

사단법인 한국국제사법학회
제153회 정기연구회 자료집



일 시 : 2022. 1. 27.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom을 통한 비대면회의

제153회 정기연구회 프로그램

사회 : 이종혁 교수(총무이사)

19:00	개회사 석광현 교수(한국국제사법학회장)
19:00 - 20:15	발 표 이종혁 교수(한양대학교)
20:15 - 20:30	지정토론 정구태 교수(조선대학교)
20:30 - 21:00	전체토론

발표문

국제친족법의 입법론

— 국제혼인법과 국제친자법을 중심으로 —

이종혁 교수

(한양대학교 법학전문대학원)

국제친족법의 입법론

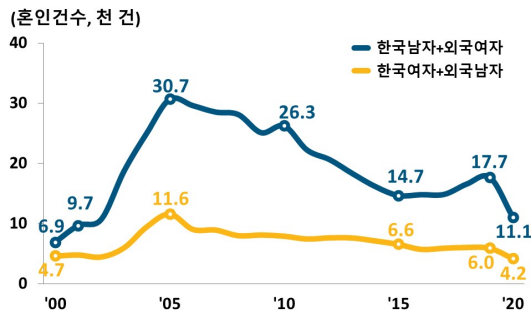
— 국제혼인법과 국제친자법을 중심으로 —

이종혁*

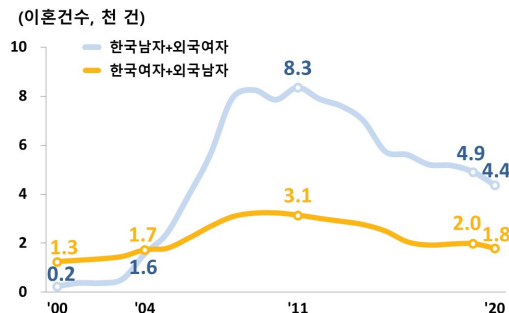
I. 서 언

외국적 요소가 있는 혼인, 이혼, 친자관계, 부양, 후견 등 친족관계가 국내에서 문제되는 경우가 증가하고 있다. 2001년 섭외사법 개정 전에도 화교, 주한미군 등 정주외국인과 미국, 일본 등에 거주하는 재외교포¹⁾가 내국인과 혼인 또는 이혼하는 경우가 적지 않게 있었다.²⁾ 1990년대 중반 이후 혼인이주여성의 증가를 비롯한 우리 사회의 국제화의 심화에 따라 국제혼인이 증가해왔으나, 근자에는 다소 감소하는 추세이고,³⁾ 국제이혼도 마찬가지이다.⁴⁾

[도표1] 외국인과의 혼인건수 추이⁵⁾



[도표2] 외국인과의 이혼건수 추이⁶⁾



국제혼인의 증가에 따라 자연스럽게 국제이혼사건, 국제친자사건, 국제부양·후견사건도 증가할 가능성이 높아졌다. 아래 [표1]과 [표2]에서 보듯이 한국인이 혼인하는 외국인의 국

* 한양대학교 법학전문대학원 조교수.

- 1) 일상에서는 “재외교포”라는 용어가 많이 사용되나, 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」은 “재외동포”라는 용어를 사용하고 있다. 동법상 재외동포는 ‘재외국민’과 ‘외국국적동포’로 구분되는데, 전자는 대한민국 국민으로서 외국 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자를 말하고, 후자는 대한민국 국적을 보유하고 있던 자(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포 포함) 또는 그 직계비속으로서 외국국적을 취득한 자 중 대통령령으로 정하는 자를 말한다(동법 제2조). 후자에 관하여 동법 시행령 제3조는 ① 출생에 의하여 대한민국 국적을 보유하고 있던 사람(대한민국정부 수립 전에 국외로 이주한 동포 포함)으로서 외국국적을 취득한 사람과 ② 위 ①에 해당하는 사람의 직계비속으로서 외국국적을 취득한 사람을 규정하고 있다.
- 2) 우리 법원의 재판례의 상세는 이종혁, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제”, 국제사법연구 제27권 제2호(한국국제사법학회, 2021), 453면 이하 참조.
- 3) 전체 혼인 중 국제혼인이 차지하는 비중은 2000년대 초반 급증하여 2005년 13.5%로 정점에 도달한 후 감소하고 있으나, 2020년 기준으로 여전히 7.2%를 차지하고 있다. 통계청 사회통계국 인구동향과, “2020년 혼인·이혼 통계”(보도자료)(2021. 3. 17.), 13면.
- 4) 법원행정처가 국제가사사건 통계를 공식적으로 관리하지는 않는 것으로 보인다. 법원행정처, 2021 사법연감[2020. 1. ~ 2020. 12.](법원행정처, 2021)에는 국제가사사건 통계가 보이지 않는다. 서울가정법원의 2004년부터 2006년 8월까지 국제가사사건 통계는 전연속, “국제가사소송사건의 실태분석 및 개선방안: 서울가정법원 가사5단독(국제가사소송사건 전담재판부) 실무례를 중심으로”, 국제사법연구 제12호(한국국제사법학회, 2006), 99-100면 참조.
- 5) 통계청 사회통계국 인구동향과, 전계자료, 13면.
- 6) 통계청 사회통계국 인구동향과, 전계자료, 28면.

적이 다변화하고 있다. 또한 아래 [표3]과 [표4]에서 보듯이 많은 내외국인 부부가 미성년자녀가 있는 상태에서 이혼하고 있으므로, 외국 국적의 미성년자녀의 부양과 후견이 문제될 가능성이 높아졌다. 따라서 우리 국제사법이 외국적 요소가 있는 친족관계의 준거법으로 외국법을 지정하는 경우 당해 법률문제를 올바르게 해결하고, 외국 국제사법과 우리 국제사법의 상위(相違)로 인하여 파행적 신분관계가 형성될 가능성을 대비하기 위하여, 미국, 중국, 일본, 베트남, 태국, 필리핀 등 여러 인방(隣邦)의 친족관계 관련 실질법과 국제사법에 관심을 경주할 필요가 있다. 입법론을 위하여는 2001년 섭외사법 전부개정시 모범으로 삼았던 서구의 국제사법의 개정과 근자의 유럽연합 규범의 형성에도 관심을 경주하여야 한다. 헤이그 국제사법회의의 여러 조약에도 주목하여야 함은 물론이다.

[표1] 한국남자와 외국여자의 국제혼인에서 외국여자의 국적 분포(2011-2020)⁷⁾

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
총건수	22,265	20,637	18,307	16,152	14,677	14,822	14,869	16,608	17,687	11,100
중국	7,549	7,036	6,058	5,485	4,545	4,198	3,880	3,671	3,649	2,524
베트남	7,636	6,586	5,770	4,743	4,651	5,377	5,364	6,338	6,712	3,136
필리핀	2,072	2,216	1,692	1,130	1,006	864	842	852	816	367
일본	1,124	1,309	1,218	1,345	1,030	838	843	987	903	758
캄보디아	961	525	735	564	524	466	480	455	432	275
태국	354	323	291	439	543	720	1,017	1,560	2,050	1,735
미국	507	526	637	636	577	570	541	567	597	432
기타	1,796	1,899	1,640	1,810	1,801	1,789	1,902	2,178	2,528	1,873

[표2] 한국여자와 외국남자의 국제혼인에서 외국남자의 국적 분포(2011-2020)

	2011년	2012년	2013년	2014년	2015년	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년
총건수	7,497	7,688	7,656	7,164	6,597	5,769	5,966	6,090	5,956	4,241
일본	1,709	1,582	1,366	1,176	808	381	311	313	265	135
중국	1,869	1,997	1,727	1,579	1,434	1,463	1,523	1,489	1,407	942
미국	1,632	1,593	1,755	1,748	1,612	1,377	1,392	1,439	1,468	1,101
캐나다	448	505	475	481	465	398	436	402	363	257
호주	216	220	308	249	254	197	203	189	178	82
기타	1,188	1,331	1,572	1,931	2,024	1,953	2,101	2,258	2,275	1,724

[표3] 외국인 남편의 국적별 이혼 건수 및 미성년자녀 수(2020)⁸⁾

외국인 남편의 국적	2020년					
	이혼 건수	미성년자녀 수				
		0명	1명	2명	3명 이상	미상
총건수	1,796	1,294	306	86	10	100
대만	28	19	6	2	0	1
베트남	117	63	39	11	2	2
파키스탄	46	40	4	1	0	1
방글라데시	20	18	1	0	0	1
중국	742	511	147	24	4	56
일본	337	285	23	7	2	20
독일	11	8	1	1	0	1
캐나다	37	23	7	5	0	2
미국	241	181	29	21	1	9
기타 및 국가명 미상	217	146	49	14	1	7

7) 통계청 e-나라지표(<https://www.index.go.kr>)의 ‘국제결혼 현황’에서 본고의 목적에 부합하게 추출한 자료이다. 밑줄은 필자가 표시한 것이다. 아래 [표2]도 같다.

8) 통계청 국가통계포털(<https://kosis.kr>)의 ‘주제별 통계 - 인구동향조사 - 이혼 - 외국인과의 이혼건수’에서 본고의 목적에 부합하게 추출한 자료이다. 밑줄은 필자가 표시한 것이다. 아래 [표4]도 같다.

[표4] 외국인 아내의 국적별 이혼 건수 및 미성년자녀 수(2020)

외국인 아내의 국적	2020년					
	이혼 건수	미성년자녀 수				
		0명	1명	2명	3명 이상	미상
총건수	4,378	3,183	714	232	29	220
필리핀	229	121	57	33	6	12
베트남	1,408	1,029	247	70	7	55
캄보디아	120	66	35	14	4	1
태국	229	201	15	4	1	8
몽골	71	53	12	6	0	0
중국	1,674	1,278	213	61	3	119
일본	142	86	35	13	2	6
우즈베키스탄	102	61	25	10	2	4
미국	87	66	15	3	0	3
러시아	49	35	10	3	0	1
기타 및 국가명 미상	267	187	50	15	4	11

본고의 목적은 외국적 요소가 있는 혼인, 이혼, 친자관계의 준거법 결정규칙에 관한 우리 국제사법의 입법론을 모색하는 것이다(해석론은 입법론에 필요한 범위에서만 논의). 이하에서는 복수국적자의 본국법, 혼인의 성립, 혼인의 효력(부부재산제 포함), 이혼, 친자관계(입양 제외)의 순으로, 2001년 섭외사법 개정경위를 개관하고, 해외의 국내적·국제적 입법례를 비교법적으로 검토하며, 현행 국제사법의 운영과정에서 노정된 문제점을 중심으로 개정의 착안점을 식별하고, 2022. 7. 5. 시행 예정인 국제사법 전부개정법률(이하 “신국제사법”)을 저본으로 삼아 개정안을 제시하기로 한다. 특히 국내적 입법례로는 2001년 개정시 참고하였던 독일, 스위스, 오스트리아, 이탈리아, 일본의 입법례를 현행법을 기준으로 재검토하고,⁹⁾ 프랑스, 중국을 입법례 검토의 대상으로 추가하며,¹⁰⁾¹¹⁾ 국제적 입법례로는 헤이그 국제사법회의

9) 2001년 당시 조문의 국문번역은 법무부 編, 각국의 국제사법(법무부, 2001); 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설 제2판(지산, 2003)의 부록 참조. 전세계 주요국가의 국제사법에 관한 영문자료로 Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro De Miguel Asensio (ed.), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar, 2017)의 Vol. 3 (National Reports)과 Vol. 4 (Legal Instruments) 참조. 이하에서는 이 자료를 “Encyclopedia”로 약칭하고 집필자와 해당부분을 병기하기로 한다. 예전 자료 이기는 하나, 전세계 주요국가의 국제사법의 일어번역으로 笠原俊宏 編, 國際私法立法總覽(富山房, 1989) 참조. 독일의 현행 민법시행법에 대한 소개와 국문번역은 석광현, “독일 개정 국제사법에 관한 고찰”, 국제사법연구 제27권 제1호(한국국제사법학회, 2021), 631면 이하 참조. 스위스의 현행 국제사법에 대한 소개와 국문번역은 석광현, “스위스의 국제사법 재론”, 국제사법연구 제26권 제1호(한국국제사법학회, 2020), 571면 이하 참조. 스위스 국제사법에 관하여는 이호정, “스위스 개정국제사법전”, 법학 제31권 제3/4호(서울대학교 법학연구소, 1990), 1면 이하; 석광현, “스위스 국제사법(IPRG)”, 국제사법과 국제소송 제1권(박영사, 2001), 479면 이하도 참조. 오스트리아 국제사법의 일문번역으로 桑田三郎/山内惟介 編著, ドイツ・オーストリア國際私法立法資料(日本比較法研究所, 2000), 510頁 이하 참조. 이탈리아 국제사법의 영문번역으로 Alberto Montanari, Vincent A. Narcisi, *Conflict of Laws in Italy* (Kluwer Law International, 1997)도 참조.

10) 중국 섭외민사관계법률적용법(“이하 섭외민사관계법”)의 국문번역은 김호 譯, “중화인민공화국 섭외민사관계법률적용법: 2010. 10. 28. 제11회 전국인민대표대회상무위원회 제17차회의 통과”(자료), 국제사법연구 제16호(한국국제사법학회, 2010), 435면 이하; 석광현, 국제사법 해설(박영사, 2013), 678면 이하 참조. 일본 「법의 적용에 관한 통칙법」(이하 “법적용통칙법”)의 국문번역은 김문숙 譯, “일본 「법의 적용에 관한 통칙법」”(자료), 국제사법연구 제12호(한국국제사법학회, 2006), 617면 이하; 석광현, 상거서, 669면 이하 참조. 일본 법적용통칙법의 개관은 김문숙, “일본의 법체계정과 남겨진 과제: 법의 적용에 관한 통칙법의 제정에 관하여”, 국제사법연구 제12호(한국국제사법학회, 2006), 462면 이하; 윤남순, “일본 국제사법의 이해”, 상사판례연구 제20집 제2호(한국상사판례학회, 2007), 161면 이하 참조.

11) 위 [표1] 내지 [표4]의 통계에도 불구하고, 필자의 언어적 한계 등으로 인하여 인방의 입법례에서 베트남, 태국, 필리핀 등은 제외하였다. 베트남의 국제친족법은 「혼인 및 가족에 관한 법률」(Law

의 조약인 1978년 부부재산제협약,¹²⁾ 1996년 아동보호협약¹³⁾을 검토하고, 유럽연합의 이사회 규정인 로마III 규정,¹⁴⁾ 부부재산제규정¹⁵⁾을 검토한다.¹⁶⁾

II. 복수국적자의 본국법에 관한 규정¹⁷⁾

1. 본국법주의의 유지

현행 국제사법은 섭외사법과 마찬가지로 사람의 신분관계는 속인법, 그 중에서도 본국법에 의한다는 대륙법계 국가의 전통적인 원칙을 대체로 유지하고 있다.¹⁸⁾ 그런데 이민자의 증가를 비롯한 국제적인 인적·물적 교류의 증대로 인하여 친족관계의 연결점으로 국적 대신 상거소지를 우선시키는 입법례가 증가하고 있다. 이는 본국법보다 상거소지법이 당사자 또는 그 법적 환경을 형성하는 사회와 실제상 더 밀접한 관련이 있는 경우가 많음을 고려한 것이다.¹⁹⁾ 상거소지법주의(또는 주소지법주의)가 확산되면 우리가 본국법주의를 고수하더라도 반정(反定)²⁰⁾에 의하여 상거소지법으로서의 한국법이 적용될 가능성이 높아지는 것도 사

on Marriage and Family) 제11장에 규정되어 있는데, 국문자료로 손경한 외 6인, “베트남 국제사법에 관한 연구”(법무부 정책연구과제 최종보고서)(2015), 48면 이하 참조. 동법은 2014년 개정되었는데, 유감스럽게도 2017년 발간된 Encyclopedia, Vol. 4, Vietnam, pp. 4002-4004; Encyclopedia/Nguyen Thi Hong Trinh, Vol. 3, Vietnam, pp. 2664-2665는 2000년 개정된 구법 조문을 소개 및 인용하고 있다. 다만, 친족관계의 준거법 결정규칙의 경우 조문의 위치만 변경되고 내용에는 대체로 차이가 없는 것으로 보인다. 태국과 필리핀의 국제사법에 관한 국문자료는 보이지 않는다. 한편 향후 우리 국제사법학계에 여력이 있다면 광의의 국제사법에 관한 조문을 망라적으로 규정하고 있는 네덜란드, 벨기에와 사회주의권 국가들(예컨대 헝가리, 구 소련, 구 유고슬라비아)의 입법례도 참고할 필요가 있다. 네덜란드 국제사법에 관한 국문자료로 박현정, “네덜란드 민법 10권상의 국제사법의 규정 과정과 그 내용”, 유럽연구 제33권 제4호(한국유럽학회, 2015), 153면 이하 참조.

12) Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes.

13) Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children.

14) Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

15) Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes.

16) 본고의 목적상 헤이그 국제사법회의와 유럽연합의 조약과 규정은 준거법 결정규칙만을 검토한다. 유럽연합의 국제사법 규범의 상세는 최홍섭, 유럽연합(EU)의 국제사법(북크크, 2020) 참조.

17) 현행 국제사법(제3조 제2항, 제3항)은 무국적자와 불통일법국 국적자의 본국법 결정원칙에 관하여도 규정하고 있는데, 본고의 목적상 이에 관하여는 상세히 논의하지 않는다.

18) 전세계적으로 보더라도 국적을 신분관계의 연결점으로 사용하는 국가가 절대다수이다. 그에 해당하는 국가로 가봉, 그리스, 네덜란드, 대만, 독일, 러시아, 루마니아, 룩셈부르크, 리비아, 리히텐슈타인, 마케도니아, 몬테네그로, 모로코, 모잠비크, 몰도바, 벨기에, 벨라루스, 보스니아-헤르체고비나, 불가리아, 세네갈, 세르비아, 소말리아, 수단, 스페인, 슬로바키아, 슬로베니아, 시리아, 아르메니아, 알바니아, 알제리, 앙골라, 요르단, 우즈베키스탄, 우크라이나, 이라크, 이란, 이집트, 이탈리아, 일본, 조지아, 카자흐스탄, 쿠바, 키르기스스탄, 타지키스탄, 태국, 터키, 토고, 투르크메니스탄, 튀니지, 포르투갈, 폴란드, 프랑스, 헝가리 등이 있다(2017년 기준). 에콰도르, 칠레, 콜롬비아는 자국민에 대하여만 일면적으로 본국법주의를 규정하고 있다. 본국법주의를 주소지법주의로 변경한 국가로 리투아니아, 브라질, 베네수엘라가 있다. 위 목록은 Encyclopedia/Heinz-Peter Mansel, Vol. 2, “Nationality”, pp. 1297-1298 참조. 역사적으로 국적은 국가에 대한 국민의 충성과 연대의 징표로 이해되었는데, 이와 같은 관념이 현대사회에서도 여전히 타당한지는 논의의 여지가 있다. 명순구/김기창/이철우, 국적과 법: 그 기원과 미래(고려대학교 법학연구원, 2009), 9-37면 참조.

19) Encyclopedia/Jan von Hein, Vol. 3, Germany, p. 2108; Gerhard Kegel, “The Crisis of Conflict of Laws”, *Recueil des Cours*, Vol. 112 (1964), p. 186 (96).

실이다.²¹⁾ 그러나 유럽연합과 달리 우리나라는 혼인이주여성, 난민²²⁾을 포함한 이민자의 증가 추세가 연결정책상 종래의 본국법주의를 상거소지법주의로 전환할 정도는 아닌 것으로 보인다. 또한 남성의 본국법만이 아니라 양성의 본국법을 함께 고려하는 연결정책을 통하여 국제사법적 차원에서 양성평등을 철저히 실현한 역사가 아직은 20년에 불과함도 고려하지 않을 수 없다. 그러므로 본고는 친족관계의 준거법 결정시 연결점에 관하여 본국법주의 자체는 유지함을 전제로 논의하기로 한다.

2. 2001년 개정경위

복수국적자의 본국법에 관하여 섭외사법(제2조 제1항 본문)은 최후에 취득한 국적을 기준으로 삼았으나, 현행 국제사법(제3조 제1항 본문)은 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 국적을 기준으로 삼는 것으로 원칙을 변경하였다. 최후에 취득한 국적 내지 신국적을 무조건 우선 시키기보다는 당사자와 연결점 간의 관계를 고려할 필요가 있기 때문이다.²³⁾ 가장 밀접한 관련을 판단하기 위한 기준으로 상거소를 명시할지가 논의되었으나,²⁴⁾ 법원의 판단에 맡기기로 하고 명시하지 않았다.²⁵⁾ 한편 복수국적 중 하나가 한국인 경우에는 한국법에 의하도록 하는 내국국적 우선의 원칙은 독일, 스위스, 일본 등의 입법례를 참고하여 섭외사법(제2조 제1항 단서)과 마찬가지로 현행 국제사법(제3조 제1항 단서)도 유지하고 있다. 이는 외국법을 잘못 적용하는 것보다는 법정지법을 올바르게 적용하는 것이 낫다는 전제 위에서 구체적 타당성보다는 법적용상 확실성을 도모한 것이다.²⁶⁾

3. 입법례

가. 서구의 경우

(1) 독 일

독일 민법시행법 제5조 제1항 본문은 복수국적자의 본국법은 국적 소속국법들 중 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라는 원칙을 선언하면서, 가장 밀접한 관련을 판단하기

20) 현행 국제사법 제9조의 ‘준거법 지정시의 반정(反定)’이라는 표제는 신국제사법 제22조에서 ‘외국법에 따른 대한민국 법의 적용’이라고 수정되었다. ‘반정’(반대지정의 줄임말)이라는 용어는 섭외사법 제4조가 의용법례상 용어인 ‘반치(反致)’(반대송치의 줄임말)를 폐기하고 사용하기 시작한 것이다. 그동안 학계와 실무계에 정착된 ‘반정’이라는 용어를 법제처 심의과정에서 헌신짝처럼 폐기한 것은 이해할 수 없는 일이다. 위와 같은 표제의 수정만으로 국민들이 신국제사법 제22조의 내용을 알기 쉬워졌는지도 의문이다.

21) Encyclopedia/Jan von Hein, Vol. 3, Germany, p. 2108 참조.

22) 「난민의 지위에 관한 협약」(Convention relating to the Status of Refugees) 제12조 제1항은 난민의 인적 지위 내지 숙인법적 사항에 관하여 본국법주의가 아니라 주소지법주의를 채택하고 있다. 상세는 溜池良夫, 國際家族法研究(有斐閣, 1985), 354頁 이하 참조. 우리나라도 동 협약의 체결국이다(1992. 11. 11. 비준, 1993. 3. 3. 발효).

23) 석광현, “섭외사법 개정법률안의 검토: 총칙과 법인”, 국제사법연구 제6호(한국국제사법학회, 2001), 172면.

24) 구체적인 기준 내지 고려사항을 예시적으로 열거할 필요가 있다는 견해로 안춘수, “섭외사법 개정 법률안의 검토: 총칙과 법인”, 국제사법연구 제6호(한국국제사법학회, 2001), 204면.

25) 석광현, 전제논문, 173면.

26) 안춘수, 전제논문, 205면; 석광현, 전제서, 111면.

위한 기준으로 상거소 또는 생활의 영위라는 기준을 제시하고 있다. 동항 단서는 내국국적 우선의 원칙을 규정하고 있다.

(2) 스위스

스위스 국제사법 제23조 제2항은 준거법 결정에 있어서 복수국적자의 본국법은 국적 소속 국법들 중 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라는 원칙을 선언하고, 내국국적 우선의 원칙은 채택하고 있지 않다. 가장 밀접한 관련을 판단하기 위한 기준을 제시하고 있지도 않다. 동조 제1항이 국제재판관할의 근거로서의 본국관할에 있어서 가장 밀접한 관련의 원칙을 채택하지 않고 내국국적 우선의 원칙을 유일한 기준으로 채택하고 있을 뿐이다.

(3) 오스트리아

오스트리아 국제사법 제9조 제1항 제2문은 복수국적자가 오스트리아 국적을 가진 경우에는 오스트리아 국적을 기준으로 삼고, 동항 제3문은 기타 복수국적자의 경우에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 국적을 기준으로 삼는다고 규정하고 있다. 규정 형식에만 차이가 있을 뿐 우리 국제사법과 사실상 동일한 입법례이다.

(4) 프랑스

프랑스 민법 제3조 제3항은 신분과 능력에 관한 민법 규정은 외국에 거주하고 있는 프랑스 국적자에 대하여도 적용된다고 규정하고 있다. 일면적 저촉규정의 형식에도 불구하고 프랑스 법원은 이를 양면적 저촉규정으로 해석하여 친족관계에 관하여 내외국인을 구별하지 않고 본국법을 적용하고 있다.²⁷⁾

(5) 이탈리아

이탈리아 국제사법 제19조 제2항 제1문은 복수국적자의 본국법은 국적 소속국법들 중 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라는 원칙을 선언하고, 동항 제2문은 내국국적 우선의 원칙을 채택하고 있다. 우리 국제사법과 동일한 입법례이다.

나. 인방의 경우

(1) 중 국

중국 섭외민사관계법 제19조는 복수국적자의 본국법은 그의 상거소가 있는 국적 소속국법이고, 모든 국적 소속국에 상거소가 없는 경우에는 국적 소속국법들 중 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라고 규정하고 있다. 중국은 내국국적 우선의 원칙을 채택하고 있지 않다는 점에서 독일, 일본과는 구별된다.

27) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087. 프랑스 민법 제3조 제3항은 사실상 내국국적 우선의 원칙을 포함하고 있는 것으로 보인다.

(2) 일 본

일본 법적용통칙법 제38조 제1항 본문은 복수국적자의 본국법은 국적 소속국법들 중에서 그가 상거소를 가지는 국가가 있는 경우에는 그 국가의 법, 그가 상거소를 가지는 국가가 없는 경우에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이라는 원칙을 선언하고, 동항 단서는 내국국적 우선의 원칙을 규정하고 있다. 법례 제28조 제1항의 태도를 유지한 것이다.

4. 개정의 착안점

현행 국제사법의 태도는 오스트리아, 이탈리아의 입법례에 가깝다. 개정의 착안점은 다음과 같다. 첫째, 내국국적 우선의 원칙을 유지할 것인가? 전통적인 민사사법공조 이외에도 법원과 변호인이 외국법에 관한 자료에 접근할 수 있는 방법이 다양해지고 그 정확성도 제고되고 있으므로, 내국국적 우선의 원칙의 존립근거, 즉 외국법을 잘못 적용하는 것보다 법정지법을 올바르게 적용하는 것이 낫다는 전제는 점차 타당성을 상실하고 있다. 장기적으로는 스위스, 중국의 입법례와 마찬가지로 내국국적 우선의 원칙을 폐기하는 것이 바람직하다.

둘째, 가장 밀접한 관련이 있는 국적 소속국의 판단을 위하여 상거소의 존재 또는 생활의 영위와 같은 기준을 제시할 것인가? 내국국적 우선의 원칙을 폐기하는 경우 가장 밀접한 관련의 판단을 위한 아무런 기준도 제시하지 않기보다는 독일, 중국, 일본의 입법례를 참고하여 상거소라는 우선적 기준을 명시하는 것이 바람직하다. 독일 민법시행법이 명시하고 있는 ‘생활의 영위’라는 기준은 상거소와 대체로 유사한 것으로 보이므로 굳이 이를 명시할 필요는 없을 것으로 생각된다.

5. 개정안의 제시

신국제사법	필자가 제시하는 개정안
제16조(본국법) ① 당사자의 본국법에 따라야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가질 때에는 <u>그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법</u> 을 그 본국법으로 정한다. 다만, <u>국적 중 하나가 대한민국일 경우에는 대한민국 법</u> 을 본국법으로 한다.	제16조(본국법) ① 당사자의 본국법에 따라야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가질 때에는 <u>그가 국적을 가지는 국가 중 그의 일상거소가 있는 국가의 법</u> 을 그 본국법으로 정한다. 다만, <u>그가 국적을 가지는 국가 중 그의 일상거소가 있는 국가가 없는 경우에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법</u> 을 본국법으로 한다.

Ⅲ. 혼인의 성립에 관한 규정

1. 2001년 개정경위

현행 국제사법(제36조 제1항)은涉外사법(제15조 제1항 본문)과 마찬가지로 혼인의 (실질적) 성립요건에 관하여 각 당사자의 본국법에 의한다는 배분적 연결원칙을 유지하고 있다.

배분적 연결원칙의 근거는 혼인하고자 하는 당사자들은 대등한 지위에 있으므로 일방의 본국법을 타방의 본국법에 우선시킬 이유가 없고, 이를 통하여 헌법상 양성평등의 원칙을 국제사법적 차원에서 실현할 수 있으며, 당사자 쌍방의 본국법을 각각 고려하므로 파행혼의 발생을 방지할 수 있고, 다수 국가가 배분적 연결원칙을 채택하고 있으므로 외적 판결의 일치를 도모할 수 있다는 것이다.²⁸⁾

반면에 혼인의 방식(또는 형식적 성립요건)에 관하여 섭외사법(제15조 제1항 단서)은 절대적 혼인거행지법주의를 채택하고 있었으나, 현행 국제사법(제36조 제2항 본문)은 그것을 폐기하고 부부 일방의 본국법 또는 혼인거행지법으로의 선택적 연결원칙을 채택하고 있다.²⁹⁾ 혼인거행지법주의는 혼인의 방식은 혼인거행지의 공서와 밀접한 관계를 가지고 있다는 관념에 근거하고 있는데,³⁰⁾ 섭외사법은 우리 민법 제814조에 따른 한국인들 간의 외국에서의 영사혼의 예외(제15조 제2항)를 제외하고는 혼인거행지법만을 유일한 기준으로 삼고 있었으므로 파행혼이 발생할 가능성이 높다는 비판이 많았다.³¹⁾ 그 비판의 요지는 외국인들이 본국법상 방식(예컨대 종교혼국가의 종교의식)에 따라 우리나라 또는 제3국에서 행한 혼인을 우리나라 또는 제3국의 방식에 따르지 않았다는 이유로 그 성립을 부정하는 것은 타당하지 않고,³²⁾ 이혼, 상속 등의 선결문제로 혼인의 성립 여부가 문제되는 경우 절대적 혼인거행지법주의를 이유로 오랫동안 혼인생활을 영위해온 당사자들의 혼인의 성립을 뒤늦게 부정하는 것 또한 타당하지 않다는 것이다.³³⁾ 현행 국제사법의 선택적 연결원칙은 혼인의 방식의 유효성을 넓게 인정하여 혼인의 성립이 부정되는 사태를 가능한 한 방지함으로써 혼인을 보호하기 위한 것이다.³⁴⁾ 다만, 선택적 연결원칙에만 의하면 한국인과 외국인이 한국에서 혼인하는 경우에도 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」(이하 “가족관계등록법”)에 따른 혼인신고를 하지 않아도 유효하게 혼인이 성립할 수 있는데, 한국인의 신분관계의 변동이 가족관계등록부에 공시될 필요성과 혼인관계에서 출생한 자녀의 국적이나 지위의 안정을 도모할 필요성을 고려하여 현행 국제사법(제36조 제2항 단서)은 당사자 일방이 한국인이고 혼인거행지가 한국인 경우에는 한국법에 의한다는 내국인 조항을 두고 있다.³⁵⁾ 독일, 스위스, 오스트리아 등 다수 입법례가 내국에서의 혼인에 대하여는 절대적 혼인거행지법주의를 취하고 있음도

28) 김용한/조명래, 국제사법 전정판(정일출판사, 1992), 308면; 서희원, 국제사법강의 개정판(일조각, 1999), 259면; 최홍섭, “개정법률과 국제친족·상속법의 제문제”(특집 : 섭외사법개정의 입법론적 연구), 법조 통권 제536호(법조협회, 2001. 5.), 152-153면.

29) 섭외사법의 개정론으로 혼인의 방식은 원칙적으로 속인법에 의하고 예외적·임의적으로 혼인거행지법에 의하자는 견해가 있었다. 김용한/조명래, 전거서, 315면.

30) 서희원, 전거서, 264면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 153면.

31) 이호정, 국제사법 중판(경문사, 1985), 335-336면; 김용한/조명래, 전거서, 315면; 서희원, 전거서, 266면; 허만, “섭외이혼의 방식: 대만계 중국인이 한국에서 한 의식혼과 관련”, 민사재판의 제문제 제8권(민사실무연구회, 1994), 1109-1110면.

32) 이호정, 전거서, 335-336면; 김용한/조명래, 전거서, 315면; 최홍섭, “국제친족법과 국제상속법”, 국제사법연구 제4호(한국국제사법학회, 1999), 258면. 과거 우리 법원의 재판례는 부부의 쌍방 또는 일방이 대만 국적이고 그 부부가 국내의 화교협회에만 혼인신고를 한 경우 그 혼인은 혼인거행지법인 우리 민법상 방식요건을 구비하지 못하여 무효라고 판단하였다. 허만, 전계논문, 1102면 이하; 이종혁, 전계논문, 464면 참조. 참고로 대만과 단교 전까지 국내의 화교협회는 주한 대만 대사관의 위임에 따라 한국에 있는 대만 국적자의 혼인신고에 관한 영사업무를 대행하여 왔다고 한다. 허만, 전계논문, 1115면. 다만, 대만법은 혼인의 방식에 관하여 의식혼주의를 취하고 있었고 혼인신고는 혼인의 방식요건이 아니라 호적정리를 위한 사후적·보고적 신고이었다고 한다. 허만, 전계논문, 1110면.

33) 최홍섭, 전계논문(1), 258면.

34) 최홍섭, “섭외사법 개정법률안의 검토: 자연인, 친족, 상속”, 국제사법연구 제6호(한국국제사법학회, 2001), 390면.

35) 최홍섭, 전계논문(1), 259면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 154면.

고려하였다고 한다.³⁶⁾ 한편 한국인들이 외국에서 우리 민법(제814조 제1항)에 따른 영사혼에 의하는 것을 허용한涉外사법 제15조 제2항의 예외는 선택적 연결의 후보로 당사자 일방의 본국법이 추가되어 우리 민법의 적용 가능성이 보장되었으므로 삭제되었다.³⁷⁾

2. 입법례

가. 서구의 경우

(1) 독일 민법시행법

혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다(배분적 연결, 제13조 제1항). 주목할 점은 제13조 제2항은 일정한 경우 독일법으로의 보정적 연결을 허용하고, 제13조 제3항은 아동의 혼인을 방지하기 위한 조치를 국제적 강행법규의 형식으로 규정하고 있다는 것이다. 제13조 제2항에 따르면, 각 당사자의 본국법에 의하여 혼인의 성립요건이 충족되지 않더라도, ① 당사자 일방의 상거소지 또는 국적이 독일인 경우, ② 당사자 쌍방이 해당 요건의 충족을 위하여 기대할 수 있는 조치를 취한 경우, ③ 혼인성립의 불인정이 혼인의 자유를 침해하는 경우(특히 독일에서 신고 또는 승인된 판결이 전혼의 존속을 부정하는 경우 또는 당사자의 배우자가 사망선고를 받은 경우에는 전혼은 혼인장애사유가 아님)³⁸⁾에는 독일법이 적용된다. 이는 독일 기본법상 혼인의 자유를 보장하기 위한 특별공서조항이다.³⁹⁾ 또한 제13조 제3항에 따르면, 당사자 일방의 혼인적령의 준거법으로 외국법이 지정되더라도, ① 혼인합의시 당사자 일방이 16세 미만인 경우는 혼인무효사유이고, ② 혼인체결시 당사자 일방이 16세 이상 18세 미만인 경우는 혼인취소사유이다. 이는 2017. 7. 17. 「아동혼인방지법」(Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen)의 제정에 따라 신설된 조항이다.

독일에서 행하여지는 혼인은 독일법상 방식요건을 충족하여야 하지만, 외국인들 간의 독일에서의 혼인은 당사자 일방의 본국 정부로부터 적법하게 수권 받은 사람⁴⁰⁾ 앞에서 그 국가의 법의 방식에 따를 수 있다(제13조 제4항). 이는 법률행위의 방식에 관한 제11조에 대한 특칙이다. 반면에 외국에서 행하여지는 혼인의 방식에 관하여는 제11조가 적용되므로, 혼인의 실질의 준거법 또는 행위지법으로의 선택적 연결에 의한다. 전자의 경우 제13조 제1항이 적용되는데, 당사자들의 본국법이 서로 같으면 그 법에 의하고, 서로 다르면 “보다 강한 법”의 원칙(Grundsatz des strenger Rechts)에 따라 혼인의 유효성을 보다 엄격하게 보는 법에 의한다.⁴¹⁾ 격지자간 법률행위의 방식에 관한 제11조 제2항도 혼인에 대하여 적용된다.⁴²⁾ 혼인의 방식에 관하여 혼인의 실질의 준거법과 행위지법 중에서 어느 것도 준수하지 않은 경우의 효과는 선택적 연결의 취지를 고려하여 “보다 약한 법”의 원칙(Grundsatz des schwächeren Rechts)에 따라 혼인의 유효성을 보다 관대하게 보는 법에 의한다.⁴³⁾

36) 최홍섭, 전제논문(1), 260면; 최홍섭, 전제논문(2-2), 390면.

37) 최홍섭, 전제논문(1), 260면; 최홍섭, 전제논문(2-2), 390면; 장준혁, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 국제사법연구 제20권 제1호(한국국제사법학회, 2014), 160-161면.

38) 제13조 제2항 제3호는 혼인장애사유 중 중혼에 관하여 특별히 규정한 것으로 이해된다.

39) Encyclopedia/Jan von Hein, Vol. 3, Germany, p. 2109.

40) 대개 영사가 이에 해당한다. Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 3. Auflage (C.H.Beck, 2019), S. 389.

41) Junker, 전제서, S. 390.

42) Junker, 전제서, S. 390.

43) Junker, 전제서, S. 390. 필자는 이종혁, 전제논문, 458면, 주23에서 “보다 약한 법”은 “보다 엄격한 효과를 규정하고 있는 법”과 대체로 같은 의미로 이해된다고 기술하였는데, 이는 잘못이었다.

(2) 스위스 국제사법

스위스에서의 혼인의 성립요건과 방식은 스위스법에 의한다(제44조). 이는 2012. 6. 15. 「강제 결혼 방지조치에 관한 연방법률」(Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, 이하 “강제결혼방지법”)의 제정에 따라 종전의 제44조 제2항을 삭제하고 종전의 제44조 제1항과 제3항을 통합하여 성립요건과 방식에 관하여 일률적으로 규정한 것이다(2013. 7. 1. 시행). 구법 제44조 제1항은 스위스에서의 혼인의 성립요건은 스위스법에 의한다고 규정하고, 동조 제2항은 스위스에서의 혼인이 스위스법상 혼인의 성립요건을 충족하지 않았더라도 외국인들 간의 혼인이고 당사자 일방의 본국법상 혼인의 성립요건을 충족하는 경우에는 성립할 수 있다고 규정하며(외국인들 간의 혼인에 한정된 보정적 연결), 동조 제3항은 스위스에서의 혼인의 방식은 스위스법에 의한다고 규정하고 있었다. 스위스는 강제결혼방지법의 국제적 강행법규성을 관철하기 위하여 종전의 제44조 제2항을 삭제함으로써 내국에서의 혼인의 성립요건에 관하여 당사자들의 국적을 불문하고 절대적 내국법주의를 채택한 것이다. 유의할 점은 내국에서의 혼인의 방식에 관하여는 종전부터 계속 절대적 혼인거행지법주의를 채택하고 있다는 것이다.

외국에서 유효하게 성립한 혼인은 스위스에서 승인된다(제45조 제1항). 당사자 일방이 스위스 국적이거나 당사자 쌍방이 스위스에 주소를 가지고 있는 경우에는 외국에서 성립한 혼인은 스위스법상 혼인무효사유를 회피할 명백한 의도로 외국에서 성립된 것이 아닌 한 스위스에서 승인된다(제45조 제2항). 동성간에 외국에서 유효하게 성립한 혼인은 스위스에서 등록생활동반자관계로 승인된다(제45조 제3항). 이는 2004. 6. 18. 「동성간 등록생활동반자관계에 관한 연방법률」(Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe)의 제정에 따라 신설된 규정으로서(2007. 1. 1. 시행), 외국에서 유효하게 성립한 동성혼이 스위스의 공서에도 불구하고 승인될 수 있는지가 논란이 있으므로, 이를 승인하지 않는 대신 스위스법상 등록생활동반자관계로 조정하여 그에 상응하는 효력을 보장하는 것이다.⁴⁴⁾

스위스는 미성년자의 결혼을 금지하는 강제결혼방지법을 내외국인 모두에게 적용함으로써 국제적 강행법규성을 인정하였으므로 성년의제에 관한 종전의 제45a조는 삭제되었고 혼인무효선언에 관한 새로운 제45a조가 신설되었다.⁴⁵⁾ 이에 따르면, 혼인무효선언의 소의 준거법은 스위스법이고(제45a조 제2항), 사전배려적 조치(또는 보전조치), 이혼 또는 별거의 부수적 효과, 이혼 또는 별거의 판결의 보완 또는 변경도 모두 원칙적으로 스위스법에 의한다(제45a조 제3항, 제62조 제2항, 제63조 제2항, 제64조 제2항).

(3) 오스트리아 국제사법

혼인의 성립, 무효, 취소의 요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다(배분적 연결, 제17조 제1항). 오스트리아법의 적용범위 내에서 유효한 재판에 의하여 혼인이 무효로 선고되거나 취소·해소 또는 부존재로 확인되는 경우에는 그 재판이 당사자 또는 부부의 일방 또는 쌍방의 본국법에 의하여 승인되지 않는 것만을 이유로 새로운 혼인의 체결을 금지하거나 새로운 혼인이 무효라고 선언할 수 없다(제17조 제2항).⁴⁶⁾

44) Conseil fédéral suisse, Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002 (FF 2003, 1192), p. 1261.

45) Conseil fédéral suisse, Message relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 23 février 2011 (FF 2011, 2045), p. 2062.

오스트리아에서 행하여지는 혼인의 방식은 오스트리아법에 의하고(제16조 제1항), 외국에서 행하여지는 혼인의 방식은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하되(배분적 연결), 혼인거행지법에 의하여도 충분하다(제16조 제2항). 혼인의 방식에 관한 배분적 연결은 각 당사자의 본국법의 누적적 적용으로 귀결되므로, 외국에서의 혼인의 방식의 경우 오히려 혼인거행지법이 원칙적 준거법으로 취급된다.⁴⁷⁾

(4) 프랑스 민법

혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의하고(배분적 연결), 본국법과 관계 없이 혼인은 제146조,⁴⁸⁾ 제180조 제1항⁴⁹⁾에 따른 부부의 동의가 있어야 한다(제202-1조). 혼인의사의 합치에 관한 민법 규정의 국제적 강행법규성을 명시한 것이다. 혼인의 방식은 혼인거행지법에 의한다(제202-2조).

(5) 이탈리아 국제사법

혼인능력 기타 혼인의 성립요건은 혼인 당시 각 당사자의 본국법에 의한다(배분적 연결, 제27조 제1문). 당사자 일방의 미혼 지위를 성립시키는 확정판결로서 이탈리아에서 선고되거나 승인된 것은 그 효력이 인정된다(제27조 제2문).⁵⁰⁾ 다만, 이탈리아 민법 제116조 제2항은 외국인이 이탈리아에서 혼인하고자 하는 경우 이탈리아 민법상 혼인의 성립요건 중 본질적 사항은 국제적 강행법규로서 적용됨을 명시하고 있는데,⁵¹⁾ 당사자 쌍방의 본국법이 중혼, 근친혼 등을 허용하더라도 그것은 이탈리아에서는 무효라는 것이다.⁵²⁾ 한편 외국법의 효력이 이탈리아의 공서에 반하는 경우에는 그 외국법을 적용할 수 없는데(제16조 제1항), 이 규정은 혼인의 성립요건의 맥락에서도 중요한 기능을 한다. 예컨대 당사자 쌍방 또는 일방의 본국법이 서로 다른 종교를 가진 당사자들 간의 혼인을 금지하는 경우 그것은 종교에 근거한 차별을 금지하는 이탈리아 헌법 제3조에 반하여 이탈리아에서 적용될 수 없다.⁵³⁾ 또한 당사자 쌍방의 본국법이 16세 미만의 사람의 혼인을 허용하는 경우에도 그 혼인은 이탈리아에서 무효이다.⁵⁴⁾ 한편 혼인의 방식은 혼인거행지법, 혼인 당시 당사자 일방의 본국법 또는 혼인 당시 당사자들의 공통 상거소지법에 의한다(선택적 연결, 제28조).

나. 인방의 경우

46) 제17조 제2항은 혼인장애사유 중 중혼에 관하여 특별히 규정한 것으로 이해된다.

47) Encyclopedia/Helmut Heiss, Vol. 3, Austria, p. 1892는 혼인거행지법이 원칙이라고 기술하고 있다.

48) 제146조는 동의가 없으면 혼인도 없다고 규정하고 있다.

49) 제180조 제1항은 부부 쌍방 또는 일방의 자유로운 동의 없이 체결된 혼인은 동의가 자유롭지 않았던 부부 쌍방 또는 일방만이 이의를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

50) 제27조 제2문은 혼인장애사유 중 중혼에 관하여 특별히 규정한 것으로 이해된다.

51) 이탈리아 민법 제116조 제2항은 동법 제85조(심신미약자와의 혼인 금지), 제86조(중혼 금지), 제87조 제1호, 제2호, 제4호(일정한 근친과의 혼인 금지), 제88조(배우자 살인범과의 혼인 금지), 제89조(여성의 경우 전혼의 해소 등이 있을 때로부터 300일간 혼인 금지)가 이탈리아에서 혼인하고자 하는 외국인에게도 적용된다고 규정하고 있다.

52) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2213.

53) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2213.

54) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2213.

(1) 중국 섭외민사관계법

혼인의 성립요건은 ① 당사자들의 공통 상거소지법, ② 당사자들의 공통 국적 소속국법, ③ 혼인거행지법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제21조). 다만, 위 ③에서 혼인거행지는 당사자 일방의 상거소지 또는 국적 소속국이어야 한다. 혼인의 방식⁵⁵⁾은 혼인거행지법, 당사자 일방의 상거소지법 또는 국적 소속국법으로의 선택적 연결에 의한다(제22조).

(2) 일본 법적용통칙법

혼인의 성립은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 의한다(배분적 연결, 제24조 제1항). 혼인의 방식은 혼인거행지법 또는 당사자 일방의 본국법에 의한다(선택적 연결, 제24조 제2항 및 제3항 본문). 일본에서 혼인이 거행되고 당사자 일방이 일본인인 경우에는 혼인거행지법인 일본법에 의한다(내국인 조항, 제24조 제3항 단서). 규정 형식에만 차이가 있을 뿐 우리 국제사법과 동일한 입법례이다.

3. 개정의 착안점

현행 국제사법의 태도는 일본 법적용통칙법의 입법례에 가깝다. 개정의 착안점은 다음과 같다. 첫째, 혼인의 성립요건에 관한 배분적 연결원칙을 유지할 것인가? 파행혼을 방지하고 외적 판결의 일치를 도모하기 위하여 독일, 오스트리아, 프랑스, 이탈리아, 일본 등 대다수 입법례와 마찬가지로 현행법의 태도를 유지하는 것이 바람직하다. 다만, 이탈리아의 입법례를 참고하여 연결시점이 혼인 당시임을 명시하는 것이 좋다고 본다.⁵⁶⁾ 외국에서의 혼인이 외국에서 일단 유효하게 성립하였으면 스위스에서 그대로 승인하는 스위스의 입법례는 외국에서 성립된 법상태의 승인을 인정하는 입법례로서⁵⁷⁾ 아직은 이례적이다. 당사자들의 공통 상거소지법, 당사자들의 공통 국적 소속국법, (당사자 일방의 상거소지 또는 국적 소속국에 해당하는) 혼인체결지법의 순으로 단계적 연결에 의하는 중국의 입법례도 이례적이다.

둘째, 혼인의 성립요건 중 혼인의사 합치, 혼인적령, 중혼 금지, 근친혼 금지 등 일부 본질적 사항을 국제적 강행법규의 형식으로 명시할 것인가? 독일 민법시행법 제13조 제3항, 스위스 국제사법 제44조는 혼인적령, 프랑스 민법 제202-1조는 혼인의사 합치, 이탈리아 민법 제116조 제2항은 중혼 금지, 근친혼 금지, 여성의 대혼기간 준수 등 다양한 성립요건에 관하여 국제적 강행법규의 형식으로 규정하고 있다. 이 경우 혼인장애사유만을 규정할 수도 있고, 혼인장애사유뿐만 아니라 그 존재에 따른 무효 또는 취소 가능성과 같은 효과까지 규정할 수도 있다.⁵⁸⁾ 이탈리아의 예처럼 혼인적령을 준거법 공서로 해석할 여지도 있으나, 우리

55) 정확히는 ‘수속’(手續), 즉 절차라고 규정하고 있으나, 방식의 의미로 이해된다. Encyclopedia, Vol. 4, China, p. 3070; Encyclopedia/Weizuo Chen, Vol. 3, China, p. 1978. 방식에 해당하는 ‘형식’이라는 문언을 사용하였어야 한다는 지적으로 郭玉軍, “중국의 섭외혼인가정·상속의 법률선택규칙의 평가: 한국 국제사법의 입법을 참조하여”, 국제사법연구 제17호(한국국제사법학회, 2011), 105면.

56) 각국 국적법의 내용에 따라서는 혼인성립 직후에 본국법이 변경될 수 있으므로 정확히는 ‘혼인성립 직전’이다. 이호정, 전거서, 333면; 석광현, 전거서, 446면; 최홍섭, 한국 국제사법 I: 법적용법을 중심으로(한국학술정보, 2019), 340면. 조문에는 ‘혼인 당시’라고만 명시하여도 충분할 것이다.

57) 석광현, “국제사법에서 준거법의 지정에 갈음하는 승인: 유럽연합에서의 논의와 우리 법에의 시사점”, 국제거래와 법 제35호(동아대학교 법학연구소, 2021), 40-41면 참조.

58) 혼인장애사유의 존재에 따른 효과를 국제적 강행법규의 형식으로 명시하지 않는 경우에는 해석론으로 해결하여야 한다. 일면적 혼인장애사유와 양면적 혼인장애사유를 구별하여, 전자의 경우에는

학설과 재판례는 그렇게 해석하지 않는다. 그러나 2001년涉外사법 개정시에도 논의되었듯이⁵⁹⁾ 배분적 연결원칙은 일면적 혼인장애사유와 양면적 혼인장애사유의 구별이 어렵고, 후자의 경우 결과적으로 당사자들의 본국법이 누적적으로 적용되어 혼인의 성립이 어려워져 실질법상 원칙인 혼인의 자유를 침해한다는 비판이 있음에 유의하여야 한다.⁶⁰⁾

사건으로는 혼인적령, 혼인의사 합치, 중혼 금지, 근친혼 금지와 같은 요건은 우리의 공서에 해당하므로 국제적 강행법규의 형식으로 국제사법에 명시함이 바람직하다고 생각한다. 국제사법에는 혼인장애사유만을 국제적 강행법규의 형식으로 규정하면 충분하다고 볼 여지도 있으나, 우리 재판례가 혼인장애사유의 일면성과 양면성을 분별하지 못하고 혼인장애사유의 존재에 따른 효과를 판단하는 과정에서 미숙한 설시를 보이고 있는 현실을 고려한다면,⁶¹⁾ 혼인장애사유뿐만 아니라 그 존재에 따른 효과까지 명확히 국제사법에 규정함이 바람직하다.⁶²⁾ 이를 통하여 법적용상 확실성을 도모할 수 있다. 다만, 우리 민법은 미성년자의 혼인과 그에 따른 성년의제를 인정하고 있으므로, 미성년자의 혼인 자체를 금지하고 이를 국제적 강행법규로 규정한 스위스의 입법례를 그대로 수용하기는 어려울 것으로 생각된다.

셋째, 내국판결 또는 내국에서 승인된 외국판결이 이혼을 선고한 경우 그 효력이 내국에서 인정되어 새로운 혼인이 가능하다는 법리를 명시할 것인가? 이는 이혼을 금지하는 입법례를 의식하여 독일 민법시행법 제13조 제2항 제3호, 오스트리아 국제사법 제17조 제2항, 이탈리아 국제사법 제27조 제2문이 명시하고 있는 것이다. 그러나 2001년涉外사법 개정시에도 논의되었듯이⁶³⁾ 이혼을 금지하는 입법례가 현저히 감소하고 있고 민사소송법 제217조에 따른 외국판결 승인 법리에 의하여 같은 결론을 도출할 수 있을 것으로 보이므로, 독일, 오스트리아, 이탈리아의 입법례를 수용할 필요는 없다고 생각된다.

넷째, 혼인의 방식의 준거법에 관한 선택적 연결원칙을 유지할 것인가? 문제되는 경우를 유형별로 검토해볼 필요가 있다. 먼저 한국인과 외국인이 우리나라에서 혼인하는 경우는 현행 국제사법 제36조 제2항 단서의 내국인 조항이 한국법이 적용되는 것으로 규정하고 있다. 한국인의 신분관계의 변동이 가족관계등록부에 공시될 필요성과 혼인관계에서 출생한 자녀의 국적이나 지위의 안정을 도모할 필요성을 고려한다면 현행법의 태도를 유지함이 바람직하다.

다음으로 한국인들이 외국에서 혼인하는 경우 및 한국인과 외국인이 외국에서 혼인하는 경우에는 현행 국제사법 제36조 제2항 본문에 따라 외국법에 의할 수 있다. 외국에 거주하거나 체류하는 한국인, 즉 재외국민이 외국법상 방식에 의하여 외국에서 혼인하였다면 한국인

그 사유의 존재를 주장하는 당사자의 본국법만을 적용하고, 전자를 쌍방 모두가 주장하는 경우와 후자의 경우에는 “혼인의 유효성을 보다 엄격하게 보는 법”을 적용하여야 한다. 상세는 이종혁, 전게논문, 456-458면 참조.

59) 최홍섭, 전게논문(2-1), 152면.

60) 혼인의 자유는 우리 민법상 원칙임과 동시에 헌법 제36조 제1항에 근거한 헌법상 기본권이다. 윤진수, 친족상속법 강의 제3판(박영사, 2020), 18-21면; 최갑선, “헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장”, 헌법논총 제14집(헌법재판소, 2003), 499면 이하; 정극원, “혼인의 자유에 관한 헌법재판소의 판례의 동향”, 세계헌법연구 제14권 제1호(세계헌법학회 한국학회, 2008), 299면 이하; 이재희, “헌법 제36조 제1항을 중심으로 한 혼인의 헌법적 보장에 대한 검토”, 헌법학연구 제24권 제4호(한국헌법학회, 2018), 69면 이하 참조.

61) 상세는 이종혁, 전게논문, 453-461면 참조.

62) 다만, 무효사유 또는 취소사유를 규정한 민법 제815조와 제816조를 명시하면 충분하고, 취소청구권자, 취소청구권의 소멸 등 민법 제817조 내지 제825조가 규정하고 있는 사항은 배분적 연결원칙에 따라 지정되는 준거법에 의하면 충분하다고 생각된다. 배분적 연결에 의한 준거법이 해당 사유를 혼인장애사유로 규정하고 있지 않다면 그것을 적용하는 것은 우리 공서에 반하므로 법정지법인 한국법이 적용되어야 한다(국제사법 제10조).

63) 최홍섭, 전게논문(1), 257-258면.

과 혼인하였든 외국인과 혼인하였든 3개월 이내에 재외공관장에게 보고적 신고를 하여야 하고(가족관계등록법 제35조 제1항),⁶⁴⁾ 이는 외교부장관을 경유하여 법원행정처 재외국민 가족관계등록사무소에 송부된다(가족관계등록법 제36조 제1항). 문제는 외국에 거주하거나 체류하지 않고 일시적으로 방문한 한국인이 외국인(주로 혼인이주여성)과 외국에서 혼인한 것이 가장혼인인 경우이다.⁶⁵⁾ 이 문제를 해결하기 위하여 한국인과 외국인의 혼인신고시 요구되는 외국인의 혼인요건구비증명서를 통하여 혼인의사를 실질적으로 심사하자는 견해가 제시되기도 하였고,⁶⁶⁾ 실질법상 특별한 규율의 필요성과 함께 당사자 쌍방 또는 일방이 한국인이면 외국에서의 혼인의 경우 한국법을 누적적용하는 것으로 국제사법을 개정하자는 견해가 제시되기도 하였다.⁶⁷⁾ 현행 국제사법처럼 한국인이 외국에서 외국법상 방식에 의하여 혼인하는 것을 허용한다면 법률의 회피의 가능성이 있으나, 헌법상 기본권인 혼인의 자유를 보장하지 않을 수 없다. 누적적용이 혼인의 자유를 제한할 우려가 있다면, 내국인 조항의 형식으로 한국법상 방식요건의 준수만을 요구하는 것을 고려해볼 수도 있다. 그러나 혼인거행지인 외국 역시 내국인 조항을 두고 있다면, 우리 민법에 따른 혼인신고만 하고 외국법에 따른 방식은 충족하지 않는 경우에는 파행혼이 발생하는 문제가 있다. 또한 독일, 스위스, 오스트리아, 프랑스, 이탈리아, 중국, 일본의 입법례 모두 외국에서의 혼인에 대하여는 절대적으로든 선택적으로든 혼인거행지법주의를 인정하고 있음도 고려하지 않을 수 없다. 따라서 현행 국제사법의 태도는 유지하되, 민법 제814조 제1항을 개정하여 한국인들 간의 혼인뿐만 아니라 한국인과 외국인 간의 혼인도 민법상 영사혼에 의할 수 있도록 함이 바람직하다.⁶⁸⁾ 현재 출입국관리실무상 당사자 일방이 혼인이주여성인 경우 한국에서의 혼인신고를 사실상 강제하여 사증발급을 지연시킴으로써 간접적으로 문제를 해결하려는 듯하지만,⁶⁹⁾ 현지 재외공관에서의 영사혼을 허용하고 그 과정에서 영사 등으로 하여금 현지 국가기관이 발급한 공문서 등을 기초로 당사자인 외국인의 진정한 혼인의사의 존재를 확인하도록 하는 것이 바람직하다.

마지막으로 외국인들이 우리나라에서 혼인하는 경우에도 현행 국제사법 제36조 제2항 본문에 따라 외국법에 의할 수 있다. 혼인의 자유를 고려하여야 하지만, 외국인들 간의 혼인이라고 하더라도 내국거래의 보호를 위하여 우리 가족관계등록법에 따른 신고를 요구할 필요가 있다. 정주외국인의 경우 그 필요성이 더욱 현저하다.⁷⁰⁾ 외국인들이 본국법상 방식에 따라 우리나라에서 혼인하였더라도 내국거래 보호의 필요성이 영향을 받는 것은 아니다. 외국인들이 본국으로 귀국하는 경우 우리나라에서의 혼인은 본국의 관점에서는 외국에서의 혼인이므로 혼인거행지법주의에 따라 방식요건은 문제되지 않는다. 이혼, 부양, 상속 등의 선결문제로 혼인의 성립 여부가 문제되더라도 방식요건이 문제되지는 않을 것이다.

다섯째, 신국제사법 제63조 제2항은 현행 국제사법 제36조 제2항의 “혼인거행지”라는 문언을 “혼인을 한 곳”이라고 수정하였는데, 이를 다시 회복시킬 것인가? ‘거행(舉行)’의 사전적 의미는 의식, 행사 등을 치르는 것이므로, 혼인거행이 단순한 혼인합의만을 말하는 것은 아니다. 그래서 혼인거행지는 당사자들이 혼인성립을 위한 중요한 행위를 하는 장소라거

64) 정당한 사유 없이 기간 내에 신고하지 않으면 5만원 이하의 과태료가 부과된다. 가족관계등록법 제122조 참조. 물론 보고적 신고에 불과하므로 사법상 효력과는 무관하다.

65) 현황의 상제는 현소혜, “국제혼인의 이론과 실무”, 민사판례연구 제35권(민사판례연구회, 2013), 1175면 이하 참조.

66) 현소혜, 전제논문, 1236-1239면.

67) 장준혁, 전제논문, 164-165면.

68) 외국에서의 가장혼인에 대한 대응방안으로서 제시된 것은 아니지만, 같은 견해로 최홍섭, 전제논문(2-2), 390-391면.

69) 장준혁, 전제논문, 162-165면 참조.

70) 장준혁, 전제논문, 162면도 정주외국인의 경우가 문제될 수 있음을 지적하고 있다.

나,⁷¹⁾ 당사자들의 혼인의사가 제3자에게 표명되어 사회적으로 공인을 획득하는 장소라고 설명하는 것이 보통이다.⁷²⁾ 한국인이 외국에서 혼인하고 우편으로 혼인신고를 하는 경우에 혼인거행지가 혼인신고를 위한 행정기관 소재지, 즉 우리나라라는 견해가 제기될 수 있으나,⁷³⁾ 국제사법 제36조 제2항 단서의 문언상 한국법에 따른 혼인신고 필요 여부를 판단하기 위하여는 혼인거행지가 한국인지를 먼저 판단하여야 한다. 즉, 방식요건의 구체적 이행방법은 방식의 준거법을 선택하기 전에는 결정할 수 없다.⁷⁴⁾ 따라서 혼인거행지는 혼인의 성립을 위하여 성직자, 가족관계공무원 등 혼인주체자의 관여 아래 공적인 혼인식이 필요한 경우가 아닌 한,⁷⁵⁾ 어디까지나 혼인의사의 표명 당시 쌍방 당사자의 소재지이고,⁷⁶⁾ 이를 혼인신고를 위한 행정기관 소재지라고 해석할 수는 없다. 결국 “혼인거행지”를 “혼인을 한 곳”이라고 수정함으로써 제3자에게 혼인의사를 표명한다는 의미가 사라진 듯하지만, 그렇다고 국제사법상 의미 있는 차이가 발생한 것은 아니다. 혼인의사의 대외적 표명 없이 혼인생활을 영위하는 경우가 증가하고 있으므로, 입법자가 의도하였든 의도하지 않았든 오히려 실질법상 원칙인 혼인의 자유에 부합하는 문언 수정이었다고 평가할 여지도 있다. 그러므로 “혼인을 한 곳”을 “혼인을 거행한 곳”과 같은 문언으로 회복시킬 필요는 없다고 생각된다.

4. 개정안의 제시

신국제사법	필자가 제시하는 개정안
제63조(혼인의 성립) ① 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 그 본국법에 따른다. ② 혼인의 방식은 혼인을 한 곳의 법 또는 당사자 중 한쪽의 본국법에 따른다. 다만, 대한민국에서 혼인을 하는 경우에 <u>당사자 중 한쪽이 대한민국 국민인 때에는</u> 대한민국 법에 따른다.	제63조(혼인의 성립) ① 혼인의 성립요건은 각 당사자에 관하여 <u>혼인 당시</u> 그 본국법에 따른다. <u>다만, 민법 제815조, 제816조의 적용에 영향을 미치지 아니한다.</u> ② 혼인의 방식은 혼인을 한 곳의 법 또는 당사자 중 한쪽의 본국법에 따른다. 다만, <u>대한민국에서 혼인을 하는 경우에는 대한민국 법에 따른다.</u>

71) 櫻田嘉章, 櫻田嘉章, 國際私法 第6版(有斐閣, 2016), 277頁.

72) 신창선/윤남순, 신국제사법 제2판(피데스, 2016), 345면; 溜池良夫, 國際私法講義 第3版(有斐閣, 2005), 433頁.

73) 주로 일본에서의 논의이나, 이를 우리의 맥락에서도 고려할 수 있다. 우리나라와 일본은 혼인의 방식으로 행정기관에의 창설적 신고와 수리를 요구하는데, 서류의 우편접수를 허용하므로(가족관계의 등록 등에 관한 규칙 제40조 제4항), 외국에서 국내 행정기관으로 신고서류를 발송하거나 우리나라에서 일본 행정기관으로 신고서류를 발송한 경우 혼인거행지는 행정기관 소재지인지, 아니면 신고서류 발송지인지가 문제된다고 한다. 견해 대립의 상세는 석광현, 전게서, 450-451면; 山田鐐一, 國際私法 第3版(有斐閣, 2004), 413-414頁; 櫻田嘉章/道垣内正人 編輯, 注釈國際私法 第2卷(有斐閣, 2011), 18-20頁(橫溝大 집필부분); 澤木敬郎/道垣内正人, 國際私法入門 第8版(有斐閣, 2018), 93-94頁; 奥田安弘, 國際家族法 第2版(明石書店, 2020), 143-146頁 참조. 혼인거행지는 행위지의 일종으로서, 혼인이라는 당사자들 간의 법률행위의 외부적 표현방법으로서의 방식의 이행행위지이므로, 당사자들이 현재 혼인합의를 실질적으로 이행하고 그 외부적 표시인 혼인신고를 작성·발송하는 장소라고 보아야 한다는 견해가 설득력이 있다. 櫻田嘉章, 전게서, 277頁. 결국 우편에 의한 혼인신고는 혼인거행지법이 아니라 당사자 일방의 본국법으로서의 한국법에 의한 것이어서 유효라고 보아야 한다.

74) 橫溝大, 전게집필부분, 19-20頁도 동지.

75) 그 경우에는 그 의식이 거행되는 장소를 말한다. 석광현, 전게서, 450-451면; 山田鐐一, 전게서, 413頁.

76) 석광현, 전게서, 450면; 山田鐐一, 전게서, 413頁.

민법	필자가 제시하는 개정안
제814조(외국에서의 혼인신고) ① 외국에 있는 <u>본국민 사이의</u> 혼인은 그 외국에 주재하는 대사, 공사 또는 영사에게 신고할 수 있다.	제814조(외국에서의 혼인신고) ① 외국에 있는 <u>본국민의</u> 혼인은 그 외국에 주재하는 대사, 공사 또는 영사에게 신고할 수 있다.

Ⅳ. 혼인의 효력(부부재산제 포함)에 관한 규정

1. 2001년 개정경위

혼인의 일반적 효력에 관하여涉外사법(제16조 제1항)은 남편의 현재의 본국법주의를 채택하고 있었으나, 현행 국제사법(제37조 제1항)은 그것을 폐기하고 부부의 현재의 동일한 본국법, 부부의 현재의 동일한 상거소지법, 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법의 순서에 의하는 단계적 연결원칙을 채택하고 있다. 또한 혼인의 재산적 효력인 부부재산제에 관하여涉外사법(제17조 제1항)은 남편의 혼인 당시 본국법주의를 채택하고 있었으나, 현행 국제사법(제38조 제1항)은 그 준거법을 혼인의 일반적 효력의 준거법과 일치시키되, 그에 선행하는 원칙으로서 양적으로 제한된 당사자자치를 인정하고 있다.

현행 국제사법은 헌법상 양성평등의 원칙을 혼인의 일반적·재산적 효력의 준거법의 차원에서 실현하기 위하여 원칙적으로 부부의 동일한 속인법에 의하되, 신분관계에서는 본국법이 상거소지법에 우선한다는 전제에서 동일한 본국법을 동일한 상거소지법에 우선시키고, 부부의 동일한 본국법이 없는 경우를 대비하여 보충적 준거법(또는 이차적 준거법)을 단계적으로 규정하고 있다.⁷⁷⁾ 다만, 단계적 연결에 있어서 독일(2001년 당시 기준), 오스트리아와 같은 5단계안을 채택하지 않고, 일본과 같은 3단계안을 채택하고 있다. 5단계안은 현행법의 1단계와 2단계 사이에 과거의 동일한 본국법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함)이 있고, 2단계와 3단계 사이에 과거의 동일한 상거소지법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함)이 있는 것이다. 과거의 동일한 본국법과 과거의 동일한 상거소지법을 3단계안의 마지막 단계에서 고려할 수 있으므로, 결과적으로 5단계안이 3단계안과 차이가 있는 점은 과거의 동일한 본국법을 현재의 동일한 상거소지법에 명시적으로 우선시킨다는 것이다. 현행법이 5단계안 대신 3단계안을 채택한 이유는 3단계안이 5단계안보다 단순·명확하고, 과거의 속인법들은 3단계안의 마지막 단계에서도 충분히 고려할 수 있으며, 무엇보다도 혼인의 효력의 준거법은 현재 발생한 문제에 대하여 적용되므로 본국법이라는 이유로 과거의 동일한 본국법을 적용하기보다는 현재와의 관련성이 높은 현재의 동일한 상거소지법을 적용하는 것이 문제의 해결에 더 타당하다는 것이다.⁷⁸⁾

涉外사법은 부부재산제의 연결점으로 남편의 혼인 당시 국적을 규정하여 불변경주의(또는 고정주의)를 취하고 있었다. 종래 이는 부부재산관계의 항구적 성질을 존중하고, 남편이 임의로 자신에게 유리한 국적을 취득함에 따라 아내 또는 제3자의 이익이 침해되는 것을 방지하기 위함이라고 설명되어 왔다.⁷⁹⁾ 이에 대하여는 남편의 혼인 당시 본국법주의는 헌법상

77) 최홍섭, 전계논문(2-1), 155면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 392면.

78) 최홍섭, 전계논문(1), 262면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 155면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 392면.

79) 김진, 신국제사법(법문사, 1962), 251면; 김용한/조명래, 전계서, 320면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 156면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 393-394면.

양성평등의 원칙에 반함은 물론이고, 실제상 남편이 임의로 국적을 변경하는 문제가 발생하지 않으며, 혼인 당시와는 관련이 있으나 현재와는 관련이 없는 준거법을 적용하는 것은 불합리하고, 혼인의 신분적 효력과 재산적 효력 간의 성질결정 문제를 회피할 필요가 있으며, 혼인의 신분적 효력과 재산적 효력의 준거법을 일치시킨다면 연결시점도 일치시킴이 타당하다는 비판이 있었다.⁸⁰⁾ 현행법은 위와 같은 비판을 수용하여 변경주의를 채택하고 있다.

현행 국제사법(제38조 제2항)은 부부재산제의 준거법에 관하여 당사자자치원칙을 채택하고 있다. 그 근거는 헤이그 부부재산제협약과 독일, 스위스, 오스트리아, 이탈리아, 일본 등의 입법례를 고려하여 외적 판결의 일치를 도모하고, 부부재산제는 재산적 측면이 강하므로 부부가 자유롭게 재산을 형성·관리하도록 함이 타당하며, 단계적 연결에서 국적이라는 연결점은 복수국적자의 경우 하나의 국적으로 고정됨에 따른 불합리가 있을 수 있고 상거소와 최밀접관련국라는 연결점은 가변적 개념이므로 예측가능성을 확보할 필요가 있고, 단계적 연결에서 연결시점이 변경될 수 있으므로 부부재산제의 명확성을 희망하는 당사자의사를 존중할 필요가 있다는 것이다.⁸¹⁾ 다만, 선택 대상인 준거법은 당사자들과 일정한 관련성이 있는 것으로 제한하고 있다. 이때 “본국법”이 아니라 “국적을 가지는 [국가의] 법”이라고 규정한 이유는 복수국적자의 본국법 결정시 발생할 수 있는 불합리를 해결하기 위함이고, 각 당사자를 모두 선택 대상으로 인정한 것은 동일한 본국법 또는 동일한 상거소지법이라는 객관적 연결에서의 연결점의 고정성을 탈피하기 위함이다.⁸²⁾ 또한 부동산의 경우 부동산 소재지법을 선택 대상으로 추가한 이유는 부부재산제의 준거법인 총괄준거법이 부동산 소재지법인 개별준거법에 의하여 깨뜨려지는 경우 부동산 소재지법을 부부재산제의 준거법으로 선택함으로써 성질결정과 조정(또는 적응)의 문제를 회피할 수 있기 때문이다.⁸³⁾

현행 국제사법(제38조 제2항 두문 단서)은 준거법 선택의 방식에 관하여도 명확히 규정하고 있다. 즉, 준거법 선택의 합의는 날짜와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 경우에만 효력이 있다.

외국법에 의한 부부재산제 또는 부부재산계약은 거래상대방인 제3자의 이익에 영향을 미치므로 내국에서의 거래보호 문제가 발생한다. 현행 국제사법(제38조 제3항, 제4항)은 일본 법례 제15조 제2항, 제3항(법적용통칙법으로는 제26조 제3항, 제4항)의 내국거래보호조항을 그대로 수용하였다.⁸⁴⁾

한편 섭외사법 제16조 제2항, 제17조 제2항의 서양자 조항은 현행 국제사법에서 삭제하였다. 1990년 민법 개정으로 서양자 제도가 폐지되었으므로 이를 국제사법에 존치시킬 필요가 없어졌기 때문이다.⁸⁵⁾

2. 입법례

가. 서구의 경우

(1) 독 일

80) 최홍섭, 전게논문(1), 265면; 최홍섭, 전게논문(2-1), 156면; 최홍섭, 전게논문(2-2), 394면.

81) 최홍섭, 전게논문(1), 266-267면; 최홍섭, 전게논문(2-1), 156-157면; 최홍섭, 전게논문(2-2), 394면.

82) 최홍섭, 전게논문(1), 267면.

83) 최홍섭, 전게논문(1), 267-268면.

84) 최홍섭, 전게논문(2-2), 395면.

85) 최홍섭, 전게논문(2-1), 155면.

독일 민법시행법은 2018. 12. 17.의 개정으로 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 제14조가 대폭 수정되었고 부부재산제의 준거법에 관한 제15조, 제16조가 삭제되었다. 후자의 삭제는 후술하듯이 준거법 소속국이 유럽연합 회원국인지 여부와 관계없이 보편적으로 적용되는 성질을 가지는 유럽연합 부부재산제규정의 시행에 따른 것이다. 구법 제14조는 현행 국제사법 제38조가 모범으로 삼았던 입법레이프로 독일의 개정은 면밀히 검토해볼 필요가 있다.⁸⁶⁾

혼인의 일반적 효력의 준거법에 관하여는 양적으로 제한된 당사자자치가 인정된다(제14조 제1항). 부부가 선택할 수 있는 법은 ① 준거법 선택시 부부 쌍방의 상거소지법, ② 부부 쌍방의 혼인 중의 최후 상거소지법(준거법 선택시 부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함), ③ 준거법 선택시 부부의 일방의 본국법이다. 준거법 선택은 공증을 받아야 하는데, 독일에서 공증을 받지 않은 경우에는 선택된 법 또는 행위지법에 의하여 부부재산계약의 방식요건을 충족하면 충분하다.

혼인의 일반적 효력에 관하여 당사자들의 준거법 선택이 없는 경우에는 ① 부부 쌍방의 상거소지법, ② 부부 쌍방의 혼인 중의 최후 상거소지법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함), ③ 부부 쌍방의 본국법, ④ 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제14조 제2항). 현행법의 단계적 연결원칙은 구법(제14조 제1항)의 5단계와 달리 4단계인데, 구법상 3단계, 4단계를 1단계, 2단계로 변경하여 전체적으로 상거소지법을 본국법에 우선시키고 있고, 구법상 2단계인 부부 쌍방의 혼인 중의 최후 본국법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함)은 어느 단계에도 명시하지 않고 있다.

(2) 스위스 국제사법

스위스 국제사법(제48조)에 따르면, 혼인의 (일반적) 효력은 부부의 주소지법에 의하고(동조 제1항), 부부의 주소지가 서로 다른 국가에 있는 경우에는 사실관계와 더 밀접한 관련이 있는 주소지국의 법에 의한다고 규정하고 있다(동조 제2항).

부부재산제의 준거법에 관하여는 양적으로 제한된 당사자자치가 인정된다(제52조). 부부가 선택할 수 있는 법은 ① 부부 쌍방의 주소지법, ② 혼인성립 후 부부 쌍방의 주소취득 예정지국법, ③ 부부의 일방이 국적을 가지는 국가의 법이다. 준거법 선택의 방식과 관련하여, 그것은 서면으로 합의되거나 부부재산계약 규정으로부터 명확한 방법으로 도출되어야 하고, 기타 문제는 선택된 법에 의한다(제53조 제1항). 준거법 선택 또는 그 변경은 언제든지 가능하고, 준거법 선택이 혼인성립 후에 있는 경우에는 당사자들이 달리 합의하지 않는 한 혼인성립시로 소급하여 효력이 있다(제53조 제2항). 선택된 법은 부부가 다른 법을 선택하거나 법의 선택을 폐기하지 않는 한 계속 적용된다(제53조 제3항).

부부가 부부재산제의 준거법을 선택하지 않는 경우에는 ① 부부 쌍방의 공통 주소지법, ② 부부 쌍방의 최후의 공통 주소지법, ③ 부부의 공통 본국법, ④ 스위스법에 따른 별산제의 순으로 단계적 연결에 의한다(제54조). 부부 쌍방의 공통 주소지가 다른 국가로 이동된 경우에는 신주소지법이 혼인성립시로 소급하여 적용되고, 부부는 서면에 의한 약정으로 소급효를 배제할 수 있다(제55조 제1항). 주소지 변경은 당사자들이 서면으로 종전의 법을 계속 적용하기로 합의하거나 부부재산계약이 존재하는 경우에는 준거법에 효력을 미칠 수 없

86) 상세는 오석웅, “혼인의 효력에 관한 유럽 국제사법의 동향: EU 부부재산제 규칙과 개정 독일 국제사법(EGBGB)의 내용”, 국제사법연구 제26권 제1호(한국국제사법학회, 2020), 247면 이하; 석광현, 전게자료(독일), 654면 참조.

다(제55조 제2항). 부부재산계약의 방식은 부부재산계약의 준거법 또는 체결지법에 의한다(제56조).

부부의 일방과 제3자 간의 법률관계에 대한 부부재산제의 효력은 법률관계 성립시 그 부 일방의 주소지법에 의한다(제57조 제1항). 제3자가 법률관계 성립시 부부재산제의 준거법을 알았거나 알았어야 하는 경우에는 스위스 국제사법이 적용된다(제57조 제2항).

(3) 오스트리아 국제사법

혼인의 신분적 효력은 ① 부부의 공통 본국법, ② 부부의 최후의 공통 본국법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함), ③ 부부의 공통 상거소지법, ④ 부부의 최후의 공통 상거소지법(부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함)의 순으로 단계적 연결에 의한다(제18조 제1항). 위 ① 내지 ④가 모두 존재하지 않는 경우에는 제1조 제1항이 선언하고 있듯이 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다. 다만, 혼인이 제18조 제1항에 따라 지정된 법에 의하여는 효력을 발생하지 않으나 오스트리아법의 적용범위 내에서는 효력을 발생하는 경우에는 그 신분적 효력은 오스트리아법에 의하고, 부부가 제3국과 더 밀접한 관련을 가지고 그 국가의 법에 의하더라도 혼인이 효력을 발생하는 경우에는 오스트리아법 대신 그 법에 의한다(제18조 제2항).

부부재산제는 당사자들이 명시적으로 선택한 법에 의하고, 당사자들의 준거법 선택이 없는 경우에는 혼인체결 당시 혼인의 신분적 효력의 준거법에 의한다(제19조). 준거법 선택이 명시적이기만 하면 그 선택의 대상에는 아무런 제한이 없다.

(4) 프랑스 민법

프랑스법에는 혼인의 효력의 준거법에 관한 명문규정이 없다. 혼인의 해소사유 중 하나인 이혼에 관하여만 1975년 준거법 결정규칙이 신설되었다. 다만, 부부재산제를 포함하여 혼인의 효력의 준거법에 관한 판례법리가 형성되어 있다. 프랑스 파기원은 1953. 4. 17. 선고한 *Rivière* 판결에서 혼인의 효력은 부부의 공통 본국법에 의하고, 이것이 없는 경우에는 공통 상거소지법에 의하며, 이것도 없는 경우에는 법정지법에 의한다는 법리를 제시하였다.⁸⁷⁾

(5) 이탈리아 국제사법

혼인의 신분적 효력은 부부의 공통 본국법에 의하고, 부부가 공통 본국법을 가지지 않거나 이를 복수로 가지는 경우에는 혼인생활을 주되게 영위하는 국가의 법에 의한다(제29조). 많은 경우 그것은 부부의 공통 상거소지법이다.⁸⁸⁾

혼인의 재산적 효력은 제29조에 따른 혼인의 신분적 효력의 준거법에 의한다(제30조 제1항 본문). 다만, 부부재산제의 준거법에 관하여 당사자자치가 인정되는데, 부부는 그들 중 일방이 국적 또는 상거소를 가지는 국가의 법을 준거법으로 선택할 수 있고, 이는 서면으로 증명되어야 한다(제30조 제1항 단서). 다만, 선택 대상인 준거법의 연결시점이 명시되어 있지 않으므로 준거법 선택은 혼인 당시에든 혼인 중에도 가능하다(변경주의). 혼인

87) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087.

88) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2214.

당시에는 준거법 선택이 없었으나 혼인 중에 준거법 선택을 하는 경우도 있을 수 있고, 부부가 공통의 국적을 취득 또는 상실하거나 부부가 다른 국가로 상거소를 이동시키는 경우와 같이 객관적 연결점이 변경되는 경우도 있을 수 있다. 이탈리아 국제사법상 명문규정은 없으나, 준거법 변경은 소급효를 가지는 것으로 이해되고, 제3자의 권리에 영향이 없는 한, 부부가 혼인 중에 취득한 모든 재산은 새로운 준거법에 의하여 규율된다고 한다.⁸⁹⁾ 준거법 선택의 방식은 부부가 선택한 법 또는 그 선택이 행하여진 곳의 법에 의한다(제30조 제2항).

부부재산제의 준거법이 외국법인 경우에는 제3자가 그 사실을 알고 있었거나 자신의 과실로 알지 못하였던 경우에만 그에게 대항할 수 있고, 부동산 물권에 관하여는 그 물건이 소재하고 있는 국가의 법에 규정된 공시의 방식을 준수한 때에만 그에게 대항할 수 있다(제30조 제3항).

(6) 유럽연합 부부재산제규정

부부재산제규정은 그에 의하여 지정된 준거법 소속국이 유럽연합 회원국인지 여부와 관계없이 보편적으로 적용된다(제20조). 부부재산제의 준거법에 관하여 양적으로 제한된 당사자 자치가 인정되는데, 현재 또는 장래의 부부가 선택 또는 변경할 수 있는 법은 ① 준거법 선택시 현재 또는 장래의 부부의 쌍방 또는 일방의 상거소지법, ② 준거법 선택시 현재 또는 장래의 부부의 일방의 본국법이다(제22조 제1항). 부부가 부부재산제의 준거법으로 선택한 법을 변경하는 경우 달리 합의하지 않는 한 장래효만 인정되고(제20조 제2항), 부부의 합의로 소급효가 인정되더라도 제3자의 이익을 해할 수 없다(제20조 제3항).

부부재산제의 준거법 합의는 일자와 부부 쌍방의 서명이 있는 서면(전자적 방법에 의한 통신 포함)에 의하여야 한다(제23조 제1항). 준거법 합의시 부부 쌍방의 상거소지법이 부부재산계약에 대하여 추가적인 방식요건을 요구하는 경우에는 이를 충족하여야 한다(제23조 제2항). 준거법 합의시 부부가 서로 다른 국가에 상거소를 두고 있는 경우에는 부부재산계약의 방식요건은 두 국가 중 어느 하나의 법에 의한다(선택적 연결, 제23조 제3항).

부부의 준거법 합의가 없는 경우 부부재산제는 ① 혼인성립 이후 부부의 최초의 공통 상거소지법, ② 혼인성립 당시 부부의 공통 본국법, ③ 모든 사정을 고려하여 혼인성립 당시 부부가 공동으로 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제26조 제1항). 부부재산제규정은 상거소지법을 본국법에 우선시키고 있다. 다만, 부부가 혼인성립 당시 공통의 국적을 둘 이상 가지고 있는 경우에는 위 ①과 ③만 적용된다(제26조 제2항). 부부의 일방은 일정한 경우에 위 ① 이외의 국가의 법이 적용되어야 한다고 법원에 신청할 수 있고, ④ 부부가 최후의 공통 상거소지에서 위 ①에 의하여 지정된 국가에서보다 더 장기간 거주한 경우, ⑤ 부부가 그들의 재산관계를 정리 또는 계획함에 있어서 다른 국가의 법에 의하였던 경우가 그에 해당하는데(제26조 제3항 제1문), 부부가 이들 다른 국가에 최후의 공통 상거소를 형성하기 전에 부부재산계약을 체결한 경우에는 그러하지 아니하다(동항 제4문).

부부재산제규정은 조정의 법리를 명시하고 있다. 제29조에 따르면, 부부재산제의 준거법에 따라 인정된 물권을 주장함에 있어서 그 권리가 주장된 국가의 법이 해당 물권을 알지 못하는 경우에는 그 권리는 필요하고 가능한 범위에서 해당 물권의 목적, 이익과 효력을 고려하여 그 주장된 국가의 법에 있는 가장 동등·유사한 권리로 조정되어야 한다.

89) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2214.

나. 인방의 경우

(1) 중국 섭외민사관계법

혼인의 신분적 효력⁹⁰⁾은 공통 상거소지법, 공통 국적 소속국법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제23조). 혼인의 재산적 효력의 준거법은 당사자자치원칙과 단계적 연결원칙이 인정되는데, 당사자들이 합의하여 당사자 일방의 상거소지법, 국적 소속국법 또는 주요재산 소재지법 중에서 준거법을 선택할 수 있고, 당사자들의 준거법 선택이 없는 경우에는 공통 상거소지법, 공통 국적 소속국법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제24조).

(2) 일본 법적용통칙법

혼인의 (일반적) 효력은 ① 부부의 동일한 본국법, ② 부부의 동일한 상거소지법, ③ 부부에게 가장 밀접한 관계가 있는 곳의 법의 순으로 단계적 연결에 의한다(제25조). 혼인의 효력의 준거법이 부부재산제에 준용된다(제26조 제1항). 그러나 부부재산제의 준거법에 관하여 양적으로 제한된 당사자자치가 인정되는데, 부부가 선택할 수 있는 법은 ① 부부의 일방이 국적을 가지는 국가의 법, ② 부부의 일방의 상거소지법, ③ 부동산에 관한 부부재산제에 대하여는 그 부동산의 소재지법이다. 또한 준거법 선택은 부부가 일자를 기재하고 서명한 서면에 의하여야 하고, 준거법 선택은 장래효만 가진다는 것이 명시되어 있다(제26조 제2항).

제26조 제3항, 제4항은 내국거래보호조항이다. 외국법을 적용하여야 하는 부부재산제는 일본에서 행하여진 법률행위와 일본에 있는 재산에 대하여는 선의의 제3자에게 대항할 수 없고, 그 경우 선의의 제3자와의 관계에서 부부재산제는 일본법에 의한다(제26조 제3항). 제26조 제3항에도 불구하고 제26조 제1항 또는 제2항에 따른 외국법에 의한 부부재산계약은 일본에서 이를 등기한 경우에는 제3자에게 대항할 수 있는데(제26조 제4항), 제3자의 선의 또는 악의는 불문한다.

다. 헤이그 부부재산제협약⁹¹⁾

부부재산제협약은 부부재산제의 준거법에 관하여 당사자자치원칙과 단계적 연결원칙을 규정하고 있다. 제3조는 부부는 혼인 전에는 부부재산제의 준거법을 ① 준거법 선택시 부부의 일방이 국적을 가지는 국가의 법, ② 준거법 선택시 부부의 일방이 상거소를 가지는 국가의 법, ③ 혼인 후 부부의 일방이 새로운 상거소를 형성한 최초의 국가의 법, ④ 부동산에 대하여는 그 부동산 소재지법 중에서 선택할 수 있다고 규정하고 있다. 제6조는 부부는 혼인 중

90) 정확히는 ‘인신관계’(人身關係)라는 용어를 사용하고 있다.

91) 협약국은 네덜란드, 룩셈부르크, 프랑스의 3개국에 불과하나, 많은 국가의 입법에 영향을 미쳤다. 오스트리아, 포르투갈은 서명만 하고 비준은 하지 않았다. 프랑스가 1992. 6. 25. 비준하여 1992. 9. 1. 비로소 발효하였다. 이후 협약국인 프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드 간에 적용되었으나, 그마저도 유럽연합 부부재산제규정이 시행된 2019. 1. 29.부터는 동 규정이 이를 대체하고 있다. Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087. 해설은 Alfred E. von Overbeck, *Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes: Draft Convention adopted by the Thirteenth Session and Explanatory Report* (Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 1978) 참조. 국문번역은 법무부 법무심의관실 編, 국제사법에 관한 헤이그회의 제협약(법무부, 1997), 199면 이하 참조.

에는 부부재산제의 준거법을 ① 준거법 선택시 부부의 일방이 국적을 가지는 국가의 법, ② 준거법 선택시 부부의 일방이 상거소를 가지는 국가의 법, ③ 부동산에 대하여는 그 부동산 소재지법 중에서 선택할 수 있다고 규정하고 있다.

제4조는 부부가 혼인 전에 준거법을 선택하지 않은 경우에는 ① 부부가 혼인 후 최초로 그들의 상거소를 형성한 국가의 법(제4조 제1항), ② 부부의 공통 국적 소속국법(제4조 제2항 제3호),⁹²⁾ ③ 부부재산제와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법(제4조 제3항)의 순으로 단계적 연결에 의한다고 규정하고 있다.

협약에 따른 준거법은 부부가 다른 준거법을 선택하지 않는 한 적용되고, 부부의 국적 또는 상거소의 변경이 있더라도 [변경된 대로] 적용된다(제7조 제1항). 다만, 제7조 제2항은 부부가 준거법을 선택하지도 않고 부부재산계약을 체결하지도 않는 경우 다음 중 어느 하나의 요건을 충족하는 때에는 제3조 내지 제6조에 의한 준거법을 대신하여 부부의 상거소지법이 적용된다고 규정하고 있다(제7조 제2항): ① 부부의 상거소지가 부부의 공통 국적 소속국인 경우(또는 부부의 공통 국적 소속국이 된 때부터), ② 혼인 후 10년 이상 상거소를 유지한 경우 또는 ③ 제4조 제2항 제3호에 따라 공통 국적 소속국법에 의하는 경우.

제7조 제2항에 따른 준거법 변경은 장래효만 있고, 준거법 변경 전에 부부에게 속한 재산은 새로운 준거법에 의하지 않는다(제8조 제1항). 다만, 혼인 전 또는 혼인 후에 부부재산에 속하는 부동산에 관하여 부부재산제의 준거법으로 부동산 소재지법을 선택한 경우에는 부부는 제13조의 방식에 따라 그 부동산에 관한 부부재산제의 준거법을 언제든지 변경할 수 있다(제8조 제2항).

부부의 일방과 제3자 간의 법률관계에 대한 부부재산제의 효력은 협약에 따른 부부재산제의 준거법에 의한다(제9조 제1항). 다만, 부부의 일방이나 제3자가 상거소를 가지고 있는 계약국은 다음 중 어느 하나의 요건을 충족하는 경우에는 부부의 일방이 제3자에 대하여 부부재산제의 준거법이 적용을 주장할 수 있다고 규정할 수 있다(제9조 제2항): ① 그 계약국법에 따른 공시요건을 준수한 경우 또는 ② 부부의 일방과 제3자 간의 법률관계가 제3자가 부부재산제의 준거법을 알았거나 알았어야 하였던 때에 발생한 경우.

제11조는 준거법 선택의 방식에 관하여 규정하고 있다. 준거법 선택은 명시적이거나 부부재산계약에 관한 규정을 준용한 것을 따라야 한다. 제13조는 명시적 합의에 의한 준거법 선택은 부부가 선택한 법 또는 부부재산계약이 체결된 곳의 법에 따른 부부재산계약의 방식에 의하는데, 어느 경우든 그 준거법 선택은 부부 쌍방이 서명하고 일자가 있는 서면에 의하여야 한다고 규정하고 있다. 제12조는 부부재산계약의 방식은 부부재산제의 준거법 또는 부부재산계약이 체결된 곳의 법에 의하는데, 어느 경우든 부부재산계약은 부부 쌍방이 서명하고 일자가 있는 서면에 의하여야 한다고 규정하고 있다.

유의할 점은 부부가 공통된 국적을 둘 이상 가지는 경우에는 공통 국적 소속국법에 의한다는 규정이 적용되지 않는다는 것이다(제15조 제3항). 이에 비추어 보면, 부부재산제협약의 “공통 국적”(common nationality)의 개념은 우리 국제사법의 ‘동일한 본국법’이 아니라 ‘공통의 국적 소속국법’을 의미한다.

3. 개정의 착안점

92) 제4조 제2항 제1호, 제2호와 제5조는 유보선언과 관련된 내용이므로 상세히 검토하지 않는다.

현행 국제사법의 태도는 일본 법적용통칙법의 입법례에 가깝다. 개정의 착안점은 다음과 같다. 첫째, 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관하여 당사자자치원칙을 인정할 것인가? 독일 민법시행법은 종래 제한적으로 이를 인정하고 있었으나(구법 제14조 제2항, 제3항), 2018년의 개정으로 준거법 선택의 대상을 확대하고 있다(현행법 제14조 제1항). 섭외사법 개정시에도 논의되었듯이 혼인의 일반적 효력의 경우에도 당사자자치를 인정할 필요성이 없는 것은 아니고,⁹³⁾ 준거법 선택의 대상으로 당사자들과의 일정한 관련성이 있는 국가들을 열거한다면 불합리하지 않다고 볼 여지도 있지만, 당사자자치를 인정함에 따른 이익보다 그로 인한 준거법의 임의적 변경이 초래하는 문제가 여전히 더 크다고 생각된다. 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 규정을 이혼의 준거법에 준용한다면 이혼에 관하여 유책주의가 아니라 파탄주의를 취하는 국가로의 준거법 쇼핑이 발생할 우려도 있다. 그러므로 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관하여 당사자자치원칙을 채택할 수는 없다.

둘째, 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 단계적 연결원칙에서 단계의 개수와 각 단계의 내용을 조정할 것인가? 특히 마지막 단계에 법정지법을 명시할 것인가? 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관하여 원칙적으로 단일한 연결점을 규정하고 있는 스위스(원칙적으로 부부의 공통 주소지법), 이탈리아(원칙적으로 부부의 공통 본국법)와 같은 입법례도 있으나, 대체로 단계적 연결원칙을 채택하고 있는 것으로 보인다. 외적 판결의 일치를 도모하자면 이제 와서 우리 국제사법이 단계적 연결원칙을 폐기할 이유는 없다. 단계적 연결에 대한 근자의 입법례의 양상을 보면, 본국법을 상거소지법에 우선시켰던 독일의 과거의 5단계를 유지하고 있는 오스트리아와 같은 예가 있고, 이를 3단계로 축소한 일본과 우리나라의 예가 있으며, 독일 스스로는 과거의 5단계를 4단계로 축소하고 전체적으로 상거소지법을 본국법에 우선시키고 있다. 중국도 2단계에서 상거소지법을 본국법에 우선시키고 있다. 우리나라에서도 과거의 독일의 5단계를 도입하자는 입법론이 제시되기도 하였다.⁹⁴⁾ 사건으로는 신분관계의 연결정책상 상거소지법을 본국법보다 전면적으로 우선시킬 수는 없다고 하더라도, 혼인의 효력에 있어서 단계적 연결원칙의 각 단계를 구성하는 국면에서는 상거소지법을 본국법에 우선시키는 것이 사람의 국제적인 이동과 국제혼인이 증가한 작금의 현실에 부합한다고 생각한다. 다만, 혼인의 효력의 문제는 과거가 아니라 현재의 문제이므로 현재와의 관련성이 있는 연결점만으로 각 단계를 구성하고 과거와의 관련성이 있는 연결점은 마지막 단계인 최밀접관련국법을 판단함에 있어서 고려하면 충분하다고 생각된다. 따라서 현행 국제사법의 개정론으로는 현재의 3단계에서 1단계와 2단계의 순서를 변경하면 충분할 것이다.

단계적 연결의 마지막 단계로 법정지법을 명시하고 있는 프랑스의 예가 있고, 섭외사법 개정시 입법론으로도 그와 같은 제안이 있었으나,⁹⁵⁾ 채택되지는 않았다. 그 제안의 이유는 최밀접관련국법의 개념이 모호하여 모든 사정을 고려하여도 그 결정이 쉽지 않을 수 있고, 법정지법을 마지막 단계로 규정함으로써 법적용의 확실성을 확보할 수 있으며, 최밀접관련국법의 판단을 좀더 분명한 기준을 가지고 접근할 수 있다는 것이다.⁹⁶⁾ 그러나 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용한다는 국제사법의 목적에 부합하지 않고, 혼인의 효력의 준거법의 경우에 유독 그 목적을 포기할 이유도 없으며, 법정지법 역시 최밀접관련국법을 판단하는 단계에서 충분히 검토할 수 있고, 과거와의 관련성까지 포함시켜 분석한다면 최밀접

93) 상거소지와 최밀접관련국의 개념도 가변적이고 불확실한 측면이 있고, 객관적 연결에 의한 준거법이 항상 타당한 결과를 보장하는 것도 아니기 때문이다. 최홍섭, 전제논문(1), 265-266면.

94) 장준혁, 전제논문, 166-167면.

95) 최홍섭, 전제논문(1), 263-264면.

96) 최홍섭, 전제논문(1), 263면.

관련국의 판단이 반드시 불확실한 것만은 아니라고 생각된다. 따라서 단계적 연결의 마지막 단계로 법정지법을 규정할 필요는 없을 것이다.

셋째, 부부재산제의 준거법의 경우 당사자들의 준거법 선택이 없으면 혼인의 일반적 효력의 준거법 결정규칙을 준용하는 태도를 유지할 것인가? 오스트리아, 프랑스, 이탈리아, 중국과 같이 단계적 연결에 있어서 혼인의 일반적 효력의 준거법과 혼인의 재산적 효력의 준거법이 일치하는 입법례도 있으나, 독일, 스위스와 같이 양자가 일치하지 않는 입법례도 발견된다. 유럽연합 회원국의 경우 부부재산제규정(제26조 제1항)의 시행에 따라 불가피한 측면이 있기도 하다. 어쨌든 부부재산제는 혼인의 재산적 효력이므로 혼인의 일반적 효력과 준거법을 일치시킬 필요가 있고, 우리나라의 경우 양자를 서로 다르게 규정할 별다른 필요가 보이지 않으므로 현행 국제사법의 태도를 유지함이 바람직하다.

넷째, 부부재산제의 준거법에 관한 양적으로 제한된 당사자자치원칙에서 선택할 수 있는 준거법의 범위를 조정할 것인가? 그 범위는 입법례에 따라 다양하다. 오스트리아처럼 선택 대상에 제한을 두지 않는 입법례도 있다. 현행 국제사법은 선택 대상을 연결정책적 필요성과 당사자와의 관련성을 기준으로 제한하고 있다. 구체적으로 보면, 복수국적자의 본국법 결정시 발생할 수 있는 불합리를 해결하기 위하여 본국법이 아니라 국적 소속국법으로 선택 대상을 규정하고 있고, 동일한 본국법 또는 동일한 상거소지법이라는 연결점의 경직성을 탈피하기 위하여 부부 쌍방 모두를 선택 대상으로 규정하고 있으며, 부동산의 경우 부동산 소재지법을 선택 대상으로 추가함으로써 “개별준거법은 총괄준거법을 깨뜨린다”는 법리에 따른 성질결정과 조정의 어려움을 회피할 수 있도록 하고 있다.

다섯째, 부부재산제 또는 부부재산계약의 준거법의 변경에 따른 소급효 또는 장래효를 명시할 것인가? 스위스(국제사법 제53조 제2항, 제55조 제1항)는 혼인성립 후 준거법 선택과 연결점(부부 쌍방의 공통 주소지) 이동에 따른 준거법 변경의 소급효를 명시하고 있다(당사자들이 소급효 배제합의 가능). 이탈리아는 국제사법상 명문규정은 없으나, 부부재산제의 준거법의 변경이 소급효를 가진다고 해석한다.⁹⁷⁾ 반면에 유럽연합 부부재산제규정(제20조 제2항, 제3항)은 부부가 선택한 법을 변경하는 경우 달리 합의하지 않는 한 장래효만 인정되고, 부부의 합의로 소급효가 인정되더라도 제3자의 이익을 해할 수 없다고 규정하고 있다. 우리의 경우 현행 국제사법 제25조 제3항 단서⁹⁸⁾를 유추하여 해석할 여지가 있다고 본다.⁹⁹⁾ 부부재산제의 준거법의 변경은 부부의 의사에 따라 소급효를 가질 수도 있고 장래효만 가질 수도 있는데, 일반적으로는 소급효를 가진다고 보는 것이 당사자들의 의사에 부합할 것이고, 그렇더라도 제3자의 권리에 영향을 미칠 수 없다는 것이다. 연결점 변경에 따른 준거법 변경은 당사자들의 의사에 따른 것은 아니나, 같은 취지로 해석할 수 있을 것으로 생각된다.

여섯째, 부부재산제의 준거법 합의 방식에 관한 규정을 수정할 것인가? 현행 국제사법(제38조 제2항 두문 단서)은 일자와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면에 의하도록 한다. 일본과 유럽연합 부부재산제규정은 부부가 일자를 기재하고 서명한 서면에 의할 것을 요구하는데(후자는 서면에 전자통신을 포함), 현행 국제사법은 우리에게 익숙한 기명날인을 서명의 대체적 수단으로 추가하고 있다. 이는 대체로 헤이그 부부재산제협약의 태도를 충실히 수용한 것이다. 다른 입법례로는 단순히 명시적일 것을 요구하는 오스트리아(국제사법 제19

97) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2214.

98) 현행 국제사법 제25조 제3항은 “당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약의 방식의 유효성과 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다”라고 규정하고 있다.

99) 석광현, 전거서, 300면 참조.

조), 단순히 서면으로 증명할 것을 요구하는 이탈리아(국제사법 제30조 제1항), 서면 합의에 의하거나 부부재산계약상 규정으로부터 명확히 도출될 것을 요구하는 스위스(국제사법 제53조 제1항), 부부재산계약의 방식요건을 충족할 것을 요구하는 독일(민법시행법 제14조 제1항)이 있다. 준거법 선택은 독립적인 합의(준거법지정계약)에 의할 수도 있지만 부부재산계약에 포함된 준거법 조항에 의할 수도 있다. 이와 같은 이원적 구조를 의식하고 있는 헤이그 부부재산제협약(제11조 내지 제13조)의 태도를 명시함이 바람직하다. 다만, 현행 국제사법 제38조 제2항 두문 단서는 제17조에 대한 특칙이 아니고, 제17조는 부부재산제의 준거법 선택에 적용되는데,¹⁰⁰⁾ 이는 해석론으로 해결할 수 있는 문제라고 생각된다.

일곱째, 내국거래보호조항을 수정할 것인가? 현행 국제사법은 일본의 입법례를 수용하였는데, 다수 입법례는 내국거래보호조항을 두고 있지 않고, 이를 두고 있는 일부 입법례와 비교하여 보더라도 정치한 내국거래보호조항을 두고 있는 현행 국제사법의 태도는 우수한 것으로 생각된다. 입법례를 보면, 스위스(국제사법 제57조)는 부부의 일방과 제3자 간의 법률관계에 대한 부부재산제의 효력은 법률관계 성립시 그 부부 일방의 주소지법에 의하는데, 제3자가 법률관계 성립시 부부재산제의 준거법을 알았거나 알았어야 하는 경우에는 그 법에 의한다고 한다. 이탈리아(국제사법 제30조 제3항)는 부부재산제의 준거법이 외국법인 경우에는 제3자가 그 사실을 알고 있었거나 자신의 과실로 알지 못하였던 경우에만 그에게 대항할 수 있고, 부동산 물권의 경우에는 그 물건 소재지법에 따른 공시의 방식을 준수한 때에만 제3자에게 대항할 수 있다고 한다.

4. 개정안의 제시

신국제사법	필자가 제시하는 개정안
제64조(혼인의 일반적 효력) 혼인의 일반적 효력은 다음 각 호의 법의 순위에 따른다. 1. 부부의 동일한 본국법 2. 부부의 동일한 일상거소지법 3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법 제65조(부부재산제) ① 부부재산제에 관하여는 제64조를 준용한다. ② 부부가 합의에 의하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법을 선택한 경우 부부재산제는 제1항에도 불구하고 그 법에 따른다. 다만, 그 합의는 날짜와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 경우에만 그 효력이 있다. 1. 부부 중 한쪽이 국적을 가지는 법 2. 부부 중 한쪽의 일상거소지법 3. 부동산에 관한 부부재산제에 대해서는 그 부동산의 소재지법	제64조(혼인의 일반적 효력) 혼인의 일반적 효력은 다음 각 호의 법의 순위에 따른다. 1. 부부의 동일한 일상거소지법 2. 부부의 동일한 본국법 3. 부부와 가장 밀접한 관련이 있는 곳의 법 제65조(부부재산제) ① 부부재산제에 관하여는 제64조를 준용한다. ② 부부가 합의(부부재산계약에 의한 합의를 포함한다)에 의하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법을 선택한 경우 부부재산제는 제1항에도 불구하고 그 법에 따른다. 다만, 그 합의는 날짜와 부부의 기명날인 또는 서명이 있는 서면으로 작성된 경우에만 그 효력이 있다. 1. 부부 중 한쪽이 국적을 가지는 법 2. 부부 중 한쪽의 일상거소지법 3. 부동산에 관한 부부재산제에 대해서는

100) 최홍섭, 전거서, 356-357면도 동지.

③ 대한민국에서 행한 법률행위 및 대한민국에 있는 재산에 관하여는 외국법에 따른 부부재산제로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 이 경우 외국법에 따를 수 없을 때에 제3자와의 관계에서 부부재산제는 대한민국 법에 따른다. ④ 제3항에도 불구하고 외국법에 따라 체결된 부부재산계약을 대한민국에서 등기한 경우에는 제3자에게 대항할 수 있다.	그 부동산의 소재지법 ③ 대한민국에서 행한 법률행위 및 대한민국에 있는 재산에 관하여는 외국법에 따른 부부재산제로써 선의의 제3자에게 대항할 수 없다. 이 경우 외국법에 따를 수 없을 때에 제3자와의 관계에서 부부재산제는 대한민국 법에 따른다. ④ 제3항에도 불구하고 외국법에 따라 체결된 부부재산계약을 대한민국에서 등기한 경우에는 제3자에게 대항할 수 있다.
---	--

V. 이혼에 관한 규정

1. 2001년 개정경위

이혼의 준거법에 관하여涉外사법(제18조)은 원인사실 발생 당시 남편의 본국법에 의하되, 그 원인사실이 한국법에 의하여 이혼원인이 되지 않는 경우에는 이혼의 선고를 하지 못한다고 규정하고 있었으나(한국법예의 누적적 연결), 현행 국제사법(제39조)은 혼인의 일반적 효력의 준거법에 관한 규정을 준용하되, 부부 중 일방이 한국에 상거소가 있는 한국인인 경우에는 한국법에 의한다고 규정하고 있다(내국인 조항).涉外사법에 대하여는 연결점으로 남편의 본국법주의를 채택하고 있어서 헌법상 양성평등의 원칙에 반하고, 연결시점이 유책주의를 전제하고 있어서 현대 이혼법의 파탄주의로의 전환을 반영하고 있지 못하며, 한국법의 누적적용으로 이혼 가능성을 억제하여 이혼의 자유를 제한하고 있다는 비판이 있었고,¹⁰¹⁾ 현행 국제사법은 그 비판을 모두 수용한 것이다.

이혼은 혼인의 파탄을 전제로 하고, 혼인의 효력은 혼인의 계속을 전제로 하므로, 이혼의 준거법과 혼인의 일반적 효력의 준거법을 반드시 일치시킬 필요는 없으나, 현행 국제사법은 양자를 일치시키고 있는데, 그 이유는 이혼은 혼인의 해소이므로 혼인의 효력의 연장선상에 있고, 유책주의든 파탄주의든 유책성은 이혼원인의 중요한 일부이기 때문이다.¹⁰²⁾

연결시점은涉外사법과 달리 현재, 즉 이혼 당시이다(변경주의). 재판상 이혼 이외에 협의이혼이 있으므로 연결시점을 소 제기시로 규정할 수 없고, 현대 이혼법의 경향인 파탄주의는 현재를 기준으로 이혼의 인정 여부를 문제 삼으며, 이혼 청구와 부부재산제 청산이 결합될 가능성을 고려하여 후자의 연결시점인 현재와 일치시킨 것이다.¹⁰³⁾

현행 국제사법이 내국인 조항(제39조 단서)을 규정하고 있는 이유는 우리나라에서 협의이혼이 인정되므로 이혼신고서가 가족관계공무원에게 제출되면 그 공무원은 이혼의 성립 여부를 검토하여야 하는데, 부부의 동일한 본국법이나 부부의 동일한 상거소지법(혼인의 효력의 경우와 달리 이혼의 경우에는 부부의 동일한 상거소지법이 존재하지 않을 가능성이 높음)이 한국법이 아닌 경우 가족관계공무원이 최밀접관련국법을 판단함에 어려움이 있다는 가족관계등록실무상 현실을 고려한 것이라고 한다.¹⁰⁴⁾

101) 최홍섭, 전계논문(2-1), 157면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 395-396면.

102) 최홍섭, 전계논문(1), 269-270면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 158면.

103) 최홍섭, 전계논문(2-1), 158면; 석광현, 전게서, 467면.

2. 입법례

가. 서구의 경우

(1) 독일 민법시행법

독일 민법시행법 제17조는 2018. 12. 17.의 개정으로 제1항이 수정되었고(2019. 1. 29. 시행), 제2항이 신설되었다(2018. 12. 21. 시행). 이는 로마Ⅲ규정의 시행에 따른 것이다. 종전의 제17조 제1항은 이혼은 이혼신청 계속시 혼인의 일반적 효력의 준거법에 의하되, 그 법에 의하면 이혼할 수 없는 경우에는 이혼은 그것을 청구하는 배우자가 그 시점에 독일인이거나 혼인체결 당시 독일인이었던 때에 독일법에 의한다고 규정하고 있었다. 개정된 제17조 제1항은 이혼의 재산적 효과는 유럽연합 부부재산제규정 및 부양규정과 동법의 다른 규정이 적용되지 않는 한 로마Ⅲ규정에 따른 이혼의 준거법에 의한다고 규정하고 있다.¹⁰⁵⁾

제17조 제2항은 로마Ⅲ규정의 적용범위에 해당하지 않는 이혼 관련 문제에 대하여도 로마Ⅲ규정 제2장이 약간 변형되어 준용된다고 규정하고 있다. 그 변형의 내용은 ① 로마Ⅲ규정 제5조 제1항 d호는 적용되지 않고, ② 로마Ⅲ규정 제5조 제2항, 제6조 제2항, 제8조 a호 내지 c호에서 법원에 소송계속시 대신 이혼절차 개시시를 기준으로 삼으며, ③ 로마Ⅲ규정 제5조 제3항과 달리, 부부는 선택한 법이 허용하는 경우에는 절차 계속 중에도 로마Ⅲ규정 제7조에 따른 방식으로 법 선택이 가능하고, ④ 로마Ⅲ규정 제8조 d호의 경우 법정지법 대신 이혼절차 개시시 부부가 공통으로 기타 방법에 의하여 가장 밀접한 관련을 가지고 있는 국가의 법에 의하며, ⑤ 로마Ⅲ규정 제10조, 제12조 대신 제6조가 적용된다는 것이다.

혼인은 독일에서는 법원에 의하여만 해소될 수 있다(제17조 제3항). 연금청산은 로마Ⅲ규정에 따른 준거법에 의한다(제17조 제4항).¹⁰⁶⁾ 독일 내에 위치한 혼인주거와 관련된 출입, 접근, 접촉금지는 독일의 실질법에 의한다(제17a조).

(2) 스위스 국제사법

이혼과 별거는 스위스법에 의한다(제61조). 이혼 또는 별거의 부수적 효과는 스위스법에 의하고(제63조 제2항 제1문), 별거 또는 이혼의 판결의 보완 또는 변경은 스위스법에 의하는데(제64조 제2항 제1문), 성명(제37조 내지 제40조), 부부의 부양의무(제49조), 부부재산제(제52조 내지 제57조), 친자관계의 효력(제82조, 제83조), 미성년자보호(제85조)에 관한 국제사법규정은 유보된다(제63조 제2항 제2문, 제64조 제2항 제2문). 이혼 또는 별거의 소에 따르는 사전배려적 조치는 스위스법에 의한다(제62조 제2항).

스위스는 2015. 6. 19. 이혼시 기업연금(*la prévoyance professionnelle*) 분할(또는 청산)과 관련하여 민법을 개정하면서 관련 국제사법 규정도 개정하였다(2017. 1. 1. 시행). 이에 따라 종전의 제61조 제2항 내지 제4항이 삭제되고 제63조 제2항 제1문이 수정되었다. 종전의 제61조 제2항은 부부가 공통의 외국 국적을 가지고 그들 중 일방만이 스위스에 주소를 가지고 있는 경우에는 부부의 공통의 본국법이 적용된다고 규정하고 있었다. 종전의 제61조 제3항

104) 최홍섭, 전계논문(2-1), 158면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 396-397면; 석광현, 전게서, 468-470면.

105) 상세는 후술 V. 2. 가. (6) 참조.

106) 제17조 제4항의 상세는 석광현, 전계자료(독일), 671면 참조.

은 이혼이 외국의 공통의 본국법에 의하면 허용되지 않거나 매우 엄격한 조건 아래에서만 허용되는 경우에 부부의 일방이 스위스 국적을 가지고 있거나 2년 이상 스위스에 거주하고 있는 때에는 스위스법에 의한다고 규정하고 있었다. 종전의 제63조 제2항 제1문은 이혼 또는 별거의 부수적 효과는 (스위스법이 아니라) 이혼의 준거법에 의한다고 규정하고 있었다. 2015년 개정의 요체는 스위스의 연금기관에 대한 연금청구권의 분할은 종전의 제63조 제2항 제1문, 제61조 제2항에 따라 부부의 이혼시 그 공통 본국법이 외국법이라는 이유로 외국법에 의하는 것이 아니라, 개정된 제63조 제2항 제1문에 따라 연금기관 소재지법인 스위스법에 의하도록 하는 것이다.

위 개정의 법률적·현실적 배경은 다음과 같다.¹⁰⁷⁾ 첫째, 이혼시 스위스 연금기관이 보유하고 있는 연금의 분할은 스위스법이 규율할 필요가 있다는 것이다. 스위스 연방법원은 연금분할에 대하여는 이혼시 부부간 부양의무에 관한 특칙이나 부부재산제에 관한 특칙이 적용되지 않고, 이혼의 부수적 효과에 관한 일반조항(제63조)이 적용된다고 판시하여 왔고,¹⁰⁸⁾ 이는 종래의 학설 대립을 해결한 것으로 평가된다. 그런데 종전의 제61조 제2항에 따르면, 스위스의 연금기관이 보유하고 있는 기업연금의 분할에 대하여 외국법이 적용되게 된다. 스위스 민법상 기업연금에 관한 규정은 강행법규임에도 불구하고 종전의 제61조 제2항의 문언상 그렇게 해석하지 않을 수 없었다. 연금분할은 그 연금에 관한 사항을 규율하는 스위스법에 의하는 것이 타당하고, 이를 통하여만 민법상 연금분할규정과 사회보장법상 연금관련규정의 상호작용이 보장된다. 스위스 연방법원은 제15조의 일반예외조항에 근거하여 연금기관을 규율하는 법이 연금분할을 규율하여야 한다고 판단하기도 하였으나, 일반예외조항을 동원하기에 적절하지 않은 사안이라는 비판을 받았다. 둘째, 스위스 법원으로 하여금 이혼사건에서 부부의 공통 본국법인 외국법을 적용하도록 하는 것이 더 이상 합리적이지 않다는 것이다. 개정 당시인 2015년을 기준으로 종전 25년간 스위스 법원의 이혼사건이 2배로 증가하였고, 이혼사건의 18%에서 그 준거법이 부부의 공통 본국법으로서의 외국법인 까닭에 외국법의 조사에 많은 시간과 비용이 투입되고 있었던 현실이 국제사법의 개정에 영향을 미쳤다. 셋째, 이혼의 준거법으로 외국법을 적용할 실익이 별로 없다는 것이다. 이혼의 준거법에 관하여 당사자자치를 인정하는 로마Ⅲ규정에 비추어 보면, 부부가 공통 본국법의 적용을 희망하더라도 일률적으로 스위스법을 적용하는 것은 부당하다는 비판이 제기되었으나, 이혼 자체의 성립에는 스위스법이 부당하지 않고, 실무상으로는 스위스법 이외의 다른 법을 선택함으로써 이혼의 부수적 효과의 준거법을 변경시키려는 유인이 있으나, 이혼의 부수적 효과에 해당하는 다양한 문제는 별도의 특칙에 의하도록 하고 있다는 것이다.

(3) 오스트리아 국제사법

이혼의 요건과 효력은 이혼 당시 혼인의 신분적 효력의 준거법에 의한다(제20조 제1항). 제20조 제1항에 따른 준거법에 의하면 주장된 사실만으로는 혼인이 해소될 수 없거나 제18조의 연결점 중 아무 것도 존재하지 않는 경우에는 이혼은 이혼 당시 원고의 본국법에 의한다(제20조 제2항).

107) Conseil fédéral suisse, Message concernant la révision du code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) du 29 mai 2013 (FF 2013, 4341), pp. 4351-4352, 4378-4379.

108) 대표적으로 ATF 134 III 661.

(4) 프랑스 민법

프랑스법에는 이혼과 별거의 준거법에 관한 일면적 저촉규정이 있다. 종래 이혼의 준거법에 관하여도 혼인의 효력의 준거법에 관한 프랑스 파기원의 1953년 Rivière 판결의 태도가 적용되었으나, 이혼과 별거에 관하여는 1965년 준거법 결정규칙을 신설한 것이다.¹⁰⁹⁾

이혼 또는 별거는 ① 부부 쌍방이 프랑스인인 경우, ② 부부 쌍방이 그들의 주소를 프랑스에 두고 있는 경우 또는 ③ 프랑스 법원이 이혼 또는 별거 사건에 대하여 재판관할이 인정되고 어느 외국법이든 적용되어야 하는 경우가 아닌 경우에는 프랑스법이 적용된다(제309조).¹¹⁰⁾ 위 ③은 외국법상 준거법 결정원칙에 따라 외국법이 준거법으로 지정되지 않는 경우를 말한다.¹¹¹⁾ 위 ③은 위 ①과 ②에 해당하지 않는 경우에 문제되고, 그 경우 외국법보다 프랑스법에 우위를 인정하는 것이다.¹¹²⁾ 로마III규정이 제309조에 우선함은 물론이다.

(5) 이탈리아 국제사법

별거와 이혼은 별거 또는 이혼의 신청 당시 부부의 공통 본국법에 의하고, 이것이 존재하지 않는 경우에는 혼인생활을 주되게 영위하는 국가의 법에 의한다(단계적 연결, 제31조 제1항). 부부가 혼인생활을 주되게 영위하는 국가는 대개 부부의 공통 상거소지이지만, 별거 또는 이혼에 임박한 부부의 경우에는 그렇지 않을 가능성이 있다. 준거법으로 지정된 외국법이 별거 또는 이혼을 규정하고 있지 않은 경우에는 별거 또는 이혼에 관한 이탈리아법이 적용된다(제31조 제2항).

(6) 로마III규정¹¹³⁾

로마III규정은 그에 의하여 지정된 이혼 또는 법적 별거의 준거법 소속국이 유럽연합 회원국인지 여부와 관계없이 보편적으로 적용된다(제4조). 이혼과 법적 별거의 준거법에 관하여 양적으로 제한된 당사자자치가 인정되는데, 부부가 선택할 수 있는 법은 ① 준거법 선택시 부부의 상거소지법, ② 부부의 최후 상거소지법(준거법 선택시 부부의 일방이 이를 유지하고 있는 경우에 한함), ③ 준거법 선택시 부부의 일방의 본국법, ④ 법정지법이다(제5조 제1항). 준거법 선택 또는 변경은 법원에 소송계속시까지 가능성이 원칙이나(제5조 제2항), 법정지법이 허용하는 경우에는 소송절차 진행 중에도 가능하다(제5조 제3항).

이혼의 준거법 합의는 일자와 부부 쌍방의 서명이 있는 서면(전자적 방법에 의한 통신 포함)에 의하여야 한다(제7조 제1항). 준거법 합의시 부부 쌍방의 상거소지법이 이와 같은 종류의 준거법 합의에 대하여 추가적인 방식요건을 요구하는 경우에는 이를 충족하여야 한다

109) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087.

110) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087; Encyclopedia, Vol. 4, France, p. 3209. 위 ③의 원문은 다음과 같다: “lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.”

111) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087. A국의 준거법 결정원칙에 따라 A국법이 준거법으로 지정되는 경우뿐만 아니라 B국법 등 다른 외국법이 준거법으로 지정되는 경우도 포함하는 것으로 보인다.

112) Encyclopedia/Gilles Cuniberti, Vol. 3, France, p. 2087.

113) 상세는 광민희, “국제가족법에 있어서의 당사자자치 원칙의 수용”, 국제사법연구 제23권 제2호(한국국제사법학회, 2017), 17면 이하; 석광현, 전게자료(독일), 646-647면 참조.

(제7조 제2항). 준거법 합의시 부부가 서로 다른 국가에 상거소를 두고 있는 경우에는 부부 재산계약의 방식요건은 두 국가 중 어느 하나의 법에 의한다(선택적 연결, 제7조 제3항).

부부의 준거법 합의가 없는 경우에는 단계적 연결에 의한다(제8조). 그 경우 이혼과 법적 별거는 ① 법원에 소송계속시 부부의 상거소지법, ② 부부의 최후 상거소지법(거주기간이 법원에 소송계속시로부터 과거 1년 이내에 종료하지 않았고, 법원에 소송계속시 부부의 일방이 상거소를 유지한 경우에 한함), ③ 법원에 소송계속시 부부 쌍방의 본국법, ④ 법정지법의 순으로 단계적 연결에 의한다.

제5조의 양적으로 제한된 당사자자치원칙 또는 제8조의 단계적 연결원칙에 의하여 지정된 준거법이 이혼에 관하여 규정하고 있지 않거나 부부의 일방에게 성(性)을 이유로 이혼 또는 법적 별거 청구권을 인정하지 않는 경우에는 법정지법이 적용된다(제10조). 또한 로마III규정에 의하여 지정된 준거법은 그 적용이 법정지의 공서와 명백히 양립할 수 없는 경우에만 그 적용이 거부될 수 있다(제12조).

나. 인방의 경우

(1) 중국 섭외민사관계법

협의이혼의 준거법은 당사자들이 당사자 일방의 상거소지법 또는 국적 소속국법 중에서 선택할 수 있고, 준거법 선택이 없는 경우에는 공통 상거소지법, 공통 국적 소속국법, 이혼 절차¹¹⁴⁾ 처리기관 소재지법의 순으로 단계적 연결에 의한다(양적으로 제한된 당사자자치원칙과 단계적 연결원칙의 결합, 제26조). 반면에 재판상 이혼은 법정지법에 의한다(제27조).

(2) 일본 법적용통칙법

이혼의 준거법에 관하여는 혼인의 (일반적) 효력의 준거법에 관한 조항이 준용된다(제27조 본문). 다만, 부부의 일방이 일본에 상거소를 가지는 일본인인 경우에는 이혼은 일본법에 의한다(내국인 조항, 제27조 단서). 우리 국제사법과 동일한 입법례이다.

3. 개정의 착안점

현행 국제사법의 태도는 일본 법적용통칙법의 입법례에 가깝다. 개정의 착안점은 다음과 같다. 첫째, 이혼의 준거법에 관하여 당사자자치를 인정할 것인가? 이를 인정하는 입법례로 로마III규정과 중국이 있다. 신분법상 법률관계라고 하더라도 준거법 결정의 안정성과 명확성이 확보되고 선택 대상인 국가가 당사자들과 일정한 관련성을 가진다면 당사자자치를 부정할 이유가 없다고 볼 여지도 있다. 그러나 이혼의 경우 유책주의가 아니라 파탄주의를 취하는 국가로의 준거법 쇼핑이 발생할 우려가 있고, 이혼의 준거법에 의하는 이혼의 부수적 효과의 문제(예컨대 위자료, 재산분할)에서 유리한 결과를 확보하기 위한 준거법 쇼핑도 발생할 우려가 있으므로, 당사자자치를 인정함에 따른 이익보다 그로 인한 준거법의 임의적 변경이 초래하는 문제가 더 크다고 생각된다.

114) 다만, Encyclopedia, Vol. 4, China, p. 3071; Encyclopedia/Weizuo Chen, Vol. 3, China, p. 1978은 ‘이혼수속’(離婚手續)을 “divorce formalities”로 번역하고 있다.

둘째, 이혼의 준거법에 관한 단계적 연결원칙의 구체적 내용을 조정할 것인가? 유력한 견해는 현행 국제사법 제39조 단서는 제39조 본문에 따라 준용되는 혼인의 일반적 효력의 단계적 연결에서 3단계, 즉 최밀접관련국법을 판단할 때 비로소 적용된다고 하고, 본문과 단서의 관계에서 단서를 우선시키는 해석은 이혼의 준거법에는 적용되지 않는 것으로 설명한다.¹¹⁵⁾ 그러나 제39조의 문면상 본문과 단서의 관계가 명백하므로(특히 “다만”이라는 문언), 입법론은 별론으로 하더라도, 해석론으로 단계적 연결(제39조 단서 → 제37조 제1호 → 제37조 제2호 → 제37조 제3호)의 순서를 변경할 수는 없다고 생각된다. 입법론으로는 현행 국제사법 제39조 단서를 삭제함이 바람직하다고 생각한다. 협의이혼시 가족관계공무원이 최밀접관련국법을 판단함에 어려움이 있으므로 일정한 경우에 한국법을 우선시키자는 것은 이론적으로 타당하지 않고, 실제상 어려움이 있다면 그것은 가족관계공무원의 전문성 강화를 통하여 해결하여야 하는 문제이다. 현행 국제사법 제39조 단서는 일본의 입법례를 수용한 결과인데, 일본과 달리 우리나라는 협의이혼시 법원에 의한 확인을 거치므로 가족관계공무원의 판단에 잘못이 있더라도 법원에 의하여 시정될 가능성이 있으므로,¹¹⁶⁾ 현행 규정을 유지할 필요는 없다고 생각한다.

셋째, 원칙적인 준거법 결정규칙에 의하여 이혼이 성립하지 않는 경우에 법정지법인 한국법으로의 보정적 연결을 인정할 것인가? 이를 인정하는 것이 의미가 있다고 생각한다. 입법례로는 이혼 당시 원고의 본국법으로의 보정적 연결을 규정하고 있는 오스트리아의 예(국제사법 제20조 제2항), 법정지법으로의 보정적 연결을 규정하고 있는 이탈리아의 예(국제사법 제31조 제2항), 일정한 경우에 해당하지 않는 한 프랑스법의 적용을 규정하고 있는 프랑스의 예(민법 제309조)를 참고할 수 있다. 우리 실질법은 협의이혼제도를 알고 있으므로 한국법으로의 보정적 연결은 이혼의 자유의 보장에도 기여할 수 있다.

넷째, 이혼의 부수적 효과의 준거법을 명시할 것인가? 이혼의 부수적 효과의 문제에는 이혼 자체에 대한 위자료, 이혼원인에 대한 위자료, 재산분할, 친권자·양육자지정, 면접교섭, 양육비, 부양의무 등이 있다. 우리 법원의 재판례는 이들 문제의 준거법에 관하여 일관되지 않거나 잘못된 판시를 보이고 있는데,¹¹⁷⁾ 이혼의 준거법에 의할 수 없는 사항에 대하여도 이혼의 준거법을 만연히 적용하는 예가 특히 심각하다. 이와 같은 사정이 시정될 기미를 보이지 않는다면, 스위스의 입법례를 참고하여 이혼의 준거법 조항이 아니라 개별 조항에 의하여 준거법을 결정할 사항의 목록을 열거하는 명문규정을 신설함이 바람직하다. 스위스 국제사법은 성명(제37조 내지 제40조), 부부의 부양의무(제49조), 부부재산제(제52조 내지 제57조), 친자관계의 효력(제82조, 제83조), 미성년자보호(제85조)는 이혼의 준거법에 의하지 않음을 명시하고 있다(제63조 제2항 제2문, 제64조 제2항 제2문). 우리의 경우 이혼의 준거법에 의할 수 없는 사항을 어느 범위에서 목록화할 것인가가 문제된다. 위자료와 재산분할은 학설상 논란이 있는데, 사건으로는 이들의 경우 이혼의 준거법에 의함이 바람직하다고 생각한다.¹¹⁸⁾ 우리 법원의 재판례의 현황에 비추어 보면, 친권자·양육자지정과 면접교섭이 친자관

115) 최홍섭, 전제논문(2-2), 397면.

116) 석광현, 전제서, 470면.

117) 상세는 이종혁, 전제논문, 485-489면 참조.

118) 그 이유는 다음과 같다. 이혼 자체에 대한 위자료는 이혼의 효과의 문제이다. 이혼의 원인행위에 대한 위자료도 이혼시 부부의 일방이 타방에 대하여 청구한다면 이혼 자체에 대한 위자료와 불가분의 관계에 있다. 또한 재산분할이 부부재산의 청산에 해당한다거나, 이혼 후 부양의 요소 또는 위자료의 요소가 재산분할에 포함되어 있다고 하더라도, 이들은 모두 이혼에 따른 재산적 급부의 일환이므로 상호보완적 성격이 있어서 서로 다른 준거법에 의하는 것은 부적절하다. 일단 松岡博/高杉直, 國際關係私法講義[改題補訂版](法律文化社, 2015), 207-208頁 참조.

계의 효력에 관한 제45조(신국제사법으로는 제72조)에 의한다는 점과 양육비가 부양에 관한 제46조(신국제사법으로는 제73조)에 의한다는 점은 반드시 명시되어야 한다. 스위스의 입법례를 참고하여 후견(제48조, 신국제사법으로는 제75조)에 관하여도 명시할 수 있다. 이혼한 당사자들 간의 부양의무에 관하여는 이미 명문규정이 있으나(제46조 제2항, 신국제사법으로는 제73조 제2항), 이는 이혼의 준거법에 의하지 않을 사항을 명시한 것이 아니라 오히려 이혼의 준거법에 의할 사항임을 명시한 것이다. 그러므로 이혼에 따른 부양(주로 이혼한 당사자들과 자녀 간의 부양)의 문제가 이혼의 준거법에 의하지 않음을 명시하더라도 이혼한 당사자들 간의 부양의무에 관한 특칙을 삭제해서는 안 되고, 이혼의 준거법에 의하지 않는 사항의 범위에서 그것이 제외된다는 점도 명시하여야 한다.

4. 개정안의 제시

신국제사법	필자가 제시하는 개정안
제66조(이혼) 이혼에 관하여는 제64조를 준용한다. <u>다만, 부부 중 한쪽이 대한민국에 일상거소가 있는 대한민국 국민인 경우 이혼은 대한민국 법에 따른다.</u>	제66조(이혼) ① 이혼에 관하여는 제64조를 준용한다. ② <u>제1항에 따른 준거법에 따라 이혼이 이루어지지 않는 경우에는 대한민국 법에 따른다.</u> ③ <u>이혼에 부수하는 효과는 그 이혼에 관하여 적용된 법에 따른다. 다만, 제72조, 제73조(제2항은 제외한다), 제75조에 따른 사항의 경우에는 그러하지 아니하다.</u>

Ⅶ. 친자관계의 성립(입양 제외) 및 효력에 관한 규정

1. 2001년 개정경위

섭외사법은 친생자관계의 준거법에 관하여 혼인 중의 친자관계의 성립(제19조), 인지에 의한 혼인 외의 친자관계의 성립(제20조), 친자관계(양친자관계 포함)의 효력(제22조)을 구분하여 규정하고 있었다. 현행 국제사법은 그 구조를 유지하면서 혼인 외의 친자관계의 성립에 관한 원칙 규정과 준정에 관한 규정을 신설하였다. 혼히 발생하는 문제에 관하여 명확히 규정하지 않으면 법적 불확실성을 초래할 수 있음을 고려한 것이다.¹¹⁹⁾ 독일 등의 입법례를 참고하여 친자관계의 성립에 관하여 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계를 구별하지 않는 태도로 변경할지가 논의되었으나, 우리 민법이 그 구별을 인정하고 있음을 이유로 현행 국제사법도 그 구별을 유지하고 있다.¹²⁰⁾

섭외사법(제19조)은 혼인 중의 친자관계의 성립에 관하여 자녀의 출생 당시 부의 본국법주의를 채택하고 있었으나, 현행 국제사법(제40조)은 자녀의 출생 당시 부 또는 모의 본국법으로의 선택적 연결원칙을 채택하고 있다. 이는 혼인 중의 친자관계라고 하더라도 친생추정

119) 최홍섭, 전계논문(2-1), 159면.

120) 최홍섭, 전계논문(2-1), 158-159면; 석광현, 전계서, 477면.

과 같이 모의 이익에 불리한 영향을 미치는 경우가 있으므로, 모의 이해관계도 고려하여 헌법상 양성평등의 원칙을 실현하고, 자녀의 이익을 보호하기 위하여 부의 본국법이라는 단일한 연결점의 경직성을 시정한 것이다.¹²¹⁾ 다만, 신분관계의 안정성과 명확성을 확보하기 위하여 연결시점은 자녀의 출생 당시로 고정하고 있다.¹²²⁾ 섭외사법과 달리 현행 국제사법은 친생부인에 관하여 명시하고 있지 않으나, 친자관계의 성립은 그것이 부인되지 않을 것을 전제로 하고 있으므로, 친자관계의 성립에는 그 부인 문제가 포함된다고 한다.¹²³⁾

현행 국제사법이 혼인 중의 친자관계의 성립에 관하여 채택하지 않은 사항과 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 연결점으로 자녀의 본국법을 규정하지 않은 이유는 출생 당시 자녀의 국적 취득 여부가 혼인 중의 자녀 또는 혼인 외의 자녀 여부에 따라 달라지는 경우에는 순환논리에 빠질 수 있고, 복수국적의 문제도 발생할 수 있기 때문이라고 한다.¹²⁴⁾ 둘째, 연결점으로 자녀의 상거소지법을 규정하지 않은 이유는 혼인 중의 친자관계는 자녀보다는 부부와 더 밀접한 관련이 있고, 혼인 중의 친자관계의 성립 여부는 주로 친자관계의 효력, 부양, 상속 등의 선결문제로서 제기되는데 이를 변경이 용이한 상거소라는 연결점에 의하여 결정하는 것은 신분관계의 안정성과 명확성을 저해하기 때문이라고 한다.¹²⁵⁾ 셋째, 독일의 입법례를 참고하여 혼인 중의 친자관계의 성립을 혼인의 일반적 효력의 준거법으로 연결시키기가 검토되었으나 채택되지 않았는데, 그 이유는 친자관계는 부부관계와 구별되고, 친자관계는 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀가 가급적 유사하게 규율될 필요가 있는데 후자는 혼인관계가 존재하지 않으며, 혼인의 일반적 효력의 준거법으로 연결시키면 연결점인 상거소와 최밀접관련지를 판단하여야 하는데 이와 같은 불확정개념을 통하여 친자관계의 준거법을 결정하는 것은 친족관계의 안정에 부적절하다는 것이다.¹²⁶⁾

섭외사법(제20조 제1항)은 혼인 외의 친자관계의 성립에 관하여 인지만을 규정하였고,¹²⁷⁾ 인지의 요건에 관하여 부 또는 모에 대하여는 부 또는 모의 본국법, 자녀에 대하여는 자녀의 본국법에 의하는 배분적 연결원칙을 채택하였으나,¹²⁸⁾ 국제사법(제41조 제1항, 제2항)은 실질법상 혼인 외의 친자관계의 성립에 관하여 인지주의(또는 의사주의)뿐만 아니라 혈통주

121) 최홍섭, 전계논문(2-2), 399면; 석광현, 전게서, 478면.

122) 최홍섭, 전계논문(2-1), 159면; 석광현, 전게서, 479면.

123) 법무부 국제법무과 編, 국제사법 해설(법무부, 2001), 145면.

124) 최홍섭, 전계논문(2-1), 159면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 400면; 석광현, 전게서, 481면. 혼인 외의 친자관계의 성립의 준거법의 경우 자녀의 본국법을 연결점으로 규정하지 않은 이유도 이와 동일하다. 최홍섭, 전계논문(2-2), 402면.

125) 조수정, “섭외사법 개정법률안의 검토: 친족, 상속”, 국제사법연구 제6호(한국국제사법학회, 2001), 434-435면; 법무부 국제법무과 編, 전게서, 145면; 석광현, 전게서, 480면.

126) 최홍섭, 전계논문(2-2), 399-400면; 석광현, 전게서, 480-481면.

127) 혼인 외의 친자관계의 성립 일반에 관하여 인지에 관한 규정이 유추적용된다고 해석하는 것이 일반적이었다. 이호정, 전게서, 416면; 김용한/조명래, 전게서, 334면; 서희원, 전게서, 299면. 그러나 인지에 관한 규정은 인지 자체에 관한 것이지 혼인 외의 친자관계의 성립에 관한 것이 아니고, 인지에 관한 규정을 유추적용하더라도 모든 내용이 명확하지는 않다는 비판이 있었다. 최홍섭, 전계논문(2-1), 160면.

128) 섭외사법은 인지의 요건과 별도로 인지의 효력에 관하여 인지 당시 부 또는 모의 본국법으로의 선택적 연결원칙을 채택하고 있었다. 인지의 요건의 준거법에 관하여 배분적 연결원칙을 채택하고 있어서 인지의 성립이 어려우므로, 인지의 효력의 준거법에 관하여 별도로 규정하지 않을 수 없었다고 한다. 그러나 여기에서의 인지의 효력은 인지 내용의 효력이 아니라 인지 자체의 효력(예컨대 인지된 자녀가 취득하는 신분의 내용, 인지의 소급효 여부, 인지의 취소 가부)을 의미한다고 제한적으로 해석되었으므로, 인지의 요건과 효력을 구분하여 규정할 필요성이 별로 없다는 비판이 있었다. 최홍섭, 전계논문(1), 276면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 161-162면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 403면; 석광현, 전게서, 486면 참조.

의(또는 사실주의)도 있음을 고려하여 혼인 외의 친자관계의 성립 일반에 관하여 규정하고, 원칙적으로 ① 자녀의 출생 당시 모의 본국법에 의하되, 부자간 친자관계의 성립의 경우 연결점으로 ② 자녀의 출생 당시 부의 본국법과 ③ 현재 자녀의 상거소지법을 추가하고, 인지의 경우 연결점으로 ④ 인지 당시 인지자의 본국법을 재차 추가하는 선택적 연결원칙을 채택하고 있다. 섭외사법의 배분적 연결원칙은 부 또는 모의 본국법과 자녀의 본국법의 누적 적용으로 귀결되어 인지의 성립을 과도하게 어렵게 하고, 부자관계와 모자관계의 준거법이 서로 달라질 수 있다는 문제가 있었다.¹²⁹⁾ 현행 국제사법은 자녀의 이익을 고려하여 친자관계의 성립이 용이하도록 선택 대상을 넓게 인정하는 선택적 연결을 규정하고 있다. 다만, 혼인 외의 친자관계의 성립에서 혼인 중의 친자관계의 성립과 달리 연결점으로 현재 자녀의 상거소지법을 추가한 이유는 혼인 중의 친자관계는 친족관계의 안정성과 명확성에 중점이 있는 반면에, 혼인 외의 친자관계는 주로 친자관계의 효력, 부양, 상속 등의 선결문제로서 제기되므로 그 기능성에 중점이 있기 때문이라고 한다.¹³⁰⁾

섭외사법은 준정에 관하여 규정하고 있지 않았다. 그러나 준정에 관한 각국 실질법의 내용이 다기하고,¹³¹⁾ 우리 민법이 혼인 외의 자녀와 혼인 중의 자녀를 구별하는 이상 혼인, 인지, 적출선언(嫡出宣言)¹³²⁾ 등을 통하여 전자에서 후자로 지위를 변경시키는 준정에 관하여 국제사법에도 명시할 필요가 있었다.¹³³⁾ 현행 국제사법(제42조)은 자녀의 이익을 위하여 선택적 연결원칙을 채택하되, 준정이 혼인 중의 친자관계의 문제이자 인지의 문제임을 고려하여 양자의 준거법 결정을 위한 연결점을 모두 인정하고 있다.¹³⁴⁾ 다만, 준정은 신분관계의 성립 문제이고, 준정의 요건에는 혼인 이외에 인지, 적출선언 등도 있는 까닭에 혼인 이후 준거법 변경도 고려하여야 하므로, 연결시점은 요건인 사실의 완성 당시로 규정하고 있다.¹³⁵⁾

혼인에 의한 준정과 적출선언 등에 의한 준정을 구별하는 입법례도 있었으나,¹³⁶⁾ 적출선언은 우리 민법이 알지 못하는 제도이고, 그 구별을 인정하는 일부 입법례가 혼인에 의한 준정에 대하여 혼인의 일반적 효력의 준거법을 적용하였던 반면에 현행 국제사법이 준정에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하는 이상 구별의 실익도 크지 않으므로, 현행 국제사법은 양자를 구별하지 않는 태도를 취하고 있다.¹³⁷⁾

현행 국제사법(제44조)은 입양을 포함하여 혼인 외의 친자관계의 성립, 인지, 준정 등 친자관계의 성립에 일괄적으로 적용되는 동의 규정을 신설하였다.¹³⁸⁾ 친자관계의 성립이 자녀 또는 제3자(대표적으로 모)의 이익이나 의사에 반할 수 있으므로, 자녀 또는 제3자의 보호를 위하여 자녀 또는 제3자의 동의 또는 승낙, 국가기관의 허가 등을 요구하는 입법례가 다수 있음을 고려한 것이다.¹³⁹⁾ 동의 규정에서 자녀의 본국법만을 명시한 이유는 섭외사법은 인

129) 최홍섭, 전계논문(1), 275면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 161면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 402면.

130) 법무부 국제법무과 編, 전게서, 148면.

131) 이호정, 전게서, 386-387면 참조.

132) 독일의 적출선언(또는 적출선고)(Ehelicherklärung)에 관하여는 이호정, 전게서, 386면 참조.

133) 최홍섭, 전계논문(2-2), 404면.

134) 최홍섭, 전계논문(2-1), 162면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 404면.

135) 최홍섭, 전계논문(1), 274면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 162면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 404면.

136) 과거 양자를 구별하였던 입법례로 독일(1998년 개정 전 민법시행법 제21조), 오스트리아(혼인에 의한 준정에 관한 제22조는 2000년 폐지, 적출선언에 의한 준정에 관한 제23조만 존치), 이탈리아(2013년 개정 전 국제사법 제34조) 등이 있다.

137) 최홍섭, 전계논문(2-2), 405면.

138) 일괄적 동의 규정을 두는 독일의 입법례와 인지, 준정, 입양 등에 관한 개별 조항에 동의 규정을 두는 오스트리아, 일본의 입법례 중에서 전자를 채용한 것이다. 석광현, 전게서, 509면.

139) 최홍섭, 전계논문(2-1), 164면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 408면; 석광현, 전게서, 508-509면.

지(제20조 제1항)와 입양의 요건(제21조 제1항)에 관하여 배분적 연결원칙을 채택하고 있었으므로 자녀의 동의 등을 요구하는 실질법의 적용에 문제가 없었으나, 현행 국제사법은 친자관계의 성립에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하고 선택 대상에서 자녀의 본국법을 완전히 배제하고 있기 때문이다.¹⁴⁰⁾ 자녀의 본국법에 따른 동의 요건을 충족함으로써 자녀의 보호가 보장되고 친자관계의 성립이 자녀의 본국에서 승인되는 것도 보장된다.¹⁴¹⁾

섭외사법(제22조)은 친자관계의 효력에 관하여 부의 본국법과 모의 본국법의 순서에 의하는 단계적 연결원칙을 채택하고 있었으나, 현행 국제사법(제45조)은 원칙적으로 자녀의 상거소지법에 의하되, 부, 모, 자녀의 본국법이 모두 동일한 경우에는 예외적으로 그 법에 의하도록 규정하고 있다. 섭외사법의 태도는 헌법상 양성평등의 원칙에 위배되고 자녀의 이익의 보호에도 적당하지 않았다.¹⁴²⁾ 현행 국제사법은 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀를 구별하지 않는 현대 친자법의 국제적 경향을 고려하여 친자관계의 효력에 관하여 양자를 구별하지 않고 있고,¹⁴³⁾ 친자관계의 효력은 부모의 이혼이나 부모 일방의 사망이 있더라도 일관성을 유지하는 것이 중요하므로 원칙적 준거법을 규정함에 있어서 부 또는 모가 아니라 자녀를 기준으로 삼고 있다.¹⁴⁴⁾ 현행 국제사법은 자녀의 본국법이 아니라 상거소지법을 원칙적 준거법으로 규정하고 있는데, 그 이유는 친자관계의 성립과 부양에서 연결점으로 자녀의 상거소지법을 인정한다면 모든 친자관계에서 이를 인정하는 것이 일관되고,¹⁴⁵⁾ 자녀의 상거소지에서는 자녀의 보호를 위한 조치의 관할권이 대개 인정되므로 법정지법인 상거소지법이 적용되면 자녀의 이익의 신속하고 유효한 보호가 가능하기 때문이다.¹⁴⁶⁾ 다만, 부, 모, 자녀 모두의 본국법이 동일한 경우에는 예외적으로 그 법에 의하도록 하는데, 그 이유는 자녀의 상거소지국에 의한 보호조치는 가정 내에서의 보호조치가 불가능한 경우에 의미가 있고(예컨대 혼인 외의 자녀의 모가 사망한 경우), 가정 내에서의 보호조치가 가능한 경우에는 상거소지법에 의존할 필요가 없으므로, 그 경우에는 오히려 그 가정에, 나아가 “그 가정의 조국”에 연결시키는 것이 더 적합하다는 것이다.¹⁴⁷⁾ 따라서 현행 국제사법(제45조)은 부, 모, 자녀 삼자의 본국법이 모두 동일한 경우에 한하여 자녀의 상거소지법이 아니라 그들의 동일한 본국법에 의하여 친자관계의 효력을 규율하는 태도를 취하고 있다.

2. 입법례

가. 서구의 경우

(1) 독일 민법시행법

140) 석광현, 전거서, 509면.

141) 석광현, 전거서, 509면.

142) 김진, 전거서, 234면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 165면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 408면.

143) 최홍섭, 전계논문(1), 280-281면. 다른 근거는 최홍섭, 전계논문(2-2), 409-410면 참조.

144) 최홍섭, 전계논문(1), 281-282면 참조.

145) 다만, 혼인 중의 친자관계의 성립에 관하여는 자녀의 상거소지법을 인정하고 있지 않으므로, 그 범위에서는 타당하지 않은 근거이다.

146) 최홍섭, 전계논문(1), 282면; 최홍섭, 전계논문(2-1), 165면; 최홍섭, 전계논문(2-2), 409면; 석광현, 전거서, 511면.

147) 최홍섭, 전계논문(1), 282면; 横山潤, 國際私法(三省堂, 2012), 287-290頁. 친자간 부양은 제46조가 규율하므로 제45조는 주로 친권, 특히 친권의 내용으로서 법정대리권을 규율한다는 점이 근거로 제시되기도 한다. 최홍섭, 전계논문(2-2), 408면. 다만, 친권자의 법정대리권을 규율한다는 사정이 본국법으로의 연결을 정당화하는지는 의문이다.

혈통 내지 출생자 지위(*Abstammung*), 즉 친자관계의 성립은 자녀의 상거소지법에 의하되, 부 또는 모 각각에 대한 관계는 그 부 또는 모의 본국법에 의할 수 있다(부자관계와 모자관계를 구분한 선택적 연결). 모가 혼인한 경우에는 자녀의 출생 당시 제14조 제2항에 따른 혼인의 일반적 효력의 준거법에 의할 수 있으나, 혼인이 자녀의 출생 전에 [부의] 사망에 의하여 해소된 경우에는 그 해소를 기준으로 한다(제19조 제1항). 부모가 서로 혼인하지 않은 경우에는 임신에 따른 부의 모에 대한 의무는 모의 상거소지법에 의한다(제19조 제2항). 출생자 지위의 취소, 즉 친자관계의 부인은 친자관계의 성립을 규율하는 법들 중 하나에 의하되,¹⁴⁸⁾ 자녀의 경우에는 그 상거소지법에 의할 수 있다(제20조). 친자관계의 효력은 자녀의 상거소지법에 의한다(제21조). 독일 민법시행법은 종전의 제19조 내지 제21조¹⁴⁹⁾를 개정하여 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계 간의 국제사법상 구별을 폐기하였다. 이는 1997. 12. 16. 「친자법의 개혁에 관한 법률」(*Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts*)의 제정에 따른 것이다(1998. 7. 1. 시행). 독일 민법시행법은 반정을 배제하지 않는 점을 제외하고는 대체로 헤이그 아동보호협약을 수용한 것이다.¹⁵⁰⁾

(2) 스위스 국제사법

출생에 의한 친자관계의 성립, 확인, 부인은 자녀의 출생 당시 자녀의 상거소지법에 의한다(제68조 제1항, 제69조 제1항). 다만, 부모 모두 자녀의 상거소지국에 주소를 가지고 있지 않고, 부모와 자녀가 동일한 국적을 가지고 있는 경우에는 자녀의 출생 당시 공통의 국적 소속국법에 의한다(제68조 제2항, 제69조 제1항). 다만, 친자관계의 재판상 확인 또는 부인의 경우 자녀의 최우선적 이익을 위하여 필요하면 연결시점은 소 제기시이다(제69조 제2항).

스위스에서 인지는 자녀의 상거소지법, 자녀의 본국법, 부 또는 모의 주소지법 또는 본국법에 의하고, 연결시점은 인지시이다(제72조 제1항). 스위스에서 인지의 방식은 스위스법에 의한다(제72조 제2항). 인지의 취소도 스위스법에 의한다(제73조 제3항).

친자관계의 효력은 자녀의 상거소지법에 의한다(제82조 제1항). 다만, 부와 모가 자녀의 상거소지국에 주소를 가지고 있지 않고, 부모와 자녀가 동일한 국적을 가지고 있는 경우에는 그 국적 소속국법에 의한다(제82조 제2항).

(3) 오스트리아 국제사법

혼인 중의 친자관계의 성립과 그 부인의 각 요건은 자녀의 출생 당시 부부의 본국법에 의하고, 자녀의 출생 전에 혼인이 해소된 경우에는 그 해소 당시 부부의 본국법에 의한다(제21조 제1문). 부부의 본국법이 서로 다른 경우에는 출생 당시 자녀의 본국법에 의한다(제21조 제2문). 제21조 제2문은 2000. 12. 29. 「친자법 개정법」(*Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz, KindRÄG*)¹⁵¹⁾의 제정에 따라 개정된 것이다(2001. 7. 1. 시행). 종전에는 부부의 본국법이 서로 다른 경우에는 혼인 중의 친자관계의 성립에 더 유리한 본국법에 의한다고 규정하고 있었다. 혼인에 의한 준정에 관한 제22조도 친자법 개정법에 의하여 삭제되었는데, 종전에는

148) 법무부 編, 전게서, 25면은 “출생자의 지위는 그 요건이 충족되었던 법에 따라 취소될 수 있다”고 번역하나, 본문과 같이 다소 의역하는 것이 본래의 의미에 더 부합하는 것 같다.

149) 종전의 조문은 석광현, 전게서(해설, 제2판), 517-518면 참조.

150) *Encyclopedia/Jan von Hein*, Vol. 3, Germany, p. 2109.

151) *BGBI. I Nr. 135/2000*.

혼인에 의한 준정의 요건은 부모의 본국법에 의하고, 부모의 본국법이 서로 다른 경우에는 준정에 더 유리한 본국법에 의한다고 규정하고 있었다.

적출선언에 의한 준정의 요건은 부의 본국법에 의하고, 적출선언이 부의 사망 후에 신청된 경우에는 부의 사망 당시 그의 본국법에 의하며, 자녀의 본국법이 자녀 또는 그와 친족법상 법률관계를 가지는 제3자의 동의를 요구하는 경우에는 그 범위에서는 그 법에 의한다(제23조).

혼인 외의 부자간 친자관계의 성립과 인지의 각 요건은 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법에 의한다. 다만, 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법은 혼인 외의 부자간 친자관계의 성립 또는 인지를 허용하지 않으나 이후의 자녀의 본국법은 이를 허용하는 경우에는 이후의 본국법에 의한다. 혼인 외의 부자간 친자관계의 성립 또는 인지를 규율한 법은 그 부인도 규율한다(제25조 제1항).

혼인 중의 친자관계와 준정의 각 효력은 자녀의 본국법에 의한다(제24조). 혼인 외의 친자관계의 효력도 자녀의 본국법에 의한다(제25조 제2항). 모가 혼인 외의 자녀의 부에 대하여 가지는 임신 및 출산으로부터 발생하는 청구권은 모의 본국법에 의한다(제25조 제3항).

(4) 프랑스 민법

친자관계는 자녀의 출생 당시 모의 본국법에 의하고, 모를 알 수 없는 경우에는 자녀의 본국법에 의한다(제311-14조). 이는 친자관계의 성립과 효력 모두에 적용된다. 제311-15조는 제311-14조의 규정에도 불구하고 부, 모, 자녀 모두 또는 그들 중 한 사람이 공동으로든 별개로든 프랑스에 상거소를 가지고 있는 경우에는 신분점유(*la possession d'état*)¹⁵²⁾는 그로부터 발생하는 모든 효과를 프랑스법에 따라 발생시키고, 이는 친자관계의 다른 요소들이 외국법에 의하는 경우에도 그러하다고 규정하고 있다. 이는 일정한 경우에는 신분점유의 효력에 관한 프랑스 민법 규정이 준거법에 관계없이 국제적 강행법규로서 적용됨을 명시한 것이다. 한편 부 또는 모의 임의인지는 인지자의 본국법이나 자녀의 본국법에 부합하게 행하여진 경우에 유효하다(제311-17조).

(5) 이탈리아 국제사법

친자관계의 성립은 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법에 의하고, 더 유리한 경우에는 [자녀의 출생 당시] 부 또는 모의 본국법에 의한다(제33조 제1항). ‘친자관계(의 성립)에 유리하게’(*favor filiationis*)의 원칙에 따른 것이다. 2013. 12. 28. 개정 전의 구법 제33조 제1항, 제2항은 친자관계의 성립의 준거법으로 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법만을 규정하고, 혼인 중의 친자관계의 성립의 경우에만 자녀의 출생 당시 부 또는 모의 본국법을 연결점으로 추가하고 있었으나,¹⁵³⁾ 2013. 12. 28.의 개정으로 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀를 구별하지

152) 프랑스 민법상 혼인 외의 친자관계의 성립은 임의인지에 의함이 원칙이나(제334-8조 제1항), 판결의 효력이나 신분점유에 의할 수도 있다(동조 제2항). 프랑스 민법에 특유한 개념인 신분점유는 생활상으로는 자녀와 부 또는 모 사이에 친자관계가 존재하는 것처럼 보이지만 혈연관계는 존재하지 않을 수도 있는 상태에서 사회적이고 애정에 기초한 친자관계를 의미한다. 안문희, “프랑스 민법상 친자관계에 관한 연구”, 비교사법 제27권 제2호(한국비교사법학회, 2020), 133면.

153) 구법은 혼인 외의 친자관계의 성립의 준거법에 관하여는 선택적 연결을 규정하고 있지 않았다. 과거 이탈리아의 일부 학설은 이를 법률의 흠결로 보고 준정에 관한 제34조 또는 혼인 외의 자

않고 친자관계의 성립의 준거법을 일원적으로 규정하면서 전자에 대하여도 친자관계의 성립에 유리하도록 같은 내용을 규정하는 것으로 변경하였다.

제33조 제1항에 따른 준거법은 친자관계 성립의 요건뿐만 아니라 그 부인의 요건도 규율하고, 그 준거법이 친자관계의 성립 또는 그 부인을 허용하지 않는 경우에는 이탈리아법을 적용한다(제33조 제2항). 또한 부 또는 모의 본국법에 근거하여 성립한 친자관계는 그 법에 의하여만 부인될 수 있고, 그 법이 친자관계 성립의 부인을 허용하지 않는 경우에는 이탈리아법을 적용한다(제33조 제3항). 이탈리아법에 의한 보정적 연결은 2013. 12. 28.의 개정으로 추가된 것이다.

친자관계의 성립의 준거법으로 외국법이 지정되더라도 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀의 구별의 폐기를 확인하고 있는 이탈리아법 규정이 적용된다(제33조 제4항). 이는 2013. 12. 28.의 개정으로 신설된 조항이다. 준거법으로 지정된 외국법이 혼인 중의 자녀와 혼인 외의 자녀를 구별하는 경우에는 그 외국법은 적용되지 않고 이탈리아법이 대신 적용된다.

구법 제34조는 준정에 관하여 규정하고 있었으나, 이는 2013. 12. 28.의 개정으로 삭제되었다. 구법 제34조 제1항은 혼인에 의한 준정은 준정 당시 부, 모 또는 자녀의 본국법에 의한다고 규정하고, 동조 제2항은 기타 방법에 의한 준정은 준정 신청 당시 자녀가 혼인 중의 자녀라고 선언하여야 하는 부 또는 모의 본국법에 의하고, 부 또는 모가 사망한 경우에는 사망 당시 부 또는 모의 본국법에 의한다고 규정하고 있었다.

혼인 외의 자녀의 인지의 요건은 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법에 의하고, 더 유리한 경우에는 인지 당시 인지자의 본국법에 의하며, 이들 법이 인지에 관하여 규정하고 있지 않은 경우에는 이탈리아법을 적용한다(제35조 제1항). 이탈리아법에 의한 보정적 연결은 2013. 12. 28.의 개정으로 추가된 것이다. 부모의 인지능력은 그 본국법에 의하고(제35조 제2항), 인지의 방식은 인지행위지법 또는 인지의 실질의 준거법에 의한다(제35조 제3항).

부모책임을 포함하여 부모와 자녀 간의 신분관계와 재산관계는 자녀의 본국법에 의한다(제36조). 구법은 신분관계와 재산관계만을 명시하고 있었으나, 그에 부모책임이 포함된다는 문언이 2013. 12. 28.의 개정으로 추가되었다.

일정한 경우에 친자관계의 준거법이 외국법이더라도 이탈리아법이 국제적 강행법규로서 적용되는데(제36조의2), 그것은 부모 쌍방에게 부모책임을 부과하는 경우, 부모 쌍방에게 그 자녀를 보호할 의무를 부과하는 경우, 자녀에게 위해가 발생하는 행동으로 인하여 부모책임을 제한하거나 취소하는 명령을 발할 권한을 법원에 부여하는 경우이다. 이는 2013. 12. 28.의 개정으로 신설된 것이다.

특이한 점은 이탈리아 국제사법 제13조 제3항은 동법 제33조 내지 제35조가 적용되는 사안의 경우 ‘친자관계에 유리하게’의 원칙에 따라 친자관계의 성립을 허용하는 법을 적용하게 되는 때에만 반정을 허용하고 있다는 것이다.¹⁵⁴⁾

나. 인방의 경우

(1) 중국 섭외민사관계법

녀의 인지에 관한 제35조를 유추적용하여야 한다고 보았다고 한다. Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2214.

154) Encyclopedia/Andrea Bonomi, Tito Ballarino, Vol. 3, Italy, p. 2214.

친자관계(신분관계¹⁵⁵) 및 재산관계)는 부모와 자녀의 공통 상거소지법에 의하고, 그것이 없는 경우에는 당사자 일방의 상거소지법 또는 국적 소속국법 중 약자의 권익의 보호에 유리한 법에 의한다(제25조). 단계적 연결원칙과 약자보호의 이념을 결합한 입법 형식이다. 이는 준거법으로 지정될 특정한 법역을 선택하는 규칙(“jurisdiction-selecting rules”)이 아니라 약자보호에 유리한 결과를 선택하는 규칙(“result-selecting rules”) 또는 “결과지향적” 준거법 결정원칙이라고 한다.¹⁵⁶ 다만, 법관에게 과도한 재량을 인정한 것이라는 비판도 있다.¹⁵⁷ 친자관계의 성립의 준거법에 관한 별도의 규정이 없는데, 친자관계의 준거법에 관한 제25조가 그에 확대적용된다고 한다.¹⁵⁸

(2) 일본 법적용통칙법

적출자의 친자관계의 성립은 자녀의 출생 당시 부 또는 모의 본국법에 의한다(선택적 연결, 제28조 제1항). 부가 자녀의 출생 전에 사망한 경우에는 부의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 간주한다(제28조 제2항).

비적출자의 친자관계의 성립은 부자관계는 자녀의 출생 당시 부의 본국법, 모자관계는 자녀의 출생 당시 모의 본국법에 의한다(배분적 연결, 제29조 제1항 전단). 인지는 인지 당시 인지자 또는 자녀의 본국법에 의할 수 있다(제29조 제2항). 인지에 의한 친자관계의 성립은 인지 당시 자녀의 본국법이 자녀 또는 제3자의 승낙 또는 동의를 요구하는 경우에는 그 요건도 구비하여야 한다(제29조 제1항 후단, 제2항 후단). 부가 자녀의 출생 전에 사망하거나 인지자가 인지 전에 사망한 경우에는 사망 당시 또는 인지 당시 본국법을 그의 본국법으로 간주한다(제29조 제3항).

자녀는 준정의 요건인 사실이 완성한 당시에 부, 모 또는 자녀의 본국법에 의하여 준정이 성립하는 경우에는 적출자의 신분을 취득한다(제30조 제1항). 이 조항에 규정된 사람이 준정의 요건인 사실의 완성 전에 사망한 경우에는 사망 당시 그 사람의 본국법을 그의 본국법으로 간주한다(제30조 제2항).

친자관계의 효력은 자녀의 본국법이 부 또는 모의 본국법(부모의 일방이 사망하거나 이를 알 수 없는 경우에는 다른 일방의 본국법)과 동일한 경우에는 자녀의 본국법에 의하고, 기타 경우에는 자녀의 상거소지법에 의한다.

다. 헤이그 아동보호협약¹⁵⁹

아동보호협약은 관할권, 준거법, 승인 및 집행, 협력에 관하여 포괄적으로 규정하고 있는 조약이고, 주로 후견의 맥락에서 논의되나,¹⁶⁰ 부모책임(parental responsibility)의 성립, 소멸, 행사 등의 준거법에 관한 규정도 포함하고 있다.¹⁶¹ 부모책임이란 친권 또는 이와 유사한

155) 정확히는 제23조와 마찬가지로 ‘인신관계’(人身關係)라는 용어를 사용하고 있다.

156) Encyclopedia/Weizuo Chen, Vol. 3, China, pp. 1978-1979; 郭玉軍, 전계논문, 103면.

157) 郭玉軍, 전계논문, 103면.

158) 郭玉軍, 전계논문, 105-106면.

159) 조문의 국문번역은 법무부 법무심의관실 編, 전게서, 307면 이하 참조.

160) 이병화, “가족법 분야의 헤이그국제사법회의의 협약”, 국제사법연구 제12호(한국국제사법학회, 2006), 176면 이하 참조.

161) 간략한 소개는 이병화, 전계논문, 180-181면 참조.

법률관계로서, 아동의 신상이나 재산에 관하여 부모, 후견인 기타 법정대리인의 권리, 권한, 책임을 결정하는 관계를 말한다(제1조 제2항). 결국 부모책임은 양육권과 면접교섭권을 포함하고, 이들보다 더 광범위하다.¹⁶²⁾ 2022. 1. 기준으로 아동보호협약의 체약국은 53개국에 달하는데(한국은 비체약국),¹⁶³⁾ 아동보호협약에 의하여 지정된 준거법이 비체약국법이더라도 적용되므로(제20조),¹⁶⁴⁾ 아동보호협약에 의하여 한국법이 적용될 수도 있다.

아동의 신상이나 재산에 관하여 체약국이 아동보호협약 제2장에 따른 관할권을 행사하는 경우 관할기관은 체약국법을 적용한다(제15조 제2항). 관할기관은 사법기관일 수도 있고 행정기관일 수도 있는데, 관할기관이 법원이면 위 조항은 법정지법원칙으로 기능한다. 다만, 아동의 신상이나 재산의 보호가 요청되는 한, 체약국의 관할기관은 예외적으로 그 상황과 실질적 관련이 있는 다른 국가의 법을 적용하거나 고려할 수 있다(제15조 제2항). 아동의 상거소가 다른 국가로 변경되는 경우 그 변경시부터 그 다른 국가의 법이 종전의 상거소지국에서 신청된 보호조치의 조건을 규율한다(제15조 제3항).

사법기관 또는 행정기관의 관여 없이 법률에 의하여 발생하는 부모책임의 귀속 또는 소멸은 아동의 상거소지법에 의한다(제16조 제1항). 사법기관 또는 행정기관의 관여 없이 합의 또는 단독행위에 의하여 발생하는 부모책임의 귀속 또는 소멸은 그 합의 또는 단독행위의 효력발생시 아동의 상거소지법에 의한다(제16조 제2항). 아동의 상거소지법에 따라 존재하는 부모책임은 아동의 상거소가 다른 국가로 변경되더라도 존속한다(제16조 제3항). 아동의 상거소가 변경되는 경우 부모책임을 부담하지 않던 사람의 법률에 의한 부모책임의 귀속은 새로운 상거소지법에 의한다(제16조 제4항).

부모책임의 행사도 아동의 상거소지법에 의하고, 아동의 상거소가 변경되는 경우에는 새로운 상거소지법에 의한다(제17조). 제16조에 따른 부모책임은 아동보호협약에 따라 취해진 보호조치에 의하여 종료되거나 그 행사의 조건이 변경될 수 있다(제18조).

아동보호협약에는 내국거래보호조항이 있다. 거래가 체결된 국가의 법률에 의하여 아동의 법정대리인으로서 행위할 권한이 있는 사람과 제3자 간에 체결된 거래의 유효성¹⁶⁵⁾은 다룰 수 없다. 제3자의 상대방이 아동보호협약에 따라 지정된 법에 의하여 아동의 법정대리인으로서 행위할 권한이 없었다는 것만을 이유로 제3자가 책임을 부담하지는 않는다. 다만, 제3자가 그 상대방의 부모책임이 아동보호협약에 따라 지정된 법에 의하여 규율된다는 것을 알았거나 알았어야 하는 경우에는 그러하지 아니하다(제19조 제1항). 제19조 제1항은 동일한 국가에 있는 사람들 간에 체결된 거래에 대하여만 적용된다(제19조 제2항).

아동보호협약은 반정을 배제하고 있다(제21조 제1항). 다만, 부모책임의 성립 또는 소멸의 준거법이 비체약국법으로 지정되고 그 국가의 국제사법이 그 국가의 법을 지정하는 다른 비체약국법을 지정하는 경우에는 그 다른 비체약국법에 의한다(제21조 제2항).¹⁶⁶⁾ 우리 국제사

162) 이병화, “헤이그협약에 따른 가족합의에 관한 실무지침 연구”, 국제사법연구 제25권 제1호(한국국제사법학회, 2019), 328-329면.

163) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70> 참조. 우리나라는 서명 또는 가입하지 않았다.

164) 헤이그 국제사법회의가 성안한 조약들의 이와 같은 규정은 조약의 보편적 적용(universal application)을 통하여 통일법(*loi uniforme*)으로서의 성질을 확보하기 위한 것이다. 전술하였듯이 유럽연합 부부재산제규정과 로마III규정에도 같은 취지의 규정이 있다.

165) 법무부 법무심의관실 編, 전게서, 315면은 “validity”를 “효력”으로 번역하나, 효력과 (실질적) 유효성의 문제는 구별된다.

166) A → B → C → B의 순서에 의하는 경우 비체약국법이 지정되더라도 반정을 배제하는 취지가 구현되므로 전정을 허용하는 것이다. 사실상 전정을 허용하지 않는 것이다.

법은 제51조 제1항 단서(신국제사법으로는 제80조 제1항 단서)를 제외하고는 전정을 허용하지 않으므로 친권의 준거법의 경우 전정이 허용되지 않는다. 그러나 반정을 배제하는 아동보호협약상 원칙은 우리 국제사법의 입법론에 참고할 필요가 있다.

3. 개정의 착안점

첫째, 친자관계의 성립의 준거법에 관하여 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계를 구별하는 태도를 유지할 것인가?涉外사법 개정시에도 그 구별을 유지할 필요가 없다는 논의가 있었지만, 20년이 경과한 현재로서는 더 이상 그 구별을 유지할 필요가 없다고 생각한다. 대다수 국가의 실질법상 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계는 성립요건에 차이가 있을 뿐 그 효과에는 차이가 없으므로, 혼인 중의 친자관계든 혼인 외의 친자관계든 일단 친자관계가 성립하면 자녀의 이익의 보호에는 문제가 없고, 효력상 차이가 없음에도 불구하고 혼인 중의 친자관계의 성립을 인정해주어야 할 특별한 법률상 이익이 없다.¹⁶⁷⁾ 친자관계의 효력의 준거법의 경우에는 현대 친자법의 국제적 동향을 고려하여 양자의 구별을 인정하지 않으면서 친자관계의 성립에 관하여는 유독 그 구별을 고집할 이유도 없다. 독일, 스위스, 프랑스, 이탈리아, 중국의 입법례도 양자를 구별하지 않는다.

둘째, 친자관계의 성립의 준거법에 관하여 종래대로 선택적 연결원칙을 유지하되, 선택 대상으로 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법과 현재 자녀의 상거소지법을 일원적으로 규정할 것인가? 현행 국제사법상 제40조 제1항과 제41조 제1항의 선택적 연결원칙은 전자는 후자와 달리 선택 대상으로 현재 자녀의 상거소지법을 규정하고 있지 않다는 차이가 있을 뿐이다. 위와 같이 일원적으로 규정하면 혼인 중의 친자관계의 성립의 준거법의 선택 대상으로 현재 자녀의 상거소지법이 추가되는 외에 혼인 외의 모자관계의 성립의 준거법의 선택 대상으로 자녀의 출생 당시 부의 본국법이 추가된다. 현행 국제사법은 혼인 외의 출생자는 모의 국적을 따름이 보통이므로 자녀의 이익을 고려하여 모의 본국법을 원칙으로 규정한 것이다.¹⁶⁸⁾ 여기에 부의 본국법이 추가된다고 하더라도 자녀의 이익의 보호에는 아무런 지장이 없을 것이다. 그렇다면 문제는 혼인 중의 친자관계의 성립의 준거법으로 현재 자녀의 상거소지법을 추가할 필요가 있는가 하는 것이다.涉外사법 개정시 유력하게 제시되었던 개정안은 현재 자녀의 상거소지법을 선택 대상으로 규정하고 있기도 하였다.¹⁶⁹⁾ 혼인 중의 친자관계의 성립은 주로 부양의 선결문제로서 제기되므로, 제46조 제1항이 부양의무의 원칙적 준거법을 부양권리자의 상거소지법으로 규정하고 있음을 고려한다면, 부양권리자의 보호를 위하여 자녀의 상거소지법에 의한 혼인 중의 친자관계의 성립을 인정할 필요가 있다.¹⁷⁰⁾ 혼인 외의 친자관계의 성립의 경우 그것이 주로 친자관계의 효력, 부양, 상속 등의 선결문제로서 제기됨을 이유로 현재 자녀의 상거소지법으로의 연결을 인정하였다면,¹⁷¹⁾ 혼인 중의 친자관계의 성립의 경우에도 선결문제와 본문제를 동일한 준거법에 의할 필요성을 인정하지 않을 이유가 없다.

셋째, 친생부인에 관한 규정을 신설할 것인가? 현행 국제사법은涉外사법과 달리 친생부인에 관하여 명시하고 있지 않다. 국제사법 시행 이후 노정된 학설 대립을 고려한다면 명시

167) 조수정, 전계논문, 432면 참조.

168) 석광현, 전게서, 485면.

169) 최홍섭, 전계논문(2-2), 399-401면 참조.

170) 최홍섭, 전계논문(2-2), 400면; 석광현, 전게서, 480면.

171) 최홍섭, 전계논문(1), 275면.

함이 바람직하다. 전술하였듯이 현행 국제사법 제40조는 혼인 중의 친자관계의 ‘성립’만을 명시하고 있으나, 친자관계의 성립은 그것이 부인되지 않을 것을 전제로 하므로 당연히 친자관계의 ‘부인’을 포함한다고 해석된다.¹⁷²⁾ 문제는 국제사법 제40조 제1항의 선택적 연결원칙을 친생부인의 경우 어떻게 해석하여야 옳은가 하는 것이다. 이에 관하여는 자녀의 출생 당시 남편의 본국법과 아내의 본국법 모두가 친생부인을 인정하는 경우에만 친생부인을 인정하여야 한다는 견해,¹⁷³⁾ 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생부인을 인정하더라도 다른 일방의 본국법이 그렇지 않은 경우에는 친생부인을 인정할 수 없다는 견해,¹⁷⁴⁾ 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생추정을 인정하였고 그 법이 친생부인을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정하여야 한다는 견해,¹⁷⁵⁾ 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생추정을 인정하였고 역시 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 친생부인을 인정하는 경우에는 친생부인을 인정하여야 한다는 견해¹⁷⁶⁾ 등이 있다. 친생추정의 준거법과 무관하게 친생부인의 준거법을 인정하면 법적용상 충돌이 발생할 가능성이 있으나,¹⁷⁷⁾ 친생부인도 자녀의 보호 내지 복리를 위한 것임을 고려할 필요가 있다.

참고할 수 입법례로는 ① 친자관계의 부인은 친자관계의 성립을 규율하는 법들 중 하나에 의하되, 자녀의 경우에는 그 상거소지법에 의할 수 있다는 독일(민법시행법 제20조), ② 친생부인은 자녀의 출생 당시(재판상 부인의 경우 자녀의 이익을 위하여 필요한 때에는 소 제기시) 자녀의 상거소지법에 의한다는 스위스(국제사법 제68조 제1항, 제69조 제1항), ③ 친생부인은 자녀의 출생 당시 부부의 본국법에 의하고, 혼인이 자녀의 출생 전에 해소된 경우에는 그 해소 당시 부부의 본국법에 의하며, 부부의 본국법이 서로 다른 경우에는 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법에 의한다고 규정하고, 혼인 외의 부자관계의 부인은 그 성립 또는 인지를 규율한 법에 의한다고 규정하는 오스트리아(국제사법 제21조, 제25조), ④ 친생부인은 자녀의 출생 당시 자녀의 본국법에 의하고, 더 유리한 경우에는 자녀의 출생 당시 부 또는 모의 본국법에 의하며, 그 지정된 법이 친생부인을 허용하지 않는 경우에는 법정지법에 의한다고 규정하고, 부 또는 모의 본국법에 의하여 성립한 친자관계는 같은 법에 의하여만 부인될 수 있고, 그 법이 친자관계의 부인을 허용하지 않는 경우에는 법정지법에 의한다고 규정하는 이탈리아(국제사법 제33조)가 있다. 참고로 섭외사법 개정시 현행 국제사법(제40조 제1항)과 같은 문언에 따르면 자녀의 출생 당시 남편의 본국법과 아내의 본국법 모두가 친생부인을 인정하는 경우에만 친생부인이 인정된다는 전제에서, 친생부인에 관하여 독일 민법시행법 제20조 단서를 채용하자는 제안이 있었으나,¹⁷⁸⁾ 친자관계의 성립과 부인에 대하여 동일한 준거법을 적용한다는 전제에서 그 제안은 채택되지 않았다.¹⁷⁹⁾

친자관계를 성립시킨 법이 친생부인도 규율하여야 한다는 절충적 입장도 경청할 여지가 있다. 그러나 그에 해당하는 오스트리아와 이탈리아의 입법례도 제한적으로 그렇게 규정하고 있을 뿐이다. 오스트리아는 혼인 외의 부자관계의 부인이라는 예외적 경우에 대하여 그렇게 규정하고 있다. 이탈리아는 원칙적 준거법이 아니라 예외적 준거법에 의하여 친자관계

172) 법무부 국제법무과 編, 전게서, 145면.

173) 최홍섭, 전계논문(2-2), 401면; 최홍섭, 전게서, 373면.

174) 석광현, 전게서, 479면; 신창섭, 국제사법 제4판(세창출판사, 2018), 323면, 주304.

175) 최홍섭, 전계논문(1), 273면; 최홍섭, 전게서, 373면; 양진섭, 친자관계의 결정(경인문화사, 2020), 310-311면.

176) 이종혁, 전계논문, 494면.

177) 최홍섭, 전게서, 373면.

178) 최홍섭, 전계논문(2-2), 401면.

179) 석광현, 전게서, 480면.

가 성립한 경우에 대하여만 그렇게 규정함과 동시에, 그 법에 의하여 친생부인이 허용되지 않으면 법정지법인 이탈리아법에 의하도록 보정적 연결을 규정하고 있는데, 이는 친생부인을 엄격히 인정하려는 태도가 아니다. 이탈리아도 원칙적 준거법에 의하여 친자관계가 성립한 경우에는 그 부인은 선택적 연결에 의하는 것이다.

사건으로는 친자관계의 성립은 자녀의 복리를 위한 것이지만 친생부인은 혈연의 진실성을 위한 것으로서 서로 다른 제도이고,¹⁸⁰⁾ 친생부인에 의하여 진실한 친자관계가 성립하도록 자녀를 배려할 필요가 있으며,¹⁸¹⁾ 친생부인을 인정하지 않는 것이 언제나 자녀의 이익을 위한 것은 아니므로, 친생부인을 엄격하게 인정할 필요는 없고 선택적 연결에 의하면 충분하다고 생각한다. 따라서 독일과 이탈리아의 입법례를 채택하여 친자관계의 성립뿐만 아니라 그 부인도 선택적 연결에 의함이 바람직하다.

넷째, 인지에 관한 규정(제41조 제2항)을 유지할 것인가? 친자관계의 성립에 관하여 일원적으로 선택적 연결에 의하더라도 선택 대상을 자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법과 현재 자녀의 상거소지법으로 유지한다면, 인지 당시 인지자(주로 부)의 본국법이 선택 대상에서 제외된다는 문제가 있다. 따라서 인지 당시라는 연결시점이 제외되지 않도록 인지에 관한 규정은 유지하여야 한다. 다만, 자녀의 이익을 위하여 인지 당시 인지자의 본국법 이외에 다른 연결점을 추가할 필요가 있다고 생각된다. 인지 당시라는 연결시점에 결합되는 연결점으로 자녀의 상거소지법 및 본국법과 부 또는 모의 주소지법 및 본국법을 추가하고 있는 스위스의 예(국제사법 제72조 제1항)와 인지 당시 인지자의 본국법 이외에 자녀의 본국법을 추가하고 있는 일본의 예(법적용통칙법 제29조 제2항)를 참고할 수 있다. 우리의 경우 스위스와 일본의 입법례에 공통되는 인지 당시 자녀의 본국법 정도는 추가하는 것이 바람직하다고 생각된다.

다섯째, 자녀의 출생 전에 부모의 혼인이 해소(대표적으로 이혼)된 경우의 연결시점에 관한 규정을 신설할 것인가? 예컨대 남성 A와 여성 B가 이혼한 후 300일 이내, 여성 B가 남성 C와 재혼한 후 200일 후에 자녀가 출생한 경우이다. 현행 국제사법은 그에 관하여 명시하고 있지 않으므로 학설과 판례에 의하여 해결할 수밖에 없다.¹⁸²⁾ 학설은 부가 자녀 출생 전에 사망하는 경우 사망 당시를 연결시점으로 본다고 규정하고 있는 제40조 제2항, 제41조 제3항을 유추적용하여 혼인 해소 당시를 연결시점으로 보아야 한다거나,¹⁸³⁾ 제40조 제1항의 ‘자녀의 출생 당시 부부 중 일방의 본국법’이라는 문언은 ‘본국법’을 확정하기 위한 것이지 ‘부부’를 특정하기 위한 것이 아니라거나,¹⁸⁴⁾ 제40조 제1항의 부부는 자녀의 출생 당시 ‘혼인관계 존속 중인 부부’로 한정하여 해석할 것이 아니라 자녀의 출생 당시 ‘혼인관계 해소된 부부’까지 확대하여 해석할 수 있다고 한다.¹⁸⁵⁾ 위 예에서 자녀의 출생시 B 또는 C의 본국법에 의하는 것은 타당하지 않으나, 해석론의 여지가 전혀 없지는 않으므로, 명문규정을 통하여 논란을 해결함이 바람직하다. 오스트리아의 입법례(국제사법 제21조)를 참고하여 자녀의 출생 전에 혼인이 해소된 경우에는 그 해소 당시 부부의 본국법에 의한다고 명시함이 좋을 것이다. 다만, 이혼뿐만 아니라 부부 일방의 사망도 혼인의 해소사유이므로,¹⁸⁶⁾ 부모의

180) 양진섭, 전게서, 309-310면 참조.

181) 横山潤, 国際家族法の研究(有斐閣, 1997), 172頁.

182) 석광현, 전게서, 481면.

183) 윤종진, 개정 현대 국제사법 개정판(한울출판사, 2003), 460면.

184) 신창섭, 전게서, 322면.

185) 양진섭, 전게서, 304-305면. 이 문헌은 제40조 제2항은 확인적 규정에 불과하다고 한다.

186) 우리 민법상 명문규정은 없지만, 이에 대하여 의문이 있을 수는 없다. 김주수/김상용, 친족·상속

혼인이 해소된 경우를 고려한 규정을 신설한다면, 부 또는 모의 사망시 연결시점에 관한 현행 국제사법 제41조 제3항 전단, 제42조 제2항은 같은 취지가 중복되므로 삭제하여야 논리적이다. 또한 우리 실질법상 혼인의 해소와 취소가 소급효가 없다는 점은 같지만,¹⁸⁷⁾ 전자는 일단 완전히 유효하게 성립한 혼인이 종료되는 것이고 후자는 혼인의 성립에 하자가 있어서 종료되는 것이어서 서로 구별되므로,¹⁸⁸⁾ 국제사법에도 혼인의 해소와 취소를 함께 규정하여야 정확할 것이다.

여섯째, 준정에 관한 규정을 유지할 것인가? 전술하였듯이 국제사법의 차원에서 혼인 중의 친자관계의 성립과 혼인 외의 친자관계의 성립을 구별할 필요가 없다. 과거 그 구별을 인정하였던 다수 입법례도 이제 더 이상 그것을 인정하지 않는다.¹⁸⁹⁾ 그러나 우리 실질법이 준정이라는 제도를 알고 있고, 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계를 구별하지 않더라도 혼인, 인지, 적출선언 등에 의하여 후자가 전자로 지위를 변경하는 경우가 있을 수 있으며, 그 경우 그 시점을 기준으로 연결점을 확정할 필요성이 있다. 준정에 관한 규정을 삭제하더라도 다른 규정을 유추하여 연결시점을 준정시로 해석할 수 있을지가 불명확하다. 그렇다면 우리 실질법이 혼인 중의 친자관계와 혼인 외의 친자관계의 구별을 폐기하고 그에 따라 준정제도를 폐지하기 전까지는 현행 국제사법의 준정에 관한 규정을 과도기적으로 유지하지 않을 수 없다.

일곱째, 자녀의 본국법에 따른 동의를 요구하는 규정을 유지할 것인가? 현행 국제사법은 친자관계(양친자관계 포함)의 성립의 준거법에 관한 선택적 연결원칙에서 선택 대상으로 자녀의 본국법을 완전히 배제하고 있다. 섭외사법 개정시 출생 당시 자녀의 본국법을 선택 대상으로 규정하는 것이 검토되었을 뿐인데,¹⁹⁰⁾ 현행 국제사법(제44조)의 연결시점은 출생 당시가 아니라 각 친자관계의 성립 당시, 즉 인지시, 준정시, 입양시이므로, 선택 대상으로 현재 자녀의 본국법을 허용하지 않는 이상 현행 국제사법의 일괄적인 동의 규정을 유지하지 않을 수 없다.

여덟째, 친자관계의 효력의 원칙적 준거법에 관한 규정을 유지할 것인가? 친자관계의 성립과 효력의 준거법을 일원적으로 규율하는 프랑스, 중국과 같은 입법례가 있다. 그러나 현행 국제사법은 친자관계의 성립에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하고 있는데, 그것을 친자관계의 효력에도 적용할 수는 없다. 친자관계의 효력은 신분관계의 안정성과 명확성에 기초하고 있어야 하는 문제이므로 선택적 연결원칙을 채택하기에 적절하지 않다. 친자관계의 성립은 쉽게 인정하더라도 그것이 일단 성립한 이상 친자관계의 효력은 명확하여야 한다. 원칙적 준거법으로 현행 국제사법은 자녀의 상거소지법을 규정하고 있으나, 입법례에 따라서는 자녀의 본국법을 규정하고 있기도 하다. 친자관계의 성립이 부양의 선결문제로서 제기될 가능성과 그 경우 선결문제와 본문제의 준거법을 일치시킬 필요성을 고려한다면 현행 국제사법의 태도를 유지함이 바람직하다. 입법기술적으로는 현행 국제사법 제45조에 “제40조 내지 제43조에 의하여 성립한 친자 간의 법률관계는”이라는 문언을 추가함이 바람직하다는 건

법 제17판(법문사, 2020), 156면; 윤진수 편집대표, 주해친족법 제1권(박영사, 2015), 293면(이동진 집필부분).

187) 우리 민법 제824조는 혼인의 취소에 소급효가 없음을 명시하고 있다.

188) 김주수/김상용, 전거서, 156면.

189) 오스트리아가 적출선언에 의한 준정에 관한 제23조를 유지하고 있을 뿐이다. 적출선언은 우리 법 질서가 알지 못하는 제도이다.

190) 전술하였듯이 출생 당시 자녀의 국적 취득 여부가 혼인 중의 자녀 여부에 따라 달라지는 경우에는 순환논리에 빠질 수 있고, 복수국적의 문제가 발생할 수 있다는 이유로 채택되지 않았다. 최홍섭, 전거논문(2-1), 159면; 최홍섭, 전거논문(2-2), 400면; 석광현, 전거서, 481면.

해가 있다.¹⁹¹⁾ 사건으로는 표제를 “친자관계의 효력”이라고 수정하고 원칙과 예외의 관계를 명확히 드러내는 것이 어떨까 한다.

아홉째, 친자관계의 효력의 예외적 준거법에 관한 규정을 유지할 것인가? 현행 국제사법(제45조 후단)은 부, 모, 자녀 삼자의 본국법이 동일한 경우에는 자녀의 상거소지법이 아니라 자녀의 본국법, 즉 삼자의 본국법에 의하도록 한다.¹⁹²⁾ 반면에 일본 법적용통칙법(제32조)은 자녀의 본국법이 (부모가 아니라) 부 또는 모의 본국법과 동일한 경우에 그 법에 의한다고 규정하고 있으므로, “가정의 조국”으로서의 자녀의 본국법에 대한 예외의 인정은 그 관념이 유래한 일본에 비하여 우리나라에서 더 엄격하다. 의문스러운 점은 “가정의 조국”이라는 관념, 즉 모든 가족 구성원의 본국법이 동일하다면 그 가정의 내부질서를 규율하는 질서는 바로 그 본국법이어야 하고 다른 국가의 법일 수는 없다는 전제 그 자체이다. 국적과는 별개로, 또는 국적을 특별히 의식하지 않고 생활의 중심을 형성하고 일상을 영위하는 현대사회에서 그와 같은 관념은 이제는 낡은 이론이 아닌가 하는 것이다. 또는 그것은 특정국가에서나 그 구성원들에게 지배적으로 받아들여질 수 있는 것이 아닌가 하는 것이다. 따라서 부모와의 연관 속에서의 자녀의 본국법으로의 연결은 엄격한 요건 아래에서만 가능하도록 하여야 한다. 자녀의 본국법은 서로 다른 국가에 떨어져 살아가는 부모와 자녀가 인적 유대를 확인하는 기능만 수행하는 것이 오히려 바람직하지 않을까? 자녀의 상거소지법을 원칙으로 삼고, 부와 모가 자녀의 상거소지국에 주소를 가지고 있지 않고 부모와 자녀가 동일한 국적을 가지고 있는 경우에만 그 국적 소속국법에 의하도록 하는 스위스의 입법례는 좋은 참고가 된다.

열째, 친자관계의 효력의 준거법에 관하여 반정을 배제할 것인가? 헤이그 아동보호협약은 부모책임의 성립, 소멸, 행사 등의 준거법에 관하여 규정하고 있고, 제21조 제1항에서 반정을 배제하고 있다. 그러나 우리 국제사법은 친자관계의 성립에 관하여 선택적 연결원칙을 채택하고 있는데, ‘친자관계의 성립에 유리하게’라는 지정 취지에 비추어 보면, 친자관계의 성립의 준거법을 지정하는 경우에는 반정이 허용되지 않는다(제9조 제2항 제6호). 친자관계의 효력의 경우 그 준거법으로 지정된 외국법의 내용이 아동보호에 충분하지 않다면 차라리 반정을 허용하는 것이 나을 수도 있지만(우리 법제가 아동보호에 충분함을 전제로), 친자관계의 효력의 문제는 아동보호에만 관련된 것이 아니고 가족 내부질서의 운영에도 관련된 것임을 고려하여야 한다. 헤이그 아동보호협약을 국내적으로 충실히 수용하자면 반정의 예외 사유로 친자관계의 효력의 준거법을 지정하는 경우를 추가함이 바람직하다. 현행 국제사법 제44조의 동의 규정은 자녀의 보호를 위하여 자녀의 본국법을 누적적용하는 것이므로 그 지정 취지에 비추어 보면 반정이 허용되지 않는다(제9조 제2항 제6호).¹⁹³⁾ 따라서 반정 배제의 대상은 현행 국제사법 제45조(신국제사법으로는 제72조)에 한정된다. 다만, 독일은 헤이그

191) 석광현, 전게서, 510면.

192) 부모 중 일방이 사망하거나 이를 알 수 없는 경우에는 부모 중 다른 일방만을 기준으로 판단하여야 하는가? 문면상 그렇게 해석할 수는 없다고 생각된다. 자녀의 상거소지법이라는 원칙적 준거법의 타당성을 생각해보다도 마찬가지이다. 이와 같은 해석이 편부 또는 편모의 자녀를 의도하지 않게 차별하는 것인가? 자녀의 상거소지법과 본국법 중 무엇이 더 자녀에게 이익인지를 일률적으로 말할 수는 없으므로 그와 같은 해석이 평등원칙 위반이라고 말할 수도 없을 것이다. 일본 법적용통칙법에는 “부모의 일방이 사망하거나 이를 알 수 없는 경우에는 다른 일방의 본국법”이라는 문언이 있으나, 후술하듯이 일본은 예외적 준거법이 적용되는 요건이 우리와 차이가 있고, 그 문언이 없더라도 그렇게 해석할 수밖에 없다. 우리 국제사법에 위와 같은 취지의 문언을 추가하더라도 일본과는 함의에 차이가 있다.

193) 석광현, 전게서, 509면.

아동보호협약을 수용하면서도 반정의 배제는 제외하였다. 이탈리아는 반정에 의하여 친자관계의 성립을 허용하는 법을 적용하게 되는 때에만 반정을 허용하는데, 이탈리아 국제사법에는 우리 국제사법 제9조 제2항 제6호에 해당하는 조항이 없기는 하나, 친자관계의 성립에 관하여 선택적 연결원칙(자녀의 출생 당시 자녀, 부 또는 모의 본국법)을 채택하면서도 자녀의 이익을 고려하여 제한적으로 반정을 허용하고 있다는 점에 주목해볼 필요가 있다.

열한째, 법정대리인이 그 권한에 따라 행한 거래행위에 대하여 거래보호조항(제15조 제1항, 신국제사법으로는 제29조 제1항)을 원용할 수 있도록 할 것인가? 헤이그 아동보호협약은 아동의 법정대리인으로서 행위할 권한이 있는 사람이 동일한 국가에 있는 제3자와 거래행위를 체결한 경우에 관하여 내국거래보호조항을 두고 있다(제19조). 현행 국제사법상 행위 무능력으로 인한 거래보호에 관한 규정은 이론적으로는 법인, 법정대리 등 거래보호의 필요성이 있는 다른 경우에도 원용될 수 있다고 하는데,¹⁹⁴⁾ 문제는 동조 제2항이 “친족법의 규정에 의한 법률행위”에는 동조 제1항이 적용되지 않는다고 규정하고 있다는 것이다. 그 이유는 그것은 거래행위가 아니라 신분행위이기 때문이라고 하는데,¹⁹⁵⁾ 법정대리인이 그 권한에 따라 행한 거래행위는 양자의 성질을 겸유하고 오히려 거래행위로서의 성격이 더 강하다고 볼 수 있다. 또한 헤이그 아동보호협약을 국내적으로 충실히 수용한다는 측면에서 내국거래보호조항을 원용할 수 있도록 할 필요가 있다. 그러므로 제15조 제2항에서 법정대리인이 행한 거래행위에 대하여는 예외를 인정함이 바람직하다. 다만, 현행 국제사법 제15조 제1항이 “행위자의 본국법”만을 명시하고 있으므로, 그 조항을 직접 적용할 수는 없고 유추적용할 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다.

4. 개정안의 제시

신국제사법	필자가 제시하는 개정안
제67조(혼인 중의 부모·자녀관계) ① 혼인 중의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 부부 중 한쪽의 본국법에 따른다. ② 제1항의 경우에 남편이 자녀의 출생 전에 사망한 때에는 남편의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.	제67조(부모·자녀관계의 성립) ① 부모·자녀관계의 성립 또는 그 부인은 자녀의 출생 당시 아버지 또는 어머니의 본국법 또는 현재 자녀의 일상거소지법 에 따른다. 다만, 아버지와 어머니의 혼인이 자녀의 출생 전에 해소 또는 취소된 때에는 그 해소 또는 취소 당시 아버지 또는 어머니의 본국법을 그의 본국법으로 본다.
제68조(혼인 외의 부모·자녀관계) ① 혼인 외의 부모·자녀관계의 성립은 자녀의 출생 당시 어머니의 본국법에 따른다. 다만, 아버지와 자녀 간의 관계의 성립은 자녀의 출생 당시 아버지의 본국법 또는 현재 자녀의 일상거소지법에 따를 수 있다. ② 인지는 제1항에서 정하는 법 외에 인지 당시 인지자의 본국법에 따를 수 있다.	② 인지는 제1항에서 정하는 법 외에 인지 당시 인지자 또는 자녀의 본국법에 따를 수 있다. 다만, 인지자가 인지 전에 사망한 때에는 인지자의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다.
③ 제1항의 경우에 아버지가 자녀의 출생 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을	③ 준정은 그 요건인 사실의 완성 당시 아버지 또는 어머니의 본국법 또는 자녀의 일상거소지법에 따른다. 다만, 아버지 또는

194) 석광현, 전게서, 199-200면.

195) 이호정, 전게서, 242면; 신창선/윤남순, 전게서, 226면.

그의 본국법으로 보고, 제2항의 경우에 인지자가 인지 전에 사망한 때에는 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다. 제69조(혼인 외의 출생자) ① 혼인 외의 출생자가 혼인 중의 출생자로 그 지위가 변동되는 경우에 관하여는 그 요건인 사실의 완성 당시 아버지 또는 어머니의 본국법 또는 자녀의 일상거소지법에 따른다. ② 제1항의 경우에 아버지 또는 어머니가 그 요건인 사실이 완성되기 전에 사망한 때에는 아버지 또는 어머니의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다. 제71조(동의) 제68조부터 제70조까지의 규정에 따른 부모·자녀관계의 성립에 관하여 자녀의 본국법이 자녀 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다.	어머니가 그 요건인 사실이 완성되기 전에 사망한 때에는 아버지 또는 어머니의 사망 당시 본국법을 그의 본국법으로 본다. 제68조[삭제] 제69조[삭제] 제71조(동의) 제67조, 제70조에 따른 부모·자녀관계의 성립에 관하여 자녀의 본국법이 자녀 또는 제3자의 승낙이나 동의 등을 요건으로 할 때에는 그 요건도 갖추어야 한다.
제72조(부모·자녀 간의 법률관계) 부모·자녀 간의 법률관계는 부모와 자녀의 본국법이 모두 동일한 경우에는 그 법에 따르고, 그 외의 경우에는 자녀의 일상거소지법에 따른다.	제72조(부모·자녀관계의 효력) 부모·자녀 간의 법률관계는 <u>자녀의 일상거소지법에 따른다. 다만, 아버지, 어머니의 일상거소지와 자녀의 일상거소지가 서로 다른 국가에 있고 아버지, 어머니와 자녀의 본국법이 모두 동일한 경우에는 그 법에 따른다.</u>
제22조(외국법에 따른 대한민국 법의 적용) ① [생략] ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다. [1. 내지 5. 생략] 6. 그 밖에 제1항을 적용하는 것이 이 법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우	제22조(외국법에 따른 대한민국 법의 적용) ① [생략] ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다. [1. 내지 5. 생략] 6. 제72조에 따라 부모·자녀관계의 효력의 준거법이 지정되는 경우 7. 그 밖에 제1항을 적용하는 것이 이 법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우
제29조(거래보호) ① 법률행위를 한 사람과 상대방이 법률행위의 성립 당시 동일한 국가에 있는 경우에 그 행위자가 그의 본국법에 따르면 무능력자이더라도 법률행위가 있었던 국가의 법에 따라 능력자인 때에는 그의 무능력을 주장할 수 없다. 다만, 상대방이 법률행위 당시 그의 무능력을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 친족법 또는 상속법의 규정에	제29조(거래보호) ① 법률행위를 한 사람과 상대방이 법률행위의 성립 당시 동일한 국가에 있는 경우에 그 행위자가 그의 본국법에 따르면 무능력자이더라도 법률행위가 있었던 국가의 법에 따라 능력자인 때에는 그의 무능력을 주장할 수 없다. 다만, 상대방이 법률행위 당시 그의 무능력을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항은 친족법 또는 상속법의 규정에

다른 법률행위 및 행위지 외의 국가에 있는 부동산에 관한 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다.	다른 법률행위(법정대리인이 그 권한에 따라 행한 거래행위는 제외한다) 및 행위지 외의 국가에 있는 부동산에 관한 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다.
--	--

VII. 결 어

본고에서는 국제혼인법과 국제친자법을 중심으로 현행 국제사법의 개정론을 제시하였다.¹⁹⁶⁾ 이를 위하여 헤이그 국제사법회의와 유럽연합의 조약과 규정을 포함하여 서구와 인방의 입법례(특히 2001년 이후의 변화)를 검토하였고, 그로부터 우리의 입법에의 시사점을 도출해보고자 하였다. 또한 2001년涉外사법 개정시 연결정책을 새롭게 수립하면서 제시되었던 논소를 가급적 모두 추고하고, 이를 토대로 진일보한 개정안을 제시해보고자 하였다.

모든 국가가 육로로 서로 연결되어 있어서 일상 그 자체가 필연적으로 국제성을 가지는 유럽과 지정학적으로 섬 아닌 섬의 상태에 놓여 있는 대한민국의 사정이 같을 수는 없다. 그 차이가 연결정책의 수립에 어떻게 반영되어야 하는지는 어려운 문제이다. 필자는 그 점에 대하여 아직 깊은 고민을 해볼 기회가 없었다. 그래서 필자가 본고에서 제시한 개정안은 아직은 잠정적인 것에 불과하고 국제친족법의 정당한 연결정책은 무엇인가에 대한 숙고를 이어가겠다는 말씀을 드린다.

196) 본고에서 취급하지 못한 국제입양, 국제부양, 국제후견은 다른 기회에 입법론을 논의하고자 한다.

토론문

발표문에 대한 지정토론문

정구태 교수
(조선대학교 법과대학)

국제친족법의 입법론 -국제혼인법¹⁹⁷⁾을 중심으로- (토론문)

정구태(조선대 교수)

I. 들어가며

안녕하십니까. 2022년을 시작하는 1월에 첫 번째로 개최됨과 동시에 존경하는 석광현 회장님 임기 중 마지막으로 개최되는 정기연구회에서 토론을 맡게 되어 큰 영광입니다. 이 교수님께서 국제혼인법과 국제친자법의 조문별로 외국의 입법례를 일별하고, 이를 바탕으로 조문마다 상세한 입법론을 개진해주셔서 많은 가르침을 얻을 수 있었습니다. 저는 실질법인 가족법 전공자로서 국제사법에는 그야말로 식견이 일천한지라, 문외한의 입장에서 몇 가지 줄거리를 말씀드리고 의문사항에 대하여 질의드리고자 합니다.

II. 복수국적자 본국법 결정시 내국우선원칙의 존치 여부

교수님께서서는 “법원과 변호인이 외국법에 관한 자료에 접근할 수 있는 방법이 다양해지고 그 정확성도 제고되고 있으므로, 내국국적 우선의 원칙의 존립근거, 즉 **외국법을 잘못 적용하는 것보다 법정지법을 올바르게 적용하는 것이 낫다는 전제는 타당성을 상실하고 있**”으므로 “**장기적으로는 내국국적 우선의 원칙을 폐기하는 것이 바람직**하다.”고 하십니다. 그러나 내국국적 우선의 원칙은 독일, 스위스, 일본 등의 예를 참고하여 섭외사법(제2조 제1항 단서)에서와 마찬가지로 현행 국제사법(제3조 제1항 단서)에서도 오랫동안 유지되어 왔고, 그로 인해 실제적으로 어떠한 불합리가 발생한 것도 아닌데, 굳이 이제 와서 내국국적 우선의 원칙을 폐기할 필요가 있는지 의문입니다. 외국법을 잘못 적용하는 것보다 법정지법을 올바르게 적용하는 것이 낫다는 전제는 여전히 타당한 것이 아닌가 생각합니다.

III. 혼인의 성립에 관한 규정

1. 국제적 강행규정의 신설

교수님께서서는 “**혼인적령, 혼인의사 합치, 중혼 금지, 근친혼 금지와 같은 요건은 우리의 공서에 해당하므로 국제적 강행법규의 형식으로 국제사법에 명시함이 바람직하다**”고 하십니다.¹⁹⁸⁾ 그런데 우선 혼인의사의 합치는 일면적 요건으로서 ‘혼인의사 합치’가 국제적 공서에 해당한다는 것이 어떠한 의미인지 잘 이해되지 않습니다.

다음으로 혼인적령의 경우, 교수님께서 이를 국제적 강행규정으로 해야 한다고 주장하심은 아마도 혼인적령을 정하지 않고 이른바 아동혼이나 유아혼을 인정하는 국가가 있는 경우 그

197) 발표문을 받은 시점으로부터 토론문을 준비할 시간이 매우 부족하여 국제친자법에 대해서는 미처 토론문을 작성하지 못하였습니다. 이 점 회원님들께서 너그럽게 양해해주시기를 부탁드립니다.

198) 제63조 제1항 단서 신설: “**다만, 민법 제815조, 제816조의 적용에 영향을 미치지 아니한다.**”

적용을 배척하기 위함이라고 이해됩니다. 그러나 굳이 혼인적령을 국제적 강행규정으로 규정하지 않더라도 공서조항에 의하여 동일한 결론을 도출할 수 있을 뿐만 아니라, 오히려 혼인적령을 국제적 강행규정으로 규정할 경우 국제사법의 배분적 연결 취지에 반하는 결과가 나올 수도 있습니다. 남녀 공히 만 18세를 혼인적령으로 규정하는 우리 민법상 가령 18세인 한국인 남성이 혼인적령을 16세로 정하고 있는 외국의 16세 여성과 혼인하려고 할 경우 현재의 배분적 연결에 의하면 혼인 성립에 아무런 장애가 없습니다.¹⁹⁹⁾ 그러나 교수님 견해와 같이 제63조 제1항 에 “다만, 민법 제815조, 제816조의 적용에 영향을 미치지 아니한다.”는 단서를 신설할 경우 16세인 외국인 여성과 혼인하는 것은 우리 민법 제807조(혼인적령)에 반하므로 이러한 혼인은 제816조에 따라 취소되어야 한다는 결론이 도출될 수 있습니다. 이러한 결과는 배분적 연결원칙의 인정근거(혼인하고자 하는 당사자들은 대등한 지위에 있으므로 일방의 본국법을 타방의 본국법에 우선시킬 이유가 없음)에 명백히 반하는데, 교수님께서서는 이러한 결과도 용인하시는지요?

다른 한편 국제사법의 입법론과는 무관하지만, 현재 가족관계등록실무상 국제사법의 배분적 연결 취지에 반하는 규율이 시행되고 있어 이에 대한 비판적 검토가 필요합니다.²⁰⁰⁾ 즉, ‘한국인과 외국인 사이의 국제혼인 사무처리지침’[가족관계등록예규 제452호, 시행 2015. 2. 1.]에 의하면, 한국인과 중국인 사이에 한국에서 혼인신고를 하는 경우 다음과 같이 처리하도록 하고 있습니다: “중국인이 중국의 혼인법에서 정한 혼인적령(만 22세 - 필자 주)에 이르지 아니한 경우에도 「민법」 제807조에서 규정한 연령에 이른 때에는 혼인적령에 미달하였다는 것을 이유로 하여 그 혼인신고의 수리를 거부할 수 없으며, 혼인당사자인 중국인이 만18세 이상인 경우에는 그 부모 등의 혼인동의서의 첨부를 요구할 수 없다.” 말하자면 가족관계등록예규는 한국인과 중국인 사이에 한국에서 혼인하는 경우 혼인적령을 국제적 강행규정으로 보아 우리 민법의 혼인적령에 합치하면, 외국인의 본국법에 의할 때 혼인장애사유가 존재하는 경우에도 한국법에 따라 혼인이 성립할 수 있도록 하고 있습니다. 이러한 규율은 역시 국제사법의 배분적 연결취지에 반하는데, 교수님께서 혼인적령을 국제적 강행규정으로 해야 한다고 주장하심은 혹 이러한 실무를 정당화하기 위한 것인지요?²⁰¹⁾

중혼 금지나 근친혼 금지는 혼인의사 합치나 혼인적령과 달리 쌍면적 요건에 해당하지만, 특히 우리 민법의 중혼 범위(8촌 이내의 혈족)는 비교법적으로 이례적이라 할 만큼 광범위하여 그 위헌성까지 제기되고 있는 상황인데,²⁰²⁾ 이를 국제적 강행법규로 규정할 경우 과연 우리나라에서 선고된 혼인무효재판 또는 혼인취소재판이 외국에서 승인될 수 있을지 의문입니다.

결론적으로 제63조 제1항 단서의 신설에는 반대하는 바입니다.

199) 물론 이는 혼인적령을 일면적 요건으로 해석함을 전제로 하는데, 일면성과 쌍면성의 구별이 저촉법 해석의 문제인지, 실질법 해석의 문제인지에 대해서는 견해가 대립합니다. 이종혁, “국제가사사건 재판례의 회고와 과제”, 「국제사법연구」 제34권 제3호(한국가족법학회, 2020.11), 454면 주11.

200) 성균관대 현소혜 교수님께서 알려주신 내용입니다.

201) 교수님 견해와 같이 제63조 제1항 단서를 신설할 경우 이러한 혼인은 제816조에 반하지 않으므로 처의 본국법인 중국법에 반함에도 불구하고 한국법상 성립될 수 있습니다.

202) 현소혜, “현행 민법상 근친혼 제도의 위헌성 —8촌 이내 혈족 간의 혼인 금지 규정을 중심으로—”, 「가족법연구」 제34권 제3호(한국가족법학회, 2020.11), 123~172면. 이에 의하면 독일/오스트리아/스위스는 오로지 직계혈족 및 형제자매 간의 혼인만을 금지하고, 프랑스/일본은 직계혈족 및 3촌 이내의 방계혈족 사이의 혼인을 금지하며, 중국은 4촌 이내의 방계혈족 사이의 혼인을, 대만은 6촌 이내 방계혈족 간의 혼인을 금지한다고 합니다.

2. 한국에서 성립된 외국인들 간의 혼인과 가족관계등록

교수님께서서는 “외국인들 간의 혼인이라고 하더라도 내국거래의 보호를 위하여 우리 가족관계등록법에 따른 신고를 할 필요가 있”으므로, 제63조 제2항 단서에 “대한민국에서 혼인을 하는 경우에는 대한민국 법에 따른다.”는 규정을 신설하자고 하십니다. 그러나 현행법상 가족관계등록부는 대한민국 국민만 등재될 수 있는 국적부로서 기능하고 있으므로,²⁰³⁾ 단지 국제사법에 이와 같은 규정을 신설하는 것만으로 외국인의 가족관계등록법상 신고가 허용될 수는 없습니다.

종래 한국인과 혼인한 외국인 배우자나 한국인에 의해 입양된 외국인 자녀는 귀화에 의해 대한민국 국적을 취득하기 전까지 가족관계등록부에 기록될 수 없으므로, 한국에 거주하면서 각종의 사무를 처리함에 있어 가족관계증명서 등에 의해 혼인관계나 친자관계를 증명하는 것이 불가능하였습니다. 이러한 불편을 해소하기 위해 대법원은 2009. 9. 18. ‘기록대상자가 외국인인 경우의 기록방법에 관한 예규’를 제정하여 기록대상자가 외국인인 경우에는 그의 성명·출생연월일·외국인등록번호·국적 및 성별에 관한 특정등록사항을 가족관계등록부에 기록할 수 있도록 하였고, 이는 2010. 5. 4.자 가족관계등록법 개정으로 인해 법률에 명문의 근거를 갖게 되었습니다(가족관계등록법 제9조 제2항 제4호). 다만, 이때 외국인인 배우자나 자녀의 부모인 때에는 자녀의 가족관계증명서에, 국민인 상대방의 배우자인 때에는 배우자의 가족관계증명서 및 혼인관계증명서에, 국민인 부모에 의해 인지·입양·친양자입양된 때에는 부모의 가족관계증명서나 입양관계증명서·친양자입양관계증명서에 기록될 수 있을 뿐이며, 1인1적제에 따른 자기 고유의 가족관계등록부를 편제받는 것이 아닙니다. 즉, 현재 외국인은 국민과의 가족관계를 증명할 필요가 있는 한도 내에서 가족관계등록제도를 이용할 수 있을 뿐입니다.²⁰⁴⁾

결론적으로 가족관계등록법이 외국인도 기록될 수 있는 것으로 전면 개정되기 전까지는 제63조 제2항 단서는 현행대로 유지되는 것이 불가피합니다.

IV. 혼인의 효력에 관한 규정

교수님께서 주장하시는바, ① 현재의 3단계에서 1단계와 2단계의 순서를 변경하자는 점, ② 단계적 연결의 마지막 단계로 법정지법을 규정할 필요는 없다는 점, ③ 부부재산제의 준거법의 경우 당사자들의 준거법 선택이 없으면 혼인의 일반적 효력의 준거법 결정규칙을 준용하는 태도를 유지함이 바람직하다는 점 등에 대해 모두 찬동합니다.

다만, 부부재산제 또는 부부재산계약의 준거법 변경에 따른 소급효 또는 장래효를 명시할 것인지와 관련하여 교수님께서서는 현행 국제사법 제25조 제3항 단서²⁰⁵⁾를 유추하여 해석할 수

203) 가족관계등록법 제1조는 “이 법은 국민의 출생·혼인·사망 등 가족관계의 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.”고 규정함으로써 적용 범위를 ‘국민’으로 한정하고 있습니다. 대법원 2018. 11. 6.자 2018스32 결정 역시 “가족관계의 등록 등에 관한 법률은 ‘국민’의 가족관계 발생 및 변동사항에 관한 등록과 그 증명에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하므로(제1조), 위 법에 따른 가족관계등록부의 작성과 정정 등은 대한민국 국민을 대상으로 한다.”고 판시한 바 있습니다.

204) 현소해, “외국인 아동을 위한 보편적 출생등록제의 도입필요성과 도입방안”, 「가족법연구」 제34권 제2호(한국가족법학회, 2020.07), 148~149면. 그리하여 이 글에서는 특히 ‘아동’의 인권 보호를 위해 아동의 신분등록 및 증명에 관해서는 속지주의가 적용되어야 마땅하다고 주장합니다.

205) “당사자는 합의에 의하여 이 조 또는 제26조의 규정에 의한 준거법을 변경할 수 있다. 다만, 계약체결 후 이루어진 준거법의 변경은 계약의 방식의 유효성과 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니

있다고 하시는데, 유추라 함은 법률에 ‘명시적’ 흠결이 있는 경우에 이를 보충하는 것이므로, 해석론이 아닌 입법론에서는 그러한 명시적 흠결을 ‘입법’으로 보완하는 방법으로 논의가 전개될 필요가 있습니다.

한편, 교수님께서서는 “준거법 선택은 독립적인 합의(준거법지정계약)에 의할 수도 있지만 부부재산계약 내에 있는 준거법 조항에 의할 수도 있으므로, 그와 같은 **이원적 구조를 의식하고 있는 헤이그 부부재산제협약(제11조 내지 제13조)의 태도를 명시함이 바람직**”하다고 하십니다.²⁰⁶⁾ 그 취지에는 충분히 동감합니다만, 현행 규정과 같이 단순히 ‘합의’라고 규정하더라도, 부부재산계약에 의한 합의를 포함하지 ‘않는다’는 반대규정이 없는 한, 그 문면의 해석상 부부재산계약에 의한 합의가 포함된다는 해석이 도출될 수 있으므로 굳이 그와 같은 괄호의 내용을 명시할 필요가 있는지는 모르겠습니다.

V. 이혼에 관한 규정

1. 내국인 조항의 폐지

교수님께서서는 ① **협의이혼시 가족관계공무원이 최밀접관련국법을 판단함에 어려움이 있으므로 일정한 경우에 한국법을 우선시키자는 것은 이론적으로 타당하지 않다**는 점, ② 실제로 어려움이 있다면 가족관계공무원의 전문성 강화를 통하여 해결하여야 하는 문제라는 점, ③ 협의이혼시 법원에 의한 확인을 거치므로 가족관계공무원의 판단에 잘못이 있더라도 법원에 의하여 시정될 가능성이 있다는 점을 들어, 입법론으로는 현행 국제사법 제39조 단서를 삭제함이 바람직하다고 하십니다. 그러나 위 II.에서 언급한 바와 같은 맥락에서 내국인조항은 오랫동안 유지되어 왔고 그로 인해 실제로 어떠한 불합리가 발생한 것도 아닌데, 굳이 이제 와서 이를 폐기할 필요가 있는지 의문입니다. 가족관계공무원의 전문성 강화는 당연히 이루어져야 하지만 별다른 문제없이 유지되어 온 내국인조항을 폐지하고 그로 인한 실무상 어려움은 가족관계공무원의 전문성 강화로 해결하면 된다고 보는 것이 정책적으로 타당한 판단인지는 큰 의문입니다. 지극히(?) 형식적으로 이루어지는 법관의 이혼의사 확인 실무를 생각해 볼 때, 법원에 의하여 잘못(!)이 시정될 가능성이 과연 있을지도 의문이거니와, 절차적으로 가정법원의 확인을 받은 다음에 가족관계등록 공무원에게 신고하는 것인데 공무원의 잘못된 판단을 법원에 의하여 시정할 수 있다는 것이 무슨 의미인지도 잘 모르겠습니다. 결론적으로 내국인조항의 폐지에는 반대하는 바입니다.

2. 법정지법으로의 보정적 연결

교수님께서서는 원칙적인 준거법 결정규칙에 의하여 이혼이 성립하지 않는 경우에도 **법정지법인 한국법으로의 보정적 연결을 인정할 필요가 있다**고 하십니다. 우리 **실질법은 협의이혼제도를 알고 있으므로 한국법으로의 보정적 연결은 이혼의 자유의 보장에도 기여할 수 있다**는 것입니다. 저촉법적 관점에서 교수님의 주장에는 충분히 동감할 수 있습니다만, 실질법적 차원

한다.”

206) 제65조(부부재산제) ② 부부가 합의(부부재산계약에 의한 합의를 포함한다)에 의하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법을 선택한 경우 부부재산제는 제1항에도 불구하고 그 법에 따른다. (후략)

에서 저 개인적으로는 재판상 이혼과 협의이혼을 통합하여 재판상 이혼으로 절차를 단일화함으로써 양 절차의 이원화에 따른 불균형을 해소하면서 미성년 자녀와 이혼당사자 보호에도 만전을 기하는 방안을 모색할 필요가 있다고 생각합니다.²⁰⁷⁾

부족하나마 이상으로 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

207) 정구태, “통일 후 남북한 친족법의 통합방안”, 『법학논집』 제24권 제2호(이화여대 법학연구소, 2019.12), 51면.