

〈논문〉

계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)^{*,**}

石光現^{***}

요약

계약외채무의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회의 No 864/2007 규정(ROME II)(“로마II”)은 2009년 1월 11일 덴마크를 제외한 유럽연합에서 발효되었다. 그 결과 계약외채무의 준거법 결정에 관한 한 대부분 유럽연합 국가의 국제사법규범은 상당 부분 통일되었다. 로마II는 유럽연합 주요 국가들의 전통적 연결원칙을 발전적으로 수용한 것으로서 유럽 국제사법규칙의 진화를 보여주고 있다. 여기에서는 과거 필자가 로마협약을 체계적으로 소개했던 것과 마찬가지로, 우선 로마II의 불법행위에 관한 규정을 소개하고 우리 법에의 시사점을 논의한다. 보다 구체적으로 로마II의 성립경위와 기본적 사항(II.), 적용범위(III.), 불법행위의 준거법(IV.), 특수불법행위의 유형별 준거법(V.), 준거법의 선택(VI.), 공통규칙(VII.), 기타 규정과 최종규정(VIII.)을 차례대로 검토하고, 마지막으로 우리 법에의 시사점(IX.)을 논의한다. 특히 로마II는 특수불법행위의 유형으로서 제조물책임, 부정경쟁과 경쟁제한, 환경손해, 지적재산권 침해와 쟁의행위를 구분하여 각각에 대하여 연결원칙을 두는 점에서 주목할 만하다.

몇 가지 쟁점들(프라이버시와 인격권의 침해, 도로교통사고 등)이 미결로 남아 있지만, 로마II는 유럽연합 내에서는 현대적이고 균형 잡힌 규범체계로서 상당한 정도의 법적 안정성을 창설함과 동시에 법적용자들에게 필요한 정도의 자유와 유연성을 허용할 것이라는 점에서 호평을 받았다. 로마II는 우리의 해석론과 입법론을 위하여 유용하다. 이제 우리도 국제사법 개정을 위한 작업을 시작할 필요가 있다. 우리나라에서도 다양한 법분야의 전문가들이 당해 분야의 국제사법 쟁점에 관심을 가져줄 것을 촉구한다.

주제어: 로마II, 계약외채무(비계약채무), 제조물책임, 부정경쟁과 경쟁제한, 환경손해, 지적재산권 침해, 쟁의행위

* 이 연구는 서울대학교 신임교수 연구정착금으로 지원되는 연구비에 의하여 수행되었음.

** 여기에 로마II의 국문번역을 수록하지는 않으나 번역작업을 도와준 김영석 부산지방 법원 판사께 감사드린다.

*** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 머리말

1. 논의의 배경과 순서

“계약외채무¹⁾(또는 법정채무, 비계약채무. 이하 편의상 계약외채무를 사용한다)의 준거법에 관한 2007년 7월 11일 유럽의회 및 이사회²⁾의 No 864/2007 규정”(ROME II)³⁾(이하 “로마II”또는 “로마II규정”이라 한다)은 2009년 1월 11일 덴마크를 제외한 유럽연합에서 발효되었다. 그 결과 계약외채무의 준거법 결정에 관한 한 대부분 유럽연합 국가의 국제사법규범은 상당 부분 통일되었다.⁴⁾ 로마II는 유럽연합 주요 국가들의 전통적 연결원칙을 발전적으로 수용한 것으로서 유럽 국제사법규칙의 진화를 보여주고 있다.⁵⁾ 우리는 아래의 이유로 로마II에 관심을 가져야 한다.

첫째, 로마II에 채택된 연결원칙은 계약외채무의 준거법 결정에 관한 유럽공동체 국제사법의 입법과 학설의 최근 동향을 보여주는 점에서 우리 국제사법의 해석론과 입법론에 크게 참고가 된다. 2001년 7월 1일자로 개정된 국제사법 중 계약외채무법 분야는 로마II와는 직접 관련 없이 제정되었지만 그 당시 유럽에서의 논의

1) 로마II의 독일본은 ‘außervertragliche Schuldverhältnisse’라는 표현을 사용하나, 영어본과 불어본은 ‘non-contractual obligations’와 ‘obligations non contractuelles’라는 표현을 사용한다.

2) 우리나라에서는 이를 ‘각료이사회’라고 부르기도 한다.

3) 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.

4) 그와 함께 로마협약을 대체한 “계약채무의 준거법에 관한 2008년 6월 17일 유럽의회 및 유럽이사회(의 EC) No 593/2008 규정”(Rome I) (로마 I. Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations)은 2009년 12월 17일부터 발효되었으므로(덴마크 제외) 그로써 유럽연합의 국제채권(무)법의 입법은 완성되었다.

5) 로마 II를 ‘유럽국제사법의 혁명’이라고 묘사하기도 하나(Johan Meeusen, “Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Toward a European Conflicts Revolution?”, 9 *Eur. J. Migr. & L.* 287 (2007). Symeon C. Symeonides, “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, 56 *Am. J. Comp. L.* (2008), 173, 174 Fn. 6에서 재인용) 이는 국제사법규칙의 ‘유럽화’(Europeanization) 또는 연방화라는 점에서 그렇다는 것이지 로마II의 내용이 그렇다는 것은 아니다. Jan von Hein, “Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rome II - Verordnung”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2009), S. 9. 이 점은 특히 회피조항(제4조 제3항)에 관한 입법과정의 논의를 보면 분명하다. 위 글의 개요는 Symeon C. Symeonides, “Rome II: A Centrist Critique”, *Yearbook of Private International Law* Vol. IX (2007), p.149 이하 참조. 이 책을 “Yb. PIL”이라 인용한다.

동향을 참고한 것이므로 로마II의 연구는 우리에게도 중요한 의미가 있다. 더욱이 특수불법행위의 연결원칙을 두고 있지 않은 우리 국제사법과 달리 로마II는 조항을 두고 있으므로 그로부터 우리는 시사점을 도출할 수 있다.

둘째, 로마II는 유럽연합 회원국의 법원에 의하여 그 적용대상에 속하는 모든 계약외채무에 적용되므로 유럽연합 회원국의 법원에서 재판받는 우리 기업과 개인에 대하여도 영향을 미칠 수 있다. 따라서 그러한 기업과 개인에게 실무적인 정보를 제공할 수 있다.

따라서 과거 필자가 로마협약을 체계적으로 소개했던 것⁶⁾과 마찬가지로 우선 로마II를 소개하고 우리 법에의 시사점을 논의한다.⁷⁾ 다만 지면 관계상 여기에서는 주로 불법행위를 다루고, 부당이득, 사무관리와 계약체결상의 과실은 다른 기회로 미룬다.⁸⁾ 보다 구체적으로 로마II의 성립경위와 기본적 사항(II.), 적용범위(III.), 불법행위의 준거법(IV.), 특수불법행위의 유형별 준거법(V.), 준거법의 선택(VI.), 공통규칙(VII.), 기타 규정과 최종규정(VIII.)을 차례대로 검토하고, 마지막으로 우리 법에의 시사점(IX.)을 논의한다.

2. 로마II의 구성

로마II는 다음과 같이 前文 (recitals)⁹⁾과 7개 장으로 구분된 32개의 조문으로 구성된다.

6) 법조 제43권 제3호-제5호 (1994. 3.-5.)과, **국제사법과 국제소송** 제1권 (2001), 53면 이하 참조.

7) 로마II를 소개한 우리 문헌으로는 최광준, “새로운 유럽공동체법(Rome II Regulation)상 불법행위에 관한 준거법”, **재산법연구** 제26권 3호 (2010), 133면 이하; 김용진, “Rome II-법상 특별연결규정에 관한 분석과 한·EU FTA에 미치는 영향 - 제조물책임소송에의 준거법을 중심으로 -”, **인권과 정의** 제417호 (2011. 5.), 76면 이하가 있다.

8) 로마II의 개관은 Thomas Kadner Graziano, *Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rome II-Verordnung*, *Rebels Zeitschrift*, Band 73 (2009), S. 1ff. 참조. 좀 더 상세한 것은 Thomas Kadner Graziano, *Europäisches Internationales Deliktrecht* (2003) 참조. 쟁점별 개관은 Yb. PIL, p. 1 이하 논문들 참조. 전자를 “Graziano”라고 인용한다. 주석서로는 우선 MünchKommBGB/Junker, 5. Auflage, Band 10 (2010) Rome II-VO를 참조. 이 책을 “MünchKommBGB/Junker”라 인용한다. 영국 문헌으로는 Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (2008)와 Richard Plender/Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Third Edition (2009)을 참조했다(후자는 많이 참조하지 못했다). 전자를 “Dickinson”, 후자를 “Plender /Wilderspin”이라 인용한다.

9) 독일어 텍스트(Erwägungsgrund)를 기초로 이를 ‘입법이유(서)’라고 번역하기도 한다.

前文 40개 제I장 범위(제1조~제3조) 제II장 불법행위(제4조~제9조) 제III장 부당이득, 사무관리와 계약체결상의 과실(제10조~제13조)	제IV장 선택의 자유(제14조) 제V장 공통규칙(제15조~제22조) 제VI장 기타 규정(제23조~제28조) 제VII장 최종규정(제29조~제32조)
--	--

II. 로마II의 성립경위, 법적 기초와 법 형식 및 해석

1. 로마II의 성립경위¹⁰⁾

1967년 9월 8일 베네룩스 3국은 유럽공동체 이사회와 다른 회원국에게 공동체 내의 통일된 국제사법규범 제정을 제안하였다. 이사회는 이를 받아들였고 그 보조 기관인 상주대표위원회는 1970년 전문가들의 작업반에게 ‘계약상 및 계약외채무의 준거법’을 포함하여 특히 중요하다고 판단되는 몇 가지 항목에 관하여 우선 처리하도록 수권하였다. 작업반은 1972년 “계약채무 및 계약외채무의 준거법에 관한 협약안”(Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations)을 제출하였다. 그 후 작업반은 1978년 3월 협약의 범위를 계약채무에 한정하기로 하고 다음 해 이사회에 “계약채무의 준거법에 관한 협약”을 제출하였으며 마침내 동 협약은 1980년 6월 19일 로마에서 서명되었다.¹¹⁾ 그 후 별 진전이 없다가 계약외채무의 준거법에 관한 통일규칙 제정을 위하여 1996년 이사회의 작업반이 구성되었다. 2002년 5월 유럽연합 위원회(Commission)¹²⁾는 예비초안¹³⁾을

¹⁰⁾ 이는 주로 James Fawcett/Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14th edition (2008), pp.770-771을 참고한 것이나 상세는 위원회 Explanatory Memorandum, p.2 이하 참조. 전자를 “C/N/Fawcett”라 인용한다.

¹¹⁾ 상세는 석광현, **국제사법과 국제소송** 제1권 (2001), 55면 이하 참조.

¹²⁾ 우리나라에서는 이를 ‘집행위원회’라고 부르기도 한다.

¹³⁾ 이는 “preliminary draft proposal for a Council regulation on the law applicable to a non-contractual obligations”를 말한다. 그에 대한 검토의견은 Hamburg Group for Private International Law, “Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, *Rebels Zeitschrift*, Band 67 (2003), S. 1ff. 참조. 이는 <http://www.mpipriv.de/de/data/pdf/comment-shamburggroup.pdf>에서 볼 수 있다. 이를 “HG 의견”이라 하고 pdf file의 면수를 인용한다.

제안하면서 녹색서(Green Paper)를 제출하였고, 2003년 7월 22일 “계약외채무의 준거법에 관한 유럽의회와 이사회 규정 초안”(Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations(이하 “위원회 초안”이라 한다)¹⁴⁾을 발표하였다. 한편 유럽의회의 법사위원회는 2005년 6월 27일 그에 대한 보고서¹⁵⁾를 발표하였고 유럽의회는 이를 기초로 독자적 제안을 담은 입법 결의안¹⁶⁾을 채택하였다. 2006년 2월 21일 위원회는 “계약외채무의 준거법에 관한 유럽의회와 이사회규정 초안을 위한 유럽의회와 위원회 수정초안(Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the law applicable to non-contractual obligations(이하 “위원회 수정초안”이라 한다)¹⁷⁾을 제시하였다. 이사회는 2006년 9월 공동입장(Common Position)을 채택하였고 유럽의회는 그에 대해 수정의견을 제시하였으며 타협안으로서 2007년 7월 현재의 로마II가 채택되었다. 협상 과정 중 가장 논란이 되었던 세 개의 쟁점, 즉 프라이버시(*vie privé*, *Privatsphäre*)와 명예훼손을 포함하는 인격권의 침해로 인한 계약외채무의 준거법, 도로교통사고에서 국경 너머에 있는 피해자의 지위와 각 회원국에서 외국법의 취급은 결국 타협에 이르지 못하였고 위원회가 로마II의 심사절차의 일환으로서 보고서를 제출하기로 약속하는 선에서 타협을 보았다(로마II 제30조 참조).

2. 로마II의 법적 기초, 법 형식 및 해석

1999년 5월 1일 발효된 암스테르담조약은 유럽연합에게 국제사법의 영역에서 Regulation (*Règlement*, *Verordnung*. 규정)¹⁸⁾의 형식으로 입법을 할 수 있는 권한을 부여하였고, 2003년 2월 1일 발효된 니스조약은 조약 제251조가 정한 바에 따라 위원회와 유럽의회의 공동결정절차(co-decision procedure)를 요구하게 되었다. 이에

14) COM(2003) 427 final. 여기에는 각 조문의 취지를 설명한 Explanatory Memorandum이 포함되어 있는데 이는 로마II의 해석에 도움이 된다. 이를 “Memorandum”이라 인용한다.

15) Report on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (A6-0211/2005). 보고자는 영국의 Diana Wallis였다.

16) European Parliament legislative resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”)(COM(2003)0427-C5-0338/2003-2003/0168(COD). 유럽의회 문서 P6_TA(2005)0284.

17) COM(2006) 83 final.

18) 우리나라에서는 regulation을 그 밖에도 ‘명령’ 또는 ‘규칙’이라고 번역하기도 한다. 규정이라고 할 때에도 ‘規程’과 ‘規定’ 중 어느 것이 적절한지 생각해볼 필요가 있다.

따라 유럽연합은 기존 협약의 범형식을 공동체법으로 전환하면서 새로운 입법을 하였다. 로마II는 바로 그러한 입법의 하나로 유럽연합의 2차적 법원에 해당한다.¹⁹⁾ 암스테르담조약이 발효된 이래 저축법규칙의 법적 기초는 유럽공동체설립조약과 유럽연합조약(The Treaty Establishing the European Community and the Treaty on European Union) (제IV장) 특히 제61조 c호에 있는데, 이는 자유, 안전 및 정의의 영역을 점진적으로 확립하기 위하여 이사회가 제65조에 규정된 바와 같은 국경을 넘는 합의를 가지는 민사사건의 사법공조의 영역에서 조치를 채택할 것을 요구한다. 여기에서 제65조 b호는 특히 “회원국들에서 저축법(즉 준거법)과 재판관할에 관하여 적용되는 규칙의 양립가능성의 증진”(promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction)을 언급하는데 그런 조치는 역내시장의 적절한 기능을 위하여 필요한 범위 내에서 허용된다. 역내시장이 적절히 기능하기 위하여는, 소송 결과의 예견가능성과 준거법에 관한 안전성 및 판결의 자유로운 이동을 개선하기 위하여, 어떤 국가의 법원에 소송이 제기되는지에 관계없이 회원국들의 국제사법규칙들이 동일한 국내법을 지정할 필요가 있고(전문 제6항), 지정된 준거법에 관계없이 적용되는 통일적 규칙들은 공동체 소송당사자들 사이의 경쟁이 왜곡될 수도 있는 위험의 회피를 가능하게 한다(전문 제13항).²⁰⁾ 로마II에 의하여 계약외채무의 준거법 결정원칙을 통일하면 법정지에 관계없이 동일한 실질법의 적용이 보장된다.

로마II의 범형식은 유럽의회 및 이사회에 규정이다. 규정이라는 범형식은 협약과 비교할 때 첫째, 규범의 수정이 보다 용이하고, 둘째, 규범이 모든 회원국들에서 동시에 발효되며, 셋째, 새로운 회원국이 유럽연합에 가입하는 경우에도 모든 체약국들이 가입협약을 체결하고 이를 비준할 필요가 없다는 점에서 장점이 있다.²¹⁾

로마II는 유럽공동체설립조약과 유럽연합조약(제IV장)에 따라 채택된 공동체법이므로 유럽법원은 그의 해석에 관하여 선결적 결정을 할 권한이 있다. 즉 유럽공동체설립조약²²⁾에 따르면 회원국의 최상급법원은 계속 중인 사건에서 재판을 하

19) 유럽공동체설립조약 등 각종 조약이 제1차적 法源이고 그에 기초하여 제정된 규정, 지침과 결정이 제2차적 法源이다.

20) 그러나 C/N/Fawcett, p.772는 로마I의 근거는 로마협약의 근거로 제시되었던 사항, 즉 브뤼셀 I 규정과 로마협약의 연장이라는 점을 지적한다.

21) 브뤼셀 I 규정에 관한 Jan Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8. Auflage (2005), Einleitung Rz. 15 참조. 이는 로마 I규정에도 타당하다.

22) 제68조 제1항, 제234조.

기 위하여 로마II의 해석의 문제에 대한 판단이 필요한 경우 유럽법원에 선결적 결정을 신청할 의무가 있다. 또한 유럽연합의 이사회, 위원회 또는 회원국도 로마II와 같은 유럽공동체설립조약(제IV장)에 기초한 부차적 공동체법의 해석문제에 관하여 유럽법원에 선결적 결정을 신청할 수 있는 권한이 있다.²³⁾ 이는 사건의 계속을 전제로 하지 않는 추상적인 해석절차로서, 그 경우 유럽법원의 결정은 이미 기판력이 발생한 회원국 법원의 재판에는 적용되지 아니한다.

III. 로마II의 적용범위

1. 기본원칙

로마II는 법의 저축을 포함하는 상황에 있는 민사 및 상사사건의 계약외채무에 적용된다(제1조 제1항 1문). 이를 부연하면 아래와 같다.

가. 민사 및 상사사건

로마II는 “민사 및 상사사건”의 개념을 정의하지 않는데 이에 관하여는 “민사 및 상사사건에서 관할권과 판결의 승인 및 집행에 관한 2000. 11. 22. 이사회 규정”(즉, 브뤼셀 I 또는 브뤼셀 I 규정)과 그의 선구자인 브뤼셀협약에 관하여 축적된 유럽법원과 각 회원국 법원의 판례가 도움이 된다. 제2장은 불법행위(torts/delicts)에, 제3장은 부당이득, 사무관리와 계약체결상의 과실에 적용된다. 어떤 채무가 불법행위로 인한 것인지, 부당이득, 사무관린 또는 계약체결상의 과실로 인한 것인지는 성질결정(characterization)의 문제이다. 성질결정은 각 회원국의 규칙이 아니라 규율대상과 로마II(전문 제7항)를 고려하여 독자적으로 행해져야 하는데, 전문 제7항은, 로마II의 실질적인 범위 및 조항들은, 브뤼셀 I 과 “계약채무의 준거법에 관한 유럽공동체협약”(로마협약)과 일관성이 있어야 한다고 규정하므로 양자를 참조할 필요가 있다.

나아가 제1조 제1항 2문은, 로마II는 특히 조세, 관세 또는 행정사건 또는 국가권한의 행사 과정에서의 작위 및 부작위(즉, 국가의 주권적 행위(*acta jure imperi*))에 대한 국가의 책임에는 적용되지 않는다고 명시한다. 주권적 행위로부터 발생하는

²³⁾ 유럽공동체설립조약과 유럽연합조약(제68조 제3항).

채권은, 국가를 대표하여 행동하는 공무원들에 대한 채권과 공적으로 임명된 공무원들의 책임을 포함하여 공공기관들의 행위에 대한 책임을 포함한다(전문 제9항). 이는 망라적인 것은 아니다.

나. 계약의채무

로마II는 계약의채무의 개념을 정의하지 않는데 그 개념은 회원국마다 다르므로 이는 로마II의 목적에 따라 독자적인 개념으로 이해되어야 한다(전문 제11항). 그 예는 불법행위(불법행위 일반과 로마II가 열거하는 특수불법행위), 부당이득과 계약체결상의 과실책임이 포함된다. 제2장이 적용되는 불법행위(torts/delicts)라 함은, 회원국의 국내법상 불법행위를 포함하고 제조물책임, 부정경쟁, 경쟁제한, 환경손해, 지적재산권 침해와 쟁의행위를 포함한다. 이는 나아가 충실의무(fiduciary duty) 위반과 부정직하게 충실의무위반을 유도 또는 방조하는 행위를 포함하는 형평법상의 의무(equitable obligations)를 포함하므로 신뢰의 비계약적 위반은 그것이 비밀 정보 보호와 관련되는 때에는 제2장의 적용범위에 속한다고 한다.²⁴⁾ 로마II는 이미 발생한 손해만이 아니라 발생할 것 같은 손해에 대하여도 적용된다(제2조 제2항). 이는 브뤼셀 I 규정(제5조 제3호)과 마찬가지로 불법행위를 예방하기 위하여 일정한 행위의 금지를 구하는 가처분도 포함하기 위한 것이다.²⁵⁾

다. 법의 저축을 포함하는 상황

법의 저축이라 함은 준거법의 결정 또는 ‘법의 선택’, 즉 상이한 국가들의 법 간의 선택이 문제되는 상황을 의미한다.²⁶⁾ 즉, 이는 국내적 사회생활에 하나 이상의 외국적인 요소가 있어서 복수 법체계의 적용을 초래할 수 있는 상황을 말한다.²⁷⁾

2. 제외되는 사항들

로마II (제1조 제1항 2문과 제1조 제2항)은 로마II가 규율하지 않는 사항을 열거한다. 이는 대체로 로마I의 적용대상에도 속하지 않는 사항들이다. 위원회는 이런

24) C/N/Fawcett, p.791.

25) Memorandum, p.11.

26) C/N/Fawcett, p.775. 다만 법의 저축(conflict of laws)이라는 표현은 준거법의 선택(choice of law)만이 아니라 재판관할과 외국판결의 승인 및 집행을 포함하는 개념이기 때문에 영미법계 법률가들에게는 혼란스럽다고 한다.

27) Memorandum, p.8.

사항들은 엄격하게 해석되어야 한다고 본다.²⁸⁾

가. 가족관계 및 그와 유사한 관계로부터 발생하는 계약외채무(a호)

이는 가족관계 및 부양의무를 포함하여 가족관계에 적용되는 준거법에 따라 그와 유사한 효과를 가지는 것으로 간주되는 관계로부터 발생하는 계약외채무를 말한다. 가족관계는 친자, 혼인, 인척 및 방계 혈족을 포함한다(전문 제10항). 가족관계에서 계약외채무가 발생하는 사례는 드물지만 부양의무의 연체로부터 발생하는 채무와 같이 전혀 없는 것은 아니다.²⁹⁾ 그러나 남편의 운전상의 과실로 인하여 부인이 남편을 상대로 하는 손해배상청구는, 불법행위로 인한 것이지 가족관계로부터 발생하는 계약외채무는 아니므로 그에 대하여는 로마II가 적용된다.³⁰⁾

제1조 제2항에서 혼인 및 다른 가족관계에 상응하는 효력을 가지는 관계에 대한 언급은, 소가 계속한 회원국의 법에 따라 해석되어야 한다(전문 제10항). 여기의 회원국의 법은 회원국의 실질법을 가리키는 것으로 해석된다.³¹⁾

나. 부부재산제 및 유언과 상속으로부터 발생하는 계약외채무(b호)

이는 부부재산제 및 그에 적용되는 준거법에 따라 혼인과 유사한 효과를 가지는 것으로 간주되는 관계로부터 그리고 유언과 상속으로부터 발생하는 계약외 채무를 말한다. 이는 위(가.)에서 본 것과 같은 이유로 적용범위로부터 제외된다.³²⁾ 혼인과 유사한 효과를 가지는 것으로 간주되는 관계가 소가 계속한 회원국의 실질법에 따른다는 점은 위(가.)의 경우와 같다.³³⁾ 유언과 상속에 관한 분쟁은 브뤼셀협약(브뤼셀 I)과 로마협약의 적용범위로부터도 제외된다.³⁴⁾

다. 유가증권으로부터 발생하는 계약외채무(c호)

이는 환어음, 수표, 약속어음과 기타 유가증권으로부터 발생하는 계약외채무를 말한다. 이를 제외한 이유는 로마II에 규정된 준거법 결정원칙은 확정적 채무를 포

28) Memorandum, p.9.

29) Memorandum, p.8.

30) C/N/Fawcett, p.781.

31) C/N/Fawcett, p.781.

32) Memorandum, p.8.

33) C/N/Fawcett, p.782.

34) 브뤼셀협약(브뤼셀 I) 제1조 제1호와 로마협약 제2조 제1항 b호.

창하는 유가증권에는 적합하지 않고, 회원국들 중 다수가 제네바협약³⁵⁾ 등 국제조약의 당사국이고 일부 회원국은 그에 가입하지 않은 데 있다.³⁶⁾ 로마II의 적용범위에서 배제되는 것은 유가증권성으로부터 발생하는 채무에 한정된다(c호). 사업설명서(Prospekthabung)에 따른 책임이 배제되는가는 논란이 있으나, 이는 유가증권성으로부터 발생하는 것은 아니므로 로마II의 적용대상이다.³⁷⁾

라. 회사법 기타 단체법으로부터 발생하는 계약외채무(d호)

이는 등록 또는 기타 방법에 의한 설립, 법적 능력, 내부조직 또는 해산과 관련한 회사와 기타 법인 또는 비법인단체의 법으로부터 발생하는 계약외채무와, 회사 또는 단체의 의무에 관한 임원 및 사원의 개인적 책임과 회계서류의 법령상 감사에서 회사 또는 그 사원에 대한 감사의 개인적 책임을 말한다. 감사의 책임을 포함한 것은 로마협약(제1조 제2항 e호)보다도 넓다. 이는 회사 또는 그 사원이 감사에 대해 책임을 묻는 소송을 포함한다. d호에 기재된 사항은 회사 및 기타 법인이거나 비법인단체의 법률에 의하여 규율되는 문제이다.

마. 임의신탁의 위탁자, 수탁자, 수익자 간의 관계로부터 발생하는 계약외채무(e호)

이를 제외한 이유는 신탁은 독자적 성질을 가지는 제도(a *sui generis* institution)라는 점에 있다.³⁸⁾ 로마협약(제1조 제2항 g호)은 신탁의 설정과 위탁자, 수탁자 및 수익자 간의 관계를 모두 적용범위로부터 제외하나 로마II의 적용범위로부터 제외되는 것은 그보다 제한적이고 임의신탁에 한정된다.

35) 이는 “환어음과 약속어음에 관한 법률저촉의 해결을 위한 1930년 6월 7일자 제네바협약”과 “수표에 관한 법률저촉의 해결을 위한 1931년 3월 19일자 제네바협약”을 말한다.

36) Memorandum, p.9.

37) MünchKommBGB/Junker, Art. 1 Rn. 33ff. 영국은 자본시장책임을 로마II의 적용범위로부터 배제하자고 제안했으나 수용되지 않았다. 따라서 로마II는 자본시장책임에도 적용되는 것으로 해석되나 로마II는 자본시장법의 특수성을 반영하지 못하고 있다. 해석론으로는 시장지법을 적용하는 견해도 있고, 회피조항을 통해서 회사의 설립준거법을 적용하는 견해도 있다. Alexander Hellgardt/Wolf-Georg Ringe, “Internationale Kapitalmarkthaftung als Corporate Governance”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (2009), S. 822f. 참조.

38) Memorandum, p.9.

바. 원자력손해로부터 발생하는 계약외채무(f호)

이를 제외한 이유는, 문제가 되는 경제적 및 국가적 이익의 중요성과, 1960년 7월 29일 파리협약, 1963년 1월 31일 브뤼셀 추가협약, 1963년 5월 21일 비엔나협약, 1997년 9월 12일 보충적 배상에 관한 협약과 1988년 9월 21일 의정서에 의해 확립된 국제적 원자력책임체제의 존재를 고려한 것이다.³⁹⁾ 그러나 조약이 통일적 규범을 두지 않은 범위 내에서는 로마II가 적용될 수 있다.⁴⁰⁾

사. 프라이버시와 인격권의 침해로부터 발생하는 계약외채무(g호)

여기에서 제외되는 것은 프라이버시의 침해와 인격권의 침해로 인한 계약외채무인데, 후자는 명예훼손을 포함한다.⁴¹⁾ 위원회는 로마II의 심사절차의 일환으로서 보고서를 제출하기로 약속하였다(로마II 제30조 참조). 따라서 이는 현재로서는 위쟁점은 각 회원국의 국제사법규칙에 의하여 결정되는 준거법에 따른다. 이와 관련하여 기업이 경쟁자의 평판을 떨어뜨리는 행위가 명예훼손인지 부정경쟁인지는 논란의 여지가 있으나 후자에 해당한다고 한다.⁴²⁾

아. 증거 및 절차

로마협약(제1조 제2항 h호)과 마찬가지로 로마II는 증거 및 절차에는 적용되지 않음을 명시한다. 다만 로마II는 증거의 문제를 완전히 협약의 범위에서 배제하지는 않고 제21조와 제22조에서 규정을 두어 일정범위 내에서는 로마II의 원칙에 따르도록 하고 있다. 제21조는 방식에 관한 규정이고 제22조는 입증책임에 관한 규정이다.

절차의 문제는 법정지의 국제사법원칙에 따라 규율되며, 대체로 법정지법(*lex fori*)에 따른다. 절차와 실체의 구별은 국가에 따라 상이하므로 절차의 개념은 로마II의 적용을 배제하는 회피수단으로서 사용될 수 있는바, 무엇이 절차인가라는 성질결정의 문제는 로마II의 독자적 해석에 의하여 결정해야 한다.⁴³⁾ 따라서 종래의 영국

³⁹⁾ Memorandum, p.9.

⁴⁰⁾ MünchKommBGB/Junker, Art. 1 Rn. 42.

⁴¹⁾ 영국법상으로는 대륙법계에서 인정되는 바와 같은 프라이버시의 침해라는 개념은 없다. 대신에 ‘신뢰 침해라는 위법행위’(wrong of breach of confidence)를 확대하여 사적 정보의 남용(misuse of private information)(공포에 의한)에도 적용한다고 한다. C/N/Fawcett, p.784 참조.

⁴²⁾ C/N/Fawcett, p.785.

⁴³⁾ C/N/Fawcett, p.786.

법의 태도와 달리 손해배상의 산정도 그것이 법의 규칙에 의한 것인 한 실체의 문제이고, 또한 책임의 제한도 실체의 문제이다.⁴⁴⁾

3. 로마II의 보편적 적용

로마II에 의하여 지정된 법은 회원국 법인지 아닌지에 관계없이 적용된다(제3조). 즉 법정지가 유럽연합의 회원국 내인 한, 로마II는 불법행위의 발생지가 역내이든 역외이든 간에 계약외채무에 적용되고, 그 사안이 공동체와 어떤 관련이 있는가를 묻지 않는다(제1조 참조).⁴⁵⁾ 로마II는 이처럼 계약외채무의 준거법 결정에 관한 회원국들⁴⁶⁾의 법을 전면적으로 대체하는 것인데, 이는 회원국들 간의 분쟁(intra-Community cases)에 적용되는 원칙과 비회원국들과의 분쟁(extra-Community cases)에 적용되는 원칙을 달리 정하는 것은 의제적이고 불필요하게 문제를 복잡하게 하기 때문이다.⁴⁷⁾ 또한 만일 그렇지 않다면 각 회원국은 두 개의 국제사법규칙을 가져야 하게 되어 법률관계가 복잡하게 된다.⁴⁸⁾ 이런 의미에서 로마II는 비회원국과의 관계에서까지 국제사법규범을 통일하는 ‘통일법’(loi uniform)으로서의 의미를 가진다.

IV. 불법행위의 준거법

불법행위의 준거법을 규정한 제II장은 불법행위 일반의 준거법을 정한 제4조와, ‘특수불법행위’(special torts 또는 specific torts), 즉 제조물책임, 부정경쟁과 경쟁제한행위, 환경손해, 지적재산권 침해와 정의행위의 준거법을 정한 제5조-제9조로 구성된다.

44) C/N/Fawcett, p.787.

45) 이 점에서 브뤼셀 I과 다르다. 브뤼셀 I의 관할규칙은 피고의 상거소가 회원국 내에 있을 것을 요구한다(제4조).

46) 다만 덴마크는 제외된다. 제1조 제4항은 이를 명시한다.

47) C/N/Fawcett, p.788.

48) Memorandum, p.10.

1. 일반규칙

제4조는 불법행위의 일반원칙으로서 결과발생지법 원칙을 정한 제1항, 공동 상거소지법 예외를 정한 제2항과 명백히 더 밀접하게 관련된 국법 예외(이하 ‘밀접 관련국법 예외’ 또는 ‘밀접관련국법 회피조항’이라 한다)⁴⁹⁾ (이하 양자를 호환적으로 사용한다)인 제3항으로 구성된다.

가. 결과발생지법 원칙

주지하듯이 거의 모든 회원국이 행위지법 원칙(*principle of the lex loci delicti commissi*)을 채택하고 있지만, 행동지(*place of conduct*)와 결과발생지(*place of injury*)가 수개국에 흩어져 있는 복잡한(*complex*) 불법행위의 경우 행위지법원칙의 적용은 어려움을 초래하며, 회원국에 따라 행위지법원칙의 실제적 영향은 다양한 형태로 나타나므로 준거법에 관한 불확실성을 초래하고 있다(전문 제15항).⁵⁰⁾

불법행위의 준거법은, 손해를 초래하는 사건이 발생한 국가에 관계없이 그리고 그 사건의 간접적 결과가 발생한 국가에 관계없이 손해가 발생한 국가의 법, 즉 결과발생지법이다(제4조 제1항).⁵¹⁾ 로마II가 결과발생지법을 선택한 이유는 첫째, 통일규칙은 법원판결의 예측가능성을 제고하고, 둘째, 손해가 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자의 이익 간에 합리적 균형을 보장하며, 셋째, 민사책임법은 과거 반세기 동안 과실에 의한 행위를 별하였으나, 오늘날에는 무과실 엄격책임의 확산에서 보듯이 민사책임법의 핵심은 보상기능(*compensation function*)에 있기 때문이다.⁵²⁾ 즉 위 원칙은 현대 민사책임의 접근방법과 엄격책임 체제의 발전을 반영한 것이다.⁵³⁾

49) C/N/Fawcett, p.799.

50) Memorandum, p.5.

51) 문면상 손해발생지법(*lex loci damni*)처럼 보이나 이는 결과발생지(또는 법익침해지)를 의미한다. Graziano, S. 36 Fn. 114; Gerhard Wagner, “Die neue Rom II - Verordnung”, *IPRax* (2008), S. 4; Gerhard Hohloch, “Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles”, *Yb. PIL*, p.7 참조. 즉 프랑스법계의 책임법에는 ‘법익침해’라는 개념이 일반적으로 사용되지 않으므로 덜 정확하지만 손해발생지라는 개념을 사용했다고 한다.

52) 전문 제16항 참조.

53) 전문 제16항 참조. 환언하면 현대 불법행위법에서는 ‘법익의 보호’(Rechtsgüterschutz)가 ‘행위의 불법’(Handlungsunrecht)보다 우선하므로 결과발생지를 우선시키는 것은 설득력이 있다.

행동지와 결과발생지가 상이한 국가에 소재하는 격지불법행위의 준거법에 관하여는 행동지법(오스트리아), 결과발생지법(영국, 스위스)을 채택하는 국가와, 양자에 선택적으로 연결하는 ‘遍在主義’(독일, 이탈리아)를 취하는 국가가 있다.⁵⁴⁾ 그러나 제4조 제1항은 행동지와 간접적 결과발생지에 관계없이 결과발생지법이 격지불법행위의 준거법임을 명시한다. 이는 타당하다는 평가를 받고 있다. 위원회는 피해자에게 유리한 법을 선택하게 하는 태도(遍在主義와 有利의 원칙의 결합)는 피해자의 정당한 기대를 넘는 것이고 법적 불확실성을 도입하게 될 것이라는 이유로 채택하지 않았다.⁵⁵⁾ 가해자의 입장에서 외국에서 결과가 발생하는 경우 가해자는 그 국가의 책임수준에 맞추어야 하고, 피해자의 입장에서는 그의 생활환경을 이루는 국가, 즉 결과가 발생하는 국가의 책임수준을 신뢰하기 때문이다.⁵⁶⁾

여기의 불법행위에는 별도의 특칙이 있는 특수불법행위(즉, 제조물책임, 부정경쟁과 경제제한행위, 환경손해, 지적재산권 침해와 쟁의행위)는 포함되지 않는다.

여기에서 말하는 손해는 ‘간접손해’(indirect damage)가 아니라 ‘직접손해’를 의미한다. 따라서 간접손해는 의미가 없고 직접손해가 중요하므로 피해자가 다른 국가에서 입은 직접손해에 이어서 재산적 손해(financial damage)를 입은 곳이나 정신적 고통을 받은 곳은 여기의 손해발생지에 포함되지 않는다.⁵⁷⁾ 그러나 여기의 손해는 실제로 발생한 손해만이 아니라 발생할 것 같은 손해를 포함한다(제2조 제3항 b호).

나. 결과발생지의 결정

제4조 제1항은 결과발생지, 즉 직접손해발생지를 특정할 수 있음을 전제로 한다. 인적 또는 물적 손해가 발생한 경우 결과발생지의 결정은 용이하다. 독일에서는 결과발생지를 불법행위 당시 법익의 소재지라고 표현한다. 그러나 결과발생지의 결정이 항상 용이한 것은 아니다.

54) 이는 1999년 6월 1일부터 개정된 독일 민법시행법이 시행되기 전의 상황이다. 개정 독일 민법시행법(제40조 제1항)은 행동지법을 원칙으로 하고, 피해자에게 결과발생지법의 적용을 요구할 수 있는 선택권을 인정한다. 遍在主義를 ‘到處主義’라고 번역하기도 한다.

55) Memorandum, pp.11-12. 이는 제4조 제1항의 태도는 행동지법의 적용과 피해자에게 선택권을 부여하는 제도의 타협이라고 한다.

56) Graziano, S. 36.

57) Memorandum, p.11.

(1) 격지불법행위의 경우

격지불법행위의 경우 결과발생지법이 준거법이 됨은 위에서 보았다.

(2) 散在不法行爲 (확산형불법행위)

제4조 제1항에 따라 결과발생지법을 적용한다면 결과발생지가 복수 국가에 존재하고 그것이 특정될 수 있는 경우, 즉 ‘산재불법행위’(Streudelikt 또는 Multi State Delikt)의 경우 각 국가에서 발생한 결과에 대해 각각 그 결과발생지법을 적용하는 배분적 연결을 따르게 된다.⁵⁸⁾ 독일에서는 이를 ‘모자이크방식’이라고 부른다.⁵⁹⁾

(3) 순수한 재산적 손해

과실에 의한 불실진술의 경우처럼 순수한 재산적 손해만 있는 경우 결과발생지의 결정은 어렵다. 이러한 경우에는 사안에 따라 아래 밀접관련국법에 기한 회피조항을 적용하는 것이 더 쉬울 수도 있다는 견해도 있다.⁶⁰⁾

2. 공통의 속인법(상거소지법) 예외

제4조 제2항은 상거소에 기초한 공통의 속인법 예외를 규정한다. 동항에 따르면, 책임이 있다고 주장된 자와 손해를 입은 자가 손해발생 시에 그들의 상거소를 동일한 국가에 가지고 있는 경우에는 결과발생지법이 아니라 그 국가의 법이 적용된다. 이는 거의 모든 회원국들이 채택하고 있는 해결방안이고 양 당사자의 정당한 기대를 반영한다.⁶¹⁾ 그러나 제4조 제2항처럼 엄격한 규칙을 도입하는 것보다 공통 상거소를 일반규칙을 배제할 수 있는 근거가 되는 하나의 요소로서 제4조 제3항에 규정하는 편이 바람직하다는 비판이 있다.⁶²⁾

3. 밀접관련국법에 기한 회피조항

제4조 제3항은 사안의 모든 상황에 비추어 불법행위가 결과발생지 또는 공통의

⁵⁸⁾ Memorandum, p.11; Graziano, S. 37. Wagner(註 51), S. 4.

⁵⁹⁾ Memorandum, p.11.

⁶⁰⁾ C/N/Fawcett, p.797. 이 책은 이를 ‘economic tort’라고 부른다.

⁶¹⁾ Memorandum, p.12.

⁶²⁾ Dickinson, para. 4.82는 공통의 상거소지법의 적용이 당사자들의 합리적 기대에 부합할 수 있지만 항상 그런 것은 아니라고 한다.

상거소 소재지(또는 상거소지. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)가 아닌 국가와 명백히 더 밀접한 관련이 있음이 분명한 경우에는 그 다른 국가의 법에 의하도록 한다. 이는 일종의 ‘회피조항’(escape clause)이다. 다른 국가와의 명백히 더 밀접한 관련은 특히 문제된 불법행위와 밀접한 관련이 있는 계약과 같은 당사자 간에 존재하는 법률관계에 근거할 수 있으므로(제4조 제3항 2문) 이는 종속적(또는 이차적) 연결(secondary connection, akzessorische Anknüpfung)⁶³⁾을 도입한 것이다. 다만 제3항은 제2항과 달리 당사자 간에 계약관계가 있고 그것이 불법행위에 의해 침해된다고 해서 불법행위를 계약관계의 준거법에 종속적으로 연결하는 엄격한 규칙을 도입하는 대신, 계약관계의 존재를 일반규칙을 배제할 수 있는 밀접한 관련을 인정할 수 있는 하나의 요소로서 규정한다.⁶⁴⁾ 제4조 제3항이 언급하는 계약관계는 하나의 예시이므로 부부관계 또는 운전자와 호의동승자 간의 관계(a guest host relationship)도 그에 포함될 수 있다.

“명백히”라는 요건이 시사하듯이 불법행위가 제4조 제1항 또는 제2항에 의하여 지정된 국가 이외의 다른 국가와 더 밀접한 관련이 있다는 것만으로는 부족하며, 이는 제3항의 예외적 성격을 보여준다.⁶⁵⁾

종속적 연결은 당사자의 정당한 기대를 존중하고 건전한 사법운영의 필요성에 부응한다.⁶⁶⁾ 특히 종속적 연결을 함으로써 계약책임과 불법행위책임이 경합하는 사안에서 성질결정의 어려움을 완화할 수 있다.⁶⁷⁾ 종속적 연결을 할 경우 준거법이 규율하는 사항 전부(또는 일부)가 더 밀접한 관련이 있는 법에 의하여 규율되지 그 중 일부 쟁점에 대해서만 더 밀접한 관련이 있는 법을 적용할 수는 없다.⁶⁸⁾

소비자계약(또는 근로계약)의 경우 계약의 준거법에 종속적으로 연결하면 소비자와 근로자의 보호가 달성되지 못할 우려가 있다.⁶⁹⁾ 위원회는 이런 문제점을 인지하였고, 기존관계가 소비자계약(또는 근로계약)이고 그 계약이 객관적 준거법⁷⁰⁾ 이외의 법을 준거법으로 지정하는 조항을 포함하는 경우, 종속적 연결은 약자가

63) Memorandum, p.12.

64) 이는 독일 민법시행법(제41조)과 거의 같다.

65) Memorandum, p.12.

66) Memorandum, p.12.

67) Memorandum, pp.12-13.

68) MünchKommBGB/Junker, Art. 4 Rn. 47.

69) 아래의 논의는 Memorandum, p.13 참조.

70) 이는 소비자의 상거소지법, 근로계약의 경우 일상적인 노무제공지법 또는 예외적으로 그를 고용한 영업소 소재지법을 말한다.

적용받을 수 있었던 법에 의한 보호를 박탈해서는 아니된다고 보았다. 그러나 로마II는 이를 명시하지 않는데 그 이유는 이는 로마협약의 보호적 규칙에 이미 묵시적으로 포함되어 있다는 것이다. 만일 종속적 연결이 계약외채무에 관하여 당사자의 선택을 유효하다고 인정하면서 그들의 계약에 관하여는 선택이 일부 무효라고 본다면, 로마협약 제5조와 제6조의 목적에 어긋나게 되기 때문이다. 그런 결론이 타당하다는 점은 옳지만 로마II의 해석상 그런 결론이 의문 없이 도출되는지는 논란의 여지가 있으므로 종속적 연결을 제한하는 규정을 두는 편이 좋았을 것이다.⁷¹⁾

흥미로운 것은, 회피조항의 내용에 관하여 로마II는 사비니의 전통에 따르고 있으나, 유럽의회 초안(제4조 제3항)은 미국의 영향을 받아 실질법을 고려한 쟁점별 접근방법을 도입하고자 하였다는 점이다.⁷²⁾ 그러나 회피조항을 미국화하려는 유럽议회의 제안은 배척되었다. 회피조항의 목적은 실질법적인 better law를 탐구하는 것이 아니다.⁷³⁾

V. 특수불법행위의 준거법

여기에서는 불법행위의 준거법을 정한 제4조가 적용되지 않는 ‘특수불법행위’(special torts)의 유형(즉 제조물책임, 부정경쟁과 경쟁제한행위, 환경손해, 지적재산권 침해와 쟁의행위)의 준거법을 검토한다. 다섯 가지 특수불법행위에 대한 특칙을 둔 것은 그 경우 일반규칙이 문제된 이익들 간의 합리적 균형을 달성하지 못하기 때문이다(전문 제19항). 주의할 것은, 특수불법행위에 대하여는 제5조 - 제9조가 적용되고 그 당해 조문이 제4조의 적용을 허용하거나 그와 동일한 문언을 사용

71) HG 의견, p.39; C/N/Fawcett, p. 801도 동지. 그러나 Peter Mankowski, “Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelthaftungsrecht, internationales Kartellrecht, renvoi, Parteiautonomie”, *IPRax* (2010), S. 402는 입법적 변경은 불요라고 본다.

72) Jan von Hein, “Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulations to the “Communitarisation of Private International Law”, *Rebels Zeitschrift* Band 73 (2009), p.483; Jan von Hein, “Die Ausweichklausel im europäischen Internationalen Deliktsrecht, Die richtige Ordnung”, *Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag* (2008), S. 559f. 참조.

73) 이는 우리 국제사법 제8조의 해석에서도 같다. 석광현, 2001년 개정 국제사법 해설 제2판 (2003), 101면 참조.

하는 경우에만 제4조에 호소할 수 있고, 그렇지 않으면 전적으로 제5조 - 제9조에 의해 규율된다는 점이다.⁷⁴⁾ 광범위한 적용대상을 가지고 있는 불법행위 일반에 대한 연결원칙의 경우 당사자자치, 공통의 속인법 예외와 밀접관련국법에 기초한 예외조항이 적용되어 상대적으로 유연성이 인정될 가능성이 큰 데 반하여 특수불법행위의 연결원칙은 좀더 엄격한데 이는 입법자들이 특별한 연결원칙에 반영된 연결정책의 관철에 더 큰 관심을 가지기 때문이다.⁷⁵⁾ 다만 특수불법행위의 연결원칙 간에도 엄격성의 정도는 그 유형에 따라 상이하다.

1. 제조물책임의 준거법(제5조)

유럽연합의 제조물책임은 제조물책임지침⁷⁶⁾에 의해 조화되었으나 저촉법적 문제는 여전히 남아 있다. 전세계적인 차원에서는 더욱 그러하다. 헤이그국제사법회의에서 성안한 “제조물책임의 준거법에 관한 1973년 10월 2일 협약”(Convention on the Law Applicable to Products Liability)⁷⁷⁾(이하 “헤이그제조물책임협약”이라 한다)이 발효되었으나 6개 유럽연합 회원국에서 발효되었을 뿐이고, 위원회는 제조물책임협약보다 간단한 연결원칙을 선호했기 때문에 그와 다른 연결원칙을 제안하였다.⁷⁸⁾ 양자는 연결점과 그들의 조합상으로도 차이가 있다.

가. 적용범위

로마II는 제조물책임을 정의하지 않는다. 제5조는 제조물에 의하여 초래된 손해로부터 발생하는 계약외채무에 적용되는데, 제조물책임지침은 손해와 제조물을 정의하므로 제조물책임도 동 지침에 따라 해석해야 한다.⁷⁹⁾ 다만 제조물책임지침은 엄격책임을 전제로 하나 제5조에 따른 제조물책임은 과실에 기한 경우에도 적용된다.⁸⁰⁾

74) Hohloch(註 51), p.15도 동지.

75) MünchKommBGB/Junker, Art. 4 Rn. 48.

76) 1985년 7월 25일 Council Directive (EEC) No. 85/374, OJ 1985 L 210.

77) 헤이그제조물책임협약의 소개는 김선이, “제조물책임의 준거법에 관한 헤이그조약,” 국제사법연구 제3호(1998), 723면 이하 참조.

78) Peter Huber/Martin Illmer, “International Product Liability under Rome II: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation”, Yb. PIL, 47; Martin Illmer, “The New European Private International Law of Product Liability - Steering Through Troubled Waters”, *Rabels Zeitschrift*, Band 73 (2009), S. 311.

79) Memorandum, p.13.

위원회 초안(제4조)은 제조물책임지침에 따라서 ‘damage caused by a defective product’라고 하여 ‘결함 있는’ 제조물로 인한 손해에 한정하였으나 이는 삭제되었다. 즉 결함을 요구할 경우 담배나 무기처럼 원래부터 위험하거나 해롭지만 유럽 연합의 제조물책임지침이 규정한 의미에서는 결함이 있다고 말할 수는 없는 경우 손해배상책임이 배제될 여지가 있었으나, 제5조는 ‘결함 있는’이란 문언을 삭제하였으므로, 위의 경우와 기타 엄격책임이나 위험을 경고하지 않은 데 따른 책임이 문제되는 상황에서도 제조물의 판매에 관련된 사람의 책임을 포함시키기가 보다 용이하다.⁸¹⁾

제5조와 제7의 관계에 관하여는, 예컨대 제조물의 결함으로 공해가 발생한 경우 양자가 경합할 수 있으나, 환경침해(또는 환경손해)의 피해자에게 유리하고 환경보호에 관한 EC의 정책실현에 기여한다는 점에서 제7조가 적용되어야 한다는 견해가 유력하다.⁸²⁾

나. 연결원칙

(1) 단계적 연결원칙

제5조 제1항은 제조물책임의 준거법에 관하여 아래 4개의 단계적 연결원칙⁸³⁾을 규정한다.

첫째, 피해자의 상거소지국법⁸⁴⁾

둘째, 제조물의 취득지국법⁸⁵⁾

80) C/N/Fawcett, p.807.

81) Dickinson, para. 5.15.

82) Dickinson, para. 5.17.

83) 이를 ‘폭포(식)연결’(cascade connection)이라고도 부른다.

84) 즉, 제조물이 그 국가에서 판매된 것을 전제로, 손해를 입은 자가 손해 발생 시에 그의 상거소를 가지고 있는 국가의 법이다. 종래의 통설은 취득자와 제3자를 구별했으나, 피해자의 상거소지국법의 연결은 양자를 일원적으로 연결하는 장점이 있는데, 이는 혁신적인 것으로 유럽에는 선례가 없다고 한다. Graziano, S. 40. 피해자의 상거소지는 손해발생지일 필요는 없다.

85) 즉, 제조물이 그 국가에서 판매된 것을 전제로 제조물이 취득된 국가의 법이 준거법이 된다. 격지매매의 경우 취득지는 로마II의 독자적 해석에 따라야 할 사항인데, 로마II의 적용상의 일관성을 달성하고 법적 확실성을 제고한다는 측면에서 취득자가 제조물의 물리적 지배를 획득한 곳이다. MünchKommBGB/Junker, Art. 5 Rn. 29; Dickinson, para. 5.38. 한편, 피해자가 제조물을 취득한 바 없는 경우에는 b호에 해당되지 않고 다음 단계로 넘어가는데, 왜냐하면 이 경우 국외자(bystander)인 피해자의 손해발생지(c호)가 제3자의 취득지보다 훨씬 더 강한 연결점이기 때문이다. Dickinson, para. 5.40.

셋째, 결과발생지국법

넷째, 책임이 있다고 주장된 자⁸⁶⁾의 주된 영업소 소재지국법

(2) 예견가능성

다만 첫째 - 셋째의 연결원칙은 모두 당해 국가에서 제조물이 ‘판매된’(marketed) 것, 즉 유통경로를 통하여 그 국가에서 이용가능하게 되는 것(Inverkehrbringen)을 전제로 한다.⁸⁷⁾ 여기에서 판매 대상이 손해를 야기한 당해 제조물인지 동종 제조물(product of the same type)인지 논란이 있는데, 아래의 이유로 문면과 달리 이를 동종 제조물이라고 보는 유력설이 타당하다.⁸⁸⁾ 동일 제조물로 보는 것은 제조물책임을 져야 할 자에게 유리하고 동종 제조물이라고 보면 피해자에게 유리한데, 로마II가 이를 명확히 규정하지 않은 것은 유감이다.

첫째, 제5조 제1항 2문은 예견가능성에 관하여 명시적으로 동종 제조물을 포함하는데, 판매와 예견가능성은 동일한 것을 가리켜야 한다는 것이다. 만일 판매의 요건을 구비하지 못한다면 동종 제조물의 예견가능성을 언급할 필요도 없다.⁸⁹⁾ 둘째, 당해 제조물의 판매를 요구하는 것으로 해석한다면 취득지법인 제5조 제1항 b호만이 연결원칙이 될 수 있고 a호와 c호는 사실상 연결원칙이 될 수 없어 단계적 연결을 규정한 제5조 제1항의 체제에 반한다.⁹⁰⁾

만일 그런 국가에서 당해 제조물이나 동종 제조물이 판매되지 않았거나, 혹시 판매되었더라도 판매되리라고 합리적으로 예견될 수 없었던 경우에는 넷째의 연결원칙이 적용된다. 예컨대 제조물이 책임이 있다고 주장된 자의 동의 없이 다른 국가로 판매된 경우가 이에 해당한다. 이는 제조자의 예견가능성을 높여 주어 판매

이는 취득자가 반드시 피해자일 것을 요구하지 않는다는 취지이다. 물론 그 국외자가 취득자와 밀접한 관련이 있는 때에는(예컨대 가족이 취득한 경우) 제5조 제2항에 의하여 그 밀접한 관련이 있는 국가법이 적용된다. 취득이 반드시 상거래에 기초해야 하는지 아니면 선물, 사적 대여, 심지어는 절도도 가능한지가 문제되는데, 마케팅 개념과의 조화를 고려하면 상업성의 요소를 필요로 한다고 보이나 양자 간에 필연적 관련은 없다는 견해도 있다. Dickinson, para. 5.39.

86) 통상은 제조자일 것이나 수입자나 도매상 등이 될 수도 있다. 다만 소송상으로는 누구든지 될 수 있고 실제로 제조물책임을 지는가는 실질법에 따라 판단할 사항이다.

87) 판매 요건에 관한 상세는 Plender/Wilderspin, para. 19-102 이하 참조.

88) Wagner(註 51), S. 7; Plender/Wilderspin, para. 19-101. 학설 대립은 Plender/Wilderspin, para. 19-087 이하; MünchKommBGB/Junker, Art. 5 Rn. 26 이하 참조.

89) Huber/Illmer(註 78), p.42; Illmer(註 78), p.292.

90) Huber/Illmer(註 78), p.42; Illmer(註 78), S. 292.

망에 대한 통제력을 갖게 함과 동시에 피해자의 정당한 이익도 고려하는데,⁹¹⁾ 피해자는 일반적으로 상거소지국에서 적법하게 판매된 제품을 취득했을 것이기 때문이다.⁹²⁾ 피해자가 그의 상거소가 아닌 다른 국가에서 제품을 취득한 경우(예컨대 여행 중에 취득한 경우)에도 제조물이 피해자의 상거소지국에서도 판매되는 것이라면 제조자가 이미 그 나라에서 시행 중인 법령의 척도에 따라 자신의 행위가 평가될 수 있다는 점을 예견하였으므로 상거소 소개지국법을 적용하는 데 문제가 없다.⁹³⁾

‘판매’는 판매망을 통하여 제조물을 매도하는 행위를 포함한다. 문제되는 국가의 잠재적 최종수요자/소비자들이 판매를 목적으로 하는 광고의 타겟이 되는 경우라면 인터넷을 통한 광고를 포함한 광고도 마케팅에 해당된다.⁹⁴⁾

영국의 유력설은 동종 제조물이 되기 위하여는 적어도 ① 제조물을 제조하거나 제조의 책임을 지는 기업, ② 제조물의 목적, ③ 제조물의 가격, ④ 제조물의 타겟 시장과 ⑤ 제조에 사용된 기술이라는 점에서 양 제조물 간에 실질적인 동일성이 있어야 한다고 하나, 독일에서는 그보다도 안전에 관한 특성(safety features)이 중요한 기준이 된다고 본다.⁹⁵⁾

(3) 단계적 연결에 우선하는 연결원칙 : 연결원칙의 완화

위 3개의 연결원칙에 우선하는 3개의 연결원칙이 있다. 그것은 첫째, 준거법의 합의(제14조 제1항), 둘째, 밀접관련국법 예외(제5조 제2항), 셋째, 공통의 상거소지국법 예외(제5조 제1항)이다. 따라서 결과적으로 로마II에 따른 제조물책임의 연결원칙은 모두 7개의 연결단계를 규정하는 셈이다.⁹⁶⁾ 그의 단계구조는 ① 준거법의 합의(제14조 제1항), ② 밀접관련국법 예외(제5조 제2항), ③ 공통의 상거소지법, ④ 피해자의 상거소지법, ⑤ 제조물의 취득지법, ⑥ 결과발생지법과 ⑦ 책임이 있다고 주장된 자의 주된 영업소 소재지법 순이다.

91) 이런 의미에서 예견가능성은 판매에 참여한 자와 제조물에 의하여 손해를 입은 자의 이익 간에 합리적 균형을 맞추기 위한 것이다. Dickinson, para. 5.34.

92) Memorandum, p.15.

93) Memorandum, p.15. 반면에 피해자가 상거소지 국가에서 적법하게 판매되고 있지 않은 제조물을 해외에서 구입한 경우에는 당사자의 어느 누구도 그 상거소지국법의 적용을 예상하지 못할 것이므로 이를 적용하지 않는다.

94) Dickinson, para. 5.20.

95) Dickinson, para. 5.35.

96) Graziano, S. 38.

다. 헤이그제조물책임협약과의 관계

위에서 본 것처럼 헤이그제조물책임협약은 6개 유럽연합 회원국⁹⁷⁾에서 발효되었다. 그러한 회원국 법원에서는 헤이그제조물책임협약이 적용되고 다른 21개 회원국 법원에서는 로마II가 적용된다. 이런 현상은 바람직하지 않고 유럽연합 내의 계약외채무의 준거법결정원칙을 통일하려는 로마II의 목적에도 반한다. 이런 상황을 개선하자면 헤이그제조물책임협약에 가입한 회원국들이 동 협약을 폐기해야 할 것이나 그들은 이를 거부한 바 있다. 결국 이는 로마II 제30조 제1항에서 정한 공동심사 과정을 통해 해결되어야 할 것이다.⁹⁸⁾

2. 부정경쟁과 경쟁제한행위로 인한 책임의 준거법(제6조)

제6조는 부정경쟁행위(제1항, 제2항)와 경쟁제한행위(제3항)로 구분하여 연결원칙을 규정한다.⁹⁹⁾ 부정경쟁행위의 목표는 경쟁의 위작(falsification)을 억제하는 것이고, 경쟁제한의 목표는 경쟁의 자유를 보장하고자 하는 것이므로 양자는 상호 배타적이라고 보는 견해도 있으나¹⁰⁰⁾ 양자의 중첩은 어느 정도 부득이하다.¹⁰¹⁾ 양자는 구별되는 개념이므로 별도의 조문에서 다루는 것이 적절하다는 비판도 있다.

가. 부정경쟁행위의 준거법(제6조 제1항)

(1) 경쟁관계 또는 소비자의 집단적 이익이 영향을 받은 경우

(가) 적용범위

부정경쟁을 제한하는 규칙의 목적은 모든 참가자들로 하여금 동일한 규칙에 의하여 게임을 하도록 함으로써 공정한 경쟁을 보호하는 데 있다.¹⁰²⁾ 따라서 그런 규칙은 예컨대 수요에 영향을 미치고자 하는 행위(오해를 유발하는 광고, 강요된 매매 등), 경쟁적 공급을 방해하는 행위(경쟁자의 인도를 교란하는 행위와 경쟁자의 직원을 유인하는 행위, 보이콧)와 경쟁자의 가치를 부당하게 이용하는 행위

97) 이는 핀란드, 프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드, 슬로베니아와 스페인이다.

98) Huber/Illmer(註 78), p.47; Illmer(註 78), p.312.

99) 위원회 초안(제5조)에는 경쟁제한행위에서 발생하는 계약외채무의 준거법에 관한 규정은 없었다. 위원회 수정초안(제7조)도 마찬가지였다.

100) Dickinson, para. 6.31은 양자가 경합하는 때에는 경쟁제한법을 우선시켜야 할 것이라고 한다.

101) Michael Hellner, “Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition: A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, Yb. PIL, p.69.

102) Memorandum, p.15.

(passing off 등)를 금지한다.¹⁰³⁾ 또한 현대 경쟁법은 경쟁자(수평적 차원)만이 아니라, 소비자와 일반 공중(수직적 관계)까지 보호하는데 이러한 경쟁법의 ‘3차원적 기능’(three-dimensional function of competition law)은 현대 국제사법에도 반영되어야 한다는 것이다.¹⁰⁴⁾ 그러나 부정경쟁이라는 개념은 대륙법계 국가에서는 익숙하지만 영미법계 국가에서는 그러하지 않다.¹⁰⁵⁾ “산업재산권 보호를 위한 파리협약”(Paris Convention for the Protection of Industrial Property) 제10조의2는 부정경쟁 행위를 정의하고 사례를 들고 있다.¹⁰⁶⁾ 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)의 부정경쟁 방지를 위한 모델규정은 제1조에서 부정경쟁행위를 ‘산업적 혹은 상업적 행위에서 공정한 업무에 반하는 모든 행위 또는 실무’라 정의하고, 제2조 내지 제6조에서 그러한 행위의 유형을 열거하는데 그 범위는 매우 넓다. 다만 특정 경쟁자의 이익에만 영향을 미치는 불공정한 경쟁행위에 따른 계약외채무(제6조 제2항), 경쟁제한에 따른 계약외채무(제6조 제3항)와 지적재산권 침해에 따른 계약외채무(제8조)에 대하여는 별도 규정이 있으므로 제6조 제1항은 적용되지 않는다.

(나) 연결원칙

부정경쟁행위로부터 발생하는 계약외채무의 준거법은, 그곳에서 경쟁관계 또는 소비자의 집단적 이익이 영향을 받거나 또는 영향을 받을 것 같은 국가의 법이나 (제6조 제1항), 부정경쟁행위가 전적으로 특정한 경쟁자의 이익에 영향을 미치는 경우 제4조를 적용한다(제6조 제2항). 경쟁제한으로부터 발생하는 계약외채무를 영향을 받거나 받을 것 같은 시장지법에 연결하는 제6조 제3항과 달리 제1항은

¹⁰³⁾ Memorandum, p.15.

¹⁰⁴⁾ Memorandum, p.15.

¹⁰⁵⁾ 영국법에는 부정경쟁으로 인한 불법행위 개념은 없다. C/N/Fawcett, p.809; Hellner(註 101), p.67. 유럽연합차원에는 Unfair Commercial Practices Directive가 있으나 이는 기업-소비자 관계에만 적용된다. Plender/Wilderspin, para. 20-025 이하 참조.

¹⁰⁶⁾ http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html (Dickinson, para. 6.19에서 재 인용). 그에 따르면 다음 행위가 부정경쟁행위에 해당한다.

- “(a) 여하한 방법에 의함을 불문하고 경쟁자의 영업소, 상품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동과 혼동을 일으키게 하는 모든 행위
- (b) 거래의 과정에 있어 경쟁자의 영업소, 상품 또는 공업상 혹은 상업상의 활동에 관하여 신용을 해하게 할 허위의 주장
- (c) 거래의 과정에 있어 상품의 성질, 제조방법, 특징, 용도 또는 수량에 대하여 공중을 오도할 표시 또는 주장.”

‘영향을 받은 시장’(affected market)라는 개념을 사용하지는 않지만 시장지와 동일 시하는 견해가 다수설로 보인다.¹⁰⁷⁾ 위원회 초안은 그곳에서 경쟁적 관계 또는 소비자의 집단적 이익이 “직접적이고 실질적으로(directly and substantially)” 영향을 받거나 또는 영향을 받을 것 같은 국가의 법이라고 규정하였으나 밑줄 부분이 삭제되었다.¹⁰⁸⁾

부정경쟁사건의 국제사법규칙은 경쟁자, 소비자와 일반공중을 보호하고 시장경제가 적절히 기능하도록 보장하여야 하는데, 그곳에서 경쟁관계 또는 소비자의 집단적 이익이 영향을 받거나 영향을 받을 것 같은 국가의 법이 이런 목표를 일반적으로 충족한다.¹⁰⁹⁾ 제6조의 특칙은 제4조 제1항의 일반규칙에 대한 예외가 아니라 오히려 그것을 명확히 한 것이다.¹¹⁰⁾

만일 연결점에 의해 특정된 지리적 영역이 둘 이상의 국가의 영역을 포함하는 경우 어떻게 해야 하는가는 문제이다. 제3항은 경쟁제한에 관하여 그러한 상황을 상정하고 있으나 제1항은 규정을 두지 않는다. 부정경쟁에 관하여도 동일한 결과를 인정해야 한다는 견해도 있으나,¹¹¹⁾ 그와 달리 배분적 연결을 해야 할 것이라는 견해도 있다.¹¹²⁾

(다) 연결원칙의 완화

경쟁관계 또는 소비자의 집단적 이익이 영향을 받은 부정경쟁행위의 경우 공통의 속인법 예외(제4조 제2항)와 밀접관련국법에 기한 회피조항(제4조 제3항)은 적용되지 않고,¹¹³⁾ 당사자자치도 허용되지 않는다. 즉, 제6조 제4항은 제6조가 적용되는 사안 모두에 대해 제14조에 따른 당사자자치를 명시적으로 배제한다. 부정경쟁 사건은 경쟁자, 소비자와 일반공중을 보호하고 시장경제가 적절히 기능하도록 보

¹⁰⁷⁾ Memorandum, p.15와 MünchKommBGB/Drexl, 6. Auflage, Band 11 IntUnlWettbR, Rn. 132; Hellner(註 101), p.56은 동일시한다. 전자를 “MünchKommBGB/Drexl”이라고 인용한다.

¹⁰⁸⁾ Memorandum, p.16은 직접적이고 실질적인 영향을 받은 시장으로 제한하는 것이 일반적으로 학계에서 승인되고 있다고 한다.

¹⁰⁹⁾ 전문 제21항.

¹¹⁰⁾ 전문 제21항. 그러나 Dickinson, para. 6.11은 제6조와 제4조의 관계는 그와 같이 간단한 것이 아니라고 한다.

¹¹¹⁾ Wagner(註 51), S. 8.

¹¹²⁾ Dickinson, para. 6.57은 이를 전제로 그런 해석은 부적절하다고 비판한다.

¹¹³⁾ Dickinson, para. 6.13도 동지.

장하는 것으로 실질법상 사적 자치가 허용되지 않는 영역이므로 그의 저촉법적 표현인 당사자자치가 허용될 여지가 없다고 한다.¹¹⁴⁾

(2) 전적으로 특정 경쟁자의 이익이 영향을 받은 경우¹¹⁵⁾

(가) 적용범위

부정경쟁행위가 전적으로 특정한 경쟁자의 이익에 영향을 미치는 경우라 함은 특정한 경쟁자가 타깃이 되는 경우로서 경쟁자의 영업에 대한 부당한 간섭(예컨대 경쟁자의 직원을 유인하여 떠나게 하는 행위, 뇌물을 주는 행위(corruption), 산업스파이, 영업비밀의 침해 또는 계약위반의 유인 등)을 포함한다.¹¹⁶⁾

(나) 연결원칙

부정경쟁행위가 전적으로 특정한 경쟁자의 이익에 영향을 미치는 경우 일반원칙을 정한 제4조가 적용된다(제6조 제2항). 따라서 결과발생지가 연결점이 되는데 그의 결정이 용이하지 않다. 이는 직접손해는 경쟁자의 경쟁적 지위의 손상을 말하므로 그의 영업소 소재지라고 보는 견해가 유력하다.¹¹⁷⁾ 그 경우에는 완화된 연결원칙이 적용될 수 있다.

(다) 연결원칙의 완화

이 경우에는 제4조가 적용되므로 제4조 제2항과 제3항 역시 적용된다. 이 경우 제4조가 적용되므로 그 경우에는 당사자자치가 허용되어야 할 것이나 제6조 제4항은 당사자자치를 전면 불허한다.¹¹⁸⁾

나. 경쟁제한행위의 준거법(제6조 제3항)

(1) 적용범위

전문 제23항에서 보듯이, 제6조 제3항의 경쟁제한(acts restricting free competition,

¹¹⁴⁾ Th. M. de Boer, "Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation", Yb. PIL, p.24.

¹¹⁵⁾ 독일에서는 이런 행위를 '쌍방적 경쟁행위'(bilaterales Wettbewerbsverhalten)라고 부른다.

¹¹⁶⁾ Memorandum. p.16.

¹¹⁷⁾ MünchKommBGB/Drexl, Rn. 157. 스위스 국제사법(제136조 제2항)도 전적으로 특정 경쟁자의 이익이 영향을 받은 경우에 특칙을 두어 경쟁자의 영업소지법을 적용한다.

¹¹⁸⁾ Boer(註 114), p.24도 이를 비판한다. 최광준(註 7)은 당사자자치가 가능하다고 본다.

antitrust, 또는 restrictive trade practices)의 대상은 첫째, 회원국 또는 역내시장에서의 경쟁의 금지, 제한 또는 왜곡을 목표로 하거나 그런 효력을 가지는 기업 간의 합의, 둘째, 그러한 목표 또는 효력을 가지는 기업단체에 의한 결정과 셋째, 그러한 목표 또는 효력을 가지는 공동관행과 넷째, 회원국 또는 역내 시장에서의 지배적 지위의 남용이다. 다만 이는 그러한 합의, 결정, 공동관행 또는 남용이 유럽연합조약(제81조와 제82조) 또는 회원국 법률에 의하여 금지될 것을 전제로 한다.¹¹⁹⁾ 유럽연합에서 경쟁법위반이 있으면 위원회가 필요한 조치를 취할 텐데 이러한 소송은 민사 또는 상사사건이 아니므로 로마II의 적용대상이 아니지만, 경쟁법위반행위로 인하여 손해를 입은 개인과 회사가 위원회의 조치에 이어 손해배상을 구하는 소¹²⁰⁾를 제기할 경우 이는 로마II의 적용대상이다.

(2) 연결원칙

경쟁제한으로부터 발생하는 계약외채무의 준거법은 시장이 영향을 받거나, 받을 것 같은 국가의 법이다(제6조 제3항 a호). 이는 경쟁법의 영토적 적용범위에 관한 이른바 영향이론(또는 효과주의)을 반영한 것이다.¹²¹⁾ 유력설은, 여기에서 시장이라 함은 대체로 “침해를 입은 사람이 그의 제품의 공급 또는 서비스의 제공에 있어서 영향을 받은 법역”이고, 이는 통상적으로 잠재적 고객이 있는 국가라고 한다.¹²²⁾ 나아가 이 견해는 경쟁법의 영역과 로마II의 맥락에서 상이한 시장 개념을 사용하는 것은 바람직하지 않다고 지적하고, 실제로 경쟁제한으로 인한 계약외채무의 준거법이 문제되는 사적 소송은 경쟁법에 관한 감독당국의 규제적 조치에 이어서 제기되는데 그 경우 감독당국이 이미 시장 분석을 했을 것이고 이는 국내법원을 구속할 수도 있다는 것이다.¹²³⁾

스위스 국제사법(제137조 제1항)은 “경쟁방해에 기한 청구권은 그 국가의 시장에서 피해자가 방해에 의하여 직접 영향을 입은 국가의 법에 의한다”고 규정하여 직접적인 영향을 받았을 것을 요구하고, 미국의 경쟁법과 독일의 경쟁법도 직접적

119) 다만 제3국의 경쟁제한법을 위반한 경우도 포함하는지는 논란이 있다. Plender/Wilderspin, para. 20-041은 포함한다고 본다.

120) 이를 ‘follow-on damages actions’이라고 부른다고 한다. Hellner(註 101), p.60.

121) Plender/Wilderspin, para. 20-058. 영향이론(또는 효과주의)에 관하여는 장준혁, “法廷地 獨占禁止法の 屬地的 適用範圍 - 美國判例의 比較研究 -”, 서울대학교 대학원 법학 박사학위논문(2002), 54면 이하 참조.

122) Hellner(註 101), p.59 참조.

123) Hellner(註 101), p.60. Plender/Wilderspin, para. 20-056은 기본적으로 이를 지지한다.

이고 실질적이며 예견 가능한 영향이 있을 것을 요구한다.¹²⁴⁾ 또한 제6조가 복수 국가에서 경쟁제한이 발생한 경우를 규율하는 제3항 b호에서만 직접적이고 실질적으로 영향을 받은 시장이라는 표현을 사용하므로 제6조 제3항 a호의 경우 이런 요건이 불필요한 것으로 반대해석할 여지도 있다. 그러나 제6조 제3항 a호의 경우에도 “직접적이고 실질적인 영향”이 있어야 한다는 견해도 유력하다.¹²⁵⁾

제6조 제3항은 경쟁제한이 복수 국가에 걸치는 복수의 시장에서 발생한 경우에 각 시장지법을 적용하는 대신 모든 시장지에서의 손해에 대해 법정지법을 적용할 수 있도록 함으로써 준거법의 단일화를 도모한다. 즉 원고가 피고의 주소지국(이는 회원국이어야 함)에서 소를 제기하고, 그 주소지가 시장 소재지이며, 그 국가의 시장이 계약외채무의 근거가 된 경쟁제한행위에 의하여 직접적이고 실질적으로 영향을 받은 시장 중의 하나라면 원고는 경쟁제한행위 전체에 대해 법정지법을 선택할 수 있다. 나아가 이러한 준거법의 단일화는 원고가 관할에 관한 준거규칙¹²⁶⁾에 따라 그 법원에서 2인 이상의 피고에 대하여 소를 제기하는 경우에도 가능하다. 다만 이 때에는 각 피고에 대한 청구의 기초가 된 경쟁제한이 그 법정지 시장에서 직접적이고 실질적으로 영향을 미치는 경우여야 한다.¹²⁷⁾

(3) 연결원칙의 완화

경쟁제한행위의 경우 공통의 속인법 예외(제4조 제2항)와 밀접관련국법에 기한 회피조항(제4조 제3항)은 적용되지 않는다.¹²⁸⁾ 제6조 제4항은 제6조가 적용되는 사안 모두에 대해 제14조에 따른 당사자자치를 허용하지 않으므로 경쟁제한행위의 경우도 당사자자치는 허용되지 않는다.

3. 환경손해의 준거법(제7조)

제7조는 환경손해 또는 환경침해(이하 양자를 호환적으로 사용한다)로 인한 계약외채무의 준거법을 규정한다. 유럽연합 차원에서 실질법의 점진적 조화가 이루

¹²⁴⁾ Hellner(註 101), p.61.

¹²⁵⁾ Hellner(註 101), p.62는 국가의 입법관할권(또는 규율관할권)에 대한 국제공법상의 제한을 근거로 든다. 상세는 Plender/Wilderspin, para. 20-060 이하 참조. 특히 소비자가 간접적인 영향을 근거로 소를 제기하는 경우 문제된다.

¹²⁶⁾ 이는 브뤼셀(제6조 제1항)에 따른 관할규칙을 포함한다.

¹²⁷⁾ 제6조 제3항과 브뤼셀 I과의 상호작용은 Illmer(註 78), p.65 이하 참조.

¹²⁸⁾ Dickinson, para. 6.13도 동지.

어지고 있으나 아직 부족하므로 국제사법규칙이 필요하고 세계적 차원에서는 더욱 그러하다. 이런 이유로 헤이그국제사법회의도 환경침해로 인한 민사책임에 관한 국제재판관할, 준거법과 사법 및 행정공조에 관한 협약의 성안을 어젠다에 올려놓고 있다.¹²⁹⁾ 국제법적 성질을 가지는 환경침해로 인한 국가의 책임과 권리는 국제법에 의하여 규율된다.¹³⁰⁾

가. 적용범위

제7조는 첫째, 환경 자체에 대한 침해와 둘째, 그로 인하여 사람 또는 재산에 발생하는 침해를 규율하는데 이는 실질법의 최근 발전을 반영한 것이다. 여기에서 “환경침해”는 물, 토지 또는 공기와 같은 자연자원의 해로운 변화, 다른 자원 또는 공중의 이익을 위하여 그 자원이 수행하는 기능의 침해 또는 생물(living organisms) 간의 변화성의 침해를 의미하는 것으로 이해되어야 한다(전문 제24항).¹³¹⁾ 다만 그것은 인간의 활동으로 인한 것이어야 한다.¹³²⁾ 그러나 핵 손해로부터 발생하는 계약외채무는 환경침해로부터 제외되는데(제1조 제2항 f호) 그 이유는 위에서 본 바와 같다.

나. 연결원칙

환경침해로 인한 계약외채무의 준거법은¹³³⁾ 원칙적으로 결과발생지법이지만(제4조 제1항) 손해배상을 구하는 자는 손해를 야기한 사건이 일어난 국가의 법을 선택할 수 있다. 이는 결국 遍在主義를 취한 것이다.

(1) 결과발생지법 원칙

환경 침해의 준거법은 원칙적으로 결과발생지법이 된다. 결과발생지법을 준거법으로 지장하는 것은 첫째, 엄격책임을 지지하는 경향을 보이는 최근의 환경보호정책의 목적에도 부합한다.¹³⁴⁾ 둘째, 그렇게 함으로써 환경보호의 기준이 낮은 국가

129) Council on General Affairs and Policy of the Conference. Conclusion 2(b) 2007년 7월 예비문서 번호 2와 2000년 5월 상설사무국 예비문서 번호 8 참조.

130) MünchKommBGB/Junker, Art. 7 Rn. 16. 그 밖에도 로마II에 우선하여 적용되는 국제조약이 있다. MünchKommBGB/Junker, Art. 7 Rn. 17f. 참조.

131) 위 정의는 유럽연합의 환경책임에 관한 2004년 지침을 따른 것이나 지침에 포함된 정의는 좀더 자세하고 범위가 좁다고 한다. Dickinson, para. 7.09.

132) Memorandum, p.19.

133) 환경손해에 관한 회원국의 저촉법규칙은 다양하다. 소개는 Memorandum, p.19 참조.

로 시설을 이전하여 가동하는 자도 기준이 높은 인접국가의 법을 준수하도록 할 수 있어 기준이 낮은 국가에 시설을 설치하려는 유인을 제거함으로써 예방정책에 기여하는 장점이 있다.¹³⁵⁾ 셋째, 따라서 위 규칙은 일반적인 환경보호수준을 제고하는 데 기여한다.¹³⁶⁾

인적 또는 재산상 손해의 경우, 손해 발생 국가는 각각 상해를 입거나 재산이 손상된 국가지만, 환경침해의 경우 “환경손해”는 물, 토지 또는 공기와 같은 자연자원의 해로운 변화를 의미하므로 그런 해로운 변화가 발생한 모든 곳이 손해 발생지가 된다(전문 제17항).

결과발생지에서 침해 발생에 대한 피고의 예견가능성 유무는 문제되지 않는다. 환경침해의 경우 그 결과가 다른 곳에 미칠 수 있음은 당연히 예견가능하고, 지구 온난화가 세계적으로 문제되고 있는 상황에서 예견가능성은 더 이상 쟁점이 될 수 없기 때문이다.¹³⁷⁾

제7조는 환경손해 또는 환경손해로부터 사람 또는 재산에 발생하는 손해로 인한 계약외채무를 결과발생지법에 따르도록 하고 있을 뿐이고 구제수단이 손해배상인지 침해금지인지를 구별하지 않으므로 제7조에 의하여 결정되는 준거법은 보상(compensation)과 침해금지(injunction)의 양자에 적용된다.

(2) 피해자의 행동지법의 선택 가능성

제7조는 원고에게 행동지법을 선택할 수 있도록 허용하는데 그 근거는 아래와 같다.¹³⁸⁾

“결과발생지법 원칙을 배타적으로 적용할 경우 보호수준이 낮은 국가에 소재하는 피해자는 인접국가의 높은 수준의 보호를 향유할 수 없게 되므로, 환경문제에서 피해자의 정당한 이익을 존중할 뿐만 아니라¹³⁹⁾ 일반적인 환경보호 수준을 제고하

¹³⁴⁾ Memorandum, p.19.

¹³⁵⁾ Memorandum, p.19; C/N/Fawcett, p. 813.

¹³⁶⁾ 이는 법정책적으로 잘못이라는 비판도 있다. MünchKommBGB/Junker, Art. 7 Rn. 3 참조.

¹³⁷⁾ Thomas Kadner Graziano, “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation”, Yb. PIL, p.73.

¹³⁸⁾ Memorandum, pp.19-20.

¹³⁹⁾ 환경손해에 관하여는, 예방원칙과 예방조치를 취해야 한다는 원칙에 근거한 고도의 보호를 부여해야 한다고 규정하는 유럽공동체조약 제174조, 원천에서의 시정조치 의무의 원칙과 오염자 지불 원칙(polluter pays principle)은 손해를 입은 자를 우대하는

는 정책목적을 설정하려는 유럽연합의 일반적 목적에 반하게 된다. 환경손해를 야기한 자는 다른 불법행위의 경우와 달리 그의 해로운 활동으로부터 경제적 이익을 창출하기 때문이다. 즉 결과발생지법원칙을 배타적으로 적용한다면 시설운영자로 하여금 국경지대에 오염시설을 설치하여 유해물질을 강에 투기하고 인접국가의 완화된 규칙의 이익을 향유하도록 할 유인을 제공하게 되는데, 이런 해결방법은 유럽연합의 환경실질법의 기본철학과 “오염자 지불 원칙”에 반한다.”

원고가 행동지법을 선택할 수 있는 권리를 행사할 수 있는 최종시한은 소가 계속한 각 회원국 법이 정할 사항이다(전문 25항).¹⁴⁰⁾

원고만이 선택권을 가지는데, 이는 행동지법이 결과발생지법보다 피해자에게 더 큰 보호를 부여하는 경우 원고에게 더 강력한 보호를 부여하기 위함이다.¹⁴¹⁾ 이처럼 준거법의 선택권을 원고에게 부여하는 태도는 재판관할규칙에서 원고에게 행동지와 결과발생지 중 선택할 수 있게 하는 브뤼셀규정(제5조 제3호)과 일치한다. 그러나 원고는 동일한 환경침해행위로부터 발생한 구제수단을 분할하여 각각 상이한 준거법에 따르도록 선택권을 행사할 수는 없다.¹⁴²⁾

(3) 안전과 행위에 관한 규칙의 고려

제17조는 “책임이 있다고 주장된 자의 행위를 평가함에 있어서는, 책임을 발생시키는 사건이 행해진 장소와 시간에 그곳에서 시행중인 안전과 행위에 관한 규칙을 사실의 문제로서 그리고 적절한 범위 내에서 고려하여야 한다”고 규정한다.¹⁴³⁾ 국내법상 환경침해를 야기하는 산업 및 기타 과정에 대한 광범위한 규제를 고려하면 제17조는 환경책임의 경우에 특히 의미가 있다.¹⁴⁴⁾ 그러나 공법적 성질을 가지는 행동지의 안전과 행위규칙을 준수했다라도 그것이 준거법인 결과발생지의 법에 위반한 것이라면 가해자는 여전히 책임을 진다.¹⁴⁵⁾ 즉 여기에서 “고려한다”는 것은 “적용한다”는 의미는 아니고,¹⁴⁶⁾ 다만 법원은 손해배상의 범위를 산정하는 과정에서 가해자의 과실의 경중을 평가함에 있어서 이를 사실의 문제로서 고려해야

차별원칙의 사용을 충분히 정당화한다(전문 제25항).

¹⁴⁰⁾ Memorandum, p.20.

¹⁴¹⁾ Memorandum, p.19.

¹⁴²⁾ MünchKommBGB/Junker, Art. 7 Rn. 30; Graziano(註 137), p.77.

¹⁴³⁾ 이러한 요소를 ‘local data’라고 부른다. MünchKommBGB/Junker, Art. 17 Rn. 2.

¹⁴⁴⁾ Memorandum, p.20.

¹⁴⁵⁾ C/N/Fawcett, p.814.

¹⁴⁶⁾ Memorandum, p.25.

한다.¹⁴⁷⁾ 이 과정에서 법원은 이익형량을 할 여지가 있다.¹⁴⁸⁾ 그러나 이는 법적 불확실성을 초래하는 것으로서 바람직하지 않다는 비판이 있다.¹⁴⁹⁾

다. 연결원칙의 완화

공통의 속인법 예외와 밀접관련국법에 기초한 회피조항은 환경책임의 경우 적용되지 않는다. 제7조가 제4조 제1항만을 언급하고 제4조 제2항과 제3항은 언급하지 않기 때문이다. 다만 당사자자치는 허용된다. 환경손해의 경우 결과발생지법원칙이 적절히 기능하므로 로마II의 태도가 타당하다고 하나,¹⁵⁰⁾ 환경책임의 경우에도 부정경쟁에 못지않게 국가의 공익에 관계되므로 당사자자치를 제한했어야 한다는 비판도 있다.¹⁵¹⁾

4. 지적재산권 침해의 준거법(제8조)

제8조는 지적재산권 침해의 준거법을 정하고 있다.

가. 적용범위

로마II가 적용되는 ‘지적재산권’이라 함은 예컨대 저작권, 인접권, 데이터베이스의 보호를 위한 독자적 권리와 산업재산권을 의미한다(전문 제26항).¹⁵²⁾ 제8조는 지적재산권의 침해로부터 발생하는 계약외채무에 적용된다. 지적재산권의 최초귀속, 성립, 등록, 유효성 또는 양도 등의 문제에 대하여는, 그것이 주된 문제로 제기되는 경우는 물론이고 가사 선결문제로 제기되는 경우에도 제8조는 적용되지 않는 데, 그런 문제들은 로마II의 실질적 적용범위 밖의 문제들이기 때문이다.¹⁵³⁾

나. 연결원칙 : 보호국법주의의 채택

제8조 제1항은 지적재산권의 침해로부터 발생하는 계약외채무의 준거법은 그에

147) Memorandum, p.25.

148) MünchKommBGB/Junker, Art. 7 Rn. 33.

149) Mankowski(註 71), S. 390f.는 일정한 요건 하에 외국정부 인가의 승인이라는 법리의 도입을 제안한다.

150) C/N/Fawcett, p.813.

151) Boer(註 114), p.25.

152) 지적재산권 개념의 상세는 MünchKommBGB/Drexl, IntIMMGR, Rn. 152f. 참조.

153) MünchKommBGB/Drexl, 6. Auflage, Band 11 (2010) IntIMMGR, Rn. 164; Dickinson, para. 8.18도 동지. 이견도 있다.

대하여 보호가 주장되는 국가의 법(the law of the country for which protection is claimed)이라고 규정함으로써 ‘보호국법주의’(principle of *lex loci protectionis*)를 취한다. 즉 로마II(제4조)는 불법행위 일반에 관하여 결과발생지법원칙을 취하면서도 지적재산권의 침해에 대하여 보호국법주의를 명시하는 특칙을 둔다. 보호국이란 “그의 영토에 대하여 지적재산권의 보호가 청구되고 있는 국가”(country for which [또는 for whose territory] protection is claimed”)를 의미한다. 이를 간단히 ‘보호국’(Schutzland, protecting country), 즉 “그의 영토 내에서 문제가 된 지적재산권을 어떠한 형태로든 사용하거나, 제3자에 대해 방어하고자 하는 국가”를 의미한다. 지적재산권 침해의 경우 “보호가 청구되고 있는 국가”는 표현상으로는 마치 소를 제기함으로써 보호를 구하는 국가, 즉 법정지국처럼 들리지만 이는 법정지국이 아니라 특허권이 그 곳에서 침해되었다고 주장함으로써 그 곳에서의 보호를 요구하는 국가, 즉 침해지국을 말한다.

그러나 통일적인 공동체 지적재산권(a unitary Community intellectual property right)의 침해로부터 발생하는 계약외채무는, 관련된 공동체 문서에 의하여 규율되지 않는 한 침해행위가 행해진 국가의 법이다(제8조 제2항). 이 경우에도 보호국법주의를 취한다면 유럽공동체의 회원국 모두가 보호국이가 될 것이기 때문에 무의미하다는 것이다.¹⁵⁴⁾

다. 연결원칙의 완화

주목할 것은, 지적재산권 침해에 대하여는 공통 상거소지법 예외(제4조 제2항)와 밀접관련국법에 기한 회피조항(제4조 제3항)을 인정하지 않는 점이다. 또한 로마II는 이 경우 당사자자치도 배제된다는 점을 명시한다(제8조 제3항). 이는 지적재산권의 침해에 관하여 보편적으로 승인되고 있는 보호국법원칙이 보존되어야 한다거나(전문 제26항), 지적재산권의 경계확정에 대하여 보호국이 가지는 공적 이해관계가 매우 크기 때문이라고 설명한다.¹⁵⁵⁾ 그러나, 아래 언급하는 “지적재산의 국제사법에 관한 유럽 막스플랑크 그룹(EMPG)”¹⁵⁶⁾이 2011년 3월 공표한 “지적재산권의

154) 최광준(註 7), 153면.

155) MünchKommBGB/Drexl, 6. Auflage, Band 11 (2010) IntIMMGR, Rn. 230. Dickinson, 8.54는 당사자자치를 배제하는 근거로 첫째, 중요한 경제정책 목표와 둘째, 지적재산권의 속지주의에 비추어 보호국법이 아닌 국가의 법을 선택할 경우 법적 진공을 초래하게 될 것이라는 점을 든다.

156) 이는 European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property로서 독일

국제사법 원칙”의 최종안(이하 “EMPG 원칙(안)”이라 하다) (제3:606조 제2항)은 기존 법률관계를 규율하는 준거법으로 종속적 연결을 명시한다.

나아가 지적재산권 침해의 경우 지적재산권 자체의 존재, 범위와 기간 등에 대하여는 당사자자치를 허용하지 않지만 책임을 저야 할 자, 책임의 범위와 분담 등에 관한 준거법 합의는 허용할 수 있다는 견해도 유력하다.¹⁵⁷⁾ 스위스 국제사법(제110조 제2항)은 이를 명시하고, 미국법률협회(American Law Institute)가 2007년 5월 발표한 “지적재산권: 초국가적 분쟁에서의 관할권, 준거법 및 재판을 규율하는 원칙”(이하 “ALI 원칙”이라 한다)¹⁵⁸⁾(제302조)과 EMPG 원칙(안)(제3:606조 제1항)은 지적재산권 침해의 경우 당사자자치를 허용한다.¹⁵⁹⁾ ALI 원칙은 그 근거를, 그들의 행위에 의하여 통상 어떠한 금전적 결과가 초래될지를 결정하는 법을 합의하도록 허용함으로써 효율성이라는 이익에 보다 충실하게 봉사할 수 있기 때문이라고 설명한다.¹⁶⁰⁾

이처럼 로마II는 연결원칙의 완화를 허용하지 않으므로 아래(마.)에서 보듯이 지적재산권의 편재적 침해를 해결하기가 어렵다는 단점이 있다.¹⁶¹⁾

라. 국제조약과의 관계

로마II의 성안과정에서 베른협약 등 지적재산권에 관한 국제조약이 저촉규범을 두고 있는지, 그렇다면 어떤 연결원칙을 두고 있는지가 논란이 되었다. 이미 국제규범이 있다면 로마II의 규정은 불필요하다는 비판이 있고 이런 전제 위에서 로마II

막스 플랑크 연구소(MPI)를 중심으로 한 국제사법 전문가그룹이다.

157) Boer(註 114), p.28; Nerina Boschiero, “Infringemen of Intellectual Property Rights: A Commentary on Article 8 of the Rome II Regulation”, Yb. PIL, p.108 참조.

158) 이 원칙은 지적재산권과 관련한 국제재판관할, 준거법과 외국 판결의 승인과 집행에 관한 규칙을 규정한다. American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of law and Judgments in Transnational Disputes 2007* (American Law Institute Publishers, 2008) 참조. ALI 원칙과 EMPG 원칙(안)의 소개는 석광현, “국제지적재산권분쟁과 國際私法: ALI 원칙(2007)과 EMPG 최종안을 중심으로”, 2011년 8월 27일 개최된 제34회 민사판례연구회 심포지엄 자료집, 159면 이하 참조.

159) 영문명칭은 “Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property”이다. 최종안은 2011년 3월 각각 발표되었다. 텍스트는 <http://www.cl-ip.eu/> 참조. 최종문언은 2012년 주석과 함께 발표될 예정이라고 한다. EMPG 원칙(안)은 당사자자치의 범위를 지적재산권의 침해로 인한 구제수단에 한정하고 있고, ALI 원칙(제302조 제2항)도 지적재산권의 존재, 내용, 양도가능성과 기간 등에 대하여는 당사자자치를 허용하지 않는다.

160) ALI 원칙 제302조, Reporters’ Note, p.216.

161) MünchKommBGB/Drexl, IntImmGR, Rn. 230도 제9조에 대해 비판적이다.

의 규정은 기존규범이 없는 경우에만 의미가 있다는 견해도 있다.¹⁶²⁾

다. 遍在的 侵害에 관한 ALI 원칙과 EMPG 원칙(안)의 유연성

ALI 원칙과 EMPG 원칙(안)은 인터넷에 의한 저작물의 불법배포와 같은 遍在的 侵害 (ubiquitous infringement)에 대해 특칙을 두고 있음은 주목할 만하다. 이는 로마II에 비하여 진일보한 것이다. 로마II는 편재적 침해에 대해 예외를 인정하지 않으므로 그의 해석상 편재적 침해의 경우에도 적용되어야 할 텐데, 보호국법주의를 관철한다면 법원은 각 국가에서 발생한 지적재산권 침해 부분에 대하여 보호국법주의에 따라 각각 준거법을 결정하여 적용하는 배분적 연결을 하게 되나, 이는 현실적으로 불가능하거나(모든 침해국을 특정할 수 없는 경우) 바람직하지 않다.¹⁶³⁾ 따라서 이러한 상황에 대처하기 위한 별도의 연결원칙이 필요한데 이는 준거법을 어떻게 단일화 또는 단순화할지의 문제이다. 그 경우 예컨대 저작권 침해 전체에 대하여 가장 밀접한 관련이 있는 법을 적용하고, 가장 밀접한 관련이 있는 국가를 결정하기 위하여 필요한 요소들을 예시적으로 열거하는 방안을 고려할 수 있다.¹⁶⁴⁾

5. 쟁의쟁위로 인한 책임의 준거법(제9조)

제9조는 쟁의행위(industrial action, *fait de grève ou de lock out*, Arbeitskampfmaßnahmen)로 인하여 야기된 손해에 대한 근로자 등의 책임에 관한 계약외채무의 준거법을 규정한다. 이는 당초 위원회 초안에는 없었으나 유럽의회가 2005년 6월 27일 간행한 보고서에서 처음 제안된 것으로 그의 채택은 전적으로 유럽의회 발의에 따른 것이다.¹⁶⁵⁾ 이는 각 회원국의 입법, 국제조약과 공동체 입법에서도 전례가 없는 규칙이라고 한다.¹⁶⁶⁾

¹⁶²⁾ Boschiero(註 157), p.94.

¹⁶³⁾ ALI 원칙, §321에 대한 Reporter's Notes 참조. Boschiero(註 157), p.110 이하. James J. Fawcett and Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, 2 edition (2011), para. 15.46은 해석론으로는 배분적 연결을 해야 하고, 침해 전체에 대해 가장 밀접한 관련이 있는 법을 적용하는 것은 입법론이라고 한다.

¹⁶⁴⁾ ALI 원칙(제321조)과 EMPG 원칙(안)(3:603조) 참조.

¹⁶⁵⁾ Guillermo Palao Moreno, "The Law Applicable to a Non-Contractual Obligation with respect to an Industrial Action: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation", *Yb. PIL*, p.116.

¹⁶⁶⁾ Moreno(註 165), p.117.

가. 적용범위

제9조의 적용범위에 관하여는 행위의 주체, 쟁의행위, 그로 인한 계약외채무의 개념을 살펴볼 필요가 있다. 우선 쟁의행위의 주체는 근로자뿐만 아니라 사용자와 근로자 또는 사용자의 직업적 이익을 대표하는 조직도 포함한다. 제9조는 쟁의행위의 개념을 로마II의 독자적 개념으로서 정의하지 않는다. 다만 전문 제27항은 쟁의행위에 해당하는 예로 근로자에 의한 파업과 사용자에게 의한 직장폐쇄(lock-out)를 열거하면서, 파업 또는 직장폐쇄와 같은 쟁의행위의 정확한 개념은 회원국마다 다르고 각 회원국의 국내규칙에 의하여 규율되고, 따라서 노동자와 고용자의 권리와 의무를 보호하기 위하여 쟁의행위가 일어난 국가의 법이 적용된다는 일반원칙을 전제로 한다. 결국 로마II의 독자적 쟁의행위 개념은 존재하지 않는다는 것이다.

제9조의 쟁의행위에 관한 특칙은 국내법에 따라 쟁의행위를 하는 데 관련된 조건에 영향을 미치지 아니하고, 또한 회원국의 법률에 규정된 바에 따른 노동조합 또는 근로자들의 대표조직의 법적 지위에 영향을 미치지 아니한다(전문 제28항). 즉 이러한 사항들은 회원국의 국내법에 따라 규율될 사항이다. 이는 바람직한 것은 아니지만 종래 각 회원국법의 상이함과 공동체법의 부재를 고려하고, 또한 그것이 쟁의행위의 정당성과 단체행동권과 관련된 쟁점으로서 전통적으로 속지적인 성격을 가진다는 점에서도 부득이하다고 한다.¹⁶⁷⁾

나. 연결원칙

진행 중이거나 완료된 쟁의행위에 의해 야기된 손해에 대하여 근로자, 고용자, 또는 그들의 직업적 이익을 대변하는 조직의 자격에서 지는 책임에 관한 계약외채무에 적용되는 준거법은, 쟁의행위가 발생하거나 이미 발생한 국가 법이 된다(제9조). 즉 쟁의행위에 대하여 쟁의행위지법(*lex loci acti*)을 적용하는데 이는 행동지법의 일종이다. 이는 노동자와 고용자의 권리와 의무를 보호하고(전문 제27항), 국내에서의 쟁의행위에 대해 외국법이 적용되는 것을 피하기 위한 것이다.¹⁶⁸⁾ 즉 이 연결원칙은 노동쟁의가 행해진 국가의 법을 선호하는데 이 장소는 통상적으로 노무제 공지(place of work)와 동일하다.¹⁶⁹⁾ 로마II 제4조가 결과발생지법을 우선시키면서도 쟁의행위로 인한 계약외채무에 관하여 행동지법을 선택한 법정정책적 기초는, 노

¹⁶⁷⁾ Moreno(註 165), p.118.

¹⁶⁸⁾ Wagner(註 51), S. 10.

¹⁶⁹⁾ Moreno(註 165), p.117.

사관계의 세계화를 고려할 때 쟁의행위의 결과발생지 결정이 어렵다는 점과, 그 경우 손해배상보다도 쟁의행위가 행해지는 동안에 보전처분의 형태로서 금지명령을 구하는 것이 큰 의의를 가지기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 나아가 이에 대하여는 쟁의행위로 인하여 재산상 손실(financial loss)만이 발생한 경우 그 손실은 기업의 설립지에서 발생하므로 쟁의행위는 A국에서 행해졌지만 그로 인한 손해가 B국에서 발생한 경우 B국은 국제사법적 관점에서 아무런 이해관계를 가지지 않는다고 보는 것은 불합리하다는 비판도 있다.¹⁷¹⁾

다. 연결원칙의 완화

쟁의행위의 경우에도 당사자는 준거법을 합의할 수 있다(제14조).¹⁷²⁾ 제14조 제1항 b호에서 보듯이 불법행위 전의 준거법 합의는 당사자들이 상업활동을 추구하는 경우에만 허용된다. 그런데 근로자의 쟁의행위는 상업활동의 추구가 아니므로 쟁의행위에 관한 한 근로계약 또는 단체협약에 포함된 사전합의는 허용되지 않는다.¹⁷³⁾ 또한 제9조는 제4조 제2항에 영향을 미치지 않음을 명시하므로 쟁의행위에도 공통상거소지법 예외가 적용된다. 반면에 제9조는 밀접관련국법 회피조항을 규정하지는 않는데 이는 의외이다.¹⁷⁴⁾ 쟁의행위가 복수 국가에서 발생하는 경우 제9조를 적용하면 결국 모자이크 방식이 되므로 준거법의 파편화가 발생하는 문제가 있는데, 이 경우 제4조 제3항이 있었다라면 좋았을 것이라는 견해도 있다.¹⁷⁵⁾

6. 프라이버시 침해와 인격권침해

유럽연합의 기본권헌장(The Charter of Fundamental Rights of the European Union)에는 프라이버시와 표현과 정보의 자유에 관한 별도 조항이 있으며 이는 언론자유와 다원주의를 포함하므로 프라이버시 침해와 인격권침해에 대하여는 불법행위의 일반규칙이 적절하지 않다. 또한 그에 관한 회원국 국제사법 원칙의 다양성과 불확실성을 고려할 때¹⁷⁶⁾ 국제사법규칙이 요구되므로, 위원회 초안(제6조)은 일반규칙

170) MünchKommBGB/Junker, Art. 9 Rn. 2f.

171) Moreno(註 165), p.124.

172) 그러나 쟁의행위의 경우에도 부정경쟁에 못지않게 국가의 사회·경제적 이익에 관계되므로 당사자자치를 제한했어야 한다는 비판도 있다. Boer(註 114), p.25.

173) Moreno(註 165), p.121 참조.

174) Dickinson, para. 9.32도 동지.

175) Moreno(註 165), p.124 이하.

에 따라 결과발생지법이 준거법이 됨을 전제로 그것이 표현의 자유에 관한 법정지국의 공서에 반하는 경우 법정지법을 적용한다는 취지의 규정을 두었다.¹⁷⁷⁾ 그러나 유럽의회 초안(제5조 제1항)은 프라이버시 또는 명예훼손 등 인격권의 침해로 인한 계약외채무의 준거법은 손해의 가장 특징적인 요소가 발생하였거나 발생하였을 것으로 예상되는 국가의 법에 의한다고 규정하고 것처럼 예상되는 국가는 출판물 또는 방송의 배포 또는 수신이 주로 지향된 국가라고 규정한 뒤 이것이 불분명한 경우 편집권이 행사된 국가의 법에 의한다고 규정하였다. 이는 언론단체의 강한 로비의 결과 기원국 원칙(country of origin rule)을 채택한 것이라는 비판을 받았다.¹⁷⁸⁾

그 후 위원회와 유럽의회의 타협의 결과 위원회 초안 제6조는 삭제되고 유럽의회는 제안을 철회하여 결국 프라이버시와 인격권 침해로 인한 계약외채무의 준거법은 장래의 과제로 남겨지게 되었고, 위원회는 로마II의 심사절차의 일환으로서 2008년 12월 31일까지 보고서를 제출하기로 약속하는 선에서 해결되었다(로마II 제30조 참조).¹⁷⁹⁾

VI. 준거법의 선택(제IV장 제14조)

1. 당사자자치의 도입

당사자는 계약외채무를 그들이 선택하는 법률에 복종하도록 합의할 수 있다(제14조 제1항). 이는 당사자자치의 원칙을 존중하고 법적 안정성을 제고하기 위한 것이다(전문 제31항). 전문은 당사자자치의 원칙을 존중해야 하는 이유를 설명하지 않으나 실질법상의 사적 자치를 국제사법 차원에 전이시킨 것이라고 한다.¹⁸⁰⁾ 로마II가 중

176) 회원국의 입법례는 다양하다. Memorandum, p.17 참조.

177) 제2항은 반론권 또는 그에 상응하는 조치에 관한 준거법은 방송인 또는 발행인의 상거소지법으로 한다는 취지의 규정을 두었다. 당초 위원회의 예비초안은 피해자의 상거소지법을 준거법으로 규정하였다.

178) C/N/Fawcett, p. 785 Fn. 169. 그러나 유럽의회 초안은 손해발생지 원칙을 채택하였다는 견해도 있다.

179) 근자에도 작업이 진행되고 있다. <http://conflictoflaws.net>에서 Rome II Defamation에 관한 논의 참조.

180) Boer(註 114), p.22.

속적 연결을 명시하므로 준거법의 사전합의를 별도로 허용할 필요가 없다는 의견도 있었으나 채택되지 않았다.

합의의 방법은 ① 손해를 발생시키는 사건 후에 체결된 합의, 또는 ② 모든 당사자들이 상업활동을 추구하는 경우에는 손해를 발생시키는 사건 전에 자유롭게 협상된(또는 교섭된, *freely negotiated*) 합의로 가능하다(제14조 제2항). 다만 선택은 명시적이거나 또는 사안의 상황에 의하여 합리적 확실성을 가지고 표시되어야 하며(전문 제31항) 제3자의 권리를 해할 수 없다. 합의의 존재를 판단할 때 법원은 당사자들의 의도를 존중해야 한다(전문 제31항). 준거법 합의를 논의함에 있어서 ‘합의’의 개념을 EC법에 따른 독자적 개념으로 보아야 한다.¹⁸¹⁾

이처럼 준거법의 선택을 널리 인정함에 따라 불법행위의 기본적 연결원칙을, 국제계약의 준거법의 경우와 마찬가지로 준거법의 선택이 없는 경우에 비로소 적용되는 객관적 연결이라고 부르기도 한다.¹⁸²⁾

사후적인 준거법을 선택하는 데는 커다란 어려움이 없다. 당사자는 중립적인 제3국법을 선택할 수도 있다. 사전적인 준거법의 선택을 허용할 경우 장래에 발생할지도 모르는 불법행위의 준거법을 미리 알 수 있게 되는 장점이 있다. 특히 당사자 간에 계약관계가 있는 경우 불법행위의 준거법과 계약의 준거법의 일치시킬 수 있다. 다만 사전합의는 당사자들이 동등한 협상력을 가지지 못하는 경우 남용될 우려가 있고, 특히 사회·경제적 약자인 소비자와 근로자를 보호하기 위하여 제14조는 상업활동을 추구하는 당사자에게 한정하고, 준거법합의가 자유롭게 협상된 합의에 의하여 이루어질 것을 요구한다.¹⁸³⁾ 따라서 일방이 작성한 약관에 의한 사전적 합의는 허용되지 않는다는 것이 다수설이지만,¹⁸⁴⁾ 준거법조항에 관하여 별도로 개별적으로 확인을 하였다면 문제가 없을 것이므로 약관에 있는 사전적 합의도 만일 상대방이 그 조문에 대하여 별도로 서명을 하는 때에는 위 요건을 구비할 수 있다고 보는 견해도 있다.¹⁸⁵⁾

181) MünchKommBGB/Junker, Art. 14 Rn. 27.

182) Graziano, S. 13.

183) 전문 제31항은, 당사자들이 선택을 하는 데에 특정 조건을 부과함으로써 보다 약한 당사자들을 보호하여야 함을 명시한다.

184) Graziano, S. 8; Mankowski(註 71), S. 400.

185) Graziano, S. 8.

2. 선택할 수 있는 법과 준거법의 분열의 가부

비국가적 법(또는 법의 규칙)의 선택이 가능한지도 문제된다. 이는 예컨대 당사자들이 유럽불법행위법원칙에 따르도록 합의할 수 있는가의 문제인데 제14조 제2항과 제24조가 “the country whose law has been chosen”(그의 법이 선택된 국가)이라는 문언을 사용하는 것으로 보아 비국가법의 선택은 허용되지 않는다고 본다.¹⁸⁶⁾ 단일한 계약외채무에 대한 준거법의 분열(또는 분할)이 가능한지는 논란이 있으나 독일의 유력설은 로마II의 실질적인 범위 및 조항들은, 로마협약과 일관성이 있어야 한다고 명시한 전문 제7항을 근거로 이를 허용한다.¹⁸⁷⁾

3. 순수한 국내사건에서 외국법 선택의 효력

손해를 초래하는 사건 발생 당시 상황에 관련되는 모든 요소들이 준거법 국가 이외의 다른 나라에 소재할 경우에는, 당사자들의 법 선택은 당사자들이 합의에 의해 배제할 수 없는 그 다른 나라의 법조항의 적용에 영향을 미치지 아니한다(제14조 제2항). 계약외채무에 관한 회원국법이 강행규정이라면 이 조항이 매우 중요한 의미를 가질 것이나 적어도 독일에서는 이는 원칙적으로 강행규정은 아니다.¹⁸⁸⁾

4. 순수한 역내사건에서 역외국법 선택의 효력

손해를 초래하는 사건 발생 당시 상황에 관련되는 모든 요소들이 회원국에 소재할 경우에는, 당사자들이 회원국 법 이외의 법을 선택하더라도 강행적인 공동체법 조항의 적용은 영향을 받지 않는데, 그 때 적용되는 강행규정은 법정지에서 시행되는 바의 공동체법이다(제14조 제3항).¹⁸⁹⁾ 이는 공동체를 마치 하나의 국가처럼 취급하여 공동체의 강행규정의 중요성을 강조한 것이다.¹⁹⁰⁾ 입법론적으로는 그 경우 법정지법을 적용할 것이 아니라 객관적 준거법(즉 모든 요소들이 소재하는 당해 회원국법)을 적용해야 한다는 지적이 있으나 공동체법이 적어도 조화되어 있을 것

¹⁸⁶⁾ von Hein(註 72), p.490.

¹⁸⁷⁾ MünchKommBGB/Junker, Art. 14 Rn. 37. 그러나 Dickinson, para. 13.20은 부정설을 취한다.

¹⁸⁸⁾ Wagner(註 51), S. 14.

¹⁸⁹⁾ 이는 로마 I 규정(제3조 제4항)에 상응한다.

¹⁹⁰⁾ 그러나 회원국의 법이 공동체법을 포함하므로 제14조 제2항과 별도로 제3항을 규정할 실제적인 필요가 있는지에 대해 의문을 표시하는 견해도 있다. C/N/Fawcett, p.840.

이므로 이는 외국법 적용에 따른 비용을 고려한 입법으로서 수긍할 수 있다는 반론도 있다.¹⁹¹⁾

5. 당사자자치가 허용되지 않는 특수불법행위의 유형

제14조의 규정은 부정경쟁·경쟁제한이나 지적재산권 침해로부터 발생하는 계약외채무에 대하여는 적용되지 않는다. 로마II 제6조 제4항과 제8조 제3항은 이 점을 명시한다.

VII. 공통규칙(제V장)

공통규칙을 담은 제V장은 제II장 - 제IV장에 공통적으로 적용되는 규칙을 두고 있다.

1. 준거법이 규율하는 사항의 범위(제15조)

법적 안정성에 대한 일반적 우려를 고려하여 제15조는 지정된 준거법에 광범위한 사항을 규율하는 기능을 부여하는데¹⁹²⁾ 이는 대체로 로마협약(제10조)을 수용한 것이다.¹⁹³⁾ 조문에서 보듯이, 로마II에 따라 결정되는 계약외채무의 준거법이 규율하는 사항으로서 제15조가 열거하는 사항은 망라적이 아니라 예시적인 것이다. 또한 일부 특정한 사항에 대하여는 제18조 내지 제22조가 별도로 규정을 두고 있다. 제15조가 예시적으로 열거하는 사항은 다음과 같다.

가. 책임의 근거 및 범위(a호)

책임의 근거는 책임의 내재적 요소(*intrinsic factors of liability*)에 관한 것으로 엄격책임인지 귀책사유에 기한 과실책임인가라는 책임의 성질, 귀책사유의 개념, 손해를 야기하는 사건과 손해 간의 인과관계를 포함한다.¹⁹⁴⁾ 한편 책임의 범위는 책

¹⁹¹⁾ von Hein(註 72), p.488.

¹⁹²⁾ 이처럼 불법행위의 모든 쟁점을 준거법에 따르도록 하는 점에서 로마II는 미국식의 쟁점별 접근방법 대신 유럽대륙법의 스타일을 따른 것이라고 한다. Hohloch(註 51), p.17.

¹⁹³⁾ Memorandum, p.23.

임한도와 같은 책임의 법정최고한도, 책임 있는 자들의 기여와 그가 행한 행위에 대하여 책임질 사람의 결정 및 공동행위자들 간의 책임의 분담을 포함한다.¹⁹⁵⁾

나. 책임배제의 근거, 책임제한 그리고 책임의 분담(b호)

이는 세 가지 책임의 외재적 요소를 규정한다. 책임면제의 근거는 자연재해, 제3자의 후발적 행위, 적어도 보통법국가에서 잘 알려진 책임면제의 근거(예컨대 호의 동승법, 배우자간 면책법)을 포함하고,¹⁹⁶⁾ 나아가 불가항력, 긴급피난, 제3자의 귀책사유, 피해자의 귀책사유(영국법상으로는 피해자의 기여과실) 등을 포함한다.¹⁹⁷⁾ Memorandum은 책임의 면제(또는 제한)의 다양한 근거를 언급하면서도 계약상의 책임면제(또는 제한) 조항은 언급하지 않는데, 유력설¹⁹⁸⁾은 이도 포함된다고 본다. 책임의 분담(*division of liability*, *partage de responsabilité*, *Mitverschulden*)은 공동과책, 즉 우리 개념으로는 과실상계를 말한다.¹⁹⁹⁾

다. 손해의 존재, 성질과 산정 및 또는 주장된 구제수단(c호)

이에 포함되는 것은 손해가 인적 손해, 물적 손해와 정신적 손해, 금전적 손해, 기회의 상실과 일실이익을 포함하는가, 손해의 원격성(*remoteness*), 위자료의 배상 여부 즉 손해의 항목 등이다.²⁰⁰⁾ 징벌배상이 허용되는가도 c호가 규율하는 사항이나 이는 공서위반(제26조)과 관련하여 검토할 필요가 있다.²⁰¹⁾

나아가 손해의 산정도 준거법에 따라 사항임을 명시한다.²⁰²⁾ 이는 로마협약(제10조

194) Memorandum, p.23.

195) Memorandum, p.23.

196) C/N/Fawcett, p.842.

197) Memorandum, p.23.

198) C/N/Fawcett, p.843.

199) MünchKommBGB/Junker, Art. 15 Rn. 12.

200) C/N/Fawcett, p.844.

201) C/N/Fawcett, p.844.

202) 그러나 도로교통사고의 경우 외국에 상거소를 가지는 자가 국내에서 도로교통사고로 인하여 상해를 입은 경우 상거소지법을 적용하는 것이 바람직한 경우가 많으므로 이런 취지를 반영하고자 유럽의회는 수정안을 제안하였으나 채택되지 않았다. 그러나 유럽의회는 단기적 조치로서 피해자의 상거소지 이외의 국가에서 사고가 발생한 경우에 인적 손해로 인한 손해배상의 범위를 산정할 때에는, 수소 법원은 특히 사후 품조리와 의료간호로 인한 실제의 손실과 비용을 포함한 특정한 피해자의 모든 관련된 실제의 상황을 고려해야 한다는 취지의 문언을 추가하였고(전문 제33항), 장기적 조치로서 위원회로 하여금 문제점을 검토하여 2008년 말까지 보고서를 제출하도록

제1항 c호)과 동일한 태도로서 다수의 회원국법이 취하고 있는 태도이다. 구제수단 (remedy, réparation, Wiedergutmachung)은 금전배상 외에 원상회복이 허용되는가를 포함한다.²⁰³⁾

라. 법원이 손해의 예방 및 종료 또는 배상의 제공을 보장하기 위하여 취할 수 있는 조치(d호)

d호가 규정하는 것은 두 가지 조치이다. 하나는 지적재산권 침해에 대하여 금지 명령(injunction)을 구하는 경우와 같이 손해의 발생을 예방하거나 이미 발생한 손해가 계속하여 발생하는 것을 막기 위해서 취하는 조치이다. 다른 하나는 손해배상을 보장하기 위한 조치인데 그 취지는 애매하나, 영국의 유력설은 이는 예컨대 손해배상으로서 정기금과 일시금 중 어느 것의 지급을 명할지의 문제를 포함한다고 한다.²⁰⁴⁾ 다만 양자는 모두 법원이 절차법에 따라 부여받은 권한의 범위 내에 한정된다.

마. 손해배상 또는 구제수단을 청구할 수 있는 권리의 양도가능성(e호)

손해배상 기타 구제수단을 청구할 수 있는 권리는 양도 또는 상속에 의하여 이전될 수 있는데 그의 양도가능성과 상속가능성은 계약외채무의 준거법에 의하여 결정된다. 그러나 누가 상속권자인지는 물론이고 피해자의 상속인이 피해자가 입은 손해에 대하여 손해배상 기타 구제수단을 청구할 수 있는지는 상속의 준거법이 결정할 사항이다.²⁰⁵⁾ 양도의 경우, 그러한 권리가 양도가능한지와 양도인과 채무자간의 관계는 계약외채무의 준거법에 따를 사항이다.²⁰⁶⁾

바. 손해배상청구권자(f호)

이는 제3자(직접피해자)에 대하여 가해진 손해로 인하여 자신이 손해를 입었음을

하였다. 나아가 다수의 유럽연합 국가들이 “교통사고의 준거법에 관한 1971년 5월 4일 헤이그협약”(이하 “헤이그교통사고협약”이라 한다)에 가입하였는데 그들은 로마II가 아니라 동 협약을 적용하게 되므로 양자의 관계를 검토할 필요가 있다. 따라서 위원회는 2011년 8월 20일 이전에 헤이그교통사고협약에 관하여 미치는 영향에 대한 연구를 포함하는 보고서를 제출해야 한다(제30조 제1항).

203) C/N/Fawcett, p.846 참조.

204) C/N/Fawcett, p.847; Plender/Wilderspin, para. 16-068.

205) Memorandum, p.24.

206) Memorandum, p.24.

이유로 손해배상을 청구할 수 있는 자가 누구인가, 즉 간접피해자의 문제이다.²⁰⁷⁾ 이는 예컨대 남편(또는 아버지)의 사망에 따라 처(또는 자녀)가 그들이 입은 금전적 손실에 대해 배상을 청구할 수 있는가 또는 어떤 사람이 타인에게 가해진 신체적 상해를 목도함으로써 정신적 고통을 받았음을 이유로 손해배상을 청구할 수 있는가 등을 포함한다.²⁰⁸⁾

사. 다른 사람이 한 행위에 대한 책임(g호)

이는 사용자책임이나 자녀의 행위에 대한 부모의 책임과 같은 대위책임(vicarious liability)의 문제에 관련된다.²⁰⁹⁾

아. 채무를 소멸시킬 수 있는 방법과 시효 및 권리상실의 규칙들(h호)

이는 로마협약(제10조 제1항 d호)과 유사한데 첫째, 채무의 변제, 부당이득의 반환, 포기 등처럼 채무를 소멸시키는 방법과 관련되고,²¹⁰⁾ 둘째, 시효기간 및 권리상실기간의 개시, 중단, 정지에 관한 규칙 등을 포함한 시효(prescription, *prescription*, *Verjährung*) 및 권리상실(limitation, *déchéance*, *Rechtsverluste*)의 규칙들과 관련된다. 피해자를 두텁게 보호하기 위해 불법행위 준거법 또는 피해자의 본국법에 선택적으로 연결하자는 견해는 채택되지 않았다.²¹¹⁾

자. 책임능력

제15조는 준거법이 규율할 사항으로서 책임능력을 열거하고 있지 않지만 전문 제12항은 준거법은 불법행위의 책임능력의 문제도 규율하여야 한다고 규정함으로써 이를 명시한다.

2. 최우선강행규정(제16조)

로마II의 어떤 조항도 계약외채무의 준거법에 관계없이 사안을 강행적으로 규율하는 법정지법규의 적용에 영향을 미치지 아니한다(제16조).²¹²⁾ 그런 강행법규는

²⁰⁷⁾ Memorandum, p.24.

²⁰⁸⁾ C/N/Fawcett, pp.847-845.

²⁰⁹⁾ Memorandum, p.24.

²¹⁰⁾ 이는 화해도 포함한다. MünchKommBGB/Junker, Art. 15 Rn. 25.

²¹¹⁾ MünchKommBGB/Junker, Art. 15 Rn. 25.

²¹²⁾ 이는 로마 I (제9조 제2항)에 상응한다.

과거 ‘국제적 강행규정’(internationally mandatory rules)이라고 불리웠으나 로마I(제9조)은 이를 최우선강행규정이라고 하고²¹³⁾ 로마II도 같다. 로마I은 최우선강행규정을 “그의 정치적, 사회적, 또는 경제적 조직과 같은 국가의 공익을 보호하기 위하여 그를 존중하는 것이 결정적인 것으로 간주되는 결과, 로마I규정상 달리 계약에 적용되는 준거법에 관계없이, 그의 범위에 속하는 모든 상황에 적용되어야 하는 규정”이라고 정의하고 있는데 이는 로마II에서 사용될 수 있다.²¹⁴⁾

로마II는 로마I(제9조 제3항)과 달리 제3국의 국제적 강행규정에 효력을 부여할 수 있다는 취지의 조문을 두지 않는다. 위원회 초안에는 그런 취지의 조문이 있었으나 입법과정에서 삭제되었으므로 입법의 흠결이 있다고 보기는 어렵다. 로마I과 달리 로마II에서 조문이 결여되어 있다는 사실은 제3국의 강행법규에 효력을 부여하는 것을 차단하는 효력이 있다는 견해도 있으나,²¹⁵⁾ 유력설은 과거 독일처럼 로마협약 제7조 제1항에 대해 유보를 한 국가에서도 제3국의 국제적 강행법규에 효력을 부여할 수 있었음을 지적하면서 로마II에서도 그렇게 해석하거나, 로마I의 제9조 제3항을 유추적용하거나, 실체법의 일반조항(우리 민법 제103조에 상응하는 조항)을 통하여 제3국의 국제적 강행법규를 존중할 수 있다고 본다.²¹⁶⁾

3. 안전 및 행위규칙(제17조)

책임이 있다고 주장된 자의 행위를 평가함에 있어서는, 책임을 발생시키는 사건이 행해진 장소(즉 행동지)와 시간에 그곳에서 시행중인 안전과 행위에 관한 규칙을 사실의 문제로서 그리고 적절한 범위 내에서 고려하여야 한다(제17조).

제17조가 환경책임의 경우에 특히 의미가 있음은 위에서 보았다. 그러나 제17조가 환경책임의 경우에 한정되는 것은 아니며, 이는 로마II의 제4조 - 제12조와 제14조가 규율하는 모든 계약외채무의 법적 효과의 측면에서 적용된다.²¹⁷⁾ 이는 격지불법행위에서 결과발생지법이 준거법이 되는 경우, 그리고 행동지가 아닌 국가의 법이 공통의 속인법으로 불법행위의 준거법이 되는 경우²¹⁸⁾ 큰 의미가 있다. 전문 제34항

213) 영어로는 “overriding mandatory provisions”, 독일로는 ‘Eingriffsnormen’, 불어로는 ‘lois de police’라 한다.

214) 전문 제7항 참조. 위 정의는 유럽법원이 1999. 11. 23. 선고한 형사사건인 Arblade 사건 판결의 정의를 따른 것이다.

215) 김용진(註 7), 88면은 이 견해를 따른다.

216) MünchKommBGB/Junker, Art. 16 Rn. 25ff; von Hein(註 5), S. 24.

217) MünchKommBGB/Junker, Art. 17 Rn. 6.

은 “다른 국가의 법이 준거법으로 지정되는 경우에도, 가해행위가 일어난 국가에서 시행중인 안전과 행위규칙들은 적절한 범위 내에서 고려되어야 한다”고 규정함으로써 이를 명확히 한다. 여기에서 “안전과 행위규칙“은 가령, 교통사고에서의 도로 안전규칙처럼, 안전 및 행위와 관련되는 모든 규정을 포함한다(전문 제34항).

4. 책임 있는 자의 보험자에 대한 직접 소송(제18조)

불법행위의 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 일부 국가는 피해자가 손해배상 의무자의 책임보험회사에 대해 직접 보험금을 청구할 수 있도록 허용한다. 문제는 보험계약의 준거법과 불법행위의 준거법 중 어느 것이 직접적 청구권을 규율하는 가인데, 이는 불법행위준거법과 보험준거법의 접점에 있는 쟁점인 탓에 논란이 많았다.²¹⁹⁾ 제18조는 이를 계약외채무의 준거법과 보험계약의 준거법에 선택적으로 연결함으로써 독일 민법시행법(제40조 제4항)이나 스위스 국제사법(제141조)처럼 피해자를 두텁게 보호한다. 법원은 직권으로 유리한 법을 선택하여 적용하여야 한다.²²⁰⁾ 이에 대해 영국이 이의했지만 이사회 차원에서는 조기단계에서 합의가 되었는데,²²¹⁾ 그 이유는 관련 당사자들의 이익을 적절히 형량한 것이기 때문이다.²²²⁾

직접청구권의 존재와 그 태양은 선택적으로 연결되나, 보험자의 의무의 범위는 보험계약의 준거법에 따른다.²²³⁾ 다만 이런 설명이 보험자의 항변권 배제에도 타당한지, 즉 보험자가 피보험자에 대하여 가지는 항변을 직접청구하는 피해자에 대하여도 주장할 수 있는지는 논란이 있다.²²⁴⁾ 예컨대 영국법상 유효한 ‘pay to be paid’ clause, 즉 피보험자가 보험금을 청구하기 위해서는 피해자에게 우선 배상금

218) 전형적인 예는 독일인 2인이 휴가 중 자동차를 몰고 영국에서 운전하던 중 일방이 영국에서 요구되는 좌측운전을 준수하지 않아서 충돌사고가 난 경우이다. 이 경우 준거법은 독일법이지만 좌측운전을 해야 한다는 영국의 도로교통법은 제17조에 따라 준수되어야 한다는 것이다. MünchKommBGB/Junker, Art. 17 Rn. 1.

219) 이는 우리나라에서도 같다. 박영준, “책임보험의 제3자 직접청구권(直接請求權)에 관한 고찰(考察) - 법적 성질과 관련문제점을 중심으로 -”, **상사법연구** 28권 4호(2010), 223면 이하 참조. 필자는 석광현(註 73), 297면에서 우리 법의 해석론으로 선택적 연결이 가능하다고 하였다.

220) MünchKommBGB/Junker, Art. 18 Rn. 12.

221) Dickinson, para. 14.88.

222) Memorandum, pp.25-26 참조.

223) Memorandum, p.26.

224) MünchKommBGB/Junker, Art. 18 Rn. 13. 상제는 Marianne Micha, Der Direktanspruch im europäischen Internationalen Privatrecht (2011), S. 169ff. 참조.

을 지급해야 한다는 조항의 효력도 그러한 문제이다.

5. 대위(제19조)

어떤 사람(채권자)이 다른 사람(채무자)에 대하여 계약외채권을 가지고 있고 제3자가 채권자를 만족시킬 채무를 부담하고 있거나 이러한 채무에 기하여 실제로 채권자를 만족시킨 경우에는, 제3자가 채무자에 대한 채권자의 권리를 채권자와 채무자의 관계를 규율하는 법에 따라 전부 또는 일부 행사할 수 있는지 여부와 그 범위는 채권자가 제3자에 대하여 가지고 있던 채권의 준거법이 결정한다(제19조).

6. 복수의 책임(제20조)

채권자가 동일한 채권에 대하여 책임이 있는 복수 채무자를 상대로 채권을 가지고 있고, 그 채무자들 중 한 명이 그 채권의 전부 또는 일부를 이미 만족시킨 경우에는, 위 채무자가 다른 채무자들에게 보상을 요구할 수 있는 권리를 가지는지는, 이행을 한 그 채무자의 계약외채무의 준거법에 의하여 규율된다(제20조). 따라서 예컨대 가해자의 손해보험자가 피해자에게 보험금을 지급한 경우 구 채권자와 신채권자의 법률관계를 규율하는 준거법, 즉 보험계약의 준거법이 대위 여부를 결정한다. 이전된 계약외채무는 여전히 불법행위의 준거법에 따른다. 공동불법행위의 경우 격지불법행위가 아니라면 통상은 불법행위의 준거법은 모두 동일한 결과발생지법이 될 것이나 그 중 어느 불법행위자의 일인의 불법행위에 대하여 공통의 상거소지법이 준거법이 될 수도 있다.²²⁵⁾

7. 방식(제21조)

로마II의 맥락에서 계약외채무의 발생과 관련하여 방식의 문제가 제기되는 경우는 드물 것이나 일방 당사자의 행위에 의하여 발생할 수도 있으므로²²⁶⁾ 제21조는 로마협약 제9조 제1항을 모델로 하여 법률상 효과를 갖도록 의도되고 계약외채무에 관련되는 일방행위는, 계약외채무의 준거법 또는 행위지법의 요건을 충족하는 때에는 형식상 유효하다고 규정한다. 이는 그러한 행위의 유효성을 촉진하기 위하여 선택적 연결원칙을 취한 것이다. 그러나 이는 별로 실익이 없는 조문이라고 생각된다.

²²⁵⁾ Wagner(註 51), S. 16.

²²⁶⁾ Memorandum, p.26.

8. 입증책임(제22조)

이 규정에 따라 계약외채무에 적용되는 준거법은, 계약외채무가 문제된 사안에 대하여 법률상 추정규정을 두고 있거나 입증책임을 분배하는 한도 내에서 적용된다(제22조 제1항). 법적 효력을 가지도록 의도된 행위는 법정지의 법이나 방식을 규율하는 제21조에 의한 법에서 인정된 증거방법에 의하여 입증될 수 있다. 다만, 그러한 증거방법은 법정지의 법원에 제출될(administered) 수 있는 것이어야 한다(제22조 제2항).

VIII. 기타 규정과 최종규정(제VI장 및 제VII장)

1. 기타 규정(제VI장)

가. 상거소(제23조)

로마II의 목적상 회사와 기타 법인격이 있거나 없는 기구의 상거소는 경영중심지이고, 지점, 대리점, 기타 다른 영업소의 운영 중에 손해를 초래한 사건이 행해지거나 손해가 발생하는 경우, 지점, 대리점 기타 다른 영업소의 소재지가 상거소지로 취급된다. 로마II의 목적상, 영업활동 중에 행위를 하는 자연인의 상거소는 그의 주된 영업소이다(제2항).

나. 반정의 배제(제24조)

로마II에 의하여 지정된 어느 국가의 법은 국제사법규칙 이외의 그 국가에서 시행중인 법, 즉 실질법의 규칙을 의미한다. 즉 로마II에 의하여 계약외채무의 준거법이 지정된 경우 반정은 배제된다.

다. 복수 법제를 가지는 국가(제25조)

어느 국가가 계약외채무에 관하여 고유한 법규범을 가지는 수개의 영토적 단위를 포함하는 경우, 로마II에 따른 준거법을 정함에 있어서 각 영토적 단위는 하나의 국가로 간주된다(제1항). 계약외채무에 관하여 고유한 법규범을 가지는 수개의 영토적 단위를 포함하는 회원국은, 이러한 영토적 단위들 간의 법의 저축에 대하여 로마II를 적용할 의무가 없다(제2항).

라. 법정지의 공서(제26조)

로마II에 의하여 지정된 어느 국가의 법의 조항의 적용은 그의 적용이 법정지의 공서와 명백히 양립될 수 없는 경우에 한하여 거부될 수 있다. 위원회 초안(제24조)은 제26조에 상응하는 규정 외에 비보상적 손해배상에 관한 조문을 두어 로마II에 의하여 지정된 법의 적용은, 그것이 전보배상이 아닌 본보기적 또는 징벌적 손해배상(exemplary of punitive damages)을 인용하는 효과를 가지는 경우 법정지의 공서에 반한다고 규정하였다. 그러나 징벌배상을 허용하는 영국의 반대로 입법자들은 이를 포기하고 전통적 공서조항을 두는 데 그쳤으나,²²⁷⁾ 위 조문의 취지는 완화된 형태로 전문 제32항에 남아 있다.

마. 다른 공동체법 조항과의 관계(제27조)

유럽연합의 공동체법이 증가함에 따라 공동체문서(community instrument)에 국제사법규칙(또는 저촉법규칙)이 포함되는 사안이 증가하고 있는데 그러한 경우 로마II가 규율하는 계약외채무의 준거법에 관한 규칙이 포함될 가능성도 있다. 이런 이유로 전문 제35항은 특히 로마II가 물품과 서비스의 자유로운 이동을 제한해서는 아니된다는 점을 강조하고, 제27조는 로마II는 특정한 사항에 관하여 계약외채무와 관련된 국제사법규칙들을 정한 공동체법의 규정의 적용에 영향을 미치지 아니한다고 규정한다.

바. 기존 국제협약과의 관계(제28조)

로마II는 채택 당시 1개국 이상의 회원국이 당사자로 가입한 국제협약이나, 계약외채무와 관련된 국제사법규칙들을 정한 국제협약의 적용에 영향을 미치지 아니한다(제1항). 그러나 로마II는, 그러한 협약이 로마II에 의하여 규율되는 사건에 관련되는 한, 전적으로 2개국 이상의 회원국들 간에 체결된 협약보다는 우선적으로 적용된다(제2항).

2. 최종규정(제VII장)

가. 협약의 목록(제29조)

회원국들은 2008년 7월 11일까지 위원회에 제28조 제1항에 언급된 협약들을 고

²²⁷⁾ Graziano, p.73.

지하고, 그 후 위원회에 모든 협약들의 폐기통고를 고지해야 하며(제1항), 위원회는 고지를 받은 날로부터 6월 이내에 그런 협약들의 목록과 폐기통보를 유럽연합 관보에 공표해야 한다(제2항).

나. 심사조항(review clause)(제30조)

미해결된 일부 쟁점에 대하여 위원회는 보고서를 작성하여 2011년 8월 20일 이전에 유럽의회, 이사회와 유럽경제사회위원회에 제출해야 하는데 이는 외국법의 취급과, 제28조가 헤이그교통사고협약에 미치는 영향에 대한 연구이다. 또한 위원회는 2008. 12. 31.까지 매체(media)에서의 언론 및 표현의 자유에 관련되는 규칙 등의 국제사법적 쟁점들을 고려하면서, 프라이버시 및 인격권 침해로부터 발생하는 계약외채무의 준거법에 관한 연구보고서를 제출해야 한다.

다. 적용시기(제31조)와 적용일자(제32조)

로마II는 발효일 이후에 일어난, 손해를 초래하는 사건에 적용된다. 로마II는 협약 목록의 고지 및 폐기통고에 관한 제29조를 제외하고는²²⁸⁾ 2009년 1월 1일부터 발효된다.

IX. 우리 법에의 시사점

여기에서는 불법행위의 준거법에 관한 우리 국제사법의 규정을 개관하고, 해석론과 입법론의 관점에서 우리가 로마II로부터 도출할 수 있는 시사점을 살펴본다. 다만 좀 더 구체적인 논의는 다음 기회로 미룬다. 다만 우리 법과의 비교를 위해 로마II의 연결원칙을 정리해둔다.

1. 로마II에 따른 연결원칙의 정리

위에서 본 로마II의 연결원칙은 아래와 같이 정리할 수 있다.

²²⁸⁾ 이는 2008년 7월 11일부터 적용된다.

구 분	연결원칙	연결원칙의 완화			
		공동 속인법	밀접관련국법	당사자자치(제14조)	
불법행위일반(제4조)	결과발생지	가능	가능	가능	
제조물책임(제5조)	단계적 연결	가능	가능	가능	
부정경쟁	일반적인 경우(제6조 제1항)	영향을 받은 국가(시장지법)	불가	불가	불가
	특정경쟁자만 영향(제6조 제2항)	결과발생지	가능	가능	불가
경쟁제한(제6조 제3항)	시장지법	불가	불가	불가	
환경손해(제7조)	편재주의	불가	불가	가능	
지적재산권 침해(제8조)	보호국법	불가	불가	불가	
쟁의행위(제9조)	쟁의행위지법	가능	불가	가능	

2. 우리 국제사법의 불법행위의 일반규칙

국제사법은 불법행위의 연결원칙으로 불법행위지법원칙을 규정하고 있으나 이는 다양한 원칙에 의하여 완화된다. 즉 준거법의 사후적 합의(제33조)가 가장 우선하고, 그 다음으로 종속적 연결(제32조 제3항)과 공동의 속인법(제32조 제2항) 순으로 적용되고 이런 특칙이 적용되지 않는 경우 비로소 불법행위지원칙(제32조 제1항)이 적용된다. 또한 제8조에 따라 사후적 합의 이외의 연결원칙이 배제될 수 있다. 여기에서는 위 로마II의 체제에 따라 제32조 제1항—제3항을 살펴보고 준거법 합의는 아래(4.)에서 별도로 논의한다.

가. 불법행위지법원칙

국제사법(제32조 제1항)은 불법행위지법(또는 행위지법)과 법정지법을 누적적용하는 섭외사법의 절충주의를 폐지하고 불법행위지법원칙을 일원화하였다. 다만 행동지와 결과발생지가 상이한 ‘격지불법행위’의 준거법에 관하여 별도로 규정하지 않으므로 이는 판례와 학설에 의해 해결되어야 한다. 주목할 것은, 대법원 1983. 3.

22. 선고 82다카1533 전원합의체판결²²⁹⁾이 원인된 사실이 발생한 곳(즉, 불법행위지)은 행동지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함한다고 판시한 점이다.²³⁰⁾ 이처럼 행동지와 결과발생지를 모두 연결점으로 인정한다면 양자, 특히 결과발생지가 복수 존재하는 경우(예컨대 인터넷상의 불법행위) 결과발생지가 전세계에 존재할 수 있게 되어 준거법이 지나치게 확산될 수 있다. 이 경우 배분적 연결원칙을 적용하는 것으로는 합리적인 분쟁해결이 어렵다. 따라서 어떻게 준거법을 단순화할지도 문제된다.

결과발생지라 함은 보호되는 법익이 불법행위에 의하여 직접 침해된 장소, 환언하면 법익침해 당시 당해 법익의 소재지를 말하고,²³¹⁾ 손해가 발생한 장소인 손해발생지(Schadensort)와는 구별된다. 그리고 여기의 결과발생지는 직접적인 법익침해지만을 말하는 것이지 그로부터 파생되는 이차적인 또는 간접적인 결과발생지는 포함하지 않는다. 이차적 결과발생지는 우연적이고, 이를 포함할 경우 결과발생지가 부당하게 확장될 수 있기 때문이다.

흥미로운 것은 도메인이름에 관한 대법원 2008. 4. 24. 선고 2005다75071 판결이다. 위 사건은 피고가 분쟁해결기관의 조정결과에 따라 버지니아주 등록기관을 통하여 등록된 도메인이름을 이전등록해감으로써 원고가 한국에서 도메인이름을 사용하지 못하게 된 사건인데, 결과발생지의 정의에 따르면 도메인이름이라는 법익소재지가 결과발생지여야 하나 대법원은 도메인이름의 사용수익권을 상실하게 되는 법익침해가 한국에서 일어났으므로 준거법이 한국법이라고 보았다. 도메인이름 등록인의 주된 권리가 도메인이름의 등록·사용권이고, 위 사용권은 등록료를 납입하는 한 계속적인 권리임을 감안하면, 도메인이름의 사용이 원고의 주소지이자 주된 사무소 소재지인 한국을 중심으로 일어나고 있기 때문이라는 것이다.²³²⁾ 도메인이름의 법적 성질은 좀 더 검토할 사항이지만, 위 판결은 사실상 불법행위로 인하여 경제적 손실을 입게 된 이차적 또는 간접적 결과발생지를 결과발생지에 포함시킨 것이다.²³³⁾ 대법원판결은 한국법을 적용하여, 피고가 분쟁해결정책에 따라 분쟁해결기관에 분쟁조정신청을 하고 그 조정결과에 따라 도메인이름을 이전받은

229) 대법원 1985. 5. 28. 선고 84다카966 판결도 동지.

230) 다만 그 정확한 취지는 불분명하다.

231) Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (2006), §53 IV 1 b.

232) 김운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부”, **대법원 판례해설** 제75호(2008년 상권), 444면.

233) 김운호(註 232), 443-444면은 법익침해지가 한국이라고 한다.

행위는 적법하다고 보아 불법행위의 성립을 부정하였다.

나. 연결원칙의 완화 - 공통의 속인법과 종속적 연결

불법행위 당시 가해자와 피해자가 동일한 국가에 상거소를 가지는 때에는 그 국가의 법이 준거법이 된다(제32조 제2항). 이는 공통의 속인법을 준거법으로 인정하는 것인데 국제사범은 국적이 아니라 상거소를 기준으로 한다. 국제사범(제32조 제3항)은 종속적 연결(akzessorische Anknüpfung)을 규정한다. 따라서 예컨대 당사자 간에 계약관계가 있는데 불법행위가 계약관계를 침해하는 때에는 불법행위책임과 함께 채무불이행책임이 인정될 것이나, 이 경우 불법행위는 계약의 준거법 소속국법에 따른다. 그 결과 계약과 불법행위의 준거법이 동일 국가법이 되므로 실질법의 모순 또는 저촉으로 인한 어려움을 피할 수 있다. 이 경우 청구권경합 여부는 종속적 연결에 의하여 결정된 준거법 소속국의 실질법이 결정한다.

3. 우리 법상 특수불법행위의 준거법

한편 2001년 국제사범 개정을 위한 입법과정에서 특수불법행위를 위한 특칙을 들지에 대하여 논란이 있었으나 당시로서는 연구의 부족으로 연결원칙을 명문화하기 어렵고, 국제사범 제8조가 예외조항을 두고 있기 때문에 필요한 경우 제32조와 제8조를 결합함으로써 적절한 연결원칙을 도출할 수 있으므로 특칙을 두지 않더라도 무방하다고 보아 이를 두지 않았다.²³⁴⁾ 따라서 국제사범 하에서 불법행위지법을 적용하는 것이 부적절한 사안에서는 제32조와 제8조를 활용함으로써 적절한 연결원칙을 도입해야 하는데, 아래에서는 그 방향을 간단히 논의한다.

가. 제조물책임

섭외사범 하의 것이지만, 월남전에 참전했던 우리 군인들이 미국의 다우케미칼과 몬산토를 상대로 제조물의 하자로 인한 손해배상을 구한 사안(고엽제소송)에서 제조물책임의 준거법에 관한 하급심판결이 있다. 즉 서울지방법원 2002. 5. 23. 선고 99가합84123 판결은 섭외사범 제13조 제1항의 해석론으로서 불법행위지는 “불법행위를 한 가해행위지뿐만 아니라 손해의 결과발생지도 포함하고, 특히 불법행

²³⁴⁾ 법무부, **국제사범 해설**(2001), 120-121면. 그러나 국제사범에는 지적재산권 침해(제24조)와 선박충돌에 관한 조항(제61조)이 있고, 그 후 공정거래법(제2조의2)과 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(제2조)에 민사책임의 준거법에 관한 조항이 신설되었다.

위의 특수한 유형인 제조물책임 소송에 있어서 가해행위지는 생산지, 취득지, 시장 유통지뿐만 아니라 사용지까지 모두 포함하는 개념이라고 봄이 상당하므로 당해 사건의 준거법은 가해행위지법으로서 생산지법인 미합중국법, 사용지법인 월남법, 결과발생지법으로서 대한민국법이라 할 것”이라고 판시하고, 나아가 “준거법이 복수로 지정된 경우에는 … 각 준거법을 적용하였을 때 원고가 다른 준거법을 적용할 때보다 더 유리한 판결을 받을 수 있는 준거법이 있다면 그 법률을 적용할 수 있고, 그 유리·불리의 여부는 법원이 아닌 원고가 판단하여야 한다”는 취지로 판시하였다. 서울고등법원 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결도 대체로 동지로 판시하였으나, 원고가 복수의 준거법이 적용될 수 있는 상황에서 특정한 준거법이 시행되는 국가를 법정지로 선택한 것은 특별한 사정이 없는 한 그 법정지의 법률을 적용받고자 하는 의사를 표시한 것으로 해석함이 합리적이라는 이유로 한국법을 준거법으로 판단한 점에서 차이가 있다.²³⁵⁾

국제사법은 제조물책임의 준거법을 명시하지 않으므로 수입 물품의 경우 일응 취득지법인 한국법을 준거법으로 보는 견해가 유력할 것이나, 피해자를 보호하고자 법원이 제조지인 외국법을 적용할 여지도 있고 그 과정에서 고엽제 사건 판결의 법리를 원용할 수도 있다. 로마II는 제조자 등 제조물책임을 져야 하는 당사자와 피해자의 이해관계를 형량하여 나름대로 설득력 있는 연결원칙을 제시한 것으로 보인다. 그러나 로마II, 일본, 중국과 스위스의 입법²³⁶⁾이 각기 다른 데서 보듯이 제조물책임의 올바른 연결원칙의 도출은 쉽지 않으므로 우리로서는 정치한 해석론과 입법론의 정립을 위하여 좀 더 고민할 필요가 있다. 다만 그 경우 연결원칙의 완화는 쉽게 인정할 수 있을 것이다.

나. 경쟁법

(1) 부정경쟁행위

종래 우리나라에서는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(“부정경쟁방지법”) 위반으로 인한 사건은 있지만 준거법은 별로 논의되고 있지 않은 것 같다. 실질법상으로는 우리나라에서 상표권으로 등록되지 않아 상표권으로서 보호받을 수

235) 로마II를 고엽제소송에 적용해보면, 미국 제조사들이 한국(정부)에 동종의 고엽제를 판매했기에 따라 한국법이 준거법이 될 수도 있고 아닐 수도 있다.

236) 스위스 국제사법(제135조)은 헤이그제조물책임협약을 따르지 않고 별도의 연결원칙을 규정한다. 석광현, **국제사법과 국제소송** 제1권 (2001), 479면 이하 참조.

없는 경우에도 부정경쟁방지법에 의한 보호를 받을 수 있는데, 실무상으로는 섭외적 요소가 있는 경우에도 국제사법적 고려 없이 우리 부정경쟁방지법을 적용하는 것으로 보인다. 그러나 외국적 요소가 있다면(예컨대 원고가 외국인이거나 외국회사라면) 부정경쟁행위는 불법행위로 성질결정하고 준거법을 결정해야 하는데, 그 경우 불법행위지법에 따를지, 아니면 국제사법의 이념에 비추어 더 적절한 연결원칙(예컨대 시장지 또는 경쟁관계 또는 소비자의 집단적 이익이 영향을 받은 곳)을 적용할지가 문제이나, 로마II의 연결원칙을 해석론과 입법론으로서 도입할 여지도 있다. 해석론으로서 국제사법 제33조, 제32조와 제7조에 의하여 연결원칙을 완화할 수 있는가는 논란의 여지가 있다.

(2) 경쟁제한행위

후연전극봉 사건에서 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결은 명시적 규정이 없는 구 공정거래법의 해석론으로 외국기업이 외국에서 한 부당공동행위에 동법의 역외적용을 최초로 증명하였는데, 동 사건의 대법원 계속 중 국회는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”고 제2조의2로 신설함으로써 구 공정거래법의 역외적용을 명시하였다. 이는 공정거래위원회에 의한 행정규제(예컨대 시정명령과 과징금의 납부명령)를 주로 염두에 둔 것으로 보이나, 로마II(제6조 제3항)에서 보듯이 공정거래법 위반으로 인한 민사책임의 문제가 있다.²³⁷⁾ 이는 일방적(또는 일면적) 저촉규정의 형식을 취하는 공정거래법 제2조의2와, 불법행위의 준거법을 정한 국제사법(제32조 이하)의 관계를 어떻게 볼 것인가라는 문제이다. 특히 역외적용이 문제되는 사안은 ‘격지불법행위’에 해당하는데 그 경우 준거법의 결정에 관하여 종래 논란이 있기 때문이다. 필자는 민사책임에 관한 한 제2조의2를 국제사법의 특칙이라고 볼 수 있다는 견해를 피력한 바 있다.²³⁸⁾ 문제는 그 경우 해석론으로서 국제사법 제33조, 제32조와 제7조에 의하여 연결원칙을 완화할 수 있는가인데 이는 논란의 여지가 있다. 입법론적으로 제2조의2의 취지를 좀 더 명확히 하고 양면적 저촉규정으로 전환하여 국제사법에 들지와 그 경우 제2조의2를 어떻게 개정할지는 좀더 검토할 문제이다.

237) 대표적인 예가 ‘국제카르텔사법’의 문제이다.

238) 상제는 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 域外適用”, **서울지방변호사회 판례연구** 제21집 (2)호 (2007. 12), 9면 이하 참조.

다. 환경손해

우리나라의 경우 지리적 위치로 인해 국제적 환경손해가 발생하는 것은 쉽지 않지만 불가능한 것은 아닐 것이다. 어쨌든 국제사법의 해석상 로마II 제7조가 취하는 편재주의를 도출할 수 있고 국제사법 제33조, 제32조와 제7조에 의한 연결원칙의 완화도 가능하다고 본다. 다만 입법론은 좀 더 검토할 사항이다.

라. 지적권침해

국제사법 제24조는 지적재산권의 침해에 관하여 보호국법주의를 명시한다. 제24조의 결과 지적재산권의 침해에 대하여는 통상의 불법행위의 경우 불법행위지법이 적용되는 것과는 달리 침해지법이 준거법이 된다.²³⁹⁾ 따라서 지적재산권에 기한 손해배상과 침해금지를 모두 지적재산권 침해의 문제로 일원적으로 성질결정하고 보호국법에 의하여 해결해야 한다.²⁴⁰⁾ 제24조는 문면상 지적재산권 침해를 중심으로 보호국법주의를 규정하고 있으나 이는 지적재산권 전반에 관하여 보호국법주의를 선언한 조항으로 본다.²⁴¹⁾ 문제는 인터넷에 의한 지적재산권의 편재적 침해에 대처하기 위해 제24조를 개정할 필요가 있는가이다. 우선은 해석에 의한 해결을 모색해야 할 것이나 장기적으로는 EMPG 원칙(안)과 ALI 원칙을 참고하여 입법적으로 해결함으로써 법적 안정성을 확보하는 것이 바람직하다고 본다.

지적재산권 침해는 불법행위의 성질도 가지므로 제24조와 불법행위의 연결원칙을 정한 제32조 및 제33조의 관계가 문제된다. 불법행위의 준거법에 관하여 행위지법원칙을 정한 제32조 제1항은 제24조에 배치되므로 적용될 수 없음은 명백하고,²⁴²⁾ 또한 그 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 경우 제32조 제4항에 따라 손해배상의 범위를 제한할 수 있다고 본다.²⁴³⁾ 문제는 지적

239) 지적재산권의 속지주의에 비추어 행동지와 결과발생지는 원칙적으로 동일하다.

240) 우리 국제사법 하에서는 서울중앙지법 2008. 3. 13. 선고 2007가합53681 판결처럼 일본 법례 하에서 최고재판소 2002. 9. 26. 카드리더 사건 판결의 결론을 따르는 것은 잘못이다. 석광현, “國際知的財産權法에 관한 小考 - 최근 일부 하급심판결들에 대한 유감을 표시하며”, **법률신문** 제3656호(2008. 6. 9.), 14면 참조.

241) 이런 취지를 분명히 하기 위해 국제사법 제24조를 좀 더 명확히 하는 것이 바람직하다.

242) 석광현(註 73), 193면; 강영수, 國際知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法의 問題에 관한 研究 - 屬地主義 原則의 限界 및 그 修正을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 박사학위논문 (2005), 214면.

243) 석광현(註 73), 194면.

재산권 침해의 경우에도 국제사법 제33조, 제32조와 제8조에 의하여 연결원칙을 완화할 수 있는가는 문제인데, 로마II는 이를 모두 부정하나, 우리 국제사법의 해석론으로는 견해가 나뉠 수 있다는 점은 지적한 바와 같다.²⁴⁴⁾ 따라서 입법적으로 해결하는 것이 바람직한데, 그 경우 국제사법 제33조, 제32조와 제8조에 의하여 연결원칙을 완화할 수 있음을 명시하는 것이 좋을 것이다.

마. 정의행위

이에 관하여는 우리나라에서는 논의가 없는 것으로 보이나 현재로서는 국제사법 제32조의 해석에 의하여 해결해야 할 것이다. 앞으로 검토할 과제이다.

4. 우리 법상 준거법의 합의와 공서

가. 준거법의 합의

당사자들은 불법행위의 발생 후 법정지법인 한국법을 불법행위의 준거법으로 합의할 수 있다(제33조). 일방 당사자가 법정에서 한국법의 적용을 주장하는 데 대해 상대방이 이의를 제기하지 않고 변론하는 경우 묵시적 합의가 성립할 수 있다. 로마II는 일정한 요건 하에 사전적 합의를 허용하고 당사자가 선택할 수 있는 법을 제한하지 않으나 우리 법은 사후적 합의만 허용하면서 선택할 수 있는 대상도 법정지법으로 제한한다. 다만 우리 법상 특수불법행위의 경우 당사자자치가 어느 범위 내에서 허용되는 분명하지 않다. HG 의견은 공익이 관련되거나 관련될 수 있는 경우에는 당사자자치가 허용되지 않으므로 경쟁법위반, 지적재산권 침해와 환경손해의 경우에는 당사자자치를 허용할 수 없다고 한다.²⁴⁵⁾ 그러나 로마II도 환경손해의 경우는 당사자자치를 허용한다.

나. 공서

국제사법은 제10조에 일반적 공서를 규정하는 외에 제32조 제4항에서 특별공서를 규정한다. 즉 불법행위의 효력인 손해배상액의 산정은 준거법에 따를 사항이나 외국법에 따른 손해배상의 성질이 명백히 피해자의 적절한 배상을 위한 것이 아니거나, 또는 그 범위가 본질적으로 피해자의 적절한 배상을 위하여 필요한 정도를 넘는 때에는 이를 인정하지 아니한다. 전자의 예로는 미국에서 인정되는 징벌적 손해배상을,

²⁴⁴⁾ 법무부(註 234), 87-88면.

²⁴⁵⁾ HG 의견, p.38.

후자의 예로는 지나치게 과도한 손해배상(grossly excessive damages)을 들 수 있다. 이는 입법과정에서 고려되었다가 삭제된 위원회 초안(제24조)과 유사하다.

다. 반정

국제사법(제9조)은 원칙적으로 우리 법으로의 직접반정을 허용하면서 예외적으로 반정이 허용되지 않는 사례를 열거한다. 불법행위의 경우는 그러한 예외에 해당하지 않으므로 국제사법상 외국법이 준거법으로 지정된 경우 우리 법으로의 직접반정은 원칙적으로 허용된다.²⁴⁶⁾

5. 우리 법상 불법행위의 연결원칙의 정리

로마II의 체제에 따라 불법행위에 관한 우리 현행법의 연결원칙을 정리하면 다음과 같다.

구 분	연결원칙	연결원칙의 완화		
		공통 상거소지법 (제32조 제2항)	종속적 연결 (제32조 제3항) ²⁴⁷⁾	당사자자치 (제33조)
불법행위일반	불법행위지 (제32조 제1항) ²⁴⁸⁾	가능	가능	가능
제조물책임	특칙 없다	가능할 것	가능할 것	가능할 것
부정경쟁	일반적인 경우	특칙 없다	불명	불명
	특정경쟁자만 영향	특칙 없다	불명	불명
경쟁제한	시장지법 (공정거래법 제2조의2)	불명	불명	불명
환경손해	특칙 없다	가능할 것	가능할 것	가능할 것
지적재산권 침해	보호국법(제24조)	불명	불명	불명
쟁의행위	특칙 없다	불명	불명	불명

246) 국제사법 제9조 제2항 제6호가 정한 “그 밖에 제1항의 규정을 적용하는 것이 국제사법의 지정 취지에 반하는 경우”의 사례로 종속적 연결을 들 수 있다. 석광현(註 73), 114면 이하 참조.

247) 우리 국제사법은 종속적 연결과 별도로 최밀접관련국법을 준거법으로 정한 제8조를 두고 있다.

국제사법은 행위지법원칙을 완화하기 위하여 그에 우선하는 연결원칙으로 당사자자치, 종속적 연결과 공통의 상거소지법을 도입하였으므로 우리에게 로마II의 연결원칙이 그리 낯설지 않다.²⁴⁹⁾ 국제사법이 특수불법행위의 연결원칙을 두지 않지만, 지적재산권 침해에 대하여는 제24조에서 로마II 제8조와 같이 보호국법원칙을 명시하고, 공정거래법에서 로마II 제6조와 유사한 연결원칙을 두고 있으므로, 상대적으로 중요성이 떨어지는 환경손해와 정의행위에 관한 규정을 제외하면 우리 법에 명문의 규정이 없는 특수불법행위는 제조물책임이다. 따라서 우선 그 준거법을 좀 더 면밀히 검토할 필요가 있다. 또한 국제사법(제8조)은 최상위의 연결원칙으로 일반적 예외조항을 두고 있으므로 모든 특수불법행위의 연결원칙에 대해 예외를 인정할 수 있으나, 로마II는 일부 특수불법행위의 경우(부정경쟁과 경쟁제한, 지적재산권 침해 등) 밀접관련국법을 적용하는 회피조항을 적용하지 않음은 주목할 만하다. 요컨대 로마II는 특수불법행위에 관하여 정치하면서도 확고한 연결원칙을 둬으로써 준거법 결정 맥락에서 당사자의 예측가능성과 법적 안정성을 제고하는 데 반하여, 우리 국제사법은 그렇지 못하므로 위 표에서 보는 바와 같이 불확실성이 있는 것은 사실이다. 따라서 현재로서는 우리 법원의 역할이 중요하나, 일부는 입법적으로 해결하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

X. 맺음말

이상에서 로마II 중 불법행위를 중심으로 계약외채무의 준거법결정원칙을 검토하였다. 로마협약에 이어 로마II가 2009년 1월 발효됨으로써 유럽연합은 1967년 개시했던 국제채권(무)법의 준거법 통일작업을 완성하였고 이어 2009년 12월 로마협약이 개정되면서 법형식이 로마I로 변경되었다. 로마II를 검토하는 과정에서 로마II는 대륙법계 전통 국제사법의 진화된 모습을 담고 있는 것으로 그 연결원칙이 우리에게 그리 낯설지 않음을 확인하였다. 물론 몇 가지 쟁점들(프라이버시와

248) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(제2조)은 공정거래법 제2조의2와 유사한 연결원칙을 두고 있으나 동 조의 국제사법의 특칙으로서의 가치는 의문이다. 이에 관하여는 우선 석광현·정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자 문업자등의 특례를 중심으로 -”, **증권법연구** 제11권 제2호(2010), 51면 이하 참조.

249) 다만 양자가 동일한 연결원칙을 선택하더라도 반정을 허용하지 않는 로마II와 달리 우리 국제사법(제9조)은 직접반정을 허용하므로 결과가 다를 수 있다.

인격권의 침해, 도로교통사고 등)이 미결로 남아 있지만, 로마II는 유럽연합 내에서는 현대적이고 균형 잡힌 규범체계로서 상당한 정도의 법적 안정성을 창설함과 동시에 법적용자들에게 필요한 정도의 자유와 유연성을 허용할 것이라는 점에서 호평을 받았다.²⁵⁰⁾ 이어서 로마II가 주는 우리 법에의 시사점을 보았는데 로마II는 우리의 해석론과 입법론을 위하여 유용하다. 이제 우리도 특수불법행위의 준거법 결정 시 법적 안정성을 제고하기 위하여 입법론으로서 특수불법행위의 연결원칙을 정비할 필요가 있는데, 그 과정에서 우선 로마II를 철저히 분석하고, 또한 인접 동북아 국가들의 국제사법규범²⁵¹⁾도 충분히 검토해야 한다.²⁵²⁾ 또한 우리는 과도기적 조치만 취하고 장래로 미루어둔 국제재판관할규칙을 정비할 필요가 있으므로 이제 우리도 국제사법 개정을 위한 작업을 시작할 필요가 있다. 필자는 광의의 국제사법학이 유독 척박한 한국의 법률가로서, 근자에 로마II를 비롯한 유럽연합 국제사법의 발전상과, 특히 국제사법의 중요성에 대한 인식 하에 유럽연합 회원국의 전문가들이 다양한 의견을 교환하고 의견을 수렴해 나가는 과정을 선망의 눈으로 바라보고 있다. 솔직히 필자로서는 이제 유럽연합 국제사법의 변화를 따라가는 것조차 힘에 부친다. 로마II의 특수불법행위의 연결원칙을 검토하면서 특히 공정거래법과 지적재산권법 등 실질법에 대한 지식 부족으로 인하여 어려움을 겪었다. 우리나라에서도 다양한 실질법 분야의 전문가들이 당해 분야의 국제사법 쟁점에 관심을 가져 줄 것을 촉구한다.

투고일 2011. 8. 11

심사완료일 2011. 8. 30

게재확정일 2011. 9. 8

²⁵⁰⁾ Wagner(註 51), S. 17; Graziano, p.75 및 주 268에 인용된 문헌들 참조.

²⁵¹⁾ 근자에 개정(또는 제정)된 일본, 중국과 타이완 국제사법은 특수불법행위에 관한 규정을 둔다.

²⁵²⁾ 국제사법이론은 전통적으로 비교법적 방법에 크게 의존하고 있고, 국제사법은 국제적인 법공동체의 표현이라고도 할 수 있으므로 외국의 국제사법규범의 연구는 필수 불가결하다. Bernhard Grossfeld, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung* (1984), S. 45-53.

참고문헌

- 강영수, 國際 知的財産權侵害訴訟에 있어서 國際私法的 問題에 관한 研究 - 屬地主義 原則의 限界 및 그 修正을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 박사학위논문 (2005).
- 김선이, “제조물책임의 준거법에 관한 헤이그조약,” **국제사법연구** 제3호 (1998).
- 김용진, “Rome II - 범상 특별연결규정에 관한 분석과 한·EU FTA에 미치는 영향 - 제조물책임소송의 준거법을 중심으로 -, **인권과 정의** 제417호 (2011. 5).
- 김운호, “UDRP에 의한 조정결정에 따른 도메인 강제이전과 부당이득의 성립 여부”, **대법원 판례해설** 제75호 (2008년 상권).
- 법무부, **국제사법 해설** (2001).
- 석광현, **국제사법과 국제소송** 제1권 (2001).
- 석광현, **국제사법과 국제소송** 제2권 (2001).
- 석광현, **2001년 개정 국제사법 해설** 제2판 (2003).
- 석광현, **국제사법과 국제소송** 제4권 (2007).
- 석광현, “외국저작권 침해의 준거법”, **서울지방변호사회 판례연구** 제23집(1) (2009. 9).
- 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 域外適用”, **서울지방변호사회 판례연구** 제21집 (2)호 (2007. 12).
- 최광준, “새로운 유럽공동체법(Rome II Regulation)상 불법행위에 관한 준거법”, **재산법연구** 제26권 3호 (2010).
- American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of law and Judgments in Transnational Disputes 2007* (American Law Institute Publishers, 2008).
- Betlem, G./Bernasconi, Christoph, European Private International Law, the Environment and Obstacles for Public Authorities, *Law Quarterly Review* (London: Sweet & Maxwell, 2006).
- Boer, Th. M. de, Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- Boschiero, Nerina, “Infringemen of Intellectual Property Rights : A Commentary on Article 8 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX, 2007 (München: Sellier, 2007).

- Dickinson, Andrew, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 2008).
- Fawcett, James J./Torremans, Paul, *Intellectual Property and Private International Law*, 2 edition (Oxford: Oxford University Press, 2011).
- Fawcett, James/Carruthers, Janeen M., *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, 14th edition (Oxford: Oxford University Press, 2008).
- Graziano, Thomas Kadner, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II - Verordnung, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 73 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2009).
- Graziano, Thomas Kadner, *Europäisches Internationales Deliktrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003).
- Graziano, Thomas Kadner, “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- Grossfeld, Bernhard, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1984).
- Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission’s Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 67 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2003).
- von Hein, Jan, “Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulations to the “Communitarisation of Private International Law”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2009).
- von Hein, Jan, Die Ausweisklausel im europäischen Internationalen Deliktsrecht, Die richtige Ordnung, *Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).
- von Hein, Jan, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II- Verordnung, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (München, C.H. Beck, 2009).
- Hellgardt, Alexander/Ringe, Wolf-Georg, “Internationale Kapitalmarkthaftung als Corporate

- Governance”, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2009).
- Hellner, Michael, “Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition: A Commentary on Article 6 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- Hohloch, Gerhard, Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- Huber, Peter/Illmer, Martin, “International Product Liability under Rome II: A Commentary on Article 5 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- Illmer, Martin, “The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 73 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2009).
- Kropholler, Jan, *Europäisches Zivilprozeßrecht: Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8. Auflage (Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2005).
- Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006).
- Mankowski, Peter, *Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO: Internationales Umwelt- haftungsrecht, internationales Kartellrecht, renvoi, Parteiautonomie, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* (Bielefeld: Giesecking, 2010).
- Moreno, Guillermo Palao, The Law Applicable to a Non-Contractual Obligation with respect to an Industrial Action: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (München: Sellier, 2007).
- MünchKommBGB/Junker, 5. Auflage, Band 10 (München, C.H. Beck, 2010).
- MünchKommBGB/Drexl, 6. Auflage, Band 11, IntUnlWettbR (München, C.H. Beck, 2010).
- MünchKommBGB/Drexl, 6. Auflage, Band 11, IntIMMGR (München, C.H. Beck,

2010).

Plender, Richard/Wilderspin, Michael, *The European Private International Law of Obligations*, Third Edition (London: Sweet & Maxwell, 2009).

Symeonides, Symeon C., Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity, 56 *Am. J. Comp. L.*, (Berkeley: The American Society of Comparative Law, 2008).

Symeonides, Symeon C., Rome II: A Centrist Critique, *Yearbook of Private International Law*, Vol. IX (2007), Vol. IX (München: Sellier, 2007).

<Abstract>

EU Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (Rome II)

Suk, Kwang Hyun*

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”) has taken effect on January 11, 2009. Therefore, uniform choice of law rules on non-contractual obligations across the European Union except Denmark have been introduced. Rome II clearly shows the progressive evolution of the choice of law rules in the major member states of the European Union. As the author wrote an article entitled “Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations” several years ago, the author explains major terms of the Rome II and tries to draw some lessons for the interpretation of the current Korean Private International Law Act (“KPILA”) and Korea’s future amendment to the KPILA. More specifically, the author reviews the background of the Rome II (Chapter II), the scope of application (Chapter III), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict in general (Chapter IV), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of special types of tort/delict (Chapter V), freedom of choice (Chapter VI), common rules (Chapter VII), other provisions and final provisions (Chapter VIII). Finally, the author suggests some guides for the interpretation and future amendment of the KPILA (Chapter IX). It is particularly noteworthy that the Rome II contains express choice of law rules for product liability, unfair competition and acts restricting free competition, environmental damage, infringement of intellectual property rights and industrial action. Although some issues such the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation are reserved for future works, the Rome II has been warmly

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

welcomed in the European Union in that it is modern and creates a legal certainty in determining a governing law for non-contractual obligations and at the same time provides necessary freedom and flexibility to those who will actually apply the choice of law rules of the Rome II. Now it is time for us to embark upon a project to amend the KPILA, which does not include any express choice of law provisions on special types of tort/delict except for infringement of intellectual property rights. Finally the author urges Korean experts in various areas of domestic substantive laws to pay more attention to the choice of law rules in those areas.

Keywords: Rome II, Non-contractual obligations, product liability, Unfair competition and acts restricting free competition, Environmental damage, Infringement of intellectual property rights, Industrial action