

일반 불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토

김인호*

차 례

- I. 서론
- II. 불법행위에 대한 일반규칙
 - 1. 기본원칙 (불법행위지주의와 손해발생지주의)
 - 2. 공통의 상거소지 연결
 - 3. 이차적 연결
 - 4. 배상범위의 제한
- III. 특별 유형의 불법행위에 대한 특칙
 - 1. 제조물책임
 - 2. 환경손해
- IV. 당사자의 준거법 선택
 - 1. 일반 불법행위
 - 2. 특수 불법행위
- V. 불법행위에 대한 일반규칙과 특수 불법행위에 대한 특별규칙의 관계
 - 1. 로마II규정에서의 관계
 - 2. 국제사법에서의 관계
- VI. 결론

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

접수일자 : 2012. 10. 28 / 심사일자 : 2012. 11. 22 / 게재확정일자 : 2012. 11. 30

I. 서 론

섭외사법이 2001년 전면 개정되면서 국제사법으로 개칭된 이래 법리적 측면에서 가치 있는 판례가 상당히 집적된 것은 사실이다. 국제사법의 규정 중 불법행위에 관한 규정을 살펴보면 불법행위주의를 기초로 하여 공통의 상거소지 연결과 이차적 연결에 의한 우선 적용되는 예외를 규정하고 손해배상청구권의 성질이 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아닌 경우에 이를 제한하고 있으며 당사자가 불법행위가 발생한 후 합의에 의하여 우리나라법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하고 있다. 또한 지식재산권의 침해는 특수한 유형의 불법행위이므로 침해지법에 의하도록 따로 규정하고 있다. 이와 같은 국제사법의 규정은 섭외사법에 비하면 보다 정비된 것임에 틀림없다. 그러나 불법행위의 유형이 다양하여 불법행위에 대한 일반규칙만을 두고 있는 국제사법의 규정으로는 합리적인 준거법의 지정에 한계가 있을 수밖에 없다. 이에 특수한 불법행위에 대하여 각각의 유형에 적합한 규정을 따로 신설할 필요가 있다고 생각된다. 특수한 불법행위의 유형 중 제조물책임과 환경손해는 사회경제의 발전에 따라 이에 대한 국제사법적 검토가 필요한 상황이 되었으며 불법행위에 대한 일반규칙으로 다루는 것은 법리적 관점에서나 실무적 관점에서 당해 법률관계에 가장 밀접한 준거법을 지정한다는 국제사법의 기본원칙에 부합하지 아니한다. 또한 하자 있는 제조물로 인하여 환경손해가 야기된 경우에는 제조물책임과 환경손해의 문제가 경합하게 되어 양자에 적용되는 특별규칙 간의 충돌을 해결하여야 한다. 따라서 특수한 불법행위의 한 형태로서 제조물책임과 환경손해에 관하여 이미 국제사법적 규율을 하고 있는 비계약상 채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회 규정(이하 ‘로마II규정’이라 한다)¹⁾의 규정을 분석하여 국제사법에 제조물책임과 환경손해를 규율하는 조항을 신설함에 있어서 바람직한 입법적 제안을 제시해보고자 한다.

1) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II Regulation).

II. 불법행위에 대한 일반규칙

1. 기본원칙 (불법행위지주의와 손해발생지주의)

(1) 국제사법과 로마II규정의 조항

불법행위에 대한 국제사법과 로마II규정의 기본원칙을 대비하여 보면 다음과 같다.

국제사법	로마II규정
제32조 (불법행위) ①불법행위는 그 행위가 행하여진 곳의 법에 의한다.	제4조 일반규칙 1. 이 규정에서 달리 규정하지 아니하는 한, 불법행위로부터 발생하는 비계약상 채무는 손해를 야기한 사건이 발생한 국가나 그 사건으로 인한 간접손해가 발생한 국가에 관계없이 손해가 발생한 국가의 법에 의한다.

(2) 국제사법의 해석

1) 불법행위지주의

국제사법은 원칙적으로 불법행위지주의를 취하면서 법정지법에 의한 제한을 인정하는 절충주의를 취하였던 섭외사법을 개정하여 불법행위지주의를 기본적으로 채택하면서 이에 우선하는 특칙을 인정하고 있다. 특칙은 준거법에 관한 사후적 합의(국제사법 제33조), 이차적 연결(국제사법 제32조 제3항), 공통의 상거소지 연결(국제사법 제32조 제2항)의 순서대로 우선 적용된다. 불법행위지주의는 법적 안정성을 기할 수 있으나 구체적 타당성을 잃을 수 있다는 비판이 있다.²⁾

2) Peter Hay et al., *Conflict of Laws (5th ed.)*, West, 2010, pp.801-803; 김연 외, 국제사법, 법문사, 2003, 295쪽; 신창섭, 국제사법, 세창출판사, 2007, 259-261쪽.

2) 격지 불법행위

불법행위의 행동지와 결과발생지가 상이한 격지 불법행위에 대하여 불법행위지주의에 의할 때 행동지법과 결과발생지법 어느 것에 의하여야 하는지 의문이 있다.³⁾ 준거법을 선택하는 경우에 피해자가 침해행위지법과 결과발생지법 중 선택권을 가지는지 아니면 법원이 선택하여야 하는지 등의 문제가 있다. 독일의 입법례처럼⁴⁾ 피해자에게 선택권을 부여하는 것이 타당하다고 생각되고⁵⁾ 판례도 격지 불법행위에 관하여 명확히 선언한 것은 아니나 그러한 입장인 것으로 볼 수 있는 여지가 있다.⁶⁾

3) 섭외사범 하에서의 판례는 “원인된 사실이 발생한 곳이라 함은 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함하는 개념이라고 풀이함이 상당하고, 가해행위 및 손해발생의 대부분이 공해상을 운항 중이던 선박 내에서 이루어졌다는 이유만으로 손해의 결과발생지에 포함되는 대한민국의 법을 준거법에서 배제하고 위 선박의 선적국법이 준거법이 되어야 한다고는 볼 수 없다”고 하여 결과발생지법에 의할 것임을 판시한 경우도 있으며(대법원 1994. 1. 28. 선고 93다18167 판결) “원인사실이 발생한 곳이라 함은 불법행위를 한 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함하므로 화물을 운송한 선박이 대한민국의 영역에 도착할 때까지도 손해발생이 계속되었다면 대한민국도 손해의 결과발생지에 포함된다고 보는 것이 타당하고, 이 경우 대한민국의 영역에 이르기 전까지 발생한 손해와 그 영역에 이른 뒤에 발생한 손해는 일련의 계속된 과실행위에 기인한 것으로서 명확히 구분하기 어려우므로 통틀어 그 손해 전부에 대한 배상청구에 관하여 대한민국법을 준거법으로 정할 수 있”다고 판시하고 있으나(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 판결) 행동지법과 결과발생지법 중 어느 것이 준거법이 되는지 여부와 당사자에게 선택권이 있는지 여부에 대하여는 명확히 하지 못하고 있다. 법무부, 국제사법 해설, 법무부, 2001, 117-118쪽.

4) EGBGB Artikel 40 Unerlaubte Handlung (1) Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Der Verletzte kann verlangen, daß anstelle dieses Rechts das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist. Das Bestimmungsrecht kann nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens ausgeübt werden. 법무부, 각국의 국제사법, 법무부, 2001, 63쪽.

5) Andrew Dickenson, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008, pp.296-297; 노태약, “사이버 불법행위의 재판관할과 준거법”, 『국제사법연구』 제8호, 법영사, 2003, 175쪽.

6) 불법행위지가 대한민국과 일본에 걸쳐 있는 사안에서, 불법행위로 인한 손해배상청구권에 관하여 판단할 준거법은 대한민국법 또는 일본법이 될 것이나 이미 원고가 일본법이 적용된 일본소송에서 패소한 점에 비추어 자신에게 보다 유리한 준거법으로 대한민국법을 선택하려는 의사를 가지고 있다고 추인되므로, 대한민국 법원은 대한민국법을 준거법으로 하여 판단하여야 한다고 판시한 판례가 있다(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결).

(3) 로마II규정의 해석

1) 손해발생지주의

불법행위의 준거법을 지정함에 있어서 손해가 발생한 국가의 법에 의하는 방안과 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법에 의하는 방안을 생각할 수 있다. 로마II규정은 전자의 방안을 채택하고 있는바, 손해발생지를 연결점으로 하는 것이 손해를 입은 자와 책임이 있다고 주장된 자의 이해관계를 균형 있게 조절할 수 있으며 또한 민사책임에 대한 현대적 접근 및 엄격책임의 발전과도 부합한다고 평가된다. 불법행위는 손해발생지법에 의할 것이므로 손해를 야기한 사건이 발생하였거나 발생할 국가의 법에 의할 수는 없다.⁷⁾ 손해가 발생한 국가가 사안과 밀접한 관련이 없는 경우에는 로마II규정 제4조 제2항의 공통의 상거소지 연결이나 제3항의 이차적 연결에 의하여 불합리한 결과를 피할 수 있다.⁸⁾

2) 손해발생지의 특징

신체상해나 재산상 손해의 경우에는 손해발생지는 상해를 입은 곳과 재산이 손상된 곳으로 이를 확정하는 것이 어렵지 아니할 것이나 과실로 인한 허위표시 등 경제적 불법행위의 경우에는 손해발생지를 특정하는 것이 쉽지 아니하므로 로마II규정 제4조 제3항의 예외조항을 적용하여 불법행위가 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의하게 될 것이다. 한편 냉동트럭으로 부패하기 쉬운 물품을 운송하던 중 냉장시설이 고장이 나서 물품이 점차 부패된 사안에서 손해가 발견된 곳이 손해가 발생한 곳은 아니나 준거법을 지정함에 있어서 손해발견지에 의하는 방안 이외에 다른 방안을 찾기는 사실상 어렵다. 손해가 여러 국가에서 발생한 경우에는 각 손해에 대하여 당해 손해가 발생한 각 국가의 법을 배분적으로 적용하게 된다.⁹⁾

7) James Fawcett et al., *Private International Law*, Oxford, 2008, p.796.

8) Dickenson, *supra* note 5, p.333, Fawcett et al., *supra* note 7, p.796.

9) Fawcett et al., *supra* note 7, p.797.

3) 직접손해와 간접손해

로마II규정 제2조는 손해에는 불법행위로부터 발생하는 모든 결과가 포함되며 발생할 손해도 포함된다고 규정한다. 그러나 연결점을 손해발생지로 함에 있어서 손해에 직접손해와 간접손해가 모두 포함되는 것으로 보면 준거법이 두 개 이상의 국가의 법이 되어 연결점을 손해발생지로 규정한 취지가 몰각되므로 로마II규정 제4조 제1항은 손해에는 직접손해만 포함되고 간접손해는 제외되는 것으로 규정한다.¹⁰⁾

(4) 입법적 제언

로마II규정에 따라 국제사법에서도 직접손해가 발생한 곳의 법에 의하는 손해발생지주의를 채택하는 것이 당사자의 이해를 조절하고 격지 불법행위를 포함한 실무적 처리에 있어서 효율적일 수 있다고 생각된다. 격지 불법행위의 경우에 손해가 발생한 국가의 법에 의하면 되므로 국제사법 하에서의 명확하지 아니한 점이 제거되어 준거법의 결정이 간명하다.

냉동오징어를 남대서양어장에서부터 부산항까지 해상운송하는 사안에서 부산항에서 하역작업을 하면서 냉동오징어 일부가 부족하고 나머지도 녹아 있거나 재냉동되었다가 건조되어 변질된 하자가 발견된 사안에서 판례는 냉동오징어의 손상은 부산항에 도착할 때까지 계속되었다고 보아 불법행위지는 우리나라이고 준거법은 우리나라법이라고 판시한 바 있는데¹¹⁾ 위 로마II규정에서의 해석과 같은 분석으로 볼 수 있다.

손해발생지주의를 채택한 조항은 다음과 같이 규정될 수 있을 것이다.

제00조 (불법행위) ①불법행위는 손해가 발생한 곳의 법에 의한다. 다만, 손해를 야기한 사실이나 간접손해가 발생한 곳은 이에 영향을 미치지 아니한다.

10) Graf-Peter Calliess, Rome Regulations, Wolters Kluwer, 2011, p.441; Fawcett et al., supra note 7, pp.797-798.

11) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다18167 판결.

2. 공통의 상거소지 연결

(1) 국제사법과 로마II규정의 조항

국제사법과 로마II규정이 기본원칙인 불법행위지주의 및 손해발생지주의에 대한 예외로서 우선하여 적용되는 것으로 규정한 당사자의 공통의 상거소지 연결에 관한 조항을 대비하여 보면 다음과 같다.

국제사법	로마II규정
제32조 (불법행위) ②불법행위가 행하여진 당시 동일한 국가 안에 가해자와 피해자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다.	제4조 일반규칙 2. 손해가 발생한 당시 동일한 국가 안에 책임이 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다.
	제23조 상거소 1. 이 규정의 적용에 있어서 회사, 법인, 비법인 단체의 상거소는 행정중심지이다. 지점, 대리점, 기타 소속 단체의 영업활동 과정에서 손해를 야기하는 사건이 발생하거나 손해가 발생한 때에는 그 지점, 대리점, 기타 소속 단체의 소재지를 상거소로 본다 2. 이 규정의 적용에 있어서 영리활동을 하는 자연인의 상거소는 그의 주된 영업소이다.

(2) 국제사법의 해석

불법행위가 행하여진 시점을 기준으로 가해자와 피해자의 공통의 상거소지법이 불법행위지법에 우선하여 준거법이 된다. 공통의 상거소가 아니라 공통의 국적을 연결점으로 한 것이기는 하나 판례도 당사자가 모두 우리나라 사람인 경우에 불법행위지가 단순히 우연적이고 형식적인 의미를 갖는데 그치는 경우에는 우리나라법을 적용한다고 판시하였다.¹²⁾

(3) 로마II규정의 해석

손해발생지주의에 우선하여 적용되는 특칙으로 책임이 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자가 손해가 발생한 당시 동일한 국가 안에 상거소를 두고 있는 경우에는 그 국가의 법에 의한다. 이 특칙은 당사자가 동일한 국가에 상거소를 두고 있으면 다른 사정을 고려하지 않고 곧바로 적용된다.¹³⁾

로마II규정 제23조는 상거소에 대하여 규정하고 있다. 당사자의 상거소는 변동될 수 있으므로 당사자가 동일한 국가 안에 상거소를 두고 있는지를 판단하는 기준이 되는 시점은 손해가 발생한 당시이다.¹⁴⁾

(4) 입법적 제언

전체적인 구조에 있어서는 국제사법은 로마II규정과 크게 다르지 아니하나 당사자가 동일한 국가 안에 상거소를 가지고 있는지를 판단하는 기준 시점을 “불법행위가 행하여진 당시”가 아니라 손해발생지주의에 따라 “손해가 발생한 당시”로 수정하고 가해자와 피해자를 그 범위를 명확히 하여 각각 “책임이 있다고 주장된 자”와 “손해를 입은 자”로 수정하여 규정할 것을 제안한다. 공통의 상거소지법에 의하는 특칙을 규정한 조항은 다음과 같이 규정될 수 있을 것이다. 상거소의 개념 특히 법인이나 비법인 단체의 상거소에 대하여 규정할 필요가 있다고 생각되고 로마II규정은 참고가 될 것으로 생각한다. 다만, 조항의 위치는 개념 정의가 필요한 용어를 모아 국제사법의 처음 부분에서 규정하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

제00조 (불법행위) ②손해가 발생한 당시 동일한 국가 안에 책임이 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자의 상거소가 있는 경우에는 제1항의 규정에 불구하고 그 국가의 법에 의한다.

12) 대법원 1979. 11. 13. 선고 78다1343 판결.

13) Fawcett et al., supra note 7, pp.798-799.

14) Dickenson, supra note 5, pp.339-340; Fawcett et al., supra note 7, p.799.

3. 이차적 연결

(1) 국제사법과 로마II규정의 조항

법률관계가 존재하는 당사자 간에 발생한 불법행위에 대한 준거법의 지정에 관한 국제사법과 로마II규정의 조항을 대비하여 보면 다음과 같다.

국제사법	로마II규정
<p>제32조 (불법행위) ③가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제1항 및 제2항의 규정에 불구하고 그 법률관계의 준거법에 의한다.</p>	<p>제4조 일반규칙 3. 불법행위가 제1항 또는 제2항에서 지정된 국가 이외의 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의한다. 다른 국가와의 더 밀접한 관련은 특히 문제가 된 불법행위와 밀접한 관련이 있는 계약을 포함하여 당사자 간에 존재하는 법률관계에 의하여 인정될 수 있다.</p>
<p>제8조 (준거법 지정의 예외) ①이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다. ②제1항의 규정은 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.</p>	

(2) 국제사법의 해석

당사자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 공통의 상거소지법이나 불법행위지법에 우선하여 그 법률관계의 준거법에 의한다. 이는 당사자의 예견가능성에 근거하여 볼 때 가장 적절한 연결방법이라고 설명되었다.¹⁵⁾ 기존의 법률관계의 존재가 불법행위의 본

질적 요소이어야 하고 단지 불법행위가 발생하는 기초가 되는 사실적 상황에 불과한 경우에는 이차적 연결은 인정되지 아니한다.¹⁶⁾

(3) 로마II규정의 해석

1) 예외조항

로마II규정 제4조 제3항은 예외조항으로 개별 사안의 구체적 사정을 고려하여 당해 사정의 중심을 반영하는 법을 적용할 수 있도록 유연성을 부여해준다. 한편 “불법행위가 제1항 및 제2항에서 지정된 국가 이외의 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 ‘명백한’ 경우에”만 예외조항을 적용할 수 있도록 하여 예외조항은 예외적으로만 적용될 수 있음을 분명히 하고 있다. 이러한 예외적 성질은 같은 조 제1항, 제2항이 추정규정이 아니라는 것에서도 분명하다. 더 밀접한 관련이 있는 국가를 판단함에 있어서는 당해 사안의 모든 사정을 고려하여야 하고 로마II규정은 특별히 당사자 간에 존재하는 법률관계를 언급하고 있으나 이는 하나의 예시이며 다른 사정이 배제되는 것은 아니다. 다수의 피해자가 수개의 국가에서 각각 상해를 입어서 가해자를 상대로 청구를 하는 경우를 하나의 예로 상정해 볼 수 있다. 지식재산권의 침해 소송에서 인터넷으로 인한 편재적 침해의 경우가 이에 해당한다. 다른 사정의 내용은 향후 판례의 집적을 통하여 구체화될 수 있을 것으로 기대된다. 불법행위가 명백히 더 밀접하게 관련이 되는 대상은 국가이지 국가의 법이 아니다.¹⁷⁾

15) 법무부, 앞의 책 (주 3), 119쪽; James Fawcett et al., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005, pp.1050, 1058, 1208; 석광현, 국제사법과 국제소송 (제1권), 박영사, 2001, 514쪽; 김연 외, 앞의 책, 299쪽; 유영일, “국제불법행위 등 법정채권의 준거법에 관한 소고”, 『법조』 제536호, 법조협회, 2001, 134쪽; 임치용, “국제사법에 있어서 사무관리·부당이득·불법행위”, 『국제사법연구』 제7호, 법영사, 2002, 164-166쪽.

16) Fawcett et al., supra note 15, pp.1050-1051.

17) Fawcett et al., supra note 7, pp.799-800; 최광준, “새로운 유럽공동체법 (Rome II Regulation)상 불법행위에 관한 준거법”, 『재산법연구』, 제26권 제3호, 법문사, 2010, 143쪽.

2) 당사자 간에 존재하는 법률관계

로마II규정은 더 밀접한 관련의 예로 당사자 간에 존재하는 법률관계를 규정하고 있다. 이는 뒤에서 보는 바와 같이 독일 국제사법과 유사한 규정 형태로 이차적 연결점인 당사자 간에 존재하는 법률관계의 준거법이 불법행위를 규율한다. 이는 당사자의 모든 법률관계에 대하여 동일한 법을 적용함으로써 당사자의 정당한 기대에 부응하고 정의로운 해결에도 부합하게 된다고 본다. 준거법을 지정함에 있어서 당사자 간에 존재하는 법률관계와 이에 대한 준거법을 고려할 수는 있으나 그 준거법은 고려대상이 되는 여러 요소 중의 하나에 불과함에도 로마II규정은 당사자 간에 존재하는 법률관계를 근거로 더 밀접한 관련을 인정할 수 있다고 규정함으로써 당사자 간에 존재하는 법률관계가 있으면 곧 더 밀접한 관련이 인정되는 결과가 되어 당사자 간에 존재하는 법률관계에 지나친 무게를 두고 있다.¹⁸⁾

로마II규정은 당사자 간에 존재하는 법률관계의 예로 계약관계를 들고 있는바, 불법행위에 기한 청구권과 계약위반에 기한 청구권이 경합하는 경우, 불법행위가 발생한 후 계약관계가 무효로 되거나 취소된 경우 등을 생각해 볼 수 있다. 불법행위가 발생하기 전에 계약관계가 무효로 되거나 취소된 경우에는 적용되지 아니한다.¹⁹⁾

소비자계약이나 근로계약의 경우에는 소비자나 근로자는 계약상 채무와 관련하여 당사자가 계약의 준거법을 선택하더라도 계약상 채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회 규정(이하 ‘로마I규정’이라 한다)²⁰⁾의 특칙에 의하여 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의한 보호와 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가의 강행규정에 의한 보호가 인정된다. 이 때 불법행위의 준거법은 당사자가 계약의 준거법으로 선택한 국가의 법이 되는데 이는 사회경제적 약자에 부여된 보호를 박탈하는 결과가 된다. 명문의 규정은 없으나 로마I규정의 보호적 성격에 비추어 불

18) Fawcett et al., supra note 7, p.800.

19) Dickenson, supra note 5, p.346, Fawcett et al., supra note 7, pp.800-801.

20) Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I Regulation).

법행위 책임을 당사자가 선택한 법이 소속된 국가는 물론이고 소비자의 상거소가 있는 국가나 근로자가 일상적으로 노무를 제공하는 국가에 연결하는 것으로 해석하여야 한다는 견해도 있으나²¹⁾ 로마II규정에 명문으로 이러한 불합리한 결과를 방지하는 조항을 둘 필요가 있다.²²⁾ 계약체결 전 법률관계가 당사자 간에 존재하는 법률관계에 해당할 수 있으나 로마II규정은 이에 대하여 제12조에서 별도의 규정을 두고 있으므로 이에 의하여 해결된다.²³⁾

호의동승한 승객이 운전자의 과실로 상해를 입은 경우는 당사자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위와 밀접하게 관련이 있는 예에 해당한다. 당사자 간에 존재하는 법률관계는 친족법상 관계를 포함한다. 로마II규정은 친족법상 관계로부터 발생하는 비계약상의 채무를 제외하고 있어 혼하지는 않을 것이나 남편이 운전상의 과실로 아내에 상해를 입히는 경우는 부부관계가 불법행위에 밀접하게 관련되어 있다고 볼 수 있다. 친족법상의 관계는 무효이거나 취소된 관계를 포함한다.²⁴⁾

당사자 간에 존재하는 법률관계는 문제가 된 불법행위와 밀접한 관련이 있어야 한다. 불법행위가 어느 국가와 더 밀접한 관련이 있는지는 당사자 간에 존재하는 법률관계를 근거로 판단한다. 계약을 규율하는 법의 소속 국가의 법이 불법행위도 함께 규율할 것으로 본다. 또한 친족법상의 법률관계를 규율하는 법의 소속 국가의 법이 불법행위도 함께 규율한다. 계약이나 친족법상 법률관계를 규율하는 국제사법 규칙이 통일되어 있지 않다면 불법행위책임과 관련하여 법정지 쇼핑의 필요가 있게 된다. 호의동승의 경우를 생각해 보면 궁극적으로 명백히 더 밀접한 관련이 있는 국가를 찾아내야 하는데 이는 당사자의 관계가 어느 곳에 중심이 있는지에 달려 있다. 당사자가 같은 장소에서 출발하여 같은 장소로 돌아오는 경우에 교통사고가 그 과정에서 어느 곳에서 발생하여 그곳에서 상해를 입었다고 하더라도 출발하고 돌아온 장소의 법이 적용되어야 한다고 본다.²⁵⁾

21) Dickenson, *supra* note 5, p.345.

22) Fawcett et al., *supra* note 7, p.801.

23) Calliess, *supra* note 10, p.428; Fawcett et al., *supra* note 7, p.801.

24) Fawcett et al., *supra* note 7, pp.801-802.

25) *Id.* p.802).

문제가 되는 불법행위와 밀접한 관련이 있는 당사자 간에 존재하는 법률관계가 있다고 하여 곧 바로 다른 국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있는 것으로 되는 것은 아니고 전자에 근거하여 후자를 인정할 수 있다는 것이다(“..... might be based on”). 따라서 불법행위책임과 당사자 간에 존재하는 법률관계의 준거법 사이에 의미 있는 관련이 있는지 여부를 판단함에 법원에 재량이 인정되어 개별 사안에서 이차적 연결의 장단점을 형량하여야 한다. 다만, 로마II규정 제4조 제3항이 규정하고 있는 바와 같이 문제가 되는 불법행위와 당사자 간에 존재하는 법률관계는 밀접한 관련(closely connected)이 인정되어야 한다는 제한이 있으며 당사자의 주관적 동기를 고려하지 않고 객관적으로 법원이 정치한 판단을 하여야 한다. 궁극적 쟁점은 다른 국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있는지 여부이다.²⁶⁾

3) 이차적 연결의 실익

이차적 연결을 인정하면 법률관계의 성질에 대한 이견으로부터 발생하는 준거법의 차이를 완화할 수 있다. 계약위반에 기한 책임과 불법행위에 기한 책임이 함께 문제되는 경우에 각국 법원은 법률관계를 계약적인 것으로 또는 불법행위적인 것으로 달리 판단할 수 있으나 이차적 연결을 적용하면 준거법을 당사자 간에 존재하는 계약관계의 준거법으로 통일할 수 있어 준거법의 차이를 완화할 수 있다. 또한 계약이 무효로 되거나 취소된 경우의 결과에 대하여 이를 계약적인 것으로 보아 로마I규정의 규율대상으로 볼 것인지 아니면 비계약적인 것으로 보아 로마II규정의 규율대상이 아닌 것으로 볼 것인지 다툼이 있으나 이차적 연결을 적용하면 어느 쪽으로 보든 같은 결론에 이르게 된다.²⁷⁾

4) 손해발생지법과 공통의 상거소지법 적용에 대한 우선적 적용

이차적 연결에 의한 손해발생지법의 배제가 공통의 상거소지법의 적용에 의한 손해발생지법의 배제보다 흔히 발생할 것으로 생각된다. 그러나

26) Dickenson, supra note 5, p.347; Calliess, supra note 10, pp.429-430; Fawcett et al., supra note 7, pp.802-803.

27) Fawcett et al., supra note 7, p.803.

전자의 경우에 당사자 간에 존재하는 법률관계가 없다면 이차적 연결이 인정되는 경우는 매우 드물 것이다. 손해발생지가 특정 국가에 밀접한 관련이 인정되고 당사자의 공통의 상거소지가 다른 국가에 같은 정도의 밀접한 관련이 인정된다면 당사자 간에 존재하는 법률관계가 없는 상황에서는 또 다른 국가에 명백히 더 밀접한 관련을 인정하기가 쉽지 아니하다. 이 때 또 다른 국가에 명백히 더 밀접한 관련을 이유로 공통의 상거소지법을 배제하는 것은 같은 이유로 손해발생지법을 배제하는 것보다 더 어려울 수 있다. 한편 명백히 더 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용함으로써 공통의 상거소지법의 적용을 배제하고 손해발생지법을 적용할 수 있는지 여부에 대하여 논의가 있는바, 로마II규정 제4조 제3항의 문언이 제1항이나 제2항에서 규정하는 국가와 다른 국가라고 규정하여 제3항의 법리가 제1항과 제2항을 모두 함께 배제하여야 하는 것은 아니므로 긍정할 수 있다고 해석된다. 즉 손해발생지가 밀접한 관련이 인정되고 이에 추가적으로 다른 밀접한 관련이 인정된다면 공통의 상거소지 연결에 우선할 수 있다.²⁸⁾

5) 교통사고에서의 손해산정

로마II규정 제4조에 의하면 손해의 산정은 손해발생지법에 의하게 된다. 이는 교통사고의 경우에 불합리한 결과를 가져올 수 있다. 교통사고의 피해자가 상거소지가 아닌 곳에서 상해를 입은 후 상거소지로 돌아가 상해를 입은 결과로 영향을 받으며 생활한다면 상거소지법을 적용하는 것이 손해발생지법을 적용하는 것보다 합리적일 것으로 생각된다.²⁹⁾

(4) 입법적 제언

국제사법 제32조 제3항의 규정은 스위스 국제사법 제133조 제3항이 “가해자와 피해자 사이에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 때에는, 불법행위에 기한 청구권은 제1항과 제2항에 불구하고 이미

28) Dickenson, supra note 5, p.343; Fawcett et al., supra note 7, pp.803-804.

29) Fawcett et al., supra note 7, p.805.

존재하고 있는 법률관계가 따르고 있는 법에 의한다”고 규정한 것을 받아들인 것으로 로마II규정과 유사한 법리를 규정한 것이나 차이가 발견된다.³⁰⁾ 한편 독일 민법시행법 제41조, 제1항, 제2항은 "(1) 어느 국가의 법이 제38조 내지 제40조 제2항에 따른 준거법보다 본질적으로 더 밀접한 관련을 가지고 있다면 그 법이 적용된다. (2) 본질적으로 더 밀접한 관련은 특히 다음으로부터 나올 수 있다. 1. 채권관계와 관련하여 당사자 간의 특별한 법적 또는 사실적 관계로부터, 또는 2. 제38조 제2항과 제3항 그리고 제39조의 경우에는 법적으로 의미 있는 사건 발생시에 동일국가 내에 있는 당사자의 상거소로부터; 이때 제40조 제2항 2문이 준용된다"라고 규정하여³¹⁾ 로마II규정에 가까운 입장이다.

국제사법 하에서는 당사자 간의 기존의 법률관계가 당사자가 선택한 법에 의하는 경우에 이차적 연결에 의하여 불법행위의 준거법을 정하면 당사자가 선택한 그 법에 의하게 되는데 이는 경제적 강자의 이익에 부합하여 경제적 약자의 이익을 해할 우려가 있다는 비판이 있다.³²⁾ 또한 국제사법의 “가해자와 피해자 간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우”라는 표현이 의미하는 바가 무엇인지 의문이 제기될 수 있고 궁극적인 판단 기준은 불법행위가 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는지 여부이어야 하지 당사자 간에 존재하는 법률관계 자체는 아니므로 로마II규정의 문언을 따르는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 다만,

30) Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht Art. 133 (3) Wird durch eine unerlaubte Handlung ein zwischen Schädiger und Geschädigtem bestehendes Rechtsverhältnis verletzt, so unterstehen Ansprüche aus unerlaubter Handlung, ungeachtet der Absätze 1 und 2, dem Recht, dem das vorbestehende Rechtsverhältnis unterstellt ist. 법무부, 앞의 책 (주 4), 171쪽.

31) EGBGB Artikel 41 Wesentlich engere Verbindung (1) Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 38 bis 40 Abs. 2 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden. (2) Eine wesentliche engere Verbindung kann sich insbesondere ergeben 1. aus einer besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis oder 2. in den Fällen des Artikels 38 Abs. 2 und 3 und des Artikels 39 aus dem gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten in demselben Staat im Zeitpunkt des rechtserheblichen Geschehens; Artikel 40 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend. 법무부, 앞의 책 (주 4), 64쪽.

32) Fawcett et al., supra note 15, pp.1201, 1208-1209.

위에서 살펴본 바와 같이 소비자계약과 근로계약에서의 사회경제적 약자에 부여된 보호가 박탈되지 아니하는 것으로 명문으로 규정하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

제00조 (불법행위) ③불법행위가 제1항 또는 제2항에서 지정된 국가와 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의한다. 다른 국가와의 더 밀접한 관련은 문제가 된 불법행위와 밀접한 관련이 있는 계약 등 당사자 간에 존재하는 법률관계에 의하여 인정될 수 있다. 다만, 제27조 또는 제28조에서 규정하는 강행규정에 의하여 부여되는 보호에는 영향을 미치지 아니한다.

4. 배상범위의 제한

외국법이 적용되는 경우에 불법행위로 인한 손해배상청구권은 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 인정하지 아니한다. 이는 미국법에서 인정되는 징벌적 손해배상(punitive damages) 기타 과도한 금액의 배상 등을 제한하기 위한 것이다. 공서조항에 의하여 규율할 수 있으나 규제가 현실적으로 필요하다는 고려에 따라 별도로 명문으로 규정하였다.³³⁾ 이 규정은 실제적 필요성에 비추어 그대로 유지하는 것이 적절하다고 생각된다.

Ⅲ. 특별 유형의 불법행위에 대한 특칙

로마II규정은 제5조부터 제9조에서 특별한 유형의 불법행위 즉 제조물 책임, 부정경쟁, 경쟁제한행위, 환경손해, 지식재산권의 침해, 쟁의행위에 대하여 불법행위에 관한 일반규칙에 대한 특칙을 규정하고 있다. 일반규칙으로 관련이익을 합리적으로 조정할 수 없는 경우에 특칙에 의하게 된다.³⁴⁾

33) 법무부, 앞의 책 (주 4), 120쪽.

34) Fawcett et al., supra note 7, pp.805-806.

1. 제조물책임

(1) 로마II규정의 조항

국제사법은 제조물책임에 대하여 따로 규정을 두고 있지 아니하나 로마II규정은 이에 대하여 일반 불법행위와는 다른 특칙을 따로 규정하고 있다.

제5조 제조물책임

1. 제4조 제2항의 적용에 영향을 미치지 아니하는바, 제조물에 의하여 야기된 손해에 기한 비계약상 채무는
 - (a) 제조물이 판매되고 손해발생 시 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,
 - (b) 제조물이 판매되고 제조물이 취득된 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,
 - (c) 제조물이 판매되고 손해가 발생한 국가의 법에 의한다.다만, 책임이 있다고 주장된 자가 (a), (b), (C)호에서 규정하는 국가에서 제조물 또는 같은 종류의 제조물이 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었다면 그의 상거소지법에 의한다.
2. 불법행위가 제1항에서 언급된 국가와 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있는 것이 모든 사정으로부터 명백한 경우에는 그 국가의 법에 의한다. 다른 국가와의 더 밀접한 관련은 특히 문제가 된 불법행위와 밀접한 관련이 있는 계약을 포함하여 당사자 간에 존재하는 법률관계에 의하여 인정될 수 있다.

(2) 로마II규정의 해석

1) 적용범위

가. 귀책사유

로마II규정 제5조는 제조물책임에 대하여 규정하나 제조물책임이 무엇을 의미하는지는 정의하고 있지 아니하다. 엄격책임과 과실책임을 모두 규율하는 것으로 해석된다. 제5조는 손해의 발생을 전제로 하는바, 제조물에 의하여 손해가 야기되면 불법행위가 성립하고 이에 기한 채무는 비계약상 채무이다.³⁵⁾

35) Id. pp.806-807.

나. 제조물의 범위

제조물은 전기는 물론 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함하여 모든 동산을 의미한다. 산업생산물, 농업생산물, 원재료, 인간의 장기, 혈액 등을 포함한다. 특정 소비자를 위하여 개별적으로 개발된 것이 아니라면 인터넷으로 내려받는 컴퓨터 프로그램도 포함된다. 그러나 제조물의 범위는 시장에서 판매되는 것으로 제한된다. 시장에서 판매된다고 함은 판매망을 통하여 상업적으로 판매되는 상행위를 전제로 한다.³⁶⁾ 모든 상업적 거래선을 포함하는바, 판매망은 물론 건본품의 제공을 포함하여 제조물을 공중이 이용할 수 있게 하는 것을 의미한다. 따라서 비상인 간의 우연한 매매는 제외된다. 광고가 필요한지 아니면 사실상 판매에 제공되면 충분한지에 관하여는 논의가 있으나 제5조는 판매를 광고로 규정하고 있고 제조자의 예견가능성에 의하여 제한되므로 광고 여부에 관계없이 제조물에 해당한다고 본다.³⁷⁾

제조물은 적법하게 판매되어야 한다. 밀수된 물품이나 암시장에서만 거래되는 물품은 이에 해당하지 아니한다. 이러한 물품을 피해자의 상거소에서 취득하거나 상거소지가 아닌 곳에서 취득한 경우에는 제조자나 피해자 모두 피해자의 상거소지법이나 취득지법의 적용을 기대하는 것은 합리적이지 못하다.³⁸⁾

특정 국가에서 판매된 제조물이 손해를 야기한 당해 물품을 의미하는지 아니면 손해를 야기한 물품이 속하는 제품라인을 의미하는지 불분명하나 입법의도는 후자로 생각된다.³⁹⁾ 즉 손해를 야기한 물품과 동일한 물품이면 된다. 그러나 제5조 제1항 제1문이 규정하는 ‘제조물’과 제2문이 규정하는 ‘제조물이나 같은 종류의 제조물’의 문언의 차이에 비추어 제1문의 ‘제조물’은 같은 종류의 물품은 제외되고 동일한 물품만을 의미한다. 따라서 포장이나 물품의 표기가 변경되거나 물품의 특성이 변경된 경

36) Calliess, supra note 10, pp.434-436.

37) Dickenson, supra note 5, p.372; Calliess, supra note 10, p.441.

38) Calliess, supra note 10, pp.440-441; Dickenson, supra note 5, p.373.

39) Fawcett et al., supra note 7, p.807.

우에는 제1문의 ‘제조물’로 볼 수 없다.⁴⁰⁾

최종 소비재에 사용된 부품의 제조자가 책임이 있다고 주장된 자인 경우에 부품 또는 최종 소비재 어느 것이 판매된 국가를 연결점으로 하여야 하는지 논의가 있다. 최종 소비재가 판매된 국가를 연결점으로 해석하는 경우에 최종 소비재가 소비자의 상거소에서 판매되었다면 소비자는 책임이 있는 여러 피고에게 책임을 물을 수 있고 그의 상거소지법을 적용하게 되는 등 소비자를 보다 강하게 보호할 수 있게 된다. 그러나 이는 부품의 제조자에게 부당한 결과를 가져올 수 있다. 부품의 제조자가 부품을 일정한 시장에서만 판매하였다 하더라도 최종 소비재의 제조자는 그 부품이 사용된 최종 소비재를 여러 국가에 판매할 수 있다. 부품의 제조자는 부품이 사용된 최종 소비재가 여러 국가에 판매될 수 있음을 감안하고 영업활동을 하는 것이므로 예견가능성의 항변으로는 위 부당함을 제거할 수 없다. 최종 소비재에 사용된 부품이 최종 소비재가 판매된 국가의 법적, 기술적 규율을 충족하도록 하는 것은 최종 소비재의 제조자의 책임으로 보는 것이 부품 제조자와 최종 소비재의 제조자 간의 균형된 규율이다. 따라서 부품의 제조자에 대한 청구는 부품이 판매된 국가의 법에 의하여야 한다.⁴¹⁾

제조물이 판매된 시기에 관하여는 제5조 제1항 a호, c호의 경우에는 손해가 발생한 때나 그 이전에, 같은 항 b호의 경우에는 제조물이 취득된 때나 그 이전에 판매되어야 한다고 볼 수 있으나 책임이 있다고 주장된 자가 자신에 대한 제조물책임에 기한 청구에 대한 준거법을 예견할 수 있게 하려는 제5조의 취지에 비추어 보면 법원에 소가 제기되기 전에 판매되면 충분한 것으로 해석된다.⁴²⁾

제조물이 특정 국가에서 판매되었고 그 국가의 법이 적용된다는 점에 대한 입증책임은 손해를 입어 제조물책임에 기한 소를 제기하는 자에게 있다.⁴³⁾

40) Calliess, *supra* note 10, p.442.

41) *Id.* p.443.

42) *Id.* p.442.

43) *Id.* p.442-443.

다. 제조물에 의하여 야기된 손해

손해는 직접손해는 물론 간접손해를 포함하고 미래에 발생할 손해를 포함한다. 제조물에 의하여 야기된 손해라 함은 위험을 공평하게 분배한다는 입법목적에 비추어 좁게 해석하여야 하는바, 통상의 경우에 제조물을 하자 있게 하는 제조물의 법적으로 관계 있는 특정된 물리적 속성에 의하여 야기된 손해를 의미한다. 즉 제조물의 하자, 담배나 석면 같은 내재한 위험, 제조자가 사용에 필요한 경고나 사용방법에 관한 설명을 하지 아니한 것 등에 의하여 야기된 손해에 대하여 적용된다. 제조물이 사용되는데 합리적으로 필요한 품질이나 안전 기준을 갖추지 못한 경우에도 적용된다.⁴⁴⁾

라. 손해를 입은 자의 범위

로마II규정 제5조는 소비자에 한하지 아니하고 제조물의 속성으로 인하여 야기된 손해를 입은 자연인이나 법인 모두에 적용된다. 물론 준거법으로 지정된 국내 실질법이 적용대상을 소비자로 제한하는 것은 별개의 문제이다. 제5조는 제조물의 사용자는 물론 우연히 손해를 입은 제3자에 대하여도 적용된다. 제5조 제1항 b호에 의하여 제조물의 취득지법이 적용되는 경우에 우연히 손해를 입은 제3자는 통상 제조물의 취득지와 관련되지 아니한다는 문제점이 있다.⁴⁵⁾

마. 책임이 있다고 주장된 자의 범위

책임이 있다고 주장된 자는 제조물의 생산 및 판매과정에 관련된 자를 의미한다. 완제품의 생산자는 물론 부품의 생산자, 중개상, 소매상을 포함한다. 제조물의 수입자 역시 생산자와 마찬가지로 제조물의 안전에 관하여 책임이 있다.⁴⁶⁾ 제5조의 주요한 목적의 하나는 책임이 있다고 주장된 자에게 준거법에 대한 예견가능성을 증진하는 것이므로 제조물을 판매한 자를 제조자의 유통망으로 제한할 필요가 있으나 책임이 있다고 주장된

44) Id. p.436.

45) Dickenson, supra note 5, p.367; Calliess, supra note 10, pp.436-437.

46) Calliess, supra note 10, p.437.

자의 예견가능성 요건에 의하여 보호되므로 적법한 과정을 거쳐 판매한 독립판매상이나 소매상을 포함한다. 단, 책임이 있다고 주장된 자는 특정 국가에서의 당해 제조물이나 같은 제품라인의 제조물의 판매에 어떠한 형태로든 책임이 있어야만 한다.⁴⁷⁾

바. 제조물 자체의 손해

실질법인 국내 제조물책임법은 통상 사람이나 재산에 대한 손해에 대하여만 적용되나 제5조는 제조물의 법적으로 관계 있는 특정한 물리적 속성으로 야기된 제조물 자체에 대한 손해나 순수 경제적 손해에 대하여도 적용된다. 규정에서 명문으로 제조물 자체에 대한 손해를 배제하고 있지 아니하고 제조물 자체에 대한 손해는 흔히 사람이나 재산에 대한 손해와 밀접하게 관련되어 있으므로 이를 같이 규율하는 것이 옳다.⁴⁸⁾

사. 다른 특수 불법행위에 대한 특칙과의 관계

제조물이 지식재산권을 침해하여 손해를 야기한 경우에는 제조물책임에 관한 제5조가 아니라 지식재산권의 침해에 관한 제8조가 적용된다. 지식재산권의 침해라는 특수한 요소가 개재하고 지식재산권에 관한 실질법은 영토주의에 근거하고 있어 지식재산권의 침해에 대하여는 보호국법에 의하여야 하기 때문이다. 지식재산권을 침해하는 제조물의 하자나 내재한 위험으로 인하여 손해가 야기된 경우에는 제5조가 적용된다. 지식재산권의 침해는 손해와 인과관계가 인정되지 아니하기 때문이다.⁴⁹⁾

제조물에 의하여 환경손해가 야기된 경우는 제조물책임에 관한 제5조와 환경손해에 관한 제7조가 경합되는바, 개별 사건의 모든 사정에 비추어 가장 적합한 준거법을 지정하여야 한다. 환경에 관련된 통상의 사건에서는 특히 제조물의 사용자가 아닌 제3자가 손해배상을 구하는 경우에는 제7조를 적용하는 것이 합리적일 것이다.⁵⁰⁾

47) Dickenson, supra note 5, p.372; Calliess, supra note 10, pp.441-442.

48) Dickenson, supra note 5, p.367; Calliess, supra note 10, pp.437-438.

49) Calliess, supra note 10, p.447.

50) Id. p.447.

2) 준거법

가. 순차적 연결

첫 번째 연결점은 제조물이 판매되고 손해발생 시 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가이다. 상거소는 변동될 수 있으므로 그 기준 시점을 손해발생 시로 하였다. 첫 번째 연결점은 통상적으로 피해자가 상거소에서 제조물을 취득하고 손해를 입을 것임을 고려한 것이다. 피해자가 제조물을 상거소가 아닌 곳에서 취득하고 손해를 입은 경우에도 그의 상거소 지법이 적용된다. 제조물의 판매를 요건으로 한 것은 제조자의 이익을 보호하기 위한 것이다. 제조자는 판매망을 관리할 수 있으므로 제조물이 특정 국가에서 판매되는 경우에 그 국가의 법이 적용될 것을 예견할 수 있기 때문이다. 제조물이 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가에서 판매되지 아니한 경우에는 (a)호는 적용이 없고 (b)호의 적용을 검토하여야 한다.⁵¹⁾

로마II규정 제23조는 상거소에 대하여 규정하나 법인이나 단체 및 상행위를 영위하는 자연인의 상거소만을 규정하고 소비자를 포함한 나머지 자연인의 상거소를 규정하지 아니하고 있다. 유럽사법재판소는 상거소의 기준으로 기간, 계속성, 정기성, 체류조건이나 이유, 근무지, 학교출석, 국적, 언어, 가족의 거소, 사회적 교류, 당사자의 이해의 중심 등을 제시하고 있으나 개별사건에서 위 기준을 어떻게 조정할 것인지에 대한 종합적 기준을 제시하지는 아니한다. 따라서 각국 국내법원이 상거소를 판단함에 있어 넓은 재량을 가지게 된다.⁵²⁾

두 번째 연결점은 제조물이 판매되고 제조물이 취득된 국가이다. 제조물이 누구에 의하여 취득되어야 하는지 즉 피해자에 의하여 취득되어야 하는지에 대하여 규정하지 아니한다.⁵³⁾ 책임이 있다고 주장된 자로부터 취득되었는지 아니면 다른 판매자로부터 취득되었는지는 관계없다. 격지매매의 경우에는 여러 장소가 개재되는바, 매수인이 제조물을 수령한 장소를 취득지로 보아야 한다. 책임이 있다고 주장된 자와 판매자가 동일하

51) Fawcett et al., supra note 7, p.807.

52) Calliess, supra note 10, pp.444-445.

53) Fawcett et al., supra note 7, p.807.

지 아니한 경우에 이들 모두에 관련되는 장소는 수령지뿐이기 때문이다. 매수인의 수령지에 의하더라도 판매요건과 예견가능성의 항변에 의하여 제한되므로 책임이 있다고 주장된 자에게 부당하지 아니하다. 취득에 관여하지 아니한 제3자의 청구에 대하여는 취득지는 우연한 연결점에 불과하고 관련 이해관계를 공정하게 조절하는 것이 아니므로 제5조 제2항의 이차적 연결에 의하여 손해발생지법에 의하는 것이 타당하다.⁵⁴⁾ (b)호에 의할 수 없는 때에는 (c)호의 적용을 검토하여야 한다.

세 번째 연결점은 제조물이 판매되고 손해가 발생한 국가이다. 제4조 제1항의 규정과 같으나 다만 판매요건이 충족되어야 하고 예견가능성의 항변이 인정되지 아니하여야 한다는 점이 다르다.⁵⁵⁾ 손해가 발생한 국가를 특정하여야 하는데 피해자가 여러 국가에 걸쳐 이동하는 과정에서 의약품을 복용한 결과 그 약효가 문제된 경우에 손해가 발생한 국가를 특정하기 어려운바, 이때 손해가 발생한 국가를 특정한다면 피해자가 처음 약효를 느낀 국가로 볼 수 있을 것이다. 위의 세 가지 연결점에 의할 수 없는 경우에 예를 들면 세 가지 모든 경우에 그 국가에서 제조물이 판매될 것이 요건이나 판매되지 아니한 때에 대하여는 규정하고 있지 아니하다. 로마II규정 제5조의 특칙이 적용되지 아니하는 경우에는 제4조의 일반규칙을 적용할 것이라는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지법에 의하는 것이 타당하지 않을까 한다.

나. 예견가능성

문언을 해석하면 책임이 있다고 주장된 자가 제5조 제1항 (a), (b), (C)호에서 규정하는 국가에서 제조물이나 같은 종류의 제조물이 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었다면 그의 상거소지법에 의한다고 해석된다. 책임이 있다고 주장된 자의 승낙 없이 제조물이 판매된 경우를 상정해 볼 수 있고 이때에는 그의 상거소지법에 의한다.⁵⁷⁾

54) Calliess, supra note 10, p.445.

55) Dickenson, supra note 5, p.384; Calliess, supra note 10, p.446.

56) Fawcett et al., supra note 7, pp.807-808.

57) Id. p.808.

그러나 위 (a), (b), (C)호 중 적용되는 어느 것에 대하여 예견가능성의 항변이 제기되어 인정되면 곧바로 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지법에 의하는 것이 아니라 (a), (b), (C)호 중 그 다음 것이 차례로 적용되고 최종적으로 (C)호가 적용되지 아니하는 경우에 비로소 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지법에 의하게 된다고 보는 것이 타당하지 않을까 한다. 예견가능성에 대한 주장책임과 입증책임은 책임이 있다고 주장된 자에 있다.⁵⁸⁾

제조물이 위 (a), (b), (C)호에서 규정하는 국가에서 판매되지 아니한 경우에는 특별규정인 제5조의 일반규정인 제4조 제1항을 적용하여야 한다는 견해가 있으나 예견가능성의 항변에 기하여 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지법을 적용하는 보충적 연결은 특정 국가에서 제조물이 판매될 것이 예견될 수 없었던 경우는 물론 판매되지 아니한 경우에도 인정되어야 한다고 본다. 즉 제5조 제1항 (a), (b), (C)호에 의하여 준거법이 지정되지 아니하는 모든 경우에는 같은 항 제2문을 적용하여 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지법에 의한다.⁵⁹⁾

예견가능성의 항변은 당해 제조물은 물론 같은 종류의 제조물에게까지 인정된다. 포장의 디자인, 포장에 사용된 표시, 사용설명, 제품의 사소한 디자인 변경 등은 같은 종류의 범위를 벗어나지 아니하나 제품의 안전성에 관한 변경은 다른 종류의 제조물이 된다. 같은 종류의 제조물은 책임이 있다고 주장된 자가 제조하거나 판매한 것에 한한다. 이렇게 보는 것이 책임이 있다고 주장된 자가 준거법을 예견할 수 있고 자신이 통제할 수 있는 범위 내에서 책임을 물어야 한다는 로마II규정의 입법취지에 부합한다.⁶⁰⁾

다. 공통의 상거소지 연결

로마II규정 제5조 제1항은 “제4조 제2항의 적용에 영향을 미치지 아니”함을 모두에서 선언하고 있다. 따라서 손해가 발생한 당시 동일한 국가

58) Calliess, supra note 10, pp.443-444.

59) Dickenson, supra note 5, pp.384-385; Calliess, supra note 10, p.446.

60) Dickenson, supra note 5, pp.380-381; Calliess, supra note 10, p.444.

안에 책임이 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자의 상거소가 있는 경우에는 그 국가의 법에 의한다. 공통의 상거소지법은 제5조 제1항 (a), (b), (C)호의 경우는 물론 같은 항 마지막 문장에서 규정하는 책임이 있다고 주장된 자가 예견할 수 없는 경우에도 우선하여 적용된다.⁶¹⁾ 즉 제조물의 판매 요건이나 책임이 있다고 주장된 자의 예견가능성의 항변은 제4조 제2항을 적용함에 있어서 고려하여서는 안 된다. 그러나 제조물이 특정 국가에서 독점적으로 판매된 경우에는 이에 근거한 연결이 공통의 상거소지 연결에 우선하는 것으로 보아 제4조 제2항의 우선 적용에 제한을 두는 것이 합리적이다. 이는 이차적 연결이 공통의 상거소지 연결에 우선하는 것으로 이해할 수 있다.⁶²⁾

라. 이차적 연결

명백히 더 밀접한 관련이 있는 다른 국가를 연결점으로 하는 이차적 연결을 규정한 로마II규정 제5조 제2항의 구조와 문언은 불법행위에 대한 일반규칙을 규정한 제4조 제3항의 이차적 연결과 동일하다. 제5조 제2항이 규정하는 이차적 연결은 제1항이 규정하는 순차적 연결과 책임이 있다고 주장된 자의 예견가능성의 결여에 의한 연결에 우선하는 것은 물론이며 공통의 상거소지 연결이 제5조 제1항에 규정되어 있고 제5조 제2항은 이를 포함하여 재언급하고 있으므로 공통의 상거소지 연결에도 우선한다.⁶³⁾ 위에서 살펴본 바와 같이 이차적 연결은 사용자가 아닌 제3자가 문제되는 경우와 공통의 상거소지 연결에 있어서 그 국가에서 제조물이 판매되지 아니한 경우에 실익이 있다.⁶⁴⁾

3) 평가

로마II규정 제5조는 현대 고도화된 기술사회에 내재하는 위험을 공평하게 분배하고 소비자의 건강을 보호하며, 혁신을 유도하고, 왜곡되지 아니한 경쟁을 보장하며, 무역을 증진하는 것을 목적으로 하는바, 순차적 연

61) Fawcett et al., supra note 7, p.808.

62) Calliess, supra note 10, pp.439-440.

63) Fawcett et al., supra note 7, p.808; Calliess, supra note 10, p.439.

64) Calliess, supra note 10, pp.446-447.

결과 예견가능성의 요건은 관련 이해를 균형 있게 조율할 것으로 기대된다. 준거법을 예견할 수 있게 함으로써 사업자가 제조물책임으로 인한 위험을 산정할 수 있게 되고 이는 또한 당사자의 합의에 의한 분쟁해결을 촉진할 것으로 기대된다. 그러나 로마II규정은 제조물책임에 관하여 7단계의 순차적 연결 즉 당사자의 합의, 이차적 연결, 공통의 상거소지 연결, 피해자의 상거소지 연결, 제조물의 취득지 연결, 손해발생지 연결, 책임이 있다고 주장된 자의 상거소지 연결을 규정하고 있는바, 이러한 순차적 연결에 대하여 불필요하게 복잡하고 상이하고 일부 모순되기도 한 연결이며 명확한 해석이 어려운 문언으로 인하여 법적 안정성을 해할 수 있다는 비판이 있다.⁶⁵⁾ 특히 로마II규정 제4조 제2항과 제5조 제1항 a호에 의하여 통상의 경우 피해자의 상거소지법에 의할 것이라는 기대는 유럽연합의 상황에서는 이루어지기 어려울 것으로 보인다.⁶⁶⁾

(3) 입법적 제언

국제사법은 제조물책임에 대하여 규정하지 아니하나 일반 불법행위에 대한 일반규칙과는 다른 특칙을 규정할 필요가 있으므로 로마II규정을 참고로 입법을 하여 제조물책임의 특징에 부응하는 적절한 준거법을 지정하는 것이 바람직하다. 다만, 로마II규정은 공통의 상거소지 연결은 준용하면서 이차적 연결은 반복하여 규정하는바, 이를 통일하여 준용하는 방식으로 규정하는 것이 바람직할 것이다.

제00조 (제조물책임)

① 제조물에 의하여 야기된 손해에 기한 비계약상 채무는

1. 제조물이 판매되고 손해발생 시 손해를 입은 자의 상거소가 있는 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,
2. 제조물이 판매되고 제조물이 취득된 국가의 법에 의하고, 이에 의할 수 없는 경우에는,
3. 제조물이 판매되고 손해가 발생한 국가의 법에 의한다.

65) Id. pp.432-433, 438-439.

66) Id. p.438.

다만, 책임이 있다고 주장된 자가 1, 2, 3호에서 규정하는 국가에서 제조물 또는 같은 종류의 제조물이 판매될 것임을 합리적으로 예견할 수 없었다면 그의 상거소지법에 의한다.

② 제00조 (불법행위) 제2항 및 제3항은 제조물책임에 준용한다.

2. 환경손해

(1) 로마II규정의 조항

국제사법은 환경손해에 대하여 따로 규정을 두고 있지 아니하나 로마II 규정은 이에 대하여 규정하고 있다.

제7조 환경손해

환경손해 또는 그 결과로 발생된 인적 또는 물적 손해로 인한 비계약상 채무는 제4조 제1항에 의하여 지정되는 법에 의한다. 다만, 손해배상을 구하는 자가 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택한 경우에는 이에 의한다.

(2) 로마II규정의 해석

1) 적용범위

가. 환경손해

환경손해라 함은 물, 땅, 공기 등 자연자원의 부정적 변화, 자연자원의 다른 자연자원이나 대중에 유익한 기능의 저해 또는 생물다양성의 저해를 의미한다. 로마II규정 제7조는 두 가지의 손해에 적용된다. 첫째, 환경 자체에 대한 손해이고, 둘째, 환경손해의 결과로 인한 사람이나 재화에 대한 손해이다. 어느 경우에도 손해는 인간행위의 결과이어야 한다. 인간행위는 직업적, 영리적인 것에 한하지 아니한다. 제7조는 사인에 의한 청구는 물론 사인에게 간접손해를 야기하지 아니한 순수한 환경손해에 대응함에 있어서 발생한 공공당국의 비용의 변제를 구하는 청구도 포함한다. 제7조가 규정하는 환경손해가 있으면 이는 불법행위에 해당하며 이로

부터 발생하는 채무는 비계약상 채무이다.⁶⁷⁾

나. 다른 특수 불법행위에 관한 규칙과의 관계

당해 사안에 환경손해에 관한 규칙과 로마II규정의 다른 특수 불법행위에 관한 규칙이 경합하여 적용될 수 있는 경우 예를 들어 송유관이 하자 있는 재료로 만들어졌고 이로 인하여 송유관으로부터 석유가 유출된 경우 즉 하자 있는 물품으로 인하여 환경손해가 야기된 경우에 경합되는 특수 불법행위에 관한 규칙 간의 충돌을 어떻게 해결할 것인지에 관하여 로마II규정은 명문을 두고 있지 아니하다. 원고의 청구원인에 따라 어떠한 특수 불법행위에 관한 규칙을 적용할 것이라는 견해가 있으나 이는 회원국의 국내 실질법 요건에 의하여 제5조에 의할 것인지 아니면 제7조에 의할 것인지를 결정하게 되어 로마II규정을 독자적인 입장에서 해석하여야 한다는 요청에 반한다. 다른 한편 제5조와 제7조를 누적적으로 적용할 수 없음은 물론이다. 제5조를 우선 적용하는 것은 제7조가 기초하고 있는 환경을 강하게 보호하려는 원칙을 훼손하는 결과가 되므로 제7조를 환경손해에 관한 특별규칙으로 보아 제조물에 의하여 야기된 손해에 적용되는 제5조에 우선하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁶⁸⁾

다. 불법행위에 기한 청구와 재산권에 기한 청구

환경손해와 관련하여 불법행위에 기한 손해배상청구와 재산권에 기한 청구는 오염자와 피해자의 자유 및 행위의 범위를 획정하는 균형 있고 유기적인 구조를 가진 하나의 법제도에 의하여 규율되는 것이므로 각각 서로 다른 법리에 의하여서는 안 되고 동일한 법리에 의하여야 한다. 환경손해에 관한 재산권에 기한 청구는 로마II규정에서의 불법행위책임으로 볼 수 있다.⁶⁹⁾ 제7조는 구제방법의 유형 즉 손해배상 또는 침해금지 등에 관하여는 제한을 가하지 아니하므로 구제방법 모두에 적용된다.⁷⁰⁾

67) Fawcett et al., supra note 7, p.813; Calliess, supra note 10, pp.467-468; 최광준, 앞의 글, 150-151쪽.

68) Calliess, supra note 10, pp.468-469.

69) Id. pp.470-472.

70) 석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 『서울대학교 법학』, 제

2) 준거법

환경손해에 대하여 손해발생지법에 의하되 손해배상을 구하는 자에게 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택할 수 있도록 하였다. 로마II규정 제7조는 로마II규정 특히 제4조 제1항이 기초하고 있는 정책중립적 기본구조에서 벗어나 손해를 입은 자를 유리하게 보호하는 입장을 취하고 있다. 환경손해에 대하여 기본구조에 대한 예외를 인정한 것은 예방원칙(the precautionary principle), 오염자배상의 원칙(the polluter pays principle) 등에 기초하여 환경을 강하게 보호하려는 목적에 비추어 정당화된다.⁷¹⁾

환경손해에 대하여 특칙을 두는 문제에 대하여는 두 가지 서로 상반된 입장에서의 비판이 있다. 첫째 견해는 제4조 제1항의 손해발생지법을 적용하는 것으로 충분하고 환경손해에 대한 특칙을 인정할 필요가 없다고 한다. 둘째 견해는 다른 문제에 대하여는 규정하지 아니하면서 환경손해에 관하여만 사회적 약자를 보호하는 것은 적절하지 아니하다고 한다. 로마II규정은 위 두 가지 극단의 입장을 절충한 것으로 평가할 수 있다. 모든 형태의 불법행위에 걸쳐 사회적 약자를 보호하는 것은 과도한 소송비용을 초래하고 준거법에 관한 법적 안정성을 해치며 소송 외적 분쟁해결을 어렵게 할 수 있다. 사업자는 국경 인근에 시설을 설치하여 환경손해를 외부화하려는 경향이 있다. 손해발생지법을 적용하는 것으로는 불법행위자가 인접한 국가의 약한 환경보호법제를 악용하여 자신의 이윤을 추구하는 것을 방지할 수 없다. 이러한 사업자의 법쇼핑(law shopping)을 저지하는 것은 사회적 약자를 보호함은 물론 사업자가 그의 경제활동에 의하여 야기된 부정적 환경 외부효과의 비용을 내부화하는 경제정책수단이 된다. 따라서 제7조는 로마II규정의 정책중립적 기본구조로부터 벗어난 입법이나 국제불법행위소송의 경제적 효율성을 증진하고 오염자배상의 원칙을 확보해준다는 면에서 정당화된다.⁷²⁾

52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011, 273쪽.

71) Dickenson, supra note 5, pp.437-438; Calliess, supra note 10, p.462.

72) Calliess, supra note 10, pp.462-464.

가. 손해발생지주의

환경손해에 대하여는 로마II규칙 제4조 제1항에 의하여 지정되는 법에 의한다. 즉 손해가 발생한 국가의 법에 의한다. 이는 엄격책임을 부과하는 최근 환경보호정책의 목적에 부합하는 것이다. 사업자가 상대적으로 보호가 약하게 규정된 국가에서 경제활동을 하더라도 상대적으로 보호가 강하게 규정된 국가의 법에 의하여 규율되므로 보호가 약한 국가로 경제활동이 유입되는 인센티브를 제거할 수 있다. 따라서 예방정책에 부응하는 접근방안으로 평가된다. 환경손해가 여러 국가에 분산되어 발생한 경우에는 손해별로 손해가 발생한 국가의 법에 의하는 모자이크 원칙이 적용된다. 이 때 아래에서 보는 바와 같이 피해자가 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택할 수 있고 이 경우에는 다수의 손해에 대하여 동일한 법이 적용된다.⁷³⁾

환경손해에 있어서는 손해발생지법에 의하는 것이 적절하므로 공통의 상거소지법이나 명백히 더 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 적용할 필요가 없으므로 제4조 제2항이나 제3항의 적용은 없다.⁷⁴⁾ 공통의 상거소지 연결이나 이차적 연결을 인정하면 피해자의 자신에 유리한 준거법의 선택을 부정하는 결과가 되어 제7조가 기초하고 있는 피해자를 유리하게 보호하고 나아가 환경을 강하게 보호하려는 기본 입장에 반하게 되기 때문이다.⁷⁵⁾ 또한 제7조는 제5조 제1항 제2문에서 규정하는 책임이 있다고 주장된 자의 예견가능성의 향변을 규정하고 있지 않으므로 환경손해에 대하여 책임이 있는 자가 손해가 발생한 국가를 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에도 손해발생지법의 적용을 배제할 수 없다. 이러한 결과는 법정책의 관점이나 법원리의 일관성 유지라는 측면에서는 의문이나 제7조의 해석상으로는 달리 해석할 여지가 없다.⁷⁶⁾

73) Fawcett et al., supra note 7, p.813; Calliess, supra note 10, p.472.

74) Fawcett et al., supra note 7, p.813.

75) Calliess, supra note 10, p.468.

76) Dickenson, supra note 5, p.438; Calliess, supra note 10, p.472.

나. 당사자의 준거법 선택

손해배상을 구하는 자는 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택할 수 있다. 손해를 야기한 사건이라 함은 손해를 야기한 행위나 부작위를 의미한다. 부작위의 장소는 통상적으로 행위하여야 하는 자가 행위하였어야 하는 장소로 보게 되나 이는 명확하지 아니하므로 위험원에 대한 감독의 책임이 있는 자가 작위의무를 게을리한 장소는 위험원이 위치한 곳으로 보는 것이 보다 타당하다. 손해를 야기한 사건이 여러 국가에서 발생한 경우에 여러 국가에서 여러 불법행위자의 행위가 개재되었다면 원고는 여러 국가의 법을 선택할 수 있다. 한편 특정 국가에서의 행위가 다른 국가에서 사고를 야기하고 이로 인하여 또 다른 국가에서 환경손해가 야기된 경우에는 최종적으로 손해를 야기한 사고만이 제7조가 규정하는 사건에 해당한다고 해석한다. 피해자가 행위의 각 단계의 법을 선택할 수 있도록 그의 선택권을 넓게 인정하면 법적 예견가능성을 해할 우려가 있기 때문이다. 한편 넓게 인정하는 것이 제7조가 기초하고 있는 환경을 강하게 보호하는 원칙에 부합한다는 비판이 있을 수 있다.⁷⁷⁾

결과적으로 손해배상을 구하는 자는 손해발생지법과 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법 중 자신에 유리한 것을 선택할 수 있다. 손해배상을 구하는 자에게 선택권이 주어지고 피고에게는 선택권이 주어지지 않으므로 전자에 유리한 규정이다. 이 규정으로 인하여 피해자는 인접국가의 피해자와 같은 보호를 받을 수 있게 된다. 손해발생지주의를 관철하면 사업자는 보호가 약하게 규정된 국가의 국경지역에 오염을 야기하는 시설을 설치하게 될 것이다. 따라서 전체적으로 보면 손해배상을 구하는 자에게 선택권을 줌으로써 환경보호의 수준을 끌어올리는 효과가 있다.⁷⁸⁾

손해배상을 구하는 자가 선택권을 행사할 수 있는 종기는 법정지의 절차법에 의한다. 입법례에 따라서는 제1심 변론준비절차의 구두변론종결시까지 또는 서면변론준비절차 종결시까지 선택권의 행사를 허용한다.⁷⁹⁾ 법

77) Calliess, supra note 10, pp.472-473.

78) Fawcett et al., supra note 7, p.814.

79) EGBGB Artikel 46a Umweltschädigungen Die geschädigte Person kann das ihr nach Artikel 7 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 zustehende Recht, ihren Anspruch auf das

원이 손해배상을 구하는 자에게 선택권을 고지할 의무가 있는지 여부도 법정지의 절차법에 의한다.⁸⁰⁾ 그러나 선택권 자체는 절차적 성격을 가진다고만 볼 수 없고 일방적 당사자자치의 원칙 즉 국제사법 법리의 표현이기도 하다. 선택권은 소송절차 외에서 합의를 위한 협상과정에서 행사될 수도 있다. 적용의 통일성을 기하고 포럼쇼핑을 방지한다는 로마II규정의 목적에 비추어 동일한 환경손해로부터 발생하는 모든 비계약상 채무에 대하여 동일한 준거법을 선택할 수 있을 뿐이다. 즉 동일한 환경손해에 대하여 손해배상청구에 대하여는 특정 국가의 법을, 환경손해를 야기하는 행위에 대한 금지청구에 대하여는 다른 국가의 법을 선택하는 것은 허용되지 아니한다. 또한 동일한 환경손해의 일부에 대하여 특정 국가의 법에 의하고 나머지 손해에 대하여 다른 국가의 법에 의하여 청구하는 것도 허용되지 아니한다. 이렇게 해석하는 것이 기본적으로 준거법의 분열에 대하여 부정적인 태도를 보이는 로마II규정에 부합한다.⁸¹⁾

선택권 행사의 형태에 관하여는 제14조 제1항 제2문 전단을 유추적용할 수 있다. 즉 선택은 명시적으로 또는 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 경우 묵시적으로 이루어질 수 있다. 그러나 제14조 제1항 제2문 후단과는 달리 손해배상을 구하는 자의 선택으로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 않는 것이 허용된다. 특히 불법행위자의 보험자에 대하여 불리한 영향을 미치는 것이 인정된다. 피보험자는 보험자에 불리한 준거법을 선택하는 합의를 할 수는 없으나 피해자는 불법행위자와 그의 보험자간의 보험계약이 예정하고 있는 것을 벗어나는 준거법을 일방적으로 선택할 수 있다. 이는 제7조가 기초하고 있는 환경을 강하게 보호하려는 원칙에 의하여 인정된다. 또한 같은 원칙에 비추어 손해배상을 구하는 자는 법정지법보다 자신에게 유리한 외국법을 선택하는 것이 부당하게 방해되어서는 안 된다.⁸²⁾

Recht des Staates zu stützen, in dem das schadensbegründende Ereignis eingetreten ist, nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens ausüben.

80) Calliess, supra note 10, p.473.

81) Dickenson, supra note 5, p.440; Calliess, supra note 10, p.473; 석광현, 앞의 글, 274쪽.

82) Calliess, supra note 10, pp.473-474.

일단 준거법이 선택되면 준거법의 내용은 법정지 절차법에 의하여 확정되고 증명된다. 이에 관련된 비용의 배분 문제도 법정지 절차법에 의한다.⁸³⁾

다. 안전과 행위 규칙

환경손해로 인한 책임을 규율하는 국제사법에 대하여 국제공법이 어떠한 영향을 미치는지 검토가 필요하다. 시설물이 위치한 국가로부터 그 시설물의 운행의 허가를 받은 경우에 허가로 인하여 환경손해에 대한 청구가 제한되거나 배제될 수 있다. 이 문제는 로마II규정 제17조에 의하여 규율된다. 환경손해에 대한 책임은 시설물 운행자가 준수하여야 할 안전과 행위를 규율하는 공법 규칙과 밀접한 관련이 있다. 특정 국가에 허가된 활동의 결과가 허가되지 아니한 다른 국가에서 손해를 야기한 경우에 법원은 시설물 운행자가 영업을 하고 있는 국가에서 시행되고 있는 규칙을 준수하였는지를 고려하여야 한다.⁸⁴⁾

로마II규정 제17조는 책임이 있다고 주장된 자의 행위를 평가함에 있어서 책임을 발생시키는 사건의 장소와 시기에 시행되고 있는 안전과 행위 규칙을 사실의 문제로서 적절한 한도 내에서 고려하여야 한다고 규정하여 안전과 행위 규칙에 의하여 준거법이 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 안전과 행위 규칙은 특히 환경손해와 관련하여 문제될 수 있다. 예를 들어 사업자가 시설물을 설치하여 사업을 영위하고 있는 국가의 오염원 배출기준을 준수하고 있으나 인접국가에서 손해를 발생시키고 그 인접국가의 오염원배출기준을 초과하는 경우에 손해발생지주의에 의하면 그 인접국가의 법이 적용되어 사업자는 피해자에게 책임이 있다. 이때 제17조에 의하여 법정지 법원은 사업자의 행위를 평가함에 있어서 그가 시설물을 설치한 국가에서 시행되고 있는 안전과 행위 규칙을 고려하여야 한다. 이는 시설물이 설치된 국가의 법을 적용하는 것은 아니고 그 국가의 안전과 행위 규칙을 고려하여 사실문제를 판단함에 그친다.⁸⁵⁾ 이에 대하여는 법적 안정성을 해친다는 이유로 비판하는 견해가 있다.⁸⁶⁾

83) Id. p.474.

84) Dickenson, supra note 5, p.441; Calliess, supra note 10, pp.474-475.

85) Fawcett et al., supra note 7, p.814; Dickenson, supra note 5, p.442.

86) 석광현, 앞의 글, 275쪽.

제7조 전단에 의하여 불법행위가 행하여진 법정지 국가에서 손해가 발생한 외국의 법이 준거법으로 적용되는 경우에 준거법에 관계없이 국내 허가를 고려하여야 한다. 법정지의 법률체계의 통일을 기하여야 한다는 원칙에 따라 국내 허가와의 외국 준거법에 대한 영향을 고려하여야 한다. 이렇게 보지 아니하면 법원에 동일한 국가의 행정기관에 대한 감독 기능을 수여하는 것이 되기 때문이다. 로마II규정에서는 법정지의 허가에 관한 배제 규칙(preclusive rules)은 제16조의 국제적 강행규정으로 해석할 수 있다.⁸⁷⁾ 손해발생지법으로 법정지법이 준거법이 되고 행위지법 하에서 발행된 외국 허가의 배제효(preclusive effect)가 문제되는 경우에 제7조가 기초하고 있는 환경을 강하게 보호하려는 원칙에 의하면 국내 피해자에게 손해발생지법에 의하여 인정되는 보호를 박탈하여서는 아니 될 것이나 다른 한편 시설물이 위치한 외국의 거주자에게 인정되는 보호보다 더 강한 보호를 인정하는 재판은 외국에서 승인·집행되기 어렵게 되는 문제점이 있다. 국가의 주권은 그 국가의 영토에 국한된다는 영토주의 원칙에 따라 외국 공법상 허가의 배제효를 고려할 필요가 없다고 보면 피해자의 이익에 도움이 될 것으로 보이나 이러한 입장에 의한 재판은 당해 외국에서 승인·집행될 수 없는 실무상의 문제가 발생한다.⁸⁸⁾

이 문제에 대한 해결책으로 3가지 방안을 생각해 볼 수 있다. 첫째, 배제효의 문제를 불법행위의 준거법 문제로부터 분리하여 환경손해를 야기하는 시설물이 운영되고 있는 국가의 법에 의하는 방안이다. 이 방안은 환경손해에 관하여는 제4조 제3항이 규정하는 이차적 연결이 인정되지 아니하고 또한 이차적 연결은 준거법의 분열에 대하여 부정적이므로 로마II규정의 해석으로 수용하기 어렵다. 둘째, 배제 규범의 공법적 성격에 주목하여 이를 국제적 강행규정으로 보는 방안이다. 제15조 h호가 규정하는 소멸시효가 그러하듯 청구의 배제가 사법에서도 인정됨에 비추어 배제 규범이 그 성질이 사법이라기 보다는 공법이라고 단정하는 것은 의문이 있다. 또한 제16조는 법정지의 국제적 강행규정만을 규정하고 있어 외

87) Calliess, *supra* note 10, p.476.

88) *Id.* p.477.

국의 국제적 강행규정을 적용할 근거가 되지 못한다. 셋째, 외국 허가와의 사법적 청구에 대한 배제효는 국내 사법을 적용함에 있어서 고려하여야 할 사실로 보는 방안이다. 외국 허가를 국내 배제 규칙의 구조 내에서 국내 허가를 대신하는 것으로 본다. 이 방안은 국제사법의 문제가 아니라 실질사법의 해석의 문제로 다루는 것이다. 로마II규칙 제17조는 세 번째 방안을 수용한 것으로 책임이 있다고 주장된 자의 행위를 판단함에 있어서 사실문제로서 그리고 적절한 한도 내에서 책임을 야기한 사건이 발생한 때와 장소에서 시행되고 있는 안전과 행위 규칙을 고려하여야 한다고 규정한다. 법원은 행위지법을 기계적으로 적용하여야 하는 것이 아니라 상당한 재량이 인정되므로 제7조의 기초가 되는 보다 유리한 법을 적용한다는 원칙에 부합한다. 그러나 책임이 있다고 주장된 자가 준수한 외국 허가를 고려한 결과 손해발생지법 하에서 책임이 경감 또는 면책될 수 있다.⁸⁹⁾

외국 허가가 고려되기 위하여 세 가지 요건이 충족되어야 한다는 데에는 견해가 일치한다. 첫째, 환경보호에 관한 국제공법 및 유럽연합 공법의 일반규칙에 부합하여야 하고, 둘째, 평등원칙에 근거하여 볼 때 외국 허가 절차에 국내 거주자의 참여가 인정되어 하며, 셋째, 외국 허가 절차가 국내 절차와 같거나 이에 상응하여야 한다. 세 가지 요건 이외에 오염자가 환경손해 발생지를 합리적으로 예견할 수 없었던 경우에 한하여 행위지에서 시행되고 있는 낮은 행위기준을 원용할 수 있도록 하여야 한다는 견해가 있으나 국내 행정절차에 외국 거주자를 참여시켜야 할 필요가 있는 경우는 시설물의 운영자와 그 국가 당국이 국경을 넘어가는 환경손해가 발생할 것으로 예견하는 경우에 한한다고 할 것이므로 책임이 있다고 주장된 자의 예견가능성의 추가 요건을 인정하는 것은 위의 세 가지 요건과 논리적으로 양립할 수 없다. 외국 허가는 제26조가 규정하는 국내 사회질서에 반하지 아니하는 범위 내에서 고려될 수 있다. 회원국 간에는 허가는 상호주의적으로 고려하고 제3국에 대하여는 제3조에서 일반적용을 규정하고 있으므로 상호주의가 요구되지 아니한다고 본다.⁹⁰⁾

89) Id. pp.478-479.

90) Id. pp.479-480.

제7조 후단에 의하여 손해배상을 구하는 자가 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택하는 경우에 공법상 허가가 가지는 청구배제효과(claim-precluding effect)를 고려하여야 한다. 이로써 공법상 허가과 사법상 법률효과의 밀접한 관련이 유지될 수 있다. 전통적인 분석에 의하면 허가의 사법상 청구에 대한 효과는 원고의 준거법 선택에 의하여 규율되는 것으로 볼 수 있으나 한편 시설물이 운영되는 장소를 고려하는 법리는 외국의 배제규칙(preclusive rule)을 고려하는 제17조로부터 도출된다고 볼 수 있다. 이 때 피해자가 허가절차에 참여할 수 있는 기회가 부여되었음을 전제로 한다.⁹¹⁾

(3) 입법적 제언

국제사법은 환경손해에 대하여 규정하지 아니하나 일반 불법행위에 대한 일반규칙과는 다른 특칙을 규정할 필요가 있으므로 로마II규정을 참고로 입법을 하여 환경손해의 특징에 부응하는 적절한 준거법을 지정하는 것이 바람직할 것이다.

제00조 (환경손해)

환경손해 또는 그 결과로 발생된 인적 또는 물적 손해로 인한 비계약상 채무는 제00조 (불법행위) 제1항에 의하여 지정되는 법에 의한다. 다만, 손해배상을 구하는 자가 손해를 야기한 사건이 발생한 국가의 법을 선택한 경우에는 이에 의한다.

IV. 당사자의 준거법 선택

1. 일반 불법행위

(1) 국제사법과 로마II규정의 조항

불법행위로 인한 채권에 대한 당사자의 준거법 선택에 대한 국제사법

91) Id. pp.475-476.

과 로마II규정을 대비하여 보면 다음과 같다.

국제사법	로마II 규정
<p>제33조 (준거법에 관한 사후적 합의) 당사자는 제30조 내지 제32조의 규정에 불구하고 사무관리·부당이득·불법행위가 발생한 후 합의에 의하여 대한민국법을 그 준거법으로 선택할 수 있다. 다만, 그로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.</p>	<p>제14조 당사자자치</p> <p>1. 당사자는 손해를 발생시킨 사건이 발생한 후 합의에 의하여 비계약적 채무에 대하여 준거법을 선택할 수 있다. 당사자가 모두 상행위를 영위하는 경우에는 손해를 발생시킨 사건이 발생하기 전에도 자유로운 합의에 의하여 준거법을 선택할 수 있다. 선택은 명시적으로 또는 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 경우 묵시적으로 이루어질 수 있다. 다만, 그로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.</p> <p>2. 손해를 발생시킨 사건이 발생한 때 모든 요소가 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 합의에 의하여 배제할 수 없는 규정은 그 적용이 배제되지 아니한다.</p>

(2) 국제사법의 해석

불법행위로 인한 채권에 당사자자치를 허용하면 혼란이 야기될 수 있다는 우려가 있는 점을 고려하여 시기적으로 불법행위가 발생한 후로 제한하였고 선택 대상을 법정지법인 우리나라법으로 제한하여 당사자자치를 제한적으로 인정하였다.⁹²⁾

(3) 로마II규정의 해석

1) 당사자의 준거법 선택 허용

로마II규정은 당사자의 준거법 선택을 허용하고 있는데 이는 당사자자

92) 법무부, 앞의 책 (주 3), 122-123쪽.

치의 원칙과 법적 안정성의 증진을 위하여 인정된다.⁹³⁾ 당사자의 준거법 선택은 부정경쟁,⁹⁴⁾ 경쟁제한,⁹⁵⁾ 지식재산권의 침해⁹⁶⁾의 경우를 제외한 모든 비계약상의 채무에 대하여 인정된다.

2) 명시적 또는 묵시적 선택

선택은 명시적이거나 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우에는 묵시적으로 이루어질 수 있다. 명시적 선택은 준거법 조항을 의미하고 묵시적 선택의 예로는 관할합의조항과 중재조항을 들 수 있다. 계약서에 포함되어 있는 관할합의조항이나 중재조항이 계약에 관하여서가 아니라 비계약상의 채무에 관한 분쟁에까지 적용될 수 있는지에 관하여 의문이 있다.⁹⁷⁾

3) 선택의 제한

거래에서의 약자를 보호하기 위하여 당사자의 준거법 선택에 일정한 제한을 가하고 있는바, 손해를 야기하는 사건이 발생한 후이거나 또는 당사자가 모두 상행위를 영위하는 자인 경우에는 손해를 야기하는 사건이 발생하기 전에도 자유로운 합의에 의하여만 준거법을 선택할 수 있도록 하고 있다. 분쟁이 발생한 후에는 약자가 자신에게 불리한 준거법의 적용에 동의할 것으로는 기대되지 않으므로 보호가 필요한 것은 손해를 야기하는 사건이 발생하기 전에 한정된다. 자유로이 합의되어야 하고 그러하지 아니한 경우에는 당사자의 준거법 선택은 효력이 없다고 해석된다. 계약에 관한 당사자의 준거법 선택이 자유로운 합의에 의한 것이 아닌 경우에 이것이 로마II규정 제4조 제3항에 의하여 간접적으로 비계약상 채무의 준거법을 지정하게 되는 문제가 있다. 계약상 채무와 비계약상 채무가 경합하는 경우에 그 법률관계의 성질 결정과 관련하여 어려운 문제가 있다.⁹⁸⁾

93) James Fawcett & Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (2nd Ed.), Oxford, 2011, p. 837.

94) 로마II규정 제6조 제4항.

95) 로마II규정 제6조 제4항.

96) 로마II규정 제8조 제3항.

97) Dickenson, *supra* note 5, pp.553-554; Fawcett & Torremans, *supra* note 93, p.839.

98) Fawcett & Torremans, *supra* note 93, p.838; Calliess, *supra* note 10, pp.542-543.

4) 선택된 준거법의 증명

당사자가 선택한 준거법을 주장·증명하지 아니하는 경우에는 로마II규정 제1조 제3항이 증거와 절차사항에 대하여는 적용이 없다고 규정하고 있으므로 법정지법에 의하여야 한다.⁹⁹⁾

5) 제3자의 권리

당사자의 준거법 선택은 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다. 그 예로 피보험자가 배상을 한 경우 이에 대한 보험자의 전보배상의무를 들 수 있다.¹⁰⁰⁾

6) 선택된 준거법에 대한 제한

손해를 야기하는 사건 발생시 모든 요소가 당사자가 선택한 준거법이 소속하는 국가 이외의 다른 국가와 관련이 있는 경우에 관련이 있는 국가의 합의에 의하여 배제할 수 없는 규정은 그 적용이 배제되지 아니한다. 이 규정은 국내적 법률관계에서 배제할 수 없는 규정을 의미한다.¹⁰¹⁾

(4) 입법적 제언

당사자자치를 인정하되 로마II규정을 따라 일정한 제한을 가하는 것이 바람직할 것이다. 다만, 국제사법은 선택 대상을 법정지법인 우리나라법에 한정하나 당사자자치 인정함에 있어서 굳이 이에 한정할 필요는 없다고 생각된다. 로마II규정처럼 당사자가 합의에 의하여 배제할 수 없는 국내강행규정에 대하여 명시적으로 규정하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

99) Fawcett & Torremans, supra note 93, p.839.

100) Dickenson, supra note 5, p.556; Fawcett & Torremans, supra note 93, p.839; Calliess, supra note 10, p.549.

101) Fawcett & Torremans, supra note 93, p.839.

제00조 (준거법에 관한 합의)

① 당사자는 손해를 발생시킨 사건이 발생한 후 합의에 의하여 비계약상 채무에 대하여 준거법을 선택할 수 있다. 당사자가 모두 상행위를 영위하는 경우에는 손해를 발생시킨 사건이 발생하기 전에도 자유로운 합의에 의하여 준거법을 선택할 수 있다. 선택은 명시적으로 또는 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 경우에는 묵시적으로 이루어질 수 있다. 다만, 그로 인하여 제3자의 권리에 영향을 미치지 아니한다.

② 손해를 발생시킨 사건이 발생한 때 모든 요소가 한 국가와 관련이 있음에도 불구하고 당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우에 관련된 국가의 강행규정(합의에 의하여 배제할 수 없는 규정)은 그 적용이 배제되지 아니한다.

2. 특수 불법행위

(1) 제조물책임

로마II규정 제5조에서 당사자의 준거법 선택에 대하여 달리 규정하고 있지 아니하므로 제14조에 의하여 준거법 선택이 허용되는 것으로 해석된다. 국제사법에서 제조물책임에 관한 규정을 입법하는 경우에도 같은 입장을 취하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

(2) 환경손해

로마II규정 제7조에서 당사자의 준거법 선택에 대하여 달리 규정하고 있지 아니하므로 제14조에 의하여 준거법 선택이 허용되는 것으로 해석된다. 당사자자치를 인정하는 것은 로마II규정 제7조의 기초가 되는 강한 환경보호의 확보라는 공익적 요청에 부합하지 아니한다는 견해가 있으나 피해자가 가장 강한 보호를 부여하지 아니하더라도 소송의 간편성 등 다른 편의성에 비추어 다른 준거법을 선택하는 것을 금지할 이유가 없다는 규범적 측면에서 또한 당사자의 준거법 선택을 통하여 여러 국가에 걸친 분쟁의 해결이 촉진된다는 실천적 측면에서 설득력이 없다.¹⁰²⁾ 국제사법

102) Calliess, supra note 10, p.468.

일반 불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토

에서 환경손해에 관한 규정을 입법하는 경우에도 같은 입장을 취하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

위에서 논의한 바를 국제사법, 로마II규정, 국제사법에 대한 입법적 제안으로 나누어 일반 불법행위, 제조물책임 및 환경손해의 특수 불법행위의 각각의 유형별로 기본적 연결, 공통의 상거소지 연결, 이차적 연결 및 당사자자치가 허용되는지를 하나의 표로 표시하면 다음과 같다.

	입법례	기본연결	공통 상거소지 연결	이차적 연결	당사자 자치
일반 불법행위	국제사법	불법행위지	인정	인정	인정
	로마II규정	손해발생지	인정	인정	인정
	입법제안	손해발생지	인정	인정	인정
제조물책임	국제사법	규정없음			
	로마II규정	순차적 연결(피해자 상거소지 등)	인정	인정	인정
	입법제안	순차적 연결(피해자 상거소지 등)	인정	인정	인정
환경손해	국제사법	규정없음			
	로마II규정	손해발생지(원고의 사건발생지법 선택권)	불인정	불인정	인정
	입법제안	손해발생지(원고의 사건발생지법 선택권)	불인정	불인정	인정

V. 불법행위에 대한 일반규칙과 특수 불법행위에 대한 특별규칙의 관계

1. 로마II규정에서의 관계

불법행위에 대한 ‘일반규칙(General Rule)’으로 제목이 붙여진 로마II규정 제4조는 제1항이 규정하는 손해발생지 연결과 제2항이 규정하는 공통의 상거소지 연결에 제3항이 규정하는 개별적 사건에서 법원의 재량을 인정하는 예외조항의 이차적 연결로 구성되어 있다. 제3항이 규정하는 이차적 연결은 제1문의 ‘명백히 더 밀접한 관련’이라는 일반적인 접근방법과 제2문의 ‘계약을 포함하여 당사자 간에 존재하는 법률관계’라는 관련의 구체적 예를 결합하는 두 요소로 구성된 기준을 제시하고 있다. 이와 같이 로마II규정의 불법행위에 대한 일반규칙은 여러 기준을 포괄하고 있는바, 엄밀한 의미에서 일반규칙은 손해발생지주의를 의미하고 이에 대하여 예외를 규정하고 있는 것으로 이해하여야 한다.¹⁰³⁾

로마II규정은 제5조부터 제9조에서 특별한 유형의 불법행위 즉 제조물 책임, 환경손해 등에 대하여 불법행위에 대한 일반규칙에 대한 특칙을 규정하고 있다. 따라서 일반규칙이 적용되는 범위가 상당히 제약되는바, 일반규칙에 의하여 규율되는 실무상 의미 있는 부분은 교통사고의 경우가 대부분일 것으로 보인다. 그러나 특별규칙이 로마II규정 제4조를 준용하는 경우가 많으므로 일반규칙이 특별규칙에 의하여 규율되는 특수 불법행위에 관련이 없다고는 할 수 없다. 제6조 제2항의 부정경쟁과 제7조의 환경손해에 대하여 제4조 제1항에 의하도록 하여 손해발생지를 연결점으로 하였고, 제5조 제1항의 제조물책임과 제9조의 쟁의행위에 대하여 제4조 제2항을 적용하여 공통의 상거소지 연결을 인정하고 있으며, 제조물책임에 대한 제5조 제2항의 이차적 연결은 일반 불법행위에 대한 제4조 제3항의 이차적 연결을 그대로 수용하고 있다. 따라서 일반 불법행위에 대한 제4조의 해석은 특수 불법행위에 대한 특별규칙의 법리에 큰 영향을

103) Id. pp.400-401.

일반 불법행위 및 제조물책임과 환경손해의 특수 불법행위에 관한 국제사법 규정의 입법적 검토

끼치며 특별규칙은 일반규칙에 대한 예외이므로 전자를 해석함에 있어서는 보다 엄격하게 해석하여야 할 것이다.¹⁰⁴⁾

2. 국제사법에서의 관계

국제사법은 불법행위에 대한 일반규칙만을 규정하고 있으나 다양한 형태의 특수 불법행위에 대한 특별규칙을 입법할 필요가 있음은 위에서 본 바와 같다. 일반규칙과 관련하여 손해발생지 연결과 이차적 연결을 로마II규정과 같이 수정할 것을 제안하였는바, 이와 같이 개정된다면 일반규칙은 로마II규정과 같은 법리에 의하게 된다. 특별규칙에 관하여는 로마II규정을 모델로 같은 법리를 수용할 것을 제안하였다. 그러하다면 로마II규정에서 논의된 바와 같이 특별규칙이 적용되는 한도 내에서는 일반규칙이 배제될 것이나 특별규칙에서 일반규칙의 조항을 준용하는 경우가 많고 특별규칙은 일반규칙에 대한 예외이므로 엄격히 해석하여야 하고 일반규칙과 특별규칙의 밀접한 관계에 비추어 일반규칙의 해석은 특별규칙의 적용에 유기적으로 기능하도록 운영되어야 할 것이다.

VI. 결 론

불법행위가 다양한 형태로 나타나고 있는 현실에서 불법행위를 일괄하여 일반규칙으로 통일적으로 규율하고 있는 국제사법의 규정은 가장 밀접한 관련이 있는 준거법을 지정한다는 국제사법의 취지에 부응하지 못하고 있다. 따라서 국제사법이 다양한 형태의 불법행위에 대하여 의미 있는 준거법 지정을 할 수 있도록 입법론적으로 재검토해볼 필요가 있다. 최근 입법된 로마II규정이 일반 불법행위와 제조물책임, 부정경쟁 및 경쟁제한행위, 환경손해, 지식재산권의 침해, 정의행위의 특수 불법행위를 구분하여 규율하고 있는 태도를 고려하여 국제사법이 일반 불법행위와 특수 불법행위를 구분하여 입법할 필요가 있는지, 구분하여 입법하는 경

104) Id. p.401.

우에 어떠한 연결원칙을 규정할 것인지, 또한 당사자의 준거법 선택을 허용할 것인지 여부 등에 대하여 검토해 보았다. 일반 불법행위에 대한 일반규칙에 대한 예외로서 특수 불법행위에 대한 특별규칙을 입법하되 양자의 밀접한 관계에 주목하여 양자가 유기적으로 기능할 수 있도록 구성하여야 할 것이다. 로마II규정을 비판적으로 수용하여 우리나라에 적합하고 로마II규정에서 도입하지 못하였으나 그 후 논의되고 있는 합리적인 입장을 적극적으로 수용하여 다양한 형태로 발현되는 불법행위를 유형별로 규율하는데 효율적으로 기능하는 국제사법으로 거듭나는 개정 작업에 다소 기여가 될 수 있었으면 한다. 한편 입법과정은 시간이 소요되고 절충이 필요한 어려운 과정이므로 입법이 완료되기 전이라도 위에서 제기된 문제점들이 현행 국제사법 하에서 다루어짐에 있어서 새로운 입법방향이 현행 국제사법의 해석의 범위 내에서 반영될 수 있었으면 한다.

참 고 문 헌

- 김연 외, 국제사법, 법문사, 2003.
- 노태악, “사이버불법행위의 재판관할과 준거법”, 『국제사법연구』 제8호, 법영사, 2003.
- 법무부, 각국의 국제사법, 법무부, 2001.
- 법무부, 국제사법 해설, 법무부, 2001.
- 석광현, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 『서울대학교 법학』, 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- 석광현, 국제사법과 국제소송 (제1권), 박영사, 2001.
- 신창섭, 국제사법, 세창출판사, 2007.
- 유영일, “국제불법행위 등 법정채권의 준거법에 관한 소고”, 『법조』 제536호, 법조협회, 2001.
- 임치용, “국제사법에 있어서 사무관리·부당이득·불법행위”, 『국제사법연구』 제7호, 법영사, 2002.
- 최광준, “새로운 유럽공동체법 (Rome II Regulation)상 불법행위에 관한 준거법”, 『재산법연구』, 제26권 제3호, 법문사, 2010.
- Andrew Dickenson, *The Rome II Regulation*, Oxford, 2008.
- Graff-Peter Calliess, *Rome Regulations*, Wolters Kluwer, 2011.
- James Fawcett et al., *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005.
- James Fawcett et al., *Private International Law*, Oxford, 2008.
- James Fawcett & Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law (2nd Ed.)*, Oxford, 2011.
- Peter Hay et al., *Conflict of Laws (5th ed.)*, West, 2010.

<국문초록>

섭외사법이 2001년 전면 개정되면서 국제사법으로 개칭되었는바, 불법행위에 관한 규정이 당시 외국 입법례를 수용하여 정비되었고 또한 법리적 측면에서 가치 있는 판례가 상당히 집적된 것은 사실이다. 국제사법의 불법행위에 관한 규정은 불법행위지주의를 기초로 하여 공통의 상거소지 연결과 이차적 연결에 의한 우선 적용되는 예외를 규정하고 손해배상청구권의 성질이 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아닌 경우에 이를 제한하고 있으며 당사자가 불법행위가 발생한 후 합의에 의하여 우리나라법을 준거법으로 선택할 수 있도록 하고 있다. 불법행위는 그 유형이 다양하여 불법행위에 대한 일반규칙만을 두고 있는 현행 국제사법의 규정으로는 가장 밀접한 관련이 있는 준거법을 지정한다는 국제사법의 입법 목적의 실현에 한계가 있을 수 밖에 없다. 이에 특수한 불법행위에 대하여 각각의 유형에 적합한 규정을 따로 신설할 필요가 있다고 생각된다. 특수한 불법행위의 유형 중 제조물책임과 환경손해는 사회경제의 발전에 따라 이에 대한 국제사법적 검토가 필요한 상황이 되었으며 불법행위에 대한 일반규칙으로 다루는 것은 법리적 관점에서나 실무적 관점에서 당해 법률관계에 가장 밀접한 준거법을 지정한다는 국제사법의 기본원칙에 부합하지 아니한다. 또한 하자 있는 제조물로 인하여 환경손해가 야기된 경우에는 제조물책임과 환경손해의 문제가 경합하게 되어 양자에 적용되는 특별규칙 간의 충돌을 해결하여야 한다. 따라서 특수한 불법행위의 한 형태로서 제조물책임과 환경손해에 관하여 이미 국제사법적 규율을 하고 있는 비계약상 채무의 준거법에 관한 유럽의회 및 이사회 규정을 비판적으로 수용하여 다양한 형태로 발현되는 불법행위를 유형별로 규율하는데 효율적으로 기능하는 국제사법으로 거듭나는 개정 작업에 다소 기여가 될 수 있었으면 한다. 일반 불법행위에 대한 일반규칙과 특수 불법행위에 대한 특별규칙 간의 밀접한 관계를 기초로 양자가 유기적으로 기능할 수 있도록 입법적 구성을 하여야 한다. 한편 입법과정은 시간이 소요되고 절충이 필요한 어려운 과정이므로 입법이 완료되기 전이라도 위에서 제기된 문제점들이 현행 국제사법 하에서 다루어짐에 있어서 새로운 입법방향이 현행 국제사법의 해석의 범위 내에서 반영될 수 있었으면 한다.

주제어 : 불법행위, 제조물책임, 환경손해, 준거법, 불법행위지주의, 손해발생지주의, 공통의 상거소지 연결, 이차적 연결, 안전과 행위 규칙

How to Revisit the Korean Private International Law with respect to Product Liability and Environmental Damage as well as General Torts

Kim, In-Ho*

In 2001 the Korean Private International Law was comprehensively reformed to provide an advanced 'general rule' for torts in general. Court decisions have been identified in this regard as well. The Law provides two conflicts rules, place of torts connection and common habitual residence connection, coupled with a secondary connection. Choice of law is permitted in a limited fashion. To cope with a range of diverse special torts specific rules should be laid down. The general rule fails to provide a reasonable balance to be struck between the interests. In particular attention should be brought to product liability and environmental damage emerging in the modern society. By interpretation conflicts should be solved that occur when a defective product causes environmental damage. It is time to revisit the Korean Private International Law to formulate an efficiently functioning regime providing specific rules for special torts in light of comparable provisions of Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations. The interpretation of general rule has important repercussions on specific rules governing special torts. The evolvement of legislative initiatives might be a tedious process. Therefore, if and to the extent that the interpretation allows it, special torts, in particular product liability and environmental damage could be putatively addressed by the new approach to be incorporated in the revision even prior to the revisit of the Korean Private International Law.

Key Words : torts, product liability, environmental damage, applicable law, place of torts, place of injury, common habitual residence connection, secondary connection, rules of safety and conduct

* Professor of Law, School of Law, Ewha Womans University.

