발 간 등 록 번 호
32-9741568-001950-01

연 구 보 고 서

준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 관한 연구



Judicial Policy Research Institute

사법정책연구원

사 법 정 책 연 구 원
연구총서 2026-10

준거법의 지정, 조사 및 해석·적용에 관한 연구

A Study on the Designation, Ascertainment, Interpretation, and Application of the Applicable Law

연구책임자: 김 효 정 (사법정책연구원 연구위원)

사법정책연구원은 미래의 사법부가 추구해야 할 바람직한 모습을 정책적으로 설계하기 위하여 2014. 1. 1. 대법원 산하에 설립된 연구기관으로서, 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구를 수행하고 있습니다.

이 연구보고서는 2025년도에 선정된 연구과제 중 하나인『준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 관한 연구』의 결과물입니다. 연구의 진행 단계에 따라 연구원의 내부 검토 및 연구과제심의위원회의 심의 절차를 거쳤고, 관련 분야의 전문가로부터 객관적이고 충실한 자문과 평가를 받았습니다.

앞으로 이 연구보고서가 국민을 위한 사법정책의 수립 및 제도의 개선에 좋은 참고자료로 널리 활용되기를 기대합니다.

내용 목차

국문 요약 ····· xiii

Abstract ····· xvi

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 3

제2절 선행연구와의 차별성 ····· 5

제3절 연구의 범위 및 방법 ····· 5

Ⅰ. 연구의 범위 ····· 5

Ⅱ. 연구의 방법 ····· 7

제2장 국제사법의 적용대상인 법률관계의 판단 ····· 11

제1절 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 의미 ····· 13

Ⅰ. 개관 ····· 13

Ⅱ. 학설 및 판례의 입장 ····· 15

1. 학설의 대립 ····· 15

가. 광의설 ····· 15

나. 협의설 ····· 15

다. 절충설 ····· 16

2. 판례의 입장 ····· 17

Ⅲ. 검토 ····· 18

제2절 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 판단 ····· 20

Ⅰ. 개관 ····· 20

Ⅱ. 유형별 검토 ····· 21

1. 당사자가 외국 법인임에도 곧바로 국내법을 적용한 경우 ····· 21

가. 포레스트 매니아 판결

(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결) ····· 21

나. 마스터캠(Mastercam) 판결

[서울중앙지방법원 2024. 12. 19. 선고 2022가합538925 판결(확정)] 24

2. 양 당사자가 모두 대한민국 국민 또는 법인이나,
그 밖의 외국적 요소가 있는 경우 ····· 25
가. 카타르국 판결(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결) ····· 25
나. 필리핀국 국립노동위원회 경매 판결
(대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결) ····· 29
다. 미르의 전설 2 판결
(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결) ····· 31
3. 순수한 국내적 법률관계에 대하여 준거법을 외국법으로 합의한 경우 ····· 39
4. 외국과 관련된 요소가 형식적인 경우(편의치적 등) ····· 39

제3장 준거법의 지정 ····· 41

제1절 법률관계의 성질결정 ····· 43
Ⅰ. 개관 ····· 43
Ⅱ. 실체와 절차의 구별 ····· 44
1. 상계 ····· 44
가. 실체로의 성질결정과 상계의 준거법 ····· 44
나. 상계의 준거법 소속국이 상계를 절차로 성질결정하는 경우의 문제 ··· 46
2. 소멸시효 ····· 48
3. 소송촉진 등에 관한 특례법상의 연체이자 ····· 49
4. 증명의 정도와 증명책임 ····· 51
가. 증명의 정도 ····· 51
나. 증명책임 ····· 52
5. 담보권의 실행방법 ····· 53
6. 소결 ····· 54
Ⅲ. 국제사법상 법률관계로의 성질결정 ····· 55
1. 직무발명에서의 특허권의 귀속과 승계, 사용자의 통상실시권 취득 및
종업원의 보상금청구권 ····· 55
2. 제조물책임 ····· 58
3. 이혼에 따른 부수적 결과 ····· 58
가. 이혼당사자의 성(姓) ····· 58
나. 부부재산제의 청산과 이혼에 따른 재산분할청구 ····· 59
다. 이혼에 따른 위자료 청구 ····· 60
라. 이혼이 혼인에 따른 성년의제에 미치는 영향 ····· 60
제2절 준거법 지정의 예외조항 ····· 61

Ⅰ. 준거법 지정의 예외조항의 취지 ····· 61
Ⅱ. 국제사법 제21조의 해석론 ····· 62
1. 예외조항 적용의 요건 ····· 62
2. 종속적 연결원칙의 예외조항에 의한 배제 가부(可否) ····· 63
Ⅲ. 준거법 지정의 예외조항이 문제된 판례의 검토 ····· 66
1. 선박의 편의치적 관련 판례 ····· 66
가. 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례 ····· 66
나. 준거법 지정의 예외를 부정한 판례 ····· 75
다. 소결 ····· 81
2. 이혼 관련 판례: 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결 ····· 82
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 82
나. 검토 ····· 83
3. 친자관계 관련 판례
: 인천가정법원 2024. 7. 11. 선고 2024드단103984 판결(확정) ····· 87
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 87
나. 검토 ····· 87
4. 국가배상 관련 판례
: 서울중앙지방법원 2025. 1. 17. 선고 2023나14901 판결(미확정) ····· 89
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 89
나. 검토 ····· 91
5. 부당해고 관련 판례
: 서울행정법원 2023. 4. 27. 선고 2022구합57213 판결(확정) ····· 93
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 93
나. 검토 ····· 95
Ⅳ. 기타 적용이 문제되는 경우 ····· 96
1. 다양한 유형의 불법행위의 경우 ····· 96
2. 소비자계약 및 근로계약의 경우 ····· 96
제3절 준거법 지정 시의 반정(反定) ····· 99
Ⅰ. 반정(反定)의 의의 및 유형 ····· 99
Ⅱ. 국제사법 제22조 및 제80조의 해석론 ····· 101
1. 직접반정의 인정(국제사법 제22조 제1항) ····· 102
2. 직접반정이 허용되지 않는 경우(국제사법 제22조 제2항) ····· 103
가. 당사자가 합의로 준거법을 선택하는 경우(제1호) ····· 103
나. 국제사법에 따라 계약의 준거법이 지정되는 경우(제2호) ····· 106
다. 국제사법 제73조에 따라 부양의 준거법이 지정되는 경우(제3호) ···· 106

라. 국제사법 제78조 제3항에 따라
유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우(제4호) ····· 107
마. 국제사법 제94조에 따라 선적국법이 지정되는 경우(제5호) ····· 110
바. 직접반정을 인정하는 것이 국제사법의 지정 취지에
반하는 경우(제6호) ····· 110
3. 전정의 인정: 어음 · 수표의 행위능력 ····· 113
Ⅲ. 숨은 반정(hidden renvoi)의 법리 ····· 114
1. '숨은 반정(hidden renvoi)'의 의의 및 요건 ····· 114
가. '숨은 반정'의 의의 ····· 114
나. '숨은 반정'의 요건 ····· 115
2. 숨은 반정의 법리가 문제된 판례의 검토 ····· 116
가. 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결 ····· 117
나. 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결 ····· 119
3. 숨은 반정의 법리에 대한 재검토 ····· 122
가. 비교법적 변화: 숨은 반정의 적용범위 축소 ····· 122
나. 숨은 반정에 대한 본질적 비판 ····· 123
다. 검토 ····· 125

제4장 준거법인 외국법의 조사 ····· 127

제1절 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무와 조사방법 ····· 129
Ⅰ. 준거법인 외국법의 성질 ····· 129
Ⅱ. 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무 ····· 130
1. 법원의 직권에 의한 준거법 조사 · 적용의 의미와 범위 ····· 130
2. 당사자의 협력의무 ····· 133
3. 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무 이행의 실무상 난점 ····· 134
가. 언어 장벽과 번역의 한계 ····· 134
나. 해외 법령 · 판례 및 학술자료에 대한 접근의 제약 ····· 134
다. 외국 법제에 대한 종합적 이해의 어려움 ····· 135
라. 당사자의 인식 부족과 협력의 한계 ····· 135
마. 제도적 · 인적 지원의 부족 ····· 135
Ⅲ. 준거법인 외국법 조사방법에 관한 실무 현황 ····· 136
1. 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 조사 ····· 136
2. 법원의 직권조사: 공개 데이터베이스 및 국제기구 자료의 활용 ····· 137
3. 외국 전문가의 선서진술서(affidavit) 및 기타의 방법 활용 현황 ····· 137

4. 소결 ····· 139
제2절 준거법인 외국법의 조사역량 강화를 위한 방안 ····· 139
Ⅰ. 외국법 전문가의 감정 ····· 140
1. 외국법의 존부 및 해석에 관한 전문가 감정의 적극적 활용 필요성 ····· 140
2. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 제정 필요성 ····· 141
가. 참고 모델: 독일 함부르크 가이드라인 ····· 141
나. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 입법 방향 ····· 142
다. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 내용 ····· 144
Ⅱ. 전문심리위원 ····· 161
Ⅲ. 법정보에 대한 공조 신청 ····· 162
1. 한 · 호 조약 등 양자조약에 따른 법정보 교환 내지 제공 요청 ····· 162
2. 한 · 호 조약 등 양자조약에 따른 법률정보 제공범위 및 절차 ····· 164
Ⅳ. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성 ····· 166
1. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성의 필요성 ····· 166
가. 외국법이 준거법인 사건의 증가 ····· 166
나. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과
조직 구축 시 기대효과 및 유의사항 ····· 168
2. 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터의 조직 및 역할 ····· 169
3. 우리나라에서의 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성방안 ····· 172
가. 개관 ····· 172
나. 제1안: 사법정책연구원의 전문가 감정 제공 방안 ····· 174
다. 제2안: 외국법조사원 신설 방안 ····· 190
라. 제3안: 법원행정처의 외국법 조사위원 채용 방안 ····· 193
Ⅴ. 외국법 데이터베이스의 구축 · 운용 ····· 195
1. 외국법 데이터베이스 구축의 필요성 ····· 195
2. 외국법 데이터베이스 등재 자료의 범위 ····· 197
가. 해외 법령(외국 실질법 및 국제사법)의 원문 및 국문번역 ····· 197
나. 준거법이 외국법인 우리나라 판례 ····· 198
다. 외국 법원의 판례 등재의 한계 ····· 198
3. 외국법 데이터베이스 운용 시 유의사항 ····· 199
Ⅵ. 외국법 조사를 위한 인공지능(AI)의 활용 ····· 200
1. 생성형 인공지능의 발전으로 인한 외국법 조사 환경의 변화 ····· 200
2. 법원의 직권조사의무의 충실한 이행을 위한 보조적 장치로서의 기능 ···· 200
3. 인공지능 활용의 위험요소 및 운용기준 ····· 201

제5장 준거법의 해석 · 적용 ····· 203

제1절 준거법인 외국법 불명 시의 처리 ····· 205
Ⅰ. 개관 ····· 205
Ⅱ. 판례의 입장 ····· 206
1. 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 근거한 3단계 구조의 채택 ····· 206
2. '조리(條理)'의 실질적 내용 ····· 207
가. 외국법에 가장 유사한 규범을 적용하는 '근사법(近似法)설' ····· 207
나. 보편적 규범을 적용하는 '일반 법원리설' ····· 208
다. 대한민국법을 적용하는 '국내법 적용설' ····· 208
라. 검토 ····· 209
3. 외국법 불명 시의 처리에 관한 판례법리의 개선 방향 ····· 209

제2절 조약의 저촉규범성 및 우선적 적용 여부 ····· 210
Ⅰ. 개관 ····· 210
Ⅱ. 조약 조항의 저촉규범성 판단 ····· 211
1. 조약 조항의 저촉규범성 판단기준 ····· 211
2. 베른협약 제5조 제2항의 저촉규범성 여부 ····· 211
Ⅲ. 조약의 우선적용 여부 ····· 213
Ⅳ. 소결 ····· 215

제3절 대한민국법의 강행적 적용 ····· 215
Ⅰ. 국제적 강행규정의 의의 및 판단기준 ····· 215
1. 국제적 강행규정의 의의 ····· 215
2. 국제적 강행규정의 판단기준 ····· 216
Ⅱ. 국제적 강행규정성에 관한 검토 ····· 217
1. 국제적 강행규정성이 문제되는 법 조항에 대한 검토 ····· 217
가. 국제적 강행규정에 해당하는 경우 ····· 217
나. 국제적 강행규정에 해당하지 않는 경우 ····· 219
2. 판례상 국제적 강행규정성 판단 ····· 220

제4절 사회질서에 반하는 외국법 규정의 적용배제(공서조항) ····· 221
Ⅰ. 공서조항의 취지 ····· 221
Ⅱ. 공서조항의 적용요건 ····· 221
1. 외국법이 준거법으로 지정될 것 ····· 222
2. 외국법 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 것 ····· 222
가. 공서 위반의 대상: 외국법 규정을 적용한 '결과' ····· 222

나. 공서 위반의 의미: 대한민국의 '국제적 공서' 위반 ····· 222
다. 공서 위반의 정도: 위반의 '명백성' ····· 225
Ⅲ. 공서 위반의 판단시점 및 공서조항 적용의 효과 ····· 227
1. 공서 위반의 판단시점 ····· 227
2. 공서조항 적용의 효과 ····· 227
Ⅳ. 공서 위반이 문제된 판례의 검토 ····· 228
1. 외국법이 유류분제도를 인정하지 않는 경우
: 서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정) ····· 228
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 228
나. 검토 ····· 230
2. 외국법에 따라 도메인이름의 사용금지의무와 이전등록의무를 인정하는 경우
: 서울중앙지방법원 2007. 8. 30. 선고 2006가합53066 판결(확정) ···· 235
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 235
나. 검토 ····· 236
3. 외국법이 외국에서 중재절차를 진행하는 중재합의의 유효성을 인정한 경우
: 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정) ····· 238
가. 사실관계 및 법원의 판단 ····· 238
나. 검토 ····· 240
4. 외국법이 파양을 전면 불허하는 경우
: 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결(확정) ····· 242
5. 외국법이 이혼을 전면 불허하는 경우
: 서울가정법원 1981. 3. 11. 선고 79드2574 판결(확정) ····· 243
6. 외국법이 도박채무의 유효성을 인정하는 경우
: 서울지방법원 1999. 7. 20. 선고 98가합48946 판결(확정) ····· 244
제5절 준거법인 외국법 해석 · 적용의 잘못과 상고이유 ····· 246

제6장 결론 ····· 249

참고문헌 ····· 258

별첨 목차

[별첨 1] 국제사법 신구대비표 (일부) ····· 262
[별첨 2] 독일 법원, 전문가 및 당사자를 위한 독일 소송에서 외국법의 조사 및 적용을 위한 함부르크 가이드라인(HAMBURGER LEITLINIEN zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien) ····· 265
[별첨 3] 최근 3년간(2023-2025년) 대한민국 법원에서 문제된 외국과 관련된 요소가 있는 사건 현황(유엔 회원국 중 대한민국 제외 192개국 기준) ·· 323
[별첨 4] 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터(Center for the Application of Foreign Law)의 센터장인 Jan Peter Schmidt에 대한 2025. 7. 11.자 인터뷰 ····· 330
[별첨 5] 독일 함부르크주 고등법원 Florian Vogelsang 판사에 대한 2025. 7. 7.자 인터뷰 ····· 338

표 목차

[표 1] '외국과 관련된 요소'에 해당하기 위한 관련성의 정도에 관한 견해의 대립 ····· 18
[표 2] 미르의 전설 2 판결: 원심판결과 대상판결의 각 준거법 판단 ····· 38
[표 3] 실체와 절차의 구별 ····· 54
[표 4] 우리나라가 체결한 민사 및 상사사법공조에 관한 양자조약 ····· 163
[표 5] 민사 및 상사사법공조에 관한 양자조약상 중앙당국 ····· 165
[표 6] 판례상 국제적 강행규정성 인정 여부 ····· 220
[표 7] 국제사법 제23조, 민법 제103조, 민사소송법 제217조의 공서 비교 ····· 225

그림 목차

[그림 1] 미르의 전설 2 판결: 사안의 개요 ····· 33
[그림 2] 직접반정 ····· 100
[그림 3] 전정(轉定) ····· 100
[그림 4] 간접반정 ····· 100
[그림 5] 이중반정 ····· 101
[그림 6] 숨은 반정 ····· 115



국문 요약

국제적 인적 · 경제적 교류가 확대됨에 따라 국제사법에 따른 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용이 문제되는 사건이 지속적으로 증가하고 있다. 그러나 실제 재판 실무에서는 해당 사건이 국제사법의 적용대상이 되는 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 해당하는지 여부 자체가 명확하지 않은 경우가 있고, 재판부가 석명권을 행사한 이후에야 비로소 국제사법에 따른 준거법 지정의 필요성이 인식되는 사례도 존재한다. 또한 준거법 지정 단계에서는 성질결정, 준거법 지정의 예외, 반정(反定) 등 복잡한 국제사법적 쟁점으로 인하여 상당한 혼란이 발생하고 있으며, 외국법이 준거법으로 지정된 이후에는 외국 입법과 판례에 대한 접근의 어려움, 언어 장벽, 외국 법제에 대한 전문적 이해 부족, 제도적 · 인적 지원체계의 미비 등으로 인하여 법원이 국제사법 제18조에 따른 직권조사의무를 실질적으로 수행하는 데에도 적지 않은 어려움이 존재한다. 더욱이 준거법인 외국법의 해석 · 적용 단계에서는 국제적 강행규정, 공서조항, 조약의 우선적 적용, 외국법 해석오류의 상고심 심사 범위 등 다양한 문제들이 추가적으로 발생하고 있다. 이에 본 연구는 국제사법에 따른 준거법의 지정–조사–해석 · 적용의 각 단계에서 반복적으로 발생하는 문제점과 쟁점을 유형화하여 그 판단기준과 제도적 개선방안을 제시하고자 하였다.

이를 위하여 본 연구는 국제사법의 적용 전제가 되는 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 판단기준을 검토하였다. 특히 국제사법상 연결점에 해당하는 외국적 요소가 존재하는 경우 원칙적으로 국제사법 적용 가능성을 긍정하고, 이후 개별 연결규칙에 따라 준거법을 지정하며, 필요할 경우 국제사법 제21조에 따른 예외를 통해 최밀접관련지법으로 조정하는 구조를 제시한 최근 판례의 의의를 분석하였다. 또한 성질결정, 준거법 지정의 예외 및 반정 문제를 검토하면서, 실체와 절차의 구별, 직무발명 · 제조물책임 · 이혼의 부수적 효과 등 다양한 법률문제의 연결규칙을 비교법적으로 분석하였다. 특히 국제사법 제21조는 형식적 연결규칙의 기계적 적용으로 실질적 관련성이 현저히 왜곡되는 경우에만 제한적으로 작동하는 안전장치라는 점을 강조하고, 이른바 '숨은 반정'이 준거법 지정의 예측가능성을 저해할 위험이 있다는 점을 지적하였다.

본 연구의 핵심적 문제의식 중 하나는 준거법인 외국법의 조사 단계에서 발생하는 실무상 어려움에 관한 것이다. 외국법은 단순한 사실이 아니라 법률로서의 성질을 가지며, 법원은 국제사법 제18조에 따라 그 내용을 직권으로 조사 · 적용할 의무를 부담한다. 그러나 실제 실무에서는 언어 장벽과 번역의 한계, 해외 법령 · 판례 · 학술자료 접근의 어려움, 외국 법제 전반에 대한 이해 부족, 전문적 지원체계의 부재 등으로 인하여 법원이 독자적으로 외국법을 조사하는 데 상당한 어려움이 존재한다. 이에 따라 본 연구는 "독일 절차에서의 외국법의 조사 및 적용에 관한 함부르크 가이드라인"(Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren)을 참고하여 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 제정을 제안하였다. 위 예규에서는 법원, 감정인 및 당사자의 역할과 책임을 구분하여 규정하는 한편, 법원의 직권조사, 외국법의 조사방법, 감정인 또는 감정기관의 선정, 감정사항의 결정과 전제사실의 확정 및 필요한 자료의 제공, 외국법 조사 불가능 시의 처리, 감정결과의 취급 등에 관한 기준을 마련할 필요가 있다. 또한 감정인에 관하여는 외국법 조사 업무에 관한 검토 · 통지 및 협의, 감정서의 목적과 내용 등을, 당사자에 관하여는 외국법 조사에 관한 협력, 사적 감정서의 제출, 감정서에 대한 의견 제출 등에 관한 사항을 규율할 필요가 있다.

아울러 외국법 조사역량을 강화하기 위한 보완적 제도로서 전문심리위원 제도의 활용 가능성과 국제사법공조의 활성화 필요성도 함께 검토하였다. 외국법 전문가를 전문심리위원 후보군에 포함시켜 재판부가 외국법의 내용 및 운용에 관한 설명과 의견을 들을 수 있도록 할 필요가 있음을 제안하였고, 호주 · 중국 · 몽골 · 우즈베키스탄 · 태국과 체결된 양자조약에 따른 법정보 제공 촉탁 절차를 적극 활용할 필요가 있음을 제시하였다.

또한 외국법 조사에 관한 전문적 인력과 조직의 구축 필요성을 강조하면서 세 가지 제도적 방안을 비교 · 검토하였다. 제1안은 사법정책연구원을 중심으로 외국법 조사 지원체계를 구축하는 방안으로, 법원의 감정촉탁에 따라 외국법 감정의견 제공, 외국법 전문가 연계 및 외국법 자료 검증 기능을 수행하도록 하는 것이다. 이를 위하여 연구원 내에 '외국법 조사 · 적용센터'를 설치하여 감정업무의 접수 · 배분 · 조정 및 품질관리를 담당하게 하고, 내부 전문인력과 외부 전문가 네트워크를 함께 확충하는 방안을 제안하였다. 다만 기존의 정책연구 업무에 지장을 초래하지 않도록 외국법 조사인력과 정책연구인력의 일정한 이원화와 충분한 인적 · 물적 기반 확충이 선행되어야 한다는 점도 함께 강조하였다. 제2안은 별도의 독립기관으로서 '외국법조사원'을 신설하는 방안이고, 제3안은 법원행정처 차원에서 외국법 조

사위원을 채용 · 운용하는 방안이다. 본 연구는 장기적으로는 기관 중심의 외국법 조사 지원 체계가 보다 안정적이고 체계적인 모델이 될 수 있음을 제시하였다.

또한 외국법 조사역량 강화를 위하여 외국법 데이터베이스 구축의 필요성을 강조하였다. 데이터베이스에는 해외 법령의 원문과 국문번역, 외국법이 준거법으로 문제된 우리나라 판례 등을 체계적으로 축적 · 공개할 필요가 있으며, 이를 통하여 법원과 당사자의 외국법 접근성과 조사 효율성을 높일 수 있을 것으로 보았다. 아울러 인공지능 기술 역시 외국 입법과 판례에 대한 접근을 보조하는 유용한 수단이 될 수 있으나, 번역 오류와 환각현상 등의 위험성이 존재하므로 보조적 수단으로 제한적으로 활용할 필요가 있다고 제언하였다.

나아가 본 연구는 준거법의 해석 · 적용 단계에서 문제되는 국제적 강행규정, 공서조항, 조약의 우선적 적용, 외국법 해석오류의 상고심 심사 범위 등을 종합적으로 검토하였다. 특히 국제적 공서조항은 외국법 자체가 아니라 외국법 적용의 결과가 대한민국의 국제적 공서에 명백히 반하는 경우에만 제한적으로 적용되어야 하며, 국제적 강행규정과는 기능과 판단 구조를 달리한다는 점을 명확히 하였다. 또한 외국법도 법규범인 이상 그 해석 · 적용의 오류는 상고심의 통제 대상이 되어야 하며, 이는 외국법 적용의 통일성과 국제사건에 대한 최고법원의 규범통제 기능 확보를 위해 필요하다는 점을 강조하였다.

본 연구는 국제사법에 따른 준거법의 지정–조사–해석 · 적용이라는 전 과정을 하나의 연속된 구조로 파악하고, 각 단계에서 반복적으로 발생하는 문제점과 쟁점을 유형화하여 그 판단기준과 실무상 지침을 제시하였다는 점에 의의가 있다. 본 연구에서 제시한 해석론적 기준과 제도적 개선방안들이 향후 판례와 재판 실무에 반영된다면, 국제사법상 준거법 적용의 예측가능성과 신뢰성을 높이고, 국제적 요소가 있는 분쟁의 공정하고 합리적인 해결에 기여할 수 있을 것으로 기대된다.

주제어: 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계, 준거법, 준거법의 지정, 성질결정, 준거법 지정의 예외조항, 반정(反定), 숨은 반정, 준거법인 외국법의 조사, 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무, 감정, 법정보에 대한 공조 신청, 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터, 외국법 데이터베이스, 준거법의 해석 · 적용, 조약의 저촉규범성, 대한민국법의 강행적 적용, 국제적 공서(公序)

Abstract

A Study on the Designation, Ascertainment, Interpretation, and Application of the Applicable Law

Kim, Hyo Jung
Research Fellow, JPRI

As international personal and economic exchanges continue to expand, courts are increasingly confronted with cases requiring the designation, ascertainment, interpretation, and application of the applicable law under the Korean Act on Private International Law (hereinafter "KOPILA"). In practice, however, it is not always clear whether a particular dispute involves a "legal relationship involving foreign elements" within the meaning of KOPILA. In some cases, the need to determine the applicable law becomes apparent only after the court has exercised its authority to request clarification from the parties. Moreover, the designation of the applicable law frequently gives rise to complex issues of private international law, including characterization, exceptions to the applicable choice-of-law rules, and renvoi. Even after foreign law has been designated as the applicable law, courts often encounter considerable practical difficulties in fulfilling their duty to ascertain and apply foreign law *ex officio* under Article 18 of KOPILA because of language barriers, limited access to foreign legislation and judicial decisions, insufficient familiarity with foreign legal systems, and the absence of an effective institutional support framework. Additional challenges arise at the stage of interpreting and applying the applicable foreign law, including the operation of international mandatory provisions, the public policy exception, the priority of treaties, and the scope of appellate review over errors in the interpretation and application of foreign law. Against this background, this study identifies and classifies the recurring issues arising throughout the desig-

nation, ascertainment, interpretation, and application of the applicable law under KOPILA and proposes both interpretative guidance and institutional reforms for addressing them.

The study first examines the criteria for determining whether a legal relationship involves foreign elements, which constitutes the threshold requirement for the application of KOPILA. Particular attention is given to the significance of recent judicial decisions adopting a structured analytical framework under which the existence of a foreign connecting factor generally establishes the applicability of KOPILA, the applicable law is subsequently determined in accordance with the relevant choice-of-law rules, and, where appropriate, the escape clause under Article 21 of KOPILA permits the application of the law of the country having the closest connection. The study further explores issues relating to characterization, exceptions to the designation of the applicable law, and renvoi through a comparative analysis of the choice-of-law rules governing a variety of legal issues, including the distinction between substantive and procedural matters, employee inventions, product liability, and the ancillary effects of divorce. It argues that Article 21 of KOPILA should operate only as a narrowly construed safety valve in exceptional circumstances where the mechanical application of formal connecting rules would produce a result manifestly inconsistent with the legal relationship's closest connection. The study also cautions that the concept of "hidden renvoi" may undermine the predictability and legal certainty of the choice-of-law process.

A central focus of this study is the practical difficulties associated with ascertaining foreign law designated as the applicable law. Since foreign law is treated as law rather than as a question of fact, Article 18 of KOPILA imposes upon courts the duty to ascertain and apply its contents *ex officio*. In practice, however, courts face considerable obstacles in independently ascertaining foreign law because of language barriers, the limitations of translation, restricted access to foreign legislation, judicial decisions, and academic materials, insufficient understanding of foreign legal systems, and the lack of institutional and professional support. To address these challenges, this study proposes the promulgation of the "Judicial Administrative Guidelines on the Ascertainment and Application of Foreign Law," drawing upon the "The Hamburg Guidelines on the Ascertainment and Application of Foreign Law in German Proceedings (Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen

Rechts in deutschen Verfahren)." The proposed Guidelines would clearly define the respective roles and responsibilities of the court, court-appointed experts, and the parties, while establishing practical guidance on the court's *ex officio* investigation of foreign law, methods of ascertaining foreign law, the appointment of court-appointed experts or expert institutions, the formulation of issues to be addressed in expert opinions, the identification of relevant facts and submission of supporting materials, the treatment of cases in which the contents of foreign law cannot be ascertained, and the use of expert opinions in judicial proceedings. They would also regulate matters relating to experts, including the review, notification, and consultation procedures for requests concerning the ascertainment of foreign law, as well as the purpose and contents of expert opinions. With respect to the parties, the proposed Guidelines would provide for duties of cooperation in the ascertainment of foreign law, the submission of privately commissioned expert opinions, and the opportunity to present comments on expert opinions.

The study further examines complementary measures aimed at strengthening the courts' capacity to ascertain foreign law, including greater use of the expert advisor system and the promotion of international judicial cooperation. It proposes expanding the pool of expert advisors to include specialists in foreign law so that courts may obtain professional explanations and opinions concerning the content and operation of foreign legal systems. It also emphasizes the need to make more active use of procedures for requesting the provision of legal information under bilateral treaties concluded with Australia, China, Mongolia, Uzbekistan, and Thailand.

The study highlights the need to establish a specialized institutional framework and professional workforce dedicated to the ascertainment of foreign law and comparatively evaluates three alternative institutional models. The first model proposes establishing a foreign law support system within the Judicial Policy Research Institute (JPRI), under which the Institute would provide expert opinions on foreign law at the request of courts, facilitate cooperation with foreign law specialists, and verify foreign legal materials. To this end, the study recommends establishing a Foreign Law Research and Application Center within the JPRI to receive, allocate, coordinate, and manage requests for expert opinions while strengthening both

its internal professional staff and its external network of foreign law experts. At the same time, it emphasizes that personnel responsible for foreign law services should be institutionally separated from those engaged in policy research and that adequate human and financial resources should be secured to ensure that these additional responsibilities do not interfere with the JPRI's existing research functions. The second model proposes establishing an independent institution exclusively responsible for the ascertainment of foreign law, whereas the third model recommends recruiting and operating foreign law commissioners under the National Court Administration. The study concludes that, in the long term, an institution-based support system would provide the most stable and systematic framework for supporting courts in the ascertainment of foreign law.

In addition, the study emphasizes the importance of developing a comprehensive foreign law database to strengthen the courts' capacity to ascertain foreign law. Such a database should systematically compile and make available the original texts and Korean translations of foreign legislation, together with Korean judicial decisions in which foreign law has been applied as the applicable law, thereby improving both access to foreign legal materials and the efficiency of foreign law research by courts and litigants. The study also suggests that artificial intelligence may serve as a useful auxiliary tool for facilitating access to foreign legislation and judicial decisions. Nevertheless, given the risks of translation errors and AI hallucinations, it argues that AI should be used only as a supplementary means in the ascertainment of foreign law.

Furthermore, the study comprehensively examines issues arising at the stage of interpreting and applying the applicable law, including international mandatory provisions, the public policy exception, the priority of treaties, and the scope of appellate review over errors in the interpretation and application of foreign law. In particular, it argues that the international public policy exception should be invoked only where the result of applying foreign law is manifestly incompatible with the international public policy of the Republic of Korea, and that it is conceptually and functionally distinct from international mandatory provisions. The study further contends that, because foreign law constitutes law rather than fact, errors in its interpretation and application should be subject to appellate review. Such review is essential not

only to ensuring the uniform application of foreign law but also to enabling the Supreme Court to effectively perform its law-declaring function in cases involving foreign elements.

By treating the designation, ascertainment, interpretation, and application of the applicable law under KOPILA as a single and continuous process, this study provides a comprehensive analytical framework for addressing the recurring issues arising at each stage of the choice-of-law process. It develops both interpretative guidance and institutional proposals designed to improve judicial practice and enhance the effective application of foreign law. The study is expected to strengthen the predictability, consistency, and reliability of the application of KOPILA and thereby contribute to the fair, efficient, and internationally coherent resolution of disputes involving foreign elements.

Keywords: legal relationships involving foreign elements, applicable law, governing law, designation of the applicable law, characterization, exceptions to the designation of the applicable law, renvoi, hidden renvoi, ascertainment of the applicable foreign law, the court's duty to ascertain and apply foreign law *ex officio*, expert opinion, requests for the provision of legal information, Foreign Law Research and Application Center of the Max Planck Institute, foreign law database, interpretation and application of the applicable law, choice-of-law rules in treaties, mandatory application of the law of the Republic of Korea, international public policy.

제1장

서 론

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

제1절 연구의 목적

준거법(準據法, applicable law, governing law)이란 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 적용되는 실질법[1]으로, 국제사법에 의하여 지정된다. 특정한 사안에 준거법을 적용함에 있어서는 여러 단계를 거쳐야 한다. 첫째, 국제사법의 적용대상이 되기 위해서는 문제된 법률관계가 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 해당해야 한다(국제사법 제1조). 둘째, '준거법의 지정 단계'에서는 법률관계의 성질결정을 거쳐 준거법을 지정하여야 한다. 먼저 해당 법률관계가 실체와 절차 중 어떤 성질을 가지는지를 결정하여 실체에는 국제사법에 따른 준거법을, 절차에는 법정지법을 각 적용하고, 다음으로 실체로 결정된 사안이 국제사법상 어떤 법률관계에 해당될 것인지를 성질결정하여 해당 법률관계의 준거법을 지정하는 조항을 적용하여야 한다. 국제사법에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 따르고(준거법 지정의 예외조항, 국제사법 제21조), 외국법이 준거법으로 지정된 경우 그 국가의 법에 따라 대한민국법이 적용되어야 할 때에는 대한민국법에 따라야 한다[준거법 지정 시의 반정(反定), 국제사법 제22조]. 셋째, '준거법의 조사 단계'에서 법원은 외국법이 준거법으로 지정된 경우 그 외국법의 내용을 직권으로 조사하여야 한다(국제사법 제18조). 넷째, '준거법의 해석 · 적용 단계'에서는 준거법인 외국법의 내용을 알 수 없는 때의 처리, 조약의 저촉규범성 및 우선적 적용 여부, 대한민국법의 강행적 적용(국제사법 제20조), 사회질서에 반하는 외국법 규정의 적용배제(국제사법 제23조)와 더불어 준거법인 외국법의 해석을 잘못한 경우에 상고이유가 되는지 여부 등이 문제된다.

그러나 실무상으로는 법률관계에 외국과 관련된 요소가 있어 준거법의 지정이 문

1) 실질법이란 저촉법에 대응되는 개념이다. 실질법이란 민법이나 상법과 같이 저촉법에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 개별 쟁점을 직접 규율하는 법을 말한다. 반면 저촉법이란 어떠한 법률관계에 적용할 법을 결정하거나, 법규범 상호 간의 충돌을 해결하기 위한 기준을 정하는 법을 말한다. 저촉법에는 장소적 저촉법, 인적 저촉법(인제법), 시간적 저촉법(시제법), 순위저촉법(체계제법), 실질적 저촉법(사항적 저촉법)이 포함된다. 이 가운데 장소적 저촉법이 협의의 국제사법에 해당한다. 협의의 국제사법이란 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 대하여 어느 국가의 법질서를 적용할 것인지를 정하는 법규의 총체를 의미한다. 한편 협의의 국제사법에 국제재판관할과 외국재판의 승인 및 집행에 관한 규율까지 포함하는 개념을 광의의 국제사법이라고 한다. 실질법, 저촉법 및 국제사법의 개념에 관하여는, 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 3-6 참조.

제되는 사건에서도 당사자들이 국제사법의 적용대상이 되는 법률관계라는 점을 인식하지 못하고 재판부에서 석명권을 행사하여야 국제사법에 따른 준거법이 지정되는 사례라는 것을 비로소 인식하게 되는 경우가 있다. 재판부도 구체적인 사안에서 문제된 법률관계가 국제사법의 적용대상인 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'인지 판단하기 어려운 경우도 있다. 나아가 국제사법에 따른 준거법이 외국법인 경우 당사자들이 해당 외국법의 내용에 관한 자료를 충분히 제출하지 않는 이상 법원이 직권으로 해당 외국법의 내용을 파악하는 것도 용이하지 않다. 외국 입법이나 판례의 접근이 곤란한 경우가 있고, 언어의 문제로 해석이 쉽지 않은 경우도 있기 때문이다. 준거법인 외국법의 내용을 파악하는 데 도움을 줄 수 있는 전문적 조직이나 인력도 마련되어 있지 않은 상태이다 보니 준거법인 외국법을 조사하는 데에는 많은 어려움이 따른다. 한편 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 관한 기존의 연구는 주로 국제사법상 준거법에 관한 규정의 해석을 중심으로 한 이론적 연구에 집중되어 있었고 실무적 고찰은 상당히 미흡하여 실무상 구체적인 사안에 국제사법 규정들을 적용함에 있어 혼란이 많았다.

본 연구는 위와 같은 실무상 어려움을 해결하기 위해 각 쟁점별로 대법원 판례 및 하급심 판결들을 폭넓게 조사하여 분석함으로써 지침을 제공하고자 한다. 또한 구체적 사안에서 국제사법상 준거법 규정의 해석에 있어 문제가 되는 부분은 미국, 일본, 독일, 프랑스, 영국, 스위스, 오스트리아 등 외국의 입법례 · 판례 및 제도에 관한 비교법적 검토를 통하여 시사점을 얻고자 한다. 특히 준거법인 외국법의 조사와 관련해서는 외국의 법원이 준거법인 외국법의 조사를 보다 용이하게 하고 외국법의 조사역량을 강화하기 위하여 어떠한 제도를 채택하여 시행하고 있는지를 외국법관이나 외국법 조사 관련 기관의 소속 전문가에 대한 인터뷰를 통하여 파악하여 참고하고자 한다.

본 연구는 이상의 분석을 통하여 실무상 구체적인 사안에 대하여 준거법을 지정, 조사, 해석 · 적용하는 과정에서 발생하는 문제점을 밝히고, 각 쟁점별 판단기준 및 지침을 제공하는 한편 제도적인 개선방안을 제시하는 것을 그 목적으로 한다.

제2절 선행연구와의 차별성

국내의 선행연구는 국제사법상 준거법에 관한 규정의 해석에 관한 이론적 연구가 주를 이루고, 판례를 폭넓게 조사하여 실무상 지침을 제시한 연구를 찾기 어렵다. 본 연구는 대법원 판례 및 하급심판결례를 유형별 · 쟁점별로 분류하여 분석하고 각 쟁점별 판단기준을 제시함으로써 실무에 실증적으로 반영될 수 있도록 한다는 점에서 차별화된다.

선행연구는 주로 미국과 독일의 입법례 · 판례를 논의에 필요한 범위에서 간략하게 언급하였을 따름이나, 본 연구는 미국, 독일뿐만 아니라 프랑스, 영국, 스위스, 오스트리아 등의 입법례 · 판례도 살펴봄으로써 우리나라 국제사법의 해석론 및 입법론에 관한 시사점을 도출한다는 점에서 상당한 의의를 지닌다.

한편 선행연구 중에는 준거법인 외국법의 조사방법에 관한 제도적 개선방안을 전격적으로 제시한 연구는 찾아보기 어렵다. 본 연구는 준거법인 외국법의 조사방법에 관하여 국내 법관 · 변호사와 독일 법관, 독일 막스플랑크 비교 및 국제사법연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen, 이하 '막스플랑크 연구소') 소속 전문가에 대한 인터뷰 등을 실시함으로써 외국의 제도 및 실무를 정확히 파악하고, 이를 바탕으로 우리나라에서 준거법인 외국법 조사역량을 강화하기 위한 제도적 개선방안을 제시한다는 점에서 선도적인 의미를 지닌다.

제3절 연구의 범위 및 방법

I. 연구의 범위

본 연구는 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용의 단계에서 실무상 문제되는 쟁점들에 관한 지침을 제시하고, 제도적인 개선방안을 제시하는 것을 주요 내용으로 한다.

이를 위하여 문제된 법률관계에 준거법을 적용하기까지의 단계를 ① 국제사법의 적용대상인 법률관계 판단의 단계, ② 준거법의 지정 단계, ③ 준거법의 조사 단계, ④ 준거법의 해석 · 적용 단계로 나누어 살펴보고자 한다. 본 연구는 어떤 법률관계이든 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 있어서 공통적으로 문제될 수 있는 쟁점의 해결에 초점을 맞추고 있으므로, 개별적인 법률관계를 염두에 둔 국제사법 각칙 규정들보다는 모든 법률관계에 공통적으로 적용되는 국제사법 총칙 규정들을 중점적으로 살펴보고자 한다.

제1장 서론에 이어 제2장에서는 국제사법의 적용대상인 법률관계 판단의 단계에서의 쟁점들을 다룬다. 먼저 제1절에서는 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 의미에 관한 학설 및 판례의 입장을 살펴본다. 제2절에서는 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'를 판단함에 있어서 문제가 될 수 있는 유형들, 예컨대 ① 당사자가 외국 법인임에도 곧바로 국내법을 적용한 경우, ② 양 당사자가 모두 대한민국 국민 또는 법인이나 그 밖의 외국적 요소가 있는 경우, ③ 순수한 국내적 법률관계에 대하여 준거법을 외국법으로 합의한 경우, ④ 외국과 관련된 요소가 형식적인 경우 등을 판례를 중심으로 검토하고, 이를 통하여 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계' 판단에 있어서의 실무상 지침을 제시하고자 한다.

제3장은 준거법의 지정 단계에서의 쟁점들을 검토한다. 제1절에서는 법률관계의 성질결정과 관련하여 먼저 실체와 절차의 성질결정의 문제를 살펴보고자 한다. 실체로 성질결정하여 국제사법에 따른 준거법을 적용한 사안과, 절차로 결정하여 법정지법을 적용한 사안을 판례를 중심으로 살펴보고, 실체와 절차의 구별에 관한 판단기준을 제시한다. 다음으로 실체로 결정된 사안들에 국제사법의 개별 조문을 적용함에 있어서 문제된 법률관계를 국제사법상 어떤 법률관계로 성질결정할 것인지의 문제를 판례를 중심으로 살펴보고자 한다. 제2절에서는 국제사법에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우 그 다른 국가의 법에 따르도록 한 국제사법 제21조(준거법 지정의 예외조항)를 살펴보고자 한다. 준거법 지정의 예외조항을 두고 있는 외국 입법례를 비교법적으로 검토하여 예외조항 적용의 요건을 구체화하고, 예외조항이 인정될 수 있는 사안이 어떠한 사안일지를 판례를 중심으로 검토하며, 예외조항 적용 시의 한계 또는 유의사항을 살펴본다. 제3절에서는 준거법으로 지정된 외국법에 따라 대한민국법이 적용되

어야 할 때에는 대한민국법을 준거법으로 적용할 수 있도록 한 국제사법 제22조[준거법 지정 시의 반정(反定)]의 해석론을 구체적인 사례를 통하여 살펴보고, 대법원 판례가 채택한 숨은 반정(hidden renvoi)의 법리의 타당성을 검토한다.

제4장에서는 준거법의 조사 단계에서의 쟁점들을 다룬다. 제1절에서는 준거법인 외국법의 성질을 검토하고, 국제사법 제18조에 따른 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무와 더불어 준거법인 외국법 조사방법에 관한 실무 현황을 살펴본다. 제2절에서는 법원이 외국법의 조사 역량을 강화할 수 있는 방안을 제시한다. 구체적인 방안으로서 ① 외국법 전문가의 감정, ② 전문심리위원, ③ 양자조약에 따른 법정보에 대한 공조신청, ④ 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성, ⑤ 외국법 데이터베이스의 구축 · 운용, ⑥ 외국법 조사를 위한 인공지능(AI)의 활용에 관하여 검토한다.

제5장에서는 준거법의 해석 · 적용 단계에서의 쟁점들을 살펴본다. 제1절에서는 준거법인 외국법의 내용을 알 수 없는 때에 외국 관습법, 조리, 대한민국법 등을 적용할 수 있는지에 관하여 판례의 입장 및 해외 각국의 입법례를 검토한다. 제2절에서는 우리나라가 가입한 조약들 내 저촉규범성을 가지는 조항을 판단하는 기준을 제시하고, 조약 내 저촉규범성을 가지는 조항과 국제사법 규정과의 적용상 우선순위에 관하여 고찰한다. 제3절에서는 국제사법 제20조가 명시한 대한민국의 국제적 강행규정, 즉 외국법이 준거법인 경우에도 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정이 무엇인지를 판례를 통하여 살펴보고, 국제적 강행규정의 판단기준을 정립하고자 한다. 제4절에서는 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 외국법 규정을 배제하도록 한 국제사법 제23조의 적용요건을 국내외 판례의 검토를 통하여 구체화하고자 한다. 제5절에서는 준거법인 외국법의 적용 또는 해석을 잘못하였을 때 상고이유가 되는지에 대해서 살펴본다. 마지막으로 제6장에서는 이상의 분석을 정리하며 연구를 마치고자 한다.

II. 연구의 방법

본 연구는 기본적으로 준거법의 지정, 조사, 해석 · 적용과 관련한 국제사법 규정과 국내외 문헌 및 판례의 검토를 주된 연구방법으로 한다. 준거법의 지정, 조사, 해

석 · 적용이 문제된 판례를 폭넓게 살펴봄으로써 판례의 입장을 분명히 파악하고, 미국, 독일, 프랑스, 영국, 스위스, 오스트리아 등의 입법례 · 판례를 비교법적인 관점에서 분석함으로써 시사점을 도출하고자 한다.

특히 국제소송에서 준거법인 외국법 조사와 관련해서는 전문가 면담을 실시하고 그 결과를 보고서에 반영하였다. 외국법 조사에 관한 제도적 개선방안에 관해서는 조병구 사법지원실장 · 부장판사(2025. 12. 30.), 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사(2025. 12. 30.), 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사(2025. 12. 30.)를 각 인터뷰하였다.[2] 또한 외국법 조사에 있어서의 실무상 어려움과 개선방안 고려 시 유의사항 등에 관하여는 서울고등법원 국제거래 전담재판부에서 법관으로서 국제소송 사건을 처리한 경험이 있고 현재 김 · 장 법률사무소에 재직 중인 김유경 변호사(2025. 12. 1.), 법무법인 율촌의 국제중재 · 국제소송팀의 공동팀장인 안정혜 변호사(2025. 12. 11.), 서울회생법원 국제도산 공조 전담법관으로 재직 중인 유정화 판사(2025. 12. 22.)를 각 인터뷰하였다.

한편 외국법의 조사역량을 강화하기 위하여는 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직을 정비하고 이를 적극적으로 활용할 필요가 있다고 보고, 참고할 수 있는 해외 사례로서 독일 막스플랑크 연구소와 함부르크주 고등법원을 상대로 각 서면 인터뷰를 실시하였다. 위 인터뷰들을 실시함에 있어서 사법정책연구원 출장단(이규홍 前 수석연구위원, 남승민 前 연구위원, 이정현 前 연구위원, 김봉철 연구위원)이 막스플랑크 연구소와 함부르크주 고등법원을 직접 방문하여(2025. 6. 30. / 2025. 7. 1.) 인터뷰의 취지 및 내용을 설명하였고, 김봉철 연구위원이 연구책임자가 작성한 질문지, 막스플랑크 연구소와 함부르크주 고등법원이 각 작성한 답변 내용을 전달하는 역할을 도맡아 연구에 귀한 도움을 주었다. 막스플랑크 연구소에서는 외국법적용센터(Center for the Application of Foreign Law)의 센터장인 Jan Peter Schmidt(2025. 7. 11.)[3]가, 함부르크주 고등법원에서는 Florian Vogelsang 판사(2025. 7. 7.)가 각 답변을 작성하였다.[4] 위 인터뷰들에서는 독일 법원에 제기된 국제소송에서 준거법이 외국법인 경우 해당 외국법의 조사를

2) 인터뷰 대상자의 직위는 인터뷰 당시를 기준으로 표기하였다. 참고로 조병규 사법지원실장은 2026. 2. 23.부터 기획조정실장으로, 황인성 기획총괄심의관은 같은 날부터 서울중앙지방법원 부장판사로, 장지용 국제교류추진단장은 2026. 6. 8.부터 국제총괄심의관으로 각 재직 중이다.

3) [별첨 4] 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터(Center for the Application of Foreign Law)의 센터장인 Jan Peter Schmidt에 대한 2025. 7. 11.자 인터뷰 참조.

4) [별첨 5] 독일 함부르크주 고등법원 Florian Vogelsang 판사에 대한 2025. 7. 7.자 인터뷰 참조.

위하여 독일 막스플랑크 연구소가 구체적으로 어떠한 방식으로 전문가 의견을 제공하고 있는지에 관하여 자문을 구하였다. 또한 위 인터뷰들을 통하여 2023. 10. 9. 막스플랑크 연구소가 작성하고 함부르크주 고등법원에서 발표한 “독일 절차에서의 외국법의 조사 및 적용에 관한 함부르크 가이드라인”(Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren, 이하 ‘함부르크 가이드라인’)이 실무에 미친 영향을 파악하는 한편, 막스플랑크 연구소에서 관리 및 업데이트하는 국제사법 판례집(IPRspr) 데이터베이스가 독일 법원이 외국법을 조사하는 데 어떠한 도움을 주고 있는지에 관하여 알아보았다.

제2장

국제사법의 적용대상인 법률관계의 판단

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

제1절 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 의미

I. 개관

실무상 구체적 사안에서 국제사법에 따라 준거법을 정하여야 하는지, 아니면 곧바로 한국법을 적용해야 하는지를 결정하기 쉽지 않은 경우들이 상당하다. 국제사법(법률 제18670호, 2022. 1. 4. 전부개정, 2022. 7. 5. 시행, 이하 '국제사법'이라고만 하면 2022년 전부개정된 현행 국제사법을 가리킨다) 제1조는 "외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할과 준거법을 정함을 목적으로 한다."라고 규정한다. 이에 따르면 국제사법의 적용대상인 법률관계란 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'이다. 이때의 '법률관계'는 사법관계(私法關係)를 의미한다.

이에 대하여 '외국과 관련된 요소'가 없는 법률관계, 즉 순수한 국내적 법률관계에도 국제사법이 적용된다고 보아야 한다는 견해도 있다.[5] 이러한 견해는 순수한 국내적 법률관계에 대하여 그 국가의 법이 적용되는 것은 국제사법이 적용된 결과라고 한다. 즉, 순수한 국내적 법률관계에 대해서는 그 국가의 법을 적용하여야 한다는 국제사법의 원칙이 있고, 이러한 원칙이 의식되지 않을 뿐 부존재하는 것은 아니라고 한다.[6] 위 견해는 국제사법이 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계', 민 · 상법 등이 '외국과 관련된 요소가 없는 법률관계'에 각 적용되는 것으로 그 효력범위를 한정하는 것에 반대한다. 국제사법은 저촉법(conflict of laws)이자 국내법으로서 민 · 상법 등의 효력범위에 관계없이 해당 국제사법 소속국의 영토주권이 미치는 모든 사안에서 어느 국가의 법을 적용해야 할 것인지를 정한다는 것이다.[7] 이러한 입장에 따르게 되면 국제사법의 적용대상은 해당 국제사법 소속국의 영토주권이 미치는 모든 사안으로서, 국제사법의 적용 단계에서 '외국과 관련된 요소'가 있는 것인지 여부를 독자적으로 검토할 실익이 없게 된다.

그러나 순수한 국내적 법률관계에도 국제사법을 적용해야 한다는 견해는 국제사

5) 이호정, 국제사법, 경문사 (1983), 2.
6) 이호정, 국제사법, 경문사 (1983), 2.
7) 장준혁, "국가 민사법의 공간적 효력범위", 국가와 헌법Ⅱ: 기본권론 (성낙인총장 퇴임기념논문집), 법문사 (2018), 137.

법 제1조의 문언에 반한다는 문제점이 있다. 국제사법 제1조는 국제사법의 적용대상이 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'임을 명확히 하고 있다. 외국과 관련된 요소가 없는 순수한 국내적 법률관계에 국제사법을 적용하는 것은 국제사법 제1조의 문언에 명시적으로 반한다.[8] 국제사법은 그 적용대상을 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'로 명시함으로써 순수한 국내적 법률관계에 굳이 국제사법을 적용하여 해당 국가의 법을 준거법으로 지정하는 번거로움을 피하고 있다. 따라서 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 해당하는지 여부는 국제사법이 적용되는지 여부를 결정하는 기준으로서 독자적인 검토가 필요하다고 해석하는 것이 타당하다.

연혁적으로 과거 섭외사법(법률 제966호, 1962. 1. 15. 제정, 1962. 1. 15. 시행) 제1조는 섭외사법이 '대한민국에 있어서의 외국인 및 외국에 있어서의 대한민국 국민의 섭외적 생활관계'에 적용된다고 규정하였다. 위 조항에서 명시한 '생활관계'는 '법률관계'보다는 넓은 의미로 이해될 가능성이 있다. 그러나 섭외사법이 적용되어야 할 대상은 법적인 의미를 가지는 관계이므로 '법률관계'에 적용된다고 보는 것이 적절하다. 한편 섭외사법 제1조의 문언에 따르면 대한민국에 소재하는 외국인과 외국에 소재한 대한민국 국민 사이의 법률관계에만 섭외사법이 적용되는 것처럼 해석된다. 그러나 섭외사법 제1조가 명시한 상황 외에도 '대한민국에서의 외국인과 대한민국 국민 사이의 법률관계', '외국에서의 대한민국 국민과 외국인 사이의 법률관계'에 대하여도 섭외사법에 따라 준거법을 정할 필요가 있다.[9] 또한 양 당사자가 대한민국 국민이더라도 당사자의 국적 외의 다른 연결점(connecting factor),[10] 예컨대 당사자의 일상거소, 행위지(계약의 체결지 또는 이행지), 물건의 소재지 등이 외국인 때에는 섭외사법이 적용될 필요가 있다.

위와 같은 점들 때문에 2001년 개정 국제사법(법률 제6465호, 2001. 4. 7. 전부

8) 순수한 국내적 법률관계에 대해서는 국제사법의 적용 없이 곧바로 국내법을 적용하여야 한다는 견해로는, 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 91; 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 제2판, 피데스 (2016), 4; 최흥섭, 한국 국제사법 I, 한국학술정보 (2019), 39.

9) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 90.

10) 연결점(connecting factor)이라 함은 특정한 법률관계 또는 연결대상을 일정한 국가 또는 법질서와 연결시켜 주는 독립적 저촉규정의 일부분이다[석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 53]. 연결점은 연결대상과 준거법을 연결하는 기능을 한다. 국제사법상 이용되는 연결점으로는, 국적(제26조, 제28조, 제63조 등), 일상거소(제47조 제2항, 제49조 제2항, 제52조 제2항 등), 소재지(제33조, 제35조), 행위지(제31조 제2항, 제78조 제3항 제3호, 제82조 제1항), 지식재산권의 침해지(제40조), 혼인거행지(제63조 제2항), 불법행위지(제52조 제1항), 부당이득지(제51조 본문), 당사자의 의사(제45조 제1항), 선적(제94조), 가장 밀접한 관련(제46조 제1항, 제64조 제3호, 제21조 제1항) 등이 있다.

개정, 2001. 7. 1. 시행, 이하 '구 국제사법'이라고 한다) 제1조에서는 섭외사법 제1조의 제한적인 표현을 삭제하고, 구 국제사법의 적용대상을 '외국적 요소가 있는 법률관계'로 규정하였다. 2022년 전부개정 시 국제사법 제1조에서 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 국제사법이 적용되는 것으로 문구를 수정하였지만, '외국적 요소'와 '외국과 관련된 요소' 사이에 실질적 의미의 변경을 의도한 것은 아니라고 한다.[11] 이하에서는 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 구체적 의미에 관하여 살펴보고자 한다.

II. 학설 및 판례의 입장

1. 학설의 대립

가. 광의설

광의설은 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'는 외국과 관련된 요소가 포함된 모든 사법관계(私法關係)를 의미하는 것으로 넓게 이해한다.[12] 광의설에 따르면 어떠한 요소이든 외국과 관련되었다고 판단되면 그러한 요소가 국제사법상 연결점에 해당하는지 여부를 불문하고 국제사법을 적용하게 된다. 즉, 광의설은 어떠한 요소가 국제사법의 연결점에 해당하지 않더라도 순수한 국내적 법률관계와 구별될 수 있는 '외국과의 단순한 관련성'만으로도 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'가 존재한다고 본다.[13]

나. 협의설

협의설은 단순히 외국과 관련된 요소를 포함하고 있는 것만으로는 부족하고 외국적 성격이 상당한 정도에 이르러 그 관계에 막연히 국내법을 적용함은 부당하고 국제사

11) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 90.
12) 광의설로는, 김문환, "해외 한국인노동자의 국제사법상 문제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제1권 제1호 (1995), 50; 이헌묵, "외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제1호 (2016), 106.
13) 이헌묵, "외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제1호 (2016), 106.

법을 적용하는 것이 합리적인 경우에 한한다는 견해이다.[14] 협의설은 외국과 관련된 요소의 외국적 성격의 강도(强度) 및 그에 따른 국제사법 적용의 합리성을 판단하여 국제사법 적용 여부를 결정한다는 점에서 국제사법 적용대상 결정에 있어 '합리성의 기준'을 채택하였다고 판단된다.[15] 구 국제사법 제1조의 '외국적 요소'는 목적론적 해석 차원에서 국제사법을 적용할 필요가 있는 특별한 외국적 요소를 의미하는 것으로 보아야 한다는 견해,[16] 섭외적 요소의 강도 등 문제된 법률관계의 전체적인 내용을 살펴서 결정하여야 한다는 견해,[17] 국제사법상 연결점으로 기능할 수 있는 요소로서 당해 법률관계의 기초를 이루는 사실관계나 법률적 쟁점과 실질적 관련성이 있는 외국적 요소를 의미한다는 견해[18]도 협의설에 속한다고 볼 수 있다.

다. 절충설

절충설은 국제사법 이론상 연결점으로 인정되고 있는 당사자의 국적, 일상거소, 불법행위지, 물건의 소재지, 법인의 본거지 등이 외국과 관련이 있는 때에는 '외국과 관련된 요소'가 있는 섭외사건으로 본다. 다만 위 견해는 섭외사건이 구체적인 연결원칙을 정한 국제사법의 개별 조문에 포섭되는 것인가를 판단하는 것은 해당 조문의 해석 문제로서 외국과 관련된 요소가 의미 있는 것인지를 판단하여야 한다고 본다.[19]

절충설은 외국과 관련된 요소가 적어도 국제사법상 연결점으로 인정되는 요소일 것을 요구한다. 또한 국제사법의 적용대상이 되는지의 문제와 국제사법 개별 조문의 적용 문제를 구분한다.[20] 예컨대 외국인이 우리나라에서 계약을 체결하는 경우에는 국제사법상 연결점인 당사자의 국적이 외국이므로 외국과 관련된 요소가 있는 것으로 보아 국제사법을 적용한다. 다만 위 계약이 물품매매계약인 경우에는 국제사법 제45조, 제46조에 따라 물품매매계약의 준거법을 정함에 있어서 해당 외국인의 국적이 의미를 지니지 않으나, 위 계약이 혼인계약일 경우에는 국제사법 제63조, 제64조에 따라 혼인의 준

14) 협의설로는, 이재홍, "국제계약에 관한 일반적인 문제", 재판자료 제33집 (1986), 37.
15) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 93.
16) 최흥섭, 한국 국제사법 I, 한국학술정보 (2019), 40.
17) 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 제2판, 피데스 (2016), 6.
18) 이필복, "국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제27권 제2호 (2021), 531.
19) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 92-93.
20) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 93.

거법을 정함에 있어서 해당 외국인의 국적이 중요한 의미를 지니게 된다.[21]

2. 판례의 입장

대법원 판례는 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'(구 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계')에 관하여, "거래 당사자의 국적 · 주소, 물건 소재지, 행위지, 사실발생지 등이 외국과 밀접하게 관련되어 있어, 곧바로 내국법을 적용하기보다는 국제사법을 적용하는 것이 더 합리적이라고 인정되는 법률관계에 대하여는 국제사법의 규정을 적용하여 준거법을 정하여야 한다."고 판시하였다(대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결, 대법원 2014. 12. 11. 선고 2012다119443 판결 등).

대법원 판례에 따르면, 당사자의 국적 · 주소, 행위지 등 국제사법상 연결점이 외국과 단순히 관련되어 있다는 사정만으로는 부족하고, 그러한 요소가 외국과 '밀접하게 관련'될 것이 요구된다(국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성). 나아가 그러한 밀접관련성이 인정되어, 내국법을 적용하는 것에 비하여 국제사법을 적용하는 것이 보다 '합리적'이라고 평가되는 경우에 한하여 국제사법의 적용이 긍정된다(국제사법 적용의 합리성). 이때 국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성과 국제사법 적용의 합리성은, 전자가 인정되면 후자도 충족되는 관계로서, 전자가 후자의 내용을 이루는 것으로 해석된다. 결국 대법원 판례는 외국적 성격이 상당한 정도에 이르러 국제사법을 적용하는 것이 합리적인 경우에 한하여 국제사법의 적용을 긍정하는 점에서 협의설의 입장에 서 있는 것으로 평가된다.[22]

다만 최근에 선고된 대법원 판결 중 기존의 판례가 취해 온 협의설보다 다소 완화된 기준을 제시하고 있다고 판단되는 판결이 있어 주목된다. 대법원 2025. 8. 14. 선고 2025다212297 판결은 "국제사법 제1조는 '이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다.'라고 규정하고 있으므로, 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 국제사법의 규정을 적용하여 준거법을 정하여야 한다."고 판시하였다. 이 판결은 외국과 관련된 요소가

21) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 92; 오승종, "저작권 분쟁에 있어서 외국적 요소와 준거법 결정", 홍익대학교 법학연구소, 홍익법학 제22권 제3호 (2021), 589.
22) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 93.

있는 법률관계 해당 여부를 판단함에 있어 기존의 판례가 제시한 국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성이나 국제사법 적용의 합리성을 별도로 설시하기보다는, 해당 법률관계에 국제사법상 연결점에 해당하는 외국적 요소가 존재하는 경우에는 '특별한 사정이 없는 한'[23] 원칙적으로 국제사법을 적용하여야 한다는 구조를 취하고 있다. 위 사건에서 대법원은 문제된 계약이 캄보디아 법에 따라 설립된 회사가 수행할 사업과 관련되고, 당사자들이 계약상 권리 · 의무를 캄보디아 법에 따르도록 합의하였다는 점을 근거로, 이 사건 법률관계는 구 국제사법 제1조가 정한 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하므로 국제사법을 적용하여 준거법을 정하여야 한다고 판시하였고, 달리 국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성이나 국제사법 적용의 합리성을 검토하지 않았다.

III. 검토

광의설은 어떠한 요소이든 외국과 관련되었다고 판단되면 그것이 국제사법상 연결점에 해당하는지 여부를 불문하고 국제사법을 적용한다. 절충설은 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점에 해당되면 국제사법을 적용하고, 국제사법의 개별 조문에의 포섭 여부를 결정할 때에 그러한 외국과 관련된 요소가 의미 있는 것인가를 판단한다. 협의설은 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점에 해당하는 것에서 나아가 그 요소가 외국과 얼마나 밀접하게 관련되어 있는지, 국제사법을 적용하는 것이 합리적인지를 판단하여 국제사법의 적용 여부를 결정한다. 각 학설에 따른 외국과의 관련성의 정도를 정리하면 아래 [표 1]과 같다.

[표 1] '외국과 관련된 요소'에 해당하기 위한 관련성의 정도에 관한 견해의 대립

광의설	절충설	협의설(판례)
외국과의 단순 관련성 (국제사법상 연결점 不要)	국제사법상 연결점 (외국과의 밀접관련성 不要)	국제사법상 연결점 + 외국과의 밀접관련성 (국제사법 적용의 합리성)

23) 위 판결에서는 외국적 요소가 있는 법률관계라도 예외적으로 국제사법을 적용하지 않을 '특별한 사정'이 무엇인지에 대해서 구체적으로 설시하지 않으나, 이는 해당 법률관계가 공법적 성격이 있는 경우 등을 염두에 둔 것으로 판단된다.

광의설, 절충설, 협의설의 차이는 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소'에 해당하기 위한 외국과의 관련성의 정도를 어디까지 요구할 것인지에 관한 인식의 차이에서 비롯된다. 국제사법의 적용요건으로서의 '외국과 관련된 요소'는 어떠한 요소가 단순히 외국과 관련이 있다는 사정만으로 인정될 수 있는 것은 아니며, 적어도 해당 요소가 국제사법상 유의미한 요소일 것이 요구된다. 이 점에서 국제사법상 연결점에 해당하는 요소일 것을 요구하지 않는 광의설은 국제사법 제1조의 체계와 취지에 비추어 타당하다고 보기 어렵다.

문제는 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점에 해당하는 것에 더하여, 그 요소가 외국과 '밀접하게 관련'되어 있고 국제사법을 적용하는 것이 '합리적'이어야만 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소'로 인정될 수 있는지 여부이다. 대법원 판례는 국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성과 국제사법 적용의 합리성을 중시함으로써, 외국적 성격이 상당한 정도에 이른 경우에 한하여 국제사법의 적용을 긍정하는 태도를 취하여 왔고, 이는 협의설의 입장으로 평가되어 왔다.

그러나 이러한 해석은 국제사법 제1조의 문언과 체계에 비추어 볼 때, 국제사법의 적용범위를 다소 협소하게 이해할 우려가 있다. 특히 국제사법의 적용 여부를 판단하는 단계에서 '밀접관련성'이나 '합리성'을 엄격하게 요구할 경우, 국제사법이 적용되어야 할 범위가 과도하게 축소될 가능성이 있다. 더 나아가 이는 국제사법의 적용범위를 정하는 제1조와, 준거법 지정의 예외를 규정한 제21조 사이의 기능적 분담을 불분명하게 할 위험도 내포한다. 국제사법 제21조는 국제사법에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련만을 가지는 경우, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법을 적용하도록 하는 예외규정이다. 따라서 '밀접관련성'에 대한 판단은 원칙적으로 준거법 지정 단계에서 고려되어야 할 요소로 이해하는 것이 제도의 체계에 보다 부합한다.

이러한 점에서 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점에 해당하는 이상, 우선 국제사법 제1조에 따라 국제사법의 적용 가능성을 긍정하고, 그 다음 단계에서 개별 조문에 따른 준거법 지정 과정에서 해당 연결점이 실질적으로 의미 있는지, 나아가 국제사법 제21조에 따라 밀접관련성을 근거로 한 예외 적용이 필요한지를 검토하는 것이 보다 합리적인 구조라고 할 수 있다. 이는 국제사법의 적용 여부와 개별 조문에 따른 준거법 결정 문제를 단계적으로 구분하는 절충설의 입장에 부합한다.

이와 관련하여 앞서 살펴본 바와 같이 대법원 2025. 8. 14. 선고 2025다212297 판결은 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여 '특별한 사정이 없는 한' 국제사법의 규정을 적용하여 준거법을 정하여야 한다고 판시함으로써, 국제사법상 연결점이 존재하는 경우에는 원칙적으로 국제사법의 적용을 긍정하는 구조를 취하고 있다. 이는 기존의 대법원 판례가 강조해 온 '밀접관련성'이나 '합리성'의 요건을 전면적으로 배제한 것이라고 단정할 수는 없으나, 적어도 국제사법의 적용 단계에서 그 요건을 엄격하게 전제하지 않겠다는 취지로 이해될 여지가 크다. 이러한 판시는 협의설을 일정 부분 완화하여 국제사법상 연결점의 존재를 중심으로 적용 여부를 판단하고, 구체적 타당성은 개별 조문 해석과 준거법 지정 단계에서 조정하려는 절충설적 접근에 상당히 근접한 것으로 평가할 수 있다.

위 대법원 판결은 국제사법 제1조와 제21조의 체계적 관계를 조화롭게 이해하려는 시도로서 긍정적으로 평가할 수 있다. 향후 판례 역시 국제사법의 적용범위를 과도하게 축소하거나 제21조의 기능과 경계를 혼동하는 해석을 지양하고, 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점에 해당하는 경우에는 원칙적으로 국제사법의 적용을 긍정하되, 구체적인 사안의 형평과 타당성은 준거법 지정 단계에서 조정하는 절충설적 해석을 유지 · 발전시킬 필요가 있다.

제2절 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 판단

I. 개관

절충설에 따르면, 국제사법상 연결점, 즉 국적, 일상거소, 소재지, 행위지, 불법행위지, 부당이득지 등이 외국과 관련되어 있다면 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'를 인정하여야 한다. 그러나 구체적인 사안에서 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 용이한 것만은 아니므로, 이에 관한 판례의 입장을 검토하여 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 판단기준을 명확히 제시함으로

써 실무상 지침을 제공할 필요가 있다. 이를 위하여 외국과 관련된 요소의 존부 판단이 문제될 수 있는 판례를 유형별로 나누어 고찰하고자 한다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 종전 대법원 판례와 최근 대법원 판례의 입장에는 변화가 있음을 유의하여 살펴볼 필요가 있다. 판례의 입장을 살펴봄에 있어서 법원의 판단은 준거법에 관한 판단에 한정하여 검토하기로 한다.

II. 유형별 검토

1. 당사자가 외국 법인임에도 곧바로 국내법을 적용한 경우

가. 포레스트 매니아 판결(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결)

(1) 사실관계

원고 회사 킹닷컴 리미티드(King.com Limited)는 컴퓨터 및 모바일 기기 등의 디지털 플랫폼을 기반으로 게임을 개발하여 이를 제공하는 영업을 영위하는 몰타공화국 법인[24]이고, 피고 회사인 주식회사 아보카도 엔터테인먼트는 온라인 게임포탈 개발 및 운영, 온라인 콘텐츠 개발 및 유통업 등을 목적으로 설립된 대한민국 법인이다. 원고 회사는 2010년 무렵 출시한 매치-3-게임(match-3-game)[25] 형태인 '팜킹(Farm King)' 게임을 바탕으로 2012. 9.경부터 게임 개발 스튜디오인 '디지털 제스터 리미티드(Digital Jester Limited)'(이하 '디지털 제스터'라고 한다) 등과 함께 새로운 게임 개발에 착수하였고, 2013. 4.경 '팜히어로사가(Farm Heroes Saga)' 게임(이하 '원고 게임'이라고 한다)을 개발하자 페이스북 플랫폼을 통하여 전 세계에 출시한 이후, 2014. 1.경에는 모바일 플랫폼으로, 2014. 6.경에는 카카오톡 플랫폼으로 원고 게임을 각 출시하였다. 한편 홍콩 회사인 젠터테인(Zertertain)은 매치-3-게임인 포레스트 매니아

24) 제1심판결(서울중앙지방법원 2015. 10. 30. 선고 2014가합567553 판결)에서는 원고 회사가 '몰타공화국 소재 법인'이라고 함으로써 법인의 소재지가 몰타공화국이라는 점을 명시하나, 원고 회사의 설립등기지가 어느 곳인지는 언급하고 있지 않다. 그러나 원고 회사의 홈페이지에 게시된 이용약관(Terms of Use)에서는 원고 회사가 몰타공화국에 설립등기를 한 법인이라고 명시한다. https://www.king.com/termsandconditions/ (2026. 4. 1. 최종 확인).

25) 게임 속의 특정한 타일들이 3개 이상의 직선으로 연결되면 함께 사라지면서 점수를 획득하도록 고안된 게임을 말한다.

(Forest Mania) 게임을 개발하였다. 피고 회사는 2014. 1.경 젠터테인과 사이에 젠터테인이 피고에게 한국 시장에 현지화된 포레스트 매니아 게임을 한국 시장에서 독점적으로 유통할 수 있는 라이선스를 허여하는 것 등을 내용으로 하는 모바일 게임 라이선스 계약(이하 '이 사건 라이선스 계약'이라고 한다)을 체결하였다. 피고 회사는 2014. 2.경 카카오톡 플랫폼으로 포레스트 매니아 게임의 한국어 버전(이하 '피고 게임'이라고 한다)을 출시하여, 구글 플레이 스토어 및 애플 앱스토어의 인터넷 주소를 통하여 피고 게임을 제공하였다.

원고 회사는 원고 게임의 개발자인 디지털 제스터 등으로부터 원고 게임에 관한 저작재산권을 양도받았으므로 원고 게임의 저작재산권자라고 주장한다. 원고 회사는 원고 게임과 피고 게임은 실질적으로 유사하므로 젠터테인이 개발한 피고 게임을 피고 회사가 게임 이용자들에게 제공한 행위는 원고 게임에 관한 저작재산권 중 복제권 또는 2차적저작물작성권 및 공중송신권을 침해하는 행위라는 이유로 피고 회사에 대하여 저작권 침해행위의 정지 및 그로 인해 원고가 입은 손해의 배상을 청구하였다. 한편 원고 회사는 피고 회사의 피고 게임 제공행위는 원고가 오랜 경험과 노하우, 인적 · 물적 자원 등을 투입하여 구축한 성과물인 원고 게임을 불법적인 방법으로 거의 그대로 모방하여 무단으로 사용함으로써 경쟁자인 원고가 원고 게임을 이용함으로써 얻을 수 있는 경제상의 이익을 침해하는 행위로서 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(부정경쟁방지법)상의 부정경쟁행위 및 민법상 불법행위에 해당함을 이유로 부정경쟁행위 또는 불법행위의 금지 및 그로 인하여 원고가 입은 손해배상을 청구하였다.

(2) 법원의 판단

제1심법원은 저작권 침해는 부정하였으나 부정경쟁행위 및 민법상 불법행위의 성립은 인정하고 손해배상을 명하였다.[26] 원심법원은 저작권 침해와 부정경쟁행위 및 민법상 불법행위의 성립을 모두 부정하였다.[27] 대상판결(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결)은 저작권 침해를 인정하여 원심판결을 파기하고 사건을 환송하였으나, 부정경쟁행위 및 민법상 불법행위 성립 여부에 대해서는 판단하지 않았다. 파기환송심 법원은 화해권고결정을 하였고, 이는 확정되었다.[28]

---

26) 서울중앙지방법원 2015. 10. 30. 선고 2014가합567553 판결.
27) 서울고등법원 2017. 1. 12. 선고 2015나2063761 판결.

제1심판결, 원심판결, 대상판결, 파기환송심 판결 모두 "문학 · 예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)"(이하 '베른협약')[29] 또는 구 국제사법이 본 사안에 적용되는지에 대해서는 언급한 바 없다.

(3) 검토

대상판결은 몰타공화국 법인인 원고가 대한민국 법인인 피고를 상대로 원고 게임의 저작권 침해 등을 주장한 사안이다. 원고 회사의 설립등기지가 몰타공화국인데, 당사자인 법인의 설립등기지는 국제사법상 연결점일 뿐만 아니라 이 사건 법률관계의 기초를 이루는 사실관계와 밀접한 관련이 있으므로 협의설을 취한 종전 판례의 입장에 따를 때에도 외국과 관련된 요소가 있다고 판단된다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 베른협약이나 구 국제사법에 따른 준거법을 검토하지 않고, 곧바로 대한민국의 저작권법을 적용하였다.

대한민국은 베른협약의 체약국이고 본 사안은 베른협약이 규정하는 저작물의 보호와 관련된 사안이므로 베른협약의 적용 여부의 검토가 필요하다. 이와 관련하여 베른협약의 국내법상 효력에 관한 검토가 필요하다. 특히 베른협약은 국회의 동의를 거치지 않은 조약으로서 국회 비동의 조약의 국내법상 위계(位階)에 관한 논의를 살펴보아야 한다.[30] 또한 베른협약이 구 국제사법에 우선적으로 적용되는지 여부와 관련해서는 베른협약 제5조 제2항의 저촉규정성이 인정될 수 있는지가 문제된다. 이에 관해서는 제5장 제2절에서 상세히 살펴볼 예정이므로, 여기에서 구체적인 논의는 생략하고자 한다.

---

28) 서울고등법원 2020. 4. 6.자 2019나2029356 결정.

29) 베른협약은 1886년에 채택되어 창작물과 그 저작자의 권리를 보호하는 내용을 담고 있다. 베른협약은 창작자들이 자신의 작품이 어떻게, 누구에 의하여, 어떤 조건으로 사용될 것인지를 통제할 수 있는 수단을 제공한다. 베른협약은 세 가지 기본 원칙에 기반하고 있으며, 보장되어야 할 최소한의 보호 기준과 이를 활용하고자 하는 개발도상국을 위한 특별 조항들을 포함하고 있다. 베른협약의 체약국은 2025. 9. 기준 182개국이고, 우리나라는 1996. 5. 21. 베른협약에 가입하여 1996. 8. 21.부터 베른협약이 발효하였다. https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/ShowResults?search_what=C&treaty_id=15 (2026. 4. 1. 최종 확인).

30) 국회 비동의 조약에 대해서는 ① 시행령의 효력만을 지닌다는 견해와 ② 법률의 효력을 가진다는 견해가 나뉜다. 위 ①의 견해로는, 강경근, 헌법, 법문사 (2002), 115; 양건, 헌법강의, 제13판, 법문사 (2024), 159; 이주연, "국제 저작권침해소송에서 베른협약 제5조 제2항 적용의 문제점", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제24권 제1호 (2018), 89; 이준일, 헌법학강의, 제9판, 홍문사 (2025), 181; 전광석, 한국헌법론, 제18판, 집현재 (2025), 169; 한수웅, 헌법학, 제13판, 법문사 (2024), 360; 허영, 한국헌법론, 제22판, 박영사 (2026), 218. 위 ②의 견해로는, 정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례, 제16판, 박영사 (2026), 127.

외국과 관련된 요소가 존재하는 경우에는 대한민국이 체약국인 국제조약의 적용 가능성과 해당 국제조약과 국제사법의 관계를 먼저 검토한 후 준거법을 확정할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 대상판결이 준거법에 관한 명시적인 검토 없이 곧바로 대한민국 저작권법을 적용하고 있는 점에 대하여는 다소 아쉬움이 남는다.[31] 대상판결에서 베른협약뿐만 아니라 구 국제사법에 대한 언급이 이루어지지 않은 점에 비추어 보면, 본 사안에서 외국과 관련된 요소가 존재함을 전제로 한 준거법 검토가 충분히 이루어지지 않은 것으로 판단될 여지가 있다.

나. 마스터캠(Mastercam) 판결[서울중앙지방법원 2024. 12. 19. 선고 2022가합538925 판결(확정)]

(1) 사실관계

원고 씨엔씨 소프트웨어 엘엘씨(CNC Software, LLC.)는 미국 회사로서 컴퓨터 프로그램 저작물인 '마스터캠(Mastercam)' 프로그램(이하 '이 사건 저작물')의 저작권자이고, 피고는 대한민국 국민으로 가공공작기계 제조업 등을 수행하는 업체를 운영하는 사람이다. 피고는 원고 회사의 허락 없이 2017. 6.경과 2018. 7. 19. 총 2회에 걸쳐 자신이 운영하는 업체의 사무실에 있는 컴퓨터에 이 사건 저작물을 무단으로 설치하였다. 원고 회사는 피고를 상대로 피고가 원고의 이 사건 저작물에 관한 저작재산권(복제권)을 침해하였다는 이유로 복제권 침해행위에 따른 손해배상을 청구하는 소를 제기하였다.

(2) 법원의 판단

대상판결[서울중앙지방법원 2024. 12. 19. 선고 2022가합538925 판결(확정)]은 저작권법 제125조에 따라 피고는 원고에게 복제권 침해행위로 인한 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다. 대상판결은 본 사안에 베른협약이나 국제사법이 적용되는지 여부에 관해서는 검토한 바 없다.

---

31) 석광현, "포레스트매니아 판결들의 그늘: 베른협약 · 국제사법의 실종과 게임저작물에 대한 저작권의 준거법을 다룰 기회의 상실", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제29권 제2호 (2023), 286에서는 "이 사건 판결들에서 베른협약과 국제사법이 실종된 것을 보면 국제지식재산권법에 대한 우리 법관들의 문제의식이 섭외사법 시절로 퇴보한 것이 아닌가라는 의구심이 든다. [중략] 만일 외국의 국제지식재산권 전문가가 이 사건 판결들을 본다면 한국은 베른협약의 체약국이 아니고 한국에는 국제사법이라는 법률이 없다고 오해할지도 모르겠다."라고 비판한다.

(3) 검토

대상판결은 미국 법인인 원고가 대한민국 국민인 피고를 상대로 원고의 저작재산권의 침해에 대한 손해배상을 청구한 사안이다. 이 사건은 포레스트 매니아 판결(대법원 2019. 6. 27. 선고 2017다212095 판결)과 마찬가지로 저작권 침해가 문제되는 사안에서 원고가 외국 법인인 경우에 해당한다. 당사자인 법인의 설립등기지는 국제사법상 연결점일 뿐만 아니라 이 사건 법률관계의 기초를 이루는 사실관계와 밀접한 관련이 있으므로, 협의설을 취한 종전 판례의 입장에 따를 때에도 구 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소'가 있다고 판단된다. 또한 대한민국은 베른협약의 체약국으로서 본 사안은 베른협약이 규정하는 저작물의 보호와 관련된 사안이므로 베른협약이 적용되는지 여부에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 대상판결이 '외국과 관련된 요소'에 대한 존부 판단을 생략하고 베른협약이나 국제사법에 따른 준거법에 관한 검토 없이 곧바로 대한민국의 저작권법을 적용한 것은 적절하지 않다.

2. 양 당사자가 모두 대한민국 국민 또는 법인이나, 그 밖의 외국적 요소가 있는 경우

가. 카타르국 판결(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결)

(1) 사실관계

피고 공영토건, 대하건설, 정우개발은 건설, 토건업을 목적으로 하는 회사들로서 중동진출을 위한 대형공사 담당능력과 요건을 갖출 목적으로 공동수주, 공동시공 등의 원칙으로 합작하기로 하여 KDJ 합작 서울사무소를 설치하여 카타르국(State of Qatar)과의 사이에 제철소 건설공사계약을 체결하고 근로자를 모집하였다. 원고 1은 비계공으로서, 소외 1은 크레인 운전수로서 피고 회사들과의 사이에 근로계약(이하 '이 사건 근로계약')을 체결하였다.

이 사건 근로계약에 따라 원고 1이 카타르국에 간 지 22일 만에 공사장의 철재 가공장에서 철재 재단 작업을 하던 중 소외 1의 크레인 브레이크 조작미숙으로 해당 크레인에 매단 철근 약 3톤이 땅에 떨어져 원고 1의 등을 강타하는 사고(이하 '이 사건 사고')가 발생하였다. 원고 1은 위 사고로 흉추압박골절상 등의 상해를 입었고, 원고 1 및 그의 부모들은 소외 1의 공동사용자인 피고 회사들을 상대로 소외 1의 불법행위에

대한 사용자책임을 묻는 소를 제기하였다. 피해자인 원고들과 가해자인 소외 1은 대한민국 국민이며, 피고 회사들도 모두 대한민국 법인이다.

(2) 법원의 판단

피고 회사들은 이 사건 준거법이 섭외사법 제13조에 따라 불법행위 발생지인 카타르국의 법률이 되어야 한다고 주장하였으나, 제1심법원은 대한민국 국민의 섭외적 생활관계라 하더라도 외국의 주권 존중이나 당사자의 권익보호 등을 위하여 특별히 준거법을 정할 필요가 있는 경우 외에는 국내의 생활관계와 달리 취급할 이유가 없다고 지적하고, 이 사건 청구원인사실인 불법행위는 그 발생장소가 카타르국일 뿐 대한민국 회사들인 피고들에 의하여 채용된 대한민국 근로자들 사이에 발생한 사고로서 카타르국이나 그 국민에게 어떠한 영향도 미치지 않는다는 점에서 대한민국 내에서 같은 사고가 발생한 경우와 다를 바가 없다는 이유로 대한민국법을 적용하였다.[32] 원심법원도 동일한 이유로 이 사건에 대한민국법이 적용된다고 판단하였다.[33]

대상판결(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결)도 이 사건에는 섭외사법이 적용되지 않고 국내법이 적용된다고 판단하였다. 대상판결은 “섭외사법 제13조 제1항이 섭외적 불법행위의 준거법을 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하도록 규정한 취지는 불법행위가 행하여진 사회적 조건을 고려하여 그 곳에서의 법의식을 기준으로 하여 판단해서 처리하는 것이 일반적으로 국내법을 적용해서 처리하는 것보다 형평의 견지에서 합리적이고 실제적이라고 할 수 있고 또 그리하는 것이 당사자의 기대에도 상응하는 것이라고 할 수 있기 때문이라고 할 것이므로 양 당사자가 모두 내국인인 경우에 있어서 원인사실의 발생지(불법행위지)가 단순히 우연적이고 형식적인 의미를 갖는 데 그치는 경우에는 일반적으로 위 섭외사법을 적용하여 처리하여야 할 합리적인 이유는 없는 것이라고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다. 대상판결은 원고들과 소외 1이 피고 회사의 사업장 근무를 위하여 일시 카타르국에 건너간 지 불과 22일 만에 위 사업장에서 근무 중에 이 사건 사고가 발생한 것으로서 이 사건 불법행위는 그 발생장소가 우연히 카타르국일 뿐이므로 우리나라 국내에서 사고가 발생한 경우와 달리 취급하여서는 안 된다고 보아 섭외사법을 적용하지 아니하였다.

32) 서울민사지방법원 1977. 12. 16. 선고 77가합1992 판결.
33) 서울고등법원 1978. 6. 7. 선고 78나129 판결.

(3) 검토

대상판결의 사안에서 당사자인 원고들은 대한민국 국민이고, 피고 회사들은 대한민국 법인이나, 불법행위지는 카타르국이다. 이 사건에서는 섭외사법의 적용대상이 되는 '섭외적 생활관계'에 해당되는지 여부가 쟁점으로 다투어졌다. 대상판결은 불법행위지가 카타르국이기는 하나, 가해자 및 피해자들의 국적이 모두 대한민국 국민인 점, 피고 회사들의 설립등기지가 대한민국인 점, 가해자 및 피해자들이 피고 회사들의 사업장 근무를 위하여 일시 카타르국에 건너간 지 불과 22일 만에 사고가 발생하였다는 점 등을 고려하여 불법행위지가 단순히 우연적이고 형식적인 의미를 가진다고 판단하였다. 이 사건 사고가 발생한 시점이 가해자 및 피해자가 카타르국에 간 지 22일 밖에 되지 않은 시점이라는 점을 언급한 것은 불법행위지에 체류한 기간이 짧아 카타르국과의 밀접관련성을 인정하기가 어렵다는 취지로 이해된다. 대상판결은 섭외사법을 적용하여야 할 '합리적인 이유'가 없다고 판단함으로써 협의설이 채택한 합리성의 기준에 따라 섭외사법의 적용 여부를 결정하였다.

대상판결에 대해서는 섭외사법의 형식적이고 기계적인 적용을 배척하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다고 긍정적으로 평가하는 견해[34]도 있다. 그러나 협의설을 취하더라도 대상판결의 판단이 잘못되었다고 비판하는 견해[35]도 있다. 이러한 견해의 차이는 국제사법상 연결점이 외국과 어느 정도로 밀접하게 관련되어야 '밀접관련성'을 인정할 수 있을지에 대한 관점의 차이에서 비롯된 것으로 판단된다. 전자의 견해는 불법행위지에 체류한 목적이나 기간 등을 고려하여 밀접관련성 여부를 달리 판단하는 반면,[36] 후자의 견해는 불법행위가 문제된 사안에서 불법행위지가 외국인 이상 밀접관련성의 요건은 충족된 것으로 판단한다.

---

34) 최공웅, "외국에서 한국 사람 사이의 불법행위 사고와 섭외사법의 적용 문제", 민사판례연구회, 민사판례연구 제3집 (1981), 225-226; 안상돈, "섭외사법 제13조 1항에서 말하는 섭외적 불법행위가 아니라고 한 사례", 법조협회, 법조 제29권 제8호 (1980), 77.

35) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 93에서는 "특히 법원이 '합리성의 기준'을 카타르 사건(대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결)과 같은 결론을 정당화하는 도구로 사용하여서는 아니 된다."라고 지적하면서, 2008년 대법원 판결(대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결)의 기준을 위 사건에 적용하더라도 결론이 정당화될 수 없다고 한다.

36) 안상돈, "섭외사법 제13조 1항에서 말하는 섭외적 불법행위가 아니라고 한 사례", 법조협회, 법조 제29권 제8호 (1980), 78에서는 대상판결의 결론에 동조하면서도 "때에 따라서는 명확히 판단하기가 어려운 경우도 많을 것"이라고 하면서, "결국은 개개의 구체적인 사건에 있어서 내국인의 불법행위지에의 체류목적, 체류기간 등에 비추어 그곳의 법생활 내지 영역의 지배범위 내에 들어간 것으로 볼 수 있느냐 여부에 따라 합리적으로 판단할 수밖에 없다"고 한다.

앞서 살펴본 바와 같이 협의설을 따르더라도 '밀접관련성'은 넓게 이해하는 것이 타당하다. 불법행위가 문제된 사안에서 불법행위지가 외국이라면, 국제사법상 연결점의 외국과의 밀접관련성 및 국제사법 적용의 합리성이 인정되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다. 외국과 관련된 요소가 국제사법상 연결점일 뿐만 아니라 해당 법률관계의 법률적 쟁점과 밀접한 관련이 있는 경우에 해당하므로, 판례가 제시한 '밀접관련성'의 요건은 충족된다고 보아야 한다.

대상판결과 같이 불법행위지에 체류한 목적이나 기간 등의 구체적이고 개별적인 사정을 고려하여 국제사법 적용 여부를 달리하는 것은 법적 안정성을 침해할 여지가 있다.[37] 외국과 관련된 요소가 우연적인 의미를 가진다고 하여 이러한 요소를 고려하지 않을 법적 근거는 없으며, 본 사안에서 카타르국은 가해자와 피해자의 공통된 노무제공지로서 불법행위가 발생할 것을 충분히 예측할 수 있었다고 볼 것이므로 불법행위지가 우연적 의미를 갖는 데 지나지 않는다고 판단한 것에도 동의하기 어렵다.[38]

또한 대상판결과 같은 입장을 취하게 되면 국제사법 제1조와 제21조의 관계가 모호해진다. 만약 불법행위지를 제외한 국제사법상 연결점들이 모두 대한민국과 관련이 있는 경우라면 국제사법의 적용이 부정되는 것이 아니라 국제사법 제21조에 따라 준거법 지정의 예외를 인정할 것인지가 문제될 것이다. 섭외사법에는 국제사법 제21조와 같은 준거법 지정의 예외조항이 없었기 때문에 외국과 관련된 요소가 해당 법률관계와 근소한 관련이 있는 경우 아예 섭외사건성 자체를 부정하는 해석을 한 것으로 이해된다.[39] 그러나 국제사법에서는 불법행위가 문제된 사안에서 불법행위지가 외국인 이상 국제사법 제1

37) 만약 불법행위지에 체류한 목적이나 기간을 고려하는 경우, 이 사건에서 일방당사자가 카타르국에 일상거소를 두고 거주 중인 경우, 여행 중인 경우, 사고가 카타르국에 간 지 22일이 아니라 6개월이나 1년 뒤 발생한 경우 등에는 국제사법의 적용 여부가 달라질 수 있다. 그러나 이와 같이 세세한 사실관계에 따라 국제사법 적용대상인지 여부를 달리 판단하는 것은 법적 혼란을 초래할 우려가 있다.

38) 이헌묵, "외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제1호 (2016), 106.

39) 다만 섭외사법에서도 섭외사건성 자체를 부정할 것이 아니라 '섭외사법의 이념'에 비추어 국제사법 제21조를 적용한 것과 동일한 결론을 도출할 여지도 있다. 서울중앙지방법원 2025. 1. 17. 선고 2023나14901 판결(미확정, 대법원 2025다211052호로 계속 중)은 "구 섭외사법은 현행 국제사법 제21조 제1항과 같은 준거법 지정의 예외조항을 두고 있지 않으나, 준거법 지정의 예외조항은 규율의 대상인 생활관계와 가장 밀접한 법을 발견하여 구체적 사안에서 정당한 연결원칙을 실현하려는 구 섭외사법의 이념으로부터 도출되는 것이므로, 현행 국제사법 제21조는 준거법 지정의 예외를 두는 형성적 근거조항이 아니라 확인조항에 불과하다고 보아야 하고, 따라서 구 섭외사법이 적용되는 사안의 경우에도 현행 국제사법 제21조에서 정한 요건이 충족되는 경우에는 구 섭외사법이 정한 일반적인 준거법 지정 원칙과 달리 규율의 대상인 생활관계와 가장 밀접한 관련이 있음이 명백한 국가의 법을 준거법으로 정하여야 한다."라고 판시한 바 있다.

조의 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'에 해당된다고 보아 국제사법을 적용하고, 국제사법 제45조 제1항에 따른 불법행위의 준거법이 외국법이더라도 그 외국법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 국제사법 제21조에 따른 준거법 지정의 예외를 인정하여 그 다른 국가의 법이 준거법이 된다고 보는 것이 타당하다.[40]

나. 필리핀국 국립노동위원회 경매 판결(대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결)

(1) 사실관계

대한민국 법인인 채권자는 필리핀국 법인인 필립스 엑스포트 인더스트리즈 아이엔씨(Phillips Export Industries, Inc., 이하 '필립스사')로부터 그 소유의 신발부품 제조용 기계(이하 '이 사건 기계')를 대외부채(foreign loan) 변제의 목적으로 양도받아 필립스사에 점유개정의 형태로 임대하였다. 필립스사의 해고근로자들은 필리핀국 국립노동위원회(National Labor Relations Commission)가 시행한 경매절차(이하 '이 사건 경매절차')에서 이 사건 기계를 낙찰받았다. 그 후 필리핀국 내에서 이 사건 기계에 대하여 필리핀국 국민인 위 해고근로자들과 대한민국 국민인 소외 1과의 사이의 매매계약, 소외 1과 대한민국 국민인 채무자 사이의 매매계약이 순차로 체결되었다. 이 사건 기계는 위 각 매매계약이 체결된 후 필리핀국에서 반출되어 대한민국에 반입되었다. 채권자 회사는 이 사건 기계의 원래 소유자는 채권자 회사이고 이 사건 경매절차는 무효라고 주장하며 채무자를 상대로 점유이전 및 처분금지가처분을 신청하였다. 이 사건에서는 채무자가 이 사건 기계의 소유권을 적법하게 취득한 것인지 여부가 문제되었다.

(2) 법원의 판단

원심판결[41]은 이 사건 당사자인 채권자와 채무자가 모두 국내 법인이거나 자연인이고 소유권 유무가 다투어지는 이 사건 기계가 이미 필리핀국에서 반출되어 국내로 반

40) 석광현, "편의치적에서 선박우선특권의 준거법 결정과 예외조항의 적용", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제24집 제1호 (2015), 151에서는 만일 섭외사법에 국제사법 제21조와 같은 조항이 있었다면, 카타르 판결에서 대법원이 사안의 섭외사건성을 부정하지 않으면서도 공통의 속인법을 적용함으로써 한국법을 준거법으로 인정할 수 있었을 것이라고 한다.

41) 부산고등법원 2004. 5. 19. 선고 2002나8667 판결.

입된 만큼 이를 섭외사건으로 규율하기보다는 국내법에 따라 해결함이 상당하다는 이유로, 채무자가 이 사건 기계의 소유권을 취득하였는지에 관하여 국내법을 적용하여 판단하였다.

그러나 대상판결(대법원 2008. 1. 31. 선고 2004다26454 판결)은 본 사안의 법률관계를 구 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계'로 보아 구 국제사법을 적용하여 그 준거법이 필리핀국법이라고 판단하였다. 이 사건은 필리핀국 국립노동위원회가 시행한 경매절차에서 필리핀국 국민인 해고근로자들이 필리핀국 법인에 대한 채권자로서 필리핀국 내에 있던 이 사건 기계를 낙찰받은 것이 유효한지, 그 뒤 필리핀국 내에서 이 사건 기계에 대하여 순차로 체결된 위 해고근로자들과 내국인인 신청외인 사이의 매매계약(이하 '이 사건 제1계약'), 신청외인과 채무자 사이의 매매계약(이하 '이 사건 제2계약', 이 사건 제1계약과 총칭하여 '이 사건 각 계약')의 효력은 어떤지가 문제되는 사건으로서, 위와 같은 각 매매계약이 체결된 후 우연한 사정에 의하여 이 사건 기계가 국내로 반입되었고, 이 사건 채권자와 채무자가 모두 내국인이라고 하더라도 그 전에 이루어진 모든 외국적 요소를 무시한 채 국제사법의 규정에 따르지 않고 곧바로 내국법을 적용하는 것은 합리적이라고 할 수 없다고 판시하였다.

구 국제사법 제19조(국제사법 제33조)는 "동산 및 부동산에 관한 물권 또는 등기하여야 하는 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다(제1항). 제1항에 규정된 권리의 득실변경은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 목적물의 소재지법에 의한다(제2항)"라고 규정한다. 대상판결은 이 사건 각 계약이 체결된 당시 목적물인 이 사건 기계가 필리핀국 내에 있었으므로 채무자가 이 사건 기계에 관한 소유권을 취득하였는지 여부에 대하여 필리핀국법을 적용하여 그 법률효과를 판단하였다.

(3) 검토

대상판결은 이 사건의 법률적 쟁점이 ① 필리핀국 국립노동위원회가 시행한 경매절차에서 필리핀국 국민인 해고근로자들이 필리핀국 법인에 대한 채권자로서 필리핀국 내에 있던 이 사건 기계를 낙찰받은 것이 유효한지, ② 그 뒤 필리핀국 내에서 이 사건 기계에 대하여 순차로 체결된 이 사건 각 계약의 효력임을 밝힌 뒤, 본 사안이 구 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계'에 해당한다고 판단하였다. 즉, 이 사건의

법률적 쟁점과 밀접한 관련이 있는 국제사법상 연결점, 즉 이 사건 기계의 소재지, 이 사건 각 계약의 체결지 등이 필리핀국이라는 이유로 '밀접관련성'이 인정된다고 판단하여 국제사법을 적용한 것으로 판단된다. 이 사안에서 채권자와 채무자가 모두 대한민국 법인이거나 국민이고, 이 사건 기계가 이 사건 각 계약 체결 후 우연한 사정에 의하여 대한민국으로 반입되었다고 하더라도 이러한 점들이 앞서 살펴본 외국적 요소를 부정할 수 있는 근거가 된다고 볼 수 없다. 대상판결은 양 당사자의 국적이나 설립등기지가 대한민국이더라도 물건 소재지, 계약 체결지 등 국제사법상 연결점이 외국과 밀접한 관련이 있다면 구 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계'에 해당하여 구 국제사법에 따라 준거법을 정하여야 한다는 점을 명확히 하였다는 점에서 의의가 있다.

다. 미르의 전설 2 판결(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결)

(1) 사실관계

대한민국 법인인 원고 주식회사 액토즈소프트(이하 '액토즈소프트')와 소외 주식회사 위메이드(이하 '위메이드')는 '미르의 전설II(또는 미르의 전설2)'(이하 '이 사건 저작물 1')와 '미르의 전설3-ei(또는 미르의 전설3)'(이하 '이 사건 저작물 2', 이하 이 사건 저작물 1, 2는 통칭하여 '이 사건 각 저작물')의 공동저작재산권자이다. 원고는 2003. 12. 26. 소외 회사를 상대로 소외 회사가 공동저작자인 원고의 동의 없이 다른 회사에 이 사건 저작물 1에 대한 라이선스를 부여한 행위가 원고의 저작권을 침해한다는 등의 이유로 컴퓨터프로그램사용금지가처분을 신청하였고, 원고와 소외 회사 사이에 위 사건에서 2004. 4. 29. 이 사건 재판상 화해가 성립하였다. 이 사건 재판상 화해의 주요 내용은 소외 회사가 원고에게 이 사건 각 저작물에 관한 원고 공유지분의 양도를 구하지 않기로 하고, 이 사건 각 저작물과 관련하여 실질적으로 각자 영업을 하고 거래처를 발굴하며, 이 사건 각 저작물로 발생하는 매출에 관하여 이 사건 재판상 화해에서 정한 비율대로 원고와 소외 회사의 수익을 분배하는 것 등이다.

소외 회사는 이 사건 게임저작물 사업부분을 물적 분할하여 피고 주식회사 전기아이피(이하 '전기아이피')를 설립하기로 하고, 이 사건 저작물에 관한 저작권을 '이전대상 IP 목록'에 포함한 분할계획서를 작성하여 주주총회 결의를 거친 후 2017. 5. 23. 분할등기와 피고의 설립등기를 마쳤다(이하 '이 사건 물적 분할').

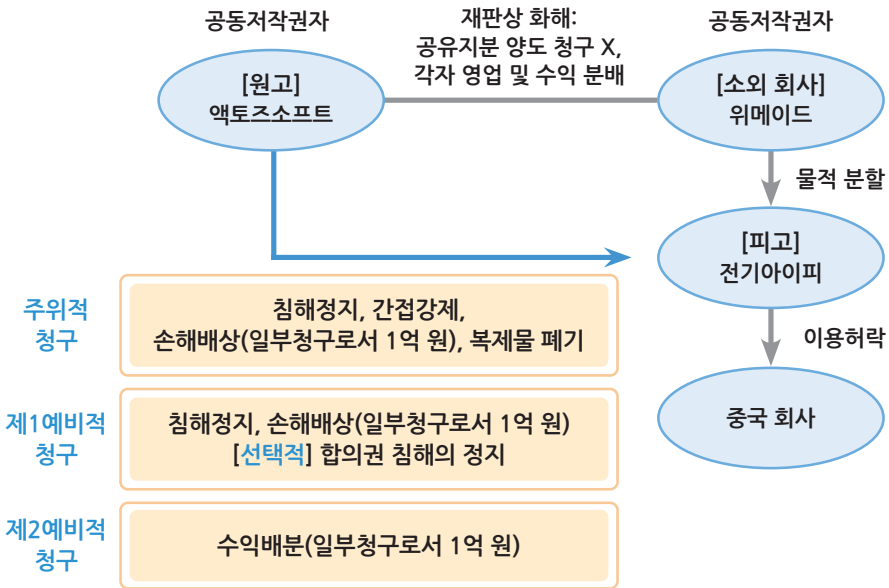
그 후 피고는 2017. 6.경부터 2018. 5.경까지 제3자인 중화인민공화국의 법인들(이하 '중국 회사')과 사이에, 피고가 중국 회사로 하여금 이 사건 각 저작물을 이용하여 모바일 게임 또는 웹 게임 개발 등을 할 수 있도록 허락하는 내용의 이용허락계약을 체결하였다. 피고가 중국 회사와 체결한 이용허락계약은 장소적 범위를 전 세계로 하거나 중국을 포함한 일부 지역으로 한정하였다. 피고는 위와 같이 이용허락계약을 체결하면서 그 체결 시기를 전후하여 원고에게 해당 계약서를 보내는 등 연락을 하였다. 그러나 원고는 피고가 이용허락을 할 계약 상대방을 알려주지 않았다거나 피고의 통지가 사후 통지에 불과하다는 등의 이유로 피고의 이용허락계약에 동의하지 않았다.

원고는 피고를 상대로 다음과 같은 청구를 하는 이 사건 소를 제기하였다. ① 원고는 피고를 상대로 주위적으로 피고가 이 사건 물적 분할에 따라 이 사건 각 저작물에 관한 소외 회사의 저작재산권 지분을 승계하는 것에 대하여 원고가 동의하지 않았으므로 피고는 그 저작재산권자가 아님에도 제3자로 하여금 모바일 게임 개발 등에 이 사건 각 저작물을 이용할 수 있도록 허락함으로써 제3자와 공동으로 저작재산권(2차적 저작물작성권) 등 침해행위를 하였다고 주장하며 침해정지, 간접강제, 손해배상(일부 청구로서 1억 원)을 청구하는 한편, 피고가 이 사건 각 저작물을 무단으로 복제하여 저작재산권(복제권)을 침해하였다고 주장하며 복제물의 폐기를 청구하였다. ② 또한 원고는 피고를 상대로 설령 피고가 소외 회사로부터 이 사건 각 저작물의 저작재산권을 승계한 저작재산권자라도, 제1 예비적으로 피고가 이 사건 각 저작물의 공동저작자인 원고와의 합의 없이 제3자로 하여금 모바일 게임 개발 등에 이 사건 각 저작물을 이용할 수 있도록 허락함으로써 원고의 저작재산권(2차적 저작물작성권) 등에 대한 제3자의 침해행위에 교사 또는 방조의 형태로 가담하였다고 주장하며 침해정지와 손해배상(일부 청구로서 1억 원)을 청구하는 한편, 그와 선택적으로 저작권법 제48조 제1항의 합의권을 침해하였다고 주장하며 합의권 침해의 정지를 구하였고, 제2 예비적으로 피고가 제3자에게 이 사건 각 저작물을 이용허락함에 따라 얻은 수익인 사용료 중 원고의 지분 비율 50%에 해당하는 금액(일부 청구로서 1억 원)의 분배를 청구하였다.[42] 사안의 개요를 그림으로

42) 한편, 원고 엑토즈소프트는 소외 위메이드를 상대로 별도의 소송을 제기하였다. 원고는 주위적으로, 위메이드가 이 사건 각 저작물의 공동저작자인 원고와의 합의 없이 제3자로 하여금 이 사건 각 저작물을 이용할 수 있도록 허락함으로써 저작권법 제48조 제1항에 따른 원고의 합의권을 침해하였고, 원고의 저작재산권(2차적 저작물작성권) 등에 대한 제3자의 침해행위에 교사 또는 방조의 형태로 가담하였다고 주장하면서 침해정지와 간접강제, 손해배상(일부 청구로서 356억 원)을 청구하였다. 예비적으로는 위메이드가 제3자에게 이 사건 각 저작물을 이용함에 따라 얻은 수익인 사용료 중 원고의 지분 비율 50%에 해당하는 금액(일부 청구로

정리하면 아래 [그림 1]과 같다.

[그림 1] 미르의 전설 2 판결: 사안의 개요



(2) 법원의 판단[43]

(가) 원심판결에서의 준거법 판단

원심판결(서울고등법원 2020. 6. 25. 선고 2019나2013948 판결)은 제1심판결(서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2017가합576442 판결)의 판단을 유지하면서 그 내용을 일부 수정 및 보충하였다. 원심판결에서의 준거법 판단은 ① 소외 회사의 물적 분할로 피고가 소외 회사의 저작권을 승계하는지 여부를 판단하는 준거법(저작권 귀속

서 356억 원)의 분배를 청구하였다. 이 사안에서는 저작재산권 공동침해행위의 준거법이 쟁점이 되었는데, 원심판결(서울고등법원 2020. 6. 25. 선고 2019나2013931 판결) 및 상고심 판결(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250585 판결)의 각 법리는, 원고가 피고 전기아이피를 상대로 한 이 사건 원심판결(서울고등법원 2020. 6. 25. 선고 2019나2013948 판결) 및 상고심 판결(대상판결)(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결)의 각 법리와 동일하다.

43) 제1심판결은 서울중앙지방법원 2019. 1. 25. 선고 2017가합576442 판결, 원심판결은 서울고등법원 2020. 6. 25. 선고 2019나2013948 판결, 상고심 판결(대상판결)은 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결, 환송 후 항소심 판결은 서울고등법원 2025. 7. 10. 선고 2024나2020537 판결, 환송 후 상고심 판결은 대법원 2025. 12. 11. 선고 2025다215926 판결이다.

의 준거법)에 관한 판단과, ② 저작권 침해행위의 준거법에 관한 판단으로 나누어진다. ①은 주위적 청구에 대한 준거법 판단, ②는 제1 예비적 청구에 대한 준거법 판단이며, 제2 예비적 청구에 관하여는 준거법 판단을 하지 않았다.

1) 저작권 귀속의 준거법

원심판결은 저작권 귀속의 준거법에 관하여, 이 사건의 주된 쟁점(저작권의 귀속 및 다른 공동저작권자 사이의 동의 없는 공동저작물의 이용허락)은 모두 국내 법인인 원고와 피고에 대한 것이며, 금지청구 및 손해배상청구 역시 모두 국내 법인인 피고를 상대로 하는 것이라는 이유로, 베른협약이나 구 국제사법에 따라 준거법을 지정하지 않고 곧바로 대한민국 법률(상법)을 적용하였다.

원고는 피고의 이용허락행위와 그에 따른 라이선시인 중국 회사의 저작물 복제, 배포 등의 행위는 중국 내에서 원고의 저작권을 침해하는 공동침해행위로서 베른협약 제5조 제2항에 따라 보호국법인 중국법이 준거법이 된다고 주장하였다. 그러나 원심판결은 저작권자의 결정과 관련하여 베른협약 제14조의2 제2㈀항은 '영상저작물의 저작권자의 결정은 보호가 요구되는 국가의 법에 의한다.'는 규정만 두고 있을 뿐 다른 저작물 일반에 대한 규정은 없으므로, 저작권의 권리자, 권리의 성립 및 소멸, 양도의 사안에 관하여는 저작물이 발행된 곳이나 저작자의 거주지 내지 소재지와 같은 저작물의 본국법에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다. 원심판결은 만일 원고 주장과 같이 베른협약 제5조 제2항을 확대해석하여 침해지국에 따라 저작자의 귀속이 달라진다고 해석한다면, 동일한 저작물에 대하여 침해지국의 법률에 따라 저작권자가 바뀔 수 있게 되고, 그 저작물에 대한 이용허락을 받으려는 제3자가 어느 당사자를 상대로 이용허락계약을 체결하여야 하는 것인지 불안정한 상태에 놓이게 된다고 하였다. 나아가 설령 원고 주장과 같이 보호국법이 준거법이 된다고 하더라도, 원고가 구하는 것은 원고의 중국 내에서의 이용허락행위의 금지라기보다 국내에서 이용허락행위의 금지로서 장소적 효력범위를 중국으로 할 뿐이므로 침해지는 국내로 보아야 한다는 이유에서 베른협약에 따라 이 사건에 적용될 준거법도 대한민국법이라고 판시하였다.

2) 저작권 침해행위의 준거법

원심판결은 저작권 침해행위의 준거법에 관하여, 이 사건의 주된 쟁점은 모두 국

내 법인인 원고와 피고에 대한 것이며, 금지청구 및 손해배상청구 역시 모두 국내 법인인 피고를 상대로 하는 이상 베른협약이 적용되어 외국법인 중국법이 적용될 여지는 없다는 이유로, 대한민국 법률(저작권법)을 적용하였다.

(나) 대상판결에서의 준거법 판단

대상판결(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결)은 원심판결에 준거법에 대한 법리오해가 있다고 판단하고, 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다. 대상판결은 원심판결과 같이 주위적 청구에 관하여 저작권 귀속의 준거법을, 제1예비적 청구에 관하여 저작권 침해행위의 준거법을 각 판단하였다. 대상판결은 제2예비적 청구에 관하여는 주위적 청구 및 제1예비적 청구에 관한 상고를 받아들이므로 제2예비적 청구에 관한 상고는 살피지 않고 공동저작재산권자의 이익분배청구의 준거법에 관한 판단을 생략하였다.

1) 저작권 귀속의 준거법

대상판결의 저작권 귀속의 준거법에 관한 판단 중 법리에 관하여 설시한 부분을 살펴보면 아래와 같다.

> "피고가 이 사건 물적 분할로 소외 회사의 중국 내 저작재산권을 승계하는지 여부는 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하므로 그 법률관계에 적용될 준거법을 정하여야 한다.
>
> 대한민국이 가입한 국제조약은 일반적으로 민법이나 상법 또는 국제사법보다 우선적으로 적용되고, 국제조약이 적용을 배제하거나 직접적으로 규정하고 있지 않는 사항에 대하여는 법정지의 국제사법에 따라 결정된 준거법이 적용된다(대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결 등 참조). 대한민국이 가입한 「문학적 · 예술적 저작물의 보호를 위한 베른협약」 (Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 이하 '베른협약'이라 한다)은 저작권에 대한 보호의 범위와 구제의 방법 등에 관하여 규율하고 있으나 회사분할에 따른 저작권 승계 여부 등은 규정하고 있지 않으므로, 이러한 사항에 대하여는 법정지의 국제사법에 따라 결정된 준거법이 적용된다.
>
> 구 국제사법(2022. 1. 4. 법률 제18670호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제24조는 "지식재산권의 보호는 그 침해지법에 의한다."라고 규정하여 보호국법주의를 채

택하고 있다. 저작권의 성립과 내용, 저작권의 이전이 가능한지 여부, 저작권의 이전과 귀속에 어떠한 절차나 형식의 이행이 필요한지 여부 등은 저작권의 대세적인 효력이나 저작권 자체의 보호와 밀접하게 관련되어 있으므로, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항에 대하여는 구 국제사법 제24조에 따라 보호국법이 준거법으로 결정되어 적용된다. 한편 저작권 이전의 원인이 된 계약 등의 법률관계는 단지 그 목적물이 저작권일 뿐 성질상 저작권의 대세적인 효력이나 저작권 자체의 보호에 관한 것이 아니어서 구 국제사법 제24조에 따라 준거법을 결정할 수는 없고, 그 계약 등의 법률관계에 관하여 적용될 준거법을 별도로 결정하여야 한다."

대상판결은 위와 같은 법리에 따라 베른협약은 저작권에 대한 보호의 범위와 구제의 방법 등에 관하여 규율하고 있으나 회사 분할에 따른 저작권 승계 여부는 규정하지 않으므로, 피고가 이 사건 물적 분할로 소외 회사의 이 사건 각 저작물에 관한 중국 내 저작재산권을 승계하는지에 대해서는 법정지인 대한민국의 국제사법에 따라 결정된 준거법이 적용된다고 판시하였다.

대상판결은 저작권 승계원인이 된 법률관계인 이 사건 물적 분할은 법인의 설립에 관한 것이므로 구 국제사법 제16조(현행 국제사법 제30조) 본문에 따라 피고 설립의 준거법인 대한민국 상법이 준거법이 된다고 판시하고, 분할로 신설된 회사는 분할회사의 권리와 의무를 분할계획서에서 정하는 바에 따라 승계하므로(상법 제530조의10), 특별한 사정이 없는 한 피고가 분할계획서에서 정한대로 소외 회사의 중국 내 저작재산권을 승계한다고 볼 여지는 있다고 하였다.

그렇지만 소외 회사의 중국 내 저작재산권의 이전이 가능한지 여부와 그 이전과 귀속에 어떠한 절차나 형식의 이행이 필요한지 여부 등의 법률관계에 관하여는 구 국제사법 제24조(현행 국제사법 제40조)에 따라 보호국법이 준거법이 되는데, 이 사건에서 보호국법은 중국의 법률이므로 중국의 법률을 적용하여 위 사항을 판단해 보아야 한다고 판시하였다.

2) 저작권 침해행위의 준거법

대상판결에서의 저작권 침해행위의 준거법에 관한 판단 중 법리에 관하여 설시한 부분을 살펴보면 아래와 같다.

“피고의 중국 회사에 대한 이 사건 각 저작물의 이용허락과 관련된 부분은 ‘피고가 중국 회사로 하여금 중국에서 이 사건 저작물을 이용하도록 함으로써 중국 회사와 공동으로 원고의 중국 내 저작재산권을 침해하는 행위를 하였다.’는 것이다. 이는 외국적 요소가 있는 법률관계에 해당하므로 그 법률관계에 적용될 준거법을 정하여야 한다.

대한민국이 가입한 국제조약인 베른협약 제5조 제2항은 “저작권에 대한 보호의 범위와 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률에 의한다.”라고 규정하여 보호국법주의를 채택하였고, 여기서 말하는 ‘보호가 주장되는 국가’란 그 영토 내에서의 침해행위에 대하여 보호가 주장되는 국가로서 침해지 국가를 의미한다. 따라서 저작권 보호에 관한 외국적 요소가 있는 사건에서는 베른협약 제5조 제2항이 우선 적용되어 그에 따라 보호국법(침해지법)이 준거법이 되고, 베른협약이 준거법에 관하여 적용을 배제하거나 직접적으로 규정하고 있지 않는 사항에 대하여는 법정지의 국제사법에 따라 결정된 준거법이 적용된다.”

대상판결은 위와 같은 법리에 따라 “대한민국과 중국은 모두 베른협약의 가입국인데, 원고는 중국 회사가 원고의 중국 내 저작재산권을 침해하는 행위에 피고가 교사 또는 방조하여 그 저작재산권을 공동으로 침해하였다는 이유로 중국에서의 보호를 주장하고 있는 것이므로 준거법은 베른협약 제5조 제2항에 따라 보호국법(침해지법)인 중국의 법률이 된다.”라고 판시하였다.

(3) 검토

원심판결은 본 사안이 외국적 요소가 없다고 보아 곧바로 대한민국법(상법, 저작권법)을 적용한 반면, 대상판결은 외국적 요소를 인정하여 베른협약과 구 국제사법에 따라 준거법을 지정하였다. 대상판결은 저작권 귀속의 준거법에 관하여, 물적 분할의 효과에 대해서는 구 국제사법 제16조에 따라 대한민국법(상법)이, 저작재산권 이전의 가부 및 그 이전과 귀속에 필요한 절차나 형식에 대해서는 구 국제사법 제24조에 따라 중국법이 각 준거법으로 적용된다고 판단하였다. 한편 대상판결은 저작권 침해행위의 준거법은 베른협약 제5조 제2항에 따라 중국법이 된다고 판단하였다. 원심판결과 대상판결의 각 준거법 판단에 관한 내용을 정리하면 아래 [표 2]와 같다.

[표 2] 미르의 전설 2 판결: 원심판결과 대상판결의 각 준거법 판단

사항	원심판결	대상판결
저작권 귀속의 준거법 (소외 회사의 물적 분할로 피고가 소외 회사의 중국 내 저작권을 승계하는지 여부 판단의 준거법)	외국적 요소 × → 대한민국법(상법)	외국적 요소 ○ → 베른협약에 회사분할에 따른 저작권 승계에 관한 규정 × → 국제사법에 따른 준거법 지정 ① 물적 분할의 효과(구 국제사법 제16조): 대한민국법(상법) ② 저작재산권 이전의 가부(可否) 및 그 이전과 귀속에 필요한 절차나 형식(구 국제사법 제24조): 중국법
저작권 침해행위의 준거법 (피고의 이용허락계약이 원고의 공동저작권을 침해하였는지 여부 판단의 준거법)	외국적 요소 × → 대한민국법(저작권법)	외국적 요소 ○ → 베른협약에 따른 준거법 지정 베른협약 제5조 제2항: 중국법

원심판결은 본 사안에서 “이 사건의 주된 쟁점은 모두 국내 법인인 원고와 피고에 대한 것이며, 금지청구 및 손해배상청구 역시 모두 국내 법인인 피고를 상대로 한다”는 점을 이유로, 구 국제사법 제1조의 ‘외국적 요소가 있는 법률관계’를 부인하였다. 원심판결은 이 사건의 주된 쟁점의 내용 자체가 ‘중국 내 저작재산권의 승계 여부’ 및 ‘중국 내 저작재산권에 대한 침해 여부’임에도, 해당 쟁점의 내용이 아니라 해당 쟁점을 다투는 당사자(원고, 피고)와 이 사건 청구의 상대방(피고)에만 초점을 맞추고 있다. 원심판결의 논리에 따르면 원고와 피고가 모두 대한민국 법인이면, 그 밖에 국제사법상 연결점에 해당하는 외국적 요소가 있더라도 구 국제사법을 적용할 수 없게 된다. 국제사법의 다양한 연결점 중에서 당사자의 설립등기지에만 초점을 맞추어 이를 기준으로 외국적 요소의 존부를 판단하는 원심판결은 타당하다고 볼 수 없다.

본 사안은 중국 내 저작권의 귀속 및 저작권 침해행위가 문제된 사안으로, 중국이 보호국(침해지)이다. 또한 저작권 침해행위와 관련해서 중국 회사도 피고와 공동으로 침해행위를 한 가해자이다. 지식재산권의 침해지와 가해자의 설립등기지는 국제사법상 연결점으로 기능할 뿐만 아니라 이 사건의 법률적 쟁점과 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 판례의 입장에 따를 때, 저작권 귀속의 법률관계와 저작권 침해의 법률관계 모두 국제사

법상 연결점의 외국과의 '밀접관련성'과 국제사법 적용의 '합리성'이 인정되어 구 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계'에 해당한다.

그 밖에 본 사안의 쟁점에 베른협약이 적용되는지(베른협약의 사항적 적용범위의 문제), 베른협약이 적용된다면 베른협약과 구 국제사법의 적용의 순서는 어떻게 되는지(베른협약의 저촉규정성 및 우선적 지위의 문제) 등도 중요하게 살펴볼 문제이나, 이에 관하여는 제5장 제2절(조약의 저촉규범성 및 우선적 적용 여부)에서 상세히 검토하고자 한다.

3. 순수한 국내적 법률관계에 대하여 준거법을 외국법으로 합의한 경우

순수한 국내적 법률관계에 대하여 준거법을 외국법으로 합의한 경우, 당사자의 의사도 국제사법상 연결점에 해당되므로(국제사법 제45조 제1항) 국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소'가 존재하는 것으로 보아야 한다. 다만 이러한 경우는 모든 요소가 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우로서 관련된 국가의 강행규정은 적용이 배제되지 않는다(국제사법 제45조 제4항).

4. 외국과 관련된 요소가 형식적인 경우(편의치적 등)

국제사법 제1조의 '외국과 관련된 요소' 존부 판단에 있어, 편의치적 등과 같이 그 외국적 요소가 형식적이거나 인위적으로 구성된 경우라 하더라도, 그 존재 자체를 부정하여 국제사법의 적용대상이 아니라고 할 수는 없다. 즉, 외국과의 연결점이 외관상 존재하는 한 해당 법률관계는 국제사법의 적용범위에 속하고, 다만 그러한 연결점이 실질적 생활관계와 단절되어 있는 경우 그 효과는 국제사법 제21조의 준거법 지정의 예외 단계에서 교정되는 것이 원칙이다. 다시 말해, 외국과 관련된 요소가 형식적인 경우, 이는 국제사법의 적용 여부(제1조)의 문제가 아니라, 지정된 준거법을 그대로 적용할 것인지 아니면 최밀접관련지법으로 전환할 것인지(제21조)의 문제로 다루어진다. 다만 후술할 편의치적 관련 판례[44]의 입장을 검토함에 있어서도 확인할 수 있는 바와 같이 외국

44) 편의치적 관련 판례로서 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례로는, 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결, 부산지방법원 2014. 6. 12. 선고 2012가합21822 판결(확정), 부산지방법원 2023. 4. 5. 선고 2021가합52507 판결(확정) 참조, 반면 준거법 지정의 예외를 부정한 판례로는, 광주고등법원 2013. 8. 14. 선고

과 관련된 요소가 형식적이라는 이유만으로 곧바로 준거법 지정의 예외가 적용되는 것은 아니다. 외국과 관련된 요소가 형식적이라고 하더라도 실질적 연결이 분산되어 있거나 지정된 준거법의 작동을 배제할 만큼의 단절성이 입증되지 않는 경우에는 준거법 지정의 예외가 부정될 수 있고, 반대로 형식적 연결이 외관에 그치고 실질적 중심이 일관되게 특정 국가에 귀속되는 경우에는 준거법 지정의 예외가 긍정될 수 있다.

2012나6768 판결(확정), 서울고등법원 2015. 11. 17. 선고 2015나2024476 판결(확정) 참조.

제3장

준거법의 지정

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

제1절 법률관계의 성질결정

I. 개관

법률관계의 '성질결정(characterization)'은 판단의 대상이 되는 법률관계를 국제사법 규정에 포함된 연결대상에 포섭하는 것이다.[45] 법률관계의 성질결정을 어느 국가의 법에 따라 할 것인지에 관하여는 다양한 견해의 대립이 있지만,[46] 법정지법에 따라야 하는 것으로 본다. 법정지의 국제사법의 적용범위는 법정지법(법정지의 실질법)에 따라 결정되는 것이 적절하기 때문이다.[47] 준거법에 따라 성질결정하여야 한다는 견해도 있으나, 성질결정을 하여야 비로소 국제사법에 따라 준거법을 결정할 수 있음에도 준거법에 따라 성질결정을 한다는 것은 논리적으로 모순이라는 점[48]에서 위 견해는 타당하지 않다. 따라서 법정지법인 대한민국에서는 실체로 성질결정하는 데 반하여 준거법 소속국인 외국에서는 절차로 성질결정하는 경우, 대한민국 법원이 어떻게 결정하여야 하는지가 문제된다.

법률관계의 성질결정은 ① 절차(procedure)와 실체(substance) 구별의 문제, ② 실체일 경우 국제사법상 어떠한 법률관계로 성질결정을 해야 하는지의 문제로 나누어 살펴볼 수 있다. 위 ①의 경우 절차로 성질결정되면 국제적으로 널리 인정되는 국제사법 원칙, 즉 '절차는 법정지에 따른다'는 법정지법 원칙(lex fori principle)에 따라 법정지법에 의한다.[49] 법정지법 원칙의 이론적 근거는 외국절차법 적용에 따른 실제적 어려움을 피하려는 현실적 필요성과 법적 안정성의 요청 등을 고려한 합목적성에서 찾을 수 있

45) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 37.
46) 법정지법설, 준거법설, 비교법설, 국제사법 자체설(이익분석론), 기능적(또는 목적론적) 성질결정론, 단계적 성질결정론 등이 있다. 각 학설의 입장에 대해서는, 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 48-50 참조. 법정지법설과 준거법설 외의 다른 견해들은 다소 이론적인 고찰에 그치고 실무상 적용되어 기능하기에는 어려운 점들이 많으므로 그 구체적인 논의는 생략하기로 한다.
47) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 48.
48) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 48.
49) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 38; 대법원 1988. 12. 13. 선고 87다카1112 판결도 "국내에 제기된 재판의 소송절차에 관하여는 당연히 국내의 재판절차법규가 적용되는 것으로서 증거의 증거능력에 관한 규정은 위와 같은 재판절차법규에 다른 아니므로 구두증거의 증거능력을 제한한 욜단국법을 적용할 수는 없는 것"이라고 판시함으로써 법정지법원칙을 명시한다.

다.[50] 절차로 성질결정되면 법정지의 절차법, 실체로 성질결정되면 국제사법에 따른 준거법을 적용한다. 즉, 대한민국 법원에 제기된 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 관한 소송에서 해당 법률관계가 절차로 성질결정되면 법정지인 대한민국의 민사소송법을 적용하여야 하는 한편, 실체로 성질결정되면 국제사법에 따른 준거법을 적용한다. 절차와 실체의 구별에 따라 적용되는 법이 달라지므로, 절차와 실체의 성질결정은 중요한 의미를 가진다. 일반적으로 법률관계의 성립이나 효력에 관한 문제는 실체로 성질결정하고, 권리 또는 의무의 집행에 관한 문제는 절차로 성질결정한다.[51] 이하에서는 실무상 절차와 실체의 구별이 문제되는 사항, 예컨대 상계, 소멸시효, 소송촉진 등에 관한 특례법상의 연체이자, 증명의 정도와 증명책임, 담보권의 실행방법 등에 관하여 어떻게 성질결정하여야 할 것인지에 대해 검토하고, 절차와 실체의 구별기준을 제시하고자 한다.

위 ②의 경우 국제사법 각칙은 법률관계에 따라 준거법을 지정하고 있으므로 판단의 대상이 된 법률관계가 국제사법 규정상 어떠한 법률관계로 포섭될 수 있는지 문제된다. 구체적 사안에서 국제사법 규정상 어떤 법률관계로 성질결정을 해야 할지 문제되는 경우들이 있다. 예컨대 혼인에 의하여 성년자의 지위를 취득한 미성년자가 이혼한 경우 다시 미성년자로 복귀하는지 아니면 성년자의 지위를 그대로 유지하는지가 문제된 경우, 이를 이혼의 효과의 문제로 성질결정하여 이혼의 준거법을 적용해야 하는지, 아니면 일반적 행위능력의 문제로 성질결정하여 행위능력의 준거법을 적용해야 하는지 문제된다. 그 외에도 법률관계의 성질결정이 문제될 수 있는 사항들을 살펴보고, 실무상 지침을 제시하고자 한다.

II. 실체와 절차의 구별

1. 상계

가. 실체로의 성질결정과 상계의 준거법

상계는 당사자 일방의 의사표시에 따라 양 채권이 대등액에서 소멸한다는 점에서

50) 장준혁, "법률행위의 방식과 절차 문제의 구별", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제12권 (2006), 249.
51) 신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018), 97.

채권의 소멸원인 중 하나이므로 실체의 문제에 속한다.[52] 따라서 상계의 준거법은 양 채권의 준거법에 따른다. 대법원 판례도 같은 입장을 취하며,[53] 그 이유에 관하여 하급심판결은 "상계는 변제, 공탁 등과 같이 채권의 소멸원인 중 하나로서 기본적으로 채권 자체의 효력 문제에 해당하므로 섭외적 상계의 요건은 원칙적으로 채권 자체의 준거법에 의해 판단할 것"이라고 판시한 바 있다.[54]

상계에 관하여 양 채권의 준거법에 따르는 경우, 자동채권과 수동채권의 각 준거법이 동일하다면 그 준거법을 적용하면 되지만, 수동채권과 자동채권의 각 준거법이 다른 경우에는 어떠한 채권의 준거법을 적용하여야 할 것인지 문제된다. 이에 관하여는 ① 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 된다는 견해[55]와 ② 자동채권과 수동채권의 각 준거법이 중첩적으로 적용된다고 보는 견해(중첩적용설)[56]가 대립한다.

중첩적용설은 자동채권은 자동채권의 준거법, 수동채권은 수동채권의 준거법에 따라 각 상계의 요건이 충족되는지 여부를 판단하여 각 소멸된 경우에 상계의 효력을 인정한다. 그러나 중첩적용설에 따르면 상계의 요건을 엄격하게 규정한 국가의 법이 사실상 상계의 준거법이 되는 결과를 초래하고, 상계의 효과를 어느 국가의 법에 따라야 할 것인지에 대해서는 설명하지 못하는 문제가 있다.[57]

결국 상계의 요건과 효과를 간명하게 규율하기 위해서는 자동채권과 수동채권의 각 준거법 중 하나의 준거법을 상계의 준거법으로 정하는 것이 적절하다. 상계는 상계를 주장하는 자의 상대방의 채권(수동채권)을 소멸시키는 수단이므로 그 채권이 어느 법에 의하여 규율되는지가 핵심이다. 수동채권의 준거법에 따라 상계의 요건과 효과를 결정하여야 상계를 주장하지 않은 상대방을 보호할 수 있다. 또한 상계를 주장하는 자가 자기에게 유리한 준거법을 주장할 수 있는 자동채권을 끌어와서 상계를 주장하는 상황을 피함으로써 상계의 준거법에 관한 예측가능성과 법적 안정성을 제고하기 위해서는 수동채권의 준거법을 상계의 준거법으로 정할 필요가 있다. 참고로 "계약채무의 준거법에

52) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 40.
53) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다108764 판결.
54) 서울고등법원 2012. 10. 19. 선고 2012나23490 판결(확정).
55) 이헌묵, "국제적 상계의 준거법", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제18집 제1호 (2009), 136.
56) 석광현, "도산국제사법의 제 문제: 우리 법의 해석론의 방향", 사법발전재단, 사법 제4호 (2008), 145.
57) 중첩적용설의 문제에 대해서는, 이헌묵, "국제적 상계의 준거법", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제18집 제1호 (2009), 137-138.

관한 로마규정"[58](이하 '로마 I 규정') 제17조[59]도 수동채권의 준거법을 상계의 준거법으로 정하고 있다.

나. 상계의 준거법 소속국이 상계를 절차로 성질결정하는 경우의 문제

법계에 따라 상계가 실체적 성격 외에 절차적 성격을 가지는 경우도 있는데, 영국의 보통법상 상계가 대표적이다. 영국법상 상계에는 '보통법상 상계(legal set-off)'[60]와 '형평법상 상계(equitable set-off)'가 있다. 보통법상 상계는 자동채권과 수동채권이 서로 연관성 없이 독립적으로 발생한 경우로서 '독립적 상계(independent set-off)'라고도 하는데, 채권의 가액을 확정할 수 있고 양 채권의 이행기가 도래한 경우에 오로지 소송절차에서 소송상 항변으로만 행사할 수 있으며, 상계의 효력이 판결 선고일에 발생한다.[61] 한편 형평법상 상계는 양 채권이 금전채권이고 동일한 거래에서 발생하여 긴밀하게 연관된 경우로서 '거래상 상계(transaction set-off)'라고도 하며, 소송 외에서도 행사할 수 있다.[62] 보통법상 상계는 오로지 재판상 항변으로만 행사 가능하다는 점에서 절차적 성격을 아울러 갖는다.[63]

만약 대한민국 법원에서 제기된 소송에서 상계의 준거법이 영국의 보통법인 경우, 영국의 보통법상 상계가 절차적 성격을 가지더라도 앞서 살펴본 바와 같이 법률관계의 성질결정은 법정지법을 기준으로 하므로 상계는 '실체'로 성질결정하여야 한다.[64] 그

---

58) 정식 명칭은 "Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)"이다. 로마 I 규정은 "계약채무의 준거법에 관한 협약(Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations)"을 대체하여 유럽연합(EU)이 제정한 규정으로, 2008년 6월 17일에 채택되어 2009년 12월 17일부터 적용되고 있다. 로마 I 규정의 원문은 https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj 참조 (2026. 4. 1. 최종 확인).

59) 로마 I 규정 제17조 상계(Set off)
당사자 간에 상계권에 관한 합의가 없는 경우에는, 상계는 그에 대하여 상계권이 주장되는 채권의 준거법(law applicable to the claim against which the right to set-off is asserted)에 의하여 규율된다.

60) 영국의 1729년 및 1735년 상계법(Statute of Set-Off)에 따른 보통법상의 상계를 의미한다. 위 법은 1879년에 폐지되었으나 그에 따른 상계권은 존속하는 것으로 해석되고 있다. Rory Derham, *Derham on The Law of Set-off*, 4th ed., Oxford University Press, (2010), paras. 2.04-2.06; 석광현, "영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제", 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제57권 제1호 (2016), 207-208; 이헌묵, "영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제", 대한변호사협회, 저스티스 통권 제142호 (2014), 42-43.

61) Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd ed., Penguin (2004), 621; Stein v Blake [1996] 1 AC 243.

62) Fuller v Happy Shopper [2001] 1 WLR 1681.

63) 이헌묵, "국제적 상계의 준거법", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제18집 제1호 (2009), 145-147.

64) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 40.

런데 대한민국 법원이 상계를 실체로 성질결정하여 영국의 보통법을 상계의 준거법으로 적용하는 경우에 영국 보통법상 절차적 성격을 가지는 부분까지 대한민국 법원에서 적용할 것인지가 문제된다. 영국의 보통법상 상계의 요건과 효과는 실체적 성격을 가지므로 영국의 보통법에 따라야 하고, 이 점에 관하여 판례도 같은 입장이다.[65] 그런데 상계가 재판상 항변으로만 행사할 수 있다는 점(상계의 방법)은 절차적 성격을 가지는데 이 부분까지 영국의 보통법을 적용하여 대한민국 법원에서도 반드시 재판상 항변에 의해서만 상계권을 행사할 수 있도록 하여야 하는지 문제된다. 판례 중에도 상계의 준거법이 영국 보통법인 경우가 있었으나, 해당 사안에서는 피고가 실제로 소송상 항변을 하였으므로 상계의 방법은 문제되지 않았다.[66] 이에 관하여는 ① 준거법이 영국법인 이상 상계의 방법은 준거법에 따를 사항이고 따라서 영국 보통법상의 상계는 소송상 항변에 의해서만 행사 가능하다는 견해[67]와 ② 상계를 재판상 항변권으로만 사용할 수 있도록 한 점, 즉 상계의 절차적 측면은 그 적용을 배제하여 채권자가 소송 외에서 상계권을 행사할 수 있도록 하여야 한다는 견해[68]가 대립한다. 법률관계의 성질결정은 법정지법이 기준이 되는 것으로, 준거법 소속국에서의 성질결정까지 고려하여 준거법의 적용범위를 확정할 필요가 없다고 본다. 만약 준거법 소속국에서의 성질결정까지 고려하여야 한다면 법률관계의 성질결정의 기준을 법정지법으로 하는 의미를 퇴색시키고, 준거법의 적용범위를 부당하게 축소하는 결과가 될 것이다. 예컨대 상계의 준거법을 영국의 보통법으로 지정하였음에도, 상계의 요건과 효과에 대해서는 영국의 보통법, 상계의 방법에

65) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다108764 판결["영국법상의 상계 제도는 보통법상 상계(legal set off, 법률상 상계라고도 한다)와 형평법상 상계(equitable set-off)가 있는데, 그중 보통법상 상계는 양 채권 사이의 견련관계를 요구하지 않는 등 형평법상 상계와 비교하여 상계의 요건을 완화하고 있지만 소송상 항변권으로만 행사할 수 있어 절차법적 성격을 가진다고 해석된다. 그러나 영국 보통법상 상계 역시 상계권의 행사에 의하여 양 채권이 대등액에서 소멸한다는 점에서는 실체법적인 성격도 아울러 가진다고 할 것이므로 상계의 요건과 효과에 관하여 준거법으로 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다."]

66) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다108764 판결의 사안에서 피고는 2010. 2.경 2차례에 걸쳐 상계의 의사표시를 하고, 2011. 12.경 제1심 계속중 예비적으로 상계의 항변을 하였는데, 2010. 2.경 상계에 대해서는 상계 요건의 미비를 이유로 항변을 배척하였고, 2011. 12.경 예비적 상계가 상계의 요건을 갖추었다고 보아 예비적 상계의 항변을 받아들였다. 위 예비적 상계는 소송상 항변에 의하여 행사한 것이므로, 영국의 보통법이 상계의 준거법인 경우 반드시 소송상 항변에 의해서만 상계권을 행사할 수 있는지, 그 밖에 소송 외에서도 행사할 수 있는지에 대해서는 위 판결에서 다루어지지 않았다.

67) Gerhard Kegel, "Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft", IPRax (1983), S. 23; Reinhold Geimer, "EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit－Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit", *IPRax* (1986), S. 211, Fn. 24 [석광현, "영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제", 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제57권 제1호 (2016), 213에서 재인용].

68) 이헌묵, "국제적 상계의 준거법", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제18집 제1호 (2009), 147.

대해서는 영국의 보통법이 아닌 대한민국의 민법을 적용하는 것은 준거법의 적용범위를 부당하게 축소하는 것으로서 타당하지 않다고 본다. 따라서 영국 보통법이 상계의 준거법이라면 상계의 방법도 영국 보통법에 따라 소송상 항변에 의해서만 행사할 수 있다고 보아야 한다.

한편 상계로써 가압류채권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 있는지의 문제는 상계의 효과 문제가 아니라 채권가압류나 채권압류의 효력의 문제임을 유의할 필요가 있다. 따라서 대한민국 법원에서 상계로써 가압류채권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 있는지가 문제된 경우, 이에 대해서는 상계의 준거법이 아니라 법정지법, 즉 대한민국의 민사집행법이 적용된다. 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다108764 판결은 "외국적 요소가 있는 채권들 사이에서의 상계의 요건과 효과에 관한 법률관계가 상계의 준거법에 따라 해석 · 적용된다고 하더라도, 채권자가 대한민국의 민사집행법에 의하여 가압류명령 또는 채권압류명령 및 추심명령을 받아 채권집행을 한 경우에, 채권가압류명령 또는 채권압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 가압류채권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 있는지 여부는 집행절차인 채권가압류나 채권압류의 효력과 관련된 문제이므로, 특별한 사정이 없는 한 대한민국의 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙이고 상계의 준거법에 의할 것은 아니다."라고 판시한 바 있다.

2. 소멸시효

소멸시효는 권리의 소멸에 관한 문제이므로 실체로 성질결정하여야 한다. 판례도 소멸시효의 문제를 실체로 성질결정하고 이에 대하여 채권의 준거법을 적용한다. 대법원 1992. 10. 27. 선고 91다37140 판결은 외국 보험회사가 국내에서 발생한 불법행위로 손해를 입은 피해자에게 보험금을 지급함으로써 보험자대위의 법리에 따라 피해자가 불법행위자에 대하여 가지는 손해배상청구권을 취득하였음을 들어 구상금청구를 하는 경우 그 손해배상청구권이 시효로 소멸하였는지 여부는 섭외사법 제13조 제1항(법정채권의 성립 및 효력)의 규정에 따라 사고가 발생한 우리나라 민법에 의하여 판단하여야 할 것이라고 판시하였다.

그 외에도 하급심판결을 살펴보면, 채권의 준거법이 미국 조지아주, 뉴저지주, 뉴욕주의 각 주법인 경우에 해당 각 주법에 따라 소멸시효의 중단 및 완성 여부를 판단하

였고,[69] 채권의 준거법이 스위스 채무법인 경우에도 그에 따라 소멸시효 완성 여부를 판단한 바 있다.[70] 또한 주채무의 준거법이 베트남 상법인 경우에 그에 따라 소멸시효 완성 여부를 판단하였으며,[71] 보증채무의 준거법이 러시아 민법인 경우에 그에 따라 소멸시효의 중단 및 완성 여부를 판단하였다.[72]

헤이그국제사법회의가 2015년 채택한 "국제상사계약에 관한 준거법 원칙"(Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, 이하 '헤이그상사계약준거법원칙') 제9조 제1항 (d)호,[73] 로마 I 규정 제12조 제1항 (d)호[74]도 소멸시효(limitation of actions)를 실체로 성질결정하여 계약의 준거법에 따르도록 한다.

3. 소송촉진 등에 관한 특례법상의 연체이자

소송촉진 등에 관한 특례법(이하 '소촉법')상의 연체이자의 성질을 '실체'로 파악하는 것으로 판단된다. 대법원 2012. 10. 25. 선고 2009다77754 판결은 "지연손해금은 채무의 이행지체에 대한 손해배상으로서 본래의 채무에 부수하여 지급되는 것이므로, 본래의 채권채무관계를 규율하는 준거법에 의하여 결정되어야 한다. 한편 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정하는 법정이율에 관한 규정은 비록 소송촉진을 목적

69) 서울중앙지방법원 2024. 12. 6. 선고 2024가단5205579 판결(확정).
70) 서울중앙지방법원 2023. 11. 17. 선고 2022가합544944 판결(확정).
71) 대전지방법원 2023. 10. 17. 선고 2022가단147055 판결(확정). 위 판결에서는 "주채무가 소멸시효 완성으로 소멸된 경우에는 그 보증채무도 부종성에 따라 당연히 소멸한다."라고 하고 있을 뿐 보증채무의 부종성 판단의 준거법은 명시하고 있지 않다. 보증채무가 부종성에 따라 소멸하는지 여부는 보증채무의 준거법에 따를 사항이다. 위 판결에서는 보증채무의 준거법에 대해서는 판단하지 않았다. 보증채무는 주된 채무의 담보를 목적으로 하는 계약이나 주채무와는 독립된 계약으로 별도로 준거법을 정하여야 한다[안강현, 로스쿨 국제거래법, 제10판, 박영사 (2024), 260]. 이 사안에서는 주채무가 공사도급계약에 따른 공사대금 지급채무로서 위 공사도급계약에 베트남법을 준거법으로 하는 합의가 포함되어 있었으므로 구 국제사법 제25조에 따라 베트남법이 준거법으로 지정되었다. 그러나 이 사건 보증계약에는 위와 같은 준거법합의가 없었으므로 구 국제사법 제25조에 따라 준거법을 결정할 수는 없고, 구 국제사법 제26조에 따라 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 된다. 본 사안에서 보증계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법은 베트남법으로 판단되므로, 베트남법이 보증채무의 준거법이다. 따라서 보증채무가 부종성으로 소멸하는지 여부도 베트남법에 의하여 판단하여야 한다.
72) 부산고등법원 2001. 2. 2. 선고 99나5033 판결(확정).
73) 헤이그상사계약준거법원칙 제9조 – 선택된 법률의 적용범위(Scope of the chosen law)
1. 당사자들이 선택한 법은, 특히 다음의 사항을 포함하여, 계약의 모든 측면을 규율한다.
(d) 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효(limitation of actions)와 제척기간
74) 로마 I 규정 제12조 준거법의 적용범위(Scope of the law applicable)
1. 이 규정(Regulation)에 따라 계약에 적용되는 법률은 특히 다음 사항을 규율한다.
(d) 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효(limitation of actions)와 제척기간

으로 소송절차에 의한 권리구제와 관련하여 적용되는 것이기는 하지만 절차법적 성격을 가지는 것이라고만 볼 수 없고 그 실질은 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이므로(대법원 1997. 5. 9. 선고 95다34385 판결, 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결), 본래의 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우에는 위 특례법 규정을 적용할 수 없다고 해석함이 상당하다."라고 판시한 바 있다.[75] 이와 같이 판례는 소촉법상의 연체이자가 실체적 성격과 절차적 성격을 아울러 가진다는 점을 인정하면서도 소촉법상의 연체이자의 실질이 금전채무의 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이라는 점에 주목하여 '실체'로서의 성질을 강조한다. 이에 따라 채권채무관계의 준거법이 외국법인 경우에는 소촉법상의 연체이자를 적용하지 않는다.[76]

소촉법상 연체이자는 그 실질이 금전채무 불이행으로 인한 손해배상의 범위를 정하기 위한 것이라는 점에서는 실체적 성격을 지니나, 소송촉진이라는 소송정책적 고려에 기하여 부과하는 소송상 제도라는 점에서는 절차적 성격을 지닌다. 문제는 실체적 성격과 절차적 성격 중 어떠한 성격에 보다 중점을 두어 성질결정을 할 것인지 여부이다. 생각건대 소촉법상 연체이자는 절차적 성격에 보다 중점을 두어 '절차'로 성질결정을 하여야 할 것으로 판단된다. 소촉법 제1조는 "이 법은 소송의 지연(遲延)을 방지하고, 국민의 권리 · 의무의 신속한 실현과 분쟁처리의 촉진을 도모함을 목적으로 한다."라고 선언하고 있다. 소촉법 제1조에서 밝히고 있는 소촉법의 목적은 모두 소송정책적 고려에 기반한 절차적 이익이다. 또한 소촉법상 연체이자는 소송이 진행된 이후에야 비로소 적용되는 점, 피고가 상당한 이유 없이 원고의 주장을 다투는 경우에 한하여 그에 대한 일종의 제재로서 민 · 상법상의 지연이자에 더하여 부과되고 있다는 점에 비추어 보면,

75) 위 판결에서는 피고에게 구상금 지급의무의 지체에 대한 지연손해금의 지급을 명하면서 소촉법상 특례규정을 적용하지 아니하고 원본채권의 준거법인 미국 해사법(admiralty law)을 적용하였다.

76) 대법원 1997. 5. 9. 선고 95다34385 판결(신용장에 따른 대금지급의무 지체에 대한 지연손해금의 지급을 명하면서 소촉법상 특례규정을 적용하지 아니하고 원본채권의 준거법인 캐나다법을 적용하였다); 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009다10249 판결(신용장에 따른 대금지급의무 지체에 대한 지연손해금 지급을 명하면서 소촉법상 특례규정을 적용하지 아니하고 원본채권의 준거법인 일본국법을 적용하였다); 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다79866 판결(보증채무의 불이행으로 인한 지연손해금의 지급을 명하면서 소촉법상 특례규정을 적용하지 아니하고 보증채무의 준거법인 영국법을 적용하였다) 등 참조. 한편 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결은 준거법이 영국법임에도 소촉법상의 특례규정을 적용한 판결로 소개되기도 하나, 실제로는 준거법인 영국법을 적용한 판결이다. 위 판결은 준거법인 영국법이 지연이율이 판결 선고일까지는 법원의 재량으로 정하고, 판결 선고일 이후에도 영국 통화가 아닌 통화로 이행을 명하는 경우에는 법원의 재량을 정할 수 있도록 규정하고 있다는 이유로 그 이율을 재량으로 정하였다. 즉, 준거법인 영국법을 적용하여 재량으로 정한 이율(연 20%)이 당시 소촉법상의 특례규정에 따른 이율(연 20%)과 일치하였을 따름이다.

소송촉진이라는 절차적 성격이 손해배상 범위 확정이라는 실체적 성격보다 강하다고 판단된다.[77] 학계에서도 소촉법상 연체이자는 실체와 관련되기는 하나, 절차적 성격이 실체적 성격보다 우월하다고 보아 절차로 성질결정하여야 한다는 견해[78]가 다수이다. 소촉법상 연체이자를 '절차'로 성질결정하는 이상 대한민국 법원에 제기된 소송에서 외국법이 준거법이더라도 소촉법상 연체이자가 적용될 수 있다.

4. 증명의 정도와 증명책임

가. 증명의 정도

증명의 정도를 절차로 성질결정하면 대한민국 법원에 계속된 국제민사소송에서 사실인정에는 고도의 개연성에 의한 확신[79]이 필요한 반면, 실체로 성질결정하면 법률관계의 준거법에 따라 증명의 정도가 결정된다. 실체로 성질결정하는 경우 법률관계의 준거법이 영국법이나 미국의 각 주법이라면, 증명의 정도는 영미 민사소송에서 통상 요구되는 증명의 정도인 '증거의 우월(preponderance of evidence)'[80]로 충분하게 된다.

판례는 증명의 정도에 대하여 실체법설의 입장이다. 대법원 2001. 5. 15. 선고 99다26221 판결과 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결은 보험계약에 적용되는 영국 해상보험법 및 관습에 의하면 보험의 목적에 생긴 손해가 부보위험인 해상고유의 위험으로 인해 발생한 것이라는 점에 관한 증명책임은 피보험자가 부담하고 그 증명의 정도는 '증거의 우월(preponderance of evidence)'로 충분하다고 판시함으로써 실체법설을 취하였다.

---

77) 이헌묵, "원본채권 준거법이 외국법인 경우 지연손해금 지급 여부", 법률신문 제3966호 (2011. 9. 18.자), 12, https://www.lawtimes.co.kr/news/105011 (2026. 4. 1. 최종 확인).

78) 이러한 견해로는, 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 40; 이헌묵, "원본채권 준거법이 외국법인 경우 지연손해금 지급 여부", 법률신문 제3966호 (2011. 9. 8.자), 12; 장준혁, "준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제20권 제1호 (2014), 85.

79) 민사소송의 사실인정은 객관적으로는 고도의 개연성, 주관적으로는 법관의 확신이 있을 것을 요한다. 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 727. 판례도 민사소송에서의 증명은 법관의 심증이 확신의 정도에 달하는 것을 가리키고, 그 확신이란 자연과학이나 수학의 증명과 같이 반대의 가능성이 없는 절대적 정확성을 말하는 것은 아니지만, 통상인의 일상생활에서 진실하다고 믿고 의심치 않는 정도의 고도의 개연성을 말하는 것이고, 막연한 의심이나 추측을 하는 정도에 이르는 것만으로는 부족하다고 본다. 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카7730 판결; 대법원 2009. 12. 10. 선고 2009다56603,56610 판결; 대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다6755 판결; 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011다1828 판결 등.

80) Richard H. Field, Benjamin Kaplan & Kevin M. Clermont, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*, Foundation Press (2011), 178.

증명의 정도를 어떻게 성질결정할 것인지는 까다로운 문제이다.[81] 증명의 정도를 '절차'로 성질결정하는 입장에서는 증명의 정도가 소송에서 법관의 지위 및 확신에 이를 정도의 심증 형성과 분리될 수 없을 정도로 밀접하게 관련된다는 점, 증명의 정도는 법정지법에 의하여 규율되는 증거의 평가와 밀접하게 관련된다는 점 등을 논거로 든다.[82] 한편 증명의 정도를 '실체'로 성질결정하는 입장은 증명의 정도는 이를 낮추면 책임범위가 확대되고 이를 높이면 책임범위가 축소되므로 책임을 결정하게 된다는 점을 논거로 제시한다.[83] 증명의 정도는 법관의 심증 형성이나 증거의 평가와 밀접하게 관련되고, 법관에게 증명의 정도를 개별적인 법률관계마다 그 법률관계의 준거법에 따르도록 하는 것은 적절하지 않으므로 '절차'로 성질결정하는 것이 타당하다고 본다. 헤이그상사계약 준거법원칙 제9조 제1항 (f)호의 주석에서도 증명의 정도를 절차의 문제로 본다.[84] 이러한 점에 비추어 보면, 증명의 정도를 실체로 성질결정한 판례의 입장은 추후 변경될 필요가 있다고 본다.

나. 증명책임

증명책임이란 소송상 증명을 요하는 사실, 즉 요증사실의 존부가 확정되지 않을 때 해당 사실을 요건으로 하는 법규의 적용이 부정됨으로써 자기에게 유리한 법률효과를 얻을 수 없게 되는 당사자 한 쪽의 위험 또는 불이익을 말한다.[85] 증명책임은 실체적 권리의무관계의 효과와 밀접한 관계가 있으므로 '실체'로 성질결정을 하여야 한다.

---

81) Haimo Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014), Rn. 775에서는 증명도의 준거법 결정이 국제증거법에서 가장 어려운 문제라고 한다.

82) 석광현, "매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점 – 통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제27집 제1호 (2018), 27-28; 우성만, "영국 해상보험에 있어서 '근인'과 '선장 등의 악행'의 의미 및 입증책임 – 대법원 2005. 11. 25. 선고 2002다59528(본소), 59536(반소) 판결", 판례연구 제18집 (2007), 458-459.

83) Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage (2009), Rn. 2334ff. [석광현, "매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점 – 통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충", 국제거래법학회, 국제거래법연구 제27집 제1호 (2018), 28에서 재인용].

84) The Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau, *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (2015), para. 9.11.에서는 "절차적 추정, 즉, 변론기일에 불출석한 효과 또는 일방 당사자가 보유하고 있는 특정 규범의 제출을 거절한 것의 효과와 같이 절차적 요소에 기초한 추정들은 선택된 법의 범위에서 배제된다. 따라서 증명의 정도와 방법 또한 배제된다."라고 한다. 위 주석의 번역은, 사법연수원, 헤이그 국제상사계약 준거법 원칙 해설 (2017), 53 참조.

85) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 738.

대법원 판례도 증명책임을 실체로 성질결정하여 당해 법률관계의 준거법에 따른다. 앞서 살펴본 바와 같이 판례는 보험계약의 준거법이 영국 해상보험법 및 관습인 사안에서 보험의 목적에 생긴 손해가 부보위험인 해상고유의 위험으로 인해 발생한 것이라는 점에 관한 증명책임에 대하여 영국 해상보험법 및 관습을 적용하여 판단하였다.[86] 한편 헤이그상사계약준거법원칙 제9조 제1항 (f)호,[87] 로마 I 규정 제18조 제1항[88]도 증명책임을 법률관계의 준거법에 따를 사항으로 규정한다.

5. 담보권의 실행방법

대한민국에서 동산에 대한 담보권을 실행하는 경우, 담보권의 실행방법은 절차의 문제로서 법정지법에 따른다는 것이 학계[89] 및 판례의 입장이다. 대법원 1994. 6. 28. 자 93마1474 결정은 "섭외사법 제44조 제4호는 해상우선특권[90]에 의하여 담보된 채권의 종류와 선박에 대한 우선특권의 순위는 선적국법에 의한다고 규정하고 있으므로 이러한 선박우선특권의 성립 여부는 선적국법에 의하여야 할 것이고 따라서 외국선적의 선박이 화물을 운송하던 중 그 화물의 손상 또는 멸실로 인하여 화물소유자가 선박소유자에 대하여 손해배상채권을 취득하는 경우에 그 채권이 해상우선특권에 의하여 담보되는지의 여부 및 그 해상우선특권이 미치는 대상은 그 선적국법에 의하여 결정하여야 할 것이지만, 그러한 해상우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에는 그 실행방법은 우리나라의 절차법에 의하여 규율되어야 한다."라고 판시하여 선박우선특권(해상우선특권)의 실행방법이 절차의 문제임을 명확히 하였다. 이에 따라 위 판결은 채권자가 위 운임채권을 선적국(세인트 빈센트 앤드 더 그리나딘스국)의 선박우선특권에 기하여 집행권원 없이도 압류할 수 있는지의 여부에 관하여 대한민국 민사소송법에 따라 판단하였다.

---

86) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90다카25314 판결; 대법원 2001. 5. 15. 선고 99다26221 판결; 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015다5194 판결 등.

87) 헤이그상사계약준거법원칙 제9조 – 선택된 법률의 적용범위(Scope of the chosen law)
1. 당사자들이 선택한 법은, 특히 다음의 사항을 포함하여, 계약의 모든 측면을 규율한다.
(f) 증명책임(burden of proof)과 법률상의 추정

88) 로마 I 규정 제18조 증명책임(Burden of proof)
1. 이 규정(Regulation)에 따른 계약채무의 준거법은, 그것이 계약채무에 관하여 법률상의 추정 또는 증명책임을 분배하는 규칙을 두는 범위 내에서 적용된다.

89) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 42.

90) 섭외사법 제44조 제4호에서는 '해상우선특권'이라는 용어를 사용하나, 2001년 국제사법 전부개정 시부터 '선박우선특권'이라는 용어를 사용한다(구 국제사법 제60조 제1항, 현행 국제사법 제94조 제1호).

대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다96625 판결은 “선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에 그 실행기간을 포함한 실행방법은 우리나라 절차법에 의하여야 한다.”라고 판시한다. 위 판결은 선박우선특권의 실행방법이 절차의 문제라는 점을 지적하는 데에서 나아가 그 실행기간도 실행방법으로서 절차의 문제라고 판시한 것이다. 그러나 선박우선특권의 실행기간, 즉 제척기간이 절차의 문제인지에 대해서는 의문이 있다. 제척기간은 그 기간 동안 권리를 행사하지 않는 경우 그 권리를 소멸하게 한다는 점에서 권리의 소멸과 밀접한 관련이 있으므로 이를 ‘실체’의 문제로 성질결정하는 것이 적절하다.[91] 헤이그상사계약준거법원칙 제9조 제1항 (d)호,[92] 로마 I 규정 제12조 제1항 (d)호[93]도 제척기간(prescription)을 실체의 문제로 성질결정하여 계약의 준거법에 따르도록 한다.

6. 소결

이상에서 살펴본 실무에서 실체와 절차의 구별이 문제되는 사항을 간략하게 정리하면 아래 [표 3]과 같다.

[표 3] 실체와 절차의 구별

사항	판례	국제규범	결론
상계	실체	실체 (로마 I 규정)	**실체**
소멸시효	실체	실체 (로마 I 규정, 헤이그상사계약준거법원칙)	**실체**
소촉법상 연체이자	실체	–	**절차**
증명의 정도	실체	절차 (헤이그상사계약준거법원칙)	**절차**

91) 석광현, “외국선박에 대한 선박우선특권의 제척기간과 행사방법의 성질결정과 준거법”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제25권 제2호 (2019), 377.

92) 헤이그상사계약준거법원칙 제9조 – 선택된 법률의 적용범위(Scope of the chosen law)
1. 당사자들이 선택한 법은, 특히 다음의 사항을 포함하여, 계약의 모든 측면을 규율한다.
(d) 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효와 제척기간(prescription)

93) 로마 I 규정 제12조 준거법의 적용범위(Scope of the law applicable)
1. 이 규정(Regulation)에 규정에 따라 계약에 적용되는 법률은 특히 다음 사항을 규율한다.
(d) 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효와 제척기간(prescription)

사항	판례	국제규범	결론
증명책임	실체	실체 (로마 I 규정, 헤이그상사계약준거법원칙)	**실체**
담보권의 실행방법	절차	–	**절차**
담보권의 실행기간 (제척기간)	절차	실체 (로마 I 규정, 헤이그상사계약준거법원칙)	**실체**

[표 3]에서 보는 바와 같이 상계, 소멸시효, 증명책임은 '실체'의 문제로, 담보권의 실행방법은 '절차'의 문제로 성질결정하는 것이 타당하고, 판례의 입장도 같다. 다만 앞선 검토에서 판례의 입장과는 다른 결론을 내린 사항은 아래 세 가지이다. ① 소촉법상 연체이자는 판례는 실체로 성질결정하나 절차의 문제로 성질결정하는 것이 적절하다. ② 증명의 정도에 대하여 판례는 실체로 성질결정하나 절차로 성질결정하는 것이 타당하다고 본다. ③ 담보권의 실행기간(제척기간)은 판례는 절차로 성질결정하나 실체로 성질결정하는 것이 타당하다고 본다. 위 세 가지 사항에 대해서는 추후 판례가 법률의 입법취지 및 목적, 헤이그상사계약준거법원칙이나 로마 I 규정 등을 검토하여 그 입장의 변경을 고려할 필요가 있다.

III. 국제사법상 법률관계로의 성질결정

1. 직무발명에서의 특허권의 귀속과 승계, 사용자의 통상실시권 취득 및 종업원의 보상금청구권

직무발명[94]에서의 특허권의 귀속과 승계, 사용자의 통상실시권 취득 및 종업원의 보상금청구권에 관한 사항(이하 '직무발명에서의 특허권 귀속 및 승계 등'이라고만 한다)을 근로계약에 기초한 권리의무관계로 볼 것인지, 아니면 지식재산권의 문제로 볼 것인지가 문제된다. 전자로 보게 되면 근로계약의 준거법(국제사법 제48조)에 따르는 반면, 후자에 따르면 지식재산권의 준거법(국제사법 제40조)에 따르게 된다.

94) "직무발명"이란 종업원, 법인의 임원 또는 공무원(이하 "종업원등"이라 한다)이 그 직무에 관하여 발명한 것이 성질상 사용자 · 법인 또는 국가나 지방자치단체(이하 "사용자등"이라 한다)의 업무 범위에 속하고 그 발명을 하게 된 행위가 종업원등의 현재 또는 과거의 직무에 속하는 발명을 말한다(발명진흥법 제2조 제2호).

직무발명에서의 특허권 귀속 및 승계 등을 어떠한 법률관계로 성질결정할 것인지에 대하여 학계의 견해는 대립된다. 근로계약관계로 보는 견해를 고용관계의 준거법설, 지식재산권의 문제로 보는 견해를 보호국법설이라고 부르기도 한다.[95] 보호국법설은 지식재산권의 속지주의의 원칙을 근거로, 지식재산권의 성립, 효력, 소멸, 침해에 관한 문제를 보호국법에 따르는 것과 마찬가지로 직무발명에 관련된 문제도 보호국법을 준거법으로 하는 것이 타당하다는 입장이다.[96] 한편 고용관계의 준거법설은 직무발명은 분쟁의 중점(center of gravity)이 고용관계에 있다는 점을 근거로 한다.[97] 또한 고용관계의 준거법설은 보호국법설에 따르게 되면 법률관계가 복잡해지므로 법률관계의 안정 및 당사자의 이익보호를 위하여 통일된 규율이 필요하다고 비판한다.[98]

판례는 고용관계의 준거법설의 입장이다. 대법원 2015. 1. 15. 선고 2012다4763 판결은 직무발명에서의 특허권의 귀속 및 승계 등을 근로계약에 기초한 권리의무관계로 성질결정한 이유에 대하여 아래와 같이 판시한다.

> "직무발명에서 특허를 받을 권리의 귀속과 승계, 사용자의 통상실시권의 취득 및 종업원의 보상금청구권에 관한 사항은 사용자와 종업원 사이의 고용관계를 기초로 한 권리의무 관계에 해당한다. 따라서 직무발명에 의하여 발생되는 권리의무는 비록 섭외적 법률관계에 관한 것이라도 그 성질상 등록이 필요한 특허권의 성립이나 유 · 무효 또는 취소 등에 관한 것이 아니어서, 속지주의의 원칙이나 이에 기초하여 지식재산권의 보호에 관하여 규정하고 있는 국제사법 제24조의 적용대상이라 할 수 없다. 직무발명에 대하여 각국에서 특허를 받을 권리는 하나의 고용관계에 기초하여 실질적으로 하나의 사회적 사실로 평가되는 동일한 발명으로부터 발생한 것이며, 당사자들의 이익보호 및 법적 안정성을 위하여 직무발명으로부터 비롯되는 법률관계에 대하여 고용관계 준거법 국가의 법률에 의한 통일적인 해석이 필요하다. 이러한 사정들을 종합하여 보면, 직무발명에 관한 섭외적 법률관계에 적용될 준거법은 그 발생의 기초가 된 근로

95) 김언숙, "직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제17호 (2011), 329-332.

96) 보호국법설을 취하는 견해로는, A. Lucas et H.J. Lucas, *Traité de La propriété littéraire et artistique*, 2nd ed. (Litec, 2001), n. 971 [김언숙, "직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제17호 (2011), 329에서 재인용].

97) 고용관계의 준거법설을 취하는 견해로는, Mireille van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, Kluwer (2003), 188-190; 김언숙, "직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제17호 (2011), 340.

98) 駒田泰土, 職務発明に関する規律と準拠法, 田村善之 · 山本敬三, 『職務発明』, 有斐閣 (2005), 215－216.

계약에 관한 준거법으로서 국제사법 제28조 제1항, 제2항 등에 따라 정하여지는 법률이라고 봄이 타당하다. 그리고 이러한 법리는 실용신안에 관하여도 마찬가지로 적용된다고 할 것이다."

위 판결은 직무발명에서 특허권의 귀속과 승계 등을 근로계약관계로 성질결정하여야 하는 이유로, ① 각국에서 특허를 받을 권리는 하나의 고용관계에 기초하여 발생한 것이라는 점과 ② 당사자들의 이익보호 및 법적 안정성을 위하여 통일적 규율이 필요하다는 점을 근거로 든다.

만일 특허권 그 자체의 성립이나 효력이 문제된다면 지식재산권의 문제로 보아야 한다. 그러나 직무발명에서의 특허권의 귀속과 승계 등에 있어서는 특허권 그 자체의 성립이나 효력이 문제되는 것이 아니라 특허권의 귀속이나 승계로 인한 종업원의 보상금청구 등이 문제된다. 따라서 직무발명에서의 특허권의 귀속과 승계 등은 근로계약관계에 중점이 있는바 근로계약관계로 성질결정하는 것이 타당하다고 본다.

비교법적으로도 오스트리아 국제사법 제34조 제2항은, 직무발명과 업무상 저작물과 관련하여, 종업원발명이나 종업원저작과 같이 종업원의 직무와 관련된 무체재산권과 관련하여 발생하는 사용자와 종업원, 종업원 상호간의 관계는 고용관계의 준거법에 의한다고 명시적으로 규정한다.[99] 그 외 미국법률협회(American Law Institute, ALI)가 2007년 발표한 "지식재산권: 초국가적 분쟁에서의 관할권, 준거법 및 재판을 규율하는 원칙"(이하 'ALI 원칙'이라고 한다) 제311조 및 제313조 제1항 (c)호,[100] 지적재산의 국제사법에 관한 유럽 막스플랑크 그룹(European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, EMPG)이 2011년 발표한 "지적재산권의 국제사법원칙"(이하 'CLIP 원칙'이라고 한다) 제3:503조,[101] 한일 지식재산권 전문가들이 2011년 발표한 "지식재산권의 국제사법원칙(한일공동제안)"(이하 '한일공동제안'이라고 한다) 제

99) 김언숙, "직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제17호 (2011), 331.

100) ALI 원칙은 등록을 요하는 권리의 원시취득은 등록국의 법에 의하고, 계약관계 또는 그 외의 선행하는 관계가 있을 경우에는 그 계약 또는 선행관계의 준거법에 의한다고 규정하고(제311조), 그 외의 권리의 원시적 귀속과 관련하여 당해작품이 고용관계하에서 창작된 경우에는 당해고용관계의 준거법에 의한다고 규정한다[제313조 제1항 (c)호].

101) CLIP 원칙 제3:503조는 직무발명 및 업무상 저작물과 관련된 사용자와 종업원 상호의 의무에 관한 사항, 특히 사용자의 권리청구권과 종업원의 보상금청구에 관한 문제는 당사자의 준거법지정을 인정하고 준거법지정이 없는 경우에는 최밀접관련지, 그것이 없을 경우에는 노무제공지법에 의한다고 규정한다.

308조 제4항도 고용계약의 준거법설의 입장을 채택하고 있다.

2. 제조물책임

제조물책임이란 제조 또는 가공된 동산의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 말한다(제조물책임법 제1조, 제2조). 제조물책임이 계약책임인지 불법행위책임인지 문제되나, 제조업자와 피해자 사이에 계약관계가 없는 경우가 많고, 제조물의 결함으로 발생하는 손해는 생명 · 신체 또는 재산에 대한 손해이므로 불법행위책임으로 성질결정하는 것이 타당하다고 본다. 대법원 판례도 국제제조물책임소송에서 "물품을 제조하여 판매하는 제조자의 불법행위로 인한 손해배상책임에 관한 제조물책임소송에 있어서"라고 판시함으로써 제조물책임을 불법행위책임으로 성질결정하였다.[102]

3. 이혼에 따른 부수적 결과

이혼의 주된 효과는 혼인의 해소이고, 이는 이혼의 준거법(국제사법 제66조)에 따른다. 이혼에 따른 부수적 결과는 이혼에 따라 발생하는 각종 신분적 또는 재산적 효과인데, 이를 이혼의 효력의 문제로 성질결정할 것인지, 아니면 그 외 다른 법률관계로 성질결정할 것인지 문제된다.[103] 이혼의 부수적 결과 중 이혼 당사자 간의 부양의무에 대해서는 국제사법 제73조 제2항에서 이혼의 준거법에 따른다고 명시적으로 규정하나, 그 외 다른 사항들에 대해서는 별도의 명시적 규정이 없다. 이하에서는 이혼에 따른 부수적 결과에 속하는 각 사항들을 어떻게 성질결정할 것인지에 대해서 살펴보고자 한다.

가. 이혼당사자의 성(姓)

혼인의 일방당사자가 혼인 중에 공통으로 사용하던 배우자의 성(姓)을 이혼 후에도 사용할 수 있는지 여부에 대하여 이를 이혼의 효력의 문제로 볼 것인지 인격권의 문제로 볼 것인지 문제된다. 이혼의 효력의 문제로 보는 견해는 이혼당사자의 성을 사용할 수 있는지 여부는 이혼이라는 신분변동의 효과로서 생기는 문제라는 점, 성은 개인의

102) 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결; 서울고등법원 2012. 1. 19. 선고 2011나6962 판결(확정).
103) 신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018), 317.

의사와는 상관없이 법규정에 의하여 변경되거나 결정되는 점, 혼인의 경우에 성의 변경의 문제가 혼인의 효력의 문제로서 혼인의 준거법에 의하는 것과 마찬가지로 이혼당사자가 이혼 후에 성을 계속 사용할 수 있는지는 이혼의 효력의 문제로서 이혼의 준거법에 의하여야 한다는 점[104] 등을 논거로 제시한다. 한편 이를 인격권의 문제로 보는 견해는 이혼 후의 성의 사용 문제는 혼인 중의 성의 변경과는 달리 인격권의 성격이 강하다는 점을 논거로 든다.

이혼 후 성의 사용 여부는 혼인관계 해소에 따른 법률효과라기보다는 개인의 동일성, 사회적 평가 및 자기결정과 밀접하게 관련되는 사항이다. 따라서 이혼 후 이혼당사자의 성의 사용 문제는 인격권의 문제로 파악하는 것이 타당하며, 이혼당사자 각자의 속인법(본국법)을 준거법으로 적용하여야 한다.

나. 부부재산제의 청산과 이혼에 따른 재산분할청구

이혼에 따른 부부재산제의 청산에 대해서는 이혼의 효력의 문제가 아니라 부부재산제의 문제로서 부부재산제의 준거법(국제사법 제65조)에 의하여야 한다는 견해가 다수설이다.[105]

한편 이혼에 따른 재산분할청구는 청산적 요소와 부양적 요소를 포함하므로 어떻게 성질결정하여야 할 것인지 문제된다. 이혼에 따른 재산분할청구를 부부재산의 청산과 이혼 후의 부양으로 구분하여 성질결정하고 부부재산제의 준거법과 이혼에 따른 부양의무의 준거법에 각각 연결할 수도 있을 것이다. 그러나 이혼에 따른 재산분할청구는 그것이 부부재산의 청산적 요소가 포함되어 있거나 부양적 요소가 포함되어 있다고 하더라도 이혼에 따른 재산적 급부의 일환이라는 점에서는 상호보완적 성격이 있으므로 서로 다른 준거법에 연결시키는 것은 적절하지 않다고 본다.[106] 따라서 이혼에 따른 재산분할청구는 이혼의 재산적 효력의 문제로서 이혼의 준거법에 따르는 것이 타당하다고 본다.[107]

---

104) 김연 · 박정기 · 김인유, 국제사법, 제4판, 법문사 (2022), 419.
105) 김연 · 박정기 · 김인유, 국제사법, 제4판, 법문사 (2022), 419; 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016), 359; 신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018), 318; 윤종진, 개정 현대 국제사법, 한올출판사 (2003), 455.
106) 이종혁, "국제혼인과 국제이혼의 준거법에 관한 입법론", 한국가족법학회, 가족법연구 제36권 제1호 (2022), 62.
107) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 318; 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016),

다. 이혼에 따른 위자료 청구

이혼에 따른 위자료 청구에 관해서는 이를 불법행위로 인한 손해배상청구로 보아 불법행위의 준거법을 적용할 것인지, 아니면 이혼에 따른 재산적 급부의 일환으로 보아 이혼의 준거법을 적용할 것인지 문제된다. 이혼에 이르게 된 원인행위에 기한 손해배상청구는 그 자체로서 별도의 불법행위를 구성하므로 불법행위의 문제로 성질결정하여 불법행위의 준거법에 따르도록 하는 것이 적절한 반면,[108] 이혼에 따른 위자료 청구는 이혼의 재산적 효력의 문제이므로 이혼의 준거법에 따르도록 하는 것이 타당하다고 본다.[109] 하급심판결도 이혼으로 인한 위자료 청구는 이혼의 준거법에 따를 사항이라고 판시한 바 있다.[110]

다만 이혼에 따른 위자료의 지급이 부부재산제의 청산에 어떠한 영향을 미칠 것인지에 대해서는 이혼의 효력의 문제가 아니라 부부재산제 청산의 문제로서 부부재산제의 준거법에 따르는 것이 타당하다.[111]

라. 이혼이 혼인에 따른 성년의제에 미치는 영향

혼인에 의하여 성년자로 의제된 미성년자가 이혼에 의하여 다시 미성년자의 지위로 복귀하는지 여부에 관하여, 이를 이혼의 효력의 문제로 성질결정하여 이혼의 준거법을 적용하여야 하는지, 아니면 행위능력의 문제로 성질결정하여 행위능력의 준거법을 적용하여야 하는지 문제된다. 혼인에 의한 성년의제에 관하여 국제사법이 혼인의 준거법을 적용하는 것이 아니라 행위능력의 준거법을 적용하는 점(국제사법 제28조 제1항 제2문)에 비추어 보면, 이혼에 의한 성년의제 복귀의 문제도 이혼의 효력의 문제가 아니라 행위능력의 문제로 보고 행위능력의 준거법에 따르는 것이 적절하다.[112]

359; 이종혁, "국제혼인과 국제이혼의 준거법에 관한 입법론", 한국가족법학회, 가족법연구 제36권 제1호 (2022), 62.

108) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 661.

109) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 661; 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016), 358.

110) 서울고등법원 2015. 5. 26. 선고 2014르710(본소), 2014르727(반소) 판결.

111) 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016), 359.

112) 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016), 358.

제2절 준거법 지정의 예외조항

I. 준거법 지정의 예외조항의 취지

국제사법 제21조는 국제사법의 규정에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와는 단지 근소한 관련만을 가지는 반면, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 예외적으로 그 다른 국가의 법을 적용하도록 규정하고 있다. 다만, 당사자가 합의에 따라 준거법을 선택한 경우에는 이러한 예외가 적용되지 않는다.

국제사법은 원칙적으로 개별 사안과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법, 즉 최밀접관련지법을 준거법으로 지정하고자 한다. 그러나 구체적 사건에 국제사법상의 연결규칙을 기계적으로 적용할 경우, 그 결과로 지정된 준거법이 반드시 최밀접관련지법과 일치하지 않는 경우가 발생할 수 있다. 국제사법 제21조는 이러한 상황을 전제로, 형식적인 연결규칙의 적용으로 인해 사안의 실질적 관련성이 충분히 반영되지 못하는 경우를 보완하고자 마련된 규정이다. 즉, 동 조항은 국제사법이 지향하는 최밀접관련지법 지정이라는 연결원칙을 개별 사건에서 실질적으로 실현함으로써 구체적 타당성과 유연성을 확보하기 위한 취지에서 마련된 것이다.[113]

비교법적으로 볼 때, 연결대상과 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법을 준거법으로 지정하려는 국제사법상의 원칙을 관철하는 방식에는 다음과 같은 유형이 존재한다. 첫째, 최밀접관련지법 원칙을 일반 원칙으로서 선언하는 방법, 둘째, 개별 연결대상별로 특정한 예외조항을 두는 방법, 셋째, 특정 연결대상에 한정하지 않고 일반적 예외조항을 두는 방법이다.[114] 오스트리아 국제사법 제1조는 최밀접관련지법 원칙을 국제사법의 기본원칙으로 선언하여 개별 연결규칙의 해석과 적용을 전면적으로 지배하는 구조를 취함으로써 첫 번째 방식을 채택하고 있다. 이에 비해 독일 구 민법시행법은 법선택

113) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 170에서는 준거법 지정의 예외조항을 둠으로써 "국제사법이 규정하는 연결원칙의 경직화를 막을 수 있다는 장점"이 있으며, 이 조항은 "개별 사건에서 구체적 타당성과 유연성을 확보하기 위한 대가로서 법적 안정성을 부분적으로 희생하는 것"이라고 한다.

114) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 169.

이 없는 경우를 전제로 계약, 근로계약, 계약외 채무, 물권 등 개별 연결대상에 관하여 각각 예외조항을 두는 방식(독일 구 민법시행법 제28조 제5항, 제30조 제2항, 제41조, 제46조 등)을 취하여 두 번째 유형에 해당한다. 한편 스위스 국제사법 제15조와 우리나라 국제사법 제21조는 특정 연결대상에 한정하지 않고 일반적으로 적용되는 예외조항을 두는 방식으로서 세 번째 유형을 채택하고 있다.[115] 즉, 스위스 국제사법 제15조와 우리나라 국제사법 제21조는 개별 연결규칙의 적용을 원칙으로 하되 그 결과가 현저히 부당한 경우에 한하여 예외적으로 이를 수정한다.

II. 국제사법 제21조의 해석론

1. 예외조항 적용의 요건

> **제21조(준거법 지정의 예외)**
> ① 이 법에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 따른다.
> ② 당사자가 합의에 따라 준거법을 선택하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.

국제사법상 예외조항은 준거법 지정에 관한 원칙을 수정하는 기능을 가지므로, 이를 무제한적으로 허용할 경우 법적 안정성과 예측가능성을 해칠 우려가 있다. 이에 따라 국제사법은 예외조항의 적용요건을 엄격하게 설정하고 이러한 요건이 충족되는 경우에 한하여 준거법 지정의 예외를 허용한다. 예외조항은 단순히 법원이 사후적으로 더 타당하다고 판단되는 준거법을 선택할 수 있도록 허용하는 규정이 아니라, 만약 입법자가 해당 사안을 미리 예상하였다면 정형적 연결원칙 대신 다른 연결원칙을 채택하였을 것이라고 평가할 수 있는 경우에 한하여 적용되어야 한다.[116]

국제사법 제21조 제1항 · 제2항의 법문상 예외조항이 적용되기 위해서는 다음의

115) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 169.
116) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 171.

요건이 충족되어야 한다. ① 국제사법에 따라 준거법이 지정되어야 한다. ② 그렇게 지정된 준거법은 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이어야 한다. ③ 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 다른 국가의 법이 존재하여야 하며, ④ 이러한 점이 명백하여야 한다. ⑤ 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택한 경우가 아니어야 한다.

위 ③의 요건, 즉 '가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 존재하는지' 여부는 개별 사안의 모든 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.[117] 위 ④의 요건에 따르면 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 다른 국가의 법이 '명백히' 존재해야 하므로, 어느 국가의 법이 보다 밀접한 관련을 가지는지에 관하여 다소간의 의문이 제기되는 정도만으로는 예외조항을 적용할 수 없고, 개별 연결원칙에 따른 준거법의 조정이 정당화될 만큼 관련성의 현저한 불균형이 요구된다.[118] 마지막으로 위 ⑤의 요건은 당사자자치가 허용되는 영역에서까지 예외조항을 적용할 경우 당사자가 합의에 따라 선택한 준거법을 사후적으로 배제하는 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려한 것이다. 이에 따라 국제사법이 당사자자치를 인정하는 범위 내에서는 제21조에 따른 예외조항의 적용이 원칙적으로 배제된다.

이와 같이 국제사법 제21조의 예외조항은 엄격한 요건하에서 제한적으로 적용되는 규범으로서, 형식적 연결규칙의 기계적 적용으로 인해 사안의 실질적 관련성이 현저히 왜곡되는 경우에 한하여 준거법 지정의 유연성을 확보하기 위한 안전장치로 이해되어야 한다.

2. 종속적 연결원칙의 예외조항에 의한 배제 가부(可否)

종속적 연결의 경우에도 예외조항이 적용될 수 있는지가 문제된다. 국제사법 제52조 제3항은 불법행위가 계약 등 기존의 법률관계와 밀접하게 관련되어 있는 경우, 그 불법행위의 준거법을 해당 법률관계의 준거법에 따르도록 하는 이른바 종속적 연결원칙을 규정하고 있다. 이는 계약관계와 불법행위가 동일한 사실관계에서 발생하는 경우,

117) 학설은 예컨대 사안과 준거법 결정의 기준 시점 사이에 상당한 시간적 괴리가 존재하는 경우, 장소적 차이가 있는 경우, 또는 문제된 법률관계가 다른 연결대상과 강하게 결부되어 있어 종전 연결이 비정형적 · 불통일적으로 작용하는 경우 등을 예외조항 적용이 고려될 수 있는 전형적인 사례로 들고 있다. 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 제2판, 피데스 (2018), 138.

118) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 171.

준거법의 통일을 통해 법적 안정성과 예측가능성을 확보하려는 데 그 취지가 있다. 만약 계약의 준거법이 당사자자치에 따라 지정되었으나 그 법이 해당 사안과 근소한 관련만을 가지고 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우, 그 계약관계가 불법행위에 의해 침해되었을 때에도 여전히 종속적 연결원칙을 관철하여야 하는지, 아니면 국제사법 제21조의 예외조항을 적용하여 종속적 연결을 배제할 수 있는지가 쟁점이 된다.

이에 대하여는 예외조항 적용을 긍정하는 견해와 이를 부정하는 견해가 대립한다. 부정설(종속적 연결원칙 우선설)[119]은 불법행위의 준거법 결정에 있어 국제사법 제52조 제3항이 정한 종속적 연결원칙은 계약과 불법행위가 기능적으로 결합된 경우 준거법을 통일함으로써 청구권 경합 여부, 계약책임과 불법행위책임의 구별, 손해배상 범위의 판단 등에서 발생할 수 있는 법적 혼란을 예방하는 역할을 한다는 점에 주목한다. 만약 예외조항을 적용하여 불법행위의 준거법을 계약의 준거법과 달리 정하게 되면, 동일한 사실관계에 대하여 서로 다른 법이 적용되는 결과가 초래되어 법적 불확실성이 현저히 증대될 수 있다는 것이다.[120] 특히 부정설은 종속적 연결을 배제할 경우 계약책임과 불법행위책임이 서로 다른 준거법에 따라 판단되어 청구권 경합의 인정 여부를 판단할 준거법을 결정해야 하는 구조적 난점이 발생한다고 지적한다.[121] 따라서 종속적 연결원칙의 취지를 관철하기 위해서는, 설령 계약의 준거법이 사안과 근소한 관련만을 가지더라도 이를 그대로 불법행위의 준거법으로 삼아야 한다고 본다.

이에 반하여 긍정설(예외조항 적용 가능설)[122]은, 국제사법 제21조는 모든 연결규칙에 대해 최밀접관련지법 원칙을 실질적으로 관철하기 위한 일반적 안전장치로서 기능하므로, 종속적 연결원칙 역시 예외조항의 적용 대상에서 원칙적으로 배제될 이유는 없다고 본다. 긍정설에 따르면, 종속적 연결원칙은 어디까지나 계약의 준거법이 해당 법률관계와 실질적인 관련성을 갖는다는 전제하에서 그 정당성이 인정된다. 그러나 당사자자치에 의해 지정된 계약준거법이 사안과 거의 관련이 없는 경우까지 이를 불법행

119) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 172, 주 15.
120) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 172, 주 15.
121) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 172, 주 15.
122) 김인호, "종속적 연결에 의한 불법행위의 준거법", 인권과 정의 통권 제392호 (대한변호사협회, 2009), 98; 이종혁, 국제자본시장법시론: 국제적 증권공모발행에서 투자설명서책임의 준거법, 서울대학교 법학연구총서 95, 경인문화사 (2021), 189.

위의 준거법으로 확장하는 것은, 오히려 국제사법이 지향하는 최밀접관련지법 원칙에 정면으로 반하게 된다. 특히 근로계약과 같이 실질적 생활관계가 특정 국가에 집중되어 있음에도 불구하고 형식적으로만 다른 국가의 법이 준거법으로 지정된 경우에는, 종속적 연결을 기계적으로 관철할 경우 불법행위와 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법이 배제되는 부당한 결과가 발생할 수 있다. 긍정설은 이러한 경우 예외조항을 통하여 종속적 연결을 배제하는 것이 국제사법 제21조의 존재 이유에 부합한다고 본다.

아래와 같은 근거로 종속적 연결에 대해서도 예외조항의 적용을 긍정하는 견해가 보다 타당하다고 판단된다. 첫째, 국제사법 제21조는 개별 연결규칙의 기계적 적용으로 인해 최밀접관련지법이 배제되는 결과를 시정하기 위한 체계적 보정 규범으로서, 그 적용범위를 특정 연결유형에 한정할 명문상 근거가 없다. 종속적 연결원칙 역시 국제사법 체계의 일부인 이상, 그 적용 결과가 현저히 부당한 경우에는 예외조항의 통제를 받는 것이 원칙적으로 자연스럽다. 둘째, 종속적 연결원칙의 목적은 준거법의 통일 그 자체가 아니라, 실질적으로 밀접한 법질서를 중심으로 법률관계를 일관되게 규율하는 데 있다. 계약의 준거법이 사안과 근소한 관련만을 가지는 경우까지 종속적 연결을 관철하는 것은, 종속적 연결의 목적을 형식화하여 오히려 그 취지를 왜곡할 위험이 있다. 셋째, 부정설이 우려하는 법적 불확실성은 예외조항이 엄격한 요건하에서만 적용된다는 점을 고려하면 과장된 측면이 있다. 국제사법 제21조는 단순히 다른 연결 가능성이 존재한다는 사정만으로는 적용될 수 없고, 최밀접관련지법의 존재가 명백한 경우에 한하여 예외적으로 작동한다. 따라서 예외조항의 적용이 무분별하게 확대되어 준거법 결정의 예측가능성을 침해할 우려는 제한적이다.

부정설이 제기하는 청구권 경합 및 준거법 분산에 관한 우려에 대해서도 다음의 이유로 이를 그대로 받아들이기 어렵다. 첫째, 계약책임과 불법행위책임의 준거법이 반드시 일치하여야 할 필연성은 존재하지 않으며, 오히려 각 책임이 형성된 실질적 중심이 어디에 있는지를 기준으로 개별적으로 판단하는 것이 국제사법의 기본 구조에 부합한다. 둘째, 계약의 준거법이 사안과 단지 근소한 관련만을 가지는 경우에는, 그 계약을 침해하는 불법행위 역시 계약관계와의 기능적 결합성이 약화되어 불법행위에 대한 종속적 연결을 정당화하기 어렵다. 셋째, 청구권 경합의 문제는 이를 하나의 준거법에 귀속시켜 일괄적으로 해결하려 하기보다는, 각 청구권별로 정해진 준거법에 따라 실체법상

청구권의 성립 여부, 병존 가능성 및 선택 문제를 판단하는 것이 국제사법 체계에 보다 정합적이다. 이러한 점들을 종합하면, 부정설이 우려하는 청구권 경합 및 준거법 분산의 문제는 그 자체로 예외조항의 적용을 배제할 정도로 설득력이 있다고 보기는 어렵다고 판단된다.

III. 준거법 지정의 예외조항이 문제된 판례의 검토

1. 선박의 편의치적 관련 판례

준거법 지정의 예외조항은 실무상 특히 선박의 편의치적(flag of convenience) 등의 사안에서 적용되어 왔다. 국제사법 제21조(구 국제사법 제8조 제1항)는 형식적 연결점이 우연적이거나 인위적으로 형성된 사안에서 실질적 타당성을 확보하기 위한 장치로 기능하는데, 편의치적선과 관련된 선원 보호 문제는 이러한 예외조항의 적용 가능성이 가장 전형적으로 문제되는 영역 중 하나이다.

가. 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례

(1) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결[123)]

(가) 사실관계 및 법원의 판단

대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결(이하 본 항목에서 “대상판결”이라고 한다)은 편의치적선에 승선한 선원의 임금채권에 관한 선박우선특권의 준거법이 문제된 사건이다. 이 사건에서 문제된 선박은 파나마에 설립된 법인인 에메랄드 라인 오버시즈 인코퍼레이션(EMERALD LINE OVERSEAS INC., 이하 ‘에메랄드 라인’이라고 한다)이 형식상 소유하고 있었으나, 실제로는 대한민국 법인인 퍼스트쉽핑주식회사(이하 ‘퍼스트쉽핑’이라고 한다)가 이를 용선하여 운항을 주도하고 있었다. 퍼스트쉽핑은 선박 운항에 필요한 선원 송출, 임금 및 수당 지급 등 실질적인 운영 전반을 담당하였고, 원고들 역시 이와 같은 구조하에서 선박에 승선하여 근무하였다. 이후 선박에 대하

123) 원심판결은 창원지방법원 2013. 4. 10. 선고 2012나5173 판결(확정), 제1심판결은 창원지방법원 2012. 2. 21. 선고 2010가단58776 판결(확정)이다.

여 대한민국에서 임의경매절차가 개시되었는데, 선박우선특권을 인정하지 않는 파나마 법을 전제로 한 배당표가 작성되자, 선원들이 자신들의 임금채권이 배제된 배당표의 경정을 구하면서 분쟁이 발생하였다.

대상판결은 "위 각 규정[124]의 내용과 취지에 비추어 보면, 선원의 임금채권을 근거로 하는 선박우선특권의 성립 여부나 선박우선특권과 선박저당권 사이의 우선순위를 정하는 준거법은 원칙적으로 선적국법이라고 할 것이나, 선박이 편의치적이 되어 있어 그 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고, 실질적인 선박 소유자나 선박 운영회사의 국적과 주된 영업활동장소, 선박의 주된 항해지와 근거지, 선원들의 국적, 선원들의 근로계약에 적용하기로 한 법률, 선박저당권의 피담보채권을 성립시키는 법률행위가 이루어진 장소 및 그에 대하여 적용되는 법률, 선박경매절차가 진행되는 법원이나 경매절차에 참가한 이해관계인 등은 선적국이 아닌 다른 특정 국가와 밀접한 관련이 있어 앞서 본 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 다른 국가의 법을 준거법으로 보아야 한다."라고 판시하였다.

이에 따라 대상판결은 먼저 선박저당권과 선박우선특권의 준거법에 관하여 국제사법 제60조에 따라 원칙적으로는 선적국법이 적용된다고 전제하였다. 그러나 에메랄드 라인은 편의치적 목적으로 파나마에 설립된 서류상회사에 불과하다는 점을 고려할 때, 선적국인 파나마와 문제된 법률관계 사이에는 형식적인 선적이라는 점 외에 실질적인 관련성이 거의 없다고 보았다. 반면 ① 선박의 실질적인 소유자인 퍼스트쉽핑은 대한민국 법인이고, 법인의 대표와 이사 등 임원 모두가 대한민국 국민으로 구성되어 있는 점, ② 선박이 우리나라를 거점으로 동남아시아 지역으로 운항되고 파나마 항만을 거점으로 운항되지 않은 점, ③ 선박에 승무하는 선원들 중 파나마 국적을 가진 선원은 없고, 모두 대한민국 국적이거나 동남아시아 국가의 국적을 가진 선원들인 점, ④ 퍼스트쉽핑이 작성한 선원고용계약서에는 계약서에서 정하지 않은 사항에 대하여는 대한민국 선원법이나 근로기준법을 적용하기로 하고 있기 때문에 선원근로관계에 관하여는 국내법이 적용되어야 하는 점, ⑤ 선박의 임의경매절차가 대한민국에서 진행되고 있고, 대부분의 경매절차에 참가한 채권자 등의 이해관계인들이 모두 파나마와 관련 없는 대한민

124) 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조 제1항), 구 국제사법 제60조 제1호, 제2호(현행 국제사법 제94조 제1호, 제2호)를 말한다.

국 법인이거나 국민이라는 점 등을 종합하면, 이 사건의 선원 임금채권관계는 대한민국과 가장 밀접한 관련을 가진다고 판단하였다.

대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항의 요건이 충족되었다고 판단하고, 형식적 선적국법인 파나마법이 아니라 선원들의 실질적 사용자이자 선박의 실질적 소유자에 해당하는 대한민국 법인의 법정지법, 즉 대한민국 상법을 이 사건 임금채권과 선박우선특권의 준거법으로 적용하는 것이 타당하다고 판시하였다.

(나) 검토

대상판결은 편의치적선에 승선한 선원의 임금채권에 관한 선박우선특권의 준거법을 판단함에 있어 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조 제1항)의 준거법 지정의 예외를 인정한 첫 대법원 판결이다.[125] 대상판결은 선박에 관한 준거법으로 선적국법을 정하고 있는 국제사법 제60조에도 불구하고, 형식적인 연결점에만 기초한 준거법 지정이 현저히 부당한 경우에는 국제사법상 예외조항을 통해 이를 수정할 수 있음을 명확히 하였다는 점에서 의의가 있다.

준거법 지정의 예외조항을 적용함에 있어서 국제사법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이라는 요건에 대해서는 선박을 소유한 법인이 편의치적 목적으로 파나마에 설립된 서류상회사에 불과하다는 점을 들었다. 한편 대한민국법이 이 사건의 선원 임금채권관계와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법임이 명백하다는 요건 충족 여부를 판단함에 있어서는 ① 선박의 실질적 소유자인 용선회사와 그 임원들의 국적, ② 선박의 주요 운항 거점, ③ 선원들의 국적 구성, ④ 선원고용계약의 내용, ⑤ 임의경매절차가 진행된 장소 및 이해관계인의 구성 등의 요소를 고려하였다.

대상판결은 편의치적선과 같이 인위적으로 형성된 연결점이 문제되는 사안에서 국제사법 제21조가 실질적 법률관계를 기준으로 준거법을 재조정하는 기능을 실제로 수행할 수 있음을 보여준 대표적인 사례로 평가할 수 있다.

---

125) 위 대법원 판결 이전에는 편의치적선과 관련된 판례는 주로 선박의 형식적 소유권 귀속이나 관세법상 조세 포탈 여부 등에 집중되어 있었고, 편의치적선의 법률관계 전반에 적용될 준거법 자체를 본격적으로 문제 삼은 사례는 많지 않았다. 또한 대법원은 선박과 관련된 준거법으로 선적국법을 원칙적으로 적용해 오면서, 국제사법상 준거법 지정의 예외를 인정하는 데에는 비교적 신중한 태도를 유지해 왔다. 최진이, "편의치적 선박의 준거법 지정 논의와 「선원법」 적용 연구", 기업법연구 제34권 제2호 (한국기업법학회, 2020), 218.

(2) 부산지방법원 2014. 6. 12. 선고 2012가합21822 판결(확정)

(가) 사실관계 및 법원의 판단

부산지방법원 2014. 6. 12. 선고 2012가합21822 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 편의치적선에 승선한 선원들의 임금 · 재해보상채권이 선박임의경매절차에서 우선변제될 수 있는지가 문제된 사건이다. 선박 삼호드림호(이하 '이 사건 선박'이라고 한다)는 마셜제도 법인인 에스에이치 탱커스 리미티드(SH Tankers Limited, 이하 '에스에이치 탱커스'라고 한다) 명의로 등록되어 있었으나, 실제 운항과 관리, 선원 채용 및 임금지급 등 이 사건 선박 운영 전반은 대한민국 법인인 삼호해운 주식회사(이하 '삼호해운'이라고 한다)가 담당하고 있었다. 원고들인 선원들은 이 사건 선박에 승선하여 근무하던 중 해적 피랍 사고(이하 '이 사건 재해'라고 한다)를 당하였고, 이후 임금 및 재해보상금을 지급받지 못한 채 이 사건 선박에 대한 경매절차가 개시되자, 자신의 채권이 선박저당권자보다 우선한다는 취지로 배당이의를 제기하였다. 피고는 이 사건 선박의 등록국이 마셜제도이므로 선원채권의 준거법 역시 마셜제도법이 되어야 하고, 이에 따르면 우선변제권이 인정되지 않는다고 다투었다.

대상판결은 선원근로계약에 의하여 발생되는 임금채권인 경우 그 임금채권에 관한 사항은 선원근로계약의 준거법에 의하여야 하고, 선원근로계약에 관하여는 선적국을 선원이 일상적으로 노무를 제공하는 국가로 볼 수 있어 선원근로계약에 의하여 발생하는 임금채권에 관한 사항에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 구 국제사법 제28조 제2항(현행 국제사법 제48조 제2항)에 의하여 선적국법이 준거법이 된다는 점을 전제하면서도, 이 사건에 대하여는 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조)에 따른 준거법 지정의 예외를 적용하여 대한민국법을 준거법으로 삼는 것이 타당하다고 판단하였다.

대상판결은 형식적 선적국인 마셜제도와 이 사건 법률관계 사이에는 실질적인 관련성이 거의 없다고 보았다. 반면 아래와 같은 점을 종합하여 이 사건의 선원 임금 · 재해보상채권관계는 대한민국과 가장 밀접한 관련을 가진다고 보았다. ① 선박의 실질적 운영주체이자 선원들의 실질적 사용자인 삼호해운이 대한민국 법인으로서 그 본점 소재지가 대한민국 내에 있고 그 경영진도 대한민국 국민이고, 다른 당사자인 원고들도 대한민국 국민이다. ② 삼호해운은 자신이 형식적으로 설립한 대한민국 법인 에스지에스엠을 이용하여 원고들과 사이에, 각종 임금을 대한민국 통화(주부식비만 미합중국 통화로

지급)로 지급하고, 승하선을 위한 여비부담은 선원법 제41조, 제42조에 의하기로 하고, 실업수당제도는 같은 법 제40조에 의하도록 하며, 국민연금 · 국민건강보험 · 고용보험은 관련 법령에 의하여 당연 적용하기로 하는 등 대한민국법의 적용을 전제로 하는 내용의 선원근로계약서를 작성하였다. ③ 삼호해운이 선원의 채용 및 관리, 임금지급 업무를 실질적으로 수행해 왔고, 이 사건 재해 후에는 선원법을 비롯한 대한민국 법률에 기초하여 원고들을 비롯한 선원들에 대한 미지급 임금 내지 재해보상금 등의 지급 논의를 하고 관련 문건들을 작성하였으며, 삼호드림호에 승선한 필리핀 선원들은 삼호해운의 대표이사인 甲을 임금체불을 이유로 고소하여 위 甲이 근로기준법 위반으로 대한민국 법원으로부터 약식명령을 받았으며, 또한 위 필리핀 선원들은 대한민국 법원에 회생채무자 삼호해운의 관리인 甲을 상대로 임금청구의 소를 제기하여 일부 승소 판결을 받기도 하였다. ④ 삼호드림호에 승선한 선원들은 대한민국 국민이거나 필리핀 국민인데, 마셜제도 국민인 삼호드림호 선원은 없었으며 삼호드림호가 마셜제도 내 항구를 거점으로 운항한 바도 없다. ⑤ 이 사건 선원근로계약이 마셜제도법과 사이에 가지는 관련성은 에스에이치 탱커스가 마셜제도에 소유주로서 삼호드림호를 선적등록한 점 외에는 존재하지 않을 뿐만 아니라, 에스에이치 탱커스의 법적 실체 또한 분명하지 아니하고, 그 대표이사는 삼호해운의 영업이사인 乙로 대한민국 국민이다. ⑥ 선원근로관계의 실질적인 당사자가 대한민국 법인과 국민인 이 사건에서는, 경제적 약자인 선원들을 보호해야 할 필요성이 크고, 선박국적제도를 남용하여 선원근로관계에 대한 책임과 국내법적 규율을 회피하려는 사용자의 행위를 규제할 필요성이 있다. 위와 같은 논거로 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항을 근거로 선적국법을 배제하고 대한민국법을 준거법으로 적용하였다.

(나) 검토

대상판결은 선적국과의 연결은 이 사건 선박이 형식적으로 마셜제도에 서류상 등록되어 있다는 사실 외에는 존재하지 않고 이 사건 선박의 형식적 소유주인 마셜제도 법인의 실체도 불분명하다는 점을 들어[위 ㈎항 ⑤] 국제사법에 따라 준거법으로 지정되는 마셜제도법이 이 사건 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이라고 판단하였다.

대상판결은 대한민국법이 이 사건 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가진다는 점을 다면적 요소를 들어 뒷받침하였다. 첫째, '인적 연결성' 측면에서, 선박의 실질적 사용자이자 운영주체, 경영진 및 원고들(근로자들)이 모두 대한민국 국민이라는 점을 지적하였

다[위 ㈎항 ①]. 둘째, ‘선원근로계약의 내용’에 비추어 보더라도, 임금 지급 통화가 원화로 정해져 있고, 국민연금 · 건강보험 · 고용보험 등 사회보험제도와 선원법 · 근로기준법의 적용을 전제로 근로관계가 구성되어 있어, 선원근로계약 자체가 대한민국법을 기준 규범으로 설계되어 있음을 확인하였다[위 ㈎항 ②]. 셋째, ‘법률관계의 실제 운영 측면’에서도, 선원의 채용 · 관리 · 임금 지급이 모두 삼호해운에 의해 직접 이루어졌고, 이 사건 재해 발생 이후 보상 논의와 관련 문건 역시 대한민국 법령을 근거로 작성되었으며, 임금체불을 둘러싼 형사 · 민사 절차 또한 대한민국 법원에서 진행되었다는 점을 고려하였다[위 ㈎항 ③]. 넷째, ‘운항 실태와 선원 구성’에 있어서도, 선원들은 대한민국 또는 필리핀 국적이었고, 마셜제도 국적의 선원은 존재하지 않았으며, 선박이 마셜제도 항만을 거점으로 운항한 사실도 없다는 점이 지적되었다[위 ㈎항 ④]. 다섯째, ‘형식적 소유주 법인의 대표자’도 대한민국 국민이라는 점을 고려하였다[위 ㈎항 ⑤]. 여섯째, ‘규범적인 측면’에서 경제적 약자인 선원 보호의 필요성과 국내법적 규율을 회피하려는 사용자의 행위를 규제할 필요성을 고려하였다[위 ㈎항 ⑥].

대상판결의 특징은 대한민국법이 이 사건 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가진다는 점을 판단함에 있어서 사실적 연결요소에 더하여 규범적 · 정책적 고려를 명시적으로 원용하였다는 점이다. 결국 대상판결은 이러한 인적 · 물적 · 계약적 · 절차적 요소와 더불어 선원 보호 및 국내법적 규율 회피행위 규제라는 규범적 목적을 종합적으로 고려하여, 국제사법 제21조에 따른 준거법 지정의 예외를 적용하였다.

(3) 부산지방법원 2023. 4. 5. 선고 2021가합52507 판결(확정)

(가) 사실관계 및 법원의 판단

부산지방법원 2023. 4. 5. 선고 2021가합52507 판결(이하 본 항목에서 ‘대상판결’이라고 한다)은 선적국이 마샬 아일랜드인 선박 MV GOLD GEMINI호(이하 본 항목에서 ‘이 사건 선박’이라고 한다)에 관한 임의경매절차에서 선원들과 선박관리회사 등이 제기한 배당이의 사건이다. 선박의 소유자는 영국령 버진아일랜드(BVI)에 주소를 둔 법인인 골드 어워드 그룹 리미티드(GOLD AWARD GROUP LIMITED)이고, 근저당권자는 영국령 버진아일랜드(BVI) 법인인 피고 크레스트 트레이드 리미티드(Crest Trade Limited)였다. 한편, 대한민국 법인인 훼어선박 주식회사(이하 ‘훼어선박’이라고 한다)는 선주와 체결한 선원 · 선박관리계약(이하 ‘이 사건 관리계약’이라고 한다)에 따라 선

원들의 임금을 지급하고 이를 선주에게 청구하는 구조로 선박을 관리하였으며, 실제로 선원들에게 임금을 지급한 뒤 이를 대위변제한 금액에 대해 선박우선특권을 주장하였다. 선원들(대한민국 국적 및 필리핀 국적)은 2021년 5월부터 8월 사이의 미지급 임금에 관해 경매절차에서 배당을 요구하였다. 경매법원은 2021년 12월 배당표를 작성하면서, 근저당권자인 피고에게 대부분의 매각대금을 배당하고, 선원들에게는 일부 기간의 임금만을 배당하였다. 이에 선원들과 훼어선박은 배당이의의 소를 제기하였다.

이 사건에서 핵심 쟁점은 선원 임금채권과 이를 대위변제한 선박관리회사의 채권에 대해 선박우선특권이 인정되는지, 그리고 그 준거법을 선적국법(마샬 아일랜드법)으로 볼 것인지, 아니면 대한민국법으로 볼 것인지였다. 대상판결은 앞서 살펴본 대법원 2013다34839 판결의 법리에 따라 구 국제사법 제8조의 적용요건 충족 여부를 판단하였다. 대상판결은 이 사건 선박은 선적국을 제외하고 마샬 아일랜드와 아무 관련이 없고 오히려 대한민국과 가장 밀접한 관련성이 있는 것으로 인정되므로, 구 국제사법 제8조 제1항에 따라 이 사건 선박과 관련된 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법은 대한민국법이라고 판단하였다.

대상판결은 대한민국법이 이 사건 선박과 관련된 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 법이라고 판단함에 있어서 아래와 같은 점을 고려하였다. ① 이 사건 선박의 선적국은 마샬 아일랜드이나, 이 사건 선주는 영국령 버진 아일랜드에 형식적인 주소를 두고 있고, 실제로는 대한민국 서울에 주소를 둔 영업소에서 업무를 처리하여 온 것으로 보인다. ② 이 사건 선주와 이 사건 관리계약을 체결한 원고 회사는 대한민국 부산에 주소지를 두고 대한민국에서 영업 활동을 하는 대한민국 회사이다. 그리고 이 사건 선박은 이 사건 관리계약에 따라 대한민국 회사인 원고 회사가 선원의 공급을 포함하여 포괄적으로 관리하여 왔다. ③ 이 사건 관리계약은 대한민국에서 체결되었고, 이 사건 관리계약 내용에 대한민국에서 중재로 분쟁을 해결한다는 내용도 포함되어 있다. ④ 선적국인 마샬 아일랜드는 이 사건 선박의 실질적인 영업활동과 관련이 없는 국가이고, 이 사건 선박이 마샬 아일랜드의 항구를 거점으로 운항하였던 것으로 보이지도 않는다. ⑤ 이 사건 선주의 실질적인 운영자는 대한민국 국적자로 보인다. ⑥ 이 사건 선박에 승선했던 선장, 기관장, 1항사 등 주요 선원들이 대한민국 국민이고, 원고 한국 선원들에 대한 고용계약은 대한민국 부산에서 체결되었으며, 선원들 중 마샬 아일랜드 사람은 없고, 원고 한국

선원들은 대한민국의 국민연금법, 국민건강보험법 및 고용보험법에 따른 각 제도에 가입하였으며, 선주와 선원은 위 각 법에서 규정된 부담금을 지불할 의무가 있고, 대한민국의 표준단체근로협약서가 위 고용계약에 적용되었다. ⑦ 원고 한국 선원들에 대한 고용계약이 체결된 장소가 대한민국 부산이었던 점, 원고 한국 선원들이 국민연금이나 국민건강보험 등 사회보장보험에 가입되었고, 대한민국의 표준단체근로협약서의 적용을 받았던 점 등의 사정들을 종합하면, 원고 한국선원들에 대한 고용계약에 적용하기로 한 법률은 대한민국법이라고 봄이 타당하다. ⑧ 이 사건 선박에 대한 이 사건 경매절차가 대한민국 법원에서 진행되었고, 이 사건 경매절차에서 배당채권자인 원고 회사와 감수보존 업체가 모두 대한민국 법인이고, 피고의 대표자 이사 역시 대한민국 국적자이다.

이에 따라 대상판결은 이 사건 경매절차에서 원고 선원들이나 원고 선원들에게 임금을 대위변제한 원고 회사의 선박우선특권의 성립 여부, 선박우선특권과 다른 채권들 간의 배당우선순위, 이 사건 선박에서 근무한 원고 선원들의 임금채권 등에 대하여는 대한민국법에 따라 판단하여야 한다고 판시하였다.

(나) 검토

대상판결은 편의치적선 사안에서 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조)에 따른 준거법 지정의 예외를 인정한 사례로서, 특히 “가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법” 요건을 판단함에 있어 어떠한 요소들을 고려하여야 하는지를 비교적 구체적으로 제시하고 있다는 점에서 의의가 있다. 법원은 단일한 연결점에 의존하지 않고, 선박의 형식적 국적과 대비되는 실질적 생활관계의 중심이 어디에 형성되어 있는지를 다면적으로 검토함으로써, 예외조항의 적용이 허용되는 범위를 구체화하였다.

대상판결이 “가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법”을 판단함에 있어 핵심적으로 고려한 요소는 ‘실질적 운영주체와 당사자의 인적 연결성’이다. 법원은 선적국이 마샬아일랜드임에도 불구하고, 선주의 실질적 영업거점이 대한민국에 존재하고, 선박관리회사 역시 대한민국 법인이며, 선주의 실질적 운영자와 주요 이해관계자들이 대한민국 국적자라는 점을 중시하였다. 이는 법률관계의 형성 · 운영을 주도하는 실질적 당사자가 어디에 소재하는지를 가장 기초적인 판단 기준으로 삼았음을 의미한다.

다음으로 법원은 ‘계약관계의 형성과 내용’을 중요한 판단 요소로 삼았다. 이 사건

관리계약이 대한민국에서 체결되었고, 분쟁해결 방식으로 대한민국에서의 중재를 예정하고 있다는 점, 선원 고용계약 역시 대한민국 부산에서 체결되었으며 대한민국 표준단체근로협약서가 적용되고 사회보장보험 제도가 대한민국 법령을 전제로 운영되었다는 점 등을 종합하여, 당사자들이 선원근로관계 및 선박관리관계 전반에 관하여 대한민국법을 규범적 기준으로 삼고 있었다고 보았다. 이는 해당 법률관계가 어떠한 국가의 법질서에 의하여 규율될 것인지에 관하여 당사자가 형성하고 있는 합리적이고 객관적으로 인식 가능한 기대, 즉 당사자의 합리적 예측가능성을 평가 요소로 반영한 것으로 이해된다.

또한 대상판결은 '선박의 실질적 운항 · 영업 실태'를 중요하게 고려하였다. 선적국인 마샬 아일랜드가 선박의 실질적 영업활동과 아무런 관련을 가지지 않고, 해당 국가의 항구를 거점으로 운항한 정황도 없다는 점을 들어, 선적국과의 연결이 외관상 등록에 불과하다고 평가하였다. 이는 구 국제사법 제8조 제1항의 전제요건인 "지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐"이라는 요건을 충족시키는 동시에, 최밀접관련지 판단에서 형식적 국적의 비중을 대폭 약화시키는 논거로 기능하였다.

아울러 법원은 '근로관계의 실질적 보호 필요성과 사회보장제도의 결합'이라는 요소를 함께 고려하였다. 선원들이 대한민국 국민으로서 국민연금 · 국민건강보험 · 고용보험에 가입되어 있고, 관련 법령에 따른 부담금이 납부되며, 대한민국의 단체근로규범이 적용되고 있다는 점은, 해당 근로관계가 대한민국의 사회법 질서 속에 편입되어 있음을 보여주는 지표로 활용되었다. 이는 최밀접관련지 판단에서 단순한 사적 거래관계뿐 아니라, 공법적 · 사회보장적 규율과의 결합 정도까지도 평가 요소로 포함시킨 점에서 특징적이다.

나아가 대상판결은 '경매절차의 진행지와 이해관계인의 구성'을 판단 요소로 삼았다. 이 사건 선박에 대한 경매절차가 대한민국 법원에서 진행되었고, 배당채권자와 감수 · 보존업체 등 주요 이해관계인이 모두 대한민국 법인이며, 근저당권자의 대표자 또한 대한민국 국적자라는 사정은, 분쟁 해결의 실질적 중심과 법적 효과가 귀속되는 장소가 대한민국임을 뒷받침하는 요소로 기능하였다.

종합하면, 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항의 "가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법" 요건을 판단함에 있어, ① 실질적 운영주체와 당사자의 인적 연결성, ②

계약 체결지와 계약 내용에 내재된 준거법 지향성, ③ 선박의 실질적 영업 · 운항 거점과 선적국과의 단절성, ④ 근로관계가 사회보장 · 노동법 질서와 결합되어 있는 정도, ⑤ 경매절차의 진행지와 이해관계인의 구성이라는 요소를 고려하였다. 이는 구 국제사법 제8조 제1항이 요구하는 "명백성" 요건을 단일한 연결점이 아니라 여러 요소의 중첩을 통해 구조적으로 입증하려는 접근으로 이해된다. 이러한 판단 구조는 앞서 살펴본 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다34839 판결에서 제시된 편의치적 사안에 관한 예외조항 적용 법리를 충실히 계승 · 구체화한 것으로 평가할 수 있다.

나. 준거법 지정의 예외를 부정한 판례

(1) 광주고등법원 2013. 8. 14. 선고 2012나6768 판결(확정)[126]

(가) 사실관계 및 법원의 판단

광주고등법원 2013. 8. 14. 선고 2012나6768 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 선적국이 파나마인 화물선 '로얄 임페리얼(ROYAL IMPERIAL)호'(이하 '이 사건 선박'이라고 한다)에 대한 임의경매절차에서, 선원들이 체불임금채권에 기초하여 선박우선특권을 주장하며 근저당권자에 대한 배당에 이의를 제기한 사안이다. 원고들은 선원으로서 선박 소유회사인 세광쉽핑과 근로계약을 체결하고 승선하였으나 임금 등을 지급받지 못하였고, 이에 선박에 대한 임의경매절차에서 우선변제를 요구하였다. 반면 피고 한국캐피탈 주식회사는 근저당권자로서, 선박우선특권의 성립 여부 및 그 범위는 국제사법 제60조 제1호에 따라 선적국인 파나마법에 의하여 판단되어야 한다고 다투었다.

대상판결은 선박우선특권에 관한 준거법은 원칙적으로 선적국법에 따른다고 전제한 뒤, 구 국제사법 제8조 제1항의 예외가 적용되기 위해서는 ① 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련만을 가질 것과 ② 다른 국가의 법이 그 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 것이 명백할 것이 함께 인정되어야 한다고 판시하였다. 대상판결은 이 사건 선박의 운영회사인 주식회사 세광쉽핑이 이 사건 선박을 국적취득조건부 나용선[127]

126) 제1심판결은 광주지방법원 순천지원 2012. 10. 25. 선고 2012가합1369 판결이다.

127) '국적취득조건부 나용선'이란 외국 선주로부터 선원 없이 선박만을 일정 기간 임차하면서 선박대금이 포함된 임차료를 임차기간 동안 지급하고, 그 지급이 완료되면 선박의 소유권이 이전되도록 하는 계약을 말한다(외항운송사업 면허 및 등록 등 사무처리요령 제2조 제2호). 이는 선박을 장기로 나용선하면서 용선료의 형태

으로 취득하여 국토해양부장관으로부터 외항화물운송사업 등록증을 교부받은 사실, 이 사건 선박의 일부 선원의 국적이 대한민국인 사실, 주식회사 세광쉽핑이 대한민국 선원법을 적용하여 원고들과 선원근로계약을 체결한 사실, 2009. 10. 1.부터 2010. 1. 15.까지 이 사건 선박의 항해지가 대만, 중국, 일본, 대한민국인 사실, 이 사건 선박의 운영회사인 주식회사 세광쉽핑과 소유자인 아톰 마리타임 에스에이(ATOM MARITIME S.A.)가 대한민국 내 주소를 둔 사실을 인정할 수 있으므로, 이 사건 선박이 대한민국과 어느 정도 관련이 있다고 볼 수는 있다고 판단하였다. 그러나 ① 이 사건 선박의 소유자인 아톰 마리타임 에스에이는 파나마국에 본점을 둔 파나마국 법인인 사실, ② 이 사건 선박에 승선한 선원 중 국적이 대한민국인 선원은 전체 선원의 1/5 정도로 소수에 불과한 사실을 각 인정할 수 있고, 이 사건 선박의 실질적인 근거지 및 주된 항해지가 대한민국이라는 점을 인정할 증거가 없는 점, ③ 선적국을 기준으로 등기등록, 세금부과가 이루어지고 자금 조달도 선적국을 기준으로 이루어지는 경우가 많은 점 등을 더하여 보면, 앞서 인정한 사실만으로는 이 사건 선박의 선박우선특권에 관한 법률관계가 파나마국법과 근소한 관련이 있을 뿐이고 대한민국법이 위 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있음이 명백하다는 점을 인정하기에 부족하다고 판단하였다. 그 결과 대상판결은 준거법 지정의 예외를 부정하고, 선적국인 파나마법을 적용하여 선박우선특권의 성립 범위를 판단하였다.

(나) 검토

대상판결은 편의치적이 문제된 사안임에도 불구하고 구 국제사법 제8조 제1항(현

로 매매대금을 분할 지급하여 결국 소유권을 취득하는 구조로서, 대법원도 이를 "선박매매대금을 용선료의 형태로 지급함으로써 선박의 소유권을 취득하는 계약"으로 설명한다(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다91903, 91910 판결). 2007년 상법 개정에 따라 '나용선'은 '선체용선'으로 용어가 변경되었으므로, 위 상법 개정 이후에는 '국적취득조건부 나용선' 대신 '국적취득조건부 선체용선'이라는 용어를 사용하는 것이 적절하다는 지적이 있다[김인현, "국적취득조건부 선체용선의 법률관계", 한국해법학회지 제39권 제1호 (2017), 9, 주 1; 진호현 · 김진권, "국적취득조건부 나용선 선박의 관할권에 관한 소고", 한국해사법학회, 해사법연구 제24권 제1호 (2012), 36, 주 8]. 상법 제848조 제2항의 "용선기간이 종료된 후에 용선자가 선박을 매수 또는 인수할 권리를 가지는 경우"가 국적취득조건부 선체용선에 해당하며, 선박안전법 제2조 제18호는 '국적취득조건부 선체용선'을 선체용선 기간 만료 및 총 선체용선료 완불 후 대한민국 국적을 취득하는 매선(賣船) 조건부 선체용선으로 정의한다. 국적취득조건부 선체용선계약은 국제적으로 'BBCHP(Bare Boat Charter Hire Purchase)'라고 한다. 국적취득조건부 선체용선계약상 선박의 법적 소유권은 용선기간 동안 해외 특수목적회사(SPC)에 귀속되나, 해운사가 선박을 사실상 자신의 선박과 같이 운항한다는 점에서 경제적으로는 자기 소유 선박에 준하는 성격을 가지며[김인현, "국적취득조건부선체용선(나용선)의 명(明)과 암(暗)", 한국해사문제연구소, 해양한국 제538호 (2018), 88], 용선료는 실질적으로 매매대금의 분할 지급 또는 금융기관 대출의 원리금 상환과 유사한 기능을 수행한다[해사신문, "국적취득조건부 나용선(BBCHP) 선박에 따른 법정분쟁", 2016. 10. 31.자 기사, http://www.haesanews.com/news/articleView.html?idxno=76616 (2026. 4. 1. 최종 확인)].

행 국제사법 제21조)의 적용요건이 충족되지 않는다고 보아 준거법 지정의 예외를 부정한 사례로서, 예외조항의 적용 한계를 분명히 보여준다는 점에서 의의가 있다.

대상판결은 선적국법을 배제하기 위해 요구되는 두 가지 요건, 즉 ① 지정된 준거법이 해당 법률관계와 '근소한 관련'만을 가질 것과 ② 다른 국가의 법이 그 법률관계와 '가장 밀접한 관련'을 가지는 것이 '명백'할 것이라는 요건을 엄격하게 해석하였다. 우선 대상판결은 대한민국과의 관련성을 전면적으로 부정하지는 않았다. 선박의 운영회사(세광쉽핑)가 대한민국 법인이고, 일부 선원이 대한민국 국적이며, 대한민국 선원법을 전제로 근로계약이 체결되었고, 일정 기간 대한민국을 포함한 항로를 운항하였으며, 운영회사와 선주가 국내 주소지를 사용하였다는 점 등은 이 사건 법률관계가 대한민국과 "어느 정도의 관련성"을 가진다는 사정으로 인정되었다. 그럼에도 불구하고 대상판결은 이러한 사정만으로는 선적국인 파나마법이 해당 법률관계와 단지 외관상만 연결되는 수준에 불과하다고 보기에 부족하다고 판단하였다.

특히 대상판결이 준거법 지정의 예외를 부정한 결정적 이유는 다음과 같다. 첫째, 선박의 소유자인 아톰 마리타임 에스에이가 파나마국에 본점을 둔 파나마 법인이라는 점에서 선박의 법적 귀속의 중심은 여전히 선적국에 존재한다고 보았다. 둘째, 대한민국 국적 선원이 전체의 약 1/5에 불과하여 선원 구성의 측면에서도 대한민국이 법률관계의 실질적 중심이라고 보기 어렵다고 평가하였다. 셋째, 선박의 실질적 근거지나 주된 항해지가 대한민국이라는 점을 인정할 만한 증거가 없다는 점을 중시하였다. 넷째, 선적국을 기준으로 선박의 등기 · 등록, 조세, 자금조달이 이루어지는 것이 일반적이라는 해상거래의 구조적 특성을 고려하여 선적국법을 형식적 기준에 불과한 것으로 쉽게 배제하는 데에 신중한 태도를 취하였다. 이러한 요소들을 종합하여 대상판결은 파나마법이 이 사건 법률관계와 '근소한 관련'만을 가진다고 보기도 어렵고, 대한민국법이 '가장 밀접한 관련'을 가진다고 '명백히' 단정할 수도 없다고 결론지었다.

이러한 판단은 앞서 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례들과 대비를 이룬다. 예컨대 앞서 살펴본 대법원 2013다34839 판결이나 부산지방법원 2012가합21822 판결, 부산지방법원 2021가합52507 판결에서는, ① 실질적 운영주체와 경영진의 국적 및 소재지, ② 선원의 국적 구성과 고용계약 체결지, ③ 선박의 주요 운항 거점, ④ 사회보험 · 노동관계법령의 적용 여부, ⑤ 경매절차의 진행지와 이해관계인의 구성, 나아가 ⑥ 편의

치적을 통한 책임회피를 규제하고 선원 보호를 도모할 필요성 등 정책적 고려까지를 누적적으로 종합하여, 선적국법이 실질과 단절되어 있고 대한민국이 법률관계의 중심이라는 점이 명백하다고 평가하였다. 반면 대상판결은 대한민국과의 연결요소들이 존재함을 인정하면서도, 그것이 선적국과의 연결을 '형해화'할 정도로 압도적이지는 않다고 보아, 예외조항 적용의 문턱을 넘지 못한다고 판단하였다.

결국 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항이 단순히 '대한민국과의 관련성이 더 크다'는 정도만으로는 적용될 수 없고, 선적국과의 연결이 사실상 외관적 요소에 불과하며, 다른 국가가 법률관계의 실질적 중심임이 다수의 요소를 통해 구조적으로 입증되어야 한다는 점을 분명히 한 것으로 평가된다. 대상판결은 준거법 지정의 예외가 편의치적이 문제되는 모든 사안에 기계적으로 적용되는 것이 아니라, 연결요소의 밀도와 중첩 정도에 따라 엄격히 제한적으로 작동하여야 함을 확인함으로써 국제사법 제21조(구 국제사법 제8조)의 적용요건을 입체적으로 이해하는 데 중요한 기준점을 제공한다고 볼 수 있다.

(2) 서울고등법원 2015. 11. 17. 선고 2015나2024476 판결(확정)[128]

(가) 사실관계 및 법원의 판단

서울고등법원 2015. 11. 17. 선고 2015나2024476 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 선적국이 파나마인 선박에 대한 임의경매절차에서, 중국 국적 선원들이 체불임금채권을 근거로 선박우선특권을 주장하며 근저당권자인 피고 은행(대한민국 법인)에 대한 배당에 이의를 제기한 사안이다. 선박의 형식적 선주는 파나마에 설립된 법인(KP 6 International S.A.)이었고, 그 지분 전부는 국내에 본점을 둔 선박투자회사가 보유하고 있었다. 원고들은 중국 국적의 선원들로서, 선박의 실제 운항 · 관리를 담당하던 중국 법인과의 고용관계에 기초해 승선하여 근무하였으나 임금을 전부 지급받지 못하였다고 주장하며 경매절차에서 우선변제를 요구하였다.

이 사건의 쟁점은 이 사건이 편의치적의 외형을 갖추고 있다는 점을 전제로 하여, 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조)에 따른 준거법 지정의 예외를 적용해 선적국법을 배제할 수 있는지 여부였다. 원고들은 이 사건에서 경매절차는 대한민국 법

128) 제1심판결은 인천지방법원 2015. 5. 8. 선고 2014가합52526 판결(확정)이다.

원에서 진행되었고, 근저당권자는 대한민국 법인인 점, 또는 원고 선원 전원은 중국 국적이었고 고용주 및 실질적 운항관리 주체 역시 중국 법인인 점 등을 들어 선박우선특권의 준거법은 선적국법(파나마법)이 아니라 구 국제사법 제8조 제1항에 따라 중국법 또는 대한민국법이라고 주장하였다. 반면 피고는 선박우선특권에 관한 준거법은 원칙적으로 선적국법에 따른다는 국제사법 규정에 따라 파나마법이 적용되어야 한다고 다투었다.

대상판결은 이 사건 선박의 선박우선특권에 관한 사항은 선적국법인 파나마국법에 따라 판단함이 원칙이고 이는 이 사건 선박이 편의치적 되어 있다고 하더라도 마찬가지라고 판시하였다. 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항은 선박우선특권을 포함한 선박의 물권에 관하여 선적국법주의를 취하고 있는 국제사법 제60조에 대한 관계에서도 예외규정으로서 적용될 수 있으나 "국제사법 제60조의 규정 사항과 그 취지, 국제사법의 적용에 관한 법적 안정성의 중요성 등에 비추어 위 예외규정에 의한 준거법의 결정은 매우 신중하여야" 한다고 하였다. 대상판결은 이 사건 선박의 선주인 케이피 6 인터내셔날 에스에이(KP 6 International S.A.)의 지분 100%를 보유하고 있는 선박투자회사는 본점을 국내에 두고 있는 대한민국 법인인 점, 이 사건 선박 근저당권자인 피고는 대한민국 법인이고 이 사건 선박에 대한 선박경매절차도 대한민국 법원에서 이루어지고 있는 점 등을 고려하면 원고들과 선정자들의 임금 등 채권을 피보전채권으로 한 이 사건 선박의 선박우선특권에 관한 법률관계가 중국법과 가장 밀접한 관련이 있음이 명백하다고 인정하기 어렵다고 하였다. 또한 법정지 등 여러 면에서 대한민국과 상당한 관련이 있다고 하더라도 원고들과 선정자들이 모두 중국인이고 그 고용주 및 이 사건 선박의 실제 운항 관리자가 모두 중국 법인인 점 등을 고려하면 이 사건 선박의 선박우선특권에 관한 법률관계가 대한민국법과 가장 밀접한 관련이 있다고 보기도 어렵다고 판단하였다. 이에 따라 대상판결은 준거법 지정의 예외를 부정하고 파나마법을 이 사건 선박의 선박우선특권의 준거법으로 적용하였다.

(나) 검토

대상판결은 편의치적이 문제된 사안임에도 불구하고 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조)에 따른 준거법 지정의 예외를 부정하고 선적국법을 준거법으로 유지하였다. 대상판결은 선박우선특권과 같은 선박의 물권관계에 대하여 국제사법 제60조가 채택한 선적국법주의는 국제거래의 예측가능성과 법적 안정성을 담보하는 핵심 원

칙이라는 점에 주목하였다. 대상판결이 "국제사법 제60조의 규정 사항과 그 취지, 국제사법의 적용에 관한 법적 안정성의 중요성 등에 비추어 위 예외규정에 의한 준거법의 결정은 매우 신중하여야 한다"고 명시한 것은, 구 국제사법 제8조 제1항이 선적국법주의에 대한 보충적 · 최후수단적 예외임을 분명히 하면서, 특히 선박물권 분야에서는 형식적 연결점(선적국)을 쉽게 배제할 경우 국제해상거래 질서의 통일성과 안정성이 훼손될 수 있음을 경고한 것으로 이해된다. 즉, 편의치적이라는 사정만으로 곧바로 예외를 적용하기보다는, 선적국법이 해당 법률관계와 "근소한 관련"에 그치고 다른 국가의 법이 "가장 밀접한 관련"을 가진다는 점이 "명백하게" 입증되어야 한다는 엄격한 기준을 재확인한 판결로 평가된다.

한편 대상판결은 준거법 지정의 예외를 부정함에 있어 어떤 요소들이 결정적으로 부족했는지를 비교적 명확히 드러낸다. 첫째, 대안적 준거법의 '명백한 최밀접성'이 입증되지 않았다는 점이다. 원고들은 중국법 또는 대한민국법의 적용을 주장하였으나, 법원은 중국법과 관련하여서는 원고 선원들의 국적, 고용주 및 실제 운항 · 관리 주체가 중국법인이라는 사정만으로는 선박우선특권이라는 물권적 법률관계 전체가 중국법과 "가장 밀접한 관련"을 가진다고 단정하기 어렵다고 보았다. 대한민국법과 관련해서도, 근저당권자와 법정지가 대한민국이라는 사정, 지분을 보유한 투자회사가 국내 법인이라는 사정은 인정하면서도, 선원 전원이 중국인이고 고용관계 및 실제 운항 · 관리가 중국 법인을 통해 이루어진 점을 고려하면 대한민국법이 최밀접관련지법이라고 보기에도 부족하다고 판단하였다. 즉, 법정지 · 담보권자 · 지분 보유자와 같은 절차적 · 금융적 연결만으로는, 선박우선특권이라는 실체적 물권관계의 중심을 다른 국가로 이전시키기에는 불충분하다는 입장을 취한 것이다. 둘째, 대상판결은 선적국과의 관련성이 근소한 수준으로 전락했다고 보기 어렵다는 점을 전제로 한다. 예외가 적용되기 위해서는 지정된 준거법(선적국법)이 단지 외관적 연결점에 불과하여야 한다. 이 사건에서 법원은 선적국법을 단순한 형식적 연결점으로 보지 않았는데, 그러한 판단의 배경에는 선적국이 선박의 등기 · 등록, 담보권 설정 및 해상거래의 공시체계의 중심적 연결점으로 기능한다는 인식이 전제되어 있는 것으로 판단된다. 이는 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례들이 선적국과의 연결을 "서류상 등록 외에는 실질적 관련이 없다"고 평가하면서, 동시에 선박의 실질적 운영주체, 선원 고용관계, 사회보장체계, 계약 준거법 지향성, 경매절차와 이해관계인의 구성 등 다수의 요소가 일관되게 특정 국가에 집중되어 있음을 한 것과 대조된다.

요컨대, 대상판결은 ① 선박물권 분야에서 선적국법주의가 갖는 규범적 무게와 법적 안정성, ② 구 국제사법 제8조 제1항의 예외가 요구하는 '근소한 관련성'과 '명백한 최밀접성'이라는 이중의 엄격요건, ③ 최밀접관련지법을 정당화하기에 결정적으로 부족한 연결요소 등을 근거로 준거법 지정의 예외를 부정하였다. 이는 편의치적 사안이라 하더라도 준거법 지정의 예외를 긍정한 판례들처럼 실질적 운영 · 고용 · 계약 · 사회보장 · 절차 전반이 특정 국가로 일관되게 귀속된다는 점이 입증되지 않는 한, 선적국법을 배제하지 않겠다는 신중한 태도를 분명히 한 판결로 평가된다.

다. 소결

편의치적이 문제된 판례들 중 준거법 지정의 예외를 긍정한 사례는 공통적으로, 선적국 · 등록지 · 형식적 소유자 등 연결점이 법률관계의 형성 · 운영 · 통제와 기능적으로 결합되어 있지 않다는 점에 주목하였다. 구체적으로는, ① 실질적 사용자 · 운영주체의 국적과 본점 소재, ② 선박의 주요 운항 거점 및 영업활동의 중심, ③ 선원 · 근로자의 국적 구성과 노무 제공의 장소, ④ 계약서상 준거법 지향성(임금 지급 통화, 사회보험 · 노동법 준거, 분쟁해결지), ⑤ 임의경매 · 집행 등 절차의 진행지와 이해관계인의 구성 등 생활관계의 실질적 중심을 종합하여, 선적국법이 해당 법률관계와는 근소한 관련만을 가질 뿐이고, 다른 국가의 법이 가장 밀접한 관련을 가진 것이 명백하다고 판단한 경우 준거법 지정의 예외를 적용하였다. 특히 일부 판례는 편의치적을 통해 책임 회피나 국내법 규율 회피가 구조적으로 가능해지는 경우, 경제적 약자인 선원 · 근로자 보호라는 규범적 고려까지 함께 참작하여 최밀접관련지법으로의 전환을 정당화하였다. 결국 형식적 연결점이 '외관적 표지'에 불과하고, 권리 · 의무의 발생 · 이행 · 통제 · 분쟁해결이 전반적으로 다른 법질서에 귀속되는 경우에 준거법 지정의 예외를 인정하였다고 볼 수 있다.

반면 편의치적의 외형이 존재하더라도 예외를 부정한 판례들은 형식적 연결점이 전혀 무의미하다고 볼 수 없거나, 대체로 여러 국가와의 연결이 병존하여 어느 한 국가의 법이 "가장 밀접한 관련을 가진 것이 명백하다"고까지 평가하기 어렵다는 점을 중시하였다. 예컨대, 선적국의 법질서가 등기 · 조세 · 금융 · 담보 등에서 실제로 작동하고, 선원 구성 · 운항 실태 · 계약 구조 · 분쟁해결 관할이 특정 국가로 일방적으로 수렴하지 않거나, 법정지 또는 이해관계인의 일부가 국내와 연결되어 있다 하더라도 선적국법을 배제할 정도의 단절성이 입증되지 않은 경우, 국제사법 제21조의 엄격한 요건을 충족하

지 못한다고 보아 예외를 부정하였다. 특히 선박물권 · 우선특권과 같이 법적 안정성과 예측가능성이 강하게 요청되는 영역에서는, "선적국법을 배제하기 위해서는 매우 신중해야 한다"는 태도를 취하면서, 단순한 국내 절차 진행지나 일부 인적 연결만으로는 최밀접관련의 '명백성'을 인정하지 않았다.

2. 이혼 관련 판례: 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결

가. 사실관계 및 법원의 판단

미국 국적의 원고는 미주리주에 법률상 주소(legal domicile)를 두고 있던 중, 1991년 대한민국 국적의 피고와 서울에서 혼인신고를 하였고, 이후 두 자녀가 출생하였다. 혼인 후 피고는 미국 시민권을 취득하였으며, 부부는 1992년부터 1994년까지 미국 등지에서 거주한 뒤 1994년경 대한민국으로 돌아와, 거주기한을 정하지 않은 채 자녀들과 함께 계속하여 대한민국에서 생활해 왔다. 원고는 미군 장교로 복무하다가 전역한 후 대구 소재 회사에 근무하였고, 피고의 귀책사유로 혼인이 파탄에 이르렀다며 대한민국 법원에 이혼과 함께 친권자 · 양육자 지정을 구하는 소를 제기하였다. 피고는 대한민국에서 소장 부본을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하였다.

이 사건에서의 쟁점은 이혼의 준거법을 후술할 '숨은 반정(hidden renvoi)'의 법리에 따라 법정지법(대한민국법)으로 볼 수 있는지, 나아가 설령 그렇게 지정되더라도 구 국제사법 제8조 제1항의 예외를 적용하여 다시 미주리주법을 준거법으로 볼 수 있는지 여부였다. 대상판결은 상고이유에서 원 · 피고의 국적이 모두 미국이고 대한민국 법원에서 이혼판결을 선고한다고 하더라도 이혼절차 등은 모두 미주리주의 법에 따라서 진행되는 것으로서 대한민국은 이 사건에 대하여 별다른 이해관계가 없는 반면에 미국 미주리주는 그 법률관계와 가장 밀접한 관계가 있으므로, 구 국제사법 제8조 제1항에 따라서 미주리주의 법이 준거법이 되어야 한다고 주장하나, 원 · 피고는 모두 대한민국에 상거소(常居所)를 가지고 있을 뿐만 아니라 종전 주소지인 미주리주의 법에 따른 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성하였으므로 대한민국의 법률인 민법은 이 사건에 대하여 충분한 관련성을 구비한 준거법으로서 이 사건 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이라고 볼 수 없다고 보아 구 국제사법 제8조 제1항에 의한 준거법 지정의 예외를 부정하고 대한민국법을 준거법으로 적용하였다.

나. 검토

대상판결은 이혼의 준거법에 대하여 '숨은 반정(hidden renvoi)'[129]의 법리에 따라 대한민국법을 준거법으로 지정한 이후, 다시 구 국제사법 제8조 제1항에 따른 준거법 지정의 예외를 적용하여 준거법을 미주리주법으로 볼 수 있는지가 문제된 사안에서 준거법 지정의 예외를 부정하였다. 대상판결은 특히 ① 구 국제사법 제8조 제1항의 국제사법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 '근소한 관련'이 있을 뿐이어야 한다는 요건의 의미를 구체화하였다는 점과, ② 예외조항과 반정(특히 숨은 반정)의 적용 순서에 관하여 검토의 여지를 남겼다는 점에서 분석의 가치가 있다.

우선 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항의 전제요건인 "지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐"이라는 요건을 엄격하게 해석하였다. 원 · 피고가 모두 미국 국적이고, 종전 주소지가 미주리주였다는 사정에도 불구하고, 법원은 당사자들이 장기간 대한민국에 상거소를 두고 거주해 왔고, 종전 주소지였던 미주리주법상 '선택에 의한 주소(domicile of choice)'를 대한민국에 형성하였다는 점을 중시하였다. 이러한 사정이 인정되는 한, 대한민국 민법은 이 사건 이혼이라는 법률관계와 "근소한 관련"만을 가지는 법이라고 볼 수 없다고 판단한 것이다. 이는 '근소한 관련'의 판단 기준을 형식적 연결점(국적, 과거의 주소지)이 아니라, 혼인생활의 실질적 중심과 현재의 생활관계가 형성된 장소에 두고 있음을 명확히 한다. 다시 말해 당사자들이 대한민국에 상거소를 두고 혼인생활을 영위해 왔으며, 미국법상 주소 개념까지 대한민국에 형성되었다면, 설령 국적이 외국에 있더라도 대한민국법은 해당 법률관계의 실질을 반영하는 준거법으로서 충분한 관련성을 가진다고 본 것이다. 이러한 접근은 연결요소의 '질적 밀도'와 생활관계의 중심성을 기준으로 준거법과 해당 법률관계의 관련성을 판단하는 입장으로 평가할 수 있다.

다음으로 주목할 점은, 대상판결에서 먼저 숨은 반정의 법리를 적용하여 대한민국법을 준거법으로 도출한 후, 구 국제사법 제8조 제1항에 따른 예외조항의 적용 가능성

129) '숨은 반정(hidden renvoi)'이란 외국의 국제재판관할규정 등에 숨겨져 있는 저촉규정에 의하여 우리나라로 반정을 인정하는 경우이다. 즉, 우리나라 국제사법에 의하면 X국법을 준거법으로 규정되어 있는 한편, X국의 국제사법에 의하면 우리나라가 관할을 가지는 경우 그 관할 속에 준거법의 지정에 관한 내용이 숨어 있는 것으로 보아 우리나라 법원이 우리나라의 실질법을 적용하는 것을 말한다. 숨은 반정의 법리에 관하여는 제3장 제3절 Ⅲ.항에서 후술한다.

을 검토하였다는 점이다. 즉, 외국법(미주리주법)의 국제사법상 관할규칙을 고려하여 법정지법으로 '숨은 반정'이 인정되는지를 판단한 다음, 그 결과로 지정된 대한민국법이 과연 법률관계와 근소한 관련만을 가지는지 여부를 다시 심사하는 방식을 취하였다. 그러나 이에 대하여는 예외조항(국제사법 제21조)과 반정 조항(국제사법 제22조)의 체계적 적용 순서와 관련하여 재검토의 여지가 있다.

예외조항과 반정의 적용 순서에 관하여는, 예외조항을 먼저 적용하여 최밀접관련지법을 확정한 후 반정을 검토하여야 한다는 견해와, 반정을 먼저 고려한 후 예외조항을 적용하여야 한다는 견해가 대립한다. 이와 관련하여 특히 주목할 필요가 있는 것은 예외조항의 기능에 대한 이해이다.

예외조항(국제사법 제21조)을 먼저 적용하여야 한다는 견해[130]는 이를 "준거법 지정 단계에서 최밀접관련지법 원칙을 구현하기 위한 수단"으로 파악한다.[131] 이 입장에 따르면, 우선 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 확정한 다음, 그 법에 대하여 반정을 허용할 것인지 여부를 검토하는 것이 논리적으로 자연스럽다.

이에 반하여 반정(국제사법 제22조)을 먼저 적용하여야 한다는 견해는 예외조항을 "형식적으로 도출된 준거법이 부적절한 경우 이를 사후적으로 교정하는 장치"로 이해한다. 이 견해에 따르면, 국제사법상 준거법 지정은 우선 각 연결규정에 따라 이루어지고, 이 과정에서 외국법이 지정되는 경우에는 그 법질서 전체, 즉 저촉규범까지 포함하여 적용되는 것이 원칙이므로 반정 여부를 먼저 검토하게 된다. 그 결과 도출된 준거법이 구체적 사안에 비추어 해당 법률관계와의 관련성이 현저히 약하거나 부적절한 경우에 비로소 예외조항을 통하여 이를 수정하는 것이 체계적으로 타당하다는 것이다. 이러한 이해에 따르면 예외조항은 최밀접관련지법을 구현하는 규정이라기보다는, 형식적 연결규칙과 반정의 적용 결과에도 불구하고 여전히 부적절한 준거법이 도출된 경우 이를 교정하는 최종적 안전장치로 기능한다고 볼 수 있다.

이 문제를 보다 입체적으로 이해하기 위해서는 비교법적 검토가 유익하다. 유럽연합의 로마 I 규정 제20조[132]는 반정을 명시적으로 배제하고 있고, "이혼 및 법적 별거

130) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 175-176.
131) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 175.
132) 로마 I 규정 제20조 반정의 배제(Exclusion of renvoi)

의 준거법에 관한 유럽연합 로마Ⅲ규정"[133] 제11조[134]도 반정을 배제하고 있다. 이에 따라 EU 법질서에서는 준거법 지정 후 그 법의 저촉규범을 다시 추적하여 반정을 허용할 것인지가 문제되지 않으며, 예외조항이나 공서조항 등은 반정과 경쟁하는 관계에 서지 않는다. 이러한 구조는 준거법 지정 과정의 단순성과 예측가능성을 중시하는 입장을 반영한 것으로서, 연결규칙과 예외조항의 관계를 비교적 명료하게 유지한다.

이에 비하여 스위스 국제사법은 일정한 범위에서 반정을 수용하면서도 예외조항을 별도로 두고 있다. 스위스 국제사법 제14조[135]는 법이 명시적으로 정한 경우에 한하여 반정을 고려하도록 하고, 제15조[136]는 예외조항을 두어 해당 사안이 원래 지정된 법과는 매우 느슨한 관련만을 가지면서 다른 법과 훨씬 더 밀접한 관련을 가지는 경우에는 예외적으로 그 다른 법을 적용할 수 있도록 규정한다. 특히 반정 규정 다음에 예외조항을 배치하고 있는 점은, 형식적으로는 "반정 → 예외조항"이라는 사고 흐름과 친화적인 구조로 이해될 여지가 있다. 즉, 일반 연결규칙과 반정에 따라 일응의 준거법을 도출한

이 규정에 따라 지정되는 국가의 법을 적용한다는 것은, 해당 국가에서 효력을 가지는 법규 중 국제사법 규칙을 제외한 법규를 적용하는 것을 의미한다(The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law).

133) 정식 명칭은 "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"이다. 로마Ⅲ규정은 이혼 및 법적 별거의 준거법을 통일적으로 규율하기 위하여 유럽연합(EU)이 제정한 규정으로, 2012년 6월 21일부터 적용되고 있다. 로마Ⅲ규정의 원문은 https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2010/1259/oj 참조 (2026. 4. 1. 최종 확인).

134) 로마Ⅲ규정 제11조(반정의 배제)
이 규정이 특정 국가의 법의 적용을 규정하는 경우, 이는 그 국가에서 시행 중인 실질법 규정을 의미하며, 그 국가의 국제사법 규정은 포함되지 않는다(Where this Regulation provides for the application of the law of a State, it refers to the rules of law in force in that State other than its rules of private international law).

135) 스위스 국제사법 제14조
1. 준거법이 스위스법 또는 다른 외국법으로의 반정을 지시하는 경우, 그러한 반정은 이 법이 명시적으로 규정하는 때에 한하여 고려된다.
2. 인적 또는 가족적 신분에 관한 사항에서는 외국법으로부터 스위스법으로의 반정을 인정한다.
원문은, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#art_14 (2026. 4. 1. 최종 확인).

136) 스위스 국제사법 제15조
1. 예외적으로, 이 법에 따라 지정된 법은 모든 사정을 고려할 때 해당 사안이 그 법과 매우 느슨한 관련(a very loose connection)만을 가지며 다른 법과 훨씬 더 밀접한 관련을 가지는 것이 명백한 경우에는 적용되지 아니한다.
2. 이 규정은 준거법 선택이 이루어진 경우에는 적용되지 아니한다.
원문은, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#art_15 (2026. 4. 1. 최종 확인).

다음, 그 결과가 사안의 실질과 괴리되는 경우 예외조항을 통하여 이를 교정하는 방식으로 파악될 수 있다.

이와 같이 예외조항의 기능을 어떻게 이해하는지에 따라 예외조항과 반정의 적용 순서가 달라질 수 있다. 예외조항을 최밀접관련지법 원칙의 실현 수단으로 이해할 경우에는 예외조항을 먼저 적용하는 것이 자연스럽지만, 이를 준거법 지정 결과를 교정하는 장치로 파악할 경우에는 반정을 선행적으로 고려하는 접근 역시 상당한 논리적 근거를 가진다. 다만 우리 국제사법의 체계와 기본원칙을 종합하면, 예외조항을 먼저 적용한 후 반정을 검토하는 접근이 보다 정합적인 것으로 보인다. 우리 국제사법은 최밀접관련지법 원칙을 기본 구조로 삼고 있고, 예외조항 역시 이를 실현하기 위한 규정으로 이해하는 것이 자연스럽기 때문이다. 또한 예외조항이 반정 규정보다 앞에 배치되어 있다는 점 역시 이러한 해석을 뒷받침한다.[137] 물론 스위스법에서 보듯이 반정을 먼저 고려한 후 예외조항으로 교정하는 구조 역시 비교법적으로 낯선 것은 아니므로, 반대 견해에도 일정한 이론적 근거가 있음을 부인하기는 어렵다.

이 사건에 관하여 보더라도, 설령 "예외조항 → 숨은 반정"의 순서를 취하더라도 결론은 동일하였을 가능성이 크다. 당사자들이 장기간 대한민국에 상거소를 두고 혼인생활을 영위하였고, 판결 또한 미국 미주리주의 선택에 의한 주소가 대한민국에 형성되었다는 점을 중시한 이상, 예외조항을 먼저 적용하더라도 대한민국법이 가장 밀접한 관련을 가지는 법으로 평가되었을 가능성이 높다. 이 경우 이미 대한민국법이 준거법으로 확정되므로, 미주리주법을 전제로 한 숨은 반정을 추가로 검토할 실익은 사실상 없게 된다. 결국 본 사안에서는 적용 순서와 관계없이 대한민국법이 준거법이 된다는 점에서 결론상의 차이는 없다고 볼 수 있다.

따라서 이 사안에서 중요한 것은 결론 자체보다는 준거법 지정 과정의 논리 구조를 어떻게 이해할 것인지이다. 이에 관하여는 반정 조항을 먼저 적용하는 구조 역시 일정한 설득력을 가지나, 우리 국제사법의 체계와 최밀접관련지법 원칙의 위상을 고려하면, 예외조항을 통하여 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 우선 확정한 후 반정 여부를

137) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 176에서는 예외조항을 반정 조항에 앞서 적용하여야 한다는 점은 스위스 국제사법과 달리 우리나라 국제사법이 예외조항(제21조)을 반정 조항(제22조) 앞에 배치하고 있는 점 등에 의해서도 뒷받침된다고 한다.

검토하는 접근이 보다 타당하다고 판단된다. 다만 본 사안과 같이 어느 순서를 취하더라도 결론이 동일한 경우에는 대상판결이 “숨은 반정 → 예외조항”의 순서를 취하였다는 사정만으로 그 판결의 타당성이 곧바로 부정된다고 보기는 어렵고, 적용 순서의 문제는 보다 경계선적인 사안에서 비로소 실질적 의미를 가지게 될 것이다.

3. 친자관계 관련 판례: 인천가정법원 2024. 7. 11. 선고 2024드단103984 판결(확정)

가. 사실관계 및 법원의 판단

인천가정법원 2024. 7. 11. 선고 2024드단103984 판결(확정)(이하 본 항목에서 ‘대상판결’이라고 한다)은 원고가 피고와의 혼인관계 중 출생한 사건본인에 대하여 친생자관계부존재확인을 구한 사안이다. 원고 · 피고 · 사건본인 모두 우즈베키스탄 국적의 외국인으로, 원고와 피고는 2019년 혼인하였으나 2020년경부터 별거하였고, 원고는 이후 대한민국 국적의 제3자와 동거하다가 2022년 1월 사건본인을 대한민국에서 출산하였다. 유전자검사 결과, 사건본인과 제3자 사이에 친자관계가 인정되었으며, 원고와 피고는 2022년 이혼하였다. 사건본인은 대한민국에서 출생하였고 현재 일상거소 역시 대한민국에 두고 있다. 원고는 피고와 사건본인 사이에 친생자관계가 존재하지 않음을 확인해 달라고 청구하였다.

대상판결은 원고, 피고, 사건본인이 모두 외국인이지만, 사건본인이 대한민국에서 출생한 점, 사건본인의 일상거소가 대한민국이므로 국제사법 제57조 제1호에 따라 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정되는 점, 대한민국 국민인 제3자와 사건본인 사이에 유전자검사상 친자관계가 존재하는 점 등을 고려하면 이 사건 청구는 대한민국과 가장 밀접한 관련이 있다고 할 것이므로 국제사법 제21조에 따라 대한민국 민법이 준거법이 된다고 판단하였다.

나. 검토

대상판결은 외국인 당사자 사이의 친생자관계부존재확인 사건에서 국제사법 제21조를 적용하여 대한민국 민법을 준거법으로 정한 사례로서, 생활관계의 실질적 중심을 중시하는 최근의 경향을 반영한다는 점에서 일정한 의미를 가진다. 그러나 국제사법

제21조의 적용 구조와 요건을 엄격히 검토하지 않았다는 점에서 비판적으로 검토할 여지가 있다.

국제사법 제21조는 먼저 국제사법에 따라 우선 지정되는 준거법이 무엇인지가 특정되고, 그 준거법이 규율대상 법률관계와 '근소한 관련'만을 가질 뿐이며, 다른 국가의 법이 그 법률관계와 '가장 밀접한 관련'을 가지는 것이 '명백한' 경우에 한하여 적용되어야 한다. 그런데 대상판결은 국제사법 제21조를 적용하면서도 이러한 단계적 검토를 명시적으로 거치지 않았다. 이 사건은 혼인 중의 친자관계의 부존재확인에 관한 사안으로서, 국제사법 제67조(혼인 중의 부모 · 자녀관계)에 따라 자녀 출생 당시 부부 중 일방의 본국법이 준거법이 된다. 원고와 피고가 모두 우즈베키스탄 국적이므로, 원칙적으로는 우즈베키스탄법이 준거법으로 지정되어야 함이 먼저 확인되어야 한다. 그 다음 단계에서 우즈베키스탄법이 이 사건 법률관계와 '근소한 관련'만을 가질 뿐인지, 그리고 대한민국법이 '가장 밀접한 관련'을 가지는지가 검토되어야 한다. 그러나 대상판결은 이러한 단계적 판단을 생략한 채 곧바로 대한민국과의 밀접한 관련성을 설시하고 있다.

또한 대상판결은 대한민국법이 최밀접관련지법임을 뒷받침하는 사정으로 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다는 점을 들고 있는데, 이는 국제사법 제21조의 요건 판단과 관련하여 타당한 논거로 보기 어렵다. 국제재판관할은 '실질적 관련'의 원칙을 구체화한 국제재판관할 규칙에 따라 그 인정 여부가 결정되는 것으로서, 준거법 지정의 예외조항의 적용요건인 '가장 밀접한 관련'과는 개념적으로 구별된다. 물론 국제재판관할의 인정 근거, 즉 사건본인의 일상거소가 대한민국이라는 점은 친자관계의 실질적 생활관계가 대한민국에 형성되어 있음을 보여주는 중요한 연결요소로서 최밀접관련지법 판단에 의미를 가질 수 있다. 그러나 대한민국법이 최밀접관련지법이라는 점의 논거로서 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다는 점을 든 것은 국제재판관할과 준거법 결정을 혼동한 것과 같은 인상을 줄 수 있다.

대상판결이 사건본인의 출생지와 일상거소, 제3자와의 실질적 친자관계 등 실질적 생활관계를 중시하여 국제사법 제21조에 따른 준거법이 대한민국법이라고 한 결론 자체는 타당하다고 본다. 다만, 국제사법 제67조에 따른 준거법(우즈베키스탄법)의 특정, 그 법이 '근소한 관련'에 그친다는 점에 대한 구체적 설시, 그리고 대한민국법이 '가장 밀접한 관련'을 가진다는 점의 명백성에 대한 엄격한 논증이 결여되어 있다는 점에

서, 국제사법 제21조의 예외적 성격에 부합하는 정교한 법리 전개를 보여주었다고 평가하기는 어렵다. 향후 유사한 사안에서 국제사법 제21조를 적용함에 있어서는 원칙적 준거법의 특정과 예외조항의 적용요건에 대한 단계적 검토가 보다 명확히 이루어질 필요가 있을 것이다.

4. 국가배상 관련 판례: 서울중앙지방법원 2025. 1. 17. 선고 2023나14901 판결 (미확정)[138]

가. 사실관계 및 법원의 판단

서울중앙지방법원 2025. 1. 17. 선고 2023나14901 판결(미확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)의 사안에서 원고는 베트남 국적자로, 1968년 2월 12일 당시 남베트남 꽝남성 디엔반현 퐁니 마을에서 가족과 함께 거주하고 있었다. 그날 대한민국 국군 해병 제2여단 소속 부대가 작전 수행 과정에서 마을 주민들을 상대로 집단적 공격을 가하였고, 이로 인해 원고는 복부에 중상을 입어 장기간 치료를 받았으며, 원고의 어머니, 언니, 남동생은 사망하고 오빠도 중상을 입었다. 당시 베트남은 전쟁 상황이었고, 대한민국 국군은 남베트남 정부의 요청에 따라 파병되어 인근 지역에서 북베트남군 및 베트콩에 대한 작전을 수행 중이었다. 원고는 2020년 대한민국 법원에 소를 제기하여, 위 사건이 대한민국 국군의 직무상 불법행위에 해당한다는 이유로 대한민국을 상대로 국가배상책임을 구하였다.

피고 대한민국은 당시 체결된 한 · 월 및 한 · 미 관련 약정 등에 따라 배상청구가 배제되거나, 적어도 구 섭외사법 제13조 제1항이 적용되어 행위지법인 1968년 2월 12일 당시 남베트남법(이하 '이 사건 남베트남법'이라고 한다)이 적용되어야 한다고 주장하였다. 다만 이 사건 남베트남법의 구체적 내용 등을 확인할 수 없으므로 조리에 의하여 재판하여야 하는데, 이 사건 남베트남법과 가장 유사한 것이라고 추정할 수 있는 현재 베트남에서 시행되는 법률로서 국가의 배상책임을 규율하는 베트남 국가배상법(Law on State Compensation Liability, 이하 'LOSCL'이라고 한다) 규정을 유추하여 조리의 내용으로 삼아야 한다고 주장하였다.

---

138) 현재 대법원 2025다211052로 상고심 계속중이다.

이에 대해 대상판결은 섭외사법은 원칙적으로 사법관계에 한하여 적용되고 공법관계에는 예외적 · 보충적으로만 적용된다고 보아야 함을 선언한 후, 이 사건과 같이 대한민국 국군 소속 부대의 부대원들이 작전 수행 중 또는 작접 수행에 접속된 시점에 원고 등 민간인을 집단으로 살상한 데 따른 국가배상책임을 추궁하는 사안의 경우에는, 그 상당부분이 군사상 지휘감독체계에 따른 명령의 하달과 그 수명(受命)으로써 행해지는 등 객관적 · 전체적으로 보아 적어도 그 외형상 국가의 권력적 작용으로 인한 책임을 묻는 것임이 분명하므로, 피해자의 상속관계, 법정대리를 비롯한 행위능력 등 한정적인 영역을 제외하고는 구 섭외사법에 의하여 준거법을 지정할 수 없다고 판시하였다. 대상판결은 구 섭외사법 규정에 의하더라도 원고가 남베트남에서의 피고 소속 공무원의 직무상 불법행위에 관하여 국가인 피고를 상대로 국가배상책임을 추궁하는 이 사건은 구 섭외사법 제1조가 규정한 '대한민국에 있어서의 외국인의 생활관계' 또는 '외국에 있어서의 대한민국 국민의 생활관계'에 관한 사안에 해당되지 않으므로 구 섭외사법의 적용대상이 된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 대상판결은 국가배상법이 이 사건 사안에 당연히 적용되어야 할 강행규정으로서, 대한민국의 국제적 강행규정은 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용된다는 국제사법 제20조의 취지에 비추어 보더라도 이 사건에 구 섭외사법에 의하여 준거법을 정할 것이 아니라 국가배상법이 우선하여 적용되어야 한다고 판시하였다.

대상판결은 설령 견해를 달리하여 구 섭외사법에 따라 이 사건의 준거법이 지정되어야 한다고 보는 경우에도 구 섭외사법의 이념에 비추어 이 사건에 국가배상법이 우선적으로 적용된다고 보는 것이 타당하다고 하였다. 대상판결은 "구 섭외사법은 현행 국제사법 제21조 제1항과 같은 준거법 지정의 예외조항을 두고 있지 않으나, 준거법 지정의 예외조항은 규율의 대상인 생활관계와 가장 밀접한 법을 발견하여 구체적 사안에서 정당한 연결원칙을 실현하려는 구 섭외사법의 이념으로부터 도출되는 것이므로, 현행 국제사법 제21조는 준거법 지정의 예외를 두는 형성적 근거조항이 아니라 확인조항에 불과하다고 보아야 하고, 따라서 구 섭외사법이 적용되는 사안의 경우에도 현행 국제사법 제21조에서 정한 요건이 충족되는 경우에는 구 섭외사법이 정한 일반적인 준거법 지정 원칙과 달리 규율의 대상인 생활관계와 가장 밀접한 관련이 있음이 명백한 국가의 법을 준거법으로 정하여야 한다."라고 판시하였다. 대상판결은 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결에서 양 당사자가 모두 내국인인 경우에 있어서 불법행위지가 단순히

우연적이고 형식적인 의미를 갖는 데 그치는 경우에는 섭외사법을 적용하여 처리할 이유가 없다고 판시한 것은 실질적으로는 준거법 지정의 예외조항을 두지 않은 구 섭외사법에서도 규율대상인 법률관계와의 정당한 연결원칙을 우선하여 실현하여야 한다는 입장을 취하였다고 볼 수 있다고 판단하였다. 따라서 구체적인 사건에서 구 섭외사법이 규정한 원칙에 따라 결정된 준거법을 고수하여서는 규율대상인 법률관계와 준거법 사이의 정당한 연결체계를 유지할 수 없다고 평가되고 규율의 대상인 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 구 섭외사법이 추구하는 이념에 따라 그 다른 국가의 법을 준거법으로 하여야 한다고 판시하였다. 대상판결은 이 사건 법률관계와 이 사건 남베트남법 또는 현행 베트남법 사이의 연결관계는 매우 소원(疏遠)한 것에 그칠 뿐이라고 하면서, 그 근거로 대한민국이 남베트남에 전투부대를 파견하였다가 이미 50여 년 전에 전부 철수한 상황이라는 점, 행위지가 베트남이라는 이유로 대한민국 국군의 전투 등 직무수행 적법 여부 판단과 관련하여 남베트남법이나 베트남법을 적용하여서는 가해자인 대한민국 국군 등 공무원의 책임과 위험 예측 또는 평가나 사회예방적 기능 수행을 기대하기 어렵다는 점을 들었다. 반면 국가배상법에 의하여 피고 책임의 유무와 범위를 판단할 때에 피고의 소속 공무원 등에 대한 사회예방적 기능을 온전히 수행할 수 있고, 나아가 국가배상법이 직접 그리고 우선적으로 적용될 때에야 비무장 민간인을 상대로 한 작전 임무를 부여받은 대한민국 국군 군인에 대한 임무 수행의 적법성 통제도 온전하게 작동할 것으로 기대할 수 있다는 점을 고려하여, 대한민국의 국가배상법이 이 사건 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있음이 명백한 법률이라고 판단하였다. 이에 따라 구 섭외사법 제13조 제1항에 의하여 이 사건의 준거법으로 행위지법인 남베트남법 또는 현행 베트남법을 지정할 수 있다는 견해에 의하더라도, 규율대상인 법률관계와 가장 밀접한 법을 발견하여 구체적인 사안에서 정당한 연결원칙을 실현하려는 구 섭외사법의 이념에 따라 국가배상법을 이 사건의 준거법으로 지정하여야 한다고 판단하였다.

나. 검토

대상판결의 가장 두드러진 특징은 구 섭외사법에 국제사법 제21조와 같은 준거법 지정의 예외조항이 존재하지 않음에도, 규율대상인 법률관계와의 정당한 연결원칙을 우선하여 실현하여야 한다는 “구 섭외사법의 이념”에 근거하여 해당 법률관계와 가장 밀

접한 관련이 있는 법을 준거법으로 지정할 수 있다고 명시적으로 판시하였다는 점이다. 대상판결은 국제사법 제21조를 '형성적 근거조항'이 아니라, 국제사법이 본래 지향해 온 최밀접관련지법 원칙을 확인 · 명문화한 조항으로 이해하였다. 그 결과, 구 섭외사법이 적용되는 사안에서도 일반 연결원칙을 기계적으로 고수할 경우 법률관계와 준거법 사이의 정당한 연결체계가 붕괴되는 경우에는, 구 섭외사법의 이념에 따라 준거법 지정의 예외로서 최밀접관련지법을 준거법으로 적용하는 것이 허용된다고 보았다.

대상판결은 국제사법 제21조의 도입 이전에도 구 섭외사법의 핵심 이념은 '규율대상 법률관계와의 실질적 · 정당한 연결'이었음을 확인하고, 이를 근거로 일반 연결원칙을 예외적으로 수정할 수 있음을 분명히 하였다. 이러한 해석은 국제사법이 단순한 기술규칙이 아니라 구체적 타당성과 법질서의 합리성을 실현하기 위한 규범체계임을 전면에 드러낸다는 점에서 이론적 의의가 크다.

대상판결은 비록 구 섭외사법 사건이지만, 사실상 국제사법 제21조의 적용요건, 즉 국제사법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 것이라는 요건과 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재할 것의 요건을 구체적으로 판단하였다. 법원이 고려한 요소는 다음과 같이 체계화할 수 있다. 첫째, '책임 주체와 행위의 성격(공법성 · 직무관련성)'이다. 대상판결은 대한민국 국군이라는 국가기관이 직무수행에 접속된 군사작전 과정에서 민간인에게 가한 손해에 대한 국가배상책임을 묻는 사건으로, 외형상 · 실질상 국가의 권력적 작용에 대한 책임문제이다. 법원은 이를 사법관계가 아니라 국가배상법이 직접 지배하는 공법적 책임영역으로 파악하였다. 이는 준거법 선택에서 행위의 공법적 성격을 중대한 판단요소로 삼았음을 의미한다. 둘째, '예측가능성 · 사회예방기능 · 책임통제의 적합성'이다. 법원은 행위지가 베트남이라는 이유로 남베트남법 또는 현행 베트남법을 적용할 경우, 가해자인 대한민국 공무원의 책임과 위험 예측, 직무수행의 적법성 통제, 사회예방적 기능을 기대하기 어렵다고 보았다. 반대로 대한민국 국가배상법을 적용할 때에만 대한민국 국가기관과 공무원에 대한 규범적 통제와 예방기능이 온전하게 작동한다고 판단하였다. 이는 준거법 판단에서 규범의 작동가능성 · 정책목표 달성 가능성을 고려 요소로 삼은 것이다. 셋째, '당사자 · 법질서의 귀속성과 규범적 이해관계의 집중'이다. 이 사건의 책임 주체는 대한민국이며, 문제되는 규범적 이해관계(군 작전의 적법성, 공무원의 책임, 국가의 통

제책임)는 대한민국 법질서에 집중되어 있다. 이에 비해 베트남 법질서는 피해 발생 장소라는 연결점 외에는 해당 책임관계의 형성 · 통제 · 예방과 실질적 관련성이 극히 약하다고 보았다. 넷째, '시간적 · 제도적 단절성'이다. 사건 발생 후 50여 년이 경과하였고, 대한민국은 이미 전투부대를 철수한 상황에서, 남베트남법(더 나아가 현행 베트남법)을 적용하여 대한민국 국가기관의 과거 군사작전에 대한 책임을 판단하는 것은 규범적 · 제도적 연속성 측면에서도 부적합하다고 평가하였다. 이는 준거법 선택에서 시간적 거리와 제도적 연계성을 고려한 점에서 의미가 있다. 대상판결은 이러한 요소들을 종합하여 이 사건 법률관계와 베트남법과의 연결은 '행위지'라는 단일한 접점에 불과한 반면, 대한민국법은 책임주체, 규범의 목적, 통제 · 예방기능, 법질서의 귀속성 등 핵심 요소가 집중된 최밀접관련지법이라고 판단한 것이다.

불법행위에 관하여 전통적인 연결원칙에 따르면 행위지법은 강력한 연결점으로 기능한다. 그러나 대상판결은 행위지가 단순히 손해가 발생한 지리적 장소에 그치고, 문제되는 책임관계의 형성 · 통제 · 예방 및 책임귀속이 모두 다른 법질서(대한민국)에 귀속되는 경우에는, 행위지법은 해당 법률관계와 '근소한 관련'만을 가질 뿐이라고 보았다. 대상판결의 사안과 같이 국가배상책임이라는 공법적 책임관계에서는 행위지의 지리적 요소만으로는 규범의 작동가능성이나 책임통제 기능을 담보하기 어렵다는 점에서, 행위지법을 결정적 연결점으로 유지하는 것은 오히려 부당한 결과를 초래할 수 있다. 이러한 점에서 대상판결이 구 섭외사법의 이념을 근거로 준거법 지정의 예외조항이 없는 구 섭외사법에서도 형식적 연결점의 기계적 적용을 교정하여 규율대상 생활관계와 실질적으로 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 준거법으로 적용한 것은 국제사법 제21조의 취지를 충실히 반영한 것으로 볼 수 있다. 다만 이러한 법리는 엄격한 요건하에서 제한적으로 적용되어야 하며, 대상판결이 전제한 국가배상 등과 같은 특수한 사정이 결여된 일반 불법행위에까지 이를 일반화해서는 안 된다는 점도 함께 강조될 필요가 있다.

5. 부당해고 관련 판례: 서울행정법원 2023. 4. 27. 선고 2022구합57213 판결(확정)

가. 사실관계 및 법원의 판단

서울행정법원 2023. 4. 27. 선고 2022구합57213 판결(확정)(이하 본 항목에서

‘대상판결’이라고 한다)의 사안은 중국 상하이에 소재한 재외 한국학교인 상해한국외적인원자녀학교(학교법인 상해한국학교)와 그 학교에서 근무하던 교사 사이의 해고를 둘러싼 분쟁이다. 원고 학교는 「재외국민의 교육지원 등에 관한 법률」에 따라 중국 상하이에 설립된 재외교육기관으로, 중국 내에서 한국 국적 학생을 대상으로 초 · 중등교육을 실시하고 있다. 피고보조참가인은 대한민국 국적의 교사로서, 교육공무원으로 근무하다가 휴직한 후 2018년 3월부터 원고 학교에 입사하여 상하이에서 초등 영어 교사로 근무하였다. 당사자 사이에 체결된 근로계약은 근무지, 사회보험, 분쟁해결 방식 등에서 중국법과 중국 노동분쟁해결제도를 전제로 하고 있었으며, 분쟁 발생 시 상하이 노동쟁의조정위원회, 노동분쟁중재위원회 및 중국 인민법원에 제소하도록 규정하고 있었다. 원고 학교는 피고보조참가인이 복무규율을 중대하게 위반하였다는 이유로 2021년 7월 근로계약을 해지하였고, 이에 대해 피고보조참가인은 대한민국 서울지방노동위원회에 부당해고 구제를 신청하였다. 서울지방노동위원회와 중앙노동위원회는 해고의 부당성을 인정하여 구제신청을 인용하였으나, 원고 학교는 근로관계의 준거법은 중국법이므로 대한민국 노동위원회가 근로기준법을 적용해 판단한 재심판정은 위법하다고 다투며 행정소송을 제기하였다. 이 사건에서는 구 국제사법 제8조 제1항(현행 국제사법 제21조)의 준거법 지정의 예외를 통해 대한민국법을 준거법으로 적용할 수 있는지가 핵심 쟁점으로 다투어졌다.

이 사건에서 근로계약의 준거법은 중국법이나, 피고와 참가인은 구 국제사법 제8조 제1항에 따라 준거법이 대한민국법이 되어야 한다고 주장하였다. 피고와 참가인은 이러한 주장의 근거로, 원고가 재외국민 교육 지원 등에 관한 법률이 적용되는 학교로, 원고 대표자, 교원들, 참가인 등이 모두 대한민국 국적자이고, 참가인에 대한 채용절차도 대한민국 내에서 이루어졌으며, 원고 운영과 관련하여 교육부나 상하이 한국 공관의 지도 · 감독을 받으며 일부 재정적 지원도 받는 점을 들었다. 그러나 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항에 따라 대한민국 법이 준거법이 되기 위하여는 대한민국 법이 이 사건 근로관계와 가장 밀접한 관련이 있어야 할 뿐 아니라, 중국법이 이 사건 근로관계와 근소한 관련만이 존재하여야 하는데, 준거법이 중국법이라고 판단함에 있어서 살펴본 사정들에 비추어 보면 이 사건 근로계약이 중국법과 근소한 관련만 있다고 볼 수 없다고 판단하였다. 즉, 원고 학교는 전적으로 중국에서만 운영되고 대한민국에서는 영업활동을 하지 않고 있는 점, 근로계약상 보수는 위안화로 지급되고, 사회보험은 중국법에 따

라 가입하도록 되어 있으며, 근로계약의 종료, 분쟁해결 및 관할 역시 중국의 노동분쟁 조정기구와 중국 법원을 전제로 하고 있는 점, 교직원 인사규정 역시 주재국 법령의 적용을 명시하고 있는 점, 최초 근로계약서에는 「중화인민공화국 노동계약법」에 근거하여 계약을 체결한다는 내용이 기재되어 있으며 이후 체결된 이 사건 근로계약도 그러한 법적 기초를 배제하려는 취지로 변경되었다고 보기 어렵다는 점, 참가인이 전적으로 중국 상하이에서만 노무를 제공한 점 등에 비추어 보면, 중국법이 이 사건 근로관계와 근소한 관련만 있을 뿐이라고 할 수 없다고 판단하였다. 이에 따라 대상판결은 준거법 지정의 예외 적용을 부정하고 중국법을 준거법으로 적용하였다.

나. 검토

대상판결의 가장 큰 의의는 구 국제사법 제8조 제1항의 적용요건 가운데 '지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐일 것'이라는 요건을 엄격하게 해석·적용하였다는 점에 있다. 대상판결은 구 국제사법 제8조 제1항의 두 요건, 즉 ① 다른 국가의 법이 가장 밀접한 관련을 가지는지 여부와 함께 ② 지정된 준거법이 '근소한 관련'에 불과한지 여부가 누적적으로 충족되어야 함을 분명히 인식하고, 후자의 요건을 엄격하게 검토하였다.

대상판결은 대한민국과의 연결요소로서 원고 학교의 법적 성격, 당사자들의 국적, 채용절차의 일부가 대한민국에서 이루어진 점, 교육부 및 재외공관의 지도·감독 등 제도적·행정적 요소들이 존재함을 인정하면서도, 근로계약의 실질적 이행관계와 규율의 중심이 중국에 존재한다는 점을 중대하게 고려하였다. 즉, 근로 제공이 전적으로 중국에서 이루어졌고, 임금 지급 통화, 사회보험, 계약의 종료, 분쟁해결 방식 및 관할, 내부 인사규정, 최초 계약 체결 당시의 법적 근거 등 근로관계의 형성·운영·종결 전반이 중국 법질서를 전제로 구축되어 있다는 점을 종합하여, 중국법이 이 사건 근로관계와 근소한 관련만이 있다고 볼 수 없다고 하였다. 대상판결은 예외조항의 적용을 위해서는 단순히 다른 국가와의 관련성이 존재한다는 점을 넘어서 원칙적으로 지정된 준거법이 실질적인 생활관계와 유리되어 있음을 보여주는 정도에 이르러야 한다는 점을 분명히 한 것으로 평가할 수 있다.

Ⅳ. 기타 적용이 문제되는 경우

1. 다양한 유형의 불법행위의 경우

외국과 관련된 요소가 있는 법률관계는 그 구조가 갈수록 복잡해지고 있어 제한된 수의 저촉규범만으로 모든 사안을 일률적으로 규율하는 데에는 본질적인 한계가 있다. 이러한 한계는 특히 불법행위 영역에서 두드러지는데, 불법행위의 유형이 다양화됨에 따라 각 유형의 특성에 부합하는 연결대상과 연결원칙을 보다 정교하게 설정할 필요성이 커지고 있다. 그러나 국제사법은 불법행위의 다양한 유형을 전제로 한 세부적인 특칙을 두고 있지 않으므로, 개별 사안의 성격에 따라서는 준거법 지정의 예외조항(국제사법 제21조)을 적용함으로써 규율대상 법률관계에 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 준거법으로 지정할 필요가 있다.[139]

2. 소비자계약 및 근로계약의 경우

소비자계약의 준거법에 관하여는 준거법 지정의 예외조항(국제사법 제21조)의 적용 가능성을 둘러싸고 견해가 대립한다. 국제사법 제47조[140]는 소비자계약의 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 일상거소가 있는 국가의 강행규정에 따라 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없도록 하고(제1항), 준거법 합의가 없는 경우에는 객관적 준거법의 결정의 일반원칙을 정한 국제사법 제46조에 따르는 것이 아니라 소비자의 일상거소지법에 따르도록 하는 한편(제2항), 소비자계약의 방식은 소비자의 일상거소지법에 따르도록 한다(제3항). 즉, 국제사법 제47조는 규율대상 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 기계적으로 적용하기보다는 사회 · 경제적 약자인 소비자 보호라는 실질적 가치를 고려하여 준거법을 지정하고 있다. 이러한 구조에 비추어 보면, 예외조항을 적용하여 소비자보호의 취지를 후퇴시키고 단지 '최밀접관련지법'을 이유로 다른 국가의 법을

---

139) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 173.

140) 국제사법 제47조(소비자계약)
① 소비자계약의 당사자가 준거법을 선택하더라도 소비자의 일상거소가 있는 국가의 강행규정에 따라 소비자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.
② 소비자계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에는 제46조에도 불구하고 소비자의 일상거소지법에 따른다.
③ 소비자계약의 방식은 제31조 제1항부터 제3항까지의 규정에도 불구하고 소비자의 일상거소지법에 따른다.

적용하는 것은 타당하지 않다는 비판이 제기될 수 있다.[141] 실제로 현행 국제사법 개정 과정에서 연구반 초안은 소비자계약의 준거법 조항(구 국제사법 제27조)에 따라 준거법이 지정되는 경우에는 예외조항의 적용을 배제한다는 점을 명시하는 방안을 제시하였으나, 최종적으로는 해석론에 맡기는 것이 바람직하다는 이유로 해당 문언이 삭제되었다.[142]

근로계약[143]에 있어서도 유사한 문제가 제기되나, 이 경우에는 준거법 지정의 예외조항에 따라 최밀접관련지법을 적용할 수 있다고 보는 입장이 우세하다.[144] 이러한 입장은 소비자계약과 달리 근로계약에 대해서는 준거법 지정의 예외조항의 적용을 긍정하는 이유를 명확히 제시하지는 않으나, 소비자가 근로자보다 보호 필요성이 더욱 크다고 볼 수 있다는 점이 논거로 제시될 수 있다고 본다. 소비자는 일회적 · 비조직적 거래관계에 놓인 전형적 약자로서 일반적으로 거래정보 접근과 교섭력에서 사업자에 비하여 현저히 열위에 있는 반면, 근로자는 장기적 · 제도화된 관계 속에서 집단적 보호수단(노동조합, 강행법규, 사회보장제도 등)을 가질 수 있다는 점에서 교섭력이 상대적으로 크다고 볼 여지도 있기 때문이다.

그러나 소비자계약이나 근로계약이라는 유형만을 이유로 국제사법 제21조의 준거법 지정의 예외조항 적용을 일률적으로 배제하는 것은 타당하지 않다고 본다. 물론 소비자계약과 근로계약의 준거법 규정은 모두 사회 · 경제적 약자 보호라는 정책적 목적을 전제로 하고 있으므로, 일반 계약에 비해 정형화된 연결점을 강하게 유지할 필요성이 인정된다. 그러나 이러한 사정만으로 예외조항의 적용 가능성을 부정하는 것은 다음과 같은 이유로 타당하지 않다고 본다.

첫째, 보호 필요성의 관점에서 보더라도 소비자가 언제나 근로자보다 더 강한 보호를 필요로 한다고 단정할 수 없다. 근로자는 사용자 조직 내부에 편입되어 지휘 · 감독을 받는 종속적 관계에 놓이고, 생계가 임금에 직접적으로 의존하며, 계약해지의 위험에

141) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 174.
142) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 174.
143) 국제사법 제48조(근로계약)
① 근로계약의 당사자가 준거법을 선택하더라도 제2항에 따라 지정되는 준거법 소속 국가의 강행규정에 따라 근로자에게 부여되는 보호를 박탈할 수 없다.
② 근로계약의 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우 근로계약은 제46조에도 불구하고 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 법에 따르며, 근로자가 일상적으로 어느 한 국가 안에서 노무를 제공하지 아니하는 경우에는 사용자가 근로자를 고용한 영업소가 있는 국가의 법에 따른다.
144) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 174.

구조적으로 노출된다. 또한 근로조건은 개인적 교섭에 의하여 형성되기 어렵고 집단적 노동시장 질서에 의해 결정되므로 계약자유가 실질적으로 제한된다. 이러한 점에서 근로자는 소비자와 마찬가지로, 오히려 그 이상으로 전형적인 사회 · 경제적 약자로 평가될 수 있다. 따라서 소비자계약에는 예외조항 적용을 부정하면서 근로계약에는 이를 인정하거나, 반대로 근로계약에는 항상 예외조항을 배제해야 한다고 보는 식의 일률적 접근은 규범적으로 정당화되기 어렵다고 본다.

둘째, 소비자의 일상거소지법(국제사법 제47조)이나 근로자의 일상적 노무제공지법 또는 사용자가 근로자를 고용한 영업소 소재지법(국제사법 제48조)은 전형적으로 최밀접관련지에 해당할 가능성이 높은 연결점이다. 즉, 이러한 규정들은 소비자 및 근로자 보호라는 정책적 고려로 최밀접관련지 원칙을 부정한 것이라기보다는, 보호를 도모하면서도 개별 사안마다 최밀접관련지를 탐색하는 데 따른 불확실성을 줄이기 위하여 입법자가 사전에 일반화하여 설정한 연결점으로 이해할 수 있다. 따라서 준거법 지정의 예외조항은 소비자계약이나 근로계약의 기본 구조를 흔드는 규정이 아니라, 정형화된 연결점이 구체적 생활관계와 괴리되는 예외적 상황에서 최밀접관련지 원칙을 실질적으로 구현하기 위한 보충적 기능을 수행하는 장치로 파악하는 것이 타당하다.

셋째, 소비자의 일상거소지나 근로자의 노무제공지가 형식적 연결점에 그치고 법률관계의 실질적 중심이 다른 국가에 존재하는 극히 예외적인 경우가 존재한다. 법률관계의 형성 · 이행 · 위험통제 및 책임귀속이 특정 국가에 집중되는 경우, 예컨대 해외 현지이행형 소비자계약,[145] 시설 · 부동산 이용계약[146] 등에 있어서는 소비자의 일상거소지가 해당 법률관계의 실질적 중심을 충분히 반영하지 못할 수 있다. 또한 근로계약에 있어서 선박근로자의 경우 선적국이 일상적 노무제공지로 평가되나, 편의치적하에서는

145) 해외 현지이행형 계약의 예로는, 대한민국에 일상거소를 둔 소비자가 독일 병원에서 수술을 받는 의료계약, 프랑스에서 스키 강습을 받기로 하는 계약 등을 들 수 있다. 해외 현지이행형 계약에서는 계약의 체결 · 이행 및 손해 발생이 모두 서비스 제공국인 해외 현지에서 이루어지고, 안전규제 · 허가 · 감독 및 책임체계 역시 전적으로 현지법에 종속된다. 이 경우 소비자의 일상거소지가 다른 국가(대한민국)에 있더라도 법률관계의 실질적 중심은 서비스 제공국에 집중된다. 따라서 소비자 일상거소지법을 기계적으로 적용하면 의료과실 기준이나 안전규제 등 현지 규율체계와 충돌하여 부적절한 결과가 발생할 수 있다.

146) 부동산 · 시설 이용 계약의 예로는, 해외 호텔 장기임대, 골프회원권, 학생기숙사 임대 등을 들 수 있다. 계약의 목적물이 특정 장소에 고정되어 있고 이용 · 관리 및 분쟁 해결 역시 부동산 · 시설 소재지 국가의 규율체계에 종속된다. 이 경우 소비자가 대한민국에 일상거소를 두고 있다고 하더라도 법률관계의 실질적 중심은 해당 부동산 · 시설 소재지 국가에 위치한다. 따라서 일상거소지법을 일률적으로 적용하면 부동산 · 시설 소재지국의 부동산 규제 및 이용질서와 관련된 강행적 규정과 충돌할 우려가 있다.

선적국이 단순한 등록지에 그치고 근로관계의 실질적 중심이 선주 또는 관리회사 소재국에 존재하게 되어 연결점과 생활관계 사이에 현저한 괴리가 발생한다. 이러한 경우에 정형화된 연결점만을 고수하면 오히려 생활관계의 실질적 귀속과 괴리된 법이 적용될 수 있다.

결국 소비자계약과 근로계약은 보호 목적을 이유로 준거법 지정의 예외조항의 적용 가능성을 유형적으로 배제할 것은 아니다. 다만 소비자계약과 근로계약에 내재된 사회 · 경제적 약자 보호의 실질적 가치를 중시할 필요가 있다는 점에서 예외조항을 적용함에 있어서는 일반적인 경우보다 그 요건을 더욱 엄격하게 심사할 필요가 있다고 본다.

제3절 준거법 지정 시의 반정(反定)

I. 반정(反定)의 의의 및 유형

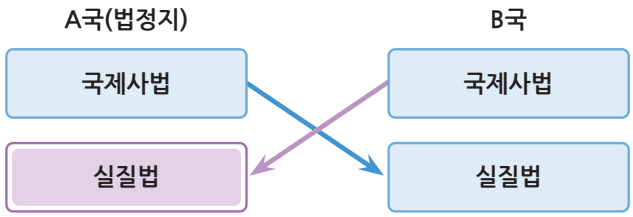
반정(反定, renvoi)이란 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여 법정지의 국제사법이 어느 외국법을 적용할 것을 지정하고 있으나, 그 외국의 국제사법이 법정지법 또는 제3국법을 적용할 것을 규정하고 있는 경우에 그 규정에 따라 법정지법 또는 제3국법을 적용하는 것을 의미한다.[147] 반정을 허용하게 되면 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있고, 경직된 법선택의 원칙을 완화하여 구체적 타당성을 도모할 수 있으며, 반정에 의하여 법정지법을 적용하는 경우에는 외국법의 적용에 따른 어려움을 완화할 수 있게 된다.[148]

반정은 4가지 유형으로 분류할 수 있다. ① '직접반정'은 [그림 2]와 같이 A국 국제사법이 B국법을 지정하나, B국 국제사법은 A국법을 지정하는 경우에 A국 법원이 A국의 실질법[149]을 적용하는 것을 의미한다. 직접반정은 협의의 반정으로, 반정의 결과

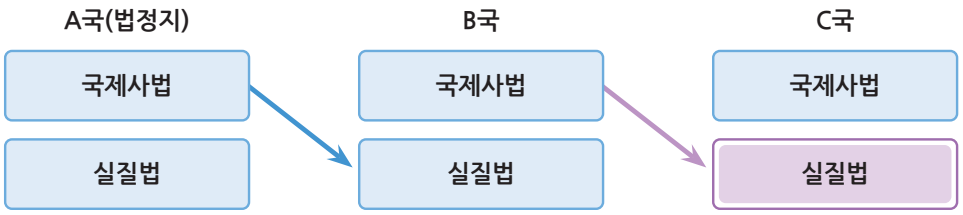
147) 석광현, 국제사법 준거법편, 박영사 (2025), 179.
148) 석광현, 국제사법 준거법편, 박영사 (2025), 178; 수원지방법원 2021. 6. 2. 선고 2020나76548 판결(확정).
149) '실질법'이란 법적용규범인 저촉법(국제사법)에 대비되는 개념으로, 저촉법에 의하여 준거법으로 지정되어 특정 법률관계 또는 쟁점을 직접 규율하는 규범을 말한다. 석광현, 국제사법 준거법편, 박영사 (2025), 183.

법정지의 실질법이 적용된다. ② '전정(轉定)'은 [그림 3]과 같이 A국 국제사법은 B국법을 지정하나, B국 국제사법은 C국법을 지정하는 경우에 A국 법원이 C국의 실질법을 적용하는 것을 의미한다. 전정은 재정(再定), 2차적 반정이라고도 한다. ③ '간접반정'은 [그림 4]와 같이 A국 국제사법이 B국법을 지정하고, B국 국제사법은 C국법을 지정하나, C국 국제사법은 A국법을 지정하는 경우에 A국 법원이 A국의 실질법을 적용하는 것을 의미한다. 간접반정의 경우, 직접반정과 마찬가지로 법정지의 실질법이 적용된다. ④ '이중반정(double renvoi)'은 [그림 5]와 같이 A국 국제사법이 B국법을 지정하나, B국 국제사법이 ㈎ A국법을 지정하고, ㈏ 직접반정을 인정하는 조항을 두고 있는 경우에, A국 법원이 'B국 법원이 재판하면 B국법을 적용할 것이라는 점'을 고려하여 B국의 실질법을 적용하는 것을 의미한다.

[그림 2] 직접반정



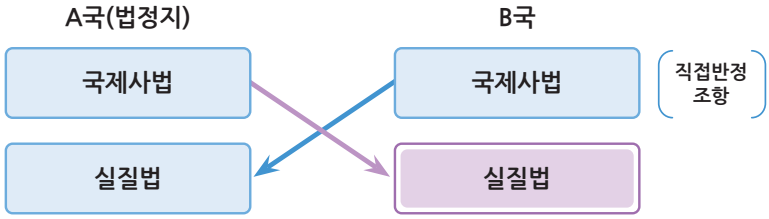
[그림 3] 전정(轉定)



[그림 4] 간접반정



[그림 5] 이중반정



II. 국제사법 제22조 및 제80조의 해석론

제22조(외국법에 따른 대한민국 법의 적용)
① 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한민국 법이 적용되어야 할 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규는 제외한다)에 따른다.
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.
1. 당사자가 합의로 준거법을 선택하는 경우
2. 이 법에 따라 계약의 준거법이 지정되는 경우
3. 제73조에 따라 부양의 준거법이 지정되는 경우
4. 제78조제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우
5. 제94조에 따라 선적국법이 지정되는 경우
6. 그 밖에 제1항을 적용하는 것이 이 법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우

제80조(행위능력)
① 환어음, 약속어음 및 수표에 의하여 채무를 부담하는 자의 능력은 그의 본국법에 따른다. 다만, 그 국가의 법이 다른 국가의 법에 따르도록 정한 경우에는 그 다른 국가의 법에 따른다.
② (생략)

국제사법은 앞서 살펴본 반정의 유형 중 직접반정(국제사법 제22조)과 전정(국제사법 제80조)을 인정하고 있다. 국제사법 제22조는 국제사법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한민국법이 적용되어야 할 때에는 대한민국법

에 따른다고 규정함으로써 직접반정을 인정한다(국제사법 제22조 제1항). 다만 반정의 부당한 확대를 방지하기 위하여 반정을 허용하는 것이 국제사법의 취지에 반하는 경우에는 반정이 허용되지 않음을 명시한다(국제사법 제22조 제2항 제1호 내지 제6호). 국제사법 제80조는 어음 · 수표의 행위능력의 경우에는 예외적으로 전정(轉定)을 인정한다(국제사법 제80조 제1항).

1. 직접반정의 인정(국제사법 제22조 제1항)

국제사법 제22조 제1항은 국제사법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한민국법이 적용되어야 할 때에는 대한민국법에 따른다고 규정한다. 섭외사법은 본국법이 적용되는 경우에만 반정을 허용한 데 반하여(섭외사법 제4조),[150] 구 국제사법은 이러한 제한을 폐지함에 따라 반정의 허용범위를 확대하였고(구 국제사법 제9조),[151] 현행 국제사법도 이러한 입장을 유지하고 있다. 따라서 법원은 직접반정이 허용되지 않는 경우(국제사법 제22조 제2항)를 제외하고는 외국법이 준거법으로 지정된 모든 경우에 해당 외국의 국제사법을 살펴 그 국제사법에 따라 대한민국법이 적용되는지 여부를 파악하여야 한다.[152]

국제사법 제22조 제1항에 따라 반정을 인정한 판례의 상당수는 이혼 사건이다. 대표적으로 인천가정법원 부천지원 2023. 11. 30. 선고 2023드단104952 판결(확정)은 중국 국적으로서 대한민국에 주소를 두고 혼인생활을 계속하였던 원 · 피고 사이의 이혼에 관한 사건으로서 국제사법 제22조 제1항에 따라 대한민국 민법을 준거법으로 적용한 사건이다. 위 판결에서는 국제사법 제66조 본문, 제64조 제1호에 의하면 이혼에 관하여 부부의 동일한 본국법이 제1차적으로 적용되므로 중국 혼인법이 적용되어야 할 것이라고 설시한 후, 당사자 일방 또는 쌍방의 상거소가 중국 영역 외에 있는 경우에 적용되는 중국 섭외민사관계법률적용법(2011. 4. 1. 시행) 제27조는 재판상 이혼은 법정지법에

150) 섭외사법 제4조는 "당사자의 본국법에 의하여야 할 경우에 그 당사자의 본국법이 대한민국의 법률에 의할 것인 때에는 대한민국의 법률에 의한다."라고 규정한다.

151) 구 국제사법 제9조는 표제가 '준거법 지정 시의 반정(反定)'이라는 점과 약간의 문구상 차이(예컨대 '의하여'를 '따라'라고 수정하는 등)가 존재하는 점 외에는 현행 국제사법 제22조와 내용이 동일하다.

152) 따라서 국제사법 제22조 제1항이 적용되는 범위에서는 외국법을 준거법으로 지정한다는 것은 외국의 국제사법을 지정하는 것, 즉 '국제사법지정' 또는 '총괄지정'을 한 것을 의미한다. 석광현, 국제사법 준거법편, 제2편, 박영사 (2025), 186.

의한다고 규정하고 있으므로 국제사법 제21조 제1항의 준거법 지정 시의 반정 규정에 따라 이혼에 관한 준거법으로 법정지법인 대한민국 민법을 적용하였다.[153]

2. 직접반정이 허용되지 않는 경우(국제사법 제22조 제2항)

국제사법 제22조 제2항은 직접반정이 허용되지 않는 경우를 명시한다. 즉, 국제사법 제22조 제2항이 적용되는 경우에 외국법이 준거법으로 지정되었다면 그 외국의 국제사법이 대한민국법으로 직접반정을 하고 있는지 여부를 살펴볼 필요 없이 그 외국의 실질법이 곧바로 준거법으로 적용된다.[154] 국제사법 제22조 제2항은 직접반정이 허용되지 않는 경우로 6가지 경우를 열거한다(국제사법 제22조 제2항 제1호 내지 제6호).

가. 당사자가 합의로 준거법을 선택하는 경우(제1호)

(1) 취지 및 내용

국제사법 제22조 제2항 제1호는 "당사자가 합의로 준거법을 선택하는 경우"에는 직접반정이 허용되지 않는다고 규정한다. 당사자가 합의로 B국법을 선택하였는데도 B국의 국제사법이 대한민국법을 지정한다고 하여 대한민국법을 적용한다면 당사자의 의사에 반하는 결과가 된다. 따라서 준거법을 선택한 당사자의 의사를 존중하기 위하여 직접반정을 허용하지 않는 것이다.

위와 같은 규정의 취지를 고려하여 양 당사자가 '합의로' 준거법을 선택한 경우에 한정되지 않고 일방당사자가 준거법을 선택한 경우(예컨대 국제사법 제77조 제2항에 따라 피상속인이 상속의 준거법을 선택한 경우)와 같이 준거법 선택에 있어 당사자자치가 적용되는 모든 경우에 국제사법 제22조 제2항 제1호가 적용되는 것을 보아야 한다는 견해[155]가 있다. 이러한 해석은 규정의 취지를 고려할 때에는 타당하나 국제사법 제22조 제2항 제1호의 문언에는 반하므로, 일방당사자가 준거법을 선택한 경우에는 후술할 국

153) 수원가정법원 안산지원 2023. 9. 22. 선고 2022드단56818(본소) · 2023드단54239(반소) 판결(확정)도 중국 국적으로서 대한민국에 주소를 두고 혼인생활을 계속하였던 원 · 피고 사이의 이혼에 관한 사건으로서 동일한 논거로 국제사법 제22조 제1항에 따라 대한민국법으로의 직접반정을 인정하였다.

154) 따라서 국제사법 제22조 제2항이 적용되는 경우에 외국법을 준거법으로 지정한다는 것은 외국의 실질법을 지정하는 것, 즉 '실질법지정'을 한 것을 의미한다. 석광현, 국제사법 준거법편, 제2편, 박영사 (2025), 186.

155) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 187.

제사법 제22조 제2항 제6호의 '그 밖에 제1항의 규정을 적용하는 것이 국제사법의 지정 취지에 반하는 경우'에 해당하는 것으로 보아 직접반정을 허용하지 않는 것이 적절하다고 판단된다.

(2) 판례: 서울가정법원 2023. 8. 10. 선고 2020드합41699 판결(확정)

(가) 사실관계 및 법원의 판단

서울가정법원 2023. 8. 10. 선고 2020드합41699 판결(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 미국 국적의 부부 사이의 이혼 및 재산분할 · 부양료 · 양육권 등을 둘러싼 분쟁이다. 원고와 피고는 2004년경 미국에서 만나 교제하다가, 피고가 대한민국 파병 명령을 받으면서 2006년 대한민국에서 혼인신고를 하였고, 같은 해 미국 캘리포니아주에서도 혼인신고를 마쳤다. 이후 부부는 대한민국에서 혼인생활을 하였고, 2007년 대한민국에서 사건본인을 출산하였다. 원고는 이후 미국 시민권을 취득하였고, 피고는 미군 장교로 복무하다가 2019년 전역하였다. 혼인 초반에는 큰 갈등이 없었으나, 2017년 이후 자녀 교육, 피고의 진로 및 해외거주 문제 등을 둘러싸고 갈등이 심화되었고, 2020년에는 피고가 원고를 폭행한 사건으로 형사처벌을 받으면서 혼인관계는 사실상 파탄에 이르렀다. 부부는 갈등 과정에서 재산관계와 부양료, 양육비 등에 관한 혼인관계 종료계약(Marital Termination Agreement, 이하 '이 사건 혼인관계 종료계약'이라고 한다) 및 그 수정계약(이하 '이 사건 수정계약'이라고 한다)을 체결하였는데, 이 계약들에는 재산을 원고의 특유재산으로 확정하고, 피고가 장기간 고액의 부양료와 양육비를 지급하도록 하는 내용이 포함되어 있었으며, 준거법으로는 미국 캘리포니아주법을 정하고 있었다. 이후 별거가 계속되자 원고는 대한민국 법원에 이혼, 재산분할, 부양료, 친권자 · 양육자 지정 및 양육비 청구의 소를 제기하였다.

피고는 이 사건 수정계약을 체결할 당시 피고가 진의 아닌 의사를 표시하였고 이를 원고가 이를 알고 있었으며, 이 사건 혼인관계 종료계약과 수정계약이 캘리포니아주법의 요건을 충족하지 못하였으므로, 이 사건 캘리포니아주법을 준거법으로 정한 이 사건 혼인관계 종료계약과 수정계약은 무효라고 주장하였다. 나아가 이 사건 혼인관계 종료계약에서 정한 준거법을 적용할 수 없다면, 원고와 피고가 모두 대한민국에 상거소를 가지고, 혼인이 대한민국에서 성립되었으며, 혼인 생활의 대부분이 대한민국에서 형성된 점을 고려하여 '준거법 지정 시의 반정(反定)'에 관한 구 국제사법 제9조 제1항(현행

국제사법 제22조 제1항)을 유추적용한 이른바 '숨은 반정'의 법리에 따라 대한민국 민법을 준거법으로 하여 이혼과 재산분할, 부양료 등을 판단하여야 한다고 주장하였다.

그러나 대상판결은 피고가 제출한 증거만으로는 이 사건 혼인관계 종료계약 및 수정계약의 효력을 부정할 수 없다고 판단하였다. 대상판결은 원 · 피고가 이 사건 혼인관계 종료계약과 수정계약을 통하여 캘리포니아주법을 준거법으로 정한 것은 '당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우'에 해당하므로, 구 국제사법 제9조 제2항 제1호(현행 국제사법 제22조 제2항 제1호)에 따라 구 국제사법 제9조 제1항(현행 국제사법 제22조 제1항)의 적용은 배제되고, 피고가 주장하는 '숨은 반정'의 법리는 적용될 여지가 없다고 판단하였다. 이에 따라 대상판결은 이혼 및 재산관계의 준거법으로 캘리포니아주법을 적용하였다.

(나) 검토

대상판결은 구 국제사법 제9조 제2항 제1호(현행 국제사법 제22조 제2항 제1호)의 의미와 기능을 명확히 하였다. 즉, 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택한 경우에는 직접반정을 규율하는 구 국제사법 제9조 제1항(현행 국제사법 제22조 제1항)이 적용되지 않는다는 점을 분명히 하였다. 이 사건에서 법원은 혼인관계 종료계약 및 수정계약의 유효성을 전제로, 당사자들이 캘리포니아주법을 준거법으로 명시적으로 선택한 이상 이는 '합의에 의한 준거법 선택'에 해당하므로, 반정 규정의 적용이 배제된다고 보았다. 이는 반정 제도가 당사자의 선택에 의해 준거법이 정해진 경우까지 이를 수정 · 전환하는 기능을 갖지 않는다는 점을 분명히 한 것이다.

아울러 대상판결은 후술할 '숨은 반정' 법리와 구 국제사법 제9조 제2항 제1호(현행 국제사법 제22조 제2항 제1호)의 관계를 구체적으로 정리하였다. 피고는 준거법 합의가 무효일 경우 숨은 반정을 통해 대한민국 민법을 적용해야 한다고 주장하였으나, 법원은 먼저 준거법 합의의 유효성을 인정한 뒤, 그 자체로 반정의 적용 가능성이 차단된다고 보았다. 이는 숨은 반정이 구 국제사법 제9조 제1항(현행 국제사법 제22조 제1항)의 해석 · 적용 문제에 불과하며, 당사자자치가 작동하는 영역에서는 문제될 여지가 없다는 점을 명확히 한 것이다.

나. 국제사법에 따라 계약의 준거법이 지정되는 경우(제2호)

국제사법 제22조 제2항 제2호는 "이 법에 따라 계약의 준거법이 지정되는 경우"에는 직접반정을 허용하지 않는다. "계약채무의 준거법에 관한 협약"(이하 '로마협약')[156] 제15조[157]와 이를 계승한 로마 I 규정 제20조[158]는 계약의 준거법을 해당 국가의 실질법에 한정하고 그 국가의 국제사법규칙의 적용은 배제한다. 이는 당사자들이 계약의 준거법을 선택한 경우에는 그 의사, 계약의 준거법을 선택한 바 없는 경우에는 국제사법이 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 지정하는 취지를 고려할 때에 준거법을 다시 문제 삼는 것은 합리적이지 않다는 점을 고려한 것이다.[159] 즉, 계약관계에서는 반정을 통한 조정적 기능보다 법적 안정성과 당사자의 합리적 예측가능성을 확보하는 것이 우선된다는 인식에 기초하여 반정을 배제한 것으로, 국제사법 제22조 제2항 제2호 역시 로마협약 및 로마 I 규정의 기본 취지를 수용한 것이다.

다. 국제사법 제73조에 따라 부양의 준거법이 지정되는 경우(제3호)

국제사법 제22조 제2항 제3호는 "제73조에 따라 부양의 준거법이 지정되는 경우"에 직접반정을 허용하지 않는다. 이는 1973년 "부양의무의 준거법에 관한 헤이그협약"[160] 제3조[161]의 입장을 수용한 것이다.[162] 부양의무의 준거법에 관한 헤이그협약 제

---

156) 정식 명칭은 "Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations"이다. 로마협약은 계약상 채무의 준거법을 통일적으로 규율하기 위하여 1980년 유럽공동체(European Communities) 회원국들이 채택한 국제협약으로, 1991년 4월 1일부터 발효되었다.

157) 로마협약 제15조
이 협약에 따라 지정되는 국가의 법을 적용한다는 것은, 해당 국가에서 효력을 가지는 법규 중 국제사법규칙을 제외한 법규를 적용하는 것을 의미한다(The application of the law of any country specified by this Convention means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law).

158) 로마 I 규정 제20조 반정의 배제(Exclusion of renvoi)
이 규정에 따라 지정되는 국가의 법을 적용한다는 것은, 해당 국가에서 효력을 가지는 법규 중 국제사법규칙을 제외한 법규를 적용하는 것을 의미한다(The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law).

159) Mario Giuliano & Paul Lagarde, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of European Communities, C 282, 31 Oct 1980, 37.

160) 정식 명칭은 "Convention on the Law Applicable to Maintenance Obligations"이다. 위 협약은 부양의무의 준거법을 통일적으로 규율하기 위하여 헤이그국제사법회의(HCCH)가 1973년 10월 2일 채택하여 1977년 10월 1일 발효되었으며, 부양권리자의 일상거소지법을 준거법으로 직접 지정하는 방식을 취하고 있다.

161) 부양의무의 준거법에 관한 헤이그협약 제3조
이 협약에 따른 부양의무의 준거법은 부양채권자의 상거소가 있는 국가의 법이다(The law applicable to

3조는 부양권리자의 일상거소지법을 부양의 준거법으로 직접 지정하고 있으며, 이는 반정을 예정하지 않는 구조이다.[163] 이러한 구조는 부양권리자 보호라는 협약의 목적상[164] 반정을 허용할 경우 보호 수준이 후퇴할 수 있다는 점을 고려한 것으로, 국제사법 제22조 제2항 제3호는 이러한 협약의 입장을 수용하여 부양의 준거법이 지정되는 경우 직접반정을 배제하고 있다.

라. 국제사법 제78조 제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우(제4호)

(1) 취지 및 내용

국제사법 제22조 제2항 제4호는 "제78조 제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우"에 직접반정이 배제됨을 명시한다. 1961년 "유언에 의한 처분의 방식에 관한 법의 저촉에 관한 헤이그협약"[165]은 여러 연결점에 따른 법 중 어느 하나에 따라 유언이 방식적으로 유효한 경우 그 효력을 인정하도록 함으로써, 유언의 형식적 유효성을 넓게 보장하고 유언자의 최종 의사를 존중한다.[166] 이 경우 반정을 인정하여 유언자의 의사에 따른 준거법을 부정하고 다른 준거법을 적용함으로써 유언 방식의 유효성이 부정된다면 협약의 취지에 반하는 결과가 되므로 반정은 허용되지 않는다. 국제사법 제22조 제2항 제4호는 이러한 협약의 입장을 그대로 수용하였다.

---

maintenance obligations under this Convention is the law of the State of the habitual residence of the maintenance creditor).

162) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 187.

163) 부양의무의 준거법에 관한 헤이그협약에는 반정을 인정하는 조항이 존재하지 않는다. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=86 (2026. 4. 1. 최종 확인).

164) 이병화, "부양의무의 준거법에 관한 헤이그의정서의 해석론적 고찰", 국제사법연구 제30권 제1호 (한국국제사법학회, 2024), 170에서는 "부양의무의 준거법에 관한 헤이그의정서"(Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations) 제3조가 부양의무의 준거법에 관한 헤이그협약상의 연결원칙과 마찬가지로 부양권리자의 일상거소지법을 부양의무의 준거법으로 하였다는 점을 언급하며, 그 이유에 관하여 "부양권리자가 대부분의 활동을 영위하고 생활하는 국가에서 그 사회환경의 법적 · 사실적 조건에 관하여 부양의무의 존재와 금액을 결정할 수 있도록 한다는 점"을 든다.

165) 정식 명칭은 "Convention on the Conflicts of Laws relating to the Form of Testamentary Dispositions"이다. 위 협약은 유언의 방식적 유효성을 가능한 한 넓게 인정하기 위하여 작성된 협약으로, 헤이그국제사법회의(HCCH)가 1961년 10월 5일 채택하여 1964년 1월 5일 발효되었다.

166) 헤이그국제사법회의(HCCH)는 '유언에 의한 처분의 방식에 관한 법의 저촉에 관한 헤이그협약'의 작성 취지에 관하여 "이 협약은 여러 법 중에서 유언에 의한 처분의 방식에 적용될 국가의 법을 지정함으로써 유언의 법적 확실성을 제고한다."라고 설명한다. https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/form-of-wills (2026. 4. 1. 최종 확인).

(2) 판례: 수원고등법원 2025. 6. 26. 선고 2024나16604 판결(확정)[167]

(가) 사실관계 및 법원의 판단

수원고등법원 2025. 6. 26. 선고 2024나16604 판결(확정)은 미국 국적의 망인이 대한민국에 소재한 다수의 토지에 관하여 작성한 유언의 효력을 둘러싸고, 상속인 사이에서 소유권의 귀속이 다투어진 사안이다. 망인은 사망 당시 미국 뉴욕주에 주소를 두고 있었으며, 생전에 여러 차례 유언장을 작성하였다. 원고는 망인의 자녀로서, 특정 유언장의 효력을 다투면서 피고에게 이전된 이 사건 각 토지 지분에 관하여 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기를 구하였다. 이 사건 각 토지는 모두 대한민국에 소재하고 있어, 유언의 형식, 실질적 유효성 및 유언에 따른 재산처분의 효과에 관한 준거법이 쟁점이 되었다.

대상판결은 구 국제사법 제50조 제1항(현행 국제사법 제78조 제1항)에 따라 유언의 준거법은 원칙적으로 유언 당시 유언자의 본국법에 의하고, 미국은 불통일법국이므로 구 국제사법 제3조 제3항(현행 국제사법 제16조 제3항)에 따라 관련 주법이 적용되는데, 이 사건에서 유언자는 미국 국적자로서 뉴욕주에 주소를 두고 있었으므로 원칙적으로 뉴욕주법이 유언의 준거법이 된다고 판단하였다.

대상판결은 뉴욕주 부동산 및 신탁법(EPTL) 제3-5.1조 (b)(1)은 부동산에 대한 유언처분의 형식적 · 실질적 유효성, 효과, 해석, 철회 및 변경 등은 해당 부동산의 소재지 관할법원의 법률에 따라 판단하도록 규정하고 있으며, 같은 조 (a)(5)는 여기서 말하는 '효과'가 유효한 유언에 따른 재산처분에 부여되는 법률적 결과를 의미한다고 규정하고 있다고 하였다. 그러나 구 국제사법 제9조 제2항 제4호는 구 국제사법 제50조 제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우에는 반정을 배제하도록 규정하고 있으므로, 설령 구 국제사법 제50조 제3항 제1 내지 3호에 따라 유언의 방식에 관한 준거법이 뉴욕주 법인 경우, 뉴욕주법이 다시 부동산 소재지법인 대한민국법을 적용하도록 규정하고 있더라도, 유언의 '방식'에 관하여는 반정이 배제되어 뉴욕주법이 그대로 적용된다고 판시하였다.

---

167) 제1심판결은 수원지방법원 성남지원 2024. 4. 23. 선고 2017가합408595 판결(확정)이고, 상고심판결은 대법원 2025. 11. 13. 선고 2025다214671 판결이며 심리불속행 기각으로 확정되었다.

한편 대상판결은 구 국제사법 제50조 제3항 제4호는 부동산에 관한 유언의 방식에 대하여는 부동산 소재지법을 적용하도록 규정하고 있으며, 미국 국제사법의 일반원칙[Restatement (Second) of Conflict of Laws] 제239조 제1항도 토지에 관한 이익의 이전 여부 및 그 성질은 토지의 소재지 법원이 적용하는 법률에 의한다고 규정하고 있음을 지적하였다.

대상판결은 망인은 미국 뉴욕주에 주소를 둔 미국 국적자이고, 이 사건 각 토지는 대한민국에 소재하고 있으므로, 구 국제사법 제50조 제3항 제1호 내지 제3호 및 제4호가 모두 적용될 수 있다고 하였다. 결론적으로 대상판결은 ① 유언의 '방식'은 뉴욕주법을 적용하되, 유언의 '효과'에 관하여는 뉴욕주 부동산 및 신탁법 제3-5.1조 (b)(1), (a)(5)에 따라 부동산 소재지 관할법원의 법률인 대한민국법을 적용하거나, 또는 ② 구 국제사법 제50조 제3항 제4호에 따라 유언의 방식과 효과 모두에 대하여 대한민국법을 적용하는 것이 가능하다고 판단하였다.

(나) 검토

대상판결은 유언의 준거법 체계를 '방식(form)'과 '효과(effect)'로 구조적으로 구분하면서, 구 국제사법 제9조 제2항 제4호(현행 국제사법 제22조 제2항 제4호)의 적용범위를 정합적으로 해석하였다는 점에서 의의가 있다. 대상판결은 유언의 '방식'에 관하여 구 국제사법 제50조 제3항(현행 국제사법 제78조 제3항)에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우, 그 외국법이 다시 부동산 소재지법을 지시하더라도 구 국제사법 제9조 제2항 제4호(현행 국제사법 제22조 제2항 제4호)에 따라 반정이 배제되어 지정된 외국법이 그대로 적용된다는 점을 분명히 함으로써, 구 국제사법 제9조 제2항 제4호(현행 국제사법 제22조 제2항 제4호)에 따른 직접반정 배제가 유언의 '방식'에 한정됨을 확인하였다.

한편 대상판결에서는 유언의 '효과'에 관하여 대한민국법이 직접 지정되어 반정 여부가 문제되지 않았으나, 직접반정의 금지는 구 국제사법 제50조 제3항(현행 제78조 제3항)에 따라 유언의 '방식'의 준거법이 지정되는 경우에 한정되며, 유언의 '효과'에 대해서는 직접반정이 배제되지 않음을 유의할 필요가 있다.

마. 국제사법 제94조에 따라 선적국법이 지정되는 경우(제5호)

국제사법 제22조 제2항 제5호는 "제94조에 따라 선적국법이 지정되는 경우"에 직접반정을 허용하지 않는다. 선적국법이 지정되는 경우에 직접반정을 허용하면 선적국법으로 지정되는 국가들의 국제사법을 살펴 대한민국법을 준거법으로 지정하는지 여부를 검토하여야 하나, 선적국법으로 지정되는 국가들이 군소국가들인 경우가 많아 해당 국가들의 국제사법 규범을 정확히 파악하는 데 현실적인 어려움이 있다는 점을 고려하여 직접반정을 배제한 것이다.[168] 참고로 불법행위와 사무관리의 경우에 직접반정을 원칙적으로 허용하는 것과 일관되게, 불법행위의 성격을 지지는 국제사법 제95조(선박충돌)와 사무관리의 성격을 지니는 국제사법 제96조(해난구조)에 따라 각 선적국법이 지정되는 경우에는 직접반정이 허용된다.[169]

바. 직접반정을 인정하는 것이 국제사법의 지정 취지에 반하는 경우(제6호)

국제사법 제22조 제2항 제6호는 "그 밖에 제1항을 적용하는 것이 이 법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우"에 직접반정이 배제된다고 규정한다. 국제사법 제22조 제2항 제6호는 준거법 지정 규정의 기능과 목적에 비추어 반정을 허용하는 것이 오히려 해당 연결 규정의 입법 취지를 훼손하는 경우를 포괄적으로 배제하기 위한 일반조항으로 이해할 수 있다. 이 규정은 반정의 허용 여부를 기계적으로 결정하기보다는 해당 준거법 지정 방식이 지향하는 규범적 목적과 연결 구조를 고려할 때 반정이 정당화될 수 있는지를 개별적으로 판단하도록 하는 기능을 가진다.

수원지방법원 2021. 6. 2. 선고 2020나76548 판결(확정)[170]은 "국제사법 제9조 제2항 제6호가 '그 밖에 위 제1항의 규정을 적용하는 것이 국제사법의 지정 취지에 반하는 경우'에 위 제9조 제1항의 규정을 적용하지 않도록 규정한 것은 예컨대 법률행위의 방식 또는 유언의 방식에 관한 국제사법의 선택적 연결(국제사법 제17조, 제50조 제2항)이 반정에 의해 부정되는 경우, 불법행위를 계약의 준거법에 종속적으로 연결하는 경우(같은 법 제32조 제3항)와 같이 취지가 복잡한 법률관계를 하나의 법질서에 연결하고자 하는 경우, 국제사법 제8장의 어음 · 수표에 관한 조항들과 같이 당해 분야의 저촉

168) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 188.
169) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 189.
170) 제1심판결은 수원지방법원 2020. 7. 8. 선고 2019가단565508 판결(확정)이다.

규범을 통일하기 위해 국제조약에 근거를 두고 있는 경우, 반정의 적용이 공서양속에 위반될 경우 등에 반정을 허용하면 준거법 지정의 취지에 반할 우려가 있음에 따른 것인 점"이라고 밝혔다. 위 판결은 대한민국에서 생활하던 중 불법행위로 인해 사망한 중국인의 상속 관계에 관하여 반정을 인정함으로써 중국의 섭외민사관계법률적용법에 따라 대한민국법을 적용하는 것이 그 자체로 국제사법의 준거법 지정 취지나 당사자들 사이의 평등의 원칙 내지 공서양속에 반한다고 보기는 어려우므로, 구 국제사법 제9조 제2항 제6호를 근거로 직접반정을 배제할 수 없다고 하였다. 위 판결은 구 국제사법 제9조 제2항 제6호(현행 국제사법 제22조 제2항 제6호)가 적용될 수 있는 예를 설시하고 있는 데 큰 의의가 있으며, 그 예로서 ① 선택적 연결을 채택한 경우(법률행위의 방식의 준거법 또는 유언의 방식의 준거법 등), ② 종속적 연결을 채택한 경우(불법행위의 준거법 등), ③ 어음 · 수표의 준거법 등 저촉규범을 통일하기 위한 국제조약에 근거를 둔 경우, ④ 반정의 적용이 공서양속에 위반될 경우를 들고 있다.

위 판결에서 설시한 예 중 위 ① 내지 ③은 후술하는 바와 같이 적절하다고 판단되나, 위 ④의 경우, 즉 '반정의 적용이 공서양속에 위반될 경우'가 국제사법 제22조 제2항 제6호의 '국제사법의 지정 취지에 반하는 경우'에 해당된다는 것에는 동의하기 어렵다. 반정의 적용 결과가 공서양속에 위반된다는 사정은 반정 자체의 허용 여부가 아니라 외국법 적용의 내용 통제 문제로서 국제사법 제23조(사회질서에 반하는 외국법 규정)에 의하여 해결하는 것이 체계적으로 타당하다고 본다. 공서양속 위반 여부는 준거법 지정의 결과를 전제로 판단되는 사후적 통제 사유인 반면, 국제사법 제22조 제2항은 반정이라는 연결기법이 구조적으로 부적합한 영역을 사전에 배제하기 위한 규정이기 때문이다. 따라서 '반정의 적용이 공서양속에 위반될 경우'를 국제사법 제22조 제2항 제6호의 사유로 파악하기보다는, 반정을 허용하되 그 결과 적용되는 외국법이 공서에 반하는 경우 국제사법 제23조에 따라 그 적용을 배제하는 것이 적절하다고 판단된다. 이하에서는 위 판결에서 명시한 ① 내지 ③의 예를 포함하여 국제사법 제22조 제2항 제6호에 해당될 수 있는 경우들을 살펴보고자 한다.

(1) 선택적 연결을 채택한 경우

선택적 연결이란 하나의 법률관계에 대하여 준거법을 복수로 정하고 그중 하나의 준거법에서 정한 요건이 충족되는 그 법률관계의 성립을 인정하는 경우를 말한다.[171]

선택적 연결의 예로는, 법률행위 방식의 준거법에 관한 국제사법 제31조, 유언의 방식의 준거법에 관한 국제사법 제78조 제3항, 혼인의 방식의 준거법에 관한 국제사법 제63조 제2항, 부부의 합의에 의한 부부재산제의 준거법에 관한 국제사법 제65조 제2항을 들 수 있다. 선택적 연결은 가능한 한 법률관계의 유효성을 용이하게 인정하려는 규범적 목적이 작용한다. 이러한 영역에서 반정을 허용하여 선택된 준거법이 다시 부정되거나, 선택적 연결에 따라 인정된 방식의 유효성이 뒤집히게 된다면, 이는 해당 규정이 추구하는 유효성 보장의 취지에 반하게 된다.[172] 따라서 선택적 연결이 채택된 영역에서는 반정이 배제되는 것이 합리적이다. 앞서 살펴본 국제사법 제22조 제2항 제4호는 이러한 취지에서 "제78조 제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우"를 직접반정이 배제되는 경우로 명시한 것으로 이해되며, 그 외에 국제사법이 인정하는 선택적 연결의 경우(국제사법 제31조, 제63조 제2항, 제65조 제2항)에는 국제사법 제22조 제2항 제6호에 따라 직접반정이 배제된다고 보는 것이 타당하다.

(2) 종속적 연결을 채택한 경우

종속적 연결이란 하나의 법률관계가 다른 법률관계에 종속하는 경우 그 법률관계의 준거법과 동일한 준거법을 연결시키는 방법이다.[173] 종속적 연결의 예로는, 당사자 사이에 기존 법률관계가 있는 경우에 해당 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되거나, 해당 법률관계에 근거한 이행으로부터 부당이득이 발생하거나, 해당 법률관계에 근거하여 사무관리가 행해진 때에 해당 법률관계의 준거법에 따르도록 규정한 국제사법 제52조 제3항, 제51조 단서, 제50조 제1항 단서의 경우를 들 수 있다. 이와 같이 특정 법률관계를 하나의 법질서에 종속적으로 연결하려는 경우 반정은 제한될 수 있다. 복합적인 법률관계를 단일한 준거법 아래 통합하려는 입법적 선택이 이루어진 경우, 반정을 허용하면 계약과 불법행위가 서로 다른 준거법에 의해 규율되는 결과가 초래될 수 있기 때문이다.[174] 즉, 종속적 연결의 경우 반정을 인정하게 되면 동일한 당사자 사이의 밀접하게 연관된 법률관계를 하나의 법질서에 귀속시키려는 규범적 의도를 무력화할 우려가 있으므로 반정은 허용될 수 없다.

171) 안강현, 로스쿨 국제거래법, 제11판, 박영사 (2025), 168.
172) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 190.
173) 안강현, 로스쿨 국제거래법, 제11판, 박영사 (2025), 169.
174) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 190.

(3) 피해자가 불법행위의 준거법을 선택한 경우

국제사법 제52조 제1항은 “불법행위는 그 행위를 하거나 그 결과가 발생하는 곳의 법에 따른다”라고 규정함으로써 행위지법과 결과발생지법 모두를 불법행위의 준거법을 인정한다. 대법원 판례는 피해자가 행위지법과 결과발생지법 중 자신에게 유리한 법을 불법행위의 준거법으로 선택할 수 있다고 본다.[175] 이와 같이 행위지법과 결과발생지법을 모두 준거법으로 인정하고 피해자가 그중 유리한 법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하는 것은 피해자 보호를 강화하려는 취지에 기초한 것이다.[176] 그런데 행위지인 외국의 국제사법이 결과발생지인 대한민국법으로 반정하는 것을 허용한다면 피해자 보호를 위하여 피해자에게 부여된 선택권을 실질적으로 무의미하게 만들 수 있다.[177] 이는 국제사법이 불법행위 영역에서 예정한 피해자 보호 구조와 충돌하므로, 이러한 반정은 허용될 수 없다.

(4) 어음 · 수표에 관한 준거법의 경우

국제사법 제9장(어음 · 수표)에 관한 준거법 조항들은 해당 분야의 저촉규범을 통일하기 위한 조약에 근거하고 있다.[178] 따라서 명시적으로 전정을 인정한 제80조를 제외한 나머지 규정들(제81조 내지 제88조)의 경우에 반정을 인정하게 되면 관련 조약의 입장을 수용하고자 한 취지를 몰각하게 된다. 따라서 국제사법 제81조 내지 제88조에 따라 어음 · 수표의 준거법이 지정된 경우에는 국제사법 제22조 제2항 제6호에 따라 직접반정이 배제된다고 보는 것이 적절하다.[179]

3. 전정의 인정: 어음 · 수표의 행위능력

국제사법 제80조 제1항은 어음 · 수표의 행위능력의 경우에 전정(轉定)을 인정한다. 즉, 환어음, 약속어음 및 수표에 의하여 채무를 부담하는 자의 능력은 그의 본국법에 따르나, 그 국가의 법이 다른 국가의 법에 따르도록 정한 경우에는 그 다른 국가의 법에 따른다. 국제사법 제80조 제1항은 전정을 허용한다는 점만을 명시하나, 직접반정

175) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 등.
176) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 191.
177) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 191.
178) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 191.
179) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 191.

도 허용하는 것을 전제로 하였다고 해석된다.[180]

III. 숨은 반정(hidden renvoi)의 법리

1. '숨은 반정(hidden renvoi)'의 의의 및 요건

가. '숨은 반정'의 의의

'숨은 반정(hidden renvoi, versteckte Verweisung)'이란 외국의 국제재판관할 규정 등에 숨겨져 있는 저촉규정에 의하여 우리나라로 반정을 인정하는 경우로서,[181] 예컨대 법정지인 A국의 국제사법에 의하면 B국법을 준거법으로 적용하도록 규정되어 있는 한편 B국의 국제재판관할규정에 의하면 A국이 관할을 가지는 경우 그 관할 속에 준거법의 지정에 관한 내용이 숨어 있는 것으로 보아 A국 법원이 법정지의 실질법을 적용하는 것이다.[182] 외국 법원이 우리나라에서 재판하는 것처럼 가정하여 외국의 국제재판관할 규칙에 따라 우리나라 법원에 국제재판관할이 인정된다면 우리나라 실질법을 적용한다는 의미에서 '가정적 반정(hypothetical renvoi, hypothetische Verweisung)'이라고도 한다.[183] 숨은 반정의 법리는 독일에서 최초로 제시되어 독일 학설과 판례에서 인정되어 왔으며,[184] 일본 판례도 인정하고 있다.[185]

---

180) 서희원, 국제사법강의 개정신판, 일조각 (1998), 98; 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 191.

181) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 192.

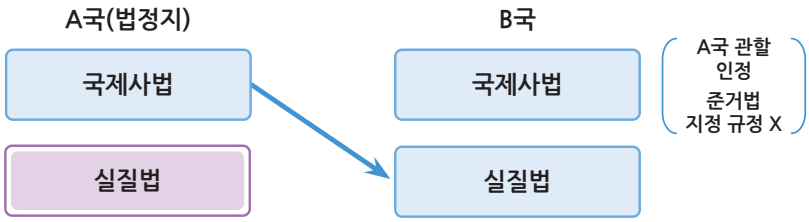
182) 안강현, 로스쿨 국제거래법, 제11판, 박영사 (2025), 183.

183) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 512.

184) Christian von Bar / Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1: Allgemeine Lehren, 2. Auflage, C.H.Beck (2003), § 7, Rn. 218 f.; Gerhard Kegel / Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, C.H.Beck (2004), § 10 VI; Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Mohr Siebeck (2006), § 25 [이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 513에서 재인용]

185) 다만 일본의 일부 판례에서는 숨은 반정의 법리를 부정한 경우도 발견되는 등 숨은 반정의 법리가 확고하게 자리잡았다고 보기는 어렵다고 한다. 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 513.

[그림 6] 숨은 반정



나. '숨은 반정'의 요건

숨은 반정이 허용되기 위해서는 해석론상 다음의 요건이 충족될 것이 요구된다.[186] 첫째, 우리나라 국제사법에 따라 연결대상의 준거법으로 외국법이 지정되어야 한다. 둘째, 해당 외국에 연결대상에 대한 독립적인 저촉법규칙이 없어야 한다. 만약 저촉법규칙이 있다면 명시적인 반정이 된다. 셋째, 해당 외국의 국제재판관할 규칙에 따르면 우리나라에 국제재판관할이 있어야 한다. 넷째, 해당 외국이 자국에서 재판할 경우, 법정지의 실질법을 적용하는 경우여야 한다. 다섯째, 숨은 반정을 허용하는 것이 우리나라 국제사법의 지정 취지에 반하지 않아야 한다.

위 셋째 요건과 관련하여, 해당 외국의 국제재판관할 규칙에 따라 우리나라에 전속관할이 인정되어야 하는지, 아니면 비전속관할(경합적 · 임의관할)이 인정되는 것으로 충분한지가 문제된다. 전속관할을 요구하는 견해[187]도 있으나, 비전속관할이 인정되는 경우에도 숨은 반정의 법리를 인정할 수 있다고 보는 견해[188]가 타당하다고 본다. 숨은 반정의 인정 여부는 외국 국제사법상 관할의 배타성 여부라는 형식적 기준에 의해 좌우될 것이 아니라, 외국법 체계가 국제재판관할 규칙을 통하여 사실상 준거법을 결정하는 구조를 취하고 있는지 여부에 따라 판단되어야 하기 때문이다. 숨은 반정은 외국 국제사법이 명시적인 저촉규칙을 두지 않은 대신, 국제재판관할 규칙과 법정지법 적용 원칙(lex fori)을 결합하여 실질적으로 준거법을 결정하는 경우에 문제되는데, 이러한 경우에는 관할이 전속적인지 여부보다 준거법 결정 기능이 어디에서 수행되는지가 본질적인

186) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 194; 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 519-522.
187) Staudinger/Rainer Hausmann, EGBGB/IPR, 13. Auflage (1996), Art. 4 Rn. 78.
188) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 194.

판단 기준이 된다. 또한 외국법이 경합적 관할을 인정하면서도 관할을 가지는 법원이 그 실질법을 적용하도록 예정하고 있다면, 이는 복수의 법정지를 전제로 하되 선택된 법정지에 따라 적용될 실질법이 결정되는 구조를 취하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 구조는 외형상 국제재판관할 규칙에 의해 작동하지만, 기능적으로는 국제사법상 허용되는 선택적 연결과 실질적으로 동일한 역할을 수행한다. 이 경우 관할이 전속적이지 않다는 이유만으로 숨은 반정을 부정한다면, 외국법 체계가 예정한 준거법 결정 방식의 의미를 충분히 반영하지 못하게 된다. 나아가 이러한 해석은 우리 국제사법의 지정취지와도 배치되지 않는다. 우리 국제사법은 준거법 지정에 있어 밀접관련성, 예측가능성, 그리고 합리적인 결과 도출을 중시하는데, 외국법이 우리나라를 관할 있는 법원으로 예정하고 있는 경우 그 체계에 따라 우리 실질법이 적용되도록 하는 것은 오히려 이러한 가치에 부합하는 결과를 가져올 수 있다. 따라서 경합적 관할이라는 이유만으로 숨은 반정을 배제하는 것은 형식적 기준을 실질적 기능보다 우선하는 결과를 초래할 수 있다. 결국 숨은 반정의 인정 여부는 외국 국제사법상 관할이 전속적인지 여부가 아니라, 외국법 체계가 국제재판관할 규칙을 매개로 실질법을 결정하는 구조를 취하고 있는지, 그리고 그 구조를 존중하는 것이 우리 국제사법의 기본 원칙과 지정취지에 반하지 않는지에 따라 판단하는 것이 타당하다. 이러한 기준에 따르면, 외국법이 경합적 관할을 인정하는 경우에도 법정지의 실질법 적용을 예정하고 있다면 숨은 반정을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

2. 숨은 반정의 법리가 문제된 판례의 검토

우리나라 판례는 주로 이혼, 입양 등 신분법적 쟁점에 관하여 숨은 반정을 인정하여 왔다. 섭외사법하에서부터 하급심 판결례는 숨은 반정의 법리를 인정하여 왔다.[189] 이하에서는 구 국제사법과 현행 국제사법하에서 숨은 반정의 법리의 적용 여부가 문제된 대법원 판례를 중심으로 검토하고자 한다.

189) 서울가정법원 1972. 10. 31. 선고 71드2122 판결(확정); 춘천지방법원 1975. 11. 11. 선고 75드16 판결(확정); 서울가정법원 1977. 2. 2. 선고 76드2064 판결(확정) 등. 최공웅, 국제소송 개정판, 육법사 (1988), 698-699, 주109. 서울가정법원 1986. 12. 30.자 85드6506 심판(확정); 서울가정법원 1991. 5. 9. 선고 90드75828 판결(확정)도 숨은 반정의 법리를 인정한다. 위 두 판결에 대한 평석은, 이종혁, “이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 516 참조.

가. 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결

(1) 사실관계 및 법원의 판단

대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 구 국제사법이 시행된 이후 숨은 반정의 법리를 명시적으로 인정한 최초의 대법원 판결이다.[190] 대상판결은 미국 국적의 남성이자 미주리주에 법률상 주소를 두고 있던 원고가, 대한민국 국적의 여성인 피고와 한국에서 혼인한 후, 미국 국적을 취득한 피고와 함께 대한민국에서 거주하다가 이혼 및 친권자 · 양육자 지정을 청구한 사안이다. 대상판결은 구 국제사법 제9조 제1항을 유추적용하여 숨은 반정의 법리를 인정하고, 이에 따라 이혼의 준거법으로 법정지법인 대한민국 민법을 적용하였다.

대상판결은 먼저 우리나라 국제사법 제2조와 미주리주법 및 미국 국제사법의 일반원칙에 비추어 볼 때 모두 대한민국 법원에 국제재판관할이 인정된다고 보았다. 원 · 피고는 거주기한을 정하지 아니하고 대한민국에 거주하고 있으므로 쌍방 모두 대한민국에 상거소(常居所)를 가지고 있다고 할 수 있고, 여기에 그 혼인이 대한민국에서 성립되었고 그 혼인생활의 대부분이 대한민국에서 형성되었다는 점까지 고려한다면, 이 사건 이혼청구 등은 대한민국과 실질적 관련이 있다고 볼 수 있으므로 구 국제사법 제2조 제1항의 규정에 의하여 대한민국 법원은 이 사건에 대하여 재판관할권을 가진다고 할 수 있다고 판시하였다. 한편 이혼 등에 관한 미주리주의 법률(Missouri State Statute. Chapter 452. Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance)의 관련 규정들(제305조, 제310조, 제371조 등), 미주리주의 주법원 판결, 미국 연방대법원 및 각 주법원의 관련 판결들 및 학설 등에 근거하여 일반적으로 승인되어 있는 이혼에 관한 미국 국제사법의 일반원칙[저촉법에 관한 제2차 리스테이트먼트(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws) 제11조 내지 제21조, 제71조, 제285조 등]을 종합하여 보면, 원 · 피고는 늦어도 원고가 미군 복무를 마친 다음 그 자유의지에 따라서 피고 및 사건본인들과 함께 대한민국에 정착한 시점부터는 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성하였다고 볼 수 있고, 여기에 피고가 이 사건 소장 부본을 적법하게 송달받고 적극적으로 응소하였다는 점까지 고려한다면, 원 · 피고의 본국법인

190) 석광현, "2006년 국제사법 분야 대법원 판례: 정리 및 해설", 국제사법연구 제12호, 한국국제사법학회 (2006), 599.

동시에 종전 주소지를 관할하는 미주리주의 법에 비추어 대물 소송(in rem)에 해당하는 이 사건 이혼청구와 대인 소송(in personam)에 해당하는 이 사건 친권자 및 양육자지정 청구 등에 대하여 모두 대한민국 법원이 재판관할권을 행사하는 것은 정당하다고 볼 수 있으므로, 결국 국제사법 제2조 제2항에 규정된 '국제재판관할의 특수성'을 충분히 고려하더라도 이 사건에 대한 대한민국 법원의 재판관할권 행사에는 아무런 문제가 없다고 판단하였다.

다음으로 대상판결은 준거법 판단을 함에 있어서 구 국제사법 제39조 및 제37조 제1호에 따라 이혼에 관해서는 부부의 동일한 본국법이 1차적으로 적용된다고 전제하였다. 미국은 주별로 상이한 법체계를 가지는 국가이므로 구 국제사법 제3조 제3항에 따라 원 · 피고가 미국 국적을 보유한 점을 고려하여 종전 주소지를 관할하는 미주리주의 법을 검토하여야 한다고 보았다. 미주리주법과 미국 국제사법의 일반원칙에 따르면, 미국 국적을 가진 원 · 피고가 모두 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 대한민국에 형성한 상태에서 대한민국 법원에 제기된 이혼 청구에 대해서는, 현재 주소가 속한 법정지의 법률이 준거법이 되므로, 반정에 관한 구 국제사법 제9조 제1항을 유추적용한 숨은 반정의 법리에 따라 이 사건에는 이혼 등을 규율하는 법정지법인 우리 민법을 적용하여야 한다고 판시하였다.

(2) 검토

대상판결은 숨은 반정의 법리를 대법원 판결로서 처음으로 인정하였다는 점에서 의의를 가진다. 그러나 아래와 같은 점에서 그 적용 방식과 논증 구조에 있어서는 여전히 정교화가 요구되는 측면이 있다.

우선 숨은 반정의 법리를 인정함에 있어서 구 국제사법 제9조 제1항을 직접 적용하지 않고 '유추적용'한다고 판시한 부분이 타당한지 여부가 문제된다. 숨은 반정의 법리를 인정함에 있어서 구 국제사법 제9조 제1항을 유추적용하는 것이 적절하다는 견해[191]가 있으나, 구 국제사법 제9조 제1항은 "외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때"를 반정의 요건으로 규정하고

191) 김시철, "주한 미국인 부부의 이혼 및 미성년자녀에 관한 양육처분 등에 관하여" 저스티스 통권 제96호, 한국법학원 (2007), 270-271, 주 91.

있는데 숨은 반정의 경우 외국의 국제재판관할 규칙을 포함한 외국 국제사법 전체를 해석 · 적용하여 이러한 요건 충족 여부를 판단하게 된다는 점에서 이를 유추적용의 문제로 볼 것이 아니라 직접 적용의 문제로 파악하는 것이 더 타당하다는 지적이 가능하다.[192] 숨은 반정은 제9조 제1항의 적용대상을 넓히는 문제가 아니라 "그 국가의 법"에 외국 국제사법 전체가 포함되는지에 관한 해석 문제이므로, 유추적용이 아니라 직접 적용으로 이해하는 것이 논리적으로 일관된다고 본다.

또한 대상판결은 '미주리주의 국제재판관할 규칙에 따라 대한민국 법원이 국제재판관할을 가지는지 여부'를 국제재판관할의 존부 판단 단계에서 검토하고 있을 뿐이고, 준거법 지정 단계에서 숨은 반정의 맥락에서는 언급하지 않는다.[193] 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 숨은 반정을 허용하기 위해서는 외국의 국제재판관할 규칙에 따르면 우리나라에 국제재판관할이 인정되어야 한다는 요건이 충족될 것이 요구되므로, 숨은 반정의 법리를 적용함에 있어서 반드시 미주리주의 국제재판관할 규칙에 따라 대한민국 법원이 국제재판관할을 가지는지를 검토할 필요가 있다.

나. 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결

(1) 사실관계 및 법원의 판단

대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 캐나다 국적의 남편(원고)이 캐나다 국적의 아내(피고)를 상대로 대한민국 법원에 이혼, 위자료 및 재산분할을 청구한 사건에 관한 상고심 판결이다. 대상판결의 사실관계는 다음과 같이 요약될 수 있다. 원고와 피고는 2013. 7. 2. 자메이카에서 혼인신고를 마친 후 캐나다 퀘벡주에 거주하여 왔다. 이후 피고는 여러 차례에 걸쳐 한국에 체류하였다. 구체적으로 피고는 2013. 11. 11.부터 2013. 12. 17.까지, 2014. 4. 2.부터

192) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 518. 위 논문에서는 섭외사법 하의 하급심 판결인 서울가정법원 1986. 12. 30.자 85드6506 심판(확정) 및 서울가정법원 1991. 5. 9. 선고 90드75828 판결(확정)은 숨은 반정의 법리를 인정함에 있어서 모두 섭외사법상 반정에 관한 규정(섭외사법 제4조)을 유추적용하지 않고 직접 적용하였는데, 이러한 점에서는 오히려 섭외사법 하의 하급심 판결례가 반정 규정의 적용 방식에 관하여 보다 정합적인 설명을 제시하였다고 평가할 수 있다고 한다.

193) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 194, 주 45; 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 518-519.

2014. 5. 2.까지, 2014. 10. 1.부터 2014. 10. 25.까지, 2014. 11. 5.부터 2015. 5. 22.까지 각각 한국에 체류한 후 캐나다로 귀국하였다. 다만 2015. 5. 22. 이후에는 종전의 부부 공동 주소지가 아닌 퀘벡주의 다른 장소에서 거주하였고, 같은 해 8. 11. 다시 한국에 입국하여 이후 한국에 거주하게 되었다. 원고 역시 일정 기간 한국에 체류한 사실이 있다. 원고는 2014. 12. 7.부터 2015. 1. 19.까지 피고와 함께 한국에 머문 후 캐나다로 귀국하였다. 이후 원고는 2015. 3. 19. 피고를 상대로 서울가정법원에 이혼, 위자료 및 재산분할을 구하는 소를 제기하였다. 한편 피고는 원고의 소 제기 이후인 2015. 6. 22. 원고를 상대로 캐나다 퀘벡주 몬트리올 법원에 이혼 등을 청구하는 소를 제기하였으나, 해당 소는 이후 취하되었다.

대상판결은 대한민국 법원이 국제재판관할을 가진다고 판단하였다. 대상판결은 당사자들이 모두 외국 국적자이고 한국에 주소를 두고 있지 않다는 점만으로 우리 법원의 국제재판관할을 부정할 수는 없다고 보았다. 특히 이혼 청구의 주요 원인이 된 사실관계가 한국에서 형성되었고, 이혼과 함께 제기된 재산분할 청구에서 대한민국 소재 재산의 귀속 여부가 실질적인 쟁점으로 다투어지고 있다는 점을 고려하여, 대한민국과 분쟁 사이의 실질적 관련성을 인정하였다. 또한 피고가 소장 부본을 적법하게 송달받은 후 적극적으로 응소한 사정도 국제재판관할 판단에서 고려 요소로 삼았다.

대상판결은 원심판결(서울고등법원 2017. 7. 11. 선고 2016르22226 판결)의 준거법 판단을 그대로 수긍하였다. 원심판결은 이혼, 위자료, 재산분할이라는 각 청구 유형별로 적용될 준거법을 구분하여 판단하였다. 첫째, 이혼 청구의 준거법에 관하여, 원심판결은 구 국제사법 제39조에 의하여 이혼에 관한 준거법 결정에 구 국제사법 제37조가 준용됨에 따라 부부의 동일한 본국법이 우선적으로 적용되는데, 원고와 피고는 모두 캐나다 국적을 보유하고 있으므로 이 사건 이혼의 준거법은 캐나다 이혼법(Divorce Act)이라고 판단하였다. 둘째, 위자료 청구의 준거법에 관하여, 원심판결은 구 국제사법 제32조 제3항을 적용하였다. 동 조항에 따르면 불법행위로 인한 손해배상과 같이 특정한 법률관계에서 파생되는 부수적 청구는 그 법률관계의 준거법에 따르는데(종속적 연결), 이 사건 위자료 청구는 혼인관계에서 발생한 법률관계에 기초한 것이므로, 원고와 피고 사이의 혼인관계에 적용되는 법이 준거법이 된다. 이에 따라 원심판결은 캐나다 퀘벡주 민법(Civil Code of Quebec) 제1457조를 위자료 청구의 준거법으로 적용하였다. 셋째,

재산분할 청구의 준거법에 관하여, 원심판결은 국제사법 제38조 제1항에 따라 국제사법 제37조를 준용하였다. 그 결과 부부의 동일한 본국법이 재산분할에도 적용되며, 이 사건에서는 캐나다 퀘벡주 민법 제414조 내지 제426조가 재산분할의 준거법이 된다고 판단하였다.

(2) 검토

원심판결과 대상판결은 준거법을 판단함에 있어 대법원 판례가 채택한 숨은 반정의 법리에 관하여 별도의 언급을 하고 있지는 않다. 다만 이를 두고 곧바로 숨은 반정의 적용 가능성을 고려하지 않았다고 단정하기는 어려우며, 해당 사안에서 숨은 반정의 적용 여부가 결론에 영향을 미치지 않는다고 보아 판결 이유에서 이를 명시적으로 설시하지 않았을 가능성도 배제할 수 없다.

이 사건에서 숨은 반정의 적용 여부를 명시적으로 검토하였더라도 결론에는 영향이 없었을 것으로 판단된다. 숨은 반정이 허용되기 위해서는 준거법 소속국인 외국의 국제재판관할 규칙에 따라 우리나라에 국제재판관할이 인정될 수 있어야 한다. 이 사건 이혼의 준거법인 캐나다 이혼법 제3조 제1항에 따르면 이혼소송 제기 직전 기간 동안 부부 중 일방이 적어도 해당 주에 1년 이상 통상적으로 거주하여야 그 주 법원이 이혼사건에 대한 재판관할을 가진다. 그러나 이 사건에서는 당사자 중 어느 누구도 대한민국에서 캐나다 이혼법이 규정하는 요건을 충족하는 통상적 거주를 하였다고 보기 어려워 이를 전제로 한 숨은 반정이 인정될 여지는 없다고 판단된다.[194]

다만 준거법 지정 과정에서 숨은 반정이 문제될 수 있는 경우에는 그 적용 가능성 및 요건 충족 여부를 설시하는 것이 판결의 논증 구조를 보다 명확히 하고 향후 유사 사안에서의 판단 기준을 제시한다는 점에서 바람직하다는 견해도 제기된다.[195]

194) 석광현, “외국인 부부의 이혼사건에서 이혼 · 재산분할의 국제재판관할과 준거법”, 안암법학 제62호, 안암법학회 (2021), 684.
195) 석광현, “외국인 부부의 이혼사건에서 이혼 · 재산분할의 국제재판관할과 준거법”, 안암법학 제62호, 안암법학회 (2021), 683.

3. 숨은 반정의 법리에 대한 재검토

가. 비교법적 변화: 숨은 반정의 적용범위 축소

최근 비교법적으로 주목할 만한 변화는 숨은 반정의 법리가 형성된 독일법에서 오히려 그 적용범위가 현저히 축소되고 있다는 점이다. 특히 독일에서는 실무상 숨은 반정의 법리가 가장 빈번하게 적용되던 이혼 분야에서 더 이상 숨은 반정이 허용되지 않게 되었다.[196] 로마Ⅲ규정[197]은 이혼 및 법적 별거의 준거법에 관한 유럽연합 규정으로서 이혼의 준거법 소속국이 유럽연합 회원국인지 여부와 무관하게 보편적으로 적용되며, 반정을 명시적으로 배제하고 있다(로마Ⅲ규정 제11조[198]). 로마Ⅲ규정이 반정을 명시적으로 허용하지 않는 이유는, 준거법 결정의 용이성과 안정성을 도모하는 동시에 이혼의 준거법에 관하여 당사자자치를 허용한 취지를 존중하기 위한 것이다.[199] 독일 민법시행법(EGBGB)은 이혼의 재산적 효과와 연금청산에 관하여 로마Ⅲ규정에 따른 이혼의 준거법을 따르도록 규정함으로써(독일 민법시행법 제17조 제1항 · 제4항) 이들 영역에서도 숨은 반정의 여지를 차단하였다.[200]

아울러 헤이그국제사법회의(HCCH)의 1996년 "아동보호에 관한 헤이그협약"[201]과 2000년 "성년자의 국제적 보호에 관한 헤이그협약",[202] "부부재산제도에 관한 관할,

196) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 514.

197) 로마Ⅲ규정에 대한 설명은 주130 참조.

198) 로마Ⅲ규정 제11조(반정의 배제)
이 규정이 특정 국가의 법의 적용을 규정하는 경우, 이는 그 국가에서 시행 중인 실질법 규정을 의미하며, 그 국가의 국제사법 규정은 포함되지 않는다(Where this Regulation provides for the application of the law of a State, it refers to the rules of law in force in that State other than its rules of private international law).

199) 오석웅, "로마Ⅲ규칙에 있어서 이혼 및 법적 별거의 준거법", 가족법연구 제34권 제2호, 한국가족법학회 (2020), 296-297.

200) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 514.

201) 정식 명칭은 "Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children"이다. 위 협약은 아동 보호조치에 관한 국제재판관할과 준거법을 통일적으로 규율하기 위한 협약으로, 1996년 10월 19일에 채택되어 2002년 1월 1일에 발효되었다. 위 협약은 아동의 상거소국을 중심으로 관할과 준거법을 직접 지정하는 구조를 취함으로써 반정을 인정하지 않는다.

202) 정식 명칭은 "Convention on the International Protection of Adults"이다. 위 협약은 판단능력이 저하된 성년자의 보호를 위하여 국제재판관할과 준거법을 규율하는 협약으로, 2000년 1월 13일에 채택되어 2009년 1월 1일에 발효되었다. 위 협약은 보호의 신속성과 실효성을 확보하기 위하여 일상거소지법을 중심으로 준거법을 직접 지정하고 반정을 인정하지 않는다.

준거법, 승인 및 집행에 관한 이사회 규정(EU) 제2016/1103호"[203]과 "상속에 관한 관할, 준거법, 승인 및 집행과 유럽상속증명서에 관한 유럽의회 및 이사회 규정(EU) 제650/2012호"[204] 등도 적용범위 내에서는 반정을 배제하는 구조를 취하고 있다.

나아가 2020년 독일 민법시행법(EGBGB) 개정을 통해 입양의 준거법이 양친의 본국법에서 양자의 일상거소지법으로 전환되면서, 독일 법원에 제기되는 전형적 입양 사건에서 준거법이 독일법으로 직접 연결되는 경우가 증가하였다. 이는 독일 법원이 관할을 행사하는 사안에서 양자의 일상거소가 독일에 있는 경우가 통상적이라는 전제를 반영한 것으로, 그 결과 외국법이 준거법으로 지정되는 경우 자체가 감소하여 숨은 반정이 개입할 구조적 여지가 현저히 축소되었다.[205] 이러한 흐름을 종합하면, 독일법은 입법적으로 숨은 반정을 사실상 단계적으로 축소하는 방향으로 이동하고 있다고 평가할 수 있다.

나. 숨은 반정에 대한 본질적 비판

(1) 국제적 판결 일치라는 반정의 목적 저해

숨은 반정은 우리나라와 외국 법원이 각각 자국법을 적용하도록 귀결되는 구조를 전제로 한다. 그러나 이는 반정 제도의 전통적 목적 중 하나로 이해되는 국제적 판결의 일치를 오히려 저해할 가능성이 크다.[206] 동일한 사안에 대해 각국 법원이 모두 자국법을 적용하게 된다면, 결과의 조화보다는 분절이 발생하게 된다.

---

203) 정식 명칭은 "Regulation (EU) 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes"이다. 위 규정은 혼인에 따른 재산관계의 준거법과 관할을 통일적으로 규율하기 위한 유럽연합 규정으로, 2016년 6월 24일에 채택되어 2019년 1월 29일부터 적용되고 있다. 위 규정은 적용될 법을 해당 국가의 실질법으로 직접 지정하고 반정을 명시적으로 인정하지 않는다.

204) 정식 명칭은 "Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession"이다. 위 규정은 상속 전반에 적용될 준거법을 통일적으로 규율하기 위한 유럽연합 규정으로, 2012년 7월 4일에 채택되어 2015년 8월 17일부터 적용되고 있다. 위 규정은 국제적 일관성과 예측가능성을 확보하기 위하여 반정을 명시적으로 인정하지 않는다.

205) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 514.

206) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 522.

그럼에도 불구하고 숨은 반정을 통하여 대한민국법을 적용하는 것은 국제사법이 밀접관련성 등을 고려하여 지정한 외국 준거법의 적용을 포기하는 결과를 낳을 수 있으며, 나아가 법정지 선택에 따른 결과 차이를 확대함으로써 법정지 쇼핑을 조장할 우려가 있다.[207] 오히려 숨은 반정을 배제하는 것이 국제적 판결의 조화를 도모하는 데 더 기여할 수 있다는 비판[208]이 가능하다.

(2) 외국법 해석 원칙과의 충돌

국제사법의 기본 원칙상 준거법으로 지정된 외국법은 해당 외국법의 관점에서 해석 · 적용되어야 하며, 법정지법의 관점에서 재구성되어서는 안 된다.[209] 숨은 반정은 외국 국제사법을 전체적으로 관찰하여 "자국 법원에 관할이 인정되면 자국 실질법을 적용한다"는 구조를 추출한 뒤, 이를 근거로 대한민국법 적용을 정당화한다.[210]

그러나 외국법이 이러한 구조를 취하고 있다는 사실만으로, 해당 외국법이 외국 법관에게 대한민국법의 적용을 명령하거나 예정하고 있다고 해석할 수 있는지는 의문이다. 외국법은 자국 법원에 관할이 인정되지 않는 경우 단순히 소를 각하할 뿐, 타국 법원이 어떤 법을 적용해야 하는지에 관하여는 아무런 규범적 관심이나 지시를 두지 않는 것이 일반적이다.[211] 이러한 외국법의 규범적 침묵이나 무관심을 반정으로 재해석하는 것은 외국법의 의미를 과도하게 확장하는 결과가 될 수 있다.

(3) 국제재판관할과 준거법 결정의 경계 혼란

숨은 반정은 국제민사소송법상의 국제재판관할 문제와 국제사법상의 준거법 결정 문제를 실질적으로 혼합하는 효과를 가진다. 특히 우리 법원에 비전속관할만 인정되

207) 池原季雄, 国際私法(総論)[法律学全集59](有斐閣, 1973), 217頁 [이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 522에서 재인용].

208) 석광현, "외국인 부부의 이혼사건에서 이혼 · 재산분할의 국제재판관할과 준거법", 안암법학 제62호, 안암법학회 (2021), 685.

209) Jan von Hein (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12: Internationales Privatrecht I, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, Art. 4 Rn. 74.

210) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 522.

211) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 523.

는 경우, 즉 우리 법원과 외국 법원의 관할이 병존하는 상황에서는 어느 법정지의 실질법을 적용하여야 하는지 명확한 기준을 제시하기 어렵다.[212]

또한 국제사법상 선택적 연결이 규정된 경우 국제사법 제22조 제2항 제6호에 따라 반정이 허용되지 않음에도 불구하고, 우리 국제사법이 선택적 연결을 규정하지 않은 사안에 대하여 외국법 질서가 관할 규칙을 통해 선택적 연결과 유사한 효과를 발생시킨다는 이유만으로 반정을 인정하는 것이 과연 타당한지도 의문이다.[213]

(4) 법적용상 편의를 위한 가장(假裝)이라는 비판

숨은 반정은 경우에 따라 외국법 조사의 부담을 회피하고 법정지법을 적용하기 위한 국제사법적 기교 또는 가장에 불과하다는 비판을 받는다.[214] 예컨대 입양과 같이 외국법의 조사 · 적용이 실무상 곤란한 영역에서, 숨은 반정을 통해 결과적으로 외국법 대신 국내법을 적용하는 것은 편의적 해결에 지나지 않는다는 평가가 가능하다.[215]

다. 검토

위와 같은 비교법적 동향과 이론적 비판을 종합하면, 숨은 반정은 반정 제도의 본래 목적과 긴장관계에 있고, 외국법 해석 원칙 및 국제사법 체계의 명확성과도 충돌할 소지가 있다. 따라서 우리 대법원 판례가 숨은 반정의 법리를 계속 유지할 것인지에 대해서는 비판적 재검토가 필요하며, 국제사법의 체계적 정합성과 국제적 조화라는 관점에서 그 폐기 가능성까지도 진지하게 검토할 단계에 이르렀다고 평가할 수 있다.[216]

---

212) Jan von Hein (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12: Internationales Privatrecht I, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, Art. 4 Rn. 74.

213) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 523.

214) Jan von Hein (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 12: Internationales Privatrecht I, 8. Aufl., C.H. Beck, München, 2020, Art. 4 Rn. 74.

215) 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 523.

216) 이러한 견해로, 신창섭, 국제사법 제4판, 세창출판사 (2018), 154; 이종혁, "이혼의 준거법의 결정방법 및 규율범위와 숨은 반정의 법리의 재고찰 - 대법원 2021. 2. 4. 선고 2017므12552 판결을 계기로 삼아", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제28권 제1호 (2022), 535.

제4장

준거법인 외국법의 조사

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

제1절 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무와 조사방법

I. 준거법인 외국법의 성질

외국과 관련된 요소가 있는 사건에서 외국법이 준거법으로 지정된 경우, 법원이 그 외국법의 내용을 잘 알지 못할 수 있으므로 이를 조사할 필요가 있다. 이때 법정지가 준거법인 외국법을 법으로 보는지 사실로 보는지에 따라 법정지 법원의 조사의무에 차이가 있게 된다.[217] 외국법이 사실인 경우에는 당사자들은 그 사실을 법원에 주장 · 증명하여야 하는 반면, 외국법이 법인 경우에는 법원은 직권으로 외국법을 조사하여야 할 의무가 있다.

외국법사실설은 외국법은 사실에 지나지 않으므로 당사자가 외국법을 주장 · 증명하지 않는 한 법원은 외국법을 적용할 의무가 없다는 견해이다. 외국법법률설은 외국법은 그 자체로서 법률로 적용된다는 입장으로서, 외국법도 내국법과 마찬가지로 법이기 때문에 법원은 외국법을 조사하여 적용하여야 할 의무가 있다는 견해이다. 외국법변질설은 국제사법에 의하여 준거법으로 지정된 외국법은 내국법으로 변질되거나, 내국법에 편입되어 내국법질서의 한 구성 부분으로서 내국법이 되어 적용된다는 견해이다.[218]

판례는 외국법법률설을 취한다. 대법원 2010 3. 25. 선고 2008다88375 판결은 "섭외적 사건에 관하여 적용될 준거법으로서의 외국법은 여전히 사실이 아니라 법으로서 법원은 직권으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그러한 직권조사에도 불구하고 그 외국법의 내용을 확인할 수 없는 경우에 한하여 조리 등을 적용할 것이다."라고 판시한 바 있다.[219]

외국법은 재판의 준거가 되는 규범이므로 외국법사실설과 같이 사실이라고 보는

217) 신창섭, 국제사법 제4판, 세창출판사 (2018), 123.
218) 학설에 대한 상세는, 김연 · 박정기 · 김인유, 국제사법, 제4판, 법문사 (2022), 205; 신창선 · 윤남순, 신국제사법, 피데스 (2016), 168; 신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018), 123; 윤종진, 개정 현대 국제사법, 한올출판사 (2003), 118 참조.
219) 그 밖에 외국법법률설을 취한 판례로는, 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결, 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결 참조.

것은 적절하지 않다. 한편 외국법변질설은 외국법이 준거법으로 지정되었을 때 내국법으로 변질된다고 보는 것은 지나치게 작위적이라는 점, 외국법 적용의 결과가 공서에 반하는 등의 특별한 사정이 없는 한 내국법질서의 제한을 받지 않는다는 점 등에 비추어 보면, 타당하다고 볼 수 없다.[220] 준거법인 외국법은 분쟁의 실체의 권리의무 존부 판단의 기준이 되는 규범으로서 대한민국법과 마찬가지로 법률로서의 성질을 가진다고 보아야 한다.

II. 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무

> **제18조(외국법의 적용)**
> 법원은 이 법에 따라 준거법으로 정해진 외국법의 내용을 직권으로 조사 · 적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 협력을 요구할 수 있다.

1. 법원의 직권에 의한 준거법 조사 · 적용의 의미와 범위

국제사법 제18조는 "법원은 이 법에 따라 준거법으로 정해진 외국법의 내용을 직권으로 조사 · 적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 협력을 요구할 수 있다."라고 규정한다. 이때 법원이 준거법인 외국법을 직권으로 조사 · 적용하여야 한다는 의미와 범위가 문제된다.

먼저 조사의 개시단계에서 준거법인 외국법이 직권조사사항인지 항변사항인지 문제된다.[221] 직권조사사항이란 당사자의 주장에 관계없이 법원이 반드시 직권으로 판단하여야 할 사항인 반면, 항변사항은 당사자의 주장이 있어야 판단하는 사항으로서 변론주의가 적용되는 사항이다.[222] 국제사법 제18조에 따르면 조사대상인 외국법이 법원이 직권으로 조사하여야 할 사항이라는 점은 명확하다. 즉, 대한민국 법원은 당사자의

220) 신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018), 124.
221) 직권조사사항인지 항변사항인지는 조사의 개시 단계에서 문제된다. 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 458; 정영환, 신민사소송법, 제3판, 법문사 (2023), 387.
222) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 458; 정영환, 신민사소송법, 제3판, 법문사 (2023), 386; 한충수, 민사소송법, 제4판, 박영사 (2025), 341.

주장이 없더라도 준거법인 외국법을 반드시 직권으로 조사할 의무가 있다.

다음으로 조사가 개시된 이후 판단자료의 수집 단계에서는 준거법인 외국법의 조사에 직권탐지주의가 적용되는지, 변론주의가 적용되는지가 문제된다. 변론주의에 따르면 준거법인 외국법을 조사함에 있어 당사자에게 판단자료의 수집 · 제출의 책임이 있는 반면, 직권탐지주의에 따르면 법원이 판단자료를 직권으로 수집할 책임이 있다.[223] 앞서 살펴본 바와 같이 준거법인 외국법의 성격에 관하여 견해대립이 있으나 외국법은 사실이 아니라 법률로서 취급되어야 하므로 법원은 당사자가 제출된 자료에 한정됨이 없이 사용 가능한 모든 인식수단을 활용하여 외국법에 관하여 직책상 규명할 책임이 있다고 보는 것이 적절하다는 점에서 직권탐지주의가 적용된다고 본다.[224]

그럼에도 불구하고 일부 판례는 외국법에 관한 조사가 당사자가 제출한 자료에 한정되거나 기록상 검토에 그치는 것과 같이 판시하였다. 예컨대 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결은 "이 사건과 같이 피보험자가 워런티[225] 위반이 예정되어 있는 사실을 알면서 이를 사전에, 나아가 그 워런티 위반이 실제로 발생한 후에도 통지하지 않고 있다가 해난사고가 발생한 후에 비로소 통지를 한 사안에서 계속담보가 성립하는지 여부에 관한 영국 법원의 판례나 해석기준을 알 수 있는 자료는 기록상 찾을 수 없다."고 판시하였다. 또한 서울고등법원 2017. 6. 29. 선고 2016나2024152 판결(확정)은 "이 법원이 2016. 11. 1.자 재판절차안내를 통하여 준거법 확인의 필요성을 설명하였음에도, 원고와 피고 모두 주위적 청구 관련 캘리포니아주 법에 관한 자료를

223) 직권조사사항 중에서 판단자료의 수집방법에서 공익성이 강한 일정한 사항은 직권탐지에 의하고(직권탐지형), 그 밖의 사항은 당사자가 제출한 자료에 의존하는 변론주의에 의한다(변론주의형). 이러한 점에서 직권조사사항과 변론주의 및 직권탐지주의는 그 기능하는 영역 자체가 다르다고 볼 수 있다. 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 458; 정동윤 · 유병현 · 김경욱, 민사소송법, 제11판, 법문사 (2025), 415-416; 정영환, 신민사소송법, 제3판, 법문사 (2023), 388.

224) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 452; 이시윤 · 조관행, 민사소송법, 전정 제18판, 박영사 (2025), 340; 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 121; 한애라, "준거법인 외국법의 조사에 관한 소고", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제25권 제2호 (2019), 46.

225) 이 사건에서는 영국 해상보험법(English Marine Insurance Act 1906) 제33조 제1항이 규정한 워런티(warranty) 위반 여부가 문제되었다. 워런티는 실무상 또는 학설상 '담보특약' 내지 '보장조건'으로 지칭되며, 영국 해상보험법 제33조 제1항은 확약적 워런티(promissory warranty), 즉 피보험자가 특정한 행위를 하거나 하지 않을 것, 또는 일정한 조건이 충족될 것을 약속하거나 특정한 사실상태의 존재를 긍정 또는 부정하는 내용의 담보특약을 규정하고 있다. 워런티는 위험 발생과의 관련성 여부를 불문하고 정확하게(exactly) 충족되어야 하는 조건(condition)으로서, 이를 충족하지 못한 경우 보험증권에 달리 규정이 없는 한 보험자는 별도의 해지통고 없이도 워런티 위반 시점에 소급하여 보험계약상 일체의 책임을 면한다(영국 해상보험법 제33조 제3항). 이 사건의 원심인 서울고등법원 2012. 11. 22. 선고 2012나7207, 7214 판결 참조.

제출하지 아니하여 주위적 청구 관련 캘리포니아주 법의 내용을 확인할 수 없으므로, 조리 등을 적용하여 판단한다."고 판시하였다. 그러나 기록상 외국법 자료를 찾을 수 없으면 법원의 외국법 직권탐지의무가 거기에서 그치는 것처럼 설시하는 것은 법원의 외국법에 관한 직권탐지의무에 반한다.[226] 법원으로서는 당사자가 제출한 자료에 한정되지 않고 판단자료를 직권으로 수집하여 외국법의 내용을 규명하여야 한다. 독일 민사소송법 제239조[227] 및 오스트리아 민사소송법 제271조[228]는 법원이 외국법을 조사함에 있어 당사자가 제출한 증거에 한정되지 않는다는 점을 명시적으로 규정한다.

다만 법원은 준거법인 외국법에 관하여 무한정하고 절대적인 직권탐지의무를 부담한다고는 할 수 없고, 현실적으로 가능한 범위 내에서 최선의 직권탐지의무를 부담한다. 만약 법원이 최선의 직권탐지의무를 다하였음에도 불구하고 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우에는 객관적 증명책임이 문제된다. '객관적 증명책임'은 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않을 때에 해당 사실을 요건으로 하는 법규의 적용이 부정됨으로써 자기에게 유리한 법률효과를 얻을 수 없게 되는 당사자 일방의 위험 또는 불이익으로서, 심리의 최종단계에 이르러서도 증명이 되지 않을 때에 누가 불이익을 부담하느냐의 문제라는 점에서 결과책임 내지 최종책임의 성격을 갖는다.[229] 법원이 직권탐지의무를 부담하는 경우에도 진위불명(眞僞不明)의 상태를 해소하여야 한다는 점에서, 객관적 증명책임은 직권탐지주의에서도 적용된다.[230] 따라서 법원이 외국법에 관하여 최선의 직권탐지의무를 다하였음에도 그 내용을 확정할 수 없는 때에는, 해당 외국법의 적용이 부정되고 그 법의 적용을 전제로 유리한 법률효과를 주장하는 당사자가 그 불이익을 부담하게 된다. 이때 법원이 준거법인 외국법 대신 어떠한 법을 적용하여야 하는지는 외국법 불명(不明) 시의 처리의 문제로서, 본 보고서 제5장 제1절에서 살펴보는 바와 같이 판례법리에 의하여 해결하고 있다. 한편 '주관적 증명책임'은 객관적 증명

226) 한애라, "준거법인 외국법의 조사에 관한 소고", 한국국제사법학회, 국제사법연구 제25권 제2호 (2019), 49.

227) 독일 민사소송법 제239조는 "적용될 외국법, 관습법, 규약은 그것이 법원에 알려지지 않은 때에는 증명되어야 한다. 이러한 법규범을 조사함에 있어, 법원은 당사자가 제출한 증거에 제한되지 않는다. 법원은 그 밖의 다른 자료를 사용할 수 있고, 그 사용을 위하여 필요한 사항을 명령할 수 있다."고 규정한다.

228) 오스트리아 민사소송법 제271조는 제1항에서 준거법인 외국법 등은 법원에 알려지지 않은 경우 증명의 대상이 된다고 규정하고, 제2항에서 법원이 당사자가 제출한 증거에 제한되지 않고 외국법을 직권조사할 수 있다고 규정한다.

229) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 738.

230) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 738; 김하열, "헌법재판의 증명책임", 헌법재판연구원, 헌법재판연구 제8권 제1호 (2021), 298.

책임을 부담하는 당사자가 진실 여부가 불분명한 때에 불이익한 판단을 피하기 위하여 증거를 제출하여야 할 책임으로서, 심리의 개시단계에서부터 문제되는 동태적 증명책임이다. 주관적 증명책임은 직권탐지주의가 적용되는 경우에는 인정되지 않는다.[231] 따라서 당사자는 외국법에 관하여 증거를 제출할 책임을 부담하지 않으며, 다만 아래에서 살펴보는 바와 같이 법원의 외국법 조사에 협력할 의무만을 부담한다.

2. 당사자의 협력의무

국제사법 제18조는 법원이 당사자에게 외국법의 조사 · 적용을 위한 협력을 요구할 수 있다고 규정한다. 이때 '협력'은 법원이 접근하기 어려운 법원(法源) 또는 판례를 법원에 제공하거나 특별히 쟁점에 대하여 정통한 전문가를 알려주는 것 등을 말한다.[232]

국제사법 제18조의 입법과정에서 당사자가 협력하지 않는 경우의 처리에 관한 규정을 두어야 한다는 견해도 있었으나, 외국법의 조사 · 적용에 관하여는 법원이 직권탐지의무를 부담하므로 당사자가 협력을 하지 않더라도 그에 대한 증명책임을 부담시키는 등의 불이익을 줄 수 없다는 이유에서 당사자에게 외국법의 조사 · 적용에 관한 협력을 요구할 수 있다는 점만 규정한다.[233]

법원이 당사자에게 협력을 요구하는 것은 어디까지나 법원이 부담하는 직권탐지의무의 수행 과정에 포함되는 것이며, 당사자의 협력의무는 그 직권탐지의무를 보조하는 절차적 의무에 불과하다고 해석함이 적절하다. 따라서 당사자가 협력하지 않았다는 사정만으로 즉시 불이익한 판단을 할 수는 없고, 법원은 그와 무관하게 스스로 가능한 모든 조사방법을 통하여 외국법의 내용을 확정하려는 최선의 노력을 다하여야 한다. 또한 당사자가 협력하여 자료나 의견을 제출한 경우에도 그것으로 법원의 의무가 종료되는 것은 아니며, 법원은 여전히 독자적인 조사와 판단을 통하여 외국법의 내용을 확정하여야 한다.

231) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 738; 김하열, "헌법재판의 증명책임", 헌법재판연구원, 헌법재판연구 제8권 제1호 (2021), 298.
232) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 122.
233) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 122-123.

3. 법원의 준거법 직권조사 · 적용의무 이행의 실무상 난점

국제사법 제18조에 따라 법원은 준거법으로 지정된 외국법을 직권으로 조사 · 적용할 의무를 부담하나, 실무에서는 이러한 의무의 이행이 구조적 · 현실적 제약으로 인해 상당한 어려움에 직면한다. 본 연구를 위해 법관 · 변호사 등을 상대로 실시한 전문가 인터뷰에 따르면, 이러한 난점은 언어, 정보 접근성, 제도적 차이, 당사자의 협력 부족, 제도적 지원의 미비 등 복합적인 요인에서 발생한다.

가. 언어 장벽과 번역의 한계

외국법 조사에서 가장 기초적이면서도 지속적으로 지적되는 문제는 언어이다. 영어가 아닌 언어권 국가의 경우, 해당 언어를 구사할 수 있는 인력이 법원이나 당사자 측에 충분히 확보되지 않은 경우가 많고, 영어로 번역된 법령 · 판례 자료 역시 제한적이다. 이로 인해 외국법의 정확한 내용 파악 자체가 어렵고, 번역을 통해 파악하더라도 법률 개념의 미묘한 차이나 맥락이 제대로 전달되지 않는 문제가 발생한다.[234] 법관들은 준거법이 외국법인 사건에서 언어 문제, 제도적 차이로 인한 해석의 어려움, 해외 판례 접근 곤란 등 여러 요소가 복합적으로 작용하여 외국법 조사에 큰 부담이 된다고 한다.[235]

나. 해외 법령 · 판례 및 학술자료에 대한 접근의 제약

외국법 조사에 필요한 자료에 대한 접근성 또한 중요한 제약 요인이다. 기본적인 법령 텍스트는 공개적으로 확인할 수 있는 경우가 많지만, 판례나 학술자료, 실무 해설은 상당 부분이 유료 데이터베이스에 의존하고 있다. 해외 법령 정보를 제공하는 주요 데이터베이스는 비용이 고가인 경우가 많아, 법원이나 실무가가 이를 상시적으로 활용하기에는 현실적 한계가 있다.[236] 이로 인해 법원이 직권으로 외국법을 조사하려 하더라도, 필요한 자료에 물리적으로 접근하지 못하거나 부분적인 정보에 의존하게 되는 문제가 발생한다.

---

234) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
235) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.
236) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

다. 외국 법제에 대한 종합적 이해의 어려움

외국법의 내용은 단순히 개별 조문이나 판례 몇 개를 확인하는 것만으로는 정확히 파악되기 어렵다. 해당 법령이나 판례가 개정 · 변경되었는지, 예외 규정이나 특수한 사실관계에 따른 차이가 있는지, 제도 전반의 체계 속에서 어떤 의미를 갖는지에 대한 종합적 분석이 필요하다. 그러나 해당 국가의 법제에 대한 축적된 지식이나 경험이 없는 경우, 이러한 종합적 이해에는 본질적인 한계가 존재한다. 이로 인해 단편적인 자료에 근거하여 잘못된 결론에 이르게 될 위험도 적지 않다.[237] 외국 법제의 구조적 차이와 제도적 맥락을 충분히 이해하지 못한 상태에서는 외국법의 의미를 정확히 해석 · 적용하기가 쉽지 않다.[238]

라. 당사자의 인식 부족과 협력의 한계

실무에서는 당사자들이 자신의 사건이 국제사법상 외국법이 준거법으로 문제되는 사안이라는 점을 인식하지 못하는 경우도 적지 않다. 이로 인해 소송 초기에는 준거법에 관한 주장이나 자료 제출이 이루어지지 않다가 재판부가 석명권 행사를 통해 준거법 문제를 제기한 이후에야 관련 자료가 제출되는 경우가 많다. 당사자들이 적극적으로 의견과 자료를 제출하면 준거법 조사가 비교적 원활해지지만, 자료 제출이 이루어지지 않는 경우에는 법원이 해외 법령과 판례를 직접 조사해야 하고, 이 과정에서 정보 접근과 언어 해석의 어려움이 더욱 두드러진다.[239] 이러한 상황에서 준거법인 외국법을 제대로 조사할 수 없는 경우, 실무상 당사자들을 설득하여 대한민국 법을 준거법으로 적용하는 데 쌍방 이의가 없다는 취지를 변론조서에 남긴 후 절차를 진행하는 사례도 적지 않다고 한다.[240]

마. 제도적 · 인적 지원의 부족

외국법 조사를 위한 전문적 · 제도적 지원의 부족도 실무상 큰 난점으로 지적된다. 언어 문제, 해외 판례 접근의 곤란, 제도적 차이에 따른 해석의 어려움이 존재함에

237) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
238) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.
239) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.
240) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

도 불구하고, 이를 체계적으로 보완해 줄 수 있는 전담 조직이나 전문 인력, 공적 데이터베이스 등의 지원이 충분히 갖추어져 있지 않다는 점이 문제로 제기된다.[241] 이러한 제도적 기반의 미비는 개별 재판부나 담당 법관의 역량과 노력에 외국법 조사 부담을 과도하게 전가하는 구조를 초래한다.

III. 준거법인 외국법 조사방법에 관한 실무 현황

국제사법 제18조는 법원이 준거법으로 지정된 외국법을 직권으로 조사 · 적용하도록 규정하고 있으나, 실무에서는 법원이 단독으로 외국법을 조사하기보다 석명권 행사를 통해 당사자 및 대리인의 협력을 요청하고, 이를 토대로 보완적 · 직권적 조사를 병행하는 방식이 일반적으로 활용되고 있다. 본 연구를 위해 실시한 인터뷰에 따르면, 실무상 외국법 조사방법은 크게 ① 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 조사, ② 법원의 직권조사, ③ 외국 전문가의 선서진술서(affidavit) 및 기타의 방법 활용 현황 등으로 나누어 정리할 수 있다.

1. 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 조사

실무상 외국법 조사의 상당 부분은 재판부의 석명권 행사에 따라 대리인이 자료를 조사 · 제출하는 방식으로 이루어진다. 재판부가 양 당사자에게 준거법에 관해 석명권을 행사하면, 당사자들이 외국 문헌, 외국 법률가의 의견, 성문 법령 · 판례의 번역본 등을 제출하고, 재판부는 이를 종합적으로 검토하여 준거법의 내용을 확정하는 경우가 일반적이라고 한다.[242]

참고로, 대리인의 외국법 조사 방식은 사건의 중요도와 비용 부담 가능성에 따라 다층적으로 운용된다. 실무에서는 다음과 같은 방법들이 병행적으로 활용된다. 첫째, '외국 로펌 · 법률전문가에 대한 정식 질의'의 방법이다. 사건의 중요도가 높고 의뢰인이

241) 장지용 부장판사(법원행정처 국제교류추진단장), 2025. 12. 30.자 인터뷰; 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

242) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰; 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

비용을 부담할 수 있는 경우, 외국 로펌이나 전문가에게 보수를 지급하고 필요한 법률 쟁점을 질의한다.[243] 둘째, '개인적 네트워크를 통한 비공식 문의'의 방법이다. 비용을 들이기 어려운 초기 단계에서는 친분 있는 외국 법률전문가에게 사적으로 자문을 구한다.[244] 셋째, '로펌 내부 인력 활용'의 방법이다. 로펌 내부에 문제된 외국법 소속 국가의 변호사 등 자격을 보유한 인력이 있는 경우 이를 활용하고, 그렇지 않으면 외국어에 능통한 저연차 변호사나 연구원에게 조사를 맡긴다.[245] 넷째, 'AI 도구의 활용'이다. 최근에는 ChatGPT, Gemini 등 범용 AI나 법률 특화 AI를 활용하여 기초 정보를 신속히 파악하고, 답변의 출처를 요구해 이중 검증(double check)을 하는 방식이 조사 초기 단계에서 실무적으로 활용되고 있다. 다만, AI가 사실과 다른 정보를 생성하는 현상(hallucination)을 초래할 가능성과 질문 설정에 따른 오류 위험이 있어 외국법 조사 초기 단계에 한정하여 사용하고, 결과를 반드시 별도로 검증하는 것이 일반적이다.[246] 실제 빈도 면에서는 로펌 내부 인력 활용과 AI 활용이 가장 잦다고 한다.[247]

2. 법원의 직권조사: 공개 데이터베이스 및 국제기구 자료의 활용

법원은 당사자에게 석명권을 행사하여 해당 외국법에 관한 성문 법령 · 판례 등 자료 제출을 촉구하는 한편, 법원도서관이 제공하는 외국 법률 데이터베이스나 국제기구의 공개 자료를 활용하여 직접 조사를 병행한다.[248] 예컨대, UNCITRAL이 제공하는 CLOUT(Case Law on UNCITRAL Texts) 데이터베이스와 같은 국제적 판례 · 법정보 시스템을 통해 관련 법령과 판례를 확인하는 방법이 실제로 활용되고 있다.[249]

3. 외국 전문가의 선서진술서(affidavit) 및 기타의 방법 활용 현황

종래에는 당사자가 외국 전문가로부터 당해 사건의 사실관계에 적용되는 외국법의 내용, 관련 판례 · 학설을 담은 선서진술서(affidavit)[250]를 받아 법원에 제출하는 방

243) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
244) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
245) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
246) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
247) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
248) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.
249) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.
250) 선서진술서는 외국의 현행법을 정확하게 파악할 수 있다는 장점이 있는 반면, ① 당사자가 사적으로 전문가

식이 종종 활용되어 왔던 것으로 보이나,[251] 본 연구의 인터뷰 결과 최근 국내 재판 실무에서는 선서진술서의 활용이 드문 것으로 판단된다. 서울고등법원 국제거래전담재판부 판사였던 김유경 변호사는 법관으로 재직 시 선서진술서를 제출받은 적은 없다고 답변하였고,[252] 안정혜 변호사도 국내 소송에서 외국 전문가의 선서진술서(affidavit)나 의견서를 제출한 경험이 없었다고 답변하였다.[253] 유정화 판사 역시 국내 재판에서는 선서진술서보다는 해당 국가의 권위 있는 법률전문가의 의견서, 또는 외국 성문 법령·판례 자체를 국문 번역본과 함께 제출하는 방식이 더 일반적이라고 설명하였다. 다만, 미국에서 관련 소송이 진행 중이고 연방민사소송규칙에 따른 디스커버리 과정에서 선서진술서가 작성된 경우, 이를 국내 소송에서 서증으로 제출한 사례가 드물게 존재한다고 하였다.[254]

한편 후술할 외국법 전문가의 감정·감정증언, 전문심리위원의 활용, 양자조약에 따른 법정보 교환 등의 방법도 실무상 거의 활용되지 않는 것으로 나타났다.[255] 인터뷰 결과, 재판부로서는 선례의 부족, 비용 부담 또는 장기간이 소요될 가능성, 복잡성, 당사자의 소극적 태도 등의 이유로 위와 같은 방법을 활용하는 것을 주저하게 된다고 한다.[256] 또한 대리인으로서도 위와 같은 방법들은 선례를 찾기 어렵고, 법원이 그 신뢰성을 어떻게 평가할지 불확실하여 실무상 거의 사용되지 않는다고 밝혔다.[257]

에게 의뢰하여 받는 것이라는 점에서 자신에게 유리한 법률의견만을 제출할 가능성이 있다는 점, ② 당사자 쌍방이 제출한 의견서나 선서진술서가 저촉될 수 있다는 점, ③ 선서진술서의 작성자가 외국에 거주하는 경우 사법공조의 문제가 발생하므로 증인신문이 어려운 점 등의 문제가 있다. 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 125.

251) 선서진술서 등을 근거로 외국법의 내용을 조사한 판결로는, 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 등 참조. 위 판결에서는 "원심이 판시한 위 표현대리에 관한 영국법의 내용은 원심이 조사한 것으로 볼 수 있는 증거인 런던 왕립법원 변호사이자 상사법을 30년 이상 전공한 그 분야의 권위자인 사이크스(Sykes)의 각 선서진술서와 사이크스가 편집자문으로 되어 있는 정평 있는 교과서인 고어브라운의 회사법(Gore-Browne on Companies), 영국고등법원(the High Court)의 1964년 보고서(Freeman & Lockyer v Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd. 1964 사건, 갑 제38호증의2) 등에 나타난 학설과 판례 등에 의하여 충분히 뒷받침될 수 있음을 알 수 있으므로 원심의 판단은 정당하다"라는 취지로 판시하였다.

252) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

253) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재·소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

254) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

255) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰; 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

256) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰; 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

257) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재·소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰. 다만 국제중재 사건에서는 외국법 전문가의 감정 및 감정증언이 광범위하게 제출된다고 밝혔다.

4. 소결

국내 실무에서 준거법인 외국법의 조사는 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 조사와 법원의 직권조사가 결합된 형태로 이루어지되, 실제 운용의 중심은 전자에 놓여 있다. 대리인은 외국 로펌 · 전문가 자문, 내부 인력 활용, 비공식 네트워크, AI 도구 등 다양한 경로를 병행하여 외국법을 조사하고, 법원은 제출된 자료를 검토하면서 공개 데이터베이스 및 국제기구 자료 등을 통해 보완적 조사를 수행한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 외국법 조사의 어려움으로 인하여 실무상 당사자 · 대리인의 조사에 의존하는 측면이 많고, 당사자나 대리인이 준거법인 외국법에 관한 자료를 제대로 제출하지 못하는 경우에는 재판부가 당사자들을 설득하여 대한민국 법을 준거법으로 적용하는 데 쌍방 이의가 없다는 취지를 변론조서에 남긴 후 절차를 진행하는 사례도 적지 않다.[258]

한편 외국 전문가의 선서진술서(affidavit), 전문심리위원, 양자조약에 따른 법정보 교환 등의 방법은 최근 국내 재판 실무에서는 거의 활용되지 않고 있는 것으로 보인다. 이는 시간 · 비용 부담, 절차 지연 우려, 선례 부족, 신뢰성 판단의 불확실성 등 현실적 제약이 복합적으로 작용한 결과로 이해된다.

제2절 준거법인 외국법의 조사역량 강화를 위한 방안

법원이 실무상 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 조사에 상당 부분 의존할 수밖에 없는 이유는, 앞서 살펴본 바와 같이 언어의 장벽, 해외 법령 · 판례 접근의 제약, 외국 법제에 대한 종합적 이해의 어려움, 제도적 · 인적 지원의 부족 등이 복합적으로 작용한 결과이다. 이러한 사정으로 인해 준거법인 외국법에 관한 법원의 직권조사의 무는 현실적으로 당사자 · 대리인의 조사에 기대어 이행될 수밖에 없는 구조에 놓여 있다. 이와 같은 현 상황을 개선하기 위해서는 비교법적 검토를 통하여 법원이 외국법을 보다 용이하게 조사할 수 있도록 제도적 · 실무적 기반을 정비하고, 외국법 조사 역량을

258) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

체계적으로 강화할 방안을 모색할 필요가 있다. 이에 이하에서는 그 구체적인 개선 방안을 검토하고자 한다.

I. 외국법 전문가의 감정

1. 외국법의 존부 및 해석에 관한 전문가 감정의 적극적 활용 필요성

감정은 법원이 어떤 사항을 판단하면서 특별한 지식과 경험칙을 필요로 하는 경우에 그 판단의 보조수단으로서 그러한 지식과 경험을 이용하는 것이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2016다32582 판결). 즉, 감정이란 법관의 판단 능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 사람에게 법규나 경험법칙, 또는 이를 구체적 사안에 적용하여 얻은 사실 판단을 법원에 보고하게 하는 증거조사이다.[259]

외국법의 존부 및 해석은 감정의 대상이 될 수 있다. 법관은 그 직책상 법령 전반에 대하여 정통하여야 하지만, 외국법에 대해서까지 정통할 것을 요구할 수는 없기 때문에 그 존부 및 해석에 대해서는 전문가의 감정의견을 받을 필요가 있다.[260] 그러나 국내 실무상 외국법 전문가의 감정을 통하여 외국법을 조사하는 경우를 찾아보기 어렵다.

그러나 독일의 경우 외국법 전문가(대학교수나 막스플랑크 비교 및 국제사법 연구소 소속 전문가)의 감정의견을 받는 것이 일반적이고, 감정의견을 모아 단행본으로 공간하기도 한다.[261] 독일에서 외국법에 관한 감정의견을 모아 공간한 대표적인 예로 뮌헨 동유럽법연구소(Institut für Ostrecht München)가 발간하는 「Jahrbuch für Ostrecht」가 있다. 「Jahrbuch für Ostrecht」는 동유럽 및 구사회주의 국가들의 법률에 대한 독일 법원의 이해를 돕기 위해 작성된 외국법 감정의견을 매년 3-4편씩 수록하는 연간 학술지이다.

---

259) 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 674; 강성수, 전문가감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016), 27.

260) 강성수, 전문가감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016), 27.

261) Herbert Küpper, "Expert Opinions on Foreign Law in Court: Applied Comparative Law in the Munich Institute for East European Law", 1 Central European Journal of Comparative Law 111, 117 (2020).

법원이 선정한 중립적인 국내 전문가의 감정의견은 쌍방당사자가 제출한 외국법 전문가의 의견서의 내용이 충돌하는 경우 법원의 판단에 큰 도움을 줄 수 있다는 점에서 외국법 전문가의 감정을 통해 외국법을 조사하는 방안을 적극 활용할 필요가 있다.

2. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 제정 필요성

가. 참고 모델: 독일 함부르크 가이드라인

독일 막스플랑크 연구소가 작성하고, 2023. 10. 9. 함부르크 지역 고등법원에서 발표한 "독일 절차에서의 외국법의 조사 및 적용에 관한 함부르크 가이드라인"(Hamburg Principles on the Determination and Application of Foreign Law in German Proceedings, 이하 '함부르크 가이드라인'이라고 한다)(별첨 2)은 국제소송에서 독일 법원이 외국법을 어떻게 조사하고 적용하여야 하는지에 대한 지침을 제공하고 있다.[262] 함부르크 가이드라인은 외국법의 내용을 명확히 하기 위한 전문가 감정의 활용을 제도적으로 전제하면서, 감정인의 선정, 감정 질문의 구체화, 감정의 범위와 한계, 감정의 신빙성 평가 기준 등에 관하여 상세한 실무 지침을 제시하고 있다.[263]

함부르크 가이드라인의 가장 두드러진 특징은 구조적으로 '주체별 역할 분담'을 명확히 설계하고 있다는 점이다. 함부르크 가이드라인은 전체를 4개의 장(Articles)으로 나누어 기본 원칙(Grundlagen)(제1장)을 제시한 후 법원(Gerichte)(제2장), 감정인(Sachverständige)(제3장), 당사자(Parteien)(제4장)으로 나누어 주체별로 서로 다른 역할과 책임을 구체적으로 규율한다. 예컨대 법원에 대해서는 준거법의 지정과 직권조사, 감정인의 선정, 조사 경로와 판단 이유를 판결서에 명시할 의무 등을 규정하고, 전문가에 대해서는 중립성 · 독립성, 감정의 범위, 출처 명시와 검증가능성 확보를 요구하며, 당사자에 대해서는 자료 제공과 쟁점 특정, 사적 감정서(Parteigutachten)의 법적 성격 등에 관한 협력 의무를 정리하고 있다. 이와 같은 '법원–감정인–당사자' 3자 구조의 역할 분담 모델은 외국법 조사 · 적용을 절차 전반에 걸쳐 체계적으로 관리 · 통제되

262) Jan Peter Schmidt, "Comparative Law in Action: Applying Foreign Law in German Courts", Max Planck Lawcast, Episode 11 (2024), 1–2.

263) Ralf Michaels & Jan Peter Schmidt (eds), Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien, Max–Planck–Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2023), 18–25.

어야 할 영역으로 인식하고 있음을 보여준다.

함부르크 가이드라인의 실무적 효과에 관하여, 막스플랑크 연구소 외국법적용센터(Center for the Application of Foreign Law)의 센터장인 Jan Peter Schmidt는 함부르크 가이드라인의 발표 이후의 기간이 길지 않아 실무에 미친 영향을 단정적으로 평가하기에는 이르다고 전제하면서도, 실무와 학계에서 가이드라인의 인지도가 꾸준히 증가하고 있음은 분명하다고 밝혔다.[264] 특히 법원이 외국법 전문가 의견을 요청하는 과정에서 가이드라인을 참고하게 되면, 판사들이 전문가 의견서 요청 절차와 그 과정에서 법원이 수행해야 할 역할을 보다 명확히 이해하게 되고, 이에 따라 전문가 감정의 요청 · 작성 · 검토가 구조화된 방식으로 이루어질 수 있다는 점이 강조되었다. 실제로 외국법적용센터에 질의를 보내온 판사들에게 함부르크 가이드라인을 안내한 경우, 판사들이 지침을 숙독함으로써 전문가 의견서 요청 절차에 익숙해지고, 법원 · 전문가 · 당사자 각자의 역할이 명확해져 실무가 원활해지는 효과가 나타났다고 한다.[265] 이는 함부르크 가이드라인이 단순한 선언적 문서에 그치지 않고, 외국법 전문가 감정의 제도적 표준을 제시함으로써 실무상 예측가능성과 효율성을 제고하는 기능을 수행하고 있음을 시사한다.

함부르크 가이드라인은 외국법 조사 · 적용의 과정에서 법원 · 전문가 · 당사자의 역할을 명확히 분리 · 조정하는 비구속적 실무 지침이라는 점에서, 외국법 전문가 감정의 제도적 활용을 모색하는 우리나라에 중요한 비교법적 시사점을 제공한다. 특히 외국법 전문가 감정의 활용을 전제로 하되, 그 범위와 한계를 분명히 하고, 법원의 최종적 판단권을 전제로 하는 구조는 향후 우리나라에서 외국법 조사 · 적용에 관한 예규 등을 설계함에 있어 직접적으로 참조할 수 있는 모델로 평가된다.

나. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 입법 방향

외국법에 관한 전문가 감정을 활성화하기 위해서 독일 함부르크 가이드라인의 예를 참고하여 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」를 제정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 예규는 법원 내부의 통일적인 사무처리 기준으로서 입법 절차를 거치지 않고도 비교적 단기간 내에 제정 · 시행이 가능하다는 점에서 제도 도입의 기동성이 높다. 또한 법원

264) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
265) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.

조직 내부에서 일정한 구속력과 통일성을 확보할 수 있어, 재판부별로 상이하게 운용되어 온 외국법 조사 방식의 편차를 완화하는 데 효과적이다. 특히 준거법인 외국법의 조사 절차, 전문가 감정의 활용 기준, 당사자에 대한 자료 제출 요구 방식 등과 같이 재판 실무의 운용에 직접적으로 관련되는 사항은, 법률이나 대법원 규칙보다도 예규를 통해 규율하는 것이 제도적 성격상 적합하다. 이러한 점에서 예규는 외국법 조사 · 적용에 관한 실무지침을 체계화하고 법원의 직권조사의무 이행을 실질화하기 위한 실효적인 수단으로 평가할 수 있다.

외국법의 조사 · 적용에 관한 예규를 제정함에 있어 가장 중요한 출발점은 독일의 함부르크 가이드라인이 보여주듯이 외국법 조사 과정에서의 역할과 책임을 주체별로 명확히 구분하는 것이다. 함부르크 가이드라인의 핵심은 법원, 전문가, 당사자의 기능을 분리 · 배치하는 데 있다. 즉, 법원은 준거법의 지정, 직권에 의한 외국법의 조사, 그리고 최종적인 법적 판단을 담당하고, 전문가는 외국법의 내용 · 해석 · 실무상 운용을 설명하는 보조적 역할을 수행하며, 당사자는 자료의 제공, 쟁점의 특정, 조사 결과에 대한 검증 요청을 통해 조사에 협력한다. 이러한 역할 분담은 외국법 조사를 단순한 절차의 문제가 아니라 책임 구조의 문제로 전환시키는 것으로서, 예규는 무엇보다도 개별 절차를 나열하기에 앞서 역할과 책임의 분담 원칙을 규범적으로 명시할 필요가 있다.

아울러 예규의 형식과 성격 역시 함부르크 가이드라인이 취하고 있는 방향을 참조할 필요가 있다. 함부르크 가이드라인은 강행규범이나 구속적 규칙이 아니라 외국법 조사 · 적용에 관한 모범적 운용기준(best practices)을 제시하는 일종의 연성 규범(soft law)[266]이다. 이는 외국법 조사 방식이 사건의 성격, 쟁점의 복잡성, 접근 가능한 자료의 범위 등에 따라 달라질 수밖에 없다는 점을 고려한 것이다. 따라서 우리나라에서 제정될 예규 역시 법원의 재판상 재량을 존중하면서도 실무상 통일된 기준을 제시하는 방향으로 설계되어야 한다. 이는 예규가 법원의 판단을 기계적으로 구속하는 도구가 아니라 외국법 직권조사의무를 실질적으로 이행하기 위한 운용 지침으로 기능하도록 하기 위함이다.

---

266) 연성규범(soft law)이란 형식적 구속력은 없으나 일정한 규범적 영향력과 사실상의 준수 기대를 수반하는 규범을 말한다. 이는 법적 구속력을 갖는 조약이나 법률과 같은 경성규범(hard law)과 대비된다. 연성규범은 가이드라인, 권고, 선언, 모범적 운용기준(best practices) 등의 형태로 나타나며, 국가나 국제기구, 전문기관 등에 의해 채택되어 실무에서 해석 기준이나 행동지침으로 기능한다. 연성규범은 법적 강제력은 없지만 반복적 적용과 관행의 축적을 통하여 사실상 규범적 구속력을 형성하기도 한다.

나아가 예규를 작성함에 있어서 함부르크 가이드라인은 외국법 조사에 대한 절차 통제가 아니라 '품질 관리(quality control)'에 중점을 두고 있다는 점을 참고할 필요가 있다. 즉, 외국법을 어떻게 조사했는지, 어떤 자료를 사용했는지, 상충하는 견해가 있는 경우 이를 어떻게 평가 · 배척했는지가 판결서에 드러나도록 함으로써, 외국법 적용의 투명성과 검증가능성을 확보하여야 한다. 예규를 통하여 외국법 조사 · 적용의 과정이 사후적으로 점검 · 비판 · 축적될 수 있도록 하는 구조를 마련하여야 한다.

다. 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 내용

외국법의 조사 · 적용에 관한 예규에서는 외국법 직권조사의 절차를 구조화할 필요가 있다. 총론(제1장), 법원(제2장), 감정인(제3장), 당사자(제4장)에 관한 규정을 나누어 규율하는 방안을 제안한다.

(1) 총론(제1장)의 내용

총론에서는 외국법의 조사 · 적용에 관한 예규의 목적에 관한 조항을 두어야 한다. 목적 조항에서는 위 예규가 대한민국 국제사법이 적용되는 사건에서 준거법이 외국법인 경우에 대한민국 법원이 국제사법 제18조에 따라 해당 외국법의 내용을 직권으로 조사 · 적용함에 있어서 법원, 전문가, 당사자에게 적용되는 사항을 정함을 목적으로 함을 규정하여야 한다. 적용범위에 관한 조항에서는 위 예규가 국제사법 제1조의 '외국적 요소가 있는 법률관계'에 해당하는 사건에 적용됨을 명시하여야 한다.

한편 감정의 기본원칙에 관한 규정을 두어 외국법의 조사 · 적용은 국제사법 제18조에 따라 법원이 직권으로 행할 의무이고, 법원이 이러한 직권조사 · 적용의무를 수행하기 위하여 전문가(감정인)의 도움을 받을 수 있으며, 당사자들은 법원의 직권조사 · 적용의무를 보조하기 위하여 협력의무를 부담할 뿐이라는 점을 명시할 필요가 있다.

(2) 법원(제2장)에 관한 내용

법원에 관해서는, ① 법원의 직권조사, ② 외국법의 조사방법, ③ 소송구조 절차에서의 외국법 조사, ④ 감정인의 선정, ⑤ 감정사항의 결정, 전제사실의 확정 및 필요한 자료의 제공 등, ⑥ 외국법의 조사 불가능, ⑦ 감정결과의 취급, ⑧ 외국법을 적용한

재판 등에 대해서 규율할 필요가 있다. 이하에서는 주요하게 규정할 내용을 중심으로 살펴보고자 한다. 이후 살펴볼 바와 같이 사법정책연구원 또는 그 밖의 신설 기관(외국법조사원)이 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 수행하게 될 경우, 이와 관련한 규정을 동 예규에 둘 필요가 있는데, 이에 대해서는 이하 "V. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성" 부분에서 후술하기로 한다.

(가) 법원의 직권조사

법원의 직권조사에 관한 조항에서는 아래 내용을 규정할 필요가 있다.

첫째, 법원은 준거법이 외국법인 경우 국제사법 제18조에 따라 그 내용을 직권으로 조사 · 적용하여야 하고, 이 경우 법원은 원칙적으로 해당 외국 법원이 적용하는 방식 또는 적용할 것으로 예상되는 방식에 따라 외국법을 해석 · 적용해야 한다.

둘째, 법원은 외국법이 쟁점이 되는 경우 석명권을 행사하여 당사자에게 그 내용 및 적용에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 하며, 필요한 경우 외국법의 조사방법 및 범위에 관하여 당사자와 협의할 수 있다.[267]

셋째, 긴급을 요하는 사건에 있어서도 외국법의 직권조사의무는 원칙적으로 완화되지 아니한다. 다만 사건의 성질상 긴급성으로 인하여 충분한 조사 시간이 확보되지 아니하여 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우에는 외국관습법을 적용하고, 그것도 확인이 불가능하면 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법을 토대로 유추하여 도출된 조리에 따라 판단하여야 한다.[268][269]

넷째, 당사자가 제출한 외국법 전문가의 의견서(사감정서)는 외국법의 내용에 관

267) 함부르크 가이드라인 제2장 제2조 제2호 제1문은 법원은 재판에서 외국법이 준거법으로 문제되는 경우, 이에 관하여 당사자들과 협의하여야 하며, 외국법의 조사 및 그 내용에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다고 규정한다.

268) 본 연구보고서 제5장 제1절(준거법인 외국법 불명 시의 처리)에서 후술하는 바와 같이 대법원 판례는 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우 법원에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국관습법에 의하거나, 그것도 확인이 불가능하면 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법을 토대로 유추하여 도출된 조리에 따라 판단하여야 한다고 판시한다. 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35307 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결 등.

269) 함부르크 가이드라인 제2장 제2조 제3호는 법원의 긴급절차에서도 외국법 조사의무에 대한 요구수준은 원칙적으로 완화되지 아니하나, 긴급성이 외국법의 조사 불가능으로 이어질 수 있음을 명시한다.

한 당사자의 주장을 뒷받침하기 위한 서증으로서 제출되는 자료로 보며, 법원은 이에 구속되지 아니하고 그 내용의 신빙성과 타당성을 독립적으로 검토하여야 한다.[270][271]

한편 법원이 직권조사 또는 기타 방법에 따라 외국법의 내용에 관하여 잠정적인 판단을 형성한 경우, 이를 당사자에게 통지하여야 하는지 문제된다. 함부르크 가이드라인은 법원이 자체 조사에 의하여 외국법의 내용에 관하여 잠정적인 견해를 형성한 경우에는 이를 당사자에게 통지하여야 한다고 규정한다(함부르크 가이드라인 제2장 제2조 제2호 제2문). 이는 외국법의 조사 · 적용이 법원의 직권에 속하는 영역이라는 점을 전제로 하면서도, 그 과정이 당사자에게 불투명하게 진행되는 것을 방지하고, 당사자에게 반박 및 보충의 기회를 보장함으로써 절차적 정당성과 당사자 참여를 강화하려는 취지로 이해된다. 특히 외국법은 국내법과 달리 법원과 당사자 모두에게 생소할 수 있으므로, 법원이 독자적으로 형성한 잠정적 판단을 사전에 공유함으로써 판단의 오류를 방지하고 외국법 적용의 정확성을 제고하려는 기능도 가진다. 그러나 우리 민사소송법 체계 하에서는 법원이 외국법에 관한 잠정적인 판단을 형성한 경우 이를 당사자에게 통지하여야 할 일반적 의무를 인정하기는 어렵다고 본다. 현행법상 석명권(민사소송법 제136조)을 행사하여 법원이 당사자에게 주장이나 증거 제출을 촉구할 수는 있으나, 이는 어디까지나 필요에 따라 행사되는 권한일 뿐, 법원이 형성한 잠정적 법률판단을 사전에 개시할 의무까지 포함한다고 보기는 어렵기 때문이다. 또한 법원의 내부적 심증 형성과정까지 절차적으로 공개하도록 요구하는 것은 변론주의 및 재판의 자유심증주의와의 관계에서도 신중한 접근이 필요하다. 따라서 함부르크 가이드라인과 같이 법원의 잠정적 판단 통지를 일반적 의무로 규정하는 방식은 우리 법제와는 다소 거리감이 있으며, 이를 그대로 예규에 도입하기보다는 석명권 등의 기존 절차를 통하여 필요에 따라 당사자의 의견을 청취하는 방식으로 운용하는 것이 타당하다고 판단된다.

---

270) 소송 외에서 당사자가 직접 의뢰하여 작성된 감정서가 법원에 제출되었을 때에는 서증으로서 법원이 이를 합리적으로 인정하면 사실인정의 자료가 될 수 있다(대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결). 다만 사감정(私鑑定)이 법원의 감정 또는 감정촉탁에 의하여 얻은 그것에 못지않게 공정하고 신뢰성 있는 전문가에 의하여 행하여진 것이 아니라고 의심할 사정이 있거나 그 의견이 법원의 합리적 의심을 제거할 수 있는 정도가 되지 아니하는 경우에는 이를 쉽게 채용하여서는 안 되고, 특히 소송이 진행되는 중이어서 법원에 대한 감정신청을 통한 감정이 가능함에도 그와 같은 절차에 의하지 아니한 채 일방이 임의로 의뢰하여 작성한 경우라면 더욱더 신중을 기하여야 한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010다6222 판결).

271) 함부르크 가이드라인 제2장 제2조 제5호는 당사자가 제출한 사적 전문가 감정서(당사자 감정서)는 문서로 입증된 당사자 주장으로 보며, 법원은 직권조사의무의 범위 내에서 이에 대하여 검토 · 판단하여야 한다고 규정한다.

또한 당사자가 외국법의 내용에 관하여 다툼이 없는 경우, 법원이 해당 내용을 그대로 인정할 수 있는지도 문제된다. 함부르크 가이드라인은 당사자가 외국법의 내용에 관하여 서로 일치된 주장을 하는 경우, 그 주장이 법원의 심증 형성을 위하여 출처를 추적 · 확인할 수 있을 정도로 충분하다면, 법원은 그 주장을 옳은 것으로 전제하더라도 직권조사의무를 위반한 것으로 되지 않는다고 규정한다(함부르크 가이드라인 제2장 제2조 제4호 본문). 다만, 신분관계 또는 제3자의 권리에 중대한 영향을 미치는 사건에 대해서는 예외를 둔다(같은 조 단서). 이는 외국법 조사에 있어 당사자의 협력 기능을 적극적으로 활용함으로써 절차의 효율성을 제고하고, 법원의 조사 부담을 완화하려는 취지로 이해된다. 또한 당사자의 주장이 충분한 근거를 갖추고 상호 일치하는 경우에는 외국법의 내용에 관한 불확실성이 상대적으로 낮다는 점을 고려하여, 법원의 직권조사 범위를 일정 부분 탄력적으로 운용할 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다. 다만 함부르크 가이드라인 역시 이러한 경우에도 '출처를 추적 · 확인할 수 있을 정도'의 검증은 필요하다는 점을 전제로 하고 있어, 직권조사의무 자체를 면제하는 것은 아니라는 점을 분명히 하고 있다. 그러나 우리 민사소송법 및 국제사법 체계 하에서는 외국법의 내용에 관하여 당사자 사이에 다툼이 없다는 사정만으로 법원이 그 내용을 그대로 받아들일 수 있다고 보기는 어렵다. 외국법의 내용을 법원이 직권으로 조사 · 적용할 의무를 명문으로 규정한 국제사법 제18조의 취지를 고려하면, 당사자의 주장 일치 여부와 관계없이 법원은 외국법의 정확한 내용을 독립적으로 확인하여야 할 필요가 있다. 특히 외국법은 그 내용과 해석이 국내 법원에 익숙하지 않은 경우가 많고, 당사자의 주장 역시 불완전하거나 편향될 가능성을 배제할 수 없다는 점에서, 당사자의 외국법에 관한 주장이 일치한다고 하여 그대로 내용을 확정하는 것은 신중할 필요가 있다. 나아가 함부르크 가이드라인은 신분관계 또는 제3자의 권리에 중대한 영향을 미치는 사건에서는 보다 엄격한 직권조사를 요구하고 있으나, 우리 법제 하에서 사건의 유형에 따라 법원의 직권조사의무의 정도를 달리 보는 것은 타당하지 않다고 본다. 물론 사건의 성질에 따라 요구되는 조사 수준이나 심사의 엄격성에는 사실상 차이가 있을 수 있으나, 이를 예규에서 명시적으로 구분하여 규율하는 것은 오히려 법원의 직권조사의무를 약화시키는 것으로 오해될 우려도 있다고 본다. 따라서 당사자의 주장이 일치하는 경우 이를 외국법 조사에 있어 유력한 참고자료로 활용할 수는 있겠으나, 이를 이유로 직권조사의무를 완화하는 별도의 규정을 둘 필요성은 크지 않으며, 법원이 독립적으로 외국법의 내용을 확인하여야 한다는

원칙을 유지하는 것이 바람직하다고 판단된다.

(나) 외국법의 조사방법

외국법의 조사방법에 관해서는 다음과 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

첫째, 법원은 준거법이 외국법인 경우 문헌, 판례, 공신력 있는 데이터베이스, 인터넷 자료 및 번역자료 등 다양한 자료를 활용하여 외국법의 내용을 조사할 수 있다.

둘째, 법원은 외국법의 내용이 명확하지 아니하거나 자체 조사만으로 충분한 확실성을 확보하기 어려운 경우에는 ① 석명권(민사소송법 제136조)을 행사하여 당사자에게 외국법의 내용에 관한 구체적인 주장 및 관련 자료의 제출을 요청하는 방법, ② 외국법 전문가에 대한 감정이나 외국법에 관한 전문 인력이 소속된 기관·단체에 대한 감정촉탁 또는 사실조회를 하는 방법, ③ 외국법에 관한 전문심리위원의 설명이나 의견을 참고하는 방법, ④ 양자조약에 따른 법정보 제공 요청 등의 방법을 이용할 수 있다.

셋째, 법원은 외국법의 조사방법을 선택함에 있어 사건의 성질, 쟁점의 난이도, 당사자의 주장 및 제출자료의 내용 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 결정하여야 하며, 외국법이 복잡하거나 생소할수록 보다 엄격한 조사방법이 요구된다.[272]

넷째, 법원은 외국법 전문가에 대한 감정이나 외국법 전문 인력이 소속된 기관·단체에 대한 감정촉탁 또는 사실조회를 함에 있어서 사건의 필요성, 비용 및 절차 지연의 가능성을 고려하여야 하며, 다른 방법에 의하여 외국법의 내용을 충분히 확인하기 어려운 경우에 한하여 이를 활용하여야 한다.[273]

다섯째, 외국법의 조사에 있어서는 해당 법질서의 특성과 자료 접근의 한계를 고려하여야 하며, 가능한 범위 내에서 합리적인 수준의 조사로 외국법의 내용을 확정할 수 있다. 단지 이론상 다른 해석 가능성이 존재한다는 사정만으로 추가적인 조사를 요구할 수는 없다.[274]

272) 함부르크 가이드라인 제2장 제3조 제3호 제2문은 준거법이 자국법에 비하여 더 복잡하거나 생소할수록 그 조사의무에 요구되는 기준은 그만큼 더 엄격해진다고 규정한다.

273) 함부르크 가이드라인 제2장 제3조 제5호는 전문가 감정서가 통상 상당한 비용과 지연을 수반하므로 법원은 준거법으로 확인된 외국법이 보다 간단하고, 신속하며, 비용 부담이 적은 방법으로는 충분한 확실성을 가지고 조사될 수 없는 경우에 한하여 이를 촉탁하여야 한다고 규정한다.

(다) 소송구조 절차에서의 외국법 조사

소송구조(민사소송법 제128조) 절차에서의 외국법 조사에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 소송구조는 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람을 대상으로 하며, 청구가 명백히 이유 없는 경우가 아닐 것을 요건으로 한다(민사소송법 제128조 제1항). 외국법이 준거법으로 적용되는 사건에서는 외국법 조사에 수반되는 비용과 절차적 부담이 소송구조 단계에서 신청인의 권리구제를 과도하게 제한하는 결과로 이어질 우려가 있으므로, 이를 방지할 필요가 있다. 함부르크 가이드라인 제2장 제4조도 "소송비용구조 및 절차구조 절차에서의 특칙"이라는 표제 하에 독일법상 소송비용구조 및 절차구조 절차에서의 외국법 조사에 관하여 규정한다. 소송구조 절차에서의 외국법 조사에 관한 조항에서는 다음과 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

첫째, 법원은 준거법이 외국법인 사건에서 소송구조 신청을 심리함에 있어, 외국법의 내용에 관한 판단이 필요하다는 사정만을 이유로 그 신청을 쉽게 배척하여서는 아니 된다. 외국법의 적용 가능성이 신청인의 법적 지위를 뒷받침할 여지가 상당한 경우에는, 외국법에 관한 요약적인 검토만으로 청구의 이유 없음이 명백하다고 보아 소송구조 신청을 기각하여서는 아니 된다.[275]

둘째, 법원은 본안 판단을 위하여 외국법 전문가에 대한 감정 등 추가적인 조사가 필요하다고 인정되는 경우에는, 우선 소송구조를 허가한 후 본안절차에서 필요한 조사절차를 진행할 수 있다.[276] 특히 외국법의 내용이 명확하지 아니하여 전문가 감정이 필요한 경우, 이를 이유로 소송구조를 배제하는 것은 외국법 적용 사건에서의 사법접근권을 제한하는 결과로 이어질 수 있으므로, 소송구조를 선행적으로 허가한 후 본안에서 충실한 외국법 조사를 실시하는 구조가 바람직하다.

셋째, 소송구조 절차에 있어서도 국제사법의 해석 및 적용에 관하여는 본안절차

274) 함부르크 가이드라인 제2장 제3조 제6호 제3문은 단지 다른 해석 가능성이 추상적으로 존재한다는 사정만으로는 추가적인 조사가 필요하다거나 실익이 있다고 볼 수 없다고 명시한다.

275) 함부르크 가이드라인 제2장 제4조 제1호 제1문은 외국 준거법의 적용이 신청인의 법적 지위를 뒷받침할 가능성이 전혀 무시할 수 없을 정도로 존재하는 경우에는 법원은 외국법에 대한 요약적 심사만을 이유로 소송비용구조 또는 절차구조 신청을 기각하여서는 아니 된다고 규정한다.

276) 함부르크 가이드라인 제2장 제4조 제1호 제2문은 준거법인 외국법의 내용에 관한 최종적인 판단을 위하여 전문가 감정서의 촉탁이 필요하다면, 소송비용구조 또는 절차구조를 허가한 후 본안절차에서 해당 감정서를 촉탁하여야 한다고 규정한다.

와 동일한 기준이 적용되며, 외국법의 조사 · 적용에 관한 기본원칙 역시 변경되지 아니한다.[277]

(라) 감정사항의 결정, 전제사실의 확정 및 필요한 자료의 제공 등

외국법에 관한 감정사항의 결정, 전제사실의 확정 및 필요한 자료의 제공에 관하여는 다음과 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

첫째, 법원은 외국법에 관한 감정을 명함에 있어서 감정사항, 감정서 제출기한 등을 정하여야 하며, 필요한 경우 감정인이 전제로 삼아야 할 기초적 사실관계 및 그 밖에 감정 수행에 필요한 사항을 함께 특정하여야 한다.

둘째, 감정사항은 법관과 감정인 사이의 역할분담에 부합하도록 작성되어야 하며, 법원은 감정인에게 외국법의 내용 및 해석에 관한 사항을 질문할 수 있으나, 국제사법의 적용이나 구체적 사건에 대한 법적 평가 및 결론의 도출 자체를 직접적으로 묻는 방식으로 감정을 촉탁하여서는 아니 된다.

셋째, 감정사항을 특정함에 있어서는 해당 외국법의 법체계와 법리구조가 우리 법과 상이할 수 있음을 고려하여, 가능한 한 우리 법상의 특정 법개념에 구속되지 않는 방식으로 질문을 구성하는 것이 바람직하다.

넷째, 감정사항은 원칙적으로 사건의 결론에 필요한 범위로 한정하여야 하되, 쟁점이 명확한 경우에는 추상적인 법률문제로서 제시할 수 있고, 쟁점이 구체적 사실관계와 밀접하게 결부된 경우에는 해당 사실관계를 전제로 하여 질문을 구성할 수 있다. 이 경우 법원은 사실관계를 명확히 정리하여 감정인이 이를 전제로 판단할 수 있도록 하여야 한다. 또한 관련 사실의 특정 자체가 외국법의 내용에 따라 달라질 수 있는 경우에는, 그 점 역시 감정사항에서 함께 특정할 수 있다.

다섯째, 법원은 필요하다고 인정하는 경우 당사자가 제출한 외국법 관련 자료 또는 사적 감정서에 대하여 검토 · 평가를 구하는 내용을 감정사항에 포함할 수 있다.

277) 함부르크 가이드라인 제2장 제4조 제2호는 독일에서 적용되는 국제사법 규정의 해석 및 적용에 관하여는 소송비용구조 및 절차구조 절차에서도 본안절차와 동일한 원칙이 준수되어야 한다고 규정한다.

여섯째, 감정사항은 가능한 한 포괄적이고 구체적으로 구성하여 추가적인 보충감정의 필요를 줄이도록 하여야 한다. 다만 사안의 성질에 따라 단계적으로 감정사항을 정하는 것도 허용된다.

일곱째, 법원은 감정서 제출기한을 정함에 있어 감정의 난이도, 자료 확보의 가능성 등을 고려하여 합리적인 기간을 정하여야 하며, 필요한 경우 감정인과 협의하여 이를 정하는 것이 바람직하다.

여덟째, 법원은 감정인을 지정한 경우 외국법에 관한 감정사항 및 감정에 필요한 자료를 감정인에게 제공할 수 있으며, 당사자는 감정에 필요한 자료를 법원에 제출하거나 법원의 허가를 받아 직접 감정인에게 제출할 수 있다(민사소송규칙 제101조의2 제1항, 제2항).

(마) 감정인(외국법 전문가)의 지정

감정인의 지정에 관한 조항에서는 다음과 같은 내용을 규정할 필요가 있다.

첫째, 법원은 외국법에 관한 감정을 촉탁하고자 하는 경우에는 감정인 지정에 앞서 그 적격성을 미리 검토하는 것이 바람직하며, 필요한 경우 당사자의 의견을 들을 수 있다.

둘째, 감정인의 지정은 수소법원 · 수명법관 또는 수탁판사가 학식과 경험이 있는 자 중에서 하여야 하며(민사소송법 제335조), 감정을 직업으로 하는 자일 것을 요하지는 아니하나 감정인으로서의 전문성과 공정성을 갖춘 자를 선정하여야 한다. 특히 외국법 감정의 경우에는 해당 법질서의 언어로 된 법령 · 판례 등을 독립적으로 조사 · 분석할 수 있는 능력이 요구되며, 해당 법질서에 관한 전문성과 함께 국제사법 또는 비교법에 관한 기본적 이해를 갖춘 경우에는 더욱 바람직하다.[278]

셋째, 외국법에 관한 감정인의 지정은 「감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규」(재일 2008-1, 2025. 10. 1. 시행, 이하 '감정예규'라고 한다)에 따라 법원행정

278) 함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제2호는 전문가가 1차 자료를 통하여 해당 법질서의 관련 세부 사항을 스스로 조사 · 파악할 수 있는 능력이 특히 요구된다고 명시하면서, 국제사법과 일반적인 비교법에 관한 탄탄한 지식이 있는 것도 바람직하다고 규정한다.

처가 운영하는 '감정인선정전산프로그램'을 통하여 이루어짐이 원칙이나, 양쪽 당사자가 합의하여 특정 감정인등에 대한 감정인 선정 신청을 하거나 '감정인선정전산프로그램'에 의하여 선정할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다(감정예규 제4조). 또한 감정예규 제47조에 따라 법원행정처가 관리하는 '특수분야 전문가 명단'을 활용하여 외국법 전문가를 선정할 수 있으며(감정예규 제49조), 이러한 방법으로 적절한 감정인을 선정하기 어려운 경우에는 공정성을 확보하기 위하여 외국법 관련 학회 · 기관 등 유관단체에 추천을 의뢰하여 감정인을 지정할 수 있다.[279]

넷째, 감정인으로는 해당 외국법을 연구하는 학술기관의 연구자 또는 대학 교원, 해당 분야에 전문성이 인정되는 법률가 등의 인사를 선정할 수 있으며, 특정 외국 법질서에 관한 실무 경험이나 자격을 갖춘 자도 포함될 수 있다.[280]

다섯째, 법원은 필요에 따라 해당 외국법 질서에 속하는 외국법 전문가를 감정인으로 선정할 수 있다. 다만 이 경우 번역의 필요성, 우리 법원의 절차 및 감정서 작성 방식에 대한 이해 부족, 감정인의 법정 출석의 어려움 등 절차적 제약을 고려하여야 한다.[281][282]

여섯째, 법원이 감정인지정결정을 한 경우에 해당 감정인은 감정사항이 자신의 전문분야에 속하지 아니하는 경우 또는 그에 속하더라도 다른 감정인과 함께 감정을 하여야 하는 경우에는 곧바로 법원에 감정인의 지정 취소 또는 추가 지정을 요청하여야 한다(민사소송법 제335조의2 제1항). 또한 감정인은 감정을 타인에게 위임할 수 없다(같은 조 제2항).

(바) 외국법의 조사 불능 또는 내용의 불명확

외국법의 조사 불능 또는 내용의 불명확성에 관한 조항에서는 본 보고서 제5장 제1절 '준거법인 외국법 불명 시의 처리'에서 후술할 내용을 포함하여 아래와 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

---

279) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 221-222.
280) 이와 유사한 취지의 규정으로는, 함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제3호 참조.
281) 법원은 감정인이 법정에 직접 출석하기 어려운 특별한 사정이 있는 경우나 외국에 거주하는 경우에 상당하다고 인정하는 때에는 당사자의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 감정인을 신문하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 감정인을 신문할 수 있다(민사소송법 제339조의3 제1항).
282) 이와 유사한 취지의 규정으로는, 함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제4호 참조.

첫째, 외국법이 준거법으로 지정되었음에도 그 내용이 명확하게 조사되지 아니하였다는 사정만으로 소를 각하하거나 청구를 기각하여서는 아니 되며, 외국법의 조사 불능을 이유로 곧바로 증명책임의 법리에 따라 재판하여서도 아니 된다. 외국법의 조사·적용은 국제사법 제18조에 따라 법원의 직권조사사항이므로, 법원은 가능한 범위 내에서 합리적인 노력을 다하여 외국법의 내용을 확정하여야 한다.

둘째, 외국법의 일부 또는 전부가 명확하게 조사되지 아니하는 경우에도, 법원은 곧바로 대한민국 법을 보충적 준거법으로 적용하여서는 아니 된다. 우선 법원은 해당 외국 법질서 내부의 법원(法源) 구조에 따라 외국 성문법, 외국 관습법, 조리의 순서로 외국법의 내용을 보충·확정할 수 있는지를 검토하여야 한다. 다만 이러한 접근은 각국 법체계의 특성과 법원 구조를 고려하여 탄력적으로 이루어져야 하며, 대한민국 민사법상의 법원 구조를 기계적으로 외국법에 투영하여서는 아니 된다.

셋째, 외국법상 조리의 내용을 형성함에 있어서는, 해당 준거법과 기능적으로 가장 유사한 규범이나 법리를 비교법적으로 탐색하는 근사법적 접근을 우선적으로 고려할 필요가 있다. 특히 해당 외국법과 역사적·체계적 연관성을 가지거나 동일한 법계(法系)에 속하는 국가의 규범, 조약 또는 관련 국제거래 관행 등을 참고하여 해당 외국법질서 내부에서 수용 가능하다고 평가될 수 있는 방향으로 법리를 형성하는 것이 바람직하다. 그럼에도 불구하고 외국법의 내용을 합리적으로 확정하기 어려운 경우에 한하여 형평, 신의성실, 권리남용금지와 같은 보편적 법원리를 보충적으로 고려할 수 있다.

넷째, 법원은 외국법의 내용을 조사함에 있어 상당한 기간과 노력을 기울였음에도 불구하고 추가적인 조사에 의하여 외국법의 내용을 더 명확히 확정할 가능성이 현저히 낮다고 인정되는 경우에는, 이를 외국법의 조사불능에 준하는 상태로 볼 수 있다. 다만 이러한 경우에도 법원은 외국법의 조사 경과와 조사불능에 이르게 된 이유를 판결에서 구체적으로 설시하는 것이 바람직하다.

(사) 감정결과의 취급

외국법에 관한 감정결과의 취급에 관한 조항에서는 다음과 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

첫째, 외국법에 관한 감정결과는 그 감정방법이나 논증 과정이 경험칙 또는 논리칙에 반하거나 현저히 합리성을 결여한 경우가 아닌 한 존중되어야 한다. 외국법의 조사 · 적용은 본질적으로 비교법적 · 해석론적 요소를 포함하고 있고, 외국법 자체의 내용이 반드시 하나의 절대적으로 명확한 결론으로 수렴되지 않는 경우도 적지 않으므로, 법원은 감정결과의 개연성과 논리적 설득력을 중심으로 그 신빙성을 판단할 필요가 있다. 특히 상당한 조사와 근거 제시를 거쳐 도출된 감정결과에 대하여 구체적이고 합리적인 반대 근거가 제시되지 않는 경우에는, 법원은 그 감정결과에 기초하여 외국법의 내용을 인정할 수 있다.

둘째, 당사자가 감정결과에 대하여 의문을 제기하거나 추가 의견을 제출하였다는 사정만으로 법원이 곧바로 감정인 또는 감정을 촉탁받은 기관에 추가 의견 제출이나 보완을 요구하여야 하는 것은 아니다. 법원은 우선 당사자가 제기한 문제점이 사건의 결론에 실질적으로 관련되는지, 이미 제출된 감정서의 내용만으로 답변이 가능한지, 제기된 의문이 구체적이고 합리적인 근거를 갖추고 있는지를 심사하여야 한다. 감정서에 충분한 근거와 논증이 제시되어 있음에도 단순한 추측이나 가능성 제시에 불과한 주장은 감정결과의 신빙성을 쉽게 흔들 수 없다고 보아야 한다.

셋째, 법원은 감정인 또는 감정을 촉탁받은 기관이 제출한 감정서에 분명하지 아니하거나 불비된 점이 있다고 인정하는 경우에는, 감정인 또는 감정을 촉탁받은 기관이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 하거나 추가적인 보완의견을 제출하게 할 수 있다(민사소송법 제341조 제2항). 이러한 설명은 원칙적으로 변론 또는 변론준비기일에서 시행함이 바람직하나, 필요에 따라 법원 외 장소에서 설명하게 할 수도 있으며, 이 경우에는 심문조서를 작성하여야 한다. 또한 법원은 당사자를 절차에 참여하게 하여야 하고, 설명의 요지를 조서에 기재하여 감정서의 내용을 보충하는 자료로 삼아야 한다(민사소송규칙 제103조 제1항, 제2항). 감정서를 설명하는 자는 감정내용을 보충설명하는 지위에 있는 것이므로 증인이나 감정인과 달리 선서를 요하지 아니한다.[283]

넷째, 법원은 감정을 촉탁한 기관 등이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 하는 경우에는 비디오 등 중계장치 또는 인터넷 화상장치를 이용하여 설명하게 할 수

283) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 244.

있으며, 이 경우 민사소송법 제341조 제3항, 제339조의3 및 민사소송규칙 제103조의2에 따른 절차와 방식을 준용할 수 있다. 또한 법원은 감정기관에 대하여 서면에 의한 설명 또는 보완을 요구하는 경우 감정보완촉탁의 방식을 활용할 수 있다.[284]

다섯째, 법원은 감정인이 서면으로 감정의견을 제출한 경우에도 추가적인 설명이 필요하다고 인정하는 때에는 기일을 지정하여 감정인을 출석하게 하고 감정인신문을 실시할 수 있다(민사소송규칙 제101조의3 제2항). 법원은 감정인의 의견진술에 관하여 당사자에게 서면 또는 구두로 의견을 진술할 기회를 부여하여야 하며(민사소송법 제339조 제3항), 필요한 경우 당사자에게 의견서를 제출하도록 할 수 있다(민사소송규칙 제101조의3 제1항).

여섯째, 법원은 동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 제시한 경우, 또는 동일한 감정사항에 관하여 둘 이상의 감정기관이나 감정인이 상호 모순되거나 불명료한 감정의견을 제시한 경우에는, 보완감정이나 감정인신문을 통하여 감정내용을 명확히 할 필요가 있다.[285] 특히 종전 감정절차에 중대한 하자가 있거나, 보완절차를 거쳤음에도 감정결과가 여전히 불충분하거나 신빙성이 의심되는 경우, 또는 복수의 감정결과 중 어느 하나를 채택하기 어려운 경우에는 재감정을 실시할 수 있다.[286]

일곱째, 감정인에게 감정을 명하거나 감정기관에 감정을 촉탁하였음에도 상당한 기간 동안 회신이 없는 경우 법원은 무한정 회신을 기다려서는 아니 되며, 독촉, 진행상황 확인 또는 감정관리위원 등을 통한 점검 등의 방법으로 감정절차가 신속하게 진행되도록 노력하여야 한다.[287]

(아) 외국법을 적용한 재판

외국법을 적용한 재판에 관한 조항에서는 다음과 같은 사항을 규정할 필요가 있다.

첫째, 외국법을 적용하여 사실관계를 법적으로 평가하고 결론을 도출하는 것은

284) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 244-245.
285) 대법원 1999. 5. 11. 선고 99다2171 판결; 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결.
286) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 234.
287) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 245-246.

법원의 고유한 권한과 책임에 속한다. 따라서 감정인 또는 감정을 촉탁받은 기관이 구체적 사안에 대한 법적 평가나 포섭 결과에 관하여 의견을 제시하였더라도, 법원은 독자적인 판단에 따라 외국법의 내용을 해석 · 적용하여야 한다. 외국법 감정은 법원의 외국법 조사 · 적용의무를 보조하는 수단일 뿐, 법원의 재판권한 자체를 대체하는 것은 아니라는 점을 명확히 할 필요가 있다.

둘째, 판결 이유에는 외국 준거법의 내용이 어떠한 방식으로 조사 · 확정되었는지가 드러나야 한다. 특히 법원이 참고한 법령, 판례, 학설, 감정서, 데이터베이스 등 조사 자료의 종류와 조사방법, 외국법의 내용에 관하여 의문이 존재한 경우에는 어떠한 범위와 정도로 추가적인 조사와 검토를 실시하였는지를 가능한 한 구체적으로 설시하는 것이 바람직하다. 이는 상급심이 외국법 조사 · 적용의 적정성을 심사할 수 있도록 하기 위한 것이기도 하다.

셋째, 판결 이유에서는 감정서의 내용을 단순히 인용하는 데 그쳐서는 아니 되며, 재판의 결론에 중요한 의미를 가지는 감정결과의 핵심 내용을 법원이 스스로 정리 · 설시하고, 해당 감정결과를 채택하거나 배척한 이유를 밝혀야 한다. 특히 감정결과의 내용이 당사자 사이에서 다투어지거나 복수의 감정의견이 상충하는 경우에는, 일반적인 증거평가와 마찬가지로 법원이 어떠한 이유로 특정 감정결과를 신빙성 있는 것으로 판단하였는지를 판결 이유에서 설명할 필요가 있다.

넷째, 판결에서는 법원이 외국법 조사 과정에서 활용한 주요 1차 자료 및 2차 자료를 가능한 한 명확하게 특정할 필요가 있다. 특히 외국 법령이나 판례의 문언 자체가 중요한 의미를 가지는 경우에는 원문을 함께 제시하는 것이 바람직하며, 필요한 경우 번역문도 병기할 수 있다. 이 경우 가급적 공신력 있는 번역자료를 활용하고, 공식 번역이 아닌 번역문을 사용하는 경우에는 그 출처를 명시하는 것이 바람직하다.

다섯째, 외국법의 내용을 충분히 확정하기 어려웠던 경우에는, 판결 이유에서 법원이 어떠한 방법으로 외국법 자료를 탐색 · 조사하였고, 어떠한 한계로 인하여 외국법의 내용을 완전히 확정할 수 없었는지를 설명할 필요가 있다. 이는 외국법 조사 · 적용의 충실성 및 재판의 설득력을 확보하기 위한 것이다.

(3) 감정인(제3장)에 관한 내용

감정인에 관해서는 아래와 같은 내용을 규정할 필요가 있다. 이하에서 살펴보는 바와 같이 사법정책연구원 또는 별도로 신설되는 기관(가칭 외국법조사원)이 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 수행하게 되는 경우에는, 아래 내용 중 "전문가가 외국법 감정의견 제공 요청을 받은 경우"에 관한 부분에 "사법정책연구원(또는 외국법조사원)이 법원으로부터 외국법 감정촉탁을 받은 경우"를 함께 포함하여 규정할 필요가 있다.

(가) 외국법 조사 업무에 관한 검토 · 통지 및 협의

첫째, 감정인이 외국법 감정의견 제공 요청을 받은 경우에는, 해당 업무가 자신의 전문 분야에 속하는지 여부 및 법원이 정한 기한 내에 업무 수행이 가능한지 여부를 지체 없이 검토하여야 한다. 감정인은 이를 수행하기 어렵다고 판단하는 경우에는 그 사유를 지체 없이 법원에 통지하여야 한다.

둘째, 감정인은 공정성 또는 중립성에 관하여 합리적인 의문이 제기될 수 있는 사정이 있는지를 지체 없이 검토하여야 하며, 그러한 사정이 있는 경우에는 이를 법원에 통지하여야 한다. 다만 단순히 당사자 및 대리인과 학술적 · 실무적 교류관계가 있다는 사정만으로 곧바로 공정성이 부정되는 것은 아니다.

셋째, 감정인은 감정사항의 내용이나 범위가 명확하지 아니한 경우에는 지체 없이 법원에 그 취지를 문의하여야 하며, 사건 해결에 실질적으로 필요한 범위로 질문 또는 조사 대상의 범위를 조정할 것을 법원에 제안할 수 있다.

넷째, 감정인은 외국법에 관한 질문이 사건의 해결에 실질적으로 도움이 되는지 여부를 검토하여야 하며, 자신의 전문적 지식에 비추어 보다 적절한 조사 사항이나 쟁점이 있다고 판단되는 경우에는 이를 법원에 알릴 수 있다.

다섯째, 감정인은 감정서 작성에 필요한 예상 소요 기간을 가능한 한 구체적으로 산정하여 법원에 알리는 것이 바람직하다. 특히 법원이 정한 기한 내에 업무 수행이 곤란할 것으로 예상되는 경우에는 가능한 제출 예정일을 지체 없이 통지하여야 한다.

여섯째, 감정인이 감정 업무를 직접 수행하기 어려운 경우에는 가능한 범위에서

관련 문헌, 대체 가능한 전문가 또는 참고 가능한 자료 등에 관한 정보를 제공함으로써 법원의 외국법 조사에 협조하도록 노력하여야 한다.

일곱째, 법원과 감정인 사이의 의사소통은 신속하고 효율적인 외국법 조사를 위하여 전화, 전자우편, 영상회의 등 적절한 방식으로 이루어질 수 있다.

(나) 감정서의 목적 및 내용

첫째, 감정서는 법원이 외국법의 내용을 기초로 판단을 할 수 있도록 외국법의 내용, 해석 및 적용에 관하여 필요한 사항을 제공하는 것을 목적으로 한다.

둘째, 법원이 감정을 구하면서 특정한 사실관계를 제시한 경우에는, 전문가는 이를 전제로 외국법의 내용을 조사 · 정리하여야 한다. 법원이 사실관계를 구체적으로 특정하지 아니한 경우에는, 감정인이 어떠한 사실관계를 전제로 판단하였는지를 감정서에 명확히 밝혀야 한다.

셋째, 감정인은 외국법을 해당 국가의 법원이 실제로 해석 · 적용하는 방식에 따라 조사 · 정리하여야 한다. 이를 위하여 해당 국가의 성문법, 최고법원 및 하급심 판례, 학설, 주석서, 행정 실무 및 그 밖의 관련 자료를 종합적으로 검토할 수 있으며, 각 자료가 해당 외국 법질서에서 가지는 권위와 실제적 중요성도 함께 고려하여야 한다.

넷째, 감정인은 외국법 조사 과정에서 확인된 법령, 판례, 주석서, 학술문헌, 행정자료 기타 참고자료의 출처를 감정서에 구체적으로 기재하여야 하며, 필요한 경우 원문 및 번역문을 함께 첨부할 수 있다. 외국어 자료를 사용하는 경우에는 가능한 한 공식 번역문을 활용하는 것이 바람직하고, 공식 번역이 존재하지 아니하는 경우에는 그 취지를 밝힐 필요가 있다. 또한 감정인은 외국법의 조사 및 확인을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 국내외 외국법 전문가, 연구기관 또는 실무가와 비공식적으로 협의할 수 있으며, 이 경우 참고한 외부 의견이나 자료의 출처 역시 감정서에 가능한 한 구체적으로 기재하여야 한다.

다섯째, 외국법에 관하여 서로 상반되는 해석이나 견해가 존재하는 경우에는, 감정인은 그 내용을 감정서에 함께 기재하고, 각 견해의 근거와 해당 외국 법질서에서의 비중이나 권위 등을 설명하여야 한다. 또한 충분한 자료를 확보하지 못하여 외국법으로

부터 명확한 답변을 도출하기 어려운 경우에는, 그러한 불확실성의 존재와 자료 탐색 경위를 감정서에 명시하여야 하며, 필요한 경우 해당 외국 법질서의 판례 · 학설 · 실무 및 비교법적 검토를 기초로 해당 국가의 법원이 어떠한 판단을 할 가능성이 있는지에 관한 의견을 제시할 수 있다.

여섯째, 감정서에서의 외국법 설명은 사건의 해결에 필요한 범위로 한정하여야 하며, 사건과 직접 관련되지 아니하는 장황한 역사적 · 비교법적 설명은 가능한 한 지양하여야 한다. 법원의 질문이 포괄적이거나 추상적인 경우에도, 사건 해결에 실질적으로 필요한 핵심 쟁점을 중심으로 정리하여야 한다.

일곱째, 외국법에 대한 사실관계의 법적 평가 및 최종적인 법률적 포섭은 법원의 권한에 속한다. 다만 법원이 특정 사실관계를 전제로 외국법의 적용 결과에 관한 설명을 요청한 경우 또는 사실관계에 다툼이 없는 경우에는, 전문가는 해당 외국법이 구체적 사안에서 어떠한 결과를 도출할 가능성이 있는지에 관하여 설명할 수 있다.

여덟째, 감정인은 선행 쟁점에 대한 법원의 판단에 따라 후속 질문의 필요성 또는 범위가 달라질 수 있다고 판단하는 경우에는 복수의 가정을 전제로 대안적 방식의 감정 의견을 제시할 수 있다.

(4) 당사자(제4장)에 관한 내용

당사자에 관한 장(제4장)에서는 외국법 조사에 관한 당사자의 협력, 사적 감정서 등의 제출, 감정사항 또는 감정서에 대한 의견제출, 당사자와 감정인 사이의 접촉 등에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

첫째, 외국법 조사에 대한 당사자의 협력에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 국제사법 제18조에 따라 외국법의 조사 및 적용은 원칙적으로 법원의 직권에 속하는 사항이므로, 당사자는 일반적인 절차상 협력의무를 넘어 별도의 외국법 조사 의무를 부담하는 것은 아니라는 점을 명확히 할 필요가 있다. 다만 당사자가 해당 외국법에 관한 전문지식을 보유하고 있거나, 외국법 자료에 대한 접근이 법원보다 현저히 용이한 경우에는, 외국법 조사에 협력하도록 권고할 수 있다. 특히 당사자가 외국법 자료를 제출하는 경우에는 자신에게 유리한 자료만을 선별적으로 제출하기보다는, 관련 자료를 가능한 한 충

실하게 제출하도록 하는 것이 바람직하다는 점을 규정할 수 있다.

둘째, 사적 감정서 등의 제출에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 당사자는 외국법에 관한 자신의 주장과 함께 사적 감정서, 선서진술서, 외국 판례 및 법령 자료 등을 제출할 수 있다는 점을 명시할 필요가 있다. 다만 이러한 자료는 증거방법이라기보다는 당사자의 주장 또는 참고자료로 취급된다는 점과, 법원이 그 객관성이나 정확성에 구속되지 않는다는 점도 함께 규정할 필요가 있다. 또한 법원이 외국법에 관한 감정이 필요하다고 인정하는 경우에는 사법정책연구원, 외국법조사원 또는 외부 전문가에 대한 감정촉탁을 실시할 수 있다는 점도 명확히 할 수 있다.

셋째, 감정사항에 관한 당사자의 의견제출에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 당사자는 외국법 조사 요청의 범위와 쟁점에 관하여 의견을 제출할 수 있으며, 법원이 외국법 감정의 범위나 질문 사항을 특정하는 과정에서 협력할 수 있다는 점을 규정할 수 있다. 이는 감정의 범위가 지나치게 포괄적이거나 불명확하게 되는 것을 방지하고, 사건 해결에 필요한 핵심 쟁점 중심으로 외국법 조사가 이루어지도록 하기 위한 것이다.

넷째, 감정서에 대한 의견제출 및 보충설명 요청에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 당사자는 제출된 감정서에 대하여 의견을 제출하거나 보충설명을 요청할 수 있다는 점을 규정할 수 있다. 다만 단순한 불복이나 추상적 의문만으로는 부족하고, 감정서의 오류, 누락, 자료의 최신성 문제 또는 상반되는 외국 판례 · 학설의 존재 등 구체적이고 실질적인 사유를 제시하도록 할 필요가 있다. 필요한 경우 당사자는 사적 감정서나 추가 자료를 제출하여 자신의 의견을 뒷받침할 수 있다는 점도 함께 규정할 수 있다.

다섯째, 당사자와 감정인 사이의 접촉에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 외국법 감정의 공정성과 중립성을 확보하기 위하여 당사자는 원칙적으로 법원의 관여 없이 전문가, 사법정책연구원 또는 외국법조사원 소속 감정인과 직접 접촉하는 것을 삼가야 한다는 점을 규정할 수 있다. 특히 외국법 감정의 범위 · 내용 · 방향 등에 영향을 미칠 수 있는 개별적 접촉은 감정의 객관성에 대한 의문을 초래할 수 있으므로, 필요한 의사소통은 법원을 통하여 이루어지도록 하는 것이 바람직하다.

II. 전문심리위원

전문심리위원 제도는 2007년 민사소송법 개정을 통해 도입된 제도로서(민사소송법 제164조의2 내지 164조의8),[288] 법원 외부의 관련 분야 전문가를 전문심리위원으로서 소송절차에 참여하게 함으로써 해당 전문가의 전문지식을 적정하고 효율적으로 재판에 반영하기 위한 취지에서 마련되었다.[289] 전문심리위원은 전문적인 지식을 필요로 하는 소송절차에서 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술할 수 있다(민사소송법 제164조의2 제2항 본문). 전문심리위원의 설명이나 의견은 증거방법이 될 수 없으므로,[290] 증거방법에 해당하는 감정을 대체할 수 없고 법관의 사실인정을 보조하는 역할에 한정된다.[291] 그러나 감정이 필요한 사건에서 고액의 감정료 등 때문에 감정을 실시하는 것이 곤란하거나 부적절한 때 전문심리위원을 활용하여 조기에 화해 · 조정을 유도하거나, 전문심리위원의 설명이나 의견을 변론 전체의 취지로 참작하여 사건을 해결하는 것은 가능하다.[292] 2016년에는 상임전문심리위원 제도를 도입하여 사건이 많은 의료 · 건설 등 특정분야의 전문심리위원이 각 고등법원에 상근할 수 있도록 하고 있다.[293] 전문심리위원은 도입 초기에 그 활용도가 낮다는 점이 지적되어 왔으나,[294] 최근 들어 전문심리위원의 의견을 반영하여 감정 결과가 뒤집히는 항소심 판결들이 이어지면서 전문심리위원 제도가 법원의 판단을 보완하는 실질적 역할을 하고 있다고 평가받고 있다.[295]

---

288) 전문심리위원제도를 도입한 민사소송법 일부개정 법률은 2007. 6. 20. 국회에서 통과되어 2007. 7. 13. 공포되었고 2007. 8. 14.부터 시행되었다. 이에 따라 민사소송규칙에 전문심리위원에 관한 규정을 두게 되었고(민사소송규칙 제38조의2 내지 제38조의11), 전문심리위원규칙(대법원규칙 제3168호, 2024. 11. 29. 일부개정, 2025. 1. 1. 시행) 및 전문심리위원의 소송절차참여에 관한 예규(재일 2007-2)(대법원재판예규 제1909호, 2025. 3. 25. 일부개정, 2025. 3. 25. 시행)에서 전문심리위원에 관한 구체적 사항을 정하고 있다.

289) 강성수, 전문가감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016), 66.

290) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013다18332 판결; 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 675.

291) 강성수, 전문가감정 및 전문심리위원 제도의 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원 (2016), 66.

292) 법원행정처, 전문심리위원 활용 매뉴얼 (2014. 2.), 42.

293) 고려대학교 산학협력단(연구책임자 강윤희), 상임전문심리위원 제도의 성과 분석 및 발전 방향에 대한 연구, 법원행정처 정책용역보고서 (2024), 16. 상임전문심리위원의 위촉 및 선발위원회 구성, 결격사유 등은 전문심리위원규칙 제2조의2, 제2조의3 및 제3조에서 각 규정하고 있다.

294) 2007년 전문심리위원 제도가 도입, 시행된 후 9개월 동안 활용건수가 62건에 불과하였다. 법률신문, "재판 '전문심리위원제도' 활용 저조" (2008. 4. 11.자), https://www.lawtimes.co.kr/news/38775 (2026. 4. 1. 최종 확인). 전문심리위원 도입 후 5년이 지나도록 제주지방법원에서 전문심리위원 활용건수가 8건에 불과하였다. 제민일보, "5년간 제주법원 전문심리위원 활용 8건", (2015. 10. 7.자), https://www.jemin.com/ news/articleViewAmp.html?idxno=372756 (2026. 4. 1. 최종 확인).

외국법이 준거법인 사건에서 고액의 감정료 등으로 인하여 감정을 실시하는 것이 곤란하거나 부적절한 경우, 또는 감정의견 외에 보완적으로 전문가의 설명이나 의견을 참고하고자 하는 경우에는 전문심리위원을 활용할 필요가 있다. 그러나 실무상 외국법 전문가를 전문심리위원으로 지정한 예를 찾아볼 수 없다. 법원은 '전문심리위원규칙'에 따라 정해진 전문심리위원 후보자 중에서 전문심리위원을 지정하여야 하는데(민사소송규칙 제38조의2), 2023. 12. 31. 기준으로 건축, 경제 · 기업, 부동산, 의료, 지식재산권, 과학기술, 토목, 환경, 사회과학, 인문 10개 분야에서 4,278명의 전문가가 후보자로 등재되어 있을 뿐이고,[296] 외국법 전문가는 후보자로 등재되어 있지 않다. 향후 전문심리위원 후보자에 외국법 전문가도 포함시킴으로써 준거법이 외국법인 사안에서 외국법 전문가인 전문심리위원의 설명이나 의견을 들어 재판부가 외국법을 조사할 수 있도록 할 필요가 있다.[297]

III. 법정보에 대한 공조 신청

1. 한 · 호 조약 등 양자조약에 따른 법정보 교환 내지 제공 요청

우리나라는 호주, 중국, 몽골, 우즈베키스탄, 태국과의 사이에 아래 [표 4]와 같이 민사 및 상사 분야에서의 국제사법공조를 위한 양자조약을 체결하였다.[298]

---

295) 법률신문, "존재감 커진 법원 전문심리위원" (2025. 5. 21.자), https://www.lawtimes.co.kr/news/208182 (2026. 4. 1. 최종 확인).

296) 고려대학교 산학협력단(연구책임자 강윤희), 상임전문심리위원 제도의 성과 분석 및 발전 방향에 대한 연구, 법원행정처 정책용역보고서 (2024), 10. 구체적 현황은 아래와 같다.

분야	건축	토목	의료	지식재산권	과학기술	환경	경제 · 기업	부동산	사회과학	인문	합계
인원	1,006	615	839	194	710	136	409	75	285	9	4,278

297) 조병구 사법지원실장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰; 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

298) 한 · 호 조약 등 양자조약의 구체적인 국제사법공조의 범위는 양자조약마다 차이가 있다. 한 · 호 조약은 ① 재판상 서류의 송달, ② 증거조사, ③ 법률정보의 교환을 조약의 범위로 규정하고 있고(한 · 호 조약 제1조), 소송기록의 교환과 중재판정의 승인 · 집행은 그 범위로 규정하고 있지 않다. 그러나 한 · 중 조약은 ① 재판상 서류의 송달, ② 증거조사, ③ 중재판정의 승인 · 집행, ④ 법률정보 또는 소송기록의 제공을 조약의 범위로 규정함으로써(한 · 중 조약 제3조) 소송기록의 제공과 중재판정의 승인 · 집행을 조약의 범위에 추가하였다. 한편 한 · 몽 조약, 한 · 우 조약 및 한 · 태 조약은 ① 재판상 서류의 송달, ② 증거조사, ③ 법률정보 및 소송기록의 교환을 조약의 범위로 정하고 있으나(한 · 몽 조약 제2조, 한 · 우 조약 제2조, 한 · 태 조약 제2조), 중재판정의 승인 · 집행은 조약의 범위에서 제외하였다.

[표 4] 우리나라가 체결한 민사 및 상사사법공조에 관한 양자조약[299]

순번	조약명	서명일	발효일	체약국
1	대한민국과 호주 간의 민사사법공조조약(Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Republic of Korea and Australia, 한 · 호 조약)	1999. 9. 17.	2000. 1. 16.	호주
2	대한민국과 중화인민공화국 간의 민사 및 상사사법공조조약 (Treaty between the Republic of Korea and the People's Republic of China on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters, 한 · 중 조약)	2003. 7. 7.	2005. 4. 27.	중국
3	대한민국과 몽골 간의 민사 및 상사사법공조조약(Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Republic of Korea and Mongolia, 한 · 몽 조약)	2008. 10. 15.	2010. 5. 8.	몽골
4	대한민국과 우즈베키스탄공화국 간의 민사 및 상사사법공조조약(Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Republic of Korea and the Republic of Uzbekistan, 한 · 우 조약)	2012. 9. 20.	2013. 8. 11.	우즈베키스탄
5	대한민국과 태국 간의 민사 및 상사 사법공조 조약(Treaty on Judicial Assistance in Civil and Commercial Matters between the Republic of Korea and the Kingdom of Thailand, 한 · 태 조약)	2013. 5. 21.	2015. 4. 16.	태국

한 · 호 조약 등 양자조약의 구체적인 국제사법공조의 범위는 양자조약마다 차이가 있으나, 법정보[300]의 교환 내지 제공은 모두 조약의 범위에 속한다(한 · 호 조약 제1조, 한 · 중 조약 제3조, 한 · 몽 조약 제2조, 한 · 우 조약 제2조, 한 · 태 조약 제2조). 즉, 위 각 조약은 모두 수탁국의 중앙당국은 요청이 있는 경우 촉탁국의 중앙당국에게 촉탁국의 소송절차와 관련된 자국의 법령에 관한 정보를 제공한다는 취지의 조항을 포함하고 있다(한 · 호 조약 제27조 제1항, 한 · 중 조약 제26조 제1항, 한 · 몽 조약 제27

299) 조약명의 한글 표기 및 띄어쓰기는 외교부 조약정보시스템(treatyweb.mofa.go.kr)상의 표기를 기준으로 하였다.

300) 한 · 호 조약 등에서는 'legal information'이라고 하고, 이를 외교부 공식번역본에서는 '법률정보'로 번역하였다. 그러나 위 'legal information'은 법령(laws and regulations)을 의미하고, 경우에 따라서는 사법실무(judicial practice)까지 포함하는(한 · 몽 조약 제27조 제1항) 넓은 의미이다. 만약 법률정보라고 하면 '법률'에 관한 정보에 한하여 제공 촉탁을 할 수 있다는 오해를 불러일으킬 수 있으므로 외교부 공식번역본과 다르게 본 보고서에서는 '법정보'라는 표현을 사용하고자 한다.

조 제1항, 한 · 우 조약 제27조 제1항, 한 · 태 조약 제26조 제1항).

한 · 호 조약 제27조(법률정보 또는 소송기록의 요청)

1. 수탁체약국의 중앙당국은 요청이 있는 경우, 촉탁체약국의 중앙당국에게 촉탁체약국의 소송절차와 관련된 자국의 법령에 관한 정보를 제공한다.

한 · 중 조약 제26조(법률정보 또는 소송기록의 제공)

1. 수탁국의 중앙당국은, 요청이 있는 경우, 촉탁국의 중앙당국에 촉탁국의 소송절차와 관련된 수탁국의 법령 및 사법실무에 관한 정보를 제공한다.

한 · 몽 조약 제27조(법률정보 또는 소송기록의 요청)

1. 수탁국의 중앙당국은 요청이 있는 경우, 촉탁국의 중앙당국에게 촉탁국의 소송절차와 관련된 자국의 법령에 관한 정보를 제공한다.

한 · 우 조약 제27조(법률정보 또는 소송기록의 요청)

1. 수탁국의 중앙당국은 요청이 있는 경우 촉탁국의 중앙당국에게 촉탁국의 소송절차와 관련된 자국의 법령에 관한 정보를 제공한다.

한 · 태 조약 제26조(법률정보 또는 소송기록의 요청)

1. 수탁국의 중앙당국은 요청이 있는 경우 촉탁국의 중앙당국에게 촉탁국의 소송절차와 관련된 자국의 법령에 관한 정보를 제공한다.

위와 같은 조항들은 법원이 준거법이 외국법인 사안에서 외국법을 조사하고 해석 · 적용하는 일이 매우 어렵기 때문에 경우에 따라서는 외국법의 적용을 회피하려는 경향을 보일 수도 있다는 점을 인식하고, 이러한 고충을 덜기 위하여 도입된 것이다.[301] 그러나 이러한 작성취지에도 불구하고 실무상 위 조항은 제대로 이용되지 않고 있다.

2. 한 · 호 조약 등 양자조약에 따른 법률정보 제공범위 및 절차

법정보(legal information)의 제공범위는 '촉탁국의 소송절차와 관련된 수탁국의

301) 배형원 외, 다자협약 및 양자조약 연구, 사법발전재단 (2010), 255. 위 규정은 아시아 · 아프리카 법률자문위원회(Asian-African Legal Consultative Committee, AALCO)가 만든 모델조약안 제23조에 제시된 내용을 참고로 작성한 것이다. 실제로 위 모델조약안을 조약에 채택한 사례는 찾기 어려움에도 불구하고 한 · 호 조약 등에서 이를 도입한 것은 선도적인 것으로서 판단된다[배형원 외, 다자협약 및 양자조약 연구, 사법발전재단 (2010), 255].

법령(laws and regulations)에 관한 정보'에 한한다. 다만 한 · 몽 조약 제27조 제1항은 수탁국의 법령에 관한 정보에 더하여 '사법실무(judicial practice)에 관한 정보'까지 요청할 수 있도록 규정한 점에서 정보제공의 범위를 다른 양자조약에 비하여 넓게 규정하고 있다.

한편 법정보의 제공 촉탁의 절차는 촉탁국의 중앙당국이 수탁국의 중앙당국에 요청을 하는 것이다. 우리나라의 중앙당국을 법원행정처로 하였고, 상대방 체약국의 중앙당국은 아래 [표 5]와 같다.

[표 5] 민사 및 상사사법공조에 관한 양자조약상 중앙당국

순번	조약명(약칭)	중앙당국		근거
		한국	상대방 체약국	
1	한 · 호 조약	법원행정처	[호주] 호주 정부의 법무부	제2조 제2항
2	한 · 중 조약	법원행정처	[중국] 사법부	제4조 제2항
3	한 · 몽 조약	법원행정처	[몽골] 대법원	제4조 제2항
4	한 · 우 조약	법원행정처	[우즈베키스탄] 민사: 대법원 상사: 최고경제법원	제4조 제2항
5	한 · 태 조약	법원행정처	[태국] 대법원 행정처	제4조 제2항

국제민사사법공조 등에 관한 예규(재일 2014-1) (대법원재판예규 제1864호, 2023. 11. 23. 일부개정, 2023. 11. 23. 시행)는 한 · 호 조약 등 양자조약에 관해서는 송달과 증거조사에 관한 촉탁만을 규정하고 있다. 다만 송달 및 증거조사에 관한 촉탁 절차에 비추어 법정보의 제공 촉탁의 절차를 유추해 보면, 구체적으로는 우리나라가 한 · 호 조약 등 양자조약 체약국에 대하여 중앙당국을 통한 법정보 제공 촉탁을 하는 경우, ① 우리나라 수소법원 → ② 법원장 → ③ 우리나라 중앙당국(법원행정처) → ④ 수탁국의 중앙당국의 경로를 거치게 된다. 반대로 한 · 호 조약 등 양자조약 체약국이 우리나라에 법정보 제공 촉탁을 하는 경우에는 ① 촉탁국의 수소법원 → ② [촉탁국의 법에 따른

경로] → 촉탁국의 중앙당국 → ④ 우리나라 법원행정처의 경로를 거치게 될 것이다. 송달 및 증거조사 촉탁에서와 같이 수소법원 재판장은 촉탁요청서를 작성하고 촉탁요청서의 부속서류에 각 양자조약 체약국의 언어로 된 번역문을 첨부하면, 우리나라 법원행정처에서 영문 촉탁서 1부를 작성하여 첨부서류와 함께 수탁국의 중앙당국에 송부한다.

한 · 호 조약 등 양자조약에 따른 법정보 제공 촉탁은 적극적으로 이용된다면 준거법인 외국법을 조사하는 확실하고 강력한 방법 중 하나가 될 것으로 기대된다.[302] 추후 대한민국 법원행정처는 한 · 호 조약 등 양자조약을 근거로 양자조약 체결국(호주, 중국, 몽골, 우즈베키스탄, 태국)의 중앙당국에 적극적으로 법정보 제공 촉탁을 함으로써 양자조약 체약국 사이에 법정보 제공 관련 민사사법공조를 강화하고, 이를 통하여 준거법인 외국법 조사의 어려움을 완화할 필요가 있다.

Ⅳ. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성

1. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성의 필요성

가. 외국법이 준거법인 사건의 증가

국제거래의 확대와 분쟁의 국제화에 따라 우리 법원이 외국법을 준거법으로 적용하여야 하는 사건은 점차 증가하고 있다. 국제거래, 해상 · 항공, 국제금융, 지식재산권 라이선스 등에서 외국법이 준거법으로 지정되거나 외국법의 내용이 쟁점이 되는 사건이 꾸준히 발생하고 있으며, 특히 고액 · 복합 사건일수록 외국법의 정확한 조사와 적용이 판결의 정당성과 예측가능성을 좌우하는 핵심 요소로 작용하고 있다. 이러한 사건 유형은 단순한 법령 확인을 넘어 외국법의 체계, 판례의 권위, 학설과 실무의 동향, 국제사법적 연결점의 구조적 이해까지 요구하는 경우가 많으므로, 개별 재판부나 당사자 · 대리인의 자발적 조사에만 의존하기에는 한계가 분명하다.

외국법이 준거법으로 지정되는 사건에 관하여는 별도의 사법통계가 산출되고 있지 않다. 이에 외국법 적용의 잠재적 수요를 파악하기 위하여, 법원 내부망(코트넷)을

302) 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

활용하여 유엔 회원국 193개국 중 대한민국을 제외한 192개국을 대상으로 최근 3년(2023년, 2024년, 2025년) 동안 해당 외국과 관련된 요소가 있는 사건의 수를 전수조사하였다. 이는 국제사법의 적용 결과 실제로 외국법이 준거법으로 지정된 사건 수를 의미하는 것이 아니라, 외국법이 준거법으로 지정될 가능성이 있는 사건의 규모를 파악하기 위한 것이다. 구체적으로는 사법정보통합검색 시스템에서 "준거법, (외국 국가명)" 등의 검색어를 사용하여 추출된 사건들 가운데, 해당 외국 국가명이 사건과 실질적 관련 없이 언급된 경우를 제외하였다. 예컨대 협약 비준국을 나열하는 과정에서 사건과 무관한 국가들이 함께 언급된 경우, 대한민국 소재 회사명 · 아파트명 또는 당사자 이름에 외국 국가명이 포함된 경우, 계약서 인용 과정에서 사건과 관련 없는 국가가 기재된 경우 등이 이에 해당한다. 동일 사건이 심급을 달리하는 경우에는 각 심급을 별개의 사건으로 산정하였다. 그 결과, 유엔 회원국 중 대한민국을 제외한 192개국과 관련된 요소가 있는 사건은 2023년 1,830건, 2024년 1,719건, 2025년 1,672건으로 집계되었다.[303] 이를 평균하면 연간 약 1,740건의 사건이 외국과 관련된 요소를 포함하고 있는 것으로 나타난다. 이와 같은 결과에 비추어 보면, 외국법이 준거법으로 적용될 가능성이 있는 사건이 연간 상당한 규모에 이르고 있으므로 외국법 조사를 위한 전문적 조직 및 인력을 양성할 만한 수요는 충분하다고 판단된다.

더욱이 해사국제상사법원이 2028. 3. 1. 인천과 부산에서 각 개원될 예정인 현 상황[304]은 외국법 조사에 대한 제도적 수요를 구조적으로 확대시키는 중요한 요인으로

303) [별첨 3] 최근 3년간(2023–2025년) 대한민국 법원에서 문제된 외국과 관련된 요소가 있는 사건 현황(유엔 회원국 중 대한민국 제외 192개국 기준) 참조.

304) 해사국제상사법원 설치를 위한 「법원조직법」 및 「각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률」 등 9개 법률 개정안은 2025. 2. 12. 국회 본회의를 통과하였다. 해사경제신문, "해사국제상사법원 설립을 위한 개정법률안 국회통과", 2026. 2. 13.자 기사, https://ihaesa.com/mobile/article.html?no=88897, (2026. 4. 1. 최종 확인). 위 개정은 인천과 부산에 각 해사국제상사법원을 별도의 전문법원으로 설치하는 것을 주요 내용으로 한다. 해사국제상사법원은 해사민사사건, 해사행정사건, 국제상사사건 및 그 밖에 다른 법률에 따라 그 권한에 속하는 사건을 심판하게 된다[법원조직법(2026. 3. 17. 일부개정, 2028. 3. 1. 시행) 제40조의10 제1항]. 인천 해사국제상사법원은 수도권 및 중부권(서울 · 경기 · 인천 · 강원 · 대전 · 충청 · 세종)을, 부산 해사국제상사법원은 영남 · 호남 및 제주권을 관할하는 이원적 구조를 취한다[각급 법원의 설치와 관할구역에 관한 법률(2026. 3. 17. 일부개정, 2026. 3. 17. 시행) 제4조, 별표 11]. 해사국제상사법원의 설치는 해사사건 및 국제상사사건의 전문적 · 효율적 분쟁 해결을 도모하기 위한 제도적 기반을 마련하고 해외 사건을 유치하려는 데 그 취지가 있다. 해사신문, "해사국제상사법원 '2028 동시 개원' 확정…부산 · 인천 투–허브, '사건을 끌어와야 산다'", 2026. 2. 13.자 기사, http://www.haesanews.com/news/articleView.html?idxno=145822 (2026. 4. 1. 최종 확인); 김인현, "해사국제상사법원의 개요", 한국해운신문, 2026. 2. 26.자 칼럼, http://www.maritimepress.co.kr/news/articleView.html?idxno=330176 (2026. 4. 1. 최종 확인).

평가된다. 국제해상 · 운송 · 보험 · 선박금융 분야의 분쟁은 전형적으로 외국법을 준거법으로 하는 경우가 많고, 국제조약과 외국 판례, 국제적 상관행에 대한 종합적 이해가 요구된다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 "전문적 조직 및 인력을 양성함에 있어서는 우선 외국법 조사의 수요를 정확히 파악하는 것이 중요하며, 해사국제상사법원이 추진되고 있는 상황을 고려하면 외국법 조사에 관한 수요 창출 가능성이 있다"는 점이 지적되었다.[305] 이는 외국법 조사 역량을 법원 내부의 제도적 인프라로 구축할 필요성이 단기적 현상이 아니라 중 · 장기적 사법정책 과제임을 시사한다.

실무가들과 법관들 역시 외국법 조사를 전담할 수 있는 전문적 인력과 조직의 필요성에 대체로 공감하고 있다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 "국제거래 사건이 점점 많아지는 추세이고, 준거법 결정에 상당한 어려움이 있는 경우도 있어 외국법 조사 인력 및 조직이 필요하다"[306]는 지적이 있었다. 또한 "외국법의 조사를 위한 전문적 인력(예컨대 조사위원)과 조직을 지속적으로 양성할 수 있다면, 재판부의 판단에 실효적인 도움이 될 것"이라면서, 조사위원들이 국제사법의 기본원칙, 법원(法源) 체계와 그 우선순위, 주요 전거(典據, leading cases)에 대해 공통된 이해를 공유한 상태에서 재판부의 질의에 응답하는 구조가 마련된다면 외국법 조사 결과의 균질성과 신뢰성을 확보할 수 있을 것이라고 강조하는 의견도 있었다.[307] 이는 독일 막스플랑크 연구소의 외국법적용센터와 같이, 개별 전문가의 역량에 의존하는 방식이 아니라 조직 차원에서 표준화된 조사 방법과 품질 관리를 수행하는 모델이 우리나라에서도 요구되고 있음을 보여준다.

나. 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 구축 시 기대효과 및 유의사항

전문적 인력과 조직이 구축될 경우 기대되는 효과는 다층적이다. 첫째, 법원이 직권으로 외국법을 조사 · 적용하여야 한다는 국제사법상의 원칙을 실질적으로 구현할 수 있다. 현재와 같이 석명권 행사에 따른 당사자 · 대리인의 자료 제출에 상당 부분 의존하는 구조에서는, 제출 자료의 편향, 접근 가능한 언어 · 법제의 한계, 비용 부담 등에 따라 외국법 적용의 질이 사건마다 크게 달라질 수밖에 없다. 전문 조직이 구축되면 법원은 외국법의 내용 · 해석 · 실무 운용에 관하여 보다 객관적이고 검증 가능한 자료에

305) 조병구 사법지원실장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.
306) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.
307) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

기초하여 판단할 수 있고, 상급심의 심사 가능성과 판결의 국제적 신뢰도 역시 제고될 것이다. 둘째, 국제거래 · 국제중재 · 해상 · 금융 등 고난도 사건에서 재판 지연과 불확실성을 줄이고, 예측가능한 분쟁 해결 환경을 조성함으로써 국가 전체의 법적 인프라 경쟁력을 강화할 수 있다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 "국가적으로 전문 인력과 조직을 양성한다면 신뢰도도 높아질 것이고, 외국법이 준거법인 소송 사건뿐 아니라 기타 외국법 수요에도 대응할 수 있을 것"이라고 평가하였다.[308]

다만 전문 조직과 인력의 양성에는 현실적인 우려도 병존한다. 첫째, 과연 얼마나 다양한 법제에 대한 전문 인력을 확보할 수 있는지의 문제이다. 영미법과 같이 자료 접근이 비교적 용이한 분야와 달리, 정보 접근이 어렵고 전문가 자체가 희소한 국가의 법제는 조직을 갖추더라도 충분한 지원이 어려울 수 있다. 둘째, 국가 주도의 조직이 제공하는 의견이 '공인된 해석'으로 오인될 위험이 있는 만큼, 전문성의 품질 관리와 책임 구조를 어떻게 담보할 것인지가 핵심 과제이다. 본 연구에서 수행한 인터뷰에서도 국가기관이 제공하는 번역이나 법령 정보가 실무상 공식 자료로 오인되면서도 오역 · 미갱신 등으로 혼란을 초래한 사례를 지적하며, 충분한 전문성이 확보되지 않을 경우 혼란과 오해의 온상이 될 위험도 있다고 경고하였다.[309] 셋째, 비용과 소요 시간의 문제 역시 중요하다. 공공기관이 제공하는 서비스가 지나치게 저렴할 경우 수요가 집중되어 처리 지연이 발생할 수 있고, 반대로 비용이 과도할 경우 실무상 활용이 제한될 우려가 있다.[310]

따라서 우리나라에서 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직을 양성함에 있어서는 수요의 존재, 기대 효과, 제도적 위험 요소를 동시에 고려한 정교한 설계가 전제되어야 한다. 외국법 조사 결과의 균질성 확보, 국제사법적 기초에 대한 공통된 이해, 투명한 품질 관리 체계, 현실적 예산과 인력 운용 모델이 함께 마련될 필요가 있다.

2. 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터의 조직 및 역할

독일 막스플랑크 연구소는 1926년 설립 이래 장기간에 걸쳐 독일 법원과 공공기관을 상대로 외국법에 관한 전문가 감정서를 제공해 왔다.[311] 이러한 실무적 축적을 바

308) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
309) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
310) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
311) 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 홈페이지 참조, https://www.mpipriv.de/application-foreign

탕으로, 독일 막스플랑크 연구소는 2020년경 외국법 감정 업무를 보다 체계적이고 전문적으로 수행하기 위하여 연구소 내에 '외국법 적용을 위한 역량센터'(Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts, Centre for the Application of Foreign Law, 이하 '외국법적용센터'라고 한다)를 설치하였다.[312][313] 외국법적용센터 설치의 직접적인 계기는 종래 전문가 의견서의 관리와 내용 검토가 서로 다른 담당자에게 분산되어 있던 구조를 통합하고, 외국법 조사 및 적용을 하나의 전문 영역으로 조직화할 필요성이 증대되었기 때문이다.[314] 아울러 연구소는 외국법의 조사 · 적용 그 자체를 학문적 연구의 대상으로 삼고자 하였고, 이러한 문제의식은 앞서 살펴본 '함부르크 가이드라인'의 제정 및 2023년 전문가 컨퍼런스에서의 성과를 편집한 "21세기 소송에서의 전문가 감정의견"[315]이라는 단행본으로 구체화되었다.[316] 나아가 1927년부터 발간되어 온 국제사법 판례집(IPRspr: Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts)의 편집 · 관리 업무 역시 외국법적용센터로 이관됨으로써, 독일 법원의 외국법 관련 판례 축적과 연구소의 전문가 감정 업무 간의 유기적 연계가 제도적으로 강화되었다.[317]

외국법적용센터는 현재 센터장을 포함하여 총 7명으로 구성되어 있으며, 각 인력은 외국법 감정과 판례 축적, 학술 연구가 상호 연동되도록 기능별로 역할을 분담하고

-law (2026. 4. 1. 최종 확인).

312) 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 홈페이지 참조, https://www.mpipriv.de/application-foreign-law (2026. 4. 1. 최종 확인).

313) 참고로 스위스의 경우 70만 건 이상의 자료와 외국에서 법률교육을 받은 훈련된 인력을 갖춘 스위스 비교법 연구센터(Swiss Institute of Comparative Law)가 있고, 위 센터에서 외국법에 관한 전문가 감정의견을 제공하는 경우가 많다.

314) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.

315) Ralf Michaels · Jan Peter Schmidt (eds), Das Gutachten zum ausländischen Recht im Prozess des 21. Jahrhunderts (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 145), Mohr Siebeck (2025). 이 책은 외국법 전문가 감정의견이 독일 법정에 어떻게 도입되었는지를 종합적으로 조망하며, 현행 제도를 충분한 자료에 기초하여 비판적으로 평가하고, 기존 절차의 개선 또는 보완을 위한 구체적인 제안을 제시한다. 나아가 이 책에는 학술대회 발표문뿐만 아니라, 그 직접적인 성과로 작성된 함부르크 가이드라인의 전문과 상세한 소개가 함께 수록되어 있다. 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 홈페이지 참조, https://www.mpipriv.de/1924628/20250422-das-gutachten-zum-auslaendischen-recht (2026. 4. 1. 최종 확인).

316) 함부르크 가이드라인 작성을 위하여 2023. 6. 16.-17. 약 50명의 학계 및 법조계 인사들이 함부르크에서 만나 외국법에 관한 전문가 감정의 역할에 대해 논의하고, 그 논의의 결과를 발간하였다. 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 홈페이지 참조, https://www.mpipriv.de/application-foreign-law (2026. 4. 1. 최종 확인).

317) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.

있다.[318] 구체적으로, IPRspr 관련 업무에는 독일 법원의 외국법 관련 판결을 학문적으로 정리하는 박사과정생 1인, 판례집의 편집 및 콘텐츠 관리를 담당하는 직원 1인, 그리고 학술지 평가 및 자료 선별을 지원하는 학생조교 1인이 투입되어 있다.[319] 전문가 의견서(감정서) 업무와 관련하여서는, 법원과의 소통 및 내부 사건 배분을 담당하는 코디네이터 1인과, 감정서의 형식 검토 및 발송을 담당하는 비서 1인이 별도로 배치되어 있다. 이와 함께, 외국법에 관한 심층적 학술 리서치를 전담하는 박사과정생 1인이 센터에 배정되어 연구 기능을 담당하고 있다.[320]

특히 외국법적용센터는 독일 법원의 감정 요청에 대하여 표준화된 내부 절차를 거쳐 전문가 의견서를 작성함으로써 감정의 신뢰성과 품질을 제도적으로 확보하고 있다. 먼저 법원이 소송기록을 발송하기에 앞서 전화나 이메일을 통해 요청 내용을 사전 설명하면, 독일 막스플랑크 연구소는 해당 사안이 연구소의 전문 범위에 속하는지, 담당 가능한 전문 인력이 존재하는지 등을 예비적으로 검토한다.[321] 요청의 처리 가능성이 인정되는 경우, 연구소는 법원이 전제로 한 외국법이 실제로 적용 가능한지 여부를 점검하는데, 이는 국제사법(IPR)의 적용 가능성을 검토하는 단계로서 이러한 검토 내용은 전문가 의견서의 본문에는 포함되지 않는다.[322] 이후 법원이 소송기록을 송부하지 않은 경우에는 이를 요청하고, 필요한 자료가 모두 도착하면 해당 법체계에 전문성을 가진 담당자가 예비 검토를 실시하여 예상 소요 시간과 완료 시점을 산정한다. 연구소는 이를 기초로 서면으로 법원에 연락하여 감정서 작성 조건에 대한 동의를 요청하고, 법원의 동의가 도달한 이후에 비로소 감정서 작성 작업이 개시된다.[323] 전문가 의견서가 완성되면, 우선 전문가 의견서 부서에서 형식적 정비가 이루어지고, 외국법적용센터장인 Jan Peter Schmidt 박사가 그 내용을 검토하며 필요 시 감정서 작성자와 논의를 거친다.[324] 이후 독일 막스플랑크 연구소 소장인 Ralf Michaels 교수가 최종 검토를 실시하고, 감정서는 작성자와 센터장의 서명을 거쳐 법원이 요청한 복사본 및 청구서와 함께 송부된다.[325]

---

318) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
319) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
320) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
321) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
322) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
323) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
324) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.
325) Jan Peter Schmidt 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터 센터장, 2025. 7. 11.자 인터뷰.

이와 같은 다단계 검토 절차는 외국법 감정이 단일 전문가의 견해에 그치지 않고, 기관 차원의 품질 관리와 학문적 책임성을 담보하도록 설계된 것이라 평가할 수 있다.

이와 같은 조직 구조는 외국법 감정 업무를 단순한 개별 사건 지원 차원을 넘어 판례 축적 · 학술 연구 · 실무 지침 개발이 상호 순환하는 하나의 제도적 플랫폼으로 정착시키는 데 목적이 있다고 판단된다. 실제로 외국법적용센터는 감정서 제공을 통해 드러난 외국법상 쟁점을 국제사법 판례집(IPRspr)에 반영하여 독일 법원의 판례 접근성을 제고하는 한편, 축적된 판례와 연구 성과를 다시 전문가 의견서 작성에 활용함으로써 외국법 조사 · 적용의 정확성과 일관성을 강화하고 있다.

3. 우리나라에서의 외국법 조사를 위한 전문적 인력과 조직 양성방안

가. 개관

앞서 살펴본 바와 같이 외국법의 조사는 언어적 · 제도적 장벽, 자료 접근의 한계, 최신 판례 및 학설 파악의 어려움 등으로 인하여 법원 실무에서 상당한 부담으로 작용하고 있다. 특히 국제사법 제18조는 법원에 외국법의 직권조사 의무를 부과하고 있음에도 불구하고, 현실적으로는 당사자가 제출한 자료에 상당 부분 의존하고 있으며, 법원이 독자적으로 외국법을 조사 · 확정하기에는 시간적 · 인적 제약이 크다는 지적이 계속되어 왔다. 더욱이 국제거래 · 국제중재 · 해사 · 금융 · 지식재산 등 고난도 사건에서는 준거법인 외국법의 정확한 조사와 적용이 판결의 신뢰성과 국제적 수용성을 좌우하는 경우가 점차 증가하고 있다는 점에서, 외국법 조사 업무에 대한 제도적 지원체계를 구축하는 것은 사법부의 직권조사의무를 실질화하기 위한 중요한 과제로 평가된다.

이와 같은 문제의식 아래 외국법 조사 및 적용을 지원하기 위한 전문적 인력과 조직을 어떠한 방식으로 구축할 것인지가 중요한 과제로 제기된다. 이와 관련하여 우선 검토하여야 하는 것은, 외국법 조사 지원 체계를 사법부가 중심이 되어 구축할 것인지, 아니면 행정부 또는 외부 기관과의 협력을 통하여 운영할 것인지의 문제이다.

행정부와의 협력 방식으로는 법무부 국제법무정책과, 외교부 또는 국립외교원 등을 통하여 외국법 전문가를 확보하거나 관련 자료를 제공받는 방안을 생각할 수 있다. 이러한 방식은 기존의 외교 · 국제교류 네트워크를 활용할 수 있다는 점, 특정 국가 전문

가를 비교적 신속하게 확보할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 반면 외국법 조사 및 적용은 궁극적으로 재판작용의 일환이라는 점에서, 사법부 외 기관에 대한 의존이 과도해질 경우 재판의 독립성과 중립성 측면에서 우려가 제기될 수 있다. 또한 사건별로 요구되는 전문성과 신속성이 상이하다는 점에서, 외부 협조 체계만으로는 안정적 · 지속적인 지원 체계를 구축하는 데 한계가 있을 수 있다.

이에 따라 외국법 조사 지원체계는 기본적으로 사법부가 주도권을 가지고 운영하되, 필요에 따라 외부 기관과의 협력체계를 병행하는 방향이 보다 바람직하다고 생각된다. 특히 외국법의 조사 및 적용은 단순한 정보수집을 넘어 사실관계에 대한 법적 평가와 포섭을 수반하는 작업이라는 점에서, 재판실무에 대한 이해와 사법적 중립성을 갖춘 조직에 의하여 수행될 필요가 있다.

이하에서는 사법부 내에 외국법 조사 및 적용을 위한 전문적 인력과 조직을 두는 방안으로서 다음의 세 가지 방안을 검토하고자 한다.

첫째, 사법정책연구원을 중심으로 외국법 조사 지원체계를 구축하는 방안이다(제1안). 이는 법원이 사법정책연구원에 감정촉탁의 형식으로 외국법에 관한 의견 제공을 요청하고, 사법정책연구원 소속 전문가가 이에 대한 감정의견을 제시하는 방식이다. 이러한 방안은 기존 연구기관이 보유한 인적 · 물적 기반과 비교법 연구 역량을 활용할 수 있다는 점에서 현실적인 대안이 될 수 있다. 사법정책연구원은 감정의견을 제공하는 기능 외에도 외국법 전문가를 파악 · 연계하는 역할이나 법원에 제출된 사적 감정서 · 선서진술서 등 외국법 관련 자료의 신뢰성과 타당성을 검토 · 검증하는 기능도 수행할 수 있을 것이다. 이를 위하여는 사법정책연구원 내부에 가칭 '외국법조사 · 적용센터'를 설치하여 외국법 감정 업무의 접수, 전문가 선정, 의견서 관리 및 품질 통제 등의 업무를 전담하도록 하는 방안을 고려할 수 있다. 또한 이러한 외국법 조사 지원 체계의 제도적 근거를 명확히 하기 위하여 법원조직법 개정 여부도 함께 검토할 필요가 있다.

둘째, 사법정책연구원과는 별도로, 사법부 내에 독립적인 전문기관으로서 가칭 "외국법조사원"을 신설하는 방안(제2안)이다. 이는 외국법 조사 기능을 전담하는 별도의 조직을 설치함으로써 조직적 전문성과 지속적인 경험 축적을 가능하게 하고, 외국법 조사 업무를 보다 체계적 · 전문적으로 수행할 수 있도록 한다는 점에서 장점이 있을 수 있다.

셋째, 특정 국가 또는 법분야에 관한 전문성을 갖춘 조사위원을 개별적으로 채용 · 위촉하여 활용하는 방안(제3안)이다. 이는 비교적 탄력적이고 신속한 운영이 가능하다는 장점이 있으나, 조직적 · 지속적인 전문성 축적에는 한계가 있을 수 있다.

이하에서는 위 각 방안의 구조와 운영방식을 구체적으로 살펴본 후, 마지막으로 각 방안의 장단점과 실현 가능성을 비교 · 검토하고자 한다.

나. 제1안: 사법정책연구원의 전문가 감정 제공 방안

(1) 사법정책연구원의 외국법 조사 지원기관으로서의 제도적 적합성

다만, 독일 막스플랑크 연구소와 같은 독립된 대규모 외국법 전문기관을 우리 법제 내에 새롭게 설립하는 것은 조직 유지 비용, 인력 확보의 불확실성, 활용도 저하에 따른 사문화 위험 등 상당한 제도적 리스크를 수반한다. 이에 비해 이미 연구 인프라와 인적 자원을 갖춘 기관에 외국법 조사 및 감정 기능을 단계적으로 부여하는 방식은 비용 대비 효율성과 제도적 안정성을 동시에 확보할 수 있는 현실적 대안이라 할 수 있다. 실무가 역시 “막스플랑크 연구소와 같은 별도 조직이 있으면 좋지만, 외국법 전문가의 감정의견을 받아야 할 사건 수가 그리 많지 않을 수도 있기에 대안으로 사법정책연구원에서 그러한 감정의견을 제공하는 기능을 수행하는 것이 좋다”고 평가하고 있다.[326]

외국법 조사업무를 지원할 전문적 조직으로는 ‘사법정책연구원’을 유력하게 고려할 수 있다. 사법정책연구원은 2014년 설립된 대법원 산하의 정책 · 연구기관으로서, 법원의 재판 기능을 직접 수행하지 않으면서도 사법정책, 재판제도, 절차 개선, 비교법 연구 등을 통하여 사법부의 기능을 지원하는 독자적 위상을 갖는다. 사법정책연구원은 재판제도 및 사법제도 개선에 관한 중장기 연구를 수행함으로써 미래의 사법부가 추구해야 할 바람직한 모습을 정책적으로 설계하고, 인접 학문과의 유기적 · 통합적 결합을 통하여 새로운 해결방안을 연구하며, 통일에 대비하여 관련된 사법적 문제에 대한 체계적 연구를 수행하는 한편, 외국의 사법제도에 대한 비교연구와 해외 각국과의 사법교류 확대를 담당하고 있다.[327] 사법정책연구원에는 법관연구위원, 전문직 연구위원, 연구담당

326) 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.
327) 사법정책연구원 홈페이지, “설립목적/연혁”, https://jpri.scourt.go.kr/post/postList.do?boardSeq=19&menuSeq=26&lang=ko 참조 (2026. 4. 1. 최종 확인).

관, 조사위원 등 외국법에 관한 전문지식을 갖춘 전문인력이 근무하고 있으며, 비교법적 연구를 바탕으로 재판제도 및 사법제도의 개선방안을 제시하고 있다. 이러한 독자적 지위는 사법정책연구원이 개별 사건의 판단권을 침해하지 않으면서도, 법원이 수행하여야 할 외국법에 관한 직권조사 기능을 제도적으로 보조하는 전문기관으로 기능할 수 있는 구조적 기반을 제공한다.

사법정책연구원은 정책 연구, 비교법 조사, 외국 사법제도 분석 등 외국법 연구와 직결되는 기능을 이미 수행하고 있으며, 연구위원 · 조사위원 제도를 통해 외국법 전공 인력을 일정 부분 보유하고 있다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 "사법정책연구원의 역량, 기능, 편제 등에 비추어 볼 때, 전문인력을 충분히 보강한다면 재판에서의 외국법 조사를 위한 감정의견을 제공하는 기능을 충분히 수행할 수 있을 것"이라는 의견이 있었다.[328] 법원 내부에서도 사법정책연구원이 전문가 감정의견을 제공하는 방안이 타당하다는 데 공감하였다.[329]

사법정책연구원은 대법원 산하 기관으로서의 제도적 신뢰성과 기존의 비교법 · 사법제도 연구 인프라를 갖추고 있다는 점에서, 현시점에서 사법부 내 외국법 조사 지원 기능을 담당할 기관으로 유력하게 검토될 수 있다. 특히 현재 사법부 내부 조직 체계상 외국법 조사 및 감정 지원 업무를 전문적으로 수행할 수 있는 별도의 기관을 찾기 어렵다는 점에서, 사법정책연구원을 중심으로 관련 기능을 단계적으로 구축하는 방안은 현실적인 대안이 될 수 있다.

다만 사법정책연구원은 법원조직법 제20조의2에 따라 '사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구'를 수행하기 위하여 설치된 기관이라는 점에서 외국법 조사 지원 기능의 도입은 이러한 본연의 연구 기능에 지장을 초래하지 않는 범위 내에서 이루어질 필요가 있다. 특히 개별 사건에서의 외국법 조사 지원 업무는 지속적인 실무 대응과 전문적 인력 운용을 요구하므로 현재의 조직과 인력만으로 이를 감당할 수 있는지에 대한 면밀한 검토가 선행되어야 한다. 나아가 제도의 실효성을 확보하기 위해서는 외국법 전문인력의 추가 확보, 전담 지원조직 설치 여부, 예산 및 행정지원 체계 확충 등 어느 정도의

328) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
329) 조병구 사법지원실장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰; 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰; 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

인적 · 물적 기반 확대가 필요한지에 관한 구체적이고 세밀한 검토가 함께 이루어질 필요가 있다.

(2) 사법정책연구원의 업무: 전문가 감정의견 제공, 전문가 파악 및 자료 검증

사법정책연구원이 준거법인 외국법 조사 지원기관으로 기능하기 위해서는, 법원의 요청에 따라 전문가 감정의견을 작성 · 제공하는 역할뿐만 아니라 비공식적 · 보조적 기능으로서 문제된 외국법에 관한 전문가를 파악하여 연계하고, 당사자가 제출한 외국법 자료의 검증까지 포괄하는 구조를 갖출 필요가 있다.

첫째, 공식적 기능으로서 사법정책연구원은 법원의 요청에 따라 외국법의 내용, 판례 동향, 학설, 실무 운용을 정리한 전문가 감정의견을 제공한다. 이는 법원이 최종적인 법적 판단을 내리기 위한 기초 자료로 기능하며, 감정의 범위는 '외국법의 내용 · 해석 · 실무상 운용' 등이다.

둘째, 비공식적 · 보조적 기능으로서 사법정책연구원은 외국법에 관한 전문가를 파악하여 연계하는 역할을 담당할 수 있다. 또한 법원에 제출된 외국법 관련 자료(법령 번역, 판례 인용, 사적 감정서 등)에 대하여 사실 여부, 권위, 최신성, 적용 가능성을 검증하는 역할을 수행할 수 있다. 법원 내부에서도 "사법정책연구원이 전문가 감정을 제공하는 것뿐만 아니라 당사자가 제출한 자료를 검증하는 역할을 해주는 것이 실무상 큰 도움이 될 것"이라고 평가하였다.[330] 이는 재판부가 외국법 자료의 신뢰성을 판단하는 과정에서 겪는 부담을 실질적으로 경감시키는 기능으로서, 전문가 감정의 사전 단계 또는 대체 수단으로서 중요한 의미를 갖는다.

(3) 사법정책연구원에의 전문가 감정의견 요청 형식: 감정촉탁

법원은 사법정책연구원에 감정촉탁의 형식으로 전문가 감정의견을 요청할 수 있을 것이다. 법원은 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관 · 학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다(민사소송법 제341조 제1항 전문). 감정촉탁은 개인에 대하여는 할 수 없다. 또한 선서에 관한 규정이 적용되지

330) 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

아니하므로(민사소송법 제341조 제1항 후문) 선서의무가 면제된다. 따라서 감정촉탁은 권위 있는 기관에 의하여 그 공정성, 진실성 및 전문성이 담보되어야 한다.[331] 사법정책연구원은 대법원 산하의 기관이나, 민사소송법 제341조 제1항에서 감정촉탁의 주체로 규정한 '법원'에 해당된다고 볼 수 없다. 여기서의 '법원'은 해당 사건이 계속된 수소법원을 의미하는 것으로 이해함이 타당하기 때문이다. 사법정책연구원은 그 감정의견의 공정성, 진실성 및 전문성이 담보되는 권위 있는 기관으로서 민사소송법 제341조 제1항 본문의 '공공기관'에 해당된다고 할 것이므로, 감정촉탁의 대상 기관에 해당한다.

한편 법원이 사법정책연구원에 조사 · 송부의 촉탁, 이른바 사실조회를 할 수 있을지 여부가 문제된다. 사실조회는 법원이 공공기관 · 학교, 그 밖의 단체 · 개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 특정사항에 관하여 필요한 조사 또는 보관 중인 문서의 등본 · 사본의 송부를 촉탁함으로써 증거를 수집하는 절차를 말한다(민사소송법 제294조). 사실조회는 감정촉탁과는 달리 단체뿐만 아니라 전문적이고 특수한 분야에 관한 지식이나 정보를 갖고 있는 개인에 대해서도 할 수 있고, 대상자가 보관중인 문서의 등 · 사본을 송부할 것을 촉탁할 수 있다는 점을 명확히 규정하고 있다.[332] 그러나 '사실조사 촉탁 등의 비용 지급에 관한 예규'[333] 제2조에 따르면, 사실조회는 촉탁의 상대방이 용이하게 조사할 수 있는 사실에 한하여 하고, 조사할 내용이 촉탁 상대방의 특별한 지식과 경험을 필요로 하는 것이거나 촉탁 상대방의 전문적인 의견을 구하는 것인 때에는 감정촉탁의 방법에 의함을 원칙으로 한다. 이러한 점에 비추어 보면 사법정책연구원에 외국법의 내용 등에 관하여 사실조회를 하는 방법도 가능은 하지만, 외국법의 내용 등에 관한 조사는 특정 국가의 법제, 판례, 학설 및 실무에 관한 특별한 지식과 경험을 필요로 하고 그에 관한 전문적인 의견을 구하는 것이므로 사실조회보다는 감정촉탁의 방법에 의하는 것이 보다 적절하다고 본다.

(4) 사법정책연구원의 조직 설계: '외국법 조사 · 적용센터'의 설치

사법정책연구원이 외국법 조사 기능을 안정적으로 수행하기 위해서는, 독일 막스

331) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91다44674 판결; 대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결; 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 241; 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 676-677.

332) 법원실무제요, 민사소송Ⅲ, 사법연수원 (2025), 266-267; 김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025), 720.

333) 재판예규 제1697호 (재민 98-14, 2018. 7. 4. 일부 개정 · 시행).

플랑크 연구소의 외국법적용센터와 유사한 역할을 담당하는 전담 조직으로서 가칭 '외국법 조사 · 적용센터'를 연구원 내에 설치할 필요가 있다. 이 센터는 외국법에 관한 전문가 감정의견을 직접 작성하는 조직이라기보다는, 외국법 감정 업무의 조정 · 관리 및 품질 통제를 담당하는 허브(hub) 형태로 설계되는 것이 바람직하다. 사법정책연구원 내 외국법 조사 · 적용센터는 다음과 같은 기능을 수행할 것이 기대된다.

첫째, 법원과의 소통 및 외국법 감정촉탁 접수 창구로서의 기능이다. 독일 막스플랑크 비교 및 국제사법연구소 역시 외국법적용센터 내에 법원과의 소통 및 내부 업무를 담당하는 코디네이터를 두고 있는 것으로 알려져 있다. 사법정책연구원의 외국법 조사 · 적용센터 역시 법원의 외국법 감정촉탁을 일원적으로 접수하고, 감정의 범위 · 대상 국가 · 필요 자료 · 제출기한 등에 관하여 법원과 협의 · 조율하는 창구 역할을 수행할 필요가 있다. 또한 사법정책연구원 내부에서 적절한 전문가를 확보하기 어려운 경우에는 외부 전문가를 탐색 · 연계하는 기능도 담당할 수 있을 것이다.

둘째, 내부 업무 조정 및 사건 관리 기능이다. 외국법 조사 · 적용센터는 접수된 사건에 대하여 예비 검토를 실시한 후, 사건의 난이도 · 시급성 · 대상 국가 및 법분야 등을 고려하여 적절한 연구위원이나 조사위원에게 사건을 배분할 필요가 있다. 또한 예상 소요 기간, 투입 인력, 조사 범위 등을 관리하고, 사건별 진행 상황을 점검함으로써 외국법 감정 업무가 효율적으로 수행되도록 조정할 필요가 있다. 외국법 조사는 국가와 분야에 따라 조사 난이도와 기간 차이가 크므로, 이러한 체계적 사건 관리 기능은 매우 중요하다.

셋째, 감정서의 형식 검토 · 표준화 및 발송 기능이다. 작성된 감정서에 대하여 출처 표시의 적정성, 논증 구조의 명확성, 중립성 원칙 준수 여부 등을 형식적으로 점검하고, 일정한 표준 서식에 따라 정리하여 법원에 송부하는 기능이 요구된다. 이는 감정의견의 객관성과 신뢰성을 확보하고, 감정서의 품질 편차를 최소화하는 데 기여할 수 있다.

넷째, 외국법 자료에 대한 검증(verification) 기능이다. 당사자가 제출한 사적 감정서, 선서진술서(affidavit), 외국 판례 및 법령 자료 등에 대하여 해당 자료의 최신성, 판례 존재 여부, 원문과의 일치 여부, 인용 권위 등을 검토하여 법원에 참고 의견을 제공할 필요가 있다. 외국법 자료는 번역 과정이나 부분적 인용 과정에서 왜곡 가능성이

존재하므로, 이러한 검증 기능은 외국법 조사 절차의 신뢰성을 확보하는 데 중요한 의미를 가진다.

이와 같이 사법정책연구원 내 외국법 조사 · 적용센터는 개별 전문가가 직접 독립적으로 감정의견을 작성하는 구조에서 나아가 전문가 네트워크를 조직 · 관리하고 감정 결과의 품질을 통제하는 중심 허브로 기능할 수 있다. 이를 통하여 개별 전문가의 역량 편차나 사건별 조사 방식의 차이로 인한 불균형을 완화하고, 외국법 조사 및 적용의 전문성과 일관성을 제고할 수 있을 것으로 기대된다.

(5) 사법정책연구원의 인적 기반 확대

외국법 조사 기능의 실효성은 결국 인적 기반에 의해 좌우된다. 다만 사법정책연구원이 독일 막스플랑크 연구소처럼 다양한 외국법 분야의 전문가를 상시 보유하는 것은 현실적으로 곤란하다. 이에 따라 내부 전문인력의 확대와 외부 전문가 네트워크 구축을 병행하는 이원적 전략이 요구된다.

(가) 내부 전문인력 확대

1) 외국법 조사인력과 사법제도 · 재판제도 연구인력의 이원적 운영 및 그 기준

2026년 5월 현재 사법정책연구원에는 독일법 및 일본법에 관한 조사위원이 재직 중이며, 프랑스법 조사위원 채용 절차도 진행 중이다. 또한 영미법, 독일법, 일본법, 프랑스법 등에 관한 전문적 지식을 갖춘 연구위원 · 연구담당관이 근무하고 있다. 그러나 현재의 인적 기반만으로는 사법정책연구원의 기존 업무인 사법제도 및 재판제도 개선 연구와 더불어 외국법 조사 · 적용 지원 업무까지 안정적으로 수행하기에는 한계가 있다. 특히 외국법 조사 업무는 개별 사건에 대한 신속한 대응, 지속적인 최신 법령 · 판례 조사, 외국어 자료 검토 등을 요구한다는 점에서 상당한 업무 부담을 수반한다.

따라서 사법정책연구원의 외국법 조사 기능을 제도화하기 위해서는 반드시 내부 인력의 확충이 선행되어야 한다. 또한 사법제도 · 재판제도 연구인력과 외국법 조사인력을 일정 부분 이원화하여 운영하는 것이 바람직하다. 이를 통하여 기존 연구업무에 대한 부담 증가를 방지하는 한편, 외국법 조사 업무에 특화된 전문성과 지속성을 확보할 수 있기 때문이다. 특히 외국법 조사 업무는 단순한 비교법 연구와 달리 개별 사건의 사실

관계와 직접 결부되어 신속성과 실무 대응성이 강하게 요구된다는 점에서 전담 인력을 통한 안정적 운영체계 구축이 필요하다.

다만 현실적으로 모든 외국법 분야에 대하여 별도의 조사인력을 완전히 독립적으로 확보 · 운용하는 것은 쉽지 않을 수 있다. 따라서 일정 수준 이상의 수요가 지속적으로 발생하는 국가법 분야에 대해서는 우선적으로 별도의 조사인력을 채용하는 방안을 고려할 필요가 있다. 예컨대 최근 3년간 대한민국 법원에서 문제된 외국과 관련된 요소가 있는 사건 현황을 기준으로 연평균 약 30건 이상 발생하는 외국법 분야에 대해서는 원칙적으로 전담 조사인력을 확보하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

별첨 3 “최근 3년간(2023-2025년) 대한민국 법원에서 문제된 외국과 관련된 요소가 있는 사건 현황(유엔 회원국 중 대한민국 제외 192개국 기준)”에 따르면, 연평균 30건 이상이 준거법으로 지정된 외국법 분야는 중국법(529건), 베트남법(404건), 미국법(137건), 일본법(88건), 필리핀법(78건), 태국법(66건), 우즈베키스탄법(40건), 캄보디아법(39건) 순으로 나타난다. 이러한 국가법 분야는 지속적 · 반복적인 실무 수요가 존재한다는 점에서 별도의 외국법 조사인력을 확보할 필요성이 크다고 할 수 있다.

중국법(529건)과 베트남법(404건)은 다른 국가법에 비하여 사건 수가 압도적으로 많다는 점에서 복수의 전담 조사인력을 둘 필요성이 크다. 특히 중국법의 경우 국제거래 · 회사 · 집행 · 가사 등 다양한 분야에서 문제되고 있다는 점을 고려하면, 초기 단계에서도 최소 4~5명 정도의 전담 조사인력을 확보하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 베트남법 역시 수요가 매우 높다는 점에서 3~4명 정도의 전문인력을 두는 방안을 생각해 볼 수 있다.

미국법(137건)의 경우에는 사건 수 자체는 중국법 · 베트남법보다 적지만, 국제거래 · 금융 · 국제중재 등 고난도 상사사건의 비중이 높다는 점에서 적어도 2명 이상의 상사법 중심 전문인력을 둘 필요가 있다고 본다. 일본법(88건), 필리핀법(78건), 태국법(66건)의 경우에는 원칙적으로 각 1명 이상의 전담 조사인력을 확보하는 방안을 고려할 수 있다. 반면 우즈베키스탄법(40건), 캄보디아법(39건)과 같이 수요는 상당하나 국내 전문가층 자체가 제한적인 국가법 분야에 대해서는 내부 전담인력을 확보하되, 외부 전문가 네트워크와의 연계를 병행하는 방식이 보다 현실적일 수 있다.

2) 국가별 사건 유형에 따른 전문인력의 확보

외국법 조사인력의 확보에 있어서는 국가별 사건 수뿐만 아니라 해당 국가법이 주로 문제되는 사건의 유형과 국내 전문가 확보 가능성도 함께 고려할 필요가 있다. 동일한 외국법이라 하더라도 실제 재판에서 문제되는 법분야가 상이하므로 국가별 특성에 따라 요구되는 전문인력의 구성 역시 달라질 수밖에 없기 때문이다.

우선 미국법 · 영국법 · 싱가포르법 등 영미법계 국가의 경우에는 국제거래 · 국제중재 · 금융 · 해사 · 회사 · 지식재산 분야 사건의 비중이 높은 것으로 보인다. 따라서 단순한 일반 영미법 지식보다는 국제거래법, 회사법, 금융법, 국제중재 등 상사 · 경제 분야에 관한 전문성을 갖춘 인력을 중심으로 구성할 필요가 있다.

중국법은 대한민국 법원에서 가장 많이 준거법으로 지정되는 외국법으로서, 국제거래, 회사, 투자, 지식재산, 집행 등 다양한 분야에서 문제될 가능성이 높다. 따라서 상사법과 지식재산권법, 민사집행 분야를 포괄할 수 있는 전문성을 갖춘 인력 구성이 요구된다.

한편 베트남, 필리핀, 태국, 캄보디아, 우즈베키스탄, 몽골, 라오스, 인도네시아 등 국가들의 경우에는 국제결혼, 이혼, 친권 · 양육권, 인지, 상속 등 국제가사 사건의 비중이 상당히 높다. 특히 베트남법은 중국법 다음으로 많은 사건 수를 보이고 있다는 점에서, 국제가사 분야를 중심으로 한 전문인력 확보의 필요성이 매우 크다. 따라서 이들 국가법 분야에서는 상사법 전문가보다는 가족법 · 상속법 및 국제사법에 관한 전문성을 갖춘 조사인력을 확보하는 것이 실무 수요에 보다 부합할 수 있다.

또한 국가별로 국내 전문가 확보 가능성에도 상당한 차이가 존재한다는 점을 고려할 필요가 있다. 미국법, 영국법, 일본법 등은 국내에도 비교적 연구자와 실무가가 다수 존재하므로 내부 인력 확보 가능성이 상대적으로 높다. 반면 앞서 살펴본 바와 같이 우즈베키스탄법이나 캄보디아법과 같이 국내 전문가층 자체가 매우 제한적인 국가법 분야의 경우에는, 반드시 내부 전담인력 확보만을 고집하기보다는 외부 전문가를 체계적으로 파악 · 관리하고 사건 발생 시 신속하게 연계할 수 있는 네트워크 구축이 병행될 필요가 있다.

(나) 외부 네트워크 구축

외국법 조사 지원체계의 실효성을 확보하기 위해서는 내부 전문인력의 확충과 더불어 국내외 외국법 전문가와의 외부 네트워크를 체계적으로 구축할 필요가 있다. 현실적으로 사법정책연구원이 모든 국가와 법분야에 관한 전문가를 상시적으로 확보하는 것은 쉽지 않으며, 특히 사건 수는 존재하지만 국내 전문가층이 매우 제한적인 국가법 분야의 경우에는 외부 전문가와의 연계가 필수적이기 때문이다.

법원 내부에서도 "사법정책연구원이 모든 외국법 분야의 전문가를 직접 채용하려 하기보다는 국내외 외국법 전문가와의 네트워크를 확대하는 것이 중요하다"는 의견이 제시되었다.[334] 특히 해외 사법부 · 국제기관 · 대사관 · 해외 연구기관 등과의 업무협약(MOU) 체결, 국제심포지엄 및 학술교류를 통한 전문가 네트워크 구축, 사건 발생 시 외부 전문가를 법원과 신속하게 연결하는 체계의 마련 등이 실무상 큰 도움이 될 수 있다는 점이 강조되었다.[335] 또한 사법정책연구원에 해외 법관이나 외국 연구자를 파견받아 일정 기간 외국법 조사 업무를 담당하도록 하는 방식 역시 유효한 방안으로 제시되었다.[336]

외부 네트워크는 단순한 인적 교류 차원을 넘어 외국법 조사 지원체계의 중요한 보완 장치로 기능할 수 있다. 예컨대 우즈베키스탄법이나 캄보디아법과 같이 국내 전문가를 상시적으로 확보하기 어려운 국가법 분야의 경우에는, 현지 대학 · 연구기관 · 변호사단체 · 재외공관 등과의 연계를 통하여 사건 발생 시 적절한 전문가를 신속하게 확보할 수 있는 체계를 구축할 필요가 있다. 특히 국제가사 사건이 빈번한 동남아시아 국가들의 경우에는 현지 가족법 실무에 정통한 전문가와의 협력체계가 중요하게 작용할 가능성이 크다.

또한 사법정책연구원이 직접 적절한 외국법 전문가를 확보하거나 연계하기 어려운 경우에는, 법무부 국제법무정책과 또는 국립외교원 등과 협력하여 외국법 전문가를 섭외하고 이를 법원과 연계하는 방안도 고려할 수 있다. 이는 기존의 외교 · 국제교류 네트워크를 활용함으로써 국내에서 접근하기 어려운 외국 전문가를 보다 효율적으로 확보할 수 있다는 장점이 있다.

334) 조병구 사법지원실장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.
335) 조병구 사법지원실장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.
336) 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

이와 같은 네트워크형 모델은 사법정책연구원이 직접 외국법 감정의견을 제공하기 어려운 분야에 대해서도 적절한 외부 전문가를 신속하게 식별 · 연계할 수 있도록 함으로써, 외국법 조사 지원체계의 실효성과 유연성을 제고하는 데 중요한 역할을 할 수 있을 것이다.

(6) 사법정책연구원의 전문가 감정 제공제도 설계 시 유의사항: 표준화 · 중립성 · 현실성 및 감정료의 문제

사법정책연구원이 외국법 감정 기능을 제도화함에 있어서는 다음과 같은 점을 특히 유의할 필요가 있다고 본다. 첫째, 조사 방식의 표준화와 균질성 확보이다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 여러 명의 조사위원이 참여하는 구조에서는 "국제사법의 기본원칙, 법원(法源)의 체계와 순위, 주요 전거에 대한 공통된 인식을 전제로 조사 결과의 균질성을 확보하는 것이 중요하다"고 지적하였다.[337] 이는 표준 질의서, 감정서 작성 가이드라인, 품질 검토 절차의 제도화 필요성을 시사한다. 둘째, 중립성과 역할 한계의 명확화이다. 사법정책연구원의 감정의견은 법원의 판단을 대체하는 것이 아니라 보조하는 자료임을 명확히 하여, 연구원의 의견이 사실상 '공식 해석'으로 오인되지 않도록 해야 한다. 셋째, 기존의 법원 조직을 참고한 현실적 운영이다. 법원 내부에서도 법원행정처 법정통역센터[338] 등과 같이 기능 중심의 실질적 모델을 참고할 필요성을 지적하였다.[339]

한편 외국법에 관한 전문가 감정 제공 과정에서 소송비용의 증가 가능성은 제도 설계상 중요한 고려 요소이다. 사법정책연구원 소속 내부 전문가가 수행하는 외국법에 관한 감정의견 제공은 사법부 내부 인력이 담당하는 재판지원 기능의 일환으로서, 원칙적으로 별도의 감정료를 지급하지 않는 방식으로 운영하는 것이 타당하다고 본다. 다만 조사 범위가 예외적으로 방대하거나 외부 전문가의 협력이 불가피한 경우, 또는 사실상 개별 프로젝트에 준하는 고도의 전문적 조사가 요구되는 경우에는, 사법부 예산의 한계와 형평성을 고려하여 그 비용을 당사자가 부담하도록 하는 방안도 검토할 수 있다. 이

337) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

338) 서울동부지방법원 홈페이지, 새소식 "2024년 법정통역센터 개소식", https://sldongbu.scourt.go.kr/dcboard/new/DcNewsViewAction.work?seqnum=15680&gubun=41 (2026. 4. 1. 최종 확인). 법정통역센터는 법원이 인증한 통역인이 영상재판 시스템을 이용해 전국법원에 양질의 통역 서비스를 제공하는 법원행정처의 조직으로서, 중국어, 베트남어, 러시아어, 영어 4개 외국어와 청각장애인의 권리보호를 위한 수어통역이 가능하며, 향후에는 아랍어, 일본어 등으로 통역 서비스가 가능한 언어를 확대해 나갈 예정이다.

339) 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

경우에도 비용 부담 여부와 범위는 법원이 재량으로 결정하되, 외국법 적용의 접근성을 저해하지 않도록 예외적 · 보충적으로만 운용하는 것이 바람직하다고 본다.

(7) 관련 법령 정비: 법원조직법 및 사법정책연구원 운영규칙 등의 개정

(가) 법원조직법 개정안

사법정책연구원이 외국법 조사 · 적용 지원 기능을 수행하기 위해서는, 그 업무의 법적 근거를 명확히 할 필요가 있다. 현행 법원조직법 제20조의2는 사법정책연구원의 설치 목적을 "사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구"로 한정하고 있으므로, 외국법 조사 지원 기능까지 포함하는 것으로 해석하기에는 일정한 한계가 있을 수 있다. 특히 외국법의 조사 및 적용 자체는 국제사법 제18조에 따라 수소법원이 수행하여야 할 직권 조사 의무에 속하므로, 사법정책연구원은 어디까지나 이를 '지원'하는 기능을 수행한다는 점을 법문상 명확히 할 필요가 있다. 따라서 다음과 같이 법원조직법 제20조의2에는 사법정책연구원이 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구뿐만 아니라, 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 수행하는 기관이라는 점을 명시할 필요가 있다.

현행 법원조직법	법원조직법 개정안
제20조의2(사법정책연구원) 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구를 하기 위하여 대법원에 사법정책연구원을 둔다.	제20조의2(사법정책연구원) 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구와 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 수행하기 위하여 대법원에 사법정책연구원을 둔다.

또한 외국법 조사 · 적용센터와 같은 전담 조직의 설치 근거를 보다 명확히 하기 위하여 아래와 같이 법원조직법 제76조의2에 관련 조직 설치 근거를 추가하는 방안도 검토할 수 있다.

현행 법원조직법	법원조직법 개정안
제76조의2(조직) ① ~ ⑤ (생 략) 〈신 설〉	제76조의2(조직) ① ~ ⑤ (생 략) ⑥ 사법정책연구원에 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 수행하기 위하여 필요한 조직을 둘 수 있다.

한편 연구위원 · 초빙연구위원 제도에 관하여 규정한 제76조의4 및 제76조의5는 현행 규정만으로도 외국변호사나 특정 외국법 전문가를 충분히 활용할 수 있으므로 별도의 개정 필요성은 크지 않은 것으로 보인다.

(나) 사법정책연구원 운영규칙 개정안

사법정책연구원이 외국법 조사 · 적용 지원 기능을 실질적으로 수행하기 위해서는 법원조직법 개정뿐 아니라, 구체적인 조직 운영 및 업무 수행 방식에 관한 하위 규범 정비도 함께 이루어질 필요가 있다. 특히 현행 「사법정책연구원 운영규칙」 제2조는 연구원의 관장사무를 "사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구와 대법원장이 필요하다고 인정하는 연구 등에 관한 사무"로 규정하고 있어, 외국법 조사 · 적용 지원 기능이 명시적으로 포함되어 있지 않다. 따라서 사법정책연구원이 외국법 조사 · 적용 지원 기능을 수행할 법적 근거를 보다 명확히 하기 위해서는, 우선 제2조의 관장사무 규정에 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 명시적으로 추가할 필요가 있다.

현행 사법정책연구원 운영규칙	사법정책연구원 운영규칙 개정안
제2조(관장사무) 연구원은 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구와 대법원장이 필요하다고 인정하는 연구 등에 관한 사무를 관장한다.	**제2조(관장사무)** 연구원은 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 연구와 대법원장이 필요하다고 인정하는 연구, 외국법의 조사 및 적용 지원 등에 관한 사무를 관장한다.

또한 현행 운영규칙은 정책연구 기능을 중심으로 구성되어 있어 외국법 조사 · 적용 지원 기능을 직접적으로 예정하고 있지 않다. 그러나 외국법 조사 · 적용 지원 업무는 법원의 감정촉탁 요청에 따라 이루어지는 개별 사건 지원 업무로서 기존의 정책연구와는 구별되는 독자적 성격을 가진다. 따라서 외국법 조사 지원체계의 제도화를 위하여는 운영규칙상 별도의 장을 신설하여 관련 기능과 업무범위를 명확히 규정할 필요가 있다.

이를 위하여 아래와 같이 제6장 "정책연구"와 별도로 제7장 "외국법 조사 및 적용 지원"을 신설하고, 외국법 조사 · 적용 지원 업무의 내용과 외부 전문가 활용 근거를 규정하는 것이 체계상 타당하다. 신설되는 제24조에서는 연구원이 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 수행할 수 있으며, 외국법에 관한 감정의견 제공, 외국법 전문가의

탐색 및 연계, 외국법 관련 자료의 조사 및 검증, 외국법 관련 국제교류 및 협력 등의 업무를 수행할 수 있다는 점을 명시할 수 있다. 또한 신설되는 제25조에서는 연구원장이 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 국내외 전문가 또는 기관의 자문 및 협력을 받을 수 있고, 필요한 경우 예산의 범위에서 경비를 지급할 수 있다는 점을 규정할 수 있다.

이에 따라 현행 제7장 "교류 및 협력"은 제8장으로 순연하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한 외국법 전문가 네트워크 구축 및 국제협력의 법적 근거를 보다 명확히 하기 위하여, 현행 제24조의 "연구기관 등과의 교류 및 협력" 규정은 "연구 및 외국법 조사 · 적용 지원 업무"를 위한 교류 및 협력으로 확대할 필요가 있다.

현행 사법정책연구원 운영규칙	사법정책연구원 운영규칙 개정안
〈신 설〉 〈신 설〉	제7장 외국법 조사 및 적용 지원 제24조(외국법 조사 및 적용 지원 업무) ① 연구원은 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 조직을 둘 수 있다. ② 연구원은 외국법의 조사 및 적용과 관련한 다음 각 호의 업무를 수행할 수 있다. 1. 외국법에 관한 감정의견의 제공 2. 외국법 전문가의 탐색 및 연계 3. 외국법 관련 자료의 조사 및 검증 4. 외국법 관련 국제교류 및 협력 5. 그 밖에 외국법의 조사 및 적용 지원에 필요한 업무 제25조(외부인력 활용) ① 연구원은 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 국내외 전문가 또는 기관의 자문 · 협력을 받을 수 있다. ② 연구원장은 제1항의 업무 수행에 참여하

현행 사법정책연구원 운영규칙	사법정책연구원 운영규칙 개정안
	는 외부 전문가 또는 기관 등에 대하여 예산의 범위에서 필요한 경비를 지급할 수 있다.
제7장 교류 및 협력 제24조(연구기관 등과의 교류 및 협력) 연구원장은 연구를 위해 필요한 경우에는 국내외 연구기관이나 교육기관 등과 교류 및 협력을 할 수 있다. 제25조(학술대회 등 개최) (생 략)	제8장 교류 및 협력 제26조(연구기관 등과의 교류 및 협력) 연구원장은 연구 및 외국법 조사·적용 지원 업무를 위해 필요한 경우에는 국내외 연구기관이나 교육기관, 국제기구, 재외공관, 변호사단체 등과 교류 및 협력을 할 수 있다. 제27조(학술대회 등 개최) (현행과 같음)
제8장 자문위원회 제26조(자문위원회) (생 략)	제9장 자문위원회 제28조(자문위원회) (현행과 같음)
제9장 보칙 제27조(위임규정) (생 략)	제10장 보칙 제29조(위임규정) (현행과 같음)

(다) 외국법 조사·적용에 관한 예규의 개정방향

1) 법원(제2장)에 관한 내용

사법정책연구원이 외국법 조사·적용 업무를 수행하게 될 경우, 외국법 조사·적용에 관한 예규의 '법원'(제2장)에 관한 내용으로는, 법원의 감정촉탁에 관한 규정, 외국법 자료 송부에 관한 규정 및 외국법 자료의 검증 요청에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

외국법 감정촉탁에 관한 규정에서는, 법원이 외국법의 조사 및 적용을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 사법정책연구원 등에 감정촉탁을 할 수 있다는 점을 규정할 필요가 있다. 특히 외국법에 관하여 감정인에게 감정을 명할 것인지, 아니면 공공기관·학교·연구기관 등에 감정촉탁을 할 것인지는 법원이 직권으로 정할 사항이며, 당사자의 신청 여부에 의하여 좌우되는 것은 아니라는 점을 명확히 할 필요가 있다.

감정촉탁서 및 외국법 자료 송부에 관한 규정에서는, 법원이 외국법 감정촉탁과 관련하여 당사자가 제출한 선서진술서(affidavit), 사적 감정서, 외국 판례 및 법령 자료 등 관련 자료를 사법정책연구원에 송부할 수 있다는 점과, 감정촉탁서의 작성 · 송부 절차에 관한 사항을 규정할 필요가 있다. 감정촉탁서의 작성 및 송부에 관하여는 민사소송법 제139조 제2항, 민사전자소송규칙 제37조 제3항 및 민사전자소송에 관한 예규 제85조를 준용할 필요가 있다. 즉 감정촉탁서는 재판장 명의로 작성하여 송부하여야 하며(민사소송법 제139조 제2항), 법원은 전자소송시스템에 감정기관으로 등록된 기관에 대하여는 전자적인 방법으로 감정을 촉탁할 수 있다[민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 규칙 제37조 제3항, 민사소송 등에서의 전자문서이용 등에 관한 업무처리지침(재일 2012-1) 제85조 제1항]. 또한 감정기관으로 등록되지 않은 기관에 대하여 감정을 촉탁하는 경우에도, 전자적인 방법에 의한 제출이 가능하도록 전자소송인증번호를 부여할 수 있다(동 예규 제85조 제2항). 따라서 사법정책연구원이 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 수행하게 되는 경우에는, 전자적 방식에 의한 감정촉탁 및 감정서 제출이 가능하도록 전자소송시스템상 감정기관으로 등록할 필요가 있다.

외국법 자료의 검증 요청에 관한 규정에서는, 법원이 필요하다고 인정하는 경우 사법정책연구원에 대하여 당사자가 제출한 외국법 자료의 최신성, 원문과의 일치 여부, 판례 존재 여부, 인용 권위 등에 관한 검증을 요청할 수 있다는 점을 규정할 필요가 있다. 외국법 자료는 번역 과정이나 부분적 인용 과정에서 왜곡 가능성이 존재하고, 최신 법령이나 판례가 제대로 반영되지 않는 경우도 있을 수 있으므로, 이러한 검증 절차는 외국법 조사 절차의 신뢰성을 확보하는 데 중요한 의미를 가진다.

2) 전문가(제3장)에 관한 내용

전문가에 관한 장(제3장)에는 사법정책연구원에 관한 절을 둘 필요가 있다. 구체적으로는 외국법 조사 · 적용센터의 업무 운영, 감정촉탁의 접수 및 배분, 외부 전문가의 연계, 감정서의 검토 및 송부, 외국법 자료의 검증 등에 관한 규정을 둘 수 있다. 다만 외국법 조사 · 적용센터의 설치 근거 자체는 법원조직법 및 사법정책연구원 운영규칙에서 규정할 사항이므로, 예규에서는 위 센터의 구체적인 업무 수행 방식과 절차를 중심으로 규정하는 것이 타당하다.

외국법 조사 · 적용센터에 관한 규정에서는, 위 센터가 외국법 감정 업무의 조정 · 관리 및 품질 통제를 담당하는 허브(hub) 역할을 수행한다는 점을 규정할 필요가 있다. 즉 외국법 조사 · 적용센터는 개별 전문가가 독립적으로 감정의견을 작성하는 구조를 넘어, 외국법 감정 업무 전반을 체계적으로 관리 · 조정하고 전문가 네트워크를 조직 · 운영하는 중심 역할을 수행하도록 설계될 필요가 있다.

감정촉탁의 접수 및 배분에 관한 규정에서는, 외국법 조사 · 적용센터가 법원의 외국법 감정촉탁을 일원적으로 접수하고, 감정의 범위 · 대상 국가 · 조사 방식 · 제출기한 등에 관하여 법원과 협의 · 조율할 수 있다는 점을 규정할 수 있다. 또한 접수된 사건에 대하여 예비 검토를 실시한 후, 사건의 난이도 · 시급성 · 대상 국가 및 법분야 등을 고려하여 적절한 연구위원 · 조사위원에게 사건을 배분하고, 사건별 진행 상황을 관리 · 조정할 수 있다는 점도 포함될 필요가 있다. 외국법 조사는 국가와 분야에 따라 조사 난이도와 소요 기간의 편차가 크므로, 이러한 사건 관리 기능은 매우 중요하다.

외부 전문가의 연계에 관한 규정에서는, 사법정책연구원 내부에서 적절한 전문가를 확보하기 어려운 경우 외국법 조사 · 적용센터가 외부 전문가를 탐색 · 연계할 수 있다는 점과, 외부 전문가의 선정 시 전문성 · 공정성 · 해당 국가법에 관한 경험 등을 고려하여야 한다는 점을 규정할 수 있다. 특히 국내 전문가층이 제한적인 국가법 분야의 경우에는, 외부 전문가 네트워크와의 연계가 외국법 조사 지원체계의 실효성을 좌우할 가능성이 크다.

감정서의 검토 및 송부에 관한 규정에서는, 외국법 조사 · 적용센터가 작성된 감정서에 대하여 출처 표시의 적정성, 논증 구조의 명확성, 중립성 원칙 준수 여부 등을 형식적으로 점검하고, 일정한 표준 형식에 따라 정리하여 법원에 송부할 수 있다는 점을 규정할 수 있다. 이는 감정의견의 객관성과 신뢰성을 확보하고, 감정서의 품질 편차를 최소화하는 데 기여할 수 있다.

마지막으로 외국법 자료의 검증에 관한 규정에서는, 외국법 조사 · 적용센터가 법원의 요청이 있는 경우 당사자가 제출한 사적 감정서, 선서진술서(affidavit), 외국 판례 및 법령 자료 등에 대하여 최신성, 원문과의 일치 여부, 판례 존재 여부, 인용 권위 등에 관한 검토를 실시하고 참고 의견을 제공할 수 있다는 점을 규정할 수 있다. 이는 외국법

자료의 왜곡 가능성을 줄이고, 외국법 조사 절차의 객관성과 신뢰성을 제고하는 데 기여할 수 있을 것이다.

(8) 소결

사법정책연구원을 중심으로 한 외국법 감정 제공 체계는, 별도의 대규모 외국법 전문기관을 신설하지 않고도 법원의 준거법 직권조사의무를 제도적으로 지원할 수 있는 현실적인 대안 중 하나가 될 수 있다. 특히 사법정책연구원은 대법원 산하 연구기관이라는 제도적 신뢰성을 갖추고 있고, 기존의 비교법 연구 인프라와 연구위원 · 조사위원 제도를 운영하고 있으며, 향후 국제 네트워크 구축 가능성도 기대할 수 있다는 점에서 외국법 조사 지원 기능을 수행할 수 있는 일정한 기반을 가지고 있다고 평가할 수 있다. 또한 외국법 조사 · 적용센터를 통한 감정촉탁의 접수 및 배분, 외부 전문가 연계, 감정서의 형식 검토 및 자료 검증 등의 기능을 제도화할 경우, 외국법 조사 절차의 전문성과 객관성을 제고하는 데 상당한 도움이 될 가능성이 있다.

다만 현재 사법정책연구원이 보유한 인적 · 물적 기반만으로는 기존의 사법제도 및 재판제도 연구업무와 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 동시에 안정적으로 수행하기에는 상당한 한계가 있을 것으로 보인다. 외국법 조사 업무는 국가별 · 법분야별 전문성과 지속적인 최신 자료 조사를 요구할 뿐만 아니라, 개별 사건에 대한 신속한 대응과 품질 관리 기능까지 수반한다는 점에서 상당한 업무 부담을 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 사법정책연구원이 외국법 조사 지원 기능을 담당하기 위해서는, 앞서 살펴본 바와 같이 기존의 사법정책 연구인력과 외국법 조사 지원인력을 원칙적으로 이원화하여 운영함으로써 기존 연구업무에 지장이 발생하지 않도록 할 필요가 있다. 아울러 지속적 수요가 존재하는 국가법 분야를 중심으로 한 전문인력 확충, 외부 전문가 네트워크 구축, 외국법 조사 · 적용센터와 같은 전담 조직 및 사건 관리 체계 마련 등 인적 · 물적 기반의 확충이 무엇보다 선행되어야 하며, 이러한 기반이 충분히 마련될 때 비로소 사법정책연구원을 통한 외국법 조사 지원체계가 안정적으로 기능할 수 있을 것이다.

다. 제2안: 외국법조사원 신설 방안

(1) 별도 조직 신설의 장단점

제1안이 사법정책연구원을 활용하여 외국법 감정 제공 기능을 수행하도록 하는

방안이라면, 제2안은 사법부 내에 외국법 조사 및 적용 지원 업무를 전담하는 독립적 전문기관으로서 가칭 “외국법조사원”을 신설하는 방안이다. 이는 사법정책연구원의 기존 조직과 기능을 활용하는 대신, 외국법 조사 및 적용 지원 업무만을 전담하는 별도의 조직을 설치함으로써 보다 독립적 · 전문화된 지원체계를 구축하려는 구상이라고 할 수 있다.

제2안의 가장 큰 장점은 외국법 조사 업무의 독립성과 전문성을 보다 명확하게 확보할 수 있다는 점이다. 사법정책연구원의 경우 본래의 설립 목적이 사법제도 및 재판제도의 개선에 관한 정책연구에 있다는 점에서, 외국법 조사 지원 기능이 추가될 경우 기존 연구업무와의 충돌 또는 업무 부담 증가 문제가 발생할 가능성이 있다. 반면 외국법조사원은 외국법 조사 및 적용 지원 업무만을 전담하므로, 조직의 기능과 목표를 보다 명확하게 설정할 수 있고, 사건 대응형 조직으로서의 전문성과 신속성을 체계적으로 확보할 수 있다. 특히 외국법 감정 업무의 축적, 국가별 · 분야별 전문성의 관리, 감정 품질의 표준화 및 검증 기능 등을 안정적으로 수행할 수 있다는 장점이 있다.

또한 외국법조사원은 기존 정책연구 기능과 분리된 독립 조직이라는 점에서, 외국법 조사 업무를 위하여 필요한 인력과 예산을 보다 명확하게 확보할 수 있다는 장점도 있다. 사법정책연구원을 활용하는 경우에는 기존 연구인력과 외국법 조사 지원인력 사이의 역할 조정 및 이원화 문제가 제기될 수 있으나, 외국법조사원은 애초부터 외국법 조사 지원 업무 수행을 전제로 조직이 설계되므로 조직 운영의 명확성과 효율성을 높일 수 있다.

반면 제2안은 별도의 조직을 신설하여야 한다는 점에서 제1안에 비하여 보다 큰 제도적 · 재정적 부담을 수반한다는 단점이 있다. 제1안 역시 사법정책연구원이 외국법 조사 · 적용 지원 업무를 수행하기 위해서는 전문인력 충원, 인적 · 물적 기반 확충, 관련 법령 정비 등이 필요하다는 점에서는 일정한 비용과 제도 개선이 요구된다. 그러나 제2안은 기존 조직을 활용하는 방식이 아니라 외국법조사원이라는 독립 기관을 새로 설치하는 방식이라는 점에서, 보다 대규모의 예산과 조직 구축이 필요하게 된다. 특히 법률 개정뿐만 아니라 별도의 청사 확보, 행정지원 체계 구축, 독립 조직 운영을 위한 인력 및 예산 편성 등이 요구된다.

또한 외국법조사원이 설치되더라도 모든 국가 및 법분야에 관한 전문인력을 상시

확보하는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 따라서 제2안 역시 제1안과 마찬가지로 내부 전문인력 확보와 함께 외부 전문가 네트워크 구축 및 활용이 병행될 필요가 있다. 특히 국내 전문가층이 제한적인 국가법 분야의 경우에는 외부 전문가 연계체계가 외국법 조사 지원제도의 실효성을 좌우할 가능성이 크다. 결국 제2안은 보다 독립적이고 전문화된 조직 운영이 가능하다는 장점이 있으나, 그에 상응하여 제1안보다 큰 조직적 · 재정적 부담이 수반된다는 점을 함께 고려할 필요가 있다.

(2) 외국법조사원의 업무 및 조직 설계 등

외국법조사원의 구체적인 업무 내용은 기본적으로 제1안에서 검토한 사법정책연구원의 외국법 조사 지원 기능과 상당 부분 공통될 수 있다. 즉 법원의 감정촉탁에 따른 외국법 감정의견 제공, 외국법 전문가 탐색 및 연계, 외국법 자료의 조사 및 검증, 외국법 관련 국제교류 및 협력 등의 업무를 수행할 수 있을 것이다. 특히 외국법 감정의견 제공은 민사소송법 제341조 제1항에 따른 감정촉탁의 형식으로 이루어지고, 외국법조사원은 공공기관으로서 감정촉탁의 상대방이 될 수 있을 것이다.

조직 설계 측면에서도 외국법조사원 내에는 외국법 감정 업무를 총괄 · 조정하는 전담 조직이 필요하다. 즉 제1안에서 제시한 외국법 조사 · 적용센터와 유사한 기능을 수행하는 조직을 두어 법원의 감정촉탁을 일원적으로 접수하고, 사건의 난이도 · 대상국가 · 법분야 등을 고려하여 내부 연구인력 또는 외부 전문가에게 사건을 배분하며, 감정 업무의 진행 상황과 품질을 관리하도록 할 필요가 있다. 또한 감정서의 형식 검토, 표준화 및 자료 검증 기능 역시 위 조직이 담당하도록 함으로써, 감정의견의 객관성과 일관성을 확보할 필요가 있다.

인적 기반 측면에서도 지속적 수요가 존재하는 국가법 분야를 중심으로 전담 조사인력을 확보할 필요가 있다. 특히 중국법, 베트남법, 미국법, 일본법 등 지속적인 수요가 존재하는 국가법 분야에 대해서는 상시적 조사인력을 확보할 필요성이 크다. 또한 국가별 사건 유형을 고려하여 상사법 · 국제가사법 등 분야별 전문성을 갖춘 인력 구성이 필요하다. 반면 우즈베키스탄법이나 캄보디아법과 같이 국내 전문가층이 제한적인 국가법 분야에 대해서는 외부 전문가 네트워크 구축이 병행될 필요가 있다.

관련 법령 정비 역시 필요하다. 우선 법원조직법에는 외국법조사원의 설치 근거

와 관장사무를 규정할 필요가 있다. 예컨대 아래와 같이 법원조직법 제22조의2를 신설하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

현행 법원조직법	법원조직법 개정안
〈신 설〉	제22조의2(외국법조사원) 외국법의 조사 및 적용에 관한 지원 업무를 수행하기 위하여 대법원에 외국법조사원을 둔다.

또한 외국법조사원의 조직, 조사위원 및 연구인력의 자격 · 임용, 외부 전문가 활용 등에 관한 사항은 별도의 대법원규칙이나 운영규칙에서 정할 필요가 있다. 아울러 외국법 조사 · 적용에 관한 예규에는 법원이 외국법조사원에 감정촉탁을 할 수 있다는 점, 외국법조사원이 감정촉탁의 접수 · 배분 · 검토 · 송부 및 자료 검증 업무를 수행할 수 있다는 점 등을 포함할 필요가 있다.

결국 제2안은 외국법 조사 및 적용 지원 기능을 보다 독립적이고 전문적인 형태로 제도화할 수 있다는 장점이 있으나, 별도의 기관 신설에 따른 조직적 · 재정적 부담 역시 상당하다는 점을 함께 고려할 필요가 있다. 따라서 제1안과 제2안 중 어느 방안이 보다 적절한지는 향후 외국법 감정 수요의 규모, 지속성, 예산 및 인력 확보 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 필요가 있을 것이다.

라. 제3안: 법원행정처의 외국법 조사위원 채용 방안

외국법 조사업무를 지원하기 위한 방안으로, 법원행정처가 2026. 1. 현재 외국법 조사에 관한 업무를 전담할 조사위원을 별도로 채용하는 절차를 운영하고 있다는 점은 주목할 필요가 있다. 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사는 인터뷰에서 외국법 조사에 관한 실무적 수요에 대응하기 위하여 법원행정처 차원에서 외국법 조사에 관한 업무를 수행할 조사위원을 별도로 채용하는 절차를 거치고 있음을 밝힌 바 있다.[340] 이는 외국법 조사의 중요성이 재판 실무에서 이미 인식되고 있으며, 법원행정처 차원에서 이를 지원하려는 시도가 이루어지고 있음을 보여준다.

이와 관련하여, 대법원 소속 임기제 재판연구관 중 외국법에 전문성을 지닌 인력

340) 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰.

을 선발하여 조사위원으로 양성하고, 이들로 하여금 재판에서 외국법 조사를 위한 감정의견 제공 및 당사자가 제출한 외국법 관련 자료의 검증 역할을 담당하게 하는 방안도 고려할 수 있다. 법원 내부에서는 외국법에 전문성을 갖춘 법원 내부 인력을 조사위원으로 활용하여, 재판부가 석명권을 행사하여 사안의 쟁점을 특정하고, 당사자가 원용하는 외국법 법리와 판례의 실재 여부, 권위, 적용 가능성 등을 검증해 줄 수 있다면 재판부의 판단에 실효적인 도움이 될 것이라고 평가하는 의견이 있었다.[341]

제3안의 장점은 무엇보다 비교적 신속하고 탄력적인 제도 운영이 가능하다는 점에 있다. 사법정책연구원의 기능 확대나 외국법조사원 신설과 달리 기존 법원 조직 내에서 조사위원을 채용 · 운용하는 방식이므로, 비교적 적은 예산과 조직 개편만으로도 일정 수준의 외국법 조사 지원체계를 마련할 수 있다. 또한 특정 시기에 수요가 집중되는 국가법 분야에 대하여 탄력적으로 전문인력을 충원할 수 있고, 재판 실무와 밀접하게 연계된 지원이 가능하다는 장점도 있다. 특히 법원 내부 인력을 활용할 경우 재판 절차와 실무에 대한 이해를 바탕으로 보다 실효적인 지원이 가능할 수 있다는 점도 장점으로 평가할 수 있다.

다만 이러한 방식은 제1안(사법정책연구원 활용 방안)이나 제2안(외국법조사원 신설 방안)과 같은 기관 중심의 모델과 비교할 때 구조적 한계를 가진다. 첫째, 조사 결과의 품질과 범위가 개별 조사위원의 전문성과 경험에 크게 의존하게 될 가능성이 있다. 특정 법제에 관한 전문성을 갖춘 조사위원이 존재하는 경우에는 효과적인 지원이 가능하겠지만, 조사위원 개인의 전공 분야와 경험에는 한계가 있을 수밖에 없으므로 다양한 국가 및 법분야에 대한 안정적 · 균질적 대응을 기대하기 어렵다.

둘째, 감정의견의 표준화, 품질 관리, 자료 검증 및 축적된 연구성과의 체계적 관리가 어렵다는 문제가 있다. 제1안이나 제2안의 경우 외국법 조사 · 적용센터와 같은 총괄 조직을 통하여 감정촉탁 접수, 사건 배분, 감정서 검토, 자료 검증 및 전문가 네트워크 관리 등을 체계적으로 수행할 수 있는 반면, 제3안은 기본적으로 개별 조사위원 중심의 운영 구조라는 점에서 조직적 · 제도적 축적 기능에 한계가 있다. 특히 국가별 외국법 자료와 감정의견을 장기적으로 축적 · 표준화하고, 감정 품질을 지속적으로 관리하는 기

341) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

능은 기관 중심 모델에 비하여 상대적으로 취약할 수밖에 없다.

셋째, 제1안과 제2안은 모두 외국법 조사 지원 기능을 조직 단위에서 운영한다는 점에서 외부 전문가 네트워크 구축, 국제교류, 자료 검증 및 품질 통제 기능 등을 통합적으로 수행할 수 있는 구조를 갖출 수 있다. 특히 제2안의 외국법조사원은 외국법 조사 지원 업무만을 전담하는 독립 기관이라는 점에서 가장 높은 수준의 조직적 전문성을 확보할 가능성이 있고, 제1안 역시 기존의 비교법 연구 인프라와 연구조직을 활용할 수 있다는 장점이 있다. 반면 제3안은 개별 인력 중심의 지원 방식이라는 점에서 외국법 조사 역량을 장기적 · 체계적으로 축적 · 발전시키는 데에는 구조적 한계가 존재한다.

결국 제3안은 비교적 적은 비용과 조직 개편만으로 신속하게 외국법 조사 지원 기능을 도입할 수 있다는 점에서 단기적 · 보완적 대안으로서는 상당한 실익이 있다. 그러나 외국법 감정의견 제공, 자료 검증, 전문가 네트워크 구축 및 감정 품질 관리 등을 장기적 · 안정적으로 수행하기 위한 제도적 기반으로서는 개별 조사위원 중심의 모델보다는 사법정책연구원이나 외국법조사원과 같은 기관 중심의 외국법 조사 지원체계가 보다 적합하다고 평가된다.

V. 외국법 데이터베이스의 구축 · 운용

독일의 경우 외국법 전문가의 감정의견을 모아 단행본으로 공간함으로써 외국법에 대한 연구결과를 공유하고 있다. 또한 유럽연합은 유럽연합 회원국의 법 및 이에 대한 해당 국가에서의 해석을 쉽게 검색할 수 있는 시스템으로 'European Legislation Identifier (ELI)' 및 'European Case Law Identifier (ECLI)' 등을 운용하고 있다. 위와 같은 데이터베이스 등을 참고할 수 있겠지만, 보다 직접적으로 재판실무에 도움을 주기 위해서 우리나라에서 직접 외국법 데이터베이스를 창설하여 운용하는 방안을 제시하고자 한다.

1. 외국법 데이터베이스 구축의 필요성

법원이 준거법인 외국법을 직권으로 조사 · 적용하여야 한다는 국제사법 제18조

의 취지에도 불구하고, 앞서 살펴본 바와 같이 실무에서는 외국어 장벽, 해외 법령 · 판례에 대한 접근 제한, 외국 법제 전반에 대한 종합적 이해의 어려움 등으로 인해 재판부는 당사자나 대리인이 제출한 자료에 상당 부분 의존할 수밖에 없는 구조에 놓여 있다. 이러한 현실을 개선하기 위해서는 외국법에 관한 신뢰할 수 있는 공적 데이터베이스를 구축하여 법원이 외국법의 내용을 보다 용이하게 확인할 수 있도록 하는 제도적 기반이 필요하다. 이러한 제도적 기반을 마련하기 위한 일환으로 외국법 데이터베이스를 구축하여 운용할 필요가 있다. 실무에서도 외국법 데이터베이스가 재판부의 준거법 조사에 실질적인 도움이 될 것이라고 전망한다.[342)]

법원 내부에서도 국제사법의 준거법 결정 원칙 자체에 관한 정보는 이미 국내 법령, 기본서, 판례 검색 시스템 등을 통해 충분히 접근 가능하다고 하면서도, "오히려 재판부의 입장에서는 국제사법에 따라 결정된 실질법으로서의 외국법의 내용에 관한 전문지식을 파악할 수 있는 수단을 확보해 주는 것이 큰 도움이 된다"고 지적하였다.[343)] 즉, 국제사법적 연결점이나 준거법 결정 원칙보다는, 실제로 적용되어야 할 외국 실질법의 구체적 내용에 접근할 수 있는 체계가 실무상 핵심적이라는 것이다.

법원 외부에서도 외국법 데이터베이스의 구축 자체가 "외국법 조사의 문턱을 낮추고 조사 정확성을 제고하는 데 크게 기여할 것"이라고 평가하면서, 법원 판결의 정확성과 신뢰성 제고, 법관 · 재판연구관의 업무 부담 경감, 국제사법 판례의 체계적 축적을 통한 실무 · 학계의 기초자료 제공 등 다층적인 효과를 기대할 수 있다고 보았다.[344)] 나아가 외국법이 준거법이 되는 사건에 관한 한국 판례의 국제적 가독성을 제고함으로써, 국제거래에서 한국법을 준거법으로 선택하거나 한국 법원을 관할법원으로 합의하도록 유도하는 효과도 기대할 수 있다고 평가하였다.[345)346)]

---

342) 황인성 기획총괄심의관 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰; 장지용 국제교류추진단장 · 부장판사, 2025. 12. 30.자 인터뷰; 김유경 변호사(김앤장 법률사무소, 前 서울고법 국제거래전담재판부 판사), 2025. 12. 1.자 인터뷰.

343) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.

344) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

345) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

346) 이와 관련하여 해사국제상사법원 설치 시 국제해사사건 유치를 위한 방안으로서, 해사국제상사법원의 판례를 국문 및 영문으로 정기적으로 발간 · 배포하는 방안이 제시된 바 있다[이재찬, 해사법원 설치에 관한 연구, 사법정책연구원 (2021), 126]. 이는 판례의 국제적 가독성을 제고함으로써 국제분쟁 유치에 기여할 수 있다는 점을 근거로 한 제안으로 평가된다.

한편 외국법 데이터베이스는 단순히 법원 내부에서만 활용되는 폐쇄적 시스템으로 운영되기보다는, 원칙적으로 당사자와 대리인, 연구자 등 외부에서도 접근·활용할 수 있는 공개형 데이터베이스로 구축하는 것이 바람직하다고 본다. 외국법의 조사 및 적용은 궁극적으로 재판의 투명성과 예측가능성과도 밀접하게 관련되므로, 법원이 참고하거나 축적한 외국법 자료에 대하여 일정한 범위 내에서 당사자 역시 접근할 수 있도록 하는 것이 바람직하기 때문이다. 특히 외국법 자료가 공개적으로 축적·공유될 경우, 동일하거나 유사한 외국법 쟁점에 관한 조사 결과와 판례가 반복적으로 활용될 수 있어 외국법 조사 비용과 시간 부담을 상당 부분 경감할 수 있다는 장점도 있다.

또한 외국법 데이터베이스의 공개는 단순히 개별 사건 지원에 그치지 않고, 장기적으로는 한국 국제사법 실무와 판례의 축적 및 국제적 신뢰성 제고에도 기여할 수 있다. 외국법 자료와 관련 판례 등이 일정한 형태로 축적·공개될 경우, 실무와 학계 모두 외국법 적용에 관한 예측가능성을 높일 수 있고, 국제거래 당사자들 역시 한국 법원의 외국법 적용 역량에 대한 신뢰를 보다 높게 평가할 가능성이 있다. 따라서 외국법 데이터베이스는 단순한 내부 참고자료의 집합이 아니라, 법원의 외국법 조사 역량을 장기적으로 축적·표준화하고 국제적 가시성을 높이는 핵심 인프라로 기능할 수 있다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

2. 외국법 데이터베이스 등재 자료의 범위

외국법 데이터베이스에 등재될 자료의 범위는 현실적 운용 가능성과 실무상 활용도를 고려하여 다음과 같이 한정하는 것이 타당하다.

가. 해외 법령(외국 실질법 및 국제사법)의 원문 및 국문번역

첫째, 준거법으로 지정될 수 있는 주요 외국의 법령에 대하여 해당 국가 언어의 원문과 함께 국문번역문을 제공할 필요가 있다. 준거법으로 지정될 수 있는 외국 실질법뿐만 아니라 외국 국제사법의 원문 및 국문번역본을 제공하는 것도 필요하다. 우리나라 국제사법 제22조에 따라 반정 여부를 검토하기 위해서는 외국 국제사법의 입장을 파악하여야 하는데, 언어 장벽, 접근의 곤란 등으로 인해 외국 국제사법의 입장을 알아내기 어려운 경우도 상당하기 때문이다. 외국 법령에 대한 외국어 원문 및 국문번역본을 제공

하는 것은, 재판부가 외국법의 조문 구조와 문언을 직접 확인할 수 있게 함으로써 당사자 제출 자료에 대한 검증 가능성을 높이고, 외국법의 내용에 대한 최소한의 공통 인식 기반을 제공한다.

다만 번역문 제공은 해석의 문제를 수반할 수 있으므로, 원문을 병기하고, 번역의 성격이 참고자료에 불과하다는 점을 명확히 할 필요가 있다. 본 연구를 위해 수행한 인터뷰에서도 국가가 제공하는 자료가 부정확한 경우 실무상 해악이 매우 클 수 있고, 특히 법령 번역의 정확성과 최신성 확보를 위해 충분한 투자와 지속적인 관리가 필수적이라고 강조하는 의견이 있었다.[347]

나. 준거법이 외국법인 우리나라 판례

외국법이 준거법으로 적용된 우리나라 법원의 판결을 체계적으로 축적 · 제공하는 것이 중요하다. 이는 국내 법원이 외국법을 어떠한 방식으로 조사 · 해석 · 적용해 왔는지를 보여주는 실무 자료로서, 후속 사건에서의 판단 기준을 형성하는 데 실질적인 도움을 줄 수 있다.

이와 관련하여, 독일에서 외국법 관련 판례를 체계적으로 축적 · 공개하고 있는 국제사법 판례집(Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts, 이하 'IPRspr'이라고 한다) 데이터베이스는 유의미한 참고 모델이 된다. IPRspr은 2024년 9월 기준 약 6,500건의 판결을 수록하고 있으며, 각 판결을 PDF 형태로 무료 제공하고, 2004년 이후 판결을 중심으로 지속적으로 업데이트하고 있다.[348] 이와 같은 방식은 우리나라에서도 준거법이 외국법인 판례 데이터베이스를 구축 · 운용하는 데 실질적인 모델이 될 수 있다.

다. 외국 법원의 판례 등재의 한계

외국 법원에서 선고된 판례까지 데이터베이스에 포함시키는 방안도 이론적으로는 고려할 수 있다. 실제로 법원 내부에서도 영국 해상법, 프랑스 민법, 독일 민사집행

347) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.
348) 독일 막스플랑크 연구소 홈페이지, https://www.mpipriv.de/1859787/20240919-rechtsprechung-zum-internationalen-privatrecht-im-open-access (2026. 4. 1. 최종 확인).

법 등 외국 실질법의 이해를 위하여 “해당 외국에서 선고된 최고법원 및 하급심 주요 판례, 최신 판례의 원문과 국문번역문”까지 제공되는 데이터베이스 구축을 희망한다는 의견도 있었다.[349] 그러나 해외 각국의 판례는 국가별 · 분야별로 분량과 종류가 방대하고, 판례 공개 방식과 접근성도 상이하여, 이를 포괄적으로 수집 · 번역 · 관리하는 것은 현실적으로 과도한 비용과 인력을 요구한다. 따라서 외국 판례의 전면적 등재보다는, 각국의 공식 판례 데이터베이스나 사법부 웹사이트 등 외부 공신력 있는 판례 데이터베이스에 대한 직접 접근을 유도하는 방식이 보다 현실적이다. 외국법 데이터베이스는 외국 판례 자체를 포괄적으로 수록하기보다는, 국내 판례와 외국 법령을 제공하되 외국 판례에 대해서는 그 접근 경로를 제공하는 형태로 설계하는 것이 적절하다고 본다.

3. 외국법 데이터베이스 운용 시 유의사항

외국법 데이터베이스의 구축과 운용에 있어서는 다음과 같은 사항을 특히 유의할 필요가 있다. 첫째, 지속적 업데이트와 최신성 확보가 중요하다. 외국 법령과 판례는 빈번하게 개정 · 변경되므로, 데이터베이스가 지속적으로 유지 · 관리되지 않을 경우 오히려 잘못된 정보가 재판에 영향을 미칠 위험이 있다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 정확한 현행 법령과 판례를 제공하기 위해서는 “충분한 투자와 이를 지속해 나가는 구조가 무엇보다 중요하다”고 강조하면서, 국가가 제공하는 자료가 부정확할 경우 그 해악이 매우 클 수 있다는 점이 지적되었다.[350]

둘째, 외국법 데이터베이스는 법원의 직권조사를 지원하는 인프라로 기능하여야 하며, 그 존재가 외국법 조사에 대한 책임을 당사자에게 전가하는 것으로 이해되어서는 안 된다. 준거법인 외국법의 내용은 여전히 법원이 직권으로 조사 · 적용하여야 하고, 당사자의 자료 제출과 의견 개진은 이를 보조하는 협력의 성격을 가진다는 점을 제도적으로 명확히 할 필요가 있다.

셋째, 번역 자료 제공에 신중을 기해야 한다. 외국법령에 대한 번역문은 해석을 내포할 수 있고, 부정확한 번역이나 기계번역에 의존할 경우 재판 결과에 중대한 영향을 미칠 수 있다. 이에 따라 번역문은 원문과 병기하되, 공식적 해석으로 오인되지 않도록

349) 유정화 판사(서울회생법원 국제도산 공조 전담법관), 2025. 12. 22.자 인터뷰.
350) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

하고, 이에 관한 전문가 검증 절차를 거칠 수 있는 구조가 필요하다.

넷째, 체계적 분류 · 검색 기능을 강화할 필요가 있다. 외국법 데이터베이스에서는 조문별 · 쟁점별 · 분야별로 체계화된 검색과 분류가 가능하도록 설계할 필요가 있다. 본 연구를 위한 인터뷰에서도 국제사법 쟁점이 가족법, 상법, 민법, 소송법 등 다양한 영역에 걸쳐 혼재되어 있는 현실을 지적하면서, 조문별 · 쟁점별 판례 축적이 실무계와 학계 모두에 중요한 기초자료가 될 것이라고 평가하는 의견이 있었다.[351]

VI. 외국법 조사를 위한 인공지능(AI)의 활용

1. 생성형 인공지능의 발전으로 인한 외국법 조사 환경의 변화

최근 생성형 인공지능(Generative AI)의 발전은 외국법 조사의 환경을 단순히 편의적으로 개선하는 수준을 넘어 그 수행 방식 자체를 변화시키고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 종래 외국법 조사는 언어장벽, 자료 접근의 어려움, 외국 법제에 대한 구조적 이해 부족 등으로 인해 상당한 시간과 비용이 소요되는 작업으로 인식되어 왔다. 특히 특정 국가의 법령이나 판례에 접근하기 어려운 경우 법원은 현실적으로 당사자 또는 대리인이 제출하는 자료에 의존할 수밖에 없었고, 이는 준거법으로 지정된 외국법을 법원이 직권으로 조사 · 적용하여야 한다는 원칙과 실제 재판운영 사이에 간극을 발생시키는 요인으로 작용하였다. 인공지능의 활용은 이러한 구조적 한계를 완화할 수 있는 새로운 수단이 될 수 있다. 인공지능은 다수의 언어로 작성된 법령과 판례를 자연어 질의만으로 탐색하고 요약하여 제시할 수 있으며, 특정 법제의 기본 구조와 개념적 관계를 설명하는 기능도 수행한다. 이를 통해 법원은 최소한 외국법의 존재 여부, 관련 법제의 기본 구조, 쟁점이 되는 법리의 방향 등을 스스로 파악할 수 있게 된다.

2. 법원의 직권조사의무의 충실한 이행을 위한 보조적 장치로서의 기능

인공지능은 외국법의 최종적 내용을 확정하는 수단이라기보다 조사 경로를 제시

351) 안정혜 변호사(법무법인 율촌 국제중재 · 소송팀 팀장), 2025. 12. 11.자 인터뷰.

하고 자료 탐색을 가능하게 하는 도구로 이해되어야 한다. 법원은 인공지능을 통해 관련 법령 · 판례의 존재 여부를 확인하고, 쟁점을 특정하며, 당사자가 제출한 자료의 적정성을 1차적으로 점검할 수 있다.

이는 외국법의 기초 조사 단계에서 특히 유용하며, 그 결과 법원은 필요한 경우 전문가 감정이나 추가 자료 제출을 보다 명확한 범위에서 요구할 수 있게 된다. 결국 인공지능은 앞서 살펴본 전문가 감정 등을 대체하는 것이 아니라 감정의 필요성과 범위를 합리적으로 한정하고 조사 과정의 효율성을 높이는 기능을 수행한다. 이러한 점에서 인공지능은 법원의 준거법 직권조사의무를 충실히 이행하기 위한 하나의 제도적 보조 장치로 활용될 수 있다.

인공지능의 활용은 당사자의 협력의무 이행에도 긍정적 영향을 미칠 수 있다. 종래에는 당사자가 제출한 외국법에 관한 자료를 검토하는 방식이 중심이었다면, 인공지능을 활용할 경우 법원이 먼저 쟁점을 식별하고 필요한 조사 범위를 설정한 후 당사자의 협력을 요구하는 구조가 가능해진다. 이는 법원의 조사 역할을 실질적으로 수동적 검토 단계에서 능동적 조사 단계로 전환시키는 효과를 가진다. 그 결과 법원은 외국법 조사 과정의 주도적 주체로 기능하게 되고, 당사자의 협력의무도 단순한 자료 제출에서 나아가 법원이 설정한 조사 범위를 보완하는 방향으로 작동할 수 있다. 인공지능의 활용은 국제사법 제18조가 규정한 외국법 직권조사의무의 원칙을 형식적 선언이 아니라 실제 재판 절차에서 작동하는 원칙으로 전환시키는 계기가 될 수 있다.

3. 인공지능 활용의 위험요소 및 운용기준

앞서 검토한 바와 같은 긍정적인 측면에도 불구하고, 인공지능의 활용에는 일정한 위험요소가 존재한다. 인공지능은 실제 존재하지 않는 판례나 문헌을 제시하거나 부정확한 내용을 사실인 것처럼 설명하는 오류를 발생시킬 수 있고, 특정 법제를 단순화하거나 맥락과 다른 의미로 해석할 가능성도 있다. 또한 번역 과정에서의 왜곡이나 최신 법령의 개정사항이 반영되지 않는 문제도 발생할 수 있다.

따라서 인공지능의 출력 결과를 외국법의 내용 자체로 취급하는 것은 허용될 수 없으며, 재판에서 인공지능이 제공한 정보를 직접적인 판단 근거로 사용하는 것도 적절

하지 않다. 인공지능은 조사의 보조수단에 그치며, 외국법의 증명은 여전히 외국법 전문가의 감정 등을 통하여 확인 가능한 법령 · 판례에 근거하여 이루어져야 한다.

이와 같은 위험을 통제하기 위해서는 인공지능의 활용 범위를 명확히 설정할 필요가 있다. 첫째, 인공지능은 외국법의 증명수단이 아니라 조사보조수단으로 한정하여 사용되어야 한다. 둘째, 인공지능이 제시한 법령이나 판례는 반드시 원문 자료, 공식 데이터베이스, 또는 전문가 의견을 통해 교차 확인되어야 한다. 셋째, 판결에서 외국법의 내용은 인공지능의 설명이 아니라 확인 가능한 법적 자료에 근거하여 인정되어야 한다. 넷째, 법원 내부적으로 인공지능 활용 지침을 마련하여 조사 단계에서의 활용은 허용하되 법적 판단의 근거로 직접 인용하는 것은 제한하는 방식의 운용이 필요하다.

제5장

준거법의 해석 · 적용

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

제1절 준거법인 외국법 불명 시의 처리

I. 개관

준거법으로 외국법인 사건에서 법원이 직권조사의무를 다하였음에도 그 구체적 내용을 확정할 수 없는 경우, 어떠한 법을 적용하여야 하는지는 국제사법상 중요한 쟁점이다. 외국법의 내용을 알 수 없다는 이유만으로 재판을 거부할 수는 없으므로, 법원은 어떠한 방식으로든 분쟁을 해결하여야 한다. 문제는 이 경우 외국관습법, 조리(條理), 대한민국법 등을 어떠한 기준과 순서로 적용할 것인가이다.

현행 국제사법에는 외국법의 내용이 확정되지 않는 경우의 처리에 관한 명문 규정이 존재하지 않는다. 비교법적으로는 외국법 불명 시 상황에 대한 명문의 입법을 두는 경우가 적지 않다. 스위스 국제사법 제16조 제2항은 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우 스위스법을 적용한다는 명문의 규정을 두고 있다.[352] 오스트리아 국제사법 제4조 역시 외국법 조사를 위한 노력에도 불구하고 합리적 기간 내에 이를 알 수 없는 경우 오스트리아법을 적용하도록 규정하고 있다.[353] 영국에서는 당사자가 제출한 증거에 의하여 외국법의 내용을 확정하기 어려운 경우, 전통적으로 '동일성 추정의 원칙(presumption of identity)'에 따라 영국법이 외국법과 동일하다고 추정한 후 영국법을 적용하였다. 즉, 비교법적으로는 외국법 불명시의 경우 자국법 적용을 최종적 해결수단으로 삼는 입법례가 다수 존재한다. 그러나 우리나라 현행 국제사법에는 위와 같은 규정이 없으므로, 이 문제는 법원(法源)에 관한 대원칙에 따라 해결할 수밖에 없으며, 구체적인 기준은 판례법리에 의해 형성 · 정교화될 필요가 있다.

---

352) 스위스 국제사법 제16조(외국법의 확정)
1. 외국법의 내용은 권한 있는 기관이 직권으로 확정한다. 이를 위하여 당사자의 협력을 요구할 수 있다. 다만 재산적 이익에 관한 사건에서는 외국법의 내용을 확정하는 임무를 당사자에게 맡길 수 있다.
2. 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우에는 스위스법을 적용한다.
원문은, 스위스 연방정부 법령정보시스템(Fedlex), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en#art_16 (2026. 4. 1. 최종 확인).

353) 오스트리아 국제사법 제4조(외국법의 확정)
적용되어야 할 외국법이 충분한 조사에도 불구하고 합리적인 기간 내에 확정될 수 없는 경우에는 오스트리아법을 적용한다.
원문은, 오스트리아 연방정부 법령정보시스템(RIS), https://www.ris.bka.gv.at (2026. 4. 1. 최종 확인).

II. 판례의 입장

1. 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 근거한 3단계 구조의 채택

대법원 판례는 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우에 관하여 일관되게 재판을 할 수 없는 상태는 허용되지 않는다는 전제 아래 민사상의 대원칙에 따른 해법을 제시해 왔다. 대법원 판례는 준거법으로 지정된 외국 성문법의 내용을 법원이 직권조사의무를 다하였음에도 확인할 수 없는 경우, 외국관습법을 우선 적용하고, 외국관습법의 존재나 내용마저 확인할 수 없을 때에는 조리(條理)에 의하여 재판하여야 한다는 구조를 일관되게 취해 왔다. 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결 등은, 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우 "법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국관습법에 의하거나, 그것도 확인이 불가능하면 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법을 토대로 유추하여 도출된 조리에 따라 판단하여야 한다"고 판시한다.[354] 즉, 외국법 불명시 상황에서 '법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙'을 근거로 하여 '외국 성문법 → 외국관습법 → 조리'라는 3단계의 보충적 해결구조를 제시한 것으로 평가된다.

다만 판례가 이러한 3단계의 구조를 항상 명확하게 드러내는 것은 아니다. 예컨대 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다30459 판결은 외국법의 내용을 알 수 없는 경우 "한국법과 일반 법원리에 따라 판단하여야 한다"고 판시하였고, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2003다23168 판결은 외국법의 내용을 확정할 수 없는 경우 "일반적인 법해석 기준에 따라 법의 의미 · 내용을 확정할 수밖에 없다"고 판시하였는데, 위 판결들에서 '일반 법원리'와 '일반적인 법해석 기준'이 무엇인지 위 판시 자체로는 명확하지는 않다. 그러나 '일반 법원리'와 '일반적인 법해석 기준'은 '조리'에 속한다고 이해하는 것이 적절하다고 본다.

한편 판례가 채택한 3단계 구조는 대부분의 대륙법계 법이 준거법인 사안에서는 적절하나, 영미법계 국가의 법이 준거법인 사안에 항상 그대로 타당한 것으로 전제하는 것은 타당하지 않다. 특히 영미법계에서는 판례가 법원(法源)으로서 성문법과 동등한 규범력을 가지므로, '성문법-관습법-조리'라는 대륙법적 법원 구조를 그대로 전제할 수

354) 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35307 판결; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결 등.

없다. 이와 관련하여 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결은 선하증권의 법률관계에 관하여 미국법을 준거법으로 지정한 뒤, 미국의 법과 관습에 관한 자료가 제출되지 않았다는 이유로 "미국법 → 미국관습법 → 조리"의 구조를 전제하여 조리에 따라 대한민국법을 적용하였다. 그러나 이 판결은 미국법 질서에서 핵심적인 법원인 판례법(case law)을 전혀 검토하지 않은 채 한국법상의 법원론을 미국법에도 기계적으로 적용하고 있다는 점에서 문제의 소지가 있다.[355]

2. '조리(條理)'의 실질적 내용

외국법 불명 시 법원이 채택한 3단계 구조에서 적용되는 '조리'가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서는 판례가 명시적으로 정의하지 않아 실무와 학설에서 그 내용에 관한 해석이 분분하다. 조리의 실질적 내용에 관하여는 대체로 다음 세 가지 입장이 제시된다. 판례는 개별적인 사안에 따라 아래 세 가지 입장을 모두 채택하고 있다.

가. 외국법에 가장 유사한 규범을 적용하는 '근사법(近似法)설'

조리를 준거법으로 지정된 외국법과 구조와 기능이 가장 유사하다고 평가되는 다른 법질서의 규범을 유추적용하는 것으로 파악한다. 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결은 "조리의 내용은 가능하면 원래 적용되어야 할 외국법에 의한 해결과 가장 가까운 해결방법을 취하기 위해서 그 외국법의 전체계적인 질서에 의해 보충 유추되어야 하고, 그러한 의미에서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있을 것이다."라고 판시하여 '근사법(近似法)'을 조리의 내용으로 이해한다. 근사법설은 외국법의 성문 규정과 관습법을 확인할 수 없는 경우에도 해당 외국법이 추구하는 법적 구조와 가치에 가장 가까운 비교법적 대응 규범을 참조함으로써 가능한 한 준거법 지정의 취지를 유지하려는 접근이다. 예컨대, 미확정된 외국 민법 규정에 관하여 다른 국가의 민법 중 기능적으로 가장 유사한 규정을 원용하여 판단하는 방식이 이에 해당한다. 이러한 이해는 국제사법상 준거법 지정의 원칙을 최대한 존중한다는 점에서 이론적으로는 가장 정합적이다. 다만, "어느 법이 가장 유사한가"에 대한 객관적 판단 기준이 불명확하고, 실제 재판 실무에서 법원이 비교법적 탐색을 통해 근사법을 도출하

355) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 129-130.

기 보다는 대한민국법을 근사법으로 보아 적용하는 경우가 대부분이라는 점에서 실천 가능성에 한계가 있다.

나. 보편적 규범을 적용하는 '일반 법원리설'

조리를 각국 법질서에 공통적으로 인정되는 일반 법원리, 즉 형평, 신의성실, 권리남용금지와 같은 보편적 규범으로 이해한다. 실제로 판례는 앞서 살펴본 바와 같이 외국법의 내용이 확정되지 않는 경우 "일반 법원리" 또는 "일반적인 법해석 기준"에 따라 판단하여야 한다는 표현을 빈번하게 사용한다. 이 견해에 따르면, 조리는 특정 국가의 실정법이 아니라, 국제적으로 공유되는 최소한의 규범적 기준을 의미하며, 외국법이 불명확하더라도 이러한 보편 원리를 통해 분쟁을 해결할 수 있다는 점에서 일정한 설득력을 가진다. 그러나 일반 법원리는 본질적으로 추상적 성격이 강하여, 개별 사안에서 구체적인 권리 · 의무의 귀속이나 법률효과를 도출하기에는 규범적 밀도가 부족하다는 한계가 있다.

다. 대한민국법을 적용하는 '국내법 적용설'

최근 하급심과 대법원 판례의 태도를 종합하면, 조리의 구체적 내용으로 대한민국법과 일반적인 법해석 기준을 적용하는 방식이 사실상 정착되어 있다고 평가할 수 있다. 판결문에는 "조리에 합치되는 대한민국 법률 및 일반적인 법해석 기준에 따라 판단한다"는 문구가 반복적으로 등장하며,[356] 이는 외국관습법마저 확인되지 않는 경우 결국 대한민국 실정법을 판단 기준으로 삼고 있음을 보여준다. 이러한 접근은 법적 공백을 신속히 메울 수 있고, 재판의 실효성과 예측가능성을 확보할 수 있다는 점에서 실무상 장점을 가진다. 그러나 외국법을 준거법으로 지정한 국제사법의 취지를 사실상 무력화하여, 외국적 요소가 있는 법률관계가 최종적으로 국내법에 의해 해결되는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 이론적 비판을 면하기 어렵다.

---

356) 서울남부지방법원 2025. 4. 29. 선고 2019가단265127 판결(확정); 인천지방법원 부천지원 2023. 10. 20. 선고 2023가합101072 판결(확정). 위 2023가합101072 판결에서는 싱가포르법을 준거법으로 정하였음에도 당사자들이 관련 법령이나 관습법 자료를 전혀 제출하지 않았다는 이유로, 조리에 합치된다고 볼 수 있는 대한민국 법률과 일반적인 법해석 기준에 따라 판단하였다.

라. 검토

이상과 같이 판례는 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 근거하여 '외국 성문법 → 외국관습법 → 조리'라는 3단계 구조를 취하면서, 근사법설, 일반 법원리설, 국내법 유추적용설을 조리의 실질적 내용으로 제시하고 있다. 다만 조리의 구체적 의미에 관한 법리는 판례마다 다소 차이를 보임에도 불구하고, 대한민국법을 근사법으로 파악하거나, 대한민국법이 일반 법원리에 부합한다고 보거나, 또는 조리에 합치되는 법으로 평가하는 방식 등을 통하여 결과적으로 대한민국법을 적용하는 결론에 이르고 있다. 다시 말해, 외국관습법이 확인되지 않는 경우 조리를 적용한다고 하면서도, 실제 재판에서는 대한민국법을 기준으로 분쟁을 해결하는 경향이 강하게 나타난다.

이러한 태도는 재판거부를 방지하고 실무의 효율성과 예측가능성을 확보하는 기능을 수행한다는 점에서 실질적 의의를 가지나, 외국법을 준거법으로 지정한 국제사법의 규범적 취지를 형해화할 우려도 내포하고 있다. 따라서 조리의 개념과 적용 방식에 관하여 보다 정교한 이론적 정립이 요구되며, 특히 외국법의 내용이 불명확한 경우에도 비교법적 탐색을 통하여 준거법과 가장 유사한 규범질서를 파악하려는 노력이 병행될 필요가 있다고 본다.

3. 외국법 불명 시의 처리에 관한 판례법리의 개선 방향

향후 외국법 불명시의 처리에 관하여는 다음과 같은 단계적 접근이 보다 정합적일 것이다. 첫째, 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 원칙적으로는 '외국 성문법-외국관습법-조리'의 3단계 구조를 따르되, 각국의 법체계에 따라 이러한 대원칙이 그대로 적용되지 않을 수 있음을 유의하여야 한다. 특히 영미법계와 같이 판례법이 법원의 중요한 원천을 이루는 경우에는, 해당 국가에서의 법원에 관한 민사상의 대원칙이 무엇인지부터 파악하는 비교법적 검토가 선행되어야 한다.

둘째, 조리의 구체적 내용으로서는 준거법과 기능적으로 가장 유사한 규범을 비교법적으로 참조하는 이른바 '근사법적 접근'을 우선적으로 검토할 필요가 있다. 이는 국제사법상 준거법 지정의 취지를 최대한 존중하면서도, 규범 공백을 합리적으로 보완하려는 방법으로서 중요한 의의를 가진다. 따라서 근사법이 곧바로 대한민국법이라고

쉽게 결론 내리기보다는, 실제로 해당 외국법과 구조 · 기능 면에서 유사한 법질서가 무엇인지를 비교법적 탐구를 통하여 규명한 후 이를 적용하려는 노력이 요구된다.

셋째, 근사법의 도출 역시 곤란한 경우에는 형평, 신의성실, 권리남용금지와 같은 보편적 법원리를 보충적으로 적용하여 사안을 해결할 수 있을 것이다. 넷째, 이러한 모든 단계적 검토에도 불구하고 여전히 적용 가능한 규범을 도출할 수 없는 경우에 한하여, 최후수단으로서 대한민국법을 적용하는 것이 타당하다.

이와 같은 단계화된 접근은 재판거부를 방지하면서도 외국법을 준거법으로 지정한 국제사법의 규범적 취지를 실질적으로 존중하는 해석론을 제시한다는 점에서 의의가 있다고 본다.

제2절 조약의 저촉규범성 및 우선적 적용 여부

I. 개관

외국적 요소가 있는 법률관계에서 대한민국이 가입한 국제조약에 포함된 특정 규정이 저촉규범(conflict-of-laws rule)으로 기능하는지 여부, 나아가 그러한 조약 규정이 국내 국제사법 규정보다 우선 적용되는지는 준거법 결정 구조 전반에 중대한 영향을 미친다. 조약 내 규정이 저촉규범성을 가지는지 여부가 전제되지 않는 한, 해당 규정과 국제사법 사이의 적용 순위를 논할 수 없으므로, 조약 규정의 저촉규범성 판단 기준을 명확히 할 필요가 있다.

특히 베른협약 제5조 제2항 제2문은 "보호의 범위와 저작자의 권리를 보호하기 위하여 주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률의 지배를 받는다"고 규정하고 있는데, 대법원은 이를 저촉규범으로 해석하였으나(대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결), 학계에서는 동 규정이 실질법적 규정 또는 해석지침에 불과하다고 보아 저촉규범성을 부정하는 견해도 제기되고 있다. 더 나아가 설령 저촉규범성을

인정하더라도, 그러한 조약 규정이 국제사법보다 우선 적용되는지 여부에 관하여도 견해 대립이 존재한다. 따라서 조약 규정의 저촉규범성 판단 기준과 국제사법과의 적용 관계를 체계적으로 검토할 필요가 있다.

II. 조약 조항의 저촉규범성 판단

1. 조약 조항의 저촉규범성 판단기준

조약 내 특정 조항이 저촉규범(conflict-of-laws rule)으로 기능하는지 여부는, 단순히 문언상 "어느 국가의 법을 적용한다"는 표현이 포함되어 있는지 여부만으로 판단할 수는 없다. 오히려 해당 규정이 수행하는 기능과 규범 구조를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 구체적으로는 다음과 같은 기준이 중요하다.

첫째, 해당 조항이 실질법적 권리·의무를 직접 규율하는 규정이 아니라, 분쟁해결을 위하여 적용될 법질서를 직접 지정하는 기능을 수행하는지 여부가 핵심적 판단기준이 된다. 즉, 문제된 규정이 '무엇이 위법인가', '어떤 권리가 발생하는가'를 규율하는 것이 아니라, 그러한 판단에 적용될 국가의 법을 지시하는 경우에는 저촉규범으로서의 성격이 강하게 인정된다.

둘째, 해당 규정이 특정 국가법의 구체적 내용을 실질적으로 통일하려는 것인지, 아니면 어느 국가의 법을 적용할 것인지를 지시하는 연결규범인지가 구별되어야 한다. 전자는 실질법 통일조약의 성격을 가지는 반면, 후자는 전형적인 저촉규범으로 이해된다.

셋째, 개별 조항을 조약 전체의 목적과 체계 속에서 해석하여야 한다. 특히 해당 조약이 다수 국가의 법질서가 병존하는 상황을 전제로 권리의 보호범위, 구제수단 또는 적용법의 통일을 도모하는 구조를 취하고 있는 경우, 그 조약 내 규정이 저촉규범적 기능을 수행하는지 여부는 조약의 목적과 체계에 비추어 판단되어야 한다.

2. 베른협약 제5조 제2항의 저촉규범성 여부

베른협약 제5조 제2항 제2문은 "보호의 범위와 저작자의 권리를 보호하기 위하여

주어지는 구제의 방법은 오로지 보호가 주장되는 국가의 법률의 지배를 받는다"고 규정하고 있다. 이 문언은 단순히 보호의 수준이나 내용을 선언하는 데 그치지 않고, "보호의 범위와 구제수단은 보호가 주장되는 국가의 법률의 지배를 받는다"는 형식으로 적용법을 특정 국가의 법으로 귀속시키고 있다. 이는 분쟁 해결에 적용될 법질서를 직접 지정하는 규정으로서, 전형적인 저촉규범의 구조와 기능에 부합한다.

즉, 베른협약 제5조 제2항 제2문은 특정 국가법의 구체적인 권리 · 의무 내용을 직접 규율하는 실질법 규정이 아니라, 저작권 보호와 구제에 관한 준거법을 '보호국법(lex protectionis)'으로 지정하는 연결규범으로 이해할 수 있다. 베른협약이 국제저작권 보호를 위한 다자조약으로서 각국 법질서의 차이를 전제로 하면서도 보호의 범위와 구제의 기준을 조율하려는 목적을 가진다는 점을 고려하면, 제5조 제2항은 그러한 체계 속에서 저작권 보호와 구제의 준거법을 "보호가 주장되는 국가의 법"으로 통일하려는 규범적 의도를 담고 있다고 평가할 수 있다. 이는 동 조항의 저촉규범적 성격을 강하게 뒷받침한다.

이에 대하여 베른협약의 저촉규범성을 부정하는 견해[357]도 제기된다. 그 논지는 대체로 ① 베른협약은 본래 실질법적 통일을 위한 조약이지 저촉법적 기능을 예정한 것이 아니라는 점,[358] ② 제5조 제2항은 내국민대우 원칙과 보호국법주의를 확인한 선언적 규정에 불과하다는 점,[359] ③ 나아가 조약 규정을 국제사법보다 우선 적용할 경우 국제사법 체계의 통일성과 예측가능성이 훼손될 우려가 있다는 점 등에 기초하고 있다.

그러나 이러한 견해는 베른협약 제5조 제2항 제2문의 규범 구조와 기능을 충분히 반영하지 못한다. 동 규정은 단순히 각국 법질서를 존중한다는 원칙을 선언하는 데 그치지 않고, 보호의 범위와 구제수단의 준거법을 "보호가 주장되는 국가의 법"으로 직접 지정하고 있다. 이는 분쟁 해결에 적용될 법을 특정하는 전형적인 저촉규범의 형식과 기능을 갖춘 것이다. 이를 실질법 규정이나 해석지침에 불과하다고 보는 것은 조문의

357) 이주연, "국제저작권소송의 준거법 판단에 관한 '미르의 전설' 사건의 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결에 대한 비판적 검토", 국제사법연구 제31권 제1호, 한국국제사법학회 (2025), 181-187.
358) 이주연, "국제저작권소송의 준거법 판단에 관한 '미르의 전설' 사건의 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결에 대한 비판적 검토", 국제사법연구 제31권 제1호, 한국국제사법학회 (2025), 181-182.
359) 이주연, "국제저작권소송의 준거법 판단에 관한 '미르의 전설' 사건의 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결에 대한 비판적 검토", 국제사법연구 제31권 제1호, 한국국제사법학회 (2025), 184-186.

문언과 구조, 그리고 베른협약 전체의 규범 체계 속에서 해당 규정이 수행하는 역할을 과소평가하는 해석이라 할 수 있다.

III. 조약의 우선적용 여부

대법원은 대한민국이 가입한 국제조약이 존재하는 경우, 해당 조약은 원칙적으로 민법 · 상법 · 국제사법보다 우선 적용된다는 입장을 취하여 왔다. 이는 조약을 특별법으로, 국내 일반법과 국제사법을 보충적 규범으로 파악하는 태도에 기초한 것으로, 조약이 직접 규율하는 사항에 대해서는 조약이 우선 적용되고, 조약이 규율하지 않는 영역에 한하여 국제사법에 따라 지정된 준거법이 보충적으로 적용된다는 이원적 구조를 형성한다.

이러한 구조는 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(CISG)과 관련한 대법원 2022. 1. 13. 선고 2021다269388 판결에서 명확히 확인된다. 위 판결은 네덜란드 법인과 대한민국 법인 사이의 국제물품매매계약에 관하여 양국이 모두 CISG 가입국이라는 점을 전제로, 계약의 성립, 당사자의 권리 · 의무, 위험의 이전, 손해배상 등 협약이 직접 규율하는 사항에 대해서는 CISG가 우선 적용된다고 판시하였다. 다만 협약이 명시적으로 규율하지 않는 계약의 유효성, 물품의 소유권 귀속, 소멸시효 등과 같은 사항에 대해서는 국제사법에 따라 지정된 준거법이 적용된다고 하여, “조약 우선 – 국제사법 보충”이라는 규범 구조를 분명히 하였다.

동일한 법리는 베른협약 사건에서도 반복된다. 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결은 베른협약 제5조 제2항을 저촉규범으로 인정한 후, 국제저작권 침해에 관하여 보호의 범위와 구제수단에 대해서는 동 조항에 따라 보호국법이 준거법으로 우선 적용된다고 판시하였다. 동시에 베른협약이 직접 규율하지 않는 사항에 대해서는 국제사법에 따라 지정된 준거법이 보충적으로 적용된다고 하여, CISG 판례와 동일한 규범 구조를 취하였다. 이는 조약이 적용범위를 스스로 설정하고 있는 경우, 그 범위 내에서는 조약이 우선하고, 그 밖의 사항에 한하여 국제사법이 기능한다는 점을 분명히 한 것이다.

이와 같은 대법원의 태도는 헌법 제6조 제1항의 규정 취지와도 부합한다. 동 조항

은 “헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정함으로써, 대한민국 헌법이 국제조약을 국내법 질서 속으로 직접 편입하는 방식을 채택하고 있음을 명시한다.[360] 다만 조약의 국내법상 위계에 관하여는, 헌법보다는 하위라는 점에 대해서는 학설과 판례에 이견이 없으나,[361] 법률과의 관계에 관해서는 학계의 견해가 갈린다. 일부는 국회의 동의를 거친 조약만이 법률과 동등한 효력을 가지며, 국회 비동의 조약은 시행령 등 하위법규의 효력에 그친다고 보지만,[362] 다른 견해는 국회 동의 여부와 무관하게 모든 조약이 법률과 동등한 효력을 가진다고 본다.[363] 베른협약은 국회 비동의 조약에 해당하므로, 그 국내법상 위계가 문제될 수 있다. 하급심 판결 중에는 국회 비동의 조약이 시행령 등의 효력에 그친다고 명시한 사례가 존재하나,[364] 대법원은 2020다250561 판결에서 베른협약을 민 · 상법 및 국제사법에 우선하여 적용함으로써, 적어도 사법 영역에서는 베른협약을 법률과 동등하거나 그에 준하는 규범으로 취급한 것으로 평가할 수 있다. 이와 관련하여 국회 비동의 조약의 국내법상 위계에 관한 사법부의 입장이 완전히 명확하다고 보기는 어렵다는 지적도 있으나,[365] 적어도 대법원 판례의 흐름은 조약이 적용되는 영역에 대해서는 국회 동의 여부를 불문하고 민법 · 상법 · 국제사법에 우선하는 규범으로 기능하도록 해석하고 있다.

종합하면, 대법원 판례는 조약을 국제사법에 대한 상위 규범으로, 국제사법을 보충적 규범으로 파악하는 체계적 · 기능적 해석을 일관되게 취하고 있다. 조약이 이미 특정 법률관계를 규율하거나 준거법을 지정하고 있음에도 다시 국제사법을 적용하는 것은 규범의 중복과 충돌을 초래할 수 있으며, 이는 법질서의 통일성과 예측가능성을 저해할

360) 정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례, 제16판, 박영사 (2026), 118.
361) 허영, 한국헌법론, 제22판, 박영사 (2026), 216; 성낙인, 헌법학, 제22판, 법문사 (2026), 327; 김대순, 국제법론, 제22판, 삼영사 (2025), 338; 이준일, 헌법학강의, 제9판, 홍문사 (2025), 181; 장영수, 헌법학, 제16판, 홍문사 (2025), 246; 전광석, 한국헌법론, 제18판, 집현재 (2025), 168–169; 정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례, 제16판, 박영사 (2026), 122; 홍성방, 헌법학(상), 제3판, 박영사 (2016), 280; 헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마139 결정; 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 결정; 헌법재판소 2013. 11. 29. 선고 2012헌마166 결정 등 참조.
362) 허영, 한국헌법론, 제22판, 박영사 (2026), 218; 강경근, 헌법, 법문사 (2002), 115; 전광석, 한국헌법론, 제18판, 집현재 (2025), 169; 한수웅, 헌법학, 제13판, 법문사 (2024), 360; 이주연, “국제 저작권침해소송에서 베른협약 제5조 제2항 적용의 문제점”, 국제사법연구 제24권 제1호, 한국국제사법학회 (2018), 89.
363) 정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례, 제16판, 박영사 (2026), 127.
364) 서울고등법원 2006. 7. 27. 선고 2006토1 결정; 서울고등법원 2013. 1. 3. 선고 2012토1 결정.
365) 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구원, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015), 37에서는 국회 비동의 조약의 국내법상 위계에 관한 “사법부의 입장은 아직 불분명하다고 평가하는 것이 올바른 판단일 것”이라고 한다.

우려가 있다. 이러한 점에서 조약이 규율하는 영역에서는 조약을 우선 적용하고, 조약이 미처 포섭하지 못하는 부분에 한하여 국제사법을 보충적으로 적용하는 대법원의 입장은 규범 체계상 타당한 해석으로 평가할 수 있다.

Ⅳ. 소결

이상을 종합하면, 베른협약 제5조 제2항 제2문은 저작권 보호와 구제의 준거법을 직접 지정하는 저촉규범으로 해석함이 타당하며, 대한민국이 가입한 국제조약이 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 준거법을 직접 규율하는 경우 해당 조약은 국제사법에 우선 적용되고, 조약이 규율하지 않는 사항에 한하여 국제사법이 보충적으로 적용된다고 보아야 한다. 이러한 구조는 CISG 판례와 베른협약 판례를 관통하는 대법원의 일관된 태도이며, 국제사법을 일반법, 조약을 특별법으로 파악하는 체계적 · 기능적 정합성을 갖춘 해석이다. 따라서 베른협약 제5조 제2항의 저촉규범성과 우선적용을 인정한 대법원 2024. 5. 9. 선고 2020다250561 판결의 입장은, 조약의 규범적 성격, 헌법상 조약의 지위, 그리고 국제사법의 보충적 기능을 종합적으로 고려할 때 타당한 해석으로 평가할 수 있다.

제3절 대한민국법의 강행적 적용

Ⅰ. 국제적 강행규정의 의의 및 판단기준

1. 국제적 강행규정의 의의

> **제20조(대한민국 법의 강행적 적용)**
> 입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용한다.

국제사법 제20조는 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용된다.”라고 규정한다. 이때 대한민국의 강행규정은 당사자의 합의에 의하여 그 적용을 배제할 수 없다는 국내적 강행규정이 아니라 준거법이 외국법이라도 그 적용이 배제되지 않는 ‘국제적 강행규정’을 의미한다.[366]

2. 국제적 강행규정의 판단기준

하급심판결은 국제적 강행규정의 판단기준에 관하여 “외국법이 준거법인 경우에도 적용하여야 할 우리 법의 강행규정이란, 구 국제사법 제7조(현행 국제사법 제20조) 자체에서 규정하고 있는 것과 같이 그 입법목적을 고려하여야 하고, 이는 그 법규정을 적용하지 아니하면 우리의 법체계와 사회질서 및 거래 안전 등에 비추어 현저하게 불합리한 결과가 야기될 가능성이 있어 이를 강제적으로 적용하는 것이 필요한 경우이거나, 법 규정 자체에서 준거법과 관계없이 적용됨을 명기하고 있거나 또는 자신의 국제적 또는 영토적 적용범위를 스스로 규율하고 있는 경우 등을 의미한다”라고 판시한 바 있다.[367]

하급심판결에 따르면, 국제사법 제20조의 문언이 제시하는 ‘입법목적’이 국제적 강행규정성 판단의 기준이 된다. 하급심판결은 입법목적에 비추어 국제적 강행규정성에 해당한다고 볼 수 있는 경우로 세 가지를 예시적으로 열거하고 있다. ① 해당 규정을 적용하지 않을 경우 법체계와 사회질서 및 거래안전에 비추어 현저하게 불합리한 결과가 야기될 가능성이 있는 경우, ② 법 규정 자체가 준거법과 관계없이 적용됨을 명시한 경우(역외적용 규정), ③ 자신의 국제적 또는 영토적 범위를 스스로 규율하는 경우(국제적 · 영토적 적용범위에 관한 규정)이다.

문제는 위 ② 또는 ③에 해당되면 ‘입법목적’이라는 요건을 다시 살펴볼 필요가 없는지 여부이다. 어떤 법규가 준거법에 관계없이 적용됨을 명시하고 있다면 그 법률 스스로 적용범위를 정한 것이고 그 자체가 일종의 입법목적이라고 볼 수 있어 국제적

366) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 143; 최흥섭, 한국국제사법 Ⅰ – 법적용법을 중심으로, 한국학술정보 (2019), 208; 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022), 36.

367) 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2015나2065729 판결(확정). 위 판결에서는 정보통신망법에는 준거법이 외국법인 경우에도 정보통신망법을 적용하고자 하는 입법자의 의지가 나타나 있다고 보기 어려우므로 국제적 강행규정에 해당되지 않는다고 판시함.

강행규정에 해당한다는 견해[368]가 있다. 어떠한 법규가 준거법에 관계없이 적용됨을 명시적으로 규정하고 있거나 국제적 · 영토적 범위를 스스로 규율하고 있다면 해당 법률관계의 준거법에 관계없이 그 규정의 적용을 관철하려는 입법자의 의지가 있었다고 보아야 한다. 따라서 이러한 경우에는 입법목적을 별도로 살펴볼 필요는 없다고 판단된다.

그렇다면 국제적 강행규정성 판단기준이 되는 '입법목적'은 어떠한 것이어야 하는지 문제된다. 하급심판결이 '법체계', '사회질서', '거래안전'을 언급하였는데, 이는 공익적 목적에 해당된다. 즉, 국제적 강행규정에 해당하기 위해서는 국가의 정치적, 경제적, 사회적 목적의 실현을 위하여 사인 간의 법률관계에 간섭하는 규정이어야 한다.[369] 사익만을 조정하는 규정은 국내적 강행규정에 해당한다. 문제는 어떠한 규정이 공익과 사익을 동시에 보호하는 경우 어떠한 이익에 중점을 두어 국제적 강행규정성을 판단하여야 할 것인지 여부이다. 만약 어떠한 규정이 개별적인 법률관계에 개입하여 당사자 사이의 불균형을 조정하기 위한 목적보다 정치적, 경제적, 사회적 질서와 관련된 불균형이나 불공정을 시정하기 위한 목적을 가지고 있다면, 사익을 뛰어넘는 공익을 보호하고 있다는 이유로 국제적 강행규정으로 판단할 수 있다고 본다.

II. 국제적 강행규정성에 관한 검토

1. 국제적 강행규정성이 문제되는 법 조항에 대한 검토

가. 국제적 강행규정에 해당하는 경우

(1) 역외적용규정이나 그 국제적 · 영토적 적용범위를 명시하는 규정

공정거래법 제5조, 제9조, 제11조, 제40조, 제45조, 제109조, 외국환거래법 제6조, 제15조 내지 제18조, 대외무역법 제19조 제2항, 직업안정법 제33조 제1항, 국가계약법 제5조의2는 역외적용규정이나 그 국제적 · 영토적 적용범위를 제한하는 규정으로 인하여 그 적용범위에 속하는 한 해당 법률관계의 준거법에 관계없이 적용된다는 점이

368) 이헌묵, "국제적 강행규정의 판단기준", 대한변호사협회, 인권과 정의 제442호 (2014), 85.
369) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022), 42; 최흥섭, 한국국제사법 Ⅰ – 법적용법을 중심으로, 한국학술정보 (2019), 208.

분명하므로, 국제적 강행규정에 해당한다.

(2) 공익을 특별히 보호하기 위한 입법목적이 인정되는 규정

하도급법 제3조의4, 남녀고용평등법 제8조, 제11조는 역외적용되지 않고 국제적 · 영토적 적용범위를 명시하지 않는다. 그러나 정치적, 경제적, 사회적 질서와 관련된 불균형이나 불공정을 시정하기 위한 목적을 가지고 있다는 점에서 공익을 특별히 보호하기 위한 입법목적이 인정된다.

가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다) 제12조 제1항(불공정거래행위의 금지)에 대하여, 판례는 국제거래에 개입하려는 입법자의 의도는 발견하기 어려우며 역외적용과 관련된 특별한 조항을 두고 있지도 않다는 점을 근거로 국제적 강행규정성을 부정한다.[370] 그러나 가맹사업법 제12조의 목적은 단순히 가맹본부와 가맹사업자 사이의 교섭력 불균형을 시정하는 사적 보호에 그치지 않는다. 동 조항은 거래관행으로 고착된 불공정거래행위를 근절하여[371] 시장의 경쟁조건을 개선하고 경제적 불공정을 시정하려는 강한 공적 목적을 가지며, 이는 헌법상 경제질서의 공정성과 관련된 가치 실현과도 연결된다.[372] 특히 가맹사업법은 위 규정을 위반한 가맹본부에 대하여 손해액의 3배를 넘지 않는 범위의 배상책임을 부과할 뿐 아니라(제37조의2), 시정조치 및 공표명령(제33조), 과징금 부과(제35조), 나아가 시정명령 불이행 시 형사처벌까지 예정하고 있다. 이와 같은 강력한 공법적 제재수단의 존재는 해당 규범이 단순한 사법적 이해조정 규범이 아니라 시장질서 유지라는 공익적 목적을 지향하고 있음을 뒷받침한다.[373] 따라서 가맹사업법 제12조 제1항은 경제적 질서와 관련된 불공정을 시정하기 위한 규범으로서 국제사법상 국제적 강행규정에 해당한다고 보아야 한다. 문제는 그 장소적 · 인적 적용범위이다. 가맹사업법의 적용이 가맹계약의 준거법이 외국법이라는 이유만으로 배제된다면, 국내시장에서 이루어지는 가맹사업거래에 관한 불공정거래행위를 효과적으로 규율할 수 없게 되어 입법목적의 달성이 현저히 곤란해진다.[374] 따

370) 대법원 2020. 11. 5. 선고 2020다225442 판결, 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정).
371) 최영홍(집필대표), 온주 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률, 제1조(최영홍 집필 부분) (2020).
372) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2025), 105; 김민경, "가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제12조는 국제적 강행규정인가", 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제63권 제1호 (2022), 21.
373) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2025), 105.
374) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2025), 106.

라서 가맹사업법상 '영업지역'(가맹사업법 제2조 제12호), 즉 가맹사업자가 가맹계약에 따라 상품 또는 용역을 판매하는 지역이 대한민국인 이상 가맹계약의 준거법이 외국법이라도 가맹사업법 제12조 제1항이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.[375] 또한 가맹사업법은 그 인적 적용범위를 국내사업자로 한정하지 않고 가맹계약의 요건을 충족하는 모든 사업거래를 전제로 규정하고 있고, 가맹사업거래가 공정거래법상 불공정거래행위 규제와 밀접하게 연계되어 발전해 온 점도 고려할 필요가 있다. 가맹사업법 제12조의 규제대상은 공정거래법상 불공정거래행위의 성질을 가지고 있는데, 구 공정거래법(2016. 3. 29. 법률 제14137호로 개정되기 전의 것) 제32조, 제34조가 국제계약의 체결 제한 규정(구 공정거래법 제32조, 제34조)을 통하여 국제거래에도 개입하는 체계를 갖추고 있었던 점에 비추어 보면, 가맹사업법의 경우에도 가맹본부가 외국사업자인 경우에 그 국제거래에 적용될 것을 예정하였다고 해석하는 것이 타당하다.[376] 결국 가맹사업법 제12조 제1항은 단순한 사적 보호규범이 아니라 국내시장의 경제적 질서 유지와 관련된 불균형을 시정하기 위한 공익적 목적을 직접적으로 구현하는 규범으로서, 국제사법상 국제적 강행규정에 해당한다고 보아야 한다.

나. 국제적 강행규정에 해당하지 않는 경우

약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라고 한다) 제3조, 제6조, 제14조, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률, 민법 제428조의3(불확정한 다수의 채무에 대한 근보증의 채무 최고액 특정), 민법 제398조 제2항(예정 손해배상액 감액), 상법 제92조의2(대리상의 보상청구권), 상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인의 권한), 상법 제799조 제1항(운송인의 책임경감금지), 보증인 보호를 위한 특별법 제4조(보증채무 최고액의 특정), 제11조(편면적 강행규정)는 공익을 특별히 보호하기 위한 입법목적이 인정되지 않으므로, 국제적 강행규정에 해당한다고 볼 수 없다.

375) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2025), 106; 김민경, "가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제12조는 국제적 강행규정인가", 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제63권 제1호 (2022), 26-27.
376) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2025), 106-107.

2. 판례상 국제적 강행규정성 판단

[표 6] 판례상 국제적 강행규정성 인정 여부

국제적 강행규정성 인정	국제적 강행규정성 부정
• 구 직업안정법 제33조 제1항(근로자공급사업): 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결 • 상법 제374조 제1항 제1호(영업양도에 대한 주주총회의 특별결의요건): 서울고등법원 2017. 1. 17. 선고 2016나2015158 판결(확정)	• 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제12조 제1항(불공정거래행위의 금지): 대법원 2020. 11. 5. 선고 2020다225442 판결, 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정)[377] • 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법') 제3조(약관의 작성 및 설명의무와 편입통제): 대법원 2015. 3. 20. 선고 2012다118846, 118853 판결 • 약관규제법 제6조(불공정 약관조항의 무효): 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결 • 약관규제법 제14조(소송 제기의 금지 조항 또는 재판관할합의 조항의 무효): 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정) • 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률: 서울고등법원 2017. 2. 16. 선고 2015나2065729 판결(확정) • 민법 제428조의3(불확정한 다수의 채무에 대한 근보증의 채무 최고액 특정): 서울고등법원 2021. 10. 14. 선고 2021나2003630(확정) • 민법 제398조 제2항(예정 손해배상액 감액): 대법원 2024. 4. 25. 선고 2019다261558 판결 • 상법 제92조의2(대리상의 보상청구권: 서울고등법원 2005. 1. 14. 선고 2004나14040 판결(확정) • 상법 제15조(부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인의 권한): 서울고등법원 2017. 6. 20. 선고 2015나2070479 판결(확정) • 상법 제799조 제1항(운송인의 책임경감금지): 대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038 판결 • 보증인 보호를 위한 특별법 제4조(보증채무 최고액의 특정), 제11조(편면적 강행규정): 서울중앙지방법원 2013. 3. 29. 선고 2012가합83969 판결(확정)

377) 판례에서는 국제적 강행규정성을 부정하나, 앞서 살펴본 바와 같이 국제적 강행규정성을 인정하는 것이 타

제4절 사회질서에 반하는 외국법 규정의 적용배제(공서조항)

I. 공서조항의 취지

> **제23조(사회질서에 반하는 외국법의 규정)**
> 외국법에 따라야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다.

국제사법 제23조는 "외국법에 따라야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다."라고 규정한다. 이는 외국법을 준거법으로 적용한 결과가 법정지인 대한민국의 본질적 법원칙, 즉 기본적인 도덕적 신념이나 근본적 가치관 · 정의관념에 현저히 반하여 사회적으로 수인할 수 없는 수준에 이르는 경우 그 적용을 배제하려는 것이다.[378] 따라서 공서조항은 외국법의 내용을 직접 교체하거나 새로운 규범을 창설하는 기능을 하는 것이 아니라, 부당한 결과의 발생을 저지하는 방어적 · 소극적 통제장치로 이해된다.[379] 다만 공서조항의 적용은 법적 안정성과 예측가능성을 해치지 않는 범위에서 신중하게 이루어져야 한다.

II. 공서조항의 적용요건

국제사법 제23조는 공서조항의 적용요건으로서 두 가지 요건을 명시한다. 첫째, 외국법이 준거법으로 지정되는 경우여야 한다. 둘째, 외국법 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되어야 한다. 학설에 따라 사안의 내국

당하다고 본다.

378) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 199; 정구태, "한국 민법 제865조 제2항의 적용과 국제적 공서 — 大阪高等裁判所 2014. 5. 9. 判決에 대한 비판적 연구", 한국가족법학회, 가족법연구 제29권 제2호 (2015), 232; 인천지방법원 2020. 12. 15. 선고 2019가합1783 판결(확정).

379) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 199.

관련성 및 현재관련성도 적용요건으로 명시하나,[380] 이는 적용요건이라기보다는 위에서 언급한 두 번째 요건에서 공서 위반의 정도, 즉 '위반의 명백성'을 판단하는 요소로 이해된다. 따라서 사안의 내국관련성 및 현재관련성은 두 번째 요건에서 다루고자 한다.

1. 외국법이 준거법으로 지정될 것

국제사법 제23조는 "외국법에 따라야 하는 경우"에 공서조항이 적용됨을 명시하고 있다. 즉, 공서조항은 대한민국법이 준거법으로 지정되는 경우에는 문제되지 않고, 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에만 적용될 수 있다.

2. 외국법 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 것

가. 공서 위반의 대상: 외국법 규정을 적용한 '결과'

국제사법 제23조는 외국법이 준거법으로 지정된 경우 "그 규정의 적용"이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다고 규정한다. 여기에서 말하는 '외국법 규정의 적용'이란 외국법의 내용 그 자체가 아니라, '해당 외국법을 구체적 사안에 적용함으로써 발생하는 결과'를 의미한다.[381] 공서조항의 취지는 외국법의 규범을 일반적으로 비난하거나 배척하려는 데 있는 것이 아니라, 그 적용 결과로 인해 우리 법질서의 본질적 법원칙이 현저히 훼손되는 사태를 방지하는 데 있다. 따라서 공서조항은 외국법에 대한 추상적 규범통제가 아니라, 구체적 사안에서의 결과 통제를 위한 예외적 장치로 이해되어야 한다.

나. 공서 위반의 의미: 대한민국의 '국제적 공서' 위반

국제사법 제23조가 규정한 "대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서"는 이른바 국제적 공서(international public policy)를 의미한다.[382] 이는 민법 제103조[383]

380) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 201.
381) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 200.
382) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 202.
383) 민법 제103조(반사회질서의 법률행위)
선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.

가 규정하는 국내적 공서(internal public policy)와 구별된다. 국제적 공서는 준거법이 외국법이라 하더라도 양보할 수 없는 공서를 가리키는 반면, 국내적 공서는 준거법이 외국법인 경우에는 일정 부분 양보될 수 있는 공서를 의미한다.[384] 따라서 국내적 공서가 실질법적 공서라면, 국제적 공서는 저촉법적 공서로 이해된다.[385] 국제적 공서는 저촉법적 관점에서 자국 법질서의 불가침적 부분, 즉 고유 법질서의 핵심적 영역을 보호하기 위한 장치로 기능한다.[386] 이와 같은 의미에서 국제적 공서는 국내적 공서보다 좁은 범위의 개념으로서, 국제적 거래질서의 안정이라는 측면까지 고려하여 제한적으로 해석하여야 한다.[387]

국제적 공서는 국제적으로 공통된 가치나 보편적으로 승인된 공서를 의미하는 것이 아니라,[388] 외국적 요소가 존재하는 사안에서 외국법의 적용을 제한하기 위하여 각 국가가 자국의 법질서를 기준으로 설정하는 공서를 뜻한다. 결국 공서 위반 여부는 개별 국가의 법원이 자국의 가치관과 법질서에 비추어 판단하게 되며, 국제사법 제23조에서 문제되는 공서는 대한민국의 법질서에 따라 판단되는 공서라는 점에서 이른바 '공서개념의 국가성'이 인정된다.[389]

민법 제103조의 공서와 비교하면 그 기능적 차이는 더욱 분명해진다. 민법 제103조는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 법률행위를 무효로 하여 사적 자치의 한계를 설정하는 실질법적 일반조항으로서, 법률행위의 내용 자체를 직접 통제한다. 이에 비하여 국제사법 제23조는 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 한하여 작용하며, 외국법 적용의 결과가 우리 법질서의 핵심을 침해하는 경우에 예외적으로 그 적용을 배제한다.

---

384) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 204.

385) 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 9.

386) 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 9.

387) 하급심판결은 구 국제사법 제10조(현행 국제사법 제23조)에서 말하는 국제적 공서는 외국법을 적용한 결과가 우리나라의 본질적 법원칙 즉 기본적인 도덕적 신념 또는 근본적인 가치관념과 정의관념에 반하는 경우 국내법질서를 보존하는 방어적 기능을 가지는 것으로서 "국제적 거래질서의 안정이라는 측면까지 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 한다"고 판시한다. 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정); 인천지방법원 2020. 12. 15. 선고 2019가합1783 판결(확정).

388) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 202; 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 9-10.

389) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 202; 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 10.

즉 민법 제103조가 사법질서 내부에서 법률행위의 효력을 판단하는 규정이라면, 국제사법 제23조는 외국법 적용 결과의 수용 한계를 설정하는 저촉법적 규정이다.

한편 민사소송법 제217조 제1항 제3호[390]의 공서는 외국재판의 승인 여부를 판단하는 단계에서 작용한다. 국제사법 제23조의 공서가 외국법 규정의 적용을 배제하는 기능을 수행하는 데 비해, 민사소송법상의 공서는 외국재판을 승인하는 것이 대한민국의 기본적 법질서에 반하는 경우 그 승인을 차단하는 기능을 수행한다. 국제사법 제23조의 공서와 달리 민사소송법 제217조의 승인공서는 준거법이 외국법이 아닌 경우에도 적용된다.[391]

국제사법 제23조의 공서와 민사소송법 제217조의 승인공서는 '국제적 공서'라는 점에서 공통된다. 즉, 민사소송법 제217조의 승인공서도 '국제적 공서'로서 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 한다.[392] 다만 국제사법 제23조의 공서에 비하여 민사소송법 제217조의 승인공서는 판결의 국제적 유통이라는 요청을 고려하여 더욱 제한적으로 적용된다. 따라서 우리 법원이 직접 재판하였다면 국제사법 제23조에 따라 적용을 배제했을 외국법이 외국법원에서 적용되어 판결이 내려졌다고 하더라도, 그 사정만으로 곧바로 외국판결의 승인이 거부되는 것은 아니다. 이와 같은 현상을 '공서의 완화된 효력' 또는 '완화된 공서이론'이라 한다.[393]

---

390) 민사소송법 제217조(외국재판의 승인)
① 외국법원의 확정판결 또는 이와 동일한 효력이 인정되는 재판(이하 "확정재판등"이라 한다)은 다음 각호의 요건을 모두 갖추어야 승인된다.
1. 대한민국의 법령 또는 조약에 따른 국제재판관할의 원칙상 그 외국법원의 국제재판관할권이 인정될 것
2. 패소한 피고가 소장 또는 이에 준하는 서면 및 기일통지서나 명령을 적법한 방식에 따라 방어에 필요한 시간여유를 두고 송달받았거나(공시송달이나 이와 비슷한 송달에 의한 경우를 제외한다) 송달받지 아니하였더라도 소송에 응하였을 것
3. 그 확정재판등의 내용 및 소송절차에 비추어 그 확정재판등의 승인이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 어긋나지 아니할 것
4. 상호보증이 있거나 대한민국과 그 외국법원이 속하는 국가에 있어 확정재판등의 승인요건이 현저히 균형을 상실하지 아니하고 중요한 점에서 실질적으로 차이가 없을 것
② 법원은 제1항의 요건이 충족되었는지에 관하여 직권으로 조사하여야 한다.

391) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 207.

392) 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결; 서울중앙지방법원 2011. 2. 11. 선고 2010가합31926 판결(확정).

393) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 207.

결국 국제사법 제23조, 민법 제103조, 민사소송법 제217조의 공서는 동일한 표현을 사용하지만 각각 준거법 적용 단계, 법률행위의 효력 판단 단계, 외국재판의 승인 단계에서 작용하는 서로 다른 규범이다. 그 대상 및 효과도 아래 [표 7]에서 보는 바와 같이 다르다. 다만 세 규정 모두 대한민국 법질서의 불가침적 핵심이 침해되는 것을 방지한다는 점에서 공통된 방어적 기능을 수행하며, 국제사법 제23조의 국제적 공서는 그 중에서도 외국법 적용의 결과로 인해 국내 법질서의 핵심이 침해되는 것을 방지하는 기능을 수행한다.

[표 7] 국제사법 제23조, 민법 제103조, 민사소송법 제217조의 공서 비교

구분	국제사법 제23조	민법 제103조	민사소송법 제217조
공서 유형	국제적 공서 (저촉법적 공서)	국내적 공서 (실질법적 공서)	승인공서 (절차적 · 국제적 공서)
작용 단계	준거법 적용 단계	법률행위의 효력 판단 단계	외국재판의 승인 단계
대상	외국법 규정 적용 결과	법률행위	외국재판의 승인
효과	외국법 규정 적용 배제	법률행위 무효	외국재판의 승인 거부
적용범위	제한적	광범위	가장 제한적 (완화된 공서)

다. 공서 위반의 정도: 위반의 '명백성'

(1) 위반의 명백성을 요구하는 취지 및 의미

국제사법 제23조는 준거법으로 지정된 외국법 규정을 배제하기 위해서는 그 적용 결과가 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 "명백히" 위반되어야 함을 명시하고 있다. 따라서 외국법을 적용한 결과가 대한민국의 국제적 공서에 반하는지 여부가 분명하지 않은 경우에는 공서조항을 원용하여 그 적용을 배제할 수 없다.[394] 이는 법원이 공서조항을 과도하게 확장 적용하여 외국법 적용을 쉽게 회피하는 것을 방지하고, 국제사법상 준거법 지정의 취지를 존중하려는 데 그 목적이 있다. 이러한 엄격한 요건

394) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 201; 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 11.

설정은 비교법적으로도 공통적으로 확인되며, 독일 민법시행법(EGBGB)[395] 제6조[396]와 로마 I 규정 제21조[397] 역시 공서 위반이 명백한 경우에 한하여 외국법 적용을 배제하도록 규정하고 있다.

(2) 위반의 명백성 판단요소: 사안의 내국관련성 및 현재관련성

사안의 내국관련성이란 문제된 법률관계가 대한민국과 가지는 실질적 관련성의 정도를 의미한다. 예컨대 당사자의 국적 · 거소, 행위지, 결과발생지, 보호법익의 소재지 등 여러 사정을 종합하여 사안이 우리 법질서와 얼마나 밀접하게 연결되어 있는지를 평가하는 개념이다. 한편 현재관련성은 문제된 법률관계가 현재의 법질서와 어느 정도 직접적인 관련을 가지는지를 의미한다.

그렇다면 이러한 내국관련성과 현재관련성을 국제사법 제23조의 적용요건으로 이해할 수 있는지가 문제된다. 이를 긍정하는 견해[398]도 있으나, 국제사법 제23조의 문언은 외국법이 준거법으로 지정되어 있고 그 적용의 결과가 대한민국의 선량한 풍속이나 사회질서에 명백히 위반될 것을 요구할 뿐, 별도로 내국관련성이나 현재관련성을 요건으로 규정하고 있지 않다. 따라서 이를 공서조항의 독자적 적용요건으로 파악하는 것은 타당하지 않다. 공서조항의 적용요건은 어디까지나 외국법 적용의 결과가 대한민국 법질서의 본질적 가치와 명백히 충돌하는지 여부에 한정된다고 보아야 한다.

다만 내국관련성과 현재관련성은 공서조항의 적용 여부를 판단하는 과정에서 공서 위반의 정도와 공서개입의 필요성을 평가하기 위한 판단요소로 기능한다.[399] 일반적으로 내국관련성이 클수록 외국법 적용의 결과가 우리 법질서에 미치는 영향이 직접적이므로 위반의 정도가 비교적 약하더라도 공서 위반으로 평가될 가능성이 커진다. 반대

---

395) 독일 민법시행법 원문은 독일 연방법무부 법령정보시스템(Gesetze im Internet), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html (2026. 4. 1. 최종 확인).

396) 독일 민법시행법(EGBGB) 제6조
다른 국가의 법규범은 그 적용이 독일법의 본질적 원칙들과 명백히(offensichtlich) 양립할 수 없는 결과에 이르는 경우에는 적용되지 아니한다. 특히 그 적용이 기본권과 양립할 수 없는 경우에는 적용되지 아니한다.

397) 로마 I 규정 제21조
이 규정(Regulation)에 따라 지정된 어느 국가의 법 규정의 적용은, 그 적용이 법정지의 공서(ordre public)와 명백히(manifestly) 양립할 수 없는 경우에 한하여 거부될 수 있다.

398) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 201.

399) 유사한 취지의 견해로는, 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 11-12.

로 내국관련성이 약한 경우에는 외국법 적용의 결과가 우리 법질서의 근본적 가치와 현저하게 충돌하는 경우에 한하여 공서 위반이 인정된다. 또한 현재관련성이 큰 사안일수록 현재의 법질서를 보호할 필요성이 높아 공서개입의 여지가 커지지만, 과거의 법률관계에 관한 사안일수록 공서개입은 보다 신중하게 이루어질 필요가 있다. 결국 내국관련성과 현재관련성은 공서조항의 적용요건이라기보다는 '명백한 위반' 여부를 구체화하기 위한 판단요소로 이해하는 것이 타당하다고 본다.

III. 공서 위반의 판단시점 및 공서조항 적용의 효과

1. 공서 위반의 판단시점

국제적 공서 위반의 판단시점은 원칙적으로 판결 시, 즉 사실심 변론종결 시를 기준으로 보아야 한다.[400] 공서조항은 과거 행위의 위법성을 평가하기 위한 규정이 아니라, 외국법을 준거법으로 적용한 결과를 현재의 우리 법질서가 수인할 수 있는지를 심사하기 위한 규정이기 때문이다. 사회의 기본적 가치관과 정의관념은 시대에 따라 변화하므로, 법원이 보호하여야 할 '우리 사법질서의 불가침적 핵심' 역시 고정된 것이 아니라 현재의 법질서에 따라 파악되어야 한다.[401] 따라서 외국법 적용이 공서에 반하는지 여부는 행위 당시가 아니라 판결 시를 기준으로 판단하는 것이 타당하다.

2. 공서조항 적용의 효과

외국법 적용의 결과가 국제적 공서 위반으로 판단되면 당해 외국법 규정의 적용이 배제된다. 그렇다면 그에 따른 공백은 어떻게 해결하여야 하는지 문제된다. 공서 위반이 확인된 경우의 공백 보충은, 공서 위반의 범위를 필요한 한도에서만 인정하고, 그로 인해 생긴 규범 공백을 최소한의 개입으로 메우는 방향으로 구조화될 필요가 있다.

외국법 규정의 배제 범위는 공서 위반에 해당되는 한정된 범위에서만 인정된다.

400) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 205; 한승수, "우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로", 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019), 12.
401) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 205.

공서 위반이 문제되는 지점은 외국법 전체가 아니라 특정 규정 또는 그 규정의 적용결과에 집중된다. 공서조항은 준거법으로 선택된 외국 법질서가 예정하였던 규율구조를 불필요하게 훼손하지 않으면서도 수인 불가능한 결과를 야기하는 부분을 제거함으로써 방어적 기능을 수행하기 위한 장치이므로, 외국법 규정은 공서 위반에 해당되는 범위에 한정하여 배제되어야 한다.

외국법 규정의 배제로 인해 발생한 공백은 대한민국의 관련 규정으로 보충하여야 한다.[402] 공서조항의 취지가 대한민국 법질서의 본질적 법원칙을 보호하는 데 있는 이상, 외국법 규정이 배제된 경우에는 법정지법인 대한민국법을 적용하여 그 공백을 보충하는 것이 타당하기 때문이다.

만약 대한민국법에 직접 대응되는 규정이 없어 여전히 공백이 남는 경우에는 형평, 신의성실, 권리남용금지와 같은 보편적 법원리를 조리(條理)로서 보충적으로 적용할 수 있다. 이는 재판거부 금지 원칙상 법원이 결론 도출을 회피할 수 없다는 요청에 기초한다. 조리를 적용하여 사안을 해결함에 있어서는 공서조항의 취지(국내 법질서 보호)와 준거법 지정의 취지(외국 법질서 존중)를 동시에 최대한 충족시키기 위하여 최소한의 개입[403]으로 규범 공백을 보충할 필요가 있다.

IV. 공서 위반이 문제된 판례의 검토

1. 외국법이 유류분제도를 인정하지 않는 경우: 서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정)

가. 사실관계 및 법원의 판단

망인은 대한민국에서 혼인과 가족생활을 하다가 1987년경 미국으로 이주하여 미국 시민권을 취득하였고, 사망 당시 미국 뉴욕주에 주소를 두고 있었다. 망인에게는 대

402) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 206.

403) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 206에서는 대한민국법에 공백을 보충할 규범이 없는 경우에는 규정의 흠결이 있게 되고, 이 경우 "외국법에 최소한으로 간섭하는 것(minimum d'atteine porté àloi érangèe)"이 타당하다고 한다.

한민국에 거주하는 자녀(원고)와 미국에 거주하는 자녀들(피고들)이 있었으며, 망인은 생전에 대한민국에 소재한 다수의 부동산을 피고들에게 증여하였다. 이후 망인은 2012년 미국에서 공증된 유언장을 작성하였고, 2016년 뉴욕주에서 사망하였다. 원고는 위와 같은 생전 증여로 자신의 유류분이 침해되었다고 주장하면서 대한민국법에 따른 유류분 반환을 구하였고, 미국 저촉법 제2차 리스테이트먼트(Restatement of the Law, 2nd, Conflict of Laws, 이하 '리스테이트먼트'라고 한다)[404] 및 미국 뉴욕주 상속재산 · 권한 및 신탁법(New York State Law Estates, Powers & Trusts, 이하 'EPTL'이라고 한다)[405]의 규정들을 근거로 부동산 상속에 대하여는 부동산 소재지법이 적용된다는 점을 들어 반정(구 국제사법 제9조, 현행 국제사법 제22조) 또는 숨은 반정의 법리에 의해 대한민국 민법이 준거법이 된다고 주장하였다.

제1심판결[406]은 원고가 반정 또는 숨은 반정의 근거로 든 위 리스테이트먼트 규정 및 EPTL 규정은 유언에 의한 부동산의 처분 등과 관련하여 준거법 지정의 반정을 규정한 것으로 볼 여지가 있을지언정 부동산에 관한 상속 전반에 관한 준거법 지정의 반정을 규정한 것은 아니라고 판시하였다. 따라서 망인이 부동산을 생전에 증여한 이 사건에서 반정 또는 숨은 반정에 따라 대한민국법이 준거법이 된다고 볼 여지가 없고, 미국 뉴욕주법이 준거법으로서 적용된다고 하였다. 미국 뉴욕주법에는 상속과 관련하여 유류분제도가 존재하지 않으므로, 피고들에 의하여 원고의 유류분이 침해되었음을 전제로 한 원고의 주장은 이유 없다고 판시하였다.

원고는 항소이유에서 대한민국 민법의 유류분제도는 유족들의 생존권 보호 등을 입법목적으로 한 강행규정이므로 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 구 국제사법 제7조(현행 국제사법 제20조)에 의해 이를 적용해야 하고, 이 사건의 경우 유류분제도를 인정하지 않는 뉴욕주법을 적용하면 대한민국의 공서양속에 명백히 위반되는 결과가 되므로 구 국제사법 제10조(현행 국제사법 제23조)에 의해 뉴욕주법을 적용해서는 아니 된다고 주장하였다.

---

404) 제1심판결[서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2017가합5106013 판결(확정)] 및 대상판결[서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정)]에서는 "일반적으로 승인되는 미국 국제사법의 일반원칙"이라고 번역한다.

405) 제1심판결[서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2017가합5106013 판결(확정)] 및 대상판결[서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정)]에서는 "뉴욕주 부동산 및 신탁법"이라고 번역한다.

406) 서울중앙지방법원 2017. 12. 13. 선고 2017가합5106013 판결(확정).

항소심판결(서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2018나2005889 판결(확정), 이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 이 사건 상속의 준거법이 피상속인의 본국법인 미국 뉴욕주법임을 확인하면서, "유류분반환청구권은 포기할 수 있는 재산상의 권리인 점 등에 비추어 보면, 유류분제도가 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정이라고 볼 수 없고, 피상속인의 본국법이 유류분을 인정하지 않는 경우에 그 법률을 적용하는 것이 대한민국의 공서양속에 위배된다고 할 수도 없다."라고 판시하였다.

나. 검토

먼저 대상판결이 상속의 준거법을 피상속인의 본국법인 미국 뉴욕주법으로 보고 대한민국법으로의 반정 또는 숨은 반정을 인정하지 않은 점을 살펴볼 필요가 있다. 이에 대하여는 대상판결이 생전증여에 의한 유류분 침해의 성질결정을 상속의 문제가 아닌 생전증여의 문제로 파악하였다고 비판하면서, 미국 리스테이트먼트 규정과 EPTL 규정을 근거로 대한민국법으로의 반정을 인정해야 한다고 주장하는 견해[407]가 있다. 대상판결이 생전증여에 의한 유류분침해의 문제가 상속의 문제가 아니라고 한 판시는 발견되지 않으며, 오히려 생전증여에 의한 유류분 침해에 관한 본 사안에 상속의 준거법인 피상속인의 본국법을 적용하고 있으므로, 생전증여도 상속의 문제로 성질결정하였음을 알 수 있다. 다만 대상판결은 미국 리스테이트먼트 규정과 EPTL 규정의 적용범위를 상속 전반이 아니라 유언에 의한 부동산 처분 등 일정한 영역에 한정된 것으로 해석하였을 따름이다. 따라서 유증에 관한 위 규정들을 보다 확장적으로 해석하여 생전증여에도 적용하고 그 결과 반정을 인정할 여지가 있는지에 대해서는 해석론상 검토할 필요가 있다고 하더라도, 대상판결이 생전증여를 상속의 문제가 아닌 별도의 법률문제로 성질결정하였다는 비판은 적절하지 않다고 본다.

다음으로 국제적 강행규정과 국제적 공서의 관계에 관한 대상판결의 판단을 검토할 필요가 있다. 대상판결은 유류분반환청구권은 포기할 수 있는 재산상의 권리인 점 등을 들어 유류분제도가 국제적 강행규정이 아니고, 공서 위반도 아니라고 판단하였다. 즉, 대상판결은 국제적 강행규정 여부 판단과 공서 위반 여부 판단을 밀접하게 연계하여 설시하고 있다. 국제적 강행규정과 국제적 공서를 동일하게 판단하는 견해[408]도 있다.

407) 장준혁, "유류분의 국제적 강행성 여부와 공서조항에 의한 고려 – 반정을 간과한 사례의 비판을 겸하여", 동아대학교 법학연구소, 국제거래와 법 제40권 (2023), 98, 99, 101.

그러나 국제적 강행규정과 국제적 공서는 경우에 따라 중첩될 수 있으나 동일한 개념은 아니다.[409] 국제적 강행규정(국제사법 제20조)과 국제적 공서(국제사법 제23조)는 모두 외국법 적용을 제한하는 기능을 갖는다는 점에서 관련성을 가지지만, 그 작용방식과 판단기준은 구별된다. 국제적 강행규정은 준거법의 내용이나 그 적용결과와 관계없이 법정지의 규범이 직접 적용되는 규정인 반면, 국제적 공서는 외국법을 적용한 결과가 법정지의 본질적 법원칙에 명백히 반하는 경우에 한하여 그 적용을 배제하는 통제장치이다.[410] 따라서 국제적 강행규정은 규범의 직접적 적용의 문제이고, 국제적 공서는 외국법 적용결과에 대한 사후적 통제의 문제이다. 국제적 강행규정에 해당하지 않는다고 하여 곧바로 공서 위반이 부정되는 것도 아니고, 반대로 공서 위반이 인정된다고 하여 당연히 국제적 강행규정성이 인정되는 것도 아니다.[411] 대상판결의 설시는 두 개념의 판단이 동일하다고 혼동한 것으로 오해될 소지가 있다.

또한 대상판결이 국제적 강행규정 및 공서 위반을 부정한 근거로 유류분반환청구권을 "포기할 수 있는 재산상의 권리"라고 설시한 부분도 문제된다. 이는 '권리의 포기가능성'과 '재산상의 권리'라는 두 개의 부분으로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 실질법상 권리가 포기가능한지 여부는 그 규정이 국제적 강행규정에 해당하는지 또는 공서에 속하는지와 직접적인 관련성을 가지지 않는다. 국제적 강행규정에 기초한 권리라도 당사자의 처분에 맡겨질 수 있다는 점에서 권리의 처분가능성은 그 규범이 보호하려는 법질

408) 이헌묵, "국제적 강행규정의 판단기준", 대한변호사협회, 인권과 정의 제442호 (2014), 89. 이 견해는 국제적 공서가 국제적 강행규정의 진정한 근거가 되고 동시에 판단기준이 된다고 본다.

409) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022), 62.

410) 김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022), 62.

411) 국제적 강행규정과 국제적 공서의 작용범위와 관련하여, 국제적 공서의 작용범위가 더 좁다는 견해[김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022), 62]가 있다. 이 견해는 국제적 공서는 외국법의 적용결과가 법정지에 공서에 명백히 반하여 준거법인 외국법을 적용하는 것이 '혐오스러울 정도(repugnant)'의 상황에서 작용한다는 점에서 국제적 강행규정보다 작용범위가 더 좁다고 한다. 그러나 국제적 강행규정과 국제적 공서의 작용방식과 판단기준은 구별되므로, 양 개념을 같은 선상에서 비교하는 것은 적절하지 않다고 본다. 설령 양 개념을 비교한다고 하더라도 어떤 개념이 더 넓다고 단정하기는 어렵다. 국제적 공서, 즉 대한민국의 본질적 법원칙에 해당하는 핵심적·본질적 부분이 국제적 강행규정만으로 이루어졌다고 볼 수 없다는 점[장준혁, "유류분의 국제적 강행성 여부와 공서조항에 의한 고려 – 반정을 간과한 사례의 비판을 겸하여", 동아대학교 법학연구소, 국제거래와 법 제40권 (2023), 104에서는 국제적 공서 위반 여부를 판단함에 있어서는 국제적 강행규정과 이에 해당하지 않는 규정을 두루 고려하고, "쓰여지지 않은 법, 저변에 깔린 원칙, 법정책과 이익, 법에 선재(先在)하는 습속, 윤리도 고려"하여야 한다고 주장한다]에 비추어 보면 국제적 공서가 국제적 강행규정보다 오히려 범위가 넓은 것으로 볼 수 있으나, 사안의 내국관련성, 현재관련성 등의 판단요소를 고려하여 공서 위반의 명백성 등이 인정되는 경우에만 공서조항에 따라 외국법 규정의 적용을 배제할 수 있음을 고려하면 국제적 공서조항에 따라 외국법 규정이 배제되는 범위가 국제적 강행규정으로 인정되어 대한민국법이 적용되는 범위에 비해 좁아질 수도 있기 때문이다.

서의 중요성과 동일한 기준이 될 수 없다. 따라서 권리의 포기가능성을 국제적 강행규정성 부정 또는 공서 위반 부정의 결정적 근거로 삼는 것은 설득력이 충분하다고 보기 어렵다. 권리의 포기가능성은 국내적 강행규정을 염두에 둔 설시로 판단되나, 국내적 강행규정은 의무자가 임의로 그 의무를 벗어날 수 없는 것을 의미할 뿐,[412] 권리자의 권리 포기 가부(可否)와는 무관하다. 한편 '재산상의 권리'이기 때문에 국제적 강행규정이 아니라거나 국제적 공서 위반이 아니라고 볼 수는 없다. 재산상의 권리라고 하더라도 국제적 강행규정이나 국제적 공서로 평가될 수 있다.[413]

마지막으로 본 사안에서 공서조항을 적용하여 미국 뉴욕주법의 적용을 배제할 수 있는지에 대한 판단이 필요하다. 대상판결의 사안에서 국제사법 제23조의 공서조항이 적용되기 위해서는 본 사안에 유류분제도를 인정하지 않는 미국 뉴욕주법을 적용한 결과가 저촉법적 관점에서 대한민국 법질서의 불가침적 부분, 즉 고유 법질서의 핵심적 영역을 명백히 위반하는 것으로 평가될 수 있어야 한다. 헌법재판소는 여러 차례 유류분제도 자체의 합헌성을 인정한 바 있다(헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정, 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바467 결정, 헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4 등 결정[414]). 헌법재판소는 유류분제도의 입법목적은 피상속인의 재산처분 행위로부터 유족들의 생존권을 보호하고, 상속재산 형성에 대한 기여와 상속에 대한 정당한 기대를 보장하며, 가족의 연대가 종국적으로 단절되는 것을 저지하는 데 있다고 판시한 바 있다.[415] 헌법재판소는 오늘날 사회구조가 산업화 · 정보화 사회로 변화하고, 가족의 모습과 기능이 핵가족으로 바뀌었으며, 남녀평등이 점차로 실현되고 있지만, 이러한 변화에도 불구하고 사회의 기초단위로서 구성원 스스로 존엄과 행복을 지킬 수 있

412) 장준혁, "유류분의 국제적 강행성 여부와 공서조항에 의한 고려 – 반정을 간과한 사례의 비판을 겸하여", 동아대학교 법학연구소, 국제거래와 법 제40권 (2023), 103.

413) 장준혁, "유류분의 국제적 강행성 여부와 공서조항에 의한 고려 – 반정을 간과한 사례의 비판을 겸하여", 동아대학교 법학연구소, 국제거래와 법 제40권 (2023), 104.

414) 헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4 등 결정은 유류분제도 자체의 합헌성을 인정하였다. 그러나 ① 피상속인의 형제자매의 유류분을 규정한 민법 제1112조 제4호를 단순위헌으로 결정하고, ② 유류분상실사유를 별도로 규정하지 아니한 민법 제1112조 제1호부터 제3호 및 기여분에 관한 민법 제1008조의2를 준용하는 규정을 두지 아니한 민법 제1118조는 모두 헌법에 합치되지 아니하고 2025. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다는 결정을 선고하였다. 헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4 등 결정에 대한 분석은, 윤진수, "유류분에 관한 헌법재판소 2024. 4. 25. 결정 및 그에 따른 2026년의 개선입법", 가족법연구 제40권 제1호 (2026), 1 이하 참조.

415) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바144 결정; 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바467 결정; 헌법재판소 2024. 4. 25. 선고 2020헌가4 등 결정.

도록 경제적 · 물리적 · 정서적으로 지원하는 가족의 역할은 오늘날에도 중요한 의미를 가지고, 상속인들은 유류분제도를 통해 사망한 피상속인과의 관계가 지속되고 있음을 확인하고 다른 공동상속인과 경제적인 결합체를 이루면서 가족 간의 연대를 유지하고 있음을 지적하였다. 또한 오늘날 초고령화 사회에 진입한 현실에 비추어 볼 때 피상속인의 배우자나 직계비속도 상속개시 당시 이미 고령이 되어 특별한 경제적 부양이 필요한 경우가 더 늘어날 것으로 예상되고, 아직은 모든 세대와 지역에서 남녀평등이 완전히 실현되었다고 보기 어려운 상황에서 유류분제도가 상속인의 상속재산에 대한 기대를 일정 부분 보장하는 기능을 여전히 수행한다고 하였다. 이러한 점을 고려하면, 유류분제도는 단순한 재산분배 규율을 넘어 가족구성원의 생활보장과 가족공동체의 연대를 유지하기 위한 제도라는 점에서 대한민국 법질서의 핵심적 가치와 밀접하게 관련된다고 판단된다.

또한 2001년 국제사법 전부개정 과정에서도 개정에 관여한 학자들은 당사자자치의 과도한 개입으로 유류분권이 실질적으로 침해되는 경우에는 공서조항을 통해 시정될 수 있음을 전제로 논의를 전개한 바 있어,[416] 유류분제도가 국제적 공서와 무관한 순수한 임의적 재산권 규율에 불과하다고 단정하기는 어렵다. 비록 유류분제도의 입법론적 타당성에 의문을 제기하는 견해가 존재하나,[417] 현행 법질서와 헌법재판소의 판단에 비추어 볼 때 유류분은 가족생활의 보호, 부양적 기능 및 상속에 대한 신뢰보호라는 요소를 결합하여 우리 법질서의 기초적 가치와 결부된 제도로 평가할 수 있다. 따라서 유류분제도는 대한민국의 국제적 공서에 속한다고 볼 수 있다고 본다.

유류분제도가 국제적 공서의 내용을 이룰 수 있다는 점은 비교법적으로도 확인된

416) 최흥섭, “섭외사법 개정법률안의 검토: 자연인, 친족, 상속”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제6호 (2001), 416; 장준혁, “유류분의 국제적 강행성 여부와 공서조항에 의한 고려 – 반정을 간과한 사례의 비판을 겸하여”, 동아대학교 법학연구소, 국제거래와 법 제40권 (2023), 104.

417) 최규환, “유류분 제도에 관한 헌법적 검토”, 헌법재판연구원 (2021), 46–55는 유류분제도에 대한 비판론을 소개한다. 비판론의 핵심은 유류분제도에 대해서는 가족구조의 변화와 평균수명의 증가 등으로 자녀가 이미 경제적으로 독립한 상태에서 상속이 이루어지는 경우가 많아지면서, 사후부양이나 재산형성 기여를 전제로 한 제도의 수단적합성이 약화되었다는 것이다. 그러나 위 보고서, 64–66에서는 비판론을 검토한 후에 유류분제도는 단순한 부양을 넘어 피상속인 사망 전후의 생활관계의 연속성을 보장하고, 배우자 보호 및 공동상속인 간 형평을 유지하는 기능을 수행한다는 점에서 그 효용을 일률적으로 부정하기는 어렵다는 점, 유류분은 가족적 연대와 세대 간 재산 이전을 제도적으로 보장하는 장치로서 헌법상 보호되는 가족관계의 유지와도 관련된다는 점에서 여전히 그 정당성과 필요성이 인정될 수 있다고 한다. 유류분제도의 비판론에 대한 상세한 검토에 관하여는, 정구태, “유류분제도의 존재이유에 대한 현대적 조명 – 유류분제도 비판론에 대한 비판적 검토”, 단국대학교 법학연구소, 법학논총 제33권 제2호 (2009), 709 이하 참조.

다. 독일 연방대법원(BGH)의 1993. 4. 21. 판결[418]에서는 독일 유류분 규정이 독일 국제사법상 공서의 내용을 구성할 수 있음을 인정하면서도, 그 적용은 유족의 최소한의 생활보호가 필요한 경우에 대체로 한정된다고 판시하였다. 즉, 국제적 공서에 속하는 유류분제도의 존재 자체가 곧바로 외국법 배제를 의미하는 것은 아니고, 외국법 적용의 결과가 유족의 생존보장을 현저히 침해하는 경우에 한하여 공서가 작용한다는 입장이다. 프랑스 파기원도 2017. 9. 27. 선고한 2건의 판결[419]에서 프랑스 유류분제도의 핵심적 부분이 국제적 공서에 속함을 명시적으로 인정하였다. 다만 "외국법이 유류분을 알지 못한다는 사정 자체만으로 곧바로 프랑스의 국제적 공서 위반이 되는 것은 아니고, 그 구체적 적용이 프랑스 법질서의 본질적 원칙과 양립할 수 없는 결과를 초래하는 경우에 한하여 배제된다"는 취지의 판시를 하였다. 특히 두 판결은 공서 위반 여부를 판단함에 있어 유류분권자의 재정적 곤궁 여부를 중요한 판단요소로 보았고, 원고들이 성년이며 경제적 궁핍 상태에 있지 않다는 점을 들어 결국 외국법의 적용을 허용하였다. 즉, 비교법적으로도 유류분은 국제적 공서의 내용으로 인정되지만, 공서조항에 따른 외국법 적용 배제는 '외국법 적용의 결과'에 대한 구체적 심사를 통해 제한적으로 이루어지고 있음을 확인할 수 있다.

이러한 관점에서 보면 대상판결의 판단에는 추가적인 검토가 이루어질 필요가 있었다고 보인다. 대상판결은 유류분반환청구권이 포기 가능한 재산권이라는 점 등을 근거로 미국 뉴욕주법의 적용이 공서에 반하지 않는다고 판단하였으나, 그 적용 결과 원고가 생존보장이나 가족생활의 유지 측면에서 어떠한 영향을 받게 되는지에 대한 실질적인 검토는 명시적으로 드러나 있지 않다. 특히 유류분제도가 가족구성원의 생활보장과 부양적 기능을 핵심으로 한다는 점을 고려하면, 뉴욕주법을 적용할 경우 원고가 재정적 어려움이나 궁핍 상태에 이를 가능성이 있는지 여부에 대한 보다 구체적인 검토가 이루어질 필요가 있었다. 또한 공서 위반의 판단과 관련하여 내국관련성 및 현재관련성에 대한 고려도 필요하다. 이 사건에서 생전증여의 대상이 된 재산이 대한민국 소재 부동산이라는 점은 내국관련성을 강화하는 요소로 평가될 수 있으므로, 이에 대한 언급이 함께 이루어졌다면 보다 설득력 있는 논증이 되었을 것으로 판단된다.

418) NJW 1993, 1920; IPRax 1994, 375 ff.
419) n° 1004, 16-13.151; n° 1005, 16-17.198.

2. 외국법에 따라 도메인이름의 사용금지의무와 이전등록의무를 인정하는 경우: 서울중앙지방법원 2007. 8. 30. 선고 2006가합53066 판결(확정)

가. 사실관계 및 법원의 판단

(1) 사실관계

원고는 국내에서 인터넷 관련 사업을 영위하면서 웹사이트 제작 및 운영 서비스를 제공하는 회사이고, 피고는 미국 법인으로서 소셜 네트워킹 서비스(SNS), 검색 · 음악 서비스 등을 제공하는 웹사이트를 운영하고 있다. 피고는 1996년 "myspace.com" 도메인이름을 등록한 후 2003년경부터 이를 이용한 웹사이트를 개설하여 인적 네트워킹 서비스, 인터넷 대화방, 정보검색 및 음악서비스 등을 제공해 왔고, "MYSPACE" 표장을 미국 특허상표청에 상표로 등록하였다. 해당 서비스는 전 세계적으로 1억 명 이상의 회원을 보유하고 있었으며, 대한민국에서도 상당한 이용자와 인지도를 확보하고 있었다.

한편 제3자가 피고 상표의 철자를 일부 변형한 유사 도메인이름들을 등록하였고, 원고는 2006년경 그중 하나인 "myspce.com" 도메인이름을 미화 22,000달러에 양수하여 국내 등록기관을 통해 등록하였다. 원고는 해당 도메인이름을 자신의 다른 웹사이트로 연결시키는 방식으로 사용하면서 'Myspace' 명칭을 검색 카테고리로 사용하고, 다른 사이트로의 링크 및 광고서비스를 제공하였으며 그중에는 피고 서비스와 관련된 사이트 및 음란사이트도 포함되어 있었다. 이에 피고는 ICANN의 통일도메인이름분쟁해결정책(UDRP)에 따라 미국 국가중재위원회에 분쟁을 제기하였고, 중재기관은 원고가 피고 상표와 혼동을 유발할 정도로 유사한 도메인이름을 악의적으로 등록 · 사용하였다고 보아 도메인이름을 피고에게 이전하라는 결정을 내렸다. 원고는 그 결정에 불복하여 국내 법원에 소를 제기함으로써 이전결정의 집행이 보류된 상태에서 이 사건 소송이 제기되었다.

(2) 법원의 판단

서울중앙지방법원 2007. 8. 30. 선고 2006가합53066 판결(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 먼저 ICANN의 통일도메인이름분쟁해결정책(UDRP)이 이 사건의 실체적 권리관계를 판단하는 기준이 될 수 있는지 여부를 검토하였다. UDRP는

도메인이름 등록기관과 등록인 사이의 약관에 편입된 재판외 분쟁처리절차에 관한 규범에 불과하여 상표권자와 등록인 사이의 실체적 권리관계를 직접 규율하는 법규범이 아니므로, 이 사건에서 권리의 존부는 실체법에 따라 판단하여야 한다고 보았다.

다음으로 대상판결은 피고의 청구가 미국 반사이버스쿼팅 소비자보호법(Anticybersquatting Consumer Protection Act, ACPA)에 근거한 권리행사라는 점에서 그 법률관계를 불법행위가 아니라 상표권의 효력에 관한 문제로 파악하였다. 이에 따라 상표권의 효력은 보호국법에 따르므로 피고의 미국 상표권에 기초한 사용금지 및 이전등록청구의 준거법은 미국법이라고 판단하였다. 그러나 미국 ACPA를 적용하여 우리나라 영역 내에서 도메인이름의 사용금지의무 또는 이전등록의무를 인정하는 것은 구 국제사법 제10조(현행 국제사법 제23조)의 공서조항에 반한다고 판단하였다. 그 논거로, 우리나라는 상표권에 관하여 속지주의를 채택하고 있어 각국 상표권의 효력은 해당 국가 영역 내에서만 인정되는데, 미국 상표권에 기초하여 국내 등록 도메인이름의 사용금지나 이전등록을 명하는 것은 미국 상표권의 효력을 대한민국 영역에까지 확장하는 것과 동일한 결과를 초래한다는 점을 들었다. 또한 한 · 미 간에 상대국 상표권의 효력을 자국에서도 인정하도록 하는 조약도 존재하지 않으므로, 이러한 결과는 우리 상표법 질서의 기본이념에 비추어 수인하기 어렵다고 보았다. 따라서 미국 ACPA 규정의 적용은 우리나라의 사회질서에 반하여 배제되어야 한다고 판시하였다.

이에 따라 대상판결은 국내법으로 법률관계의 공백을 보충하여야 한다고 보고 부정경쟁방지법의 적용 여부를 검토하였다. 법원은 피고의 "Myspace" 표지가 국내에서 널리 인식된 영업표지에 해당하고, 원고의 도메인이름 "myspce.com"이 그 표지와 외관 · 호칭 · 관념상 유사하며 실제 운영 형태에 비추어 인터넷 이용자에게 혼동을 초래할 우려가 크다고 판단하였다. 또한 원고가 피고의 표지를 이용하여 이용자를 유인하고 경제적 이익을 얻을 목적이 있었다고 보아 부정경쟁방지법상 부정경쟁행위에 해당한다고 인정하였다. 따라서 원고는 도메인이름 사용을 중지할 의무가 있으나, 부정경쟁방지법만으로 도메인이름의 이전등록까지 명할 수는 없다고 보아 이전등록청구는 받아들이지 않았다.

나. 검토

이 사건에서 대상판결은 피고의 청구권을 미국 상표권의 효력에 기초한 권리로

파악하여 원칙적으로 미국 ACPA를 준거법으로 삼으면서도, 그 적용 결과가 대한민국 법질서의 기본원칙에 반한다고 보아 구 국제사법 제10조의 공서조항을 근거로 외국법의 적용을 배제하였다. 특히 미국 상표권에 기초하여 대한민국 영역 내에서 도메인이름의 사용금지나 이전등록을 명하는 것은 미국 상표권의 효력을 사실상 우리나라에까지 확장하는 결과가 되어 우리 상표법 질서가 전제로 하는 속지주의 원칙에 반한다는 점을 공서 위반의 핵심 근거로 들었다. 이러한 판단구조는 공서조항이 외국법의 내용 자체를 비난하기 위한 규범이 아니라, 외국법을 적용한 결과가 법정지의 본질적 법원칙을 침해하는지를 심사하는 장치라는 점에 부합한다.

대상판결이 공서 위반의 근거로 속지주의 원칙을 들고 있는 점은 타당하다. 지적재산권은 국가별 등록과 보호를 전제로 하는 대표적인 속지적 권리로서, 특정 국가의 상표권은 원칙적으로 그 국가의 영역 내에서만 효력을 가진다. 그런데 외국 상표권에 기초하여 대한민국 내에서 도메인이름의 이전등록이나 사용금지를 명하게 되면, 이는 국내에서 등록 · 관리되는 도메인이름에 대하여 외국 상표권의 배타적 효력을 인정하는 결과가 되어 사실상 외국 상표권을 국내에서 집행하는 것과 동일한 효과를 발생시킨다. 이러한 결과는 단순한 준거법 선택의 문제가 아니라 우리 지적재산권 보호체계의 구조적 전제에 대한 침해에 해당하므로, 외국법 적용의 결과가 수인한도를 넘어선 경우로 평가할 수 있다.

또한 법원이 외국법을 적용하지 않을 경우 국내법으로 법률관계의 공백을 보충하여야 한다고 본 점도 공서조항의 기능에 부합한다. 공서조항은 외국법 적용을 배제하는 데에서 그치는 것이 아니라, 그로 인해 발생하는 규범 공백을 법정지법으로 보충함으로써 분쟁 해결을 가능하게 하는 보충적 기능을 가진다. 이 사건에서 법원이 부정경쟁방지법을 적용하여 사용금지를 인정하되 이전등록까지는 허용하지 않은 것은, 외국 상표권의 국내 집행이라는 결과만을 차단하면서도 국내 법질서의 범위 내에서 권리구제를 인정하려는 것으로서 공서조항의 '최소한의 개입' 원칙과 조화를 이룬다.

다만 이 판결의 논증은 보다 명확히 정리될 여지도 있다. 대상판결에서는 속지주의 원칙을 우리 법질서의 "기본이념"이라고 표현하면서도, 그 원칙이 왜 국제적 공서에 해당하는지에 대한 이론적 설명은 충분히 전개하지 않았다. 지적재산권의 속지주의는 단순한 기술적 규칙이 아니라 권리의 성립 · 이전 · 효력 범위를 국가주권과 결부시켜 이

해하는 법질서의 구조적 원리라는 점을 들어 외국 상표권의 국내 효력을 직접 인정하는 결과가 허용될 수 없는 이유를 보다 명확히 제시할 필요가 있었을 것이다. 그럼에도 불구하고 외국 상표권을 국내에서 직접 집행하는 결과를 배제하고 국내 부정경쟁법 질서에 따라 구제범위를 제한한 결론 자체는 공서조항의 취지와 기능에 비추어 정당한 것으로 평가된다.

3. 외국법이 외국에서 중재절차를 진행하는 중재합의의 유효성을 인정한 경우: 서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정)

가. 사실관계 및 법원의 판단

원고는 대한민국에서 개인사업자로서 성남 분당구 소재 SUBWAY 가맹점을 운영하던 가맹점사업자이고, 피고는 네덜란드에 본사를 둔 글로벌 프랜차이즈 법인(Subway International B.V.)이다. 원고는 2013년 피고와 가맹계약(이하 '이 사건 가맹계약'이라고 한다)을 체결하여 가맹점을 운영하였다. 이 사건 가맹계약에는 모든 분쟁을 국제중재(미국 중재협회 산하 국제분쟁해결센터 중재)에 의해 해결하도록 하는 조항과, 계약의 준거법을 네덜란드법으로 정하는 조항이 포함되어 있었다. 원고는 피고가 인근 지역에 추가 가맹점을 개설하고 KC 인증을 받지 못한 오븐을 공급하여 개업이 지연되었다고 주장하며 손해배상청구소송을 제기하였고, 피고는 이 사건 가맹계약상 중재합의 위반의 항변을 하며 소의 부적법을 주장하였다.

서울중앙지방법원 2020. 4. 1. 선고 2018나63343 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)에서는 중재합의의 성립 및 유효성 판단의 준거법은 당사자가 선택한 법에 따르며, 본 계약에서 준거법으로 네덜란드법이 명시되어 있으므로 중재합의의 유효성도 네덜란드법에 따라 판단하여야 한다고 보았다. 대상판결은 이 사건 가맹계약상 중재조항은 서면으로 작성된 명확한 분쟁해결합의에 해당하므로 유효하게 성립한 중재합의라고 인정하였다.

원고는 이 사건 중재합의는 영세 가맹점사업자인 원고로 하여금 미국 뉴욕에서 중재절차를 거치도록 함으로써 분쟁해결수단에 대한 접근가능성을 원초적으로 차단하고 있음을 지적하며, 구 국제사법 제7조(현행 국제사법 제20조)에 따라 이 사건에 적용

되는 국제적 강행규정인 가맹사업법 제12조 제1항,[420] 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법'이라고 한다) 제14조,[421] 민법 제103조에 따라 이 사건 중재합의가 무효라고 주장하였다. 그러나 대상판결은 국제사법상 국제적 강행규정은 그 입법목적을 고려하였을 때 그 법 규정을 적용하지 아니하면 우리의 법체계와 사회질서 및 거래안전 등에 비추어 현저하게 불합리한 결과가 야기될 가능성이 있어 이를 강제적으로 적용하는 것이 필요한 경우이거나, 법 규정 자체에서 준거법과 관계없이 적용됨을 명시하고 있거나 혹은 자신의 국제적 또는 영토적 적용범위를 스스로 규율하고 있는 경우 등을 의미한다고 보는 것이 타당하다고 보았다. 그런데 가맹사업법과 약관규제법은 국내 거래질서 및 소비자 보호를 목적으로 한 규범일 뿐 국제거래에 개입하려는 입법자의 의도를 발견하기 어렵고 역외적용 규정이 없는 점, 국제사법상 소비자 보호를 위하여 준거법 지정과 관련하여 소비자계약에 관한 강행규정을 별도로 마련해 두고 있는 점 등을 근거로, 위 규정들은 국제적 강행규정에 해당하지 않는다고 판단하였다.

다음으로 대상판결은 구 국제사법 제10조(현행 국제사법 제23조)의 국제적 공서위반 여부를 검토하였다. 국제적 공서는 외국법 적용 결과가 우리나라의 기본적 도덕적 신념이나 정의관념에 반하는 경우에만 제한적으로 인정되어야 한다고 전제하였다. 대상판결은 이 사건 중재조항에 따라 미국에서 중재절차가 진행되더라도 '서면에 기초한 심리'에 의하게 되며 만일 피고가 구두심리를 요청한다고 하더라도 '전화 회의'로 행해지게 되므로 원고가 직접 미국에 방문하지 않고도 중재절차를 진행할 수 있으며, 중재비용도

420) 제12조(불공정거래행위의 금지)
① 가맹본부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위를 하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.
1. 가맹점사업자에 대하여 상품이나 용역의 공급 또는 영업의 지원 등을 부당하게 중단 또는 거절하거나 그 내용을 현저히 제한하는 행위
2. 가맹점사업자가 취급하는 상품 또는 용역의 가격, 거래상대방, 거래지역이나 가맹점사업자의 사업활동을 부당하게 구속하거나 제한하는 행위
3. 거래상의 지위를 이용하여 부당하게 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위
4. 삭제
5. 계약의 목적과 내용, 발생할 손해 등 대통령령으로 정하는 기준에 비하여 과중한 위약금을 부과하는 등 가맹점사업자에게 부당하게 손해배상 의무를 부담시키는 행위
6. 제1호부터 제3호까지 및 제5호 외의 행위로서 부당하게 경쟁가맹본부의 가맹점사업자를 자기와 거래하도록 유인하는 행위 등 가맹사업의 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위

421) 제14조(소송 제기의 금지 등)
소송 제기 등과 관련된 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조항은 무효로 한다.
1. 고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항
2. 상당한 이유 없이 고객에게 입증책임을 부담시키는 약관 조항

양 당사자가 동일하게 부담하게 되므로, 이 사건 중재합의가 원고에게 수인할 수 없는 과도한 부담을 부과한다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 따라서 네덜란드법에 따라 그 유효성이 인정되는 이 사건 중재합의가 대한민국의 국제적 공서에 명백히 위반되는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 대상판결은 이 사건 중재합의는 유효하고, 분쟁은 중재대상에 포함되므로 법원에 제기된 소는 중재합의 위반으로 부적법하다고 보아 각하하였다.

나. 검토

이 사건의 핵심 쟁점은 네덜란드법에 따라 유효로 인정되는 중재합의에 대하여 가맹사업법 제12조 제1항, 약관의 규제에 관한 법률(이하 '약관규제법') 제14조 및 민법 제103조가 국제적 강행규정으로서 직접 적용되어 그 효력을 부정할 수 있는지, 또는 위 규정들이 국제적 공서의 내용을 이루어 준거법인 네덜란드법의 적용을 배제할 수 있는지 여부에 있다.

먼저 국제적 강행규정성에 관한 판단을 보면, 법원은 가맹사업법 제12조 제1항의 국제적 강행규정성을 부정하였다. 그러나 본 보고서 제5장 제3절 Ⅱ.항에서 살펴본 바와 같이 가맹사업법 제12조 제1항의 국제적 강행규정성을 부정하는 것은 타당하지 않다. 가맹사업법 제12조 제1항은 단순히 가맹사업자 개인을 보호하는 사법적 규정에 그치지 않고, 국내 시장에서 고착된 불공정거래 관행을 제거하고 공정한 경쟁질서를 확립하려는 강한 공익적 목적을 가진 규정이다. 또한 동 규정은 시정조치, 과징금, 공표명령 및 형사처벌까지 예정하고 있어 사적 권리구제 규범을 넘어 경제질서 유지라는 공법적 기능을 수행한다. 특히 가맹사업의 영업지역이 대한민국에 존재하는 이상 가맹계약의 준거법이 외국법이라는 사정만으로 그 적용을 배제한다면 입법목적은 사실상 무력화된다. 따라서 가맹사업법 제12조 제1항은 국제사법상 국제적 강행규정으로 보아야 하고, 이에 따라 외국법을 준거법으로 한 중재합의라 하더라도 그 효력을 부정할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이와 달리 판단한 대상판결은 국제적 강행규정의 기능과 적용범위를 지나치게 제한적으로 이해한 것으로 평가된다.

반면 약관규제법 제14조에 관하여 법원이 국제적 강행규정성을 부정한 부분은 타당하다고 본다. 약관규제법에는 계약의 준거법이 외국법인 경우에도 반드시 적용된다는 명시적 규정이 존재하지 않고, 역외적용을 예정한 규정도 두고 있지 않다. 또한 그 장소

적 적용범위를 국제거래에까지 확장하려는 입법자의 의사를 해석상 도출하기도 어렵다. 약관규제법은 기본적으로 국내 거래관계에서의 계약내용 통제를 목적으로 하는 사법적 규범으로서, 국제사법상 준거법의 지정에도 불구하고 직접 적용되어야 할 정도의 공익적 성격을 가진 규범으로 보기는 어렵다. 민법 제103조 역시 국내적 강행규정에 해당할 뿐, 준거법이 외국법인 경우에도 항상 적용되어야 하는 국제적 강행규정으로 볼 수 없음은 명백하다.

가맹사업법 제12조 제1항이 국제적 강행규정에 해당하는 이상, 원칙적으로 그 규정에 따라 중재합의의 효력은 부정되므로 이 사건에서 별도로 국제적 공서 여부를 판단할 필요는 없다. 다만 이 사건에서 공서 위반 여부의 판단의 타당성을 살펴보고자 한다.

우선 가맹사업법 제12조 제1항은 국제적 공서의 내용을 이룬다고 볼 수 있다. 동 규정은 거래질서의 공정성이라는 우리 법질서의 핵심적 가치와 직결되고, 국내시장에서의 경제적 약자 보호와 경쟁질서 유지라는 기본적 법원칙을 구현한다. 따라서 이를 배제한 채 외국법에 따라 중재합의를 유효로 인정하는 결과가 발생한다면 대한민국 법질서의 본질적 가치와 충돌할 가능성이 크다. 이에 반해 민법 제103조는 국내적 공서에 해당할 뿐 국제사법 제23조의 국제적 공서에 포함된다고 보기는 어렵다. 민법 제103조는 국내 사법질서 내에서 계약내용의 타당성을 통제하는 일반조항으로서, 준거법이 외국법인 경우에도 반드시 관철되어야 할 최소한의 법질서를 의미하지는 않는다. 약관규제법 제14조 역시 국제적 공서에 해당한다고 보기는 어렵다. 국제적 공서는 외국법 적용의 결과가 법정지의 본질적 법원칙을 현저히 침해하여 수인할 수 없는 경우에만 작용하는데, 약관규제법 제14조는 개별 계약조항의 공정성 통제에 관한 규정으로서 그 적용이 배제된다고 하여 곧바로 대한민국 법질서의 근본적 가치가 침해된다고 보기는 어렵다. 즉 약관규제법 제14조는 준거법이 외국법인 경우 일정 부분 양보될 수 있는 규범으로, 국제적 공서가 아니라 국내적 공서에 가까운 성격을 가진다고 평가된다.

이 사건에서 가맹사업법 제12조 제1항이 국제적 공서의 내용을 이룬다고 평가할 수 있더라도 곧바로 공서조항 위반으로 판단할 수 있는 것은 아니다. 그러나 국제사법 제23조의 공서조항은 추상적으로 외국법 규범 자체를 배제하는 규범통제가 아니라, 개별 사안에서 외국법을 적용한 결과가 대한민국의 국제적 공서에 명백히 위반되는지를 판단하는 개별적 통제에 해당한다. 따라서 가맹사업법 제12조 제1항이 중요한 공익적

규범이라는 사정만으로 곧바로 네덜란드법의 적용을 배제할 수는 없고, 외국법 적용의 결과가 우리 법질서의 본질적 가치와 충돌하는 정도에 이르렀는지를 별도로 검토하여야 한다. 대상판결이 중재절차가 해외에서 진행되더라도 서면심리나 전화회의 참여가 가능하다는 점, 중재비용을 일방에게 과도하게 전가하지 않는다는 점 등을 언급한 것은 바로 이러한 관점에서 외국법 적용결과의 수인가능성을 평가한 것으로 이해할 수 있다. 즉 가맹사업법 제12조 제1항이 거래상 지위를 이용한 불이익 제공 등을 금지한다고 하더라도, 네덜란드법에 따라 중재합의가 유효로 인정되어 미국에서 중재가 진행되는 사정이 곧바로 가맹점사업자의 권리구제 자체를 현저히 곤란하게 하거나 사실상 박탈하는 수준에 이르렀다고 단정하기는 어렵다. 특히 원격절차 참여가 가능하고 비용부담도 균등하게 이루어지는 경우라면, 외국 중재절차의 진행으로 인해 가맹사업자의 실질적 권리행사가 사실상 불가능해진다고 보기는 어렵다. 그렇다면 외국법 적용의 결과가 공정거래질서의 핵심을 침해하여 우리 법질서가 도저히 수인할 수 없는 정도에 이르렀다고 평가하기는 곤란하다는 점에서 국제적 공서 위반의 명백성을 인정하기는 어렵다.

따라서 이 사건에서는 가맹사업법 제12조 제1항이 국제적 공서의 내용을 이룬다는 점이 인정되더라도, 네덜란드법을 적용하여 중재합의를 유효로 본 결과가 대한민국의 국제적 공서에 명백히 위반된다고 보기는 어렵다. 따라서 국제사법 제23조에 따라 네덜란드법을 배제할 수는 없다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 가맹사업법 제12조 제1항은 국제적 강행규정에도 해당되므로, 국제사법 제20조에 따라 이 사건에 직접 적용되어야 하고, 이에 따라 결론적으로 이 사건 중재합의는 무효라고 판단하여야 할 것이다.

4. 외국법이 파양을 전면 불허하는 경우: 서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결(확정)

서울가정법원 1996. 10. 31. 선고 94드89245 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 입양의 준거법인 외국법이 파양을 전면 불허하는 경우 그 적용이 섭외사법 제5조(현행 국제사법 제23조)에 따른 국제적 공서 위반이라고 판단하였다. 대상판결은 한국 국적을 가지고 한국에 주소를 둔 양자인 원고가 미국 국적을 가지고 알라바마주에 주소를 가지고 있던 양친인 피고를 상대로 파양을 구하는 사건으로, 파양은 양친의 본국법에 따르므로 이 사건의 준거법은 미국 알라바마주법이었다. 그러나 대상

판결은 알라바마주법에 따르는 한 어떠한 경우에도 원고와 피고는 파양할 수 없게 되는데, 이를 관철하는 경우에는 피고가 원고를 악의로 유기한 채 장기간에 걸쳐 아무런 연락도 없고 행방조차 알 수 없는 데다가 양자인 원고가 그 관계의 청산을 간절히 바라고 있음에도 불구하고 원고로 하여금 형식적으로 양친자 관계를 유지하도록 강요하는 결과가 된다고 보았다. 이러한 결과는 양자의 복지를 주된 목적으로 하는 양자제도의 본질에 반하고 우리의 선량한 풍속 기타 사회질서에도 위반되므로, 섭외사법 제5조(현행 국제사법 제23조)에 따라 알라바마주법의 적용을 배제하고 대한민국법을 적용하였다.

대상판결의 국제적 공서 위반 판단은 타당하다고 평가된다. 외국법 적용의 결과가 당사자의 인격적 · 가족법적 지위를 사실상 구속하여 인간적 생활관계의 정상적 형성을 현저히 침해하는 경우에는 우리 법질서가 수인할 수 없는 상태에 이르렀다고 보아야 한다. 특히 장기간의 유기 상태에서조차 법률상 친자관계를 해소할 수 없도록 하는 결과는 가족법 질서의 핵심 가치인 양자의 복지와 인간적 생활관계의 회복 가능성을 부정하는 것이므로, 준거법인 외국법이 파양을 전면 불허하는 경우 대한민국의 국제적 공서에 의하여 외국법을 배제하여야 한다.

5. 외국법이 이혼을 전면 불허하는 경우: 서울가정법원 1981. 3. 11. 선고 79드2574 판결(확정)

서울가정법원 1981. 3. 11. 선고 79드2574 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 이혼의 준거법인 외국법이 이혼을 전면 불허하는 경우 그 적용이 섭외사법 제5조(현행 국제사법 제23조)에 따른 국제적 공서 위반이라고 판단하였다. 이 사건은 대한민국 국적의 여성인 청구인이 필리핀공화국 국적의 남성인 피청구인을 상대로 제기한 이혼심판청구 사건으로, 법원은 섭외사법 제18조에 따라 이혼의 준거법을 부(夫)인 피청구인의 본국법인 필리핀공화국 법으로 보았다. 그런데 필리핀공화국 민법에 해당되는 법률 제386호 제97조는 처의 간통이나 부의 축첩 등의 사유가 있는 경우 법정별거만을 허용할 뿐 이혼제도 자체는 인정하지 않는 것으로 해석되었고, 같은 법 제15조가 본국법주의를 채택하고 있어 반정의 가능성도 없다고 판단하였다. 대상판결은 이러한 외국법을 그대로 적용할 경우 청구인은 어떠한 사정에서도 혼인관계를 해소할 수 없게 되는데, 이는 협의이혼과 재판상 이혼을 모두 폭넓게 인정하는 우리 법제도에 비추어

부당한 결과를 초래하여 선량한 풍속과 사회질서에 반한다고 보아, 섭외사법 제5조(현행 국제사법 제23조)에 따라 필리핀공화국법의 적용을 배제하고 대한민국 민법을 준거법으로 적용하였다.

혼인관계의 해소가 어떠한 경우에도 허용되지 않는 결과는 개인의 인격적 생활관계 형성의 자유와 가족생활의 실질적 안정이라는 우리 법질서의 핵심 가치와 현저히 충돌한다. 특히 파탄된 혼인을 법적으로 종료할 수 없게 하는 것은 당사자의 인간다운 생활을 장기간 구속하는 효과를 가져오므로, 단순한 제도 차이의 문제를 넘어 우리 사회가 수인할 수 없는 상태에 이르게 된다. 따라서 외국법 적용의 결과가 혼인관계의 해소 가능성을 전면적으로 봉쇄하는 경우에는 대한민국의 국제적 공서 위반으로 해당 외국법을 배제하고 대한민국법을 적용하여야 한다.

6. 외국법이 도박채무의 유효성을 인정하는 경우: 서울지방법원 1999. 7. 20. 선고 98가합48946 판결(확정)

서울지방법원 1999. 7. 20. 선고 98가합48946 판결(확정)(이하 본 항목에서 '대상판결'이라고 한다)은 미국 네바다주의 카지노가 한국인을 상대로 카지노 도박장에서 사용되는 칩을 대여하는 내용의 신용대부약정에 기초하여 대출금 반환을 청구한 사건에서, 대출계약의 준거법인 네바다주법이 대출계약의 유효성을 인정하더라도 그 적용은 공서 위반에 해당한다고 판단하였다. 대상판결은 섭외사법 제5조의 취지에 따라 외국법의 규정 자체의 내용뿐만 아니라 그 적용 결과가 대한민국의 사법질서에 미치는 영향 및 그 적용을 배제하는 것이 국제사법질서를 현저히 해치는지 여부를 종합적으로 고려하여야 한다는 기준을 제시하였다. 대상판결은 네바다주법이 일정한 도박채무의 유효성과 법적 절차에 의한 강제회수를 보장하는 반면, 우리 법은 도박행위를 엄격히 제한하고 도박채무의 이행을 강제하지 아니하는 강행적 규율체계를 가지고 있다는 점에 주목하였다. 나아가 해외 카지노에서의 도박행위라고 하여 그 사회적 해악이 경감된다고 볼 수 없고, 오히려 고액의 도박채무가 발생하여 국민의 건전한 경제생활과 근로관념에 미치는 부정적 영향이 클 수 있으며, 특히 신용대부약정을 통한 신용도박은 도박행위자로 하여금 감당하기 어려운 규모의 채무를 부담하게 할 위험성을 내포하고 있어 국내 범죄행위를 사실상 조장하는 결과로 이어질 수 있다는 점도 함께 고려하였다. 또한 네바다주

에서조차 도박채무의 법적 절차에 의한 회수가 허용된 것이 비교적 최근의 일이고, 미국 내 다수의 주에서도 공공질서에 반한다는 이유로 이러한 도박채무의 집행을 배척하고 있다는 사정 및 일부 국가에서 신용도박을 금지하고 있는 점 등을 종합하여, 네바다주법의 적용을 배제하더라도 국제사법질서를 현저히 무시하는 결과가 된다고 보기는 어렵다고 보았다. 이러한 판단을 바탕으로 대상판결은 네바다주법을 적용하여 도박채무의 유효성과 강제집행을 인정하는 것은 대한민국의 사법질서를 중대하게 침해하는 결과를 초래한다고 보아, 섭외사법 제5조(현행 국제사법 제23조)에 따라 그 적용을 배제하고 법정지법인 대한민국법을 적용하였다.

대상판결의 판단은 공서조항의 기능과 그 적용구조에 비추어 볼 때 타당한 것으로 평가된다. 도박채무의 유효성을 인정하는 미국 네바다주법을 적용할 경우, 국내에서 원칙적으로 보호되지 않는 채권을 법원이 실질적으로 집행하는 결과가 되어 우리 법질서의 기본적 가치인 사행행위 억제 정책을 무력화하는 결과를 초래할 수 있다. 특히 우리 법이 사행행위를 엄격히 제한하고 도박채무의 사법적 보호를 부정함으로써 형성하고 있는 규율체계에 비추어 보면, 외국법의 적용을 통하여 그와 같은 채무의 이행을 강제하는 것은 국내 법질서의 근간과 긴장관계를 형성하게 된다.

나아가 도박채무의 사법적 집행이 외국에서도 일관되게 보호되는 법적 이익이라고 보기 어렵다는 점 역시 중요하다. 미국 네바다주에서조차 도박채무의 강제집행이 비교적 최근에 이르러서야 허용되었고, 미국 내 다수의 주에서는 여전히 공공질서를 이유로 그 집행을 배척하고 있는 사정은, 이러한 채권의 보호가 보편적 규범이라기보다는 정책적 판단에 따라 달리 취급되는 성격의 것임을 시사한다. 이러한 점은 네바다주법의 적용을 배제하더라도 국제사법질서를 현저히 침해한다고 보기 어렵고, 오히려 공서조항이 예정한 예외적 통제의 정당성을 뒷받침하는 것으로 볼 수 있다.

결국 도박채무의 유효성을 인정하는 네바다주법을 적용하는 것은 외국의 도박제도를 국내에서 실질적으로 지원하는 것과 다름없어 사행행위 억제라는 대한민국의 국제적 공서에 명백히 반한다. 따라서 대상판결이 공서 위반을 이유로 미국 네바다주법의 적용을 배제한 대상판결의 판단은 타당하다.

제5절 준거법인 외국법 해석 · 적용의 잘못과 상고이유

대한민국 법원이 대한민국 국제사법을 잘못 적용하여 국제사법이 지정하는 준거법이 아닌 제3국의 법을 준거법으로 적용한 경우에는 상고이유가 된다. 그런데 대한민국 법원이 국제사법에 따른 준거법은 정확히 지정하였으나, 해당 외국법의 해석을 잘못한 경우에 상고이유가 되는지 문제된다.

외국법이 준거법인 경우 외국법의 해석은 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석 · 적용되고 있는 의미 · 내용대로 해석 · 적용되어야 한다(대법원 1996. 2. 9. 선고 94다30041, 30058 판결). 법원이 외국법의 해석에 관한 법리를 오해한 경우에 상고이유가 되는지에 대하여 독일은 부정하는 입장을 취한다. 독일 민사소송법 제549조 제1항에 따르면 상고는 재판이 연방법 또는 그 타당범위가 고등법원의 지역을 넘어서 미치는 규정의 위반에 기초한 경우에만 허용되므로 외국법 위반은 상고이유가 되지 않는다.[422]

그러나 대법원 판례는 외국법의 해석의 잘못이 상고이유가 된다는 입장이다. 대법원 2007. 6. 29. 선고 2006다5130 판결은 외국법 해석의 오류가 상고이유가 되는지 여부를 직접적으로 다룬 판례이다. 이 사건은 폴란드 국적 선박의 소유권 귀속과 가압류의 효력에 관한 분쟁으로서, 선박의 매매와 소유권 이전이 폴란드 법률에 따라 이루어진 경우 우리나라에서 이루어진 가압류의 효력이 인정되는지가 문제되었다. 사실관계를 보면, 폴란드 법인 오드라 딥씨 피씽 컴퍼니(이하 '오드라'라고 한다)는 2003. 9. 선박을 캐나다 법인 트라이튼 마린 그룹 잉스(이하 '트라이튼'이라고 한다)에 매도하고 공증을 받았고, 트라이튼은 다시 러시아 법인인 원고에게 매도하였다. 이후 오드라는 폴란드 법원에 선박등기 말소를 신청하였고, 폴란드 법원은 선박이 외국인에게 양도되어 국적을 상실하였다는 이유로 선박등기를 말소하였다. 한편 그 사이 우리나라에서 오드라를 채무자로 하는 채권자들(피고들)이 선박에 대해 가압류를 집행하였다. 따라서 가압류 당시 선박의 소유자가 누구인지가 쟁점이 되었다. 대법원은 먼저 외국법 해석의 일반 원칙을 설시하였다. 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 적용될 외국법의 내용과 의미는 그 법이 속한 국가에서 실제로 해석 · 적용되는 의미에 따라 파악되어야 하고, 특별한

422) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 132, 주 41.

사정이 없는 한 그 나라 최고법원의 해석을 존중해야 한다고 하였다. 다만 판례나 해석 자료가 충분하지 않아 내용 확정이 곤란한 경우에는 일반적인 법해석 방법에 따라 그 의미를 확정할 수 있다고 하였다. 그 다음 대법원은 폴란드 민법 제155조 제1항과 폴란드 해상법 제74조 등을 종합하여, 선박 소유권은 점유 이전이나 등기 없이도 서면계약과 공증만으로 이전된다고 보았다. 또한 폴란드의 "영구적 등기 및 담보권에 관한 법률" 제29조의 소급효 규정에 따라 선박등기 말소 신청 시점부터 제3자에 대한 대항력이 발생한다고 해석하였다. 따라서 등기부 기재를 믿고 이루어진 가압류라도, 그 이전에 소유권을 취득한 제3자에게는 대항할 수 없다고 보았다. 원심은 선박등기의 대항력 규정을 근거로 소급효가 제한된다고 보아 가압류를 유효로 판단하였으나, 대법원은 이러한 해석은 외국법 해석에 관한 법리를 오해한 것이라고 판단하였다. 결국 대법원은 원심판결에 외국법령 해석의 법리오해가 있어 판결에 영향을 미쳤다고 보아 원심판결을 파기환송하였다.

이 판결은 외국법의 성질을 '사실'이 아니라 '법'으로 파악한다는 점을 분명히 했다는 데 의의가 있다. 만약 외국법 해석을 사실판단으로 본다면 이는 원칙적으로 상고심의 심리대상이 되지 않게 된다. 그러나 국제사법 체계에서 외국법은 단지 증명되는 자료가 아니라 법원이 적용해야 할 규범이며, 그 의미의 확정은 재판의 결론을 좌우하는 핵심적 법률문제이다. 따라서 외국법 해석의 잘못을 단순한 사실오인으로 취급하는 것은 국제사법의 구조와 양립하기 어렵다. 또한 외국법의 해석이 상고심의 통제를 받지 않는다면 동일한 외국법이 사건마다 다르게 적용되는 결과가 발생할 수 있다. 이는 국내 법질서 내에서 외국법 적용의 통일성을 해치고, 국제거래 당사자의 예측가능성을 현저히 저하시킨다. 특히 국제거래가 증가하는 상황에서 외국법 적용의 통일은 법적 안정성 확보를 위해 필수적이다.

외국법 해석의 잘못을 상고이유로 인정하지 않는 입장은 외국법 내용 파악의 어려움과, 외국법의 해석에까지 최고법원이 관여할 경우 최고법원의 권위가 약화될 수 있다는 우려에 근거한다.[423] 그러나 이러한 이유만으로 상고심의 통제를 배제하는 것은 타당하지 않다. 외국법의 적용 역시 대한민국 법원이 수행하는 사법작용의 일환이며, 그 최종적 통일적 해석 권한은 최고법원에 귀속되어야 한다. 오히려 우리나라에서는 대법원이

423) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 132-133.

외국법을 가장 정확하게 조사 · 해석할 수 있는 역량과 절차적 수단을 갖추고 있고, 국제교류의 확대에 따라 국제적 사안을 최고법원이 통제할 필요성도 커지고 있다.[424] 더 나아가 동일한 외국법의 국내적 적용을 통일할 필요성까지 고려하면, 외국법 해석의 오류를 상고이유로 인정하는 대법원의 입장은 국제사법의 기능과 법적 안정성의 요청에 부합하는 것으로 평가된다.

424) 석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025), 133.

제6장

결 론

JPRI
Judicial Policy
Research Institute

본 연구는 외국적 요소가 있는 사건에서 국제사법에 따른 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용이 실제 재판 실무에서 어떠한 방식으로 이루어지고 있으며, 그 과정에서 발생하는 구조적 문제를 분석하고 실무적 지침과 제도적 개선방안을 제시하는 것을 목적으로 하였다. 실무상으로는 법률관계에 외국과 관련된 요소가 있어 준거법의 지정이 문제되는 사건임에도 당사자들이 해당 사건이 국제사법의 적용대상이 되는 법률관계라는 점을 인식하지 못하는 경우가 적지 않고, 재판부가 석명권을 행사한 이후에야 비로소 국제사법에 따른 준거법 지정의 필요성이 인식되는 사례도 확인된다. 또한 재판부 역시 구체적 사안에서 문제된 법률관계가 국제사법의 적용대상인 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'인지 판단하기 곤란한 경우가 있으며, 준거법이 외국법으로 지정된 이후에도 당사자가 외국법 자료를 충분히 제출하지 않는 한 법원이 직권으로 그 내용을 파악하는 것은 쉽지 않다. 외국 입법과 판례에 대한 접근의 곤란, 언어상의 장애, 그리고 이를 지원할 전문적 조직이나 인력의 부재로 인해 외국법 조사에는 상당한 부담이 수반된다. 그럼에도 기존 연구는 국제사법 규정의 해석을 중심으로 한 이론적 논의에 치중되어 실무적 고찰이 충분하지 않았고, 그 결과 구체적 사건에서 국제사법 규정을 적용하는 과정에서 혼란이 발생하였다. 이에 본 연구는 준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용의 각 단계에서 나타나는 쟁점을 체계적으로 정리하고, 실무적 기준과 제도적 개선방안을 함께 제시하였다.

제2장에서는 국제사법의 적용 전제가 되는 '외국과 관련된 요소가 있는 법률관계'의 판단기준을 검토하였다. 대법원 판례는 협의설의 입장에서 국제사법상 연결점이 단순히 존재하는 것만으로는 부족하고 외국과의 밀접관련성과 국제사법 적용의 합리성까지 요구한다. 다만 최근 대법원 판결 중에는 국제사법상 연결점에 해당하는 외국적 요소가 존재하는 경우 원칙적으로 국제사법을 적용하여야 한다는 구조를 취함으로써 종전보다 완화된 기준을 제시하는 판결(대법원 2025. 8. 14. 선고 2025다212297 판결)이 있어 주목된다. 위 대법원 판결은 외국적 요소가 연결점에 해당하는 이상 국제사법 제1조에 따라 국제사법 적용 가능성을 긍정하고, 이후 개별 조문에 따른 준거법 지정 단계에서 해당 연결점의 실질적 의미를 검토하며, 필요할 경우 국제사법 제21조에 따라 밀접관련성에 근거한 예외를 적용하는 단계적 구조로 이해할 수 있다. 이는 국제사법 적용 여부와 준거법 결정 문제를 구분하는 절충설적 접근에 부합하는 것으로서 긍정적으로 평가할 수 있으며, 향후 판례와 학설에서도 이러한 해석 구조를 일관되게 발전시켜 나갈

필요가 있다. 다음으로 외국과 관련된 요소의 유형을 몇 가지로 나누어 검토하였다. 첫째, 당사자가 외국 법인임에도 곧바로 국내법이 적용된 사례에서는 법률관계의 실질적 연결점이 충분히 검토되지 않은 문제가 확인되었다. 둘째, 당사자 모두 대한민국 국민 또는 법인이더라도 계약체결지, 이행지, 목적물 소재지 등 다른 연결점이 외국에 있는 경우 국제사법 적용 가능성이 인정될 수 있다. 셋째, 순수한 국내적 법률관계에서 당사자가 외국법을 준거법으로 선택한 경우에도 당사자의 의사가 국제사법상 연결점에 해당하여 국제사법의 적용은 긍정되지만, 관련 국가의 강행규정은 배제되지 않는다. 넷째, 외국적 요소가 형식적 · 인위적인 경우에도 국제사법의 적용 자체는 부정되지 않으며, 그 문제는 국제사법 제21조에 따른 최밀접관련지법으로의 전환 여부를 통해 개별적으로 교정되어야 함을 확인하였다.

제3장에서는 준거법의 지정 단계에서 실무상 핵심적으로 문제되는 쟁점들을 성질결정, 준거법 지정의 예외, 반정의 세 측면에서 검토하였다. 제1절에서는 법률관계의 성질결정 문제를 다루었다. 먼저 실체와 절차의 구별이 핵심이 되는데, 판례는 상계 · 소멸시효 · 증명책임을 실체의 문제로, 담보권의 실행방법을 절차의 문제로 파악하고 있으며 이는 타당하다고 평가된다. 다만 세 가지 사항에 대해서는 판례의 입장을 재검토할 필요가 있다. 첫째, 소촉법상 연체이자는 판례와 달리 절차로 성질결정하는 것이 적절하다. 둘째, 증명의 정도는 판례와 달리 절차의 문제로 보는 것이 타당하다. 셋째, 담보권 실행기간(제척기간)은 판례와 달리 실체로 성질결정하여야 한다. 이들 문제에 대해서는 향후 판례가 해당 규정의 입법취지, 나아가 헤이그 상사계약준거법원칙 및 로마 I 규정 등 비교법적 기준을 종합적으로 고려하여 입장을 정비할 필요가 있음을 제언하였다. 다음으로 직무발명에서 특허권의 귀속 및 승계, 제조물책임, 이혼의 부수적 효과에 해당하는 각 법률문제를 어떻게 성질결정할 것인지 검토하였다. 이는 연결규칙의 선택 자체에 직접적인 영향을 미치는 영역으로서, 성질결정이 사실상 준거법 결정의 결과를 좌우할 수 있다는 점에서 신중한 접근이 필요하다.

제3장 제2절에서는 국제사법 제21조의 준거법 지정의 예외조항을 검토하였다. 이 규정은 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련만을 가지면서 동시에 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우라는 누적적 요건하에서 제한적으로 적용되는 규범이다. 따라서 이는 연결규칙을 일반적으로 수정하기 위한 장치가 아니라, 형식적 연결규칙의 기계적 적용으로 사안의 실질적 관련성이

현저히 왜곡되는 경우에만 작동하는 안전장치로 이해되어야 하며, 종속적 연결원칙이 적용되는 경우에도 활용될 수 있음을 제시하였다. 관련 판례를 보면 주로 선박의 편의치적 사건에서 문제가 되는데, 예외를 긍정한 판례는 형식적 연결점이 외관적 표지에 불과할 정도로 실질적 생활관계와 단절되어 있고 대안적 준거법의 최밀접성이 명백한 경우였다. 반면 예외를 부정한 판례는 여러 국가와의 연결이 병존하여 특정 국가와의 최밀접성이 명확하지 않거나, 형식적 연결이라 하더라도 실제 거래관계와 완전히 단절되었다고 보기 어려운 경우였다. 나아가 다양한 유형의 불법행위, 소비자계약, 근로계약에서도 사안에 따라 이 예외조항의 적용 가능성을 검토할 필요가 있음을 지적하였다.

제3장 제3절에서는 반정 문제를 검토하였다. 국제사법은 제22조를 통해 반정을 명시적으로 인정하고 있어, 외국법 지정은 단순히 외국 실체법의 적용을 의미하는 것이 아니라 외국의 국제사법까지 포함하여 법질서 간 조화를 도모하려는 취지로 이해된다. 다만 판례법리에 의해 인정되어 온 이른바 '숨은 반정'은 준거법 지정의 예측가능성을 저해하고 법원이 사실상 연결규칙을 재구성하는 결과를 초래할 위험이 있으므로 재검토가 필요하다.

제4장에서는 준거법인 외국법의 조사 단계의 문제를 검토하였다. 외국법은 단순한 사실이 아니라 법률로서의 성질을 가지며, 법원은 국제사법 제18조에 따라 그 내용을 직권으로 조사 · 적용할 의무(직권탐지의무)를 부담하고, 당사자는 이에 협력할 의무를 부담한다. 그러나 실제 실무에서는 언어 장벽과 번역의 한계, 해외 법령 · 판례 · 학술자료 접근의 어려움, 외국 법제 전반에 대한 이해 부족, 당사자의 인식 부족과 협력 한계, 제도적 · 인적 지원체계의 부재 등으로 인해 법원이 독자적으로 외국법을 조사하는 데 상당한 어려움이 존재한다. 그 결과 법원은 외국법 조사 과정에서 사실상 당사자 또는 대리인의 조사활동에 상당 부분 의존할 수밖에 없고, 이는 국제사법상 준거법 지정의 실효성을 약화시키는 요인이 되고 있다. 이에 따라 법원이 외국법을 보다 용이하게 조사 · 적용할 수 있도록 제도적 · 실무적 기반을 정비하고 외국법 조사역량을 체계적으로 강화할 필요가 있다.

첫째, 외국법의 조사 및 적용 절차를 보다 체계화하기 위하여 전문가 감정의 활용을 적극화할 필요가 있으며, 이를 위한 실무 기준으로서 독일의 함부르크 가이드라인을 참고한 「외국법의 조사 · 적용에 관한 예규」의 제정을 제안하였다. 위 예규에서는 외국법 조사 과정에서의 역할과 책임을 법원, 전문가 및 당사자별로 구분하여 규정하고, 외국법

감정촉탁의 방식과 절차, 감정서의 목적과 내용, 외국법 자료의 검증, 사적 감정서 및 선서진술서(affidavit)의 활용, 전문가의 중립성과 공정성 확보 등에 관한 기준을 마련할 필요가 있다. 특히 외국법에 대한 최종적인 법적 판단과 사실관계의 포섭은 법원의 권한이라는 점을 분명히 하면서도, 전문가 감정을 통하여 외국법 조사 과정의 객관성 · 투명성 · 검증가능성을 높이고, 당사자에게도 외국법 조사에 관한 실질적 협력의무를 부과하는 방향으로 설계할 필요가 있다. 이러한 절차적 기준은 법원의 재판상 재량을 침해하지 않으면서도 외국법 조사 및 적용의 예측가능성과 신뢰성을 제고하는 기능을 수행하게 될 것이다.

둘째, 외국법 사건에서 전문심리위원 제도의 활용 가능성을 제시하였다. 고액의 감정료 등으로 감정이 곤란하거나 보완적 설명이 필요한 경우 외국법 전문가를 전문심리위원 후보군에 포함시켜 재판부가 외국법의 내용과 운용에 관한 설명을 들을 수 있도록 할 필요가 있다.

셋째, 호주, 중국, 몽골, 우즈베키스탄, 태국과의 양자조약에 따른 법정보 제공 촉탁을 적극 활용하여 외국법 정보 제공에 관한 민사사법공조를 활성화하는 방안을 제시하였다.

넷째, 외국법 조사에 관한 전문적 인력과 조직의 구축이 필요하다. 이를 위하여 본 연구에서는 크게 세 가지 방안을 검토하였다. 제1안은 사법정책연구원을 중심으로 외국법 조사 지원체계를 구축하는 방안으로, 사법정책연구원이 법원의 감정촉탁에 따라 외국법 감정의견을 제공하고, 외국법 전문가를 연계하거나 외국법 자료를 검증하는 역할을 수행하도록 하는 것이다. 이를 위해 사법정책연구원 내에 '외국법 조사 · 적용센터'를 설치하여 감정업무의 접수 · 배분 · 조정 및 품질 관리를 담당하게 하고, 내부 전문인력과 외부 전문가 네트워크를 함께 확충하는 방안을 제시하였다. 다만 사법정책연구원이 본래 수행하고 있는 사법제도 및 재판제도 개선 연구 업무에 지장을 초래하지 않도록, 외국법 조사인력과 정책연구인력의 일정한 이원화와 충분한 인적 · 물적 기반 확충이 선행되어야 한다는 점도 함께 강조하였다.

제2안은 사법정책연구원과 별도로 사법부 내에 독립적인 전문기관으로서 '외국법 조사원'을 신설하는 방안이다. 이는 외국법 조사 기능을 전담하는 독립 조직을 설치함으로써 외국법 조사 역량을 보다 장기적 · 체계적으로 축적하고, 감정업무 · 자료검증 · 전문가 네트워크 관리 등을 통합적으로 수행할 수 있다는 장점이 있다. 다만 별도의 기관

신설에 따른 상당한 예산과 조직 구축이 필요하고, 전문인력 확보 및 행정지원체계 마련이 요구된다는 점에서 제도적 · 재정적 부담이 크다는 한계도 존재한다.

제3안은 법원행정처 차원에서 외국법 조사위원을 채용 · 운용하는 방안이다. 이는 별도의 대규모 조직 신설 없이 비교적 신속하고 탄력적으로 외국법 조사 지원 기능을 도입할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 개별 조사위원 중심의 운영 방식이라는 점에서 조사 결과의 품질과 범위가 개인의 전문성과 경험에 좌우될 가능성이 있고, 감정업무의 표준화 · 축적 · 품질관리 및 전문가 네트워크 관리 기능에는 구조적 한계가 있다. 따라서 제3안은 단기적 · 보완적 방안으로는 의미가 있으나, 장기적으로는 제1안 또는 제2안과 같은 기관 중심의 외국법 조사 지원체계가 보다 안정적이고 체계적인 모델이라고 평가할 수 있다.

다섯째, 외국법 데이터베이스 구축의 필요성도 강조하였다. 데이터베이스에는 해외 법령(실질법 및 국제사법)의 원문과 국문번역, 그리고 준거법이 외국법으로 문제된 우리나라 판례를 중심으로 등재하되, 지속적 업데이트와 최신성 확보, 번역자료 제공의 신중성, 체계적 분류와 검색기능 강화가 병행되어야 한다. 또한 이러한 데이터베이스는 법원뿐만 아니라 당사자와 대리인도 활용할 수 있도록 공개적으로 구축하는 것이 바람직하며, 이를 통하여 외국법 조사에 관한 접근성과 투명성을 높이고 외국법 적용에 관한 실무와 판례를 체계적으로 축적할 수 있을 것이다.

여섯째, 인공지능 기술의 활용 가능성을 검토하였다. 인공지능은 외국 입법과 판례 접근성을 개선하여 법원의 직권탐지의무 이행을 보조하는 유용한 수단이 될 수 있으나, 번역 오류와 환각현상 등 위험요소가 존재하므로 출처 확인, 교차검증, 전문가 검토 등 운용 기준을 마련하여 보조적 도구로 제한적으로 활용하여야 한다고 제언하였다.

제5장에서는 준거법의 해석 · 적용 단계에서 실제 재판에서 문제되는 쟁점들을 종합적으로 검토하였다. 먼저 준거법인 외국법의 내용이 불명확한 경우에는 일률적 해결이 아니라 단계적 접근이 필요함을 지적하였다. 원칙적으로는 민사법상의 일반 구조에 따라 '외국 성문법 → 외국 관습법 → 조리'의 순서로 보충해 나가되, 각국 법체계의 특수성을 고려하여 기계적으로 적용하지 않아야 한다. 특히 조리의 내용 형성에서는 준거법과 기능적으로 가장 유사한 규범을 비교법적으로 탐색하는 '근사법적 접근'을 우선적으로 검토하고, 그마저 곤란한 경우에 한하여 형평, 신의성실, 권리남용금지와 같은 보편적 법원리를 보충적으로 적용할 필요가 있음을 제시하였다.

다음으로 조약의 저촉규범성과 우선적 적용 문제를 검토하였다. 조약이 외국적 요소가 있는 법률관계의 준거법을 직접 지정하는 경우에는 국제사법보다 우선 적용되며, 조약이 규율하지 않는 부분에 한하여 국제사법이 보충적으로 적용된다고 보아야 한다. 이러한 관점에서 판례와 같이 베른협약 제5조 제2항 제2문은 저작권의 보호 및 구제에 관한 준거법을 직접 정하는 저촉규범으로 해석하는 것이 타당하다고 평가하였다.

이어 대한민국 법의 강행적 적용, 즉 국제적 강행규정의 문제를 검토하였다. 역외적용 규정이나 국제적 · 영토적 적용범위를 명시한 규정, 또는 공익을 특별히 보호하기 위한 입법목적이 인정되는 규범은 국제적 강행규정으로 평가될 수 있음을 정리하고, 판례상 인정 · 부정 사례를 비교하였다. 특히 가맹사업법 제12조 제1항에 관하여 판례는 국제적 강행규정성을 부정하였으나, 해당 규정은 단순한 사적 보호가 아니라 국내 시장질서의 공정성과 경제적 균형을 유지하기 위한 공익적 규범이므로 국제적 강행규정으로 이해하는 것이 타당하다.

국제적 공서조항에 관하여는 외국법 자체가 아니라 외국법을 적용한 결과가 대한민국의 국제적 공서에 “명백히” 위반되는 경우에만 적용된다는 점을 강조하였다. 또한 위반의 명백성 판단에서는 사안의 내국관련성과 현재관련성이 중요한 고려요소가 되며, 공서조항은 일반적 규범통제가 아니라 개별 사건에서 결과를 통제하기 위한 예외적 장치라는 점을 밝혔다. 나아가 국제적 강행규정과 공서 위반은 기능과 판단구조가 구별되는 개념임을 명확히 하였다.

마지막으로 준거법인 외국법의 해석 · 적용에 관한 법리오해가 상고이유가 될 수 있음을 검토하였다. 외국법도 법규범인 이상 그 해석이 판결 결과에 영향을 미쳤다면 상고심의 통제 대상이 되어야 하며, 이는 국내에서의 외국법 적용의 통일성과 국제사건에 대한 최고법원의 규범통제 기능을 확보하기 위해서도 필요하다.

본 연구는 국제사법에 따른 준거법의 지정–조사–해석 · 적용이라는 전 과정을 하나의 연속된 구조로 파악하고, 각 단계에서 실무상 반복적으로 발생하는 문제점과 쟁점을 유형화하여 그 판단기준을 정교화하고자 하였다는 점에 의의가 있다. 본 연구에서 제안한 외국적 요소 판단, 성질결정과 준거법 지정의 예외, 외국법 조사와 국제적 강행규정 · 공서조항의 작용 방식 등에 관한 해석론적 기준들은 향후 판례와 재판 실무에 실질적으로 반영될 필요가 있다. 아울러 외국법 조사 및 적용을 지원하기 위한 전문적 인력과 조직의 구축, 외국법 조사 · 적용에 관한 예규의 제정, 외국법 데이터베이스의 구축 ·

운용 등 제도적 개선방안이 현실화된다면, 국제사법상 준거법의 지정, 조사, 해석 · 적용의 예측가능성과 신뢰성은 크게 제고될 것이다. 특히 본 연구에서는 사법정책연구원을 중심으로 한 지원체계 구축 방안, 별도의 외국법조사원을 신설하는 방안, 법원행정처 차원의 외국법 조사위원 운용 방안 등을 비교 · 검토하였으며, 각 방안은 조직의 독립성, 전문성 축적 가능성, 예산 및 인력 운용의 효율성 측면에서 서로 다른 장단점을 가진다는 점을 살펴보았다. 이러한 제안은 현재 실무에서 겪고 있는 해석론적 · 현실적 어려움을 완화하는 동시에, 구체적 사건에서 준거법을 보다 정확하게 지정 · 조사 · 해석 · 적용하도록 함으로써 공정하고 합리적인 분쟁해결을 도모하는 데 기여할 것으로 기대된다.

참 고 문 헌

【한국어 문헌】

1. 단행본 및 기관 보고서

강경근, 헌법, 법문사 (2002).

김대순, 국제법론, 제22판, 삼영사 (2025).

김민경, 국제계약과 국제적 강행규정, 박영사 (2022).

김 연 · 박정기 · 김인유, 국제사법, 제4판, 법문사 (2022).

김홍엽, 민사소송법, 제12판, 박영사 (2025).

배형원 외, 다자협약 및 양자조약 연구, 사법발전재단 (2010).

사법연수원, 헤이그 국제상사계약 준거법 원칙 해설 (2017).

석광현, 국제사법 준거법편, 제2판, 박영사 (2025).

성낙인, 헌법학, 제26판, 법문사 (2026).

신창선 · 윤남순, 신국제사법, 제2판, 피데스 (2016).

신창섭, 국제사법, 제4판, 세창출판사 (2018).

양 건, 헌법강의, 제13판, 법문사 (2024).

윤종진, 개정 현대 국제사법, 한올출판사 (2003).

이시윤 · 조관행, 민사소송법, 전정 제18판, 박영사 (2025).

이준일, 헌법학강의, 제9판, 홍문사 (2025).

이호정, 국제사법, 경문사 (1983).

장영수, 헌법학, 제16판, 홍문사 (2025).

전광석, 한국헌법론, 제18판, 집현재 (2025).

정동윤 · 유병현 · 김경욱, 민사소송법, 제11판, 법문사 (2025).

정영환, 신민사소송법, 제3판, 법문사 (2023).

정인섭, 신국제법강의: 이론과 사례, 제16판, 박영사 (2026).

최흥섭, 한국 국제사법 Ⅰ, 한국학술정보 (2019).

한수웅, 헌법학, 제13판, 법문사 (2024).

한충수, 민사소송법, 제4판, 박영사 (2025).

허 영, 한국헌법론, 제22판, 박영사 (2026).

홍성방, 헌법학(상), 제3판, 박영사 (2016).

2. 논문 등

김문환, “해외 한국인노동자의 국제사법상 문제”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제1권 제1호 (1995).

김언숙, “직무발명 및 업무상 저작물에 관한 국제사법상의 문제”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제17호 (2011).

김하열, “헌법재판의 증명책임”, 헌법재판연구원, 헌법재판연구 제8권 제1호 (2021).

석광현, “도산국제사법의 제 문제: 우리 법의 해석론의 방향”, 사법발전재단, 사법 제4호 (2008).

_____, “편의치적에서 선박우선특권의 준거법 결정과 예외조항의 적용”, 국제거래법학회, 국제거래법연구 제24집 제1호 (2015).

_____, “영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제”, 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 법학 제57권 제1호 (2016).

_____, “매매협약(CISG)이 적용되는 국제물품매매계약상 손해배상의 몇 가지 논점 – 통화와 증명도로 본 통일 실질법의 사정범위(射程範圍)와 흠결의 보충”, 국제거래법학회, 국제거래법연구 제27집 제1호 (2018).

_____, “외국선박에 대한 선박우선특권의 제척기간과 행사방법의 성질결정과 준거법”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제25권 제2호 (2019).

_____, “포레스트매니아 판결들의 그늘: 베른협약 · 국제사법의 실종과 게임저작물에 대한 저작권의 준거법을 다룰 기회의 상실”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제29권 제2호 (2023).

안상돈, “섭외사법 제13조 1항에서 말하는 섭외적 불법행위가 아니라고 한 사례”, 법조협회, 법조 제29권 제8호 (1980).

오승종, “저작권 분쟁에 있어서 외국적 요소와 준거법 결정”, 홍익대학교 법학연구소, 홍익법학 제22권 제3호 (2021).

우성만, “영국 해상보험에 있어서 ‘근인’과 ‘선장 등의 악행’의 의미 및 입증책임 – 대법원 2005. 11. 25. 선고 2002다59528(본소), 59536(반소) 판결”, 판례연구 제18집 (2007).

이재홍, “국제계약에 관한 일반적인 문제”, 재판자료 제33집 (1986).

이종혁, “국제혼인과 국제이혼의 준거법에 관한 입법론”, 한국가족법학회, 가족법연구 제36권 제1호 (2022).

이주연, “국제 저작권침해소송에서 베른협약 제5조 제2항 적용의 문제점”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제24권 제1호 (2018).

이필복, “국제사법 총칙과 해상 편에 관한 재판례를 통해 본 국제사법 20년의 회고와 과제”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제27권 제2호 (2021).

이헌묵, “국제적 상계의 준거법”, 국제거래법학회, 국제거래법연구 제18집 제1호 (2009).

_____, “원본채권 준거법이 외국법인 경우 지연손해금 지급 여부”, 법률신문 제3966호 (2011. 9. 18.).

이헌묵, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, 대한변호사협회, 저스티스 통권 제142호 (2014).
_____, “국제적 강행규정의 판단기준”, 대한변호사협회, 인권과 정의 제442호 (2014).
_____, “외국법이 적용되는 소송에서 가지급물반환의무의 준거법과 관련한 몇 가지 문제점”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제22권 제1호 (2016).
장준혁, “국가 민사법의 공간적 효력범위”, 국가와 헌법Ⅱ: 기본권론 (성낙인총장퇴임기념논문집), 법문사 (2018).
_____, “준거법에 관한 국제사법의 2001년 개정과 후속 판례의 회고”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제20권 제1호 (2014).
정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구원, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015).
최공웅, “외국에서 한국 사람 사이의 불법행위 사고와 섭외사법의 적용 문제”, 민사판례연구회, 민사판례연구 제3집 (1981).
한승수, “우리법상 공서 조항에 관한 개괄적 비교 - 민법, 국제사법 및 민사소송법의 규정을 중심으로”, 중앙법학회, 중앙법학 제21권 제1호 (2019).
한애라, “준거법인 외국법의 조사에 관한 소고”, 한국국제사법학회, 국제사법연구 제25권 제2호 (2019).

【영어 문헌】

Derham, Rory, *Derham on The Law of Set-off*, 4th ed., Oxford University Press (2010).
Field, Richard H. / Kaplan, Benjamin / Clermont, Kevin M., *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*, Foundation Press (2011).
Goode, Roy, *Commercial Law*, 3rd ed., Penguin (2004).
The Hague Conference on Private International Law, Permanent Bureau, *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (2015).
van Eechoud, Mireille, *Choice of Law in Copyright and Related Rights*, Kluwer (2003).

【독어 문헌】

Geimer, Reinhold, “EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit-Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit”, *IPRax* (1986).
Geimer, Reinhold, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage (2009).
Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Mohr Siebeck (2006).
Kegel, Gerhard, “Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft”, IPRax (1983).

Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, C.H.Beck (2004).
Schack, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014).
von Bar, Christian / Mankowski, Peter, Internationales Privatrecht, Band 1: Allgemeine Lehren, 2. Auflage, C.H.Beck (2003).

【일어 문헌】

駒田泰土, 職務発明に関する規律と準拠法, 田村善之・山本敬三,『職務発明』, 有斐閣 (2005).

【불어 문헌】

Lucas, A. / Lucas, H.J., *Traité de La propriété littéraire et artistique*, 2nd ed., Litec (2001).

[별첨 1] 국제사법 신구대비표 (일부)

구 국제사법 (법률 제6465호, 2001. 4. 7. 전부개정, 2001. 7. 1. 시행)	현행 국제사법 (법률 제18670호, 2022. 1. 4. 전부개정, 2022. 7. 5. 시행)
제1장 총칙	**제1장 총칙**
	제1절 목적
제1조(목적)	제1조(목적)
이 법은 외국적 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할에 관한 원칙과 준거법을 정함을 목적으로 한다.	이 법은 외국과 관련된 요소가 있는 법률관계에 관하여 국제재판관할과 준거법(準據法)을 정함을 목적으로 한다.
[생략]	**제2절 국제재판관할**
	[생략]
	제3절 준거법
제3조(본국법)	제16조(본국법)
① 당사자의 본국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가지는 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 그 국적중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.	① 당사자의 본국법에 따라야 하는 경우에 당사자가 둘 이상의 국적을 가질 때에는 그와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 본국법으로 정한다. 다만, 국적 중 하나가 대한민국일 경우에는 대한민국 법을 본국법으로 한다.
② 당사자가 국적을 가지지 아니하거나 당사자의 국적을 알 수 없는 때에는 그의 상거소(常居所)가 있는 국가의 법(이하 “상거소지법”이라 한다)에 의하고, 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다.	② 당사자가 국적을 가지지 아니하거나 당사자의 국적을 알 수 없는 경우에는 그의 일상거소가 있는 국가의 법[이하 “일상거소지법”(日常居所地法)이라 한다]에 따르고, 일상거소를 알 수 없는 경우에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 따른다.
③ 당사자가 지역에 따라 법을 달리하는 국가	③ 당사자가 지역에 따라 법을 달리하는 국가

의 국적을 가지는 때에는 그 국가의 법 선택규정에 따라 지정되는 법에 의하고, 그러한 규정이 없는 때에는 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 의한다.

제4조(상거소지법)

당사자의 상거소지법(常居所地法)에 의하여야 하는 경우에 당사자의 상거소를 알 수 없는 때에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 의한다.

제5조(외국법의 적용)

법원은 이 법에 의하여 지정된 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 그에 대한 협력을 요구할 수 있다.

제6조(준거법의 범위)

이 법에 의하여 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한다.

제7조(대한민국 법의 강행적 적용)

입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

제8조(준거법 지정의 예외)

① 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의

의 국적을 가질 경우에는 그 국가의 법 선택규정에 따라 지정되는 법에 따르고, 그러한 규정이 없는 경우에는 당사자와 가장 밀접한 관련이 있는 지역의 법에 따른다.

제17조(일상거소지법)

당사자의 일상거소지법에 따라야 하는 경우에 당사자의 일상거소를 알 수 없는 경우에는 그의 거소가 있는 국가의 법에 따른다.

제18조(외국법의 적용)

법원은 이 법에 따라 준거법으로 정해진 외국법의 내용을 직권으로 조사·적용하여야 하며, 이를 위하여 당사자에게 협력을 요구할 수 있다.

제19조(준거법의 범위)

이 법에 따라 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 적용이 배제되지 아니한다.

제20조(대한민국 법의 강행적 적용)

입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 적용한다.

제21조(준거법 지정의 예외)

① 이 법에 따라 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법

제1장 총칙	제1장 총칙
법에 의한다. ② 제1항의 규정은 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.	에 따른다. ② 당사자가 합의에 따라 준거법을 선택하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.
제9조(준거법 지정시의 반정(反定))	제22조(외국법에 따른 대한민국 법의 적용)
① 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다. ② 다음 각 호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다. 1. 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우 2. 이 법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우 3. 제46조의 규정에 의하여 부양의 준거법이 지정되는 경우 4. 제50조 제3항의 규정에 의하여 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우 5. 제60조의 규정에 의하여 선적국법이 지정되는 경우 6. 그 밖에 제1항의 규정을 적용하는 것이 이 법의 지정 취지에 반하는 경우	① 이 법에 따라 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 따라 대한민국 법이 적용되어야 할 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규는 제외한다)에 따른다. ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다. 1. 당사자가 합의로 준거법을 선택하는 경우 2. 이 법에 따라 계약의 준거법이 지정되는 경우 3. 제73조에 따라 부양의 준거법이 지정되는 경우 4. 제78조 제3항에 따라 유언의 방식의 준거법이 지정되는 경우 5. 제94조에 따라 선적국법이 지정되는 경우 6. 그 밖에 제1항을 적용하는 것이 이 법의 준거법 지정 취지에 반하는 경우
제10조(사회질서에 반하는 외국법의 규정)	제23조(사회질서에 반하는 외국법의 규정)
외국법에 의하여야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속 그 밖의 사회질서에 명백히 위반되는 때에는 이를 적용하지 아니한다.	외국법에 따라야 하는 경우에 그 규정의 적용이 대한민국의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 명백히 위반될 때에는 그 규정을 적용하지 아니한다.
[이하 생략]	[이하 생략]

[별첨 2] 독일 법원, 전문가 및 당사자를 위한 독일 소송에서 외국법의 조사 및 적용을 위한 함부르크 가이드라인(HAMBURGER LEITLINIEN zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien)

HAMBURGER LEITLINIEN zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien

독일 법원, 전문가 및 당사자를 위한 독일 소송에서 외국법의 조사 및 적용을 위한 함부르크 가이드라인

서문

법원이 주어진 사실관계에 법을 적용할 임무(da mihi factum, dabo tibi ius)에는, 해당되는 한 외국법의 적용도 포함된다. 그러나 외국법은 적용에 앞서 원칙적으로 먼저 그 내용을 조사하여야 한다. 이를 위하여 법원은 전문가 감정을 포함한 다양한 수단을 활용할 수 있다. 이 과정에서는 법률이나 판례만으로는 완전히 해결되지 않거나 해결될 수 없는 여러 가지 법적 · 실무적 문제들이 제기된다.

다음의 행동지침("함부르크 가이드라인")은 함부르크에 있는 막스플랑크 비교 및 국제사법 연구소에서 초안이 작성되었으며, 2023년 6월 16일과 17일에 개최된 학술회의에서 외부 학자 및 실무가들과 논의된 후 그 논의를 반영하여 최종 확정되었다. 이 가이드라

VORBEMERKUNG

Die Aufgabe des Gerichts, das Recht auf den gegebenen Sachverhalt anzuwenden (da mihi factum, dabo tibi ius), umfasst auch ausländisches Recht, soweit dieses relevant wird. Doch muss das ausländische Recht vor der Anwendung regelmäßig erst ermittelt werden. Dazu kann das Gericht auf verschiedene Hilfsmittel zurückgreifen, darunter das Sachverständigengutachten. Hierbei stellt sich eine ganze Reihe rechtlicher und praktischer Probleme, die weder gesetzlich noch richterrechtlich voll gelöst sind oder gelöst werden können.

Die nachfolgenden Handlungsempfehlungen („Hamburger Leitlinien") wurden in Hamburg am dortigen Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen, auf einer Konferenz am 16./17. Juni 2023 mit externen Wissenschaftler*innen und Praktiker*innen diskutiert und im Nachgang

서문

인은 모든 절차 관계자, 특히 법원, 감정인, 그리고 당사자(및 그 대리인)가 외국법을 다루는 과정에서 이를 적법하고, 투명하며, 효율적으로 처리할 수 있도록 지원하는 것을 목표로 한다. 내용적인 측면에서, 함부르크 가이드라인은 모든 절차 관계자, 특히 법원과 감정서를 정기적으로 작성하는 기관들의 실무 경험을 바탕으로 한다. 동시에 이 가이드라인은 법률 및 판례, 특히 연방대법원(BGH)의 판례에서 비롯된 요구사항을 반영한다. 다만 연방대법원의 판례는 종종 특수한 사안에 관한 것이며, 연방대법원 스스로도 그 원칙을 항상 일반화하려는 것은 아님을 고려할 필요가 있다. 함부르크 가이드라인은 통상적인 사안을 전제로 하고 있을 뿐만 아니라 실무의 형태가 매우 다양하기 때문에 모든 상황에 적용되는 해결책을 제시하는 것은 아니다. 또한 이 가이드라인이 구속력을 가지는 것도 아니다.

모든 절차관계자와 관련되는 제1장(기본 원칙)에 따라, 가이드라인은 접근을 용이하게 하기 위해 각 역할별로 구성되어 있다. 따라서 모든 가이드라인을 전체적으로 살펴보면 절차를 완벽하게 이해할 수 있다. 여기서 '당사자(Partei)'라는 개념에는 비송절차의 관계인도 포함되며, 특히 가사사건 및 비송사건에 관한 법률(FamFG)에 따

VORBEMERKUNG

dazu finalisiert. Sie wollen allen Beteiligten – insbesondere Gerichten, Sachverständigen und Parteien (einschließlich deren Vertreter*innen) – dabei helfen, den Umgang mit ausländischem Recht rechtskonform, transparent und effizient zu gestalten. Inhaltlich beruhen die Hamburger Leitlinien auf praktischen Erfahrungen aller Beteiligten, vor allem der Gerichte sowie der Institute, die regelmäßig Gutachten erstellen. Zugleich bilden sie die Vorgaben ab, die aus Gesetz und Rechtsprechung folgen, insbesondere der Rechtsprechung des BGH, die freilich oft Sonderfälle betrifft und deren Grundsätze der BGH selbst nicht immer verallgemeinert wissen will. Wegen ihrer Ausrichtung auf den Normalfall, aber auch wegen der Vielgestaltigkeit der Praxis erheben die Hamburger Leitlinien nicht den Anspruch, für jegliche Konstellation die passende Lösung bereitzuhalten. Bindend sind sie ohnehin nicht.

Nach dem für alle Beteiligten relevanten Art. 1 (Grundlagen) sind die Leitlinien zur Vereinfachung des Zugangs nach den unterschiedlichen Rollen geordnet. Die Gesamtschau aller Leitlinien ermöglicht so ein vollständiges Verständnis des Verfahrens. Der Begriff der Partei umfasst auch Beteiligte in nichtstreitigen Verfahren, vor allem solchen des FamFG.

서문

른 절차의 관계인을 포함한다.

더 나은 이해와 편리한 활용을 위하여 함부르크 가이드라인은 부분적으로 예시를 통해 설명되거나 추가적인 해설이 첨부되어 있다. 또한 이해에 도움이 된다고 보이는 경우에는 관련 법률 및 판례에 따른 기초적 사항도 함께 제시되어 있다.

함부르크 가이드라인은 민사법원에서의 절차를 대상으로 하고 있으나, 원칙적으로는 독일의 법원이나 행정청(예컨대, 재정법원, 형사법원, 난민·망명 담당 행정청, 재정당국, 혼인관계등록청)이 외국법을 적용하여야 하는 다른 경우에도 적용될 수 있다.

함부르크 가이드라인은 독일 법원의 국제재판관할에 관하여는 아무런 언급을 하지 않는다. 이는 법원들이 해당 문제를 관련 법원(法源)에 따라 독자적으로 판단할 수 있고, 또한 판단하여야 하기 때문이다(예컨대, 브뤼셀 Ia 규정, 브뤼셀 IIb 규정, 가사사건 및 비송사건에 관한 법률 제97조 이하).

함부르크 가이드라인은 감정인(Sachverständige)을 단수로 지칭할 때에는, 민사소송법 제402조 이하와의 정합성을 확보하기 위하여 남성형을 사용한다.

VORBEMERKUNG

Zum besseren Verständnis und zur erleichterten Handhabung werden die Hamburger Leitlinien punktuell durch Beispiele illustriert oder zusätzlich erläutert. Ebenso sind einschlägige Grundlagen in Gesetz und Rechtsprechung dort angegeben, wo das zum Verständnis hilfreich erscheint.

Die Hamburger Leitlinien sind auf Verfahren vor Zivilgerichten ausgerichtet, im Grundsatz aber auch auf andere Fälle anwendbar, in denen deutsche Gerichte oder Behörden (z.B. Finanzgerichte, Strafgerichte, Asylbehörden, Finanzbehörden, Standesämter) ausländisches Recht anzuwenden haben.

Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte sagen die Hamburger Leitlinien nichts, da die Gerichte diese Frage anhand der einschlägigen Rechtsquellen (z.B. Brüssel Ia-VO, Brüssel IIb-VO, §§ 97 ff. FamFG) eigenständig beantworten können und müssen.

Für Sachverständige im Singular benutzen die Hamburger Leitlinien die maskuline Form, um Einklang mit den §§ 402 ff. ZPO herzustellen.

제1장: 기본 원칙

제1조 법원, 감정인, 당사자의 역할 구별

1. 외국법 또는 독일법이 적용되는지는 유럽법, 조약 및 독일의 국제사법에 따라 결정된다[독일 민법시행법(EGBGB) 제3장 참조]. 이러한 국제사법 규정은 독일 국내법의 일부로서, 그 조사, 해석 및 적용은 법원의 고유한 임무이며, 감정인에게 위임할 수 없다.

2. 외국법의 조사, 해석 및 적용 역시 원칙적으로 법원의 임무이다. 이를 위해 다양한 정보원(→ 제2장 제3조 참조)을 활용할 수 있으며, 그중에는 감정인의 도움도 포함될 수 있다.

법적 근거: 독일 민사소송법 제293조

3. 당사자들도 외국법 조사에서 법원을 지원할 수는 있지만, 일반적인 소송촉진의무 또는 협력의무를 넘어서 원칙적으로 그렇게 할 법적 의무는 없다. 외국의 법규범은 사실이 아닌 '법률'로 다루어지기 때문에, 이에 대해서는 주장 및 증명책임의 원칙이 적용되지 않는다.

판례: 독일 연방대법원 2022. 8. 24.자 XII ZB 268/19 결정, BGHZ

ART. 1: GRUNDLAGEN

§ 1 Abgrenzung der Aufgaben von Gerichten, Sachverständigen und Parteien

1. Ob ausländisches oder deutsches Recht anwendbar ist, ergibt sich aus dem europäischen, staatsvertraglichen und deutschen Internationalen Privatrecht (IPR) (vgl. Art. 3 EGBGB). Diese IPR-Vorschriften sind Teil des deutschen Rechts. Ihre Ermittlung, Auslegung und Anwendung ist deshalb eine originäre Aufgabe des Gerichts, die es nicht auf einen Sachverständigen übertragen kann.

2. Auch die Ermittlung, Auslegung und Anwendung des ausländischen Rechts ist im Grundsatz Aufgabe des Gerichts. Hierzu kann es sich einer Fülle von Erkenntnisquellen bedienen (→ unten Art. 2 § 3), darunter auch der Hilfe eines Sachverständigen.
Rechtsgrundlage: § 293 ZPO.

3. Die Parteien können das Gericht bei der Ermittlung ausländischen Rechts unterstützen, sind über ihre allgemeine Prozessförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinaus dazu aber grundsätzlich nicht verpflichtet. Da ausländische Rechtsnormen als Rechtssätze und nicht als Tatsachen behandelt werden, finden insoweit die Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast keine Anwendung.
Rechtsprechung: BGH, Beschl. v. 24.8.2022 – XII ZB 268/19, BGHZ 234, 270 (= IPRspr 2022-1).

제1장: 기본 원칙

234, 270 (= IPRspr 2022-1).

제2조 일반적 목표

소송에서의 외국법의 조사 및 적용은 다음의 목표를 지향한다.

- 헌법상 재판을 받을 권리(사법적 권리보장청구권)의 실현;
- 국제사법(IPR)과 이에 따라 적용되는 외국법을 정확하게 적용한 판결의 선고;
- 모든 절차관계자에게 불필요하거나 과도한 비용 및 지연을 방지하는 것;
- 각 절차관계자에게 다양한 과제를 적절하게 배분하는 것;
- 절차관계자 간의 투명한 의사소통

제2장: 법원을 위한 가이드라인

제1조 준거법의 식별

1. 독일에서는 원칙적으로 독일법이 적용된다. 그러나 독일법, 특히 국제사법이 외국법을 적용하거나 고려할 것을 요구하는 경우도 존재한다. 이는 특히 다음과 같은 상황에서 문제된다.

- 독일에서 적용되는 국제사법이 외국법의 적용을 지시하는 경우
- 독일 법규의 구성요건 요소가 외국

ART. 1: GRUNDLAGEN

§ 2 Allgemeine Ziele

Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts im Verfahren orientiert sich an folgenden Zielen:

- der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs;
- dem Erlass einer Entscheidung unter zutreffender Anwendung des IPR und des ggf. anwendbaren ausländischen Rechts;
- der Vermeidung unnötiger oder unverhältnismäßiger Kosten und Verzögerungen für alle Beteiligten;
- der sachgerechten Zuweisung der verschiedenen Aufgaben an die Beteiligten;
- der transparenten Kommunikation unter den Beteiligten.

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

§ 1 Identifizierung des anwendbaren Rechts

1. In Deutschland gilt grundsätzlich deutsches Recht. Es gibt aber Fälle, in denen dieses deutsche Recht, insbesondere das IPR, es erforderlich macht, ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen. Das ist vor allem in folgenden Situationen der Fall:

- Das in Deutschland geltende IPR beruft ausländisches Recht zur Anwendung.
- Es fragt sich, ob ein Tatbestandsmerkmal einer

의 법적 절차에 의하여 충족될 수 있는지가 문제되는 경우("대체")
예: 민법(BGB) 제129조의 "공증에 의한 인증"이 외국 공증인에 의하여 이루어질 수 있는가?

- 법률행위의 당사자들(예: 채권법상 계약 또는 유언처분)이 외국법의 적용을 전제로 행위하였고, 그로 인해 해당 외국법이 해석에 있어 고려되어야 하는 경우["잘못된 (즉, 적용되지 않는) 법 하에서의 행위"]

- 외국에서 적용되는 행위규범, 예컨대 외국의 사고 발생지에서 적용되는 도로교통규칙이 구성요건 단계에서 고려되어야 하는 경우(예: 로마 II 규정 제17조)
- 국내 절차의 맥락에서 외국 절차의 계속(소송계속)이 언제 성립하였는지를 심사하여야 하는 경우

- 유럽 외 국가의 재판에 대한 승인 및 집행의 맥락에서 민사소송법(ZPO) 제328조 제1항 제5호의 의미에서 상호성의 문제가 판단되어야 하는 경우
- 외국 재판의 승인 및 집행의 맥락에서, 해당 외국 절차가 독일법의 본질적인 기본원칙과 명백히 양립할 수 없는지 여부가 심사되어야 하는 경우

deutschen Norm durch einen ausländischen Rechtsvorgang erfüllt werden kann („Substitution").
Beispiel: Kann die „notarielle Beglaubigung" i.S.d. § 129 BGB durch einen auslädischen Notar erfolgen?

- Die Parteien eines Rechtsgeschäfts (z.B. eines schuldrechtlichen Vertrages oder einer letztwilligen Verfügung) gingen von der Anwendung eines ausländischen Rechts aus, sodass dieses bei der Auslegung zu beachten ist („Handeln unter falschem [d.h. nicht anwendbarem] Recht").
- Ausländische Verhaltensvorschriften, etwa am ausländischen Unfallort geltende Straßenverkehrsregeln, sind auf Tatbestandsebene zu berüksichtigen (z.B. nach Art. 17 Rom II-VO).
- Im Rahmen eines inländischen Verfahrens muss geprüft werden, ob und wann die Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens eingetreten ist.
- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer außereuropäschen Gerichtsentscheidung muss die Frage der Gegenseitigkeit i.S.d. § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO beantwortet werden.

- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung einer ausländischen Gerichtsentscheidung ist zu prüfen, ob das ausländische Verfahren mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.

제2장: 법원을 위한 가이드라인

- 외국 집행권원에 대한 승인 및 집행의 맥락에서, 해당 권원이 결정국의 법에 따라 확정력 또는 집행력을 가지는지 여부가 확정되어야 하는 경우 (예: 행정청에 의해 확정된 부양료 채권의 경우)
- 형사절차의 맥락에서, 외국 가족법의 적용을 받는 행위(예: 혼인 체결)가 증언거부권을 발생시키는지 여부를 명확히 하여야 하는 경우

- 조세법 영역에서는 이른바 대응규칙("연결 규칙")을 통하여, 일정한 법적 효과의 발생(예: 지출을 영업비로 산입하는 것)을 그 기초가 되는 사실관계가 외국 조세법에 따라 어떻게 평가되는지에 좌우되도록 하고 있다[예: 소득세법(EStG) 제4i조 및 제4k조].

  이러한 모든 경우에 있어서, 외국법이 문제되는지 여부는 (외국법의 내용 그 자체가 무엇인지에 관한 문제와는 다르게) 법원이 스스로 판단하여야 한다(위 제1조 §1 제1호 참조).

2. 독일에서 적용되는 국제사법의 적용에는 그 해석에 관한 문제도 포함되는데, 예컨대 로마 II 규정 제4조 제3항의 의미에서 "다른 국가와 명백히 더 밀접한 관련성"이 존재하는지의 판단이 이에 해당한다. 또한 원칙적으로

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

- Im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Titels muss festgestellt werden, ob dieser nach dem Recht des Entscheidungsstaates rechtskräftig bzw. vollstreckbar ist (z.B. im Rahmen von behördlich titulierten Unterhaltsansprüchen).
- Im Rahmen eines Strafverfahrens ist zu klären, ob ein dem ausländischen Familienrecht unterliegender Vorgang (z.B. eine Eheschließung) ein Zeugnisverweigerungsrecht begründet.
- Im Steuerrecht wird durch sog. Korrespondenzregeln („linking rules") der Eintritt bestimmter Rechtsfolgen (z.B. Berücksichtigung von Aufwendungen als Betriebsausgaben) davon abhängig gemacht, wie der zugrunde liegende Sachverhalt nach ausländischem Steuerrecht zu bewerten ist (z.B. §§ 4i und 4k EStG).

  In all diesen Fällen muss die Frage, ob es auf ausländisches Recht ankommt (im Unterschied zur Frage nach dem Inhalt des ausländischen Rechts selbst), vom Gericht selbstständig beantwortet werden (vgl. oben Art. 1 § 1 Ziff. 1).

2. Die Anwendung des in Deutschland geltenden IPR schließt auch Fragen seiner Auslegung ein, z.B. hinsichtlich der Feststellung einer „offensichtlich engeren Verbindung mit einem anderen Staat" i.S.d. Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO. Ebenso vom deutschen Gericht zu entscheiden

는 이른바 성질결정(Qualifikation)의 문제, 즉 예를 들어 증명도에 관한 규칙이나 개연성에 의한 증명에 관한 규칙을 적용되는 외국 불법행위법으로부터 도출하여야 하는지, 아니면 독일 절차법으로부터 도출하여야 하는지도 독일 법원이 판단하여야 한다(성질결정에 관하여는 아래 제3장 제4조 제3호, 제4호도 참조).

3. 법원이 판단하여야 할 사항에는 또한 독일에서 적용되는 국제사법 규정이 외국의 실질법 규정에 대한 지정(실질법 지정)을 하는지, 아니면 외국 국제사법에 대한 지정(총괄지정)을 하는지도 포함된다(민법시행법 제4조 제1항, 제2항 참조).
후자의 경우에는 적용될 법이 외국 국제사법의 내용에 따라 달라지며, 그 조사 및 해석에 관하여 법원은 독일에서 적용되는 국제사법과는 달리 전문가의 도움을 받을 수 있다(아래 제2장 제5조 참조). 외국 국제사법에 대한 검토는, 비록 그 결과가 직접반정(直接反定)을 인정하지 않는 경우라 하더라도, 판결(결정)에서 이를 명시하여야 한다(다만 아래 제2장 제1조 제5호도 참조).
예:
- 친자관계가 확정되어야 할 아동이 프랑스에 상거소를 가지고 있는 경우, 민법시행법 제19조 제1항 제1문

sind, jedenfalls im Grundsatz, Probleme der sog. Qualifikation, also z.B. die Frage, ob die Regeln über das Beweismaß oder den Anscheinsbeweis dem anwendbaren ausländischen Deliktsrecht zu entnehmen sind oder dem deutschen Prozessrecht (zur Qualifikation auch unten Art. 3 § 4 Ziff. 3, 4).

3. Zu den vom Gericht zu klärenden Fragen gehört auch, ob die in Deutschland geltenden Regelungen des IPR auf ausländische Sachvorschriften verweisen (Sachnormverweisung) oder auf ausländisches IPR (Gesamtverweisung) (vgl. Art. 4 Abs. 1, 2 EGBGB). Im zweiten Fall hängt das anwendbare Recht vom Inhalt des ausländischen IPR ab; zu dessen Ermittlung und Auslegung kann sich das Gericht, anders als beim in Deutschland geltenden IPR, der Hilfe eines Sachverständigen bedienen (unten Art. 2 § 5). Die Prüfung des ausländischen IPR ist auch dann in der Entscheidung auszuweisen, wenn es keine Rückverweisung ausspricht (vgl. aber auch unten Art. 2 § 1 Ziff. 5).

Beispiele:
- Hat das Kind, dessen Abstammung festgestellt werden soll, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich, so ist gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1

및 제4조 제1항 제1문에 따라 프랑스 국제사법이 독일법으로 직접반정하는지, 또는 제3국의 법으로 전정(轉定)하는지[이하 '반정(Renvoi)']를 검토하여야 한다.

- 최후의 일상거소가 남아프리카공화국이었던 피상속인이 사망한 경우, 유럽상속규정(EuErbVO) 제21조 제1항 및 제34조에 따라 남아프리카공화국 국제사법이 직접반정 또는 전정을 하는지 여부를 검토하여야 한다. 다른 다수의 비유럽 국가들의 법질서와 마찬가지로, 남아프리카공화국 국제사법은 부동산 상속재산을 소재지법에 종속시키고 있으므로, 독일 내 상속부동산에 관하여는 직접반정이 발생하게 된다.

  판례: 연방대법원 1990. 10. 4.자 XII ZB 200/87 결정, IPRspr 1990-73 (= NJW 1991, 3088 (3090)).

4. 독일에서 적용되는 국제사법 규정이 여러 개의 부분법질서로 구성된 외국법을 지정하는 경우(민법시행법 제4조 제3항 참조), 법원은 자신이 적용하는 국제사법 규칙이 문제되는 부분법질서를 직접 지정하고 있는지, 아니면 우선 해당 외국법의 내부 충돌규범을 조회하여야 하는지를 스스로 심사하여야 한다. 이러한

i.V.m. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB zu prüfen, ob das französische IPR auf deutsches Recht zurückverweist oder auf das Recht eines weiteren Staates weiterverweist („Renvoi").

- Ist der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Südafrika gestorben, ist gemäß Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 EuErbVO das südafrikanische IPR auf eine Rük- oder Weiterverweisung hin zu prüfen. Wie viele andere außereuropäsche Rechtsordnungen unterwirft das südafrikanische IPR unbewegliches Nachlassvermögen dem Recht des Belegenheitsortes, sodass es hinsichtlich deutscher Nachlassgrundstücke zu einer Rückverweisung kommt.

  Rechtsprechung: BGH, Beschl. v. 4.10.1990 - XII ZB 200/87, IPRspr 1990-73 (= NJW 1991, 3088 (3090)).

4. Verweisen die in Deutschland geltenden Regeln des IPR auf eine ausländische Rechtsordnung, die mehrere Teilrechtsordnungen enthält (vgl. Art. 4 Abs. 3 EGBGB), hat das Gericht selbst zu prüfen, ob die von ihm angewandte IPR-Regel die maßgebliche Teil₩-rechtsordnung unmittelbar bezeichnet oder ob zunächst die internen Kollisionsnormen des ausländischen Rechts zu befragen sind. Zu deren Ermittlung kann sich das

제2장: 법원을 위한 가이드라인

내부 충돌규범의 존재 및 내용의 확인에 관하여, 그리고 애초에 다수의 법질서가 존재하는지 여부에 관하여도, 법원은 전문가의 도움을 받을 수 있다.

예:

- 채권법상 계약의 형식적 유효성에 관하여 로마 I 규정 제11조 제1항은 계약체결지의 법을 지정한다. 계약체결지가 미국인 경우, 이는 다수의 영역적 부분법질서를 포함하는 국가의 법(즉, 사법을 원칙적으로 각 주가 독자적으로 규율하는 미국의 각 주법)을 지정하는 것이 된다. 이 경우 로마 I 규정 제22조 제1항에 따라 각 영역단위는 독립된 국가로 간주되므로, 로마 I 규정 제11조 제1항은 계약이 체결된 주의 법을 직접 지정하게 된다(예컨대 계약이 마이애미에서 체결된 경우에는 플로리다주법).
- 반면, 상속사건에서 미국법이 지정되는 경우(예컨대 피상속인이 최후의 상거소를 미국에 두고 사망한 경우, 유럽상속규정(EuErbVO) 제21조 제1항 참조)에는, 유럽상속규정 제36조 제1항에 따라 우선 미국에 적용될 주법을 지정하는 내부 충돌규범이 존재하는지를 심사하여야 한다. 미국에는 그러한 내부 충돌규범이 존재하지 않으므로, 적용될 주법은 유럽상속규정 제36조

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

Gericht der Hilfe eines Sachverständigen bedienen, ebenso wie zur Frage, ob überhaupt eine Mehrrechtsordnung vorliegt.

Beispiele:

- Für die Formgültigkeit eines schuldrechtlichen Vertrags verweist Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO auf das Recht des Abschlussortes. Lag dieser in den USA, wird damit auf das Recht eines Staates verwiesen, der viele territoriale Teilrechtsordnungen enthält (nämlich die der einzelnen US-Bundesstaaten, die das Privatrecht grundsätzlich eigenständig regeln). Gemäß Art. 22 Abs. 1 Rom I-VO gilt in diesem Fall jede Gebietseinheit als eigener Staat, sodass Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO unmittelbar auf das Recht desjenigen Bundesstaates verweist, in dem der Vertrag geschlossen wurde (also z.B. auf das Recht von Florida bei Vertragsabschluss in Miami).
- Wird hingegen in einem Erbfall auf das Recht der USA verwiesen (z.B. weil der Erb-lasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in den USA gestorben ist, vgl. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO), so ist gemäß Art. 36 Abs. 1 EuErbVO zunähst zu prüen, ob es interne Kollisionsregeln der USA gibt, die den Bundesstaat bestimmen, dessen Recht anwendbar ist. Da es solche Regeln in den USA nicht gibt, ist das anwendbare bundesstaatliche Recht über Art. 36 Abs. 2 EuErbVO zu ermitteln.

제2항에 따라 확정된다.

- 파키스탄 가족법은 종교 간에 분화된 구조를 가지고 있어, 종교가 다른 사람들은 서로 다른 법의 적용을 받는다. 이러한 상황에서 독일 국제사법이 파키스탄법을 지정하는 경우(예컨대 파키스탄 국적자가 혼인을 한 경우, 민법시행법 제13조 제1항 참조), 민법시행법 제4조 제3항 제1문에 따라 파키스탄의 인적 내부 저촉법이 어느 종교법을 적용할지를 결정하게 된다.

5. 고려 가능한 모든 법질서가 실질적으로 동일한 결론에 이르는 경우에는, 어느 법이 적용되는지의 문제는 통상적으로 열어 두어도 된다. 다만 상급심 법원은 준거법의 문제를 원칙적으로 판단하여야 하는데, 이는 독일법만이 상고심에서 심사의 대상이 될 수 있고, 외국법은 그렇지 않기 때문이다.
예외적으로는, 외국법이 공서양속(ordre public)에 반하여 그 경우 독일법이 적어도 보충적 준거법으로 적용될 것이 명백한 경우에는, 상급심 법원도 준거법의 문제를 열어 둘 수 있다.
판례: 함부르크 고등법원(OLG Hamburg) 2021. 3. 29.자 2 W 17/20 결정, IPRax 2023, 90.
해설: 가사사건 및 비송사건에 관한

- Das pakistanische Familienrecht ist interreligiös gespalten; Angehörige unterschiedlicher Religionen werden nach unterschiedlichem Recht behandelt. Verweist nun das deutsche IPR auf das pakistanische Recht (z.B. weil ein Pakistani eine Ehe eingegangen ist, vgl. Art 13 Abs. 1 EGBGB), so bestimmt gemäß Art. 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB das pakistanische interpersonale Kollisionsrecht, welches religiöse Recht anzuwenden ist.

5. Wenn alle in Betracht kommenden Rechtsordnungen in der Sache zum selben Ergebnis führen, kann die Frage, welches dieser Rechte anwendbar ist, in der Regel offenbleiben. Erst die Berufungsgerichte müssen die Frage des anwendbaren Rechts grundsätzlich entscheiden, weil nur deutsches, nicht aber ausländisches Recht revisibel ist. Ausnahmsweise können auch die Berufungsgerichte die Frage offenlassen, wenn das ausländische Recht gegen den Ordre public verstieße und deutsches Recht damit jedenfalls als Ersatzrecht zur Anwendung käme.

Rechtsprechung: OLG Hamburg, Beschl. v. 29.3.2021 – 2 W 17/20, IPRax 2023, 90.

Erläuterung: In FamFG-Verfahren gilt das über

법률이 적용되는 절차에서는, 상급심 법원에 관하여 위에서 서술한 사항이 항고법원에 대하여도 동일하게 적용된다.

제2조 외국법의 직권조사

1. 법원은 외국법을 직권으로 조사하여야 하며, 원칙적으로 해당 국가의 법원에서 적용되는 방식대로, 또는 적용될 방식대로 이를 적용하여야 한다.
법적 근거: 민사소송법 제293조
해설: 다른 국가에서 적용되는 법의 조사는, 유럽사법재판소(CJEU)에 대한 제청 여부가 그에 따라 결정되는 경우에도 사실심 법원의 책임에 속한다[연방대법원 2022. 1. 25. 선고 II ZR 215/20 판결, BeckRS 2022, 5369]. 혼인 및 친족 쟁송사건에서는 민사소송법 제293조가 가사사건 및 비송사건에 관한 법률 제113조 제1항 제2문에 따라 준용된다. 또한 임의관할에 속하는 비쟁송절차에서도 민사소송법 제293조에 관한 판례는 고려되어야 한다.

2. 법원은 재판에서 외국법이 준거법으로 문제되는 경우, 이에 관하여 당사자들과 논의하여야 하며(법적 청문권), 외국법의 조사 및 그 내용에 관

die Berufungsgerichte Gesagte ent-sprechend für die Beschwerdegerichte.

§ 2 Ermittlung des ausländischen Rechts von Amts wegen

1. Das Gericht hat das ausländische Recht von Amts wegen zu ermitteln und grundsätzlich so anzuwenden, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde.
Rechtsgrundlage: § 293 ZPO.
Erläuterung: Die Ermittlung des in einem anderen Staat geltenden Rechts obliegt dem Tatgericht auch insoweit, als von ihm die Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union abhängt (BGH, Urt. v. 25.1.2022 - II ZR 215/20, BeckRS 2022, 5369). In Ehe- und Familienstreitsachen ist § 293 ZPO üer § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG entsprechend anwendbar. In nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Rechtsprechung zu § 293 ZPO ebenfalls zu berüksichtigen.

2. Das Gericht muss, wenn es bei der Entscheidung auf ausländisches Recht ankommt, dies mit den Parteien erörtern (rechtliches Gehör) und ihnen Gelegenheit geben, zu dessen

하여 의견을 진술할 기회를 부여하여야 한다. 법원이 예컨대 자체 조사에 근거하여(아래 제2장 제3조 제1호 참조) 외국법의 내용에 관하여 잠정적인 견해를 형성한 경우에는, 이를 당사자들에게 통지하여야 한다.

3. 법원의 긴급절차에서도 외국법 조사 의무에 대한 요구 수준은 원칙적으로 완화되지 않는다. 다만, 긴급성이 외국법의 조사 불가능으로 이어질 수는 있다(이에 관하여는 아래 제2조 § 7 참조).

4. 재산법에 관한 절차에서 당사자들이 적용될 외국 준거법에 관하여 상세하고 서로 일치되게 주장하는 경우, 그 주장이 법원의 심증 형성을 위하여 출처를 추적·확인할 수 있을 정도로 충분하다면, 법원은 원칙적으로 그 주장을 옳은 것으로 전제하더라도 자신의 조사 의무를 위반한 것으로 되지 않는다(당사자 주장 일반에 관하여는 아래 제4조 참조). 다만, 신분문제 또는 제3자의 권리에 관한 사건(특히 가족법 영역의 사건)에서는 통상 그러하지 아니하다. 판례: 연방노동법원 1975. 4. 10. 선고 2 AZR 128/74 판결, IPRspr 1975-30b (= NJW 1975, 2160).

5. 당사자가 제출한 사적 전문가 감

Ermittlung und Inhalt vorzutragen. Soweit sich das Gericht, z.B. aufgrund von eigenen Recherchen (unten Art. 2 § 3 Ziff. 1), eine vorläfige Meinung zum Inhalt des ausländischen Rechts gebildet hat, teilt es diese den Parteien mit.

3. Im gerichtlichen Eilverfahren sind die Anforderungen an die Ermittlungspflicht grundsätzlich nicht herabgesetzt. Allerdings kann die Eilbedürftigkeit zur Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts führen (zu dieser unten Art. 2 § 7).

4. Tragen die Parteien in einem vermögensrechtlichen Verfahren zum anwendbaren ausländischen Recht detailliert und übereinstimmend vor, so kann das Gericht diesen Vortrag, wenn er unter Nachvollzug der Quellen für seine Überzeugungsbildung genügt, in der Regel ohne Verletzung seiner Ermittlungspflicht als richtig zugrunde legen (allgemein zum Parteivortrag unten Art. 4). In Verfahren, in denen es um Statusfragen oder Rechte Dritter geht (also insbesondere im Familienrecht), gilt das in der Regel nicht.

Rechtsprechung: BAG, Urt. v. 10.4.1975 - 2 AZR 128/74, IPRspr 1975-30b (= NJW 1975, 2160).

5. Ein von einer Partei vorgelegtes privates

정서("당사자 감정서")는 문서로 입증된 당사자 주장으로 본다. 법원은 직권조사의무의 범위 내에서 이에 대하여 검토 · 판단하여야 한다.

제3조 외국법 조사 방법 (자유심증에 의한 증명)

1. 외국법은 법원에 알려져 있지 않은 범위에서만 증명을 요한다. 이는 특히 법원이 외국법의 내용을 자체적인 조사에 의하여도 조사 · 확정할 수 있고, 또한 종종 그렇게 할 수 있음을 의미한다. 이때 법원은 무엇보다도 접근 가능한 문헌, 인터넷 자료 및 번역 프로그램을 활용할 수 있다.

해설: 자체 조사는 사안이 단순한 경우에는 종종 충분하다. 비록 그것만으로 최종적인 인식을 얻기 어렵다고 하더라도, 당사자들에 대한 석명 · 지시를 위한 기초로 활용될 수 있고(위 제2장 제2조 제2호 참조), 전문가 감정의 촉탁을 위한 목적 지향적인 증거결정의 작성을 위한 기초로도 기능할 수 있다(아래 제2장 제6조 참조). 외국 사법에 관한 독일어 표준 문헌의 정기적으로 업데이트되는 목록은 다음 인터넷 사이트에서 확인할 수 있다: https://hhleitlinien.de/literatur. 외국법에 관한 기타 중요한 독일어 자료로는 감정서 모음집인 IPG(국제 및 외국 사

Sachverständigengutachten („Parteigutachten") gilt als urkundlich belegter Parteivortrag. Das Gericht muss sich damit im Rahmen seiner Ermittlungspflicht auseinandersetzen.

§ 3 Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts (Freibeweis)

1. Das ausländische Recht bedarf des Beweises nur insofern, als es dem Gericht unbekannt ist. Das bedeutet insbesondere, dass das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts auch durch eigene Recherchen, zuvörderst mithilfe von zugänglicher Literatur, Internetquellen und Übersetzungsprogrammen ermitteln darf und oft auch kann.

Erläuterung: Die eigene Recherche ist in einfach gelagerten Fällen häufig ausreichend. Selbst dort, wo sie keine abschließenden Erkenntnisse zu bringen verspricht, kann sie als Grundlage für Hinweise an die Parteien (dazu oben Art. 2 § 2 Ziff. 2) und für die Formulierung eines zielführenden Beweisbeschlusses zur Einholung eines Sachverständigengutachtens dienen (dazu unten Art. 2 § 6). Eine regelmäßig aktualisierte Liste deutschsprachiger Standardwerke zum auslädischen Privatrecht findet sich auf der Internetseite 〈https://hhleitlinien.de/literatur〉. Weitere wichtige deutschsprachige Quellen zum ausländischen Recht sind die Gutachtensammlung IPG (Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht) und die

제2장: 법원을 위한 가이드라인

법에 관한 감정서)와 판례집 IPRspr (국제사법 분야에 관한 독일 판례집)이 있다. 또한 유럽사법재판소(EuGH)의 판결에서도 때때로 각국의 법질서에 관한 상세한 설명을 찾아볼 수 있다.

2. 자체 조사가 충분히 확실한 결론에 이르지 못하는 경우, 예컨대 관련되는 최고법원 판례가 존재하지 않거나 법률 문언이 명확하지 않은 경우에는(이에 관하여는 아래 제2장 제3조 제4호 참조), 법원은 외국법을 조사하기 위하여 특히 다음과 같은 방법들을 활용할 수 있다.

- 절차관계자들에게, 자신들이 알고 있거나 접근 가능한 외국법(특히 그들의 본국법인 경우)에 관하여 구체적으로 진술하도록 요청하는 방법. 예컨대 관련 법규의 문언이나 판례를 출처 표시 및 필요한 경우 간이 번역과 함께 제출하도록 하는 방법;
- 1968년 「외국법에 관한 정보 제공에 관한 유럽협약」(이른바 "런던 협약")의 활용;
- 유럽 사법 포털(https://e-justice.europa.eu)의 활용;
- 독일의 대사관, 영사관, 관계 부처 또는 해외상공회의소를 통한 정보 제공의 요청;
- 동일한 법적 문제를 다루고 있으

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

Rechtsprechungssammlung IPRspr (Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts). Auch in den Entscheidungen des EuGH finden sich mitunter ausführliche Angaben zu nationalen Rechtsordnungen.

2. Führt die eigene Recherche nicht zu einem genügend sicheren Ergebnis, etwa weil weder eine einschlägige höchstgerichtliche Rechtsprechung noch ein eindeutiger Gesetzeswortlaut vorliegen (dazu unten Art. 2 § 3 Ziff. 4), stehen dem Gericht insbesondere folgende Wege zur Ermittlung des ausländischen Rechts zur Verfügung:

- die Einladung an die Beteiligten, zum ihnen bekannten oder zugänglichen ausländischen Recht konkret vorzutragen (vor allem, wenn es ihr Heimatrecht ist), z.B. Normentexte sowie gerichtliche Entscheidungen (mit Quellenangabe und ggf. einfacher Übersetzung) vorzulegen;
- die Nutzung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausW-ländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen");
- die Nutzung des Europäischen Justizportals (〈https://e-justice.europa.eu〉);
- die Einholung einer Auskunft durch deutsche Botschaften, Konsulate, Ministerien oder eine Außenhandelskammer;
- die Verwertung eines

며, 그 작성 시점으로 보아 신뢰성이 현저히 저하되지 않은 다른 절차에서의 전문가 감정서를 활용하는 방법(민사소송법 제411a조);

- 전문가 감정서를 새로이 촉탁하는 방법

해설: 1968년 「외국법에 관한 정보 제공에 관한 유럽협약」("런던 협약")은 추상적, 즉 개별 사건과 직접 관련되지 않은 질문만을 허용하며, 법률정보 제공도 관련 법률 및 판례의 문언을 전달하는 데에 그친다. 따라서 이 협약에 따른 법률정보 요청은, 법원이 개별 쟁점에 관하여 추상적인 답변만으로 충분하다고 판단하는 경우에만 권장된다(아래 제2장 제3조 제4호도 참조). 아울러 번역 비용과 흔히 상당히 장기간이 소요되는 처리 기간도 고려하여야 한다. 경험상 국가에 따라 협조가 원활한 정도에는 상당한 차이가 있다.

유럽 민사 · 상사 사법네트워크(European Judicial Network in civil and commercial matters)의 틀에서 지정된 연락판사들은 법률 문헌이나 외국 판결을 입수하는 데에는 도움을 줄 수 있으나, 법률적 견해를 제시하는 것이 그들의 임무는 아니다.

대사관, 상공회의소 및 기타 기관을

Sachverständigengutachtens aus einem anderen Verfahren, das die gleiche Frage betrifft und nicht wegen seines Alters wenig vertrauenswürdig ist (§ 411a ZPO);

- die Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Erläuterung: Das Europäische Übereinkommen betreffend Auskünfte über ausländisches Recht von 1968 („Londoner Übereinkommen") lässt nur die Stellung abstrakter, d.h. nicht fallbezogener Fragen zu, und eine Rechtsauskunft besteht nur in der Mitteilung des Wortlauts der einschlägigen Gesetze und Gerichtsentscheidungen. Die Einholung einer Rechtsauskunft nach dem Übereinkommen empfiehlt sich daher nur dann, wenn dem Gericht die abstrakte Beantwortung einzelner Fragen genügt (siehe auch unten Art. 2 § 3 Ziff. 4). Zu berücksichtigen sind zudem die anfallenden Übersetzungskosten und die häufig lange Bearbeitungszeit. Erfahrungsgemäß funktioniert die Zusammenarbeit mit einigen Lädern deutlich besser als mit anderen.

Die im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen ernannten Verbindungsrichter*innen können bei der Beschaffung von Gesetzestexten und ausländischen Entscheidungen behilflich sein, ihre Aufgabe besteht aber nicht in der Erstattung von Rechtsauskünften.

Zur Auskunft durch Botschaften,

제2장: 법원을 위한 가이드라인

통한 정보 제공과 관련하여서는 다음 판례들을 참조할 수 있다. 연방대법원 1986. 10. 16. 선고 III ZR 121/85 판결, IPRspr 1986-3 (= NJW 1987, 591); 연방재정법원(BFH) 2017. 12. 7. 선고 IV R 23/14 판결, IPRspr 2017-3, 단락 39 (= BStBl II 2018, 444, 단락 39); 연방대법원 2017. 5. 24.자 XII ZB 337/15 결정, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902).

3. 법원이 외국법에 관한 필요한 지식을 어떠한 방식으로 취득할지는, 제1장 제2조에 규정된 목표에 부합하도록 행사되어야 하는 법원의 직무상 재량에 속한다. 준거법이 자국법에 비하여 더 복잡하거나 더 생소할수록 그 조사의무에 요구되는 기준은 그만큼 더 엄격해진다. 또한 당사자들의 주장 및 그 밖의 기여, 예컨대 사적 감정서 등도 조사재량에 영향을 미칠 수 있으며, 법원은 그러한 자료의 상세성에 상응하여 이를 검토 · 고려하여야 한다.

판례: 연방대법원 1992. 4. 30. 선고 IX ZR 233/90 판결, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026); 연방대법원 2014. 1. 14. 선고 II ZR 192/13 판결, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517); 연방대법원 2017. 4. 26.자 XII ZB 177/16 결정, NJW-RR 2017, 833;

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

Handelskammern und andere Institutionen siehe BGH, Urt. v. 16.10.1986 - III ZR 121/85, IPRspr 1986-3 (= NJW 1987, 591); BFH, Urt. v. 7.12.2017 - IV R 23/14, IPRspr 2017-3, Rn. 39 (= BStBl II 2018, 444, Rn. 39); BGH, Beschl. v. 24.5.2017 - XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902).

3. Wie sich das Gericht die entsprechende Kenntnis vom ausländischen Recht verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, das sich an den in Art. 1 § 2 genannten Zielen ausrichtet. An die Ermittlungspflicht sind umso höhere Anforderungen zu stel₩-len, je komplexer oder je fremder im Vergleich zum eigenen das anzuwendende Recht ist. Von Einfluss auf das Ermittlungsermessen können auch Vortrag und sonstige Beiträge - etwa Privatgutachten - der Parteien sein, mit denen das Gericht sich gemäß deren Detailliertheit auseinandersetzen muss.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 30.4.1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026); BGH, Urt. v. 14.1.2014 - II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517); BGH, Beschl. v. 26.4.2017 - XII ZB 177/16, NJW-RR 2017, 833; BGH, Beschl. v. 17.5.2018 - IX ZB 26/17, IPRspr 2018-297 (= EuZW 2018, 732); BGH, Urt. v. 18.3.2020 - IV ZR 62/19,

연방대법원 2018. 5. 17.자 IX ZB 26/17 결정, IPRspr 2018-297 (= EuZW 2018, 732); 연방대법원 2020. 3. 18. 선고 IV ZR 62/19 판결, EuZW 2020, 580, 단락 24.

4. 사안이 단순한 경우에는, 추가적인 정보를 확보하기가 어렵고 외국의 법실무가 조사된 법문과 상이하다고 볼 만한 사정이 없는 한, 관련 외국 법규의 문언을 참조하는 것만으로도 충분하다. 특히 쟁점이 한정되어 있고 명백히 예외적이지 않은 경우에는, 심화된 법률 감정서를 별도로 촉탁할 필요는 없다. 법원은 이와 같은 자료에 기초하여 판단하려는 취지를 사전에 당사자들에게 통지하여야 한다.

해설: 연방대법원은 에콰도르 가족법에 관한 표준적인 쟁점에 대하여, 원심법원이 해당 국가의 대사관이 제공한 정보에 주로 의존한 것만으로도 충분하다고 보았다(연방대법원 2017. 5. 24.자 XII ZB 337/15 결정, IPRspr 2017-3040 = NJW-RR 2017, 902). 또 다른 결정에서는, 원심법원이 학술문헌에 수록된 해설을 통해 외국법의 내용을 파악하고, 주석서에 수록·해설된 외국 법률 조문을 참조한 것만으로도 충분하다고 판단하였다(연방대법원 2017. 4. 26.자 XII ZB 177/16 결정, NJW-RR

EuZW 2020, 580 Rn. 24.

4. In einfachen Fällen genügt die Heranziehung der einschlägigen ausländischen Rechtsnormen, wenn weitere Informationen schwer zu erhalten sind und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die ausländische Rechtspraxis vom ermittelten Gesetzestext abweicht. Insbesondere der Einholung eines vertiefenden Rechtsgutachtens bedarf es bei einer überschaubaren und ersichtlich auch nicht außergewönlichen Fragestellung nicht. Das Gericht teilt die Absicht, auf dieser Grundlage zu entscheiden, den Parteien vorher mit.

Erläuterung: Der BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – XII ZB 337/15, IPRspr 2017-304 (= NJW-RR 2017, 902), ließ es bei einer Standardfrage zum ecuadorianischen Familienrecht ausreichen, dass sich das Instanzgericht im Wesentlichen auf die Auskunft der entsprechenden Botschaft verlassen hatte. In einer anderen Entscheidung ließ der BGH es genüen, dass das Instanzgericht den Inhalt des ausländischen Rechts mithilfe von Erläuterungen hierzu in der wissenschaftlichen Literatur festgestellt und auf den in der Kommentarliteratur abgedruckten und erläuterten Text des ausländischen Gesetzes zurückgegriffen hat (Beschl. v. 26.4.2017 – XII ZB 177/16,

2017, 833, 단락 25). 아울러 이른바 "prendas navales" 사건으로 알려진 판결(연방대법원 1991. 1. 21. 선고 II ZR 49/90 판결, IPRspr 1991-1b = NJW-RR 1991, 1211)은, 외국의 법실무가 성문법상 규율과 다를 가능성을 시사하는 징후가 있는 경우에 한하여 심화된 법실무에 관한 설명이 요구됨을 분명히 하고 있다. 한편 연방대법원은 법원이 재판에서 중요한 외국법 규정을 독자적으로 단지 취지에 맞게 독일어로 번역하는 것만으로는 충분하지 않다고 판시한 바 있다(연방대법원 2020. 3. 18. 선고 IV ZR 62/19 판결, IPRspr 2020-99, 단락 24 = EuZW 2020, 580, 단락 24). 다만 이러한 판단은, 해당 법규의 내용과 그 실무와의 합치성에 관하여 합리적인 의문이 없는 경우에는 그대로 적용된다고 보기는 어렵다.

연방대법원 2014. 1. 14. 선고 II ZR 192/13 판결(IPRspr 2014-276 = IPRax 2017, 517)이 외국법 정보에 관한 유럽평의회 협약(제2장 제3조 제2항)을 통하여 취득한 정보를 구체적 사안에서 충분하다고 보지 않은 것은, 문제된 관련 외국 행정청이 제기된 질문에 대하여 충분한 답변을 제공하지 않았기 때문이다.

5. 감정서는 통상 상당한 비용과 지연을 수반하므로, 법원은 준거법으

NJW-RR 2017, 833, Rn. 25). Auch die Entscheidung BGH, Urt. v. 21.1.1991 - II ZR 49/90, IPRspr 1991-1b (= NJW-RR 1991, 1211) („prendas navales"), macht deutlich, dass vertiefende Ausführungen zur Rechtspraxis nur bei Anzeichen eines Abweichens von der geschriebenen Rechtslage erforderlich sind. In BGH, Urt. v. 18.3.2020 - IV ZR 62/19, IPRspr 2020-99, Rn. 24 (= EuZW 2020, 580, Rn. 24), genügte es zwar nicht, dass das Gericht eine für die Entscheidung relevante Rechtsvorschrift des ausländischen Rechts eigenständig und lediglich sinngemäß in die deutsche Sprache übertragen hatte; dies dürfte aber nicht für Fälle gelten, in denen am Inhalt der Norm und ihrer Übereinstimmung mit der Praxis keine begründeten Zweifel bestehen.

Dass BGH, Urt. v. 14.1.2014 - II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517) die über das Europäische Rechtsauskunftsübereinkommen (oben Art. 2 § 3 Ziff. 2) erlangte Information im konkreten Fall nicht für ausreichend hielt, lag daran, dass die betreffende ausländische Behörde die gestellte Frage nicht erschöpfend beantwortet hatte.

5. Im Hinblick auf die Kosten und Verzögerungen, die ein Sachverständigengutachten in aller Regel

로 확인된 외국법이 보다 간단하고, 신속하며, 비용 부담이 적은 방법으로는 충분한 확실성을 가지고 조사될 수 없는 경우에 한하여 이를 촉탁해야 할 것이다. 다만 감정의 비용이 소송가액을 현저히 초과한다는 사정만으로, 그 촉탁을 곧바로 포기할 수 있는 것은 아니다.

판례: 연방대법원 2014. 1. 14. 선고 II ZR 192/13 판결, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517).

6. 외국법의 조사 범위를 정함에 있어서는, 많은 법질서가 독일법에 비해 충분히 상세하게 규명되어 있지 않은 점을 고려하여야 한다. 그 결과 상당한 추가적 노력을 기울이더라도 구체적 쟁점에 대하여 명확한 답을 얻지 못하는 경우가 적지 않을 것이다. 따라서 단지 다른 해석 가능성이 추상적으로 존재한다는 사정만으로는, 추가적인 조사가 필요하다거나 실익이 있다고 볼 수는 없다.

제4조 소송비용구조 및 절차구조 절차에서의 특칙

1. 외국 준거법의 적용이 신청인의 법적 지위를 뒷받침할 가능성이 전혀 무시할 수 없을 정도로 존재하는 경우에는, 법원은 외국법을 개괄적

mit sich bringt, sollte ein solches vom Gericht nur dann in Auftrag gegeben werden, wenn sich das als maßgeblich identifizierte auslädische Recht nicht auf einfacheren, schnelleren und kostengünstigeren Wegen mit hinreichender Sicherheit ermitteln lässt. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist aber nicht allein aus dem Grund verzichtbar, dass seine Kosten ein Vielfaches des Streitwerts betragen.
Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 14.1.2014 - II ZR 192/13, IPRspr 2014-276 (= IPRax 2017, 517).

6. Beim Umfang der Ermittlung des ausländischen Rechts muss berücksichtigt werden, dass viele Rechtsordnungen deutlich weniger tief erschlossen sind als die deutsche, sodass auch mit erheblichem Mehraufwand oft keine eindeutige Antwort auf die konkrete Frage zu ermitteln wäre. Die bloß abstrakte Mölichkeit, dass es auch anders sein könnte, macht daher weitere Ermittlungen nicht erforderlich oder vielversprechend.

§ 4 Besonderheiten in Prozesskosten- und Verfahrenshilfeverfahren

1. Einen Antrag auf Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe darf das Gericht nicht aufgrund summarischer Prüfung des ausländischen Rechts abweisen, sofern eine nicht ganz zu

으로만 심사한다는 이유로 소송비용구조 또는 절차구조 신청을 기각하여서는 아니 된다. 최종적인 판단을 위하여 감정의 촉탁이 필요하다면, 소송비용구조 또는 절차구조를 허가한 후 본안절차에서 해당 감정을 촉탁하여야 한다.

2. 독일에서 적용되는 국제사법 규정의 해석 및 적용에 관하여는, 소송비용구조 및 절차구조 절차에서도 본안절차와 동일한 원칙이 준수되어야 한다(위 제2장 제1조 참조).

제5조 감정인의 선정 및 접촉

1. 일반적으로는 증거결정을 작성하기에 앞서 누구를 감정인으로 임명할 것인지를 미리 정하는 것이 바람직하다(아래 제2장 제6조 제1호 참조). 이를 위하여 당사자들과 사전에 협의하는 것이 유익하다.

2. 감정인은 일반 규정, 특히 민사소송법 제404조 및 제406조에 따라 선정한다. 특히 요구되는 것은, 감정인이 1차 자료를 통하여 해당 법질서의 관련 세부 사항을 스스로 조사·파악할 수 있는 능력이다. 해당 법질서에 관한 기존 전문지식이 있으면 좋지만, 엄격하게 요구되는 것은 아

vernachlässigende Möglichkeit besteht, dass die Anwendung des ausländischen Rechts die Rechtsposition des Antragstellers stützt. Erfordert die abschließende Beurteilung die Einholung eines Sachverständigengutachtens, so soll Prozesskosten –oder Verfahrenshilfe gewährt und das Gutachten im Hauptsacheverfahren eingeholt werden.

2. Für die Auslegung und Anwendung der in Deutschland geltenden Regeln des IPR sind in Prozesskosten– und Verfahrenshilfeverfahren dieselben Grundsätze wie im Hauptsacheverfahren zu beachten (oben Art. 2 § 1).

§ 5 Auswahl von Sachverständigen und Kontaktaufnahme

1. In der Regel empfiehlt es sich, vor Abfassung des Beweisbeschlusses zu klären, wer zum Sachverständigen ernannt werden soll (vgl. unten Art. 2 § 6 Ziff. 1). Hierfür ist eine Rücksprache mit den Parteien sinnvoll.

2. Die Auswahl erfolgt unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften, vor allem der §§ 404, 406 ZPO. Erforderlich ist insbesondere die Fäigkeit des Sachverständigen, sich mittels Primärquellen über die relevanten Details der betreffenden Rechtsordnung zu unterrichten. Vorherige Expertise in der betreffenden Rechtsordnung ist wünschenswert, aber nicht

니다. 또한 국제사법과 일반적인 비교법에 관한 충실한 지식이 있으면 좋다.

3. 감정인으로는 외국법연구소의 구성원이나 해당 분야에서 전문성이 입증된 대학교수가 고려될 수 있으며, 그 밖에도 외국 법질서에 관한 특별한 지식을 보유한 독립적인 감정인(예컨대 변호사)도 가능하다. 이러한 특별한 지식은 해당 국가에서의 법학 수학(修學)이나 변호사 자격 취득 등에 기초할 수 있다.

4. 해당 외국 법질서에 속한 인사를 직접 감정인으로 임명하는 것도 가능하다. 이는 특히 위촉된 사람이 자국법의 실무에 관하여 독일의 감정인보다 더 신속하고 신뢰성 있는 정보를 제공할 수 있다는 장점이 있을 수 있다. 반면 외국인을 감정인으로 임명하는 경우에는 번역상의 어려움, 독일 법원이 적용하는 국제사법 및 독일 재판절차의 요구사항들, 특히 독일 법원을 위한 감정서 작성에 요구되는 형식적 · 내용적 기준에 대한 이해 부족, 나아가 감정인에게 강제수단을 고지하거나 명할 수 없다는 점 등이 단점으로 작용할 수 있다.

해설: 외국에 거주하는 사람에게 감정서 작성을 촉탁하는 것(민사소송법

strikt erforderlich. Ebenfalls wünschenswert sind solide Kenntnisse im IPR und in der allgemeinen Rechtsvergleichung.

3. Als Sachverständige kommen Angehörige wissenschaftlicher Institute für ausländisches Recht infrage oder einschlägig ausgewiesene Hochschullehrer*innen, aber auch freie Sachverständige (etwa aus der Rechtsanwaltschaft), die über besondere Kenntnisse einer ausländischen Rechtsordnung verfügen (etwa aufgrund eines dortigen Studiums oder einer dortigen Anwaltszulassung).

4. Auch die Ernennung eines Sachverständigen aus der betreffenden Rechtsordnung selbst ist möglich. Dies kann den Vorteil haben, dass die beauftragte Person insbesondere über die Praxis ihres einheimischen Rechts schneller und zuverlässiger Auskunft geben kann als ein Sachverständiger aus Deutschland. Mögliche Nachteile der Ernennung ausländischer Sachverständiger sind Übersetzungsschwierigkeiten und mangelnde Vertrautheit mit den Anforderungen des für deutsche Gerichte maßgeblichen IPR und des deutschen Gerichtsverfahrens, insbesondere mit den formalen und inhaltlichen Standards der Gutachtenerstattung für deutsche Gerichte, ferner die fehlende Möglichkeit, Zwangsmittel gegen den Sachverständigen anzudrohen oder anzuordnen.

Erläuterung: Die Bestellung einer im Ausland ansässigen Person zur Erstattung eines

제2장: 법원을 위한 가이드라인

제411조 제1항)은 공권력의 행사가 수반되지 않으므로, 2022년 EU 증거조사 규정(EU-Beweisaufnahme-VO 2022) 제19조에 따른 절차를 거칠 필요가 없으며, 민사사법공조법 제63조의 사법공조를 부당하게 회피하는 것도 아니다. 또한 강제수단의 고지가 없는 한, 감정서에 대한 설명을 위하여 출석을 명하는 것(민사소송법 제411조 제3항) 역시 별도의 사법공조 요청을 요하지 않는다. 다만 민사소송법 제128a조 제2항에 따라 외국 감정인을 화상 연결을 통해 심문하는 경우에는 사법공조 요청이 필요하다(반면 독일 법원 소재지에서의 출석 심문에는 그러하지 아니하다).

5. 법원이 법률감정을 촉탁하고자 하는 사람을 특정한 경우에는, 증거결정을 내리기에 앞서 서면, 전화 또는 이메일을 통하여 해당 인사의 원칙적인 수임 의사를 확인하는 것이 바람직하다. 이는 수임이 거절되는 경우에 법원 기록을 반복적으로 송부하고 증거결정을 변경하여야 하는 번거로움을 예방해 준다.

6. 감정인이 감정서를 작성할 기본적인 의사를 표시한 경우에는, 사전 검토를 위하여 법원 기록을 감정인에게 송부하는 것이 바람직하다.

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

schriftlichen Gutachtens (§ 411 Abs. 1 ZPO) bedarf mangels Ausübung hoheitlicher Gewalt nicht des Vorgehens nach Art. 19 EU-Beweisaufnahme-VO 2022 und ist keine unzulässige Umgehung der Rechtshilfe i.S.v. § 63 ZRHO. Auch die Anordnung des Erscheinens zur Gutachtenerläuterung (§ 411 Abs. 3 ZPO) bedarf keines Ersuchens, solange sie ohne Androhung von Zwangsmitteln erfolgt. Jedoch erfordert die Anhörung des ausländischen Sachverständigen per Videoschaltung gemäß § 128a Abs. 2 ZPO ein Rechtshilfeersuchen (nicht hingegen die Anhörung am deutschen Gerichtsort).

5. Hat das Gericht eine Person identifiziert, die es mit der Erstattung des Rechtsgutachtens beauftragen will, sollte es vor Erlass des Beweisbeschlusses deren grundsätzliche Bereitschaft per Brief, Telefon oder E-Mail klären. Dies erspart im Falle einer Ablehnung das Hin- und Hersenden von Gerichtsakten und eine Abänderung des Beweisbeschlusses.

6. Hat der Sachverständige seine grundsätzliche Bereitschaft erklärt, das Gutachten zu erstatten, sollte ihm zwecks Vorprüfung die Gerichtsakte übersandt werden.

제2장: 법원을 위한 가이드라인

해설: 기록 송부를 권고하는 이유는, 한편으로는 법원이 외국법에 대한 지식이 부족하여 관련 사실이 무엇인지 언제나 확실히 알 수 없는 경우가 있기 때문이다. 다른 한편으로 기록 송부는, 편파성에 관한 사유가 존재하는지를 조기에 인지하고 이를 공개할 수 있게 해 준다(편파성에 관하여는 아래 제3장 제1조 제2호도 참조).

제6조 증거결정의 작성

1. 증거결정에는 외국법에 관한 질문, 임명된 감정인, 그리고 정해진 기한이 포함되어야 한다. 사안에 따라서는, 그 밖에도 감정인이 고려해야 할 사실관계(아래 제2장 제6조 제9호 참조) 및 비용예납에 관한 사항(아래 제2장 제6조 제11호 참조)이 포함된다.

2. 증거질문은 법원과 감정인 사이의 일반적인 업무 분담에 부합하도록 작성되어야 한다(위 제1장 제1조 참조). 이는 특히 법원이 전문가에게 독일에서 적용되는 국제사법의 판단을 맡기거나, 소 또는 특정한 원고 청구의 이유 유무에 관하여 질문하여서는 안 된다는 것을 의미한다(포섭이 법관의 과제라는 점에 관하여는 아래 제2장 제9조 제1호 참조).

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

Erläuterung: Die Empfehlung der Aktenübersendung hat zum einen den Hintergrund, dass das Gericht mangels Kenntnis des ausländischen Rechts nicht immer sicher wissen kann, welche Tatsachen relevant sind. Zum anderen ermöglicht es die Aktenübersendung, etwaige Befangenheitsgründe frühzeitig zu erkennen und offenzulegen (zur Befangenheit auch unten Art. 3 § 1 Ziff. 2).

§ 6 Formulierung des Beweisbeschlusses

1. Der Beweisbeschluss muss die Fragen zum ausländischen Recht, den ernannten Sachverständigen und die gesetzte Frist enthalten. Je nach Fall enthält er darüber hinaus den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 9) sowie Angaben zum Auslagenvorschuss (→ unten Art. 2 § 6 Ziff. 11).

2. Beweisfragen werden im Einklang mit der allgemeinen Aufgabenverteilung zwischen Gerichten und Sachverständigen formuliert (→ oben Art. 1 § 1). Dies bedeutet insbesondere, dass das Gericht dem Sachverständigen nicht die Prüfung des in Deutschland geltenden IPR aufgibt oder ihn nach der Begründetheit der Klage oder bestimmter klägerischer Ansprüche fragt (zur Subsumtion als richterlicher Aufgabe → unten Art. 2 § 9 Ziff. 1).

제2장: 법원을 위한 가이드라인

3. 증거질문을 작성함에 있어서는, 적용될 외국 준거법의 법리 구조가 독일법의 그것과 다를 수 있다는 점을 일반적으로 유의하여야 한다(아래 제3장 제1조 제6호도 참조). 따라서 질문은 가능한 한 개방적으로 제시되어야 한다.

예:

- 증거질문을 계약상 손해배상청구로만 한정하는 대신, 저촉법적 지정의 범위에 포함되는 한 계약외 손해배상청구도 질문에 포함시키는 것이 바람직할 수 있다. 이 경우 "계약상 책임"이 아니라 보다 폭넓게 "책임"에 관하여 질문을 한다.

- 적용될 외국 준거법에 따라 특정 행위가 유효한 유언처분에 해당하는지만을 묻는 대신, 증여에 해당할 가능성도 증거질문에 포함시키는 것이 바람직할 수 있다.

4. 제3호에도 불구하고, 증거질문은 원칙적으로 사건의 재판에 중요한 외국법의 측면으로 한정하는 것이 바람직하다.

예: "터키법에서 유언이 유효하기 위한 요건은 무엇인가?"라고 포괄적으로 묻기보다는, 가능하면 유효성에 관하여 의문이 제기되는 구체적 측면을 특정하여 질문하는 것이 바람

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

3. Bei der Formulierung der Beweisfragen ist generell zu beachten, dass die dogmatischen Strukturen des anwendbaren ausländischen Rechts sich möglicherweise von denen des deutschen Rechts unterscheiden (auch → unten Art. 3 § 1 Ziff. 6). Die Fragen sollten daher nach Möglichkeit offen formuliert werden.

Beispiele:

- Anstatt die Beweisfrage auf vertragliche Ersatzansprüche zu begrenzen, kann es sich empfehlen, auch außervertragliche Ersatzansprüche in die Fragestellung einzubeziehen, soweit diese von der kollisionsrechtlichen Verweisung umfasst sind. Gefragt wird dann also nicht nach „vertraglicher Haftung", sondern offener nach „Haftung".
- Anstatt nur zu fragen, ob eine bestimmte Handlung nach dem anwendbaren ausländischen Recht eine wirksame letztwillige Verfügung ist, kann es sich empfehlen, auch die Möglichkeit einer Schenkung in die Beweisfrage einzubeziehen.

4. Unbeschadet der Ziff. 3 sollten die Beweisfragen grundsätzlich auf die für die Fallentscheidung relevanten Aspekte des ausländischen Rechts beschränkt werden.

Beispiel: Anstatt zu fragen: „Was sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Testamente im türkischen Recht?", sollte nach Möglichkeit spezifiziert werden, hinsichtlich welcher Aspekte Zweifel an der Wirksamkeit bestehen. So könnte

직하다. 예컨대 다음과 같이 질문할 수 있을 것이다.

- "터키법은 유언에 관하여 어떠한 형식적 요건을 요구하는가?"
- "터키법은 대리인에 의한 유언의 작성을 허용하는가?"

5. 재판에서 중요한 외국법의 측면이 명확히 특정될 수 있는 경우에는, 법원은 질문을 추상적으로 제시하여야 한다.

예:

- "튀니지법은 법정상속을 어떻게 규율하고 있는가?"
- "폴란드법에 따르면 소송 전 변호사비용은 손해로서 배상 대상이 되는가?" (다만 이는 교통사고의 경우, 폴란드법에 관한 독일 문헌을 통해 답변할 수 있는 문제이기는 하다.)
- "나미비아 국제회사법은 설립준거법설을 따르는가, 아니면 회사에 적용될 법을 다른 방식으로 정하는가?"

6. 추상적인 질문 방식이 재판과 무관한 사항을 지나치게 포함하게 되거나, 법률문제가 외국법의 특정 측면과 확실한 관련성이 없는 경우에는 사안에 맞추어 질문하는 것이 바람직하다.

예: "영국법상 계약은 어떻게 성립하

etwa gefragt werden:

- „Welche Formerfordernisse sieht das türkische Recht für Testamente vor?"
- „Gestattet das türkische Recht die Errichtung des Testaments durch einen Stellvertreter?"

5. Lassen sich die entscheidungsrelevanten Aspekte des ausländischen Rechts klar bestimmen, sollte das Gericht seine Fragen abstrakt formulieren.

Beispiele:

- „Wie ist die gesetzliche Erbfolge im tunesischen Recht geregelt?"
- „Sind vorgerichtliche Anwaltskosten nach polnischem Recht ersatzfähig?" (Dies ist freilich bei Verkehrsunfällen eine Frage, die sich aus dem deutschen Schrifttum zum polnischen Recht beantworten lässt).

- „Folgt das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie oder bestimmt es das auf Gesellschaften anwendbare Recht auf andere Weise?"

6. Ist die abstrakte Fragestellung nicht ratsam, weil sie zu vieles einschlösse, was nicht entscheidungsrelevant ist, oder weil die Rechtsfrage nicht sicher auf bestimmte Aspekte des ausländischen Rechts bezogen werden kann, sollte fallbezogen gefragt werden.

Beispiel: Anstatt zu fragen: „Wie kommt nach

는가?"라고 묻는 대신 "법원이 제시한 사실관계(아래 제2장 제6조 제9호 참조)에 비추어, 영국법상 계약이 성립하였는가?"라고 질문하는 것이 바람직하다.

가능하다면, 재판에 중요한 요소를 더욱 구체적으로 특정하는 것이 바람직하다. 예컨대 다음과 같이 질문할 수 있다. "법원이 제시한 사실관계(아래 제2장 제6조 제9호 참조)에 비추어, X는 영국법상 자기 명의로 계약을 체결하였는가, 아니면 Y의 명의로 계약을 체결하였는가?"

이와 관련하여, 사실관계를 관련 법규범에 포섭하는 문제와 계약 해석은 원칙적으로 법원의 과제라는 점에 유의하여야 한다. 다만 감정인이 이에 관하여 자신의 견해를 함께 제시할 수 있다(아래 제2장 제9조 제1호, 제3장 제3조 제5호 및 제3장 제5조 참조).

7. 증거결정에서 질문에 답변하기 위해서는 제출된 당사자 감정서(위 제2장 제2조 제5호 참조) 또는 당사자 진술에 대하여 검토하는 것도 요구할 수도 있다.

예: "스페인법상 주식회사의 이사는 지시에 구속되는가? 이와 관련하여, 법률의견에서는 2019. 2. 26.자 T.C. 법무법인 소속 변호사 M.S.의 서면

englischem Recht ein Vertrag zustande?", sollte die Frage lauten: „Ist nach englischem Recht bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. unten Art. 2 § 6 Ziff. 9] ein Vertrag zustande gekommen?"

Wenn möglich, sollte das entscheidungsrelevante Element noch genauer identifiziert werden: „Hat X nach englischem Recht den Vertrag bei dem vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt [vgl. unten Art. 2 § 6 Ziff. 9] im eigenen Namen oder im Namen von Y geschlossen?"

Zu beachten ist, dass die Subsumtion des Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen und die Vertragsauslegung grundsätzlich Aufgaben des Gerichts sind, obgleich Sachverständige hierzu auch ihr eigenes Ergebnis darlegen können (unten Art. 2 § 9 Ziff. 1, Art. 3 § 3 Ziff. 5 und Art. 3 § 5).

7. Im Beweisbeschluss kann zur Beantwortung der Frage auch die Auseinandersetzung mit einem vorgelegten Parteigutachten (oben Art. 2 § 2 Ziff. 5) oder Parteivortrag verlangt werden.

Beispiel: „Ist der Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft nach spanischem Recht weisungsgebunden? Hierzu soll sich die Rechtsauskunft auch kritisch mit dem Schreiben

에 대하여도 비판적으로 검토하여야 한다."

8. 외국법에 관한 질문은 가능한 한 보충 감정서가 필요하지 않도록 충분히 포괄적으로 제시되어야 한다(아래 제2장 제8조 제2호도 참조). 다만 사안에 따라서는 증거질문을 단계적으로 제시하는 것이 바람직할 수 있다.

예:

- "1. 법원이 제시한 사실관계에 비추어, 캘리포니아주 국제사법은 독일법으로 직접반정하는가?
  2. 제1문에 대하여 부정하는 경우: [캘리포니아주 실질법 규정에 관한 질문]."
- "1. 법원이 제시한 사실관계에 비추어, 중국법상 당사자 사이에 계약이 성립하였는가?
  2. 제1문에 대하여 긍정하는 경우: 원고(여성)가 주장하는 손해배상청구는 중국 계약법에 따라 근거 및 액수에 있어서 인정되는가?
  3. 제1문에 대하여 부정하는 경우: 중국법상 본건에서 주장된 비용상환 또는 손해배상청구를 뒷받침할 다른 청구원인이 존재하는가? 존재한다면, 그 요건은 무엇인가?"

des Rechtsanwalts M.S. der Kanzlei T.C. vom 26.2.2019 auseinandersetzen."

8. Die Fragen zum ausländischen Recht sollen nach Möglichkeit so umfassend sein, dass die Notwendigkeit eines Ergänzungsgutachtens vermieden wird (vgl. auch unten Art. 2 § 8 Ziff. 2). In bestimmten Fällen kann es sich empfehlen, die Beweisfragen zu staffeln.

Beispiele:

- „1. Verweist das kalifornische IPR bei dem mitgeteilten Sachverhalt auf deutsches Recht zurück?
  2. Bei Verneinung von Frage 1: [Frage nach den kalifornischen Sachvorschriften]."
- „1. Ist bei dem mitgeteilten Sachverhalt nach chinesischem Recht ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen?
  2. Bei Bejahung von Frage 1: Sind die von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzansprüche auf der Grundlage des chinesischen Vertragsrechts dem Grunde und der Höhe nach ersatzfähig?
  3. Bei Verneinung von Frage 1: Besteht nach chinesischem Recht eine andere Anspruchsgrundlage für den hier geltend gemachten Aufwendungs- oder Schadensersatzanspruch, und wenn ja, was sind ihre Voraussetzungen?"

제2장: 법원을 위한 가이드라인

9. 가능하다면, 명확성과 시간 절약을 위하여 증거결정은 감정인이 고려해야 할 사실관계를 명시하여야 한다(위 제2장 제6조 제1호 참조). 이때 어떤 사실이 관련되는지는 외국 준거법 자체에 따라 달라질 수 있다는 점을 고려하여야 한다(아래 제2장 제6조 제10호 참조; 감정인이 사실관계를 구성하는 문제에 관하여는 아래 제3장 제2조 제3호 참조).

법적 근거: 민사소송법 제404a조 제3항

예:

- "감정인은 다음의 사실관계를 전제로 하여야 한다. 당사자들은 2018. 6. 24. 금속 파이프의 공급에 관한 계약을 체결하였다. 이후 피고는 합의된 납기일을 준수하지 못하였다. 계약은 이 경우에 대하여 다음과 같은 규정을 두고 있다 […]. 피고는 이 조항이 영국법상 무효인 계약벌 조항이라고 주장하고 있다 […]."
- "감정인은 신청인이 해당 아동의 생물학적 부가 아니고, 피신청인이 해당 아동의 생물학적 모가 아니라는 점을 전제로 하여야 한다."

10. 관련 사실 및 필요하다면 추가로 조사되어야 할 사실의 특정이 외국 준거법의 내용에 의존하는 경우에는, 그 점을 증거결정에서 명확히 할

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

9. Soweit möglich, teilt der Beweisbeschluss zwecks Klarheit und Zeitersparnis den vom Sachverständigen zugrunde zu legenden Sachverhalt mit (vgl. oben Art. 2 § 6 Ziff. 1). Dabei ist zu bedenken, dass die Frage, welche Tatsachen relevant sind, vom ausländischen Recht selbst abhängen kann (unten Art. 2 § 6 Ziff. 10; zur Erstellung des Sachverhalts durch den Sachverständigen unten Art. 3 § 2 Ziff. 3).

Rechtsgrundlage: § 404a Abs. 3 ZPO.

Beispiele:

- „Der Sachverständige soll von folgendem Sachverhalt ausgehen: Die Parteien schlossen am 24.6.2018 einen Vertrag über die Lieferung von Metallröhren. Die Beklagte verfehlte in der Folge die Einhaltung der vereinbarten Liefertermine. Der Vertrag trifft für diesen Fall folgende Regelung […]. Der Beklagte ist der Ansicht, dass diese Klausel nach englischem Recht eine unwirksame Vertragsstrafebestimmung sei […]."
- „Der Sachverständige soll unterstellen, dass der Antragsteller nicht der biologische Vater und die Antragsgegnerin nicht die biologische Mutter des Kindes ist."

10. Hängt die Identifizierung der relevanten und ggf. noch zu ermittelnden Tatsachen vom Inhalt des ausländischen Rechts ab, kann dies im Beweisbeschluss deutlich gemacht werden.

수 있다.
사례: "프랑스법상 책임 성립을 위하여 특정한 사정에 대한 인식이 있었는지가 중요한가?"

Beispiel: „Kommt es nach französischem Recht für die Haftung darauf an, ob Kenntnis von einem bestimmten Umstand vorlag?"

11. 외국법은 직권으로 조사되어야 하므로, 법원은 비용예납 결과에 따라 감정인 선정 여부를 결정할 수 없다.
판례: 연방대법원 2009. 9. 17. 선고 I ZR 103/07 판결, NJW 2000, 743.
해설: 실무상으로는 비용예납이 요구되고, 실제로 납부되는 경우가 흔하다.

11. Da ausländisches Recht von Amts wegen zu ermitteln ist, kann das Gericht die Bestellung eines Sachverständigen nicht von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig machen.
Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 17.9.2009 – I ZR 103/07, NJW 2000, 743.

Erläuterung: In der Praxis wird häufig ein Auslagenvorschuss eingefordert und auch bezahlt.

12. 법원은 감정인에게, 그가 서명한 감정서를 제출하여야 할 적정한 기한을 정한다. 이 기한은 사전에 감정인과 협의하여 정하는 것이 바람직하다.
법적 근거: 민사소송법 제411조 제1항

12. Das Gericht setzt dem Sachverständigen eine angemessene Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat. Es empfiehlt sich, die Frist mit dem Sachverständigen vorher abzusprechen.
Rechtsgrundlage: § 411 Abs. 1 ZPO.

13. 늦어도 감정인을 선정함과 동시에, 재판기록은 해당 감정인에게 송부되어야 한다(위 제2장 제5조 제6호 참조).

13. Spätestens mit seiner Ernennung ist dem Sachverständigen die Gerichtsakte zu übersenden (oben Art. 2 § 5 Ziff. 6).

제7조 외국법의 조사불가능성

§ 7 Nichtermittelbarkeit des ausländischen Rechts

1. 외국법이 조사될 수 없다는 사정

1. Die Nichtermittelbarkeit des ausländischen

만으로는, 소를 기각할 수 없고, 또한 추정된 증명책임에 근거하여 재판을 할 수도 없다.

2. 적용될 외국 준거법 또는 관련 규범이 전부 또는 대부분 조사될 수 없는 경우에도, 법원은 곧바로 독일법을 보충적 준거법으로 적용하여서는 아니 된다. 대신 법원은, 필요하다면 전문가 감정의 도움을 받아, 먼저 그 공백을 외국법의 합리적인 법형성에 의하여 보충할 수 있는지, 또는 사안과 더 밀접한 관련성을 가지는 다른 외국 법질서의 규정에 의하여 보충할 수 있는지를 심사하여야 한다. 이 때 다른 외국 법질서의 더 큰 사안적 밀접성은 역사적 · 비교법적 고려뿐만 아니라 저촉법적 고려에 의해서도 뒷받침될 수 있다.

3. 외국법의 조사 시도가 과도하게 장기간 소요될 것이 예상되는 경우, 특히 추가적인 조사를 하더라도 외국법의 내용을 더 명확히 파악할 수 있을 개연성이 없는 경우에도 마찬가지이다.

제8조 작성된 감정서의 취급

1. 외국법에 관한 질문은 종종 절대적인 확실성을 가지고 답하기 어렵다(위 제2장 제3조 제6호도 참조).

Rechts berechtigt weder zur Klageabweisung noch zur Entscheidung aufgrund einer angenommenen Beweislast.

2. Wenn das anwendbare ausländische Recht oder eine einschlägige Norm vollständig oder weitgehend nicht ermittelt werden kann, darf das Gericht nicht ohne Weiteres deutsches Recht als Ersatzrecht anwenden. Stattdessen hat es, ggf. unter Zuhilfenahme eines Sachverständigengutachtens, zunächst zu prüfen, ob die Lücke durch sachgerechte Fortbildung des ausländischen Rechts oder durch die Vorschriften einer sachnäheren anderen ausländischen Rechtsordnung geschlossen werden kann. Die größere Sachnäe einer anderen auslädischen Rechtsordnung kann dabei sowohl durch historisch–rechtsvergleichende als auch durch kollisionsrechtliche Erwägungen begründet werden.

3. Der Nichtermittelbarkeit steht es gleich, wenn Ermittlungsversuche erwartungsgemäß unverhältnismäßig lange dauern wüden, insbesondere wenn zusäzliche Erkenntnisse unwahrscheinlich sind.

§ 8 Umgang mit dem erstellten Gutachten

1. Fragen zum ausländischen Recht lassen sich oftmals nicht mit letzter Sicherheit beantworten (vgl. auch oben Art. 2 § 3 Ziff. 6). Gibt es keine

전문가 감정의 촉탁을 거쳐 도출된 경우를 포함하여, 조사 결과의 개연성과 정확성에 대한 중대하고 근거 있는 의문이 존재하지 않는 한, 법원은 그 조사 결과에 기초하여 판단할 수 있다.

2. 당사자들이 추가 질문을 제기하거나 감정서의 정확성에 관하여 의문을 표명하더라도, 법원은 이를 곧바로 감정인에게 의견 제출을 위해 전달하여서는 아니 된다. 대신 법원은 먼저, 제기된 질문이 재판에서 중요한지 여부, 그에 대한 답변이 이미 감정서로부터 도출될 수 있는지 여부, 또는 표명된 의문이 충분한 실질적 근거를 갖추고 있는지를 심사한다. 감정서에서 충분한 근거를 들어 제시된 외국법에 관한 진술은, 근거 없는 단순한 부인만으로는 흔들릴 수 없다.

예:

- 당사자 대리인이 감정서에 대하여 상세히 의견을 제시하고 여러 부분에서 이를 문제 삼는 경우, 법원은 감정인에게 포괄적으로 의견 제출을 요구하지 않는다. 대신 법원은 자신이 보기에 관련성이 있는 논점을 가능한 한 정확히 특정하고, 그 중요성을 검토한 후, 가능하다면 추가 질문을 증거질문의 형태로 구성한다.

gewichtigen substantiierten Zweifel an der Plausibilität und Korrektheit des – ggf. unter Einholung eines Sachverständigengutachtens erzielten – Ermittlungsergebnisses, kann das Gericht auf dessen Grundlage entscheiden.

2. Stellen die Parteien Nachfragen oder äußern sie Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens, reicht das Gericht diese nicht ohne Weiteres an den Sachverständigen zur Stellungnahme durch. Stattdessen prüft es zunächst, ob die gestellten Fragen entscheidungsrelevant sind, ob die Antworten bereits dem Gutachten entnommen werden können bzw. ob die geäußerten Zweifel hinreichend Substanz haben. Aussagen zum auslädischen Recht, die im Gutachten hinreichend belegt wurden, können nicht durch ein Bestreiten ins Blaue hinein erschüttert werden.

Beispiele:

- Der Parteivertreter nimmt ausführlich Stellung zum Gutachten und stellt es an verschiedenen Stellen infrage. Das Gericht fordert den Sachverständigen nicht pauschal zur Stellungnahme auf, sondern identifiziert möglichst genau die aus seiner Sicht relevanten Argumente, prüft deren Erheblichkeit und formuliert die Nachfragen nach Möglichkeit in Gestalt von Beweisfragen.

제2장: 법원을 위한 가이드라인

- 감정서에서 나미비아 국제회사법이 설립준거법설을 따른다는 점이 상세히 설명되고 충분한 근거와 함께 제시된 경우, 당사자 대리인이 설립준거법설 대신 본점준거법설을 따를 가능성이 있지 않느냐고 제기하는 문의는, 구체적인 단서에 의해 뒷받침되지 않는 한, 이유 없는 주장에 해당한다.

3. 감정인이 감정서를 구두로 설명하는 절차(필요한 경우 민사소송법 제128a조 제2항에 따른 화상연결을 포함한다)는 명확화 및 보완을 위하여 유용할 수 있으나, 대체로 새로운 인식을 제공하지는 않는다. 시간과 비용을 절약하기 위하여, 법원이 사전에 특정 질문을 감정인에게 전달하는 것이 바람직할 수 있다. 실무 경험에 비추어 보면, 감정서에 대한 설명과 보완은 구두 절차를 거치지 않고 서면 방식만으로 진행하더라도 대체로 원활하게 이루어진다.

법적 근거: 민사소송법 제411조 제3항

해설: 제3호의 내용은 구두변론주의가 적용되는 점을 고려할 때, 형사절차에서 외국법에 관한 감정서에는 적용되지 않는다.

4. 감정인이 독자적으로 전제가 되는 사실관계를 구성한 경우(아래 제3장

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

- Im Gutachten wird ausführlich erläutert und belegt, dass das namibische internationale Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie folgt. Die Nachfrage seitens des Parteivertreters, ob ein Befolgen der Sitztheorie nicht trotzdem denkbar sei, ist unsubstantiiert, wenn sie nicht durch konkrete Anhaltspunkte gestützt wird.

3. Die mündliche Erläuterung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen (ggf. per Videoschaltung, § 128a Abs. 2 ZPO) kann zur Klarstellung und Ergäzung nützlich sein, bringt häufig allerdings keine neuen Erkenntnisse. Zur Zeit- und Kostenersparnis kann es sich empfehlen, dem Sachverständigen bestimmte Fragen vorab zu übermitteln. Die ausschließlich schriftliche Erläterung und Ergäzung funktioniert erfahrungsgemäß in der Regel gut.

Rechtsgrundlage: § 411 Abs. 3 ZPO.

Erläuterung: Ziff. 3 gilt aufgrund des dort zu beachtenden Mündlichkeitsgrundsatzes nicht für Gutachten zum ausländischen Recht im Rahmen von Strafverfahren.

4. Sofern der Sachverständige eigenständig den Sachverhalt formuliert hat, von dem er ausgeht

제2조 제3호 참조), 법원은 감정서를 수령한 후 그 사실관계가 정확하게 조사되었는지를 심사하여야 한다.

제9조 외국 준거법을 적용한 재판

1. 외국 준거법을 적용하여 재판하는 것은 법원의 고유한 임무이다. 이는 특히 사실관계를 외국 준거법에 포섭하는 작업에도 그대로 적용되며, 감정인이 이에 관하여 자신의 포섭 결과를 설명하였는지 여부와는 무관하다(아래 제3장 제3조 제5호, 제5조 참조).

2. 판결 이유에는 외국 준거법이 어떠한 방식으로 조사되었는지가 드러나야 한다. 이는 인식자료의 선택뿐만 아니라, 그 내용에 관하여 의문이 남는 경우에는 조사의 심도까지 포함한다(위 제2장 제2조, 제3조 참조).
해설: 불복된 재판에서 사실심 법원이 외국법을 적절한 방식으로 조사할 의무를 이행하였다는 점이 판결 이유에서 드러나지 않는 경우, 상고심은 절차상의 하자로 외국법에 대한 충분한 조사가 행해지지 않았음을 전제해야 한다(연방대법원 2012. 7. 20. 선고 V ZR 135/11 판결, MDR 2012, 1077, 단락 16; BGH 2016. 10. 6.자 I ZB 13/15 결정, IPRspr 2016-219,

(unten Art. 3 § 2 Ziff. 3), muss das Gericht bei Erhalt des Gutachtens prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.

§ 9 Entscheidung unter Anwendung ausländischen Rechts

1. Die Entscheidung unter Anwendung des ausländischen Rechts ist originäre Aufgabe des Gerichts. Das betrifft insbesondere auch die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht, unabhängig davon, ob der Sachverständige ein eigenes Subsumtionsergebnis darlegt (vgl. unten Art. 3 § 3 Ziff. 5, § 5).

2. Die Entscheidungsgründe müssen erkennen lassen, wie das ausländische Recht ermittelt wurde. Das betrifft sowohl die Auswahl der Erkenntnisquellen als auch – bei verbleibenden Zweifeln zum Inhalt – die Tiefe (vgl. oben Art. 2 §§ 2, 3).
Erläuterung: Gibt die angefochtene Entscheidung keinen Aufschluss darüber, dass das Tatgericht seiner Pflicht nachgekommen ist, ausländisches Recht in angemessener Weise zu ermitteln, ist revisionsrechtlich davon auszugehen, dass eine ausreichende Erforschung des fremden Rechts in verfahrensfehlerhafter Weise unterblieben ist (BGH, Urt. v. 20.7.2012 – V ZR 135/11, MDR 2012, 1077 Rn. 16; BGH, Beschl. v. 6.10.2016 – I ZB 13/15, IPRspr 2016-219, Rn. 66 (= NJW-RR

단락 66 = NJW-RR 2017, 313, 단락 66).

3. 판결 이유는 감정서를 단순히 개괄적으로 인용하는 데 그쳐서는 아니 되며, 재판 결과에 중요한 감정서의 핵심 내용을 스스로 제시하고, 법원이 왜 이를 채택하는지를 설명하는 것이 바람직하다. 감정서의 내용에 다툼이 있는 경우에는, 일반적인 증거평가와 마찬가지로, 법원이 이를 따르는지 여부에 대한 이유를 밝혀야 한다. 감정서는 익명화 의무를 준수하되, 가능한 한 정확히 특정되어야 한다(예컨대, 감정서 작성일 및 내부 사건번호).

4. 재판에서는 법원이 근거로 삼은 1차 자료와 2차 자료를 가능한 한 완전하게 제시하여야 하며, 특히 문언이 중요한 경우에는 원문을 그대로 인용하여야 한다. 널리 통용되지 않는 언어(의심스러운 경우에는 영어를 제외한 모든 언어)의 경우에는 독일어 번역문을 첨부하는 것이 바람직하다. 가능하다면 원문과 번역문 모두에 관하여 공식 자료를 인용하고, 그 출처를 명시하는 것이 바람직하다. 법원이 공식 번역이 아닌 번역을 사용하는 경우에는, 그 사유를 밝혀야 할 것이다.

2017, 313 Rn. 66).

3. Die Entscheidungsbegründung sollte nicht nur pauschal auf das Gutachten verweisen, sondern die für das Ergebnis relevanten Inhalte des Gutachtens selbst wiedergeben und erklären, warum das Gericht sie sich zu eigen macht. Sofern der Inhalt des Gutachtens streitig ist, muss das Gericht, wie auch sonst bei der Beweiswürdigung, begründen, warum es ihm folgt oder nicht. Das Gutachten sollte unter Beachtung der Anonymisierungspflichten so genau wie möglich bezeichnet werden (z.B. mit Datum und internem Aktenzeichen des Sachverständigen).

4. In der Entscheidung sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die das Gericht sich stützt, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Üersetzung der Texte angefüt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift das Gericht auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte es dies begründen.

제2장: 법원을 위한 가이드라인

5. 충분한 자료를 찾을 수 없었던 경우에는, 판결 이유에서 자료를 어디에서, 어떠한 방식으로 검색하였는지를 설명하여야 할 것이다.

6. 절차가 종결된 후에는 감정인에게 재판서의 사본을 송부하는 것이 바람직하다. 또한 해당 판결은 관련 판례집(예컨대, IPRspr, IPRax) 및 해당 실체법 분야의 전문 학술지(예컨대, 외국 가족법에 관한 판결의 경우 FamRZ)에도 제공되는 것이 바람직하다.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

제1조 사전 검토 및 안내

1. 감정인은 (위 제2장 제5조에 따라) 위촉 여부가 문의된 후, 해당 업무가 자신의 전문 분야에 속하는지, 그리고 법원이 정한 기한 내에 이를 수행할 수 있는지를 지체 없이 검토하여야 한다. 그렇지 아니한 경우에는, 전문가는 그 사실을 법원에 지체 없이 통지하여야 한다.
법적 근거: 민사소송법 제407a조 제1항

2. 감정인은 자신의 공정성에 대한 불신을 정당화할 수 있는 사유가 존재하는지를 지체 없이 검토하여야

ART. 2: LEITLINIEN FÜR GERICHTE

5. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, sollte in der Entscheidung dargelegt werden, wo und wie danach gesucht wurde.

6. Nach Abschluss des Verfahrens sollte dem Sachverständigen eine Kopie der Entscheidung übermittelt werden. Ebenso sollte eine Übermittlung an einschlägige Sammlungen erfolgen (z.B. IPRspr, IPRax) sowie an sachrechtsspezifische Zeitschriften (z.B. FamRZ für Entscheidungen zum ausländischen Familienrecht).

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

§ 1 Vorprüfung und Hinweise

1. Der Sachverständige hat, nachdem er angefragt wurde (oben Art. 2 § 5), unverzülich zu prüfen, ob der Auftrag in sein Fachgebiet fällt und innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist erledigt werden kann. Ist das nicht der Fall, so muss er das Gericht unverzüglich verständigen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 1 ZPO.

2. Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu

한다. 그러한 사유가 있는 경우에는 이를 법원에 지체 없이 통지하여야 한다.

법적 근거: 민사소송법 제407a조 제2항

해설: 특히 독일에서 해당 외국 법질서를 다루는 인원이 비교적 적은 경우에는, 감정인이 당사자 대리인과 개인적으로 알고 지내는 사이인 경우가 적지 않다. 이러한 사정만으로는 감정인의 편파성이 곧바로 인정되지는 않는다.

3. 감정인이 위임된 업무의 내용과 범위에 대하여 의문이 있는 경우에는, 이를 지체 없이 법원을 통하여 명확히 하여야 한다. 또한 예상되는 비용이 소송목적물의 가액에 비추어 명백히 과도하거나, 요청된 비용예납을 현저히 초과할 것으로 예상되는 경우에는, 감정인은 그 점을 적시에 지적하여야 한다.

법적 근거: 민사소송법 제407a조 제4항.

해설: 비례성 위반을 통지하지 아니한 경우의 효과는 사법보수 및 비용법(JVEG) 제8a조 제3항에 규정되어 있다. 비용예납 초과를 통지하지 아니한 경우의 효과에 관하여는 사법보수 및 비용법 제8a조 제3항 및 제4항, 그리고 아래 제3장 제6조 제

rechtfertigen. Der Sachverständige hat dem Gericht solche Gründe unverzüglich mitzuteilen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 2 ZPO.

Erläuterung: Insbesondere bei Rechtsordnungen, mit denen sich in Deutschland nur ein verhältnismäßig kleiner Kreis von Personen beschätigt, kommt es häfig vor, dass der Sachverständige mit Parteivertreter*innen persönlich bekannt ist. Dies allein begründet nicht seine Befangenheit.

3. Hat der Sachverständige Zweifel an Inhalt und Umfang des Auftrages, so hat er unverzüglich eine Klärung durch das Gericht herbeizuführen. Erwachsen voraussichtlich Kosten, die erkennbar außer Verhätnis zum Wert des Streitgegenstandes stehen oder einen angeforderten Kostenvorschuss erheblich übersteigen, so hat der Sachverständige rechtzeitig darauf hinzuweisen.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 4 ZPO.

Erläuterungen: Die Folgen einer nicht angezeigten Unverhältnismäßigkeit regelt § 8a Abs. 3 JVEG. Zu den Folgen einer nicht angezeigten Überschreitung des Auslagenvorschusses siehe § 8a Abs. 3, 4 JVEG und unten Art. 3 § 6 Ziff. 2.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

2호를 참조한다.

감정인은 원칙적으로 비례성 위반 또는 비용예납금 초과에 대하여 1회만 통지하면 충분하다. 요청된 비용예납의 금액을 명확히 고지하는 것은 법원의 업무이다. 다만 추가 비용예납을 받은 이후에도 그 금액이 충분하지 않을 것임을 감정인이 인식하게 된 경우에는, 다시 한 번 이를 통지하여야 한다.

4. 감정인은 법원이 수행한 국제사법 판단을 재검토한다(위 제2장 제1조 참조). 그 결과, 해당 사안이 독일법의 적용 대상에 해당하여 외국법의 조사가 불필요하다고 판단하는 경우에는, 불필요한 비용을 방지하기 위하여 그에 합당한 취지를 법원에 통지한다. 또한 적용될 준거법의 결정에 있어 기준이 되는 연결 요소(예컨대, 일상거소 또는 국적)가 기록상 명확하지 않은 경우에도, 같은 취지의 통지를 하는 것이 바람직할 수 있다.

법적 근거: 민사소송법 제407a조 제4항

5. 아울러 감정인은 증거결정이 제2장 제6조에 규정된 요건에 부합하지 않거나 명확하지 않은 경우, 이를 법

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Der Sachverständige braucht grundsätzlich nur einmal auf die Unverhältnismäßigkeit bzw. die Überschreitung hinzuweisen. Es ist Sache des Gerichts, die Höhe des angeforderten Kostenvorschusses unmissverständlich zu kommunizieren. Erkennt der Sachverständige nach Einholung eines zusätzlichen Kostenvorschusses, dass auch dieser nicht ausreichen wird, muss er einen weiteren Hinweis geben.

4. Der Sachverständige vollzieht die IPR-Prüfung des Gerichts nach (→ oben Art. 2 § 1). Kommt er zu der Auffassung, dass die Ermittlung ausländischen Rechts entbehrlich ist, weil der Fall deutschem Recht unterliegt, gibt er dem Gericht zur Vermeidung unnötiger Kosten einen entsprechenden Hinweis. Das Gleiche kann sich empfehlen, wenn das für die Bestimmung des anwendbaren Rechts maßgebliche Anknüfungskriterium (z.B. der gewöhnliche Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit) nach Aktenlage ungeklärt ist.

Rechtsgrundlage: § 407a Abs. 4 ZPO.

5. Ebenso teilt der Sachverständige dem Gericht mit, wenn der Beweisbeschluss den unter Art. 2 § 6 genannten Anforderungen widerspricht oder

원에 통지한다.

예:

- 사실관계가 매우 복잡하고 여러 쟁점에서 다툼이 있는 경우, 감정인은 자신이 어떤 사실을 전제로 삼아야 하는지에 관하여 법원의 통지를 요청한다.
- 법원이 영국법상 계약 성립 요건에 관하여 포괄적으로 질문한 경우, 감정인은 기록을 검토한 결과 재판에 중요한 쟁점이 특정 부분(예컨대, 유효한 대리의 존재)에 한정된다고 판단하여, 그에 따라 질문의 범위를 축소할 것을 법원에 제안한다. 대안으로 감정인은 제3장 제1조 제7호에 따른 방식으로 진행할 수도 있다.

6. 전문가는 외국법에 관하여 제기된 질문들이 사건의 판단에 실질적으로 도움이 되는지를 검토한다. 특히 외국법에 대한 자신의 전문적 지식을 바탕으로, 다른 증거질문이 더 적합하다고 판단되는 경우에는 그 점을 법원에 알린다.

예:

- 법원이 독일법적 관점에서 혼인재산제도에 관한 정보제공청구권을 전제로 질문한 경우, 적용될 외국의 혼인재산법에는 그러한 정보제공청구권이 존재하지 않고, 대신

nicht klar verstädlich ist.

Beispiele:

- Der Sachverhalt ist sehr komplex und in vielen Punkten umstritten. Der Sachverständige bittet das Gericht um Mitteilung, von welchen Tatsachen er ausgehen soll.

- Das Gericht fragt umfassend nach den Voraussetzungen eines Vertragsschlusses im englischen Recht. Der Sachverständige gelangt nach Studium der Akte zu der Einschätzung, dass nur eine bestimmte Teilfrage entscheidungsrelevant ist (z.B. die einer wirksamen Stellvertretung), und regt beim Gericht daher eine entsprechende Eingrenzung an. Alternativ kann der Sachverständige nach Art. 3 §1 Ziff. 7 vorgehen.

6. Der Sachverständige prüft, ob die zum ausländischen Recht gestellten Fragen der Entscheidung des Falles dienlich sind. Kommt er, insbesondere aufgrund seiner Kenntnis des ausländischen Rechts, zu der Einschätzung, dass andere Beweisfragen zielführender wären, gibt er dem Gericht einen Hinweis.

Beispiele:

- Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach Auskunftsansprüchen im ehelichen Güterrecht. Das anwendbare ausländische Ehegüterrecht kennt aber keine Auskunftsansprüche, sondern realisiert die

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

법원의 확대된 조사권한 등을 통해 정보가 확보되는 제도를 두고 있을 수 있다. 전문가는 이를 설명하고, 질문의 조정 가능성을 법원에 제시한다.

- 법원이 독일법적 관점에서 이혼 시 혼인재산제도의 정산에 관한 영국법 규정을 질문한 경우, 전문가는 영국법에는 독일식 혼인재산제도가 존재하지 않으며, 배우자 간의 재산적 참여가 부양급부나 재산 이전을 통해 실현될 수 있음을 법원에 안내한다. 이 경우에도 제3장 제1조 제7호에 따른 방식으로 진행하는 것이 가능하다.

7. 증거결정으로부터의 경미한 변경이거나 명백히 사건 해결에 도움이 되는 변경에 해당하는 경우에는, 감정인이 그것이 문제될 소지가 없다고 판단하고 그 처리 방식을 감정서에서 설명하는 한, 법원과 사전에 협의하지 않고서도 이를 할 수 있다(아래 제3장 제2조 제2호 참조).

8. 이에 대한 법적 의무는 없으나, 전문가는 감정서 작성에 필요한 소요 시간(시간 수)을 가능한 한 정확하고 현실적으로 사전에 추산하여

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Informationsbeschaffung auf andere Weise, z.B. durch erweiterte Ermittlungsbefugnisse des Gerichts. Der Sachverständige erläutert dies und weist das Gericht auf die Möglichkeit einer Anpassung hin.

- Das Gericht fragt, ausgehend von deutschen Rechtsvorstellungen, nach den Regeln des englischen Rechts über die Abwicklung des ehelichen Güterstands im Falle der Scheidung. Der Sachverständige weist das Gericht darauf hin, dass das englische Recht ein Ehegüterrecht nach deutscher Art nicht kennt und eine Vermögensteilhabe der Ehegatten durch Unterhaltsleistungen sowie Vermögensübertragung realisiert werden kann. Möglich wäre hier auch ein Vorgehen nach → Art. 3 §1 Ziff. 7.

7. Geringfügige oder offenkundig sachdienliche Abweichungen vom Beweisbeschluss kann der Sachverständige ohne Rücksprache mit dem Gericht vornehmen, wenn ihm dies unproblematisch erscheint und er sein Vorgehen im Gutachten erläutert (→ unten Art. 3 § 2 Ziff. 2).

8. Auch wenn keine entsprechende Pflicht besteht, empfiehlt es sich, dass der Sachverständige den Stundenaufwand für die Erstellung des Gutachtens vorab möglichst genau

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

법원에 알리는 것이 바람직하다(비용예납금 초과의 효과에 관하여는 아래 제3장 제6조 제2호 참조). 전문가가 법원이 정한 완료 기한을 지키기 어려울 것으로 예상되는 경우에는, 자신이 가능한 대체 완료일을 법원에 통지하여야 한다. 시간 계획을 수립함에 있어 전문가는 특별한 신속성이 요구되는 사정(예컨대, 친권·양육권 분쟁이나 아동 탈취 사건)을 고려하여야 한다.

9. 외국법에 관한 감정서의 작성은 특유의 법률적·언어적 전문성을 요구하므로, 사법보수 및 비용법 제9조 제1항 별표 1에서 정한 최고 보수 등급으로의 분류가 적절하다.
판례: 드레스덴 고등법원(OLG Dresden) 2019. 1. 23.자 3 W 652/18 결정, IPRspr 2019-350 (= NJW 2019, 1236).

10. 분쟁가액이 매우 크거나, 또는 작업량이 매우 크지만 그 정확한 범위를 사전에 예측하기 어려운 경우와 같이 특히 예외적인 사정이 있는 때에는, 사법보수 및 비용법 제13조의 요건하에서 법정 기준과 다른 보수가 전문가에게 인정될 수 있다.

11. 전문가가 위임된 업무를 수행할

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

und realistisch schätzt und dem Gericht mitteilt (zu den Folgen der Überschreitung eines Auslagenvorschusses → unten Art. 3 § 6 Ziff. 2). Kann der Sachverständige das vom Gericht gesetzte Fertigstellungsdatum voraussichtlich nicht einhalten, teilt er das ihm mögliche spätere Datum mit. Der Sachverständige berücksichtigt bei der Zeitplanung eine etwaige besondere Eilbedürftigkeit (z.B. in Sorgerechtsstreitigkeiten oder bei Kindesentführung).

9. Da die Erstellung von Gutachten zum ausländischen Recht spezifische juristische und sprachliche Kenntnisse erfordert, ist eine Eingruppierung in die höchste Honorargruppe i.S.v. § 9 Abs. 1 JVEG Anlage 1 angemessen.
Rechtsprechung: OLG Dresden, Beschl. v. 23.1.2019 – 3 W 652/18, IPRspr 2019-350 (= NJW 2019, 1236).

10. In besonders gelagerten Fällen, etwa bei einem sehr hohen Streitwert oder einem sehr hohen, aber im genauen Umfang nicht prognostizierbaren Arbeitsaufwand, kann dem Sachverständigen unter den Voraussetzungen des § 13 JVEG eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vergütung zugesprochen werden.

11. Kann der Sachverständige den Auftrag nicht

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

수 없는 경우에는, 가능한 한 비공식적인 안내를 통하여 법원을 지원하려고 노력하여야 한다. 이러한 안내는 대체 가능한 연락처, 관련 독일어 문헌, 그리고 사건과 관련된 국제사법 및 외국 실질사법의 핵심 쟁점 등을 포함할 수 있다.

12. 법원과 전문가 간의 의사소통에서는, 경험상 서면 방식보다 전화 통화가 훨씬 더 목적 달성에 효과적인 경우가 많다.

제2조 감정서의 일반적 목적과 방법

1. 감정서의 목적은, 증거결정에서 제시된 질문들에 대하여 법원이 조사된 외국 준거법에 기초하여 독자적인 실체 판단을 내릴 수 있도록 답변하는 데 있다(위 제2장 제2조 제1호 참조).

2. 전문가의 견해로 증거결정이 지나치게 광범위하거나 그 밖의 이유로 적절하지 않게 작성되었다고 판단되는 경우, 전문가는 그 변경을 제안한다. 다만 전문가가 법원과 당사자의 이익에 부합하여 행동하고 있다는 점을 확신하는 경우에는, 질문을 재구성하거나 결정과 관련성이 없다는 이유로 일부 질문에 대한 답변을 유보하는 등, 법원과 사전 협의

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

übernehmen, soll er nach Möglichkeit versuchen, dem Gericht durch informelle Hinweise weiterzuhelfen. Diese Hinweise können alternative Ansprechstellen, einschlägige deutschsprachige Literatur sowie fallrelevante Aspekte des internationalen und des ausländischen Privatrechts betreffen.

12. In der Kommunikation zwischen Gerichten und Sachverständigen ist das Telefonat erfahrungsgemäß oft deutlich zielführender als der schriftliche Weg.

§ 2 Allgemeine Ziele und Methoden des Gutachtens

1. Ziel des Gutachtens ist es, die im Beweisbeschluss gestellten Fragen so zu beantworten, dass das Gericht auf der Grundlage des ermittelten ausländischen Rechts eine eigene Sachentscheidung treffen kann (vgl. oben Art. 2 § 2 Ziff. 1).

2. Ist der Beweisbeschluss nach Auffassung des Sachverständigen zu weit oder aus anderen Gründen nicht zielführend formuliert, regt er seine Änderung an. Ist der Sachverständige sich sicher, im Sinne des Gerichts und der Parteien zu handeln, kann er auch ohne Rücksprache mit dem Gericht vom Beweisbeschluss abweichen, etwa indem er Fragen umformuliert oder mangels Entscheidungsrelevanz offenlässt. In diesem Fall erläutert er sein Vorgehen im Gutachten.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

없이도 증거결정의 범위에서 벗어날 수 있다. 이 경우 전문가는 자신의 처리 방식을 감정서에서 설명하여야 한다.

예:

- 법원이 손해배상청구의 성립요건과 그 소멸시효에 관하여 여러 질문을 제기한 경우, 전문가가 이미 소멸시효가 완성되었다고 판단하면, 해당 쟁점을 우선 검토하고, 그 답변에 상당한 노력이 요구되는 나머지 질문들은 결정에 관련성이 없다는 이유로 남겨 둘 수 있다. 이 경우 전문가는 그와 같은 처리 방식을 감정서에서 설명하고, 법원의 요청이 있을 경우 추가 질문에도 답변할 수 있음을 명확히 한다.
- 증거결정을 문자 그대로 인용한 후, "전문가는 법원의 질문을 […]에 관한 것으로 이해한다"라는 문장을 덧붙이는 경우

3. 법원이 제시한 사실관계가 있는 경우(위 제2장 제6조 제9호 참조), 전문가는 이를 감정서의 전제로 삼아야 한다. 그러한 제시가 없고, 전문가가 그 보완을 요청하지도 않은 경우(위 제3장 제1조 제5호 참조)에는, 전문가는 기록에 기초하여 사실관계를 스스로 확정하고 이를 감정서에 기재한다(아래 제3장 제3조 제1호 참조).

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Beispiele:

- Das Gericht stellt verschiedene Fragen zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs und ebenso zu dessen Verjährung. Der Sachverständige sieht, dass Verjährung eingetreten ist. Er zieht diese Frage deshalb vor und lässt die übrigen Fragen, deren Beantwortung sich sehr aufwendig gestalten würde, mangels Entscheidungsrelevanz offen. Er erläutert sein Vorgehen im Gutachten und stellt klar, dass auf Hinweis des Gerichts auch die weiteren Fragen noch beantwortet werden.

- Nach wörtlicher Wiedergabe des Beweisbeschlusses folgt der Satz: „Der Sachverständige versteht die Frage des Gerichts in dem Sinne, dass es um […] geht."

3. Einen vom Gericht mitgeteilten Sachverhalt (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 9) muss der Sachverständige seinem Gutachten zugrunde legen. Fehlt es an einer solchen Mitteilung und bittet der Sachverständige nicht um Nachreichung (→ vgl. oben Art. 3 § 1 Ziff. 5), so ermittelt er den Sachverhalt eigenständig anhand der Akte und gibt ihn im Gutachten wieder (→ unten Art. 3 § 3 Ziff. 1). Das Gericht hat dann bei Erhalt des

이 경우 법원은 감정서를 수령한 후, 해당 사실관계가 정확하게 확정되었는지를 심사하여야 한다.

4. 전문가는 외국법을 가능한 한 해당 국가의 법원이 실제로 적용하는 방식대로, 또는 적용할 것으로 예상되는 방식대로 조사 · 정리하여야 한다. 이는 해당 국가에서 법원이 법원 판결을 법원(法源)으로 인정하는지 여부와 관계없이, 우선적으로 성문법 규정(존재하는 경우)과 관련 최고법원 판례, 필요하다면 하급심 판결을 검토하여야 함을 의미한다. 이것만으로 충분하지 않은 경우에는, 제시된 증거질문에 대하여 법학 문헌이나 행정 실무 등 다른 자료에 기초하여 답변하여야 한다. 이 모든 과정에서, 성문법 규정, 법학 문헌 및 기타 자료나 논증이 해당 외국 법질서의 실제 운영에서 어느 정도의 비중을 갖는지도 함께 고려하여야 한다.

5. 인식상의 공백을 보완하거나 이미 도출된 결과를 확인하기 위하여, 전문가는 해당 외국 법질서의 전문가들과 비공식적인 방식으로 협의할 수 있다. 이러한 방식으로 취득한 정보는 감정서에서 그 출처가 드러나도록 명시하여야 한다.

Gutachtens zu prüfen, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt wurde.

4. Der Sachverständige hat das ausländische Recht nach Möglichkeit so zu ermitteln und darzustellen, wie es von Gerichten des betreffenden Landes angewendet wird bzw. angewendet würde. Dies bedeutet, dass er vorrangig die Gesetzestexte (soweit vorhanden) sowie einschlägige höchstgerichtliche und ggf. untergerichtliche Rechtsprechung auszuwerten hat, und zwar unabhängig davon, ob Gerichtsentscheidungen im betreffenden Land als Rechtsquelle angesehen werden. Soweit das nicht ausreicht, sind die gestellten Beweisfragen auf der Grundlage anderer Quellen zu beantworten, insbesondere Rechtsliteratur und Behördenpraxis. Bei alledem ist zu berücksichtigen, welches Gewicht geschriebenen Rechtsnormen, Rechtsliteratur und sonstigen Quellen bzw. Argumenten in der Praxis des ausländischen Rechts zukommt.

5. Zur Schließung von Erkenntnislücken oder zur Bestätigung gefundener Ergebnisse kann der Sachverständige Fachleute der betreffenden Rechtsordnung auf informellem Wege konsultieren. Auf diese Art erlangte Auskünfte sind im Gutachten kenntlich zu machen.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

예:

- "2021. 1. 25.자 페루 리마 가톨릭대학교 실비아 로페스(Silvia Lopez) 교수의 서면 의견."
- "2022. 7. 3.자 오펜바흐 소재 아흐마디야 중재재판소 의장의 구두 의견."

제3조 감정서의 내용

1. 감정서는 먼저 법원이 제시한 사실관계(위 제2장 제6조 제9호 참조) 또는 전문가가 기록을 토대로 스스로 확정한 사실관계(위 제3장 제2조 제3호 참조)를 서술한다.

2. 외국법에 관한 설명은 사건의 판단에 관련되거나 그 이해에 필요한 범위로 한정하여 이루어져야 한다. 장황한 역사적 설명과 같은 불필요한 장식적 서술은 피하여야 한다. 추상적으로 제시된 증거질문(위 제2장 제6조 제5호 참조)에 대하여도, 전문가는 자신의 판단에 비추어 핵심적인 사항으로 압축하여 답변한다.
예: 튀니지법상 법정상속에 관하여 질문이 제기되었고, 본 사안에서 이미 제1순위 상속인이 존재하는 경우에는, 그 다음 순위의 상속이나 본 사안과 무관한 대습상속 규정 등을 검토할 필요는 없다.

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Beispiele:

- „Schriftliche Auskunft von Professorin Silvia Lopez von der Katholischen Universität Lima, Peru, vom 25.1.2021."
- „Mündliche Auskunft des Vorsitzenden des Ahmadiyya-Schiedsgerichts in Offenbach vom 3.7.2022."

§ 3 Inhalt des Gutachtens

1. Das Gutachten legt zunächst den vom Gericht vorgegebenen (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 9) oder vom Sachverständigen aus der Akte ermittelten Sachverhalt (→ oben Art. 3 § 2 Ziff. 3) dar.

2. Ausführungen zum ausländischen Recht erfolgen nur insoweit, wie sie entscheidungsrelevant oder zum Verständnis erforderlich sind. Auf schmückendes Beiwerk, etwa in Gestalt längerer historischer Ausführungen, ist zu verzichten. Abstrakt gestellte Beweisfragen (vgl. → oben Art. 2 § 6 Ziff. 5) werden vom Sachverständigen auf das aus seiner Sicht Wesentliche reduziert.
Beispiel: Wurde nach den tunesischen Regeln der gesetzlichen Erbfolge gefragt und sind im vorliegenden Fall Erben der ersten Ordnung vorhanden, bedarf es keiner Erörterung der nachfolgenden Erbordnungen oder im konkreten Fall nicht einschlägiger Regelungen über Eintrittsrechte.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

3. 감정서에는 그 근거가 된 1차 자료 및 2차 자료를 가능한 한 충실히 기재하여야 하며, 문언이 중요한 경우에는 원문을 그대로 인용하여야 한다. 널리 통용되지 않는 언어(의심스러운 경우에는 영어를 제외한 모든 언어)의 경우에는 해당 문헌의 독일어 번역문을 첨부하는 것이 바람직하다. 가능한 한 원문과 번역문 모두에 대하여 공식 자료를 이용하고, 그 출처를 명시하여야 한다. 전문가가 공식 번역이 아닌 번역을 사용하는 경우에는, 그 사유를 밝혀야 한다.

4. 충분한 자료를 찾을 수 없었던 경우에는, 감정서에서 어디에서, 어떠한 방식으로 자료를 탐색하였는지를 명시하여야 한다.

5. 사실관계를 외국법에 포섭하는 작업은 법원의 임무이지 전문가의 임무는 아니다(위 제2장 제9조 제1호 참조). 다만 증거결정에 따라 전문가가 외국법을 사안에 맞추어 조사하도록 되어 있고(위 제2장 제6조 제6호 참조), 사실관계가 다툼이 없거나 법원이 제시한 경우에는, 오해나 불확실성을 피하기 위하여 전문가가 본 사안에서 감정서가 도출하는 결과가 무엇인지를 함께 밝히는 것이 바람직할 수 있다.

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

3. Im Gutachten sind die Primär- und Sekundärquellen, auf die es gestützt ist, möglichst vollständig anzugeben und, sofern es auf den Wortlaut ankommt, im Originaltext wiederzugeben. Bei nichtgängigen Sprachen (im Zweifel allen Sprachen außer Englisch) sollte eine deutsche Übersetzung der Texte angefügt werden. Soweit möglich, sollte für beide – Originaltext und Übersetzung – auf offizielle Quellen rekurriert werden, die dann auch benannt werden. Greift der Sachverständige auf eine andere als eine offizielle Übersetzung zurück, sollte er dies begründen.

4. Sofern hinreichende Quellen nicht gefunden werden konnten, gibt das Gutachten an, wo und wie danach gesucht wurde.

5. Die Subsumtion des Sachverhalts unter das ausländische Recht ist Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen (→ oben Art. 2 § 9 Ziff. 1). Soll der Sachverständigen laut Beweisbeschluss das ausländische Recht fallbezogen ermitteln (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 6) und ist der Sachverhalt unstreitig bzw. vom Gericht vorgegeben, kann es sich zur Vermeidung von Missverständnissen oder Unsicherheiten jedoch empfehlen, dass der Sachverständige mitteilt, zu welchem Ergebnis sein Gutachten im konkreten Fall führt.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

예:

- 감정인이 문제된 외국 법질서가 매매목적물의 성질에 관한 특정한 종류의 약속 또는 확약에 대하여 책임을 인정한다고 결론내린 경우, 해당 사안에서 매도인이 실제로 한 진술이 그 요건을 충족하는지 여부는 일반적으로 전문가보다 법원이 더 적절하게 판단할 수 있다. 하나의 증거질문에 대한 답변에 따라 다른 증거질문의 관련성이 좌우되는 경우에 관하여는 아래 제3장 제3조 제7호를 참조한다.
- 상속 사건에서 친족관계가 확정되어 있는 경우, 전문가는 해당 외국 법질서의 추상적인 상속 규칙만을 제시하는 데 그치지 않고, 그것이 구체적 사안에서 어떤 결과를 가져오는지도 함께 설명할 수 있다("배우자는 1/4을 상속하고, 아들은 3/4을 상속한다").

6. 외국법으로부터 합리적인 노력 범위 내에서 제기된 질문에 대한 명확한 답변을 도출할 수 없는 경우에는, 전문가는 그러한 불확실성을 명시적으로 밝히고, 가능한 한 자신의 경험과 비교법적 평가에 기초하여 해당 외국 법질서의 법원이 어떠한 결정을 내릴 가능성이 있는지에 대한 예측을 제시하여야 한다.

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Beispiele:

- Kommt der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass die fragliche Rechtsordnung einen Verkäufer für bestimmte Arten von Zusagen über die Eigenschaften der Kaufsache haften lässt, wird in der Regel das Gericht besser als der Sachverständige beurteilen können, ob die im konkreten Fall vom Verkäufer gemachten Aussagen die geforderten Voraussetzungen erfüllen. Zu dem Fall, dass von der Beantwortung einer Beweisfrage die Relevanz weiterer Beweisfragen abhängt, → unten Art. 3 § 3 Ziff. 7.
- Stehen in einem Erbfall die Verwandtschaftsverhältnisse fest, legt der Sachverständige nicht nur die abstrakten Erbregeln der betreffenden Rechtsordnung dar, sondern führt auch aus, zu welchem Ergebnis sie im konkreten Fall führen („Die Ehefrau ist Erbin zu 1/4, der Sohn Erbe zu 3/4").

6. Lassen sich dem ausländischen Recht mit vertretbarem Aufwand keine eindeutigen Antworten auf die gestellten Fragen entnehmen, legt der Sachverständige diese Unsicherheit offen und gibt nach Möglichkeit eine auf seine Erfahrung und rechtsvergleichende Einschätzung gestützte Prognose darüber ab, wie ein Gericht der betreffenden Rechtsordnung entscheiden würde.

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

7. 전문가가 하위의 증거질문들이 사건의 결론에 관련되는지 여부가, 법원이 선행되는 특정 증거질문들을 어떻게 판단하는지에 달려 있음을 인식하는 경우에는, 두 가지 방식이 고려될 수 있다. 첫째, 전문가는 (필요하다면 부분 감정서에 기초하여) 선행 쟁점에 관한 법원의 판단을 먼저 구하도록 요청할 수 있다. 둘째, 전문가는 감정을 대안적으로 구성하여 진행할 수도 있다. 어느 방식을 택할지는, 제1장 제2조에 규정된 목표를 고려하여 사안의 구체적 사정에 따라 결정된다.

사례: 상속 사건에서 영국 국제사법이 독일법으로 직접반정하는지 여부는, 피상속인이 사망 당시 여전히 영국의 출생지 주소(domicile of origin)를 유지하고 있었는지, 아니면 그 이전에 독일에서 선택에 의한 주소(domicile of choice)를 성립시켰는지에 달려 있다. 이 질문에 대한 답변은 일정한 객관적 요소와 주관적 요소의 형량을 요구하며, 이는 오로지 법원만이 제시할 수 있다. 이와 같은 경우에 전문가가 먼저 주소(domicile) 문제에 대한 판단을 구할 것인지, 아니면 감정서에서 두 가지 가능성을 모두 다룰 것인지는, 특히 영국 실질법에 관하여 요구되는 설명의 분량에 따라 좌우된다. 해당 설명이 간단하고 문제

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

7. Sieht der Sachverständige, dass die Entscheidungsrelevanz nachgeordneter Beweisfragen davon abhängt, wie das Gericht bestimmte vorgeordnete Beweisfragen beurteilt, so kommen zwei Vorgehensweisen in Betracht: Zum einen kann der Sachverständige das Gericht zunächst um Klärung der vorgelagerten Fragen bitten (ggf. auf der Grundlage eines Teilgutachtens), zum anderen kann er die Prüfung alternativ aufbauen. Welche Vorgehensweise sich empfiehlt, richtet sich nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der in → Art. 1 § 2 genannten Ziele.

Beispiel: Die Frage, ob das englische IPR in einem Erbfall auf das deutsche Recht zurückverweist, hängt davon ab, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes weiterhin sein englisches „domicile of origin“ oder vorher in Deutschland sein „domicile of choice“ begründet hatte. Die Antwort auf diese Frage erfordert die Gewichtung bestimmter objektiver und subjektiver Faktoren und kann nur vom Gericht gegeben werden. Ob der Sachverständige in diesem Fall zunächst eine Klärung der Frage des „domicile“ herbeiführt oder im Gutachten beide Varianten abhandelt, hängt insbesondere vom Umfang der Ausführungen ab, die zum englischen Sachrecht zu machen wären. Sind sie kurz und unproblematisch, empfiehlt es sich, das Gutachten „in einem Aufwasch“ zu erledigen. Wären die Ausführungen zum

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

의 소지가 없는 경우에는, 감정을 한 번에 처리하는 것이 바람직하다. 반면 영국 실질법에 관한 설명이 시간과 비용을 많이 요구하는 경우에는, 그 결정 관련성을 먼저 명확히 하는 것이 바람직하다.

8. 전문가는 원칙적으로 감정서가 다른 절차에서 활용되도록 허용하여야 하며, 다만 그 조건으로서 작성자의 표시가 적절히 이루어지고, 감정서가 완전하고 변경 없이 전달될 것을 요구할 수 있다.

해설: 특히 법원은 외국법에 관한 감정서를 수집하여 필요에 따라 내부적으로 공유할 수 있어야 한다. 다만 감정서는 이후의 법령 개정 등으로 그 효력이 상실될 수 있다는 점에 유의하여야 한다. 이에 대하여 전문가는 책임을 지는 것이 아니라, 다만 그러한 가능성에 대하여 알릴 의무를 부담할 뿐이다.

제4조 감정서에서의 독일 국제사법의 취급

1. 독일에서 적용되는 국제사법(IPR)은 법원이 의뢰하는 감정의 대상이 될 수 없으므로(위 제1장 제1조 참조), 전문가는 원칙적으로 이에 관하여 설명할 필요가 없다. 이는 감정인

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

englischen Sachrecht hingegen zeit- und kostenintensiv, sollte zunächst ihre Entscheidungsrelevanz geklärt werden.

8. Der Sachverständige sollte grundsätzlich die Weitergabe des Gutachtens zur Verwendung in anderen Verfahren gestatten und nur die Bedingung stellen, dass die Urheberschaft ordnungsgemäß kenntlich gemacht und das Gutachten vollständig und unverändert weitergegeben wird.

Erläuterung: Insbesondere Gerichte sollten die Möglichkeit haben, Gutachten zum ausländischen Recht zu sammeln und bei Bedarf intern weiterzugeben. Zu beachten ist freilich, dass Gutachten durch nachfolgende Rechtsänderungen obsolet werden können. Sachverständige trifft hierfür keine Verantwortung, sondern allenfalls eine Hinweispflicht.

§ 4 Behandlung des in Deutschland geltenden IPR im Gutachten

1. Da das in Deutschland geltende IPR nicht Gegenstand eines vom Gericht eingeholten Gutachtens sein kann (→ oben Art. 1 § 1), brauchen Sachverständige im Regelfall keine Ausführungen hierzu zu machen, auch wenn sie

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

이 법원이 수행한 국제사법 판단을 전제로 하여야 하는 경우에도 마찬가지이다(위 제3장 제1조 제4호 참조). 다만 아래에 열거된 예외적인 경우에는, 독일 국제사법에 관한 설명을 간략히 제시하되 해석상 견해 대립은 법원의 판단에 맡겨야 한다.

2. 준거 실질법의 확정에 외국 국제사법이 관여하는 경우(특히 직접반정 또는 전정의 가능성이 있는 경우, 위 제2장 제1조 제3호 참조)에는 이해를 돕기 위하여 준거법 확정 문제를 전체적으로 다루는 것이 통상적으로 적절하다. 이 경우 감정서는 외국 국제사법을 호출하는 독일 국제사법에서부터 설명을 시작하는 것이 바람직하다.

3. 또한 전문가가 법원이나 당사자들이 중요한 쟁점을 간과할 우려가 있다고 판단하는 경우에도, 독일 국제사법에 관한 설명이 사안 해결에 도움이 될 수 있다. 예컨대 이는 성질결정 문제나 숨겨진 경과규정이 문제되는 경우이다(성질결정에 관하여는 위 제2장 제1조 제2호 참조).

사례:

- 법원이 소송지연이자의 손해배상 가능성이 사안에 적용될 외국 불법행위법(lex causae)에 따라 결정

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

die IPR-Prüfung des Gerichts nachvollziehen sollen (→ oben Art. 3 § 1 Ziff. 4). Verschiedene Ausnahmefälle sind im Folgenden genannt; in diesen sollten Ausführungen zum inländischen IPR knapp gehalten und Meinungsstreitigkeiten dem Gericht zur Entscheidung überlassen werden.

2. Kommt es zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts auf das ausländische IPR an (insbesondere im Fall einer möglichen Rück- oder Weiterverweisung, vgl. → oben Art. 2 § 1 Ziff. 3), so wird es zur besseren Verständlichkeit in der Regel sachdienlich sein, die Frage des anwendbaren Rechts vollständig zu behandeln und daher das Gutachten mit dem in Deutschland geltenden IPR zu beginnen, das auf das ausländische IPR verweist.

3. Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR können ferner dann sachdienlich sein, wenn der Sachverständige Grund zu der Annahme hat, dass Gericht und Parteien einen wichtigen Aspekt übersehen könnten, z.B. ein Qualifikationsproblem oder eine versteckte Übergangsvorschrift (zu Qualifikationsfragen schon → oben Art. 2 § 1 Ziff. 2).

Beispiele:

- Das Gericht geht offensichtlich davon aus, dass sich die Ersatzfähigkeit von Prozesszinsen nach dem anzuwendenen ausländischen Deliktsrecht

된다고 전제하고 있는 것이 명백한 경우, 전문가는 이를 절차법적 문제로 성질결정하여 독일법이 적용될 가능성도 있음을 지적한다.

- 복잡한 손해사건에서, 일부 쟁점을 절차법적으로 성질결정하여 독일 민사소송법 제287조에 따라 해결하는 방안이 고려될 수 있음을 전문가가 지적한다.

4. 독일 국제사법에 관한 설명이 사실상 불가피한 경우도 있다. 이는 특히 독일 국제사법의 올바른 적용이, 조사되어야 할 외국 실질법과 분리하여 이루어질 수 없는 경우에 해당하며, 성질결정 문제가 대표적인 예이다.

예: 프랑스법상의 계약에 의한 상속제도(institution contractuelle)가 상속계약에 해당하는지, 아니면 생전증여에 해당하는지를 판단하는 문제는, 해당 법제도의 목적과 기능을 미리 검토하지 않고서는 답할 수 없다.

제5조 업무 분장의 특수한 경우

1. 법률행위의 해석: 증거결정의 대상이 외국법에 따른 법률행위(예컨대, 계약 또는 유언)의 해석인 경우, 감정인은 원칙적으로 추상적인 규칙과 원칙을 제시하는 데 한정된다. 그 규칙과 원칙을 구체적 계약에 적용

(lex causae) bestimmt. Der Sachverständige weist darauf hin, dass auch eine prozessuale Qualifikation und damit die Anwendung deutschen Rechts in Betracht kommt.

- Der Sachverständige weist darauf hin, dass es in komplizierten Schadensfällen in Betracht kommt, bestimmte Aspekte prozessual zu qualifizieren und damit über § 287 ZPO zu lösen.

4. In der Regel unvermeidbar sind Ausführungen zum in Deutschland geltenden IPR, wenn seine korrekte Anwendung nicht losgelöst von dem zu ermittelnden ausländischen Sachrecht erfolgen kann. Dies kann insbesondere bei Fragen der Qualifikation der Fall sein.

Beispiel: Die Frage, ob die „institution contractuelle“ des französischen Rechts als Erbver-trag oder als Schenkung unter Lebenden zu qualifizieren ist, kann nicht ohne Vorgriff auf die Zwecke und Funktionsweise dieses Rechtsinstituts beantwortet werden.

§ 5 Sonderfälle der Aufgabenabgrenzung

1. Auslegung von Rechtsgeschäften: Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses die Auslegung eines Rechtsgeschäfts (z.B. eines Vertrags oder Testaments) nach einem ausländischen Recht, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und

하는 문제는 포섭의 문제로서 법원의 권한에 속하기 때문이다(위 제3장 제3조 제5호 참조). 다만 전문가는 외국 판례에서 적절한 또는 적어도 유사한 선례를 탐색하고, 필요한 경우 그 선례가 해석 결과에 갖는 의미를 설명하여야 한다. 의사표시자의 주관적 의사에 관한 사항을 조사·평가하는 것은 사실문제로서 법원의 임무에 속한다.

2. 과실상계: 증거결정의 대상이 피해자의 과실상계 여부인 경우, 전문가는 원칙적으로 그 추상적인 규칙과 원칙을 제시하는 데 그치고, 이를 구체적 사안에 적용하거나 구체적인 책임비율을 정하는 문제는 법원에 맡긴다. 다만 외국 판례에서 적절한 또는 적어도 유사한 선례를 탐색하고, 필요하다면 그러한 선례가 책임비율 산정에 미치는 의미를 설명하여야 한다.

3. 위자료: 증거결정의 대상이 위자료 또는 그 밖의 비재산적 손해의 배상청구인 경우에는, 과실상계에 관하여 위 제2호에서 말한 바가 그대로 적용된다.

4. 법원의 재량: 외국법이 문제된 청

Prinzipien, da deren Anwendung auf den konkreten Vertrag als Subsumtionsfrage dem Gericht obliegt (→ oben Art. 3 § 3 Ziff. 5). Er soll allerdings auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für das Auslegungsergebnis erläutern. Die Ermittlung und Beurteilung evtl. relevanter subjektiver Vorstellungen der Erklärenden ist als Tatsachenfrage Aufgabe des Gerichts.

2. Mitverschulden: Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein etwaiges Mitverschulden des Geschädigten, so beschränkt sich der Sachverständige grundsätzlich auf die Darlegung der abstrakten Regeln und Prinzipien und überlässt deren Anwendung auf den konkreten Fall und insbesondere die Bestimmung konkreter Haftungsquoten dem Gericht. Er soll allerdings auch nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen in der ausländischen Rechtsprechung suchen und ggf. deren Bedeutung für die Bestimmung der Haftungsquoten erläutern.

3. Schmerzensgeld: Ist Gegenstand des Beweisbeschlusses ein Anspruch auf Schmerzensgeld oder den Ersatz anderer immaterieller Schäden, gilt das zum Mitverschulden (Ziff. 2) Gesagte entsprechend.

4. Gerichtliches Ermessen: Stellt das ausländische

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

구의 인용 여부를 전부 또는 일부 법원의 재량에 맡기고 있는 경우, 전문가는 해당 국가의 법원이 그러한 재량을 행사함에 있어 고려하는 기준 또는 판단요소를 설명하여야 한다. 또한 이에 관하여 적절한 또는 적어도 유사한 선례를 탐색하여야 한다.

5. 전문가에 의한 포섭: 제1호부터 제4호까지의 경우 및 이와 유사한 경우에, 전문가는 법원의 결정을 선취하지 않는다는 점을 명확히 하면서 자신의 견해를 제시할 수 있다(위 제3장 제3조 제5호 참조).

6. 공격·방어방법: 전문가는 자신의 중립성 유지를 위하여, 외국법이 예정하고 있는 공격·방어방법 또는 그로부터 도출되는 당사자의 행위 선택지를 증거결정에서 질문된 범위 내에서만 설명하는 것을 원칙으로 한다. 다만 법원의 질문에 이러한 사항이 포함되지 않은 이유가 외국법에 대한 지식 부족에 기인한 것으로 보이는 경우에는, 전문가는 이에 대한 주의 환기를 제공한다(위 제3장 제1조 제6호 참조).

예:

- 증거결정이 명시적으로 계약상 청구권만을 질문하고, 보다 개방적으로 질문하지 않은 경우(위 제2장

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Recht die Gewährung des geltend gemachten Anspruchs ganz oder teilweise in das gerichtliche Ermessen, erläutert der Sachverständige die Maßstäbe bzw. Kriterien, nach denen die Gerichte des betreffenden Landes dieses Ermessen ausüben. Ebenso sucht er nach passenden oder jedenfalls verwandten Präzedenzfällen.

5. Subsumtion durch den Sachverständigen: In den in Ziff. 1-4 genannten und ähnlichen Fällen können Sachverständige eine eigene Einschätzung abgeben, bei gleichzeitiger Klarstellung, dass der Entscheidung des Gerichts hierdurch nicht vorgegriffen wird (→ oben Art. 3 § 3 Ziff. 5).

6. Angriffs- und Verteidigungsmittel: Zwecks Wahrung ihrer Unparteilichkeit erläutern Sachverständige im ausländischen Recht vorgesehene Angriffs- und Verteidigungsmittel oder daraus resultierende Handlungsoptionen der Parteien grundsätzlich nur insoweit, wie im Beweisbeschluss danach gefragt ist. Hat die fehlende Aufnahme in die gerichtliche Fragestellung ihren Grund allerdings in der unzureichenden Kenntnis des ausländischen Rechts, geben sie einen Hinweis (vgl. → oben Art. 3 § 1 Ziff. 6).

Beispiele:

- Fragt der Beweisbeschluss ausdrücklich nur nach vertraglichen Ansprüchen, anstatt offen zu fragen (→ oben Art. 2 § 6 Ziff. 3), geht der

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

제6조 제3호 참조), 전문가는 설령 구체적 사안에서 인정될 수 있더라도 비계약상 청구권에 관하여는 언급하지 않는다. 다만 해당 외국 법질서가 독일법상 계약법 영역에 귀속되는 손해항목을 불법행위법 등의 다른 제도를 통해 배상하도록 구조화되어 있는 경우에는, 전문가는 증거결정의 확장을 제안한다.

- 전문가는 주장된 청구권이 특정 사유(예: 소멸시효)로 인해 항변의 대상이 될 수 있음을 인식하더라도, 그 방어방법이 질문 범위에 포함된 경우에 한하여 설명한다. 그러나 외국법이 독일법에는 알려져 있지 않은 방어방법을 규정하고 있고, 그로 인해 법원이 이를 질문하지 못한 경우에는 전문가는 이에 대한 주의 환기를 제공한다. 이때 외국법에서는 당사자가 주장하여야 하는 항변(Einrede)과 법원이 직권으로 고려하는 것으로 이해되는 항변사유(Einwendung)를 구별하는 미묘한 체계가 존재하지 않거나 동일한 형태로 존재하지 않는 경우가 많다는 점에 유의하여야 한다.
- 법원이 처분권 없는 자의 처분에 따른 처분대금 반환청구와 관련하여, 해당 처분이 외국법상 유효한지 여부만을 질문한 경우, 전문가는 외국법이 소유자에게 그 처분을

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Sachverständige nicht auf außervertragliche Ansprüche ein, auch wenn sie im konkreten Fall begründet wären. Ist allerdings die ausländische Rechtsordnung so strukturiert, dass sie Schadensposten, die das deutsche Recht dem Vertragsrecht zuweist, über andere Instrumente ersatzfähig macht, z.B. solche des Deliktsrechts, regt der Sachverständige eine Erweiterung des Beweisbeschlusses an.

- Stellt der Sachverständige fest, dass der geltend gemachte Anspruch aus einem bestimmten Grund einredebehaftet sein könnte (z.B. wegen Verjährung), führt er dies nur insoweit aus, wie das Verteidigungsmittel von der Fragestellung erfasst ist. Sieht das ausländische Recht allerdings ein Verteidigungsmittel vor, das im deutschen Recht nicht bekannt ist und nach dem das Gericht deshalb auch nicht fragen konnte, gibt der Sachverständige einen Hinweis. Dabei ist zu beachten, dass die subtile Unterscheidung zwischen Einreden, die geltend gemacht werden müssen, und Einwendungen, die von Amts wegen zu beachten sind, im ausländischen Recht oft nicht oder nicht in gleicher Form existiert.

- Fragt das Gericht im Rahmen eines Anspruchs auf Herausgabe des Veräußerungserlöses danach, ob die Verfügung eines Nichtberechtigten nach ausländischem Recht wirksam war, weist der Sachverständige nicht

추인함으로써 처분대금 반환청구권을 성립시킬 수 있는 가능성을 부여하고 있다는 점을 직권으로 지적하지는 않는다.

7. 공서양속(ordre public): 외국법 적용의 결과가 독일의 관점에서 공서양속에 위반되는지 여부는 독일법의 문제로서 법원이 판단하여야 한다. 전문가는 이 판단에 외국법의 구체적 내용이 필요한 범위(예: 문제된 외국 규정의 목적)에 한하여서만 이를 언급한다. 또한 전문가는 외국법을 독일법과 조화되도록 해석하거나, 필요하다면 구체적 사안에 한하여 외국법을 발전적으로 형성할 수 있는 가능성에 대하여 의견을 제시할 수 있다.

제6조 예정된 시간 · 비용 범위의 초과

1. 전문가가 약정된 완료기한을 준수할 수 없게 되었음을 인식한 경우에는, 지체 없이 법원에 이를 알리고 새로운 완료기한을 통지하여야 한다.

2. 전문가가 납부된 비용예납금을 현저히 초과하게 될 것임을 인식한 경우에는, 지체 없이 법원에 이를 알려야 한다(위 제3장 제1조 제3호 참

von sich aus darauf hin, dass das ausländische Recht dem Eigentümer auch die Möglichkeit gibt, die Verfügung des Nichtberechtigten zu genehmigen und dadurch dem Anspruch auf den Veräußerungserlös zur Entstehung zu verhelfen.

7. Ordre public: Ob das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts aus deutscher Sicht gegen den Ordre public verstößt, ist eine Frage des deutschen Rechts und somit vom Gericht zu beantworten. Der Sachverständige thematisiert die Frage nur insoweit, wie es zu ihrer Beantwortung auf Details des ausländischen Rechts ankommt (z.B. auf den Zweck der in Rede stehenden ausländischen Regelung). Ebenso kann der Sachverständige Stellung nehmen zu Möglichkeiten, das ausländische Recht im Einklang mit dem deutschen Recht auszulegen oder ggf. für den konkreten Fall fortzubilden.

§ 6 Überschreitung des vorgesehenen Zeit– bzw. Kostenrahmens

1. Erkennt der Sachverständige, dass er den zugesagten Fertigstellungstermin nicht einhalten kann, informiert er unverzüglich das Gericht und teilt einen neuen Fertigstellungstermin mit.

2. Erkennt der Sachverständige, dass er den eingezahlten Auslagenvorschuss erheblich überschreiten wird, informiert er unverzüglich das Gericht (siehe auch oben Art. 3 § 1 Ziff. 3).

제3장: 감정인을 위한 가이드라인

조). 그렇지 아니한 경우에는, 전문가는 비용예납금의 한도 내에서만 보수를 지급받는다.

법적 근거: 사법보수 및 비용법 제8a조 제4항

해설: 입법자와 판례에 따르면, 현저한 초과는 통상 20~25% 이상을 의미한다(BT-Drs. 17/11471 (neu), 260; OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.10.2022 - 12 W 32/22, BeckRS 2022, 32993; LG Dortmund, Beschl. v. 20.5.2021 - 9 T 112/21, BeckRS 2021, 14054).

ART. 3: LEITLINIEN FÜR SACHVERSTÄNDIGE

Anderenfalls erhält er die Vergütung nur in Höhe des Auslagenvorschusses.

Rechtsgrundlage: § 8a Abs. 4 JVEG.

Erläuterung: Eine erhebliche Überschreitung liegt nach Ansicht des Gesetzgebers und der Rechtsprechung ab einem Wert von 20-25% vor (siehe BT-Drs. 17/11471 (neu), 260; OLG Brandenburg, Beschl. v. 25.10.2022 - 12 W 32/22, BeckRS 2022, 32993; LG Dortmund, Beschl. v. 20.5.2021 - 9 T 112/21, BeckRS 2021, 14054).

제4장: 당사자를 위한 가이드라인

1. 외국법의 조사는 법원의 임무이므로(위 제2장 제2조 제1호 참조), 당사자는 원칙적으로 일반적인 절차 촉진의무 또는 협력의무를 넘는 별도의 제출의무를 부담하지 않는다. 다만 당사자가 외국법에 관한 전문적 지식을 보유하고 있거나, 외국법을 법원보다 현저히 용이하게 조사할 수 있는 경우에는, 외국법 조사에 협력하는 것이 바람직하며, 특히 보유한 자료를 선별적으로가 아니라 전면적으로 제공하는 것이 권장된다. 이러한 협력을 하지 아니한 경우, 법원이 그에 상응하는 추가 조사를 하지 않더라도 법적으로 오류가

ART. 4: LEITLINIEN FÜR PARTEIEN

1. Da die Ermittlung des ausländischen Rechts Aufgabe des Gerichts ist (→ oben Art. 2 § 2 Ziff. 1), haben die Parteien im Grundsatz keine Beibringungspflicht, die über ihre allgemeine Verfahrensförderungs- bzw. Mitwirkungspflicht hinausgeht. Besitzen sie aber Spezialkenntnisse zum ausländischen Recht oder können sie dieses ersichtlich wesentlich leichter ermitteln als das Gericht, so empfiehlt sich ihre Mitwirkung bei der Ermittlung des ausländischen Rechts und insbesondere die (nicht bloß selektive) Zurverfügungstellung vorhandener Quellen. Eine Unterlassung kann zur Folge haben, dass das Gericht rechtsfehlerfrei von entsprechenden weiteren Ermittlungen absehen darf.

없는 것으로 평가될 수 있다.
판례: 연방대법원 1976. 3. 30. 선고 VI ZR 143/74 판결, IPRspr 1976-2 (= NJW 1976, 1581 (1582)); 연방대법원 1992. 4. 30. 선고 IX ZR 233/90 판결, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026 (2029)).

2. 당사자는 자신의 주장에 사적 감정서(Parteigutachten)를 첨부할 수 있다. 이 경우 해당 감정서는 증거방법이 아니라 당사자 주장으로 취급되며, 따라서 객관성의 추정을 갖지 않는다(위 제2장 제2조 제5호 참조). 처음부터 법원 감정이 필요할 것이 명백한 경우에는, 사적 감정서를 제출하는 대신 즉시 법원 감정의 실시를 제안하는 것이 바람직할 수 있다.

3. 준거법인 외국법의 조사가 과도하게 많은 시간과 비용을 요구하는 것으로 드러나는 경우에는, 해당 국제사법이 허용하는 한도에서, 당사자가 절차상 독일법의 선택을 고려하는 것이 합리적일 수 있다.

4. 당사자는 확보될 감정서가 부적합하거나 불완전하게 되는 것을 방지하기 위하여, 가능한 한 증거결정의 작성 단계에서 협력하여야 한다.

Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 30.3.1976 - VI ZR 143/74, IPRspr 1976-2 (= NJW 1976, 1581 (1582)); BGH, Urt. v. 30.4.1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 (= IPRspr 1992-265 = NJW 1992, 2026 (2029)).

2. Parteien können ihrem Vortrag ein Parteigutachten zugrunde legen. Dieses gilt dann als Parteivortrag und nicht als Beweismittel, es hat daher nicht die Vermutung der Objektivität (vgl. → oben Art. 2 § 2 Ziff. 5). Ist von vornherein abzusehen, dass ein Gerichtsgutachten notwendig sein wird, so kann es sich empfehlen, sogleich dessen Einholung anzuregen und auf ein Parteigutachten zu verzichten.

3. Erweist sich die Ermittlung des anwendbaren ausländischen Rechts als unverhältnismäßig aufwendig, kann es für die Parteien ratsam sein, die Wahl deutschen Rechts im Verfahren in Betracht zu ziehen, soweit das einschlägige IPR dies zulässt.

4. Die Parteien sollen nach Möglichkeit bei der Abfassung des Beweisbeschlusses mithelfen, um die Unbrauchbarkeit oder Unvollständigkeit des einzuholenden Gutachtens zu vermeiden.

제4장: 당사자를 위한 가이드라인

5. 당사자는 원칙적으로 감정서에 대한 추가 설명을 요청할 수 있다. 다만 이의는 근거 없이 제기될 수 없으며, 구체적이고 실질적인 근거를 갖추어야 한다(위 제2장 제8조 제2호 참조). 전문가가 관련된 1차 · 2차 자료를 검토하였다는 추정이 인정되므로(위 제3장 제2조, 제3조 참조), 이러한 구체화를 위하여 사적 감정서의 제출이 도움이 될 수 있다.

6. 당사자는 다른 절차에서 작성된 감정서를 이 사건에 편입하여 활용할 것을 제안할 수 있다(위 제2장 제3조 제2호 참조).

7. 당사자는 가능한 한 전문가와 직접 접촉하는 것을 삼가야 한다.

ART. 4: LEITLINIEN FÜR PARTEIEN

5. Die Parteien dürfen grundsätzlich um zusätzliche Erläuterung des Gutachtens bitten. Einwendungen können allerdings nicht ins Blaue hinein gemacht werden, sondern müssen substantiiert erfolgen (vgl. auch → oben Art. 2 § 8 Ziff. 2). Da eine Vermutung dafür spricht, dass der Sachverständige die relevanten Primär– und Sekundärquellen ausgewertet hat (vgl. → oben Art. 3 §§ 2, 3), kann sich zur Substantiierung die Vorlage eines Parteigutachtens empfehlen.

6. Die Parteien können die Beiziehung eines für ein anderes Verfahren erstellten Gutachtens anregen (vgl. → oben Art. 2 § 3 Ziff. 2).

7. Die Parteien sehen tunlichst davon ab, den Sachverständigen direkt zu kontaktieren.

[별첨 3] 최근 3년간(2023–2025년) 대한민국 법원에서 문제된 외국과 관련된 요소가 있는 사건 현황(유엔 회원국 중 대한민국 제외 192개국 기준)

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
1	가나	1	1	1	1.00
2	가봉	0	0	0	0.00
3	가이아나	0	0	0	0.00
4	감비아	0	1	0	0.33
5	과테말라	0	0	0	0.00
6	그레나다	0	0	0	0.00
7	그리스	0	0	0	0.00
8	기니	0	0	0	0.00
9	기니비사우	0	0	0	0.00
10	나미비아	0	0	0	0.00
11	나우루	0	0	0	0.00
12	나이지리아	5	3	3	3.67
13	남수단	0	0	0	0.00
14	남아프리카공화국	0	3	2	1.67
15	네덜란드	5	1	8	4.67
16	네팔	11	12	14	12.33
17	노르웨이	1	1	3	1.67
18	뉴질랜드	2	7	2	3.67
19	니제르	0	0	0	0.00
20	니카라과	0	0	1	0.33
21	덴마크	0	1	1	0.67
22	도미니카공화국	0	0	0	0.00
23	도미니카연방	1	0	0	0.33
24	독일	13	8	14	11.67
25	동티모르	0	0	0	0.00

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
26	라오스	20	17	7	14.67
27	라이베리아	3	1	0	1.33
28	라트비아	0	0	1	0.33
29	러시아	21	31	32	28.00
30	레바논	0	0	0	0.00
31	레소토	0	0	0	0.00
32	루마니아	0	0	1	0.33
33	룩셈부르크	0	0	0	0.00
34	르완다	0	0	0	0.00
35	리비아	0	0	0	0.00
36	리투아니아	0	0	1	0.33
37	리히텐슈타인	0	0	0	0.00
38	마다가스카르	0	0	0	0.00
39	마셜제도	1	0	0	0.33
40	말라위	0	0	0	0.00
41	말레이시아	6	8	10	8.00
42	말리	0	0	0	0.00
43	멕시코	3	6	4	4.33
44	모나코	0	0	0	0.00
45	모로코	9	4	7	6.67
46	모리셔스	0	0	0	0.00
47	모리타니	0	0	0	0.00
48	모잠비크	0	0	0	0.00
49	몬테네그로	0	0	0	0.00
50	몰도바	0	0	0	0.00
51	몰디브	0	0	0	0.00
52	몰타	1	0	0	0.33
53	몽골	21	20	27	22.67

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
54	미국	161	132	120	137.67
55	미얀마	5	1	5	3.67
56	미크로네시아	0	0	0	0.00
57	바누아투	2	0	0	0.67
58	바레인	0	1	0	0.33
59	바베이도스	0	0	0	0.00
60	바하마	3	1	2	2.00
61	방글라데시	3	6	9	6.00
62	베냉	0	0	0	0.00
63	베네수엘라	0	0	0	0.00
64	베트남	396	433	385	404.67
65	벨기에	1	0	0	0.33
66	벨라루스	1	1	0	0.67
67	벨리즈	0	0	0	0.00
68	보스니아헤르체고비나	0	0	0	0.00
69	보츠와나(보츠나와)	0	1	0	0.33
70	볼리비아	0	0	0	0.00
71	부룬디	0	0	0	0.00
72	부르키나파소	0	0	0	0.00
73	부탄	0	0	0	0.00
74	북마케도니아	0	0	0	0.00
75	불가리아	0	0	0	0.00
76	브라질	3	2	3	2.67
77	브루나이	0	0	0	0.00
78	사모아	0	0	0	0.00
79	사우디아라비아	1	5	5	3.67
80	산마리노	0	0	0	0.00
81	상투메프린시페	0	0	0	0.00

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
82	세네갈	0	1	1	0.67
83	세르비아	0	0	2	0.67
84	세이셸	0	0	0	0.00
85	세인트루시아	0	0	0	0.00
86	세인트빈센트그레나딘	0	0	0	0.00
87	세인트키츠네비스	0	0	0	0.00
88	소말리아	0	0	0	0.00
89	솔로몬제도	0	0	0	0.00
90	수단	0	0	0	0.00
91	수리남	0	0	0	0.00
92	스리랑카	12	7	10	9.67
93	스웨덴	2	0	1	1.00
94	스위스	5	4	4	4.33
95	스페인	3	6	7	5.33
96	슬로바키아	0	0	0	0.00
97	슬로베니아	0	0	0	0.00
98	시리아	0	1	0	0.33
99	시에라리온	0	0	0	0.00
100	싱가포르	18	15	21	18.00
101	아랍에미리트	1	3	2	2.00
102	아르메니아	0	0	0	0.00
103	아르헨티나	2	1	3	2.00
104	아이슬란드	0	0	0	0.00
105	아이티	0	1	0	0.33
106	아일랜드	2	1	0	1.00
107	아제르바이잔	0	0	0	0.00
108	아프가니스탄	0	0	0	0.00
109	안도라	0	0	0	0.00

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
110	알바니아	0	0	0	0.00
111	알제리	0	0	2	0.67
112	앙골라	0	0	0	0.00
113	앤티가바부다	1	0	0	0.33
114	에리트레아	0	0	0	0.00
115	에스와티니	0	0	0	0.00
116	에스토니아	0	0	0	0.00
117	에콰도르	1	0	0	0.33
118	에티오피아	1	0	0	0.33
119	엘살바도르	0	0	0	0.00
120	영국	24	30	24	26.00
121	예멘	1	0	1	0.67
122	오만	0	0	0	0.00
123	오스트리아	0	1	4	1.67
124	온두라스	0	0	0	0.00
125	요르단	0	0	1	0.33
126	우간다	2	0	1	1.00
127	우루과이	0	0	0	0.00
128	우즈베키스탄	40	42	39	40.33
129	우크라이나	1	4	2	2.33
130	이라크	0	0	0	0.00
131	이란	1	2	3	2.00
132	이스라엘	1	2	0	1.00
133	이집트	10	1	4	5.00
134	이탈리아	6	5	8	6.33
135	인도	2	1	0	1.00
136	인도네시아	16	15	9	13.33
137	일본	91	88	85	88.00

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
138	자메이카	0	0	0	0.00
139	잠비아	0	0	0	0.00
140	적도기니	0	0	0	0.00
141	조지아	0	0	0	0.00
142	중화인민공화국(중국)	472	507	610	529.67
143	중앙아프리카공화국	0	0	0	0.00
144	조선민주주의인민공화국(북한)	12	9	3	8.00
145	지부티	0	0	0	0.00
146	짐바브웨	0	0	0	0.00
147	차드	0	0	0	0.00
148	체코	1	0	0	0.33
149	칠레	1	2	6	3.00
150	카메룬	1	0	1	0.67
151	카보베르데	0	0	0	0.00
152	카자흐스탄	6	6	9	7.00
153	카타르	1	2	1	1.33
154	캄보디아	32	38	49	39.67
155	캐나다	19	27	18	21.33
156	케냐	1	2	0	1.00
157	코모로	0	0	0	0.00
158	코스타리카	1	0	2	1.00
159	코트디부아르	0	0	0	0.00
160	콜롬비아	2	1	5	2.67
161	콩고공화국	0	0	0	0.00
162	콩고민주공화국	0	0	0	0.00
163	쿠바	1	0	1	0.67
164	쿠웨이트	1	1	1	1.00
165	크로아티아	0	0	0	0.00

순번	국가	2025년	2024년	2023년	평균
166	키르기스스탄	0	0	0	0.00
167	키리바시	0	0	0	0.00
168	키프로스	0	0	1	0.33
169	타지키스탄	0	0	0	0.00
170	탄자니아	2	0	0	0.67
171	태국	52	68	78	66.00
172	터키(튀르키예)	4	4	6	4.67
173	토고	0	0	0	0.00
174	통가	0	0	0	0.00
175	투르크메니스탄	0	0	0	0.00
176	투발루	0	0	0	0.00
177	튀니지	1	0	0	0.33
178	트리니다드토바고	0	0	0	0.00
179	파나마	4	1	2	2.33
180	파라과이	0	0	1	0.33
181	파키스탄	6	20	20	15.33
182	파푸아뉴기니	0	0	0	0.00
183	팔라우	0	0	0	0.00
184	페루	0	1	3	1.33
185	포르투갈	2	1	3	2.00
186	폴란드	0	2	3	1.67
187	프랑스	12	8	16	12.00
188	피지	0	0	0	0.00
189	핀란드	1	0	0	0.33
190	필리핀	89	69	76	78.00
191	헝가리	0	0	1	0.33
192	호주	5	11	12	9.33
합계	–	**1,672**	**1,719**	**1,830**	**1,740.33**

[별첨 4] 독일 막스플랑크 연구소 외국법적용센터(Center for the Application of Foreign Law)의 센터장인 Jan Peter Schmidt에 대한 2025. 7. 11.자 인터뷰

독일 법원이 국제적인 요소가 포함된 소송에서 준거법인 외국법을 조사함에 있어서 막스플랑크 비교 및 국제사법연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen, 이하 '막스플랑크 연구소')가 어떤 역할을 하는지에 관하여 질문을 드리고자 합니다.

I. 외국법 적용센터

1. 외국법 적용센터 설치 계기 및 배경

[질문]

막스플랑크 연구소는 오랜 기간 동안 다수의 사건에서 독일 법원에 외국법에 관한 감정의견을 제공해 왔고, 2020년경 전문가 감정의견을 보다 체계적으로 제공하기 위하여 연구소 내 외국법 적용을 위한 역량센터(Kompetenzzentrum für die Anwendung ausländischen Rechts, 이하 '외국법 적용센터')를 설치한 것으로 알고 있습니다. 외국법 적용센터를 설치하게 된 계기와 배경에 대한 설명을 부탁드립니다.

[답변]

본 연구소는 1926년 설립 이래, 오랜 기간 감정서를 작성하여 법원 및 기타 정부기관에 외국법 분야의 전문 지식을 제공해 왔습니다. 2020년 본 연구소에 외국법 적용센터가 설립되었습니다.

이는 감정서와 관련된 다양한 업무 영역을 통합하기 위한 것이었습니다(이전에는 감정서 관리와 내용 검토가 각각 다른 담당자에게 할당되었습니다).

다른 한편으로는, 역량 센터의 설립은 외국법의 조사 및 적용 자체가 과학적 연구의 대상이 되도록 하고자 했습니다. 이 작업의 성과물로는 특히 '함부르크 가이드라인'과 2023년 전문가 컨퍼런스 발간물이 포함됩니다.

마지막으로, 1927년부터 존재해 온 국제사법판례(이하 'IPRspr', www.iprspr.de)

의 발간 또한 외국법 적용센터에 이관되었습니다. 이를 통해 두 영역 간의 더욱 긴밀한 통합이 가능해졌습니다. 한편으로는 독일 법원의 외국법 관련 판례가 외국법에 관한 자료원이 되고 있고, 다른 한편으로는 연구소의 전문가 의견을 통하여 외국법 관련 판례가 발견되기도 합니다(위 외국법 관련 판례는 전문가 의견이 없었다면 공개되지 않았을 것입니다).

센터 설립 후 약 5년이 지난 지금, 이러한 노력이 결실을 맺었다고 평가될 수 있습니다. IPRspr은 함부르크 가이드라인과 함께 독일 법원에 외국법의 조사 및 적용을 위한 중요한 기반을 제공하는 동시에, 이러한 주제에 대한 학술적 논의를 위한 장을 마련합니다.

2. 외국법 적용센터 조직 및 규모

[질문]

막스플랑크 연구소 홈페이지에는 외국법 적용센터 소개란에 센터장인 Dr. Jan Peter Schmidt와 직원 6명의 연락처가 공개되어 있습니다. 홈페이지에 공개된 직원 6명의 업무를 살펴보면, 크게 ① 법률정보 및 전문가 의견 제공 업무, ② 국제사법 판례집(IDie deutsche Rechtsprechung auf dem Bereich des Internationalen Privatrechts, 이하 'IPRspr') 작성 업무, ③ 연구조교, 학생조교로서의 업무 등 세 가지 업무로 나누어 볼 수 있을 것 같습니다. 외국법 적용센터의 직원은 현재 몇 명이고, 업무를 어떻게 분담하는지요?

[답변]

저희 웹사이트의 외국법 적용센터 관련 정보는 최신 상태로 유지되고 있으며, 센터장 외에도 직원이 6명 있습니다.

IPRspr 관련 업무로는, 발견된 판결을 학문적으로 처리하는 한 명의 박사과정생, 편집 및 콘텐츠 관리를 담당하는 한 명의 직원, 그리고 학술지 평가를 담당하는 학생 조교 한 명이 있습니다.

감정서 관련 업무로는, 법원과의 소통 및 내부 업무 배분을 담당하는 한 명의 코디네이터가 있고, 감정서의 형식 검토 및 발송을 주로 담당하는 비서 한 명이 있습니다.

마지막으로, 한 명의 박사과정생이 학술적 리서치를 위해 센터에 배정되어 있습니다.

II. 감정의견 제공

1. 감정서 작성 절차

[질문]

독일 법원의 요청에 따라 감정서를 작성할 때에 내부적으로 어떤 절차를 거치는지요? 독일 법원의 전문가 감정 요청부터 막스플랑크 연구소의 감정서 회신까지의 과정을 연구소 내의 절차를 포함하여 단계별로 설명해 주시면 감사하겠습니다.

[답변]

법원이 소송기록(Gerichtsakte)을 발송하기에 앞서, 전화나 이메일로 먼저 요청 내용을 설명해 주시면 감사하게 생각합니다. 그렇게 해 주시면 저희 연구소가 해당 요청을 수락할 수 있는지, 또는 담당 법체계에 대해 충분한 전문 지식을 가진 사람이 없거나 요청이 저희 연구 관심 분야에 부합하지 않는 경우 등으로 인해 수락이 어려운지를 사전에 판단할 수 있기 때문입니다.

해당 요청의 처리 가능성이 있는 경우, 저희는 먼저 법원이 전제로 한 외국법이 실제로 적용 가능한지를 검토합니다. 즉, 사실관계에 대한 국제사법(IPR)의 적용 여부를 점검하는 것입니다. 다만, 이 검토는 감정서의 본문에 포함되지는 않으며, 적어도 독일 또는 유럽의 충돌 규범(Kollisionsnormen)에 관한 검토 부분은 포함되지 않습니다.

법원이 요청에 대한 소송기록을 아직 보내지 않은 경우에는 이를 요청합니다. 필요한 모든 자료가 도착하면, 해당 법체계에 전문성을 가진 담당자가 요청에 대한 예비 검토를 실시하며, 이를 통해 예상 소요 시간과 감정서의 완료 예상 시점을 산정합니다. 이러한 정보를 바탕으로, 저희는 서면으로 해당 법원에 연락하여 감정서 작성에 대한 저희 조건을 확인해 줄 것을 요청합니다.

법원의 동의가 연구소에 도달하면 감정서 작성 작업이 시작됩니다. 감정서가 완성되면 감정서 부서에서 이를 형식적으로 정리하고, 외국법 적용센터장인 Jan Peter Schmidt 박사가 그 내용을 검토하며 필요 시 해당 감정서 작성자와 논의합니다. 감정서는 발송되기 전에 최종적으로 저희 소장인 Ralf Michaels 교수님이 검토합니다. 그 후 감정서는 해당 감정서 작성자와 외국법 적용센터장이 서명한 후 법원이 요청한 복사본 및 청구서와 함께 법원으로 송부됩니다.

2. 감정의 평균 기간 및 비용

[질문]

일반적으로 감정은 높은 비용과 함께 상당한 시간이 소요된다는 점이 문제가 됩니다. 막스플랑크 연구소가 감정서를 작성함에 있어서 평균적으로 소요되는 기간(독일 법원의 감정 요청부터 막스플랑크 연구소의 감정서 회신까지 소요되는 평균 기간)과 비용은 어떻게 되는지요?

[답변]

감정서의 작성이 상당한 시간과 비용을 수반할 수 있다는 점은 맞습니다. 그러나 며칠 내에 작성될 수 있고, 약 2시간 정도의 비교적 적은 시간만이 소요되는 짧은 감정서도 있습니다. 이러한 전문가 의견서는 흔히 간이감정서(Briefgutachten)라고 불리며, 그 비용은 약 400유로입니다.

경우에 따라 저희 연구소는 특정 질문에 대하여 무상으로 정보를 제공하기도 합니다. 예를 들어, 그러한 정보 제공에 예산이 따로 마련되어 있지 않은 관공서(예: 호적사무소)의 경우가 이에 해당합니다.

일반적인 수준의 감정서의 경우, 약 4개월의 시간이 소요되며, 2,000유로에서 4,000유로 정도의 비용이 발생합니다.

그러나 완성까지 6개월 이상이 걸리는 감정서들도 있으며, 이러한 감정서의 경우에는 50~70시간의 작업 시간이 필요할 수 있습니다. 이 경우 비용은 10,000유로에서 14,000유로 사이가 됩니다. 시간당 비용은 독일의 사법 보수 및 비용법(JVEG) 제9조에 따라 169유로입니다.

3. 감정서 작성 시 유의사항

[질문]

막스플랑크 연구소 소속 전문가가 감정서 작성시 특히 유의하는 기준이나 원칙이 있는지요? “독일 소송에서의 외국법의 조사 및 적용에 관한 함부르크 가이드라인(Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren, 이하 ‘함부르크 가이드라인’)” 제3장 감정인을 위한 가이드

라인에서 규정하고 있는 사항 외에 감정서의 공정성, 객관성, 전문성을 확보하기 위하여 특히 유의할 기준이 있다면 알려주시기를 바랍니다.

[답변]

함부르크 가이드라인에 명시된 것 외에 서면으로 정리된 원칙은 존재하지 않습니다. 물론 각 사례마다 필요한 전문적 역량과 공정성이 갖추어져 있는지를 저희는 항상 점검하고 있습니다.

III. 함부르크 가이드라인의 작성

1. 함부르크 가이드라인의 효과

[질문]

막스플랑크 연구소는 외국법 적용센터가 주축이 되어 함부르크 가이드라인을 작성하여 2023. 10. 9. 발표하였습니다. 함부르크 가이드라인은 독일 소송에서의 외국법의 조사 및 적용에 있어서 법원, 전문가 및 당사자를 위한 매우 유용하고 상세한 지침을 담고 있습니다. 함부르크 가이드라인 발표 이후 실무에 변화가 있다고 느끼는지요?

[답변]

현재로서는 함부르크 가이드라인이 실무에 미친 영향을 평가하기에는 이릅니다. 그러나 함부르크 가이드라인의 인지도는 실무와 학계 모두에서 꾸준히 증가하고 있음이 분명히 관찰됩니다.

질문을 보내오는 법원이 아직 함부르크 가이드라인을 알지 못하는 경우, 함부르크 가이드라인에 대한 안내는 도움이 되는 것으로 나타납니다. 질문을 보낸 판사들은 지침을 읽음으로써 감정서 요청 절차에 익숙해지고, 감정서 요청 시 법원이 수행해야 할 역할에 대해 정보를 얻게 됩니다. 이러한 점은 저희 감정서 부서의 업무를 수월하게 만들어줍니다, 왜냐하면 모든 당사자들이 자신의 역할을 알고 있기 때문입니다.

2. 함부르크 가이드라인 작성을 위한 노력 및 준비기간

[질문]

함부르크 가이드라인 작성을 위하여 2023. 6. 16.-17. 약 50명의 학계 및 법조계 인사들이 함부르크에서 만나 외국법에 관한 전문가 감정의 역할에 대해 논의한 것으로 알고 있습니다. 함부르크 가이드라인 작성을 위한 의견을 모으기 위하여 위와 같은 세미나 외에 어떠한 노력들이 있었는지요? 함부르크 가이드라인 작성을 위한 준비기간은 대략 어느 정도였는지도 궁금합니다.

[답변]

함부르크 가이드라인의 작성 과정에 대한 보다 구체적인 정보는 Michaels/Schmidt, NJW 2024, 24에 실린 논문에서 확인하실 수 있습니다.

IV. 국제사법 판례집(IPRspr) 데이터베이스 관리 및 업데이트

1. IPRspr 데이터베이스 확장 계획

[질문]

IPRspr은 외국법 적용센터가 발간하는 국제사법 판례집으로 과거에는 인쇄물로 출판되었으나 2022년경부터 오픈 데이터베이스에서 활용할 수 있도록 전환되었습니다. IPRspr 데이터베이스는 독일 법원이 외국법을 조사하는 데 큰 도움을 줄 것으로 판단됩니다. 2024. 9. 기준 IPRspr 데이터베이스에서 약 6,500개의 판결에 접근할 수 있으며, 각 판결은 PDF로 무료로 제공되고 있습니다. 데이터베이스는 주로 독일 법원의 2004년 판결부터 제공하고 있으며, 새로운 판결도 지속적으로 업데이트되는 것으로 알고 있습니다. 추후 IPRspr 데이터베이스를 어떻게 확장시켜 나갈 계획인지 알고 싶습니다. 독일 법원의 2004년 이전의 국제사법 관련 판결도 업데이트할 예정인지요? 또한 현재 IPRspr 데이터베이스를 통하여 독일 판결 외에 유럽사법재판소(CJEU)의 국제사법 관련 판결도 일부 검색 가능한 것으로 알고 있는데, 추후 독일 판결 외에 다른 국가의 판결들도 업데이트해 나갈 계획인가요?

[답변]

유럽사법재판소(EuGH)의 판례는 현재로서는 IPRspr 데이터베이스에 포함되어 있지 않습니다. 현재 수록되어 있는 것은 독일 법원에서 제출한 예비판단요청(Vorabentscheidungsersuchen)에 한정됩니다. 그러나 향후 유럽사법재판소의 판결을 포함시키는 것은 바람직하다고 생각하고 있으며, 현재 그 실행 가능성을 검토 중입니다.

또한 2004년 이전 판결을 포함시키는 것도 바람직한 방향이지만, 여기에 대해서는 추가적인 기술적 과제가 있습니다. 왜냐하면 그러한 판결들은 먼저 디지털화 과정을 거쳐야 하기 때문입니다.

2. 외국법 적용 판결의 IPRspr 송부 실태

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장(법원을 위한 지침) 제9조 제6항은 소송이 종료되면 외국법을 준거법으로 적용한 판결을 IPRspr 등에도 송부해야 한다고 규정합니다. 독일 법원에서 외국법을 준거법으로 적용한 판결을 IPRspr에 어떤 방식으로 송부하는지 궁금합니다. 예컨대 외국법 적용 판결을 선고할 때마다 해당 판결을 송부하는지요, 아니면 일정 기간마다 외국법 적용 판결을 모아 송부하는지요? 외국법 적용 판결을 IPRspr에 송부할 때에는 IPRspr 작성 업무를 담당하는 직원의 메일로 송부하는지요?

[답변]

안타깝게도 지금까지는 해당 판결의 전달이 예외적인 경우에만 이루어지고 있습니다. 다만 향후 IPRspr의 인지도가 더 높아지면 이러한 상황이 개선되기를 기대하고 있습니다. 또한 저희가 어떤 사건에서 외국법에 대한 전문가 의견서를 제출했지만 해당 사건의 판결을 받지 못한 경우에는, 일정한 주기로 법원에 판결서를 요청하고 있습니다.

V. 기타

1. 비공식적 정보 제공

[질문]

함부르크 가이드라인 제3장 제1조 제11호에 따르면, 감정인이 외국법에 관한 감정 업무를 맡을 수 없는 경우라도 가능하다면 비공식적인 정보를 제공하여 법원을 돕기 위해 노력해야 합니다. 막스플랑크 연구소가 감정의견을 제공하지 않더라도 외국법 관련 독일어 문헌이나 해당 외국법을 적용한 외국 판례 등을 찾아서 법원에 제공하는 방식으로 법원의 외국법 조사를 돕는 경우가 상당한지요?

[답변]

네, 저희는 감정서를 작성하지 않는 경우에도 법원 및 행정기관에 대해 항상 비공식적인 정보 제공이나 문헌, 사본, 참고자료, 대체 감정인의 연락처 등으로 지원을 제공하려고 노력하고 있습니다.

2. 향후 계획 및 과제

[질문]

향후 막스플랑크 연구소 또는 외국법 적용센터 차원에서 독일 법원의 외국법 조사와 관련하여 추진하고자 하는 계획이나 과제가 있는지요? 예컨대 법원과의 협력이나 국제적 네트워크 강화, AI 기반 외국법 플랫폼 개발(IPRspr 데이터베이스에 AI 기반 외국법 검색시스템 추가 방안) 등의 계획이 있다면 알려주시기를 바랍니다.

[답변]

현재로서는 구체적인 계획은 없습니다. 저희는 기존의 제도와 지원 수단들이 보다 잘 활용되기를 기대하고 있습니다. 또한 외국의 감정인들을 감정서 작성 과정에 더 적극적으로 참여시키기 위해 노력하고 있습니다.

[별첨 5] 독일 함부르크주 고등법원 Florian Vogelsang 판사에 대한 2025. 7. 7.자 인터뷰

독일 법원에 제기된 소송에서 준거법으로 지정된 외국법의 조사에 대해 질문을 드리고자 합니다. 막스플랑크 비교 및 국제사법연구소(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht entworfen)는 2023. 10. 9. 함부르크 고등법원(Oberlandesgericht)에서 "독일 소송에서의 외국법의 조사 및 적용에 관한 함부르크 가이드라인(Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren)"을 발표하였습니다. 이하에서는 주로 함부르크 가이드라인 제2장 법원을 위한 지침(Art. 2: Leitlinien für Gerichte)에 대해서 질문을 드리겠습니다.

I. 외국법의 조사방법

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장 제3조 제5호에 따르면, 전문가 감정으로 인한 비용과 지연을 고려할 때, 전문가 감정은 관련성이 있는 것으로 확인된 외국 법률이 더 간단, 신속하고 저비용의 방법으로 조사될 수 없는 경우에만 법원에 의하여 의뢰되어야 합니다. 법원이 외국법을 조사함에 있어서 전문가 감정보다 우선적으로 실시하는 방법에는 어떠한 방법들이 있는지요?

[답변]

이와 관련해서는 함부르크 가이드라인 제2장 제3조를 참조할 수 있습니다. 해당 조항에 따르면, 외국법은 법원에 알려지지 않은 경우에만 증명을 요합니다. 이는 특히 다음을 의미합니다. 법원은 외국법의 내용을 자체적인 조사로도 파악할 수 있으며, 실제로 그러한 경우가 많습니다. 이러한 조사를 위해 법원은 접근 가능한 문헌, 인터넷 자료, 번역 프로그램 등을 우선적으로 활용할 수 있습니다. 예컨대 가사법(Familienrecht) 분야에 대해서는 각국의 상세한 국가보고서(Länderberichte)가 종종 법원에 제공되어 있습니다.

II. 외국법 전문가의 감정

1. 당사자와의 협의절차

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제1호는 법원이 누구를 감정인으로 선정할 것인지에 관하여 당사자들과 논의하는 것이 바람직하다고 밝히고 있습니다. 실무상 감정인 선정시 당사자들과 논의절차를 거치는지요? 논의절차를 거친다면 어떠한 방식으로 논의를 하는지요?

[답변]

법원은 이 문제를 구두 심문(Anhörung) 절차에서 논의할 수 있으며, 이 경우에는 그 내용이 심문 조서(Protokoll)에 기재됩니다.

이러한 절차 외에는, 법원은 일반적으로 서면으로 당사자들에게 질의합니다. 예컨대 당사자들에게 감정인에 대한 제안을 요청하거나, 법원이 직접 감정인 후보를 제시한 후 당사자들에게 이에 대한 의견 제출의 기회를 부여하는 방식입니다.

2. 감정인의 자격 및 경력

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제3호에 따르면, 외국법을 전문으로 하는 학술기관의 회원이나 대학 교수는 물론, 외국에서의 학위 취득 또는 변호사 자격 취득으로 인하여 외국 법률 및 제도에 대한 특별한 지식을 갖춘 전문가가 자격을 갖춘 감정인으로 인정됩니다. 실제로 어떠한 자격과 경력을 가진 사람들이 감정인으로 많이 선정되는지요? 막스플랑크 연구소 소속 전문가에게 감정의견을 구하는 경우가 많은지요? 실무상 외국법에 관한 감정인의 선정 기준과 절차를 설명해 주시기를 부탁드립니다.

[답변]

실무에서는 일반적으로 막스플랑크 연구소에 감정을 의뢰하며, 그 전문성은 널리 인

정받고 있습니다.

감정인의 지정은 각 절차법(예: 민사소송법(ZPO) 제404조 이하)에 따른 규정에 따라 이루어집니다. 그 외에 감정인 지정에 관한 고정된 기준은 제가 아는 한 존재하지 않으며, 가장 중요한 기준은 감정인의 전문적 적격성입니다.

외국법을 조사하기 위한 감정인으로는 해당 국가의 법체계에 정통한 법률가를 지정하게 됩니다. 감정인 지정은 법원의 결정(Beschluss)을 통해 공식적으로 이루어집니다.

3. 전문가 관리 시스템

[질문]

외국법에 관한 전문가의 풀(pool)을 체계적으로 관리하는 시스템이 있는지요?

[답변]

그러한 시스템은 제가 알기로는 존재하지 않습니다. 실무에서는 통상적으로 막스 플랑크 연구소에 감정을 의뢰하는 방식이 이루어지고 있습니다.

4. 외국 전문가

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장 제5조 제4항은 외국 전문가(외국에 소재한 외국인 전문가)를 선임할 수 있음을 밝히고 있습니다. 어떠한 경우에 특히 국내(독일) 전문가가 아닌 외국 전문가를 선임하는지요? 실제로 외국 전문가의 감정의견을 받는 경우가 상당한지요?

[답변]

그러한 경우는, 예컨대 막스 플랑크 연구소(MPI)가 국내(독일 내)에서 적절한 감정인을 지정할 수 없거나, 처음부터 외국 감정인만을 지정하는 경우에 자연스럽게 발생할

수 있습니다. 이러한 상황이 아니라면, 실무상 적합한 감정인을 찾는 데 현실적인 어려움이 따르기 때문에 외국 감정인 지정은 일반적이지 않을 수 있습니다.

5. 다른 사건에서의 감정의견 검색

[질문]

외국법에 관한 감정서를 모아 단행본으로 공간하는 예로, 뮌헨 동유럽법연구소(Institut für Ostrecht München)가 발간하는 「Jahrbuch für Ostrecht」가 있습니다. 그 외에 법원이 외국법에 관한 감정서를 검색할 때에 참고하는 단행본이나 데이터베이스가 있을까요? 법원이 다른 사건에서의 외국법에 관한 감정서를 참고하는 경우(제2장 제3조 제2항) 실무상 주로 어떠한 방식으로 이를 검색하는지 알려주시기를 바랍니다.

[답변]

판사들이 활용하는 데이터베이스에는 외국법에 관한 문헌도 다수 포함되어 있습니다.

한편 실무적으로 법원은 감정서를 조사(recherchieren)하지는 않고, 감정서를 의뢰(in Auftrag geben)하는 방식으로 접근합니다. 다만 법원은 외국법 자체에 대해서는 이용 가능한 모든 수단(데이터베이스, 판례 및 문헌 모음집, 공개적으로 접근 가능한 자료 등)을 활용하여 직접 조사를 수행합니다.

6. 전문가 감정에 관한 법률구조 또는 소송구조

[질문]

함부르크 가이드라인 제2장 제4조 제1항은 법원은 외국법의 적용이 신청인의 법적 입장을 뒷받침할 가능성이 무시할 수 없을 정도로 낮지 않은 경우, 외국법에 대한 간략한 검토를 근거로 법률구조 또는 소송구조 신청을 기각할 수 없으며, 최종적인 판단에서 전문가 감정의견의 확보가 필요한 경우 법률구조 또는 소송구조를 허용해야 한다고 규정하고 있습니다. 실무상 외국법에 관한 전문가 감정비용이 문제가 되는 경우 법률구조나 소송구조를 허용하는 예가 있는지요?

[답변]

소송구조(PKH) 또는 절차구조(VKH)가 인정되기 위해서는 두 가지 요건이 충족되어야 합니다. 첫째, 신청인이 경제적으로 능력이 없어야 합니다. 즉, 소송 자체(및 감정서 의뢰 비용)를 스스로 감당할 수 없어야 합니다. 둘째, 신청인의 주장이 승소 가능성을 가져야 합니다.

따라서 감정서 비용이 재정적 부담이 되는지 여부는, 그 부담이 신청인에게 과도하게 클 경우에만 고려 대상이 됩니다. 동시에 해당 소송이 일정한 승소 가능성도 함께 가지고 있어야 합니다.

다시 말해 감정서 비용이 아무리 고액이라 하더라도 신청인이 그 비용을 충분히 감당할 수 있거나, 또는 소송에서 어차피 패소할 가능성이 크다면, 소송구조(PKH)는 인정되지 않습니다.

III. 기타

1. 사법공조조약에 따른 법정보제공 요청

[질문]

준거법인 외국법의 내용을 파악하기 위하여 독일이 다른 국가와의 사이에 체결한 사법공조조약에 따라 법정보제공 요청을 하는 경우가 있는지요?

[답변]

그러한 사례에 대해서는 제가 아는 한 존재하지 않습니다.

2. AI 기반 외국법 플랫폼 이용

[질문]

독일 법원에서 준거법인 외국법 조사시 AI 기반 외국법 플랫폼을 활용하는 경우가 있다면 알려주시기를 바랍니다.

[답변]

판사들이 사용할 수 있는 AI 도구는 AI 규정(KI-VO, 즉 인공지능 규제령)에 따라 엄격히 규제되고 있습니다. 그러나 그러한 제한 속에서도, AI를 통해 관련 정보를 검색하는 것은 가능합니다. 또한 주요 법률 데이터베이스 제공업체들(예: Beck, Juris)은 AI 모듈을 도입하여 관련 법률 정보를 AI 기반으로 검색할 수 있도록 지원하고 있습니다.

사법정책연구원 발간 연구보고서 목록

▣ 2014년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	재외국민을 위한 가족관계등록사무 처리절차의 개선 방안에 관한 연구	최은정	2014. 12. 30.
2	국선전담변호사제도의 개선 방안에 관한 연구	양시훈	2014. 12. 30.
3	파산법원 설치에 따른 회생 · 파산절차 관여자에 대한 적정한 관리 · 감독 방안에 관한 연구	강민호	2014. 12. 30.
4	현행 이원적 부동산 공시제도의 발전 방안에 관한 연구	양은상	2014. 12. 30.

▣ 2015년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	국민의 사법행정 참여 방안에 관한 연구	이재석	2015. 2. 27.
2	중 · 고등학생을 위한 수준별 모의재판 시나리오 개발에 관한 연구 [별책: 모의재판 시나리오 및 지도안]	박원규	2015. 2. 27.
3	오스트리아 司法制度 硏究 – 최고재판소, 행정재판소 및 헌법재판소의 상호 관계에 대한 헌법 규정 분석을 중심으로 –	김태호	2015. 2. 27.
4	법관의 초 · 중 · 고등학생을 위한 수준별 강의안에 관한 연구 [별책: 강의안(PPT 및 해설 자료)]	황승태	2015. 5. 22.
5	부동산 등기제도의 개선 방안에 관한 연구	김상철 양은상	2015. 5. 29.
6	판결에 대한 국민의 이해를 높이고 이를 알릴 수 있는 방안에 관한 연구	양시훈	2015. 5. 30.
7	국민과 함께하는 모의재판 실시 방안에 관한 연구 –「일반국민용 모의재판 시나리오 모음집」 수록 –	최은정	2015. 6. 10.
8	중 · 고등학생을 위한 법원체험 프로그램에 관한 연구 [별책: 프로그램 안내]	황승태	2015. 6. 26.
9	효율적인 증거개시 · 수집을 위한 제도 개선 방안에 관한 연구	김정환	2015. 6. 30.

연번	보고서명	연구책임자	발간일
10	디지털 증거의 증거능력 판단에 관한 연구	손지영 김주석	2015. 6. 30.
11	영국의 양형기준제도 – 양형기준제도의 법령 및 현황 –	변지영	2015. 7. 13.
12	영국과 미국의 법관에 의한 중재 및 그 도입 가능성에 관한 연구	이재석	2015. 7. 17.
13	재판기록 및 조서에 관한 실무 개선 방안 연구 – 재판서 · 조서의 전자화, 법정녹음 시행을 중심으로 –	김형진	2015. 7. 24.
14	커뮤니케이션학에 기초한 바람직한 법정 소통 방안에 관한 연구	정채연	2015. 7. 31.
15	법률문헌 등의 인용방법에 관한 연구 – 첨부: 법률문헌 등의 인용방법 표준안 [시안] –	변지영	2015. 9. 14.
16	가사사건의 상담제도 발전방안에 관한 연구	최은정	2015. 11. 9.
17	북한이탈주민에 대한 사법적 지원 방안에 관한 연구	이학인	2015. 11. 13.
18	국민의 사법절차에 대한 이해도 및 재판에 관한 인식 조사 결과의 분석	장수영 이덕환	2015. 11. 25.
19	각국 법원모욕의 제재 방식에 관한 연구	하민경	2015. 11. 27.
20	각국 법관 징계제도에 관한 연구	양시훈 최유경	2015. 12. 23.

▣ 2016년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구	강성수	2016. 1. 13.
2	원격영상재판에 관한 연구 – 외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로 –	계인국	2016. 1. 14.
3	성폭력 재판절차에서의 피해자 증인신문 재판참고사항에 관한 연구	이재석	2016. 1. 15.
4	바람직한 법관상 구현을 위한 법관 임용 및 평가 방식에 관한 연구 – 미국과 영국의 제도를 중심으로 –	박준선	2016. 2. 16.
5	동산공시제도 및 동산담보제도의 개선 방안에 관한 연구	김정환	2016. 2. 25.
6	한국형 대체적 분쟁 해결(ADR) 제도의 발전 방향에 관한 연구	황승태	2016. 2. 26.
7	압수 · 수색 절차의 개선방안에 관한 연구	손지영 김주석	2016. 3. 28.
8	정식재판청구제도 개선 방안에 관한 연구	김형진 하민경	2016. 3. 28.
9	재산분할의 기준 정립을 위한 방안 연구	최은정 안문희	2016. 4. 4.
10	EU사법재판소(CJEU)와 유럽인권재판소(ECtHR)에 관한 연구	변지영	2016. 8. 26.
11	미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구	이제우	2016. 9. 8.
12	증인신문 절차 및 기법에 관한 연구	김주석	2016. 9. 30.
13	피고인의 형벌감수성이 양형에 미치는 영향에 관한 비교법적 연구	하민경	2016. 10. 17.
14	변호사시험 합격자에 대한 실무연수 방안에 관한 연구	김윤정 양시훈	2016. 10. 21.
15	네덜란드의 사법개혁과 법조인 양성제도에 관한 연구	김주경	2016. 10. 25.
16	미국 특허쟁송실무에 관한 연구 – 연방순회항소법원(CAFC), 연방지방법원, 국제무역위원회(ITC), 특허청(USPTO)을 중심으로 –	송현정	2016. 11. 18.

▣ 2017년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	민사소액재판의 개선 방안에 관한 연구	표현덕	2017. 1. 24.
2	대형 경제 형사사건의 효율적인 관리 및 증거조사 방법에 관한 연구	홍진표	2017. 2. 23.
3	전자정보의 증거조사 현황과 개선 방안에 관한 기초 연구	강성수	2017. 2. 28.
4	법원의 프로보노 활동 지원 방안에 관한 연구	김상철	2017. 3. 13.
5	공익소송 제도의 현황과 개선방안	김태호 김정환	2017. 3. 30.
6	규제개혁과 사법심사에 관한 연구	계인국	2017. 4. 28.
7	프랑스 민사소송에서의 증거법에 관한 연구	안문희	2017. 5. 17.
8	북한의 신분 · 공민 · 주민등록제도에 관한 연구	이제우	2017. 6. 20.
9	공시송달에 의한 독촉절차 연구	조호성 김주완	2017. 8. 11.
10	법률문헌의 인용방법 표준안 (증보판)	변지영	2017. 8. 30.
11	성년후견제도의 운영에 관한 연구	김윤정	2017. 9. 11.
12	배심원 설명서에 관한 연구	홍진표	2017. 9. 15.
13	각국의 법관 다양화에 관한 연구	김주경	2017. 9. 19.
14	통일 이후 북한지역 토지등기제도의 수립 방안	오세용 박원규 이덕환 장수영	2017. 9. 27.
15	미국 행정법판사제도에 관한 연구	변지영	2017. 11. 21.
16	난민인정과 재판 절차의 개선 방안	이혜영 표현덕	2017. 12. 1.
17	미국의 증거배제신청에 관한 연구: 형사소송에서 Motion in Limine와 Motion to Suppress를 중심으로	송현정	2017. 12. 27.
18	미국의 소각하에 관한 연구	오규성	2017. 12. 28.

▣ 2018년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	다문화 가족에 대한 사법적 지원 방안에 관한 연구	홍진표	2018. 2. 22.
2	대법원 판결과 사회 변화	하민경	2018. 3. 30.
3	중재 활성화를 위한 법원의 역할	김정환 박준선	2018. 4. 30.
4	입양제도 개선 방안에 관한 연구	안문희	2018. 4. 30.
5	온라인 분쟁해결(ODR)에 관한 연구	계인국	2018. 6. 15.
6	프랑스, 독일, 일본 상고심의 민사 판결서 작성 방식	하상익	2018. 6. 15
7	교사용 법교육 강의안 개발에 관한 연구	이종훈 표현덕	2018. 8. 31.
8	재판 중계방송에 관한 연구	염호준	2018. 9. 20.
9	미국 연방파산관리인(U.S. Bankruptcy Administrator) 제도 연구	김현범 오세용 최유나	2018. 10. 10.
10	법원의 헌법판단을 위한 위헌심사기준 연구	이종엽 김주경	2018. 10. 11.
11	시니어판사 제도에 관한 연구	모성준	2018. 11. 2.
12	[법원 인물사] 조진만 전 대법원장	김봉철 김대홍 양은상 최유나	2018. 11. 20.
13	미국의 복잡소송(Complex Litigation)에 관한 연구 – 광역소송을 중심으로 –	이제우 장지용	2018. 12. 26.
14	미국 해외부패방지법에 관한 연구	오규성	2018. 12. 27.
15	아시아 · 태평양인권법원 설립 전망과 과제 – 지역별 인권법원 설립 경과 중심으로 –	이혜영	2018. 12. 28.
16	국제적인 사법신뢰도 측정방식에 관한 연구	한성수	2018. 12. 28.
17	미국 법관윤리규범에 관한 연구: 외관을 중심으로	송현정	2018. 12. 31.

▣ 2019년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	입법과 사법의 법률정보협력에 관한 연구	이정은	2019. 1. 28.
2	가정법원 조사관 제도 개선 방안에 관한 연구	안문희	2019. 1. 30.
3	해사쟁송절차 개선에 관한 연구	변지영	2019. 2. 27.
4	각국의 정당방위 판단기준과 국민의 법의식	하민경	2019. 2. 28.
5	외국인 인신구속시 영사 통보에 관한 연구	이선미	2019. 3. 29.
6	임기제공무원제도의 바람직한 운영방안에 관한 연구 – 사법부 임기제공무원을 중심으로 –	서현웅	2019. 6. 13.
7	노동쟁송절차의 개선에 관한 연구	이종훈	2019. 6. 19.
8	소년 형사사법절차의 개선에 관한 연구 – 통합적 운용가능성을 중심으로 –	문선주 김윤정	2019. 7. 24.
9	인지제도 및 실무 개선방안에 관한 연구	이혜정	2019. 7. 29.
10	징벌적 손해배상의 적정한 운영방안에 관한 연구	김정환	2019. 8. 9.
11	사법보좌관제도의 발전적 운영방안에 관한 연구	김경오	2019. 8. 23.
12	당사자주의와 직권주의가 조화된 적정한 재판운영	이종엽	2019. 11. 6.
13	우리나라의 행정형 ADR 개선방안에 관한 연구	김봉철	2019. 11. 25.
14	법인 아닌 사단의 공시방안에 관한 연구	이동선	2019. 12. 18.
15	중국의 사법개혁에 관한 연구 [별책: 중국 인민법원 5개년 개혁요강 전문]	김현범	2019. 12. 27.
16	해외의 전관예우 규제사례와 국내 규제방안 모색(1) – 퇴직법관의 변호사 개업에 대한 해외 규제사례 – 해외의 전관예우 규제사례와 국내 규제방안 모색(2) – 해외사례를 토대로 한 퇴직법관의 변호사 개업 규제방안 –	차성안	2019. 12. 31.
17	사회적 소수자 보호에 관한 미국 연방대법원의 판례 연구	송현정	2019. 12. 31.

▣ 2020년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	가족관계등록제도의 개선방안에 관한 연구 – 등록사항별 증명서를 중심으로 –	이혜정	2020. 2. 19.
2	스위스 연방의회 제도에 관한 연구 – 입법과정 등을 중심으로 –	최용훈	2020. 2. 28.
3	성폭력 형사사건에서 피해자 진술의 신빙성과 경험칙에 관한 연구	이선미 박용철	2020. 3. 11.
4	미국 통합가정법원(Unified Family Court)에 관한 연구	안문희	2020. 3. 17.
5	외국재판의 승인과 집행에 관한 연구	김효정 장지용	2020. 3. 20.
6	법적판단에 있어 인지적 오류와 극복방안	이종엽	2020. 3. 31.
7	법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제	이혜영	2020. 3. 31.
8	형사 전자소송의 바람직한 발전방향	정성민	2020. 4. 10.
9	대형 재난 발생 시 법원의 대응과 조치에 관한 연구	성대규	2020. 4. 27.
10	민사소송 및 집행 절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구	박우경	2020. 4. 29.
11	베트남 · 캄보디아 · 라오스의 상업등기제도에 관한 연구	정호경	2020. 5. 14.
12	법조일원화 시대에 걸맞은 바람직한 법관 임용제도	김신유	2020. 6. 18.
13	강제집행의 실효성 확보방안에 관한 연구 – 집행채무자에 대한 재산탐지제도와 간접강제제도를 중심으로 –	김경오	2020. 7. 21.
14	재판연구원 제도의 바람직한 운영방안	문선주	2020. 7. 24.
15	국제상사법원에 관한 연구	김정환	2020. 9. 23.
16	독일 법관법에 관한 연구 – 직업법관의 신분과 법적 지위를 중심으로 –	김봉철	2020. 11. 3.
17	벌금형 양형기준에 관한 연구	백광균	2020. 12. 8.
18	영국 입법과정에 관한 연구 – 이해관계 조정절차를 중심으로 –	이지민	2020. 12. 22.
19	혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구	송현정	2020. 12. 23.
20	법률서비스 보험제도 연구	이은빈	2020. 12. 31.
현안 1	조정절차에서의 사실조사	정성민 백광균	2020. 11. 6.

▣ 2021년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	판사 임용을 위한 적정 법조재직연수에 관한 연구	김신유	2021. 2. 26.
2	디지털 증거 압수수색 개선방안에 관한 연구 – 법률 개정에 관한 논의를 중심으로 –	박병민	2021. 3. 12.
3	공정하고 충실한 법원업무 실현을 위한 법원공무원 직급 · 직렬 구조 개편 방안	이학구	2021. 3. 18.
4	상고심 재판의 개선방안에 관한 연구 – 상고이유서 원심법원 제출제도 및 재항고 제한제도 도입을 중심으로 –	강영재	2021. 3. 18.
5	등기관 처분에 대한 이의절차 개선방안 연구	정호경	2021. 3. 23.
6	전자소송 등 업무환경 변화에 따른 법원공무원의 인력운영 방안	박미정	2021. 3. 31.
7	체제 전환기의 국내 · 국제혼합 특별형사법원과 통일 한국에의 함의	이혜영	2021. 3. 31.
8	형사재판절차에서의 개인정보 보호에 관한 연구 [별책: 국제형사재판소 재판실무편람 (2019)]	이민형	2021. 4. 23.
9	도산사건의 실증적 연구와 법원의 역할 – 개인도산사건을 중심으로 –	김동현	2021. 4. 30.
10	법조일원화 시대의 법관전문화 방안	윤찬영	2021. 5. 11.
11	유럽연합(EU)의 통합적 분쟁해결절차에 관한 연구 – 지급명령 및 소액소송 절차를 중심으로 –	성대규	2021. 5. 14.
12	형사재판에서의 회복적 · 치료적 사법에 관한 연구	박기쁨	2021. 5. 24.
13	국제적 전자송달에 관한 연구	김효정	2021. 5. 31.
14	사법절차 및 사법서비스에서 인공지능 기술의 도입 및 수용을 위한 정책 연구	정채연	2021. 8. 26.
15	집행관제도 개선방안 연구 – 부동산 등 인도집행을 중심으로 –	나수경	2021. 9. 17.
16	행정재판과 법의 일반원칙 – 프랑스 행정법상 법의 일반원칙을 중심으로 –	박우경	2021. 9. 30.
17	수사기관 작성 조서의 증거 사용에 관한 연구 : 2020년 개정 형사소송법에 따른 실무 변화 모색	이상훈 정성민 백광균	2021. 10. 1.
18	주민자율조정을 통한 이웃분쟁 해결에 관한 연구	김봉철	2021. 10. 18.
19	법관의 직무상 이해관계 충돌과 그 해소방안에 관한 법적 연구 – 법관의 주식보유 및 거래와 관련 재판의 공정성 담보방안을 중심으로 –	김정환	2021. 10. 29.
20	다중대표소송에 관한 연구	심정희	2021. 10. 29.
21	법관 업무부담 및 그 영향요인에 관한 연구	홍보람	2021. 12. 10.
현안 1	해사법원 설치에 관한 연구	이재찬	2021. 10. 14.

▣ 2022년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	베트남 · 라오스 · 몽골의 부동산등기제도에 관한 연구	정호경	2022. 1. 10.
2	민사소송절차에서 비밀 보호에 관한 연구 – in camera 심리절차를 중심으로 –	박병민 이주연	2022. 1. 14.
3	각국의 상고심 실질심리 사건 선별 방식에 관한 연구	강영재	2022. 2. 18.
4	공탁제도 및 공탁절차에 관한 개선방안	박미정	2022. 3. 4.
5	문서감정인 자격에 관한 개선방안	김주석	2022. 3. 14.
6	팬데믹 시대 재판의 대응과 과제	이은빈	2022. 3. 17.
7	법정녹음을 활용한 바람직한 재판의 운영 및 기록화 방안 – 녹음제도의 확대 및 개선 방안을 중심으로 –	이민형	2022. 3. 22.
8	결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점	김동현 이혜영	2022. 4. 14.
9	조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구	윤찬영	2022. 5. 6.
10	민사전자소송 시행 10년, 그 성과와 전망 – 민사 본안소송을 중심으로 –	전휴재	2022. 5. 20.
11	변호사–의뢰인 간 의사교환의 비밀보장에 관한 연구 – 형사절차에서 증거수집 및 사용을 중심으로 –	이상훈	2022. 7. 15.
12	가상자산에 대한 민사집행 연구	이혜정	2022. 8. 5.
13	미국 연방사법센터(FJC)에 관한 연구	송현정	2022. 8. 16.
14	기일 전 증거개시(pre–trial discovery)로 인한 국제적 사법마찰의 해결에 관한 연구	김효정	2022. 8. 18.
15	성폭력 범죄의 특수성과 국민참여재판에서의 배심원 지침에 관한 연구	박기쁨	2022. 8. 22.
16	사회보장사건의 법원을 통한 구제절차 현황과 개선방안	박우경	2022. 10. 31.
17	공정거래 행정사건의 심급 구조에 관한 연구	김봉철	2022. 10. 31.
18	싱가포르의 사법개혁에 관한 연구	김정환	2022. 11. 3.
19	소송구조제도의 개선방안에 관한 연구	박미정 이학구	2022. 11. 11.
20	재산명시제도의 개선방안에 관한 연구	서현웅	2022. 12. 29.
현안 1	소권 남용 대응방안에 관한 연구	정승연	2022. 7. 8.
현안 2	중대재해 처벌 등에 관한 법률의 재판 실무상 쟁점	정현희	2022. 12. 12.

▣ 2023년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	이혼절차에서 미성년자녀의 권리보장방안 – 협의이혼과 면접교섭을 중심으로 –	임종미	2023. 2. 10.
2	법원의 구속기간에 관한 연구	김윤선	2023. 2. 13.
3	재판공개원칙의 현대적 의미와 한계	김주석	2023. 2. 28.
4	등기민원안내제도 개선방안 – 등기신청절차안내를 중심으로 –	신명훈	2023. 2. 28.
5	'혁신'과 '탈법'의 관점에서, 신산업 관련 행정형법 해석기준 연구	홍보람	2023. 3. 10.
6	민사건설재판의 개선방안에 관한 연구	한나라	2023. 3. 31.
7	법원의 압수물 보관 · 관리 개선방안	권경선	2023. 4. 21.
8	사법통계의 현황과 개선방안	김두얼	2023. 5. 19.
9	미국과 영국에서의 법관 임용 실태 및 근무 환경에 관한 실증적 연구	진현섭	2023. 5. 30.
10	집행유예 양형요소로서 재범위험성 평가	권미연	2023. 6. 12.
11	형사법관운용에 관한 개선방안	탁상진	2023. 6. 26.
12	경매절차의 개선방안 – 주택임대차관계의 현황조사 절차를 중심으로 –	이혜정	2023. 8. 14.
13	지방자치와 법원의 사법심사에 관한 연구	김봉철	2023. 11. 30.
14	일본 간이재판소에 관한 연구	서현웅	2023. 12. 26.
15	감염병 예방을 위한 집회 및 시위 금지 · 제한에 관한 연구 – 행정소송법상 집행정지 사건을 중심으로 –	송현정	2023. 12. 27.
16	벨기에 사법개혁과 법관임용제도	서용성 이상훈	2023. 12. 28.
17	인터넷에 의한 계약 및 불법행위에 관한 소의 국제재판관할	김효정	2023. 12. 28.
18	법정 내 질서유지의 현황과 개선방안에 관한 연구	전문식	2023. 12. 29.
19	국제적 사법교류의 현황과 과제	이혜영	2023. 12. 30.
20	프랑스 형사배심제에 관한 연구	박우경	2023. 12. 30.
21	법조일원화 시대에 걸맞은 제1심 판결서 작성 방식의 개선방안	정승연	2023. 12. 30.

▣ 2024년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	법원일반직공무원 근무성적평정제도의 개선방안	김혜진	2024. 2. 22.
2	인간 유전자 편집 규제에 관한 연구	김윤선	2024. 2. 26.
3	공탁금 보관은행 제도의 개선 방안	정현희	2024. 2. 28.
4	공소장일본주의에 관한 연구	김종근	2024. 2. 29.
5	스토킹범죄의 재판실무상 쟁점에 관한 연구	한나라	2024. 2. 29.
6	법원일반직공무원 직무역량 강화 방안	이종구	2024. 3. 11.
7	형사재심의 현황과 운용방안에 관한 연구	권경선	2024. 4. 24.
8	국민참여재판의 현황 및 활성화 방안에 관한 연구 – 실시요건 개선을 중심으로 –	임성민	2024. 5. 20.
9	재판의 지연 실태와 신속화 방안 – 민 · 형사 사실심을 중심으로 –	이영창	2024. 5. 21.
10	변호사강제주의에 관한 연구	진현섭	2024. 6. 3.
11	특수법인 도산절차에 관한 연구 – 비영리법인 및 가상자산거래소에 관한 실무를 중심으로 –	탁상진	2024. 6. 28.
12	형사절차 내 피해자 보호 · 참가 현황 및 개선방안	조미선	2024. 7. 8.
13	금융투자자 보호를 위한 집단적 피해구제절차 개선방안	권미연	2024. 8. 27.
14	스마트계약의 법적 문제에 관한 연구	김정환	2024. 9. 9.
15	아동의 출생등록될 권리의 실효적 보장을 위한 방안	안원주	2024. 9. 10.
16	인공지능에 근거한 행정처분에 대한 사법심사이론 연구	허성욱	2024. 12. 11.
17	민간의 사법참여에 관한 연구	유영국	2024. 12. 26.
18	재개발 · 재건축의 이해와 부동산 경매 – 도시정비법을 중심으로 –	이종구	2024. 12. 27.
19	장애인 등을 위한 이해하기 쉬운(Easy-Read) 판결서 작성방안 [별책: 장애인 등을 위한 이해하기 쉬운(Easy-Read) 판결서 작성방안]	권형관	2024. 12. 31.
20	형사소송에서의 송달제도 개선에 관한 연구	전문식	2024. 12. 31.

▣ 2025년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	피고인 불출석 재판 개선방안에 관한 연구	고대석	2025. 3. 5.
2	기술 유출 범죄의 심리방식과 양형에 관한 연구	김종근	2025. 3. 5.
3	정신적 장애인에 대한 형사소송절차의 개선방안 연구	이혜림	2025. 4. 23.
4	독일 사회법원에 관한 연구 – 사회법원 소송절차의 특징과 시사점을 중심으로 –	김봉철	2025. 5. 14.
5	강제입원제도와 사법적 통제	신권철	2025. 5. 20.
6	법원 시설에서 장애인 등의 접근권 제고 방안에 관한 연구	류미리	2025. 5. 27.
7	소년법원 설치에 관한 연구	조미선	2025. 7. 10.
8	외교 문제에 대한 사법판단 기준에 관한 연구	박진영	2025. 7. 11.
9	고령자의 사법접근권 제고 방안에 관한 연구	임성민	2025. 7. 17.
10	유아인도집행에 관한 연구 – 헤이그아동탈취법상 아동반환사건과 가사소송법상 유아인도사건을 중심으로 –	심병준	2025. 7. 23.
11	장애인차별금지소송에 관한 연구	박우경	2025. 9. 25.
12	재판 실무현황 및 법관 근무여건에 관한 실증적 연구	이영창 홍보람	2025. 9. 26.
13	선거소송의 심급구조 개선에 관한 연구	박영욱	2025. 12. 29.
현안 1	공판중심주의의 적정한 운영방안 – 복잡한 형사사건을 중심으로 –	남승민	2025. 4. 7.
현안 2	주식매수가액 공탁제도의 개선방안	김효정	2025. 4. 8.
현안 3	감정관리센터 설치에 관한 연구	이정현	2025. 4. 11.
현안 4	몰수제도의 개편방안에 관한 연구	유인규	2025. 8. 20.
현안 5	소송사기 대응방안에 관한 연구 – 독촉절차와 무변론판결을 중심으로 –	안원주	2025. 9. 10.
현안 6	양형기준 도입 전후의 양형판단에 관한 실증적 분석 : 살인범죄를 중심으로	홍보람	2025. 12. 12.
현안 7	형사공탁제도의 운용방안에 관한 연구 – 형사특례공탁을 중심으로 –	서용성	2025. 12. 30.

▣ 2026년

연번	보고서명	연구책임자	발간일
1	사법부의 장애인 공무원 고용 및 근무지원 개선방안	김미란	2026. 1. 29.
2	유언증서 등록 · 보관제도에 관한 연구	정현준	2026. 1. 30.
3	디지털자산의 법적 성질 및 귀속주체 – 가상자산의 물건성과 지배 개념을 중심으로 –	이현호	2026. 2. 5.
4	법조일원화 정착을 위한 법관 보수 체계 개선에 관한 연구	김영하	2026. 2. 12.
5	도산제도의 현안과 개선방안	설동윤	2026. 4. 30.
6	각국의 사법권 독립 침해에 관한 연구 – 동유럽 국가를 중심으로 –	이혜림	2026. 5. 18.
7	비송절차의 개선방안에 관한 연구 – 비송사건절차법 개정방안을 중심으로 –	남승민	2026. 5. 27.
8	형사판결서 적정화 방안에 관한 연구	정우용	2026. 6. 30.
9	유해물질로 인한 손해배상 소송에서의 인과관계 판단기준에 관한 연구	홍보람	2026. 7. 16.
10	준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 관한 연구	김효정	2026. 7. 23.
현안 1	재판부 구성의 유연화에 관한 연구	윤동현	2026. 3. 10.
현안 2	바람직한 판결서 공개 방법과 범위에 관한 연구	이정현	2026. 3. 19.

준거법의 지정, 조사 및 해석 · 적용에 관한 연구

2026년 7월 10일 인쇄
2026년 7월 23일 발행

발 행 처 사법정책연구원
고양시 일산동구 호수로 550
TEL 031-920-3583

인 쇄 처 (주)홍디자인
TEL 02-464-5167

〈비매품〉

1. 본 연구는 사법정책연구원의 연구윤리 기준을 준수하여 수행되었습니다.
2. 본 책자의 무단 복제 및 전재는 삼가주시기 바랍니다.
3. 전문(全文)은 사법정책연구원 홈페이지(https://jpri.scourt.go.kr)에 게시되어 있습니다.

ISBN 979-11-6168-406-2 95360

JPRI Judicial Policy Research Institute



사법정책연구원

10413 경기도 고양시 일산동구 호수로 550 본관동 4, 9, 10층
대표전화 : 031)920-3583 E-mail : jpriga100@scourt.go.kr

비매품
95360
9 791161 684062
ISBN 979-11-6168-406-2