

사단법인 한국국제사법학회
제148회 정기연구회 자료집



일 시 : 2021년 3월 25일(목) 19:00 ~ 21:00

장 소 : 서울중앙지법 등기국 3층 회의실

☞ 코로나19로 인해 온라인을 통해 연구회 개최

프 로 그 램

19:00-19:10 정기총회 결과 보고

제1세션 제148회 정기연구회 (사회: 기획이사 천창민)

19:10-19:55 정기연구회 발표: 장준혁 교수 (성균관대 법전원)

19:55-20:05 지정토론: 현소혜 교수 (성균관대 법전원)

20:05-20:30 전체토론

제2세션 연구윤리교육 (사회: 총무이사 이종혁)

20:30-20:50 연구윤리의 주요 개념 II (연구윤리위원회 회장)

20:50-21:00 전체토론

발표문

국제상속법과 국제신탁법:
판례의 현주소와 입법론

장 준 혁

(성균관대학교 법전원, 교수)

I. 도입

국제사법학회는 2001년 국제사법 개정 20주년을 맞아 올해 정기연구회의 대주제를 법률저촉법의 개정 필요성 검토로 정했다. 필자에게는 상속과 신탁이 맡겨졌다. 2년 전에 상속과 유언의 준거법지정규정(제49조, 제50)을 해석하면서 입법적 보완방안을 제시한 일이 있어,²⁾ 그 부분을 부연설명하고, 아울러 신탁에 관해서도 해석론을 바탕으로 입법론적 검토를 해 보고자 한다.

성문법이 없더라도 법은 존재하며, 성문의 인식자료가 없을 뿐이다.³⁾ 입법이 없으면 해석법학은 처음부터 존재할 수 없다고 착각하여 낙담할 필요가 없다. 오히려 해석론이 활발하지 않은 상황에서 입법이 앞서가면 법의 발달이 위축될 수 있다. 그러므로 이 글에서도 현행 입법의 틀을 유지하면서 필요최소한도로 보완하는 방안을 찾으려 한다. 입법이 해석론을 속박하고 있는 부분에 초점이 맞춰질 것이다.

II. 상속과 유언

1. 상속준거법의 결정

가. 당사자자치의 정당화 근거와 개선방안

상속 분야에서 당사자자치의 이론적 근거는 확고하지 않다. 상속준거법 선택의 자유가 당연하다면 무제한으로 당사자자치를 인정하는 것이 마땅할텐데, 이렇게 하면 비국가법 선택의 자유가 없는 외에는 피상속인이 극도의 준거법 선택자유를 누리게 된다. 계약에서는 양 당사자가 준거법 선택에 합의해야 하고, 일방이 부당하게 압도하는 경우에는 준거법합의의 편입통제나 공정성통제의 여지도 있지만, 상속준거법은 피상속인의 단독행위로 선택할 수 있어서, 계약 분야에는 있는 제약장치도 없다. 글로벌 기업(내지 기업집단)—예컨대 구글, 트위터, 페이스북, 아마존과 같은 세계적 빅테크(Big Tech) 기업—이 관련회사로 서류상 회사(paper company)를 설립하여 모든 매출을 그 회사의 소득으로 잡아 타국의 법인세 부과시도를 피할 수 있는 행동반경과 비교하여도, 상속준거법 선택의 자유가 더 클 것이다. 피상속인은 글로벌기업과 달리 역외회사 설립에 비용과 수로를 들일 필요도 없다. 준거법선택의 방식요건과, 비국가법 선택이 불가하다는 점 외에, 피상속인에게는 아무런 제약도, 비용 부담도 없을 것이다. 이렇게 피상속인에게 준거법선택의 자유, 즉 객관적 준거법을 벗어날 자유를 과도하게 부여할 수는 없다. 그래서 상속준거법으로 선택할 수 있는 법을 제한하게 된다. 한국의 입법자는 부동산에 관해서는 그 소재지법을 선택할 자유를 무제한으로 인정하고, 상거소지법을 엄격한 제한 하에 선택할 수 있게 한다. 이렇게 선택가능한 법들은 국제상속법의 입법례에서 객관적 준거법으로 자주 인정되는 것들이다. 외국의 법원, 기타 관청이 준거법결정을 한다면 상속준거법으로 선택

1)* 2021. 3. 25. 한국국제사법학회 제148회 정기연구회 구두발표용의 미완성 초고이므로 인용은 학술지 게재 이후로 이루어 주시기 바랍니다.

2) 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 국제상속법(장준혁).

3) 그래서 법원(法源)이라 함은 법의 인식근거 즉 인식자료를 말한다.

될 일이 자주 있는 법이므로, 외국의 법원, 기타 관청이 그 법에 따라 상속을 실행시킬 가능성이 높다. 그런 경우 한국 국제사법은 외국에서의 그런 상속실행을 승인(수용)해야 할 일이 자주 생긴다. 이 때, 상속실행국인 외국이 어느 나라 법을 상속준거법으로 삼았는지 묻지 않게 될 가능성이 높다. 그렇다면 아예 한국 국제사법상으로도, 외국에서 준거법이 될 만한 법들을 피상속인이 선택할 수 있게 하는 것도 하나의 해법이 될 수 있다. 이를 인정하면, 한국의 법원, 기타 관청도 그렇게 선택된 법을 상속준거법으로 적용하게 된다. 이 자체만으로 국제적 판단일치가 도모된다. 나아가 이런 입법주의가 널리 확산되면, 당사자자치가 국제적 판단일치를 고도로 보장하는 방법이 될 수도 있다. 2001년 개정 국제사법은 본국법을 지정하는 원칙을 유지하면서(제49조 제1항), 상거소지법과 부동산소재지법의 선택만을 허용한다(제2항). 이렇게 선택지를 제한한 당사자자치의 도입은 소유권자유를 상속자유로 확대시키고 국제사법적 준거법 선택자유로도 확대시키는 의사자치론으로 근거설명하기 어렵다. 상술한 대로, 타국에서 상속준거법으로 삼아질 만한 법을 아예 준거법으로 선택할 수 있게 허용하여, 국제적 판단일치를 위한 하나의 실용적인 해결방안을 삼는 접근이 이루어졌다고 할 수 있다. 계약 분야에서 양 당사자의 법 중 어느 것을 우선시킬지가 까다롭고 공간적으로 전세계를 무대로서 선택가능한 점을 고려하여 공여지책으로 당사자자치를 인정했듯이, 상속 분야에서는 각국에서 본국법, 주소지법, 상거소지법, 부동산소재지법 등으로 연결기준을 달리하는 상황에서 국제적 판단일치를 도모하는 돌파구, 즉 공여지책으로서 당사자자치를 인정했다고 할 수 있다.⁴⁾ 즉, 한국 국제사법 제49조 제2항을 비롯하여, 선택지를 제한하는 상속준거법 선택자유는 공여지책설에 이론적 근거를 두는 것으로 해석하는 것이 가장 자연스럽다.

그런데 세부적으로 보면, 2001년에 도입된 당사자자치에는 긍정적으로 평가되는 부분과 당사자자치가 과도하게 허용되는 부분이 혼재한다. 당사자자치의 한계가 고르지 않은 부분도 있다. 문제점 중에는 해석으로 다듬을 수 있는 부분도 있고 입법을 요하는 부분도 있다.

부동산소재지법은 내국법이든 외국법이든 선택할 수 있도록 하는(제49조 제2항 제2호) 과감한 개혁을 했다. 상속준거법으로서 부동산소재지법의 선택(제49조 제2항 제2호)은 긍정적으로 평가된다. 부동산소재지법의 선택 허용도 이론적으로는 절충에 불과하다. 그러나 현실적 효용을 무시할 수 없다. 국제사법적으로 상속불통일주의(상속분할주의)를 따르는 입법례가 많은 나라에서 견제하기 때문이다. 이에 따라 반정(反定)에 의하여 동산상속과 부동산상속의 준거법이 달라지기도 하며, 부동산소재지에서 그곳의 부동산에 대해서만 행해진 상속실행을 기성(既成)의 규율결과로서 승인(수용)해야 할 일도 자주 생긴다. 아예 부동산상속에 대하여 부동산소재지법의 선택을 허용하면, 부동산소재지법으로 집행할 수 있다. 당사자자치에 의한 준거법지정은 사항규정지정이므로, 이것으로 준거법지정이 종결된다.

부동산소재지법으로 내국법과 외국법의 선택을 허용하는 것은 둘 다 충분한 실익이 있다. 피상속인의 본국의 국제사법이 상속분할주의에 따라 부동산에 대해서만 부동산소재지법을 지정할 가능성이 있는데, 아예 부동산소재지법이 선택을 허용해 버리면, 일일이 외국 국제사법을 조사하는 복잡한 일을 피할 수 있다. 외국 국제사법을 정확히 조사할 수 있을지도 미지수인데, 이 작업을 우회하므로, 그만큼 불확실성과 변수가 줄어든다. 준거법결정과정은 단순하게 압축시켜 확실성 내지 법적 안정성을 높이고, 효율적인 자산계획(estate planning)에도 도움이 된다.

내국법의 선택과 외국법의 선택을 나누어 살펴보다라도, 둘 다 실익이 있음을 알 수 있다. 첫째, 내국 부동산에 대한 내국법 선택의 허용은 다음의 실익을 가진다. 그런 당사자자치가 없더라도, 피상속인의 본국(제49조 제1항)의 국제사법이 상속불통일주의를 채택하여 한국 부동산에 대하여 한국법으로 반정하는 경우가 있다. 그래서 피상속인이 외국인이면 그의 본국의 국제사법을 조사, 적용해야

4) 상속 분야의 당사자자치를 공여지책으로 설명하는 견해는 2001년 개정 전부터 유력했다. 이호정, 국제사법(경문사, 1981), 424면.

한다. 이것은 부담이 된다. 또, 국제사법적 상속불통일주의를 당연시하는 피상속인으로서, 자신의 본국법이 이런 입법주의를 따르는지 여부에 매달리는 일을 불편하게 생각할 수도 있다. 이런 일이 아주 드물지만은 않을 것이다. 국적 변경이 드물고 본국법에의 애착(그것은 본국 국제사법에의 애착을 포함한다)이 컸던 때와 달리, 국적 변경이 흔해진 오늘날에는 그런 일이 생길 수 있다. 그런데 피상속인이 아예 부동산소재지법을 선택하고 이에 따라 그 부동산의 상속준거법이 결정지워지면, 준거법결정과정에서 그만큼 더 명쾌해진다.

둘째, 부동산소재지법으로서 외국법의 선택을 허용하는 부분도 나름대로 상당한 실익을 가질 수 있다. 반정(反定)의 취급에 관한 현행법(제9조 제1항)은 전정(轉定)은 허용하지 않는다. 그래서 피상속인의 본국법(제49조 제1항)이 제3국 소재 부동산에 대하여 그 소재지법을 지정하더라도, 한국 법률저촉법은 이를 무시한다. 그렇지만 피상속인의 본국에서 제3국법을 적용하여 행해진 상속실행이나, 제3국에서 그곳의 부동산에 대하여 행해진 상속실행이 한국에서 승인(수용)될 여지는 있다. 즉, 한국 국제사법이 정하는 준거법소속국(본국법, 직접반정이 있으면 한국법) 외의 국가에서의 상속실행도 한국에서 승인대상이 될 여지가 있다. 어차피 그렇게 될 일이라면, 아예 그 제3국법의 선택을 허용하여 준거법결정의 과정을 압축하는 것도 실용적 해법이 될 수 있다.

상거소지법의 선택은 아주 제한적으로만 허용된다. 상거소지법의 선택이 유효하려면 선택시부터 상속개시시까지 줄곧 상거소지여야 한다(제49조 제2항 제1호). 선택시에는 단순거소지에 불과했다면 그 선택은 무효이다. 선택 후 사망 전에 상거소가 다른 법역으로 바뀌었다가 돌아왔어도 그 선택은 무효이다. 장소적 다법국 내에서 다른 법역으로 변경되었어도 무효이다.⁵⁾ 이상과 같은 제한은 가혹하다.⁶⁾ 상거소에 불확실성이 있어 상거소지법의 선택을 허용하는 법제에 문제가 있더라도, 상거소지법의 선택을 폐지하는 것이 능사가 아니라면 차선책으로 차라리 상거소지법 선택가능성에 대한 불필요한 제약을 완화하는 것이 좋을 것이다. 상거소지법 선택이 허용되는 경우와 불허되는 경우 간의 균형이 맞아야 하기 때문이다. 선택시부터 사망시까지 계속하여 동일 법역에 상거소를 두어야 한다는 요건도 가혹하므로, 사망시 상거소지법이면 죽고 선택시 상거소지법일 필요는 없다고 개정하는 방안도 검토하여 볼 만하다. 이렇게 하면, 장소적 다법국 내에서 상거소를 옮긴 경우가 상거소의 지속 요건(제49조 제2항)을 충족하는지 여부에 대한 까다로운 해석문제도 해소될 것이다.

사망시 국적국법의 지정도 허용하는 것이 타당하다.⁷⁾ 즉, 준거법 선택시에는 본국이 아니지만 사망시 본국이 될 법의 선택도 허용해야 한다. 그런 선택을 한 뒤, 본국을 그 국가로 바꾸고 사망하면, 그 선택은 유효하도록 해야 한다. 이주할 나라에 국적을 취득하려면 시간이 걸려 현재로서는 영주권만 가지고 있는 자에게, 나중에 국적 변경 후에 준거법을 선택하라고 요구하는 것은 가혹하다. 노년이 되어 국적을 바꾸더라도, 노령으로 치매에 빠지거나 결단력이 떨어질 수 있기 때문이다. 또, 자산관리 등의 목적으로 타국 국적을 취득하여, 그 국가의 법에 따라 자산이 생전과 사후에 관리, 처분되도록 하려고 준비중이지만, 노년이 되었을 때 의료비, 생활의 불안정 등의 문제가 있어 그 국가에 이주할 생각은 없는 경우가 있다. 이런 사람에게 그 국가로 이주하지 않으면 그 국가의 법은 선택할 수 없다고 냉혹하게 등을 돌리는 것은 가혹하다.

복수국적 중 어느 것이 본국을 정하는 기준이 되는지의 불확실성을 피상속인과 이해관계인들에게 감수하게 하는 것은 부당하다. 복수의 외국국적을 가진 자의 경우에, 어느 것이 본국인지를 법원과 기타 관청이 가려내도록 요구하는 것은 과중한 부담이다. 그러므로 복수국적국법 중 어느 것이든 선택할 수 있게 하는 것이 타당하다. 내외국 복수국적자이든, 외국 국적들만을 복수로 가진 자이든 같다. 국제사법적으로 의미 없는 국적은 실효적 국적의 법리로 걸러내면 된다.

5) 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1203면(장준혁).

6) 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1203면(장준혁).

7) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1205-1207면.

나. 유럽상속규정과 같이 국적주의와 상거소주의를 뒤집을 것인가

본국법을 법정준거법으로 하면서 상거소지법의 선택을 허용하는 설계 자체에도 문제가 없지 않다. 상거소의 불확정성으로 인하여 법적 불안정을 낳을 수 있다. 상거소를 선택시부터 사망시까지 동일 법역에 계속하여 두었어야 한다는 강한 제한이 있어, 상거소지법 선택 허용이 가져오는 불안정성이 상쇄되기는 하지만, 이것은 ‘차선의 균형’(second-best equilibrium)이 될 수 있을 뿐이다.

유럽상속규정이 상거소지법을 객관적 준거법으로 하고(제21조) 국적국법의 선택을 허용하는(제22조) 것이, 오히려 불확실성이 적어 보이기도 한다. 유럽상속규정 제22조는 선택시 또는 사망시의 국적국법의 선택을 허용하고(제1항 1문), 복수국적자의 경우에는 어느 국적국법이든 선택할 수 있다(2문). 그래서 피상속인은 자신의 준거법선택이 유효한지를 확실히 알 수 있다. 상속개시 후 이해관계인과 법원, 기타 관청도 그 확실성의 혜택을 누린다. 물론, 준거법선택이 없으면 상거소지법이 준거법이 된다. 그래서 상거소의 불확실성의 문제를 겪게 된다. 그러나 유럽상속규정은 국제적 상속비송 관할과 상속비송재판의 승인집행을 포함하여 국제재판관할, 외국판결의 승인과 집행, 외국(유럽상속규정을 적용받는 유럽연합 회원국)의 상속증서와 유럽연합 고유의 상속실질법(유럽상속증서제도의 한도에서 도입되었다)에 따른 유럽상속증서의 수용(승인)과 집행에 관한 규정도 둔다. 그리고 국제상속재판관할국은 원칙적으로 피상속인의 상거소지국이다(제4조). 관할합의 등의 예외적 사정이 없으면, 상거소지국이 주된 관할을 가지게 된다. 그리고 상거소지국은 상속증서(자국법에 따른 것이든, 표준화된 유럽상속증서이든)를 발행하고 상속비송재판도 주로 그 국가에서 이루어질 것이다. 이런 절차 속에서, 상거소의 불확실성은 어느 정도 해소될 수 있다. 요컨대, 한국 국제사법 제49조 제2항 하에서는, 피상속인이 자신의 상거소지법을 선택한 것으로 인정받을지를 확신하지 못한 채 눈감아야 하고, 상속개시 후에 이해관계인과 법원, 기타 관청도 법원의 판단을 기다려야 하지만, 유럽상속규정 하에서는 피상속인이 자신의 당사자자치의 유효성을 확신할 수 있고, 피상속인이 상속준거법 결정에 크게 신경쓰지 않고 사망한 경우에 상속인 등의 이해관계인과 법원, 기타 관청(특히 상거소지국 아닌 타국의)이 상속준거법을 확인하기도 비교적 용이하다.

한국 국제사법도 유럽상속규정처럼 국적주의와 상거소주의를 뒤집을 것인가? 그러나 이런 극적 전환을 감행하는 일은 조심스럽다. 2001년 개정시에 나름대로 국적주의와 상거소주의의 장단점을 비교하여 입법적으로 선택한 것이므로, 국제적 입법추세에 휘말려 선불리 개정할 일은 아니라고 생각된다.⁸⁾ 새로운 입법적 변혁은 그 논의 자체를 위해서도 연구, 검토하고 준비해야 할 일이 많다. 게다가 급격한 변혁은 법적 안정성을 지상과제로 삼는 법의 본연의 임무와도 충돌한다. 본국법을 원칙적 준거법으로 지정하던 나라가, 준거법선택을 해야만 국적국법이 적용되도록 극적으로 뒤집으려면, 실로 충분한 검토와 사회적 합의가 있어야 할 것이다.

이와 관련하여 독일의 예를 참고할 수 있다. 독일은 100년 넘게 국적주의를 따랐고(2015년 폐지 전 제25조 제1항), 1986년의 민법시행법 개정으로 부동산소재지법으로 내국법을 선택하는 것만을 허용했다(제2항). 그런데 2015년에 유럽상속규정⁹⁾ 시행으로, 원칙적 준거법이 본국법에서 상거소지법주의로 바뀌고(제21조), 국적국법은 당사자자치로써 선택할 수 있게 되었다(제22조). 전체적으로 보면, 독일은 본국법주의에서 상거소지법주의로의 전환도 겪었으므로, 한국보다 큰 변화가 있었다고 할 수

8) 필자는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1182면(장준혁)에서 이 견해를 밝혔다.

9) 상속 분야의 재판관할, 준거법, 판결의 승인과 집행, 공정증서의 수용과 집행 및 유럽상속증서의 창설에 관한 2012. 7. 4. 유럽의회와 이사회 규정 제650/2012호(Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession).

있다. 독일이 이런 큰 변화를 받아들인 배경에는, 피상속인이 국적주의를 선호하면 생전에 국적국법 선택을 할 것이라는 기대가 있었을 것이다. 그러나 그런 기대는 부응되지 않고 있다. 국적국법을 선택하는 일은 극히 드물다고 한다. 한국의 입법자도 이 경험에서 교훈을 얻을 수 있다. 그나마 독일의 경우에는 상속 분야에서 국제재판관할법이 전유럽적으로 통일되고, 유럽상속규정 적용국 간에 외국 판결의 승인·집행과 상속증서의 수용·집행이 고도로 보장되는 혜택을 동시에 누렸다. 이런 혜택에 의하여, 준거법 결정기준의 급변의 불이익이 어느 정도 상쇄되었다. 그러나 한국에서 일국 국제사법을 개정한다 하여 이런 혜택이 생기기 어렵고, 상속 분야에서 국제재판관할, 외국판결 승인집행, 외국상속증서 승인집행, 나아가 외국에서의 상속관리절차의 승인집행에 관하여 한국 국제사법을 정비하는 일도 까마득하다.

상거소주의가 유럽에서 환영받는 것도 신중히 바라볼 필요가 있다. 15세기 이래 유럽이 지배하는 강역이 전세계적으로 확대되다가, 유럽 국가들이 20세기 전반에 양차 세계대전을 일으키고 웅진하면서 스스로 자멸했다. 그 후 유럽은 고유의 유럽으로 축소되었다. 식민주의는 해외에 자국민의 생활공간을 확보하고, 자국민이 자국 문화를 그대로 가져가 살 수 있게 하는 것이었으나, 이제는 해외의 자국 국적자를 그 나라 사람으로 다루고 싶어한다. 20세기 후반부터 상거소주의가 각광받은 데에는 이런 배경이 없다고 할 수 없다. 국적주의는 이민송출국이 선호하고, 상거소주의는 이민유입국이 선호한다는 Mayer의 지적은 유럽과 신대륙 간의 관계에서는 맞지 않을 수 있다. 가령 스페인 국적의 해외 이민자 현황을 보면, 스페인 국적을 가지고 길게는 수백년 전에 해외 식민지로 이민한 이래, 혈통주의에 따라 스페인 국적을 물려받은 후손이 십몇 대 후손에 이르고 있다. 그들은 대부분 중남미의 상거소지국 국적도 가진다. 그런데 그들 중에는 스페인 국적을 실제로 향유하는 사람도 있고(예: 아르헨티나 전 대통령 페론, 스페인에 유학하거나 자주 방문하는 중산층 이상의 이중국적자), 그렇지 않은 사람도 있다. 두 집단 간의 경계는 모호하여, 비실효적 국적을 가려내기도 쉬운 일이 아니다. 이런 배경 하에서는 워낙 상거소지법주의의 혜택이 크므로, 100년 넘게 따르던 국적주의를 버리고 상거소주의로 이행하는 데 실익을 느낄 수도 있다. 다수의 이웃국가들이 상거소주의로 의견을 모아, 넓은 의미의 국제사법 전반에 걸쳐 짜임새 있는 통일 국제사법 네트워크를 구성하는 단계라면 더욱 그럴 것이다. 그러나 한국이 혼자 자신의 법률저촉법만 급변시키는 부담은 클 것이다. 유럽연합에서 지배적인 입법주의를 따랐다고 스스로 위안할들 얼마나 실익이 있을지도 미지수이다. 오히려 종래처럼 본국법주의를 기조로 하면서, 유럽연합 회원국들과의 관계에서는 반정(反定) 여부의 판단을 명확히 하는 혜택을 누리고, 또 상속재판과 상속실행의 승인의 폭을 넓혀 나가는 방향으로 인내심 있게 노력해 나가는 것이 나올 듯하다.

2. 상속인 부존재의 재산의 귀속

상속인 부존재의 재산이 국가, 지방자치단체, 공공영조물 등에 귀속되는 것이 무주상속재산의 귀속 문제이다. 이 문제는 물권법의 원류를 이루는 영토주권의 작용으로 성질결정하고, 소재지법에 맡기는 것(선점설)이 타당하다. 이렇게 일률적으로 즉 국제사법적으로 성질결정해야 한다.¹⁰⁾

근본적 이유는 영토주권이 대인고권에 우선하는 데 있다. 봉건주의 정치질서는 상하위권력 간의 인적 관계에 의존했다. 그러나 영토주의적 국가에서는 속지주의(영토주의) 즉 영토고권이 전면에서 서며, 사람에 대한 지배도 일차적으로는 영토고권에 의하여 설명된다. 국가영역 밖에 있는 사인(私人)에 대한 대인고권은 영토고권에 대하여 보조적이고, 현재지국의 영토고권에 의하여 제약된다. 그러므로 무주상속재산의 귀속도 일차적으로 영토고권에 의하여 지배되고, 소재지국이 영토고권에 의하여 취득하려 하지 않는 경우에만, 피상속인의 인적 소속국이 대인고권에 기하여 취득할 여지가 있다. 그

10) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 1262-1266면(장준혁) 참조.

리고 이렇게 규율해야, 사유재산의 국제상속의 효과가 사법(私法)의 영역 내에 머물 수 있다. 전면적으로든 부분적으로든 상속준거법이 이 문제를 규율하게 하면, 부동산상속의 경우에는 국제상속을 틈타 국가영토의 완전성이 해쳐질 수 있다. 국가영토의 일부가 타국에 귀속되어, 영토국가시대 이전의 봉건주의(feudalism) 시대와 같이 국토가 드문드문 잠식될 수 있다.¹¹⁾ 가령 대한민국의 작은 섬이라도, 그 전체의 소유자가 어떤 외국으로 상거소를 옮기고 그 곳의 법을 준거법으로 선택한 후 상속인이 없이 사망했다 하여, 그 섬이 그 외국의 소유가 된다면, 아마도 큰 논란거리가 되고, 대한민국의 영토주권이 위협받는 것 아니냐 라는 목소리가 높아질 가능성이 있다.

무주상속재산 취득을 영토주권의 문제로 취급해야, 상속준거법 선택의 허용도 정당화될 수 있다. 만약 상속 문제로 성질결정하면, 피상속인은 상속준거법을 선택함으로써 무주재산 귀속에 관한 법도 선택하게 된다.

법률관계의 성질결정에 관한 준거법설에 따라 개별 상속준거법이 이렇게 성질결정하는 것을 허용하는 것도 능사가 아니다. 대인고권적 취득을 영토고권적 취득에 우선할 여지를 넓게 열어둔다는 근본적 문제점은 이런 해결에도 상존한다. 단지 이 문제가 현실화하느냐가 상속준거법에 달려 있게 될 뿐이다.

In re Maldonado¹²⁾ 판결은 이 문제의 성질결정을 준거법에 맡겼다. 영국의 국제상속법과 실질상속법이 봉건주의적 전통을 적절히 다듬어 계승하는 것은 이해할 수 있으나, 일률적으로 영토고권적 취득의 문제로 성질결정하는 태도로 전환하는 것이 낫다. 이런 판례의 전환은 In re Maldonado의 급격한 폐지 없이도 가능하다. 이 판례가 영토고권적 취득을 우선시키는 태도를 완전히 배척하는 입장이라고 단정할 필요는 없기 때문이다. 영토주권에 근거하여 상속인 부존재의 재산을 취득하는 소재지국이 스스로 뒤로 물러나는 것은 자유이다. 영국은 판례법주의 국가로서, 영토주권에 근거한 무주재산 취득규칙의 섭외적 포섭범위도 판례로 정할 수 있으므로, 위 판결에서도 조심스럽게 영토고권을 후퇴시키는 입장을 취했다. 보다 구체적으로, In re Maldonado에는 두 개의 국제사법적 판단이 들어 있다고 재해석할 수 있다. 첫째, 영국의 무주재산 취득규칙의 섭외적 적용범위를 좁힌다. 둘째, 소재지가 아닌 외국(스페인)이 국고를 최후순위 상속인으로 정한 것은, 속인주의에 의하여 무주재산을 취득하는 취지로 풀이된다. 셋째, 스페인의 공법법규의 개입을 이 한도에서 허용한다. 이렇게 재해석하면 이 저축규칙들을 수정할 여지도 열린다. 그래서 영국 판례도 영토주권의 작용으로서 소재지법에 의하는 입장으로 향후 발달될 여지가 있었다. 실제로 영국은 1925년 재산법(Law of Property Act) 제46조에 의하여 영토고권설로 전환했다. 판례의 느린 발달을 기다릴 수 없는 시급한 필요가 느껴졌으리라고 추측된다.

영토고권설, 즉 무주상속재산의 귀속이 상속 문제가 아니며 소재지국법에 따른다는 점을 명시하는 입법례도 있다(유럽상속규정 제33조). 유럽상속규정에 앞서 벨기에(민법전 제539조), 오스트리아(ABGB 제760조), 스웨덴(상속법 제5장 제1절), 슬로베니아(상속법 제9조), 네덜란드(민법전 제4:189조), 영국(1925년 Law of Property Act 제46조)이 이미 이런 성문의 저축법규를 두었다.¹³⁾ 한국에서도 국제사법 내에 이런 조문을 두어도 무방할 것이다. 영토고권에 관한 섭외공법에 대하여 포괄적 성문법을 만들기는 요원하고, 언젠가 그렇게 하더라도 국제사법과 가장 닮은 법이 될 것이다. 섭외공법은 국제사법과 기본원칙과 규율원리를 공유한다. 섭외공법과 가장 인접한 법은 국제사법이다. 게다가 국제사법이 섭외공법보다 먼저 발달했다. 또, 구체적 사안을 규율함에 있어 국제사법과 섭외공법은 밀접히 관련된다. 그러므로 섭외공법도 국제사법에 부속시켜 입법하는 것이 무난할 것이다.

그렇지만 무주상속재산의 귀속에 관한 국내 학계의 논의가 아직 활발하지 않은 점을 고려하면, 일

11) 마치 프랑스 국토에 둘러싸인 사보이(사브와, Savoy, Savoie) 공국처럼.

12) [1954] 2 W.L.R. 64.

13) 이 국가입법례 목록은 Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Angelo Davì & Heinz-Peter Mansel, The EU Succession Regulation: A Commentary (Cambridge University Press, 2016), Art. 33 no. 4, p. 460(Laura Vagni)에 따름.

단 해석에 맡겨 논의가 성숙하기를 기다려도 무방할 듯하다.

3. 유언의 실질

제50조 제1항은 유언 자체의 실질¹⁴⁾에 대하여 유언시 본국법을 지정한다. 연결기준을 본국법이라고 못하고 있는 것이 문제이다. 그 결과, 상속에 관하여 2001년 7월에 당사자자치가 도입되었지만, 이 당사자자치가 유언의 실질준거법을 정하는 데 영향을 미치지 못한다. 그래서 상속준거법과 유언 실질준거법이 불필요하게 괴리될 수 있다. 가령 피상속인이 유언으로 상속준거법도 선택하고 상속에 관한 법률행위(가령 유증, 상속인지정, 상속분지정)도 하고 사망한 경우에, 유언의 실질준거법과 상속준거법이 달라지는 것은 부자연스럽다. 유언의 실질은 상속보다 논리적으로 선행한다는 이유로, 후행 문제인 상속의 준거법 선택이 선행문제인 유언의 실질의 준거법결정에 영향을 미치지 못한다고 하는 것이 타당한지는 신중히 검토해 볼 필요가 있다. 사견으로는 제50조 제1항이 유언자가 유언시에 사망했다면 상속준거법으로 되었을 법을 지정하도록 개정하는 것이 좋을 것 같다.

연결의 기준시가 사망시가 아니라 유언시로 규정된 부분은 입법론적으로 타당하다고 생각된다.¹⁵⁾ 다만, 유언시 본국법에 의하면 무효라도 상속준거법에 따라 유효하면 유효한 유언으로 취급하는 보정적 연결을 입법적으로 채택하는 것이 타당한지는 신중히 검토해 볼 만하다.¹⁶⁾

4. 유언의 방식

제50조 제3항은 유언시 또는 사망시 유언자의 주소지법을 선택적(택일적) 준거법의 하나로 규정하지 않는다. 2001년 개정 전에 주소가 맡았던 역할을 일률적으로 상거소지에 넘기려는 생각이 작용했다.

그런데 유언방식처럼 연결기준을 다양하게 정하여 “유언에 유리하게”(favor testamenti) 하려는 문제에 대해서도 주소지법에의 연결을 전면 배제하는 것은 문제이다. 국제사법에서 주소를 몰아내려는 투쟁 속에서, 주소지법에 의지한 유언자와 이해관계인이 불의의 타격을 입을 수 있다. 게다가, 국적주의와 주소주의의 어느 것도 만족스럽지 않으며 상거소라는 제3의 연결점을 채택해야 한다는 입장을 굳건하게 일관하여 온 헤이그국제사법회의에서도, 유언방식협약(1961)¹⁷⁾에서는 주소지법을 선택적(택일적) 준거법의 하나로 삼는다(제1조 c호). 심지어 주소의 개념은 그 소재지법에 의한다고 규정한다. 그래서 주소의 취득, 변경과 상실의 요건, 복수주소와 무주소의 인정 여부 등에 대한 각국의 다양한 태도가 무리없이 수용되게 한다. 단지, 이 문제들을 일률적으로 법정지법에 맡기겠다는 선언을 허용할 뿐이다(제9조).

제50조 제3항에 유언시 또는 사망시 주소지법을 추가하는 것이 타당하다.¹⁸⁾ 그 주소는 주소지법에 따라 정해진다고 규정하는 것이 낫다.¹⁹⁾

이렇게 하면, 유언방식협약에 아무 선언 없이 가입하는 것과 같은 결과가 된다. 유언방식협약에 선언 없이 가입하고 제50조 제3항에 이를 옮기거나 그 협약을 지시하는 규정을 두어도 되고, 유언방식

14) 유언의 내용을 이루는 법률행위, 즉 유언에 담긴 법률행위와는 구별된다. 일본에서도 이것이 오늘날의 통설이라고 한다. 中西康·北澤安紀·横溝大·林貴美, 國際私法(第2版, 2018), 396-397면.

15) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제50조, 1399면(장준혁).

16) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제50조, 1399면(장준혁).

17) ‘유언의 방식에 관한 법률저촉에 관한 협약’(Convention on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions). 1961. 10. 5. 성립.

18) 그 이유는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제50조, 1423-1427면(장준혁).

19) 그 이유는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제50조, 1426-1427면(장준혁).

협약 가입 없이 국내법만 개정해도 된다. 유언방식의 준거법 목록을 너무 제한적으로 정하고 외국인 또는 외국거주자에 대하여 그 목록을 더 제한하는 국가들이 있는데(예: 브라질, 아르헨티나), 그 국가들의 국제사법 개혁의 촉매제가 될 수 있는 점에서는 유언방식협약 가입이 나올 수 있다. 반면에, 간명성 면에서는 국내법 개정방식이 낫다.

주소의 확정기준을 법정지법으로 하는 것은 차선책이 될 수 있으나, 이렇게 해서는 다양한 주소 개념에 의지하는 유언자와 이해관계인의 국제사법적 이익을 포용하기에 미흡하다.

상속준거법, 유언시 상속개시되었다면 상속준거법이 되었을 법도 유언방식의 선택적 준거법 목록에 추가하는 것이 타당할 것이다. 개정이 요망된다. 다만 이 두 준거법의 추가는 예외조항(제8조 제1항)을 원용해서도 할 기회가 올 수 있을 것 같다.²⁰⁾

5. 법률관계의 경계획정

국제사법상의 체계개념으로서 상속, 유언의 실질, 유언방식의 포섭범위는 해석에 맡겨져 있다. 이렇게 입법으로 해결하지 않고 해석에 맡기는 일이 불가피하며, 현실적으로 오히려 바람직한 것일 수 있다. 국제사법의 연결대상의 포섭범위, 즉 준거법의 적용범위는 워낙 포괄적이어서, 남김없이 열거하기는 벅차다. 예시규정만 두려 해도 조문이 장황해지며, 예시되지 않은 사항은 그 범위에 속하지 않는다는 반대해석에 힘을 실어주는 파급효과 생길 수 있어, 예시규정을 두려다가 난감한 상황에 빠지게 된다.

그래서 체계개념 간의 경계획정에 관하여 명문의 법률규정을 들지는, 그런 해결이 절실히 필요한 특별한 경우에 한정하여 검토하는 것이 좋지 않을까 한다. 경계획정이 특히 까다로운 것만으로는 부족하다. 체계개념의 포섭범위에 대하여 통설이 부당하더라도, 입법으로 해결할 필요 없이 해석에 맡기면 된다. 해석에 맡겨진 문제에 대하여 법원이 진심으로 통설에 어긋나는 해석론에 확신을 가지면, 법관의 양심에 따라 그렇게 재판하면 된다. 그 판례는 해석론의 장에 신선한 충격을 주고, 학설상 논의를 활발히 일깨울 것이다.

결국, 국제사법의 연결대상 간의 경계획정을 입법으로 해결하지 않으면 안 되는 특별한 경우는 드물 것이다. 다음의 경우를 생각해 볼 수 있다.

첫째, 기존의 판례가 통설과 정면으로 충돌하는 태도로 확립되어 버린 교착상태를 해결하는 최후의 수단으로 입법이 동원되어야 하는 경우라면, 입법적 해결을 검토하여 볼 만하다. 그런데 아직 그런 경우는 보이지 않는다.

둘째, 인접한 법률관계들의 연결규정들, 혹은 그 중 하나에 다소 문제가 있고, 그 교정이 해석론의 한계를 넘으면, 이 한도에서는 법률관계의 성질결정을 왜곡시키는 변칙적 수단을 써서라도, 즉 성질결정을 회피도구로 사용해서라도 최밀접관련 원칙을 실현하려는 유혹에 빠질 수 있다. 그런데 입법자가 먼저 그런 유혹에 굴복할 것인가? 그럴 것은 아니다. 입법자뿐 아니라, 법적용자도 마찬가지이다. 예외조항(제8조 제1항)에 의하여 최밀접관련 원칙을 실현하는 비상장치가 마련되어 있기 때문이다. 입법자는 기존의 연결규정을 개정해도 되고, 예외조항을 계속 남겨두어 법원에게 교정기능을 맡겨도 된다. 결국, 현세의 국제사법학계가 총체적으로 한계에 부딪쳐, 각 연결대상에 대하여 연결기준을 어떻게 적절히 정할 것이냐에 관해서는 일정한 통설로 견해가 수렴되어 있으면서도, 연결대상 간의 경계획정에 관해서는 통설을 뒤집는 묘안을 입법적으로 채택할 필요가 있는 경우만이 남는다. 이런 것이 있는가?

특히 문제되는 것은 유언방식, 유언의 실질, 상속 간의 경계획정이다. 세 법률관계 간의 경계획정은 통설상 명확하다. 실질법적으로 완화된 유언방식으로 구두유언과 구수유언도 허용하되, 일정한 이

20) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제50조, 1422-1423면(장준혁).

해관계인의 참여를 배제하는 것은 유언방식의 문제이다. 어떤 유언방식에 의하든지 불문하고 일정한 이해관계인이 참여한 상황에서 행해지는 유언을 무효로 하는 것은 유언의 실질의 문제이다. 일정한 이해관계인에 대한 유증의 금지는 상속의 법률관계의 일부이다.²¹⁾ 그런데 어느 실질법규가 유언방식법규를 아무리 엄격하게 정하더라도, 유언방식에 대하여 제50조 제3항이 열거하는 다른 선택적(택일적) 준거법이 적용되어 유언을 방식상 유효로 만드는 것을 막지 못한다. 즉, 이해관계인이 상속인의 의사표시 현장에 참여 내지 소재하는 것을 문제시하는 실질법규가 오로지 유언방식법규로만 파악되고, 유언금지나 유증금지에 관한 실질법규로는 파악되지 않으면, 이런 결과에 이르게 된다. 그런데 국내적 법률관계만 생각하고 이런 유언방식법규를 만든 입법자는, 섭외적 법률관계에서의 이런 규율 결과를 보고 당황할 수 있다. 그런데 이 문제의 해결방법은 어렵지 않다. 일국의 입법자가 어떤 문제를 유언방식법규로만 생각했고, 그의 이런 생각이 아무리 확고부동하더라도, 이는 국제사법적 성질결정을 구속하지 못한다. 그 실질법규가 다루는 법률관계의 성질결정, 즉 그 실질법규의 성질결정은, 오히려 법률관계의 본질과, 입법자의 생각의 이면을 파고들어야 한다. 입법자는 자신이 만든 이 실질법규를 유언방식법규 쪽에 편제했지만, 자신도 모르는 사이에 유언금지 내지 유증금지의 법규로서의 의미도 담아서 입법했을 가능성이 있다. 그렇게 해석되고, 유언의 실질준거법이나 상속준거법이 그 나라의 법이면, 그 실질법규는 유언금지법규로서 유언의 실질도 규율하거나, 유증금지법규로서 상속도 규율한다. 그 실질법규가 겉으로 유언방식법규만인 듯이 보이는 데 얽매일 필요가 없다.

그런데 이렇게 해결하더라도, 유언의 실질준거법과 상속준거법 간의 차이는 남는다. 이 괴리는, 현행 국제사법상 피상속인의 당사자자치의 효과가 상속에만 미치고 유언의 실질에는 안 미치도록 되어 있어서, 더 커진다. 제50조 제1항이 ‘유언자가 유언시 사망했다면 상속준거법이 되었을 법’을 지정하지 않고, 곧바로 본국법을 지정하기 때문이다. 이 문제는, 두 법률관계 간의 경계획정을 입법적으로 구부리지 않고는 해결 불가능한가? 그렇게 볼 필요는 없다. 여기에서도, 국제사법상의 체계개념이 실질사법상의 그것과 동일하게 해석될 필요 없다는 점이 해결책을 열어 준다.

일정한 국가(A국)가, 일정한 이해관계인이 참여 내지 소재하는 상황에서 그에게 유리한 유언이 행해질 가능성 자체를 총체적으로 문제시하려는 생각은 없고, 그런 상황에게 그 이해관계인을 위하여 유증이 행해지면 그것이 무효라고 정하는, 보다 구체화된 입법의사를 가질 수 있다. 그래서 아예 유언 전체를 무효화시키는 과잉금지를 피하고, 유증금지법규만을 둘 수 있다. 그런데 유언자가 그 법규가 있는 법을 유언의 실질준거법(가령 본국법, 직접반정으로 유언실질준거법이 되는 상거소지법)으로 하여 유언을 하면서, 그 법규가 수유자가 될 수 없게 금지하는 이해관계인에게 유증을 했다 하자. 그 국가는 이 상황만 보면서, 그 유언자가 이 상황에서 그대로 사망하면, 유증금지법규가 효험을 가지리라고 생각할 것이다. 그러나 유언자는 위 유언 후 국적, 상거소, 부동산소재지 등을 타국(B국)으로 옮길 수 있고, 그 결과 그 법이 상속준거법이 될 수 있다. 유언자가 상속준거법으로, 타국(B국)법을 스스로 선택할 수도 있다. 그 타국(B국)에 위 유증금지법규와 비슷한 유증금지법규가 없으면, 위 이해관계인은 유효하게 유증을 받을 수 있다. 이것이 유언실질준거법 소속국(A국)에게 당혹스러운 일일 수 있다. 그렇다면 이 문제는 어떻게 해결할 것인가? 헤이그상속협약(1989)²²⁾ 제7조 제2항처럼 유언의 실질도, 그래서 유언 자체의 금지도 상속의 문제의 일부로서 상속준거법의 적용범위에 속한다고 규정할 것인가? 이런 인위적이고 통설에 어긋난 입법을 하여, 입법적으로 법률관계의 성질결정기준을 구부릴 것인가? 그럴 필요는 없다. 오히려 위 사안유형에서 A국이 위 이해관계인이 유증받는 것을 당혹스럽게 느낀다면, A국은 외관상으로는 유언금지법규만 둔 것처럼 보임에도 불구하고 유증금지법규도 둔 것이다. 이렇게 성질결정하는 것으로 충분하다. 이런 해결은 국제사법 독자적인 체계

21) 상세는 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제49조, 1235-1236면(장준혁); 제50조, 1406-1411면(장준혁).

22) 1989. 8. 1.의 ‘사망자의 재산의 상속의 준거법에 관한 협약’(Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons).

개념을 가지고 그에 따라 법률관계 간의 경계획정을 하는 것을 의미하지만, 하나하나의 개별적 실질 법규를 놓고 그것이 유언금지법규이기만 한지, 유증금지법규이기만 한지, 둘 다인지를 판별해야 한다. 이렇게 하는 것이 정도이고 이것으로 충분하다. 상례를 벗어나 헤이그상속협약 제7조 제2항처럼 인위적이고 비상(非常)적인 해결을 감행할 필요는 없다.

요컨대, 유언자와 일정한 관계 있는 자가 참여하는 유언방식의 불인정, 그런 자가 참여하는 유언의 금지, 그런 자가 참여하는 가운데 행해진 그에 대한 유증의 금지 간의 구별은 까다롭다. 유언금지를 포함하여 유언의 실질적 유효성을 아예 상속준거법에 따르도록 해결한 입법례도 있다. 그러나 유언 방식법규 내에 유언금지나 유증금지의 취지도 들어 있다고 해석하거나, 유증금지법규 내에 유언금지의 취지도 들어 있다고 해석하거나, 유언금지법규 내에 유증금지법규도 들어 있다고 해석할 수 있다. 이것은 개별 실질법규의 해석문제이며, 국제사법상의 체계개념의 경계획정의 문제이다. 그래서 국제사법에서 입법적으로 해결할 문제가 아니다.

III. 신탁

1. 국제사법의 체계개념으로서의 신탁

재산의 소유권을 별도의 총괄재산으로서 이전받아 그로부터 나오는 수익을 제3자에게 이전하거나 일정한 목적에 맞게 사용할 의무를 지는 법률관계를 신탁(trust)이라 한다. 그 개념요소는 다음과 같다. 위탁자는 수익자를 정하거나 일정한 목적을 정하여 수탁자에게 소유권을 이전한다. 그 재산은 수탁자의 재산이지만, 수탁자의 일반재산으로부터 독립된 총괄재산을 구성한다.²³⁾ 수탁자가 신탁의 취지에 따라 신탁재산을 관리(보존, 수익, 처분에 의한 총괄재산 구성 변경)하고 수익을 수익자에게 급부하거나 공익 목적으로 사용할 법적 의무를 진다.²⁴⁾ 신탁은 위탁자의 단독행위로 성립하기도 하고, 법률에 의하여 성립하기도 한다. 이렇게 정립된 신탁이라는 개념은 사법(私法) 내의 다른 분야에서도 다양하게 활용되고 있다. 영미법계에서는 부부재산제의 법적 기초도 법정신탁으로 설명하고, 부당이득법의 일부도 법정신탁으로 설명한다. 그러나 이런 것들은 국제사법에서 말하는 신탁에는 포함되지 않는다. 국제사법에서는 전통적 신탁과 이에 유사한 법률관계가 법률에 의하여 부과되는 것만을 신탁이라고 부른다. 헤이그신탁협약(1985) 제2조는 신탁제도를 구성하는 요소를 밝히고 신탁과 신탁 아닌 것을 경계획정하는 표준적 설명을 담고 있다. 제2항은 신탁을 특징지우는 요소로 다음 세 가지 점을 든다. 첫째, 신탁재산이 “별도의 총괄재산을 구성하며 수탁자의 고유재산의 일부가 아닐” 것(a호).²⁵⁾ 둘째, “신탁재산의 명의를 수탁자 명의로나 수탁자를 대변하는 타인의 명의로 되어 있을” 것(b호).²⁶⁾ 즉, 신탁재산이 위탁자의 명의로 남아 있거나, 수익자의 명의로 되어 있거나, 신탁과 무관한 제3자의 명의로 되어 있어서는 안 된다. 그런 경우들은 신탁이 아닌 다른 법률관계에 해당한다. 셋째, 수탁자가 “신탁의 조건과 법률이 그에게 부과하는 특별한 의무에 따라 [신탁]재산을 관리, 사용 또는 처분할 권한과 의무”를 질 것(c호).²⁷⁾

23) 수탁자의 일반재산에 속하지 않으므로, 수탁자의 채권자에 의한 강제경매의 대상이 되지 않고, 수탁자가 도산하더라도 도산재단에 속하지 않는다. 물론, 신탁재산은 위탁자나 수익자의 일반재산에도 속하지 않는다.

24) 헤이그신탁협약(1989) 제2조; Draft Common Frame of Reference (DCFR)(공통참조틀), X.-1:201(신탁의 정의); Raúl Lafuente Sánchez, “Cross Border Testamentary Trusts and the Conflict of Laws”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2016), Vol. 8, No. 1, p. 185 참조.

25) “the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee’s own estate”.

26) “title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee”.

27) “the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law”.

헤이그신탁협약은 위탁자가 자발적 법률행위로 설정하는 신탁만 신탁의 개념에 포함시키나(제2조 제1항 頭文, 제3조), 이것은 영미법이 법정신탁이라는 이론구성을 다양한 분야에서 활용하는 부분이 협약의 적용범위에 속하지 않도록 확실히 하고자 그런 입법기술을 활용한 것으로 이해된다. 그렇게 못박는 편이 교섭실무상으로도 편했을 것이다.

신탁을 인정하는 각국 실질법에서는 서면요건이 일반화되어 있다. 그러나 신탁을 서면으로 설정해야 하는지는 신탁설정행위의 방식요건에 관한 실질법의 문제이고, 신탁 개념의 요소는 아니다. 헤이그신탁협약도 신탁설정행위의 서면성을 법률행위에 의한 신탁의 개념정의(제2조)에 규정하지 않고, 협약의 사항적 적용범위를 한정하는 문제로서 규정한다(제3조).

신탁제도가 발달한 영국에서는, 위탁자로부터 수탁자로의 “법적 소유권”(legal ownership) 이전과 별도로, “형평(법)적 소유권”(equitable ownership)이 이전한다고 말하면서, 여기에서 말하는 형평(법)적 소유권은 전형적인 물권보다는 오히려 채무를 부과하는 것에 가깝다고 설명하는 것이 보통이다. 신탁은 물권과 채권의 어느 한 쪽으로 분류하기 까다롭다고 말하기도 한다.²⁸⁾ 실질법 학자들은 신탁의 이런 특징이 영미법에 고유한 것이라고 이야기한다. 그러나 영미법에서 먼저 발달된 제도가 영미법계 밖의 국가에 전파되는 일은 드물지 않다. 한편, 계약이 아니라 출연자의 단독행위로 설정된다는 점이 특징이라고 말하기도 한다. 그러나 증여도 실질법적으로 단독행위로 파악하는 규율례가 드물지 않다. 그리고 국제사법은 실질사법들 간의 차이에도 불구하고 체계개념을 설정하여 실질사법상 다양한 규율들을 포괄한다. 따라서 신탁이 국제사법적으로 물권 내지 물권변동과 채권계약과 다른 독자적인 체계개념이 되는 것은, 신탁법의 법사(法史)적 중주국인 영국에서 법적 소유권과 형평(법)적 소유권을 구별하는 독특한 법리구성을 한다거나, 단독행위로 설정되는 특징이 있다는 데 곧바로 결부되는 것이 아니다. 오히려 국제사법 학설은 왜 물권변동이나 채권계약에 관한 일반적 법률저촉규정에 따르지 않고 별도의 법률저촉규칙의 연결대상으로 삼아야 하는지를 설명해야 한다. 즉, 영미법이 신탁의 내용을 형평(법)적 소유권이라고 부르더라도 제3자를 위한 부관부 물권변동으로서 제19조에 의하는 것은 부당하다는 점이 중요하다. 신탁설정행위는 계약 외에 단독행위로도 설정될 수 있고, 법률행위에 의한 신탁만 신탁이라 할 것이 아니라, 법률에 의하여 성립하는 신탁까지 함께 기본적으로 채권행위이지만 물권적 효력도 발생시킬 수 있다고 하면 된다. 채권행위의 물권적 효력까지 그 채권행위의 효력의 일부로 묶어 연결대상으로 삼는 일은 국제사법에서 드물지 않다(예: 당사자변경의 경계와 그에 따른 채권이전은 모두 경계계약의 효력에 속한다).

사법(私法)의 제도는 많은 나라에서 독립적으로 비슷하게 발달되는 경우도 있지만, 한 나라에서 발명되고 다른 나라로 보급되는 경우도 있다. 신탁(trusts)은 후자에 속한다. 신탁제도의 뿌리는 봉건질서 하에서의 토지소유권능의 종적 분할에서 있다고 하지만,²⁹⁾ 오늘날의 신탁제도는 조세권이나 후속소유자의 자의(恣意)로부터 재산 자체나 그 적절한 효용을 지키려는 의지와 이를 유효적절히 이론구성하려는 노력에서 나온 것이다. 그렇다 하여, 이처럼 역사적으로 발달된 영국 제도를 이식하거나 계수한 것만이 신탁이라고 특수적으로 정의하는 일은 별 의미가 없다. 법은 과거에 만든 것을 이어받아 그 생명을 유지시키고 이를 따르는 것이지만, 현재는 과거의 노예가 아니며, 법률저촉법에 의하여 외국법을 적용하지만, 그것은 외국법의 굴종적 이식이나 계수를 의미하는 것이 아니기 때문이다. 과거에 특정한 법제도가 어떤 연유로 생기고 일정한 내용을 갖추게 되었는지에 얽매어, 유형적(generic) 개념정의를 거부해서는 곤란하다. 기존의 법률을 그렇게 특정적으로, 즉 기능적으로 호환불가능한 것으로 파악한다면, 비교법도 불가능하고, 외국법 적용도 외국법의 일방통행적 부과를 의미하게 될 것이다. 그리고 각국의 모든 개개 실체법규는 자신에게 고유한 ‘특정 법규(실질법규)에서 출발하는 법률저촉규칙’을 가질 뿐이며, 타국이 그 실체법규를 적용하는 것도 그 법률저촉규칙을 수용하

28) Adrian Briggs, *The Conflict of Laws* (4th ed. Oxford University Press, 2019), p. 292.

29) Lafuente Sánchez, *전개논문*, p. 185.

는 것에 불과할 것이다. 또, 아무리 동종의 법률관계라 하여도 그들에 공통되는 ‘법률관계에서 출발하는 법률저촉규칙’은 성립불가능하며, 법규분류설과 같이 ‘동종의 법률관계에 대한 실질법규에서 출발하는 법률저촉규칙’도 성립불가능할 것이다. 이런 접근은 자연법이론에도, 비교법적 성질결정론에도, 국제사법적 성질결정론에도 맞지 않다. 고대 그리스 지배의 이집트에서 민족별로 별개의 법원을 두고 자신들의 법을 적용했던 시대라면 모르겠으나, 오늘날 그렇게 법의 상호 비교, 교통가능성을 부정하는 접근방법은 수용할 수 없다.

신탁에 대응되는 기능을 하더라도, 신탁의 유형적(generic) 개념요소를 갖추지 않은 것은 신탁이 아니다. 그래서 채권법적 위임이나 위탁은 물론이고, 프랑스의 “fiducie”나 독일의 “Treuhand”의 명실상부한 예도 순수한 계약상 법률관계에 불과하고, 신탁에 포함되지 않는다.³⁰⁾ 그렇다 하여, 역사적으로 발달된 영국법처럼 보통법과 형평(법)을 대립시키고 보통법적 소유권과 형평법적 소유권의 분할이라는 개념으로 이론구성해야 하는 것은 아니다. 신탁제도의 독립적 총괄재산성을 인정하는 등 신탁제도의 본질적 요소를 갖추면 국제사법상 신탁에 해당한다.³¹⁾ 헤이그신탁협약도 같은 태도이다.³²⁾

생전신탁이나 사인증여에 준하는 사인적 신탁이 반드시 위탁자의 단독행위로 설정해야 하는 것도 아니고, 위탁자와 수탁자 간의 계약으로 설정되는 것이어도 상관없다.³³⁾ 증여를 실질법상 계약으로 구성하는 증여자의 단독행위로 구성하든³⁴⁾ 국제사법에서는 증여계약으로 포섭되는 것과 마찬가지로이다. 헤이그신탁협약 제2조 제1항이 신탁이 “위탁자에 의하여 설정”된다고 언급하는 것은, 위탁자의 단독행위로 설정하는 것도 포함한다는 의미로 이해할 수 있다. 굳이 계약으로 설정되는 신탁을 신탁 개념에서, 즉 헤이그신탁협약의 사항적 규율범위에서 배제한다고 생각할 필요가 없다. 신탁제도의 본질적 요소 목록을 규정하는 제2조 제2항을 보아도, 단독행위로 설정되어야 한다는 말이 없다.

2. 유언, 상속, 물권변동과의 경계획정

가. 신탁의 유효한 성립, 신탁의 효력, 관리, 변경 및 해소

30) 스위스정부의 헤이그신탁협약 비준·전환입법안 이유서인 Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Ubereinkommens uber das auf Trusts anzuwendende Recht und uber ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, S. 570, 574 (Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Helbing Lichtenhahn, 2013), Art. 149a, Rn. 8 (Nedim Peter Vogt/Delphine Pannatier Kessler)은 570면과 588면으로 인용); 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, BFL 제17호(2006. 5.), 60면 및 주 3(“Treuhand”는 신탁에 불포함). 반대설: 김연숙, “국제신탁의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 186면.

31) 그래서 한국과 일본의 신탁제도는 영미법의 신탁제도를 도입한 것으로서, 신탁에 해당한다. 석광현, “우리 기업의 해외 증권 발행과 관련한 법적인 미비점과 개선방안”, 국제사법과 국제소송 제3권(박영사, 2004), 591면; 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 61면. 김연숙, 전계논문, 187면은 한국과 일본의 신탁제도를 “혼합형의 신탁제도”라 하여 신탁제도에 포함시킨다. 그러나 신탁제도 외에는 대륙법적인 민사법이라는 의미에서 “혼합법계”인 것이지, 일본과 한국의 신탁제도는 영미법적 제도이다. 석광현, 상계논문, 61면. 한편, 김연숙, 전계논문, 189면은 한국법상의 신탁 중에서도 위탁자와 수익자가 다른 경우는 “전통적인 형태의 신탁”이라고 말한다. 위탁자와 수익자가 다른 경우는 영미법상의 신탁에 매우 가깝다는 점을 강조하는 취지로 보인다. 그러나 위탁자가 수익자를 겸하는지 여부는, 국제사법상의 신탁에 포함되는지에 별 영향이 없는 비본질적 요소이다.

32) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 63면(제2조의 정의규정의 해설).

33) 결론상 동지: 김연숙, 전계논문, 188면(한국 신탁법에 따라 계약으로 설정되는 신탁도 신탁에 해당). 상계논문은 국제사법에서 말하는 계약에는 단독행위도 두루 포함되는 것처럼 서술하나 의문이다. 증여와 같이, 실질법에서 계약 외에 단독행위로도 할 수 있게 하는 것도 국제사법상 계약으로 다루는 것도 있지만, 국제사법에서 말하는 계약 즉 채권계약에는 모든 단독행위가 또는 모든 채권적 단독행위가 포함된다고 일반화할 일은 아니다. 문리해석 차원에서 “계약”(제25조-제29조)을 그렇게 일률적으로 확대해석하는 것이 어떻게 최밀접관원칙과 법해석방법론에 의하여 뒷받침되는지 의문이다. 예컨대 국제사법상 계약해제통고는 해제되는 계약의 준거법에 의해야지, 합의해제처럼 별도의 계약으로 다루어서는 안 된다. 또, 상계논문, 189면은 영미법계가 계약과 단독행위의 구별을 알지 못하는 것처럼 서술하나 의문이다.

34) 그런 입법례가 적지 않다. 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 [XXIX](2007), 803-873면 참조.

신탁의 유효한 성립, 신탁설정행위의 해석, 신탁의 효력, 관리, 변경 및 해소는 신탁에 고유한 문제이며, 신탁의 내부관계라고도 말한다.³⁵⁾ 이 문제들은 항상 신탁준거법에 의한다. 신탁의 설정이나 출연을 생전행위, 즉 생전에 행해졌고 생전에 효력발생하는 법률행위로 했든, 사인행위로 했든³⁶⁾ 상관없다. 유럽상속규정도 신탁의 창설, 관리 및 해소가 동 규정의 사항적 규율범위 밖임을 명시하는데(제1조 제2항 j호), “창설”은 유효한 성립을 말한다. 2019년 헤이그재판협약 제5조 제1항 k호와 달리 신탁의 변경을 따로 언급하지 않으나, “창설”의 문언에 포함되는 것으로 해석할 수 있다. 헤이그재판협약 제5조 제1항 k호는 “신탁의 유효성, 성립, 효과, 관리 또는 변경”이라 하여 신탁관계에 속하는 문제들을 비교적 자세하게 언급하는데,

신탁의 내부관계를 언급하면서, 신탁관계상의 권리나 의무의 주체로 “위탁자, 수탁자, 수익자”만 언급하는 입법례도 있다. 브뤼셀 제1규정 2차본 제7조 제6호는 “신탁의 위탁자, 수탁자 또는 수익자에 대하여 제기된 분쟁”에 대하여 신탁의 주소지국의 특별관할을 규정한다. 제6호는 그들에 대한 청구 중 신탁법상의 청구에만 적용되는 조문으로 해석된다. 결국, 이 특별관할규정은 신탁사건 중 위탁자, 수탁자, 수익자가 피고인 사건에만 적용된다. 그러나 신탁의 내부자는 위탁자, 수탁자, 수익자에 국한되지 않는다. 이 점에서 제6호는 적용범위가 너무 좁다. 2019년 헤이그재판협약 제5조 제1항 k호 말문(末文)은 진일보하여, “신탁관계 내에 있거나 있었던 사람들 사이”의 “신탁의 내부적 측면”이라고 포괄적으로 규정한다.

나. 사인(死因)적 신탁설정 내지 신탁에 대한 사인(死因)적 출연

위탁자가 신탁을 설정하는 법률행위를 유언으로 하는 경우, 유언이라는 그릇과 그에 담기는 신탁 설정행위는 개념상 구별되고, 독립된 연결대상이 된다. 이 경우 유언의 방식과 실질적 유효성을 가리켜, 독립적으로 연결되는 “선결문제”라고 부르든,³⁷⁾ 아예 선결문제라고 부르지 않은 상관없다. 그것은 단순한 표현의 문제이다. 비독립적으로 연결되는 선결문제가 아님이 중요할 뿐이다.

국제사법에서 말하는 상속은 유증뿐만 아니라 사인증여와 신탁설정을 위한 출연과 이전도 포함한다. 그래서 사인(死因)적 법률행위로 신탁을 설정하거나 기존의 신탁을 위하여 출연한 경우에도, 위탁자가 사망함으로써 그 재산이 신탁재산이 되는 것은 상속 문제로서 상속준거법에 의한다.

신탁설정(그 본질은 신탁이다)과 기존의 신탁에 대한 사인적 출연(그 본질은 유증 또는 사인증여이다)을 유언으로 할 수 있는지, 즉 그것이 유언사항인지는 유언실질의 문제가 아니라 유언으로 하는 각 법률행위(즉 신탁과 사인증여)의 문제이다.

상속법은 상속재산이 상속인에게 곧바로 귀속되지 않고 상속인을 수익자로 하는 신탁이 설정되도록 하고, 수익자와 그의 권리에 대하여 정할 수 있다. 상속인의 몫이 유증으로 정해졌든, 법정상속분에 따라 정해졌든 가리지 않고, 유언에 의하여 설정되는 신탁, 즉 유증대용신탁(소위 유언대용신탁)이든, 법률에 의하여(kraft Gesetzes) 설정된 신탁, 즉 법정신탁이든 가리지 않고, 신탁과 상속의 경계를 정해야 한다.³⁸⁾ 그래서 유언이나 법률에 의하여 사인적으로 설정된 신탁의 상속법적 효력은 상

35) 그러나 신탁의 내부관계를 신탁의 외부관계에서 다룰 여지가 없는 것은 아니다. 그 경우에도 신탁의 내부관계는 신탁 준거법에 의한다. 다만, 재판의 대상이 된 법률관계가 신탁의 내부관계라는 점에서 같더라도, 신탁의 외부관계에서 다루는 경우의 국제재판관할은, 신탁의 내부자들 사이에서 다루는 경우의 국제재판관할과 달리 취급될 여지가 있다. 2019년 헤이그재판협약은 이 점을 고려하여, 신탁의 특별관할규정(제5조 제1항)이 신탁의 내부자들 간의 재판에만 적용됨을 명시한다(동항 末文). 물론 이 규정은 간접관할규정이다.

36) 참조: Lafuente Sanchez, 전제논문, p. 190(유언으로 한 신탁설정은 국제민사소송법상 재산법의 일부인 신탁의 문제이지, 유언의 문제가 아님).

37) 예컨대 헤이그신탁협약(1985) 제4조: “유언의 유효성[유효한 성립]에 관한 선결문제”(preliminary issues relating to the validity of wills).

속 문제에 속하고 상속준거법에 의한다.³⁹⁾ 그 대표적 문제는 신탁재산에 대한 수익자의 확정과 수익자의 권리이다.⁴⁰⁾ 유럽상속규정은 상속준거법의 규율대상으로서 ‘상속인(수유증자 포함)과 그의 상속분’을 언급할 때, 상속인이나 수유증자라는 표현 대신 “수익자”(beneficiaries)라는 표현을 쓴다(제23조 제2항 b호). 그래서 사인적 신탁의 수익자를 여기에 포함시키는 것이 용어상으로도 자연스러워 보이도록 배려한다.

상속재산이 신탁재산으로 이전하는 부분도, 상속재산이 어느 상속인(수유증자 포함)에게 이전되는 경우와 마찬가지로 상속법에 의한다. 유럽상속규정 제23조 제2항 e호는 상속인과 수유자에게의 “이전”(transfer)을 상속준거법에 의할 사항의 하나로 드는데, 여기에 포섭된다.⁴¹⁾ 한국 국제사법도 마찬가지로 해석된다. 그래서 상속준거법이 상속재산의 상속법적 이전을 상속재산관리인이나 유언집행자에게 맡기고 있으면, 수탁자에게의 이전도 그 법(상속준거법)에 따라 마찬가지로 규율된다.

신탁재산으로의 물권적 이전은 생전행위에 의한 것인지, 사인적 이전인지에 따라 달리 취급된다. 생전행위에 따른 이전은 물권변동의 문제로서 물권변동(국제사법 제19조 제2항)의 준거법에 의한다. 유럽상속규정도 물권변동은 그 사항적 적용범위에서 제외하므로(제1조 제2항 k호) 결론이 같을 것이다. 그러나 사인적 이전은 상속의 문제로서 상속준거법에 의한다. 사인증여에 의한 이전도 유증에 의한 이전과 마찬가지로 상속문제로 분류해야 하는데, 사인적 신탁출연에 따른 이전을 사인증여와 달리 분류할 이유가 없기 때문이다.

신탁과 상속의 이런 경계획정은 특별한 것이 아니다. 사인증여의 경우에도 마찬가지이다. 사인증여 계약의 방식은 법률행위의 방식준거법(제17조)에 의하고, 사인증여계약의 실질적으로 유효한 성립은 제29조에 의하여 준거법을 정하지만,⁴²⁾ 사인증여의 효력은 상속준거법에 의한다. 사인증여된 재산의 수증자에게의 이전도, 상속재산의 이전을 상속준거법에 맡기는 다수설에 의하는 한, 상속준거법에 의하게 된다. 요컨대 법률관계의 성질결정에서, 사인적 신탁재산으로서의 출연도 사인증여와 마찬가지로 처리될 뿐이다.

다. 생전신탁과 구별되는 문제

전술한 대로, 사인적 신탁이나 사인적 출연에 의한 재산권이전은 상속재산의 이전의 문제의 일부로서 다루어진다. 그래서 상속준거법에 의하는 다수설과 따로 상속실행지법에 연결하는 소수설로 나뉜다.

그런데 생전신탁(inter-vivos trust)이나 생전의 출연행위에 의한 재산권이전은 이렇게 총괄재산제로 다룰 필요가 없다. 개별 재산에 대한 물권변동의 문제일 뿐, 신탁의 문제가 아니다. 유럽상속규정 제1조 제2항 g호는 생전증여 등에 의한 이전(물권변동)이 유럽상속규정에 의할 사항이 아님을 명시한다. 이 조문은 생전신탁에 의한 물권변동도 유럽상속규정 밖에 놓는 것으로 해석된다.⁴³⁾

한편, 생전신탁이라도 특별수익으로서의 반환(정산)은 상속 문제이다. 유럽상속규정도 특별수익의 반환(정산, 산입)이 상속준거법에 의할 사항이라고 포괄적으로 언급하는데(제23조 제2항 i호), 이 예

38) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

39) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

40) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

41) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

42) 그러나 Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §4(Internationales Privatrecht), Rn. 51(Köhler)은 계약상 법률관계의 전체가 상속준거법의 적용범위 밖에 있다고 서술한다. 즉, 유럽상속규정 제1조 제2항 g호는 “상속에 의하지 않고 창설되거나 이전하는 재산권, 이익, 자산”(property rights, interests and assets created or transferred otherwise than by succession)이 유럽상속규정의 규율대상 밖이라고 규정하는데, 계약의 문제 전부가 그렇다고 한다.

43) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

시규정은 생전신탁에 대한 취급에도 미친다.⁴⁴⁾ 유럽상속규정⁴⁵⁾ 전문 (13)은 이 점을 명시한다.⁴⁶⁾ 특별수익의 반환(정산)이 이루어지는 맥락이 법정상속분, 지정상속분, 포괄유증에 따른 구체적 상속분, 유류분의 구체적 산정의 어느 것이든, 상속 문제로서의 성질결정은 같다. 특별수익으로서의 반환(정산, 산입)이 신탁에의 출연의 가액을 대상으로 하는지, 수익자가 신탁재산으로부터 받는 수익을 대상으로 하는지, 그리고 각각의 범위는 실질법에 따라 사항이다. 조세법적 취급도 같다.

다. 북한주민인 상속인을 위한 법정신탁

‘남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법’(남북가족특례법) 제5장(제13조-제21조)은 북한에 거주하는 상속인을 위한 법정신탁제도를 정한다. 이것은 기본적으로는 신탁관계이다. 그러나 이에 의하여 상속권 행사가 제한되는 부분은 상속 문제이다. 이 법정신탁제도에 의하여 상속권의 행사가 제한되는 부분은 국제적 강행법규이기도 하다. 그래서 상속준거법이 외국법이라도 적용이 관철된다.

라. 물권과 물권변동

물권의 종류, 내용과 물권변동은 물건소재지법에 의한다(제19조). 물권 자체의 준거법은 그때그때 달라지지만(변경주의) 물권변동은 기준시를 고정시켜야 하므로, 입법기술상 제1항과 제2항이 나뉘어 규정되어 있다.

생전신탁을 이유로 하는 생전의 물권변동은 신탁이 아니라 물권변동의 문제이다. 사인적 신탁에 의한 물권변동은 상속의 문제이다(다툼 없음). 다만, 이를 상속재산의 이전(Erbgang)의 문제라 하여 상속의 문제에서 분리시켜 법정지법에 맡기는 견해도 있다. 이것이 Ferid가 주장한 독일의 유력설로,⁴⁷⁾ 뮌헨대 주석서를 포함한 일군의 문헌이 이를 따른다. 한국에는 40년 전에 소개되었으나⁴⁸⁾ 지지하는 견해가 없다.

상속준거법에 의하여 어느 개별재산에 대하여 신탁관계가 설정되더라도, 그 개별재산의 준거법(개별준거법)이 신탁적 소유권 분할(일반법적 소유권과 형평적 소유권의 분할)을 알지 못하면, 총괄준거법(상속준거법)과 개별준거법 간의 조정(적응) 문제가 생긴다. 개별준거법 소속국이 외국법상의 신탁관계를 기성(既成)의 법률관계로서 수용(accept) 즉 승인해도, 개별준거법과 총괄준거법의 충돌은 생길 수 있다. 통설은 필요한 한도에서 개별준거법을 우선시킨다. 이것이 “개별준거법이 총괄준거법을 깨뜨린다”(Einzelstatut bricht Gesamtstatut)는 원칙, 즉 개별준거법 우선원칙이다.

3. 준거법 결정의 기준

44) Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht (2. Aufl. Nomos 2017), Teil 1(EuErbVO), §2, Rn. 11(Köhler).

45) 상속 분야의 재판관할, 준거법, 판결의 승인과 집행, 공정증서의 수용과 집행 및 유럽상속증서에 관한 유럽의회와 이사회 규정 제650/2012호(Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession), OJ(유럽연합 관보) L 201, 27.7.2012, p. 107-134.

46) 헤이그신탁협약도 그 협약에 따라 정해진 신탁준거법이 상속준거법 소속국의 강행규정의 적용에 영향을 미치지 못한다고 규정한다(제15조 제1항 c호). 다만 여기에서 강행규정만 언급하는 것은 의문이다.

47) Murad Ferid, « Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé », Recueil des cours/Collected Courses, Tome/Volume 142 (1974); Murad Ferid, « Der Erbgang als autonome Größe im Kollisionsrecht », Liber amicorum Ernst J. Cohn (Recht und Wissenschaft, 1975).

48) 이호정, 국제사법(경문사, 1981), 431면.

가. 성질결정에 관한 국내외의 학설

신탁의 준거법결정을 위하여 어떤 법률관계에 관한 국제사법을 적용하거나 유추적용할지 문제된다. 크게 재단설과 채권행위설로 나뉜다.

(1) 재단설

신탁을 재단(중종 비법인재단일 것임)의 일종으로 다루는 견해이다.

스위스 국제사법은 조직적 통일성이 있는 재단(재산체, 총괄재산)일 것을 조건으로, 단체(구체적으로는 재단)로 성질결정한다(제150조 제1항). 제150조는 성질결정에 관한 조문인데, 조직적 통일성이 있는 사단과 재단(재산체)만 단체에 포함시키고(제1항), 단체성이 약한 단체는 계약으로 다루어 계약준거법에 맡긴다(제2항). 스위스의 통설은 신탁도 마찬가지로 다루어, 총괄재산으로서의 조직성이 있어 재단으로 분류되는 신탁은 재단으로 분류하고, 그 외의 신탁은 계약으로 분류한다.⁴⁹⁾ 스위스도 2007. 7. 1.에 헤이그신탁협약에 체결국이 되었고 이에 따라 제149a조-제149e조가 신설되어 같은 날 발표했다. 그렇지만 이 협약이 적용되지 않는 신탁은 국내법인 국제사법(IPRG)에 맡겨지고, 기존 통설이 유지되고 있다.⁵⁰⁾

독일의 Stoll은 재단의 설립에 관한 연결기준을 유추적용할 것을 주장한다.⁵¹⁾

이렇게 성질결정하면 신탁의 설정과 사무처리의 준거법을 달리 정하는 준거법분열은 인정될 수 없다.⁵²⁾ 단체의 법률저촉법 즉 국제회사법은 그런 준거법분열을 알지 못하기 때문이다.

(2) 채권관계·물권관계 구별설⁵³⁾

독일의 일부 학설인데, “Treuhand”의 법률관계를 채권관계와 물권관계로 나누어 전자는 계약으로 다루는 태도를 신탁에도 일관하자고 한다. 채권법적 측면은 계약준거법 지정규칙에 따른다. 당사자자치를 인정한다. 당사자의 준거법선택이 없으면 객관적으로 최밀접관련지를 가려내야 하는데, 신탁재산의 관리지, 수탁자의 본거지, 신탁재산의 소재지, 당사자간의 법률관계의 준거법을 고려하여 정하도록 한다. 물권법적 측면은 물건소재지법에 의한다.⁵⁴⁾ 성질결정에 관한 법정지법설의 색채가 짙은 견해이다.

(3) 채권행위설⁵⁵⁾

신탁설정행위를 채권법적 법률행위로 분류하고, 이에 의하여 성립하는 법률관계는 물권적 법률관

49) Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989 (1993), Art. 150 Rn. 13(Vischer){석광현, “스위스 국제사법”, 국제사법과 국제소송 제1권(2001), 518면에서 재인용}.

50) Honsell/Vogt/Schnyder/Berti, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Helbing Lichtenhahn, 2013), Art. 149a, Rn. 7 (Nedim Peter Vogt/Delphine Pannatier Kessler).

51) Staudinger/Stoll, Int. SachenR (Sellier/de Gruyter, 1996), Rn. 174(석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 67면에서 재인용).

52) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 67면.

53) “분해설”이라고도 한다. 김연숙, 전계논문, 191면.

54) 이 학설의 소개는 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 68면.

55) “일체설”이라고도 한다. 김연숙, 전계논문, 191면. 그러나 신탁관계를 채권관계와 물권관계로 나누지 않고 단일한 연결 대상으로 삼는 점은 재단설도 마찬가지이므로, 채권행위설만 놓고 일체설이라고 부르는 주저된다.

계까지도 그 채권행위의 효력으로 보는 견해이다.⁵⁶⁾ 신탁의 법률저촉규칙이 흠결된 부분은 계약준거법을 정하는 규칙을 적용 내지 유추하여 해결한다.⁵⁷⁾ 이렇게 정한 신탁준거법이 인정하고자 하는 물권이 개별 물권의 준거법에 낮은 경우에는, 그 한도에서 후자를 우선시키는 방법으로 조정(調整)한다. 즉, “개별재산의 준거법(개별준거법)이 총괄재산의 준거법(총괄준거법)에 우선한다”는 원칙을 따른다.⁵⁸⁾

국내에도 우선 생전의 신탁계약으로 설정되는 신탁에 대한 해석론으로 채권행위설을 지지하는 견해가 유력하다. 한국의 실질법이 신탁법을 가지고 있다는 법현실적 배경도 고려할 때, 신탁의 채권관계 및 물권관계적 부분을 일체로 묶어 하나의 연결대상으로 삼는 데 별 무리가 없고, 또 타당하다고 주장한다.⁵⁹⁾ 이 문헌은 법정지법에서 출발하여 국제사법의 규율목적에 맞도록 국제사법의 체계개념을 정의하는 성질결정방법을 따른다고 밝히는데,⁶⁰⁾ 한국 실질법에 신탁법이 도입되어 있음을 논거 중 하나로 드는 부분에서 이 입장을 일관하고 있다.

(4) 계약설

채권행위설을 지지하면서, 구체적인 신탁이 단독행위로 설정되었든 계약으로 설정되었든 상관없이,⁶¹⁾ 국제사법적으로는 계약으로 포섭하여 계약준거법 지정규칙들을 적용할 것을 주장하는 견해도 있다.⁶²⁾ 그래서 이 견해는 제25조도 단순히 “적용”되며,⁶³⁾ “합의”로 준거법을 선택할 수 있고,⁶⁴⁾ 제25조 제2항에 따라 “합의”로 기존의 신탁준거법을 변경하는 것도 허용된다고 한다.⁶⁵⁾ 이런 표현으로 볼 때, 이 견해는 신탁준거법 선택의 자유를 위탁자가 단독으로 가지는 것이 아니라, 위탁자와 수탁자의 합의로 신탁준거법을 합의할 수 있다는 취지로 이해된다.

심지어, 단독행위로 신탁이 설정된 경우에도 준거법선택을 합의로만 할 수 있다는 취지로 읽힌다. 즉, “신탁이 단독행위인가 계약인가 아니면 단독행위도 아닌 특별한 법률행위인가 하는 실질법상의 문제는 준거법이 정해지고 난 다음 판단하면 되는 문제”라고 하면서, “국제사법상 법률행위의 성질결정의 단계”에서는 항상 “계약의 문제로서 성질결정하여 국제사법 제25조를 적용”할 것을 주장한다.⁶⁶⁾ “위탁자의 단독행위에 의해 설정되는 신탁의 경우는 제25조가 적용될 수 없다”는 견해를 정면

56) 채권행위설은 신탁관계를 “채권적 법률관계”로만 보는 견해로 소개되기도 한다. 김연숙, 전계논문, 191, 192, 193면. 그러나 채권행위설의 핵심은 ‘채권행위’에 초점을 두어 채권·물권관계를 통틀어 일체로 파악하는 것이지, 신탁관계의 성질이 “채권적 법률관계” 즉 채권관계라고 보는 것이 아니다. 즉, ‘채권적 신탁설정행위’라는 ‘채권행위’와 그 효력으로 발생하는 법률관계인 한, ‘채권적 법률관계’와 ‘물권적 법률관계’를 구별하지 않고 묶어 단일한 법률관계로 파악하는 견해이다.

57) 생전신탁에 관하여 이러한 견해로 Georg Wittuhn, Das internationale Privatrecht des trust (Peter Lang, 1987), S. 120ff.(석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 68면에서 재인용); MünchKomm/Wendehorst, IntGesR 4. Aufl. (C. H. Beck, 2006) Art. 43, Rn. 49(석광현, ibid.에서 재인용). 석광현, ibid.는 Wendehorst의 견해를 “내부관계와 외부관계를 구별하는 견해”, 즉 신탁의 내부관계에 대해서만 채권·물권관계를 가리지 않고 채권법적 법률행위의 준거법을 정하여 적용하는 견해로 소개한다. 그러나 신탁의 내부관계가 곧 신탁관계이므로, 두 문헌은 모두 채권행위설로 묶을 수 있다.

58) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 68면(Wittuhn의 견해에 관한 설명); MünchKomm/Wndehorst, IntGesR, Art. 43, Rn. 51(석광현, 상계논문, 69면에서 재인용).

59) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 70면; 석광현, “신탁과 국제사법”, 신탁법의 쟁점(제2권)(정순섭·노혁준 편저, 서울대학교 금융법센터, 소화, 2015), 378-381면.

60) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 67면.

61) 김연숙, 전계논문, 200면.

62) 김연숙, 전계논문, 201, 202면.

63) 김연숙, 전계논문, 201, 202면.

64) 김연숙, 전계논문, 202면.

65) 김연숙, 전계논문, 202면.

66) 김연숙, 전계논문, 201면.

으로 반박하고, 그 경우에도 제25조를 “적용”하라고 한다.⁶⁷⁾

객관적 연결기준에 관한 주장도 독특하다. 개별 사안에서 신탁이 단독행위로 설정되었는지, 계약으로 설정되었는지 불문하고, 제26조를 적용하라고 한다. 제26조 제1항의 차원에서는 헤이그상속협약 제7조가 참고될 수 있음을 인정하지만,⁶⁸⁾ 제26조 제2항, 제3항의 추정규정도 그대로 적용된다고 해석하는 결과, 헤이그상속협약 제7조의 참고가치가 무색해진다. 신탁관계를 항상 계약관계로 보고, 제26조 제2항을 아무 수정 없이 적용하는 결과, 제26조 제2항 제3호의 “위임계약으로 성질결정…될 가능성이 크다”고 한다.⁶⁹⁾ 그래서 수탁자의 상거소 또는 주된 사무소 소재지국법이 신탁의 최밀접관련법으로 추정된다고 한다.⁷⁰⁾ 한편, 부동산에 대하여 신탁이 설정된 경우에는 제3항에 의하여 부동산소재지법을 최밀접관련법으로 지정한다.⁷¹⁾ 심지어 제27조의 “적용”가능성도 긍정한다.⁷²⁾

요컨대 이 견해는 신탁준거법의 선택을 위탁자와 수탁자의 합의로 정하도록 하고, 단독행위로 신탁이 설정된 경우에조차도 그렇게 해석하며, 신탁설정이 단독행위로 행해진 경우까지도 명실상부한 계약으로 본 나머지 제26조 제2항과 제3항의 추정규정이 그대로 적용된다고 해석한다. 이 부분들은 채권행위설의 입장에서 널리 공유되는 것이 아니므로, 따로 계약설(채권계약설)로 이름 붙여 별도의 해석론으로 파악할 필요가 있다.

신탁이라는 독특한 법률관계를 보통의 채권계약관계처럼 취급하는 독특한 주장내용에는 동의하기 어렵다. 먼저, 제25조를 그대로 적용하여 위탁자와 수탁자의 합의로 준거법을 선택하게 하는 부분과, 제26조 제2항, 제3항의 추정규정을 아무 가감없이 적용하기까지 하는 점은 의문이다. 제26조 제2항, 제3항은 유추적용 가능성조차도 부정했어야 한다. 독립적 법률저촉규정의 일종인 제3항의 적용을 인정하는 부분에도 동의하기 어렵다. 신탁재산이라는 총괄재산을 구성하는 개별재산의 종류별로 신탁관계의 준거법을 달리 추정하는 결과에 이르게 되어, 결국 신탁재산을 구성하는 개별재산별로 신탁준거법이 분열(파편화)되는 결과에 이를 수 있기 때문이다.

요컨대, 신탁을 일률적으로 계약의 일종으로 보더라도, 제25조, 제26조, 제27조가 상정하는 보통의 계약과는 다른 별종의 계약이라고 보아, 준거법선택의 주체를 위탁자로 좁히고, 제26조 제2항, 제3항의 추정규정의 적용을 부정했어야 한다. 이렇게 하여, 채권행위설의 본래도 내에 머물렀더라면 좋을 것이다.

(5) 영국법의 태도

신탁이 어느 법률관계의 일종으로 볼 수 있음에도 독자적 연결대상으로 인정되는 것인지, 혹은 어느 법률관계에 비교적 가까운지를 따지는 일은 생산적일 수 있다. 왜냐하면 한 법률관계의 특징은 다른 법률관계와의 비교를 통하여 더욱 잘 드러나기 때문이다. 신탁은 신탁이라는 고유의 법률관계라고만 강조하면서 자의식에 빠져 있을수록, 신탁의 법률관계의 특징을 명확히 포착하기 어려워질 것이다.

그러나 신탁제도를 처음 발달시킨 영국법계는 신탁의 법률관계가 어느 법률관계에 가까운지 묻지 않는 경향이 있다. 그들은 신탁의 준거법 결정 문제에 직면하고 헤이그신탁협약을 교섭하기 오래 전에, 신탁을 고유의 법률관계로 여기는 데 익숙해졌기 때문일 것이다. 게다가, 영국과 영국법계의 국제사법은 형평법(equity)을 전세계적으로 통일적으로 간주하고 형평법 법리에 대하여 법정지법 적용

67) 김연숙, 전계논문, 200면.

68) 김연숙, 전계논문, 202면.

69) 김연숙, 전계논문, 203면.

70) 김연숙, 전계논문, 203면.

71) 김연숙, 전계논문, 203면.

72) 김연숙, 전계논문, 204면.

을 당연시하는 것을 기본원칙으로 한다. 영미법계 바깥에는 형평법이 따로 없다는 점도 무시하는 결과가 된다. 신탁도 형평법상의 제도이므로, 형평법리에 관한 국제사법적 판단을 게을리하는 영국 국제사법의 일반적 태도는 영국에서 신탁의 준거법을 정하는 기준을 명쾌하게 정리하는 데 지장을 초래하고 있을 가능성이 있다. 1985년 헤이그신탁협약이 1992년에 영국과 이탈리아에서 발효한 이래 30년 가까운 세월이 흘렀지만, 특히 객관적 연결기준은 아직도 윤곽이 나오지 않고 있다.

나. 헤이그신탁협약

1985년 7월 1일에 헤이그에서 체결된 ‘신탁의 준거법과 승인에 관한 협약’⁷³⁾은 신탁의 준거법지정 규칙을 정하고(제2장: 제6조-제10조), 협약에 따른 신탁의 준거외국법이 신탁제도를 인정하면 타 계약국은 이를, 법정지법이 아닌 ‘신탁이 아닌 법률관계’로 치환하지 않고, 신탁으로서 수용할 의무를 규정한다(제3장: 제11조-제14조). 적용범위는 생전(inter vivos)신탁과 사후(on death)신탁을 포괄하지만(제2조 제1항), 기본적으로 법률행위로 설정된 신탁, 즉 임의신탁(voluntary trusts)만 다룬다(제2조 제1항, 제3조).⁷⁴⁾ 그리고 신탁설정행위가 “서면으로 증명되는” 것에만 적용된다(제3조). 그 서면은 반드시 신탁을 설정하는 문서, 즉 처분문서일 필요는 없고, 신탁을 증명하는 문서이면 되는 것으로 보인다. 제3조의 서면성 문구는 제6조에서 신탁을 증명하는 문서를 가리키는 문구와 거의 일치하는 점을 볼 때, 그렇게 생각된다. 협약은 법정신탁(법률에 의한 신탁)과 제정신탁(裁定信託, 재판에 의한 신탁)에는 적용되지 않는다. 그러나 제정신탁에 협약을 확장적용하는 선언은 허용된다(제20조).

위탁자는 신탁준거법을 자유롭게 그리고 일방적으로 선택할 수 있다(제6조 제1항 1문). 신탁이 계약에 의하여 설정되는 경우에도 같다. 선택가능한 법에는 제한이 없다.⁷⁵⁾ 묵시적 선택도 허용되는데, 신탁증서 또는 신탁을 증명하는 서면상으로 그 의사가 드러나야 한다(2문). 준거법 선택의 묵시적 의사의 발견을 위하여 그 서면 밖의 상황이 고려될 수 있다(2문). 묵시적 법선택의사가 분명하게 확인(증명)될 것을 요구⁷⁶⁾하지 않는 점에서, 묵시적 당사자의사 인정의 한계는 비교적 느슨하게 규정된 편이다. 그러나 묵시적 의사의 명확성 요구(로마협약⁷⁷⁾ 제3조 제1항 1문, 한국 국제사법 제25조 제1항 2문, 로마 제1규정⁷⁸⁾ 제3조 제1항 1문, 헤이그국제상사계약준거법원칙⁷⁹⁾ 제4조 1문)는 법원에 대한 심리적 제약장치로서의 의미가 크다. 당사자의사의 확인도 사실판단이고, 법원은 확실하지 않은 사실을 사실로 확인할 수는 없는 것이 보통이기 때문이다.

협약이 인정하는 준거법선택이 없을 경우에 준거법을 정하는 객관적 연결기준은 명확히 규정되어 있지 않다. 최밀접관련법에 의한다고 규정하면서(제7조 제1항), 구체적 사건에서 연결기준을 정하는 소재가 될 만한, 특기할 만한 접촉들(contacts) 고려요소(choice-influencing considerations)을 예시할 뿐이다(제2항). “위탁자가 지정한 신탁관리지(신탁사무수행지)”(a호), “신탁재산(자산)의 소재지

73) Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition.

74) 제2조 제1항은 이 협약에서 말하는 신탁을 정의하는데, “위탁자”에 의하여 “창설된” 신탁만 언급한다. 제3조는 협약의 적용요건으로 “자발적으로 창설된”(created voluntarily) 신탁일 것을 요구한다. 이것이 바로 법률행위에 의한 신탁이다.

75) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 63면.

76) 계약상 의무(채무)의 준거법에 관한 로마협약(Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations)(1980) 제3조 제1항 2문(“demonstrated with reasonable certainty”); 국제사법 제25조 제1항 2문(“”); 국제상사계약준거법원칙(Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts)(2015) 제4조 제1문(“appear clearly from the provisions of the contract or the circumstances”) 등.

77) 계약상 채무의 준거법에 관한 로마협약(Rome Convention on the law applicable to contractual obligations). 1980년 성립.

78) 계약상 채무의 준거법에 관한 2008. 6. 17. 유럽의회와 이사회 규정 제593/2008호(Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)).

79) Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. 2015. 3. 19.에 헤이그국제사법회의에 의하여 승인.

(situs)”(b호), “수탁자의 거소 또는 사무소·영업소(place of business)”(c호), “신탁의 목적과 그것이 충족되어야 하는 장소”(d호)를 든다. 이 중 “신탁의 목적”은 공간적 접촉이 아닌데, 사실 d호의 초점은 “신탁의 목적…이 충족되어야 하는 장소”, 즉 수탁자의 의무이행지(예정지의 의미)에 있으므로, 특기할 만한 것은 아니다. 교섭당사국들은 이것들을 특히 유력하게 고려되어야 할 접촉들로 생각했지만, 예시규정이므로,⁸⁰⁾ 다른 공간적 접촉도 고려될 여지도 있고, 법정책적 고려의 여지도 있다.

협약상 당사자자치의 유효요건으로, 당사자가 선택한 법이 신탁제도를 인정할 것을 요구한다(제6조 제2항). 제7조에 의하여 객관적 준거법을 정할 때에도 “신탁의 목적”이 유력한 고려요소 중 하나이다(제2항 d호 전단). 신탁설정자가 신탁을 설정하고 준거법선택을 할 때, 신탁제도가 불인정될 것을 의욕할 가능성은 적기 때문이다. 그래서 준거법선택행위와 신탁설정행위에 대하여(제6조 제2항), 또는 신탁설정행위에 대하여(제7조) “계약에 유리하게”(favor negotii)의 원칙을 따른다.

신탁의 준거법은 신탁관계의 부분별로 달리 정해질 수 있다(제9조). 이 규정은 위탁자의 준거법선택과 신탁

신탁설정 후에 신탁의 준거법을 선택(제6조)하거나⁸¹⁾ 객관적 최밀접관련지가 바뀌어 신탁준거법이 바뀔 수 있는지는 신탁의 유효성의 준거법에 따른다(제10조).

법정지법이 신탁제도를 알지 못한다 하여 신탁준거법에 따라 신탁관계를 인정하기를 거절하고 ‘신탁 아닌 유사한 법률관계’로 치환(置換)하는 것은 인정되지 않는다. 이 점은 신탁의 승인을 규정한 전체 취지에 내포되어 있다. 그런데 개별재산의 준거법이 총괄재산(제)인 신탁의 준거법과 충돌할 때, 전자(개별준거법)를 우선하는 것은 허용되는지 문제된다. 개별준거법 우선원칙 원용이 일반적으로 허용되지는 않는 것 같다. 그러나 법정지 국제사법에 따른 “물건에 대한 소유권과 담보권의 이전”(transfer of title to property and security interests in property)의 준거법이 실질법적 강행법규(당사자의 임의로 적용을 피할 수 없는 법규)이면, 그 한도에서는, 그 법을 신탁준거법에 우선시키는 것이 허용된다(제15조 제1항 d호). 즉, 이 한도에서는 개별재산의 준거법을 우선시킬 수 있다. 다만 그 경우 법원은 신탁준거법이 뒤로 물러난 부분을, 신탁법 아닌 다른 법으로 치환해서라도 효력을 부여하도록 노력할 의무를 진다(제15조 제2항).

협약은 국제적 강행법규의 특별연결도 규정한다(제16조). 다만 제3국이 국제적 강행법규를 존중(고려)할 수 있다고 규정하는 제2항에 대해서는 부적용선언을 허용한다(제3항).

다. 현행 국제사법의 해석

(1) 재단설의 장점

법률관계의 준거법을 정하여 내외국법을 불문하고 적용하는 접근방법은 각국 실질법의 기능적 호환가능성이 높을수록 따르기 용이하다. 법률관계에서 출발하는 접근방법은 내외국법을 평등하게 취급하고 내용적으로 낮은 외국법 적용을 주저하지 않는다고 하지만, 내국에 낮은 내용의 외국법규는 그것이 과연 구체적 내용은 달라도 어디에나 존재할 수 있는 사법(私法) 법규인지를 의심받기 쉽기 때문이다.

그래서 법률관계에서 출발하는 접근방법(법률관계분류설)이 내외국법을 평등하게 취급하고 내용적으로 낮은 외국법의 적용에 주저하지 않는다는 점을 지나치게 강조할 일도 아니다. 먼저, 내외국법

80) 헤이그국제사법회의의 조약에서 “in particular”은 “…을 비롯하여”의 의미이다. 관행적으로 그런 의미로 쓰인다. 영미의 법률가들은 아마도 더 명확하게 “including, in particular,”라고 하기를 선호하겠지만, 헤이그국제사법회의에서 조약의 교섭에 참여하는 영어권 법률가들도 “in particular”가 이런 의미로 쓰이는 데 별다른 이의는 없는 것 같다.

81) 신탁준거법을 유효하게 선택했다가 다른 법으로 변경하는 경우와, 신탁준거법이 제7조에 의하여 정해져 있는 상태에서 신탁준거법을 선택하는 경우가 있다.

평등취급 부분을 너무 강조해서는 안 된다. 왜냐하면 실질법규에서 출발하여 공간적 포섭(적용)범위를 정하는 경우에도, 법규분류설처럼 법률관계의 본질에 따라 보편타당한 기준에 따르는 한, 내외국법은 평등하게 다루어질 것이기 때문이다. 미국의 이익분석론처럼 개별 법규에 담겨 있는 인위적 즉 자의법(恣意法)적인 공간적 적용의지에 따르는 경우에도, 내국법규의 적용의지를 범주적으로 우선시하지 않는 한, 내외국법은 기본적으로 평등하게 다루어진다. 다음으로, 법률관계분류설이 외국법의 내용을 알지 못한 상태에서도 작동가능하다는 점은 법률관계분류설의 장점이지만, 그렇다 하여 법률관계분류설이 낮은 외국법을 적용하는 데 있어 법규분류설보다 더 진향적이라고 말하기는 주저된다. 왜냐하면, 실질법규에서 출발하는 접근방법은 외국법의 내용을 이미 잘 파악한 상태에서 국제사법적 판단을 하기 때문이다. 물론, 현대에는 외국법의 내용을 모르거나 잘 알지 못하는 상황이 흔하고, 법률관계에서 출발하는 접근방법에 따르면, 사안에 적용되지 않을 외국법의 내용을 조사할 필요가 없어 편리하다. 그렇지만 외국법의 내용이 내국법과 크게 다른 것이라도 외국법 적용을 주저하지 않는 점은, 실질법규에서 출발하느냐, 법률관계에서 출발하느냐와는 상관없다. 오히려 법률관계분류설에 따라 준거외국법을 정한 후 외국법 조사에 실패하는 경우도 있다. 그렇다고 이것이 법률관계분류설의 단점도 아니다. 오히려 외국법을 충분히 이해하기 어렵다는 현실적 한계가 문제이다.

그런데 외국법규가 보편적인 사법(私法)법규의 성격이 비교적 적고 공법법규로서의 성격이 비교적 커서, 그 법규를—법률관계에서 출발해서든, 법규에서 출발해서든—적용하기는 어렵더라도, 그 법규가 사안에 적용된 결과를 존중(고려)하거나 수용(승인)하는 것은 조금 더 용이하다. 바로 여기에 재단설의 장점이 있다.

(2) 재단설과 채권행위설의 비교

재단설에 따르더라도, 설립준거법을 지정하는 한(제16조 본문), 채권행위설 간의 차이는 생기지 않는다. 어떤 신탁이 어느 나라의 법에 따라 성립되었는지 알려면, 제17조, 제25조 또는 제26조, 그리고 제29조를 유추적용해야 하기 때문이다.

논의의 실익은 신탁준거법의 사후적 변경가능성에 있다. 재단설은 외국법에 따라 성립한 신탁에 대하여 제16조 단서를 적용할 가능성을 생각할 것이다. 외국법에 따라 성립한 신탁은 항상 설립준거법과 최밀접관련이 있다고 할 것인가? 그래서 제16조 단서가 신탁에 적용될 가능성은 아예 없다고 할 것인가? 그렇게 단정할 수는 없다. 신탁이 성립한 후에 당사자자치로 신탁의 준거법을 변경할 수도 있다. 신탁의 주된 사무소·영업소 내지 주된 관리지는 얼마든지 변경될 수 있고, 그 결과 신탁의 준거법이 비소급적으로 변경될 수도 있다. 그런데 채권행위설에 따르더라도 결과가 달라지지 않는다. 제25조의 당사자자치에는 시기적 제한이 없다. 또, 신탁의 계속적 법률관계로서의 성격에 비추어, 제26조에 의한 객관적 준거법도 장래를 향하여 변경될 수 있다.

헤이그신탁협약 제3장(승인)은 타국법에 따라 성립한 신탁이면 그대로 실질법적 효력을 인정할 의무를 지운다. 실질법상 신탁제도가 없는 나라라 하더라도 그렇게 해야 한다.

결국, 재단설에 의하든 채권행위설에 의하든, 결과적으로는 차이가 생기지 않는다. 그렇다면 어느 설을 따르는 것이 나은가? 채권행위설을 따르는 편이 낫다고 생각된다. 그 논거는 다음과 같다.

첫째 이유는 국제법인법의 발달사와 국제사법 내에서의 위상에 있다. 단체와 재산체에 대한 국제사법적 취급은 법인에서 출발했고, 외국법에 따라 법인격을 취득한 것을 승인할지의 문제에서 출발했다. 그 후, 한편으로는 비법인사단과 비법인재단까지 규율대상이 넓어졌고, 다른 한편으로는 설립 후 본거의 이동에도 주목하게 되었다. 이렇게 발달된 국제법인법(법인격 없는 것에도 적용되지만 편의상 이렇게 불리운다)은 여전히 법인격 있는 것에 초점이 있고, 법인격 없는 것 중에는 비법인사단에 초점이 있다. 국제법인법의 이런 발달연혁은 국제사법 내에서 국제법인법의 위상에도 영향을 준

다. 이 점을 고려할 때, 논리적으로 사람이나 재산의 집합체라고 할 수 있는 것이면 모두 일단 국제법인법의 규율대상으로 상정되고, 부부공동재산, 공동상속재산, 도산재단, 신탁재산 등은 별도의 국제사법규칙이 마련됨으로써 비로소 국제법인법의 규율범위에서 벗어난다고 말하는 데에는 무리가 있다. 신탁의 경우에는 명문의 법률저촉규정이 없어, 이런 사고방식에 유념해야 할 것 같기도 하다. 그러나 채권계약에 적용되는 법률저촉규정들을 유추적용한다는 입법흡결 보충방안에 도달한 이상, 굳이 논리적 뿌리로 거슬러올라가 재단설을 따를 필요는 없을 것 같다.

둘째 이유는 국제법인법 내에서 본거지법설이 완전한 형태로 채용되지 못하고 있는 법현실에 있다. 본거지법설의 관점에서 보면, 설립 후 본거가 변경되지 않은 경우와, 외국법에 따른 설립 후 본거가 한국으로 변경된 경우에 대해서는, 각기 제16조 본문과 단서가 만족스럽게 규정한다. 그러나 한국법에 따라 설립된 후 외국으로 본거가 옮겨졌거나, 한 외국법에 따라 설립된 후 다른 외국으로 본거가 옮겨진 경우에는 입법자가 설립준거법설을 고집한다. 이런 두 경우에까지 제16조 단서를 유추적용하기에는 갈 길이 멀다.

(3) 채권행위설에 따른 해석

(가) 계약인가, 단독행위인가

채권행위설은 신탁설정행위를 계약(제17조 제3항, 제25조, 제26조, 제29조)이라 할지, 단독행위라 할지, 구체적 신탁설정행위가 생전계약과 단독행위 중 어느 형태로 행해졌는지에 따라 계약과 단독행위로 파악할지, 계약과 단독행위의 구분에 얽매이지 않고 신탁설정행위라고 할지의 문제를 열어둔다. 이 점에 유연성이 있는 것도 채권행위설의 장점이다.

입법론으로는 제4장(채권) 내에 신탁에 관한 별도의 저촉규정을 준용규정 형태로라도 두면서, 구체적 사안에서 계약으로 행해진 것과 단독행위로 행해졌는지에 상관없이 그 규정에 의할 수 있게 하는 것이 타당하여 보인다. 이렇게 하면, 신탁이 계약으로 설정된 경우에도 위탁자가 단독행위로 준거법을 선택한다고(제25조의 변형) 규정하기도 용이할 것이다.

그런데 해석론으로 이런 해결을 관찰하려면, 제17조 제3항, 제25조, 제26조, 제29조가 말하는 “계약”을 축소해석하거나 목적론적으로 감축(축소해석)하여, 신탁이 계약으로 설정되는 경우조차도 포함하지 않는다고 함으로써, 입법적 흡결을 발견해야 한다. 그런데 이 흡결은 어차피 제17조, 제25조, 제26조 제1항, 제29조에 의하여 보충하게 된다. 그렇다면 굳이 무리한 축소해석이나 목적론적 감축을 시도할 필요가 있는지 의문이 든다. 오히려, 구체적 신탁설정행위가 생전계약으로 행해졌는지, 단독행위로 행해졌는지에 따라, 적용되는 저촉법규가 조금 달라질 수 있게 허용하는 것이 자연스러워 보인다. 생전계약으로 행해진 경우에는 제17조, 제26조 제1항, 제29조를 적용하고 제25조를 유추적용(준거법선택은 위탁자가 단독으로 하는 것으로 하기 위하여)하여 신탁준거법을 정하면 된다. 단독행위로 행해진 경우에는 제17조에서 제3항을 제외하고 적용하고, 제29조를 적용할 때에도 신탁설정자의 유효한 동의만을 문제삼고, 제25조와 제26조는 유추적용하는 것이 타당할 것이다. 준거법선택은 위탁자의 단독행위로 하는 것으로, 유추적용 과정에서 변형이 이루어져야 한다.

(나) 설정행위의 방식

신탁도 신탁설정행위라는 법률행위로 성립하는 법률관계이다. 그래서 신탁설정행위의 방식상 유효성의 준거법은 국제사법 제17조에 따라 정해진다. 다만 신탁설정행위는 단독행위이므로 격지적 법률행위에 관한 제17조 제3항이 적용될 일은 없다. 제17조는 “법률행위”의 장에 편제되어 있고, “법률행

위”의 방식을 다루지만, 제3항은 격지적 “계약”에 대해서만 규정하기 때문이다. 제17조 제5항도 물권 행위의 방식에만 적용되는 조문이므로 신탁에는 적용되지 않는다. 이상에 대해서는 별다른 다툼이 없다.

(나) 당사자자치

법률행위에 의한 신탁이면 일반적으로, 제25조를 약간의 변형 하에 유추적용하여, 위탁자가 신탁준거법을 자유롭게 선택할 수 있다. 신탁 분야의 당사자자치에는 몇 가지 세부 논점이 있다.

먼저, 당사자자치의 주체가 문제된다. 이에 관해서는 입법례와 견해가 나뉜다. 헤이그신탁협약 제6조 제1항 1문은 항상 위탁자가 단독으로 준거법을 선택할 수 있다고 규정한다. 이것이 통설로 보인다. 한편, 신탁이 생전의 단독행위로 설정되든, 유언으로 설정되든, 계약으로 설정되든, 위탁자와 수탁자의 합의로만 준거법을 선택할 수 있다는 견해도 있다.⁸²⁾ 신탁이 단독행위로 설정되든 계약으로 설정되든 국제사법적으로는 신탁계약의 채권관계로 파악해야 하고, 한국 국제사법상으로는 제25조와 제26조가 적용된다고 해석한다.⁸³⁾ 외관상 위탁자의 단독행위로 준거법을 선택하는 것처럼 보이는 경우에도 수탁자의 묵시적 동의를 발견해야 한다고 주장한다.⁸⁴⁾ 이 학설은 입법론적으로도 이런 처리가 타당하다고 본다. 그래서 헤이그신탁협약 제6조 제1항 1문이 신탁준거법 선택을 위탁자의 단독행위로 하도록 규정한 것을 비판한다.⁸⁵⁾

한편, 준거법선택의 주체를 불분명하게 규정하는 입법례도 있다. 중국(중화인민공화국)涉外民事 관계법률적용법 제17조도 신탁의 준거법선택을 인정한다.⁸⁶⁾ 다만, 선택의 주체를 “당사자”라고만 규정한다. 그래서 위탁자가 선택하는 것인지, 그와 수탁자의 합의로 선택하는 것인지는 해석에 맡겨져 있다.

사건으로는, 신탁설정행위가 생전의 단독행위이든, 생전의 계약이든, 유증에 대응하는 사인적 단독행위이든, 사인증여에 대응하는 사인적 계약이든 상관없이, 신탁준거법은 위탁자가 단독으로 선택할 수 있다고 해야 한다. 해석론과 입법론 양쪽에서 그렇다.

신탁설정행위는 단독행위로 행해지는 경우가 자주 있다. 그런데 국제사법 제25조와 제26조, 그리고 제29조는 1980년 로마협약을 수용한 것이고, 각기 계약과 계약에의 동의만을 다룬다. 2001년 개정 전 제9조(현행 제25조, 제26조의 전신)는 법률행위를 표제어로 했지만, 2001년에는 채권계약에 관해서만 조문을 두었다. 국제사법상 독립된 연결대상이 되어야 하는 채권법적 단독행위는 드물으므로, 이에 대해서는 입법의 공백을 두고 제25조, 제26조, 제29조의 유추적용 가능성을 남기는 것으로 만족했다. 이런 입법의사가 명확하고, 문언도 “계약”이라 하므로, 단독행위로 행해지는 신탁설정행위에는 세 조문을 확대적용하기 어렵다. 그렇지만 유추적용될 수 있다. 제25조는 거의 그대로 유추적용되지만, 준거법선택의 주체는 위탁자와 수탁자가 아니라 위탁자만이라고 해야 한다. 또, 제26조 제2항은 유추적용 대상에서 자연스럽게 탈락한다.

신탁은 국제사법상으로는 항상 계약에 속한다는 견해도 있지만,⁸⁷⁾ 동의하기 어렵다. 물론, 신탁에 관한 법률저축규칙을 입법이나 사법(司法)적 흠결보충으로 창설할 때, 단독행위로 설정되는 것과 계

82) 김연숙, 전계논문, 201-202면.

83) 김연숙, 전계논문, 200면.

84) 김연숙, 전계논문, 201-202면.

85) 김연숙, 전계논문, 201면.

86) 석광현, “중국 국제사법 제정을 환영하며”, 법률신문 2010. 11. 25.; 김현아, “중국 국제사법의 입법적 의의”, 가천법학 제6권 제4호(2013), 270면; 쉰소링, “중국 국제사법의 새로운 동향:涉外民事關係法律適用법 및 사법해석을 중심으로”, 고려법학 제71호(2013), 34면 참조.

87) 김연숙, 전계논문, 200면.

약으로 설정되는 것을 모두 포섭하도록 국제사법상의 체계개념을 정함이 바람직함에는 의문이 없다. 그러나 제25조-제29조가 계약만을 다루고, 단독행위는 다루지 않는다는 점을 무시할 수 없다. 법률해석의 방법론은 국제사법이라 하여 다르지 않다. 확대해석에는 한계가 있다. 아무리 국제사법의 체계개념이 독자적 의미를 가진다 해도, 단독행위로 행해지는 신탁설정행위도 국제사법상으로는 신탁계약이라고 하는 것은 무리이다. 그렇게 무리할 실익도 없다. 제25조, 제26조 제1항, 제29조가 적용되든 유추적용되든 다를 것이 없기 때문이다. 오히려 그런 무리한 확대해석에는 폐해가 따른다. 첫째, 단독행위인 신탁설정행위도 계약이라고 하면 제17조 제3항도 적용하게 되는데, 그렇게까지 선택(택일)적 연결을 확대할 필요가 없고, 제17조 제3항의 문언에도 정면으로 어긋난다. 둘째, 신탁의 준거법 선택자유는 위탁자가 독점한다고 해석해야 하는데, 제25조를 그대로 적용하면, 위탁자와 수탁자의 합의로만 신탁준거법을 선택할 수 있다는 결론에 이르기 때문이다.

그런데 제25조를 그대로 적용하기 어려운 점은, 신탁설정행위가 계약으로 행해지는 경우에도 같다. 제25조는 계약당사자의 합의로 준거법을 정하도록 규정하지만, 신탁을 계약으로 설정하는 경우에도 신탁의 준거법선택의 주체는 위탁자뿐이라고 해야 하기 때문이다. 그것이 신탁의 본질에 어울린다. 계약으로 설정하는 신탁에 대하여 제25조를 그대로 적용하지 않는 것은 법률해석방법 중 목적론적 축소해석(목적론적 감축, teleologische Reduktion)에 해당한다. 즉, 통상적인 축소해석의 한계를 넘어 제25조의 “계약”에는 신탁설정계약은 포함되지 않는다고 해석한다. 이렇게 해석으로 창출된 법률결을 제25조의 유추해석으로 메운다. 이 과정에서 준거법선택의 주체는 항상 위탁자인 것으로 규율내용이 변형된다.

다음으로, 묵시적 당사자자치의 한계가 문제된다. 제25조 제1항 2문은 묵시적 당사자자치를 허용하되, 명확하게 확인될 것을 요구한다. 명확성의 한계를 신탁준거법 선택에도 요구할 것인가? 원론적으로 생각하면 그래야 한다. 그런데 오래 전에 설정된 신탁의 경우에는 이것이 가혹하게 느껴질 여지가 있다. 위탁자가 현실적인 준거법 선택의사를 가지고 신탁증서를 작성했지만, 묵시적 당사자자치의 탐구가 과도할 수 있다는 문제의식과 이에 대한 입법적 대응(1980년 로마협약을 필두로 하는)이 나오기 오래 전이어서, 자신의 현실적 당사자자치를 문서상으로 분명히 하려는 생각을 못 한 경우가 있다.

끝으로, 세분화된 당사자자치의 허부와 한계가 문제된다. 계약에 관해서는 계약관계를 다시 나누어 상이한 준거법을 선택하는 것도 허용된다는 원칙을 정하고(제25조 제2항), 세분화의 한계는 해석에 맡기고 있다. 신탁에 관해서는 당사자자치의 세분화가 아예 불허된다는 해석도 가능할 것 같다.

(다) 객관적 연결

위탁자의 준거법선택이 없는 경우의 준거법결정은 제26조 제1항의 적용(계약으로 설정되는 신탁의 경우)이나 유추적용(단독행위로 설정되는 신탁의 경우)으로 정해야 한다. 계약으로 설정되는 경우에도, 신탁은 제26조 제2항 제2호가 말하는 “위임...계약...[과] 유사한 용역제공계약”에 해당하지 않으므로, 제26조 제2항에 의할 일은 없다.

신탁준거법의 객관적 연결기준에 관해서는 아직 통설이 정립되어 있지 않다. 헤이그신탁협약도 신탁의 최밀접관련원칙을 선언하고(제7조 제1항), 최밀접관련지를 찾기 위하여 유력하게 고려되어야 하는 접촉들(contacts)을 예시할 뿐이다(제7조 제2항 a호-d호). “위탁자가 지정한 신탁관리지(신탁사무수행지)”, “신탁재산(자산)의 소재지”, “수탁자의 거소 또는 사무소·영업소”, “신탁의 목적과 그것이 충족되어야 하는 장소”가 그것이다. 언급하는 접촉들이 다양하고, 예시적 목록에 불과하여, 제7조 제2항에도 큰 의미는 없는 것 같다. 한편, 중국 섭외민사관계법률적용법 제17조는 당사자의 준거법선택이 없는 경우 신탁재산의 소재지법 또는 신탁관계 발생지법을 지정하는데, 두 개의 준거법 중 하나

를 우선시하는 기준은 정하지 않는다. 결국 최밀접관련원칙에 따르게 된다고 한다.⁸⁸⁾ 그렇다면, 중국 국제사법의 객관적 연결규정은 그 의미를 축소해석하여, 객관적 최밀접관련법 판단에 고려해야 할 유력한 접촉들을 언급하는 것에 불과하다고 해야 한다. 헤이그신탁협약과 달리, 지정된 신탁관리자, 수탁자의 본거, 신탁의 목적, 수탁자의 의무이행지는 언급하지 않고, 신탁관계 발생지법은 언급하는 점에도 별다른 의미가 없는 듯하다.

(라) 사항규정지정(반정의 배제)

신탁에 유추적용되는 제25조, 제26조, 제29조는 사항규정지정규정이므로(제9조 제2항 제1호), 이 규정들의 유추적용에 의한 신탁준거법의 지정도 사항규정지정으로 해석된다. 그래서 한국 국제사법이 존중할 반정은 있을 수 없다.

(마) 신탁준거법의 적용범위

헤이그신탁협약 제8조도 규정하듯이, 신탁준거법은 신탁의 유효한 성립, 관리, 변경, 해소를 포함하여 신탁의 모든 문제에 적용되어야 한다. 물론, 신탁설정행위의 방식과 신탁설정행위의 실질적으로 유효한 성립은 각기 제17조와 제29조에 의하여 별도로 준거법이 정해진다. 그러나 사인적 신탁의 경우, 유언의 실질, 유언방식, 상속의 법률관계는 처음부터 유언실질준거법, 유언방식준거법, 상속준거법에 의할 뿐이다. 헤이그신탁협약도, 유언의 유효한 성립(“validity of wills”)은 신탁준거법에 의하지 않는다고 규정한다(협약 제4조). 생전행위로 신탁이 설정되는 경우에도, 신탁재산을 신탁으로 이전시키겠다는 의무부담행위와 실제로 이전시키는 물권행위의 유효한 성립도, 각기 그 준거법(계약준거법과 물권변동의 준거법)에 의할 사항이지, 신탁의 문제가 아니다. 헤이그신탁협약 제4조는 이 점도 명시한다.⁸⁹⁾ 그러나 그렇게 출연된 재산에 의하여 신탁이 유효하게 성립하는지는 신탁의 문제이다.⁹⁰⁾

헤이그신탁협약처럼 신탁준거법에 의하여 신탁의 채권법적 측면과 물권법적 측면을 일원적으로 규율하는 것이 타당하다고 보면서도,⁹¹⁾ 현행 한국 국제사법의 해석론으로는 신탁의 법률관계를 다시 채권법적 측면과 물권법적 측면으로 나누어 준거법을 정하는 쪽으로 기우는 견해도 있다.⁹²⁾ 그러나 신탁설정의 법적 원인에 초점을 맞추어 신탁준거법을 정한 후, 그렇게 정해진 신탁준거법을 신탁의 물권적 효력에도 적용하는 것이 적절하다. 법률행위로 설정하는 신탁의 경우에는 신탁설정행위를 채권행위의 일종으로 분류하여 신탁준거법을 정하고, 그 신탁준거법이 신탁의 물권적 효력도 규율하게 하면 된다. 즉, 신탁은 단순한 채권계약관계를 넘지만, 신탁의 준거법을 채권행위의 준거법지정규칙에 따라 정하고 나서, 신탁의 물권적 효력까지 규율하게 하면 된다. 그것은 어색한 일이 아니다. 왜냐하면 신탁의 준거법은 신탁의 의무부담행위만을 규율하는 것이 아니라, 그 의무부담행위에 따른 물권관계(내지 준물권관계)까지 규율하기 때문이다.⁹³⁾ 이렇게 채권행위의 준거법이 그에 의한 물권관계(내지 준물권관계)까지 ‘채권행위의 효력’이라 하여 규율하는 일은 어색한 것이 아니고, 한국 국제사법에도 낯설지 않다. 예컨대 보험계약의 준거법은 보험계약상의 특약에 의한 보험자대위(그것은 물권변동이나 준물권관계의 변동이다)도 규율한다.⁹⁴⁾

88) 쉰소링, 전계논문, 34면.

89) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 64면 참조.

90) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 64면 참조.

91) 석광현, “우리 기업의 해외증권 발행과 관련한 법적 미비점과 개선방안”, 국제사법과 국제소송 제3권(박영사, 2004), 591-592면.

92) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 66-67면의 주 32.

93) 석광현, “우리 기업의 해외증권 발행과 관련한 법적 미비점과 개선방안”, 591-592면도 이 점을 인정한다.

94) 보험자대위에 의한 채권이전은 보험계약의 효력이자, 법률에 의한 채권이전(cessio legis, Legalzession)이 아니다. 이전

(4) 국제사법 제16조에 의한 준거법 지정과 외국법 적용결과의 승인

제16조 본문에 의하여 외국법이 지정되는 경우, 그 외국법이 법인격을 부여했으면 그것이 승인된다. 이것은 한국 국제사법이 정한 준거외국법의 적용결과의 수용(acceptance)이다. 즉, 법률관계의 승인(reconnaissance des situations) 법리가 한국 국제사법에서도 채용되는 예이다. 물론 이런 국제사법적 규율은 제16조 단서에 의하여 깨어질 수 있다. 그런데 법률관계의 준거법이 장래를 향하여 변경되어, 과거의 준거외국법의 적용결과의 승인이, 후속 준거법의 적용을 위하여 후퇴하는 것은 자연스럽다. 그런 일은 국제법인법 밖에서도 일어날 수 있다. 단지, 계속적 법률관계의 경우에 그런 일이 자주 생기고, 국제법인법에서도 그럴 뿐이다.

(5) 국제사법 제16조는 비법인재단도 규율하는가

일반적으로 사람의 집합(사단)과 재산의 집합(재단 즉 재산체)을 묶어 단체라고 한다. 이 점을 분명히 하는 입법례도 있다. 스위스 국제사법 제150조는 “조직된 인적 결합체”와 “조직된 재산통일체”를 총칭하여 “단체”라 함을 명시한다.⁹⁵⁾ 그러나 한국의 입법자는 이런 광의의 단체 개념을 입법적으로 공식화하기를 주저하고, “사단 또는 재단”이라는 표현을 선호한다. 민사소송법 제5조는 “법인, 그 밖의 사단 또는 재단”을 규율대상으로 하여 비법인재단의 일반관할까지도 함께 규정하는 점에서 독특하지만,⁹⁶⁾ 사단과 재단을 아예 용어상으로 묶지는 않는다.

그런데 국제사법 제16조는 민사소송법 제5조와 달리 표제어를 “법인 또는 단체”로 규정한다. 여기에서 “단체”는 비법인사단만을 가리키는가? 아니면 비법인사단과 비법인재단을 통칭하는가? 두 가능성을 차례로 검토한다.

제16조의 “단체”가 비법인사단만을 가리킨다는 해석은 다음의 논거를 가진다. 첫째, 국제사법 제16조에서 “또는 단체”라고 함으로써, 신탁재산, 부부공동재산, 공동상속재산이 제16조의 규율대상에서 제외됨을 조문의 문언상 분명히 했다. 둘째, 장소적 관할법(국제재판관할법과 국내토지관할법)과 법률저촉법의 규율원리는 다르며, 두 분야에서 채용하는 연결점도 종종 다르다. 민사소송법은 재산관계에만 적용되고, 도산법(특히 도산사건의 장소적 관할법)과의 관계는 이미 분명하다. 민사소송법 제5조도 마찬가지이다. 신탁(신탁의 내부문제)에 대해서도 민사소송법 제5조에 따라 신탁재산체의 보통재판적 소재지 법원의 일반관할이 미치고, 국제재판관할법상으로 마찬가지로 처리될 여지를 문언상 열어두어도 괜찮다. 반면에, 국제사법 제16조가 포함된 제2장(사람)은 재산관계에 국한된 조문이 아니다. 그러므로 만약 민사소송법 제5조처럼 비법인재단도 규율대상으로 명시하면, (입법 또는 해석상의) 특칙이 없는 한 국제사법 제16조에 의하여 비법인재단의 준거법을 정해야 한다. 그러나 이렇게 선불리 입법하기 조심스럽다. 즉, 법률저촉법에서는 민사소송법 제5조처럼 법인과 비법인사단에 적용할 규율과 비법인재단에 적용할 규율을 간단하게 통일하려 할 것이 아니라, 법률저촉법의 지도원리인 최밀접관련 원칙에 따라 충분히 숙고하여 조문을 두어도 늦지 않다. 그래서 비법인재단 자체의 준거법 결정에 관해서는 의도적으로 법률의 공백을 둔 것이다. 관할법은 공적 권한을 정하므로 입법

의 원인이 친구채권자 간의 계약이기 때문이다.

95) 석광현, “스위스 국제사법(IPRG)”, 559면의 번역을 따름.

96) 브뤼셀 제1규정 전면개정본(2차본) 제63조 제1항은 “회사(company) 또는 기타의 법인(other legal person) 또는 자연인이나 법인의 협회(단체)(association of natural or legal persons)”의 상거소를 정의하는데, 정관상 본거, 경영중심지, 주된 사업·영업소 소재지가 모두 상거소라고 규정한다. 그래서 그것의 상거소지국 일반관할(제4조 제1항)은 그 세 가지 상거소지국에 병존하게 된다. 제63조 제1항은 비법인재단은 다루지 않는다. 법인 외에 “자연인이나 법인의 협회(단체)”를 따로 언급하여 비법인사단까지는 언급하지만, 비법인재단은 여기에 포함되지 않기 때문이다.

공백을 두고 해석에 맡기기가 좀 더 부담이 되지만, 법률저촉법은 이미 '국제법에 의하여 전속적 입법관할국을 정한다'는 접근방법을 벗어난지 오래이고, 보편적 기준에 따라 최밀접관련원칙을 구체화함을 임무로 하므로, 입법자가 확신이 없으면 입법공백을 두고 해석에 맡겨도 무방하다.

제16조의 “단체”가 ‘기타의(법인 아닌) 단체’의 의미, 즉 “기타의 사단 또는 재단”(민사소송법 제5조)의 축약적 표현으로서, 비법인사단과 비법인재단을 포괄한다는 해석은 다음의 논거를 가진다. 첫째, 제16조가 “법인, [또는] 그 밖의 사단 또는 재단”이라 하지 않고 “법인 또는 단체”라고 한 것은, 문언의 간명성을 기한 것이다. 즉, 민법학계가 지지하는 광의의 단체 개념을 따를 때가 무르익었다고 생각하여, 의용 민사소송법으로 거슬러 올라가는 민사소송법 제5조의 “사단 또는 재단”의 표현을 “단체”로 축약한 것이다. 둘째, 전설에 따르면 민사소송법 제5조와 규율대상이 어긋나게 된다. 그런데 민사소송법 제5조 제1항은 국제재판관할법에도 유추적용(국제사법 제2조 제2항)된다. 입법자가 법률저촉법과 국제재판관할법에서 사항적 적용범위를 달리하는 조문을 두는 것은 어색하다. 셋째, 제16조는 재산체(재단)을 포함하는 광의의 단체 개념을 채용하여 포괄적인 규정을 됴으로써 법률의 공백이 없게 했다. 그래서 비법인재단도 다른 특칙(다른 독립적 법률저촉규칙)이 없으면 제16조에 의하여 준거법이 정해진다. 부부공동재산, 상속재산, 도산재산이 제16조의 규율대상에서 제외되는 것은 제38조, 제49조, 국제도산법이 제16조에 대하여 특별법의 지위를 가지기 때문이며, 신탁재산을 제16조의 규율대상에서 제외할지도 해석에 맡겨질 것이다.

결국, 제16조가 비법인재단도 규율하는지 여부에 대해서는, 문리해석과 목적적 해석 각각을 놓고도 견해가 나뉠 수 있다. 문리해석에서는, 단체 개념이 사단만 가리키는지, 사단과 재단(재산체)을 통칭하는지에 따라 견해가 나뉘게 된다. 목적적 해석은 비법인재단에 대해서도 제16조를 원칙으로 삼는 것이 최밀접관련원칙상 타당한지의 문제가 되는데, 이 차원에서 견해가 나뉠 수 있다. 그런데 제16조가 비법인재단도 규율하도록 입법되었어도, 축소해석이나 목적론적 축소해석(목적론적 감축)에 의하여 비법인재단의 일부나 전체를 제16조의 규율대상에서 제외시키고 달리 연결할 여지가 있다. 심지어 법인과 비법인사단에 대해서도 제16조에 대한 특칙을 두거나 제16조에 대한 목적론적 축소해석을 하여 제16조의 규율을 받지 않도록 할 수 있다. 그러므로 제16조 자체의 일반론으로, 제16조가 독립적 실체를 가지는 모든 단체 및 재산체에 적용되는지를 따지는 데에만 머무를 필요는 없고, 오히려 분야별로 적절한 연결규칙을 탐구할 필요가 있다. 즉, 각종의 단체, 재산체에 대하여, 설립준거법설과 본거지법설을 절충한(달리 말하면 설립준거법설에 대한 본거지법설의 도전을 절충적으로만 받아들인) 제16조를 따를지, 아니면 다른 기준에 따라 준거법을 정할지를 생각해야 한다.

그래서 위 두 해석가능성 중 어느 쪽을 따르든, 부부공동재산의 준거법 결정과 준거외국법을 배제하고 한국법을 보충적 준거법으로 삼을지는 제38조에 의하고, 공동상속재산의 준거법도 제49조가 정한다.

조합은 조합계약의 준거법부터 정하고 제16조 본문의 적용가능성을 살펴도 되고, 제16조 본문을 거쳐 조합계약의 준거법을 정해도 된다. 첫째, 제16조 본문을 거치지 않고 곧바로 조합계약의 준거법부터 정해도 상관없다. 조합계약의 준거법은 제17조, 제25조, 제26조, 제29조에 따라 정해진다. 조합계약 준거법이 법인격을 부여하면 제16조 본문에 따라 법인격이 승인된다. 조합계약의 준거법이 법인격을 부여하지 않으면 그러한 효력이 그대로 인정되는데, 제16조가 단체성의 강약을 불문하고 모든 단체에 적용되는 것으로 해석하면, 이런 효력의 승인도 제16조 본문에 따른 것으로 설명할 수 있다. 둘째, 제16조 본문을 거쳐 조합계약의 준거법을 정해도 된다. 이렇게 하려면, 스위스 국제사법 제150조와 달리 단체성의 강약을 불문하고 모든 단체에 대하여 제16조가 적용되는 것으로 “단체”의 의미를 넓게 정의해야 한다. 이렇게 하면, 조합처럼 단체성이 약한 단체도 제16조 본문을 거쳐 조합계약의 준거법을 정하는 작업으로 넘어갈 수 있다. 두 가지 경로 중 어느 쪽으로 외국법에 따라 결성된 조합의 본거가 한국으로 옮겨지면, 단체로서의 문제는 한국법에 따라야 하므로, 그 조합에 법인격

을 인정할지 말지도 한국법에만 의하게 된다.

신탁재산에 대하여 법인격을 인정하더라도 신탁관계로서의 본질은 영향받지 않는다. 그래서 조합과 마찬가지로, 신탁재산이 법인격을 가지거나 법인격을 가지는 것처럼 취급되는지도 제16조에 따라 규율될 가능성이 있다. 재단설은 제16조에 의한 규율을 당연시하지만, 채권행위설에 의하더라도 이 문제는 제16조에 의할 수 있다. 그런데 입법이나 해석으로 신탁을 다른 재단과 달리 취급할 가능성은 열려 있다.

4. 입법론

신탁에 대한 연결규정의 신설은 “기존의 연결원칙의 적용이 불가능한 경우에 한정”되어야 한다는 견해가 유력하다.⁹⁷⁾ 이 견해가 타당하다. 신탁의 연결기준은 지금으로서는 해석에 맡겨 최선의 연결기준을 탐구하는 것이 낫다. 그 이유를 좀 더 상세히 적어 본다.

신탁의 준거법결정에 관해서는 국제사법 제17조를 적용하고 제25조를 유추적용하고, 제26조, 제29조를 적용하거나 유추적용하는 것보다 나은 대안이 아직까지 뚜렷하게 제시되고 있지 않다. 그리고 법원이 이런 유추해석을 시도하지 않고 “의심스러우면 법정지법에 의한다”(in dubio lex fori)는 원칙으로 돌아갈 가능성은 낮아 보인다. 그러므로 신탁의 연결기준에 관하여 입법론적 논의를 할 실익은 크지 않다.

국제사법 제17조가 적용되고, 제25조, 제26조, 제29조가 유추적용되어야 하는 현재의 법상태를 분명히 하는 입법방안은, 논리적으로는 생각해 볼 만하나, 별로 실익이 없다. 첫째, 신탁설정행위가 계약으로 행해진 경우에는 이미 제25조, 제26조 제1항, 제29조의 적용대상이 되고 있어서, 추가적 입법의 여지가 별로 없다. 둘째, 단독행위로 신탁을 설정한 경우에도 제25조, 제26조 제1항, 제29조가 준용된다고 규정하는 방안을 생각할 수 있지만, 당사자자치가 허용됨을 분명히 하는 외에는 별 실익이 없다. 어차피 제29조는 재산법상 법률행위의 실질적 성립·유효성에 확대적용하는 것이 당연하고, 객관적 연결은 내용적으로 공허한 제26조 제1항에 의존해야 한다. 제26조 제1항은 형식적으로 입법의 공백을 메우는 조문일 뿐, 그 조문이 없더라도 달라지는 것이 없다. “in dubio lex fori” 원칙에 의존할 만한 상황을 극복하는 외에는, 아무 입법도 없는 것과 같다.⁹⁸⁾ 그래서 조합계약에 제26조 제1항을 적용할 때의 불확실성과 마찬가지로의 불확실성에 직면하게 된다.

헤이그신탁협약에 가입하는 방안을 제시하려면, 연결점을 명시하지 않고 고려요소들의 나열 내지 예시로 만족하는 입법방식을 받아들이는 데 대하여 학계와 실무계에 걸친 논의와 의견수렴이 선행되어야 한다. 그런데 이런 입법방식은 이미 2001년 개정시 개정위원회에서 배척되었고 그 결과가 현재의 제26조이다. 게다가 현재의 제26조에 대해서는 우선 그대로 두면서 해석론의 발달을 기다리자는 것이 학계의 대체적 경향으로 보인다. 2001년 개정 후에는 실무계로부터도, 제26조가 왜 고려요소들을 나열하지도 않느냐고 불만을 표하는 견해가 나온 예를 찾기 어렵다.

신탁과 다른 법률관계 간의 경계획정도 해석에 맡기는 것이 낫고, 입법적으로 남김없이 해결하려

97) 석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, 67면.

98) 최밀접관관련원칙에만 의존하는 것은, 최밀접관관련원칙에서 벗어난 입법에 얽매어야 하는 것보다는 낫지만, 최밀접관관련원칙을 구체화하기를 전적으로 방기한다는 점에서 결코 최선에 근접한다고 할 수 없다. 그러나 대법원 2016. 12. 29. 2013므4133 판결은 반대로 여긴 듯하다. 채권자취소권의 연결기준의 공백을 메우기 위한 진지한 검토는 게을리하면서, 외관상 멋있어 보이는 제26조 제1항이 적용되도록 성질결정을 구부렸다. 이 조문은 최밀접관관련원칙에만 직접 의존하는, 거의 입법실패에 가까운 조문임을 이해하지 못했다. 오히려 반대로, 최밀접관관련원칙에만 매달리는 것이 이 원칙 구현의 최선책이라고 여긴 듯하다. 법률저촉규정은 대부분이 최밀접관관련을 구체화하는 것이고, 그런 구체화가 중요함을 간파했다. 법률관계의 특성을 살피지 않고 일반원칙에만 기대어 막연히 생각할수록 어긋나기 쉬움을 잊었다. 최밀접관관련원칙을 추구한다고 강조하는 것이 능사라고 생각하여, 법률심에 걸맞지 않는 명분론에 빠졌고, 그 결과 법률관계의 성질결정을 그르쳤으며, 적절한 연결기준의 탐구작업을 본격적으로 시작하기도 전에 그 작업에서 이탈했다.

고 무리할 필요가 없다.

IV. 반정(反定)

1. 현행 국제사법

현행 국제사법은 반정의 다양한 유형 가운데 직접반정만을 존중하고, 반정의 영원한 순환은 항상 한국법으로 끝맺는다(제9조 제1항). 반정 법리에 대하여 부분적으로만 관심을 보이면서, 유독 내국법 적용의 확대에 열의를 보이는 태도이다. 이론적으로는 일관성이 높지 않다. 이렇게 반정의 해결방법의 문제를 본격적으로 다루지 못한 일이 지난 100여년간 이어져 왔다. 19세기말 일본 법제 입법자는 준거외국법도 직접반정을 인정하는 사안유형까지는 고려하지 않은 채 직접반정에 한정하여 반정론을 받아들인 것이 아니었을까 추측된다. 이런 절충적 입장결정이 1962년 섭외사법에서도 보존되었고, 지금까지 한국 국제사법의 기초를 이루고 있다.

사망자의 총괄재산의 운명을 정하는 일은 최초의 소유권자(원시취득자)를 정하는 일만큼이나 중요하고, 고도의 법적 안정성의 구현이 요구된다. 다행히도 물권법 분야에서는 부동산물권에 관한 소재지법주의가 동산에 확대되어, 적어도 유형재산에 관한 한, 국제적 물권관계의 준거법결정이 고도로 확실하게 이루어질 수 있다. 그런데 소유자의 사망을 계기로, 소유권관계의 확실성과 법적 안정성이 너무 많이 해쳐져서는 곤란하다. 이런 요청을 받고 있는 국제상속법 분야를 살펴보면, 한국 국제사법이 반정 현상을 해결하는 기준을 좀 더 본격적으로 논의할 필요가 있다. 이런 논의에 기초하여 입법론을 생각해 보아야 한다.

2. 전정과 간접반정의 법적 존중의 요청

직접반정 외에 전정(轉定)과 간접반정(間接反定)도 허용함이 타당하다.⁹⁹⁾ 그것이 총괄지정(국제사법지정)의 취지에 맞기 때문이다. 특히 전정은 상속 분야에서 다음과 같은 실익이 있다.

외국에서의 상속실행도 일정한 경우에 승인될 필요가 있다. 이 승인을 가장 쉽게 받을 수 있는 외국은 한국의 법률저촉법이 지정하는 준거법소속국이다. 그래서 외국(A국)에서 제3국법(B국)을 상속준거법으로 지정하여 상속을 실행한 것도 승인하게 된다.

A국 국제사법이 한국 국제사법과 달리 B국법을 준거법으로 삼는 이유는 다양할 수 있다. 첫째, 속인적 연결기준이 달라서일 수 있다. 둘째, A국의 국제사법이 상속분할주의를 따르기 때문일 수 있다. 셋째, 한국이 당사자자치를 좁게 인정하기 때문일 수도 있다. 즉, 피상속인이 준거법으로 B국법을 선택했지만, 한국 국제사법이 이를 인정하지 않아 A국법을 객관적 준거법으로 지정했는데, A국 국제사법은 그 당사자자치를 인정하여 B국법을 준거법을 지정할 수 있다. 예컨대 사망시 상거소지법을 선택하였고 A국 국제사법이 이를 허용할 수 있다. 다른 예로, 복수국적 중 본국법을 정하는 기준이 되지 않는 국적을 가진 법을 선택하여도, 유럽상속규정은 이를 인정한다. 넷째, A국이 반정의 영원한 순환의 해결방법을 한국법과 달리하기 때문일 수도 있다. 이중반정론을 채택하는 경우가 대표적이다(예: 영국).

그런데 한국법의 손으로 국제상속관계를 다루는 경우라 하여, 전정은 인정하지 않겠다는 고집을 부리면서, B국법을 적용하기를 결단코 거절한다면, A국이 B국법을 적용한 상속실행을 승인하는 경우와 결과가 달라진다. 이런 국제적 판단불일치는 매우 어색하다. 국제적 판단일치를 가져오는 방도가 바로 눈앞에 있는데도 완고히 외면할 이유가 없다. 전정을 인정하는 것만으로 이런 사태를 피할

99) 앞서 윤진수 대표집필, 주해상속법 제2권(박영사, 2019), 제49조, 1192면(장준혁); 제50조, 1430-1431면(장준혁).

수 있다. 전정도 인정해야 한다.

3. 이중반정론 채택의 요청

가. 원칙

제9조 제1항은 반정의 순환을 일률적으로 한국법에서 끝낸다. 그러나 이 문제는 한국의 독립적 저촉규정이 지시하는 국가의 국제사법에 따르는 것이 낫다. 즉, 이중반정론에 따르는 것이 낫다. 한국의 독립적 법률저촉규칙이 준거법소속국으로 지정하는 외국이 한국법을 총괄지정하는 경우에는, 그 외국법을 적용하는 것으로 끝내는 것이 타당하다. 그 근거는 외국법원이론(foreign court theory)에 있다. 이중반정론은 다음의 장점을 가진다.

첫째, 이중반정론까지 인정해야, 총괄지정의 취지를 가장 충실히 살릴 수 있다. 한국의 독립적 법률저촉규칙이 외국법을 총괄지정하는 것은 외국의 법원이 준거법결정하듯이 준거법결정하겠다는 뜻이다. 반정의 영원한 순환의 해결을 위하여 이 점을 다시 떠올려 초심으로 돌아가는 것일 뿐이며, 이를 외국법원이론으로 이름붙일 뿐이다. 이를 놓고, 갑자기 낯선 영국 국제사법이론을 들여와 한국 국제사법의 해석론을 혼란시킨다고 여겨 백안시할 것은 아니다.

둘째, 이중반정까지 인정함으로써, 한국이 지시하는 외국과의 사이에서 국제적 판단일치를 어김없이 달성할 수 있다.

셋째, 반정의 순환을 한국법 적용으로 끝맺는 해법이야말로 돌발적이다. 한국의 독립적 법률저촉규칙이 이미 외국법을 총괄지정함에도, 굳이 한국 실질사법 적용의 편의에 매달려 한국법 적용으로 끝맺으려 할 일은 아니다.

넷째, 한국의 입법자는 총괄지정의 범위를 점진적이긴 해도 가급적 줄여 나가려 한다. 첫째, 당사자자치에 의한 준거법지정은 사항규정지정으로 정한다(제9조 제2항 제1호). 둘째, 연결기준을 확실히 정하기가 워낙 어려운 상황을 타개하기 위하여 일정한 연결기준을 따르는 경우에도 사항규정으로 정하는 경우가 있다(제9조 제2항 제2호: 계약). 셋째, 다자적 국제사법 통일조약에서도 채택될 정도로 해외에서 지배적인 입법동향이 보이고, 한국 입법자가 생각하기에도 그런 연결기준이 타당하다고 생각되면, 이를 채택하면서(혹은 이미 채택하고 있는 태도를 유지하면서) 이를 사항규정지정으로 정한다(제9조 제2항 제3호-제5호). 둘째, 예외적으로 실질법적 범정책을 개입시키기 위하여, 일차적으로 복수의 준거법을 지정하면서 그것들 중에서의 우열을 정하는 입법방식을 취하는 경우에도, 대체로 사항규정지정으로 정하는 경향이 있다(제9조 제2항 제5호: 유연방식). 이렇게 사항규정지정으로 단순히 끝맺는 경우에는 그렇게 하되, 총괄지정규정을 둔 경우에는 총괄지정의 취지에 맞게 처리하는 것이 타당하다.

다섯째, 한국 국제사법의 태도가 반정에 대하여 다소 소극적인 입장임에도 불구하고, 유독 직접반정에 대해서만 반정이론을 대환영하는 것은 어색하다. 그것은 기회주의적, 편의주의적인 태도라는 비판을 면하기 어렵다. 물론 프랑스와 영국에서 판례로 처음 반정이론을 인정할 때에는 내국법 적용으로 끝맺었다. 그러나 그 후 반정이론이 세계적으로 보급된 후에도 영원한 순환을 항상 내국법 적용으로 종결짓겠다고 고집하는 것은 타당성이 낮다. 초창기에 반정이론의 유력한 논거는, 준거외국법의 적용의지가 없다는 점과, 이를 존중하여 국제적 판단일치를 기한다는 점이었다. 준거외국법이 반정의 영원한 순환을 자국법 적용에서 끝맺으려 한다면, 이에 따라 주는 것이 반정이론이 처음 개발될 당시의 발상에도 부합한다.

여섯째, 결과론이기는 하지만, 이중반정론에 따르는 한도에서는 반정부정론과 다를 것이 없어진다. 즉, 반정부정론 측에서 보면, 한국의 독립적 법률저촉규칙이 그 외국법을 지정한 초심으로 돌아가는 것이라고 보여질 수 있어, 오히려 환영할 일일 것이다.

일곱째, 반정공정론의 입장에서 보면, 직접반정론까지만 인정하여 반정의 순환도 항상 한국법 적용으로 끝맺는 결정적인 논거는, 진퇴양난의 난감한 상황에서 외국법보다는 내국법을 우선시키는 데 있다. 그러나 그것이 전부가 아니다. 그 배경에는 내국법 적용의 편의도 깔려 있다. 그러나 외국 실질사법을 조사, 적용하기가 꼭 어렵다고 단정할 것은 아니다. 숨은 반정의 경우도 고려하면, 외국 법률저촉법의 조사, 적용도 까다롭다. 직접반정을 확인할 정도로 외국 법률저촉법을 조사할 수 있는 정도라면, 외국 실질사법을 조사하기도 어렵지 않을 수 있다. 게다가, 한국의 법원 기타 관청이 준거외국법을 조사하는 과정에서 불확실한 부분이 생기면 조리에 의거할 수 있고, 실무적으로는 한국법에 서 특이한 부분을 제외한 부분에서 출발하여 근사법을 찾아 나가는 것을 의미한다.

나. 준거법소속국인 외국도 이중반정론을 따르는 경우

한국의 독립적 법률저촉규칙이 총괄지정의 취지이면, 이중반정론까지 인정하는 것이 원칙적으로 타당하지만, 한국 국제사법이 지정하는 준거법소속국인 외국도 이중반정론을 인정하면 골치아픈 문제가 된다. 이 경우에, 한국과 그 외국 간의 영원한 순환은, 이중반정론만으로는 해결되지 않는다. 이 문제는 어떻게 해결할 것인가? 그 외국법 적용으로 끝맺든 한국법 적용으로 끝맺든 골치아픈 문제가 된다. 그래서 “의심스러운 경우에는 법정지법에 의한다”(in dubio lex fori)는 원칙도 고려하여, 내국법을 적용하는 편이 낫다고 생각할 수 있다. 이것은 이중반정론에 대한 예외가 된다.

만약 한국이 먼저 이 입장을 확실히 하면, 이중반정론을 따르는 외국은 부담은 덜어진다. 그 외국은 한국이 이중반정론을 따르면서도 이런 예외를 인정함을 보고, 한국법 적용으로 끝맺을 수 있다. 이렇게 할 때 그 외국은 자신이 한국법을 총괄지정한 취지와 외국법원이론에 충실하게 따르고 있다. 그 외국은, 한국 국제사법으로부터 아무 반정도 없는 사안에서 한국법 적용으로 끝맺듯이, 한국법 적용으로 끝맺으면 된다.

반대로, 만약 그 외국이 이중반정론에 대한 위 예외를 확실히 하면, 한국은 총괄지정의 취지에 맞게 그 외국법의 적용으로 끝맺어야 한다. 외국법의 총괄지정은 그 외국이 이중반정론을 따르는지, 어느 범위에서(가령 어느 분야에서) 따르는지, 이중반정론에 어떤 예외를 두는지도 포함하여 지정하는 것이라고 해야 하기 때문이다.

이상의 두 경우에는 한국과 그 외국과의 사이에 국제적 판단일치가 달성된다.

그런데 이중반정론에 대한 “in dubio lex fori”의 예외가, 한국에서도 그 외국에서도 확립되어 있지 않는 경우에는, 외국법원이론으로는 해결되지 않는 진퇴양난의 문제가 남는다. 이 경우에는 할 수 없이 “in dubio lex fori” 원칙에 따라 한국법 적용으로 끝맺어야 한다. 이것은 최후의 해결방법이지만, 한국 국제사법이 이것을 채용하기를 미룰 수 없고, 이 예외 외에는 달리 해법이 없기 때문이다.

4. 개정방안과 개정사안

제9조 제1항은 전정과 이중반정론도 인정하도록 개정할 필요가 있다. 이것이 급격한 변화로 생각되어 주저된다면, 우선 물권, 상속, 유언의 실질과 같이 확실성과 법적 안정성의 필요가 특히 높은 분야에 한정하여 입법화하고, 차차 인정범위를 넓혀 나가는 방법도 생각해 볼 여지는 있다.

입법기술적으로는 한국의 독립적 법률저촉규칙이 외국법을 총괄지정한 경우에만 반정이 생길 수 있다는 점을 제9조 제1항에서 총론적으로 언급하고, 제9조 제1항이 항상 한국법 적용으로 해결한다고 한정짓는 부분을 완화하면 될 것이다.

본 연구자의 개인적 개정안은 다음과 같다(밑줄은 개정을 제안하는 부분).

제9조 제1항의 개정사안: “[...] 외국법[...]의 지정이 그 외국의 국제사법을 (포함하여) 지정하는 취

지인 경우에 준거법의 결정은 그 외국의 국제사법에 따른다.”

V. 결론

상속의 당사자자치 가능성은 축소할 부분과 확대할 부분이 있다. 상거소지법의 선택을 허용하는 조문은 폐지하는 것이 바람직하다. 이것이 어렵다면, 차선택으로 상거소지법 선택가능성이 불필요하게 제한된 부분을 풀어야 한다. 즉, 사망시 상거소지법이면 족하고, 선택시 상거소지법일 필요는 없다고 해야 한다. 사망시 본국법의 지정도 허용하고, 나아가 사망시 국적국법의 지정도 허용하는 것이 타당하다. 국제사법적으로 의미 없는 국적은 실효적 국적의 법리로 걸러내면 된다.

상속인 부존재의 재산의 귀속의 성질결정과 준거법 결정은 해석론에 맡겨 시간을 두고 해결하는 것이 나올 것 같다.

유언방식의 준거법으로 유언자의 유언시 주소지법과 사망시 주소지법을 추가하고, 이 저촉규칙이 말하는 주소는 그 소재지법에 의한다고 규정할 필요가 있다.

상속, 유언의 실질, 유언방식, 신탁의 경계획정, 즉 각 법률관계의 준거법의 사항적 적용범위는 서둘러 조문으로 못박으려 하기보다, 해석에 맡기는 것이 좋을 것이다. 그렇게 하여, 다양한 문제에 대하여 섬세한 논의를 거쳐 해결할 수 있다.

VI. 부연: 예외조항의 원용가능성

위에서는 상속, 유언의 실질, 유언방식의 준거법지정과 관련하여 각칙(II)과 총칙의 반정(III)으로 나누어 입법론을 밝혔다. 그런데 구체적 사건에서 이 입법론처럼 준거법이 정해지지 않음으로써 최밀접관련원칙과 명백히 떨어진다고 판단되면, 법원은 예외조항(제8조 제1항)을 원용하여 이 입법론을 구현시키는 사법(司法)적 범형성을 할 수 있다. 이것은 법관에 의한 초법률적 범형성, 그 중에서도 반법률적(*contra legem*) 범형성에 해당한다. 이것은 법률의 수권 없이 드물게 행해지는 것이 보통이지만, 국제사법에는 제한적으로 허용하는 명문의 수권조항이 있다.

위에서 제시한 입법론도 예외조항에 의하여 구현될 가능성이 열려 있다. 다만, 명문의 수권조항에도 불구하고, 법관에 의한 초법률적 범형성이라는 본질은 바뀌지 않으므로, 예외조항이 자주 원용되기를 기대하기는 어렵고, 예외조항의 발동 여부가 평소의 일과처럼 즐겨 검토되는 것은 바람직하지도 않다. 가령 불법행위의 준거법으로 불법행위지법 대신 공통본국법을 적용하기 위하여 ‘국제사법은 국제사법의 개입 이전에 이미 외국관련성이 있는 사안에만 적용된다’는 전통적 견해에 기대면서 외국관련성을 억지로 좁게 해석하는 궤변을 일부러 활용해야 했던 경우처럼, 국제사법의 위기 내지 혁명이라고 불리울 만한 극적인 문제상황이 되지 않고서는, 예외조항의 발동을 기대하기는 어렵다. 예외적 법규 형성을 위한 행동반경을 비교적 넓게 가지는 듯이 보이는 영미법계의 법관도, *Babcock v. Jackson*¹⁰⁰⁾ 판결에서 전통적 불법행위지법규칙이 보여주는 문제가 워낙 심각했기 때문에, 이 규칙을 벗어나는 예외 설정이 가능했고, 이를 감행할 수 있었다.

100) 191 N.E.2d 279, 12 N.Y. 2d 473 (N.Y. 1963).

참고문헌

1. 단행본, 주석서, 학위논문

- 석광현, 국제사법과 국제소송 제1권, 박영사, 2001.
석광현, 국제사법과 국제소송 제3권, 박영사, 2004.
석광현, 국제사법 해설, 박영사, 2013.
신창선·윤남순, 신국제사법, 제2판, fides, 2016.
안춘수, 국제사법, 법문사, 2017.
윤진수 편집대표, 주해친족법 제2권, 박영사, 2015.
윤진수 편집대표, 주해상속법 제2권, 박영사, 2019.
이필복, “헤이그 신탁협약 분석 및 협약 가입에 관한 검토”, 서울대 법학석사논문, 2014.
이호정, 국제사법, 경문사, 1981.
정순섭·노혁준 편저, 신탁법의 쟁점(제2권), 서울대학교 금융법센터, 소화, 2015.
최홍섭, 국제사법의 현대적 흐름, 인하대학교출판부, 2005.
최홍섭, 한국 국제사법 I: 법적용법을 중심으로, 한국학술정보, 2020.

木棚照一, 國際相續法の研究, 有斐閣, 1995.

中西 康·北澤安紀·横溝 大·林 貴美, 國際私法, 第2版, 2018.

ANCEL, B. et LEQUETTE, Y., Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e éd., Dalloz, 2006.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, DAVÌ, Angelo & MANSEL, Heinz-Peter (eds.), The EU Succession Regulation; A Commentary Cambridge University Press, 2016.

GIERL, Walter, KOHLER, Andreas, KROIB, Ludwig, WILSCH, Harald (eds.), Internationales Erbrecht, 2. Aufl., Nomos, 2017.

MUIR WATT, H. et BUREAU, D., Le droit international privé (Que sais-je ?), puf, 2009.

2. 논문, 판례평석, 번역

김문숙, “상속준거법에서의 당사자자치: EU상속규정을 중심으로”, 국제사법연구 제23권 제1호(2017. 6.).

Kim, Eon-Suk, “Cross-Border Succession in Japan, Korea and China and Related Legal Issues”, 전남대 법학논총 제35권 제1호(2015).

김연숙, “국제신탁의 준거법에 관한 연구”, 국제사법연구 제23권 제2호(2017. 12.), 185-215면.

김현아, “중국 국제사법의 입법적 의의”, 가천법학 제6권 제4호(2013), 253-288면.

김호 역, “중화인민공화국 섭외민사관계법률적용법”, 국제사법연구 제16호(2011).

석광현, “스위스 국제사법(IPRG)”, 국제사법과 국제소송 제1권(박영사, 2001), 479-569면.

석광현, “우리 기업의 해외증권 발행과 관련한 법적인 미비점과 개선방안”, 국제사법과 국제소송 제3권(박영사, 2004), 580-615면.

석광현, “국제금융에서의 신탁과 국제사법”, BFL 제17호(2006. 5.), 60-79면.

석광현, “중국 국제사법 제정을 환영하며”, 법률신문 2010. 11. 25.

석광현, “신탁과 국제사법”, 신탁법의 쟁점(제2권)(정순섭·노혁준 편저, 서울대학교 금융법센터, 소화, 2015), 358-403면.

석광현, “국제가사사건을 다루는 법률가들께 드리는 고언(苦言)”, 가족법연구 제30권 제1호(2016),

95-142면.

- 쑤쇼링, “중국 국제사법의 새로운 동향: 섭외민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로”, 고려법학 제71호(2013), 27-62면.
- 이병화, “국제적 상속문제에 관한 저축법적 고찰”, 저스티스 제85호(2005).
- 임채웅, “유럽신탁법원칙에 관한 연구”, 홍익법학 제11권 제1호(2010), 231-265면.
- 정구태, “2015년 상속법 관련 주요 판례 회고”, 사법 제35호(2016).
- 최병조, “사인증여의 개념과 법적 성질”, 민사판례연구 [XXIX](2007), 803-873면.
- 최홍섭, “국제사법에서 일상거소의 의미와 내용”, 국제사법연구 제3호(1998).
- 최홍섭, “상속준거법에 관한 1989년의 헤이그협약”, 인하대 법학연구 제1호(1999). {최홍섭, 국제사법의 현대적 흐름, 인하대학교출판부, 2005에 재수록}.
- 최홍섭, “국제사법에서 당사자자치”, 국제사법연구 제9호(2003). {최홍섭, 국제사법의 현대적 흐름, 인하대학교출판부, 2005에 재수록}.
- 최홍섭, “국제친족법과 국제상속법”, 국제사법연구 제4호(2005). {최홍섭, “국제친족법과 국제상속법의 개정방향”, 국제사법의 현대적 흐름, 인하대학교출판부, 2005에 재수록}.
- 최홍섭, “한국 국제사법에서 총괄준거법과 개별준거법의 관계”, 비교사법 제21권 제2호(2014), 597-624면.
- 홍유석, “상사신탁에 관한 국내법 및 섭외사법적 고찰”, 안동법학교수 화갑기념논문집, 1995, 770면 이하.

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, “Cross Border Testamentary Trusts and the Conflict of Laws”, Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2016), Vol. 8, No. 1, pp. 184-207.

토론문

발표문에 대한 지정 토론문

현 소 혜

(성균관대학교 법전원, 교수)

토론문

- 국제상속법과 국제신탁법: 판례의 현주소와 입법론 -

현 소 혜(성균관대학교 법학전문대학원)

1. 발표문은 상속과 유언·신탁의 준거법에 관해 기존의 해석론을 전제로 여러 가지 의미 있는 제안을 하고 있습니다. 이 중 특히 ① 「국제사법」 제49조 제2항이 상속에 관하여 상거소지법을 준거법으로 지정한 유언의 효력을 “피상속인이 사망시까지 그 곳에 상거소를 유지한 경우”에 한해 인정하는 것은 부당하다는 점, ② 상속인 부존재시 상속재산 귀속의 성질을 영토주권의 작용으로 보고 소재지법에 따르도록 할 필요가 있다는 점 등에 대해서는 필자의 견해를 전적으로 지지합니다(이중반정의 문제에 대해서는 아직 생각이 정리되지 않아 입장을 유보합니다). 다만, 이하에서는 토론자로서의 소임을 다하기 위해 필자와 의견이 달라질 수 있는 지점들을 역지로 찾아보고자 합니다. 우문(愚問)에 미리 필자의 해량을 구합니다.
2. 발표문 2면은 “당사자자치에 의한 준거법지정은 사항규정지정”이라고 서술하면서 부동산상속에 관해 부동산소재지법의 선택을 허용하면 이것으로 준거법지정이 종결된다는 취지로 서술하고 있습니다. 역사적으로 동산상속과 부동산상속을 달리 다뤘던 입법례들이 있어왔던 것도 사실입니다. 하지만 상속은 상속개시와 동시에 상속인들뿐만 아니라, 피상속인과 채권·채무관계에 있었던 자들까지 다수의 이해관계인에게 많은 영향을 미치기 때문에 상속에 관해 재산별로 또는 유증의 종류별로 준거법이 달라지는 등 상속관계의 분열이 일어나는 것은 최대한 지양할 필요가 있습니다. 따라서 상속에 관해서는 사항별로 준거법 지정을 달리하는 정도의 당사자자치가 허용되어서는 안 될 것으로 사료됩니다. 유럽상속규정(이른바 ‘브뤼셀 IV 규칙’) 제23조 역시 위 규칙 제21조에 따라 정해진 준거법(피상속인의 사망 당시 상거소국 법) 또는 제22조에 따라 피상속인이 지정한 준거법(피상속인의 준거법 지정 또는 사망 당시 본국법)은 상속 전체에 포괄적으로 적용되어야 한다고 규정하고 있습니다(succession as a whole).
3. 발표문 3면은 유언에 의한 상속의 준거법 지정시 피상속인이 사망 당시 국적국법을 지정하는 것도 허용해야 한다고 서술하고 있습니다. 유언 성립 후에 새로운 국적을 취득하고자 하는 피상속인을 보호할 필요가 있다는 점을 근거로 제시합니다. 하지만 유언에 의한 준거법 지정이 없는 경우에는 「국제사법」 제49조 제1항에 따라 당연히 사망 당시 피상속인의 본국법이 적용되는 상황에서 굳이 사망 당시 본국법을 준거법으로 지정하는 유언이 가능하다는 취지의 조문을 신설할 필요가 있을런지요? 더욱이 피상속인이 유언 성립 후 새롭게 국적을 취득한 국가로 이주하여 그곳에 국적과 상거소를 모두 가지고 있다면 그때 상속에 관한 준거법 결정의 법리는 그 나라의 국제사법에 따르게 될 일인데, 우리 「국제사법」이

그러한 경우까지 예정하여 미리 준거법 지정에 관한 조문을 신설할 실익이 있는지 궁금합니다.

4. 발표문 4-5면은 현재 「국제사법」 제49조 제1항이 취하고 있는 본국법주의의 원칙을 유럽 상속규정과 같이 상거소주의 원칙으로 전환하는 것에 대해 신중한 태도를 보이고 있습니다. 이는 필자가 평소 국제재판관할에 관해 상거소 개념을 도입하는 데 유보적인 입장이었던 것과도 궤를 같이하는 것으로서 고도의 정책적 판단에 입각한 것이므로, ‘예양’의 정신에 따라 필자의 견해를 존중합니다. 상거소주의의 역사적 맥락과 국제적 공조에 따른 실효성 확보라는 측면에서 볼 때 우리나라가 반드시 유럽의 입법례를 따라야 할 바는 아니라는 점에 대해서도 심분 공감합니다. 하지만 다문화 가정의 증가에 따라 복수국적자의 수가 늘어나고, 국적에 대한 정체성이 점차 희미해져 가는 시대적 상황에서는, 비단 상속의 영역에서뿐만 아니라 국제적 요소가 있는 분쟁이 문제되는 모든 영역에서, 혈연이나 지연을 통해 연결된 국적국보다는 현재 당사자들이 스스로 통합되어 있다고 느끼는 상거소, 즉 그들이 주로 직업 활동을 하고 있고, 가족·친구 등 인간관계가 존재하며, 언어에 능통하고, 문화에 익숙한 국가의 법을 준거법으로 삼는 것이 국민의 법적용에 대한 선형적 예측가능성(로마에 가면 로마법을 따르리라!)을 담보하는 가장 효과적인 방안이 되는 것 아닌가 싶기도 합니다.

5. 발표문 7면은 유언의 실질준거법과 상속준거법 간의 괴리 문제에 대해 통찰력 있는 개선방안을 제시하고 있습니다. 실체법을 하는 입장에서 상속에 관한 국제사법 규정을 처음 마주하였을 때 느끼는 가장 큰 장벽은 어디까지가 「국제사법」 제49조의 영역(상속)이고, 어디부터가 「국제사법」 제50조 제1항 및 제2항의 영역(유언의 성립과 효력)인지, 어디부터가 「국제사법」 제50조 제3항의 영역(유언의 방식)인지를 구별하기가 매우 어렵다는 것입니다. 물론 이러한 적용상의 어려움은 상속과 유언의 영역에 국한된 것은 아니고, 현행 「국제사법」 전반에 걸쳐 산재하고 있으며, 이 중 대부분은 「국제사법」이 극히 한정된 개수의 조문만으로 준거법 지정이 필요한 모든 영역을 포괄하기 위해 실체법상의 다채로운 법제도를 고도로 추상화시키는 과정에서 발생한 것으로서 어느 정도 용납하지 않을 수 없다고 생각합니다. 하지만 다른 영역과 달리 상속과 유언에 관해서는 관련 「국제사법」 조문에 대한 해석론 자체가 극히 빈약한 상황이므로, 법원(法源)을 찾아 헤매는 수범자로서는 막막하기가 그지없습니다. 다행히 필자께서 2019년 발간된 『주해상속법』에 ‘국제상속법’에 관한 방대한 주석을 집필해 주신 덕분에 이를 한밤중 망망대해의 등대 삼아 더듬어 나갈 수 있게 되었기에 이 자리를 빌려 깊이 감사의 말씀을 올립니다. 하지만 여전히 궁금한 사항들이 많아 필자의 전문적 식견을 구하고자 합니다. (1) 유류분은 피상속인의 유언에도 불구하고 법정 상속인에게 법정상속분 중 일정 비율을 강제적으로 보장한다는 측면에서 제49조의 영역인 것처럼 보이기도 하지만, 유류분권리자에 의한 유류분반환청구권의 행사로써 피상속인에 의한 유언의 효력이 상실된다는 점에서 제50조의 영역인 것처럼 보이기도 합니다. 피상속

인은 제49조 제2항에 따른 준거법 지정을 통해 우리나라의 엄격한 유류분 규정의 적용을 피할 수 있는지요? (2) 포괄적 유증을 받은 자는 상속인과 동일한 권리의무가 있습니다(민법 제1078조). 따라서 포괄적 유증의 효력 및 방식에 관해서는 제50조가, 포괄적 유증에 따른 법률효과에 관해서는 제49조가 적용될 것입니다. 대한민국 국민인 유언자가 우리나라 법에 따라 포괄적 유증의 취지가 담긴 유효한 유언을 하면서 상속에 관하여 특정유증만을 인정하고 있는 국가의 법을 준거법으로 지정하였다면, 포괄적 수증자는 채무의 승계를 면한 채 적극재산만을 전부 승계받을 수 있는지요? (3) 유언의 집행은 유언서의 개봉과 검인, 유언에 따른 각종의 의무 이행(특히 유증채무), 상속재산관리 및 상속채무의 처리 등 다양한 국면에서 문제될 수 있습니다. 유언의 집행 절차에 관해서는 제49조와 제50조 중 어느 조문에 따라 준거법이 결정되어야 하는지요? (4) 애초에 유언의 실질에 관한 준거법과 상속에 관한 준거법을 이처럼 달리 정할 필요가 있는지요? 유언에 의한 각종의 재산처분은 필연적으로 법정상속에 따른 상속인과 상속분·상속재산에 영향을 미칠 수밖에 없는 관계인데, 이를 인위적으로 분리하는 것이 가능한지요? 유럽상속규정 제23조 제2항이 상속의 개시부터 유언집행·유류분까지, 유언의 방식을 제외한 모든 상속 관련 쟁점에 대해 준거법을 통일하고 있는 것도 참고할 필요가 있을 것입니다.

발표문 8-10면은 이와 관련하여 국제사법상의 체계개념으로서 상속, 유언의 실질, 유언방식의 포섭범위는 해석에 맡겨져 있으며, 체계개념 간의 경계획정은 국제사법에서 입법적으로 해결할 문제가 아니라고 하면서 국제사법상의 체계개념이 실질사법상의 그것과 동일하게 해석될 필요가 없다는 점을 들어 유연한 해석을 통한 성질결정으로서 이 모든 문제를 해결하기에 충분하다고 서술하고 있습니다. 하지만 너무 오랜 세월 동안 국제사법상 체계개념이 실질사법상 체계개념과 분리되어 전개된 결과 국제사법이 점차 실체법과 고립되어 누구도 범접할 수 없는 고성(高城이자 古城)이 되어 가는 현상을 이제는 과감한 입법으로 타개할 시점이 된 것은 아닌지 조심스럽게 생각해 봅니다.

6. 발표문 7면은 ‘유언의 우대(favor testamenti)’를 위해 유언방식에 관한 준거법의 연결기준에 유언시 또는 사망시 주소지법까지 추가할 것을 제안하고 있습니다. 유언의 효력을 가능한 인정할 필요가 있다는 시각에서 보면 지극히 타당한 제안이나, 우리 법제가 과연 유언의 효력을 가능한 인정하려는 입장인지는 매우 의문입니다. 널리 알려진 바와 같이 우리 민법상 유언의 방식 규정은 세계 어느 나라보다도 엄격하며, 주소의 자서나 날인의 흠결 같은 사소한 방식위반만으로도 유언의 효력을 부정하고 있습니다. 현행 「국제사법」 제50조 제3항을 유지하는 것만으로도 우리 법에 따라 무효인 유언 중 상당수가 그 효력을 인정받을 수 있으며, 현행 민법상 금지되는 출력유언(인쇄유언)이나 전자유언 등도 「국제사법」에 따라 유효하게 성립시킬 수 있습니다. 국제적 요소가 있는 유언에 대해서만 이토록 높은 수준의 유언의 우대를 제공해야 하는 필요는 어디에서 도출해낼 수 있을런지요?

7. 발표문 10면 이하는 신탁에 관한 준거법 결정에 관한 외국과 국내의 법상황에 관한 상세한

검토 끝에 해석론을 통해 기존의 연결기준을 최대한 활용하고, 입법에 의한 해결을 유보할 필요가 있다는 결론에 도달하였습니다. 현행 「국제사법」이 소비자계약 및 근로계약 등 특별한 배려가 필요한 분야를 제외하고는 개별 법률행위 유형별로 별도의 준거법 규정을 두고 있지 않은 점에 비추어 볼 때 필자의 주장과 같이 신탁에 관한 특칙 마련에 대해서는 분명 보다 신중한 접근이 필요할 것입니다. 다만, 입법을 유보하고 해석론으로서 이 문제를 해결함에 있어 상속의 대용물로서의 신탁의 성격에 대한 충분한 고려가 이루어지기를 기대합니다. 필자는 “유언이나 법률에 의해 사인적으로 설정된 신탁의 상속법적 효력은 상속 문제에 속하고 상속 준거법에 의한다.”고 서술하면서 발표문 13면 이하에서 이러한 인식에 기초하여 관련 해석론을 전개하고 있습니다. 하지만 유언에 의한 신탁 자체는 활용되는 경우가 거의 없으며, 실무상 ‘유언대용신탁’이 오히려 더 큰 호응을 얻고 있습니다. 유언대용 신탁에서 신탁재산은 유류분 산정의 기초가 되는 재산에 포함된다고 볼 수 없다는 이유로 유류분반환청구를 기각한 하급심 판결이 확정되어 유류분 제도의 우회 수단으로서의 가능성을 인정받았기 때문입니다(성남지원 2020. 1. 10. 선고 2017가합40849 판결; 수원고등법원 2020. 10. 15. 선고 2020나11380 판결). 그런데 이러한 유언대용신탁은 피상속인이 유언이 아닌 계약에 의해 생전에 미리 체결해 놓는 것이기 때문에, 향후 이를 일반 신탁과 상속 중 어느 쪽으로 보아 준거법을 결정할 것인지가 문제될 것으로 예상됩니다. 이에 대한 필자의 고견을 구합니다.

8. 훌륭한 발표를 통해 많은 가르침을 주신 발표자와 상속과 신탁의 준거법이라는 중요한 주제에 대해 부족하나마 토론할 수 있는 기회를 주신 국제사법학회에 감사드립니다.

제2세션 연구윤리교육

연구윤리의 주요개념 II

2021. 3. 25

석 광 현 연구윤리위원장

(서울대학교 법학전문대학원 교수)

(社) 韓 國 國 際 私 法 學 會

홈페이지 주소 : <http://www.kopila.re.kr>

회장: (08826)
서울시 관악구 관악로 1
서울대학교 법학전문대학원 서암관 615호
교수 석 광 현
(전화) 02-880-2612

총무이사: (01811)
서울시 공릉로 232
서울과학기술대학교 무궁관 612호
교수 천 창 민
(전화) 02-970-6436
(핸드폰) 010-6621-3141
(이메일) koreapila@gmail.com

2021년 (사)한국국제사법학회 정기총회 보고사항 및 의안

일시: 2021년 3월 10일 18:00

장소: 청담북집

* 학회 정관 규정의 준수를 위해 방역지침을 지킬 수 있는 최소 인원으로 정기총회를 먼저 개최하고, 3월 정기연구회에서 이를 다시 보고하는 형식으로 진행

■ 보고사항

I. 2020년 활동 보고

1. 연차학술대회 등의 개최에 관한 사항
2. 2020년 정기연구회 및 산하연구회 등의 개최에 관한 사항

II. 그 밖의 사항

■ 의안

I. 2021년 사업계획 승인 등에 관한 사항

1. 연차학술대회 및 정기연구회 등
2. 학회운영 등에 관한 사항

II. 집행이사 및 이사 선임 등에 관한 사항

III. 2020년 결산 및 2021년 예산 승인에 관한 사항

■ 보고사항

I. 2020년 활동보고

1. 연차학술대회 등의 개최에 관한 사항

□ 2020년 연차학술대회

일 시 : 2020년 7월 2일(목), 13:00-18:30
장 소 : 변호사회관 10층 조영래홀(광화문)
대주제 : 2019년 헤이그 재판협약의 주요쟁점과 합의
주 최 : 한국국제사법학회·사법정책연구원
프로그램: 붙임 1 참조

□ 유네스코협약 50주년 기념 공동학술대회

일 시 : 2020년 10월 22일(목), 10:00-17:00
장 소 : 국립고궁박물관 본관 B1 강당
대주제 : 1970년 유네스코협약의 어제와 오늘 그리고 미래
주 최 : (사)한국국제사법학회·차세대 콘텐츠 재산학회·중앙법학연구소
후 원 : 문화재청·국외소재문화재단·유네스코 한국위원회
프로그램: 붙임 2 참조

2. 2020년 정기연구회 및 산하연구회 등의 개최에 관한 사항

□ 정기연구회

정기연구회 대주제 : 국제상거래와 국제사법

(1) 제137회 정기연구회

일 시 : 2020년 1월 30일(목) 오후 7시
장 소 : 서울중앙지법 등기국 3층 회의실
주 제 : Worldwide Freezing Order의 국제적 동향: 영국에서의 논의를 중심으로
발제자 : 김영석 판사(서울회생법원)
토론자 : 이철원 변호사(김·장법률사무소)

(2) 제138회 정기연구회 (COVID-19로 인해 자료집 배포로 대체)

일 시 : 2020년 3월 26일(목) 오후 7시

주 제 : 국제증권발행에서 투자설명서 부실표시책임의 준거법 결정원칙
발제자 : 이종혁 교수(한양대 법전원)
토론자 : 성진현 변호사(법무법인 광장)

(3) 제139회 정기연구회
일 시 : 2020년 5월 30일(목) 오후 7시
장 소 : COVID-19로 인해 온라인(Zoom)으로 개최
주 제 : 스마트계약의 국제사법 쟁점
발제자 : 김성호 박사(국회도서관)
토론자 : 천창민 교수(서울과기대)

(4) 제145회 정기연구회
일 시 : 2020년 8월 20일(목) 오후 7시
장 소 : 온라인 개최
주 제 : 국제라이선스계약과 국제사법: 한일비교국제사법적 관점에서
발제자 : 김언숙 교수(분교카쿠인대학)
토론자 : 이주연 교수(한림국제대학원대학)

(5) 제146회 정기연구회
일 시 : 2020년 11월 26일(목) 오후 7시
장 소 : 온라인 개최
주 제 : M&A의 준거법에 관한 시론
발제자 : 정준혁 교수(서울대 법전원)
토론자 : 김연미 교수(성균관대 법전원)

□ 산하 연구회 활동

- 국제문화재법연구회

(1) 제37회 정기연구회(유네스코협약 관련 특별정기연구회)
일 시 : 2020년 8월 17일(월) 오후 6시 30분
장 소 : 서울 서초구 코지모임공간 3호점 3층 스페이스 1
1 주제 : 문화재 국제거래의 현황과 향후 전망
발제자 : 서재권 교수(한국전통문화대학교 문화재관리학과)
2 주제 : 1970년 유네스코협약 이행법제의 현황과 실무
발제자 : 이규호 교수(중앙대 법전원)
3 주제 : 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련한 국제사법적 쟁점
발제자 : 이종혁 교수(한양대 법전원)

(2) 제38회 정기연구회

일 시 : 2020년 12월 7일(월) 오후 7시

장 소 : 온라인 개최

1 주제 : 문화재보호와 국제적 강행법규

발제자 : 이필복 판사(울산지방법원)

2 주제 : 전자상거래를 통한 문화재의 불법거래와 국제사법적 쟁점

발제자 : 황성재 법무관(대한법률구조공단 수원지부)

II. 그 밖의 사항

1. 국제사법연구 발간: 26권 제1호 및 제2호 발간

2. 연구용역 수행 완료: 가상자산 관련 용역 1건 완료

3. 국제청 지정기부금단체 지정 완료

4. 국제사법연구 발간 출판사 교체: 피데스 → 동광문화사

붙임 1) 2020년 연차 공동학술대회 프로그램

일 시 : 2020년 7월 2일(목), 13:00-18:30

장 소 : 변호사회관 10층 조영래홀(광화문)

대주제 : 2019년 헤이그 재판협약의 주요쟁점과 합의

주 최 : 한국국제사법학회·사법정책연구원

사 회 : 한국국제사법학회 총무이사 천창민

13:00-13:30 등 록

13:30-13:45 개회사 홍기태 사법정책연구원장

13:45-14:00 개회사 석광현 한국국제사법학회장

14:00-14:10 기념사진 촬영

1세션

좌장 김우진 수석연구위원/고등법원 부장판사(사법정책연구원)

14:10-14:40 2019년 재판협약의 주요 내용과 간접관할규정(기조발제)

발표자: 석광현 교수(서울대 법학전문대학원)

14:40-15:30 2019년 재판협약상 승인 및 집행의 요건과 절차

발표자: 장지용 부장판사(창원지법 통영지원)

토론자: 이철원 변호사(김·장법률사무소)

김효정 연구위원(사법정책연구원)

15:30-16:20 2019년 재판협약의 적용범위 및 적용제외선언 분석

발표자: 강동원 판사(수원지법 안산지원)

토론자: 한애라 교수(성균관대 법전원)

이의영 고등법원 판사(서울고법)

휴 게 (16:20-16:40)

2세션

좌장 임성권 교수(인하대 법학전문대학원)

16:40-17:30 2019년 재판협약 성안과정에서의 지식재산권에 관한 논의 경과와 향후 진행 방향

발표자: 이규호 교수(중앙대 법학전문대학원)

토론자: 이주연 교수(한림대국제대학원대학)

이규홍 부장판사(대전특허법원)

17:30-18:20 2019년 재판협약의 우리나라 입법, 해석, 실무에 대한 시사점과 가입방안

발표자: 장준혁 교수(성균관대 법학전문대학원)

토론자: 최성수 교수(동아대 법전원)

한창완 과장(법무부 국제법무과)

종합토론 및 질의응답(18:20-18:30)

붙임 2) 유네스코협약 50주년 기념 공동학술대회 프로그램

일 시 : 2020년 10월 22일(목), 10:00-17:00

장 소 : 국립고궁박물관 본관 B1 강당

대주제 : 1970년 유네스코협약의 어제와 오늘 그리고 미래

주 최 : (사)한국국제사법학회·차세대 콘텐츠 재산학회·중앙법학연구소

후 원 : 문화재청·국외소재문화재단·유네스코 한국위원회

사 회 : 천창민(서울과학기술대 경영학과(GTM전공) 교수)

10:00-10:05 개회사: 김성천(중앙법학연구소장, 중앙대 법전원 교수)

10:05-10:15 환영사: 정재숙(문화재청장)

석광현(한국국제사법학회회장, 서울대 법전원 교수)

10:15-10:20 축 사: 최공웅(차세대 콘텐츠 재산학회 명예회장)

10:20-10:30 기념촬영

기조발제

10:30-10:50 문화재의 국제적 불법거래 방지를 위한 한국의 노력과 역할

발제자: 석광현(한국국제사법학회 회장, 서울대 법학전문대학원 교수)

10:50-11:10 국내 불법 반입 몽골 공룡화석반환과 그 의미

발제자: 권순철(SDG 법률사무소 변호사)

Session 1

주제: 국제법적 관점에서의 유네스코협약의 의의와 국제기구의 역할

좌장: 최성수 (동아대 법전원 교수)

11:10-11:35 1970년 유네스코협약의 채택배경과 국제법적 의의

발제자: 이근관(서울대 법전원 교수)

11:35-12:00 문화재 불법거래 방지에 관한 국제기구의 노력

발제자: 조동준(서울대 정치외교학부 교수)

12:00-12:20: 패널토론

토론자: 장준혁(성균관대 법전원 교수)

김병연(문화재청 사무관)

오찬 (12:20-14:00)

Session 2

주제: 유네스코협약의 이행입법과 국외소재문화재 정책

좌장: 이영종(가톨릭대 법학부 교수)

14:00-14:30 1970년 유네스코협약 이행입법과 관련된 국제사법적 쟁점

발제자: 이종혁(한양대 법전원 교수)

14:30-15:00 1970년 유네스코협약 이행법제의 현황과 실무 - 문화재환수와 관련하여 -

발제자: 이규호(중앙대 법전원 교수, 국제문화재법연구회장)

휴게 / Coffee & Tea Break (15:00-15:30)

15:30-16:00 문화재의 국제거래 관점에서 본 국외소재문화재 정책 검토

발제자: 서재권(한국전통문화대학교 교수)

16:00-16:50 패널토론 및 종합토론

토론자: 천창민(서울과기대 경영학과(GTM전공) 교수)

최승수(법무법인 지평 변호사)

김인철(상명대 지적재산권학과 교수)

16:50-17:00 폐회사

이규호(국제문화재법연구회 회장, 중앙대 법전원 교수)

■ 의안

I. 2021년 사업계획 승인 등에 관한 사항

1. 연차학술대회 및 정기연구회 등

□ 2021년 연차학술대회

대주제: 국제도산법제의 동향과 합의: 개선방안의 모색

일 시: 2021년 7월 1일(목) 13:00-18:00

장 소: 서울회생법원

주 최: 한국국제사법학회·서울회생법원

프로그램:

- 1) 1997년 UNCITRAL 모델법의 수용에 따른 문제점과 국제도산법제의 개선방안: 한국 회생법원의 국제도산 실무 포함(김영석 판사)
- 2) 미국과 일본의 1997년 UNCITRAL 모델법의 수용과 국제도산실무(이혜민·우상범 판사)
- 3) 영국의 1997년 UNCITRAL 모델법의 수용과 국제도산실무(임치용 변호사)
- 4) 도산 관련 재판의 승인 및 집행에 관한 2018년 UNCITRAL 모델법의 수용 방안(김영주 변호사)
- 5) 기업집단의 도산에 관한 2019년 UNCITRAL 모델법의 수용 방안: EU도산규정과 비교를 포함하여[(김영주 교수)]

□ 2021년 정기연구회

대주제: 국제사법(준거법 부문) 개정 연구

(장소: Zoom 온라인 및 서초동 중앙지법 등기국)

(1) 제148회 정기연구회

일 시: 2021년 3월 25일(목)

주 제: 상속법·신탁법 분야의 판례 동향과 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 장준혁 교수(성균관대 법전원)

토론자: 현소혜 교수(성균관대 법전원)

(2) 제149회 정기연구회

일 시: 2021년 5월 20일(목)

주 제1: 지적권 분야의 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 손경한 교수/변호사(법무법인 화현)

토론자: 김언숙 교수(일본 분쿄가쿠인대)

주 제2: 지적권 분야의 판례 동향과 합의

발제자: 이주연 교수(한양대 법전원)

토론자: 이규호 교수(중앙대 법전원)

(3) 제150회 정기연구회

일 시: [2021년 8월 26일(목)]

주 제: 계약법 분야의 판례 동향과 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 김인호 교수(이화여대 법전원)

토론자: [추후 확정]

(4) 제151회 정기연구회

일 시: 2021년 9월 30일(목)

주 제: 해상법 분야의 판례 동향과 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 정병석 변호사(김·장법률사무소)

토론자: [추후 확정]

(5) 제152회 정기연구회

일 시: 2021년 11월 25일(목)

주 제: 법정채권 분야의 판례 동향과 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 천창민 교수(서울과기대)

토론자: [추후 확정]

(6) 제153회 정기연구회

일 시: 2022년 1월 27일(목)

주 제: 가족법 분야의 판례 동향과 국제사법 개정을 위한 입법 쟁점

발제자: 이종혁 교수(한양대 법전원)

토론자: [추후 확정]

□ 산하 연구회

국제문화재법연구회

제39회 정기연구회

일 시: 2021년 5월 24일(월) 19시

장 소: 온라인 개최

발표자: 이종혁 교수(한양대 법전원)

주 제: [추후 확정]

제40회 정기연구회

일 시: 2021년 9월 27일(월) 19시

장 소: 중앙대학교 법학관(303관) 6층 법대교수회의실 또는 온라인 개최

발표자: 서재권 교수(한국전통문화대학교 문화재관리학과)

주 제: [추후 확정]

제41회 정기연구회

일 시: 2021년 11월 22일(월) 19시

장 소: 중앙대학교 법학관(303관) 6층 법대교수회의실 또는 온라인 개최

발표자: [추후 확정]

주 제: [추후 확정]

국제사법판례연구회 설치 예정

□ 제10회 한중 공동학술대회

장 소 : 온라인 개최

대주제 : [해상사건과 관련한 한중 국제사법의 현황과 제문제] → 중국측과 추후 논의

일 시 : [11월 초순으로 하되, 구체적 일정은 추후 확정]

소주제 : [한국측 3 주제 정도 추후 확정: 총 5주제 이내 발표 및 토론]

2. 학회운영 등에 관한 사항

1) 연구용역

- 헤이그관할합의협약과 헤이그재판협약 비교연구 등의 과제를 법무부 등으로부터 수주하기 위한 노력을 경주할 예정

2) 학회지 재평가 준비

- 올해 학회지 재평가가 예정되어 있어 편집이사 외 별도의 임원을 지정하여 재평가를 성공적으로 마칠 수 있도록 만전을 기할 예정

II. 집행이사 및 이사 선임 등에 관한 사항

1) 총무이사 선임의 건

- 의원면직한 천창민 총무이사의 후임으로 이종혁 이사를 총무이사로 선임함
- 천창민 총무이사를 기획이사로 추가 선임함

2) 이사 선임의 건

- 정해덕 변호사(법무법인 화우), 권재문 교수(서울시립대 법전문), 이창현(법무법인 태평양), 윤석준 변호사(김·장법률사무소)
- 추가적인 이사 선임 권한을 회장에게 일임함

III. 2020년 결산 및 2021년 예산 승인에 관한 사항

2020년도 (사)한국국제사법학회 결산보고서

내역	수입	지출
1. 전년도 이월금액	44,505,469	
2. 연회비	9,767,114	
3. 기부금*	11,500,000	
4. 용역수익	50,000,000	
5. 국제사법연구 판매 및 저작권료	748,823	
6. 국제사법연구 게재료	4,120,000	
7. 이자	42,832	
8. 잡수익	3,000	
9. 학회지 발간(2회) (심사료·우송료 포함)		10,220,570
10. 정기연구회/특별세미나		1,728,010
11. 연차학술대회		3,360,640
12. 유네스코심포지엄		1,001,200
13. 산하연구회		400,500
14. (집행)이사회 및 편집위원회		885,000
15. 홈페이지 개편 및 유지보수		264,500
16. 용역인건비/용역경비		41,030,510
17. 운영경비		1,497,950
18. 잡비		15,500
19. 차년도 이월금액		60,282,858
계	120,687,238	120,687,238

* 기부금 내역 : 2,500,000(이호정, 3/31) 5,000,000(천창민, 7/29), 4,000,000(이종혁, 7/29)

2021년도 (사)한국국제사법학회 예산서

내역	수입	지출
1. 전년도 이월금액	60,282,858	
2. 연회비	10,000,000	
3. 기부금	10,000,000	
4. 용역수익	10,000,000	
5. 국제사법연구 판매 및 저작권료	550,000	
6. 국제사법연구 게재료	4,000,000	
7. 이자	40,000	
8. 잡수익	0	
9. 학회지 발간(2회) (심사료·우송료 포함)		13,000,000
10. 정기연구회/특별세미나		2,500,000
11. 연차학술대회		5,000,000
12. 한중 학술대회		500,000
13. 산하연구회보조		1,000,000
14. (집행)이사회 및 편집위원회		2,000,000
15. 홈페이지 개편 및 유지보수		300,000
16. 용역인건비/용역경비		20,000,000
17. 운영경비		1,500,000
18. 잡비		50,000
19. 차년도 이월금액		49,022,858
계	94,872,858	94,872,858

감 사 보 고 서

(사)한국국제사법학회 정관 제12조 및 제16조 제4항에 의거,
2020년 회계연도 (사)한국국제사법학회의 감사결과를 다음과 같이 보고
합니다.

1. 감사사항 :

- 가. 본회 정관의 이행상태
- 나. 수입·지출 예산의 집행상황

2. 감사결과 :

- 가. 본 학회 정관의 이행에 이상이 없음을 확인하였습니다.
- 나. 2020년도의 기금관리상황 및 수입·지출예산의 집행상황을
감사한 바,
 - (1) 수입과 지출이 정확하게 기록되어 있으며
 - (2) 지출의 내용이 타당하다고 인정되고
 - (3) 잔액의 보존이 적절하다고 판단하였습니다.

2021년 1월 30일

감사 이 인재 (인) 

(사)한국국제사법학회 귀하

감 사 보 고 서

(사)한국국제사법학회 정관 제12조 및 제16조 제4항에 의거,
2020년 회계연도 (사)한국국제사법학회의 감사결과를 다음과 같이 보고
합니다.

1. 감사사항 :

- 가. 본회 정관의 이행상태
- 나. 수입·지출 예산의 집행상황

2. 감사결과 :

- 가. 본 학회 정관의 이행에 이상이 없음을 확인하였습니다.
- 나. 2020년도의 기금관리상황 및 수입·지출예산의 집행상황을
감사한 바,
 - (1) 수입과 지출이 정확하게 기록되어 있으며
 - (2) 지출의 내용이 타당하다고 인정되고
 - (3) 잔액의 보존이 적절하다고 판단하였습니다.

2021년 1월 30일

감사

오승룡 인

(사)한국국제사법학회 귀하

- *M e m o* -