

## Savigny의 國際私法理論

李 好 珽\*

### 一. 序 論

Walther Schönfeld는 「現代法學은 F.C.v. Savigny와 그의 協力者와 反對者들과 더불어 시작된다」<sup>(1)</sup>고 하며, Larenz는 「우리가 아직도 位置하고 있는 法學의 時代는 Savigny가 열었다고 말할 수도 있다」<sup>(2)</sup>고 함으로써 Savigny가 現代法學에서 차지하고 있는 우뚝 솟은 巨峰의 位置를 適切히 表現하고 있다. 이러한 評價는 國際私法領域에 있어서의 Savigny의 業績에 대해서도 그대로 適用될 수 있다. 그는 현재에도 通用되고 있는 國際私法理論體系의 樹立者이며, 그의 國際私法理論은 독일에 있어서 뿐만 아니라 全世界의으로 막대한 影響을 주었으며 현재도 큰 支配力을 행사하고 있다. 이러한 意味에서 그는 可히 近代國際私法學의 이미지로 尊崇될 수 있다.

國際私法理論의 正確한 理解와 현재 國際私法에게 解決을 強要하고 있는 課題들의 올바른 解決을 위해서는, 國際私法의 歷史를 거슬러 올라 가서 探究하는 作業이 不可缺하다고 생각한다. 이러한 觀點에서 볼 때 國際私法의 發展이 시작된 中世 볼로니아學派에로까지 뿌리를 찾아 올라 가는 研究가 있어야 할 것이지만, 本稿에서는 우선 近代 法學의 樹立者로 評價받고 있는 Savigny의 國際私法에 대한 基本理論을 간단히 素描해 보는데 그치고자 한다. 현재의 國際私法理論과 現在 世界의 國際私法學界에서 論議되고 있는 問題의 意味의 理解를 위해서는 적어도 Savigny에 대한 考察은 미쳐 갈 수는 없는 重要性을 지니고 있다고 생각되기 때문이다. 國際私法理論의 새로운 展開는 贊成이든 反對이든 간에 Savigny와의 對決없이 는 不可能하다. 더우기 우물가에서 충능을 찾는 性急함이 蔓延되어 있고 努力없이 간단히 成果를 누릴려고 하는 경박한 風潮가 휩쓰는 우리 現實에 있어서는 古典을 통해서 우리의 現位置를 定位하고 再照明해 보는 일은 매우 그 意味가 크다고 생각한다. 이러한 뜻에서 Savigny의 理論의 概觀은 큰 價値를 지니고 있다고 할 수 있을 것이다. 물론 筆者의 Savigny에 대한 理解는 未熟하기 짝이 없긴 하지만, Savigny의 理論의 우리나라에의 紹介의 必要性은 매우 크다고 생각하여 Savigny의 理論을 간단히 스케치해 보기로 하였다.

Savigny의 不朽의 名著 „System des heutigen Römischen Rechts“ (『現代 로마法 體系』) 8卷

\* 서울大學校 法科大學 教授

(1) Schönfeld, *Grundlegung der Rechtswissenschaft* 1951, S. 491.

(2) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* 3. Aufl 1975, S. 8.

中 그가 70세 때인 1849年 出刊한 第8卷이 國際私法과 時際私法을 다루고 있는데, 이것은 國際私法學史上 劃時期的인 著作이다. 本稿는 이 「現代로마法體系 第8卷」에 叙述되어 있는 Savigny의 國際私法에 관한 基本觀念을 다룬다.

## 二. 「現代로마法體系」의 構成

全8卷으로 이루어진 Savigny의 „System des heutigen Römischen Rechts“ (1840~1849) (以下 System으로 略稱한다)는 3編으로 이루어져 있다. 第1編(Erstes Buch) (Bd. I §§1~51, S.S. 1~330)은 法源(Rechtsquelle) 즉 法規의 成立根據(Entstehungsgründe der Regeln)를 다루고 있으며, 第2編(Zweites Buch) (Bd. I §§52~59, S.S. 331ff., Bd. II~VII)은 法規의 支配를 받을 法律關係의 一般의性質을 論하고 있다. 대체로 第1編과 第2編은 私法의 一般理論과 民法總則, 物權法, 債權法, 親族法과 相續法을 다루고 있다.

끝으로 第3編(Drittes Buch) 즉 System의 第8卷은 「法規와 法律關係의 結合」(die Verbindung der Rechtsregeln mit den Rechtsverhältnissen)의 問題를 다루고 있다. 이것이 이른바 法律關係에 대한 法規의 支配(Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse)의 問題이며, 이와 關連하여 法律關係에 대한 法規의 支配의 場所의 範圍(Oertliche Grenzen) 즉 國際私法과 準國際私法과 時間的 範圍(zeitliche Grenzen) 즉 時際私法(intertemporales Privatrecht)이 문제되게 된다.

## 三. 法規와 法律關係의 結合

兩者의 結合 내지는 關係는 한편에 있어서 「法律關係에 대한 法規의 支配」로 볼 수도 있고, 다른 한편에 있어서는 「法律關係의 法規에의 服從」(Unterwerfung der Verhältnisse unter die Regeln)으로 볼 수도 있다.<sup>(3)</sup>

### (1) 法律關係에 대한 法規의 支配

法規는 法律關係를 支配하는 것이다. 즉 法規는 法律關係에 適用되는 것이다. 이 때 法規의 支配領域(Gebiet ihrer Herrschaft)이 문제된다. 즉 法規는 어떠한 法律關係를 支配하느냐의 問題가 발생한다. Savigny에 의하면 이 問題는 우선 實定法의 性格(Natur des positiven Rechts) 즉 內容에 의하여 決定되게 된다. 그런데 實定法들은 時間的 또는 地域적으로 多様하다. 따라서 各實定法에 대하여 그의 支配領域을 確定할 必要性, 즉 相異한 實定法들 사이에 境界를 劃定할 必要性이 발생하게 되며, 이것은 매우 중요한 問題이다. 이러한 境界劃定에 의하여 비로소 어떤 法律關係를 裁判할 때 여러 相異한 實定法들 사이에 발생할 수 있는 衝突(Collision)을 해결할 수 있게 된다고 한다.

### (2) 法律關係의 法規에의 服從

(3) Savigny, System §344.

Savigny는 法規와 法律關係와의 結合關係를 위와같이 法規의 立場에서 考察할 수도 있지만, 反對로 法律關係의 쪽에서 살펴 볼 수도 있다고 한다. 이 때에는 우선 法律關係쪽에서 出發하여 이 法律關係가 따라야 할 法規를 探究하게 된다. 즉 어떤 法律關係가 判斷받아야 할 法規를 찾게 된다. 즉 法律關係에서 出發하여 法規에 도달하게 된다. 이 경우에도 時間的 또는 地域的으로 相異한 實定法들에 속하는 여러 法規들 중에서 法律關係가 따라야 할 法規를 選擇하지 않으면 안되게 되고, 따라서 다시 各實質法의 支配의 限界의 問題와 實定法들의 衝突의 問題에 直面하게 된다.

(3) 法規와 法律關係의 結合은 위와 같이 두 方向에서 考察될 수 있는데, 이 경우 모두 法規의 支配範圍(適用範圍)가 문제되게 된다. 法規의 時間的適用範圍를 規律하는 것이 時際私法이며, 場所的適用範圍를 문제삼는 것이 國際私法(및 準國際私法)이다. Savigny는 時際私法과 國際私法사이의 密接한 內的 關連이 있음을 強調하고 있으며, System 第8卷에서 이 兩者를 다루고 있다. 즉 Savigny는 System 第8卷 序文에서 다음과 같이 말하고 있다.

「종래의 研究들의 特異한 缺點은, 本書에서는 함께 다음 두 部分, 즉 法規의 支配의 場所의 限界와 時間的 限界를 따로따로 分離하여 취급하였던 데에 있다고, 本書의 著者는 믿고 있다. 本書의 著者는 이러한 缺點을 이 두 部分을 結合시킴으로써, 즉 兩者를 外形上으로 並論하는데 그치지 아니하고…… 두 部分에 適用되는 諸原則의 內的 關連을 探究하고 敘述하려고 노력함으로써, 除去되어야 한다고, 믿는다」(System Bd. VIII, S. III f.)

(4) 이상 살펴 본 바와 같이, Savigny는 法規와 法律關係의 結合을 把握하는 方法에는 두 가지가 있음을 指摘하고 있으며, 이 경우 法律關係에 대한 法規의 場所의 限界(國際私法 및 準國際私法)와 時間的限界(時際私法)가 문제된다고 한다. 그리고 위의 두 方法은 出發點에 있어서만 다를 뿐이며 思考論理的으로는 同價值的인 것으로 볼 수 있다고 한다.<sup>(4)</sup>

#### 四. 法則學說의 克服

이 두가지 方法 중에서 法規는 어떠한 法律關係를 支配하느냐를 묻는 方法은 法則學派의 立場이라고 볼 수 있을 것이다. 즉 法則學說(Statutentheorie)은 法規들에서 출발하여 이 法規들은 어떠한 法律關係에 適用되느냐(어떤 法律關係를 支配하느냐)를 묻는다. 法則學說은 法規를 그 內容에 따라 人法·物法·混合法(statuta personalia, statuta realia, statuta mixta)으로 分類하며, statuta personalia는 人法의 法律關係·親族關係·相續에 관한 法인데, 이러한 法律關係에 대해서는 當事者의 住所地法(현재에는 本國法을 의미)이 適用되며, statuta realia는 物件(정확히는 不動產) 또는 (不動產) 物權에 관한 法인데, 物件 또는 物權關係에 대해서는 不動產의 所在地法(lex rei sitae)이 適用되며, statuta mixta는 行爲에 관한 法을 의미하며, 行爲에 대해서는 行爲地法이 適用된다고 한다.

(4) System §344.

Savigny는 이와 같이 法規에서 출발하여 法律關係에로의 方向을 취하는 方法이외에 法律關係로부터 출발하여 이 法律關係는 어떤 法規에 服從하느냐(어떤 法規의 適用을 받느냐)라는 觀點에서 法規와 法律關係의 結合關係를 考察하는 새로운 視角을 提示하고 있다. 그가 強調한 바와 같이 두 立場은 論理的으로 同價值的인 것이며 優劣의 差는 없다고 할 수 있다. 그러나 心理的으로는 큰 差異가 있다. Kegel은 두 方法이 가지울 수 있는 差異를 다음과 같이 適切히 指摘하고 있다.

「왜냐하면 法律關係로부터 출발하는 者は 法則學說의 三分法의 思考強制로부터 解放될 수 있기 때문이다. 그는 拘束을 받음이 없이 法政策的으로 正當한 結果를 발전할 수 있다. 또한 모든 法律家에게 잘 알려져 있는 實質私法의 體系에 따라 國際私法을 叙述할 수 있게 된다.」<sup>(5)</sup>

「法律關係」(Rechtsverhältnis)는 Savigny의 全法體系의 支柱의 하나이다. 그는 위에서 본 바와 같이 法律關係를 前面에 내세우는 새로운 視角을 創案해 냄으로써 視角의 轉換을 가져 왔다. 즉 그는 法律關係에서 출발하여 이 法律關係는 어떤 法規에 따르느냐를 문제삼는 觀點을 발전시킴으로써 대체로 1200年에서 1800年에 이르는 약 600年에 걸쳐 유럽의 國際私法을 支配하였던 法則學說을 完全히 克服하였다. 이러한 視角의 轉換(法規로부터 法律關係에로의 轉換)은 可히 國際私法에 있어서의 「코페르니쿠스의 轉換」이라 일컬을 수 있다.<sup>(6)</sup>

Savigny는 두 사람의 先驅者를 가지고 있다. 즉 튀빙겐大學의 教授였던 Carl Georg von Wächter(1797~1880)와 聯邦大法院의 大法官과 하바드法科大學의 教授를 歷任한 바 있는 美國의 Joseph Story(1789~1845)가 바로 그러하다. 19世紀에 접어들면서 종래의 法則學說에 대한 批判이 일기 시작하였다. 왜냐하면 法則學說의 *statuta personalia, realia, mixta*의 三分法은 매우 조잡하며 많은 境界의 問題들에 대해서 說得力있는 解答을 주지 못하였으며, 法政策의 觀點도 無秩序하였기 때문이다. 이러한 狀況下에서 독일에서 法則學說에 대한 批判이 展開되기 시작하였는데, 이러한 法則學說의 批判과 克服의 端初를 연 것이 바로 Wächter이다. 그는 法學雜誌 *Archiv für Civilistische Praxis* (Bd. 24와 25, 1841, 1842)에 발표된 有名한 論文 „Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten“ (「여러 나라들의 私法들의 抵觸에 관하여」)에서 독일의 法則學說 全부를 檢討하고 批判하였다. 그의 批判은 正鵠을 짚은 것이며 精確한 分析을 통하여 法則學說의 弱點을 밝히고 있다. 그러나 그는 그 자신의 見解를 제시하는 데는 매우 수줍은 태도를 보여 주고 있으며, 그 자신의 主張을 강력히 내세우지는 아니하였다. 이와 같이 Wächter에 의하여 批判되기 시작한 法則學說은 Savigny에 의하여 完全히 克服되게 되었으며, 여러 백년에 걸친 支配의 終末을 告하게 되었다. Story는 國際私法分野에 있어서의 古典의 名著로 評價되고 있는 그의 “*Commentaries on the Conflict of Laws*(1834)”에서 國際私法을 實質私法의 體系에 따라 叙述하

(5) Kegel, *Internationales Privatrecht* 4. Aufl. 1977, S. 88.

(6) Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts* 2. Aufl. 1976, S. 94.

고 있는데, Savigny도 Story의 영향을 받아 序論部分에 이어 人, 物權法, 債權法, 相續法, 家族法, 法律行爲의 方式등의 順으로 實質私法의 體系에 따라 叙述하고 있다.

지금까지 Savigny에 의하여 法則學說이 立脚하고 있던 法規로부터 法律關係에로의 觀察 方向에서 法律關係로부터 法規에로의 視角轉換이 이루어지고, 이러한 코페르니쿠스의 轉換에 의하여 法則學說이 完全히 克服되었음을 살펴 보았다.

## 五. Savigny의 國際私法思想의 概觀

Savigny는 System 8卷 第1章(Erstes Kapitel) 즉 System §345 이하(S. 8ff.)에서 「法律關係에 대한 法規의 支配의 場所의 限界」(„Oertliche Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse“) 즉 場所의 抵觸法 다시 말하면 國際私法과 準國際私法을 論하고 있으며, 第2章(Zweites Kapitel)에서 즉 §383 이하(S. 368ff.)에서 「法律關係에 대한 法規의 支配의 時間的限界」(„Zeitliche Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse“) 즉 時間的 抵觸法 다시 말하면 時際私法을 다루고 있다. Savigny가 이 兩者 사이에 밀접한 內的關連이 있음을 強調하였다는 점에 관해서는 前述한 바 있다. 그러나 本稿에서는 Savigny의 國際私法 즉 이른바 法規의 支配의 場所의 限界에 대해서만 살펴보기로 한다.

(1) Savigny에 의하면<sup>(7)</sup>, 各 權利는 어떤 사람에게 歸屬하는 힘(eine der Person zustehende Macht)이며 이 사람의 屬性(Eigenschaft)이다. 이러한 立場에서 볼 때 法律關係도 어떤 사람의 屬性(Attribute einer Person)으로 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 「各法規는 어떠한 사람들에 대하여 그 支配領域을 뉘치느냐?」, 달리 表現한다면 「어떤 사람이 服하거나 所屬하는 法規는 어떤 것이냐?」의 問題가 提起된다고 한다. 맨 처음으로 우리에게 提起되는 問題는 이러한 물음인데, 이러한 問題提起는 完全한 것은 아니라고 한다. 즉 어떤 사람이 어떤 權利를 取得한 경우에는 그 사람은 자기 밖에 있는 이러한 取得된 權利의 客體에 힘을 미치게 되며 이렇게 됨으로써 그는 그가 속하는 것과는 다른 國家 또는 地域의 法規의 領域으로 들어 가는 일이 발생할 수 있게 된다고 한다. 이러한 權利의 客體 또는 對象으로서 는 우선 다른 法域에 속하는 外國人을 생각할 수 있다. 法律關係의 當事자가 同一한 法域에 속하느냐(즉 同國人이나) 또는 相異한 法域에 속하느냐(同國人이 아니냐)는 偶然的인 것이므로, 同國人이 아닌 사람들 사이의 法律關係는 法律關係를 支配할 法規들간의 衝突을 발생시키는 源泉이 된다. 法規들의 對象으로서 (1) 「人自體」(즉 人的 權利能力과 行動能力(Handlungsfähigkeit)) (2) 法律關係를 들고 있다. 이러한 法律關係로서 (a) 特定한 物件에 대한 權利(즉 物權), (b) 債權, (c) 不確定한 範圍의 觀念的 對象으로서의 財產全體에 대한 權利(相續權), (d) 親族權을 들고 있다.

(7) System §345.

法規가 支配할 第1次的이고 直接的인 對象은 人(Person)이며, 이러한 人이 그의 自由로 行爲 등에 의해서 法律關係를 創出하거나 創出을 돕는다고 한다. 따라서 適用될 法規는 우선 第1次的으로 權利者의 一定한 法域에의 所屬에 의하여 決定되고 限界지워지며, 이와 並行하여, 일정한 物件, 일정한 行爲 또는 일정한 生活關係가 다른 法域에 대해서 가지고 있는 關係에 의하여 이러한 屬人法的 原則에 대한 매우 多樣하고도 중요한 修正이 加해될 수 있다고 한다. 따라서 이 경우 第1次的인 課題는, 어떤 基礎에 의하여 어떤 사람의 일정한 法域에의 一般的 所屬을 決定할 것이냐라고 한다.

人間의 일정한 法域에의 所屬을 결정하는 중요한 因子로서 Savigny는 두 가지를 들고 있다. 出身民族(Volksabstammung)과 領土(Landgebiet)가 바로 그것들이다.

첫째로 出身民族 내지는 民族에의 所屬(Nationalität)은 法共同體의 基礎이며 限界이다. 民族移動期の 게르만族과 같이 固定된 領土를 가지고 있지 아니하였던 移動民族들에 있어서는 出身部族은 人間의 一定한 法域에의 所屬을 결정하는 중요한 要素이다. 屬人法主義는 사람의 일정한 法共同體에의 所屬을 民族 또는 國家에의 所屬을 기준으로 결정하는 原則이다. 屬人法主義가 채택될 때에는 사람들은 그들이 현재 居住하고 있는 곳의 法の 適用을 받지 아니하고 그들이 어디 살든지간에 所屬하고 있는 民族의 法の 適用을 받는다.

둘째로 領土는 個人이 속하는 法域(法共同體) 다시 말하면 個人에게 適用되는 實定法을 결정하고 限界짓는 第2의 要素이다. 앞에서 살펴 본 出身民族이라는 要素가 人的인 性格을 띄고 있는데 반하여, 領土라는 要素는 그 人的性格이 덜하다. 法共同體를 形成하는 이 第2의 基礎로부터 屬地法主義가 나오게 되었다. 第2의 要素 즉 屬地法主義는 時代가 進展됨에 따라 第1의 要素 즉 屬人法主義를 점점 더 追放하게 되었다. 이러한 發展의 原因으로서 Savigny는 諸民族 내지 諸國民間에 있어서의 去來의 增大와 基督教의 影響을 들고 있다.<sup>(8)</sup> 즉 諸民族間의 多樣하고도 生動的인 去來의 增大에 따라 諸民族間의 거치장스러운 對立關係는 變化되지 않으면 안되게 되었다. 또한 유럽諸民族의 精神의 生活의 共通의 基礎로서의 基督教思想은 諸民族間의 差異를 점점 더 뒷전으로 後退시키는데 커다란 作用을 하였다.

Savigny는, 우리가 이러한 法共同體의 第2의 基礎 즉 領土 내지는 屬地法主義로부터 출발하는 경우에는 法の 地域的인 差異에 따라 法間의 衝突 내지 抵觸이 발생하게 되며, 이 경우 「어떤 地域의 法(Territorialrecht)이 문제의 事件에 適用되어야 하느냐?」의 問題 즉 法規의 場所의 限界(örtliche Grenzen der Rechtsregeln)의 問題가 提起되게 된다고 한다. 契約의 履行이나 어떤 物件의 所有權에 관하여 紛爭이 일어난 경우를 例로 들어 본다. 契約締結地와 法廷地가 다르다. 物件의 所在地와 法廷地가 다르다. 그런데 이 두 場所에서 適用되고 있는 法이 다르다. 또한 訴訟事件者들이 法廷地의 國民일 수도 있고 兩者 모두 어떤 外國의 國民일 수도 있고, 또는 兩者가 各各 다른 外國들의 國民일 수도 있다. 이 경우 裁

(8) System §346.

判의 對象인 한 法律關係와 關連이 있는 여러 相異한 地域法들 중에서 어떤 것이 紛爭의 解決을 위하여 適用될 것이냐가 문제되게 된다. 이것이 地域法의 適用에 있어서의 抵觸問題이며, 法律關係에 대한 法規의 支配의 場所의 限界의 問題이다.

Savigny는 相異한 地域法들 사이의 衝突 내지는 抵觸을 다시 두 개의 경우로 나누고 있다. 즉 한 나라안에서 部分地域마다 상이한 地域法이 適用되고 있고 이러한 地域法들이 서로 衝突하는 경우와 여러 나라의 법이 서로 衝突을 보여 주고 있는 경우이다. 前者의 問題를 規律하는 것이 이른바 오늘날의 用語에 따르면 準國際私法이고 後者의 問題를 다루는 것이 國際私法이다. Savigny는 兩者 사이에 密接한 關係가 있으며<sup>(9)</sup>, 兩者에 대해서는 原則적으로 同一한 原理가 適用되어야 한다고 主張하고 있다.<sup>(10)</sup> 그러나 本稿에서는 國際私法에 관한 Savigny의 基本觀念에 대해서만 살펴 보기로 한다.

(2) Savigny는, System 第8卷에서, 모든 文明國家에 共通한 國際私法體系를 構成할 수 있다고 主張하고 이러한 體系를 세우려고 노력하였다. 이러한 생각은 最近 美國의 著名한 國際法學者 Jessup(Transnational Law, 1956)에 의하여 復活되고 있다고 한다.<sup>(11)</sup>

Savigny는 우선 外國法適用의 根據에 관하여 考察하였으며, 이것을 國家主權으로부터 導出하는 것은 不適切하다고 批判하였다(Ulrich Huber에 대한 批判). 判事들은 일정한 事實(例컨대 契約締結地, 物件의 所在地, 當事자들이 外國人이나 內國人이나)에 의하여 法廷地法과 같지 아니한 外國法과 關連이 있는 어떤 法律關係에 대하여 判決을 하지 않으면 안되게 되는 일이 있는데, 이 때에는 「判事は 문제되는 여러 地域法들 가운데 어떤 것을 適用하여야 하느냐?」의 문제에 直面하게 된다. 이 問題를 Huber등 많은 사람들은 主權의 獨立性의 原則에 따라 解決하려고 하였으며, 다음과 같은 두 原則을 定立하였다. 즉

1. 各 國家는 그의 領域內에서는 오로지 그의 法律이 適用될 것을 요구할 수 있다.
2. 어떤 國家도 그의 領域밖에서 그의 法律의 效力을 主張할 수 없다(Huber, De Conflictu legum §2).<sup>(12)</sup>

Savigny는 이러한 原則들은 問題解決에 큰 도움을 못준다고 한다. 즉 어떤 國家가 外國法의 適用을 엄격하게 禁止할 수도 있겠지만,

「그러나 이러한 規定은 우리가 알고 있는 어떠한 國家의 立法에서도 찾아 볼 수 없으며 또한 다음과 같은 觀察에 의하여 막아야 할 것이다.

여러 나라의 國民들간의 交通(Verkehr)이 多樣해지고 活潑해지면 질수록 위와 같은 原則<sup>(13)</sup>을 고집

(9) System §347.

(10) System §348.

(11) Cheshire and North, *Private International Law* 9. ed. 1974, p. 23.

(12) 다만 Huber는 그의 第3原則에서 國際禮讓(Comitas)에 기한 外國法適用의 可能性을 인정하고 있다. Savigny는 外國法의 適用은 Comitas에 기한 것이라고 볼 수도 있는데, 다만 Comitas에 의한 外國法의 適用은 우연적이고 恣意的인 것으로 보아서는 안된다고 한다.

(13) 國家主權의 엄격한 適用, 즉 언제나 內國法을 適用한다고 하는 原則.

하지 않고 오히려 그와는 反對되는 原則으로 轉換하는 것이 바람직스럽다는 것을 確信하게 될 것이다. 法律關係의 取扱에 있어서의 所望스러운 相互法이 이러한 結果를 가지다 할 것이며 이로부터 나오는 內國人과 外國人에 대한 平等한 評價는 諸國民과 個人들의 共通의 利益에 의하여 요구되고 있다. 왜냐 하면 이러한 平等은 그것이 完全히 實現된다면, 모든 國家에서 外國人이 內國人과 差別을 받지 않게 될 뿐만 아니라(사람들의[Personen]의 平等取扱), 法律들이 衝突하는 경우에는 法律關係들도 이 나라에서 判決되느냐 또는 저 나라에서 判決되느냐에 구별없이, 同一한 評價를 기대할 수 있게 될 것이기 때문이다.

우리가 이러한 考察을 통하여 도달하게 되는 立場은, 相互 交通하는 諸國民의 國際法的 共同體(völkerrechtliche Gemeinschaft der miteinander verkehrenden Nationen)의 立場이며, 이러한 立場은 時代의 進展에 따라 部分的으로 그 共通의 基督教倫理(gemeinsame christliche Gesittung)의 影響과 部分的으로는 이 立場이 모든 當事자들에게 가지다 주는 진정한 利益의 影響下에 점점 더 一般的 承認을 받게 되었다<sup>(14)</sup>.

고 한다.

Savigny는 「서로 交通하는 諸國民의 國際法的 共同體」라는 思想을 그의 國際私法理論의 出發點으로 삼고 있으며, 이러한 國際法的 共同體의 立場에 서서 모든 나라에서 普遍的으로 妥當하는 國際私法의 原則을 발견하려 努力하였다. 그는 國際私法의 任務는 外國의 要素를 內包하고 있는 法律關係가 어떤 나라에서 裁判을 받든, 同一한 判決을 받을 수 있도록, 法律의 抵觸問題를 解決하는 데에 있다고 하였다. 그리고 이러한 國際法的 共同體의 立場은 共通의 基督教倫理와 이러한 立場이 諸國民이나 諸個人에게 가지다 주는 共同의 現實의 利益에 의해서도 뒷받침되고 있다고 한다.

이러한 立場에 立脚하여 Savigny는 어디에서나 通用될 수 있는 國際私法體系의 樹立에 노력하였다. 그는 종래의 法則學說을 批判하고 그 대신 보다 科學的인 方法을 주장하였다. 內國法(法廷地法)을 適用할 것이냐 外國法을 適用할 것이냐를 判斷하기 위하여, 法을 그의 內容에 따라 分類하는 것(法則學說)은 잘못이며,

「各法律關係에 대하여, 그 法律關係가 그의 特性에 따라 소속하고 있거나 服하고 있는 法域이 探究되어야 하며」(„...daß bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist.“)<sup>(15)</sup>

이 法이 法廷地의 法과 다를 때에는 이 法이 適用되어야 한다고 한다. 여기서 「그 法律關係가 그 特性上 所屬하거나 服하고 있는 法域」은 「그 法律關係가 그 안에 그의 本據를 가지고 있는」(„worin dasselbe seinen Sitz hat“)<sup>(16)</sup> 法域을 말한다.

이러한 法律關係의 本據를 결정하는 중요한 因子는,

(1) 法律關係에 의하여 영향을 받은 사람의 住所,

(14) System §348.

(15) System §348.

(16) System §360.



- (2) 法律關係의 目的인 物件의 所在地,
- (3) 法律行爲가 行하여진 場所(法律行爲地),
- (4) 法院의 所在地(法廷地)

等이다. (17)

약간의 경우들(例: 債權契約)에 있어서는, 適用될 法의 探究는 關係當事者들의 自由意思에 의하여 영향을 받을 수 있다고 한다. 즉 當事者들은 그들의 自由意思에 따라 特定한 法體系의 權威에 스스로 복종할 수 있다고 한다. (18) 물론 適用할 法의 選擇에 있어서의 當事者들의 自由意思의 영향은 無制限的인 것은 아니다.

既述한 바와 같이 「法律關係」는 Savigny의 理論體系의 支柱가운데 하나이다. 그도 法規의 內容으로부터 출발하지 아니하고 具體的인 法律關係로부터 출발하여, 各法律關係의 本據를 探究하고 이것을 통하여 適用할 法體系를 選擇한다. 그는 各法律關係에 대하여 抵觸法的인 解決原則을 만들어 내었다.

### 六. Savigny에 대한 評價

그러면 Savigny의 功績은 어떤 점에 있느냐를 살펴 보기로 한다.

Kegel은 Savigny에 대하여 다음과 같이 높이 評價하고 있다.

「그는 個別的·具體的인 問題들까지 면밀하게 分析·檢討함으로써 國際私法의 素材를 크게 擴大시켰다. 어떠한 原則도 法政策的 贊反의 愼重하고도 完熟한 吟味없이 채택된 일은 없다. 傳統은 利用되었다. 傳統은 Savigny 자신의 思想을 압박하지는 못하였다. 理論의 內容은 明瞭하며 言語는 古典的이다. 모든 것에 대하여 조용한 빛이 비쳐지고 있다.」(19)

Raape und Sturm도 視覺을 法律로부터 法律關係에로 轉換시켜, 各法律關係의 本據를 基準으로 하여 그 法律關係에 適用될 法을 決定하도록 하고, 이렇게 함으로써 종래의 法則學說을 完全히 克服한 Savigny의 功勞를 높이 評價함과 아울러, 國際法的 共同體의 思想을 높이 評價하고 있다. 즉 世界에는 單1個의 法秩序 즉 자기 나라의 法秩序만 존재하는 것이 아니라, 自國法秩序와 함께 이와 同等한 많은 다른 나라의 法秩序들도 존재하며, 各法秩序는 認定받을 價値가 있으며 따라서 個個의 경우에 어떤 國家의 法秩序가 優先하느냐(適用되느냐)를 決定하지 않으면 안된다는 思想은 Savigny에 의하여 비로소 明瞭하게 宣言되었으며, 이러한 思想은 실로 모든 國際私法의 처음이고 마지막이며 國際私法研究에 즈음하여 언제나 되새겨야 할 基本思想이라고 높이 評價하고 있다. 그리고 모든 國家의 實務家들은 自國法을 不當하게 優先시키는 傾向을 보여 주고 있는데, 이러한 傾向이 독일에서 基本原

(17) System §361.  
 (18) System §360.  
 (19) Kegel, S. 88.

則으로 採擇되지 아니한 것은 오로지 Wächter에 이어서 Savigny가 등장하였다는 運命에 감사하여야 한다고 말하고 있다.<sup>(20)</sup>

Savigny의 理論은 독일은 물론이고 外國에 대해서도 至大한 影響을 미쳤다. 特히 독일에 사는 그의 理論은 學界와 實務界를 지배하기에 이르렀다. 動産의 (所有者の 住所地法 대신) lex rei sitae에의 連結(System §366), 相續에 대한 單一法の 適用(System §375) 즉 被相續人의 人法的關係(身分關係)에 適用되는 法の 適用(相續統一主義; Savigny에 있어서는 이 법은 아직 被相續人의 住所地法이었으며 被相續人의 本國法이 아니었다) 등이 그 例이다.

Savigny의 理論은 종래의 法典들의 解釋에 대해서도 影響을 미쳤으며, 法典들은 그의 理論에 따라 종래와는 달리 解釋되게 되었다. 즉 프로이센의 Allgemeines Landrecht의 不動産에 관한 規定(序編 第23條: 不動産을 lex rei sitae에 連結하고 있다)은 (相續財産이외의) 個個의 不動産에 대해서만 適用되게 되었으며, 動産規定(第28條: 動産은 所有者の 住所地法에 連結한다. 즉 „mobilia sequuntur personam“〔動産은 사람에게 따른다〕의 原則)은 財産集團에 대해서만 適用되고 個個의 動産에 대해서는 適用되지 않게 되었다. 오스트리아의 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch의 動産規定(第300條 本文2: 動産을 所有者の 本國法에 連結)도 個個의 動産에 대해서는 廢棄되게 되었으며 lex rei sitae가 動産에 대해서도 適用되게 되었다.

法律關係의 「本據」의 理論도 後世의 學者들에게 影響을 주었다. 즉 Otto von Gierke의 法律關係의 「重點」(Schwerpunkt), von Bar의 「事物의 本性」(Natur der Sache) 등등의 概念은 Savigny의 「本據」概念의 影響을 받아 形成된 것이다.

이상에서 Savigny에 대한 肯定的 評價의 一端을 살펴 보았다. 이러한 積極的 評價와 아울러 Savigny에 대한 批判的 評價에 대해서도 一瞥하기로 한다. 그러나 注意할 것은 Savigny에 대해서 批判을 加하고 있는 學者들도 대부분 Savigny의 偉大성과 그의 理論의 卓越함을 높이 評價하면서, 다만 Savigny理論의 弱點을 指摘하고 있다는 事實이다. 물론 近來 主로 美國에서 主張되고 있는 라니칸한 國際私法理論(Currie, Cavers 등)은 Savigny의 體系에 대한 全面的 挑戰으로 볼 수 있을 것이다. 本稿에서는 Savigny에 대한 Yntema와 Cheshire의 批判的 評價만을 소개하는데 그치기로 한다.

Yntema<sup>(21)</sup>는, Savigny의 理論은 모든 나라의 法體系들에 있어서의 法律關係의 同樣性(uniformity of legal relations)을 前提로 하고 있는데, 이것은 잘못된 생각이라고 批判한다. 例컨대 約婚의 不當破棄는 어떤 나라의 法體系에 의하면 契約違反으로 되지만, 다른 나라의 法律系에 의하면 不法行爲로 되는 경우도 있다. 따라서 同一한 事實이, 關連되는 法體系에 따라 契約關係일 수도 있고 不法行爲關係일 수도 있을 때에는, 이로부터 發生하

(20) Raape / Sturm, *Internationales Privatrecht* Bd. I 6. Aufl 1977, S. 411.

(21) The Historic Basis of Private International Law, 2 *American Journal of Comparative Law*, 297, 312 Selected Readings on Conflict of Laws, ed. by Culp, 1956, p. 42.

는 法律關係의 한 개의 自然的 本據를 決定하는 것은 不可能한 경우가 많다고 한다.

Cheshire<sup>(22)</sup>는 Savigny가 생각하고 있는 國際私法體系는 바라기는 쉬우나, 도달하기는 어려운 目標이라고 한다. 過去 500년에 걸친 論議(法則學院)가 어떤 法規가 物法이고 어떤 것이 人法이나에 관해서 意見의 一致를 보지 못한 것과 마찬가지로, 지금은 各法律關係를 支配할 準據法에 관하여 심한 意見의 不一致를 보이고 있다고 한다. Savigny의 接近方法은 英國法律家들에게는 理解하기 어려운 것이고 英國法律家의 教育和 傳統에는 생소한 것이라고 한다. 그러나 Cheshire도 英國法院이 實務上 채택하고 있는 方法이 一般的으로 Savigny가 제시한 그것과 一致하고 있음을 인정하고 있다.

## 七. 結 語

이상에서, 哲學에 있어서는 Kant, 文學에 있어서는 Goethe가 차지하고 있는 位置에 대응하는 位置를 近代法學에서 차지하고 있는 偉大한 Savigny의 國際私法理論의 극히 간단한 概要를, 國際私法分野에 있어서 500년 이래의 最高의 法創造의 傑作으로 評價되고 있는 (Martin Wolff) 그의 „System des heutigen Römischen Rechts Bd. VIII“를 중심으로 살펴 보았으며, 또한 Savigny에 대한 肯定的 評價와 批判的 評價의 一端도 소개하였다. 國際私法の 接近方法에 있어서 「法規에서 法律關係으로」의 視角에서 「法律關係에서 法規으로」의 視角으로 考察方向을 코페르니쿠스의으로 轉換시킴으로써 과거 數百年에 걸쳐 國際私法을 支配하였던 法則學說을 完全히 克服한 「法則學說의 克服者」로서의 Savigny와 法律關係에서 출발하여 「法律關係의 本據」를 基準으로 하여 準據法을 決定하는 「새로운 國際私法體系의 樹立者」로서의 그의 面貌의 一端이나마 우리 나라에 소개하는데 도움이 되고자 하는 것이 本稿의 意圖이다. 독일의 大歷史家 Ranke는 일찌기, Thukydid의 偉大함에 다시 後世의 歷史家들에 의하여 도달된 바가 없으며 이것은 영원히 도달할 수 없을 것이라고 말한 바가 있는데, 이 말은 Savigny에 대하여도 借用할 수 있을 것이다. Savigny의 偉大性에 도달한 後世의 學者는 아직 없다고 斷言할 수 있다. 이러한 意味에서 Savigny에 대한 研究는 우리들에게 있어 必要不可缺하다. 本稿는 이러한 心情에서 나온 것이다. 그러나 筆者의 能力은 Savigny라는 巨峰에 挑戰하기에는 아직 不足하기 짝이 없다. 앞으로의 Savigny에 대한 보다 철저한 研究를 기약하면서 Savigny의 國際私法理論에 대한 간단한 스케치를 끝맺기로 한다.

(22) Cheshire and North, p. 24.