.....

일본법과 일본 로스쿨의 현황

(1) 제1발표

- 주 제 : 일본의 국제사법개정
- 한국 국제사법의 개정과 비교하면서 -
- 발표자 : 난잔(南山)대학법학부 학장 青木 清(아오끼 키요시)

(2) 제2발표

- 주 제 : 일본에서의 로스쿨의 현재
- 南山大學 法科大學院에서의 실천경험 -
- 발표자 : 난잔대학대학원법무연구과 연구과장 唐津 博(가라쯔 히로시)

- 사회 및 통역 : 김상수 교수 (서강대학교)

• 일시 : 2007년 11월 20일(火) 오후 03:00

• 장소 : 서강대학교 다산관 304호

• 주최 : 서강대학교 법학연구소

日本の国際私法改正－韓国国際私法の改正と比較しつつ

—

青木 清*

はじめに

日本の国際私法の基本法典たる「法例」が、制定から109年を経て、この度、改正されました。全面的な改正で、その名も「法の適用に関する通則法」（以下、「法適用通則法」で引用）と改まり、2007年1月1日より施行されています¹⁾。一方、韓国の国際私法も、皆様ご存知の通り、2001年に従来の涉外私法という名の法律から、その名もズバリ「国際私法」という名の法律に改められ、内容も一新されました²⁾。

本日は、比較的時期を同じくして改正された日韓両国の国際私法について、日本の改正法を紹介しつつ、比較、検討してみたいと思います。

I. 改正の目的ないし理由

1. 2006年の日本の改正

2006年の日本の改正の目的ないし理由については、2005年3月に法務省から公表された「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」付属の「補足説明」（以下、「補足説明」で引用）によりますと、① 法例制定から100年の経過 ② 諸外国の立法動向 ③ 政府の規制改

* 南山大学法学部

1) 多くの雑誌で、国際私法改正の特集が組まれている。『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊N B 11号(2006年)、国際私法年報8号(2007年)、ジュリス1292号(2006年)、民商法雑誌135巻6号以下(2007年)、法律のひろは59巻9号(2006年)等

2) この改正については、日本国内において、筆者は、「韓国国際私法の改正」国際法外交雑誌100巻6号1頁以下(2002年)で解説を、また「<資料>改正韓国国際私法」国際私法年報5号288頁以下(2003年)で条文の翻訳を行っている

革推進の一環、そして④ 条文の平仮名口語体化、の4点があげられています。これらを、以下、順次見ていくことにします。

① 法例制定から100年の経過

法例は、その制定以来、1989年になされた婚姻および親子に関する領域の改正以外には、100年余にわたり本格的な改正が行われていませんでした。当然、その間のわが国を取り巻く社会、経済的情勢の変化は激しく、「国境を越える人、物、情報の移動が増加し、国際的な取引の内容は複雑、多様化し、財産的な法律関係に基づく国際的な紛争も増加している」(「補足説明」1頁)。これへの対応が、その第一にあげられています。

② 諸外国の立法動向

ヨーロッパ諸国の1980年の「契約債務の準拠法に関する条約」(いわゆるローマ条約)の採択・締結を始め、1980年代後半から2000年頃にかけて世界各国の国際私法が改正され、アジアでも、韓国の国際私法が改正されており、わが国国際私法もこれらに対応する必要があることが、上記「補足説明」で示唆されています。

③ 政府の規制改革推進の一環

2001年に閣議決定された「規制改革推進3か年計画」において、金融分野の重点事項として、「国際的整合性を図る観点から、国際的な統一ルールとして定着しつつある譲渡人住所地法の考え方を踏まえた債権流動化の基盤整備を進める」(Ⅲ 2 (2)④)-ことが謳われています。さらには、2004年3月に閣議決定された「規制改革、民間開放推進3か年計画」においては、「債権流動化の基盤整備を進める観点から、譲渡人住所地法によるルールを含む国際的な動向を踏まえつつ、法例第12条の特別規定を設けることも視野に入れ、同条を含む法例中の国際私法規定の全般的見直しについて引き続き法制審議会において検討を行い、結論を得る」(Ⅲ 4 オ)とされていました。ここでいう「規制改革」とは、1980年代以降の日本で強く叫ばれているもので、従来の官僚的な規制は経済成長を阻害することになるという発想から、官による規制を外し、自由化・民営化を促そうとする政策を意味します。とはいえ、それだけではこれが国際私法にどう関わ

るのか、この記述だけではわかりにくいかと思えます。当時の法例12条は、債権譲渡の債務者および第3者に対する効力の準拠法を債務者の住所地法によるてしていました。このため、日本の銀行が外国に住所を有する複数の債務者に対して有する債権を一括して譲渡しようとする場合、その対抗要件を具備するのが煩雑になり、譲渡しにくくなります。上に紹介した提言は、これを改めて、債権流動化を促そうという趣旨のもので、もっとはっきり言えば、当時、不良債権で悩んでいた日本の銀行に、債権処理をしやすくするための環境作りのための提言であったと理解できなくもありません。

④ 平仮名口語体化

平仮名口語体化というのは、日本語を学んでおられない方にはわかりにくいと思いますが、従来の日本の法律条文は、それが明治時代(1868年~1912年) に作られたため、その当時の文章表現が使われています。それを、われわれは「片仮名文語体」と表現しています。中学生や高校生からすると、もはや古文の範疇に入るものなのかもしれません。要するに、従来の法律条文と、日常的に使われる文章は、全く別物なのです。そうしたことから、法学部の学生は、法学を学ぶにあたっては、まずこの種の文章に慣れることから始めなければなりません。当然、一般の人たちからすれば、条文を読んでその意味を理解することは極めて難しいものでした。

そこで、上記の「規制改革・民間開放推進3か年計画」では、民事・刑事の基本法につき「その用語・表記法においても、新たな時代にふさわしく、かつ国民にわかりやすいものとする」(19(1))ことを求めました。これは、正当な要求だと思われます。これにより民法なども改められたのですが、法例も、その一環として平仮名口語体に改められる必要が出てきたわけです。

2. 1989年の日本の改正

法例については、前述したように、1989年にかなり大きな改正が行われています。そこでの改正目的は、当時の「提案理由説明」や立法担当者の解説³⁾によると、

- ① 準拠法の指定を、両性平等の精神に一層即したものにすること

3) 南敏文『改正法例の解説』(法曹会, 1992年) 40頁以下

- ② 身分關係の成立の容易化を図ること(選択的適用の採用, 配分的適用の廃止)
- ③ 準拠法の指定の国際的統一を図ること

といった3つにまとめることができます。

これらの「両性平等の実現」や「身分關係の成立の容易化」という目的が、1989年改正を自ずと一定の方向に向けさせるものとなっていました。すなわち、男に関わる連結点のみを用いることをやめ、男女に共通したあるいはいずれとも関連しない連結点を用いること、また、法律關係の成立を困難にする累積的適用や法の適用關係を複雑にする配分的適用をやめ、選択的適用や段階的適用を用いること、等を目指すことになりました。これに対して、2006年改正では、上記③の点に関連して債權の流動化を実現するための連結点採用という方向性が出てくるものの、2006年改正全般を支配する理念、あるいは改正の方向性を示す全体的な指針といったものを提案理由から読み取ることは難しい状況にありました。

3. 韓国の改正

他方、韓国の国際私法改正の目的ないし理由はどのようなものであったのでしょうか。まず、その第一のものは、「涉外私法」制定時の経緯と同法に対する当時の評価に関わるものです。

2001年6月末まで施行されていた韓国の涉外私法は、1962年1月15日に公布され同日から施行されました。同法については、その制定当時から韓国社会には厳しい評価が存在していました⁴⁾。当時の韓国では、戦前の法制、すなわち日本の植民地統治時代の法制がなお効力を有しており、これを一刻も早く一掃したいという考えが、当然のことながら社会の中に充満していました。こうした状況下で、当時の朴正熙政権下の国家再建最高会議が、国際私法の基本法典である涉外私法を制定したわけです。しかし、立法を急ぐあまり、内容的には、1898年に制定された日本の法例をそのまま翻訳したようなものとなり、国際私法の専門家から時代錯誤的であるといった批判が当初からなされていました。今回の韓国の改正では、このような韓国国際私法の性格を一新することが、まずその第一の目的であったといえましょう⁵⁾。

4) 黄山徳, 嚴肅. 態度. 立法-「涉外私法」草案寸評-思想界(ソウル)1958年12月号178頁

5) 青木清 「韓国国際私法の改正」国際法外交雑誌100巻6号2頁以下参照

さらには、韓国法務部発行の『国際私法解説』によれば、①国際社会の急激な変貌とめざましい発展に対応した法制度の創出、②国際私法分野における新理論の導入、さらには③準拠法決定における両性平等の実現、等があげられていました。従来の涉外私法の一義的、固定的な準拠法決定のルールに対して、具体的妥当性の確保の点から批判があり、柔軟性のある原則の採用が韓国国内でも叫ばれていました。これらの主張においては、当然、1970年以後続いていた諸外国での国際私法改正の動きも意識されていました。

これらの改正目的の中で、特に大きな改正の原動力になったものは、準拠法決定における両性平等の実現ではなかったかと思います。韓国の国際家族法の分野においては、従来、夫または父の本国法のみを準拠法と指定した条文が少なくありませんでした。もともと韓国社会では、儒教の影響もあり、夫や父親の血統を重視する考え方があり、そうした考え方が、国際家族法上の問題につき夫ないし父の本国法をその準拠法に指定する法制度を支えてきたともいえます。こうした夫や父の血筋を重視する考え方は、韓国建国後に制定された民法の家族法分野や国籍法でも採用されてきたところです。民法の家族法分野では、1977年改正と1990年改正により夫ないし父中心の家族法が大幅に改善され、国籍法では、1997年に従来の父系優先血統主義が父母両系主義に改められ、いずれもこれらの領域においては両性平等がすでに実現されていました。

こうした流れの中で、夫ないし父の本国法のみを準拠法として指定する涉外私法のルールも当然批判の対象となり、先般、改正されたと考えるのが適切であろうと思います。

いずれにしましても、韓国の改正目的は、今回の日本の改正目的に比べると、非常にはっきりしていたといえます。

II. 両国の改正のポイント

韓国の国際私法改正については、韓国法務部発行の『国際私法解説』⁶⁾は10項目ほどを改正ポイントとしてあげていましたが、かつて私は、それをさらに整理して以下の6点にまとめたことがあります⁷⁾。

① 国際裁判管轄規定の新設

6) 韓国法務部『国際私法解説』(2001年)3頁以下

7) 青木、前掲「韓国国際私法の改正」9頁以下

- ② 常居所概念の導入
- ③ 両性平等の実現
- ④ 弾力性のある準拠法決定
- ⑤ 反致の拡大
- ⑥ 諸外国の立法例および国際条約の参照

これに対して、今回の日本の国際私法改正については、上記のようなポイントの列挙がいささかしづらい状況にあります。ちなみに、1989年の日本の改正については、

- ① 両性平等の実現
- ② 常居所概念の導入
- ③ 段階的連結および選択的連結の採用

といった改正全般に通じるポイントをあげることができます。今回の改正は、全ての国際私法領域にわたる改正であったことが影響してか、全体に関わるポイントを指摘しづらいたのですが、それらを、あえて列挙すれば、

- ① 後見等の審判および失踪宣告に関する改正
- ② 契約の準拠法 = 当事者自治の維持と一部規定の明文化
- ③ 契約準拠法に関する客観的連結 - 特徴的給付の理論、採用
- ④ 契約準拠法における弱者保護の規定、新設
- ⑤ 不法行為の準拠法 = 結果発生地法を原則化
- ⑥ 生産物責任および名誉毀損の準拠法規定、新設
- ⑦ 不法行為準拠法における附従的連結の採用
- ⑧ 不法行為準拠法における当事者自治の採用
- ⑨ 債権譲渡の債務者その他の第三者に対する効力の準拠法の変更

といった内容になるかと思えます。ご覧あるいはお聞き頂いておわかりのように、とても細かな、かつ個別の特徴の列挙になってしまいます。

Ⅲ. 主要改正点の検討

それでは、これらポイントの中から主要なものを取りあげ、日韓両国の国際私法の異同を論じてみたいと思います。

1. 契約準拠法に関する客観的連結(準拠法選択がない場合の連結政策)

今回の日本の法律改正の中で、多くの人々を驚かせたのは、当事者による準拠法選択がない場合の客観的連結に関する法改正であろうと思います。従来は、当事者の意思が不明な場合は、行為地法によるとしていました(法例7条2項)。当事者が行為地法すなわち契約締結地法によるという意思を持っていたと推定するわけです。しかし、行為地については、しばしば偶然的な事情によって定まること、また、あらゆる契約について一律に行為地法によることは疑問であること等から、同項については、立法論的に厳しく批判されてきました⁸⁾。加えて、電子取引の行われる現代において行為地概念が用をなさないことも、同項の改正を促しました。

そこで、法適用通則法は、当事者が準拠法を選択していない場合は、最密接関係地法によるとしました。ここまでは、韓国国際私法26条と同様であります。韓国法では、これに続き、次の履行すなわち「1. 譲渡契約の場合は、譲渡人の履行 / 2. 利用契約の場合は、物又は権利を利用できるようにする当事者の履行 / 3. 委任、請負契約及びこれと類似の労務供給契約の場合は、労務の履行」を行う場合は、その履行を行う者の常居所地法を最密接関係地法と推定するとしました。これに対して、日本の法適用通則法8条2項は、特徴的給付を行う当事者の常居所地法を最密接関係地法と推定すると定めています。「特徴的給付」という用語をそのまま用いているところが、まさに特徴的です。

この条文にはびっくりさせられました。特徴的給付の理論につきましても、日本においても議論の対象とされてきており、ローマ条約等においても既に採用され、確かに一定の評価が与えられているところです。しかし、その理論が十分定着しているものかといえ、これについては意見の分かれるところだろうと思います。加えて、一般の法律家には、ほとんどなじみのない考え方だろうと思います。にもかかわらず、それを条文で用いている点にはいささか疑問無しとしないところでもあります。私自身は、韓国法のように、特徴的給付の理論の考え方を採用しつつ、条文中には用語としてそれを用いないという処理が、他分野の法律家や一般国民からすれば、わかりやすかったのではないかと思います。

「要綱中間試案」の段階では、条文上は、特徴的給付という用語を用いず、「その種類の法律行為に固有の給付」と表していました。しかし、最終的には、この表現をやめ、結局、「特徴的な給付」という用語をそのまま用いています。わかりやすさ、明確さ、予見可

8) 例えば、山田鐸一『国際私法〔第3版〕』(有斐閣,2004年) 327頁

能性を確保する条文作成という点からはあまり賛同できません。上記「補足説明」34頁によれば、特徴的給付の理論の採用は、国際私法の統一にも資すると指摘されています。もちろん、この点に反対するものではありませんが、いわば契約類型ごとにその内容を書き下した形の条文で具体化した方がわかりやすく、明快だったのではないかと感じています。

2. 規定を置かなかった問題

韓国法では明文規定を置いたものの、日本法では規定が置かれなかった点を、2点ほど紹介したいと思います。一つ目は、契約の成立と効力について、それぞれ別個の準拠法を当事者は指定しうるか、すなわち契約の準拠法に関して分割指定を認めるかという問題です。これについては、日本ではかつては否定的な見解が有力でした⁹⁾。しかし、近年は、これを肯定する見解が少なくありません¹⁰⁾。準拠法決定を当事者に委ねる以上は、その範囲についても当事者の意思を尊重しようという考え方に基づいています。分割指定を肯定する立場に立てば、貿易貨物の海上保険契約における英法準拠約款についても、準拠法指定の一形態であると理解することができます¹¹⁾。

とはいえ、今でも分割指定を明確に否定する見解¹²⁾があり、日本の判例も分かれています。例えば、東京地判昭和52年5月30日判時880号79頁は、海上保険に使われている「英文保険証券には準拠法約款があり、それによれば、一切の保険金請求について、保険者に填補責任があるかどうか及び填補責任があるとすればその支払いについては、イングランド(以下英国という)の法と事実たる慣習によるものと定められている。/右約款は、保険契約自体の有効性と航海事業の適法性については日本法に準拠するが、保険金請求に関する保険者の填補責任の有無と保険者に填補責任があるとするならばその決済については、英国の法と事実たる慣習に準拠する趣旨であり、かつ、そのように解するのが海上保険業界の慣習である」と判示して、分割指定を認めています¹³⁾。

9) 江川英文『国際私法 [改訂版]』(有斐閣全書,1957年)219頁

10) 山田 前掲書335頁、溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』(有斐閣,2005年)365頁、山田=澤木編『国際私法講義』(青林書院,1970年)146頁(アキ場)、池原=早田(編)『涉外判例百選(第二版)』(澤木)69頁、木棚=松岡=渡辺『国際私法概論 [第4版]』(有斐閣,2005年)122頁(松岡)、木棚=松岡編『基本法コンメンタール国際私法』(日本評論社,1994年)44頁(佐野)、国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案(一)」民商法雑誌122巻2号(1995年)277頁以下

11) 道垣内正人『ポイント国際私法各論』(有斐閣,2000年)223頁参照

12) 石黒一憲『国際私法』(新世社,1994年)269頁

13) 道垣内 前掲書225頁、前掲『涉外判例百選(第二版)』(澤木)69頁。なお、石黒 前掲書269頁は、同

これに対して、東京地判平成13年5月28日金判1130号47頁は、船荷証券の裏面に「運送人は、…いかなる港又は場所の慣習若しくは慣例に従うことができる。」と記された約款に関して、契約の一部を他の法律によらしめると「法律関係を複雑にするとともに、荷送人又は船荷証券所持人の立場を不安定にする。…一つの国際海上運送契約の準拠法の分割は認めるべきではないと解するのが相当である。」と判示して、明確に分割指定を否定しました。日本の裁判例がこのように分かれば、この点に関する日本法の現状を理解することが難しい状況では、これを放置しておくことは、必ずしも適切なこととはいえないと思います。この種の業務に携わる人々あるいは日本の内外の法律家にとっての予見可能性を確保するためにも、これを条文化することにより分割指定を肯定するか否定するかをはっきりさせておくことが望まれると思います。

しかし、最終的には、この点について条文は設けられませんでした。「現行法においても解釈により分割指定が許容されており、新たに一般的な規定を設ける必要はないこと、分割の限界が不明確であること」¹⁴⁾等がその理由のようです。

条文化されなかったということは、関係当事者からすれば見通しのきかない法状況であることに変わりはありません。

明文規定が置かれなかった点の2つ目は、準拠法選択の有効性を判断する基準に関するものです。これも、韓国法では明文規定があります。

「分割指定」の場合と異なり、日本の学説も、この点については大きく分かれています。すなわち、当事者により準拠法として指定された法による見解(準拠法説)¹⁵⁾と国際私法自らがそれを判断するという見解(国際私法独自説)¹⁶⁾です。準拠法説の最大の難点は、理論的にはそれが循環論になることですが、準拠法説によると、その指定行為の有効性を判断するのが簡明で、その判断基準も明確になり、従って、当事者の予見可能性も高

判決を分割指定を認めたものと理解することにも批判的である

14) 小出邦夫ほか『「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」に対する各界意見の概要』NBL812号(2005年7月)65頁。その後、小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務,2006年9月)46頁において、「法制審議会では、…法律行為の準拠法をいかなる範囲まで分割して細分化できるのかの限界を併せて明確に規定することは困難であること、他方で規定を設けなくとも解釈上分割指定を認めることは可能であり、規定を設けなくとも特段の支障はないこと等から、結論として明文規定は設けないこととされました」という説明がなされている

15) 77場。前掲書144頁、澤木=道垣内『国際私法入門 [第6版]』(有斐閣,2006年)200頁、国際私法立法研究会。前掲書277頁以下

16) 山田。前掲書326頁、溜池。前掲書352頁、折茂豊『国際私法(各論) [新版]』(有斐閣,1972年)129頁、江川。前掲書210頁、櫻田嘉章『国際私法 [第4版]』(有斐閣,2005年)211頁

まることとなります。

この点については、「要綱中間試案」では、準拠法説に基づいて明文規定を設けるA案と明文規定を設けないB案の2案が提示されており、パブリックコメントにおいてもA案を支持する意見とB案を支持する意見に分かれたようです。結局、決着がつかず、規定は置かれなかったこととなりました。

3. 消費者契約に関する消費者保護

契約準拠法の決定において弱者保護のルールを設けた点は、日韓両国の国際私法いずれにおいても評価されることだと思います。いずれも、消費者契約と労働契約において弱者保護ルールを定めています。諸国では、契約準拠法において当事者自治を認める一方、経済的弱者の保護という観点から、これを制限する立法例が少なくありません。そこでは、2通りの方法が用いられています。ローマ条約5条のように、消費者の常居所地の強行法規を特別連結してその保護を実現しようとするものと、スイス国際私法120条のように、特定の種類の契約（同条は消費者契約について定めている）については当事者自治の対象から外すことによって消費者保護を実現しようとするものとです。

日本も韓国も、このうち前者のような形式の消費者保護規定を導入しました。ただ、若干異なるのは、日本法が、「消費者がその常居所地法中の特定の強行法規を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、…その強行規定をも適用する」(法適用通則法11条1項) ている点です。韓国法では、ローマ条約と同様、消費者の常居所地の強行法規により与えられた保護を奪ってはならないと定められています。これは、「一般に、契約準拠法と消費者の常居所地法を当該事案に適用した結果の優遇比較を行い、より消費者の保護に厚い法律を準拠法として適用するものと解釈されてい」(「補足説明」40頁) ます。法適用通則法が韓国法と異なる条文になったのは、「そのような優遇比較による準拠法決定は、優遇性の比較自体に困難が伴」い、「調査について時間及び労力が費やされ、訴訟関係者にとって負担が過重とな」ることから、その保護については、消費者による主張を要件にしたのであると説明されています(「補足説明」43頁)。

しかし、優遇性の比較が難しいことから、消費者が常居所地法上の強行規定の法的効果を主張したときにのみ、その適用を認めるというのでは、消費者保護規定の適用を当事者の意思に委ねる形となり、これでは強行法介入の趣旨、目的が減殺されてしまいます。さらには、法律専門家にとっても難しい優遇性の比較を消費者に判断させることになり、弱

者保護の理念からも、いくらか問題があるように思われる。十分な情報あるいは判断能力を持たない、立場の弱い一般消費者に、やや重すぎる判断を要求しているのではないのでしょうか。

確かに、優遇性の比較が容易ではないという側面は理解することができますが、そうした中で弱者保護の理念を実現しようとすれば、端的に、消費者契約については常に消費者の常居所地法によるという案が考えられてよいように思われます。消費者の立場からすれば、渉外的な消費者契約であろうと通常の国内消費者契約であろうと、いつも認められている程度の保護を、基本的に期待しているのではないのでしょうか。渉外的な消費者契約だからといって特別な保護を期待する消費者の存在も、あまり考えられないと思われます。そうであれば、基本的には、当事者自治を認めずに、消費者の常居所地法を常に消費者契約の準拠法とすべきであり、消費者保護に関してはそれで足りるものと思われます。

4. 労働契約に関する労働者保護

労働契約については、当事者自治を認めるのがこれまでの日本の判例、通説でした¹⁷⁾。とはいえ、労働契約の多様性から、黙示意思による準拠法決定に関しては、労働契約の類型に応じて、労務給付地法、使用者の本拠地法、あるいは契約締結地法といったものが準拠法になると指摘されてきました。そして、これとは別に、労働者保護のための特別連結が叫ばれていました¹⁸⁾。

日本の改正法は、基本的には、この枠組みを採用しています。法適用通則法7条の定める当事者自治を労働契約にも適用する一方、当該契約に最も密接な関係がある地の強行規定の適用を認めています(法適用通則法12条1項)。そして、客観的連結の場合すなわち当事者による準拠法選択がない場合には、前述の特徴的給付の理論を用いず、「労務を提供する地の法」を最密接関係地法と推定することで対応しています(法適用通則法12条3項)。

労働者保護に関する強行規定の適用については、消費者保護と同様の方法が採られています。すなわち、当該労働契約の最密接関係地法上の強行規定の適用を労働者が主張したときに、その強行規定を適用とするものです。弱者保護規定の適用の可否をその弱者に委ねており、その限りでは、前述の問題点がここにも存在します。

17) 溜池、前掲書379頁、山田、前掲書339頁および同所にあげられている判例参照

18) 例えば、溜池、前掲書379頁は、労務給付地が内国である場合には、労働契約の準拠法として外国法を指定した場合でも、わが国の労働基準法や労働組合法は常に必ず適用されるとする

5. 相続の準拠法

日本の今回の改正で個人的に最も残念に感じている点は、相続の準拠法に関して、韓国国際私法49条が定めているような当事者による準拠法選択を認めなかったことです。前記「補足説明」によれば、相続の準拠法については「現行規定を維持することで意見が一致した」(117頁)とされています。法制審議会としては、被相続人による準拠法選択の可否につき検討を行ったようですが、結局、「これを認めない」こととされました。その理由として、反致により一定の場合には日本法が適用されうること、遺留分の点を除けば、被相続人は遺言によって自由に相続財産の処分をすることができ、準拠法の変更まで認める必要は乏しいことなどが上げられています。

しかし、分割主義と統一主義の対立、本国法主義と住所地法主義の対立を緩和する1つの方法であり、準拠法の明確性や当事者の期待の保護といった点で、本国法と常居所地法との選択については、立法論としてこれに賛成する見解が、これまでも少なくありませんでした¹⁹⁾。在日韓国・朝鮮人をはじめとする定住外国人の人々は、当事者による準拠法選択が認められた場合、常居所地法を選択する可能性はかなり高いといえます。法選択に関して、このように現実の需要があるにもかかわらず、これを認めないのは当事者保護の観点から望ましくなかったように思われます。

おわりに

法典の名前が「法の適用に関する通則法」という名に落ち着きましたが、これも一般の人たちからすれば、わかりにくい名前になってしまったと思います。韓国法のように、端的に「国際私法」とするのがよかったと思います。この点もいくらか不満の残るところです。

以上、日本の改正法の内容を韓国法との比較の中で紹介してきました。いずれにせよ、両国の改正法は始まったばかりです。今後は、適切な解釈を実践することにエネルギーを注ぎたいと考えています。本日は、ご静聴ありがとうございました。

19) 国際私法改正研究会「『相続の準拠法に関する法律試案』の公表」国際法外交雑誌92巻4-5巻(1994年)595頁以下、木棚照一「法例26条,27条の改正に関する一考察」ジュリスト1143号56頁以下、青木清「相続」『日本と国際法の100年』5巻(2001年)232頁以下等

일본의 국제사법개정

－ 한국 국제사법의 개정과 비교하면서 －

青木 清 (Kiyoshi AOKI)*

목차

서언

I. 개정의 목적 내지 이유

1. 2006년의 일본의 개정
2. 1989년의 일본의 개정
3. 한국의 개정

II. 양국의 개정의 포인트

III. 주요 개정 점의 검토

1. 계약준거법에 관한 객관적 연결(준거법 선택이 없는 경우의 연결정책)
2. 규정을 두지 아니한 문제
3. 소비자계약에 관한 소비자보호
4. 노동계약에 관한 노동자보호
5. 상속의 준거법

VI. 마치며

서언

일본 국제사법의 기본법전인 法例가 제정되고 난 후 109년을 거쳐 금번 개정되었습니다. 전면적인 개정으로 그 이름도 법의 적용에 관한 통칙법(法の適用に関する通則法. 이하 ‘법적용통칙법’으로 인용)으로 고쳐지고, 2007년 1월 1일부터 시행되고 있습니다.¹⁾ 한편 한국의 국제사법도 주지하는 바와 같이 2001년에 종전의 涉外私法이라는

* 난잔(南山)대학법학부 학장

1) 많은 잡지에 국제사법개정의 특집이 실려 있다. 『法の適用に関する通則法関係資料と解説』 別冊NBL110号(2006), 国際私法年報8号(2007), ゼネラル1292号(2006), 民商法雑誌135卷6号 以下(2007), 法律のひろば59卷9号(2006) 등.

이름의 법률에서 그 이름 그 자체로 국제사법이라는 이름의 법률로 개정되고 내용도 일신되었습니다.²⁾

오늘은 비교적 시기를 같이 하여 개정된 한일양국의 국제사법에 관하여 일본의 개정법을 소개하면서 비교, 검토해 보기로 하겠습니다.

I. 개정의 목적 내지 이유

1. 2006년의 일본의 개정

2006년의 일본의 개정의 목적 내지 이유에 관하여는 2005년 3월에 법무성이 공표한 국제사법의 현대화에 관한 요강중간시안 부속의 보족설명(이하, '보족설명'으로 인용)에 의하면, ① 법례가 제정된 후 100년의 경과, ② 제외국의 입법동향, ③ 정부의 규제개혁추진의 일환, 그리고 ④ 조문의 허라거나 구어체화의 가지 점을 들고 있습니다. 이것을 이하 차례로 보도록 하겠습니다.

① 법례제정으로부터 100년의 경과

법례는 그 제정 이후 1989년에 이루어진 혼인 및 친자에 관한 영역의 개정 이외에는 100년에 걸쳐 본격적인 개정이 없었습니다. 당연히 그 사이의 일본을 둘러싼 사회, 경제적 정세의 변화는 격동하였고 "국경을 넘는 사람, 물건, 정보의 이동의 증가하고, 국제적인 거래의 내용은 복잡하고 다양화하여 재산적인 법률관계에 기한 국제적인 분쟁도 증가하고 있다"('보족설명' 1쪽). 이 점에 대한 대응이 첫 번째로 거론되고 있습니다.

② 제 외국의 입법동향

유럽 제국의 1980년의 계약채무의 준거법에 관한 조약(소위 로마조약)의 채택 체결을 비롯하여 1980년대 후반으로부터 2000년에 걸쳐서 세계 각국의 국제사법이 개정되고 아시아에서도 한국의 국제사법이 개정되었으며 일본의 국제사법도 이에 대응할 필요가 있다는 것이 상기 보족설명에서 시사되고 있습니다.

2) 이 개정에 관하여는 일본 국내에서 필자는 「韓国國際私法の改正」 國際法外交雜誌100卷6号1頁 以下(2002)에서 해설을, 또한 「<資料>改正韓国國際私法」 國際私法年報5号288頁 以下(2003)에서 조문의 번역을 하였다.

③ 정부의 규제개혁추진의 일환

2001년에 각의에서 결정된 ‘규제개혁추진 3개년 계획’에서 금융분야의 중점사항으로서 “국제적 정합성을 도모하는 관점에서 국제적인 통일 룰로서 정착하고 있는 양도인 주소지법의 입장을 감안한 채권유동화의 기반정비 등을 진행한다”(Ⅲ2(2) ④)는 것이 천명되었습니다. 나아가 2004년 3월에 각의에서 결정된 ‘규제개혁, 민간개방추진 3개년 계획’에서는 “채권유동화의 기반정비를 진행하는 관점에서 양도인주소지법에 의한 룰을 포함하는 국제적인 동향을 감안하면서 법례 제12조의 특별규정을 두는 것도 시야에 넣고 같은 조문을 포함하는 법례 중의 국제사법규정의 전반적인 수정에 관하여 계속하여 법제심의회에서 검토를 하고, 결론을 얻는다”(Ⅲ4ㄱ)고 되어 있었습니다. 여기서 말하는 규제개혁이란 1980년대 이후의 일본에서 강하게 주장되고 있는 것으로 종전의 관료적인 규제는 경제성장을 저해한다는 발상에서 관에 의한 규제를 없애고 자유화 민영화를 촉진한다는 정책을 의미합니다. 그러나 그것만으로는 이것이 국제사법과 어떤 관련이 있는지 이 기술만으로는 알기 어려울 것입니다. 당시의 법례 제12조는 채권양도의 채무자 및 제3자에 대한 효력의 준거법을 채무자의 주소지법에 의하는 것으로 하고 있었습니다. 이 때문에 일본의 은행이 외국에 주소를 갖는 복수의 채무자에 대하여 갖는 채권을 일괄적으로 양도하려는 경우 그 대항요건을 구비하는 것이 번잡하고 양도하기 어렵게 됩니다. 위에서 소개한 제언은 이것을 고쳐 채권유동화를 촉진하는 취지에 따른 것입니다. 보다 확실히 말한다면 당시 불량채권으로 고통을 당한 일본의 은행에게 채권처리를 쉽게 하기 위한 환경조성을 위한 제언이었다고 이해할 수 있습니다.

④ 히라가나 구어체화

히라가나 구어체화라는 것은 일본어를 배우지 않으신 분께는 알기 어려운 것입니다만, 종전의 일본의 법률조문은 그것이 명치시대(1868년~1912년)에 만들어졌기 때문에 그 당시의 문장표현이 사용되고 있습니다. 그것을 우리는 ‘가다가나 문어체’라고 표현하고 있습니다. 중학생이나 고교생에게는 이제 고문자의 범위에 들어가는지도 모릅니다. 요컨대 종래의 법률조문과 일상적으로 사용되는 문장은 전적으로 별개의 것입니다. 그러한 점에서 법학부의 학생은 법학을 배움에 있어서 우선 이러 종류의 문장에 익숙해지는 것부터 시작하여야 합니다. 당연히 일반인이 본다면 조문을 읽고 그 의미를 이

해하는 것은 극히 어려운 것이었습니다.

이에 상기한 '규제개혁, 민간개방추진 3개년 계획'에서는 민사, 형사의 기본법에 관하여 "그 용어 표기법에서도 새로운 시대에 어울리게 또한 국민에게 알기 쉽게 한다" (I9(1))는 점을 요구하였습니다. 이것은 정당한 요구라고 생각합니다. 이것에 의해 민법 등도 고쳐졌습니다만 법례도 그 일환으로서 히라가나 구어체화로 고칠 필요가 발생한 것입니다.

2. 1989년의 일본의 개정

법례에 관하여는 전술하였듯이 1989년에 상당히 큰 개정이 이루어졌습니다. 거기서의 개정목적은 당시의 '제안이유설명'이나 입법담당자의 해설³⁾에 의하면,

- (1) 준거법의 지정을 양성평등의 정신에 한층 적합한 것으로 하는 점
- (2) 용이한 신분관계의 성립을 도모하는 점(선택적 적용의 채용, 배분적 적용의 폐지)
- (3) 준거법의 지정의 국제적 통일을 도모하는 점

이라는 3가지로 정리할 수 있습니다.

이들 '양성평등의 실현'이나 '용이한 신분관계의 성립'이라는 목적이 1989년 개정을 자동적으로 일정한 방향으로 향하게 하는 것이 되었습니다. 즉 남자에 관한 연결점만을 사용하는 점, 또한 법률관계의 성립을 곤란하게 하는 누적적 적용이나 법의 적용관계를 복잡하게 하는 배분적 적용을 그만두고 선택적 적용이나 단계적 적용을 사용하는 점 등을 목표로 하게 되었습니다. 이에 대하여 2006년 개정에서는 상기 ③의 점과 관련하여 채권의 유동화를 실현하기 위한 연결점 채용이라는 방향성이 나오지만 2006년 개정 전반을 지배하는 이념 또는 개정의 방향성을 제시하는 전체적 지침이라는 것을 제안이유로부터 읽는 것은 곤란한 상황에 있었습니다.

3. 한국의 개정

다른 한편 한국의 국제사법개정의 목적 내지 이유는 어떠한 것이었을까요. 우선 그 첫 번째의 것은涉外사법 제정시의 경위와 같은 법에 대한 당시의 평가와 관련되는 것입니다.

3) 南敏文 『改正法例の解説』(法曹会, 1992) 40頁 以下.

2001년 6월말까지 시행되고 있었던 한국의涉外사법은 1962년 1월 15일에 공포되고 시행되었습니다. 같은 법에 관하여는 그 제정당시부터 한국사회에는 엄한 평가가 존재하고 있었습니다.⁴⁾ 당시의 한국에서는 2차대전 전의 법제, 즉 일본의 식민지통치시대의 법제가 계속하여 효력을 갖고 있고, 이것을 한시라도 빨리 일소하겠다는 생각이 당연한 일이지만 사회에 충만되어 있었습니다. 이러한 상황에서 당시의 박정희정권하의 국가재건최고회의가 국제사법의 기본법전인涉外사법을 제정한 것입니다. 그러나 입법을 서두른 나머지 내용적으로는 1898년에 제정된 일본의 법례를 그대로 번역한 것이고, 국제사법의 전문가로부터는 시대착오적이라는 비판이 당초에도 있었습니다. 이번의 한국의 개정에서는 이러한 한국 국제사법의 성격을 일신하는 것이 우선 그 첫 번째의 목적이었다고 말할 수 있습니다.⁵⁾

나아가 한국 법무부발행의 “국제사법해설”에 의하면, ① 국제사회의 급격한 변모와 눈부신 발전에 대응한 법제도의 창출, ② 국제사법분야에서의 신이론의 도입, 나아가 ③ 준거법결정에서의 양성평등의 실현 등이 제기되고 있습니다. 종전의涉外사법의 일의적이고 고정적인 준거법결정의 룰에 대하여 구체적 타당성의 확보의 점에서 비판이 있고, 유연성이 있는 원칙의 채용이 한국내에서도 주장되고 있었습니다. 이러한 주장에서는 당연히 1970년대 이후 계속되어 온 제외국에서의 국제사법 개정의 움직임도 의식되고 있었습니다.

이들 개정목적 중에서 특히 큰 개정의 원동력이 된 것은 준거법결정에서의 양성평등의 실현이었던 것으로 생각합니다. 한국의 국제가족법 분야에서는 종래 부(夫) 또는 부(父)의 본국법만을 준거법으로 지정한 조문이 적지 않았습니다. 원래 한국사회에서는 유교의 영향도 있고 부나 부친의 혈통을 중시하는 사고방식이 있고, 그러한 사고방식이 국제가족법상의 문제에 관하여 부 내지 부(父)의 혈통을 중시하는 사고방식은 한국 건국 후에 제정된 민법의 가족법분야나 국저법에서도 채용되었던 바입니다. 민법의 가족법분야에서는 1977년 개정과 1990년 개정에 의하여 부 내지 부(父) 중심의 가족법이 대폭 개선되고, 국적법에서는 1997년에 종래의 부계혈통주의가 부모양계주의로 개정되었는데, 모두 이러한 영역에서는 양성평등이 이미 실현되어 있었습니다.

이러한 흐름 속에서 부 내지 부(父)의 본국법만을 준거법으로 지정하는涉外사법의

4) 黄山德, 嚴肅. 態度. 立法-「涉外私法」草案寸評-, 사상계1958년12월호 178면.

5) 青木清·前掲注2) 國際法外交雜誌100卷6号2頁 以下 참조.

를도 당연히 비판의 대상이 되고 앞서 개정되었다고 생각하는 것이 적절하다고 생각합니다.

아무튼 한국의 개정의 목적은 이번의 일본의 개정목적에 비하면 매우 확실한 것이라고 말할 수 있습니다.

II. 양국의 개정의 포인트

한국의 국제사법의 개정에 관하여는 한국 법무부발행의 “국제사법해설”⁶⁾에서 10개의 항목 정도를 개정포인트로 들고 있습니다만, 과거 저는 그것을 다시 정리하여 이하의 6가지 점으로 정리한 적이 있습니다.⁷⁾

- ① 국제재판관할규정의 신설
- ② 상거소개념의 도입
- ③ 양성평등의 실현
- ④ 탄력성 있는 준거법 결정
- ⑤ 반치의 확대
- ⑥ 제외국의 입법례 및 국제조약의 참조

이에 대하여 이번의 일본의 국제사법개정에 관하여는 상기한 포인트의 열거가 약간 하기 어려운 상황에 있습니다. 참고로 1989년의 일본의 개정에 관하여는,

- ① 양성평등의 실현
- ② 상거소개념의 도입
- ③ 단계적 연결 및 선택적 연결의 채용

이라는 개정 전반에 통하는 포인트를 들 수 있습니다. 이번의 개정은 모두 국제사법영역에 걸친 개정이었던 점이 영향을 주었는지 전체에 걸친 포인트를 지적하기 곤란합니다만, 그것을 그대로 열거한다면,

- ① 후견 등의 심판 및 실종선고에 관한 개정
- ② 계약의 준거법 = 당사자자치의 유지와 일부 규정의 명문화
- ③ 계약준거법에 관한 객관적 연결 - 특징적 급부의 이론 채용

6) 법무부, 국제사법해설(2001) 3면 이하.

7) 青木清·前掲注2) 國際法外交雜誌100卷6号9頁 以下.

- ④ 계약준거법에서의 약자보호의 규정 신설
- ⑤ 불법행위의 준거법 = 결과발생지법을 원칙화
- ⑥ 생산물책임 및 명예훼손의 준거법규정 신설
- ⑦ 불법행위지에서의 부종적 연결의 채용
- ⑧ 불법행위 준거법에서의 당사자자치의 채용
- ⑨ 채권양도의 채무자 기타 제3자에 대한 효력의 준거법의 변경

이라는 내용이 되는 것으로 생각합니다. 보셨거나 들으셨다면 알 수 있듯이 매우 세세한 그리고 개별적인 특징의 열거가 되어 버립니다.

Ⅲ. 주요 개정 점의 검토

그러면 이들 포인트 중에서 주요한 것을 골라 일한양국의 국제사법의 이동을 논하여 보도록 하겠습니다.

1. 계약준거법에 관한 객관적 연결(준거법 선택이 없는 경우의 연결정책)

이번의 일본의 법률개정 중에서 많은 사람을 놀라게 한 것은 당사자에 의한 준거법 선택이 없는 경우의 객관적 연결에 관한 개정일 것으로 생각합니다. 종전에는 당사자의 의사가 불분명한 경우 행위지법에 의하는 것으로 되어 있었습니다(법제7조2항). 당사자가 행위지법 즉 계약체결지법에 의한다는 의사를 갖고 있다고 추정하는 것입니다. 그러나 행위지에 관하여는 때로 우연한 사정에 의해 정해지는 것, 또한 모든 계약에 관하여 일률적으로 행위지법에 의하는 것은 의문이라는 등의 점에서 같은 항에 관하여는 입법론적으로 심한 비판을 받았습니다.⁸⁾ 이에 더하여 전자거래가 행하여지는 현대에서 행위지개념이 쓸모없게 된 점도 같은 항의 개정을 재촉하였습니다.

이에 법적용통칙법은 당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에는 최밀접관계지법에 의한다고 하였습니다. 여기까지는 한국 국제사법26조와 같습니다. 한국법에서는 이에 계속하여 다음의 이행, 즉 “1. 양도계약의 경우에는 양도인의 이행/ 2. 이용계약의 경우에는 물건 또는 권리를 이용할 수 있도록 하는 당사자의 이행/ 3. 위임, 도급계약 및 이와 유사한 노무공급계약의 경우에는 노무의 이행을 하는 경우”, 그 이행을 하는

8) 예를 들면 山田鎌一 『國際私法[第3版]』(有斐閣, 2004) 327頁.

자의 상거소지법을 최밀접관계지법으로 추정한다고 하였습니다. 이에 대하여 일본의 법적용통칙법8조2항은 “특징적 급부”를 하는 당사자의 상거소지법을 최밀접관계지법으로 추정한다고 정하고 있습니다. 특징적 급부라는 용어를 그대로 사용하고 있으므로 진짜 특징적입니다.

이 조문에 깜짝 놀랐습니다. 특징적 급부의 이론에 관하여는 일본에서도 논의의 대상이 되어 왔고 로마조약 등에서도 이미 채용되어 확실히 일정한 평가가 부여되어 있는 바입니다. 그러나 그 이론이 충분히 정착되어 있는지 보면 이에 관하여는 의견이 갈리는 바라고 생각합니다. 추가하여 일반적인 법률가에게는 거의 익숙하지 않은 입장이라고 생각합니다. 그럼에도 불구하고 그것을 조문으로 사용하고 있는 점에는 적지 아니 의문이 있는 바입니다. 제 자신은 한국법과 같이 특징적 급부의 이론의 입장을 채용하면서 조문 중에는 용어로서 그것을 사용하지 않는다는 처리가 타분야의 법률가나 일반국민에게는 알기 쉬운 것이 아닌가 생각합니다.

“요강중간시안”의 단계에서는 조문상으로는 특징적 급부라는 용어를 사용하지 않고 “그 종류의 법률행위에 고유한 급부”라고 표현되어 있었습니다. 그러나 최종적으로는 이 표현을 버리고 결국 특징적인 급부라는 용어를 그대로 사용하고 있습니다. 알기 쉬운 점, 명확성, 예견가능성을 확보하는 조문작성이라는 점에서는 그다지 찬동할 수 없습니다. 상기 ‘보족설명’ 34면에 의하면 특징적 급부의 이론의 채용은 국제사법의 통일에도 도움이 된다고 지적하고 있습니다. 물론 이 점에 반대하는 것은 아닙니다만, 말하자면 계약유형 마다 그 내용을 써 내린 형태의 조문으로 구체화 하는 쪽이 알기 쉽고 명쾌한 것이 아니었나 생각하고 있습니다.

2. 규정을 두지 아니한 문제

한국법에서는 명문규정을 두었지만 일본법에서는 규정을 두지 않은 점을 2가지 정도 소개하고자 합니다. 하나는 계약의 성립과 효력에 관하여 각각 별개의 준거법을 당사자는 지정할 수 있는지, 즉 계약의 준거법에 관하여 분할지정을 인정할 수 있는지라는 문제입니다. 이에 관하여는 일본에서 과거 부정적인 견해가 유력하였습니다.⁹⁾ 그러나 최근에는 이를 긍정하는 견해도 적지 아니합니다.¹⁰⁾ 준거법결정을 당사자에게 맡기는

9) 江川英文 『國際私法[改訂版]』(有斐閣全書, 1957) 219頁.

10) 山田 前掲書355頁, 溜池良夫 『國際私法講義[第3版]』(有斐閣, 2005) 365頁, 山田=沢木(編) 『國際私法

이상은 그 범위에 관하여도 당사자의 의사를 존중하자는 입장에 기하고 있습니다. 분할지정을 긍정하는 입장에 서면 무역보험계약에서의 영국법준거약관에 관하여도 준거법지정의 하나의 형태라고 이해할 수 있습니다.¹¹⁾

그러나 지금도 분할지정을 명확히 부정하는 견해¹²⁾가 있고 일본의 판례도 나누어져 있습니다. 예를 들면 東京地判昭和52年5月30日判時880号79頁은 해상보험에 사용되는 “영문보험증권에는 준거법약관이 있고 그에 의하면 모든 보험금청구에 관하여 보험자에게 전보책임이 있는지의 여부 및 전보책임이 있다고 하면 그 지급에 관하여는 잉글랜드(이하 영국이라 한다)의 법과 사실인 관습에 의하는 것으로 정하고 있다. / 위 약관은 보험계약 자체의 유효성과 항해사업의 적법성에 관하여는 일본법이 준거가 되지만 보험금청구에 관한 보험자의 전보책임의 유무와 보험자에게 전보책임이 있다고 하면 그 결제에 관하여는 영국의 법과 사실인 관습에 준거한다는 취지이고, 또한 그렇게 해석하는 것이 해상보험업계의 관습이다” 라고 판시하여 분할지정을 인정하고 있습니다.¹³⁾

이에 대하여 東京地判平成13年5月28日金判1130号47頁은 선하증권의 이면에 “운송인은 ...어떠한 항구 또는 장소의 관습 또는 관례에 따를 수 있다고 기재된 약관에 관하여 계약의 일부를 다른 법률에 의하게 하면 법률관계를 복잡하게 하고 동시에 하송인 또는 선하증권소지인의 입장을 불안정하게 한다. ...하나의 국제해상운송계약의 준거법의 분할은 인정할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다” 라고 판시하여 명확히 분할지정을 부정하였습니다. 일본의 재판례가 이렇게 나누어지고 이 점에 관한 일본법의 현황을 이해하는 것이 곤란한 상황에서는 이를 방지하는 것은 반드시 적절하다고는 할 수 없다고 생각합니다. 이러한 종류의 업무에 종사하는 사람들 또는 일본 내외의 법률가에게 있어서의 예견가능성을 확보하기 위해서도 이를 조문화하는 것으로 분할지정을 긍정하던지 부정하던지 확실하게 하는 것이 바람직하다고 생각합니다.

講義(青林書院, 1970) 146頁, 池原=早田(編) 『涉外判例百選[第二版]』 69頁, 木棚=松岡=渡辺(編) 『國際私法概論[第4版]』(有斐閣, 2005) 122頁, 木棚=松岡(編) 『基本法コンメンタル國際私法』(日本評論社, 1994) 44頁, 國際私法立法研究会 『契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案(一)』 民商法雜誌112卷2号(1995) 277頁 以下.

11) 道垣内正人 『ポイント國際私法各論』(有斐閣, 2000) 223頁.

12) 石黒一憲 『國際私法』(新世社, 1994) 269頁.

13) 道垣内 前掲書225頁, 前掲 『涉外判例百選[第二版]』 69頁. 아울러 石黒一憲 前掲269頁은 같은 판결을 분할지정을 인정한 것으로 이해하고 있는 것에도 비판적이다.

그러나 최종적으로는 이 점에 관하여 조문은 만들지 않았습니다. 현행법에서도 해석에 의하여 분할지정이 허용되고 있고 새로이 일반적인 규정을 만들 필요는 없는 점, 분할의 한계가 불명확한 점 등이 그 이유인 듯 합니다.¹⁴⁾

조문화 되지 아니한 것은 관계당사자에게는 예측이 불가능한 법상황인 점에 변경이 없습니다.

명문규정을 두지 아니한 점의 두 번째는 준거법선택의 유효성을 판단하는 기준에 관한 것입니다. 이것도 한국법에서는 명문규정이 있습니다.

‘분할지정’의 경우와 달리 일본의 학설도 이 점에 관하여는 크게 나누어져 있습니다. 즉 준거법으로서 지정된 법에 의한다고 하는 견해(준거법설)¹⁵⁾와 국제사법 자신이 그것을 판단한다는 견해(국제사법독자설)¹⁶⁾입니다. 준거법설의 최대의 난점은 이론적으로는 그것이 순환론이 되는 것입니다만, 준거법설에 의하면 그 지정행위의 유효성을 판단하는 것이 간명하고 그 판단기준도 명확해지고 따라서 당사자의 예측가능성을 높이게 됩니다.

이 점에 관하여는 ‘요강중간시안’에서는 준거법설에 기하여 명문규정을 둔다는 A안과 명문규정을 두지 아니한다는 B안의 두 가지 안이 제시되어 있고, 퍼블릭 코멘트에서도 A안을 지지하는 의견과 B안을 지지하는 의견으로 나누어졌던 것 같습니다. 결국 결착되지 않고 규정은 두지 않는 것이 되었습니다.

3. 소비자계약에 관한 소비자보호

계약준거법의 결정에서 약자보호의 물을 만든 점은 일한양국의 국제사법 모두 평가될 것으로 생각합니다. 모두 소비자계약과 노동계약에서 약자보호를 정하고 있습니다

14) 小出邦夫ほか『「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」に対する各界意見の概要』NBL812号(2005.7) 65頁. 그 후 小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務, 2006.9)46頁에서 “法制審議會에서는...법률행위의 준거법을 어떠한 범위까지 분할하여 세분화 할 수 있는지의 한계를 함께 명확히 규정하는 것은 곤란한 점, 다른 한편으로 규정을 두지 아니하여도 해석상 분할지정을 인정하는 것은 가능하고 규정을 두지 아니하여도 특단의 지장은 없다는 것 등에서 결론적으로 명문규정은 두지 아니하는 것이 되었다”고 설명되고 있다.

15) 浅場·前掲144頁, 沢木=道垣内『国際私法入門[第6版]』(有斐閣, 2006) 200頁, 国際私法立法研究会·前掲 277頁 以下.

16) 山田·前掲書326頁, 溜池 前掲書352頁, 折茂豊『国際私法(各論)[新版]』(有斐閣, 1972) 129頁, 江川·前掲書210頁, 桜田嘉章『国際私法[第4版]』(有斐閣, 2005) 211頁.

다. 외국에서는 계약준거법에서 당사자자치를 인정하는 한편, 경제적 약자의 보호라는 관점에서 이를 제한하는 입법례가 적지 않습니다. 거기서는 2가지 방법이 사용되고 있습니다. 로마조약5조와 같이 소비자의 상거소지의 강행법규를 특별연결하여 그 보호를 실현하려고 하는 것, 스위스국제사법120조와 같이 특정한 유형의 계약(같은 조는 소비자계약에 관하여 정하고 있다)에 관하여는 당사자자치의 대상에서 제외시킴으로서 소비자보호를 하려고 하는 것입니다.

일본도 한국도 위와 같은 것 중 전자와 같은 형식의 소비자보호규정을 도입하였습니다. 단, 약간 다른 것은 일본법이 “소비자가 그 상거소지법 중의 특정한 강행법규를 적용하여야 한다는 취지의 의사를 사업자에 대하여 표시한 때에는 ...그 강행규정도 적용한다”(법적용통칙법11조1항)고 하는 점입니다. 한국법에서는 로마조약과 같이 소비자의 상거소지의 강행법규에 의하여 부여된 보호를 뺏어서는 안된다고 정하고 있습니다. 이것은 “일반적으로 계약준거법과 소비자의 상거소지법을 당해 사안에 적용한 결과의 우대비교를 하고, 보다 소비자의 보호에 두터운 법률을 준거법으로 적용하는 것으로 해석”되고 있습니다(보족설명 40쪽). 법적용통칙법이 한국법과 다른 조문이 된 것은 그러한 우대비교에 의한 준거법결정은 우대성의 비교 자체가 곤란하고 조사에 관하여 시간 및 노력이 들어 소송관계자에게 있어서 부담이 과중하므로 그 보호에 관하여는 소비자에 의한 주장을 요건으로 한 것이라고 설명되고 있습니다(보족설명 43쪽).

그러나 우대성의 비교가 곤란하므로 소비자가 상거소지법상의 법적 효과를 주장할 때에만 그 적용을 인정한다는 것으로는 소비자보호규정의 적용을 당사자의 의사에 맡기는 형태가 되고 이것으로는 강행법 개입의 취지, 목적이 상쇄되어 버립니다. 나아가 법률전문가에게 있어서는 곤란한 우대성의 비교를 소비자에게 판단시키는 것이 되어 약자보호의 이념에서도 문제가 있어 보입니다. 충분한 정보 또는 판단능력이 없는 입장이 약한 일반소비자에게 좀 무거운 판단을 요구하는 것이 아닐까요.

확실히 우대성의 비교가 용이하지 않다는 측면은 이해할 수 있지만 그러한 와중에서 약자 보호의 이념을 실현하려고 한다면 단적으로 소비자계약에 관하여는 항상 소비자의 상거소지법에 의한다는 안을 생각해도 좋을 것입니다. 소비자의 입장에서는 섭외적인 소비자계약이든 통상의 국내소비자계약이든 언제나 인정되고 있는 정도의 보호를 기본적으로 기대하는 것이 아닐까요. 섭외적인 소비자계약이라고 하여 특별한 보호를 기대하는 소비자의 존재도 그다지 생각되지 않을 것입니다. 그러면 기본적으로는 당사

자자치를 인정하지 아니하고 소비자의 상거소지법을 항상 소비자계약의 준거법으로 하여야 하고, 소비자보호에 관하여는 그것으로 충분하다고 생각합니다.

4. 노동계약에 관한 노동자보호

노동계약에 관하여는 당사자자치를 인정하는 것이 지금까지의 일본의 판례, 통설이었습니다.¹⁷⁾ 그러나 노동계약의 다양성에서 목시의사에 의한 준거법결정에 관하여는 노동계약의 유형에 응하여 노무급부지법, 사용자의 본거지법 또는 계약체결지법이라는 것이 준거법이 된다고 지적되어 왔습니다. 그리고 이것과는 별도로 노동자보호를 위한 특별연결이 주장되고 있습니다.¹⁸⁾

일본의 개정법은 기본적으로는 이 틀을 사용하고 있습니다. 법적용통칙법7조가 정하는 당사자자치를 노동계약에도 적용하는 한편, 당해 계약에 가장 밀접한 관계가 있는지의 강행규정의 적용을 인정하고 있습니다(법적용통칙법12조1항). 그리고 객관적 연결의 경우 즉 당사자에 의한 준거법선택이 없는 경우에는 전술한 특징적 급부의 이론을 사용하지 아니하고 “노무를 제공하는지의 법”을 최밀접관계지법으로 추정하는 것으로 대응하고 있습니다(법적용통칙법12조3항).

노동자보호에 관한 강행규정의 적용에 관하여는 소비자보호와 같은 방법이 채택되고 있습니다. 즉 당해 노동계약의 최밀접관계지법상의 강행규정의 적용을 노동자가 주장한 때에 그 강행규정을 적용하는 것입니다. 약자보호규정의 적용의 가부를 그 약자에게 맡기고 그 한도에서는 전술한 문제점이 여기에도 존재합니다.

5. 상속의 준거법

일본의 이번의 개정에서 개인적으로 가장 아쉬운 점은 상속의 준거법에 관하여 한국 국제사법49조가 정하고 있는 것과 같은 준거법선택을 인정하지 않았던 것입니다. 전기 ‘보족설명’에 의하면 상속의 준거법에 관하여는 현행규정을 유지하는 것으로 의견이 일치하였다(117쪽)라고 되어 있습니다. 법제심의회로서는 피상속인에 의한 준거법선택의 가부에 관하여 검토를 하였지만, 결국 “이를 인정하지 않는다”는 것이 되었습니다. 그

17) 溜池. 前掲書379頁, 山田. 前掲書339頁 및 같은 곳에 인용된 판례 참조.

18) 예를 들면 溜池. 前掲書379頁은 노무급부지가 내국인 경우에는 노동계약의 준거법으로서 외국법을 지정한 경우에도 일본의 노동기준법이나 노동조합법은 항상 반드시 적용된다고 한다.

이유로서는 반치에 의하여 일정한 경우에는 일본법이 적용될 수 있는 점, 유류분의 점을 제외하면 피상속인은 유언에 의하여 자유롭게 상속재산의 처분을 할 수 있고 준거법의 변경까지 인정할 필요는 적다는 점 등이 거론되고 있습니다.

그러나 분할주의와 통일주의의 대립, 본국법주의와 주소지법주의의 대립을 완화하는 하나의 방법이고 준거법의 명확성이나 당사자의 기대의 보호라는 점에서 본국법과 상거소지법의 선택에 관하여는 입법론으로 이에 찬성하는 견해가 지금까지 적지 아니합니다.¹⁹⁾ 재일한국 조선인을 비롯한 정주외국인들은 당사자에 의한 준거법선택이 인정되는 경우 상거소지법을 선택할 가능성이 높다고 할 수 있습니다. 법선택에 관하여 이와 같이 현실적인 수요가 있음에도 불구하고 이를 인정하지 아니하는 것은 당사자보호의 관점에서 바람직하지 않다고 생각합니다.

VI. 마치며

법전의 이름이 법의 적용에 관한 통칙법이라는 이름으로 마무리되었습니다만 이것도 일반인에게는 알기 어려운 이름이 되었다고 생각합니다. 한국법과 같이 단적으로 ‘국제사법’이라고 하는 것이 좋다고 생각합니다. 이 점도 어느 정도 불만이 남는 점입니다.

이상 일본의 개정법의 내용을 한국법과의 비교에서 소개하여 왔습니다. 아무튼 양국의 개정법은 막 시작되었을 뿐입니다. 앞으로는 적절한 해석을 실천하는 것에 에너지를 쏟고 싶다고 생각하고 있습니다. 경청하여 주셔서 감사드립니다.

19) 國際私法改正研究会 「『相続の準拠法に関する法律試案』の公表」 國際法外交雜誌92卷4=5号(1994)595頁以下, 木棚照一 「法例26条、27条の改正に関する一考察」 ヴォル자1143号 56頁 以下, 青木清 「相続」 『日本と國際法の100年』 5卷(2001)232頁 以下 등.