

〈판례평석〉

영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제

石光現*

요약

원고가 이 사건 소로써 추심금청구를 한 데 대하여 피고는 소송상 상계의 항변을 하였다. 자동채권과 수동채권의 준거법이 모두 영국법이므로 상계의 준거법은 영국법이었다. 이 사건은 영국 보통법상의 상계를 둘러싼 다양한 쟁점을 제기하는 흥미로운 사건이다. 저자가 다루는 논점은 아래와 같다. 첫째, 상계에 관한 입법례와 영국법상 상계의 소개(아래 II.). 둘째, 영국 보통법상의 상계가 재판상으로만 주장할 수 있는 소송법상 제도임을 고려할 때, 이 사건에서 영국 보통법이 상계의 준거법이 될 수 있는지, 나아가 한국법으로의 ‘숨은 반정’이 허용되는지(아래 III.). 셋째, 채무자의 도산절차 내에서 상계가 행해지는 경우에도 상계 자체는 ‘도산전형적 법률 효과’에 속하는 사항이 아니어서 상계의 요건과 효과는 여전히 “상계의 준거법”에 따르는지(아래 IV.). 넷째, 상계의 준거법이 영국 보통법인 경우에 상계의 요건과 효과를 정한 영국 도산법과 도산규칙이 한국의 도산절차에 적용될 수 있는지(아래 V.). 다섯째, 상계의 항변을 하는 제3채무자와, 수동채권을 가압류 및 압류함으로써 지급금지의 효력을 획득한 채권자와 간의 우열을 판단함에 있어서 상계의 준거법인 영국법에 따라야 하는지 아니면 민사집행법 등 한국법에 따라야 하는지(아래 VI.). 대법원판결은 영국 보통법상 상계는 절차법적 성격을 가진다면, 채권의 소멸이라는 실체법적 성격도 가지므로 상계의 요건과 효과에 관하여 영국 보통법이 준거법으로 적용될 수 있다고 판시하였다. 이런 결론은 필자의 견해와 같지만, 대법원판결은 필자처럼 영국 보통법상 상계를 실체의 문제로 성질결정한 것은 아니다. 제1심판결과 원심판결은 이 사건 상계에 소급효를 인정하였으나 이는 근거가 없는데 대법원이 그런 잘못을 지적하지 않은 것은 유감이다. 대법원은 특별히 명시하지는 않았지만 결론적으로 숨은 반정을 인정하지는 않았다. 대법원판결은 제3채무자가 영국 보통법에 따라 상계를 하는 경우, 우리 법원에서 수동채권을 가압류 또는 압류한 채권자에게 대항할 수 있는지는 집행절차인 채권가압류나 채권압류의 효력과 관련된 문제이므로 민사집행법 등에 의할 것이라고 판시하였는데 이 부분은 설득력이 없다. 필자는 ① 집행절차인 채권가압류 또는 채권압류의 효력의 문제와 ② 그 경우

* 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

제3채무자와 가압류채권자 또는 압류채권자 간의 우열의 문제를 구분할 필요가 있다고 본다. 전자, 즉 지급금지 효력의 발생과 그 범위는 절차적 문제로서 전적으로 한국 민사집행법에 따르지만, 지급금지 효력이 발생한 경우 가압류채권자 또는 압류채권자에 대한 관계에서 상계권자인 제3채무자를 어디까지 보호할지라고 하는 후자는 채권의 준거법에 따를 사항이다. 상계권자가 가지는 상계에 대한 기대 내지 이익은 준거법 하에서 존재하기 때문이다.

주제어: 보통법상 상계, 형평법상 상계, 상계의 준거법, 가압류채권자와 제3채무자의 우열, 도산법정지법 원칙, 도산전형적 효과, 적용(조정)

대상판결: 대법원 2015. 1. 29. 선고 2010다108764 판결¹⁾

서울고등법원 2012. 10. 19. 선고 2012나23490 판결²⁾³⁾

[사안의 개요]⁴⁾

원고(주식회사 한진해운)는 2010. 3. 12. 채무자인 선우상선 주식회사(이하 “선우상선”이라 한다)가 제3채무자인 피고(주식회사 삼선로직스)⁵⁾에 대하여 가지고 있는 회생채권인 이 사건 피가압류채권(이하 “이 사건 수동채권”이라 한다)을 민사

1) [판례공보 2015. 3. 1.(461), 293]. 여기에서는 일단 위 대법원판결을 평석의 대상으로 삼는데, 대법원판결이 충분히 실시하지 않은 논점에 관하여는 원심판결을 보충적으로 논의한다.

2) 이 사건에서 필자는 원고 소송대리인인 법무법인(유한) 태평양의 요청에 따라 2013년 7월 대법원에 의견서를 제출한 바 있다. 이 글은 그 의견서에 기초하면서 대상판결과 다른 대법원판결들에 대한 소개도 추가하여 작성한 것이다. 피고 측에서는 이현묵 교수의 의견서를 제출하였다.

3) 원심판결과 대상판결에 대하여 이현묵, “국제적 상계에 대한 준거법”, **국제거래법연구**, 제18집 제1호(2009), 131면 이하; 이현묵, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, **저스티스**, 통권 제142호(2014. 6), 41면 이하; 이현묵, “영국법이 적용되는 채권에 대한 상계의 준거법”, **법률신문**, 제4328호(2015. 6. 22), 13면이 공간된 바 있고 이현묵 교수는 2015. 11. 26. 개최된 한국해법학회와 한국국제사법학회의 공동학술대회에서도 이에 관하여 발표하였다.

4) 아래 사안의 개요는 여기에서의 논의를 위하여 단순화한 것이다.

5) 엄밀하게는 회생채무자 주식회사 삼선로직스의 관리인과 주식회사 삼선로직스를 구분해야 하나 여기에서는 편의상 양자를 혼용한다. 실제 피고는 회생채무자 주식회사 삼선로직스의 관리인의 소송수계인 주식회사 삼선로직스였다.

집행법에 따라 가압류하였고, 가압류결정은 피고에게 2010. 3. 31. 송달되었다. 피고도 선우상선에 대하여 미지급용선료 채권 및 손해배상채권(이하 “이 사건 자동채권”이라 한다)을 가지고 있었는데 이 사건 자동채권은 위 가압류 전에 이미 변제기가 도래하였고, 피고는 그에 앞선 2010. 2. 12. 법원의 허가를 얻어 이 사건 희생채권액에 해당하는 채무에 대한 기한의 이익을 포기하고, 선우상선에 대한 이 사건 자동채권과 이 사건 수동채권을 대등액에서 상계하는 내용의 의사표시를 2010. 2. 17.과 2010. 2. 22. 선우상선에게 하였다. 피고와 선우상선은 선박용선계약서에서 분쟁을 런던 해상중재위원회 중재에 회부하기로 약정하였는데, 런던 해상중재위원회는 2010. 4.경 “관련 선박에 관하여 선우상선은 피고에 대하여 각 미지급용선료 및 손해배상금 합계 미화 18,891,346.14달러를 지급할 채무가 있다”는 내용의 중재판정을 하였다.

그 후 원고는 선우상선에 대하여 승소판결을 받은 뒤 위 가압류를 본압류로 전이하고 추심명령을 받아서 제3채무자인 피고를 상대로 하여 추심금의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였다. 피고는 피가압류채권 및 피압류채권(이하 가압류와 압류를 묶어 “(가)압류”라고 한다)이 상계에 의하여 소멸하였으므로 원고의 청구는 기각되어야 한다고 항변하였다. 원고는 피고의 위 항변은 상계의 준거법, 즉 자동채권과 수동채권의 준거법인 영국 보통법에 따르면 근거가 없다고 주장하였다.

[소송의 경과]

1. 제1심판결⁶⁾

제1심에서 피고는 2011. 12. 15. 원고에 대하여, 선우상선에 대한 이 사건 자동채권을 자동채권으로, 선우상선의 피고에 대한 희생채권을 수동채권으로 하여 예비적으로 상계의 항변을 하였다. 제1심법원은 피고의 상계로 인하여 이미 소멸하여 존재하지 않는 채권을 목적으로 한 이 사건 (가)압류 및 추심명령은 효력이 없다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 원고는 제1심판결에 불복하여 항소하였다.

2. 원심판결

원심은 2010. 2.경 상계에 대하여는 상계요건의 미비를 이유로 항변을 배척하였

6) 서울중앙지방법원 2012. 2. 2. 선고 2011가합4761 판결.

으나, 후자, 즉 2011. 12. 15. 예비적 상계의 항변을 받아들였다. 원심은 (1) 피고가 2011. 12. 15. 이 사건 자동채권과 이 사건 수동채권에 대하여 대등액에서 상계하는 의사표시를 할 당시에 양 채권이 모두 사법적으로 확정되었고 이행기에 이르러 상계적상에 있었으므로 상계의 요건을 갖추었다는 취지로 판단한 다음, (2) 원고가 민사집행법에 따라 이 사건 수동채권을 (가)압류 및 추심명령을 받고 이에 기하여 제3채무자인 피고에 대하여 추심금 청구를 하는 이 사건에서, 원고가 위 (가)압류로 피고의 상계 주장을 저지할 수 있는지 여부는 상계의 준거법인 영국법이 아니라 우리 민사집행법에 따라 결정되어야 한다고 판단하고, 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결의 법리에 비추어 보면 2010. 3. 31. 이 사건 가압류 당시 이 사건 자동채권의 변제기는 도래한 반면 이 사건 수동채권은 회생계획에 따라 변제되는 회생채권에 해당하므로 피고는 상계로써 원고에게 대항할 수 있다는 취지로 판단하여, 이 사건 수동채권은 피고의 2011. 12. 15.자 상계로써 상계적상 시에 소급하여 모두 소멸하였다고 보아 원고의 추심금 청구를 기각한 제1심판결을 지지하고 원고의 항소를 기각하였다.

제1심판결과 비교할 때 원심판결은 준거법의 논점과 사법적 확정 등 영국 보통법상의 상계요건을 보다 치밀하게 검토하였다.

3. 대법원판결의 요지

대법원은 원심의 결론을 지지하고 상고를 기각하였는데 대법원판결의 요지는 아래와 같다.

[1] 영국법상의 상계 제도는 보통법상 상계(legal set-off, ‘법률상 상계’라고도 한다)와 형평법상 상계(equitable set-off)가 있는데, 그 중 보통법상 상계는 양 채권 사이의 건련관계를 요구하지 않는 등 형평법상 상계와 비교하여 상계의 요건을 완화하고 있지만 소송상 항변권으로만 행사할 수 있어 절차법적인 성격을 가진다고 해석된다. 그러나 영국 보통법상 상계 역시 상계권의 행사에 의하여 양 채권이 대등액에서 소멸한다는 점에서는 실체법적인 성격도 아울러 가진다고 할 것이므로 상계의 요건과 효과에 관하여 준거법으로 적용될 수 있다.

[2] 상계제도의 목적 및 기능, 채무자의 채권이 압류된 경우 관련 당사자들의 이익 상황 등에 비추어 보면, 민사집행법에 의하여 채권압류명령 또는 채권가압류명령(이하 채권압류명령의 경우만을 두고 논의하기로 한다)을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에, 가압류의 효력 발생 당시에 대립

하는 양 채권이 모두 변제기가 도래하였거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 때에는 그것이 피가압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하면, 상계로써 가압류채권자에게 대항할 수 있다.⁷⁾

[3] 외국적 요소가 있는 채권들 사이에서의 상계의 요건과 효과에 관한 법률관계가 상계의 준거법에 따라 해석·적용된다고 하더라도, 채권자가 대한민국의 민사집행법에 의하여 채권압류명령 및 추심명령을 받아 채권집행을 한 경우에, 채권압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 압류채권자에게 대항할 수 있는지는 집행절차인 채권압류의 효력과 관련된 문제이므로, 특별한 사정이 없는 한 대한민국의 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙이고 상계의 준거법에 의할 것은 아니다.

[연 구]

I. 문제의 제기

원고가 이 사건 소로써 추심금청구를 한 데 대하여 희생절차에 있는 피고의 권리인이 소송상(또는 재판상) 상계의 항변을 하였다. 자동채권과 수동채권의 준거법은 당사자의 합의에 의하여 선택된 정기용선계약의 준거법인 영국법이므로 상계의 준거법이 영국법이라는 점은 당사자 간에 다툼이 없었다.⁸⁾ 상계의 준거법이 상계의 요건과 효과(또는 효력, 이하 양자를 호환적으로 사용한다)를 규율하는 점은 널리 인정되고 있는데,⁹⁾ 이 사건은 영국 보통법상의 상계를 둘러싼 다양한 쟁점을

7) 이는 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결이 이미 실시한 견해로서 민법의 쟁점이므로 여기에서는 그에 대한 논의는 생략한다. 위 전원합의체 판결에 대한 평석은 이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건 - 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결 -”, **자유와 책임 그리고 동행: 안대회 대법관 재임기념** (2012), 361면 이하; 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 - 대법원 전원합의체 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 판결 -”, **고려법학**, 제66호(2012. 9), 381면 이하 참조. 양자는 모두 위 판결의 결론을 지지한다.

8) 자동채권과 수동채권의 준거법이 상이한 경우 상계의 준거법에 관하여 학설이 나뉜다. 석광현, **국제사법 해설**(2013), 434면 참조. 상계의 준거법에 관한 다양한 입법례와 그것으로부터 I 에 어떻게 반영되었는지는 Michael Hellner, “Set-off”, in Franco Ferrari/Stefan Leible (Eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (2009), p. 253 이하 참조.

9) Christoph Reithmann/Dieter Martiny (Hrsgs.), *Das Internationale Vertragsrecht*, 8. Auflage

제기하는 흥미로운 사건이다.¹⁰⁾ 구체적인 쟁점은 아래와 같은데, 첫째 내지 셋째의 논점은 상계의 요건과 효과의 준거법의 문제이다.

첫째, 위 대법원판결의 실시처럼 영국 보통법상의 상계가 재판상으로만 주장할 수 있는 소송법상 제도임을 고려할 때, 국제사법상 통용되는 “절차는 법정지법에 따른다”는 법정지법 원칙(*lex fori principle*)에 비추어 이 사건에서 절차적 성질을 가지는 영국 보통법이 상계의 준거법이 될 수 있는지, 또한 한국법으로의 ‘숨은 반정(*hidden remvoi*)’이 허용되는지. 이는 이 사건 상계의 준거법의 문제로 상계의 성질 결정 및 숨은 반정의 허용 여부와 관련된다(아래 III.).

둘째, 채무자의 도산절차 내에서 상계가 행해지는 경우에도 상계 자체는 ‘도산전형적 법률 효과’에 속하는 사항이 아니어서 상계의 요건과 효과는 여전히 상계의 준거법에 따르고 “채무자회생 및 파산에 관한 법률”(이하 “채무자회생법”이라 한다)이 정한 상계의 제한이 그에 추가적으로 적용되는지. 이는 도산법정지법 원칙과 그 적용범위의 문제이다(아래 IV.).

셋째, 상계의 준거법이 영국 보통법인 이 사건에서 도산상황에서의 상계의 요건과 효과를 정한 영국 도산법(*Insolvency Act 1986*)과 도산규칙이 한국에서 진행되는 피고의 도산절차에서도 적용될 수 있는지(아래 V.).

넷째, 상계의 항변을 하는 제3채무자와 수동채권을 (가)압류함으로써 지급금지의 효력을 획득한 채권자와 간의 우열을 판단함에 있어서 상계의 준거법인 영국법에 따라야 하는지 아니면 민사집행법 등 한국법에 따라야 하는지. 대법원판결과 원심판결은 이 사건 상계의 준거법이 영국 보통법이라면서도 위 논점을 민사집행법과 민법 제498조 등 한국법에 의하여 판단하였는데 이것이 타당한가의 문제이다(아래 VI.).

위의 논점을 검토하기에 앞서 상계에 관한 주요 입법례와 영국법상의 상계를 간단히 소개한다(아래 II.).

(2015), Rz. 3.241 (Martiny 집필부분); Hellner(註 8), p. 258 이하 참조(양자는 로마 I의 맥락에서). 이호정, *국제사법*(1983), 321면; 신창선·윤남순, *신국제사법*(2014), 324면; 김연·박정기·김인유, *국제사법*, 제3관 보정판(2014), 354면; 신창섭, *국제사법*, 제3관(2015), 272면; 윤종진, *개정 현대 국제사법*(2003), 424면도 동지. 다만 위 이호정을 제외한 우리 문헌들은 요건만 언급하는 경향이 있는데 이는 누적적용설을 취하기 때문에 효과에 관하여는 설명을 생략한 탓으로 짐작된다.

10) 석광현(註 8), 635면에서 이미 지적하였다.

II. 상계에 관한 입법례와 영국법상의 상계

1. 상계에 관한 주요 입법례

우리 민법상 상계라 함은 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권·채무를 가지고 있는 경우에 그 채권·채무를 대등액에서 소멸시키는 당사자 일방의 일방적 의사표시를 말한다.¹¹⁾ 이처럼 우리 민법상 상계의 의사표시는 재판 외에서 단독행위로써 할 수도 있고, 소송상 방어방법으로서 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 일종의 예비적 항변으로서 할 수도 있다.¹²⁾ 그러나 프랑스는 상계적상에 있게 되면 당사자의 의사표시를 요하지 아니하고 당연히 상계의 효과가 발생하는 법정상계(당연상계)제도를 가지고 있다.¹³⁾ 이와 달리 영국법상의 상계는 절차적인 것으로 평가되고 있으나¹⁴⁾¹⁵⁾ 이는 보다 상세히 검토할 필요가 있으므로 항을 바꾸어 살펴 본다.

2. 영국법상의 상계

당사자가 도산에 들어가지 않은 통상의 경우, 영국법상 상계에는 ① ‘형평법상의 상계(equitable set-off)’¹⁶⁾와, ② 1729년 및 1735년 상계법(Statute of Set-Off)에 의한 보통법¹⁷⁾상의 상계 또는 ‘독립적 상계 또는 법적 상계(independent set-off or

11) 지원림, **민법강의**, 제14판(2016), [4-132].

12) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 참조.

13) 프랑스 민법(제1290조). 이상주(註 7), 400면 이하도 참조.

14) 그러나 영국법상으로도 상계에 의하여 채무가 소멸하는 점에서 실체적 측면이 있음을 부정하지는 않는다. Rory Derham, *Derham on The Law of Set-off*, Fourth Edition (2010), paras. 2.34, 2.53-2.57. 이는 가장 큰 근거를 상계가 반소(counterclaim)가 아니라 항변(defence)이라는 점에서 구한다.

15) 따라서 실질법상 상계제도에는 프랑스의 당연상계제도, 일방적 의사표시에 의하는 독일식 상계제도와 절차적인 것으로 이해되는 영국의 상계제도로 구분하기도 하나, 영국식 상계의 경우에도 실체적 측면이 있으므로 이는 지나친 단순화이다. Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis* (2011), p. 124도 이 점을 지적한다.

16) 형평법상의 상계가 가능하기 위하여는 일정한 요건이 구비되어야 하나, 이 사건에서는 그러한 요건이 구비되지 않음은 당사자 간에 다툼이 없는 것으로 보인다.

17) 여기에서 ‘보통법’이라 함은 ‘형평법’과 대비되는 개념이다. 당초 영국의 상계는 1729년 제정된 상계법(Statute of Set-off 1729), 즉 “채무자의 구금에 관하여 채무자 구조를 위한 법률(An Act for the Relief of Debtors with respect to the Imprisonment of their Persons)에 의하여 도입되었다. 이는 5년 동안의 한시적 법률이었는데 그 후 이를 영

legal set-off)'가 있다.¹⁸⁾ 영국법상 전자는 동일한 거래로부터 발생하거나 견련관계(connection)가 있는 채권 간에 허용되는 실체법상의 제도인 데 반하여, 후자는 견련관계가 없는 채권 간에 허용되는 절차법상의 제도로 이해되고 있다.¹⁹⁾ 보통법상의 상계가 절차법상의 제도라는 것은 두 가지 의미를 가진다.²⁰⁾ 첫째, 상계는 계속 중인 소송에서 항변의 형식으로 주장되어야 하고, 둘째, 당사자 일방의 의사표시만으로는 대립하는 채무의 소멸이라는 효과를 초래할 수 없고 법원의 재판(order)이 필요하다는 것이다.

나아가 영국법은 일방 당사자가 지불능력이 없는 상태에 빠진 경우에 도산법에 따른 '도산법상의 상계(insolvency set-off)'를 규정하는데 이는 요건과 효과의 면에서 특색이 있다.²¹⁾ 이 사건에서 주된 쟁점이 영국 보통법상의 상계라는 점과, 그것은 영국법상 소송법상의 제도이므로 소송상 주장하여야 한다는 점에 관하여는 당사자 간에 다툼이 없었다. 다만 영국 도산법상의 상계가 이 사건에도 적용되는가는 당사자 간에 다툼이 있었는데 이 점은 아래(V.)에서 논의한다.

Ⅲ. 이 사건 상계의 준거법:

영국 보통법상의 상계의 성질결정과 숨은 반정의 허용 여부

1. 쟁점의 정리

이 사건에서 우선 상계의 준거법을 결정할 필요가 있다. 그런데 영국 보통법상 상계는 재판상 항변으로만 사용할 수 있는 소송법상 제도라는 점을 고려하면, 한

구적인 법률로 전환하고자 1735년 상계법이 제정되면서 몇 가지 해석상의 논란이 해소되었다. 위 법은 1879년에 폐지되었으나 그에 따른 상계권은 존속하는 것으로 해석되었다. Derham(註 14), paras. 2.04-2.06. 이헌목, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, 저스티스, 통권 제142호(2014. 6), 42-43면도 참조.

¹⁸⁾ Derham(註 14), para. 1.11.

¹⁹⁾ Derham(註 14), paras. 2.34, 1.11; Fountoulakis(註 15), p. 114, p. 107.

²⁰⁾ Derham(註 14), paras. 2.38-2.39. 그 밖에 상계의 준거법을 논의함에 있어서도 그의 절차적 성격으로 인하여 법정지법이 준거법이 된다. Derham(註 14), para. 2.55; Fountoulakis(註 15), p. 140. 후자에 따르면, 과거에는 보통법상의 상계와 형평법상의 상계에 대하여 법정지법원칙이 타당하였으나 근자에는 보통법상의 상계와 형평법상의 상계를 구별해야 한다는 견해가 점차 유력해지고 있다고 한다.

²¹⁾ Derham(註 14), para. 2.34.

국에 계속중인 소송에서 피고가 소송상 상계의 항변을 한 경우 영국법을 적용할 수 있는지 아니면 법정지가 한국이므로 ‘숨은 반정’²²⁾의 법리에 의하여 한국 민법이 준거법이 되는가라는 의문이 제기된다. 이는 첫째, 영국 보통법상 상계를 어떻게 성질결정할 것인가와, 둘째, 한국에 계속중인 소송에서 피고가 상계의 항변을 한 경우 상계의 준거법이 영국법이라면 절차의 문제임에도 불구하고 영국법을 적용할지 아니면 ‘숨은 반정의 법리’에 의하여 한국법이 준거법이 되는지라는 문제이다. 이하 이를 차례대로 검토한다.

2. 영국 보통법상 상계의 성질결정

가. 실체로의 성질결정

상계를 실체의 문제로 이해하는 대륙법계와 달리 영국에서는 전통적으로 상계를 절차의 문제로 보았다. 따라서 우리 법원에 소가 계속된 경우 피고가 소송 외에서 상계를 하였음을 주장하거나 또는 소송상 상계의 항변을 하는 경우에 만일 상계의 준거법이 영국법이라면 영국 보통법상의 상계의 성질결정의 문제가 제기된다.²³⁾ 우리 법원에 계속중인 소송에서 피고가 소송상 상계의 항변을 하는 경우, 우리 법원은 상계의 준거법을 적용하는데, 이 사건에서처럼 준거법이 영국법인 경우 영국 보통법상 상계의 성질결정을 고려에 넣게 된다. 바꾸어 말하자면 만일 영국법상 보통법상의 상계가 실체의 문제라면 우리 법원으로서 상계의 준거법인 영국 보통법을 적용하여 상계의 요건과 효력(또는 효과)²⁴⁾을 판단해야 하는 데 반하여, 만일 그것이 영국법상 절차의 문제라면 ‘절차는 법정지법에 따른다’(forum regit processum)는 국제사법원칙, 즉 ‘법정지법원칙(lex fori principle)’²⁵⁾의 결과 우리 법원으로서 절차법의 성질을 가지는 영국 보통법상의 원칙을 적용할 수 없는 것이 아닌 가라는 의문이 제기되기 때문이다. 이것은 국제사법상 ‘성질결정(characterization)’

22) 이를 ‘가정적 반정(hypothetische renvoi)’이라고 부르기도 한다.

23) 이 점은 석광현(註 8), 25면에서 지적하였다. 주의할 것은, 로마 I (제17조)은 상계는 수동채권의 준거법에 따르는 것을 명시하는데 이는 유럽연합에서 상계가 실체로 성질결정됨을 의미한다. Thomas Rauscher (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuPR Kommentar* (2010), Art. 17 Rom I-VO Rn. 9 (von Hein 집필부분).

24) 민법 제493조의 용어를 고려하여 이하 양자를 호환적으로 사용한다.

25) 근거는 Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Auflage (2009), Rz. 319ff.; Haimo Schack, *Internationales Verfahrensrecht*, 5. Auflage (2010), Rz. 48ff. 참조.

그 중에서도 실체(substance)와 절차(procedure)의 구별의 문제이다.

단적으로 말하자면, 영국법상으로는 영국 보통법상의 상계가 절차의 문제이므로 영국이 법정지법인 경우 영국법에 따라 소송상 항변으로서만 주장해야 하지만, 그렇더라도 우리 법상으로는 이를 실체의 문제로 성질결정하여 영국 보통법을 적용해야 한다고 본다. 국제사법이론상 성질결정의 기준은 일응 법정지법인 한국 법이기 때문이다. 즉, 성질결정을 함에 있어서는 법정지법으로부터 출발하되, 연결대상을 법정지법상의 체계개념이 아니라 비교법적으로 획득된 기능개념(Funktionsbegriff)으로 이해하면서 실질규범의 목적과 함께 당해 저촉규범의 기능과 법적목적 목적을 고려해야 한다는 것인데, 이것이 근자의 독일의 다수설인 ‘기능적 또는 목적론적 성질결정론(funktionelle oder teleologische Qualifikation)’ 또는 우리나라에서 말하는 ‘신법정지법설’이다.²⁶⁾ 우리 민법상 상계는 당사자 간에 존재하는 채권·채무를 채무자의 일방적 의사표시에 의하여 대등액에서 소멸시키는 실체법상의 제도로 구성되고 있고 – 즉, 소송 외에서 상계를 하는 것도 가능하며 그 효과도 소송과 관계없이 일방 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 효력을 발생하고 –, 국제사법상 이를 달리 성질결정할 근거가 없기 때문이다.²⁷⁾

26) Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage (2006), S. 126ff. 석광현(註 8), 30면; 신창선·윤남순(註 9), 87면; 김연·박정기·김인유(註 9), 129면; 신창섭(註 9), 89-90면.

27) 이헌목(註 17), 55면은 절차법과 실체법의 성격이 중첩된 경우에는 원칙적으로 이를 실체법으로 처리하여 준거법을 적용하는 것이 타당하다고 한다(이헌목, “법정지법의 적용에 있어서 절차와 실체의 구분,” **민사소송**, 제16권 제2호(2012. 11), 396면 이하도 참조). 그러나 필자는 성질결정이 애매하거나, 실체와 절차의 성질을 겸유하는 경우에는(그것을 분리하여 각각 성질결정하여 해결할 수 없는 범위 내에서는) 어느 것이 더 본질적인가를 고려하여 개개의 사안별로 해결해야 한다고 본다. 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제4권(2007), 163면 참조. 다만 이헌목(註 17), 55면, 註 76은 이익형량에 의하여 예외를 인정할 필요성을 긍정한다. 거칠게 말하자면 실체법은 사적 법률관계의 존재, 내용과 유효성을 규율하고, 판결에 앞서서 그리고 판결과 관계없이 주관적 권리의 확정을 통하여 사적 자치의 범위를 결정하는 반면에, 절차법은 주관적 권리를 어떤 요건 하에서 어떤 방식으로 그리고 어떤 효력을 가지고 재판상 주장하고 국가의 조력을 받아서 관철할지를 규율하는 법이다. 이는 어느 법체계 내에서 절차법과 실체법의 관계, 즉 절차법이 실체법의 실현에 봉사하는 기능을 가지는 법이라고 파악할지와 관련되는 문제인데, 독일에서는 실체법에 친화적인 성질결정을 하는 경향이 있다. Jürgen Basedow, “Qualifikation, Vorfrage und Anpassung”, in Peter Schlosser (Hrsg.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung – Eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung –* (1992), S. 136ff. 미국에서 절차와 실체의 성질결정에 관하여는 최공웅, **국제소송**, 개정판(1994), 187면 이하 참조.

이처럼 어떤 쟁점을 법정지법인 우리나라에서는 실제로 성질결정하는 데 반하여 준거법 소속국인 외국에서는 절차로 성질결정하는 경우 우리로서는 이를 실제법적으로 성질결정해야 한다는 점은 소멸시효의 준거법에 관한 ‘테네시주 어음사건’에서 잘 드러나고 있다. 미국 테네시주에서 발행되고 지급지가 테네시주인 약속어음의 소지인이 한국에서 어음금의 지급을 구하는 소를 제기한 데 대하여 피고가 소멸시효에 기한 항변을 한다고 가정하자. 이 경우 우리 법원은 어음금 청구를 국제어음법의 문제로 파악하여 약속어음의 지급지법인 테네시주법을 적용해야 하는데 (국제사법 제54조 제1항), 테네시주법에 따라 소멸시효를 절차로 성질결정한다면 법원으로서 테네시주법의 소멸시효를 적용할 수 없게 되어 결국 약속어음상의 권리는 소멸시효에 걸리지 않게 된다. 그러나 이런 결론이 부당함은 명백하므로 우리는 소멸시효를 실제로 성질결정하여 테네시주법의 소멸시효를 적용해야 한다는 것이다.²⁸⁾

이 점을 고려한다면, 이 사건에서 보통법상의 상계가 비록 영국법상으로는 절차의 문제로 이해되어 영국에서 소송이 계속한 경우 피고는 소송상 항변으로서만 제기할 수 있더라도, 우리 법원으로서 이를 절차의 문제로 보아 영국 보통법의 적용을 거부할 것이 아니라 실제의 문제로 성질결정하여 영국 보통법을 적용해야 한다는 것이다.²⁹⁾

나. 성질결정에 수반되는 문제점

이 사건에서와 같이 채무자가 영국 보통법에 따라 우리나라에서 소송상 상계의 항변을 하는 경우에는 상계의 요건, 방법과 효과를 검토할 필요가 있다. 이는 영국 보통법상의 상계를 우리가 실제로 성질결정한다는 것이 가지는 함의(含意)는 무엇인가라는 문제이다. 이를 상론하면 아래와 같다.

첫째, 상계의 요건은 영국 보통법에 따라야 한다.³⁰⁾ 따라서 상호 대립하는 채권

28) 상세는 이호정(註 9), 104면, 118면 참조. 이는 독일 1882. 4. 1.자 제국재판소 판결에서 문제된 사건이다.

29) Reithmann/Martiny/Martiny(註 9), Rz. 3.242도 동지. 다만 상계의 경우에는 영국법상 절차로 취급되는 보통법상의 상계 외에 실제로 취급되는 형평법상의 상계가 있으므로 가사 우리 법원이 보통법상의 상계를 절차의 문제로 취급하더라도 영국법상 상계가 전면적으로 불가능한 것은 아니라는 점에서 테네시주 어음사건과는 다르다는 견해도 주장될 수 있다.

30) Matthias N. Kannengiesser, *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht* (1998), S. 128; 김상훈, “민사소송상 상계의 국제재판관할 및 그 준거법”, **한림법학**

(debts)이 있어야 하고(mutuality), 이들은 동종의 것이어야 하며, 나아가 변제기가 도래하였어야 한다(due and payable)는 등의 요건이 구비되어야 한다.³¹⁾ 주목할 것은, 원심판결도 인정하였듯이 영국 보통법상으로는 위 요건에 추가하여 ‘채권의 사법적 확정³²⁾’이 필요하다는 점인데 이는 우리에게는 다소 생소한 것이다.³³⁾ 이는 양 채권이 주장할 당시에(at the time of pleading) “확정된 채권(liquidated debts)”³⁴⁾이거나 또는 “즉시 그리고 어려움 없이 확인될 수 있는 금전상의 청구(money demands which can be readily and without difficulty ascertained)”에 관한 것이어야 한다는 취지로 *Stooke v Taylor* 사건 판결³⁵⁾에서 비롯된 것이다.³⁶⁾ 이는 법원이 자동채권의 존재와 금액을 확정하는 데 오랜 시간이 소요됨으로써 소송절차가 지연되는 것을 막기 위한 것이므로 자동채권에 관하여 요구되는 것으로 보인다.³⁷⁾ 보통법상 상계를 실제로 성질결정하는 이상 영국 보통법상 요구되는 상계의 요건 중 ‘사법적 확정’만을 분리하여 절차로 불 근거는 없다.³⁸⁾

실제로 원심판결은 영국 보통법에 의하면, 특히 손해배상채권의 경우에는 법원

FORUM, 제21권(2010), 91면(소송상 상계 일반에 관하여).

- 31) 영국 보통법상 상계요건은 *Derham*(註 14), para. 2.04 이하; *Kannengiesser*(註 30), S. 58ff. 참조. 여기에서 채권의 존재와 변제기의 도래 여부는 그 채권의 준거법에 따른다.
- 32) 임치용, “해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점”, 한국국제사법학회와 한국해법학회의 공동학술대회 자료집(2015. 11. 26), 13면은 ‘금전화’라고 한다.
- 33) 우리 민법상 자동채권은 구체적으로 확정되어야 한다는 견해도 있고, 이는 예컨대 당사자의 협의 또는 가정법원의 심판에 의하여 구체적인 청구권의 내용과 범위가 확정되기 전의 자(子)의 양육비의 지급을 구할 권리는 상계의 자동채권이 될 수 없다고 하나(지원림(註 11), [4-138]), 채권의 존재가 다투어지거나 금액이 명확하지 않더라도 상계를 부인할 것은 아니고 후에 확정된 내용으로 효력이 발생한다는 견해(양창수·김재형, *계약법*, 제2판(2015), 338면)가 있다. 후자에 따르면 영국법과는 차이가 있다.
- 34) 여기에서는 ‘debt’를 편의상 ‘채권’이라고 번역하나 이는 ‘금전채권’에 가까운 것으로 보인다.
- 35) [1880] 5. Q.B.D. 569, 575.
- 36) *Derham*(註 14), para. 2.15. 또한 *Stein v Blake* 사건 판결 [1996] 1 A.C. 243 에서 Hoffmann 판사는 이를 “확정되었거나 또는 감정이나 평가 없이 확인가능한 금액일 것(either liquidated or in sums capable of ascertainment without valuation or estimation)”이라는 의미로 해석하였다. *Derham*(註 14), para. 2.15 참조.
- 37) *Kannengiesser*(註 30), S. 60.
- 38) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage, Band 10 (2010), Rom I-VO, Art. 17, Rn. 20 (Ulrich Spellenberg 집필부분)(이하 “*MünchKommBGB*/집필자”로 인용한다)도 ‘liquide’의 문제, 즉 근거와 금액의 면에서 채권이 다툼이 없는지 또는 다툼의 여지가 없는지 나아가 판결이 내려졌어야 하는지는 상계의 준거법에 따를 사항이라고 한다. Hellner(註 8), p. 259도 동지.

이나 중재기관 등 사법기관에 의해 사법적 확정된 이후에야 상계가 가능하다고 판시하면서³⁹⁾ 피고의 2010. 2.경의 상계에 대하여 피고의 자동채권 중 “사법적 확정 요건을 갖추지 못한 조기반선에 따른 손해배상채권은 상계가 허용되지 아니한다”고 판시하였다. 위 손해배상채권의 금액을 정한 영국 중재판정은 그 후 2010년 4월 경에 내려졌기 때문이다.

둘째, 상계의 방법도 영국 보통법에 따라 반드시 소송상의 항변으로 해야 하는가, 아니면 소송 외에서 일방적 의사표시로써도 가능한가가 문제된다. 이에 관하여는 ❶ 준거법이 영국법인 이상 상계의 방법은 준거법에 따를 사항이고 따라서 보통법상의 상계는 소송상으로만 가능하다는 견해⁴⁰⁾와 ❷ 보통법상의 상계를 우리의 관점에서는 실제로 성질결정함으로써 소송상의 항변으로 할 것을 요구하지 않는 견해가 가능하다.⁴¹⁾ 전자는 성질결정의 함의를 제한적으로 받아들이는 데 반하여, 후자는 성질결정의 함의가 상계의 방법에도 미친다고 보는 것이다. 어느 견해를 따르든 간에 소송상 상계의 절차법적 측면, 예컨대 상계권의 행사가 재정기간을 넘기거나(민사소송법 제147조) 실기한 방어방법(민사소송법 제149조)으로 각하되는 점 등은 법정지법에 의하여 규율된다.⁴²⁾ 이 사건에서 문제된 2011. 12. 15.자 예비적 상계항변에 관한 한, 피고는 실제로 소송상 상계의 항변을 하였으므로 상계의 방법은 문제되지 않았다. 그 밖에도 상계의 방법을 법률행위의 방식의 문제로 보아 국제사법 제17조에 따라 법률행위의 준거법인 영국법과 행위지법인 한국법에 선택적으로 연결하는 견해도 가능하다. 그러나 법원에의 신고처럼 의사표시를 법원에 대해 해야 하는가의 문제라면 법률행위의 방식일 수 있으나 여기에서는

³⁹⁾ Fountoulakis(註 15), p. 105; Derham(註 14), para. 2.16 참조.

⁴⁰⁾ 독일에도 이런 견해가 있다. *MünchKommBGB/Spellenberg*, Rom I-VO, Art. 17, Rn. 47; Schack(註 25) Rz. 402. Kannengiesser(註 30), S. 128, S. 131도 준거법이 영국법이었다도 독일법원의 판결에 의하여 상계의 효과가 발생한다고 본다. Kegel은 영국 보통법상의 상계를 실제의 문제로 성질결정함으로써 보통법의 절차법의 적용을 배제하면서도 (숨은 반정을 배제한다면) 소송상의 상계만을 허용한다. Gerhard Kegel, “Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft”, *IPRax* (1983), S. 23; Reinhold Geimer, “EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit – Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit”, *IPRax* (1986), S. 211, Fn. 24.

⁴¹⁾ Murad Ferid, *Internationales Privatrecht*, 3. Auflage (1986), §6-117은 상계를 실제법적으로 성질결정하고 법원판결을 요구하는 영국 절차법은 적용하지 않는다. Gäbel(註 13), S. 165도 동지. 이현목, “국제적 상계에 대한 준거법”, *국제거래법연구*, 제18집 제1호 (2009), 147면도 재판 외의 상계를 허용한다.

⁴²⁾ Kannengiesser(註 30), S. 128.

재판상 상계해야 한다는 것이므로 절차의 문제이지 실체에 속하는 법률행위의 방식의 문제로 보기는 어렵다.⁴³⁾

셋째, 상계의 주된 효과는 대립하는 채권이 대등액에서 소멸하는 것인데, 우리가 보통법상의 상계를 실체로 성질결정한다면 상계의 효과도 영국 보통법에 따를 사항일 것이다. 다만 우리 민법상 상계는 상계적상 시로 소급하여 소멸하는 데 반하여, 영국 보통법상 상계의 효과는 판결 시에 비로소 발생하고 소급효가 없다.⁴⁴⁾ 이 사건과 같이 준거법이 영국 보통법인 사안에서 피고가 우리 법원에서 소송상 상계를 하는 경우 상계의 효과 발생 시에 관하여는 견해가 나뉠 수 있다.

①설은 준거법이 영국법이라는 점에 충실한 견해로서, 영국 보통법상 상계의 효력은 법원 판결에 의하여 발생하므로, 이 사건 소송에서도 피고의 소송상 항변에 대하여 판단한 우리 법원의 판결에 의하여 효력이 발생한다고 보고 소급효를 부정한다. 상계의 방법에 관하여 소송상 항변만을 허용하는 ❶설은 효과의 점에서 자연스럽게 ①설과 연결된다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

43) 장준혁, “法律行爲의 方式과 節次 문제의 구별”, *국제사법연구*, 제12권(2006), 244면 이하 참조. 방식의 개념은 정의하기 어려우나, 유럽공동체의 1980년 “계약채무의 준거법에 관한 유럽공동체협약(“로마협약”)”의 보고서(Giuliano/Lagarde 보고서, *Official Journal of the European Communities*, 1980. 10. 31., No C 282/29)가 동 협약상 방식이라 함은 의사표시를 하는 자를 구속하기 위하여 필요하고 그것이 없으면 의사표시가 완전히 효력을 가지지 않게 되는 모든 외부적 표시(every external manifestation, jedes äußere Verhalten)라고 하는 점을 참고하더라도 그러하다.

44) Derham(註 14), para. 2.35; Fountoulakis(註 15), p. 108; Kannengiesser(註 30), S. 63. 형평법상의 상계도 판결에 의하여 효과가 발생하는 점에서 소급효가 없는 것으로 설명하나, 상계권을 행사하면 그 후 잔액에 대하여만 이자를 지급하면 되므로 실질적으로는 소급효가 있다고 설명하기도 한다. Fountoulakis(註 15), p. 117.

45) 소송상 상계에 관하여 독일에서는 이 견해가 유력하다. Kannengiesser(註 30), S. 131. 만일 상계의 준거법인 외국법을 적용한 결과가 독일 법원이 알지 못하는 것이거나 독일 절차법의 강행규정에 반하는 때에는 외국법은 적용될 수 없음을 전제로, 독일법상 형성판결의 개념이 존재하므로 독일 법원이 판결에서 영국 보통법에 따른 소송상의 상계에 관하여 판단하는 데 문제가 없기 때문이다. 그러면서도 이 경우 양 채권의 소멸시기는 수동채권의 준거법에 따를 사항이라고 한다(*MünchKommBGB/Spellenberg*, Rn. 48). 소송상 상계만이 가능하다면 이 경우 독일 법원은 권리형성적으로 개입하는 것이 아니라 상계의 효력의 유무를 확정할 뿐이라는 견해도 있다. 위 Geimer(註 40), S. 211, Fn. 24. Jan Lieder, “Die Aufrechnung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Band 78 (2014), S. 830ff.는, 소송상 상계의 경우 상계의 준거법이 규율하는 사항과 법정지법이 규율하는 사항을 구분하여 설명하는데, 일반적으로 민사소송을 수행하지 않았더라면 제기되지 않았을 문제들만이 절차법적 문제로서 법정지법에 따른다고 한다.

②설은 성질결정에 충실한 견해로서, 영국 보통법상의 상계를 실체로 파악한다면 우리 법원의 판결을 기다릴 필요 없이 상계의 의사표시에 의하여 효력이 발생한다는 것이다. 상계의 방법에 관한 위의 논의에서 보았듯이 상계의 준거법이 영국 보통법이더라도 우리나라에서 일방적 의사표시로써 상계할 수 있다면 우리 법원의 판결을 요구할 이유는 없다. 즉 이는 상계의 효력에 대하여도 실체법적 성질결정을 관철하는데, 그렇더라도 우리 민법에 따른 상계처럼 소급효를 인정할 근거는 없으므로, 아래에서 보듯이 국제사법상 ‘적용 또는 조정(Anpassung, Adaptation. 이하 양자를 호환적으로 사용한다)의 법리’를 원용하여 해결방안을 도출한다.

③설은, ②설을 따라 상계의 효력에 대하여도 실체법적 성질결정을 관철하면서 우리 민법처럼 상계의 소급효를 인정하는 견해이다. 원심판결은 2011. 12. 15.자 상계로써 “위 상계시점에는 피고의 자동채권 전부가 사법적 확정성이 되었고, 피고에 대한 회생개시결정 당시 이미 이행기가 도래하여 상계적상에 있었으므로, 선우상선의 위 수동채권은 위 상계로 인하여 상계적상 시에 소급하여 전부 소멸하였다”고 판시함으로써 ③설을 취하였다. 다만 그 근거는 제시하지 않았는데 아마도 민법에 따른 것으로 짐작된다. 제1심판결도 같은 결론이나 이런 태도는 근거가 없다. 대법원판결은 소급효의 유무는 언급하지 않았다.

이렇듯 우리 법원에서 피고가 영국 보통법에 따라 소송상 상계를 하는 경우 상계의 방법과 그 효력의 발생근거와 시점은 논란의 여지가 많지만 이 사건에서 주된 쟁점은 아니었으므로⁴⁷⁾ 그에 대한 더 이상의 상론은 생략한다. 이상의 논의를 표로 정리하면 다음과 같다.

46) 엄밀하게는 이는 우리 민사소송법상 소송상 상계의 법적 성질과도 관련된다. 만일 우리 민사소송법상 소송상 상계의 항변을 소송행위라고 본다면 상계의 효력은 법원의 판결에 의하여 발생한다고 볼 여지가 있을 것이나, 민사소송법학의 다수설에 따라 이를 사법상 행위와 소송행위의 병존으로 본다면 사법상의 효과는 민법에 따라 발생할 것이다(여기에서는 후자를 전제로 논의한다).

47) 다만 이렇게 단정하기는 어려운 면이 있다. 아래(VI.)에서 다루는 논점, 즉 채권(가)압류 후의 상계로써 (가)압류의 효력을 다룰 수 있는지를 논의함에 있어서 상계가 소급효를 가지는지가 의미를 가지는지는 논란이 없지는 않지만 직접 관련은 없다고 본다. 원고 소송대리인은 소급효가 없다는 점이 중요한 의미가 있다고 강조하였다.

<표 1> 우리 절차에서 하는 영국 보통법상 상계의 준거법

	우리 소송절차에서		우리 도산절차에서
요건	영국 보통법(사법적 확정 포함)		채무자회생법의 요건도 추가적으로 구비요
방법	①설	소송상 항변만 허용	특칙 없음
	②설	소송상 항변 또는 재판 외에서 가능	
효과	①설 ⁴⁸⁾	법원 판결에 의해 발생. 소급효 없음	특칙 없음
	②설	법원 판결에 의해 발생 또는 상계권 행사 시 / 소급효 없음	
	③설	상계적상 시로 소급하여 발생	

이와 관련하여 흥미로운 견해가 있어 소개한다. 이현묵 교수는, 영국 보통법상 상계는 소송상 항변권으로만 행사될 수 있고, 상계의 효력도 판결이 선고될 때 발생하는 절차법적 성격을 갖고 있으므로 그 점에 관하여는 보통법의 적용을 배제하고, 그 경우 외국법의 내용이 확인될 수 없는 경우의 처리에 관한 대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결을 인용하여, 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수 있으므로 보통법상 상계와 가장 유사한 형평법상 상계에 따라서 보통법상 상계를 재정립해야 한다고 하면서 상계의 행사시기, 행사방법, 그 효과에 관하여는 형평법상 상계에 따라야 한다고 주장한다.⁴⁹⁾ 이를 전제로 이현묵 교수는 우리 법원으로서 상계의 요건 및 효과 등 실체적인 측면은 보통법을 적용하되, 상계의 절차적 측면은 보통법의 적용을 배제하여 채권자가 재판 외에서 상계권을 행사한 시점에 상계의 효력을 부여할 것이라고 한다.⁵⁰⁾ 그러나 이는 지지할 수 없다. 영국법상 형평법과 보통법 간에 가장 유사한 관계가 있다고 보기도 어렵거니와(만일 이 사건에 형평법을 적용하면 2011. 12. 15. 예비적 상계는 양 채권 간에 견련관계가 없어 허용되지 않는다), 위 사안은 외국법의 내용을 확인할 수 없어서 발생하는 문제가 아니므로 이 사안에서 외국법 불명 시의 처리방안을 도입할 것은 아니다. 다만 이 사건에서 피고가 소송 외에서 상계할 수 있다는 점과 상계의 효과가 상계를 할 때 발생한다는 결론은 필자의 아래 결론과 같다.

필자는 준거법에 충실한 ①설도 불가능한 것은 아니지만, 아래의 이유로 ②설이

48) 방법의 ①설은 효과의 ①설과 자연스럽게 연결된다.

49) 이현묵(註 17), 56면.

50) 이현묵(註 41), 147면.

더 설득력이 있다고 본다. 이 사건에서 우리 법원이 영국 보통법상 상계의 실제법적 측면을 적용하는 데는 문제가 없고, 절차적 측면도 실제로 파악할 수 있다. 이처럼 실제로 성질결정한다면, 상계의 방법에 관하여 반드시 소송상 상계해야 하는 것은 아니고, 상계의 효과 발생을 위하여 법원의 재판이 필요한 것은 아니다. 다만, 판결에 의하여 효력이 발생하는 점을 어떻게 처리할지는 문제인데, 준거법인 영국법에 충실하자면 우리 법원의 판결 시에 상계의 효과가 발생한다고 보아야 하나 이는 실제적 성질결정에 반한다(특히 재판외 상계의 경우). 우리 민법에 따라 소급효를 인정할 근거는 없으므로 결국 상계의 의사표시를 한 시점을 기준으로 삼는 것이 하나의 해결방안이다.⁵¹⁾ 필자는 이런 결론을 성질결정론 또는 “성질결정론+적용의 법리의 원용”을 통하여 도출하고자 한다. 적용이라 함은, 국제사법이 적용되는 사건에서 준거법의 모순 또는 저촉으로부터 발생하는 문제를 해결하기 위하여 법질서를 수정하여 적용하는 법리를 말한다.⁵²⁾ 적용의 해결방안으로서 국제사법적 해결방안과 실질사법적 해결방안이 있는데, 구체적인 사건에서 이익형량을 통하여 법질서에 최소로 손을 대는 방안을 선택해야 한다.⁵³⁾ 실질사법적 해결방안이라 함은 규정의 모순을 초래하는 저촉규범이 아니라, 준거법으로 지정된 실질사법들의 내용이 서로 모순되지 않도록 실질사법을 수정 내지 조정하는 해결방안이다.⁵⁴⁾ 이 사건은 적용을 요하는 강학상의 전형적 사건은 아니지만,⁵⁵⁾ 성질결정의 상위(相違)로 인하여 적용을 요하는 사건과 유사한 면이 있기에 동 법리를 원용하자는 것이다.⁵⁶⁾

51) 실질법적으로도 이것이 전혀 근거가 없는 것은 아니다. UNIDROIT의 국제상사계약원칙(제8.5조 제3항)과 유럽계약법원칙(제13:106조)은 상계의 소급효를 부정한다. Fountoulakis(註 15), p. 214도 이런 태도를 지지한다.

52) 이호정(註 9), 123면.

53) 상세는 이호정(註 9), 123면 이하, 224면; 신창선·윤남순(註 9), 120면 이하 참조.

54) 이호정(註 9), 124면; 신창선·윤남순(註 9), 122면.

55) 적용의 법리가 적용되는 전형적 유형은 신창선·윤남순(註 9), 121면 이하 참조.

56) 다만 이런 실질사법적 해결을 한다면 어느 법제에도 존재하지 않는 결과가 발생하고, 전적으로 한국법 또는 영국법에 의하여 규율되는 순수한 국내사건과의 사이에 정당화하기 어려운, 의도하지 않은 차별이 발생하는 것이 아닌가라는 의문이 없지는 않다. Gerhard Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung: Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen* (2004)은 그런 의도하지 않은 차별이 발생하는 사안들을 총괄하여 ‘Anpassungslage(적용을 요하는 상황)’라고 부르면서 그 발생원인, 해결방안과 헌법적 논점 등을 체계적으로 다룬다.

3. 숨은 반정의 문제

가. 숨은 반정의 개념

반정(*renvoi*)이라 함은 외국적 요소가 있는 법률관계에 대하여 우리 국제사법이 어느 외국법을 적용할 것을 지정하고 있으나, 그 외국의 국제사법이 법정지법 또는 제3국법을 적용할 것을 규정하는 경우에 그 외국 국제사법규정에 따라 법정지법 또는 제3국법을 적용하는 것을 말한다. 국가에 따라 연결점이 상이하거나 법률관계의 성질결정을 달리 하기 때문에(예컨대 제조물책임을 불법행위로 성질결정할지 아니면 계약책임으로 성질결정할지) 반정이 발생하게 된다. 이처럼 외국의 국제사법규정이 반정하는 경우를 ‘명시적 반정’이라고 하는데, 이와 달리 외국의 국제재판관할규정 등에 숨겨져 있는 저촉법규정에 의하여 법정지법으로 반정하는 경우를 ‘숨은 반정(*hidden renvoi*)’이라 한다. 우리나라처럼 다양한 법률관계별로 정치한 연결원칙을 명정하지 않고 국제재판관할이 있는 경우 법정지법을 적용하는 경향이 있는 영미에서는 국제재판관할규칙 속에 저촉규정이 숨겨진 경우가 많다. 즉, 영미의 국제재판관할규칙은 어떤 경우 자국 법원이 국제재판관할을 가지는가만을 규정하고 관할을 가지는 경우 법정지법을 준거법으로 적용하는데, 이러한 국제재판관할규칙에는 법정지법이 준거법이라는 저촉규칙이 숨겨져 있다는 것이다. 실제로 국제적 이혼사건에서 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결⁵⁷⁾은 국제사법 제9조를 유추적용하여 숨은 반정을 정면으로 허용한 바 있다.

나. 상계의 준거법과 숨은 반정의 허용 여부

문제는 이 사건에서 상계의 준거법인 영국법이 보통법상의 상계를 절차의 문제로 파악하므로 영국의 절차법이 법정지인 우리나라로 숨은 반정을 한 것으로 볼 수 있는가이다.涉外사법 하에서 유력한 견해⁵⁸⁾는 우리涉外사법이 영국법을 상계의 준거법으로 지정한 경우 영국법상 당해 상계가 소송상으로만 주장할 수 있는 보통법상의 상계라면 이는 영국의 절차법이 법정지법인 한국법으로 숨은 반정을 한 것으로 보았다. 국제사법의 해석론으로도 이를 지지하는 견해가 있다.⁵⁹⁾

57) 평석은 석광현, “2006년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, *국제사법연구*, 제12호(2006), 594면 이하; 김시철, “주한 미국인 부부의 이혼 및 미성년자녀에 관한 양육처분 등에 관하여”, *저스티스*, 통권 제96호(2007. 2), 237면 이하 참조.

58) 이호정(註 9), 163면.

59) 김상훈(註 30), 106면; 최영덕, 국제소송에서 상계와 반소에 관한 법리구성: 국제재판

그러나 위에서 본 것처럼 우리가 영국 보통법상의 상계를 ‘기능적 또는 목적론적 성질결정론’에 따라 실체의 문제로 성질결정한다면 우리 법원으로서도 영국 보통법상의 상계를 실체로 파악하고 영국 보통법을 적용해야 한다. 만일 우리 법원이 영국법에서 이를 절차로 성질결정한다는 이유로 숨은 반정을 허용한다면 실제적 성질결정은 의미를 상실하게 될 것이다.⁶⁰⁾ 숨은 반정을 인정한 위 대법원 판결의 사안에서는 성질결정의 문제가 연루되지 않으므로 미국의 국제재판관할규칙에 저촉규범이 숨어 있다고 볼 여지가 있으나, 상계의 경우에는 일단 실체로 성질결정한다면 그와 별도로 숨은 저촉규범의 존재를 인정할 수 없다는 것이다. 더욱이 섭외사법과 달리 국제사법 하에서는 이 사건에서 숨은 반정을 인정할 여지는 없다. 국제사법 제9조는 제1항에서 협의의 반정, 즉 직접반정을 허용하면서도,⁶¹⁾ 제2항에서는 반정이 허용되지 않는 경우를 다음과 같이 명시하고 있기 때문이다.

제9조(준거법 지정시의 반정(反定))

① 생략

② 다음 각호 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우
2. 이 법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우

3.-6. 생략

즉 제9조 제2항에 따르면 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우(제1호)와, 계약의 준거법이 지정되는 경우에는(제2호) 반정이 허용되지 않는다. 제1호는 당사자자치를 존중한 것이고, 제2호는 우리 국제사법이 대폭 수용한 유럽 공동체의 로마협약이 통일적인 연결원칙을 도입하였음을 고려하여 우리도 반정을 허용하지 않는 것이 국제적 판단의 일치라고 하는 국제사법의 이상에 부합하기 때문이다.⁶²⁾

이 사건에서 문제된 상계는 정기용선계약에서 당사자들이 선택한 준거법이자 동

관할과 준거법을 중심으로, 충남대학교 박사학위 논문(2006. 8) 141면.

60) *MünchKommBGB/Spellenberg*, Rn. 14는 로마 I의 맥락에서 이 점을 명확히 지적하고 있다.

61) 제1항은 “이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다”고 규정한다.

62) 석광현(註 8), 111면.

시에 계약의 준거법인 영국법에 의하여 규율되는 사항이므로 제9조 제2항 제1호와 제2호에 의하여 반정과 숨은 반정은 허용되지 않는다는 것이다. 우리 국제사법과 유사한 취지의 조문을 두고 있던 독일 구 민법시행법(EGBGB)⁶³의 해석으로도 상계의 경우 숨은 반정은 허용되지 않는다는 견해가 유력하였다. 즉 독일 구 민법시행법 제2장 제5절 제1판(제27조 내지 제37조)은 로마협약을 국내법으로 편입한 것인데 로마협약 제15조⁶⁴에 상응하는 동법 제35조는 반정을 금지하는 조항을 두었고,⁶⁵ 유력한 견해는 제35조의 결과 상계에서 숨은 반정은 허용되지 않는다는 견해를 취하였다.⁶⁶ 로마 I (제20조)의 해석상으로도 같다.⁶⁷

이에 대하여는, 여기에서 문제되는 것은 상계계약이 아니라 단독행위인 일방적 상계의 준거법 - 구체적으로 자동채권 및 수동채권의 준거법 - 일 뿐이므로, 이는 국제사법 제9조 제2항이 정한 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우(제1호)도 국제사법에 의하여 계약의 준거법이 지정되는 경우(제2호) 중 어느 것도 아니라고 주장할지 모르겠다. 그런데 이 사건에서 자동채권과 수동채권의 준거법⁶⁸은 당사자의 합의에 의하여 선택된 정기용선계약의 준거법이다. 따라서 가사 일반론으로 상계의 준거법이 영국법이 되는 경우 숨은 반정을 허용하더라도, 적어도 이 사건에서와 같이 상계의 준거법인 자동채권과 수동채권의 준거법이 당사자의 합의에 의하여 선택된 계약의 준거법이라면 숨은 반정은 허용되지 않는다는 것이다. 숨은 반정의 근거를 제9조의 ‘적용’에서 찾는다면 이는 당연한 것이고, 대법원판결

63) 독일의 구 민법시행법을 언급하는 이유는 2009년 12월 로마 I 이 시행되면서 계약의 준거법을 정한 관련 조문들이 삭제되었기 때문이다. 현재는 구 민법시행법이 아니라 로마 I 이 적용되나, 그 취지는 달라진 것이 없다.

64) 동협약 제15조는 “반정의 배제”라는 제목 하에 “이 협약에 의하여 적용되는 어느 국가의 법은 이 국가에서 효력 있는 법규범 중 국제사법규범을 제외한 법규범을 의미한다”고 규정한다.

65) 독일 구 민법시행법(EGBGB) 제35조의 제1항은 “본관에 따라 적용될 어느 국가의 법은 그 국가에서 효력을 가지는 실질규정(Sachvorschriften)을 의미한다”고 규정하여 반정을 배제하였다. 실질규정이라 함은 저촉규정에 대비되는 개념이다. 로마협약의 태도는 이를 대체한 로마 I 규정(제20조)(2009. 12. 17. 발효)에서도 유지되고 있다.

66) *MünchKommBGB/Spellenberg*, Rn. 14; *Kannengiesser*(註 30), S. 130; *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Art. 32 EGBGB, Rn. 65 (*MünchKommBGB/Spellenberg*, Rn. 14에서 재인용). 그러나 숨은 반정을 인정하는 견해도 있다. *Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht*, 9 Auflage (2004), S. 754; *Schack*(註 25), Rz. 402 참조.

67) *Reithmann/Martiny/Martiny*(註 9), Rz. 3.242.

68) 이 사건에서는 자동채권과 수동채권의 준거법이 모두 영국법이므로 어느 견해를 따르든 간에 상계의 준거법은 영국법이다.

처럼 제9조의 ‘유추적용’에서 찾더라도 결론은 마찬가지이다.

4. 소결: 대법원판결의 실시와 그에 대한 평가

요컨대 섭외사법 하에서도 여기에서 문제되는 사안은 성질결정의 문제로 해결해야 하고 숨은 반정이론이 적용될 여지가 없다.⁶⁹⁾ 가사 섭외사법상 그리고 국제사법상 일반론으로 숨은 반정이 국제사법 제9조의 적용 내지 유추적용에 의하여 허용되더라도, 당사자의 합의에 의하여 선택된 계약의 준거법인 영국법이 상계의 준거법인 이 사건에서는 국제사법 제9조 제2항의 결과 숨은 반정은 허용될 수 없다.⁷⁰⁾ 따라서 상계의 요건과 효과는 준거법인 영국법에 따라야 하고 우리 법, 특히 민법이 적용될 여지는 없다.⁷¹⁾

대법원은 영국 보통법상 상계는 소송상 항변권으로만 행사할 수 있어 절차법적인 성격을 가진다면, 영국 보통법상 상계 역시 상계권의 행사에 의하여 양 채권이 대등액에서 소멸한다는 점에서는 실체법적 성격도 아울러 가지므로 상계의 요건과 효과에 관하여 준거법으로 적용될 수 있다고 판시하였다. 이는 필자처럼 국제사법상 영국 보통법상 상계를 실체로 성질결정한 것은 아니고, 영국 보통법상 상계에 실체적 측면이 있음을 인정한 데 불과하다. 제1심판결과 원심판결은 영국 보통법이 준거법이라고 보면서도 이 사건 상계의 소급효를 인정하였는데 이는 명백히 잘못이다. 그럼에도 불구하고 대법원이 그러한 잘못을 방치한 점은 이해할 수 없다. 대법원이 당면한 사건의 해결에 그치고 상고심으로서의 역할에 소홀했다는 인상을 지울 수 없다.⁷²⁾ 한편 대법원판결은 숨은 반정에 대하여 언급하지 않았으나 영국법이 준거법이라고 보았으므로 숨은 반정을 부정한 것이라고 본다. 대법원판결과 원심판결이 숨은 반정의 문제를 정면으로 다루지 않은 점은 아쉽다.

69) Haimo Schack, “Was bleibt vom *renvoi*?”, in Heinz-Peter Mansel, *Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert* (2014), S. 45는 테네시주 어음사건은 성질결정의 문제이고 반정의 문제는 아니라고 하여 동지임을 밝히고 있다.

70) 국제사법 제9조 제2항을 언급하지는 않으나, 이현목(註 41), 140면도 법적 상계에 저촉 규정이 숨어 있지 않다는 이유로 숨은 반정을 허용하지 않는다.

71) 다만 상계의 효과에 관하여 영국 보통법의 원칙이 관찰될 수 있는지에 관하여 논란의 여지가 있음은 위에서 언급하였다.

72) 만일 필자처럼 이 사건에서 영국 보통법에 따른 상계의 소급효를 부정한다면, 피고의 상계에 의하여 이 사건 가압류 또는 압류 및 추심명령이 피고에게 도달하기 이전에 이미 모두 소멸하였고, 따라서 존재하지 않는 채권을 목적으로 한 이 사건 가압류 또는 압류 및 추심명령은 효력이 없다는 제1심판결의 실시는 옳지 않다.

과거 대법원 2006. 5. 26. 선고 2005므884 판결이 숨은 반정의 법리를 정면으로 허용하였음을 고려할 때 더욱 그러하다.

IV. 도산법정지법의 원칙과 도산법정지법에 따르는 사항의 범위

1. 쟁점의 정리

일반적으로 상계의 요건과 효과는 모두 ‘상계의 준거법’에 따라 결정할 사항이다. 그런데 채무자가 도산절차에 들어간 경우에도 이런 원칙이 타당한가라는 의문이 제기된다. 이를 해결하기 위하여는 첫째, 도산절차에서 통용되는 ‘도산법정지법 원칙’은 무엇인가, 그리고 도산법정지법 원칙이 규율하는 사항의 범위는 무엇인가와, 둘째, 상계의 요건과 효과가 도산법정지법 원칙이 규율하는 사항(즉, 도산전형적 법률 효과)인지 아니면 통상의(즉, 도산절차 외에서의) 상계의 준거법이 규율하는 사항인지를 검토해야 한다. 만일 후자라면 그 경우 채무자회생법에 정한 상계의 제한요건이 가지는 의미는 무엇인가를 검토할 필요가 있다.

2. 도산법정지법 원칙과 도산전형적 법률 효과⁷³⁾

도산절차에서 제기되는 다양한 쟁점의 준거법 결정 내지 협의의 국제사법적 쟁점, 즉 도산국제사법의 원칙에 관하여 우리 채무자회생법과 국제사법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 이는 채무자회생법의 특수성을 고려하면서 우리 국제사법의 기초를 이루는 원칙⁷⁴⁾으로부터 도출해야 하는데, 그에 따르면 당해 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법이 준거법이 될 것이다.⁷⁵⁾ 국제사법은 예외조항에 관한 국제사법 제8조 제1항을 통하여 그러한 취지를 소극적으로 밝히고 있다. 도산국제사법에서도, 국제사법의 다른 영역에서와 마찬가지로 당사자이익, 거래이익과 질서이익 등을 교량해서 연결원칙을 정해야 하나,⁷⁶⁾ 도산절차에서는 채권자

73) 이하는 석광현, “도산국제사법의 제문제: 우리 법의 해석론의 방향”, **국제사법과 국제소송**, 제5권(2012), 594면 이하에 기초한 것이다.

74) 이를 국제사법의 ‘조리’라고 부를 수도 있다.

75) Hans Hanisch, “Allgemeine kollisionsrechtliche Grundsätze im internationalen Insolvenzrecht”, Michael Martinek/Jürgen Schmidt/Elmar Wadle (Hrsgs.) *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag* (1993), S. 458.

76) 이는 이호정(註 9), 19면 이하 참조.

평등의 원칙과 국제도산절차에서 법적 안정성의 보장이라는 이익이 특히 강조된다.⁷⁷⁾ 이를 부연하면 다음과 같다.

채무자회생법은 절차법적 규정과 실체법적 규정으로 구성되므로 국제도산법도 일용 ‘국제도산절차법’과, 도산절차에서의 국제사법인 ‘도산저촉법(또는 도산국제사법)’으로 나눌 수 있다.⁷⁸⁾ 위에서 언급한 법정지법원칙(*lex fori principle*)은 국제도산법의 영역에서도 타당한데, 도산절차에서 법정지법이라 함은 ‘도산법정지법(*lex fori concursus*)’ 또는 ‘도산절차개시국법’을 의미한다. 따라서 도산절차에서 국제도산관할, 도산절차의 개시, 관재인의 선임, 권한과 의무는 물론 도산채권의 신고, 확정, 배당 등 도산절차의 진행과 종료, 나아가 외국도산절차의 승인 등과 같은 절차법적 사항은 도산법정지법에 따르게 된다.

한편 외국관련이 있는 도산사건의 실체법적 사항도 도산법정지법이 준거법이 된다는 견해가 널리 인정되고 있다. 다만 이는 도산사건의 모든 실체법적 사항이 도산법정지법에 따른다는 취지는 아니므로 학설은 그 취지를 명확히 하기 위하여, 도산절차에 내재하는 구성요건에 의하여 발생하고, 또한 도산절차의 목적에 봉사하는 ‘도산전형적 법률효과(*insolvenztypische Rechtsfolge*)’ 또는 ‘도산법에 특유한 효력(*spezifisch insolvenzrechtlichen Wirkungen*)’만이 도산법정지법에 따른다고 설명한다.⁷⁹⁾ 무엇이 그에 해당하는지는 결국 각국의 입법자가 도산법의 목적을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이다. 그 구별이 항상 쉬운 것은 아니고 경계획정이 까다로운 쟁점도 있지만, 예컨대 매수인인 한국 기업과 매도인인 독일 기업 간에 국제물품매매계약이 체결된 뒤 우리나라에서 매수인의 파산선고가 있었고 우리 법원에서 분쟁이 다루어지고 있다면, 그 매매계약의 성립 및 효력의 문제는

77) 河野俊行, “倒産國際私法”, 山本克己=山本和彦=坂井秀行(編), 國際倒産法制の新展開 - 理論と實務 -, 金融・商事判例, 増刊号, No. 1112 (2001), 148면도 동지.

78) Peter Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 4. Auflage (2010), §129 Rn. 12 (Peter Gottwald 집필부분); Geimer(註 25), Rz. 3363 이하. 물론 양자가 상호 얽혀 있어 구별이 쉽지만은 않고, 저촉법적 문제가 절차법에 의하여 해결되기도 한다.

79) Alexander Trunk, *Internationales Insolvenzrecht: Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen* (1998), S. 89; Geimer(註 25), Rz. 3373; *MünchKommBGB/Kindler*, 4. Auflage, Band 11 (2006) IntInsR, Rn. 948. 竹下守夫(編), 國際倒産法: 企業の國際化と主要國の倒産法(1991), 26면도 동지(다만 이를 공서로 설명하는 것은 부적절하다). 도산법규는 법정지의 절대적 강행법규(즉, 국제적 강행법규)임을 근거로 들기도 한다. 石黒一憲, 國際民事訴訟法(1996), 298-299면 참조. 그러나 도산실체법의 준거법은 국제사법 일반원칙에 따라 결정해야 한다는 견해도 있다. 전병서, 도산법, 제2판(2007), 538면.

우리 국제사법(제25조 이하)에 따라 결정되는 매매계약의 준거법에 따른 사항이지만, 매수인의 파산관재인이 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 매매계약을 해제할 수 있는지는 도산전형적 법률효과의 문제로서 도산법정지인 한국의 채무자회생법에 따른 사항이라는 것이다. 이처럼 민·상법에 의하여 규율되는 매매계약의 성립 및 효력의 문제는 도산전형적 법률효과와 관련이 없는 사항으로서 도산절차에서도 통상의 국제사법의 연결원칙에 따른다.

도산사건의 실체법적 사항에 도산법정지법을 적용하는 근거는, 도산절차에서는 ‘절차’와 ‘실체’가 밀접하게 관련되어 있고, 도산법정지법을 적용함으로써 채권자들의 평등취급이라는 국제도산의 이념과 정의(正義)에 보다 충실할 수 있으며,⁸⁰⁾ 국제도산절차에서 법적 안정성을 보장할 수 있다는 데 있다.⁸¹⁾ 이에 따르면 절차법적 및 실체법적 사항이 모두 도산법정지법에 따르므로 절차와 실체의 구별이라는 어려움을 피할 수 있다는 장점도 있다.⁸²⁾

그러나 예외적으로 당해 법률관계의 특성을 고려하여 실체법적 사항 중에도 도산법정지법이 아니라 국제사법의 연결원칙에 따르는 사항들이 있을 수 있는데, 우리 법에는 이에 관한 명문의 규정이 없으므로 앞으로 이러한 사항을 해석론과 입법론에 의하여 구체화해야 한다.⁸³⁾ 2002. 5. 31. 발효된 유럽연합의 “도산절차에 관한 이사회규정”⁸⁴⁾(이하 “EU도산규정”이라 한다)⁸⁵⁾(제4조 제2항)은 도산법정지법원칙을 선언하고 도산법정지법이 규율하는 사항을 예시적으로 열거하므로,⁸⁶⁾ 우

80) Gottwald(註 78), §132 Rn. 6; Geimer(註 25), Rz. 3373.

81) Reithmann/Martiny/Hausmann(註 9), Rz. 7.624.

82) 영국에서도 전통적으로 절차와 실체가 모두 도산법정지법에 의한다. Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, Second Edition (2005), paras. 2.78, 2.79, 3.72.

83) 석광현, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(2012), 479면.

84) 이는 “Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings”를 말한다. 다만 도산규정 개정안(Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast))은 2015. 6. 5. 유럽연합 관보에 공포되었다. 이는 2015. 6. 25. 발효되었으나 2017. 6. 26. 이후 개시되는 도산절차에 적용될 예정이므로 여기에서는 구 규정을 언급한다.

85) 구 EU도산규정에 관하여는 우선 Christoph G. Paulus, *Europäische Insolvenzverordnung Kommentar*, 3. Auflage (2010); Klaus Pannan (Ed.), *European Insolvency Regulation* (2007) 참조. 우리 문헌은 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제3권(2004), 309면 이하 참조.

86) 구 EU도산규정은 제4조 제1항에서 도산절차와 그의 효력은 도산법정지법에 의하여 규율된다는 원칙을 선언하고, 제4조 제2항에서 도산법정지법에 의하여 규율되는 특정한 사항 13가지를 예시하는데 그 안에는 ‘(d) 상계의 요건’이 포함되어 있다. 상계의 준거법에 관한 한 구 규정(제4조 제2항 d호, 제6조)과 신 규정(제7조 제2항 d호, 제9조)

리 법의 해석론을 전개함에 있어서도 참고가 된다. 한국에서 도산절차가 개시된 경우 EU도산규정(제4조 제2항)에 열거된 사항은 대체적으로 채무자회생법에 따르는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 그러나 EU도산규정은 제5조 이하에서 도산법정지국 외 국가의 당사자들의 정당한 기대와 거래의 확실성을 보호하기 위하여 다양한 예외를 규정하거나 동 원칙을 완화하고 있다. 다만 우리 채무자회생법과 국제사법에는 상응하는 규정이 없으므로 해석론으로서 EU도산규정과 같은 결론을 도출하는 데는 한계가 있을 수밖에 없다.⁸⁷⁾

주목할 것은, 근자에 준거법이 영국법인 정기용선계약의 해제와 관련하여 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다104526, 2012다104533(병합) 판결이 아래와 같은 추상적 법률론을 실시함으로써 도산법정지법 원칙을 정면으로 인정하면서 다만 동 원칙은 도산전형적 법률효과에 한정되는 점을 선언하고, 관리인의 이행 선택 여부는 도산전형적 법률효과에 속하지만 계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위는 그런 법률효과에 해당하지 않으므로 계약의 준거법에 따를 사항이라고 명확히 판시한 점이다. 이런 결론은 타당하다.

“외국적 요소가 있는 계약을 체결한 당사자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 그 계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하여 관리인이 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있는지 여부, 그리고 계약의 해제·해지로 인하여 발생한 손해배상채권이 회생채권인지 여부는 도산법정지법(倒産法廷地法)인 채무자회생법에 따라 판단되어야 하지만, 그 계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위에 관한 문제는 계약 자체의 효력과 관련된 실체법적 사항으로서 도산전형적인 법률효과에 해당하지 아니하므로 국제사법에 따라 정해지는 계약의 준거법이 적용된다.”⁸⁸⁾

은 차이가 없다.

87) 상세는 석광현(註 73), 606면 이하 참조.

88) 이런 견해는 석광현, **국제사법과 국제소송**, 제1권(2001), 465면; 특히 석광현(註 73), 603면에서 이미 밝힌 바 있다. 참고로 과거 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001다30469 판결은 준거법이 영국법인 차관계약상 우리나라 은행인 대주가 파산한 경우 파산관재인은 파산법 제50조에 따라 이행 여부를 선택할 수 있다고 하였던바, 이는 도산법정지법 원칙을 적용한 사례이다. 평석은 석광현(註 85), 543면 이하 참조. 근자에는 하급심판결들도 도산법정지법 원칙을 정면으로 인정하였다. 예컨대 서울중앙지방법원 2010. 1. 11.자 2009회확562 결정은 “회생절차에서 미이행쌍무계약의 이행 또는 해지의 선택은 도산전형적 법률효과를 가져오는 내용으로서 이에 관하여는 도산법정지법이 적용되어야 하는데...”라고 판시한 바 있다. 이에 대한 소개는 석광현(註 73), 620면 이하 참조.

3. 상계의 요건과 효과는 도산전형적 법률 효과인가?

위에서 보았듯이 우리 민법상 상계란 채권자와 채무자가 서로 동종의 채권·채무를 가지고 있는 경우에, 그 채권·채무를 대등액에서 소멸시키는 당사자 일방의 일방적 의사표시를 말하고, 민법(제492조 내지 제499조)은 상계의 요건, 방법과 효과 등을 규정하고 있다. 일방당사자는 재판 외에서는 물론 소송상 항변으로서도 상계를 할 수 있다.

한편 채무자회생법은 회생채권자 또는 회생담보권자의 상계권 행사기한을 채권 신고기간 만료 전에 하도록 제한하고(제144조), 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차 개시 후에 회생회사에 대하여 채무를 부담한 때 상계를 금지하는 등 일련의 상계금지 규정(제145조)만을 두고 있으며, 회생회사의 관리인이 상계를 하는 경우 법원의 허가를 받도록 제한하고 있다(제131조). 후자는 회생절차가 개시된 후에는 회생계획에 의하지 않고는 변제 등 회생채권 또는 회생담보권을 소멸시키는 행위를 할 수 없기 때문이다.

민법과 채무자회생법의 체계를 보면, 예컨대 국내 도산절차에서 채권자 또는 채무자가 상계를 하려면 민법이 정한 상계적상 등의 요건을 구비해야 하고, 상계권의 행사가 채무자회생법이 정한 제한 하에서 이루어져야 함을 쉽게 알 수 있다. 즉 채무자회생법이 그 목적을 달성하기 위하여 명시하는 상계의 금지 내지 제한은 ‘도산전형적 법률 효과’ 내지 ‘도산법에 특유한 효력’에 관한 사항이지만, 채무자회생절차 중에 상계를 하더라도 쌍방의 채권이 상계적상에 있어야 하는 등 민법이 정한 상계요건이 구비되어야 한다. 나아가 채무자회생법에 따른 상계의 경우에도 그 효과는 민법 제493조 제2항에 따라 상계적상에 놓인 때에 발생하고 그 시점에 소급하여 채권·채무가 소멸한다.⁸⁹⁾

달리 말하자면, 비록 채무자회생절차 중에서 상계를 하더라도 채무자회생법이 정한 사항이 아닌 통상적인 상계의 요건과 효과는 통상적인 상계에 적용되는 민법 규정에 의할 사항이고, ‘도산전형적 법률 효과’나 ‘도산법에 특유한 효력’에 속하는 사항이 아니라는 것이다. 국내 도산사건에서는 이러한 해석이 자명한 것으로 이해된다. 이런 법리를 국제도산의 맥락에 대입하면, 상계의 요건과 효과는 ‘도산전형적 법률 효과’나 ‘도산법에 특유한 효력’에 속하는 사항이 아니므로 통상의 ‘상계의 준거법’(즉, 민법 대신)에 따라 결정되어야 하고, 그 준거법은 우리 국제

⁸⁹⁾ 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, 회생사건실무(상), 제3판(2011), 344면.

사법의 해석론에 의하여 결정할 사항이며, 단지 채무자가 상계를 하기 위하여는 그에 추가하여 채무자회생법 제131조에 따른 법원의 허가를 받아야 하고 상계에 대한 제한에 저촉되지 말아야 한다. 따라서 이 사건에서 위에 언급한 상계의 요건, 즉 상호 대립하는 채권의 존재요건, 동종요건, 변제기 도래요건과 채권의 사법적 확정 등 영국 보통법에 따른 요건이 구비되어야 한다.⁹⁰⁾⁹¹⁾ 이 사건 자동채권과 이 사건 수동채권이 유효하게 발생하여 존재하는지는 각 채권의 준거법에 따른 사항임은 물론이다. 참고로 독일 연방대법원의 1985. 7. 11. 판결⁹²⁾은 도산절차에서 상계의 실체법적 유효성과 효과는 상계의 준거법에 따르는 데 반하여, 상계의 허용성(또는 적법성. Zulässigkeit)은 도산법정지법에 따른다는 견해를 취하였고 다수설도 이를 지지하였다.⁹³⁾ 이처럼 도산절차에서 상계를 할 경우 도산법정지법, 상계의 준거법과 각 채권의 준거법이 문제되는 점을 유의해야 한다.

4. 소결: 원심판결의 실시와 그에 대한 평가

비록 피고의 회생절차 내에서 상계가 행해지더라도 상계 자체는 도산전형적 법률 효과나 도산법에 특유한 효력에 속하는 사항이 아니므로,⁹⁴⁾ 채무자회생법이 특별히 정한 요건을 제외한 상계의 요건과 효과는 모두 국제사법에 의하여 결정되는

90) 이헌목(註 17), 60면은 “수동채권의 준거법이 영국법이라고 하더라도 일단 도산절차가 개시된 이상 상계의 요건이나 방법 그리고 그 효과는 한국법이 적용된다”고 하나 이는 지지할 수 없다. 여기의 한국법은 채무자회생법을 의미하는 듯하나 채무자회생법은 상계의 효과에 관한 특칙을 두지 않으므로 결국 한국 민법에 의하게 되는데 이는 준거법을 변경하게 되기 때문이다. 또한 이는 도산법정지법의 원칙이 미이행쌍무계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위에는 미치지 않는다고 판시한 위 2015년 대법원 판결에도 반한다.

91) 주의할 것은 상계의 요건과 효과라고 해서 모두 그런 것은 아니고 도산절차의 목적을 달성하기 위하여 특정국가의 도산법이 그에 관하여 특칙을 두는 때에는 이는 ‘도산전형적 법률 효과’나 ‘도산법에 특유한 효력’에 속하는 사항이 될 수 있으며, 여기의 논의는 민법상의 상계의 요건과 효과에 관하여 특칙을 두지 않는 우리 채무자회생법의 관점에서 타당한 것이라는 점이다. 따라서 도산법정지법이 상계의 효과를 규율한다고 할 때 그 의미도, 상계의 효과에 관하여 특칙을 두는 영국과 그렇지 않은 한국에서는 각각 다를 수밖에 없다. 임치용(註 32), 14면도 이런 취지를 지적하고 있다.

92) BGHZ 95, 256, 273.

93) Gottwald(註 78), §132 Rn. 72-73; Chrisoph Jeremias, *Internationale Insolvenzaufrechnung* (2005), S. 275f.와 Fn. 1535에 인용된 문헌들 참조. 필자는 이를 지지하였다. 석광현(註 73), 632면.

94) 이 사건에서 피고 소송대리인은 “본건 상계는 도산전형적 사항이므로 그 요건과 효과는 모두 국내법에 따라야 한다”는 취지의 주장을 하였으나 이는 옳지 않다.

통상의 상계의 준거법에 따를 사항이다. 따라서 이 사건에서 상계의 요건과 효과의 준거법은 영국 보통법이고 우리 민법이 적용될 근거는 없다.⁹⁵⁾ 다만 그 경우 준거법인 영국법에 따라 상계가 가능하더라도 제3채무자가 상계를 하기 위하여는 채무자회생법이 정한 제한에 저촉되지 않아야 한다.

원심판결이 “이 사건 상계의 요건은 영국 보통법에 따라 그 충족 여부를 판단하여야 한다 … 상계의 요건에 관하여는 영국 보통법상의 요건을 충족하는 이외에 추가로 채무자회생법 제131조에 따라 법원의 허가를 얻어야 한다”고 설시한 것은 타당하다. 그러나 원심판결이 “도산법정지법의 원칙”에 따라 이 사건 회생채권에 대한 상계의 절차 및 효과에 관하여는 국내법이 적용되므로”(밑줄은 필자가 추가)라고 판시한 부분은 옳지 않다. 상계의 절차(아마도 이는 상계의 방법을 말하는 것으로 보인다) 및 효과는 도산전형적 법률 효과나 도산법에 특유한 효력에 속하는 사항은 아니기 때문이다. 통상의 경우 상계의 요건과 효과는 그 준거법에 따라 판단할 사항인데, 채무자가 회생절차에 들어갔다고 해서 그것이 채무자회생법에 따를 사항으로 변경될 이유는 없다.⁹⁶⁾ 위에서 보았듯이 제1심판결과 원심판결은 이 사건 상계에 소급효를 인정하였는데 혹시 이 사건 상계의 절차 및 효과에 관하여는 국내법이 적용된다고 보았기 때문인지 모르겠으나, 영국 보통법에 따른 상계에 우리 민법을 적용하여 소급효를 인정할 근거는 없다. 대법원이 이런 잘못을 바로잡지 않은 점은 유감이다.

이 사건에서 상계의 소급효를 인정하는 것은 영국법이 준거법이라고 한 이 사건 대법원판결의 결론과 상충될 뿐만 아니라, 도산법정지법이 규율하는 사항을 도산전형적 법률효과에 한정된 2015년 대법원판결에도 저촉된다.

95) 다만 상계의 효과에 관하여 영국 보통법의 원칙이 관철될 수 있는지에 관하여 논란의 여지가 있음은 위에서 언급하였다.

96) 이 사건에서 자동채권과 수동채권의 발생근거인 정기용선계약들이 계약으로서 성립하였는지와 그 유효성 등은 통상의 경우 그 계약의 준거법인 영국법에 따를 사항인데, 법원의 허가요건을 충족하고 채무자회생법에 따른 제한에 저촉되지 않는다면, 채무자가 회생절차에 들어갔다고 해서 그것이 갑자기 채무자회생법에 따를 사항이 되지 않는 것을 생각해보면 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

V. 한국의 도산절차에서 상계에 관한 영국 도산법의 적용가능성

1. 쟁점의 정리

영국 도산법과 도산규칙이 정한 상계의 요건과 효과가 한국에서 진행 중인 도산절차에서 적용될 수 있는가라는 의문이 제기된다. 보다 정확히 말하자면, 이는 이 사건과 같이 한국에서 제3채무자인 피고의 도산절차가 진행 중인 경우 상계의 준거법이 영국법이라면 영국 도산법이 상계의 준거법의 일부로서 적용될 수 있는가라는 의문이다.

이 사건에서 도산법정지법 원칙에 따라 도산의 절차는 물론이고, 실체법적 쟁점 중 도산전형적 법률 효과나 도산법에 특유한 효력에 속하는 사항에 대해서는 도산법정지법인 한국의 채무자회생법이 적용되고, 그 밖에 상계의 요건과 효과는 상계의 준거법인 영국 보통법에 따를 사항이라는 점은 위에서 설명한 바와 같다.⁹⁷⁾ 따라서 여기에서 검토하는 쟁점은 상계의 준거법이 영국법인 경우 그 영국법에는 영국 보통법만이 아니라 영국 도산법이 포함되는가라는 점이다. 원심판결과 대법원판결은 이 점을 쟁점으로 다루지는 않았으나 당사자들 간에 소송과정에서 이에 관한 논란이 있었고,⁹⁸⁾ 특히 2015. 11. 26. 개최되었던 한국국제사법학회와 한국해법학회의 공동학술대회⁹⁹⁾에서 이현묵 교수의 발표에 이어 토론을 맡았던 이안의 변호사는 영국 도산법을 적용할 여지가 있음을 시사하면서 그에 대한 발표자의 의견을 물었고 이에 대해 이현묵 교수는 이를 부정하는 취지의 답변을 한 바 있으므로¹⁰⁰⁾ 이 점을 논의한다.

2. 영국 도산법상의 상계

영국 도산법(Insolvency Act 1986)(제323조. Mutual credit and set-off)과 도산규칙

-
- 97) 다만 상계의 효과에 관하여 영국 보통법의 원칙이 관철될 수 있는지에 관하여 논란의 여지가 있음은 위에서 언급하였다.
- 98) 이 사건에서 피고 소송대리인은 피고의 소송상 상계에 대하여는 영국 보통법이 아니라 영국 도산법이 적용된다고 주장하였다.
- 99) 학술대회의 대주제는 “해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점”이었고 자료집이 배포되었으나 이 변호사의 토론문은 그곳에 포함되지 않았다.
- 100) 발표문은 이현묵, “영국법이 적용되는 용선료 채권의 상계와 관련한 법적 문제점”, 자료집(註 99), 53면 이하 참조. 이안의 변호사는 피고 소송대리인의 1인인 법률사무소 여산의 변호사이다.

(Insolvency Rules 1986)(제4.90조. Mutual credit and set-off in liquidation)(이하 양자를 포괄적으로 “영국 도산법”이라 한다)은 영국 보통법과 달리 상계의 요건을 대폭 완화하여 규정하는 점에 특색이 있다. 영국 도산법상의 상계의 경우 보통법상의 상계에서 요구되는 ‘채권의 사법적 확정’의 요건은 필요하지 않다. 나아가 도산법상의 상계는 도산절차 개시 시점에 소급하여 효력을 발생하는 점에도 특색이 있다.¹⁰¹⁾

3. 상계의 준거법은 준거법 소속국의 도산법을 포함하는가:

상계에 관한 도산법정지법 원칙과 그 예외

위에서 본 것처럼 이 사건에서 문제되는 상계의 준거법은 영국 보통법이다. 그런데 피고의 회생절차가 한국에서 개시되었으므로 ‘도산법정지법 원칙’에 따라 도산전형적 법률 효과나 도산법에 특유한 효력은 우리 채무자회생법에 따라 규율될 사항이고, 그에 해당되지 않는 사항들, 예컨대 상계의 요건과 효과는 여전히 영국 보통법에 따를 사항이다. 영국 도산법이 이 사건 상계에 적용되지 않음은 도산법정지법 원칙의 당연한 결과이다.

논자에 따라서는 영국 도산법상의 상계 관련 규정은 실체에 관한 것이므로 이 사건에 적용된다고 주장할지 모르겠으나 이는 도산법정지법 원칙에 반한다. 영국 도산법처럼 도산절차에서 상계요건을 완화한 경우에는 그것이 영국의 일반적인 계약법에 대한 특칙으로 그에 우선하여 적용될 것이나, 그것은 도산법정지가 영국인 경우에 그런 것이지 도산법정지가 한국인 경우에까지 영국 도산법을 적용할 근거는 없다.

문제는 이 사건처럼 한국에서 피고의 회생절차가 진행 중인 경우, 상계의 준거법인 영국법의 일부로서 영국 도산법이 상계의 요건과 효과를 규율하는가, 바꾸어 말하면 이 사건에서 우리 법상 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 인정하여 준거법의 일부로서 영국 도산법을 적용할 여지가 있는가이다. 결론을 먼저 말하자면 그런 근거는 없다. 다만 EU도산규정을 검토하는데, 이는 혹시 그로부터 다른 결론을 도출할 근거가 있는지를 보기 위함이다.

EU도산규정(제6조 제1항)은 도산채무자의 채권자를 보호하기 위하여 상계와 관련하여 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 명시한다. 즉 EU도산규정에 따르면 상계

¹⁰¹⁾ Derham(註 14), para. 6.119 이하, 특히 para. 6.121 참조.

의 허용 여부는 도산법정지법에 따른 사항이므로(제4조 제2항 d호) 도산법정지법상 상계가 허용되지 않으면 상계는 불가능한 것이 원칙이지만, 상계의 준거법¹⁰²⁾에 따라 상계가 허용된다면 도산절차에도 불구하고 채권자는 상계할 수 있다.¹⁰³⁾ 이러한 예외를 인정하는 근거는, 상계의 준거법, 나아가 상계를 할 수 있는 지위에 대한 채권자(달리 말하자면 도산채무자의 채무자)의 신뢰를 보호하는 데 있다. 그러나 제6조가 적용되기 위하여는 도산절차 개시 전에 양 당사자의 채권이 발생하였어야 하고, 채권자가 상계할 수 있는 상태, 즉 상계적상에 있어야 한다.¹⁰⁴⁾ 주의할 것은, 제6조가 규율하는 것은 국제도산에서의 상계의 허용 여부이고, 도산 외에서의 상계적상의 존부는 통상의 상계의 준거법에 따른 사항이라는 점이다.¹⁰⁵⁾ 다만 제6조 제1항에서 ‘채무자가 채권자에 대하여 가지는 채권의 준거법’이 일반법(즉 실체법)상의 상계의 준거법만인지, 그 국가의 도산법의 제한도 고려해야 하는지는 논란이 있다. 전자를 따르면 준거법 소속국의 도산법의 제한에도 불구하고 상계가 가능하여 채권자를 과도하게 보호하는 것이 되어 부당하고, 제6조 제1항도 채무자의 “채권의 준거법”이라고 하므로 도산법도 포함된다는 견해가 독일의 다수설이고 타당하다.¹⁰⁶⁾ 결국 상계는 도산법정지법과 상계의 준거법(다만 이에겐 일반법과 도산법이 포함된다) 중 상계에 더 호의적인 법에 의하여 가능하게 된다.

한편 우리 법의 해석상 상계의 허용 여부는 도산법정지법에 따른 사항이므로, 도산법정지법상 상계가 허용되지 않으면 상계는 불가능하다. 그러나 도산절차 개시 당시에 양 채권이 상계의 준거법(일반법과 도산법을 포함)에 따라 이미 상계적상에 있었다면, 채권자의 기대를 보호하기 위하여 도산절차에도 불구하고 상계를 허용해야 한다는 견해가 주장될 여지가 있다. 이는 EU도산규정 및 독일 도산법의 태도를 우리 법의 해석론상 도입하는 것이다.¹⁰⁷⁾

102) EU도산규정에 따르면 이는 채무자가 채권자에 대해 가지는 채권(즉, 채권자의 관점에서 수동채권)의 준거법이다.

103) 제4조에서 도산법정지법원칙을 규정하고, 제6조 제1항에서 통상적인 상계의 준거법에 의한 채권자의 상계권은 도산절차의 개시에 의하여 영향을 받지 않는다고 규정하는 점에서 제6조 제1항의 규정방식은 제5조와 동일하다.

104) *MünchKommBGB/Kindler*, 4. Auflage, Band 11 (2006) IntInsR, Rn. 285.

105) Dieter Eickmann et al. (Hrsgs.), *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Auflage (2003), §339 Rn. 5 (Guido Stephan 집필부분).

106) Jeremias(註 93), S. 259도 동지. 독일 학설은 Jeremias(註 93), S. 259, Fn. 1455 참조.

107) 이현목(註 41), 153면은 해석론으로 이런 견해를 주장하면서 다만 법적 안정성을 위하여 채무자회생법에 이를 명시할 것을 제안한다.

그러나 명문의 근거 없이 해석론으로 그러한 결론을 도출하기는 어렵다. 상계의 담보적 기능을 고려하면 담보권처럼 예외적 취급을 할 여지도 생각할 수 있으나 회생절차에서 채권자평등의 원칙을 깨뜨리는 것은 부당하기 때문이다.¹⁰⁸⁾ 실제로 명문 규정이 없던 과거 독일의 통설·판례는 도산법정지법원칙을 따랐고,¹⁰⁹⁾ 채권자를 두텁게 보호하는 현행 독일 도산법에 대하여도 입법론적 비판이 있다.¹¹⁰⁾ 더욱이 주의할 것은, ① EU도산규정에 관한 논의는 채권자(즉 도산채무자의 채무자)의 상계를 전제로 한 것이지 이 사건에서처럼 도산채무자의 상계에 관한 것은 아니고, 또한 ② EU도산규정(제6조 제1항)에 따른 예외가 적용되기 위하여는 도산절차 개시 당시에 이미 상계적상에 있어야 하나 이 사건에서는 그 요건도 구비되지 않는다는 점이다.

따라서 채무자회생법의 해석상으로는 EU도산규정에서와 같은 예외를 인정하기는 어렵고, 위(IV.)에서 설명한 원칙에 따라야 하며, 가사 그런 예외를 인정하더라도 이 사건에서는 그 요건이 충족되지 않는다.

4. 소결

이 사건처럼 피고의 도산법정지가 한국인 사안에서 상계의 준거법이 영국법이라는 것은, 우리가 영국법, 특히 여기에서 문제되고 있는 영국 보통법을 적용해야 함을 의미한다. 영국 도산법이 한국에서의 회생절차에 적용될 근거는 없다. 따라서 상계의 요건은 위(IV.)에서 설명한 원칙에 따라 도산 외에서 상계를 규율하는 영국 보통법이다. 더욱이 이 사건에서는 회생절차에 들어간 채무자가 상계를 한 사안이므로 EU도산규정과 같은 예외가 적용될 여지도 없으며 예외를 적용하기 위한 요건도 구비되지 않다. 원심판결과 대법원판결은 이에 대하여 판시하지 않았으나 영국 도산법을 적용하지 않았으므로 아마도 영국 도산법의 적용을 부정한 것이라고 짐작된다.

108) 상계에서 이러한 예외를 인정한다면 그와의 균형상 EU도산규정 제5조에서 보는 바와 같이 담보권자를 위한 예외도 인정해야 할 것이나 이는 해석론으로서는 무리라고 생각한다. 석광현(註 73), 610면.

109) 판례는 1985. 7. 11. 위에서 언급한 독일 연방대법원 판결(BGHZ 95, 256, 273) 참조.

110) Eberhard Braun (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 2. Auflage (2004), §351, Rz. 12 (Liersch 집필부분). 참고로 河野俊行(註 77), 153-154면은 도산법정지법원칙을 충실하게 따르는데 이것이 일본의 통설로 보인다. 그에 따르면 우리 도산절차에서 채권자가 상계를 하기 위하여는 상계의 준거법상 상계가 가능해야 하고 우리 채무자 회생법상으로도 상계가 허용되어야 한다.

VI. 상계의 준거법이 영국법인 경우 (가)압류채권자와 상계를 하는 제3채무자의 우열을 결정하는 준거법

1. 쟁점의 정리

대법원판결은 이 사건 상계의 준거법이 영국 보통법이라고 하면서도 채권(가)압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지는 집행절차인 채권(가)압류의 효력과 관련된 문제이므로 특별한 사정이 없는 한 대한민국의 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙이고 상계의 준거법에 의할 것은 아니라고 판시하였다. 여기에서는 이런 결론이 정당한지를 검토한다. 원심판결도 “사법적 확정은 자동채권을 가진 자가 상계를 할 수 있는 자격을 말하는 것일 뿐이고, 수동채권의 가압류에 대항할 수 있는지 여부는 2012년 대법원 전원합의체 판결의 법리에 따라 판단해야 한다”는 취지로 판시하였다.

2. 우리 민법 제498조의 규정과 해석

민법 제498조는 다음과 같이 규정함으로써 지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계를 금지하고 있다.

제498조 (지급금지채권을 수동채권으로 하는 상계의 금지) 지급을 금지하는 명령을 받은 제삼채무자는 그 후에 취득한 채권에 의한 상계로 그 명령을 신청한 채권자에게 대항하지 못한다.

위 제498조를 반대해석하면, 제3채무자는 지급금지명령을 받기 전에 이미 취득하여 보유하고 있던 채권을 자동채권으로 하여 상계할 수 있는 것으로 보인다. 이렇게 본다면 그 채권이 제3채무자가 지급금지명령을 받을 당시에 이미 이행기가 도래하였는지 여부는 문제될 여지가 없다. 그러나 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 전원합의체판결의 다수의견은 다음과 같이 판시함으로써 제3채무자가 상계할 수 있는 범위를 제한하였다.

“위 규정의 취지, 상계제도의 목적 및 기능, 채무자의 채권이 압류된 경우 관련 당사자들의 이익상황 등에 비추어 보면, 채권압류명령 또는 채권가압류명령(이하 채권압류명령의 경우만을 두고 논의하기로 한다)을 받은 제3채무자가 압류채무자에 대한 반대채권을 가지고 있는 경우에 상계로써 압류채권자에게 대항하기 위하여는, 압류의 효력 발생 당시에 대립하는 양 채권이 상계적상에 있거나, 그 당시 반대채권(자동채권)의 변제기가 도래하지 아니한 경우에는 그것이 피압류채권(수동채권)의 변제기와 동시에 또는 그보다 먼저 도래하여야 한다.”(밑줄은 필자가 추가)

반면에 상계의 담보적 기능(또는 우선변제적 기능)을 중시하는 반대의견은 아래와 같이 판시하였다.

“이 규정[제496조]에 의하여 제3채무자의 상계가 금지되는 것은 제3채무자가 지급을 금지하는 명령을 받은 이후에 새롭게 취득한 채권을 자동채권으로 하여 상계하는 것뿐이고, 그 반대해석상 제3채무자가 그 이전에 이미 취득하여 보유하고 있던 채권을 자동채권으로 한 상계는 이 규정에 의하여 금지되지 아니하고 오히려 허용된다고 보는 것이 당연한 논리적 귀결이다. 그 채권이 제3채무자가 지급을 금지하는 명령을 받을 당시에 이미 이행기가 도래하였는지 여부는 문제될 여지가 없다. … 반대채권과 피압류채권 모두 또는 그 중 어느 하나의 이행기가 아직 도래하지 아니하여 상계적상에 놓이지 아니하였더라도 그 이후 제3채무자가 피압류채권을 채무자에게 지급하지 아니하고 있는 동안에 반대채권과 피압류채권 모두의 이행기가 도래한 때에도 제3채무자는 반대채권으로써 상계할 수 있고, 이로써 지급을 금지하는 명령을 신청한 채권자에게 대항할 수 있다.”(밑줄은 필자가 추가)

독일 민법(제392조 후단)은 다수의견처럼 제3채무자의 채권이 압류 후에 비로소 변제기에 도달하는 경우에는 그 변제기가 피압류채권의 변제기보다 뒤인 때에는 상계할 수 없다고 명정하는데, 그 이유는 제3채무자가 자신이 부담하는 채무의 이행을 반대채권의 이행기까지 지체함으로써 상계의 권리를 얻어내는 것을 막으려는 데 있다.¹¹¹⁾ 문언상 우리 민법은 변제기의 선후에 따라 구별하는 독일 민법(제392조 후단)과 다르고 일본 민법(제511조)과 거의 동일한 데도 불구하고, 다수의견이 해석론으로 문언에 더 충실한 일본 최고재판소의 결론이 아니라 독일 민법의 결론을

111) 위 전원합의체 판결 중 대법관 양창수의 다수의견에 대한 보충의견 참조.

취한 점은 흥미로운데, 그것이 해석론의 한계를 넘는 것인지는 논란의 여지가 있다.

제498조는 상계의 요건을 규정하는데, 이 사건에서 만일 상계의 준거법이 한국 법이라면, 우리 법원에 의하여 (가)압류가 된 수동채권에 관하여 피고가 상계할 수 있는지 여부는 위 다수의견에 따라 결정해야 한다. 그러나 이 사건에서 상계의 준거법이 영국법이므로, 수동채권에 대하여 우리 법원이 (가)압류한 이 사건에서 제3채무자인 피고가 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지는 민법 제498조에 의할 사항인지 아니면 영국법에 따라 판단할 사항인지라는 의문이 제기된다.

3. 쟁점의 구분

여기에서 쟁점은 제3채무자가 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지에므로 이는 채권(가)압류의 효력 및 상계 양자와 관련된 문제이다. 그러나 사건으로는 여기에서 두 가지 논점을 구분할 필요가 있다. 첫째는 (가)압류명령에 따른 지급금지의 효력과 그 준거법의 문제이고, 둘째는 채권(가)압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지와 그 준거법의 문제이다.

가. (가)압류명령에 따른 지급금지의 효력과 그 준거법

이 사건에서 우리 법원의 (가)압류명령이 있으므로 그의 효력은 당연히 우리 민사집행법에 따라 판단할 사항이다. 따라서 우리 민사집행법상 (가)압류명령의 결과 민사집행법에 따른 지급금지의 효력이 발생하는 점은 의문이 없다(민사집행법 제227조 제3항, 제291조). 이런 결론은 ‘절차는 법정지법에 따른다(*lex fori principle*)’는 국제사법의 법리상 당연한 것이다. 이는 전적으로 민사집행법이 규율하는 사항이다.

나. 채권(가)압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지와 그 준거법

이 사건의 쟁점은 우리 법원의 (가)압류명령의 결과 지급금지의 효력이 발생한 경우 제3채무자가 (가)압류가 부가된 그 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있는지 또는 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지를 상계의 준거법인 영국 보통법에 따라 판단할지, 아니면 우리 법원이 (가)압류명령을 발하였으므로 우리 법, 특히 민사집행법과 민법 제498조

에 따라 판단할지의 문제이다.

우리 법원의 채권(가)압류의 결과 지급금지의 효력이 발생하는가는 전적으로 민사집행법에 따를 사항이지만 지급금지의 효력이 발생한 경우, 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지는 상계의 준거법이 결정할 사항이다. 이와 같이 (가)압류의 효력을 규율하는 법질서와, 지급을 금지하는 명령이 부가된 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있는지를 규율하는 법질서의 경계를 확정해야 한다. 물론 채권(가)압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지를 결정함에 있어서는 채권(가)압류명령이 영향을 전혀 미치지 않는 것은 아니지만 상대적으로 중요한 것은 채권(가)압류명령의 효력이라기보다는 상계의 담보적 기능 또는 우선변제적 기능이고 당사자들이 가지는 정당한 이익의 형량 내지 조정의 문제이므로 상계의 준거법인 영국법에 따라 판단할 사항이라는 것이다.

다. 영국법에 따를 경우의 영국 실질법상의 쟁점

당초 이 사건에서 제3채무자의 상계 요건의 충족 여부가 중요한 의미를 가졌던 이유는, 영국 보통법상 상계를 하기 위하여는 피고가 상계를 할 당시 자동채권의 사법적 확정이라는 요건이 구비되어야 하는데, 영국법상 우리 채권가압류에 기능적으로 상응하는 영국 민사소송규칙(Civil Procedure Rules, Rule 72.4 이하)의 ‘interim third party debt order’가 있는 경우¹¹²⁾ 자동채권의 ‘사법적 확정’ 요건이 구비되어야 하는 시기가 제3채무자가 상계할 당시인지, 아니면 수동채권에 대한 가압류명령이 제3채무자에게 도달한 당시인지에 관하여 논란이 있었기 때문이다. 구체적으로 이 사건 자동채권인 조기반선에 따른 손해배상채권의 사법적 확정은 영국 중재판정이 내려진 2010년 4월 경에 있었는데 이는 이 사건 가압류가 피고에

112) 일부 논자는 “채권이 압류된 후에 제3채무자가 상계를 할 수 있는지에 관한 영국법의 내용은 영국법에 따른 압류의 효력을 전제로 하고 있으므로, 한국의 민사집행법에 따라서 이루어진 채권압류의 경우에도 위 영국법을 적용하는 것은 법적용의 전체가 잘못된 것”이라는 취지의 비판을 한다. 이현목, “영국법이 적용되는 채권에 대한 상계의 준거법”, **법률신문**, 제4328호(2015. 6. 22), 13면. 그러나 이는 잘못이다. 본문은 가압류채권자 또는 압류채권자와 제3채무자의 우열을 영국법에 따라 결정할 사항이라고 보는 것을 전제로 그에 대한 영국법의 태도를 알기 위하여 우리 법상 채권(가)압류에 기능적으로 상응하는 영국법상의 제도를 전제로 하는 것이지, 한국 민사집행법에 따라서 이루어진 채권압류에 영국법을 적용하는 것이 아니다. 이런 식의 비교는 상이한 법제를 비교할 때 흔히 이용되는 방법이다.

게 송달된 2010. 3. 31. 이후이므로, 만일 상계 당시를 기준으로 하면 이 요건이 구비되지만 가압류명령의 송달 시를 기준으로 하면 구비되지 않는 결과 상계할 수 없게 되어 상이한 결과를 초래하기 때문이다.¹¹³⁾ 대법원과 원심은 이 문제가 한국 법에 의할 사항이라고 판단하였으므로 이 쟁점을 논의하지 않았던 것으로 짐작된다. 그러나 민법 제498조에 관하여 자동채권의 변제기가 먼저 또는 동시에 도래할 것을 요구하는 다수의견을 보면, 영국법상 자동채권의 사법적 확정이라는 요건이 수동채권에 대한 가압류명령이 제3채무자에게 도달한 당시에 구비되어야 한다는 식으로 제한하는 것이 타당하다는 점은 쉽게 이해할 수 있다. 만일 이런 제한을 두지 않는다면 다수의견에 대한 보충의견이 지적한 바와 같이, “채권(가)압류 당시 자동채권의 사법적 확정이라는 상계요건이 구비되지 않았음에도 불구하고 제3채무자가 자기 채무의 이행을 늦추고 있다가 후에 그 자동채권이 사법적으로 확정됨으로써 가능하게 된 상계를 가지고 (가)압류채권자에게 대항하여 자기 채권의 우선적 만족을 얻고 (가)압류채권자의 채권 실행을 좌절시킬 수 있게 되고 이는 상계의 담보적 기능을 지나치게 강조하는 것으로서 부당하기 때문”이다.

4. 소결: 대법원판결 및 원심판결의 판시와 그에 대한 평가

이 사건에서 대법원은 상계의 준거법이 영국법이더라도 채권(가)압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있는지는 집행절차인 채권(가)압류의 효력 내지 실효성과 관련된 문제이므로, 특별한 사정이 없는 한 우리 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙이라고 판시하였다. 원심도 “사법적 확정은 자동채권을 가진 자가 상계를 할 수 있는 자격¹¹⁴⁾을 말하는 것일 뿐이고, 수동채권의 가압류에 대항할 수 있는지 여부는 위 2012년 대법원 전원합의체 판결의 법리에 따라 판단해야 한다”는 취지로 판시하였다. 그러나 아래의 이유로 필자는 이런 결론을 지지하지 않는다.¹¹⁵⁾

첫째, 여기에서 ① 집행절차인 채권(가)압류의 효력의 문제와 ② 채권(가)압류에 의하여 일단 지급금지의 효력이 발생한 경우 제3채무자와 (가)압류채권자 간의 우

113) 이 점에 관한 영국법의 선례는 없는 것으로 보이나 원고 측에 의견을 제공한 영국 변호사는 채권양도에 관한 Tapp v Jones (1875) LR 10 QB 591 사건을 인용하여 위와 같은 결론을 도출하였다.

114) 이것이 상계적상에 있기 위한 요건과 어떻게 다른지는 잘 이해되지 않는다.

115) 임치용(註 32), 15면도 필자와 같은 견해이다.

열의 문제를 구분해서 보는 것이 문제의 본질을 직시하는 데 도움이 된다. 전자, 즉 지급금지의 효력의 발생과 그 범위는 절차적 문제로서 전적으로 한국 민사집행법에 따를 사항이지만, 지급금지의 효력이 발생한 경우 (가)압류채권자에 대한 관계에서 상계권자인 제3채무자를 어디까지 보호할지라고 하는 후자는 채권의 준거법에 따른다. 즉, 한국에서 (가)압류명령이 있고 그에 따라 지급금지의 효력이 발생하는 경우 한국 절차법의 효력은 거기에서 그치고,¹¹⁶⁾ 제3채무자와 (가)압류채권자의 우열은 주로 실체의 문제라는 것이다. 물론 ② 단계에서도 (가)압류의 효력을 무시할 수는 없으므로 “채권(가)압류의 효력과의 관련”성이 있지만, 관건은 채권(가)압류의 효력의 강약이 아니라 상계의 담보기능(또는 우선변제적 기능) 내지는 관련 당사자들의 이익형량의 문제이고 이는 주로 실체법적 쟁점이라는 것이다. 2012년 대법원 전원합의체 판결이 제3채무자와 (가)압류채권자 간의 우열의 문제를 민사집행법이 아니라 민법 제498조의 문제로 파악한 점이나, 이 사건 대법원 판결이 위 대법원 전원합의체 판결을 인용하면서 그 결론을 따른 것도 이런 견해가 정당함을 보여주는 것이다.

일부 논자는 수동채권이 한국의 민사집행법에 따라서 압류되었으므로 수동채권의 압류의 효력은 민사집행법에 따라서 결정되고, 이 법은 절차법이므로 준거법이 외국법인 사건에서도 여전히 적용됨을 전제로, 제3채무자가 자신의 자동채권을 가지고 압류된 수동채권과 상계할 수 있는지는 상계가능성의 문제로서 압류의 효력에 해당하므로 상계가능성은 준거법인 외국법이 아니라 법정지법인 한국의 민사집행법에 따라서 결정될 사항이라고 본다.¹¹⁷⁾ 그러나 상계가능성의 문제는 상계요건의 문제, 나아가 제3채무자가 상계로써 가압류채권자에게 대항할 수 있는가의 문제이므로 이는 위 ①의 문제가 아니라 주로 위 ②의 문제이다.

둘째, ②의 쟁점을 판단함에 있어서 중요한 것은, 상계에 관한 2012년 대법원 전원합의체 판결의 다수의견이 “민법 제498조의 취지, 상계제도의 목적 및 기능, 채무자의 채권이 압류된 경우 관련 당사자들의 이익상황 등”을 고려한 데서 보듯이, 지급금지의 효력이 있음에도 불구하고 상계할 수 있을 것으로 기대한 제3채무자의 이익을 (가)압류채권자에 대한 관계에서 보호할지라는 이익형량이지, (가)압류명령

116) 물론 우리 민사집행법이 가압류와 압류에 매우 강력한 효력을 인정해서 가압류채권자를 무조건 우선시키는 태도를 취한다면 모르겠으나 우리 민사집행법이 그런 태도를 취하지는 않기 때문이다.

117) 이헌목(註 112), 13면.

의 효력이 얼마나 강력한 것인지가 아니다. 그리고 제3채무자의 상계를 허용함으로써 어느 범위 내에서 채권자평등의 원칙에 대한 예외를 인정할 것인가의 문제도 주로 실체법적 고려사항이다. 그리고 이 때 제3채무자의 이익은 준거법 하에서 파악해야 한다. 상계권자가 가지는 상계에 대한 기대 내지 이익은 추상적으로가 아니라 구체적인 준거법 하에서 존재하는 것이므로 상계의 준거법이 영국법이면 제3채무자는 영국법에 따라 상계할 수 있을 것으로 기대하기 때문이다. 국제사법상 어떤 쟁점의 준거법을 결정함에 있어서는 당사자들의 정당한 기대의 보호, 결과의 확실성과 예견가능성 등의 요소를 고려해야 하는데¹¹⁸⁾ 그런 관점에서도 상계의 준거법이 우월하고, 자동채권과 수동채권의 준거법이 동일한 경우에는 더욱 그러하다.

일부 논자는, 이 사건에서 (가)압류채권자인 원고는 이 사건 수동채권의 법률관계의 당사자가 아닌데, 이러한 (가)압류채권자가 한국의 민사집행법에 따라서 채권을 압류한 후에, 느닷없이 자신과 관련이 없는 영국법상의 압류의 효력을 주장하거나 그러한 적용을 받게 되는 것은 법률적 근거가 없다고 주장한다.¹¹⁹⁾ 그러나 이는 옳지 않다. 제3채무자의 상계에 의하여 소멸하는 채권은 (가)압류채권자에 대한 채권이 아니라 채무자와 제3채무자 간의 대립하는 채권이고, 상계 가능 여부를 상계의 준거법에 따를 사항이므로 제3채무자가 그 준거법에 따른 상계가능성 여부를 고려하는 것은 오히려 당연한 것이다. 영국법에 따른 상계가능성을 염두에 두고 거래를 한 제3채무자가, 한국법원이 채권(가)압류를 했다는 우연한 사정 때문에 한국법의 적용을 주장하는 것은 근거 없다. 당사자들이 영국법을 용선계약의 준거법으로 선택했으니 그에 따른 이익과 불이익도 부담해야 한다는 것이 당사자자치 (party autonomy)의 논리적 귀결이다. 한국에서 채권(가)압류를 했으니 상계를 넓게 허용해 달라는 주장은 아무런 근거가 없다.

셋째, 우리 민법(제498조)과 거의 동일한 일본 민법(제511조)의 해석상 일본의 다수설과 판례는 2012년 대법원 전원합의체 판결의 반대의견이 취한 견해(이른바 무제한설)을 취한다.¹²⁰⁾ 이런 차이는 한일 간에 채권(가)압류의 효력이 다르기 때

118) The American Law Institute, Restatement of the Law Second: Conflict of Laws (1971), 제6조 참조.

119) 이헌목(註 112), 13면.

120) 즉 일본 최고재판소 1970. 6. 24. 대법정 판결의 다수의견은 제3채무자는 그 채권이 압류 후에 취득한 것이 아닌 한 자동채권 및 수동채권의 변제기 전후를 묻지 않고 압류 후에 있어도 상계적상에 이르면 그것을 자동채권으로 하여 상계를 할 수 있

문이 아니라 주로 민법의 해석에 관한 차이로부터 발생한다. 한국 법원에서 채권(가)압류를 했으나 양 채권의 준거법(따라서 상계의 준거법)이 일본법인 경우를 상정해 보자. 이 경우 이 사건 대법원판결의 결론에 따르면 이는 한국법에 따를 사항이므로 변제기를 기준으로 제3채무자가 가지는 자동채권의 변제기가 먼저 도래하는 경우에 한하여 제3채무자가 보호되는 데 반하여, 사건에 따르면 이는 일본법에 따를 사항이므로 변제기에 관계없이 제3채무자는 상계로써 (가)압류채권자에게 대항할 수 있어 더 강력한 지위를 가진다. 대법원판결에 따르면 수동채권의 (가)압류를 어디에서 했는가라는 우연한 사정에 따라 법적 지위가 달라지게 되어 (가)압류 신청 시 법정지 쇼핑을 조장하게 되나, 사건에 따르면 상계의 준거법에 의하므로 법정지 쇼핑을 막을 수 있다.¹²¹⁾

넷째, 이 사건 대법원판결이 “제3채무자가 … 압류채권자에게 대항할 수 있는지는 … 대한민국의 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙”(밑줄은 필자가 추가)이라고 표현한 것은 아마도 이 쟁점이 민사집행법에 의하여 종국적으로 해결될 수 없고 민법 제498조에 의할 수밖에 없음을 표시한 것이라고 짐작된다. 즉, 순수한 국내사건을 상정한다면 우리 법상으로도 이는 민사집행법의 문제가 아니라 민법의 문제라는 것이다. 민사집행법이 중요한 듯이 보이지만 위에서 본 ① 단계에서와 달리 ② 단계에서 결정적 의미를 가지는 것은 민법이지 민사집행법이 아니다. 대법원이 ① 단계와 ② 단계를 구분하지 않은 결과 민사집행법의 영향을 과대평가한 것이다. 이 사건 대법원 판결도 “상계제도의 목적 및 기능, 채무자의 채권이 압류된 경우 관련 당사자들의 이익 상황 등에 비추어 판단해야 한다”는 취지로 판시하였는데, 이는 (가)압류명령의 효력이 결정적이지 않음을 보여준다. 원심판결은 “원고가 민사집행법에 따라 수동채권을 가압류 및 압류하여 추심명령을 받고 이에 기하여 … 추심금 청구를 하는 이 사건에 있어서 위 가압류가 피고의 상계주장을 저지할 수 있는 것인지 여부는 우리 민사집행법 및 민법에 따라 결정되어야 할 것”(밑줄은 필자가 추가)이라면서 민법을 언급하였는데 이것이 더 솔직한 태도이다.

다고 판시하였다. 이상주(註 7), 406면, 410면; 김용담(편), **주식민법: 채권총칙(4)**, 제4판(2014), 652면(조용구 집필부분).

121) 나아가 반대의 경우, 즉 양 채권의 준거법이 한국법인데 수동채권이 일본 법원에서 가압류 또는 압류된 사안도 상정해 보라. 필자의 견해에 따르면 그 경우 가압류채권자와 제3채무자의 우열은 한국법에 따를 사항이나, 이 사건 대법원판결에 따르면 일본법에 따를 사항이 된다. 따라서 제3채무자로서는 상대적으로 상계를 널리 허용하는 일본에서 (가)압류를 시도할 동기를 가지게 된다.

이 사건 대법원판결과 원심판결을 보면, 제3채무자와 (가)압류채권자 간의 우열에 관하여 위 2012년 대법원 전원합의체 판결의 다수의견과 반대의견이 대립하는 이유가 민사집행법에 따른 채권(가)압류의 효력의 문제로 귀착되는 것처럼 보인다. 그러나 이는 옳지 않다. 관건은 제3채무자와 (가)압류채권자를 포함한 관련 당사자들의 이익을 어떻게 조정하고 형량할 것인가의 문제이고, 그 때 민사집행법보다는 민법, 절차법적 고려보다는 실체법적 고려가 더욱 중요한 의미를 가진다는 것이다.

VII. 맺음말

이 사건은 피고가 우리 법원에서 영국 보통법에 따른 소송상 상계의 항변을 한 경우 제기되는 다양한 논점을 다룬 사건이다. 구체적으로 상계의 준거법, 영국 보통법상 상계의 성질결정, 숨은 반정의 허용 여부, 영국 보통법상의 상계요건의 구비 여부, 도산법정지법 원칙과 그 적용범위, 상계의 요건을 완화한 영국 도산법의 적용 여부와 제3채무자인 피고가 상계로써 가압류채권자 및 압류채권자인 원고에게 대항할 수 있는지의 준거법 등 다양한 논점을 제기하는 흥미로운 사건이다.

대법원은 영국 보통법상 상계의 절차법적 성격을 인정하면서도 채권의 소멸이라는 실체법적 성격도 가지므로 상계의 요건과 효과에 관하여 영국 보통법이 준거법으로 적용될 수 있다고 보았으나, 필자처럼 영국 보통법상 상계를 실제로 성질결정한 것은 아니다. 제1심판결과 원심판결은 아무런 근거 없이 이 사건 상계의 소급효를 인정하였는데 대법원이 이러한 잘못을 지적하지 않은 점은 유감이다. 나아가 대법원은 제3채무자가 영국 보통법에 따라 상계를 하는 경우 우리 법원에서 수동채권을 (가)압류한 채권자에게 대항할 수 있는지는 집행절차의 효력과 관련된 문제이므로 민사집행법 등에 의할 것이라고 판시하였는데, 이는 설득력이 없다. 위쟁점은 채권(가)압류의 효력의 강약이 아니라 관련 이익의 형량과 조정의 문제이기 때문이다. 단적으로 2012년 대법원 전원합의체 판결의 견해 대립은 민사집행법에 따른 채권(가)압류의 효력의 강약에 기인하는 것이 아니다.¹²²⁾

¹²²⁾ 이 사건과 유사한 국내사건을 상정해보자. 국내사건에서 이는 채권(가)압류의 효력이 결정할 문제가 아니라, 채권(가)압류에 따른 지급금지 효력이 있음을 전제로 하면서, 나아가 (가)압류채권자와 제3채무자의 이익형량을 통해 양자의 우열을 결정해야 하는데, 후자는 민법에 따라 해결할 사항이기 때문이다. 대법원판결은 마치 이를 민사집행법의 문제라고 판시한 것과 같다.

종래 우리 법률가들은 국제거래에서 영국법이 가지는 중요성에도 불구하고 영국법에 대체로 무관심하다. 이 사건은 우리 법률가들이 영국법에 대해 더 큰 관심을 가져야 한다는 점을 보여주는 점에서도 의미가 있다. 우리 기업들의 거래는 물론 우리 법원에서도 영국법과의 접점이 점차 커지고 있는 근자의 실정을 고려하면 이 사건은 영국 보통법상의 상계에 관한 다양한 논점에 대해 판단함으로써 실무에 지침을 줄 수 있는 좋은 기회였는데, 대법원이 이를 살리지 못한 점은 아쉬운 일이다.

투고일 2016. 1. 18	심사완료일 2016. 2. 14	계재확정일 2016. 2. 19
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 김상훈, “민사소송상 상계의 국제재판관할 및 그 준거법”, **한림법학 FORUM**, 제21권 (2010).
- 김시철, “주한 미국인 부부의 이혼 및 미성년자녀에 관한 양육처분 등에 관하여”, **저스티스**, 통권 제96호(2007. 2).
- 김 연·박정기·김인유, **국제사법**, 제3판 보정판(법문사, 2014).
- 김용담(편), **주석민법: 채권총칙(4)**, 제4판(한국사법행정학회, 2014).
- 서울중앙지방법원 파산부 실무연구회, **회생사건실무(상)**, 제3판(2011).
- 석광현, “2006년 국제사법 분야 대법원판례: 정리 및 해설”, **국제사법연구**, 제12호 (2006).
- _____, **국제민사소송법: 국제사법(절차편)**(박영사, 2012).
- _____, **국제사법과 국제소송**, 제1권(박영사, 2001).
- _____, **국제사법과 국제소송**, 제3권(박영사, 2004).
- _____, **국제사법과 국제소송**, 제5권(박영사, 2012).
- _____, **국제사법 해설**(박영사, 2013).
- 신창선·윤남순, **신국제사법**(도서출판 fides, 2014).
- 신창섭, **국제사법**, 제3판(세창출판사, 2015).
- 양창수·김재형, **계약법**, 제2판(박영사, 2015).
- 윤종진, **개정 현대 국제사법**(한울출판사, 2003).
- 이상주, “압류된 채권에 대한 상계의 허용요건 - 대법원 2012. 2. 16. 선고 2011다 45521 전원합의체 판결 -”, **자유와 책임 그리고 동행: 안대회 대법관 재임 기념**(2012).
- 이현묵, “국제적 상계에 대한 준거법”, **국제거래법연구**, 제18집 제1호(2009).
- _____, “법정지법의 적용에 있어서 절차와 실체의 구분,” **민사소송**, 제16권 제2호 (2012. 11).
- _____, “영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제”, **저스티스**, 통권 제142호(2014. 6).
- _____, “영국법이 적용되는 채권에 대한 상계의 준거법”, **법률신문**, 제4328호(2015. 6. 22).
- 이호정, **국제사법**(경문사, 1983).

- 임치용, “해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점”, 한국국제사법학회와 한국해법학회의 공동학술대회 자료집(2015. 11. 26).
- 장준혁, “法律行爲의 方式과 節次 문제의 구별”, *국제사법연구*, 제12권(2006. 12).
- 전병서, *도산법*, 제2판(법문사, 2007).
- 정구태, “피압류채권을 수동채권으로 한 제3채무자의 상계권 행사의 허용범위 - 대법원 전원합의체 2012. 2. 16. 선고 2011다45521 판결 -”, *고려법학*, 제66호(2012. 9).
- 지원림, *민법강의*, 제14판(홍문사, 2016).
- 최공웅, *국제소송*, 개정판(육법사, 1994).
- 최영덕, 국제소송에서 상계와 반소에 관한 법리구성: 국제재판관할과 준거법을 중심으로, 충남대학교 박사학위 논문(2006. 8).
- The American Law Institute, *Restatement of the Law Second: Conflict of Laws* (American Law Institute Publishers, 1971).
- Basedow, Jürgen, “Qualifikation, Vorfrage und Anpassung”, in Peter Schlosser (Hrsg.), *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung - Eine rechtsvergleichende Grundlagenuntersuchung* - (1992).
- Braun, Eberhard (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*, 2. Auflage (C.H. Beck, 2004).
- Dannemann, Gerhard, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung: Zur Anwendung, Berücksichtigung und Anpassung von Normen aus unterschiedlichen Rechtsordnungen* (Mohr Siebeck, 2004).
- Derham, Rory, *Derham on The Law of Set-off, Fourth Edition* (Oxford University Press, 2010).
- Eickmann, Dieter *et al.* (Hrsgs.), *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3. Auflage (C.F. Müller, 2003).
- Ferid, Murad, *Internationales Privatrecht*, 3. Auflage (Alfred Metzger Verlag, 1986).
- Fletcher, Ian F., *Insolvency in Private International Law*, Second Edition (Oxford University Press, 2005).
- Fountoulakis, Christiana, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis* (Hart Publishing, 2011).

- Gäbel, Johannes K., *Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht* (Florentz, 1983).
- Geimer, Reinhold, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 6. Auflage (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009).
- _____, “EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entschdidungszuständigkeit – Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit”, *IPRax* (1986).
- Gottwald, Peter, in Peter Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 4. Auflage (C.H. Beck, 2010).
- Hanisch, Hans, “Allgemeine kollisionsrechtliche Grundsätze im internationalen Insolvenzrecht, Michael Martinek/Jürgen Schmidt/Elmar Wadle (Hrsgs.), *Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag* (Mohr Siebeck, 1993).
- Hellner, Michael, “Set-off”, in Franco Ferrari/Stefan Leible (Eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (Sellier, 2009).
- Jeremias, Chrisoph, *Internationale Insolvenzaufrechnung* (Mohr Siebeck, 2005).
- Kannengiesser, Matthias N., *Die Aufrechnung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht* (Mohr Siebeck, 1998).
- Kegel, Gerhard, “Scheidung von Ausländern im Inland durch Rechtsgeschäft”, *IPRax* (1983).
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9 Auflage (C.H. Beck, 2004).
- Kropholler, Jan, *Internatinales Privatrecht*, 6. Auflage (Mohr Siebeck, 2006).
- Lieder, Jan, “Die Aufrechnung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Band 78 (2014).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Auflage Band 10 (C.H. Beck, 2010).
- Paulus, Christoph G., *Europäische Insolvenzverordnung Kommentar*, 3. Auflage (Recht und Wirtschaft, 2010).

- Pannen, Klaus (Ed.), *European Insolvency Regulation* (Walter de Gruyter, 2007).
- Rauscher, Thomas (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR Kommentar* (Sellier, 2010).
- Reithmann, Christoph/Martiny, Dieter (Hrsgs.), *Das Internationale Vertragsrecht*, 8. Auflage (Verlag Dr. Otto Schmidt, 2015).
- Schack, Haimo, *Internationales Verfahrensrecht*, 5. Auflage (C.H. Beck, 2010).
- _____, “Was bleibt vom *renvoi*?”, in Heinz-Peter Mansel, *Internationales Privatrecht im 20. Jahrhundert* (Mohr Siebeck, 2014).
- Trunk, Alexander, *Internationales Insolvenzrecht: Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen* (Mohr Siebeck, 1998).
- 石黒一憲, **國際民事訴訟法**(新世社, 1996).
- 竹下守夫(編), **國際倒産法: 企業の國際化と主要國の倒産法**(商事法務研究会, 1991).
- 河野俊行, “倒産國際私法”, 山本克己=山本和彦=坂井秀行(編), **國際倒産法制の展開 - 理論と實務 -**, 金融・商事判例, 増刊号, No. 1112 (2001).

<Abstract>

Private International Law Issues concerning Set-off in Judicial Proceedings between Claims Governed by English Law

Suk, Kwang Hyun*

The plaintiff filed a suit seeking collection of certain amount from the defendant and the defendant raised a legal set-off defense in judicial proceedings. In this case, the law applicable to the set-off was English law since both the primary claim and the cross-claim were governed by English law. This is a very interesting case involving various issues on legal set-off under English law. The author deals with the below issues. First, major national laws on set-off including English law (Chapter II.). Second, considering that legal set-off under English common law can be raised in the course of judicial proceedings only, a question arises in this case as to whether the English law applicable to legal set-off could govern the requirements and effect of set-off in view of the *lex fori* principle, meaning that procedural matters are governed by the law of the forum, as well as whether the so-called ‘hidden *renvoi*’ to Korean law could be permitted in this case (Chapter III.). Third, assuming the set-off defense is raised in the insolvency proceedings of third party debtor, the requirements and effect of set-off could still be governed by the law applicable to set-off, *i.e.*, English law since set-off does not fall in the category of insolvency-typical legal effects, which are governed by the *lex fori concursus*, *i.e.*, the law of the country where the insolvency proceedings commenced (Chapter IV.). Fourth, a question arises as to whether English Insolvency Act 1986 and the regulations thereunder could be applied to the insolvency proceedings in Korea as part of English law, which is applicable to set-off (Chapter V.). Fifth, the priority between the third party debtor on the one hand and the creditor who has obtained an order of claim provisional attachment on the other is a matter to be governed by

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

the English law applicable to set-off or the Civil Enforcement Act and other laws of Korea, whose courts have issued the order of claim provisional attachment (Chapter VI.). While admitting that the English legal set-off has the procedural nature, the Supreme Court of Korea held that English law could be the law governing the requirements and effect of set-off since the English legal set-off also has a substantive law nature in that it results in the extinction of claim. The conclusion of the Supreme Court is the same as that of the author. However, unlike the author who characterizes the English legal set-off as a matter of substance for the purpose of the Korean Private International Law Act, the Supreme Court has not characterized the English legal set-off as a matter of substance. The first and second courts of instance held that the legal set-off by the defendant had a retrospective effect without providing any justifiable ground. It is a pity that the Supreme Court has not corrected this point. The Supreme Court has not permitted the hidden *renvoi*, even though it has not clarified this point. The Supreme Court has held that the priority between the third party debtor and the creditor who has obtained an order of claim provisional attachment is a matter to be governed by the Civil Enforcement of Korea on the ground that it is a procedural matter. However, the author does not support such conclusion. The author believes that the following two issues should be clearly distinguished: first, the effect of enforcement procedures such as the effect of an order of claim provisional attachment; second, the priority between the third party debtor and the creditor who has obtained an order of claim provisional attachment. The first issue is a matter of procedural law which is governed entirely by the Civil Enforcement Act of Korea, whereas the second issue is a matter which is principally governed by English law, *i.e.*, the law applicable to the set-off. This is because the expectation and interests of the third party debtor in raising his set-off defense should be established under the law applicable to the set-off, in this case, English law.

Keywords: legal set-off, equitable set-off, law applicable to set-off, priority between creditor with provisional attachment and third party debtor, principle of *lex fori concursus*, insolvency-typical effect