

2023년 연차학술대회

사단법인 한국국제사법학회, 사법정책연구원 공동주최

사단법인 한국국제사법학회 창립 30주년 기념학술대회

1993 - 2023

일시 : 2023. 4. 19.(수) 09:00 - 18:00

장소 : 광화문 변호사회관 10층 조영래홀

주최 : 사단법인 한국국제사법학회, 사법정책연구원

개회사

존경하는 내외 귀빈, 참석자 여러분 안녕하십니까.

여러 가지로 바쁘신 가운데 귀한 발걸음을 해주신 존경하는 박형남 사법정책연구원장님, 그리고 최공웅 원장님을 비롯한 우리 학회 명예회장님들과 학회 회원 여러분, 양병희 전 한국민사소송법 학회회장님께도 깊은 감사의 말씀과 환영의 인사를 드립니다. 저는 사단법인 한국국제사법학회 회장 노태악입니다. 오늘 학회 창립 30주년을 맞아 이를 기념하는 학술대회를 개최하게 된 것을 참으로 기쁘게 생각합니다.

1993년 1월 30일 첫 연구회를 개최한 후 그해 3월 27일 우리 국제사법학계의 태두이신 고 이호정 선생님을 비롯하여 최공웅, 김문환, 손경한, 석광현 여러 명예회장님과 장문철 교수님, 법조실무자들이 모여 국제사법의 연구와 발전 및 국제적인 교류에 동참하고자 창립총회를 가진 이래 30년의 세월이 흘렀습니다. 2016년에는 사단법인 설립인가를 받아 국제사법 연구를 위한 기반을 한 단계 올릴 수 있었습니다.

잘 아시는 것처럼 우리나라는 1962년 외국적 요소가 있는 법률관계의 처리를 위한 섭외사법이 제정된 이래 일본 법례(法例)의 그늘을 벗어나지 못하다가 「국제사법」이라는 이름으로 전면개정을 통하여 국제재판관할과 준거법의 체계를 갖춘 선진 입법례를 적극적으로 도입하였습니다. 2022년에는 정치하고도 국제적 정합성을 갖춘 국제재판관할 부분에 관한 전면개정이 있었습니다. 우리 학회가 주도하여 이끌어낸 가장 큰 성과 중의 하나라고 할 것입니다. 헤이그국제사법회의 등 여러 국제기구에서의 흐름과 동향을 분석하고 그 결과물을 참조하였으며 이웃 일본 및 중국과 여러 차례 공동연구를 위한 학술대회를 가졌습니다. 그 과정에서 우리나라는 적어도 동아시아에서 국제사법학계의 논의를 이끌어 나갔으며, 지금도 그렇다고 하여도 결코 지나친 말이 아닙니다. 그동안 열정과 헌신을 아끼지 않으신 회장님들과 회원 여러분들께 깊은 존경과 감사의 말씀을 올립니다.

오늘날 국경을 넘어서는 교류와 거래가 일상화되고, 기업들이 치열한 무역전쟁을 치러야 하는 글로벌한 환경에서 국제적 분쟁해결 시스템을 포함한 훌륭한 법체계를 갖추어야 하는 것은 선진국가의 필수적 전제조건입니다. 국제적 정합성과 예측가능성을 제시하는 법률과 그 법의 해석과 운용은 바로 그 나라의 사회 수준을 가늠할 수 있는 척도입니다. 이는 또한 국제적 품격을 높이는 방법

중의 하나입니다. 이러한 면에서 대륙법계와 영미법계 세계 각국과 각종 국제기구에서 이루어지는 논의의 흐름과 결과물을 주시하여야 하고, 외국적 요소가 있는 다양한 법률관계에 따라 어느 나라에서 재판을 받을 수 있고 어느 국가의 법을 적용할 것인가 하는 국제재판관할과 준거법 결정, 그리고 외국재판과 중재판정의 승인 및 집행 등의 문제는 앞으로도 계속 연구하면서 정치한 규칙을 보완하여야 할 것입니다. 우리 학회는 그 역할을 다하는 데 조금의 노력도 아끼지 않을 것입니다. 헤이그국제사법회의, 국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL), 사법통일국제연구소(UNIDROIT) 등과 같은 국제기구에 적극적인 참여를 통하여 국제적인 성과물의 도출에도 기여하고자 합니다. 그리고 잠시 중단되었던 일본 및 중국과의 공동 연구 및 교류를 위한 학술대회도 더욱 질적인 수준을 높이고 양적으로도 그 횟수를 늘리도록 하겠습니다.

오늘 학술대회는 학회 창립 30주년을 기념하는 자리인 만큼 우리 학회의 지난 30년을 되돌아보고, 앞으로의 미래를 예측하고 준비함과 동시에, 시사성 있는 이슈를 주제로 많은 분들의 발표와 토론을 마련하였습니다. 제1부에서는 우리 학회의 30년 회고와 과제라는 큰 주제로, 학회의 그동안 연구활동 경과보고, 한국 법원에서의 섭외사건 현황 및 두 분 명예회장님들의 회고와 과제에 관한 말씀으로 구성하였습니다. 제2부에서는 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할이라는 주제로, 국제적 물품거래와 제조물책임의 준거법 결정 문제 및 최근 큰 흐름을 타고 있는 한류 열풍에 대한 국제적인 저작권법상 문제를 세부 주제로 마련하였습니다. 제3부에서는 최근 시사성 있는 이슈를 중심으로 국제사법과 국제공법의 교차이라는 주제로, 국제문화재법과 외국인의 국가배상청구와 준거법이라는 주제의 발표를 준비하였습니다. 발표와 토론 그리고 좌장으로 진행을 맡으신 명예회장님들과 회원 여러분께 다시 한번 감사의 인사를 드립니다. 하루 동안 한정된 시간에 모두 다루기가 벅차고 무겁고 큰 주제라는 생각도 들지만 가능한 한 현재 우리 국제사법학이 마주하고 있는 여러 이슈를 점검하고 논의의 단초를 제공하는 것도 큰 의미가 있을 것이라는 생각으로 준비하였습니다. 참석하신 여러 선생님들의 귀한 말씀을 기대합니다.

30여년 이상 재판실무에 종사하여 온 저는 평소부터 학계와 법조 실무계의 지속적이고 다양한 교류의 필요성을 강조하여 왔습니다. 서로의 입장에서 만들고 축적해온 연구 성과를 공유하고

각자의 고민에 대한 이해의 폭을 넓히고 깊이를 더해야 할 것입니다. 여러 교수님들과 법원의 판사님들이 모인 오늘의 행사가 그 큰 밑거름이 될 것이라는 점을 확신합니다.

마지막으로 이번 학회 창립 30주년 기념학술대회 준비를 위하여 많은 노력을 아끼지 않으신 학회 총무이사 이종혁 교수님을 비롯한 집행이사 여러분, 진심어린 열정과 정성으로 도움을 주신 회원 여러분들께도 치하와 감사의 말씀을 덧붙입니다.

소중한 시간을 내주신 여러분께 다시 한번 진심으로 존경과 함께 감사의 말씀을 올립니다.

감사합니다.

2023. 4. 19.

사단법인 한국국제사법학회 회장 노태악

존경하는 한국국제사법학회의 노태악 회장님과 최공웅 명예회장님, 그리고 바쁘신 가운데도 이 자리를 빛내주신 내외 귀빈 여러분께 먼저 깊은 감사의 말씀을 올립니다.

사법정책연구원은 2018년 한국국제사법학회와 업무협약을 체결하였고, 그 후로 지속적으로 교류, 협력하여 2019년, 2020년, 2022년에 이어 오늘 네 번째로 공동학술대회를 개최하게 되었습니다.

한국국제사법학회의 창립 30년이 되는 해를 맞아 사법정책연구원이 다시 한국국제사법학회와 공동으로 학술대회를 개최하게 된 것을 매우 뜻깊게 생각합니다.

국제적인 상거래 및 인적 교류의 증가에 따라 국제적 분쟁이 늘어왔고, 이에 따라 국제적 소송에서 국제사법을 통하여 재판관할권과 준거법을 결정하는 것은 실무적으로 매우 중요한 쟁점이 되었습니다.

한국국제사법학회는 1993년 창립된 이래 지금까지 우리나라의 국제사법 연구를 선도하여 왔고, 특히 2001년 섭외사법을 국제사법으로 개정하는 작업, 2021년 국제사법에 국제재판관할규정을 36개조 신설하는 작업에 주도적으로 참여하는 등으로 우리나라의 국제사법 발전에 크게 이바지 하여왔습니다. 2022년 전면개정된 국제사법을 해석, 적용하기 위하여 앞으로도 다양한 연구가 계속되어야 하므로 국제사법 관련 논의를 선도하는 한국국제사법학회의 역할과 책임이 더욱 커졌다고 할 수 있습니다.

오늘 학술대회는 지난 30년에 걸쳐 한국국제사법학회가 걸어온 길을 돌아보고 앞으로 나아갈 길을 모색하는 의미 있는 자리일 뿐만 아니라, 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할, 국제사법과 국제공법의 교차에 대하여 깊이 있게 토론하는 발전적 논의의 장이 될 것입니다. 특히 최근의 한류 열풍을 반영한 국제저작권법 관련 논의, 서산 부석사와 대마도 관음사의 불상 반환청구 소송에 대한 국제문화재법 관련 논의의 장을 여는 것은 여러 모로 시의적절해 보입니다.

축 사

사법정책연구원은 앞으로도 한국국제사법학회와 원활한 교류 및 협력이 이어지기를 기대하고, 한국국제사법학회의 준거법 규정 추가 개정 작업 등 여러 활동에 지속적으로 관심을 기울여 함께 충실한 연구활동을 해나가도록 노력하겠습니다.

끝으로 오늘 학술대회에서 사회, 발표 및 토론을 맡아 주신 전문가 여러분들, 그리고 이번 학술대회를 기획하고 준비해 주신 모든 관계자 여러분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

2023. 4. 19.

사법정책연구원장 박 형 남

C·O·N·T·E·N·T·S

제1부 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제

한국국제사법학회 연구활동 경과보고

보고 : 장준혁 부회장(성균관대학교 법학전문대학원 교수) 1

한국 법원에서涉外사건의 현황

보고 : 김영석 재판연구관(대법원), 유정화 판사(서울동부지방법원) 21

기념강연 : 한국 국제사법학의 태동과 한국국제사법학회의 창립

강연 : 최공웅 명예회장(전 특허법원장, 법무법인 화우 고문) 53

기념강연 : 국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여

강연 : 석광현 명예회장(전 서울대학교 법학전문대학원 교수) 65

제2부 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할

제1주제 : 국제적인 물품거래와 제조물책임의 준거법

- 발표 : 김성호 교수(부경대학교 법학과) 153
토론 : 권민재 재판연구원(대법원) 177

제2주제 : 한류 열풍과 국제저작권법상 제문제

- 발표 : 이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원) 183
토론 : 이규홍 부장판사(서울고등법원) 211

제3부 국제사법과 국제공법의 교착(交錯)

제3주제 : ‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 관음상 사건과 국제문화재법

- 발표 : 류재현 검사(광주지방검찰청), 황성재 변호사(야놀자클라우드) 217
토론 : 송호영 교수(한양대학교 법학전문대학원) 235

제4주제 : 주월한국군 피해자 베트남인의 국가배상소송과 저촉법: 체계제법(體系際法), 시제법, 국제사법

- 발표 : 이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원) 241
토론 : 권혁준 고법판사(서울고등법원) 281

“제1부 - 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제”



보고

한국국제사법학회 연구활동 경과보고

장준혁 부회장(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

1993 - 2023



한국국제사법학회 연구활동 경과보고

장준혁*

사단법인 한국국제사법학회 창립 30주년을 맞아, 연차학술대회 제1부 ‘한국국제사법학회 30년의 회고와 과제’의 틀 내에서 지난 30년의 연구활동을 보고드리고자 합니다. 학회의 본연의 임무인 학문활동의 보고여서 특히 어깨가 무겁습니다. 지각(知覺)에는 주관적 편향이 끼어 들고, 서술에는 평가(評價)가 수반됩니다. 보고자의 제한된 안목이 주관성과 불균형을 낳을 것입니다. 여기에서 드러나는 보고자의 결함을 너그러우신 마음으로 읽어 주시기를 양망합니다.

I. 한국국제사법학회의 연혁

제2차 세계대전 종료 후 국제사회의 전후재건사업의 일환으로 해방되고 국가를 세운 대한민국의 특성상, 국제법이 누린 국가적 관심과 사랑을 국제사법이 처음부터 누리기는 어려웠다. 국제사법과 국제사법학은 사소한 분야로 치부되었다. 대한민국 최초로 국제사법 교과서를 쓴 황산덕 교수님이 고려대학교 교수로 임용될 당시, 원래 국제법을 전공하기를 희망했지만 선배 교수가 이미 말았다는 말씀을 듣고 실망에 빠져, 차선책으로 국제사법 전공을 권유받아 전공하게 되었다는 일화가 전해지고 있다.

민법전 제정작업에서 학계의 역량을 과시했던 민법학계와 달리, 1962년 섭외사법의 제정과정에서는 황산덕 교수님의 꾸짖음이 있었을 뿐, 학계의 의견 청취 없이 개정작업이 시종(始終)했다. 내용은 다음과 같다. 첫째, 의용 법례를 번역했다. 둘째, 일본법의 영토적 효력범위를 정한 의용 법례 제1조가 있던 자리에 목적조항을 두었다. 그 결과 의용 법례의 조문번호가 유지될 수 있었다. 상사의 장을 덧붙였는데, 그 유래는 아직까지 명확히 규명되지 않고 있다.

황산덕 교수의 국제사법 교과서는 고려대에서는 국제사법 교과서의 표준적 모델로 받아들여져, 많은 국제사법 교과서가 이를 모델로 집필되었다. 신창선 교수의 교과서(현재는 신창선, 윤남순 공저)

* 사단법인 한국국제사법학회 부회장, 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

는 그 틀을 벗어나 해외 입법, 학설, 판례의 소개로 나아갔다. 서울대에서는 김진 교수의 국제사법 교과서, 이호정 교수의 국제사법 교과서, 석광현 교수의 국제사법 해설, 국제민사소송법 교과서, 국제재판관할법 교과서가 나왔다. 건국대에서는 김용한 교수, 이화여대에서는 서희원 교수의 국제사법 교과서가 나왔다. 실무계에서는 최공웅 초대 특허법원장의 국제소송 체계서가 독보적이다. 충남대에서는 김용진 교수의 국제민사소송법 교과서가 나왔다. 최근에는 연세대의 안춘수 교수와 인하대의 최홍섭 교수의 국제사법 교과서가 간행되었다.

본 학회 창립의 계기는 일본과의 양자적 학술교류에서 나왔다. 학계의 이호정 교수, 김문환 교수, 실무계의 최공웅(서면발제) 부장판사, 손경한 변호사 4인이 일본 국제사법학회의 1992년 하반기 심포지움(1992. 11. 29. 東京大 山上會館)에 초청받아, “韓·日の國際私法問題”를 주제로 일본어로 연구발표를 했다.¹⁾ 일본의 주리스트²⁾에는 일본어본이 실렸고, 국제사법연구 창간호에는 일본어본과 한국어본이 나란히 게재되었다.

이것이 자극제가 되고, 일본측 학자의 권유도 있어, 본 학회의 설립을 추진하게 되었다. 우선 1992년말에 국제사법연구회를 결성하여 1993년도 사업을 준비하였고, 1993. 1. 3.에 제1회 정기연구회³⁾를 열었다. 이어 1993. 3. 27. 국제사법학회가 창립되었고, 1993. 1. 3.의 연구회를 학회의 제1회 정기연구회로 정리하였다.

1994. 5. 28.에는 일본의 학자와 실무가를 초청하여 학회 2차 연도 연차학술대회를 열었다.⁴⁾ 1992. 11. 29.의 방문에 대한 답방의 의미도 겸하여 특히 뜻깊었다. 더구나 이를 계기로, 연차학술대회를 번갈아 국내, 국제학술대회로 여는 관행이 정립되었다.

학회지 ‘국제사법연구’는 대체로 매년 말 간행하고자 했지만 처음 수년간은 정기적 발행에 다소 차질이 있었다. 제1호가 2차 연도인 1995. 12., 제2호가 4차 연도인 1997. 12.에 간행되었다. 1998년호(제3호)는 밀린 원고를 조속히 간행하고자 5월에 앞당겨 출간되었다. 제4호(1999)부터는 연말 발행이 정례화되었으나, 발표원고의 간행 지연 누적을 해결하기 위하여 2003년에는 제8호(2003. 8.)와 제9호(2003. 12.)의 두 호를 간행했다. 2004년부터는 연말 발행으로 다시 정례화되었다. 2013년부터는 매년 1권을 2개 호로 나누어 6월말과 12월에 발행하고 있다.

학회지의 내실이 축적되고 평판이 확립된 바탕 위에서 학술진흥재단의 학술지 평가에도 노력을 기울였다. 교수의 임용, 업적평가, 연구비 수주 등을 위한 객관적, 공식적 기준에 맞추기 위해서이다. 2010. 1. 등재후보지, 2015. 1.에는 등재지로 선정되었고, 지금까지 등재지 지위를 유지하고 있다.

1) 연구발표: 이호정, “在日韓國人の屬人法—婚姻·離婚準據法を中心にして”; 김문환, “海外韓國人労働者の國際私法上の問題”; 손경한, “韓國における外國判決及び外國仲裁判斷の承認執行”; 최공웅, “判例を通じてみた韓國國際私法”.

2) 1993. 6. 15.호

3) 연구발표: 이호정 교수(국제사법연구회장 겸 학회 초대회장), “재일한국인의 속인법”.

4) 국제사법연구 창간호(1995), 328면 참조.

수년간의 논의 끝에 2015년에는 사단법인화가 이루어졌다. 학회 운영의 투명성과 대외적 위상을 높이고, 개인, 단체 수준의 기부와 학술지원사업 수주(受注)의 편의를 도모하여 재정을 안정시키고 학회의 지속성을 도모하려는 취지였다. 2015. 12. 23.에 창립총회를 열었고, 2016. 1. 11.에 법무부 설립허가를 받고 2016. 1. 19.자로 등기하여 법인설립절차를 마쳤다.

II. 30년간 연구활동의 초점

첫째, 국제사법의 입법이 미진한 부분을 극복하는 데 1차적 초점이 두어졌다. 그래서 국제입법을 포함한 입법례를 비교연구하고, 이에 기초하여 국제입법 참여방안과 국내입법의 방향을 모색했다.

둘째, 실정 국제사법의 해석론적 당면과제를 해결하고자 했다.

셋째, 판례연구로 실무계와 소통하고자 했다.

넷째, 국제사법(학)의 역사와 외국의 학설, 판례를 소개하고 비판적으로 검토하였다.

다섯째, 국제교류를 통하여 비교국제사법적 공동연구를 했다.

여섯째, 국제사법이 국제공법, 실질법, 절차법과 상호작용하는 전체상을 파악하고, 문제해결에 초점을 두는 실용적 접근을 했다. 특히 국제가족법, 국제자본시장법, 국제문화재법 등의 분야에서 이런 접근에 무게를 두었다.

일곱째, 기술 발달에 대한 국제사법 및 실질법의 대응방아에도 시의적절한 관심을 기울였다.

III. 연구활동의 기획과 조직

1. 개요

본 학회의 연구활동은 “學界와 實務界의 理想的인 協同”⁵⁾에 유념하여, 실제적인 주제를 중심으로 영위되어 왔다. 학술적 연구와 실무연구의 가교를 꾀했다. 국내·국제적 입법 참여와 국제교류에도 양쪽의 역량을 모았다. 법제 정비의 바탕 위에서 학문적 연구를 쌓아 올릴 것이 기대되고 있다. 국제교류도 법제 정비의 성과에 대한 정보를 공유하는 차원을 넘어 국제적 학문공동체에 참여하고 학술성과를 검증받는 일로 나아갈 것이 요청된다.

학회의 연구활동은 연차학술대회와 격월의 정기연구회를 기본 틀로 조직되었다. 그 외에 부정기적으로 학술대회 및 해외 연구자의 특별강연을 열었다. 국제교류를 중시하여 연차학술대회를 격년

5) 이호정, 간행사, 국제사법연구 창간호(1995), [i]면.

으로 국제학술대회로 여는 것으로 했고, 한일, 한국·일본·대만, 한중, 한·베트남 공동심포지움도 정기적 또는 부정기적으로 열었다. 사안에 따라 공개 또는 비공개로 진행했다. 또, 학회 산하 연구회로 루가노협약연구회, 동아국제민사소송법연구회가 활동했고, 지금은 국제문화재법연구회와 국제사법판례연구회가 활동을 이어오고 있다.

대법원, 법무부(법제실 국제법무과), 법제연구원, 서울가정법원, 서울회생법원, 사법연수원, 사법정책연구원, 외교부(구 외교통상부), 헤이그국제사법회의, 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL) 아태지역사무소, 증권예탁결제원, 한국자본시장연구원, 정보통신정책연구원, 문화재청, 대한상사중재원, 대한변호사협회, 부산상공회의소 등 유관기관과도 공동으로 학술행사를 기획하거나 재정적 후원을 받아, 학계와 입법·행정·사법실무의 교류를 도모했다. 대학 소속 법학연구소와도 공동 개최, 장소제공 등으로 협력을 얻었다. 건국대, 고려대, 서울대(아시아태평양법연구소), 성균관대(법학연구소), 중앙대(중앙법학연구소, 중앙대 법학연구원 문화미디어엔터테인먼트법연구소), 충북대(법학연구소), 전북대, 한양대(법학연구소 국제소송법센터, BK21 국제소송법제 및 국제중재법제 연구사업팀), 인하대(법학연구소), 동아대(법학연구소) 등. 대한상공회의소, 발명진흥원, 무역협회, 증권예탁결제원, 한국벤처투자(주), 한국남부발전(주), 법률신문사, 서울지방변호사회, 국립고궁박물관, 국외소재문화재단, 유네스코 한국위원회, 법무법인(유) 올촌, 과학기술과법연구소 등의 장소 제공, 재정지원, 홍보 등의 후원을 받았다. 학술행사의 재정적 부담을 분담했다. 사법정책연구원과는 교류·협력 협약서도 체결(2018. 7. 5.)하여 3년 단위로 갱신되고 있다. 유관 학회와의 공동학술행사도 적극적으로 기획했다. 국제거래법학회(산하 ISD연구회 포함), 해법학회, 민사소송법학회, 가족법학회, 엔터테인먼트법학회, 세계국제법협회(ILA) 한국지부, 한국지식재산학회, 과학기술법학회, 환경법학회, 차세대콘텐츠재산학회 등.

헤이그국제사법회의와의 연계도 활발하다. 2005년 연차학술대회는 헤이그간접보유증권협약(Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary)의 전반을 소개, 분석하는 국제심포지움을 열었다. 2017년 연차학술대회는 헤이그국제사법회의 아시아태평양주간 행사를 겸하여 열렸다. 그리고 2016. 5. 18.에는 제124회 정기연구회 겸 특별세미나로 Marta Pertegás 일등서기관(현 네덜란드 마스트리히트대 교수)이 “2005년 헤이그관할합의협약 및 헤이그 외국판결 승인 및 집행 협약안에 대한 논의현황”, 2017. 12. 13.에는 특별세미나(비공개)로 Maja Groff 상급법무관이 “2000 Hague Convention on the International Protection of Adults”의 주제로 강연을 했다.

2. 연차학술대회

연차학술대회가 1994년부터 매년 개최되고 있다. 시의성 있는 주제로 주제를 분담하여 발표하는 형태로 기획하여 왔다. 연구자와 실무가, 학회 핵심회원과 외부 전문가가 공동으로 참여하여

의견을 교환하는 장이 되고자 했다. 국제사법은 다른 분야보다도 보편타당성 내지 국제적 통일성이 요청되는 분야임을 고려하여, 국내학술대회와 외국의 학자, 실무가를 초청한 국제학술대회를 번갈아 개최하는 것을 원칙으로 삼아 왔다. 다만 2014년부터는 국내의 학자, 실무가만으로 연차학술대회를 개최하면서, 국제적 학술교류는 헤이그국제사법회의와의 공동행사, 부정기적 특별세미나, 한중국제사법학회 등의 정례화된 양자교류, 정기연구회 내의 학술발표 등으로 다변화를 꾀하고 있다.

지금까지 열린 연차학술대회의 대주제는 아래와 같다.

- 1994년(국제): 한일국제사법의 제문제
- 1995년: 외국 국제사법 입법의 최근 동향
- 1996년(국제): 국제민사소송의 제문제
- 1997년: 국제민사소송법의 제문제 II
- 1998년: 국제화시대의 국제사법: 섭외사법의 개정을 중심으로
- 1999년(국제): 전자상거래와 분쟁해결
- 2000년: 섭외사법 개정법률안의 검토
- 2001년(국제): 기업구조조정과 국제파산
- 2002년: 사이버공간에서의 국제분쟁의 해결: 한국법의 시각에서
- 2003년(국제): IT국제지적재산권분쟁과 그 해결
- 2004년: 국제제조물책임(PL) 소송과 우리의 대응
- 2005년(국제): 헤이그유가증권협약에 관한 국제심포지엄
- 2006년: 국제가사분쟁의 제문제
- 2007년(국제): 한·중간 국제거래분쟁의 해결
- 2008년: 국제엔터테인먼트 분쟁의 해결: 한류의 확산과 관련하여
- 2009년(국제): 한중간 국제민사소송에 있어서의 협력방안: 루가노협약과 관련하여
- 2010년: 국제상사중재와 국제사법
- 2011년(국제): 한·중간 국제거래분쟁의 해결: 중국의 섭외민사관계법률적용법의 제정과 한국
- 2012년: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의
- 2013년(국제): 국제 지식재산분쟁 해결방법의 비교와 선택
- 2014년: 국제적 집단 피해에 대한 구제
- 2015년: 해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점
- 2016년: 과학기술법과 국제사법
- 2017년(국제): HCCH Asia Pacific Week 2017

- 2018년(25주년 기념): 한국 국제가족법의 회고, 현상과 과제
- 2019년: 헤이그 재판관할합의협약 가입과 관련한 주요쟁점
- 2020년: 2019년 헤이그 재판협약의 주요쟁점과 합의
- 2021년: 국제도산법제의 동향과 합의: 개선방안의 모색
- 2022년: 신국제사법의 시행에 따른 국제재판관할법제의 과제
- 2023년(30주년 기념): 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제; 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할; 회복적 정의와 국제사법의 역할

3. 부정기적 학술대회

가. 공동학술대회

2015. 5. 15.에는 베트남의 국제사법학자들을 초청하여, 대검찰청 증회의실에서 “아시아 국제 교류의 증가와 국제사법의 역할: 베트남 국제사법 연구”의 주제로 비공개 심포지움을 열었다. 해당 연도의 연차학술대회를 춘계, 추계로 나누어 춘계 연차학술대회로 정리하기도 기록하기도 했다. 그러나 법무부에서 발주한 연구용역과 관련하여 법무부 후원의 비공개 심포지움으로 열려, 실질적으로는 부정기적 공동학술대회의 성격을 띠었다. 공개행사로 개최되는 연차학술대회의 형식에 맞고, 주로 가을에 개최한 점에서도 정례성을 준수한 것은 2015. 11. 26.에 “해사 분쟁 및 해운 회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점”을 주제로 열린 “추계” 연차학술대회였다.

2020. 10. 22.에는 국립고궁박물관에서 유네스코협약 50주년 기념 공동학술대회(대주제: “1970년 유네스코협약의 어제와 오늘 그리고 미래”)를 열었다. 국제사법 연구자뿐만 아니라 국제법, 정치외교학, 문화재청 측 인사가 참여했다.

나. 기념학술대회

2014. 6. 18.에는 “한국국제사법학회 20년의 회고와 전망”을 주제로, 창립 20주년 기념 학술대회를 열었다. 국제재판관할과 외국판결, 준거법으로 나누어 입법 추이와 판례를 정리, 검토하고, 정부의 국내외 활동과 학회 역사를 회고했다.

2021. 11. 12.에는 “재판례를 중심으로 본 국제사법 20년의 회고와 과제”를 주제로, 국제사법 시행 20주년 기념학술대회를 열었다. 2001년 국제사법 개정에 참여하지 않은 신진 연구자를 발표자로 구성하여, 2001년 개정 후의 판례를 분야별로 수집, 정리하고 비판적으로 검토했다.

4. 정기연구회: 대주제 또는 자유주제

정기연구회는 처음에는 자유주제로 발표신청을 받거나 지정하는 형태로 운영되었으나, 언젠가부터 매년 정기총회에서 정하는 대주제의 틀 내에서 학회 내외에서 발표자를 지정하는 방식이 주

로 채택되었다. 학회 외부의 연구자와 실무가를 섭외하는 데에도 집행부 차원에서 적극적 노력을 기울였다. 이것은 비회원을 적극적으로 포섭하여 학술활동과 실무연구에 참여시키고 아울러 회원 가입을 권유하는 취지였다. 다만, 새로운 기술발전에 대한 국제사법의 대응이라는 취지로 대주제를 정하는 경우, 첨단 기술 관련 분야의 전문가이지만 국제사법의 전문가는 아닌 발표자, 토론자로 하여금 국제사법학계에 국제사법학의 소재를 설명하도록 하고, 그들 스스로는 국제사법학에 입문하도록 하는 형태로 운영되기도 했다. 국제사법의 고유 주제의 연구에 좀 더 주목할 필요가 있다는 목소리도 있어, 2023년부터는 대주제를 느슨하게 정하여 다양한 주제의 학술발표와 입법·판례연구를 수용하고자 한다.

5. 해외 연구자 초청 특별세미나(부정기)

해외 연구발표자가 정기연구회 일정에 맞추기 어려운 경우, 정기연구회와 별도로 특별세미나를 열었다(비공개).

- 2017. 12. 13. 헤이그국제사법회의 Maja Groff 상급법무관, “2000 Hague Convention on the International Protection of Adults”
- 2018. 8. 1. Jürgen Basedow 교수, “Consistency in EU Conflict of Laws”
- 2018. 12. 5. 영국 캠브리지대 Richard Fentiman 교수, “Brexit and Commercial Litigation: An English View”
- 2019. 9. 25. 이탈리아 Ferrara대 Pietro Fanzina 교수(현 밀라노카톨릭대), “The Cross-border Protection of Creditors against Fraudulent Conveyance”

국제학술대회로 열리는 연차학술대회와 양자 또는 3자간 국제교류 왕도, 해외의 연구자 또는 실무자의 연구발표가 개최되었다. 가급적 정기연구회 일정에 맞게 조율하고자 하였다. 지금까지의 실적은 아래와 같다.

- 2000. 6. 29. 제41회 정기연구회(미국 미시간대 Mathias Reimann 교수, “미국 국제사법의 최근 동향”)
- 2003. 7. 25. 제56회 정기연구회(중국 사회과학원 沈涓 박사, “중국 국제사법의 개관”)
- 2005. 5. 27. 제66회 정기연구회(일본 甲南大 김문숙 교수, “1993년 헤이그국제입양협약의 실제적 운용에 관하여”)
- 2006. 12. 1. 제73회 정기연구회(일본 甲南大 김문숙 교수, “일본의 법제개정과 남겨진 과제”)
- 2009. 5. 22. 제88회 정기연구회(미국 볼티모어대 James R. Maxeiner 교수, “Some Legal Issues Related to International Civil Litigation: It’s the Law! The Missing Measure”)

- of Civil Law/Common Law Convergence”)
- 2011. 1. 27. 제98회 정기연구회(일본 동경대 김연숙 박사, “직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제”)
 - 2012. 3. 29. 제105회 정기연구회(일본 와세다대 김지만 박사, “인터넷서비스제공자의 책임과 국제사법적 쟁점”)
 - 2012. 5. 29. 제106회 정기연구회(일본 立教大 早川吉尙 교수, “國際訴訟における當事者自治を巡る現代的諸相: 日本の觀點から”; 중국 푸단대 첸리(陳力) 교수, “中國《涉外民事關係法律適用法》中的當事人意思自治原則” 함부르크 막스플랑크 비교사법·국제사법연구소 소장 Jürgen Basedow 교수, “Theory of Choice of Law and Party Autonomy”)
 - 2013. 5. 30. 제112회 정기연구회(일본 甲南大 김문숙 교수, “부양사건과 성년후견사건의 국제재판관할에 관한 입법론”)
 - 2016. 5. 18. 제124회 정기연구회 겸 특별세미나(헤이그국제사법회의 일등서기관 Marta Pertegás 박사, “2005년 헤이그관할합의협약 및 헤이그 외국판결 승인 및 집행 협약안에 대한 논의현황”)
 - 2022. 5. 26. 제155회 정기연구회(일본 오사카대 김미선 교수, “인공지능과 국제사법: 자율주행자동차를 중심으로”)

6. 일본, 중국, 대만과의 공동심포지움

일본, 중국, 대만과는 2국 또는 3국간 협의로 주제를 정하여 공동심포지움을 열었다. 일본에서 연구프로젝트를 수주하는 경우에는 다년간 연구프로젝트의 형태여서, 연구기간 내에서는 정례화된 모임이 연달아 열렸고, 그 중 일부가 한국에서 한국측 자금을 보태어 열리기도 했다. 한국에서 주최하는 경우에는 다년간 국제학술교류지원사업이 미비한 실정상, 연차학술대회, 부정기적 학술대회 등의 일회적 행사로 열렸다.

일본과의 학술교류는 1992. 11. 29.에 한국의 학자와 실무가가 일본국제사법학회 학술심포지움에 초청받아 연구발표한 일의 연장선상에서 순조롭게 출발되었다. 일본국제사법학회와의 교류주체로 한국국제사법학회가 창립된 후의 첫 국제학술대회로, 1994. 5. 28.에 일본의 학자와 실무가를 초청한 국제학술대회 형식으로 2차 연도 연차학술대회를 열었다.

일본의 주도로 한국·일본·대만 3국이 참여하는 “한일대 국제사법·국제민사소송법 공동학술대회”가 열리기도 했다. 그 회의는 주로 일본에서 열렸는데, 한국측에 관해서는 초청받은 인사만 참여하는 비공개 세미나로 열렸다. 다만 제4차 회의가 2012. 9. 8.-9.에 한양대 법학전문대학원에서 공개학술대회로 개최되었다.

일본 와세다대가 일본 정부로부터 장기 후원을 받은 연구프로젝트로, “지적재산권에 관한 국제

사법원칙(한일공동제안)”(일명 와세다원칙, 이하 “한일공동제안”)(2010. 10. 14.)⁶⁾이 일본의 학자와 한국의 학자, 실무가의 공동작업으로 만들어졌다. 여기에 학회원이 참여했다. 일본(주최측)은 일본의 학계가 주도적 역할을 하면서 한국의 학자와 실무가를 참여시키는 것으로 생각했던 것 같다. 일본 정부에 신청하여 수혜받은 연구프로젝트의 취지도 그렇다. 반면에 한국측 참여자는 한일이 1대1로 참여하여 의견을 모아 한일 공통의 국제사법원칙을 형성하는 것으로 생각했던 것 같다. 당초의 연구비 지원기간이 만료되고 연구프로젝트가 갱신되는 과정에서 약간의 공백기가 발생했는데, 이 때 한일간 의사소통의 문제가 있어, 한국측에서는 일본측이 한일공동제안 작성을 포기한 것으로 오해했다. 그래서 한국측이 가필한 작업중 초안의 최신본을 한국 독자의 “국제지적재산소송원칙”(2009. 3. 26.)으로 내놓게 되었다.⁷⁾ 그 후 연구비 후원이 재개되어, 추가적 논의를 거쳐 한일공동제안이 완성되었다. 이 연구프로젝트의 회의는 거의 대부분 일본에서 비공개로 개최되었고, 여기에는 이 프로젝트 참여자만 참여했다. 다만 한국에서 열린 회의는 학회 내 공개행사로 열렸다. 2010. 9. 27. 서울대 법과대학/법학전문대학원에서 열린 ‘2010년 한일국제지적재산권법 공동연구회’가 그것이다. 이 프로젝트와 병행하여 한국에서 동아국제소송법연구회를 만들어 일본 학자들을 초청하기도 했다. 그것이 2010. 6. 26.-27. 성균관대에서 열린 제2회 한일 국제재판관할 공동연구회이다. 이 공동연구회 마지막 세션에서는 “외국판결의 승인·집행에 관한 법규칙안”의 주제를 다루었다. 여기에서 한일 지식재산권 국제소송원칙안의 일부가 논의되었다.

베트남과의 공동심포지움(2015. 5. 15.)은, 베트남 국제사법에 관한 법무부 연구용역과 연계하여, 법무부 지원으로 1회 진행되었다.

중국과의 교류는 대법원에서 개최한 2011년의 연차학술대회를 계기로 물꼬가 트였다. 당시 한국을 방문한 중국국제사법학회(회장: 황진)와 상호교류협약(2011. 12. 12.)을 체결하고 주기적으로 갱신하여 왔다. 한중국제사법학회의 이름으로 매년 공동학술대회를 가지고 있다. 매년 번갈아 상대국에서 개최한다. 2011년의 연차학술대회는 제1회 한국국제사법학회로 삼아졌다. 제2회(2012)는 중국에서 개최했고, 한국과 중국의 국제재판관할법을 각기 발표하고 토론했다. 제3회(2013)부터는 제7회(2017)까지와 제9회(2018)는 초청국이 대주제와 세부 발표주제를 정하고 방문국 측의 발표에 대하여 지정토론을 하는 방식으로 진행했다. 제8회(2018)와 제10회(2021)(COVID-19 사태로 2020년에서 연기)는 양국의 발표자가 모두 발표를 맡아 시의성 있는 다양한 주제로 발표하는 방식으로 전환했다. 연도별 대주제는 아래와 같다.

- 제1회(2011)(대법원): 한·중간 국제거래분쟁의 해결: 중국의涉外민사관계법률적용법의 제정과 한국

6) 한국어, 일본어, 영어로 작성. 조문과 해설로 구성. 국제사법연구 제17호(2011), 533면 이하.

7) 한국어, 일본어, 영어로 작성. 2009. 3. 26. 한국국제사법학회에서 승인되었으나, 정식 간행은 2010. 12. 31.자로 이루어졌다. 국제사법연구 제16호(2010), 361면 이하 수록.

- 제3회(2013)(동아대): 국제상사분쟁해결 I: 국제상사중재를 중심으로
- 제4회(2014)(안휘대): 외국중재판정과 외국판결의 승인·집행
(제4회 공동학술대회 이틀 뒤에는 “우한대학교 국제사법 원탁회의”(Roundtable Meeting on Private International Law)도 따로 열려, 한국과 중국의 발표자들의 발표가 있었다.)
- 제5회(2015)(인하대): 중국법의 관점에서 본 한국의 국제재판관할 입법
- 제6회(2016)(서안): Current Issues in the Private International Law Cases in Korea and China
- 제7회(2017)(전북대): 중국의 헤이그협약 시행현황과 발전방향
- 제8회(2018)(광동): Global Trends in Private International Law
- 제9회(2019)(서울대): 중국 국제사법의 최근 동향과 합의: 국제재판관할과 외국재판의 승인 및 집행을 중심으로
- 제10회(2021)(온라인): Current Issues in Cross-border Maritime Cases in Chinese and Korean Courts

7. 연도별 판례회고

제10호(2004), 제11호(2005), 제12호(2006)에는 석광현 교수(현 명예회장)가 해당 연도에 공간된 판례를 요약, 비평하는 형태의 연도별 판례회고를 실었다.

제13호(2007)부터는 해당 연도의 공간, 미공간 판결의 요지를 정리하여 학회지에 실었다. 판례정리자가 판례로서의 의미를 평가한 부분이 판결별 표제와 판결요지 정리에 반영되기도 했으나, 평석은 붙이지 않았다. 제24권 제2호(2018)부터는 약간의 각주를 달기 시작했고, 제25권 제2호(2019)부터는 특기할 만한 경우에 한정하여 판례정리자가 그의 평가를 각주에 부기하기 시작했다.

8. 한시적 연구회

가. 루가노협약연구회

2007년 개정 루가노협약(Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments)⁸⁾이 유럽연합과 유럽자유무역협정(European Free Trade Agreement)의 비회원국에게도 가입의 길을 열면서, 학회 내에서 루가노협약 가입 의견이 제기되었다. 이에 따라 루가노협약연구회가 한시적으로 결성되어 2008. 5. 1.부터 11. 24.까지 6회의 연구모임을 가졌다. 이와 병행하여, 법원행정처의 연구용역(“외국 판결의 승인·집행에 관한 국제규범과 우리의 대응방안에 관한 연구”)을 수행하였고, 그 결과물은 같은 제목의 책자로 간행되었다(2009). 협약 및 부속 의정서

8) 2007. 10. 30. 성립.

의 공동번역은 국제사법연구 제15호(2008)에 수록되었다.

루가노협약연구회와 병행하여, 일본 및 중국에 대하여 루가노협약의 공동가입 의견을 제시하면서, 한일간, 한중간 판결 상호승인을 제고하는 취지의 공동학술행사를 개최했다. 먼저 일본 학자들을 초청하여 2008. 6. 21. 대법원에서 “루가노 협약과 관련한 한·일 협력방안”의 대주제로 한일 공동연구회를 열었다. 이어 중국 학자들을 초청하여 2009. 5. 29. 서울중앙지방법원에서 “한중간 국제민사소송에 있어서의 협력방안”을 주제로 연차학술대회를 열었다.

나. 동아시아국제소송법연구회(국제소송·분쟁해결연구회)

동아시아국제소송법연구회(연구회장: 노태약 현 회장, 대법관)는 루가노협약연구회의 후신 격으로 구성되어, 한일 양국에서 부정기적⁹⁾으로 개최되는 한일간 공동학술행사의 구심점 역할을 했다. 2009. 9. 25.-28.에 일본 고베대에서 “동아시아 국제재판관할원칙 정립방안”의 대주제로 열린 공동연구회에서 그 활동이 시작되었다. 2009. 10. 17.에는 당시 한일간에서 작성중이던 한일공동제안(위 6.)의 작업중 초안에도 바탕을 두어, 일본 법무성 민사국에 “일본 국제재판관할법제에 관한 중간시안에 관한 의견서”를 제출했다. 2010. 6. 26.-27.에는 성균관대에서 “국제적 소송경합 및 외국판결승인·집행”을 대주제로 제2회 한일 국제재판관할공동연구회를 개최했다. 동일 주제에 대한 양국의 병행발표 형태로 진행되었다. 2011. 9. 23.에는 일본 동지사에서 제3회 한일국제민사소송법공동연구회가 열렸다.

한일간의 숨가쁜 국제교류가 일단락된 후, 국내적 연구회가 진행되었다. 2012. 4. 16.의 제1회 정기연구회를 시작으로 2015. 6. 23. 제13회 정기연구회까지 진행되었다. 제10회(2015. 3. 31.)부터 제13회(2015. 6. 23.)까지는 베트남 국제사법 연구용역보고서 준비를 겸하여 진행되었다.

제14회(2015. 8. 24.)부터는 국제소송·분쟁해결연구회로 개칭되어 제16회(2015. 10. 9.)까지 정기연구회를 열었다. 이것으로 활동을 일단락하고, 국제재판관할법 개정의 준비작업으로 이행했다.

라. 국제사법개정연구회

국제재판관할법을 중심으로 국제사법 개정방안을 찾고자 한시적인 연구회로 국제사법개정연구회가 결성되었다(연구회장: 석광현 현 명예회장, 간사: 장준혁). 2012. 4. 4.부터 2013. 5. 1.까지 11차례의 모임을 가졌다.

9. 상설 연구회

가. 국제문화재법연구회

국제문화재법연구회(회장: 이규호 부회장)는 2009년에 조직되어 지금까지 활동을 이어오고 있

9) 동아시아국제소송공동연구회로도 지칭됨.

다. 연구용역을 수행하고 부정기적 학술대회와 정기적 연구회(최근에는 2023. 4. 17. 제46회). 문화재반환의 문제를 다룬다. 국제사법을 국제공법, 민법, 문화재법, 문화재청 실무와 가교하는 협력 연구가 이루어지고 있다.

나. 국제사법판례연구회

1990년대에 일부 학회원들의 자율로 소규모 판례연구회를 몇 차례 가졌으나, 학회 산하의 정식 연구회로 자리잡지 못하고 활동이 중단된 일이 있었다.

법무법인(유) 올촌의 후원으로 2021. 3. 22.에 국제사법판례연구회(연구회장: 장준혁, 간사: 이종혁 총무이사)가 결성되어, 자유주제로 국내외 판례연구의 장이 따로 마련되었다. 2021. 11. 12.에는 학회 주최, 국제사법판례연구회 주관으로 국제사법 시행 20주년 기념학술대회를 열었다.

매년 마지막 연구회에서 연도별 판례회고 초고를 판례정리자가 발표, 토론하는 방안이 채택되어 2022년부터 실시했고, 향후에도 관행화하기로 했다.

10. 법률가대회 참여

제11회 법률가대회(2018)(대주제: 헌법 제정 70년과 법학의 변화)에서는 “국제사법에 대한 헌법의 영향”의 주제로 석광현 당시 회장의 발표가 있었다(사회: 임성권 부회장, 토론: 이효원 교수, 천창민 박사). 제13회 법률가대회(2022)에서는 “메타버스의 국제사법: 현재의 ‘메타버스’ 플랫폼을 중심으로”의 제목으로 별도 세션이 마련되어(사회: 이규호 부회장), 이주연 교수의 발표, 이종혁 교수와 장지용 고법판사의 토론이 있었다.

IV. 향후 과제

1. 국제사법의 아이덴티티와 위상 정립

학회 외부에서는 국제사법의 위상을 위태롭게 하는 일도 없지 않다. 특히 1996년에는 김영삼 정부의 “세계화” 시책에 편승하여 국제거래법(국제상법)을 사법시험 선택과목에 포함시키는 사법시험령 개정이 있었다. 국제사법이 출제비중의 절반을 국제거래법(국제상법)에 내어주었을 뿐 아니라, 과목명에서 “국제10)사법”의 이름이 사라지고 “국제거래법”으로 되어, 마치 국제사법이 국제거래법에 포함되는 듯한 착각을 조장한다. 훗날 국제통상법이 국제법 과목에 얹혀 30%의 출제비중을 할애받은 것처럼, 출제비중도 25-30% 선으로 제한했어야 한다. 과목명도 그대로 두고, ‘국제

10) 1996. 1. 14. 제20회 정기연구회에서는 이런 과목개편에 따라 출제작업을 어떻게 분담, 조율할지의 실무적 논의가 있었다. 국제거래법학회 간사 서헌재 교수의 의 발표를 듣고 토론했다.

법' 과목의 일부로 국제통상법이 출제되듯이, 출제비중만 일부 할애해도 되었다. 법분야의 본질을 엄격히 지키려면 국제사법·국제거래법'이라고 하면 된다. 그러나 국제거래법학회의 기세는 본말을 뒤집는 횡포를 보였다. 법학도에게 모범을 보여할 사법시험령이, 명백히 틀린 개념, 국제사법의 본질을 왜곡시키는 용어를 담게 되었다. 이런 왜곡상은 변호사시험법 시행규칙에도 답습되었다. 국제거래법의 본질에 관하여 국제주의에 따르든 탈국가주의에 따르든, 국제사법을 포함할 수 없다. 국제상사중재를 국제거래법 고유의 분쟁해결절차로 여길 여지가 있을 뿐이다. 그러나 진실은 가려지고, 시대정신 개념에 기댄 기세와 정치적 영향력은 진실을 구부렸다.

2. 판례 추상론의 단순 암송 풍조의 극복

1990-2000년대 사법시험에서 판례 학습을 강조한 나머지, 판례의 추상론을 문구 그대로 암기, 재연할 것을 요구하는 경향이 나타났다. 변호사시험은 이런 출제경향을 답습하고, 기록형 시험을 통하여 강화하기까지 한다. 판례가 법발달에 어떻게 기여했는지를 분석하여 법률가 답게 생각하는 능력(소위 리걸 마인드)을 기르는 일은 등한시되고 있다. 입법과 판례를 유교적 수범(垂範)처럼 여기는 법문화가 과도하게 작용한 것일 수 있다. 학습분량의 과다도 하나의 요인일 것이다. 전문직의 특성상 자격시험이 교육현장에도 영향을 미치게 마련이다. 국제사법의 교육과 연구에도 방해요인으로 작용할 염려가 상존한다.

학계의 외부에서 다가오는 어려움을 극복하는 데에도 학회의 역량이 활용될 것이 기대되고 있다.

3. 국제교류의 발전방향: 겸허한 제언

가. 한일간 교류 축소를 낳은 요인

한일간의 교류가 적어진 데에는 몇 가지 요인이 작용한 것으로 생각된다.

첫째, 한국에서 탈일본화가 진행되어, 일본어를 준공용어로 하는 국제교류방식이 한계에 부딪혔다. 한국과 일본 국제사법의 차이는 종종 미묘하다. 통번역 의존도가 높을수록 국제교류에서 얻어지는 것이 적어진다. 반면에 상대국 언어에 능통할수록 국제교류에서 얻는 것이 풍부해진다. 그래서 일본어에 능통한 한국측 참여자가 많은 상황에서, 한국이 양국간 교류의 주된 수혜자가 되기 마련이다. 그러나 한국에서 일본어 능통자가 줄어들면서 이 혜택도 줄어들고 있다.

둘째, 1990년대 말부터 일본 정부(문부성 등)는 '일본법의 동아시아 차원의 국제화'를 추구하는 다년간 프로젝트 사업을 중점적으로 지원했다. 그러나 2000년대 후반부터는 일본 국제사법학계가 국제재판관할법의 개혁작업에 10년 넘게 매달리면서, 다년간 지원사업을 신청할 수 있는 상황이 아니었다. 일본 정부도 일련의 지원사업들을 대체로 일단락시켰다.

셋째, 한국과 일본의 학술대회 비용 지원방식이 다르다. 한국에서 한국의 비용부담으로 행사를

여는 경우에는 그때그때 적절한 주제를 정하여 재정지원을 모색하는 데 어려움이 없다. 다만 양국간 교류 형태로 해서는 학술진흥재단의 국제학술행사 지원을 받을 수 없다. 외부의 재정지원을 받으려면, 정부기관 등의 지원을 받거나 연구용역의 일부로 행사를 여는 방법 외에 마땅한 방법이 없다. 한편, 일본에서 일본측 비용부담으로 여는 행사의 경우, 일본 정부가 다년간 연구프로젝트 지원에 중점을 두는 현실상, 양국간에 당해 연도의 주제를 그때그때 정하여 외부 재정지원을 받기 어렵다. 양국간 차이를 해결하는 돌파구로, 한중교류 방식을 본받아 학회 예산에 의하든 외부 재정지원을 받는 초청국이 자체적으로 해결하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 다만 한중교류만으로도 학회 예산에 큰 부담이 되는 부분을 감안하여, 학회 재정부담을 줄이고 국가별로 적절히 배분하는 방법도 찾아야 한다.

넷째, 재정부담의 주도권은 주제를 정하는 데에도 영향을 미쳤는데, 일본이 주도하는지 한국이 주도하는지에 따라 구체적 양상은 달랐지만, 양측의 기대불일치와 공동의 연구주제의 조기 고갈의 상황에 곧잘 봉착하게 되었다. 먼저, 한일간 교류가 일본측의 제안으로 일본측의 다년간 학술행사 지원에 힘입어 행해진 경우를 본다. 이 경우 개별 학술행사의 대주제도 일본이 주도하여 정하게 되었고, 개최지가 한국인 경우에도 일본학자의 여비와 숙박비를 일본측 예산으로 충당하는 경우가 종종 발생했으며, 일본법학자가 일본의 지역적 동반자 국가로 활동영역을 넓혀 교류하는 대외지원 사업(external outreach)의 성격을 다소간 띠게 되었다. 그래서 일본측에서는 한국이 일본법의 피이식국이자 일본의 입법, 학설, 비교법적 연구, 판례를 참고하여 온 지적 수입국으로서, 법적 이식물(移植植物)(legal transplants)의 후속적 발달상을 보여주기를 기대하고, 반면에 한국측에서는 한국법의 발달상을 보여주어 일본측의 기대에 반박하고자 하는 상호간 기대불일치가 있었다. 다음으로, 한국측이 외부 재원을 받는 경우에도, 지원기관의 관점에서는 일회적인 행사가 되어, 한국 국제사법의 성취를 홍보하는 데 어느 정도 비중을 두게 되었다. 일본 학자가 이를 칭찬하는 경우, 한국 학계가 얻는 소득은 적다. 일본 학자가 비판점을 찾아 비판하는 경우, 한국측은 의외의 벽에 부딪쳐 실패감을 맛보게 된다. 이처럼 한국 주도로 자금을 마련하고 주제를 정하는 경우에도, 학술 교류의 소득이 뜻대로 커지기 어려운 사정이 있었다. 이런 한일간 기대 불일치가 한일간 교류를 지배한 것은 아니지만, 종래의 한일간 교류에 지속적으로 수반되었다.

결국 초점은 한일 국제교류에서 사용할 언어, 재정, 기획(주제선정)의 문제로 좁혀진다. 이 문제가 한일간에서 먼저 어려움을 가져왔을 뿐, 한중간 교류를 비롯한 일체의 국제교류에 공통되는 문제이다. 그리고 주제선정과 기획은 비교법 방법론으로 귀결된다. 아래에서는 제목을 바꾸어, 언어, 재정, 기획의 세 가지 점에 관하여 보고자의 겸허한 제안을 말씀드리고, 비교법 방법론(아래 4.)에 관해서도 보고자의 소박한 생각을 감히 아뢰고자 한다.

나. 언어: 특히 한일 교류의 경우

한일교류에 따르는 언어 문제가 신중히 검토, 논의되어야 한다. 학술교류의 공용어나 준공용어 없이 한국어와 일본어 간 통번역에 의존하는 학술교류는 능률 면에서 한계가 있다. 그렇다고 영어를 공용어로 하면, 한일간의 언어적, 법사(法史)적, 법문화적 공통성이 뒷전으로 물러나고 '자국 국제사법을 영어로 표현하는' 일에 경쟁적으로 매진하게 되어, 생각을 서로 나누는 학술교류의 의미가 저해되는 점이 따르게 된다. 더구나, 식민지시대 후에 성장한 한일 양국의 세대는 서로의 언어, 문화, 법학을 각별히 애호하는 소수자, 서로 무관심한 대다수, 그리고 반일·반한감정을 가진 소수자로 구성되어 학술교류에 어려움을 초래한다. 이를 극복하는 방안이 신중히 탐색되어야 한다. 한국어와 일본어 간의 통번역 방식과 영어를 공용어로 사용하는 방식을 적절히 병용하는 것도 하나의 해결책이 될 수 있을 것이다. 2019년의 제1회 한일국제사법공동연구회의 경우, 발표원고는 한국어로 작성하여 일본어로 번역하고, 구두발표와 토론은 영어로 하는 방식이 시도되었다. 이 방식을 앞으로도 시도해 볼 만하다. 또, 주제(섹션)별로 한국어·일본어 통번역 방식과 영어를 공용어로 하는 방식을 나누는 방법도 시도해 볼 만하다.

다. 재정

시론적 구상 차원에서 약간의 소박한 제언을 아뢰고자 한다.

첫째, 초청국이 비용을 부담하여 초청하는 방식은 학회 예산에 부담이 된다. 재정적 후원자를 구하기 위하여 학술발표의 주제를 조정하게 된다. 그 결과, 일국 국제사법의 개요를 설명하는 연구발표가 반복될 우려가 있다. 일국 국제사법을 타국에 소개하는 방식에 치중하면, 일국 국제사법의 아이덴티티를 타국에 대하여 천명하는 데 귀착될 수 있다. 이렇게 양국 국제사법 간의 무지와 오해를 푸는 양국간 연구 방식을 탈피할 필요가 있다. 외형적으로는 양국간 교류방식을 따르더라도, 내용적으로는 비교국제사법의 본연의 임무에 충실해야 한다. 기초발제에서 문제의식을 밝히고, 그 문제의식 하에서 보다 나은 국제사법 원칙·규칙을 모색하는 방식으로 전환해야 한다.

둘째, 비용부담도 외부나 학회에서 재정지원을 수혜하는 하달식(top down)을 줄이고, 각자 자기 몫을 부담하는 상향식(bottom up) 방식을 늘릴 필요가 있다. 가령 발표자 외에는 자비로 참가하고 만찬 비용도 각자 부담하는 식으로 주최국의 예산 부담을 줄일 필요가 있다. 달리 여비지원을 받을 길이 없어 참가비용이 부담되는 신진학자를 위해서는, 신진학자 세션에서 연구발표를 하도록 하여 학회 차원에서 지원할 수 있을 것이다.

라. 기획

양국교류 방식에 치중했던 국제교류가 실질적으로 양국간 간담회에 근접하는 문제가 나타나고 있다. 이것은 한일간 교류의 지속을 저해하는 하나의 요인이 되었다. 한중간 교류에서도 중국 국제사법학계의 핵심 인사로부터 '우리가 무엇을 더 어떻게 해야 하는가'라는 받게 되었다. 이것은 초

청국이 방문국에게 주제를 정해주고 방문국법에 대하여 발표를 청하는 방식과도 관련된다. 한국측 토론자와 참여자는 최선의 해결을 구한다는 비교법적 방법론에 충실하려 했을 것이다. 그러나 방문하는 발표자는 중국 국제사법의 발달상을 인정할 수 없다는 중국회의론(sino-skeptism)으로 들렸을 수 있다. 이런 한계는 비교국제사법적 방법의 본격화로 극복되어야 할 것으로 생각된다. 이미 한중국제사법학회는 제8회(2018)부터 이런 방식으로 전환했다.

아울러, 한중교류에 학회의 예산과 연구역량이 과도하게 투입되는 문제를 직시할 필요가 있다. 한국국제사법학회의 입장에서는 매년 연구역량이 투입되고 격년으로 학회 예산만으로 치르는 한중교류를 겨우 감당하여 온 것이 사실이다. 이는 한중교류에 전력투구하느라 여타의 국제교류에 임할 재력과 인적 역량이 소진되었음을 의미한다. 한국과 중국의 국제사법학계의 규모, 즉 양적 역량의 비대칭을 직시할 때가 되었다. 법학 전공자의 연도별 입학정원이나 국제사법 전공교수 숫자를 비교하면 쉽게 알 수 있다. 한국이 연구역량의 상향평준화로 양적 열세(정확히는 중국의 연구역량의 지역적 불균형)를 극복한다고 해도, 한중간 양자교류에의 전력투구를 정당화하지 못한다. 오히려 중국 국제사법학계의 양적 규모에 맞추느라 한국 학계가 역량을 탕진하는 곤란한 상황이 반복된다. 중국 국제사법학회의 양자적 교류는 한중국제사법학회가 거의 전부이다. 대만, 홍콩, 싱가포르와 사이에 이만큼 정례화된 교류가 있는지 알지 못한다. 함부르히 비교사법·국제사법연구소에서 매년 여는 ‘중국의 날’ 행사에서 때때로 국제사법을 다루는 정도가 눈에 떨 뿐이다. 결국, 한국에게는 한중간 양자교류의 과중한 부담이며, 과거에 중국이 지역별 특산품을 할당했던 조공(朝貢)의 차원을 넘는 큰 부담이라고 할 수 있다. 한중간 양자교류의 비용부담 방식이 실용적인 점은 맞지만, 이런 형태의 국제교류에 투입되어야 할 학회 예산이 오로지 중국과의 양자교류에만 쓰이는 불균형은 문제이다. 그 예산은 다른 인접국과의 교류를 위하여 적절히 안배되어야 한다. 해법학계의 예를 본받아 아시아 태평양 6개 법역(한국, 일본, 중국, 대만, 홍콩, 호주)이나 동아시아 5개 법역(한국, 일본, 중국, 대만, 홍콩)의 교류로 포맷을 전환하는 방안도 검토할 만한 가치가 있을 것이다.

4. 비교국제사법의 본격화

비교법 방법론의 원활한 실천을 방해하는 하나의 요인으로 해외유학 내지 국제교류의 행선지별로 비교연구대상에 치우침을 두고 소집단을 이루는 현상이 있다. 말하자면 학계 내 종족주의(tribalism)¹¹⁾ 현상이라고 할 수 있다. 다행히도 아직까지 국제사법학계는 이를 극복하여 왔다. 특

11) 고대 로마에서 시민사회의 단일한 통합을 기하면서 그 저해요인으로 연고주의(nepotism)를 배격했다. 이 때부터 종족주의라는 단어는 이를 가리키는 용어로 쓰였고, 역사학계와 고전학자들은 여전히 이런 의미로 쓴다. Victor Davis Hanson, *The Dying Citizen: How Progressive Elites, Tribalism, and Globalization Are Destroying the Idea of America* (Basic Books, 2021). 다만, 비주류적 수정주의로 분류되는(그러나 옥스포드대를 위시한 현 역사학계에서 세력을 넓히고 있는) 세계정부주의 내지 세계시민주의 측은 민족주의의 공통유래 신화를 비롯하여 이것을 종족주의라고 지목, 비판하고, 민족주의에서 이런 요소를 떨어내어야 한다고 주장한다. 이영훈 등의 “반일종족주의”론은 후자에 속한다. 이영훈 외, 반일종족주의: 대한민국 위기의 근원(미래사, 2019); 이영훈 외, 반일종족주의와의 투쟁(미래사, 2020) 참조. 유감스럽게도 국제적으로 고립된 한국 역사학계는 전자, 즉 통설적 종족주의 개념을 거의 알지 못한다.

히 학회를 중심으로 비교국제사법에 각별한 노력이 기울여지고 있다. 그러나 인간은 오류와 편향에 빠지기 쉬운 존재이며, 종족주의가 한국 국제사법학회에도 퍼질 위험은 상존한다. 그만큼 지속적인 주의를 기울일 필요가 있다. 가령 ‘한국 국제사법의 전부 또는 일부(가령 제2조, 제12조)의 계보가 어느 나라에서 왔으므로 전반적으로 또는 부분별로 그 나라(가령 미국) 법을 추종하여 계속적으로 계수하는 방식으로 한국 국제사법(의 입법과 해석론)이 발달되어야 한다’는 Scalia식 혈통(pedigree)론¹²⁾은 초국가적 공동체(사비니의 표현으로는 “제(諸)민족의…공동체”¹³⁾)에 봉사해야 하는 국제사법의 본질과 별로 잘 어울리지 않는다. ‘요즘은 미국의 시대이니 미국 국제사법을 위주로 공부해야 한다’거나, ‘영국 법률가야말로 세계지배의 의식을 갖추고 있으니 영국 국제사법을 위주로 공부해야 한다’는 설부른 시대정신론도 위험하다. 동아시아 특유의 경향을 귀납적으로 인식하는 것이 아니라 ‘동아시아는 동아시아적 국제사법(학)을 가져야 한다’는 지리적 결정론도 위험하다.

12) *Burnham v. Superior Court*, 495 U.S. 604 (1990)에서 Scalia 대법관이 쓴 다수의견. *Id.*, 621.

13) “제국민의 국제법적 공동체”, Friedrich von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 8, §348(이호정, Savigny의 국제사법이론, 서울대 법학 제22권 3호(1981), 99면에 발췌번역).

“제1부 - 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제”

보고

한국 법원에서涉外사건의 현황

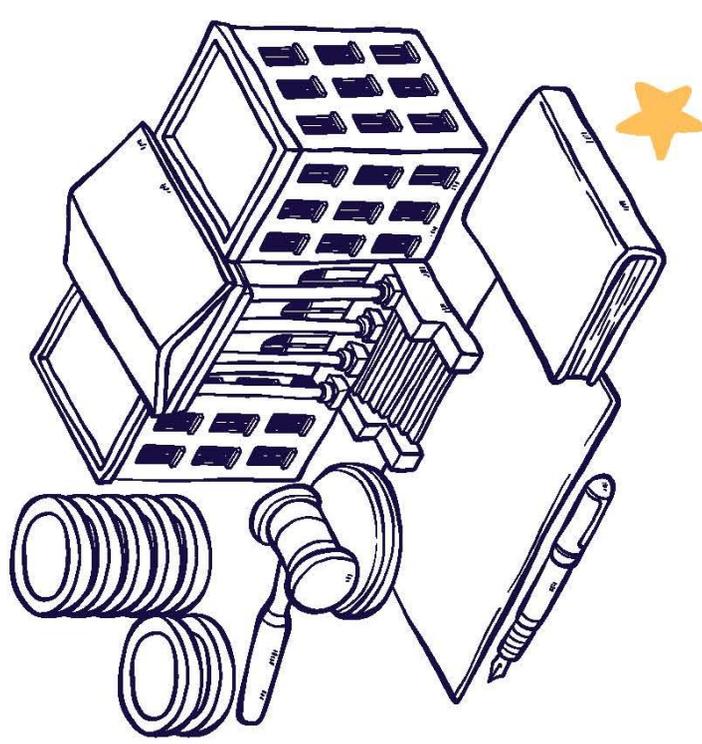
김영석 재판연구원(대법원)

유정화 판사(서울동부지방법원)

1993 - 2023



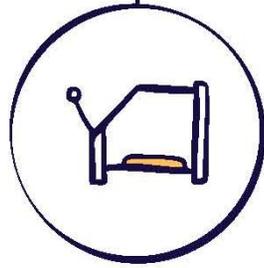
★ [보고] 한국 법원에서
 혐의사건의 현황



김영석 (대법원 재판연구관, 부장판사)

유정화 (서울동부지방법원 판사)

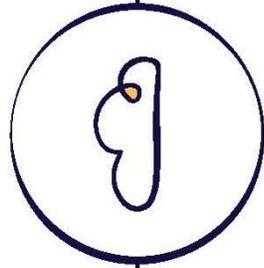
I. 섭외(涉外)사건이란?



섭외사건



‘외국적 요소가 있는 사건’



섭외적 법률관계

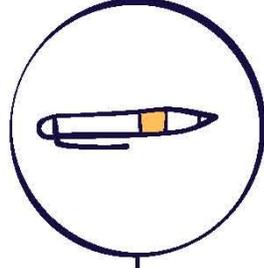


‘하나의 사건에 관하여

독자적인 법률서를 가진

여러 국가의 법률이

동시에 관련되는 경우의 시법관계’



국제거래



‘국경을 넘는 물품·금전·지본·기술의

이동이나 역무의 제공 등을

내용으로 하는 거래 →

당사자는 서로 다른 나라에 영업소를

가지고 있고 국적도 달리함’

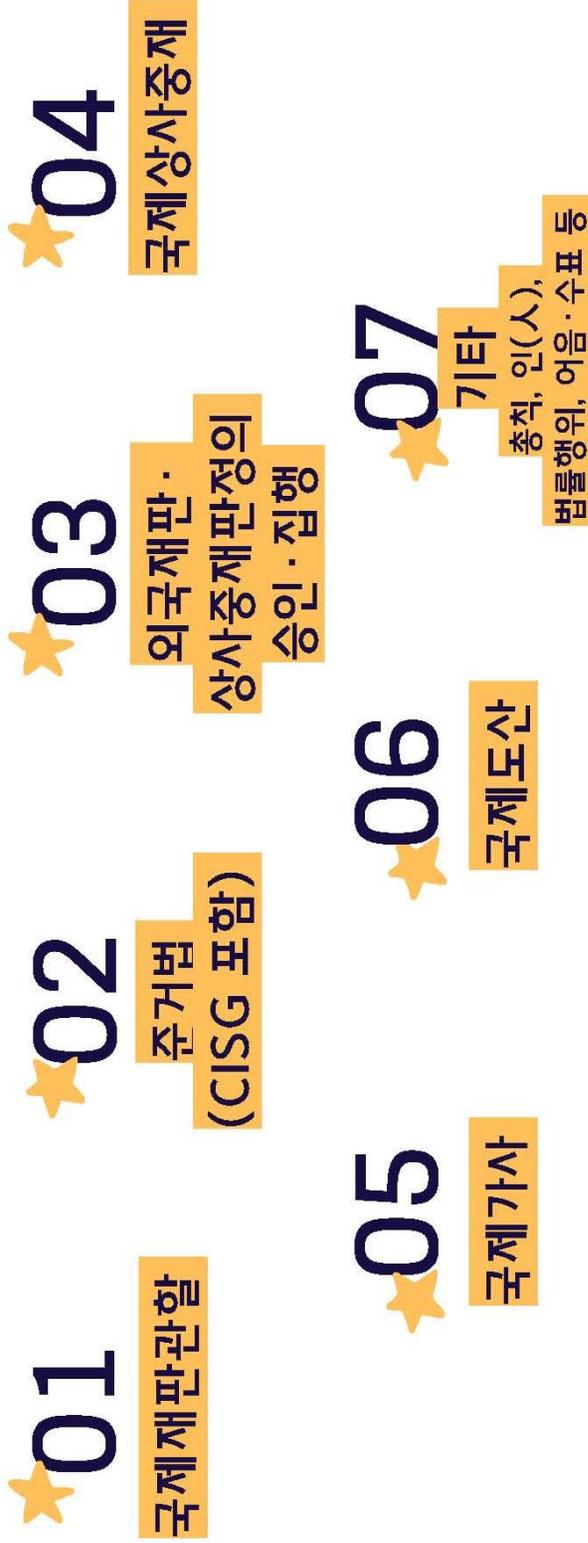
1) 석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013, 3면 참조.
2) 대법원 법원행정처, 국제거래재판실무편람(개정판), 2015, 1면 참조.

III. 한국涉外사법(국제사법)의 연혁



III. 한국법원에서涉外사건의 현황

- 법원에서 권장하고 있는涉外사건에 관한 개략적인 통계를 다음과 같이 대분류하여, 시기별 추이를 분석함



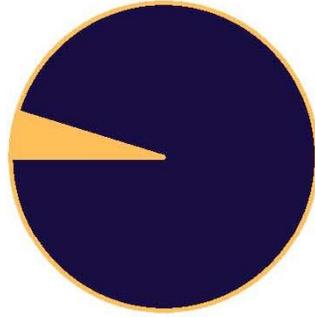
涉外사건은 통계 추출 방법이 별도로 마련되어 있지 않으므로, 판결문 검색시스템에서 주재어 검색한 결과값을 집계하였음

- 확정 여부를 불문하고 판결이 선고된(결정이 발령된) 사건을 기준으로 하며, 정구의 내용이 동일한 대법원판결과 하급심판결도 별도의 건수로 집계하였음
- 본문와 집계의 편의상 상호 중복이 있을 수 있고 본 자료에 수록된 결과값은 분류별 주제에 간접적으로 관련된 사건까지도 관리적으로 포함하고 있는 수치임
- 주재어 검색을 통한 수기 집계의 특성상 주제어를 어떻게 설정하는지에 따라 결과값이 다양하게 달라질 수 있으므로, 향후涉外사건에 관하여도 컴퓨터시스템에 의한 통계 추출 방법이 마련된다면 보다 일관되고 정확한 통계 수치를 확보할 수 있을 것으로 기대됨

III. 한국법원에서涉外사건의 현황 — 전체 개황(1969년~2023년 3월)

판결 수	
涉外사법	1,825
국제사법	36,772

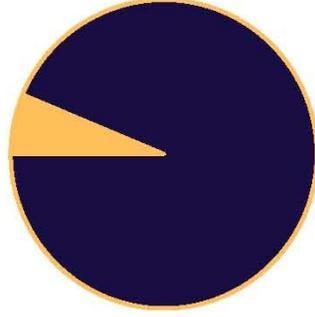
판결 수



■涉外사법 ■국제사법

결정 수	
涉外사법	22
국제사법	328

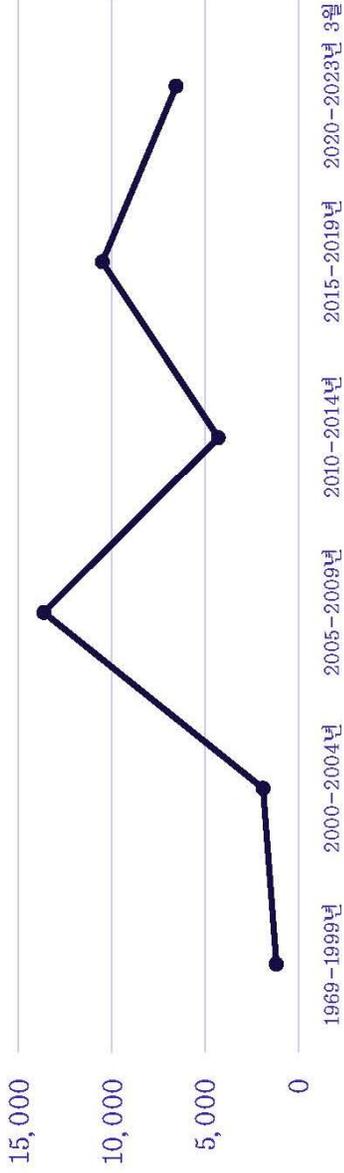
결정 수



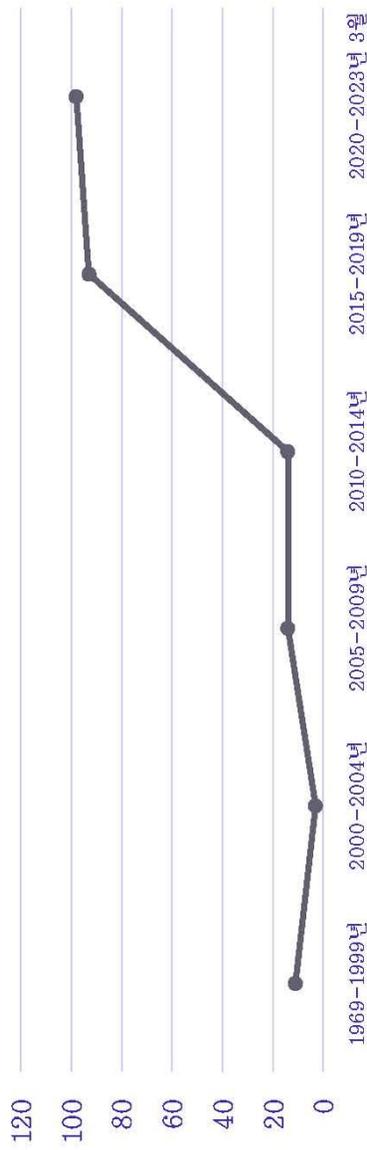
■涉外사법 ■국제사법

III. 한국법원에서涉外사건의 현황 — 시기별 추이 (涉外사법·국제사법 불문)

판결 수	
1969-1999년	1,169
2000-2004년	1,878
2005-2009년	13,627
2010-2014년	4,274
2015-2019년	10,487
2020-2023년 3월	6,537
기타(중복 집계)	622



결정 수	
1969-1999년	11
2000-2004년	3
2005-2009년	14
2010-2014년	14
2015-2019년	93
2020-2023년 3월	98
기타(중복 집계)	88

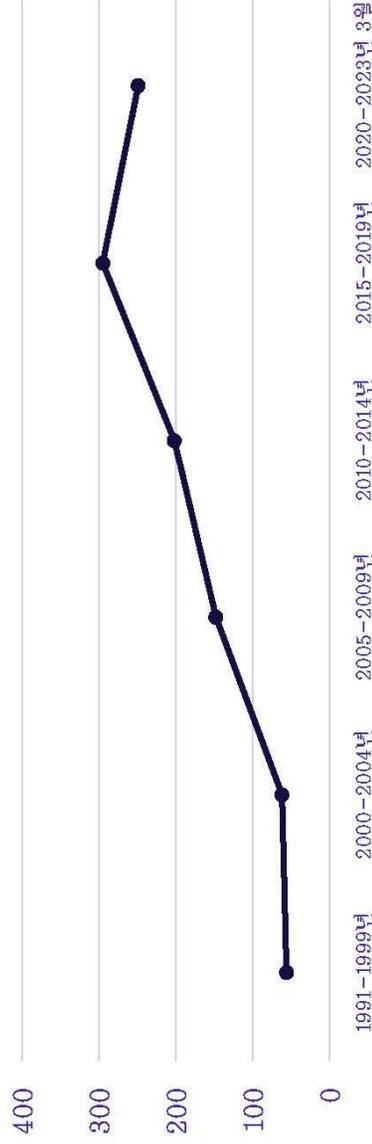


01.

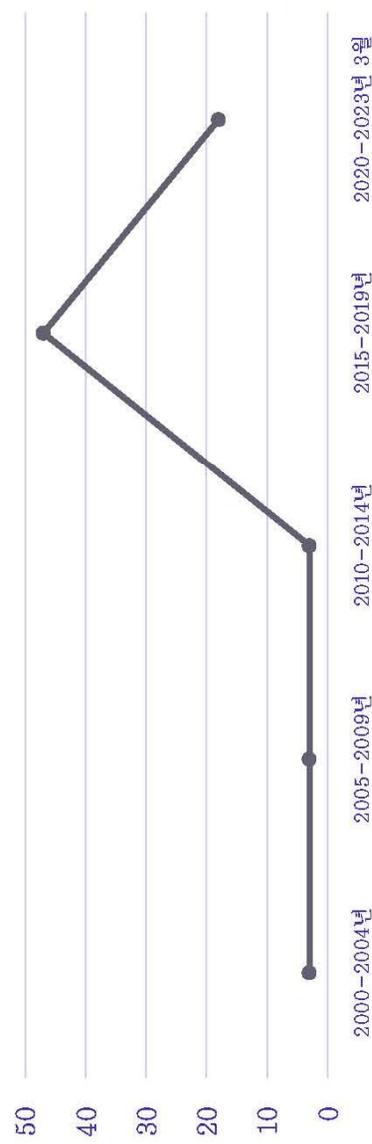
국제재판관할

III-1. 한국법원에서 국제재판관할 사건의 현황 - 시기별 추이

판결 수	
1991-1999년	56
2000-2004년	62
2005-2009년	148
2010-2014년	202
2015-2019년	295
2020-2023년 3월	249
기타(중복 집계 등)	7
합계	1,019

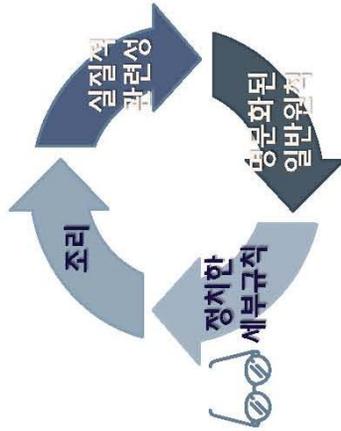
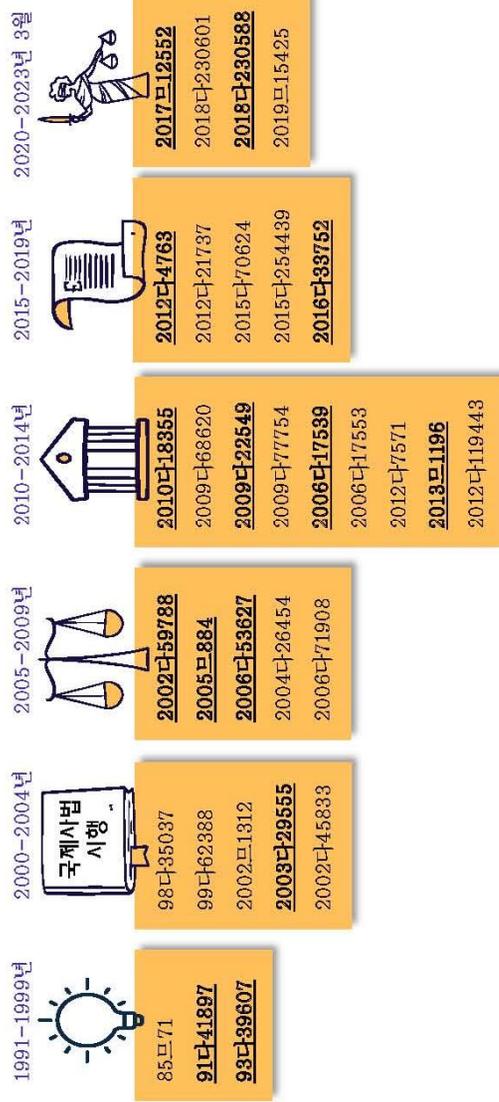
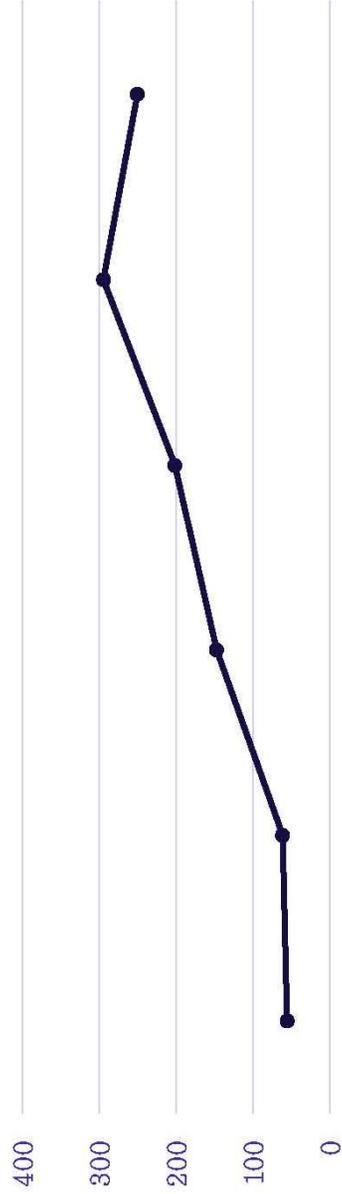


결정 수	
2000-2004년	3
2005-2009년	3
2010-2014년	3
2015-2019년	47
2020-2023년 3월	18
기타(중복 집계 등)	14
합계	88



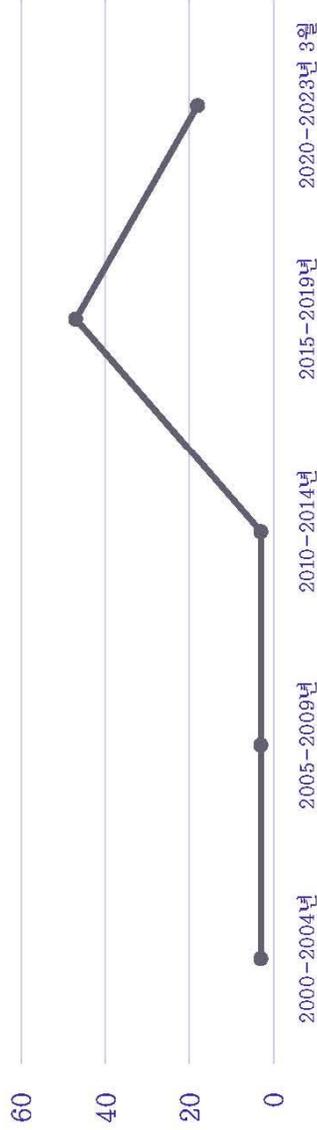
III-1. 한국법원에서 국제재판관할 사건의 현황 - 시기별 주요 사건

판결 수	
1991-1999년	56
2000-2004년	62
2005-2009년	148
2010-2014년	202
2015-2019년	295
2020-2023년 3월	249
기타(중복 집계 등)	7
합계	1,019

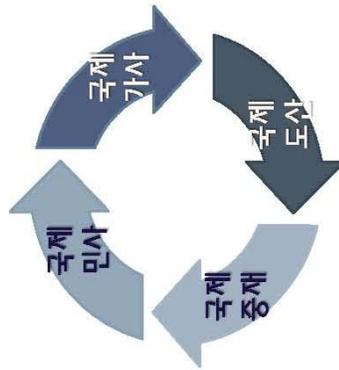


III-1. 한국법원에서 국제재판관할 사건의 현황 - 시기별 주요 사건

결정 수	
3	2000-2004년
3	2005-2009년
3	2010-2014년
47	2015-2019년
18	2020-2023년 3월
14	기타(중복 집계 등)
88	합계



국제민사	국제가사	국제도산	국제중재
<ul style="list-style-type: none"> 상표권 침해금지 등 가처분(2) 판매금지 가처분(3), 제조판매금지 가처분, 독점판매권 침해금지 가처분, 방해금지 가처분 전직금지 가처분, 이사직무집행정지 가처분, 장부 등 열람 및 등사 가처분 신용장매입대금 가처분이의(영임비밀침해, 화물임시인도), 가처분취소(부동산점유이전금지), 가압류이의(예약유기증권, 예금채권), 가압류취소(예약유기증권) 부동산처분금지 가처분(2), 동산인도 단행 가처분(2) 	<ul style="list-style-type: none"> 이혼·재산분할(12) 상속재산분할(4), 기여분결정 부양료(2), 양육비(3) 친양자 입양신청(7), 친권자 및 미성년자 입양허가, 친권자 및 양육자의 지장과 변경(3), 부모의 동의를 갈음하는 심판(1), 친권단독행사, 면접교섭(2) 사전처분(한정후권)·성년후견 개시·미성년후견인 선임 등 	<ul style="list-style-type: none"> 파산·회생 채권조사 확정(8) 회생(12) 	<ul style="list-style-type: none"> 중재인선임 중재판정 승인 및 집행결정신청

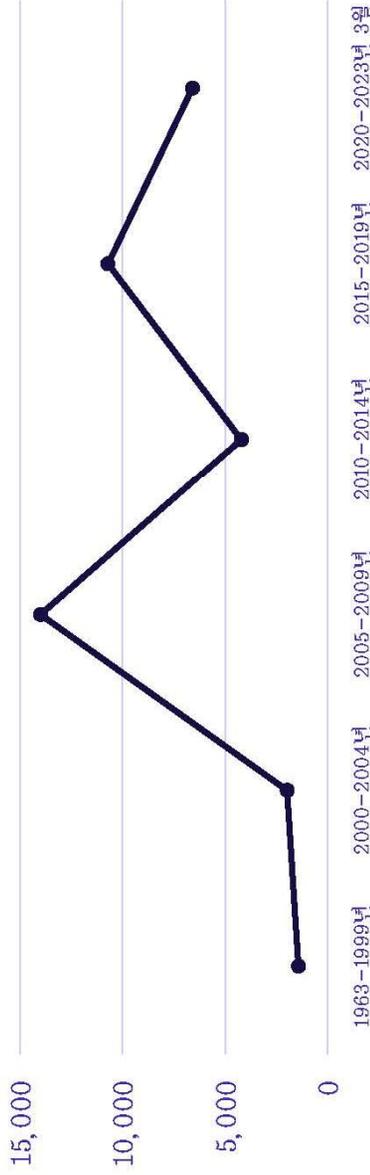


02.

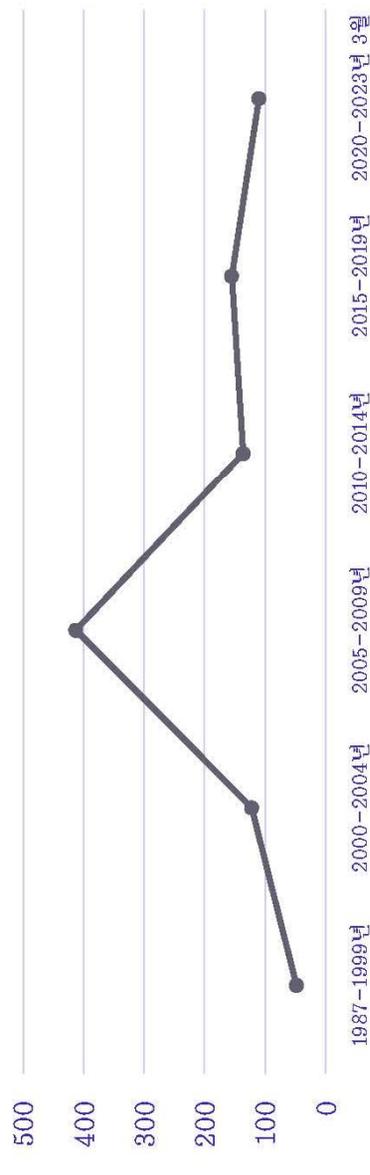
준거법(CISG 포함)

III-2. 한국법원에서 준거법 사건의 현황 - 시기별 추이

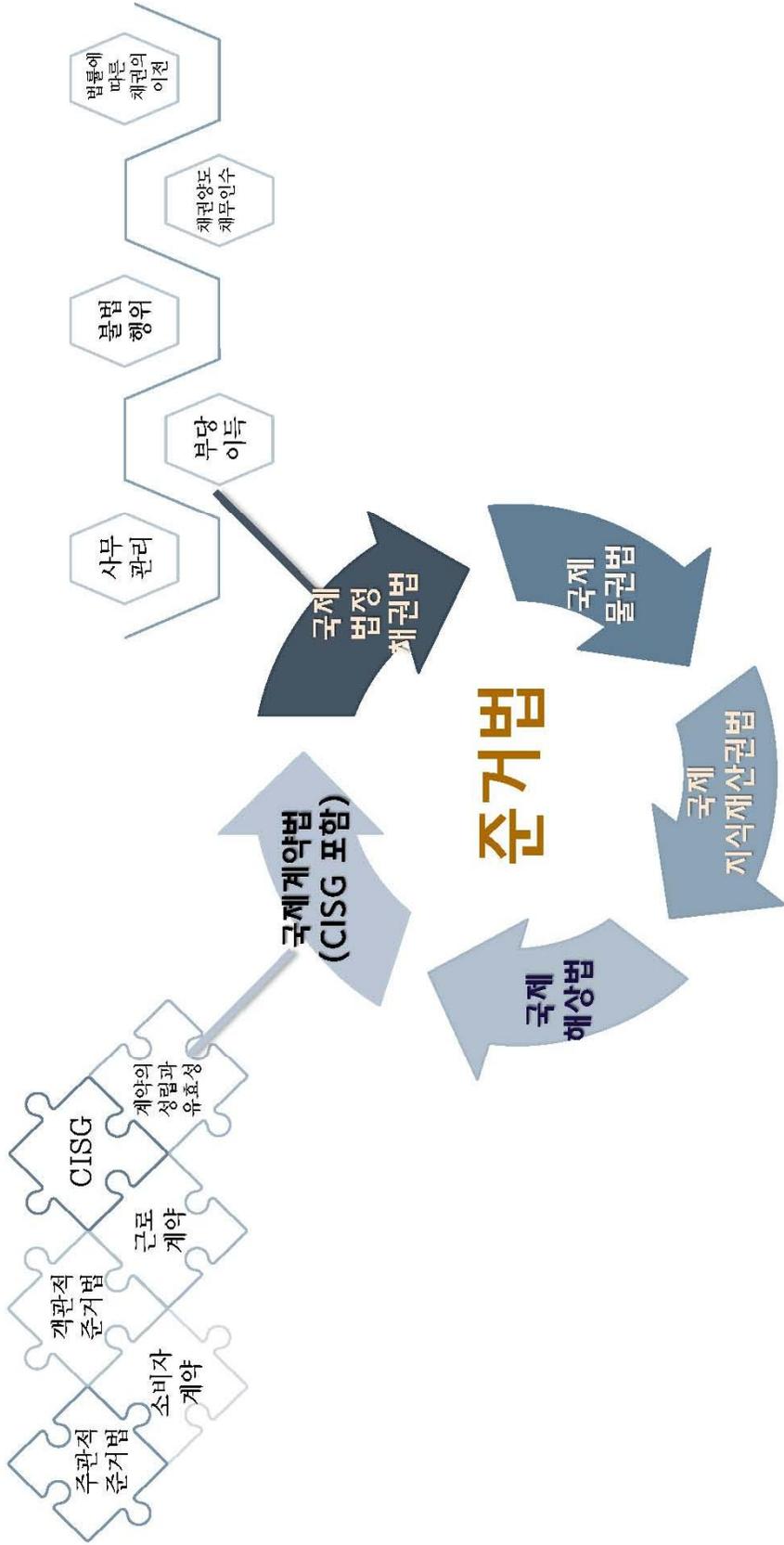
판결 수	
1963-1999년	1,419
2000-2004년	1,975
2005-2009년	14,004
2010-2014년	4,205
2015-2019년	10,719
2020-2023년 3월	6,592
기타(중복 집계)	633
합계	39,565



결정 수	
1987-1999년	48
2000-2004년	122
2005-2009년	413
2010-2014년	136
2015-2019년	155
2020-2023년 3월	110
기타(중복 집계)	24
합계	1,008

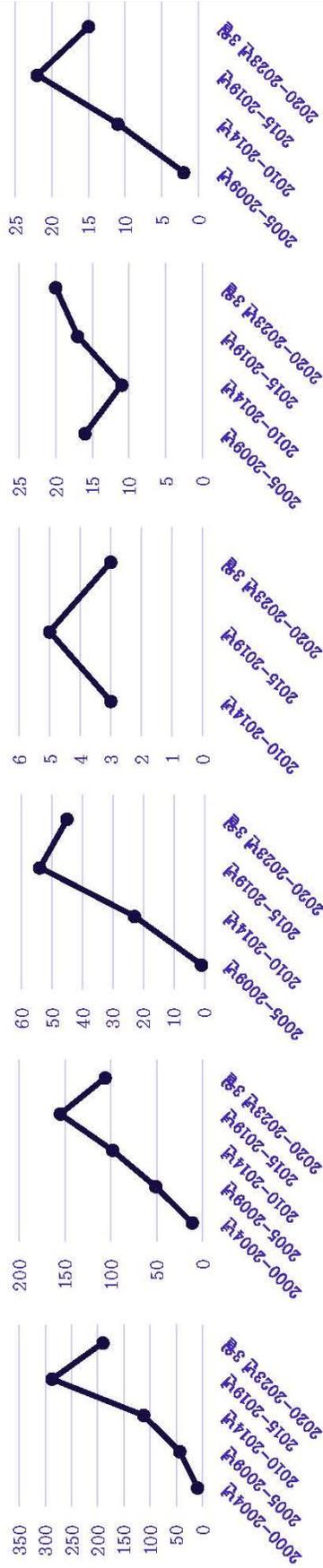


III-2. 한국법원에서 준거법 사건 현황 - 세분류 · 시기별 추이

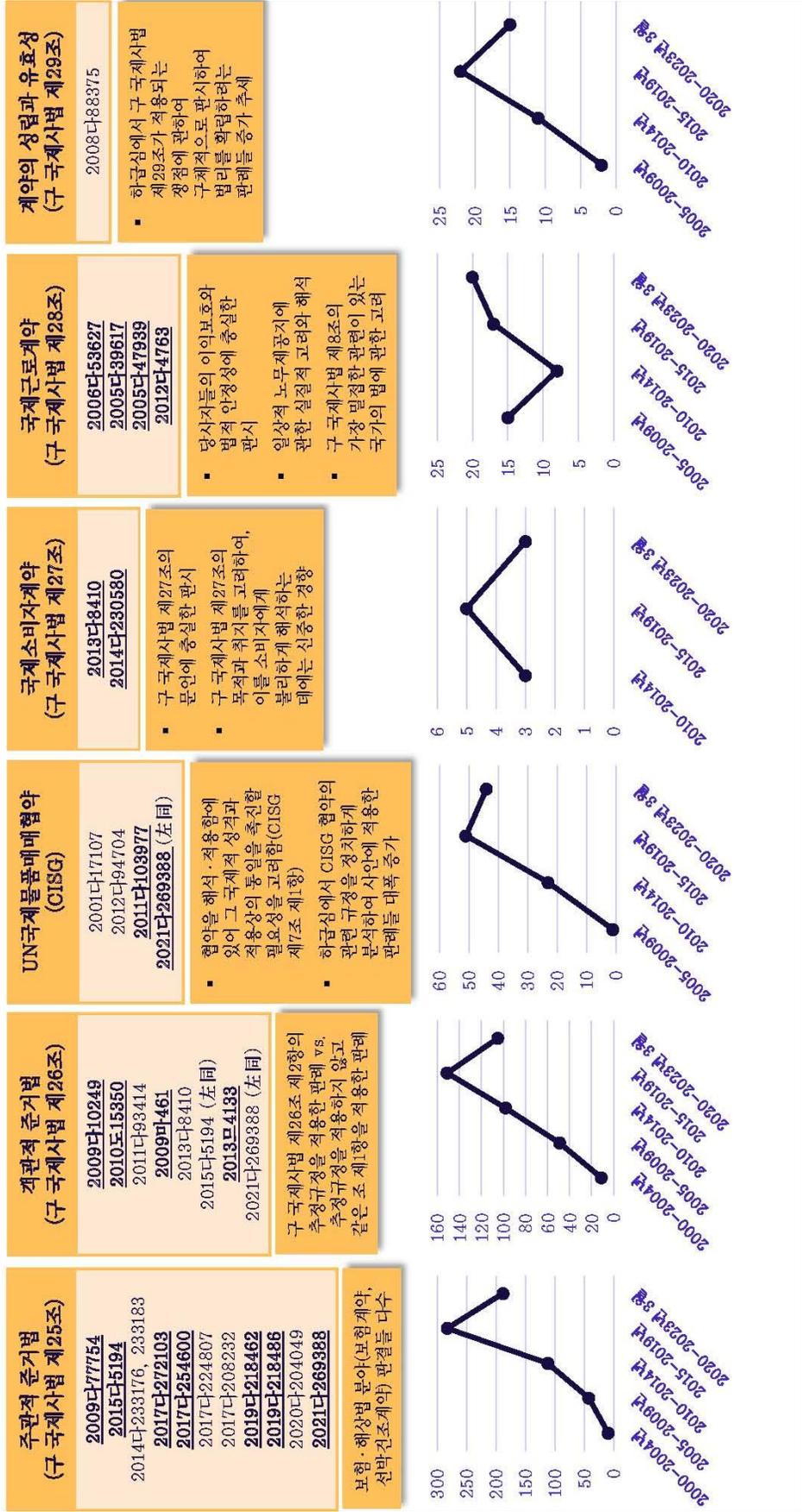


III-2. 한국법원에서 국제계약법 사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

주관적 준거법 (구 국제사법 제25조)	객관적 준거법 (구 국제사법 제26조)	UN국제물품매매협약 (CISG)	국제소비자기계약 (구 국제사법 제27조)	국제근로계약 (구 국제사법 제28조)	계약의 성립과 유효성 (구 국제사법 제29조)
2000-2004년	2000-2004년	2005-2009년	2010-2014년	2005-2009년	2005-2009년
9	11	1	3	16	2
2005-2009년	2005-2009년	2010-2014년	2015-2019년	2010-2014년	2010-2014년
43	51	23	5	11	11
2010-2014년	2010-2014년	2015-2019년	2020-2023년 3월	2015-2019년	2015-2019년
112	98	54	3	17	22
2015-2019년	2015-2019년	2020-2023년 3월	합계	2020-2023년 3월	2020-2023년 3월
287	155	45		20	15
2020-2023년 3월	2020-2023년 3월	합계		합계	합계
190	106	123		8	50
기타(중복 집계 등)	기타(중복 집계 등)			기타(중복 집계 등)	
6	11			72	
합계	합계				
647	432				

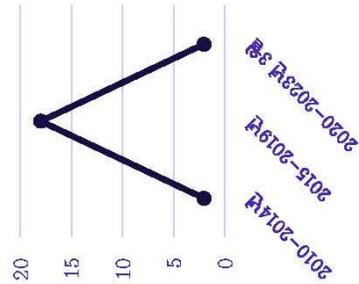


III-2. 한국법원에서 국제계약법 사건의 현황 — 세분류 · 시기별 주요 사건

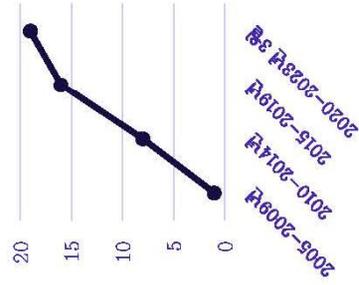


III-2. 한국법원에서 국제법정채권법 사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

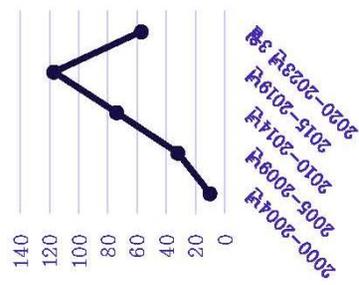
사무관리 (구 국제사법 제30조)	
2010-2014년	2
2015-2019년	18
2020-2023년 3월	2
합계	22



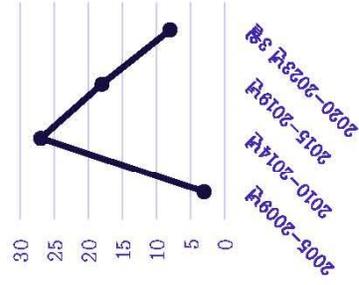
부당이득 (구 국제사법 제31조)	
2005-2009년	1
2010-2014년	8
2015-2019년	16
2020-2023년 3월	19
기타(중복 집계 등)	1
합계	45



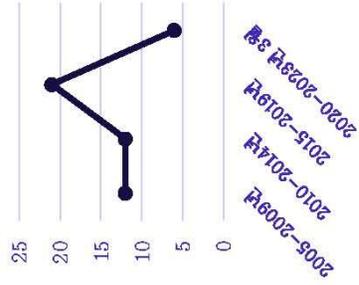
불법행위 (구 국제사법 제32조)	
2000-2004년	10
2005-2009년	32
2010-2014년	74
2015-2019년	117
2020-2023년 3월	57
기타(중복 집계 등)	2
합계	292



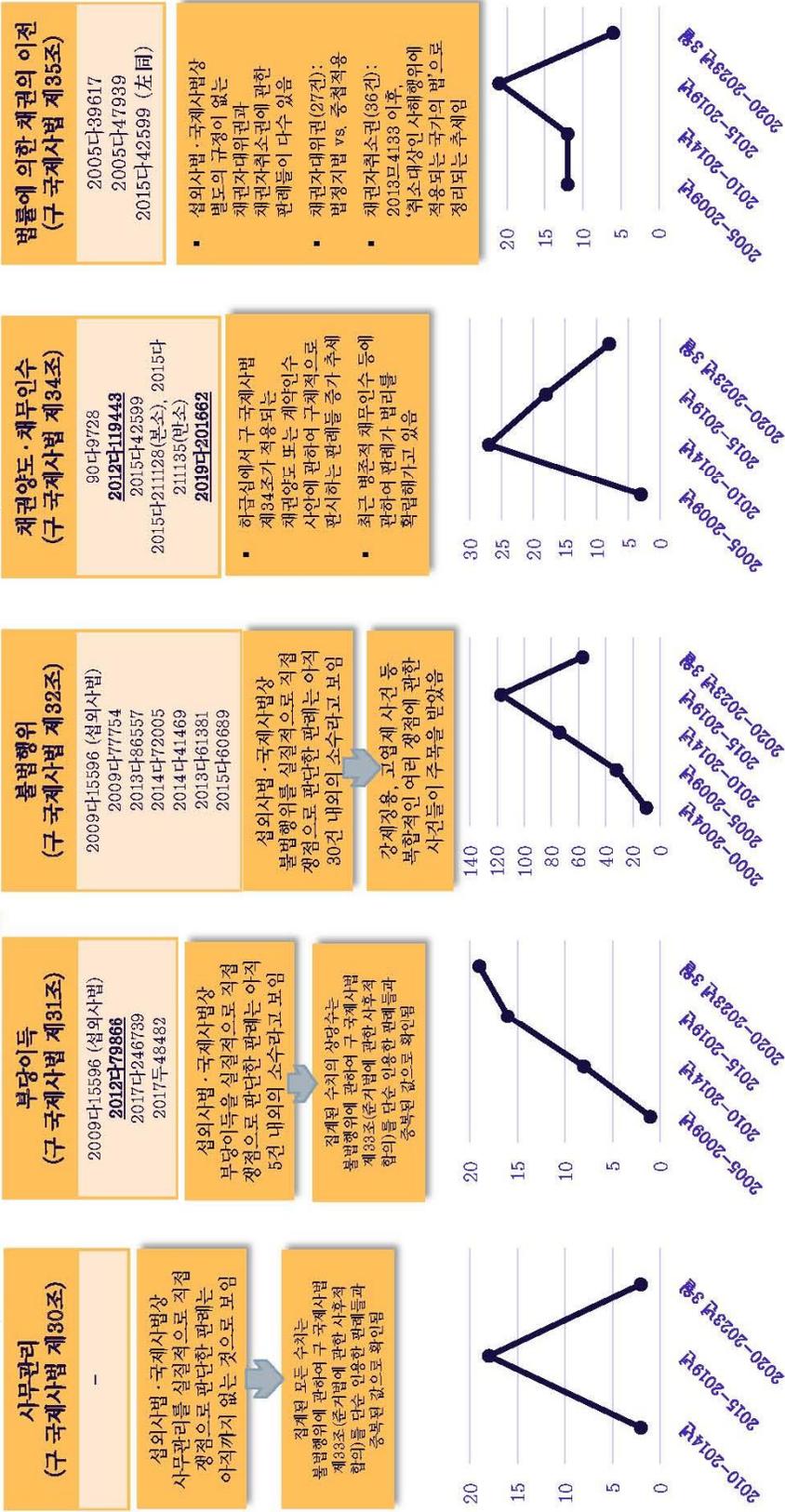
채권양도·채무인수 (구 국제사법 제34조)	
2005-2009년	3
2010-2014년	27
2015-2019년	18
2020-2023년 3월	8
기타(중복 집계 등)	3
합계	59



법률에 의한 채권의 이전 (구 국제사법 제35조)	
2005-2009년	12
2010-2014년	12
2015-2019년	21
2020-2023년 3월	6
기타(중복 집계 등)	13
합계	64

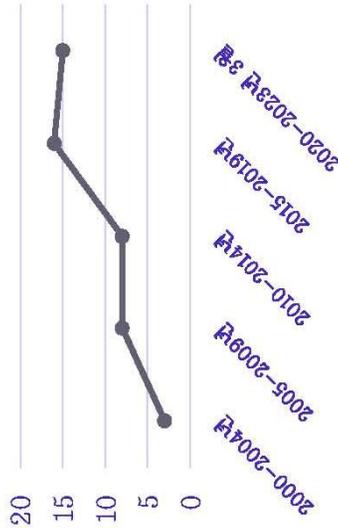


III-2. 한국법원에서 국제법정채권법 사건의 현황 — 세분류 · 시기별 주요 사건

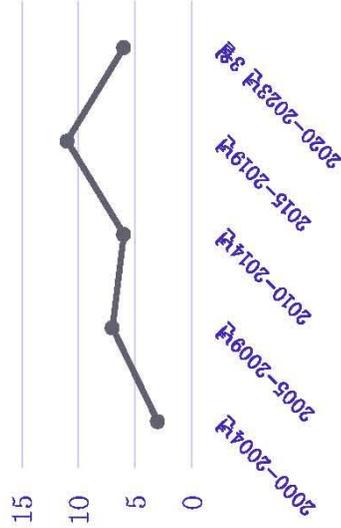


III-2. 한국법원에서 국제물권법·지식재산권법 사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

국제물권법 (구 국제사법 제19조)	2000-2004년	2005-2009년	2010-2014년	2015-2019년	2020-2023년 3월	기타(중복 집계 등)	합계
	3	8	8	16	15	6	56



국제지식재산권법 (구 국제사법 제24조)	2000-2004년	2005-2009년	2010-2014년	2015-2019년	2020-2023년 3월	합계
	3	7	6	11	6	33



- 구 국제사법 제23조(채권 등에 대한 약장담보물권)를 적용한 1건(수원고등법원 2019나20266)을 제외하고는, 모두 구 국제사법 제19조(물권의 준지법)에 관한 판결들임

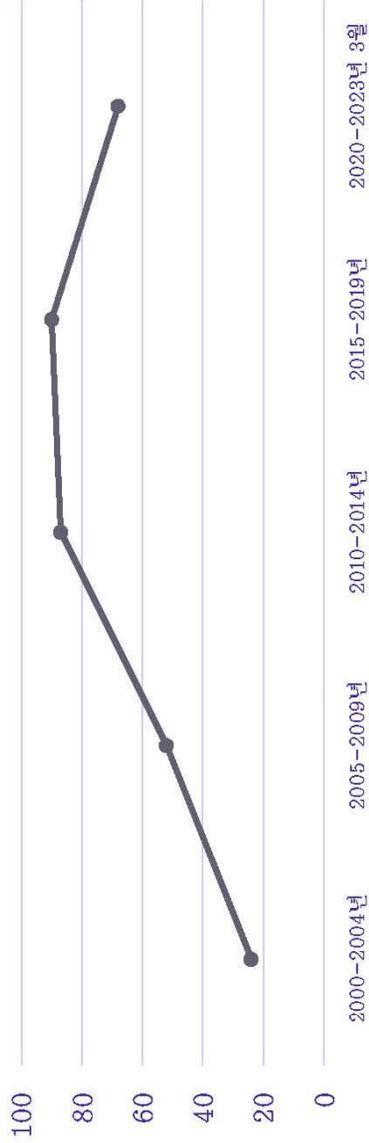
- 대법원 2004다26454 [가차분이의]**
 - [...] 국제사법 제1조가 '이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준지법을 정함을 목적으로 한다'고 규정하고 있으므로, 거래 당사자의 국적·주소, 물건 소재지, 행위지, 사실발생지 등이 외국과 밀접하게 관련되어 있어 곧바로 내국법을 적용하기보다는 국제사법을 적용하여 그 준지법을 정하는 것이 더 합리적이라고 인정되는 법률관계에 대하여는 국제사법의 규정을 적용하여 준지법을 정하여야 한다.
 - [...] 한편, 국제사법 제19조는 "동산 및 부동산에 관한 물권 또는 동기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다(제1항). 제1항에 규정된 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 목적물의 소재지법에 의한다(제2항)"고 규정하고 있는바, 위 각 매매계약이 체결된 당시 목적물인 이 사건 기계가 필리핀국 내에 있었으므로 위 각 매매계약에 관하여는 필리핀국법을 적용하여 그 법률효과를 판단하여야 한다.

- 사건의 유형
 - 상표권침해금지 등 가치분
 - 저작권법위반
 - 저작권침해정지 등 청구의 소
 - 손해배상(지)
 - 손해배상(지) 등

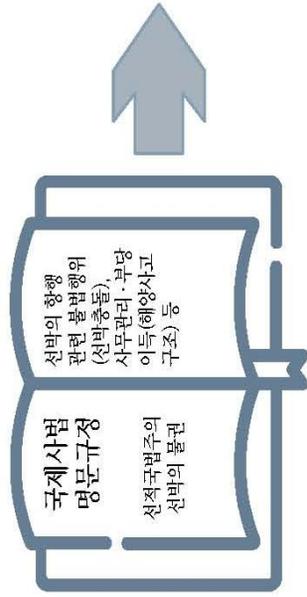
- 특허, 상표의 '침해': 침해지법, 즉 보호국법(구 국제사법 제24조)
- 특허, 상표에 관한 '침해 이외의 사항': 성질별 해석
 - 특허, 상표 - 성립, 등록, 유·무효 또는 취소: 진속관할을 가지는 해당 등록국의 법
 - 직무발명 - 각국에서 특허를 받을 권리의 귀속 문제의 준지법: 고용관계 준지법 국가의 법
 - 저작권: 다양한 하급심 판결례 존재
 - 저작권의 침해, 성립, 이전 등 전반: 보호국법
 - 저작권의 권리자 권리의 성립 및 소멸, 양도: 저작물의 본국법(저작물의 최초 발행지, 저작자의 거주지 내지 소재지)

III-2. 한국법원에서 국제해상법 사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

국제해상법 (구 국제사법 제60-62조)	
2000-2004년	24
2005-2009년	52
2010-2014년	87
2015-2019년	90
2020-2023년 3월	68
기타(중복 집계 등)	13
합계	334



- 2001다42660
- 2005다39617
- 2005다47939
- 2009다96625
- 2009다105383
- 2009다96625
- 2003다34839
- 2012다118846, 118853
- 2013마1518
- 2014다41469
- 2014마1099
- 2015다5194
- 2017다272103



- 실제 사건에서는, 구 국제사법 제60조에 관하여 선박에 관한 담보물권과 선박우선특권(제1호와 제2호)이 주로 문제됨
- 실제 다수의 사건에서는 당사자들이 합의하여 지정할 준거법에 관하여 발생하는 쟁점들이 주로 문제됨
 - 해상운송계약(여객운송계약, 개품운송계약)
 - 용선계약(선제용선계약, 정기용선계약, 항해용선계약, 슬롯용선계약 등)
 - 적화보험·선박보험계약

03.

외국재판

· 상사중재판정의

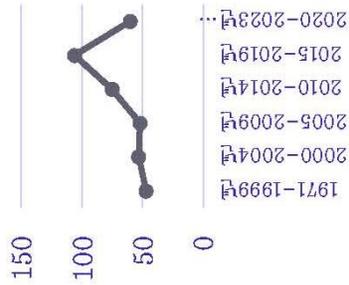
승인 · 집행

04.

국제상사중재

III-3 & 4. 한국법원에서 외국재판·상사중재판정의 승인·집행, 국제상사중재 현행 - 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

외국재판 승인·집행 (민사소송법 제217조)	
1971-1999년	47
2000-2004년	53
2005-2009년	52
2010-2014년	75
2015-2019년	106
2020-2023년 3월	60
기타(중복 집계 등)	6
합계	399

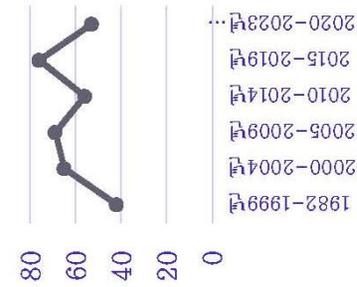


- 민사소송법 제217조 개정(2014. 5. 20.) 직후 시기에 관련 사건의 증가 추세가 관찰됨

2009다68910
2008다31089
2009다22549
2013다87055
2015다1284
2015다207747
2016다242327
2012다23832
2017다224906
2017다257746
2018다231550

- 송달의 적법 여부, 등 피고의 응소 여부 등 절차 문제의 대한민국 공서양속 위반 여부
- 집행판결이 되는 외국판결의 의미
- 대한민국의 국내법 질서가 보호하려는 사회질서의 의미
- 외국판결에 대한 집행판결의 소송물과 그 기판력이 미치는 객관적 범위

외국중재판정 승인·집행 (중재법 제37, 39조)	
1982-1999년	42
2000-2004년	65
2005-2009년	69
2010-2014년	56
2015-2019년	76
2020-2023년 3월	53
기타(중복 집계 등)	3
합계	364

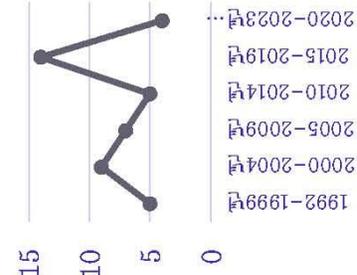


- 개정 중재법 시행(2016. 11. 30.) 직후 시기에 관련 사건의 증가 추세가 뚜렷하게 나타남

2010다3148
2013다74868
2012다84004
2017다238837
2017다225084
2016다18753
2016다49931
2020다7667
2020다5970

- 뉴욕협약(승인집행거절사유 등)의 해석
- 외국중재판정 성립 후 청구어의 사유 발생시 집행거부 거부
- 중재합의의 당사자 확정
- 간접강제를 범하는 중재판정 주문의 대한민국 공서양속 위반 여부와 집행가능성

국제상사중재	
1992-1999년	5
2000-2004년	9
2005-2009년	7
2010-2014년	5
2015-2019년	14
2020-2023년 3월	4
기타(중복 집계 등)	2
합계	46



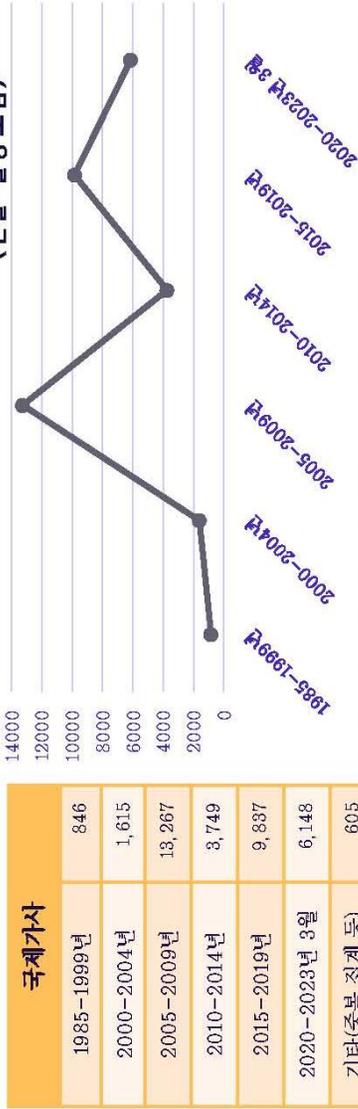
- 개정 중재법 시행(2016. 11. 30.) 직후 시기에 관련 사건의 증가 추세가 뚜렷하게 나타남
- 2013다71845
- 중재판정부의 판정권한에 대한 심사 신청·청구, 중재인기피 등
- 위헌법률심판제청신청(중재판정취소사유를 최소한으로 국한해 둔 구 중재법 규정 관련)

- 중재합의의 성격(진속적 중재합의) 등

05.

국제가사

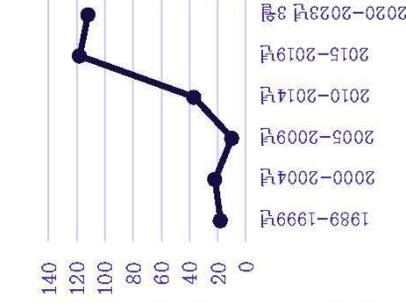
III-5. 한국법원에서 국제가사사건의 현황 — 세분류·시기별 추이 (판결·결정 포함)



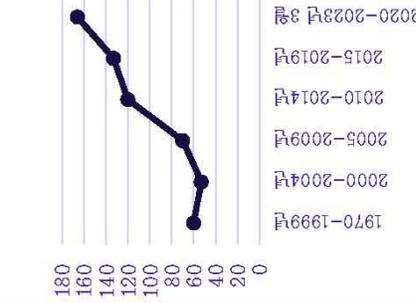
다문화가정의 증가로 인하여 2010년경 이후 국제결혼, 국제이혼사건들이 꾸준히 증가하고 있고, 그 밖의 가사 영역(상속·유언, 친자, 부양, 후견)에서의 국제사건들이 2010년경 이전에 비하여 상당히 상당히 빠른 속도로 증가하고 있음

국제후견 (구 국제사법 제 48조)	2010-2023년 3월	12
------------------------	---------------	----

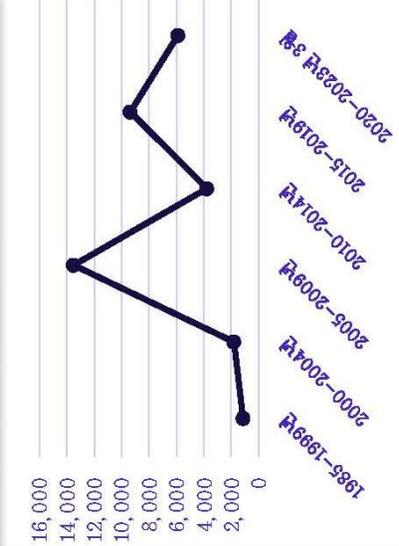
국제부양 (구 국제사법 제 46조)	2010-2023년 3월	9
------------------------	---------------	---



국제친자 (구 국제사법 제 39조)	1989-1999년	18
	2000-2004년	22
	2005-2009년	10
	2010-2014년	37
	2015-2019년	118
	2020-2023년 3월	112
기타(중복 집계 등)		6
합계		323



국제상속·유언 (구 국제사법 제 49, 50조)	1970-1999년	60
	2000-2004년	58
	2005-2009년	70
	2010-2014년	120
	2015-2019년	133
	2020-2023년 3월	166
기타(중복 집계 등)		44
합계		644



국제혼인 (구 국제사법 제 38조)	1988-1999년	514
	2000-2004년	427
	2005-2009년	916
	2010-2014년	147
	2015-2019년	138
	2020-2023년 3월	149
기타(중복 집계 등)		28
합계		5,046

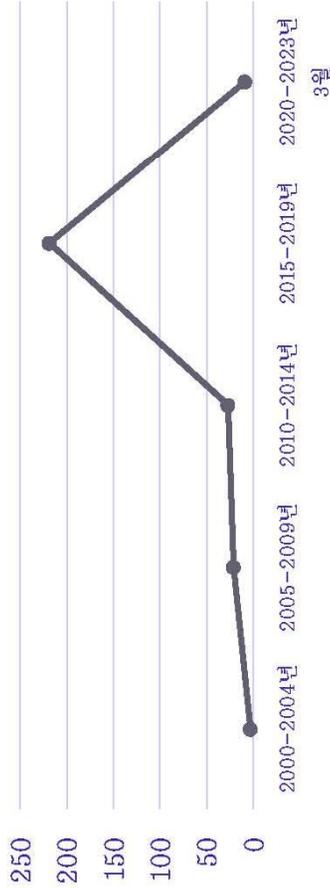
국제이혼 (구 국제사법 제 39조)	1985-1999년	615
	2000-2004년	1,373
	2005-2009년	12,588
	2010-2014년	3,628
	2015-2019년	9,229
	2020-2023년 3월	5,745
기타(중복 집계 등)		558
합계		33,692

06.

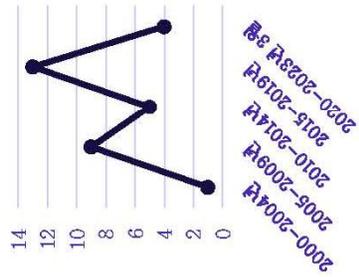
국제도산

III-6. 한국법원에서 국제도산사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)

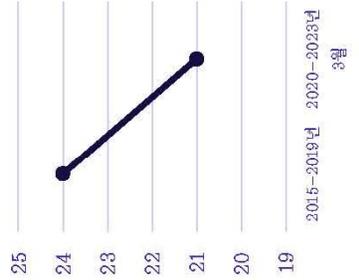
국제도산 일반	3
2000-2004년	3
2005-2009년	21
2010-2014년	27
2015-2019년	219
2020-2023년 3월	9
기타(중복 집계 등)	14
합계	298



국제도산 외국도산절차의 승인, 지원	1
2000-2004년	1
2005-2009년	9
2010-2014년	5
2015-2019년	13
2020-2023년 3월	4
기타(중복 집계 등)	3
합계	35



국제도산 회생·파산사건	24
2015-2019년	24
2020-2023년 3월	21
합계	45



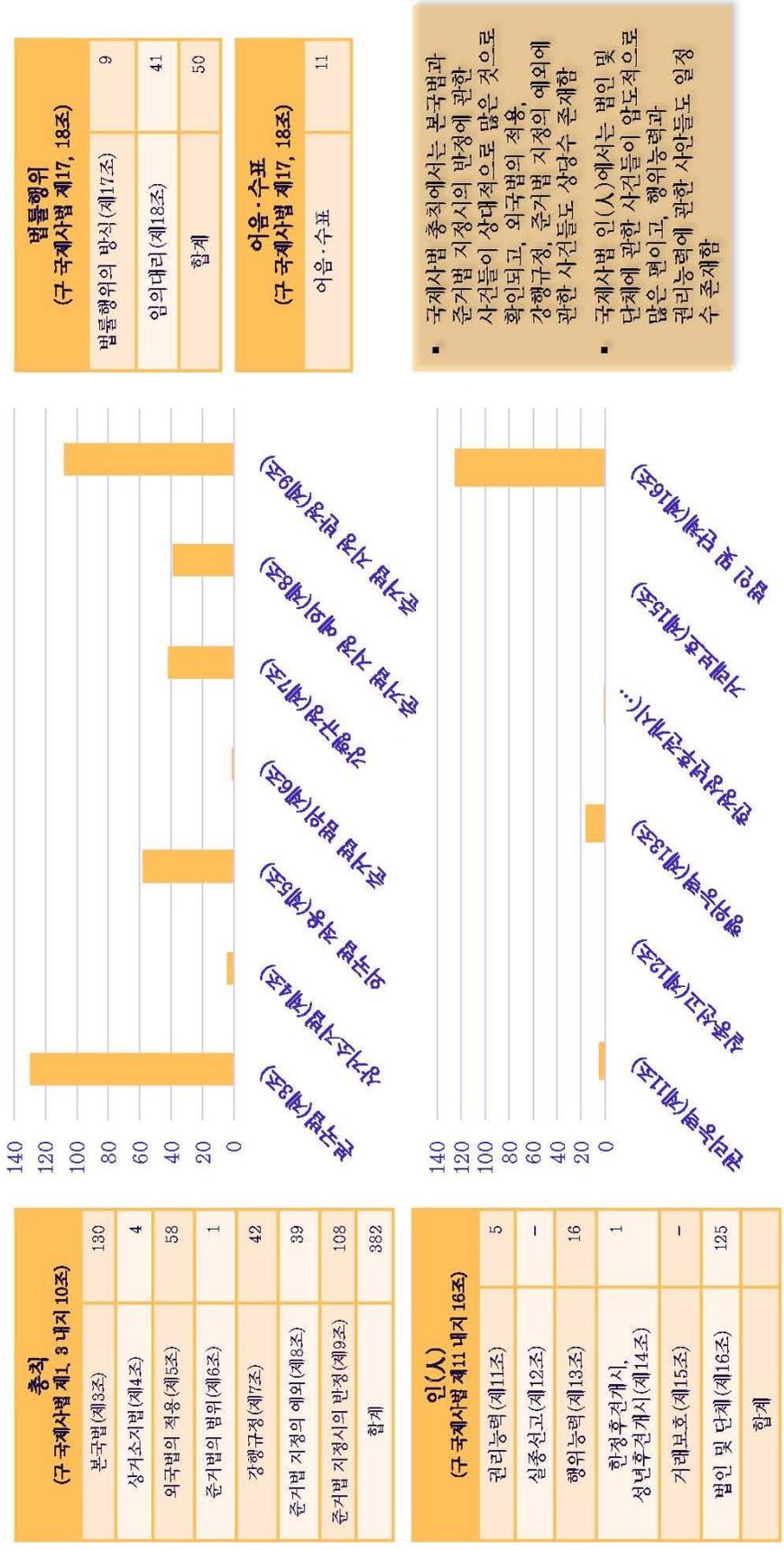
- 병행도산 문제**
 - 국내도산절차의 대외적 효력
 - 외국도산절차의 대내적 효력
- 채무자회생법 시행 이전의 속지주의 체제 하:**
 2000다64359, 2006다28782 등
- 채무자회생법 시행 이후의 보편주의 체제 하:**
 서울회생법원 2007국승2 - 2008국지1 - 2008하합20, 2007국승1 - 2007국지1 - 2008하합8 등
- 외국 법원에서 개시된 도산절차에 관한 승인 및 지원절차 + 공조:**
 서울회생법원 2014국지1, 2016국지100001 등
- 외국도산법원과의 공조를 위한 노력**
 - JIN Guidelines의 채택
 - 업무협약(Memorandum of Understanding, MOU)의 체결

07.

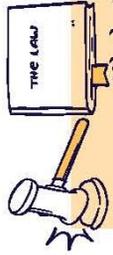
기타

총칙, 인(人), 법률행위, 어음·수표 등

III-7. 한국법원에서 기타 사건의 현황 — 세분류·시기별 추이(판결·결정 포함)



IV. 맺음말



법이 정비되면서
관련 사건들이 증가하고,
법원이 관련 규정을 적용하여 판단한
판례가 집적됨에 따라
법리가 확립됨

★ **섭외사법**
(涉外私法)

1962

★ **국제사법**
(國際私法)

2001

★ **전부개정**
국제사법

2022

★ **개정**
증재법

2016



2022. 7. 5. 부터 시행된
전부개정 국제사법에서 정비된
국제재판관할 세부 규칙 등,
개정 규정과 관련한 법원의 해석과
판례의 집적을 통한
법리의 확립이 기대됨





감사합니다!

여러분의 질문과 코멘트를 환영합니다.



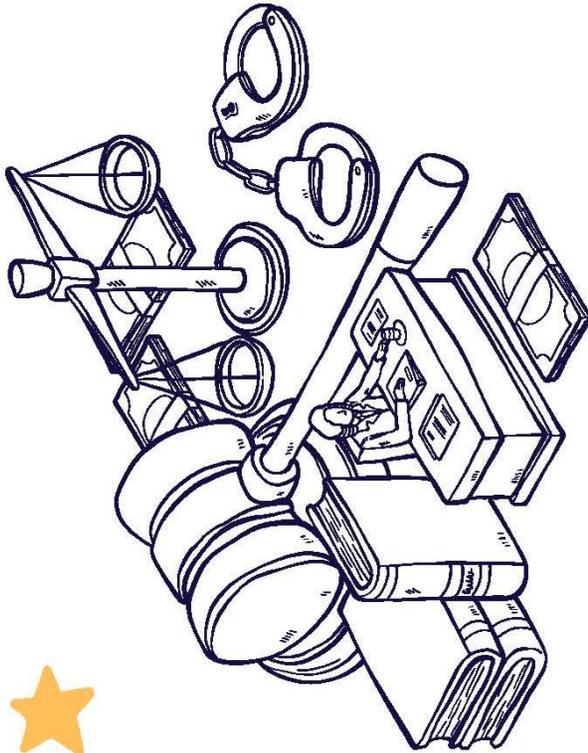
김영석 whvle1@scourt.go.kr

02-3480-1945



유정화 photinayou@scourt.go.kr

02-2204-2017



[참고] 설의사건에 관하여 질려진 주요 판례의 동향과 구체적인 내용에 관한 참고자료 (~2021년 말)

- 노태우 대통령관실 등 각 연도별 "국제사법 주요 판례 소개" 자료, 2008년, 2009~2022년 국제사법연구 제14호, 제15호~제28권 제2호
- 김양식, "우리나라 국제도산 사건의 현황-서울외상법원의 실무를 중심으로-", 국제거래법과 국제사법의 현상과 과제: 식광원 교수 장년기념 헌정논문집, 2022
- 김효정, "국제제야원 분야 재판례의 회고와 과제", 국제사법연구 제27권 제2호, 2021
- 이종혁, "국제가사사건 재판례의 회고와 과제", 국제사법연구 제27권 제2호, 2021
- 이주연, "국제 지식재산사건에서 준거법을 판단한 우리 법원 판결의 동향과 분석", 국제사법연구 제27권 제1호, 2021
- 이필복, "국제사법 총칙과 해상권에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제", 국제사법연구 제27권 제2호, 2021
- 찬장민, "2001년 진부개정 국제사법에 따른 법정제권 분야 20년 판례 회고", 국제사법연구 제27권 제2호, 2021

“ 제1부 - 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제 ”

기념강연

한국 국제사법학의 태동과 한국국제사법학회의 창립

최공웅 명예회장(전 특허법원장, 법무법인 화우 고문)

1993 - 2023



한국 국제사법학의 태동과 한국국제사법학회의 창립

최공웅*

오늘 한국국제사법학회 창립 30년을 돌아보면 한마디로 桑田碧海의 눈부신 학문적 성과와 발전을 이룩한 감동스토리라 하겠습니다.

파란만장 격동의 시절에 국제사법의 전면개정으로 100년 전 일본 법례(法例)의 영향에서 벗어나 세계적인 수준의 입법을 마련하고 수많은 논문과 연구 성과를 이루어, 우리 국제사법학은 이제 새로운 탈바꿈과 함께 학회라는 튼튼한 반석 위에서 세계로 비상하는 국제시대의 기본법으로서 무궁한 발전이 기대되는 기틀을 마련하였습니다.

그동안 학회를 이끌어주신 이호정 초대 회장님을 追慕하면서, 노태악 회장님 그리고 역대 회장님들을 비롯한 열성 회원님들의 학문에 대한 열정과 참여에 깊은 감사와 경의를 표합니다.

오늘 제가 발표할 주제는 학회 창립에 이르기까지의 ‘한국 국제사법의 역사와 학회 창립 과정’ 이야기 되겠습니다만, 그동안 우리나라 국제사법학의 역사는 여러 차례 발표가 있었고,¹⁾ 특히 이종혁 교수의 ‘韓國 國際私法 初期史 散考’,²⁾ 석광현 교수의 ‘서울법대 국제사법 국제거래법 연구 70년’,³⁾ 안춘수 교수의 ‘한국국제사법학의 회고와 전망’⁴⁾을 비롯하여, 이호정 교수 추모문집에 실린 석광현 교수의 ‘이호정 선생님의 국제사법학’,⁵⁾ 장준혁 교수·임성권 교수의 ‘이호정 교수 논문에 대한 해제’ 등 심도있는 귀중한 우리나라 국제사법의 역사 해설이 있는바,⁶⁾ 이 논문들을 소개하는 것만으로도 오늘 제 발표는 그 소임을 다한다고 생각합니다.

이에 오늘 발표 시간은 제가 60여년 전 처음 국제사법을 공부하던 시절, 초창기 한국국제사법에

* 사단법인 한국국제사법학회 명예회장, 전 특허법원장, 전 법무법인 화우 고문.

1) 최공웅, “韓國 國際私法の 回顧와 展望”, 국제사법연구 창간호, 1995. 12., 140면 이하.; 김문환, “한국 국제사법의 최근 동향”, 국제사법연구 제3호, 855면 이하.; 석광현, “한국 국제사법 70년 변화와 전망”, 국제사법과 국제소송 - 정년기념, 박영사, 3면 이하.

2) 이종혁, “韓國 國際私法 初期史 散考”, 국제사법연구 제24권 제2호, 2018. 12., 241-301면.

3) 석광현, “서울법대 국제사법 국제거래법 연구 70년”, [별책] 서울대학교 법학 제58권 제1호, 2017. 3., 391-426면.

4) 한국법학교수회, 韓國 法學 50年 - 過去 · 現在 · 未來 1, 1998.

5) 석광현, “해제: 이호정 선생님의 국제사법학”, 자유주의자 李好珽의 삶과 학문, 홍문사, 2019.

6) 이호정 교수 추모문집 간행위원회가 편찬한 자유주의자 李好珽의 삶과 학문, 홍문사, 2019 참조. 예컨대 장준혁, “해제: Savigny의 국제사법이론”, 568면 이하.; 임성권, “해제: 재일한국인의 본국법”, 594면 이하 등.

대해 제가 보고 경험한 개인적인 기억과 의견을 생각나는 대로 이야기하는 시간으로 할애하고자 합니다.

제가 ‘국제사법’을 처음 알게 된 것은, 1958년 서울법대에 입학하여 황산덕 교수를 만났을 때입니다. 당시 고등고시 과목 중에서 국제사법은 비록 선택과목이긴 하지만, 방대한 민법 등과 같은 점수가 배정되는 고득점 과목으로 인기였습니다. 유일한 기본 교과서인 황산덕 교수의 국제사법 책이 큰 활자로 200여면에 불과한 작은 책자였는데, 쉽고 평이한 강의에 예상문제도 제한되었기 때문입니다. 때마침 저는 일본의 국제사법 기본 교과서인 江川英文의 책을 번역한 필기노트를 구하게 되어서 이것을 베끼는 것에서 제 국제사법 공부가 시작되었습니다.

1962년 섭외사법이 공포·시행되면서 황산덕, 김용한, 김진, 서회원의 신국제사법이 발간되고 그 후 20년 가까운 동안 국제사법은 교과서 한 권 없는 외로운 불모지 시대를 보냈다고 생각합니다. 실제로 황산덕 교수의 서울법대에서의 국제사법 강의는 1950년대까지이고 그 후 김진 교수의 강의도 1965년경 끝난 것으로 기억됩니다.

오늘 제 발표는 국제사법학의 공백기에 가까운 시기를 회고하고, 그 시기에 제가 보고 들은 개인적인 이야기가 되겠습니다. 아래 글은 학술적 가치는 없으나, 발표의 편의상 요지를 기록한 것입니다.

1. 한국국제사법학의 출발점 - 유문환의 국제사법 교과서

우리나라에서 국제사법학은 언제 시작되었을까.

1895년 출범한 법관양성소는 1·2회 졸업생 배출 후 폐쇄되었다가 1903년 복설되었으나, 국제사법이 교과목이 된 것은 1908년이다.

조선 정부는 1883년까지 100여명의 관비 유학생을 일본에 파견하였다가 갑신정변의 실패로 그 후 10년간 중단된 후 1895년 갑오개혁 후 일본에 보낸 관비 유학생은 1896년까지 1년 동안에 보낸 유학생만 164명에 이르렀다.

대부분의 관비 유학생들은 일본 慶應義塾(福澤諭吉) 보통과를 졸업한 후 상급학교인 東京法學院(후에 일본 중앙대) 명치법률학교 등에 진학하였는데, 이들이 귀국하기 시작한 1899년부터 우리나라에도 보성전문, 양정의숙, 한성법학교 등 많은 법학교육기관이 설립되었다.⁷⁾ 이들 일본 경험자들이 1906년경 많은 법학서들을 번역·편역하기에 이르렀다.

우리나라 최초의 국제사법 교과서는 1908년 유문환의 국제사법(보성사)으로 알려져 있다. 1910년 수문서관에서 수십종의 법학 서적이 출간되었는데 그 중 유문환의 국제사법이 들어 있는 것은 1908년 보성전문학교에서 출판된 것이 재출판된 것이 아닌가 생각된다.

유문환의 국제사법을 비롯하여 대부분의 법률서적은 일본에서의 기본적인 저서, 강술록을 번역

7) 유치형, “자료: 유치형 일기”, 서울대학교 법학 제24권 제4호, 1983, 148-168면.

· 번역한 것으로 보여진다. 그러므로 당시 일본의 초창기 서양법 수용과 국제사법의 생성 발전 과정을 살펴보는 것이, 이후 우리나라 국제사법에서의 일본 법학의 영향을 이해하는 데 도움이 될 것이라 하겠다.

2. 일본 국제사법학의 생성 발전

일본에서의 서양법 계수는 1953년 미국의 Perry 함대 이후 만국공법과 Just Law에 대한 연구에서 시작된다.

1865년 3년간의 네덜란드 유학을 마친 니시 아마네와 미국 서구를 전문한 후쿠자와 유키치는 막부 직속인 외무성 번역관으로 근무하면서 서양 문물을 번역하기 위해 새로운 한자 근대 용어를 만들어냈다.⁸⁾

1877년 개교한 동경대학에 개설된 당시의 교과목 중 열국교제법(공법, 사법)이 있었는데, 1881년 니시 아마네에 의해 열국교제사법은 국제사법이란 명칭으로 처음 쓰였다고 한다.⁹⁾

국제사법 입법은 일찍부터 민법전 편찬의 일환으로 착수되었다. 프랑스 보아소나드가 기초한 1890년 법례가 공포되었으나 민상법과 함께 실시가 연기되고 호즈미 시게노부(穂積陳重) 외 2인이 기초한 법례(독일 게브하르트 1887년 초안을 참고)가 1898년 공포되었다. 이는 1962년 우리나라 섭외사법 입법의 기초가 되었다(물론 1962년까지는 일본의 법례가 우리나라에 의용되었다).

동경대학의 국제사법 강좌를 30년 담당한 야마다 사부로(山田三良, 1870-1965)는 일본 국제사법학의 시조라고 불리운다. 1897년 호즈미를 도와 수정 법례 기초에 참여하였으며 1896년 독일 괴팅겐 대학에서 von Bar의 국제사법을 수강하고 파리 대학을 거쳐 영국에서 Dicey의 지도를 받기도 했다. 국제공법강의도 한때 담당하여 이탈리아의 Mancini의 국제법주의의 영향을 받고 있다.¹⁰⁾

명치대학 전신인 명치법률학교에서 1897년 처음 국제사법을 강의한 노자와 다케노스케(野澤武之助)는 1900년에 야마구치 히로이치(山口弘一)와 함께 국제사법 교과서를 발간하였으며, 1908년 우리나라 법관양성소 소장을 지내기도 했다.

전전·전후 일본 국제사법학의 대표자는 山田三良의 뒤를 이은 동경대학 예가와 히데부미(江川英文, 1898-1966) 교수이다. 법례 규정의 해석·적용과 일본 국제사법의 체계를 정비·구축함으로써 현재의 일본 국제사법 연구의 기초를 만들었다고 할 수 있는 가장 대표적인 국제사법학자이다.¹¹⁾

국제사법은 현재 실정법으로 존재하는 국내법이며, 국제사법이 실제로 기능하는 것은 소송면이므로 국제민사소송법 문제를 국제사법의 연구범위로 하여야 한다는 예가와 주장의 주장은 국제사법학

8) 철학, 과학기술, 자유, 민주, 권리 등 모든 근대의 한자 용어.

9) 국제법이란 한자 용어는 1873년 미츠클리 린쇼가 처음 사용하였다.

10) 1930년에는 경성제대 총장을 역임하였다.

11) 가와마타 요시아(川又良也), “實質私法の統一과 國際私法”, 국제사법연구 창간호, 1995. 12, 154면.

사상 중요한 의미를 갖는 것으로 국제사법학사에 있어서 불멸의 업적이라고 한다.¹²⁾

江川の 제자로 동경대학의 이케하라 수에오(池原季雄)가 그 맥을 잇고, 같은 제자인 오리모 유다카(折茂豊) 동북대학 교수, 야마다 료이치(山田瞭一) 나고야대학 교수 그리고 동경상대 출신의 구보 이와타로(久保岩太郎), 가와가미 타로오(川上太郎) 고베대학 교수 등이 초기 일본 국제사법학계를 이끌어 온 저명한 교수라 할 것이다.

한 마디로 일본의 국제사법학은 穂積陳重, 山田三良, 江川英文, 池原季雄로 이어지는 동경대학 학맥이 주류를 이루었다 할 것이다.

3. 해방 후 법제 의용 시대의 국제사법학 - 황산덕 국제사법 교과서

해방 후 우리나라 국제사법학의 개척자는 단연 황산덕 교수이다. 고려대 정법대학에서 1948년 3월 1일 국제사법 강의를 시작한 이래 1949년 법정총서 20권을 발간하기로 하고 법정총서 첫 번째로 출간된 것이 국제사법 교과서(조선공업문화사¹³⁾)이었다. 간략한 내용으로 쉽게 요점만을 정리한 강의노트 수준이었지만 해방 후 유일한 국제사법 교과서로서, 당시 고등고시에서 고득점 과목으로 알려진 국제사법의 기본서로 수험생들에게 국제사법 연구 발전에 큰 공헌을 남겼다.

또한 황산덕 교수는 1949년에 미국 국제사법전(Restatement, Conflict of Laws 1934, 법무자료 15집)을 번역·출간함으로써 일찍이 미국 국제사법 소개에도 앞장섰으며, 1949년 8월에는 「국제사법의 本質論과 政策論」이라는 논문을 발표하는 등 초창기 한국국제사법 발전에 크게 기여하였다(法曹 제1권 제5호).¹⁴⁾

법정총서 제1호로 1949년 12월 10일 발간된 황산덕 교수의 국제사법은 큰 활자로 겨우 216면의 강의노트 정도의 간략한 저서이다.

황산덕 교수(1917. 6. 18. - 1989. 10. 19.)는 1941년 경성제대 법문학부를 졸업하고 1943년 일본 고문 사법·행정 양과에 합격하여 판사 지망을 하였으나, 서류 접수가 되지 않아 행정관료인 경북도청 공무원으로 해방을 맞는다.

잠시 미군정청 법제관으로 근무하다가 주역, 불교 등을 공부하면서 서울대 문리과대학 동양사 교수의 취직을 부탁하던 중 유진오 교수의 고려대 교수직 권고를 받고 별로 원하지 않던 국제사법 교수로 출발하게 된다.

그 후 법철학, 형법 교수로서 연구에 전념하며 많은 대학에서 오랫동안 강의하였고, 국제사법은 1959년 일찍이 그의 고대 제자이던 김진 교수에게 넘기게 된다.

12) 川上太郎, “日本國における國際私法の生成發展”, 有斐閣, 1967, 119面.

13) 도서출판 조문사 1949. 12. 5. 등록 제333호. 후에 양문사로 개명된다.

14) 1951년 9월부터는 유기천 교수의 부름으로 당시 부산에 있는 서울법대에서 국제사법 강의를 담당하게 된 황산덕 교수는 국제사법 강좌 외에 법철학과 형법 강의를 맡게 되었다.

해방 후 법례의용시대에 가장 특기할 일은 미군정청에서 1947년 10월 20일 법제편찬위원회를 구성하고 헌법·민법·상법·형법·형사소송법 등 12개 분과 위원회 중 국제사법을 기본법제의 하나로 독립된 분과위원회를 구성한 것이다.¹⁵⁾ 정부 수립 후인 1948년 9월 25일 구성된 법전편찬 위원회에서도 9개의 분과를 설치하면서 그 중 하나로 국제사법 분과위원회가 구성되었고 기초위원에 김태영, 일반위원에 홍진기 위원이 선임되었다.

김태영 판사는 당시 서울지방법원 부장판사로서 일제말 전주지법 판사로 해방 후 미군정청 법무관 홍진기와 함께 경성제대 1940년 졸업생이며, 황산덕 교수보다 1년 선배로서, 황산덕, 홍진기는 평생 가장 가까운 친구로 친분을 이어갔다.

기초위원인 김태영 판사가 법정 1948년 9월·10월·11월에 걸쳐 발표한 국제사법사안은 해방 후 국제사법전을 마련하기 위해 우리나라 국제사법의 기초를 닦는 귀중한 자료라 할 것이다. 대체로 당시의 Savigny의 정통국제사법을 기초로 한 법례의 수정 등 예가와 히데부미의 기본서 수준의 결론인 것으로 보이며, 1962년 제정 실시된 섭외사법의 초안의 기초가 되었다고 할 수 있을 것이다.

1950년대 여러 대학에서 국제사법 강의를 맡으신 분으로는 홍순엽 변호사(1910. 11. 6. - 1922. 7. 13.)가 있다. 휴전 후 1953년 9월 환도 직후 성균관대 법대 학장이 된 이항녕 교수의 회고에 따르면, 당시 대학마다 교수진이 모자라서 여러 학교에서 이중, 삼중으로 전임을 맡는 사람도 많았으며, 당시 변호사로 계시던 홍순엽 선생이 국제사법을 하신다고 하여 그의 사무소를 세 번이나 찾아갔어도 결국 만나지 못하다가 버스 속에서 우연히 만나 억지로 떼를 써서 승낙을 받았다고 한다. 홍순엽 판사는 경성법전과 조선변시를 합격해 변호사로서 매우 학구적인 자세로서 국제사법 논문도 다수 발표하였다. 5·16 혁명 후 조진만 대법원장의 재야 인사 발탁시 대법원 판사가 되어 두 번 연임으로 15년간 대법관 생활을 하였다.

5·16 혁명 전 필자가 3학년 때 서울법대에서 강의를 들은 이후 사법대학원에서 비교국제사법을 김진 교수와 함께 담당하게 되어 그 후 오랜 기간 자주 만나서 국제사법 이야기를 나누는 분이다.

황산덕 교수의 국제사법 연구가 1950년대에 사실상 종료하게 되어, 1962년 황산덕·김용한 공저 신국제사법(박영사)은 실제로는 제자인 김용한 교수의 단독 저서로 보여진다. 황산덕 교수의 노트 필기 수준의 간략한 국제사법 교과서를 기초로(공서법 판단기준으로서 자유민주적 이데올로기 참조한 것) 전후의 일본 교과서를 대폭 참고하여(江川·久保 외, 국제법학회 편 국제사법강좌) 이론 전개에 있어 모든 학설과 주요 입법례를 망라해서 참조하면서 핵심을 간략하게 논리 치밀하게 서술하여 이후 20년 동안 우리나라 국제사법의 기본 교과서로서 역할을 했다.

김용한 교수는 1930년생으로 1954년 서울법대를 졸업하고 건국대학교 교수·총장 그리고 한국

15) 홍진기, 김태영, 서재원을 위원으로 하였다.

민사법학회 회장을 지내며 민법 외 국제사법 논문도 1957년 “국제사법의 진로”라는 글을 쓴 이후 1971년 “섭외 이혼 사건”, 1979년 “국제사법의 근대적 전망”, 1980년 “한일 섭외사건의 사법적 연구”, 1986년 “외국판결승인의 법리”에 이르기까지 20여편을 썼다.

김용한 교수는 한때 필자와 국제사법학회 창립을 하자고 약속하였으나 총장 사무가 복잡하게 되어 결국 그 뜻을 이루지는 못했다.

4. 김진 교수와 섭외사법 제정 이후

김진 교수는 1944년 보성전문에 입학하고, 1951년 고대 졸업, 1958년 예일대학에서 법학박사를 받고 귀국하였다. 이후 1959년 서울법대에서 국제사법 강의를 시작하였다. 1960년 국제사법 교과서(법문사)가 출간된 것은 당시로서는 큰 충격이었다(이시윤 교정). 420면에 이르는 당시로서는 부피가 큰 저서였다.

머리말에서부터 미국의 Harper 교수의 글을 인용하며 ‘국제사법학이란 감히 천사도 탐색하려 들지 않는 분야를 포함한 어마어마한 과제이다.’(This is a formidable title, involving areas where angels fear to tread.)로 시작하고 있다.

총론에서 국제사법의 개념, 성질, 목적에서부터 법체계, 비교법, 정의구현, 정의에 대한 아르망종, 쿡크, 로렌젠, 안테마에 이르는 프랑스와 미국 국제사법학자들에 대한 견해를 서술함으로써 어려운 출발을 보였다.

국제사법의 학문적 호기심을 크게 고양한 저서이긴 했으나, 고시 수험생들의 불만이 많았다.

때마침 1962년 1월 15일부터 섭외사법이 공포·시행되어 신국제사법 교과서가 필요하게 되었다. 보다 쉬운 교과서를 쓰자는 제의에 따라 총론 부분을 필자가 담당하기로 하였으나 지지부진하여 결국 1962년 10월 10에야 감진 『신국제사법』(법문사, 336면)으로 출간되었고, 머리말에 집필 중 시종일관 여러 가지 문제점을 같이 논하고 교정·색인을 도맡은 최공웅 법학사의 노고에 감사한다는 문구가 실렸다.

김진 교수는 1958년 말 귀국 후 대한국제법학회 편집위원으로 참여하여 많은 국제사법 논문을 국제법학회논총에 발표한다. 대한국제법학회는 6·25 전쟁 중인 1953년 6월 16일 한일 회담, 평화선 문제 등에 대응하여 외무부가 주동이 되어서 초대회장 유진오(15년 연임), 장경근, 황성수, 박관숙, 이한기, 황산덕 등으로 출발하였으며, 처음에는 국제법은 공법과 사법을 포함하는 것으로 김진 교수의 다수 논문이 실려 있다(일본 국제법학회 참조).

김진 교수는 1958년 12월 13일 국제법학회 제6회 강연회에서 “한국 국제사법에 대한 고찰”을 발표하였다.

김진 교수는 1966년경 도미하여 1967년 콜롬비아 대학에서 도서관학 석사를 취득한 후 사서를

거쳐 1968년 University of Illinois at Urbana-Champaign 강사가 되었고, 필자는 그가 마련해준 Gulf 장학금으로 1973년 미국으로 건너가 법학석사학위를 취득하였다.

그 후 김진 교수는 1978년부터 캘리포니아 웨스턴 법대 교수 및 도서관장으로서 비교법학을 강의하면서 저명한 비교법 저널인 American Journal of Comparative Law의 편집위원을 맡는 등 비교법학으로 세계적인 명성을 얻었다. 화갑기념논문집 ‘현대 비교법의 제문제’는 1987년 필자와 박영식 변호사가 편집위원으로 함께 마련한 바 있다.

5. 사법대학원 창설과 비교국제사법 강좌 - 판례 연구와 실증적 국제사법

1961년 5·16 혁명 후, 유기천 교수는 법조인 교육을 미국식 로스쿨 교육을 모범으로 한다는 신념으로 사법대학원 창립에 전력을 기울였다. 조진만 대법원장과 당시 입법기관인 국가재건최고회의 이석제 법사위원장의 지지를 얻어 전격적으로 실행하게 되어 1962년 4월 2일 서울대학교 사법대학원이 개교식을 갖고 출범하게 되었다.

특히 유기천 교수는 법조인의 인성교육을 중시하여, 영국의 ‘Inns of Court’ 예를 들며 학생 전원을 기숙사 생활을 하게 하며 신사 교육을 이루고자 하였다.

교과과정도 현대철학, 심리학, 법과 문화, 인류학을 동원한 총체적이고 학제적인 학문으로서 법학교육을 시도하였으며, 강의시간에도 두 사람의 강사가 함께 참석하여 상호 보충 토론하는 특이한 방식을 도입하였다.

비교국제사법강의는 김진 교수와 홍순엽 대법원 판사가 적극 참여하여 각국 국제사법의 비교법적 연구와 함께 각자가 서울지방법원과 서울고등법원에서 외국 판결을 복사해서 섭외사건의 쟁점 정리를 통해 판결을 검토·비판하는 시간이 되었다.

섭외사건 판단은 사건기록부에 당사자 표시를 보고 찾았는데, 당시 서울가정법원이 생기기 전이라서 대부분의 섭외 사건은 국제이혼 사건이었으며, 일반민사사건은 극히 드물었다.¹⁶⁾ 필자는 이때 검색한 사건을 분석하여 ‘섭외이혼의 재판관할권’이라는 논제로 석사논문을 쓰게 되었다.¹⁷⁾

필자는 1971년 처음으로 명지대학에서 국제사법 강의를 하였고, 1972년에는 황산덕 교수의 추천으로 성균관대학교 그리고 1977년 1월부터 사법연수원에 처음으로 국제사법 강좌를 개설하고 2000년까지 강의를 하였다. 그 후 사법연수원 강좌는 중재와 국제소송 시간으로 선택과목이 되었고, 현재의 교재는 처음 국제소송 교재가 계속 수정·가필된 것으로 보인다.

16) 1955년부터 1961년까지 겨우 29건이었다.

17) 서울대학교 사법대학원 석사 1호. 사법대학원 제1기부터 제13기까지 총수료자 459명 중 석사학위 취득자 67명. 제14기생 33명은 1년 수업 후 사법연수원 제1기생이 되었다.

6. 한국국제사법학회 창립 전 일본국제사법학회와의 교류

한국국제사법학회는 1992년 11월 29일 일본 동경대학 산상회관에서 개최된 한일국제심포지엄에서 일본국제사법학회 명예회장으로 일본 국제사법학을 대표하는 이케하라 수에오(池原季雄) 교수의 강한 권유에 힘입어 귀국 후 당시 발표자였던 이호정, 최공웅, 김문환, 손경한 등이 모여 학회 창립의 뜻을 모았다.¹⁸⁾

이케하라 선생과의 동경대학 학술대회를 할 수 있게 된 배경에는 10년의 긴 세월이 있었다. 1983년 일본 동경 외무성 국제회의실에서 아시아·아프리카법률자문회의 총회가 열렸다. UN 총회 제6위원회인 법률위원회 산하 정부간 기구로서, 개도국의 UN총회라고 하며 당시 북한 대표가 처음 일본에 입국하는 남북대결의 장이기도 했다. 법률자문회의답게 박춘호 교수가 해양법 문제를, 필자가 국제사법공조 문제를 발표하였다.

5일간 회의 마지막날 영빈관에서의 환송 파티에 아베 신타로 외상이 초청하고 마침 외상과 담소 중 일본국제사법학회장인 이케하라 교수가 인사를 와서 한일간 국제사법 이야기를 나누고 헤어졌는데, 한 달도 안 되어서 도가우치 마사토(道垣内正人) 교수가 한국에 찾아와서 ‘일본 국제사법학회에서 발표할 수 있는가’를 문의하며 여러 가지 자료를 교환하였다. 그 후 수차례 학회 소식에 관한 서신이 오고 간 후 1990년이 되어서야 내년도 국제사법학회에서 발표한 논문 작성을 요구했고 그때쯤 아오키 기요시(青木清) 남산대학 교수가 통역을 담당하게 되었다고 방한하였다.

1991년은 이미 해외여행이 자유화된 이후이나 공무원은 허가가 필요한 시절이었다. 김덕주 대법원장 취임 후 외국여행허가 내락을 받고 모든 절차가 끝나 마지막 출발을 앞두고 있었는데, 여행허가를 받는 과정에서 법원행정처장이 여행허가를 불허하겠다고 통지하였다. 이미 일본국제사법학회에서 회원통지 등 모든 절차가 확정되어 끝난 상태에서 난감하기 이를 데 없었다. 결국 이미 보낸 발표 원고를 도가우치 교수가 대신 발표하는 것으로 마쳤다.

그 직후에 일본국제사법학회가 유비각 창립자인 江草가 출연한 재단법인 사회과학교육기금 江草基金에서 1992년도 사업으로 정식으로 한일 국제사법연구집회를 위한 기금을 보조하겠다는 통지를 받았으며, 차년도에 필자를 포함한 4인 정도의 한국 국제사법 학자의 초청과 일정, 논제 등을 그 후 논의하게 되었다.

필자는 1992년에도 법원의 여행허가를 받는 것이 쉽지 않다고 생각하였으나, 우선 친분이 있는 이호정 교수, 김문환 교수에게 발표를 부탁하고 나머지 한 분은 찾기가 쉽지 않았으나 마침 외국판결 승인·집행 글을 잡지에 실은 손경한 변호사가 국제사법 전공자는 아니라도 논문 그대로 발표해 달라고 승낙을 얻고, 결국 3인만 도일하여 최초의 한일 국제사법의 교류라는 좋은 경험을 가지게

18) [대담] 이호정 교수 정년기념 대담, 서울대학교 법학 제43권 제1호, 2002. 3., 32면.

되었다.¹⁹⁾

7. 한국국제사법학회의 창립

1992년 11월 29일 동경대학에서의 한일국제사법심포지움에 다녀온 이호정·김문환 교수, 손경한 변호사와 필자는 1992년 12월 13일 한우리 식당에서 회동을 갖고 학회 창립의 대강을 논의하게 되었다.

1993년 1월 30일 연구회 모임 형식으로 롯데호텔 버클리룸에서 29명이 모여 먼저 이호정 교수의 일본에서 발표한 ‘재일한국인의 속인법’을 들었다.

창립총립 준비모임은 같은 해 2월 19일, 3월 12일, 3월 27일 3차에 걸쳐 종근당 빌딩에서 이호정, 김문환, 손경한, 석광현, 김수형, 오승룡 등이 모여 창립총회를 위한 세부 점검을 마쳤다.

전국 대학의 국제사법 강의 담당자와 국제사법 저서, 논문, 발표자를 알아내어 학회원으로 초청하는 일은 주로 김문환 교수에게 부탁하고, 이호정 교수 제자들이 도와주는 형식으로 진행되었다.

드디어 창립총회 일자를 1993년 3월 27일 오후 2시 30분으로 정하여, 김문환 교수의 사회로 회칙 채택과 임원 선출 후 기념 학술 강연회를 가졌다(장문철 교수, 국제사법의 역사와 새로운 경향; 최공용 원장, 국제사법과 민사소송법).

창립 발기문의 취지는 국제사법의 현실적 문제 해결 이론, 역사 연구, 국제적인 교류에 동참하는 등 우리나라 국제사법 발전을 위한 제반 사항을 수행하기로 하고 이에 서명한 창립 발기인은 이호정, 최공용, 김문환, 김병준, 손경한, 이인재, 오수근, 석광현, 김수형, 오승룡 등이다.

19) 도가우치 마사토, “한일국제사법 심포지움의 성과”, 국제사법연구 창간호, 1995, 23면 이하.

“ 제1부 - 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제 ”

기념강연

국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여

석광현 명예회장(전 서울대학교 법학전문대학원 교수)

1993 - 2023



국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여

석광현*

I. 머리말

1. 배경

2001년 7월 시행된 국제사법(“구 국제사법”)에 정치한 국제재판관할규칙(또는 국제재판관할규정. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)을 신설한 국제사법 전부개정법률은 2022. 1. 4. 공포되었고 그에 따라 개정된 국제사법(“국제사법”)이 2022. 7. 5. 발효됨으로써 국제사법에 정치한 국제재판관할규칙을 도입하려던 우리 국제사법학계의 숙원이 달성되었다. 이제는 구 국제사법의 준거법규정(또는 준거법규칙. ‘협정의 국제사법’ 또는 ‘법적용법’이라고도 부른다)을 보완하는 개정작업을 준비할 필요가 있다. 한국국제사법학회 30년의 회고와 과제라는 주제로 국제사법학회 창립 30주년을 기념하는 기회에 “국제재판관할법의 정립을 넘어 준거법규정의 개정을 향하여”라는 발표를 하는 것은 이런 맥락이다. 구 국제사법의 준거법규정이 시행된 지 20여년이 경과한 시점에서 현재 상황을 확인하고 장래 개정을 위한 기초작업으로서 종래 거론된 준거법규정의 입법론을 검토하고 개정 착안점을 찾는 것은 큰 의미가 있다. 작고하신 이호정 선생님¹⁾과, 오늘 기초발제까지 맡아 주신 최공용 원장님을 모시고 1992년 국제사법연구회의 설립 시부터 시작하여 한국국제사법학회와 30년을 함께하였고,²⁾ 2001년 섭외사법 개정작업과 2022년 국제사법 개정작업에 참여한 위원이자 국제사법학회 회원으로서 한국 국제사법학의 발전을 위하여 미력이나마 보태고자 한다. 여기에 피력한 견해는 물론 필자 개인의 것이다.

* 사단법인 한국국제사법학회 명예회장, 인하대학교 법학전문대학원 초빙교수, 전 서울대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이호정 선생님의 국제사법학은 석광현, “이호정 선생님의 국제사법학”, 자유주의자 李好斑의 삶과 학문, 이호정교수 추모문집(2019), 37면 이하 참조. 이는 수정·보완되어 석광현, 국제사법과 국제소송 [정년기념](2022), 138면 이하에 수록되었다. 후자는 이하 “석광현, [정년기념]”이라고 인용한다.

2) 두 분 외에도 학회 창립 이후 김문환 명예회장님과 손경한 명예회장님께서 주도적 역할을 하셨다. 광복 후 한국 국제사법의 회고는 석광현, “한국 국제사법 70년 변화와 전망”, 청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집(2018), 1219면 이하 참조. 이는 수정·보완되어 석광현, [정년기념], 3면 이하에 수록되었다.

2. 국제사법에서 준거법 지정의 의미: 저촉법적(준거법) 통제

국제사법은 다양한 법률관계와 법적 쟁점의 준거법을 지정한다. 이는 우선 우리 법원이 외국적 요소가 있는 사안을 재판하는 경우 문제된 법적 쟁점에 적용할 준거법을 지정한다. 한편 외국에서 형성된 법상태(또는 법률관계) 또는 기득권은 한국에서 당연히 효력을 가지는 것은 아니고, 그것을 우리가 인정하기 위하여는 당해 법상태가 우리 국제사법이 지정하는 준거법에 따른 것이어야 한다. 즉 우리는 기득권이론처럼 어떤 법상태 또는 기득권이 어떤 외국법에 따라 외국에서 발생하였다고 하여 이를 당연히(공서위반 시는 제외) 승인하는 것³⁾이 아니라, 그것이 우리 국제사법이 지정하는 준거법을 적용한 것이거나 적어도 그 준거법상 유효한 것이어야 한다. 즉 우리가 외국에서 형성된 법상태(또는 법률효과)를 인정하는 경로에는 ① 외국의 개별 고권적 행위의 절차적 승인 경로(대표적 사례는 외국재판의 승인)와 ② 준거법 지정 경로가 있는데, ①에서는 준거법 통제를 하지 않지만 ②에서는 우리 국제사법에 따른 준거법 통제가 작동한다.⁴⁾ 우리 국제사법의 준거법규정이 이런 기능을 하는 점을 유념할 필요가 있다. 우리 법상으로는 준거법의 지정에 갈음하는 법상태의 승인은 허용되지 않는다.⁵⁾

3. 국제사법 중 준거법규정 개정의 방향

필자는 2001년 섭외사법의 개정 방향을 ① 체제의 변경, ② 완결된 국제사법 체제의 지향과 흠결의 보충, ③ 국제사법상 남녀평등의 실현, ④ 국제재판관할 규정의 확대와 특칙의 도입, ⑤ 가장 밀접한 관련 원칙의 관철, ⑥ 탄력적인 연결원칙의 도입, ⑦ 본국법주의의 유지와 연결점으로서의 상거소 개념의 도입, ⑧ 일부 영역에서 실질법적 가치의 고려, ⑨ 당사자자치의 확대와 ⑩ 조약의 고려라고 정리하였다.⁶⁾ 장래 준거법규정을 개정한다면 이는 2001년 개정 시 미진한 점을 보완하고, 지난 20여년 간의 운영을 통하여 드러난 문제점을 시정하며, 또한 외국인 거주자의 증가, 인터넷의 광범위한 사용과 온라인 서비스 사업의 확산 및 인공지능(AI), 플랫폼과 가상자산 등이 주도

3) 우리 국제사법(제63조)은 혼인의 성립의 준거법을 지정하나 스위스 국제사법(제45조 제1항)은 “외국에서 유효하게 체결된 혼인은 스위스에서 승인된다”고 규정한다. 이것이 ‘법상태의 승인’이다. 근자에 유럽연합에서는 준거법의 지정에 갈음하는 ‘법상태의 승인’의 허용 여부를 둘러싸고 논란이 있다. 석광현, [정년기념], 663면 이하 참조.

4) 다만 선결문제의 해결에서 독립적 연결설에 따르면 우리 국제사법의 준거법 통제를 받지만, 종속적 연결설을 따르면 본문제의 준거법 소속국 국제사법의 준거법 통제를 받는다.

5) 물론 조약상 근거가 있으면 가능하다. 아래(Ⅶ.2.나.)에서 보듯이 한국이 입양협약에 가입하면 회원국에서 성립한 입양은 계약형 입양이더라도 준거법 통제 없이 한국에서 승인된다. 근자의 UN의 ‘선박경매의 국제적 효력에 관한 협약’(Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships)도 절차적 승인과 준거법 통제 대신에 법상태의 승인이라는 접근을 하는 것으로 보인다. 소개는 송유림, 『선박경매의 국제적 효력에 관한 협약』에 대한 연구 - 선박경매의 승인 및 선박집행실무에 미치는 영향을 중심으로, 저스티스 통권 제194-1호(정기호)(2023. 2.), 112면 이하 참조.

6) 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설(2001), 15면 이하.

7) 조약의 고려는 국제사법의 이상인 국제적 판결의 일치를 도모한 것인데 이를 위하여는 조약과 외국의 입법에 대한 비교법적 검토가 필수적이다. Jürgen Basedow et al. (Eds.), Encyclopedia of Private International Law, Volumes 1 to 4 (2017)는 국제사법의 주요 논점을 다루면서 많은 국가들의 국제사법의 소개와 영문번역을 담은 유용한 자료이다. 특히 비교국제사법연구가 태부족한 우리에게서는 더욱 그러하다. 2001년 섭외사법 개정 당시 이런 자료가 있었다라면 크게 도움이 되었을 것이다.

하는 디지털 대전환⁸⁾에 대처하기 위한 것이어야 한다. 다만 국제사법의 틀을 바꾼 두 차례의 개정과 달리 장래 개정에서는 그 범위를 최소화한다. 이런 관점에서 준거법규정 개정작업의 지침 내지 방향은 아래와 같다.

첫째, 종래 학설·판례에 의하여 조문 자체의 문제점이 드러난 조문을 개정한다. 둘째, 해석론은 나뉘나 판례가 없어 문제점이 아직 구체화되지 않은 조문은 해석론에 맡겨 유연하게 처리하게 한다. 셋째, 판례가 국제사법의 취지를 오해한 해석론을 전개한 경우 필요하다면 이를 시정하고자 개정한다. 넷째, 본국법주의를 유지한 영역에서 지난 20여년 간의 상황 변화를 고려하여 유지 여부를 검토한다. 다섯째, 2022년 개정에 의하여 국제사법에 정치한 국제재판관할규칙이 도입되었으므로 국제재판관할과 준거법의 병행(Gleichlauf von forum und ius)과 상호작용을 고려하여⁹⁾ 개정 착안점을 검토한다. 준거법규정의 개정은 국제사법 전반에 걸치는 방대한 작업인데 여기에서 모두 다룰 수는 없으니 핵심논점에 한정한다.¹⁰⁾ 또한 여기에서는 준거법규정의 개정을 다루므로 실정법인 국제사법에 논의를 한정한다. 따라서 외국재판의 승인·집행,¹¹⁾ 준국제사법의 문제인 남북한 주민 간의 법률관계, 한국이 가입한 헤이그국제사법회의의 1980년 “국제적 아동탈취의 민사적 측면에 관한 협약”(탈취협약), 중재에서 분쟁의 실체의 준거법과 도산에서 제기되는 도산저축법은 다루지 않는다. 한국이 가입할 헤이그협약은 관련되는 곳에서 간단히 언급한다.¹²⁾

4. 논의 순서

아래에서는 국제사법의 편제와 조문순서에 따라 준거법규정의 개정 착안점과 개정 방향을 논의한다. 따라서 논의순서는 총칙, 사람, 물건, 지식재산권, 채권, 친족, 상속, 해상과 기타 검토할 사항

8) 스마트계약과 데이터도 다양한 문제점을 야기하고, 메타버스도 지식재산권(특히 저작권)을 둘러싼 문제를 발생시킨다. 스마트계약은 우선 김인호, “스마트계약에 의한 국제거래의 관할과 준거법”, 국제거래법연구 제28권 제1호(2019. 7.), 23면 이하; 한종규, “블록체인 기술을 기반으로 한 스마트계약의 법적 쟁점 연구-국제사법 쟁점을 중심으로”, 상사법연구 제37권 제3호(통권 제100호)(2018. 11.), 421면 이하; 김성호, “스마트계약의 준거법-국제사법적 논의를 위한 시론-”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.), 307면 이하, 메타버스는 이주연, “메타버스 환경에서 발생한 국제 저작권 분쟁과 그 해결 방안에 대한 연구”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.), 259면 이하; 이주연, “메타버스와 국제사법 - 현재의 ‘메타버스’ 플랫폼을 중심으로 -”, 저스티스 통권 제194-2호(특집호 I)(2023. 2.), 238면 이하 각 참조.

9) 국제재판관할 맥락에서는 인터넷의 광범위한 사용을 고려하여 지향된 활동(targeted activity)을 염두에 두고 “...를 향하여”라는 개념을 제4조 제2항(활동에 근거한 관할), 제39조 제1항 제3호(지식재산권 침해), 제42조 제1항 제1호(소비자계약)와 제44조(불법행위)에서 도입하였으나 충분한 것은 아니다. 준거법 맥락에서는 아직 이에 대한 고려가 없으므로 적절히 반영할 필요가 있다. 이는 관할과 준거법의 병행의 문제이기도 하나, 그보다는 인터넷을 광범위하게 사용하는 현실을 반영하는 것이다.

10) 그 밖에 이 글에서 충분히 고려하지는 못하였으나 풍부한 내용을 담은 스위스, 벨기에와 네덜란드 등의 국제사법을 참조하여 우리가 빠뜨린 사항이 있는지를 점검할 필요도 있다.

11) 장래 외국재판의 승인·집행을 국제사법에서 규율하는 것이 바람직하다. 이는 국제재판관할은 물론 준거법과 밀접하게 관련되기 때문이다. 예컨대 유럽연합의 2008년 부양규정, 2012년 상속규정과 2016년 부부재산제규정 등은 국제재판관할, 준거법과 승인·집행을 함께 규정하는 점을 주목하라. 위 규정들은 최흥섭, 유럽연합(EU)의 국제사법(2020) 참조.

12) 한국이 가입할 필요가 있는 헤이그협약은 석광현, [정년기념], 95면 이하 참조. 일본은 7개의 헤이그협약에 가입하였는데 1956년 아동부양협약, 1961년 유언방식협약과 1973년 부양협약이 포함되어 있다. 우리나라가 협약에 가입하는 대신 국제사법에 편입하는 방법은 바람직하지 않은데, 해상법 조약도 고려하면 조약 가입을 두려워하거나 꺼리는 경향이 있는 것이 아닌가라는 생각도 든다.

이다(어음·수표는 일단 제외한다). 구체적으로는 각 논점별로 국제사법의 태도를 살펴보고 이어서 개정 여부와 방향을 논의한다.

II. 국제사법 총칙(제1장)

1. 불통일법국법의 지정

가. 국제사법의 태도

국제사법(제16조 제3항)은 지역에 따라 법을 달리하는 국가법이 본국법으로 지정된 경우 “그 국가의 법 선택규정에 따라 지정되는 법에 따르고, 그러한 규정이 없는 경우에는 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 따른다.”고 규정함으로써 지역법의 결정방법을 규정하나 단지 국적이 연결점인 경우만을 상정한다. 그러나 예컨대 첫째, 당사자가 계약의 준거법으로 미국과 같은 불통일법국(또는 다수법국) 법을 지정하는 경우(제45조 제1항)와 둘째, 계약의 객관적 준거법에서처럼 국제사법이 당사자의 “일상거소가 있는 국가의 법”이라는 식으로 규정하는 경우(제46조 제2항)에도 유사한 문제가 발생한다. 첫째 경우 당사자 의사를 탐구하여 당사자가 지정한 지역법을 결정하고¹³⁾ 그것을 알 수 없는 경우 제16조 제3항을 유추적용하고, 둘째 경우 동향을 유추적용하여 일상거소지인 뉴욕주법을 준거법으로 지정하여야 한다.¹⁴⁾¹⁵⁾

나. 개정 여부와 방향

독일 민법시행법(제4조 제3항)은 “준거가 되는 부분법질서를 표시함이 없이 복수의 부분법질서를 가지고 있는 국가의 법이 지정된 때에는 그 국가의 법이 어느 부분법질서가 적용될지를 결정하고, 그런 규칙이 없는 때에는 가장 밀접하게 관련된 부분법질서가 적용된다”는 취지로 규정하여 유사한 원칙을 두나 연결점을 제한하지 않는다. 우리도 유추에 의하여 문제를 해결할 수는 있으나 그

13) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결은, 당사자들이 연방법을 계약의 준거법으로 합의한 경우 선택된 법이 ... 연방 제국가의 법이라는 사정만으로 그러한 준거법 약정이 당연 무효라고 보아서는 아니 되고 계약문언, 계약전후의 사정, 거래관행 등 모든 사정을 고려하여 당사자가 그 국가의 어느 지역의 법을 지정한 것으로 합리적으로 인정되는지 여부까지 살펴보아야 한다고 판시하였다.

14) 오석웅, “당사자자치의 원칙과 불통일법국법의 지정”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 24면도 동지. 이필복, “국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 543면, 註 49는 유추적용에 의문을 표시한다.

15) 최흥섭, 한국 국제사법 I -법적용법을 중심으로-(2019), 154면 이하는 둘째 경우도 불통일법국법(다수국법) 지정의 문제로 다루면서 구 국제사법 제3조 제2항을 유추적용할 여지도 있으나 해석론으로 곧바로 그 장소의 법을 직접 적용하는 편이 낫다고 한다. 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)이 적용되는 매매계약의 보충적 준거법에 관하여 서울고등법원 2011. 10. 27. 선고 2011나8463 판결(상고기각 확정)은 구 국제사법 제26조 제1항, 제2항 제1호에 기하여 양도계약 체결 시 양도인의 주된 사무소가 있는 국가의 법인 호주 법이 적용되어야 하는데 호주는 연방제 국가로서 각 주마다 다른 법체계를 가지고 있으며, 호주 법 가운데 원고의 주된 사무소가 있는 퀸즐랜드주 법이 보충적 준거법이 된다고 판시한 바 있다.

런 취지의 조문을 두는 편이 바람직할 것이다.¹⁶⁾

2. 외국법의 조사와 적용

가. 국제사법의 태도

섭외사법에는 조문이 없었으나 국제사법 제18조는 국제사법에 의하여 어떤 법률관계 내지 쟁점의 준거법으로 외국법이 지정된 경우, 종래의 학설·판례¹⁷⁾를 따라 “법원은 그 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 협력을 요구할 수 있다.”고 규정한다. “직권으로 조사한다”는 의미가, 외국법은 직권조사사항이라는 의미이지 직권탐지사항은 아니므로 법원은 스스로 자료를 탐지, 수집하고 제출해야 하는 것은 아니라고 볼 여지도 있고 우리 법원은 그런 태도로 보인다.¹⁸⁾ 그러나 그 취지는 법원이 당사자가 제출한 자료에 한정됨이 없이, 가능한 모든 인식수단을 이용하여 외국법을 조사하고 인식할 의무를 부담한다는 것, 즉 외국법은 직권탐지주의가 타당한 영역에 속한다는 것이다. 변론주의와 대비되는 직권탐지주의는 사실과 증거와 같은 소송자료의 수집·제출 책임을 당사자가 아니라 법원이 지는 태도, 즉 법원이 자기의 권능과 책임으로 재판의 기초가 되는 자료를 수집하는(대법원 1997. 12. 26 선고 96므1076 판결)” 것을 말한다.

나. 개정 여부와 방향

문제는 제18조를 개정할 필요가 있는가이다. 필자는 법원이 제18조를 직권탐지주의를 규정한 것으로 이해하기를 기대하나 만일 법원이 직권조사사항이라는 태도를 고집한다면 제18조를 개정하여 직권탐지의 대상임을 명시할 필요가 있다.

3. 지정된 준거법의 범위

가. 국제사법의 태도

국제사법 제19조는 “준거법의 범위”라는 표제 하에 “이 법에 따라 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한다.”고 규정한다. 전통적으

16) 준거법의 맥락에서 본국법 결정에 관하여는 국제사법 제16조 제1항이 명시하나, 국적관할을 인정할 경우 제16조가 적용 내지 유추적용되는지는 불분명하다. 석광현, 국제재판관할법(2022), 20면 참조.

17) 최공웅, 국제소송 개정판(1994), 359면 이하; 김홍엽, 민사소송법 제10판(2021), 457면; 전원열, 민사소송법 강의 제3판(2022), 6-3-3-1; 그것이 민사소송법학계와 국제사법학계의 통설이다. 한애라, “준거법인 외국법의 조사에 관한 소고”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 41면; 이필복(註 14), 546면. 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결은 “우리나라 법률상으로는 준거법으로서의 외국법의 적용 및 조사에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하나 외국법은 법률이어서 법원이 직권으로 그 내용을 조사하여야 하고 …”라고 판시하였다.

18) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다30469 판결은 “차관계약에서 그 준거법을 영국법으로 정하고 있으나, 영국법에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능하고, 영국법과 그 해석이 한국법이나 일반적인 법해석의 기준과 다르다고 볼 자료도 없다 하여, 한국법과 일반 법원리를 토대로 이 사건 차관계약의 내용을 해석한 것은 옳다”는 취지로 판시하였다. 직권탐지주의가 적용된다면 밑줄 친 부분과 같은 설시는 할 수 없다.

로 국제사법에 의하여 지정되는 외국법은 사법(私法)에 한정되고 공법은 제외되었는데 이것이 ‘외국공법 부적용의 원칙’이다. 그러나 사법(私法)의 공법화 현상이 두드러지고 사인 간의 국제거래관계에 각국 정부가 공법적 규제를 하는 현실에서 그러한 법규들이 공법적 성격을 가진다는 이유만으로 적용을 배제하는 것은 부당하다. 따라서 구 국제사법 제6조는 ‘외국공법 부적용의 원칙’을 배척하였고 제19조는 이를 유지한다. 다만 제19조는 준거법 소속국인 외국공법을 적용해야 한다고 규정하지는 않으므로 외국공법(국제적 강행규정도 포함될 수 있다)의 적용 여부는 국제사법적 고려에 따라 판단할 사항인데, 외국공법을 적용하는 경우 이를 준거법의 일부로서 적용하거나, ‘강행규정의 특별연결이론’을 따르거나 국제적 공법이론(섭외공법이론) 등으로 설명할 수도 있다.¹⁹⁾

나. 개정 여부와 방향

제19조(구 국제사법 제6조)에 대해서는 그로 인해 초래되는 문제점에 비해 실익이 적어 차라리 없는 것만 못하다는 신랄한 비판이 있으나²⁰⁾ 이는 부당하다. 유럽과 한국의 입법과 국제사법학의 수준 차이를 고려할 때, 외국공법 부적용의 원칙에 대한 인식과 문제의식조차 희박한 한국에서는 외국공법 부적용의 원칙을 배척한 것만으로도 제19조는 큰 의미가 있다. 우리로서는 제19조를 출발점으로 삼으면서, 그럼에도 불구하고 외국공법을 적용할 수 없는 경우(예컨대 revenue rule 등)가 있는지, 만일 있다면 어떤 경우인지를 검토해야 한다.

4. 국제적 강행규정

국제적 강행법규(또는 강행규정. 양자를 호환적으로 사용한다)는 연원에 따라 ‘준거법 소속국의 강행법규’, ‘법정지의 강행법규’와 그 밖의 경우, 즉 ‘제3국의 강행법규’로 구분되는데, 국제사법은 준거법 소속국의 국제적 강행법규에 대하여는 제19조에서 간접적으로 규정하고 법정지의 국제적 강행법규에 대하여는 제20조에서 직접 규정하나 제3국의 강행법규에 관하여는 규정하지 않는다.

가. 우리나라의 국제적 강행규정

(1) 국제사법의 태도

제20조는 국제사법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되더라도 예컨대 대외무역법, 외국환거래법(그리고 특별법인 외국인투자촉진법), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“독점규제법”)과 문화재보호법 등 그의 입법 목적에 비추어 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 법정지인 한국의 강

19) 학설은 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정(2022), 27면 이하 참조.

20) 안춘수, “국제사법상 절대적 강행규정의 처리 - 이론의 전개와 국제사법 제6조, 제7조의 의미 -”, 법학논총 제23권 제2호(통권 제37호)(2011. 2.), 210면은 “제6조는 ‘외국공법불적용의 원칙의 부인’이라는, 이미 유럽에서는 학설상 해명된 것을 확인하는 것 이상의 의미를 가질 수 없다”고 하는데 아마도 삭제하자는 취지인 듯하다. 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.), 149면 이하 참조.

행법규는 여전히 적용된다는 점을 명시한다. 이는 과거 학설·판례에 의하여 당연시된 것인데 국제사법에서는 그 취지를 분명히 하고, 그것이 국제사법적 판단의 결과임을 명확히 하였다.

(2) 개정 여부와 방향

제20조는 명시하지 않으나 국제적 강행규정과 당해 법률관계 간에 밀접한 관련이 존재해야 한다. 우리 입법자들이 준거법에 관계없이 한국의 국제적 강행규정을 어떤 법률관계에 적용하고자 하는 경우 대부분 밀접한 관련이 존재할 것이나, 그렇지 않음에도 불구하고 이를 강행적으로 적용한다면 입법관할권의 남용에 해당되어 원칙적으로 그 적용을 부정해야 한다. 국제사법을 개정하여 ‘밀접한 관련’ 요건을 명시하자는 견해도 있으나 다수설에 따라 해석론으로 해결되므로 굳이 개정하지 않아도 무방하다.²¹⁾

나. 제3국의 국제적 강행규정

(1) 국제사법의 태도

우리 국제사법이 제3국의 강행법규에 관하여 규정하지 않는 것은 제3국의 국제적 강행법규의 처리에 관하여 1980년 “계약채무의 준거법에 관한 협약”(“로마협약”)(제7조 제1항)과 스위스 국제사법(제9조)처럼 조문을 두는 예도 있으나, 2001년涉外사법 개정 당시 국제적 정설이 없었기 때문이다(로마협약 제7조 제2항은 유보를 허용하였고 영국과 독일 등은 유보를 하였다). 또한 사실상의 영향을 실질법 차원에서 고려하는 견해도 유력하였기에 강행법규의 특별연결이론이 정착되었다고 하기는 일렀고 견해가 나뉠 수 있었다. 현재도 국제사법의 해석상 다양한 학설이 가능하다.²²⁾

협회의 국제사법의 가치중립성(즉 실질법적 평가로부터의 독립성)은 전통 국제사법의 특징이었고 이는 국제사법의 ‘탈정치화 경향’으로 표현되었다. 그러나 근자에는 私法(특히 민법)의 政治化(Politisierung)에 이어 국제사법도 실질화, 헌법화, 유럽화와 정치화되었다는 목소리를 쉽게 들을 수 있다. 즉 다양한 영역에서 국제사법이 정치적 가치표상(관념)을 실현하는 수단으로써 이용되는 현상이 나타나고 있다.²³⁾ 더욱이 근자에 코로나19와 우크라이나 전쟁을 겪으면서 개별 국가들의 통제가 강화되고 글로벌 공급망이 와해되는 등 세계 산업지형이 변화하고 있는데 이런 배경 하에

21) 구 국제사법 하의 입법론은 손경한, “계약적 채무의 준거법에 관한 한국 판례의 최근 동향”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.), 132면, 註 89. 다수설은 최흥섭(註 15), 209면; 장준혁, “국제적 강행법규의 연결원칙에 관한 연구 - 개정 국제사법 제7조와 그 모법인 유럽계약협약 제7조 및 스위스 신국제사법 제18조, 제19조의 비교연구 -”, 통상법률 제75호(2007. 6.), 84면; 김민경(註 19), 19면. 이 점을 명시하지 않는 로마체제에서도 논란이 있으나 통설은 밀접한 관련이 필요하다고 본다.

22) 독일 학설의 소개는 신창선·윤남순, 新國際私法 제2판(2016), 279면 이하; 석광현, [정년기념], 441면 이하 참조. 기타 학설은 석광현, [정년기념], 442면, 註 115 참조(필자는 특별연결이론을 지지하였다). 물론 조약이 있으면 그에 따른다. IMF 협정(Articles of Agreement of the International Monetary Fund) 제Ⅷ조 2(b)가 대표적인 예이다. 동 협정은 석광현, [정년기념], 423면 이하 참조.

23) 국제사법의 정치화를 지적하는 데서 더 나아가 국제사법이 규제적 기능을 발휘해야 한다는 주장도 있다. 석광현, [정년기념], 571면 註 113 참조. 근자에는 한국에서도 유사한 논의의 단초가 보인다. 남형두, “빅테크에 대한 국제사법의 대응-구글 합의 관련 사건 판결에 대한 비판으로부터-”, 국제거래법연구 제31집 제1호(2022. 7.), 441면 이하; 손경한, “강행규정의 국제적 적용”, 서울지방변호사회 제1151차 판례연구발표회(2022. 11. 16.) 발표자료, 31면 참조.

국제적 강행규정의 중요성이 점차 커지고 있다.

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 제3국의 국제적 강행규정에 관한 조문을 신설하자는 입법론이 있다.²⁴⁾ 종래 법정지인 한국법의 국제적 강행규정성이 다루어진 사건들은 있으나 제3국의 국제적 강행규정이 논란이 된 사건들은 잘 보이지 않으므로 문제의식이 별로 없는 것 같다. 이를 시정하기 위하여 조문을 두자는 취지는 수용할 수 있으나 입법은 다소 시기상조로 보인다.²⁵⁾

5. 예외조항

가. 국제사법의 태도

국제사법의 준거법 연결원칙은 연결대상과 최밀접관련국법을 지정한다. 그러나 구체적인 사건에서 국제사법의 적용 결과가 그런 원칙에 부합하지 않을 수 있는데 그 경우 최밀접관련원칙을 관철하고자 예외조항을 둔다. 2001년 개정 당시부터 이에 해당하는 사례로 선박의 편의치적이 거론되었다. 다만 편의치적이라고 해서 당연히 예외조항이 적용되는 것은 아니고 구체적 사안에서 선적이 선적국과 유일한 관련인 경우 선적국법 대신 최밀접관련국법이 준거법이 될 수 있다는 것이었다. 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결은 파나마에 편의치적된 선박에 관하여 예외조항(구 국제사법 제8조 제1항)을 근거로 선박우선특권의 성립 및 원고의 선박우선특권과 피고의 근저당권의 우선순위를 선적국법이 아니라 한국 상법에 따라 판단하였다. 이는 예외조항을 적용한 최초의 대법원판결로서 획기적인 것이다. 필자는 위 판결에 대한 평석에서 결론은 정당하다고 볼 여지도 있으나 그러한 결론이 기존의 편의치적에 관한 대법원판결들과 정합성이 없고, 그것이 예외적인 사안에서 엄격한 요건 하에서만 적용될 수 있음을 충분히 지적하지 않은 점 등 아쉬움을 남기고, 위 판결의 결론은 편의치적에 일반화할 수 있는 것은 아니며, 예외적 성격을 충분히 고려하여 엄격한 요건 하에서만 예외조항을 적용해야 한다고 지적한 바 있다.²⁶⁾

24) 김민경(註 19), 232면은 구 국제사법 제7조의2로 스위스 국제사법 제9조를 다소 수정한 문언을 제안하였다.

25) 근자에 EU와 미국이 러시아에 대하여 제재를 부과하였으므로 그 논점이 부각되었다. 한국에서는 제재 준수에만 관심을 가지는 것 같다. 위반 시 형사·행정 제재가 수반되므로 이는 당연하나, 제재가 계약상 책임에 미치는 영향도 고려해야 한다. 그런 제재는 국제적 강행규정의 형태로 나타나므로 국제적 강행규정의 원천에 따라(즉 준거법 소속국의 것인지 제3국의 것인지) 법률효과를 검토해야 한다. Mercédeh Azeredo Silveira, Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship, in Fabio Bortolotti and Dorothy Ufot, eds., *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, International Chamber of Commerce (2018), p. 166 참조. 그러나 한국에서는 그런 문제의식이 별로 없다. 그나마 김규진, “국제계약분쟁과 일방적 경제제재 — 이른바 ‘Legal Norm 접근법’에 대한 비판적 고찰을 중심으로 —”, 연세대학교 법학연구 제32권 제3호(통권 95호)(2022. 9.), 61면 이하; 박주현·박태정, “국제 거래법 및 국제사법 관점에서 바라본 미국 경제제재가 국제거래계약에 미치는 영향”, 연세법학 제39집(2022. 7.), 273면 이하에 논의가 있다. 한국 기업과 계약을 체결한 러시아 기업이 미국의 ‘적성국에 대한 경제제재 조치에 관한 법률’ 제228조에 따라 제정된 ‘우크라이나의 주권, 통합, 민주 및 경제적 안정의 지원에 관한 법률’에 따라 제재대상자가 된 사안에서 원고(수익자)의 독립적 보증에 따른 청구가 권리남용으로서 허용되지 않는다고 판시한 서울중앙지방법원, 2022. 8. 17. 2021가합560147 판결(확정)이 있으나 미국 법률이 원인계약과 독립적 보증에 따른 당사자의 채무에 어떤 영향을 미치는지는 언급되지 않았다. 소개는 구회근·유정화, 2022년 국제사법 주요 판례 소개, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.), 403면 이하 참조.

예외조항과 반정의 관계 및 소비자계약의 경우 예외조항의 적용 여부는 논란이 있는데 일단 해석론으로 해결할 문제이나 장래 개정 시 입법을 고려할 여지도 있다.²⁷⁾

나. 개정 여부와 방향

근자에 편의치적의 경우 예외조항의 적용을 배제하는 조항을 명시함으로써 예측가능성을 제고하고 법적 안정성을 도모하자는 입법론이 있으나²⁸⁾ 동의하기 어렵다. 편의치적이라고 하여 예외조항이 당연히 적용되는 것은 아니므로 더욱 그러하다.²⁹⁾

6. 반정(反定)

가. 국제사법의 태도

섭외사법은 속인법으로서 본국법이 적용되는 경우에만 반정을 허용하였으나, 구 국제사법(제9조)은 반정의 허용범위를 확대하였고 국제사법(제22조)은 이를 유지하면서 반정을 허용하는 것이 부적절한 경우를 열거하여 반정을 배제한다. 결국 우리 국제사법의 준거법 지정은 아래와 같다. 첫째, 제22조 제1항의 경우 원칙적으로 외국의 국제사법을 지정한다(국제사법지정). 정확히는 이를 두 가지로 구분한다. ①-1 외국 국제사법이 한국법으로 직접반정을 하는 경우 그 조항을 지정하므로 국제사법지정이다(다만 반정을 허용하는 외국 국제사법 조항 제외). ①-2 기타의 경우. 우리는 외국 국제사법의 지정을 무시하므로 결국 실질법지정과 같은 결과가 된다. 둘째, 제22조 제2항의 경우 외국의 실질법을 지정한다(실질법지정). 국제사법은 섭외사법과 같이 원칙적으로 직접반정만을 허용하고 간접반정, 전정과 이중반정은 허용하지 않는다.³⁰⁾

또한 국제재판관할권 규정 속에 숨겨진 저촉규정에 의한 한국법으로의 ‘숨은 반정(hidden renvoi)’이 허용된다. 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결³¹⁾은 이혼 사건에서 준거법으로

26) 석광현, 국제사법과 국제소송 제6권(2019), 44면 이하 참조.

27) 위 논점들은 석광현, 국제사법 해설(2013), 156면 이하 참조.

28) 정병석, “해상법 분야의 국제사법 준거법 조항 개정을 위한 입법론적 검토”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 707면. 예외조항은 구체적 사건에서 타당한 연결원칙을 도입하기 위한 것이지만 이는 일반화할 수 있는 정치한 규범을 발견하기 위한 것이 특정 개별사건에서의 구체적 타당성만을 추구하는 것은 아니라는 견해도 있다. 그러나 예컨대 특별예외조항인 독일 민법 시행법 제46조의 맥락에서 구체적 타당성을 달성하는 것을 허용하는 견해도 있고 오히려 그것을 원칙으로 보는 견해도 있다. Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Band II, Besonderer Teil, 2. Auflage (2019), §3, Rn. 134. 논의를 석광현(註 26), 67면 참조.

29) 국제사법 제21조 제2항은 당사자가 준거법을 지정한 경우 예외조항의 적용을 배제하는데 해석상 당사자가 국제사법에 따라 일방적으로 준거법을 지정하는 경우도 포함한다. 이런 맥락에서 편의치적의 경우 선박소유자가 선적국을 선택한 것이므로 제21조 제2항의 적용대상인지 논란의 여지가 있다. 선적국을 결정함으로써 사실상 당사자자치와 유사하고, 회사의 설립지를 선택한 경우도 같다. 그러나 그 경우 당사자나 발기인들이 직접 선적국법이나 회사의 속인법을 준거법으로 선택한 것이 아니고 준거법의 지정은 선적과 설립지의 선택으로 인한 간접적 결과이므로 제21조 제2항의 적용대상은 아니다.

30) 국제사법 중 어음·수표에 관한 준거법규칙은 통일규범을 받아들인 것이므로 반정은 허용되지 않는다고 본다. 다만 어음·수표 행위를 하는 자의 행위능력을 정한 제80조 제1항은 전정을 허용하는데, 당초 위 조문은 전정만이 아니라 직접반정도 허용하는 것이므로 직접반정과 전정을 허용하는 것이 타당하다. 예컨대 서희원, 신고판 국제사법강의(1992), 98면; 이호정, 국제사법(1981), 448면 참조.

지정된 미국 미주리주의 이혼법을 적용하는 대신 구 국제사법 제9조 제1항을 유추적용한 ‘숨은 반정’의 법리에 따라 법정지법인 한국 민법을 적용하였다.

제8조는 이미 발효된 헤이그국제사법회의의 2005년 “관할합의에 관한 협약”(제5조 제1항)과 “민사 및 상사(사건)의 재판관할과 재판의 집행에 관한 유럽의회 및 이사회의 규정(recast)(번호 1215/2012)”(“브뤼셀 I Recast”)(제25조)의 태도를 참조하여 국제재판관할합의의 유효성의 준거법을 합의관할 부여국 법(그 국가의 국제사법 포함)이라고 명시한다. 이는 국제사법지정(즉 총괄지정)이다. 그런데 외국법원에 관할이 부여된 경우 그 국가의 국제사법이 제3국법으로 전정을 하거나 한국법으로 직접반정을 하는 경우 처리가 문제된다. 제8조가 예외를 명시하므로 그 경우 전정을 허용할 것이나, 직접반정의 경우 국제사법(제22조 제1항)을 적용하여 반정의 고리를 끊을 수 있는가라는 의문이 있다.

나. 개정 여부와 방향

첫째, 간접반정, 전정과 이중반정을 허용하자는 입법론이 있다.³²⁾ 이중반정의 약점은 양국이 모두 이를 따를 경우 발생하는데 그 경우 반정을 깨뜨리거나 삼중반정으로 나아가게 된다.³³⁾ 이를 인정한다면 준거법의 지정이 복잡하게 되고, 국제사법의 태도가 구 섭외사법 하에서부터 유지된 것이라는 점을 고려하면 굳이 개정할 필요는 없다. 다만 입법론으로는 제2항에 추가할 사항을 검토할 필요가 있다.³⁴⁾ 둘째, 근자에는 숨은 반정에 대하여 부정적인 견해가 있는데³⁵⁾ 이는 해석론이다. 비판이 없지 않으나 우리 학설은 대체로 숨은 반정에 대하여 호의적이다. 숨은 반정은 독일 특유의 법리인데, 필자도 강한 거부감은 없지만, 대법원이 충분한 검토 없이 다소 성급하게 수용한 것은 부정하기 어렵다. 셋째, 관할합의의 성립과 유효성의 준거법에 관하여 국제사법 제8조가 제기하는 반정의 문제점은 우선 해석론으로서 해결하고 필요한 경우에 입법으로 명시할 사항이다.

Ⅲ. 국제인법(國際人法)(제2장)

31) 위 판결의 평석은 석광현, “2006년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, 국제사법연구 제12호(2006), 594면 이하; 김시철, “주한 미국인 부부의 이혼 및 미성년자녀에 관한 양육처분 등에 관하여”, 저스티스 통권 제96호(2007. 2.), 237면 이하 참조. ‘숨겨진 반정’이라고도 부른다. 서희원, 신고판 국제사법강의(1992), 92면; 윤종진, 개정 현대 국제사법(2003), 139면.

32) 장준혁, “국제상속법의 입법론”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.), 375면 이하, 문안은 385면 참조. 이호정(註 30), 159-160면은 Kegel(독일의 소수설)을 따라 섭외사법의 해석론으로 이중반정을 허용하였다.

33) Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (2004), S. 394ff. 참조.

34) 예컨대 독일 민법시행법(제8조 제4항)은 동향의 대리 준거법 지정이 실질법 지정임을 명시한다. 이는 우리의 연결원칙이 얼마나 보편적인 것으로 생각하는가에 달려 있다.

35) 이종혁, “이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰-대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아-”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 522면 이하 참조.

1. 법인 및 단체의 속인법

가. 국제사법의 태도

섭외사법은 법인 및 단체의 속인법에 관하여 침묵하여 그의 속인법에 관하여 학설이 대립하였으나, 구 국제사법(제16조)은 영미에서 통용되는 설립준거법설을 원칙으로 삼되,³⁶⁾ 한국에 주된 사무소를 두거나 한국에서 주된 사업을 하는 의사(擬似)외국회사의 경우 예외적으로 유럽대륙에서 통용되는 본거지법설을 명시하였고³⁷⁾ 국제사법(제30조)도 이를 유지한다. 이런 태도를 취한 것은, 2001년 당시 본거지법설도 있었고, 외인법³⁸⁾ 규정인 상법 제617조가 ‘의사외국회사(擬似外國會社)’³⁹⁾라는 표제 하에 “외국에서 설립된 회사라도 대한민국에 그 본점을 설치하거나 대한민국에서 영업할 것을 주된 목적으로 하는 때에는 대한민국에서 설립된 회사와 동일한 규정에 의하여야 한다.”고 규정함을 고려하였기 때문이다.⁴⁰⁾

제30조 단서는 설립준거법과 본거지법이 상이한 모든 경우가 아니라 비교적 극단적 사안에만 적용되는 일면적 저축규정인데⁴¹⁾ 그 경우 한국에서 설립된 바 없으므로 법인격이 부정될 수 있다. 단서는, 외국 기업이 규제가 느슨한 외국법에 따라 회사를 설립하고 한국에서 주된 사무소를 두거나 주된 사업을 하는 것을 근본적으로 막는 일반예방적 위하(威嚇)를 달성하기 위한 것이다. 이것이 본거지법설의 결론이나 그 경우 오히려 거래의 안전을 해한다. 즉 본거지법설에 따라 법인격/권리 능력을 부정한다면 본거지법설이 추구하는 보호목적(회사와 거래하는 상대방의 거래이익 보호)을 훼손하여 비생산적이고 또한 소송상 당사자능력을 부정하는 것은 유럽인권협약에도 반한다는 점을 고려하여⁴²⁾ 독일 연방대법원 2002. 7. 1. 판결⁴³⁾은 본거지법설을 완화하여 의사외국회사가 부

36) 회사의 속인법에 관한 델라웨어주법의 우위에 반발한 일부 주, 예컨대 캘리포니아주 회사법(California Corporations Code) 제2115조는 다른 주에서 설립된 회사이더라도 일정 요건을 구비함으로써 캘리포니아에서 중대한 영업접촉(significant business contacts)을 확립하는 때에는 캘리포니아주가 그 회사의 내부사항을 규율할 권리가 있음을 명시한다. 이것이 이른바 ‘outreach statute’이다. 소개는 석광현(註 27), 207면.

37) 독일의 기타 학설들은 이병화, “국제적 법인에 관한 국제사법적 고찰”, 저스티스 통권 제124호(2011. 6.), 391면 이하 참조.

38) ‘외인법(또는 외국인법)’은 외국인(법인도 포함)과 무국적자를 내국인과 달리 취급하는 법규의 총체를 말한다. 김진, 신국제사법: 섭외사법(1962), 141-142면; 이호정(註 30), 14면. 프랑스에서는 외인법을 국제사법의 분야로 취급한다고 한다. 박기갑, 국제사법총론—法律衝突理論을 중심으로—(1996), 39면. 외인법과 국제사법 및 국제적 강행규정의 관계는 석광현, [정년기념], 746면, 註 110 참조. 김용한·조명래, 전정판 국제사법(1992), 202면도 참조.

39) 제617조의 표제는 그 후 ‘유사외국회사’로, 본문도 ‘동일한’이 “같은”으로 각 수정되었으나 표제의 수정은 잘못이다. 의사(擬似)는 ‘사이비’라는 뜻이고 유사는 비슷하다는 뜻이다.

40) 본거지법설은 예컨대 이호정(註 30), 246면 이하. 상법 제617조는 2005년 일본회사법 제정 전 구 상법 제482조를 모델로 한 것이다. 일본 구 상법 제482조는 1899년 제정된 일본 구 상법 제258조와 동일하다. 후자는 이탈리아 구 상법 제230조 제4항을 계수한 것인데 이탈리아법은 1942년 구 민법 제2505조로 승계되었다가 1995년 전면개정된 이탈리아 국제사법 제25조 제1항 제2문으로 이동되었다고 한다. 황남석, “유사외국회사에 관한 고찰”, 전남대학교 법학논총 제39권 제2호(2019. 5.), 166면 참조.

41) 따라서 필자는 이를 양면적 저축규범으로 확대할 것은 아니라고 본다. 석광현(註 27), 205면; 윤종진(註 31), 306면도 동지. 반대설도 있다. 예컨대 안춘수, 국제사법(2017), 207면.

42) von Bar/Mankowski(註 28), §7, Rn. 137. 신법정지법설의 소개는 석광현, [정년기념], 292면 이하 참조.

43) BGHZ 151, 204 = NJW 2002, 3539.

존재하는 것으로 취급하는 대신 사안에 따라 독일 민법상의 조합 또는 인적회사로 봄으로써 권리 능력(당사자능력도)을 인정하였다. 이것이 ‘수정된(완화된) 본거지법설’ 또는 ‘신본거지법설’이다. 한국에서는 법률가들의 무관심과 무지로 인하여 제30조(구 국제사법 제16조) 단서는 사문화되었다고도 하는데,⁴⁴⁾ 필자가 지적한 쿠팡, Inc.(원래는 쿠팡, LLC)⁴⁵⁾와 유동화전업 외국법인을 다룬 대법원 판결⁴⁶⁾ 외에는 그것이 적용된 사례는 알지 못한다.

나. 개정 여부와 방향: 제30조 단서

국내 기업들은 금융상의 편의 등을 위하여 외국의 조세피난처 등에 특수목적회사를 설립하는데, 그런 회사가 한국 내 영업을 주된 목적으로 하는 때에는 제30조 단서의 결과 한국법이 속인법으로 법인격이 부정될 수 있다. 이를 고려하여 제30조 단서를 삭제하고 설립준거법설로 일원화하는 입법론이 있다.⁴⁷⁾ 문제는 제30조 단서를 삭제할 경우 발기인들이 회사법상 규제가 매우 느슨한 외국법에 따라 법인을 설립하고 주로 한국에서 영업을 할 가능성이 있는데 그 경우 상법 제617조 이하가 외국회사에 대하여 적절한 통제 수단인가라는 점이다. 그렇지 않다면 국제적 강행규정에 의한 특별연결을 고려해야 하는데 특히 거래 안전, 채권자보호와 사원(특히 소수사원) 보호 등이 문제될 것이다.⁴⁸⁾

가사 제30조 단서를 삭제하여 설립준거법설로 일원화하더라도 상법 제617조와의 관계가 문제된다. 회사법의 논점에 관하여 설립준거법이 규율하는 사항과 한국 상법이 규율하는 사항이 분열되어 양법의 규율범위를 정확히 확정하기 어렵다. 예컨대 주식회사라면 권리능력의 범위와 주식은 델라웨어주법에 따르는데 만일 한국에서 상장한다면 델라웨어주법이 정한 차등의결권주식을 발행할 수 있는지 궁금하다(상장규정상 제한은 논외로 하고). 우리도 상법 조문을 일본 회사법처럼 개

44) 일부 변호사들의 국제회사법에 대한 무관심은 국제자본시장법에 대한 무관심을 낳는데 이는 잘못이다. 국제자본시장법의 다양한 논점들은 석광현 · 정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰: 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호(2010. 8.), 27면 이하; 석광현, “동시상장 등 자본시장의 국제화에 따른 國際私法 문제의 서론적 고찰”, 국제사법연구 제20권 제2호(2014), 29면 이하; 이종혁, 국제자본시장법서론-국제적 증권공모발행에서 투자설명서책임의 준거법-(2021); 허항진, 국제증권시장의 법과 실무(2009) 참조. 근자에 논의되는 ESG는 다양한 법분야와 관련되나 회사법 및 자본시장법(특히 공시의무)과 밀접하게 관련된다. 그렇다면 이에 관한 법제의 차이는 국제회사법과 국제자본시장법의 쟁점을 제기할 것이다.

45) 필자는 델라웨어주법에 따라 설립된 쿠팡, Inc.가 구 국제사법 제16조 단서의 사례라고 보았다. 2021년 3월 뉴욕 증시 상장을 위한 투자설명서를 보면 쿠팡, Inc.의 주된 사무소(principal executive office와 corporate headquarters)가 서울에 있었기 때문이다. 아마도 과거 Coupang, LLC는 외국인투자 촉진법에 따라 당국에 외국인투자 신고서/허가신청서를 제출하고, 사무실 임대차계약을 체결하였을 텐데 그 맥락에서 한국에서 법인격이 문제된다. 한미 우호 · 통상 및 항해조약(제22조 제3항)에 의하여 해결되지만 그것이 아니라면 제16조 단서에 의하여 한국에서 쿠팡의 법인격이 부정되었을 것이다. 석광현, [정년기념], 316면 이하 참조.

46) 이는 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다74868 판결인데 그에 대한 비판은 석광현, [정년기념], 300면 이하 참조.

47) 천경훈, “상법상 외국회사 규정의 몇 가지 문제점: 2011년 개정의 분석과 비판을 겸하여”, 상사법연구 제32권 제4호(통권 제81호)(2014. 2.), 265면은 설립준거법설을 지지하면서 구 국제사법 제16조 단서를 삭제하고 본문만 두자고 한다. 신창선 · 윤남순(註 22), 229면, 註 22도 상법 제617조로서 우리나라에서의 거래의 안전을 보호할 수 있다고 한다.

48) Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage (2006), S. 575. 물론 독일에 특유한 문제로 근로자의 공동(의사)결정제가 있다. 최흥섭(註 15), 239면은 상법 제614조 이하를 국제적 강행규정으로 보는 것 같아 흥미로운데, 이는 외인법의 법적 성질과도 관련된 문제이다.

정할 여지도 있으나⁴⁹⁾ 이는 외국회사의 법인격을 인정하면서 영업활동에 대하여 국내법을 적용하는 외인법적 접근방법이다. 제30조를 개정하더라도 상법 제617조가 적용된다면 완전한 일원화는 아니고 혼란이 발생할 여지가 있으므로 제617조의 개정작업과 병행하여야 한다.

2. 법인격부인

가. 국제사법의 태도

법인격부인론을 최초로 도입한 것으로 평가되는 대법원 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 판결은 홍콩인들이 편의치적에 의해 설립한 리베리아(또는 라이베리아) 회사의 법인격을 부인하였다. 그 후 대법원 2006. 8. 25. 선고 2004다26119 판결에서는 한국 회사(KT)의 필리핀 자회사의 법인격부인이 문제되었는데, 대법원은 법인격을 부인하지는 않았지만 추상적 법률론으로 객관적 요건과 주관적 요건을 요구하였다. 나아가 대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다27082 판결은 한국 회사의 브리티시 버진아일랜드 자회사의 법인격을 부인하였다. 그런데 위 사건들에서도 대법원은 외국회사의 법인격부인 여부 판단 시 ‘준거법’을 고려하지 않았다. 이는 대법원의 국제사법적 사고의 빈곤을 보여주는 예이다.⁵⁰⁾

즉 외국회사의 법인격부인이 문제되는 사안이라면 법원으로서 우선 법인격부인의 준거법을 결정하고, 그 준거법에 따라 법인격부인을 위한 요건의 구비 여부와 효력을 판단하여야 한다. 국제사법의 해석상 어던 사안에서 제3자가 회사의 채무에 관하여 사원에게 책임을 물을 수 있는지, 즉 책임실체파악은 기본적으로 회사의 속인법에 따를 사항이다. 왜냐하면 법인격부인은 법인과 그의 배후에 있는 사원 간의 ‘법적 분리의 원칙’에 대한 예외이므로, 이는 문제된 단체에 대하여 법인-사원의 법인격 분리를 인정하고, 그러한 단체의 조건을 설정한 법질서만이 결정할 수 있는 사항이기 때문이다. 그 후 법인격부인을 준거법인 회사의 속인법에 따라 판단할 사항이라고 판시한 하급심 판결들이 있었고 마침내 대법원은 일제강점기 징용피해자들이 일본 회사들을 상대로 미지급임금과 손해배상을 청구한 사건(징용사건)에서 과거 구 미쓰비시가 전후 설립된 신 미쓰비시와 동일한 법인인지를 판단하는 준거법은 설립준거법 또는 본거지법인 일본법이라고 보면서, 일본법을 적용한 결과가 한국의 공서에 반한다는 이유로 일본법의 적용을 배척하고 대신에 한국법을 적용하여 양자를 동일한 법인으로 인정하였다.⁵¹⁾ 이는 외국회사의 법인격부인에 대하여 한국법을 적용하던

49) 일본의 개정 회사법 하에서는 의사(擬似)외국회사도 법인격을 가지고 외국회사 등기를 할 수 있으나(제818조 제1항, 제933조 제1항), 일본에 본점을 두거나 일본에서 사업을 행하는 것을 주된 목적으로 하는 외국회사(擬似외국회사)는 일본에서 거래를 계속할 수 없고, 이에 위반하여 거래를 한 자(대표자 등)는 그 상대방에 대하여 외국회사와 연대하여 당해 거래에 의하여 발생한 채무를 변제할 책임을 진다(제821조). 우리 법상의 논의는 정동윤 집필대표, 「주석 상법[회사VII]」, 제5판(2014), 52면 이하(천경훈 집필부분) 참조.

50) 비판은 석광현, 국제사법과 국제소송 제2권(2001), 212면 이하; 석광현, “외국회사의 법인격 부인(否認)”, 법률신문 제3680호(2008. 9. 8.) 참조.

51) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(미쓰비시 사건); 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(신일본제철,

과거의 판례에 비하면 진일보한 것이다.

문제는 실질법상 법인격부인의 유형론이 다양하고 국제사법상으로도 견해가 나뉘며, 실질법상 및 국제사법상의 유형화가 동일하지 않다는 점이다.⁵²⁾ 예컨대 자회사가 계약을 체결하였으나 여러 사정에 비추어 모회사가 계약의 당사자로 인정되는 사안과 같이, 법인격 부인이 아니라 당사자 확정 문제의 해결할 사안도 있는데, 그 경우 계약의 효과가 누구에게 귀속하는가의 문제는 계약의 해석 문제이므로 계약의 준거법에 따른다. 앞으로 계약 당사자의 확정이 문제되는 사안과 법인격 부인이 문제되는 사안을 구별하고, 후자를 유형화함으로써 정치한 법리를 발전시킬 필요가 있다.

나. 개정 여부와 방향

이에 대하여 종래에는 법인격부인을 속인법의 문제로 보아 일률적으로 해결하고자 하였으나, 법인격부인의 법리는 법인격이 존부를 문제삼는 것이 아니라 어느 특정사안에서 회사의 법인격을 부인하고 그 배후의 자에게도 책임을 묻기 위한 것이므로 구체적인 사안 별로 준거법을 결정해야 한다면 조금 더 많은 판례가 축적된 후 이를 유형화하여 입법을 하는 것이 바람직하다는 견해⁵³⁾가 있다. 위에 적었듯이 우리 법원은 법인격부인에 대하여 속인법에 관계없이 한국법을 적용하였고 학설의 비판에 따라 근자에 이르러 비로소 속인법을 적용하기 시작한 것이므로 속인법을 일률적으로 적용하였다는 비판은 국제사법적 사고의 빈곤을 지적하였던 필자가 보기에는 지나친 것이다. 다만 유형화의 필요성을 지적하는 것은 타당하다. 아직 이 점에 대하여는 문제의식과 연구가 부족하므로 현재로서는 법인격부인의 준거법을 입법하는 것은 시기상조이고 당분간 판례와 학설에 맡기는 편이 적절하다.

3. 국제적 조직개편(또는 조직재편)

가. 국제사법의 태도

스위스 국제사법은 단체의 이전에 관한 조문과, 국제적 합병(제163a조와 제163b조), 국제적 분할과 재산양도(제163d조), 채무추심지와 재판적(제164a조) 그리고 외국에서의 이전, 합병, 분할과 재산이전(제164b조) 등의 준거법에 관한 조문을 두고 있다. 이를 포괄하여 “국제적 조직개(재)편이라 한다. 우리 국제사법에는 규정이 없고 논의도 별로 없다.⁵⁴⁾

정확히는 신일철주금 사건). 김건식, “법인격과 법인격 부인법리-우리 판례를 중심으로-”, BFL 제69호(2015. 1.), 33면은 이를 법인격부인의 준거법을 일본법이라고 본 판결로 소개한다.

52) 독일 학설은 김태진, “법인격부인론에 관한 국제사법적 검토”, 국제사법연구 제14호(2008. 12.), 233면; 석광현, “외국회사의 법인격 부인(否認)”, 법률신문 제3680호(2008. 9. 8.) 참조. 일본 학설은 이병화(註 37), 406면 이하 참조.

53) 정병석(註 28), 730면.

54) 우리 문헌은 김태진, “회사의 국제적인 조직변경 - 외국 회사가 관련된 경우를 중심으로 -”, BFL 제42호(2010. 7.), 20면 이하 참조. 국제적 합병에 관하여는 김태진, “국제적인 합병 체제를 위한 고찰”, 법학논총 제31집 제2호(2014. 6.), 377면 이하; 송종준, “Cross-Border M&A의 법적 기반조성 방안에 관한 연구 - 국제적 합병을 중심으로 -”, 선진상사법률 제90호(2020. 4.), 1면 이하 참조.

나. 개정 여부와 방향

국제적 조직개편(또는 조직재편)의 준거법을 우리 국제사법에 도입하는 것은 아직은 시기상조이다.

4. 자연인의 성씨

가. 국제사법의 태도

국제혼인이 증가함에 따라 국제성씨(또는 성명, 양자를 호환적으로 사용한다)에 관한 법의 중요성이 점차 커지고 있다. 독일 민법시행법 제10조는 성명에 대하여 독립적인 연결원칙을 두고 있으나 우리 국제사법에는 조문이 없다. 2001년 섭외사법 개정과정에서 연구반초안(제17조)은 성명에 관한 연결원칙으로 본국법주의를 명시하는 규정을 두었다. 이는 성명은 당사자의 인격권에 관한 문제라는 측면을 강조하고, 성명에 대한 사법적 측면과 공법적 측면을 일치시킬 수 있는 장점이 있기 때문이었다. 그러나 종래 부부 간의 성, 자의 성에 대해서는 신분관계의 준거법(즉 혼인의 효력과 친자관계의 준거법)에 의한다는 견해도 유력하였고 더 검토가 필요하다는 이유로 결국 규정을 두지 않았다. 이런 상태가 유지되고 있고 가족관계등록의 실무는 호적선례(200308-1), 호적선례(200504-2)와 가족관계등록선례(200910-2) 등에 의하여 혼인에 의한 배우자의 성의 문제는 혼인의 효력의 준거법에 따르고 있다. 한편 자녀의 성을 보면, 배우자의 성(姓)이 혼인의 효력의 준거법에 의한다는 호적선례와 논리적인 일관성이 있다면 자녀의 성도 친자관계의 준거법에 따라야 하나 실무는 준거법과 관련 없이 이루어지는 것으로 보이는데 그 근거는 불분명하다.⁵⁵⁾

나. 개정 여부와 방향

근자에는 독일 민법시행법을 참고하여 우리 국제사법에도 성명의 준거법 일반에 대하여 본국법주의를 명시하자는 입법론이 있다.⁵⁶⁾ 그러나 2001년에도 그런 취지의 제안이 채택되지 않았는데 그 후 연구의 축적이 부족한 상황에서 동일한 제안을 하는 것이 타당한지는 의문이다. 특히 본국법주의를 채택하자면 독일처럼 제한적으로 준거법의 선택을 허용할지,⁵⁷⁾ 복수국적자의 취급(국제사법 제16조 제1항의 적용 여부)과 경과조치, 국제성명공법(ICCS 협약 포함)과 국제성명사법의 관계 및 '파행적 성명관계(hinkende Namensverhältnisse)'를 피하고자 네덜란드 국제사법(제10편 제24조 제1항)처럼 외국에서 기록되거나 변경된 성명을 (준거법 통제 없이) 승인하는 방안 등에 대

55) 실무는 한국인 부와 외국인 모 사이의 혼인중의 자녀의 경우에는 한국인 간에 출생한 혼인중의 자녀와 동일하게 처리하고(가족관계등록예규 제312호 제13조), 한국인 모와 외국인 부 사이의 혼인중의 자녀의 경우에는 외국인 부의 성을 따르거나 한국인 모의 성과 본을 따라 신고할 수 있다(가족관계등록예규 제327호). 법원행정처, 가족관계등록실무[II] (2012), 570면 이하 참조. 양자의 취급이 다른 것은 민법 제781조(자의 성과 본) 제2항이 “부가 외국인인 경우에는 자는 모의 성과 본을 따를 수 있다.”고 규정하기 때문으로 짐작된다.

56) 이종혁, “친생자관계의 성립 및 효력의 준거법에 관한 입법론”, 가족법연구 제36권 제3호(2022. 11.), 139면 이하는 성명 준거법을 정한 조문의 신설을 제안하나 준거법의 선택은 규정하지 않는다.

57) 최흥섭(註 15), 233면은 과거와 달리 민법이 개정되어 부모가 자녀의 성으로 모의 성을 선택할 수 있고, 성씨의 변경도 가능하게 된 점을 고려하여 준거법 선택을 긍정적으로 볼 여지가 있다고 평가한다.

한 검토를 포함하여 더 신중하게 접근할 필요가 있다.⁵⁸⁾ 특히 우리 실무의 법적 근거와 문제점을 파악하여야 한다. 요컨대 입법론에 반대하는 것이 아니라 우선 선행작업을 충실히 수행한 뒤에 하자는 것이다. 한국의 출산율 추락으로 인한 인구감소와 인력난에 대한 대처방안으로 장래 외국인 이민자가 대거 유입되면 성씨의 중요성과 그에 대한 인식이 더욱 커질 것이다. 또한 종래의 선례와 예규를 검토하여 정비할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 이는 비단 성명만이 아니라 국제가족관계등록 전반에 해당되는 이야기다.

IV. 국제법률행위법: 국제대리법(제3장)

1. 국제사법의 태도

섭외사법상 대리의 준거법에 관하여 명문의 규정이 없었으나, 구 국제사법(제18조)에서는 임의 대리에 관한 규정을 신설하였고 이는 국제사법(제32조)에서도 유지되고 있다. 선장의 대리권에 관하여는 해상의 장(제94조)에서 별도로 규정한다. 법정대리는 법률의 규정에 의하여 직접 발생하므로 대리권의 발생원인이 되는 법률관계의 준거법에 의한다.

2. 개정 여부와 방향

제32조는 표현대리와 무권대리를 언급하지 않으므로 양자의 준거법에 관하여는 흠결이 있다는 견해도 가능하나 제5항의 취지(무권대리인의 책임에 대하여 본인의 구속 여부의 준거법과 동일한 법을 지정)를 고려할 때 본인이 표현대리인 또는 무권대리인의 행위에 구속되는지도 대리행위의 효과의 귀속 문제로서 대리의 준거법에 따른다. 구 국제사법 제18조의 입법에 영향을 준 1990년 대법원 판결도 표현대리의 성부에 관하여 행위지법을 적용한 것이었다. 따라서 국제사법을 개정할 필요는 없으나 장래 개정할 기회에 더 명확히 규정하는 데는 이의가 없다. 참고로 임의대리의 준거법을 정한 독일 민법시행법(제8조)은 2017년 6월 신설되었는데, ① 당사자자치를 허용하고, ② 대리인이 영업활동으로 행위하는 경우, 근로자로 행위하는 경우와 그 밖의 경우를 구분하여 대리인의 영업소, 본인의 영업소와 대리행위지를 각각 연결점으로 삼는 점은 우리 국제사법과 유사하다.

58) 국제민사신분위원회(International Commission on Civil Status, ICCS) 협약은 석광현, [정년기념], 676면 註 46, 네덜란드 국제사법의 조문은 석광현, [정년기념], 705면 각 참조. 나아가 우리는 종래 성씨를 한글·한자로 표기하므로 한자문화권이 아닌 외국의 철자 및 표기와 충돌이 발생하지 않을 것이다. 그러나 장래 외국인의 등록범위가 확대되면 문제가 발생할 가능성이 있다. 외국인의 성명의 철자 및 표기에 관하여는 “외국의 국호, 지명 및 인명의 표기에 관한 사무처리지침”(가족관계등록예규 제451호, 개정 2015.01.08)이 있으나 충분하지는 않다. 성명을 다른 문자로 표기할 경우 유럽연합의 Konstantinidis 사건(C-168/91)에서처럼 철자 및 표기의 문제가 발생할 수 있다.

59) 이런 점에서 일본의 현행 실무를 정리하여 파악하기 쉽게 제시하고 개정제안을 담은 佐藤やよひ/道垣内正人, 涉外戶籍法リステイメント(2007)과 같은 저술은 큰 의미가 있고 우리도 그러한 작업이 필요하다.

그러나 독일법은 반정을 원칙적으로 배제하나(예외 있음), 우리 법은 반정에 관하여 언급하지 않는 대신 대리의 내부관계에 관한 조문을 두고, 무권대리에서 대리인의 책임의 준거법을 명시하는 점에 차이가 있다.⁶⁰⁾ 양자는 표현대리와 무권대리에서 본인이 책임을 지는지를 명시하지 않으나 대리의 준거법에 따른다고 본다.⁶¹⁾

V. 국제물권법(제4장)

1. 물권 변동에서 당사자자치 원칙의 도입

가. 국제사법의 태도

국제사법(제33조)은 동산·부동산의 물권과, 물권의 득실변경에 대하여 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 소재지법에 따른다고 규정한다. 우리 민법(제185조)은 물권법정주의를 명시하므로 외국에서 성립한 물권이 민법상 물권의 성립요건을 구비한다면 외국법에 따른 물권의 효력을 부인할 것이 아니라 가급적 한국법상의 물권 중에서 유사한 내용의 물권의 효력을 인정하거나, 외국에서 인정하는 효력의 일부만을 제외함으로써 외국법상의 물권의 효력을 존중하는 취지에서 국제사법이 명시하지는 않지만 해석론으로서 ‘치환(置換)’ 또는 ‘전치(轉置)(Transposition 또는 Umsetzung)’의 법리가 타당하다.

한편 스위스 국제사법(제104조)은 동산 물권의 취득·상실에 관하여 당사자자치를 인정한다(다만 선택 대상을 제한하고, 제3자에게 대항할 수 없음을 명시한다). 국제사법은 이를 채택하지 않았으므로 이는 허용되지 않는다.

나. 개정 여부와 방향

2001년 섭외사법 개정 시 연구반초안(제36조 제3항)은 치환의 법리를 명시하였으나 없어도 괜찮다고 보아 삭제되었다. 해석론으로 해결할 수 있기에 입법을 제안하지는 않는다.

한편 동산 물권변동에 관하여 스위스 국제사법처럼 당사자 간에만 효력을 가지는 당사자자치의 허용을 전향적으로 검토할 필요가 있다. 필자는 과거 입법론으로 이를 검토할 필요가 있다고 하였는데 독일에도 이를 지지하는 유력설이 있다.⁶²⁾ 동산 물권에 관하여 광범위한 당사자자치를 허용

60) 독일 민법시행법은 부동산 또는 그에 대한 권리의 처분에서 임의대리에 대하여 부동산 소재지법 등 그의 준거법을 적용하고(제6항), 대리의 준거법 원칙이 거래소에서의 행위와 경매에서의 임의대리에 적용되지 않음을 명시한다(제7항). 또한 일상거소 결정을 위한 지침을 둔다(제8항). 우리 국제사법(제18조)에는 제6항과 제7항에 상응하는 조문이 없으나 예외조항을 고려하여 동일한 해석이 바람직하고, 소송행위의 대리는 법정지법에 따른다고 본다.

61) 우리 법의 해석상 최흥섭(註 15), 255면도 동지. 독일 법의 해석상 논란이 있으나 본문처럼 본다. MünchKomm/Spellenberg, 7. Auflage, EGBGB, Art. 8, Rn. 131.

62) 근자의 Jürgen Basedow, “Lex situs and Beyond-the Case of Movables”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.),

하는 중국 섭외민사관계법률적용법 제37조는 흥미로우나, 동산 물권의 내용에 대해서까지 당사자 자치를 허용하면 중국 물권법(제5조)이 정한 물권법정주의에 반하게 되는 문제가 있으므로 그 범위를 그렇게까지 넓힐 것은 아니다. 가급적 외국법의 적용을 피하는 중국 법원이 동산 물권에 대하여 외국법을 널리 적용할 것 같지는 않다.

2. 문화재에 대한 국제물권법의 특칙

가. 국제사법의 태도

우리 국제사법(제33조)은 부동산과 동산의 물권에 관하여 국제적으로 널리 인정되는 소재지법(*lex rei sitae*) 원칙을 명시한다. 이는 물건에 대한 배타적 권리라는 물권의 속성에 비추어 자연스럽게 거래안전의 보호에 적합하며 국제적인 판결의 일치에도 기여하는 장점이 있다. 다만 동산은 쉽게 이동될 수 있으므로 ‘준거법의 변경(Statutenwechsel, conflict mobile)’이라는 까다로운 문제를 초래한다. 문화재에 대한 물권의 준거법에 관하여 국제사법과 문화재보호법에 특칙이 없으므로 소재지법 원칙은 도난당하거나 불법반출된 문화재에도 적용된다고 보는 것이 전통적 견해이다.

그러나 근자에는 도난 및 불법반출로부터 문화재를 보호해야 한다는 실질법의 가치는 국제사회의 공통된 가치로서 존중되고 있다. 또한 국가에 따라 소유권취득 요건이 상이하므로 소재지법 원칙을 관철한다면 문화재의 절도범과 밀거래자가 처벌받을 약삭빠르게 선택함으로써 위 원칙을 남용할 가능성이 있다.⁶³⁾ 국가로서도 절취 또는 불법반출에 의하여 그의 영토로부터 문화재를 영가 대매출되는 것을 막는 데 대해 이해관계가 있다. 더욱이 문화재는 통상의 물건에 비해 거래안전을 보호할 필요성이 약하다는 근거로 취득 시 소재지법이 아니라 ① 기원국법 또는 ② 절취 시의 소재지법(즉 절취지법)을 적용하는 견해가 점차 세를 얻어가고 있고 벨기에처럼 이를 국제사법에 채택한 국가도 있으며,⁶⁴⁾ ③ 기원국법을 출발점으로 하면서 실질적으로 더 밀접한 관련이 있는 국가가 있고 선의취득자를 보호하기 위하여 필요한 경우 예외적으로 당해 국가의 법을 적용하는 견해도 있다.⁶⁵⁾

437면 이하는 소재지법 주위가 국제무역에 장애가 됨을 지적하고 당사자 간에만 효력을 가지는 준거법합의를 허용할 것을 주장한다. Jürgen Basedow, *The Lex Situs in the Law of Movables: A Swiss Cheese*, Yearbook of Private International Law, Vol. XVIII 2016/2017 (2018), p. 1 이하도 있다. 다만 그 구체적인 내용은 더 검토할 필요가 있다.

63) Staudinger/Heinz-Peter Mansel, Art 46 EGBGB (2015) Rn. 63; Heinz-Peter Mansel, “De Weerth v. Baldinger”, IPRax (1988), 270ff. 실제로 이런 문제점을 드러낸 유명한 사례는 1979년 영국의 *Winkworth v. Christie* 사건([1980] 1 Ch. 496=[1980] 2 W.L.R. 937=[1980] 1 All E. R. 1121. 사안은 석광현(註 27), 246면註 27 참조.)이다.

64) 벨기에 국제사법(제90조)은 반출국의 반환청구(revendication)에 관하여 반출국법을 적용한다. 다만 반환청구를 하는 국가는 소재지법을 선택할 수 있고, 만일 반출국법이 선의취득자에게 보호를 부여하지 않는 경우에는 소재지법을 원용할 수 있다.

65) 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.), 135면 이하 참조. 이필복, “국제적인 문화재 거래와 국제적 강행규정 - 기원국의 국제적 강행규정을 중심으로 -”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.), 128면은 문화재에 관한 물권에 대하여 원칙적으로 소재지법을 따르되 구체적인 상황 하에서 예외적으로 법정지 또는 기원국 등 제3국의 국제적 강행규정을 적용 내지 고려하는 방안을 적극적으로 검토하자는 견해를 피력하나 동의하기 어렵다.

최근에는 한국에도 기원국법설을 지지하는 견해가 있다.⁶⁶⁾ 물권의 준거법에 관한 명문규정이 있으므로 이런 해석론은 예외조항(제21조)을 근거로 주장된다. 기원국법설의 난점은 기원국 개념의 불확실성인데, 기원국법이 적용되는 문화재의 범위와, 준거법인 기원국법이 규율하는 사항의 범위도 명확히 해야 한다.

요컨대 현재로서는 한국으로부터 도난당한 문화재가 외국에서 거래되는 경우 취득자의 선의취득 여부는, 가사 기원국(state of origin)인 우리 법상 문화재의 선의취득이 불가능하더라도 취득 당시 소재지인 당해 외국법에 의할 사항이다.⁶⁷⁾ 독일과 스위스의 다수설도 소재지법 원칙이 문화재에 대하여도 타당하다고 본다. 만일 어보 사건에 기원국법을 적용하였다면 오히려 선의취득이 가능할 여지도 있었다는 점에서 기원국법이 항상 문화재를 보호하는 결론을 도출하는 것은 아니다.

나. 개정 여부와 방향

위에 언급한 기원국법주의의 어려움을 고려하면 현재로서는 국제사법에 문화재에 대하여 기원국법설을 명시하는 특칙을 두자는 입법론은 수용하기 어렵다.

3. 암호화폐 기타 가상자산

암호화폐 기타 가상자산의 중요성이 점차 커짐에 따라 가상자산의 국제적 거래와 처분의 준거법이 문제된다. 이에 관하여는 국제적으로 논의가 있고 UNIDROIT의 작업도 진행 중이므로 추이를 더 지켜볼 필요가 있다.⁶⁸⁾ 현재로서는 이 논점을 입법의 대상으로 삼는 것은 시기상조이다. “미네르바의 부엉이(올빼미)는 황혼과 더불어 날기 시작한다”고 하지 않던가. 상이한 내용을 가진 실질법의 병존을 전제로 하는 국제사법의 경우는 더욱 그러하다.

여기에서 이를 언급한 것은 가상자산의 국제적 거래와 처분이 모두 물권법적 문제로 성질결정됨을 전제로 하는 것은 아니며, 단지 처분의 준거법에 더 큰 관심을 두었기 때문이다.

66) 송호영, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(lex originis)에 관한 연구”, 재산법연구 제30권 제1호(2013. 5.), 104면; 송호영, “海外로 不法搬出된 文化財의 民事法上 返還請求法理에 관한 研究”, 비교사법 제11권 제4호(상)(통권 제27호)(2004. 12.), 251-252면. 이는 일차적으로 해석론이나 입법론도 포함하는 것으로 보인다.

67) 실제로 원고가 미국의 인터넷 경매 사이트에서 미국 버지니아 주에 소재하였던 도품(盜品)인 ‘인조계비 장렬왕후 어보(御寶)’를 낙찰 받은 뒤 피고(대한민국) 산하 국립 고궁박물관에 매수 신청을 하면서 위 어보를 인도하였는데, 국립고궁박물관이 위 어보가 도난품이라는 이유로 매입 및 반환을 거부하자 원고가 위 어보의 반환을 청구한 사건이 있었다. 이 사건에서 서울고등법원 2018. 9. 20. 선고 2017나2053997 판결(심리불속행으로 확정)은 소재지법인 버지니아 주법(nemo dat rule)을 적용하여 선의취득을 부정하였다.

68) 우선 천창민, “가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구 - UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 -”, 서울대학교 법학 제63권 제1호(2022. 3.), 43면 이하; 천창민, “假想資産 去來의 準據法”, 2023. 1. 26. 한국국제사법학회 제158회 정기연구회 발표자료; Christiane Wendehorst, Digitalgüter im Internationalen Privatrechts, IPRax (2020), S. 490ff. 참조. 암호자산의 국제사법적 논점의 소개는 정순섭, “블록체인과 금융”, BFL 제108호(2021. 7.), 19면 이하; 박준·한민, 금융거래와 법, 제3판(2022), 1208면 이하; Andrew Dickinson, Cryptocurrencies and the Conflict of Laws, Fox/Green (ed.), Private and Public Law Implications of Cryptocurrencies (2019), p. 93 이하 참조.

4. 무기명증권에 관한 조문

가. 국제사법의 태도

국제사법 제35조는 “무기명증권에 관한 권리의 취득·상실·변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 무기명증권의 소재지법에 따른다”고 규정한다. 무기명증권에 관한 권리에는 ‘무기명증권 자체에 대한 권리’와 ‘무기명증권에 의하여 화체된 권리’가 포함된다. 유가증권 자체에 대한 권리는 무기명증권이건 아니건 간에 증권 소재지법(*lex cartae sitae*)에 의하나, 무기명증권의 경우는 당해 증권과 그에 화체된 권리를 동일시할 수 있으므로 화체된 권리도 증권 소재지법에 의한다.

나. 개정 여부와 방향

“무기명증권에 관한 권리의 취득·상실·변경”은 문면상 무기명증권 자체에 대한 권리와 무기명증권에 화체된 권리의 득실변경을 모두 포함한다. 그러나 증권 소재지법의 적용은 그러한 두 가지 권리의 ‘취득·상실’에는 모두 타당하지만 ‘변경’에 관한 한 ‘무기명증권에 관한 권리’는 ‘무기명증권 자체에 대한 권리’만을 의미한다고 본다. 무기명증권에 화체된 권리, 예컨대 무기명사채권에 화체된 채권적 권리의 내용 변경(예컨대 이자율변경)은 소재지법에 따를 이유가 없다. 조문의 문언과 올바른 해석론을 정리하면 아래와 같다.

조문		올바른 해석론	
대상인 권리	대상인 현상	대상인 권리	대상인 현상
무기명증권에 관한 권리	득실변경	무기명증권 자체에 대한 권리	득실변경
		무기명증권에 화체된 권리	득실

이런 문제는, 2001년 섭외사법 제31조(무기명증권)를 구 국제사법 제21조(무기명증권)로 개정하면서 구 국제사법 제19조 제2항의 문언에 동조시키고자 ‘취득에 관한 사항’을 ‘득실변경’으로 수정한 탓에 발생한 것이다. 이제는 국제사법 제35조(무기명증권)(구 국제사법 제21조에 상응)를 개정할 필요가 있다. 즉 무기명증권에 화체된 권리의 취득·상실의 준거법만 명시하고, 무기명증권 자체에 대한 권리의 준거법은 규정하지 않는 것이다. 아니면 개정하는 기회에 유가증권(다만 어음·수표는 제9장에 맡김)의 준거법은 ‘증권 자체의 준거법’과 ‘증권에 화체된 권리의 준거법’으로 구분됨⁶⁹⁾을 국제사법에 명시할 수도 있을 것이다.

69) 석광현(註 27), 252면, 註 4 참조. 최흥섭(註 15), 272면도 이를 명확히 쓴다. 그러나 증권 부동화, 무권화에 이어 전자증권이 도입된 작금에는 ‘증권 자체의 준거법’은 의미를 거의 상실하였다.

5. 간접보유증권 관련 규정의 신설방안

가. 부동화된(예치된) 무기명증권⁷⁰⁾

위에서 보았듯이 국제사법 제35조는 무기명증권에 관한 권리의 취득·상실·변경에 대하여 소재지법을 준거법으로 지정하는데 이는 증권의 교부에 의해 무기명증권이 처분되는 경우 적용된다. 그런데 증서가 중개기관에 예탁되고 무기명증권이 계좌이체로 처분되는 부동화의 경우 동산처럼 취급되는 무기명증권의 특성이 사장되고 소재지는 무의미하므로 제35조가 적용되지 않는다. 그러면 부동화된 무기명증권(정확히는 계좌보유자의 권리)의 처분의 준거법이 문제된다. 이는 처분의 목적물이 예탁된 무기명증권인지, 담보설정자가 중개기관에 대하여 가지는 권리와 그를 통하여 가지는 무기명증권에 대한 권리(수익권 또는 증권권리 등)인지에 따라 달라지고, 후자라면 PRIMA('place of the relevant intermediary approach'. 중개기관 소재지 중심의 접근방법)에 따라 중개기관(또는 계좌) 소재지법이 가장 밀접한 관련이 있는 법으로서 무기명증권의 약정담보물권의 준거법이 될 것이다.⁷¹⁾

주목할 것은 2002년 12월 채택된 헤이그국제사법회의의 “중개기관에 보유하는 유가증권에 관한 일부권리의 준거법에 관한 협약”⁷²⁾(“증권협약”)이다. 이는 PRIMA를 변형한 ‘계좌약정접근방법(account agreement approach)’을 취하는데⁷³⁾ 2017. 4. 1. 발효되었으나 미국, 스위스와 모리셔스만이 가입하여 당초 목표 달성에 실패하였다. 이는 결국 당사자들이 간접보유증권에 대하여 소재지에 관계없이 영국법 또는 뉴욕주법에 따라 담보 제공을 가능하게 하는데 이는 다른 국가들이 정치적으로 수용할 수 없기 때문이다.⁷⁴⁾

나. 무기명증권 이외의 유가증권에 대한 약정담보물권/처분의 준거법

채권 등에 대한 약정담보물권의 준거법을 정한 국제사법 제37조 본문은 “채권·주식, 그 밖의 권리 또는 이를 표창하는 유가증권을 대상으로 하는 약정담보물권은 담보대상인 권리의 준거법에 따른다”고 규정한다. 따라서 債權을 표창하는 사채권의 경우 당사자가 지정한 법이 사채권에 대한 약정담보물권의 준거법이 되나, 주식의 경우 회사의 속인법이 주권에 대한 약정담보물권의 준거법이 된다.⁷⁵⁾ 그러나 부동화 또는 무권화된 유가증권(무기명증권 이외의)의 경우 제37조가 적용되지 않

70) 상세는 석광현, “國際的인 證券擔保去來의 準據法—PRIMA와 관련하여—”, 증권법연구 제3권 제1호(2002), 97면 이하; 석광현, 국제사법과 국제소송 제4권(2007), 277면 이하; 천창민, “국제적 유가증권거래의 준거법 - 헤이그유가증권협약을 중심으로 -”, 국제사법연구 제10호(2004. 12.), 233면 이하 참조.

71) 그 권리를 제37조에 규정된 “그 밖의 권리”로 볼 여지도 있다.

72) 영문명칭은 “Convention on the Law Applicable to Certain Rights in respect of Securities held with an Intermediary”이다.

73) 전자를 ‘사실상의(Factual) PRIMA’, 후자를 ‘계약상의(Contractual) PRIMA’라고 부르기도 한다. Guy Morton, The 2006 Securities Convention: background, purpose and future, Thomas John et al., The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law (2020), p. 347 참조.

74) Morton(註 73), p. 347 참조.

고, 중개기관 소재지법(PRIMA)을 적용하는 견해가 설득력이 있다. 제37조는 약정담보물권만 언급 하나 이는 채권·주식 그 밖의 권리 또는 이를 표창하는 유가증권에 대한 권리의 득실변경에도 적용된다고 본다. 그럼으로써 처분의 일종인 양도와 담보권 설정에 대해 동일한 준거법을 적용할 수 있다.

다. 개정 여부와 방향: 간접보유증권의 처분의 준거법

예치되어 있는 무기명증권과 기타 유가증권(간접보유증권)의 처분의 준거법을 국제사법에 명시하는 방안을 검토할 필요가 있다. 어느 경우이든 PRIMA 또는 이를 다소 수정한 연결원칙을 명시하는 방안을 고려할 수 있다. 규정을 둔다면 아래 3개 원칙을 들 수 있다.

첫째, 계좌약정의 당사자 간의 권리와 의무는 계좌약정의 준거법에 의한다. 이 경우 계좌약정의 준거법은 계약의 연결원칙을 정한 제45조 이하에 의하여 결정된다.

둘째, 상이한 법제가 개재하는 국제증권거래가 계좌기재를 통하여 이루어질 수밖에 없는 현실을 직시한다면 어느 한 법제의 개념을 강요할 수는 없다. 그렇다면 부동화된 무기명증권(계좌보유자의 권리) 처분의 준거법은 담보권자 또는 처분의 수익자를 위한 권리가 기재되는 계좌소재지법(또는 중개기관소재지법)이라고 보는 것이 설득력이 있다.⁷⁶⁾ 과거 필자는 한국도 증권협약에 가입하거나 동 협약의 원칙을 국내법으로 채택하자고 제안한 바 있으나 증권협약이 성공적이지 않으므로 입법을 검토할 필요가 있는데, 이제는 “주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률”(“전자증권법”)의 시행도 고려하여야 한다.⁷⁷⁾ 제1안은 간접보유증권의 처분(즉 물권적 측면)에 관하여 PRIMA를 명시하는 방안이다. 증권협약의 태도를 제2안으로 고려할 수 있으나 담보제공을 영국법 또는 뉴욕주법에 따르게 할 이유가 없으니 수용하기 어렵다. 다만 한국에서 이에 관한 근자의 논의가 보이지 않아 실무상 입법의 필요성이 있는지 의문이다.⁷⁸⁾

셋째, 중개기관에 보유된 증권에 대한 권리가 발행인에 대하여 가지는 권리와 의무는 당해 증권에 표창된 권리(전자증권상의 권리 포함)의 준거법에 의한다.

75) 제37조는 유가증권에 화체된 권리의 준거법을 정한 것이고, 유가증권 자체에 대한 권리의 준거법을 정한 것은 아니다. 후자는 증권 소재지법에 의한다. 한편 수익권을 표창하는 유가증권의 경우에는 수익권의 법적성질에 따라 결정된다. 실무상으로는 수익권에 대하여 당사자자치가 허용되는 것으로 본다. 석광현, “신탁과 국제사법”, 정순섭·노혁준(편저), 신탁법의 쟁점(제2권)(2014), 381면.

76) 석광현(註 27), 255면. 개정안은 천창민, “간접보유증권의 국제재판관할과 준거법: 간접보유증권에 관한 국제사법상 연결규칙의 신설을 제안하며”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 481면 이하 참조. 참고로 대만의涉外民事關係法律適用法 제44조는 규정을 두고 있다.

77) 전자증권법에 따른 실질법의 변화가 국제사법상의 준거법 결정원칙에 직접적 변화를 초래하지는 않는다. 천창민, “전자증권의 국제사법적 쟁점”, BFL 제96호(2019, 7.), 102면도 동지. 독일은 전자유가증권법(Gesetz über elektronische Wertpapiere, eWpG)을 제정하여 2021. 6. 10. 발효시켰는데 이는 저축법규칙(제32조)도 두고 있다. 소개는 Felix M. Wilke, Das IPR der elektronischen Wertpapiere, IPRax (2021), S. 502f. 참조. 조문은 석광현, [정년기념], 572면, 註 116 참조.

78) 이처럼 계좌를 통한 거래에서 계좌 또는 그와 직결된 연결점을 고려하는 것은 암호화폐 기타 가상자산의 처분의 준거법에 관한 근자의 논의에서도 볼 수 있다.

VI. 국제지식재산권법(제5장)79)

1. 국제사법의 태도: 제40조의 해석론

지식재산권(‘지적재산권’과 ‘지식재산권’을 혼용한다)은 일국의 경제체제나 정책과 밀접한 관련을 맺고 있고 그 권리의 인정 여부와 범위가 국가에 따라 상이한 속지적인 성격을 가지며 — 즉, 지적재산권에 대하여는 속지주의⁸⁰⁾가 타당하다 —, 그 효력도 이를 부여한 국가 내에 한정되는 경향이 있다. 과거 한국에서는 지적재산권에 관한 국제사법적 논점에 대한 관심이 매우 작았기 때문에 2001년 구 국제사법 제24조에 지적재산권의 준거법 조항을 신설하면서 조약과 다수 입법 및 학설이 널리 인정하는 ‘보호국법주의’를 명시하였고⁸¹⁾ 국제사법 제40조는 이를 유지하나 ‘침해지법’만을 언급한다. 여기에서 ‘보호국’은, 실제로 보호를 부여하는 국가가 아니라 “그의 영토에 대하여 지적재산권의 보호가 청구되고 있는 국가”를 의미한다. 제40조는 지적재산권의 침해지만 언급하나, 해석상 지적재산권 전반에 관하여 보호국법주의를 선언한 조항으로 보는 견해가 유력하고 이를 따른 하급심 판결도 있다.⁸²⁾⁸³⁾ 한편 유력설은 제40조에도 불구하고 지적재산권의 양도 또는 라이선스에 관한 계약은 계약의 준거법에 따른 사항이라고 보며 이 점은 별 이론이 없다. 제40조는 특허권과 상표권과 같은 등록지재권만이 아니라 저작권과 같은 비등록지재권에도 적용된다는 것이 다수설이다. 반면에 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2017가합576442 판결은 저작권의 경우 본국법에 따라야 한다고 보았다.⁸⁴⁾ 조문을 두어 이런 논란을 해소하는 방안도 고려할 수 있다.

79) 판례의 소개는 이주연, “국제 지식재산사건에서 준거법을 판단한 우리 법원 판결의 동향과 분석”, 국제사법연구 제27권 제1호 (2021. 6.), 69면 이하 참조.

80) 여기의 속지주의는 “지적재산권의 성립·소멸과 그 내용은 그 지적재산권을 부여한 국가의 법률에 의하여서만 결정되고 그 효력도 부여국(예컨대 특허권의 등록국 또는 저작권에 기한 보호를 공정한 국가)의 영토주권이 미치는 범위 내에서만 인정된다”는 원칙이라고 한다. 서정우, “공업소유권의 국제적 보호와 국제사법”, 재판자료 제33집, 섭외사건의 제문제[상](1986), 579면; 손경환, “지적재산분쟁의 준거법”, 저스티스 제37권 제2호(통권 제78호)(2004), 165면. 이는 일본 최고재판소 1997. 7. 1. 판결(民集51卷7号, 2299頁)이 실시한 속지주의 개념과 유사하다. 대법원 2015. 7. 23. 선고 2014다42110 판결도 “특허권의 속지주의 원칙상 물건의 발명에 관한 특허권자가 그 물건에 대하여 가지는 독점적인 생산·사용·양도·대여 또는 수입 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미친다고 판시하였다.

81) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결은 구 국제사법 제24조가 속지주의의 원칙에 기초하여 지식재산권의 보호에 관하여 규정하는 조문이라고 판시하였다. 세법에 관한 것이나 대법원 2014. 11. 27. 선고 2012두18356 판결도 특허권의 속지주의 원칙을 확인하였다.

82) 학설은 석광현(註 27), 279면 이하. 판례는 본 더치(von Dutch) 사건의 서울고등법원 2008. 7. 8. 선고 2007나80093 판결.

83) 그러나 특허권과 상표권의 경우 현저한 지리적 명칭인 ‘AMERICAN’과 대학교를 의미하는 단어인 ‘UNIVERSITY’가 결합된 표장(AMERICAN UNIVERSITY)에 대하여 한국에서 서비스표 등록을 할 수 있는지가 다투어진 사건에서 대법원 2018. 6. 21. 선고 2015후1454 전원합의체 판결이 상표권의 성립, 유·무효 또는 취소 등의 준거법이 등록국법이라고 판시하였다. 이를 이유로 대법원이 보호국법을 준거법으로 인정한 것이 아니라는 평가도 있다. 즉 이주연(註 79), 80면은, 대법원은 상표권 침해가 아닌 상표권의 성립, 효력, 취소에 관한 사항에 대하여는, 구 국제사법 제24조가 아닌, 상표의 속지주의 원칙에 근거하여 준거법을 도출하고 있다고 평가할 수 있다고 하고 제24조의 문언적 표현의 한계가 그 이유가 되었을 것으로 추측한다. 필자는 등록을 통한 보호를 구하는 국가라는 의미에서 여기의 등록국은 보호국이라고 본다. 대법원의 결론은 타당하나 그 근거가 제24조의 유추적용인지 아니면 다른 무엇인지를 밝혔어야 한다고 본다. 대법원이 판단근거를 밝히지 않은 것은 유감이다.

84) 위 판결에서 법원은 “만일 원고 주장처럼 베른협약 제5조 제2항을 확대 해석하여 침해지국에 따라 저작권자의 귀속이 달라진다고 해석한다면, 동일한 저작물에 대하여 침해지국의 법률에 따라 저작권자가 바뀔 수 있게 되고, 그 저작물에 대한 이용허락을 받으려는 제3자가 어느 당사자를 상대로 이용허락계약을 체결하여야 하는지 불안정한 상태에 놓이게 된다고 지적하고, 저작권

제40조의 결과 지적재산권의 침해에 대하여는 불법행위지법이 아니라 침해지법이 준거법이 된다. 지적재산권의 침해를 구제수단에 따라 ① 금지청구와 ② 손해배상으로 구별하여 전자에는 지적재산권의 준거법을, 후자에는 불법행위의 준거법을 각각 적용하는 것은 양자를 통일적으로 성질결정하여 연결하는 제40조에 반하고, 또한 손해배상에 대해 불법행위의 준거법을 적용하는 것은 대법원 2004. 7. 22. 선고 2003다62910 판결(X-Girl 사건)⁸⁵⁾에도 반한다.⁸⁶⁾ 서울중앙지방법원 2008. 3. 13. 선고 2007가합53681 판결⁸⁷⁾이 이원적 접근방법을 따른 것은 매우 의외인데 그 후 서울중앙지방법원 2008. 6. 20. 선고 2007가합43936 판결(탄취잉 사건 판결)에서는 이 점이 시정되었고 서울고법 2012. 7. 25. 선고 2011나70802 판결(폭스 도안 사건)도 같은 취지로 판시하였다.⁸⁸⁾

그러나 보호국법주의의 기초인 속지주의 원칙에 대하여 동 원칙은 오늘날과 같은 글로벌시대에는 맞지 않으므로 극복해야 될 개념이라는 주장이 있다.⁸⁹⁾ 하지만 조약과 국제사법상 명확한 법적 근거가 있는 속지주의 원칙을 현실적 요청만으로 간단히 배척할 수는 없다. 중요한 것은, 속지주의 원칙의 법적 근거와 적용범위를 명확히 한 뒤 그것을 현대적으로 어떻게 운용할지 그리고 필요하다면 현행 규범을 어떻게 개정할지를 명확히 하는 것이다.⁹⁰⁾

2. 개정의 착안점과 방향⁹¹⁾

구 국제사법에서는 지식재산권에 관하여 제24조만 있었기에 제4장(물권)에 포함되어 있었으나 2022년 개정을 계기로 제5장(지식재산권)으로 독립하였다. 제40조와 관련하여 종래 논의된 개정

의 권리자, 권리의 성립 및 소멸, 양도의 사안에 관하여는 저작물이 최초로 발행된 곳이나 저작자의 거주지 내지 소재지와 같은 저작물의 본국법에 따라 판단되어야 한다.”는 취지로 판시하였다. 그러나 항소심인 서울고등법원 2020. 6. 25. 2019나 2013948 판결은 저작권의 준거법이 한국법이라고 보았다.

85) 석광현, “2004년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, 국제사법연구 제10호(2004), 446면 이하; 강영수, “지적재산권의 속지주의원칙과 국제사법”, 국제사법연구 제11호(2005), 240면 이하 평석 참조.

86) 일본 최고재판소는 2002년 9월 26일 카드리다 사건 판결에서 일본 특유의 이원적 접근방법을 따랐는데 이는 일본에는 제40조와 같은 조문이 없었기 때문이다. 이는 피고가 원고의 미국 특허권을 침해했다고 주장하면서 미국 특허권에 기하여 피고의 행위의 금지 등을 구한 사건이다. 강영수, “國際知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法的 問題에 관한 研究-屬地主義 原則의 限界 및 그 修正을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2005), 49면 이하는 위 판결을 ‘FM신호복조장치사건 판결’이라고 소개한다.

87) 비판은 석광현, “국제지적재산권법에 관한 小考-최근 일부 하급심 판결들에 대한 유감을 표시하며-”, 법률신문 제3656호(2008. 6. 9.), 15면-14면 참조.

88) 폭스 도안 사건에서 법원은 베른협약 제5조 제2항 제2문의 ‘보호가 요구된 국가’는 ‘그 영토 내에서의 보호가 요구되고 있는 국가’, 즉 ‘보호국’을 의미하며, 특히 지적재산권 침해와 관련하여 ‘그 영토 내에서의 침해행위에 대하여 보호가 요구되고 있는 국가’, 즉 ‘침해지국’을 의미하는데, 이 사건에서 미국 법인이 지적재산권 침해행위가 한국에서 발생하였음을 주장하며 이에 대한 보호를 요구하고 있으므로 한국 법률이 보호국법이자 침해지국법으로서 준거법이 되고, 따라서 위 도안의 저작물 해당 여부, 보호기간, 저작권 침해에 관한 판단은 한국 저작권법에 따른다”는 취지로 판시하였다.

89) 손경한, “지식재산의 준거법에 관한 입법 방안”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.), 18면은 “국제거래의 증가와 정보사회의 도래로 지식재산권이 이를 부여한 일국 내에서만 적용되지 않고 역외적용되며, 지식재산권의 소진이 일국 내에서만 인정되는 것이 아니라 국제적으로도 소진이 인정되고 속지주의에 따른 일국 내 지식재산 실용의무의 부과와 그 강제가 문제되지 않는 세상이 되어 각국지재권독립의 원칙은 형해화하기에 이르렀다.”고 지적한다.

90) 이 점은 김연숙, “직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제”, 국제사법연구 제17호(2011. 12.), 333면이 일본에서의 논의상황을 소개하면서 이미 지적한 바 있다. 김연숙 교수는 이를 위해서는 먼저 실질법상의 속지주의와 저촉법상의 속지주의를 명확하게 구분하여 논의할 필요가 있으며, 그것을 바탕으로 양자의 관계를 명확히 해나가는 것이 중요하다고 지적한다.

91) 착안점과 입법의 방향은 석광현(註 27), 288면 이하에서 제시한 바 있다.

의 착안점과 방향은 아래와 같다.

가. 개정의 착안점

(1) 문언상 보호국법주의의 확대

제40조의 문언을 확대하여 지식재산권 전반에 대하여(계약은 제외) 보호국법주의를 선언하는 취지를 명확히 할 필요가 있다. 이를 실현하자면 ① 지식재산권의 성립과 유효성 등, ② 지식재산권에 관한 계약, ③ 지식재산권의 침해와 ④ 지식재산권의 최초의 권리귀속 등에 관하여 각각 별도의 조문을 두는 것이 바람직하다. 다만 속지주의와 보호국법주의에 대한 예외로서 지식재산권법의 역외 적용을 허용할 필요가 있다. 예컨대 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다222782, 222799 판결도 속지주의에 대한 예외를 인정한 바 있는데⁹²⁾ 그 범위는 더 검토할 필요가 있다.

(2) 지식재산권 침해 시 보호국법주의에 우선하는 연결원칙의 허용 여부

지식재산권 침해의 경우에도 국제사법(제53조)에 따라 준거법의 사후적 합의가 가능한지가 문제된다. 필자는 침해로 인한 효과(예컨대 손해배상청구권)에 관하여는 합의가 허용되나 그 전제가 되는 지식재산권의 존부에까지 허용하기는 어렵다는 견해를 피력하였다.⁹³⁾ 일부 의견은 공익이 관련되거나 관련될 수 있는 경우에는 당사자자치가 허용되지 않으므로 지식재산권 침해의 경우에는 당사자자치를 허용할 수 없다고 보나⁹⁴⁾ 미국법률협회(ALI)의 “지적재산: 초국가적 분쟁에서의 관할권, 준거법 및 재판을 규율하는 원칙”⁹⁵⁾(제302조)과 지적재산의 국제사법에 관한 유럽막스플랑크 그룹(EMPG)⁹⁶⁾의 “지적재산의 국제사법 원칙”⁹⁷⁾(제3:103조)은 지적재산권침해의 경우에도 당사자자치를 허용한다. 따라서 이 점을 명확히 할 필요가 있다. 나아가 지식재산권 침해의 경우에도 종속적 연결원칙(제52조 제3항)과 공통의 속인법주의(제52조 제2항)를 적용할지도 명확히 할 필

92) 예컨대 대법원 2019. 10. 17. 선고 2019다222782, 222799 판결도 특허권의 속지주의 원칙상 물건의 발명에 관한 특허권자가 물건에 대하여 가지는 독점적인 생산·사용·양도·대여 또는 수입 등의 특허실시에 관한 권리는 특허권이 등록된 국가의 영역 내에서만 효력이 미치는 것이 원칙이나, 일정한 요건이 구비되면 예외적으로 국내에서 특허발명의 실시제품이 생산된 것과 같이 보는 것이 특허권의 실질적 보호에 부합한다.”고 판시하여 예외를 인정한 바 있다. 그 요건은 “국내에서 특허발명의 실시를 위한 부품 또는 구성 전부가 생산되거나 대부분의 생산단계를 마쳐 주요 구성을 모두 갖춘 반제품이 생산되고, 이것이 하나의 주체에게 수출되어 마지막 단계의 가공·조립이 이루어질 것이 예정되어 있으며, 그와 같은 가공·조립이 극히 사소하거나 간단하여 위와 같은 부품 전체의 생산 또는 반제품의 생산만으로도 특허발명의 각 구성요소가 유기적으로 결합한 일체로서 가지는 작용효과를 구현할 수 있는 상태에 이른 경우”이다.

93) 어느 국가에서 보호되는 지적재산권의 내용 및 범위와 그에 대한 제재는 일체를 이루며 상호 밀접하게 관련되기 때문이다. 스위스 국제사법(제110조 제2항)도 참조.

94) Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 67 (2003), p. 35.

95) 영문명칭은 “Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of law and Judgments in Transnational Disputes”이다.

96) 이는 “European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property”이다.

97) 영문명칭은 “Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property”이다. ALI 원칙과 CLIP 원칙의 소개는 석광현, “국제지적재산권분쟁과 國際私法: ALI 원칙(2007)과 CLIP 원칙(2011)을 중심으로”, 민사판례연구 제34집(2012), 1065면 이하 참조.

요가 있다.

(3) 연결점으로서의 지향된 활동: 신설된 국제재판관할과 준거법의 병행

국제사법 제39조 제1항 제3호에 따르면 “침해행위를 대한민국을 향하여 한 경우” 한국은 지재권 침해의 소에 대하여 특별관할을 가지는 것처럼 보인다. 그러나 지향된 활동기준은 인터넷에 의한 지재권 침해에서 단순한 결과발생지(즉 인터넷 접속가능지)로 관할이 확대되는 것을 막는 도구여야 한다. 즉 인터넷에 의한 지재권 침해의 경우 ‘단순한 결과발생지’가 아니라 ‘지향된 결과발생지’에 관할을 인정하여야 하므로 양자를 병렬적으로 규정하는 제39조는 부적절하다.⁹⁸⁾ 그러면 준거법규정(제40조)에서도 ‘결과발생+지향된 활동’을 연결점으로 삼아야 하는가라는 의문이 있다.⁹⁹⁾ 그러나 준거법 맥락에서는 보호국법주의가 타당하므로 국가별로 준거법이 달라지기에 그럴 필요는 없고 더욱이 관할도 양적으로 분할된다. 즉 피해자가 제대로 주장한다면 침해의 준거법은 각 보호국의 지재권법이므로 불법행위에서처럼 결과발생지국법이 확산되는 문제는 발생하지 않는다. 오히려 遍在的 侵害의 경우 준거법을 단일화 또는 단순화할 필요가 있다. 이는 아래(4)에서 논의한다.

(4) 인터넷 기타 遍在的 侵害의 경우에 관한 특칙

인터넷에 의한 저작물의 불법배포와 같은 遍在的 侵害(ubiquitous infringement)의 경우 국제사법상 어떻게 적절한 연결원칙을 도출할지의 문제가 있다. 遍在的 侵害의 경우에도 보호국법주의를 관철한다면 법원은 각 국가에서 발생한 저작권침해 부분에 대하여 보호국법주의에 따라 각각 준거법을 지정하여 적용하는 배분적 연결을 하게 되나, 이는 현실적으로 불가능하거나(모든 침해국을 특정할 수 없는 경우) 바람직하지 않다.¹⁰⁰⁾ 따라서 이러한 상황에 대처하기 위하여 준거법을 단일화(또는 단순화)하는 방안을 검토할 필요가 있다. 예컨대 저작권 침해 전체에 대하여 최밀접관련국법을 적용하고, 그러한 국가를 결정할 수 없는 경우 보충적 규칙으로서 침해했다고 주장된 사람의 일상거소(또는 영업 중심지)가 있는 국가와 최밀접관련이 있다고 추정하는 방안 등을 고려할 수 있다. 이런 맥락에서 ALI 원칙(제321조), CLIP 원칙(3:603조)과 한일공동제안, “지적재산권에 관한 국제사법원칙”¹⁰¹⁾(제306조),¹⁰²⁾ 일본법의 투명화 프로젝트,¹⁰³⁾ 국제법률협회(ILA)가 2021년 초 채택한 “지재권과 국제사법에 관한 ILA 지침”(Kyoto Guidelines)¹⁰⁴⁾(지침 26)이 도움이 된다.

98) 상세는 석광현(註 16), 211면 이하 참조.

99) 준거법의 경우 속지주의(또는 보호국법주의)의 결과 행동지와 결과발생지는 원칙적으로 동일하나 인터넷에 의한 침해의 경우 다를 수 있다고 본다. 석광현, 국제사법과 국제소송 제4권(2007), 611면 이하.

100) ALI, Principles, §321에 대한 Reporter's Notes 참조.

101) 한일공동제안의 조문과 해설은 국제사법연구 제17권(2011), 570면 이하 참조. 知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案), 국제사법연구 제17호(2011), 533면 이하. 木棚照一 編著, 知的財産の國際私法原則研究－東アジアからの日韓共同提案－(2012)라는 단행본으로 간행되었다.

102) 한일공동제안에 앞서 2006년 한국측 단독의 국제지적재산소송원칙도 발표된 바 있는데 이는 중재에 관한 규칙도 포함한다. 소개는 손경한, “國際知的財産訴訟原則의 定立－한국의 입장에서－”, 성균관법학 제20권 제3호(2008. 12.), 1075 이하 참조.

103) 이는 河野俊行(編), 知的財産權と涉外民事訴訟(2010), 2면 이하(개관), 209-371면(상세) 참조.

(5) 지식재산권 침해와 징벌배상과 과도한 손해배상의 제한

지식재산권 침해의 사안에서 만일 준거법인 외국법에 따르면 침해자가 과도한 손해배상채무를 지는 경우 국제사법(제52조 제4항)에 따라 외국법의 적용을 배제할 수 있다. 이 점은 명시하지 않아도 해석론으로 해결할 수 있다고 본다.

(6) 조약과의 관계

지식재산권의 종류별로 관련 조약(예컨대 저작권에 관한 베른협약)이 이미 보호국법주의를 규정하는 경우에는 그 조약이 우선함을 규정하는 방안도 고려할 여지가 있다. 반대 견해도 있기 때문이나, 필자로서는 명문의 규정이 없더라도 그렇게 해석하고 이를 지지한 하급심 판결도 있으므로¹⁰⁵⁾ 굳이 조문을 두자고 제안하지는 않는다.

나. 개정 방향

국제사법에 ALI 원칙, CLIP 원칙이나 한일공동제안과 같은 정도로 정치한 연결원칙을 규정하지는 못하더라도 현재 1개의 조문만 있는 제5장 제2절을 4개 내지 5개 조문으로 확대하여 아래의 방향으로 규정하는 것이 바람직하다.

첫째, 계약의 준거법. 지식재산권의 양도 또는 실시 등의 허락에 관한 계약은 원칙적으로 계약의 준거법에 관한 원칙에 의하는데 이는 FRAND 선언과도 관련된다. 다만 객관적 준거법을 결정함에 있어서 라이선스계약의 경우 통상의 이용계약과 달리 특징적 이행을 하는 당사자의 결정이 단순하지 않으므로 이 점을 명확히 할 필요가 있다.¹⁰⁶⁾

둘째, 지식재산권의 성립과 유효성 등의 준거법. 지식재산권의 성립, 유효성, 권리의 내용, 소멸 등 지식재산권 자체와 관계되는 문제는 보호국법에 의한다.

셋째, 지식재산권의 침해의 준거법. 지식재산권의 침해와 구제방법은 보호국법에 따른다. 지적권 침해의 경우 국제사법(제39조)은 관할의 맥락에서 결과발생지 등의 경우 양적 제한을 하면서(모자이크방식) 주된 행동지의 경우 예외를 인정한다. 준거법의 맥락에서는 보호국법주의가 타당하지만 오히려 예외적으로 지식재산권의 遍在的 侵害의 경우 법원은 그 침해에 대해 전체적으로 최밀접관련국법을 적용할 수 있도록 하는 방안을 고려해야 한다. 또한 국제사법 제53조(당사자의 사후적 준

104) 이는 중재에 관한 규칙을 함께 규정하는 점에 특색이 있는데 이는 한일공동제안이 이미 채택한 접근방법이다. IIA 지침에 관하여는 Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Volume 12 (2021) 참조. 국문번역은 이규호·이종혁, “지식재산과 국제사법에 관한 IIA 가이드라인”, 국제사법연구 제27권 제1호 (2021. 6.), 679면 이하 참조.

105) 학설은 석광현(註 27), 282면; 베른협약과의 관계는 석광현, “외국저작권 침해의 준거법”, 국제사법과 국제소송 제5권 (2012), 135면 이하(베른협약이 자기집행적 조약임을 당연시한다). 판례는 서울고등법원 2010. 7. 1. 선고 2008나68090 판결 참조. 그러나 이주연, “국제 저작권침해소송에서 베른협약 제5조 제2항 적용의 문제점”, 국제사법연구 제24권 제1호 (2018. 6.), 100면 이하는 베른협약의 자기집행성에 대하여 의문을 표시하고 베른협약보다는 국제사법에 따라 저작권의 준거법 문제를 해결하자고 한다.

106) 라이선스계약에서 특징적 이행은 석광현, [정년기념], 367면 이하 참조. 이는 국제라이선스계약의 다양한 실질법적 및 저촉법적 논점을 다룬 글이다.

거법합의)¹⁰⁷⁾와 제52조(제2항, 제3항, 제4항)의 적용 여부를 명시한다. 나아가 속지주의와 보호국법주의에 대한 예외로서 지식재산권법의 역외적용을 허용할 필요성이 있다. 이를 어느 범위 내에서 허용할지를 검토할 필요가 있다.¹⁰⁸⁾

넷째, 지식재산권의 최초의 권리귀속(또는 원시취득). 지식재산권의 최초의 권리 귀속은 보호국법에 의한다. 다만 지식재산권이 고용계약 그 밖의 당사자 간에 이미 존재하는 관계에서 발생하는 경우에는 그 계약 또는 관계의 준거법에 따른다고 규정한다. 이는 직무발명 또는 직무저작의 귀속에 관한 원칙을 명시하기 위한 것이다. 대법원 2015. 1. 15. 2012다4763 판결은 직무발명에 의하여 발생하는 권리의무는 구 국제사법 제24조의 적용대상이라 할 수 없고, 직무발명에 관한 섭외적 법률관계에 적용될 준거법은 그 발생의 기초가 된 근로계약의 준거법으로서 구 국제사법 제28조 제1항, 제2항 등에 따라 정하여지는 법률이라고 판시하였다.¹⁰⁹⁾ 따라서 이 점은 반드시 개정하여야 하는 것은 아니다.

VII. 국제채권법(제6장)

1. 계약¹¹⁰⁾

가. 계약의 준거법으로서 비국가법의 허용 여부

국제계약의 당사자는 통상 준거법으로서 특정국가의 법을 선택한다. 문제는 특정국가의 법이 아닌 규범(non-state law) 또는 ‘법의 규칙(rules of law)’을 준거법(또는 준거규범. 양자를 포괄하여 “준거법”이라 한다)으로 선택할 수 있는가이다.

2005년 채택된 헤이그국제사법회의의 국제상사계약준거법원칙의 성안과정에서 긍정설과, 이를

107) 해석론은 나뉠 수 있다. 김인호, “국제지식재산권 침해에 대한 보호국법의 적용과 그 한계”, 인권과정의 제429호(2012. 11.), 111면은 침해의 인정 여부에는 불허하고 침해의 결과와 구제방법에 한정하여 허용하는 방안을 고려할 수 있다고 한다. 반면에 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 144면, 註 120은, 법무부, 국제사법 해설(2001), 87면이 구 국제사법 제32조 제2항과 제3항이 지식재산권침해에 대해서도 적용된다는 언급은 하지 않으므로서 부정설을 간접적으로 시사하고 있다고 한다(논란의 여지가 없는 사항만 언급하였다고 볼 수도 있다).

108) 예컨대 한일공동제안 제305조(영역외 행위에 관한 침해의 인정)는 이를 명시한다(즉 보호국법 외에서 침해행위의 교사, 방조 또는 실질적 준비행위가 있어도 그 행위가 보호국으로 향해져 있고 보호국에서 직접적으로 실질적인 손해를 미칠 우려가 있는 경우 침해를 인정함으로써 속지주의의 예외를 인정한다). CLIP 원칙 제3:602조(De minimis rule)도 참조. 이규호, “지식재산법의 역외적용”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 243면 이하는 특허권법, 상표법, 저작권법과 부정경쟁법의 역외적용을 논의한다.

109) 위 판결에 대하여는 이규호, “직무발명에 관한 섭외적 법률관계에 적용될 준거법”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.), 149면 이하 등 여러 편의 평석이 있다. 이에 대하여 고용계약이라는 채권적 법률관계에 적용될 근로계약의 준거법에 관한 국제사법규정을 물권적 법률관계인 특허권을 권리의 귀속 문제에 적용한 것은 성질결정에서 오류를 범한 것이라는 비판이 있으나(손경한(註 89), 47면), 대법원은 최초 귀속을 다룬 것이지 특허권이나 특허받을 권리 등의 성립에까지 적용한 것은 아니다. 실제로 ALI 원칙(제311조), CLIP 원칙(제3:201조) 및 한일공동제안(제308조 제4항)도 대법원의 태도와 유사하다.

110) 계약법 분야의 판례 소개는 김효정, “국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 283면 이하; 손경한(註 21), 103면 이하 참조.

인정할 경우 법적 안정성을 해치고 우월적 지위에 있는 당사자의 남용 등을 이유로 하는 부정설이 대립하였다.¹¹¹⁾ 이 점은 성안과정에서 가장 논란이 된 쟁점이었는데, 이는 국제계약의 준거법이 될 수 있는 ‘법’의 개념과, 준거법은 국가법이어야 한다는 전통 국제사법이론¹¹²⁾의 논거는 무엇인가라는 국제사법의 기본적 논점과 관련된다. 일종의 타협안을 채택한 국제상사계약준거법원칙에 따르면, 당사자가 준거법으로 선택할 수 있는 법은 특정국가의 법률에 한정되지 않고, 국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 중립적이고 균형 잡힌 일련의 규칙들로서 일반적으로 승인되는 법의 규칙일 수 있다(제3조). 이런 요건들을 부과하는 이유는 법적 안정성을 확보하기 위한 것이다.¹¹³⁾ 비당사국에서 당사자의 선택에 의하여 적용되는 조약은 국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 인정된 규칙의 대표적 사례이고, 국제상사계약원칙, 유럽계약법원칙(PECL)과 유럽계약법 공통참조기준 초안(DCFR) 등도 그에 해당한다.¹¹⁴⁾ 국제사법(제45조)의 해석상 당사자들이 법의 규칙을 준거법으로 선택할 수 있는지는 논란이 있으나 부정설이 유력하다.¹¹⁵⁾ 전통 국제사법이론에 따르면 계약의 준거법은 어느 국가의 법체계(national system of law)가 되는 것이 당연하였다. 어느 국가의 법만이 당사자들의 권리·의무와 그의 집행을 위한 구제수단을 망라적으로 규율할 수 있고, 특히 상인법과 같은 준거규범은 그 내용이 불명확하다는 문제가 있기 때문이다.

한국에서는 종래 이 논점에 대한 논의가 부족하고¹¹⁶⁾ 준거법이 아니더라도 실질법적 지정이 가능하므로 입법이 필요한 사항은 아니다.¹¹⁷⁾ 혹시 개정하더라도 헤이그국제상사계약준거법원칙의 수준에 머무르는 것이 바람직하다고 본다.

나. 약관의 충돌에 관한 규정의 신설 여부

국제거래에서도 약관(standard terms)이 널리 이용되고 있다. 준거법지정계약은 특별한 방식을 요구하지 않으므로 약관에 포함된 준거법조항에 의해 체결될 수도 있다. 당사자들의 약관이 동일한 준거법을 지정하는 경우 그 지정된 준거법이 준거법지정계약을 규율하고 주된 계약을 규율한다.

한편 당사자들의 약관이 상이한 내용을 담은 경우 ‘서식전쟁’ 또는 ‘약관의 충돌(battle of

111) Marta Pertegás and Brooke Adele Marshall, “Intra-regional reform in East Asia and the new Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6), p. 409. 반대하는 Michaels는 근거는 석광현, “헤이그 국제상사계약 준거법원칙”, 鎮武 徐憲濟 先生 停年紀念集(2015), 287면, 註 32 참조.

112) Staudinger/BGB-EGBGB, (2011), Art 3 Rom I -VO Rn. 56 (Magnus 집필부분).

113) 소개는 석광현(註 111), 286면 이하 참조.

114) 유럽연합에서 로마 I 을 채택하는 과정에서 논란이 있었다. 결국 채택되지 않았지만 2005년 12월 위원회 초안(제3조 제2항)은 당사자들이 국제적으로 또는 유럽공동체 내에서 승인된 계약의 실질법 원칙과 규칙을 준거법으로 선택하는 것을 허용하였다. 헤이그국제상사계약준거법원칙은 위 초안과 유사하다.

115) 가사 당사자들이 법의 규칙을 준거법으로 지정할 수 없더라도 당사자들이 이를 마치 약관처럼 계약의 내용으로 편입할 수 있다. 다만 계약의 내용으로 편입하는 경우에는 객관적 준거법에 의한 통제를 받는다. 상세는 석광현(註 27), 304면 이하.

116) 영국법을 합의한 경우 저촉법적/실질법적 지정인자가 다투어지는 대표적인 사례는 해상적하보험계약에서 영국법준거약관을 사용한 경우이다.

117) 김인호, “국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 602면도 구 국제사법 제25조의 조문을 유지하는 의견을 지지하였다.

forms)’이 발생한다. 실질법의 영역에서는 약관의 충돌을 해결하는 방안으로 최초발포규칙, 최후 발포규칙, 충돌배제(제거)규칙(knock-out rule)과 혼합이론 등이 있다. 그런데 준거법지정계약의 준거법에 관하여 약관의 충돌이 발생하는 경우 준거법의 결정에 관하여 정설은 없다. 로마협약을 대체한 “계약채무의 준거법에 관한 2008. 6. 17. 유럽의회 및 이사회의 No. 593/2008 규정”(“로마 I”)의 해석론으로는 충돌제거이론이 유력한데, 그에 따르면 상이한 준거법을 지정하는 경우 준거법은 객관적으로 결정되어야 한다. 이에 관하여 국제상사계약준거법원칙은 흥미로운 제안을 한 바 있다.¹¹⁸⁾ 계약의 준거법에 관한 약관의 충돌을 해결하고 특히 국제사법 제49조 제2항의 적용범위를 명확히 하고자 규정을 신설할 여지도 없지 않으나 입법적 해결은 시기상조이고 이는 학설과 판례에 맡기는 것이 적절하다고 본다.¹¹⁹⁾

다. 계약의 객관적 준거법과 로마 I의 수용 여부

당사자가 계약의 준거법을 선택하지 아니한 경우 객관적 준거법에 관하여 국제사법은 구 섭외사법(제9조 제2문)의 행위지법원칙을 버리고 “계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법(최밀접관련국법)”을 준거법으로 지정한다(제46조 제1항). “국가의 법”이 준거법이므로 특정국가의 법이 아닌 규범(non-state law) 또는 ‘법의 규칙(rules of law)’이 준거법이 되기는 어렵다. 국제사법은 판단을 돕고자 특징적 이행이라는 용어는 피하면서 이를 예시함으로써 ‘특징적 이행’에 기초한 추정규정을 둔다.¹²⁰⁾ 즉 양도계약에서 양도인의 이행처럼 특징적 이행을 해야 하는 당사자가 계약체결 시 상거소(자연인), 주된 사무소(법인/단체)¹²¹⁾ 또는 영업소(직업상/영업상 활동)를 가지는 국가를, 그리고 부동산 권리 대상 계약의 경우 부동산 소재지국을 최밀접관련국으로 각각 추정한다(제46조 제2항과 제3항).

로마협약 하에서 영국 법원은 예외조항(제4조 제5항)을 적용하여 특징적 이행에 기초한 추정을 비교적 쉽게 깨뜨린 반면에¹²²⁾ 네덜란드와 독일 법원은 이를 엄격하게 적용한 결과 저촉규범의 통일적 해석을 저해하는 현상이 발생하였다. 이런 문제를 극복하고자 유럽연합은 로마 I(제4조)에서 “특징적 이행에 기초한 깨어질 수 있는 추정” 대신 8개 유형의 계약에 대해 ‘고정된 규칙(또는 확고

118) 견해의 소개는 석광현(註 111), 294면 이하 참조. 독일 학설은 이병준, “국제거래와 약관규제법”, 국제거래법연구 제31집 제1호(2022. 7.), 194면 이하 참조.

119) 우리 법의 해석론은 김성민, “계약법상 서식의 충돌에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2012. 2.), 174면 이하 참조.

120) 2001년 섭외사법 개정 당시에는 생소한 개념이었기에 특징적 용어를 피한 것이었다. 이에 대하여 이제는 특징적 이행이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 견해도 있다. 김인호(註 117), 613-614면. 그러나 굳이 그렇게 할 필요는 없을 것이다. 그 경우 예시적 열거를 삭제한다면 오히려 혼란을 초래할 가능성도 있다.

121) 로마협약은 ‘경영중심지(central administration)’라고 규정하나 당시 우리에게 생소한 개념이라 주된 사무소라고 규정하였다. 그러나 2022년 국제사법 개정 시 일반관할의 연결점의 하나로 제3조 제3항에 ‘경영의 중심지’가 도입되었다.

122) 영국 법원은 제4조 제5항을 약한 추정으로 이해하고 의무이행지가 영국인 경우 제4조 제5항을 원용하여 제2항의 추정을 쉽게 깨뜨리고 영국법이 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라고 판단하는 경향을 보였다. 영국 판례의 소개는 여태식·서완석, “로마협약 제3조 및 제4조를 둘러싼 최근 유럽에서의 논의와 그 시사점에 관한 연구”, 상사법연구 제26권 제1호(2007), 363면 이하 참조.

한 규칙)'을 도입하고 기타 유형의 계약 또는 혼합계약의 경우 특징적 이행을 해야 하는 당사자의 일상거소 소재지법을 준거법으로 규정하되, 다만 명백히 더 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 있음이 분명한 경우 그 법을 적용하도록 하는 예외규정을 두었다.

근자에는 한국에도 로마 I 을 따라 국제사법 제46조를 개정하자는 입법론도 있다.¹²³⁾ 그러나 추정의 복명에 대한 문제의식과 검토가 부족한 상황에서 무작정 새것을 좇을 것은 아니다. 해석론으로 엄격한 요건 하에서 추정을 깨는 방향으로 실무를 운영하는 것이 바람직하다. 특징적 이행은 당초 가장 밀접한 관련이 있는 국가를 찾는 과정에서 추정의 근거로 도입되었으므로 이를 고정된 규칙으로 전환하기는 주저된다. 더욱이 국제계약의 다양한 사안을 고려할 때, 로마 I 은 법적 안전성과 유연성 간의 적절한 균형을 도모한 로마협약의 체제(로마 I 의 전문 제16항 참조)를 변경하여 법적 안정성을 지나치게 강조한 것이라는 점에서 문제가 있다. 추정을 깨는 것은 고정된 규칙의 예외를 인정하는 것보다 훨씬 쉽다. 결국 이는 국제계약의 준거법결정에서 엄격한 규칙을 적용함으로써 달성되는 법적 안정성과, 법관에게 제반사정을 고려하여 준거법을 결정할 수 있는 재량을 인정함으로써 달성되는 유연성 및 구체적 타당성의 형량의 문제인데, 우리는 제46조를 유지하여 로마 I 보다는 유연성을 인정하되, 로마협약 하의 영국 판결들보다는 엄격한 요건 하에 추정을 깨자는 것이다. 우리 법원들은 추정을 쉽게 깨지는 않는 것으로 보인다.¹²⁴⁾

요컨대 필자는 로마 I 을 따르자는 견해를 지지하지 않는다. 다만 필요하다면 로마 I 을 참조하여 특징적 유형을 더 세분화하여 추정규정을 두는 것과 제46조 제2항의 열거가 예시적임을 명시하는 데는 이의가 없다.¹²⁵⁾ 또한 관할규칙(제41조 제1항)과 준거법규칙(제46조 제2항)이 모두 3개 계약유형을 열거하면서 특징적 이행에 착안하여 이행지관할과 준거법 추정규정을 두는데 전자(물품공급계약, 용역제공계약과 양자의 결합)와 후자(양도계약, 이용계약과 위임·도급계약)의 계약유형이 다르다. 전자는 브뤼셀 I bis(제7조)와 헤이그국제사법회의의 1999년 예비초안(제6조)을, 후자는 스위스 국제사법(제117조)을 참조하면서 의도적으로 차이를 둔 것인데 정합성을 제고할 여지는 없는지를 검토할 필요가 있다.

123) 김인호, “로마 I 규정에 기초한 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정에 관한 입법적 검토”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.), 582면; 이현묵, “국제사법 제26조 제2항의 세 가지 유형의 계약의 준거법”, 통상법률 제132권(2016. 12.), 32면 참조. 참고로 헤이그국제상사계약준거법원칙은 계약의 객관적 준거법의 결정에 관하여는 규정을 두지 않는다.

124) 이런 맥락에서 추정을 깨뜨린 우리 판결들을 찾아 검토할 필요가 있다. 추정규정을 적용하지 않고 가장 밀접한 관련이 있는 법을 지정한 판례들은 보이나 추정을 깨뜨린 판결은 잘 보이지 않는다. 예컨대 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결은, 한국의 매입은행이 일본의 신용장 개설은행을 상대로 신용장대금의 지급을 구한 사건에서, 구 국제사법 제26조 제1항에 따라 개설은행 소재지법(일본법)이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로서 준거법이라고 판시하였으나 추정규정은 언급하지 않았다. 대법원이 제26조 제2항의 추정규정을 한정적인 것으로 본 탓이라는 견해도 있다(정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부”, 외법논집 제39권 제4호(2015. 11.), 24면). 대법원이 근거를 밝히지 않은 것은 유감이다.

125) 반면에 김인호(註 117), 614-615면은 유형을 열거할 경우 제한적 열거인지 예시적 열거인지에 관하여 혼란이 발생할 수 있고 유형의 선별이 자의적일 수 있으므로 특징적 이행의 구체적 예를 예시하는 것은 지지하지 않는다.

2. 소비자계약

가. 국제사법의 태도

국제사법(제47조)은 약자를 보호하기 위한 국제사법적 차원의 조치로 소비자계약의 경우 당사자 자치의 원칙을 제한하고, 객관적 준거법의 결정에서도 일반원칙을 수정한다. 국제사법상 제47조 제1항 제1호가 정한 보호 대상인 소비자가 되기 위하여는 ①-1 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 소비자의 상거소지 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업(또는 영업) 활동을 행하거나, 또는 ①-2 그 국가 외의 지역에서 그 국가로, 즉 그 국가를 향하여 광고에 의한 거래의 권유 등 직업(또는 영업) 활동을 행하고, 또한 ② 그 계약이 사업자의 직업(또는 영업) 활동의 범위에 속하여야 한다. ①-2는 인터넷에 의한 소비자계약을 고려한 것으로 ‘지향된 활동기준(targeted activity criterion 또는 ‘directed to’ criterion)’을 도입한 것이다. 구 국제사법(제27조 제1항 제1호)은 ② 소비자가 상거소지 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 할 것을 요구함으로써 능동적 소비자를 보호하기에는 부족하였는데, 국제사법(제42조 제1항 제1호)은 위 요건을 삭제하고 그 계약이 사업자의 활동범위에 속할 것으로 요구함으로써 능동적 소비자를 포함할 수 있게 하였다.

나. 개정 여부와 방향

제47조의 적용범위를 둘러싸고 근자에 몇 개의 판결이 선고되었고 이를 계기로 국제소비자계약의 범위를 둘러싸고 논의가 있었다. 근자의 판결들은 문언에 충실한 해석을 하였으나 필자는 목적론적 축소를 허용하는 견해를 피력하였다.¹²⁶⁾

첫째, 소비자는 자연인에 한정되는가. 사회·경제적 약자의 보호라는 취지에 비추어 해석상 소비자는 자연인에 한정된다는 견해가 유력하나¹²⁷⁾ 이를 조문에 명시할 수도 있다.¹²⁸⁾

둘째, 국제사법은 유상성을 언급하지 않는데 무상계약에도 제47조가 적용되는지는 논란이 있다. 국제재판관할의 맥락이나 구글 사건에서 서울중앙지방법원 2015. 10. 16. 선고 2014가합38116 판결은 “구 국제사법 제27조의 조문상 유상계약에 한정된다고 볼 근거가 없다고 보아, 비록 피고 구글 Inc.가 구글 서비스와 같은 용역을 무상으로 제공하더라도 소비자계약의 범위에서 제외할 수는 없다”는 취지로 판시하였다. 구글 서비스를 사용하는 소비자는 ‘경로의존성’이 생겨서 이를 변경하기는 쉽지 않고, 소비자가 데이터를 제공하므로 이는 진정한 무상계약이 아니라고 볼 수도 있으나, 진정한 무상계약에도 적용되는지는 논란의 여지가 있다. 입법론으로는 우선 방침을 정한 뒤 국제사법의 개정을 고려할 수 있다.

126) 석광현(註 26), 124면 이하 참조. 상세는 이연, “국제사법상 소비자보호에 관한 연구-국제계약의 준거법 결정에서 당사자자치 원칙의 제한을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2022. 2.), 252면 이하 참조.

127) 석광현(註 26), 131면 이하 참조.

128) 로마협약(제5조)은 이 점을 명시하지 않았으나 로마 I (제6조 제1항)은 소비자는 자연인임을 명시한다.

셋째, 운송계약인 소비자계약. 로마협약과 로마 I 은 운송계약에 대하여는 소비자계약의 특칙을 적용하지 않으나 우리 국제사법에는 상응하는 규정이 없다. 필자는 구 국제사법상 부정설을 지지하였다. 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013다8410 판결(에어 프랑스 사건)은 긍정설을 채택하였는데 이는 문언에 충실한 해석으로 소비자를 두텁게 보호한다. 필자는 여전히 부정설을 지지한다. 논거는 ① 소비자계약에서 제47조의 특칙과 운송조약의 관계가 불분명하고, ② 사고 발생 시 소비자계약인 운송계약(예컨대 항공운송계약)의 준거법이 승객별로 달라지고 종속적 연결의 결과 불법행위의 준거법도 달라진다. 그 경우 동일 항공편을 이용하는 승객 간의 형평성에 문제가 있고, 항공사의 관점에서는 승객과 위험의 관리에 불편과 불확실성을 초래하여 거래비용을 상승시킬 위험이 있다. 입법론으로는 우선 방침을 정한 뒤 국제사법의 개정을 고려할 수 있다.¹²⁹⁾

넷째, 일상거소지 외에서 용역을 제공하는 소비자계약. 로마협약과 로마 I 은 어떤 소비자계약이 그 적용범위에 속하더라도 계약에 따른 용역이 전적으로 소비자의 일상거소지 외에서 제공되는 경우 소비자계약의 특칙을 적용하지 않으나 우리 국제사법에는 상응하는 규정이 없다. 필자는, 일상거소지 외 용역제공계약에 대해 구 국제사법 제27조의 적용 부정설을 지지하였다. 그러나 에어 프랑스 사건의 대법원 판결은 추상적 법률론으로 긍정설을 채택하였다. 이는 문언에 충실한 해석으로서 소비자를 두텁게 보호한다. 필자는 여전히 부정설을 지지한다. 논거는 제47조의 근거는 소비자에게 친숙한 법을 적용하는 것인데, 소비자계약에 따른 용역이 전적으로 소비자의 일상거소지국 외의 국가에서 제공된다면 소비자가 그런 기대를 가지기 어렵고 설사 그렇게 기대하더라도 이를 보호하는 것은 사업자의 관점에서는 기대하기 어렵다는 점이다. 위의 결론은 제47조의 목적론적 축소를 통해 가능하다. 입법론으로는 우선 방침을 정한 국제사법의 개정을 고려할 수 있다.¹³⁰⁾

다섯째, 금융 관련 소비자계약. 우리 국제사법은 금융투자상품 기타 금융 관련 소비자계약에 관하여 특칙을 두지 않지만, 로마 I 은 금융 관련 거래에 대하여 소비자계약의 특칙을 적용하지 않는다. 우리 판례는 보지 못하였으나, 로마 I 과 유사한 제외조항을 국제사법에 신설하자는 제안¹³¹⁾이 있다. 문언에 충실하자면, 로마 I 이 제외하는 유형의 금융 관련 소비자계약의 경우에도 제47조가 적용될 것이나, 그렇게 한다면 실제로 불합리한 결과가 발생할 수 있으므로¹³²⁾ 비록 제외조항이 없더라도 해석상 제47조는 로마 I 에서 규정한 첫째부터 셋째 유형의 소비자계약에는 적용되지 않는다고 볼 필요가 있다. 입법론으로는 우선 방침을 정한 뒤 국제사법의 개정을 고려할 수 있으나 경우를 나누어 면밀하게 검토해야 한다.

129) 김인호(註 117), 627면 이하는 입법론으로 규정을 두자고 한다.

130) 김인호(註 117), 627면 이하는 입법론으로 규정을 두자고 한다.

131) 윤남순, "EU법상 금융투자상품계약의 준거법", 국제사법연구 제19권 제2호(2013. 12.), 251면 이하 참조. 논의는 석광현(註 26), 148면 이하 참조.

132) 예컨대 어떤 한국 회사가 준거법이 영국법인 유로채를 발행할 때 외국 소비자의 일상거소지국의 강행규정이 적용될 것이나 이는 바람직하지 않다.

우리 국제사법이 로마체제와 다르게 된 것은, 우리는 2001년涉外사법 개정 시 소비자계약의 범위를 제한하던 로마협약을 따르지 않고 그보다 범위를 확대하면서도 예외를 규정하지 않은 데 반하여, 유럽연합은 로마 I의 채택을 계기로 그 범위를 로마협약보다 확대하면서 일부 예외를 추가하였기 때문이다. 근본적으로 필자는 국제사법에 예외를 명시하더라도 망라적으로 규정하기는 어렵으므로 제외규정이 없더라도 목적론적 축소에 의하여 제외되는 영역의 존재를 부정할 것은 아니라고 본다. 물론 그 범위는 매우 제한적이어야 한다.¹³³⁾

여섯째, 준거법과 국제재판관할의 병행이라는 관점을 고려할 필요가 있다. 우리 국제사법은 관할 규칙과 준거법규칙에서 동일한 소비자개념을 사용하여 문언상 양자의 병행을 명시하기 때문이다.¹³⁴⁾ 따라서 위의 논의에 따라 준거법규정의 전부 또는 일부를 개정한다면 국제재판관할규정의 맥락에서 병행이 바람직한지를 검토하여야 하는데, 그 경우 병행이 바람직한 부분과 그렇지 않은 부분을 구분할 필요가 있다. 근자에 이런 접근방법을 취하는 견해가 제시된 바 있다.¹³⁵⁾

3. 근로계약

가. 국제사법의 태도

구 국제사법은 소비자계약과 마찬가지로 사회·경제적 약자인 근로자를 보호하고자 국제근로계약도 채권계약의 성질을 가지는 점을 인정하여 주관적 준거법과 객관적 준거법의 결정에서 일반 원칙을 수정하였고 국제사법도 이런 태도를 유지한다. 즉 근로계약의 경우에도 당사자는 준거법을 선택할 수 있으나 당사자의 준거법 선택은 객관적 준거법의 강행법규가 근로자에게 부여하는 보호를 박탈할 수 없다(제48조 제1항). 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는, 근로자의 일상적인 노무제공지국가법이 준거법이 되는데, 근로자가 노무를 일상적으로 어느 하나의 국가 내에서 제공하지 않는 경우에는 근로자를 고용한 영업소 소재지국법이 준거법이 된다(제2항). 이러한 태도는 근로계약의 연결에서 근로지(locus laboris, 또는 노무 제공지)와 사용자의 영업소를 중시하는 것이다.¹³⁶⁾

한편 근로자의 단체인 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 체결하는 단체협약의 준거법에 관하

133) 예컨대 로마 I(제6조 제4항 c호)은 “94/47/EC 지침의 의미에 속하는 시분할방법에 의한 부동산 사용을 위한 권리에 관한 계약을 제외한 부동산에 대한 물권 또는 부동산의 임대차에 관한 계약”을 소비자보호에서 제외하는데 이는 그런 계약은 부동산 소재지국과 가장 밀접한 관련이 있어 그 국가의 법원이 사실관계를 파악하고 그 국가의 법을 적용하는 것이 효율적이기 때문이다. 반면에 우리 국제사법에는 조문이 없으므로 해석상 동일한 결론을 도출할 수 있는지는 의문이 있는데 판례는 배제조항이 없으므로 적용된다고 볼 것이나 예외조항과의 관계도 문제가 된다. 김인호(註 117), 627면 이하; 이연(註 126), 288면은 입법론으로 부동산에 관한 규정도 두자고 한다.

134) 유럽연합에서는 브뤼셀체제와 로마체제에서 소비자 보호의 범위에 차이가 있는데 이는 일부는 성질상 달리 취급할 필요가 있기 때문이고 일부는 개정의 시차가 있기 때문일 것이다. 어쨌든 우리 국제사법은 유럽연합의 체제와는 차이가 있다.

135) 이런 관점에서의 검토는 이연, “국제사법상 소비자보호에 관한 연구-국제계약의 준거법 결정에서 당사자자치 원칙의 제한을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2022. 2.), 185면, 269면 이하 참조.

136) 소비자계약과 달리 근로계약의 경우 방식에 대한 특칙은 두지 않는데, 이는 근로계약의 경우 계약의 성립보다는 계약의 내용과 해고가 특히 문제되기 때문이라고 볼 수 있으나, 이는 논란의 여지가 있다.

여 국제사법은 규정을 두지 않는다. 단체협약은 (개별적) 근로계약이 아니므로 제48조의 적용대상은 아니다. 한국에서는 이에 관한 논의가 활발하지 않으나 국제사법 제45조와 제46조가 단체협약에도 적용된다는 견해가 보인다.¹³⁷⁾ 단체협약의 경우 독일에서는 로마 I의 해석상 당사자자치를 전면 부정하는 견해와, 단체협약을 채권법적 부분(단체협약의 당사자인 노동조합과 사용자 간의 권리의무를 규율하는 사항들)과 규범적 부분(즉 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항들)으로 구분하여 전자에서만 당사자자치를 허용하는 견해도 있으나 채권법적 부분과 규범적 부분 모두에 대하여 당사자자치를 허용하는 견해가 유력하다.¹³⁸⁾ 단체협약이 제48조의 적용대상이 아니라면 그에 대하여는 제45조와 제46조를 적용하는 견해가 설득력이 있으나 이 점은 더 검토할 필요가 있다.

나. 개정 여부와 방향

근로자가 일상적으로 어느 하나의 국가에서 노무를 제공하지는 않으나 어느 국가를 기점으로 다른 국가에서도 노무를 제공하는 경우를 규율하고자 로마 I(제8조 제2항)은 “당사자들이 개별적 근로계약의 준거법을 선택하지 않은 한, 계약은 근로자가 계약의 이행으로 그곳에서, 또는 그것이 없는 경우 그곳으로부터, 일상적으로 그의 노무를 제공하는 국가의 법에 의하여 규율된다.”고 규정한다. “그곳으로부터 일상적으로 노무를 제공하는”이라는 규정은 근로계약에서 기지(base)를 주된 연결점으로 도입하는 것인데 예컨대 항공승무원처럼 기지로부터 근무를 배정받고 기지에서 탑승수속이나 안전점검 등 다른 업무를 수행하는 ‘기지원칙(base rule)’을 적용할 수 있도록 한다.¹³⁹⁾ 로마협약(제6조 제2항)은 그런 취지의 조문을 두지 않았는데 로마협약 하에서도 그러한 해석론이 있었다. 우리 국제사법은 로마협약과 유사하므로 해석론으로 동일한 결론을 도출할 수 있다고 보나 입법론으로 로마 I을 따라 기지원칙을 명시하는 데 대하여 이의는 없다.¹⁴⁰⁾

단체협약의 준거법에 관하여는 아직 문제의식과 논의가 부족하므로 입법으로써 해결하는 것은 시기상조라고 본다.

한편 문제된 사례가 없지는 않으나(항공기 조종사의 근로계약에 관한 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결), 논의가 부족한 국제적 근로자파견이 제기하는 문제점도 검토할 필요가 있다. 특히 파견근로자 보호 등에 관한 법률(파견법)의 일부 조항은 국제적 강행규정으로 볼 수 있기 때문이다. 이는 우선 해석론으로 해결할 사항이다.

137) 김인호, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 인권과정의 제441호(2014. 5.), 27면.

138) von Bar/Mankowski(註 28), §1, Rn. 671; Thomas Rauscher, Internationales Privatrecht, 5. Auflage (2017), Rn. 1287. 상세는 MüKoBGB/Martiny, 8. Auflage (2021), Rom I-VO Art. 8 Rn. 157 참조.

139) 김인호(註 137), 31면 참조. 이현목, “근로계약의 준거법에 관한 연구 - 유럽연합에서의 논의를 중심으로”, 비교사법 제25권 3호(통권 82호)(2018. 8.), 985면은 ‘거점규칙’이라고 번역한다. MüKoBGB/Martiny, 8. Auflage (2021), Rom I-VO Art. 8 Rn. 56은 이는 원칙적으로 “운영 기지”의 존재가 필요하고, 여러 국가에서 노무(특히 운전사)가 제공되는 운송 부문의 근로관계에서 특히 중요하다고 한다.

140) 김인호(註 137), 31면; 이현목(註 139), 988-989면도 동지.

4. 운송계약의 객관적 준거법

가. 국제사법의 태도

운송계약의 경우에도 당사자자치의 원칙이 타당하다. 다만 객관적 준거법 결정에서 로마협약(제4조 제4항)은 물품운송계약(contract for the carriage of goods)에는 특징적 이행에 기초한 추정규정을 적용하지 않고 적하지, 양하지 또는 송하인의 주된 사무소가 운송인이 계약체결 시 주된 영업소를 가지는 국가에 있는 때에는 그 국가와 가장 밀접한 관련을 가지는 것으로 추정하였다. 로마 I 은 이런 추정을 버리고 고정된 규칙을 도입하였는데,¹⁴¹⁾ 제5조는 운송계약이라는 제목 하에 물품운송계약과 여객운송계약을 구분하여 준거법을 규정한다. 즉 당사자들이 물품운송계약의 준거법을 합의하지 않으면, 수령지, 인도지 또는 송하인의 상거소가 운송인의 상거소지국에 있는 경우 그 국가의 법이 준거법이 되고, 그런 요건이 충족되지 않으면 당사자들이 합의한 인도지 소재지 국가의 법이 적용된다. 여객운송계약의 경우, 당사자들이 제2호에 열거된 법¹⁴²⁾ 중에서 선택하지 않으면, 출발지 또는 목적지가 여객의 상거소지국에 있는 경우에는 그 국가의 법이 준거법이 되고, 그런 요건이 충족되지 않으면 운송인의 상거소지국의 법이 적용된다. 다만 어느 경우든, 사안의 모든 사정으로부터 보아 그 계약이, 제1항 또는 제2항에 표시된 국가 이외의 다른 국가와 명백히 더욱 밀접한 관련을 가지는 것이 확실한 경우에는 그 다른 국가의 법이 적용된다.

과거 섭외사법(제32조)은 운송주선계약에 관한 조문을 두어 운송주선업자의 주소지 또는 영업소 소재지법을 운송주선계약의 준거법으로 지정하였으나 이는 취지가 애매하여 2001년 삭제되었고, 우리 국제사법은 로마 I 과 같은 예외를 두지 않는다(스위스 국제사법도 같다). 따라서 운송계약에도 원칙적으로 제46조 제2항의 추정규정이 적용되고¹⁴³⁾ 판례도 그런 전제를 따르는 것으로 보인다. 그러나 과연 모든 운송계약에 대해 그런 추정이 적절한지는 구체적 사건에서 법관이 판단해야 하는데 그 경우 로마협약을 참작할 여지가 있다.

나. 개정 여부와 방향

입법론으로는 운송계약의 객관적 준거법 결정규정을 두는 방안을 검토할 필요가 있다. 다만 아직 필자의 연구가 부족한 탓에 개정 방향을 제시하기는 어렵다.¹⁴⁴⁾

141) 소개는 윤남순, “EU법상 국제운송계약의 준거법 -「로마 I 규칙」을 중심으로-”, 고려법학 제71호(2013. 12.), 1면 이하 참조. 우리 법에의 시사점만 언급하고 개정 방향은 제시하지 않는다.

142) 당사자들이 선택할 수 있는 여객운송계약의 준거법은 여객 또는 운송인의 상거소지국, 운송인의 경영중심지국, 출발지국과 목적지국의 법에 한정된다.

143) 우리 법의 논의는 최성수, “해상운송계약에서 준거법의 결정”, 아주법학 제9권 제1호(2015. 5.), 123면 이하; 이 연, “국제항공 여객운송계약의 준거법에 관한 연구 - 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결을 계기로”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.), 303면 이하 참조.

144) 김인호(註 117), 595면 이하는 운송계약의 준거법에 관한 개정안을 제시하지는 않는다.

5. 보험계약

가. 국제사법의 태도

과거 섭외사법(제33조)은 보험계약에 관한 조문을 두어 보험업자의 영업소 소재지법을 보험계약 등의 준거법으로 지정하였으나 이는 취지가 애매하여 2001년 삭제되었고, 국제사법은 보험계약에 대한 특칙을 두지 않으므로 보험계약자(피보험자)가 소비자인 경우 소비자계약의 특칙이 적용되고, 보험계약자(피보험자)가 사업자인 경우 통상의 계약에 대한 준거법규정(제45조 이하)이 적용된다. 그 경우 보험계약은 용역제공계약이고 특징적 이행을 하는 자는 보험자이다. 재보험계약의 경우에는 통상의 계약에 대한 준거법규정(제45조 이하)이 적용된다. 실제로 판례도 다양한 해상보험 계약에 관하여 그런 접근방법을 따르고 있다.

참고로 보험계약은 채권계약이므로 성질상 로마협약에 의하여 규율될 사항이나 보험계약에 대하여는 유럽공동체의 지침이 준거법 결정에 관한 특칙을 두었기에 일정 범위의 보험계약을 로마협약의 적용범위로부터 제외하였다.¹⁴⁵⁾ 반면에 로마 I(제7조)은 이를 개선하여 보험계약을 3개 유형으로 구분하고 ① 대위험(Großrisiko, large risk)에 대한 보험계약(당사자자치에 따르고 선택이 없으면 보험자의 상거소지법), ② 대량위험(Massenrisiko, 다수의 私人的 위험)에 대한 보험계약(위험 소재지에 따라 상이)과 ③ 재보험계약(통상의 계약 준거법규정)에 대하여 복잡한 연결규칙을 둔다.¹⁴⁶⁾

나. 개정 여부와 방향

한국에서는 보험계약의 준거법에 관한 연구는 부족한데, 현재로서는 보험계약에 대한 특칙을 두기 위하여 국제사법을 개정할 필요성은 없는 것으로 보인다.¹⁴⁷⁾

6. 불법행위¹⁴⁸⁾

사무관리, 부당이득 및 불법행위로 인한 법정채권을 하나의 조문으로 규율하던 섭외사법과 달리 구 국제사법(제30조-제32조)은 3자를 구분하여 각각 규정하는데 국제사법(제50조-제52조)도 이런 틀을 유지한다. 입법에 참고가 되는 것은 유럽연합의 “계약외채무(또는 법정채무)의 준거법에

145) 과거 유럽연합의 보험계약 준거법규정은 지극히 복잡하여 “저축법의 지옥(Hölle des Kollisionsrechts)”으로 간주되었다. 배경과 논의는 von Bar/Mankowski(註 28), §1, Rn 738ff. 참조.

146) Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 3. Auflage (2019), §15, Rn. 57ff. 다만 매우 제한된 범위의 보험계약을 그 적용범위로부터 제외한다(제1조 제2항 j호).

147) 김인호(註 117), 628면은 보험계약을 따로 규정할지에 대하여는 기술적 특수성과 위험 및 이를 담보하는 보험의 유형에 따른 분석이 필요하므로 별도의 연구가 필요하다고 한다.

148) 법정채권의 준거법에 관한 판례의 소개는 천창민, “2001년 전부개정 「국제사법」에 따른 법정채권 분야 20년 판례 회고”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 351면 이하 참조. 이현묵, “도메인이름 이전등록에 따른 부당이득의 준거법과 국제사법 제31조의 개정의 필요”, 국제거래법연구 제21집 제2호(2012. 12.), 39면은 로마II를 참조하여 부당이득의 준거법을 규정한 구 국제사법 제31조(국제사법 제51조에 상응)의 개정 필요성을 제시하나 구체적인 제안은 아니다.

관한 2007. 7. 11. 유럽의회 및 이사회의 No. 864/2007 규정(“로마II”)(제4조)이다.¹⁴⁹⁾ 이는 우리가 섭외사법을 개정할 당시에는 존재하지 않았던 것이다.

가. 국제사법의 태도

(1) 불법행위지원칙과 그에 우선하는 연결원칙

구 국제사법(제32조 제1항)은 행위지법과 법정지법을 누적적용하던 섭외사법의 절충주의를 폐지하고 행위지원칙으로 일원화하였다. 또한 구 국제사법은 섭외사법과 같이 격지불법행위의 준거법을 명시하지 않았으나 국제사법(제52조 제1항)은 행동지와 결과발생지가 모두 연결점임을 명시한다.¹⁵⁰⁾ 다만 국제사법은 피해자가 선택권을 가지는지 아니면 법원이 선택해야 하는지는 명시하지 않으므로 판례의 태도가 유지될 수 있다.¹⁵¹⁾ 결과발생지는 직접적인 법익침해지만을 말하고 이차적(또는 간접적) 결과발생지는 포함하지 않는다.¹⁵²⁾

예컨대 사기, 배임, 투자설명서책임 또는 전문가책임 등으로 인한 불법행위처럼 어떤 유형물이나 생명, 신체 등의 침해 없이 재산상 손해만이 발생하는 ‘순수(또는 순전한) 재산상 손해’(reine Vermögensschäden, pure economic loss)¹⁵³⁾의 경우 결과발생지를 결정하기 어렵다. 유럽연합에서는 “계약외채무(또는 법정채무)의 준거법에 관한 2007. 7. 11. 유럽의회 및 이사회의 No. 864/2007 규정(“로마II”)(제4조)의 해석상 피해자의 계좌 소재지, 주된 재산 소재지, 상거소지(또는 주소지), 재산(또는 재산상 이익) 중심지(Vermögens-zentrale), 피해자가 손해를 발생시키는 행위를 수행한 장소, 그리고 행동지를 연결점으로 삼는 등 다양한 견해가 있으나¹⁵⁴⁾ 현재로서는

149) 로마II의 소개는 석광현(註 26), 259면 이하 참조. 로마II와 우리 국제사법의 비교는 이종혁, “불법행위의 준거법에 관한 우리 국제사법과 로마II 규정의 비교연구 - 순전한 재산적 손해를 발생시키는 불법행위의 준거법 결정원칙을 포함하여 -”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 219면 이하 참조.

150) 국제사법 제52조는 국제재판관할을 정한 제44조와 달리 여기에서는 지향된 활동을 언급하지 않는다.

151) 분명하지는 않으나 판례는 불법행위지가 행동지와 결과발생지를 포함하는 것으로 보면서 피해자에게 선택권을 인정하는 것으로 이해되었다. 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결 참조. 상고심인 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결은 원심의 판단은 정당하다고 판시하였으나 피해자가 준거법을 선택할 수 있다고 실시하지는 않았다.

152) 도메인이름에 관한 대법원 2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결(제2차 환송판결)은 불법행위로 인하여 경제적 손실을 입게 된 이차적 또는 간접적 결과발생지를 결과발생지에 포함시킨 것으로 보이나 김운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부”, 대법원 판례해설 제75호(2008년 상권), 443-444면은 위 판결이 그런 취지는 아니고 직접적 법익침해지가 한국이라고 설명하므로 불분명하다. 이종혁(註 44), 129면, 註 159와 145면 이하 참조. 이는 해석론이므로 더 이상 논의하지 않는다.

153) 실질법을 다룬 글이나 최흥섭, “한국법의 불법행위책임에서 순수경제적 손실-유럽통일민사법안(DCFR)과의 비교를 중심으로-”, 민사법학 71호(2015. 6.), 202면은 유형적 법익의 침해의 결과로 발생하는 경제적 손실이 ‘부수적 경제적 손실’인 데 반하여, 피해자에게 그러한 인적 또는 물적 법익의 침해가 개입되지 않고 발생하는 경제적 손실을 ‘순수 경제적 손실’이라고 한다. 반면에 이종혁(註 44), 129면은 무형재산인 금전과 증권에 관한 불법행위를 예로 드나 그 범위가 다소 모호하다. 여기에서는 일단 본문의 예를 전제로 논의한다. 이종혁(註 44), 129면은 이를 금전과 증권에 관한 불법행위라고 하나, 김인호, “일반 불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토”, 법제연구 제43호(2012. 12.), 177면은 경제적 불법행위로 논의한다.

154) 유럽연합의 판례와 학설의 소개는 이종혁(註 44), 127면 이하 참조. 독일 문헌은 우선 BeckOGK/Rühl, 1. 12. 2017, Rom II-VO Art. 4 Rn. 68-1. 이종혁(註 44), 287면 이하는 2022년 국제사법 개정 전 불법행위의 연결점으로서 결과발생지를 우선시키되 순수 재산상 손해에 대하여는 결과발생지를 정할 수 없으며 행동지를 연결점으로 보았다. 유형적 검토는 Peter Huber (ed.), Rome II Regulation (2011), Art. 4, R. 26 이하(Ivo Bach 집필부분) 참조.

입법으로써 예외를 규정하기는 어렵고 판례·학설에 맡기는 것이 바람직하다.

한편 우리 국제사법은 불법행위지원칙에 우선하는 연결원칙들로서, 법정지법의 사후적 합의(제53조), 종속적 연결(제52조 제3항)과 공통의 속인법(일상거소지법)에의 연결을 규정한다.

(2) 연결점인 지향된 활동과 준거법 지정에서 모자이크방식의 도입 여부

국제사법 제44조에 따르면 불법행위가 한국을 향하여 행하여지는 경우 한국이 불법행위에 관한 소에 대하여 특별관할을 가지는 것처럼 보인다. 그러나 제44조는 결과발생지가 한국인 경우 관할을 인정하므로 지향된 활동에 근거한 관할을 별도로 인정할 필요는 없다. 행위자측의 의도적 지향은 결과발생지의 확산을 막는 것이어야 한다.¹⁵⁵⁾ 인터넷에 의한 불법행위의 경우 ‘결과발생지+지향된 활동’에 근거하여 ‘지향된 결과발생지’에 관할을 인정하여야 하고 제44조처럼 양자를 병렬적으로 규정할 것은 아니다.

반면에 준거법규정은 지향된 활동을 전혀 고려하지 않는다.

(3) 특수불법행위의 준거법규정의 부재

국제사법은 특수불법행위에 대한 특칙을 두고 있지 않다. 일본의 법적용통칙법과 중국의涉外民事關係法律適用法이 일부 특칙을 두는 것¹⁵⁶⁾과 다른 점이다. 한편 로마II는 일반적인 불법행위의 준거법규칙이 특수불법행위의 경우 관련된 이익들 간의 합리적 균형을 달성하지 못함을 고려하여 ① 제조물책임, ② 부정경쟁과 경쟁제한행위, ③ 환경손해, ④ 지재권침해와 ⑤ 정의행위라고 하는 5가지 특수불법행위에 대한 특칙을 둔다. 나아가 ⑥ 프라이버시와 명예훼손을 포함하는 인격권 침해로 인한 계약외채무와 ⑦ 도로교통사고로 인한 계약외채무의 준거법에 대하여도 규정하고자 하였으나 합의에 이르지 못하여 뒤로 미루어졌다.¹⁵⁷⁾ 즉 특수불법행위에 대하여는 로마II(제5조—제9조)가 적용되는데 그것이 제4조의 적용을 허용하거나 그와 동일 문언을 사용하는 경우에만 제4조에 호소할 수 있다. 불법행위의 연결원칙의 경우 당사자자치, 공통의 속인법 예외와 밀접관련국법에 기초한 예외조항이 적용되어 유연성이 인정될 가능성이 크나, 특수불법행위의 연결원칙은 더 엄격한데 이는 입법자들이 특별한 연결원칙에 반영된 연결정책의 관철에 더 큰 관심을 가지기 때문이다. 다만 특수불법행위의 연결원칙 간에도 엄격성의 정도는 유형에 따라 차이가 있다.

우리 국제사법 하에서는 특수불법행위에 대하여 불법행위지법의 적용이 부적절한 경우 법원은 제21조(예외조항)를 활용함으로써 적절한 연결원칙을 도입할 필요가 있다.

155) 상세는 석광현(註 93), 240면 이하 참조. 불법행위의 경우 지재권 침해와 달리 관할의 양적 제한을 하지는 않지만 위 결론은 동일하다.

156) 일본 법적용통칙법(제18조, 제19조)과 중국涉外民事關係法律適用法(제45조, 제46조)은 제조물책임과 신용훼손책임, 스위스 국제사법은 제조물책임(제135조), 부정경쟁 또는 경쟁제한으로 인한 불법행위(제136조, 제137조), 인격권침해 또는 명예훼손(제139조)과 환경오염(제138조)에 관한 특칙을 둔다.

157) 이에 대한 입법은 아직도 이루어지지 않고 있으며 입법작업은 휴면상태에 있다. EU의 논의는 천창민, “법정채권의 준거법 분야 국제사법 개정 검토 - 주요국 국제사법 관련 규정의 비교를 중심으로 -”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 408면 이하 참조.

한편 우리 국제사법에는 로마II(제12조)와 달리 계약체결상의 과실책임(culpa in contrahendo)의 준거법에 관하여도 규정이 없다. 따라서 그의 성질결정도 문제가 된다.

(4) 징벌배상과 과도한 손해배상의 제한

불법행위의 효과(또는 효력)인 손해배상액의 산정은 준거법에 따를 사항이나 외국법에 따른 손해배상을 인정하는 것이 우리 공서에 반하는 때에는 동법을 적용할 수 없다. 이를 명확히 하고자 국제사법(제52조 제4항)은 “... 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 인정하지 아니한다.”고 규정한다. 성질에 착안한 전자의 예로는 미국에서 인정되는 징벌적 손해배상(punitive damages)과 3배배상에서 전보적 배상을 넘는 부분을, 범위에 착안한 후자의 예로는 지나치게 과도한 전보적 손해배상(grossly excessive damages)을 들 수 있다.

나. 개정 여부와 방향

여기에서는 두 가지 논점만 언급한다. 하나는 특수불법행위에 대한 특칙의 도입이고, 다른 하나는 근자에 확대되고 있는 역외적용에 관한 논점이다.

(1) 불법행위지원칙과 그에 우선하는 연결원칙의 개정

국제사법은 불법행위지원칙을 유지하면서 격지불법행위의 경우 행동지와 결과발생지가 모두 연결점임을 명시한다. 근자에는 한국에도 로마II(제4조 제1항)를 따라 손해발생지만을 연결점으로 삼자는 입법론¹⁵⁸⁾이 있다. 로마II의 연결원칙은 가해자-피해자 이익 간의 합리적 균형을 보장하고, 민사책임법은 과거 과실에 의한 행위를 벌하였으나 오늘날에는 무과실 엄격책임의 확산에서 보듯이 그의 핵심은 보상(전보)기능에 있으므로 위 연결원칙은 현대 민사책임의 접근방법과 엄격책임체제의 발전을 반영한 것으로서(전문 16항) 설득력이 있다. 그러나 종래 우리는 손해발생지를 원칙적으로 연결점으로 인정하지 않고, 유럽연합이 손해발생지(직접손해 발생지에 한정)를 연결점으로 규정하는 것은 내부 사정으로 인한 것인데 이는 부정확하므로 우리가 로마II를 따를 이유는 없다.¹⁵⁹⁾ 우리 국제사법의 태도는 학설·판례의 지지를 받은 것이므로 이를 개정하자면 설득력 있는 논거가 필요한데, 로마II처럼 다양한 특수불법행위별로 적절한 연결원칙을 둔다면 모르겠으나 그 전에 행동지를 포기할 것은 아니다. 더욱이 위에서 보았듯이 순수 재산적 손해의 경우 행동지에만 착안하는 견해도 있다. 로마II도 환경손해(제7조)와 정의행위(제9조)의 경우 행동지를 연결점으

158) 김인호(註 153), 178면.

159) 프랑스법계의 책임법에는 ‘법익침해’라는 개념이 일반적으로 사용되지 않으므로 덜 정확하지만 손해발생지라는 개념을 사용했다고 한다. 석광현(註 26), 271면,註 51 참조. 우리 국제사법상 손해발생지는 연결점으로서 원칙적으로 무의미하다는 점은 이호정(註 30), 303면; 석광현(註 27), 392면 참조.

로 인정하고, 제조물책임(제5조)의 경우 취득지도 연결점의 하나로 규정하는데 우리가 해석론으로 그런 결론을 도출하자면 행동지를 연결점으로 인정할 필요가 있다.

불법행위지원칙에 우선하는 연결원칙을 보면, 제53조는 법정지법의 사후적 합의만을 허용하나 사전합의도 제한적으로 허용하고 법정지법에의 한정을 완화할지가 문제되는데 로마II처럼 완화하는 입법론이 있다.¹⁶⁰⁾ 제52조 제3항의 “‘가해자’와 피해자 간에 존재하는 법률관계”에서 가해자를 ‘배상의무자’ 또는 ‘책임이 있다고 주장된 자’로 수정할 수도 있으나 해석론으로 해결할 수도 있다.¹⁶¹⁾ 제53조가 명시하지 않지만, 묵시적 선택이 부당하게 확대될 우려가 있으므로 해석상 준거법 합의는 명시적 또는 묵시적으로도 가능하나 묵시적 선택은 계약에 관하여 제45조 제1항 단서처럼 합의내용 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우여야 한다. 입법론으로는 로마II(제14조 제1항)처럼 그 취지를 명시할 수도 있다.

(2) 연결점으로서의 지향된 활동과 준거법 지정에서 모자이크방식의 도입 여부

관할규칙과의 병행을 고려하면 준거법규정(제52조)도 장래 ‘결과발생+지향된 활동’이 연결점이 되도록 개정하자는 견해가 가능하다. 즉 장래 인터넷에 의한 불법행위에서 준거법규정(제52조)도 ‘결과발생+지향된 활동’이 연결점이 되도록 개정할 필요가 있다는 것이다. 또한 인터넷상의 불법행위(예컨대 가상공간에서의 명예훼손)처럼 결과발생지가 복수인 경우 속지주의(또는 보호국법주의)가 타당한 지식재산권의 경우와는 달리 불법행위의 경우 준거법이 지나치게 확산되는 것을 막고, 복수의 결과발생지법 중 피해자에게 가장 유리한 법의 선택을 허용하는 것은 비현실적이므로 이를 막을 필요가 있는데 우선은 해석론으로 해결해야 할 것이나, 입법론으로는 엄격한 요건 하에 모자이크방식¹⁶²⁾의 도입을 고려할 필요가 있다. 이는 예컨대 명예훼손이라는 특수불법행위에서 다를 수도 있다. 반면에 관할의 맥락에서 불법행위의 경우 지재권 침해와 달리 국제사법(제52조 제1항)은 양적 제한(모자이크방식)을 하지 않으므로 준거법의 맥락에서도 모자이크방식을 도입하지 않는 것이 일관성이 있다고 할 수 있다. 이 점은 더 검토할 필요가 있다.

(3) 특수불법행위에 대한 특칙의 도입

우리는 지재권침해와 선박충돌 그리고 아래(5.)에서 언급하는 독점규제법과 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(“자본시장법”)에 따른 민사책임의 특칙을 두었으므로 입법론으로서 특수불법행위에 관한 특칙을 도입한다면 ① 제조물책임(AI의 확산과도 관련하여)과 ② 명예훼손 기타 인격권 침해(개인정보나 데이터 침해와도 관련하여) 등을 우선 고려할 수 있다. 따라서 입법론으로 특칙을

160) 김인호(註 153), 211면.

161) 해석론으로 찬성하고 개정을 검토할 필요가 있다는 견해는 석광현(註 27), 398면. 개정에 반대하는 견해는 천창민(註 157), 383면.

162) 유럽연합재판소가 재판관할에서 취한 ‘모자이크시스템’을 준거법에 도입하면, 행동지법은 모든 손해의 준거법이 될 수 있으나, 결과발생지법을 준거법으로 하는 경우 이는 그곳에서 발생한 손해에 대하여만 적용된다고 볼 수도 있다.

돌지와, 어떤 연결규칙을 돌지를 검토해야 한다.¹⁶³⁾ 한편 구 국제사법이 시행된 후 20여년이 경과되도록 고엽제소송처럼 특수불법행위의 준거법이 문제된 사안은 있으나¹⁶⁴⁾ 큰 주목을 끌지는 않은 것 같아 개정이 주저되기도 하나, 개인정보와 데이터의 중요성이 커지고 그의 침해가 사회적 관심사가 되는 것을 보면 국제사법에서도 관심을 가져야 한다. 다만 입법론은 아직 시기상조이기에 더 이상의 논의는 생략한다.¹⁶⁵⁾

(4) 징벌배상과 과도한 손해배상의 제한: 제52조 제2항의 개정

한국이 2011년 6월 시행된 “하도급거래 공정화에 관한 법률”(하도급법)¹⁶⁶⁾을 통하여 3배배상제도를 도입하였고 그 후 배액배상제도(즉 3배배상제도와 5배배상제도)가 확산 중이므로 이제는 우리 법원이 제52조 제4항을 근거로 3배배상을 규정한 외국법의 적용을 무조건 배척할 수는 없다. 불법행위의 준거법으로 지정된 외국법이 3배배상을 규정하는 경우 ① 외국법의 적용을 전면 허용할지, ② 외국법이 적용되는 사안이 3배배상을 정한 한국 법률의 영역(또는 개별 법률의 규율 영역)에 속하면 외국법을 적용하고 그렇지 않으면 적용을 배제할지, 아니면 ③ 사안별로 우리 법원이 결정하도록 할지(이 경우 판단기준 필요) 등에 관한 방침을 정하고 제4항을 그에 따라 개정할 필요가 있다.

제52조 제4항은 불법행위의 준거법 맥락에서, 민사소송법 제217조의2는(제217조 제1항 제3호도) 외국재판 승인의 맥락에서 작동하나, 한국의 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념을 보존하는 방어적 기능을 하는 점은 공통되므로 양자의 동조가 필요하다. 필자는 우리 실질법상 3배배상의 확산을 목도하면서 민사소송법 제217조의2의 개정을 제안하였다. 그 후 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다231550 판결이 민사소송법 제217조와 제217조의2 하에서 징벌적 손해배상의 대상이 된 행위가 “우리나라에서 손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 허용하는 개별 법률의 규율 영역에 속하는 경우” 3배 배상을 명한 외국재판의 승인이 우리 법의 기본질서에 위배된다고 보기 어렵다고 판시하였다.¹⁶⁷⁾

163) 김인호(註 153), 215면; 천창민(註 148), 413면은 특수불법행위에 대한 특별연결규칙의 도입을 지지한다. 특히 김인호(註 153), 173면 이하는 제조물책임과 환경손해의 준거법규정을 도입하자고 한다. 인격권침해에 관한 독일의 근자의 논의는 Hannes Wais, Digitale Persönlichkeitsrechtsverletzungen und anwendbares Recht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 87 (2023), S. 86ff. 이는 우리 국제사법처럼 행동지와 결과발생지에 선택적으로 연결하는 독일 민법시행법 제40조의 해석론을 전개하고 비판한다.

164) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결과 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17553 판결. 판례는 천창민(註 148), 351면 이하 참조. 일반적으로 불법행위의 2차적 손해발생지는 결과발생지에 포함되지 않지만, 위 판결들은 명시하지는 않았으나 제조물책임소송에서 독립된 후유증 발생지는 1차적 손해발생로서 결과발생지에 해당한다는 입장을 취한 것으로 평가된다. 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.), 140면 이하; 천창민(註 148), 393면,註 101.

165) 명예훼손은 천창민(註 148), 405면 이하 참조. 이철원, “EU에서의 명예훼손에 대한 국제재판관할권, 준거법 논의”, 한국국제사법학회 제135회 정기연구회 자료집(2018)에 자료가 있으나 공간되지 않았다.

166) 하도급법에 따르면 원사업자는 원칙적으로 취득한 기술자료를 유용하여서는 아니 되고(제12조의3), 만일 이를 위반하여 기술자료를 유용함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다(제35조 제2항).

과거 필자는 구 국제사법 제32조(국제사법 제52조에 상응)의 개정안도 제안하였는데¹⁶⁸⁾ 위 대법원 판결이 선고되었으니 이제는 제52조 제4항의 개정이 현실적 과제가 되었다. 해석론으로 문제를 적절히 해결할 수 있는지 의문이 있고 이제는 손해배상의 성질에 착안하기는 어려우므로(대법원이 실제 손해를 넘는 실질적인 배상의 지급을 명한 외국판결을 승인할 수 있다고 판시하였기에) 개정하는 편이 바람직하다. 그 과정에서 국제사법상 과도한 전보배상에 적용되는 문언도 개정하고, 입법부와 사법부가 불협화음을 드러낸 민사소송법 제217조의2를(제217조 제1항 제3호도) 개정할 수 있을 것이다.¹⁶⁹⁾

(5) 역외적용을 명시한 법률과 국제사법의 관계

우리 국제사법은 특수불법행위에 대한 특칙을 두지 않지만 섭외사법 개정 후 역외적용을 명시한 조항을 독점규제법 제2조의2¹⁷⁰⁾와 자본시장법 제2조¹⁷¹⁾에 신설하였다. 국제사법에 둔 연결원칙은 주로 민사책임의 준거법을 지정하나, 독점규제법과 자본시장법의 조문은 그의 성질(민사, 형사 또는 공법)에 따라 구분할 필요가 있다.¹⁷²⁾

민사책임에 관하여는 독점규제법 제2조의2와 자본시장법 제2조가 국제사법의 특칙인지가 문제된다. 또한 민사책임에 관한 한 외국인이 외국에서 한 행위의 영향(또는 효과)이 한국에 미친다는 이유로 우리 독점규제법과 자본시장법을 역외적용한다면 불법행위지 원칙에 우선하는 연결원칙들(사후적 합의, 종속적 연결과 공통의 속인법원칙)이 적용되는지를 검토하고 그를 입법적으로 해결

167) 대법원은 한국의 독점규제 및 공정거래에 관한 법률에도 실제 손해액의 3배 범위 내에서 손해배상을 허용하는 규정이 있으므로 한국의 불공정거래행위에 해당하는 행위에 대해 손해액의 3배 배상을 명한 미국 하와이주 법원 판결을 승인하는 것이 “우리나라 손해배상제도의 원칙이나 이념, 체계 등에 비추어 도저히 허용할 수 없는 정도라고 볼 수 없다”고 판시하였다. 즉 우리 법제에서 징벌적 손해배상이 허용되는 영역이라면 그 규율 영역에서 징벌적 손해배상을 명한 외국 판결의 집행도 허용된다는 것이다. 이종욱, “손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판의 승인 및 집행 - 공서 요건을 중심으로 -”, 국제거래법연구 제31집 제2권(2022. 12.), 123면 이하 참조.

168) 필자는 2012. 1. 10. 국회에서 개최된 민사소송법 개정안 공청회에서 이 점을 처음 지적하였고 석광현, 국제민사소송법(2012), 434면 이하에서 더 논의하였으나, 김인호(註 153), 188면은 구 국제사법 제32조 제4항을 유지하자는 견해를 피력하였다. 그 후 필자는 비전보적 배상(징벌배상과 3배배상)과 과도한 전보적 손해배상을 구분하여 구체적인 개정안을 제안하였다. 석광현, [정년기념], 524면 이하 참조(이는 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 245면 이하를 수정·보완한 것이다). 하상익, “손해배상에 관한 외국재판의 승인-배액(倍額) 배상제도를 중심으로-”, 민사재판의 제문제 제27권(2020), 787면 이하도 참조. 천창민(註 157), 386면은 개정의 필요성을 인정하면서 법원의 해석론에만 맡기기는 어려우므로 일정한 기준을 제시해 주는 것도 바람직한 방법이 될 수 있다는 의견만 피력한다.

169) 위에서는 온건하게 ‘불협화음’이라고 표현하였다. 석광현, [정년기념] 505면, 528면 이하 참조. 석광현, [정년기념], 30면에서는 “입법부와 사법부의 충돌?”이라고 적었다.

170) 제2조의2(국외행위에 대한 적용)는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다.”고 규정한다. 이는 2005. 4. 1. 발효하였다.

171) 제2조(국외행위에 대한 적용)는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위로서 그 효과가 국내에 미치는 경우에도 적용한다.”고 규정한다. 이는 2009. 2. 4. 발효하였다. 이는 과거 사기금지조항(anti-fraud provision)의 역외적용에 관하여 미국 판례는 ‘효과기준’과 ‘행위기준’을 종합적으로 고려하여 연방증권법의 역외적용 여부를 결정하여 왔고 자본시장법은 그 영향을 받은 것이나, 미국 연방대법원은 2010. 6. 24. ① 미국 증권거래소에 상장된 증권의 매매나 ② 미국 내의 다른 증권의 매매로 한정하는 취지의 판결을 하였다. Morrison v. National Australia Bank Ltd., 130 S.Ct. 2869 (2010) 참조. 소개와 위 판결 후의 변화는 이종혁(註 44), 212면 이하 참조.

172) 즉 후자의 경우 ① 행정규제, ② 행정규제 위반으로 인한 민사책임규제와 ③ 행정규제 위반에 대한 형사책임규제, 즉 중층(삼중)규제로 구성되므로 국제독점규제법과 국제자본시장법의 체계도 위 세 가지 분야로 구분하여 논의할 필요가 있다.

할지 고민해야 한다.¹⁷³⁾ 자본시장법상의 민사책임과 관련하여 근자에는 국제사법에 조문을 신설하여 자본시장 불법행위의 준거법으로 직접 영향을 받은 시장지법을 명시하자는 제안도 있다.¹⁷⁴⁾ 그러나 다양한 법률관계에 대하여 양면적 저촉규정을 두는 우리 국제사법 하에서는 우리 사법(私法)(또는 민사책임)규정의 역외적용(일면적 저촉규정)과 국제사법 중 준거법규정의 관계¹⁷⁵⁾를 정리할 필요가 있다. 외국인이 외국에서 한 행위의 결과가 한국에서 발생하는 경우 자본시장법과 독점규제법을 적용하는 것은 속지주의를 전제로 예외인 역외적용이라고 할 수 있으나, 예컨대 지향된 결과발생지임을 근거로 한국법을 적용하는 것이라면 국제사법이 정한 통상의 연결원칙에 따른 준거법 지정이지 역외적용이라고 할 이유는 없다.¹⁷⁶⁾ 따라서 자본시장 불법행위의 준거법으로 시장지법을 명시하자는 제안의 취지를 이해할 수 있으나 우선 역외적용을 명시한 조문과의 관계를 해결할 필요가 있고, 아직 특수불법행위의 특칙을 두지 않은 상태이므로 자본시장 불법행위에 대하여만 특칙을 두는 것은 적절하지 않다. 또한 자본시장법과 독점규제법에서 공법규정과 민사책임규정의 관계가 문제되는데 양자를 통일적으로 연결할지를 검토해야 한다.¹⁷⁷⁾

요컨대 우리는 사법(私法)적 영역 중 지식재산권법처럼 속지주의가 타당한 영역과, 공법적 영역(지재권이더라도 국경조치는 공법적 영역이다)에서 한국법의 역외적용을 논의할 수 있다. 반면에 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(부정경쟁방지법)처럼 (적어도 한국에서) 국제사법이 정한 통상의 연결원칙에 따르는 영역에서는 그에 따르면 되고 준거법 지정을 한국법의 역외적용이라고 할 이유가 없다.¹⁷⁸⁾ 다만 사법(민사책임)규정이 통상의 연결원칙이 아니라 국제적 강행규정

173) 공정거래위원회가 2021년 3월 5일 입법예고하였던 '전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률' 전부개정안 제5조는 역외적용을 명시하였다. 그러나 제5조는 부적절한 것이었다. 첫째, 한국 소비자가 외국의 온라인판매사업자(즉 온라인 플랫폼 이용사업자 또는 자체 인터넷 사이트 등 이용사업자)로부터 해외직구를 하는 경우 사업자와 한국 소비자 간의 판매계약과, 온라인 플랫폼 운영사업자와 한국 소비자 간의 이용계약은 당연히 한국 소비자에게 영향을 미치므로 '한국내 영향'이 아니라 소비자의 주소를 기초로 역외적용을 해야 한다. 둘째, 제5조는 국제사법 제47조와 충돌되고, 소비자계약에서 국제사법 제47조가 정립한 '사업자-소비자간 이해관계의 미묘한 균형'을 깨뜨리고 국제적 정합성을 해친다. 석광현, "전자상거래법의 역외적용과 국제사법(國際私法)상 소비자의 보호", 법률신문 제4904호(2021. 7. 5.), 12면 참조. 이러한 비판을 수용하여 공정거래위원회도 견해를 변경한 것으로 알고 있다. 상세는 김현아, "전자상거래법 개정안의 역외적용 규정에 대한 비판적 단상", 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 337면 이하 참조.

174) 이종혁(註 44), 288면.

175) 이종혁(註 44), 288면. 이종혁(註 44), 242면은 다른 법률과의 관계를 정한 자본시장법 제10조에 제4항을 신설하여 국외행위에 관하여 국제사법의 우위를 명시하자고 제안한다.

176) 이규호, "지식재산법의 역외적용", 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 245면은 "절차법의 역외적용과 관련하여서는 사법관할의 문제로 다룰 필요가 있다고 하고, 사법관할(jurisdiction to adjudicate)은 법정지 국가가 외국의 준거법을 적용하려고 하지 아니하는 한, 입법관할권이 부존재하는 경우에는 적용되지 아니한다."고 하나 동의하기 어렵다. 민사사건에 관한 한 절차법은 법정지법원칙에 따라 법정지가 한국인 경우 적용되는 것이지 역외적용되는 것이 아니고(즉 외국인에 대하여 우리 법원이 국제사법에 따라 재판관할권을 가지고 우리 절차법을 적용하는 것이다), 또한 우리 법원이 외국법을 적용하는 것은 흔히 있는 일인데 입법관할권이 없다(즉 우리 私法이 적용되지 않는다)고 해서 사법관할을 부정할 이유가 없다. 이규호, "영업비밀 보호법제의 역외적용", 국제거래법연구 제22집 제1호(2022. 7.), 243면 이하도 참조. 입법관할과 사법관할의 역외적용을 언급하는 문헌은 많은데(정찬모, "인터넷상 인격권침해 게시물 접근제한조치의 지역적 범위 - CJEU의 최근 판결을 중심으로", 사법 통권 56호(2021), 775면 등) 우선 공법영역과 사법(私法)영역을 구분하고 후자에서는 조심하여야 한다. 인격권 보호처럼 공법영역과 사법영역에 걸쳐 문제되는 경우 특히 그러하다.

177) 석광현(註 27), 367면 註 122 참조.

178) 반면에 사비니의 국제사법이론을 전면적으로 수용한 적이 없고, 유럽과 달리 사비니가 확립한 공·사법의 명확한 구별을 채택

으로서 특별연결되는 경우에는 역외적용일 수도 있다. 후자에 관한 한 우선 해석론으로 문제를 해결할 필요가 있다.

(6) 계약체결상의 과실책임의 준거법

로마II는 계약체결상의 과실책임을 불법행위와 별개의 연결대상으로 규정하여 준거법을 지정한 다. 즉 로마II(제12조)는 계약체결상의 과실책임의 경우 계약 체결에 선행하는 거래에 직접적인 관련을 보이는 비계약채무에 대하여는 계약 준거법에 종속적으로 연결하고, 그에 의하여 준거법을 결정할 수 없는 경우 불법행위의 준거법을 정한 제4조의 일반원칙을 따르도록 한다.¹⁷⁹⁾ 계약체결상의 과실책임의 준거법은 M&A에서 협상의 부당파기 또는 계약이 체결된 경우 개시의무 위반(예컨대 불신표시)과 관련해서도 의미가 있다.¹⁸⁰⁾ 로마II처럼 국제사법에 조문을 둘 여지도 있으나 아직은 연구가 부족하여 시기상조라고 본다.¹⁸¹⁾

7. 상계

가. 국제사법의 태도

우리 법상 상계는 실체의 문제로 성질결정되는데 자동채권과 수동채권의 준거법이 다른 경우 상계의 준거법이 문제된다. 과거 한국에서는 양 채권의 준거법을 누적적용하는 견해가 유력하였으나, 유럽에서는 수동채권의 준거법을 적용한다는 견해가 유력하고 근자에는 한국에서도 수동채권 준거법설이 점차 유력해지고 있다. 이는 채무자의 상계에 의하여 자신의 의사에 반하여 채권을 상실하게 되는 채권자(수동채권의 채권자)의 이익을 보호할 수 있다는 점에서 설득력이 있다.¹⁸²⁾ 로마협약은 상계의 준거법을 규정하지 않았으나 로마 I(제17조)은 상계의 준거법은 수동채권의 준거법이라는 점을 명시한다.¹⁸³⁾ 이에 대한 비판은, 그에 따르면 누가 제소하는가에 따라 준거법이 달

하지도 않은 미국에서는 상황이 다르다. Ralf Michaels, Towards a Private International Law for Regulatory Conflicts, Japanese Yearbook of International Law, Vol. 59 (2016), p. 182 참조. 더욱이 Brainerd Currie의 정부이 익분석이론에 따르면 사법(私法)을 포함한 모든 입법이 정부의 규제이익을 표현하는 규제에 보게 된다. 위 Michaels, p. 184.

179) 따라서 계약의 협상과정에서 어떤 사람이 인적 손해를 입은 경우 제4조의 일반원칙이 적용되며(전문 30항) 그 경우 공통의 일 상거소지법이 있거나 더 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 있으면 그것이 우선 적용된다(제12조 제2항).

180) M&A의 저촉법적 논점은 정준혁, “국제 M&A 거래의 준거법에 관한 시론”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.), 273면 이하; 계약체결상의 과실의 준거법은 최흥섭, “국제사법에서「계약체결상의 과실」의 준거법”, 인하대학교 법학연구, 제15집 제3호(2012. 11.), 527면 이하 참조. 위 최흥섭, 550면은 계약교섭의 파기는 불법행위로 성질결정되지만, 준거법은 가정적 계약에 종속적으로 연결하는 것이 타당하다고 본다.

181) 최흥섭(註 180), 528면 이하는 우리 국제사법의 해석론으로 계약체결상의 과실을 5개의 유형으로 구분하여 사안에 따라 불법 행위 또는 계약으로 성질결정하고 그에 따른 연결원칙을 적용하면 되고, 계약체결상의 과실을 독자적인 제도로서 존재할 필요가 없다고 하므로 입법론으로 별도 연결원칙을 두는 데 부정적 태도로 보인다. 참고로 우리나라에서는 보험계약의 고지의무 기타 최대선의의무는 보험자의 책임의 문제로 이해한다.

182) 최흥섭(註 15), 335면도 동지. 서울고등법원 2019. 5. 14. 선고 2018나2031789 판결도 수동채권 준거법설을 따랐다.

183) 독일처럼 의사표시에 의한 상계제도를 택한 국가에서는 상대방의 보호를 위해 수동채권의 법을 준거법으로 보고, 프랑스처럼 자동상계제도를 채택한 국가에서는 누적적용설을 취하며, 영국처럼 전통적으로 절차적 관점에서 상계제도를 파악하는 국가에서는 법정지법을 적용한다고 한다. 상계의 비교법적 검토와 중재에서의 준거법 결정은 Christiana Fountoulakis, Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis (2011) 참조.

라질 수 있으므로 당사자의 전략적 행태(상대방의 제소를 유도함으로써 자기 채권의 준거법이 적용되게 하는 행태)에 의하여 준거법이 조작될 우려가 있다는 점이다.

나. 개정 여부와 방향

근자에는 상계의 준거법을 입법으로 해결하자는 견해가 있다.¹⁸⁴⁾ 국제거래, 나아가 국제적 법률관계에서 상계의 중요성과, 종래 상계의 성질결정과 준거법 결정에 관한 불확실성을 고려한다면 입법을 검토할 만하고, 연결대상이 없는 경우 대법원의 준거법 결정과정에 대한 우려(아래 XI.4.)를 감안하면 더욱 그러하다. 그러나 근자에 수동채권 준거법설을 취한 서울고등법원 판결을 보면 해석론에 맡길 수도 있을 것으로 본다.

8. 채권양도

가. 국제사법의 태도

섭외사법(제14조)은 채권양도의 제3자(채무자 포함)에 대한 효력의 준거법만 규정하였고 당사자 간의 관계는 규정하지 않았다. 이는 채무자를 보호하기 위한 것이었으나, 채권자의 입장에서 보면 채권의 양도에 대해 채무자 주소지법이 개재할 이유가 없으므로 그의 타당성에는 의문이 있었다. 구 국제사법은 로마협약을 참조하여 채권양도의 제3자에 대한 효력뿐만 아니라 채권양도 전반에 대한 준거법을 규정하면서, 양도인과 양수인(즉 당사자) 간의 관계와, 채권의 양도가능성, 채무자 및 제3자에 대한 효력을 구분하여 별도의 연결원칙에 따르도록 하였고 국제사법은 이를 유지한다. 국제사법의 연결원칙은 장·단점이 있다.¹⁸⁵⁾

나. 개정 여부와 방향

한국에도 UNCITRAL의 국제채권양도협약과 마찬가지로, 장래채권의 양도, 특히 다수채권의 일괄양도를 위하여 양도인 소재지법을 준거법으로 채택하자는 견해가 제시되었다.¹⁸⁶⁾ 실무상 특히 국제금융거래에서 어려움이 있어 필요하다면 개정을 검토할 여지가 있으나 그런 것이 아니라면 현재로서는 굳이 개정할 필요가 없을 것이다.

9. 피해자의 책임보험자에 대한 직접청구권

불법행위의 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 일부 국가는 피해자가 손해배상 의무자의 책임보험회사에 대해 직접 보험금을 청구할 수 있도록 허용한다. 예컨대 우리 상법(제724조 제2항)은 이를 명시한다.¹⁸⁷⁾ 문제는 피해자의 보험회사에 대한 직접청구권의 준거법이다. 이것이 보험계약의

184) 이현목, “국제적 상계에 대한 준거법”, 국제거래법연구 제18집 제1호(2009), 158면.

185) 장단점은 석광현, 국제사법과 국제소송 제4권(2007), 60면 이하 참조.

186) 안상진, “채권양도의 準據法에 관한 소고 - ABS에 관한 논의를 포함하여 -”, 국제사법연구 제9호(2003), 188면 이하.

준거법에 의할지 아니면 불법행위의 준거법에 의할지인데 이는 불법행위 준거법과 보험계약 준거법의 접점에 있는 쟁점이다.

가. 국제사법의 태도

과거 한국에서는 직접청구권의 법적 성질에 따라 준거법을 지정하는 견해가 유력하였다. 즉 이를 손해배상청구권으로 보면 불법행위의 준거법에 의하고, 보험금청구권으로 보면 보험계약의 준거법에 의한다는 것이다.¹⁸⁸⁾ 그러나 필자는 피해자를 두텁게 보호하고자 국제사법의 해석론으로 불법행위의 준거법 또는 보험계약의 준거법 중 어느 하나가 이를 인정하면 직접 청구를 인정하자는 견해를 피력하였다.¹⁸⁹⁾ 피해자의 직접청구권을 법률이 특별히 규정한 권리라고 본다면 이런 해석론도 가능하다.

주목할 것은 보험자에 대한 피해자의 직접청구의 준거법을 명시한 로마II(제18조)의 태도이다.¹⁹⁰⁾ 즉 로마II(제18조)는 이를 계약외채무의 준거법과 보험계약의 준거법에 선택적으로 연결함으로써 피해자를 보호한다. 따라서 법원은 피해자에게 유리한 법을 직권으로 선택하여 적용해야 한다. 직접청구권의 존재와 그 태양은 선택적으로 연결되나, 보험자의 의무의 범위는 보험계약의 준거법에 따른다. 직접청구권을 인정하더라도 보험자의 책임이 확대될 이유는 없기 때문이다.

나. 개정 여부와 방향

근자에 피해자의 책임보험자에 대한 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 2017. 10. 26. 2015다42599 판결이 선고되었고 그로써 이 논점은 실무적으로는 해결되었다. 위 판결은 적하책임보험계약에서 보험자와 제3자 사이의 직접청구권의 법적 성질을 피보험자가 부담하는 손해배상채무의 병존적 인수라고 보고, 채무인수 및 법률에 의한 채권의 이전에 관하여 이전되는 채무·채권의 준거법에 의하도록 한 구 국제사법 제34조 및 제35조의 기준을 법률에 의한 채무의 인수의 경우에도 참작해야 한다면서 제3자의 보험자에 대한 직접청구권의 행사에 관한 법률관계에 대하여는 기초가 되는 책임보험계약의 준거법인 영국법이 가장 밀접한 관련이 있다고 판시하였다.

근자에는 선택적 연결을 국제사법에 명시하자는 입법론이 있다.¹⁹¹⁾ 주의할 것은 이를 명시하더

187) 즉 제2항은 “제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제3자에게 대항할 수 있다”고 규정한다.

188) 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권-소위 Pay First Clause와 관련하여-”, 한국해법학회지 제28권 제1호(2006), 43면 이하 참조.

189) 석광현(註 6), 242면.

190) 상세는 석광현(註 27), 303면 이하 참조. 독일 민법시행법(제40조 제4항)도 같은 취지이다. 위 조문이 추가되기 전 독일 연방 대법원은 직접청구권은 보험계약상의 권리가 아니라는 이유로 손해배상채권의 준거법을 적용하였다. 예컨대 BGH 1971. 11. 23. 판결(BGHZ 57, 265 = NJW 1972, 387).

191) 한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법-대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결-”, 일감법학 제39호(2018. 2.), 259면 이하; 신헌기, “제3자의 보험자에 대한 직접청구권의 준거법”, 부산판례연구회, 부산판례연구회 창립 30주년 기념 해사법의 제문제, 사법발전재단(2018), 759면; 최성수, “책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대

라도, 이는 직접청구권의 존재(따라서 시효)와 태양만을 결정하고, 선택적 연결에 의하여 피해자가 직접청구권을 가지는 경우 보험자의 책임범위 등은 보험계약의 준거법에 따를 사항이다.¹⁹²⁾ 직접청구권을 인정하더라도 보험자의 책임범위가 확대되어서는 아니 되기 때문이다. 위 대법원 판결이 나온 이상 해석론으로 선택적 연결을 지지하였던 필자는 입법에 의한 해결을 지지한다. 다만 보험자의 항변권의 범위 기타 논점들은 논란이 있으므로 이를 검토할 필요가 있다.

10. 병존적(또는 중첩적) 채무인수

가. 국제사법의 태도

2001년 개정 시 구 국제사법은 채무인수에 관한 규정을 신설하여 채권양도에 관한 규정을 준용하였고 국제사법은 이를 유지한다(제54조 제2항). 종래 학설은 제54조 제2항은 면책적 채무인수에만 적용된다고 본다.¹⁹³⁾ 채무인수에 채권양도에 관한 제1항을 준용하는 이유는 양자가 서로 대응하기 때문인데, 채권양도와 대응하는 것은 신채무자가 구채무자에 대신하여 채무자가 되는 경우, 즉 면책적 채무인수이다. 따라서 면책적 채무인수의 경우 채무의 인수가능성과 채권자 및 제3자에 대한 채무인수의 효력은 인수된 채무의 준거법에 따를 사항이다. 반면에 병존적 채무인수(또는 중첩적 채무인수 또는 채무가입)의 경우 구채무자의 채권자에 대한 의무는 채무인수에 의하여 영향을 받지 않으므로 채권양도에 대응하는 구조가 존재하지 않는다.

그런데 주식상환약정에 따른 주식반환채무의 인수 여부가 문제된 사건에서 대법원 2022. 7. 28. 선고 2019다201662 판결은 학설과 달리 구 국제사법 제34조 제2항이 규정하는 채무인수에는 면책적 채무인수뿐만 아니라 병존적 채무인수도 포함된다고 판시하였다. 즉 위 판결에서 대법원은 병존적 채무인수의 경우 채무자와 인수인 사이의 법률관계는 그들 사이의 계약의 준거법에 의한다고 하고, 나아가 채권자에 대한 채무인수의 효력은 인수되는 채무의 준거법, 즉 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법에 의한다고 판시하고, 따라서 채권자, 채무자, 인수인 사이의 3자 합의를 통해 병존적 채무인수가 이루어진 경우, 인수인이 채권자에 대하여 부담하는 채무에 관한 준거법은 채권자와 채무자 사이의 법률관계에 적용되는 준거법과 동일하다고 판시하였다.

우리 민법상 병존적 채무인수의 경우 개념상 채무인수인은 채무자와 동일한 채무를 부담한다고

법원 판례의 검토”, 아주법학 제13권 제4호(2020), 152면; 천창민(註 148), 411면 등.

192) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 18 Rn. 13. 필자의 해석론도 이를 전제로 하였다. 석광현(註 27), 417면. 그러나 우리나라에서는 선택적 연결을 하거나 불법행위 채권의 준거법을 적용하면 보험자의 책임범위가 확대될 수 있다는 이유로 보험계약의 준거법을 적용하지 않을 수 없다고 보는 경향이 있고 이 점은 원심판결도 마찬가지이나 이는 근거가 없다. 원심판결은 직접청구권이 인정될 경우 그 내용(보상의 범위, 지급시기 등) 역시 보험계약에 따라 정해질 수 밖에 없는 점과, 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 등을 들어 보험계약의 준거법이 직접청구권의 준거법이라고 판시하였다.

193) 석광현(註 6), 249면; 안춘수(註 41), 289면; 최흥섭(註 15), 326면도 동지.

설명하나, 병존적 채무인수는 처분행위가 아니라 의무부담행위이고 따라서 채권자의 관여도 불필요한데, 이와 같은 병존적 채무인수의 성질상 구 채무 자체는 기존 준거법에 따르고, 채무인수인의 채권자에 대한 채무는 구 채무와 별개의 독립적 준거법에 따르며 당사자자치도 가능하고, 만일 당사자들의 선택이 없으면 인수하는 자의 일상거소지법이 가장 밀접한 관련이 있는 법이라고 본다. 물론 개별 사안에 따라서는 인수되는 채무의 준거법이 인수계약의 준거법이 될 여지도 있다.¹⁹⁴⁾¹⁹⁵⁾

나. 개정 여부와 방향

대법원 판례는 지지하기 어렵다. 당해 사건에서 실익이 무엇이었던지도 불분명하다. 따라서 판례를 바로잡기 위하여 국제사법에 조문을 두어 위 조문이 면책적 채무인수에만 적용됨을 명시하자고 주장할 여지도 있다.

11. 채권자취소권

가. 국제사법의 태도

국제사법은 채권자취소권의 준거법에 관한 규정을 두지 않는다. 종래 학설상으로는 피보전채권과 사해행위의 준거법을 누적적용하는 것이 다수설이다.¹⁹⁶⁾ 근자에 채권자취소권의 준거법에 관한 대법원 2016. 12. 29. 2013므4133 판결이 선고되었다. 위 판결은 채권자취소권의 행사에서 피보전권리는 권리행사의 근거일 뿐이고 취소 및 원상회복의 대상이 되는 것은 사해행위이며, 사해행위가 취소되면 수익자 및 전득자 등이 가장 직접적으로 이해관계를 가지므로 거래의 안전과 제3자의 신뢰를 보호할 필요도 있다고 지적하고, 채권자취소권의 행사에서 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법은 취소대상인 사해행위에 적용되는 국가의 법(매매계약의 준거법인 한국법)이라고 판시하였다. 그러나 엄밀하게는 사해행위가 매매계약인지 물권행위인지도 검토해야 한다. 만일 전자라면 당사자들이 그 준거법을 채권자취소권을 알지 못하는 외국법으로 지정할 가능성도 있다.¹⁹⁷⁾ 대상판결에 대하여는 많은 문헌들이 간행되었으나 아직도 아쉬움이 남아 있다.

194) 채무인수의 준거법을 정한 제54조 제2항과 같은 조문이 없는 독일법의 해석상 Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 8. Auflage (2015), Rn. 3.333 (Martiny 집필부분)도 동지. 이도 개별 사안에서 인수되는 채무의 준거법이 인수계약의 준거법이 될 수도 있음을 인정한다.

195) 대법원이 학설과 다른 견해를 취한 이유는 불분명하다. 혹시 병존적 채무인수의 개념상 채무인수인이 채무자와 동일한 채무를 부담한다는 점을 의식하여 준거법도 동일해야 한다고 본 것인지도 모르겠다. 그러나 양 채무가 완전히 동일해야 한다고 고집할 이유는 없고, 대법원은 양자의 준거법이 다를 수 있음을 인정한 바 있다. 즉 대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결은 책임보험계약에서 보험자와 제3자 사이의 직접청구권에 관한 법률관계는 그 법적 성질이 법률에 의하여 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 관계에 해당한다고 보는데, 그러면서도 피해자의 직접청구권의 준거법은 손해배상채권의 준거법이 아니라 보험계약의 준거법이라고 판시하였다. 이는 피보험자가 부담하는 손해배상채무의 준거법은 한국법이고 보험자가 법률에 의하여 병존적으로 인수한 채무의 준거법은 보험계약의 준거법인 영국법이라고 본 것이다. 즉 양자의 준거법이 달라도 무방하다는 점을 대법원이 이미 인정하였다는 것이다.

196) 신창선·윤남순(註 22), 332면; 안춘수(註 41), 269면; 신창섭, 국제사법 제5판(2022), 312면; 김연 외, 국제사법 제4판(2022), 382면; 312면; 최흥섭(註 15), 332면.

197) 이에 관하여는 이례적으로 많은 문헌과 견해가 발표되었다. 입법례와 학설(피보전채권의 준거법, 사해행위의 준거법, 양도된

나. 개정 여부와 방향

근자에는 국제사법에 채권자취소권의 준거법을 “처분행위인 사해행위의 효력을 규율하는 법”이라고 명시하자는 입법론이 있는데 이는 그러면서도 다양한 사안이 있으므로 그런 연결원칙과 예외 조항의 결합에 의하여 개별사안을 해결하고자 한다.¹⁹⁸⁾ 그러나 종래 제시된 다양한 견해들 중 수긍할 만한 결론을 도출하기가 쉽지 않으므로 채권자취소권의 준거법에 대하여는 판례와 학설의 발전을 더 지켜볼 필요가 있다. 인접한 문제로서 채권자대위권의 준거법도 문제되는데 그것도 마찬가지다.¹⁹⁹⁾ 다만 이는 국제사법에 규정이 없는 연결대상에 대하여 대법원이 연결원칙을 제시한 판결의 사례라는 관점에서 특색이 있는데 이는 아래(XI.3.)에서 논의한다.

Ⅷ. 국제친족법(제7장)²⁰⁰⁾

1. 국제혼인법

가. 혼인의 성립

(1) 국제사법의 태도

국제사법은 혼인의 성립요건에 관하여 섭외사법에서와 같이 각 당사자의 본국법에 의하도록 하는 배분적 연결을 유지한다. 이에 대하여는 쌍면적 장애사유(근친혼의 금지, 중혼금지 등)를 인정하는 경우 당사자들의 본국법이 중첩 적용되는 결과 혼인의 성립을 어렵게 하므로 ‘혼인의 자유’라는 실질법상의 입법정책에 반한다는 비판이 있었지만, 위 원칙은 국제사법 차원에서 양성평등의 원칙에 부합하고, 파행혼을 예방하며 다수 국가들이 본국법주의를 취하므로 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있다는 장점을 고려한 것이다.

독일 민법시행법(제13조 제3항)에 따르면 외국법이 혼인당사자 일방의 혼인적령의 준거법으로

재산 소재지법, 채무자 소재지법, 사해행위지법, 법정지법설, 누적적용설과 사안별 접근방법)은 유정화, “국제거래에서 채권자 취소권의 준거법 결정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문(2019), 58면 이하; 간단히는 유정화, “국제거래에서 채권자취소권의 준거법 결정에 관한 연구 - 처분행위의 준거법설과 그 입법론을 중심으로 -”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 281면 이하 참조.

198) 유정화, “국제거래에서 채권자취소권의 준거법 결정에 관한 연구 - 처분행위의 준거법설과 그 입법론을 중심으로 -”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 325면.

199) 채권자대위권의 경우 학설은 채권자취소권과 달리 제3자 이익 보호의 문제가 없다는 이유로 피보전채권의 준거법설(신창선·윤남순(註 22), 332면; 신창섭(註 196), 313면)과 누적설(김연 외(註 196), 381면) 등이 있다. 판례는 서울고등법원 2018. 11. 9. 선고 2015나2034008 판결(확정) 참조.

200) 2001년 섭외사법 개정을 통하여 우리 국제사법은 일본 법례와 크게 달라졌으나 유감스럽게도 국제친족법은 일본의 법례 및 법 적용통칙법과 상당히 유사하다. 폭넓은 비교법적 검토를 통하여 이 점을 개선하기를 기대한다. 판례는 이동희, “국제이혼 관련 재산분할의 실무와 과제”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.), 35면 이하; 이종혁, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 451면 이하 참조.

지정되더라도 혼인 체결 시 일방이 16세 미만인 경우는 무효이고 혼인 체결 시 일방이 16세 이상 18세 미만인 경우는 취소할 수 있다. 이는 2017. 7. 17. 아동혼인방지법(Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen)의 제정에 따라 신설된 것으로 준거법이 외국법인 경우에도 관철되는 국제적 강행규정이다.²⁰¹⁾

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 위 독일의 입법례 등을 참고하여 국제사법 제63조 제1항에 “다만, 대한민국에서 혼인을 하는 경우에는 민법 제815조(혼인의 무효), 제816조(혼인취소의 사유)의 적용에 영향을 미치지 아니한다.”는 취지의 단서를 추가하자는 입법론이 있다.²⁰²⁾ 그러나 아래 이유로 동의하기 어렵다. 독일이 민법시행법을 개정한 것은 독일인 남성이 아랍계 국가의 여성들과 혼인 시 혼인적령에 대한 준거법상의 공서 통제가 제대로 작동하지 않은 탓인데 한국에서는 그런 문제가 실제로 빈번하게 발생한다는 말을 듣지 못하였고 필요한 경우 법원이 공서에 의하여 해결할 수 있기 때문이다. 더욱이 매우 낮은 혼인적령에 한정하는 독일과 달리 우리 민법의 혼인장애사유 전부를 외국인에게 강요하는 것은 합리적 근거가 없고 혼인의 성립요건에 대하여 국제사법의 출발점인 배분적 연결원칙에 심하게 위반된다.²⁰³⁾

나. 혼인의 일반적 효력: 연결점인 국적과 일상거소의 우선순위

(1) 국제사법의 태도

국제사법 제64조는 ‘혼인의 일반적 효력’의 준거법을 지정한다. 혼인의 효력은 유효하게 성립한 혼인의 결과 어떤 법적 효력(또는 효과)이 발생하는가의 문제이다. 혼인의 일반적 효력에 적용되는 제64조의 연결원칙은 부부재산제와(제65조 제1항) 이혼에 준용되므로(제66조) 이는 혼인관계의 기본적인 연결원칙으로서 매우 중요하다. 따라서 여기의 입법론은 부부재산제와 이혼에도 타당하다.

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 한국에서도 혼인의 일반적 효력의 연결점으로서 일상거소를 국적에 우선시키는 방향으로 국제사법을 개정하자는 견해가 있는데 그 근거는 아래와 같다.²⁰⁴⁾ 첫째, 혼인의 일반적 효력의 준거법이 규율하는 사항은 동거·협조·정조의무와 일상가사대리권처럼 일상적인 혼인생활에 관한 사항인데 외국인 부부가 한국에 1년 정도 거주하였다면 한국과 유대관계가 충분히 형성되었

201) 이는 혼인적령에 대한 공서통제가 제대로 작동하지 않은 탓에 신설된 것이나, 그에 대하여는 혼인이 다른 회원국에서 유효하게 성립한 경우 EU기능조약(제21조)이 보장하는 EU 시민의 회원국 내 거주이전(또는 이주)의 자유에 반하는 것이라는 강력한 비판이 있다. Junker(註 146), §18 Rn. 22f. 소개는 석광현(註 6), 562면 참조.

202) 이종혁, “국제혼인과 국제이혼의 준거법에 관한 입법론”, 가족법연구 제36권 제1호(2022. 3.); 26면 이하.

203) 이종혁(註 202), 28면도 민법상의 모든 혼인장애사유를 관철하는 것이 부당하다면 범위를 조정할 수 있다고 한다.

204) 이종혁(註 202), 44면 이하. 반면에 친족법(직접적으로는 아동보호와 성년자보호) 영역에서 장준혁, “국제재판관할법 전면 개정의 의의와 과제”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.), 123면 이하에서는 국적을 중시하면서 그에 대하여 부정적 태도를 보인다.

으므로 당사자이익과 거래이익을 고려할 때 우리 민법이 그 부부의 일상적인 혼인생활을 규율하더라도 충분하고, 둘째, 난민의 경우 난민의 지위에 관한 협약(제12조 제1항)에 따라 주소지법이 혼인의 효력을 포함한 인적 지위를 규율하므로 본국법이 적용되는 정주외국인과 달리 취급하게 되어 헌법상 평등의 원칙에 반할 여지가 있으며, 셋째, 외국인 부부에 대하여 동일한 본국법의 존재 여부에 따라 준거법을 달리 정하는 것은 헌법상 평등원칙에 반할 여지가 있다는 것이다.

필자도 장래 언젠가는 일상거소를 국적보다 우선시켜야 한다고 생각하나 지금이 적시인지는 의문이다. 위 논거 중 가장 중요한 것은 첫째이다. 1년 정도의 거주를 기초로 외국인 부부와 한국의 유대관계가 충분히 형성되었다고 하는 것은 한국에 일상거소가 있다는 것이지만 항상 그런 것은 아니다. 일상거소를 우선시키자면 그 개념과 판단기준을 더 명확히 제시하여야 한다. 둘째, 난민의 예를 들어 정주외국인에게도 일상거소지를 연결점으로 삼자는 것은 예외로써 원칙을 흐르는 결과가 된다. 셋째, 적절한 개정 시기라고 하자면 어느 정도 실증적 자료가 필요하다. 예컨대 국적을 연결점으로 삼아 한국에 거주하는 외국인에 대하여 외국법을 적용하는 사례가 많아져 법원에 큰 부담이 된다는 것이 통계자료에 의하여 뒷받침되거나 법원의 호소가 있는 것이다.²⁰⁵⁾ 장래 외국인 이민자가 대거 유입되면 그런 시기가 도래할 것이다.

다. 이혼의 준거법

(1) 국제사법의 태도

국제사법(제66조)은 이혼의 준거법을 혼인의 일반적 효력의 준거법에 의하도록 하면서 내국인 조항을 두어 부부 중 일방이 한국에 일상거소가 있는 한국인인 경우 한국법에 의하도록 한다. 이는 일본 법례(제16조)²⁰⁶⁾를 따른 것인데, 일본처럼 한국에서도 협의상 이혼제도가 인정되고 있고, 협의상 이혼 신고서를 가족관계등록 공무원이 수리하는 점에서 발생하는 문제점을 해결하기 위한 것이다.

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 이혼의 준거법을 정한 국제사법 제66조를 개정하자는 입법론이 있는데²⁰⁷⁾ 이는 세 가지 점에서 개정을 제안한다. 첫째, 내국인 조항을 삭제하고, 둘째, 이혼의 준거법에 따라 이혼이 이루어지지 않는 경우 한국법을 적용할 수 있도록 보정적 연결원칙을 도입하며, 셋째, 현재 법원 실무가 이혼의 준거법이 규율하는 사항에 대하여 혼란을 보이므로 이혼의 준거법이 규율하는 부수적

205) 위 셋째의 논거, 즉 헌법상 평등원칙의 위반 여지는 근본적인 검토가 필요하다. 만일 그런 주장을 수긍한다면 국적을 연결점으로 사용하는 것 자체가 문제될 수 있다. 유럽연합의 혼인과 친권(부모책임)에 관한 규정(브뤼셀 II bis, No 2201/2003) 제3조 제1항은 원고가 법정지국의 국적을 가지는지에 따라 관할을 가지기 위하여 필요한 일상거소의 보유기간을 달리하는데(6개월과 12개월) 이것이 국적에 기한 차별금지를 정한 유럽연합기능조약(제18조)에 반하는지가 문제되었다. 유럽사법재판소 2022. 2. 10. 판결(OE./VY. C-522/20)은 이는 금지에 저촉되지 않는다고 판단하였다.

206) 일본의 법 적용통칙법 제27조 단서도 같다.

207) 이종혁(註 202), 58면 이하.

효과를 명시하자는 것이다.

첫째의 점을 보면, 내국인 조항의 삭제는 수공할 수 있다. 내국인 조항은 일본 법례를 수용한 것인데, 한국의 경우 협의이혼 시 가정법원의 이혼의사 확인제도가 있으므로 그 절차에서 법관이 준거법을 판단할 수 있어 그런 절차가 없는 과거 일본 법제와는 다르다.²⁰⁸⁾ 둘째의 점을 보면, 위 견해는 우리 법이 협의이혼제도를 두므로 보정적 연결을 도입하는 편이 이혼 자유의 보장에 기여할 수 있다면서 이를 허용하는 이탈리아(국제사법 제31조 제2항)와 프랑스(민법 제309조)를 원용한다.²⁰⁹⁾ 그러나 이는 준거법 지정(통제)에 대한 예외를 인정하는 것이라 주저된다. 셋째의 점을 보면, 국제사법의 해석상 친권자 및 양육자지정과 면접교섭권은 국제사법 제72조에 따른 부모·자녀 간 법률관계의 준거법에 의한다.²¹⁰⁾ 제73조는 부양권리자와 부양의무자를 유형화하여 부양의 준거법을 구별하지 않고 모든 부양의무에 적용하므로, 양육비를 포함한 미성년자녀에 대한 부양의무도 제73조에 따른다.²¹¹⁾ 그러나 친권자·양육권자지정, 면접교섭권과 양육비 등이 모두 이혼의 준거법에 의한다는 재판례가 다수라는 지적이 있다. 판례가 점차 올바른 길을 찾아갈 것으로 기대하므로 국제사법을 굳이 개정할 필요는 없으나, 국제가사사건을 다루는 법관에 대한 교육 내지 연수를 강화할 필요가 있다.²¹²⁾

이혼의 준거법에서 당사자자치의 도입에 관하여는 이를 불허하는 국제사법의 태도를 유지하자는 견해와 도입에 호의적인 견해가 있으므로²¹³⁾ 이는 더 검토할 필요가 있다.

라. 등록된 생활동반자관계와 동성혼

한국에서는 종래 결혼한 부부와 자녀 등으로 구성된 전통적 가족 형태를 당연시하나 최근에는 비혼동거 가족 등 새로운 유형의 가족이 늘어나면서 생활동반자법의 도입 필요성도 논의되고 있다. 이는 새로운 유형의 가족을 보호하기 위한 것이나 실질법의 문제이고 국제사법적 논점에 대한 관심은 별로 없다. 또한 한국에서는 동성혼(same-sex marriage)은 허용되지 않고 등록할 수 없지만 국가에 따라서는 이를 허용한다. 즉 근자에는 독일, 프랑스와 영국에서는 동성혼이 모두 허용되고, 미국에서도 연방대법원 판결에 의하여 허용된다.²¹⁴⁾ 이런 배경 하에서 예컨대 독일 민법시행

208) 이종혁(註 202), 60면도 동지. 필자는 이 점을 지적한 바 있다. 석광현(註 27), 470면.

209) 이종혁(註 202), 60면.

210) 이것이 종래의 통설이다. 이호정(註 30), 407면 등.

211) 이런 취지의 재판례로는 예컨대 서울가정법원 2009. 3. 20. 2008르2020, 3283 판결(확정) 등이 있다.

212) 국제가사사건에서 드러난 우리 법원의 잘못들은 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 가족법연구 제30권 제1호(2016. 3.), 95면 이하 참조. 특히 유언의 방식의 준거법을 전혀 고려하지 않은 결정은 매우 실망스럽다. 장래에는 이슬람 국가 출신의 외국인들의 유입 증가에 따라 이슬람 국가에서 혼인 시 신랑이 신부에게 주는 선물(mahr, Morgengabe)과 남편에 의한 추방이혼(talaq) 등의 문제도 제기될 것이다. 위 논점들은 최흥섭, 국제사법에 관한 글모음집 2022년(2022)(여섯 번째/일곱 번째 글) 참고.

213) 전자는 이종혁(註 202), 59면, 후자는 광민희, “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 27면.

214) 미국 연방대법원은 2015. 6. 26. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015) 사건 판결에서 각 주가 동성혼을 금지하는

법(제17b조)은 등록된 생활동반자관계와 동성혼의 준거법에 관한 규정을 두고 있다.²¹⁵⁾ 우리나라도 준거법규정에 관한 입법을 고려할 수 있으나 현재로서는 시기상조라고 생각되므로 더 이상 논의하지 않는다.

2. 국제친자법

가. 부모·자녀 관계의 성립

(1) 국제사법의 태도

자연혈족관계인 친생자관계에는 혼인 중의 부모·자녀관계와 혼인 외의 부모·자녀관계가 있다. 섭외사법은 양자를 구별하여 상이한 연결원칙을 규정하였는데 구 국제사법과 국제사법도 이런 체계를 유지한다.²¹⁶⁾ 이는 우리 민법이 아직 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계를 구별하여 성립과 효과(효력)를 달리 규정하고 있음을 고려한 것이다.²¹⁷⁾ 이 점에서 친자법에 관한 한 국제사법은 실질법인 민법과 동일한 발전단계에 있다.

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 더 이상 양자를 구별할 필요가 없으므로 구별을 폐지하자는 입법론이 있는데 그렇다면 양자에 공통된 것으로서 어떤 연결원칙을 도입할지가 중요한 과제이다. 위 견해는 부모·자녀관계의 성립에 관하여 (i) 자녀의 출생 당시 아버지 또는 어머니의 본국법과 (ii) 출생 당시 또는 현재 자녀의 일상거소지법에 선택적으로 연결하자고 제안하면서 인지와 준정에 관하여는 별도의 연결원칙을 둔다.²¹⁸⁾ 필자는 위 제안을 높이 평가하나, 문제는 개정의 필요성이다. 위 제안의 기본적 방침은 2001년 섭외사법 개정 시에도 논의되었던 것이고, 구 국제사법의 시행 후 이런 논점이 정면으로 다루어지거나 종래의 연결원칙의 문제점을 드러낸 사건은 아직 보지 못하였으므로 현재로서는 개정 필요성을 수증하기가 쉽지 않으므로 그 타당성은 시간을 두고 더 검토할 필요가 있다.

한편 국제사법에는 대리모 출생아의 지위에 관한 규정이 없으므로 대리모에 의한 출산 시 부모 결정의 준거법이 문제된다. 모의 결정에 있어 우선 제67조에 의하여 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립 여부를 판단하고 그것이 성립하지 않는 경우 제68조에 의하여 혼인 외의 부모·자녀관계의 성립 여부를 판단해야 한다.²¹⁹⁾ 헤이그국제사법회의도 2015년부터 작업을 진행하여 대리모에 관

것은 위헌이고 각 주는 동성혼을 허용할 의무가 있다고 판시하였다.

215) 자료는 이병화, “등록파트너십을 포함하는 혼외동거에 관한 헤이그국제사법회의의 비교법적 동향 분석”, 국제사법연구 제26권 제2호(2020. 12.), 537면 이하 참조.

216) 독일은 1997. 12. 16. “친자법의 개혁에 관한 법률”에 의하여 과거 민법시행법 §§19~21를 개정하여 적출자와 비적출자 간의 국제사법상의 구별을 폐지하였다.

217) 대표적으로 혼인 외의 자녀의 경우 부자관계가 성립하자면 혼인 중의 자녀와 달리 인지가 있어야 한다. 혼인 중 출생자와 혼인 외 출생자의 차이는 박동섭·양경승, 친족상속법 제5판(2020), 246면 이하 참조.

218) 이종혁(註 56), 121면 이하, 개정안은 141면 참조.

219) 종래의 논의는 윤진수(편), 주해친족법 제2권(2015), 1678면 이하(석광현 집필부분); 이병화, “국제대리모계약에 관한 연구”,

한 논점을 검토하고 있고 국제대리모계약으로부터 발생하는 쟁점에 관한 예비보고서 등을 작성한 바 있다.²²⁰⁾ 근자에는 2022년 3월과 4월에 걸쳐 개최된 전문가 그룹 회의가 개최된 바 있다. 현재로서는 입법은 시기 상조이다.

나. 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립: 자녀의 출생 전에 남편이 사망한 경우

(1) 국제사법의 태도

제67조 제1항의 경우 자녀의 출생 전에 남편이 사망하는 경우를 대비하여 사망 당시의 본국법을 남편의 본국법으로 간주한다(제2항). 자녀의 출생 전에 모가 사망한 경우는 상정하기 어렵기 때문에 그에 관한 규정은 불필요한 것으로 보았다.

한편 국제사법은 자녀의 출생 전에 모가 남편과 이혼하여 혼인이 해소된 경우에 관하여는 규정하지 않으므로 해석에 의하여 해결해야 한다. 예컨대 자녀의 출생 전 부모의 혼인이 해소되고 새로운 혼인관계가 성립된 경우, A남과 B녀가 혼인하여 B녀가 자녀 C를 포태하였는데, C의 출생 전 A남과 B녀가 이혼하고 300일 이내이자 B녀가 D남과 재혼한 때부터 200일 후에 C를 출산한 경우 친자관계의 성립의 준거법이 문제된다. 종래 우리 학설은 이혼 당시 부부(즉 A와 B 중 한쪽)의 본국법이 준거법이라고 본다.²²¹⁾

(2) 개정 여부와 방향

근자에는 한국에서도 오스트리아 국제사법 제21조를 참조하여 혼인관계가 해소된 때가 기준시 기입을 명시하자는 입법론²²²⁾이 있다. 친자관계의 성립 여부만을 생각하면 단순하지만 상호 우열이 없는 복수의 법질서가 적용되는 결과 예컨대 각각 다른 사람이 부(또는 모)로 지정되는 경우(예컨대 이혼 후의 출생)의 처리가 문제된다. 독일 민법시행법 제19조 제1항에는 그에 상응하는 규정은 없는데 학설은 이를 규범충돌의 사례로서 상호 우열이 없는 복수의 법질서가 적용되는 결과 상이한 부(또는 모)²²³⁾ 지정의 문제로 파악하여 해결방안을 논의한다. 독일에서는 그 경우 유리의 원칙(Günstigkeitsprinzip)에 따라 자녀의 복리에 가장 적합한 법질서를 적용하는 견해가 유력한데 구체적 방안은 논란이 있다.²²⁴⁾ 남편의 사망과 이혼은 상황이 다르다는 점²²⁵⁾과, 독일의 논의 상황

국제사법연구 제22권 제1호(2016. 6.), 123면 이하; 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 관한 소고-독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로-”, 가족법연구 제33권 제2호(2019. 7.) 참조.

220) 조금 시간이 흘렀으나 이병화, “국제대리모계약을 둘러싼 법적 친자관계 쟁점에 관한 헤이그국제사법회의의 최근 동향 분석 및 시사점”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 37면 이하 참조.

221) 그 근거는 제67조 제2항, 제68조 제3항을 유추적용하여 혼인 해소 당시를 연결시점으로 보는 견해와 제67조 제1항의 ‘부부’에는 자녀의 출생 당시 혼인관계가 해소된 부부도 포함된다고 보는 견해 등이 있다.

222) 이종혁(註 35), 132면.

223) 모의 경우는 대리모에서 문제가 발생할 수 있다.

224) MünchKomm/Helms, EGBGB, Art. 19 Rn. 17; BeckOK BGB/Heiderhoff, Hau/Poseck, 65. Edition, Stand: 01.08.2022, Rn. 22ff. 참조. 이들은 독일의 다양한 견해를 소개한다. 다만 이호정(註 30), 379면은 섭외사법 제19조의 해석론으로 이를 국제사법 안에서 개연성이 더 높은 쪽을 선택하는 실질법규정을 개발하여 해결하자고 한다.

을 고려하면 당장 오스트리아의 입법을 따르는 것은 주저되고 독일의 논의를 참조하여 더 검토할 필요가 있다.

다. 입양: 국제입양에 관한 법률안

(1) 국제사법의 태도

섭외사법은 입양의 요건을 양친과 양자의 본국법에 의하도록 하는 배분적 연결방법을 취하였다. 이는 양친과 양자를 저축법상 대등한 지위에 두나 입양의 성립을 어렵게 한다는 문제가 있었다. 이를 해결하고 다양한 연결정책을 고려하여²²⁶⁾ 구 국제사법은 입양의 요건, 성립 및 효력의 준거법을 양친의 본국법으로 단일화하였는데 이는 독일법의 영향을 받은 것이었다.²²⁷⁾ 그 결과 입양의 성립이 상대적으로 용이하게 되었다고 할 수 있는데 국제사법(제70조)은 이를 유지한다.

(2) 개정 여부와 방향

독일에서도 과거 입양의 성립과 효력의 준거법은 양친의 본국법이었고 우리 국제사법은 그의 영향을 받은 것인데, 2022. 3. 31. 발효된 개정 민법시행법에 따르면²²⁸⁾ 이제는 독일 법원이 재판하는 경우 법정지법이 적용되고 그 밖의 경우 피입양인(Anzunehmende)²²⁹⁾의 일상거소지법이 적용된다. 제22조 제1항 2문은 외국에서 행해진 계약형입양을 염두에 둔 것이다.²³⁰⁾ 종래 입양의 준거법에 관하여는 대체로 대륙법계의 속인법주의와 영미의 법정지법주의가 대립되었는데-전자를 ‘저축법적 접근(conflicts approach)’, 후자를 ‘관할권적 접근(jurisdictional approach)’이라 한다-²³¹⁾ 독일이 법정지법주의로 전환한 것은 의외인데, 입양사건에서 국제재판관할을 넓게 인정하는 독일이 법정지법을 적용하는 것이 설득력이 있는지 의문이다.²³²⁾ 어쨌든 우리로서는 법정지법주의를 도입한 독일법의 개정의 시사점을 검토하여야 한다.

한국에도 양자의 본국법을 준거법으로 지정하자는 개정의견이 있다.²³³⁾ 다만 이는 우리 아동의

225) 사망의 경우 자녀의 출생 당시 부의 본국법은 존재하지 않지만 이혼의 경우 존재하고 다만 부가 누구인지가 문제된다.

226) 그 근거는 종래 아래와 같이 설명한다. 첫째, 입양으로 양자는 양친의 가족 구성원이 된다. 둘째, 입양 후 양자는 통상 양친의 본국의 법적, 사회적 환경 하에서 생활하므로 그 국가의 요건을 구비할 필요가 있다. 셋째, 양자에게 자동으로 또는 쉽게 국적을 부여하는 나라가 많으므로 양친의 본국법이 정하는 입양법제를 고려할 필요가 있고 그 법이 양자의 본국법이라고 할 수도 있다.

227) 이런 태도는 일본의 법례(제20조), 법적용통칙법(제31조)과 중국의 섭외민사관계법률적용법(제28조)(다만 요건은 배분적 연결로 보인다)에도 영향을 미쳤다.

228) 그와 함께 제23조에 규정되었던 동의요건은 삭제되었다. 독일 민법시행법의 개정은 석광현, [정년기념], 564면 참조.

229) 우리 사회에서는 이를 ‘입양인’이라고 부르는 경향이 있는데 이는 용어의 혼란을 초래한다.

230) 외국 법원의 입양재판이 있는 경우 재판 승인의 문제이고, 입양협약이 적용되는 경우는 체약국인 입양국의 권한당국이 입양이 입양협약에 따라 이루어졌다고 증명하는 경우에는 입양협약에 따라 승인되기 때문이다.

231) J. H. A. van Loon, International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption, Recueil des cours, Vol. 244 (1993), para. 102 이하.

232) 국제재판관할규칙을 정한 독일의 “가사 및 비송사건절차법”(FamFG. 제98조-제106조)은 입양사건(제101조)에서 양친이 되려는 자의 일방 또는 양자의 국적관할을 인정한다. 우리 국제사법 제58조는 입양관계 사건에 대해서는 양자 또는 양친이 되려는 사람의 일상거소에 국제재판관할을 인정한다.

외국으로의 입양을 주로 염두에 둔 것이나, 연결원칙을 변경한다면 반대의 입양, 즉 외국 아동을 국내로 입양하는 경우 준거법이 아동의 본국법이 된다는 점을 유념하여야 한다. 즉 한국으로 결혼 이민을 온 여성이 전혼 자녀 또는 친인척 입양을 하는 이른바 ‘중도입국자녀’의 입양의 준거법은 현재 한국법이나, 위 개정의견을 따른다면 외국법이 될 것이다. 독일의 개정 민법시행법에 대하여는 지지설도 있으나 아동의 복리를 강조하여 법정지법이 아니라 아동의 일상거소를 연결점으로 삼아야 한다는 비판도 있다.²³⁴⁾ 우리의 경우 외국으로의 입양 시 아동을 강력하게 보호하기 위한 입양특례법이 있고 그 중 양친과 아동의 자격 등 일부 조문은 국제적 강행규정으로서 적용되는데,²³⁵⁾ 우리가 입양협약을 비준하더라도 우리 아동의 해외입양을 위한 입양재판 시 준거법규정은 국제사법에 따른다는 점을 유념해야 한다.²³⁶⁾ 현재 필자가 개정 방향을 제시하기는 어렵고 앞으로 국제입양에 관한 법률(안)과 독일을 포함한 외국 입법을 더 분석할 필요가 있다.

입양에 관하여 헤이그국제사법회의의 1993년 입양협약(“국제입양에 관한 아동의 보호 및 협력에 관한 협약”)의 비준 문제가 있다. 한국은 2013. 5. 24. 입양협약에 서명하였으나 비준하지 못하고 있다. 과거 여러 의원이 발의한 법률안들이 있었는데 2022년 말 이를 통합·조정하여 국회 법안심사소위원회가 마련한 국제입양에 관한 법률안(대안)을 위원회안으로 제안하기로 의결하고 그 후 작업을 추진 중이므로 2023년 중에 입양협약의 비준이 이루어질 수도 있다. 입양협약은 실정법인 국제사법의 일부는 아니므로 여기에서는 논의하지 않는다.

라. 부모·자녀 간의 법률관계

(1) 국제사법의 태도

국제사법(제72조)은 부모·자녀 간의 법률관계에 일상거소지법을 적용하나 부·모·자녀의 본국법이 동일한 경우 가정 내의 보호조치가 가능한 점 등을 고려하여 그 본국법을 일상거소지법에 우선시킨다. 부모·자녀 간의 법률관계의 준거법은 친자관계 자체에 내재하는 직접적 효력에 그치고, 친자관계에서 파생하는 간접적 효력에는 미치지 않는데 제73조가 미성년 자녀에 대한 부양의무(양육비 포함)의 준거법을 별도로 규정하므로 제72조는 주로 친권과 양육권에 관한 사항들을 규율한다.

(2) 개정 여부와 방향

근자에 제72조 본문의 기초가 된 ‘가정의 조국’이라는 개념에 의문을 표시하면서 본국법주의를

233) 현소혜, “국제입양의 준거법 결정”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.), 107면 이하.

234) Robert Magnus, Die Neuregelung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Adoption, IPRax (2022), S. 553, Fn. 17과 18.

235) 입양협약 비준을 위하여 마련되는 국제입양에 관한 법률안에는 양친과 아동의 자격 등 국제적 강행규정의 성질을 가지는 조문이 들어갈 것으로 보인다.

236) 물론 입양협약에 가입하면 어느 체약국에서 행해진 입양은 재판형이든 계약형이든 관계없이 다른 체약국에서 준거법 통제 없이 승인되므로(입양협약 제23조) 준거법 통제의 의미가 약화된다.

정한 단서의 적용범위를 제한하여 부모가 모두 자녀의 일상거소지국이 아닌 국가에 일상거소를 가진 경우로 한정하자는 입법론이 있다. 이는 외국에 정주하는 한국인 가정의 가정 내 질서에 한국법을 적용하는 것은 재외동포 정책의 측면에서 문제가 있고, 한국에 정주하는 외국인 가정에 한국법에 의한 규율 내지 개입을 포기하는 것도 정주외국인 정책의 측면에서도 문제라고 지적한다.²³⁷⁾ 논란의 여지가 있으나 이는 긍정적으로 검토할 만하다.

(3) 탈취협약의 문제

타인이 하는 아동의 유괴, 즉 ‘고전적 유괴(classic kidnapping)’와 대비하여 부모의 일방 기타 가까운 가족이 하는 아동의 일방적 이동(또는 유치)을 ‘아동의 탈취(child abduction)’라고 한다. 헤이그국제사법회의는 불법탈취된 아동의 신속한 반환을 실현하고자 1980년 탈취협약을 채택하였다. 이는 1989년 UN “아동의 권리에 관한 협약(CRC)”을 보완한다. 탈취협약은 약식의 사실확인에 기초한 신속절차를 통하여 불법 탈취된 아동의 신속한 반환과 면접교섭권을 보장한다. 한국은 이를 이행하고자 2012년 12월 “헤이그 국제아동탈취협약 이행에 관한 법률(헤이그아동탈취법)(“이행법률”)을 제정하였고 탈취협약은 2013년 3월 발효되었다. 탈취협약은 한국이 가입한 4번째 헤이그협약인데 실체법적 논점을 다룬 것으로는 유일하다. 2022년 5월 미국 국무부 보고서에서 한국을 ‘탈취협약 비준수 성향 국가’ 또는 불이행 양상을 보이는 국가로 지정하였는데 이를 계기로 우리나라의 협약 이행의 법제와 실무가 개선되기를 기대한다. 필요하다면 이행법률을 개정할 수도 있다. 이는 실정법인 국제사법의 문제는 아니므로 여기에서는 다루지 않는다.

3. 국제후견법

가. 국제아동후견법

(1) 국제사법의 태도

구 국제사법(제48조)은 후견의 준거법에 관하여 성년인지 미성년인지에 관계없이 피후견인의 본국법주의를 유지하면서, 한국에 상거소(또는 거소)가 있는 외국인에 대해 예외적으로 한국 법원이 한국법에 따라 후견사무를 행할 수 있는 가능성을 확대하였다. 국제사법(제75조)은 이를 수정하여 후견의 준거법에 관하여 피후견인의 본국법주의를 원칙으로 하면서, 제61조에 따라 특별관할을 가지는 한국 법원이 후견사건의 재판을 하는 때에는 일정한 경우(한국에서 후견개시 심판을 하였거나 하는 경우 등) 예외적으로 법정지법인 한국법을 준거법으로 지정하는데 성년과 미성년을 구별하지 않는다.

(2) 개정 여부와 방향

237) 이종혁(註 56), 135면.

아동후견의 준거법에 관한 입법론은 아래와 같다.²³⁸⁾

첫째, 아동후견에서 국제후견을 국제친권의 준거법과 통일적으로 규정하는 방안. 국제사법에 따르면 친권은 원칙적으로 친자관계의 준거법에 의하고(제72조), 미성년자의 후견은 후견의 준거법(제75조)에 의하므로 양자가 다를 수 있다. 나아가 우리 국제사법은 후견이라는 법률관계에 착안하여 아동후견을 친권이 아니라 성년후견과 함께 통일적으로 연결하나, 아동보호협약은 친권과 후견을 통일적으로 연결하고 성년자후견은 성년자보호협약에 의하여 별도로 규율한다. 미성숙한 아동의 보호라는 실질에 착안하면 친권과 후견의 기능적 유사성과, 단절 없이 양자를 유기적으로 연결할 필요성을 고려하면 아동보호협약의 태도가 설득력이 있다. 양쪽 모두 나름의 근거가 있다면 국제적 동향을 수용하는 편이 바람직하다. 한국이 아동보호협약에 가입할 때에는 국제사법도 그 체제에 맞추어 개정할 필요가 있다. 이 점은 묶어서 더 검토하여야 한다.²³⁹⁾

2022년 개정 시 친권과 아동후견의 밀접성을 고려하여, 국제재판관할의 맥락에서 성년자 후견과 미성년자 후견을 묶어 제61조에서 규정하면서도 항을 구분하고 내용상 차이를 둬으로써 그런 체제를 다소 완화하였다. 그 결과 국제재판관할에서는 “[친권] v. [미성년자 후견(양자의 중간)] v. [성년자 후견]”이라는 체제를 따른다.

둘째, 거래 안전을 보호하기 위하여 제29조 제1항과 유사한 규정을 국제사법에 둘 필요가 있다. 즉 비록 준거법상 법정대리인이 무권한이더라도 법률행위 당시 당사자들이 동일한 국가에 있고 그 국가의 법에 따르면 법정대리인이 권한이 있는 경우 제29조 제1항에 준하여 법정대리인의 무권한을 주장할 수 없게 하자는 것이다.²⁴⁰⁾ 근자에 제29조 제2항은 법정대리인이 행한 거래행위는 신분행위와 거래행위로서의 성질을 겸유하므로 그것이 친족법 또는 상속법의 규정에 따른 법률행위이더라도 거래보호조항(즉 제29조 제1항)이 적용되도록 문언을 수정하자는(즉 제29조 제2항의 친족법 또는 상속법의 규정에 따른 법률행위 뒤에 “(법정대리인이 그 권한에 따라 행한 거래행위는 제외한다)”을 추가하자는) 입법론이 있는데 이는 아동보호협약의 유사한 취지의 조항을 원용한다.²⁴¹⁾ 그러나 아동보호협약 제19조(성년자보호협약 제17조도 유사)의 규정은 필자가 제안한 것처럼 제29조 제1항의 적용범위를 확대하는 취지이고 논자의 주장처럼 제2항의 적용범위를 제한하는 것은 아니다. 또한 아동보호협약(성년자보호협약도)에 따라 법정대리인이 아동(또는 피후견인인 성년자)을 위하여 하는 거래행위에는 신분행위와 재산법상의 행위 양자가 포함되는 것이지 어느 하나만은 아니다. 따라서 위 입법론에는 동의하기 어렵다.

238) 상세는 석광현, “국제친권·후견법의 동향과 국내입법과제”, 서울대학교 법학 제55권 제4호(2014. 12.), 473면 이하 참조.

239) 장래 아동보호협약과 성년자보호협약에 가입하는 방안을 더 전향적으로 고려할 필요가 있다. 성년자보호협약 가입의 검토는 이병화, “성년자보호협약에의 가입가능성 모색을 위한 해석론적 고찰”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 545면 이하 참조. 이는 협약에의 가입 가능성을 적극적으로 모색할 필요성을 강조하나 구체적 논의가 부족하다.

240) 다만 상대방이 법률행위 당시 법정대리인이 준거법상 무권한임을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다.

241) 이종혁(註 35), 138면.

나. 국제성년후견법

(1) 국제사법의 태도

과거 한정치산/금치산의 문제는 행위능력의 제한의 문제로 이해되었다. 즉 구 국제사법(제14조)은 한정치산/금치산의 준거법을 규정하지 않고, 외국인에 대하여는 본국의 원칙적 관할을 전제로, 예외적으로 한국 법원이 관할을 가지는 경우 한국법에 따라 선고할 수 있다고 규정하였다. 그 후 성년후견제도의 도입에 따라 한정치산/금치산 선고 대신 한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판을 언급하는 것으로 구 국제사법의 문언만 수정되었다. 그러다가 2022년 개정 시 국제사법에서 제14조는 삭제되고 제61조(후견에 관한 사건의 특별관할) 제1항에 통합되었으며 후견의 준거법을 정한 구 국제사법(제48조)도 개정되었다. 국적 대신 일상거소를 연결점으로 규정하는 방안을 고려하였으나, 2022년 개정 시 준거법규정은 원칙적으로 개정하지 않는다는 점과, 후견의 준거법으로 피후견인의 본국법주의를 지지하는 견해가 유력함²⁴²⁾을 고려하여 본국법주의를 원칙으로 하면서 예외적인 경우 외국인에게 한국법을 적용하는 구 국제사법의 태도를 유지하였다. 다만 특별관할을 정한 제61조를 신설하므로 재판관할을 함께 규정하던 제48조의 수정이 불가피하였다.

국제사법(제75조)은 후견의 준거법에 관하여 피후견인의 본국법주의를 원칙으로 하되, 다만 제61조에 따라 특별관할을 가지는 한국법원이 후견에 관한 사건을 재판하는 경우 ① 본국법에 따른 후견개시 원인이 있더라도 후견사무를 수행할 사람이 없거나 수행할 수 없는 경우, ② 한국에서 후견개시의 심판(임의후견감독인선임 심판)을 하였거나 하는 경우 또는 ③ 피후견인의 재산이 한국에 있고 피후견인을 보호할 필요가 있는 경우 한국법을 준거법으로 지정한다. 한국 법원이 개입하는 경우 사실상 법정지법원칙이 적용되어 본국법주의가 후퇴한다. 이는 법정지법을 적용하도록 함으로써 법원의 임무를 촉진하기 위한 것이다. 아동보호협약(제15조)과 성년자보호협약(제13조)도 당국의 개입이 있는 경우 보호조치의 준거법으로서 법정지법원칙을 따른다. 다만 성년자보호협약(제15조)은 임의후견(임의후견대리)의 준거법을 명시하는데²⁴³⁾ 국제사법에는 이에 관한 규정이 없다.

(2) 개정 여부와 방향

임의후견과 법정후견은 상호보완관계에 있고, 후견계약은 순수한 재산계약이 아니라 일종의 신분법상의 계약이며 임의후견감독인의 선임 등 법원의 감독을 받는 점 등을 고려하면 임의후견도 후견의 준거법에 따르되 당사자 간의 내부적 관계는 계약의 준거법규칙에 따른다고 볼 수 있으나 논란의 여지가 있다. 이 점을 입법으로 해결할 필요가 있는데 그것은 성년자보호협약 가입과 연계

242) 예컨대 최흥섭, “새로운 성년후견제의 도입에 따른 국제사법 규정의 개정 문제와 적용 문제”, 인하대학교 법학연구 제16집 제3호(2013. 11.), 1면 이하 참조.

243) 위 협약(제15조)에 따르면 당사자는 서면에 의하여 명시적으로 준거법을 선택할 수 있으나, 선택될 수 있는 준거법은 성년자의 본국법, 이전의 상거소지국법과 재산에 관한 소재지국법에 한정된다. 당사자가 준거법을 선택하지 않은 경우에는 그 합의나 일방적 행위(대리권 수여) 시의 성년자의 상거소지법이 준거법이 된다.

하여 검토할 사항이고 가입 전에는 해석론으로 해결할 사항이다.

위(3.가.)에서 언급한 거래 안전의 보호를 위한 규정을 국제사법에 두는 방안은 성년후견에도 타당하다.

4. 국제부양법

가. 국제사법의 태도

국제사법 제73조 제1항은 “부양의 의무는 부양권리자의 일상거소지법에 따른다. 다만, 그 법에 따르면 부양권리자가 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없는 때에는 당사자의 ‘공통 본국법’에 의한다”고 규정한다. 반면에 제64조 제1호는 혼인의 일반적 효력의 1차적 준거법으로서 부부의 ‘동일한 본국법’을 지정한다. 즉 혼인의 효력에서는 가장 밀접한 법을 정할 필요가 있으므로 국적이 공통된다는 이유만으로 그 국적 소속국법을 준거법으로 지정하는 것이 아니라 당사자의 본국법이 완전히 동일한 것을 요구한다. 부양의 경우에는 그와 달리 부양 당사자가 국적을 가지는 법 중 어느 한 법에서 부양이 인정되면 그 법에 의하는 것이 부양권리자를 보호할 수 있으므로 공통의 본국법으로 정한 것이다.²⁴⁴⁾

나. 개정 여부와 방향

필자도 위의 취지는 수긍하나 그 표현은 미흡하다. ‘공통 본국법’과 ‘동일한 본국법’은 같은 의미이기 때문이다. 중요한 것은 ‘공통’이나 ‘동일한’이냐가 아니라 ‘본국법’인지 아니면 ‘국적소속국’인지이다. 즉 ‘동일한 본국법’은 ‘동일한 국적소속국법’과 달리 국제사법 제16조에 의해 걸러진 본국법의 동일성을 요구하므로 ‘공통 본국법’과 ‘동일한 본국법’은 차이가 없다. 따라서 제73조 제1항에서도 ‘당사자의 공통 본국법’이 아니라 ‘당사자 쌍방이 국적을 가지는 법’ 또는 ‘당사자의 공통 국적소속국법’²⁴⁵⁾이라는 표현이 적절하다. 입법론으로도 이를 수정하는 것이 바람직하다.

나아가 헤이국제사법회의는 2007년 “아동양육 및 기타 형태의 가족부양의 국제적 회수에 관한 협약”(“아동양육협약”)과, “부양의무의 준거법에 관한 의정서”(“부양의정서”)를 채택하였으므로 우리도 양자에 가입하거나, 그것이 어렵다면 적어도 헤이그국제사법회의의 1973년 “부양의무의 준거법에 관한 협약”(“부양협약”)에서처럼 이를 국제사법에 편입하는 방안을 검토하여야 한다.²⁴⁶⁾ 아직 연구가 부족하여 구체적인 개정 방향을 제시하기는 어렵다.

244) 법무부(註 107), 133면註 83.

245) 국제사법 제65조 제2항 제1호는 “부부 중 한쪽이 국적을 가지는 법”이라는 표현을 사용하고, 제73조 제1항 단서의 원천인 부양협약 제5조는 “the law of their common nationality”라고 한다.

246) 아동양육협약에 관한 우리 문헌은 이병화, “아동양육 및 기타 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약 연구”, 저스티스 제 112호(2009. 7.), 354면 이하; 최흥섭, “「2007년 헤이그 부양준거법 의정서」에 관한 작은 연구”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.), 645면 이하 참조.

2015년 경에는 필리핀 아동인 코피노의 아빠찾기 노력이 진행되어 코피노와 그의 모가 한국인 부를 상대로 우리 법원에 친자확인의 소를 제기하여 승소한 사례가 있다. 그러나 법원은 국내사건 처럼 사실관계를 확정하고 민법을 적용하여 결론을 도출하였다. ‘국제사법’과 ‘준거법’이 전혀 언급되지 않은 판결문들은 담당 법관들과 변호사들의 국제사법적 사고의 빈곤을 극명하게 드러낸다.²⁴⁷⁾ 위 사건들에서는 필리핀의 국제재판관할을 인정하기 어려웠겠지만 2022년 개정에 의하여 이제는 부양권리자의 관할이 인정되므로 필리핀에 일상거소를 가진 코피노와 그의 모는 한국의 부를 상대로 필리핀에서 제소할 수 있고(물론 필리핀법상 직접관할의 존재를 전제로), 그 경우 필리핀에서 선고된 양육비지급 판결을 한국에서 승인·집행하는 데 필요한 간접관할 요건이 구비될 것이다. 그렇더라도 필리핀 법원의 양육비 판결을 한국에서 집행하자면 상호보증이 있어야 한다. 주목할 것은 필리핀이 근자에 아동양육협약(2022. 10. 1. 발효)에 가입한 점인데, 입양협약은 진작에 1996. 11. 1. 발효되었다.

IX. 국제상속법(제8장)

1. 상속

가. 국제사법의 태도

국제사법(제77조 제1항)은 섭외사법이 취했던 피상속인의 본국법주의와 상속통일주의를 유지한다. 본국법주의는 신분에 관한 속인법과 밀접하게 관련된 전통적인 준거법으로서 명확성과 고정성에 의해 법적 안정성을 보장하고, 피상속인의 당사자이익에 부합하기 때문이다. 상속대상이 부동산인가 동산인가에 관계없이 통일적으로 — 법정상속이든 유언상속이든 간에 — 상속준거법을 지정하는 상속통일주의는 상속재산(또는 유산) 전체에 대하여 단일법을 지정하므로 법질서의 모순 없는 적용이라는 ‘내적 판결’의 일치에 적합하고, 실질법상의 유산의 통일성을 촉진하며, 피상속인과 가족의 당사자이익을 중시하는 장점이 있다. 헤이그국제사법회의의 1989년 “사망에 의한 재산 상속의 준거법에 관한 협약”(“상속협약”)²⁴⁸⁾과 EU상속규정²⁴⁹⁾도 상속통일주의를 취한다. 다만 당사자가 상속준거법을 선택한 경우 상속준거법이 분열될 수 있다.

247) 예컨대 수원지방법원 성남지원 2015. 5. 28. 선고 2014드단203298, 2015드단200197 판결; 서울가정법원 2015. 6. 5. 선고 2014드단311253(본소), 2014드단316302(반소) 판결. 소개와 비판은 석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 가족법연구 제30권 제1호(2016. 3.), 97면 이하 참조. 이종혁, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.), 504면도 동지.

248) 이는 아직 발효되지 않았다.

249) 소개는 김문숙, “상속준거법에서의 당사자자치”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.), 283면 이하; 윤진수(편집대표), 주해상속법 제2권(2019), 1159면 이하(장준혁 집필부분) 참조.

우리 국제사법은 독일 등의 입법례와 상속협약에 따라 제한적으로 당사자자치를 허용하는데, 이는 당사자자치를 불허하는 일본 법적용통칙법(제36조)과 다르다. 상속은 가족법과 재산법이 교차하는 영역으로서 피상속인과 가족의 관점에서는 피상속인의 속인법주의가 적절하나, 상속재산 소재지 이해관계인의 관점에서는 소재지법주의가 합리적인 측면이 있으므로 양자의 대립을 지양하는 수단으로 당사자자치를 도입한 것이라고도 한다. 또한 당사자자치의 결과 피상속인은 상속준거법을 지정하여(professio juris) 유산(처분)계획(estate planning)을 수립할 수 있고, 특히 부부재산제(제65조 제2항도 당사자자치를 허용한다)와 상속을 동일한 준거법으로 규율할 수 있으며, 실효적이고 신속하게 유산채무를 해결할 수 있다. 국제사법(제77조 제2항)에 따르면 피상속인은 선택 시 그의 일상거소지법을 선택할 수 있고(사망 시까지 유지를 전제로) 부동산 상속의 경우 소재지법을 선택할 수 있다.

피상속인이 사망하여 상속이 개시되었으나 상속인이 없는 것으로 판명된 상속재산(bona vacantia)의 처리에 관하여 우리 국제사법에는 규정이 없다. 이를 상속 문제로 성질결정하여 상속준거법에 따라 국가가 최종적 법정상속인이 된다는 견해(상속권설 또는 상속주의)와, 상속인 없는 상속재산의 귀속 문제로 성질결정하여 재산 소재지법을 적용하는 견해(선점권(Aneignungsrecht)설, 선점주의 또는 주권주의)가 있는데 후자가 우리 통설이다.²⁵⁰⁾ 이는 상속인 없는 상속재산이 한국에 있으면 한국에 귀속된다고 본다.²⁵¹⁾

나. 개정 여부와 방향

(1) 연결점: 일상거소에 의한 국적의 대체

국제사법은 피상속인의 본국법주의를 유지하는데, EU상속규정이 국제재판관할(제4조)과 준거법(제21조)의 맥락에서 일상거소를 연결점으로 채택하는 데서 보듯이 상속준거법의 연결점으로 일상거소가 점차 확산되고 있다.²⁵²⁾ 근자에 한국에서도 친족법에서 일상거소를 국적보다 앞선 연결

250) 이병화, “국제적 상속문제에 관한 저촉법적 고찰”, 저스티스 통권 제85호(2005. 6.), 259면. 그 근거를 국제사법 제33조에서 구하는 견해도 있으나, 물권만의 문제는 아니므로 조리에서 찾는 견해도 있다. 신창선·윤남순(註 22), 388면; 최흥섭(註 15), 418면, 註 203 참조. 다만 선점권의 본질을 물권법적으로 보는 견해와 주권적 권리로 보는 견해가 있다. 윤진수/장준혁(註 249), 1263면; 최흥섭, “한국 국제사법에서 상속인 없는 상속재산의 국가 귀속”, 인하대학교 법학연구 제21집 제1호(2018. 3.), 144면과 註 4. 한편 장준혁(註 32), 356면 이하(註 40 포함)는 양자의 본질이 같다면 국제상속의 효과가 사법 영역에 머문다고 하나, 주권적 권리인 선점권을 공법적으로 성질결정하는 견해도 있다. Junker(註 146), §20, Rn. 56. 이는 영국, 프랑스와 캘리포니아주법도 같다고 소개한다. 오스트리아법 또는 영국법처럼 국가가 고권적 선점권에 기하여 상속에 참가하는 경우 제33조를 포함한 EU상속규정의 적용대상이 아니라고 한다. MüKoBGB/Dutta, 8. Aufl. (2020), EuErbVO Art. 1 Rn. 14.

251) 우리 민법 제1058조(상속재산의 국가귀속)도 ① 제1057조의2[특별연고자에 대한 분여]의 규정에 의하여 분여(分與)되지 아니한 때에는 상속재산은 국가에 귀속한다고 규정한다.

252) 상속협약(제3조)은 준거법 맥락에서 연결점으로 상거소와 국적을 병용한다. 상거소지국법이 준거법이 되는 것은 피상속인의 상거소지가 본국법인 경우와 상거소에서 사망 전 5년 이상 거주한 경우이고, 다른 경우에는 원칙적으로 본국법이 준거법이다. 이에 관하여는 우선 Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters

점으로 삼자는 입법론이 있음은 위에서 보았는데 상속법에서도 일상거소를 연결점으로 삼자는 입법론이 가능하다. 상속 사건에서 국제재판관할의 연결점이 피상속인의 사망 당시 일상거소지이므로 양자의 병행이 가능하다는 장점도 있다.²⁵³⁾ 혼인의 일반적 효력에서 보았듯이 친족법에서 장래 그런 개정이 필요한데 그렇다면 시차는 있더라도 상속에서도 마찬가지다.

(2) 상속준거법으로 당사자가 선택할 수 있는 법의 선택지

근저에는 피상속인이 선택할 수 있는 준거법의 후보에서 일상거소지법을 제외하고(만일 둔다면 사망 시까지의 유지요건 삭제를 제안한다) 대신에 국적소속국을 넣자는(차선책으로서 국적과 일상거소 중에서 선택할 수 있도록 하자는) 입법론이 있는데²⁵⁴⁾ 서두를 필요는 없고 해석에 맡겨도 좋다고 한다. 아래 이유로 위 입법론에 선뜻 동의하기는 어렵다.

첫째, 피상속인의 준거법 선택을 허용하는 것은 피상속인에게 유산(처분)계획을 수립할 수 있게 하므로 원칙적 준거법인 본국법 대신 일상거소지법을 선택할 수 있을 때 더 의미가 있으니 이를 삭제할 것은 아니다.²⁵⁵⁾ 둘째, 일상거소 유지요건의 삭제는 일상거소지의 확정이 어려워 준거법 지정이 무효가 될 수 있기 때문이라고 한다. 그러나 일상거소 유지요건을 두면 그런 어려움을 완화할 수 있다. 셋째, 국적소속국법을 선택지로 추가하자는 것은 법적 안정성을 확보하고 반정을 배제할 수 있기 때문이라고 하나 동의하기 어렵다. 복수국적자의 경우 국적소속국이 본국법보다 더 다양한 선택지를 제공하겠지만 기준시점(즉 사망 시)은 동일하므로 실익이 크지 않고, 준거법 선택이 없으면 피상속인의 본국법이 준거법이 되므로 국적소속국법(본국법 포함)을 선택지로 추가할 실익은 크지 않다.²⁵⁶⁾ 같은 이유에서 장래 언젠가 본국법을 일상거소지법으로 대체한다면 그때에는 본국법/국적소속국법을 선택지로 인정할 필요가 있다. 넷째, 상속에서 당사자자치를 허용하는 것은 공여지책이 아니라²⁵⁷⁾ 위에서 본 적극적 기능 때문인데 이는 실질법상 ‘유언의 자유’²⁵⁸⁾의 연장선

of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 74 (2010), S. 603ff. (para. 130ff.) 참조.

253) EU 통합과정의 산물이기는 하나 EU상속규정은 일상거소지를 국제재판관할(제4조)과 준거법(제21조)의 연결점으로 삼는다.
 254) 장준혁(註 32), 387면. 윤진수/장준혁(註 249), 1179면은 입법론적으로 당사자자치의 확대와 상거소지법주의로의 전환도 검토할 수는 있다고 한다.
 255) 독일에서는 EU상속규정처럼 일상거소를 원칙적 연결점으로 삼는 대신 본국법을 준거법으로 하고 일상거소지법을 선택할 수 있도록 하는 편이 더 바람직하였을 것이라는 견해도 있다. Christoph A. Kern/Daniela Glücker, *Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 78 (2014), 303ff. 참조. 국제상속법에서 본국법주의와 주소지법주의의 대립은 국제사법에서 고전적인 쟁점의 하나이다.
 256) EU상속규정(제21조 제1항)은 사망 당시 피상속인의 일상거소지법을 원칙적인 준거법으로 지정하므로 국적소속법의 선택을 허용하는 것은 의미가 있다.
 257) 그러나 장준혁(註 32), 386면은 당사자자치는 의사자치로는 설명할 수 없고 견해 대립을 피하는 최후의 공여지책으로서 정당 화될 뿐이라고 한다. 법계 대립을 극복한 연결점을 말한다면 그럴 수 있으나 법계 내에서는 전통적 연결점이 있었으므로 국제 계약에서처럼 적절한 연결점 자체를 찾을 수 없어 등장한 공여지책은 아니다. 최흥섭, *국제사법의 현대적 흐름*(2005), 218면은 상속에서 당사자자치의 근거로 공여지책과 적극적 기능을 모두 든다.
 258) 우리 법상 유언의 자유는 헌법상 재산권 및 행복추구권에서 파생된 유언자의 일반적 행동의 자유라는 헌법상 기본권에 해당한다. 헌법재판소 2008. 3. 27. 선고 2006헌바82 결정 등; 윤진수, *친족상속법 강의* 제4판(2022), 540면 참조.

상에 있다. 상속에서 국적(대륙법계) 또는 최후의 주소/상거소와 부동산 소재지(영미법계)라고 하는 전통적 연결점이 있어 왔고, 당사자자치는 근자(1960년대)에 이르러 허용되기 시작한 것이다.

아쉬운 것은 2001년 국제사법이 당사자자치를 도입한 뒤 그것이 실제로 얼마나 활용되고 있는지를 알지 못하는 점이다. 실제로 활용되지 않는다면 국제사법 입법이 일부 전문가들만의 지적 유희에 그치는 것은 아닌지 우려된다. 국제사법의 개정에 만족할 것이 아니라 상속·유언사건을 담당하거나 실제로 유언장을 작성하는 변호사나 공증인들에게 국제상속법 교육을 강화할 필요가 있다.

(3) 상속인 없는 상속재산의 귀속

상속인 없는 상속재산의 귀속은 재산소재지법에 따름을 국제사법에 명시하자는 입법론이 있는데 해석에 맡겨도 좋다고 한다.²⁵⁹⁾ 설득력 있는 통설이 있으므로 입법을 하지 않아도 무방하다고 본다.

(4) 개별준거법과 총괄준거법의 관계

상속, 부부재산제와 회사 합병에서처럼 권리의무가 포괄승계되는 경우 그의 준거법을 ‘총괄준거법’, 그에 포함되는 개개 재산권의 준거법을 ‘개별준거법’이라 한다. 섭외사법, 구 국제사법과 국제사법에는 조문이 없으나²⁶⁰⁾ 통설은 양자가 충돌할 때 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 원칙을 해석론으로 받아들였고 별 이견이 없었다.²⁶¹⁾²⁶²⁾ 근자에는 한국에서도 위 원칙에 대한 비판론이 있으나 통설을 지지하는 견해도 있다. 위 법리의 적용범위와 해결방안을 더 명확히 할 필요가 있으나 이는 기본적으로 총괄준거법과 개별준거법의 충돌, 즉 저축규범의 충돌로부터 발생하는 문제이므로 적응(조정)의 법리가 적용되는 사례이다. 따라서 위 법리의 필요성을 부정하기보다는 정치하게 다듬는 편이 바람직하다.²⁶³⁾ 이는 해석에 맡길 사항이고 굳이 입법으로 해결할 필요는 없다.

2. 유언

가. 국제사법의 태도

259) 장준혁(註 32), 386면(다만 생략할 수도 있다고 한다).

260) 1986년 당시 독일 구 민법시행법(제3조 제3항)은 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 원칙을 명시하는 것으로 이해되었는데 위 조문은 결국 삭제되었다. 위 원칙의 상세와 비판은 최흥섭, “한국 국제사법에서 총괄준거법과 개별준거법의 관계”, 비교사법 제21권 제2호(2014. 5.), 597면 이하 참조.

261) 이호정(註 30), 351면; 이병화(註 250), 255면. 근자에는 위 법리를 적용한 하급심 판결도 있다. 채권자취소권의 준거법이 문제된 사건의 제1심인 부산가정법원 2012. 12. 21. 선고 2011드단14172 판결. 서울고등법원 2020. 10. 16. 선고 2020누43458 판결도 당해 사건에서 위 원칙이 적용되는 사건은 아니라고 보았으나 추상적 법률론으로 “구 국제사법 제38조 제1항의 부부재산제에 관한 규정은 총괄규정이므로 개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다는 원칙이 적용될 수 있다.”고 판시하였다.

262) 예컨대 상속준거법은 상속재산을 상속인들의 합유에 속한다고 규정하는데 개별준거법인 물건 소재지법이 공유만을 안다면 합유는 성립할 수 없고 적응 문제가 발생한다. 이호정(註 30), 272면. 위 원칙을 “총괄준거법은 개별준거법의 승인을 받아야만 살 수 있다”고 표현하기도 한다. 이호정(註 30), 427면.

263) 총괄준거법과 개별준거법의 충돌에서 발생하는 문제를 해결하고자 EU상속규정 제30조는 유사한 취지를 규정한다. 그에 관하여는 윤진수/장준혁(註 249), 1295면,註 617 참조.

국제사법에 따르면, 유언의 실질(또는 내용)은 유언 당시 유언자의 본국법에 따르고(제78조 제1항), 유언의 변경 또는 철회는 그 당시 유언자의 본국법에 따른다(제78조 제2항). 이는 섭외사법 제27조 제1항 및 제2항과 실질적으로 다를 바 없다.

한편 유언의 방식에 관하여 국제사법은 가능한 한 유언의 방식요건 구비를 쉽게 하고자 다양한 법에 선택적으로 연결한다(제78조 제3항). 즉 부동산에 관한 유언의 방식을 제외하면, 유언자의 유언 당시 본국법 또는 일상거소지법, 사망 당시 본국법 또는 일상거소지법과 유언 당시 행위지법(즉 작성지법) 등 5개의 법에 따른 방식이 모두 허용된다. 이 말은 위 어느 하나의 방식에 따른 것이 아니라면 방식요건을 구비하지 못하여 유언은 효력이 없는데, 이는 앞(1.2.)에서 언급한 저촉법적(준거법) 통제의 의미를 잘 보여 준다.

나. 개정 여부와 방향

근자에는 유언의 실질(내용)의 준거법을 유언 시 상속준거법으로 지정하고 보정적 연결을 명시하는 입법론이 있는데 서두를 필요는 없고 해석에 맡겨도 좋다고 한다.²⁶⁴⁾ 현재는 유언 실질의 준거법과 상속준거법은 기준시기가 다르고 또한 피상속인이 상속의 준거법을 선택한 경우 다를 수 있다. 기준시기는 달리할 필요가 있으나 유언은 상속문제의 일부이므로 상속준거법을 유언의 준거법으로 지정하는 데는 이의가 없다. 다만 유언이 유언 시 준거법상 무효인 경우 사망 시 상속준거법에 따라 보정적 연결을 할 필요가 있는지 의문이다.

또한 근자에는 유언의 방식에 관하여 헤이그국제사법회의의 1961년 유언방식협약(제1조)에 충실하게 유언 시와 사망 시의 주소지를 연결점의 하나로 추가하자는 입법론이 있는데 서두를 필요는 없고 해석에 맡겨도 좋다고 한다.²⁶⁵⁾ 우리 국제사법은 주소를 연결점으로 사용하지 않지만 유언방식협약을 충실하게 따르자는 데는 이의가 없다. 다만 위 입법론이 상속준거법(유언 시와 사망 시)을 추가하자는 점은 잘 이해되지 않는다. 유언방식협약도 이를 명시하지 않는데 국제사법상 상속준거법으로 선택할 수 있는 법이 제한적이므로 현재 열거된 연결점 중에 이미 포함되어 있는 셈이기 때문이다.

X. 국제해상법(제10장)

1. 선적국법주의의 완화

가. 국제사법의 태도

264) 장준혁(註 32), 386면 이하.

265) 장준혁(註 32), 386면 이하.

국제사법에 해상법에 관한 별도의 장(제10장)을 두고 다양한 해상 관련 사항들에 대하여 선적국법을 준거법으로 지정하는 것(제94조)은 우리 국제사법의 특징이다. 선적국법주의를 취하는 이유는, 선박의 특성을 고려할 때 선박에 관한 외국적 요소가 있는 사법관계를 규율함에 있어 선적국법이 가장 밀접한 관련이 있기 때문이다. 이는 무엇보다도 선박 물권관계를 단일법에 연결하는 점에서 선박에 대한 각종 물권의 발생, 효력 및 우선순위 등을 일관된 원칙 하에 규율하는 장점이 있다.²⁶⁶⁾ 그러나 이에 대하여는 다양한 비판이 있다.²⁶⁷⁾

나. 개정 여부와 방향

입법론으로 선박소유자의 책임제한에 대하여 법정지법을 적용하자는 제안²⁶⁸⁾과, 선박소유자의 책임제한과 선박우선특권에 대하여 법정지법을 적용하자는 제안²⁶⁹⁾이 있다.

국제사법이 선적국법을 과도하게 준거법으로 지정하는 것은 부인하기 어려우므로 시정할 필요는 있으나 그 범위는 더 검토할 필요가 있다. 특히 선박소유자의 책임제한의 범위 또는 선박우선특권에 관한 법률관계에서 법정지법을 적용하는 것²⁷⁰⁾은 포럼쇼핑을 조장할 우려가 있다는 비판이 있다. 2000년 섭외사법 개정 당시 해상법 분야는 손을 많이 대지 않았는데 이는 해사국제사법규칙에 대한 연구가 부족한 탓이었다. 더욱이 선적국법주의의 근거, 비판과 반론 등은 오래 전부터 논의된 것인데 종래 업계와 학계에서 다수가 공감하는 견해가 없기에 현상유지가 되는 셈이다. 필자가 입법론을 피력하기는 어렵고 각계의 의견을 들어 현상을 변경할 근거가 충분한지와 개정의 범위 및 방향을 결정해야 할 것이다.

다만 국제사법 제94조 제3호는 “선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위”를 선적국법에 의할 사항의 하나로 열거하는데, 국제사법은 총체적 책임제한의 준거법을 제94조 제4호²⁷¹⁾에서 따로 열거하고, 종래 해상운송인의 개별적 책임제한은 성질에 따라 운송계약의 준거법 또는 불법행위의 준거법에 따라 판단할 사항이라고 보므로 제4호와 별도로 제3호를 두는 이유가 불분명하다. 따라서 이는 삭제하는 것이 바람직할 것으로 본다.²⁷²⁾

266) 정병석, “국제해상법”, 국제사법연구 4호(1999), 436-437면.

267) 서동희, “선적국법주의의 타당성”, 국제사법연구 제17호(2011), 402면 이하는 ① 편의치적의 출현에 따라 선적국법의 연결점으로서의 의미가 감소되었고, ② 일률적으로 선적국법을 적용하는 것은 불합리하며, ③ 편의치적의 부당성이 국제사법 제8조 제1항에 의하여 시정되는 데는 한계가 있고, ④ 선적국법의 조사의 어려움이 있으며, ⑤ 대체로 정비되지 않은 선적국법에 대해 우리 법정에서 논란을 벌이는 것은 희극적이고, ⑥ 이중국적과 무국적 선박의 경우 선적국법이 가지는 장점이 상실된다고 비판한다.

268) 후자는 정병석(註 28), 718면. 이는 반면에 선박우선특권의 경우 선적국법을 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 인정하는 것이 가장 무난하고 (현재까지 한국의 실무도 이와 같이 형성되어 왔음) 법리적으로도 타당하다고 한다. 정병석(註 28), 722면.

269) 서동희(註 267), 405면 이하 참조. 이는 선적국법을 기국법으로 대체할 것도 제안한다.

270) 2001년 섭외사법의 개정과정에서 마련된 연구반 초안 제2안은 제1안과 같이 문안을 정리하면서 선박우선특권과 선박소유자의 책임제한은 법정지법에 의하도록 규정하였다. 석광현(註 6), 418면 참조.

271) 제4호는 “선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위”라고 규정한다.

2. 적하보험금을 지급한 보험자의 대위청구와 원고적격

가. 국제사법의 태도

영국법이 준거법인 적하보험계약에 따라 보험금을 지급한 보험자가 가해자를 상대로 우리 법원에 손해배상청구의 소를 제기하는 경우 원고적격을 다룬 대법원 판결은 보이지 않는다. 보험자가 피보험자로부터 손해배상채권을 양도받은 경우에는 문제가 없으나 그렇지 않은 경우 논란이 있다. 그 경우 보험자가 자신의 이름으로 소송을 수행하기 위하여서는 영국의 1925년 재산법 제136조의 규정에 따라 피보험자의 소권을 양도받아야 한다고 판시한 서울고등법원 1989. 5. 15. 선고 88나 44126 판결이 있는 탓에 보험자는 소권을 양도받지 않은 이상 우리 법원에서 자신의 이름으로 소송을 수행할 수 없다는 견해가 통용되고 있고 하급심 판결들도 이를 답습하고 있다. 그러나 원고적격은 절차의 문제이므로 한국법에 의할 사항이고 따라서 보험자가 채권자라고 주장하면서 이행의 소를 제기하는 경우 원고적격을 가진다(‘형식적 당사자개념’). 위 서울고등법원 판결이 사실상 선행의 역할을 하나 절차법인 한국법이 규율할 사항을 영국법에 맡길 것은 아니다.²⁷³⁾

나. 개정 여부와 방향

이처럼 법원이 보험자의 소송수행을 차단하는 탓에 근자에는 국제사법을 개정하여 명시하자는 입법론이 있다.²⁷⁴⁾ 필자는 대위하는 보험자의 원고적격을 인정함이 마땅하므로 입법을 할 필요는 없다고 보나 법원이 이를 계속하여 배척한다면 조문을 둘 수도 있다.

XI. 기타 검토할 사항

1. 신탁

국제사법은 신탁의 준거법규칙을 두지 않으므로 해석론상 신탁의 준거법은 국제사법의 대원칙, 즉 해당 법률관계 또는 쟁점과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 된다. 다만 그 경우 신탁을 하나의 연결대상으로 성질결정하여²⁷⁵⁾ 동일적으로 연결할지, 아니면 예컨대 채권적/물권적 측면 또

272) 그러나 정병석(註 28), 683면 이하는 위 조문의 삭제제 제언하지는 않는데 이는 불필요하다고 단정하기는 어렵기 때문이라고 한다(이 점은 필자의 문의에 대한 답변이다).

273) 다만 근자에 보험자인 원고가 보험자대위권을 행사하여 제기한 구상금 청구의 소에서 서울중앙지방법원 2022. 12. 8. 선고 2021나6944 판결은 보험자가 보험금 지급 전에 제소한 탓에 조건부 청구로서 부적법하다고 각하하였으나 “권리의 행사와 관련한 절차법적 측면에서는 우리 민사소송법이 법정지법으로서 적용되어야 한다.”고 하고, “제1심 계속 중 원고가 보험금을 지급한 이상 영국법상 소권의 양도를 받지 않았다는 이유로 영국법을 적용하여 소를 각하할 수는 없고, 보험자대위권 권리 행사방법과 관련한 절차적 문제에 적용되는 법정지법인 우리 법에 따라 그 적법 여부를 살펴봐야 한다”는 취지로 진전된 판시를 한 바 있다.

274) 정병석(註 28), 729면.

275) 한국 신탁법 해설서로서는 아마도 최초로 국제신탁을 체계적으로 다룬 정순섭, 신탁법(2021), 726면은 우리 학설(① 신탁협

는 달리 구분하여 연결할지가 문제되고, 또한 유언신탁의 성질결정을 어떻게 할지²⁷⁶⁾(유언신탁에서 상속과 신탁의 준거법의 관계는 무엇인지) 문제된다. 국제적 차원에서는 신탁의 준거법규칙을 통일하고자 노력한 결과 헤이그국제사법회의는 1984년 “신탁의 준거법과 승인에 관한 협약”(“신탁협약”)을 채택하였다.²⁷⁷⁾ 신탁협약은 생전신탁과 유언신탁을, 그리고 동산신탁과 부동산신탁을 구별하지 않고 동일한 준거법규칙에 따르도록 하는데, 신탁의 준거법은 신탁의 성립 또는 설정(establishment)과 신탁 자체의 유효성은 규율하나, 유언 등 신탁설정의 원인이 되는 신탁행위와 수탁자로의 자산이전 행위의 유효성은 규율하지 않는다.²⁷⁸⁾ 필자는 우리가 영미의 신탁개념을 수용하여 신탁법이라는 실질법을 두고 있으므로 신탁을 하나의 연결대상으로 파악하는 견해를 선호한다. 그것이 우리의 국제사법상의 성질결정론과도 부합하고 신탁협약 가입에의 거부감도 완화할 수 있다. 다만 것처럼 통일적으로 연결하자면 신탁협약에서 보듯이 신탁행위와 수탁자로의 자산이전 행위의 유효성의 준거법은 별도로 지정할 필요가 있고, 신탁의 준거법에도 불구하고 신탁협약(제15조)에서 보듯이 인접 범영역의 강행규정에 의한 제한을 인정하지 않을 수 없다.

입법론으로 우리 국제사법에 신탁의 준거법규칙을 도입할지를 검토해야 하는데, 이는 신탁협약 가입 여부²⁷⁹⁾와 함께 검토할 사항이다. 이를 위하여는 우선 현재의 해석론을 확인할 필요가 있다. 국제상속 기타 국제거래의 실무상 신탁의 준거법 결정에 어려움이 있어 문제를 해결할 필요성이 크다면 적극 검토하여야 하나 만일 그런 상황이 아니라면 현상유지를 선호하는 견해도 주장될 수 있다.

약처럼 통일적 연결을 하면서 신탁재산이 한국에 있는 경우 한국법에 의한 제한을 두는 견해, ② 신탁의 법률관계를 기능적으로 분할하여 개별 법률관계의 쟁점에 따라 준거법규칙을 적용하는 견해와 ③ 채권적으로 성질결정하여 채권의 준거법을 적용하고 제3자에 대한 관계에서 적용범위를 개별적으로 판단하는 견해)을 소개하는데, 그 후 장준혁, “국제신탁법: 해석론과 입법론”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.), 486-487면은 기존 견해와 달리 비법인재단에 준하는 실체를 가진 신탁은 비법인재단으로 성질결정하여 제30조(법인 및 단체)에 의하고, 그런 실체가 없는 신탁은 무명의 채권관계로 다루어 법률행위와 계약에 관한 조문들을 유추적용한다.

276) 유언신탁의 경우 ① 생전신탁과 동일하게 취급할지(정순섭(註 275), 732면; 김연숙, “국제신탁의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 199면과 이필복, “헤이그 신탁협약 분석 및 협약 가입에 관한 검토”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문(2014. 8.), 129면 이하, 신탁협약도 이런 태도이다), ② 독일처럼 상속법적으로 성질결정하여 상속준거법에 따르도록 할지 아니면 ③ 제3의 길을 모색할지가 문제된다. 유언신탁에서 신탁행위(즉 유언의 내용)가 신탁의 문제인지 상속의 문제인지는 견해가 나뉜다. 다만 신탁재산의 수탁자로의 이전은 신탁준거법의 규율대상이 아니다. 우리 법상의 학설은 정순섭(註 275), 726면 이하 참조. 장준혁(註 275), 474면 이하 참조.

277) 신탁협약은 1992년 영국과 이탈리아 등에서 발효되었고 그 후 네덜란드에 이어 2007. 7. 1. 스위스에서 발효되었다. 신탁협약에 관하여는 석광현(註 75), 358면 이하; 이필복(註 276), 16면 이하 참조. 중국은 신탁협약에 가입하지 않았으나涉外民事關係法律適用法에 조문(제17조)을 두어 당사자자치를 허용한다.

278) Alfred E. von Overbeck 교수가 작성한 신탁협약의 해설보고서(Explanatory Report)는 이런 구별을 ‘로켓(rocket)’과 ‘발사대(launcher)’에 비유하면서 로켓(신탁)을 궤도에 진입시키기 위하여 발사대(유언, 증여 등)가 필요한데, 신탁협약은 로켓만 규율하고 발사대는 규율하지 않는다고 설명한다(para. 53). 이는 신탁의 준거법은 신탁행위는 규율하지 않는다는 것이다. 정순섭(註 275), 726면은 준거법 목적상 신탁행위를 계약으로 보면서 신탁행위의 준거법은 신탁의 준거법과 같다고 보든 듯하나 동의하기 어렵다.

279) 근자에 한국의 신탁협약 가입을 촉구하는 멤버른 대학 교수의 글이 간행되었다. Liew Ying Khai, Trusts and Choice of Law in South Korea: The Case for Adopting the Hague Trusts Convention, Journal of Korean Law, Vol. 20 (2021. 2.), p. 57 이하. 이런 지경에 이른 것은 부끄럽지만 한국어와 한국 상황을 잘 모르는 Liew 교수의 주장은 설득력이 약한데, 한국법의 대외 소개를 위한 위 저널이 그 글을 간행한 것은 부적절하다. 경위는 석광현, [정년기념], 137면 참조.

2. 국제사법 조문의 용어

이에 관하여는 세 가지만 언급한다. 첫째, 국제사법 제3조 제1항은 구 국제사법 제3조 제2항의 “상거소(常居所)”를 “일상거소(habitual residence)”라고 수정하였는데 이런 뜬금없는 수정과 국제사법처럼 기본적인 법률에서 영문병기를 하는 것은 결코 바람직하지 않다.²⁸⁰⁾ 둘째, 섭외사법(제4조)과 구 국제사법(제9조)에서도 사용되었던 ‘반정(反定)’이라는 용어가 국제사법(제22조)에서는 삭제되었다. 아마도 알기 쉽게 하려는 것으로 짐작되나 국제사법의 핵심적 개념이자 용어인 반정(反定)이 법조문에서 삭제된 점은 매우 유감스럽다. 이는 담당자들의 국제사법에 대한 몰이해로 인한 폭거이다. 조금만 생각이 있었다면 ‘반대지정’이라는 용어를 사용할 수도 있었을 것이다. 셋째, 혼인의 방식에 관하여 구 국제사법 제36조의 ‘혼인거행지법’이 ‘혼인을 한 곳의 법’으로 수정되었다. 이도 알기 쉽게 하려는 것으로 짐작된다.²⁸¹⁾ 그러나 혼인의 방식은 종교혼에서 보듯이 일종의 의식(儀式, ceremony)과 관련되는 점에서 ‘혼인거행지법’(lex loci celebrationis)이 적절하다. 의식(儀式)이라는 요소를 희석하고 오해 가능성을 확대한 것은 바람직하지 않다. 설득력 있는 근거가 없다면 이미 확립된 법률용어를 함부로 변경할 것은 아니다.

3. 국제재판관할과 준거법의 병행

국제사법의 국제재판관할규정과 준거법규정은 연결대상의 범주를 설정하고 대상별로 적절한 연결점을 사용하여 관할법원과 준거법을 지정하는 유사한 구조를 취한다. 연결점은 연결대상을 어느 국가의 관할권(국제재판관할규정의 경우) 또는 어느 국가의 법질서(준거법규정의 경우)에 각각 연결한다. 양자는 병행하기도 하나 병행하지 않는 경우도 있다. 위(I.3.)에 적었듯이 우리는 종래 이에 무관심하였지만, 2022년 개정을 통하여 국제사법에 국제재판관할규정과 준거법규정이라는 양 날개를 갖추었으니 장래 준거법규정 개정 시 양자의 병행과 상호작용이라는 관점도 고려할 필요가 있다. 위에서 지향지국의 관할을 인정한 지식재산권 침해(VI.2.가.)와 불법행위(VII.6.가.), 소비자계약(VII.2.), 그리고 일상거소지의 관할을 규정한 상속(IX.2.가.)을 언급하면서 국제재판관할과 준거법의 병행을 고려할 필요가 있음을 언급하였으나 이를 더 체계적으로 검토하여야 한다.²⁸²⁾

280) 용어 변경에 대한 비판은 석광현(註 98), 70면, 註 50 참조. 긍정적 의미를 찾자면 “일상적으로 노무를 제공하는 국가”라는 표현이 구 국제사법(제28조)에서부터 사용되는 점이다.

281) 만일 어떤 의식(儀式) 없이 당사자들의 합의만으로 성립하는 보통법혼인(Common-Law marriage)과, 우리 법의 혼인신고 처럼 신고·등록이라는 방식을 포섭하려는 깊은 뜻을 담은 것이라면 논의를 거칠 필요가 있었다.

282) 다만 일반관할, 변론관할과 합의관할의 경우 병행은 가능하지 않다. 석광현(註 98), 21면 이하 참조. 양자의 병행은 Anotol Dutta, Gleichlauf von forum und ius – ein legitimes Ziel des internationalen Privatrechts?, Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag (2020), S. 51ff. 참조.

4. 국제사법에 준거법규정이 없는 연결대상의 준거법 지정

국제사법에 준거법규정이 없는 연결대상에 대하여 연결원칙을 제시한 근자의 대법원 판결로는, 첫째, 채권자취소권의 준거법을 다룬 판결과, 둘째, 불법행위 피해자가 가해자의 책임보험자에 대하여 행사하는 직접청구권의 준거법을 다룬 판결이 있다. 장래 다른 논점들도 제기될 수 있다. 위 대법원 판결들의 결론도 중요하지만, 필자가 주목하는 것은 국제사법의 법원(法源)과, 준거법을 지정하는 대법원의 추론과정이다.

우선 법원(法源)을 보면 국제사법은 흠결 보충 방법을 명시하지 않지만, 그 경우 法源을 정한 민법 제1조283)를 유추적용할 수 있다고 본다. 즉 국제사법에 흠결이 있는 때에는 관습법과 조리 등이 이를 보충할 수 있다.²⁸⁴⁾ 준거법인 외국법규에 흠결이 있거나 그 내용이 확인 불가능한 경우 법원은 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국관습법에 의하고, 외국관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없다고 판시한 대법원(예컨대 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결)이 정작 우리 국제사법에 조문이 없는 연결대상의 준거법을 정하는 과정에서 국제사법의 法源을 언급하지 않은 점은 아쉽다. 이를 조리로 설명하거나, 아니면 국제사법 제21조²⁸⁵⁾에 반영된 “최밀접관련법의 적용”이라는 국제사법의 일반원칙 내지 법원리(Rechtsprinzipien)를 적용할 수도 있다.

한편 추론과정을 보면, 일반론으로는 대법원처럼 연결대상과 ‘가장 밀접한 관련이 있는 법’(또는 최밀접관련법)을 준거법으로 지정하는 것은 타당하지만, 최밀접관련국법의 탐구는 추상적으로 흐를 가능성이 크므로 인적·물적(사항적)으로 최밀접관련법질서²⁸⁶⁾를 찾아가는 추론과정을 제시할 필요가 있다. 우선 대법원은 최밀접관련의 구체화 과정에서 연결대상의 성질결정을 어떻게 할지, 어떤 관련 이익들을 고려하고 어떻게 형량할지,²⁸⁷⁾ 어떤 요소들과 연결정책을 고려함으로써 무엇을 연결점으로 삼을지를 정하는 과정을 거쳐 준거법을 결정해야 하는데 위 사건들에서 대법원이 실시한 추론과정²⁸⁸⁾은 너무 소략한 탓에 아쉬움이 남는다.

283) 조문은 “제1조(法源) 민사에 관하여 法律에 規定이 없으면 慣習法에 의하고 慣習法이 없으면 條理에 의한다.”이다.

284) 국제사법의 法源은 석광현(註 26), 243면 이하 참조. 이는 법정지법원칙을 다룬 것이다.

285) 채권자취소권의 준거법을 다룬 대법원 판결은 가장 밀접한 관련 원칙의 근거를 계약의 준거법을 정한 구 국제사법 제26조를 들었으나 더 일반적인 제8조를 드는 편이 낫다.

286) 과거에는 장소적·공간적으로 가장 밀접한 법률관계라고 표현하였으나 근자에는 인적·물적(사항적)으로 가장 밀접한 법률관계라고 한다. Kropholler(註 48), S. 25.

287) 대표적으로 Kegel은 국제사법적 이익을 ① 당사자이익, ② 거래이익과 ③ 질서이익으로 분류하고, ③을 ③-1 외적(국제적) 판단의 일치, ③-2 내적 판단의 일치, ③-3 법적 안정성과 예견가능성 그리고 ③-4 기타 질서이익(내국법 적용의 이익과 실효적 판결의 이익)으로 세분한다. Kegel/Schurig(註 33), S. 134ff. 석광현, [정년기념], 143면, 註 23 참조. 필자의 요구는 우리 법원이 이익법학적 접근을 하라는 것은 아니나 고려요소들을 더 촘촘히 실시하여야 한다는 것이다. 그런 접근방양은 유정화(註 198), 311면 이하 참조.

288) 대법원은 “채권자취소권의 행사에서 피보전권리는 단지 권리행사의 근거가 될 뿐이고 취소 및 원상회복의 대상이 되는 것은 사해행위이며, 사해행위 취소가 인정되면 채무자와 법률행위를 한 수익자 및 이를 기초로 다시 법률관계를 맺은 전득자 등이 가장 직접적으로 이해관계를 가지게 되므로 거래의 안전과 제3자의 신뢰를 보호할 필요도 있다.”고 실시하였다. 전자는 피보전권리와 사해행위의 준거법을 누적적용하는 통설을 배척한 취지이나 종래 민법에서 채권자취소권을 채권의 대외적 효력의

종래 학설상 채권자취소권은 피보전채권과 사해행위의 준거법에 누적적으로 연결하여야 한다는 견해가 다수설이었고,²⁸⁹⁾ 직접청구권의 준거법에 관하여는 견해가 나뉘었는데 필자는 선택적 연결설을 취하였으나 대법원은 양자 모두 단일 연결점(사해행위의 준거법과 보험계약의 준거법)을 채택하였다. 입법자는 국제사법에서 다양한 연결대상을 설정하고 각각에 대하여 최밀접관련법을 지정하고자 대부분 단일 연결점을 사용하나 연결점을 조합하기도 한다(예컨대 선택적 연결, 누적적 연결, 종속적 연결, 배분적 연결과 보정적 연결). 혹시 대법원이 국제사법에 준거법규정이 없는 연결대상에 대하여 최밀접관련국은 하나일 수밖에 없다고 믿은 탓에 단일 연결점을 선택하여야 하고 연결점의 조합은 불가능하다고 본 결과인지 모르겠으나 그런 도그마는 장래 올바른 준거법 지정에 장애가 될 것이다. 또한 국제사법에 준거법규정이 있어도 흠결이 있다면 범위가 제한됨은 물론이지만 법관이 법형성(Rechtsfortbildung)을 할 여지가 있음을 유념하여야 한다.²⁹⁰⁾ 앞으로는 대법원의 조금은 더 창의적인 발상을 기대한다.²⁹¹⁾

Ⅹ. 맺음말

위의 논의를 정리하자면 개정의 중요한 착안점은 대체로 아래와 같다. 우선 지식재산권과 소비자 계약에 관한 조문이다. 정책적 판단을 한 뒤 개정을 고려할 사항은 법인 및 단체의 속인법, 해상법에서의 선적국법주의의 완화와 혼인의 일반적 효력의 연결점으로 일상거소지를 국적에 우선시키는 것 등이다. 징벌배상과 과도한 손해배상을 제한한 조문(제52조 제4항)의 개정도 필요하다. 다음으로 자연인의 성씨의 준거법과 신탁의 준거법을 들 수 있다. 연구 부족으로 운송계약의 객관적 준거법에 관하여는 개정 방향을 제시하지 못하였다. 구체적 범위는 논자에 따라 다르겠지만 필자가

문제로 파악하는 데 대한 고려가 부족하고, 사해행위가 채권적 행위인지 물권적 행위인지와 양자가 다른 경우의 처리방법에 대하여는 논의가 없다.

289) 신창선·윤남순(註 22), 332면. 최흥섭(註 15), 332면도 같다.

290) 위(Ⅶ.8.)에서 보았듯이 피해자의 책임보험자에 대한 직접청구권의 준거법에 대하여 필자는 선택적 연결설을 주장하였는데 이에 대하여 그것은 준거법 결정과정-법률관계의 성질결정 후 연결점에 따른 준거법 지정과정-을 도외시한 것으로서 아무런 근거가 없다는 비판이 있다(신현기(註 191), 750면). 대법원의 추론의 미흡함을 지적한 필자로서는 그런 비판은 의외이다. 신현기(註 191), 745면과 753면처럼 직접청구권을 피해자의 보호를 위하여 법률이 특별히 규정하는 법정권리라고 보고 최밀접관련법을 탐구한다면 그것을 손해배상채권과 보험금채권의 어느 하나에 귀속시키는 대신 독자적 권리라고 성질결정하므로 선택적 연결 가능성이 열린다. 조문이 없어 법적 근거가 상대적으로 약하나 이 점은 다른 견해도 같다. 선택적 연결이 근거가 없으면 입법론으로 도입할 이유도 없다. 문제는 해석론의 한계인데 해석론을 전개하는 과정에서 피해자의 보호라는 연결정책을 고려해야 한다.

291) 필자는 과거 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결(카타르 사건)에서 대법원이涉外사법 제13조에 구속되는 대신 법형성에 의하여 공통의 속인법인 한국법을 적용하였다더라면 국제사법학의 발전에 획기적인 판결이 되었을 텐데도 불구하고 대법원이涉外사건성을 부정하는 큰 잘못을 한 데 대하여 유감을 표시하였다. 석광현, “涉外不法行爲의 準據法決定에 관한 小考 - 共通의 屬人法에 관한 대법원판결을 계기로 본 涉外私法の 적용범위와 관련하여 -”, 법조 통권 제456호(1994. 9.), 37면 이하(특히 52면, 註 37)(반면에 최공용(註 17), 528-529면은 위 판결을 획기적인 판결이라고 평가한다). 국제사법의 흠결을 해소하는 법관의 법형성은 석광현(註 26), 154면 이하, 245면; 장준혁, 법률검토의 방법(2022), 139면 이하 참조.

구상하는 장래 준거법규정의 개정은 지난 두 차례의 개정과 달리 ‘작은 개정’이므로 조문도 가지번호를 붙이면 될 것이다.

지난 30년 동안 국제사법 논점을 다룬 판결들과 논문들을 보면 그동안 우리 국제사법학이 괄목할 만한 발전을 이룩하였다고 믿는다. 필자가 1976년 처음 국제사법의 세계에 입문하였을 당시 섭외사법은 47개의 준거법규정만을 담은 19세기 저축법이었으나 두 차례 개정 결과 국제사법은 선진적인 면모를 갖추게 되었다. 이는 광의의 국제사법에 대한 관심이 작은 척박한 환경에서도 한국 국제사법학회를 중심으로 우리 모두가 노력한 결과이나, 무엇보다도 입법과 판례의 변화를 추동한 주된 동인(動因)²⁹²⁾은 지난 70년 동안 한국 사회의 변화, 특히 국제화이다. 국제사법은 그런 변화에 대응하여 20세기 유럽 국제사법이 이룩한 발전을 입법적으로 반영한 결과물이다. 그러나 근자의 유럽연합과 헤이그국제사법회의 차원의 발전을 보면 격차가 커지는 것 같아 지금까지의 성취에 안주할 여유가 없다. 그간 각고의 노력을 통하여 우리 국제사법과 국제사법학이 자리를 잡아가고 있으므로 장래 우리 법원도 국제사법에 대한 문제의식과 연구가 태부족하던 과거 판례를 답습하거나 회피하지 말고 문제를 정면으로 다루어 해결하는 노력을 기울여야 한다.

해상이든 지식재산권이든 한국이 국제분쟁 해결의 허브가 되자면 우리 법원이 국제사건을 다룰 역량이 충분함을 대외적으로 보여 주어야 한다. 이를 위하여는 첫째, 우리 국제사법의 준거법규정이 합리적이고, 둘째, 우리 법원이 지정된 준거법(특히 외국법)을 정확히 적용하며, 셋째, 준거법이 한국법이라면 그것이 국제적 법률관계를 규율하기에 적절한 내용을 담고 있어야 한다. 마지막으로, 준거법규정에 지나친 부담을 주지 않으려면 사법(私法)분야의 조약이 수용할 수 있는 내용을 담고 있다면 가급적 그 자체로써 수용하여야지 이를 국내법에 편입할 것은 아니다. 해상법에서만 아니라 국제사법에서도 벌어지는 일이기에 지적해 둔다. 한국국제사법학회가 금년 3월 창립 30주년을 맞이한 것을 축하드리고 장래의 무궁한 발전을 기원하면서 부족한 발표를 마치고자 합니다.

292) 우리 국제사법 분야에서 입법 및 판례 변화의 동인(動因)은 석광현, [정년기념], 47면 이하 참조.

〈 참고문헌 〉

[국내문헌]

- 강영수, “國際 知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法의 問題에 관한 研究 - 屬地主義 原則의 限界 및 그 修正을 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문(2005)
- _____, “지적재산권의 속지주의원칙과 국제사법”, 국제사법연구 제11호(2005)
- 김건식, “법인격과 법인격 부인법리-우리 판례를 중심으로-”, BFL 제69호(2015. 1.)
- 김규진, “국제계약분쟁과 일방적 경제제재 - 이른바 ‘Legal Norm 접근법’에 대한 비판적 고찰을 중심으로 -”, 연세대학교 법학연구 제32권 제3호(통권 95호)(2022. 9.)
- 김문숙, “상속준거법에서의 당사자자치”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.)
- 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정(박영사. 2022)
- 김성민, “계약법상 서식의 충돌에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2012. 2.)
- 김시철, “주한 미국인 부부의 이혼 및 미성년자녀에 관한 양육처분 등에 관하여”, 저스티스 통권 제 96호(2007. 2.)
- 김연숙, “직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제”, 국제사법연구 제17호(2011. 12.)
- _____, “국제신탁의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.)
- 김연 · 박정기 · 김인유, 국제사법 제4판(법문사. 2022)
- 김용한 · 조명래, 전정판 국제사법(정일출판사. 1992)
- 김운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부”, 대법원 판례해설 제75호(2008년 상권)
- 김인호, “국제지식재산권 침해에 대한 보호국법의 적용과 그 한계”, 인권과정의 제429호(2012. 11.)
- _____, “일반 불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토”, 법제연구 제43호(2012. 12.)
- _____, “로마 I 규정에 기초한 객관적 연결에 의한 국제계약의 준거법 결정에 관한 입법적 검토”, 국제사법연구 제19권 제1호(2013. 6.)
- _____, “국제근로계약의 준거법에 대한 비판적 검토”, 인권과정의 제441호(2014. 5.)
- _____, “스마트계약에 의한 국제거래의 관할과 준거법”, 국제거래법연구 제28권 제1호(2019. 7.)
- _____, “국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점”, 국제사법연구 제27권 제2호 (2021. 12.)
- 김진, 신국제사법: 섭외사법(법문사. 1962)
- 김태진, “법인격부인론에 관한 국제사법적 검토” 국제사법연구 제14호 (2008.12.)

- 김태진, “회사의 국제적인 조직변경 -외국 회사가 관련된 경우를 중심으로-”, BFL 제42호(2010. 7.)
- _____, “국제적인 합병 체제를 위한 고찰”, 법학논총 제31집 제2호(2014. 6.)
- 김현아, “전자상거래법 개정안의 역외적용 규정에 대한 비판적 단상”, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022. 6.)
- 김홍엽, 민사소송법 제10판(박영사. 2021)
- 김효정, “국제계약법 분야 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.)
- Basedow, Jürgen, “Lex situs and Beyond-the Case of Movables”, 국제사법연구 제22권 제2 호(2016. 12.)
- 박기갑, 국제사법총론 -法律衝突理論을 중심으로- (삼우사. 1996)
- 박동섭 · 양경승, 친족상속법 제5판(박영사. 2020)
- 박주현 · 박태정, “국제 거래법 및 국제사법 관점에서 바라본 미국 경제제재가 국제거래계약에 미치는 영향”, 연세법학 제39집(2022. 7.)
- 법무부, 국제사법 해설(법무부. 2001)
- 법원행정처, 가족관계등록실무[II] (법원행정처. 2012)
- 서동희, “선적국법주의의 타당성”, 국제사법연구 제17호(2011)
- 서영화, “해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권-소위 Pay First Clause와 관련하여-”, 한국해법 학회지 제28권 제1호(2006)
- 서정우, “공업소유권의 국제적 보호와 국제사법”, 재판자료 제33집, 섭외사건의 제문제[상](법원행정 처. 1986)
- 서희원, 신고판 국제사법강의(일조각. 1992)
- 석광현, “涉外不法行爲의 準據法決定에 관한 小考- 共通의 屬人法에 관한 대법원판결을 계기로 본 涉外私法の 적용범위와 관련하여 -”, 법조 통권 제456호(1994. 9.)
- _____, “국제계약법”, 국제사법연구 제4호(1999)
- _____, 2001년 개정 국제사법 해설(지산. 2001)
- _____, 국제사법과 국제소송 제1권(박영사. 2001), 제2권(박영사. 2001), 제4권(박영사. 2007), 제 5권(박영사. 2012), 제6권(박영사. 2019), [정년기념](박영사. 2022)
- _____, “國際的인 證券擔保去來의 準據法-PRIMA와 관련하여-”, 증권법연구 제3권 제1호(2002)
- _____, “2004년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, 국제사법연구 제10호(2004)
- _____, “국제지적재산권법에 관한 小考-최근 일부 하급심 판결들에 대한 유감을 표시하며-”, 법률신 문 제3656호(2008. 6. 9.)
- _____, “외국회사의 법인격 부인(否認)”, 법률신문 제3680호(2008. 9. 8.)
- _____, “2006년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, 국제사법연구 제12호(2006)

- 석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 서울대학교 법학 통권 제160호(제52권 제3호)(2011. 9.)
- _____, “국제지적재산권분쟁과 國際私法: ALI 원칙(2007)과 CLIP 원칙(2011)을 중심으로”, 민사 판례연구 제34집(2012)
- _____, 국제민사소송법(박영사. 2012)
- _____, 국제사법 해설(박영사. 2013)
- _____, “신탁과 국제사법”, 정순섭·노혁준(편저), 신탁법의 쟁점(제2권)(소화. 2014)
- _____, “동시상장 등 자본시장의 국제화에 따른 國際私法 문제의 서론적 고찰”, 국제사법연구 제20권 제2호(2014. 12.)
- _____, “국제친권·후견법의 동향과 국내입법과제”, 서울대학교 법학 제55권 제4호(2014. 12.)
- _____, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.)
- _____, “헤이그 국제상사계약 준거법원칙”, 진무 서헌제 선생 정년기념집(중앙대학교 출판부. 2015)
- _____, “신탁과 국제사법”, 정순섭·노혁준 편저, 신탁법의 쟁점(제2권)(소화. 2015)
- _____, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법(國際私法)과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015. 9.)
- _____, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 가족법연구 제30권 제1호(2016. 3.)
- _____, “한국 국제사법 70년 변화와 전망”, 청헌 김증한 교수 30주기 추모논문집(법문사. 2018)
- _____, “이호정 선생님의 국제사법학”, 자유주의자 李好斑의 삶과 학문, 이호정교수 추모논문집(홍문사. 2019)
- _____, “전자상거래법의 역외적용과 국제사법(國際私法)상 소비자의 보호”, 법률신문 제4904호(2021. 7. 5.)
- _____, 국제재판관할법(박영사. 2022)
- 석광현·정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰: 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호(2010. 8.)
- 손경한, “지적재산분쟁의 준거법”, 저스티스 제37권 제2호(통권 제78호)(2004)
- _____, “國際知的財産訴訟原則의 定立-한국의 입장에서-”, 성균관법학 제20권 제3호(2008. 12.)
- _____, “계약적 채무의 준거법에 관한 한국 판례의 최근 동향”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.)
- _____, “지식재산의 준거법에 관한 입법 방안”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- _____, “강행규정의 국제적 적용”, 서울지방법원사회 제1151차 판례연구발표회(2022. 11. 16.) 발표자료

- 송유림, 『선박경매의 국제적 효력에 관한 협약』에 대한 연구 - 선박경매의 승인 및 선박집행실무에 미치는 영향을 중심으로, 저스티스 통권 제194-1호(정기호)(2023. 2.)
- 송중준, “Cross-Border M&A의 법적 기반조성 방안에 관한 연구-국제적 합병을 중심으로-”, 선진상사법률 제90호(2020. 4.)
- 송호영, “海外로 不法搬出된 文化財의 民事法上 返還請求法理에 관한 研究”, 비교사법 제11권 제4호(상)(통권 제27호)(2004. 12.)
- _____, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(*lex originis*)에 관한 연구”, 재산법연구 제30권 제1호(2013. 5.)
- 신창선 · 윤남순, 新國際私法 제2판(fides. 2016)
- 신창섭, 국제사법 제5판(세창출판사. 2022)
- 신현기, “제3자의 보험자에 대한 직접청구권의 준거법”, 부산판례연구회, 부산판례연구회 창립 30주년 기념 해사법의 제문제, 사법발전재단(2018)
- 안상진, “채권양도의 準據法에 관한 소고 - ABS에 관한 논의를 포함하여 -”, 국제사법연구 제9호(2003)
- 안춘수, “국제사법상 절대적 강행규정의 처리 - 이론의 전개와 국제사법 제6조, 제7조의 의미 -”, 법학논총 제23권 제2호(통권 제37호)(2011. 2.)
- _____, 국제사법(법문사. 2017)
- 여태식 · 서완석, “로마협약 제3조 및 제4조를 둘러싼 최근 유럽에서의 논의와 그 시사점에 관한 연구”, 상사법연구 제26권 제1호(2007)
- 오석웅, “당사자자치의 원칙과 불통일법국법의 지정”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.)
- 유정화, “국제거래에서 채권자취소권의 준거법 결정에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문(2019)
- _____, “국제거래에서 채권자취소권의 준거법 결정에 관한 연구 - 처분행위의 준거법설과 그 입법론을 중심으로 -”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.)
- 윤남순, “EU법상 금융투자상품계약의 준거법”, 국제사법연구 제19권 제2호(2013. 12.)
- _____, “EU법상 국제운송계약의 준거법 -「로마 I 규칙」을 중심으로-”, 고려법학 제71호(2013. 12.)
- 윤종진, 개정 현대 국제사법(한울출판사. 2003)
- 윤진수, 친족상속법 강의 제4판(박영사. 2022)
- 윤진수(편), 주해친족법 제2권(박영사. 2015)
- _____, 주해상속법 제2권(박영사. 2019)
- 이규호, “직무발명에 관한 섭외적 법률관계에 적용될 준거법”, 국제사법연구 제22권 제2호(2016. 12.)

- 이규호, “지식재산법의 역외적용”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- _____, “영업비밀보호법제의 역외적용”, 국제거래법연구 제22집 제1호(2022. 7.)
- _____, “지식재산법의 역외적용”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- 이규호·이종혁, “지식재산과 국제사법에 관한 ILA 가이드라인“, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 관한 소고-독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로-“, 가족법연구 제33권 제2호(2019. 7.)
- 이동희, “국제이혼 관련 재산분할의 실무와 과제“, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.)
- 이병준, “국제거래와 약관규제법“, 국제거래법연구 제31집 제1호(2022. 7.)
- 이병화, “국제적 상속문제에 관한 저촉법적 고찰“, 저스티스 통권 제85호(2005. 6.)
- _____, “아동양육 및 기타 가족부양의 국제적 청구에 관한 헤이그협약 연구“, 저스티스 제112호(2009. 7.)
- _____, “국제적 법인에 관한 국제사법적 고찰“, 저스티스 통권 제124호(2011. 6.)
- _____, “국제대리모계약에 관한 연구“, 국제사법연구 제22권 제1호(2016. 6.)
- _____, “국제대리모계약을 둘러싼 법적 친자관계 쟁점에 관한 헤이그국제사법회의의 최근 동향 분석 및 시사점“, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.)
- _____, “등록파트너십을 포함하는 혼외동거에 관한 헤이그국제사법회의의 비교법적 동향 분석“, 국제사법연구 제26권 제2호(2020. 12.)
- _____, “성년자보호협약에의 가입가능성 모색을 위한 해석론적 고찰“, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- 이 연, “국제사법상 소비자보호에 관한 연구-국제계약의 준거법 결정에서 당사자자치 원칙의 제한을 중심으로-“, 서울대학교 대학원 법학박사학위논문(2022. 2.)
- _____, “국제항공여객운송계약의 준거법에 관한 연구 - 대법원 2014. 8. 28. 선고 2013다8410 판결을 계기로“, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.)
- 이종욱, “손해전보의 범위를 초과하는 손해배상을 명하는 외국재판의 승인 및 집행 - 공서 요건을 중심으로 -“, 국제거래법연구 제31집 제2권(2022. 12.)
- 이종혁, “불법행위의 준거법에 관한 우리 국제사법과 로마II규정의 비교연구 - 순전한 재산적 손해를 발생시키는 불법행위의 준거법 결정원칙을 포함하여 -“, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.)
- _____, 국제자본시장법시론 - 국제적 증권공모발행에서 투자설명서책임의 준거법 - (경인문화사. 2021)
- _____, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제“, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.)

- 이종혁, “국제혼인과 국제이혼의 준거법에 관한 입법론”, 가족법연구 제36권 제1호(2022. 3.)
- _____, “이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰-대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아-”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- _____, “친생자관계의 성립 및 효력의 준거법에 관한 입법론”, 가족법연구 제36권 제3호(2022. 11.)
- 이주연, “국제 저작권침해소송에서 베른협약 제5조 제2항 적용의 문제점”, 국제사법연구 제24권 제1호(2018. 6.)
- _____, “국제 지식재산사건에서 준거법을 판단한 우리 법원 판결의 동향과 분석”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- _____, “메타버스 환경에서 발생한 국제 저작권 분쟁과 그 해결 방안에 대한 연구”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.)
- _____, “메타버스와 국제사법 - 현재의 ‘메타버스’ 플랫폼을 중심으로 -”, 저스티스 통권 제194-2호 (특집호 I)(2023. 2.)
- 이철원, “EU에서의 명예훼손에 대한 국제재판관할권, 준거법 논의”, 한국국제사법학회 제135회 정기연구회 자료집(2018)
- 이필복, “헤이그 신탁협약 분석 및 협약 가입에 관한 검토”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문 (2014. 8.)
- _____, “국제적인 문화재 거래와 국제적 강행규정 - 기원국의 국제적 강행규정을 중심으로 -”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- _____, “국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.)
- 이현묵, “국제적 상계에 대한 준거법”, 국제거래법연구 제18집 제1호(2009)
- _____, “도메인이름 이전등록에 따른 부당이득의 준거법과 국제사법 제31조의 개정의 필요”, 국제거래법연구 제21집 제2호(2012. 12.)
- _____, “국제사법 제26조 제2항의 세 가지 유형의 계약의 준거법”, 통상법률 제132권(2016. 12.)
- _____, “근로계약의 준거법에 관한 연구 - 유럽연합에서의 논의를 중심으로”, 비교사법 제25권 3호 (통권 82호)(2018. 8.)
- 이호정, 국제사법(경문사. 1981)
- 장준혁, “국제적 강행법규의 연결원칙에 관한 연구 - 개정 국제사법 제7조와 그 모법인 유럽계약협약 제7조 및 스위스 신국제사법 제18조, 제19조의 비교연구 -”, 통상법률 제75호(2007. 6.)
- _____, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호 (2014. 6.)

- 장준혁, “국제상속법의 입법론”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- _____, “국제신탁법: 해석론과 입법론”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- _____, 법률검토의 방법(정독. 2022)
- _____, “국제재판관할법 전면 개정의 의의와 과제”, 국제사법연구 제28권 제2호(2022. 12.)
- 전원열, 민사소송법 강의 제3판(박영사. 2022)
- 정구태, “국제항공여객운송계약에서의 오버부킹과 약관규제법의 적용 여부”, 외법논집 제39권 제4호(2015. 11.)
- 정동윤 집필대표, 「주식 상법[회사VII]」, 제5판(한국사법행정학회. 2014)
- 정병석, “국제해상법”, 국제사법연구 4호(1999)
- _____, “해상법 분야의 국제사법 준거법 조항 개정을 위한 입법론적 검토”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- 정순섭, 신탁법(지원출판사. 2021)
- 정준혁, “국제 M&A 거래의 준거법에 관한 시론”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021. 6.)
- 정찬모, “인터넷상 인격권침해 게시물 접근제한조치의 지역적 범위 - CJEU의 최근 판결을 중심으로”, 사법 통권 56호(2021)
- 천경훈, “상법상 외국회사 규정의 몇 가지 문제점: 2011년 개정의 분석과 비판을 곁하여”, 상사법연구 제32권 제4호(통권 제81호)(2014. 2.)
- 천창민, “국제적 유가증권거래의 준거법 - 헤이그유가증권협약을 중심으로 -”, 국제사법연구 제10호(2004. 12.)
- _____, “간접보유증권의 국제재판관할과 준거법: 간접보유증권에 관한 국제사법상 연결규칙의 신설을 제안하며”, 국제사법연구, 제19권 제1호(2013. 6.)
- _____, “전자증권의 국제사법적 쟁점”, BFL 제96호(2019, 7.)
- _____, “2001년 전부개정 「국제사법」에 따른 법정채권 분야 20년 판례 회고”, 국제사법연구 제27권 제2호(2021. 12.)
- _____, “가상자산 거래의 물권법적 측면에 관한 연구 - UNIDROIT의 디지털자산 프로젝트 논의를 중심으로 -”, 서울대학교 법학 제63권 제1호(2022. 3.)
- _____, “법정채권의 준거법 분야 국제사법 개정 검토 - 주요국 국제사법 관련 규정의 비교를 중심으로 -”, 국제사법연구 제28권 제1호(2022. 6.)
- _____, “假想資産 去來의 準據法”, 2023. 1. 26. 한국국제사법학회 제158회 정기연구회 발표자료
- 최공용, 국제소송 개정판(육법사. 1994)
- 최성수, “해상운송계약에서 준거법의 결정”, 아주법학 제9권 제1호(2015. 5.)
- _____, “책임보험계약상 제3자의 직접청구권의 준거법에 관한 대법원 판례의 검토”, 아주법학 제13

권 제4호(2020)

최흥섭, 국제사법의 현대적 흐름(인하대학교 출판부. 2005)

_____, “국제사법에서「계약체결상의 과실」의 준거법”, 인하대학교 법학연구, 제15집 제3호(2012. 11.)

_____, “새로운 성년후견제의 도입에 따른 국제사법 규정의 개정 문제와 적용 문제”, 인하대학교 법학연구 제16집 제3호(2013. 11.)

_____, “한국 국제사법에서 총괄준거법과 개별준거법의 관계”, 비교사법 제21권 제2호(2014. 5.)

_____, “한국법의 불법행위책임에서 순수경제적 손실-유럽통일민사법안(DCFR)과의 비교를 중심으로-”, 민사법학 71호(2015. 6.)

_____, “한국 국제사법에서 상속인 없는 상속재산의 국가 귀속”, 인하대학교 법학연구 제21집 제1호(2018. 3.)

_____, 한국 국제사법 I -법적용법을 중심으로-(한국학술정보. 2019)

_____, “「2007년 헤이그 부양준거법 의정서」에 관한 작은 연구”, 국제사법연구 제25권 제2호(2019. 12.)

_____, 유럽연합(EU)의 국제사법(Bookk. 2020)

_____, 국제사법에 관한 글모음집 2022년(Bookk. 2022)

Pertegas, Marta and Marshall, Brooke Adele, “Intra-regional reform in East Asia and the new Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014. 6.)

하상익, “손해배상에 관한 외국재판의 승인-배액(倍額) 배상제도를 중심으로-”, 민사재판의 제문제 제27권(2020)

한중규, “블록체인 기술을 기반으로 한 스마트계약의 법적 쟁점 연구-국제사법 쟁점을 중심으로”, 상사법연구 제37권 제3호(통권 제100호)(2018. 11.)

한창완, “책임보험에서 피해자의 직접청구권의 준거법-대법원 2017. 10. 26. 선고 2015다42599 판결-”, 일감법학 제39호(2018. 2.)

허항진, 국제증권시장의 법과 실무(세창출판사. 2009)

현소혜, “국제입양의 준거법 결정”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018. 12.)

황남석, “유사외국회사에 관한 고찰”, 전남대학교 법학논총 제39권 제2호(2019. 5.)

외국문헌

von Bar, Christian/Mankowski, Peter, Internationales Privatrecht, Band II, Besonderer Teil, 2. Auflage (C.H. Beck. 2019)

- Basedow, Jürgen, The Lex Situs in the Law of Movables: A Swiss Cheese, Yearbook of Private International Law, Vol. XVIII 2016/2017 (2018)
- Basedow, Jürgen et al. (Eds.), Encyclopedia of Private International Law, Volumes 1 to 4 (Edward Elgar. 2017)
- BeckOK BGB/Heiderhoff, Hau/Poseck, 65. Edition
- Dickinson, Andrew, Cryptocurrencies and the Conflict of Laws, Fox/Green (ed.), Private and Public Law Implications of Cryptocurrencies (Oxford University Press. 2019)
- Dutta, Anatol, Gleichlauf von forum und ius - ein legitimes Ziel des internationalen Privatrechts?, Christoph Benicke/Stefan Huber (Hrsg.), National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht: Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag (Giesecking. 2020)
- Fountoulakis, Christiana, Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis (Hart Publishing. 2011)
- Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 67 (2003)
- Huber, Peter (ed.), Rome II Regulation (Sellier, 2011)
- Junker, Abbo, Internationales Privatrecht, 3. Auflage (C.H. Beck. 2019)
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (C.H. Beck. 2004)
- Kern, Christoph A./Glücker, Daniela, Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 78 (2014)
- Liew, Khai Ying, Trusts and Choice of Law in South Korea: The Case for Adopting the Hague Trusts Convention, *Journal of Korean Law*, Vol. 20 (2021. 2.),
- van Loon, J. H. A., International Co-operation and Protection of Children with regard to Intercountry Adoption, *Recueil des cours*, Vol. 244 (1993)
- Magnus, Robert, Die Neuregelung des internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Adoption, *IPRax* (2022)
- Mansel, Heinz-Peter, *De Weerth v. Baldinger*, *IPRax* (1988)
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament

- and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 74 (2010)
- Morton, Guy, *The 2006 Securities Convention: background, purpose and future*, Thomas John et al., *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law* (Edward Elgar. 2020)
- Rauscher, Thomas, *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage (2017)
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsg.), *Internationales Vertragsrecht*, 8. Auflage (2015)
- Säcker, Jürgen et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur BGB*, 7. Auflage (2018), EGBGB
- Säcker, Jürgen et al. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur BGB*, 8. Auflage (2020), EGBGB
- Silveira, Mercédeh Azeredo, *Economic Sanctions, Force Majeure and Hardship*, in Fabio Bortolotti and Dorothy Ufot, eds., *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts*, International Chamber of Commerce (2018)
- Staudinger/Heinz-Peter Mansel, Art 46 EGBGB (2015)
- Wais, Hannes, *Digitale Persönlichkeitsrechtsverletzungen und anwendbares Recht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 87 (2023)
- Wendehorst, Christiane, *Digitalgüter im Internationalen Privatrechts*, IPRax (2020)
- Wilke, Felix M., *Das IPR der elektronischen Wertpapiere* (2021)
- 佐藤やよひ/道垣内正人, *涉外戸籍法リステイトメント* (日本加除出版. 2007)
- 河野俊行(編), *知的財産權と涉外民事訴訟* (弘文堂. 2010)

“제2부 - 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할”

제1주제

국제적인 물품거래와 제조물책임의 준거법

발표 : 김성호 교수(부경대학교 법학과)

토론 : 권민재 재판연구원(대법원)

1993 - 2023



국제적인 물품거래와 제조물책임의 준거법

김성호*

I. 도입

오늘날 국제적인 물품거래에서는 운송수단과 인터넷 등 거래방식의 발달로 물품의 이동가능성이 더욱 높아지고 있다. 국제간 자유로운 물품의 이동은 한편으로는 국제무역을 촉진시키는 측면이 있지만, 다른 한편 그 물품에 의해 발생하는 손해 또한 여러 곳에서 발생할 잠재적 가능성을 높인다. 그리고 이는 그에 대한 책임을 어느 곳의 법에 따라 규율할 것인지의 문제를 야기한다. 우리나라 「국제사법」은 불법행위에 있어서 준거법 결정 원칙을 명시하고 있지만(제52조),¹⁾ 제조물책임에 관한 특별규정은 두고 있지 않다. 이 글에서는 “계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회의 No 864/2007규정”(Rome II: 이하 “로마II규정”이라고 함)을 중심으로, 동 규정상의 제조물책임에 관한 준거법 결정 원칙을 상세하게 살펴보고 이를 우리법의 해석론 또는 입법론으로 참고할 수 있을 것인지를 검토하고자 한다.

로마II규정은 국제적인 제조물책임의 준거법에 관한 유럽 내의 오랜 논의의 결과이며, 우리 기업의 국제적인 물품거래에 적용되는 규범이기도 하다. 이와 같은 중요성에도 불구하고 그간 우리나라에서 로마II규정상의 제조물책임의 준거법에 관한 연구는 충분하지 못했던 것으로 생각된다.²⁾ 이하에서는 우선 국제적인 물품거래에서 제조물책임의 준거법에 관한 비교법적 현황을 개관하고(아래 II), 이어서 로마II규정상 제조물책임에 관한 연결원칙을 살펴본 후(아래 III), 마지막으로 이

* 국립부경대학교 법학과 조교수.

- 1) 제52조(불법행위) ① 불법행위는 그 행위를 하거나 그 결과가 발생하는 곳의 법에 따른다.
 - ② 불법행위를 한 당시 동일한 국가 안에 가해자와 피해자의 일상거소가 있는 경우에는 제1항에도 불구하고 그 국가의 법에 따른다.
 - ③ 가해자와 피해자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항에도 불구하고 그 법률관계의 준거법에 따른다.
 - ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘을 때에는 인정하지 아니한다.
- 2) 최근의 주요문헌으로는 한승수, 계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법 - 개정 제조물책임법에 관한 논의를 포함하여 -, 서울法學 제26권 제1호, 2018; 김용진, “Rome II-법상 특별연결규정에 관한 분석과 한·EU FTA에 미치는 영향 - 제조물책임소송에의 준거법을 중심으로 -”, 인권과 정의 제417호, 2011 등이 있다.

른바 고엽제 사건을 대상으로 로마II규정을 적용한 결과를 우리 대법원 판례의 결과와 비교하면서 우리법에의 도입가능성을 검토해 보고자 한다(아래 IV).

II. 비교법적 현황

1. EU법 - 헤이그 제조물책임협약

로마II규정의 제조물책임에 관한 준거법 규정, 특히 연결점 구조는 전례나 회원국 내에서의 유사 사례를 찾기 어려울 정도로 독특하다. 형식면에서 가장 비슷한 국제규범은 제12회 헤이그 국제사법회의에서 채택되고 1977. 10. 1.부터 발효된 ‘제조물책임의 준거법에 관한 협약’(이하 “헤이그 제조물책임협약”이라고 함)³⁾이다. 동 협약은 현재 유럽 11개국(크로아티아, 핀란드, 프랑스, 룩셈부르크, 몬테네그로, 네덜란드, 북마케도니아, 노르웨이, 세르비아, 슬로베니아, 스페인)에 적용된다. 동 협약에 따르면, 피해자의 상거소지가 제조자의 주된 영업소 소재지 또는 제조물 취득지 중 하나와 일치하는 경우에는 그곳의 법이 준거법이 되고(협약 제5조),⁴⁾ 손해발생지가 피해자의 상거소지, 생산업자의 주된 영업소 또는 생산물의 취득지 중의 하나와 일치할 때에는 그곳의 법이 적용되며(협약 제4조), 그러한 점이 없는 경우에는 피해자가 결과발생지법과 제조업자의 주된 영업소 소재지법 중 하나를 선택할 수 있다(협약 제6조).⁵⁾

헤이그 제조물책임협약은, 준거법을 단일한 법으로 지정하지 않고 복수(최소 2개 이상)의 연결점으로 지정하고 있다는 점에서 로마II규정과 유사한 측면이 있다. 또한 동 협약은 상거소지법이 우선하도록 한다거나(협약 제5조), 가해자에 대한 준거법의 예견가능성(협약 제7조)⁶⁾을 규정하고 있다는 점에서도 그러하다. 그러나 협약에 따르면 결과발생지법은 문제된 제조물이 결과발생지에서 취득된 경우는 물론 그 국가에 가해자 또는 피해자의 상거소가 있는 경우에도 적용되지 않는다. 로

3) Convention on the Law Applicable to Products Liability.

4) Article 5

Notwithstanding the provisions of Article 4, the applicable law shall be the internal law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage, if that State is also -

a) the principal place of business of the person claimed to be liable, or
b) the place where the product was acquired by the person directly suffering damage.

5) Article 6

Where neither of the laws designated in Articles 4 and 5 applies, the applicable law shall be the internal law of the State of the principal place of business of the person claimed to be liable, unless the claimant bases his claim upon the internal law of the State of the place of injury.

6) Article 7

Neither the law of the State of the place of injury nor the law of the State of the habitual residence of the person directly suffering damage shall be applicable by virtue of Articles 4, 5 and 6 if the person claimed to be liable establishes that he could not reasonably have foreseen that the product or his own products of the same type would be made available in that State through commercial channels.

마II규정과 달리, 가해자와 피해자의 공통의 상거소는, 가해자가 그 국가에서의 제조물의 판매를 예견할 수 있었던 경우에만 적용된다(협약 제4조 (a), (b))⁷⁾. 아울러 협약상으로는 당사자에 의한 법선택이 허용되지 않는다는 점에서도 로마II규정과 차이가 있다.

로마II규정과 관련된 EU법으로 또한 ‘EU 제조물책임지침’이 있다. 이는 1985년 제정⁸⁾ 당시 유럽 공동체(EC) 회원국에 통일된 제조물책임 법리, 즉 제조자(producer)의 무과실책임 원칙을 제공하기 위한 목적으로 제정된 것이다. 동 지침은 회원국 간 제조물책임의 부분적인 통일에 기여하였으나, 그 준거법 문제를 직접 규정하지는 않는다. 이하에서 보듯이 로마II규정은 제조물에 관하여 별도의 정의규정을 두고 있지 않은데, 지배적인 견해는 이를 제조물책임지침에 따라 해석하고 있다.

지난 2022년 9월 28일 EU 집행위원회(EU Commission)는 최근 전 세계적으로 디지털 전환(digital transformation)이 가속화 되고 순환경제(circular economy) 제품의 소비가 증가하고 있는 현실에 부합하는 책임 규칙을 마련하기 위해서 제조물책임지침 개정안(Revision of the Product Liability Directive)을 채택하였다.⁹⁾ 현행 EU 제조물책임지침과 개정안의 주요 내용을 비교하면 다음과 같다.

7) Article 4

The applicable law shall be the internal law of the State of the place of injury, if that State is also -

- a) the place of the habitual residence of the person directly suffering damage, or
- b) the principal place of business of the person claimed to be liable, or
- c) the place where the product was acquired by the person directly suffering damage.

8) Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. 이후 Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products로 개정되면서 제조물책임의 대상이 농·어업물로 확대되었다.

9) 이에 관하여는 김윤명, “EU 제조물책임지침 개정안의 주요 내용과 시사점 - 디지털 기술 및 순환경제 관련 규정을 중심으로 -”, 경희법학 제57권 제4호, 2022, 101면 이하 참조.

[제조물지침 개정안 주요내용 비교]¹⁰⁾

구 분	기존 「제조물책임지침」	「제조물책임지침 개정안」
제조물	제1차 농산물(농산물·축산물·수산물 포함)을 포함한 모든 동산과 전기	디지털 제조파일(디지털 버전의 문서 또는 템플릿), 소프트웨어 등 추가
손해	사망 또는 신체적 상해	의학적으로 인정된 심리적 건강에 대한 위해, 데이터의 손실 또는 손상 추가
책임의 대상	- 제조에 관여한 모든 제조자 - 영업을 목적으로 제조물을 제공한 자 - 수입업자 및 유통업자	경제적 운영자로 통칭 - 제조업체(제조에 관여한 모든 제조자 포함) - 수입업자 및 유통업자 - 플랫폼 서비스업자
증거 공개 요청 및 관련 결함의 추정	-	피해자가 입은 손해와 관련된 사실·증거를 제조업체 등에게 요청할 수 있는 권리 부여 제조업체 등이 피해자의 요청에 따라 관련 증거를 공개하지 않는 경우 인과관계 추정 가능
보상청구가능 금액 기준	500 ECU 이상의 제조물 7천만 ECU 미만의 손해	삭제
손해배상 청구권 소멸시효	손해 또는 결함의 존재를 알았거나 합리적으로 알 수 있었던 날부터 3년	동일
	제조물을 시장에 공급한 날로부터 10년	의학적 근거에 따라 상해의 증상이 더디게 나타나는 경우 5년 추가

2. 스위스

스위스 「국제사법」(Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht) 제135조¹¹⁾는 제조물의 결함으로 인하여 발생하는 청구권의 준거법을 규정한다. 동조에 따르면 피해자는 가해자의 상거소지법 또는 취득지법 중에서 선택권을 갖는다. 다만, 가해자가 문제된 제조물이 취득지에서 그의 동의 없이 판매되었다는 점을 증명한 경우에는 취득지는 연결점에서 배제된다. 피해자의 모든 권리는 그것이 스위스법에 따라 행사될 수 있는 것보다 더 많은 청구를 할 수 없다는 유보하에 서만 인정된다. 따라서 보통법(common law)에 따른 삼배배상(treble damages)이나 징벌적 손해배상(punitive damages)은 배제된다.

10) 국회입법조사처, “EU의 제조물책임 현대화 동향과 시사점 - 유럽 집행위원회의 「제조물책임지침 개정안」 채택을 중심으로”, 외국 입법·정책 분석 제31호, 2023, 10면.

11) Art. 135

1 Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes unterstehen nach Wahl des Geschädigten:
a. dem Recht des Staates, in dem der Schädiger seine Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
b. dem Recht des Staates, in dem das Produkt erworben worden ist, sofern der Schädiger nicht nachweist, dass es in diesem Staat ohne sein Einverständnis in den Handel gelangt ist.
2 Unterstehen Ansprüche aus Mängeln oder mangelhafter Beschreibung eines Produktes ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden, als nach schweizerischem Recht für einen solchen Schaden zuzusprechen wären.

3. 미국

미국에서는 1960년대 이래로 판례가 불법행위지(*lex loci delicti*)를 단일한 연결점으로 고려하는 입장을 포기하고, 피해자의 주소, 손해발생지, 취득지, 제조지, 제조자의 사무소 소재지 등 여러 장소들을 결합하여 준거법을 결정하는 입장을 취하여 왔다.¹²⁾ 이들 장소들을 어떻게 등급화 또는 서열화할 지에 관한 원칙은 정립되지 않은 상황이다.¹³⁾

4. 중국

「중화인민공화국섭외민사관계법률활용법」(中华人民共和国涉外民事关系法律适用法) 제45조¹⁴⁾에 따르면, 피침해자(피해자)자는 ① 피침해자의 상거소지법, ② 침해자의 주된 사무소 소재지의 법, ③ 손해발생지의 법 중에서 선택할 수 있다. 이는 상당히 피해자에게 유리한 법으로 평가할 수 있다. 물론, 피침해자의 상거소지법은, 가해자가 영업활동을 수행하는 경우에만 적용할 수 있다. 그렇지 않은 경우에는 나머지 2개의 법만 선택 가능하다.

5. 일본

일본의 「법의 적용에 관한 통칙법」(法の適用に関する通則法) 제18조¹⁵⁾에 따르면, 생산업자(生産

12) Restatement of the Law Second Conflict of Laws
s 145. THE GENERAL PRINCIPLE TEXT

(1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in s 6.

(2) Contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place where the injury occurred,
(b) the place where the conduct causing the injury occurred,
(c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and
(d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

s 6. CHOICE - OF - LAW PRINCIPLES TEXT

(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

(a) the needs of the interstate and international systems,
(b) the relevant policies of the forum,
(c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
(d) the protection of justified expectations,
(e) the basic policies underlying the particular field of law,
(f) certainty, predictability and uniformity of result, and
(g) ease in the determination and application of the law to be applied.

13) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 19.

14) 第四十五条 产品责任, 适用被侵权人经常居所地法律; 被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的, 或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的, 适用侵权人主营业地法律或者损害发生地法律。

業者) 등의 생산물(生産物)에 의한 불법행위 책임은 피해자가 생산물의 인도를 받은 곳의 법에 의하고, 인도지에서의 생산물의 인도를 통상 예견할 수 없는 경우에는 생산업자 등의 주된 사업소의 소재지법(없는 경우에는 그 상거소지법)에 의한다. 다만, 동법 제20조¹⁶⁾에 의하면, 당사자간에 공통의 상거소지법 등 보다 밀접한 관련이 있는 법이 있는 경우에는 위의 규정에도 불구하고 밀접관련지법이 적용된다.

6. 러시아

「러시아 연방 민법」(Гражданский кодекс Российской Федерации) 제1221조¹⁷⁾에 따르면, 피해자는 ① 가해자의 소재지, ② 피해자의 소재지, ③ 제조물 취득지 중에서 선택할 수 있다. 이 중, ②와 ③의 연결점은 가해자가 그의 동의 없이 관련 국가에서 제조물이 판매되었다는 점을 증명한 경우에는 배제된다. 피해자가 선택권을 행사하지 않으면 일반원칙으로 돌아가 불법행위지(locus delicti)가 연결점이 된다.

15) 第十八条 前条の規定にかかわらず、生産物（生産され又は加工された物をいう。以下この条において同じ。）で引渡しがされたものの瑕疵かきにより他人の生命、身体又は財産を侵害する不法行為によって生ずる生産業者（生産物を業として生産し、加工し、輸入し、輸出し、流通させ、又は販売した者をいう。以下この条において同じ。）又は生産物にその生産業者と認めることができる表示をした者（以下この条において「生産業者等」と総称する。）に対する債権の成立及び効力は、被害者が生産物の引渡しを受けた地の法による。ただし、その地における生産物の引渡しが通常予見することのできないものであったときは、生産業者等の主たる事業所の所在地の法（生産業者等が事業所を有しない場合にあっては、その常居所地法）による。

16) 第二十条 前三条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。

17) The Civil Code of the Russian Federation

Article 1221. The Law Governing Liability for Harm Inflicted as a Result of Defects of Goods, Works or Services

1. At the discretion of the victim, the following shall be chosen to govern a claim for compensation of harm inflicted as a result of defects of goods, works or services:

- 1) the law of the country where the seller or manufacturer of the goods or other causer of harm has place of residence or main place of business;
- 2) the law of the country where the victim has place of residence or main place of business;
- 3) the law of the country where the works or services have been completed or the law of the country where the goods were acquired.

The selection of the law at the discretion of the victim from the options set out in Sub-items 2 or 3 of the present item may be recognised only in cases when the causer of harm fails to prove that the goods were brought into the given country without his consent.

2. If the victim did not exercise his right to choose applicable law as specified in the present article the applicable law shall be determined in compliance with Article 1219 of the present Code.

3. Accordingly, the rules of the present code shall be applicable to claims for compensation of harm inflicted as a result of unreliable or insufficient information on goods, works or services.

III. 로마II규정상 제조물책임의 준거법

1. 규정 개관

(1) 규정의 역사

로마II규정 제5조와 같은 연결방식은 동 규정에서 처음 도입된 것이다. 위에서 본 바와 같이, 가령 1973년의 헤이그 제조물책임협약은 이와 다른 연결점을 규정하고 있다. 로마II규정 제5조의 역사는 제조물책임에 대하여 특별한 연결원칙을 제안한 2003년 위원회의 제안에서 시작된다. 위원회는 제조물에 의하여 야기된 손해배상채무의 준거법으로, 1차적으로는 피해자의 상거소지법을 적용하고, (잠재적) 가해자의 동의 없이 제조물이 어떤 국가에서 판매된 경우에는 가해자의 상거소지법을 적용하는 것으로 정했다.¹⁸⁾ 이후 2006년 9월 유럽이사회에서 현행 제5조의 문구가 마련되었다. 유럽의회는 2007년 1월 이 초안을 사소한 문구 수정을 거쳐 확정하였다.

(2) 규정의 목적과 구조

로마II규정 제4조는 일반불법행위의 연결원칙에 대하여, 제5조는 제조물책임에 대한 특별한 연결원칙에 대하여 규정하고 있다. 이는 전문 19¹⁹⁾에서 밝히고 있듯이, 일반불법행위에 관한 규정으로는 적정한 이익형량을 이루지 못할 경우를 대비하여 제조물책임이라는 특수불법행위책임에 관한 준거법을 개별적으로 규정한 것이다. 사실 제조물의 경우 손해발생지법(제4조 제1항)을 일반적으로 적용하는 것은 적절하지 못하다. 왜냐하면 제조물과 손해발생지 간에 반드시 필연적인 관계가 있는 것은 아니기 때문이다.²⁰⁾ 가령, 독일의 여행자가 로마 공항에서 프랑스제 놀이기구를 사서 아프리카의 어느 국가로 가져갔는데, 그곳에서 폭발하여 그가 피해를 입은 경우를 생각해 보자.²¹⁾ 이 경우 아프리카 국가의 법 적용은 오히려 제조자나 피해자 모두 예상치 못한 우연한 결과에 이를 위험을 야기한다.

전문 20²²⁾에서는 제조물책임의 저축법 규칙이 현대의 고도 기술 사회에 내재된 위험을 공정하

18) KOM(2003) 427 endgültig Artikel 4 – Produkthaftung 참조.

19) Specific rules should be laid down for special torts/delicts where the general rule does not allow a reasonable balance to be struck between the interests at stake.

20) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 1.

21) KOM(2003) 427 endgültig, S. 15, Fn. 25.

22) The conflict-of-law rule in matters of product liability should meet the objectives of fairly spreading the risks inherent in a modern high-technology society, protecting consumers' health, stimulating innovation, securing undistorted competition and facilitating trade. Creation of a cascade system of connecting factors, together with a foreseeability clause, is a balanced solution in regard to these objectives. The first element to be taken into account is the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country. The other elements of the cascade are triggered if the product was not marketed in that country, without prejudice to Article 4(2) and to the possibility of a manifestly closer connection to another country.

게 분배시키고, 소비자의 건강을 보호하며, 혁신을 자극하고, 왜곡되지 않은 경쟁을 확보하고, 무역을 촉진하는 목표를 충족해야 한다는 점을 밝히고 있다. 이에 따라 제5조는 나름대로 피해자와 (잠재적) 가해자의 이익을 적절하게 고려하여 다소 복잡해 보이는 연결점을 제시한다.

로마II규정 제5조의 원문과 번역문은 다음과 같다.²³⁾

<p>Article 5 Product liability</p> <p>1. Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage caused by a product shall be:</p> <p>(a) the law of the country in which the person sustaining the damage had his or her habitual residence when the damage occurred, if the product was marketed in that country; or, failing that,</p> <p>(b) the law of the country in which the product was acquired, if the product was marketed in that country; or, failing that,</p> <p>(c) the law of the country in which the damage occurred, if the product was marketed in that country.</p> <p>However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably foresee the marketing of the product, or a product of the same type, in the country the law of which is applicable under (a), (b) or (c).</p> <p>2. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraph 1, the law of that other country shall apply.</p> <p>A manifestly closer connection with</p>	<p>제5조 제조물책임</p> <p>1. 제4조 제2항의 적용에 영향을 미치지 아니하는 바, 제조물에 의하여 야기된 손해에 기한 비계약상의 채무는</p> <p>(1) <u>제조물이 판매되고 손해발생시 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,</u></p> <p>(2) <u>제조물이 판매되고 제조물이 취득된 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,</u></p> <p>(3) <u>제조물이 판매되고 손해가 발생한 국가의 법에 의한다.</u></p> <p>다만, <u>책임이 있다고 주장된 자가</u> (a), (b), (c) 호에서 규정하는 국가에서 제조물 또는 같은 종류의 제조물이 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었다면, <u>그의 상거소지법에 의한다.</u></p> <p>2. 불법행위가 제1항에서 언급된 국가와 <u>다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의한다.</u></p> <p>다른 국가와의 더 밀접한 관련은 특히 문제가 된</p>
---	---

23) 이 번역은 김인호, “일반불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토”, 법제연구 제43호, 2012, 189면을 참조한 것이다.

<p>another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question.</p>	<p>법률행위와 밀접한 관련이 있는 계약을 포함하여 당사자 간에 존재하는 법률관계에 의하여 인정될 수 있다.</p>
---	--

연결대상은 하자있는 제조물에 의하여 야기된 손해에 대한 가해자(제조자)의 책임이다. 그 책임이 과실책임인지 위험책임인지는 고려되지 않는다.²⁴⁾ 제조자는 제4조에 우선하여 특별규정인 제5조의 적용을 받는다는 점에서, 가령 바로 제4조의 일반규정의 적용을 받는 서비스 제공자에 비하여 특권을 누린다.²⁵⁾ 예를 들어, 잘못된 정보를 제공한 서비스 제공자의 책임은, 그의 손해발생에 대한 예견가능성과 관계없이 손해발생지법의 적용을 받는다. 그런데 그러한 정보를 제공하는 소프트웨어를 제조한 자는 제5조의 제조물책임에 관한 특별규정의 적용을 받는다. 물론 이와 같은 차별이 불합리하다는 지적도 있다.²⁶⁾ 아울러 제조자는 뒤에서 살펴볼 ‘판매’ 요건과 ‘예견가능성’ 요건을 통해서 보호된다.²⁷⁾ 로마II규정이 예측가능성 조항과 함께 연결 요소의 계단식 시스템(cascade system) 또는 계단식 연결점(Kaskadenanknüpfung) 구조를 취한 것은 소비자와 제조자의 이익을 적절하게 고려한 균형 잡힌 해결책이라는 견해²⁸⁾도 있지만, 이는 소비자 보호보다 제조자의 이익에 치우친 측면이 있다고 지적하는 견해²⁹⁾도 있다.

한편, 외국에서 제조물에 의한 피해를 당하고 자국에서 그 결과가 발생하는 경우, 브뤼셀 I개정규정과 로마II규정을 적용하여 국제재판관할과 준거법을 결정하면 법정지와 준거법 소속국이 서로 달라지는 결과가 발생할 수 있다. 다음의 예를 생각해 보자. 오스트리아에 사는 K는 오스트리아의 상인으로부터 독일에서 제조한 자전거를 구매하였다. 그런데 K는 독일에서 그 자전거를 타고 가다가 그 결함으로 인하여 부상을 입었다. K가 독일의 제조자를 상대로 제조물책임소송을 제기한 경우 브뤼셀 I개정규정 제7조 제2항(가해적 사건이 발생하였거나 발생할 수 있는 장소)에 따라 행동지는 제조지인 독일이 되고 결과발생지 또한 독일이다. 따라서 이 사례에서 오스트리아 법원의 국제재판관할은 인정되지 않는다. 그러나 로마II규정에 따른 준거법은 K의 상거소지가 오스트리아에 있으므로, 오스트리아법이 된다. 이는 절차법(국제재판관할의 결정)에 있어서는 사안과 증거의 근접성을, 저촉법(준거법 결정)에 있어서는 피해자의 보호를 우선적으로 고려한 결과이다.³⁰⁾

24) HK-BGB/Heinrich Dörner, 11. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 2.

25) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 3.

26) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 3.

27) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 9.

28) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 1.

29) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 1.

30) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 33.

(3) 단계적 연결방식

로마II규정 제5조에 우선하여 제14조³¹⁾에 따라 당사자가 선택한 법이 적용된다. 또한 손해발생 시점에 가해자와 피해자의 공통의 상거소가 있는 경우, 제5조에 규정된 다른 연결점을 고려하지 않고 그 국가의 법이 우선한다(제5조 제1항 및 제4조 제2항). 앞의 두 단계를 지난 후 비로소 제5조가 고려된다. 제5조 제1항 제1문이 규정하듯이, 제조물책임으로 인한 손해배상채무에 대해서는 ① 피해자의 상거소지법이 우선 적용되고, 그 다음으로 ② 제조물의 취득지법과 ③ 손해발생지법이 적용된다. 이 세가지 연결점은 제조물이 앞서 열거한 국가에서 ‘판매’될 것을 요한다. 가해자가 앞의 국가에서 제조물 또는 동일한 종류의 제조물이 판매될 것을 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에는 제5조 제1항 제2문에 따라 가해자(책임이 있다고 주장된 자)의 상거소지법에 의한다. 한편, 제5조 제2항은 동조 제1항에 규정한 기본 원칙의 예외를 규정한다. 즉, 제조물에 의하여 발생한 손해가 제1항에서 언급된 국가보다 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있다는 점이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의한다.

이상의 내용을 종합해 보면 제조물책임의 준거법을 결정하는 데 있어서는 아래와 같이 최대 7단계의 검토를 거친다.³²⁾

단계	요건	준거법
1	당사자가 제14조에 따라 유효한 법선택을 한 경우	당사자가 선택한 법
2	손해발생 시 가해자와 피해자의 공통의 상거소가 있었던 경우	공통의 상거소지법
3	손해발생시 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가에서 제조물이 판매되고 있었던 경우	피해자의 상거소지법
4	손해발생시 제조물이 취득된 국가에서 제조물이 판매되고 있었던 경우	취득지법
5	손해발생시 손해가 발생한 국가에서 제조물이 판매되고 있었던 경우	손해발생지법
6	가해자가, 제조물 또는 같은 종류의 제조물이 위 3-5단계의 국가에서 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었던 경우	가해자의 상거소지법
7	위 1단계를 제외하고, 2-7단계의 연결점보다 명백하게 더 밀접한 관련이 있는 국가가 있는 경우	밀접관련지법

31) Article 14 Freedom of choice

1. The parties may agree to submit non-contractual obligations to the law of their choice:

(a) by an agreement entered into after the event giving rise to the damage occurred; or

(b) where all the parties are pursuing a commercial activity, also by an agreement freely negotiated before the event giving rise to the damage occurred.

The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case and shall not prejudice the rights of third parties.

32) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 9.

2. 적용범위

(1) 장소적 적용범위

로마II규정 제5조는 헤이그 제조물책임협약에 따라 제조물책임에 대한 준거법이 결정되는 유럽 연합의 회원국에 대해서는 적용되지 않는다. 이들 국가는 핀란드, 프랑스, 이탈리아, 크로아티아, 룩셈부르크, 네델란드, 슬로베니아, 스페인이다. 즉, 이들 국가는 로마II규정 제28조 제1항³³⁾에 따라 헤이그 제조물책임협약의 적용을 받는다. 또한 로마II규정은 덴마크에 적용되지 않는다(전문(40) 참조).³⁴⁾ 앞서 열거한 국가들을 제외한 회원국의 법원은 로마II규정 제5조에 따른 준거법을, 비록 그것이 회원국의 법이 아니라고 하더라도 적용해야 한다.³⁵⁾

(2) 물적 적용범위

1) 제조물

로마II규정 제5조는 제조물에 의한 손해를 전제로 한다. 그러나 동 규정은 제조물(product)의 개념을 정의하고 있지 않다. 다수의 견해는 제조물의 개념이 EU 제조물책임지침 제2조³⁶⁾에 따라 해석되어야 한다고 본다.³⁷⁾ 따라서 제조물은 농업, 목축, 어업의 산물인 1차 농산물(primary agricultural products)과 수렵물(game)을 제외한,³⁸⁾ 제조된 동산을 말한다. 그 동산이 다른 동산 또는 부동산의 일부인 경우에도 마찬가지다.³⁹⁾ 따라서 건축 시 사용된 재료(예: 콘크리트)나 건물에 설치된 세면대 등도 제조물로 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 동 지침에 따르면 전기도 제조물이다. 한편, 제조물은 새롭게 제조된 물건일 필요는 없다. 따라서 중고의 제조물도 본 조의 적용을 받는다.⁴¹⁾ 또한,

33) Article 28 Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to non-contractual obligations.

34) (40) In accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark, annexed to the Treaty on European Union and to the Treaty establishing the European Community, Denmark does not take part in the adoption of this Regulation, and is not bound by it or subject to its application.

35) Article 3 Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

36) Article 2

For the purpose of this Directive 'product' means all movables, with the exception of primary agricultural products and game, even though incorporated into another movable or into an immovable. 'Primary agricultural products' means the products of the soil, of stock-farming and of fisheries, excluding products which have undergone initial processing. 'Product' includes electricity.

37) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 5; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 3.

38) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 25는 이들은 물론 살아있는 동물, 의약품, 인간의 장기나 혈액도 제조물에 포함되며, 가공되지 않은 동산도 제조물이 될 수 있다고 한다.

39) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 3은 여기에는 인공지능이 장착된 기계장치도 포함된다고 한다.

40) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 27.

본 조는 제조물에 의하여 야기된 손해에 대해서만 적용되기 때문에 서비스에 의해 야기된 손해에 대해서는 적용되지 않는다.⁴²⁾ 다만, EU 제조물책임지침 상의 제조물 개념에 의지하게 되면, 동 지침의 해석상 논란이 있는 문제가 로마II규정에서도 동일하게 발생하게 된다. 대표적인 것이 소프트웨어가 제조물의 개념이 포함될 수 있는가이다.⁴³⁾

EU 제조물책임지침 상의 제조물 개념은 헤이그 제조물책임협약(제2조)의 그것보다 좁다.⁴⁴⁾ 동 협약에서는 가령 정원에 있는 정자(亭子)가 무너진 경우와 같이 부동산도 제조물 개념에 포함되기 때문이다.⁴⁵⁾ 결국 로마II규정 상에서는 부동산에 의하여 야기된 손해로 인한 비계약적 채무관계는 제5조가 아닌 제4조의 일반규정에 따라 그 준거법이 결정된다.

2) 손해

로마II규정이 적용되기 위해서는 손해가 제조물 자체에 의하여 야기되어야 한다. 즉, 손해가 제조물의 특성 또는 성질에 따라 야기될 수 있다는 점이 증명되어야 한다. 제조물과 손해 사이의 인과관계의 존부는 실질법에 따라 판단할 문제이다.⁴⁶⁾ 이와 같이 제조물과 손해 사이의 인과관계가 있으면 족하고, EU 제조물책임지침과 달리 문언상으로는 제조물에 결함이 있을 것을 요하지는 않는다. 이에 대하여 본조가 적용되려면 제조물의 결함으로 손해가 발생해야 한다는 견해⁴⁷⁾와 결함 없는 제조물을 통해 손해가 발생한 경우에도 본 조가 적용된다는 견해⁴⁸⁾가 대립된다. 후자의 견해를 따를 경우, 본 조에서 말하는 제조물책임은 구 프랑스민법 제1384조의 물건관리자 책임과 그 구조가 유사하다.⁴⁹⁾ 그러나 본 조는 제조자, 수입자 및 중간상인에 대해서만 적용되기 때문에 학설 대립의 실익이 크지 않다는 지적도 있다.⁵⁰⁾

아울러 제조물에 관한 잘못된 또는 누락된 정보로 인하여 손해가 발생한 경우에도 제5조가 적용될 수 있을 것이다.⁵¹⁾ 헤이그 제조물책임협약은 이를 명시하고 있지만,⁵²⁾ 로마II규정은 이를 명시

41) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 28.

42) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 29.

43) *Ibid.*

44) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 3.

45) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 14.

46) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 30.

47) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 15.

48) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 4.

49) 현행 프랑스민법(Code Civil) 제1242조 제1항은 일반위험책임을 규정하고 있다. 동조는 2016년의 오르도낭스(Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)에 의해 개정되기 전 舊 프랑스민법 제1384조 제1항에 해당한다(“On est responsable non seulement du dommage que l’on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde”). 다만, 이 조문은 처음부터 위험책임에 관한 일반조항으로 규정되었거나 기능하였던 것은 아니며, 1896년의 판례(Civ. 16 juin 1896, D. 1897, 1, 433)에 의하여 관리중인 물건으로 인해 발생하는 손해를 규율하는 일반위험책임 규정으로 해석되기 시작하였다(이에 대하여는 남효순, “프랑스民法典의 과거, 현재와 미래”. 서울대학교 法學 제47권 제2호, 2006, 55면 이하 참조).

50) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 31.

51) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 32.

하고 있지 않다. 규정 제5조는 제조물에 의하여 피해자의 어떠한 법익에 손해가 발생해야 하는지를 규정하고 있지 않다. 따라서 제조물 자체에 손해가 발생한 경우에도 동조의 적용대상이 된다고 볼 수 있다.⁵³⁾

3) 제5조가 적용되는 채무(청구권)

로마II규정 제5조는 비계약적 채무(non-contractual obligation)에 적용된다. 즉, 피해자가 주장하는 청구권이 가해자와 피해자 간의 계약관계에 기한 채무가 아닌 경우에 적용된다.⁵⁴⁾ 제5조는 제조물에 의하여 야기된 손해에 대한 모든 책임 - 그것이 실질법에 따라 위험책임인지 과실책임이든 - 에 대하여 적용된다.⁵⁵⁾ 한편 EU 제조물책임지침 제9조 제1문 b호⁵⁶⁾에 규정된 적용제외는, 로마II규정 제5조에는 명시적으로 언급되어 있지 않으므로 적용되지 않는다. 따라서 제5조는 기계나 건축자재와 같이 사적 이용을 목적으로 제조되지 않은 제조물에 대해서도 적용된다. 제5조는 또한 위자료와 같은 비물질적 손해의 배상청구에 대해서도 적용된다.⁵⁷⁾ 아울러 EU 제조물책임지침과 달리, 의약품에 대한 책임에 대해서도 적용된다.

(3) 인적 적용범위

1) 청구의 상대방

상대방은 “책임이 있다고 주장되는 자”(person claimed to be liable)이다. 여기에는 제조자뿐만 아니라 중간상인, 최종매도인도 포함된다. 이들의 책임의 존부와 범위는 실질법에 따라 판단할 문제이다. 제5조의 상대방에는 제조자의 피용자도 포함된다고 본다.⁵⁸⁾ 이는 헤이그 제조물책임협약 제3조 제2항⁵⁹⁾과도 합치하는 해석이다. 이와 같이 해석하지 않으면 제조자는 규정 제5조, 그

52) Article 1

This Convention shall determine the law applicable to the liability of the manufacturers and other persons specified in Article 3 for damage caused by a product, including damage in consequence of a misdescription of the product or of a failure to give adequate notice of its qualities, its characteristics or its method of use.

53) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 33.

54) 따라서 프랑스법상 전매수인(轉買受人), 즉 피해자의 제조자에 대한 직접소권(action directe)은 비계약적인 것으로 볼 수 있다 (NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 33). 프랑스법상 직접소권에 관해서는 남효순, “프랑스법상 전매수인(소비자)의 직접소권 - 최초매도인(제조업자)의 목적물(제조물)의 하자에 대한 직접계약책임”, 서울대학교 법학 제37권 제1호, 1996 참조

55) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 12; NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 35.

56) Article 9

For the purpose of Article 1, 'damage' means:

...

(b) damage to, or destruction of, any item of property other than the defective product itself, with a lower threshold of 500 ECU, provided that the item of property:

(i) is of a type ordinarily intended for private use or consumption, and
(ii) was used by the injured person mainly for his own private use or consumption.

57) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 36.

58) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 39.

피용자는 규정 제4조가 적용되는 결과가 된다.

2) 청구권자

제조물책임을 주장할 수 있는 자는 “피해를 입은 자”(person sustaining the damage)로서, 가해자와의 계약관계의 존재를 전제로 하지 않는다. 물론 제5조는 피해를 입은 자가 제조자로부터 직접 제조물을 구입한 경우와 같이 계약관계가 있는 경우에도 적용된다.⁶⁰⁾ 이는 소비자는 물론 사업자도 포함되며, 이들은 취득자일 필요도 없다.⁶¹⁾ 아울러 여기에는 이른바 무고한 제3자도 포함된다. 가령, 함께 여행하던 사람이 소지한 스프레이통이 폭발하여 피해를 입은 단체여행 참여자를 들 수 있다.

3. 연결원칙

(1) 공통의 상거소가 있는 경우

가해자와 피해자의 공통의 상거소가 있는 경우에는 그 상거소지법(*lex domicilii communis*)이 적용된다(제5조 제1항 제1문, 제4조 제2항). 기준 시점은 손해발생 시이다.⁶²⁾ 상거소의 개념은 규정 제23조⁶³⁾가 정한다. 당사자가 법인이나 단체인 경우 상거소는 기본적으로 주된 사무소의 소재지가 되지만, 타국의 지사에서 문제된 제조물을 판매한 경우에는 그 지사의 소재지가 상거소지가 된다. 가령, 영국의 소비자가 독일 맥주회사의 영국지점에서 판매한 맥주에 의해 피해를 입은 경우를 생각해 보자. 이 경우 독일 맥주회사의 지점 소재지가 상거소지가 되므로, 양당사자의 공통의 상거소지법인 영국법이 준거법이 된다. 만약 그 소비자가 프랑스로 맥주를 가져가서 그곳에서 소

59) Article 3

This Convention shall apply to the liability of the following persons –

- (1) manufacturers of a finished product or of a component part;
- (2) producers of a natural product;
- (3) suppliers of a product;
- (4) other persons, including repairers and warehousemen, in the commercial chain of preparation or distribution of a product.

It shall also apply to the liability of the agents or employees of the persons specified above.

60) 이 경우에는 로마규정에 따라 계약적 채무에 관한 준거법이 우선 적용될 것이다(NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 41).

61) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 40.

62) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 60; Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 8.

63) Article 23 Habitual residence

1. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of companies and other bodies, corporate or unincorporated, shall be the place of central administration.

Where the event giving rise to the damage occurs, or the damage arises, in the course of operation of a branch, agency or any other establishment, the place where the branch, agency or any other establishment is located shall be treated as the place of habitual residence.

2. For the purposes of this Regulation, the habitual residence of a natural person acting in the course of his or her business activity shall be his or her principal place of business.

비하다가 피해가 발생했다고 하더라도, 손해발생지는 고려요소가 되지 않으므로 여전히 영국법이 적용된다.

공통의 상거소지법이 적용되기 위해서 제조물이 그 국가에서 유통될 필요는 없다.⁶⁴⁾ 예를 들어, 프랑스 회사가 자신이 제조하는 상품을 인도에 지사를 두고 독점적으로 수출하는데, 프랑스에 상거소가 있는 자가 인도에서 제조물을 취득하고 손해를 입은 경우에는 프랑스법이 준거법이 된다. 다만, 공통의 상거소가 있더라도 제5조 제2항의 회피규정에 의하여 연결점으로 고려되지 않을 수 있다.⁶⁵⁾

(2) 제5조 제1항 제1문의 연결점

1) 피해자의 상거소

손해발생 시 가해자와 피해자의 공통의 상거소가 없는 경우에 비로소 규정 제5조 제1항 제1문에 규정된 연결점이 고려된다. 제1항 제1문은, 가해자가 당해 제조물 또는 동종의 제조물이 해당 국가에서 판매될 것을 합리적으로 예견할 수 없는 경우에는 적용되지 않는다. 다시 말해, 가해자가 이를 알았거나 구체적인 사정에 따라 해당 국가에서 판매될 것이라는 점을 예상했던 경우에만 적용된다.⁶⁶⁾ 이에 대하여 제조물에 대한 책임수준은 제조물의 가격 형성에 영향을 미치며, 대부분의 제조물이 피해자의 상거소지에서 구매된다는 점을 고려한다면 동종의 제조물이 판매된 것만으로는 충분하지 않다는 반대견해도 있다.⁶⁷⁾

첫 번째 연결점은 피해자의 상거소지이다. 헤이그 제조물책임협약과 달리 피해자의 상거소지가 제조자의 주된 영업소 소재지 또는 제조물 취득지 중 하나와 일치할 것을 요건으로 하지 않는다. 사실 피해자의 입장에서 그의 상거소지법이 반드시 다른 준거법에 비하여 더 높은 손해배상기준을 정하고 있다고 보장할 수는 없다. 이 규정의 목적은 피해자에게 실질법적으로 더 나은 보호를 제공하는 데 있지 않고, 그의 생활근거지의 법이 준거법이 되도록 함으로써 저촉법적인 측면에서 유리하도록 하려는 것이다.⁶⁸⁾ 가령, 베를린에 사는 A가 미국회사가 제조한 약을 파리에서 구입하였는데 이 약은 독일에서도 구입할 수 있는 약이었던 경우를 생각해 보자. 이때 그 약의 부작용으로 인하여 손해를 입은 경우 미국 제조자의 책임의 준거법은 로마II규정 제5조 제1항 제1문 (a)호에 따라 독일법이 된다.

2) 제조물 취득지

두 번째 연결점은 제조물 취득지이다. 가령 프랑스인이 영국에서 럭비경기를 보면서 독일회사가

64) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 52.

65) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 53.

66) HK-BGB/Heinrich Dörner, 11. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 5.

67) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 34.

68) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 55.

제조한 맥주를 사서 마셨는데, 그 맥주가 프랑스에서는 판매되지 않는 경우를 생각해 보자. 이때 우선 가해자와 피해자의 공통의 상거소가 없고, 피해자의 상거소지인 프랑스에서 해당 제품이 판매되지 않기 때문에 제1항 제1문 (a)호가 적용되지도 않는다. 결국 이 사례에서는 제조물 취득지인 영국법이 적용된다. 다른 예로 네덜란드에 소재한 비료제조자가 그 원료를 벨기에의 제조자로부터 수입하는 경우를 생각해 보자. 네덜란드 회사의 차량으로 벨기에서 수송한 원료가 오염되어 있었고 그 결과 네덜란드에서 제조한 비료가 사용할 수 없게 되었다면, 벨기에 회사가 동종의 원료를 네덜란드에서 판매하지 않는 한 제5조 제1항 제1문 (a)호의 연결점은 배제되고, 동조 제1항 제1문 (b)호에 따라 취득지인 벨기에법이 준거법이 된다.

제조물이 취득된 국가(country in which the product was acquired)에서 취득은 어떤 의미인가? 우선 매매, 증여 등에 따른 제조물의 확정적인 양도가 취득을 의미한다는 점은 분명하다. 이외에 임대차나 리스와 같은 기한부의 인도도 포함된다고 하는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 즉, 제조물의 리스이용자를 제조물책임 문제에 있어서 매수인과 달리 취급해야 할 이유가 없다는 것이다. 그러나 이는 법문의 한계를 넘는 해석이라는 견해도 있다.⁷⁰⁾

한편, 가령 피해자가 인터넷을 통하여 다른 나라에서 생산된 제조물을 취득하는 경우와 같은 이른바 원격주문(Fernbestellungen)의 경우에는 취득지를 확정하는데 어려움이 발생할 수 있다. 이 경우에는 제조물에 대한 사실상의 지배를 획득한 장소의 법을 적용해야 한다는 견해가 유력하다.⁷¹⁾

제1항 제1문 (b)호는 취득자에 관해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 제조물책임을 추궁하는 자가 반드시 취득자일 필요는 없다. 특히 제조물이 전매된 이후 손해가 발생한 경우에는 제조물의 1차 취득지는 의미를 갖지 않는다. 다수의 견해에 따르면, 제1문 (b)호는 目的論的 縮小(teleologische Reduktion)⁷²⁾를 통해 피해자가 취득자가 아니라 이른바 ‘무고한 제3자’(innocent bystander)인 경우에는 그 적용이 제한되어야 한다고 본다.⁷³⁾ 이 경우 피해자에 대하여 취득지는 우연적이고 경우에 따라서는 인식할 수도 없기 때문이라는 이유에서다. 그리고 이때는 바로 (c)호에 따라 손해발생지에 연결되어야 한다고 한다.⁷⁴⁾ 반대견해는 이와 같은 경우에도 기본적으로는 취득지법에 의하

69) HK-BGB/Heinrich Dörner, 11. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 8; Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 9.

70) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 64.

71) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 9; NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 65.

72) 법학방법론의 두 기둥은 법발견(Rechtsfindung)과 법형성(Rechtsfortbildung)이다. 법발견이란 ‘법문언의 가능한 의미’ 안에서 법률로부터 해당되는 사안에 대한 법을 찾아내는 것인 반면, 법형성이란 규율되어야 할 사안에 대한 적합한 법규정이 존재하지 않는 ‘법의 흠결’을 법문언의 가능한 의미를 넘어서서 보충하는 것이다. 법의 흠결이란 ‘계획에 반하는 법률의 불완전성’(planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes)을 말한다. 명시적인 흠결이 문제되는 경우 그것의 보충은 대부분 유추의 방식을 통해 이루어진다. 이와 달리, 목적론적 축소가 전제하는 법흠결은 은폐된 흠결이며, 목적론적 축소는 법률의 목적에 비추어 볼 때 지나치게 넓게 파악된 법문의 범위를 그 목적에 맞게 축소하는 것이다(김영환, “법학방법론의 이론적 체계와 실천적 의의-소위 GS 칼텍스 사건을 중심으로-”, 법철학연구 제17권 제3호, 2014 참조).

73) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 38.

74) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 108; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO

되, 그 사안이 취득지와 충분한 관련이 있는지 또는 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는지를 심사해 보아야 한다고 한다.⁷⁵⁾ 후자의 견해가 개별 사안을 더 유연하게 고려할 수 있는 장점이 있다고 생각된다. 가령, 피해자가 제조물을 직접 취득하지 않았지만 취득자와 가까운 관계라면, 취득지법을 적용하는 것이 적절한 경우도 있을 것이다.⁷⁶⁾

3) 손해발생지

세 번째 연결점은 손해발생지이다. 이는 제4조에 규정된 기본원칙에 따른 것이다. 이 연결점은 가장 최후에 적용되며 실제 적용될 수 있는 경우도 많지 않다. 다음의 사례를 생각해 보자. 프랑스인 A는 파리에 사는 한 개인(B)으로부터 중고차를 구매하였다. 해당 자동차는 한국회사 C가 제조한 것으로 영국에서만 판매된다. A가 런던을 방문했을 때 자동차는 급발진 사고를 일으켰고 그로 인하여 E가 상해를 입었다. 이 경우 제조자와 피해자 간에 공통의 상거소가 존재하지 않으며, 해당 자동차가 프랑스에서 판매되지 않으므로 피해자의 상거소지 또는 제조물의 취득지가 연결점이 될 수도 없다. 결국 해당 자동차가 '우연하게도' 영국에서 판매되고 있었고, 판매지에서 사고가 발생했기 때문에 제1항 제1문 (c)호에 따라 손해발생지법인 영국법이 준거법이 된다.

손해발생지를 판단함에 있어서는 직접손해, 주손해 또는 1차손해(Primärschaden)가 발생한 장소가 중요하며, 간접손해, 결과적 손해 또는 후속손해(Folgeschäden)는 고려되지 않는다.⁷⁷⁾ 로마 II규정에서의 손해발생지는 불법행위의 행동지(Handlungsort)나 간접손해발생지와 무관한 직접손해의 결과발생지(Erfolgsort)를 말한다.

그렇다면 가령 유해물질이 검출된 어린이 장난감과 같이 지속적인 접촉을 통해서 건강에 해로움을 야기하는 제조물의 경우, 즉, 피해 결과가 장시간에 걸쳐 나타나는 경우는 어떻게 되는가? 이 경우에는 제5조 제1항 제1문 (a)에 따라, 피해자의 상거소가 해당 국가에 있었던 기간동안의 손해에 대해서만 해당 국가의 법을 적용할 수 있다고 보아야 한다는 견해가 있다.⁷⁸⁾ 이를 통해서 가령 전체 손해에 대한 더 높은 보상을 받기 위해 제3국, 가령 징벌적 손해배상(punitive damages)을 받기 위해 미국으로 상거소를 의도적으로 옮기는 행위를 막을 수 있다는 것이다. 그러나 이와 같이 준거법이 여러 국가로 분할되는 것은 규정의 문언과 목적은 물론 피해자의 이익에도 배치되는 것이므로, 제4조와 같이 1차손해가 발생한 장소를 기준으로 해야 한다는 견해도 있다.⁷⁹⁾

(EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 7.

75) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 10.

76) *Ibid.*

77) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 31.

78) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 8.

79) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 60.

4. ‘판매’ 요건

앞서 본 바와 같이, 제5조 제1항 제1문의 연결원칙이 적용되기 위해서는 제조물이 관련 국가에서 판매될 것을 요건으로 한다. 규정 영문본의 ‘marketed’는 commercialisé, in Verkehr gebracht 등으로 번역되고 있다. 제조자는 이 판매 요건을 통해서 자신의 책임에 적용될 준거법을 관리, 통제할 수 있다. 규정은 판매에 관한 정의규정을 두고 있지 않지만, 위와 같은 취지를 고려한다면 제조물이 어떤 나라에서 상업적이고 공개적으로 판매에 제공된 경우 판매되고 있다고 볼 수 있다.⁸⁰⁾ 인터넷을 통해 판매되는 경우에는 실제 공급장소에서 판매되었다고 볼 수 있을 것이다.⁸¹⁾ 유럽사법재판소(EuGH)는 제조물책임지침 제7조 a와 관련하여, 제조물이 제조자의 제조공정에서 벗어나 판매과정으로 들어간 경우, 즉 완성품이 되거나 소비가 가능상 상태가 되어 공개적으로 제공된 경우 판매되었다고 판시한 바 있다.⁸²⁾

우선 문언상 손해를 야기한 제조물 자체가 관련 국가에서 판매되어야 한다. 제5조 제1항 제2문의 예견가능성 조항과 달리, 동조 제1항 제1문에는 ‘동종의 제조물’(product of the same type)이라는 문구가 없다. 그럼에도 불구하고 손해를 야기한 제조물뿐만 아니라 동종의 제조물이 판매된 경우에도 제1항 제1문이 적용된다는 견해가 유력하다.⁸³⁾ 생각건대 만약 ‘특정한 제조물’이 판매된 경우에만 제1항 제1문(a)를 적용한다면 피해자의 상거소지법이 적용되는 경우는 그만큼 줄어들 것이다. 한편, 제조물이 판매된 장소는 많은 경우 취득지와 일치한다. 취득지는 2차적 연결점으로 규정되어 있다. 따라서 판매의 개념을 좁게 해석하게 되면, 취득지가 사실상 주된 연결점이 되는 문제가 발생한다.⁸⁴⁾ 또한, 제1항 제2문은 제1문이 적용됨을 전제로 한 예외 규정이다. 그런데 ‘같은 종류의 제조물’이 판매된 경우에는 제1문이 적용되지 않는다고 좁게 해석하게 되면 제2문의 예견가능성 규정에 있는 ‘동종의 제조물’ 부분도 의미가 없어질 수 있다.⁸⁵⁾ 즉, 가해자가 제1문에 규정된 국가에서 제조물 또는 ‘같은 종류의 제조물’이 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었을 때 제2문이 적용된다고 해석해야, 제2문에서 ‘같은 종류의 제조물’을 규정한 의미가 있다.

제조물의 동종성을 판단함에 있어서는 제조자, 상표, 제조 및 안전관련 기준 등을 종합적으로 비교하여 판단해야 할 것이다.⁸⁶⁾ 물론 동일한 상표와 사양의 제조물이라고 하더라도 신상품과 중고품을 동종의 제조물이라고 볼 수는 없다.⁸⁷⁾ 중고품이 신상품과 동일한 안전성을 갖출 것을 요구할

80) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 76.

81) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 77.

82) EuGH, Urt. v. 9.2.2006 - C-127/04, EuZW 2006, 184 Rn. 27.

83) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 78-79.

84) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 14.

85) *Ibid.*

86) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 84-85.

87) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 87.

수는 없기 때문이다.

한편, 제조자가 제조물을 직접 판매할 필요는 없다. 가령 수입자가 관련 국가에서 판매한 경우에도 제1항이 적용된다. 수입상이 제조자의 영업망에 속할 필요도 없다.⁸⁸⁾ 제1항 제2문이 규정하듯이 제조자가 제조물의 판매를 예견할 수 없는 상황의 전형적인 예는, 제조자가 아닌 자나 제조자와 관계없는 제3자가 제조물을 판매한 경우이다.

5. 가해자의 상거소지법

제1항 제1문은, 가해자가 당해 제조물 또는 동종의 제조물이 해당 국가에서 판매될 것을 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에는 적용되지 않는다. 이 경우에는 제1항 제2문에 따라 가해자의 상거소지법이 적용되고, 상거소의 개념은 앞서 언급한 바와 같이 규정 제23조가 정한다. 그렇다면 가해자의 예견가능성은 어느 시점을 기준으로 판단해야 하는가? 제1항 제2문은 동 규정이 적용되는 시점에 관해서 명시하고 있지 않다. 제1항 제1문 (a)호와 (c)호의 경우에는 손해발생 시를, (b)호의 경우에는 취득행위 시를 기준으로 해야 할 것이다.⁸⁹⁾

또한, 로마II규정은 제조물이 제5조 제1항 제1문 (a)호부터 (c)호에 규정된 국가에서 판매되지 않은 경우의 준거법에 관해서도 규율하고 있지 않다. 다음의 예를 살펴보자. 독일에 상거소가 있는 A는 일본에서 제조된 제조물을 중국에서 구매하였고 이를 한국으로 가져갔는데, 한국에서 손해가 발생하였다. 제조물은 오직 일본에서만 판매되는 것이었다. 이 경우 판매 요건의 결여로 제5조 제1항 제1문의 연결점은 모두 배제된다.

이는 동 규정의 입법목적상 규율이 필요한 문제에 관하여 아무런 규정도 갖추지 않은 규율흡결(Regelungslücke)에 해당한다.⁹⁰⁾ 이러한 흡결은 어떻게 보충되어야 하는가? 다음 예를 생각해 보자⁹¹⁾: 어떤 제조물이 중국 내수용으로 중국에서 제조, 판매되었는데, 그 제조물이 폴란드에서 재판 때 되었고 제조자는 이를 예견할 수 없었다. 그리고 손해는 독일에서 발생하였다.

이 경우 제1항 제2문을 유추하여 제조자의 상거소지법을 적용해야 한다는 견해⁹²⁾와 제4조에 따라 손해발생지법을 적용해야 한다는 견해⁹³⁾ 등이 제시되고 있다. 전자는 제조자에게 후자는 피해자에게 유리한 해결방식으로 평가할 수 있다. 제1항 제2문은 '제1항 제1문이 적용되는 사례 중 가해자가 그 국가에서 제조물이 판매될 것임을 예견할 수 없었던 경우'에 가해자의 상거소지법을 적용하도록 한다. 즉, 이는 판매에 대한 예견가능성이 없는 경우에 적용된다. 따라서 어느

88) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 15.

89) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 45.

90) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 46

91) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 12.의 사례 참조.

92) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 96.

93) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 10.

국가에서 제조물이 전혀 판매되지 않았던 경우에도 동법은 당연히 적용된다고 볼 수 있다.⁹⁴⁾ 이는 ‘하물며의 논증’(argumentum a fortior, Erst-recht-Schluss)⁹⁵⁾, 그 중 ‘小에서 大로의 추론’(argumentum a minore ad maius)⁹⁶⁾의 결과이다.⁹⁷⁾

한편, 제조물이 피해자의 상거소가 있는 국가에서 가해자가 모르는 상태로 판매된 경우를 생각해 보자. 이때는 제1항 제1문 (a)가 적용되지 않는다.⁹⁸⁾ 이 경우 제1문 (b)가 적용되는지 심사해야 하는가 아니면 바로 제2문이 적용되는가? 먼저 이와 같은 경우에는 바로 제1항 제2문이 적용된다는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 즉, 가해자가 제조물이 취득지에서 판매된다는 점을 알고 있었더라도 취득지법이 적용되지 않고, 제1항 제2문이 바로 적용되어 가해자의 상거소지법이 적용된다는 것이다. 이에 대하여 위와 같은 해석은 규정의 의미와 체계에 어긋나는, 가해자에게 유리한 해석이라는 견해도 있다.¹⁰⁰⁾

이와 같은 예견가능성 요건은, 앞서 본 판매요건과 함께, (잠재적) 가해자로서의 제조자 등을 보호한다. 오늘날과 같이 많은 제조물들이 여러 국가에서 판매되고 있는 현실에서 제조자가 그 제조물의 판매 상황을 모두 파악 또는 통제하는 것은 사실상 불가능하다. 이는 특히 이른바 2차시장, 가령 인터넷을 통해 중고상품이 거래되는 경우 등에서는 더욱 그러하다. 이 예견가능성 조항이 형해화되지 않으려면 국제적인 물품거래에서 많은 제조물들의 높은 이동가능성을 고려하여 예견가능성을 일반적으로 추정해서는 안될 것이다.¹⁰¹⁾ 또한 제조자 등에게 제조물이 어떤 국가의 2차시장에서 판매되는지 점검, 통제할 의무를 부과해서도 안될 것이다.¹⁰²⁾ 따라서 가령 어떠한 제조물이 가해자의 동의 없이 제1항 제1문에 열거된 국가에서 판매된 것으로 밝혀진 경우에는 가해자의 상거소를 연결점으로 삼아야 할 것이다.¹⁰³⁾

6. 회피(적용제외) 조항(제2항)

규정 제5조 제2항의 적용제외 조항은 제4조 제3항에 상응하는 규정이다. 다른 국가와의 더 밀접한 관련은 계약을 포함하여 당사자 간에 존재하는 법률관계에 의하여 인정될 수 있다. 동 규정이 적용되는 대표적인 예로 피해자가 직접 제조자나 수입업자로부터 제조물을 취득한 경우를 들

94) HK-BGB/Heinrich Dörner, 11. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 10은 이것이 독일의 지배적인 견해라고 한다.

95) MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 48.

96) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 96.

97) 하물며의 논증(argumentum a fortior; Erst-recht-Schluss)은 논증방법 중 하나로서, 大에서 小로의 추론(argumentum a maiore ad minus)과 小에서 大로의 추론(argumentum a minore ad maius)의 두가지 방식이 있다.

98) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 10.

99) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 16.

100) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 99.

101) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 18.

102) *Ibid.*

103) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 8.

수 있다. 본 규정은 특히 이른바 무고한 제3자가 손해를 입은 경우에도 적용될 수 있다.¹⁰⁴⁾ 또한, 예견가능성 조항을 통해 가해자의 상거소지를 연결점으로 삼는 것이 부적절한 경우에도 고려될 수 있다.

한편, 이 조항은 손해의 결과발생지가 여러 곳인 경우, 가령 여러 국가에 소재하는 동일한 제조자가 생산한 식료품이 여러 국가에서 지속적인 피해 결과를 발생시킨 경우에도 적용될 수 있다.¹⁰⁵⁾ 다만 이와 같은 해결은 집단적 분쟁해결에 유리할 수도 있지만, 제1항에 규정된 다양한 연결점에 따른 개별적인 소구가능성이 배제되지 않는 한도에서만 적용되어야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁶⁾

계약에 기하여 밀접관련지를 판단하는 경우에는 계약의 준거법과 제조물책임의 준거법이 병존하게 된다. 계약의 준거법은 당사자가 자유롭게 선택할 수 있으므로(로마I규정 제3조), 당사자는 로마II규정 제14조의 제한 없이 계약의 준거법과 제조물책임의 준거법 중에서 자유롭게 선택할 수 있다.

7. 증명책임

다수의 견해에 따르면, 제5조 제1항 제1문 (a)호부터 (c)호의 요건은 피해자가 증명해야 하며, 제1항 제2문의 요건, 즉 손해를 야기한 제조물 또는 그와 동종의 제조물의 판매를 합리적으로 예견할 수 없었다는 점은 가해자가 증명해야 한다.¹⁰⁷⁾ 이에 대하여 로마II규정에 따른 준거법은, 제14조의 경우를 제외하고는 당사자가 선택할 수 없으므로, 이들 요건은 모두 법원이 직권으로 조사해야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁸⁾

IV. 시사점과 결어

지금까지 로마II규정상 제조물책임의 준거법 결정원칙에 관하여 살펴보았다. 이를 우리나라의 고엽제 사건(대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결)에 적용해 본다면 어떠한 결과가 될 것인가? 고엽제 사건의 사실관계를 요약해 본다면 다음과 같다. 이 사건에서 피해자는 우리나라 군대의 구성원으로 베트남에 파병되어 복무한 제2차 베트남전쟁의 참전군인들이다. 가해자(책임이 있

104) Spindler/Schuster/Bach, 4. Aufl. 2019, Rom II Art. 5 Rn. 19; BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 11.

105) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 11.

106) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 110.

107) BeckOK BGB/Spickhoff, 64. Ed. 1.5.2022, VO (EG) 864/2007 Art. 5 Rn. 13; MüKoBGB/Junker, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 5 Rn. 38.

108) NK-BGB/Lehmann, 3. Aufl. 2019, Rom II-VO Art. 5 Rn. 119.

다고 주장된 자)들은 미국의 제조회사들로서 미국 정부와의 개별적 공급계약에 따라 고엽제를 대량으로 제조하여 미국 정부에 판매하였고, 이는 베트남전에 참전한 불특정 다수의 군인들에 의하여 사용되었다. 가해자들은 우리나라 군인들이 베트남전에 참전하는 사실을 알고 있었다. 피해자들은 베트남전 동안 북부지역에 살포된 고엽제에 노출되어 귀국한 후 우리나라에서 질병이 발생하였다.

우리 대법원은 “구 섭외사법(2001. 4. 7. 법률 제6465호로 전문 개정되기 전의 것) 제13조 제1항에 의하면, 외국적 요소가 있는 섭외사건에서 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인이 된 사실이 발생한 곳의 법에 의하여 판단하여야 하고, 불법행위에서 그 원인이 된 사실이 발생한 곳에는 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함된다”고 한 다음, “우리나라는 분쟁의 대상인 이 사건 손해의 발생지일 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 우리나라 법원이 이 사건 소에 관하여 국제재판관할권을 가지는 이상, 우리나라의 법은 이 사건 제조물책임에 관한 준거법이 될 수 있다”라고 판단하였다.

위 사안에 대하여 로마II규정을 적용할 경우, 우선 제5조 제1항 제1문은 판매 요건의 결여로 적용되지 않는다. 제1항 제2문의 연결점도 적용되기 어렵다. 왜냐하면 동 규정은 가해자를 보호하는 취지이며, 이 사례에서 미국의 고엽제 제조자를 보호하기 위해 동 규정을 적용하는 것은 적절하지 않다. 결국 남은 가능성은 제5조 제2항의 밀접관련지 뿐이다. 그렇다면 이 사례에서는 어느 곳을 밀접관련지로 보아야 하는가?

로마II규정에 의할 때 고엽제 사건에서 피해자의 상거소지나 결과발생지가 우선적인 연결점으로 고려되지 않는 이유는 ‘판매’ 요건에 있다. 가해자들이 우리나라 군인들이 참전한다는 사실을 알고 있었다고 하더라도, 다시말해 자신의 제조물로 인하여 피해가 발생할 수 있다는 사실을 알고 있었다고 하더라도, 그와 동일한 또는 동종의 제조물이 단지 피해자의 상거소지(또는 결과발생지)인 한국에서 판매되지 않았다는 이유만으로 한국법에 의할 수 없게 된다. 로마II규정의 제조물책임 조항에서 판매 요건과 예견가능성 요건은 제조자의 이익을 보호하기 위한 것이다. 제조자는 이 판매 요건을 통해서 자신의 책임에 적용될 준거법을 관리, 통제할 수 있다. 이와 같이 제조자 등의 판매에 대한 예견가능성이 있는 경우에는 1차적으로 피해자에게 저촉법적으로 유리한 법을 적용하겠다는 것이 로마II규정의 근본적인 결단이다.

고엽제 사례와 같이 피해자가 제조물을 취득한 경우가 아닌 상황에서 제조물에 의하여 피해가 발생한 경우, 피해자에게 저촉법적으로 유리한 연결점은 피해자의 상거소지와 결과발생지이다. 그러나 로마II규정 상으로는, 제조물책임과 관련된 보다 직접적인 예상 또는 예측이라고 볼 수 있는 제조자 등의 ‘피해에 대한 예견가능성’이 있는 경우라도, 이들 국가에서 ‘우연하게도’ 피해를 야기한 제조물과 동일, 동종의 제조물이 판매되지 않았다는 이유로 이들 연결점이 1차적으로 고려될 수 없다.

로마II규정과 같이 제조자의 예측가능성을 고려하여 객관적 기준에 의한 준거법 결정을 제한하는 방식은 제조자와 피해자의 이해관계를 적절하게 조율하기 위한 좋은 본보기임에는 분명하다. 다만, 로마II규정은 ‘판매에 대한 예견가능성’이 있는 경우로 객관적 준거법 결정을 제한하는 유연성의 결여(lack of flexibility)¹⁰⁹⁾로 인하여 몇몇의 사례에서는 적절하지 않은 결론에 이르거나 ‘한참을 돌아서’ 타당한 결론에 이르러야 하는 위험도 안고 있다. 이를 참고하여 우리의 입법론을 검토한다면, 최소한 이 보다 더 간소하면서 덜 경직된 접근방법을 취하는 것이 적절할 것으로 생각된다.

109) Trevor C. Hartley, “Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 4 (Oct., 2008), p. 908.

국제적인 물품거래와 제조물책임의 준거법에 대한 토론문

권민재*

먼저 훌륭한 발표를 해 주신 김성호 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 그동안 연구가 충분하지 않았던 로마II규정상의 제조물책임의 준거법에 관하여 교수님의 발표를 통해 큰 배움을 얻을 수 있었습니다. 제가 국제거래법에 대하여 지식이 부족하여 엉뚱한 부분이나 너무나 당연한 부분을 질의하는 것이 아닌지 걱정이 앞서지만, 초심자의 궁금증이 교수님의 연구나 귀중한 시간을 내어 학회에 참석해 주신 분들께 조금이나마 새로운 시각을 보여주는데 도움이 되었으면 하는 바람에서 조심스럽게 몇 가지 말씀을 올립니다.

제가 법원에 근무하고 있으므로 먼저, 실무적인 부분을 말씀드려 보자면 우리나라 국제사법에는 제조물책임의 준거법에 관한 명문의 규정이 없고, 제조물의 책임도 결국 불법행위의 특수한 유형¹⁾ 중 하나이므로 국제사법 제52조에 의할 수밖에 없는 것으로 보입니다. 발표자께서 언급하신 베트남 고엽제 사건인 대법원 2006다17539 판결도 그와 같은 취지에서 행동지법(생산지법)인 미국법, 사용지법인 베트남법, 결과발생지법인 대한민국법이 모두 준거법이 될 수 있었던 것으로 보이고, 그 중 법원이 준거법을 대한민국법으로 판단한 것은 타당한 것으로 보입니다. 그러나 발표자가 말씀하셨듯이 로마II규정에 따르면 동종물품이 대한민국에서 판매되지 않는 한 예견가능성이 부정되어 대한민국법은 준거법이 되지 못할 것으로 보입니다.

국제사법 제52조(불법행위)

- ① 불법행위는 그 행위를 하거나 그 결과가 발생하는 곳의 법에 따른다.
- ② 불법행위를 한 당시 동일한 국가 안에 가해자와 피해자의 일상거소가 있는 경우에는 제1항에도 불구하고 그 국가의 법에 따른다.
- ③ 가해자와 피해자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항에

* 대법원 재판연구관.

1) EU, 미국, 일본, 중국 등 다른 나라에서도 제조물책임의 성질을 불법행위책임으로 보는 것이 일반적인 것으로 보임[한승수, 계약 외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II규정)과 우리 국제사법상 제조물책임의 준거법— 개정 제조물책임법에 관한 논의를 포함하여 —, 서울法學 제26권 제1호, 2018, 148면]

도 불구하고 그 법률관계의 준거법에 따른다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘을 때에는 인정하지 아니한다.

■ 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17539 판결

구 섭외사법(2001. 4. 7. 법률 제6465호로 전문 개정되기 전의 것) 제13조 제1항에 의하면, 외국적 요소가 있는 섭외사건에서 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인이 된 사실이 발생한 곳의 법에 의하여 판단하여야 하고, 불법행위에서 그 원인이 된 사실이 발생한 곳에는 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함된다(대법원 1994. 1. 28. 선고 93다18167 판결 등 참조).

우리나라는 분쟁의 대상인 이 사건 손해의 발생지일 뿐만 아니라, 앞서 본 바와 같이 우리나라 법원이 이 사건 소에 관하여 국제재판관할권을 가지는 이상, 우리나라의 법은 이 사건 제조물책임에 관한 준거법이 될 수 있다.

[1] 위와 같은 문제는 국제사법이 준거법 복수주의를 취하고 있는 반면 로마II규정은 단계적 연결방식에 의하여 준거법 일원주의를 취하고 있어 발생하는 것으로 보입니다. 로마II규정과 같이 준거법 일원주의를 취할 경우, 다수 당사자 사이의 소송, 예를 들어 다양한 국적의 복수의 가해자가 있는 공동불법행위, 아니면 항공기 결함사고의 피해자들(다양한 국적의 피해자가 탑승하고 있는 경우)이 다수인 경우 하나의 법원에 소송이 제기되더라도 동일한 준거법이 아닌 상이한 준거법이 적용될 여지가 있을 것으로 보이는데(아래 대법원 판결과 같이 국제재판관할과 준거법은 서로 다른 이념에 의해 지배되어 반드시 일치하는 것이 아니고, 관할의 경우 관련재판적을 통해 문제를 해결할 여지가 있어 보이니 준거법은 다른 문제가 아닌지) 위와 같은 문제는 어떻게 해결되는지 궁금합니다.

■ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2016다33752 판결

이 사건 법률관계의 준거법이 중국법이라 하더라도 국제재판관할과 준거법은 서로 다른 이념에 의해 지배되는 것이므로 그러한 사정만으로 이 사건 소와 대한민국 법원의 실질적 관련성을 부정할 수는 없다.

[2] 다음으로, 로마II규정에 따르면 당사자가 제14조에 따라 유효한 법선택을 한 경우에는 우선적으로 당사자가 선택한 준거법을 적용하게 되어 있고(☞ 당사자의 선택에 의한 준거법이 최우선적인 것으로 보임), 당사자의 선택이라 함은 당사자 사이의 합의를 말하는 것으로 보이는데, 우리 국제사법 제53조의 합의와 동일한 의미로 볼 수 있는 것인지(☞ 로마II규정 제14조 제1항 b호에 의하면 모든 당사자가 상업활동을 추구하는 경우에는 사전합의도 가능한 것으로 보임), 묵시적 합의(☞ 계약관계와 달리 불법행위의 경우 일반적으로 묵시적 합의를 인정하기는 어렵겠으나 제조물책임의 특성상 묵시적 합의를

인정할 수 있는 사안도 있을 것으로 보임)도 인정되는 것인지, 인정된다면 어떠한 요건이 필요한지(☞ 우리 판례에 따르면 다투지 않았다는 사정만으로는 묵시적 합의가 인정되지 않는 것으로 보임) 궁금합니다.

국제사법 제53조(준거법에 관한 사후적 합의)

당사자는 제50조부터 제52조까지의 규정에도 불구하고 사무관리·부당이득·불법행위가 발생한 후 합의에 의하여 대한민국 법을 그 준거법으로 선택할 수 있다. 다만, 그로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

☐ 대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결 ☞ 계약에 대한 준거법 합의 사안이나 국제사법 제53조에 따른 불법행위에 대한 준거법 합의에도 그대로 적용될 수 있는 법리로 보임

국제사법 제25조 제1항(현재 국제사법 제45조 제1항)에서 계약의 준거법을 당사자가 자유롭게 선택할 수 있도록 하면서도 그것이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여 묵시적인 선택은 계약 내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우로 제한하고 있으므로, **준거법에 관한 명시적인 합의가 없더라도 묵시적인 합의를 인정할 수도 있으나 소송절차에서 당사자가 준거법에 관하여 다투지 않았다는 사정만으로는 준거법에 관한 묵시적 합의를 인정하기는 어렵다.**

[3] 다음으로 두 번째로 적용이 고려되는 공통의 상거소지법과 관련하여 질문을 드립니다. 공통의 상거소지법이 적용되는 기준시점은 손해발생 시인데, 현실적으로 손해가 발생하지 않았지만 손해발생이 어느 정도 구체화 되는 시점(예를 들어 가슴기 살균제와 같이 가해행위가 있는 후 상당기간이 경과하여 피해가 발생하는 경우)에서 가해자가 상거소를 폐쇄(지점 폐쇄 등)하는 등으로 자신에게 유리한 준거법을 선택하려고 하는 경우에 불합리한 측면이 발생할 여지가 있는 것으로 보입니다. 로마II규정의 해석으로 위와 같은 경우에는 어떻게 준거법이 결정되는지 궁금합니다.

[4] 다음으로 요즘 당근마켓 등을 통한 중고거래가 활성화 되어 있고, 중고의 제조물의 경우에도 로마II규정이 적용되는 것으로 보이는데 **중고 제조물 매매의 경우 취득지의 개념은 어떻게 보는 것이 맞는지** 궁금합니다. 최초 신품을 구매한 사람으로부터 여러 차례 중고 거래가 일어난 경우에 **취득지의 개념은 무엇을 기준으로 하는 것인지? 중고를 구입한 사람은 무고한 제3자가 되어 5조 제1항 제3호에 따라 손해발생지에 연결되거나 최초 취득지에 연결되어야 하는 것인지?** 등이 궁금합니다.

[5] 마지막으로, 로마II규정 제5조 제1항 단서의 ‘판매의 예견가능성’은 가해자가 피해자의 상거소지 등에서 제조물 또는 동일한 종류의 제조물이 판매될 것을 합리적으로 예견할 수 없었던 경우를 말하는 것인데, 요즘 유행하는 인터넷 직구를 한 경우 판매지를 어떻게 보는 게 맞는 것인지 궁금합니다(인터넷을 통한 판매는 대부분 전세계를 상대로 가능한 것이라 로마II규정이 이를 예상하

고 만들어진 것인지 궁금합니다). 즉, 직구 인터넷 사이트 도메인을 기준으로 결정하는 것이 맞는 것인지 아니면 구매자가 직배송을 받았으니 제조물에 대한 사실상의 지배를 획득한 장소로 보이는 구매자의 거주지가 판매지가 되는 것인지 궁금합니다(아마존 등 판매대행 사이트에서 구매한 것과 제조사의 판매사이트에서 직접 구매한 경우의 차이도 생각해 볼 수 있을 것으로 보임).

저의 무지함과 다른 논문 등을 꼼꼼하게 검색해 보지 않은 불성실함으로 귀중한 시간을 내어 발표를 해주신 발표자님과 참석자 분들의 귀중한 시간을 빼앗은 것은 아닌지 걱정이 앞섭니다. 너무나 당연한 부분에 대하여 질의를 한 것이라면 발표자님께서 간략하게만 답변을 주셔도 될 것으로 생각합니다. 오늘을 계기로 국제사법학회의 학회활동에도 열심히 참여하고 공부도 열심히 하는 회원이 될 수 있도록 하겠습니다. 이상으로 지정토론을 마치고자 합니다. 감사합니다.

“제2부 - 개인과 기업의 국제적 활동과 국제사법의 역할”

제2주제

한류 열풍과 국제저작권법상 제문제

- 저작권법 개정안상 저작자의 추가보상금지금 청구를 중심으로 -

발표 : 이규호 교수(중앙대학교 법학전문대학원)

토론 : 이규홍 부장판사(서울고등법원)

1993 - 2023



한류 열풍과 국제저작권법상 제문제1)

- 저작권법 개정안상 저작자의 추가보상금지급청구를 중심으로 -

이규호*

I. 머리말

오징어게임 등 K-콘텐츠의 글로벌 흥행으로 인해 특약이 없을 경우 추가적인 보상을 받을 수 없다는 점에서 추가보상권 도입에 대한 저작권법 일부개정법률안이 발의되어 있다. 영상저작물의 저작자에 한해 보상청구권을 인정하고자 하는 유정주 의원 대표발의안 및 성일종 의원 대표발의안이 바로 그것이다. 이와 관련하여 영상저작물의 저작자에게도 보상청구권을 인정하고자 하는 법안들도 존재한다. 즉, 영상저작물의 저작자 뿐만 아니라 그 밖의 유형의 저작물의 저작자에게도 보상청구권을 인정하고자 하는 법안으로는 노웅래 의원 대표발의안, 도종환 의원 대표발의안 및 이용호 의원 대표발의안이 있다. 구름빵 사건은 독일 및 프랑스에서 해당 작품이 이용되었다는 점에서 영상저작물에 한하지 않고 그 밖의 저작물로 확대하여 논의할 필요가 있다.

저작권법 제1조의 목적 조항에 따르면, 한 축으로는 저작자와 저작인접권자의 권리를 보호하고 다른 한 축으로는 저작물의 공정이용을 도모하여 문화 및 관련 산업의 발전에 기여하는 것이 저작권법의 목적이다. 이에 따라 한류문화산업의 지속적인 발전을 염두에 두면서 영상저작물의 창작자의 보호와 영상저작물의 자유로운 유통을 충분히 고려하는 지혜가 필요하다고 생각한다.

[표 1-1] 보상금 내지 추가 보상금에 관한 저작권법 개정안

대표발의	개정 내용
유정주 의원 대표발의안 (2022/8/31 발의)	제100조의2(영상저작물 저작자의 보상권) 영상저작물의 저작자 중 타인에게 그 영상물의 저작재산권을 양도한 자는 그 영상저작물을 복제·배포·방송·전송 등의 방식으로 최종적으로 공중에게 제공하는 자(이하 “영상저작물 최종제공자”라 한다)가 영상저작물을 제공한 결과 발생된 수익에 대하여 정당한 보상을 받을 수 있는 권리(이하 “보상권”이라 한다)를 가진다.

* 사단법인 한국국제사법학회 부회장, 중앙대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이 글은 2023년 2월 9일 국회 문화체육관광위원회 공청회에서 필자가 진술인으로 제출한 논문을 수정하여 보완한 글임을 미리 밝혀둔다.

대표발의	개정 내용
<p>성일종 의원 대표발의안 (2022/9/19 발의)</p>	<p>제100조의2(영상저작물 저작자의 보상권) 영상저작물의 저작자 중 타인에게 그 영상물의 저작재산권을 양도한 자는 그 영상저작물을 복제·배포·방송·전송 등의 방식으로 최종적으로 공중에게 제공하는 자(이하 “영상저작물최종제공자”라 한다)가 영상저작물을 제공한 결과 발생된 수익에 비례하여 정당한 보상을 받을 수 있는 권리(이하 “보상권”이라 한다)를 가진다.</p>
<p>이용호 의원 대표발의안 (2022/11/1 발의)</p>	<p>제46조의2(저작자의 추가 보상 청구) ① 저작자가 제45조제1항에 따라 저작재산권을 양도한 대가로 받은 보상과 양도 이후에 양수인(“재양수인”을 포함한다. 이하 같다)이 저작물 이용에 따라 취득한 수익 간에 현저한 불균형이 발생한 경우에는 저작자는 양수인에게 추가적인 보상을 청구할 수 있다. 다만, 저작자가 양수인으로부터 저작물 이용에 따른 수익 중 일부를 현저하게 불균형하지 아니한 비율로 보상받도록 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>
<p>노웅래 의원 대표발의안 (2020/11/24 발의)</p>	<p>제46조의4(저작자에 대한 정당한 보상) ① 저작자가 제45조제1항에 따라 저작재산권을 양도하거나 제46조제1항에 따라 저작물의 이용을 허락하는 경우 그 대가로 받은 보상이 양수인(재양수인과 이들로부터 저작물 이용허락을 받은 자를 포함한다. 이하 같다) 또는 이용허락을 받은 자의 저작물의 이용에 따른 이익에 비하여 정당하지 아니한 경우에는 저작자는 양수인 또는 이용허락을 받은 자(이하 “양수인등”이라 한다)에게 정당한 보상을 요구할 수 있다. 이 경우 양수인등은 특별한 사유가 없으면 이를 수용하여야 한다.</p> <p>② 업무상저작물을 작성한 자는 법인등이 저작물의 이용을 통하여 얻은 이익이 현저한 경우에는 법인등에게 정당한 보상을 요구할 수 있다. 다만, 법인등이 국가나 공공기관인 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>③ 제1항 또는 제2항에 따른 보상을 요구할 권리는 포기하거나 양도(상속의 경우를 제외한다)할 수 없다.</p> <p>④ 제1항과 제2항은 양수인등 또는 법인등이 저작물의 이용을 통하여 얻을 이익을 미리 알았거나 알 수 있었던 경우에도 적용한다.</p> <p>⑤ 제1항과 제2항은 제2관(저작재산권의 제한)의 규정에 따른 보상금에는 적용하지 아니한다.</p> <p>⑥ 제1항과 제2항은 무상의 계약(유증과 사인증여를 포함한다)과 일반 공중을 상대로 한 이용허락 계약, 컴퓨터 프로그램을 유통하기 위한 이용허락 계약에는 적용하지 아니하며, 제57조에 따른 배타적 발행권 설정과 제63조에 따른 출판권 설정 계약에는 적용한다.</p>
<p>도종환 의원 대표발의안 (2021. 1. 15. 발의)</p>	<p>제4관 저작재산권의 양도·행사·소멸 제57조(저작재산권의 양도) ① 저작재산권은 전부 또는 일부를 양도할 수 있다.</p> <p>② 저작재산권의 전부를 양도하는 경우에 특약이 없는 때에는 제24조에 따른 2차적저작물을 작성하여 이용할 권리는 포함되지 아니한 것으로 추정한다. 다만, 프로그램의 경우 특약이 없으면 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다.</p> <p>제58조(저작물의 이용 허락) ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위에서 그 저작물을 이용할 수 있다.</p> <p>③ 제1항에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.</p> <p>제59조(저작자의 추가 보상 청구) ① 저작자가 제57조제1항에 따라 저작재산권을 양도한 대가로 받은 보상과 양도 이후에 양수인(“재양수인”을 포함한다. 이하 같다)이 저작물 이용에 따라 취득한 수익 간에 현저한 불균형이 발생한 경우에는 저작자는 양수인에게 추가적인 보상을 청구할 수 있다. 다만, 저작자가 양수인으로부터 저작물 이용에 따른 수익 중 일부를 현저하게 불균형하지 아니한 비율로 보상받도록 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항에 따른 청구는 저작재산권이 양도된 날로부터 10년 안에 행사하여야 한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 보상은 저작자와 양수인이 협의하여 정하되, 협의가 성립되지 아니한 경우에 저작자 또는 양수인은 위원회에 조정을 신청할 수 있다.</p>

대표발의	개정 내용
	<p>④ 제1항에 따른 청구는 저작자가 사전에 포기할 수 없다. 제60조(정보제공 청구) 저작자는 제59조제1항에 따른 청구를 하기 위하여 필요한 경우 양수인에게 해당 저작물의 이용 및 수익 산정에 필요한 정보를 청구할 수 있다. 이 경우에 양수인은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다. 제61조(적용제외) 제59조 및 제60조에 따른 청구는 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 저작권자를 영상제작자에게 양도한 경우(제131조제1항에 따라 추정되는 경우를 포함한다)에는 적용하지 아니한다.</p>

영화산업은 해당 영화의 성공 가능성이 낮은 산업군이다. 영화제작자는 실패한 영화에 대해 경제적 교섭력이 약한 저작자에게 경제적 손해의 위험을 분산하지는 않는 방식을 취하고 있다. 그렇기에, 일견 영화가 흑자형태의 성공작인 경우에 저작자에게 추가보상금을 인정하는 것이 공평의 관념상 타당한 것이 의문이 생길 수도 있다. 영화가 실패작인 경우에 책임의 분산도 가능한가 및 영화가 실패작인 경우에 영화제작자가 여전히 경제적 교섭력이 강한 당사자라고 평가할 수 있는가라는 의문도 든다. 그리고 영화가 흥행에 성공하더라도 영화 투자에 거액이 투여된 경우에 투자자금이 완전히 회수되지 않은 상태에서 흥행만을 이유로 추가 보상을 요구하게 되면 영화산업에 대한 투자 유인이 감소될 가능성도 존재한다. 오징어게임의 황동혁 감독은 이 작품을 2008년부터 구상해 왔고, 그 대본을 2009년에 완성했다고 한다. 국내 영화제작자들이 투자에 난색을 표해 13년이 지나 외국 OTT인 넷플릭스의 투자를 통해 넷플릭스 오리지널 드라마로 탄생할 수 있었다. 만약 오징어게임이 흥행에 실패한 경우에도 추가보상금의 논의가 지속되었을지라는 고민도 필요하다. 이러한 점들을 상기하면서 영화의 성공과 실패의 양면을 같이 보는 균형적 시각을 가지고 본 발표를 시작하고자 한다.

이 발표문은 (i) 저작권법상 영상저작물에 관한 특례규정의 입법취지, (ii) 업무상 저작물에 관한 저작권법 제9조가 영상저작물에도 적용되는지 여부, (iii) 영상저작물 등과 관련하여 추가보상금 내지 보상금에 관한 외국 입법례, (iv) CISAC 보고서의 내용, (v) 저작권법 개정안에 대한 법적 검토 순으로 다룬다. 특히, 저작권법 개정안과 관련하여 국제사법적 쟁점으로서 (i) 저작권 양도계약, (ii) 양도가능성, (iii) 보상금, (iv) 업무상저작물, (v) 외국법의 적용시 해당 외국법상 강행규정 적용 여부 등을 고찰한다.

II. 저작권법상 영상저작물에 관한 특례규정의 입법취지

영상저작물의 유통활성화를 위해 1986년 저작권법 전면개정으로 도입되었다. 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약

이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정한다(저작권법 제100조 제1항). 현행 「저작권법」은 영상저작물의 경우 제작과정의 특수성 때문에 많은 사람의 권리가 복잡하게 얽히게 된다는 점을 고려하여 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자(총감독·촬영감독·미술감독·음악감독·각본가 등)가 그 영상저작물에 대해 저작권을 취득한 때에는 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 양도받은 것으로 추정하는 특례를 규정²⁾함으로써 영상저작물 제작에 대한 원활한 투자와 영상저작물의 원활한 이용이 이루어지도록 하고 있다. 다시 말해서, 영화제작자를 비롯한 영상제작 참여자의 공동저작물에 해당하는 경우, 해당 영상저작물의 공동저작자 중 일부가 영상저작물의 유통을 방해하는 때에는 영상제작자는 영상저작물을 원활히 유통시킬 수 없다. 따라서 특약이 없는 한, 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도받은 것으로 추정하는 규정을 둔 것이다.

Ⅲ. 업무상 저작물에 관한 저작권법 제9조가 영상저작물에도 적용되는지 여부

업무상저작물에 관한 저작권법 제9조는 영상저작물에도 적용된다.³⁾ 따라서 법인인 영상제작자가 기획하여 법인 등의 직원으로 하여금 창작하게 한 다음 법인 등의 명의로 공표하는 업무상 저작물의 경우에는 업무상저작물에 관한 저작권법 제9조가 적용된다.⁴⁾

영상저작물에 관한 특례규정 중 하나인 저작권법 제100조 제1항은 영상저작물에 대해 저작권법 제9조의 ‘업무상저작물의 저작자’ 규정이 적용되지 않을 경우에 영상저작물의 유통을 원활하게 하고 그 이용에 관한 권리관계를 명확히 하기 위한 규정이다.⁵⁾

2) 제100조(영상저작물에 대한 권리) ① 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.

② 영상저작물의 제작에 사용되는 소설·각본·미술저작물 또는 음악저작물 등의 저작재산권은 제1항의 규정으로 인하여 영향을 받지 아니한다.

③ 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제69조의 규정에 따른 복제권, 제70조의 규정에 따른 배포권, 제73조의 규정에 따른 방송권 및 제74조의 규정에 따른 전송권은 특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.

제101조(영상제작자의 권리) ① 영상제작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자로부터 영상제작자가 양도 받는 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상저작물을 복제·배포·공개상영·방송·전송 그 밖의 방법으로 이용할 권리로 하며, 이를 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 있다.

② 실연자로부터 영상제작자가 양도 받는 권리는 그 영상저작물을 복제·배포·방송 또는 전송할 권리로 하며, 이를 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 있다.

3) 박성호, 『저작권법』, 제2판, 박영사, 2017년, 514면.

4) 위의 책, 514면.

5) 위의 책, 515면.

IV. 외국 입법례

1. 미국

우리 저작권법상 영상저작물 특례 규정과 같은 조항이 존재하지 않으며, 영상저작물을 업무상저작물의 개념에 포함시켜 영상저작물의 제작자를 저작자이자 저작권자로 볼 수 있도록 규정하고 있다. 현실적으로는 저작재산권 등 법적 보호조치 없이 영화 부가시장 수익 분배를 단체 간 협상으로 결정하고 있다.

제201조 저작권의 소유

(b) 업무상저작물- 업무상저작물의 경우에는 사용자 또는 그 저작물이 작성된 목적이 되는 다른 사람을 이 편 법전의 적용상 저작자로 보며, 당사자 사이에 서명한 문서에 의하여 명시적으로 달리 합의하지 아니하는 한, 그가 그 저작권을 구성하는 모든 권리를 소유한다.

2. 유럽연합

유럽연합 회원국은 저작자 또는 실연자가 다른 당사자(예를 들어 출판사, 제작자)들이 이용할 수 있도록 자신들의 권리를 양도하거나 이용허락 해준 경우에 합리적이고 비례적인 보상을 받도록 보장해야 한다(2019년, 유럽연합 디지털 단일시장에 관한 저작권 지침).

제3장 저작자와 실연자의 이용계약에 있어서의 공정한 보상

제18조 적절하고 비례적인 보상의 원칙

(1) 회원국은 저작자와 실연자가 그들의 저작물이나 그 밖의 보호대상의 이용에 대한 그들의 배타적인 권리를 라이선스하거나 이전하는 경우에, 그들이 적절하고 비례적인 보상을 수령할 권리가 있음을 보장하여야 한다.

(2) 제1항에 설정된 원칙을 국내법으로 이행함에 있어서, 회원국은 상이한 메커니즘을 활용할 수 있어야 하고, 계약 자유의 원칙과 권리와 이익의 공정한 균형을 고려할 수 있어야 한다.

제20조 계약 수정 메커니즘

(1) 회원국은 이 조에 규정된 것에 상응한 메커니즘을 규정하는 적용 가능한 단체협약이 없는 경우에, 저작자와 실연자 또는 그의 대표가 그들의 권리의 이용을 위해 그들이 체결한 계약으로 상대방이나 그 상대방의 승계자에게, 처음 합의된 보상이 그 저작물이나 실연의 이용으로부터 산출된 모든 관련 후속 수익과 비교하여 불균형적으로 낮음이 밝혀진 경우에, 추가적이고, 적절하며 공정한 보상을 청구할 권리가 있음을 보장하여야 한다.

(2) 이 조의 제1항은 저작권집중관리지침 제3조(a)와 (b)에 정의된 기관이나 이 지침을 이행하는 국내법에 이미 따르고 있는 그 밖의 기관에 의해 체결된 계약에는 적용되어서는 안 된다.

3. 프랑스

저작자가 자신의 권리를 양도한 경우 양수인으로부터 저작물의 이용 또는 매매로 발생하는 수익에 대한 일정 비율의 지분을 보장하고 있다(비례보상 원칙). 다만, 비례지분을 산정할 수 없는 경우, 비율 적용을 통제할 수 없는 경우, 산정비용 및 관리비용이 더 많은 경우, 이용방법의 성질 및 이용조건 상 적용이 불가능한 경우 및 SW 양도인 경우에는 예외이다(정액보상).

정액보상시 7/12 이상의 손해시 가격 조건 수정 요구도 가능하다. 시청각저작물 제작자와 저작자 간에 반대의 특약이 없는 한, 시청각저작물 이용에 대한 배타적 권리의 양도를 포함하고 있어 저작자는 제작자를 상대로 비례보상 청구 가능하며, 저작자에 대한 보상은 각 이용방법마다 지급한다. 다만, 최종이용자에게 개별 콘텐츠에 대한 이용료를 받는 경우(예: 극장, IPTV에서 특정 영화를 일정 금액 지불하고 감상하는 것 등), 개별 이용료에 비례한 보상금이 제작자를 거쳐 저작자에게 지급되도록 규정하고 있다. 극작가 및 작곡가협회(SACD)와 제작자 간 맺은 단체협약에 따라 VOD 서비스를 통해 저작물이 이용되는 경우, 비례보상 원칙에 따라 발생하는 보상금액을 정하고 있다.

제131조의3

(1) 저작권의 양도는 양도되는 권리를 개별적으로 양도계약서에 명시할 것을 조건으로 하며, 양도되는 권리의 이용범위는 범위, 목적, 기간, 장소에 따라 제한될 것을 조건으로 한다.

제131조의4

(1) 저작자는 자기의 저작물에 대한 권리 전부 또는 일부를 양도할 수 있다. 그 양도의 대가로 저작자에게 그 저작물의 이용 또는 매매로 발생하는 수익에 대한 일정비율의 지분이 인정되어야 한다.

그러나 다음의 경우에는 저작자의 보상금은 정액으로 가격을 정할 수 있다.

제1호: 비례지분의 산정기초를 실제로 정할 수 없을 때 ;

제2호: 비율의 적용을 통제할 수 있는 방법이 없을 경우 ;

제3호: 보상금 산정비용 및 관리운영비용이 보상금을 초과할 때 ;

제4호: 저작자의 기여분이 저작물의 정상적 창작의 본질적 요소를 구성하지 아니한다거나, 저작물의 이용이 이용된 대상과의 관계에서 볼 때 부수적 성질밖에 없다가 하는 경우 등 이용방법의 성질 및 이용조건상 비례보상제(종량제)의 적용이 불가능한 경우,

제5호: 소프트웨어에 대한 권리를 양도하는 경우;

제6호: 기타 이 법전에 규정된 경우.

(2) 또한 저작자의 요청으로 당사자간 약정으로 정한 보상금을 약정한 기간동안 매년 일정한 금액씩 정액으로 지급할 것을 약정하는 것도 위법한 것은 아니다.

제131조의5

(1) 이용권 양도의 경우에, 저작자가 불공정 계약 또는 저작물의 수익에 대한 예측불량으로 인하여 7/12 이상의 손해를 입은 경우에는 저작자는 계약의 가격조건의 수정을 요구할 수 있다.

(2) 계약의 가격조건의 수정은 저작물이 정액보상제 방식으로 양도된 경우에만 요구할 수 있다.
 (3) 불공정 계약(La lésion)은 손해를 입었다고 주장하는 저작자의 저작물의 양수인의 이용행위를 전제적으로 고려하여 평가한다.

제132조의24

제작자가 가사가 있거나 없는 음악의 저작자 이외의 시청각저작물 저작자와 체결하는 계약은 별도 특약이 없는 한 제111조의3, 제121조의4, 제121조의5, 제122조의1에서 제122조의7까지, 제123조의7, 제131조의2에서 제131조의7까지, 제132조의4 및 제132조의7에도 불구하고 제작자에 대한 시청각저작물의 배타적 이용권의 양도를 포함한다.

제132조의25

(1) 저작자에 대한 보상금은 각 이용방법마다 지급하여야 한다.
 (2) 공중으로부터 송신된 특정 시청각저작물을 개별적으로 수신한 대가를 받는 경우에는 제131조의4에 따라 그 보상금은 그 가격에 비례하여 받되, 배급권자가 운영자에게 불확정적인 체감요율을 부여한 사실이 있을 때에는 그 요율을 고려하여야 한다. 그 보상금은 제작자를 거쳐 저작자에게 지급한다.

4. 일본

영화저작물의 저작권이 원칙적으로 영상제작자에게 귀속됨을 규정하고 있다. 이는 우리 저작권법상 양도 추정보다 더 강한 효력을 인정한 것이다. 영상제작자에게 저작권이 귀속됨에도 불구하고, 감독협회는 사단법인 일본영화제작자연맹과 비디오 출시, 방송에 대한 2차 이용의 계약을 체결하고, 이를 근거로 추가 보상금을 지급하고 있다. 이 추가보상금은 저작자와 영화저작물최종제공자(예: OTT) 사이에 적용되는 것이 아님에 유의하여야 한다.

제29조 ①영화저작물(제15조 제1항, 제2항 또는 제3항의 규정의 적용을 받는 것을 제외한다)의 저작권은, 그 저작자가 영화제작자에 대하여 해당 영화저작물의 제작에 참가하는 것을 약속한 경우에는, 해당 영화제작자에게 귀속한다.

5. 독일

독일 저작권법⁶⁾상 이용허락에 대한 추가 보상금⁷⁾⁸⁾

제5절

저작권의 권리변동

제2관

이용권

제31조(이용권의 설정)

- (1) 저작자는 다른 자에게 저작물을 개별적 또는 모든 이용방식으로 이용할 수 있는 권리(이용권)를 설정할 수 있다. 이용권은 단순 또는 배타적 권리로서 장소적, 시간적, 내용적으로 제한되어 설정할 수 있다.
- (2) 단순 이용권은 타인의 저작물 이용을 배제하지 않으면서 이용권 보유자에게 허락된 방식으로 이용할 권리를 부여한다.
- (3) 배타적 이용권은 타인의 저작물 이용을 배제하면서 이용권 보유자에게만 허락된 방식으로 저작물을 이용하고 이용권을 설정할 권리를 부여한다. 저작자의 저작물 이용을 유보하도록 약정할 수 있다. 제35조는 영향을 받지 아니한다.
- (4) (삭제)
- (5) 이용권의 설정 시 이용방법이 명시적이고 개별적으로 표시되지 않았다면, 어떤 이용방법에까지 권리가 미치는지는 양 당사자 사이에 근거가 된 계약의 목적에 의해 정해진다. 이는 이용권이 설정되었는지 여부, 단순 또는 배타적 이용권인지 여부, 이용권과 금지권의 효력범위 및 제한의 문제에 대해서도 준용한다.

제31a조(알려지지 않은 이용방식에 관한 계약)

- (1) 저작자가 알려지지 않은 방식의 이용을 위하여 권리를 설정하거나 저작자 스스로 의무를 부담하는 계약은 서면 형식을 필요로 한다. 저작자가 무상으로 모든 사람에게 단순 이용권을 설정하는 경우에는 서면 형식이 필요하지 아니한다. 저작자는 이러한 권리설정 또는 의무부담을 철회할 수 있다. 철회권은 상대방이 새로운 방식으로 저작물을 이용하기 시작하겠다는 의사통지를 자신이 알고 있는 저작자의 최근 주소로 발송한 후 3개월이 경과하면 소멸한다.
- (2) 새로운 이용방법이 알려진 후 당사자가 제32c조제1항에 따른 보상에 합의하였다면 철회권은 소멸한다. 철회권은 당사자가 공동보상규정에 따라 보상을 약정한 경우에도 소멸한다. 저작자의 사망으로 철회권은 소멸한다.
- (3) 새로운 이용방식에서 저작물 또는 저작기고문 전부를 사용하여야 합리적으로 활용되는 다수의 저작물 또는 저작기고문을 하나로 합한 경우에, 저작자는 신의성실에 반하여 철회권을 행사할 수 없다.
- (4) 제1항부터 제3항에 따른 권리는 사전에 포기할 수 없다.

제32조(적절한 보상)

- (1) 저작자는 이용권의 설정 및 저작물 이용의 허락에 대하여 계약상 약정된 보상을 청구할 권리를 가진다. 보상액수가 정해지지 아니한 경우에는 적절한 보상을 약정된 보상으로 본다. 약정된 보상이 적절하지 아니한 경우에, 저작자는 계약을 통하여 적절한 보상이 제공될 수 있도록 계약상대방에게 계약의 변경에 동의할 것을 청구할 수 있다.
- (2) 공동보상규정(제36조)에 따라 산정된 보상은 적절한 보상이다. 그 밖에 계약 체결시 상거래에서 이용 가능한 종류와 범위, 특히 이용 기간, 횟수, 정도 및 시점에 따른 모든 제반 사정을 고려하여 보상이 통상적이고 공정하게 이행된다면 적절한 보상이 된다.
- (2a) 공동보상규정은 적절한 보상의 산정과 시간적 적용범위를 결정하기 위하여 이용될 수 있다.
- (3) 계약상대방은 제1항 및 제2항과 다른 약정을 가지고 저작자에게 불리하게 원용할 수 없다. 제1문은 다른 형식으로 우회되는 경우에도 적용된다. 그러나 저작자는 모든 사람을 위해 무상으로 단순 이용권을 설정할 수 있다.

(4) 저작자의 저작물 이용에 대한 보상이 단체협약으로 정해지는 경우 저작자는 제1항제3문에 따른 청구권을 갖지 아니한다.

제32a조(저작자의 추후 관여)

(1) 저작자가 다른 자에게 조건을 붙여 이용권을 설정하였고, 저작자와 타인과의 전반적인 관계를 고려할 때 그 조건으로 인해 저작물의 이용에서 발생하는 수익이나 이득에 비하여 약정된 반대급부가 현저하게 불균형한 경우 상황에 따라 추후적으로 적절히 관여할 수 있도록 하는 계약의 변경에 대한 저작자의 요청에 타인은 동의할 의무가 있다. 계약상대방이 취득한 수익 또는 이득의 액수를 예상하였거나 이를 예상할 수 있었는지 여부는 중요하지 아니하다.

(2) 타인이 제3자에게 이용권을 이전하였거나 추가 이용권을 설정하였고 제3자의 수익이나 이득에 현저한 불균형이 발생한 경우 제3자는 계속적 이용허락의 계약적 관계를 고려하여 제1항에 따라 저작자에 대하여 직접적인 책임을 진다. 타인의 책임은 면제된다.

(3) 제1항 및 제2항에 따른 청구권은 사전에 포기할 수 없다. 이에 대한 기대권은 강제집행의 대상이 되지 아니한다. 기대권에 대한 처분은 효력이 없다. 그러나 저작자는 모든 사람을 위하여 무상으로 단순 이용권을 설정할 수 있다.

(4) 저작자는 공동보상규정(제36조) 또는 단체협약에 따라 보상이 정해지고 제1항의 경우를 위한 추후의 적절한 관여에 대해 명확하게 규정된다면 제1항에 따른 청구권을 갖지 아니한다. 제32조제2a항을 준용한다.

제32조b(강행규정)

제32조 및 제32조a는 다음의 경우 강행규정이다.

1. 준거법을 정하지 않은 이용허락계약에 독일법이 적용될 수 있거나
2. 계약의 대상이 본 법의 지역적 적용범위 내에서 기준이 되는 이용행위인 경우

저작자가 타인에게 이용권을 설정한 경우(저작권 양도가 아님), 이후에 최초 설정 시와 비교하여 보상이 현저히 불균형한 경우 이용계약을 변경하여 적절한 보상 요구하는 것이 가능하다. 독일은 저작자가 저작권을 양도하는 것이 아니라, 이용권을 설정하는 것(우리 저작권법상 배타적발행권 또는 출판권 설정과 유사)으로서, 우리나라의 저작권 양도 제도와 근본적으로 차이가 있다. 독일 베르디서비스업종노조(ver.di)와 독일영화및텔레비전연기자협회(BFFS)는 넷플릭스와 2020. 1. 1. ‘제품의 이용으로 넷플릭스가 얻게되는 수익에서 권리자를 위한 공정하고 비례적이며 적절한 추가 보상과 지속적인 2차 이용 배당을 보장하고 투명성을 보장하기 위한 공동 보상 협약(JRA, GVR)’을 체결하고 있다.

6) 독일 저작권법 [GermanGesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte].

7) <https://wipo.lex.wipo.int/en/text/474282> (최종방문일: 2022. 12. 6.).

8) file:///C:/Users/CAU/Downloads/%EB%8F%85%EC%9D%BC_%EC%A0%80%EC%9E%91%EA%B6%8C%EB%B0%8F%EC%9D%B8%EC%A0%91%EB%B3%B4%ED%98%B8%EA%B6%8C%EC%97%90%EA%B4%80%ED%95%9C%EB%B2%95%EB%A5%A0_%EB%B2%88%EC%97%AD%EB%B3%B8(%EA%B5%AD%ED%9A%8C%EB%8F%84%EC%84%9C%EA%B4%80)%20(1).PDF (최종방문일: 2022. 12. 2.).

6. 스페인

시청각 저작물의 저작자는 국적에 관계없이 권리 이전에 대한 보상청구권을 인정한다. 시청각 저작물의 저작자는 감독·연출자, 각본가, 시청각 저작물을 위해 창작된 악곡의 저작자이며, 보상청구권은 지식재산권관리단체를 통해 이행한다. 스페인 작가와 출판사 신탁단체인 Sociedad General de Autores y Editors(SGAE)가 징수 업무를 관리하고 있다. 보상청구권은 양도가 불가능하며, 광고 성격의 영상저작물에는 적용되지 않는다. 스페인 저작자에게 동등한 권리를 보장하지 않는 국가의 시청각저작물에 대해 징수한 보상금의 이용 방법에 관한 규정이 있으나, 내국민대우 위반*(* 관련 조약 : 베른협약(제5조 제1항 및 제2항), 한-EU FTA(제10.5조)) 가능성이 있다.

제47조 공정하지 않은 보상에 관한 조치

일괄 양도에서 저작자의 보상과 양수인이 얻은 이익 사이에 명백한 불균형이 있는 경우 양수인은 계약의 수정을 요청할 수 있으며 합의가 없는 경우 법원에 공정한 보상을 설정하도록 요청할 수 있다. 이 권한은 양도 후 10년 이내에 행사할 수 있다.

제87조 저작자

이 법 제7조에 규정된 시청각 저작물의 저작자는 다음과 같다.

1. 감독-연출자
2. 줄거리, 각색, 대본 또는 대화의 저작자
3. 가사 유무에 상관없이 시청각 저작물을 위해 창작된 악곡의 저작자

제88조 배타적 양도의 추정 및 제한

1. 저작자의 권리에 영향을 미치지 않고 시청각 저작물의 제작 계약에 따라 복제권, 배포권 및 공중전달권과 저작물의 더빙 또는 자막에 대한 권리는 제작자에게 배타적으로 양도된 것으로 추정한다. 다만, 영상저작물의 경우, 방송을 통한 공중전달 또는 국내 이용을 위한 형태로 공중의 이용에 제공하기 위한 복제물을 제작하기 위해 저작자의 허락이 필요하다.
2. 달리 규정하지 않는 한, 저작자는 시청각 저작물의 정상적인 이용에 손해를 미치지 않는 경우 그 기여를 별도로 처분할 수 있다.

제90조 저작자의 보상

1. 제88조에 따른 권리 이전에 대한 시청각 저작물의 저작자에 대한 보상과 적절한 경우 기존 저작물의 저작자에 대한 보상은 변형 여부에 상관없이 그 이용양식에 따라 결정하여야 한다.
2. 전항의 저작자가 시청각 녹화물 제작자와 계약을 체결한 경우 계약에서 다른 정함이 없고 공정한 보상에 대한 양도할 수 없는 권리를 제외하고 대여권을 이전한 것으로 추정한다.
3. 계약과 상관없이, 입장료를 지급하여 공공장소에서 시청각 저작물을 영사하는 경우, 본 조 제1항에 명시된 저작자는 해당 저작물을 공개적으로 재생한 자로부터 수익의 일부를 받을 수 있다. 지급 금액은 시청각 저작물의 양도자에게 지급해야 하는 금액에서 재생할 자가 공제할 수 있다.

시청각 저작물이 수출되는 경우, 저작자는 목적지 국가에서 권리의 효과적인 행사가 불가능하거나 심각하게 어려운 경우, 상기 언급된 권리를 일시불로 양도할 수 있다.

공공 회의실 또는 재생 시설의 사업자는 정기적으로 해당 보상으로 징수된 금액을 저작자에게 제공해야

한다. 이를 위해 정부는 규정에 따른 적절한 관리 절차를 수립할 수 있다.

4. 입장료를 요구하지 않는 영사 또는 재생, 유선이나 무선의 수단 또는 절차에 의한 공중 전달은 해당 관리 단체가 설정한 일반 요율에 따라 적절한 보상을 받을 수 있는 권리를 저작자에게 부여한다.

5. 시청각 저작물의 이용에 대한 저작자의 권리 행사를 용이하게 하기 위해, 제작자는 최소한 1년에 한 번 저작자의 요청에 따라 필요한 문서를 제공해야 한다.

6. 이 조 제3항과 제4항에 규정된 권리는 생전행위에 대해 양도할 수 없으며 광고 성격의 시청각 저작물의 저작자에게 적용되지 않는다.

7. 이 조 제2항, 제3항 및 제4항의 권리는 지식재산권관리단체를 통해 이행한다.

제199조 저작자

2. 시청각 저작물의 모든 저작자는 국적에 관계없이 제90조 제3항 및 제4항에 따른 보상금을 받을 권리를 가진다. 그러나 스페인 저작자에게 동등한 권리를 보장하지 않는 국가의 경우 정부는 제90조 제3항 및 제4항에 따라 재생한 자가 관리단체가 징수한 금액을 규정으로 설정된 문화적 이익의 목적을 위해 활용할 수 있도록 결정할 수 있다.

3. 어떠한 경우에도 제3국 국민은 스페인이 체결한 국제 협약 및 조약에 따라 그에 상응하는 보호를 받는다.

7. 칠레

감독과 시나리오 작가는 양도된 권리 이용에 따른 보상청구권을 가진다(2016년, 법률 20959). 실연자의 보상청구권을 인정한 법(2010년, 법률 20243)이 감독 및 작가의 보상청구권까지 확대 적용하고 있다. 다만, 신탁관리단체 Corporacion de Directores y Guionistas Audiovisuales de Chile (칠레 시청각저작물 감독 및 시나리오 작가협회, DYGA)를 통해 보상금 징수 및 분배가 이루어질 수 있으나, 현재 방송사 등 저작물 이용자와 DYGA 사이의 협상이 계속 결렬되어 징수조차 원활하게 이루어지지 못하는 상황이다.

〈법률 20959〉

제1조 영상저작물의 감독과 시나리오 작가는 법률 20243 제3조에서 규정한 포기하거나 양도할 수 없는 보상을 받을 권리를 가진다. (중간 생략)

보상금의 징수는 신탁관리단체를 통해 이루어질 수 있으며, 법률 17336 제100조 규정에 따라 금액은 설정된다.

〈법률 20243〉

제3조 영상저작물의 실연자는 영상 실연이 고정되거나 표현된 영상 미디어와 관련한 다음과 같은 행위에 대하여 포기하거나 양도할 수 없는 보상을 받을 권리를 가진다.

- A. 방송, 아날로그, 디지털의 어떤 종류를 통한 TV채널, 케이블채널, 방송국과 극장의 공연 및 방송
- B. 쌍방향 디지털 수단을 통한 이용제공
- C. 공중 대여

D. 영리 목적으로 공중이 접근 가능한 장소에서 적정 수단에 의한 배포를 위하여 비디오그램, 영상미디어, 복제물의 직접 사용

〈법률 17336〉

제100조 집중관리단체는 관리 중인 저작권 및 저작인접권의 비배타적인 사용권의 허가를 요청하는 신청인이 있는 경우 권리사용으로 인해 요구되는 사용료를 책정한 요율표에 따라 계약을 할 의무를 가진다. 집중관리단체는 신청인이 해당하는 사용료를 지불하기에 충분한 보증금을 제공하지 않는 경우에만 해당 요청에 대한 승인을 거절할 수 있다.

- 사용료는 단체의 정관에서 규정하는 운영기관을 통해 책정되고, 이는 관보에 게재되어야 한다.
- 집중관리단체는 이용자의 분류에 따라 사용료를 달리할 수 있으며 이용자단체와의 계약을 통해 대체요금 안 또는 특별요금안을 책정하여 해당 분류에 속하는 이용자는 누구라도 이 사용료를 선택할 수 있다. 이 규정에 따라 정해진 사용료는 관보에 게재되어야 한다.
- 법 또는 계약에 따라 각 이용자의 사용료 내역서가 작성되어야 하며, 사용료의 적용과 집중관리단체가 대표 하는 권리소유자의 저작물, 실연 또는 음반의 이용 간의 관계를 유지하기 위해 사용료는 구조화되어야 한다.
- 내역서 작성을 누락하거나 불완전 또는 허위로 작성한 경우 전 단락에서 규정한 적용의 권리가 부여되지 아니한다.
- 반대의 협의가 있는 경우를 제외하고, 음악저작물을 기반으로 활동하는 엔터테인먼트사 및 방송사업자는 실연내역서 또는 저작물 이용목록을 작성할 의무를 가진다. 그 외의 이용자는 실연내역서를 작성할 의무를 가지지 아니한다.

8. 콜롬비아

시청각 저작물의 저작자 또는 작가에게 시청각 저작물의 공중전달에 대한 정당한 보상을 받을 권리를 인정한다(2017년, 법률 1835). 콜롬비아 작가 신탁단체인 Red Colombiana de Escritores Audiovisuales, de Teatro, Radio y Nuevas Tecnologías (콜롬비아 시청각 작가집단관리협회, REDES)가 보상금 징수를 하고 있다.

제95조 영화 저작물의 저작자는 다음과 같다.

- A. 감독 또는 연출자
- B. 영화 대본 또는 극본의 저자
- C. 음악의 저자
- D. 애니메이션 디자인인 경우 단독 아티스트 또는 다수의 아티스트

제98조 제작자가 달리 명시하지 않는 한 영화 저작물에 대한 저작재산권의 권리가 인정된다.

① (2017년 법률 1835에 의해 추가됨) 그러나 동법 제95조에 규정된 저작자의 권리가 이전된다고 하더라도, 시청각 저작물을 대중에게 제공하고 상업적으로 대여하는 것을 포함한 공중전달에 대해 정당한 보수를

받을 권리는 보존되며, 이러한 보수는 공중전달을 하는 사람이 직접 지불한다. 동조에 언급된 보수는 저작자가 동법의 시행 이전에 행한 권리 양도에는 포함되지 않으며, 1982년 법률 23 및 이에 대한 수정 또는 추가된 규정 및 관련 법령에 의해 영화 저작물의 저작자에게 부여된 기타 권리에 영향을 미치지 않는다. 이러한 권리를 행사할 때 동법의 제95조에 정의된 저작자는 제작자에 의한 영화 저작물의 생산 또는 정상적인 상업적 이용에 대해 금지, 변경 또는 중단을 요청할 수 없다.

V. CISAC 보고서

CISAC이 발주한 연구보고서에서 시청각저작물 저작자의 보상금은 대개 제작자와의 계약에 의존하고 이러한 계약들은 저작물의 이용과정 전체에 대한 공정한 보상을 보장해 주지 않는다고 스페인 카탈루냐대학교 (Universitat de Catalunya; UOC) Raquel Xalabarder 교수는 주장한다.⁹⁾ 그의 주장에 따르면, 저작자가 자신의 저작물 이용에 대한 공정한 보상을 받을 자격이 있다는 국제적 공감대에도 불구하고 시청각저작물의 저작자는 저작물 이용의 전 과정에서 저작물이용료(royalties) 또는 그 밖의 비례적인 금액의 형태로 보상을 거의 받지 못하는 실정이라고 한다.¹⁰⁾ 그의 주장에서 알 수 있듯이, 유럽연합 내에서 보상금이란 형태가 저작물이용료의 형태일 수도 있다는 점에서 저작물사용료와 보상금을 엄격히 구분하는 우리나라 저작권법제 하에서는 유럽 법제의 논의시 유의할 필요가 있다. 우리나라 저작권법상 보상금 제도의 경우, 사전에 이용허락을 받지 않고 저작물을 이용하는 경우에 유용하다는 점과 저작물사용료에 비해 보상금의 수준에 낮다는 점을 주지할 필요가 있다.

독일 저작권법상 추가보상금은 저작물의 이용허락에 한해 적용된다는 점에 유의할 필요가 있다. 그리고 독일 저작권법 제35a조의 추가보상금 제도는 영상저작물에 한정하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다. 그 밖에 독일 저작권법상 이용허락시 사전에 보상금을 설정할 수 있다는 점에서 우리나라 저작권법상 보상금 제도와는 다른 의미로 사용되고 있음을 알 수 있다.

VI. 저작권법 개정안에 대한 법적 검토

9) Raquel Xalabarder, AV Remuneration Study: International Legal Study on Implementing an Unwaivable Right of Audiovisual Authors to Obtain Equitable Remuneration for the Exploitation of Their Works, May, 2018, p. 3 (1st ed.), available at <https://www.cisac.org/services/reports-and-research/av-remuneration-study> (last accessed on December 8, 2022).

10) Id.

1. 국제사법적 쟁점(특히 준거법)

가. 저작권 양도계약

(1) 저작권 양도계약에 관한 특별관할

제38조(지식재산권 계약에 관한 소의 특별관할) ① 지식재산권의 양도, 담보권 설정, 사용허락 등의 계약에 관한 소는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 법원에 제기할 수 있다.

1. 지식재산권이 대한민국에서 보호되거나 사용 또는 행사되는 경우
 2. 지식재산권에 관한 권리가 대한민국에서 등록되는 경우
- ② 제1항에 따른 국제재판관할이 적용되는 소에는 제41조를 적용하지 아니한다.

저작권이 우리나라 보호되거나 사용 또는 행사되는 경우에는 국제사법 제38조에 따라 우리나라 법원이 국제재판관할권을 가진다.

(2) 저작권 양도계약 내지 저작물 이용허락계약에 관한 준거법 등

저작자의 권리에 대한 보호의 범위와 이를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 수단은 보호국법이 준거법으로 된다. 이와 관련하여 베른협약 제5조 제2항이 직접 적용된다.

문학적·예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 이하 ‘베른협약’이라 한다) 제5조 제1항은 “저작자는 이 협약에 따라 보호되는 저작물에 관하여 본국 이외의 동맹국에서 각 법률이 현재 또는 장래에 자국민에게 부여하는 권리 및 이 협약이 특별히 부여하는 권리를 향유한다.”라고 규정하여 이른바 내국민대우의 원칙을 천명하고, 제5조 제2항은 “위 권리의 향유와 행사는 어떠한 방식에 따를 것을 조건으로 하지 않는다. 그러한 향유와 행사는 저작물의 본국에서 보호가 존재하는지 여부와 관계가 없다. 따라서 이 협약의 규정과는 별도로 보호의 범위와 저작자의 권리를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률에 의한다.”라고 규정함으로써 보호국법주의를 채택하고 있다. 우리나라 하급심 판례에 따르면, “국제사법 제24조는 지적재산권에 관한 국제조약에 준거법에 관한 규정이 없는 경우를 대비한 보충적 성격의 규정이므로, 국제조약에 이 사건에서 문제된 법률관계에 적용될 준거법에 관한 규정이 있는 경우에는 그에 따라 준거법을 결정하여야 할 것인데, 대한민국과 중국은 모두 주4) 베른협약의 가입국이고, 이 사건 중문서적은 베른협약 제1조 및 제2조 제1항의 ‘문학적·예술적 저작물(literary and artistic works)’에 해당하며, 베른조약 제5조 제2항 제2문은 “저작자의 권리에 대한 보호의 범위와 이를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 수단은 오로지 보호가 요구된 국가의 법률에 의해¹¹⁾ 규율된다.”라고 하여 저작재산권의 보호에

11) 다만, 베른협약 제5조 제2항이 과연 준거법에 관한 규정인지 여부 및 베른협약 제5조 제2항의 ‘보호가 요구되는 국가’가 과연 보호국을 의미하는지에 관해서는 이견이 있으나, ① 베른협약 제5조 제2항이 준거법에 관한 규정이 아니라 단순히 외인법(외인법)적 규정에 불과한 것으로 해석할 경우, 보충규정인 국제사법 제24조에 의해 ‘침해지법’이 준거법이 될 것이므로, 이 사건에서 대한민국 법률이 준거법이 되고, ② 베른협약 제5조 제2항의 ‘보호가 요구되는 국가’를 법정지국(법정지국)으로 해석한다 하

있어서의 준거법에 관해 규정하고 있으므로, 저작재산권의 보호에 관해서는 베른협약 제5조 제2항에 의하여 준거법을 결정하여야 한다.”라고 판시한 바 있다.¹²⁾

저작자의 결정이나 권리의 성립, 소멸, 양도성 등의 문제는 국제사법 제40조 (구 국제사법 제24조)에 따라 보호국법이 적용된다.

국제사법

제40조(지식재산권의 보호) 지식재산권의 보호는 그 침해지법에 따른다.

이와 관련하여 우리나라 하급심 판례에 따르면, “국제협약에서 명시적으로 본국법에 의하도록 규정하지 아니한 이상 저작권자의 결정이나 권리의 성립, 소멸, 양도성 등 지적재산권에 관한 일체의 문제를 보호국법에 따라 결정함이 타당하며, 우리나라 국제사법 제24조가 지적재산권에 관한 모든 분야에 관하여 보호국법주의를 명시하는 대신 지적재산권 침해의 경우만을 규정하는 방식을 취하고 있다 하더라도, 이를 넓게 해석하여 지적재산권의 성립, 이전 등 전반에 관하여 보호국법주의 원칙을 채택한 것으로 해석함이 상당하다.”라고 판시하였다.¹³⁾

그런데, 저작권의 양도계약 및 이용허락계약은 계약의 준거법에 관한 규정이 적용된다.¹⁴⁾ 외국계 OTT 등 외국기업은 우리나라 감독 등 창작자와 영상저작물 양도계약 내지 영상저작물 이용허락계약을 체결하면서 당사자자치 원칙에 따라 준거법을 선택할 수 있다. 우리나라 저작권법이 영상제작자인 외국기업에 불리하게 작용한다면 해당 외국 영상제작자에게 유리한 국가의 저작권법이 적용될 수 있도록 준거법을 선택하면 된다. 이러한 경우에 국내 OTT 등 국내 영상제작자가 국내 창작자와 영상저작물 양도계약 내지 영상저작물 이용허락계약을 체결하는 경우에는 외국적 요소가 있는 법률관계가 없으므로 국내 저작권법을 적용하게 된다. 영상제작자에게 일방적으로 불리하게 저작권법이 개정되는 경우에는 국내 영상제작자에게만 불리하게 적용되어 국내 영상제작자만 역차별하는 문제가 발생할 수 있다. 국내 영상제작자에게 불리하게 작용되도록 저작권법이 개정되면 국내 영상제작자가 국제사법상 준거법 선택이 가능할 수 있도록 창작자 중 1인 이상을 외국인으로 섭외하는 등 행위를 하여 국내 영상제작자에게 유리한 준거법(외국 저작권법)을 선택하는 가능성이 높아질 가능성이 있다. 따라서 OTT 서비스가 초국경적으로 확대되면서 우리 저작권법만 영상저작물의 창작자에게 유리하게 개정한다고 해서 영상저작물의 창작자에게 유리하게 작용하지 않을 법적 환경이 만들어질 수 있음에도 유의할 필요가 있다.

더라도, 이 사건의 법정지는 대한민국이므로 역시 대한민국 법률이 준거법이 된다 (서울중앙지방법원 2008. 6. 20. 선고 2007가합43936 판결).

12) 서울중앙지방법원 2008. 6. 20. 선고 2007가합43936 판결.

13) 서울고등법원 2008. 7. 8. 선고 2007나80093 판결.

14) 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013년, 288면.

나. 양도가능성

당사자 사이에 영상저작물에 대한 특례규정에 따라 양도 추정이 일어나는 경우에는 특약이 없는 경우에 해당하므로 그 법적 성질은 양도가능성의 문제로 보는 것이 적절하다. 양도가능성에 대한 준거법은 보호국법이 될 것이다.

미국법률가협회(American Law Institute)가 2008년 제정한 ‘국제분쟁에서

재판관할, 준거법 및 판결을 규율하는 원칙’(Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes),¹⁵⁾ 지식재산에 관한 저촉법에 대한 유럽 막스프랑크 그룹(European Max planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property)이 2011년 12월 1일 제정한 ‘지식재산에 관한 저촉법 원칙’(Conflict of Laws in Intellectual Property Principles; 이하 ‘CLIP 원칙’이라 한다)¹⁶⁾, 투명화안,¹⁷⁾ 한일공동제안¹⁸⁾¹⁹⁾ 및 ILA 가이드라인²⁰⁾은 양도가능성에 대한 준거법을 보호국법으로 하고 있다. 참고로 ILA 가이드라인은 “제 19조 존재, 범위와 양도가능성(보호국법)”이란 표제 하에 “지식재산권의 존재, 유효성, 등록, 기간, 양도가능성과 범위, 그리고 지식재산권에 관한 그밖의 모든 문제에 대한 준거법은 보호가 청구되고 있는 국가의 법이다.”라고 규정하고 있다.²¹⁾

지식재산권의 “양도 가능성”은 계약과 분리되어야 한다. 양도 가능성은 재산권으로서 지식재산권의 속성이며 계약은 지식재산권 이전의 틀과 세부 요건을 설정한다. 양도 가능성은 인격권과의 연결이 미미하다는 점을 암시한다.²²⁾

15) The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdictions, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2008).

16) European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary* (2013).

17) Japanese Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property, see the English text in J. Basedow, T. Kono and A. Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Mohr Siebeck, 2010, pp. 394-402.

18) 知的財産權(に)する國際私法原則(日韓共同提案)(2010年10月14日版の解説), 『企業と法創造』, 2011. 3., 第7卷 第6号, 112-163頁; 知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案), 『國際私法研究』 제17호, 2011. 12.

19) §§ 301, 314 ALI Principles; Arts 3:102, 3:301 CLIP Principles; Art 305 Transparency Proposal; 한일공동제안 제 301조 및 제309조.

20) ILA Committee on Intellectual Property and Private International Law, *Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”), RESOLUTION 6/2020*, 12 (1) JIPITEC ANNEX (2021); 이규호/이종혁, “지식재산과 국제사법에 관한 ILA 가이드라인”, 『국제사법연구』, 제27권 제1호, 679-710면.

21) Marie-Elodie Ancel, Nicolas Binctin, Josef Drexl, Mireille van Eechoud, Jane C Ginsburg, Toshiyuki Kono, Gyooho Lee, Rita Matulionyte, Edouard Treppoz, and Dário Moura Vicente, *International Law Association’s Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”): Applicable Law*, 12(1) JIPITEC § 1 (2021).

22) Toshiyuki Kono, *General Provisions*, in Marie-Elodie Ancel, Nicolas Binctin, Josef Drexl, Mireille van Eechoud, Jane C Ginsburg, Toshiyuki Kono, Gyooho Lee, Rita Matulionyte, Edouard Treppoz, and Dário Moura Vicente, *International Law Association’s Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”): Applicable Law*, 12(1) JIPITEC § 1.19.9 (2021).

다. 보상금

(1) 국제재판관할

ILA 가이드라인 제6조는 “제6조 저작물의 이용 또는 저작인접권의 객체의 이용으로 인한 법적 보상금”이란 표제 하에 “저작물 또는 저작인접물의 객체의 적법한 이용에 대한 법적 보상금에 관한 분쟁에 대한 사건에서 보상금지급청구권이 발생하는 국가의 법원에서 제소할 수 있다. 해당 국가의 법원의 재판관할권은 해당 법원이 소재하는 국가의 영토에 한해 미친다.”라고 규정하고 있다.

(2) 준거법

보상금의 근거를 법정 보상금의 성격으로 규정할 것인지 아니면 계약의 연장선상에서 계약의 해석 문제로 접근할 것인지 여부에 따라 준거법이 달라질 수 있다.

보상금을 저작권신탁관리단체에서 수령하도록 하는 경우에는 보호국법을 준거법으로 하는 것이 타당할 것이다. ILA 가이드라인 제27조가 이러한 입장과 결을 같이 한다. 반면에 이용료 의원안처럼 보상금을 계약의 연장선상에서 접근한다면 계약의 준거법에 의하는 것이 타당할 것이다.²³⁾

참고로 ILA 가이드라인 제27조에서는 “저작권 및 저작인접권의 영역에서 권리의 집중관리”란 표제 하에 “1. 집중관리단체(collective rights management organization)가 경영상 실제적 본거를 가지고 있는 국가의 법이 다음을 규율한다:

- a) 집중관리단체의 특정한 설립 구조에 관한 요건
- b) 권리자와 권리자를 대표하는 다른 집중관리단체가 해당 집중관리단체를 상대로 하는 관계와 관련한 권리, 조건과 원칙으로서 아래와 같은 것
 - (i) 해당 단체의 회원이 될 수 있는 권리와 조건
 - (ii) 해당 단체에 권리를 위임할 수 있는 권리와 조건

23) 석광현 교수는 구름빵 사건과 관련하여 “독일법상 독일 저작권의 양도가 무효이더라도 독점적 이용권을 설정한 것으로 해석 하므로 적절한 보상을 청구할 수 있고(제32조), 약정된 보상이 적정하지 않으면 적절한 보상이 주어질 수 있도록 상대방에게 계약 변경에 사전동의할 것을 청구할 수 있으며, 추가 보상을 청구할 수 있다(제32a조). 양 조문은 강행규정이다(제32b조). 독일 저작권법상 위 조문들은 저작물이 독일에서 이용되는 한 계약의 준거법에 관계없이 적용된다(제32b조 제2호). 한편 프랑스법상 유효한 범위 내라면 (이용자 또는 양수인은) 저작권자에게 얻은 수익에 비례하는 보상을 해야 한다(제L131-4조). 정액보상이라면 침해로 인해 또는 계약 당시 저작물로부터 받을 수익을 충분히 예측하지 못하여 저작자가 입은 손실이 12분의 7 이상인 경우 저작자는 (이용자 또는 양수인에게) 보상 조건의 변경을 요구할 수 있다(제L131-5조). 다만 보상은 계약 준거법인 한국법이 규율하나 우리 법원이 재판시 독일법·프랑스법 조문의 적용 내지 고려 여부가 문제된다. 프랑스법상 제L131-4조는 강행규정인데 그의 국제적 강행규정성은 불확실하나 가사 그렇더라도 우리 법원이 재판시 제3국의 것이므로 당연히 적용되지는 않는다.”라고 설명하고 있다 (석광현, “구름빵 사건과 저작권의 국제적 보호”, 『법률신문』, 2021.4.26., available at <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=169516>). 구름빵 사건에서 서울중앙지방법원 2019. 1. 11. 선고 2017가합588605 판결과 서울고등법원 2020. 1. 21. 선고 2019나2007820판결은 계약 당시 원고가 신인작가임을 고려하면 저작권 양도 조항은 상업적 위험을 분담하는 측면도 있고 저작재산권 일체를 양도하는 조항이 원고에게 부당하게 불리한 것은 아니라고 판단하였다. 원고는 상고하였으나 대법원은 심리불속행으로 기각하였다. 다만, 구름빵과 2차적 저작물(애니메이션 등)이 독일·프랑스에서도 간행되었기 때문에 “저작물을 공표함으로써 저작자가 취득하는 저작권은 전세계적으로 통용되는 하나의 저작권이 아니라 복수국가 법에 따른 복수 저작권이고 그의 법적 보호는 국가별로 다르다. 이 사건에서 법원은 한국 저작권만 검토하였으나, 국제사법(제24조)에 따라 외국저작권 양도에 관하여 보호국법인 독일법·프랑스법을 적용하여야 한다.”라는 석 교수의 견해에 찬동한다 (위의 연구논단).

- (iii) 해당 단체가 권리를 관리하는 것을 철회할 수 있는 권리와 조건
 - (iv) 해당 단체의 수입을 권리자와 권리자를 대표하는 그 밖의 집중관리단체에 계산 및 분배하는 것에 관한 요건
 - (v) 집중관리단체가 제공하는 대체적 분쟁해결을 이용할 수 있는 권리와 조건
 - c) 당사자들의 법선택이 없는 경우 권리자가 이 기구에 권리를 위임하는 계약
2. 보호가 청구되는 국가의 법이 다음을 규율한다:
- a) 집중관리단체가 일정한 저작물 또는 저작인접물에 관한 보호를 청구할 권한을 부여 받았다는 추정
 - b) 필수적인 집중관리
 - c) 개별적인 집중관리단체가 권리자의 사전적 동의 없이 이용허락하거나 법적 보상금을 수령할 수 있는 권한
 - d) 집중관리단체가 이용자에게 권리를 이용허락하여야 하는지 및 어떤 조건에서 하여야 하는지의 쟁점
 - e) 사용료와 법정 보상금의 계산에 관한 요건
3. 법정지의 법이 집중관리단체의 당사자적격을 규율한다.
4. 본조는 경쟁법 규칙의 적용을 방해하지 않으면서 적용된다.”라고 규정하고 있다.
- ILA 가이드라인은 제27조 제2항에 따라 사용료와 법정 보상금의 계산에 관한 요건은 보호국법에 따르도록 하고 있다.

라. 업무상저작물

영상저작물이 업무상저작물에 해당하는 경우에는 근로관계에 관한 준거법이 적용되는 관계로 국제사법 제48조를 고려할 필요가 생긴다.²⁴⁾

제48조(근로계약) ① 근로계약의 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항에 따라 지정되는 준거법 소속 국가의 강행규정에 따라 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.
 ② 근로계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 근로계약은 제46조에도 불구하고 근로자가 일상적

24) 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결 [영업방해금지] 에 따르면, “직무발명에서 특허를 받을 권리의 귀속과 승계, 사용자의 통상실시권의 취득 및 종업원의 보상금청구권에 관한 사항은 사용자와 종업원 사이의 고용관계를 기초로 한 권리의무 관계에 해당한다. 따라서 직무발명에 의하여 발생하는 권리의무는 비록 섭외적 법률관계에 관한 것이라도 성질상 등록이 필요한 특허권의 성립이나 유·무효 또는 취소 등에 관한 것이 아니어서, 속지주의의 원칙이나 이에 기초하여 지식재산권의 보호에 관하여 규정하고 있는 국제사법 제24조의 적용대상이라 할 수 없다. 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 필요하다. 이러한 사정들을 종합하여 보면, 직무발명에 관한 섭외적 법률관계에 적용될 준거법은 발생의 기초가 된 근로계약에 관한 준거법으로서 국제사법 제28조 제1항, 제2항 등에 따라 정하여지는 법률이라고 봄이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 실용신안에 관하여도 마찬가지로 적용된다.”라고 판시한 바 있다.

으로 노무를 제공하는 국가의 법에 따르며, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 따른다.

사용자, 종업원 및 고용계약의 정의는 법률관계 성질결정의 문제다.²⁵⁾ 유럽사법재판소의 판례에 따르면, (i) 일정한 기간동안 보수를 받고 타인의 지시를 수행하기 위해서 또는 타인의 지시하에 서비스를 제공하는 경우,²⁶⁾ (ii) 사용자의 영업의 조직 내에서 해당 서비스가 종업원에 의해 어느 정도 수행되는 경우²⁷⁾에 고용관계가 존재하는 것으로 판시하였다. 미국 판례에 따르면 (i) 서비스가 기업의 위험 또는 결정권자와 연계되지 않은 경우²⁸⁾에도 고용관계가 존재하는 것으로 판시하였다.

CLIP원칙 제3:201조 제3항에 따르면 고용계약과 관련해서는 저작권의 최초귀속에 대하여 적용되는 준거법은 고용계약준거법이다. 다만, 이 원칙은 특이하게도 고용관계로부터 발생한 지식재산권의 이전 또는 실시를 규율하는 준거법에 관한 별도 조문 (CLIP 원칙 제3:503조 제1항)을 두고 있다. 이 조문에 따르면, 이 쟁점에 대해 당사자자치를 우선적으로 존중하고 있다. 사용자와 종업원 사이에 위 쟁점에 대해 준거법을 지정하지 않은 경우에는 지식재산권의 이전 또는 실시에 관한 당사자의 권리 및 의무는 종업원의 주된 의무이행지법으로 하고(CLIP 원칙 제3:503조 제2항), 전반적인 상황을 고려할 때 종업원의 주된 의무이행지보다 고용계약과 밀접한 국가가 존재하는 경우에는 그 국가의 법률을 준거법으로 한다(CLIP 원칙 제3:503조 제3항).

미국법률가협회(American Law Institute)가 2008년 제정한 ‘국제분쟁에서 재판관할, 준거법 및 판결을 규율하는 원칙’(Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes)²⁹⁾ 제313조 제1항 제c호 및 제2항에 따르면, 저작물이 고용관계에 따라 창작된 경우에는 고용관계준거법이 적용되나 고용관계준거법이 해당 저작물을 보호해 주지 아니하는 경우에는 최초 권원은 해당 저작물이 이용되어 권리가 승인된 최초의 국가의 법을 준거법으로 하게 된다고 규정하고 있다.

2010년 10월 14일 출판된 ‘지적재산권에 관한 국제사법원칙 (한일공동제안)’³⁰⁾ 제308조 제4항에서도 업무상저작물의 최초귀속에 대해서는 고용관계준거법을 적용하고 있다.³¹⁾

25) Christian Heinze, *Article 3:502: Applicable Law in the Absence of Choice*, in European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*, § 3:503.C04, p. 281 (2013).

26) ECJ Case C-94/07 Raccanelli v. Max-Planck-Gesellschaft [2008] ECR I-5939 at [33].

27) ECJ Case 266/85 Shenavai v. Kreisler [1987] ECR 239 at [16].

28) *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 US 730 (1989).

29) The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdictions, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2008).

30) 知的財産權にする國際私法原則(日韓共同提案)(2010年10月14日版の解説), 『企業と法創造』, 2011. 3., 第7卷 第6号; 知的財産權에 관한 國際私法原則(韓日共同提案), 『國際私法研究』 제17호, 2011. 12.

31) 第308条 최초의 권리귀속의 준거법

(1) 지적재산권의 최초의 권리 귀속은 보호국의 법에 따른다.

2010년 3월 26일 한국국제사법학회가 승인한 국제지적재산소송 원칙 제25조 제2항에서는 특이하게도 업무상저작물에 의하여 발생한 지식재산에 관한 최초 권리귀속 또는 승계는 당사자간에 다른 합의가 없는 한 사용자의 상거소지국법에 따르도록 하고 있다.³²⁾

ILA 가이드라인 제23조는 “근로계약”이란 표제 하에 “1. 사용자와, 지식재산권을 발생시키는 노력을 한 근로자는 제21조에 따라 그들의 계약관계를 규율하는 법을 선택할 수 있다. 다만, 이와 같은 법선택은 그 법선택이 없었더라면 제2항과 제3항에 따라 적용되었을 법에 따른 것으로서 합의에 의하여 박탈될 수 없는 규정에 의하여 그에게 부여되는 보호를 박탈하는 결과로 되어서는 안 된다.

2. 당사자들의 법선택이 없는 경우 사용자와 근로자 간의 계약관계는 근로자가 계약의 이행을 위하여 그 안에서, 또는 그렇지 않으면 그로부터, 일상적으로 그의 노무를 제공하는 국가의 법에 의하여 규율된다.

3. 근로자가 다른 국가에서 일시적으로 근로하는 경우에는 일상적으로 노무를 제공하는 국가는 변경된 것으로 간주되지 않는다. 당해 사안의 모든 사정으로부터 당해 계약이 제2항에 따라 지정된 국가 이외의 국가와 더 밀접하게 관련되어 있음이 명확한 경우에는 그 다른 국가의 법이 적용된다.”라고 규정하고 있다.³³⁾

(3) 외국판결의 승인 및 집행

ILA 가이드라인 제34조 제2항에서는 “법원은 판결을 선고한 법원이 창작자, 실연자 및 근로자를 보호하기 위한 제20조 내지 제24조의 규칙에 위반하여 준거법을 지정한 경우에는 외국판결의 승인 및 집행을 거절할 수 있다.”라고 규정하고 있어 근로계약에 관한 준거법 조항을 위반하여 준거법을 지정한 경우에는 외국판결의 승인 및 집행을 거부할 수 있다고 정하고 있다.

마. 외국법을 준거법으로 하는 경우 및 외국법의 강행규정 적용 여부

구름빵 사건처럼 독일법(예)을 준거법으로 적용하였어야 하는 경우에는 독일법을 고찰할 필요가

(2) 저작물에 관한 최초의 권리의 귀속은 최초로 창작된 국가의 법에 따른다. 다만, 최초의 창작국이 불명한 경우에는 창작 당시의 창작자의 상거소지국에서 창작된 것이라고 추정한다. 창작자가 복수인 저작물에 대해서는 창작자 사이의 합의에 의해서 지정된 창작자의 창작 당시의 상거소지국으로 창작된 것이라고 추정하고, 그것이 없는 경우에는 다수의 창작자의 창작 당시의 상거소지국에서 창작된 것이라고 추정한다.

(3) 전항의 규정에 의하여 준거법이 지적재산권을 인정하지 아니하는 경우에는, 그 권리가 최초로 이용되고 보호되는 국가의 법에 의한다.

(4) 지적재산권이 고용계약 그 외의 당사자간에 있어서 이전부터 존재하는 관계에서 발생하고 있는 경우에는 그 계약 또는 관계의 준거법에 따른다.

32) 국제지적재산소송 원칙 제25조 (당사자간에 관계가 있는 경우)

① 제24조에 있어서 지적재산이 계약 그 밖에 당사자간에 미리 존재하는 관계로부터 발생하는 경우에는 그 계약 또는 관계의 준거법에 따른다.

② 제1항에 불구하고 직무발명, 직무저작 또는 이와 유사한 관계에 의하여 발생한 지적재산에 관한 최초권리의 귀속 또는 승계는 당사자간에 다른 합의가 없는 한 사용자의 상거소지국법에 따른다. 참고 국제지적재산소송원칙, 『국제사법연구』, 제16호, 2010. 12., 361-376면.

33) 이규호/이종혁, 앞의 자료, 697-698면.

있다. 당사자가 계약준거법으로서 독일 이외의 법을 선택한 경우이더라도 또는 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에는 외국법이 독일 민법시행법 제27조 이하에 따라 계약에 적용되더라도 독일 민법시행법(EGBGB) 제34조상 국제사법 일반원칙에 따라 독일의 강행규정이 저작권계약에 적용된다. 그럼에도 독일법상 강행규정을 적용하기 위해서는 구체적인 국내적 요소를 요구한다.³⁴⁾

독일 저작권법 제32조 및 제32조의a에 따라 저작자 또는 실연자의 공정한 보상청구 및 추가적 참여청구에 관한 규정은 강행규정으로 보는 것이 독일의 통설이다.³⁵⁾ 독일 저작권법 제32조의b는 섭외사건의 관점에서 같은 법 제32조 및 제32조의a의 적용범위에 관한 구체적인 조문을 두고 있다. 독일 저작권법 제32조의b(강행적 적용)에 따르면 준거법선택이 없는 이용계약이 독일법에 의하여 규율되는 경우 또는 계약의 대상이 독일 저작권법의 지역적 적용범위 내에서 기준이 되는 이용행위인 경우에 강행적으로 적용된다.

2. 저작권법 개정안 자체에 대한 검토

가. 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안에 대한 검토

첫째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안은 저작자와 영상제작자 사이의 권리관계에 적용되는 저작권법 제100조에 비추어 볼 때, 저작자와 영상제작자 사이의 정당한 보상을 논의하기 위해서는 계약당사자인 저작자와 영상제작자 사이에 적용되는 조문을 설계하여야 한다. 그럼에도 불구하고 저작권법 개정안 제100조의2는 저작자와 영상저작물최종제공자 사이에 정당한 보상을 논의하고 있어서 영상저작물최종제공자의 헌법상 영업의 자유와 재산권을 과도하게 침해할 소지가 있다.

영상저작물의 저작자 <=====> 영상저작물의 제작자 <=====> 방송사, 극장, OTT, 비디오숍 등
영상저작물의 최종공급자

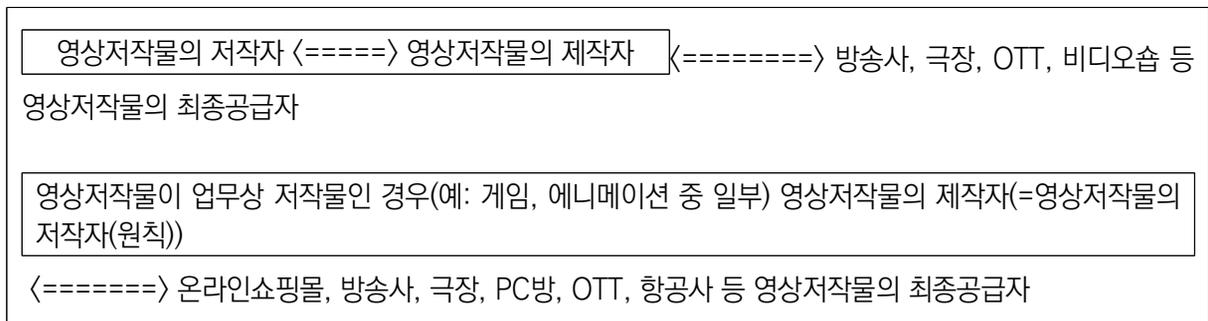
둘째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안은 저작물 사용료 및 보상금의 지급 주체와 그 상대방에 대한 법리적 오해에서 비롯된 것으로 판단된다. 저작재산권자로부터 사전에 이용허락을 받는 경우에는 저작물 사용료(royalties)를 지급하고, 사후에 보상하는 경우에는 보상금을 지급하는 것이 현 저작권법의 체계다. 현 저작권법 제100조 제1항에 따라 영상저작물의 이용에 필요한 권리는 영상제작자에게 양도된 것으로 추정되거나 특약에 따라 영상저작물에 관한 저작재

34) Silke von Lewinski and Dorothee Thum, INFORMATION ON GERMANY RELATING TO THE QUESTIONNAIRE TO NATIONAL EXPERTS CONTAINED IN THE APPENDIX TO THE STUDY ON TRANSFER OF THE RIGHTS OF PERFORMERS TO PRODUCERS OF AUDIOVISUAL FIXATIONS (DOCUMENT AVP/IM/03/4) (October 22, 2003), AD HOC INFORMAL MEETING ON THE PROTECTION OF AUDIOVISUAL PERFORMANCES, Geneva, November 6 and 7, 2003, p. 26, available at https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/avp_im_03/avp_im_03_4d_rev.pdf (최종방문일: 2023. 4. 10.).

35) Id. p. 28.

산권 전부 또는 일부가 영상제작자에게 양도된 경우, 그 양도된 저작재산권에 대해서는 영상제작자가 행사한다. 따라서 영상제작자가 OTT에게 사전에 이용허락하는 경우에는 영상제작자가 저작물 사용료를 지급받고, 사후에 보상하는 체계를 신설한다면 그 경우에도 영상제작자가 보상금을 지급받아야 하는 구조가 법리적으로 적절하다. 그러한 점에서 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안은 작곡가와 작사가가 저작재산권자로서 보상금지급청구권의 주체가 될 수 있는 음악저작물과 관련된 보상금 체계과는 상이한 접근방식을 취하고 있다.

셋째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안의 경우, 다양한 영상저작물이 존재하고 영상저작물의 유형에 따라 창작자의 기여분이 상이할 수 있다는 점을 간과하고 있다. 영상저작물에는 영화 뿐만 아니라 드라마, 게임, 애니메이션, 광고 등이 포함될 수 있고, 영화와는 달리 감독의 역할이 제한적인 장르도 존재한다.



넷째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안의 경우, 영상저작물이 가지는 특수성을 충분히 반영하지 못하고 있다. 영상저작물은 통상적으로 공동저작물에 해당한다. 그런데 공동저작물임에도 불구하고 어느 범위까지 공동저작자인지 확정하기 어려운 경우가 발생할 수 있다. 그리고 공동저작자 확정과 관련하여 공동저작자 사이에 분쟁이 발생하는 경우에는 저작권법 개정안 제 100조의2는 원천적으로 적용되지 아니할 수 있다. 왜냐 하면, 저작권법 제48조 제1항에 따라 공동저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도할 수 없기 때문이다.

다섯째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안의 경우, “영상저작물을 제공한 결과 발생된 수익에 비례하여 정당한 보상을 받을 수 있는 권리”란 문구에서 영상저작물 출시에 따른 기대수익에 입각하여 사전에 충분히 반대급부를 제공한 경우에 추가 보상금을 받을 권리가 없어야 하는 것이 아닌가라는 의문이 생긴다.

여섯째, ‘영상저작물을 제공한 결과 발생된 수익’이 ‘창작자 개인의 저작물 이용으로 발생한 수익’과 동일시할 수 없을 정도로 영상제작자의 다른 노력이 투영된 경우에는 ‘영상저작물을 제공한 결과 발생한 수익’에 비례하여 보상금지급청구권을 인정하는 것은 영상제작자에게 과도하게 부당할 수 있다.

저작권법

제48조(공동저작물의 저작재산권의 행사) ① 공동저작물의 저작재산권은 그 저작재산권자 전원의 합의에 의하지 아니하고는 이를 행사할 수 없으며, 다른 저작재산권자의 동의가 없으면 그 지분을 양도하거나 질권의 목적으로 할 수 없다. 이 경우 각 저작재산권자는 신의에 반하여 합의의 성립을 방해하거나 동의를 거부할 수 없다.

② 공동저작물의 이용에 따른 이익은 공동저작자 간에 특약이 없는 때에는 그 저작물의 창작에 이바지한 정도에 따라 각자에게 배분된다. 이 경우 각자의 이바지한 정도가 명확하지 아니한 때에는 균등한 것으로 추정한다.

③ 공동저작물의 저작재산권자는 그 공동저작물에 대한 자신의 지분을 포기할 수 있으며, 포기하거나 상속인 없이 사망한 경우에 그 지분은 다른 저작재산권자에게 그 지분의 비율에 따라 배분된다.

④ 제15조제2항 및 제3항의 규정은 공동저작물의 저작재산권의 행사에 관하여 준용한다.

일곱 번째, 영화 감독에 대한 정당한 반대급부가 개정의 취지라고 한다면 문화체육관광부가 영화 감독과 영상제작자 사이에 상생할 수 있는 계약을 주기적으로 실태조사하고 개선요구를 할 수 있는 권한을 주도록 하는 방안이 보다 현실적일 것이다. 다만, 영화 감독으로 한정하여 규율하는 것이 입법기술상 난이도가 높다는 점을 시인하지 않을 수 없다.

여덟 번째, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안은 영화 감독의 보상금을 수령할 수 있는 저작권신탁관리단체의 설립을 예정하고 있는 것으로 판단된다. 이 경우, 이 개정안들이 신설되더라도 저작권신탁관리단체의 관리비용과 나눠갖기식 분배의 비효율성으로 인하여 킬러 콘텐츠를 감독한 영화 감독의 보상권이 왜곡될 우려도 있다.

나. 이용호 의원 대표발의안에 대한 검토

이용호 의원 대표발의안은 영상저작물에 국한해 적용되는 것이 아니라 모든 저작물의 양도에 적용된다는 점에서 보다 신중하게 접근할 필요가 있다.³⁶⁾ 그런데, 역으로 특약을 두지 않아 영상저작물에 대한 특례규정이 적용되는 경우에는 이용호 의원 대표발의안 제46조의2 제1항은 적용되지 않는 문제가 발생한다. 그리고, 저작자가 제45조제1항에 따라 저작재산권을 양도한 대가로 받은 보상과 양도 이후에 양수인(“재양수인”을 포함한다. 이하 같다)이 저작물 이용에 따라 취득한 수익 간에 현저한 불균형이 발생한 경우, 영상저작물의 공동저작자 사이의 창작기여분을 판단하기 곤란할 때에는 어느 공동저작자가 추가보상금을 청구할 수 있을지 확정하기 어렵다.

유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안과는 달리 계약 당사자에 한정하여 보상금을 논의한다는 점에서는 헌법상 영업의 자유와 재산권을 침해한다고 보기는 어렵다. 이러한 점에서

36) 박성호, “영상저작물의 창작자에게 공정한 보상을 보장하는 방안에 관한 연구”, 『인권과 정의』, Vol. 510 (2022년 12월) 53면 (영상저작물의 창작자에게 공정한 보상을 보장하기 위한 제도 개선 방안으로 해석론으로는 미국 및 일본처럼 영화감독조합과 영상제작자 단체 간의 단체협약 사례를 실천할 필요가 있다고 하고, 입법론으로는 중장기적으로 독일과 프랑스의 법제를 참고하여 입법할 필요가 있다고 주장한다.)

볼 때, 유정주 의원 대표발의안과 성일종 의원 대표발의안에 비해 수용가능성 측면에서 충분히 고려해 볼 수 있다고 생각한다. 영상저작물은 많은 이들의 기여분이 복잡하게 엉켜 있어 상당한 논의 과정이 필요하므로 저작자를 확정할 수 있는 경우로 한정하여 논의할 필요가 있다. 이 경우에도 출판계 등의 반발에 적지 않을 것이므로 진통이 따를 것이다.

그런데, 이용호 의원 대표발의안은 저작재산권을 양도한 대가로 받은 반대급부를 합의한 당사자가 아닌 제3자도 포함하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 양도 이후의 양수인(재양수인)은 그 반대급부의 금액을 알지 못할 가능성도 높고 자신의 계약조건을 양수인이 내세운 청약에 비추어 보아 승낙하는 형태를 취할 수 밖에 없다는 점에서 재양수인을 포섭하는 것은 계약당사자가 아닌 제3자의 추가 보상금 청구로 인해 불의타를 입게 되어 헌법상 영업의 자유와 재산권을 침해당할 소지가 있다. 그리고 저작자가 양수인과 재양수인 등 복수의 자에 대하여 동일한 추가보상청구권을 행사할 수 있게 되어 저작물의 안정적인 유통질서를 훼손할 수도 있다. 따라서, 이용호 의원 대표발의안에서 '재양수인'이란 문구는 삭제하는 것이 타당하다.

그 밖에 이용호 의원 대표발의안에서는 도종환 의원 대표발의안 제61조에 상응하는 조문과는 달리 영상저작물에 관한 특례규정을 포섭하는 규정을 둘 필요가 있다. 따라서, 이용호 의원 대표발의안에 다음의 규정을 추가할 필요가 있다.

제46조의2(저작자의 추가 보상 청구) ① 저작자가 제45조제1항에 따라 저작재산권을 양도한 대가로 받은 보상과와 양도 이후에 양수인(“재양수인”을 포함한다. 이하 같다)이 저작물 이용에 따라 취득한 수익 간에 현저한 불균형이 발생한 경우에는 저작자는 양수인에게 자신이 기여한 부분에 상응하는 금액을 추가로 추가적인 보상을 청구할 수 있다. 다만, 저작자가 양수인으로부터 저작물 이용에 따른 수익 중 일부를 현저하게 불균형하지 아니한 비율로 지급보상받도록 약정한 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항에 따른 청구는 저작재산권이 양도된 날로부터 10년 안에 행사하여야 한다.

③ 제1항에 따른 기여분보상은 저작자와 양수인이 협의하여 정하되, 협의가 성립되지 아니한 경우에 저작자 또는 양수인은 위원회에 조정을 신청할 수 있다.

④ 제1항에 따라 청구할 수 있는 권리는 포기하거나 양도할 수 없다. 다만, 그 행사를 타인에게 위탁할 수 있다.

⑤ 제1항에 따라 청구할 수 있는 권리는 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 저작재산권을 영상제작자에게 양도한 경우(제100조 제1항에 따라 추정되는 경우를 포함한다)에도 적용한다.

제46조의3(정보제공 청구) 저작자는 제46조의2제1항에 따른 청구를 하기 위하여 필요한 경우 양수인에게 해당 저작물의 이용 및 수익 산정에 필요한 정보의 제공을 청구할 수 있다. 이 경우에 양수인은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

제88조 제목 외의 부분을 제1항으로 하고, 같은 조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.

—② 실연자가 제69조부터 제74조까지의 권리를 양도한 경우에는 제46조의2 및 제46조의3을 준용한다. 이 경우 “저작자”는 “실연자”로 본다.

제101조의2를 다음과 같이 신설한다.

제101조의2(영상저작물에 대한 추가 보상 청구의 행사 방법) ① 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자 및 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자가 그 영상저작물의 이용에 필요한 권리를 양도(제100조제1항 및 제3항에 따라 추정되는 경우도 포함한다)한 후 제46조의2 및 제46조의3(제88조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 청구를 하는 경우에는 대표자를 선정하여 행사할 수 있다.

② 제1항에 따라 선정된 대표자는 제46조의2의 행사에 따른 보상금을 권리자가 정한 분배 조건에 따라 분배하여야 한다.

제101조의2부터 제101조의5까지를 각각 제101조의3부터 제101조의6까지로 한다.

제129조의3제1항 각 호 외의 부분 본문 중 “제101조의3”을 “제101조의4”로 한다.

또한, 이용호 의원 대표발의안은 영상저작물의 제작자를 상대로 실연자의 추가보상청구권을 인정하고 있다. 즉 이용호 의원 대표발의안은 저작권법 제69조 내지 제74조(실연자의 복제권, 배포권, 대여권, 공연권, 방송권, 전송권)에 따른 실연자의 재산권이 양도된 경우에 실연자의 재산권을 양수한 자는 영상제작자에 대해 추가보상청구권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 영상저작물에 출연한 실연자가 개별적으로 추가보상청구권을 행사할 수 있게 되면 현행 저작권법 제100조 제3항37)을 둔 취지에 반하게 된다. 다시 말해서, 영상저작물에 출연한 실연자가 추가보상청구권을 인정하게 되면 영상제작자의 투자의지가 현저하게 저하시킬 우려가 있다. 예컨대 영화에 출연한 영화배우 각각의 기여분을 추산하는 것이 곤란하고 실연자 중 일부가 추가보상청구의 소를 제기하면 영상제작자는 우리나라 영화산업에 대한 투자를 접을 수도 있을 것이다. 그리고 글로벌 OTT는 계약의 준거법을 우리나라 이외의 국가의 법으로 할 가능성이 높아질 것이다.

그리고 실연자가 실연에 대한 재산권자로서 보상금지급청구권을 행사하는 경우가 존재한다. 그런데 실연자가 그 재산권을 양수하였음에도 불구하고 보상금지급청구를 하게 하면 영상제작자로서 그 실연에 대한 재산권을 양수한 자에게 보상금을 지급하는 동시에 실연자에 대해서도 추가 수익배분을 해야 하는 구조가 된다. 이렇게 영상제작자에게 이중지급하게 하는 것이 타당한 것인지 여부가 문제될 수 있다.

전술한 바와 같이 실연자가 재산권을 양도한 경우에는 그 재산권을 양수한 영상제작자가 추가로 수익배분을 해야 하는 구조가 된다. 이와 관련하여 흥행한 영상저작물이 드라마 시리즈이고 제1화에만 잠깐 출연한 배우가 추가로 수익배분청구를 하는 경우에는 영상제작자의 입장에서 제1화의 시청율이 저조한 점 등을 들어 수익배분을 거부할 가능성이 있다. 실연자와의 계약상 지위의 불균

37) 제100조(영상저작물에 대한 권리) ① 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 자가 그 영상저작물에 대하여 저작권을 취득한 경우 특약이 없는 한 그 영상저작물의 이용을 위하여 필요한 권리는 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.

② 영상저작물의 제작에 사용되는 소설·각본·미술저작물 또는 음악저작물 등의 저작재산권은 제1항의 규정으로 인하여 영향을 받지 아니한다.

③ 영상제작자와 영상저작물의 제작에 협력할 것을 약정한 실연자의 그 영상저작물의 이용에 관한 제69조의 규정에 따른 복제권, 제70조의 규정에 따른 배포권, 제73조의 규정에 따른 방송권 및 제74조의 규정에 따른 전송권은 특약이 없는 한 영상제작자가 이를 양도 받은 것으로 추정한다.

형이라든지 계약 자체의 불공정성이 문제가 아니라 영상저작물의 흥행 여부에 대해 수익배분을 청구하는 구조가 타당한 것인지 여부 및 흥행 참패의 경우에는 실연자가 전혀 책임을 분담하지 않는 구조에서 영상저작물의 흥행 여부에 대해 수익배분을 청구하게 할 것인지 여부는 입법정책상의 논의 대상이라고 생각한다.

그 밖에 저작자가 양수인에게 정보제공청구를 가능하게 하면 양수인의 영업비밀을 요구하는 형국이 되어 타당하지 않다. 이 경우, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 정당한 사유를 주장하여 입증하면 정보제공청구의 소가 기각될 수 있겠지만, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 것을 주장하여 입증하는 과정에서 영업비밀의 유출 가능성이 높아질 수 있다. 이와 관련하여 민사소송법상 문서 제출명령제도를 통해 상당 부분 저작자가 양수인에게 정보를 취득할 수 있다는 점도 충분히 고려할 필요가 있다.

다. 유정주 의원 대표발의안, 성일종 의원 대표발의안, 이용호 의원 대표발의안에 공통적으로 적용될 수 있는 비판

유정주 의원 대표발의안, 성일종 의원 대표발의안, 이용호 의원 대표발의안 모두 영상저작물이 업무상저작물에 해당하여 영상제작자가 그 영상저작물의 저작자로 되는 경우에는 영상제작자가 보상금지청구권을 행사하게 될 가능성이 있다. 그렇다면 영상제작자 입장에서는 창작자인 감독 등을 직원으로 채용하려는 시도가 나타날 수 있다. 이는 한류의 강점인 창의적인 분위기를 저해할 우려가 있다.

또한, 연출자, 각본가 등의 창작활동이 업무상 저작물로 인정되는 경우 제9조에 따르면 법인 등이 저작자가 되어 연출자, 각본가, 법인 등이 동시에 저작자가 되는 모순이 발생한다.

그 밖에 우리나라가 추가보상금 제도를 두게 되더라도 영상저작물 양도계약의 상대방의 본국이 이러한 제도를 두지 않으면 상호주의에 반하는지 여부가 문제된다. 이 경우, 형식적 상호주의³⁸⁾가 적용되어 국내 영상제작자와 외국 창작자 사이의 계약에서는 국내 영상제작자를 역차별하는 문제가 발생한다. 반대로, 외국 영상제작자와 우리나라 창작자 사이의 계약에서는 외국법을 준거법으로 우리나라 법제를 회피할 수 있다.

결국, 영화 감독의 권익을 보호하는 방안으로서 다른 대안이 없는지 고민할 시점이라고 생각한다.

라. 도종환 의원 대표발의안에 대한 검토

도종환 의원 대표발의안 제59조 제1항은 영상저작물에 대해서만 적용되지 않는 저작자의 추가 보상 청구권을 마련하고 있다.

도종환 의원 대표발의안은 저작재산권을 양도한 대가로 받은 반대급부를 합의한 당사자가 아닌

38) B국이 자국 내에서 A국의 저작물에 대하여 B국 저작물과 같은 수준으로 보호해 주면, A국도 B국의 저작물에 대하여 자국저작물과 같이 보호해준다는 원칙이다 (이해완, 『저작권법』, 제3판, 박영사, 2015년, 1210면).

제3자도 포함하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 양도 이후의 양수인(재양수인)은 그 반대급부의 금액을 알지 못할 가능성도 높고 자신의 계약조건을 양수인이 내세운 청약에 비추어 보아 승낙하는 형태를 취할 수 밖에 없다는 점에서 재양수인을 포섭하는 것은 계약당사자가 아닌 제3자의 추가 보상금 청구로 인해 불의타를 입게 되어 헌법상 영업의 자유와 재산권을 침해당할 소지가 있다. 그리고 저작자가 양수인과 재양수인 등 복수의 자에 대하여 동일한 추가보상청구권을 행사할 수 있게 되어 저작물의 안정적인 유통질서를 훼손할 수도 있다. 따라서, 도종환 의원 대표발의안에서 ‘재양수인’이란 문구는 삭제하는 것이 타당하다.

그리고 저작자가 양수인에게 정보제공청구를 가능하게 하면 양수인의 영업비밀을 요구하는 형국이 되어 타당하지 않다. 이 경우, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 정당한 사유를 주장하여 입증하면 정보제공청구의 소가 기각될 수 있겠지만, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 것을 주장하여 입증하는 과정에서 영업비밀의 유출 가능성이 높아질 수 있다. 이와 관련하여 민사소송법상 문서제출명령제도를 통해 상당 부분 저작자가 양수인에게 정보를 취득할 수 있다는 점도 충분히 고려할 필요가 있다.

마. 노웅래 의원 대표발의안에 대한 검토

노웅래 의원 대표발의안은 영상저작물에도 적용되는 추가보상금청구제도를 규정하고 있다. 그런데 이 법안 제46조의4 제1항은 양도계약과 이용허락계약에만 적용되는 관계로 저작권법 제100조 제1항에 해당하는 영상저작물에 관한 특례규정(영상저작물의 이용에 필요한 권리의 양도추정규정)에 적용되는지 여부가 의문이다. 이 법안에서 추가보상금제도는 영상저작물에 관한 특례규정에는 적용되지 않는 것으로 규정할 필요가 있다.

노웅래 의원 대표발의안은 이용호 의원 대표발의안과는 달리 이용허락계약에 대해서도 추가보상청구권을 인정하고 있는데, 이용허락의 경우 저작자가 저작재산권을 계속 가지고 있어 교섭력에서 우위에 있을 가능성이 높으므로 그 저작자에게 추가 보상을 허용하는 것은 타당하지 않다.

그리고 저작자가 양수인에게 정보제공청구를 가능하게 하면 양수인의 영업비밀을 요구하는 형국이 되어 타당하지 않다. 이 경우, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 정당한 사유를 주장하여 입증하면 정보제공청구의 소가 기각될 수 있겠지만, 양수인이 영업비밀에 해당한다는 것을 주장하여 입증하는 과정에서 영업비밀의 유출 가능성이 높아질 수 있다. 이와 관련하여 민사소송법상 문서제출명령제도를 통해 상당 부분 저작자가 양수인에게 정보를 취득할 수 있다는 점도 충분히 고려할 필요가 있다.

Ⅶ. 결론

영상저작물 등에 관한 보상금(내지 추가보상금) 도입과 관련하여 국제사법상 쟁점으로는 (i) 양도 계약(내지 이용허락계약), (ii) 양도가능성, (iv) 보상금, (v) 업무상저작물, (vi) 외국법 적용시 해당 외국법의 강행규정 적용 여부 등이 있음을 알 수 있다. 따라서 저작권법 개정안을 도입하는 경우에 한류의 지속성과 세계화를 위하여 이러한 국제사법상 쟁점도 충분히 검토할 필요가 있다.

‘한류 열풍과 국제저작권법상 제문제’에 관한 지정토론문

이규홍*

○ 우선, 한국국제사법학회의 30주년 기념학술대회를 깊이 축하드리고 나아가 논의대상 중 저작권 관련 주제가 선정된 것을 매우 의미 깊게 생각하며, 이는 문화강국으로 도약한 한국의 국제적 지위를 실감하게 합니다. 한편 커진 체격만큼 체력이 증진되지 못한, 다소 옷자란 부분에 대하여 알차게 내실을 다져야 하는 시점이라고도 느껴집니다.

발제자가 예를 든 ‘오징어 게임’의 수익구조를 보면, 발제자의 ‘영화의 성공과 실패의 양면을 같이 보는 균형적 시각’에 의할 때에도, 국제적 성공이 가져오는 엄청난 수익에 비추어 볼 때 논의의 시각이 달라져야 할 것으로 보입니다.¹⁾ 국내계약이 옳이 한국저작권법에 의하여 규율되어, 입법자의 의도대로 수익구조를 조정(예컨대 추가보상청구권 등)할 수 있음에 반하여, 국제사법쟁점을 포함하는 경우 당사자 자치에 의한 관련계약의 준거법 선택이 가능(소위 甲에 의한 준거법 선택)하기 때문입니다.

특히 한류문화가 전세계적으로 유행하는 요즘, 위와 같은 문제점은 본 발표의 주제인 추가보상금 지급청구와 직결된 것으로 장기적으로 한류문화에 대한 정당한 보상이 주어졌을 때 그 지속가능성이 담보된다는 점에서도 중요합니다. 이는 동남아 등 개발도상국에서 한류문화에 대한 저작권침해가 발생하고 그에 대한 대응과 관련된 국제사법적 쟁점과는 다른 차원에서 논의되어야 할 것이고, 그 상대가 다국적 혹은 세계적 기업이라는 점에서 한층 면밀한 검토가 필요한 주제라고 생각합니다.

○ 발제문은 영상저작물에 관한 특례규정, 업무상저작물 규정에 대한 논의를 살피고, 추가보상금 내지 보상금에 관한 외국 입법례를 언급하며, 국제사법적 쟁점을 포함한 저작권법 개정안에 대한

* 서울고등법원 부장판사.

1) “오징어 게임’의 제작비는 2,140만 달러 우리나라 돈으로 약 253억 원로 알려졌습니다. 블룸버그는 넷플릭스의 내부 데이터와 ‘오징어 게임’의 시청자 수를 유추해 대략적인 추정치를 낼 수 있었다고 보도했습니다. 그 결과 넷플릭스가 ‘오징어 게임’을 통해 벌어들인 예상 수익은 약 1조 520억 원로 추정...제작비 253억 원 가운데 200억 원 정도를 순수 제작비로 보고 여기에 더해진 53억 원을 넷플릭스가 ‘오징어 게임’ 제작사에 지급한 마진으로 보는 해석이 있습니다.” [팩트체크] 대박난 오징어게임 흥행수익, 넷플릭스가 다 가져간다? 2021. 10. 25.자 YTN 기사.

법적 검토를 다룹니다. 개정논의의 시발점이 영상저작물(영화감독 등 영상저작물에서의 창작자보호론)이기는 하나 구름빵 등 다른 종류의 저작물을 고려하고, 독일 등 입법례에 비추어 볼 때 보다 넓게 추가보상청구권과 국제사법이라는 주제로 확장되어야 할 것이고, 이미 폭을 확대한 개정안도 상당 수 제출되어 있습니다.

○ 기본적으로는 저작권법상 제도설계에 대한 것이기는 하지만, 국제사법적 관점에서, 즉 오징어 게임의 제작자인 미국 업체 OTT 넷플릭스와의 제작관련계약을 전제로 하여 추가보상청구권을 어떤 방식으로 편입시켜야 저작권자로서의 한국 기업이 정당한 보상을 받을 수 있을 지라는 관점에 초점을 맞추어야 할 것입니다. 앞서 보았듯이 아무리 우리 국내저작권법을 저작권 보호에 맞게 개정하여 창작자보호강화규정을 두었어도 국제계약에서 그 역할을 못한다면 그 의미가 반감될 것이기 때문입니다.

○ 저작권의 향유와 행사, 성립·소멸 및 양도(가능)성에 관하여 보호국법(침해지법)주의가 적용된다는 것인데, 특히 양도가능성 논의는 양도계약이전 단계에서 문제되는 것이고, 동맹국의 관련 조항을 강행규정으로 볼 경우 양도계약 자체의 유효성이 흔들릴 수도 있는 쟁점입니다.

(질문) 구름빵 사건에서는 구름빵과 2차적 저작물(애니메이션 등)이 독일·프랑스에서도 간행되었기 때문에 저작권 양도를 아예 금지하거나(독일), 포괄적 사전양도를 금지하는 국가(프랑스)의 법률이 미치는 영향을 살펴보게 됩니다.²⁾ 이러한 점을 미국의 경우에 비추어 본다면 어떠한 쟁점이 가능할지요(특히 미국 OTT가 가장 강력한 지배력을 지닌 현재, 미국에는 종결권 등 독특한 제도가 운영 중에 있는 것으로 압니다. 미국에서 독일 등에서 인정되는 계약수정요구권과 같은 효과를 가질 수 있는 방안이 가능할지요?³⁾)

○ 국제사법적 쟁점에서 저작권의 양도계약 및 이용허락계약은 당사자 자치원칙을 전제한 계약의 준거법에 관한 규정이 적용되므로⁴⁾ 외국계 OTT는 우리나라 감독 등 창작자와 영상저작물 양도계약 내지 영상저작물 이용허락계약을 체결하면서 당사자자치 원칙에 따라 준거법을 선택할 수 있고, 우리나라 저작권법이 영상제작자인 외국기업에 불리하게 작용한다면 해당 외국 영상제작자에게 유리한 국가의 저작권법이 적용될 수 있도록 준거법을 선택할 것입니다.⁵⁾ 이러한 점에 대하여

2) 석광현, “구름빵 사건과 저작권의 국제적 보호”, 『법률신문』, 2021.4.26.

3) 제도의 상제는 홍승기, 저작권계약 수정요구권 입법론에 대한 반론, 계간저작권 2017년 봄호 참조.

4) 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사(2013), 288.

5) 영상제작자에게 일방적으로 불리하게 한국저작권법이 개정되는 경우에는 국내 영상제작자에게만 불리하게 적용되어 국내 영상제작자만 역차별하는 문제가 발생할 수 있다고 하고, 이에 국내 영상제작자도 국제사법상 준거법 선택이 가능할 수 있도록 창작자 중 1인 이상을 외국인으로 섭외하는 편법을 사용할 수 있다고 우려하나, 이러한 문제점은 공정거래법, 포럼 쇼핑 등 여러 법역에서 불가피한 것이고, 또 외국에서 한류문화에 의한 이익을 정당하게 보상받으려는 쟁점과는 차원이 다른 것이 아닌가 한다. 위와

는 우선 외국 저작권법상의 추가보상제도에 대한 심도 깊은 연구와 재판실무에서의 국제적 적용을 통한 구제시도(외국저작권에 근거한 권리자 구제⁶⁾) 활성화를 통하여 극복할 수 있을 것이라는 발제자의 주장에 동의합니다.

○ 주된 논의점인 추가보상지급청구권 문제에 관하여 보면, 발제자는 ‘보상금의 근거를 법정 보상금의 성격으로 규정할 것인지 아니면 계약의 연장선상에서 계약의 해석 문제로 접근할 것인지 여부에 따라 준거법이 달라질 수 있다’고 하면서 보상금을 저작권신탁관리단체에서 수령하도록 하는 경우에는 보호국법을 준거법으로 하는 것이 타당(ILA 가이드라인 제27조)한 반면, 이용호 의원안처럼 보상금을 계약의 연장선상에서 접근한다면 계약의 준거법에 의하는 것이 타당하다고 합니다.

이에 관하여 직무발명에 관하여 대법원(2012다4763 판결)은 ‘직무발명에서 종업원의 보상금청구권에 관한 사항은 사용자와 종업원 사이의 고용관계를 기초로 한 권리의무 관계에 해당하므로 직무발명에 의하여 발생하는 권리의무는 비록 섭외적 법률관계에 관한 것이라도 당사자들의 이익 보호 및 법적 안정성을 위하여 직무발명으로부터 비롯되는 법률관계에 대하여 고용관계 준거법 국가의 법률에 의한 통일적인 해석이 필요하다’고 판시하였고, 발제자는 업무상 저작물에 해당하는 경우에도 근로관계에 관한 준거법이 적용되는 관계로 국제사법 제48조를 고려할 필요가 생긴다고 설명합니다.

(질문) 업무상 저작물도 직무발명처럼 근로계약관계가 전제되는 경우가 대부분일 것인데 그 경우의 준거법은 무엇이 되어야 하는지(근로계약 혹은 양도계약/이용허락계약을 계약 준거법으로 적용하면 그 안에 포함되어 있는 추가보상금관련 조항의 준거법 역시 마찬가지인지) 추가보상청구권을 법정 보상금의 성격으로 보아 보호국법을 준거법으로 본다는 것은 무슨 의미인지(법정채권⁷⁾)으로 보는 것인지).

○ 저작권법개정안 자체에 대한 검토 부분에서 발제자는 개정안 중 영상저작물 창작자에 한하는 것이 타당한지의 문제⁸⁾와 현재 ‘영상저작물최종제공자’라는 개념을 도입하여 발생한 많은 문제점을 지적하고 있습니다.⁹⁾ 그러면서 모든 저작자를 대상으로 하는 이용호의원 개정안에 대하여는

같은 점을 고려하여 우리 저작자 보호수준을 높이지 않는다면 이 역시 한류창작의 저해요인이 될 수도 있을 것이다.

6) 석광현, “구름뿔 사건과 저작권의 국제적 보호”, 『법률신문』, 2021.4.26.; 다른 차원의 논의이기는 하나 한류의 비중이 더욱 커지면 창작 중재조항을 통하여 한국법을 준거법으로 지정할 수 있는 날이 올 수도 있을 것이다.

7) 직무발명 보상금청구권에 대하여는 법정채권설을 대법원의 입장으로 보아야 한다고 한다. 조영선, “직무발명 보상금 청구권의 소멸시효에 관한 법률문제”, 경영법률 제30집 제2호(2019), 228.

8) 박성호, “모든 창작자에게 ‘공정한 보상’을 보장하는 입법이 필요하다”, 2022. 12. 2.자 법률신문(독일과 프랑스는 모든 창작자에게 공정한 보상을 보장하고 있으므로 제100조 제1항에 문제가 있는 것은 아니라고 한다).

9) 이에 관하여는 박성호, “저작권법 개정안 중 ‘추가보상’을 둘러싼 쟁점”, 2023. 3. 2.자 법률신문(독일법의 핵심은 연쇄적 라이선스

‘영상저작물에 출연한 실연자가 추가보상청구권을 인정하게 되면 영상제작자의 투자의지가 현저하게 저하시킬 우려가 있다고 합니다. 그러나 앞서 추정된 오징어게임의 수익 구조를 보았을 때 계속 ‘저임금 고소득’ 구조에서 머물게 될 우려가 있음을 지적하고 싶습니다.

로 인한 구상절차의 번거로움을 제거하는데 있고 그러므로 모든 저작물이용계약에 적용되는 것이라고 하며, 영상저작물에 논의를 한정하는 우리 논의의 문제점을 지적하면서, 외국법의 근본취지를 잘 헤아려 제대로 된 개정안을 만들 필요가 있다고 지적한다).

“제3부 - 국제사법과 국제공법의 교착(交錯)”

제3주제

‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 관음상 사건과 국제문화재법

발표 : 류재현 검사(광주지방검찰청),

황성재 변호사(야놀자클라우드)

토론 : 송호영 교수(한양대학교 법학전문대학원)

1993 - 2023



‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 관음상 사건과 국제문화재법*

류재현**, 황성재***

I. 머리말

본 발표의 주제인 ‘국제문화재법’의 개념에 대해서는 ‘문화재의 국제적 보호에 관련된 법’으로 넓게 이해하는 견해¹⁾가 유력하고, 이에 따르면 문화재와 관련 국제사법(國際私法) 및 사법(私法)뿐 아니라 국제법(조약)과 행정법(문화재법) 등이 모두 포함되는바, 이하에서는 이에 따른다.

본격적 주제 발표에 앞서서, 우리 학회의 창립 30주년을 기념하는 금번 학술대회의 취지를 고려하여, 그간 국제문화재법의 연구와 발전에 기여하여 온 우리 학회의 활동을 소략히 살펴보고자 한다.²⁾ 우리 학회는 (1) 2009년 4월 국제문화재법연구회를 발족한 이래 2023. 4. 17. 제46회 정기연구회까지 꾸준히 학술 활동을 펼쳐 왔고, (2) 우리 학회지에 2회의 특집(2009년 제15호 “국제문화재법 특집”, 2020년 제26권 제2호 “2019년 유네스코협약 특집”)을 포함하여 아래 표와 같이 총 21편의 학술논문이 게재된 바 있다.

연번	연도	권호	저자	논문명 (부제 생략)
1	2008	제14호	이재경	미술품의 국제 거래상 준거법의 선택
2	2009	제15호	이동기	문화재환수협약의 성립경위와 현황
3	2009	제15호	손경한	문화재환수협약의 개요와 한국의 대응방안
4	2009	제15호	김천수	도난문화재의 회복
5	2009	제15호	이재경	불법반출문화재의 반환청구

* 우리 학회 창립 30주년을 기념하는 학술대회에 영광스러운 발표의 기회를 주시고 조언을 아끼지 않으신 모든 분에게 감사의 말씀을 드리며, 본 발표문은 각 발표자들의 직무나 소속 기관의 공식적인 입장과는 무관한 개인적·학술적 견해를 밝히드립니다.

** 광주지방검찰청 검사, 서울대학교 법과대학 박사과정 수료.

*** 아놀드클라우드 변호사, 서울대학교 법과대학 박사과정 수료.

1) 석광현, “대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석: 국제문화재법의 제문제”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017), 7-8면 참조.

2) 임성권, “한국국제사법학회의 20년”, 국제사법연구 제20권 제1호(2014), 205면, 208면-210면 내용에 기초하여, 발표자들이 지난 10년간의 활동을 추가로 정리하였음.

연번	연도	권호	저자	논문명 (부제 생략)
6	2009	제15호	송호영	문화재반환사건에 있어서 민법 및 국제사법상 몇 가지 쟁점
7	2009	제15호	석광현	UNIDROIT 문화재환수협약 가입절차와 유의점
8	2010	제16호	이준행	독일에서의 도난 및 약탈 미술품의 반환 문제
9	2017	제23권 제1호	석광현	대마도에서 훔쳐 온 고려 불상의 서산 부석사 반환을 명한 제1심판결의 평석
10	2017	제23권 제1호	이종혁	스위스의 문화재양도법(LTBC)
11	2018	제24권 제2호	이순옥	문화재 환수와 관련된 형사법상 압수 및 몰수
12	2019	제25권 제1호	이종혁	매장문화재 국유에 관한 UNESCO-UNIDROIT 모델법률조항
13	2019	제25권 제2호	A. I. B. Garcia	RESTITUTION OF CULTURAL PROPERTIES IN SPAIN JUDICIAL AND NON-JUDICIAL PROCEEDINGS
14	2020	제26권 제2호	석광현	문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할
15	2020	제26권 제2호	이근관	1970년 유네스코협약의 성안과정에 대한 고찰
16	2020	제26권 제2호	이종혁	1970년 유네스코협약 이행입법과 관련한 국제사법 쟁점
17	2020	제26권 제2호	이규호	1970년 유네스코 협약 이행법제의 현황과 실무
18	2020	제26권 제2호	서재권	문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토
19	2021	제27권 제1호	이필복	국제적인 문화재 거래와 국제적 강행규정
20	2021	제27권 제1호	황성재	인터넷을 통한 문화재 불법거래의 국제사법적 쟁점
21	2022	제28권 제2호	송호영	독일의 새로운 문화재보호법(KGSG)에 관한 고찰

※ 음영 : 국제문화재법 관련 특집호 게재

(3) 또한, 2009년 9월 5일 “1995년 도난 또는 불법반출 문화재에 대한 UNIDROIT 협약”의 주제로 UNIDROIT 문화재환수협약 공청회를 개최하고, 2010년 “문화재 환수협약 가입에 관련한 결의문” 채택 등이 이루어졌다.

이러한 국제문화재법의 연구 대상으로 특히 주목을 받은 것은 바로 국제 조약들인데, 이는 앞서 본 국제문화재법의 개념 정의상 그 목적이 ‘문화재의 국제적 보호’이므로, 이를 실현함에 있어서 국제적인 노력과 이를 담보할 국제조약의 역할이 긴요하기 때문으로 보인다. 이와 관련된 주요 국제조약은 다음과 같다: (1) 문화재 보호를 위한 국제적 노력의 일환으로, 전시(戰時) 문화재의 보호를 목적으로 무력충돌 상황에서 발생하는 문화재의 보호를 주된 관심사로 하여 채택된 최초의 보편적 조약인 1954년 “무력충돌 시 문화재 보호를 위한 Hague 협약(Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 이하 “1954년 Hague 협약”이라 한다)”과 그에 대한 제1차의정서(1954) 및 제2차의정서(1999), (2) 문화재의 불법적 유통

을 막는 국제적인 규범의 틀을 마련한 1970년 “문화재의 불법적인 반출입 및 소유권양도의 금지와 예방수단에 관한 협약(Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 이하 “1970년 UNESCO 협약”이라 한다)”, (3) 위 1970년 UNESCO 협약의 연장선상에서 도난 또는 불법반출된 문화재의 반환에 초점을 맞추고 그와 관련된 개인의 회복청구권 등 사법적 청구의 근거를 마련한 1995년 “도난 또는 불법반출된 문화재에 관한 협약(Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 이하 “1995년 UNIDROIT 협약”이라 한다)”³⁾

문화재의 보호를 위한 최초의 국제협약인 1954년 Hague 협약의 제1차의정서에는 전쟁 중 문화재 반출을 금지하고, 반입 문화재는 반환하도록 내용이 포함되어 있었다. 이에 대하여 신흥 독립국과 남미 국가들은 전시뿐만 아니라 평시에도 적용 가능한 국제규범의 제정을 강력히 요청하게 되어 1968년 국제협약의 초안이 마련되었던 것이나, 이른바 ‘문화재 시장국’들은 이에 대한 비협조적인 태도를 고수하고 협약의 소급 적용에 대한 우려를 포함한 문화재 반입 제한 조치, 반환 문제 등에 대한 완강한 거부입장을 밝히며 초안의 여러 내용에 대한 반대 입장을 내비쳤다. 결국 1970년 제16차 유네스코 총회에서 채택된 1970년 UNESCO 협약은 초안의 많은 내용이 수정된 가운데 성안되었다.⁴⁾ 이러한 1970년 UNESCO 협약의 조항들에 대해 일종의 문화적 민족주의를 긍정하는 것이라는 비판이 있었고, 이는 협약의 한계로서 강조되는 지점이기도 하다. 그러나 1970년 UNESCO 협약의 서문이 ‘인류 문명에 대한 지식의 심화, 모든 민족의 문화적 삶의 풍요로움 및 상호 존중’을 강조했던 점, 그리고 현재 보편적 국제법으로서의 역할과 위상을 다함으로써 문화재 거래 시장의 불법행위를 방지하고 불법 반출 문화재의 기원국 반환에 있어 협약의 뚜렷한 기여를 고려하면, 결국 1970년 UNESCO 협약이 문화 다양성에 대한 인식을 기반으로 한 보편성과 다양성의 확립에 기여했던 점은 부정할 수 없을 것이다.

위와 같은 맥락에서, 본 발표에서 이른바 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 관음상 사건을 살펴보는 이유는 다음과 같이 요약할 수 있다: (1) 우선, 이 사건은 우리 정부가 1970년 협약 UNESCO 협약을 성실하게 이행하였는지를 평가함에 있어서 의미가 있다⁵⁾; 또한, (2) 국제문화재법의 맥락에서 기원국의 개념 및 회복적 정의에 대한 상충하는 이해의 갈등을 잘 보여주는 사례로서 의미를 지닌다.

3) 1970년 UNESCO 협약과 1995년 UNIDROIT 협약에 대해서는 각 주석서가 마련되어 있어 협약의 성립 당시 작업과정을 둘러싼 배경을 비롯 각 조항에 대한 해설을 확인 가능하다. 1970년 UNESCO 협약의 주석서로는 Patrick J. O’Keefe, COMMENTARY ON THE UNESCO 1970 CONVENTION ON ILLICIT TRAFFIC(Second Edition, 2007)을, 1995년 UNIDROIT 협약의 주석서로는 Lyndel V. Prott, COMMENTARY ON THE UNIDROIT CONVENTION ON STOLEN AND ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL OBJECTS 1995(1997) 각 참조; 국내 문헌 중 국제조약들에 대한 소개는 송호영/김지현, 문화재환수관련 국내외 규범 및 제도의 운용과 개선방안에 관한 연구, 유네스코 정책연구 보고서(2013) 참조.

4) Patrick J. O’Keefe(주3), 7-8면.

5) 석광현, “문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할: 문화재·문화유산의 개념 논의를 포함하여”, 국제사법연구 제26권 제2호(2020), 256면 참조.

II. 사실관계 및 우리 법원의 판단

1. 사실관계의 정리

일본 쓰시마의 관음사에 보관되어 있던 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 관음상(이하 관련 민사소송의 맥락에서는 “본건 계쟁물”이라 한다)은 1985년 문명대 교수에 의해 우리나라에 처음으로 알려졌고,⁶⁾ 2012년 우리 국적의 도굴꾼들에 의해 절취되어 국내로 밀반입된 이후, 일본으로의 반환 문제가 불거지기 시작한 2013년에는 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’와 위 불상의 제작과 관련한 역사적 배경, 특히 고려 말기의 왜구 침탈 가능성에 기반하여 위 불상의 구체적인 약탈 시점에 관한 학술적인 연구도 이루어진 바 있다.⁷⁾

2013년 서산 부석사(이하 “원고”라 한다)는 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’의 후신이자 본건 계쟁물의 소유자임을 자처하며, 당시 본건 계쟁물을 도굴꾼들로부터 압수하여 점유하고 있던 국가를 상대로 소유물 인도를 구하는 민사소송에 앞서 점유이전금지가처분을 신청하여 인용결정을 받고, 이어 2016년에는 민사본안소송을 제기함으로써, 이후 현재까지 10년 동안 본건 민사소송이 계속되고 있다. 이하에서는, 본건 계쟁물의 절취와 반환을 둘러싼 사실관계를 시간 순으로 간략히 정리하고, 판단의 근거로 삼은 역사적 배경 내지는 사실관계에 대해서는 각 심급의 판단과 함께 설명한다.

- 2012. 10. 8. 일본 대마도에서 절취된 불상 2점(본건 계쟁물 포함)이 부산항을 통해 국내 밀반입
- 2012. 12. 17. 일본 경찰이 인터폴을 통해 한국 경찰에 수사의뢰 요청
- 2013. 1. 24. 문화재청이 경찰청과의 수사공조를 통해 위 도난 불상 2점을 압수
- 2013. 2. 15. 일본 정부가 외교부에 도난 불상 반환 요구
- 2013. 2. 19. 원고, 대전지방법원에 본건 계쟁물에 대한 점유이전금지가처분 신청
- 2013. 2. 25. 대전지방법원, 위 가처분신청 인용 결정
- 2016. 4. 20. 원고, 대전지방법원에 본건 계쟁물을 점유하고 있는 대한민국(이하 “피고”라 한다)을 상대로 한 유체동산인도(본안) 소 제기
- 2017. 1. 26. 대전지방법원, 제1심판결 선고(원고 청구 인용 및 인도에 대한 가집행)
같은 날 피고, 가집행정지 신청 및 항소 제기
- 2017. 1. 31. 대전지방법원, 가집행정지 결정
- 2017. ~ 2023. 대전고등법원에서 항소심 진행

6) 문명대, “서산 부석사 금동관음보살좌상의 역사적 의미”, 『서산 부석사 금동 관세음보살조상 봉안 학술발표회(세미나 자료집)』, 서산문화발전연구원(2013), 6면, 재인용: 윤용혁, “고려 말의 왜구와 서산 부석사”, 역사와 담론 제69집(2014), 267면 참조.

7) 대표적으로, 윤용혁(주6) 참조.

※ 피고, 국제사법공조 절차에 따라 일본 쓰시마 관음사(이하 “피고 보조참가인”이라 한다)에 대하여 소송고지 → 피고 보조참가인 소송 참가

2023. 2. 1. 대전고등법원, 제1심판결 취소 및 원고 청구 기각 판결 선고

※ 원고의 항소로 현재 상고심 재판계속 중

2. 1심의 판단 : 대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결⁸⁾

본건의 1심을 담당한 대전지방법원은 2017. 1. 26. 원고의 청구를 인용하는 판결을 선고하였는데, 그 판결의 이유는 아래와 같다(강조 발표자 추가):

1. 전제되는 사실

가. 원고는 서기 677년에 창건된 후 조선 초기 중건하여 서산시 부석면 취평리 도비산에 소재한 대한불교 조계종 소속 사찰이다.

나. 주문 기재 부석사금동관음보살상(이하 '이 사건 불상')은 일본 나가사키현 쓰시마시 도요타마정에 있는 관음사(이하 '관음사')의 재단에 봉안되어 있었는데 2012. 10.경 절도범들이 이를 절취하여 대한민국으로 밀반입하였다.

다. 위 절도범들이 붙잡히는 과정에서 이 사건 불상은 압수되었고, 절도범들에 대한 형사판결에 따라 피고는 이 사건 불상을 절도범들로부터 몰수하여 현재 국립문화재연구소 내 유물수장고에 보관 중이다. 관음사는 피고에게 이 사건 불상에 대한 몰수물 교부를 청구하였으나, 원고가 피고를 상대로 이 법원에 이 사건 불상에 대한 점유이전금지가처분을 신청하여 위 신청이 인용되었고(대전지방법원 2013. 2. 25.자 2013카합155 결정), 피고는 이에 따라 몰수물 교부 청구에 대한 판단을 보류하고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 7, 8, 10호증의 각 기재(가지번호 있는 경우 가지번호 포함, 이하 같다), 이 법원의 현장검증결과, 변론 전체의 취지

2. 청구에 대한 판단

가. 원고 주장의 요지

‘이 사건 불상은 원고에 봉안되기 위하여 제작된 것으로 원고의 소유이다. 원고는 이 사건 불상을 고려 말 경에 약탈당하였다. 따라서 피고는 이 사건 불상의 소유자인 원고에게 이를 인도하여야 한다.’

나. 판단

8) 해당 판결에 대한 평석으로는, 대표적으로 석광현(주1) 및 주진열, “일본 관음사에서 도난된 불상 반환 문제에 대한 고찰 - 대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016가합102119 판결 평석을 곁하여 -”, 국제법학회논총 제65권 제2호(통권 제157호)(2020) 등 참조.

다툼 없는 사실, 갑 제2, 5, 9, 17, 19, 20, 21, 25 내지 40호증의 각 기재 또는 영상, 증인 A, B, C, D의 각 증언, 대한불교조계종에 대한 각 사실조회회신결과, 이 법원의 현장검증결과, 변론 전체의 취지를 종합하면 **다음과 같은 사실 또는 사정들을 인정할 수 있다.** 이러한 점들을 **종합하여 볼 때 이 사건 불상은 원고의 소유로 넉넉히 추정할 수 있고, 과거에 증여나 매매 등 정상적인 방법이 아닌 도난이나 약탈 등의 방법으로 일본 쓰시마(대마도) 소재 관음사로 운반되어 봉안되어 있었다고 봄이 상당하다.**

1) 이 사건 불상이 관음사에 봉안되어 있던 중인 1951. 5.경 당시 관음사의 E가 우연히 불상을 들어 올리다가 **이 사건 불상 내부에서 복장물을 발견**하였다. 복장물로는 각종 만다라와 후령, 관음결연문, 목합 등이 있었다. **결연문**에는 ‘남섬부주고려국서주부석사당주관음주성결연문’이라는 **제목과 함께 다음과 같은 취지의 내용(번역)**이 기재되어 있고, 시주자 32명의 이름이 기재되어 있다.

‘무릇 듣기에 모든 불보살들이 큰 서원을 내어 중생 제도에 너나를 떠나 평등하게 보인다. 그러나 부처님 말씀에 인연이 없는 중생은 교화하기 어렵다고 하였으니 이 금구(金口, 부처님 말씀)에 의거하여 제자 등이 함께 대서원을 내어 **관음1존을 만들고 부석사에 봉안**하고 영충공양하는 까닭은 현세에서는 재앙을 소멸하고 복을 부르는 것이며 후세에서는 함께 극락에 태어나기를 원하는 바람 때문이다. 천력3년(1330년) 2월.’

현재 충남 서산지역의 고려시대의 명칭은 서주이고, 대한불교조계종은 고려말 서주지역에 소재한 부석사와 원고는 동일한 사찰이라고 밝히고 있으므로, 이 사건 불상은 1330년경 원고에 봉안하기 위하여 제작된 것으로 볼 수 있다(관음사에 있는 이 사건 불상에 대한 안내문에도 이 사건 불상이 고려시대 말기에 만들어진 고려 불상이라는 취지로 기재되어 있다).

우리나라 사찰에서는 불상의 개금(改金), 보수, 이안(移安, 신주나 영정 따위를 다른 곳으로 옮겨 모심) 등의 불사가 있을 때에는 관련된 새로운 기록과 유물을 넣는 전통이 이어져 오고 있고, 위와 같은 복장물의 경우 신도들의 불심을 담는 기록물이기 때 문에 정상적인 교류로서 불상이 이전될 경우에는 불상을 주는 측에서는 복장물을 빼고 대신 어느 사찰에서 조성하여 다른 사찰에 이안한다는 내용 등 불상의 이안에 대한 기록물을 넣는다는 것이 전문가들의 의견이다. 또한 대한불교조계종에 대한 사실조회회신 역시 불상을 이운(移運, 불상을 옮겨 모심)할 때에는 불상의 내부에 원문을 적어 그 내용을 밝히고, 때로는 전각 내부에 사찰의 이력을 기록하는 현판 등에 그 기록을 남기기도 하며, 이는 사람의 경우 호적등본에 해당되는 것으로 불상의 내력을 종합적으로 살펴볼 수 있는 자료이고, 이러한 자료가 없을 경우 불상의 현상이 비정상적으로 변경된 것으로 간주할 수 있다는 내용이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 이 사건 불상의 제작 당시 넣어두었던 복장물이 1951년경까지 발견되지 않은 상태로 있었고, 이안(또는 이운)에 관한 기록도 발견되지 않았다.

2) 관음사의 연혁약사에 의하면 관음사는 1526년경 창건되었고 당시 이 사건 불상을 봉안하였다. 따라서 이 사건 불상은 1330년 서산에서 제작된 후 1526년경 이전에 일본으로 이동되었다고 추정할 수 있다.

그런데 이 사건 불상과 관련하여, 재단법인 F가 발행한 'G'에 전 일본 규슈대학(九州大學) 교수 H는 다음과 같은 취지의 내용을 기고하였다.

‘관음사의 연혁에 의하면 I가 조선으로 건너가 악행을 저질러 절연을 당한 후 불교를 수양하여 귀국하여 관

음사를 열었다고 한다. 왜구의 한 집단이었다고 생각되는 1씨가 창립한 관음사에 천력3년(1330년) 제작된 고려불상이 존재한다는 것은 왜구에 의한 불상 등의 일방적 청구가 있었던 것으로 추측된다.’

위 글의 전체적인 취지는 왜구가 이 사건 불상을 정상적이지 않은 방법으로(일방적으로) 가져왔다는 것으로 보인다.

3) 고려사(조선시대에 편찬된 고려시대의 역사서)에는 이 사건 불상이 제작된 1330년 이후인 1352년부터 1381년까지 5회에 걸쳐 왜구들이 현재의 서산 지역을 침입하였다는 기록이 있고, 대마도 향토사학자 등이 발간한 잡지인 '대마도의 자연과 문화'에도 역시 그 무렵 왜구들이 서산 지역을 침탈한 사실이 있다는 내용이 기재되어 있다.

4) 이 사건 불상에는 화상의 흔적이 있고, 보관(寶冠)과 대좌(臺座)가 존재하지 않는 등 일부 손상된 상태이다. 이와 같은 불상의 형상에 비추어 볼 때, 이 사건 불상이 정상적인 경로로 이전되었다고 보기는 어려워 보인다. 증인 D(전 부산외국어대학교 교수, 현 J연구소 소장)은 '문헌 등에 의하면 왜구들은 주로 사찰에 방화를 한 후 불상을 가지고 나온 것으로 보인다. 따라서 불상의 화상 흔적은 불상이 약탈되었다는 근거로 볼 수 있다. 관음사가 쓰시마(대마도) 내에서 몇 차례 이동하기는 하였으나, 본인이 아는 한도에서는 그 과정에서 화재로 인하여 이전되었다는 기록은 없었다.'라는 취지로 증언하였다.

3. 결론

따라서 이 사건 불상의 점유자인 피고는 그 소유자인 원고에게 이 사건 불상을 인도할 의무가 있으므로, 원고의 청구는 이유 있어 인용한다. 피고는 이 사건 불상은 문화재이고 이동될 경우 훼손 가능성이 있으므로 이 사건이 종결될 때까지는 가집행의 선고를 붙이지 아니하여야 한다고 주장하나, 피고가 주장하는 사정만으로는 가집행의 선고를 붙이지 아니할 상당한 이유가 있다고 보기 어려우므로, 가집행을 같이 선고한다.

3. 2심의 판단 : 대전고등법원 2023. 2. 1. 선고 2017나10570 판결(대상판결)

본건의 2심을 담당한 대전고등법원은 2023. 2. 1. 제1심 판결을 파기하고, 원고의 청구를 기각하는 판결(해당법원 2017나10570호, 이하 “대상판결”이라 한다)을 선고하였는데, 각 쟁점별 판결의 이유를 요약해보면 아래와 같다:

가. 주된 쟁점 : 원고가 본건 계쟁물의 원시취득자인가

우선 대상판결은 위 주된 쟁점을 판단함에 있어 원시취득의 준거법을 ‘고려국법’으로 결정한 후, 당사자들에 대한 석명이나 직권조사로도 ‘고려국법’의 관련 내용을 확인할 수 없어, (제정민법 부칙 제2조를 참조하여) 현행 민법에 따라 판단하기로 하고, 이를 적용하여 본건 계쟁물의 원시취득자가 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’임을 인정하였다.

이어 대상판결은 원고와 ‘고려 서주(瑞州) 부석사’ 간 동일성 판단의 준거법에 대하여는 명시적인

판단 없이 그대로 현행 민법 적용하여, 제반사정에 비추어⁹⁾ 동일성 증명 부족하고, 따라서 원고가 원시취득자라는 증명도 부족하다고 판단하였다.

이에 따라 원고의 청구가 기각되는 결론에 도달하게 되었으나, 대상판결은 아래와 같이 예비적 쟁점들에 대하여도 판단하였다.

나. 예비적 쟁점1 : (1) 피고 보조참가인의 설립자가 본건 계쟁물을 적법하게 양수하였거나, (2) 피고 보조참가인이 본건 계쟁물을 시효취득하였는가

대상판결은 시효취득 등의 준거법을 구 섭외사법에 따라 일본국 민법으로 결정하고, 원고의 우리 민법의 강행규정성 주장 및 공서에 따른 일본국 민법 적용 배제 주장은 모두 배척하였다. 그리고 일본국 민법을 적용한 결과, (1) 제반사정에 비추어 피고 보조참가인의 설립자가 본건 계쟁물을 적법하게 양수하였다는 취지의 주장은 배척하였으나, (2) 피고 보조참가인의 점유 기산점으로부터 준거법이 정한 시효취득 기간 20년이 경과하였으므로 (악의라 하더라도) 피고 보조참가인의 시효취득이 인정된다고 판단하고, 준거법이 일본국 민법이든 우리 민법이든 적용 결과는 동일하다는 사정을 부기하였다.

다. 예비적 쟁점2 : (1) 문화재보호법(제87조 제5항 등) 또는 (2) 1970년 UNESCO 협약에 따른 시효취득 배제 가부

나아가, 대상판결은 (1) 문화재보호법에 따라 시효취득이 배제된다는 원고의 주장에 대하여, ㉔ 문화재보호법이 본건에 적용되는지 여부가 불명확하고, ㉕ 문화재보호법상 선의취득 배제조항을 시효취득에 확대 적용하기도 어렵다는 이유로 이를 배척하였고,¹⁰⁾ (2) 1970년 UNESCO 협약에 따라 시효취득이 배제된다는 원고의 주장에 대하여, 고려에서 일본으로 본건 계쟁물이 불법반출된 것은 1970년 UNESCO 협약 발효 이전이므로 해당 협약의 적용이 불가능하다는 이유로 이를 배척하여, 결국 원고의 시효취득 배제 주장을 모두 배척하였다.

라. 방론 : 1995년 UNIDROIT 협약의 소개 및 취지 언급

한편, 대상판결은 방론으로 1995년 UNIDROIT 협약과 관련된 재판부의 의견을 일응 실시한바, 그 요지는 다음과 같다:

(1) 1995년 UNIDROIT 협약은 불법 반출된 문화재는 민법상 선의취득이나 시효취득 여부와 관계없이 기원국에 반환되어야 한다는 취지를 선언하고 있고, 이러한 국제법적 동향에 부응하여 여러 나라가 불법 반출된 문화재를 기원국에 반환한 예가 있으므로, 이 사건 불상이 일본으로 불법 반출된 것이라면 기원국인 우리나라에 반환되는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 불법 반출

9) 조선 초기 송유역불 정책에 따라 사찰을 통폐합한 사실에 대한 조선왕조실록의 기사 등을 참조하였다.

10) 헌법재판소 2003헌마377 결정의 취지를 인용함.

된 문화재의 반환에 관한 1995년 UNIDROIT 협약의 내용은 원고가 이 사건 불상의 소유자라고 주장하면서 피고를 상대로 소유권에 기한 물권적 반환청구권에 터잡아 이 사건 불상의 반환을 구하는 민사소송인 이 사건과는 적용되는 국면이나 쟁점을 달리한다.

(2) 한편, 우리나라는 1995년 UNIDROIT 협약에 가입하지 않은 탓에 대상 판결의 결론에 당장 영향이 있지는 아니하다.

(3) 다만, 피고는 위와 같은 1995년 UNIDROIT 협약의 취지 내지 그 기반이 된 문화재 보호에 관한 국제법적 이념 등을 고려하여 이 사건 불상의 반환 문제를 다룰 필요가 있다.

Ⅲ. 대상판결의 판단에 대한 국제사법적 검토

1. 검토의 범위

본 발표에서는 대상판결의 판단 중 사실인정이나 그에 따른 결론의 당부 등에 대한 부분은 제외하고,¹¹⁾ 국제사법적인 쟁점에 대한 법리적인 판단 부분에 초점을 두고 검토를 진행하고자 한다.

2. 원시취득의 준거법

원시취득의 준거법과 관련하여 대상판결은 국제사법적 접근을 생략하고 곧바로 실질법상 시제법의 관점에서 고려국법을 준거법으로 선택하였다. 현재 판례는 국제성이 있는 경우에만 국제사법에 따라 준거법을 결정하는 접근 방법을 취하는 바, 원시취득은 고려국 국내에서 이루어져 달리 국제성이 없다고 볼 소지가 다분하므로, 그 준거법 결정에 대하여 국제사법적 접근 방법을 취하지 아니한 것은 일응 이해할 수 있다.¹²⁾ 한편 대상판결이 실질법상 시제법의 관점을 취하여, 현행법이 아닌 고려국법을 준거법으로 판단한 것은 높게 평가한다.¹³⁾

이와 같이 결정된 준거법인 고려국법의 내용이 불명인 상황에서, 제정 민법의 부칙 제2조 등을 검토한 결과 현행 민법을 적용한 결론도 실무상 필요성에 비추어 대체로 납득이 된다.¹⁴⁾

11) 민사재판은 당사자주의에 따르므로, 사실인정은 일차적으로 당사자들의 주장과 입증에 달려 있어, 기록을 확인하지 않고는 사실인정의 당부를 논하기 어려우며, 나아가 사실인정에 대한 사실심 법원의 전권을 존중할 필요도 높기 때문이다.

12) 다만 국내 사안도 국제사법이 마찬가지로 적용되며 다만 그 적용 결과 국내법이 지정된다고 보는 견해[석광현, 국제사법 해설(박영사, 2013), 51면 이하 및 특히 해당 문헌의 각주 6에 소개된 견해 참조]에 따르면 국제사법적 검토 및 국제사법상 시제법 검토 등을 모두 생략한 것에는 다소 아쉬움이 남을 것이다.

13) 본건에 대하여 실질법상 시제법의 검토가 필요하다는 의견을 처음 제시한 문헌으로는, 석광현(주1), 18면 이하 참조.

14) 제정민법 제정 전에 이미 고려국법에 따라 권리가 발생하였다면 제정 행위와 무관하게 그 권리가 인정될 것이고, 아니라도 제정 민법에 의하여 권리가 발생한다면 그 결과가 부칙에 의하여 소급이 될 것인바, 본건과 같이 후자에 따라 권리 발생 결과가 인정되는 사안이라면 일응 후자만 판단하여도 결론은 동일할 것으로 보이기 때문이다. 한편, 통설과 판례는 외국법이 불명인 경우에는 대체로 조리를 적용하고, 나아가 근사법을 조리의 내용으로 파악하는바[대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결; 석광현(주12), 130-131면 참조], 고려국법이 외국법은 아니므로 이러한(광의의) 조리적용설이 바로 적용될 수는 없겠으나, 일응 참고할 수는 있다고 보며, 그에 따르더라도 일응 조리에 비추어 현재의 각국 법 중에서는 우리 민법이 고려국법에 가장 근사한 법

한편, 대상판결은 점유자 소유자 추정이 반복되는지에 대한 판단은 생략하였는데, 이후 판단으로 나아가간 것을 보면 일응 반복된다는 것을 전제로 한 것으로 보이기는 하나, 그 준거법에 대해 언급하지 않은 부분은 다소 아쉬움이 남는다.

3. 시효취득 등의 준거법 - 기원국법, 공서, 국제적 강행규정 포함

대상판결은 예비적으로 시효취득 여부 등을 판단하면서, 동산의 소유권에 대한 소재지법 적용, 공서, 국제적 강행규정 등 국제사법 관련 쟁점을 두루 판단한바, 이하에서는 각각에 대하여 검토한다.

가. 소재지법의 대안으로 기원국법주의

종래 일반적인 동산의 소유권에 관한 소재지법주의의 유력한 대안으로서, 국제적인 문화재 분쟁에 있어 ‘기원국법주의(*lex originis*)’를 적용하여야 한다는 견해가 제시된 바 있다. 이에 따르면 대체로 기원국은 ① 신앙적 가치, ② 창작자의 국가적 정체성, ③ 문화재가 생성된 곳, ④ 문화재로 존치하는 곳, ⑤ 문화재가 소재하던 곳, ⑥ 문화재가 발견된 곳, ⑦ 문화재가 계수된 곳 - 이른바 ‘繼受理論(*Rezeptionstheorie*)’, ⑧ 역사적 관련성이 있는 곳, ⑨ 불통용물로 지정된 곳 등의 사정을 종합하여 판단할 수 있다고 한다.¹⁵⁾

사건으로는, 이러한 기원국법주의의 이상에 대해 공감이가는 부분이 다수이나, 다만 繼受理論의 적용 여부 및 기준,¹⁶⁾ 판단 기준에 따른 결과가 상충될 경우 어떤 기준을 더 우위에 둘 것인지 등 기원국의 결정에 일부 불명확성이 있는 점은 극복이 필요하다고 보며, 이는 결국 명확한 입법적 결단으로 해결할 사안으로 보인다.¹⁷⁾ 한편, 국제문화재법의 맥락에서 준거법 결정의 실익은 주로 문화재에 대한 강행규정의 적용 여부에 있는데, 관련하여 기원국법을 물권 전반의 준거법으로 지정하는 대신, 국제적 강행규정으로 적용하는 방안도 유력하다는 점을 소개하여 둔다.¹⁸⁾

이상의 논의에 따르자면, 대상판결이 기원국법에 대한 언급 없이 바로 소재지법을 적용한 것은 다소 아쉬움이 있으나, 현 시점에서 그 결론은 대체로 수긍할 수 있는 것으로 보인다.

나. 공서

국제사법에서 공서의 원칙은 추상적인 외국법 자체를 비난하는 것이 아니라 외국법을 적용한 결

이라고 구성하는 것도 가능하다고 본다.

15) 국내에 기원국법주의를 최초로 소개하고 판단 기준을 제시한 문헌으로는 송호영, “국제사법상 문화재의 기원국법주의(*lex originis*)에 관한 연구”, 재산법연구 제30권 제1호(2013) 참조.

16) 예컨대, 바로 본건에서 본건 계쟁물이 일본국에 계수되었다고 볼 수 있는지 여부에 대한 문제.

17) 관련하여, 기원국법주의(기원국법설)의 난점으로 기원국 개념의 불확실성을 지적한 종래 견해로는, 석광현, “국제적 불법거래로부터 문화재를 보호하기 위한 우리 국제사법과 문화재보호법의 역할 및 개선방안”, 서울대학교 법학 제56권 제3호(2015), 136면 이하 참조; 소재지법에 대한 대안으로서 기원국법이 유력하게 고려될 수 있다고 보되, 물권변동(의 전반)에 대하여 기원국법주의를 취할 수는 없고, 소재지법주의를 따르는 것이 기본적으로 타당하다는 견해로는, 이필복, “국제적인 문화재 거래와 국제적 강행규정 - 기원국의 국제적 강행규정을 중심으로 -”, 국제사법연구 제27권 제1호(2021), 125면 이하 참조.

18) 대표적으로 이필복(주17) 참조.

과로 인해 자국의 기본적인 사회질서가 파괴될 우려가 있는 경우 이를 막기 위한 것이므로, 공서의 적용 여부는 외국법 자체의 내용이 아니라 외국법을 적용한 결과에 따를 사안이다.¹⁹⁾ 따라서 대상 판결이 양국 민법의 규정이 거의 차이가 없고, 따라서 양국 민법의 적용 결과가 사실상 동일함을 근거로 원고의 공서와 관련된 주장을 배척한 것은 원칙적으로 타당하다고 본다.

다만, 문화재보호법상 강행규정의 성격을 물권의 준거법 중 일부로 볼 것인지, 별도의 단위로 연결되는 대상으로 볼 것인지에 따라 좀 더 숙고해보아야 할 문제가 있다는 점은 지적해두고자 한다. 즉, 전자의 견해에 따르자면, 물권에 대한 기본 준거법이 우리 민법인지 일본국 민법인지 여부에 따라서, 우리 문화재보호법이 준거법 소속국의 강행규정으로서 바로 적용될 수 있는지, 아니면 국제적 강행규정 내지 제3국의 강행규정으로서 적용될 수 있는지와 여부가 달라지는 결과가 발생하므로, 이를 검토할 실익이 존재한다. 다만, 이와 관련된 준거법 결정의 단위에 관하여는 추후의 숙제로 남겨 둔다.

다. 국제적 강행규정

앞서 살펴본 바와 같이, 물권 전반에 관하여 당장 기원국법주의를 적용하기는 어려운 대신 기원국법 중 문화재보호법 등 문화재보호를 위한 규범이 국제적 강행규정으로서 적용될 수 있다는 견해가 유력하며,²⁰⁾ 이러한 논의에 비추어 볼 때 우리 문화재보호법은 법정지의 국제적 강행규정²¹⁾으로서 일응 본건에 적용될 수 있다고 보거나, 적어도 그에 대한 면밀한 검토가 필요하다고 상당하고, 따라서 대상판결이 우리 문화재보호법의 적용 여부에 대해 단순히 불분명하다라고만 실시하고 넘어간 것은 다소 아쉬운 지점이라고 할 것이다. 다만 현행 문화재보호법이 선의취득은 금지하나 시효취득까지 금지하는 것으로 보기는 어렵다는 견해가 대체로 다수인 것으로 보이므로,²²⁾ 그에 따르자면 결론은 대체로 수긍할 수 있다.

4. 소결

이상과 같이 대상판결의 법리적 판단은 대체로 수긍할 수 있으며, 대상판결이 국내외적으로 주목을 받는 사건에서 여러 어려운 국제사법상 쟁점들을 회피하지 아니하고 정면으로 판단한 것에 대해 대체적으로 높게 평가한다.

19) 석광현(주12), 175면.

20) 이필복(주17) 참조.

21) 국제사법 제20조.

22) 각 견해에 대한 상세한 검토는 숙제로 남겨 둔다.

IV. 대상판결 이후 국제문화재법상 검토가 필요한 쟁점들

1. 검토의 배경

대상판결이 확정되면 본건에서 문제된 사법상 소유권 귀속의 문제는 일단락 될 수 있겠으나, 이러한 원고와 피고 보조참가인 간의 사법상 소유권 귀속의 문제는 원칙적으로 국가가 공법상 부담하는 의무(국제법상 의무 및 국내 행정법 - 문화재법상 의무)의 문제와는 별개라고 보아야 하고, 후자에 대하여도 독립적인 검토가 필요하다.²³⁾²⁴⁾

2. 1970년 UNESCO 협약 또는 문화재보호법 제20조의 문제

가. 1970년 UNESCO 협약과 관련된 쟁점들

본건에 1970년 UNESCO 협약이 직접 적용되는지 여부에 관하여는, 일응 아래와 같이 보다 면밀한 검토가 필요한 지점이 다수인 것으로 사료되므로, 이하에서 각각 살펴본다:

(1) 협약 제4조 (나)의 문제 - 영역내에서 “발견된”

1970년 UNESCO 협약 제4조

본 협약의 당사국은 다음 범주에 속하는 재산이 본 협약의 목적을 위하여 각국의 문화적 유산으로 구성됨을 인정한다.

- (가) 관계국가 국민의 각 개인 또는 집단에 의하여 창조된 문화재, 또한 관계국 영역 내에 거주하는 외국인 또는 무국적인에 의하여 그 국가의 영역 내에서 창조된 관계국에 중요한 문화재
- (나) 국가 영역 내에서 발견된 문화재
- (다) 출처국 주무관청의 동의하에 고고학, 인종학 또는 자연과학 사절단에 의하여 획득된 문화재
- (라) 자유로이 합의된 교환의 대상이 되어온 문화재
- (마) 출처국 주무관청 동의하에 선물로서 증여 받거나 합법적으로 구입한 문화재

1970년 UNESCO 협약이 적용되려면, 본건 계쟁물이 제4조의 (가) 내지 (마) 중 하나에 해당되어야 하는데, 이 중 현실적으로 본건 계쟁물의 적용 여부를 논할 수 있는 규정은 동조 (나) 소정 “국가 영역 내에서 발견된 문화재”이다.²⁵⁾

일견 문언상으로는 본건 계쟁물이 일본국 내에서 발견된 것이라 볼 소지도 있겠으나, ① 연혁적

23) 예컨대, 주진열(주8)은 원고가 본건 계쟁물의 소유자로 결정되더라도, 여전히 국가가 공법상으로는 반환 의무를 지는 사례가 발생할 수 있음을 지적한다.

24) 대상판결은 국제조약을 원고의 주장을 인용할 수 있는 근거로 삼을 수 있는지 여부에 관하여만 검토하였지만, 그 외에 (재판 결과에도 불구하고) 여전히 국가가 반환 의무를 부담할 경우 취하여야 할 조치 등에 대한 검토가 필요한 것이다(그 외에, 1970년 UNESCO 협약 등이 재판규범으로서 원고의 주장을 배척할 근거로 적용될 수 있는 것은 아닌지 등의 쟁점도 있으나, 이에 대한 검토는 숙제로 남겨 둔다).

25) 이론적으로는 피고 보조참가인 측의 주장에 따르면 동조 (라)의 적용 여부도 검토될 수 있겠으나, 앞서 언급한 바와 같이 대상판결의 사실인정을 존중한다면, 이를 더 검토할 의미는 없다.

으로 협약 초안 4(f)는 본건에 보다 부합하는 “당해 국가에서 해당 협약이 발효되기 전에, 당해 국가 또는 그 국민이 취득한 문화재”를 별도의 적용 대상으로 규정하였다가, 멕시코 등 다수 국가의 격렬한 반대 끝에 결국 최종안에서는 삭제된 점,²⁶⁾²⁷⁾ ② 이러한 연혁에 비추어, “발견”은 잊혀지거나 매장된 문화재 등이 (장소적 이동이나 소유권 변동 없이) 고고학적으로 발굴된 경우 등을 한정적으로 의미한다고 볼 소지가 다분한 점,²⁸⁾ ③ 또한 주석서는 협약 제4조가 소유권과는 무관한 (역사적) 귀속 가치(heritage value)에 관련된 것이라 설명하는 점²⁹⁾ 등 종합해보면, 협약 제4조 (나)가 본건에 당연히 적용된다고 단정하기는 어렵고, 보다 면밀한 고찰을 요한다고 본다. 즉, 이에 따르면 일본국을 1970년 UNESCO 협약 소정 출처국이라 볼 수 있는지는 고민이 필요하다.

(2) 협약 제7조 (나) (1)의 문제 - “종교적 공공기념관 또는 유사기관”

1970년 UNESCO 협약 제7조

본 협약의 당사국은 다음 사항을 약속한다.

(가) (생략)

(나) (1) 본 협약이 관계국가에서 발효된 이후 본 협약의 타 당사국의 박물관이나 종교적 또는 세속적 공공 기념관 또는 유사기관에서 도난된 문화재가 그 기관의 물품목록에 소속됨이 문서로 기록되어 있을 경우 그 반입을 금지한다. (이하 생략)

1970년 UNESCO 협약의 주석서는 동 협약 제7조 (나) (1)의 적용범위가 극히 제한적임에 주의하여야 하고, “종교적 공공기념관(religious public monument)”이 시골 내지 지역에서 비공개적인 신앙의 대상이 되는 소규모 교회나 사찰에도 적용될 수 있는지 의문이며, 소규모 교회나 사찰이 주로 절도범들의 표적이 되지만, 그럼에도 “유사기관(similar institution)”에 해당하는지조차 불명확하다고 설명한다.³⁰⁾ 관련하여, 일본 관음사는 상주 인원이 없이 평소 시정되어 있는 이른바 ‘무인 사찰’로 알려져 있는바, 위와 같은 주석서의 설명에 따르면, 일응 일본 관음사가 “공공(public)” 기관 내지 유사기관이라고 단정하기 어렵고, 나아가 본건 계쟁물이 위 제7조 (나) (1)에 따라 1970년 UNESCO 협약의 적용 대상에 포함되는지 여부도 보다 숙고할 필요가 있다.

(3) 기타 쟁점 - 지방문화재, 협약의 자기집행성 등

위에서 살펴 본 2가지 쟁점 외에도, 본건 계쟁물이 일본국의 지방문화재인 사정³¹⁾ 및 1970년

26) Patrick J. O’Keefe(주3), 46면 참조.

27) 국내 문헌으로는 이근관, “1970년 유네스코협약의 성안과정에 대한 고찰 - 1930년대 국제연맹하에서 작성된 협약초안의 영향을 중심으로 -”, 국제사법연구 제26권 제2호(2020) 참조.

28) 예컨대, Patrick J. O’Keefe(주3), 45면은 “현재는 다른 문화적 집단에 속하는 영토 내에서 발견된, 인접 또는 멸망한 문화적 집단의 고고학적 유물”을 예시함으로써, ‘고고학적 발굴’ 행위가 전제됨을 표시한다.

29) Patrick J. O’Keefe(주3), 46면 참조; 다만 이에 관하여는 우리나라와 일본국 중 어느 쪽이 더 본건 계쟁물에 대해 역사적 귀속 가치를 가지는지도 논쟁의 소지가 다분하다.

30) Patrick J. O’Keefe(주3), 59면 참조.

31) 이규호, “1970년 유네스코 협약 이행법제의 현황과 실무”, 국제사법연구 제26권 제2호(2020)은 이를 근거로 본건 계쟁물에

UNESCO 협약의 자기집행성 문제³²⁾ 등도 검토가 필요하나, 이에 대한 상세한 검토는 차후의 숙제로 남겨 둔다.

(4) 소결

결국, 면밀하게 살펴보면, 본건 계쟁물이 1970년 UNESCO 협약의 적용 대상인지에 대하여 향후 보다 정치한 검토가 필요한 것으로 보인다. 특히 여기서 주목해야 할 부분은, 1970년 UNESCO 협약 소정 ‘출처국’은 기원국법주의에서의 ‘기원국’과 달리 좀더 제한적으로 인정되는 개념이라는 점이다.³³⁾

다만, 본건 계쟁물에 1970년 UNESCO 협약이 적용되지 않더라도, 문언상으로 적용 범위가 더 넓은 문화재보호법 제20조는 여전히 적용된다고 볼 소지가 다분하므로,³⁴⁾ 이하에서는 문화재보호법 제20조가 적용될 경우 문제되는 쟁점들을 살펴보고자 한다.

나. 문화재보호법 제20조와 관련된 쟁점들

문화재보호법 제20조(외국문화재의 보호)

- ① 인류의 문화유산을 보존하고 국가 간의 우의를 증진하기 위하여 대한민국이 가입한 문화재 보호에 관한 국제조약(이하 “조약”이라 한다)에 가입된 외국의 법령에 따라 문화재로 지정·보호되는 문화재(이하 “외국문화재”라 한다)는 조약과 이 법에서 정하는 바에 따라 보호되어야 한다.
- ② 문화재청장은 국내로 반입하려 하거나 이미 반입된 외국문화재가 해당 반출국으로부터 불법반출된 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있으면 그 문화재를 유치할 수 있다.
- ③ 문화재청장은 제2항에 따라 외국문화재를 유치하면 그 외국문화재를 박물관 등에 보관·관리하여야 한다.
- ④ 문화재청장은 제3항에 따라 보관 중인 외국문화재가 그 반출국으로부터 적법하게 반출된 것임이 확인되면 지체 없이 이를 그 소유자나 점유자에게 반환하여야 한다. 그 외국문화재가 불법반출된 것임이 확인되었으나 해당 반출국이 그 문화재를 회수하려는 의사가 없는 것이 분명한 경우에도 또한 같다.
- ⑤ 문화재청장은 외국문화재의 반출국으로부터 대한민국에 반입된 외국문화재가 자국에서 불법반출된 것임을 증명하고 조약에 따른 정당한 절차에 따라 그 반환을 요청하는 경우 또는 조약에 따른 반환 의무를 이행하는 경우에는 관계 기관의 협조를 받아 조약에서 정하는 바에 따라 해당 문화재가 반출국에 반환될 수 있도록 필요한 조치를 하여야 한다.

(1) 문화재청장은 어떤 조치를 취해야 하는가? 곧바로 유치 등 강제적인 절차로 나아갔어야 했는가?

1970년 UNESCO 협약이 적용되지 않는다고 보는 반면, 석광현(주5)은 지방문화재이더라도 적용될 수 있다고 한다.

32) 이는 대체로 부정하는 견해가 유력한 것으로 보이고, 이에 따르자면 가사 1970년 유네스코 협약의 적용 대상이라 하더라도, 그 자체만으로 국가의 구체적인 의무가 발생한다고 보기는 어렵고, 이는 결국 이행입법에 따른 사안이다. 다만 구체적으로는 개별 조문별로 검토가 필요하다는 설명으로는, 이종혁, “1970년 유네스코협약 이행입법과 관련한 국제사법 쟁점”, 국제사법연구 제 26권 제2호(2020) 참조.

33) 앞서 살펴 본 1970년 UNESCO 협약의 입법 연혁이나, 그에 따라 확정된 한정적인 문언 등에 비추어 보면, 이는 일용 계수주의의 적용을 배제하거나 상당히 제한하려는 취지로 보이기도 한다.

34) 문화재보호법 제20조도 적용되지 않는다는 견해도 있으나[예컨대, 이규호(주31) 참조], 적용된다는 견해가 유력하다: 석광현(주5) 참조; 다만 후자도 입법자가 과연 협약이 적용되지 않는 사안에까지 적용할 의도였는지는 고민이 필요하다는 점은 지적한다.

본건이 문화재보호법 제20조의 적용 대상이 된다면 그에 따라 문화재청장은 어떤 조치를 취해야 하는지 문제된다. 이와 관련하여 문화재보호법의 입법형식은 “유치할 수 있다”의 임의규정(동법 제20조 제2항)으로 되어 있고, 동시에 동조 제5항은 “관계 기관의 협조”를 받아 “필요한 조치”를 하도록 규정하고 있다. 이에 따르자면 결국 문화재청장의 강제적 조치는 의무가 아니라 재량 사항이고, 비례원칙 등 행정법의 일반원칙에 따른 적절한 재량권의 행사, 곧 ‘필요한 조치’를 강구함이 상당하다고 할 것이다.

여기에서 문화재보호법 소정 ‘필요한 조치’의 구체적인 의미는 무엇인가? 이와 관련하여, 1970년 UNESCO 협약 제7조 (나) (2) 소정 ‘적절한 조치(appropriate steps)’에 대한 해석론을 참고해보면, 주석서는 ‘appropriate steps’의 개념이 상대적임을 지적하며, 예컨대 소유권에 다툼이 있는 경우에 소송 절차를 조언 내지 안내해 주는 것만으로도 충분하다고 한다.³⁵⁾ 다만, 이 경우에도 국가는 압류권(내지 유치권, power of seizure)을 행사하거나, 적어도 권한있는 당국의 판단이 내려질 때까지 계쟁물을 보존(hold)하기 위한 법적 조치를 취해주는 것이 바람직하다고 하는바,³⁶⁾ 이에 따르자면 국가가 본건 1심에서 패소한 후 강제집행정지 신청을 하고, 본건 2심에서 국제사법공조 절차를 통해 피고 보조참가인에게 소송고지를 한 것은 일응 소유권에 분쟁 중인 현 단계에서 문화재보호법상 ‘필요한 조치(나아가 만약 본건이 1970년 UNESCO 협약의 적용 대상이라면 해당 협약 상 ‘적절한 조치’를 취하여, 일응 그 의무를 다한 것이라 평가하는 것도 가능하다고 본다.

나아가 만약 국내 원고가 정당한 소유자인 것으로 사법상 분쟁이 종결되었는데, 그럼에도 국가(내지 문화재청장)의 공법상 반환의무가 여전히 인정된다면 어떻게 해야 할 것인가? 이 경우에도 그러한 사실만으로 곧바로 강제적인 조치가 정당화된다고 볼 수 없고, ‘필요한(적절한) 조치’는 제반사정³⁷⁾에 비추어 상대적으로 결정된다고 할 것이며, 사건으로는, ‘필요한(적절한) 조치’에 이하 3에서 살펴볼 대화와 협상 등 노력도 포함될 수 있다고 본다고 본다.

(2) 형사 절차상 피해자 환부와의 관계

한편, 문화재보호법 제20조에 따른 절차와, 형사 절차상 피해자 환부와의 관계에 관하여도 종래 논의가 있어 왔고, 이와 관련하여, 형사 압수(몰수)물이라 하더라도, 문화재보호법 제20조에 따라 외국에 대한 최종 반환의 주체는 문화재청장이어야 한다는 견해도 유력하고,³⁸⁾ 입법적으로 문화재 압수·몰수물에 대한 특칙 만들자는 견해도 존재한다.³⁹⁾ 이에 대하여 입법적인 해결이 이루어지지 않는다면, 현행법하에서 검찰의 ‘환부처분’과 문화재청의 ‘반환처분’ 간의 관계를 어떻게 정립할

35) Patrick J. O’Keefe(주3), 60면 참조.

36) 상계주 참조.

37) 여기에는 사법상 판단에 대한 당사자들의 승복 여부나 병행소송의 제기 여부 등이 포함될 수 있을 것이다.

38) 석광현(주5) 참조.

39) 이순옥, “문화재 환수와 관련된 형사법상 압수 및 몰수”, 국제사법연구 제24권 제2호(2018) 참조.

것인지에 대해 검토가 필요할 것이다. 사건으로는, (1) 검찰이 문화재청에 환부한 후, 문화재청이 외국에 반환하는 방안, (2) 문화재청이 반환처분의 방법인 ‘관계기관의 협조’로서 검찰의 환부를 요청하여, 결과적으로 반환이 이루어지도록 하는 방안 등 두 처분이 모두 이루어지도록 구성할 방법은 여러가지가 가능하다고 본다. 다만, 어느 경우에도 실무적으로는 문화재 이동에 있어 문화재청 전문가의 관여와 도움이 필요할 것으로 보인다.

(3) 기타 검토 내지 입법적 보완이 필요한 부분들

국가의 공법상 반환 의무와 별개로, 국내에 사법상 정당한 권리자가 있는 경우 그에 대하여 정당한 보상을 할 것인지 여부 및 그 내용 등에 대하여 현행 문화재보호법 제20조는 침묵하고 있으며, 이는 대체로 명백한 입법의 불비로서 시정을 요한다고 본다.⁴⁰⁾

한편, 앞서 본 바와 같이 1970년 UNESCO 협약이 의도한 출처국의 범위가 제한적이라면, 문화재보호법 제20조의 적용범위도 1970년 UNESCO 협약과 일치시킬 필요는 없는 것인지도 고민이 필요할 것이다. 소유자로부터 유치하여 반환한 후 소유자가 다시 소유권에 기한 반환청구토록 하는 불편함을 정당화할 유일한 근거는 국가의 1970년 UNESCO 협약에 따른 국제법상 의무인데, 1970년 UNESCO 협약의 적용 범위가 아닌 사안에 대하여는 국제법상 의무도 없고, 따라서 위와 같이 소유자에게 불편을 끼치는 것을 정당화할 근거도 없는 것으로 보이기 때문이다.⁴¹⁾

3. 오뎅 토날라마틀(Tonalamatl de Abuin) 사건의 함의

발표자들의 부족함 탓인지, 본건과 같이 전근대에 약탈된 문화재가 (최초)기원국으로 무단 반출된 경우, 이러한 분쟁을 법적으로 어떻게 해결할 것인지 문제된 사안을 찾기는 쉽지 않았다. 다만, 본건과 일응 유사한 사안으로서 “오뎅 토날라마틀(Tonalamatl de Abuin) 사건”을 마지막으로 소개해보고자 한다.

해당 사건은 1982년 6월경 멕시코 변호사 호세 루이스 카스타냐가 프랑스 국립도서관에서 14세기~15세기의 아즈텍 달력인 ‘오뎅 토날라마틀(Tonalamatl de Abuin)’을 무단으로 취거하여 기원국인 멕시코로 가져가버린 사안이다. 이에 대하여 프랑스 측은 당초 “명백한 절도행위를 통한 문화재 회복은 인정할 수 없다.”라며 반환을 촉구하였으나, 결국 멕시코 측과의 협상을 통해 2009년 프랑스가 ‘멕시코에 영구대여’하는 것으로 합의되어, ‘오뎅 토날라마틀(Tonalamatl de Abuin)’은 사실상 멕시코에 반환되었다.⁴²⁾

40) 동지: 대표적으로, 석광현(주5) 참조.

41) 다만 장차 우리나라가 반환 대상 문화재의 범위를 보다 넓게 규정하는 1995년 UNIDROIT 협약에도 가입하게 된다면, 추가로 검토가 필요할 것이다.

42) 이와 같이 해당 사건이 외교적 협상을 통해 해결되었기에, 이를 법률적으로 연구하여 소개한 문헌은 찾기 어렵다. 다만 해당 사건의 사실관계를 소개한 언론 보도로는, 이기환, “1982년 ‘아즈텍 달력 도난’ vs 2012년 ‘고려불상 절도 사건’의 전모”, 경향신문(2023. 2. 12.자) 등 참조.

해당 사건은 현재로서는 이른바 '이중탈취' 사안 내지 전근대 약탈 문화재에 대하여 사법적인 수단이 만능 해결책이 아님을 보여주는 사례라고 할 수 있다. 또한 국제적으로 약탈 문화재의 기원국으로의 반환에 가장 부정적인 프랑스⁴³⁾가 위와 같이 1970년 UNESCO 협약 성안 당시 민족주의적 입장 강하게 주장한 멕시코⁴⁴⁾와 외교적 대화와 협상을 통해 분쟁을 근본적으로 해결하였다는 점에서도 시사하는 바가 크다. 관련하여 우리나라도 과거 일본과 외교적 협상을 통해 다소 불충분하나 환수에 성공한 사례가 있었던 것도 돌이켜 보아야 할 것이다.⁴⁵⁾

한편, 그렇다고 하여 이미 발생한 분쟁을 협상에만 맡겨두고 사법 절차는 공전시키는 것도 바람직하다고 볼 수는 없음은 물론이다. 따라서 당연히 우리의 국제문화재 분쟁 대응 능력도 지속적으로 발전시켜나가야 하고, 이를 위하여는 주요국의 국제 문화재 반환 관련 입법 및 재판 사례에 대한 지속적인 연구도 필요할 것이다. 이와 관련하여, 특히 우리 학회지에 소개된 스페인 및 유럽에서의 ADR을 통한 분쟁 해결 시도들⁴⁶⁾에 대하여도 장차 관심을 두고 연구하여 관련 제도를 정비해 나갈 필요 있다고 본다.

V. 맺음말

이상과 같이 (1) 대상판결이 법리적인 측면에서 관련된 국제사법적 쟁점들을 충실히 검토하고 판단한 것을 높게 평가하며, (2) 본건 계쟁물에 대하여 1970년 UNESCO 협약이 적용되는지 여부는 보다 면밀한 검토가 필요한 것으로 보이고, (3) 국가는 일응 현재까지 문화재보호법 제20조에 따른 의무나 책임 내지 '필요한 조치'를 대체로 적절히 취해 온 것으로 본다.

다만 현재의 관련 규범은 일정 부분 한계를 노정하고 있는 것도 사실이므로, 단기적으로는 사법적인 수단 외에 대화와 협상의 노력이 병행될 필요가 있고, 장기적으로는 국제사회가 1970년 UNESCO 협약 제정 이전의 전근대 약탈 문화재에 대한 문제들을 규율하는 통일 실질법을 마련하기 위해 노력해야 한다고 본다. 이러한 통일 실질법에는 (1) 명확하고 예측가능한 기원국(혹은 종국적인 반환의 대상지라는 점을 강조하는 취지에서 출처국) 결정의 규칙, (2) 시효취득 등 기원국으로의 반환에 대한 항변 사유의 인정 여부 및 인정 범위와 요건, (3) (국제)공법 상 주체인 국가의 책임과 사권의 조화를 이룰 체계 등이 포함되어야 할 것이다. 본 사건은 이러한 모든 문제를 고민해볼

43) 박선희, "문화재 원소유국(country of origin) 반환과 프랑스의 입장", 국제정치논집 제51집 4호(2011) 참조.

44) Patrick J. O'Keefe(주3), 46면 참조.

45) 조운수, "한일회담과 문화재 반환 교섭", 동북아역사논총 51호(2016); 국성하, "한일회담 문화재 반환협상 연구", 한국독립운동사연구 제25집(2005) 등 참조.

46) Garcia, A. I. B., RESTITUTION OF CULTURAL PROPERTIES IN SPAIN JUDICIAL AND NON-JUDICIAL PROCEEDINGS, 국제사법연구 제25권 제2호(2019) 참조.

수 있게 하는 대단히 연구 가치가 높은 사안이라고 할 것이다. 장차 보다 면밀한 연구와 노력이 이어져 국제문화재법 분야에서 진정한 회복적 정의가 실현되는데에 우리나라와 우리 학회가 기여할 수 있기를 희망한다.

‘고려 서주(端州) 부석사’ 관음상 사건과 국제문화재법에 대한 토론문

송호영*

2012년 10월에 발생한 대마도 관음사소재 관음상의 절도 사건 이래로 해당 불상의 소유권에 관한 1심 판단까지는 약 5년, 2심 판단까지는 다시 6년 가까운 시간이 소요되었습니다. 동 사건은 원고(서산 부석사)의 상고로 인해 최종적으로 대법원의 판단을 기다려야 하는 상황입니다.

1심은 원고의 청구인용으로, 2심은 원고의 청구기각으로 결정되었습니다. 1심 법원은 원고가 주장한 역사적 이유들을 거의 그대로 수용하여 “이 사건 불상은 원고의 소유로 넉넉히 추정할 수 있”다고 판시하였습니다. 법원의 판단 과정에서 준거법의 결정과 같은 국제사법적 쟁점들은 전혀 다루어지지 않았습니다. 그에 반해 2심법원은 준거법의 결정을 비롯한 국제사법적 쟁점과 소유권의 원시취득 및 취득시효 여부 등 민사실체법상 쟁점들 그리고 1970년 UNESCO협약과 (사안과 직접 관련은 없지만) 1995년 UNIDROIT협약 등 국제법상 쟁점들에 대해서도 비교적 상세하게 다루고 있습니다. 2심 판결은 결론의 당부를 떠나 사안에서 제기될 수 있는 주요 쟁점들을 대부분 검토함으로써 법리적·학리적 논의의 폭을 넓혔다는 점에서 큰 의미가 있다고 생각합니다. 토론자는 얼마 전 언론과의 인터뷰에서 1심 법원과 2심 법원이 왜 결론을 달리하는지에 대해 묻는 질문에 대해, 1심 법원과 2심 법원의 소송주체에 변화가 있었기 때문이라고 답한 적이 있습니다. 1심 판결에서는 원고(서산 부석사)와 피고(대한민국) 사이에 불상의 소유권을 다투는 소송 자체가 엇박자일수 있습니다. 즉 원고는 민사실체법상 소유권을 주장하는데 대해 피고(대한민국)는 민사실체법상 소유권 자로서가 아니라 국제협약상 계약국정부로의 인도 의무에 기초해서 소극적으로 원고의 소유권을 부인할 수밖에 없었기 때문에 국제사법 및 민사실체법의 쟁점들이 제대로 다투어질 기반이 조성되지 않았다고 보입니다. 그에 반해 2심 판결에서는 불상의 소유권을 주장하는 관음사가 피고측에 보조참가로 소송에 가담하였기 때문에 법원으로서 원고와 피고보조참가인 사이에 누가 진정한 소유자인지를 가려야만 했고 이를 위해 국제사법상 시제법 및 준거법을 결정하여야 하는 과정을 거칠 수밖에 없었습니다. 결론적으로 저는 2심법원이 올바른 결정을 하였다고 생각합니다. 발표자들의 의견도 기본적으로 2심 법원의 판단과 다르지 않다고 봅니다. 더욱이 발표자들께서는 법원에서

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

다투어진 쟁점외에도 사안과 관련한 1970년 UNESCO협약상 쟁점과 우리나라 문화재보호법 제 20조의 한계 등에 대해서도 상세히 논구함으로써, 향후 우리의 국제문화재법 논의에 크게 기여할 것으로 생각합니다. 저는 대체로 2심 법원의 판결과 발표자들의 의견에 동조하기 때문에 의견이 겹치는 부분에 대해서는 따로 설명하지 않고, 국제문화재법상 몇 가지 쟁점 내지 향후의 과제들에 대한 저의 의견을 피력하면서 토론에 갈음할까 합니다.

첫째는 사찰의 동일성 여부를 어떻게 판단할 것인지에 관한 문제입니다. 2심법원은 고려시대 서주부석사의 존재를 인정하고 서주부석사가 제작자로서 사건의 불상을 원시취득 하였음을 인정하면서도 서주부석사와 원고(서산 부석사)를 동일한 권리주체로 보지 않았습니다. 원고가 서주부석사와 동일성이 인정되지 않는다면 당사자로서는 다른 민사실체법상 국제사법상 쟁점들을 논의하는 것이 무의미할 것입니다. 실제로 2심 재판부도 “원고가 이 사건 불상의 소유권을 원시취득하였다는 점에 관한 증거가 부족하므로, 원고가 이 사건 불상의 소유자임을 전제로 한 원고의 이 사건 청구는 더 나아가 판단할 필요 없이 이유 없다”고 하면서, 다만 “이하에서는 원고가 서주 부석사와 동일한 권리주체임이 증명되었다고 가정하는 것을 전제로 피고보조참가인의 항변에 관하여 나아가 살펴보기로 한다”고 하여 추가적인 쟁점을 다루고 있습니다. 원고로서도 이 문제를 극복하지 못하면 상고심에서의 결론은 매우 비관적일 것으로 보입니다. 2심 법원은 서주부석사가 이 사건 불상이 제작될 당시인 1330년경 권리능력 없는 사단 내지 재단으로서의 실체를 가지고 존재함으로써 이 사건 불상을 원시취득하였다고 볼 것이고, 서주 부석사가 존재하던 지역에서 1330년경 이후에도 여러 시기에 ‘부석사’라는 명칭의 사찰이 존재하였다고 인정할 수 있는 자료들이 존재한다고 보았지만, 서주부석사와 원고와의 동일성은 받아들이지 않았습니다. 그런데 사안의 부석사뿐만 아니라 우리나라의 사찰 대부분이 목조로 건축되어 있어서 화재나 재난에 취약하여 고찰들은 대부분 중수를 거듭한 적이 많은 점을 감안하면 그 동일성을 어떻게 판단할지가 매우 어려운 문제일 것입니다. 과거 현등사가 리움미술관을 상대로 현등사 사리구의 반환을 청구한 사건에서 법원은 사리구의 원소유자인 현등사와 현재의 현등사가 동일한 사찰임을 입증할 수 없다고 판단한 적이 있습니다. 사찰의 동일성 문제는 향후 다른 유사한 사건에서도 계속 문제될 여지가 있어서 그 판단에 보다 객관적이고 면밀한 탐구가 필요할 것으로 보입니다.

둘째, 만약 서주부석사와 서산부석사의 동일성이 인정된다고 가정할 때, 불상을 원시취득한(서주 및 서산)부석사의 소유권이 계속 존속한다고 볼 수 있을 것이냐가 문제됩니다. 소유권의 항구성에도 불구하고 다른 권리주체가 해당 물건의 소유권을 새로이 취득할 수 있는 권원(예, 선의취득, 취득시효 등)이 인정된다면 반사적으로 종전의 소유권은 소멸할 수밖에 없습니다. 사안에서 재판부는 피고보조참가인인 관음사의 취득시효를 인정하였습니다. 이때 준거법의 결정은 목적물소재

지법주의에 따라 일본민법의 규정에 따라 판단하였습니다. 이를 우리나라 민법에 의하더라도 취득시효의 기간만이 차이가 있을 뿐 결론은 같게 됩니다. 저는 이러한 법원의 판단이 결론적으로는 타당하다고 생각합니다. 다만 이러한 법리적 구성을 문화재반환분쟁에 일반적으로 적용하는 것에는 신중할 필요가 있다고 봅니다. 문화재는 기본적으로 불용통물(res extra commercium)의 속성을 가지는 것이고 특히 종교문화재나 왕실문화재의 경우는 다른 문화재에 비해 용통성을 기대하는 것은 더욱 어렵다할 것입니다. 2심 재판부도 이러한 인식하에서 “불상은 종교적 예식에 사용되는 물건 내지 숭배의 대상이므로 일반적으로 양도의 대상이 되지 않는다고 할 것”이라고 판단하여 최소한 피고보조참가인이 불상의 소유권을 양수하여 취득하였다는 주장은 받아들이지 않았습니다. 같은 취지라면 선의취득도 인정되지 않을 것입니다. 그에 반해 법원은 물건의 양도를 전제로 하지 않는 취득시효는 인정하였는데, 이 법리를 일반화하게 되면 취득시효기간이 비교적 단기간임을 감안하면(일본은 20년 또는 10년, 한국은 10년 또는 5년), 예컨대 일제 강점기에 불법적으로 반출된 문화재에 대해서도 취득시효에 의해 반환이 차단되는 문제점이 있게 됩니다. 토론자는 문화재의 불용통성으로 인해 취득시효에 있어서 ‘소유의 의사’를 인정하는 데에도 신중하여야 한다고 생각합니다. 그렇지만 사안은 14세기경 반출된 것으로 여겨지는 문화재를 대상으로 하는데, 문화재의 불용통물성을 이유로 양도 및 취득을 제한하는 법리를 수세기 전 근대법이 제정되지도 않았고 사실 관계도 명확하지 않은 사안에 대해서까지 확대하는 것은 곤란하다고 생각합니다. 그럼에도 불구하고 문화재의 불용통성이라는 특성을 고려하여 문화재에 대해서는 선의취득 및 취득시효의 법리를 제한할 필요성은 있는데, 그 대상을 어떤 범위에서 제한할 것인지에 대해 앞으로 국제문화재법학이 고민할 문제라고 봅니다.

셋째, 기원국법주의에 대한 오해에 대해 말씀드리고자 합니다. (유형)문화재도 물건이라는 점에서 문화재에 대한 권리의 준거법은 목적물소재지법이 통설입니다. 그렇지만 문화재를 통상적인 물건과는 달리 보아 기원국법을 준거법으로 정해야 한다는 견해도 유력하게 주장됩니다. 이는 독일의 Erik Jayme교수가 주창한 견해로써, 토론자도 그의 견해에 동조합니다. 그런데 문화재를 기원국(country of origin)으로 반환해야 한다는 것과 준거법을 기원국법주의(lex originis)에 따라 결정해야 한다고 할 때 ‘기원국’의 의미는 같지 않음을 유의할 필요가 있습니다. 문화재를 기원국(country of origin)으로 반환해야 한다고 할 때 기원국의 개념은 문화재의 출처가 된 나라, 즉 문화재의 소유권이 밝혀진 상태에서 그 소유권이 인정된 나라를 의미합니다. 그에 반해 준거법의 결정에 있어서 기원국법주의는 문화재가 현재 소재한 곳이 아닌 문화재가 유래한 곳을 기원국으로 보게 됩니다. 여기서 기원국법주의에서 기원국의 판정을 무슨 기준으로 할 것인지, 다시 말하자면 무엇을 문화재의 ‘기원’으로 보아 준거법을 정하는 연결요소로 삼을 수 있는지는 매우 어려운 문제입니다. 이는 하나의 기준으로 확정되는 것은 아닙니다. 즉, 문화재의 기원은 그 문화재가 만들어

진 곳 혹은 그 문화재를 만든 사람의 국적에 의해 정해지는 것이 아니라, 여러 복합적인 요소들 및 기준을 고려하여 판단할 필요가 있습니다. 그러한 기준으로는 신앙적 가치, 창작자의 국가적 정체성, 문화재가 생성된 곳, 문화재로 존치하는 곳, 문화재가 소재하던 곳, 문화재가 발견된 곳, 문화재가 계수된 곳, 불용통물로 지정된 곳 등의 요소를 종합적으로 고려하여 정하여야 합니다. 그렇다면 사안에서 준거법의 결정을 목적물소재지법이 아니라 기원국법주의에 의한다고 할 때 기원국은 어디로 보아야 하는지가 문제될 것인데, 토론자는 사안에서 목적물소재지법주의에서의 결론과 마찬가지로 기원국법은 일본법이 된다고 봅니다. 그 이유는 불상이 한반도에 존재하였던 고려국 시대에 제조된 것이라고 하더라도, 수세기 전 일본국으로 반입(약탈이라고 하더라도)된 이래로 그곳의 신앙과 오랫동안 밀착되어 사찰에 존치되어 있었고 그곳의 지방문화재로 등록되어 보호되어 있었다는 점 등을 고려하면 준거법을 결정하는 연결요소로서 일본국을 기원국이라 볼 수 있다고 봅니다. 이 부분은 만약 사안의 불상이 한국과 일본이 아닌 제3국으로 반출되어 밀거래되었다고 가정했을 때 제3국의 법원이 준거법을 결정하는데 있어서 한국과 일본 중 어느 나라를 기원국으로 볼 것인가를 생각해보면 더욱 분명하다고 생각합니다. 다른 예로 1976년 신안 앞바다에서 인양된 중국 宋·元나라시대 유물은 현재 국립문화재연구소에서 보관하고 있는데 이를 누군가가 약탈하여 제3국으로 밀반출했다고 가정한다면, 제3국의 법원으로서 유물이 제조된 중국과 유물을 인양하여 보존하고 있는 한국 중 어느 나라를 준거법결정을 위한 기원국으로 볼 것인지는 자명해보입니다. 준거법을 결정함에 있어서 목적물소재지법주의가 간명한 점은 분명한 장점이지만, 문화재의 특성을 존중하는 기원국법주의에 대한 학계와 실무계의 관심이 필요하다고 생각합니다.

본 판결을 계기로 앞으로 국제문화재법에 관한 관심이 확산되어 학계에서도 더욱 심도깊은 연구들이 이어지기를 기대하면서 저의 토론을 마치고자 합니다. 감사합니다.

“제3부 - 국제사법과 국제공법의 교착(交錯)”

제4주제

주월한국군 피해자 베트남인의 국가배상소송과 저촉법: 체계제법(體系際法), 시제법, 국제사법

발표 : 이종혁 교수(서울대학교 법학전문대학원)

토론 : 권혁준 고법판사(서울고등법원)

1993 - 2023



주월한국군 피해자 베트남인의 국가배상소송과 저촉법: 체계제법(體系際法), 시제법, 국제사법

이종혁*

대상판결 : 서울중앙지방법원 2023. 2. 7. 선고 2020가단5110659 판결¹⁾

[사안의 개요]²⁾

1. 사실관계

제2차 세계대전과 제1차 베트남전쟁 이후 1954. 7.경부터 베트남은 북위 17도선을 경계로 그 이북의 베트남민주공화국(Democratic Republic of Vietnam, 이하 “북베트남”)과 그 이남의 베트남공화국(Republic of Vietnam, 이하 “남베트남”)으로 분단되었고, 북베트남의 지원을 받은 베트남민족해방전선(이하 “베트콩”)의 반란과 미국의 남베트남에 대한 경제·군사원조로 1961. 12. 경 제2차 베트남전쟁(이하 단지 “베트남전쟁”)이 발발하였다.

남베트남은 1964. 7.경 한국 등 다수 국가에 원조를 요청하였고, 한국은 1964. 9.경 비전투부대인 주월한국군원조단을 파견한 이래 1965. 10.경부터 1973. 3.경까지 맹호부대(육군 수도보병사단), 백마부대(육군 제9보병사단), 청룡부대(해병대 제2여단), 십자성부대(제100군수사령부) 등(이하 “주월한국군”으로 통칭)을 베트남에 파병하였다.

베트남전쟁 중에 북베트남군과 베트콩은 1968. 1. 31. 새벽 베트남 각지에서 대대적인 공격과 봉기를 벌였다(이하 “구정공세”). 해병 제2여단은 1968. 1. 30.부터 같은 해 2. 29.까지 전술책임 지역인 팡남성 일대에서 구정공세를 펼치는 북베트남군과 베트콩을 방어·격퇴하고 잔여병력을 수색·섬멸하는 괴룡1호 작전을 실시하였고, 이때 마을에 숨어든 베트콩을 탐색하는 진공작전을 함께 전개하였다.

원고(1960년생)는 1976. 7. 2. 수립된 베트남사회주의공화국(이하 “베트남”) 국적이다. 원고는 남베트남 팡남성 풍니촌 출신으로 현재도 그곳에 거주하고 있다. 1968. 2. 당시 원고의 가족으로

* 서울대학교 법학전문대학원 조교수.

1) [손해배상(국)] [미간행].

2) 본고의 저촉법적 논의에 필요한 범위 내에서 대상판결의 해당 부분을 중심으로 정리한 것이다.

는 어머니(1934년생), 오빠(1953년생), 언니(1957년생), 남동생(1963년생)이 있었다.

원고는 해병대 제2여단 제1대대 제1중대(이하 “이 사건 부대”) 소속 군인들이 1968. 2. 12. 고의로 민간인인 원고와 그 오빠에게 총격하여 상해를 입히고, 원고의 나머지 가족을 살해하였다고 주장하면서 2020. 4. 21. 대한민국을 상대로 국가배상책임을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

2. 당사자들의 주장

가. 피고의 본안전항변^{①③)}

1965. 9. 5. 한국군과 남베트남군 간에 체결된 「한월 군사실무 약정서」(이하 “1965년 한월 약정서”)의 제19조는 “한국군 요원에 의하여 가해진 월남공화국정부 또는 국민의 물자 및 인명피해의 보상에 관한 사항은 한월 양국정부 당국 간에 별도 협상에 의한다”라고 규정하고 있었다.

1965. 9. 6. 한국군과 미국군 간에 체결된 「주월 한미군사실무 약정서」(이하 “1965년 한미 약정서”)의 제15조 제2항은 “전투 또는 비전투 활동시 한국군이 가한 월남 정부나 개인의 재산 및 인명피해의 보상은 별도 약정서에 따른다”라고 규정하고 있었는데, 이에 따른 별도 약정으로 1966. 6. 20. 주월한국군사령부와 주월미군사원조사령부 간에 체결된 「한미 보충실무 약정서」(이하 “1966년 한미 보충약정서”)의 제1조, 제3조는 ‘주월한국군에 대하여 제기되는 비전투행위로 인한 손해 배상청구사건은 주월한국군 소청사무소를 통하여 해결하고, 지불보증은 미국이 한다’는 취지로 규정하고 있었고, 1966년 한미 보충약정서 부속서A 제4조, 제5조는 ‘주월한국군의 전투준비 중, 전투작전 간, 전투 후 복귀 중 발생한 월남 정부나 개인의 손해에 관한 사건인 전투소청사건은 소청사건이 발생한 곳의 동장, 군수, 성장에게 의뢰하여 해결한다’는 취지로 규정하고 있었다.

피고는 1965년 한월 약정서 제19조는 베트남인이 직접 한국법원에 소를 제기하는 것을 배제하고 있고, 1965년 한월 약정서(제19조), 1966년 한미 보충약정서(제1조, 제3조, 부속서A 제4조, 제5조)는 정부간 협의절차를 따르도록 규정하고 있으므로, 원고가 직접 한국법원에 제기한 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다고 본안전항변을 하였다.

나. 피고의 본안전항변^{②)}

국가배상법 제7조는 외국인의 국가배상청구권의 발생요건으로 상호보증의 존재를 요구하고 있는데, 피고는 베트남의 법령, 판례 등을 통하여 한국과 베트남의 국가배상청구권 발생요건을 비교해보면 상호보증이 인정되지 않으므로, 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다고 본안전항변을 하였다.

3) 여기에 언급된 한월간 및 한미간 체결된 문서들의 정식명칭과 체결주체는 국방부 전사편찬위원회, 국방조약집 제1집(국방부, 1981), 250면 이하에 따라 표시하였다.

다. 준거법의 결정

원고는 이 사건 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법은 우리 국가배상법이므로 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되기 전의 것) 제8조 제1항에 따라 우리 국제사법이 준거법으로 적용되어야 한다고 주장하였다.

반면에 피고는 원고가 주장하는 불법행위의 불법행위지는 당시 남베트남 정부가 통치하고 있었던 지역이므로 구 국제사법 제32조 제1항에 따라 당시 남베트남법이 준거법으로 적용되어야 한다고 주장하였다.

라. 피고의 소멸시효 항변

원고의 손해배상청구권은 불법행위일부부터 국가재정법 제96조 제2항[구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되기 전의 것) 제71조 제2항]이 정한 5년이 지났을 뿐만 아니라 손해배상청구권 행사가 가능하게 된 시점을 원고가 성년이 된 때로부터라고 보더라도 40년 이상 지났으며, 중요증거라고 주장하는 주요 증인들인 국군들의 진술을 확보한 시점을 기준으로 하더라도 2013년, 2014년경이 되고, 미군감찰보고서에 대한 열람이 가능하게 된 시점을 기준으로 하더라도 2000. 6.경이 되는데, 그로부터 민법 제766조 제1항에 따른 3년의 소멸시효기간을 경과하여 소멸하였다.

3. 대상판결의 요지⁴⁾

가. 본안전항변^①의 배척 — 한월간 및 한미간 군사실무약정 효력 부인

1965년 한월 약정서, 1965년 한미 약정서, 1966년 한미 보충약정서는 한국과 월남, 한국과 미국의 군사당국 간에 체결된 기관간 합의에 불과하고 한국이 체결한 조약으로 볼 수 없으므로,⁵⁾ 베트남 국민인 원고의 한국에 대한 청구권을 배제하는 법적 효력이 없다. 또한 1965년 한월 약정서 등만으로 베트남 정부가 자국민 피해자의 손해배상청구권을 포기하였다거나, 국가간 합의에 따른 배상 방식 이외에 피해자가 직접 한국법원에 소송을 제기할 권리를 포기하였다고 볼 수 없다. 따라서 피고의 이 부분 본안전항변은 이를 받아들이지 않는다.

4) 이 부분의 세부목차와 밑줄은 대상판결에는 없는 것이고 필자가 추가한 것이다.

5) 대상판결이 제시한 근거는 다음과 같다: ① 헌법 제73조는 대통령을 조약체결권자로 정하고, 조약법에 관한 비엔나협약(이하 “비엔나협약”) 제7조는 국가원수, 정부수반, 외무부장관, 외교공관장, 국제기구에 파견된 국가의 대표 등 이외에는 적절한 전권위임을 제시하는 경우에만 조약에 대한 국가의 지속적 동의를 표시할 수 있는 국가의 대표자로 인정하고 있다. 즉, 조약은 일정한 범위의 국가의 대표 또는 대표 자격을 위임받은 자에 의하여만 유효하게 체결될 수 있다. 그런데 1965년 한월 약정서, 1965년 한미 약정서, 1966년 한미 보충약정서를 체결한 당사자들이 조약을 체결할 정당한 권한을 가진 사람임을 인정할 근거가 없으므로, 위 약정서들은 3국의 군사실무에 관한 기관간 합의에 불과하고 조약으로서의 효력은 없다. ② 1966년 한미 보충약정서 부속서A 제4조, 제5조가 한국군에 의한 월남 민간인 피해에 대한 전투소청사건은 소청사건이 발생한 곳의 동장, 군수, 성장에게 의뢰하여 해결하도록 정한 것은 한미간 합의이므로, 베트남 국민에 대하여는 직접적 구속력이 없다. ③ 1965년 한월 약정서 제19조는 월남 민간인 피해자에 대한 보상에 관한 사항을 한월 양국정부 당국간에 별도 협상에 의한다고 정하고 있는데, 그 후속조치로서 별도의 구체적인 협상 및 합의가 없었다.

나. 본안전항변②의 배척 — 상호보증 인정

베트남 민법 제598조는 “국가는 국가배상책임법에 따라 공무집행자에 의하여 발생한 손해를 배상하여야 한다”라고 규정하고, 베트남 국가배상책임법 제2조, 제3조는 “공무 수행자에 의하여 물질적 피해를 입거나 정신적 고통을 겪고 있는 개인 및 조직이 배상을 받을 수 있다”라고 규정하면서, 배상을 받을 수 있는 개인을 내외국인으로 구별하고 있지 않다. 나아가 베트남 헌법은 베트남에 거주하는 외국인이 베트남 법률에 따라 생명, 재산, 정당한 권리, 이익을 보호 받음을 명시하고 있고(베트남 헌법 제30조, 제48조), 베트남 민사소송법 제465조, 행정소송법 제299조는 외국인이 소송절차에 참여할 때 베트남 시민과 동일한 권리 의무를 가진다고 하여 절차상 권리와 의무를 보장하고 있다. 이와 같이 베트남 민법과 국가배상책임법상 국가배상청구권의 발생요건이 우리 국가배상법의 그것과 크게 다르지 않으므로, 한국 국민에게도 국가배상청구를 인정할 것이라고 기대할 수 있는 상태라고 볼 수 있다.⁶⁾ 따라서 한국과 베트남 사이에 국가배상법 제7조에서 정하는 상호보증을 인정할 수 있다.

다. 준거법의 판단

(1) 시제법상 판단

2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되어 2022. 7. 5. 시행된 국제사법 부칙 제3조(준거법 적용에 관한 경과조치)는 “이 법 시행 전에 생긴 사항에 적용되는 준거법에 대해서는 종전의 규정에 따른다”라고 규정하고 있으므로, 이 사건에는 구 국제사법 제8조와 제32조가 적용된다.

(2) 국제사법상 일반예외조항을 통한 우리 국가배상법의 지정

이 사건 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법은 우리 국가배상법이다. 이 사건 불법행위의 성립 여부와 피고의 국가배상책임 인정 여부 등은 준거법인 우리 국가배상법에 따라 판단하여야 한다.

불법행위의 준거법은 불법행위의 성립과 효과를 규율한다. 따라서 불법행위능력, 위법성, 인과관

6) 대상판결은 외국인에게 우리 국가배상법을 적용하기 위한 요건으로 동법 제7조가 규정하고 있는 “외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 것”이라는 문언의 의미를 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결의 태도에 따라 판단하였다. 위 대법원 판결은 “국가배상법 제7조의 상보보증 요건은 한국만이 입을 수 있는 불이익을 방지하고 국제관계에서 형평을 도모하기 위한 것으로서, 해당 국가에서 외국인에 대한 국가배상청구권의 발생요건이 한국의 그것과 동일하거나 오히려 관대할 것을 요구하는 것은 지나치게 외국인의 국가배상청구권을 제한하는 결과가 되어 국제적인 교류가 빈번한 오늘날의 현실에 맞지 아니할 뿐만 아니라 외국에서 한국 국민에 대한 보호를 거부하게 하는 불합리한 결과를 가져올 수 있다. 한국과 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 않고 외국에서 정한 요건이 대한민국에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 않아 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다. 그리고 상호보증은 외국의 법령, 판례 및 관례 등에 의하여 발생요건을 비교하여 인정되면 충분하고, 반드시 당사국과의 조약이 체결되어 있을 필요는 없으며, 당해 외국에서 구체적으로 한국 국민에게 국가배상청구를 인정한 사례가 없더라도 실제로 인정될 것이라고 기대할 수 있는 상태이면 충분하다”라고 설시하였다. 위 대법원 판결에 대한 평석으로 문영화, “국가배상소송과 상호보증: 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결과 관련하여”, 성균관법학 제28권 제4호(성균관대학교 법학연구원, 2016), 129면 이하.

계, 귀책사유, 손해배상청구권자, 공동불법행위자 간의 구상권, 손해배상의 방법과 종류, 범위, 금액은 물론 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효도 준거법에 의하여 규율된다.

이 사건 군인들은 한국 국민으로서, 한국 정부가 베트남에 파병하였고, 명령에 따라 베트남에서 일련의 작전을 수행하던 중이었다. 이 사건 군인들이 베트남에서 군사작전 수행 중 법령을 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 군인이 소속된 피고에 대하여 국가배상책임을 묻기 위하여는 우리 국가배상법이 가장 유효·적절한 법률관계를 규율하고 있다. 우리 국가배상법은 국가(한국)나 지방자치단체의 공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우 그 손해배상책임과 배상절차를 규정함을 목적으로 하는데(제1조, 제2조), 그 불법행위가 발생한 장소가 내국인지 외국인지 구별하지 않는다. 나아가 외국인이 피해자일 경우 해당 국가와의 상호보증이 있다면 내국인과 차이를 두지 않고 그 적용대상으로 삼고 있다(제7조).

(3) 원고의 불법행위지법 적용 포기과 법정지법 선택

불법행위지 원칙의 이유는 불법행위가 행하여진 사회적 조건을 고려하여 그곳에서의 법의식을 기준으로 판단·처리하는 것이 일반적으로 국내법을 적용하여 처리하는 것보다 형평의 견지에서 합리적·실제적이고 당사자의 기대에도 부합하기 때문이다(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결 참조). 이 사건 불법행위지는 베트남으로서, 그곳에서의 법의식을 기준으로 판단·처리하는 것을 생각해볼 수 있는데(당시 해당 지역의 정부 상황을 기준으로 하면 남베트남법, 현재의 상황을 기준으로 하면 베트남법), 이는 피해자인 원고의 이익을 고려한 것이다. 그런데 원고는 스스로(남)베트남법의 적용에 따른 이익을 포기하고 한국법을 준거법으로 주장하고 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 피해자의 준거법 선택을 존중함이 타당하다.

(4) 불법행위지법의 내용 불명

불법행위지법으로 적용될 수 있는 남베트남법에 관하여 원고, 피고 모두 아무런 자료도 제출하고 있지 않다. 법원이 직권조사를 다하여도 외국법이 분명하지 않은 경우 이를 이유로 재판을 거부할 수는 없고, 법원(法源)에 관한 민사상 대원칙에 따라 외국관습법에 의하고, 외국관습법도 확인이 불가능한 경우 조리에 따라 재판할 수밖에 없다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결 등 참조). 이때 조리의 내용은 현행 베트남 국가배상책임법이나 우리 국가배상법이 정하고 있는 것과 큰 차이가 있을 것으로 보이지 않는다.

(5) 당사자들의 사후적 준거법 합의

구 국제사법 제33조에 따른 법정지법으로의 사후적 합의는 명시적일 필요는 없고 묵시적으로도 가능하다. 원고와 피고는 이 사건 소송에서 불법행위 내지 국가배상책임을 성립 여부와 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 완성 여부에 관하여 다툼에 있어서 한국법이 적용됨을 전제로 주장을 하고 있다(피고는 원고의 손해배상청구권의 소멸시효에 관하여 우리 국가배상법이 적용됨

을 전제로 장기 5년, 단기 3년의 소멸시효를 주장하고 있음). 원고와 피고의 태도와 입장은 사후적 합의로 한국법을 준거법으로 선택한 것으로 볼 수도 있다.

라. 소멸시효 항변의 배척

원고가 이 사건 소를 제기할 무렵까지도 원고에게는 객관적으로 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 장애사유가 있었으므로, 그 소멸시효 완성 전에 원고의 이 사건 소가 제기되었다고 보아야 한다.⁷⁾ 한국 정부나 군 당국이 원고의 이 사건 국가배상청구권 행사를 직접적으로 방해한 것은 아니더라도, 원고가 이 사건 소를 제기할 무렵까지도 원고에게는 객관적으로 이 사건 손해배상청구권을 행사할 수 없는 장애사유가 있었다.⁸⁾ 설령 원고의 손해배상청구권에 대한 5년의 장기소멸시효가 완성된 것으로 보더라도, 피고가 소멸시효의 완성을 주장하며 원고에 대한 불법행위로 인한 손해배상채무의 이행을 거절하는 것은 현저히 부당하여 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로서 허용되지 않는다.⁹⁾

7) 대상판결은 국가배상청구권의 소멸시효에 관하여 일련의 대법원 판결이 제시한 법리를 원용하고 있다: “국가배상법 제2조 제1항 본문 전단 규정에 따른 배상청구권은 금전의 급부를 목적으로 하는 국가에 대한 권리로서 국가재정법 제96조 제2항[구 예산회계법(1989. 3. 31. 법률 제4102호로 전부 개정되기 전의 것) 제71조 제2항]에 따라 이를 5년간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다(대법원 2001. 4. 24. 선고 2000다57856 판결, 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006다70929, 2006다70936 판결 등 참조). 나아가 국가배상법 제2조 제1항 본문 전단의 국가배상청구권에는 국가배상법 제8조에 의하여 민법 제766조 제1항이 적용되므로, 국가배상청구권은 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 안 날부터 3년간 이를 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다. 여기서 ‘손해 및 가해자를 안 날’은 공무원의 직무집행상 불법행위의 존재 및 그로 인한 손해의 발생 등 불법행위의 요건사실에 대하여 현실적이고도 구체적으로 인식하였을 때를 의미하지만, 피해자 등이 언제 불법행위의 요건사실을 현실적이고도 구체적으로 인식한 것으로 볼 것인지는 개별 사건에서 여러 객관적 사정과 손해배상청구가 가능하게 된 상황 등을 종합하여 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결 등 참조). 국가배상청구권에 관하여 위와 같은 5년의 장기소멸시효기간 기산과 3년의 단기소멸시효기간 기산에는 위 소멸시효 규정이 적용되는 외에 소멸시효의 기산점에 관한 일반규정인 민법 제166조 제1항이 적용되므로, 소멸시효는 객관적으로 권리가 발생하여 그 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 비로소 진행되고 그 권리를 행사할 수 없는 동안은 진행하지 않는다(국가배상청구권에 관한 3년의 단기소멸시효기간의 기산에 관한 대법원 2012. 4. 13. 선고 2009다33754 판결, 대법원 2023. 1. 12. 선고 2020다210976 판결 등 참조).”

8) 논의의 여지는 있는 것으로 보이나, 대상판결이 제시한 객관적 장애사유는 다음과 같다(① 내지 ⑧의 일련번호는 대상판결과 동일함): ① 1973년 미군과 한국군의 베트남 철수, 1975년 남베트남 정부 항복과 베트남전쟁 종전, 1976년 베트남사회주의공화국 수립, 이후 한국과 베트남 단교, 1992년 한국과 베트남 수교로 인하여 원고가 자신의 손해에 대한 배상청구를 하는 것이 불가능하였다. ② 이 사건 당시 원고는 만 8세이었고 이 사건으로 사실상 고아가 되어 초등교육조차 제대로 받지 못한 상태에서 어렵게 생활하였다. ③ 주월한국군은 1968년 이 사건을 베트남의 소행으로 은폐하기 위한 시도를 하였다. ④, ⑤ 피고는 1969년 수사기관(중앙정보부)을 통하여 이 사건에 대한 진상조사를 하였음에도 불구하고 현재까지 관련자료 공개거부 등 진상을 은폐하고 있다. ⑥ 전쟁 중 군인의 조직적·집단적 기본권침해행위는 은폐되기 쉽고, 통상의 법적 절차에 의한 구제가 어렵다. ⑦ 민간단체의 변호사가 정보공개거부처분취소의 소(서울행정법원 2017구합83614)를 제기하여 2018. 7. 27. 법원 판결을 통하여 ‘국가정보원에서 이 사건 부대의 장교로 근무하던 피조사자 3인을 조사하여 작성한 문서들을 1972. 8. 14. 마이크로필름 형태로 보관하기 위하여 촬영하였고 그 목록이 존재한다’는 사실을 확인할 수 있었다. 이후 국가정보원장으로부터 2021. 4. 6. 마이크로필름 촬영목록 중 피조사자 3인 성명과 출신지가 기재된 내역을 받아볼 수 있었다. 이를 통하여 이 사건 부대원들의 진술에 부합하는 공적 자료가 존재함이 확인되었다. ⑧ 원고는 일련의 증거자료와 공적 자료를 확보하지 않은 상태에서 이전에 막연히 피고를 상대로 국가배상청구의 소를 제기하더라도 그 손해배상청구가 인용될 가능성이 없었다고 볼 수 있으므로 손해배상청구를 하는 실익이 없었던 상태이었다.

9) 대상판결은 소멸시효 완성 주장의 권리남용 해당 여부에 관하여 대법원 판결이 제시한 법리를 원용하고 있다: “채무자의 소멸시효에 기한 항변권 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실 원칙과 권리남용금지 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자 보호의 필요성이 크고, 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한

[연구]

I. 서언

외국군대에 의하여 피해를 입은 사람이 해당 외국으로부터 손해배상을 받기 위하여는 해당 외국 법원에서 국가배상소송을 제기하는 것이 불가피하다. 그 경우에는 재판권면제와 국제재판관할이 문제되지 않기 때문이다. 다른 외국에서의 소송은 재판권면제를 이유로 각하될 가능성이 높고(미국에서는 사법자체 내지 사법판단적합성의 관점에서 사물관할권도 문제됨), 비록 각하되지 않고 승소판결이 선고되더라도 그것을 가해국에서 승인·집행하기는 쉽지 않은데, 가해국은 판결국에는 재판권이 없었다거나 해당 판결은 승인·집행 대상인 민사판결이 아니라고 주장할 가능성이 높기 때문이다.¹⁰⁾

대상판결은 한국이 남베트남 및 미국과 체결한 각종 문서에도 불구하고 베트남인 개인의 청구권이 소멸되지 않았다는 전제 위에서 우리 국가배상법과 민법을 적용하여 한국의 국가배상책임을 인정하였다.¹¹⁾ 대상판결은 2001년부터 2022년까지 시행된 구 국제사법에 따라 한국법을 준거법으로 지정하고 우리 국가배상법을 적용하였다. 대상판결은 우리 국가배상법이 적용되는 근거로 구 국제사법의 일반예외조항(제8조 제1항)과 불법행위 준거법의 사후적 합의 조항(제33조)을 주요하게 들었고, 부차적으로는 피해자인 원고가 제32조 제1항에 따른 불법행위지법인 남베트남법의 적용을 포기하였다는 점, 그리고 법원(法源)에 관한 민사상 대원칙에 따라 남베트남의 법률과 관습법이 불명하여 조리가 적용되어야 하는데(대법원 판결의 태도를 따름) 그 내용이 현행 베트남 국가배상책임법이나 우리 국가배상법과 크게 다르지 않을 것이라는 점을 들었다. 또한 국가배상법 제7조에 따른 상호보증요건은 한국과 베트남 간에는 문제되지 않는다고 판단하였다.

본고는 대상판결의 사실인정이나 실질법상 판단(피고의 국가배상책임 인정, 소멸시효 항변 배척)

사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 신의성실 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결 등 참조).” 대상판결은 이 사건에서 피고가 소멸시효 완성을 주장하는 것이 권리남용으로서 허용되지 않는 근거로 주8에 정리한 ① 내지 ⑧의 사유를 동일하게 원용하였다.

10) 中西康, “日本をめぐる戦後補償裁判における国際私法上の諸問題: 処理枠組みの素描”, 国際法外交雑誌 第105卷 第1号 (2006), 60頁.

11) 대상판결에 우호적인 입장에서의 간단한 평석으로 김제완, “[판결비평] 베트남전 민간인 학살에 대한 한국정부의 배상책임”, 참여연대 홈페이지(2023. 3. 14.) <https://www.peoplepower21.org/judiciary/1928824> 참조(2023. 4. 5. 최종방문): “필자가 개인적으로 중요한 의미를 부여하고 싶은 것은, 이 판결에서 준거법을 대한민국 국가배상법으로 하였다는 점이다. 보기에 따라서는 불법행위 당시의 행위지의 법, 즉, ‘패망한 월남의 법’을 준거법으로 할 수도 있었을 것이다. 그러나 이 판결은 ‘대한민국 법원에서, 대한민국의 법을 적용하여, 피해사실을 인정하고 국가배상을 명한 것’인데, 이는 인권적으로 성숙한 법치국가로서 대한민국의 면모를 보여준 것이라고 생각한다. 전쟁에서 범죄를 저지르는 것은 잘못된 일이지만, 그보다 더 잘못된 것은 범죄행위 자체를 부정하고 사죄하지 않는 것이다. 이 판결은 최근 강제동원 피해자 문제 등 일제강점시대의 과거사 문제를 대하는 일본 정부의 미성숙한 시각과도 대비된다.” 이례적으로 대상판결에 비판적인 입장으로는 문화일보, 2023. 2. 8.자 사설 “국제법 거스르고 사법 혼란 부를 베트남전 배상 1심 판결” <https://www.munhwa.com/news/view.html?no=2023020801073111000003> 참조(2023. 4. 5. 최종방문).

의 당부가 아니라 저촉법적 관점에서 대상판결의 이론적 정합성을 검토해보고자 한다. 대상판결 사안에는 체계제법(體系際法)과 시제법(時際法)의 문제를 포함하여 다양한 저촉법적 쟁점이 있으나,¹²⁾ 민사소송법상 변론주의의 한계 때문에 대상판결이 미처 판단할 기회가 없었던 저촉법적 쟁점도 있는 것으로 보이고, 무엇보다도 국제사법상 불법행위의 준거법 결정규칙을 통하여 우리 국가배상법이 적용된다고 보는 경우 대상판결에서 보듯이 여러 문제점이 발견되므로 필자는 그와 같은 접근방법에 동의할 수 없기 때문이다.

필자가 보기에 대상판결 사안에는 다음과 같은 다양한 저촉법적 쟁점이 있다. 첫째, 후술하듯이 베트남전쟁 당시 주월한국군과 그 소속원은 조약과 기관간 약정에 따라 외교면제를 향유하고 있었는데, 주월한국군에 부여된 외교면제 때문에 베트남인의 한국법원에서의 국가배상소송이 각하되어야 하는지가 문제된다(II. 2.). 둘째, 1966년 한미 보충약정서에 따르면, 베트남인이 주월한국군 소청사무소에 제기한 비전투소청사건에는 남베트남법이 적용되고(제5조), 주월한국군의 배상책임이 인정되면 주월미군이 지불보증을 하는데(제3조 제2항), 이와 같은 특수한 소청절차가 예정되어 있었던 이상 그것에 의하지 않고 베트남인이 직접 한국정부를 상대로 제기한 국가배상소송은 각하되어야 하는지가 문제된다(II. 3.). 위 제5조는 준거법 합의인지, 주월미군의 지급보증의 법적 성격은 무엇인지, 그 준거법은 무엇인지도 검토해본다(II. 4.). 첫째와 둘째 쟁점은 조약과 기관간 약정에 의한 외국인의 국가배상청구권의 소멸의 문제로서,¹³⁾ 조약과 기관간 약정이라는 국제법과 우리 국가배상법이라는 국내법 간의 체계제법 문제이다. 셋째, 우리 국가배상법이 외국인에게 적용되는 이유는 국제사법상 준거법 결정규칙에 따라 한국법이 불법행위의 준거법으로 지정되기 때문인지, 아니면 별도의 근거에 따라 우리 국가배상법이 직접 적용되기 때문인지가 문제된다(III. 2.). 필자는 국제사법 적용설에 따르는 경우 국제사법 이론상 여러 문제가 발생할 수 있다고 본다(III. 3.). 특히 그에 따르더라도 1962년부터 2001년까지 시행된 구 섭외사법을 행위시법으로서 적용하였어야 하는 것은 아닌지를 2001년 개정 국제사법 부칙과 2022년 개정 국제사법 부칙을 중심으로 검

12) 본고는 국제법상 시제법 이론은 논의하지 않는다. 그것은 주로 영토취득과 관련하여 논의되기 때문이다. 이한기, 국제법강의 신정판(박영사, 1997), 304면 이하; 정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례 제10판(박영사, 2020), 569면 이하.

13) 외국인이 전후배상책임에 관하여 일본정부를 상대로 제기한 국가배상소송에서는 소위 1907년 헤이그 육전조약(IV)[Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land] 제3조("A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces.")에 의한 개인청구권 성립 여부가 문제되기도 하였으나(일본법원은 모두 부정), 헤이그 육전조약(IV)의 당사국이었던 일본과 달리 한국과 베트남(과거의 남베트남, 북베트남 포함)은 그 당사국이 아니므로 대상판결 사안에서는 위 문제가 제기되지 않는다. 헤이그 육전조약(IV) 제3조와 개인청구권에 관한 논의는 和仁健太郎, 「戦後補償問題における「国際法上の」個人請求権の意義」, 国際公共政策研究 第26卷 第2号(2022), 136頁 이하; Yasuhiro Okuda, "The Law Applicable to Governmental Liability for Injuries to Foreign Individuals during World War II: Questions of Private International law in the Ongoing Legal Proceedings before Japanese Courts", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 3 (Swiss Institute of Comparative Law, 2001), p. 122 참조. 참고로 한국은 소위 1899년 헤이그 육전조약(II)의 당사국일 뿐이다(대한제국이 1903. 2. 7. 가입한 것을 해방 후 대한민국이 승계, 조약번호는 1986. 8. 8. 부여). 정인섭, 조약법강의(박영사, 2016), 369-370면 참조. 1907년 헤이그 육전조약(IV) 제3조에 따라 개인청구권이 발생한다면 국내법상 청구권과의 경합이 문제될 수 있다.

토하고(국제사법상 시제법의 문제), 국제사법 적용설에 따르면 구 섭외사법 제13조 제2항, 제3항에 따른 법정지법(한국이 체결한 조약과 기관간 약정 포함)의 누적적용이 문제될 수 있다는 점을 지적한다. 넷째, 저촉법 문제는 아니지만, 우리 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 2014년 개정 민사소송법 제217조 제1항 제4호의 태도를 수용하여 너그럽게 해석한 것을 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”라고 규정하고 있는 헌법 제6조 제2항과의 관계를 포함하여 재검토한다(IV. 1.). 다섯째, 국가배상법 제8조에 따라 민법상 소멸시효에 관한 법리를 적용하더라도, 베트남전쟁 이후 1990년대 들어서 비로소 정립된 소멸시효 남용의 법리를 적용하자면 시제법상 공서를 원용할 필요가 있다고 본다(실질법상 시제법의 문제)(IV. 2.).

II. 국제법에 근거한 베트남인 개인청구권 소멸 여부

1. 쟁점의 정리 — 체계제법의 관점

가. 한월간 및 한미간 조약 및 기관간 약정 개관

베트남전쟁 당시 한국이 남베트남 또는 미국과 체결한 조약과 기관간 약정(agency-to-agency arrangement)¹⁴⁾으로서 대상판결 사안과 관련 있는 것을 체결된 순서대로 열거하면, ① 1964. 10. 31. 주월 한국대사와 월남 외무부장관이 외교각서 교환 방식으로 체결한 「대한민국 정부와 월남공화국 정부 간의 주월한국원조단에 관한 협정」(이하 “1964년 한월협정”), ② 1965년 한월 약정서, ③ 1965년 한미 약정서, ④ 1966년 한미 보충약정서,¹⁵⁾ ⑤ 1969. 10. 20. 주월한국군 사령관과 월남군 합동참모본부장이 서명한 「주월한국군 사령관과 월남군 합동참모본부장 간의 군사실무 약정서」(이하 “1969년 한월 약정서”)¹⁶⁾가 있다.¹⁷⁾ 위 ①의 1964년 한월협정은 1964. 10. 8. 국무

14) 기관간 약정(또는 합의)이 비엔나협약상 조약의 범위에 포함되는지에 대하여는 논란이 있다. 각국 정부의 입장을 보면, 미국, 영국, 독일, 러시아, 헝가리 등은 긍정하는 입장인 반면에 우리나라, 브라질, 칠레 등은 부정하는 입장이라고 한다. 정재민, “기관간 약정의 법적 성격”, 서울대학교 법학석사학위논문(2006. 8.), 71면 이하 참조. 긍정설로는 Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Third Edition (Cambridge University Press, 2013), pp. [14-15](비엔나협약이 적용되는 조약은 국가간 약정, 정부간 약정, 기관간 약정을 구분하지 않는다고 언급); Malcolm N. Shaw, *International Law*, Ninth Edition (Cambridge University Press, 2021), p. [176]; 정재민, 상계논문, 74-75면 참조.

15) 1966년 한미 보충약정서 제6조에 따르면, 동 약정서는 1965년 한미 약정서의 시행일자인 1965. 9. 6.로 소급하여 시행되었다. 이유는 모르겠으나, 유독 1966년 한미 보충약정서는 1981년 발간된 국방부 전사편찬위원회, 전계서에 수록되어 있지 않다. 다만, 이훈섭, 그때 당신은 어디에 있었는가: 베트남 파병 선발대장의 회고(샘터, 1991), 515면 이하에 부록으로 국문본이 수록되어 있다.

16) 주월한국군 사령관을 대리하여 이건영 육군소장이 서명하였고, 월남군 합동참모본부장을 대리하여 탐(Tran Ngoc Tam) 육군 중장이 서명하였다. 1969년 한월 약정서의 모두(冒頭)에는 “양국 정부로부터 인정된 권한에 따라 월남군 합동참모본부장과 주월한국군 사령관은 다음과 같이 합의하였다”라고 기재되어 있다. 1969년 한월 약정서는 서명일자인 1964. 10. 20. 효력이 발생하였다(동 약정서 제15조 제1문). 1969년 한월 약정서의 국문본과 영문본은 국방부 전사편찬위원회, 전계서, 458면 이하에 대역 방식으로 수록되어 있다.

17) 한국, 남베트남, 미국 삼자간에 체결된 문서로는 1964. 9. 5. 주월한국군사지원단, 월남 국방부, 주월미군사지원사령부 간에 체결된 「한미월 군사실무 합의서」가 있으나, 이는 대상판결 사안과는 관련이 없다.

회의 심의를 거쳐 체결되었고¹⁸⁾ 조약 제131호로 1964. 10. 31.자 관보에 게재됨으로써 공포된¹⁹⁾ 정식 조약이다. 그리고 1964년 한월협정 제4조, 1965년 한미 약정서 제18조, 1969년 한월 약정서 제13조는 주월한국군원조단 및 그 소속원과 주월한국군 및 그 소속원에 대하여 외교면제 등을 부여하는 기준으로 ⑥ 1950. 12. 23. 미국, 캄보디아, 프랑스, 라오스, 남베트남이 체결한 오자협정(Pentelateral Agreement, 이하 “1950년 오자협정”)을 언급하고 있다. 1950년 오자협정은 미국이 일방 당사국이고 나머지 네 국가가 타방 당사국인 다자조약으로서, 국제연합의 Treaty Series에도 등록되었던 정식 조약이다.²⁰⁾

변론주의의 한계 때문에 추측되나, 위 ① 내지 ⑥ 중에 대상판결이 언급하고 있는 것은 위 ②의 1965년 한월 약정서(제19조), 위 ③의 1965년 한미 약정서(제15조 제2항), 위 ④의 1966년 한미 보충약정서(제1조, 제3조, 부속서A 제4조, 제5조)의 셋뿐이다. 대상판결은 위 ②, ③, ④가 한월 및 한미 군사당국 간에 체결된 기관간 약정에 불과하고 한국이 체결한 조약에 해당하지 않아 베트남인의 한국에 대한 청구권을 배제하는 효력이 없다고 판단하였다. 그러나 원고를 비롯한 베트남인의 개인청구권의 소멸 여부를 판단하기 위하여는 위 ① 내지 ⑥을 종합적으로 검토해볼 필요가 있다.

위 ①, ②, ⑤, ⑥은 1973년 주월한국군 철수, 1975년 주월미군 철수 이후 1976년 베트남 정부가 수립됨으로써 현재의 베트남에 승계되지 않고 실효된 것으로 볼 수 있으나, 이 사건이 발생한 1968년 당시 유효하였던 행위시법으로서 적용 여부와 그 내용이 문제된다.

나. 순위간 저촉법

사법상 법률관계에 있어서 법규들이 적용되는 지역의 차이로 인하여 지역간 저촉법인 국제사법이나 준국제사법이 문제되고, 법규들이 적용되는 인적 집단의 차이로 인하여 인적 저촉법, 즉 인제사법(人際私法)이 문제되며, 법규들이 적용되는 시기의 차이로 인하여 시간적 저촉법, 즉 시제사법(時際私法)이 문제된다. 마찬가지로 법규들이 유래하는 연원의 차이로 인하여 순위간 저촉법(Rang-Kollisionsrecht)이 문제되는데, 이는 서로 다른 순위의 법규들이 동시에 적용될 수 있는 사안에서 규범들 상호간 우열관계를 규율하는 문제이다.²¹⁾ 우리 법질서에서 순위간 저촉법에 해당

18) 국무회의 의안 제926호. 국가기록원 홈페이지에서 열람 가능(링크는 <https://theme.archives.go.kr/next/chronology/archiveDetail.do?flag=2&page=124&evntId=0049284524&sort=name>, 2023. 4. 5. 최종방문).

19) 해당 관보는 호수 없이 호외로 표시되어 있다. 같은 날 발행된 다른 관보는 제3876호이다. 양자는 인쇄일자가 서로 다르다. 제3876호는 1964. 11. 6.이고, 호외는 1964. 11. 14.이다.

20) 국무회의 의안 제926호, 20면에 따르면, United Nations Treat Series, No. 993로 등록되었던 조약으로 보인다. 다만, 1950년 오자협정은 현재 United Nations Treat Series Online에서 검색되지 않는다. 국제연맹(League of Nations) 시기에 체결된 조약도 모두 검색됨에 비추어 보면, 1950년 오자협정은 남베트남의 패망에 따라 실효한 것으로 처리한 것으로 추측된다.

21) 이호정, 국제사법 중판(경문사, 1985), 10-11면; Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage (C.H.Beck, 2004), S. 47. 후자의 문헌이 언급하는 순위간 저촉법의 예로는 “국제법의 일반원칙은 연방법에 우선한다”라고 규정하고 있는 독일 기본법 제25조 제2문, “연방법은 주법에 우선한다”라고 규정하고 있는 동법 제31조가 있다.

하는 명문의 체계제규칙(體系際規則)의 예로는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있는 헌법 제6조 제1항과 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”라고 규정하고 있는 헌법 부칙 제5조를 들 수 있다. 이들 조항은 헌법의 조약에 대한 우위를 규정한 것이다.²²⁾ 우리 법질서에서 조약의 법률에 대한 우위는 인정되지 않지만, 조약의 국내법상 위계, 즉 법률로서의 효력의 인정 여부는 일률적으로 말할 수 없다.²³⁾ 판례는 국회의 동의를 받은 조약의 경우 일반적으로 법률의 효력을 인정하고 있으나,²⁴⁾ 국회의 동의를 받지 않은 조약의 경우 대통령령과 같은 효력이 인정된다고 실시한 하급심 재판례도 있고,²⁵⁾ “법률적 효력”이 인정된다고 실시한 헌법재판소 결정례도 있다.²⁶⁾ 명문의 체계제규칙의 다른 예로는 민사와 상사의 법원(法源)에 관한 민법 제1조(법률, 관습법, 조리의 순서)와 상법 제1조(상법, 상관습법, 민법의 순서)를 들 수 있다.

한편 ‘상위법은 하위법에 우선한다’는 원칙은 순위간 저촉법에 해당하는 대표적인 불문의 체계제규칙이고, 그것이 헌법상 구체화된 예가 국회, 대법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회의 규칙 제정권에 관하여 규정하고 있는 헌법 제64조 제1항,²⁷⁾ 제108조,²⁸⁾ 제113조 제2항,²⁹⁾ 제114조 제6항,³⁰⁾ 그리고 대통령령, 총리령, 부령에 대한 위임입법의 한계를 규정하고 있는 헌법 제75조,³¹⁾ 제95조³²⁾이다. 헌법재판소의 위헌법률심사권에 관한 헌법 제107조 제1항,³³⁾ 대법원의 위헌·위법 명령·규칙 심사권에 관한 헌법 제107조 제2항³⁴⁾도 그에 해당하는데, 이들 규정에 따라 실제로 법률이 위헌으로 선언되거나 명령·규칙이 위헌·위법으로 선언되는 경우에는 해당 쟁점에 관하여는 하위법이 더 이상 존재하지 않아 체계제법 문제도 더 이상 발생하지 않는다.³⁵⁾

22) 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2012헌마166 결정 등.

23) 헌법 제6조 제1항의 “국내법”과 헌법 부칙 제5조의 “법령”은 ‘법률’에 한정되지 않는다. 상세는 정인섭, 전게서(조), 436면 이하.

24) “법률적 효력” 또는 “법률에 준하는 효력”이라고 표현한 재판례도 다수 있다. 상세는 정인섭, 전게서(조), 438-439면 참조. 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권에 관하여 헌법 제60조 제1항은 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다”라고 규정하고 있다.

25) 서울고등법원 2006. 7. 27. 선고 2006토1 결정, 서울고등법원 2013. 1. 3. 선고 2012토1 결정.

26) 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 결정.

27) “국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”

28) “대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”

29) “헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”

30) “중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리, 국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”

31) “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”

32) “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”

33) “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”

34) “명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”

35) Kegel/Schurig, 전게서, S. 47.

다. 사항간 저촉법

법규들은 그것이 적용되는 지역, 인적 집단, 시기와 그것이 유래한 법원(法源)에 따라 충돌이 발생할 수 있지만, 동일한 법질서 내에 있는 (동일한 순위의) 법규들의 내용의 차이로 인하여 사항적 (또는 사물적) 저촉법(sachliches Kollisionsrecht/Konfliktsrecht)이 문제될 수도 있다.³⁶⁾ 하나의 사실관계의 전부 또는 일부에 대하여 동일한 법질서 내의 법규들이 중첩적으로 적용될 수도 있고 그에 적용되는 법규가 흠결되어 있을 수도 있다. 이와 같은 법규의 중첩 또는 흠결은 해당 실질 법 질서 내에서 법규들을 모순 없이 조화롭게 해석함으로써 해결하여야 한다. 이는 동일한 법질서 내의 실질법 규정들 간에 적용범위를 확정하는 규정에 의하여 해결할 수도 있다.³⁷⁾

사항간 저촉법에 해당하는 대표적인 불문의 체계제규칙에는 ‘특별법은 일반법에 우선한다’는 원칙과 ‘계약법과 불법행위법은 함께 적용될 수 있다’는 원칙이 있다.³⁸⁾ 또한 사항간 저촉법에 해당하는 대표적인 명문의 체계제규칙은 각종 법률에서 ‘다른 법률과의 관계’를 규정하고 있는 조항이다. 일례로 국가배상법 제8조는 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만, 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다”라고 규정하고, 현재 제20대 국회에서 논의 중인 「국제입양에 관한 법률」(안) 제6조는 제1항에서 “[국제입양에서 아동의 보호 및 협력에 관한 협약]이 적용되는 국제입양에 관하여는 협약과 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 국제사법을 적용하고, 국제사법에서 규정한 것을 제외하고는 「국내입양에 관한 특별법」을 적용하고, 「국내입양에 관한 특별법」에서 규정한 것을 제외하고는 민법을 적용한다”라고 규정하고, 동조 제2항에서 “협약이 적용되지 않는 국제입양에 관하여는 국제사법과 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 「국내입양에 관한 특별법」을 적용하고, 「국내입양에 관한 특별법」에서 규정한 것을 제외하고는 민법을 적용한다”라고 규정하고 있다.

2. 주월한국군의 외교면제와 원고의 청구권과의 관계

후술하듯이 1969년 한월 약정서는 기관간 약정으로서 법률로서의 효력이 인정되지 않으므로, 순위간 저촉법의 관점에서 보면 우리 국가배상법보다 열위에 있는 법규이다. 그러나 1969년 한월 약정서 제14조(표제는 “청구권”)는 베트남인 개인의 한국정부에 대한 청구권이 포기되지 않았음을 명시적으로 확인하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 해당 조항은 “월남군과 주월한국군은 월남 내에서 각기 사령부 소속 요원에 의하여 야기된 재산손실, 부상 및 사망에 따른 상대방에 대한 청구권을 상호 포기한다. 이 포기는 개인의 청구권에 대하여는 적용되지 않는다. 월남군과 주월한국군은

36) 이호정, 전게서, 11면; Kegel/Schurig, 전게서, S. 48.

37) Kegel/Schurig, 전게서, S. 48. 이 문헌이 언급하는 사항간 저촉법의 예로는 독일 민법 제852조, 제951조 제1항 제1문, 제990조 제2항, 제993조 제1항 후단이 있다. Kegel/Schurig, 전게서, S. 49.

38) 이호정, 전게서, 11면.

월남 내에서 각기 작전에서 발생되거나 각기 지휘 하의 구성원이 야기한 손실, 부상 및 사망에 따른 제3자의 청구에 대하여 각기 재결(adjudication)과 해결(settlement)의 책임이 있음을 인정한다. 월남군은 요청이 있을 경우 이 분야에 있어서 전문적인 지원을 주월한국군에 제공하는 데 동의한다.”라고 규정하고 있었다.³⁹⁾ 위 규정은 한국과 남베트남이 상대방 국가에 대한 국제법상 청구권은 포기한 반면에, 한국인과 베트남인 개인이 상대방 국가에 대한 국가배상청구권은 포기하지 않았음을 확인하고, 특히 베트남인 개인의 생명, 신체, 재산에 대한 손해가 주월한국군과 그 소속원의 군사작전 수행 중에 발생하였다면 일단 한국에 “재결과 해결의 책임”이 있음을 확인하고 있다.⁴⁰⁾ 다만, 1969년 한월 약정서가 명시하고 있지는 않으나, 여기의 재결과 해결은 후술하듯이 1966년 한미 보충약정서에 따라 설치된 주월한국군 소청사무소를 통한 절차를 의미하는 것으로 보인다. 그렇더라도 한국법원에서의 국가배상소송을 통한 해결이 배제되는 것이 아님은 물론이다.⁴¹⁾

대상판결은 1965년 한월 약정서 제19조는 “한국군 요원에 의하여 가하여진 월남공화국 정부 또는 국민의 물자 및 인명 피해의 보상에 관한 사항은 한월 양국정부 당국간에 별도의 협상에 의한다”라고 규정하고 있었는데, 동조에 따른 별도의 구체적인 협상과 합의가 있었다고 볼 만한 사정이 없다고 판단하였다. 그러나 전술하였듯이 1969년 한월 약정서 제14조가 베트남인 개인의 청구권은 존속하고 있음을 확인하고 개인의 청구가 있는 경우 재결 및 해결의 책임이 있음도 확인하고 있음에 주목할 필요가 있다.

오히려 문제는 1965년 한월 약정서 제5조가 “월남 내에서의 한국군 요원에 대한 권리, 특권, 의무, 면제는 1964. 10. 31. 주월 한국대사와 월남 외무부장관 간에 교환된 외교문서에 규정된 바에 따르고, 앞으로 정부간에 새로운 약정을 맺어 그때부터는 그에 따른다”라고 규정하고 있었다는 것이다. 주월한국군의 권리, 특권, 의무, 면제를 규율한다고 여기에 언급된 외교문서는 정식 조약인 1964년 한월협정인데, 동 협정 제4조는 “월남공화국 정부는 주월한국원조단 및 동 인원에 대하여 1950. 12. 23. 사이공에서 서명된 통칭 ‘오자협정’의 규정에 따라 미국 사절단과 동 인원에 대하여 부여한 것과 동일한 특권, 면제, 이익을 부여할 것에 동의한다”라고 규정하고 있었다. 여기에 언급된 1950년 오자협정의 제4조 제2항 후단은 “[미국의] 여하한 요원(personnel)은 그들이 배치되는 국가의 정부에 대한 관계에서, 그들이 복무하는 정부의 외교사절단장의 지휘와 감독을 받는 외교

39) 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

40) 1965년 한미 약정서 제15조 제1문은 “한국군사령관과 주월미군사원조사령관은 월남 내에서의 각기 자국의 종업원에 의하여 발생한 소송권을 상호 포기한다”라고 규정하고 있었으나, 이는 베트남인 개인의 청구권과는 무관하다. 1966년 한미 보충약정서 제4조는 1965년 한미 약정서 제15조 제1문의 청구권 상호포기 조항은 1966년 한미 보충약정서와 저촉되지 않음을 확인하고 있다.

41) 개인청구권을 일괄타결협정(lump-sum agreement)에 의하여 소멸시킬 수 있는지는 국제법상 논란이 있고, 그것이 국제법상 실정성을 획득하고 있다는 견해도 유력하다. 대표적으로 이근관, “한일청구권협정상 강제징용배상청구권 처리에 대한 국제법적 검토”, 일제강점기 강제징용사건 판결의 종합적 연구(박영사, 2014), 191면 이하; Edward D. Re, “Domestic Adjudication and Lump-sum Settlement as an Enforcement Technique”, *Proceedings of the Annual Meeting Proceedings*, Vol. 58 (American Society of International Law, 1964), p. 39 et seq. 그러나 1969년 한월 약정서 제14조에서 확인할 수 있듯이 대상판결 사안에서는 일괄타결 방식에 의한 개인청구권 소멸 여부가 문제되지 않는다.

사절의 일부로 활동한다”라고 규정하고 있었고, 오자협정 부속서B는 타방 당사국이 인정하는 바에 따라 국제관행상 부여되는 특권과 면제의 예로 “[타방 당사국의] 민사 및 형사 재판으로부터의 면제”를 언급하고 있었다. 1969년 한월 약정서는 1965년 한월 약정서를 대치하여 그에 우선하는 효력이 있었는데,⁴²⁾ 1969년 한월 약정서 제13조(표제는 “권리, 특전, 의무, 면책”)도 마찬가지로 “월남 내에서의 주월한국군과 그 요원의 권리, 특전, 의무, 면책은 1964. 10. 31. 주월 한국대사와 월남 외무부장관 간에 교환된 외교각서에 명시된 바와 같다”라고 규정하고 있었다. 주월한국군에 대한 외교면제는 1950년 오자협정상 특권과 면제가 1965년 및 1969년 한월 약정서에서 1964년 한월협정이 언급에 의하여 편입(incorporation by reference)되는 방식으로 보장되었던 것이다.

문제는 주월한국군에 부여되었던 외교면제가 대상판결 사안과 같이 베트남인 개인이 한국정부를 상대로 제기한 국가배상소송에도 주권면제(또는 재판권면제)를 부여하는가 하는 것이다. 국제법상 일반적인 이해에 따르면, 주권면제와 외교면제는 모두 최종적인 향유주체가 국가라는 점에서 공통되나, 주권면제는 주로 국가라는 기관에 부여되는 혜택인 반면에, 외교면제는 외교관이라는 개인에게 부여되는 혜택이라는 점에서 차이가 있고, 외교면제는 「외교관계에 관한 비엔나협약」에 의하여 통일적인 규범이 적용되는 반면에, 주권면제는 그와 같은 조약이 없어서 국가별로 인정의 범위가 다르다는 점에 차이가 있다고 한다.⁴³⁾ 외교면제는 외교관이 사적 행위에 대하여 개인 자격으로 형사, 민사, 행정 등 모든 종류의 재판관할권으로부터 면제되도록 하지만,⁴⁴⁾ 외교관의 공적 행위에 대하여 국가를 상대로 소가 제기되는 경우 외교문제는 문제되지 않고 주권면제가 문제될 뿐이다.⁴⁵⁾ 마찬가지로 주월한국군이 1950년 오자협정에 따른 외교면제를 부여받았다고 하더라도, 베트남법원에서 한국정부를 상대로 손해배상소송이 제기되는 경우에는 주월한국군의 행위가 사경제주체로서의 행위가 아닌 이상 개인 자격에서의 외교면제가 아니라 한국정부가 향유하는 주권면제에 따라 소가 각하되었을 것이다. 그러나 한국법원에서 한국정부를 상대로 국가배상소송이 제기되는 경우에는 외교면제도 주권면제도 적용될 여지가 없다고 볼 수밖에 없다. 결국 주월한국군의 외교면제는 원고의 국가배상청구권에 영향을 미치지 않는다고 보아야 한다.

3. 주월한국군 소청사무소의 존재와 원고의 청구권과의 관계

1965년 한미 약정서 제15조 제2문은 “전투 또는 비전투 활동시 한국군이 가한 월남 정부 또는 개인의 재산 및 인명 피해의 보상은 별도의 약정서에 따른다”라고 규정하고, 이에 따라 1966년 한미 보충약정서가 체결되었다. 1966년 한미 보충약정서에 따르면, 주월한국군사령관은 월남 내에

42) 1969년 한월 약정서 제15조 제2문: “본 약정은 1964. 9. 5., 1965. 2. 7., 1965. 9. 6. 사이공에서 월남군 대표와 한국군 대표 간에 서명된 군사실무 약정서에 우선(대치)한다.”

43) 정인섭, 전게서(국), 514면.

44) 「외교관계에 관한 비엔나협약」 제31조 제1항.

45) 정인섭, 전게서(국), 514-515면 참조.

서 주월한국군에 대하여 제기되는 손해배상청구사건(이하 “소청사건”) 처리를 위하여 주월한국군 사령부에 주월한국군 소청사무소(이하 “소청사무소”)를 설치하였는데(제2조), 동 보충약정서는 비전투소청사건⁴⁶⁾에만 적용되고 전투소청사건⁴⁷⁾에는 적용되지 않는다(부속서A 제4조 제1문).⁴⁸⁾ 주월미군사원조사령관은 소청사무소에 의하여 판정된 소청지급액에 대하여 주월미군사원조사령부 소청담당 법무관이 그 지불보증을 하고 최종적으로 주월한국군사령관이 결정한 소청지급액 대로 재정적인 지원을 제공한다(제3조 제2항 제1문).⁴⁹⁾ 여기의 지불보증은 (1) 적법한 당사자로서의 청구권자임을 인정하는 것, (2) 제5조의 평가기준에 따른 배상책임을 인정하는 것, (3) 지불보증에 따르는 지급을 인정하는 것을 그 본질로 한다(제3조 제2항 제2문). 주월한국군사령관은 주월미군사원조사령부 소청담당 법무관이 지불보증한 사건에 대하여 해당 사건의 지급액을 결정하여 결정서 정본 및 해당 기록을 주월미군사원조사령관(참조 : 법무참모)에게 송부하고(부속서A 제9조 제1항), 주월미군사원조사령부 법무참모는 지불보증 최종결정서 및 필요한 소청서류를 접수하면 해당 월남화폐⁵⁰⁾ 관리관에게 이를 송부하며(부속서A 제9조 제2항), 해당 월남화폐 관리관은 부속서A 제9조에 따른 지급증서 기타 필요한 소청서류를 접수하면 한국 국방부에 의하여 국고출납 공무원으로 임명된 한국 장교에게 소청사건의 결정액의 지급을 월남화폐로 보상한다(부속서A 제10조).

1965년 한월 약정서, 1965년 한미 약정서, 1966년 한미 보충약정서, 1969년 한월 약정서는 1963년 헌법 제71조에 따른 조약체결권자인 대통령으로부터의 조약체결권한 위임 여부는 차치하더라도 국무회의 심의(1963년 헌법 제86조 제3호)와 관보를 통한 공포(1963년 헌법 제49조)가 없었으므로 1963년 헌법 제5조 제1항 소정 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”에는 해당하지 않아 적어도 법률로서의 효력은 인정되지 않았을 것으로 보인다.⁵¹⁾ 그러나 대내적으로는 법률로서의 효력의 인정 여부가 문제되더라도 대외적으로는 조약이 아닌 기관간 약정 역시 정부기관 간 합의로서 공신력이 인정되고 충실히 이행되어야 한다.⁵²⁾ 따라서 기관간 약정의 상대방 당사국인 외국과의 관계에서 국내법적으로 기관간 약정을 적용하여야 하는 경우에는 기관간 약정에 적어도 법률보

46) 비전투소청이란 주월한국군 소속 군인 및 군속이 공무수행 여부에 불구하고 불법적인 고의·과실에 의한 작위 또는 부작위로 인하여 월남 내에서 발생하도록 한 재산상·신체상·생명상 손해의 배상을 … 청구하는 것을 말한다(1966년 한미 보충약정서 부속서A 제6조, 밑줄은 필자가 추가).

47) 전투소청이란 주월한국군이 실전간 전투 준비 중, 전투 작전간 또는 전투 후 복귀 중 그 작위 또는 부작위로 인하여 직접적 또는 간접적으로 발생한 재산상·신체상·생명상 손해의 보상을 청구하는 것을 말한다(1966년 한미 보충약정서 부속서A 제5조).

48) 비전투소청사건이라고 하더라도 한국 국민 또는 군인이 주월한국군에 대하여 제기하는 소청사건은 제외된다(1966년 한미 보충약정서 부속서A 제3조).

49) 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

50) 피아스트르(piastre). 피아스타라고도 불렀다.

51) 전술한 1964년 한월협정은 국회의 동의를 받지 않은 조약이므로 법률로서의 효력이 인정되는지가 명확하지 않다. 그러나 1964년 한월협정의 대상은 주월한국원조단이었으므로 대상판결 사안에 직접 적용되지는 않는다.

52) 정인섭, 전게서(조), 515-516면 참조. 그러나 2011년 제정된 「외국정부기관과의 기관간 약정 체결 및 관리에 관한 규정」 제2조 제1호는 기관간 약정이 “국제법적 구속력 없는 합의”라고 하고, 동 규정 제3조는 “국제법에 의하여 규율되는 권리·의무를 창출하는 국가간 합의인 조약과 기관간 약정은 구분된다”고 한다(밑줄은 필자가 추가).

다 열위의 국내법상 효력은 인정할 수 있다고 본다. 기관간 약정이 정부기관이 소관업무에 대한 권한 범위 내에서 약정한 것이라면 더욱 그러하다.⁵³⁾ 논의의 여지는 있으나, 1965년 한월 약정서와 1969년 한월 약정서는 국방부가 당시 유효하였던 「국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률」(1951년 제정시부터 1970년까지 시행)의 제2조 제2항에 따라 법무부장관의 지정을 받아 국방부의 소관 사무에 관하여 국가소송(또는 그에 준하는 절차)을 수행할 때 구속을 받는 국내법상 효력이 있는 합의를 한 것으로 볼 수 있다. 1965년 한미 약정서와 1966년 한미 보충약정서는 한국정부와 미국정부 간에 국제법상 구속력은 없더라도 적어도 베트남전쟁 중 남베트남에서의 주월한국군 소청사무소의 소관사무에 관하여는 일정한 효력이 있는 합의를 한 것으로 볼 수 있다.

1965년 한월 약정서, 1965년 한미 약정서, 1966년 한미 보충약정서, 1969년 한월 약정서는 주월한국군이 월남군 또는 주월미군과 체결한 기관간 약정이라는 같은 형식의 문서이므로, 특별한 사정이 없다면 이들 기관간 약정은 동일한 순위에 있는 것으로 간주할 수 있을 것이다. 동일한 순위의 이들 법규들 간에는 사항적 적용범위의 획정이 문제된다. 베트남전쟁 중에 주월한국군의 비전투행위⁵⁴⁾로 피해를 입은 베트남인이 주월한국군을 상대로 제기한 손해배상청구사건(또는 소청사건)은 한월간 약정이 아닌 한미간 약정에 근거하여 처리되었는데, 1966년 한미 보충약정서에는 손해배상 여부와 손해배상액을 결정하는 기준으로 남베트남법을 적용한다는 조항(제5조),⁵⁵⁾ 주월한국군이 베트남인 피해자에게 지급하는 금액에 대하여 주월미군이 ‘지불보증’과 ‘재정적 지원’을 제공한다는 조항(제3조 제2항),⁵⁶⁾ 전투행위로 인한 피해에 대한 손해배상청구사건은 주월한국군 소청사무소가 아니라 소청사건이 발생한 곳의 동장, 군수, 성장에게 의뢰한다는 조항(부속서A 제4조 제2문)이 포함되어 있었다.⁵⁷⁾ 원칙적으로 한미간 약정은 주월한국군과 주월미군 간에만 효력이 있었을 것이므로, 베트남인 개인과 주월한국군 간의 법률관계를 남베트남이 당사국이 아닌 한미간 약정에서 규정한 것은 국제법적으로 효력이 없다고 볼 여지가 있다. 그러나 제3국을 위한 권리 부여를 금지하는 국제법 원칙은 없고,⁵⁸⁾ “월남공화국 내에서 파견군이 그 현주민에게 가한 비전투손해를 신속·공정하게 해결함은 국제법의 일반원칙에 충실”한 것이므로,⁵⁹⁾ 남베트남의 동의를 추단할 수 있다면 다르게 볼 여지도 있을 것이다.

53) 「외국정부기관과의 기관간 약정 체결 및 관리에 관한 규정」 제2조 제1호, 제4조 제2항 참조.

54) 주로 차량 사고가 문제되었다고 한다. 이신재, “베트남 파병 한국군의 주둔군 지위와 민간인 피해보상”, 국방정책연구 제34권 제3호(2018년 가을호)(한국국방연구원, 2018), 52면.

55) 1966년 한미 보충약정서 제5조: “주월한국군 소청사무소는 소청의 배상 여부 판정 및 배상액 결정에 있어서 주월미군사원조사령부 해외소청위원회에서 적용하고 있는 월남공화국 민사관계 법률, 명령, 관습, 판례를 기준 또는 준용한다.”

56) 이는 당시 한국정부의 외교적 협상의 결과이다. 연합뉴스 2005. 12. 2. 자 기사 “베트남전 한국군 민사 보상책임 미군에 넘겨” 참조. <https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=805915>에서 열람 가능(2023. 4. 5. 최종방문).

57) 그밖에도 주월미군사원조사령관은 소청사건에 관하여 긴밀한 법률적·기술적 협조를 제공하고(제3조 두문), 법률적·기술적 규준을 제공하며(제3조 제1항), 여기에는 현지 미군이 적용하는 지급액 판단 기준, 미화해 소청사건의 처리절차, 회계방법 기타 행정적·법적 사항에 관한 조언이 포함된다고 규정하고 있었다(부속서A 제8조).

58) 정인섭, 전게서(국), 221면.

59) 1966년 한미 보충약정서 부속서A 전문(前文).

문제는 1966년 한미 보충약정서에 따라 주월한국군 소청사무소에서의 소청절차가 존재하였으므로 대상판결 사안과 같이 베트남인이 한국정부를 상대로 제기한 국가배상소송은 각하되어야 하는가 하는 것이다. 이 문제를 해결하기 위하여는 먼저 1966년 한미 보충약정서에 규정된 체계제규칙을 검토해볼 필요가 있다. 즉, 원고가 입은 피해가 ‘비전투행위’로 인한 것이라면 1966년 한미 보충약정서에 따른 소청절차가 적용되고, ‘전투행위’로 인한 것이라면 위 절차가 적용되지 않는데, 이는 ‘전투소청’과 ‘비전투소청’의 개념을 정의하고 있는 1966년 한미 보충약정서 부속서A 제5조와 제6조에 따라 자체적으로 판단하여야 하고, 이 맥락에서 위 부속서A 제5조와 제6조가 사항간 저촉법에 해당하는 체계제규칙으로 기능한다. 이에 따르면 ‘비전투소청’은 “공무수행 여부에 불구하고 불법적인 고의·과실에 의한 작위 또는 부작위로 인하여 월남 내에서 발생하도록 한 재산상·신체상·생명상 손해”를 대상으로 하고, ‘전투소청’은 “주월한국군이 실전간 전투 준비 중, 전투 작전간 또는 전투 후 복귀 중 그 작위 또는 부작위로 인하여 직접적 또는 간접적으로 발생한 재산상·신체상·생명상 손해”를 대상으로 한다. ‘비전투소청’의 정의에서 “공무수행 여부에 불구하고”라는 문언과 “불법적인 고의·과실”이라는 문언에 주목한다면, 전투를 준비하거나 작전을 전개하는 중이었더라도 대상판결 사안과 같이 주월한국군 소속 군인의 불법적인 고의·과실이 개재되어 있었다면 1966년 한미 보충약정서에 따른 소청절차에서는 ‘전투행위’가 아니라 ‘비전투행위’로 취급하였어야 할 것으로 보인다. 그렇다면 원고의 청구권은 베트남전쟁 중에 주월한국군 소청사무소에서의 특수한 소청절차에 따라 해결되었어야 함이 원칙이다. 그러나 베트남전쟁의 종료에 따라 주월한국군 소청사무소가 더 이상 존재하지 않았다면, 유효기간에 관한 규정이 없었던 1966년 한미 보충약정서는 베트남전쟁의 종료에 즈음하여 실효한 것으로 보아야 한다. 게다가 전술하였듯이 1969년 한월 약정서 제14조는 베트남인 개인의 청구권이 소멸되지 않았음을 확인해주고 있다. 그러므로 주월한국군 소청사무소에서의 소청절차가 존재하였다는 이유만으로 해당 절차에 의하지 못한 베트남인 개인이 추후에 제기한 국가배상소송을 각하할 것은 아니라고 본다.

설령 대상판결 사안을 1966년 한미 보충약정서에 따른 소청절차에서 ‘전투행위’로 취급하였어야 한다고 보더라도, 위 약정서 부속서A 제4조 제2문이 “전투상황에서 발생한 재산상·신체상·생명상 손해에 대하여 소청하고자 하는 청구권자는 해당 소청사건 발생지의 동장, 군수, 성장에게 의뢰한다”라고 규정하고 있었음을 이유로 베트남인 개인의 국가배상소송을 각하할 것은 아니다. 동장, 군수, 성장에의 의뢰를 통한 해결은 법원에의 청구가 아닐뿐더러 베트남인 개인의 청구권에 대하여 전속적 관할을 가지는 분쟁해결수단이었다고 볼 수도 없기 때문이다.

4. 보 론 — 한미 약정서상 남베트남법 준거조항과 주월미군의 지불보증의 법적 성격

전술하였듯이 1966년 한미 보충약정서 제5조에는 주월한국군 소청사무소의 소청사건에 남베트남법을 적용한다는 조항이 있었고, 제3조 제2항에는 주월한국군이 베트남인 피해자에게 지급하는

금액에 대하여 주월미군이 ‘지불보증’과 ‘재정적 지원’을 제공한다는 조항이 있었다. 이들 조항에 대하여는 대립되는 견해가 제시될 수 있다.

먼저 1966년 한미 보충약정서 제5조를 보면, ① 해당 조항은 주월한국군 소청사무소 내부의 사무처리준칙에 불과하다는 견해도 있을 수 있고, ② 해당 조항의 대상은 비전투행위로 인한 소청사건이므로 그것은 권력작용이 있었던 것이 아니라고 보거나 사경제주체로서의 행위에 준하는 것으로 보아서 통상의 사법상 법률관계처럼 취급하여 불법행위지법인 남베트남법을 준거법으로 적용하도록 한 것이라는 견해도 있을 수 있으며, ③ 비전투행위로 인한 소청사건도 원칙적으로는 우리 국가배상법이라는 공법을 적용하여 처리하여야 하는 것이지만 현지에 특수한 소청절차를 두고 우리 국가배상법 대신에 현지법인 남베트남법을 적용하도록 한 것이라는 견해도 있을 수 있다.

다음으로 1966년 한미 보충약정서 제3조 제2항을 보면, ① 주월한국군이 베트남인 개인에게 지급하여야 하는 소청지급액을 주월미군이 (기관간 약정의 국제법상 구속력 유무와 관계없이) 단순히 경제적 차원에서 보전해주기로 하는 공법상 합의라는 견해도 있을 수 있고, ② 1966년 한미 보충약정서가 조약에 해당하지 않아 국제법상 구속력은 없더라도 사법상 효력은 인정할 여지가 있고, 미국 정부가 한국정부의 베트남인 개인에 대한 소청지급액 지급채무를 채무인수 또는 이행인수를 하는 법률관계를 성립시키는 사법상 합의라는 견해도 있을 수 있다. 채무인수로 본다면 면책적 채무인수인지, 병존적 채무인수인지 당사국들의 의사해석이 문제된다. 채무인수로 보는 경우 구 섭외사법에 따르면 이는 원래의 채무인 한국정부와 베트남인 사이의 채무의 준거법에 의하는데,⁶⁰⁾ 이를 한국법이라고 보아야 하는지, 아니면 전술한 1966년 한미 보충약정서 제5조를 유효한 준거법 합의로 취급하여 남베트남법이라고 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 반면에 이행인수로 보는 경우 구 섭외사법에 따르면 미국정부와 한국정부가 지불보증 합의의 준거법을 선택하지 않은 이상 원칙적으로 1966년 한미 보충약정서의 협상 및 서명이 행하여진 남베트남법이 행위지법으로서 적용된다고 보아야 한다.⁶¹⁾ 위 ②로 보더라도 주월미군이 베트남인 개인에게 소청지급액을 직접 지급하는 것이 아니라 주월한국군에게 현지화폐로 금원만 제공하는 것이었으므로 한미간 약정은 채무인수라기보다는 이행인수라고 생각된다.⁶²⁾ 다만, 1966년 한미 보충약정서에 따른 주월미군의 지불보증은 주월한국군

60) 구 섭외사법 아래에서는 채무인수에 관한 모든 문제가 인수되는 채무 자체의 준거법에 의하여야 하였기 때문이다. 구 섭외사법에는 채무인수의 준거법에 관한 규정이 없었다. 구 섭외사법 제14조는 “채권양도의 제3자에 대한 효력은 채무자의 주소지법에 의한다”라고 규정하고 있었으나, 이는 채무인수의 제3자에 대한 효력에도 준용되지 않는다고 보는 것이 일반적이었다. 김용한/조명래, 국제사법 전정판(정일출판사, 1992), 298면; 서희원, 국제사법강의 개정신판(일조각, 1999), 250면.

61) 이행인수는 채무자와 인수인 간의 계약의 일종인데, 구 섭외사법은 법률행위의 객관적 준거법은 행위지법이라고 하였고(제9조 단서), 계약의 성립 및 효력은 청약의 통지의 발신지를 행위지로 보되, 피청약자가 승낙을 한 경우 그 청약의 발신지를 알지 못한 때에는 청약자의 주소지를 행위지로 보았다(제11조 제2항). 주월한국군과 주월미군은 각기 본국정부의 지침을 받아 남베트남 사이공에서 1966년 한미 보충약정서의 협상 및 서명을 진행하였으므로 구 섭외사법 제9조 단서와 제11조 제2항 제1문에 따라 청약의 통지의 발신지인 남베트남 사이공을 행위지로 볼 수 있다.

62) 이는 1966년 한미 보충약정서 체결 전 교섭과정에서 당시 외무부가 작성한 외교문서에서도 확인된다. 외교부 외교사료관(<https://diplomaticarchives.mofa.go.kr>), 외교사료편찬 - 외교문서 원문요약 - ‘한·미국간의 보충실무약정(주월남한국군의 민사청구권 해결)’ 항목 참조(밑줄은 필자가 추가): “피해 월남인의 손해배상청구 건에 대하여 한국군이 심사하는 과정을 미군이 감가권을 행사하도록 되어 있는 규정은 수락할 수 없음. 손해배상청구에 관련된 양식을 미군이 제공하도록 되어 있으나 한

소청사무소가 설치되어 있는 동안 그곳에서 지급된 소청지급액을 보전해주겠다는 약정으로 보아야 한다. 그러므로 베트남전쟁의 종료에 따라 1966년 한미 보충약정서가 실효한 이상 그에 포함된 미국정부의 지불보증 약정도 더 이상 유효하지 않다고 보는 것이 자연스럽다.⁶³⁾

Ⅲ. 국가배상책임에 통상의 준거법 결정규칙 적용 여부 — 국가배상법 직접적용 여부

1. 쟁점의 정리

국가배상청구는 그 발생원인이 공익적·정책적 목적을 추구하는 국가의 공행정작용이라는 점에서 공법적 측면이 있고, 그 법적 성질이 고의·과실과 위법성을 요건으로 하는 민사상 손해배상청구라는 점에서 사법적 측면이 있다.⁶⁴⁾ 국가배상법은 공법에 속한다고 보는 것이 일반적이지만,⁶⁵⁾ 우리 법원은 국가배상소송을 민사소송으로 취급하고 국가배상법이 민법의 특별법이라고 본다.⁶⁶⁾ 대상판결은 주월한국군이 베트남에서 베트남인에게 행한 권력작용으로 인한 국가배상책임도 외국적 요소가 있는 ‘사법상’ 법률관계이므로 국제사법 제1조에 따라 국제사법이 적용되어야 한다고 전제하였다. 이에 따라 구 국제사법상 불법행위의 준거법 결정규칙을 적용하여 이 사건 법률관계의 준거법을 한국법으로 판단하였고, 준거법으로 지정된 한국법에 속하는 우리 국가배상법을 이 사건에 적용하였다. 그러나 국가배상법은 공법이므로 외국적 요소가 있는 국가배상책임은 국제사법과 구별되는 독자적인 이론적 근거에 따라 국가배상법 그 자체의 적용범위를 결정하여야 한다는 견해가 국내외에서 유력하게 제시되어 왔으므로 이를 비교법적으로 검토해볼 필요가 있다.

2. 비교법적 검토

가. 유럽연합

국군이 심사하는데 미군이 제공하는 양식에 따르는 것은 부당함. 월남인의 손해에 대한 배상액을 한국군이 결정할 경우 미군 법무관이 그 결정에 동의하지 않으면 주월미군사령부에 이송하도록 되어 있는 것을 수정하여 한국군이 미군으로부터 일정기간 배상처리에 관련한 Fund를 제공받고 한국군의 판단을 최종적인 것으로 하도록 수정함.”

63) 따라서 설령 미국의 지불보증 약정을 채무인수라고 보더라도 베트남인 개인이 미국정부를 상대로 손해배상을 청구할 수는 없다고 보아야 한다.

64) 김동희/최계영, 행정법 제27판(박영사, 2023), [523]면 참조.

65) 김동희/최계영, 전거서, [523]면(국가의 주권면제특권을 부인하고 그 배상책임을 인정하였다는 이유만으로 민사상 불법행위책임의 한 유형에 불과한 것은 아니라고 함); 김도창, 일반행정법론(상)(청운사, 1993), 616-617면; 서원우, 현대행정법론(상)(박영사, 1983), 679면; 박윤훈, 최신행정법강의(상)(박영사, 1997), 681-682면; 김남진/김연태, 행정법 제19판(법문사, 2015), 585-586면; 류지태/박종수, 행정법신론 제17판(박영사, 2019), 515-516면.

66) 대법원 1962. 3. 15. 선고 4294민상1083 판결, 대법원 1971. 4. 6. 선고 70다2955 판결, 대법원 1975. 5. 27. 선고 75다300 판결 등.

로마II규정⁶⁷⁾ 제1조 제1항 제2문은 주권적(또는 고권적, 권력적) 행위(*acta jure imperii*)에 대한 국가배상책임을 로마II규정의 적용범위에서 제외하고 있다. 해당 조항이 스스로 명시하듯이 주권적 행위란 국가권한(State authority) 내지 주권적 권한(hoheitliche Recht)의 행사에 따른 작위 또는 부작위를 말한다. 이는 국가의 배상책임 그 자체뿐만 아니라 직접적 가해자인 공무원의 배상책임도 포함하나, 공무원의 행위가 국가의 상업적(또는 비주권적) 행위(*acta jure gestionis*)에 해당하여 순전히 민사적 성격을 가지는 경우에는 로마II규정이 적용된다.⁶⁸⁾ 주권적 행위에 대한 적용배제는 후술하는 Lechouritou 사건이 문제되자 독일의 주장⁶⁹⁾에 따라 2004년 유럽집행명령규정⁷⁰⁾ 제2조 제1항 제2문에 도입되었고 이후 2007년 로마II규정에도 채택된 것이다.

종래 유럽사법재판소는 브뤼셀협약⁷¹⁾ 제1조 제1항 제1문이 동 협약의 적용대상 내지 물적 대상(scope *ratione materiae*)으로 규정하였던 “민상사”(civil and commercial matters)에서 “일방 당사자의 공권력(public powers) 행사로 인한 분쟁”은 제외된다고 보았는데, 그 이유는 공권력을 행사하는 일방 당사자는 사인들(private individuals) 간의 법률관계에 적용되는 통상의 법규(ordinary legal rules)의 적용범위에 속하지 않는 권한을 행사한다는 것이다.⁷²⁾

이후 유럽사법재판소는 그리스인이 독일정부를 상대로 그리스법원에 제기한 손해배상청구소송이 문제된 2007년 Lechouritou 사건 판결에서 추가적인 근거를 제시하였다. 해당 사건은 독일군이 제2차 세계대전 중인 1943. 12. 13. 그리스 칼라브리타(Kalavrita)에서 군사작전의 일환으로 민간인 676명을 학살한 전쟁범죄가 문제된 것이다.⁷³⁾ 유럽사법재판소는 “군대가 수행한 군사작전은 국가주권(State sovereignty) 행사의 특징적 발현임을 의심할 여지가 없고, 특히 권한 있는 공

67) Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

68) 이종혁, 국제자본시장법시론: 국제적 증권공모발행에서 투자설명서책임의 준거법(경인문화사, 2021), 90면, 주22.

69) Rat der Europäischen Union, Vermerk des Vorsitzes, Council Doc. 10660/03, JUSTCIV 92, S. 2; Rat der Europäischen Union, Vermerk der deutschen Delegation, Council Doc. 11813/03, JUSTCIV, S. 122.

70) Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. 개관은 성대규, 유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구: 지급명령 및 소액소송 절차를 중심으로(사법정책연구원, 2021), 80면 이하.

71) Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

72) *Volker Sonntag v. Hans Waidmann, Elisabeth Waidmann and Stefan Waidmann*, Case C-172/91 (1993), para. 22; *Préservatrice foncière TIARD SA v. Staat der Nederlanden*, Case C-266/01 (2003), para. 30; *Henkel KGaA v. European Union Intellectual Property Office*, Cases C-456/01 P and C-457/01 P (2004), para. 30; *Frahuil SA v. Assitalia SpA*, Case C-265/02 (2004), para. 21. 상세는 Ulrich Magnus, Peter Mankowski (ed.), *Commentary: Brussels Ibis Regulation* (Otto Schmidt, 2023), Art. 1, paras. 18, 19 (Pippa Rogerson, Peter Mankowski 집필부분), Art. 1, para. 13 *et seq.* 다만, 유럽사법재판소의 관할권이 인정되지 않으면 로마II규정에 따른 준거법 결정은 애초에 문제되지 않으므로 로마II규정 제1조 제1항 제2문은 입법적 안전장치(legislative safeguard)인 셈이다. Ulrich Magnus, Peter Mankowski (ed.), *Commentary: Rome II Regulation* (Otto Schmidt, 2019), Art. 1, paras. 18, 19 (Peter Mankowski 집필부분, 이하 “M/M/집필자, 집필부분”) 참조.

73) 상세는 Veronika Gärtner, “The Brussels Convention and Reparations: Remarks on the Judgment of the European Court of Justice in Lechouritou and others v. the State of the Federal Republic of Germany”, *German Law Journal*, Vol. 8, No. 4 (2007), p. 417 *et seq.* 참조.

적 기관이 일방적이고 구속력 있는 방법(unilateral and binding manner)으로 결정하였고, 그것이 국가의 외교·국방정책과 불가분적으로 연관되어(inextricably linked) 있었다면 더욱 그러하다”라고 판시하였고,⁷⁴⁾ “원고가 입은 손실 및 손해의 원인, 그리고 원고가 그리스법원에 제기한 소송의 청구원인에 해당하는 독일군의 행위는 그것이 자행된 시점에 관련된 국가의 구성부분의 공권력의 행사로 인한 것이라고 보아야 한다”라고 판단함으로써,⁷⁵⁾ 결과적으로 독일에 주권면제를 부여하였다. 이에 대하여는 중대한 인권침해와 같은 위법행위는 주권면제가 부여되는 ‘주권적 행위’에 해당할 수 없다는 반론이 거세다.⁷⁶⁾

나. 독일

독일은 국가배상책임을 민법 제839조에 따른 공무원의 직무책임과 기본법 제34조에 따른 국가의 대위책임의 결합으로 이해한다.⁷⁷⁾ 독일의 다수설과 판례는 국가배상책임 중에서 공권력적 행위에 대한 책임은 통상의 준거법 결정규칙과 관계없이 해당 국가의 국가배상법이 적용되는 반면에, 비공권력적 행위에 대한 책임은 통상의 준거법 결정규칙에 따른다고 한다.⁷⁸⁾ 공권력적 행위와 비공권력적 행위의 구별은 재판권면제에 관한 제한적 주권면제론의 기준이 사용된다.⁷⁹⁾ 1999년 민법시행법 개정시 입법이유서도 공권력적 행위에 대한 국가책임은 민법시행법 제40조 이하가 적용되지 않는다고 설명한다.⁸⁰⁾

공권력적 행위로 인한 국가배상책임은 통상의 준거법 결정규칙과 관계없이 국가배상법이 직접 적용된다는 결론을 설명하는 방법은 두 가지로 구분된다.⁸¹⁾ 첫 번째는 통상의 준거법 결정규칙과 유사하게 설명하는 방법이다. 행정의 조직편성 및 그 하자로부터 발생하는 법률효과를 결정함에 대한 공법상 질서이익이라는 국제사법상 이익이 있다거나,⁸²⁾ 해당 국가와 사안 간의 밀접한 관련성을 인

74) *Eirini Lechouritou and Others v. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, Case C-292/05 (2007), para. 37.

75) Lechouritou 판결, para. 38

76) Gärtner, 전개논문, p. 433 *et seq.* 참조. Lechouritou 사건의 원고들도 같은 주장을 하였다. Lechouritou 판결, para. 12.

77) 김동희/최계영, 전개서, [520]면.

78) Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (Mohr Siebeck, 2006), S. [523], Christian von Bar, Peter Mankowski, *Internationales Privatrecht*, Band 2, 2. Auflage (Verlag C.H. Beck, 2003), S. [496]; Jan Kropholler, Bernd von Hoffmann (hrsg.), Julius von Staudingers Kommentar, EGBGB/IPR, Art. 38-42, 14. Auflage (Sellier/de Gruyter, 2001), Art. 40 EGBGB, Rn. [109]f. (Bernd von Hoffmann 집필부분, 이하 “Staudinger/von Hoffmann”); Peter Bassenge *et al.* (hrsg.), Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Auflage (C.H. Beck, 2023), Art. 40 EGBGB, Rn. [15]f. (Andreas Heidrich 집필부분); Jan von Hein (hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, 6. Auflage (C.H. Beck, 2015), Art. 40 EGBGB, Rn. [196] (Arthur Kreuzer 집필부분, 이하 “MünchKomm/Kreuzer”); Alexander Lüderitz, Soegel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, Band 10, 12. Auflage (W. Kohlhammer, 1996), Art. 38 EGBGB, Rn. 69f (이하 “Soegel/Lüderitz”).

79) Staudinger/von Hoffmann, Rn. 111; MünchKomm/Kreuzer, Rn. 196.

80) Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode, Drucksache 14/343, S. 10.

81) 이 구분은 中西康, 전개논문, 65-67頁에 제시된 것이다.

82) Kropholler, 전개서, S. 523; Klaus Schurig, “Internationalrechtliches zum Staatshaftungsgesetz”, *Juristenzeitung* (JZ)(1982), S. 386f. 공법상 질서이익이라는 국제사법상 이익은 일반적인 양면적 저촉규칙과는 이질적인데, 이는 법정지에서

정할 수 있다거나,⁸³⁾ 공권력적 행위는 항상 내국으로부터 발생하므로 내국이 행동지이고 의무위반의 중심은 그 책임이 문제되는 국가영역에 있다고 한다.⁸⁴⁾ 두 번째는 국제법상 국가주권원칙으로 설명하는 방법이다. 국가주권은 공권력적 행위에 대한 국가면제를 인정하고, 국가간 평등은 어느 국가도 다른 국가의 공권력적 행위를 자국의 입법관할권, 재판관할권 또는 집행관할권에 복속시키지 않도록 하므로, 자국의 공권력적 행위에 대하여는 자국법만을 적용할 수 있다고 한다.⁸⁵⁾

다. 일본

제1설은 외국인이 제기한 국가배상소송에는 국제사법이 적용되지 않는다는 견해이다. 일본의 다수설과 판례의 태도이다. 그 근거로는 국가의 공익과 밀접한 관련이 있는 공법은 내국법원이 외국 공법을 직접 적용할 수 없다거나,⁸⁶⁾ 공행정작용을 발생원인으로 하는 국가배상소송은 해당 국가를 법정지로 하는 절차만이 가능하므로 공법적 성격을 가진다거나,⁸⁷⁾ 국가배상은 국가재정에 영향을 미친다거나,⁸⁸⁾ 국제사법은 평시의 문제에 적용되고 전시 등 비상상태에는 적용되지 않는다거나,⁸⁹⁾ 국제사법의 적용은 법이 보호하고자 하는 이익의 국제적 상호호환성이 인정되는 경우에 한한다고 한다.⁹⁰⁾ 마지막 논거를 상술하면 다음과 같다. 법규분류학설과 달리 사비니 이래 현대 국제사법은 준거법으로 지정되는 법의 내용에 무관심한데(맹목적), 이는 법이 취급하는 법상황과 그것이 대처하는 이익상황의 동질성 또는 유사성을 근거로 한다. 예컨대 불법행위의 가해자가 한국인이고 피해자가 일본인인 경우도 있을 수 있고 반대로 가해자가 일본인이고 피해자가 한국인인 경우도 있을 수 있다. 이때 국가는 대등한 당사자들의 이해조정을 위한 제3자로서 재화의 공평한 분배를 위하여 법률을 제정한다. 이 경우 법이 취급하는 이익의 보편화와 유형화가 가능해지고, 이익상황의 상호호환성, 나아가 법의 상호호환성이 인정되는 것이다. 그러나 국가와 개인 간에는 대등

자국법의 적용만을 전제하고 있고 외국법의 지정은 애초에 불가능하다는 것이다. 中西康, 전계논문, 66頁.

83) von Bar, 전계서, S. 496f.

84) Soegel/Lüderitz, Rn. 69.

85) Staudinger/von Hoffmann, Rn. 109; MünchKomm/Kreuzer, Rn. 196. 이에 대하여는 일본에서 다음과 같은 보충적 견해가 제시되는데, 설득력이 있다. 즉, 주권면제는 어느 국가의 공권력적 행위에 대하여 다른 국가가 재판권을 행사하지 않는 것이고, 준거법까지 공권력적 행위를 행한 국가의 법에 따라야 한다는 원칙이 국제법상 존재하는 것은 아니므로, 국제법상 국가주권원칙으로부터 바로 준거법 규칙이 도출되는 것은 아니다. 이는 각국이 스스로 결정할 수 있는 문제이나, 각국은 자국의 공권력 행사가 어떠한 구조에서 어떠한 요건 아래 행하여지는지를 규율(또는 규제)하고 있고, 이를 위반하였다는 이유로 국가의 손해배상책임이 추궁되고 있는 경우 그 효과는 그와 같은 규율과 표리일체의 문제이므로, 각국이 이에 대한 판단기준을 타국법에 위임하는 것은 불합리하고 자국법을 적용할 수밖에 없다는 것이다. 재판권면제는 자국의 공권력적 행위에 대한 평가를 타국법에 위임하는 불합리한 사태를 방지하기 위한 절차적 구조라는 것이다. 中西康, 전계논문, 67頁.

86) 山田謙一, 國際私法 第3版(有斐閣, 2004), 16頁(공법 일반에 대한 언급임).

87) 住田裕子, “國際私法と國家賠償法との關係: 法例11條の適用範圍をめぐって”, 判例時報 第1539号(判例時報社, 1995), 20, 24頁; 早川吉尚, “準拠法の選択と「公法」の適用”, 國際私法年報 第5号(信山社, 2003), 206頁.

88) 河野俊行, “判批”, JURIST 第1179号: 平成11年度重要判例解説(有斐閣, 2000), 302, 304頁.

89) 河野俊行, 전계논문, 303頁.

90) 櫻田嘉章, 道垣内正人 共編, 國際私法判例百選 第2版(別冊 JURIST No. 210)(有斐閣, 2012), 256頁(佐藤やよひ 집필부분), 41頁.

한 당사자 간의 이익의 상호호환성이 인정되지 않고, 외국은 내국인의 이해조정을 위한 공정한 제3자로서의 역할을 수행할 수도 없다. 그럼에도 불구하고 국제사법을 통하여 외국법에 의하여 국가 책임을 추궁하는 것은 주권국가에 타국법에 맹목적으로 따른다는 것을 의미한다는 점에서 부당하다. 게다가 불법행위의 준거법은 사후적 합의가 허용되는데, 당사자의 주관적인 의사가 크게 작용하는 준거법 선택이라는 방법은 국가책임의 추궁에는 부적절하다.

제2설은 외국인이 제기한 국가배상소송에도 국제사법이 적용된다는 견해이다. 그 근거로는 국가배상책임은 손해배상책임의 문제로서 민사법의 영역에 속하고 공무원관계는 사법상 위임계약에 해당한다거나,⁹¹⁾ 손해배상을 청구한 원고가 사인이고 금전에 의한 손해배상은 보편성 있는 사법상 구제수단으로서 통상의 불법행위와 다르지 않다거나,⁹²⁾ 국가배상책임, 특히 재외공관의 직무집행에 관한 손해배상책임은 불법행위의 당사자들 간의 특별한 관계를 근거로 종속적 연결을 통하여 공무원 소속국법으로 연결시킬 수 있다고 한다.⁹³⁾ 다만, 마지막 논거에 대하여는 전후보상의 경우가 해자와 피해자 간에 특별한 관계가 없어서 종속적 연결이 불가하므로 원칙대로 불법행위지법에 의하여야 한다는 유력한 반론이 있다.⁹⁴⁾

제3설은 외국인이 제기한 국가배상청구도 민사상 청구이므로 불법행위의 준거법이 문제되고 외국법이 준거법으로 지정되면 이를 적용하여야 함이 원칙이나, 국내에 그와 같은 청구를 거부하는 공법적 강행법규가 있는 경우에는 해당 청구가 배제되고, 그와 같은 법규가 없더라도 당해 사안과 내국사회 간의 밀접관련성, 즉 내국관련성을 판단하여 국제사법상 공서를 근거로 해당 외국법의 적용을 배제할 여지가 있다고 한다.⁹⁵⁾ 제3설은 이에 관한 논의에서 사법과 공법의 준별은 결정적으로 중요한 것이 아니라고 보고, 사법의 저촉상태와 공법의 저촉상태를 하나의 세트에 취급할 필요가 있다고 한다.⁹⁶⁾ 외국공법 부적용의 원칙을 거부하는 이상 내국공법이든 외국공법이든 사법상 법률관계에 관계되는 한 그 적용관계는 국제사법의 개입을 통하여 결정된다는 것이다.⁹⁷⁾ 전통적인 국제사법에서의 일반적인 준거법 선택과는 별도로 법정지의 공법적 강행법규의 적용이 인정되어서 이들의 총체가 국제사법의 체계를 형성하는 것이므로,⁹⁸⁾ 사비니의 방법론에 입각한 전통적인 국제사법은 공법적 법률관계에는 부적당하다는 주장은 정치적 가치판단이 먼저 행하여진 것이고 전통적인 국제사법에 대한 역사인식이 왜곡된 것으로서 전혀 지지할 수 없다고 한다.⁹⁹⁾

91) 池原季雄, 早田芳郎 共編, 涉外判例百選 第3版(別冊 ジュリスト No. 133)(有斐閣, 1995), 256頁(山内惟介 집필부분).

92) 奥田安弘, 國際私法と隣接法分野の研究(中央大学出版部, 2009), 419頁.

93) 国友明彦, 國際私法上の当事者利益による性質決定(有斐閣, 2002), 33頁 이하.

94) 奥田安弘, 전게서, 423-426頁.

95) 石黒一憲, 國際私法 第3版(有斐閣, 2007), 23-24頁.

96) 石黒一憲, 전게서, 22頁.

97) 石黒一憲, 전게서, 23頁.

98) 石黒一憲, 전게서, 22-23頁.

99) 石黒一憲, 전게서, 22-24頁.

라. 한국

대상판결 이외에도 외국적 요소가 있는 국가배상책임의 준거법을 한국법으로 결정한 판결로 구 섭외사법 아래에서 서울민사지방법원 1970. 11. 24. 선고 70가8895 판결¹⁰⁰⁾이 있다. 이 판결은 베트남에서 주월한국군 소속 군인들 간에 발생한 총기오발사고를 원인으로 하는 국가배상소송에서 불법행위지가 베트남이라는 사정 이외에는 순수한 국내사건과 아무런 차이가 없다는 이유로 사안의 섭외성을 부정하고 섭외사법의 적용을 배제하였다. 위 판결이 사안의 섭외성을 부정한 근거는 다음과 같다. ① 가해자와 피해자가 모두 한국 군인이고, ② 불법행위지가 주월한국군 주둔 부대 내이며, ③ 불법행위가 주월한국군의 군복무 집행 중 발생한 사고에 기인하였고, ④ 불법행위의 결과 또는 그에 대한 손해배상책임이 베트남 영토 또는 국민에 아무런 영향이 없으며, ⑤ 가해자의 군사재판 기록을 한국군이 보존하고 있어서 불법행위지가 베트남이더라도 증거조사에 불편이 없고, ⑥ 베트남의 주권을 존중하여야 한다거나 당사자의 권익이 베트남법을 존중함으로써 보호된다는 사정이 없다. 위 판결의 해당 부분을 인용하면 아래와 같다.¹⁰¹⁾

먼저 본건 청구원인을 보면 원고는 월남공화국에서 일어난 한국군 사이의 총기오발 사고를 원인으로 발생한 불법행위책임을 국가를 상대로 묻고 있는 것이다. 살피건대 동 사건에 대한 관할권이 우리 법원에 있다고 하는 것은 별 의심이 없으나, 섭외사법상 어느 나라의 법률에 의하여 재판할 것인가에 관하여 논쟁이 있을 여지가 있으므로 우선 판단하기로 한다. 섭외사법 제13조는 명문으로 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 원인된 사실이 발생한 곳의 법률에 의한다고 되어 있다. 그리고 섭외사법이 외국에 있어서의 대한민국 국민의 섭외적 생활관계에 관하여 준거법을 정함을 목적으로 하고 있으므로 문리해석상은 본건과 같은 경우에도 당연히 월남국의 법을 적용하여야 할 것으로 보인다. 그러나 문제는 무엇이 섭외생활의 범주에 들어가는가 하는 데 있다. 즉, 가해자는 한국의 소속 공무원인 군인이고, 피해자도 가해자와 같은 생활관계에 처하여 있는 같은 부대 소속 군인이었으며, 불법행위의 장소는 월남공화국의 승인하에 그들의 요구에 의하여 주둔하여 있는 한국군 부대 내이다. 그리고 불법행위 자체도 한국군의 군대 주둔을 위요(圍繞)한 특별한 생활관계에서 군복무 집행 중의 사고에 기인한다. 나아가 이러한 불법행위 발생으로 인한 결과는 한국인 군인 사이에 그쳤을 뿐 월남 영토나 그 국민의 생활관계는 조금도 영향이 없고 이로 인한 손해배상 책임의 발생도 월남공화국이나 그 국민에게 아무런 영향력을 파급하지 아니한다. 따라서 이 사고가 발생한 것은 그 장소가 월남국 내에 있다는 한 가지 사실 이외에는 한국 내에서 동종의 사건이 발생한 경우와 조금도 차이가 없다.

또 일단 본건이 법정 분쟁화한 경우에도 증거조사에 관하여 다른 사건과 달리 장소가 월남인 것으로 인한 불편은 찾아볼 수 없다. 사고 장본인인 가해자는 한국 군사재판에 의하여 심판을 받았으며 그 기록은 모두 한국군이 보존하고 있는 사정도 기록상 명백하다. 그러면 이러한 조건의 사건도 섭외생활관계라고 할 것인가. 그리하여 우리에게 그 준부와 내용을 알 수 없는 월남공화국의 법률을 적용할 것인가.

100) [손해배상][미간행].

101) 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

이 단계에서 무엇이 섭외생활관계인가를 단정할 필요는 없을 것이다. 그러나 적어도 이러한 사건이 섭외사법이 규율할 것으로 정한 섭외생활관계에 속하지 않는 것은 명백하다고 하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 섭외사법을 적용하는 목적, 즉 주재국의 주권을 존중한다든가, 당사자의 권익이 주재국을 무대로 하여 발생한 사건에는 주재국의 법을 존중함으로써 가장 잘 보호된다는 등도 본건에서는 별로 관계가 없는 특수한 사정이 있다.

요컨대 본건은 월남공화국 법을 적용하여야 할 섭외생활관계에 속하지 아니한다. 그러므로 본건에 관하여는 섭외사법의 규정에 관계없이 국내법에 의하여 판단하기로 한다.

위 판결에 대하여는 일찍이 1972년에 선구적인 평석이 발표되었는데,¹⁰²⁾ 국제사법을 적용할 것이 아니라 국가배상법을 바로 적용하였어야 할 것이라는 결론을 제시하였다는 점에서 주목할 만하다. 그 근거로는 ① 국가배상책임은 국가 또는 공공단체의 공행정작용으로 인한 책임이라는 점, ② 국가배상법과 같은 공법은 국가권력의 시행이라는 속성을 가지므로 그것이 제정된 국가의 영토 내에서만 속지적·속인적으로 시행된다고 보아야 한다는 점, ③ 내국법원이 외국 국가배상법을 적용하는 것은 내국의 공익을 해할 우려가 있다는 점, ④ 국가배상법 제7조의 상호보증요건은 국가배상법의 특수성의 징표라는 점 등이 제시되었다. 위 평석의 해당 부분을 인용하면 아래와 같다.¹⁰³⁾

본건 판례에서 본 사안은 어쨌든 그것이 불법행위의 주요한 요소인 행위지가 외국이라는 점에서 일단 섭외사법의 적용이 고려되어야 한다고 생각할 수 있다. 다만, 본건에서 특수한 것은 월남의 주권이 미치지 못하는 한국 군부대 내에서 한국 군인 사이에 일어난 사고라는 점이다. ... 원래 섭외사법이 예정하고 있는 섭외적 생활관계는 사법이 규율하는 인류로서의 생활관계라고 한다면, 국가배상법도 그 공법적 성격 때문에 섭외사법의 적용이 문제된다. 물론 국가배상청구사건도 민법상 불법행위책임에 관한 같은 원리로서 민사사건으로 취급되어 그 관할도 일반법원에 속하는 것이지만, 그것이 국가나 공공단체의 공행정작용으로 인한 책임이라는 점에서 이론적으로는 공법에 속한다고 볼 수 있다. 또한 국가배상법 제7조가 외국인이 피해자인 경우에는 상호의 보증이 있는 때에 한하여 적용한다고 규정한 것도 국가배상법의 특수한 성격을 나타낸 것이라고 할 수 있다. 이는 피해자가 외국인인 경우에는 그 외국인의 본국법이 다른 나라 국민에 대하여 우리나라 이상으로 관대하지 않은 이상 그 외국인은 국가배상청구를 할 수 없게 되므로 결과적으로 섭외사법이 적용될 여지가 없게 되기 때문이다.

문제는 섭외사법 제1조가 공법에 관한 것도 예정하고 있느냐 하는 점이다. 전통적인 대륙법계의 원칙은 국제사법의 사법적 생활관계의 안전보장을 그 임무로 하였기 때문에 그 적용범위도 사법의 저촉문제만에 한한다고 하였다.

이는 근대국가사상이 확립된 17세기경, 특히 주권관념의 영향을 받아 국가권력의 시행으로서의 공법

102) 최공웅, “국가배상법과 섭외사법의 적용”, 사법행정 제13권 제5호(한국사법행정학회, 1972. 5.), 26면 이하. 최공웅, 국제소송 개정판(육법사, 1988), 403면도 참조. 문영화, 전개논문, 145-146면은 국제사법 적용 여부를 국가배상법 제7조의 맥락에서 논의하면서 일본의 학설만을 소개한다. 문영화, 전개논문, 132면은 국내에 국가배상법 제7조에 관한 연구가 전무하다고 하나, 최공웅, 전개서, 402-403면(초판은 1984년 발간)에 일찍이 논의가 있었다.

103) 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

은 무엇보다도 제정된 국가에 의하여 그 자신의 영토 내에서만 시행되는 속지성을 띠게 되었고, 공법문제에 관하여 국내법원이 외국법을 적용한다는 것은 그 나라의 공익을 해할 우려가 있기 때문이라고 한다. ... 공법은 속지성을 원칙으로 하면서도 자기 나라 국민이 관련되거나 그 효과가 자기 나라에 미치는 경우에는 외국에서 일어난 사실관계에도 자국의 관할권을 주장하여 자기 나라 공법을 적용하려고 하는데 있다. ... 국가배상법도 민법상 불법행위를 기초로 하는 국가책임이라는 점에서 ... 공법적 규제와 사법적 구성 사이에 서로 작용을 미치는 범영역이 아닌가 하는 문제점을 제기하는 데 그치려고 한다.

원래 불법행위제도도 연혁적으로는 형벌적 성질을 가졌던 것이고, 오늘날도 하나의 강행법규라고 보는 한 그 성질상 국내에 있어서 절대적으로 적용되어야 하며, 항상 소송지의 법이 적용되어야 하는 속지적인 성질을 띠었다는 주장의 여지가 있게 되고, 이는 필연적으로 불법행위법의 공법화 현상을 가져오게 된다. 따라서 이미 본 대법원판결과 같은 기초 위에서는 국가배상법은 속지적이고 속인적인 법률이라는 결론이 나올 수 있을 것이다. 다만, 국제사법의 이념과 추세에 비추어 공법의 규제를 받는 사법의 영역을 어떻게 취급할 것인가 하는 점은 금후의 연구과제가 될 것이다.

한편 일제강점기 강제징용 또는 '위안부' 한국인 피해자가 일본정부를 상대로 손해배상소송을 제기하는 경우를 염두에 두고 국제사법이 적용설이 제시된 바 있다.¹⁰⁴⁾ 이 견해는 의용법례 제11조에 따라 과거 일본법상 국가무담책의 법리가 누적적용될 수밖에 없다면, 그 불합리는 시제법상 공서의 법리로 해결하자고 한다.¹⁰⁵⁾

마. 사건

대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항에 따라 우리 국가배상법을 준거법으로 지정함에 있어서 조문에 따른 "가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법"이 아니라 "가장 밀접한 관련이 있는 법"이라는 표현을 사용하였는데,¹⁰⁶⁾ 외국적 요소가 있는 국가배상책임의 경우 지역적 저촉법인 국제사법을 적용하여 준거법을 지정한 다음에 해당 준거법 소속국의 공법인 국가배상법을 지정하는 과정이 자연스럽지 않음을 법원 스스로 은연중에 시사한 것은 아닌지 모르겠다.

대상판결 사안처럼 베트남인이 한국정부를 상대로 국가배상소송을 제기하는 경우 '피고 대한민국'인 해당 사건에 적용될 수 있는 법은 우리 국가배상법밖에 없다. 원고가 내국인이든 외국인이든, 행위지가 한국이든 베트남이든 다른 외국이든 마찬가지이다. 국가배상소송이 우리 법원의 실무상 민사소송인지 행정소송(당사자소송)인지는 결정적이지 않다. 각국의 국가배상법은 위법행위를 실제로 행한 공무원이 아니라 해당 국가를 피고로 규정한다는 점에서 일면적일 수밖에 없다.¹⁰⁷⁾ 이와 같은 일면적 속성의 근거로는 전술하였듯이 국가배상법이 공법이라는 점, 국가배상소송은 공

104) 이병화, "전후 국가배상책임에 관한 국제사법적 고찰", 비교사법 제17권 제2호(한국비교사법학회, 2010), 507면 이하.

105) 상세는 이병화, 전제논문, 548-551면.

106) 밑줄은 필자가 추가한 것이다.

107) 따라서 우리 법원이 외국 국가배상법을 적용하지 않는 것은 구 국제사법 제6조를 통하여 명시적으로 극복한 '외국공법 부적용의 원칙'과는 무관하다.

의 추구를 목적으로 하는 국가가 일방 당사자라는 점, 국가배상청구의 발생원인이 국가의 공행정 작용이라는 점, 자국의 공권력행사의 당부를 타국법에 따라 판단할 수는 없다는 점 또는 자국의 행정조직의 편성과 그 하자로부터 발생하는 법률효과를 결정할 질서이익은 해당 국가만이 향유한다는 점이 모두 설득력이 있다.

사항적 저촉법에 관한 체계제규칙인 우리 국가배상법 제8조는 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만, 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다”라고 규정하고 있는데, 외국적 요소가 있는 국가배상청구라고 하더라도 국제사법이 적용되는 것은 아니므로, 국가배상법 제8조 후단의 “민법 외의 법률”에 국제사법은 원칙적으로 포함되지 않는다고 보아야 한다.

다만, 전술하였듯이 1966년 한미 보충약정서 부속서A 제5조는 전투행위를 “주월한국군이 실전간 전투 준비 중, 전투 작전간 또는 전투 후 복귀 중 행한 작위 또는 부작위”라고 정의하였고(주월한국군 소청사무소에 소청 불가하였음), 제6조는 비전투행위를 “주월한국군 소속 군인 및 군속이 공무수행 중이든 그렇지 않든 불법적인 고의·과실로 행한 작위 또는 부작위”라고 정의하였는바(주월한국군 소청사무소에 소청 가능하였음), 대상판결 사안에서 주월한국군의 행위는 여기의 비전투행위에 해당하므로, 그것이 국가배상법 제2조 소정 “직무”에 해당하는지는 논의의 여지가 있다. 여기의 “직무”에는 권력적 행정작용(또는 권력작용, 공권력행사) 이외에 비권력적 행정작용(또는 관리작용)이 포함되나, 국가의 사경제주체로서의 작용(또는 사경제작용)은 제외되는데,¹⁰⁸⁾ 1966년 한미 보충약정서상 전투행위와 비전투행위가 모두 주권적 행위인 권력적 행정작용에 해당하는지, 비전투행위는 달리 보아서 사경제작용에 준하여 비주권적 행위로 취급하여야 하는지가 문제될 수 있다. 후자로 본다면 국가배상책임이 아니라 순수한 민법상 불법행위책임으로 성질결정되므로¹⁰⁹⁾ 국제사법을 적용하여 준거법을 결정하는 것이 자연스러워지나, 전투행위가 아니더라도 권력적 행정작용에는 해당할 수 있는 것이므로 전자로 보아야 할 것으로 생각된다.

만약 국제사법을 적용하여 준거법으로 불법행위지법인 베트남법을 지정하더라도, ① 베트남 국가배상책임법이나 ②(베트남 국가배상책임법의 적용 없이 단독으로) 베트남 민법을 적용하는 것은 국제사법 이론상 쉽지 않다고 본다. 위 ①의 경우 베트남의 국가배상책임법은 베트남정부만을 피고로 상정하고 있기 때문에,¹¹⁰⁾ 설령 조정(또는 적응)(Angleichung 또는 Anpassung)의 법리를 동원하여 베트남 국가배상책임법의 적용을 시도하더라도, 자국정부만을 적용대상으로 규정한 법률

108) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다11767 판결, 대법원 1998. 7. 10. 선고 96다38971 판결, 대법원 2001. 1. 5. 선고 98다39060 판결 등 참조: “국가배상법이 정한 배상청구의 요건인 '공무원의 직무'에는 권력적 작용만이 아니라 행정지도와 같은 비권력적 작용도 포함되며 단지 행정주체가 사경제주체로서 하는 활동만 제외된다.”

109) 대법원 1970. 7. 28. 선고 70다961 판결, 1970. 11. 24. 선고 70다1148 판결, 1973. 5. 22. 선고 72다1184 판결, 대법원 1997. 7. 22. 선고 95다6991 판결 등 참조.

110) 베트남 국가배상책임법 제1조 참조.

을 타국정부에 적용하는 것은 해당 법률이 스스로 규정한 적용범위를 무시하는 것이므로, 조정의 기준으로 가장 약한 이익을 희생하고 가장 강한 이익을 보호하여야 한다는 ‘최소무리의 원칙’(Gesetz des geringsten Widerstands)¹¹¹⁾에 반한다고 생각된다. 위 ②의 경우 가해자인 주월한국군이 아니라 한국정부를 불법행위의 직접 당사자로 볼 수 있다면 피해자와 한국정부 간의 법률관계를 불법행위로 성질결정하고 베트남 민법의 적용을 시도할 수 있으나, 법정지법의 일부로서 성질결정의 일응의 기준으로 삼을 수 있는 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결은 “공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키”는 법리를 제시하였고,¹¹²⁾ 대상판결의 사실인정에 따르면 주월한국군 소속 군인의 고의 또는 중과실¹¹³⁾이 인정되는 대상판결 사안에서 한국정부가 피해자에게 직접 불법행위책임을 부담한다고 성질결정을 하기는 어려울 것으로 보인다.

3. 대상판결 사안에서 국제사법 적용시 파생하는 문제점

가. 시제법 문제

법률이 개정되는 경우 ‘신법은 구법에 우선한다’는 원칙이 불문의 시제법 규칙으로 적용되지만, 구법 시행 중에 발생한 사실에 대하여 신법 시행 후에도 구법이 여전히 적용되어야 하는지, 그리고 어느 범위에서 구법이 적용되어야 하는지가 문제될 수 있고, 이를 해결하는 저촉규정이 시제규정(또는 경과규정)이며, 사법(私法)의 개정에 관한 시제규정이 시제사법이다.¹¹⁴⁾ 국제사법과 시제사법이 항상 동일한 원칙을 사용하는 것은 아니지만, 양자 모두 공익에 관한 것이 아니라 사익에 관한 것이므로 시제적 판단으로부터 적절한 국제사법적 판단을 도출할 수 있고, 이 점에서 양자는 내

111) 이호정, 전거서, 124면 참조.

112) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결: “국가배상법 제2조 제1항 본문 및 제2항의 입법 취지는 공무원의 직무상 위법행위로 타인에게 손해를 끼친 경우에는 변제자력이 충분한 국가 등에게 선임감독상 과실 여부에 불구하고 손해배상책임을 부담시켜 국민의 재산권을 보장하되, 공무원이 직무를 수행함에 있어 경과실로 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 직무수행상 통상 예기할 수 있는 흠이 있는 것에 불과하므로, 이러한 공무원의 행위는 여전히 국가 등의 기관의 행위로 보아 그로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임도 전적으로 국가 등에만 귀속시키고 공무원 개인에게는 그로 인한 책임을 부담시키지 아니하여 공무원의 공무집행의 안정성을 확보하고, 반면에 공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시키되, 다만 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써 궁극적으로 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이라고 봄이 합당하다.”

113) 대법원 2003. 2. 11. 선고 2002다65929 판결, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2018다288631 판결 등에 따르면, “공무원의 중과실이란 공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과한 경우와 같이, 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 의미한다.”

114) 또한 사법(私法)이 구법에서 신법으로 대체되는 경우에 관한 시제규정을 시제사법이라고 한다. 이호정, 전거서, 9면.

적 관련이 있다고 한다.¹¹⁵⁾

(1) 국제사법상 시제법

대상판결 사안에 국제사법을 적용하는 경우 어느 시점의 국제사법을 적용하여야 하는가 하는 국제사법상 시제법 문제가 제기된다. 이를 해결하기 위하여 현행 국제사법 부칙 제3조는 ‘준거법 적용에 관한 경과조치’라는 표제 아래 “이 법 시행 전에 생긴 사항에 적용되는 준거법에 대해서는 종전의 규정에 따른다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 대해서는 이 법 시행 이후의 법률관계에 대해서만 이 법의 규정을 적용한다”라고 규정하고 있다. 대상판결은 현행 국제사법 부칙 제3조 제1항에 따라 현행 국제사법이 시행된 2022. 7. 5. 전에 발생한 대상판결 사안에는 종전의 규정이 적용되어야 하고, 그것은 2001년부터 2022년까지 시행된 구 국제사법이라고 판단하였다.

그런데 구 국제사법 부칙 제2항도 ‘준거법 적용의 시간적 범위’라는 표제 아래 “이 법 시행 전에 생긴 사항에 대하여는 종전의 섭외사법에 의한다. 다만, 이 법 시행 전후에 계속(繼續)되는 법률관계에 관하여는 이 법 시행 이후의 법률관계에 한하여 이 법의 규정을 적용한다”라고 규정하여 현행 국제사법 부칙 제3조와 동일한 취지로 규정하고 있었다. 문제는 현행 국제사법 부칙 제3조 제1항의 “종전의 규정”에는 구 국제사법과 그 부칙이 포함되고, 연쇄적으로 구 섭외사법과 그 부칙도 포함된다는 것이다. 바꾸어 말하면, 복수의 구법이 문제되는 경우 신법의 적용범위만을 신법의 시제 규정을 통하여 선언한다면 구법의 적용범위에 관하여는 구법의 시제규정이 지정되는 것이다.¹¹⁶⁾ 이와 같은 연쇄적 과정을 통하여 ‘준거법 적용’에 관한 국제사법상 시제법 문제의 전체상이 파악될 수 있다.¹¹⁷⁾ 그리하여 1912. 4. 1.부터 1962. 1. 14.까지 발생한 사항에는 조선총독부법령 제21호에 따른 의용법례를 적용하고, 1962. 1. 15.부터 2001. 6. 30.까지 발생한 사항에는 구 섭외사법을 적용하며, 2001. 7. 1.부터 2022. 7. 4.까지 발생한 사항에는 구 국제사법을 적용(2001. 7. 1. 전후에 계속된 법률관계의 경우 2001. 7. 1. 이후의 법률관계에 한하여 구 국제사법 적용)하며, 2022. 7. 5. 이후 발생한 사항에는 현행 국제사법을 적용(2022. 7. 5. 전후에 계속된 법률관계의 경우 2022. 7. 5. 이후의 법률관계에 한하여 현행 국제사법 적용)한다는 시제법규칙이 도출된다.

115) 이호정, 전거서, 10면.

116) 이동진, “시제사법 서설”, 윤진수교수정년기념논문집 간행위원회, 민법논고: 이론과 실무 - 윤진수교수정년기념(박영사, 2020), 591면 참조.

117) 2011년 「지식재산 기본법」 제정에 따라 구 국제사법 제24조의 “지적재산권”을 “지식재산권”으로 변경한 2011년의 개정, 그리고 금치산 및 한정치산 제도를 폐지하고 성년후견, 한정후견 등 제도를 신설한 2011년 민법 개정(2013년 시행)에 따라 구 국제사법 제14조의 “한정치산 및 금치산선고”를 “한정후견개시, 성년후견개시 심판 등”으로, “한정치산 또는 금치산선고를”을 “한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판”으로, 제48조 제2항 제2호의 “한정치산 또는 금치산 선고한 경우”를 “한정후견개시, 성년후견개시, 특정후견개시 및 임의후견감독인선임의 심판을 한 경우”로 변경한 2016년의 개정은 고려하지 않는다. 2011년 및 2016년 개정 국제사법 부칙은 대상판결 사안에 적용되지 않는 시제법규칙이기 때문이다. 또한 1999년 「해난심판법」 개정에 따라 구 섭외사법 제47조의 “해난구조”를 “해양사고 구조”라고 변경한 1999년의 개정도 고려하지 않는다. 마찬가지로 대상판결 사안에 적용되지 않는 시제법규칙이기 때문이다.

대상판결 사안은 1962. 1. 15.부터 2001. 6. 30.까지 기간에 속하는 1968년에 발생하였고 2001. 7. 1.까지 법률관계가 계속되지 않았으므로 위 시제법규칙에 따라 구 섭외사법이 적용되어야 한다.

그럼에도 불구하고 대상판결 사안에 구 국제사법이나 현행 국제사법을 적용하고자 하였다면 시제법상 공서(또는 시제적 공서)(intertemporal public policy)의 원용이 불가피하고, 이를 위하여는 별도의 정당화근거가 필요하다. 즉, 신법 입법자가 소급적용이 필요한 모든 경우에 관하여 시제 규정을 두지 못하고 포괄적으로 장래효만을 규정하거나 추상적인 개별 시제규정을 통하여 특정한 법률관계만을 구법에 따르도록 하였다면, 그 적용 결과가 현행 법질서의 근본적인 가치관념 및 정의관념과 충돌하는 경우 구법의 적용을 배제할 필요가 있고, 그 함결은 일차적으로는 구법에 의하여, 이차적으로는 신법에 의하여 보충된다.¹¹⁸⁾ 그러나 구 섭외사법을 적용한 결과가 시제법상 공서에 의하여야 할 정도로 부당한지는 의문이다.

구 섭외사법이 적용되는지, 구 국제사법이 적용되는지는 실제상 중대한 차이를 야기한다. 대상판결이 우리 국가배상법 적용의 주요한 근거로 삼은 일반예외조항(구 국제사법 제8조 제1항)이 구 국제사법에는 있었지만 구 섭외사법에는 없었기 때문이다. 그리고 구 섭외사법은 구 국제사법과 달리 불법행위의 성립과 효력을 판단함에 있어서 불법행위지법의 적용에 더하여 법정지법인 한국법의 누적적용(구 섭외사법 제13조 제2항, 제3항)을 규정하고 있었기 때문이다. 또한 구 섭외사법은 불법행위지원칙에 선행하는 준거법의 사후적 합의(구 국제사법 제33조), 종속적 연결(구 국제사법 제32조 제3항), 공통의 상거소지법(구 국제사법 제32조 제2항)을 규정하고 있지 않았기 때문에 2001년 국제사법 시행 전까지 우리 법원은 가해자와 피해자의 공통의 속인법이 한국법인 사건(또는 적어도 피해자의 속인법이 한국법인 사건)에서 섭외성을 부정하고 내국법을 적용하는 법리를 운영해왔다는 점도 중대한 차이이다.

(2) 실질법상 시제법

국제사법을 적용하든 그렇지 않든 대상판결 사안에 우리 국가배상법이 적용되어야 한다면 어느 시점의 국가배상법을 적용하여야 하는가 하는 실질법상 시제법 문제가 제기된다. 국가배상법은 실체법상 문제와 절차법상 문제를 모두 규율하나, 원칙적으로는 이미 종료된 사실관계에 대하여 국가배상법상 절차에 따라 국가를 상대로 손해배상책임을 추궁하기 위한 일종의 절차법이므로, 원인행위시점이 아니라 소송시점, 즉 소송이 진행되고 있는 현재 시점의 국가배상법이 적용됨이 원칙이다.¹¹⁹⁾ 다만, 과거 국가배상법 부칙에는 시행 당시 계속 중인 사건에 대하여 신법이 적용됨을 명시한 예도 있고(1980년, 1981년, 1997년, 2000년), 구법의 일부 규정이 여전히 적용됨을 명시한 예도 있다(1967년). 결국 시제규정에서 달리 규정하지 않는 한 절차법상 문제는 소송시점의 법에 의한다는 불문의 시제법 규칙이 적용되는 것으로 볼 수 있다.

118) 이동진, 전계논문, 594면 참조.

119) 이병화, 전계논문, 548면 참조.

대상판결은 구 국제사법을 적용하여 우리 국가배상법을 준거법으로 지정하였으나, 그에 앞서 불법행위지원칙을 적용함에 있어서 “불법행위가 행하여진 사회적 조건을 고려하여 그곳에서의 법의식을 기준으로 판단·처리하는 것이 일반적으로 국내법을 적용하여 처리하는 것보다 형평의 견지에서 합리적·실제적이고 당사자의 기대에도 부합하기 때문”이라는 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결의 태도를 원용하였다. 그러면서 “이 사건 불법행위지는 베트남으로서, 그곳에서의 법의식을 기준으로 판단·처리하는 것을 생각해볼 수 있”다고 실시하고, 괄호에서 방론으로 “당시 해당 지역의 정부 상황을 기준으로 하면 남베트남법, 현재의 상황을 기준으로 하면 베트남법”이라고 판시하였다.

그런데 국제사법이 지정한 준거법 소속국의 법률이 개정된 경우 구법 또는 신법의 적용 여부는 준거법 소속국의 정치적 상황이 아니라 시제법 규정이 결정할 사항이고, 법정지의 국제사법이 관여할 사항이 아니다.¹²⁰⁾ 법정지의 국제사법이 특정한 연결대상에 관하여 연결시점을 과거 시점으로 명시하고 있는 경우(예컨대 파양의 준거법의 연결시점으로 ‘입양 당시’ 양부모의 본국법을 규정하고 있는 현행 국제사법 제70조)에는 그것이 실질법상 시제법적 판단을 포함하여 준거법을 지정하는 것인지가 논란이 있으나, 국제사법은 장소적 저축을 해결하고자 하는 것이지 시간적 저축을 해결하고자 하는 것이 아니므로, 국제사법은 일정한 법역의 법을 준거법으로 지정하면 충분하고, 시제법 문제는 준거법으로 지정된 실질법상 문제라고 보는 것이 타당하다.¹²¹⁾ 이를 통하여 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있고 준거법 소속국의 질서이익도 존중할 수 있다.¹²²⁾ 그렇다면 국제사법이 연결시점을 특정하고 있지 않은 경우에는 준거법으로 지정된 실질법 체계 내에서 구법 또는 신법의 적용 여부는 당연히 준거법 소속국의 시제법이 스스로 결정할 사항이다.¹²³⁾ 위 78다1343 판결의 태도에 따라 설명하자면, 가해자에게 준수할 것이 기대되었고 피해자도 불법행위의 문제가 준거할 것으로 기대하였던 불법행위지의 사회적 조건에는 그곳의 시제법 질서도 포함된다고 말할 수 있다. 참고로 현재의 베트남 민법과 국가배상법에 있는 시제법 규정¹²⁴⁾이 과거의 남베트남법의 적용을 예정하고 있는 것으로 보이지는 않는다.

설령 과거의 남베트남법이 준거법으로 지정되더라도 국제사법상 공서에 따라 그것을 적용하지 않고 현재의 한국법을 적용할 여지가 있다. 대상판결 사안에 구 섭외사법을 적용하는 경우에는 후술하듯이 법정지법이 누적적용되어서 이를 통하여도 남베트남법의 적용이 저지되므로 굳이 구 섭외사법 제5조를 원용할 필요가 없으나, 대상판결처럼 구 국제사법을 적용하는 경우에는 내국관련

120) 池原季雄, 國際私法(總論)(有斐閣, 1973), 172頁 참조.

121) 山田鎌一, 전계서, 94-95頁.

122) 山田鎌一, 전계서, 95頁.

123) 장준혁, “일본통치기 강제징용사건의 준거법”, 국제사법연구 제19권 제1호(한국국제사법학회, 2013), 182면도 동지.

124) 베트남 민법 제688조, 베트남 국가배상책임법 제78조 참조. 필자가 베트남어를 알지 못하여 법제처 세계법제정보센터 (<https://world.moleg.go.kr>)에 게시된 영문본을 기준으로 검토하였다.

성과 현재관련성을 기준으로 구 국제사법 제10조에 따른 국제사법상 공서의 원용 여부를 검토해볼 수 있다. 그 판단은 남베트남법을 적용한 결과가 현재 한국의 기본적인 도덕적 신념이나 근본적인 가치관념과 정의관념에 비추어 허용될 수 없는 정도인지를 기준으로 삼아야 한다.¹²⁵⁾

나. 외국적 요소 존재 여부

구 섭외사법은 불법행위의 준거법에 관하여 불법행위지법원칙(제13조 제1항)과 법정지법 누적 적용(제13조 제2항, 제3항)을 규정하고 있었다. 이와 같은 경직된 준거법 결정규칙 때문에 우리 법원은 일찍이 1970년대부터 외국적 요소가 있는 불법행위 사건임에도 섭외성을 부정함으로써 섭외사법의 적용을 배제하고 순수한 국내사건처럼 내국법을 바로 적용하는 법리를 제시해왔다.¹²⁶⁾ 특히 서울민사지방법원 1970. 11. 24. 선고 70가8895 판결은 베트남에서 주월한국군 소속 군인들 간에 발생한 총기오발사고를 원인으로 하는 국가배상소송에서 불법행위지가 베트남이라는 사정이외에는 순수한 국내사건과 아무런 차이가 없다는 이유로 섭외성을 부정하고 섭외사법의 적용을 배제하였다. 다만, 대상판결 사안의 경우 불법행위지가 베트남일뿐만 아니라 주월한국군의 권력작용의 피해자인 원고의 속인법도 베트남법이므로 구 섭외사법 아래에서 과거 우리 판례의 태도에 따르더라도 외국적 요소의 존재 자체를 부정함으로써 내국법을 적용하기는 어려울 것으로 보인다.

다. 격지불법행위가 아닌 사안에서 피해자의 불법행위지법 적용 포기 거부

대상판결은 불법행위의 준거법을 불법행위지법에 따라 판단하는 이유는 “피해자인 원고의 이익을 고려한 것”이라고 실시하였다. 그리고 이 사건의 경우 불법행위지는 “당시 해당 지역의 정부 상황을 기준으로 하면 남베트남법이고 현재의 상황을 기준으로 하면 베트남법”인데,¹²⁷⁾ “원고는 스스로 과거의 남베트남법 또는 현재의 베트남법의 적용에 따른 이익을 포기하고 한국법을 준거법으로 주장하고 있으므로 특별한 사정이 없는 한 피해자의 준거법 선택을 존중”하여 한국법을 준거법으로 적용하여야 한다고 판단하였다.

125) 석광현, 전거서, 178-179면 참조.

126) 대법원 1970. 5. 26. 선고 70다523, 524 판결(베트남에서 근로를 제공하는 고용계약에 우리 근로기준법 적용 여부가 문제된 사건); 서울민사지방법원 1970. 11. 24. 선고 70가8895 판결(주월한국군 소속 군인간 베트남에서의 총기오발사고에 우리 국가배상법 적용 여부가 문제된 사건); 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결(내국인에 의한 카타르에서의 교통사고로 내국인이 사망한 사건); 대법원 1981. 2. 10. 선고 80다2236 판결(내국인에 의한 이란에서의 교통사고로 내국인이 사망한 사건); 서울민사지방법원 1982. 1. 21. 선고 81가합5764 판결(파키스탄인에 의한 [*]에서의 교통사고로 내국인이 사망한 사건). 여기에서는 과거 우리 판례의 태도의 당부에 대하여 상세히 논의하지 않는다. 위 78다1343 판결(소위 카타르 사건)의 태도에 대한 우호적인 견해로는 최공웅, 전거서, 217, 530면이 있고, 비판적인 견해로는 홍순엽, “섭외사법상 불법행위지법의 적용배제와 그 한계에 대한 관건: 대법원판결을 중심으로”, 법조 1980년 9월호, 6면; 김문환, “해외한국인노동자의 국제사법상 문제”, 국제거래법연구 제2집(국제거래법학회, 1993), 281면; 석광현, “섭외불법행위의 준거법결정에 관한 소고: 공통의 속인법에 관한 대법원판결을 계기로 본 섭외사법의 적용범위와 관련하여”, 국제사법과 국제소송 제1권(박영사, 2001), 193면 이하. 대상판결이 공통의 속인법 원칙을 채택한 것이라는 견해로는 이호정, 전거서, 305-306면; 박찬주, “섭외불법행위에 관한 준거법”, 선외사법의 제문제(하): 재판자료 제34집(법원행정처, 1986), 222, 241-242면.

127) 남베트남법이 적용된다면 남베트남의 지배영역에서의 법규의 사실적·일반적 적용 여부가 중요하고 국제법상 국가승인 여부와는 무관하다. 이호정, 전거서, 5면 참조.

대상판결의 판시는 불법행위의 행동지와 결과발생지가 서로 다른 격지불법행위의 경우 피해자에게 행동지법과 결과발생지법 중에서 선택할 권리를 인정한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(일제강제징용판결), 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결(몬산토/다우케미칼 고엽제 판결) 등의 태도를 따른 것처럼 보인다. 그러나 문제는 대상판결 사안은 행동지와 결과발생지가 남베트남으로 일치하는 사안이지 격지불법행위 사안이 아니라는 것이다. 격지불법행위의 경우 피해자에게 준거법 선택권을 부여하는 입장에 대하여는 격지불법행위라는 이유만으로 피해자가 가해자보다 우월한 지위에 있을 이유가 없고, 사후적인 준거법 선택권은 피해자에게 그의 기대를 넘어서는 혜택을 부여하는 것이며, 결과적으로 법적 안정성을 저해한다는 비판도 제기된다.¹²⁸⁾ 격지불법행위 사안에서 피해자의 준거법 선택권의 당부는 차치하더라도, 일반적인 불법행위 사안에서 불법행위지법의 적용을 포기할 권리를 피해자에게 부여하는 것이 옳은지는 논란의 여지가 있다. 왜냐하면 국제사법은 강행법규이므로 당사자가 임의로 그 규정의 적용을 배제하는 것이 허용되지 않기 때문이다.¹²⁹⁾ 국제사법의 강행법규성에도 불구하고 피해자에게 그와 같은 권리를 인정한다면, 불법행위지법의 대안으로 과연 어느 국가의 법을 적용하여야 하는 것인지, 그 대안은 당연히 법정지법인 한국법인 것인지, 그 대안을 피해자가 스스로 선택할 수 있는 것인지, 그렇다면 어느 국가의 법(들)을 선택할 수 있는 것인지 또는 그 대안으로 어느 국가의 법(들)만을 선택하여야 하는 것인지가 문제될 수 있다. 이들 의문에 대하여는 가해자의 예측가능성을 해치지 않는 범위 내에서 해답이 제시되어야 한다. 그것이 불가하다면 격지불법행위가 아닌 사안에서 피해자의 불법행위지법 적용 포기는 허용될 수 없다고 보아야 한다.

라. 법정지법의 누적적용 여부

대상판결 사안에 구 국제사법이 아니라 구 섭외사법을 적용한다면, 불법행위의 성립과 효력에 관하여 구 섭외사법 제13조 제2항, 제3항에 따른 법정지법의 누적적용이 문제된다. 이때 베트남전쟁 당시 주월한국군 소청사무소에서의 비전투소청의 준거법으로 남베트남법을 규정하고 있었던 1966년 한미 보충약정서 제5조와 구 섭외사법 간의 관계가 문제된다. 즉, 베트남전쟁 당시 특수한 소청절차를 규율하였던 위 약정서 제5조가 제한적으로 여전히 효력을 가지고 있다면 그것이 특별

128) 이종혁, 전거서, 119면, 주121 참조.

129) 석광현, 전거서, 128면; 신창선/윤남순, 신국제사법 제2판(피데스, 2016), 15-16면; 신창섭, 국제사법 제5판(세창출판사, 2022), 11면. 재판례로는 대법원 1982. 8. 24. 선고 81다684 판결(“이 소송 사건은 섭외사법 제1조에 규정된 섭외적 생활 관계에 관한 사건이라고 할 것 … 원심이 위 섭외사법의 적용을 배제할 타당한 근거를 설명함이 없이 만연히 국내법을 적용하여 판단하였음은 법률적용에 관하여 이유를 갖추지 못한 위법이 있는 것”); 대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결(“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.”); 대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결(“외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용되는 준거법으로서의 외국법은 사실이 아니라 법으로서 법원은 직권으로 그 내용을 조사하여야 한다. 따라서 외국적 요소가 있는 사건이라면 준거법과 관련한 주장이 없더라도 법원으로서 적극적으로 석명권을 행사하여 당사자에게 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여하거나 필요한 자료를 제출하게 하는 등 그 법률관계에 적용될 국제협약 또는 국제사법에 따른 준거법에 관하여 심리·조사할 의무가 있다.”) 등 참조.

저촉규칙으로서 불문의 체계제규칙인 특별법 우선의 원칙에 따라 구 섭외사법 제13조에 우선하여 적용되는지, 위 약정서는 법률로서의 효력이 인정되지 않는 기관간 약정이라고 본다면 구 섭외사법 제13조가 역시 불문의 체계제규칙인 상위법 우선의 원칙에 따라 위 약정서 제5조에 우선하여 적용되는지가 문제되는데, 법이론상 후자가 타당하므로 국제사법을 적용한다면 구 섭외사법 제13조 제2항, 제3항에 따른 법정지법의 누적적용은 불가피하다. 이때 대상판결 사안에 누적적용되는 법정지법으로서의 우리 국가배상법은 동법 부칙상의 시제법 규칙에 따라 1968년 당시 시행되고 있던 국가배상법이 아니라 소송이 진행되고 있는 현재 시점의 국가배상법이다. 그렇다면 설령 외국적 요소가 있는 국가배상책임에 국제사법을 적용하더라도 대상판결처럼 구 국제사법 제8조 제1항의 일반예외조항 등의 논리를 동원하지 않고도 얼마든지 현행 국가배상법이 적용되는 결론을 도출할 수 있었을 것이다.

바. 한국법으로의 사후적 합의 존재 여부

대상판결은 “원고와 피고는 이 사건 소송에서 불법행위 내지 국가배상책임의 성립 여부와 불법행위에 기한 손해배상청구권의 소멸시효 완성 여부에 관하여 다툼에 있어서 한국법이 적용됨을 전제로 주장”하고 있으므로 구 국제사법 제33조에 따른 사후적 준거법 합의가 있다고 볼 수도 있다고 판시하였다.¹³⁰⁾ 특히 대상판결은 우리 국가배상법의 적용을 주장하는 원고와 마찬가지로 피고도 우리 국가배상법이 적용됨을 전제로 원고의 손해배상청구권의 소멸시효에 관하여 장기 5년, 단기 3년의 소멸시효를 주장하고 있다는 사정을 사후적 준거법 합의의 근거로 들었다.

문제는 피고가 “불법행위지는 당시 남베트남 정부가 통치하고 있었던 지역이므로 구 국제사법 제32조 제1항에 따라 당시 남베트남법이 준거법으로 적용되어야 한다”고 준거법에 관하여 주장하였다는 점이다. 이는 불법행위의 성립과 효력을 비롯한 전체 쟁점에 대하여 베트남법이 준거법이라고 주장한 것이다. 그렇다면 피고가 이와 일부 상충되게 소멸시효 완성 여부라는 쟁점에 대하여 한국법에 근거한 주장을 하였다면, 원고와 피고의 한국법으로의 준거법 선택은 최대한 선해하더라도 소멸시효 완성 여부라는 일부 쟁점에 국한하여 존재한다고 볼 수 있다. 당사자자치의 취지상 당사자들이 합리적 범위 내에서 불법행위의 일부 쟁점에 대하여만 준거법을 지정하는 것을 금지할 이유가 없다.¹³¹⁾ 그러나 소송절차에서 피고의 일부 상반되는 준거법 주장에 비추어 본다면, 원고와 피고가 불법행위의 전체 쟁점에 대하여 한국법을 준거법으로 선택하였다고 그들의 의사를 해석하는 것은 무리라고 생각된다.

유의할 점은 구 국제사법 제8조 제1항의 일반예외조항을 통하여 불법행위의 전체 쟁점이 아니라 일부 쟁점(예컨대 인과관계, 손해배상액)에 대하여만 통상의 준거법 결정규칙에서 벗어나 준거법

130) 다만, 대상판결 사안에는 구 섭외사법이 적용되었어야 하므로, 구 국제사법 제33조는 원래는 문제되지 않는 조항이다.

131) 이종혁, 전거서, 182-183면; M/M/Magnus, Art. 4 Rome II, para. 148 참조.

을 지정함으로써 결과적으로 준거법의 분열(*dépeçage*)을 초래하는 것은 허용되지 않는다는 것이다.¹³²⁾ 또한 명문규정이 없는 이상 원고의 일방적 주장에 의한 준거법 분열도 허용될 수 없다. 그러므로 대상판결 사안에서 원고는 불법행위 일반에 관하여는 베트남법의 적용을 주장하고, 소멸시효 완성 여부는 따로 떼어 한국법의 적용을 주장할 수 없다. 우리 법원도 원고가 불법행위에 속하는 쟁점별로 준거법을 서로 다르게 주장하는 것은 허용되지 않는다고 명확히 판시한 바 있다. 즉, 고엽제 사건 제1심 판결¹³³⁾은 “선택된 준거법은 의의, 요건, 효과 등 당해 법률관계에 전체적으로 적용되어야 하므로, 원고는 각 준거법으로부터 자신에게 유리한 일부 요건이나 효과만을 선택적으로 추출하여 주장할 수는 없다”고 판시하였고, 같은 사건 항소심 판결¹³⁴⁾은 “원고들이 이 사건의 준거법으로 한국법을 선택하였으므로, 한국법이 불법행위 채권의 성립과 효과 등 당해 채권에 관한 법률관계에 전체적으로 적용된다. 원고들은 준거법으로 선택되지 않은 미국법으로부터 자신에게 유리한 일부 요건이나 효과만을 선택적으로 추출하여 그 적용을 주장할 수는 없다. 따라서 미국 법상 [소멸시효 권리남용] 법리가 직접 적용됨을 전제로 하는 원고들의 주장은 이유 없다”라고 판시하였다.

유의할 점은 당사자들이 합의한 준거법은 일반예외조항에 의하여 대체될 수 없다는 것이다. 당사자자치에 따라 구 국제사법 제33조는 구 국제사법 제32조 전체에 대하여 우선적 지위를 가지는데, 구 국제사법 제32조 제3항의 종속적 연결은 구 국제사법 제8조 제1항의 일반예외조항의 취지를 이미 구체화해놓은 특별예외조항이기 때문이다.¹³⁵⁾ 그러나 대상판결은 당사자들의 사후적 준거법 합의를 인정함과 동시에 일반예외조항을 원용하고 있기에 이 점을 지적하지 않을 수 없다.

사. 우리 민법상 법원론(法源論) 적용의 당부

대상판결은 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결을 참조판례로 인용하면서 “불법행위지법으로 적용될 수 있는 남베트남법에 관하여 원고, 피고 모두 아무런 자료도 제출하고 있지 않다. 법원이 직권조사를 다하여도 외국법이 분명하지 않은 경우 이를 이유로 재판할 수는 없고, 법원(法源)에 관한 민사상 대원칙에 따라 외국관습법에 의하고, 외국관습법도 확인이 불가능한 경우 조리에 따라 재판할 수밖에 없다”라고 설시하였다. 그러면서 “조리의 내용은 현행 베트남 국가배상 책임법이나 우리 국가배상법이 정하고 있는 것과 큰 차이가 있을 것으로 보이지 않는다”라고 판시하였다.

132) 석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 국제사법과 국제소송 제6권(박영사, 2019), 274면; 이종혁, 전게서, 182면; Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford University Press, 2008), para. 4.89; Richard Plender, Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Fourth Edition (Sweet & Maxwell, 2015), para. 19-107; M/M/Magnus, Art. 4 Rome II, paras. 148 참조.

133) 서울지방법원 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결.

134) 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결.

135) 이종혁, 전게서, 182면; M/M/Magnus, Art. 4 Rome II, para. 147도 참조.

위 대법원 판결과 대상판결이 재판의 거부(denial of justice)를 회피하기 위하여 외국법 내용 불명시 불가피하게 조리를 적용할 필요성을 설시한 것은 타당하다. 그러나 우리 민법 제1조에 따른 법원(法源)에 관한 민사상 대원칙, 즉 성문법, 관습법, 조리의 3단계 구조가 준거법이 베트남법이었다고 당연히 타당한 원칙이라고 판단한 것은 논란의 여지가 있다.¹³⁶⁾ 민사법의 법원(法源)이 어떠한 요소들로 구성되는지, 각 구성요소의 국내법상 위계는 어떠한지(법률로서의 효력의 인정 여부), 구성요소들 간의 우열 내지 순위는 어떠한지(체계제법의 문제) 등은 해당 법률관계의 준거법이 결정할 사항이기 때문이다.

또한 대상판결은 조리의 일응의 내용으로 현행 베트남 국가배상책임법이나 우리 국가배상법을 들었는데, 만약 베트남법이나 한국법이 불법행위의 준거법으로 지정되는 경우 어느 시점의 법을 적용할지는 그 법체계 내에 있는 시제법 규칙에 의할 사항이고, 전술하였듯이 베트남법이든 한국법이든 그 시제법 규칙에 의하면 각각 현행 국가배상책임법과 국가배상법을 지정하였을 것으로 보이므로, 대상판결 사안에서 조리를 원용할 필요는 없지 않았을까 싶다. 만약 베트남의 구법을 적용하여야 하는데 그 내용을 도저히 알 수 없고 신법만 알 수 있다면 최대개연성의 원칙(Grundsatz der größten Wahrscheinlichkeit)에 따라 신법을 적용할 수밖에 없고,¹³⁷⁾ 이는 조리의 적용으로 취급할 수 있을 것이다.

IV. 대상판결 사안에서 국가배상법 적용상 쟁점

1. 상호보증요건의 재검토

국가배상법 제7조는 “이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호 보증이 있을 때에만 적용한다”라고 규정하고 있다. 이는 국가배상법이 1951. 9. 8. 제정·시행된 이래 줄곧 존재한 조항이다. 국가배상법은 원칙적인 적용대상이 내국인임을 전제로, 제7조를 통하여 그 적용범위를 외국인에게 확장하는 구조이다. 그러므로 국가배상법 제7조는 외국인이 제기하는 국가배상소송에 직접 적용되는 실질법이자 외인공법(外人公法)의 일종이다.¹³⁸⁾¹³⁹⁾

136) 종래 제기된 비판론으로 석광현, 전게서, 131-132면 참조.

137) 이호정, 전게서, 216면 참조.

138) 신창선/윤남순, 전게서, 26면; 溜池良夫, 國際私法講義 第3版(有斐閣, 2005), 32頁. 이들 문헌은 외국인의 국가배상청구와 같은 국제적 공법관계에 직접 적용되는 행정법을 국제행정법이라고 지칭하는데, 이는 행정법임과 동시에 실질법이므로, 국제사법과는 구별되는 것이다. 반면에 국가배상법을 외인사법(外人私法)이라고 보는 견해도 있다고 한다. 문영화, 전게논문, 144면, 주38.

139) 국가배상법 제7조와 국제사법과의 구별이 현저한 지점은 외국인이 국가배상소송을 제기하는 현재 시점에 복수국적자이거나 무국적자인 경우이다. 현재 시점을 기준으로 삼는 이유는 국가배상법은 피고가 한국정부인 경우에 적용되는 일면적인 절차규범이므로 구제가 청구된 시점을 기준으로 삼아야 하기 때문이다. 외국인 원고가 복수국적자이거나 무국적자라면 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 판단하기 위한 범위에서 국제사법 제16조의 본국법 조항을 적용하여야 하는가? 그렇게 본다면 국제

국가배상법 제7조는 문면상으로는 한국과 피해자인 외국인의 본국 간에 상호보증이 현실적으로 존재하여야 하는 것처럼 보이지만, 대상판결은 “한국과 외국 사이에 국가배상청구권의 발생요건이 현저히 균형을 상실하지 않고 외국에서 정한 요건이 대한민국에서 정한 그것보다 전체로서 과중하지 않아 중요한 점에서 실질적으로 거의 차이가 없는 정도라면 국가배상법 제7조가 정하는 상호보증의 요건을 구비하였다고 봄이 타당하다”라고 판시하였다. 이는 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다208388 판결의 태도를 따른 것이다.

위 대법원 판결은 국가배상법 제7조의 상호보증요건을 해석함에 있어서 구 민사소송법(2014. 5. 20. 법률 제12587호로 개정되기 전의 것) 제217조 제4호에 대한 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002다74213 판결, 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012므66, 73 판결의 태도를 답습한 것이다.¹⁴⁰⁾ 구 민사소송법 제217조 제4호는 “상호보증이 있을 것”이라고 규정하고 있었을 뿐이나, 2014년 개정 민사소송법 제217조 제1항 제4호는 “상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것”이라고 밑줄 부분을 추가하는 개정을 통하여 상호보증요건을 상당히 완화하였는데, 이는 위 2004년, 2013년 대법원 판결 등의 태도를 입법화한 것이다.

생각건대 외국인 원고의 본국도 상호보증을 요구하는 국가이고 해당 외국과 한국 간에 상호보증이 없는 상태라면, 양국 모두 상호보증요건을 엄격하게 해석하는 경우에는 서로가 영원히 그 요건을 구비할 수 없는 논리적 순환관계가 있고, 국가배상소송은 개인과 대등한 지위에 있지 않은 국가가 가해자라고 주장되고 있다는 특수성이 있으며, “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”라고 규정하고 있는 헌법 제6조 제2항과 “모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights, 소위 B규약, 한국도 체약국) 제26조 제1문을 상호보증요건의 해석근거로 원용할 수 있음을 고려한다면,¹⁴¹⁾ 한국

사법 제16조는 국가배상법 제8조 후단의 “민법 외의 법률”에 포함된다고 보거나, 적어도 그 경우에 유추적용된다고 보아야 한다. 그러나 복수국적자의 경우 각 국적 소속국법을 누적적용하여야 한다는 견해도 있을 수 있고, 어느 하나의 국적 소속국법에 의하여 상호보증요건을 충족하면 충분하다는 견해도 있을 수 있는데, 전자는 국가배상소송을 제기한 외국인에게 지나치게 가혹하여 부당하지만, 후자는 국제사법의 관점에서는 이론적 근거가 없다고 볼 수도 있지만 외국인의 국가배상청구를 상호보증 부존재를 이유로 저지하지는 않기 위한 정책적 고려에서 채택할 여지가 있다고 본다. 또한 무국적자의 경우 본국법이 없으므로 국제사법 제16조 제2항에 따라 상거소지법에 따라 상호보증요건을 판단하여야 한다고 볼 수도 있지만, 무국적이어서 외국 국적도 없으므로 외국인이 아닌 것으로 취급할 수도 있다고 본다. 무국적자의 상거소가 국내에 있는 한 국제사법 제16조 제2항에 따르더라도 내국인으로 취급함에 문제가 없다. 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Refugees) 제7조 제2항이 “모든 난민은 어떠한 체약국의 영역 내에서 3년간 거주한 후 그 체약국의 영역 내에서 입법상의 상호주의로부터의 면제를 받는다”라고 규정하고 있음도 고려할 필요가 있다. 일본의 논의는 문영화, 전개논문, 146-147면 참조.

140) 문영화, 전개논문, 155면은 민사소송법상 상호보증요건은 각국의 재판권 행사라는 절차적 문제로 논의되고 있으나, 국가배상법상 상호보증요건은 개인의 기본적 인권존중과 피해자의 손해전보라는 실체법상 권리구제의 문제로 논의되고 있으므로, 대법원이 전자에 관한 과거 판시를 그대로 차용하여 후자에 관하여 판시한 것은 아쉽다고 한다.

141) B규약을 상호보증요건 해석근거로 원용한 재판례로 서울중앙지방법원 2011. 7. 22. 선고 2010가단263368 판결이 있다. 이에 대한 평석으로 문영화, “외국인에 대한 국가배상 요건으로서의 상호보증: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 등의

이 선제적으로 완화된 기준 아래 상호보증을 인정할 수 있다는 위 대법원 판결과 이를 따른 대상판결은 타당하다,

문제는 대상판결 사안에서 피고는 한국과 베트남 간에 국가배상법 제7조의 상호보증이 없다고 주장하면서 이 사건 소는 부적법하여 각하되어야 한다고 본안전항변을 하였다. 대상판결은 그 항변을 배척하였다. 외국법원의 확정재판 등이 민사소송법 제217조 제1호 제4호의 상호보증요건을 구비하지 못하는 경우 민사집행법 제27조 제2항 제2호에 따르면 집행판결 청구의 소는 각하되어야 하는데, 이 사건에서 피고의 본안전항변은 위 민사집행법 조항의 태도를 따른 것으로 추측된다. 그러나 상호보증요건 불비의 경우 각하 또는 기각 여부가 반드시 민사집행법 제27조 제2항의 태도에 결부될 필요는 없다고 본다.¹⁴²⁾

상호보증요건을 소송요건으로 본다면, 이는 법원의 직권조사사항이고, 이것이 존재하지 않으면 법원은 소를 각하하여야 한다.¹⁴³⁾ 반면에 상호보증요건을 법률요건으로 본다면, 이는 피해자인 외국인에게 주장·증명책임이 있고,¹⁴⁴⁾ 상호보증 유무는 본안에서 판단하여야 하는 국가배상청구권 취득의 요건사실로 취급된다.¹⁴⁵⁾ 두 입장의 구별실익은 전자에 따르면 국가배상청구권의 취득만이 아니라 보유, 행사, 처분 등의 경우에도 해당 시점에 상호보증이 문제되는 반면에, 후자에 따르면 일단 국가배상청구권을 취득하였다면 이후 국적 변경 등으로 상호보증요건이 흠결되더라도 여전히 청구권을 보유한다는 것이다.¹⁴⁶⁾ 다만, 상호보증요건을 소송요건으로 보든 법률요건으로 보든 국가배상법 제7조에 따라 지정되는 외국인 원고의 본국법상 국가배상청구권의 발생요건은 상호

간접적용 — 서울중앙지방법원 2011. 7. 22. 선고 2010가단263368 판결”, 법원 국제인권법연구회, 인권판례평석(박영사, 2017), 281면 이하. 헌법 제6조 제2항의 실정성을 제고하는 헌법해석론의 제시로 이종혁, 외국인의 법적 지위에 관한 헌법소항의 연원과 의의: 제헌국회의 논의와 비교헌법적 검토를 중심으로, 서울대학교 법학 제55권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2014), 562, 564-565면 참조.

142) 민사집행법 제27조 제2항 제2호 자체도 그 당부에 관하여는 논란이 있다. 일단 집행판결 청구의 소의 법적 성질은 형성소송이라고 이해하는 것이 일반적이다. 방순원/김광년, 민사소송법(하) 전정개판(한국사법행정학회, 1993), 58면; 석광현, 국제민사소송법: 국제사법(절차편)(박영사, 2012), 417면; 민일영 편집대표, 주석 민사집행법(II) 제4판(한국사법행정학회, 2018), 91-92면(이원 집필부분); 김수형, “외국재판의 집행”, 국제사법연구 제4호(한국국제사법학회, 1999), 499면. 반면에 확인소송이라는 견해로 대표적으로 이영섭, 신민사소송법(하) 제7개정판(박영사, 1972), 64면. 형성소송설에 따르면, 집행력에 관한 한 외국재판에 기한 강제집행이 적법하다고 집행판결에 의하여 선언함으로써 외국재판의 집행력이 우리나라에 미치고 비로소 집행력이 발동되는 것이다. 따라서 집행판결 청구의 소에서 민사소송법상 승인요건 구비 여부는 소송요건이 아니라 법률요건이라고 이해하는 것이 논리적으로 자연스럽다고 생각된다. 오정후, “집행판결의 거부사유인 공공질서 위반에 관한 연구: 청구의사유가 있을 때 집행판결을 하는 것이 공공질서 위반인가?”, 민사소송 제11권 제1호(한국민사소송법학회, 2007), 341-342면은 민사집행법에 집행판결의 요건으로 규정되어 있는 민사소송법상 승인요건은 소송요건이 아니라 법률요건이고, 집행판결 청구를 인용하기 위한 요건이 절차법인 민사집행법에 규정되어 있을 뿐 소송요건인 것은 아니므로, 승인요건 불비의 경우 소를 각하할 것이 아니라 청구를 기각할 것이라고 한다. 석광현, 상계서, 420면, 주211도 동지. 일본의 다수설도 청구기각설이라고 한다. 오정후, 상계논문, 342면, 주74 참조.

143) 상호보증을 권리능력의 문제로 보고 소송상으로는 당사자능력의 문제로 보는 견해이다. 다만, 이를 권리능력의 문제로 보지 않고 당사자적격의 문제로 보는 견해도 입론의 여지가 있다.

144) 반면에 일본 하급심 재판례의 다수는 피고가 항변으로 주장·증명하여야 한다는 입장이라고 한다. 문영화, 전계논문, 152면 참조.

145) 최공웅, 전게서, 403면; 문영화, 전계논문, 157면.

146) 문영화, 전계논문, 151면.

보증요건의 판단을 위하여 그 범위에서 준거법이 외국법으로 지정된 것이고, 그것이 외국의 공법이라는 이유만으로 적용이 배제되는 것은 당연히 아니므로,¹⁴⁷⁾ 국제사법 제18조에 따라 법원이 직권으로 조사·적용하여야 하고,¹⁴⁸⁾ 필요하다면 당사자에게 이를 위한 협력을 요구할 수도 있는 것이다.

2. 소멸시효 남용 법리의 적용 여부

외국인의 국가배상청구권의 소멸시효는 국제사법을 적용하여 결정되는 준거법에 따라야 하는지, 아니면 우리 국가배상법이 적용되면 “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다”라고 규정하고 있는 동법 제8조 본문에 따라 우리 민법이 바로 적용되는지가 문제된다.¹⁴⁹⁾ 전자에 따르면 한국법이 준거법으로 지정되지 않는 이상 우리 민법상 소멸시효의 법리가 적용될 수 없다. 전술하였듯이 국가배상법은 공법으로서 내국인과 외국인에게 일면적으로 적용되므로 동법 제8조 본문을 통하여 그 체계의 일부를 형성하는 우리 민법 규정도 일면적으로 적용되는 것이지 국제사법을 통하여 한국법이 준거법으로 지정되었을 경우에만 적용되는 것이 아니다.¹⁵⁰⁾

전자의 견해에 따르면 준거법으로 지정된 실질법상 시제법 규칙에 따라 어느 시점의 실질법이 적용될지가 결정된다. 또한 후자의 견해에 따라 우리 민법이 적용되더라도 어느 시점의 민법이 적용될지는 우리 민법 부칙의 시제규정에 따라 결정된다. 우리 민법은 개정이 있을 때마다 부칙의 시제규정에서 포괄적으로 장래효를 규정하면서 때때로 “종전의 법률에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 않는다”는 취지로 규정하였다(1977년, 1984년, 1990년, 2002년, 2005년, 2007년, 2012년, 2015년). 따라서 대상판결 사안의 경우 1990년대 들어 소멸시효 남용의 법리가 정립되기 전에 1968년 당시의 민법이나 이후의 민법에 따라 소멸시효 완성된 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

특히 대상판결 사안에는 다음과 같은 사정이 있다. 베트남전쟁 당시 주월한국군은 미국의 모델을 참고하여 주월한국군 소청사무소를 운영하였다. 그렇지만 주월한국군이 월남군과 체결한 1969년 한월 약정서의 제14조에서 스스로 선언하였듯이 베트남인 개인의 청구권이 소멸되었던 것은 아니다. 1966년 한미 보충약정서 제5조가 주월한국군 소청사무소에서의 소청사건에 남베트남법이 적용된다고 규정하고 있었으므로 해당 사건의 경우 소멸시효의 준거법도 남베트남법에 따랐어야 할 것이다. 그러나 베트남전쟁의 종료에 따라 주월한국군 소청사무소가 더 이상 운영되지 않고 한월

147) 국제사법 제19조.

148) 법원에 현저한 사실로서 문헌 등에 의하여 알 수도 있고, 직권으로 조사촉탁이나 감정촉탁을 할 수도 있다. 최공웅, 전거서, 403면.

149) 지연이자의 경우에도 같은 문제가 제기될 수 있다.

150) 다만, 주월한국군의 위법행위로 사망한 피해자의 가족의 국가배상청구권이 피해자에게 상속되는지 여부는 선결문제로서 별도의 방법론을 통하여 결정되는 준거법에 따른 사항이다. 위 청구권을 상속의 문제로 구성할지, 부양의 문제로 구성할지도 마찬가지이다.

간 및 한미간 체결된 일련의 기관간 약정도 실효됨에 따라 남베트남법 준거조항 역시 실효되었다고 볼 수 있다. 베트남전쟁 중에는 소청사무소가 운영되었으므로 그 기간 중에는 베트남인 개인의 청구권의 소멸시효가 진행되지 않았다고 보아야 한다.

문제는 남베트남의 패망과 베트남전쟁의 종료 이후 몇 차례 변곡점이 있었다는 것이다. 중요한 것은 1976년 현재의 베트남의 수립과 1992년 한국과 베트남의 수교이다. 그럼에도 불구하고 대상판결이 인정하였듯이 원고에게 한국정부를 상대로 국가배상청구권을 행사할 수 없는 여러 객관적 장애사유가 있었음을 이유로¹⁵¹⁾ 현재의 우리 민법이 정립하고 있는 소멸시효 남용의 법리를 적용함으로써 구법을 적용한 결과를 회피하고자 하였다면, 시제법상 공서의 법리를 동원할 필요가 있었을 것이다. 이때도 국제사법상 공서의 경우와 유사하게 내국관련성과 현재관련성을 고려할 수 있을 것이다.

V. 결 어

한월 군사실무 약정서의 수차례 개정은 주월한국군의 지위와 위상을 강화하였던 것으로 평가되는데,¹⁵²⁾ 그 와중에 1969년 한월 약정서 제14조가 베트남인 개인의 한국정부에 대한 청구권이 존속함을 확인한 것은 의미가 있다. [요지 생략]

외국인이 한국법원에서 한국정부를 상대로 하는 국가배상소송은 정주외국인이 증가함에 따라 일상적으로 제기될 수 있고,¹⁵³⁾ 한국정부가 발행한 국채에 투자한 외국투자자에 의하여 국채 조건 변경 등을 이유로도 제기될 수 있다.

151) 대상판결이 제시한 객관적 장애사유는 주8 참조.

152) 나종남, “월남군 합동참모총장과 주월남 한국군사령관 간의 군사실무약정서”, 공개재분류 중요 기록 해제집 II: 외교통상부(국가기록원, 2009), 144면 이하.

153) 이 경우 국제사법을 적용하여야 한다는 견해에 따르면, 해당 정주외국인과 한국정부 사이에 종속적 연결을 인정할 만한 법률관계가 존재하는 경우 제52조 제3항을 적용하는 문제, 그리고 해당 정주외국인과 한국정부 사이에 공통 상거소지를 한국으로 인정하여 제52조 제2항을 적용하는 문제가 파생될 수 있다.

〈주월한국군 피해자 베트남인의 국가배상소송과 저촉법: 체계제법, 시제법, 국제사법〉에 관한 토론문

권혁준*

1. 들어가며

발표자께서는 최근 베트남전쟁 중 주월한국군에 의한 불법행위를 이유로 한 베트남국인의 손해배상청구를 인용한 대상판결(서울중앙지방법원 2020가단5110659)과 관련하여, 한일, 한미 간 체결된 여러 약정의 저촉법적 관점, 여러 약정 간의 순위, 국가배상책임에 관한 준거법 결정 및 우리 국가배상법의 직접적용 여부, 국제사법·국가배상법의 시제법적 접근 등을 중심으로 상세하게 검토하여 주셨습니다. 다소 민감한 이슈에 관하여 국제사법적 측면에서 의미 있는 발표를 해주셔서 감사합니다. 발표문을 읽고 아래와 같이 몇 가지 질문을 발표자에게 드리려고 합니다.

2. 이 사안의 재판관할과 관련하여

발표자께서는 외국군대에 의하여 피해를 입은 사람이 해당 외국으로부터 손해배상을 받기 위하여 해당 외국법원에 국가배상소송을 하는 것이 불가피하다고 하여 우리 법원의 재판관할이 인정됨을 전제로 하였고, 대상판결에서 우리 법원의 재판관할권에 관하여 별도의 설시를 하지는 않았습니다. 발표자의 이 사안과 관련한 재판관할에 관한 전반적인 의견이 궁금합니다.

3. 국가배상법의 직접적용과 관련하여

발표자는 우리 국가배상법 제8조에서 “국가나 지방자치단체의 손해배상책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 민법에 따른다. 다만, 민법 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다.”라고 규정하고 있는데, 국가배상법 제8조 후단의 “민법 외의 법률”에 국제사법이 포함되지 않고, 국가배상청구 사안에 공법적 측면이 있어 외국적 요소가 있는 국가배상청구라고 하더라도 국제사법이 적용되지 않는다고 보아야 한다고 기재하여 국제사법에 따른 준거법 판단 없이 대한민국의 공무원이 행한 불법행위로 인한 국가배상의 문제에 우리 국가배상법이 직접 적용될 수 있다고 보았습니다.

* 서울고등법원 고법판사.

외국에서의 국가배상사건의 준거법 결정에 관하여 우리 대법원이 명시적으로 실시하지는 않았지만, 현재 판례 입장은 국가배상법을 민법의 특별법으로서 사법의 성질을 가지는 것으로 보고 있고, 우리 국제사법 규정을 보더라도 국가배상책임에 관하여 국제사법이 적용되지 않을 만한 법적인 근거는 없는 것으로 보입니다. 이에 관한 발표자의 의견이 궁금합니다.

4. 구 섭외사법의 적용과 관련하여

발표자께서는 국제사법이 적용되는 경우에도 경과규정 내지는 시제법 일반원칙에 따라 이 사건 불법행위가 발생하였던 당시의 구 섭외사법이 적용되어야 한다는 입장을 밝혔습니다. 지금까지의 국제사법 부칙들의 경과규정을 보면 발표자의 의견과 같이 이 사건이 발생한 1968년 당시의 구 섭외사법이 적용될 수 있을 것 같습니다. 당시의 구 섭외사법 규정¹⁾에 따른 경우 준거법을 베트남국 법으로 볼 여지도 있고, 베트남국법을 준거법으로 지정하는 경우 베트남국 공무원의 불법행위를 전제로 하는 베트남의 국가배상법이 적용되기는 어렵고 이 사건 당시의 베트남국 민법에 따른 우리 정부의 불법행위책임 여부를 판단하여야 할 것으로 보입니다. 이에 관하여 발표자는 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 전원합의체 판결의 취지를 고려하여 대상판결의 사실인정에 따른 경우 주월한국군 소속 군인의 고의, 중과실이 인정되는 사안에서 한국정부가 피해자에게 직접 불법행위책임을 부담한다고 성질결정을 하기 어렵다는 취지로 기재하였는데, 그에 관한 구체적인 근거가 어떤 것인지 설명을 부탁드립니다.

1) 구 섭외사법 제13조(법정채권의 성립 및 효력)

- ① 사무관리, 부당이득 또는 불법행위로 인하여 생긴 채권의 성립 및 효력은 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법원에 의한다.
- ② 전항의 규정은 외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여는 불법행위가 되지 아니하는 때에는 이를 적용하지 아니한다.
- ③ 외국에서 발생한 사실이 대한민국의 법률에 의하여 불법행위가 되는 경우일지라도 피해자는 대한민국의 법률이 인정한 손해 배상 기탁의 처분 이외에 이를 청구하지 못한다.