지가 있다. 우리 대법원은 이 경우 이른바 ‘준거법 지정시의 반정(反定)’에 관한 국제사법 제9조 제1항 등을 유추적용한 ‘숨은 반정’의 법리에 따라서 이혼, 친권자 및 양육자지정 등을 규율하는 법정지법인 우리 민법 적용한 바 있고, 하급심 판결들도 이를 따르고 있다.⁵³⁾ ‘숨은 반정’의 법리에 관하여는 아래 VII

49) 오석웅, “당사자자치의 원칙과 불통일국법의 지정”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 20 이하 참조.

50) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결. 다만 캐나다 연방이혼법은 재산분할에 관하여는 적용되지 않고 재산분할의 준거법규칙을 정한 캐나다의 연방법률도 없으므로, 재산분할에 관하여는 국제사법 제3조 제3항에 따라 ‘당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법’에 의하게 될 것이다. 이 사건에서 원심법원은 뚜렷한 논리적 경과에 관한 설시 없이 퀘벡주 민법을 적용하였는데, 아마도 부부 최후의 공통 거주지(common residence)가 퀘벡주에 소재하였던 점을 고려하였던 것으로 생각된다. 이 경우에는 퀘벡주 민법(국제사법 부분)에 의한 반정 가능성을 검토하여야 한다. 상세는 석광현(주 29), 689 참조.

51) 대법원은 국제사법 리스테이트먼트(제2판)[Restatement (Second) of Conflict of Laws]을 “일반적으로 승인되어 있는 이혼에 관한 미국 국제사법의 일반원칙”이라고 표현한다.

52) 미국의 국제사법 리스테이트먼트(제2판) 제11조, 제15조, 제21조는 당사자 본인 또는 그 아내의 상거소(domicile) 확정에 관한 규칙을 두고 있다. 제11조 의하면 모든 사람은 단일한 국제사법적 목적(정점)을 위해서는 단일한 상거소를 가지는데(제2항), 통상 그의 집이 있는 장소가 상거소로 인정되지만(제1항), 제15조에 의하여 상거소를 선택할 수 있다. 제21조는 아내는 남편과 동거하는 경우에는 그에 따른 결과가 불합리한 특별한 사정이 없는 한 남편과 동일한 상거소를 가지는 것으로 간주되고(제1항), 남편과 동거하지 아니하는 경우에 별개의 선택에 의한 상거소를 가질 수 있음을 정하고 있다(제2항).

53) 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결; 서울가정법원 2019. 5. 31. 선고 2018르31171 판결(확정); 수원가정법원 평택지원 2011. 8. 19. 선고 2010드합50(확정); 서울가정법원 2020. 9. 24. 선고 2019드단104764 판결(확정) 등 참조.

항에서 다시 살펴본다.

2. 외국법의 조사와 적용

가. 외국법 조사의 주체와 방법 - 직권탐지주의

섭외사법 하에서 대법원은 “원래 법원은 법규의 적용을 직책으로 하는 것인 만큼 법규의 존재여부에 관하여는 당사자의 입증을 기다릴 것이 아니라 직권으로 이를 탐지하여야 할 것이다. 다만 외국법규나 관습법 등은 그 법원이 분명하지 못하여 법원이 간과하는 수가 있을 것을 염려하여 당사자가 스스로 입증하여 그런 위협이나 불이익을 배제할 수는 있다”라거나,⁵⁴⁾ “우리나라 법률상으로는 준거법으로서의 외국법의 적용 및 조사에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하나 외국법은 법률이어서 법원이 권한으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그 방법에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고, 반드시 감정인의 감정이나 전문가의 증언 또는 국내외 공무소, 학교 등에 감정을 촉탁하거나 사실조회를 하는 등의 방법 만에 의하여야 할 필요는 없다”는 법리를 선언한 바 있다.⁵⁵⁾ 이러한 판례 법리는 외국법이 사실이 아닌 법률이라는 인식을 전제로 한다(외국법 법률설).⁵⁶⁾ 그에 따라 준거법으로 지정된 외국법에 대하여는 원칙적으로 법원이 그 권한에 의하여 그 내용을 탐지하여야 하고(직권탐지주의), 그 조사 내지 증명은 변론주의의 대상에 해당하지 아니한다. 우리나라의 통설도 이를 따르고 있다.⁵⁷⁾

2001년 국제사법 개정 시에는 이러한 통설과 판례의 입장을 명시적으로 확인하면서도(제5조 전단), 법원이 외국법의 내용에 대하여 직권탐지를 함에 있어서 그 편의를 위하여 당사자에게 협력을 요구할 수 있음을 규정하게 되었다(제5조 후단).⁵⁸⁾ 이에 따라 당사자는 외국법의 조사에 협력할 절차상 협력의무를 부담하지만, 당사자가 협력을 제대로 하지 않는다고 하여 법원이 그에게 외국법에 대한 증명책임을 부담시키는 등 불이익을 줄 수 있는 것은 아니다.⁵⁹⁾ 국제사법 시행 이후에도 우리 판례는 “섭외적 사건에 관하여 적용될 준거법으로서의 외국법은 여전히 사실이 아니라 법으로서 법원은 직권으로 그 내용을 조사하여야 한다”고 하여 외국법 법률설을 따르고 있음을 분명히 하고 있다.⁶⁰⁾ 여기서 말하는 ‘직권조사’는 직권탐지형 직권조사를 하여야 한다는 것으로서 법원이 당사자의 주장에 얽매이지 않고 외국법 관련 자료를 직권으로 수집하여야 한다는 것을 의미한다.⁶¹⁾ 법원으로서의 외국법 내용의 조사에 관한 실무

54) 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2189 판결. 석광현, 국제민사소송법, 박영사, 2012, 329의 각주 15)는 위 판결이 외국법규에 대하여 직권탐지주의를 적용한 것인지 분명하지 않다고 한다. 그러나 적어도 일반적 법리의 설시로서는 직권탐지주의를 채택한 것으로 보기에 충분하다고 생각된다. 이인재, “외국법의 적용과 조사”, 재판자료 제34집, 1986, 550-551도 동지.

55) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결

56) 이와 달리 로마법계나 보통법계의 전통적인 접근방식은 외국법의 증명을 사실의 증명과 동일하게 다루어 변론주의의 대상으로 삼고, 그 내용에 관한 자백의 구속력을 인정한다. 외국법 법률설과 사실설에 관한 상세한 소개는 피정현, “민사소송에서 외국법의 적용”, 비교사법 제7권 제2호, 2000, 813 이하 참조.

57) 이인재(주 54), 552; 석광현(주 54), 329; 피정현(주 56), 818.

58) 장준혁(주 4), 103; 한애라, “준거법인 외국법의 조사에 관한 소고”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 38.

59) 석광현(주 54), 331; 한애라(주 58), 39.

60) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008다88375 판결

61) 한애라(주 58), 41 이하 참조. 다만 이와 관련하여서는 ‘직권조사사항’의 개념을 어떻게 파악하는가에 따라 이견이 있을 수 있다. 이시윤, 신민사소송법(제15판), 박영사, 2021, 337은 직권조사사항을 ‘변론주의와 직권탐지주의의 중간지대’라고 하면서 공익에 관한 것으로서 당사자의 항변이 없어도

운영에 있어서나 그에 기초한 판결의 설시에 있어서 위와 같은 원칙을 충실히 구현할 필요가 있다.⁶²⁾

나. 외국법의 불명과 외국법의 해석·적용

앞서 본 외국법의 법적 성질론(외국법 법률설·사실설)은 소송상 외국법의 취급에 관한 개별적인 문제들을 종합적으로 설명하기 위한 일종의 법적 의제이다.⁶³⁾ 따라서 외국법을 법으로 보더라도 그에 대한 조사가 국내법에 대한 조사와 반드시 동일할 수 없다.⁶⁴⁾ 이러한 관점에서 법원의 직권탐지에도 불구하고 외국법이 불명인 경우에 어떻게 법을 적용하여야 하는가라는 현실적인 문제가 제기된다. 외국법의 불명은 ① 당해 사안에 적용될 외국법규에 흠결⁶⁵⁾이 있거나 그 존재 자체를 확인할 수 없는 경우⁶⁶⁾(협의의 외국법 불명)와 ② 당해 사안에 적용될 외국법규는 특정되나 그 내용을 확인할 수 없는 경우(외국법 내용의 불명)로 나누어 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 섭외사법 및 국제사법 하에서 이에 관하여 실시되는 우리 판례 법리는 위와 같은 외국법 불명의 유형에 따라 다음과 같은 두 가지 유형으로 나타나고 있다.⁶⁸⁾

[1] 외국적 요소가 있는 법률관계에 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석할 때는 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미와 내용에 따라 해석·적용하여야 하고, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이며, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면

법원이 직권으로 문제 삼아 판단한다는 점에서는 변론주의와 차이가 있지만, 판결의 기초가 될 사실·증거를 탐지하지는 않는다는 점에서 직권탐지주의와 다르다고 한다. 이와 달리 통설은 직권탐지주의는 변론주의와 대별되는 심리원칙으로서 사실의 인정방법에 관한 원칙이고, 직권조사사항은 심리의 대상 선정에 대하여 법원에 주도권을 인정하는 사항으로 이들은 서로 차원을 달리하는 개념이라고 본다. 통설에 의하면 위 본문과 같은 평가가 가능하나, 직권조사사항을 ‘변론주의와 직권탐지주의의 중간지대’라고 본다면 위와 같은 판시는 법원의 탐지의무를 부정하는 것이라는 점에서 비판의 대상이 될 여지가 있다.

- 62) 석광현(주 54), 329-330은 아래에서 보는 바와 같이 외국법의 조사를 당사자의 자료 제출에 크게 의존시킨 것으로 볼 수 있는 판례의 설시들(예: “소송과정에서…자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우” 등)에 대해서는 ‘직권탐지주의’에 이르지 못하는 것으로 볼 여지가 있다는 비판적 인식을 제시하고 있다. 한애라(주 58), 46 이하는 우리 법원 실무상 직권탐지의무를 실질화할 필요성을 강조하면서 그 구체적 방안을 검토한다.
- 63) 이인재(주 54), 524. 대륙법계 국가에서 외국법을 국내법과 꼭 같이 취급하는 것은 아니고, 영미에 있어서도 외국법 사실설이 보통법상의 원칙임에도 불구하고 이를 제정법을 통하여 완화하거나 이탈하는 경향을 보이고 있다(예: 미국의 1966년 연방민사소송규칙 제44조의1은 법원이 외국법을 확인함에 있어 어떠한 자료라도 참작할 수 있고, 외국법 내용의 확정은 상소에 있어서 법률문제로 취급된다고 규정한다).
- 64) 석광현(주 54), 326.
- 65) 김연/박정기/김인유(주 5), 209는 외국법의 흠결은 국제사법상 법의 흠결에 관한 일반적인 보충 문제로 해결하면 되기 때문에 외국법의 불명과 구별되어야 한다고 설명한다. 필자는 외국법의 흠결과 협의의 불명(그 존재 자체를 확인할 수 없는 경우)은 이를 구별하기도 어렵고 실제로 구별할 실익도 크지 않다고 본다.
- 66) 이는 어떤 실질법이 적용되어야 하는지를 알 수 없는 경우와 적용될 실질법은 확인이 되었지만, 당해 법률관계를 직접 규율할 규정을 알 수 없는 경우도 포함한다. 신창섭(주 40), 125.
- 67) 석광현(주 54), 335는 외국법 불명을 ‘협의의 외국법 불명’에 한정하고 외국법 내용의 불명은 외국법의 해석·적용에 있어서의 문제로 파악한다.
- 68) 2001년 국제사법법으로의 개정 과정에서 외국법 불명의 경우 법정지인 대한민국법을 적용한다는 취지의 규정을 두는 방안도 고려되었으나, 법원으로 하여금 너무 안이하게 대한민국법을 적용하도록 조장하는 결과가 될 것을 우려하여 조항을 두지 않았고, 아래와 [1]과 같은 취지의 판례가 있어 그러한 해결방식 자체에 대한 반대의견도 강하였다고 한다. 석광현(주 2), 130 참조.

조리에 의하여 재판할 수밖에 없다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결,⁶⁹⁾ 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결, 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결).
[2] 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용될 외국 법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석하는 경우에는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용하는 것이 원칙이며, (그 본국에서 최고법원의 법해석에 관한 판단은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 할 것이나,⁷⁰⁾ 소송 과정에서 그 외국의 판례나 해석기준에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서는 일반적인 법해석 기준에 따라 법의 의미와 내용을 확정할 수밖에 없다.⁷¹⁾

위와 같은 내용은 세 가지 핵심 기준을 제시하고 있다. ① 준거법인 외국법은 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미나 내용대로 해석·적용하는 것이 원칙이고, 그 본국에서 최고법원의 법해석에 관한 판단은 특별한 사정이 없는 한 존중되어야 한다. 이는 이견이 있기 어렵다. ② 위 [1]과 같이 당해 사안에 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재 자체에 관한 확인이 불가능한 경우에는 법원에 관한 민사상의 대원칙을 따라 그 외국의 관습법, 조리 순으로 법을 적용한다. 이는 ‘협정의 외국법 불명’ 사안에 관한 법리에 해당한다. ③ 위 [2]와 같이 당해 사안에 적용될 외국법규가 존재함은 확인되나 그에 관한 판례나 해석 기준을 알 수 없는 경우에는, ‘일반적인 법해석 기준에 따라’ 법의 의미와 내용을 확정한다. 이는 ‘외국법 내용의 불명’ 사안에 관한 법리에 해당한다.

위와 같은 기준과 관련하여 어려움을 야기하는 것은 ②와 ③의 기준이다. 우선 위 ② 기준은 우리 민법 제1조의 법원(法源)에 관한 규칙을 ‘민사상의 대원칙’이라고 전제하고 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여도 그 준거법을 불문하고 적용하는데, 합리적인 근거가 있다고 보기 어렵다.⁷²⁾ 법의 흠결이나 법의 존재 자체가 불명한 경우, 그 준거법 소속국의 법원(法源) 이론에 의하여 이를 보충할 법을 찾는 것이 더 논리적이다. 다만 그러한 법원 이론에 의하더라도 법의 흠결이 있거나 법의 존재 자체를 알 수 없는 경우에는 결국 그와 유사한 법계·전통을 따르는 법을 확인하여 적용하고, 그조차 불가능한 경우에는 국내법을 적용할 수밖에 없을 것이다(유사법설).⁷³⁾ 따라서 위 ②와 같은 논지의 기준은 재고될 필요가 있다.⁷⁴⁾ 다음으로,

69) 이러한 판시를 취한 것으로, 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결, 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결, 대법원 2019. 12. 24. 선고 2016다222712 판결, 대법원 2021. 7. 8. 선고 2017다218895 판결 등이 있다. 특히 위 98다35037 판결은 나아가 “그러한 조리의 내용은 가능하면 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결 방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전체 체계적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다”라고 판시하여 조리의 내용도 구체화 하고 있다.

70) 이러한 판시는 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다23168 판결, 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006다5130 판결 등에서 나타난다.

71) 이러한 판시를 취한 것으로, 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카19470 판결, 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다30041, 30058 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다23168 판결, 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006다5130 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결, 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다54587 판결, 2010. 3. 25. 선고 2008다88375 판결, 대법원 2011. 2. 8.자 2010마970 결정, 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결, 대법원 2016. 5. 12. 선고 2015다49811 판결 등이 있다.

72) 석광현(주 54), 336은 한국 민법이 정한 법원(法源)에 관한 3단계 구조를 외국법질서에서도 타당한 원칙으로 보는 것은 잘못이라고 지적한다.

73) 외국법의 불명에 관한 학설의 상세는 신창섭(주 40), 126 이하 및 피정현(주 56), 823 이하 참조. 국내에서는 강현중, 민사소송법(제7판), 박영사, 2018, 463 이하에서 이러한 견해를 취하고 있다.

위 ③ 기준은 준거법 소속국의 법 해석기준이 불명인 경우를 전제로 하고 있다는 점에서 부득이한 법리라고 생각된다. 다만 준거법의 내용이 불명인 경우 원칙적으로 법원으로서 그 준거법 소속국의 법 해석 기준을 규명할 충분한 노력을 기울여야 할 것임에도, 법원으로 하여금 지나치게 쉽게 ‘일반적인 법해석 기준’에 의존하도록 한 것은 아닌가 싶다.⁷⁵⁾ 여기서 ‘일반적인 법해석 기준’의 내용은 불분명한 측면이 없지 않으나, 결국 법정지인 우리나라에서 통용되는 법해석 기준에 의하게 될 것이다.⁷⁶⁾ 다만 그것이 국내법으로 도피하기 위한 간접적인 경로가 되어서는 안 되고, 당해 외국법의 문언과 체계, 연혁, 입법취지와 필요한 경우에는 유사한 입법례 등을 기초로 합리적인 해석을 하여야 할 것이다.⁷⁷⁾

V. 국제적 강행규정(제6조, 제7조)

1. 외국공법의 적용과 법정지의 국제적 강행규정

국제적 강행규정(國際的 強行法規, overriding mandatory rules)⁷⁸⁾이란 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없을 뿐만 아니라,⁷⁹⁾ 당해 법률관계의 준거법(*lex causae*)이 외국법이라도 그의 적용이 배제되지 않는 강행규정을 말한다.⁸⁰⁾ 국제적 강행규정은 사법관계를 규율하는 그 국가의 다른 실질법규들과는 달리 그 장소적 적용범위가 독자적으로 정해지고,⁸¹⁾

74) 석광현(주 54), 337은 ‘근자에 이런 식의 실시가 자취를 감춘 것은 다행이다’라고 평가하는데, 필자가 보기에도 최근 판례들에서 다시 위와 같은 판시가 나타난 것은 의외이다.

75) 준거법의 해석은 그 준거법 소속국의 법해석기준을 따름이 원칙이다. 석광현(주 52), 337.

76) 석광현(주 54), 338은 사비니(Savigny)가 문법적 해석, 논리적 해석, 역사적 해석과 체계적 해석이라는 4개 해석기준을 제시한 이래 대체로 그에 따르거나 이를 다소 수정하여 문언적 해석, 체계적 해석, 역사적 해석과 목적론적 해석이 타당하다고 보는 경향이 있기는 하나, 우리 대법원이 검증되지 않은 기준을 너무 안이하게 일반적 기준이라고 믿는 듯한 인상을 준다고 지적한다.

77) 대법원 2011. 2. 8.자 2010마970 결정은 ‘선박에 적재한 화물의 침수로 발생한 용선자의 운송인에 대한 손해배상채권이 파나마국 해상법의 선박우선특권에 의하여 담보되는 채권인지 여부는 한국법 및 일반 법원리에 따라 판단함이 상당하다’는 원심 판결을 정당한 것으로 수긍하였는데, 이처럼 파나마법 내용의 불명을 이유로 한국법을 법 해석에 참고하는 것은 지양되어야 할 것이다.

78) 국내에서는 논자에 따라 ‘국제적 강행법규’, ‘국제적 강행규범’ 혹은 ‘절대적 강행규정’이라고 일컫기도 한다. 필자는 우리 국제사법 제7조가 “대한민국의 강행규정”이라는 문언을 두고 있으므로 ‘국제적 강행규정’이라는 용어를 사용한다. 한편 국제적 강행규정을 일컫는 다른 영어 표현으로 ‘internationally mandatory rules’이 있다. 프랑스어권에서는 ‘직접적용법(*lois d'application immediate*)’이나 ‘경찰법(*lois de police*)’이라는 용어가, 독일어권에서는 ‘간섭규범(*Eingriffsnormen*)’이라는 용어가 쓰인다고도 한다. 장준혁, “국제적 강행규정 개념의 요소로서의 저촉법적 강행성”, 성균관법학 제19권 제2호, 2007, 564.

79) 이는 국내적 강행성을 의미한다. 장준혁(주 78), 567 이하는 국제적 강행규정은 저촉법적 강행성(抵觸法的 強行性)만을 필요로 할 뿐 국내적 강행성이 그 개념의 핵심 표지가 아니라는 견해를 소개한다. 그러나 강행규정이 되기 위해서는 우선 그 입법국의 국내적 강행규정일 필요가 있다. 석광현(주 2), 141.

80) 신창섭(주 40), 134; 석광현, “국제거래에서의 대리상의 보호-상법 제92조의2의 적용범위와 관련하여”, 국제사법과 국제소송(제4권), 박영사, 2007, 19.

81) 통상의 국제사법규범은 특정한 법률관계로부터 출발하여 국제사법을 매개로 그에 적용할 법체계를 밝히는 방법으로 준거법을 결정한다(이른바 ‘전면적 저촉규범’). 그러나 국제적 강행규정은 특정한 국가적 또는 사회경제정책적인 목적을 추구하는 ‘일면적/일방적 저촉규범’이 문제가 되고, 당해 법규로부터 출발하여 그의 적용범위를 정하게 된다는 점에서 통상의 국제사법규범과 다르다. 석광현, “국제금융거래에서 제3국의 외국환거래법과 국제적 강행규정의 적용: IMF 협정 제VIII조 2(b)를 포함하여”, 국제사법연구 제26권 제1호, 2020, 357.

이 적용범위는 법정지의 국제사법 규칙에 의하여 다른 국가의 법이 당해 법률관계의 준거법으로 지정되더라도 영향을 받지 않는다는 데 핵심적 특징이 있다.⁸²⁾ 국제적 강행규정이 적용되는 경우 본래의 준거법 적용이 배제되는 것은 아니고, 양자가 누적적으로 적용되는 효과가 있다.⁸³⁾

섭외사법은 국제적 강행규정에 관한 규정을 두고 있지 않았으나, 국제사법은 준거법으로 지정된 외국법의 공법규정 적용(제6조)과 법정지의 국제적 강행규정의 적용(제7조)에 관한 규정을 신설하였다. 준거법으로 지정된 외국법의 공법규정 적용에 관한 제6조는 국제사법에 의하여 지정되는 외국실질법은 사법(私法)에 한정되고 공법(公法)은 제외된다는 전통적인 원칙(이른바 ‘외국공법 부적용 원칙’)을 떠나 외국의 공법 규정이 준거법으로 적용될 수 있음을 입법으로 분명히 한 것으로서, 이는 준거법 소속국의 국제적 강행규정에 관한 적용 가능성을 명시한 것이기도 하다.⁸⁴⁾ 한편 국제사법 제7조는 종래 학설과 판례에 의해 인정되어 오던 ‘법정지의 국제적 강행규정’의 적용 가능성을 명시한 것이다.⁸⁵⁾

이처럼 국제사법은 준거법 소속국의 국제적 강행규정과 법정지의 국제적 강행규정의 적용이 허용됨을 명시하고 있으나, 구체적으로 어떠한 규정이 ‘국제적 강행규정’으로서의 성질을 가지는지에 관한 기준은 제시하지 않고 있다. 우리 재판례는 주로 국제사법 제7조를 적용함에 있어서 법정지인 우리나라의 국제적 강행규정이 무엇인가를 밝히는 것을 중심으로 축적되어 왔다.

2. 국제적 강행규정의 결정 기준에 관한 재판례

대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결은 “국제사법 제27조에서 소비자 보호를 위하여 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두고 있는 점이나 약관법의 입법목적은 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관법을 적용할 수 있는 것은 아니다”라고 판시한 바 있다.⁸⁶⁾ 이는 국제사법 제27조에서 정하는 ‘소비자계약에 관한 강행규정’이 ‘국제적 강행규정’과 다른 층위에 놓인 강행규정이라는 인식을 전제로 한 것으로 볼 여지가 적지 않다. 다만 위 판결이 일반적인 법리를 분명히 설치하지 않았으므로 우리 법원에서 채택한 국제적 강행규정의 인정 기준이 어떤 것이라고 단정하기에는 어려움이 있다.

다만 다수의 하급심 판결에서 “외국법이 준거법인 경우에도 적용하여야 할 우리법의 강행규정이란, 국제사법 제7조 자체에서 규정하고 있는 바와 같이 그 입법목적은 고려하여야 하고, 이는 그 법규정을 적용하지 않으면 우리의 법체계와 사회질서 및 거래안전 등에 비추어 현저하게 불합리한 결과가 야기될 가능성이 있어 이를 강제적으로 적용하는 것이 필요한 경우이거

82) 장준혁(주 78), 563.

83) 김연/박정기/김인유(주 5), 223.

84) 다만 우리 국제사법 제6조는 준거법 소속국의 국제적 강행규정이 당해 준거법의 일부로서 당연히 적용된다고 규정하는 대신 “공법적 성격 성격이 있다는 이유만으로 적용이 배제되지 않는다”는 소극적 규정방식을 취하고 있다. 이에 ‘준거법 소속국의 국제적 강행규정’ 적용을 뒷받침하는 이론 구성에 관하여는 외국의 공법도 당해 준거법의 일부로서 적용된다는 견해와 국제적 강행규정은 ‘강행규정의 특별연결이론’이라는 독자적인 연결원칙에 의해 적용된다는 견해로 나뉘어 있다. 상세는 석광현(주 2), 139 및 안춘수, “국제사법상 절대적 강행규정의 처리-이론의 전개와 국제사법 제6조, 제7조의 의미-”, 국민대학교 법학연구소 법학논총 제23권 제2호, 2011, 189 이하 참조.

85) 석광현(주 2), 141.

86) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결도 같은 판시를 하였다.

나, 법규정 자체에서 준거법과 관계없이 적용됨을 명시하고 있거나 혹은 자신의 국제적 또는 영토적 적용범위를 스스로 규율하고 있는 경우 등을 의미한다”는 법리를 판시하고 있어 주목할 만하다.⁸⁷⁾ 이러한 판시는 국제사법 제7조의 “입법목적에 비추어”라는 문언에 출발점을 둔 것으로서 일응 그 타당성을 수긍할 수 있으나, 위와 같은 추상적 판시만으로는 우리 법원이 채택하는 국제적 강행규정의 표지를 드러내기에는 다소 부족한 측면이 없지 않다.

한편 우리 판결례 중에는 국내의 법규정 내지 판례 법리가 국제적 강행규정으로서 당해 법률관계의 준거법이 외국법임에도 불구하고 적용되는지 여부가 문제된 경우들이 적지 않았는데, 이를 정리하면 다음과 같다.

가. 국제적 강행규정성을 인정한 사례

○ 상법 제374조 제1항 제1호(영업양도에 대한 주주총회의 특별결의요건)

이 규정은 회사의 수익의 원천이 되는 영업의 전부 또는 일부를 주주총회의 특별결의에 의하여만 양도될 수 있도록 함으로써 주주권을 보호하고 회사의 계속기업으로서의 존속을 보장하고자 하는 취지이다. 위 규정이 목적하는 ‘주주와 경영진 간의 권한 분배 및 주주권의 보호’는 주식회사의 소유와 경영을 분리하여 합리적인 경영체계를 갖추도록 하는 한편, 물적 자본의 투자·회수를 촉진·보장함으로써 전체 회사법 질서를 유지하는 데 이바지한다. 또한 위 규정 등에 의하여 유지·정립하려는 회사법 질서는 국가 경제 및 사회의 발전을 이끄는 데 긴요한 질서체계 중의 하나이다. 이러한 점에 비추어 보면, 상법 제374조 제1항 제1호는 대한민국의 공익과 회사법 질서를 유지하기 위하여 필수적인 규정이므로 이른바 ‘국제적 강행규정’에 해당한다.⁸⁸⁾

나. 국제적 강행규정성을 부정한 사례

○ 약관법 제3조(약관의 작성 및 설명의무와 편입통제),⁸⁹⁾ 제6조(불공정 약관조항의 무효),⁹⁰⁾ 제14조(소송 제기의 금지 조항 또는 재판관할합의 조항의 무효)⁹¹⁾

국제사법 제27조에서 소비자 보호를 위하여 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두고 있는 점이나 약관규제법의 입법 목적을 고려하면, 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관법을 적용할 수 있는 것은 아니다.

○ 상법 제92조의2(대리상의 보상청구권)

87) 서울고등법원 2007. 10. 12. 선고 2007나16900 판결(확정), 서울중앙지방법원 2013. 8. 23. 선고 2012가합10763 판결(확정), 서울고등법원 2019. 7. 9. 선고 2018나2052472(본소), 2018나2052489(반소) 판결(미확정, 대법원 2019다261558호 상고심 계속 중), 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(상고기각 확정)

88) 서울고등법원 2017. 1. 17. 선고 2016나2015158 판결(상고기각 확정), 특허법원 2017. 11. 10. 선고 2017나1919 판결(확정). 다만 이에 대하여 석광현, “국제적 기업인수계약의 준거법을 다룬 하급심 판결에 대한 평석”, 경희법학 제53권 제2호, 2018, 140 이하는, 내국회사의 이사가 그 회사의 중요 영업 자산에 해당하는 외국 자회사의 지분을 외국법을 준거법으로 하여 양도한 경우에 우리나라 상법 제374조 제1항 제1호가 적용되어야 하는 근거는, 위 규정이 국제적 강행규정이어서가 아니라 영업의 전부 또는 중요한 일부의 양도 행위에 주주총회 특별결의가 요구되는 것은 속인법의 적용 범위에 포함되는 사항으로서 내국회사의 속인법인 대한민국법이 적용되어야 하기 때문이라고 비판한다. 필자도 이러한 평가에 동의한다. 이필복, “법인과 단체의 실체적, 절차적 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 110 참조.

89) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결

90) 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결

91) 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(상고기각 확정)

상법 제92조의 2가 규정하고 있는 대리상의 보상청구권은 대리상 계약에 의한 당초의 보수에 부수하여 발생하는 계약상의 권리를 법에서 정하고 있는 것이어서 비록 그 입법취지에 일부 강행법규의 성격이 포함되어 있다 하더라도 공정거래, 소비자 보호 등과 같이 입법 목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 할 강행규정이라고 볼 수 없다.⁹²⁾

○ 보증인보호법 제4조, 제11조(보증채무 최고액의 특정, 편면적 강행규정)

보증인보호법은 우리나라 특유의 인정주의에 따라 특별한 대가를 받지 아니하고 경제적 부담에 대한 합리적 고려 없이 호의로 이루어지는 보증이 만연하고 채무자의 파산이 연쇄적으로 보증인에게 이어져 경제적·정신적 피해와 함께 가정파탄 등에 이르는 등 보증의 폐해가 심각하므로 보증채무의 범위를 특정함으로써 합리적인 금전거래를 확립하려는 것이 그 제정이유인 점에 비추어 보면 이를 국제적 강행규정으로 볼 수는 없다.⁹³⁾

○ 대한민국 법원의 법인격 부인론

법인격 부인론은 세계 각국에서 이론과 판례를 통하여 발전되어 온 법리이고 각국마다 필요에 따라 그 요건 및 효과를 달리하고 있으며, 대한민국에서도 법인격 부인론은 성문법규가 아니라 이론 및 판례로써 인정되는 법리로서 그 요건 및 효과를 브리티시 버진 아일랜드법의 법인격 부인론과는 달리하고 있는 것에 지나지 아니하므로, 대한민국 법원의 법인격 부인론의 요건 및 효과, 그 적용범위에 관한 판례가 국제적 강행규정으로서 이를 적용하지 않으면 우리의 법체계와 사회질서 및 거래안전 등에 비추어 현저하게 불합리한 결과가 야기된다고 보기는 어렵다.⁹⁴⁾

○ 제조물책임법(수입업자가 제조업자에게 책임을 묻는 경우)

제조물 책임법이 입증책임을 전환하고 제조자에게 무과실책임을 인정하는 등 소비자에게 유리한 지위를 인정하는 것은 소비자와 기업 간의 정보, 능력 등의 격차와 대량생산, 판매라는 유통구조로 인해 소비자를 보호할 필요성 때문이다. 이와 같은 제조물 책임법의 입법 취지, 규정의 내용 등을 종합하여 보면 설령 원고의 주장과 같이 제조물 책임법이 이 사건과 같이 제조물을 공급받은 수입업자가 그 제조업자에게 책임을 묻는 경우(실질에 있어서는 구상관계이다)에도 적용될 수 있는 규정이라고 하더라도 이 경우의 제조물 책임법은 계약관계와 관련된 당사자들의 이익을 조정하는 국내적 강행법규에 해당할 뿐이고 국가적, 경제 정책적인 이익에 봉사하는 공적인 성격을 가진다고 볼 수 없어 이 경우를 적용대상으로 하는 제조물 책임법은 국제사법 제7조에서 정하는 국제적 강행규정에 해당한다고 볼 수 없다.⁹⁵⁾

○ 상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인의 권한)

상법 제15조는 상인의 영업활동을 대외적으로 보조하기 위하여 제3자에 대한 관계에서 영업적 대리권을 가지는 상업사용인에 대한 규정 중 특정한 사항에 관하여 모든 행위를 할 수

92) 서울고등법원 2005. 1. 14. 선고 2004나14040 판결(확정). 다만 아래에서 보는 것처럼 유럽사법재판소는 2000년 ‘Ingmar’ 사건 결정에서, 유럽연합의 지침을 국내법화한 영국법에 따른 대리상의 보상청구권은 비회원국법이 준거법인 경우에도 적용된다고 판단하였다. 상세는 석광현(주 20), 24 이하 참조.

93) 서울중앙지방법원 2013. 3. 29. 선고 2012가합83969 판결(확정)

94) 서울중앙지방법원 2013. 8. 23. 선고 2012가합10763 판결(확정)

95) 서울고등법원 2014. 8. 22. 선고 2013나35063 판결(확정)

있는 사용인의 대리권을 정한 것으로 계약 당사자 사이의 이해관계를 조절하기 위한 규정에 해당하느냐, 이러한 규정 취지 등에 비추어 위 규정을 국제적 강행규정이라고 할 수 없다.⁹⁶⁾

○ 가맹사업법 제12조(불공정거래행위의 금지), 제14조(가맹계약해지의 제한)

가맹사업법에는 준거법이 외국법인 경우에도 그 조항들을 적용하고자 하는 입법자의 의지가 표현되어 있다고 보기 어렵다. 즉 가맹사업법의 경우 가맹사업의 공정한 거래질서를 확립하고 가맹본부와 가맹점사업자가 대등한 지위에서 상호보완적으로 균형 있게 발전하도록 함으로써 소비자 복지의 증진과 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 제정된 법으로서, 국제거래에 개입하려는 입법자의 의도는 발견하기 어려우며 역외적용과 관련된 특별한 조항을 두고 있지 않다.⁹⁷⁾

공정거래법은 그 입법목적이나 취지에 반하는 국제적 협정이나 계약을 금지하고 규제하는 규정에 따라 공정거래법의 입법목적이나 취지가 국제적 계약에서도 준수되어야 한다는 해석이 직접적으로 도출될 수 있는 반면에, 가맹사업법에는 이와 같은 규정이 마련되어 있지 않다. 더구나 가맹사업법의 개별 규정 가운데에서도 가맹사업법 제12조와 같은 규정은 불공정거래행위의 금지를 정함으로써 공정거래법과 그 입법목적 및 취지를 상당부분 공유하는 것으로 인정할 여지가 있는 데 비하여, 이 사건에서 문제되는 가맹사업법 제14조는 계약 해지의 구체적인 절차에 관한 규정으로서 그 입법목적 및 취지가 공정거래법의 그것과 같다고 보기가 더욱 어렵다.⁹⁸⁾

3. 검토 및 장래의 과제

국제적 강행규정의 인정 기준은 나라마다 차이가 있다.⁹⁹⁾ 예컨대 독일에서는 국가적이거나 경제정책적인 이익을 보장하기 위한 강행규정만을 국제적 강행규정으로 보고, 경제적 약자를 보호함으로써 대립하는 당사자들의 사적 이익 조정을 보장하기 위한 강행규정(예: 근로자와 소비자 보호에 관한 강행규정)은 통상의 강행규정이라고 보는 반면에, 프랑스와 영국에서는 약자의 지위에 있는 당사자의 보호라는 법의 목적도 국제적 강행규정성을 부여받기에 충분하다고 본다.¹⁰⁰⁾ 유럽사법재판소는 1999년 *Arblade* 사건 결정¹⁰¹⁾과 2013년 *Unamar* 사건 결정¹⁰²⁾에서 근로자의 권리를 보호하기 위한 규정들이 국제적 강행규정이 될 수 있다고 판단하

96) 서울고등법원 2017. 6. 20. 선고 2015나2070479 판결(확정)

97) 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(상고기각 확정). 가맹사업법 제12조의 국제적 강행규정성이 쟁점이 되었던 사건이다.

98) 서울중앙지방법원 2019. 10. 24. 선고 2018가합576876 판결(확정). 가맹사업법 제14조의 국제적 강행규정성이 쟁점이 되었던 사건이다.

99) 국제적 강행규정의 인정 기준에 관한 외국의 입법례와 국내의 학설에 관한 상세는 이필복, “국제적인 문화재 거래와 국제적 강행규정-기원국의 국제적 강행규정을 중심으로-”, 국제사법연구 제27권 제1호, 2021, 132 이하 참조.

100) Flessner/Wilderspin, “Overriding mandatory provisions”, Encyclopedia of Private International Law, Edward Elgar, 2017, 1332 및 Cheshire, Private International Law(15th), Oxford, 2017, 143. 특히 영국의 1996년 고용권법(Employment Rights Act 1996) 제204조는 위 법률의 규정이 고용관계의 준거법과 무관하게 적용됨을 명시한다. 이와 관련된 영국 판례는 *Lawson v Serco Ltd.* [2006] UKHL 3; *Duncombe v Secretary of State for Children, Schools and Families* [2011] UKSC 36; *Ravat v Halliburton Manufacturing & Services Ltd.* [2012] UKSC 1 등이 있다.

101) *Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL*, Joined Cases C-369/96 and C-376/96 [1999] ECR I -8453

102) *United Antwerp Maritime Agencies(UNAMAR) NV v Navigation Maritime Bulgare*, Case C-184/12

였고, 2000년 *Ingmar* 사건 결정¹⁰³⁾에서는 대리상 보호에 관한 규정이 국제적 강행규정이 될 수 있다고 판단하였다. 우리 법원은 앞서 본 바와 같이 약관법, 가맹사업법, 제조물책임법(다만, 수입업자가 제조업자에게 책임을 묻는 사안에 관한 것임), 그리고 보증인보호법의 규정들에 대한 국제적 강행규정성을 부인한 바 있다. 이러한 접근은 프랑스와 영국, 그리고 유럽사법재판소의 법리와는 달리 기본적으로 ‘경제적 약자를 보호함으로써 대립하는 당사자들의 사회적 이익 조정을 보장하기 위한 강행규정’에 대해서는 국제적 강행규정으로서의 성격을 인정할 수 없다는 취지로 이해된다.¹⁰⁴⁾ 다만 국내의 소비자 또는 근로자 보호라는 공익 실현을 위해 긴요한 법률조항이 있다면 그러한 법률조항에 대해서는 국제적 강행규정을 긍정할 수 있다고 볼 여지가 있는데, 근본적으로는 국제적 강행규정의 인정 기준에 관한 판례 법리를 분명하게 정립할 필요가 있다.

한편 우리 국제사법은 준거법 소속국의 국제적 강행규정(제6조), 법정지의 국제적 강행규정(제7조)의 적용에 관하여는 명시하면서도 ‘제3국의 국제적 강행규정’의 적용 내지 고려에 관하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 이는 제3국의 국제적 강행규정에 관하여는 우리나라에서는 물론 국제적으로도 정립된 견해가 없으므로 학설과 판례에 그에 관한 법리의 형성을 맡기고자 한 것이다.¹⁰⁵⁾ 제3국의 국제적 강행규정을 저촉법적으로 적용하거나 적어도 이를 실질법적 경로를 통해 고려하는 것¹⁰⁶⁾은 우리 국제사법 규정들을 기초로 정립된 저촉법 질서에 충격을 가하는 것으로서 법적안정성과 당사자의 예측가능성을 저해할 수 있는 반면, 어느 국가의 법체계가 보장하고자 하는 근본적 가치를 존중하거나 그 국가의 핵심적 이익을 보장하기 위한 것이라는 점에서 제한적으로나마 그 필요성을 인정할 여지가 있다. 그러므로 필자는 일단 이처럼 상충하는 이익의 균형을 총체적으로 고려하여 그 적용 내지 고려 여부를 검토하여야 할 것이라고 보는데, 그러한 이익형량에 있어서 ‘당해 사안과 그 국가(제3국) 사이의 관련성’, ‘그 강행규정의 적용에 의해 보호하고자 하는 그 국가 공익의 중요성’, 그리고 ‘제3국의 국제적 강행규정을 적용 내지 고려한 결과가 국제사법적 정의 실현에 얼마나 유리한가’ 등의 요소가 고려될 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾ 앞서 본 것처럼 법정지법인 우리 법의 국제적 강행규정을

[2013] OJ C 367/12.

103) *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*, Case C-381/98 [2000] ECR I-9325. 이에 관한 소개와 평석은 석광현, “국제거래에서의 대리상의 보호-상법 제92조의2의 적용범위와 관련하여”, 국제사법과 국제소송(제4권), 박영사, 2007, 25 이하 참조. 이 사건에서 유럽사법재판소는 유럽연합의 대리상지침(Commercial Agents Directive) 제17조와 제18조를 국내법화한 회원국의 법은 대리상이 유럽공동체 내에서 영업을 영위하는 한 대리상계약의 준거법이 미국 캘리포니아주법이라 하더라도 당해 대리상계약에 적용된다고 판단하였다. 이 사건에서는 유럽연합 지침의 통일적이고 우선적인 적용이라는 이익이 크게 고려된 것으로 보이는데, 오늘날 유럽연합은 특히 소비자 보호와 관련한 다양한 지침들에 그 지침에 포함될 실질법 규정의 국제적 강행규정성을 명시하고 있음에 유의할 필요가 있다[예: 소비자계약에 포함된 불공정 계약조건에 관한 지침(Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts) 제6조 제2항, 회원국의 영토와 밀접한 관련이 있는 소비자계약에 대하여 당사자들이 제3국의 법을 선택하더라도 위 지침에 의하여 부여되는 보호가 박탈되지 아니한다.]

104) 이필복(주 99), 141. 앞서 본 바와 같이 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결은 국제사법 제27조에서 정하는 ‘소비자계약에 관한 강행규정’이 ‘국제적 강행규정’과 다른 층위에 놓인 강행규정이라는 인식을 시사한다.

105) 석광현(주 2), 148.

106) 제3국의 국제적 강행규정의 취급에 관한 이론은 크게 저촉법적 해결설과 실질법설로 나뉘는데, 오늘날 통설인 저촉법적 해결설에 의하더라도 제3국의 국제적 강행규정을 저촉법적으로 직접적용하는 것 외에, 보충적으로 실질법 차원에서, 예컨대 민법상 공서양속 위반에 관한 규정(우리 민법 제103조, 독일 민법 제138조)을 적용함에 있어서 제3국의 국제적 강행규정의 효력 내지 영향을 고려할 수 있음은 긍정된다(간접적용). 이에 관한 상세는 이필복(주 99), 149 이하 참조.

결정하는 기준을 정립하는 것뿐만 아니라, 우리 국제사법의 해석상 제3국의 국제적 강행규정을 적용(직접적용)하거나 실질법 차원에서 고려(간접적용)할 수 있다고 해석되는지, 만약 그렇다면 그러한 기준은 어떠한지를 정립하는 것 역시 장래 우리 국제사법학의 과제라 할 것이다.¹⁰⁸⁾

VI. 준거법 지정의 예외조항(제8조)

1. 예외조항 도입의 취지

준거법의 연결에 관한 기본적인 대원칙은 사안에 가장 밀접한 관련을 가진 법을 연결하는 것이다. 이러한 연결원칙은 내외법 평등을 전제로 실질법에 대하여 가치중립적인 연결을 하는 것이고, 세계 각국이 이 방법에 따른다면 준거법의 국제적 통일을 가능케 하여 당사자의 준거법에 대한 예견가능성도 높아진다.¹⁰⁹⁾ 그러나 실질법으로서의 국제사법 규정은 법적안정성을 위하여 연결점을 획일화시켜 놓고 원칙적으로 이를 강행적으로 적용할 것을 요구한다. 국제사법 제8조의 예외조항은 국제사법의 각 규정에 의한 준거법의 강행적 연결이 해당 법률관계와 ‘가장 밀접한 관련을 가진 법’을 연결한다는 기본적 연결원칙에 명백히 반하는 경우에, 국제사법 규정의 강행적 적용에 따른 경직성을 완화하여 위 기본적 연결원칙을 관철하고, 사안에 따른 구체적 타당성을 달성하기 위해 마련된 조항이다.¹¹⁰⁾ 이러한 측면에서 당사자자치가 허용되는 경우까지 예외조항을 인정할 것은 아니므로 그러한 경우에는 예외조항의 적용이 배제된다(제8조 제2항).¹¹¹⁾ 예외조항은 섭외사법에서는 없던 조항으로서 국제사법 개정을 통해 총칙편의 일반조항으로 새로 도입되었다.¹¹²⁾ 이 조항은 명백히 부당한 연결규칙을 수정하는 법 형성 권한을 법원에게 부여하는 명문의 수권조항라고도 표현된다.¹¹³⁾

2. 예외조항을 적용한 재판례: 편의치적에 대한 예외조항의 적용

선박우선특권에 의하여 담보되는 채권이 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권인 경우 그 임금채권에 관한 사항은 선원근로계약의 준거법에 의하여야 하고, 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여

107) 이필복(주 99), 152 이하 참조.

108) 국제적 강행규정의 취급에 관한 이론적 검토에 관하여는 신창선/윤남순(주 4), 278 이하; 석광현(주 81), 379 이하; 안춘수(주 84), 191 이하; 김용진, “강행법규의 대외적 효력”, 국제사법연구 제3호, 1998, 703 이하 및 김민경, “영국에서 제3국의 국제적 강행규정”, 재판자료 제137집: 외국사법연수논집(38), 2019, 253 이하 참조.

109) 김연/박정기/김인유(주 3), 148.

110) 최홍섭(주 4), 157.

111) 석광현(주 2), 154. 신창선/윤남순(주 4), 139는 예외조항 적용 배제의 근거로, 당사자가 법을 선택한 경우에도 예외조항을 적용하게 되면 당사자의 합의에 반하여 다른 법이 적용됨에 따라 당사자의 법적 지위가 불안정하게 될 수 있고, 당사자들은 통상 그 사안과 충분히 관련성 있는 법질서를 선택한다는 점을 든다.

112) 예외조항에 관한 입법론적 검토에 관하여는 석광현, “섭외불법행위의 준거법결정에 관한 소고”, 국제사법과 국제소송(제1권), 박영사, 2002, 212 이하 및 신창선, “국제사법상의 예외조항에 대하여”, 국제사법연구 제6호, 2001, 117 이하 참조.

113) 장준혁(주 4), 90.

발생되는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 된다.¹¹⁴⁾ 또한 국제사법 제60조 제1호, 제2호의 규정에 의하면 선원의 임금채권을 근거로 하는 선박우선특권의 성립 여부나 선박우선특권과 선박저당권 사이의 우선순위를 정하는 준거법은 원칙적으로 선적국법에 해당한다.¹¹⁵⁾ 그런데 그 선박이 파나마 등에 편의치적(便宜置籍, Flags of Convenience)¹¹⁶⁾된 경우, 그러한 편의치적이 UN 해양법협약 제91조 제1항 제3문에서 정한 ‘진정한 관련(眞正한 關聯, genuine link)의 원칙’을 충족하여 국제법 차원에서 유효한 것으로 취급될 수 있음과는 별개로,¹¹⁷⁾ 그 선적국과 선박 사이에 실질적 관련성이 사실상 결여되어 선박의 국적이 국제사법상 연결점으로 기능할 수 있는지에 대해서는 많은 의문이 제기된다.¹¹⁸⁾

섭외사법 하에서는 실질선주에 대한 채권자들이 선박에 관하여 집행을 하자 편의치적을 위해 설립된 특수목적회사(SPC)가 해당 선박이 자신의 소유임을 주장하면서 제3자이익의 소를 제기한 사안들에서, 특수목적회사가 집행을 불허를 구하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다고 하거나,¹¹⁹⁾ 여기서 더 나아가 위 특수목적회사의 법인격을 부인한 예¹²⁰⁾가 있었다. 그러나 이러한 판결들은 법인격 부인의 준거법 등에 관한 국제사법적 고려를 하지 않은 것일 뿐만 아니라,¹²¹⁾ 그 결론에 있어서도 앞서 본 것처럼 편의치적의 유효성이 실질적으로 수긍되는 현실

114) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결. 이 판결에 관한 평석으로는 석광현, “선박우선특권과 피담보채권(선원임금채권)의 준거법”, 국제사법과 국제소송(제5권), 박영사, 2012, 293 이하 참조.

115) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결

116) 편의치적이라 함은 선박의 소유자가 주로 자국의 규제를 회피하기 위하여 세무, 노동, 해운정책 등에 대한 규제가 느슨한 다른 국가에 선박을 등록하여 그 국가의 국적을 유지하는 관행을 말한다. 정해덕, 사례중심 신해상법, 코리아쉬핑가제트, 2021, 64. 선박소유자는 이를 위하여 선적국법을 준거법으로 하여 특수목적법인(SPC) 내지 페이퍼 컴퍼니(paper company)를 설립하기도 하는데, 선박소유자나 선박의 승무원(선장·선원)의 국적이나 상거소가 선적국과 다른 경우가 보통이다. 논자에 따라서는 ‘편의취적(便宜取籍)’이라고도 하나, 이하에서는 보다 보편적으로 쓰이는 ‘편의치적’이라는 용어를 사용한다. 편의치적의 방식 등에 관한 상세는 민성규/최재수, “선박국적제도의 국제법상 의의와 국적취득조건부나용선 선박의 통관 문제”, 한국해법학회지 제28권 제2호, 2004, 14이하 참조.

117) UN 해양법협약 제91조 제1항 제3문은 “기국과 선박 사이에는 진정한 관련(眞正한 關聯, genuine link)이 있어야 한다.”고 규정한다. 이에 따라 편의치적이 진정한 관련의 원칙에 반하여 효력이 없는지 여부가 문제되는데, 국제해양법재판소(ITLOS)는 1999년 이른바 ‘Saiga호(제2차) 사건’ 판결과 2014년 ‘Virginia G호 사건’ 판결에서 ① 진정한 관련의 원칙은 기국의 의무가 더 효과적으로 실현될 수 있게 하기 위한 것으로서 다른 국가가 그 선박등록의 유효성(有效性, validity)을 다투는데 참고할 기준을 설정하기 위한 것은 아니고, ② 기국 외의 국가는 그 기국과 선박이 ‘진정한 관련’을 충족하지 못하였다고 주장하면서 해당 선박에 대한 국적의 승인(承認, recognition)을 거부할 수 없으며, ③ 선박이 기국에 등록된 후 기국이 협약 제94조의 규정에 따라 자국의 관할권을 행사하고 통제하는 것이 바로 ‘진정한 관련’에 해당한다는 논리로써 편의치적의 경우에도 진정한 관련의 원칙이 충족된다고 판단하여 실질적으로 편의치적의 유효성을 긍정하였다. 이에 관한 상세는 이필복, “선박의 국적, 등록 및 등기에 관한 몇 가지 문제”, 한국해법학회지 제43권 제1호, 2021, 44 이하 참조.

118) 석광현(주 114), 311. UN 해양법협약 상의 ‘진정한 관련성’은 국제사법 상의 연결점 내지 연결원칙으로서 기능하는 ‘밀접한 관련성’ 또는 ‘실질적 관련성’과는 다른 맥락의 것임을 유의할 필요가 있다.

119) 대법원 1989. 9. 12. 선고 89다카678 판결

120) 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결

121) 석광현(주 2), 212. 아울러 석광현(주 114), 317 이하의 법인격 부인은 회사의 법인격을 일반적으로 부정하는 것이 아니라 문제된 특정사안에 관하여 사원과 회사의 독립성을 부정한다는 데 있으므로, 법인격이 부인된다고 하여 국제사법 상 연결점으로서의 선적국법의 의미가 상실되는 것은 아님을 지적한다. 법인격 부인의 준거법에 관하여는 김태진, “법인격부인론에 관한 국제사법적 검토”, 국제사법연구 제14호, 2008, 209 이하 및 이필복(주 88), 114 참조.

하에서 과연 특수목적법인의 법인격을 부인하거나 그의 권리행사가 신의칙에 위반한다고 쉽사리 단정할 수 있는가라는 점에서 그 적절성에 의문이 제기된다.¹²²⁾

이러한 측면에서 예외조항인 국제사법 제8조 제1항을 적용하여, “선박이 편의치적이 되어 있어 그 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고, 실질적인 선박 소유자나 선박 운영회사의 국적과 주된 영업활동장소, 선박의 주된 항해지와 근거지, 선원들의 국적, 선원들의 근로계약에 적용하기로 한 법률, 선박저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 이루어진 장소 및 그에 대하여 적용되는 법률, 선박경매절차가 진행되는 법원이나 경매절차에 참가한 이해관계인 등은 선적국이 아닌 다른 특정 국가와 밀접한 관련이 있어 앞서 본 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법을 준거법으로 보아야 할 것이다”라고 하여 선원들의 임금채권을 근거로 하는 ‘선박우선평의칙적 성립 여부’ 및 ‘그 선박우선평의칙과 피고의 근거당권 사이의 우선순위’와 가장 밀접한 관련이 있는 법은 선적국인 파나마국 법이 아니라 대한민국 상법이라고 한 판결¹²³⁾은 편의치적에 대하여 예외조항 적용을 통해 그 준거법을 합리적으로 규율할 수 있는 방향을 제시한 것으로서 의미가 있다.¹²⁴⁾ 다만 위 판결이 편의치적에 대하여 일반적으로 예외조항을 적용할 수 있는 근거로서 활용되어서는 안 되고, 편의치적과 관련된 개별적 법률관계에서 예외조항이 적용될 수 있는 고려요소들이 탐구되어야 할 것이다.¹²⁵⁾

3. 검토와 과제

적어도 필자가 아는 한에서 예외조항을 적용한 판례는 위 판례가 유일하다. 편의치적 외에 당사자들이 자신들과 인적 관련성 없는 다른 국가에 준거법 연결점(국적, 상거소 등)을 만들어 내는 경우는 흔하지 않기 때문으로 생각된다. 국제사법이 정한 연결점들은 그 자체가 당해 법률관계와의 밀접한 관련성을 고려하여 설계된 것이기 때문에, 그 연결점이 존재함에도 다른 국가가 ‘명백하게 가장 밀접한 관련이 있는 국가’로 인정되기는 쉽지 않고, 법원으로서도 기본적으로 그 여부를 검토함에 신중한 태도를 견지할 필요가 있다. 당사자자치가 적용되는 영역에서 당사자들이 강행규정의 적용 회피 등을 위하여 그 사안과 관련 있는 국가가 아닌 제3국의 법을 준거법으로 합의하는 경우에는 그에 관한 적절한 규율이 필요할 수 있다. 그런데 그러한 경우에는 예외조항의 적용이 배제되므로(제8조 제2항), 법정지 또는 제3국의 국제적 강행규정 또는 법정지의 공서 조항의 적용 등을 검토할 여지가 생길 수 있다.¹²⁶⁾

122) 권혁준, “편의치적과 관련한 국제사법상 쟁점에 관한 연구”, 국제사법연구 제21권 제1호, 2015, 317 이하도 동지.

123) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결. 이에 관한 평석으로는 권혁준(주 122), 327 이하; 김진권, “편의치적선의 준거법 결정에 관한 고찰”, 한국해법학회지 제37권 제1호, 2014, 51 이하; 박영호, “편의치적선의 경우 국제사법 제8조에 의하여 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법을 준거법으로 볼 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 제101호, 2015, 282 이하 및 박배근, “편의치적 선박의 임의경매 관련 준거법”, 부산판례연구회 판례연구 제29집, 2018, 699 이하 참조.

124) 석광현, “편의치적에서 선박우선평의칙의 준거법 결정과 예외조항의 적용”, 국제사법과 국제소송(제6권), 2019, 50은 위 판결이 국제사법 제8조 제1항을 적용한 최초의 대법원판결로서 편의치적에 대하여 예외조항을 근거로 선적국법의 적용을 거부한 점에서 획기적인 판결이라고 한다.

125) 박영호(주 123), 290; 박배근(주 123), 715.

126) 이와 관련하여 국제사법 제25조 제4항은 “모든 요소가 오로지 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정은 그 적용이 배제되지 아니한다”고 규정하여 국제적 강행규정의 체계를 거치지 않고도 ‘모든 요소가 관련된’ 국가의 강행규정의 적용을 보장하고 있다.

한편 예외조항의 적용은 앞서 본 국제사법의 사항적 적용범위가 문제될 수 있는 사안에서 국제사법의 적용 자체를 배제하고 우리나라 법을 적용하는 것이 아니라 ‘밀접한 관련이 있는 국가의 법’으로서 우리나라 법을 적용하는 근거로 활용될 수 있다. 편의치적의 사안을 국제사법의 적용범위에 포섭하되,¹²⁷⁾ 필요한 경우 예외조항의 적용을 검토하는 것이 국제사법 개정의 취지에 부합하는 방향이라고 본다. 편의치적과 관련하여 예외조항의 적용에 관한 보다 구체적인 기준들을 정립하는 것이 장래 과제라 할 것이다.

VII. 반정(제9조)

독립적 저촉규정에 의한 지정이 총괄지정(국제사법지정)인지 실질사법지정인지는 각 독립적 저촉규정에서 정할 문제이다. 명문으로 규정할 수도 있고 해석에 맡길 수도 있는 문제이다. 2001년 개정으로써 국제사법적 고려의 대상이 되는(국제사법적으로 의미부여되는) 반정의 범위가 대폭 확대되었다. 즉, 본국법으로서 외국법이 지정된 경우로의 제한은 더이상 존재하지 않는다. 따라서 한국 국제사법이 상거소지법을 지정하였는데 주소지법으로 반정될 여지도 생겼고, 한국 국제사법이 본국법주의를 따르는 분야인 국제인법과 국제가족법, 국제상속법 등을 벗어나 국제불법행위법 등에서도 반정이 인정될 여지가 생겼다.¹²⁸⁾

우리 재판례 상으로는 국제사법 제9조를 적용하여 반정한 것이 명시적으로 다루어진 예는 찾아보기 어렵다. 오히려 혼인 당사자가 모두 미국 국적임에도 쌍방 또는 일방이 우리나라에 상거소를 두고 있어 우리나라에서 이혼 등 청구를 하는 경우에 ‘숨은 반정’의 법리를 적용하여 이혼에 관한 우리나라 법을 적용하는 예들이 주로 나타난다. 여기서 ‘숨은 반정’이라 함은 외국의 저촉법 규정에 의해 반정하는 ‘명시적 반정’과는 달리 외국의 국제재판관할규칙 등에 숨겨진 저촉법규정에 의해 반정하는 것을 말한다.¹²⁹⁾ 예컨대 앞서 본 바와 같이 미국의 국제사법 리스테이트먼트(제2판) 제285조는 “당사자의 주소가 있는 곳으로서 소가 제기된 주의 법”이 이혼할 권리를 규율한다고 정하고 있고 각 주의 국제사법이 대체로 이를 따르고 있으므로, 우리나라에 상거소를 둔 미국 국적자 간 이혼 소송에서 미국의 어느 주법이 이혼의 준거법으로 적용되는 경우에(국제사법 제39조, 제37조 제1호), 위와 같은 저촉법규칙을 유추적용하여 의해 우리나라의 법으로 반정된다고 볼 여지가 생긴다.¹³⁰⁾

숨은 반정의 법리가 적용되기 위해서는, ① 우리 국제사법에 의하여 연결대상의 준거법으로 외국법이 준거법으로 지정될 것, ② 당해 외국에 연결대상에 대한 독립적인 저촉법 규칙이 없을 것, ③ 당해 외국의 국제재판관할규칙에 따르면 우리나라에 국제재판관할이 있을 것, ④ 당해 국가가 자국에서 재판할 경우 법정지법(*lex fori*)을 적용할 것, ⑤ 반정을 허용하는 것이 우리 국제사법의 지정 취지에 반하지 않을 것(제9조 제2항 제6호의 유추적용)의 요건이 충족되어야 한다.¹³¹⁾ 우리 법원이 숨은 반정의 법리를 적절히 활용하는 것은 그 타당성을 인정할 수 있을 것이나, 개별 사안에서 위와 같은 숨은 반정의 요건이 충족되었는가를 정확히 검토할 필요가 있다.

127) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결

128) 장준혁(주 4), 92.

129) 석광현(주 2), 170.

130) 이선미, “국제사법적 관점에서의 국제입양 관련 실무 현황과 과제”, 국제사법연구 제24권 제2호, 2018, 159는 양부모가 영미권의 외국인이고 양자가 내국인인 파양 사건에서도 숨은 반정의 법리가 적용될 여지가 있다고 한다.

131) 석광현(주 2), 171-172.

VIII. 공서(제10조)

국제사법에 의해 지정된 준거법을 적용함에 있어서는 그 적용에 따른 결과가 우리 법질서와 조화로운가를 고려하지 않음이 원칙이다. 그러나 공서 조항은 준거법으로 지정된 외국법 적용에 따른 결과¹³²⁾가 우리 법질서에서 수인될 수 없는 경우에는 그 외국법의 조항을 배제할 수 있도록 허용한다.¹³³⁾ 그러한 점에서 공서 조항은 우리 헌법이 보장하는 기본권이나 기본적인 법질서를 방어하는 기능을 가진다.¹³⁴⁾

섭외사법에도 공서 조항(제5조)이 있었으나 국제사법의 공서 조항(제10조)은 공서 위반의 ‘명백성’을 공서 조항 적용의 요건으로 추가하였다.¹³⁵⁾ 그러므로 국제사법의 공서 조항을 적용함에 있어서는 공서 위반 여부에 관하여 불명확한 점이 존재하는 경우에는 함부로 공서 조항을 적용할 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 공서 위반 여부의 판단에 있어서는 사안의 내국관련성이 중요한 기준이 되는데, 내국관련성이 크면 외국법 적용의 결과가 우리나라의 선량한 풍속 및 사회질서에 위반되는 정도가 약하더라도 공서위반이 될 수 있으나, 반대로 내국관련성이 작으면 외국법 적용의 결과가 선량한 풍속 및 사회질서에 위반되는 정도가 큰 경우에만 공서위반이 될 수 있다.¹³⁶⁾ 한편 국제사법 제10조의 공서와 비교할 때 민사소송법 제217조의 공서를 적용하기 위해서는 더욱 엄격한 요건이 요구된다. 이는 승인국 법원이 직접 재판하였더라면 공서 조항에 의하여 그 적용을 배제했을 외국법을 외국 법원이 적용하여 재판하였더라도 이를 이유로 외국재판의 승인이 거부되는 것은 아니라는 것이다.¹³⁷⁾

아직까지는 국제사법의 공서 조항 적용이 문제된 대법원 판결은 나타나지 않았다.¹³⁸⁾ 다만 가족법 분야와 관련하여 국제사법상 공서 조항의 적용이 논의되고 있으므로 장래에는 특히 가족법 분야를 중심으로 공서 조항의 적용이 문제되는 사례들이 등장할 것을 점쳐볼 수 있다. 그러한 사례의 예로는, ① 국제사법 제43조에 의하여 지정되는 입양의 준거법(양친의 본국법)이 동성혼 부부의 입양을 허용하는 경우¹³⁹⁾, ② 국제사법 제43조에 의하여 지정되는 입양의

132) 비록 외국재판의 승인에 관한 판결이기는 하지만 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결 역시 ‘외국판결을 승인한 결과’가 대한민국의 공서에 반하는지 여부가 공서 위반의 심사 대상이 된다고 한다. 이에 관한 상세는 이필복, “외국판결의 승인에서의 공서 위반 심사의 대상”, 사법 제44호, 2018, 271 이하 참조.

133) 한승수, “우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교-민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로”, 중앙법학 제21권 제1호, 2019, 8.

134) 상세는 석광현, “국제사법에 대한 헌법의 영향”, 저스티스 통권 제170-3호, 2019, 511 이하 참조.

135) 한편 국제사법 제32조 제4항은 불법행위의 준거법과 관련하여 “외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다.”고 규정한다. 이 역시 비록 공서를 언급하고 있지는 않지만 특별공서조항으로 이해된다. 한승수(주 133), 8.

136) 석광현(주 134), 513. 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결은 “외국판결을 승인한 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나는지 여부는 그 승인 여부를 판단하는 시점에서 외국판결의 승인이 우리나라의 국내법 질서가 보호하려는 기본적인 도덕적 신념과 사회질서에 미치는 영향을 외국판결이 다른 사안과 우리나라와의 관련성의 정도에 비추어 판단하여야 한다”고 하여 외국재판 승인 맥락에서의 공서위반과 관련하여 이러한 법리를 분명히 하였다.

137) 석광현(주 2), 181. 이러한 현상을 ‘공서의 완화된 효력(*effet atténué de l'ordre public*)’ 또는 ‘완화된 공서이론(*Theorie vom ordre public atténué*)’이라고 한다.

138) 섭외사법 하에서 공서위반이 문제된 사례에 관하여는 석광현(주 2), 181 이하 참조.

139) 현소혜, “국제입양의 준거법 결정: 헤이그 입양협약 가입에 대비하여”, 국제사법연구 제24권 제2

준거법이 파양제도를 인정하지 않는 경우¹⁴⁰⁾, ③ 대리모 계약이 그 자체로 공서에 위반하는지 여부 및 친자관계의 준거법상 그에 기하여 성립된 친자관계(국제사법 제45조)가 인정되는 경우¹⁴¹⁾ 등을 들 수 있다. 필자는 특히 대리모에 의한 친자관계의 성립 문제에 주목한다. 우리 하급심 재판례 중에는 법률상 부모를 ‘출산’이라는 자연적 사실이 아니라 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자와 출산모의 의사를 기준으로 결정하여야 한다는 의견을 배척하고, “우리 민법상 모자관계의 결정 기준이 ‘모의 출산사실’인 점, 가족관계등록법상 출생신고를 할 때에는 출생신고서에 첨부하는 출생증명서 등에 의하여 모의 출산사실을 증명하여야 하는 점, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함으로써 생명윤리와 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 생명윤리법의 입법목적 등을 종합하여 볼 때, 남편이 배우자 아닌 여성과의 성관계를 통하여 임신을 유발시키고 자녀를 낳게 하는 고전적인 대리모의 경우뿐만 아니라, 본건과 같이 부부의 정자와 난자로 만든 수정체를 다른 여성의 자궁에 착상시킨 후 출산케 하는 이른바 ‘자궁(출산)대리모’도 우리 법령의 해석상 허용되지 아니한다고 할 것이고, 이러한 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로서 민법 제103조에 의하여 무효”라고 판단한 것이 있다.¹⁴²⁾ 이는 우리 법을 준거법으로 할 때 대리모계약의 무효는 물론 그에 기한 친자관계의 성립에 있어서도 그 자녀의 모를 직접 출산한 대리모로 보아야 한다는 취지이므로, 만약 친자관계의 준거법상 대리모에 기초한 친자관계의 성립을 긍정되는 사안이 나타난다면 국제사법상 공서 위반이 중요한 쟁점이 될 수 있을 것이다.

IX. 해사사건의 준거법(해상편)

1. 해사사건의 준거법 일반론

해상법은 본질적으로 국제성을 가지고 있으므로, 일찍부터 거래의 효율과 안전을 위하여 해상법 분야의 실질법(實質法, substantive law)을 통일하려는 노력이 전개되어 왔다(이른바 ‘해상법의 통일운동’). 그리고 그러한 노력은 다수의 국제조약 등을 통해 상당 부분 성공을 거두었다고 평가할 수 있다.¹⁴³⁾ 그러나 실질법의 통일이 이루어지지 못하였거나 그 적용이 이루어

호, 2018, 92 이하.

140) 현소혜(주 139), 103은 완전입양 제도(친양자 제도)를 택하고 있는 국가에서는 파양을 불허하는 것이 일반적인 제도인 이상 파양을 인정하지 않는 것이 그 자체로 공서 위반에 해당하는지 의문이라고 한다. 김문숙, “친양자제도의 도입으로 인한 국제사법상의 영향”, 국제사법연구 제11호, 2005, 313은 파양금지 자체는 각국의 실질법상 입장에 따라 상이하므로 그 타당성을 일괄하여 판단할 수 없고, 사안의 내국관련성을 고려하여 상대적으로 이해할 것이라고 한다.

141) 이에 관한 상세는 이병화, “국제대리모계약에 관한 연구”, 국제사법연구 제22권 제1호, 2016, 157 이하 참조.

142) 서울가정법원 2018. 5. 9.자 2018브15 결정. 위 사건은 대리모계약에 기하여 출생한 사건본인에 대한 가족관계등록이 수리되지 아니하자 사건본인의 아버지가 관할 가족관계등록관서의 장을 상대로, 위 불수리 처분을 취소하고 자신의 아내이자 난자 제공자를 모로 하는 출생신고수리절차를 이행할 것을 청구한 사건이다. 이 사건은 대법원 2018스37호 사건으로 재항고 되었으나 재항고 취하로 종결되어 대법원에서 판단 받지 못하였다.

143) 최중현, 해상법상론(제2판), 박영사, 2014, 17 이하 참조. 해상법의 통일을 위한 국제조약의 예로는 국제해법회(CMI) 주도로 성립된 1910년 선박충돌조약, 1910년 해난구조조약 및 이에 대한 1967년 개정의정서, 1924년 선하증권통일조약(이른바 ‘헤이그규칙’), 1926년 및 1967년 선박우선탈권 및 저장권 통일조약, 1924년 및 1957년 선박소유자책임제한조약, 1961년 해상여객운송조약, 1974

지지 않는 영역 등에 대해서는 여전히 국제사법에 의한 준거법의 결정을 필요로 한다.¹⁴⁴⁾ 이에 섭외사법은 제44조 내지 제47조에서 선박의 물권, 선박충돌, 해양사고 구조 등과 같은 일정한 사항에 관하여 저촉규정을 두고 있었고, 이를 이어받은 국제사법은 제10장(제60조 내지 제62조)에서 이들 영역에 관한 저촉규정을 두고 있다.¹⁴⁵⁾

그런데 해사사건에 관하여 국제사법이 명문의 규정을 두어 규율하는 영역은 선박의 물권이나 선박의 항행과 관련한 불법행위(선박충돌), 사무관리·부당이득(해양사고 구조) 등과 같이 당사자자치의 원칙이 적용되기 어려운 영역에 한정된다. 오히려 해사사건에서 문제되는 많은 영역은 당사자들이 용선, 운송계약이나 그와 관련한 보험계약(선박보험 또는 적하보험)의 준거법을 당사자자치 원칙(국제사법 제25조)에 따라 영국법으로 합의함으로써 발생하는 법적 문제들이다. 이는 선하증권이나 보험계약에 포함된 준거법 조항의 성격을 어떻게 파악할 것인가에서부터, 그러한 조항들을 통해 지정된 준거법의 실질적 내용을 어떻게 해석할 것인가와 관련되어 있다. 따라서 해사사건의 준거법과 관련하여서는 당사자자치가 작용하는 해사 관련 계약에 관한 부분과 국제사법이 명문으로 규정을 둔 부분으로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

2. 당사자자치가 작용하는 해사 관련 계약 부분

당사자자치가 작용하는 해사 관련 계약은 해상운송계약(여객운송계약, 개품운송계약), 용선계약(선체용선계약, 정기용선계약, 항해용선계약, 슬로트용선계약 등)과 이에 수반하여 체결되는 적하보험·선박보험계약 등을 들 수 있다. 이들 계약에 대해서는 기본적으로 당사자자치의 원칙(국제사법 제25조)이 적용되므로, 당사자는 그 준거법을 자유롭게 합의하여 지정할 수 있다. 그러므로 국제사법적 맥락에서는 그러한 원칙보다도 당사자자치의 원칙이 개별 계약에 반영되는 방식에 관한 문제가 주로 대두된다. 이하에서는 그러한 준거법 합의의 편입 방식의 문제로서 중요하게 다루어진 선하증권 상의 지상약관 조항의 법적 성질과 적하보험계약에서의 준거법 지정 약관의 법적 성질에 관하여 간략히 다룬다.

가. 저촉법적 지정과 실질법적 지정

당사자가 계약에 준거법의 지정에 관한 조항을 포함하고 있는 경우 그것이 저촉법적 지정에 해당하는지 아니면 실질법적 지정에 해당하는지는 중요한 문제이다. ‘저촉법적 지정(抵觸法的 指定, kollisionsrechtliche Verweisung)’이란 계약의 당사자가 그 계약의 준거법을 선택하는 것을 말하는 것으로서 국제사법 제25조 제1항에 따른 준거법의 선택이 저촉법적 지정에 해당한다. 이와 달리 ‘실질법적 지정(實質法的 指定, materiellrechtliche Verweisung)’이란 당사자가 선택한 준거법 또는 준거법 결정 원칙에 따라 결정된 준거법의 적용을 받으면서 그 준거법이 허용하는 범위 안에서 당사자들이 준거법 소속국이 아닌 다른 국가의 법을 적용하기로 약정하는 것을 말한다.¹⁴⁶⁾

년 요크-앤티워프규칙, UN의 국제해사기구(IMO) 주도로 성립된 1969년 유류오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약과 이에 대한 1992년 개정의정서, 1974년 해사채권책임제한조약 및 이에 대한 1996년 개정의정서, 2001년 선박연료유에 의한 오염손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약, UN 무역개발위원회(UNCTAD) 주도로 성립된 1978년 UN해상물건운송조약(이른바 ‘함부르크규칙’), 그리고 UN 국제거래법위원회(UNCITRAL) 주도로 성립된 2008년 UN해상물건운송조약(이른바 ‘로테르담규칙’) 등이 있다.

144) 신창섭(주 40), 366.

145) 국제사법이 해상법에 관한 별도의 장을 두는 입법례는 별로 없어, 이는 우리 국제사법의 특색이라고 한다. 석광현(주 2), 585.

저촉법적 지정과 실질법적 지정을 구분하는 실익은 다음과 같다.¹⁴⁷⁾ 첫째, 저촉법적 지정의 경우 당사자가 준거법을 선택하지 않았다면 준거법으로 될 객관적 준거법의 강행규정의 적용이 배제되는 데 반하여, 실질법적 지정의 경우는 객관적 준거법의 강행규정의 적용이 배제되지 않는다. 둘째, 저촉법적 지정의 경우 계약체결 후 준거법이 개정되면 원칙적으로 개정된 준거법이 적용되는 데 반하여, 실질법적 지정의 경우 개정 전의 외국법이 계약에 편입된 것이므로 외국법의 사후 개정은 계약 내용에 영향을 미치지 않는다. 셋째, 저촉법적 지정에 의해 외국법이 준거법이 되는 경우에는 앞서 본 것처럼 법원이 직권으로 외국법을 탐지할 의무를 부담하나 단지 외국법의 내용이 계약에 편입된 것에 불과하다면 당해 외국법이 계약의 내용이 될 뿐이므로 변론주의에 따라 당사자가 이를 주장·입증하여야 한다. 넷째, 적어도 우리 법원의 확립된 실무상 저촉법적 지정에 의해 당해 법률관계에서 발생하는 분쟁해결과 관련한 절차적 요소들(예: 어떠한 법률요건의 증명책임과 그에 대한 증명의 정도,¹⁴⁸⁾ 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조의 지연손해금 규정의 적용 여부¹⁴⁹⁾)이 영향을 받는다.

실무상으로는 선하증권 상의 지상약관 조항과 적하보험계약에서의 준거법 지정 약관이 저촉법적 (부분)지정인가 아니면 실질법적 지정인가가 문제되어 왔다.

나. 지상약관 조항의 법적 성질

해상운송 실무상 선하증권 이면에 운송계약에 적용되는 준거법 지정과 관련하여 이른바 ‘지상약관(Clause Paramount)’을 포함하는 경우가 많다. 선하증권상 지상약관은 선하증권에 포함되는 면책약관의 일종으로서, 선하증권에 운송인(선주)의 책임 내지 면책에 관하여 운송계약의 준거법에 불구하고 일정한 국제법규(주로 헤이그규칙 또는 헤이그-비스비규칙) 내지 특정 국가법에 의하도록 정하는 특별조항이다.¹⁵⁰⁾ 지상약관에는 ‘본 선하증권에 있는 어떤 내용보다 본 약관에 있는 내용을 우선적으로 적용한다’는 취지가 기재되어 있어 이를 지상약관이

146) 석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 국제사법상의 문제점”, 국제사법과 국제소송(제2권), 박영사, 2002, 55. 후자는, 당사자들이 계약의 내용을 구체적으로 규정하는 대신 특정외국법규를 지정함으로써 동 법규를 마치 약관처럼 계약의 내용으로 편입하는 것을 가리킨다.

147) 석광현, “영국법이 준거법인 한국 회사들 간의 선박보험계약과 약관규제법의 적용 여부”, 국제사법과 국제소송(제6권), 박영사, 2019, 94 및 이필복, “해상적하보험상 준거법 약관의 유형과 피보험자의 최대선의의무”, 2019년 법관연수 어드밴스 과정 연구논문집, 2020, 581 이하 참조.

148) 영국 해상보험법 및 관습에 의하면, 보험의 목적에 생긴 손해가 그 부보위험인 해상 고유의 위험으로 인하여 발생한 것이라는 점에 관한 입증책임은 피보험자가 부담한다고 할 것이고, 그 증명의 정도는 이른바 ‘증거의 우월(preponderance of evidence)’에 의한 증명으로 충분하다 할 것이다(대법원 2001. 5. 15. 선고 99다26221 판결 등 참조). 증명의 정도를 당해 법률관계의 준거법에 따르도록 하는 것에 대해 비판적 견해로는, 석광현, “국제소송에서 입증의 정도의 성질결정과 준거법”, 법률신문 제3954호(2011. 7.) 참조.

149) 지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로, 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다. 한편 소송촉진 등에 관한 특례법(이하 ‘특례법’이라 한다) 제3조 제1항에서 정하는 법정이율에 관한 규정은 비록 소송촉진을 목적으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 절차법적인 성격을 가지는 것이라고만 볼 수는 없고 그 실질은 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이므로, 본래의 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우에는 특례법 규정을 적용할 수 없다고 해석함이 타당하다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결 등 참조).

150) 이성우, “선하증권상 지상약관에 의한 준거법의 분할지정”, 통상법률 2008년 2월호(통권 제79호), 2008, 91. 연혁적으로는 선주가 일방적으로 자신의 면책범위를 확대하는 경향에 대응하여 화주의 이익을 보호하고자 하는 국제적 요청에 따라, 선하증권상에 선주의 면책에 관하여는 국제법규 내지 특정 국가의 법에 의하도록 하는 관행에서 비롯된 것이다. 최성수, “선하증권상 지상약관과 종속적 연결에 의한 불법행위의 준거법”, 외법논집 제43권 제4호, 2019, 244 참조.

라 부른다.¹⁵¹⁾ 그러므로 위 지상약관이 운송계약에 대한 일반적 준거법과 어떤 관계를 가지고 있는지, 보다 구체적으로는 그것이 준거법의 부분지정(dépeçage)에 해당하는지 아니면 실질법적 지정인지에 관한 법적 성질 논의가 이어져 왔다. 이와 관련하여 최근 대법원은 지상약관의 법적 성질에 관하여 “선하증권에 일반적인 준거법에 대한 규정이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약이나 그 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 우선 적용하기로 하는 이른바 ‘지상약관’이 준거법의 부분지정(분할)인지 해당 국제협약이나 외국 법률규정의 계약 내용으로의 편입인지는 기본적으로 당사자의 의사표시 해석의 문제이다. 일반적 준거법 조항이 있음에도 운송인의 책임범위에 관하여 국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정하고, 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비하였다면, 특별한 사정이 없는 한 운송인의 책임제한에는 그 국가의 법을 준거법으로 우선적으로 적용하는 것이 당사자의 의사에 부합한다”고 하여 지상약관은 준거법의 부분지정에 관한 합의로 추정하는 것이 타당하다는 취지의 판시를 하였다.¹⁵²⁾ 위 판결에 의하면 지상약관이 저촉법적 지정인지 실질법적 지정인지는 기본적으로 당사자의 의사해석에 의하나,¹⁵³⁾ 적어도 저촉법적 지정이 되기 위해서는 ‘국제협약을 입법화한 특정 국가의 법을 따르도록 규정’한 지상약관의 경우 그것이 해당 국가 법률의 적용요건을 구비해야하고, 그렇지 않으면 실질법적 지정에 해당하게 될 것이다. 이는 종래 지상약관을 유형화하여 ① 헤이그-비스비규칙 등 국제협약이 직접 적용되는 것으로 정한 지상약관의 경우는 실질법적 지정으로 보아야 하고, ② 국제협약을 입법화한 특정국가의 법이 적용되는 것으로 정한 지상약관의 경우는 그것이 당해 국가 법률의 적용요건을 구비한 경우에는 저촉법적 지정, 그렇지 않은 경우에는 실질법적 지정으로 보아야 한다는 국내의 유력설¹⁵⁴⁾을 따른 것으로 보인다. 기존 대법원의 판례¹⁵⁵⁾에 의하더라도 위와 같은 분류가 가능하였다고 설명되나,¹⁵⁶⁾ 위 판결은 지상약관이 저촉법적 부분지정으로서 기능하기 위한 요건을 분명히 하였다는 점에서 의미가 있다.

나. 해상적하보험상 영국법 준거약관의 법적 성질¹⁵⁷⁾

오늘날 해상적하보험에서 널리 쓰이고 있는 런던보험자협회¹⁵⁸⁾의 1982년 협회적하약관¹⁵⁹⁾은 ① “이 보험은 영국의 법률 및 관습(또는 실무, 이하 ‘practice’로 표현되는 문구의

151) 김인현, “선하증권으로 지정된 지상약관상 준거법인 미국 COGSA의 효력”, 한국해법학회지 제40권 제2호, 2018, 263.

152) 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결. 이에 관한 평석으로는 최성수(주 150), 227 이하; 김인현(주 151), 253 이하; 권창영, “선하증권상 지상약관이 준거법의 부분지정(분할)에 해당하는지 여부”, 해양한국 2018년 6월호(통권 제537호) 2018, 122 이하 및 이정원, “국제사법상 당사자자치의 원칙과 지상약관”, 부산대학교 법학연구 제60권 제4호, 2019, 137 이하 참조.

153) 이정원(주 152), 149 이하는 운송인의 책임 범위에 관하여는 다른 준거법을 적용하고자 하는 당사자의 의사해석이라는 측면을 강조하고 있다.

154) 석광현, “해가국제사법의 몇 가지 문제점-준거법을 중심으로”, 한국해법학회지 제31권 제2호, 2009, 101 이하 참조. 위 ①의 경우에 이를 실질법적 지정으로 보는 이유는 우리 국제사법의 해석상 특정 국가의 법만이 준거법이 될 수 있다고 보기 때문에, 그리고 ② 중 국제협약의 내용이 당해 국가법의 적용요건을 구비하지 못한 경우에는 이를 저촉법적 지정으로 보는 것은 그 국가 입법자의 의사에 반한다고 보기 때문에 각각 실질법적 지정으로 본다.

155) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결

156) 석광현(주 154), 103 이하 참조.

157) 이에 관한 보다 상세한 논의는 이필복(주 147), 567 이하 참조.

158) 런던보험자협회는 1998년 런던국제보험·재보험시장연합(London International Insurance and Reinsurance Market Association, LIRMA)과의 합병을 통해 국제보험자협회(International Underwriting Association, IUA)가 설립됨으로써 소멸하였다. 이러한 이유로 국제보험자협회가 표준약관을 마련한 주체로 설명되기도 한다.

해석에서 같음)에 준거함(This insurance is subject to English law and practice).”이라는 영국법 준거약관을 두고 있다(제19조). 그런데 우리나라에서는 위 영국법 준거약관을 그대로 사용하지 않고, ② “이 보험증권 하에서 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법과 관습이 적용된다(All questions of liability arising under this policy are to be governed by the laws and customs of England).”거나, ③ “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims).”는 내용으로 수정된 준거약관이 더 빈번하게 사용된다고 한다.¹⁶⁰⁾ 국내의 많은 문헌들은 해상적하보험에서 사용되는 영국법 준거약관을 위 ① 내지 ③의 유형으로 나누어 설명하고 있다. 그리고 그 중 특히 빈번하게 사용되는 ② 유형의 영국법 준거약관의 법적 성질과 그 내용에 관하여는 이를 어떻게 파악하여야 하는가가 오래도록 문제되어 왔다.

당사자들이 어떠한 영국법 준거약관에 의해 준거법을 영국법으로 지정하는 것인지(저촉법적 지정) 아니면 영국의 법률규정을 계약 내용으로 편입하는 것인지(실질법적 지정)는 앞서 지상약관의 법적 성질에서 본 바와 같이 기본적으로 당사자의 의사표시 해석의 문제이다.¹⁶¹⁾ 이에 따라 앞서 본 세 가지 유형의 영국법 준거약관 별로 법적 성질을 분석하자면 다음과 같다.

먼저 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 준거함.”이라고 규정하는 ① 유형은 문언상 해당 보험계약에 관한 법률관계 일반을 규율하는 준거법을 영국법으로 지정하는 것으로 분명하게 해석되고, 이는 종래 별다른 의문 없이 받아들여져 왔다.¹⁶²⁾

다음으로 “이 보험증권에 포함되어 있거나 또는 이 보험증권에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서만 영국의 법률과 관습에 의한다.”라고 규정하는 ③ 유형은 ‘일체의 전보청구 및 결제에 관해서만(only as to liability for and settlement of any all claims)’ 영국의 법률(과 관습)에 의한다고 분명하게 한정하고 있으므로, 해당 사항에 관해서만 준거법을 지정[이른바 ‘부분지정(部分指定)’]하는 것이라는 점도 비교적 분명하다. 우리 대법원은 ③ 유형의 영국법 준거약관이 문제가 된 사안에서 위 유형의 영국법 준거약관이 준거법을 부분지정하는 당사자들의 의사에 터잡은 것이라고 분명히 판단한 바 있다.¹⁶³⁾

159) 1963년 및 1982년 협회적하약관의 연혁 및 조문별 주요 내용 관한 자세한 설명은 정성훈, 해상보험증권과 협회적하약관, 한국학술정보, 2006, 127 이하 참조. 2009년 개정된 협회적하약관에 관한 설명은 이재복, “2009년 협회적하약관(ICC)의 도입과 ICC(1982)와의 비교 분석”, 보험학회지 제83집, 2009, 59 이하 및 박성호, “2009년 개정협회적하약관의 운송조항에 관한 연구”, 한국해법학회지 제32권 제1호, 2010, 365 이하 참조.

160) 이와 달리 우리나라의 선박보험 실무에서는 거의 예외 없이 위 협회약관에 규정된 “이 보험은 영국의 법률 및 관습에 준거함(This insurance is subject to English law and practice).”는 영국법 준거조항의 원형이 사용된다고 한다. 한창희, 해상보험법, 국민대학교 출판부, 2017, 10. 최성수, “해상보험계약에서 준거법의 결정”, 이화여자대학교 법학논집 제16권 제3호, 2012, 161 각주 6)은 이러한 차이가 발생하는 원인을, 보험가액이 큰 선박보험의 경우 국내 보험회사의 재보험 인수능력이 부족하여 영국 재보험자에 의존하는 경향이 높기 때문이라고 설명한다.

161) 이필복(주 147), 583; 석광현, “해상적하보험계약에 있어 영국법 준거약관과 관련한 국제사법상의 문제점”, 국제사법과 국제소송(제2권), 박영사, 2002, 57.

162) 해상적하보험에 관한 것으로, 대법원 2003. 6. 13. 선고 2001다42660 판결 참조. 선박보험에 관한 것으로, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결, 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결 등 참조.

163) 대법원 1998. 7. 14. 선고 96다39707판결. 위 판결에서 사용된 준거약관의 문구에 관한 상세한 분

가장 어려운 문제는 “이 보험증권 하에서 발생하는 책임에 관한 모든 문제는 영국의 법과 관습이 적용된다.”고 규정하는 ② 유형의 성질을 어떻게 파악하는지이다. 이와 관련하여 최근 대법원은 ② 유형의 영국법 준거약관이 포함된 해상적하보험에 사업자의 약관의 중요 내용 설명의무를 규정한 대한민국의 약관규제법 제3조가 적용되는지가 쟁점이 된 사안에서, “이 사건 준거법 약관은 이 사건 보험계약 전부에 대한 준거법을 지정한 것이 아니라 보험자의 ‘책임’ 문제에 한정하여 영국의 법률과 관습에 따르기로 한 것이므로 보험자의 책임에 관한 것이 아닌 사항에 관하여는 이 사건 보험계약과 가장 밀접한 관련이 있는 우리나라의 법이 적용된다고 할 것인데, 약관의 설명의무에 관한 사항은 약관의 내용이 계약내용이 되는지 여부에 관한 문제로서 보험자의 책임에 관한 것이라고 볼 수 없으므로(대법원 2001. 7. 27. 선고 99다 55533 판결 참조), 이에 관하여는 영국법이 아니라 우리나라의 약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관법’이라고 한다)이 적용된다.”고 판시하였다.¹⁶⁴⁾ 이는 ② 유형의 영국법 준거약관은 ‘보험자의 책임 문제에 한정하여’ 영국법을 준거법으로 지정한 것이라는 부분지정설의 입장을 분명히 한 것이다.¹⁶⁵⁾ 그러므로 이러한 판례에 의하면 위 유형의 약관에 의하여 영국법에 연결되는 ‘보험자의 책임 문제’에 어떠한 것들이 포함되는지를 확정하는 것이 중요한 문제가 된다. 일반적으로 ‘보험자의 책임 문제’는 보험계약의 효력에 관한 문제로서 대체로 어떤 위험이 보험에 의해 담보되는가(보험사고 해당성), 어떠한 범위의 손해가 보험에 의한 전보의 대상이 되는가(전보되는 손해의 범위), 보험금 지급의 방법, 보험금청구권의 소멸시효, 지연손해금, 보험계약자 등의 손해방지의무에 관한 문제 등이 이에 해당한다고 할 것이나, 구체적으로 어떠한 쟁점이 이에 포함될 수 있는지는 구체적인 사안별 검토를 요한다. 우리 대법원 판결은 ② 유형의 영국법 준거약관이 포함된 해상적하보험의 보험자에 대한 제3자의 직접청구권이 문제된 사안에서 ‘외국적 요소가 있는 책임보험계약에서 제3자 직접청구권의 행사에 관한 법률관계에 대하여는 기초가 되는 책임보험계약에 적용되는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있다고 보므로, 그 국가의 법이 준거법으로 된다’는 법리를 전제로 ‘보험자의 책임에 관한 준거법’인 영국법이 직접청구권의 준거법이 된다고 판단한 바 있다.¹⁶⁶⁾ 즉 우리 판례상 제3자의 보험자에 대한 직접청구권도 ‘보험자의 책임 문제’로 포섭된다고 할 것이다. 한편 우리 최근 판례 중에는 영국 해상보험법상 최대선의의무 및 고지의무 위반에 따른 보험계약 취소의 문제도 ‘보험자의 책임 문제’에 해당함을 전제로 ② 유형의 약관에 기초하여 영국법을 적용한 것이 있다.¹⁶⁷⁾ 종래 영국 해상보험법상 피보험자가 고지의무를 위반하는 경우 보험자는 해당 보험계약을 취소(avoid)할 수 있는 점을 고려하여, 국내에서는 보험계약자 등의 ‘고지의무’¹⁶⁸⁾를 보험계약의 성립과 유효성의 문제로 성질결정하는 견해가 유력하다.¹⁶⁹⁾ 필자는 이와 관련하여

석은 석광현(주 161), 76 이하 참조.

164) 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결. 이 판결에 관한 평석으로는 지상규, “해상적하보험계약상 영국법 준거약관의 적용 및 보험자의 설명의무에 관한 고찰”, 서울법학 제25권 제2호, 2017, 365 이하; 김진오, “외국적 요소가 있는 계약에 관한 준거법의 결정 및 영국법의 적용을 받는 영국 ‘갑판적재약관(On-Deck Clause)’에서 규정하는 ‘갑판유실(Washing Overboard)’의 의미”, 법과 정의 그리고 사람: 박병대 대법관 재임기념 문집, 2017, 828 이하 및 박원근, “영국법 준거약관이 포함된 해상보험계약의 준거법 결정”, 부산판례연구회 해사법의 제문제, 2018, 425 이하 참조.

165) 이필복(주 147), 587.

166) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결

167) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2017다272103 판결

168) 구체적으로는 고지의무의 내용, 요건과 그 위반의 효과, 고지의무위반을 이유로 하는 계약의 해지(또는 취소)에 관한 채척기간 등이 이에 포함된다. 이한별, “국제해상보험계약과 영국법 준거약관”, 서울대학교대학원 법학석사 학위논문, 2015, 77 참조.

169) 김인현(주 151), 271; 석광현(주 161), 65; 이한별(주 168), 77 및 전해동, “해상보험계약상 영국법

다음과 같은 사항들이 장래의 과제라고 본다. 첫째, 최대선의의무는 고지의무보다 더 상위의 개념이고 그 내용도 더 광범위하므로 최대선의의무와 고지의무를 동일한 레벨에서 파악하는 것은 체계상 불합리할 수 있다. 둘째, 고지의무에 쟁점을 한정하여 보더라도, 그 성질결정에 관한 종래 유력설과 위 최근 판례 사이의 상충을 정리 내지 해소할 필요가 있다. 셋째, 영국은 2015년 보험법¹⁷⁰⁾을 제정하여 ① 고지의무의 내용을 실질적으로 ‘공정표시의무(the duty of fair representation)’로 완화하고, ② 해상보험법 제17조 중 최대선의의무 위반의 효과로서 보험계약의 소급적 취소를 규정하고 있던 부분을 삭제하는 등 최대선의의무의 내용을 개선하였는데,¹⁷¹⁾ 이와 같은 최대선의의무와 고지의무의 내용 변경을 성질결정론에 있어서도 반영할 필요가 있다.

3. 국제사법이 명문으로 규정을 둔 부분

가. 선적국법주의

국제사법의 해상편에서 단연 중요한 규정은 ‘선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권 그 밖의 선박에 관한 물권’ 등 선박 자체와 관련한 일반적이고 중요한 법률관계의 준거법들을 선적국법에 연결시키고 있는 국제사법 제60조이다. 섭외사법에 이어 국제사법은 ‘선박의 국적’이 국제사법 제60조에 열거한 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가진다고 보아 그 준거법을 선적국에 연결하고 있다.¹⁷²⁾ UN 해양법협약¹⁷³⁾ 제91조 제1항 2문은 “어느 국기를 게양할 자격이 있는 선박은 그 국가의 국적을 가진다”고 규정한다. 이러한 의미에서 선박이 국적을 둔 나라를 ‘기국(旗國, state of flag)’이라고 하는데, 이는 선적국(船籍國)이라 일컬어지기도 한다.¹⁷⁴⁾ 선적국은 특히 등록 또는 등기에 의해 공시되는 각종 물권의 발생, 효력 및 우선순위 등과 밀접한 관련이 있는바, 그 준거법을 선적국법에 일관하여 연결함으로써 높은 예측가능성과 법적안정성을 보장할 수 있다고 이해된다.¹⁷⁵⁾ 국제사법 제60조의 규정에 의하여 선적국법이 준거법으로 지정되는 경우에는 반정(反定)이 배제된다(국제사법 제9조 제2항 제5호). 이는 선박에 관한 많은 이해관계인의 예측가능성과 법적안정성, 그리고 신속한 해상분쟁의 처리를 보장하기 위한 것이다.¹⁷⁶⁾

준거약관과 보험법의 적용에 관한 연구”, 해사법연구 제19권 제1호, 2007, 347.

170) Insurance Act 2015

171) 2015년 보험법상 최대선의의무 중 특히 공정표시의무의 내용에 관한 국내 문헌으로는 우선 한창희(주 160), 47 이하 및 김찬영, “1906년 해상보험법상 고지의무의 변경에 관한 연구”, 무역상무연구 제71권, 2016, 171 이하, 신건훈, “2015년 영국 보험법상 공정표시의무에 관한 연구”, 무역상무연구 제72권, 2016, 57 이하 참조.

172) 서동희, “선적국법주의의 타당성”, 국제사법연구 제17호, 2011, 394에 의하면, 19세기 무렵 선박, 선장 또는 선원에 관한 법률문제에 관하여 선적국법이 적용되어야 한다는 원칙이 정립되었다고 한다.

173) 공식 명칭은 ‘해양법에 관한 국제연합협약 및 1982년 12월 10일자 해양법에 관한 국제연합협약 제11부 이행에 관한 협정(United Nations Convention on the Law of the Sea)’이다. 우리나라는 1983. 3. 14. 협약에 서명하고 1996. 1. 29. 비준하여 협약이 우리나라에서 1996. 2. 28. 발효하였다.

174) ‘기국’은 주로 UN 해양법협약을 중심으로 한 국제법적 맥락에서 주로 사용되는 용어이고, ‘선적국’은 준거법의 연결점으로서 주로 국제사법적 맥락에서 사용되는 용어이다. 선박의 국적이 가지는 국제법적, 국제사법적 기능에 관한 상세한 분석은 이필복(주 117), 33 이하 참조.

175) 석광현(주 2), 588; 정병석, “국제해상법”, 국제사법연구 제4권, 1999, 435 이하 참조.

176) 김연/박정기/김인유(주 5), 460. 다만 석광현(주 2), 167은 위 규정이 현실적인 타협의 산물로 편입된 것으로서 논리적으로 철저하지 못한 측면이 있음을 지적한다.

어떠한 선박이 선체용선등록(나용선등록, Bareboat Charter Register) 되어 있는 경우 선적국의 확정이 문제된다. 선체용선등록이란 특정 국가에 이미 등록된 선박이 다른 나라 용선자에게 선체용선된 경우 선체용선자가 자국에 선체용선을 등록하는 것을 말하는데, 이를 이중등록(dual or parallel registration)이라고도 한다.¹⁷⁷⁾ 우리 판례에 의하면, 이 경우 선체용선등록국 아닌 원래 등록국이 국제사법 제60조에서 정한 ‘선적국’에 해당한다.¹⁷⁸⁾ 이는 선체용선등록제도가 등록을 통한 선박의 국적 취득과 관련한 국제법적 측면(기국의 관할권 행사와 통제)과 관련하여 원래 등록국 아닌 선체용선등록국의 관할권 행사를 의도하는 제도로서, 등록과 관련한 사법적 측면(이는 국적과 관련한 국제사법적 측면도 포함한다)에 관하여는 영향을 미치지 않을 것을 전제하기 때문이다.¹⁷⁹⁾

판례에 의하면 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법 제28조 제2항에 의하여 선적국법이 준거법이 된다.¹⁸⁰⁾ 이는 선원이 지리적으로 선적국의 영토 내에서 노무를 제공하는 것은 아니더라도, 당해 선박이 선적국의 관할권에 복종하므로 ‘국가주권의 행사와 그에 대한 복종이라는 관점에서’ 선박을 영토의 일부와 유사하게 볼 여지가 있다는 관점을 고려한 것으로 설명할 수 있다.¹⁸¹⁾

국제사법 제60조 중 실제 분쟁에서 종종 문제되는 것은 선박에 관한 담보물권과 선박우선특권(船舶優先特權, maritime lien)에 관한 제1호와 제2호이다. 판례에 의하면, 선박우선특권의 성립 여부, 일정한 채권이 선박우선특권에 의하여 담보되는지 여부 및 선박우선특권이 미치는 대상의 범위, 선박우선특권의 순위 등은 국제사법 제60조 제1호, 제2호에 따라 선적국법이 준거법이 된다.¹⁸²⁾ 최근 대법원은 대한민국 선적의 선박을 정기용선한 용선자에 대하여

177) 선체용선등록을 하게 되면 용선기간 동안에는 원래의 선적국의 등록 효과가 정지되고, 선체용선등록국의 국기가 선박에 게양되며, 선체용선등록국이 선박에 대한 관할권과 통제권을 가진다. 다만 사법적 법률관계는 선체용선등록에 의하여 영향을 받지 않는다. 이는 UN 해양법협약이 금지하는 이중선적과는 구별된다(협약 제92조 제2항 참조). ‘1986년 선박등록조건에 관한 국제연합협약’ 제12조는 선체용선등록제도를 규정하고 있고, 독일, 필리핀, 멕시코 등이 도입하여 시행하고 있으나 우리나라는 아직 이를 도입하지 않고 있다. 최중현(주 143), 45. 정동윤 외(정해덕 집필 부분), 주석 상법(해상)(제2판), 한국사법행정학회, 2015, 93;

178) 대법원 2014. 11. 27.자 2014마1099 결정. 위 판결에서 말하는 ‘이중등록’은 ‘이중선적’과는 다름에 유의할 필요가 있다. 석광현(주 2), 603 이하에 의하면 2001년 국제사법 개정 과정에서 이중선적 문제에 관하여 규정할 것인지 검토가 이루어졌으나, 이중선적은 어차피 국제법상 허용되지 않고 그러한 규정으로 해결한 문제가 극히 제한되어 있다고 보아 명문의 규정을 두지 않았다고 한다. 국내의 국제사법 교과서에서는 자연인의 이중국적에 대응하여 이른바 ‘이중선적’의 경우의 해결 방법에 관하여 논하면서 국제사법 제3조 제1항을 유추적용하여 ‘가장 밀접한 관련 있는 등록국’이 해당 선박의 선적국이 된다고 설명한다. 신창선/윤남순(주 4), 402; 김연/박정기/김인유(주 5), 455; 신창섭(주 40), 368.

179) 김진오, “선박이 나용선등록제도에 따라 이중등록된 경우 국제사법 제60조 제1호에서 정한 선박우선특권의 준거법인 ‘선적국법’은 ‘소유권등록국법’인지 ‘나용선등록국법’인지 여부”, 대법원판례해설 제101호, 2015, 328 이하 참조.

180) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결. 한편 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다2112 판결의 사안에서는 미국인이 소유하는 라이베리아 선적의 선박에서 승무 중 사망한 한국인 선원의 유족이 선원재해보상을 청구한 사건이라는 점에서 외국적 요소가 있는 법률관계임에도 불구하고 전혀 국제사법적 검토가 이루어지지 않았다. 권창영, “해외취업선원의 재해보상-대상판결: 대법원 2002. 6. 14. 선고 2001다2112 판결-”, 저스티스 통권 제74호, 2003, 211은 이 점을 지적한다.

181) 석광현, “선박우선특권과 피담보채권(선원임금채권)의 준거법”, 국제사법과 국제소송(제5권), 박영사, 2012, 321. 다만 아래에서 보는 것처럼 편의치적의 경우에도 동일한 연결원칙을 따를 수 있을지는 특별한 주의를 요한다. 위 논문, 324 및 김진권, “선박우선특권과 선원임금채권의 준거법에 대한 고찰”, 한국해법학회지 제30권 제1호, 2008, 166도 동지로 보인다.

182) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다39617 판결; 대법원 2014. 10. 2. 자 2013마1518 결정.

발생한 예선업자의 예선료 채권이 상법 제777조 제1항 제1호 소정의 선박우선특권의 피담보채권에 해당하는지가 문제된 사안에서, 우리 상법의 해석상 선체용선자의 선박 이용에 관하여 생긴 우선특권이 선박소유자에 대하여도 효력이 있다는 제850조 제2항 본문이 정기용선자의 선박 이용에 관하여 생긴 우선특권에 대하여도 유추적용될 수 있어 위 채권이 선박우선특권의 피담보채권에 해당한다고 판단하였다.¹⁸³⁾ 이와 달리 정기용선자와 항해용선자에 대한 채권을 선박우선특권의 피담보채권의 범위에서 제외하는 1993년 선박우선특권협약¹⁸⁴⁾에 가입한 러시아¹⁸⁵⁾와 독일¹⁸⁶⁾ 선적의 선박에 대한 정기용선자에 대하여 발생한 항비·유류비 채권 등은 선박우선특권의 피담보채권에 해당하지 아니한다. 이는 선박우선특권에 관한 준거법의 연결점으로서 선적국법이 가지는 기능을 분명히 보여준다.

이와 달리 선박우선특권에 의하여 담보되는 채권 자체의 양도 및 대위에 관한 사항은 위 준거법이 규율하는 사항에 포함되어 있지 않다고 해석되므로, 특별한 사정이 없는 한 그 피담보채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 채권양도의 효력에 관한 사항은 국제사법 제34조 제1항 단서에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 의하여야 하고, 그 피담보채권의 임의대위에 관한 사항은 국제사법 제35조 제2항에 의하여 그 피담보채권의 준거법에 의하여야 한다.¹⁸⁷⁾ 또한 판례¹⁸⁸⁾에 의하면, 선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에 그 실행기간을 포함한 실행방법은 우리나라의 절차법에 의하여야 한다. 이 사건에서 법원은 선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우 그 행사기간(제척기간)은 우리나라의 절차법에 따라야 한다는 전제 아래, 제척기간 도과로 인한 선박우선특권의 소멸을 이유로 선박우선특권의 부존재확인을 구하는 원고의 청구를 인용하였다. 그러나 선박우선특권의 행사기간(제척기간)은 절차의 문제가 아니라 실체의 문제로서 국제사법 제60조 제1호에 따라 선적국법에 의하여야 한다는 비판적인 견해가 유력하게 제시된다.¹⁸⁹⁾

183) 대법원 2019. 7. 24.자 2017마1442 결정. 이에 관한 평석으로는 이필복, “정기용선계약의 법적 성질과 선박우선특권”, 해양한국 2019년 9월호(통권 제552호), 2019, 100 이하 및 김인현/이상협, “2019년 중요 해상판례소개”, 한국해법학회지 제42권 제1호, 2020, 205 이하 참조.

184) 공식 명칭은 ‘선박우선특권과 저당권에 관한 협약(International Convention on Maritime Liens and Mortgages)’이다. 1993년 선박우선특권협약은 1967년 선박우선특권협약에서 선박우선특권의 피담보채무자로 규정하였던 ‘다른 용선자(other charterer)’를 삭제함으로써 정기용선자와 항해용선자에 대한 채권을 선박우선특권의 피담보채권 범위에서 제외하였다.

185) 대법원 2014. 10. 2.자 2013마1518 결정. 이 결정에 관한 평석으로는 김진오, “정기용선자에 대한 채권이 ‘선박우선특권과 저당권에 관한 1993년 국제협약’상 선박우선특권의 피담보채권에 포함되는지 여부”, 대법원 판례해설 제101호, 2015, 300 이하 및 김인현, “선박우선특권상 채무자와 선적국의 의미-2014년 대법원 판례를 중심으로”, 상사판례연구 제28집 제4권, 2015, 519 이하 참조.

186) 서울회생법원 2020. 6. 29.자 2017하확102 결정(확정). 이 사건(파산채권조사확정재판)에서는 한진해운에 선박을 정기용선하여 주었던 선박소유자의 연료유대금 채권에 대하여 선박우선채권이 성립하여 선박소유자가 채무자회생법 제430조 제3항 소정의 ‘채무자를 위하여 담보를 제공한 제3자’로서 파산채권자에 해당할 수 있는지 여부가 문제되었다. 그러나 법원은 독일 상법 제754조와 독일이 가입한 1993년 선박우선특권협약에 의하면 정기용선자에 대한 유류비채권에 대해서는 선박우선특권이 성립하지 않는다고 판단하여 선박소유자의 한진해운에 대한 파산채권이 존재하지 않음을 확정하였다. 이에 관한 평석은 이필복, “정기용선자의 도산과 연료유 대금을 둘러싼 법률관계”, 해양한국 2021년 1월호(통권 제568호), 2021, 162 이하 참조.

187) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다47939 판결. 다만 피담보채권이 양도 및 대위에 의하여 이전되면 선박우선특권이 그에 수반하여 이전되는지 등 선박우선특권의 수반성과 부종성은 선박우선특권의 준거법에 따른다고 할 것이다. 석광현(주 112), 320도 동지.

188) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다96625 판결

189) 최중현(주 143), 216; 석광현, “외국선박에 대한 선박우선특권의 제척기간과 행사방법의 성질결정과 준거법”, 국제사법연구 제25권 제2호, 2019, 384 이하; 최성수, “외국선박 집행의 준거법에 관한 고찰”, 고려법학 제71호, 2013, 79. 이와 달리 이현균, “선박우선특권의 집행상의 법적 문제에

공해에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일한 선적국에 속하는 때에는 그 선적국법에 의하고, 각 선박이 선적국을 달리하는 때에는 가해선박의 선적국법에 의한다(국제사법 제61조 제2항). 이는 가해선박의 선적국이 법정지가 될 가능성이 높다는 점을 고려한 것이다.¹⁹⁰⁾ 해양사고구조로 인한 보수청구권은 그 구조행위가 공해에서 있는 때에는 구조한 선박의 선적국법에 의한다(국제사법 제62조). 이 경우는 구조된 선박의 선적국이 법정지가 될 가능성이 높으나, 해양사고구조를 촉진하고 구조한 선박에 인센티브를 주기 위하여 구조한 선박이 친숙한 법을 준거법으로 하는 것이 더 적절하다는 점이 고려된 것이다.¹⁹¹⁾ 이들 규정에 대해서는 반정이 배제되지 않는데, 이는 불법행위와 사무관리의 경우 원칙적으로 반정이 허용되는 것과도 일관성이 있다.¹⁹²⁾

나. 편의치적에 관한 특수한 취급

앞서 본 것처럼 선적국법주의는 편의치적된 선박에 대하여 관철하기 어려운 측면이 있다. 선적국과 선박 사이에 실질적 관련성이 희박하기 때문이다. 앞서 본 것처럼 판례 중에는 “선박이 편의치적되어 있어 그 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고, 실질적인 선박소유자 등은 선적국이 아닌 다른 특정 국가와 밀접한 관련이 있어서 당해 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 국제사법 제8조 제1항에 의하여 그 다른 국가의 법을 준거법으로 보아야 한다”고 한 것이 있다.¹⁹³⁾ 다만 이와 같은 예외들은 편의치적선에 대하여 일반적·일률적으로 적용될 수 있는 것이 아니라 구체적 사건에서 제반 사정을 고려하여 그 예외 인정 여부를 검토할 필요가 있음을 주의하여야 한다.

X. 결론

국제사법 총칙과 해상 편에 관련된 재판례들만 보더라도 지난 20년간 재판례가 많이 축적되었고, 재판례의 축적 속에서 국제사법 규정들을 그 문언과 체계, 입법취지에 맞게 해석, 적용하고자 하는 법리의 발전도 꾸준히 나타났음을 알 수 있다. 여전히 발전시켜 나가야 할 과제들이 있지만, 그럼에도 불구하고 국제사법의 적용에 관한 판례 법리의 발전상을 긍정적으로 평가하고 싶다.

우리 경제 시스템이 수출 산업을 중심으로 구성되어 있고, 인터넷을 매개로 한 새로운 거래 형태들이 계속 등장하고 있으며, 기본적으로 우리 사회가 급속하게 개방되어 가는 현실에 비추어 보면, ‘외국적 요소가 있는 법률관계’에 적용되는 국제사법에 관한 이해와 그 정확한 적용의 필요성은 점점 더 높아진다고 할 것이다. 그러나 아마도 당사자, 대리인, 그리고 법원의 국제사법에 대한 무관심과 몰이해로 인해 개별 사건에서 충분히 쟁점이 되어 다루어졌어야 할

관한 연구”, 한국해법학회지 제40권 제2호, 2018, 215는 선박우선타권인 제척기간을 위 판례와 동일하게 절차의 문제라고 본다. 우리나라에서 실행되는 선박우선타권인 집행상 문제에 관하여는 권성원, “선박우선타권인 실행방식 변경 및 피담보채무자의 범위 제한에 관한 고찰-정기용선자를 중심으로-”, 한국해법학회지 제39권 제2호, 2017, 7 이하 참조.

190) 석광현(주 2), 606.

191) 석광현(주 2), 609.

192) 석광현(주 2), 167.

193) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결

국제사법적 쟁점들이 빛을 보지 못한 채 묻힌 경우도 적지 않을 것이라고 생각된다. 서두에서 언급한 것처럼 국제사법은 당사자자치가 적용되는 일부 제한된 영역을 제외하면 기본적으로 강행규정의 성격을 가진다. 이는 국제사법의 적용을 당사자의 합의로 배제할 수 없고, 법원은 이를 직권으로 탐지하여 적용하여야 하며, 이를 위반한 재판은 그 자체로 위법한 재판이 된다는 것을 의미한다. 이러한 점에서 법관들로서는 국제사법적 문제의식을 가지고, 그 적용이 필요한 사건에서는 국제사법을 정확하게 해석, 적용하기 위한 노력을 기울일 필요성이 있음을 강조하면서 글을 마친다.

이철원 (김.장 법률사무소 변호사)

1. 선박우선평권의 준거법

선박은 책임재산으로서의 성격도 있지만 임대차 사업에서의 건물과 같이 영업의 수단으로서의 의미가 더 큼. 선박의 경우 물리적으로 운항을 억제하는 효과를 가지는 선박 가압류와 선박 압류는 단순히 금전 채권의 집행 또는 담보물권의 실행의 문제로만 볼 수 없음. 이는 실질적으로는 선박 자체를 대상으로 하는 일종의 소송의 제기일뿐더러 사업의 연속적인 수행을 금지하는 영업금지 가처분의 성격을 가지고 있음.

또한 선박의 소유와 점유, 사용 관계는 복잡한데, 엄격하게 책임재산으로서의 선박의 소유권을 가지는 등록 소유자는 실제 paper company에 불과한 경우가 대부분이고, 선박의 운항 및 그 과정에서 각종 법률관계(예컨대 연료유 구매)를 창설하는 주체는 나용선자이거나 정기용선자임. 즉, 영업의 중단에 효과를 가지는 가압류/압류로 인하여 영향을 가장 크게 받는 것은 선박의 소유자가 아니라 선박의 점유자/사용자임.

따라서 선박우선평권의 경우에 담보물권임을 이유로 선적국을 연결점으로 하는 것이 타당한 것인지 의문이 있음. 오히려 선박우선평권의 실행은 절차법적인 측면이 많고 실질적으로 운항의 억제라는 측면에서 선박 가압류와 동일한 효과를 가져옴에 비추어 법정지법을 연결점으로 하여 법정지법을 준거법으로 하는 것이 타당함. 최근에 선박우선평권의 제척기간은 절차법적인 측면이 있으므로 한국법을 준거법으로 한다는 판례(대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다 96625 판결)나 국제사법 제8조를 적용하여 선적국법이 아니라 한국법에 의하여 선원의 임금 채권에 대하여 우선 순위를 인정한 판례(대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결) 등은 결국 선박우선평권에 대하여 법정지법이 준거법으로 적용되어야 할 필요성을 보여주는 사례로 이해됨.

선박우선평권의 준거법을 선적국법으로 하는 것은 해운사로 하여금 회생 절차를 통한 회생을 어렵게 하는 원인이 되고 있음. 선박우선평권 중 실무상 가장 문제가 되는 것은 파나마, 라이베리아 등의 편의치적 국가에서 선박우선평권이 인정되는 연료유 대금 청구권임. 한진해운 회생/파산 사건에서도 초기에 한진해운의 컨테이너 선박들이 연료유 공급자들의 선박우선평권에 기한 압류를 당하여 한진해운의 회생이 어려워 졌음. 실제로는 최저매각가격보다 은행의 근저당권 피담보채무 금액이 훨씬 높기 때문에 소액의 선박우선평권에 기한 경매는 민사집행법 제102조에 의하여 취소되어야 하는 경우가 대부분임. (부산지방법원 서부지원 2017타경 705 결정 참조)

2. 선박소유자 책임제한의 준거법

선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위는 국제사법 제60조 제4호에 따라 선적국법에 따라 정하고

있음.

선박소유자의 책임제한에 대하여는 1957년 책임제한협약, 1976년 책임제한협약, 1996년 개정 의정서 등의 국제 협약이 있는데, 우리나라는 1976년 책임제한협약의 내용을 상법에 수용하였을 뿐 정식으로 비준하거나 가입하지는 아니하였음. 이로 인해 실무상으로는 선박소유자가 우리나라 뿐 아니라 복수의 국가에서 책임제한 절차를 개시하여야 하는 risk가 발생하고 있음.

우리나라가 국제적인 책임제한협약을 정식으로 비준하거나 가입하였다면 체약국으로서 해당 선박의 기국과 관련 없이 우리나라 법원에 책임제한기금이 형성되는 경우 우리나라 법원은 비준/가입한 책임제한협약에 따라 책임제한 사유 및 책임제한 금액을 적용하였을 것임. 정식으로 비준/가입하지 않고 국내법에 그 내용을 수용하였다고 하여 준거법을 전혀 달리하는 것은 타당하지 아니함. 즉, 선박소유자 책임제한에 대하여는 준거법을 선적국법이 아니라 법정지법으로 하는 것이 타당하다고 사료됨.

실제로 선박소유자의 책임제한과 관련하여 특수한 규정이라고 할 수 있는 유류오염의 경우에는 우리나라가 1992년 민사책임협약 및 1992년 국제기금협약에 각 가입하였음. 이에 따라 우리나라 법원은 법정지법에 해당한다고 볼 수 있는 위 각 국제협약을 적용하여 유조선 선박소유자의 책임제한을 정하고 있음.

궁극적으로는 이중 책임제한 절차의 문제와 유류오염의 경우와 불균형을 해결하기 위해 우리나라도 선박소유자의 책임제한에 대한 국제협약에 정식으로 비준/가입할 필요가 있다고 보임.

3. 해상 관련 국제조약 가입의 필요성

발표자가 적절하게 지적한 바와 같이 해상운송의 경우 국제적인 선박의 이동 및 화물의 이동과 관련이 되므로 국제적인 규범 통일 운동이 일찍부터 시작되었음.

이중 특히 중요한 국제협약은 해상운송인의 선하증권에 기한 책임을 규율하는 헤이그비즈비 규칙과 1910년 선박충돌조약 등인데, 우리나라는 정식으로 가입하지 않고 그 주된 내용을 상법과 해사안전법 등에 수용하였음.

우리나라 법에서 이들 국제협약을 국내법에 수용하면서 그 일부 내용을 변형하여 받아 들였는바, 국제협약 자체를 정식으로 가입하는 것이 국제협약 규정의 온전한 적용, 국제협약 내용에 대한 국제적인 통일적인 해석론 정립을 위해 필요하다고 보임.