

準據外國法の 不明에 관한 研究

— A Study on the Uncertainty of a Proper foreign Law —

金亨洙* · 金祥燦**

— 목 차 —

- I. 序 論
- II. 諸 外國의 狀況
 - 1. 美國
 - 2. 其他
- III. 우리나라의 경우
 - 1. 制定法
 - 2. 判例의 檢討
 - 3. 學說의 檢討
- IV. 結 論

I. 序 論

外國法の 不明이란 國際私法上 外國法을 적용해야 할 경우에 당사자가 外國法을 立證할 수 없을 뿐만 아니라, 法院이 모든 수단을 다하여 調査해도 外國法을 알 수 없는 경우를 말한다.¹⁾ 이러한 경우에 法院은 어떻게 해야 할 것인가. 本稿는 이와 같이 國際私法에 의하여 指定된 準據外國法の 內容이 명백하지 않은 경우에 어떻게 措置해야 할 것인가를 檢討하려 한다.

國際私法은 國內法院에 있어서의 外國法의 適用을 당연한 前提로 한다. 그러나 外國法の 內容을 명백히 하고 그에 의하여 裁判을 행하는 데에는 많은 어려움이 따른다. 外國法을 適用하는 것이 困難하게 되는 理由로는 대체로 다음 두가지 側面을 생각해 볼 수 있을 것이다.

첫째로, 準據法에 관한 情報의 入手의 側面이다. 外國法에 관한 情報의 入手에는 國內法에 비

* 法政大學 法學科 (Dept. of Law, Cheju Univ., Cheju-do, 690-756, Korea)

** 法政大學 法學科 講師

1) 金明基, 「國際私法講義」, 法志社, 1993, p. 75; 金容漢·趙明來, 「國際私法」, 正一出版社, 1992, p. 153; 徐希源, 「國際私法講義」, 一潮閣, 1987, p. 93.

하여 훨씬 많은 時間과 費用이 필요하다.²⁾ 그래서 時間이나 費用을 상당히 허비하여도 訴訟에 있어서 필요한 個別 具體的인 問題點에 관한 당해 外國法上的 規律이 명확하게 되지 않는 경우가 적지 않다.

둘째로, 이러한 入手하려는 情報量에서 보면, 적어도 量的인 差異에서 外國法의 適用은 自國法의 그것과는 質的으로 다르다는 점이다. 즉 自國法을 適用하는 때에는 法院은 그의 '解釋'이라는 형태로 法創造的 機能을 발휘, 그의 訴訟 以前에는 結論이 나오지 않는 문제나 완전히 새로운 문제에 관하여 스스로 主體的인 判斷에 의하여 結論을 내리는 것이 가능하다. 이에 反하여 外國法을 적용하는 경우에는 法院은 당해 準據法規範의 내용을 調査, 당해 外國에 있어서의 해결을 豫測하고 그에 따라서 裁判하지 않으면 안된다.³⁾ 그러므로, 거기에는 法院의 主體的인 判斷의 여지가 없게 된다. 적어도 이러한 傳統的인 方式에 따르는 한, 準據外國法에 관하여 충분한 情報를 얻는다고 하여도, 당해 紛爭에서 문제로 된 점에 관한 準據外國法 자체의 結論이 내려지지 않는 경우에는 法院은 準據外國法의 適用에 의하여 紛爭을 해결하는데 어려움이 따르게 된다.

이들 중, 종래 우리나라에서는 '準據外國法의 不明'으로서 논해지는 것은 첫째의 경우, 즉 外國으로부터 충분한 情報를 얻을 수 없기 때문에 準據外國法의 適用이 곤란하게 되는 경우이다. 本稿에 있어서도 이하에서는 이 점을 中心으로 檢討하려 한다.

이제까지는 '本來의 準據法에 의한 解決의'인 것으로 생각해 왔다. 그러나, 그 이외에도 考慮해야 할 要素가 있는 것이다. 말하자면, 準據外國法이 不明한 경우에는 '本來의 準據法에 의한 解決'이라고 하는 觀點을 끝까지 貫徹하는 것은 不可能하다고 생각되기 때문이다. 그러므로 本稿에서는 諸 外國의 狀況을 개괄적으로 고찰, 거기에 있어서 考慮되고 있는 要素를 抽出하고, 그것을 기초로 하여 우리나라의 경우를 具體的으로 檢討하여 보고자 한다. 이와 관련하여 "現在와 같은 高度의 情報化時代에 있어서 外國法의 內容의 不明이라고 하는 것 自體가 과연 있을 수 있는 것인가"라고 하는 指摘⁴⁾이 있다. 그렇지만, 後術하는 바와 같이 최근까지도 外國法 不明이라는 判例가 存在하며, 또한 各國間에 완전한 情報의 交換이 이루어 진다고 하여도 外國法의 適用이 困難한 경우는 완전히 消滅되지는 않을 것이므로 準據 外國法 不明의 경우에 관하여 檢討할 意義는 있을 것으로 생각한다.

II. 諸 外國의 狀況

2) 특히 保全處分에 관하여 顯著하다. 道垣内正人, "涉外假差押·假處分", 澤木敬郎·青山善充 編, 「國際民事訴訟法の理論」, 1987, p.477 以下 參照.

3) Goldschmidt, "Die philosophischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts", *Festschrift für Martin Wolff*. 1952. S.217.

4) 秋場準一, "外國法의 內容不明의 場合의 處置", 「涉外私法判例百選(第2版)」, 1988, p.33.

여기에서는 諸 外國의 狀況⁵⁾을 美國을 중심으로 소개한다. 美國에 있어서는 訴訟에서의 外國法の 취급에 관하여 時間의 經過와 함께 상당한 變化가 있고, 또한 國際私法理論에 관해서도 다양한 見解가 주장되고 있어 이로부터 많은 示唆를 얻을 수 있다고 생각된다. 다만 다소 問題되는 것은, 美國에서는 대부분 當事者가 外國法の 適用을 主張하지 않은 경우와 當事者가 그 內容의 證明에 失敗한 경우가 區別되지 않고 論議되고 있다는 점인데, 實際로는 거의 前者의 問題만이 發生되고 있어 크게 문제되지 않는 點을 것이다. 外國法の 不證明이 그의 不主張 만큼 자주 발생되지 않는 理由는, 證據規則에 매이지 않고 外國法の 內容을 確定할 수 있는 점(聯邦民訴規則 Rule 44.1), 當事者는 外國法에 의거하기 전에 그에 관하여 充分한 情報를 얻을 수 있는 점을 들 수 있다.⁶⁾

準據外國法の 不明에 관해서는 各國에 있어서 어느 정도 共通하는 見解가 보이고 있다. 그래서 西獨을 비롯한 유럽에서 보이는 見解에 관하여는 美國에 관하여 記述하는 중에 提及하고자 한다.

1. 美 國

가. 普通法(Common Law)에 있어서의 取扱

전통적으로는 普通法(Common Law)法院은 英國國內의 事件 만을 審査하는 것이었다.” 그 理由로서 陪審의 證人으로서의 性格, 섬나라인 英國의 다른 法體系로부터의 孤立性, 海外에서 생긴 事件에 대해서 普通法은 적절한 裁判規範이 못되는 점 등이 거론된다.” 그 후 國外에서 생긴 사실에 기초한 訴가 인정되게 되었지만,⁷⁾ 外國法은 어디까지나 事實과 同視하고 있었다.”⁸⁾ 그 理由는 法官이 外國法の 內容을 아는 것을 期待할 수 없기 때문이며, 外國法은 事實이 立證되는

- 5) 여러나라의 外國法の 訴訟상의 取扱에 관하여 紹介한 것으로서, Schnyder, "Die Anwendung des Zuständigen Fremden Sachrechts im Internationalen Priatrecht", 1981, S.40ff; Yates, "Foreign Law before Domestic Tribunals", 18 Virginia J. of Int'l Law, 1978, p.725ff; Zajtay, "The Application of Foreign Law", *Internationalen Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Chapter 14, 1972, S.9ff 등이 있다.
- 6) Sass, "Foreign Law in Federal Courts", 29 Am. J. Comp. L. 97, 1981, p.111.
- 7) Wolff, Private International Law, 2d ed., 1950, p.30; Graveson, *Conflict of Law*, 7th ed., 1974, p.33; Sass, "Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative Survey", 16 Am. J. Comp. L., 1986, p.332f; Sprankling/Lanvi, "Pleading and Proof of Foreign Law in American Courts", 19 Stanf. J. of Int'l L. 3, 1983, p.5
- 8) Miller, "Federal Rule 44.1 and the 'fact' Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die Hard Doctrine", 65 Mich. L. Rev., 1967, p.615f; Currie, "On the Displacement of the Law of the Forum", 58 Colum. L. Rev., 1958, pp.964-967.
- 9) 外國法適用에 先行으로서 外國判決의 承認이 있다고 한 Wolff, a. a. O., S.30; 잉글랜드와 스코틀랜드가 單一王國이 된 것이 하나의 原因이라고 한 Graveson, op. cit., p.34; 普通法 法院의 管轄擴大의 必要가 있었다고 한 Sass, op. cit., p.336 參照.
- 10) Mostyn v. Fabrigas, 1 Cowp., 1774, p.161, 174 는 "外國法을 아는 方法은 事實로서 證明하는 것을 認定하는 것에 의한다. 그래서 法院은 陪審이 法の 內容을 確定하는 것을 돕게 된다"고 하고 있다.

것 같이 適切한 證據에 의해서 立證되어야 한다는 것이다.¹¹⁾ 말하자면 外國法の 主張·立證은 당사자가 행할 필요가 있고, 外國法の 內容에 관하여는 陪審이 判斷하며, 그 판단을 上訴에서 다루는 範圍도 대단히 限定的인 것이었다.¹²⁾

이러한 取扱의 背景에는 몇가지 理由가 있다. 歷史的인 理由로서는 먼저 記述한 바와 같이 普通法(Common Law)法院에 있어서는 外國法이 適用되지 않았던 점을 들 수 있다. 이것은 法院에 있어서는 國內法만이 法이고, 訴訟에 있어서의 다른 要素는 모두 立證되어야 할 事實로서 취급되지 않으면 안된다고 하는 것을 容易하게 도출한 것이다. 또한 다른 法院에 대하여 管轄 權限의 擴大를 피하고 있던 同法院에는 外國法에 대한 反感이 있었다고 하는 指摘도 있다.¹³⁾

반면 實際的인 理由로서는 法官이 不知라고 하는 점에서 外國法은 事實과 共通하는 面을 지니는 점을 들 수 있다. 말하자면 法官이 外國法の 內容에 精通하다는 것을 기대할 수 없기 때문에, 어떤 訴訟에 관계하는 外國法에 관한 情報은 원치적으로 그 訴訟에서 수집하는 것이 필요하게 되는 것이다.¹⁴⁾ 또한 法院은 어디까지나 審判者(umpire)이고 受動的인 것이라고 생각하는 普通法(Common Law)의 傳統的인 見解도 이에 가까운 것이라고 할 수 있다. 이 점이 外國法을 事實과 같이 取扱하는 普通法原則의 最大의 根據라고 할 수 있을 것이다. 다만 外國法の 內容을 확정하는 權限을 法院에 부여하는 경우에도 當事者가 그에 대해서 意見을 진술할 機會를 준다고 하는 考慮는 항상 작용하고 있다.¹⁵⁾

나아가 國際私法理論과의 關係에서는, 당시의 禮讓理論¹⁶⁾에 의하여 기초지워진 取扱이며, 또한 既得權理論과도 適合的인 方式이다.¹⁷⁾

이상은 訴訟에 있어서의 外國法の 取扱에 관한 것인 바, 이를 기초로 하여 外國法에 관한 立證이 없는 경우에는 法廷地法이 適用된다고 하는 것이 대부분의 普通法(Common Law)國家들의 입장이다.¹⁸⁾

11) Earl Nelson v. Lord Bridport, 8 Beav., 1845, p. 527f.

12) Sprankling/Lanvi, op. cit., p. 5; Miller, op. cit., p. 620ff 은 外國法=事實說이 그 正當化 根據와는 關係없이 機械的으로 適用되었다고 指摘한다.

13) Sass, op. cit., p. 338; Alexander, "The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts: Variations on a Theme of Alexander Nekam", 70 Northwestern University L. Rev., 1975, p. 602, 606.

14) Schlesinger et al., Comparative Law, 5th ed., 1988, p. 54; Earl Nelson v. Lord Bridport, 8 Beav., 1845 判決 및 Miller, op. cit., p. 619 가 外國法の 탐구가 困難한 것을 外國法을 事實로 보는 根據로 하고 있다.

15) Sommerich/Busch, Foreign Law: A Guide to Pleading and Proof, 1959, p. 119.

16) 이 理論은 그 領域內에 主權을 가지는 各國은 國內에서 外國法을 適用할 義務는 없다고 한다. 外國法은 國內에서 그대로 法으로서의 効力을 가지는 않는다고 하는 점에서 外國法=事實說의 基礎를 부여하고 있다. 이에 관해서는, Story/Biglow, Commentaris on the Conflict of Laws, 8th ed., 1883, p. 20ff 參照.

17) Sass, op. cit., p. 338f.

18) 英國에 관해서, Morris, The Conflict of Laws, 3d ed., 1984, p. 41; Dicey/Morris, On the Conflict of Laws, ed. by Collins 217 Rule 18(2), 11th ed., 1987; North/Fawcett, Cheshire and North Private

나. 美國에의 導入

이상의 普通法(Common Law)에 있어서의 外國法の 取扱은 그대로 美國에 導入되었다.¹⁹⁾ 그러나 外國法の 立證이 없는 경우의 處理에 관하여는 다른 普通法(Common Law)國家들과는 다르게 展開되고 있다. 以前의 代表的인 美聯邦大法院의 判例²⁰⁾를 보면 다음과 같다.

“外國에서 행해진 단순한(rudimentary) 契約이나 不法行爲, 예컨대 物品이나 서비스에 대한 金錢支給의 約束, 사람에 대한 暴行, 物品의 橫領(conversion)을 取扱하는 경우에는, 反對인 것이 明白하지 않는 한, 法院은 責任의 存在를 想定한다. …그러한 事實關係는 모든 文明國에 있어서 責任을 발생시키는 것일 것이다. 그렇지만 訴訟이 그의 法域(jurisdiction) 外에서 생긴 原因에 기초하여 提起되고 있는 경우에는 法院의 義務가 스스로의 正義概念의 執行은 아니고, 다른 法에 의하여 創出된 義務(obligation)의 執行인 것을 法院은 항상 생각하고 있어야 한다. … 거의 例外없이 當事者 相互의 責任은 不法行爲(wrong)가 되고, 當事者가 그것을 행한 때에 所在한 場所의 法(the law of the territorial jurisdiction)에 의하여 固定된다(fixed). …그것이, 그리고 그것 만이 當事者의 權利의 根據인 것이다. …말하자면 訴訟原因이 다른 文明國에서 생긴 때에 當事者의 損害賠償을 認定하는 唯一한 正當化根據(justification)는 그것이 그 場所에 있어서의 訴訟原因이라고 하는 흔들리지 않는 確信인 것이다. 그것은 損害賠償請求權의 不可缺한 根據이다. 그것은 原告의 要證事實(plaintiff's case)이고, 疑問의 餘地가 있는 경우에는 原告가 主張(allege)立證을 하지 않으면 안된다. …어떠한 推定이 있다면, 그것은 모두 事實上的 推定이고, 證據에 의하여 確定될 可能性이 있다. 그러므로 推定은 그것이 事實을 나타내고 있다고 合理的으로 確信할 수 있는 事件에 限定시켜야 한다. …下級審에서는, 原告에게 자신의 主張(case)의 證明을 要求하는 것은 苛酷하다고 示唆하고 있다. 그렇지만, 當事者는 우리의 法院을 의지하여 外國에서 民事的關係에 들어가는 것은 아니다. 우리 法院이 當事者間의 事件(affairs)에 干涉하여 그 權利를 確立시키고 執行하려고 하는 場所에 事件을 부탁(remit)한다고 하여도, 當事者는 異議를 提起할 수 없다.”

이와 같이 1912년의 美聯邦大法院 判決은 쿠바(Cuba)法の 內容에 관하여 어떠한 證據가 제출되지 않는 경우에 法廷地法을 적용하여 原告를 勝訴시킨 下級審判決을 破棄하고 있다. 이 判決을 檢討해 보면,

첫째로, 이 判決도 外國法은 事實과 마찬가지로 當事者가 立證해야 하는 것으로 생각하고 있다. 즉, 外國法 內容의 '推定'을 모두 事實上的 推定으로 보아, 어디까지나 事實과의 合致를 合理的으로 確信하는 경우에 있어서만 認定하도록 하고 있다.

둘째로, 이 判決은 準據法을 固定的인 것으로 하고 있다. 말하자면, 本件에서는 事件을 쿠바

International Law, 11th ed., 1987, p.106. 또한 오스트리아에 관해서는 Sykes/Pryles, *Australian Private International Law*, 2d ed., 1987, p.248; Nygh, *Conflict of Laws in Australia*, 4th ed., 1984, p.198. 캐나다에 관하여는 McLeod, *The Conflict of Laws*, 1983, p.39; Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., 1986, p.145. 아일랜드에 관하여는 Binchy, *Irish Conflict of Law*, 1988, p.113 參照.

19) Miller, *op. cit.*, p.618.

20) *Cuba Railroad Co. v. Crosby* 222 U.S.A. 473, 32 S. Ct., 1912, p.132 .

법에 의하여 해결하려 하고 있고 다른 法規에 의해서 紛爭을 解決하려고 하는 姿勢는 보이지 않는다. 國際私法理論으로부터 살펴보면, 本 判決은 이른바 既得權理論, 즉 權利는 그 事實이 발생된 場所의 法에 의하여 이미 創造되고 있고, 法院은 그것을 承認 執行하는 것이라고 하는 見解를 취하고 있다고 評價할 수 있다.²¹⁾ 그렇다면 準據法, 특히 그 事實이 발생된 場所의 法은 固定되어 있고, 다른 法에 의한 紛爭解決은 허용되지 않는 것으로 되고만다.²²⁾

셋째로, 그것에 어울리지 않는, 他國에서의 紛爭解決이 示唆되고 있는 점이 주목된다. 이것을 다른 側面에서 보면 法廷地에서 紛爭을 解決해야 한다고 하는 考慮보다도 紛爭解決이 正當한 規範에 의해서 되어지는 것을 重視하는 것으로 評價될 것이다. 현재 forum non conveniens의 法理를 適用하는 경우에는 準據法이 外國法에 있는 것도 訴를 却下하는 方向으로 작용하는 要素로 되고 있지만, 거기에서 考慮되고 있는 것은 外國法의 內容의 確定에 따른 法院의 負擔에 있고²³⁾ 그 점 本判決의 方式는 다르다. 다만 forum non conveniens의 法理를 西獨에 導入하는 것을 示唆하는 Wengler²⁴⁾는 本來의 準據法과는 다르고 當事者가 訴訟前에는 豫想할 수 없는 것과 같은 規範을 適用하는 것에 대하여 批判하고 있다.

넷째로, 이 判決도 外國法의 內容을 推定하는 것을 限定된 範圍에서 인정하고 있다. 다만, 여기에서 認定되고 있는 것은 어디까지나 事實과 合致한다고 合理的으로 確信할 수 있는 경우 뿐이다

그러나 本 判決을 그대로 답습하여 準據外國法을 立證하지 못함으로 인하여 當事者의 主張을 배척한 判例는 그리 많지 않고,²⁵⁾ 오히려 推定하는 方法을 사용한 判例가 많다. 그것은 準據外國法의 內容이 명백하지 않기 때문에 그에 의거하는 當事者의 主張을 배척하는 것은 타당하지 않다고 判斷하는 한편, 本來의 準據法 이외의 法을 適用하는 것도 認定되지 않는다고 생각되기 때문일 것이다.²⁶⁾

21) Miller, op. cit., p. 696; Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study* vol. 4, 1958, p. 492; Currie, op. cit., p. 1001. 既得權理論의 內容을 整理한 것으로서, Dicey, *The Conflict of Laws General Principle I*, 1896; Beal, *Summary of the Conflict of Laws, in: Cases on the Conflict of Laws Vol. 3*, 1902, p. 501ff 등이 있다.

22) Currie, Ibid., p. 1001는 "이 理論은 指定된 外國의 法을 適用하고, 그 이외의 것을 適用하지 않을 것을 法院에 命한다"고 한다.

23) Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 509, 67 S. Ct., 1947, 839, 843.; Piper Aircraft Co. v. Reyno, 454 U.S. 235, p. 261f., 102 S. Ct., 1981, p. 252, 268.

24) Wengler, "Der deutsche Richter vor unaufkl rbarem und unbestimmtem ausländischen Recht", JR 1983, S. 221, 224.

25) 本判決과 마찬가지로 準據外國法의 不證明에 의하여 그것에 의거하는 當事者의 主張을 排斥한 判決로서, Christie v. Cerro de Pasco Copper Corp., 214 App. Div. 820, 211 N.Y. Supp. 143 (2d Dep't 1925); Riley v. Pierce Oil Corp., 245 N.Y. 152, 156 N.E. 647 (1927); The Hanna Nielsen, 273 Fed. 171 (2d Cir.), cert. de nied, 257 U.S. 653 (1921); McQuade v. Companina de Vapores San Antonio, S. A., 131 F. Supp. 365 (S.D. N.Y. 1955) 등이 있다.

26) Leary v. Gledhill, 8 N.J. 260, 84 A. 2d 725, 1951은 推定의 方法에 대해서 자세히 敘述하고 있고, Alexander, op. cit., p. 608은 節次的 迅速 低廉한 費用과 같은 訴訟에 있어서 一般적으로 考慮되어야 할 要素를 지적하고 있다.

'推定'의 種類로는, 基本的 法原則의 存在를 推定하는 것, 普通法國家들에 關於하여 法廷地와 동일한 普通法(Common Law)이 타당하고 있다고 推定되는 것, 直接 法廷地法과의 一致를 推定하는 것, 그리고 準據外國法の 主張 立證을 하지 않는데 대하여 當事者가 法廷地法の 適用을 목적으로 承諾했다고 推定하는 것 등 네가지가 있다고 한다.²⁷⁾ 앞의 두가지는 어느 정도 事實에 合致하고, 本 判決도 인정하고 있는 것이다.²⁸⁾ 이에 대하여 뒤의 두가지는 擬制라고 하는 面이 강하고, 단지 法廷地法の 適用을 기초로 하는 것에 지나지 않는다.²⁹⁾ 현재도 裁判에 있어서 때때로 '推定'이라고 하는 말을 사용하고 있지만, 그것은 오로지 法廷地法の 適用을 위한 것이다.³⁰⁾

다. 그 變容

이상 설명한 普通法(Common Law)上的 歸結을 支持하는 두가지 점, 즉 訴訟에 있어서의 外國 法的 取扱과 準據法選擇에 관한 既得權理論은 대부분의 地域에서는 維持되지 않고 있다.

(1) 訴訟에 있어서의 外國法

普通法(Common Law)上的 取扱은 制定法에 의하여 變更할 수 있게 된다.³¹⁾ 여기에서는 캘리포니아州, 뉴욕州 및 聯邦制定法에 關於하여 紹介하고, 그 傾向에 關於하여 指摘한다. 이들의 法域에서는 涉外事件이 많다고 생각하기 때문이다.³²⁾

캘리포니아州에 있어서는 다른 州法과 外國法과는 區別하지 않는 점, 또한 원칙적으로 法院은 그들 法을 職權으로 適用할 수 있도록(judicial notice may request) 準備를 가능하게 하는 告知(notice)를 하는 점, 法院에 대하여 그것을 職權으로 적용하는데 충분한 情報를 제공하는 점, 이 세가지의 要件이 충족되는 경우에는 法院은 그들의 法을 職權으로 適用하지 않으면 안되는(shall take judicial notice) 것으로 하고 있다.³³⁾

이에 대하여, 뉴욕州에서는 다른 州의 法과 外國法과는 다른 規律이 이루어지고 있다. 前者에

27) Leary v. Gledhill, 8 N.J. 260, 84 A. 2d 725, 1951 參照.

28) "一定한 基本的인 法原則은 어떤 文明國에도 타당하다."라는 推定을 使用한 判決로는 E. Gerli & Co. v. Cunard S.S. Co., 48 F. 2d 115, 117, 1931; Tidwater Oil Co. v. Waller, 302 F. 2d 638(10th Cir.), 1968; Arams v. Arams, 182 Misc. 328, 45 N.Y.S. 2d 251(sup.Ct. 1943) 등이 있다.

29) Louknisky v. Louknisky, 123 Cal. App. 2d P. 2d 910, 1954, p.266.406. 法廷地法の 適用을 直接 國際私法上 基礎로 삼은 判決이 있는데, 이의 例로서는, Walter E. Heller & Co. v. Video Innovations Inc., 730 F. 2d 50(2d Cir.), 1984가 있다. Scoles/Hay, Conflict of Laws, 1982, p. 412 參照.

30) Alexander, op. cit., p.609; Currie, op. cit., p.979.

31) Miller, op. cit., p. 624에 依하면, 1840년의 Connecticut 州法이 그 最初이고 여기에서는 다른 州나 外國의 判例集이 職權調査(judicial notice) 되는 것으로 되어 있다. 특히 주목되는 것은 美合衆國 外의 法에 대해서도 職權調査를 하는 것으로 하는 Massachusetts 州法(M. G. L. A. c. 233, 70)이 있다.

32) Schesinger et al., op. cit., p.55 n. 8a. 또한, 美國 各州의 狀況에 關해서는 Sprankling/Lanvi, op. cit., p.96f. 에서 一覽表로 整理되어 있다.

33) Cal. Evid. Code 452(a), (f); 453. 특히 캘리포니아 州은 準據外國法이 明白하지 않은 경우에 대해서 明文의 規定을 두고 있다.

관하여는 항상 法院이 職權으로 適用하는 (shall take judicial notice) 것으로 되어 있고, 後者에 관하여는 대개 캘리포니아州와 비슷한 取扱을 하고 있다.³⁴⁾

이들 州法의 規定이나 1936년에 채택된 Uniform Interstate and International Procedure Act의 規定을 背景으로 1966년에 聯邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure)으로 追加된 것이 Rule 44.1이다.³⁵⁾

여기에서는 다음과 같이 規定되어 있다.

“外國 (a foreign country)의 法에 관한 爭點 (issue)을 提起하려고 하는 當事者는 辯論書面 (pleadings) 또는 다른 適當한 書面에 의하여 告知를 해야 한다. 法院은 外國法을 確定하는 때에, 當事者에 의하여 提出되었는가 아닌가, 또는 聯邦證據規則에 의하여 許容되는가 아닌가에 관계없이, 證言 (testimony)을 포함하여 어떠한 關聯資料를 考慮하는 것도 許容된다. 이 法院의 確定은 法律問題에 관한 判斷으로 取扱되는 것이다.”

이것은 法院이 모든 資料를 고려할 수 있다고 한 점이나, 當事者에게 告知를 要求함과 동시에 그 形式을 묻지 않는다고 한 점 등, 州法과의 共通性도 높다.³⁶⁾ 이하에서 이들 制定法에 관하여 검토해 보면,

우선 外國法이 訴訟에 있어서 事實과 同視해서는 안되며, 事實에 관하여 필요한 主張이나 證明의 形式의 遵守는 필요없다. 그렇지만 外國法이 國內法과 완전히 同一하게 取扱되는 것으로 되었다고도 할 수 없다. 國內法이 있다면 當事者의 態도와 관계없이 職權으로 適用시키는 까닭이다. 이러한 의미에서 外國法은 事實과 國內法과의 中間의인 것으로 取扱되었다고 할 수 있다.³⁷⁾

바꾸어 말하면, 制定法上으로도 當事者로부터 독립하여 法院이 外國法의 內容을 確定하는 義務를 부담한다는 생각은 취하지 않으며, 그 점은 法院의 裁量에 委任되고 있는 것이다. 그것은 外國法이 法院에는 알려지지 않고 그 確定도 容易하지 않기 때문에 法院에 極端的인 負擔을 주는 것을 피하기 위한 것이라고 한다.³⁸⁾ 그것을 받아들여 實際의 事件에 있어서 法院은 職權으로 外國法의 內容을 調査하고 確定하는데 消極的이다. 이것은 法院의 懈怠로 인한 것이라는 側面도

34) N. Y. Civ. Prac. L. & R. 4511 (a), (b).

35) 1966年 以前의 美聯邦法院에서는 聯邦民事規則 Rule 43(a)를 根據로 하여 그 聯邦法院이 所在하는 州의 judicial notice statute 에 의해서 法院이 外國法을 職權으로 適用하도록 하는 立場을 主張하는 判決 (Siegelman v. Cunard White Star, 221 F. 2d 189 (5th Cir.), 1955와 外國法을 事實과 同視하는 判決 (Walton v. Arabian Am. Oil Co., 233 F. 2d 541 (2d Cir.) 1956)이 있다. 이 점에 대해서는 Miller, op. cit., p. 657 參照.

36) 다만, 28 U. S. C. Rule 44. 1, Notes of Advisory Committee on Rules 293 에 의하면 judicial notice 라고 하는 말은 外國法에 대해서 使用되었던 경우에 그 意味가 明白하지 않기 때문에 聯邦民事規則에 있어서는 使用되지 않았다고 한다.

37) Sass, op. cit., p. 98; Miller, op. cit., p. 657.

38) Cal. Evid Code §452, Comment: Assembly Committee on Judiciary; 28 U. S. C Rule 44. 1, note of Advisory Committee on Rules; N. Y. Civ. Prac. L. & R. 4511, Legislative Studies and Reports.

있겠지만, 當事者에 대한 不意打의 防止라고 하는 관점에서 積極的으로 評價하는 것도 가능하다.³⁹⁾

이들의 規定에 의하여 準據外國法の 內容이 명백하지 않게 된 경우의 解決은 어떻게 變化될 것인가. 우선 이들 規定의 背景에는 원칙적으로는 法廷地法이 適用된다고 하는 생각이 있다고 推測된다. 말하자면 外國法の 職權에서의 適用을 일반적으로 裁量에 의하도록 하고, 일정한 要件을 충족하는 경우에는 義務인 것으로 하는 것은, 그렇지 않는 한은 通常의 國內事件과 마찬가지로 法廷地法을 適用하는 것을 나타내고 있는 것이라고도 생각되기 때문이다. 그렇다면, 이 規定들은 準據外國法の 內容이 명백하지 않을 경우에 法廷地法을 適用하는 根據로 될 것이다.

또한, 法院에 外國法の 內容을 確定하는 權限이 부여된 것은, 外國法の 證明에 따르는 當事者의 부담을 輕減하려고 하는 취지라고 생각된다. 그렇다면, 外國法の 證明이 없었기 때문에 當事者의 主張을 排斥하는 取扱은 그 趣旨와는 다르다고 생각된다.

그러나, 비록 準據法 選擇에 관하여 既得權理論이 維持된다고 하면, 當事者의 權利의 根據는 特定の 外國法에만 있다고 할 수 없는 것이므로 그 內容이 명백하게 되지 않는 경우에는 當事者의 權利의 存在가 명백하지 않는 것으로서 當事者의 主張을 排斥하는 것도 가능할 것이다.⁴⁰⁾ 당초 指定된 外國法에 의한 裁判이 불가능한 경우에는 다른 法規範에 의하여 裁判을 할 수 있도록 하기 위해서는, 法選擇規則이 그러한 取扱을 許容하는 것일 필요가 있다.⁴¹⁾

(2) 準據法選擇理論

準據法選擇에 관한 方式의 變化는 대단히 심하고, 현재 다양한 見解가 主張되고 있는데, 既得權理論과 比較하여 보면, 그들 새로운 方式은 대체로 다음과 같은 特色을 가지고 있다고 할 수 있다.⁴²⁾

첫째로, 法選擇規則이 보다 柔軟한 것이라고 指摘할 수 있다. 새로운 方式은 既得權理論을 批判할 때 일치하여 그의 硬直性을 들고 있고, 新理論이 보다 柔軟한 것이라는 것은 당연하다고 할 수 있을 것이다.

우선, 複數의 要素를 들어 그들을 종합적으로 考慮하여 準據法選擇을 행하려고 하는 견해가 있다. 예컨대, 리스테이트먼트(Restatement)의 接近方法에 있어서는 事件과 가장 밀접한 關係(most significant relationship)를 가지는 法을 適用해야하는 것이고, 그것을 決定할 때에 고려해야 할 要素를 일곱가지나 들고 있다.⁴³⁾ 또한 新理論의 대부분은 관련하는 法域의 實質法의 內容을

39) *Arams v. Arams*, 182 Misc.328, 1943. 또 外國法の 內容에 대해서 當事者에게 主張 立證의 機會을 附與하는 것은 憲法上의 要請이라 한다. Schlesinger, "A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law", 59 *Cornell L. Rev.* 1973, 1ff.; Schlesinger et al., op. cit., p. 96ff.

40) Currie, op. cit., p. 983, 1001; *Vishipco Line v. Chase Manhattan Bank*, N. A.

41) Schnyder, op. cit., p. 109.

42) Kay, "Theory into Practice: Choice of Law in the Courts", 34 *Mercer L. Rev.* 1983, p. 521ff.

43) Restatement(Second) §6(2), §145(1), §188(1); Kay, op. cit., p. 552ff.; Leflar, "Choice: Influencing Considerations in Conflicts Law", 41 *N. Y. U. L. Rev.* 267, 1966, 282ff

그 適用의 有無를 判斷할 때 고려하고 있고, 그것도 당초부터 特定の 法域의 法이 準據法으로 된다고 하는 것은 고려하지 않는다는 것을 나타내고 있다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

둘째로, 적어도 既得權理論과 比較하는 경우에는 法廷地法으로 기울어지고 있다고 하는 指摘도 許容될 것이다. 明示적으로 法廷地法の 適用이 原則이라고 하는 Curie 나 Ehrenzweig의 立場⁴⁵⁾에 관하여 뿐만 아니라, 不法行爲에 관하여 原告에게 有利한 法の 適用을 주장한 Weintraub 나 Better Law 의 適用을 주장한 Leflar 에 대해서도 실제로는 法廷地法の 適用과 관계된다고 하는 指摘이 있다.⁴⁶⁾ 이들로부터 法選擇 規則으로서도 外國法の 適用은 任意的인 것이라고 생각되게 될 것이다.⁴⁷⁾

(3) 現 狀

그리하여 최근의 判例에서는 外國法の 內容이 명백하지 않은 경우에는 거의 일치하여 法廷地法이 適用되고 있다.⁴⁸⁾ 또한 制定法上으로도 캘리포니아주는 準據法の 內容이 확정할 수 없는 경우에는 自州法을 適用할 것을 규정하고 있다. 말하자면 캘리포니아주 證據法典 311條(Cal. Evid. Code §311)은 다음과 같이 규정한다. 國際機關(an organization of nations), 外國國家, 이 州 以外の 州, 外國 또는 他州의 共同團體(a public entity)의 法이 準據法으로 되고(is applicable), 그위에 그 法을 確定할 수 없는(cannot be determined) 경우에 法院은 正義의 目的이 要求하는 바와 같이(as the ends of justice require), 아래 두가지 중 하나를 행할 수 있다.

- (a) 合衆國聯邦憲法 및 이 州의 憲法에 反하지 않고 自州法을 適用할 수 있으면 그렇게 할 것.
- (b) 訴를 却下하거나(dismiss the action without prejudice), 또는 上訴法院(a reviewing court)이라면 事實審法院(the trial court)에게 訴를 却下하도록 指示하여(with directions) 事件을 還送할 것.

최근 國際私法の 規定중에 外國法不明의 경우에 관해서 明文의 規定을 두는 나라가 增加하고 있지만 그 중에서 폴란드, 오스트리아(§4 Abs. 2 IPRG), 헝가리, 스위스(Art. 16 Abs. 2 IPRG.) 등 많은 나라는 法廷地法을 適用하도록 정하고 있다. 이에 대하여 유고슬라비아法에서는 外國法の 適用을 職權으로 해야 하는 것만이 규정되었고, 外國法の 不明의 경우에 法廷地法을 適用하는 趣旨의 規定은 하지 않고 있다.⁴⁹⁾

44) Scoles/Hay, op. cit., p. 17ff.

45) Curie, "Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws", *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, 177ff.

46) Scoles/Hay, op. cit., p. 25, 30.

47) Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1962, 367.; Currie, op. cit., p. 1011.

48) 最近의 主要한 裁判으로서는, *Industrial Graphics, Inc., v. Asahi*, 485 F. supp. 793, 797 n. 2 D. Minn. 1980; *Clarkson Co. Ltd. v. Shaheen*, 660 F.2d 506, 512 n. 4 2d Cir. 1981; *Cavic v. Grand Bahama Development Co., Ltd.*, 701 F.2d 879 11th Cir. 1983; *Wachs v. Wintet*, 569 F. Supp. 1438 E.D.N.Y. 1983.

49) Šarčević, "The New Yugoslav Private International Law Act", 33 *Am. J. Comp. L.*, 1985.

그렇지만 學說 중에는 일정한 경우에 法廷地法の 適用을 인정하지 않거나, 또는 그것을 制限할 것을 主張하는 立場도 있다. 그러한 경우로서, 外國法이 a rule of decision 以外の 형태로 訴訟上 問題로 되고 있는 경우⁵⁰⁾ 외에 家族法上的 문제가 다루어지고 있는 경우를 들고 있다. 거기에는 法의 內容이 各國마다 크게 다르고, 法廷地法과 本來의 準據法과의 內容적 一致의 蓋然性이 낮은 것과, 本來의 準據法이 固定的인 것으로 생각되는 것이 그 根據로 되어 있다.⁵¹⁾

또한 이 점에 관하여 考慮해야 할 要素로서 兩當事者의 外國法에 관한 資料의 利用의 難易, 法廷地法과 事件과의 關係, 적용되는 自國法이 特殊한 義務를 부담시키고 있는가 아닌가라고 하는 점도 들고 있다.⁵²⁾

라. 小 結

美國에 있어서 準據外國法이 立證되지 않는 경우에 法廷地法을 適用하거나, 또는 그것을 制限하는 根據로서 主張되고 있는 것을 보면, 여기에서 考慮하고 있는 要素로서는 다음과 같다.

첫째, 紛爭解決의 要請이다. 外國法의 內容의 '推定'이 점차 擬制로서의 性格을 강하게 띠는 것은 무엇인가의 規範에 의하여 法廷地에 있어서의 紛爭을 解決해야 한다고 하는 判斷이 基礎하고 있기 때문일 것이다.

둘째로, 節次的 要因이다. 當事者 뿐만 아니라 法院에도 外國法의 內容의 確定을 행하는 權限이 주어지고 있는 것은 그의 不證明에 의한 當事者의 一方에게 不利益을 과하는 것은 용납되지 않는 면이 있다. 반면, 일차적으로는 當事者가 外國法의 內容을 確定할 責任을 부담하도록 되어 있기 때문에, 本來의 準據法 以外の 外國法에 의하여 裁判하려는 생각은 나오지 않는 까닭일 것이다. 또한 法廷地法の 適用에는 節次的 迅速과 저렴한 費用이라고 하는 根據도 있을 것이다.

셋째로, 國際私法的인 要素를 들고 있다. 本來의 準據法에 의한 裁判을 강조한다면 그 內容이 명백하게 되지 않는 경우에 다른 法을 適用하는 것이 불가능하고, 法廷地法の 適用에도 제한적으로 될 것이다. 반대로 法廷地法の 適用이 國際私法上 基礎지워진다면, 문제된 法廷地法이 適用되어야 할 것으로 될 것이다.

2. 其 他

美國에서는 보이지 않으나, 기타 여러나라에서 보이는 見解로서, 準據外國法의 內容을 추측하

p. 283, 289는 그와 같은 規定을 두는 것이 抵觸規定의 目的에 反하기 때문이라고 한다. 本來의 準據法에 의한 裁判이라는 觀點을 重視하는 立場이라고 할 수 있을 것이다.

50) Restatement (Second) §136 Comment h; Sass, op. cit., p. 112 특히 Currie, op. cit., p. 1012에서는, 交通事故가 일어난 國家에 있어서는 道路의 어느 쪽의 通行이 正當한가를 法廷地法에 의해서 判斷해야 하는가, 캔사스州의 契約에 대해서 日曜日의 契約을 無効로 하는 法廷地法을 適用해야 하는가에 대해서 否定的으로 답하고 있다. 外國法이 데이터(a datum)를 提供하는 것으로서 言及된 경우에는 그것이 法廷地法에 의해서 代替되는 것은 아니라고 한다.

51) Nussbaum, "The Problem of Proving Foreign Law", 50 Yale L.J. 1941, p. 1018, 1041; Schlesinger et al., a. a. O., S. 103f. 는 문제가 되고 있는 法律關係에 있어서 準據法의 固定性은 다르다고 하고 있다.

52) Schlesinger et al., a. a. O., S. 105f.

려고 하는 입장과 補助連結을 행하려고 하는 입장이 있는데, 여기에서는 이를 紹介하려 한다.

가. 內容推測

準據外國法이 不明하다고 하여도, 그의 內容을 여러가지 手段에 의하여 推測, 그에 의하여 裁判을 행한다고 하는 見解가 있다.⁵³⁾ 다만, 이에 대하여는 近似法이 유사한 法規를 가질 蓋然性은 충분하다고 할 수 없고, 法官은 外國法이 확정된 內容에 있어서 실제로 妥當하고 있다고 確信하는 때에만 그것을 적용해야 한다는 批判이 있다.⁵⁴⁾ 다만, 이에 대하여는 近似法이 유사한 法規를 가질 蓋然性은 충분하다고 할 수 없고, 法官은 外國法이 확정된 內容에 있어서 실제로 妥當하고 있다고 確認하는 때에만 그것을 적용해야 한다는 批判이 있다.⁵⁵⁾

이와 類似한 것으로서, 類似法이나 이전에 妥當했던 法을 그대로 適用해야 한다고 하는 생각도 있다. 內容을 推測한다고 하는 생각에 비하여, 세세한 問題에 관하여 의거할 規範이 존재한다고 하는 長點도 있지만,⁵⁶⁾ 그밖에 本來의 準據法에 의한 裁判이라고 하는 理念으로부터는 멀어지게 된다. 그렇다면 그러한 法規範의 適用根據는 무엇인가가 문제될 것이다.

나. 補助連結

準據外國法의 內容이 불명한 경우에 새로이 補充的인 準據法選擇을 행해야 한다고 하는 見解도 최근 유력하다.⁵⁷⁾ 이 생각은 우선, 法廷地의 抵觸法에 의하여 지정된 法規範의 內容이 不明한 이상, 그것에 대신할 法規範이 選擇되지 않으면 안된다고 한다. 그러면 어떠한 法을 選擇하는가는 당연히 國際私法의 問題로 될 것이다.

그리고 無國籍의 경우에는 常居所地法에 의한다고 하는 규정은, 그의 本國法의 內容이 명백하지 않을 경우에도 이용할 수 있게 된다. 어느 것도 당초의 連結이 失敗한다고 하는 점에서는 差異가 없는 까닭이다. 이러한 規定도 없는 경우나, 補助的으로 連結된 法의 內容도 명백하지 않을 경우에는 自國이나 外國에서 이루어지고 있는 連結을 參考로 하여 準據法을 정해야 하는 것이 된다.⁵⁸⁾ 本來의 準據法이 그의 適用段階에 있어서 不明으로 된 경우에, 무언가의 法規範에 의하여 裁判을 행해야 한다면, 새로이 準據法選擇을 행할 필요가 있다고 하는 이 說의 見解자

53) Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., 1987. S. 323

54) Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl., 1954, p. 88.

55) Müller, "Zur Nichtfeststellbarkeit des kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts", NJW 81, S. 481, 483

56) 반대로, 內容을 推測한다고 하는 생각에 대해서는 그것은 適用하는 法規範이 不明確한 것이 된다고 하는 批判도 있다. BGH, NJW 1961, 410, 412는 「단지 妥當하고 있는 蓋然性이 있는 것에 지나지 않는 法(Ein nur wahrscheinlich geltendes Recht)은 裁判의 判斷의 基礎로 되는 것은 아무래도 不明確하다」라고 한다. 또 BGHZ 69, 387, 394도 같은 생각에 관해서 「그것에는 不明確한 法을 指定하는 것이 되고 裁判節次의 현저한 複雜化가 된다」라고 한다.

57) 山内惟介, "外國法の不明", 木棚照一 編, 「演習ノート國際私法」, p. 41; Müller, a. a. O., S. 481ff; Kreuzer, "Einheitsrecht als Ersatzrecht", NJW 1983, S. 1943; Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, 1985, S. 121.

58) Müller, a. a. O., S. 483은 「抵觸法の 送致의 體系에 포함되는 價値判斷이나 要請」을 考慮해야 한다고 하고 있다.

그렇지만 學說 중에는 일정한 경우에 法廷地法の 適用을 인정하지 않거나, 또는 그것을 制限할 것을 主張하는 立場도 있다. 그러한 경우로서, 外國法이 a rule of decision 以外の 형태로 訴訟上 問題로 되고 있는 경우⁵⁰⁾ 외에 家族法上的 문제가 다루어지고 있는 경우를 들고 있다. 거기에는 法의 內容이 各國마다 크게 다르고, 法廷地法과 本來의 準據法과의 內容적 一致의 蓋然性이 낮은 것과, 本來의 準據法이 固定的인 것으로 생각되는 것이 그 根據로 되어 있다.⁵¹⁾

또한 이 점에 관하여 考慮해야 할 要素로서 兩當事者의 外國法에 관한 資料의 利用의 難易, 法廷地法과 事件과의 關係, 적용되는 自國法이 特殊한 義務를 부담시키고 있는가 아닌가라고 하는 점도 들고 있다.⁵²⁾

라. 小 結

美國에 있어서 準據外國法이 立證되지 않는 경우에 法廷地法을 適用하거나, 또는 그것을 制限하는 根據로서 主張되고 있는 것을 보면, 여기에서 考慮하고 있는 要素로서는 다음과 같다.

첫째, 紛爭解決의 要請이다. 外國法의 內容의 '推定'이 점차 擬制로서의 性格을 강하게 띠는 것은 무엇인가의 規範에 의하여 法廷地에 있어서의 紛爭을 解決해야 한다고 하는 判斷이 基礎하고 있기 때문일 것이다.

둘째로, 節次的 要因이다. 當事者 뿐만 아니라 法院에도 外國法의 內容의 確定을 행하는 權限이 주어지고 있는 것은 그의 不證明에 의한 當事者의 一方에게 不利益을 과하는 것은 용납되지 않는 면이 있다. 반면, 일차적으로는 當事者가 外國法의 內容을 確定할 責任을 부담하도록 되어 있기 때문에, 本來의 準據法 以外の 外國法에 의하여 裁判하려는 생각은 나오지 않는 까닭일 것이다. 또한 法廷地法の 適用에는 節次的 迅速과 저렴한 費用이라고 하는 根據도 있을 것이다.

셋째로, 國際私法的인 要素를 들고 있다. 本來의 準據法에 의한 裁判을 강조한다면 그 內容이 명백하게 되지 않는 경우에 다른 法을 適用하는 것이 불가능하고, 法廷地法の 適用에도 제한적으로 될 것이다. 반대로 法廷地法の 適用이 國際私法上 基礎지워진다면, 문제된 法廷地法이 適用되어야 할 것으로 될 것이다.

2. 其 他

美國에서는 보이지 않으나, 기타 여러나라에서 보이는 見解로서, 準據外國法의 內容을 추측하

p. 283, 289는 그와 같은 規定을 두는 것이 抵觸規定의 目的에 反하기 때문이라고 한다. 本來의 準據法에 의한 裁判이라는 觀點을 重視하는 立場이라고 할 수 있을 것이다.

50) Restatement (Second) §136 Comment h; Sass, op. cit., p. 112 특히 Currie, op. cit., p. 1012에서는, 交通事故가 일어난 國家에 있어서는 道路의 어느 쪽의 通行이 正當한가를 法廷地法에 의해서 判斷해야 하는가, 캔사스州의 契約에 대해서 日曜日의 契約을 無効로 하는 法廷地法을 適用해야 하는가에 대해서 否定的으로 답하고 있다. 外國法이 데이타(a datum)를 提供하는 것으로서言及된 경우에는 그것이 法廷地法에 의해서 代替되는 것은 아니라고 한다.

51) Nussbaum, "The Problem of Proving Foreign Law", 50 Yale L.J. 1941, p. 1018, 1041; Schlesinger et al., a. a. O., S. 103f. 는 문제가 되고 있는 法律關係에 있어서 準據法의 固定性은 다르다고 하고 있다.

52) Schlesinger et al., a. a. O., S. 105f.

려고 하는 입장과 補助連結을 행하려고 하는 입장이 있는데, 여기에서는 이를 紹介하려 한다.

가. 內容推測

準據外國法이 不明하다고 하여도, 그의 內容을 여러가지 手段에 의하여 推測, 그에 의하여 裁判을 행한다고 하는 見解가 있다.⁵³⁾ 다만, 이에 대하여는 近似法이 유사한 法規를 가질 蓋然性은 충분하다고 할 수 없고, 法官은 外國法이 확정된 內容에 있어서 실제로 妥當하고 있다고 確信하는 때에만 그것을 적용해야 한다는 批判이 있다.⁵⁴⁾ 다만, 이에 대하여는 近似法이 유사한 法規를 가질 蓋然性은 충분하다고 할 수 없고, 法官은 外國法이 확정된 內容에 있어서 실제로 妥當하고 있다고 確認하는 때에만 그것을 적용해야 한다는 批判이 있다.⁵⁵⁾

이와 類似한 것으로서, 類似法이나 이전에 妥當했던 法을 그대로 適用해야 한다고 하는 생각도 있다. 內容을 推測한다고 하는 생각에 비하여, 세세한 問題에 관하여 의거할 規範이 존재한다고 하는 長點도 있지만,⁵⁶⁾ 그밖에 本來의 準據法에 의한 裁判이라고 하는 理念으로부터는 멀어지게 된다. 그렇다면 그러한 法規範의 適用根據는 무엇인가가 문제될 것이다.

나. 補助連結

準據外國法의 內容이 불명한 경우에 새로이 補充的인 準據法選擇을 행해야 한다고 하는 見解도 최근 유력하다.⁵⁷⁾ 이 생각은 우선, 法廷地의 抵觸法에 의하여 지정된 法規範의 內容이 不明한 이상, 그것에 대신할 法規範이 選擇되지 않으면 안된다고 한다. 그러면 어떠한 法을 選擇하는가는 당연히 國際私法의 問題로 될 것이다.

그리고 無國籍의 경우에는 常居所地法에 의한다고 하는 규정은, 그의 本國法의 內容이 명백하지 않을 경우에도 이용할 수 있게 된다. 어느 것도 당초의 連結이 失敗한다고 하는 점에서는 差異가 없는 까닭이다. 이러한 規定도 없는 경우나, 補助的으로 連結된 法의 內容도 명백하지 않을 경우에는 自國이나 外國에서 이루어지고 있는 連結을 參考로 하여 準據法을 정해야 하는 것이 된다.⁵⁸⁾ 本來의 準據法이 그의 適用段階에 있어서 不明으로 된 경우에, 무언가의 法規範에 의하여 裁判을 행해야 한다면, 새로이 準據法選擇을 행할 필요가 있다고 하는 이 說의 見解자

53) Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., 1987, S. 323

54) Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl., 1954, p. 88.

55) Müller, "Zur Nichtfeststellbarkeit des kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Rechts", NJW 81, S. 481, 483

56) 반대로, 內容을 推測한다고 하는 생각에 대해서는 그것은 適用하는 法規範이 不明確한 것이 된다고 하는 批判도 있다. BGH, NJW 1961, 410, 412는 「단지 妥當하고 있는 蓋然性이 있는 것에 지나지 않는 法(Ein nur wahrscheinlich geltendes Recht)은 裁判의 判斷의 基礎로 되는 것은 아무래도 不明確하다」라고 한다. 또 BGHZ 69, 387, 394도 같은 생각에 관해서 「그것에는 不明確한 法을 指定하는 것이 되고 裁判節次의 현저한 複雜化가 된다」라고 한다.

57) 山内惟介, "外國法の不明", 木棚照一 編, 「演習ノート國際私法」, p. 41; Müller, a. a. O., S. 481ff; Kreuzer, "Einheitsrecht als Ersatzrecht", NJW 1983, S. 1943; Schütze, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht*, 1985, S. 121.

58) Müller, a. a. O., S. 483은 「抵觸法の 送致의 體系에 포함되는 價値判斷이나 要請」을 考慮해야 한다고 하고 있다.

체는 正當할 것이다. 문제는 그러한 補助連結을 어떻게 행할 것인가 하는 점인데, 이 점은 各國 國際私法の 解釋問題일 것이다.⁵⁹⁾

다. 小 結

위에서 紹介한 見解에 있어서도, 考慮해야 할 要素는 그다지 새로운 것이라고는 생각되지 않는다. 말하자면, 本來의 準據法の 내용을 推測하려고 하는 생각은 國際私法上 本來의 準據法の 適用을 고려하는 것이다. 또한, 補助連結을 행하려고 하는 생각은 代替的 規範을 法廷地法에 한하지 않고 어느 쪽의 適用이 타당한가를 考慮하는 것이다.

이상을 要約하면, 準據外國法이 不明한 경우의 措置를 생각하는데 있어서는, '紛爭解決의 要請', '節次的 要因', '本來의 準據法에 의한 裁判이라고 하는 要請', '代替的 規範의 根據'라고 하는 점이 고려되고 있다고 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 우리나라의 경우

위의 檢討에서 도출된 諸 要素를 바탕으로, 여기에서는 우리나라의 경우를 檢討하려 한다. 즉, 우선 우리나라의 現行法이 취하고 있는 立場을 檢討하고, 다음으로 우리나라의 지금까지의 判例를 紹介하며, 특히 準據外國法이 '不明'이라고 하는 것을 어떻게 捕捉해야 할 것인가를 考察하고자 한다.

1. 制定法

本稿와 관련되는 制定法으로서, 涉外私法 및 民事訴訟法을 들 수 있다. 그렇지만, 그 어느 쪽에 있어서도 準據外國法の 不明의 경우의 措置나 節次에 있어서 外國法の 取扱에 대하여 直接 規律하는 規定은 존재하지 않는다. 그러므로 여기에서는 이에 관하여 관련된 間接적 規定이나 立法經過 등을 검토하기로 한다.

가. 涉外私法

涉外私法에 있어서는 일정한 法律關係에 관하여 이른바 段階的 連結의 方法이 취해지고 있으며, 또한 國籍이나 住所, 居所에 관하여는 그것이 둘 이상 存在하는 경우 등에 관하여 次順位의 連結點이 준비되어 있다. 이들 規定이 直接規律의 對象이 되는 것은 準據法選擇의 段階의 문제이다. 그렇지만 準據法選擇의 결과 適用되게 된 外國法の 內容이 명백하지 않은 경우에도 새로

59) 물론 明文의 規定이 없는 한, 거기에는 一定한 利益衡量의 餘地가 있을 것이다. 특히 Müller, a. a. O., S. 482는, "BGHZ 69, 387은 法廷地法の 適用을 內國牽連性을 要件으로 하여 행하고 있고, 이것은 法廷地法說로부터 補助連結說에의 接近이다"라고 하는 것은 同決定의 理解로서는 正確하지 않다고 할 수 있다. 同決定은 一般論으로서 極端의 妥當性을 결하는 (äußerst unbefriedigend) 경우를 제외하고 法廷地法을 適用하는 것으로 하여, 內國牽連性에의 言及은 公序라는 關係에서 행한 것이라고 理解해야 할 것이다.

이 準據法選擇을 행한다고 하면, 이들 規定은 크게 參照되지 않으면 안될 것이다.

財産法領域에 관하여는 이와 같이 直接 參考로 되는 規定은 존재하지 않는다. 그러나 이들 規定은 각각의 경우에 관한 實質的인 考慮에 의하여 정해지는 것이고, 既得權理論 등에 의하여 각각의 準據法이 固定的인 것으로 생각되고 있는 것은 아니다. 그러므로, 涉外私法의 規定은 事案에 따라서는 柔軟한 法選擇을 허용하는 것이고, 또한 일단 準據法이 選擇된 후에도 그에 의한 裁判이 불가능하게 되면 代替的인 規範을 적용하는 것을 排斥하는 것은 아니라고 생각된다.

우리 涉外私法과 비슷한 日本의 法例는 기초당시 法廷地法의 適用을 原則的인 것으로 생각하고 있었다고 한다.⁶⁰⁾ 이로부터 準據外國法이 不明의 경우에 法廷地法을 適用하도록 하는 것이 가능하였지만, 法例를 改正한 후에는 準據外國法이 不明한 경우에 일반적으로 法廷地法을 適用하도록 하는 것은 곤란하게 되었다.

이와 같이 涉外私法의 규정에서는 本來의 準據法의 내용이 不明하게 된 경우에는 一定한 規定 또는 기타의 實質的인 考慮에 의하여 새로이 準據法選擇을 행하는 것에는 충분한 根據가 있다고 생각된다.

나. 民事訴訟法

우리 民事訴訟法은 外國法의 내용을 法院이 職權으로 調査해야 하는 것인지, 當事者が 立證하지 않으면 안되는 것인지, 이에 관하여 아무런 規定도 없다.

學說은 대체로 일치하여 法院에는 外國法의 내용을 職權으로 調査·適用할 義務가 있다고 하고 있다. 이 主張은 民事訴訟法의 解釋으로서 보다는 '理論的'인 根據에 기하고 있다고 생각된다. 그러나 解釋의 餘地가 있는 이상 個別·具體的인 檢討가 필요할 것이다. 이 점에 관하여 本稿에서 상세히 檢討할 수는 없지만, 具體的인 檢討에 의해서도 結論적으로는 거의 모든 점에 관하여 外國法을 內國法과 마찬가지로 取扱해야 한다고 생각한다.⁶¹⁾

이상 敘述한 外國法의 訴訟法上的 取扱이 本稿의 結論에 크게 영향을 미치는 것은 아니지만, 準據外國法의 내용의 確定을 當事者에게 委任한다고 하면, 당사자가 外國法의 내용을 立證하지 않는 경우에는 결국 法廷地法 이외에 代替的 規範을 적용하는 것은 생각할 수 없는 것이 된다. 本稿에서는 外國法의 職權調査·適用을 전제로 하여, 이러한 節次的인 制約이 없는 것으로서 結論을 이끌어내려고 한다.

準據外國法이 不明의 경우에 訴를 却下할 것인가 하는 점에 관하여는, 民事訴訟法의 訴訟要件(특히 管轄)에 관한 規定이 관계된다. 民事訴訟法을 보면 準據外國法의 내용이 명백할 것이 訴訟要件으로 되어 있지 않은 것은 물론, 그 외의 規定을 보아도 그와 類似한 訴訟要件을 규정하고 있지는 않다. 또한, 管轄에 관한 規定도 當事者나 事件과 法院所在地와의 일정한 관련에서 當該 法院에 管轄을 인정하는 構造를 취하고 있다(民訴法 제1조 이하). 그러므로 準據外國法의

60) 多喜寬 "國際私法三題" 『東北大學法學』 51卷 3號, 1987, p. 376 以下.

61) 三ヶ月章, 前掲論文, p. 262 以下.

不明을 이유로 訴를 却下하는 취급은 節次法上的 根據를 갖지 못한다고 할 수 있을 것이다.⁶²⁾ 그렇지만, 準據外國法이 不明이라고 하는 점이 國際裁判管轄의 存否를 判斷하는 때에 전혀 考慮되지 않는다고 할 수 있는가 어떤가는 논의의 여지가 있다.

2. 判例의 檢討

여기에서는 具體的인 判例를 檢討함으로써, 주로 準據外國法 不明의 意義에 관하여 고찰하려 한다. 이에 관한 우리나라의 判例는 거의 없는 실정이므로, 日本의 判例를 中心으로 살펴보려 한다.

이에 관한 日本의 判例를 분석해 보면, 우선 거의 모든 事件에 있어서 本來의 準據法이 不明의 경우에도 무언가의 代替의 規範에 의하여 紛爭을 解決하고 있다.⁶³⁾

또한 準據法과 事案이 반드시 가장 密接한 關係를 가진다고는 말할 수 없다는 것이 判明된다. 특히 涉外私法(日本의 法例) 규정에서 外國法이 準據法으로 되어 있지만, 실제로는 日本과의 關係가 밀접한 事案이 적지 않다.⁶⁴⁾ 또한 南·北韓의 一方의 法을 準據法으로 하고 있는 것은 主 當事者의 本籍이나 意思가 그 根據로 되고 있고, 반드시 강한 妥當性을 가지고 있는 것은 아니라고 할 수 있다.⁶⁵⁾

그러나 이들의 前提로서, 도대체 準據外國法의 不明이 무엇을 가리키는가는 거의 모든 判例에 있어서 明言하지 않고 있다. 本來의 準據法에 관하여 얻어진 情報量이 그다지 변하지 않았는데도, 그 內容을 不明으로 한 것과 그렇지 않은 것이 있는 것이다. 예컨대, 前掲 甲府地判 1976. 10. 29(判時 852號)는 北韓 離婚法의 不明을 이유로 北韓法을 適用하지 않고 條條에 의하여 判斷하고 있으나, 이 判決 當時 이미 北韓離婚法을 적용한 判決이 나오고 있었다.⁶⁶⁾ 다만, 本來의 準據法을 不明으로 함과 동시에 그 內容을 推測하는 것과, 本來의 準據法의 內容을 인정하는 것과는, 本來의 準據法의 內容을 탐구하고 그에 의하여 裁判한다고 하는 점에서는 거의 同一하

62) Müller, a. a. O., S. 483 은 裁判에 關係하는 法의 確定이 訴訟要件이 아닌 이상 外國法의 不明을 理由로 하는 訴의 却下에는 節次法上的 根據가 없다고 하고 있다.

63) 예컨대, 日 福岡地法 小倉支判 1962. 6. 5, 家月 14卷 12號, p. 154 및 日 静岡地判 1971. 2. 12, 下民集 22卷 1·2合併號, p. 160이 있다.

64) 事實關係로 보아, 日本法이 事案과 가장 密接한 關係를 가지는 法이라고 확실히 評價할 수 있는 事件으로서, 名古屋地法 半田支判 1952. 5. 20, 下民集 3卷 5號, p. 676; 福岡地判 1958. 1. 14, 下民集 9卷 1號, p. 15; 甲府地判 1976. 10. 29, 判時 852號, p. 103; 札幌地判 1984. 6. 26, 家月 37卷 7號, p. 65 등이 있다.

65) 福岡地判 1958. 1. 14, 下民集 9卷 1號, p. 15은 北韓法을 不明하다고 하여, 近似法으로서 韓國法을 適用하였지만, 이 두 法이 內容의 類似하다는 蓋然性은 없다고 해야 하고, 오히려 準據法選擇을 새로이 행한 것으로 보는 편이 韓國法適用이라고 하는 結論의 根據를 얻을 수 있다고 생각된다. 溜池良夫, 「國際家族法研究」, 1985, p. 292 參照.

66) 札幌地判 1968. 4. 16, 下民集 19卷 3·4號 合併號, p. 190; 東京地判 1969. 4. 30, 判時 567號 p. 92; 名古屋地判 1974. 4. 16, 判時 749號, p. 92; 札幌地判 1975. 5. 29, 判夕 327號, p. 308 등. 裁判의 迅速이라고 하는 觀點에서 外國法의 內容의 調査를 일정한 範圍에서 그치는 것이 要請되는 경우도 있을 것이다(道垣内正人, “外國法의 不明의 場合의 處理”, 山田謙一·早田芳郎 編, 「演習國際私法」, 1987, p. 60). 다만 이 見解에 대하여는 批判이 있다(池原季雄, 前掲書, p. 240).

다. 그러므로 언제나 본래의 準據法의 내용을 탐구한다고 하면, 準據外國法의 不明이란 무엇인가를 論하는 實益은 없게 된다.

그러나, 본래의 準據法의 내용을 不明으로 한 判例 중에는 그 내용을 推測한 것, 條理에 의한 것(特定國의 法規에 의하지 않는 것) 외에, 日本法에 의한 것과, 다른 外國法에 의한 것 등이 있다. 어디까지나 본래의 準據法의 내용을 탐구한 判例와, 새로운 法選擇을 행한 것과의 差異가 생기는 原因으로서는 다음과 같은 점이 考慮될 것이다.

첫째, 본래의 準據法에 관하여 入手할 수 있던 情報量이다. 본래의 準據法에 관하여 상당한 量의 情報를 획득할 수 있었던 경우에는, 예컨대 그것이 '不明'으로 되어도, 본래의 準據法을 推測, 그것에 따라서 裁判을 행한 사례⁶⁷⁾가 많다.

둘째로, 문제로 된 法律關係의 複雜한 程度가 관계한다. 紛爭 중에는 結論이 兩者擇一的인 것과 보다 多樣한 結論이 있을 수 있는 것이 있다. 前者로서는 離婚이나 親子關係不存在와 같은 것이 있고, 그들에 관하여는 原告의 請求가 인정되는가 아닌가 하는 어느 쪽의 結論은 생각할 수 없다. 그래서 본래의 準據法의 내용을 그 정도까지 推測하거나, 또는 단순한 命題를 條理의 내용으로서 인정된다면, 그것으로 裁判을 행할 수 있는 것이다. 한편 後者の 전형적인 例로서는 相續이 있고, 그의 경우에는 누가 어떤 財産을 어떻게 받게 되는가를 決定할 필요가 있기 때문에 그것을 決定하기 위한 規範이 필요하게 되는 것이다. 일반적인 損害賠償請求에서도 그 額을 어느 정도까지 認定할 것인가에 관하여는 무한한 可能性이 있고, 결국 兩者擇一的인 것과는 다르다고 할 수 있다. 그리고, 前者와 같은 紛爭에 관하여는 본래의 準據法을 推測하거나 또는 條理에 의한 것이 많은 것에 대하여, 後者에 관하여는 거의 日本法에 의하여 解決하고 있다.

셋째로, 事件의 事實關係에 의하여 結論이 明確한 경우와 그렇지 않은 경우가 있다고 생각할 수 있다. 判例에 있어서도 結論을 내릴 때에 當該 事件의 事實關係에 언급하는 것이 있고, 같은 法律關係가 문제로 된 경우에도 본래의 準據法에 의하여 紛爭을 解決하는 것의 難易는 事實關係에 따라서 變化하게 될 것이다.

이들 점에서 생각하여 본래의 準據法의 내용을 推測하여, 또는 본래의 準據法上 타당한 條理에 의하여 當該 事案을 해결하는 것이 가능한 경우에는 새로운 法選擇을 행할 필요는 없다고 생각된다. 그러한 경우에는 본래의 準據法이 不明으로 되어도, 그 外國法에 따라서 裁判할 수 있다.

위의 판례의 입장을 살펴볼 때, 위의 要素들은 오히려 본래의 準據法이 不明한가 어떤가를 判斷할 때에 考慮해야 하는 것은 아닌가, 말하자면 準據外國法에 관하여 얻어진 情報量, 문제로 된 紛爭의 性質, 當該 事案 등을 고려한 후에, 當該 事件에 관하여 當該 外國法에 의하여 結論을 내리는 것이 가능한가 어떤가를 基準으로 하여 準據外國法이 不明한가 어떤가를 判斷해야 하는

67) 内容を 推測한 判例로서, 千葉地法 松戸支判 1965. 8. 11, 家月 18卷 9號 p. 53; 東京家審 1974. 3. 28, 家月 26卷 8號 p. 99; 東京地判 1976. 3. 19, 下民集 27卷 1-4合併號, p. 125; 名古屋家審 1983. 11. 30, 家月 36卷 11號 p. 138 등이 있다.

것이라고 생각된다.

이 점은 결국은 用語의 문제에 지나지 않는다고도 할 수 있을 것이다. 그러나 準據外國法을 不明으로 함과 동시에 그 內容을 推測하여 裁判할 수 있다고 하는 것은 外國法の 不明의 경우의 處理가 統一되지 않고, 또한 반대로 準據外國法이 不明인가 아닌가를 말할 實益도 없는 것으로 되어버릴 것이다. 이러한 관점에서는, 當該 事件의 結論과의 關係에서 準據外國法の 不明의 意義를 고려해야 한다고 생각한다.

3. 學說의 檢討

우리나라의 外國法の 不明에 관한 學說로는 內國法適用說, 請求棄却說, 最近似法規適用說, 條理說 등이 紹介되고 있다.

內國法適用說은 文明國에 있어서 法의 內容은 대체로 동일하므로 內國法을 적용하여야 한다는 見解로서,⁶⁸⁾ “疑心이 있을 때는 法廷地法에 의한다(*in dubio, lex fori*)는 사상에 根據한다고 할 수 있다. 이에 관하여는 모든 文明國의 法이 반드시 同一한 것이 아니며, 外國法の 不明의 구실로 법원이 外國法을 調査하지 않고 內國法을 우선적으로 적용할 염려가 있다는 批判을 받는다.⁶⁹⁾ 請求棄却說은 당사자가 攻擊 또는 防禦의 事實을 立證하지 않은 경우와 같으므로 請求를 棄却하여야 한다는 見解인데,⁷⁰⁾ 外國法の 調査는 當事者의 立證事項이 아니라 法院의 職權事項이며, 請求의 棄却은 재판의 拒絶에 해당하므로 곤란하다는 批判을 받는다.⁷¹⁾ 最近似法規適用說은 外國法과 가장 密接한 關係가 있는 法을 적용해야 한다는 見解로서,⁷²⁾ 위 內國法適用說과 동일한 批判을 받고 있다.⁷³⁾ 條理說은 內國法規가 흡결된 경우처럼 당해 外國法體系에 따라 條理에 의하여 재판해야 한다고 하는 見解⁷⁴⁾로서 우리나라의 多數說에 해당한다.⁷⁵⁾

그런데 이에 관한 日本의 多數說은, 어떤 外國法을 準據法으로서 指定한 國際私法의 취지를 強調, 어디까지나 本來의 準據法에 충실하려고 하고 있다. 즉, 본래의 準據法의 內容이 그 나라에 관한 직접적인 資料에서 명백하게 되는 경우에는, 그 나라의 다른 法 등으로부터 그 內容을 推定해야 하고, 本來의 準據法의 內容이 不明하기 때문에 다른 法規範(특히 法廷地法)을 적용하는 것은 準據法 指定의 취지에 반한다고 하는 것이다.⁷⁶⁾

68) E. Rabel, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. IV, Michigan, 1958, p. 484.

69) 金明基, 前掲書, p. 76.

70) E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Bd. I., Leipzig, 1892, S. 289.

71) 金容漢·趙明來, 前掲書, P. 154; 金明基, 前掲書, P. 76 등.

72) 金容漢·趙明來, 上掲書, p. 154; Wolff, a. a. O., S. 221ff.

73) 金明基, 前掲書, p. 76.

74) 江川英文, 「國際私法」, 日本評論社, 1940, p. 154; 久保岩太郎, 「國際私法概論」, 巖松堂, 1953, p. 58.

75) 徐希源, 前掲書, p. 94; 金明基, 前掲書, p. 76; 金辰, 「國際私法」, 法文社, 1960, p. 133; 黃山德·金容漢, 「新國際私法」, 博英社, 1962, p. 117 등.

76) 이점에는 條理說과 最近似法說과의 差異는 없다. 條理說은 條理의 內容으로서 “各國에 걸친 不文의 條理”(三ヶ月章, “外國法の適用と裁判所”, 前掲「國際民事訴訟法の理論」, p. 268)를 염두에 두고

本來의 準據法에 따라서 裁判을 행하는 것이 가장 바람직 한 것은 물론이다. 그렇지만 그것을 外國法이 不明한 경우에도 貫徹하려 하는 것은 不可能한 것을 강요하는 것이라고 할 수 있다. 말하자면, 外國法의 內容이 推定 등에 의하여 明白하게 된다면, 그 外國法은 不明이라고는 말할 리 없는 것이고, 또 반대로 外國法이 不明하다는 것은 그의 內容을 推定 등의 方法에 의해서도 확정할 수 없는 것을 가리킨다고 생각하는 것이 자연스러운 까닭이다.⁷⁷⁾ 특히 실제적인 문제로 서도 당해 外國法 이외의 資料로부터 本來의 準據法의 內容을 推定하는 것이 어느 정도까지 眞實에 合致할 수 있을 것인가, 그것은 各國法이 서로 다르다고 하는 國際私法의 前提를 무시하는 것은 아닌가,⁷⁸⁾ 또한 특히 法官에 따라서 이러한 作業을 하는 것이 극히 곤란한 것은 아닌가⁷⁹⁾ 하는 의문이 생기게 된다.

이와 같이, 日本의 多數說은 당초 이루어진 準據法의 選擇의 취지에 어디까지나 충실하려고 하지만, 그것은 항상 貫徹하려는 것은 아니라고 생각된다. 여기에서 최후의 수단으로서 法廷地法에 의하려고 하는 견해⁸⁰⁾가 있다. 그렇지만 어떤 하나의 법이 명백하지 않은 경우에, 그 이외에도 다수 존재하는 法秩序 중에서 왜 法廷地法이 選擇되지 않으면 안되는 것일까. 이 점도 지금까지의 學說에 있어서는 積極的인 根據가 뒷받침되지 않고 있다고 생각된다. 말하자면, 결국 本來의 準據法에 의한 裁判이 바람직하지만, 그것은 명백하지 않은 경우에 請求를 棄却하는 것은 타당하지 않기 때문에 法廷地法에 의하는 것을 어쩔 수 없다고 하고 있는 것이다.⁸¹⁾

IV. 結 論

이상과 같은 檢討에서 우리나라의 법의 解釋으로서 다음과 같은 結論을 이끌어 낼 수 있다.

첫째, 우선 前提로서, 우리나라에는 準據外國法이 不明한 경우의 措置에 관하여 直接 規律하고 있는 制定法은 없다.

둘째, 準據外國法이 不明한 경우에 있어서도 우리나라 法院의 管轄의 存否에는 원칙적으로 영향이 없다. 다만, 準據外國法의 不明이 管轄을 否定하는 한 要素로 되는 것이 一般的으로 생각할 수 없다고 할 수 있는가 어떤가는 의문의 여지가 있다.

셋째, 우리나라에서 裁判을 행하는 경우에는, 本來의 準據法의 適用이 바람직한 것은 물론이

있는 것은 아니라고 생각된다. 本來의 準據法에 충실한 이러한 생각은, 일찌기 日本의 川上太郎, 「外國法の適用」, 「齊藤博士還曆記念論文集」, 1942, p. 186에서 보이며, 江川英文, 「國際私法」, 有斐閣, 1957, p. 114; 村上博巳, 「準據外國法の調査と證明」, 「民事裁判における證明責任」, 1980, p. 120 以下; 池原季雄, 「國際私法總論」, 1973, p. 243 등 多數說은 이를 繼承하고 있다.

77) 川上太郎, 上掲論文, p. 186; Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, S. 423

78) 道田信一郎, 「契約法の相違と近似 英國 美國 日本」, 「ジュリスト」 866號, 1986, p. 116; 矢吹徹雄, 「準據外國法の不明の場合」, 「北星論集」 23號, 1985, p. 260.

79) 三ヶ月章, 前掲論文, p. 267.

80) 山田瞭一, 「國際私法」, 1982, p. 123.

81) 三ヶ月章, 前掲論文, p. 269.

다. 本來의 準據法の 適用에 의하여 當該 事件에 關하여 結論을 내리는 것이 가능하다면, 그에 의하여 裁判을 해야 할 것이다. 그리고 그 裁判에서는 準據外國法에 關하여 얻어진 情報量, 문제로 된 法律關係, 當該 事案이 고려되어야 한다.

넷째, 그것이 불가능한 경우에는 새로이 法選擇을 행할 필요가 있다. 涉外私法은 그러한 再選擇을 許容하고 있다고 생각된다. 또한 準據外國法이 職權에 의하여 適用되고, 동시에 그 內容의 確定도 職權으로 행해지는 것을 前提로 하는 한, 그러한 代替的 規範의 적용을 制限함과 같은 節次的 要因도 존재하지 않는다. 그 때 어떠한 法이 選擇되어야 하는가는 당연히 國際私法の의 문제이다. 涉外私法の의 規定에서 어떤 문제에 關하여 本國法の 內容이 不明한 경우에는 諸般事情을 고려하여 事案과 가장 類似하고 密接한 關係를 가지는 法을 選擇해야 할 것이다.⁸²⁾ 그리고, 다른 法規範의 適用이 불가능한 경우에는 法廷地法の 適用이 타당하게 될 것이다.

本稿는 情報量의 不足에 의한 準據外國法の 不明을 對象으로 하였다. 이에 대하여 準據外國法에 關하여 情報는 충분이 수집하였지만, 도대체 準據外國法上 복수의 다른 見解가 주장되고 있기 때문에, 또는 미묘한 事案이 우리나라에서 문제로 되었기 때문에, 準據外國法の 단순한 '適用'이라고 하는 외에 結論을 도출할 수 없는 경우에는 어떻게 생각해야 할 것인가. 情報量의 不足에 의한 경우와 그렇지 않은 경우와는 當該 事件에 關하여 結論을 내리지 못한다고 하는 의미에서는 同一하다. 또한 兩者의 區別도 明確하지는 않으며, 그것들은 連續的인 것으로 생각해야 할 것이다. 그렇다면, 그의 어느 쪽에 해당하는가에 따라서 그에 대한 處理가 크게 변하는 것은 타당하지 않다. 반면, 準據外國法에 關하여 얻어진 情報를 무시하여 다른 法規範에 의한다고 하면, 準據外國法の 適用은 그의 法秩序에 있어서 明確하게 規律되어 있는 경우만 가능하게 되고, 國際私法の의 意義를 크게 잃어버리게 될 것이다. 그렇다면 本來의 準據法에 關하여 얻어진 情報를 존중, 그 틀 가운데 法廷地의 法官이 주체적으로 選擇하는 것을 생각할 수 있는데, 그러한 생각과 從來의 外國法適用의 一般論이 整合的인가 어떤가가 문제로 남는다.⁸³⁾ 이 문제는 問題의 提起로 그치고 후일의 研究課題로 남긴다.

82) 同旨 : 金容漢 趙明來, 前掲書, p. 154.

83) 그러나, 一般的인 경우와 外國法上 複數의 見解가 있는 경우를 區別하는 見解도 보인다. 예컨대, 川上太郎, 前掲論文, p. 40은 外國法の 解釋에 關해서는 그 나라의 解釋에 따라야 한다고 한 후에, "다만 當該 外國에 있어서의 解釋이 각각인 경우 및 어음 手票法과 같이 統一條約에 기하여 制定된 法規의 解釋의 경우에는 스스로 가장 옳다고 認定하는 解釋을 내릴 수 있다. 그 경우에도, 가급적 自己가 當該 外國法院이라면, 어떻게 할 것인가를 생각하여 解釋해야 한다"고 한다. 또한 從來의 一般論을 維持하면서, 外國法 適用의 때에도 內國法官은 法創造的인 作用을 한다고 하고 있다. Keller/Siehr, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, 1986, S. 506 參照.

Summary

A Study on the Uncertainty of a Proper foreign Law

Kim Hyung-Su, Kim Sang-Chan

What shall they do not only when a party can't verify in case of the application of the foreign law in private international law but also when the court can't know it in spite of inquiring it with all possible means? The purpose of this thesis is to review which measure we should take in case that the contents of a proper foreign law is uncertain.

Above all, this thesis considers the situation of various foreign country laying stress on the American Law in addition to review the various regulations of our private international law, civil procedure law, etc. and this thesis reviews the Japanese case since there is no our case concerning this. It seems that the construction of our law amounts to the following conclusion according to the above review.

First, there is no statutory law that directly provide concerning measure in case of uncertainty of a proper foreign law in our country. Second, in case of uncertainty of a proper foreign law, it is not affected whether our court exercises jurisdiction or not. Third, in case of decision in our country it is desirable that the coure applies an original proper law. Fourth, in case that it is impossible to do so, it is natural that the new law is adopted.

In case that the contents of *lex domicilii* is uncertain about a subject in regulation of a private international law, it is desirable that the law which is the most similar to and closely connected with the subject is adopted in consideration of the various situation. And at any rate, in case of impossibility in application of the other law, the application of law of the forum will be proper.