

사단법인 한국국제사법학회
제158회 정기연구회 자료집



일 시 : 2023. 1. 26.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom 온라인 회의실

제158회 정기연구회 프로그램

사회 : 이종혁 총무이사

- | | |
|---------------|---------------------------|
| 19:00 | 개회사
노태악 대법관(한국국제사법학회장) |
| 19:00 - 20:10 | 발 표
천창민 교수(서울과학기술대학교) |
| 20:10 - 20:30 | 지정토론
이정수 교수(서울대학교) |
| 20:30 - 21:00 | 전체토론
참석자 전원 |

발표문

假想資産 去來의 準據法
— 物權法的 側面을 中心으로 —

천창민 교수

(서울과학기술대학교 기술경영융합대학)

假想資産 去來의 準據法*

- 物權法的 側面을 中心으로 -

Law Applicable to Transactions of Virtual Assets from the Perspective of Proprietary Law

千昶民(Chun, Changmin)**

I. 여는말

2022년 5월 스테이블코인¹⁾의 일종인 테라·루나의 대폭락 사태와 2022년 미국인인 Sam Bankman-Fried와 Gary Wang이 2019년 3월에 공동설립한 미국 기반 가상자산거래소인 FTX의 파산 사태²⁾는 가상자산³⁾ 거래와 관련한 위험성을 전 세계적으로 각인시키는 계기가 되었으며, 이를 계기로 각국에서는 가상자산규제법의 마련하거나 강화하는 작업을 서두르고 있다. 우리 국회에서도 20대 국회부터 논의되던 가상자산규제법과 관련된 논의가 21대 국회에서도 계속되다가, 가상자산 관련 법제의 구축을 통한 투자자 보호가 2022년 5월 출범한 윤석열 정부의 국정과제 중 하나로 채택되어 국회에서 보다 활발한 논의와 입법작업이 진행되고 있다.⁴⁾ 그러나 가상자산의 규제법적 영역에 관한 활발한 논의와 입법 작업에 비해 가상자산의 민사법적 측면 그중에서도 가상자산의 국제사법적 측면에 대한 논의는 거의 없었고 있다고 하더라도 거의 주목을 받지 못했다⁵⁾.

* 이 글은 한국국제사법학회 제158회 정기연구회(2023.1.26.)의 발표를 위해 준비한 것이다. 아울러, 이 글의 일부는 2021년 9월 18일 와세다대학 비교법연구소와 차세대콘텐츠재산학회가 공동으로 주최한 온라인 심포지엄에서 발표한 자료를 수정·보강한 것임을 밝힌다.

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

- 1) 스테이블코인은 가상자산이 가진 높은 가격변동성의 문제를 해결하여 가상자산이 교환의 매개수단으로 사용될 수 있도록 하기 위해 만들어진 것이다. 스테이블코인은 크게 법화를 기반으로 하는 것, 법화 이외의 자산(가상자산이나 국채 등) 그리고 자체 알고리즘에 의해 그 가치를 안정시키는 것 세 가지로 분류된다. 스테이블코인의 개념과 규제에 대한 상세는 우선 천창민, “글로벌 스테이블코인 규제 흐름과 감독기구의 역할에 대한 연구”, 금융법연구 제18권 제3호, 2021. 12, 47면 이하 참조.
- 2) FTX의 파산 경위와 관련한 간략한 소개로는 나무위키(<https://namu.wiki/w/FTX%20파산>) 및 Wikipedia(<https://en.wikipedia.org/wiki/FTX>) 참조. 참고로 FTX의 정식명칭은 FTX Trading Ltd.이며, Antigua and Barbuda법에 따라 설립하고 바하마에 본점을 두고 있었다.
- 3) 가상자산은 암호자산, 디지털자산, 가상통화, 암호통화, 디지털통화 등으로 불린다. 유럽과 일본에서는 암호자산이라는 용어를 법률용어로 채택하고 있고, 미국에서는 대체로 디지털자산이라는 용어를 많이 사용하는 것으로 보인다. 우리나라에서는 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」(이하 ‘특금법’)에서 ‘가상자산’이라는 용어를 법률용어로 채택하고 있으므로 이 글에서는 가상자산이라는 용어를 사용하기로 한다. 참고로, 최근 국회에서 발의된 입법안을 보면 ‘디지털자산’이라는 용어를 채택하는 경향을 보인다(2022. 10. 31에 발의된 윤창현 의원안과 2022. 7. 14에 발의된 민병덕 의원안이 대표적으로 디지털자산이라는 용어를 사용한다).
- 4) 가장 최근에 발의된 가상자산 관련 법안으로는 ‘디지털자산 시장의 공정성 회복과 안심거래 환경 조성을 위한 법률안’(윤창현의원 대표발의, 의안번호 17994)와 ‘가상자산 불공정거래 규제 등에 관한 법률안’(백혜련의원 대표발의, 의안번호 18204)을 들 수 있다. 양 법안 모두 투자자의 예치금 보호와 불공정거래 등에 관한 쟁점만을 다룬다는 점이 특징이다.
- 5) 본격적이지는 않으나, 국내에서 가상자산과 관련한 국제사법적 논점을 간략히 소개한 것으로는 정순섭, “블록체인과 금융”, BFL 제108호(2021. 7), 19~21면; 천창민, “가상자산 거래의 물권법적 측

이에 반해, 국제적으로는 2020년부터 UNIDROIT에서 가상자산의 사법적 측면에 관한 통일 원칙의 제시를 위한 작업을 진행하고 있으며, 이 원칙은 실질법 원칙⁶⁾뿐만 아니라 저촉법 원칙에 관한 내용도 포함하고 있다. 또한 헤이그국제사법회의(HCCH)에서도 가상자산 거래와 관련한 관할 및 준거법 등과 관련한 논의를 준비하는 단계여서 가상자산 거래의 국제사법적 측면에 관한 국제적인 논의가 더욱 활발하게 이루어질 것으로 예상된다.⁷⁾

이에, 이하에서는 그간 가상자산규제법에 비해 상대적으로 관심이 부족했던 가상자산의 민사법적 측면 그중에서 물권법적 측면의 준거법 결정과 관련한 논의를 전개함으로써 가상자산 거래가 노정하는 국제사법적 쟁점을 점검하기로 한다. 이와 관련하여 우선 논의의 전개상 가상자산의 유형과 법적 성질, 그리고 가상자산 거래의 실질법적 측면을 UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 내용을 중심으로 간략히 소개한 후(II), 이 논문의 주 주제인 가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 준거법 결정과 관련한 논의를 전개한 다음(III), 맺음말을 도출하기로 한다(IV).

II. 가상자산 거래의 실질법적 분석

이 장에서는 가상자산의 기술적인 양도의 모습⁸⁾이 민사법적으로 어떤 의미를 갖는가를 살펴보고자 한다. 이를 위해 우선 가상자산의 유형과 법적 성질을 파악할 필요가 있다. 가상자산의 유형화와 관련해서는 2018년 12월에 공간(公刊)된 스위스 연방평의회보고서(Federal Council Report)⁹⁾가 상당한 의미를 가지므로 이에 대해 소개하고, 법적 성질과 관련해서는 우리 민법상 물권법적 관점에서 이를 소개하기로 한다.¹⁰⁾ 이어서 UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트에 관한 최근의 논의 내용을 이 글의 주제와 관련하여 의미 있는 부분에 한정하여 간략히 소개하기로 한다.

1. 가상자산의 유형과 법적 성질¹¹⁾

가. 가상자산의 유형

가상자산의 유형화 작업은 종래 금융법적 시각에서 시작되었다. 2017년 이후부

면에 관한 연구: UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트를 중심으로”, 서울대학교 법학, 제63권 제1호, 2022. 3, 79~81면.

6) 2021년까지 논의되었던 UNIDROIT의 디지털자산프로젝트의 실질법 원칙에 대한 소개로는 천창민, 위의 논문(2022), 57~79면 참조.

7) UNIDROIT 및 헤이그국제사법회의 관련 자료는 각각 다음의 링크에서 입수할 수 있다.
<<https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law>>
<<https://assets.hcch.net/docs/b06c28c5-d183-4d81-a663-f7bdb8f32dac.pdf>>.

8) 가상자산 양도의 기술적인 측면에 대한 소개로는 천창민, 앞의 논문(2022), 49~51면 참조.

9) The Federal Council, *Legal Framework for Distributed Ledger Technology and Blockchain in Switzerland*, Federal Council Report, 14 December 2018(이하 ‘연방평의회보고서’로 인용한다).

10) 비록 한국법을 중심으로 소개를 진행하나, 한국 민법의 재산권법 영역은 독일법계를 계수한 것이어서 독일법계 국가에 공통적으로 의미가 있을 것으로 생각된다. 다만, 이 글은 국제사법에 관한 것이므로 실질법적 분석에 대해서는 준거법 결정과 관련하여 필요한 선에서 그침을 밝힌다.

11) 이에 관한 논의는 천창민, 앞의 논문(2022), 51~57면의 내용을 바탕으로 한 것이다.

터 일반에게 알려지기 시작한 가상자산공개(Initial Coin Offering: ICO)¹²⁾를 통한 자금 모집이 증권규제의 적용대상인지를 살피기 위해 가상자산이 증권인지 아닌지를 분석할 필요가 있었기 때문이다. 이에, 2017년 중반부터 미국을 필두로 상당한 국가에서 가상자산의 유형화와 금융규제법의 적용가능성에 대한 논의가 본격화 되었다.¹³⁾ 미국은 연방법인 1933년 증권법(Securities Act)의 적용을 위해 특정 가상자산이 증권형인지 비증권형인지로 양분하여 구분하여 적극적으로 가상자산을 증권으로 성질결정하였다. 그런데 전 세계적으로 가장 일반적인 금융규제법적 유형화 방식은 스위스의 연방금융감독기구인 FINMA(Financial Market Supervisory Authority)가 2018년 2월 16일에 공간한 ICO 가이드라인¹⁴⁾에 따른 분류라고 할 수 있다. FINMA의 ICO 가이드라인은 가상자산을 그 기능에 따라 지급결제형(payment), 서비스이용형(utility) 및 증권형(asset)으로 삼분하여,¹⁵⁾ 지급결제형은 지급결제와 관련한 법률이 적용되고, 증권형은 금융상품의 성격을 가지므로 증권규제법이 적용되지만 서비스이용형 가상자산¹⁶⁾은 금융규제법의 적용대상이 아니므로 규제의 없이 발행이 가능하다는 지침을 내렸다. 금융규제법적 관점에서의 스위스 FINMA의 이 같은 분류법은 약간의 차이는 있으나 현재 대다수의 국가에서 채택하고 있다.

이 같은 금융규제법적 관점의 유형화 내지 분류방식과는 달리 민사법적 관점에서는 가상자산을 달리 분류한다. 가상자산의 민사법적 분석을 위한 분류방법은 크게 스위스의 이분법과 UNIDROIT의 진전된 이분법이 있다. 우선, 스위스의 이분법은 스위스 연방평의회보고서에서 시도된 것으로서, 가상자산을 블록체인 내생적가치토큰과 블록체인 외생적가치토큰¹⁷⁾으로 분류한다. 즉, 블록체인 내생적가치토큰은 비트코인이나 이더리움과 같이 주로 블록체인시스템 내에서의 가치를 표창하는 것을 말하고, 블록체인 외생적가치토큰은 블록체인 밖에서 이미 존재하는 권리를 나타내고(map) 표창하는 것을 말한다.¹⁸⁾ 연방평의회보고서에 따르면 블록체인 내생적가치토큰은 토큰 즉 가상자산 그 자체로 가치를 가지며, 후자 즉, 블록체인 외생적가치토큰은 당사자들이 블록체인 외부

12) ICO는 증권시장의 IPO(증권신규공모 내지 기업공개)를 모방한 것이다. 즉, ICO는 증권규제의 흠결을 이용하여 증권이 아니라 가상자산을 매개로 일반 공중을 대상으로 자금을 조달하는 것이다. ICO에 관한 소개로는 Henry Hilman, "Initial Coin Offerings: Financial Innovation or Scam" in Alison Lui & Nicholas Ryder ed., *Fintech, Artificial Intelligence and the Law* (Oxon: 2021, Routledge), 105면 이하; 천창민, "크라우드세일의 증권법적 쟁점에 대한 고찰: DAO 사례와 관련하여", *경제법연구* 제16권 제3호(2017), 117면 이하; 천창민, ICO(Initial Coin Offering)의 증권법적 평가와 함의, 자본시장연구원 자본시장포커스 2017-19호 참조.

13) 미국을 중심으로 한 증권규제집행의 강화 등의 이유로 현재 ICO 시장은 크게 축소되어 그 의미가 미미한 상태이다. 2018년 ICO가 가장 활발하던 시기 주요국의 ICO 규제 동향에 대한 논의로는, 천창민, 『글로벌 ICO 규제동향과 시사점』, 자본시장연구원 이슈보고서 18-06, 2018 참조.

14) FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), 16 February 2018.

15) 2019년 9월 11일 FINMA는 스테이블코인과 관련한 가이드라인을 추가로 발표하여 스테이블코인의 기존 금융규제의 적용가능성에 대한 해석 지침을 선보였다. 따라서 스위스에서는 최종적으로 가상자산을 총 4가지 유형으로 분류하고 있다.

16) FINMA의 위 가이드라인은 가상자산이라는 용어 대신 토큰이라는 용어를 사용한다.

17) 연방평의회보고서에서 이러한 용어를 직접적으로 사용하는 것은 아니며, tokens that primarily represent a value within the blockchain context를 블록체인 내생적가치토큰으로, tokens intended to map and represent a right existing outside the blockchain을 블록체인 외생적가치토큰으로 필자가 지칭한 용어이다.

18) 연방평의회보고서, 63면.

의 가치와 토큰을 연계·표창시키려고 의도하거나 그것에 대한 접근을 제공하기 위한 것이다.¹⁹⁾ 하지만 연방평의회보고서는 이러한 민사법상의 두 가지 유형은 서로 배치되지 않으며, FINMA의 삼분류법의 기초를 형성한다고 한다.²⁰⁾ 그리고 민사법적 관점에서 지급결제형과 증권형 토큰은 일반적으로 위 두 가지 유형 중 하나에 상대적으로 명확하게 해당할 수 있으나, 유틸리티형 토큰은 양자의 성질을 모두 가질 수 있다고 한다.²¹⁾

한편, 스위스의 지배적 견해에 따르면 블록체인 내생적가치토큰이라 할 수 있는 블록체인 내에서만 사용되는 지급결제형 토큰은 순수한 사실상의(de facto) 무체재산권(intangible asset)이고, 이는 스위스 민법상 어느 주요 유형에도 해당하지 않기 때문에 그 양도와 관련해서도 특별한 요건이 없다고 한다.²²⁾ 따라서 비트코인이나 이더와 같은 가상자산의 양도와 관련하여 민법을 조정할 필요는 없다고 결론을 내린다.²³⁾ 반면, 권리를 표창하고 이를 거래할 수 있도록 한 블록체인 외생적가치토큰은 유가증권과 유사한 기능을 수행해야 하지만, 현행 스위스 민법의 해석상 블록체인 외생적가치토큰이 그러한 기능을 하기에는 한계가 있다고 한다. 일부 학설은 블록체인 외생적가치토큰을 전자증권으로 분류하자는 견해가 있으나 이는 스위스 현행법의 해석상 법적 불확실성이 있고, 계약적 청구권이 부착된 무증서권리(Wertrecht)는 권리라는 한계상 그 이전에 서면에 의한 의사표시가 요건이므로 원활한 거래가 어렵다는 문제가 있다.²⁴⁾ 이러한 문제점을 해결하기 위해 연방평의회보고서는 블록체인 외생적가치토큰에 대해서는 유가증권법적 측면의 조정과 발전이 필요하고,²⁵⁾ 제3자가 지배하고 있는 채무자의 가상자산이나 채무자가 지배하고 있는 제3자의 가상자산에 대한 환취권 등과 관련한 도산법적인 조치도 필요함도 제시하고 있다.²⁶⁾

UNIDROIT 디지털자산 프로젝트의 진전된 이분법 스위스의 이분법과 유사하게 제1유형의 가상자산(디지털자산)과 제2유형의 가상자산으로 분류하고 제1유형은 일정한 자산을 기초로하는 것인데, 그 기초된 자산이 무엇인지를 모다 세분한다. 그리고 제2유형은 제1유형에 속하지 않는 모든 유형의 것으로서 사실상 비자산기반형 가상자산 내지 스위스의 블록체인 내생적가치토큰과 유사한 것이라고 할 수 있다. 참고로, 실무에서는 통상 제2유형을 native, 제1유형을 non-native라고 하는데, UNIDROIT 디지털자

19) 연방평의회보고서, 63면.

20) 연방평의회보고서, 64면.

21) Ibid.

22) Ibid.

23) Ibid. 연방평의회보고서는 지급결제형이 아닌 블록체인 내생적가치토큰에 대해서는 어떻게 할 것인가에 대해서는 침묵하고 있다. 아마도 지급결제형과 같은 결론에 이르기 때문에 이를 생략한 것으로 보인다.

24) Ibid.

25) 이 같은 결론을 반영하여, 스위스는 채무법에 등록부무증서증권(Registerwertrechte)의 개념을 신설하고, 등록부무증서증권의 발행, 효과, 양도, 담보, 취소 등과 관련한 다수의 조문을 신설 및 개정하였다(제973c조제1항~제973i조 참조). 분산원장기술과 관련한 일련의 법을 개정하기 위한 법률인 분산원장기술법(일명 'DLT법')은 2021년 2월부터 시행되었다. 이에 관한 문헌으로는, Stefan Kramer et. al., The Swiss Federal Council Submits the Finalized Draft Law on Distributed Ledger Technology to the Swiss Parliament, Homburger Bulletin, December 2, 2019. 그리고 CapLaw No. 1/2020 2~27면에는 DLT법안에 대한 개관, 민사법적 측면, 도산법적 측면, 저촉법적 측면 및 중앙예탁결제기관(CSD) 측면으로 나누어 현황을 소개하고 있다.

26) 연방평의회보고서, 65~69면 참조. DLT법은 도산법에 제242a조를 신설하여 이와 관련한 문제의 해결을 시도하고 있다.

산 프로젝트의 이 같은 분류법은 실무상의 분류를 이용하였다고 한다.²⁷⁾ UNIDROIT 디지털자산 프로젝트의 가상자산 유형화 방법을 표로 요약하면 다음과 같다.

<표 1> UNIDROIT 디지털자산 프로젝트상 가상자산의 유형²⁸⁾

디지털자산(가상자산)						
유형	제1유형					제2유형
기초자산	유체동산	부동산	토큰화된 화폐	무체 금융자산	무체 비금융자산	-
사례	PAX Gold	아파트 매매	USC (Utility Settlement Coin; 공용 결제화폐)	Benja 그린본드 프로젝트	NFT로서 Berners-Lee 인터넷 원소스코드의 판매	비트코인 Matell ‘Hot Wheels’ 회수가능 NFT

나. 우리법상 가상자산의 법적 성질

독일법계에서 물권법의 적용대상은 물건이어야 하는데, 예외적인 경우를 제외하고 물건은 곧 유체물(tangible things)을 의미하기 때문에, 유체물이 아닌 것은 원칙적으로 물권법의 대상이 아니므로 가상자산의 법적 성질을 파악하는 것은 중요한 의미를 가진다. 즉, 물권과 채권을 준별하는 독일법계²⁹⁾에서는 법적으로 영국과 같은 무체동산(intangible movables; intangibles)이라는 개념이 없으며, 원칙적으로 이는 채권법의 영역으로 취급하기 때문에 가상자산의 법적 성질이 중요한 의미를 가진다.³⁰⁾ 물론, 독일법계에서도 지식재산권의 경우와 같이 권리 상태의 무체의 재산권에 대한 물권적 권리가 인정되는 경우가 있지만, 이는 특허법, 저작권법 등과 같은 개별 법률에서 특별히 규정하고 있는 경우에 한정되며, 이 같은 법률이 없는 한 권리에 대한 물권적 권리는 인정되지 않는 것이 일반적이다. 따라서 가상자산의 물권법적 성질을 논의할 때에 우선적으로 검토해야 하는 것이 가상자산의 물건성 여부를 규명하는 것이라고 할 수 있다. 다음에서는 한국 민법에 따른 가상자산의 물건성에 대해 간략히 살펴보기로 한다.

민법 제98조에 따르면 물건은 유체물 전기 기타 관리할 수 있는 자연력을 의미한다. 유체물은 말 그대로 외형적 식별이 가능한 형체를 가지고 공간의 일부를 차지하며, 사람의 오감에 의하여 지각될 수 있는 것을 말하며, 형체가 없는 무체물은 원칙적으로 물건이 아니다.³¹⁾ 무체물 중에서 물건에 해당하는 것은 전기를 비롯한 기타 관리

27) UNIDROIT 2021 Study LXXXII – W.G. 3 – Doc. 2 (rev. 1), 11면.
28) UNIDROIT 2021 Study LXXXII – W.G. 3 – Doc. 2 (rev. 1), 13면. 다만, 2022년 논의 결과물인 WG 7의 최종 결과물에 따르면 이러한 분류는 이제 큰 의미가 없는 것으로 보이고, ‘전자적 기록’이면서 ‘지배의 목적이 될 수 있을 것’이어야 한다는 요소가 동 프로젝트가 지향하는 최종결과물인 ‘원칙’상 중요한 것으로 채택되었다. 이에 관한 상세는 UNIDROIT 2022 Study LXXXII – W.G. 7 – Doc. 2, December 2022, 7~10면 참조.
29) 예컨대 독일 민법 제90조, 스위스 민법, 제713조, 일본 민법 제85조, 한국 민법 제98조.
30) 오스트리아 민법은 무체물도 물건의 개념에 포함하고 있다. 이는 프랑스 민법도 동일하다.
31) 지원림, 『민법강의』, 제19판, 홍문사, 2022, 문단번호 2-155.

가능한 자연력이어야 하고, 여기서 관리한다는 것은 결국 배타적 지배가 가능하다는 것을 의미한다.³²⁾ 자연력은 자연계에 존재하는 힘 또는 이와 유사한 것이므로 인위적으로 만들어낸 에너지도 이에 해당한다고 해석하며,³³⁾ 권리는 대표적인 무체물이라고 보는 것이 일반적이다.³⁴⁾ 그리고 디지털정보나 디지털콘텐츠도 입법론적으로는 몰라도 민법의 해석상 물건에 해당하지 않는다는 것이 지배적 견해이다.³⁵⁾

따라서 이 같은 지배적 견해에 따르면 한국 민법상 가상자산은 유체성을 가지지 않았기 때문에 물건이 아니고 따라서 물권법의 적용대상이 아니다. 그러나 ‘관리가능한 자연력’이라는 측면을 주목하여, 가상자산도 물건으로 해석할 수 있다고 하는 견해도 있다. 즉, 비트코인은 개인암호키를 가진 자에 의하여 비트코인 주소에서 관리되므로 배타적 지배가 가능한 자연력의 범위에 포함하는 것이 불가능하지 않다는 점³⁶⁾, 경합성·배제성·존립성이 있기 때문에 유체물과 동등한 수준의 관리 가능한 데이터라는 점³⁷⁾ 등에 비추어 볼 때, 비트코인과 같은 가상자산도 민법상 물건에 포섭 가능하다는 긍정설도 존재한다.³⁸⁾

생각건대, 이 같은 긍정설의 취지에는 동감하나 현행법의 목적론적 해석의 관점에서 찬성하기 어렵다. 이는 결정적으로 긍정설이 취하고 있는 가상자산의 배타적 지배가능성은 동산에서 의미하는 것과 다르기 때문이다. 긍정설은 비트코인 보유자가 자신의 전자지갑에 있는 비트코인을 개인(암호)키를 통해 관리하기 때문에 배타적 지배를 하고 있어 관리가능한 자연력이라고 주장하나, 누군가가 무엇을 배타적으로 지배한다는 의미는 논리적으로 그 특정인을 제외하고 그 무엇에 대한 타인의 지배가 없다는 것을 의미한다. 그러나 비트코인이나 이더와 같은 가상자산의 개인(암호)키는 데이터에 불과하고, 사실상 이 데이터를 반드시 특정인만이 가지고 있다고 말하기 어렵다. 예컨대 개인키 데이터의 분실 방지를 위해 이를 친구나 자신의 부모·형제에게 복사하여 알려주었을 수도 있고 그 친구가 다시 누군가에게 이를 알려주었을 수도 있다. 따라서 이 경우 기술적으로 그 가상자산을 특정인이 단독으로 즉, 배타적으로 지배하고 있다고 평가할 수는 없다. “특정인의 전자지갑에서 생성된 개인키는 그 특정인이 배타적으로 지배하는 것으로 추정한다”와 같은 법적 추정 규정이 없는 한, 공시 기능이 없는 개인키 자체만으로 동산에서 성취되는 배타적 지배가능성을 가상자산에서는 기대하기 어렵다. 그러므로 현행 민법의 해석상으로는 가상자산은 물건이 아니며 물권법의 대상이 아니라고 본다.³⁹⁾

32) 지원림, 위의 책, 문단번호 2-155; 송덕수, 『민법강의』, 제11판(혁신판), 2017, 문단번호 A-430.

33) 한국사법행정학회/김종기, 『주식 민법』, 제5판, 2019, §98, 259면

34) 한국사법행정학회/김종기, 위의 주석서, §98, 259면.

35) 한국사법행정학회/김종기, 위의 주석서, §98, 261~262면.

36) 이상의 주장에 대한 상세는, 김이수, “비트코인(Bitcoin)의 사법상 지위에 관한 고찰”, 부산대학교 법학연구 제59권 제4호, 2018, 189~222면 참조.

37) 백대열, “데이터 물권법 시론(試論) -암호화폐를 비롯한 유체물-동등 데이터를 중심으로-” 민사법학 제90호, 2020, 136~137면은 따라서 가상자산은 일반적인 금전과는 달리 공개된 거래 내역에 기해 개별적으로 특정·추적하는 것이 용이하므로 이는 금전이 아닌 일반적인 동산에 해당한다고 보아야 할 것이라고 주장한다.

38) 긍정설 등에 대한 다양한 문헌에 대한 소개로는 정순섭, “블록체인과 금융”, BFL 제108호, 2021. 7, 17~18면 참조.

39) 가상자산이 물건이 아니면 그 법적 성질이 무엇인가에 대해 필자는 이를 스위스의 이분법을 원용

2. UNIDROIT 디지털자산 프로젝트

가. 배경과 결과물의 형식

UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트는 2019년 5월 이탈리아 로마와 2020년 3월 오스트리아 빈에서 UNCITRAL과 공동으로 개최하였던 두 차례의 워크숍 논의를 기초로 2020년 11월부터 공식인 워킹그룹 미팅이 시작되었다. 2022년 말까지 총 7차례의 워킹그룹 미팅이 있었으며,⁴⁰⁾ 현재 거의 완료 단계에 있는 것으로 보인다. 원래 UNIDROIT는 2022년 3월에 마지막 회의(5차) 이후 최종안을 도출하고, 2022년 5월에 개최 예정이었던 101차 이사회에서 최종 원칙을 채택할 계획이었지만, 2022년 12월 회의(7차)에야 드디어 최종안⁴¹⁾의 합의에 이르러, 현재는 최종안에 대한 일반의 의견조회(public consultation)를 하고 있으며, 의견조회 마감일인 2023년 2월 20일 이후 제출된 의견을 검토한 후 원칙을 최종 채택하는 순서를 밟을 것으로 예상된다.⁴²⁾

디지털자산 프로젝트의 최종 결과물은 해설을 담은 일련의 원칙(Principles)과 입법가이드일 것으로 전망하였으며, 현 단계에서 모델법이나 협약의 형태를 취할 예정은 아니라고 한다.⁴³⁾ 현재 의견조회를 위해 공개된 최종안은 “Draft UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law”(디지털자산과 사법에 관한 유니드로와원칙안, 이하, ‘디지털자산원칙’으로 약칭한다)라는 명칭을 사용하여, 원래 의도하였던 바와 같이 원칙의 형식을 취하면서 각국의 입법에 대한 안내 역할을 할 것을 의욕하고 있는 것으로 생각된다.⁴⁴⁾

하여 블록체인 내생적가치토큰은 기존의 법률에서는 존재하지 않는 ‘특수한 형태의 재산권’ 내지 ‘준물권’으로 볼 수 있다는 견해를 제시하고, 블록체인 외생적가치토큰은 대부분의 경우 채권적 청구권이나 사원권 등에 해당할 수 있다는 조심스러운 견해를 제시한 바 있다(천창민, 앞의 논문(2022), 56~57면). 참고로, 독일에서도 가상자산의 법적 성질에 대해서는 아직 명확하지 아니하나, 유체성의 결여로 인해 독일 민법 제90조에서 규정하는 물건이 아니라는 것에는 광범위한 의견의 일치가 있다고 한다(Sophia Schwemmer, “Das Tokensachstatut”, IPRAX 2022 Heft 4, 333면. 참고로 Schwemmer의 이 논문은 다음의 문헌을 그 근거로 소개한다: Langenbucher, Digitales Finanzwesen, AcP 218 (2018), 386, 405; Beck/König, Bitcoin: Der Versuch einer vertragstypologischen Einordnung von kryptographischem Geld, JZ 2015, 130, 131; Spindler/Bille, Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung, WM 2014, 1357, 1359; Koch, Die „Tokenisierung“ von Rechtspositionen als digitale Verbriefung, ZBB 2018, 359, 362; Omlor, Kryptowährungen im Geldrecht, ZHR 183 (2019), 294, 308; Walter, Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2019, 3609, 3612; John, Zur Sachqualität und Eigentumsfähigkeit von Kryptotoken, BKR 2020, 76, 78 ff.)

40) UNIDROIT 디지털자산 프로젝트의 배경과 그간의 상세한 일정에 대해서는 위의 자료(Issue Paper), 3~4면과 동 프로젝트의 웹사이트 <<https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d>> 및 천창민, 앞의 논문(2022), 57~59면 참조.

41) 원칙별 주해를 담은 공식적인 최종안은 2023년 1월에 공간되었으며, 이는 다음의 링크 <<https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Draft-Principles-and-Commentary-Public-Consultation.pdf>>에서 입수할 수 있다.

42) 참고로, 2023년 3월 8일부터 10일까지 제8차 워킹그룹 회의가 예정되어 있다.

43) UNIDROIT 2021 Study LXXXII - W.G. 3 - Doc. 2 (rev. 1), 4~5면.

44) 참고로, 우리나라는 동 원칙의 성안과정에 전혀 참여하지 않았고, 국내에서도 이에 대한 관심을 전혀 보이지 않았는데 이는 상당히 유감이다. 국제적인 규범형성 과정에 참여하여 그에 대한 논리

나. 디지털자산원칙 중 실질법 관련 원칙 개관⁴⁵⁾

2022년 12월의 논의를 기초로 2023년 1월에 의견수렴을 위해 제시된 디지털자산원칙(안)에 따르면 디지털자산원칙은 총 7개의 절(Section)에 19개의 원칙으로 구성되어 있으며, 각 절별 원칙의 표제는 다음과 같다. 우선 제1절은 원칙의 적용범위와 정의와 관련된 것으로, 원칙 1은 범위, 원칙 2는 정의, 원칙 3은 일반원칙, 원칙 4는 연계자산(linked assets)을 규정한다. 제2절은 국제사법에 관한 원칙 5에서 저촉규칙에 관한 내용을 규정한다. 제3절은 지배(control)에 대한 것으로, 원칙 6은 지배의 정의, 원칙 7은 디지털자산을 지배하는 자의 특정(identification), 원칙 8은 선의취득, 원칙 9는 양수인의 권리를 규정한다. 제4절은 보관(custody)에 관한 것으로, 원칙 10은 보관, 원칙 11은 자신의 고객에 대한 보관기관의 의무, 원칙 12는 선의고객, 원칙 13은 보관기관의 도산을 규정한다. 제5절은 담보거래에 관한 것으로, 원칙 14는 담보거래: 일반, 원칙 15는 제3자효를 갖기 위한 방법으로서의 지배, 원칙 16은 디지털자산에 대한 담보권의 우선순위, 원칙 17은 디지털자산에 대한 담보권의 실행을 규정한다. 제6절은 집행을 포함한 절차법에 관한 것으로, 원칙 18에서 이를 규정한다. 마지막으로, 제7절은 도산에 관한 것으로, 원칙 19에서 디지털자산에 대한 물권의 도산상 효력을 규정한다. 참고로, 이 같은 형식의 편제와 원칙의 구성은 2022년 2월에 제5차 워킹그룹 회의를 위해 제시된 디지털자산원칙안⁴⁶⁾에서부터이다. 그러나 그 내용은 2023년 1월 의견수렴안과 다른 부분이 다수 있다. 대표적으로 2022년 2월안은 제4절을 Transfer(양도)라고 하면서 디지털자산의 취득과 처분, 선의취득규칙, 대피처원칙, 선의취득규칙의 보관관계에의 적용에 관한 원칙을 두고 있었으나, 2023년 1월의 의견수렴안에서는 양도에 관한 규정을 삭제하고, 제3조 제3항의 타법의 적용사항과 제8조의 선의취득에 관한 규정 및 제9조의 양수인의 권리에 대한 내용 등에서 이를 일부 규정한다.

디지털자산원칙은 원칙 5를 제외하고 거의 모두 디지털자산에 관한 실질규칙을 규정하며, 가장 핵심적인 개념은 제3절의 지배와 제5절의 보관, 제6절의 담보거래이다. 원칙 1은 이 원칙은 디지털자산과 관련한 사법을 다룬다고 규정하나, 디지털자산원칙은 디지털자산과 관련한 물권법적 쟁점과 일부 도산법적 쟁점 및 절차법적 쟁점에 대해서만 다룬다. 따라서 디지털자산원칙에서 말하는 사법은 크게 디지털자산의 취득, 처분 등과 같은 물권법적 쟁점에 관한 사법으로 이해하여도 무방하다.⁴⁷⁾ 그러나 디지털자산원칙이 ‘물권(proprietary rights)⁴⁸⁾’ 내지 ‘물권법적 쟁점(proprietary issues)’이라는

를 의하고, 우리나라의 의견도 반영하여 향후 우리나라에서의 관련 법률작업에 이를 적극 활용하여야 했는데 그런 소중한 기회를 놓친 것은 블록체인의 기술을 발전시켜야 한다는 지난 정부와 현 정부의 구호가 적어도 법과 관련한 분야에서는 소외되어 있다는 것을 반증하는 것이라고 생각된다.

45) 이 글은 국제사법적 쟁점에 대해 논하므로 여기서는 동 원칙 중 실질법적 원칙에 대한 주요내용을 간략히 소개하는 데 그친다. 2021년까지 공개되었던 자료 등을 참고로 동 원칙의 실질법적 내용에 대한 소개로는 우선 천창민, 앞의 논문(2022)를 우선 참조. 2022년 논의가 2021년까지의 논의보다 확장되어 있어, 2022년 이후의 논의 내용을 보강하여 최종안에 대한 보다 상세한 실질법적 검토와 그 함의는 추후 연구과제로 남긴다.

46) UNIDROIT 2022 Study LXXXII – W.G. 5 – Doc. 2, February 2022.

47) UNIDROIT 2022 Study LXXXII – PC, January 2023(이하, ‘의견수렴안’으로 약칭한다), 원칙 1 주석번호 1 참조.

용어를 사용하나 이것이 무엇을 의미하는 것인지에 대한 정의규정을 두지는 않는다. 그리고 디지털자산원칙은 사법에 관한 쟁점에 대해 다루므로 공법적 영역이라고 할 수 있는 규제(법)는 적용범위에서 제외된다. 업자의 진입규제 등과 같은 규제법적 쟁점 외에도 어떤 자가 디지털자산에 대한 물권을 가지는지의 여부, 물권이 다른 자에게 유효하게 이전되었는지 등의 쟁점에 대해서도 원칙 3(3)은 디지털자산원칙이 규정하는 경우를 제외하고 이는 타법⁴⁹⁾이 적용된다고 규정한다.

디지털자산은 지배의 대상이 될 수 있는 전자적 기록⁵⁰⁾으로 정의되어 있으므로(원칙 2 제2항), 그 개념은 상당히 넓고 지배가능성과 전자적 기록이라는 두 개념요소가 디지털자산의 개념을 이해하는 데 중요한데, 그중에서도 지배가능한 대상이라는 요소가 핵심이다. 지배는 대륙법계의 점유에 상응하는 것으로서 ‘기능적’으로 점유와 동일한 사실상의 개념이다.⁵¹⁾ 원칙 6 제1항은 어느 경우에 디지털자산의 지배를 가지게 되는가를 규정하며, 제2항과 제3항은 각각 지배의 변경에 대한 예시와 지배가 배타적일 필요가 없는 경우를 규정한다. 보관기관을 사용할 경우에도 누가 디지털자산을 지배하고 있는 것인가가 중요하고, 담보권과 관련해서도 지배를 통해 담보권을 완성한 경우에 가장 우선하는 효력을 주는 등 지배는 디지털자산의 정적·동적 관계에서 가장 중요한 요소로 기능한다.

요컨대, UNIDROIT의 디지털자산원칙은 원칙 5에서 규정하는 저촉규칙을 제외하고 거의 모두 가상자산거래와 관련한 실질규칙을 제시하고 있으며, 이는 향후 각국의 관련 입법에 유의한 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각한다. 다만, 디지털자산원칙의 주요내용이 미국의 UCC의 관련 부분이나 아직까지 국제적으로 발효되지 못한 UNIDROIT의 간접보유증권협약 및 간접보유증권가이드라인에서 제시하는 내용과 유사하여 향후 디지털자산원칙에 대한 국제사회의 평가를 조금 더 지켜볼 필요가 있다고 생각한다. 그리고 각국이 디지털자산원칙을 자국법에 모두 반영한다고 하더라도 동원칙이 가상자산거래의 모든 물권법적 쟁점을 다루지 않고 있고 또 명문으로 여러 쟁점에 대해서는 타법이 적용된다고 규정하고 있으므로, 이 영역에서 국제사법적 측면의 논의와 적극적 역할이 중요하다. 다음 IV장에서 가상자산 거래의 물권법적 측면으로 한정하여 국제사법적 측면을 논의하기로 한다.

III. 가상자산 거래의 물권법적 측면에 대한 준거법

48) 예컨대 원칙 3(1). 원칙 3 주석번호 4는 디지털자산원칙상 물권은 물권적 효력을 갖는 물권적 이익 및 권리를 포함한다는 점에서 광의의 개념이라고 설명한다. 따라서 디지털자산원칙에서 사용하는 물권의 개념의 개념은 우리법상 물권과 상당히 유사한 것으로 이해된다.

49) 디지털자산원칙에서 타법(otherlaw)이라 함은 원칙법(Principles law)이 아닌 범위 내에서의 한 국가의 법을 말한다(원칙 2(4)). 원칙법은 이 원칙의 범위에 속하는 한 국가법의 모든 부분을 말하는데(원칙 2(3)), 어느 국가가 디지털자산원칙을 채택하여 자국법으로 이행하는 경우 원칙법이 되고, 굳이 디지털자산원칙을 채택하지 않는 경우에도 이미 그 국가의 사법에서 디지털자산원칙에 상응하는 내용을 가진 규정이 있다면 이것도 원칙법에 해당하며, 디지털자산원칙을 시행하는 국가라면 원칙 5에서 규정하는 저촉규칙도 원칙법에 해당한다(의견수렴안, 원칙 2 주석 16~17).

50) 전자적 기록은 전자적 매체에 저장되고 반출가능한 정보를 말한다(원칙 2 제1항). 이는 기록가능한 기록에 관한 UNCITRAL 모델법상 정의와 일치한다.

51) 의견조치안, 원칙 6 주석번호 2.

외국적 요소가 있는 법률관계에 대해 가장 밀접한 관련이 있는 장소를 연결하는 방법을 취하는 전통적인 국제사법 방법론은 현실 세계의 특정 국가의 공간적 장소를 필요로 한다. 따라서 가상의 블록체인상(인터넷상)에서만 행위가 이루어지고 현실세계와 전혀 연결점을 가지지 아니하는 가상자산(UNIDROIT 디지털자산 프로젝트의 2유형/스위스의 블록체인 내생적가치토큰)은 그와 관련한 객관적인 연결점을 찾는다는 것이 매우 어렵다. 또한, 앞서 논의한 바와 같이 독일·한국·일본과 같은 독일법계에서 무체의 재산인 가상자산은 물건이 아니기 때문에 물건법적 연결점을 탐구하는 데 있어 현행 한국의 「국제사법」상, 일본의 법적용통칙법⁵²⁾상 어느 연결점을 적용하여야 하는지 즉, 어떻게 성질결정할 것인가의 문제 등 다양한 쟁점이 존재한다. 반면에, 가상자산 거래와 관련한 계약법적 쟁점에 대해서는 거의 대부분의 국가에서 당사자 자치의 원칙과 보충적인 객관적 연결점을 자신의 국제사법에 수용하였기 때문에 블록체인 특히, 스마트 컨트랙트로 인한 문제도 기존의 국제사법 해석으로도 해결할 수 있다는 것이 학계의 중론으로 보인다.⁵³⁾

따라서, 아래에서는 가상자산의 물건적 측면에 관한 헤이그국제사법회의, UNIDROIT, 영국, 미국⁵⁴⁾, 스위스 및 독일에서의 논의와 입법 현황을 소개하고, 마지막으로 우리 국제사법의 관점에서 물건적 측면에 관한 문제를 어떻게 해결할 수 있을 것인가에 대한 해석론을 전개하기로 한다.

1. 헤이그국제사법회의 및 UNIDROIT에서의 논의 현황

국제사법의 국제적 통일규칙을 정하는 국제기구인 헤이그국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)와 실질법의 국제적 통일규칙의 제정을 목표로 하는 국제기구 중 하나인 UNIDROIT는 2020년부터 가상자산의 물건법적 측면에 관한 준거법의 연결규칙을 정하기 위한 논의를 시작하였다. UNIDROIT는 앞서 소개한 디지털자산 프로젝트의 일환으로 진행하는 것으로서, 그 범위를 가상자산의 처분 및 도산과 관련된 부분에 중점을 두되, 헤이그국제사법회의와의 조율하에 이를 진행하고 있

52) 국제사법의 현대화를 위해 2006년 종래의 法例를 개정한 「法の適用に関する通則法」을 말한다.

53) 가상자산 거래의 계약법적 측면에 대한 분석으로는 우선, Giesela Rühl, “Smart (Legal) Contract, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?”, in Benedetta Cappiello & Gherardo Carullo ed. *Blockchain Law and Governance* (Cham: Springer, 2021), 159면 이하; Paolo Bertoli, “Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues” in Benedetta Cappiello & Gherardo Carullo ed. *Blockchain Law and Governance* (Cham: Springer, 2021), 181면 이하; Andrew Dickinson, “Cryptocurrencies and the Conflict of Laws”, in David Fox & Sarah Green ed., *Cryptocurrencies in Public and Private Law* (Oxford: OUP, 2019), 104~118면; Florence Guillaume, “Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions” in Daniel Kraus et. al. ed., *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law* (Northampton: Edward Elgar, 2019), 66~69면; UK Jurisdiction Taskforce, Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts, The LawTech Delivery Panel, November 2019, 31~38면; Dieter Martiny, “Virtuelle Währungen, insbesondere Bitcoins, im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, IPRax 38. Jahrgang Heft 6, 2018, 560~562면; 森下哲朗, “仮想通貨に関する国際的な法的問題に関する考察”, 金融法務研究会, 『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討』, 金融法務研究会報告書(33), 2019. 3, 74면 참조.

54) 일본에서의 논의로는 대표적으로 森下哲朗, 위의 논문, 76~79면이 있으며, 아래의 우리나라와 관련한 논의에서 일부 내용을 소개하기로 한다.

다. 양 기관 중 UNIDROIT는 원칙의 형태이긴 하지만 관련 쟁점에 관한 상세한 규칙을 담은 준거법 결정원칙을 제시하고 있는 반면, 헤이그국제사법회의의 관련 논의는 쟁점을 찾고 이를 정리하는 수준에서 조금 더 나아간 정도로 보인다. 어느 경우이든 양 기관에서 제시하는 국제사법 연결원칙은 향후 각국에 상당한 영향력을 줄 수 있으므로 아래에서는 양 기관에서 논의·제시하고 있는 연결점 등에 대해 소개하기로 한다.

가. 헤이그국제사법회의

2020년 헤이그국제사법회의의 총무·정책이사회(CGAP)는 상설사무국으로 하여금 분산원장기술의 국제사법적 함의와 관련한 전개를 모니터링하여 이를 총무·정책이사회에 보고하도록 하였다. 이에, 상설사무국은 2021년 3월 예비문건⁵⁵⁾(이하, ‘예비문건’)과 2022년 3월 예비문건⁵⁶⁾을 작성하여 그간의 활동과 쟁점 등을 보고하고 향후 계획을 제안하였다.

2021년 3월 예비문건에 따르면, 탈중앙화된 분산형시스템을 통해 생성되고 양도되는 디지털자산(가상자산)과 관련된 연결점과 관련하여, 예비문건은 공간적 장소를 찾는 전통적인 국제사법적 방법론은 분산원장 네트워크에의 기능과는 관련성이 없을 수 있다는 점을 확인하며, 우선 준거법 결정에 있어 블록체인이 허가형인지 비허가형인지가 중요한 고려점이 될 수 있다고 한다.⁵⁷⁾ 이는 허가형의 경우 해당 시스템에 접근하기 위해 승인을 요하기 때문에 해당 접근자를 확인할 수 있기 때문이라고 한다.⁵⁸⁾ 그리고 예비문건은 온체인(on-chain) 행위인가, 오프체인(off-chain) 행위인가 즉, 블록체인 내의 행위인가 외의 행위인가를 구분하는 것도 당사자 자치에 영향을 준다는 점을 확인한다.⁵⁹⁾ 이는 오프체인상의 약정에서 당사자가 선택한 장소가 효과를 가진다는 것을 담보할 수 없기 때문이다.⁶⁰⁾ 나아가, 예비문건은 후술하는 2018년 영국의 금융시장법위원회(Financial Markets Law Commission: FMLC)가 제시한 다양한 연결점을 소개한다. 끝으로, 상설사무국은 향후 지속적으로 디지털경제의 국제사법적 함의와 관련한 전개를 모니터링하고 UNCITRAL 및 UNIDROIT와도 협력을 지속할 것임을 밝히면서 이러한 전개의 결과물은 2022년 하반기에 개최될 회의에서 논의될 수 있도록 하겠다고 밝히고 있다.⁶¹⁾ 또한, 상설사무국은 총무·정책이사회에 대해 전문가그룹을 결성하여 디지털자산과 관련한 국제재판관할, 준거법 및 승인·집행에 관한 새로운 협약의 가능성에 대해 평가할 수 있도록 제안한다.⁶²⁾

55) HCCH, Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy, including DLT, Prel. Doc. No.4, March 2021.

56) HCCH, Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy, Doc. No.4 REV, March 2022.

57) HCCH Prel. Doc. No.4, March 2021, 3~4면.

58) HCCH Prel. Doc. No.4, March 2021, 4면.

59) Ibid.

60) Ibid.

61) HCCH Prel. Doc. No.4, March 2021, 6면.

62) Ibid. 2023년 1월 현재까지 HCCH는 이에 관한 구체적인 내용을 제시하고 있지 않다. UNIDROIT 디지털자산원칙의 성안과 관련한 내용을 모니터링하고 저촉규칙과 관련한 부분에 협력하는 차원의 움직임만 관찰된다.

나. UNIDROIT

헤이그국제사법회의가 아직까지 구체적인 논의의 진행이나 프로젝트를 진행하지 못하고 있는 반면, 기술한 UNIDROIT의 디지털자산원칙은 가상자산의 물권적 측면에 관한 구체적인 준거법 결정원칙을 제시하고 있다.⁶³⁾ 연결규칙의 핵심은 종래의 물권법적 측면의 연결점인 소재지를 버리고 블록체인시스템 내에서의 양도 및 담보권 설정과 같은 물권적 측면에 대해서도 과감하게 주관적 연결점을 도입한다는 것이다. 이는 블록체인시스템 내부에서의 가상자산에 대한 양도나 담보권 설정 행위는 블록체인의 특성상 어느 한 국가를 특정한다는 것이 불가능하거나 가능하다고 하더라도 우연적이거나 밀접한 관련성이 약하다고 보기 때문으로 생각된다.⁶⁴⁾ 무엇이 물권법적 쟁점인가에 대해 디지털자산원칙은 침묵하며, 이는 법정지법에 따라 정하게 된다.⁶⁵⁾ 디지털자산원칙상 연결규칙에 관한 세부적인 소개 전에 우선 2021년안⁶⁶⁾과 2023년 의견수렴안에서 제시하는 가상자산의 물권법적 측면에 관한 연결규칙의 국문번역문을 차례로 소개하면 다음과 같다.

2021년안 국제사법 - 잠정적 원칙

- A. 관련디지털자산플랫폼의 참가자들 간 디지털자산의 취득과 처분(담보를 포함한다)의 준거법과 관련하여,
- a. 이 법은 참가자들이 선택할 수 있다.
 - i. 명시적인 선택이 없는 경우, 해석원칙 및 묵시적 선택에 의할 수 있다. 특히, 이것은 ‘법에 의해’ 그 플랫폼코드에 대해 계약이 없다고 하는 경우의 개연성이 높을 것이다.
 - ii. 이것이 결과를 도출하지 못하는 경우, 보충적 규칙(양도인의 법, 양수인의 법 등과 같은)이 준거법을 결정할 수 있다.
 - b. 참가자가 그들의 거래가 어떤 법의 적용을 의도하지 않고 코드에만 의존하는 것을 선호한다는 것은 관련이 없다. 소송과 관련하여 법원은 어떤 경우이든 항상 준거법을 결정할 수 있다. (특히, 자산이 글로벌 비허가형 네트워크 내에서 보관 및 양도되는 경우와 관련하여) 결정이 집행가능한지의 여부 다른 문제이다.
- B. 도산의 국면에서 관련될 수 있는 다른 법들과 관련하여:

63) UNIDROIT 2021 Study LXXXII – W.G. 3 – Doc. 2 (rev. 1), 55~56면 및 디지털자산원칙 원칙 5.

64) 의견조치안, 원칙 5 주석번호 3은 전통적인 객관적 연결점을 소재지가 없는 무체물인 가상자산에 적용하는 것은 논리적이지 않고(incoherent) 무의하다고 평가한다.

65) 의견조치안, 원칙 5 주석번호 2.

66) 이는 독자의 이해를 위해 참고용으로 소개하는 것이다.

- a. 일반원칙: 도산채무자가 소재한 영토의 관할법(COMI 및 유사기준; 거소 및 유사기준)이 그 도산절차에 적용된다.
- b. 도산준거법이 플랫폼상에서의 취득과 처분의 준거법(코드?)이 동일한 법이 아닌 경우 긴장이 발생한다. 이 경우, 취득과 처분의 준거법(코드?)에 따라 해당 거래가 최종적인 것으로 간주되는 반면(위 A를 참조), 법정지의 도산준거법규칙에 따라 그 거래가 부인될 수 있고 관련 자산이 소급규칙의 적용을 받을 수도 있다는 일반적 위험이 존재한다(여기서 집행의 난이성은 무시한다).
 - i. 하나가 다른 것에 우선하는지 여부를 결정하는 (원칙? 규칙?)에 대한 명확한 이해가 없는 경우, 이 쟁점에 관한 법적 확실성을 기할 수 없다.
 - ii. 도산법과 그 도산법의 부인권한을 선호하는 규칙은 특히, 다른 법역에 소재하는 참가자가 있는 경우 디지털자산플랫폼의 기능의 건전성을 깨뜨릴 수 있다. 소급규칙이 가능할 때는 해당하는 경우 플랫폼 코드 및 규칙에 근거한 취득의 확실성은 담보되지 아니할 것이다(다시 말하지만, 여기서 그러한 소급규칙의 사실상의 집행 난이성은 무시한다).
 - iii. 플랫폼상 취득과 처분의 준거법/코드를 선호하는 규칙은 그 플랫폼의 내부적 기능에 영향을 미치지 않는다. 그러나 이는 참가자의 도산에 대한 법정지법의 도산원칙을 무효화할 수 있고, 그 결과 채권자의 불평등 취급으로 이어질 수 있다.
 - iv. 이러한 충돌은 다음 각 호에 의해 제거되거나 완화될 수 있다
 - 1. 디지털자산플랫폼 내에서의 취득 및 처분 규칙을 부인권이 기초하는 즉, 부권과 소급을 가능하게 하는 원칙(이는 실질법적 문제이지 국제사법적 문제는 아니다)을 일치시킨다.
 - 2. ...

C. 외생적 자산(non-native assets)의 경우와 관련하여, 그 디지털자산이 둘을 표창하는 경우 즉, 그 플랫폼상 디지털자산으로서의 하나와 그 디지털자산이 기초하는 그 플랫폼 외부의 유체자산 또는 무체자산으로서의 하나를 표창하는 경우

- a. 기초자산의 준거법은 다음의 표준적 규칙 (즉, 소재지법, 설립지법, 계약준거법 등)에 따라 결정한다.
- b. 그 자산의 디지털표시의 준거법은 위 A와 B에서 규정한 바에 따른다.
- c. 외생적 자산은 디지털토큰을 생성하는 중개기관과 같은 중간매개체(interface)를 요한다. 이 점에서부터 국제사법적 분석은 외생적 디지털자산에 대한 권리가 어떻게 이해되는 방식(그 중개기관에 대한 청구권인가?)에 따라 달라진다. 국제사법적 문제는 그 경로를 따른다. 예컨대, 그러한 권리가 중개기관에 대한 청구권으로 간주되는 경우 선택된 법이 적용되거나 그러한 선택이 없는 경우 관련 보충규칙에 따라 준거법이 결정된다. 이 경우 고려할 수 있는 가장 관련된 상황은 그 중개기관의 재산으로부터 기초자산을 빼내는 것과 중개기관의 후속하는 도산과 관련된다. 이러한 상황에서 잠정적으로 두 개의 다른 법에 의해 규율되는 기초자산의 취득자와 디지털자산의 취득자 사

이에서 충돌이 발생할 수 있다(B.b를 참조).

- d. 경제적으로 다른 사람에게 귀속되는 연결되지 않은 자산이 있다는 의미에서 이 둘이 별도의 삶을 시작하지 않도록 하는 것은 실질법적 문제이다. 그러나 문제는 어느 법역의 법에 의할 것이냐이다. 아마도, 보다 가능한 해결책은 기초자산의 준거법에 우선권을 주는 것이다. 이것은 법역간 복잡한 문제가 결합된 전형적인 중개기관 리스크이다. 해결책은?

2023년 의견수렴안

제2절 국제사법

원칙 5 저촉법

(1) 제2항의 유보하에, 디지털자산에 관한 물권법적 쟁점은 다음 각 호의 법에 의해 규율된다.

- (a) 디지털자산에 그러한 쟁점의 준거법으로 명백하게 규정한 국가의 내국법(그 국가의 저촉법규칙은 제외한다).
- (b) 제(a)호가 적용되지 않는 경우, 디지털자산이 기록된 시스템 또는 플랫폼에서 그러한 쟁점의 준거법으로 규정한 국가의 내국법(그 국가의 저촉법규칙은 제외한다).
- (c) 제(a)호나 제(b)호가 적용되지 않는 경우에는 다음 각목에 따른다.

A안:

- (i) [법정지국이 여기에 디지털자산에 관한 물권법적 쟁점의 준거법의 관련 측면이나 준거법 조항을 규정하여야 한다];
- (ii) 제(i)목에서 다루지 아니하는 범위 내에서, [법정지국이 여기에 이 원칙이 디지털자산에 관한 물권적 쟁점의 준거법이라는 것을 규정하거나 관련 원칙 또는 디지털자산에 관한 물권적 쟁점을 규율하는 이 원칙의 측면들을 규정하여야 한다]
- (iii) 제(i)목 및 제(ii)목에서 다루지 아니하는 범위 내에서, 법정지 국제사법의 연결규칙에 따른 준거법

B안

- (i) [법정지국이 여기에 이 원칙이 디지털자산에 관한 물권적 쟁점의 준거법이라는 것을 규정하거나 관련 원칙 또는 디지털자산에 관한 물권적 쟁점을 규율하는 이 원칙의 측면들을 규정하여야 한다]
- (ii) 제(i)목에서 다루지 아니하는 범위 내에서, 법정지 국제사법의 연결규칙에 따른 준거법

(2) 제1항의 해석과 적용 시에는 다음 각 호에서 규정하는 사항을 고려하여야 한다.

- (a) 디지털자산에 관한 물권법적 쟁점과 특히 디지털자산의 취득과 처분은 항상

법의 문제이다.

- (b) 디지털자산이나 디지털자산이 기록되어 있는 시스템 또는 플랫폼에 준거법이 규정되어 있는지를 결정할 때에는 디지털자산이나 시스템 또는 플랫폼에 부착되어 있거나 관련된 기록이 그 관련 디지털자산을 다루는 자에 의해 용이하게 검토될 수 있는 경우 그러한 기록을 고려하여야 한다.
 - (c) 디지털자산을 이전, 취득 또는 그 밖의 취급을 함으로써 이를 행한 자는 제1항제(a)호 및 제(b)호에 따른 준거법에 동의한다.
 - (d) 제1항에 따른 준거법은 디지털자산이 처음 발행되거나 생성된 시점부터 동일한 기재(description)를 가진 모든 디지털자산에 적용된다.
 - (e) 디지털자산이나 그 디지털자산이 기록된 시스템 또는 플랫폼이 그 디지털자산이 처음으로 발행되거나 생성된 시점부터 효력을 가진 준거법을 명백하게 규정한 경우, 그러한 명백한 규정의 발표 이전에 성립된 그 디지털자산에 대한 물권은 그러한 규정에 영향을 받지 아니한다.
- (3) 도산절차의 개시에도 불구하고 그리고 제4항의 유보하에, 이 원칙에 따른 준거법은 그러한 도산절차의 개시 전에 발생한 모든 사건과 관련하여 디지털자산에 관한 모든 물권적 쟁점을 규율한다.
- (4) 다음 각 호에서 규정하는 사항에 관한 모든 규칙과 같이, 제3항은 도산절차에 따른 모든 준거실질법규칙이나 준거절차법규칙에 영향을 미치지 아니한다.
- (a) 채권의 유형별 순위
 - (b) 편파적 거래나 채권자를 기망한 이전의 부인
 - (c) 도산관재인에의 지배 또는 감독하에 있는 자산에 대한 권리의 집행
- (5) 타법(other law)은 다음 각 호의 사항을 결정하는 데 적용한다.
- (a) 지배가 아닌 방식으로 제3자에 대한 효력을 가진 디지털자산에 대한 담보권의 제3자효의 준거법
 - (b) 지배가 아닌 방식으로 제3자에 대한 효력을 가진 충돌하는 담보권 간의 우선순위를 결정하는 준거법
- (6) 보관기관과 그 보관기관의 고객 간의 관계에 대한 준거법의 결정은 타법에 따른다.

UNIDROIT 디지털자산원칙 원칙 5 제1항은 1순위와 2순위로 주관적 연결점을 전면에 둔다. 즉, 디지털자산원칙에서 규정하는 주관적 연결점은 가상자산 자체에서 명백하게 정한 준거법을 1순위로 연결하고, 이에 대한 준거법을 정한 것이 없으면 2순위로 가상자산이 기록된 블록체인 시스템 내지 플랫폼⁶⁷⁾에서 명백하게 정한 준거법을 2

67) 여기서 플랫폼이 무엇인지에 대한 설명은 없으나, 가상자산 거래플랫폼이나 보관기관의 플랫폼은 아닌 것으로 보이며, 시스템의 다른 의미로 쓰는 것으로 보인다(의견조희안, 원칙 2 주석번호 21; 원칙 6 주석번호 7 및 12 참조).

순위로 연결하며, 이에 대한 정함도 없는 경우 디지털자산원칙 자체나 디지털자산원칙이 규정하는 원칙의 측면이 준거법이 되도록 하고, 최종적으로 법정지 국제사법에 따라 연결된 준거법에 의하도록 4단계⁶⁸⁾의 연결점을 제시한다. 1단계와 2단계의 주관적 연결점은 아래 미국 UCC 제12편 제107조에서 규정하는 원칙과 동일하며, 전통적인 의미의 양도인·양수인, 담보권설정자·담보권자 간의 당사자자치를 의미하는 것은 아니다.⁶⁹⁾

원칙 5 제1항에서 제시하는 연결규칙과 관련하여 한 가지 주의할 것은 이는 이른바, ‘온체인’ 즉, 블록체인상에서 일어나는 가상자산의 처분과 담보거래 등의 물권적 측면에 대해 적용된다는 점이다. 따라서 보관기관(custodian)을 통해 보관하는 가상자산의 처분 및 담보거래 등 ‘오프체인’ 거래에 대해서는 그 적용이 없고, 타법에서 규정하는 연결규칙에 따라 결정된다. 이는 UNIDROIT 디지털자산원칙이 보관기관을 통해 가상자산을 지배하는 경우에 대해서는 원칙 10에 따른 고객의 선의취득에 관한 실질규칙과 원칙 13에 따른 보관기관의 도산 시의 고객자산 보호에 관한 실질규칙만을 규정하고, 그 외 양도나 담보설정의 방법 및 요건 등에 대해서는 직접 그 실질규칙이나 저촉규칙을 제시하지 않기 때문이다. 그리고 원칙 5 제6항은 보관기관과 그 보관기관의 고객 간의 관계에 대한 준거법의 결정은 타법에 따른다고 규정하여 타법인 국제사법에 따라 보관기관과 고객 간의 관계에 대한 모든 문제가 해결되도록 함으로써, 제1항에 따른 연결점이 개별 가상자산이나 블록체인 시스템 또는 플랫폼 별로 다르게 되지만, 보관기관을 통해 간접적으로 가상자산을 지배하는 경우에는 보관기관과 고객 간의 관계에 대해서는 하나의 법에 의해 규율되는 것이 바람직하기 때문이다.⁷⁰⁾

한편, 가상자산이 부동산이나 지재권, 가상자산 등 다른 자산과 연계된 경우 그 가상자산 자체에 대해서는 디지털자산원칙이 적용되나, 그 가상자산에 연계된 자산(linked assets)에 대해서는 그 자산이 유체물인지 무체물인지와 관계없이 타법이 적용되어 그 디지털자산과 연계자산간 연계의 존재, 연계요건 및 법적 효과에 대한 쟁점을 결정한다(원칙 4). 이는 2021년까지 디지털쌍둥이(digital twin)이라고 불리던 가상자산의 문제로서 당시에도 기초자산(연계자산)에 대해서는 종래의 국제사법 규칙에 따르도록 하여 가상자산의 준거법과 그 가상자산에 연계된 자산의 준거법을 분리하여 적용한다는 원칙이었으며,⁷¹⁾ 원칙 4는 이를 보다 정제하여 규정하고 있다.⁷²⁾

도산과 관련하여 원칙 5는 다음의 두 가지 사항을 규정한다. 첫째, 원칙 5 제3항은 도산절차의 개시에도 불구하고 그리고 제4항의 유보하에, 그러한 도산절차의 개시 전에 발생한 모든 사건과 관련하여 디지털자산에 관한 모든 물권적 쟁점은 원칙 5에 따른 준거법에 따른다고 규정한다. 아울러, 제4항은 채권의 유형별 순위, 편파적 거래나

68) A안은 3단계로 법정지국이 가상자산의 물권법적 쟁점과 관련하여 규정한 준거법이 적용되도록 규정하고, B안의 3~4단계를 4~5단계로 설정한다. 즉, B안은 A안과 동일하나 A안과 같은 법정지국이 관련 준거법을 정한다는 것을 상정하지 않는다 점에서 차이가 있다.

69) 2002년 헤이그증권협약이 변형된 주관적 연결규칙으로서 중개기관과 계좌보유자의 약정에 의해 준거법을 결정할 수 있도록 하였다는 점 즉, 전통적인 의미의 당사자자치와는 다르다는 점에서 양자는 유사하다.

70) 의견조희안, 원칙 5 주석번호 14 참조.

71) 이에 대해서는 아래 2021년안의 C항 참조.

72) 참고로, 원칙 14 제2항 및 제3항도 연결된 자산의 담보거래에 대해서도 타법이 적용된다고 규정한다.

채권자를 기망한 이전의 부인 및 도산관재인의 지배 또는 감독하에 있는 자산에 대한 권리의 집행에 관한 규칙과 같이 도산절차에 따른 모든 도산준거실질규칙이나 도산준거절차규칙은 제3항의 영향을 받지 않고 그대로 적용된다. 가상자산보관기관의 도산과 관련해서는 원칙 13에서 별도의 원칙을 규정하며, 2023년 3월에 예정된 8차 워킹그룹회의에서 최종 조율될 예정이다. 따라서 원칙 5 제3항 및 제4항에서 규정하는 도산특칙에 대해서는 보관기관의 도산에 대해서는 적용되지 않고, 원칙 13에서 규정하는 바에 따른다는 점을 주의할 필요가 있다.

마지막으로, 담보거래와 관련하여 원칙 5는 제1항의 연결규칙이 적용된다는 전제하에 특별한 연결점을 제시하지 않고 지배가 아닌 방식으로 설정된 담보권의 제3자효에 대한 쟁점과 비지배의 방식으로 제3자효를 가진 담보권 간의 우선순위에 대해서는 타법이 적용된다고 규정한다(원칙 5 제5항). 따라서 점유개정형 양도담보와 같이 지배의 방식이 아닌 방식으로 설정된 가상자산의 담보권에 대해서는 법정지의 국제사법에 따라 결정된 준거법에 따라 동 담보권의 제3자에 대한 대항력과 비지배 방식의 담보권 간⁷³⁾의 우선순위의 문제를 규율한다.

2. 영국과 미국, 스위스 및 독일에서의 현황

가. 영국

영국에서 가상자산의 물권법적 측면에 대한 논의는 2018년 FMLC가 공간한 의견서⁷⁴⁾가 풍성한 논의를 제공한다. 다음으로 2019는 UKJT가 공간한 의견서⁷⁵⁾와 개별 학자들의 논의도 있으나,⁷⁶⁾ 이하에서는 지도적인 의견이라 할 수 있는 FMLC의견서의 내용을 중심으로 소개하기로 한다.

우선, FMLC는 국제사법적 분석의 유용성 측면에서 다음의 세 가지 구분을 제시한다.⁷⁷⁾ 첫째, 허가형과 비허가형 시스템: 이에 대해서는 위 헤이그국제사법회의의 관련 부분에서 언급하였으므로 여기서는 생략한다. 둘째, 기록장부(record ledger)와 권원장부(title ledger): 기록장부는 기초거래의 문서작업을 통해 수행된 권원양도(title transfer)를 증거하거나 기록하는 것을 말한다. 이에 반해, 권원장부는 블록체인 장부상에서 직접 권원이 양도되는 것을 말한다. 이는 장부의 기록이 형성적이냐 아니면 단지 증거적이냐의 구분이라 할 수 있다. 이 둘을 구분하는 것은 기록장부의 경우 거래의 물권법적 효과는 기록된 기초거래에 적용되는 전통적 저촉법규칙이 별도로 적용될 것이므로 준거법의 결정이 분명하기 때문에 논의의 초점을 권원장부에 두려고 하기 때문이

73) 지배 방식에 따른 담보권과 비지배 방식에 따른 담보권의 우선순위에 대해서는 원칙16에서 지배 방식의 담보권이 우선한다고 규정한다.

74) FMLC, Distributed Ledger Technology and Governing Law: Issues of Legal Uncertainty, March 2018.

75) UK Jurisdiction Taskforce, 앞의 의견서, 23~24면 참조.

76) 대표적으로, Andrew Dickinson, 앞의 논문, 126~137면; Michael Ng, "Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin Under English Law", Journal of Private International Law Vol. 15, No. 2, 2019, 135~338면 참조.

77) FMLC, 앞의 의견서, 7~9면.

다.⁷⁸⁾ 셋째, 플랫폼-외부(off-platform) 자산토큰과 플랫폼-내부(on-platform) 자산토큰: 플랫폼-외부 자산토큰은 현실 세계의 기초자산을 표창하거나 이에 고정된 자산토큰을 말한다.⁷⁹⁾ 이는 스위스 연방평의회보고서의 표현으로 하자면 블록체인 외생적가치토큰과 내생적가치토큰에 상응하는 것이라 할 수 있다.

FMLC는 공간적 장소에 뿌리를 두고 있는 연결규칙인 소재지법(lex situs)을 분산원장 상황에 적용하는 것은 문제라고 하면서 다음의 헤이그증권협약 제2조에서 규정하는 물권법적 쟁점을 분산원장에 적용하면 해답을 찾기가 어렵다고 한다.⁸⁰⁾ 즉, (1) 분산원장시스템상에 기록된 자산의 법적 성질과 처분의 제3자에 대한 효과는 무엇인가? (2) 해당하는 경우 분산원장시스템상에 기록된 자산의 처분에 대한 대항(완성)요건은 무엇인가? (3) 해당하는 경우, 분산원장시스템상에 기록된 자산상 권리의 실현 요건은 무엇인가? (4) 분산원장시스템상에 기록된 자산의 처분이 배당, 수익 그 밖의 분배금 또는 상환금, 매매금 그 밖의 수익금에 미치도록 권한을 부여하는가? (5) 분산원장시스템상에 기록된 자산에 대한 처분의 법적 성질과 이를 처분한 양도인에 대한 효과는 무엇인가? 그리고 (6) 어떤 경우에 분산원장시스템상 기록된 어떤 자의 권리가 다른 자의 권리를 소멸시키거나 그 권리에 우선하는가? 그리고 FMLC는 법원이 기초자산의 소재지법과 다른 법을 적용할 확률은 높지 않은 것으로 보이기 때문에 단지 거래를 지원하는 기술이 새로운 것이라고 하여 분산원장시스템과 관련한 국제사법적 분석이 반드시 급진적으로 다를 필요는 없다고 표명하며, 10가지의 연결점(①소재지법, ②주관적 소재지, ③수정된 주관적 소재지, ④의제적 선택, ⑤거래/양도/채권양도에 선택된 법, ⑥관련 관리자/마스터암호개인키보유자(PROPA/PREMA), ⑦발행인마스터계좌소재지, ⑧참여자/양도인/개인암호키사용자소재지, ⑨양도채권의 준거법, ⑩코드법/코더의 주거소)을 제시·분석한다.⁸¹⁾ 각 연결점의 의미와 장단점을 요약하면 <표 2>와 같다.

<표 2> FMLC에서 제시하는 연결점과 장단점 요약⁸²⁾

연결규칙 및 설명	장점	단점(한계)
Lex situs(소재지법) Traditional PIL property rule. With the historical focus on tangible goods, lex situs dictates that rights or entitlement should be governed by law of the place in which the	Tangible property For DLT arrangements exchanging ‘exogenous tokens’ that represent tangible property (especially immovable property), courts will most likely apply the lex situs of the underlying	Distributed and decentralised Lex situs rule does not translate well when applied to a DLT system. Situs of an asset constituted on a DLT ledger is not obvious for two reasons. First, because the ledger is distributed. A network can span several jurisdictions and have no central authority or

78) FMLC, 앞의 의견서, 9면.

79) FMLC는 장래에는 특정 자산이 블록체인상에서 표창되어 디지털화 되면 새롭게 창출된 디지털자산이 원래의 현실세계의 자산을 대체할 것이기 때문에 이러한 구분도 불분명해질 것이라고 한다(FMLC, 앞의 의견서, 8~9면).

80) FMLC, 위의 의견서, 11~12면.

81) FMLC, 위의 의견서, 12면.

82) HCCH Prel. Doc. No.4, March 2021, Annex I.

property or claim to property is situated.	asset. For exogenous tokens, changes to existing conflict rules may not be necessary, as the only difference lies in the technology underpinning the transaction. Here, traditional conflict rules may be more appropriate.	validation point (especially in permissionless systems). Second, location may be hard to determine for cross-border transfers of intangible assets. Application of geographically-dependent connecting factors are problematic in DLT context.
<u>Elective Situs(주관적 소재지)</u> Proprietary effects of DLT transactions governed by the chosen law of the DLT network participants.	Simplicity and certainty, especially for regulation Proprietary effects of all transactions on the system are subject to the same governing law. Applicable law of the transaction is transparent to participants and regulation.	Threshold issues, regulatory risks Two threshold issues. First, party autonomy is not universally accepted as a choice-of-law principle for proprietary issues. Second, it may be difficult to apply in permissionless systems. ⁸³⁾ More significant issue will likely be the perceived regulatory risks. For instance, participants may choose a legal system unrelated to the assets and is subject to significant undue influence. This could potentially facilitate the mass transfer of assets by means of legal adoption in the jurisdiction identified by the connecting factor.
<u>Modified elective situs(수정된 주관적 소재지)</u> A variant of the 'elective situs' rule. <u>The participants' choice of situs could be restricted by regulation or technology.</u> For example, election could be limited to a choice of law approved by regulators, or restricted in respect of a choice of law lacking any connection to the DLT enterprise.	Addresses public policy concerns Regulators may consider this necessary if uninhibited choice of parties is perceived as being used for avoidance purposes, or that such free choice would contradict public policy.	Approval from more than one regulator. May be difficult to implement rule that requires approval from more than one regulator – especially where the competent authority for a distributed system is not obvious.

<u>Deemed election(규제적 간주선택)</u> Another variant of the ‘elective situs’ rule. Deemed election is determined by relevant regulatory or competent authority, where applicable.	Simplicity and transparency Proprietary effects of all transactions are subject to the same governing law. Transparency to third parties – assuming that the deemed election would be public knowledge.	Identifying the competent authority May be self-defeating. A further rule on determining the relevant national competent authority is needed.
<u>Chosen law of the transaction/transfer/assignment(주관적연결)</u> In the context of one or more transfers of an asset, proprietary effects of the transaction are determined by the applicable law of the assignment.	Party autonomy, simplicity Applying the law of assignment allows parties to choose the law that will govern proprietary effects of the transaction. Simplicity and coherence regarding the choice of law rule on contractual effects.	Competing entitlements, practical difficulties, fragmentation No certain answer in case of competing entitlements where successive transfers take place under different governing laws. Requires participants in DLT system to coordinate and agree on governing law. Practical difficulty and inefficiency of this requirement undermines the speed and efficiency of using DLT. Fragmentation within a DLT system, where recorded transactions are subject to multiple different laws.
<u>PROPA(관련운영관리자소재지)</u> Place of the Relevant Operating Authority/Administrator. This rule presupposes that the DLT system is both (i) permissioned and (ii) centralised (under the control of a central operating authority or administrator). For such a system, the governing law would	Certainty	Relocation of R(O)A, identifying the R(O)A, permissionless systems. See ‘PREMA’ below for ‘costs.’ The PROPA rule is problematic where the R(O)A is required to move jurisdictions (e.g. Brexit). May not always be clear who the R(O)A is. Whether an authority should be the R(O)A may change depending on the role of the administrators. Furthermore, additional rules are required to choose between two R(O)A candidates have equivalent powers and are

either be (i) the location of the R(O)A or (ii) the R(O)A is responsible for determining the governing law.		located in different jurisdictions. Most importantly, PROPA would not be applicable in systems without R(O)As, specifically – permissionless and ‘trustless’ DLT systems.
<u>PREMA(마스터암호키보유자 주소재지)</u> Primary Residence of the Encryption Private Master keyholder Similar to PROPA, but this approach looks to the location of the private master key for the DLT system (for systems that have such a key). Presumptively, this location would be the primary residence, centre of main interests or (possibly) domicile of the master key-holder.	Certainty	Tertiary ‘warrant’ key, costs A significant disadvantage of PREMA is the increasing prevalence of tertiary ‘warrant’ keys. These keys allow DLT enterprises to decrypt data if they are served with a court order. For both PROPA and PREMA, legal opinion must be sought in locating the R(O)A/master key holder, thereby increasing costs for market participants.
<u>Location of issuer master account(발행인 마스터계좌지)</u> For securities issues, this looks to the place of the issuer master account where there is no intermediary and investors hold securities directly from the issuing company.	Enforcing claims In addition to other advantages (simplicity, certainty), this rule aligns choice of law with the legal system under which claims must ultimately be enforced against the issuer.	Action against system administrator By contrast, a disadvantage of this rule is the lack of alignment between choice of law and the legal system under which regulatory or legal action against the system administrator can be most effectively taken.
<u>Location of participant(참가자소재지)</u> Applies law of the place where the system participant (i.e., who is transferring assets) is resident, has centre of main interest, or is	Bulk transfers Appropriate for transfer of assets in bulk. Otherwise, transferees would have to conduct due diligence on each asset under its own governing law or lex	Relevance, questions of entitlement, splitting the ledger Questionable relevance of this benefit (left, ‘bulk transfers’) in a DLT environment. A significant disadvantage is that this rule gives no clear

domiciled.	situs respectively.	answer to questions of entitlement where there are: joint transferors, chains of assignments, or change in habitual residence by the transferor. Rule artificially splits up the distributed ledger record.
<u>Location of private user key(개인키소재지)</u> Location of private user key for the DLT system. This would presumptively be the primary residence, centre of main interests or (possibly), domicile of user key- holder.		Determining location, costs May be difficult to objectively determined domicile of user key-holder, especially because one key may be composed of several parts that are held across multiple jurisdictions. Establishing location of the relevant person will necessitate complex legal opinions and cost.
<u>Law of the assigned claim(양도채권법)</u> Proprietary effects of transaction would be governed by the applicable law of the assigned claim. Understood as a kind of situs rule for intangible assets. Here, <u>the situs is deemed to be the legal system identified as the applicable law of the asset.</u>	Elective situs, wider conflicts regime This approach enjoys the same advantages as with an elective situs rule. For the EU, it would also have the benefit of aligning with the wider conflicts of law regime (Rome I).	Only applicable to exogenous intangible assets Rule can only be implemented for intangible assets that have a separate existence from the DLT system (i.e., must not be tangible assets or native ‘on-platform’ tokens). As previously mentioned, tangible assets will likely be governed by lex situs. As for virtual ‘on-chain’ endogenous tokens, a separate rule tailored to the distributed system is required.
<u>Lex codicis(코드법)</u> Also: <u>lex digitalis</u>, <u>PResC</u> Looks to the governing law of the code that was used to create the original distributed ledger programme. <u>Usually taken to be the</u>	Simplicity and certainty Original coder can be identified relatively easily. Rule also provides ex ante certainty.	Relevance of original coder Tenuous connection to the original coder. Where the coder is not also the system administrator, there is little reason why they should be relevant to and responsible for subsequent developments on the distributed ledger.

Primary residence of the original Coder (PResC).		
--	--	--

FMLC는 이상의 다양한 연결점에 대한 분석을 기초로 모든 분산원장시스템에 맞는 하나의 연결점(one-size-fit-all)을 찾기는 어렵고, 적합한 연결점은 개별 분산원장시스템에 따라 다양할 수 있을 것이라는 의견을 제시한다.⁸⁴⁾ 하지만, 분산원장시스템과 독립하여 존재하지 않는 가상자산의 경우 즉, 일명 가상토큰(virtual token)이라고 불리는 블록체인 내생적가치토큰에 대한 물권법적 측면의 준거법 결정원칙을 정할 필요성은 긴급하다는 관점에서 이와 관련된 모든 저촉법적 접근법의 시작은 ‘주관적 소재지(elective situs)’ 즉, 블록체인시스템 참가자들이 선택한 소재지가 되어야 한다고 주장한다.⁸⁵⁾ 이는 주관적 연결점이 객관적이고 당사자들이 용이하게 확인할 수 있으며, 신기술의 상황에서 준거법 설정을 위한 가장 명확한 경로(rout)를 제공하기 때문이라고 한다.⁸⁶⁾ 그러나 제한없는 당사자자치는 가능성이 크지 않겠지만 자칫 상당히 부당한 외부적 영향이나 私的 영향을 받을 수 있는데, 이러한 위험은 블록체인시스템 참가자가 고객을 대리하는 중개기관인 경우 및/또는 블록체인시스템상에서 양도된 자산이 당사자가 선택한 곳과 다른 법역에 소재한 현실 세계의 자산인 경우에 가장 현저하다고 한다.⁸⁷⁾ 또한 FMLC는 진정한 주관적 소재지나 자유로운 선택이라는 관점에서 준거법을 쉽게 실행할 수 있는 경우에는 관련관리자 또는 운영권한/운영관리자의 소재지(PROPA) 접근법이나 사용자 기준 소재지가 보다 바람직한 결과를 반영한다는 의견을 제시하면서, 이 경우 바람직한 결과는 주로 피규제기관이 그들의 계약에서 특별한 법선택에 동의하는 것을 요건으로 할 때 실현될 수 있다고 한다.⁸⁸⁾ 즉, 당사자자치는 인정하되, 무제한의 당사자자치에서 파생될 수 있는 문제를 해결하기 위해 현명한 규제적 제한을 가하여 이를 해결한다면 현재의 법적 불확실성에 대한 해결책으로서 가장 효율적이고 명확한 결과를 가져올 수 있다고 한다.⁸⁹⁾

나. 미국

미국에서는 2018년 통일주법에 관한 전국위원회회의(National Conference of Commissioners on Uniform Law: NCCUSL)에서 채택한 Uniform Supplemental Commercial Law for the Uniform Regulation of Virtual-Currency Businesses Act에서 UCC 제8편의 간접보유증권에 관한 실질규칙뿐만 아니라 저촉규칙(제8-110조)을 흡수하여 블록체인시스템 ‘외’에서 소위 ‘거래소’라고 불리는 가상자산사업자와 가상자

83) 예컨대, 비트코인과 같이 이미 발행된 비허가형/공개형 블록체인시스템은 발행인이 따로 존재하지 않기 때문에 이를 적용하는 것은 사실상 어렵다.

84) FMLC, 앞의 의견서, 21면.

85) FMLC, 위의 의견서, 21면.

86) Ibid.

87) Ibid.

88) Ibid.

89) 89) FMLC, 위의 의견서, 22면.

산보유자와의 관계에 대한 민사법적 문제의 해결을 시도하였다. 하지만 이는 블록체인 시스템 내에서 쟁점에서는 다루지 않는다는 문제가 있었다. 이에, 통일주법전국위원회는 2019년 미국법률위원회(American Law Institute)와 공동으로 디지털자산거래에 관한 사법적 규율체계에 대한 통일상법전 개정 작업을 착수하여 2022년 7월 UCC 제12편에 지배가능전자기록(Controllable Electronic Records)과 관련한 규정을 최종 채택하고, 제9편 담보거래의 관련 부분을 개정하여 가상자산의 사법적 측면에 관한 실질법적 개혁을 사실상 마무리하였다.⁹⁰⁾

제12-107조에서는 준거법 조항도 두고 있는데, 이를 소개하면 다음과 같다.

Section 12-107. Governing Law

(a) [Governing law: general rule.] Except as provided in subsection (b), the local law of a controllable electronic record's jurisdiction governs a matter covered by this article. 지배가능전자기록의 법역이 속한 지역법

(b) [Governing law: Section 12-106.] For a controllable electronic record that evidences a controllable account or controllable payment intangible, the local law of the controllable electronic record's jurisdiction governs a matter covered by Section 12-106 unless an effective agreement determines that the local law of another jurisdiction governs.

(c) [Controllable electronic record's jurisdiction.] The following rules determine a controllable electronic record's jurisdiction under this section:

(1) If **the controllable electronic record, or a record attached to or logically associated with the controllable electronic record and readily available for review, expressly provides that a particular jurisdiction is the controllable electronic record's jurisdiction** for purposes of this article or [the Uniform Commercial Code], that jurisdiction is the controllable electronic record's jurisdiction.

(2) If paragraph (1) does not apply and **the rules of the system in which the controllable electronic record is recorded** are readily available for review and expressly provide that a particular jurisdiction is the controllable electronic record's jurisdiction for purposes of this article or [the Uniform Commercial Code], that jurisdiction is the controllable

90) 제8편의 투자증권과 관련한 개정은 하지 않고, 공식주식에 지배가능전자기록등이 '금융자산'에 해당할 수 있다는 언급을 함으로써 중개기관을 통해 지배가능전자기록을 보유하는 경우 증권적권리(security entitlement)가 될 수 있도록 하였다(UCC Section 8-102, official comment 9). 이와 관련하여 주의할 것은 지배가능전자기록등이 금융자산에 해당한다고 하여 제8편에서 규정하는 증권에 해당하게 되는 것은 아니나, 증권에 해당하지 않더라도 투자자가 중개기관에 개설된 계좌를 통하여 가상자산을 간접적으로 보유하는 경우에는 투자자가 가지는 권리는 가상자산에 대한 권리가 아니라 증권적 권리이므로, 이때에는 제12편의 규정이 적용되지 않는다는 점이다. 그러나 UNIDROIT 디지털자산원칙과 같이 그 중개기관(보관기관)이 가상자산을 블록체인상에서 직접 보유하는 경우에는 제12편의 지배가능전자기록 관련 규정이 여전히 적용된다.

electronic record's jurisdiction.

(3) If paragraphs (1) and (2) do not apply and the **controllable electronic record, or a record** attached to or logically associated with the controllable electronic record and readily available for review, **expressly provides that the controllable electronic record is governed by the law of a particular jurisdiction**, that jurisdiction is the controllable electronic record's jurisdiction.

(4) If paragraphs (1), (2), and (3) do not apply and **the rules of the system in which the controllable electronic record is recorded are readily available for review and expressly provide that the controllable electronic record or the system is governed by the law of a particular jurisdiction**, that jurisdiction is the controllable electronic record's jurisdiction.

(5) If paragraphs (1) through (4) do not apply, the controllable electronic record's jurisdiction is **the District of Columbia**.

(d) [Applicability of Article 12.] If subsection (c)(5) applies and Article 12 is not in effect in the District of Columbia without material modification, the governing law for a matter covered by this article is the law of the District of Columbia as though Article 12 were in effect in the District of Columbia without material modification. In this subsection, "Article 12" means Article 12 of Uniform Commercial Code Amendments (2022).

(e) [Relation of matter or transaction to controllable electronic record's jurisdiction not necessary.] To the extent subsections (a) and (b) provide that the local law of the controllable electronic record's jurisdiction governs a matter covered by this article, that law governs even if the matter or a transaction to which the matter relates does not bear any relation to the controllable electronic record's jurisdiction.

(f) [Rights of purchasers determined at time of purchase.] The rights acquired under Section 12-104 by a purchaser or qualifying purchaser are governed by the law applicable under this section at the time of purchase.

제12-107조의 저촉규칙은 앞서 소개한 UNIDROIT의 디지털자산원칙상 저촉규칙과 매우 유사함을 알 수 있다. 형식상으로도 단계적 적용방식을 취하고 있고, 그 내용도 상당히 유사하다. 다른 점은 UCC 제12편의 저촉규칙은 디지털자산원칙의 저촉규칙보다 더 상세한 단계를 제시하고 있고 최종적으로 워싱턴 DC주를 연결한다는 점을 들 수 있다.

보다 자세히 제12-107조의 저촉규칙을 소개하면, 우선 가상자산을 지칭하는

미국 UCC판 용어인 지배가능전자기록의 준거법은 지배가능전자기록의 법역이 속한 지역법(실질법)이 준거법이 되는데(제a항), 지배가능전자기록의 법역은 제(c)항에서 규정하는 단계적 연결에 의한다. 제c항 제1호가 제시하는 첫번째 연결점은 지배가능전자기록(가상자산)이나 지배가능전자기록에 부착되거나 논리적으로 관련되고 검토를 위해 용이하게 입수가 가능한 기록이 명확하게 특정 법역이 그 지배가능전자기록의 법역이라고 규정하는 경우 그 법역이 연결점이다. 둘째, 제1호가 적용되지 않고 지배가능전자기록이 기록된 시스템의 규칙이 심사를 위해 용이하게 입수가 가능하고 명확하게 특정 법역이 지배가능전자기록의 법역이라고 규정하는 경우 그 법역이 연결점이 된다(제2호). 셋째, 제1호와 제2호가 적용되지 않고, 지배가능전자기록 또는 그 지배가능전자기록에 부착되거나 논리적으로 관련되고 검토를 위해 용이하게 입수가 가능한 기록이 명확하게 특정 법역의 법이 그 지배가능전자기록의 준거법이라고 규정하는 경우 그 법역이 연결점이 된다(제3호). 제1호와 제3호의 차이점은 제1호는 지배가능전자기록이 특정 법역만 규정한 경우이고, 제3호는 구체적으로 특정 법역의 법을 지정한 경우라는 점이다. 넷째, 제1호부터 제3호까지가 적용되지 않고 지배가능전자기록이 기록된 시스템의 규칙이 심사를 위해 용이하게 입수가 가능하고 명확하게 특정 법역의 법이 지배가능전자기록 또는 그 시스템의 준거법이라고 규정하는 경우 그 법역이 연결점이 된다(제4호). 제2호와 제4호의 차이점도 제3호에서와 유사하게 시스템규칙에서 구체적인 특정 법역의 법을 준거법으로 지정하였는지 아니면 단순히 특정 법역만을 지정하였는가의 차이이다. 마지막으로, 제1호부터 제4호의 연결점이 모두 적용되지 않는 경우 지배가능전자기록의 법역은 콜롬비아특별자치구(워싱턴DC)가 된다. 따라서 현재 상당수의 가상자산이 제1호부터 제4호까지에서 규정하는 연결점을 지정하지 않은 상태여서 미국 법원에서 가상자산의 물건 법적 측면이 쟁점이 될 경우 워싱턴DC의 법이 준거법이 될 가능성이 높다. 물론, UNIDROIT 디지털자산원칙에서와 같이 향후 가상자산 자체의 준거법이나 그 가상자산이 기록된 블록체인 시스템 내지 플랫폼의 준거법을 구체적으로 지정하는 사례가 점차 늘어날 것으로 전망되며, 미국 UCC 제12편과 디지털자산원칙은 결국 이 방향을 제시하고 있는 것으로 생각된다.⁹¹⁾

다. 스위스

1) 연방평의회보고서의 논의

스위스 연방평의회(Bundesrat)보고서는 국제사법적 분석의 관점에서 가상자산의 분류를 그 가상자산이 표창하는 청구권, 사원권, 물건 및 암호통화⁹²⁾로 분류한다. 이 같은 네 가지 유형의 분류방법을 택한 것은 가상자산이 표창 내지 증거하는 권리 등이 기존 국제사법의 연결점에 대응할 수 있으므로, 블록체인이라는 특성을 감안하여 기존의 연결점이 여전히 유효한 것인지를 분석하는데 유용하기 때문으로 생각된다.

91) 실무적으로 이 방향으로 가는 것에 대한 예상을 언급한 것으로는, UCCUSL, Uniform Commercial Code Amendments (2022), November 17, 2022, 262면 공식주석 3 참조.

92) 여기서 암호통화란 가상자산이 통화로서 지급결제 수단으로 이용되는 것을 의미하는 것으로 보인다.

우선 청구권(債權)이 연계된 가상자산(token)과 관련하여, 연방평의회보고서는 일반 국제사법원칙에 따라 당사자자치가 적용되고, 당사자의 준거법 지정이 없는 경우 제117조 제1항 및 제2항에 따라 객관적 연결로서 가장 밀접한 관련을 가지는 곳을 탐구하게 되는데, 제3항은 계약과 관련하여 특징적 이행(급부)의무가 있는 곳을 제시한다. 이를 서비스이용형(유틸리티) 가상자산에 대응하면, 특징적 이행은 쟁점이 된 서비스를 제공하는 계약당사자 즉, 동 가상자산을 발행한 당사자(발행인)가 밀접한 관련을 가진다고 하면서 이론에 따라 사채의 경우 발행인의 본거나 발행지가 되는데 이것은 토큰화된(가상자산으로 화체된) 채권의 경우에도 적용된다고 한다.⁹³⁾ 하지만 인터넷상에서 발행된 가상자산의 경우 그 발행지를 결정하는 것이 어렵다는 것을 감안하면, 아마도 연결점은 발행인의 본거가 있는 곳이어야 한다고 한다.⁹⁴⁾ 그리고 가상자산의 양수인이 소비자에 해당하는 경우 스위스 국제사법 제120조 제1항의 소비자보호 특칙이 적용될 수 있고 이 경우 소비자의 상거소지법이 적용될 수 있을 것이나, 아직까지 인터넷상에서 체결된 계약에 대해 이 규칙을 어떻게 적용되어야 하는지가 완전히 명확한 것은 아니라고 한다.⁹⁵⁾ 그리고 제120조 제2항에 따라 소비자계약에 대해서는 주관적 연결이 허용되지 않는다. 한편, 유가증권과 관련한 국제사법 이론과 같이, 계약의 준거법이 가상자산에 청구권이 법적으로 유효하게 화체될 수 있는지 그리고 어느 범위까지 그 청구권의 양도가 그 가상자산의 양도에 연결될 수 있는 것인지에 대한 쟁점에도 적용된다고 하는 것이 일리가 있으나, 유가증권에 관한 견해가 여전히 갈리기 때문에 가상자산화된 청구권에 대해서도 명확한 결론을 내리기 어렵다고 한다.⁹⁶⁾ 그리고 물품에 대한 권원증서와 관련한 청구권의 유동화에 관한 쟁점을 다루는 제106조 제1항⁹⁷⁾이 유추적용될 수 있는가와 관련하여, 연방평의회보고서는 제106조 제1항에 따르면 가상자산에서 지정된 법이어야 하고, 대부분의 경우 이 요건을 만족할 가능성이 높다고 평가하며 발행인이 가상자산의 약관에서 그 법을 지정하는 것을 상정한다.⁹⁸⁾

사원권이 연계된 가상자산과 관련하여, 연방평의회보고서는 사원권은 쟁점이 된 회사의 준거법에 따르고, 회사의 준거법은 스위스 국제사법 제154조 제1항에 따라 설립준거법이 적용되므로, 이 회사의 설립준거법이 사원권이 가상자산에 법적으로 유효하게 표창된 것인지 그리고 어느 범위까지 그 사원권의 양도가 그 가상자산의 양도와 관련된 것인지에 대한 쟁점에 적용된다고 한다.⁹⁹⁾

물권이 연계된 가상자산과 관련하여, 스위스 국제사법 제99조 이하에 따라 물건소재지법이 물권의 득실뿐만 아니라 내용도 규율하지만, 가상자산이 기술한 물품증권

93) 연방평의회보고서, 74면.

94) Ibid. 후술하는 바와 같이 개정 스위스 국제사법 제145a조 제1항은 이를 반영하여 본거를 최우선 객관적 연결점으로 규정한다.

95) 연방평의회보고서, 75면.

96) Ibid.

97) 개정전 제106조 제1항은 다음과 같다. 물품증권에서 지정한 법이 그러한 증서가 물품을 표창하는가를 결정한다. 그러한 지정이 없는 경우, 발행인의 지점이 있는 곳의 국가의 법에 따른다(Das in einem Warenpapier bezeichnete Recht bestimmt, ob das Papier die Ware vertritt. Ist im Papier kein Recht bezeichnet, so gilt das Recht des Staates, in dem der Aussteller seine Niederlassung hat).

98) 연방평의회보고서, 75면.

99) Ibid.

에 상응하는 경우 국제사법 제106조 제1항과 제3항¹⁰⁰⁾이 적용되지만, 가상자산은 국제사법의 목적상 물건으로 분류될 수 없으므로 동조 제2항¹⁰¹⁾은 적용되지 않기 때문에 유추적용의 필요성이 요청된다고 한다.¹⁰²⁾

가상자산의 전매(resale)와 관련한 분쟁은 관련 매매계약의 준거법에 따를 것이나 분쟁이 매매계약 자체가 아니라 매도되었거나 매도될 권리의 지위에 관한 경우에는 그 권리의 준거법이 적용되지만, 이 경우 국제사법 제145조의 채권양도에 관한 규정은 적용되지 않는다고 하며, 가상자산에 표창된 청구권은 계약에 의해 직접적으로 양도되는 것이 아니라 증서의 이전에 의해 양도되는 증권화된 청구권과 같이 취급해야 한다고 한다.¹⁰³⁾ 하지만 가상자산에서는 실물증서에 대한 권리에 상응하는 권리가 없다는 점에서 전통적인 증권소재지법이라는 연결점은 유추적용할 수 없고, 유가증권의 경우에도 장소는 가변적이고, 인식하기 어렵다는 이유 등으로 인해 장소 자체를 연결점으로 하기는 어렵다고 한다.¹⁰⁴⁾ 따라서 가상자산의 양도의 유효성에 대해서는 해당 가상자산과 가상자산에 부착된 권리의 연결이 발생하는 법에 따라 평가되어야 하며, 이는 쟁점인 권리를 규율하는 법이 되어야 한다고 한다.¹⁰⁵⁾

가상자산의 담보권과 관련해서는 제105조에 따라 지정된 법이 적용될 수 있는데, 가상자산에 표창된 권리는 이 조항의 목적상 유가증권으로 취급하여야 한다고 한다.¹⁰⁶⁾ 참고로, 제105조 제1항은 청구권(채권), 유가증권, 그 밖의 권리의 질권(Verpfändung)은 당사자가 선택한 법에 따를 수 있지만, 그 법선택은 제3자에 대해서는 주장할 수 없다고 규정한다.¹⁰⁷⁾

연방평의회보고서는 국제사법의 목적상 암호통화는 통화로 간주할 수 없으므로 통화에 관한 제147조가 적용되지 아니한다고 한다.¹⁰⁸⁾ 채무가 결제되는 수단은 쟁점이 된 계약의 준거법에 의해 결정되고, 비계약적 채무의 경우 암호통화로서 역할을 할 수 없을 가능성이 높다고 한다.¹⁰⁹⁾

마지막으로 연방평의회보고서는 주식이나 사채의 공모와 관련한 투자설명서 책

100) 제106조 제3항은 다음과 같다. 복수의 당사자중 일부는 직접적으로 다른 일부는 물품증권을 기초로 물품에 대한 물권을 주장하는 경우, 물품 자체의 준거법이 누구의 권리가 우선하는가를 결정한다(Machen verschiedene Parteien dingliche Rechte an der Ware geltend, die einen unmittelbar, die anderen aufgrund eines Warenpapiers, so entscheidet über den Vorrang das auf die Ware selbst anwendbare Recht).

101) 개정 전 제106조 제2항은 다음과 같다. 증서가 물품을 표창하는 경우, 증서와 물품에 대한 물권은 동산으로서 그 물품증권의 준거법에 따른다(Vertritt ein Papier die Ware, so unterstehen die dinglichen Rechte am Papier und an der Ware dem Recht, das auf das Warenpapier als bewegliche Sache anwendbar ist).

102) 연방평의회보고서, 76면.

103) Ibid.

104) 연방평의회보고서, 76~77면.

105) 연방평의회보고서, 77면(하지만 연방평의회보고서는 적어도 가상자산에 표창된 청구권과 관련하여, 제시한 바와 같이 토큰화된 권리의 준거법에 대한 문제가 명쾌하게 결론이 난 것으로 보아서는 안된다고 한다).

106) 사건으로, 이러한 주장은 위 청구권과 관련한 검토내용에 비추어볼 때 논리적이지는 않은 것으로 보인다.

107) Die Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und anderen Rechten untersteht dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl kann Dritten nicht entgegengehalten werden.

108) 연방평의회보고서, 77면.

109) Ibid.

임은 제156조에 따라 발행회사의 준거법 또는 발행지법에 따라 주장될 수 있다는 기술을 하고 있는데,¹¹⁰⁾ 이는 가상자산의 공모 즉, ICO(Initial Coin Offering)에 대해서도 적용가능하다는 것을 전제로 하는 것으로 보인다.

2) 개정 스위스 국제사법의 내용

2021년 2월부터 시행된 일명 DLT법¹¹¹⁾에 따라, 국제사법의 일부 규정도 개정이 되었다. 동 개정으로 인해 제105조 제2항, 제106조 및 제108a조가 개정되었고, 제145a조가 신설되었다.¹¹²⁾ 우선 이에 관한 국문 번역문과 독일어 원문을 소개하면 다음과 같다.

제105조제2항

② 법을 선택하지 아니한 경우, 청구권(채권)의 담보권은 담보권자의 상거소지법에 따른다. 기타 권리의 담보권에 대한 경우에도 같다. 다만, 무증서증권(Wertrecht), 유가증권 또는 등가의 권원증권(Titel)에 표창된 경우에 한한다. 그 밖의 경우 그 담보권은 그 권리의 준거법에 따른다.

제106조 물품증권과 등가의 권원증권(Title)

- ① 제145a조제1항에서 지정된 법은 권원증권이 물품을 표창하는지 여부를 결정한다.
- ② 물품이 실물증권에 의해 표창되는 경우, 그 실물증권과 물품에 대한 물권은 동산과 같이 그 실물증권의 준거법에 따른다.
- ③ 복수의 당사자 중 일부는 직접적으로 다른 일부는 증서를 기초로 물품에 대한 물권을 주장하는 경우, 물품 자체의 준거법이 누구의 권리가 우선하는가를 결정한다.

제108a조 정의

간접보유증권이란 중개기관에 보유된 유가증권에 관한 특정 권리의 준거법에 관한 2006년 7월 5일 헤이그협약에 규정된 중개기관에 보유된 유가증권을 말한다.

제145a조 증권(Title)에 의한 양도

- ① 청구권(Forderung)이 紙面상 권원증권(Title) 또는 이와 유사한 형태의 권원증권(Title)을 통해 표창되었는지 및 그 권원증권에 의해 양도되는지의 여부는 그 권원증권에 지정된 법에 따라 결정된다. 그 권원증권에 법의 지정이 없는 경우에는 발행인의 본거가 있는 국가의 법에 따르고, 본거가 없는 경우에는 발행인의 상거소지법에

110) 연방평의회보고서, 76면(관할과 관련한 쟁점에 대해서는 동보고서 73면 참조).

111) DLT법의 정식명칭은 전자적 분산원장기술의 발전에 따른 연방법의 조정에 관한 연방법률(Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register)이다.

112) 이에 관한 간단한 소개로는 우선 Rashid Bahar, "Conflict of Laws on Distributed Ledger and Negotiable Instruments" CapLaw, No. 1/2020, 17~21면 참조.

따라 결정한다.

② 실물증권에 대한 물권과 관련한 사항은 제7장의 규정에 따른다.

Art. 105 Abs. 2

2 Fehlt eine Rechtswahl, so untersteht die Verpfändung von Forderungen dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Pfandgläubigers. Für die Verpfändung anderer Rechte gilt dasselbe, sofern diese durch ein Wertrecht, ein Wertpapier oder einen gleichwertigen Titel vertreten werden; andernfalls untersteht ihre Verpfändung dem auf sie anwendbaren Recht.

Art. 106 Warenpapiere und gleichwertige Titel

1 Das in Artikel 145a Absatz 1 bezeichnete Recht bestimmt, ob ein Titel Waren vertritt.

2 Vertritt ein physischer Titel die Ware, so unterstehen die dinglichen Rechte am Titel und an der Ware dem Recht, das auf den Titel als bewegliche Sache anwendbar ist.

3 Machen verschiedene Parteien dingliche Rechte an der Ware geltend, die einen unmittelbar, die anderen aufgrund eines Titels, so entscheidet über den Vorrang das auf die Ware selbst anwendbare Recht.

Art. 108a

Der Begriff der intermediärverwahrten Wertpapiere ist im Sinne des Haager Übereinkommens vom 5. Juli 2006 über die auf bestimmte Rechte an intermediärverwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung zu verstehen.

Art. 145a Übertragung mittels eines Titels

1 Ob eine Forderung durch einen Titel in Papier- oder gleichwertiger Form vertreten und mittels dieses Titels übertragen wird, bestimmt das darin bezeichnete Recht. Ist im Titel kein Recht bezeichnet, so gilt das Recht des Staates, in dem der Aussteller seinen Sitz oder, wenn ein solcher fehlt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

2 Betreffend dingliche Rechte an einem physischen Titel bleiben die Bestimmungen des siebten Kapitels vorbehalten.

DLT법의 입법이유서상의 국제사법과 관련한 설명¹¹³⁾에 따르면, 블록체인과 관

113) Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts and Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register(이하, '입법이유서'로 인용한다), 297~300면.

련한 국제사법 개정을 통할하는 개념은 기존의 유가증권 이론을 실물증권에 의해 표창되지 아니한 경우에도 가상자산과 같이 텍스트 형태로 알 수 있는 경우에는 유가증권의 등가물로 보고 기존의 유가증권에 관한 연결규칙을 적용하되, 기존 실물증권에 적용되던 증권소재지법은 가상자산에 적용할 수 없으므로 이에 관한 적용은 배제한다는 점이다. 이에 따라, 양도 및 담보권과 관련해서는 사실상 UNIDROIT 디지털자산원칙과 같이 주관적 연결¹¹⁴⁾을 인정하고 있다고 평가할 수 있다. 다만, 디지털자산원칙과 달리 스위스 국제사법상으로는 이러한 담보권과 관련한 법선택을 제3자에게 주장할 수 없다는 차이가 있다. 그리고 유가증권 등으로 표창되지 않은 경우¹¹⁵⁾에는 권리 자체의 준거법에 따르도록 하는데, 비트코인과 같이 권리 자체가 없기 때문에 준거법의 결정 자체가 어렵고 이 경우에는 결국 가장 밀접한 관련을 찾는 작업을 할 수밖에 없을 것으로 보인다.¹¹⁶⁾

헤이그증권협약과 관련한 제108a조의 개정은 정의규정을 보다 명확히 하는 정도의 의미만 가지며 가상자산과 관련하여 큰 의미를 가지는 것은 아니므로, 가상자산과 관련하여 의미를 가지는 것은 결국 담보권과 관련한 제105조 제2항의 개정과 물품증권에 관한 제106조의 개정 및 신설한 제145a조라고 할 수 있다. 제145a조는 청구권을 화체시킨 가상자산, 106조는 물권을 화체시킨 가상자산의 양도와 관련한 준거법의 지정에 관한 규칙을 규정한다.

우선 담보권에 관한 제105조 제1항은 제3자에 대한 주장은 제한되지만, 원칙으로서 담보권의 준거법을 당사자가 결정할 수 있도록 규정한다. 제1항에 따른 원칙에 대한 보충규정으로 제2항은 객관적 연결점으로서 담보권자의 상거소를 규정하는데, 개정법은 종래의 규칙을 기타 권리의 담보권이 무증서증권 및 유가증권과 그 등가물로 화체된 때에도 적용한다는 점을 분명히 한다는 점에 의의가 있다.

청구권(채권)을 화체한 가상자산의 양도와 관련해서는 UNIDROIT 디지털자산원칙과 같이 변형된 형태의 당사자자치에 의한 주관적 연결을 허용한다. 즉, 블록체인 참가자들이 약관 등의 형태로 양도의 준거법을 정할 수 있도록 한다. 준거법의 지정이 없는 경우 법인격의 유무와 상관없이 가상자산발행인의 본거가 있는 곳의 법이 우선 적용되고, 본거가 없을 경우에는 가상자산발행인의 상거소지법이 보충규칙으로서 순차적으로 적용된다. 연방평의회보고서에서는 유가증권의 경우 발행인의 본거와 발행지 양자의 연결점이 논의된다고 제시했지만, 최종적으로는 가상자산의 경우 발행지의 결정이 어렵다는 점을 감안하여 발행인의 본거만을 규정한 것으로 보인다. 또한 통상 본거는

114) 물론 여기에서의 주관적 연결은 양도인·담보설정권자와 양수인·담보권자 간의 당사자 자치를 의미하는 것이 아니라 블록체인시스템 참가자의 당사자 자치를 의미한다는 점에서 전통적인 의미의 주관적 연결과는 다르다는 것을 유의할 필요가 있다.

115) 비트코인을 예로 들 수 있다. 비트코인은 발행인도 없고, 그 자체에 특정 권리가 부여되어 있지 않다. 따라서 권리의 존재를 기초로 유가증권으로 성질될 수 없다. 그리고 권리 자체도 없으므로 전통적인 시각에서는 국제사법적 분석이 어려워진다. 그러나 상당수의 유틸리티 토큰 즉, 서비스이용형 가상자산의 경우에는 서비스를 이용하기 위해 만들어졌고 그 서비스제공자에 대한 청구권이 존재한다고 볼 수 있으므로, 신설된 제145a조가 적용될 수 있을 것으로 생각된다.

116) 실질법적 관점에 대해 연방평의회보고서는 비트코인과 같이 기존의 권리유형에 포함되지 않는 가상자산은 자유롭게 양도가 가능하다고만 기술하고, 이와 관련된 국제사법적 연결점에 대해서는 언급하지 않는다. 이것이 국제사법적 연결점도 당사자들이 자유롭게 결정할 수 있다는 것인지는 추가적인 연구가 필요해 보인다.

법인이나 단체를 상정하지만 여기서는 법인격의 유무나 단체인가의 여부를 묻지 않기 때문에 개인사업자의 경우에도 우선 본거가 있는 곳의 법이 적용되는데, 이는 주로 사업장이 있는 곳이 될 것으로 예상된다.

동산과 같은 현실 세계의 유체물을 표창하는 가상자산과 관련하여, 우선 그 가상자산의 현실 세계에 존재하는 유체물 등에 대한 물권의 화체여부에 대해서는 제106조 제1항에 따라 청구권을 화체한 가상자산의 양도의 준거법 결정원칙과 동일한 규정인 제145a조 제1항이 적용되어 당사자치에 의해 블록체인시스템에서 지정한 국가의 법에 따르게 된다. 하지만, 현실세계의 유체물에 대한 물권 및 가상자산 자체의 양도에 대한 별도의 규정은 없다. 이는 제106조 제2항의 양도 관련 규정은 전통적인 의미의 실물증권에 한해 적용되고 무체물에 대한 물권이라는 것은 존재하지 않기 때문이다.¹¹⁷⁾ 하지만 제3항에 따라 동일한 물품에 대하여 화체된 물권에 근거한 권리주장과 가상자산에 근거한 권리주장이 있을 경우 이에 대해서는 현실 세계에 존재하는 물품의 준거법이 그 우선순위를 정하도록 규정한다.

요컨대, 개정 스위스 국제사법은 DLT법에 따라 개정된 채무법에서 새롭게 도입된 등록부무증서증권(Registerwertrechte)¹¹⁸⁾이나 블록체인, 분산원장 등과 같은 용어를 사용하지 않고, 기존의 유가증권과 동등한 가치를 가지는 것 즉, 유가증권등가물이라는 개념을 동원하여 물권법적 영역의 문제 즉, 양도나 담보권과 같은 문제를 유가증권과 관련한 국제사법 이론을 조정하여 개정 국제사법에 포함하였다. 하지만 비트코인이나 이더와 같이 발행인도 없는 블록체인 내생적가치토큰의 양도에는 이를 적용하기 어려울 것으로 예상된다. 이는 제145a조 제1항은 청구권을 화체한 가상자산을, 제106조는 물품증권과 같이 동산을 화체한 것을 전제로 하므로, 청구권도 없고 동산을 화체하지도 않은 비트코인 등과 같은 블록체인 내생적가치토큰에 대한 연결규칙에 대해서는 여전히 스위스 국제사법상 명문의 규정이 없다고 할 수 있기 때문이다. 그러나 담보권에 대해서는 이러한 제한이 없으므로 담보거래의 당사자들이 준거법을 결정할 수 있고(제150조 제1항),¹¹⁹⁾ 이러한 준거법의 지정이 없는 경우 객관적 연결점으로서 이러한 유형의 가상자산이 유가증권등가물로 화체되었다고 평가¹²⁰⁾할 수 있다면 담보권자의 상거소지법에 의하게 될 것이다(제150조 제2항). 이 점에서 유가증권등가물이 아닌 순

117) 입법이유서, 298면.

118) 개정 채무법 제973d조 제1항에 따르면 등록부무증서증권 내지 등록부가치권은 당사자의 ‘합의에 따른 권리’로서 가치권등록부(Wertrechtregister)에 등록되고 가치권등록부를 통해서만 권리의 주장과 양도가 가능한 권리로 정의되어 있다 즉, 등록부가치권은 합의에 따른 권리이고, 가치권등록부에 기재함으로써 성립되므로 채무자(발행인)는 항상 등록합의에 따라 가치권등록부를 운영하여야 하며(제973d조 제4항), 가치권등록부에 등록되지 않는 한 해당 권리는 일반적인 지명채권인 단순가치권에 불가하다(제973c조 제4항 참조). 참고로, 개정된 채무법 제973c조는 종래의 가치권(무증서증권)을 등록부가치권과 구분하기 위해 단순가치권(Einfache Wertrechte)이라고 칭하고 있다.

119) 스위스 국제사법 제150조 제1항은 제2항과 달리 화체 여부에 대한 제한이 없고, ‘기타의 권리’에 가상자산에 대한 권리가 포섭될 수 있을 것이므로 담보권에 대해 바로 당사자자치가 허용된다고 보는 것이다.

120) 화체 여부의 평가를 위한 준거법은 결국 국제유가증권법 이론에 따라 화체된 권리의 준거법에 의해야 할 것이다. 그런데 비트코인이나 이더와 같은 가상자산은 가상자산이 화체하는 권리 그 자체의 성격이 모호하여 다시 그 권리의 성질결정이 선행되어야 할 것인데, 결국 이는 법정지법에 의할 수밖에 없을 것으로 생각된다.

수한 가상자산의 양도에 관한 연결규칙에 대해서는 스위스 국제사법상으로도 흠결이 존재한다고 평가할 수 있다.

라. 독일

2019년 9월 18일 독일은 블록체인전략¹²¹⁾을 발표하며 독일법이 전자적인 형태의 유가증권에 문호를 개방하여야 함을 선언하고, 이러한 블록체인전략의 일환으로 2020년 8월 11일 법무부와 재무부가 공동으로 전자유가증권도입법(Gesetz zur Einführung elektronischer Wertpapiere: eWpG)¹²²⁾ 제정안을 발표하였고 2021년 5월 연방의회의 의결을 거쳐 2021년 6월 10일부터 시행되고 있다. 연혁적으로, 독일과 오스트리아를 제외한 모든 OECD 국가와 스위스에서 전자적 형태의 유가증권에 대한 법적 정비를 완료하였음에도 독일은 그간 실물 유가증권이 존재하는 것을 전제로 한 법제만 존재하였는데, 전자유가증권도입법을 통해 전자유가증권법뿐만 아니라 전자유가증권제도의 도입에 따른 다른 영역의 법률 즉, 상장허가명령(BörsZulV), 증권투자설명서법(WpPG), 증권예탁법(DepotG), 은행법(KWVG), 저당증권법(PfandBG)과 집합투자업법(KAGB)의 관련 부분도 같이 개정하여 전자증권법제의 정비를 완성하였다. 전자유가증권도입법이 전자유가증권법(eWpG)¹²³⁾ 외에 위 다른 법률의 정비법안도 같이 포함하고 있으나, 이러한 법령의 개정은 전자유가증권의 도입에 따라 조정이 필요하거나 추가할 사항을 개정하는 것이라고 할 수 있으므로, 전자유가증권도입법의 핵심은 전자유가증권이라고 할 수 있다.

전자유가증권법상 전자유가증권제도는 종이로 된 실물 유가증권만을 인정하던 기존의 독일법제 즉, 실물증권 화체 강제주의를 버리고, 전자적인 형태로도 유가증권을 발행할 수 있도록 한 것이라 할 수 있다.¹²⁴⁾ 그리고 전자유가증권의 법적 성질은 유가증권이론에 따라 종이에 화체되던 권리를 전자적인 형태로 그 화체의 매체를 바꾼 것에 불과하며, 실물로 발행된 유가증권증서와 동일한 법적 효력을 가진다(eWpG 제2조 제2항). 그리고 전자유가증권 제2조 제1항은 “유가증권은 전자적 유가증권으로도 발행할 수 있다. 전자유가증권은 증서를 발행하는 대신에 발행인이 제4조에서 규정하는 전자유가증권등록부에 등록(Eintragung)함으로써 발행된다”고 규정함으로써 화체의 방식만 다르지, 그 실질은 여전히 동일하다는 점을 시사한다. 이러한 방식의 장점은 기존의 유가증권법리를 전자유가증권에도 그대로 적용할 수 있고 이를 기초로 이론들을 발전시킬 수 있다는 점이라고 평가할 수 있다. 또한, ‘화체’라는 방법을 명확히 하기 위해 전자유

121) 동 문건의 정식명칭은 Blockchain-Strategie der Bundesregierung: Wir stellen die Weichen für die Token-Ökonomie(연방정부의 블록체인전략: 토큰경제의 진로를 설정하였습니다)이며, 동 문건은 다음에서 입수할 수 있다.

(https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?__blob=publicationFile&v=8).

122) BT Drucksache 19/26925, 24. 02. 2021.

123) 문헌에 따라서는 전자유가증권도입법과 전자유가증권법 모두를 약칭하여 eWpG라고도 하나, 현재 공식적으로 eWpG는 전자유가증권법 자체만을 의미한다.

124) 따라서 별도의 ‘전자유가증권’이라는 유형의 유가증권을 창설한 것이 아님을 주의할 필요가 있으며, 이 점에서 오해를 피하기 위해 아래에서는 전자증권이 아니라 전자유가증권이라는 용어를 사용한다(정확히는 ‘전자적 유가증권’이 원문에 더 부합한다).

가증권법 전자유가증권 자체를 물건으로 간주하는 법적 기술을 동원하고 있는 점은 전자유가증권법의 가장 기초적인 특징 중 하나라고 평가할 수 있다(제2조 제3항).

전자유가증권 거래의 연결규칙과 관련하여 전자유가증권법은 증권예탁법 제17a조¹²⁵⁾의 사례와 유사하게 제32조에서 특칙을 규정한다.¹²⁶⁾ 우선 제32조의 적용범위는 전자유가증권에 대한 권리와 그러한 전자유가증권의 처분에 대한 쟁점이다. 즉, 제32조는 증권형 가상자산인 전자유가증권의 물건적 측면에 대한 준거법을 정한다는 것이다. 그리고 제32조에서 규정하는 특별연결규칙은 우선 전자유가증권이 증권예탁법에 따라 혼장보관되면 증권예탁법 제17a조에서 규정하는 연결점 즉, 유가증권 등록부 감독소재지 또는 계좌관리기관의 소재지의 법에 따라 규율되고, 제17a조가 적용되는 혼장예탁이 아닌 경우에 보충적으로 적용된다.

전자유가증권법 제32조 제1항은 원칙규정으로 전자유가증권이 이 같은 간접보유증권이 아닌 경우에 한하여 전자유가증권 등록부관리기관의 감독소재지를 최우선 연결점으로 규정한다. 그리고 동조 제2항은 그 등록부관리기관이 감독을 받지 아니하는 때에는 그 등록부관리기관의 본거를 2차적 연결점으로, 등록부관리기관의 본거를 결정할 수 없는 때에는 해당 전자유가증권 발행인의 본거를 3차적 연결점으로 규정한다.

이 같은 연결규칙을 둔 것은 전자유가증권은 물건으로 분류되는 실물증권이 아니어서 소재지법을 준거법으로 정할 수 없고, 전자유가증권등록부의 경우에는 등록부의 소재지를 특정하기 어렵기 때문에 원칙규정으로 등록부관리기관의 감독소재지로 정하게 된 것이다.¹²⁷⁾ 그리고 제32조 제2항은 원래 없었던 것인데, 감독을 받지 않은 등록부관리기관이 있음을 감안하여 단계적 적용 형태로 입법과정에서 추가된 것이다. 한편, 원칙규정인 감독소재지와 관련하여, 감독기관의 본거와 실제 감독을 수행하는 곳이 다를 경우가 있는데, 이 경우에는 어떻게 되는지 문제된다는 의견도 있다.¹²⁸⁾

제32조의 국문 번역문과 독일 원문을 소개하면 다음과 같다.

제32조 준거법

- ① 증권예탁법 제17a조가 적용되지 아니하는 범위 내에서, 전자유가증권에 대한 권리 및 전자유가증권의 처분은 그 전자유가증권이 등록되어 있는 전자유가증권등록부를 관리하는 등록부관리기관을 감독하는 국가의 법에 따른다.
- ② 등록부관리기관이 감독을 받지 아니하는 경우에는 그 등록부관리기관의 본거가 결정적이다. 등록부관리기관의 본거를 결정할 수 없는 경우에는 그 전자유가증권 발행인의 본거가 결정적이다.

125) 증권예탁법 제17a조와 관련한 해설에 대해서는, 천창민, “간접보유증권의 국제재판관할과 준거법”, 국제사법연구 제19권 제1호, 2013, 521~524면 참조.

126) 독일 전자유가증권법상 연결규칙인 제32조에 대한 문헌으로는 우선, Sophia Schwemmer, 앞의 논문, 336면 이하; Felix Wilke, “Das IPR der elektronischen Wertpapiere”, IPRAX 2021 Heft 6, 502면 이하; Felix Wilke, The Law Applicable to Electronic Securities: A New German Conflicts Rule, EAPIL Blog, 25 June 2021 참조.

127) BT Drucksache 19/26925, 69면.

128) Felix Wilke, “Das IPR der elektronischen Wertpapiere”, IPRAX 2021 Heft 6, 506면 이하; Felix Wilke, The Law Applicable to Electronic Securities: A New German Conflicts Rule, EAPIL Blog, 25 June 2021.

§ 32 Anwendbares Recht

(1) Soweit nicht § 17a des Depotgesetzes anzuwenden ist, unterliegen Rechte an einem elektronischen Wertpapier und Verfügungen über ein elektronisches Wertpapier dem Recht des Staates, unter dessen Aufsicht diejenige registerführende Stelle steht, in deren elektronischem Wertpapierregister das Wertpapier eingetragen ist.

(2) Steht die registerführende Stelle nicht unter Aufsicht, so ist der Sitz der registerführenden Stelle maßgebend. Ist der Sitz der registerführenden Stelle nicht bestimmbar, so ist der Sitz des Emittenten des elektronischen Wertpapiers maßgebend.

요컨대, 독일은 가상자산의 유형 중 하나인 증권형 가상자산(security token)의 물권법적 측면에 관한 법적 정비를 완료하고, 증권토큰에 관한 저축규칙을 명확히 함으로써 이 분야에 대한 법적 확실성을 도모하였다고 할 수 있다. 그리고 혼장예탁된 전자유가증권과 개별등록된 전자유가증권의 연결점을 감독소재지로 통일함에 따라 양자가 동일하게 연결될 수 있도록 함은 물론 감독법과도 동일한 국가의 법으로 통일하여 이용자의 편의성을 도모하였다고 평가할 수 있다. 그러나 스위스와 유사하게 비증권형 가상자산에 대해서는 동 저축규칙은 적용되지 않으며,¹²⁹⁾ 비증권형 가상자산에 대한 (국제)사법적 쟁점에 대한 구체적인 입법적 움직임은 아직까지 관찰되지 않는다.

3. 우리 국제사법에 따른 가상자산의 물권법적 쟁점에 관한 분석: 시론

가. 관련 우리 국제사법 규정과 한계

2001년 7월 1일 전면개정된 우리 「국제사법」상 준거법 결정규칙은 유럽의 1980년 로마협약(Rome Convention)을 비롯한 유럽에서 논의와 스위스 국제사법의 연결규칙을 대폭 수용하여 개정 전 국제사법인 「섭외사법」에 비해 한층 선진화된 모습을 연결규칙을 규정한다.¹³⁰⁾ 하지만 물권과 관련해서는 채권에 비해 상대적으로 개정의 폭이 크지 않았다. 물권에 관한 연결규칙은 제33조 내지 제37조¹³¹⁾에서 총 5개의 비교적 적은 수의 조문으로 규정되어 있다.

우선, 제33조는 동산 및 부동산에 관한 물권 또는 등기하여야 하는 권리는 그 동산·부동산의 소재지법에 따른다(제1항)고 규정하고, 이러한 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 동산·부동산의 소재지법에 따르도록 규정한다. 따

129) Sophia Schwemmer, 앞의 논문, 336면

130) 2022년 1월 4일 전부개정되고, 동년 7월 5일부터 시행된 신국제사법은 국제재판관할과 관련한 정치한 연결규칙의 도입을 위한 것이라서 준거법과 관련한 연결규칙은 2001년 개정 국제사법의 것과 동일하다. 이하 관련 국제사법의 조문은 신국제사법의 것을 따르기로 한다.

131) 제33조는 물권통칙으로서 물권의 준거법을 제34조는 운송수단, 제35조는 유가증권, 제36조는 이동중의 물건, 제37조는 채권 등에 대한 약정담보물권을 규정한다.

라서 제33조가 적용되기 위해서는 동산이나 부동산에 해당하여야 한다. 그런데 여기의 동산이나 부동산의 개념은 반드시 우리 민법의 동산과 부동산의 개념과 동일하게 해석해야 할 필요는 없으며, 국제사법의 목적과 기능, 정의에 비추어 국제사법의 독자적 해석이 가능하다고 보는 것이 일반적이다.¹³²⁾ 즉, 국제사법도 법정지의 국내법의 하나이므로, 그 지시개념도 ‘일단’은 법정지의 실질법에 따라 해석하는 것이 원칙이나, 법정지의 실질법에서 출발하는 성질결정의 원칙이 명백히 부당한 경우가 있기 때문에, 부동산과 동산의 구별에 대한 판단은 법정지의 국내 실질법에 의하지 않고 물건 소재지국의 법에 의한다는 것이 일반적 견해이다.¹³³⁾ 이러한 견해에 따르면, 가상자산의 물건성과 관련하여 우리 민법과는 다르게 해석할 여지가 있다. 그런데 가상의 세계에서 데이터로 존재하는 가상자산의 경우 이 가상자산이 특정 국가에 소재한다는 것을 상정하기 어려우므로 결국 다시 법정지의 실질법 개념 즉, 우리 민법에 따를 수밖에 없다는 결론에 이른다. 따라서 가상자산의 물건법적 측면과 관련하여 유추적용 여부에 대한 논의는 있을 수 있으나 제19조가 직접 적용될 수는 없다고 본다. 그리고 가사 제19조가 적용될 수 있다고 하더라도 소재지를 특정하기 어려운 가상자산에 대해서는 목적물소재지가 큰 의미를 가진다고 하기는 어렵다.

무기명증권의 준거법에 관한 제35조도 국제유가증권법 법리에 따라 “무기명증권에 관한 권리의 득실변경¹³⁴⁾은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 무기명증권의 소재지법에 의한다”고 규정한다. 그러나 제35조 명문의 규정에도 불구하고, 중개기관에 보유된 증권인 간접보유증권에 대해서는 증권소재지가 아니라 중개기관과 증권보유자의 관계를 중시하는 PRIMA(Place of Relevant InterMediary Approach) 즉, 중개기관소재지법이 적용된다는 견해¹³⁵⁾가 유력하다.¹³⁶⁾ 결론적으로 어느 경우이든 실물증권으로 발행된 것도 아니고 중개기관을 통해 보유되지도 않는 가상자산의 경우에는 제35조 또한 직접적인 의미를 가지지 못한다.¹³⁷⁾

반면, 債權 등에 대한 약정담보물권을 규정하는 제37조는 그 적용가능성이 있다. 제37조는 앞서 소개한 스위스 국제사법 제105조를 참조한 것이다. 제23조는 “債權・株式 그 밖의 권리 또는 이를 표창하는 유가증권을 대상으로 하는 약정담보물권은 담

132) 석광현, 『국제사법해설』, 박영사, 2013, 30~31면; 최홍섭, 『한국 국제사법 I』, 89~93면.

133) 황산덕, 『국제사법』, 3정판, 박영사, 1956년, 166면; 서희원, 『국제사법강의』, 신고판, 대정문화사, 1995, 194면; 이호정, 『국제사법』, 경문사, 1985, 269면; 김용한·조명래, 『국제사법원론』, 전정판, 정일출판사, 1995, 247; 최홍섭, 위의 책, 90면 각주 25 및 261면 참조. 참고로, 동산과 부동산의 구분에 대한 문제는 국제사법이 법문에서 물건이 아니라 동산과 부동산의 용어를 사용하므로 원칙상 국제사법의 해석에 따라야 할 문제이나, 대륙법계 국제사법에서 동산과 부동산의 구분 문제는 해당 동산 또는 부동산의 소재지법에 따르도록 하고 있으므로 여기서도 국제사법 해석론의 예외로서 소재지법에 의한다는 견해를 취한다.

134) 제35조의 문언에도 불구하고 여기서의 득실변경은 실물 무기명증권 자체에 대한 권리의 득실변경에 한정하고, 무기명증권에 화체된 권리는 득실만 가능하다고 해석한다(석광현, 앞의 책, 252~256면). 이는 해석상 당연하다.

135) 석광현, 앞의 책, 254~259면; 천창민, “외화증권 예탁법리의 정립 방향에 관한 고찰”, 국제사법연구 제20권 제2호, 2014, 139~141면 참조.

136) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008다54587 판결은 예탁된 포괄증권에 대해 누가 사채권자인가에 대한 문제와 관련하여, 중개기관소재지법을 선택하지는 않았지만, 중개기관을 통해 보유하는 포괄증권에 대해 국제사법 제21조(현 제35조)의 증권소재지법을 적용하지 않았다는 점에서 의의가 있다. 동 판결에 대한 상세는 천창민, 위의 논문 참조.

137) 다만, 해석상 유추적용의 가능성은 있다고 본다.

보대상인 권리의 준거법에 따른다. 다만, 무기명증권을 대상으로 하는 약정담보물권은 제35조에 따른다”고 규정한다. 여기서 “그 밖의 권리”는 주식 이외의 사원권, 주식예탁증서, 지식재산권을 예로 들 수 있고,¹³⁸⁾ 중개기관에 보유된 예탁증권이나 전자증권¹³⁹⁾도 여기에 포함될 수 있다.¹⁴⁰⁾ 따라서 가상자산의 경우도 그 밖의 권리로 보고¹⁴¹⁾ 가상자산의 약정담보물권에 대해서는 담보대상인 권리의 준거법에 의할 수 있을 것이다. 그리고 가상자산의 경우 그 권리의 준거법은 스위스 연방평의회보고서와 같이 가상자산이 표창하는 권리를 청구권(채권), 사원권, 물권, 지급결제수단으로 분류하여, 그 권리가 채권이면 블록체인 참여자가 지정한 준거법, 사원권이면 발행인의 설립준거법, 물권이면 현실세계에 존재하는 대상물의 소재지법, 지급결제수단이면 쟁점이 된 계약의 준거법에 따른다고 해석¹⁴²⁾할 수 있을 것이다. 그리고 그 각각의 준거법이 권리와 가상자산의 결합 정도 즉, 그 권리가 유가증권과 유사하게¹⁴³⁾ 가상자산에 화체되었는가를 결정하게 될 것이다. 다만, 담보권자가 복수의 가상자산을 보유하고 있는 경우 그 가상자산별로 담보권의 대항요건을 만족하여야 한다는 불편함이 있을 수 있다는 문제가 있다. 그리고 가상자산이 표창하는 것이 채권(청구권)일 경우 그 채권의 준거법에 따라 약정담보물권의 준거법이 정해지는데, 해당 채권의 주관적 지정이 없을 경우의 객관적 연결점에 대해서는 앞서 소개한 바와 같이 채권에 관한 국제사법 제45조(당사자 자치), 제46조(준거법 결정 시의 객관적 연결) 및 제47조(소비자계약)에 따라 정해질 수 있을 것이다. 하지만, 채권, 사원권, 물권 등을 표창하는 것이 아닌 가상자산 즉, 비트코인 등과 같이 종래의 실질법으로 유형화 되지 않는 권리를 표창하는 가상자산의 약정담보물권에 대해서는 권리 자체가 있는 것인지도 의문이며, 권리가 있다고 할 경우에도 그 성질이 모호하여 어떤 연결점이 가장 밀접한 관련을 가지는 것인지 알기 어렵다는 문제가 있다. 그리고 국제사법 제37조 본문의 연결점은 채권·주식, 기타 권리나 이를 표창하는 유가증권의 약정담보물권에만 적용되고, 무기명증권¹⁴⁴⁾에 대해서는 그 적용이 없다. 무기명증권의 약정담보물권의 연결점은 제21조 무기명증권의 소재지법에 따라서 정해지므로 위에서 제35조와 관련하여 논의한 문제가 동일하게 제기된다.

나. 전통적인 권리로 유형화되는 않는 것을 표창하는 가상자산의 준거법

가상자산의 물권법적 측면에 관한 저축법적 분석을 위해서는 가장 먼저 그 가

138) 석광현, 앞의 책, 265면.

139) 한국의 전자증권법상 전자증권의 성질과 국제사법적 분석에 대해서는, 천창민, “전자증권의 국제사법적 쟁점”, BFL 제96호, 2019. 7, 94면 이하 참조.

140) 석광현, 앞의 책, 266~268면; 천창민, 위의 논문, 96면.

141) 그러나 비트코인과 같이 아무런 권리가 없는 가상자산의 경우까지 그러한 가상자산을 그 밖의 권리로 볼 수 있을지는 명확하지 않다. 잠정적인 사건으로는 부정적이다.

142) 연방평의회보고서, 77면.

143) 석광현, 앞의 책, 253면; 천창민, 위의 논문, 30면; 천창민, 앞의 논문(2013), 528면.

144) 가상자산은 그 익명성으로 인해 무기명증권과 유사한 특성이 있다. 그러나 무기명증권의 개념은 실물증권의 존재를 필요로 하고 그 존재가 없는 경우에는 전자증권법과 같은 별도의 특별법에 의해 그 양도 요건이 정해지며, 나아가 전자증권에 대해서도 간접보유증권으로 취급하여 관련중개기관소재지법이 여전히 유효한 것인지의 쟁점이 있다(이에 대해서는 천창민, 앞의 논문(2019) 참조). 참고로, 우리나라의 전자증권제도는 2019년 9월 16일부터 도입되었다. 하지만 일본과 달리 전자증권제도의 도입에도 불구하고 여전히 기명증권과 무기명증권의 개념이 그대로 존속한다.

상자산의 보유자가 자신의 전자지갑을 통해 이를 직접 보유하느냐 아니면 가상자산사업자를 통해 보유하는가를 구분하는 것이 유용하다. 후자의 경우 보유자가 가지는 권리는 가상자산 자체가 아니라 가상자산사업자에 대한 가상자산양도청구권으로 볼 수 있기 때문이다.¹⁴⁵⁾ 채권에 관한 국제사법 제45조 내지 제47조를 적용할 수 있기 때문이다. 가상자산사업자와 가상자산보유자의 관계가 더 밀접한 관련이 있다고 본다면 해당 가상자산사업자의 소재지법이 PRIMA와 유사하게 적용될 수도 있을 것이다. 다만, 국제사법상 물권법적 측면에 대해서는 당사자자치가 허용되지 않으므로 가상자산사업자와 가상자산보유자의 계약에 의해 물권법적 측면을 규정할 수는 없을 것이다. 이와 같이 가상자산사업자가 개설한 거래플랫폼에서 거래하는 것을 ‘오프체인거래’, 가상자산을 블록체인시스템을 통해 직접 보유하며 거래하는 경우를 ‘온체인거래’라고도 하는데, 국제사법적 분석에서 어려운 문제를 야기하는 것은 바로 온체인 거래에서 발생한다.

그리고 이러한 보유방식의 차이 외에도 블록체인이 공개형(permissioned)·비허가형(permissionless)인지 아니면 비공개형(public)·허가형(private)인지도 국제사법 분석에서 중요한 요소이다. 후자인 비공개형·허가형의 경우에는 장부의 형태만 분산하여 일부 허가된 소수의 참가자들이 공유하는 형태이지 그 운영은 종래의 중앙집중화된 시스템과 크게 다를 바 없는 것이 대부분이다. 따라서 비공개형·허가형 블록체인상에서 현행 실질법상 전통적인 권리의 유형으로 분류되지 아니하는 것을 표창하는 가상자산이 존재하는 경우 그 가상자산의 귀속, 양도, 담보권 등의 물권법적 쟁점에 대해서는 해당 시스템을 운영하는 자의 소재지(PROPA)법이 가장 밀접한 관련을 가진다고 보는 것이 합리적일 것이다.

그렇다면 문제는 가상자산사업자를 통하지 아니하고 공개형·비허가형 블록체인 시스템에서 발행되는 가상자산으로서 실질법상의 전통적인 권리로 유형화 되지 않는 가상자산을 직접 보유하는 경우의 물권법적 측면에 대한 쟁점의 연결점을 찾는 것이 가장 문제된다고 할 수 있다. 우선 생각해 볼 수 있는 것은 동산의 점유에 상응하는 가상자산에 대한 지배를 가진 자의 속인법에 따라 이를 결정하는 것이 합리적이라 할 수 있는데, 가상자산에서는 지배를 가진다는 의미는 결국 개인암호키를 가진다는 의미로 추정될 수 있을 것이므로, 분쟁이 된 행위 당시 가상자산에 대한 개인암호키를 보유하고 있는 자의 속인법에 따라 이를 해결하는 것이 현행 한국 국제사법상 가장 직관적이라고 생각된다. 그러나 개인암호키는 공시성을 가지지 못하므로, 이를 제3자에 대한 효력을 가지는 물권준거법에 적용할 수 있는 것인지에 대해서는 여전히 명쾌하지 못하다는 문제가 있다.

우리 국제사법은 물권법적 측면에 대해서는 주관적 연결을 허용하지 아니한다. 따라서 국제사법의 개정을 위한 입법론으로는 몰라도 현행법의 해석으로는 UNIDROIT

145) 일반적으로 가상자산사업자는 자신의 명의로 자신의 고객이 보유한 가상자산을 자신의 전자지갑에 보유하고, 고객(투자자)의 ‘계좌’에는 이와 관련된 단순한 숫자를 기록한다. 이 숫자의 법적 의미는 그 고객의 지시가 있을 경우 해당 가상자산을 고객의 공개키값으로 양도하겠다는 채무라고 보아야 한다. 예컨대, A가 X라는 가상자산사업자를 통해 비트코인 5개를 보유하고 있을 때, X는 자신이 관리하는 A의 계좌에 비트코인 5라는 숫자를 기록하지만 이 5라는 숫자는 블록체인상의 비트코인 5를 의미하지 않는다. 물론, 사업모델에 따라 가상자산사업자가 가상자산 전자지갑서비스를 제공하고, 거래 후에 가상자산을 직접 개개 투자자의 전자지갑으로 ‘양도’하는 경우에는 달리 보아야 할 것이다.

디지털원칙 원칙 5 및 미국의 신설된 UCC 제12-7조나 스위스 국제사법 제145a조 및 학설에서 제시하는 당사자자치를 인정하기는 어렵다. 전통적으로 물권법적 측면의 준거법에 대해 소재지법을 적용해 온 것은 그것이 객관적이어서 제3자가 권리 유무를 쉽게 확인할 수 있어 일응 그 목적물의 소재지법이 물권법적 측면에 적용될 것이라는 합리적 믿음을 가지고 있을 뿐만 아니라, 그 국가의 영토 내에 목적물이 존재함에도 불구하고 법원이 소재지법과 배치하는 판결을 하게 되면 효과적이지 않기 때문에 소재지법을 적용하는 것이다.¹⁴⁶⁾ 그래서 영국에서는 무체동산(choses in action)의 경우에도 그것이 집행될 수 있는 곳에 소재한다고 간주하여 왔다.¹⁴⁷⁾ 그러나 공개형·비허가형 블록체인 상의 가상자산에서는 권리의 귀속 문제와 관련하여 그러한 집행소재지를 찾는 것이 상당히 어렵고 가능하다고 하더라도 우연한 장소일 경우가 많을 것이다. 예컨대, 영국법에 따라 비트코인의 최밀집관련지는 비트코인시스템 운영에 제일 많이 관여하는 자들의 소재지가 미국의 메사추세츠주이므로 비트코인과 관련된 물권법적 측면은 메사추세츠주법에 따른다고 하는 주장¹⁴⁸⁾이 있는데, 이는 상당히 우연적일 뿐만 아니라 실제 집행을 할 수 있는 곳도 아니어서 의미를 주기는 힘들다. 따라서 현행 국제사법의 해석론으로서는, 전통적인 유형에 속하지 아니하는 권리를 표창하는 가상자산의 귀속, 양도, 담보 등에 대해서는 일부 단점¹⁴⁹⁾이 있다고 하더라도 당해 문제된 법률행위 당시 개인암호키보유자의 설립준거법(법인·단체의 경우) 또는 상거소지법(사람의 경우)에 따른다고 하여야 할 것이다. 이 연결점은 귀속 및 양도와 관련해서는 모든 가상자산에 대해서도 적용된다고 보아야 할 것이고, 전통적인 분류가 가능한 가상자산의 담보권은 제37조에 따라 그 화체된 권리의 준거법에 따르게 될 것이다. 이 경우 양도와 담보의 준거법이 다르게 될 수 있는데 이는 현행 국제사법의 한계로 보아야 할 것이다. 장래 입법론으로서는 가상자산과 관련한 별도의 연결점을 두는 것이 바람직할 것이며, 주관적 연결점에 대한 검토도 적극적으로 감안해야 할 시점으로 보인다. 그리고 주관적 연결점의 경우 준거법의 변경이 가능하므로 그 변경에 따른 문제와 도산과 관련한 쟁점도 아울러 검토가 되어야 할 것이다.

V. 맺는말

이 글은 가상자산 거래와 관련한 물권법적 측면의 준거법 결정과 관련한 문제를 외국의 주요 입법례 등의 동향과 우리법상 해석론을 중심으로 살펴보았다. 이를 위해 우선 실질법상 가상자산의 유형과 실질법적 관점의 법적 성질을 살펴보았고, 우리법상 블록체인 내생적가치가상자산은 기존의 법률에서는 존재하지 않는 특수한 형태의 재

146) Lord Collins of Mapesbury ed., *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Law*, 15th ed., (London, Sweet & Maxwell, 2012), para 22-025; UK Jurisdiction Taskforce, 앞의 의견서, 23면.

147) *Dicey, Morris and Collins*, para 22-025.

148) Michael Ng, 앞의 논문, 336~338면.

149) FMLC, 앞의 의견서, 20면 문단번호 6.23은 개인키의 소재지는 개인키보유자의 주거소, 주이익 중심지 또는 주소지로 추정할 수 있지만 하나의 키가 복수의 법역에 걸쳐서 여러 요소로 구성되어 있을 때에는 그 키의 소재지를 객관적으로 결정하는 것은 어렵다고 한다.

산권이라고 보았다. 반면, 외생적가치 가상자산은 외부에서 이미 형성된 권리를 가상자산에 의해 표창 내지 표시·증거하는 것이므로 대부분 채권이나 사원권 등의 전통적인 권리에 포섭될 수 있다고 보았다. 물론, 어느 경우에서든 우리 민법상 물건에는 해당되지 않는다고 해석하였다.

다음으로, 가상자산에 관한 민사법적 통일규범의 도출을 목표하는 UNIDROIT가 진행하는 디지털자산 프로젝트의 디지털자산원칙상 연결원칙에 대해서도 간략히 소개하였다. 잠정적으로 2023년 상반기에 원칙 형식의 최종안이 채택될 예정인데, 미국법과 상당히 유사하여 이에 관한 반감이 있을 수도 있으나, 향후 개별 국가의 입법에 상당한 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각된다. 그간 우리나라는 가상자산에 대한 논의의 터부시해 온 바람에 규제법적 측면은 물론이고 민사법적 측면의 논의도 큰 진보를 하지 못하였다. UNIDROIT 디지털자산원칙을 참조로 하여 규제법적 영역뿐만 아니라 민사법적 측면도 같이 학계와 정부 및 국회에서 활발하게 논의할 수 있기를 기대한다.

마지막으로, 이 글은 현행 국제사법에 따른 가상자산 거래의 물권법적 측면에 대한 해석론을 전개하였다. 가상자산의 귀속 및 양도에 대해서는 현행 국제사법의 규정이 직접 적용될 수 있는 여지는 없으며, 담보권과 관련하여 제37조의 연결점 즉, ‘그 밖의 권리’의 준거법이 상당수의 가상자산에 적용될 수 있다고 보았다. 하지만 전통적인 유형에 해당하지 않는 권리를 표창하는 가상자산의 경우에는 이 규정을 그대로 적용하기 어렵고 이는 개인암호키보유자의 설립준거법 또는 상거소지법에 따라 결정해야 한다고 보았다. 그리고 모든 가상자산의 귀속과 양도에 관한 연결점도 잠정적인 해석상 개인암호키보유자의 설립준거법 또는 상거소지법이 가장 밀접한 관련이 있다고 보았다. 다만, 가상자산사업자와 같은 중개기관을 통해 가상자산을 보유하는 경우에는 이러한 연결점이 아니라 가상자산사업자의 소재지법이 더 밀접한 관련이 있는 것으로 제시하였다. 그리고 우리 국제사법은 주관적 연결을 인정하지 아니하므로 채권질을 제외하고 모든 경우에 거래 당사자가 자신의 물권법적 측면에 관한 준거법을 지정하는 경우는 인정되지 않는다. 다만, UNIDROIT 디지털자산원칙에서 제시하는 바와 같이 가상자산의 경우에는 최밀접관련지법을 정한다는 것이 어려울 수 있으므로 입법론으로서 향후 주관적 연결점 도입에 대해서도 개방적인 자세로 이를 적극 검토할 필요가 있을 것이다.

토론문

발표문에 대한 지정토론문

이정수 교수

(서울대학교 법학전문대학원)

[토론문]

가상자산 거래의 준거법 - 물권적 측면을 중심으로 - (천창민 교수님)

토론자: 서울대학교 법학전문대학원 이정수

I. 들어가며

2008년 10월 사토시 나카모토(Satoshi Nakamoto)가 “Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System”이라는 짧은 논문을 발표한 이래 본격적으로 가상자산의 시대로 접어들게 되었습니다. 잘 아시는 것처럼 그 후 비트코인을 중심으로 가상자산 시장이 폭발적으로 성장하게 되었고, 2010년대 중반 비트코인 가격이 개당 2만불을 호가하며 특히 MZ세대들의 대체투자수단으로 크게 자리매김하게 되었습니다. 하지만 우리나라에서는 가상자산시장의 폭발적 성장으로 기존 금융시장의 안정성이 위협받을 수 있다는 점이나 법제도를 정비하는 경우 가상자산이 제도권에 편입되었다는 시그널로 인해 가상자산시장에 예기치 못한 영향을 미칠 수 있다는 점, 그리고 가상자산시장을 어떻게 바라보아야 하는지에 대해 제대로 된 시각이 정립되지 않았고(블록체인 기술과 가상자산시장의 관계 등), 가상자산시장에 대해 법제화를 하려고 해도 우리나라의 기존 법제와의 관계상 어려움이 있다는 점 등이 복합적으로 작용하여 제대로 된 법제에 대한 논의는 이루어지지 않았고, 2017년 9월 ICO에 대한 일종의 행정지도를 통한 사실상 금지조치 이후 의도적인 방치가 이루어졌다고 해도 과언이 아닙니다.

하지만 그 결과를 보면 아쉬움이 남는 상황입니다. 가상자산을 발행하는 시장은 싱가포르 등 역외로 이전하였고, 국내에서의 유통은 별다른 규제가 없이 이루어져 가상자산거래소들이 유래없는 성공을 거두기도 하였습니다. 하지만 법제가 제대로 갖추어지지 아니한 관계로 건전한 시장발전과 투자자 보호는 이루어지지 아니하였고, 2021년말에 이르러서야 가상자산에 대한 규제가 정식으로 논의되기 시작하여 2022년을 거쳐 가상자산법(가칭)의 제정과 자본시장법의 개정을 본격적으로 준비하고 있는 시점입니다. 이러한 법적 환경 속에, 다시 말하면 가상자산에 대해 의도적인 논의 회피 상황 속(천 교수님의 표현으로는 논의가 터부시 되는 상황 속)에 가상자산에 대한 법적 지위를 비롯한 기초법적 논의나 규제법적 논의는 지연되었고, 이를 바탕으로 한 국제사법적 논의는 당연히 찾아보기가 쉽지 않았습니다. 판례를 검색해보더라도 일부 형사판결이 대법원까지 가서 다투어진 것이 있으나 민사분쟁이 대법원까지 간 사례를 찾기 힘들고, 케이스노트 등을 통해 “가상자산”을 검색해보면 약 300건이 검색되기는 하지만 대부분 당사자간 약정금 분쟁, 이행청구나 불법행위에 기한 손해배상청구사건, 그에 대한 보전소송 등입니다.

이러한 상황에서 천 교수님의 가상자산거래의 준거법에 대한 논문은 가상자산 거래의 실질법적 분석을 바탕으로 준거법의 결정과 관련하여 헤이그국제사법회의, UNIDROIT를 비롯한 국제적 논의, 그리고 영국, 미국, 스위스, 독일 등 각국의 논의를 소개하고, 우리나라 법제에 대해서도 구체적인 해석과 입법적 제언을 하고 있다는 점에서 참으로 반가운 일입니다. 저는 금융법을 공부하는 사람으로 가상자산에 대해 큰 관심을 가지고 있습니다만 지식이 금융법에 치우쳐 이번 천 교수님 논문을 통해 가상자산의 실질법과 준거법 결정에 대해 많은 것을 배울 수 있어 토론에 앞서 감사의 말씀을 드립니다. 천 교수님 논문이 이미 완결적으로 대부분 쟁점을 다루고 있고, 외국의 논의와 입법례를 잘 정리하고, 우리 법적 시사점을 이끌어 내고 있어 부언을 하는 것이 송구스럽습니다만, 논문을 읽으며 몇 가지 의문점을 가졌거나 이런 부분을 더하면 좋지 않을까하는 의견을 갖게 된 부분이 있어 이를 공유하고자 합니다.

II. 몇 가지 질문과 의견들

1. 우리법상 가상자산의 법적 성질(5면~6면)

논문에서 언급된 바와 같이 우리 물권법은 독일법을 이어받은 관계로 물권이 성립하기 위해 우선 물건이어야 합니다. 우리는 흔히 비트코인을 가지고 있다, 팔았다고 하지만 법적 시각에서 보면 집이나 물건을 소유하고, 매매한 것과는 다른 법률관계입니다. 이와 관련해 민법에서의 논의는 주로 민법 제98조에서 말하는 “관리할 수 있는 자연력”에 가상자산이 포함될 수 있는지 여부이고, 부정하는 견해가 다수로 보입니다. 천교수님께서도 부정하는 입장에 서 계신데 논거를 “관리” 내지 “지배가능성”에서 찾고 계신 것으로 보입니다. 다만, 관리 부분도 문제이지만 자연력 부분도 문제 아닌가 생각합니다. 물론 가상자산도 전자적 기록이므로 “전기”라고 할 수는 있지만 그 핵심은 전기 그 자체라기보다는 기록, 즉 데이터(정보)에 핵심이 있기 때문입니다. 제20대 국회에서는 민법 일부개정법률안(김세연 의원, 의안번호 23867)으로 “데이터 등 관리 가능한 무체물”까지 물건으로 하는 입법안이 제기되었고, 제21대 국회에서는 민법 일부개정법률안(조정훈 의원, 의안번호 4799)으로 “법률 또는 기술에 의해 배타적 지배권과 독립성이 확보된 정보”를 물건으로 하는 입법안이 제기된 바 있는데 같은 이유라 생각합니다.

2. UNIDROIT(12면~16면)

이 부분은 제 이해가 부족하여 질문드리는 내용입니다. 12면의 중단에 “무엇이 물권법적 쟁점인가에 대해 디지털자산원칙은 침묵하며 이는 법정지법에 따라 정하게 된다”는 내용의 의미입니다. 이 내용이 14면의 원칙5 저촉법 (1)의 내용과 충돌하는 것은 아닌지 해서입니다(물론 2023년 의견수렴안도 물권법적 쟁점 자체가 무엇인지에

대해서 이야기하지 않습니다만 각항의 내용이 상당히 구체적임. 혹시 물권법적 쟁점이라는 것이 가상자산이 물권인지 여부에 대한 것인지).

16면의 원칙4에 대한 해석에 대한 부분도 궁금한 점이 있습니다. 금융적 입장에서 특히 대체불가능토큰(NFT)의 경우 일종의 자산유동화수단 혹은 간이한 권리이전수단으로도 사용되는 것을 고안하고 있습니다. 예컨대, 실물 와인을 수탁자(custodian)가 보관하고, 수탁자가 발행한 NFT를 가지고 매매를 하는 것입니다. 그런데 이 경우 가상자산에 대한 준거법과 실물자산에 대한 준거법이 상이한 원칙에 의해 정해지는 경우 어떤 식으로 문제를 해결할 수 있을지 궁금합니다.

4. 스위스(27면)

역시 논문에서 전반적으로 논의되는 내용입니다만 연결점을 발행인의 본거가 있는 장소, 혹은 운영권한/관리자의 소재지 접근법(PROPA)에 의해 준거법을 정할 수 있다는 논의로 이해가 됩니다. 대부분의 가상자산의 경우 이와 같은 접근법이 가능하리라 생각되지만 문제가 되는 것이 비트코인과 같이 발행인이 없거나 불명한 경우 그리고 노드도 분산되어 있는 경우입니다. 가상자산에 대해 금융법적으로는 예컨대 MiCA의 경우 역내에 발행인을 법인으로 특정하도록 하는 등 정함을 두려고 합니다만 이미 발행이 된 가상자산에 대해서는 어떻게 대응할지에 대해 정함이 필요할 것 같습니다. 문제는 가상자산시장에서 비트코인의 비중이 크다는 점인데 이에 대한 교수님의 의견을 구하고 싶습니다.

그리고, 스위스 연방평의회보고서의 내용에 따르면 결국 가상자산에 화체된 권리의 내용에 따라 준거법에 대한 접근방법이 다르다는 것으로 이해됩니다. 논문에서 언급된 바와 같이 스위스에서 지급형, 투자형, 기능형으로 분류하고 있는데, 문제는 기능형의 경우 예컨대 거버넌스 토큰의 경우 기능형과 투자형의 성격을 겸병할 수 있다는 점입니다. 보고서의 내용에 바탕을 둔다면 거버넌스 코인은 일종의 사원권이 될 수 있고, 함께 청구권(이익분배)도 될 수 있다 하겠습니다. 보고서는 각각에 대해서는 해결책을 제시하고 있는 것으로 보이지만 이러한 겸병의 경우에 대해서는 언급이 없는 것으로 생각합니다. 이러한 경우에 대해서는 어떤 식의 해결이 가능할지 궁금합니다.

5. 독일(34면)

연결규칙과 관련하여 원칙규정으로 등록부관리기관의 감독소재지로 정하는 방법을 언급하고 있습니다. 아마도 PROPA를 기초로 한 변형이라고 할 수 있다고 생각합니다. 그런데 이렇게 보는 경우에도 하나의 가상자산이 여러 등록부에 동시에 등록되거

나 여러 국가의 감독을 받는 경우, 혹은 독일 전자유가증권도입법의 적용을 받지 않는 가상자산에 대한 문제는 어떻게 해결할 수 있을지 궁금합니다.

6. 우리나라(38면)

오프체인거래와 온체인거래의 구분에 대한 것입니다. 논문에서는 오프체인거래를 거래플랫폼에서 거래하는 것, 온체인거래를 블록체인시스템을 이용해 직접 거래하는 것(P2P)으로 설명하고 있습니다. 하지만 다른 자료들을 보면 오프체인거래는 블록체인 외에서 거래하는 것, 예컨대 당사자들이 가상자산을 콜드월릿(USB 등)에 담아 거래하는 것을 언급하는 경우가 있는데 “오프”라는 용어의 어의에는 이것이 더 들어맞을 수도 있다는 생각입니다.

한편, 어려운 이야기이고, 교수님께서 나름대로 우리나라 국제사법의 해석론에 대해 말씀을 해주셨습시다만 장래 입법론에 대해서도 방향성에 대해 조금 더 말씀을 해주실 수 있는지 궁금합니다. 현재 가상자산의 법적 지위와 관련하여 법무부의 용역, 국회 논의 등 진행이 되고 있는데 대체적으로 (준)물권으로 편입시키는 방향을 잡고 있는 것으로 보입니다. 그런데 이렇게 되면 논문에 언급된 바와 같이 우리 국제사법은 물권법적 측면에서 주관적 연결을 허용하지 않는 것과 맞물려 외국 입법례를 참고하기가 쉽지 않아 보입니다. 한편, 공부가 부족한 저로서는 ‘외국적 요소’를 고려하여 고안된 인적, 장소적 연결점 이론이 가상자산을 중심으로 한 이른바 ‘가상적 요소’가 작동하는 세계에 어떻게든 가져다 쓰는 것이 맞는지 의구심이 들기도 합니다. 지적재산권과 같이 물권, 채권 외 별도의 실체법적 지위를 부여하고, 국제사법에서도 독립적인 논의를 해나가는 것이 맞지 않나 하는 생각도 해 봅니다. 교수님의 고견을 구하고 싶습니다.