
헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설

역자이야기



대한민국이 1997. 8. HCCH(헤이그사법회의)에 가입한지 어느덧 20주년이 되었고, 현재 대한민국은 HCCH가 성안한 협약 중 4가지 협약의 당사국이기도 합니다. 국제상거래에서의 준거법원칙(이하 「준거법원칙」)은 HCCH가 제정하고 승인한 첫 번째의 '원칙'으로서 2015. 3. 19. 승인발효되었고, 파라과이가 이를 기초로 자국의 국제사법을 입법할 만큼 「준거법원칙」은 연성법으로서 그 규범성을 인정받고 있습니다.

역자는 2016. 9. 8.부터 2016. 9. 9.까지 스위스 루체른에서 「준거법원칙」 제정 1주년을 기념하기 위하여 개최된 '국제상거래 글로벌체계 구축을 위한 회의 - 준거법원칙의 이행' 회의에 대한민국 대표로 참석하였고, 세계 각국의 대표들과 함께 「준거법원칙」을 올바르게 해석하고 활용하기 위한 치열한 토론에 참여하였습니다.

「준거법원칙」은 법적구속력은 없지만, 비교법적 모델로서 우리 국제사법의 해석과 개정에 참고가 될 수 있고(특히 제3조, 제6조), 중국, 일본 등 우리와 국제상거래가 활발한 국가와의 준거법 선택에 관한 양자·다자간 협약이 이루어질 때 기초 모델이 될 수도 있습니다. 본 주석서가 이에 작은 보탬이 될 수 있기를 희망합니다.

끝으로 많은 기회를 주시고 항상 응원해주시는 이명철 부장판사님, 장지용, 윤민 판사님과 본 주석서의 감수를 맡아 큰 가르침을 주신 석광현 교수님, 천창민 박사님, 이동진, 강영재 판사님, 그리고 사법공조반원들께 깊은 감사의 인사를 드립니다.

머리말

사법연수원은 1971년 개원한 이래 약 45년 간 우리나라 최고의 법조인 양성 및 법관 연수 기관의 역할을 담당하였습니다. 또한 2013년 국제사법협력센터를 개소하여 외국과의 사법교류를 확대하고 국제적인 교류·협력의 장을 제공해 오고 있습니다.

사법연수원이 그동안 수행해 온 국제사법협력 업무의 일환으로 대한민국의 HCCH(헤이그 국제사법회의) 가입 20주년을 맞아 「헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설(국문본)」을 발간하게 되었습니다.

헤이그 국제상사계약 준거법원칙은 법적 구속력은 없지만 우리나라가 국제사법을 개정함에 있어 참고가 될 수 있는 법 원칙일 뿐만 아니라 준거법원칙 및 주석서에 나타난 국제적 관행과 법해석에 관한 의견들은 앞으로 우리나라가 국제적 문제들이 관련된 규범을 제정·개정하거나 해석함에 있어 국제적 관행이나 보편성에 부합하는 기준을 모색하는데 많은 도움이 될 것입니다.

아무쪼록 이 책이 국제사법 분야에서 하나의 통일적 방향을 제시하고 나아가 국제사법적 요소가 개입된 재판업무를 처리하는 법관과 실무자들에게 도움이 될 수 있기를 기대합니다.

끝으로 바쁜 업무 중에도 원고의 번역 및 감수·기획·발간을 위하여 수고하신 여러 법관 및 교수님들께 깊이 감사드립니다.

2017. 7.

사법연수원장 **최재형**

목차

헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설

Ⅰ 서문	1
Ⅱ 헤이그 국제상사계약 준거법원칙 제정과정	3
Ⅲ 참여 전문가 명단	6
Ⅳ 헤이그 국제상사계약 준거법원칙(2015. 3. 19 승인)	9
전문	9
제1조 원칙의 범위	9
제2조 선택의 자유	9
제3조 법의 규칙	10
제4조 명시적·묵시적인 준거법 선택	10
제5조 법선택의 형식적 유효성	10
제6조 법선택에 관한 약정과 서식전쟁	10
제7조 분리가능성	10
제8조 반정의 배제	10
제9조 선택된 법의 범위	11
제10조 양도	11
제11조 최우선 강행규정과 공서	11
제12조 영업소	12

Ⅰ 헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설	13
약어 목록	13
서론	14
법선택 합의	14
준거법원칙의 성질	15
준거법원칙의 목적과 범위	15
준거법원칙의 내용	16
준거법원칙의 예상되는 사용자들	17
전문	18
제1조 준거법원칙의 범위	19
개요	19
이론적 근거	20
상사계약에 한정	20
소비자 및 근로계약의 배제	21
국제성	22
국제성의 확인	23
관련 없는 요소들	23
제2조 선택의 자유	26
개요	26
이론적 근거	26
선택의 자유	27
부분적 또는 복수적 법선택	27
법선택의 시점과 변경	28
관련성 불요	29

제3조 법의 규칙	30
개요	30
국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 일반적인 승인	30
중립적이고 균형잡힌 일련의 규칙	31
거래관행	32
법정지법이 달리 규정하지 않는 한	32
흠결의 보충	32
제4조 명시적·묵시적인 준거법 선택	33
개요	33
준거법 선택 일반	33
명시적 법선택	33
묵시적 법선택	34
계약의 규정에서 명확하게 나타나는 묵시적 법선택	34
법원의 선택과 묵시적인 법선택	35
중재조항과 묵시적인 법선택	35
묵시적 법선택을 나타내는 상황	36
묵시적 법선택을 인정하는 기준의 엄격함의 정도	36
법선택의 변경	36
법선택이 없는 경우	37
제5조 법선택의 형식적 유효성	37
개요	37
준거법 선택의 불요식성	37
국제사법의 실질규칙	38
형식적 유효성을 다루는 다른 규정들과의 관계	38
이와 다른 당사자들의 합의	39

제6조 법선택에 관한 합의와 서식전쟁	39
개요	39
합의하였다고 주장된 법의 적용	40
약관에서의 법선택	40
상충된 약관에서의 법선택(서식전쟁)	41
a) 제6조 제1항 제(b)호 전단 - 허위의 저촉	42
b) 제6조 제1항 제(b)호 후단 - 진정한 저촉	42
일반적인 쟁점	43
준거법원칙과 CISG	44
제한된 예외 조항	45
제7조 분리가능성	46
개요	46
주계약과 별개로 취급되는 당사자의 법선택	46
규칙의 범위	46
널리 인정되는 규칙으로서의 분리가능성/분할가능성	47
당사자의 준거법 선택은 “그것이 적용되는 계약이 유효하지 않다는 이유만으로는 다룰 수 없음”	47
법선택 합의와 주계약 양자에 영향을 미치는 하자	48
제8조 반정(反定)의 배제	48
개요	48
반정의 배제	49
국제사법규칙의 명시적 포함	50
제9조 선택된 법의 범위	50
개요	50
특정 영역	51
형식적 유효성	53

제10조 양도	53
개요	53
채권양도에 의하여 발생하는 쟁점들을 해결하기 위한 준거법원칙의 내용과 적용	55
국제적인 선례	56
관련 쟁점	57
제11조 최우선 강행규정과 공서	57
개요	57
제11조와 당사자자치의 관계	58
최우선 강행규정과 공서의 관계	59
법정지법의 최우선 강행규정	60
다른 법의 최우선 강행규정	61
법정지의 공서	62
법선택이 없는 경우 적용될 법 소속 국가의 공서	64
중재판정부와 공서 및 최우선 강행규정	65
제12조 영업소	66
개요	66
이론적 근거	66
영업소의 개념	66
회사의 “영업소”가 결정되는 시기	67

서 문

헤이그 국제사법회의가 첫 번째의 연성법 규범으로서 제정하고 승인한 국제상사계약에서의 준거법원칙(이하 “헤이그원칙”)에 관한 이 책자를 간행하면서 그 서문을 쓰게 된 것을 기쁘게 생각합니다.

헤이그원칙의 전문과 12개 조문에 더하여, 이 책자는 헤이그원칙의 일반적 체계, 성질, 목적, 구조 및 범위를 설명하는 서문을 담고 있습니다. 또한 이 책자는 헤이그원칙의 이해를 돕기 위해 조문별로 이를 해석하고 설명하는 주석을 포함하고 있습니다.

핵심을 말하자면, 헤이그원칙은 국제상사계약에서 당사자자치를 장려하기 위한 것입니다. 계약 당사자들이 어떠한 일련의 법적 규범이 그들의 거래에 가장 적절한지를 결정할 수 있는 최적의 지위에 있음을 인정함으로써, 당사자자치는 예측가능성과 법적 안정성을 보장하고 이는 효율적인 국제 거래 및 상업에 중요한 조건이 됩니다. 이와 동시에 헤이그원칙은 당사자자치에 균형 있는 제한을 설정하고 있고, 이에 따라 당사자자치를 이미 채택한 곳에도 더 다듬어진 개념을 제시하고자 하였습니다. 본질적으로 헤이그원칙은 국제상사계약에서 당사자자치와 관련하여 현재 최선의 관행을 담은 국제적인 강령이라고 볼 수 있습니다.

헤이그원칙에 대한 작업은 2006년도에 헤이그회의의 일반사무정책이사회가 상설사무국으로 하여금 국제거래에서 법선택에 관한 규범의 개발에 관한 타당성조사를 하도록 하면서 시작되었습니다(헤이그원칙의 개발 작업에 관하여 이하 간단히 설명합니다). 2009년에 이사회는 상설사무국으로 하여금 국제사법, 국제상법 및 국제중재법의 전문가들로 구성된 작업반을 설치하여 국제상사계약에서 법선택에 관한 구속력 없는 규범의 초안을 작성하도록 하였습니다. Daniel Girsberger(스위스)를 의장으로 하여, 작업반은 2010년부터 2012년까지 정기적인 모임을 가졌고, 장래 규범의 12개조를 발전시켰습니다. 그리고 2012년 11월, 초안을 검토하기 위해 특별위원회가 모임을 가졌습니다. 위원회는 그 초안을 승인하고, 작업반으로 하여금 주석서를 만들 것을 지시하였습니다. 주석서 각 부분의 초안을 작성한 전문가분들의 노력과 함께, 작업반은 추가적인

회의를 진행하여 2014년 서문, 전문, 조문, 주석서로 구성된 완전한 “패키지”를 작성하였습니다. 2015년 3월 19일에 헤이그회의의 회원국들은 공식적으로 헤이그원칙을 승인하였습니다.

헤이그원칙은 공식적으로 구속력이 있는 것은 아닙니다. 다만 이 원칙의 사용자들에게 국가적, 지역적 또는 국제적 수준에서 법선택 법제를 제정, 개정 또는 해석하는 데 있어 충실한 청사진을 제공하고 있습니다. 헤이그원칙은 2015년 초경 파라과이의 입법자들이 국제계약의 준거법에 관한 법률을 공포할 때 모델이 됨으로써 이미 그 효용성을 증명하였습니다.

UNCITRAL도 2015년 7월경 공식적으로 헤이그원칙을 지지하였고, 상설사무국은 다른 법역도 헤이그원칙을 영감을 주는 국제적 기준으로 인정함으로써 이런 선구적인 시도에 동참하기를 희망합니다.

헤이그원칙의 발전은 많은 분들의 노력으로 이루어졌습니다. 작업반 여러분과 2012년 특별위원회에 참가한 각 전문가들의 놀랍도록 헌신적이고, 뛰어난 노력 덕분에 이 작업이 결실을 볼 수 있었습니다. 참관자분들의 적극적인 참여는 몇 년에 걸쳐 기초 과정을 더 풍부하게 하고 맥락을 이해할 수 있게 만들었습니다(참가한 전문가들의 목록은 다음 장에 기재하였습니다). 무엇보다 Daniel Girsberger씨는 작업반과 2012년 특별위원회의 의장으로 핵심적인 역할을 담당하였습니다. 몇 년에 걸친 그의 현명한 지도는, 상설사무국에서 이 작업의 주된 책임자였던 Ms. Marta Pertegás의 도움과 함께, 이 중요한 헤이그규범을 완성하는 데 있어 핵심적이었습니다.

상설사무국을 대표하여, 그리고 개인적으로도, 헤이그원칙을 제정하는 데 참여한 작업반의 각 멤버들과 전문가 분들에게 진심으로 깊은 감사를 드리고 싶습니다. 또한 이 작업에 중요한 도움을 준 상설사무국의 직원들과 인턴들에게도 감사드립니다. 너무 많아 여기에 다 적지는 못했지만, 그분들 모두 전 세계에서 점점 더 많아지는 “헤이그원칙의 대사들”에 해당한다는 것을 아실 것입니다.

이 발간이 전 세계에 헤이그원칙을 장려하고 전파하며 적용하는 데 도움이 될 것임을 확신합니다.

사무총장 **Christophe Bernasconi**
헤이그 국제사법회의

헤이그 국제상사계약 준거법원칙 제정과정

2006. 6.

헤이그회의의 일반사무정책특별위원회가 상설사무국으로 하여금 국제계약에서 법선택에 관한 규범의 개발에 관한 타당성조사를 작성하도록 하다. 이 조사는 특히 그러한 규범을 개발할 실제적 필요성이 있는지를 고려해야 한다.¹⁾

2007. 1.

상설사무국이 회원국들과 국제상사중재 분야의 이해관계인들에게 국제계약에서 법선택과 관련한 규범을 개발할 실제적 필요성이 있는지에 관하여 설문조사를 진행하다.²⁾

2007. 3.

다른 대상그룹의 회신을 토대로, 상설사무국이 일련의 타당성조사를 진행하다. 위 조사의 목적은 특히 국제중재에 초점을 맞추어³⁾ 기존 규범들에 대한 검토 및 분석을 제공하는 것뿐만 아니라,⁴⁾ 국제상사계약에서 법선택에 관한 장래 규범의 문제점과 단점을 미리 알아보려는 데 있다.⁵⁾

2008. 4.

이사회가 상설사무국으로 하여금 당사자자치를 장려할 목적으로 국제상사계약에 관하여 이 주제에 관한 연구를 계속하게 하다. 상설사무국은 관련 국제기구와 이해관계가 있는 전문가들과 협력하여 구속력 없는 규범을 작성하는 방안과 그런 규범이 취해야 하는 특정한 형식의 타당성에 관해 연구하도록 요구되다.⁶⁾

1) 헤이그회의의 일반사무정책특별위원회에서 채택한 결론(2006. 4. 3-5), Prel. Doc. No 11 of 2006. 6., point 2.

2) 상설사무국은 2007. 1. 가입국가들에게 국제계약에서 법선택에 관한 규범을 개발할 실제적인 필요성이 있는지를 묻는 질의서를 마련하고, 국제상사중재 분야의 이해관계인들에게 국제계약에서 법선택에 관한 규범을 개발할 실제적인 필요성이 있는지를 묻는 질의서를 마련하였다.

3) I. RADIC, 국제계약에서 법선택에 관한 타당성 연구 - 특히 국제중재에 관하여, 헤이그회의의 일반사무정책위원회의 2007. 4. 회의를 위한 것.

4) T. KRUGER, 국제계약에서 법선택에 관한 타당성 연구 - 기존 규범들에 대한 검토와 분석, Prel. Doc. No 22 B of 2007. 3. 헤이그회의의 일반사무정책이사회의 2007. 4. 회의를 위한 것.

5) 국제계약에서 법선택에 관한 타당성 연구 - 수행된 작업과 잠정적 결론에 관한 보고서. 상설사무국 작성. Prel. Doc. No 22 A of 2007. 3. 헤이그회의의 일반사무정책이사회의 2007. 4. 회의를 위한 것.

6) 헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안(2008. 4. 1-3.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

2009. 3.

상설사무국이 장래 규범의 개발에 관해 현재까지의 작업 경과 및 앞으로의 작업제안 프로그램에 관한 보고서를 발간하고, 앞으로의 작업제안에는 국제계약의 준거법에 관하여 법적 구속력이 없는 규범을 개발하는 작업프로그램이 제안되다.⁷⁾

2009. 3. - 2009. 4.

이사회는 상설사무국으로 하여금 국제상사계약 분야에서 당사자자치를 장려하는 작업을 계속하도록 하다. 특히 상설사무국은 국제사법, 국제상법 및 국제중재법 분야의 전문가들로 구성된 작업반을 구성하고, 작업반에서 법적 구속력 없는 규범 초안의 작성을 촉진하도록 요구되다.⁸⁾

2010. 1.

국제계약에서 법선택에 관한 작업반(이하 “작업반”)이 헤이그에서 첫 번째 회의를 열고, 장래 규범의 범위에 관한 개요를 다루다.⁹⁾

2010. 4.

이사회가 작업반으로 하여금 법적 구속력이 없는 규범의 초안 작업을 진행하도록 하다.¹⁰⁾

2010. 11.

작업반이 헤이그에서 두 번째 회의를 열고, 참여 전문가들은 규범초안의 몇몇 규정들의 문구에 대해 잠정적으로 동의하다.¹¹⁾

2011. 4.

이사회는 작업반이 준비한 조항 및 주석서 초안을 추후 특별위원회로 하여금 검토해야 한다고 결정하다.¹²⁾

2011. 6.

작업반은 헤이그에서 세 번째 회의를 진행하다. 참여 전문가들은 규범 초안 조항들의 문안에 대한 최종작업을 하고, 이사회가 요청한 관련된 정책적 선택을 지적하는 규범에 기재되거나, 아니면/또는 그와 함께 주석서에 더 상세히 서술할 관련 쟁점들을 특정하다.¹³⁾

7) 장래 규범의 개발에 관해 현재까지의 작업 경과 및 앞으로의 작업제안 프로그램에 관한 보고서, 상설사무국 작성. Prel. Doc. No 7 of 2009. 3. 헤이그회의의 일반사무정책이사회의 2009. 3/4. 회의를 위한 것.

8) 헤이그회의의 일반사무정책이사회의가 채택한 결론과 제안(2009. 3. 31.-4. 2.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

9) 국제계약에서 법선택에 관한 작업반의 제1차 회의 보고서(2010. 1. 21.-22.).

10) 헤이그회의의 일반사무정책이사회의가 채택한 결론과 제안(2010. 4. 7.-9.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

11) 국제계약에서 법선택에 관한 작업반의 제2차 회의 보고서(2010. 11. 15.-17.).

12) 헤이그회의의 일반사무정책이사회의가 채택한 결론과 제안(2011. 4. 5.-7.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

13) 국제계약에서 법선택에 관한 작업반의 제3차 회의 보고서(2011. 6. 28.-30.).

2012. 4.

이사회는 작업반의 제안을 논의하고 장래 취할 조치에 관하여 권고를 할 특별위원회를 구성하기로 결정하고, 이러한 조치에는 법적 구속력 없는 규범의 형태와 주석서를 어떻게 마무리 지을지 등이 포함되다.¹⁴⁾

2012. 11.

작업반이 진행한 작업을 검토하기 위하여 특별위원회의 회의가 헤이그에서 소집되다. 특별위원회의 임무는 원칙 초안을 심도 깊게 검토하는 것이다. 헤이그원칙의 개정안에 대해 만장일치로 동의하고, 이 규범의 완성에 관하여 이사회에 많은 제안을 하다.¹⁵⁾

2013. 4.

이사회가 국제계약에서 법선택에 관한 헤이그원칙 초안을 잠정적으로 승인하고, 작업반으로 하여금 주석서를 완성하도록 위임하다. 이사회는 원칙과 주석서를 합해 최종적으로 승인할지 아니면 필요시 특별위원회에 이를 제출할지 여부를 결정할 것이다.¹⁶⁾

2013. 6.

작업반이 헤이그에서 주석서 초안의 작성을 위한 네 번째 회의를 개최하다.¹⁷⁾

2014. 1.

작업반이 헤이그에서 다섯 번째 회의를 개최하다. 참여 전문가들은 헤이그원칙의 초안과 더불어 주석서의 문구에 대해 토론하다. 편집위원회가 작업반 내에 구성되고 그 임무는 주석서 초안을 완성하는 것이다.¹⁸⁾

2014. 4.

2014. 4. 이사회 모임에 이어, 규범 초안에 대하여 서면 합의절차가 시작되었고, 회원국들로 하여금 의견을 제출하게 하다. 규범은 60일 이내에 반대가 없으면 승인될 예정이다.¹⁹⁾

2015. 3.

반대 없이 서면 절차가 완료되어, 2015. 3. 19. 국제상사계약에서 준거법원칙이 공식적으로 승인되다.

14) 헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안(2012. 4. 17.-20.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

15) 국제계약에서 법선택 및 주석을 위한 제안에 관한 특별위원회의 2012. 11. 회의에서 헤이그원칙 초안이 승인.

16) 헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안(2013. 4. 9.-11.),

17) 국제계약에서 법선택에 관한 작업반의 제4차 회의 보고서(2013. 6. 24.-26).

18) 국제계약에서 법선택에 관한 작업반의 제5차 회의 보고서(2014. 1. 27.-28.), 국제상사계약에서 법선택에 관한 헤이그원칙 초안, Prel. Doc. No 6 of 2014. 3. 헤이그회의의 일반사무정책이사회 2014. 4. 회의를 위한 것.

19) 헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안(2014. 4. 8.-10.), 특히 “국제계약에서 법선택” 부분.

참여 전문가 명단

작업반원들(일부 전문가들은 주석서의 특정 조문에 관하여 초안을 작성하였고, 이는 이하 *로 표시하였다.)

- **Mr. Neil B. COHEN**, Professor of Law, Brooklyn Law School, Brooklyn, New York, United States of America (Member of the Editorial Committee, *제10조)
- **The Hon. Justice Clyde CROFT**, Supreme Court of Victoria, Melbourne, Australia
- **Mr Sibidi Emmanuel DARANKOUM**, Professor of Law, University of Montreal, Montreal, Quebec, Canada
- **Mr Andrew DICKINSON**, Fellow of St. Catherine's College and Professor of Law at the University of Oxford, Oxford, United Kingdom(*제11조)
- **Mr Ahmed Sadek EL KOSHERI**, Partner of Kosheri, Rashed & Riad, Legal Consultants & Attorneys at Law, Cairo, Egypt
- **Ms Bénédicte FAUVARQUE-COSSON**, Professor of Law, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, France(Member of the Editorial Committee, *제7조)
- **Mr Lauro GAMA E. SOUZA Jr.**, Lawyer specialising in international law and commercial arbitration; Associate Professor, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, Brazil(*제2, 3조)
- **Mr Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ**, Professor of Law, *Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, Spain(*제1, 9 및 12조)
- **Mr Daniel GIRSBERGER**, Professor, University of Lucerne, Faculty of Law, Lucerne, Switzerland(Chair of the Working Group, member of the Editorial Committee, *서론 및 제10조)

- **Ms Yujun GUO**, Professor of Law, Wuhan University, Institute of International Law, Wuhan, China
- **Mr Thomas KADNER GRAZIANO**, Professor, University of Geneva, Faculty of Law, Geneva, Switzerland(Member of the Editorial Committee, *제6조)
- **Mrs Marielle E.KOPPENOL_LAFORCE**, Professor of Law, University of Leiden; Lawyer(International Contracts, Arbitration and Litigation), Houthoff Buruma, Rotterdam, Netherlands(*제6조)
- **Mr Dieter MARTINY**, Professor Em. of Law, Europa University Viadrina, Frankfurt(Oder); guest researcher at the *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg, Germany(*제4, 5, 8조)
- **Mr Campbell McLACHLAN**, Professor of Law, Victoria University of Wellington, Wellington, New Zealand
- **Mr José Antonio MORENO RODRÍGUEZ**, Professor, CEDEP - *Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Asunción*, Paraguay; member of the International Chamber of Commerce(ICC) International Court of Arbitration
- **Mr Jan L. NEELS**, Professor of Private International Law, Faculty of Law, University of Johannesburg, South Africa(*전문, 제4, 5조)
- **Ms Yuko NISHITANI**, Professor, Kyushu University, Faculty of Law, Fukuoka, Japan(*제1, 8, 12조)
- **Mr Richard F. OPPONG**, Assistant Professor of Law, Faculty of Law, Thompson Rivers University, Kamloops, British Columbia, Canada(*제9조)
- **Ms Geneviève SAUMIER**, Professor of Law, McGill University, Faculty of Law, Montreal, Quebec, Canada(Chair of the Drafting Committee of the Special Commission, member of the Editorial Committee, *제2, 3, 11조)
- **Mr Symeon C. SYMEONIDES**, Alex L. Parks Distinguished Professor of Law and Dean Emeritus, Willamette University College of Law, Salem, United States of America(Member of the Editorial Committee)
- **Mr Ivan ZYKIN**, Professor of Law, First Deputy President of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow, Russia(*제7조)

참관자들

- **Mr Michael Joachim BONELL**, Chair of the Working Group Contract Principles, UNIDROIT, Rome, Italy
- **Mr Fabio BORTOLOTTI**, Chair of the ICC Commission on Commercial Law and Practice, International Chamber of Commerce, Paris, France
- **Mr José Alejandro CARBALLO LEYDA**, Legal Counsel, Energy Charter, Brussels, Belgium; observer of the International Law Association(ILA)
- **Mr Simone CUOMO**, Senior Legal Advisor, Council of Bars and Law Societies of Europe, Brussels, Belgium(alternate: **Ms Enrica SENINI**, Studio Legale Senini, observer of the Council of Bars and Law Societies of Europe, Brescia, Italy)
- **Mr Timothy LEMAY**, Principal Legal Officer, Head, Legislative Branch, UNCITRAL Secretariat, Vienna, Austria(alternate: **Ms Miriana BELHADJ**, Associate Legal Officer, **Mr Cyril EMERY**, Legal Officer, UNCITRAL Secretariat, Vienna, Austria)
- **Ms Francesca MAZZA**, Counsel, former Secretary of the ICC Commission on Arbitration, International Court of Arbitration, Paris, France, currently Secretary General, German Institute of Arbitration)
- **Mr Klaus REICHERT**, Senior Counsel at the Bar of Ireland, observer of the International Bar Association(IBA), London, United Kingdom
- **Mr Peter WERNER**, Senior Director, International Swaps and Derivatives Association(ISDA), London, United Kingdom

헤이그 국제상사계약 준거법원칙(2015. 3. 19 승인)

전문

1. 이 원칙은 국제상사계약에서 법의 선택에 관한 일반원칙을 규정한다. 이 원칙은 제한적인 예외 하에 당사자자치의 원칙을 확인한다.
2. 이 원칙은 국내적, 지역적, 초국가적 또는 국제적 규범의 모델로 사용될 수 있다.
3. 이 원칙은 국제사법규칙을 해석, 보완 또는 개발하기 위하여 사용될 수 있다.
4. 이 원칙은 법원과 중재판정부에 의해 적용될 수 있다.
4. 이 원칙은 법원과 중재판정부에 의해 적용될 수 있다.

제1조 원칙의 범위

1. 이 원칙은 각 당사자가 그의 영업 또는 직업활동으로 행위하여 체결하는 국제계약에서 법의 선택에 적용된다. 이 원칙은 소비자계약 또는 근로계약에는 적용되지 아니 한다.
2. 이 원칙의 목적상, 각 당사자가 동일한 국가에 영업소를 가지고 있고, 당사자들의 관계 및 그 밖의 모든 관련 요소들이, 준거법에 관계없이, 그 국가와만 관련된 경우가 아니라면, 계약은 국제적이다.
3. 이 원칙은 다음 각 호에 관한 준거법은 다루지 않는다.
 - (a) 자연인의 능력
 - (b) 중재합의와 법원선택합의
 - (c) 회사 또는 그 밖의 집합기구 및 신탁
 - (d) 도산
 - (e) 계약의 물권법적 효력
 - (f) 대리인이 제3자에게 본인을 구속할 수 있는지 여부

제2조 선택의 자유

1. 계약은 당사자들이 선택한 법에 의하여 규율된다.

2. 당사자들은 다음의 법을 선택할 수 있다.
 - (a) 계약의 전부 또는 그 일부에만 적용되는 법과
 - (b) 계약의 상이한 부분에 대한 상이한 법
3. 준거법 선택은 언제든지 행하거나 변경될 수 있다. 계약의 체결 후에 행해진 준거법의 선택 또는 그 변경은 계약의 형식적 유효성 또는 제3자의 권리를 침해하여서는 아니 된다.
4. 당사자들 또는 그들의 거래와 선택된 법 간에 어떠한 관련이 있을 필요는 없다.

제3조 법의 규칙

당사자들이 선택한 법은, 법정지의 법이 달리 규정하고 있지 않는 한, 국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 중립적이고 균형있는 일련의 규칙들로서 일반적으로 인정되는 법의 규칙일 수 있다.

제4조 명시적·묵시적인 준거법 선택

법의 선택 또는 그 변경은 명시적으로 이루어지거나 계약의 조항 또는 상황으로부터 명확하게 나타나야 한다. 계약 하의 분쟁을 결정하기 위하여 어느 법원 또는 중재판정부에 관할권을 부여하는 당사자 간의 합의는 그 자체가 법의 선택과 동등한 것이 아니다.

제5조 법선택의 형식적 유효성

당사자들이 달리 합의하지 않는 한, 법의 선택은 모든 방식요건에 제한 받지 않는다.

제6조 법선택에 관한 약정과 서식전쟁

1. 제2항에 따르는 것을 조건으로
 - (a) 당사자들이 법의 선택에 합의하였는지 여부는 합의하였다고 주장된 법에 의하여 결정된다.
 - (b) 당사자들이 다른 법들을 지정하는 약관을 사용하고, 그 두 개의 다른 법들에 따르면 동일한 약관이 우선하는 경우에는 그 약관에서 지정된 법이 적용된다. 만일 이러한 법들하에서 상이한 약관이 우선하거나 어느 약관도 우선하지 않는 경우에는 준거법은 지정되지 않은 것으로 한다.
2. 만일, 그 상황 하에, 제1항에 의하여 명시된 법에 따라 그러한 결정을 하는 것이 합리적이지 않은 경우에는, 일방 당사자가 영업소를 가지는 국가의 법이 그 당사자가 법의 선택에 동의하였는지 여부를 결정한다.

제7조 분리가능성

법의 선택은 그것이 적용되는 계약이 유효하지 않다는 근거에만 기하여는 다룰 수 없다.

제8조 반정의 배제

당사자들이 명시적으로 달리 정하지 않는 한, 법의 선택은 당사자들이 선택한 법의 국제사법 규칙을 포함하지 않는다.

제9조 선택된 법의 범위

1. 당사자들이 선택한 법은, 특히 다음의 사항을 포함하여, 계약의 모든 측면을 규율한다.
 - (a) 해석
 - (b) 계약으로부터 발생하는 권리와 의무
 - (c) 계약이행과 손해산정을 포함한 불이행의 결과
 - (d) 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효와 제척기간
 - (e) 계약의 유효성과 무효의 결과
 - (f) 입증책임과 법률상의 추정
 - (g) 계약체결 전의 의무
2. 제1항 제(e)호는 계약의 형식적 유효성을 지지하는 다른 준거법의 적용을 배제하지 않는다.

제10조 양도

- 채무자와 채권자 사이의 계약에서 발생하는 채권자의 채무자에 대한 권리를 계약상 양도하는 경우,
- (a) 양도계약의 당사자들이 그 계약을 규율할 준거법을 선택한 경우, 그 선택된 법이 그들의 계약으로부터 발생하는 채권자와 양수인의 상호 권리와 의무를 규율한다.
 - (b) 채무자와 채권자 사이에 당사자들이 그 계약을 규율하는 준거법을 선택한 경우에는, 그 선택된 법이 다음 사항을 규율한다.
 - (i) 채무자에 대하여 양도를 주장할 수 있는지 여부;
 - (ii) 채무자에 대한 양수인의 권리; 및
 - (iii) 채무자의 의무가 소멸하였는지 여부.

제11조 최우선 강행규정과 공서

1. 이 원칙은 법원이 당사자들이 선택한 법에 관계 없이 적용되는 법정지의 최우선 강행규정을 적용하는 것을 금지하지 않는다.
2. 법원이 언제 제3국의 최우선 강행규정을 적용 또는 고려할 수 있는지, 또는 적용 또는 고려해야 하는지는 법정지의 법이 결정한다.
3. 당사자들이 선택한 법의 규정을 적용한 결과가 법정지 공서의 근본관념에 명백히 배치되는 때에만 그 범위 내에서 법원이 그 법 규정의 적용을 배제할 수 있다.
4. 법원이 법의 선택이 없는 경우에 적용하여야 하는 준거법 소속 국가의 공서를 언제 적용 또는 고려할 수 있는지, 또는 적용 또는 고려해야 하는지는 법정지의 법이 결정한다.
5. 이 원칙은 만일 중재판정부가 그렇게 하도록 요구되거나 그렇게 할 수 있는 경우, 중재판정부가 공서를 적용 또는 고려하거나, 또는 당사자들이 선택한 법 이외의 법의 최우선 강행규정을 적용 또는 고려하는 것을 금지하지 아니한다.

제12조 영업소

당사자가 두 개 이상의 영업소를 가지는 경우에는 이 원칙의 목적상 관련이 있는 영업소는 계약 체결시 그와 가장 밀접한 관련이 있는 영업소이다.

헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설

약어 목록

약어	규범명
1978년 헤이그대리협약	대리의 준거법에 관한 1978. 3. 14. 헤이그협약
1978년 헤이그부부재산제협약	부부재산제의 준거법에 관한 1978. 3. 14. 헤이그협약
1986년 헤이그매매협약	국제물품매매계약의 준거법에 관한 1986. 12. 22. 헤이그협약
1989년 헤이그상속협약	사망한 자의 재산 상속에서 준거법에 관한 1989. 8. 1. 헤이그협약
2005년 헤이그관할합의협약	관할합의에 관한 2005. 6. 30. 헤이그협약
2006년 헤이그증권협약	중개기관이 보유하는 증권에서의 특정 권리에 적용되는 법에 관한 2006. 7. 5. 헤이그협약
CISG	국제물품매매에 관한 UN협약(1980)
ICC 규칙	국제상업회의소 규칙(2012)
LCIA 규칙	영국법원의 국제중재규칙(2014)
멕시코시티협약	1994. 3. 17. 국제계약의 준거법에 관한 미주 간 협약
뉴욕협약	외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(1958)
PECL	유럽계약법원칙(2002)
로마협약	계약상 채무의 준거법에 관한 1980. 6. 16. 로마협약
로마 I 규정	계약상 채무의 준거법에 관한 2008. 6. 17. 유럽연합규정 593/2008
UNCITRAL 중재규칙	UNCITRAL 중재규칙(2010 개정)
UNCITRAL 모델법	국제상사중재에 대한 UNCITRAL 모델법(1985), 2006 일부 개정
UNCITRAL 담보거래지침	담보거래에 관한 UNIDROIT 입법지침(2007)
UNIDROIT 원칙	국제상거래에 관한 UNIDROIT 원칙(2010)
UN 채권양도협약	국제거래에서 채권양도에 관한 UN 협약(2001)
비엔나 협약	조약법에 관한 비엔나협약(1969)

서론

- I.1 당사자가 두 국가 이상이 관련된 계약을 체결하는 때에는 어떠한 일련의 법규칙이 당해 계약에 적용되는가라는 문제가 필연적으로 제기된다. 이 질문에 대한 답은 당사자 사이의 분쟁을 해결해야 하는 법원이나 중재판정부에게 중요한 것은 물론이고, 거래를 계획하고 계약을 이행하는 데 있어서 의무를 규율하는 법을 아는 것은 당사자들에게도 중요하다.
- I.2 계약에 나타난 당사자들의 명시적 의사를 고려하지 않은 채 계약의 준거법을 결정하는 것은 각 국가마다 이에 대한 해결방안이 다르기 때문에 불필요한 불확실성을 초래할 수 있다. 이러한 이유로, 무엇보다 준거법을 결정하는 ‘당사자자치’의 개념이 발전하고 번영하였다.
- I.3 당사자자치 원칙이란, 계약을 규율할 법을 계약 당사자들이 선택할 수 있는 당사자들의 권한을 의미하는데, 이는 당사자들의 주된 계약상 협정 내의 명확성과 예측가능성을 높여주고, 계약의 당사자가 어떠한 일련의 법원칙이 그들의 거래에 가장 적절한지를 결정하는 최적의 지위에 있을 수 있음을 인정한다. 많은 국가들도 이와 같은 결론에 도달하여, 당사자자치에 효력을 부여하는 것이 오늘날 지배적인 견해이다. 그러나 아직 모든 곳에서 적용되는 것은 아니다.
- I.4 헤이그국제사법회의(이하 “**헤이그회의**”)는 당사자자치의 장점이 매우 크다고 본다. 따라서 이 원칙을 아직 채택하고 있지 않거나 많은 제약 하에 채택한 국가들에게 위 원칙의 확산을 장려함과 동시에 위 원칙을 이미 채택한 국가들에게 이를 지속적으로 개발하고 다듬게 하고자 한다.
- I.5 따라서, 헤이그회의는 국제상사계약에서 준거법원칙(이하 “**준거법원칙**”)을 공표하였다. 준거법원칙은 당사자자치에 효력을 부여하는 포괄적인 법선택 체제가 어떻게 해석되는지에 대한 설명임과 동시에, 그러한 체제를 확립하고 다듬는 데 있어서 ‘최선의 관행’에 대한 지침으로 볼 수 있다.

법선택 합의

- I.6 당사자들의 법선택 합의는 당사자들의 주된 계약상 협정(이하 “**주계약**”)의 조건과 구별되어야 한다. 주계약은 예를 들면 매매, 용역 또는 대차계약일 수 있다. 당사자들은 주계약에서 준거법을 선택하거나 또는 주계약과 별도로 법선택 합의(이하 “**법선택 합의**”)를 할 수 있다.
- I.7 법선택 합의는 당사자가 그들의 분쟁을 해결할 법정지(주로 법원)에 관하여 합의할 때 사용하는 ‘관할조항’(또는 합의), ‘법정지선택조항’(또는 합의) 또는 ‘법원선택조항’(또는

합의)과 구별되어야 한다. 법선택 합의는 당사자들이 그들의 분쟁을 중재판정부에 회부하기로 하는 합의인 ‘중재조항’(또는 합의)과도 구별되어야 한다. 이러한 조항 또는 합의(집합적으로 “분쟁해결합의”라 한다)는 주로 법선택 합의와 결합되지만, 각자 다른 목적에 봉사한다. 준거법원칙은 법선택 합의만을 다루고, 분쟁해결합의 또는 통상적으로 절차적 쟁점으로 간주되는 다른 문제들을 다루지 않는다.

준거법원칙의 성질

- I.8 제목이 시사하듯이, 준거법원칙은 국가가 직접 적용하거나 또는 국내법에 편입해야 할 의무를 부담하는 조약처럼 공식적으로 구속력이 있는 규범이 아니다. 또한 각 국가에게 입법을 권고하는 모델법도 아니다. 준거법원칙은 법적 구속력이 없는 ‘원칙’으로서, 헤이그회의가 국가로 하여금 각국의 상황에 맞게 국내 법선택 제도에 편입하기를 권고하는 것이다. 이러한 방법으로 준거법원칙은 법선택에 관한 국내법의 개정을 지도하고, 동일한 주제에 관한 기존의 규범들(당사자자치의 개념을 받아들이고 적용하는 로마 I 규정과 멕시코시티협약 참조)과 함께 작용할 수 있다.
- I.9 구속력이 없는 규범으로서 준거법원칙은 헤이그회의에서 발전된 다른 규범들과 다르다. 헤이그회의는 장래에 구속력 있는 규범을 제정할 가능성을 배제하지 않지만, 현재는 구속력 없는 권고적인 일련의 원칙들이 국제계약에서의 법선택을 위한 당사자자치 원칙의 승인을 촉진하고, 균형 잡히고 작동할 수 있는 방법으로 그 원칙을 적용하는 잘 작성된 법적 제도를 발전시키는 데 더 적절하다고 판단한다. 준거법원칙이 법률개정에 영향을 미침으로써, 이 주제에 관한 각국 사이에 지속적인 조화를 장려하게 하고, 이에 따라 아마도 구속력 있는 규범이 적절할 상황이 도래할 것이다.
- I.10 구속력 없는 원칙을 공표하는 것은 헤이그회의에는 새로운 것이지만 그러한 규범은 비교적 일반적이다. 사실 준거법원칙은 법을 발전시키고 조화시키는 데 성공한 다른 기구들의 구속력 없는 규범들에 하나를 더하는 것이다. 계약법의 발전에 있어 UNIDROIT 원칙이나 PECL 원칙이 미친 영향을 참조하라.

준거법원칙의 목적과 범위

- I.11 준거법원칙의 포괄적인 목적은 당사자자치를 강화하고 당사자들이 선택한 법이 명백하게 한정된 예외를 따르는 것을 조건으로, 가능한 넓은 적용범위를 가지게 하는 데 있다(전문, 단락 1).
- I.12 준거법원칙을 적용하기 위해서는 두 가지 기준이 충족되어야 한다. 첫째, 당해 계약이

‘국제적’이어야 한다. 준거법원칙에 따르면, 각 당사자가 동일한 국가에 영업소를 가지고 있고, 당사자들의 관계 및 기타 모든 관련 요소들이, 선택됨에 관계없이, 당해 국가와만 관련된 경우가 아니라면, 계약은 ‘국제적’이다(제1조 제2항 참조). 둘째 기준은, 계약당사자들이 각 영업 또는 직업활동으로 행위하여야 한다는 것이다(제1조 제1항 참조). 준거법원칙은 계약상대방 중 일방-소비자 또는 근로자-의 교섭력이 더 약할 것으로 추정되는 특정한 범주의 계약을 적용범위로부터 명시적으로 배제한다.

I.13 준거법원칙은 그 목표가 법선택에서 당사자자치의 승인을 촉진하는 데 있지만, 동시에 그 자치에 제한을 규정하고 있다. 당사자자치와 당사자가 선택한 법을 적용하는 데 있어 가장 중요한 제한은 제11조에 규정되어 있다. 제11조는 최우선 강행규정과 공서에서도 출되는 제한을 다루고 있다. 이러한 제한의 목적은, 일정한 상황에서, 당사자들이 선택한 법률이 국가에 본질적으로 중요한 규칙 및 정책을 배제하는 효과를 가지지 않도록 하는 데 있다.

I.14 준거법원칙은 당사자가 (명시적 혹은 묵시적) 합의에 의해 법을 선택한 상황만을 규정한다. 준거법원칙은 당사자들의 선택이 없는 경우에 준거법원칙을 결정하기 위한 규칙을 규정하지는 않는다. 이러한 배제의 이유는 두 가지이다. 첫째, 준거법원칙의 목적은 당사자자치를 증진시키는 데 있지 국제상사계약의 준거법을 결정하기 위한 포괄적인 원칙체계를 규정하는 데 있지 않다. 둘째, 당사자의 선택이 없는 경우에 준거법을 결정하기 위한 규칙에 대한 합의가 현재 존재하지 않는다. 그러나 이러한 준거법원칙의 범위가 가진 제한은, 추후 헤이그회의가 법선택 합의가 없는 계약의 준거법을 결정하기 위한 규칙을 마련하는 것을 배제하지는 않는다.

준거법원칙의 내용

I.15 이 규범을 구성하고 있는 전문과 12개조는 국제상사계약에서 준거법을 선택함에 있어 당사자자치의 원칙과 관련한 최선의 관행을 반영한 국제적 강령(international code)으로 간주될 수 있고, 몇몇 혁신적 조항도 포함하고 있다.

I.16 몇몇 규정은 널리 국제적으로 합의된 접근방법을 반영하고 있다. 이는 준거법을 선택하는 당사자들의 근본적인 능력과(전문, 단락 1과 제2조 제1항), 선택된 법을 적용함에 있어 적절한 제한(제11조 참조)을 포함한다. 당사자자치를 지지하는 법률체계를 채택하는 국가는 필연적으로 이들 규정과 일치하는 규칙을 채택할 것으로 예상된다.

I.17 다른 규정들은 현재 최선의 관행에 관한 헤이그회의의 견해를 반영하고 있고, 당사자자치를 채택한 국가들에게 유용한 설명을 제공한다. 이는 당사자들이 계약의 각 부분에 각기

다른 법을 선택할 수 있다는 점(제2조 제2항 참조), 묵시적으로 준거법을 선택할 수 있다는 점(제4조 참조), 선택한 법을 변경할 수 있는 점(제2조 제3항 참조), 준거법과 거래 또는 당사자들 사이에 관련성이 요구되지 않는다는 점(제2조 제4항 참조) 등이다. 또한 많은 국내 법제와 지역 규범들과 마찬가지로, 제7조는 법선택 합의의 유효성과 주계약의 유효성을 구분하여 취급하고, 제9조는 준거법의 범위를 기술한다. 최선의 관행을 반영한 다른 규정은 채권양도의 삼각관계의 맥락에서 선택된 준거법의 적용범위를 결정하는 지침을 제시하고(제10조 참조), 두 국가 이상에 영업소를 가진 당사자들을 어떻게 취급해야 하는지 규정한다(제12조 참조). 이러한 최선의 관행은 당사자자치를 채택하거나 수정하고자 하는 국가들에게 중요한 조언을 제공한다. 그러나 헤이그회의는 국가가 이러한 최선의 관행을 모두 받아들이지는 않더라도 당사자자치를 잘 구현할 수도 있다는 것을 인정한다.

I.18 준거법원칙의 몇몇 규정은 새로운 해결방안을 반영한다. 이런 중요한 특징 중 하나는 제3조인데, 제3조는 당사자들로 하여금 국가의 법뿐만 아니라 비국가적 원천을 가진 ‘법의 규칙’도 일정 요건을 갖춘 경우 선택할 수 있도록 허용한다. 역사적으로 규범이나 ‘법의 규칙’을 선택하는 것은 전형적으로 중재의 사안에서만 고려되었다. 분쟁이 국가 법원의 소송절차에서 다루어지는 경우, 국제사법체제는 전통적으로 당사자들의 법선택 합의가 준거법으로 국가의 법을 지정할 것을 요구해 왔다. 몇몇 법제에서는 당사자이 ‘법의 규칙’이나 거래 관행을 참조함으로써 계약에 편입할 수 있도록 허용하여 왔다. 그러나 참조에 의한 편입은, 당사자들로 하여금 ‘법의 규칙’을 계약의 준거법으로 선택할 수 있도록 허용하는 것과는 다르다.

I.19 다른 혁신적 규정들은 제5조, 제6조 및 제8조에서 찾을 수 있다. 제5조는 당사자들이 달리 합의하지 않는 한 법선택 합의가 유효하기 위하여 특정한 방식은 요구되지 않는다는, 국제사법의 실질법규칙을 담고 있다. 제6조는 ‘약관의 충돌’의 문제에 대한 해결방안, 구체적으로 당사자들이 ‘약관’을 교환하여 법선택 합의를 한 경우 발생하는 까다로운 문제에 대한 해결방안을 제시하고 있다. 제8조는 반정의 배제를 규정하는데, 다른 많은 법규들과 달리 당사자들이 명시적으로 달리 합의하는 것을 허용한다.

준거법원칙의 예상되는 사용자들

I.20 준거법원칙의 예상되는 사용자들은 입법자들, 법원들 그리고 중재판정부들 및 당사자들과 그들의 변호사들을 포함한다.

a. 입법자들(입법부 또는 법원)에게, 준거법원칙은 새로운 법선택 규칙을 만들거나, 기존의 법선택 규칙을 보충 및 개선하는 데 사용될 수 있는 모델이다(전문, 단락 2-3). 법적구속력이 없기

때문에, 국가, 지역, 초국가적 또는 국제적 수준의 입법자들은 준거법원칙을 전부 또는 부분적으로 도입할 수 있다. 또한 준거법원칙이 법정지법을 존중하는 경우에는 입법자들은 정책적 결정을 할 가능성을 보유한다(제3조, 제11조 제2항 및 제4항 참조).

- b. 준거법원칙은 *법원들이나 중재판정부들에* 법선택 합의의 유효성 및 효력이 문제될 때 어떻게 접근하고, 법선택에 관한 분쟁을 통용되는 법체계 내에서 어떻게 해결해야 할지에 관한 지침을 제공한다(전문, 단락 3-4). 준거법원칙은 특히 새로운 상황을 다룰 때 유용할 것이다.
- c. *당사자들 또는 그들의 변호사들에게*, 준거법원칙은 당사자들이 정당하게 선택할 수 있는 법 또는 ‘법의 규칙’에 관하여, 그 선택의 유효성과 효력에 관한 주요 쟁점들을 포함하여 법선택을 할 때 고려해야 하는 관련된 한계와 사항들에 관하여, 그리고 강제할 수 있는 법선택 합의를 작성하는 데 관하여 지침을 제공한다.

I.21 준거법원칙의 사용자들에게 조문을 읽을 때 전문 및 주석서와 함께 읽도록 권고한다. 주석서는 각 조문에 대한 설명과 해석 수단으로서 역할을 한다. 주석서는 준거법원칙의 적용에 관한 다양한 실제 사례들을 포함한다. 각 주석과 사례의 구조 및 길이는 각 조문을 이해하는 데 필요한 정도에 따라 달라진다. 주석서는 지역적, 초국가적 또는 국제적 규범들을 비교법적으로 참조하고 있고, 해석에 도움이 되는 경우 그 기초과정의 연혁도 설명하고 있다. 사용자들은 헤이그회의 웹사이트에 올려둔 문헌 및 자료들을 참조할 수도 있다.

전문

- P.1 전문은 구속력 없는 규범인 준거법원칙의 성질(전문 단락 1), 목표(전문 단락 1) 및 의도한 목적(전문 단락 2-4)을 소개하고 있다.
- P.2 준거법원칙의 규정들은 ‘일반 원칙’으로, 용어 자체로 구속력 없는 규범으로서의 성격을 보여준다. 준거법원칙은 제1조 제1, 2항에서 설명하듯이 국제상사계약에서 법의 선택에 있어 당사자자치의 원칙을 다루는데, 이는 소비자 또는 근로계약에는 적용되지 않는다(제1조 제1항). 준거법원칙은 국제상사계약에서 법의 선택에 관한 현행 최선의 관행을 반영한 강령으로 볼 수 있는데, 이는 적절한 경우 몇몇 혁신적 조항들도 포함하고 있다.
- P.3 준거법원칙의 목표는 당사자자치 원칙을 아직 채택하고 있지 않거나 중대한 제약 하에 채택한 국가들에게 위 원칙의 확산을 장려함과 동시에 위 원칙을 이미 채택한 국가들에게 이를 지속적으로 개발하고 다듬게 하는 데 있다. 당사자자치는 이러한 환경에서 당사자들의 정당한 기대에 부응하기 때문에, 예측가능성 및 법적 안정성을 증진시킨다. 특히 당사자들이

준거법을 선택하지 않은 경우 분쟁을 해결하는 법정지에 따라 준거법이 달라질 수 있다는 점에서, 당사자자치가 적용되는 경우에 명확성은 증진된다. 당사자자치는 당사자들로 하여금 중립적인 법 혹은 당해 계약에 가장 적절하다고 생각되는 법을 선택할 수 있게 한다. 따라서 준거법원칙은 국제상사계약(제1조 제1항, 제2항)의 당사자들이 준거법을 선택할 수 있는 자유를 확인한다(제2조, 제3조). 그러나 제11조에서 제한적인 예외(최우선 강행규정 및 공서)를 규정한다.

- P.4 준거법원칙의 또 다른 목표는 국제상사계약에서 법의 선택에 당사자자치가 유효하게 하고, 국내적, 지역적, 초국가적 및 국제적 수준에서 상당한 정도의 법의 조화를 이룩하여, 현재 및 장래의 국제사법규범에서 준거법원칙을 채택하게 하는 데 있다.
- P.5 준거법원칙은 법원 및 중재판정부에서(전문, 단락 4) 국제사법규칙을 해석, 보완 또는 개발하기 위해 사용될 수 있다. 이러한 규칙들은 국내적(국가 및 주를 포함), 지역적, 초국가적 또는 국제적 수준에서 존재할 수 있고, 예를 들면, 협약, 규정, 법률 및 판례법에서 찾을 수 있다. 여기에서 *해석*이란, 국제사법에서 현존하는 규정들의 의미를 설명하고, 밝히고 또는 이해하는 과정을 의미한다. 이 맥락에서 *보완*이란 특정 유형의 사안에서 불충분하거나 적절하지는 않은 국제사법규칙을 다듬는 것을 의미한다. 국제사법규칙의 개발은 해석과 보완을 포함하는 것이지만, 이때의 *개발*은 특히 입법부나, 몇몇 법제에서는 법원에 의해, 기존에 없는 규정을 추가하거나, 기존에 있던 규정을 근본적으로 개정하는 것을 의미한다. 물론, 국제사법규칙의 해석, 보완, 개발은 구속력 있는 법률(예를 들면 비엔나 협약)의 경계 내에서 이루어져야 한다.
- P.6 법원과 중재판정부는 준거법원칙을 적용하도록 정중히 요구된다. 모든 조항은 법원이나 중재판정부에서 사용할 수 있도록 작성되었고, 두 가지 경우를 제외하고는, 법원과 중재판정부를 구별하지 않는다. 제3조의 마지막 부분(“법정지의 법률이 달리 규정하고 있는 경우를 제외하고는”)은 법원에만 적용되고, 제11조는 법원(제11조 제1항 내지 제4항)과 중재판정부(제11조 제5항)를 구별한다.

제1조 준거법원칙의 범위

개요

- 1.1 제1조의 목표는 준거법원칙의 적용범위를 결정하는 것이다. 이 범위는 세 가지 기준에 의하여 정의된다. 준거법원칙은 법선택 합의에 적용되는데 이는 ① 계약상의 문제이어야

하고, 위 계약은 ② 국제적이고(단락 1.13-1.21 참조), ③ 상사계약(단락 1.5-1.12 참조)이어야 한다.

- 1.2 제1조 제1항은 준거법원칙의 적용범위를 제한하고, 준거법원칙이 적용되는 계약의 종류를 기술한다. 제1조 제2항은 제12조와 함께 국제계약의 정의를 포함한다. 제1조 제3항은 준거법원칙의 범위에서 제외되는 쟁점 또는 문제들의 목록을 포함한다.

이론적 근거

- 1.3 준거법원칙은 각 당사자가 영업 또는 직업활동으로 행위하면서 체결하는 국제계약에서 이루어진 법선택 합의에 적용된다. 또한 소비자계약 또는 근로계약에는 적용되지 않는다는 것을 명시적으로 밝히고 있다.
- 1.4 준거법원칙의 적용범위는 상사계약에 한정되는데, 왜냐하면 이러한 계약에서 당사자자치가 널리 인정되기 때문이다. 2008년, “헤이그회의는 상설사무국으로 하여금 당사자자치를 증진시키기 위해 B2B(business-to-business) 계약과 관련하여 이 주제의 연구를 계속하게 하였고”(헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안, 2008. 4. 1 ~ 2008. 4. 3.), 2009년 “헤이그회의는 상설사무국으로 하여금 국제상사계약 분야에서 당사자자치를 증진시키는 작업을 계속하게 하였다”(헤이그회의의 일반사무정책이사회가 채택한 결론과 제안, 2009. 3. 31 ~ 2009. 4. 2.). 이론적 근거는 국제계약에서 당사자자치를 확립하고 증진시키는 데 있지만, 당사자자치의 원칙을 당사자가 전문적 자격에서 행위하는 경우에만 적용하여, 남용의 위험성을 최소화한다.

상사계약에 한정

- 1.5 전문(단락 1)에서 지적하듯이, 준거법원칙은 특히 UNIDROIT 원칙에서 사용하는 용어인 ‘상사계약’만을 다룬다. 제1조 제1항은 (i) 준거법원칙이 적용되는 계약의 종류를 밝히고, (ii) 명시적으로 소비자 및 근로계약을 배제하여, 준거법원칙의 적용범위를 정확하게 규정한다.
- 1.6 그러나 전문과 달리 제1조는 ‘상사계약’을 사용하지 않고 이 문구를 공식적으로 정의하지 않는다. 오히려 제1조 제1항은 “각 당사자가 그의 영업 또는 직업활동으로 행위하면서” 체결한 계약을 준거법원칙의 적용범위에 포함한다. 준거법원칙이 적용되기 위해서는, 양당사자(또는 모든 당사자)가 그의 영업 또는 직업과 관련하여 행위하여야 한다. 이러한 태도는 소비자를 그의 영업 또는 직업 외의 목적으로 행위하는 자연인이라고 정의하는

로마 I 규정(제6조 제1항)의 영향을 받은 것이다. 제1조 제1항은 그 반대로 각 당사자가 영업 또는 직업으로 행위한 것을 상사계약이라고 정의하고 있다. 제1조 제1항은 준거법원칙이 언제 적용되는지를 결정할 때 독립적인 개념을 사용하고 있다는 점에서 중요하다. 준거법원칙은 국가마다 다른 정의가 있을 수 있는 ‘상사계약’이라는 용어를 사용하지 않는다. 예를 들어, 이러한 형식은 몇몇 국가에서의 일반 민사거래와 상사거래 간의 전통적인 구분과 동일한 것이 아니고, 상인과 소비자 간의 계약을 ‘상사’라고 보는 몇몇 국가의 관례도 따르지 않는다.

- 1.7 제1조 제1항과 준거법원칙 전반에서 사용되는 것처럼, “당사자”는 모든 자연인 또는 법인을 포함하고, 예를 들어 독립된 계약자, 회사, 재단, 조합, 법인화되지 않은 기구 또는 공적 실체들도 포함된다. 당사자는 그의 영업 또는 직업에서 많은 경험 또는 기술을 가질 것이 요구되지 않는다. 나아가, “영업 또는 직업”이라는 용어는 이 정의가 상인, 제조업자 또는 장인(영업 거래), 변호사 또는 건축가와 같은 전문가의 상업적 활동(직업적 용역)도 포함한다는 것을 분명히 한다. 대리인 계약이나, 프랜차이즈 계약을 포함하여, 보험계약과 전문적으로 지식재산권을 양도하거나 라이선스하는 것도 준거법원칙의 범위에 포함된다.
- 1.8 당사자가 “영업적 또는 직업적으로 행위하는지” 여부는 계약의 상황에 달려 있는 것이지, 단순히 당사자의 지위에 달려 있는 것이 아니다. 따라서 같은 사람이라도 특정 거래에서는 영업적, 직업적으로 행위할 수 있고, 다른 거래에서는 소비자가 될 수 있다.

예시 1-2

A는 개업 변호사이다. A가 B 회사와 법률서비스계약을 체결하는 경우 A는 직업적으로 행위하는 것이다. 그러나 A가 휴가를 보내기 위하여 아파트 임대차계약을 체결하는 경우 A는 직업적으로 행위하는 것이 아니다.

- 1.9 만약 계약이 제1조 범위에 포섭된다면, 준거법원칙은 계약을 체결한 수단을 불문하고 적용된다. 따라서 예를 들면 전자상거래나 전자적 방법으로 체결된 어떠한 종류의 계약이든, 당사자가 영업상 또는 직업상으로 행위하여 체결한 것이라면 준거법원칙이 적용된다.

소비자 및 근로계약의 배제

- 1.10 비상사계약은 준거법원칙의 범위에서 제외된다. 특히 제1조 제1항은 논란의 여지를 피하기 위하여 명시적으로 소비자 및 근로계약을 배제하고 있다. 이러한 배제규정은 개별적, 집단적 근로계약 모두를 포함한다. 많은 국가의 실질법들이 소비자 및 근로계약을, 당사자들이 합의에 의하여 배제할 수 없는 특별한 보호 규칙에 따르도록 하고 있다는 사실에 의하여 이러한 배제는 정당화된다. 이러한 규정들은 계약자유의 남용으로부터 약한 당사자-소비자

또는 근로자-를 보호하는 데 목적이 있고, 이러한 보호는 국제사법에도 미치는데 그곳에서는 당사자자치의 배제 또는 제한으로 나타난다. 그러나 소비자 및 근로계약을 배제하는 것은 준거법원칙이 적용되지 않는 비상사계약의 종류를 예시한 것에 불과하다. 소비자들 사이에서 체결된 계약과 같이 다른 비상사적 계약도 준거법원칙의 범위에서 벗어난다.

- 1.11 준거법원칙이 각 당사자가 거래적, 직업적으로 행위하면서 체결한 계약에만 적용되는 사실은 당사자자치가 비상사적계약에서는 적용되지 않는다는 결론에 도달하지는 않는다. 준거법원칙은 이러한 계약에서 국제사법규칙을 제공하지 않을 뿐이다.
- 1.12 제1조 제1항은 구속력 없는 일반원칙이라는 이 준거법원칙의 성질을 염두에 두고 준거법원칙이 일반적으로 적용되는 계약을 규정하고 있다. 특히 소비자계약에 관하여, 준거법원칙은 일명 “두 가지 목적의 계약” - 부분적으로는 당사자의 거래 또는 직업적 범위 내에 있으면서, 부분적으로는 그 외에 있는 - 의 성질을 가지는 계약에 대해서는 명시적으로 규정하지 않는다. 마찬가지로 준거법원칙은 계약의 목적이 어떻게 평가되어야 하는지에 관하여, 즉 직업인이 계약의 목적을 인식하였어야 하는지에 관하여 침묵하고 있다(CISG 제2조 제(a)항 참조).

국제성

- 1.13 준거법원칙의 범위에 포섭되기 위해서는 계약은 ‘국제적’ 계약일 것이 요구된다. 이러한 요건은 국제사법이 국제적 사안에만 적용된다는 전통적인 이해와 일치한다. ‘국제성’의 정의는 국내 및 국제적 규범에 따라 상당히 다양하다(단락 1.15 참조).
- 1.14 준거법원칙의 목적상, 국제적 계약의 정의는 제1조 제2항에 규정되어 있다. 이 규정에 따라, 국제성을 결여하여 배제되는 계약은 “각 당사자가 동일한 국가에 영업소를 가지고 있고, 당사자들의 관계 및 기타 모든 관련 요소들이, 준거법에 관계 없이, 해당국가와만 관련된” 경우이다. 이러한 소극적 정의는 순수한 국내계약만을 배제하고, ‘국제적’이라는 용어를 가능한 넓게 해석하기 위한 것이다. 이 조항은 2005년 헤이그관할합의협약으로부터 영감을 받은 것이다(제1조 제2항).
- 1.15 준거법원칙의 제1조 제2항은 계약의 국제성에 관하여 다른 몇몇 규범들(예컨대 1986년 헤이그매매협약 제1조 (a)항, (b)항)처럼 적극적 정의를 하지 않는다. 또한 제1조 제2항은, ‘법의 충돌’ 또는 ‘여러 국가의 법 사이의 선택’을 포함하는 모든 사안 - 그에 따르면 당사자의 법선택만으로도 의미 있는 요소가 된다(2006년 헤이그증권협약 제3조 참조) - 을 언급하는 광범위한 접근방법을 채택하지 않는다.

국제성의 확인

- 1.16 계약의 국제성 확인은 다음 두 가지 단계를 밟아야 한다.
- 1.17 첫째, 제1조 제2항은 당사자들의 영업소를 관련 요건으로 언급하고 있다. 당사자들의 영업소가 다른 국가에 소재하고 있다면, 그 계약은 국제적이고 준거법원칙이 적용된다. 이는 다른 관련 요소들을 참조하지 않고도 국제성의 확인을 용이하게 할 수 있는 단순한 기준이다. 당사자가 두 개 이상의营业소를 가지고 있다면, 관련 영업소는 계약체결 시 계약과 가장 밀접한 관계가 있는 영업소이다(제12조 참조).

예시 1-2

A(주 영업소를 X국가에 가지고 있으나, 제12조와 관련하여 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소는 Y국가에 있다)는 B와 사이에 Y국가에 있는 영업소를 통하여 계약을 서명한다. B는 주 영업소를 X국가에 가지고 있고, X국가에 있는 주 영업소를 통해 행위한다. 당사자들은 각 다른 국가에 위치한 영업소를 통하여 행위하였기 때문에(A는 Y국가, B는 X국가) 이 계약은 국제적이고 따라서 준거법원칙에 의하여 규율된다.

- 1.18 둘째, 첫째 경우에 해당하지 않아도, ‘모든 관련 요소’가 같은 국가에 위치한 경우가 아니라면 계약은 국제성을 갖는다. 여기에서 관련 요소란, 예를 들어, 계약체결지, 이행지, 당사자의 국적, 그리고 당사자의 법인설립지 및 영업소를 말한다. 해당 거래에 당사자의 영업소가 두 개 이상 관련된다면, 첫째 단계에서 제12조에 따라 고려되지 못한 부수적 영업소(단락 1.17 참조)도 여기에서 고려될 수 있다.
- 1.19 국제성의 확인은 조심스런 사안별 분석을 요구할 수 있다. 예를 들어, X국가에 있는 부동산에 관한 매매계약에서 당사자들의 영업소가 Y국가에 있다면 부동산 소재지가 국외에 있기 때문에 당해 계약은 국제성 요건을 충족한다. 그러나 외국(Y국가 또는 다른 여러 국가)에서 생산된 물건이 X국가에서 매도되는 경우에는 동일한 고려가 적용되지 않는다. 관련된 모든 요소는 계약과 밀접한 관련된 모든 시기에 X국가에 위치하기 때문이다. 이와 유사하게, 계약전 교섭이 외국에서 이루어졌다거나, 계약에서 특정언어가 사용되었다는 사실만으로는 국제성을 충족하지 못한다.
- 1.20 국제성을 부정하는 요소가 없다면, 계약은 국제적이고 준거법원칙이 적용된다. 이러한 해석은 제1조 제2항에서 규정하는 국제성에 관한 소극적 정의의 결과이다.

관련 없는 요소들

- 1.21 제1조 제2항에서 “선택된 법에 관계 없이”라는 문구는 당사자들이 선택한 준거법이 국제성 요건을 결정하는 기준이 되지 않는다는 것을 의미한다. 다시 말해, 당사자들이 외국법을

준거법으로 선택하여 외국 법원 또는 중재판정부의 선택으로까지 연결된다고 하더라도, 다른 모든 객관적 요소들이 한 국가에서 이루어진 이상 위 계약은 국제성을 충족하지 않는다(1986 헤이그매매협약의 제1조 제(b)항 참조). 이러한 국제성의 정의는 2006 헤이그증권협약(제3조) 및 로마 I 규정의 그것과 다르다.

- 1.22 준거법원칙은 한 국가 내, 예를 들어, 호주, 캐나다, 나이지리아, 스페인, 영국 또는 미국 내의 다른 지역 간에 발생하는 법률의 충돌을 다루지 않는다. 따라서 관련요소 중 하나가 한 국가 내 다른 지역에 관련된다고 해서 제1조 제2항의 국제성을 구성하지 않는다. 그러나 준거법원칙은 입법자나 다른 사용자들이 준거법원칙의 적용범위를 국가 내의 법률적용의 충돌에까지 확장하는 것을 막지는 않는다.
- 1.23 준거법원칙은 계약을 위한 법선택 합의에 적용된다. 다른 국제규범들의 접근방법을 따라, 준거법원칙은 ‘계약’을 정의하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 준거법원칙의 적용을 원활하게 하기 위하여, (i) 계약적인 사안인지 여부 또는 (ii) 당사자자치가 적용되어야 하는지 여부와 같이 국제적 합의가 이루어지지 않은 몇 가지 항목에 대해 적용을 배제하고 있다. 이는 6가지 항목을 포함한다. (i) 자연인의 능력, (ii) 중재합의와 관할합의, (iii) 회사 또는 기타 단체와 신탁, (iv) 도산(insolvency), (v) 계약의 물권법적 효력과 (vi) 대리인이 제3자에 대하여 본인을 구속할 수 있는지 여부이다. 이 규정은 무엇보다도 1986년 헤이그매매협약(제5조), 로마 I 규정(제1조 제2항) 및 멕시코시티협약(제5조)의 영향을 받은 것이다.
- 1.24 제1조 제3항의 이유는 다음과 같은 두 가지이다. 열거된 쟁점들의 법적 성질과 그들을 계약적 쟁점으로 성질을 결정하여 당사자자치에 따르도록 해야 하는지에 관하여 국제적 합의가 존재하지 않기 때문이다. 그러나 배제규정이 있다는 것이 이와 같은 쟁점들에 관하여 당사자자치를 배제하려는 정책적 결단이라고 해석해서는 아니 된다. 준거법원칙은 이 점에 있어서 중립적이고, 입법자나 다른 사용자들이 배제된 쟁점들의 일부 또는 전부에 당사자자치를 적용하는 것을 금지하지 않는다.
- 1.25 첫째, 준거법원칙은 자연인의 능력의 준거법을 다루지 않는다. 이 규정에서 능력(capacity)이란 자연인이 계약을 독립적으로 체결하고 행위할 수 있는 능력(ability)이다. 이는 본인이나 법적 실체(entity)를 대표하는 대리인이나 기관의 권한을 포함하지 않는다(1986년 헤이그매매협약 제5조 제(b)항). 능력은 법선택 합의를 포함한 계약의 유효성에 대한 선결문제로 제기될 수 있는 사항이다. 예를 들어 연령(미성년) 또는 정신상태를 근거로 당사자를 보호할 필요성이 있기 때문에, 능력의 결여는 당사자자치의 제한과 연결된다. 몇몇 국가에서, 법적능력은 신분의 문제로 다루어지고 계약의 문제는 아니다. 이러한 문제의 준거법을 결정하는 것은 준거법원칙의 범위에서 벗어난다. 이는 준거법원칙이 자연인의 능력의 준거법을 결정하지 않을 뿐 아니라, 수권에 관한 법률적 문제, 능력의 결여가 법선택 합의의

유효성에 미치는 영향 등을 결정하지 않는다는 것을 의미한다(1986년 헤이그매매협약 설명보고서, 단락 39-40 참조).

- 1.26 둘째, 준거법원칙은 중재합의 및 관할합의에 관하여 다루지 않는다. 이러한 예외는 주로 이러한 합의를 계약의 관점에서 보아 사기, 착오, 허위의 의사표시, 강박 등이 문제되는 경우 그 실질적 유효성에 관하여 문제된다(2005년 헤이그관할합의협약의 보고서, 단락 126 참조). 어떤 국가에서는 중재합의나 관할합의를 규율하는 준거법은 절차의 문제로 봐서 법정지법이나 중재지법에 의해 규율되는 것으로 보는 반면, 다른 국가에서는 이를 실체의 문제로 보아 중재합의나 관할합의를 규율하는 별도의 준거법에 의하도록 하고 있다. 준거법원칙은 이러한 견해들 중에서 어떤 입장을 취하지 않는다. 오히려 제1조 제3항 제(b)호은 이러한 쟁점을 적용범위에서 제외하고 있다.
- 1.27 셋째, 준거법원칙은 회사 또는 기타 집합기구와 신탁의 준거법을 다루지 않는다. '집합기구'란 용어는 법인과 비법인인 '조합(partnerships)' 또는 '사단(associations)'을 포함하는 넓은 의미로 사용된다.
- 1.28 제1조 제3항 제(C)호의 예외는 회사나 기타 집합기구와 신탁의 설립과 조직을 포함한다. 이는 일반적으로 회사나 기타 집합기구의 설립, 사원권, 법적 능력, 내부조직, 의사결정절차, 해산 및 청산에 관한 것이다. 신탁의 내부적 운영에 관한 문제도 동일하다. 많은 국가에서, 이러한 쟁점들은 회사법(일반적으로 설립준거법 또는 경영중심지법) 또는 기타 집합기구 및 신탁법 등을 지정하는 특별한 국제사법규칙에 따라 규율된다.
- 1.29 제1조 제3항 제(C)호의 예외는 회사나 기타 집합기구와 신탁의 내부적인 조직 및 운영에 관한 문제에 한정되고, 그들이 제3자와 사이에 체결하는 계약에까지 적용되지는 않는다. 준거법원칙은 회사 구성원 사이(주주간 합의)에 체결된 상사계약에 적용된다.
- 1.30 넷째, 준거법원칙은 도산을 규율하는 법률을 다루지 않는다. 이러한 예외는 도산절차의 개시가 계약에 미치는 영향에 관한 것이다. 도산절차는 계약법의 일반원칙에 개입할 수 있다. 예를 들면, 환수규칙에 따라 계약을 무효화하거나, 선의인(in bonis) 당사자의 계약 해지권을 중지하거나, 도산관재인에게 당해 계약의 이행을 거절 또는 제3자에게 양도할 권한을 부여하는 등으로 계약법의 일반 원칙이 적용되지 않을 수 있다. 제1조 제3항 제(d)호에서 도산의 배제는 이러한 문제들과 관련된다. 준거법원칙은 도산에서 계약이 어떻게 다루어져야 하는가라는 문제의 준거법을 결정하지 않는다. 도산재단을 위하여 새로운 계약을 체결할 수 있는 도산관재인의 법적 능력도 다루지 않는다. 여기에서 도산은 넓은 의미로 사용되며, 청산, 회생, 구조조정 또는 관리절차를 포함한다.
- 1.31 다섯째, 준거법원칙은 *계약의 물권적 효력*의 준거법을 다루지 않는다. 준거법원칙은 당사자들에게 그들의 채권적 의무의 준거법을 선택하도록 하고 있으나, 그 계약에 의해

발생하는 물권적 권리의 성립과 효력에 대하여 규정하지 않는다. 다시 말해, 준거법원칙은 당사자들 상호간의 권리와 의무의 준거법을 결정하고, 물권의 준거법을 결정하지 않는다. 예를 들어, 동산 또는 부동산, 유형적 또는 무형적 자산을 위한 매매계약에서, 준거법원칙은 매도인의 이전의무와 매수인의 대금지급의무에는 적용되지만, 매도인의 다른 행위가 없어도 이전이 실제로 물권을 넘기는지 또는 매수인이 제3자의 권리와 청구에 의한 제한이 없는 소유권을 취득하는지에 대하여는 적용되지 않는다.

- 1.32 마지막으로, 준거법원칙은 *대리인이 제3자에 대하여 본인을 구속할 수 있는지 여부*에 관한 준거법을 규정하지 않는다. 이는 대리관계의 외부적 측면, 즉 본인이 묵시적, 외관상 권한을 수여하였기 때문에 또는 과실로 인하여 본인이 구속되는지, 또는 본인이 대리인의 권한을 넘은 행위를 사후적으로 추인할지 말지 어느 범위에서 할 수 있는지 라는 쟁점에 관한 것이다(1978년 헤이그대리협약 제11조 참조). 반면에, 대리인의 내부적 측면, 즉 본인과 대리인 간의 대리 또는 위임관계가 당사계약이라면 준거법 원칙이 적용된다.

제2조 선택의 자유

개요

- 2.1 제2조는 그들의 계약의 준거법을 선택할 수 있는 당사자들의 자유를 명확히 하고 있다. 나아가, 이 규정은 이러한 선택이 계약의 부분에만 적용될 수도 있으며, 언제든지 이루어질 수 있고, 선택된 법이 당사자나 그들의 거래와 관련이 있을 것을 요구하지도 않는다. 제2조는 당사자들에게 “법의 규칙”으로 계약을 규율하게 할 수 있는 자유를 부여하고 있는 제3조와 함께 읽어야 한다.
- 2.2 준거법원칙은 당사자가 (명시적 또는 묵시적으로) 법선택을 하지 않은 경우에 국제상사계약의 준거법을 결정하는 방법을 규정하지 않는다.

이론적 근거

- 2.3 제2조는 준거법원칙이 국제상사계약의 준거법 지정에 있어 당사자자치를 규정하고 그 윤곽을 그리는 일차적이고 근본적인 목적을 반영한다(제1조). 특히 중요한 것은, 준거법원칙에 의하면 법 또는 ‘법의 규칙’을 선택함에 있어서 당사자의 자유가 분쟁해결방법이 소송 또는 중재인지에 따라 달라지지 않는다는 사실이다.

- 2.4 준거법원칙은 국제상사계약에서도 당사자자치 원칙에 일부 제한은 필요하다고 본다. 따라서 법선택의 효력은 제11조에 규정된 바와 같이 최우선 강행규정과 공서에 의해 명시적으로 제한된다. 당사자자치의 범위는 제1조 제3항과 제9조에 의하여 더 규정된다.

선택의 자유

- 2.5 제2조 제1항은 “계약은 당사자들이 선택한 법에 의하여 규율된다”고 규정하고 있다. 준거법원칙 하에서, 당사자들은 어느 국가의 법이든 준거법으로 선택할 자유가 있다(한 국가 내에서 다른 영토적 단위에 관하여는 단락 1.22 참조). 제3조에 규정된 바에 따라 당사자들은 ‘법의 규칙’을 지정할 수도 있다. 제2조 제1항은 법선택에 있어 다른 제한이나 조건을 부과하지 않는다.

예시 2-1

장비매매계약은, 매도인의 주된 영업소가 있는 X국가의 법이, 계약의 성립과 유효성, 매도인과 매수인의 의무, 계약위반과 손해배상에 관한 모든 사항을 규율한다는 규정을 포함한다. 당사자간에 분쟁이 발생하면, 법원 또는 중재판정부는 당사자들의 선택에 효력을 부여하고, X국가의 법을 적용할 것이다.

부분적 또는 복수적 법선택

- 2.6 준거법원칙은 계약의 일부를 다른 법에 따르도록 하는 법률의 부분적 또는 복수적 선택(*dépeçage*로도 알려진)을 허용하고 있다. 이런 부분적 또는 복수적 선택이 그 성질상 당사자자치를 행사하는 하나의 형식이라는 것을 전제로, 준거법원칙은 당사자들에게 이와 같은 선택권을 남겨두었다. 그러나 법의 분열의 사용은, 당사자의 권리와 의무를 결정함에 있어서 충돌 또는 불일치가 발생할 위험을 수반한다.
- 2.7 제2조 제2항 제(a)호에 따르면 당사자들은 계약의 일부에만 적용되는 법을 선택할 수 있다. 만일 당사자들이 법의 부분적인 선택을 한 경우, 계약의 나머지 부분은 당사자의 선택이 없는 경우에 적용될 법에 의해 규율된다. 단락 2.2에서 언급하였듯이, 준거법원칙은 당사자가 선택하지 않은 경우에 적용될 법에 관한 규칙을 두지 않는다. 따라서 제2조 제2항 제(a)호에서 규정하는 부분적 법선택은 당사자들이 준거법을 선택하지 않은 나머지 부분들에 대해서는 법관이나 중재인이 객관적인 준거법 결정원칙에 따라 준거법을 결정한다는 것을 의미한다.
- 2.8 제2조 제2항 제(b)호에 따르면, 당사자들은 계약 각 부분에 적용될 법을 다르게 선택하여 당해 계약이 한 개 이상의 준거법에 의해 규율되도록 할 수 있다.
- 2.9 실무에서, 이러한 부분적 또는 복수적 선택은 가령 계약의 통화표시, 정부승인의 획득과 같은 특정 의무의 이행에 관한 특별 조항 및 보상/책임 규정과 관련될 수 있다.

예시 2-2

X, Y, Z 국가에서 특정 생산라인의 공급과 설치를 위한 계약을 체결하면서, 당사자들은 W 국가의 법을 계약의 성립과 유효성에 관한 모든 측면의 준거법으로 선택하였다. 그러한 경우 계약의 나머지 부분은 당사자의 선택이 없는 경우에 적용될 법에 의해 규율될 것이다.

예시 2-3

매수인과 매도인이 D회사(대상 회사)의 지배에 관하여 주식매수계약을 체결하였다. 제3자인 C는 이 계약에 따른 매수인의 대금지급의무를 보증하였다. 매수인과 매도인 사이의 계약은 가격 결정을 위하여 대상 회사의 재무제표가 대상 회사의 설립지인 X국가의 법률에 부합하여야 한다고 규정하고 있다. 또한 위 계약은 매수인과 매도인의 권리, 의무는 Y국가의 법에 의하여 규율되고, C가 제공한 인적 보증은 매수인의 영업소가 있는 Z국가의 법률에 의해 규율된다고 규정하고 있다. 이러한 경우, 당사자의 선택에 의하여, X, Y, Z 국가의 법은 계약관계의 각각 다른 부분을 규율하게 된다.

예시 2-4

국제매매계약에서, 당사자들은 명시적으로 계약의 모든 문제는 X국가의 법에 의해 규율되나, 매도인이 검사증명서를 받을 수 있는 조건은 물품의 최종 목적지인 복수 국가의 법에 의하여 규율된다고 규정하였다. 이 경우 위에서 본 예시에서처럼 결과적으로 계약은 두 개 이상의 법에 의해 규율될 것이다.

법선택의 시점과 변경

- 2.10 당사자자치는 당사자가 언제든지 법선택을 하거나 변경할 자유를 포함한다. 따라서 법선택의 변경의 조건과 효력이, 계약의 형식적 유효성과 제3자의 기존 권리에 관한 몇몇 제한 하에, 당사자자치에 의해 규율된다는 것은 널리 인정된다.
- 2.11 준거법원칙은 당사자가 선택한 법이 계약의 유효성을 결정한다고 규정한다(제9조 제1항 제(e)호 참조). 따라서 계약 체결 후 당해 계약의 준거법을 변경하는 계약은 계약의 형식적 유효성에 영향을 미칠 수 있다. 계약이 소급적으로 무효가 되는 것을 피하기 위해, 제2조 제3항은, 당사자가 선택을 하거나 이를 변경함에 따라 발생하게 된 준거법의 변경이 기존의 준거법에 따라 유효한 계약의 형식적 유효성에 영향을 미치지 않는다고 규정한다. 이 규칙의 규정방식은, 계약의 당초 준거법이 당사자의 선택에 의해 이루어졌든 아니든 간에 이 규정이 적용됨을 명확히 한다.
- 2.12 나아가 제2조 제3항은 계약의 준거법 변경이 당사자의 권리뿐만 아니라, 몇몇 경우에 제3자의 권리에도 영향을 미칠 수 있다는 점을 상기시키고 있다. 법선택의 변경이 제3자의 권리에 불리한 영향을 미쳐서는 아니 된다는 데 대하여는 광범위한 국제적 합의가 있다(로마 I 규정 제3조 제2항 참조). 당사자자치가 가진 잠재적 영향력의 중요성을 고려하여, 위와 같은 규정은 준거법원칙 자체에 규정되어 있고, 적용될 실제 준거법에 있을 것이라 예상되는 보호규정에 의존하지 않는다. 따라서 계약상의 선택 또는 선택의

변경으로 인하여 준거법이 달라지더라도 계약에서 발생하는 제3자의 기존 권리는 보호되어야 한다.

예시 2-5

A와 B가 계약을 체결하고 준거법으로 X국가의 법을 선택한다. C는 A의 의무를 보증한다. 그 후 A와 B가 준거법을 Y국가의 법으로 변경한다. Y국가의 법에 의하면, A는 X국가의 법에서 부담하였을 것보다 더 큰 의무를 B에게 부담지운다. A와 B사이에서 Y국가의 법으로 준거법 변경은 유효하지만, C의 권리와 의무에 불리한 영향을 미치지 않는다. C의 권리와 의무는 여전히 X국가의 법에 의해 규율된다.

- 2.13 준거법원칙은 당사자에 의한 법선택 및 그 변경 시점을 제한하지 않는다. 앞의 서론에서 보았듯이, 준거법원칙은 법원 또는 중재판정부에서 통상 절차적 쟁점으로 간주되는 것을 해결할 방법을 일반적으로 제시하지 않는다. 따라서, 분쟁해결절차가 진행되는 중에 법이 선택되거나 법선택의 변경이 이루어진다면, 그 선택이나 변경의 효력은 법정지법 또는 중재절차를 규율하는 규칙에 따라 달라질 수 있다. 마찬가지로, 준거법원칙은 외국법의 증명이라는 쟁점에 관하여 중립적이다.

예시 2-6

A와 B가 계약을 체결하는데, 그 계약에서는 X국가의 법에 의해 규율된다고 기술한다. 분쟁이 발생하여 Y국가의 법정에 제소된다. 절차가 진행되는 중에, 양당사자가 Y국가의 실제 계약법에 따라 주장을 전개하였다. 이러한 사실은 제4조에 따른 준거법의 묵시적 변경의 증거가 될 수 있겠지만, 절차 진행 중의 이러한 변경의 성질결과와 효력은 Y국가의 법에 달려 있을 수 있다.

관련성 불요

- 2.14 준거법원칙에 따르면, 당사자자치는 계약 또는 당사자들과 선택된 준거법 간의 어떠한 지리적 기타 관련성 요건에 의하여 제한되지 않는다. 따라서, 당사자들은 당사자들이나 거래와 전혀 관계가 없는 국가의 법을 선택할 수 있다. 이 규정은 당사거래의 탈지역성이 증가하는 것과 일관성이 있다. 당사자들은 그 법이 당사자 사이에 중립적이라는 이유로 이를 선택하거나, 특정 거래형태에 있어 잘 발달된 법이라는 이유로 이를 선택할 수도 있다(해상운송 또는 국제금융거래에서 명성이 있는 법 등).
- 2.15 준거법과 당사자 또는 거래 사이의 관련성을 요구하지 않으므로써 준거법원칙은 준거법의 선택에 관련성이나 다른 합리적인 근거를 요구하는 국가들에 비하여 더욱 확장된 개념으로 당사자자치원칙을 채택하고 있다.
- 2.16 제3조가 정의하고 있는 ‘법의 규칙’으로 규율되는 계약에서는, ‘법의 규칙’은 통상 어떤 국가의 법체계와 관련되지 않으므로 이러한 쟁점이 문제되지 않는다.

제3조 법의 규칙

개요

- 3.1 중재법과 중재규칙은 일반적으로 당사자들의 ‘법의 규칙(rules of law)’ 선택을 허용한다 (UNCITRAL 모델법 제28조 제1항, ICC 규칙 제21조 제1항 참조). 이러한 규범들에서 ‘법의 규칙’이란 용어는 특정 국가로부터 연원하지 않은 규칙을 의미한다. 국가법원에서 소송을 하는 당사자들에게 전형적으로 법의 규칙을 선택하는 기회는 주어지지 않는다. 제3조는 당사자들이 선택된 분쟁해결수단에 상관없이, 국가의 법뿐만 아니라 ‘법의 규칙’을 계약을 규율하도록 선택할 수 있다고 규정함으로써 제2조 제1항의 당사자자치의 범위를 넓히고 있다.
- 3.2 제3조는 당사자들이 어떤 유형의 법의 규칙을 선택할 수 있는지에 관하여 좀 더 명확성을 주고자 ‘법의 규칙’이 되기 위한 일정 기준을 설정한다. 제3조가 인정하는 바에 따르면, 그 기준은 ‘법의 규칙’의 허용되는 원천(sources)과 속성(attributes)에 관련된다. 그에 더하여 제3조는 법정지 국가가 ‘법의 규칙’의 선택을 불허할 특권을 보유한다는 점을 인정한다.
- 3.3 제3조가 설정한 기준은 ‘법의 규칙’의 원천과 속성에 관련된다. 그 기준은 당사자들이 어떤 ‘법의 규칙’을 선택할 수 있는지 알려주고, 결정권자들로 하여금 분쟁에 적용될 법의 규칙을 결정할 수 있도록 도와준다. 그 기준은 아래에서 세부적으로 검토하겠지만, 제3조는 중립적이고 균형 있는 일련의 규칙이라고 일반적으로 승인된 법의 규칙만을 허용하기 때문에 그 기준들은 서로 관련되어 이해되어야 한다.

국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 일반적인 승인

- 3.4 기준은 당사자들이 선택한 ‘법의 규칙’이 국내적인 차원을 넘어서 일반적인 승인을 얻은 것이어야 한다고 규정한다. 달리 말해, “법의 규칙”은 계약 그 자체에 포함된 일련의 규칙이나, 한 당사자의 표준약관이나 지역기업의 특수한 약관이어서는 아니 된다.
- 3.5 국제조약 및 협약은 일반적으로 승인된 ‘법의 규칙’의 원천으로 간주될 수 있지만 그 조약이나 협약이 당사자들이 선택한 결과로써 적용되는 경우에 한정된다. 예를 들어 CISG 그 조항 자체에 의하면 CISG가 적용되지 않는 상황(CISG 제1조 참조)에서 당사자들에 의해 계약을 규율하는 ‘법의 규칙’으로 지정될 수 있다. 달리 말해, 당사자들은 CISG의 실체적 규정을, CISG 체결국의 법률에 첨부된 국내법화한 CISG로서가 아니라 계약을 규율하는 독립적인 계약규칙으로서 선택할 수 있다. 그러한 선택에 따라 CISG는 ‘법의 규칙’으로 적용되는데, 그 경우 CISG가 비준된 조약으로서 또는 국내법의 일부로서 적용되었더라면 개입하였을

국가의 선언 또는 유보는 고려할 필요가 없다. CISG를 ‘법의 규칙’으로 지정하는 것을 제안하는 모델 법선택조항도 사용할 수 있다(중국유럽중재센터(CEAC)가 제안하는 모델 조항 참조).

- 3.6 이 첫째 기준을 충족할 수 있는 ‘법의 규칙’의 또 다른 원천은 국제기구에서 제정한 구속력 없는 규범이 될 수 있다. 컨센서스를 기초로 활동하고 회원국에 대하여만 책임을 지는 국제기구인 UNIDROIT가 한 예이다. UNIDROIT 원칙은 “국제적 수준에서 일반적으로 승인된” ‘법의 규칙’의 예이다. 나아가 UNIDROIT 원칙은 당사자들이 그 원칙을 계약을 규율하도록 지정할 수 있다고 명시적으로 규정하면서, 그러한 목적을 위한 법선택 조항을 제안한다.
- 3.7 초국가적 또는 지역적 원천의 예로는 독립된 전문가들에 의해 개발된 PECL (Principles of European Contract Law)을 들 수 있다.
- 3.8 국제상사법의 역동적이고 진화하는 속성에 비추어 국제적, 초국가적 또는 지역적 수준에서 일반적으로 승인되거나 장래 승인될 ‘법의 규칙’의 원천의 수는 증가할 것으로 보인다. 따라서 앞서 본 예들은 망라적인 것으로 간주되어서는 아니 된다.

중립적이고 균형잡힌 일련의 규칙

- 3.9 제3조는 ‘법의 규칙’이 다음 세 가지 속성을 가지는 것으로 일반적으로 승인될 것을 요구한다. 이는 일련의 규칙으로 중립적이며 균형 잡혀야 한다. 이들은 각각 구별되는 의미를 가진다.
- 3.10 첫째, ‘법의 규칙’은 *일련의 규칙*으로 단순히 소수의 조문들이 아니다. 규정의 포괄성은 요구되지 않으나, 선택된 ‘법의 규칙’은 국제적 맥락에서 통상의 계약 분쟁을 해결할 수 있을 정도는 되어야 한다.
- 3.11 둘째로 요구되는 속성은 일련의 규칙의 *중립성*이다. ‘법의 규칙’의 원천이 중립적이고 편향되지 않은 기구, 즉 다양한 법적, 정치적, 경제적 관점을 대변하는 기구라고 일반적으로 인정된다면 이 측면은 충족될 수 있다.
- 3.12 ‘법의 규칙’이 균형 잡힌 것으로 일반적으로 승인되어야 한다는 이 셋째 요건은, (i) 상사계약에서 당사자자치는 당사자들이 상대적으로 대등한 교섭력을 가진다는 것을 전제로 하는 점과 (ii) 국가법은 균형 잡힌 것이라는 추정이 법의 규칙에도 반드시 적용되는 것은 아니라는 점에 의하여 정당화된다. 이 요건은 준거법 선택에서 특정 지역이나 세계적 업계에서 일방 당사자에게 혜택을 부여하는 일련의 규칙을 배제한다.

거래관행

- 3.13 준거법원칙은 거래관행의 사용에 관해서는 침묵하고 있다. 거래관행이 당사자의 권리와 의무에 미치는 영향은 준거법 그 자체 또는 분쟁을 규율하는 다른 규칙들(CISG 제9조, UNIDROIT 원칙 제1.9조, UNCITRAL 모델법 제28조 제4항, ICC 규칙 제21조 제2항 참조)에 의해 결정된다.

법정지법이 달리 규정하지 않는 한

- 3.14 3.1 단락에서 언급한 바와 같이 중재법이나 중재규칙은 통상 ‘법의 규칙’의 선택을 허용한다. 그러나 국내법은 법원에 제기된 분쟁에서는 위와 같은 계약상 선택을 인정하지 않고 있다. 준거법원칙은 제3조에서 법정지법이 당사자의 선택의 자유를 국가의 법률로 제한하는 경우 그 법정지법을 존중함으로써 이를 승인하고 있다.

흡결의 보충

- 3.15 당사자들이 ‘법의 규칙’이 계약을 규율하는 것으로 지정하였을 때, ‘법의 규칙’이 해결하지 못하는 사항이 있을 수 있다. 예를 들어 대리인의 권한에 관한 UNIDROIT 원칙은 본인과 대리인의 관계를 다루지 않고(UNIDROIT 원칙 제2.2.1조 참조), 유사하게 CISG는 제4조에서 조약에 달리 명시적으로 규정되지 않은 이상 물품매매계약에서 계약의 유효성을 다루지 않는다. 이러한 규범들은 이러한 상황(흡결보충)에 대한 다룰 수 있으나(CISG 제7조, UNIDROIT 원칙 제1.6조 참조), 준거법원칙은 흡결보충규칙을 두고 있지 않다. 그들의 계약을 규율하고자 ‘법의 규칙’을 지정하는 당사자들은 보충규칙의 잠재적 필요성에 유념하고 법선택에 있어서 이 문제를 다룰 수 있다. 다음의 예시를 참고할 수 있다.

예시 3-1

법선택 합의는 다음과 같이 규정한다. “이 계약은 다른 국내법의 규정에 상관없이 국제물품매매계약에 관한 UN협약(CISG)에 의해 규율된다. 다만, CISG에 의해 규율되지 않는 사항에 대하여는 X국가의 법이 적용된다.”

예시 3-2

법선택 합의는 다음과 같이 규정한다. “이 계약은 UNIDROIT 국제상사계약원칙에 의해 규율되지만, 이 원칙에 의해 규율되지 않는 사항에 대하여는 X국가의 법이 적용된다.”

제4조 명시적·묵시적인 준거법 선택

개요

- 4.1 제4조는 제2조 제1항의 법선택이 이루어질 수 있는 여러 방법을 규정하고 있다. 묵시적 선택을 그 선택이 명백하게 나타나는 상황에만 한정함으로써 제4조는 준거법 선택이 있었는지에 관한 분쟁의 발생 가능성을 줄이고 결과의 예측가능성을 증진한다.

준거법 선택 일반

- 4.2 제4조는 당사자들이 계약을 규율하는 법을 선택할 때 명시적 또는 묵시적으로 할 수 있다고 규정한다. 이는 다른 규범들(멕시코시티협약 제7조, 로마 I 규정 제3조 참조)의 유사한 규정들과 일관성이 있다. 당사자들은 또한 명시적 또는 묵시적으로 제3조에 규정된 “법의 규칙”을 선택할 수도 있다.

명시적 법선택

- 4.3 당사자들은 명시적으로 준거법을 선택할 수 있다. 명시적인 준거법 선택의 합의는 주계약의 체결 전, 체결과 동시에 또는 체결 후에 이루어질 수 있다(제2조 제3항 참조). “주계약”은 준거법이 적용될 계약을 의미한다. 법선택 합의는 주로 주계약에 명시적인 조항으로 포함된다. 특정 단어나 문구가 필요한 것은 아니다. 계약이 특정 법률에 의해 ‘규율된다’거나 ‘따른다’는 문구들이 사용되는 것으로 족하다. 제4조가 묵시적 선택을 허용하고 있기는 하지만, 당사자들은 명시적으로 계약의 준거법을 선택하는 것이 바람직하다.

예시 4-1

당사자 A와 B가 계약을 체결한다. 법선택 합의는 다음과 같다. “이 계약은 X국가의 법에 의해 규율된다.” 이는 당사자들의 법선택을 구성하기에 충분하다. 따라서 제2조에 의해 X국가의 법이 계약을 규율한다.

예시 4-2

당사자 A와 B가 계약을 체결한다. 법선택 합의는 다음과 같다. “이 계약은 UNIDROIT 국제상사계약원칙에 의해 규율된다.” 제3조에 기술한 바와 같이, 법정지의 법이 달리 규정하지 않는 한 UNIDROIT 원칙이 계약을 규율하게 된다.

- 4.4 명시적인 선택은 당사자 일방의 영업소 장소와 같은 외적 요소를 언급함으로써 이루어질 수도 있다.

예시 4-3

매도인과 매수인이 매매계약을 체결한다. 법선택 합의는 다음과 같다. “이 계약은 매도인의 영업소 국가의 법에 의해 규율된다.” 매도인이 계약 체결 당시 X국가에 영업소를 가지고 있다. 따라서 X국가의 법이 계약을 규율한다.

- 4.5 제4조는 법선택 합의가 서면으로 이루어질 것을 요구하지 않는다. 따라서 명시적인 준거법 합의는 구두로도 이루어질 수 있다(제5조 및 5.2 단락 참조).

묵시적 법선택

- 4.6 법선택은 묵시적으로도 이루어질 수도 있다. 제4조에 따라 유효한 법선택이 되기 위해서는, 그 선택이 계약에서 명시적으로 드러나지 않더라도 실재하는 것이어야 한다. 특정법이 적용되어야 한다는 양당사자의 실제 의도가 있어야 하고, 추정적 의사만으로는 부족하다.
- 4.7 묵시적 준거법 선택은 계약의 규정이나 상황으로부터 명확하게 나타나야 한다. 계약의 조건 및 사안의 상황 양자를 고려하여야 한다. 그러나 계약 조건 또는 상황 중 하나만으로도 묵시적인 법의 선택을 확정적으로 나타낼 수 있다.

계약의 규정에서 명확하게 나타나는 묵시적 법선택

- 4.8 묵시적인 준거법 선택이 계약의 규정으로부터 명확하게 나타나는 것은, 그러한 규정들로부터 당사자들이 특정 법을 의도적으로 선택했다고 하는 추론이 강한 경우에만 가능하다. 묵시적 선택을 “명확하게 드러나게” 하는 기준을 충족시키기에 충분한 상황을 결정하는 고정된 기준목록이 있는 것은 아니고, 오히려 사건별로 판단하여야 한다.
- 4.9 묵시적인 선택으로 널리 인정되는 사례로서 당사자들이 표준계약 양식을 사용하는 경우를 들 수 있다. 계약이 특정국가의 법체계의 맥락에서 보통 사용되는 표준계약 양식에 의한 경우, 이는 비록 이런 취지의 명시적 기술이 없더라도 당사자들은 계약이 그 법에 의하여 규율되는 것을 의도하였음을 보여줄 수 있다.

예시 4-4

A와 B가 Lloyd 보험증권 양식을 이용하여 해상보험계약을 체결한다. 이 계약양식은 영국법에 기초한 것이어서, 당사자들이 이를 사용하는 것은 계약을 영국법에 따르도록 의도한 것이라는 점을 보여줄 수 있다.

- 4.10 계약이 특정 국가의 법체계에 특징적인 용어를 포함하거나, 특정 국가의 규정을 언급함으로써 당사자들이 어느 국가의 법으로 생각하고 나아가 그들의 계약을 그 법에 따르도록 의도하였음을 명확히 하는 경우에도 마찬가지이다.

예시 4-5

A와 B는 X국가의 법률에 특징적인 법률용어를 사용하는 계약을 체결한다. 이는 당사자들이 X국가의 법에 따라 그들의 의무가 결정되도록 의도하였음을 나타내는 것일 수 있다.

법원의 선택과 묵시적인 법선택

- 4.11 계약의 준거법 선택과 분쟁해결을 위한 법정지의 선택은 구별되어야 한다. 제4조의 2문에 의하면, 당사자들이 어떤 국가에 계약상의 분쟁을 해결하도록 관할권을 부여하는 합의(법원선택 합의) 자체가 준거법 선택과 동일한 것은 아니다(멕시코시티협약 제7조 제2항 참조). 예를 들어, 당사자들은 그 중립성이나 경험 때문에 특정 법정지를 선택하였을 수 있다. 그 법원이 적용되는 국제사법에 따라 외국의 법을 적용할 수도 있다는 사실은 법선택과 법원선택의 구분을 논증한다. 그럼에도 불구하고 법원에 관할권을 부여하는 당사자들 간의 법원선택 합의는 당사자들이 그 법정지의 법으로 계약을 규율하고자 의도하였는지 여부를 결정할 때 고려되어야 하는 하나의 요소가 될 수는 있다.

예시 4-6

A와 B가 계약을 체결하는데 X국가의 법원을 지정하는 관할합의를 한다. 계약조항 또는 상황으로부터 달리 제시하는 요소들이 없으면, 위 사실만으로 X국가의 법을 묵시적으로 선택하였다고 보기에는 부족할 것이다.

중재조항과 묵시적인 법선택

- 4.12 관할합의와 중재조항 간에는 중요한 차이가 있으나, 제4조는 어느 법원 또는 중재판정부의 선택이 필연적으로 준거법 선택을 수반하는지 여부에 관하여 통일적인 일반규칙을 채택한다. 당사자가 합의로 특정 중재판정부에 계약상의 분쟁을 해결할 관할권을 부여하더라도 이는 법선택과 동일하지 않다. 제4조 2문에 의하면, 이러한 중재판정부의 선택만으로는 당사자가 묵시적으로 준거법 선택을 하였다고 보기에는 부족하다. 당사자들은 그 중립성이나 경험으로 중재판정부를 선택하였을 수도 있다. 중재판정부는 적용되는 국제사법규칙 또는 선택된 중재규칙에 따라 외국법을 적용할 수도 있다. 그러나 분쟁을 명백히 특정된 중재지에 회부하는 중재합의는 묵시적인 법선택이 존재하는지 여부를 결정하기 위한 하나의 요소일 수 있다.

예시 4-7

A와 B가 계약을 체결하는데, 당사자들은 계약으로부터 또는 계약과 관련하여 발생하는 모든 분쟁을 전적으로 ABC 상업회의소 규칙에 따라 X국가에서 중재에 의하여 해결하기로 합의한다. 계약규정 또는 상황으로부터 달리 제시하는 요소들이 없으면, 이 사실만으로 X국가의 법을 묵시적으로 선택하였다고 보기에는 부족할 것이다.

묵시적 법선택을 나타내는 상황

- 4.13 사안의 특정상황으로부터 법선택과 관련된 당사자들의 의도가 나타날 수 있다. 당사자들의 행위 또는 계약체결을 둘러싼 다른 요소들이 특히 의미가 있을 수 있다. 이 원칙은 관련계약의 맥락에서도 적용될 수 있다.

예시 4-8

기존 거래의 과정에서 A와 B는 그들의 계약의 준거법으로 일관되게 X국가의 법을 명시적으로 선택해 왔다. 당사자들이 기존 관행을 현재 계약에서 변경하고자 의도하였다는 점이 상황으로부터 드러나지 않는 한, 법원 또는 중재판정부는, 당해 계약에서 당사자들의 명시적인 선택이 드러나지 않아도, 당사자들이 현재 계약도 명백하게 X국가의 법으로 규율하고자 의도하였다는 결론을 내릴 수 있다.

묵시적 법선택을 인정하는 기준의 엄격함의 정도

- 4.14 묵시적인 법선택은 계약 규정이나 상황으로부터 명확하게 나타나야 한다. 이는, 그러한 선택의 강한 표지가 존재하는 결과 그 선택이 명백해야 한다는 것을 의미한다.

예시 4-9

A와 B는 특정 국가의 언어를 사용하여 작성된 계약을 체결한다. 그러나 그 계약은 그 국가 법체계의 특징적인 법률용어를 사용하지는 않는다. 다른 상황이 존재하지 않는 이상, 특정언어를 사용하는 것만으로 묵시적인 법선택을 증명하기에는 부족할 것이다.

- 4.15 준거법원칙은 절차적 쟁점, 특히 증거조사 및 묵시적 법선택을 입증하기 위한 정도와 방법에 관하여 어떠한 입장을 취하지 않는다(다만 입증책임에 관한 제9조 제1항 제(f)호 참조).

법선택의 변경

- 4.16 법선택의 변경은 명시적으로 하거나 아니면 계약 규정 또는 상황으로 명확하게 나타나야 한다. 당사자들이 명시적 또는 묵시적으로 기존에 적용되는 법이 아닌 다른 법으로 계약을 규율하고자 동의한 경우 변경이 인정된다(제2조 제3항 참조).

법선택이 없는 경우

- 4.17 당사자들의 의도가 명시적으로 드러나지 않고, 계약 규정 또는 상황으로부터 명확하게 나타나지도 않은 경우, 법선택 합의는 존재하지 않는다. 그 경우 준거법원칙은 계약의 준거법을 결정하지 않는다.

제5조 법선택의 형식적 유효성

개요

- 5.1 제5조의 목적은 법선택의 형식적 유효성을 결정하기 위한 것이다. 제5조는 당사자들의 의사가 형식적 요건으로 인하여 방해받지 않도록 지원한다는 정책적 동기에 의한 것이다(전문, 단락 1 참조).

준거법 선택의 불요식성

- 5.2 법의 선택은 형식적 요건을 따를 필요가 없다. 예컨대 서면에 의할 필요가 없고, 특정 언어로 작성되거나 증인의 진술도 필요 없다. 법의 선택을 변경하는 것도 마찬가지이다(제2조 제3항 참조). 제5조는 명시적·묵시적 법선택 모두에 적용된다(제4조 참조).

예시 5-1

A와 B가 계약을 체결하면서 구두로 X국가의 법을 준거법으로 선택하였다면, 그 선택은 형식적으로 유효하다.

예시 5-2

A와 B는 준거법에 대한 명시적 합의 없이 구두로 계약을 체결하였다. 그러나 X국가의 법을 묵시적으로 선택하였다는 것이 구두계약이나 주변 상황에서 명확하게 나타난다. X국가의 법선택은 형식적으로 유효하다.

예시 5-3

A(W국가에 영업소 소재)와 B(X국가에 영업소 소재)는 계약을 체결하고, Y국가의 법을 준거법으로 합의하였다. Z국가의 공용어로 계약이 작성되었고, 계약체결 당시 증인은 없다. Y국가 법의 선택은 형식적으로 유효하다.

국제사법의 실질규칙

- 5.3 준거법원칙의 다른 조항들과 달리, 제5조는 국제사법규칙(어느 국가의 법체계를 지정하는)이 아니라, 오히려 국제사법의 실질규칙이다. 이 규칙은 여러 이유로 정당화될 수 있다. 첫째, 당사자자치의 원칙은 국제거래를 용이하게 하기 위하여 당사자들의 준거법 선택이 형식적 요건으로 제한을 받아서는 아니 된다는 것을 지적한다. 둘째, 대부분의 법체계는 준거법 선택 조항을 포함하여 대부분의 국제상사계약을 위한 구체적인 형식을 규정하고 있지 않다(CISG 제11조, UNIDROIT 원칙 제1.2조(1문), UNIDROIT 원칙 제3.1.2조 참조). 셋째, 많은 성문법화된 국제사법이 계약의 유효성을 선호하는 정책(*favor negotii*)에 기초하여, 계약(법선택 조항을 포함하여)의 형식적 유효성과 관련하여 포괄적인 결과지향적 대체적 연결점을 사용한다(예컨대, 멕시코시티협약 제13조, 로마I규정 제11조 제1항 참조).
- 5.4 준거법원칙은 당사계약만을 위해서 만들어졌기 때문에(전문, 단락 1, 제1조 제1항) 법선택과 관련하여 모든 형식적 요건이나 소비자 또는 근로자와 같은 추정적 약자를 보호하기 위한 그 밖의 제한들을 규정할 필요가 없다.

형식적 유효성을 다루는 다른 규정들과의 관계

- 5.5 제5조는 준거법 선택의 형식적 유효성에 대해서만 규정한다. 계약(주계약)의 나머지 부분은 적어도 적용 가능한 국제사법규칙에 따른 준거법이 요구하는 형식적 요건을 따라야 한다(제9조 제2항 참조). 반면, 당사자들이 선택한 법은 주계약의 실질적 유효성은 물론 형식적 유효성을 규율한다(제9조 제1항 제(e)호 참조). 다음의 예시는 제5조, 제9조 제1항 제(e)호 및 제9조 제2항과 계약의 형식적 유효성과 관련하여 적용 가능한 구속력 있는 국제사법규칙의 관계를 설명하기 위한 것이다.

예시 5-4

당사자 A와 B는 X국가의 법을 준거법으로 하는 계약을 체결하였다. 주계약이 X국가의 법에 따라 유효하다면, 이 계약은 형식적으로 유효하다.

예시 5-5

당사자 A와 B는 계약을 체결하였고, X국가의 법을 묵시적으로 선택하였다는 것은 계약조항 또는 상황에서 명확하게 나타난다. 주계약이 X국가의 법에 따라 유효하다면, 이 계약은 형식적으로 유효하다.

예시 5-6

당사자 A와 B가 계약을 체결하였고, X국가의 법을 준거법으로 선택하였다. X국가의 법에 따르면 계약이 형식적으로 효력이 없다. 그럼에도 불구하고 적용 가능한 국제사법규칙에 따른 다른 준거법들의 어느 한 법에서 규정하는 형식적 유효성 요건에 부합한다면, 이 계약은 형식적으로 유효하다.

예시 5-7

A와 B가 계약을 체결하였고, X국가의 법을 준거법으로 하고 있다. 주계약이 X국가의 법에서 정한 형식 요건에 부합하지 않고, 적용 가능한 국제사법규칙에 따른 다른 준거법들의 어느 한 법에서 규정하는 형식적 유효성 요건에도 부합하지 않는다면, 형식적으로 효력이 없다.

- 5.6 준거법의 선택에 형식적 요건을 요하지 않는다는 제5조의 원칙은, 법의 선택은 그것이 적용되는 계약이 유효하지 않다는 근거만으로는 다룰 수 없다는 제7조와 일관성이 있다.
- 5.7 제2조 제3항은 계약 체결 후 이루어진 법의 선택 또는 변경은 계약의 형식적 유효성에 영향을 미치지 않는다고 규정한다.

이와 다른 당사자들의 합의

- 5.8 당사자들이 그들간의 법선택 조항이 특정 형식 요건을 충족할 때에만 성립한다고 합의한 때에는(예컨대 의향서 또는 양해각서에서), 이에 관한 합의는 존중되어야 한다. 또한 당사자들이 법선택 조항은 특정 형식 요건이 충족된 때가 아니면 변경될 수 없다고 합의한다면(예컨대 구두변경 금지조항), 이 합의도 존중되어야 한다(UNIDROIT 원칙 제2.1.13조, 제2.1.17조 및 제2.1.18조 참조).

제6조 법선택에 관한 합의와 서식전쟁**개요**

- 6.1 제6조는 어떤 법에 의해 당사자들이 준거법을 합의하였는지에 관한 문제를 다룬다. 제1항은 두 가지 경우를 구분하고 있다. ① 당사자들이 서로 다른 준거법을 지정하는 서식 또는 약관을 사용한 경우(제(b)호)와 ② 그 외 모든 경우(제(a)호)가 그것이다. 제2항은 원칙적으로 위 두 가지 상황에 적용될 수 있는 예외를 도입하고 있다.
- 6.2 제6조 제1항 제(a)호는 로마 I 규정(제10조 제1항) 및 멕시코시티협약(제12조 제1항)과 같은 국제적, 초국가적 또는 지역적 규범에서 확립된 국제사법규칙을 따르고 있다.
- 6.3 제6조 제1항 제(b)호는 당사자들이 상이한 준거법을 지정하는 약관을 사용한 경우에 합의하였다고 주장되는 법을 특정함으로써, 제6조 제1항 제(a)호를 이행하는 새로운 하위 규칙을 도입하고 있다. 이 새로운 하위규칙은 입법자들이 아직 해결하지 않았고, 법원도 일관되고 예측가능한 방법으로 해결하지 못하였으나 반복되어 온 문제에 대하여 명백한

해결책을 제시하여 법적안정성을 도모하고 있다. 이 규정은 당사자자치를 극대화하는 동시에 불필요한 복잡성을 피하고자 한다.

- 6.4 제6조 제2항은 로마 I 규정(제10조 제2항) 및 멕시코시티협약(제12조 제1항)과 같은 국제적, 초국가적 또는 지역적 규범에서 발견되는 조항들과 유사한 제한된 예외조항을 규정하고 있다.

합의하였다고 주장된 법의 적용

- 6.5 다른 국제적, 지역적 규범과 마찬가지로, 제6조 제1항 제(a)호는 당사자들이 선택하였다고 주장된 법이 당사자가 준거법에 관한 합의에 이르렀는지 여부를 결정한다고 규정하고 있다. 만일 그 법이 법선택 합의가 존재하고 있다고 확인하는 경우, 반대하는 당사자가 제6조 제2항에 규정된 제한된 예외에 따라 합의가 결여되었음을 입증하지 않는 이상, 그 법은 주계약에 적용된다(단락 6.28-6.29 참조).
- 6.6 제6조는 몇몇 입법례에서 사용하고 있는 ‘법의 선택의 존재와 실질적(material) 유효성’이라는 표현을 사용하지 않는다. 이러한 기술적인 문구는 국가마다 그 의미가 다를 수 있어서 선택된 법에 대한 이의제기를 조장하는 더 넓은 근거를 제공할 수 있으며, 이에 따라 준거법원칙이 규정하고자 하는 법적 확실성을 해칠 수 있다. 대신에 제6조는 “합의”라는 비기술적인 용어를 사용하여, 당사자들이 유효하게 준거법을 선택하였는지 여부에 관한 모든 쟁점을 포섭하고자 한다.
- 6.7 강박, 거짓표시, 착오와 그 밖의 동의의 하자는 이것이 주계약과 독립적으로 고려되어야 하는 당사자들의 법선택 합의에 구체적으로 영향을 미쳤다면, 당사자 일방이 ‘합의’의 부재를 주장할 수 있게 하는 근거들에 포함된다(제7조 참조). 이러한 동의에 발생한 하자의 존재 및 효과는 선택되었다고 추정되는 법에 따라 결정되거나, 제6조 제2항에서 규정하는 예외에 해당하는 경우 그 항에서 지정된 법에 따라 결정된다.

약관에서의 법선택

- 6.8 국제계약의 협상과정에서 다수의 유사한 계약을 체결하는 당사자들은 대체로 그 계약에서 사용될 표준서식이나 일반조건을 준비한다. PECL에서 널리 인정되고 있는 정의에 의하면, “계약의 일반조건이란 특정 성격의 불특정 다수의 계약을 위해 미리 마련되어 당사자간에 개별적으로 교섭이 되지 않은 조건(terms)이다”(제2:209조 제3항). UNIDROIT 원칙에 따르면 “표준약관(standard terms)은 한 당사자에 의한 일반적이고 반복적 사용을 위해

미리 준비되고, 실제로 다른 당사자와의 교섭 없이 사용되는 규정이다”(제2.1.19조 제2항). 거래를 교섭하는 통상적인 방법은 그들 각자의 표준약관을 포함하는 미리 만들어진 서식과 함께 거래에 특유한 조건을 담은 서류를 교환하는 것이다.

- 6.9 국제계약에서 당사자들은 자주 표준서식(standard forms)에 준거법 선택 조항을 포함시킨다. 준거법원칙은 준거법의 선택에 관한 합의에 특정한 형식을 요구하지 않는다(제4조 및 제5조 참조). 따라서 법의 선택은 표준서식에 의해서도 이루어질 수 있다. 만일, 양당사자가 표준약관에서 동일한 법을 지정하고 있거나, 한 당사자만 법선택 조항을 사용하고 있다면, 제6조 제1항 제(a)호가 적용되고, 이에 따라 정해진 법이 준거법 선택에 관하여 “합의”가 있었는지 여부를 결정한다. 만약, 그 법에 따라 준거법 선택의 합의가 성립된다면(단락 6.5-6.7 참조), 그 선택된 법이 준거법으로서 주계약을 규율한다.

상충된 약관에서의 법선택(서식전쟁)

- 6.10 그러나 한 당사자가 사용한 표준서식의 조건이 다른 당사자가 사용한 조건과 다를 수 있다. 약관이 서로 상충되는 경우 이를 보통 ‘서식전쟁’이라고 부른다. 실질법의 차원에서는 약관의 충돌을 해결하기 위하여 각 국가법역이 채택하는 방안은 다음 4개 중 어느 하나이다. ① 최초에 사용된 서식이 우선하다고 보는 최초발포규칙, ② 최후에 사용된 서식이 우선한다고 보는 최후발포규칙, ③ 두 표준서식 모두 무시하는 충돌배제규칙과 ④ 위 각 해결방안의 요소들을 결합한 합성해결방안이 그것이다.
- 6.11 당사자들이 국제계약에서 사용한 표준서식이 상충하는 법선택 조항을 가지고 있을 수 있다. 이러한 경우, 단락 6.10에서 언급한 방법 중 하나가 법선택 조항과 관련하여 발생한 충돌을 해결하기 위해 적용되어야 한다. 만약 당사자들이 사용한 표준서식이 다른 법들을 지정하고 있는 경우, ‘서식전쟁’을 해결하기 위해 어떠한 법이 적용되어야 하는가 하는 문제가 발생한다. 현존하는 국제적, 초국가적 또는 지역적 규범들과 대부분 국가의 국제사법은 아직까지 표준서식에서 법선택 조항이 충돌하는 상황에서 준거법의 문제를 다루고 있지 않다. 어떤 법이 적용되어야 하는지에 대하여 학설이 나뉘고, 그 중 일부는 상당히 복잡한 여러 해결책들을 제시한다. 법원은 흔히 이러한 문제를 피하거나 단순히 법정지법을 적용한다. 따라서 각자의 표준서식을 사용한 국제계약의 당사자들은 궁극적으로 어떤 법이 계약을 규율하는지를 합리적으로 예상할 수 없게 되는데 이는 분쟁이 발생한 때 중요한 문제이다.
- 6.12 각 당사자의 표준서식이 준거법 조항을 포함하고 있으나 그 조항이 각기 다른 법을 지정하고 있는 경우 충돌 문제의 해결은 그러한 법들이 서식전쟁을 상이한 방법으로 해결하는 것만큼이나 까다롭다. 제6조 제1항 제(b)호가 이러한 문제와 그 해결을 다루고 있다. 제6조

제1항 제(b)호는 이 복잡한 문제에 대해 명확하고 예상가능한 해결책을 제시하고자 하는 새로운 규칙이다. 다음의 사례는 다양한 상황에서의 이러한 해결책을 보여준다.

a) 제6조 제1항 제(b)호 전단 - 허위의 저촉

6.13 첫 번째 사례는 당사자들이 지정한 두 개의 법이 모두 서식전쟁에서 최후발포원칙을 규정하고 있는 경우이다.

사례 1

A는 청약을 하면서 자신의 표준약관을 언급한다. 그 약관에는 X국가의 법을 준거법으로 지정하는 조항이 있다. B는 청약을 승낙하면서 자신의 표준약관을 언급하는데 그 약관은 Y국가의 법을 준거법으로 지정하고 있다. 서식충돌 사례에서 X국가의 법과 Y국가의 법 모두 최후에 언급된 표준약관이 우선한다는 원칙(최후발포원칙)을 규정하고 있다.

6.14 사례 1은 제6조 제1항 제(b)호 전단의 경우에 해당한다. “당사자들이 다른 법들을 지정하는 약관을 사용하고, 그 두 개의 다른 법들에 따르면 동일한 약관이 우선하는 경우에는 그 약관에서 지정된 법이 적용된다.” 사례 1에서 당사자들은 사실 다른 법(X국가의 법과 Y국가의 법)을 지정하였으나, 두 법이 모두 최후발포원칙을 채택하고 있다. 당사자들이 지정한 두 법이 모두 서식전쟁을 동일한 기준으로 해결하기 때문에, 외관상 저촉은 허위의 저촉에 해당한다. 제6조 제1항 제(b)호에 따라, 사례 1에서는 최후로 언급된 표준약관의 법선택 조항(즉 Y국가의 법 선택)이 합의된 것으로 간주된다.

6.15 약관에서 당사자들이 최초발포원칙을 따르고 있는 국가의 법을 지정하고 있는 경우에도 동일하다. 이 경우 사례 1에서 X국가의 법이 합의된 것으로 간주된다.

b) 제6조 제1항 제(b)호 후단 - 진정한 저촉

6.16 두 번째 사례는 당사자들이 지정한 법이 서식전쟁에 대해 각각 다른 해결방안을 택하고 있는 사안이다.

사례 2

A는 청약자로 약관에서 X국가의 법을 지정하고, B는 피청약자로 Y국가의 법을 지정한다. 지정된 법 중 하나는 최초발포원칙을 채택하고 있고, 다른 하나는 최후발포원칙을 채택하고 있다.

6.17 사례 2는 당사자들이 다른 법을 지정하고, 각 법이 서식전쟁을 다른 방법으로 해결하고 있기 때문에 진정한 저촉 사안에 해당한다. 이 사례는 제6조 제1항 제(b)호 후단에 해당된다. “당사자들이 다른 법들을 지정하는 약관을 사용하고, 이러한 법들 하에서 상이한 약관이

우선하는 경우, 준거법은 지정되지 않은 것으로 한다.” 사례 2에서, 표준약관상 법선택 조항은 무시되고, 준거법은 계약적 선택이 없을 때 적용되는 법에 따라서 특정된다. 따라서 제6조 제1항 제(b)호 후단은, 국제사법 차원에서 충돌배제규칙을 채택한 것이다.

- 6.18 세 번째 사례는 당사자들이 지정한 법 양자 또는 그 중 하나가 서식전쟁에 충돌배제규칙을 채택한 경우에 발생한다.

사례 3

A는 표준약관에서 X국가의 법을 지정하고, B는 Y국가의 법을 지정한다. X국가의 법은 충돌배제규칙을 채택하고 있는 반면, Y국가의 법은 최초발포규칙이나 최후발포규칙과 같은 다른 규칙을 채택하고 있다.

- 6.19 이 경우도 제6조 제1항 제(b)호 후단의 진정한 저축에 해당한다. “당사자들이 다른 법들을 지정하는 약관을 사용하고, 이러한 법들 하에서 어느 약관도 우선하지 않는 경우” 최소한 개의 법이 충돌배제규칙을 정하고 있기 때문에, “어느 약관도 우선하지 않는 경우”에 해당하고, 두 개의 표준약관 모두 무시된다. 그 결과 준거법의 선택이 없게 된다. 사례 2에서와 마찬가지로, 준거법은 계약적 선택이 없는 경우에 적용되는 규칙에 의하여 결정되는데, 준거법원칙은 그런 규칙을 규정하고 있지는 않다.

일반적인 쟁점

- 6.20 실질법의 영역에서, 어떠한 법제에서는 서식전쟁이 발생했을 때 어떤 경우에는 위 규칙 중 하나를 적용하고, 다른 경우 또 다른 규칙을 적용할 수 있다. 이러한 법제에서 문제가 발생하게 되면, 제6조 제1항 제(b)호의 어느 약관이 ‘우선’하는가라는 결정은 일반적인 사안이 아니라 심사의 대상이 되고 있는 특정 사안의 관련 상황에 근거하여 이루어져야 한다.
- 6.21 때때로 서식전쟁에 관한 외국법의 규칙과 태도를 정확하게 결정하는 것은 어려울 수 있다. 특히 이는 외국법을 확인하는 부담이 당사자가 아니라 법원에 있는 경우에 특히 문제될 수 있다. 준거법원칙을 채택할 때, 국내적 또는 국제적 입법자들은 법원이 관련 외국법의 규칙이나 태도를 확인할 때, 만약 그들의 절차법에서 이러한 의무가 아직 부과되지 않았다면, 법원을 지원하거나 협력할 의무를 당사자들에게 부과하는 것을 고려할 수 있다. 중재의 맥락에서는, 중재합의의 계약적 성격상 당사자들은 분쟁해결에 있어 협력할 의무가 있다. 당사자들은 당해 중재규칙이 그렇게 규정하고 있는 경우에는 추가적인 협력 의무를 부담할 수도 있다.
- 6.22 몇몇 법제는 표준약관 충돌문제와 관련하여 아직 어떤 태도를 취하고 있지 않다. 적어도 관련된 법제의 하나가 이런 법제인 사건의 경우, “지정된 두 법에 따르면” (a) “동일 약관이 우선하는지” 또는 (b) “다른 약관이 우선하는지” 여부를 결정하는 것이 불가능할 것이다(제6조

제1항 제(b)호 참조}. 이 경우 아무 약관도 우선하지 않는 경우로 보아 “준거법의 선택이 없는 경우”로 다루어야 한다(제6조 제1항 (b)호 말미 참조).

준거법원칙과 CISG

6.23 물품매매계약은 표준약관의 교환을 포함하는 특히 빈번한 국제계약의 형태이다. 이러한 계약과 관련하여 CISG가 고려의 대상이 될 수 있다. CISG는 전세계 80개국 이상에서 효력이 있다. CISG의 실무적 중요성을 고려할 때, 준거법원칙과 CISG의 관계를 논의하는 것이 적절한 것으로 보인다. 이 주석서에서 CISG의 해석은 헤이그국제사법회의나 그 회원국에 의한 배타적 또는 유권적인 해석을 의미하는 것이 아니다.

6.24 다수의 사건들에서 국제매매계약의 당사자는 표준약관에서 CISG 체약국의 법을 더 구체적인 내용을 밝히지 않고 준거법으로 지정하고 있다. 지배적인 사법관행과 학설에 따르면, CISG 체약국의 법을 선택하는 것은 CISG를 준거법으로 선택하는 것을 포함한다. 또한 당사자가 CISG 체약국의 법을 약관에서 지정하면서 명시적으로 CISG를 배제하는 경우도 흔히 있는데, CISG 제6조는 이러한 가능성을 허용한다.

사례4는 국제매매계약 당사자들 사이에 빈번하게 발생하는 위 두 가지 실무를 결합한 것이다.

사례 4

A는 국제매매계약에서 표준약관에 CISG의 체약국인 X국가의 법을 준거법으로 지정한다. B는 표준계약에서 CISG의 체약국인 Y국가의 법을 준거법으로 지정하면서 명시적으로 CISG를 배제한다. Y국의 일반계약법은 충돌배제규칙을 채택하고 있다. 이 사건은 CISG 체약국의 법원에 제소된다.

6.25 CISG 제1조 이하의 규정에 따른 CISG의 적용요건이 충족되는 경우, CISG 체약국의 법원은 조약에 구속되어 CISG를 적용하여야 한다. 그러나 CISG 제6조에 따르면, 당사자들은 그 적용을 배제할 수 있다. 당사자들이 CISG를 배제하는 법선택 합의를 체결한 경우 CISG는 적용되지 않는다.

6.26 준거법원칙의 제7조는 분리가능성 원칙을 채택하고 있는데, 이에 따르면 법선택 합의는 주계약(예컨대, 매매계약)과 구별되는 별도의 계약이다. 이를 사례 4에 적용하면, 준거법원칙은 법선택 합의를 규율하는 반면, CISG는 주계약인 매매계약을 규율한다.

6.27 준거법원칙에 따르면, 사례 4의 준거법 선택의 합의와 관련된 서식전쟁은 제6조 제1항 제(b)호의 범위에 속한다. 그 이유는 아래와 같다. (a) A의 표준약관은 CISG를 포함하여 X국가의 법을 지정하고 있고, CISG 제19조는 (사법실무 및 학계의 해석에 따르면) 최후발포 또는 충돌배제규칙을 채택하고 있으며, (b) B의 표준약관은 CISG를 배제하면서 Y국가의

법을 지정하고 있고, Y국가의 법은 (일반계약법에서) 충돌배제규칙을 채택하고 있다. 이 사안에서 지정된 법 중 하나(또는 CISG의 해석에 따라서는 둘 모두)가 충돌배제규칙을 적용하고 있어 ‘우선하는 약관이 없는 경우’가 되어 결과적으로 ‘준거법이 없는 경우’에 해당하게 된다. 따라서 준거법원칙에 따라 A와 B의 표준약관의 법선택 조항, B의 약관에서 CISG를 배제하는 조항은 모두 적용될 수 없다. 그러므로 사례 4에서 당사자들의 각 약관에 기재된 법선택 조항들은 적용되지 않고, 매매계약은 CISG에 의해 규율될 것이다.

제한된 예외 조항

- 6.28 어떠한 상황에서는 제6조 제1항에서 규정하는 바와 같이 당사자가 준거법 선택에 동의했는가의 여부를 준거법으로 주장된 법에 근거하여 결정하여서는 아니 된다는 점이 널리 받아들여진다(로마 I 규정 제10조 제2항). 이런 목적에서 제6조 제2항은 예외규정을 두고 있다. 제6조 제2항은 두 가지 조건이 동시에 충족되는 경우에 적용된다. 첫째 요건은 “그 상황 하에서 제1항에 의하여 명시된 법에 따라 그러한 결정을 하는 것이 합리적이지 않은 것”이다. 그리고 둘째 요건은 (예를 들어 강박, 사기, 또는 계약 성립 과정에서 침묵을 이유로) 이 규정의 적용을 주장하는 당사자가 영업소를 가지고 있는 국가의 법에 따라 법선택에 관한 유효한 합의가 성립될 수 없을 것이다.

예시 6-1

X국가에서 설립된 A는 Y국가에서 설립된 B에게 청약을 한다. 청약에는 X국가의 법을 지정하는 법선택 조항이 포함되어 있다. X국가의 법에 의하면 청약을 받은 자의 침묵은 승낙으로 간주된다. Y국가의 법에 의하면 침묵은 승낙을 구성하지 않는다. B는 준거법의 선택에 동의하지 않았음을 주장하기 위해 Y국가의 법을 원용할 수 있다. 법원이나 중재판정부는, B가 이러한 “상황”에서 X국가의 법에 따라 법선택에 대한 합의에 동의하였다고 보는 것이 “합리적이지 않다”고 판단한다면 Y국가의 법을 적용할 것이다.

예시 6-2

X국가에서 설립된 A는 Y국가에서 설립된 B에게 청약을 한다. 위 청약은 X국가의 법을 준거법으로 지정하고 있다. B는 경제적 강박의 상황에서 청약을 승낙하였다. 이러한 경제적 강박은 X국가의 법에 의하면 동의를 무효로 하지 않는다. 그러나 Y국가의 법에 의하면, 이러한 경제적 강박은 법선택에 대한 B의 동의를 무효로 할 수 있다. 법원이나 중재판정부는, B가 이러한 상황에서 X국가의 법에 따라 법선택에 대한 합의에 동의하였다고 보는 것이 “합리적이지 않다”고 판단한다면 Y국가의 법을 적용할 것이다.

- 6.29 제6조 제2항은 제6조 제1항 제(a)호의 예외이다. 그것은 제6조 제1항 제(b)호의 전단에 속하는 사안에 매우 드물게 적용되어야 한다. 제6조 제1항 제(b)호의 후단에 해당하는 사안은 준거법원칙이 충돌배제규칙을 적용하므로 ‘준거법의 선택이 없는 경우’가 되고 따라서 제6조 제2항이 적용되지 않는다.

제7조 분리가능성

개요

- 7.1 제7조는 분리가능성의 원칙을 도입하고 있다. 이는 법선택 합의가 그 합의를 포함하는 계약 또는 그 합의가 적용되는 계약과는 독자적이고 독립적이라는 것을 의미한다. 따라서 계약이 무효가 된다고 하여 법선택 합의도 반드시 무효가 되는 것은 아니다. 오히려 당사자들이 선택한 법은 그 합의 자체가 독립적으로 평가할 때 무효가 아닌 이상, 주계약의 무효에 따라 결정되어야 하는 쟁점에 적용된다. 당사자들의 준거법 선택이 영향을 받지 않는 경우, 주계약의 무효, 부존재 또는 효력이 없다는 주장은 당사자들이 선택한 법에 따라 판단된다.

주계약과 별개로 취급되는 당사자의 법선택

- 7.2 법의 선택은 당사자의 합의에 기초한다. 이러한 합의는 그것이 적용되는 계약과 구별되는 주제이며 독자적인 성격을 갖는다. 이는 국제적 또는 유럽 규범이 채택하는 접근방법과 일치한다. 예컨대, 로마 I 규정 제10조에 따르면 당사자들의 준거법 선택은 주계약의 유효성과 자동적으로 결부되지 않는 독립적인 평가에 따라야 한다.

예시 7-1

X국가의 법에 따라 착오를 이유로 계약이 무효라고 판단된다. 법선택 합의의 유효성은 예외적으로 동일한 착오가 그 합의에 영향을 미치지 않은 이상 영향을 받지 않는다.

예시 7-2

A와 B는 X국가의 법을 선택하는 조항을 포함하는 계약을 체결한다. A는 계약에 따른 이행을 주장한다. B는 당해 계약이 주요 계약으로서 주주총회에서 주주들의 승인을 받았어야 하는데 주주총회가 개최되지 않았더라면, X국가의 상법에 따라 계약이 무효라고 주장한다. 만일 계약이 무효라고 판단된다고 하여 당사자들의 준거법 선택의 합의가 자동적으로 무효가 되는 것은 아니다. 준거법 선택 합의의 유효성은 이와 별도로 제기되고 고려되어야 한다.

규칙의 범위

- 7.3 법선택 합의는 통상 주계약에 포함되지만, 주변 상황으로 유추될 수 있고, 또는 주계약 전에, 동시에 혹은 후에 별도의 규범으로 체결될 수 있다(제4조 참조). 제7조의 핵심은 법선택 합의가 계약의 일부인 때에도 그 합의가 주계약과 별도로 판단되어야 한다는 것이다. 이는 법선택 합의는 주계약의 무효, 부존재 또는 효력이 없다는 주장에 의하여 영향을 받지 않는다는 것을 의미한다. 그러나 당사자들이 계약을 체결하지도 않았다고 주장하는

경우에 분리가능성의 원칙은 법선택 합의가 존재하는 것으로 보이는 경우에만 적용된다. 법선택 합의의 존재 및 유효성은 준거법원칙의 규정, 특히 제4조부터 제6조와 제9조에 따라 평가되어야 한다.

- 7.4 준거법원칙은 제1조 제3항에서 규정하는 일부 쟁점들의 준거법을 다루지 않는다. 이러한 몇몇 쟁점(특히, 자연인의 능력에 관한 제1조 제3항 제(a)호와 회사 또는 그 밖의 집합기구 및 신탁에 관한 제1조 제3항 제(c)호가 다루는 쟁점)은 법선택 합의의 유효성을 결정하는 요소와도 관련될 수 있다.

널리 인정되는 규칙으로서의 분리가능성/분할가능성

- 7.5 문헌상 ‘분리가능성’(severability)이란 용어는 법선택 합의의 기초가 되는 주계약이 무효로 판단되었을 때 법선택 합의의 ‘생존’을 위해 사용되는 잘 이해되는 의미를 가진다. 이는 승인된 기술적 개념이고, 그런 이유로 채택되었다. 영어 외의 언어에서는 ‘분리가능성’에 대응하는 용어는 없고 ‘분할가능성’(separability)으로 번역된다. ‘분할가능한’, ‘독립적인’, ‘독자적인’이라는 용어는 중재 및 법정지 선택 조항을 다루는 문헌에서 사용된다.
- 7.6 법원선택 합의의 분리가능성은 2005년 헤이그관할합의협약 제3조 제(d)호에서 사용되었다. 준거법원칙 제7조의 분리가능성은 지역적, 국제적 규범뿐만 아니라 많은 국가에서도 채택하고 있는 해결방법과 일치한다.
- 7.7 중재에서 ‘분리가능성’, ‘독립성’, ‘독자성’의 원칙은, 주계약의 무효를 주장하면서 중재판정부의 권한에 대한 이의를 할 때 법원이 이를 기각하면서 의지하는 것이다. 이 원칙은 뉴욕협약의 당사국에서 널리 인정되고 있고, 많은 국제적 또는 기관 중재규칙들뿐만 아니라 UNCITRAL 모델법 제16조 제1항에서도 명시적으로 채택되었다.

당사자의 준거법 선택은 “그것이 적용되는 계약이 유효하지 않다는 이유만으로는 다룰 수 없음”

- 7.8 부사 ‘solely’는 주계약의 형식적 또는 실질적 무효가 자동적으로 법선택 합의의 무효로 귀결되지는 않는다는 것을 의미하다. 법선택 합의는 그것에 특별하게 영향을 미친 근거들에 의해서만 무효라고 선언될 수 있다.
- 7.9 당사자의 준거법 선택이 주계약의 무효에 의하여 영향을 받는지 여부는 특정한 상황에 따라 달라질 수 있다. 예컨대 당해 상황으로 보아 주계약과 법선택 합의 모두에 동의가 결여되었음이 증명된 것이 아니라면, 주계약에 대한 당사자의 동의를 다투는 주장이 법선택 합의에 대한 동의에 필연적으로 영향을 미치는 것은 아니다.

예시 7-3

A와 B는 X국가의 법을 준거법으로 하는 합의를 포함하는 계약을 체결한다. A는 계약에 따라 이행하였다. X국가의 법에 의하면 계약은 동의가 결여되어 무효이다. 이 사안의 상황에서, 동의를 결여가 X국가의 법을 선택한 것에까지 영향을 미친다고 할 수는 없다. 따라서 X국가의 법은 특히 계약의 전부 또는 일부의 이행 후 발생하는 원상회복의무를 비롯하여 계약 무효에 따른 후속절차 등을 결정하는 데 적용된다.

법선택 합의와 주계약 양자에 영향을 미치는 하자

- 7.10 어떤 상황에서는 당사자들의 법선택 합의가 합의 및 그 합의가 적용되는 계약 양자에 적용되는 하자로 인해 영향을 받을 수 있다. 이는 특히 계약과 법선택 합의가 별개라고 하더라도, 동일한 기망에 의해 오염된 경우 또는 당사자 중 일방이 계약을 체결할 능력이 결여(주계약을 체결할 수 없는 미성년자는 법선택 합의도 체결할 수 없다)된 경우에 문제된다. 그러나 준거법원칙은 자연인의 능력의 준거법은 다루지 않는다는 점을 유념하여야 한다(제1조 제3항 참조).

예시 7-4

A가 B에게 뇌물을 공여하였다거나, A가 능력이 결여되었다는 이유로 계약이 무효로 판단된다. 계약에 포함된 법선택 합의도 무효이고, 또는 체결 당시 같은 하자에 의해 영향을 받았다면 이 역시 무효이다.

- 7.11 법선택 조항은 주계약의 무효를 초래하는 하자가 그 성질상 필연적으로 이 조항에까지 미치는 경우 영향을 받는다. 이러한 경우 주계약의 무효는 다른 조항들, 가령 동일 계약에 포함된 법원선택 합의나 중재합의에까지 영향을 미칠 것이다.

제8조 반정(反定)의 배제

개요

- 8.1 준거법원칙은 당사자자치를 규정하고 당사자들이 그들의 계약을 규율할 준거법을 선택할 수 있도록 허용한다. 제8조는 당사자들이 선택한 준거법이 그 국가의 국제사법규범을 포함하는지 여부의 문제를 다룬다. 어떤 경우, 다른 국가(이 경우 선택된 국가)의 국제사법규칙을 적용하면 다시 법정지법이나 제3국법을 지정할 수 있다. 이러한 현상을 ‘반정’이라 한다.
- 8.2 제8조는 당사자들의 법선택은 선택한 법의 국제사법규칙의 적용을 배제하는 것으로 해석하는 원칙을 맨 앞에 두고 있다. 제8조의 일반규칙은 의도하지 않은 반정의 가능성을 배제하고

그럼으로써 당사자들의 잠재적인(likely) 의사에 부합한다.

- 8.3 그럼에도 불구하고, 당사자자치의 개념에 따라 제8조는, 당사자들이 *명시적으로* 그렇게 하는 경우에는, 당사자들이 예외적으로 법선택 합의에 선택된 법의 국제사법규칙을 포함하는 것을 허용한다.
- 8.4 제8조에서 사용된 바와 같이 ‘국제사법규칙’이라는 용어는 준거법을 결정하는 규칙에 한정된다. 이는 국제재판관할, 절차 또는 외국판결의 승인에 관한 규칙은 포함하지 않는다.

반정의 배제

- 8.5 제8조는 당사자들이 명시적으로 달리 정하지 않는 한, 일반적으로 법의 선택은 선택한 법의 국제사법규칙을 포함하지 않는다고 규정한다. 준거법원칙은 “‘법’이라는 용어는 법선택 규칙을 제외한 국가의 유효한 법을 의미한다”고 규정하면서 반정의 가능성을 배제하는 헤이그협약들과 일치한다(2007년 헤이그의정서 제12조). 다른 국제적 또는 지역적 규범들도 일반적으로 반정의 가능성을 배제한다(멕시코시티협약 제17조, 로마 I 규정 제20조). 헤이그협약들 중 반정을 허용하는 소수의 예외는 협약이 그 적용을 비체약국에도 확장하는 때에 한정된다(1989년 헤이그상속협약 제4조 및 제17조, 1978년 헤이그부부재산제협약 제4조 제2항 제(b)호 참조).

예시 8-1

A와 B는 “당사자들은 X국가의 법이 계약을 규율하는 것에 동의한다”고 규정하는 계약을 체결한다. 이 규정은 X국가의 실질법만을 지정하고 국제사법규칙은 제외하는 것으로 해석된다.

- 8.6 준거법원칙은 모델로서 역할을 하고, 국제사법의 국제적 통일성에 기여하기를 열망하면서 당사자들이 명시적으로 달리 규정하지 않는 이상 반정의 가능성을 배제한다. 이러한 예외는 당사자들의 예측과 다른 법이 적용될 가능성을 막아 당사자들의 의도를 존중하고, 불확실성과 예측불가능성을 피하고자 하는 것이다. 당사자들이 법선택 합의를 하는 이유 중의 하나는 국제사법규칙을 통해 준거법을 적용하는 데 있어 생기는 불확실성을 피하기 위한 것이다. 표준적인 법선택 조항이 선택된 법의 국제사법규칙까지 포함한다고 해석된다면 이러한 불확실성은 피하기 어렵다. 제8조의 기초를 이루는 사고는 (제한된) 당사자자치를 허용하는 헤이그협약들의 규정(2007년 헤이그의정서 제7조, 제8조와 제12조, 1989년 헤이그상속협약 제5조, 제6조와 제17조, 1986년 헤이그매매협약 제7조와 제15조, 1978년 헤이그부부재산제협약 제3조~제5조 참조)과 일치한다.
- 8.7 제8조는 당사자들이 CISG와 같은 국제적, 초국가적, 지역적 통일법 규범을 준거법으로 선택하여, 그 규범의 영토적·실질적 적용범위 밖의 계약을 규율하도록 하는 것을 막지

않는다(CISG 제1조 제1항 a호와 b호, 제2조와 제3조)(제3조에 대한 주석 참조). 이때의 영토적·실질적 범위는 제8조에서 규정하는 선택한 법의 국제사법규칙과는 확실히 구별되어야만 한다.

- 8.8 반면에, 당사자들이 선택한 규범, 또는 비국가적 법(제3조 참조)이 특정 장소의 법이나, 법정지법을 지정하는 경우, 그 지정을 따라야 한다.

예시 8-2

A와 B는 다음과 같은 조항을 포함하는 계약을 체결한다. “이 계약은 UNIDROIT 원칙에 의해 규율된다”. UNIDROIT 원칙에 따르면, 지급하지 못하였을 때의 이자율은 어떤 상황 하에서는 지급 통화 소속국법에 따라 확정된다(UNIDROIT 원칙 제7.4.9조 제2항). 이러한 지정에 따라 지급 통화 소속국법이 적용되어야 한다.

국제사법규칙의 명시적 포함

- 8.9 위에 있는 일반론적인 해석에도 불구하고, 제8조는 당사자들이 명시적으로 국제사법규칙을 포함하여 준거법을 선택할 수 있다고 규정한다. 이 규정은 국제사법규칙을 통해 적용될 실질법을 간접적으로 선택하고자 하는 당사자의 명시적인 의사를 존중하는 것으로 당사자 자치를 따른 것이다. 이 원칙은 중재에서 확립되어(UNCITRAL 모델법 제28조 제1항 참조) 소송절차에까지 확장되었다. 이는 현행 헤이그협약들과 다른 규범들이 국제사법규칙을 포함시킬 가능성을 남겨두지 않으면서 (제한된) 당사자자치를 허용하는 것과 다르다(단락 8.5 및 8.6 참조).

예시 8-3

계약에서 “이 계약은 국제사법규칙을 포함하여 X국가의 법에 의해 규율된다”고 규정하고 있다. 이 경우 적용되는 실질법은 X국가의 국제사법에 따라 결정될 것이다.

제9조 선택된 법의 범위

개요

- 9.1 제9조의 목적은 당사자들이 선택한 법의 범위를 규정하는 것이다. 그 구조는 다음과 같다. 첫째, 제9조는 당사자들이 선택한 법이 그들의 계약관계의 모든 측면을 규율한다는 일반원칙을 규정한다. 둘째, 그 법에 의해 규율되는 주요 쟁점들의 예시적 목록을 제시한다. 셋째, 계약의 형식적 유효성을 지지하기 위해 국가가 연결점을 추가할 수 있다고 명시한다.

- 9.2 제9조는 당사자들이 달리 합의하지 않는 이상, 선택된 준거법이 계약의 모든 사항을 규율한다는 원칙에 기초한다. 계약은 그 성립부터 종료까지 당사자들이 선택한 준거법에 의해 규율되어야 한다. 이러한 접근방법은 법적 안정성과 결과의 통일성을 도모함으로써 법정지 쇼핑의 유인을 감소시킨다. 분쟁을 해결하는 법원 또는 중재판정부와 상관 없이, 계약관계의 모든 측면에 적용되는 법은 당사자들이 선택한 법일 것이다.
- 9.3 제2조 제2항 제(b)호의 해석상 ‘모든 사항’에 대한 언급이 당연히 당사자들로 하여금 계약의 각기 다른 부분에 다른 법을 선택하거나 제9조 제1항에 언급된 사항들 중 하나 또는 둘 이상 예컨대, 계약의 해석에 관하여 별도의 법을 준거법으로 선택하는 것을 막지는 않는다.
- 9.4 제9조 제1항은 당사자들이 선택한 법이 규율하는 7가지 쟁점을 포함한다. “포함하고, 이에 한정되지 않는다”는 용어는 위 목록이 예시적이고 망라적이지 않다는 것을 의미한다. 위 7개의 특정 쟁점을 언급하는 이유는 두 가지이다. 첫째, 이 목록은 어떤 계약에서든 가장 중요한 사항들을 포함하고 있다. 예를 들면 제(a)호와 제(b)호, 즉 해석, 계약으로부터 발생하는 권리와 의무의 경우이다. 둘째, 위 목록은 준거법원칙을 적용할 때 몇몇 쟁점이 성질상 계약적인 것으로 결정되어, 법정지법이나 손해발생지법(*lex loci damni*)과 같은 다른 법이 아닌 당사자들이 선택한 준거법에 의해 규율된다는 것을 분명히 한다. 예를 들면 제9조 제1항 제(d)호의 소멸시효와 제척기간, 제9조 제1항 (f)호의 입증책임과 법률상의 추정 및 제9조 제1항 제(g)호의 계약체결 전의 의무와 같은 경우이다. 이는 이러한 쟁점들의 법적 성질을 통일적으로 결정하는 것을 보장하고 따라서 결과의 통일성을 촉진한다.

특정 영역

- 9.5 제9조 제1항 제(a)호에 언급된 *해석*과 제9조 제1항 제(b)호에 언급된 *계약으로부터 발생하는 권리와 의무*는 아마도 실무상 가장 의미 있는 쟁점이며, 당사자들이 선택한 준거법에 의해 규율되는 쟁점의 핵심일 것이다. 선택된 준거법은 계약에서 사용된 단어와 용어가 어떤 의미가 있는지 결정한다. 계약에서 사용된 단어의 의미가 불명확할 때, 그 의미는 당사자들이 선택한 법의 해석준칙에 따라 결정되어야 한다. 준거법은 또한 특히 계약에서 당사자의 권리와 의무에 대해 명시적으로 규정하고 있지 않은 경우 이들을 결정한다. 준거법원칙은 계약에만 적용되기 때문에 *권리와 의무*라는 개념은 계약 당사자 사이에 발생할 수 있는 비계약적인 쟁점들이 아니라 *계약적 권리와 의무*를 언급하는 것으로 이해되어야 한다(다만, 단락 9.12 참조).
- 9.6 제9조 제1항 제(c)호는 *계약의 이행과 손해산정을 포함한 불이행의 결과*를 언급한다. 당사자들이 선택한 법은 그 법 또는 계약으로부터 발생하는 의무의 이행을 위한 조건(예컨대, 주의의무의 기준, 이행의 장소와 시기 또는 이행책임 있는 당사자가 아닌 타인이 이행할 수 있는 의무의

범위)을 규율한다(M. Giuliano and P. Lagarde, “계약채무의 준거법에 관한 협약의 보고서”, 1980 OJ C. 282, 32면 참조. Giuliano-Lagarde 보고서). 준거법은 불이행의 면책 또는 손해의 산정을 포함하여 이러한 전부 또는 일부의 의무 불이행에 따른 결과를 규율한다.

- 9.7 손해산정을 포함한 불이행의 결과에 대한 언급은 실체규칙의 언급이다. 즉, 불이행의 결과에 대한 쟁점은 그것이 실체법에 의해 규율되고, 법정지법 또는 중재지법에 의해 법원에 부여된 권한의 범위 내에서 포함된다(1986년 헤이그매매협약 보고서, 42-42면, Giuliano-Lagarde 보고서, 32면 참조). 따라서 불이행에 대한 구제, 예컨대 손해배상과 그 금액의 결정, 특정이행, 원상회복 청구, 손해 경감의무 위반에 따른 감액 또는 위약벌 조항의 유효성은 당사자들이 선택한 법에 의해 규율된다.
- 9.8 제9조 제1항 제(d)호는 채무를 소멸시키는 다양한 방법, 소멸시효와 제척기간을 언급한다. 당사자들이 선택한 법은 시간의 경과에 따른 소멸시효 또는 제척기간을 포함하여 채무를 소멸시키는 모든 방법을 규율한다. 따라서 선택된 법은 제척기간과 소멸시효의 기산, 계산과 연장 및 이로 인한 효과 즉, 채무자를 위한 항변사유를 제공하는지 또는 채권자의 권리와 소권을 소멸시키는지를 결정한다. 당사자들이 선택한 법은 법정지법에서 이를 어떻게 성질결정하는지에 관계없이 위 사항을 규율한다. 이는 결과의 조화와 법정 안정성을 보장한다(1986년 헤이그매매협약 제12조 제(g)호, 로마규정 제12조 제1항 제(d)호 참조).
- 9.9 제9조 제1항 제(e)호는, “무효(null)”, “무효인(void)” 또는 “효력 없음(invalid)” 등 어떠한 용어를 사용했는가와 관계없이 *계약의 유효성과 무효의 결과*를 언급한다. 당사자들이 선택한 법은 계약의 성립, 유효성의 조건과 해제 근거를 결정한다. 그 법에 따라 계약이 무효거나 효력이 없다면, 그 결과 예컨대 원상회복의무 또는 손해배상액의 지급 또한 그 법에 의해 규율된다. 단락 5.5도 참조하라.
- 9.10 제9조 제1항 제(e)호는 제7조(법선택 조항의 분리가능성)와 밀접하게 관련된다. 제7조에 따르면, 준거법의 적용 결과 주계약이 무효라고 판단되어도 법선택 조항은 유효일 수 있다. 제9조 제1항 제(e)호는 이러한 경우 계약의 무효에 따른 결과도 여전히 당사자들이 선택한 법에 의해 규율된다는 것을 분명히 한다.
- 9.11 제9조 제1항 제(f)호는 *입증책임과 법률상의 추정*을 언급한다. 준거법원칙은 증거와 절차적 문제에는 적용되지 않는다. 그러나 당사자들이 선택한 법은 법률상 추정과 입증책임에 적용된다. 다른 국제적 규범과 마찬가지로, 준거법원칙은 이들 쟁점이 절차적 쟁점이 아니라 실체적 쟁점이라고 그 법적 성질을 결정한다(1986년 헤이그매매협약 제12조 제(g)호, 로마 I 규정 제18조 제1항 참조). 법률상 추정과 입증책임을 결정하는 규칙은 당사자들의 의무를 명확히 하는 데 기여하고, 따라서 계약을 규율하는 법과 불가분적으로 연결된다. 나아가, 이러한 쟁점에 대한 통일적인 성질결정은 결과의 조화 및 법적 안정성을 보장한다.

반대로, 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 입증의 정도와 방법 또한 배제된다.

- 9.12 마지막으로, 제9조 제1항 제(g)호는 *계약체결 전의 의무*를 언급한다. 준거법원칙에 따르면, 당사자들이 선택한 법은 계약의 체결과정에서 발생하는 당사자들의 권리와 의무 및 그 기간 동안 당사자가 제공한 정보 또는 확약 등에 따른 책임을 규율한다. 따라서 계약이 일단 당사자 사이에서 체결되면, 계약체결 이전의 거래과정에서 발생한 의무는 계약의 준거법에 의해 규율된다. 그러나 계약이 체결되기 전에, 당사자들은 계약교섭의 준거법을 선택할 수 있고, 또한 예컨대, 이러한 교섭이 예기치 못하게 결렬되는 경우에 발생하는 책임에 대해서도 준거법을 선택할 수 있다.

형식적 유효성

- 9.13 제9조 제2항은, 선택된 법이 계약의 유효성을 규율한다고 규정하는 제9조 제1항 제(e)호가 계약의 형식적 유효성의 근거가 되는 “다른 준거법”의 적용을 배제하지 않는다고 규정한다. 여기에서 “다른 준거법”은 법정지가 따르거나 중재판정부가 적용하는 국제사법규칙에 의하여 결정된다. 따라서 제9조 제2항은 대부분의 성문화된 국제사법과 협약에서 통용되는 *favor negotii* 원칙에 의하여 동기가 부여되고 이를 추구하는 것이다. 이 정책은, 열거된 여러 법 중 어느 것이든 방식에 관하여 계약의 유효성을 인정하는 법의 적용을 허용함으로써 (대체적 연결점) 되도록 계약을 유효하게 해석하려는 국제사법규칙에 반영되어 있다. 열거된 법은 통상 계약체결지법, 당사자의 주소지법 또는 계약체결 시 당사자들 또는 각 당사자의 대리인 소재지법 등을 포함한다. 제9조 제2항은 계약의 방식이 선택된 준거법에 따라 유효하지 않을 때 법원 또는 중재판정부가 다른 법을 이용하는 것을 허용한다. 그럼에도 불구하고, 일단 계약의 준거법이 정해지면, 준거법의 어떠한 변경도 계약의 형식적 유효성에는 영향을 미치지 않는다(제2조 제3항 참조). 또한 단락 5.5를 참조하라.

제10조 양도

개요

- 10.1 제10조는 양도거래에서 중요한 쟁점에 적용되는 법을 결정하는데, 이때의 양도거래에서

당사자들의 권리와 의무는 당사자가 각기 다른 두 개(또는 그 이상)의 계약에 의해 규정되고, 그러한 계약은 각기 다른 법선택 합의를 포함하기도 한다.

- 10.2 준거법원칙은 당사자자치를 충분히 존중하지만, 그럼에도 당사자들의 권리와 의무가 각기 다른 당사자가 체결한 두 개 또는 그 이상의 관련 계약에 의해 결정되고, 이러한 계약이 각기 다른 법선택 합의를 포함하는 채권양도와 같은 거래에서 특정 쟁점의 준거법을 결정함에 있어서는 어려운 문제들이 발생한다. 이러한 문제는 채권양도(양도 대상인 채권은 어떤 국가의 법에 의해 규율되는 한편 양도계약 자체는 다른 국가의 법에 의해 규율되는 경우)뿐만 아니라 대위 또는 위임의 맥락에서도 발생한다. 그러한 복잡한 상황 중에서 준거법원칙은 채권양도에 초점을 맞추는데 그 이유는 채권양도가 국제상사실무에서 중요하고 빈발하는 거래이기 때문이다.
- 10.3 채권양도와, 이와 유사하게 계약이 중첩되는 복합적 계약은, 각 계약을 별도로 고려할 때에는 준거법 결정과 관련하여 특이한 문제를 제기하지 않는다. 그러나 이러한 계약에서, 특히 각기 다른 법에 의해 규율되는 경우에는 계약들 간의 교차지점에서 발생하는 사항들의 준거법을 결정함에 있어서는 어려운 문제들이 있다. 양수한 계약에 기초하여 양수인이 채무자에 대하여 권리를 주장하는 경우 양수인의 권리는 양수된 계약과 양도계약 모두에서 발생하는 것인데 위 두 계약의 당사자들은 각기 다른 법에 의해 그 계약이 규율되는 것으로 합의하였을 수 있다.

사례

채권자와 채무자 사이에 체결된 계약(계약 1)에 따라, 채권자는 채무자에 대하여 일정 금원에 대한 권리를 가지고 있다. 계약 1은 X국가의 법에 따라 규율되고, 준거법원칙에 의하면 이러한 준거법의 지정은 유효하다. 채권자와 양수인 사이에 체결된 계약(계약 2)에 따라, 채권자는 계약 1에 따라 채무자에 대하여 가지는 권리를 양수인에게 양도하였다. 계약 2는 Y국가의 법에 따라 규율되고, 준거법원칙에 의하면 이러한 준거법의 지정은 유효하다. 위 두 계약의 결과, 양자를 함께 고려할 때, 양수인은 채무자에 대하여 권리를 갖게 된다.

- 10.4 위 사례에서, 양수인은 계약 1의 당사자가 아니고 그 계약의 법선택에 관여하지 않았다. 마찬가지로 채무자는 계약 2의 당사자가 아니고 그 계약의 법선택에 관여하지 않았다. 따라서 두 계약의 결합에 의하여 성립하는 당사자들 사이의 관계에 적용되는 법이 단순히 당사자들의 법선택에 효력을 부여하는 것만으로 결정될 수 있다고 말할 수는 없다. 따라서 채무자와 채권자/양도인 사이의 계약을 규율하는 법이 채권자/양도인과 양수인 사이의 계약을 규율하는 법과 다를 때, 어떠한 법이 채무자, 양도인과 양수인 사이의 관계의 어떠한 측면을 규율하는지와 관련하여 잠재적인 혼란이 발생할 수 있음을 고려하면, 법선택이 채권양도거래에서 어떻게 작용하는지를 조사하는 것은 유용하다.
- 10.5 준거법원칙은 당사자자치를 승인하여 당사자들로 하여금 계약의 준거법을 선택하도록

허용하여 사례의 계약 1은 (그 계약 당사자의 선택에 따라) X국가의 법에 의해 규율되고, 계약 2는 Y국가의 법에 의해 규율되도록 하지만, 당사자자치에 대한 준거법원칙의 존중은, 서로 계약을 체결하지 않았고 이에 관한 준거법을 선택하지 않은 당사자들(채무자와 양수인과 같이)의 관계에서 문제되는 쟁점들의 준거법에 관하여는 우리에게 별로 알려주는 바가 없다. 채권자와 양수인은 Y국가의 법을 계약 2의 준거법으로 선택하였으나, 채무자는 그 적용에 동의하지 않았다. 마찬가지로, 채무자와 채권자는 X국가의 법을 계약 1의 준거법으로 선택하였으나, 양수인은 그 적용에 동의하지 않았다. 따라서 두 계약의 교차에 의하여 성립한 채무자와 양수인 사이의 관계에 X국가의 법 또는 Y국가의 법 중 어느 하나를 적용하는 것을 단순한 당사자자치의 적용이라고 할 수는 없다.

- 10.6 따라서 준거법원칙은 서로 계약을 체결한 당사자들 사이의 관계에 적용할 법을 선택하는데 있어 당사자자치의 원칙을 존중하지만, 당사자들이 서로 계약을 체결하지 않아 당사자들의 공동의 선택이 진정한 의미가 없는 경우 어떠한 법을 적용해야 할지에 관하여 원칙이 필요하다. 제10조는 이에 관한 규칙을 규정하고 있다.

채권양도에 의하여 발생하는 쟁점들을 해결하기 위한 준거법원칙의 내용과 적용

- 10.7 제10조는 두 가지 원칙에 기초한다. (1) 두 당사자 사이에 권리와 의무는 그 사이에 체결된 계약에서 발생하므로 그 계약의 준거법에 의해 규율되어야 한다. 그리고 (2) 계약상 의무는 그 의무를 발생시킨 계약의 준거법에 의해 규율되어야 하고, 이는 그 의무에 관한 채권자가 제3자에게 그 권리를 양도한 경우에도 마찬가지이다. 이 두 개의 원칙을 채권양도에서 발생하는 관계에 적용하면 그 결과는 제10조 제(a)호 및 제(b)호의 규칙과 같다.
- 10.8 첫째, 제10조 제(a)호에 따라, 양도인과 양수인이 양도계약에서 선택한 법은 그 계약에서 발생하는 상호간의 권리와 의무를 규율한다. 이는 계약 당사자 사이의 권리와 의무는 그 계약의 준거법에 의해 규율되어야 한다는 원칙을 적용한 것이다.

예시 10-1

위 사례에서, 계약 2에서의 채권자와 양수인 사이에 발생하는 계약상 의무와, 채권자와 양수인 사이에 체결된 계약 2에서 채권자가 양수인에게 계약 1에서의 권리를 유효하게 양도하였는지 여부는 Y국가의 법에 의하여 결정된다.

- 10.9 둘째, 제10조 제(b)호 제(i)목에 따르면, 채무자와 채권자가 채무를 발생시키는 계약에서 준거법을 선택한 경우, 그 법이 채무자에 대하여 양도가 주장될 수 있는지 여부를 결정한다. 이는 계약상 의무는 그 의무에 관한 채권자가 제3자에게 권리를 양도한 경우에도 그 의무를 발생시킨 계약의 준거법에 의해 규율된다는 원칙을 적용한 것이다.

예시 10-2

위 사례에서, 양수인이 채무자에게 계약 1에서의 채권자의 권리를 주장할 수 있는지 여부(계약 1의 양도금지 조항의 효력 결정을 포함하여)는 X국가의 법에 의하여 결정된다.

- 10.10 셋째, 제10조 제(b)호 제(ii)목에 따르면, 채무자와 채권자가 채무를 발생시키는 계약에서 준거법을 선택한 경우, 그 법이 채권양도의 결과로 발생하는 양수인의 채무자에 대한 권리를 규율한다. 이 또한 계약상 의무는 그 의무에 관한 채권자가 제3자에게 권리를 양도한 경우에도 그 의무를 발생시킨 계약의 준거법에 의해 규율된다는 원칙을 적용한 것이다.

예시 10-3

위 사례에서, 양수인이 채무자에 대하여 채권양도를 주장할 수 있다고 가정하는 경우, 채무자의 양수인에 대한 채무의 성질과 그 범위는(채무자가 채권자에게 주장할 수 있었던 항변사유를 양수인에게는 주장할 수 없다는 법리의 효력을 결정하는 것을 포함하여) X국가의 법에 의하여 결정된다.

- 10.11 넷째, 제10조 제(b)호 제(iii)목의 규정에 따르면, 채무자와 채권자가 채무를 발생시키는 계약에서 준거법을 선택한 경우, 그 법이 채무자의 권리가 소멸하였는지 여부를 규율한다. 이 역시 계약상 의무는 그 의무에 관한 채권자가 제3자에게 권리를 양도한 경우에도 그 의무를 발생시킨 계약의 준거법에 의해 규율된다는 원칙을 적용한 것이다.

예시 10-4

위 사례에서 양수인이 채무자에 대하여 채권양도를 주장할 수 있다고 가정하는 경우, 채무자의 권리가(채무자의 이행 또는 기타 사유로) 소멸하였는지 여부는 X국가의 법에 의하여 결정된다.

국제적인 선례

- 10.12 양도된 채권의 준거법에 관한 문제는 UN 채권양도협약에 규정되어 있다. 이는 또한 로마 I 규정과 UNCITRAL 담보거래지침에도 규정되어 있다. 제10조는 위 선례들에 부합한다. UN 채권양도협약(제28조 제1항)과 UNCITRAL 담보거래지침(권고 216)는 양도인과 양수인 사이의 쟁점을 양도의 준거법에 회부하고 그 법을 선택할 때 당사자자치를 존중한다. “양도계약에서 발생하는 양도인과 양수인 상호간의 권리와 의무는 그들이 선택한 법에 의해 규율된다.” UN 채권양도협약(제29조)과 UNCITRAL 담보거래지침(권고 217)은 양도된 계약에서의 채무자와 양수인 사이의 관계의 준거법에 대해 다음과 같이 규정한다. “원계약의 준거법은 양수인과 채무자 사이에서의 채권양도에 대한 계약상 제한의 효력, 양수인과 채무자의 관계, 채권양도가 채무자에 대하여 어떠한 조건 하에 주장될 수 있는지와 채무자의 의무가 소멸하였는지 여부를 규율한다.”

관련 쟁점

- 10.13 권리가 여러 당사자 사이에 두 개 이상의 계약과 관련하여 결정되는 맥락으로는 대위와 위임이 있다. 제10조는 그러한 맥락에서 발생하는 쟁점들의 준거법을 결정하는 규칙을 규정하고 있지 않으나 그러한 상황에도 유추적용될 수 있다.

제11조 최우선 강행규정과 공서

개요

- 11.1 준거법원칙이 인정하는 당사자자치는 절대적인 것이 아니다. 오히려 준거법원칙에서는, 당사자자치를 인정하는 모든 국가들이 그러하듯, 당사자자치는 제한 속에서 작동한다. 이 조문은 제2조가 일반적으로 인정하는 당사자자치에 대한 제한을 설정한다. 이 주석서 단락 11.4부터 11.32까지는 그 제한의 작동 및 그 근거가 되는 정책에 대해 자세히 설명한다. 이는 준거법원칙에서 당사자들이 선택한 준거법의 적용에 대한 유일한 제한이다.
- 11.2 제11조는 5개의 항으로 구성되는데 그 요점은 하나다. 준거법을 선택함에 있어서의 당사자자치는 이 조문에서 특정하는 예외적인 경우에 제한될 수 있고, 그 예외적인 경우는 당사자자치를 사용의 효과가 어떤 근본적인 규범에 위반되는 경우이다. 제11조는 법정지법, 준거법원칙에 따라, 당사자들이 선택한 법에 완전한 효력을 부여하기를 거부할 수 있는 두 가지 경우를 구체화하여 설명하고 있다. 첫째, 당사자들이 선택한 법에도 불구하고, 법정지는 법의 ‘최우선 강행규정’을 적용 또는 고려할 수 있다. 둘째, 법정지는 당사자들이 선택한 법을 적용한 결과 “공서의 근본관념에 명백하게 배치될 때” 이를 적용하지 않을 수 있다. 물론, 이러한 제한을 적용하기 위해서는, 어떤 국가의 최우선 강행규정 또는 공서의 근본관념이 고려되어야 하는지 알아야 한다. 준거법원칙은 이러한 제한에 관하여 우선적으로 법정지법에 따르도록 하나, 법원으로 하여금 다른 국가의 법에 따를 수 있도록 하는 규칙도 규정하고 있다.
- 11.3 이러한 쌍둥이 과제, 즉 당사자자치에 제한을 가하고, 이러한 참조기준을 정하는 법이 속하는 국가를 특정하는 것은 제11조에서 다음과 같이 이루어진다. 제1항 및 제2항은 최우선 강행규정을 다루는데, 제1항은 법정지가 그의 최우선 강행규정을 적용할 기본적인 권한을 인정하고, 제2항은 법정지가 법정지 외 국가의 강행규정을 적용하거나 고려할 수 있는 상황을 규정한다. 제3항 및 제4항은 공서의 근본관념을 다루는데, 제3항은 준거법이 법정지 공서의 근본관념에 위반되는 경우 그 적용을 배제할 수 있는 법정지의 기본적

- 권한을 인정하고, 제4항은 법정지가 타국 공서의 근본관념을 고려할 수 있는 상황을 규정한다. 그리고 제5항은 중재판정부에서 이 원칙들을 적용하는 경우에 대해 규정한다.
- 11.4 이러한 제한은 특정 법체계가 작동하는 범위 내에서 근본적인 중요성을 가지는 규칙과 정책에 관련될 때만 적용된다(단락 11.15 및 11.23 참조). 사실 이와 같은 방법으로 제한이 한정되지 않는다면, 당사자자치 원칙이 약화될 것이다.
- 11.5 법정지법은 제11조에서 핵심적인 역할을 한다. 법원이 어떤 법률의 규정이나 정책이 “최우선 강행규정”으로서의 성격을 가지는지 또는 준거법원칙상 당사자들이 선택한 법에 우선할 만큼 충분히 근본적인 성격이 있는 공서인지를 결정하는 것은 바로 법정지법을 기준으로 한다(제11조 제1항 및 제3항, 단락 11.1 및 11.22 참조). 또한 법정지의 국제사법은 법원이 다른 국가의 최우선 강행규정 또는 공서를 적용하거나 고려할지, 한다면 어느 범위까지 할지를 결정한다(제11조 제2 및 제4항, 단락 11.20 및 11.28 참조). 반면, 다른 국가의 최우선 강행규정이나 공서는 그 법에 따라 결정되는 것이고, 법정지법에 따라 결정되지는 않는다.
- 11.6 제11조에서 인정하는 제한의 범주는 일정한 범위 내에서 준거법을 제한하나, 당사자들의 선택을 무효로 하지는 않는다. 최우선 강행규정의 경우, 준거법의 적용가능성은 다른 법의 강행규정을 적용함으로써 보충되거나 대체된다. 공서의 경우, 준거법의 적용가능성은 그 적용이 공서의 근본관념과 명백하게 배치되는 한도에서만 제한된다. 따라서 선택한 법을 적용하지 않는 것이 최우선 강행규정과 공서에 효력을 부여하기 위하여 필요한 경우가 아니라면, 준거법원칙의 다른 부분이 규정하는 대로 선택된 법이 적용될 것이다.
- 11.7 제11조 제5항은 제11조의 다른 조항과 구별된다. 이 주석서가 분명히 밝히고 있는 바와 같이(단락 11.29-11.21 참조), 이 규정은 최우선 강행규정과 공서를 다루는 데 있어 중재판정부와 국내법원이 다른 맥락에서 작동한다는 것을 인정하고 있다. 따라서 제11조 제5항은, 중재판정부는 그와 같이 요구되거나 그렇게 할 수 있는 경우 당사자가 선택한 법이 아닌 법의 공서 또는 최우선 강행규정을 고려할 수 있다고 규정한다. 사실 그러한 가능성은 분쟁해결메커니즘으로서 중재의 완전성을 보호하는 중요한 통제메커니즘이다.

제11조와 당사자자치의 관계

- 11.8 법원 또는 중재판정부가 특정한 사안에서 달리 적용되었을 법을 제한하기 위해 (법정지법 또는 다른 법의) 최우선 강행규정이나 공서를 적용하도록 규정하는 규칙은 국제사법에서 본질적으로 중요한 의미를 가지고 있다. 이러한 규칙들은 중요한 ‘안전밸브’로서 기능하고 있고, 이것이 없다면 일국의 입법자들은 선택된 법 또는 ‘법의 규칙’의 적용을 허용하는

것을 꺼릴 수도 있을 것이다(아동후견의 준거법에 관한 1902년 협약이 적용되는 사안, 1958. 11. 28. 판결 (네덜란드 대 스웨덴 사건), 1958 ICJ 보고서, 55면).

- 11.9 현재의 맥락에서, 제11조의 유보가 당사자들이 선택한 법의 적용을 제한하고 있지만, 이는 당사자자치 원칙을 강화하기 위한 것이다. 당사자가 제2조 제1항에서 부여된 권한을 행사하여 내린 선택을 국내 법원 또는 중재판정부가 적법하게 인정하지 않을 수 있는 예외적인 상황을 인정하고 이를 규정함으로써, 아래에서 살펴볼 규정들은 법제도가 당사자들에게 선택권을 줌으로써 부여한 신뢰를 더욱 강화시키는 데 기여하는 통제메커니즘으로서 기능하는 것이다. 법제도의 완전성과 그것이 반영하는 사회를 보호하는 이러한 종류의 규정들이 없다면, 계약의 준거법을 당사자들이 선택할 자유는 아예 받아들여지지 않거나, 받아들여지더라도 피상적인 근거로 침해되거나 부정될 위험에 놓일 수 있다.

최우선 강행규정과 공서의 관계

- 11.10 제11조는 예외적으로 당사자들이 선택한 법의 적용에 최우선 강행규정과 공서라는 두 가지 범주의 제한을 허용한다. 지난 50년 이상의 기간 동안 준거법 선택에 관한 쟁점을 다룬 헤이그국제사법회의의 모든 협약들을 포함한 국제규범과 국내법에서 통상 이 두 가지 범주는 별도의 조문에서 다루어진다(1978년 헤이그대리협약 제16조 및 제17조, 1986년 헤이그매매협약 제17조 및 제18조, 2006년 헤이그증권협약 제2조 참조).
- 11.11 최우선 강행규정과 공서의 범주가 “밀접하게 관련되어” 있다는 것은 의심의 여지가 없다. 이 둘은 동일한 이론적 기초를 공유하고, 사실 동전의 양면과 같은 것으로 간주될 수 있다. 그럼에도 불구하고, 준거법원칙에서 이를 별도로 취급하는 것은 현존하는 국제규범의 대다수와 일치할 뿐만 아니라, (a) *법정지법* 또는 다른 법제도의 구체적이고 적극적인 규칙이 우선하고 대신 적용되기 때문에, 선택된 법의 적용을 대체하는 상황(최우선 강행규정의 적용), (b) 선택된 법의 적용이 특정 사안에서 법정지 또는 당사자들의 선택이 없다면 계약에 적용될 법 소속 국가의 근본정책에 반하여, 선택된 법의 적용이 봉쇄되는 상황(공서의 적용)을 명백히 구분하도록 허용하는 장점이 있다.
- 11.12 당사자자치의 원칙에 정당한 무게를 두기 위해, 당사자들이 선택한 법의 적용에 대한 제한은 반드시 정당화될 수 있어야 하고, 명확하게 규정되어야 하며, 추구하는 목적에 봉사하기 위하여 필요한 범위보다 더 넓어서는 아니 된다. 이러한 접근방법과 일관되게, 준거법원칙은 공서와 최우선 강행규정의 예외적인 성질을 강조한다.
- 11.13 제11조는 최우선 강행규정과 공서의 소송절차에서의 역할(제11조 제1항 내지 제4항)과 중재판정부 절차에서의 역할(제11조 제5항)을 구분한다. 소송절차와 관련하여, 제11조는

법정지의 규칙과 정책의 효과(제11조 제1항 및 제3항)를, 법정지법 또는 당사자가 선택한 법 이외의 법체계의 규칙과 정책의 효과(제11조 제2항 및 제4항)와 구분한다.

- 11.14 제11조는 당사자가 선택한 법의 강행규정과 공서의 적용을 다루지 않는다. 이는 제2조에 따른 법의 선택은, 강행규정과 공서라는 두 가지 범주의 어디에 속하는지 여부를 불문하고, 선택된 실질법 전체의 적용(단지 제11조에 정한 예외에 따르는 것을 조건으로)을 의미하기 때문이다. 제2조에 따라 당사자는 계약 일부만(다른 조항은 아니고 일부 조항만)을 규율하는 법을 선택하거나, 각 부분을 규율할 각기 다른 법을 선택할 수도 있다. 그러나 당사자는 하나의 실질법에서 일부 규칙을 배제하고 나머지 규칙만을 준거법으로 “골라서 선택”할 수는 없다. 예컨대, 준거법원칙에 따라 당사자는 X국가의 법을 선택하면서, 불공정계약 조건을 규율하는 특정 (강행)규정만을 배제할 수는 없다. 따라서 대부분의 경우에는, 어떤 특정 법률조항이 당사자가 계약 조건에 의하여 자유롭게 적용을 배제할 수 있는 조항인지, 아니면 강행적인 효력을 가지는지 여부는 선택된 법이 결정할 사항이다.

법정지법의 최우선 강행규정

- 11.15 제11조 제1항은 당사자들이 선택한 법이 법정지법의 최우선 강행규정에 의하여 제한될 수 있다고 규정한다. 이러한 최우선 강행규정은 당사자가 다른 법을 선택해도 여전히 효력이 있고, 선택된 법의 규정들과 양립할 수 없는 경우 우선한다.
- 11.16 준거법원칙은 ‘최우선 강행규정’이라는 용어를 정의하지 않는다(로마 I 규정 제9조 제1항과 비교). 여러 지역적, 국내적 규범에서 찾아볼 수 있는 이 용어는, 적절한 해석에 따라, 준거법으로 선택된 법에 상관없이 계약당사자 사이에 분쟁을 해결할 때 적용되어야 하는 법규정(제11조 제1항, 법정지법)을 가리키는 것으로 이해된다. 이는 **강행** 규정이므로, 당사자들이 계약의 조건이나 다른 방법으로 배제할 여지를 남기지 않는다. 또한 **최우선** 규정이기 때문에 법원은 당사자들이 계약관계를 규율할 법으로 법정지법이 아닌 다른 법을 선택하였다고 하더라도 반드시 적용해야 한다. 이 두 가지 성질은 관련 법체계에서 그 규정의 중요성을 강조하고, 준거법원칙이 적용될 규정의 범주를 제한하는 데 기여한다. 최우선 강행규정은 법정지의 공익을 보호하기 위해 중요한 것으로 간주되는 규정에 한정될 것이다(로마 I 규정 제9조 제1항 참조).
- 11.17 최우선 강행규정은 특정한 형식을 취할 필요는 없고(예컨대 그것은 헌법이나 법률의 규정일 필요가 없다), 최우선 및 강행이라는 성질이 명시적으로 기재될 필요도 없다. 모든 경우에, (i) 특정 규정이 기술된 효력을 가질 수 있는지, 그리고 (ii) 그의 조건(영토적 적용을 포함한다)과 모든 관련된 주변정황을 고려하여, 특정 규정이 문제된 사안에서

실제로 그러한 효력을 가지고 있는지를 결정하기 위하여 법정지법을 적용하여야 한다. 그럼에도 불구하고, 제11조가 당사자자치에 대한 예외라는 성질을 고려하면, 특정 규정이 그러한 취지의 문언 또는 효력을 두지 않는 경우 이를 최우선 강행규정으로 인정하지 않도록 주의하여야 한다.

예시 11-1

다음과 같은 Z국가의 법률조항(X조)은 그 규정에서 언급하는 실체적 조항(Y조)을 제11조 제1항의 범위 내에 포함시킬 것이다.

X조

- (1) Y조는 그와 반대되는 합의 또는 포기에도 불구하고 적용된다.
- (2) Y조는 Z국가 외의 다른 국가의 법을 준거법으로 지정하거나 지정하고자 의도하는 다른 규정에도 불구하고 적용된다.

예시 11-2

A와 B는 X국가에서 B가 A를 대리상으로 선정하는 대리상계약을 체결하고, 당해 계약에서 Y국가의 법을 준거법으로 지정한다. 계약해지와 동시에 A는 B를 상대로 X국가의 법에 따른 보상을 청구하는 소를 X국가의 법원에 제기한다. 대리상약정을 규율하는 X국가의 법은 대리상의 보상(indemnity)을 규정하고 있고, 이는 “당사자들은 대리상계약이 종료하기 전에는 대리상에게 불리하게 보상규정을 배제할 수 없다”는 취지의 규정을 포함하고 있다. X국가의 법원은 그러한 법이 규정한 문언이, 계약의 준거법인 Y국가의 법 중 보상에 관한 규정을 대체하는 최우선 강행규정이라는 결론을 정당화하는 것으로 해석할 수(또는 해석하지 않을 수) 있다. 이러한 결론에 도달하기 위해 X국가의 법원은 두 가지 요건을 인정해야 하는데, 첫째, 법정지법상 대리상의 보상청구권을 정한 규정이, 만일 적용된다면, 당사자들이 계약 조건으로 배제할 수 없는 규정이어야 하고, 둘째, 그 규정이 당사자들이 Y국가의 법을 그들 관계의 준거법으로 선택하였더라도 적용되어야 한다는 것이다.

- 11.18 제11조 제1항의 영향은 또한 다음과 같이 제한된다. 위 규정은 당사자들의 관계에서 선택한 법과 최우선 강행규정이 동시에 적용될 수 없는 *범위 내에서만* 선택된 법의 적용을 제한한다. 선택된 법이 한 개 이상의 측면에서 법정지법의 어느 최우선 강행규정과 양립불가능하다는 결론이 바로 당사자의 선택을 무효로 하거나, *양립 불가능한 범위 내를 제외하고*는, 제2조 이하에 따른 선택의 결과를 부정하는 것은 아니다. 선택된 법은 최우선 강행규정과 일관되게 가능한 한 최대한도로 적용되어야 한다.

다른 법의 최우선 강행규정

- 11.19 제11조 제1항이 법정지법의 최우선 강행규정에 관한 것이라면, 제11조 제2항은 “다른 법의”, 즉 법정지 또는 당사자들이 선택한 국가가 아닌 제3국법의 최우선 강행규정의 적용을 다룬다. 당사자들의 선택이 없는 경우 계약의 준거법을 지정하는 제11조 제4항(단락 11.28)과 달리, 제11조 제2항은 어떤 국가의 최우선 강행규정이 적용될지에 관하여

관련성을 제한하고 있지 않다. 따라서 그 국가는 결국 준거법의 선택이 없었더라면 적용될 수 있었던 객관적 준거법 소속국일 수도 있고, 혹은 다른 관련성이 있는 국가일 수 있다. 최우선 강행규정의 범주의 정의와 그 규정들과 선택된 법의 규정들과의 관계는 제11조 제1항에 관한 것과 동일한 방법으로 이해되어야 한다(단락 11.14-11.17 참조).

예시 11-3

A와 B는 상업용 운송차량을 대여하는 계약을 체결하고, 그 차량이 문화재를 Y국가로부터 X국가로 밀수하기 위해 사용될 것임을 알고 있다. 계약에서 준거법은 Z국가의 법으로 지정된다. Y국가의 문화재 법에 따르면, 허가 없이 문화재를 반출하는 것은 형사범죄에 해당하고, 밀수 목적을 용이하게 하기 위한 모든 계약은 불법이며 강제할 수 없다. A는 운송차량을 제공하지 못하고, B는 A를 X국가에 제소한다. 당사자들이 선택한 법(즉 Z국가의 법)에 의하면 위 계약은 유효하고 강제할 수 있다고 가정하면, 법정지인 X국가의 국제사법이, 제3국인 Y국가의 최우선 강행규정이 적용되거나 고려될 수 있는지, 그렇다면 어떠한 범위 내에서 적용되거나 고려될 수 있을지를 결정할 것이다. X국가의 법에 따르면, Y국가의 법의 최우선 강행규정이 적용 또는 고려될 수 있다고 하면, Y국가의 법은 문화재법의 규정이 이 경우 최우선 강행규정의 성질을 가지는지를 결정하기 위해 고려되어야 한다.

- 11.20 1978년 헤이그대리협약과 로마협약과 같은 몇몇 국제규범은, 특정 상황에서 법원이 재량에 기초하여 제3국법의 최우선 강행규정에 효력을 부여할 수 있도록 허용하는 규정을 두고 있다. 로마I 규정 제9조 제3항과 같은 다른 국제규범은 조금 더 좁게 정의된 최우선 강행규정의 원칙을 담고 있다. 이러한 종류의 규정의 효용성에 관한 현재 각국의 실무와 학설은 상당히 다양하다. 제11조 제2항은 이러한 다양한 입장을 고려하여 제3국의 최우선 강행규정을 적용하거나 고려할 수 있는지 또는 적용하거나 고려해야 하는지를 법정지의 국제사법에 위임하고 있다. 유사한 해결방안은 멕시코시티협약 제11조 제2항에서도 보인다.
- 11.21 제11조 제1항과 제2항에서 법정지법의 핵심적인 역할을 고려하면(단락 11.4 참조), 법정지법의 최우선 강행규정과 제3국의 최우선 강행규정 사이에 충돌이 있을 경우 법정지법을 적용하여야 한다.
- 11.22 제11조 제2항은, 선택된 법이 법원으로 하여금 특정 사안의 사실관계에 적용하는 데 관련된 상황으로서 제3국법을 고려하도록 요구하거나 허용하는 경우 그 규정의 적용을 배제하지 않는다(예컨대 선택된 이행지법에 따라 불법하게 된 이행을 정지하거나 종료시키는 계약법 규칙).

법정지의 공서

- 11.23 제11조 제3항에 따르면 선택된 법은 그 적용의 결과가 법정지 공서의 근본관념에 명백히 반하는 경우에만 배제될 수 있다. 제11조 제3항이 적용되기 위해서는 세 가지 요건이

필요하다. 첫째, 문제되는 사안에서 그 적용을 정당화할만큼 중요한 법정지의 정책이 있어야 한다(“공서의 근본관념”). 둘째, 선택된 법은 그 정책에 명백하게 반하여야 한다(“명백한 배치”). 셋째, 명백하게 반한다는 것은 법원에서 문제된 분쟁에 선택된 법을 적용한 결과 나타나는 것이어야 한다. 이러한 요건은 당사자자치를 가능한 한 존중하고자 하는 준거법원칙의 *지도이념(Leitmotiv)*을 반영하고 있고, 선택된 법의 효력을 부정하기 위한 공서의 사용에 제한을 가하는 것이다.

- 11.24 첫 번째 요건과 관련하여, 제11조 제3항이 “공서의 근본관념”과 국제적으로 승인된 “공서”라는 용어를 사용하는 이유는, 제11조 제3항이 매우 중요한 법정지 법체계의 정책에 관한 관념과 관련되어서, 당사자들이 계약을 규율할 다른 법을 선택할 수 있음(그래서 해당 사안에서 준거법을 선택하였음)에도 불구하고 국제적 성질을 가진 계약에까지 확장될 수 있다는 것을 강조한다. 따라서 그 범주는 국내계약에서 사용될 수 있는 “공서”의 개념보다 훨씬 좁다. 물론, 선택된 법이 법정지법의 정책과 다른 접근방법을 취하고 있다는 것만으로는 부족하다. 선택된 법의 적용이 기술한 종류의 법정지법의 근본적인 정책을 해할 정도여야 한다.
- 11.25 둘째 요건과 관련하여, “명백하게 배치”(예컨대, 1978년 헤이그대리협약 제17조 및 로마I규정 제21조에서 사용되는)된다는 것은, 선택된 법의 적용이 법정지의 근본적인 정책과 배치되는지 여부에 관하여 의심이 있는 경우 전자의 적용에 유리하게 해석하여야 한다는 점을 강조하는 데 기여한다.
- 11.26 제11조 제3항은 셋째 요건을 강조하고 있는데, 이는 선택된 법을 추상적으로 문제 삼는 것이 아니라 특정 사안에서 선택된 법을 적용한 결과가 공서에 부합하는지를 평가해야 한다는 것이다. 그러나 법원은 당사자들 사이의 분쟁의 결과만을 고려하도록 제한되는 것은 아니고 조금 더 넓은 의미의 공익을 고려할 수 있다. 예를 들어, 법원은 당사자들이 선택한 법에서는 계약이 유효하더라도, 그 선택이 UN안전보장이사회 결의가 부과한 제재를 피하기 위해 이루어진 것이라면 이를 강제하지 않는 것이 오히려 제재대상자에게 경제적으로 이득이 되어도 공서를 근거로 계약의 강제를 거부할 수 있다.

예시 11-4

X국가에 거주하는 전문도박꾼인 A는 Y국가에 있는 B의 카지노를 방문한다. 카지노에 있는 동안 당사자들은 Y국가의 법이 적용되는 도박계약을 체결한다. A는 돈을 지불하지 않고, B는 A를 X국가에 제소한다. 도박계약은 X국의 공서에는 반하지만, Y국가의 법에 따라 적법하고 구속력이 있으며 강제할 수 있다. X국가의 법원이 당사자들이 선택한 법에 따라 계약의 효력을 유지하는 규정을 적용할지 여부는 (i) 비록 도박계약이 X국가 외에서 비거주자(B)와 체결되고, 그 국가의 법이 그러한 계약을 금지하고 있지 않음에도, X국가의 공서가 모든 도박계약에 적용될 만큼 근본적인 정책에 해당하는지, (ii) B에게 유리하게 계약을 강제하는 것이 그 정책에 명백하게 배치되는지에 따라 달라진다.

- 11.27 공서위반이 되는 경우 “그 범위 내에서만” 당사자들이 선택한 법의 적용이 배제된다. 따라서 최우선 강행규정의 경우와 마찬가지로, 이러한 배치가 있다는 것만으로 그 선택 자체가 무효가 되지는 않는다. 선택된 법은 법정지의 공서에 부합하는 한 최대한 적용되어야 한다. 그러한 적용은 법정지의 공서와 일치되고 일관된 결과를 가져올 수 있다. 그러나 만약 선택된 법을 적용하지 않는 것이 불완전하고, 일관되지 못한 결론을 가져온다면, 법의 흠결을 보충하는 규칙을 찾기 위해 법정지의 법이 통상적으로 적용되어야 한다. 그러나 당사자들이 법정지의 공서와 배치되는 결과를 의도하였고, 그 선택에 대해 공서와 일관되게 효력을 부여할 수 있다면, 그러한 자치의 표현이 우선해야 한다.

예시 11-5

A는 B를 X국가의 법원에 계약위반을 이유로 제소한다. A는 그들이 준거법으로 선택한 Y국가의 법에 따라 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상을 구한다. X국가의 법에 따르면, 계약상 청구에서는 징벌적 손해배상을 인정하지 않는 것이 법의 기본 원칙으로 간주된다. 제11조 제3항에 따르면, X국가의 법원은 징벌적 손해배상 청구에 관하여 Y국가의 법을 적용하지 않을 수 있다. 그러나 Y국가의 법은 A의 보상적 손해배상 청구에 관하여는 여전히 적용되어야 한다.

법선택이 없는 경우 적용될 법 소속 국가의 공서

- 11.28 제11조 제4항은, 특정 법체계에서는 선택된 법에 대한 제한으로 작용하는 공서의 소속국이 법정지 국가가 아닌 경우 또는 법의 선택이 없는 경우 적용될 법의 소속 국가도 아닌 경우를 인정하고 있다.
- 11.29 제11조 제4항은, 제11조 제2항과 마찬가지로, 법정지의 법으로 하여금 그 국제사법 규칙을 포함하여, 법정지나 당사자들이 선택한 법 소속 국가 외의 다른 국가의 공서의 효력(만약 있다면)을 존중한다. 제11조 제4항은 제11조 제2항과 독립적인 기능을 가지고 있다. 법정지 국가의 국제사법규칙은 다른 국가의 최우선 강행규정을 고려하도록 요구하거나 이를 허용하면서 공서에 대해서는 그렇게 하지 않을 수 있고, 반대의 경우도 가능하다. 그러나 제11조 제2항과 달리 제11조 제4항은, 당사자들이 준거법을 선택하지 않았을 때, 법정지의 국제사법이 결정하는 바에 따라, 계약에 적용되었을 국가의 법에 대해서만 참조할 수 있도록 허용한다. 법정지법이 설정하고 있는 다른 제한을 충족하는 것을 조건으로, 참조할 수 있는 공서의 범주와 그의 적용에 대한 제한은 제11조 제3항에서의 배제 원칙에 관한 동일한 요건과 제한에 따르는 것으로 이해된다(단락 11.26 참조).

예시 11-6

Y국가에서 설립되었으나 X국가에 지점을 두고 영업활동을 하는 은행과 X국가에 거주하는 차주(소기업 소유자) 간에 대출계약이 체결되고, 그 계약에는 Z국가의 법이 준거법이다. 은행이 차주에게 약정된 대출금 지급을 거절하자, 차주는 은행을 상대로 Y국가의 법원에 소를 제기한다. Y국가와 Z국가의 계약법에 따르면 은행은 만일 차주의 재정적 상황이 아주 어려워지면 대출금의 지급을 거절할 수 있다는 계약상 조항을 적용할 수 있다. 그러나 X국가와 중대한 관련이 있는 모든 계약에 법원이 적용하여 온 X국가의 공서에 따르면, 상기 조건은 은행으로 하여금 당사자들 사이의 경제적 불균형을 불공정하게 남용하게 할 수 있다는 근거로 효력이 부정될 것이다. 이 때 법정지인 Y국가의 법(국제사법을 포함하여)은 (i) 당사자들의 선택이 없었더라면 적용되었을 국가 법의 공서가 적용될 수 있거나 적용되어야 하는지, 만약 그렇다면 어떤 조건에 따르는지를 결정하고, (ii) Z국가의 법을 선택하지 않았더라면 당사자들 사이의 계약이 X국가의 법에 따라 규율되었을지를 결정한다. 이러한 점에 따르는 것을 조건으로, Z국가의 법(당사자들이 선택한 바의)이 계약에 적용된다.

중재판정부와 공서 및 최우선 강행규정

- 11.30 제11조 제5항은 강행규정과 공서에 관하여 중재판정부가 법원과 달리 어떻게 취급해야 하는지에 관한 문제상황을 반영한다. 중재판정부는 법원과 달리 단일 법체계에서 사법기구의 일부로 운영되지 않지만 일정한 범위의 법적 영향을 받는다. 더욱이 준거법원칙은, 그 성질상 구속력 없는 규범으로서, 중재판정부에 중재판정부가 이미 가진 권한 이상의 것을 부여하지 않고(그래서 안 되며), 어느 상황에서 중재판정부가 구성되고 판정을 내려야 하는지를 예측할 수도 없다.
- 11.31 따라서, 제11조 제5항은 중재판정부에 추가적인 권한을 부여하지 않고 또한 당사자들이 선택한 법에서 인정하지 않는 제한 없는 재량을 부여하고자 하지도 않는다. 그와 반대로, 준거법원칙은 중재판정부가 다른 법의 공서나 강행규정을 고려하도록 요구될 수 있고 또한 달리 그렇게 할 수 있는 권한이 있어야 한다는 점을 승인한다. 이 조항의 법문은 중재판정부로 하여금, (특히) 당사자들의 합의, 지정된 중재지 또는 간주된 중재지, 중재에 적용되는 모든 기관규칙과 현지 중재입법을 적용하는 국가법원의 지배적인 잠재적 영향을 감안하여 중재판정의 결정절차가 진행되는 법적 구조를 고려하도록 요구한다.
- 11.32 예컨대, 중재판정부는 ‘집행할 수 있는 판정’을 내리기 위해 노력할 명시적인 의무를 부담할 수 있다(예컨대, ICC 규칙 제41조, LCIA 규칙 제32.2조 참조, 또한 중재판정이 “최종적이고 구속력 있을” 것을 요구하는 UNCITRAL 중재규칙 제34조 제2항 참조). 이러한 의무가 중재판정부로 하여금 중재지(그것이 어떻게 특정되건 간에) 또는 그 판정이 집행될 것 같은 장소의 최우선 강행규정과 공서를 고려하도록 하는지는 논란의 여지가 있는 쟁점이다. 제11조 제5항은 이 논란에 대해 명시적인 입장을 밝히지는 않는다. 그러나 적어도 (일차적으로) 중재판정부가 중재판정부에 부여된 의무(그리고 중재판정부에 부여된

권한)의 존재 및 범위에 관한 견해를 형성하고, 그렇게 하는 것이 중재판정부의 법적 의무 또는 권한이라면, 중재판정부가 당사자들이 계약의 준거법으로 선택한 것 외의 법의 공서를 적용하거나 고려할 수 있음을 강조하고 있다.

제12조 영업소

개요

- 12.1 제12조는 당사자가 둘 이상의 영업소를 가지는 경우, 준거법원칙의 제1조 제2항, 제6조 제2항의 국제성 요건을 명확하기 위해 당사자의 관련이 있는营业소를 결정한다. 제12조는 계약체결시 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 영업소를 지칭한다.

이론적 근거

- 12.2 복수의 사업장소가 문제되는 경우 관련 营业소를 결정함에 있어서 제12조는 일차적으로 CISG 제10조의 모델을 따른다. 준거법원칙의 목적상, 경영의 중심지가 아닌 당사자의 주된 营业소 또는 이차적 营业소도 제1조 제2항에서 계약의 국제성을 결정하거나 제6조 제2항에 따른 법선택에 대한 동의를 준거법을 결정하는 데 충분히 의미 있는 것으로 간주될 수 있다.

영업소의 개념

- 12.3 법적 명확성을 위해 제12조는 “영업장소(place of business)”가 아니라 “영업소(establishment)”라는 용어를 사용한다. 준거법원칙은 营业소의 정의를 규정하고 있지 않으나, 넓은 의미로 营业소는 당사자가 잠시 머문 곳 이상의 营业장소를 의미한다. 이는 경영 또는 영업의 중심지, 본사, 주된 그리고 이차적 사무소 소재지, 지사, 대리점 및 그 밖의 다른 지속적이고 계속적인 营业장소를 포함한다. 营业소가 되기 위해서는 그곳에 최소한의 경제적 조직과 시간적 연속성을 가진 당사자의 물리적 존재가 요구된다. 따라서 다른 요건이 없는 단순한 회사의 정관상 본거는 营业소 개념에 속하지 않는다. 이와 유사하게, X국가에 주된 营业소를 가지고 있는 당사자가 Y국가에 대한 营业활동을 인터넷만을 통하여 하는 경우에는 Y국가에 营业소를 가지고 있다고 볼 수 없다.

- 12.4 준거법원칙은 각 당사자가 거래 또는 영업의 활동으로 행위하는 국제계약에만 적용되기 때문에(제1조 제1항), 제12조는 사적 영역 내에서 활동하는 소비자와 근로자와 같은 자연인을 포함하고자 상거소(habitual residence)라는 표현을 사용하지 않는다. 따라서 만일 자연인이 자신의 영업 또는 직업활동을 하는 경우에, 그 자연인의 영업소는 회사에 적용되는 것과 동일한 방법에 의해 결정된다.

회사의 “영업소”가 결정되는 시기

- 12.5 제12조에 따라, 회사 영업소의 장소는 계약 체결시를 기준으로 결정된다(로마 I 규정 제19조 제3항 참조). 따라서 대부분의 경우, 관련 영업소는 그를 통하여 계약이 교섭되고 체결된 영업의 중심을 검토하여 결정할 수 있다. 이는 당사자의 정당한 기대를 존중하고 법적 안정성을 보장한다.

감 수 | 서울대학교 석광현 교수
국제사법학회 천창민 박사

헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설

인쇄처 | 경성문화사



헤이그 국제상사계약 준거법원칙 해설



JUDICIAL RESEARCH &
TRAINING INSTITUTE