「法과 政策」創刊號. 1995. 10. 5.
濟州大學校 法과 政策硏究所

國際私法上 是正條項에 관한 硏究

- 獨逸 크로이저(Kreuzer)교수의 理論을 中心으로 -

金亨洙* · 金祥燦**

< 目 次 >

Ⅰ. 序 論
Ⅱ. 크로이저(Kreuzer)교수의 理論
1. 是正條項의 定義
2. 是正條項의 機能
3. 是正條項의 理論的 基礎
4. 是正條項의 形成
5. 是正條項의 法律要件 및 法律效果
6. 是正條項의 適用範圍
7. 是正條項의 適用과 그 濫用
8. 要 約
Ⅲ. 크로이저(Kreuzer)교수의 理論에 대한 檢討
Ⅳ. 結 論

Ⅰ. 序 論

일반적으로 우리 國際私法의 適用上 各 抵觸規定의 解釋을 통하여 지정되는 準據實質法이 당해 事案에 있어서 請求의 當否에 관한 實體法的 判斷基準을 提供한다. 일단 指定된 準據實質法은 公序條項의 適用에 의하여 그 適用資格을 否定된 경우 등을 제

* 濟州大學校 法政大學 法學科 副敎授.
** 濟州大學校 法政大學 法學科 專任講師.

외하고는 準據法으로서의 地位를 잃지 않는다.

그러나 각종의 人的·地域的 要素를 內容으로 하는 連結點의 解釋에 一定한 限界가 있는 점을 고려하면 이러한 構成에 있어서는 準據法으로서 指定된 法秩序자체가 실제로는 당해 紛爭事實과 반드시 가장 밀접한 關聯性을 가지지 않는 경우가 생길 수 있다. 말하자면, 連結點의 解釋을 통하여 결정되는 準據法(形式的基準)과 각종의 事實에서 실제로 「가장 밀접한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」를 가지는 法秩序(實質的基準)사이에 乖離가 생기는 경우가 생길 수 있다. 그러한 경우에 이루어지는 連結은 「硬直化」, 또는 「形骸化」한 것이라고 생각해 왔다.

우리나라에서는 이러한 狀況을 防止하기 위한 論議가 아직 거의 없는 상태이지만, 日本에서는 일찌기 木川박사가 國際民事訴訟法硏究의 필요성을 力說한 이래로,[1] 최근에 이르러 國際私法上 公序條項과는 별도로 連結의 內容을 事後的으로 變更하는 「是正條項(Berichtigungsklausel)」이나 「回避條項(Ausweichsklausel)」이라고 불리는 一般條項[2]을 法典化해야 한다는 主張이 提案되고 있다. 이 提案들은 스위스法에서 규정하고 있는 "一般條項에 의하여 是正하는 方法"을 참고로 하여 각종 政策的 要請을 열거하는 立場을 바탕으로 하여 「法例改正中間報告에 대한 評價過程」에서 이루어지고 있다.[3]

이러한 이른바 「是正條項 導入의 適否」를 일반적으로 論議하기 위해서는 그 前提로서 諸外國에 있어서의 學說과 判例의 動向을 살펴봄과 동시에 그 內容에 관해서 특별히 檢討할 필요가 있을 것이다. 그러므로 本稿에서는 장래 우리나라에서도 이러한 論議가 있을 것이라는 前提하에 最近 이 主題에 관하여 論議하고 있는 獨逸의 크로이저(Kreuzer)교수의 理論[4]을 개괄적으로 살펴보고 이의 檢討를 통하여 是正條項에 관한 몇가지 問題에 대하여 考察하려 한다.

Ⅱ. 크로이저(Kreuzer)교수의 理論

1. 是正條項의 定義

抵觸法上 是正條項이란 무엇인가. 그리고 우리는 이러한 用語에서 무엇을 파악할 수 있을 것인가. 獨逸의 크로이저(Kreuzer)교수도 그의 硏究에서 是正條項의 定義에

1) 木川統一郎, "國際民事訴訟法硏究の必要性", 「新實務民事訴訟講座7」, 日本評論社, 1982, 參照.

2) 本稿에서는 특별히 引用하는 경우를 제외하고는 편의상 「是正條項」이라고 표현하기로 한다

3) 西 賢, "法例改正の中間報告", 國際 85卷 6號, 35面 以下 ; 松岡博, "法例改正についての 中間報告について", 國際 86卷 1號, 55面 以下 參照. 특히 오스트리아國際私法의 立法過程에 관하여는, 山內惟介, "オーストリア國際私法および國際手續法の改正草案について-- いわゆる「シュヴィント草案」--", 新報 81卷 4號, 153面 以下 ; 同, "オーストリアの國際 私法典について", 新報 88卷 5·6號, 171面 이하 참조.

4) Kreuzer, Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen, ZfRV 1992 ; ders., Berichtigungsklauseln im Internationalen Privatrecht, Festschrift für Imre Zajtay, Tübingen, 1882.

관한 것을 먼저 문제로 삼고있다. 즉, " …… 是正條項에 관하여 말할 수 있는 것은 通常의 指定規定에 있어서 그 適用上의 諸要件이 충족되는 것으로부터 먼 경우, 따라서 무엇인가 어떤 抵觸規定의 驅逐이 문제로 되는 경우 뿐이다.[5]" 라고 하고 있다. 여기에서 그는 "어떤 是正規定이 所定의 어떤 특별한 抵觸規定(예컨대 國際不法行爲法에 있어서의 行爲地의 原則)으로부터 離脫 만을 許容하는 경우에 일컬어지는 것이 특별한 是正規定이고, 이에 대하여 당해 是正規定이 原則的으로 모든 指定規定에 관하여 사용되는 표현이 一般的 是正規定(回避·一般條項)이다.[6]" 라고 說明하고 있다.

이렇게 槪念을 規定한 후, 크로이저(Kreuzer)교수는 최근 15년간의 일련의 國家法 및 國際條約에 나타난 立法例에 있어서의 몇가지 規定에 관하여 언급하고 있다. 말하자면, 一般的 是正條項의 例로서 오스트리아國際私法 제1조[7] 및 스위스國際私法 제15조[8]를 거론하고 있고, 또 特別한 是正條項도 各 個別領域 자체에 例示되어 있다. 예컨대, 契約에 관해서는 1980년 6월 19일의 契約債務關係의 準據法에 관한 유럽共同體條約과 이것을 國內法化한 獨逸民法典施行法의 關聯規定[9]이, 不法行爲에 관해서는 오스트리아國際私法 제48조나 터키國際私法 제25조[10]가, 그리고 家族法 領域에서는 오스트리아國際私法 제18조[11]가 각각 그것이라고 한다.

2. 是正條項의 機能

이와 같이 諸外國의 法源 중에 부분적이라 할지라도 是正條項이 존재한다고 하는 事實은, 그만큼 대체로 是正條項이 필요로 하고 있는가 아닌가 하는 根本的인 疑問에 대한 肯定的 意見을 提示하는 것으로 생각하고 있다. 특히 그러한 成文의 是正條項이 없는 段階에서도 裁判實務에 있어서 是正條項이 채용되고 있는 경우도 같은 모습으로 處理되고 있는 事例를 紹介하고 있다.[12] 이러한 점들을 고려할 때, 是正條項이라고 하

5) Kreuzer, a.a.O.(Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen), S. 168,169.

6) Ebd. S.169.

7) BGB 1.1978/304. 이에 관해서는, Duchek/von Schwind, Internationales Privatrecht, Wien 1979, S.7 ; von Schwind, internationales Privatrecht, Lehr-und Handbuch für Theorie und Praxis, Wien 1990, S.14.

8) BB 1. 1988.1. S.8 이에 관해서는, Bucher, A.(hrsg.), Internationales Privatrecht. 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1991, S.4 ; 井之上宣信, "スイス國際私法典(1989年)について(1),(2·完)", 新報 96卷 1·2號, 389面 以下 및 同 5號, 259面 以下 ; 奧田安弘, "1987年のスイス聯邦國際私法(1)-(6·完)", 戶時 374號, 2面 以下 내지 379號, 58面 以下 ; 同, "スイス國際私法における若干の基本的諸問題(1),(2·完), 北法 40卷 2號, 291面 以下 및 同 3號, 599面 以下 參照.

9) BGB 1.1986, S.114f. 이에 관해서는, 山內惟介, "西ドイツの改正國際私法について(中)", 戶時 345號, 37面 以下 參照.

10) 溜池良夫 外, "1982年トルコ國際私法", 論叢 115卷 4號, 89面 以下.

11) Duchek/von Schwind, a.a.O., S.52ff ; 山內惟介, 前揭論文, 188面 參照.

12) Kreuzer, a.a.O(Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen), S.175. 여기에서 引用되고 있는 것은 벨기에 民事法院 1986.2.26의 裁判(이 재판에 관해서는 Jayme/Kohler, Das Internationales Privat-und Verfahrensrecht der EG-Stand 1989, I P Rax 1989, S.337,341 參照) 및 獨逸聯邦大法院 1989.10.12 判決 (BGHZ 109,29 ; I P Rax 1990, 318)이다.

는 構成의 必要與否 그 자체를 일반적 論点으로 하는 段階는 이미 지났다고 생각할 수 있다.

그러한 是正條項의 必要性을 前提로 하여 다음에 言及하는 것이 是正條項이 어떠한 機能을 가지는 것인가 하는 점이다. 이 점이 특히 論議되는 것은 是正條項이 마땅히 해야 할 機能과 실제의 그것 사이에 差異가 있다는 점에 있다.[13]

抵觸法上 是正條項의 機能에 관하여 고찰하는 경우, 그 機能의 內容을 檢討하는 素材로서 사비니的 連結原則[14]인 「가장 密接한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」의 確保라고 하는 政策的 考慮를 생각하지 않으면 안된다. 생각건대, 是正條項의 利用은 본래 그러한 「가장 密接한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」에 있는 法秩序가 準據法으로서 指定될 수 없는 경우의 矯正裝置로서의 意味를 가지기 때문이다. 그런데도 세계 여러 나라의 裁判實務에서는 是正條項의 適用에 있어서 이와는 다른 目的으로도 다루어지고 있다. 예컨대, 體系的으로 公正한 法의 繼續形成의 可能性, 國際的範圍에서의 强行的 外國規定의 실시, 法適用經濟의 고려, 法의 調査不可能性 등의 경우의 代用이라는 觀點이 그것이다. 그렇지만 이러한 관점을 이용하여 回避條項을 보다 包括的인 例外條項으로 再構成하고, 實質法的 諸目標와 國際的 範圍로의 强行的 外國規定의 實施도 고려해야 한다는 主張에 대하여, 크로이저(Kreuzer)교수는 이는 是正條項의 참된 機能을 歪曲하는 것이라 하여 명백히 拒否하고 있다.[15] 그것은 그러한 運用이 是正條項의 참된 目的과 합치하지 않는 것이라고 생각하기 때문이다.

3. 是正條項의 理論的 基礎

위와 같은 觀點에서 是正條項의 理論的 基礎에 관하여 크로이저(Kreuzer)교수는 다음과 같이 說明하고 있다.[16]

"回避條項의 機能이 여기에서 提案되는 바와 같이 사비니的 連結原則인 「가장 堅固한 關係」의 實施에 限定된다면, 통상의 連結을 기타 抵觸法的 連結公理에 有利하게 하려는 形式으로 폐쇄하려고 하는 目的으로 是正規定을 끼워넣을 수는 없는 것이다.

回避條項은 특히 바람직한 實質法的인 結果를 실현하려는 目的에서, 通常의 指定規定을 驅逐하기 위하여 이용되어서는 안된다. 이러한 보다 좋은 법(better-law)이라고 하는 실마리의 根底에는, 個別的이고 實質的인 正義가 抵觸法的인 正當性에 대하여 우선하고 있다. 그러나 法官이 國際私法의 領域에서 實質法的 觀點에 讓步하는 것은 抵觸法이 法官에게 그것을 授權하고 있을 경우이다. 그것은 一般的으로 公序條項이나 그에 상당하는 擇一的 連結(예컨대 法律行爲의 方式의 有效性)의 諸要件下에 있어서

13) 是正條項의 定義에 관한 Kreuzer교수의 理解에 의하면, 是正條項의 機能도 특히 한정적인 것으로 되고, 따라서 그와 다른 機能이 나타나는 경우, 그러한 사태는 是正條項의 참된 適用例로는 보기 어렵다고 한다.

14) Savigny, Herrshaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse, System des Heutigen Römischen Rechts Ⅷ, § 1, 1849.

15) Kreuzer, a.a.O., S.183.

16) Ebd., SS.185-187.

일 뿐이다. 規範의 目的과 그로부터 유래하는 適用上의 諸要件 및 法律效果에 의하여, 특히 是正條項과 公序條項을 單一한 規定중에 융합되는 것은 금지하고 있다. 그것은 융합에 의하여 法律要件 및 法律效果 가운데서 행해지고 있는 兩者의 區別이 다시 取消되어, 區別이 행해지지 않을 우려가 있기 때문이다.

留保條項과 是正條項은 —스위스國際私法 제15조 내지 제18조에 있어서와 같이—서로 獨立한 規定으로서 표현되어야 한다. 實質法上의 苛酷條項을 一般的 是正條項 중에 統合되는 것을 반대하지 않으면 안되는 理由로서, 그러한 統合에 의하여 결국은 公序의 留保를 「보다 좋은 法을 適用하려고 하는 方法(better law approach)」에 의하여 驅逐하려고 한다는 점에 있다. 이것은 現行法上 정당한 것은 아니며, 마땅히 있어야할 法으로서도 바람직한 것은 아니다. 實質法上 지나치게 가혹한 事例는, 제1차적으로는 指定된 法에 의거하고, 緊急한 경우에 留保條項의 도움을 받는 것을 考慮해야 할 것이다. 外國의 介入規定에서 國際的範圍에서의 强行的인 適用要求를 가지는 것(直接適用法)에 관해서도, 回避條項은 정당한 도구는 아니다. 거기에 나타나는 것은 個人的 利益에 대한 主權的 利益의 優位이다. 國內의 法官은 通例的으로 經濟政策的인 이러한 法律을 自國 立法者에 의하여 明示的인 指示가 있는 경우에만 適用해야 한다. 이외에 유럽債務準據法條約 제7조, 그리고 스위스國際私法 제19조에 있어서 행해지고 있는, 法律要件과 法律效果를 區別한 規範構成을, 결코 이러한 각 事案의 問題點을 一般的 是正條項 중에 융합함으로써 有利하게 하는 형식으로 내버려 두어서는 안된다. 여기에서 문제삼고 있는 法政策的 觀點(公序, 보다 좋은 法, 그리고 國際的範圍에서 强行的인 規定, 이들을 實施하는 것)은 이미 實質法的 性質의 것이고, 抵觸法的 次元에서 존재하는 사비니的 連結原則, 말하자면 連結性이 「가장 堅固한 法」을 基準으로 한다고 하는 原則과는 아무런 關係도 없다. 받아들이기 어려운 實質法上의 여러 矛盾들을 回避하기 위하여 國內的 調和를 필요한 範圍에서 實現하는 것, 즉 統一的 生活關係를 모두 하나의 實質法으로 判斷하는 것(una causa, una lex) 또한 回避條項의 任務는 아니고, 附從的 連結, 適應, 先決問題의 連結, 경우에 따라서는 實質的·國內的 判斷의 調和를 保障하기 위하여 마련된 특별한 修正規定 등에게 주어진 任務인 것이다.

對外的(國際的) 裁判의 調和를 目的으로 한 道具인 反定(廣義)을 是正條項이라고 하는 彈力的인 道具로 代替하는 것도 가능하다. 法廷地國際私法과 內容을 달리 하는 法廷地國際私法에 의하여 指定되고 있는 당해 諸外國(抵觸)法上의 指定은, 그 경우 自國固有의 指定을 回避條項에 의거하여 再檢討할 契機를 주는 것은 아니다. 그 결과 「盲目的인」 抵觸規定에 대한 指定(廣義의 反定)의 경우와 동일한 法으로 歸着하는 경우도 있을 수 있지만, 그러나 반드시 그렇게 해야 한다고 하는 것은 아니다. 이미 사비니에 의하여 主張되어 온 古典的 抵觸法의 主要目的, 즉 國際的 法律關係가 法廷地의 如何를 고려하지 않고 완전히 同一한 判斷을 經驗하는, 다시말하면 原則的으로 同一한 法에 따라서 裁判해야 한다고 하는 것은 最終的으로는 反定이나 回避條項을 통해서가 아니라, 指定規定의 統一을 통해서만 행할 수 있다는 것이다. 그것이 행해지지 않는 이상, 是正條項은 代用으로 사용되어서는 안되고, 反定이라고 하는 메카니즘의

修正으로 사용되어야 할 것이다. 筆者에 의하여 일찌기 是正의 事例로 나타낸 그룹, 즉 實效的 權利保護의 保障, 그리고 當事者 및 法院에 의한 抵觸法的인 法發見節次의 經濟(法適用經濟上의 考慮)도, 回避條項, 요컨대 그 機能이 當該事實이 가장 堅固한 關係를 가지는 準據法을 指定하는 것으로 限定하고 있는 條項에는 포함되지 않는다.

위에서 설명한 것으로부터, 또 많은 者에 의하여—예컨대 다이시, 노이하우스, 크로포라 등에 의하여—主張되고 있는 包括的인 例外·一般條項을 拒否한다고 하는 점도 필연적으로 명확하게 된다. 여기에서 말하는 例外·一般條項에는 어떠한 方法으로 性質을 부여한 어떤 理由가 通常의 指定規定에서 먼 것을 支持하고 있는 것과 같은 모든 事案이 포함된다. 이러한 混成에 의하여 전혀 다른 法政策的 觀點이, 말하자면 그들을 實現한 후에 다른 法律要件과 法律效果가 요구되는 것이 뒤섞이게 된다. 여기에서 행해지고 있는 區別은 재차 均等化되지는 않는다. 是正條項의 法律要件은 오히려 原則的으로 抵觸法上 非定型의 諸事案으로 限定되어야 할 것이다."

4. 是正條項의 形成

위의 是正條項의 理論的基礎에 이어서 언급하고 있는 것은, 그러한 是正條項의 形成에 관한 것이다. 말하자면, 一般的 論点으로서의 是正條項이라고 하는 構成의 要否에서 파생되는 問題, 특히 是正條項 法典化의 必要與否라고 하는 점이 問題로 되고 있다. 크로이저(Kreuzer)교수의 경우, 물론 이 점은 명확히 肯定하고 있다. 그것은, "司法과 學理가 이러한 例外條項의 任務에 관하여 不安定한 점에 비추어 보면, 法典化에 의해서만 필요로 하는 法的安定性을 생성시킬 수 있다.[17]" 고 생각하고 있는 까닭이다.

거기에는 어떠한 立法形式이 採用되어야 할 것인가. 여기에서는 우선 一般的 是正條項의 형식을 취할 것인가, 아니면 複數의 特別한 是正條項의 형식을 취할 것인가 하는 점이 論議된다.

" ……私見에 의하면, 立法論上 要請되고 있는 것은 原則的으로 스위스國際私法의 例에 따르는 것, 그리고 一般·回避條項을 導入하는 것이다. 각각의 세부적인 個別規則에 하나씩 例外規定을 附加하는 것은 立法技術的으로 보아 그다지 意義가 있다고는 생각하지 않는다. 明確化를 위하여—一般條項에 대하여 경우에 따라 必要로 하는 制限에 관해서도—適切하다고 생각하는 경우나, 特別한 諸觀點이 考慮되어야 하는 경우에는, 이 一般條項을 複數의 特別한 例外條項을 통하여 補充할 수 있을 것이다.……[18]"

이와 같이 크로이저(Kreuzer)교수의 主張은 一般的是正條項이라고 하는 형식을 우선하고 있다. 그러한 理解아래서는 오스트리아國際私法 제48조 제1항 제2문은 제1조의 一般條項에 대하여 特別한 例外條項으로서 位置하고 있는 것이 된다.[19]

17) Ebd., S.187.
18) Ebd., S.187.
19) Ebd., S.187.

5. 是正條項의 法律要件 및 法律效果

그렇다면, 여기에서 말하는 一般的是正條項의 法律要件 및 法律效果는 어떻게 表現되어야 할것인가. 여기에서 우선 크로이저(Kreuzer)교수에 의하여 언급된 스위스國際私法의 表現形式을 살펴보아야 할 것이다.

"제15조

1항. 이 法律이 指定하는 法은 모든 事情으로부터 당해 事實이 이 法과 극히 조금밖에 關聯하지 않고, 어딘가 다른 法이 이보다도 훨씬 密接하게 關聯하고 있는 것이 명백한 때에는 例外的으로 이를 適用할 수 없다.

2항. 위의 規定은 準據法 選擇이 행해진 경우, 이를 適用할 수 없다.[20]"

다음에, 이 규정과의 關聯에서 크로이저(Kreuzer)교수가 어떠한 規定을 고려하고 있는가가 명백하게 되지 않으면 안된다. 이 중, 우선 法律要件 部分에 관해서는 다음과 같이 說明하고 있다.

"回避條項이라고 하는, 그 機能이 當該事實이 가장 堅固한 關係를 가지는 準據法의 指定에 限定되어 있는 條項의 法律要件은 法典化된 是正規定, 특히 스위스國際私法 제15조 및 유럽債務準據法條約 제4조 제5항(獨逸國際私法 제28조 제5항)을 통하여 描寫되고 있다. 즉, 어떤 나라의 法과의 사이의 관계가, 通常의 抵觸規定에 따라서 基準으로 된 法과의 사이에 있어서 보다도 本質的으로 훨씬 密接하게 結付된다면 그 法이 適用되어야 한다. 法律要件의 表現을 그보다도 더 엄밀히 하는 것은 一般·回避條項에 관해서는 불가능하다. 이러한 回避·一般條項은 그 性質上 法律要件에 관해서는 개방하지 않으면 안된다. 파악된 事實을 確定的으로 고쳐 쓰는 것(「法律要件」)은 불가능하다. 그래도 確認할 수 있는 것은 通常의 連結點이 回避條項의 適用事例에서는 空間的 또는 時間的으로 孤立하여 또는 완전히 우연히 나타난다고 하는 점이다. 問題로 되고 있는 生活關係가 어떤 法秩序에 속하는 것인가, 바꾸어 말하면, 어떤 法秩序에 있어서 중요한 社會關係가 現實化하고, 法的으로 중요하게 되는 것인가 하는 問題보다도, 오히려 空間的인 重心의 쪽이 훨씬 決定的이라고 하는 것은 아니다. 명백한 適用事例는 어떤 內國人이 다른 內國人에 대하여 행한 「偶然에 의한」 外國에서의 不法行爲에 있어서, 쌍방의 常居所가 國內에 있는 경우를 들 수 있다. 이 例에서는 連結의 基準으로서의(外國이라고 하는) 「行爲地」는 當事者 쌍방이 住所地法 및 本國法에 대하여 共通으로 가지는 諸關係에 대하여 순수하게 偶然한 것이다. 이에 대하여 統一的인 契約에 의한 것은 사비니의 回避條項의 도움을 빌리지 않고 附從性의 原則에 따라서 統一된 法과 함께 두어도 좋을 것이다. 回避條項의 文言 및 目的으로부터 명백한 것은 어떻든 通常의 抵觸規定이 連結目標로서의 「當該事案에 가장 가까운」 法秩序에

20) BB 1.1988-1, S.8 ; Bucher(hrsg.), a.a.O., S.4. 이 規定에 관해서는 특히 奧田安弘, 前揭 "スイス國際私法における若干の基本的諸問題(2·完), 北法 40卷 3號, 632面 以下에서 상세히 論하고 있다.

대하여 指定한다고 하는 目標를, 가장 堅固한 關係라고 하는 基準이 명백하게 어딘가 다른 特定한 法을 指定하고 있다고 하는 理由로부터, 포착하지 못하는 것이 명백한 경우에 한하여, 回避條項의 도움을 빌려 通常의 抵觸規定에 대한 修正이 고려된다고 하는 점이다. 따라서 通常의 指定으로부터 벗어나도 좋은 것은 당해 事實이 原則的인 指定에 의하여 나타나는 法秩序에 대하여 가지는 諸關係가 어딘가 다른 法에 대하여 가지는 關係보다도 현저하게 약한 것이 명백하고, 따라서 通常의 指定에 의하여 그 事案에서 不適切한 連結結果가 초래되는 것을 無視할 수 없다고 하는 경우 뿐이다. 通常의 抵觸規定을 無視하는 것이 문제로 되는 것은 현재 어떤 諸關係의 比較檢討에 의하여 가부간에 어딘가 다른 特定한 法秩序에 有利한 結果가 생기고, 그런 까닭에 通常的으로 指定되는 法秩序가 排除될 뿐 아니라 驅逐되어버린다고 하는 경우이다. 原則的으로 出發點에 위치한 것은 指定規定이 規範目的을 實現하려고 하는 推定이다. 法을 適用하는 者가 그 推定으로부터 벗어나려고 한다면, 이 者는 그러한 推定이 잘못된 점을 證明하지 않으면 안된다. 이 者는 그런 까닭에 理由를 명백히 하는 것이 强制되고, 경우에 따라서는 上告法院의 監督에 복종해야 한다. 回避條項은 緊急時의 안전핀이고, 그러한 것으로서 適用되지 않으면 안된다.[21]"

다른 한편, 一般的是正條項의 法律效果에 관하여는 다음과 같이 설명한다.

"當該事實과 가장 堅固하게 結合된 法秩序에의 指定에 대한 修正은 實質規定에 대한 指定이라고 생각한다. 回避條項은 물론 例外的事案에 있어서, 명백하게 불충분한 連結을 當該 具體的事實에 있어서 適切한 指定을 통하여 代替되는 것이다. 이것이 是正條項에서 행해진다면 이렇게 하여 획득한 結果가 總括指定의 採用에 의하여 다시 危險에 처하게 되고, 경우에 따라 無效로 된다고 하는 것이 되어 거의 意味가 없는 일이 될 것이다.[22]"

6. 是正條項의 適用範圍

이렇게 하여 一般的是正條項의 法律要件 및 法律效果가 명백하게 된 가운데 크로이저(Kreuzer)교수에 의하여 問題삼고 있는 것은 그러한 是正條項을 어떤 範圍에서 適用해야 하는가 하는 문제이다. 이에 관하여 그는 그 實體的 適用範圍의 劃定과 그러한 是正條項의 適用範圍를 制限하는 條約에 대하여 언급하고 있다.

처음에, 是正條項의 實體的 適用範圍에 관해서는 다음과 같이 說明한다.

"回避條項의 유일한 規範目的은 規範目的上 一致하고 있는 즉 가장 가까운 法秩序를 指定하는 것으로 향하고 있는 通常의 指定規定이 當該規範의 目的을 명백하게 포착하지 못하는 경우에, 「가장 堅固한 關係」라고 하는 連結原則을 實施하는 것이다. 回避條項의 實體的 適用要件은 回避條項에 의하여 거기에서 떨어져야 할 것으로 되어 있는 通常의 抵觸規定이 「가장 堅固한 關係」라고 하는 連結原理에 기초하고 있다고

21) Kreuzer, a.a.O., S.188.
22) Ebd., S.188f.

하는 점에 의거하고 있다. 이에 대하여 (그것이 適合하지 않는 경우, 그래서 修正되어야 할 通常의 連結의 根底에, 사비니의 連結原理가 아닌, 어딘가 다른 連結原理가 있는 때에는) 그 回避條項의 規範目的에 관하여 規範目的上 一致하지 않는 法適用 規定은 이 가장 堅固한 關係라고 하는 回避條項의 援用인 점에서 是正되는 것은 불가능하다. 그 意味는 무엇보다 國際私法上의 實質規定, 그리고 通常의 抵觸規定에 있어서—예컨대 있어야 할 擇一連結처럼—일정한 實質法的 結果를 目標로 하는 것은 回避條項의 適用範圍에는 포함되지 않는다는 점에 있다. 이에 相當하는 것이 적합한 것은, 國際的 範圍에서의 强行的 妥當要求를 가지는 實質規定인데, 그러한 規定의 規範目的은 主權的 利益의 實施에 있다. 이외에 사비니의 回避條項은 明示 또는 默示의 準據法選擇의 合意에 대해서도 適用되지 않는다고 하는 것은, 여기에서의 準據法決定이 當事者自治라고 하는 獨立한 連結原則에 기초하고 있는 까닭이다. 이와는 반대의 解決策은 當事者自治를 無效인 것으로 하는 것일 것이다. 따라서 回避條項의 實體的 適用範圍는 規範目的과 一致하는 모든 指定規定, 즉 가장 堅固한 關係라고 하는 사비니의 連結原則에 기초한 指定規定에로 擴張되며 나아가 그에 限定된다.[23]"

한편, 條約에 관해서는 다음과 같이 설명하고 있다.

"條約上의 抵觸規定은 그 편에서 條約上 合意된 回避條項, 예컨대 유럽債務準據法條約 제4조 제5항 제2문과 같은 條項을 통하여 행해지는 修正에만 服從한다. 그러므로 條約上의 抵觸規定은 自治的是正條項에 의한 修正에서 除外되고 있다. 다만, 條約이 國內의 回避條項에 관하여 留保를 포함하는 경우 에는 그렇지 않을 수 있다.[24]"

7. 是正條項의 適用과 그 濫用

위와 같이 形成되고 適用되는 是正條項이 일반적인 白地槪念을 포함하는 것인 점에서, 그 濫用의 危險性이 있는 것이 사실이다. 크로이져(Kreuzer)교수는 이에 대하여 다음과 같이 言及하고 있다.

"批判의 中心이 되는 것은, 法的安定性(連結의 安定性)을 危險하게 한다는 점이다. 이 주요한 異議를 간단하게 불식시키는 것은 불가능하지만, 그래도 일정한 程度까지 약화시키는 것은 가능하다. 「正當한」 法이라고 하는 表現이 가부간에 이러한 法的安定性이라고 하는 代償을 요구한다고 하는 점은 확실히 옳다고 하는 것은 어떠한 立法者라 할 지라도 抵觸法이나 實質法의 範圍內에서 모든 事實狀況을 豫見하는 것은 불가능하기 때문이다. 그러므로 어떤 立法者도 발생할 수 있는 각 紛爭事實을 先驗的으로 만족시키도록 秩序를 세우는 諸規則을 마련할 수는 없는 것이다. 그러므로 當該法律이 개방된 規定을 一般·回避條項의 形態로 導入할 때는 그것에 있어서 어느 程度의 法的不安定性은 피하기 어렵다고 하는 결과가 된다.

한편, 立法者가 回避條項의 法律要件을 制限的으로 표현하는 것을 통하여 掌握하고

23) Ebd., S.189.
24) Ebd., S.189.

있는 것은, 回避條項이 극단적인 緊急時의 代用品으로서만 나타난다고 하는 점을 配慮한 것이다. 指定規定과 例外條項과의 關係는 가장 엄격하게 原則 對 例外의 關係로서 表現되고, 理解되고, 實踐되어, 最高法院에 의하여 監督되지 않으면 안된다. 다른 한편 法的不安定性이라고 하는 危險은 相對的으로는 그다지 評價되고 있지 않는데, 그 理由는 「가장 堅固한 關係」라고 하는 規範目的이 是正規定을 適用한 후에 명확한 基準을 형성하고 있다고 하는 점에 있다. 그 후에 法官은 回避條項 가운데 어떤 法創造에 관한 授權에 기초하여 立法者가 당해 具體的事實을 어떻게 연결하는가를 推測하여 裁判하지 않으면 안된다. 이렇게 하여 例外·一般條項으로부터 時間의 經過와 함께 典型的인 事例群에 관한 例外規則(下位規則)을 展開할 수 있고, 그러한 規則에 의하여 法的不安定性은 時間의 經過와 함께 더욱 적어지게 될 것이다.[25]"

뿐만 아니라, 通常의 抵觸規定의 價値가 손상될 危險性에 관해서도 다음과 같이 설명하고 있다.

"현대의 國際私法 文獻에 보이는 傾向에 의하면, 抵觸規定은 拘束力이 없는 指針에 지나지 않는 경우도 보인다. 回避條項이 이러한 傾向을 强化하고, 따라서 그 때마다 法을 適用하는 者가 가지는 '國際私法體系'를 통하여 原則的으로 抵觸規定의 價値가 손상될 危險性에 理由가 있다고 하는 것도 명백하다. 그런데도 法的不安定性에 限界를 마련한 理由……와 완전히 동일한 理由에 있어서, 通常의 抵觸規定의 價値가 손상될 危險性도 방지되고 있다.[26]"

마지막으로 언급하고 있는 것은 自國本位的 傾向 및 「보다 좋은 法」을 適用하려고 하는 接近을 正當化할 危險性에 관해서이다.

"回避條項이 法院의 自國本位的 傾向을 위한 방패막이를 提供하고, 實質法上 보다 좋은 法을 適用한다고 하는 接近을 正當化하는 手段으로서 濫用될 可能性이 있다고 하는 危險은, 그 자체는 확실하다. 그러나 여기에서도 「가장 堅固한 關係」라고 하는 規範目的에 있어서 명확한 限界가 그어지고, 그러한 限界가 遵守되도록 上告法院에 의하여 監督하게 할 수 있다.[27]"

8. 要 約

크로이저(Kreuzer)교수의 主張은 결국 이상과 같이 整理할 수 있다. 著者 자신에 의한 要約은 다음과 같이 끝맺고 있다.

"國際私法의 立法者가 생길 수 있는 모든 事案形成을 特別連結을 통하여서는 고려하는 것이 가능하지 않고, 抵觸法上 어떠한 適應의 餘地가 豫見할 수 없는 事態에 관하여 必要하다고 생각된다고 하는 經驗上의 事實에서, 回避條項에 포함되고 있는 司法의 權能, 요컨대 通常的으로 適用되어야 할 連結規則에서 멀다고 하는 司法의 權能

25) Ebd., S.189f.
26) Ebd., S.190.
27) Ebd., S.191.

이 正當化될 것이다. 準據法決定을 위한 이러한 授權은, 가장 堅固한 關係의 確保라고 하는 規範目的을 非定型의 事案에서 實施하는 것에 유용하고, 立法에 의한 法創造라는 要請에, 말하자면 類型化할 수 있는 事實에 관하여 특별한 規則을 形成한다고 하는 目標를 가지고 부응하고 있다. 方法論的인 觀點에서 보면, 回避條項에 의하여 形成되는 것은 결국 각 法規가 當該 規範의 目的에 복종하고, 따라서 당해 規範의 目的을 통하여 限定되고 있다고 하는 一般的原則의 整形인 것이다. 따라서 回避條項은 현대의 각 抵觸法에 있어서 抛棄할 수 없는 부분으로 되어 있다. 立法者가 그것을 明示的으로 承認하고 있는가 아닌가는 問題가 아니다. 그런데도 立法者는 法的 明確性 및 法的安定性을 얻기 위하여 法을 適用하는 者에 대하여 例外事案에 있어서 原則的 抵觸規定으로부터 멀어진 것을 명백하게 授權하고 있는 것이다. 그렇지만 특히 制定法上의 是正條項에 있어서 法官에 의한 修正權能에 관하여 명확한 限界線이 그어지고 있다. 가장 堅固한 關係라고 하는 사비니의 連結原則의 實施를 지향하고 있는 回避條項을 制定法上 明示的으로 承認함으로써, 國際私法 總論上의 기타 修正手段에 부여하고 있는 負擔의 輕減도 期待할 수 있는 것이다. 말하자면, 이것을 承認함으로써, 法院의 裁判實務上, 「抵觸法的으로 가장 가까운」 法을 基準으로 한다는 目的을 가지고, 回避條項이 아닌 것이므로 先決問題를 規則에 반하여 從屬連結하고, 法을 調査할 수 없다고 하는 原則을 끌어내어 法律問題를 法秩序의 目標와 關聯시켜 性質決定하거나 또는 公序條項을 適用하기도 하는 實務를 종결시키는 것도 가능할 것이다.

사비니의 回避條項을 承認하는 경우, 가장 堅固한 關係라고 하는 連結原則에는 三重의 機能이 포함되어 있다. 즉, 解釋, 欠缺補充, 그리고 是正의 세가지가 그것이다. 回避條項에 의하여 試圖되고 있는 것은 硬直的이고 엄격한 法과 彈力的이고 公正한 法 사이에 있는 緊張關係를 解消하려는 것이다. 말하자면, 國際私法上의 是正條項은 硬直的인 指定法에 대하여 個別的 事案에 있어서의 (抵觸法的)正義를 實施하기 위한 道具이다. 그것은 法的으로는 보다 安定되어 있으나 公正하지는 않은 規則과, 豫見하는 것이 지극히 어려우나 個別的 事案에 있어서 正當한 裁判 사이에 하나의 方法을 發見하려는 시도이기도 하다. 抵觸法的 回避條項이 여기에서 提案되는 바와 같이 規範目的에서 정해진 例外에 관한 法律要件으로 표현된다고 할 지라도 그것이 古典的國際私法의 最後를 의미하는 것은 아니다. 물론 우리는 이 回避條項으로써 國際私法의 모든 疾患에 관하여 유효한 普遍的인 處方을 발견하려는 것은 아니다. 그러나, 적어도 抵觸法的 是正條項 가운데 國際私法을 繼續 形成한 후에 중요하지 않다고는 할 수 없는 法學上의 發見이 가능한 것이고, 그 發見에 오스트리아의 法學은 決定的 意義를 가지고 關與하여 왔다.[28]" 抵觸法的 是正條項에 관한 크로이저(Kreuzer)교수의 見解는 위와 같이 要約할 수 있다.

28) Ebd., S.191f.

Ⅲ. 크로이저(Kreuzer)교수의 理論에 대한 檢討

첫째, 위의 긴 引用을 하면서 紹介한 크로이저(Kreuzer)교수의 「是正條項」에 대한 理論構成은 과연 어떻게 評價할 수 있을까.

이에 대하여 우선 문제삼을 수 있는 것은 크로이저(Kreuzer)교수에 의한 問題意識 그 自體의 是非에 관한 것이다. 말하자면, 크로이저(Kreuzer)교수가 최근의 國際立法 및 세계 여러나라의 國內立法에 나타난 動態에서 是正條項의 必要性을 고려하려고 하는 점[29]에 관한 것이다.

사비니의 法律關係本據說의 構成에 있어서는, 주지하는 바와 같이 어떠한 要素가 「가장 密接한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」를 기초지우는 要素인가 하는 점이 立法者에 의하여 文言上 이미 固定되어 있다. 그렇게 하면 成文規定에 있어서는 「가장 密接한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」를 가지는 法秩序가 準據法으로 되는 점이 立法上 確保되고, 각각의 경우에 있어서 「가장 密接한 關係」 내지 「가장 堅固한 關係」에 비추어 보면 그 實體를 따르지 않게 될 경우, 바꾸어 말하면 여기에서 準據法으로서 指定되고 있는 法秩序 자체가 實質的 意味에서 「가장 密接한 關係」를 가지는 法秩序로 되는 경우가 있다고 말하여, 이렇게 形式과 實質 사이에 差異가 나타나는 것은 결코 抵觸規定의 경우에만 固有한 現象은 아니다. 그렇지만, 다른 여러 法分野에서는 그러한 形式과 實質간의 격차가 있다고 해도 바로 그 격차를 修正하려 하거나 또는 調整하려는 裝置를, 여기에서 고려하고 있는 是正條項과 같은 方式으로 當該 法分野에 內部的으로 조절하는 것이 필요한가 하는 것이 우선 문제가 될 것이다. 말하자면 是正條項이라고 하는 方法과 法改正이라는 方法 사이의 選擇의 문제가 提起된다고 하는 점이다. 이 두가지의 選擇이 가능한 것 중에서, 어째서 抵觸法에 있어서 前者만이 優先되는가 하는 疑問에 대한 肯定的인 解答은, 어쩌면 實質法과 抵觸法이라고 하는 兩者의 法構造上의 決定的인 差異에 구하고 있는지도 모른다. 그렇지만 規律하는 方法이 直接的인가 間接的인가 하는 점이 그러한 構造의 差異를 가져온다고 主張하는 根據는 결코 論理的으로 이끌어낼 수 없다고 생각된다. 오히려 그러한 차이는, 결국 論者의 政策的 評價에 歸着하게 되는 것이라고 해야 한다. 즉, 필요로 하는 狀況이 있음에도 불구하고 法改正이 반드시 容易하지는 않다고 하는 現狀을 어떻게 評價할 것인가 하는 점에 관해서이다. 그러니까 是正條項이라 하는 構成을 形式과 實質의 격차를 調整하기 위한 手段으로서 고찰하려 하는 경우에는, 우선 그 必要性에 관한 評價가 資料와 함께 명백하게 되지 않으면 안된다고 할 것이다.

둘째, 是正條項의 機能과 관련하여, 크로이저(Kreuzer)교수는 「사비니的 連結原則인 가장 堅固한 關係의 實施에 限定[30]」한 機能을 고려하려는 立場을 표명하고 있다. 그것 자체는 是正條項에 대하여 어떠한 機能을 附與해야 할 것인가 하는 政策決定 問題에 대한 하나의 理解를 나타낸 것이고, 아무런 批判되어야 할 餘地가 없는 것으로 생

29) 本稿 3面 以下.
30) 本稿 4面.

각된다. 그렇지만 그러한 理解도 크로이저(Kreuzer)교수에 의하여 批判의 對象이 되고 있는 實質法的 評價를 문제삼을 경우에, 價値的으로 본다면 同列에 두어야 할 것이고, 兩者간의 論爭과 그 優劣의 決定은 이것을 超越한 별개의 基準에 의하여 행해지지 않으면 안될 것이다. 즉, 각각의 見解에 의거함으로써 어떠한 政策的 差異가 나타나는가, 또 그러한 差異가 法院에 있어서의 審理時의 負擔으로서, 또는 訴訟經濟上 어떻게 評價해야 할 것인가 하는 점에 관해서이다. 그런데 크로이저(Kreuzer)교수에 의하여 言及되고 있는 指摘은 그 意味에서는 반드시 명확한 批判이라고는 할 수 없다고 생각된다. 생각건대, 거기에는 兩者에 공통한 基盤에 관한 有用한 說明이 행해지지 않는다고 생각되는 까닭이다.

원래, 公序條項에 있어서나 苛酷條項에 있어서도 實質法的 評價를 抵觸法的 構成에 어떻게 反映되어야 할 것인가 하는 점은 하나의 政策決定의 問題이고, 論理的 次元의 문제는 아니다. 抵觸法의 次元에서 實質法的 評價를 實現하는 方法에는 다양한 형태가 있고, 또한 그러한 多樣性을 어떻게 規律해야 하는가에 관해서도 여러가지의 選擇可能한 것이 있다. 예컨대, 先例의 集積이나 模範事例의 分析的 硏究의 深化 등을 통하여 「있어야 할 원칙」이 可能하게 되기까지는 보다 包括的인 單一한 規定만으로 對處하려고 하는 方法이나, 또한 처음부터 어느 정도까지 個別의 規定을 준비하는 方法이나, 각각 「합리적」인 根據를 가지고 있고, 어느 것을 優先해야 할 것인가 하는 問題는 論理的으로 決定할 수 없는 性質의 것이다.[31] 그렇다고 하면, 여기에서의 批判의 成否 또한 나름대로 檢討되지 않으면 안될 것이다.

세째로, 그러한 是正條項이 抵觸法의 內部에 들어가는 경우의 形態, 말하자면 成文의 是正條項이 필요한가 아닌가 하는 문제에 관한 것이다. 이 점에 관해서는 法的安定性의 確保를 理由로 하여 그것이 필요하다고 하는 크로이저(Kreuzer)교수의 主張[32]에도 물론 나름대로의 論據가 있다. 그러나 거기에는 「法的安定性」이라 하는 표현의 배후에 감추어져 있는 問題, 즉 어떠한 形態로 調整된 狀況이 그에 상당한 期間, 繼續할 것이 必要한가 하는 점이 특히 문제될 것으로 생각한다. 그것은 成文規定이 마련되어 있는 것과 그 規定이 어떻게 解釋되는가 하는 것과는 전혀 별개의 事案인 까닭이다. 成文規定을 마련함으로써 確保할 수 있는 것은 기껏해야 法的 根據에 기하여 是正할 수 있다고 하는 점에 관해서 뿐이고, 결코 이에 의하여 어떻게 是正해야 할 것인가 하는 점까지 保障되어 있는 것은 아니다. 그렇다고 하면 「法的安定性」이라는 표현의 內容에 관하여 보다 적극적인 說明이 행해지지 않는 한, 法的安定性의 確保라고 하는 指摘도 是正條項을 成文化하기 위한 論據로서는 부족한 점이 있다고 해야 할 것이다.

네째, 一般條項으로서 形成되어야 할 是正條項의 法律要件部分이 개방된 槪念에 의하여 표현되어 있지 않으면 이러한 規定을 마련할 意味가 없다고 하는 크로이저(Kreuzer)교수의 指摘[33]은 그대로 是認할 수 있을 것이다. 또한 是正條項의 法律效果

31) 山內惟介, 前揭 "オーストリアの國際私法典について", 173面 參照.
32) 本稿 6面.

로서 抵觸規定에 의하여 指定된 法秩序보다도 훨씬 밀접한 關係를 가진 별개의 法秩序가 準據法으로 되고, 더구나 그 實質法秩序에 限定된다고 하는 構成(反定의 否定)[34]도 是正條項의 機能에 관한 크로이저(Kreuzer)교수의 理解를 바탕으로 하면, 충분히 理解가 될 수 있다.

그러나, 여기에서도 크로이저(Kreuzer)교수의 立場에 관하여 특히 指摘하지 않으면 안될 것이 있다. 예컨대, 反定을 인정하는가 부정하는가 하는 점이 이미 「가장 密接한 關係」를 前提로 한 論理의 문제는 아니고, 별개의 관점에서 하나의 政策決定의 問題라고 하는 理解를 前提로 한다면, 그에 적합한 法的利益을 確保하기 위하여 反定의 構成이 利用될 여지도 충분히 남아있다고 해야 한다. 오히려 이점은 是正條項에 관해서도 抵觸法的 指定의 構成을 採用함으로써 생기는 法解釋의 복잡을 고려, 그렇게 迂廻的으로 더듬어 나가는 것이 과연 적절한 것인가 하는 별개의 문제가 생길 수 있다. 또한 「(明示 또는 默示의) 準據法選擇의 合意에 대하여[35]」 是正條項이 適用되지 않는다고 서술되고 있는 점에 관해서도 그 理由가 반드시 명백하지 않다고 생각한다. 그것은 크로이저(Kreuzer)교수의 경우, 是正條項의 適用에 의하여 當事者自治가 無效로 되고, 그것이 當事者의 意思를 連結點으로 한 立法者의 意圖에 부합하지 않는 것으로 된다고 하는 점에 관해서만 논하고 있는 까닭이다. 그렇지만 立法者의 意圖에 부합되는가 아닌가 하는 점이 어쩌면 絶對的인 判斷基準으로 된다고 한다면, 特定의 地域的 要素를 連結點으로 하는 客觀主義의 경우에도 그것이 타당하다고 하지 않으면 안된다. 더구나 立法者의 意圖가 참작되는 경우에는 그 內容에 관하여 複數의 解釋의 餘地가 생기지 않도록, 그에 적합한 實證되는 것이 필요할 것이다. 이러한 여러기자 문제들이 成立한다면 當事者의 意思가 連結點으로 되어 있는 경우를 是正條項의 適用範圍에서 除外하기 위한 참된 論據는 앞의 問題들과는 별개의 觀點에서 구하지 않으면 안될 것으로 생각한다.

Ⅳ. 結　　論

위에서 살펴본 바와 같이, 크로이저(Kreuzer)교수에 의한 是正條項의 構成의 適否에 관해서는 獨逸法上으로도 다시 論議되어야 할 점들이 남아있다고 생각된다. 이 점들에 대한 檢討에 있어서는 특히 獨逸 외에 크로이저(Kreuzer)교수가 參照하고 있는 諸外國의 學說 및 判例의 動向도 檢討해야 할 것이다.

우리나라에 있어서 國際私法上 是正條項에 관한 一般的인 論議는 아직 찾아 볼 수 없다. 위에서 살펴 본 크로이저(Kreuzer)교수의 理論은 어디까지나 比較法的 觀點에서 部分的으로 살펴본 것에 지나지 않는다. 이와 類似한 法的 理論構成은 앞에서도 언급

33) 本稿 6面.
34) 本稿 8面.
35) 本稿 9面.

한 바와 같이,[36] 日本에서도 法例改正의 過程에서 여러 學者들[37]에 의하여 提唱되어 왔다. 그러나, 그러한 諸學說의 評價에 앞서 이 主題에 관한 여러나라의 學說, 立法例 및 判例에 관하여 보다 包括的인 硏究가 행해지지 않으면 안될 것이다.[38] 그것은 一部의 特徵的인 傾向에 대한 評價만으로 是正條項이라 하는 構成의 適否를 일반적으로 判定할 수는 없기 때문이다. 그러한 個別的 檢討의 集積을 거칠 때, 비로소 日本의 木川박사[39]가 강조하는 바와 같이 보다 충실한 國際民事訴訟法의 體系를 構築하는 것이 가능할 것이다. 本稿가 이를 위한 조그만 問題의 提起가 될 수 있다면 좋겠다.

---

36) 本稿 2面.

37) 예컨대, 西 賢교수는 다음과 같이 指摘하고 있다. "····통상의 抵觸規則의 指定하는 法律이 諸般事情을 고려하여 事實關係와의 連結이 적고, 다른 法律이 그와 가장 중대한 關係를 가지는 것이 명백한 경우, 예외적으로 그것을 適用하지 않는 것이다. 例外條項은 法의 不安定의 要因으로 된다는 批判도 있을 수 있지만, 法官이 法의 創造를 의심스러운 샛길로 빠지지 않을 것을 保證하기 위하여 明文으로 그것을 規定해야 할 것이다." (國際 85卷 6號, 62面). 또한 다른 한편, 松岡교수도 다음과 같이 提案한다.

"····國際私法의 發展의 現段階에 있어서, 知識과 經驗이 아직 충분하다고 할 수 없는 分野에서는, 무리하게 固定된 닫혀진 體系를 조작하는 것은 시기상조이고, 현명하지 못하다. 現行法例의 本國法主義하에서도 公序條項이나 反定條項 등이 어쩌면 그의 本來의 役割을 초월하여, 一般條項으로 利用되는 것은, 夫나 父의 本國法主義 등의 規定에 대한 立法論的 批判에 그 基礎를 둔다고 할 수 있고, 現行法하에서는 이러한 夫의 本國法이나 父의 本國法의 機械的 適用에서 생기는 타당한 結果를 是正하기 위하여 明文의 一般條項을 缺하는 것도 그 原因의 하나라고 볼 수 있다. ····適用範圍가 넓고, 너무 명확하게 機械的인 法選擇規則의 硬直的 適用이 자주 具體的으로 타당하지 않는 結果를 가져온다고 하는 現實을 直視하여, 이를 是正하기 위한 柔軟한 一般條項을 導入하는 것이 반드시 필요하다···· ····이러한 一般條項이 있다면, 그래서 改正法의 法選擇規則이····包括的으로 適用되어야 할 實質法의 內容과 그 適用의 結果를 고려하지 않는 硬直的 規定인 한, 法例改正후에 있어서도 公序, 反定, 法性質決定 등의 總論上의 理論이 그 본래의 機能을 초월하여 一般條項으로 利用된다고 하는 現象이 계속 存續시킬 수 없다고 생각한다. 나아가 위에서 提示한 바와 같은 提言이 동시에 바로 받아 들이지는 않는다 하여도 傳統的理論에서 의해서라도 比較的 穩健한 오스트리아法 1條와 같은 形에 있어서도 一般條項을 導入하는 것이 바람직하다. 그것은 적어도 涉外事件의 解決에 있어서 가장 適切한 法의 適用이라고 하는 國際私法의 基本理念을 宣言하는 役割을 달성할 뿐만 아니라, 制定후에 是正條項으로서 解釋될 可能性도 否定할 수 없는 까닭이다."(國際 86卷 1號, 57面 以下).

38) 예컨대, 오스트리아國際私法 제1조, 제9조 1항, 제18조 2항, 제48조 1항 등, "가장 堅固한 關係"를 連結點으로 하는 諸規定의 適用에 관한 判例의 總括的 檢討가 그것이다.

39) 木川統一郎, 前揭書, 11面 以下 參照.