해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점

일 시 : 2015년 11월 26일(목) 13:30~18:00
장 소 : 한국선주협회 10층 대강당
주 최 : 한국국제사법학회·한국해법학회
목  차

프로그램 .................................................................................................................. i

1. 제1주제 발표문(임처용) - 해운회사의 회생절차 개시와 국제사법의 주요
   쟁점 ......................................................................................................................... 3
   1.1 제1주제 토론문(한 민) .................................................................................. 29
   1.2 제1주제 토론문(김영석) ................................................................................. 46

2. 제2주제 발표문(이현목) - 영국법이 적용되는 용선료 체권의 상계와 관
   련한 법적 문제점 ...................................................................................................... 53

3. 제3주제 발표문(송해연) - 해상보험계약과 선하증권의 준거법약관에 대
   한 우리 법원의 해석과 이에 대한 고찰 .................................................................. 65

메모(Memo) ............................................................................................................... 99
해사 분쟁 및 해운회사의 도산과 관련된 국제사법적 쟁점

프로그램

일 시: 2015. 11. 26(목) 13:30-18:00
장 소: 한국선주협회 10층 대강당
주 최: 한국국제사법학회. 한국해법학회
진 행: 박영준 한국해법학회 총무이사

13:30-14:00 등록
14:00-14:20 개회사 최종현 한국해법학회 회장
정병석 한국국제사법학회 회장

제1주제
14:20-15:20 해운회사의 회생절차 개시와 국제사법의 주요쟁점: 절차개시의 효력, 회생담보권의 범위, 상계 및 쌍방미이행쌍무계약의 준거법, 국제중재절차, 외국관리인의 지위를 중심으로
사회: 임성권 교수(인하대학교 법학전문대학원)
발표: 임치용 변호사(강변 법률사무소)
토론:한 민 교수(이화여자대학교 법학전문대학원)

김영석 판사(수원지방법원)
제2주제
15:20-16:20 영국법이 적용되는 용선료 채권의 상계와 관련한 법적 문제점: 대법원 2015.1.29 선고 2012다108764 판결을 중심으로
사회 : 석광현 교수(서울대학교 법학전문대학원)
발표 : 이헌묵 교수(경북대학교 법학전문대학원)
토론 : 이안의 변호사(법률사무소 여산)
최정원 변호사(팬오션 법무팀)

휴게 (16:20-16:30)

제3주제
16:30-17:30 해상보험계약과 선하증권의 준거법약관에 대한 우리 법원의 해석과 이에 대한 고찰:
서울고법 2012나296269 판결에 나타난 해상법과 국제사법적 쟁점
을 중심으로
사회 : 김인현 교수(고려대학교 법학전문대학원)
발표 : 송해연 변호사(법무법인 세창)
토론 : 김상만 교수(덕성여자대학교 국제통상학과)
최도수 부장(한진해운)

종합토론 및 폐회 (17:30-18:00)
제1주제 발표문

해운회사의 회생절차 개시와
국제사법의 주요쟁점

임 치 용
(김·장 법률사무소 변호사)
해운회사의 회생절차 개시와 국제사법의 주요 쟁점
-해운담보권의 범위, 상계 및 쌍방마이행양부계약의 준거법, 국제중재절차, 외국관리인의 지위를 중심으로

1. 머리말

1997년 아시아 금융위기, 2007년 금융위기 이후 조선업과 해운업계에 덮친 장기불황 때문 에 회생신청을 하는 해운회사가 증가하고 있고, 앞으로도 줄어들 가능성은 낮다. 이 글에서는 선박을 소유하거나 타인으로부터 빌려 화물 또는 여객을 운송하는 해운회사에 대하여 채무 자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다)에 기한 회생절차가 개시된 경우 에 발생하는 법률문제 중 국제사법의 쟁점이 포함된 것을 살펴보기로 한다. 특히 영국법을 준거법으로 하거나 영국에서 중재절차에 의하여 분쟁을 해결하기로 한 경우를 상정하여 회생 절차의 역외적 효력, 해운회사가 소유하는 외국 소재 재산에 관한 효력, 운송계약에서 발생하 는 상계 및 계약해제의 준거법, 영국 중재절차와 회생절차의 관계, 외국관리인의 국내 재산 처분행위의 효력에 관하여 검토하고자 한다. 회생절차가 개시된 한국의 해운회사에 관하여 실 제로 영국과 미국 등에서 다루어진 판결이 있으므로 이를 소개하면서 논의를 전개하기로 한 다.

2. 회생절차와 속지주의와 보편주의

가. 국제도산절차에서의 속지주의와 보편주의

2006. 4. 1. 시행되는 채무자회생 및 파산에 관한 법률(‘채무자회생법’)이 제정되기 이전에는 한국의 파산법과 회사정리법은 이른바 속지주의를 취하였다. 속지주의란 한국에서 개시된 어느 채무자에 대한 도산절차의 효력이 외국에 소재한 채무자의 재산에 영향을 미치지 아니하고, 반대로 외국에서 개시된 어느 채무자에 대한 도산절차의 효력이 국내에 있는 채무 자의 재산에 미치지 아니한다는 입장이다.

그러나 속지주의는 국내기업이 외국에서 영업활동을 하는 경우가 많고 외국기업이 국내에 서 영업하는 경우가 증가하는 현실에 맞지 아니하여 채무자가 도산한 경우 채무자의 재산뿐 아니라 공평한 채권채권재산에서도 어긋나는 부작용이 있었다. 또한 21세기에 들어와 미국, 영국, 일본 등 많은 국가들이 보편주의의 국제파산법제를 채택하는 국제적인 흐름에도 맞지 않았다.

- 아직 미완이므로 공간된 후 인용하여 주시기 바랍니다.
1) 이 글에서 해운회사라 함은 선주 또는 용선자로서 실제로 선박을 운행하는 기업을 총칭한다.
2) 이 글에서 사용되는 도산이라는 용어는 회생절차 및 협의의 청산절차를 포함하는 의미이다.
3) 파산법 제3조 (속지주의) ① 파산은 파산자의 재산으로서 한국내에 있는 것에 대하여만 그 효력이 있다. ② 외국에서 선고한 파산은 한국내에 있는 재산에 대하여만 그 효력이 없다. ③ 민사소송법에 의하여 재판상 청구할 수 있는 채권은 한국내에 있는 것으로 본다.
4) 회사정리법 제3조 (속지주의) ① 대한민국내에서 개시한 정리절차는 대한민국내에 있는 회사의 재산 에 대하여만 그 효력이 있다. ② 외국에서 개시한 정리절차는 대한민국내에 있는 재산에 대하여는 그 효력이 없다. ③민사소송법에 의하여 재판상 청구할 수 있는 채권은 대한민국내에 있는 것으로 본 다.
그리하여 채무자회생법은 속지주의를 버리고 보편주의를 채택하였다. 먼저 파산법 제3조, 회사정리법 제4조를 삭제함과 아울러 관리인이 회생채무자의 소유의 외국 소재 재산에 관하여도 관리처분권을 갖고 있음을 전제로 관리인이 외국법이 허용하는 바에 따라 외국에서 활동할 권한을 갖게 됐을 규정하였다(제640조).

나. 채무자회생법하에서 관리인의 권한

회생절차의 관리인(제3자 관리인 및 기존 경영자 관리인을 묻지 않는다)은 해외재산에 대하여 관리 또는 처분할 권한을 갖는다. 그러나 채무자회생법이 보편주의를 취하였다고 하여 외국에서 한국의 회생절차의 효력이 자동적으로 미치고 나아가 관리인이 해외재산에 대한 관리처분권을 외국에서 자유롭게 행사할 수 있는 것은 아니다. 만일 중국과 같이 외국도산절차의 승인제도를 두지 않는 국가에서는 단지 관리인 선임결정만을 제시한다고 하여 관리인의 관리처분권을 인정받을 수는 없다. 한국의 회생절차가 외국에 있는 채무자의 재산에 대하여 미치도록 하거나 대로 외국의 도산절차가 한국에 소재한 외국채무자의 재산에 대하여 미치도록 하면 외국도산절차를 먼저 승인받고 그에 상응한 구제명령을 받아야 한다. 실제로 한국의 회생절차에 대하여 영국 또는 미국에서 국제도산절차의 승인을 받아 진행 중인 중재절차가 중지되거나 소송절차 또는 강제집행 등의 절차가 중지된 사례가 있다.

3. 회생절차 개시와 채권자의 권리행사

가. 회생절차 개시의 효과

회생절차가 개시되면 회생채권자는 회생채권을 신고하고 관리인이 이의를 제기한 경우에는 회생채권조사결정의 재판을 통하여 확정되어 그러한 권리가 회생계획안에 반영되고 법원이 계획안을 인가하는 등 법률이 정하는 방법에 의하지 아니하고 개별적으로 권리를 행사할 수 없다. 담보권자도 회생절차에 의하지 아니하고는 권리를 행사할 수 없으므로 담보권도 회생법원에 신고하여야 하고 만일 신고하지 아니한 채 계획안이 인가되면 담보권도 실효된다. 실권의 효력은 계획안이 인가된 후 회생절차가 폐지되고 이어진 파산절차 뿐 아니라 회생절차가

5) 외국 소재 재산이라 함은 부동산 또는 동산에 대하여는 소재지에 의하여 결정되며 채권에 대하여는 한국에서 재산상의 청구를 할 수 있는지 여부에 의하여 결정된다(채무자회생법 제3조 제3항, 이하 채무자회생법을 인용하는 경우에는 조문만 표시한다). 따라서 채권의 제3채무자가 한국에 있으면 그 채권은 한국에 소재하는 재산이 된다.

6) 제640조(관리인 등이 외국에서 활동할 권한) 국내도산절차의 관리인 또는 파산관재인의 재산에 대하여 법인의 문의를 받은 자 또는 외국법에 허용하는 바에 따라 국내재산절차를 위하여 외국에서 활동할 권한이 있다.


9) 제131조 및 대법원 1987. 10. 28. 선고 87다카1391 판결.
성공하여 종결된 이후의 법률관계에서도 여전히 효력이 미친다.

채권자는 자신의 채권이 환취권, 공익채권, 회생담보권, 회생채권 중 어느 것에 해당하느냐를 먼저 알고 그에 따라 필요하면 채권신고 절차를 마쳐야 한다. 그런데 당사자간에 회생절차 개시 이전에 중재합의가 있거나 회생절차 개시 당시 이미 국내 및 외국에서 중재절차가 진행 중인 경우에 채권조사등록절차를 어떻게 진행하는가에 대하여 논란이 있다. 이에 관하여 후술 한다.

그러나 위의 설명은 채무자회생법이 적용되는 한국내에 소재한 채무자의 재산에 대하여 적용되는 것이고 채무자의 재산 중 외국에 소재한 재산에 대하여는 아래에서 설명하는 바와 같이 외국에서 한국의 회생절차를 승인하고 이를 지원하는 명령을 승인하여 외국의 법원이 채권자의 강제집행 등을 금지하는 명령을 발하는지 여부에 따라 달라진다.

나. 용선계약의 해제 또는 이행 선택과 상대방의 채권

판례10)에 의하면 비록 영국법이 준거법이라 하더라도 회생절차 개시 당시를 기준으로 용선계약이 미이행무계약에 해당하는 관리인이 채무자회생법 제119조에 따라 직책하게 용선계약을 해제할 수 있다. 반대로 보전처분만 발령된 상태에서 회생회사가 용선료를 지체한 경우에는 채무불이행 책임을 면할 수 없으므로 상태방은 영국법에 따라 계약이행 책임의 요건을 갖추어 해제권이 성립되면 보전처분 후라도 용선계약을 해제할 수 있다.11)

그러나 계약의 해제로 인하여 발생한 손해배상채권은 회생채권인지 공익채권인지 여부는 채무자회생법에 따라 판단되어야 하지만 회생채권으로 인정되는 손해배상채권의 범위에 관한 문제는 계약의 준거법이 적용된다. 따라서 약정채권의 요건, 위약벌의 해당 여부, 영국법상의 이행거절에 해당하는지 여부는 모두 영국법에 따르게 된다. 영국법상 향후 발생할 손해를 일정시점을 기준으로 일시금으로 지급하기 위한 장래의 현가를 산정함에 있어 중간이자를 공제하지 않더라도 과잉배상이 되지 아니한다.12)

계약해제 후 실제로 용선주가 선박소유자에게 선박을 인도하기까지 선박을 실제로 사용한 기간 동안의 용선료 채권에 대하여 이를 회생채권으로 취급할 수 밖에 없다는 일본 실무가의 견해가 있다.13) 그러나 임차인에 대하여 회생절차가 개시된 후 임차인의 관리인이 임대차계약을 해제한 경우에 임대인이 회생채권에 대하여 갖는 회생절차가 개시 후부터 실제로 명도시까지 발생한 임료 및 임료상당의 손해금채권이 제179조 제1항 제5호 상에 해당하는 채권으로 취급될 때14) 공익채권에 해당하는 것15)과 마찬가지로 용선료 채권도 마찬가지로 공익채권으로 취급함이 옳다.

---

10) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다104526, 104533 판결(공 2015, 843).
11) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다9856 판결은 화의법에 관한 것이지만 회생절차에도 적용이 가능한 흡경발에 관한 하급원 판결로 이를 명시한 것은 서울중앙지방법원 2009. 11. 5차 2009회확 497 결정(상권리외로서 코퍼스마린. 채권자가 회생회사에게 선박을 매매하기로 약정한 후 매수인의 매매대금 불이행을 이유로 채권자가 약정해제권을 행사한 것이다.
12) 대법원 2012다104568, 104533 판결.
13) 伊藤真, 会社更生法, 有斐閣(2012), 281页.
14) 제179조 제1항 제5호 채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 차급의 차입 그 밖의 행위로 인하여 발생된 청구권.
15) 伊藤真, 会社更生法, 有斐閣(2012), 281页.
다. BBCHP 계약과 회생절차

보통 해운회사는 선박금융을 통하여 선박을 건조하거나, 매수 또는 빌리는 방법으로 선박을 운행한다. 선박금융은 차주의 일반재산을 담보로 하는 것이 아니라 선박 자체의 교환가치나 선박을 운용하여 발생하는 수익으로부터 대출원리금을 회수하는 것을 신용제공의 기초로 삼으며, 상환기간이 길며, 계약 구조가 상대적으로 복잡하다.\(^{16}\)

사업에서 불가피하게 발생하는 위험을 피하기 위하여 해운회사가 여러 척의 선박을 소유하는 대신 SPC의 형태로 자회사를 설립하여 선박별로 자회사 명의로 소유하거나 모회사 또는 자회사가 제3자인 선박소유자로부터 용선계약을 맺고 용선하여 운행하기도 한다. 금융기관이 협회회사에게 금원을 대여할 때에선 선박에 대한 저당권을 설정하지만 추가로 모회사 또는 자회사가 제3자인 선박소유자로부터 용선계약의 이행보증을 세움으로써 선박에 대하여 저당권을 실행하는 것보다는 협회회사에 대한 기업금융의 형태로 이루어지는 것이 보통이다. 이 과정에서 도산격리기능을 이용하여 금융기관이 실질적인 차주인 모회사와 대출계약을 체결하지 않고 선박을 소유하고 있는 SPC와 대출계약을 체결하는 방식이 이루어진다.

BBCHP 방식으로 대주단이 SPC를 통하여 해운회사에게 금융을 제공하는 경우 보통 선박의 소유권은 SPC가 갖고 SPC가 해운회사에게 용선계약을 체결하여 용선료를 변제자금의 원천으로 성장 대주단의 재무를 변제하는 방식을 사용하고 있다.\(^{17}\) 의료기기와 같은 일반적인 금융리스의 경우 시설대여업자가 이용자에게 시설물을 리스로 사용하게 하였다가 이용자와 회생절차에 들어가면 판례는 리스업자의 권리를 회생담보권자로 파악한다.\(^{18}\) 즉 리스계약을 미양행양무계약으로 파악하여 만일 해제된 경우 리스업자에게 소유권을 인정하는 접근법을 배척하고 대주에 계약의 형식보다는 담보로서의 경제적 기능이라는 실체를 중시한 입장에 타잡은 것이다.

그런데 BBCHP 방식이 일반적인 금융리스와 다른 점은 첫째, 대주와 해운회사 사이에 SPC가 선박의 소유자로서 개업하여 별도의 법인으로 존재한다는 점과 둘째, 선박이 등기의 대상이라는 것이다. SPC의 법인격을 부인하여 선박의 소유자를 해운회사로 보고 대주단을 담보권자로 취급하는 접근이 실체에 부합하지만 이 방식의 단점은 선박금융에서 SPC를 설립하여 SPC 명의로 선박을 취득하고 SPC를 저당권 설정자로, 대주단을 담보권자로 정하여 선박저당권을 설정하는 현실에 어긋나므로 선뜻 채택하기 어렵다.

앞에서 본 시설물에 관한 금융리스와의 차이를 고려하고 아울러 판례\(^{19}\)가 등록 대상인 동산에 대하여 소유권유보부매매를 부정한 점 등을 종합하여 고려하면 스펜와 용선주 사이의 BBCHP 계약을 쌍방미이행양무계약으로 파악함이 옳다.\(^{20}\) 따라서 관리인이 계약의 이행 또는 해제를 선택하게 한 후 계약의 이행을 선택하였다면 SPC가 갖는 용선료채권을 공익채권으로 취급하고 SPC가 채권을 추심하여 대주단에게 지급하는 방법이 타당하다.\(^{21}\) 단, 이 견해의 약점은 선박이 회생회사(해운회사)의 소유가 아니라 회생절차에 복속되지 아니하고 만일 해

\(^{16}\) 정우영, "선박 금융의 실무 소개," BFL 제19호(2006), 89면.

\(^{17}\) BBCHP의 구조에 대한 자세한 설명은 정석종, "회생절차에서의 선박금융에 대한 취급-BBCHP를 중심으로," 도산법연구 제2권 제2호(2011), 1-41면.


\(^{19}\) 대법원 2010. 2. 25. 선고 2009다5064 판결(공 2010, 694). "자동차 등은 비록 동산이기는 하나 부동산과 마찬가지로 동특에 의하여 소유권이 이전되고, 등록을 대급양납기까지 미룬으로써 담보의 기능을 할 수 있기 때문에 군이 등산에 관한 소유권유보부매매의 개념을 현용할 필요성이 없으며" 부분 참조.

\(^{20}\) 同旨, 정석종, 앞의 글, 34면.

\(^{21}\) 타피코리아(2009회합115) 사건에서도 미양행양무계약으로 처리하였다.
운회사가 용선료를 제때에 지급하지 못하는 등 디폴트가 발생하면 대주단이 회생절차 밖에서 SPC로 하여금 선박을 제3자에게 매각하든가 선박저당권을 실행함으로써 선박이 경락될 위험이 있다는 데에 있다. 그리하여 실무는 이러한 이론상의 난점을 극복하기 위하여 회생절차 개시 후 관리인이 이해관계인들간에 협상을 거쳐 계약조건을 변경하고 이를 법원에 허가 받는 방식으로 처리하고 있다.

라. 회생담보권의 개념-외국소재 재산을 담보목적물로 삼은 경우

(1) 학설의 내용

회생절차 중에 있는 해운회사가 소유하거나 자회사가 소유하여 운항하는 선박에 대하여 외국채권자뿐 아니라 국내의 회생채권자에 의하여 외국에서 강제집행이 실시되는 사례가 적지 않으며 이 때문에 회사의 재건에 걸림돌이 되고 있ので, 외국 소재 채무자 소유의 재산에 대하여 설정된 담보권이 채무자회생법상의 담보권인지 여부에 관한 검토한다. 이 점은 배당조정에 관한 hotchpot 원칙의 적용 범위와도 밀접한 관련이 있다. 

(22) 제642조(배당의 준칙) 채무자를 공통으로 하는 국내도산절차와 외국도산절차 또는 복수의 외국도산절차가 있는 경우 외국채권자 또는 채무자의 국외재산으로부터 배당받은 채권자는 국내도산절차에서 배당된 채권자 다음 순위의 다른 채권자가 동일한 비율의 배당을 받기까지 국내도산절차에서 배당 또는 변제를 받을 수 없다. 채권의 채권자에 담보권자도 포함된 해석론상 이론이 있지만, 이는 EU도산규정(§20)은 국내도산절차에 관계없이 외국 소재 채무자에 대한 배당을 허용하지 않고, 미국 연방파산법 제15장(§1532)과 EU도산규정(§20)은 담보권을 실행하여 변제받은 금액을 배당조정의 대상에서 제외하고 있다. 

(23) 일본의 통일사법(1998), 152쪽. 

(24) 보편주의 하에 있는 부당이득반환청구를 부정하는 견해는 《兼子一, 세월호》, 동보사(2012), 253-254쪽. 


(26) 일본에서 갱생담보권으로 보는 견해로 속지주의를 취한 구 회사갱생법 시절의 견해로는 古曳正夫, “更生會社の在外財産に対する執行,” NBL No. 102(1975), 19쪽. 보편주의를 취한 이후의 견해로는 全國倒産處理辯護士ネッツトワーク編, 倒産に関するQ&A120問, 金融財政事情硏究會(2013), 253-254쪽. 일본의 견해는 외국담보권이라 하더라도 회사갱생법에 규정된 담보권과 유사한 성질과 등급 등의 대항요건을 갖추어야 하고, 외국에서 담보권을 행사할 가능성이 있으므로 hotchpot 원칙이 적용되어야 하는 등의 단서를 담고 있다.

(27) 全國倒産處理辯護士ネッツトワーク編, 앞의 책, 253-254쪽.
한국에서 개시된 회생절차의 효력이 외국에서 승인된 때에는 담보권자는 회생절차에 의하지 아니하고 외국에 있는 담보물을 실행할 수 없게 된다는 견해도 있다. 다만 만일 담보물은 실행하여 변제를 받게 되면 부당이득반환청구가 가능하다는 입장과 부정하는 입장으로 나난다.

이에 반하여 회생담보권의 지위를 부정하는 견해는 국외재산 담보부채권은 국내도산절차가 담보목적물 소재지 국가 등 해당 외국에서 효력을 인정받기 전에는 이를 회생채권으로 인정하지 않는 견해이다. 해외에서 담보권을 실행하여 변제를 받더라도 부당이득의 성립에 대하여 부정적이다.

(2) 소결

회생담보권이란 회생채권이나 회생절차개시 전의 원인으로 생긴 채무자 이외의 자에 대한 채무자의 재산상의 청구권으로서 회생절차개시 당시 채무자의 재산상에 존재하는 담보권으로 담보된 범위의 것을 말한다(제141조). 파산절차의 벌제권은 실질적으로 담보권 그 자체이지만, 회생담보권은 채무자회생법이 새로운 설정하는 담보물권이 아니라 피담보채권을 의미한다. 따라서 어느 재산에 대하여 담보권이 성립되었는지 여부는 국제사법에 의하면 물건의 소재지법에 의하므로 예컨대 영국법상 담보권으로 인정받는 부동담보권(floating charge), 일본에서 갱생담보권으로 인정되는 특별선취권은 담보권이지만 이를 회생담보권으로 인정할지 여부 즉 회생절차에서 어떠한 우선권을 인정할 것인지 여부는 채무자회생법에 의하여 결정되어야 한다.

또한 회생담보권으로 취급한다는 것은 회생절차시결정에 복속되어 회생절차에 의하지 아니하고는 채무를 변제받을 수 없게 되고(제67조), 회생담보권을 실행할 수 없으며(제58조), 회생담보권을 신고하여야 회생절차에 참가할 수 있고 만일 신고하지 아니하여 계획안에 인정되지 아니한 채로 회생계획안이 인가되면 회생담보권은 소멸한다(제251조). 만일 회생절차 중에 회생담보권자가 회생절차에 의하지 아니하고 변제를 받게 되면 부당이득으로 관리인에게 반환하여야 한다.

이상의 논의를 전제하에 필자는 다음과 같은 이유로 담보권부정설에 찬동하고자 한다. 첫째, 실무적인 관점에서 볼 때, 만일 물건 소재지 국가의 법에 따라 어느 권리가 담보권으로 인정한다고 하더라도 이를 국내의 도산절차에서 어떠한 우선순위로 두어야 하는지, 담보물의 가치를 평가하는 것이 쉽지 않아도 도산절차의 신속한 진행에 방해가 된다. 둘째, 채무자회생법에 의하면 담보권자라고 하더라도 신고를 해야하여 그 권리가 회생절차의 계획안에 반영되지 아니하면 실권되는 바. 국제사법 제19조에 의하면 물건의 성립과 효력은 목적물 소재지법

28) 石光現, 앞의 책, 612면.
29) 김도경, 앞의 글, 98면.
31) 한민, "국제금융과 국제도산법에 관한 소고", 石光現 · 정순섭 편저, 國際金融法의 現상과 과제, 小花(2009), 441면. 그러나 이 견해는 국외재산 담보부채권은 우선 국외담보권으로부터 채권을 회수하고 그 미회수 잔액에 관하여 국제도산절차에서 채권을 행사할 수 있어야 한다는 전체를 담고 있다. 필자는 후술하는 바와 같이 이러한 제한을 부가하는 것은 부정적이다.
32) 서울중앙지방법원 파산부, 回生事件實務(上), 박영사(2014), 422면 및 中島弘雅 · 佐藤鐵男, 現代倒産手續法, 有斐閣(2013), 363면.
33) 일본의 先取特權 중 不動産先取特權과 動産先取特權은 별제권이지만 一般先取特權은 우선파산채권 또는 일반우선채권(한국民营经济)으로 취급된다. 田原柵夫, "各種倒産手續法指導私権取扱い概論," 金融法務事情 No.1747 (2005), 14-15면. 그리고 영국의 floating lien과 미국 파산법의 prime lien 등은 채무자회생법에서 어떠한 취급받지 못하는 것이다.
에 의하게 되는데 물권의 소멸사유만 도산법정지법에 의하게 되는 불합리가 생긴다. 34) 셋째, 회생담보보안이 되는 물권은 도산법정지법에 의하여 도산절차 개시결정시를 기준으로 결정되는 것이 그 후에 외국에서 내국도산절차가 승인되는지 여부에 의하여 결정되는 것이 아니다. 넷째, 배당조정에 관한 규정은 해외재산에 대한 담보권의 실행을 전체로 하고 있다.

따라서 회생담보권을 부정하는 입장에서 보면, 회생절차가 개시되었고와 하여 채무자의 외국 소재 재산에 대하여 즉시 채무자회생법에 따른 효력(담보권행사 금지 또는 중지)을 주장할 수 없으므로 채권자는 이러한 외국소재 재산에 대하여 갖는 담보권을 채무자회생법에 의한 회생담보권이라고 보아 신고할 의무는 없으며 이를 신고하지 아니하였다고 하여 실권한다고 하락할 수는 없다. 즉 회생담보권이라 함은 채무자회생법에 정한 중기권, 유치권, 절권 등 채무자 회생법에 의하여 인정되는 담보권으로서 국내 소재하는 재산을 목적할을 하는 것에 포함되고 외국 소재 재산은 제외된다. 35) 외국에서 임의변제, 강제집행, 담보권의 실행을 통한 채권만족 이 있는 경우에는 제642조에 의하여 배당을 조정하거나 이러한 절을 반영하여 계획안을 작성하는 방법으로 해결하는 것이 실무에 도움이 된다. 36) 

마. 선박에 대한 해외집행의 문제와 대처

(1) 병행파산에 의한 방법

회생절차에서 회생채권자 또는 회생담보권자로 신고한 국내 금융기관이 외국에 정박 중인 채무자의 선박을 압류하여 경매하는 경우가 발생하고 있다. 선박우선특권은 상법 제777조에 의하여 선박에 대한 우선특권으로서 제447조 제2항에 따라 담보권자로서 별제권의 목적 및 예정부족액 등을 법원에 신고할 의무를 부담하지 아니한다고 볼 수 있다. 현재 선물중증자법의 일부행렬권에 의하여 회생담보권자, 특권변제권, 제출권 등의 특권을 취득할 수 있는 선박은 제외된다. 37) 따라서 채무자 소유의 선박이 국내에 정박 중인 경우라면 선박우선특권자에게는 선박을 경매할 수 없다.

일본의 경우도 三光汽船 사례에서 일본의 쌍생채권자에 의한 선박경매가 캐나다에서 벌어졌으며 이를 계기로 일본의 쌍산법제도가 신속하게 보편주의에 전환하였다. 한국과 일본은 법적중개제도를 갖고 있지 아니하여 법원의 인적관할권에 복속하면서도 보편주의를 취한 채무자회생법의 취지를 피해가게 되는 채권자들의 행동을 효과적으로 제제할 방법이 마련되어 있지 않다. 회생절차 개시 후 이루어진 선박집행으로 변제를 받는 경우 배당을 조정하는 데 그치고 외면적으로 이를 금할 방법은 존재하지 않으나.

일본에서는 일찍부터 이러한 점을 의식하여 미국의 제11장 절차에서 발여지는 자동중지
의 효력이 사실상 global injunction이라는 점을 이용하여 일본에서 회사갱생절차를 신청하고 그 후 미국에서 제11장 신청을 하는 사례가 있었다. 구 회사갱생법하에서 마루코 사건 역시 호주에 건설 중인 건물에 대한 집행을 막기 위하여 미국 캘리포니아 파산법원에 제11장을 신청하였다.38 보편주의하에서 신청된 스팬슨(Spansion Japan)사건 역시 회사갱생신청과 함께 미국의 제11장 신청을 병행하였다.39 반대로 미국에서 먼저 제11장 사건을 신청한 후 미국 계획안의 면책효력이 일본에서도 승인받기 위하여 별도로 회사갱생을 신청한 아자부건물(麻布 건물) 사건도 있었다.40

한국 선박이 기항하는 중국, 이집트, 파나마, 싱가포르 등이 아직 모델법을 수용하지 아니하여 회생절차를 승인하는 절차가 미비하다. 한편 미국에서 영업을 하는 채권자는 doing business 이론41에 기하여, 파산법원에 파산채권신고를 한 채권자는 doing business 이론과 무관하게 인적관할권이론에 기하여 미국 법원에 복속한다. 따라서 미국 파산법이 인정하는 자동중지의 효력은 전 세계적으로 미치지 않으므로 선박의 강제집행을 예방하려면 회생신청과 동시에 미국에 제11장 신청을 하는 방안을 고려할 필요가 있다.

(2) 배당조정의 방법

한국의 회생절차가 외국에 효력을 미치기 위하여는 외국에서 한국의 회생절차를 승인받아야 한다. 왜냐하면 각국은 주권국가로서 도산절차에 대하여 상이한 법정책을 갖고 있으므로 반드시 보편주의를 채택하지 않고 있는 국가도 있고, 승인제도에 관한 법률의 제정 없이 양자간 조약에 의하여 외국도산절차를 승인하는 국가(중국도)도 있기 때문이다. 심지어 UNCITRAL Model Law를 채택한 국가라고 하더라도 한국, 일본과 같이 승인결정 자체에는 독립한 효력을 인정하지 않고 개별적인 지원결정에 의하여 비로소 법적효과를 부여하는 나라도 있고, 영국과 미국처럼 외국의 주된 도산절차에 한하여 승인결정에 일정한 법적효과를 부여하되 부수적인 법적효과는 별도의 지원결정을 부여하는 등 국가마다 국제도산법제가 상이하다.

채무자회생법은 어느 채무자에 대하여 회생절차가 개시된 후에 회생채권자 또는 회생담보권자가 외국에 소재한 채무자의 재산에 대하여 강제집행, 담보권실행 또는 임의변제를 받은 경우에 같은 조에 속한 회생채권자 또는 회생담보권자와의 평등한 배당을 도모하기 위하여 이른바 hotchpot rule을 도입하였다. 즉 외국에서 변제받은 채권자는 회생절차의 같은 조에 속하는 다른 회생채권자 또는 회생담보권자와 동일한 비율의 변제를 받을 때까지 회생절차에서

43) 한국과 일본의 과거 도산법제가 이에 해당한다.
변제를 받을 수 없음에 그친다. 법 시행규칙 제107조는 채권자가 회생절차의 개시결정이 있은 후 외국도산절차 또는 채무자의 국외재산으로부터 변제받은 때에도 그 변제를 받기 전의 채권 전부로써 국내도산절차에 참가할 수 있음을 허용하되, 다만, 외국도산절차 또는 채무자의 국외재산으로부터 변제받은 채권액에 관하여는 의결권을 행사하지 못하도록 규정하고 있다.

따라서 채무자회생법과 시행규칙의 해석에 따르면 회생채권자, 회생담보권자가 한국에서 개시된 회생절차에서 회생채권 등을 신고하였더라도 외국에 소재한 채무자의 재산에 대하여 강제집행, 담보권행사 또는 입의변제 등을 통하여 권리의 행사하는 것을 현실적으로 제재할 수는 없는 것을 전제로 하고 있다. 다만 회생채권자가 외국에서 이러한 행위를 통하여 변제를 받은 경우에 채무자에 대한 회생절차에서 배당의 조정을 통하여 다른 채권자들과의 공평을 도모하는 수밖에 없다. 실제로 해운회사가 회생신청한 경우에 회생채권자가 외국에 향해하는 회생채무 소유의 선박을 압류한 사례가 있다.

4. 도산국제사법

국제사법의 대원칙은 절차는 법정지법에 의한다는 것이다. 도산절차내에는 절차적인 문제 뿐 아니라 실제에 관한 문제가 혼합되어 이를 명확히 구분하는 것이 어렵다. 여기에 국제적인 요소가 가미되면 더욱 복잡해진다. 지금까지 학설과 실무가 견해의 일치를 보는 점은 절차의 신청과 개시결정, 진행, 절차의 기관의 역할, 채권의 신고, 조사체정절차, 절차의 종료 원인, 이미 결속 중인 소송, 강제집행, 보전처분, 강제집행의 중단 여부, 채권의 우선순위, 파산재단을 구성하는 재산의 범위에 관한 문제는 도산절차 개시국법에 의한다는 것이다.

학자들간에 다름이 있는 부분은 실제에 관한 것으로 미이행채무계약의 처리, 환취권, 회생담보권, 상계권, 부인권을 행사함에 있어 준거법을 어느 것으로 정하느냐에 있다. 추상적인 결론이지만 실체적 문제 가운데 총채권자에 대한 공평한 배당 내지 채무자의 재건이라는 도산제도의 목적을 실현하기 위하여 도산법이 특별하게 규정하고 있는 사항에 대하여는 도산절차개시국의 적용을 받아들이고, 기타 사항에 대하여는 국제사법에 따라야 한다. 각 사항에 대하여는 국제사법에 따라야 한다. 즉

가. 상계의 준거법

(1) 학설의 내용

국제사법 교과서에 의하면 상계의 준거법에 관하여 수동채권준거법과 수동채권 및 자동채권의 누적적용설을 소개하고 있다. 수동채권준거법은 근거로 들기를, 상계는 이행을 대신하여 채권을 소멸시키는 것이므로 수동채권의 준거법에 의하여야 한다는 견해이다. 독일의 다수설이고, 스위스 국제사법 제148조 제2항의 입장이다. 이 견해를 따르면 만일 자동채권의 준거법에 의하면 상계가 인정되지 않는 경우에는 수동채권만이 소멸하고 자동채권은 존속하게 되고 양자의 법률관계는 부당이득으로 해결될 수 밖에 없다고 한다.

누적적용설은 상계는 두 채권을 소멸 시키는 제도이므로 준거법도 두 채권 즉 수동채권 및 자동채권의 준거법을 적용하여 두 개의 준거법에 따라 상계의 요건을 구비한 경우에는 비로소 상계가 가능하다는 입장이다. 일본에서는 양설이 평행하게 대립되어 있다.44)

44) 석광현, 앞의 책, 600-601면, 本間靖規 · 中野俊一郎 · 酒井 一, 國際民事手續法, 有斐閣(2005), 219면.
가지이다. 46)
이하에서는 상계의 준거법이 영국법인 경우로 한정하여 검토하기로 한다. 그 이유는 해상 사건과 건설도급계약에서 영국법을 준거법으로 정하는 경우가 적지 않기 때문이다.

(2) 영국의 상계제도
영국의 상계제도는 필자와 같은 대륙법 실무가에게는 복잡하고 예외가 많은 원칙을 갖고 있어 제대로 이해하기가 어렵다. 47) 영국의 상계 제도는 보통법상의 상계, 형평법상의 상계, 도산절차의 상계, 합의에 의한 상계 4가지로 구분하여 설명되고 있다.

(가) 보통법상의 상계(Statutory Set-off)
영국의 보통법상의 상계제도는 17세기 초반부터 발전되였으며 제정법에 의하여 일반적인 상계제도가 인정된 것은 1729년과 1735년에 제정된 법률인 An Act for the Relief of Debtors with respect to the Imprisonment of their Persons에 기한 것이다. 48) 이 법률에 의한 상계는 보통법 법원 사건에서만 적용되었다. 그리하여 이러한 제정법의 상계를 legal set-off(보통법의 상계), court set-off(법원상계), independent set-off(독립 상계), procedural set-off(소송절차상의 상계)고 호칭되기도 한다.
이러한 호칭에서 알 수 있듯이 제정법에 의한 상계는 반드시 소송절차에서 행사되어야 한다. 즉 소송사건에서 부여된 제정법상의 구제방법이다. 50) 상계는 실체법상의 항변이 아니라 양 당사자의 공평한 이익을 고려한 절차이다. 보통은 채권자가 원고가 되어 피고를 상대로 소송을 제기하고 피고가 당해 소송절차에서 항변으로 상계권을 행사하는 모습을 띄게 된다. 상계권의 행사가 자동적게 아니라 반드시 소송절차에서 행사되어야 한다.
상계의 첫 번째 요건으로 양 채권이 상호관계(mutuality)가 인정되어야 한다. 51) 한국법과 다른 점은 채권채무관계가 둘 다 보통법상의 권리이어야 한다는 점이다. 어느 한 쪽은 보통법상의 권리이지만 상대방의 권리가 형평법상의 권리라면 원칙적으로 상계가 허용되지 아니한다. 이 경우 다른 요청을 갖추었다면 후술하는 형평법상의 상계를 주장할 수 있다.
두 번째 요건은 채권이 금전에 관한 것이어야 한다. 보통법에 의하면 계약의 당사자 일방은 상대방이 채무를 불이행하더라도 목적으로 목적물을 얻기 못하고 특정이행(specific performance)을 구할 권리는 없고 금전적인 배상을 구하는 데 그치고 특정이행은 오직 형평법에 기한 청구에만 가능하다. 이러한 법리가 보통법상의 상계에도 반영된 것이다. 만일 비금전채권에 대한

채권이 주채권이라면 접과 상계는 주채권의 소멸을 강조하여 수동채권 준거법설을 취하고 있다.
46) 학설 소개는 신창선, 앞의 책, 316면 참조.
48) 전자는 5년 한시법이고 후자는 영구법이다. 두 법률은 1879년 Civil Procedure Acts Repeal Act에 의하여 폐지되었지만 신법에 관한 조항에 기하여 여전히 제정법에 기한 상계권은 여전히 유효한 것으로 해석되었다.
50) It is a statutable remedy which only is given in the case of an action. Re Anglo-French Co-operative Society, ex p Pelly (1882) 21 Ch D 492, 507.
51) 채권의 용어와 관련하여, 영국법에서는 상계에 관하여 원고의 채권을 primary claim으로 피고의 채권을 cross-claim으로 부른다. Look Chan Ho, supra note 49, at H10-01. 이에 반하여 독일법에서는 상계권을 행사하는 사람을 기준으로 상계권을 행사하는 사람이 갖는 채권을 자동채권, 상대방이 갖는 채권을 수동채권으로 표시한다.
상계를 허용하게 되면 실제로 상대방에게 특정이행을 강요하게 되는 것과 마찬가지이기 때문이다. 1976년 이전에는 외국통화 채권과 파운드화 채권은 상계가 허용되지 아니하였으나 1976년 대법원(House of Lords)판결은 영국 법원이 외국통화로 표시된 판결을 선고할 수 있다고 판결함으로써 상계가 허용되었다. 53)

세 번째 요건은 양 채권이 상계를 주장하는 시점에서 금전으로 정산되었거나(liquidated) 명백하게 계산가능(clearly ascertainable)하여야 한다. 이 점이 영국 상계제도를 가장 불안하게 하는 요인이다. 언제 어떠한 방법으로 금전채권이 정산되었거나 명백하게 계산가능한지를 일반적 추상적으로 설명하는 것은 어려우므로 이 점에 관한 많은 판례법이 촉촉하게 되어 있다. 54)

기타 요건은 상계권을 행사하는 것이 변호를 제거하는 것이므로 출소기간을 지켜야 하고, 기타 상계금지채권에 불해당하여야 한다는 점이다. 형평법상의 상계와 다른 점은 양 채권이 서로간에 연결되어야 한다는 점을 요건으로 하지 않는다는 것이다. 이러한 요소 때문에 보통법상의 상계를 독립된 상계(independent set-off)라고 부를 수 있다. 보통법상의 상계의 효과가 소급하는지 여부는 소송절차에서 급기여러지지 않고 있으나 판결선고시에 채무소멸의 효과가 발생한 것으로 해석되고 있다. 55)

(나) 도산상계(Insolvency Set-off)

도산상계 역시 법에 의하여 발생한 독립된 상계권리이다. 영국은 도산절차라고 하더라도 청산절차에서의 상계의 법리를 원칙으로 하고 재건절차인 관리절차에서도 유추적용한다. 56) 청산절차의 상계에서는 채권이 금전채권인 경우의 채권이거나 조건부채권이라도 상계가 가능하다. 단 채권은 청산절차의 채권신폐절차에서 인용가능(provable)하여야 한다. 도산절차의 상계는 권리자의 권리행사에 의하여 정하여진 것이 아니라 청산절차 개시를 기준으로 법에 의하여 자동적으로 상계권이 실행된다.

(3) 미국의 상계제도

미국은 파산절차가 개시되면서 자동중지효과의 일환으로 일단 상계권의 행사로 중지시키고 있다. 57) 거래의 성질을 반영하여 스왑, 선물, 증권, 넷팅거래에 대하여는 자동중지의 대상에서 배제되어 있다. 58) 상계권을 담보권부 채권으로 취급하는 점이 특징이다(§ 506(a)(1)). §362(d)에 기하여 자동중지의 해제명령을 얻어야 비로소 상계권을 행사할 수 있다. 59) 미국 파산법은 별도의 연방권

52) 2005년 Constitutional Reform Act에 의하여 상고죄의 기능이 입법부에서 사법부로 이관되었다.
54) 일본에서의 이종통화간의 상계의 가능성에 관한 자세한 논의에 대하여는 元永和彦, "国際的な相殺に關する諸問題(4)," 法學協同雑誌 第113巻 第8号(1996), 1164-1246頁.
55) 필자 역시 liquidated의 뜻에 관하여 영국의 배리스터 변호사들에게 물어보았으나 구체적인 사례를 제시하지 않고는 답을 줄 수 없다는 답변을 들었다.
56) Stein v Blake [1996] AC 243, 251. "Legal set-off does not affect the substantive rights of the parties against each other, at any rate until both causes of action have been merged in a judgment of the court." 라는 판시 부분을 근거로 삼고 있다.
57) § 362(a)(7).
리로서의 상계권을 창설하거나 상계권한을 확대한 것은 아니며 단지 약간의 예외를 두고 비파산법에서 존재하는 상계권의 행사를 보류하고 있을 뿐이다. 한국과 달리 파산 신청일로부터 역산하여 90일 이내에 이루어진 상계에 대하여는 부인을 허용하고 있다(§ 553(b)).

(4) 소결
상계의 준거법을 외국법으로 할 것이나 아니면 도산법정지법을 할 것이나에 관하여는 먼저 상계의 범리 중 어느 부분을 채권의 준거법으로 할 것인지에 대하여도 견해가 나뉘어 있다.
상계의 요건, 허용성의 범위, 상계의 행사, 상계의 효과 중 상계의 요건, 허용성의 범위, 상계의 행사방법에 대하여는 도산법정지법을 준거법으로 하되, 상계의 효과의 준거법에 대하여 국 제사법 이론에 의하자는 견해가 있다.50)

최근 이 주제에 관하여 외국 뿐 아니라 국내에서도 논의가 심도 있게 진행되었고 이를 정면으로 다른 대법원 판결50)까지 선고된 바 있다. 이를 계기로 필자의 소회를 정리하고자 한다.

먼저 상계의 준거법에 관하여 생각하면, 상계는 같은 채권자와 채무자가 서로의 입장을 바꾸어 양 채권을 보다 작은 금액의 범위에서 소멸시키는 제도인데 만일 두 사람이 용선계약에 대하여는 영국법을, 수출계약에 대하여는 한국법을 준거법으로 정하였다고 한다면 당사자들이 장차 상계에 대하여도 양국의 법을 준거법으로 함으로써 상계의 요건이 어려워지게 되어 상계의 담보적 기능을 축소하겠다는 의사를 갖고 있다고 봐도 상계자 자체의 원칙에 부합한다. 이러한 점을 고려하면 평자는 누적적용설에 찬성한다.

다음으로 도산절차가 개시된 경우 상계의 준거법에 관하여 생각하면, 비도산절차에서 상계를 어떻게 파악할 것인지 하는 점은 각국의 입법정책마다 다르다. 그리고 한 국가 안에서도 도산절차에서의 상계에 대하여는 도산법에 특칙을 두거나 영국과 같이 보통법상의 상계와 독립한 도산절차의 상계에 관한 범리가 발전한 국가도 있다.

국제도산사건에서 상계권의 행사에 관한 기존의 접근 방법 중 공통적인 것은 기존의 상계에 관한 국제사법의 원칙을 지키면서도 도산법의 입법목적을 반영하여 국제사법의 원칙을 수정하는 것을 허용하는 점이다. 이처럼 상계권자를 도산절차에서도 상계를 허용할 것인가, 허용한다면 어떠한 요건에서 허용할 것인지는 각 국가가 갖는 도산법의 목적과 발전역사와 깊이 연관되어 있다.

채무자회생법은 상계권자를 담보권자가 아닌 무담보채권자로 취급하면서 파산절차와 회생절차에서 모두 상계권의 행사를 허용하지만 상계적상에 관하여 파산절차에서는 이를 확대하고 시기적 제한을 두지 않는 반면 회생절차에서는 상계권의 확대를 허용하지 않고 민법상의 상계적상의 요건을 고정하고 있다.61) 다만 파산절차와 회생절차 모두 실제의 가치가 텃밭 파산(회생)채권을 얻면 그대로의 가치를 이용하기 위하여 파산신고 후에 새무를 부담하거나, 파산채권을 취득함으로써 채권자간의 공평한 배당을 해하는 행위를 금지하기 위하여 상계권의 행사에 관한 시기적인 제한을 두고 이 제한에 위배한 상계는 효력을 인정하지 않고 있다.

계약에서 당사자들이 준거법을 외국법으로 정하였다고 하더라도 도산법에 의한 상계의 금지 제한의 효력은 도산절차의 본래적 효력에 해당하므로, 도산절차 개시국법의 수정을 허용

50) 대법원 2015.1.29. 선고 2012다108764 판결(공 2015, 293).
61) 일본의 파산 및 회사경영 법제의 내용도 같다.

할 수 밖에 없다. 청산절차는 일정한 시기 이전에 채무자의 재산을 청산하여 채권자에게 공평한 배당을 하는 것이 목적으로 채권자의 행위를 해하지 않는 한 가금적 상계의 요건을 확대하여야도 무방하지만, 회생절차는 재건을 목적으로 하는 것이므로 민법상의 상계조건을 유지하면서 계획안의 작성에 지장을 주지 않도록 일정시기에 상계를 제한할 수 밖에 없다.

그럼다면 청산절차이건 재건절차이건 각 절차의 목적을 상계절차에서도 반영할 수 밖에 없고 파산법이 다양한 채권자의 이해관계를 조정하는 강행규정을 두고 있는 점을 고려하면 도산절차 개시국의 도산법이 기존의 상계에 관한 준거법의 내용을 수정하는 관계에 있다고 보아야 한다.

예를 들면 영국 보통법상의 상계제도에 의하면 채권이 금액으로 확정(liquidated)되어야 하지만 한국의 파산절차에서는 상계적상의 확대가 허용되므로 비록 양 채권이 비금전채권이라 하더라도 상계가 허용한다고 보아야 한다. 만약 회생절차라면 비금전채권의 상계를 허용하는 규정이 없으므로 영국법에 따라 채권이 금전화되어야 할 것이다.

(5) 대법원 2015.1.29. 선고 2012다108764 판결에 대한 촌평

위판결은 영국 보통법이 상계의 요건과 효과에 관한 준거법으로 적용될 수 있다고 하면서도 한국에서 채권압류명령 또는 채권가압류 명령을 받은 제3채무자가 압류채무자에게 반대채권을 가지게 하고 상계로써 가압류채권자 등에게 대항할 수 있다는 사례는 대한민국의 민사집행법 등에 의하여 판단함이 원칙이고 상계의 준거법에 의할 것은 아니라고 판시하였다.

원심판결은 상계의 준거법이 영국 보통법이므로 상계의 요건 중 채권이 금전화(영국은 이를 사적적 확정이라고 표현하였다)에 관하여 영국법을 적용하면서 채권가압류와 관련한 상계적상에 관한 민법 제498조를 근거로 상계의 요건의 충족 여부를 판단하였다.

위 사건이 대법원에 계속 중에 있는 동안 석광현 교수님과 이헌묵 교수님 각각 의견서를 제출하였다. 석 교수님은 한국 법원의 지급금지 명령이 부가된 수동채권에 기한 상계가 가능하다는 학설에 의하여 반대채권의 상계적상에 관한 민법의 전제 조항을 적용하였다. 이와 반대로 이헌묵 교수님은 채권가압류 후 상계가 가능하다는 점차적변의 성격을 갖고 있으므로 영국법에 아니라 한국법에 의하여야 한다는 주장을 하였다.63)

원심은 채권의 금전화 요건만 적용하고 소송절차에서 항변으로 행사는 하지 아니하였다. 심판견재, 앞에서 본 바와 같이 영국 보통법상의 상계가 한국 민법과 다른 점은 양 채권의 금전화되어야 한다는 점과 피고가 소송에서 항변으로 상계권을 행사하여야 한다는 것이다. 만일 영국법에 따라 소송절차에서 항변으로 한 상계의 의사표시가 역시 상계요건을 갖추지 못하였다고 보는 입장이라면 수동채권에 가압류 명령이 발하여진 사실 또한 상계의 요건에 관한 것이므로 영국법에 의하여 결정된다는 견해가 다양하다고 생각한다.

나. 쌍방미이행쌍무계약의 해제와 준거법

(1) 회생절차에서 쌍방미이행 쌍무계약의 법리

회생절차의 관리인은 회생절차 개시 후 채권자 전체의 이익을 고려하여 쌍방미이행쌍무계약

63) 이헌묵, "영국법상 상계제도와 영국법이 적용되는 채권의 상계와 관련한 국내법상의 문제," 저스티스 통권 제142호(2014), 41-63면 참조.
약의 이행을 선택할 것인지 아니면 계약을 해제할 권리가 있다. 해운회사가 회생절차 개시 전에 상대방과 운송계약 또는 용선계약을 체결하고 준거법을 영국법으로 정하는 경우가 적지 않다. 운송계약에는 당사자 일방에 대하여 회생절차가 개시되거나 회생절차개시신청을 법원에 제기한 사유를 계약해제의 사유 또는 자동적으로 계약이 해체된다는 조항을 두는 경우가 혼하다. 이러한 조항을 혼히 도산해제조항으로 또는 미국파산법에서는 ipso facto clause라고 부른다.

계약법의 대원칙은 계약의 채무불이행을 초래한 당사자(defaulting party)는 계약해제권이 없고, 상대방(non-defaulting party)에게 계약해제권 또는 채무불이행을 이유로 한 손해배상청구권을 부여한다. 그럼에도 불구하고 한국, 일본, 미국의 도산절차에서는 삼방미행동무계약(executory contract)의 법리를 적용하여 비록 도산한 채무자가 defaulting party라고 하더라도 채무자의 관리인에게 계약의 해제 또는 계약이행의 선택권을 부여하고 있다.

또한 이러한 관리인의 이행선택 또는 해제권한을 명실상부하게 보호하기 위하여 미국 파산법은 도산해제조항을 파산법에서 무효로 규정하고 있으며 일본의 경우에는 판례가 금융리스와 소유권유보부매매에 관한 사례에서 무효로 선언하기도 하였다. 한국은 합작투자계약에 관한 대법원 판결이 선고되기 이전에는 무효로 보는 견해로 징계하였다. 대법원 판결이 선고된 후 학설은 도산해제조항의 효력을 문제해해하게 언급하고 있다. 한편 해상운송계약과 관련하여 파산주의 실무는 환제와 달리 무효로 취급하고 있고, 민사부에서는 대법원 판결에 따라 유효으로 처리하는 등 아직 실무가 확립되지 않은 상태에 있다.

(2) 국제도산사건에서 미이행무계약의 준거법

대출채권의 준거법가 외국법이고 차주가 파산하여 파산절차가 개시된 사안에서 처음으로 미이행무계약의 준거법이 한국 파산법과 방과방과로 처음 밝힌 것은 2001년 대법원 판결이다. 영국법을 준거법으로 한 운송계약에서 운송회사가 한국에서 회생절차가 개시된 사안에서 회생절차의 관리인이 미이행무계약의 범위에 기하여 계약을 해제한 경우 그 효력이 다루어져 대법원에 상고되었다. 대법원은 다음과 같은 이유로 도산법정지인 한국의 채무자회생법이 적용된다고 판시하였다.

"외국적 요소가 있는 계약을 체결한 당사자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 그 계약이 쌍방미행동무계약에 해당하여 관리인이 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있는지 여부, 그리고 계약의 해제·해지로 인하여 발생한 손해배상채권이 회생채권인지 여부는 도산법정지법(도산법정지법)이 쌍방의회생법에 따라 판단되어야 하지만, 그 계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위에 관한 문제는 계약 자체의 효력과 관련된 사상법적 사항으로서 도산전형적인 법률관계에 해당하지 아니하므로 국제법에 따라 정해지는 계약의 준거법이 적용된다."  

이러한 판결의 입망은 미이행무계약에 관한 해제 여부에 관하여는 도산법정지에 따르다.

64) 도산실효조항, 도산해지조항, 도산해제조항 등으로 사용되나 이 글에서는 도산해제조항이라 표기한다.
65) 회사해체절차에서 소유권유보부매매에 관한 최고재판소 昭和 57. 30.30. 판결과 민사재생절차에서 파이낸스리스에 관한 최고재판소 平成 20. 12. 16. 판결에서 도산해제특약을 무효로 선언하였다.
68) 대법원 2015.5.28. 선고 2012다104526,104533 판결 (공 2015, 843)
 hacenas는 국내외 학설을 따른 것이다. 그리하여 운송계약은 준거법인 채무자회생법에 기한 관리인의 해제로 적법하게 해제되었고 다만 손해배상의 범위는 영국법에 의하여 결정하게 된다. 손해배상채권이 회생절차에서 어떠한 우선권을 갖는가 하는 점 역시 법정지법에 따라 결정되는바, 채무자회생법은 이를 회생채권으로 취급한다.

(3) 도산해제조항과 영국법이 준거법인 운송계약

회생절차에서 실무상 중요한 의미를 갖는 것은 이른바 도산계약해제조항이다. 특히 영국법을 준거법으로 한 용선계약에서 당사자 일방에 대하여 파산 또는 회생절차가 개시되면 상대방이 이를 이유로 계약을 해제할 권리를 갖는 조항을 두는 경우가 보통이다.

영국법을 준거법으로 한 해운회사에 대하여 회생절차가 개시되면 관리인은 계약의 존속을 원하고 상대방은 계약을 해제하려면 이를 둘러싼 다툼이 한국과 영국 법원에서 자주 다루어진다. 이러한 점을 둘러싼 팬오션 대 피브리아 사건에 관한 영국의 판결을 통하여 실제로 영국법정에서 어떠한 양상으로 공방이 전개되는지 소개하고 영국의 법률을 일별하고자 한다.

(가) 사안의 개요


팬오션은 2013. 6. 7. 서울중앙지방법원에 회생신청을 하였고, 2013. 6. 17. 회생절차가 개시되었다.


69) EU도산규정(제4조 제2항 3호) 및 독일도산법에 관한 독일의 학설 및 일본의 학설도 같다. 석광현, 국제사법과 국제소송 제5권, 박영사(2012), 619면.
70) Fibria v Pan Ocean [2014] EWHC 2124 (Ch). 파산사건에 관한 판결을 인용하면서 사용되는 EWHC라 함은 High Court of England and Wales의 약자이다. 이 판결은 2014. 6. 30. 선고된 영국 형평부의 회사법원(Companies Court) 판결이다. 영국의 High Court라 함은 Court of Appeal 및 Crown Court와 함께 영국의 3대 상급법원의 하나이다. High Court는 증거 사안의 제1심이자 Magistrate court와 같은 하급법원의 상소법원이다. High Court 내에는 다시 3개의 부가 있다. Queen's Bench Division (일명 Divisional Court), Chancery Division과 Family Division이다. 다시 형평부(Chancery Division)는 형평법과 관련된 기업법, 신학법, 유언건임법 및 토지법에 관한 사건을 관할한다. 형평부 내에는 피회사법원과 특허법원의 2개의 전문법원이 있다. 도산 사건은 형평부 내의 회사법원이 판한다. 회사법원은 1명의 법관이 사건을 주재한다. 외국도산절차의 송영문과 금지명령의 해제 등의 사건은 모두 회사법원의 법관이 재판한다.
승인하여 달라는 승인신청을 하였다.

2013. 6. 25. 영국 법원은 한국도산절차를 주절차로 승인하는 결정과 승인에 기하여 자동적으로 발생하는 효과에 기한 구제명령과 기타 적절한 구제명령에 기하여 강제집행절차의 중지 등의 구제명령을 발하였다.\(^{72}\)


2013. 8. 15. 피브리아는 CBIR 제20조 제(6)항에 기하여 팬오션을 상대로 중재절차의 개시와 진행을 구하는 신청과 아울러 위 계약서 28조에 기하여 피브리아에게 계약 해제서면을 담보은행(Security Agent)에게 발송할 수 있는 권한이 있다는 내용의 선언적 구제명령을 구하였다.

2013. 2. 10. 팬오션은 CBIR 제21조에 기하여 피브리아에게 계약을 종료시킬 권한이 없음을 지지하는 내용의 명령을 신청하였다.

2014. 3. 24. 팬오션은 CBIR 제21, 25, 27조에 기하여 영국 법원으로 하여금 한국 법원에 계약조항 제28조가 한국법상 무효인지 여부에 대한 의견을 채무자회생법 제641조에 기하여 구하여야 달라는 요청과 아울러 피브리아가 구하는 중재절차의 개시를 구하는 신청이 중지(adjourn)되어야 한다는 구제명령을 구하였다.

이 사건의 주요한 쟁점은 과연 영국 법원이 피브리아로 하여금 담보은행 ABN AMRO(Security Agent)\(^{73}\)에게 계약해제의 통지를 금하는 명령을 발할 수 있는 권한이 있는지 여부로 좁혀졌다. 법원은 이를 판단하기 위하여 먼저 계약조항 제28조가 소위 도산해제조항인지, 영국도산법상 소위 도산해제조항이 무효인지, 한국의 채무자회생법상 제28조가 무효인지, 영국의 국제도산조항에 기하여 법원이 발할 수 있는 구제명령의 범위에 해제통지의 발송행위를 금할 수 있는지가 검토되었다.

(나) 판결의 요지\(^{74}\)

(a) 영국도산법과 사적자치

영국법에서는 당사자 일방의 도산절차 신청을 이유로 상대방이 계약해제의 권한을 갖도록 하는 규정이 유효하다는 점에 대하여 다름이 없다. 200년 이상 오래된 판례법인 박탈금지의 원칙에 의하더라도 이러한 규정은 여전히 유효하다. 1986년 도산법 역시 박탈금지의 원칙을 배경으로 입법된 것이다. 특히 당사자 자치는 영국법의 본질이고 이 사건과 같이 복잡한 경우

Commentary on the UNCITRAL Model Law (2nd ed Globe Law and Business, 2009), 141-244.

72) 승인신청 후 4일만에 승인결정과 구제명령이 발행되어왔다. 이에 반하여 미국 제11장 사건의 승인절차를 구한 2007국승2 사건은 신청일로부터 3개월이 걸렸다. 한편 CBIR 제20조는 주절차 승인과자 자동적으로 인정되는 구제명령에 관하여, 제21조는 제20조에 의하여 인정되지 아니하는 것으로 법원이 필요하다고 판단하여 부가적으로 발하는 구제명령에 관한 조항이다. 이 사건에서 법원은 승인과 동시에 제20조 및 제21조에 기하여 담보은행의 실행금지, 무과에 대한 점유반환금지, 채무자 및 채무자 재산을 상대로 한 법적 절차의 금지, 관리러시비 입행의 금지, 청산절차신청 금지 등 5가지 구제명령을 발하였다.

73) 팬오션이 용선계약 체결 후 용선계약상의 권리를 담보은행에게 양도하였으나 사실관계는 편의상 생략한다.

74) 아래의 제목은 판결문면에 없는 것을 필자가 이해의 편의상 붙인 것이다.
계약의 경우에는 더욱 그러하다. 박탈금지의 원칙(anti-deprivation rule)은 도산절차 개시 전에 체결된 계약의 특정 조항의 효력을 도산절차 개시 후에는 인정하지 않고 있지만 이러한 원칙이 도산해제조항에 적용되지 않는다. 왜냐하면 계약을 해제하는 조항이 관재인이 계약을 계속하는 기회를 빼앗고 그럼으로써 파산채권의 미래의 잠재적인 이익을 박탈 당한다는 주장은 근거가 없다. 당사자들이 서로 대가적인 의무를 이행하기로 하는 계약에서 당사자 일방이 파산한 경우 상태방에 계약해제의 권한을 부여하는 것을 반대할 이유가 없다.

(b) 한국의 회생절차에서 도산해제조항의 효력

한국의 도산해제조항에 관한 대법원 판결과 위 판결 선고 이후 회생절차에서 도산해제조항의 효력에 관한 하급심의 실무에 관하여 한국의 전문가는 일치치는 견해를 갖고 있다.75) 영국 재판부는 한국의 회생법이 여러 사항을 고려하여 이 사건 계약해제조항인 제28.1조가 효력이 없다는 패소선의 주장에 근거가 있다고 판단하고 작성하여 한국의 회생법이 회생절차 중에는 적용하지 않거나 중지할 것으로 전제로 판단하기로 한다.

(c) 영국의 국제도산규정

CBIR 제20조는 조건을 승인하는 경우 자동적으로 발생하는 구제효과에 대하여, 제21조는 그 외 채무자의 재산 또는 채권자의 이익을 보호하는 데 필요한 경우 법원이 발하는 적절한 구제명령을 규정하고 있다. 그 중 제21조(1)(a)항은 채무자의 재산 등에 관한 소송 또는 절차의 개시 또는 속행의 금지를 명하고 있다.

관리인은 피브리아의 해제 통지의 발송이 (a)항에 속한다고 주장하지만 한편 제20조 제2항은 제21조(1)(a)에 기하여 부과되는 중지의 범위와 효과는 마치 채무자가 영국도산법 제130조 제2항에 기하여 청산절차가 개시된 경우와 같어야 한다고 규정하고 있다. 제21조(1)(a)는 영국도산법 제130조 제2항과 같지 않을 수 있다.

그런데 모델법의 제정에 관한 국제상거래위원회 자문위원회의 1995, 1996, 1997년의 보고서 중 적절한 구제명령에 관한 해석을 참조하면 초안에는 승인국의 법원이 도산절차개시국법 또는 승인국법에 기하여 적절한 구제명령을 발할 수 있다고 기재되었으나 토론을 거쳐 최종안은 승인국의 법률에 근거하도록 확정되었다(모델법 제21조(1)(g)).

이에 반하여 미국의 연방파산법 제15장은 영국과 같은 방식으로 모델법을 입법한 것은 아니므로 도산절차개시국법에 기하여 적절한 명령을 발할 수 있다고 해석의 가능성이 있는 미국판결76)의 논리는 받아들여야 한다. 오히려 결론적으로 CBIR 제21조는 영국 법관으로 하여금 영국도산절차에서 발명이 가능한 구제명령만을 허용하는 것을 전제로 하고 있다. 당사자가 영국법을 준거법으로 한 이상 이 사건에서 적절한 명령을 발할에 있어서승인국인 영국법을 적용하는 것이 타당하다.


76) Re Condur Insurance Co Ltd 601 F 3d 319 (5th Cir 2010)은 네브래스카 국가에서 개시된 도산절차를 주권자로 승인 후 구제명령을 발할에 있어 파산법 제1521조에 기한 적절한 구제명령을 발할 수 있다는 조문에 기하여 네브래스카의 사행행위 부인에 관한 법률을 적용할 수 있다고 판시하였다. 승인국이 도산절차개시국의 법률을 근거로 적절한 구제명령을 발할 수 있다는 점에 관하여 영국 법관들은 반대하고 있다.
(d) 결론
영국 재판부는 CBIR 제21조에 기하여 피브리아가 해제통지를 발송하는 것을 금지하는 권한을 갖고 있지 않으며 설명 재판부가 그러한 권한을 갖고 있다고 하더라도 금지명령은 CBIR 제21조에 규정된 적절한 구제명령에 해당하지 아니한다. 한국법 전문가 증언에 의하면 한국 법원은 해제의 통지는 계약의 효력을 좌우할 수 없다고 판시할 것이므로 한국법관이 서면통지의 발송을 금하는 명령을 발하였을 것이라는 팸오선의 주장을 받아들이지 아니한다.

위에서 본 재판부의 결정은 한국법을 전제로 한 것이므로 한국 법원에 서면을 보내어 한국 법원의 답을 구하여 달라는 관리인의 구제명령을 받아들이지 아니한다. 또한 중재절차의 개시를 구하는 피브리아의 구제명령 신청에 대하여 보건대, 중재절차에서 계약서 제28.1조의 집행 가능성이 다툼이 없고 실패 극한의 쟁점이 다루어져야 하더라도 이는 양 당사자 외에계약의 양수인 등 다수의 이해관계간에 별도의 절차에서 해결되어야 하므로 피브리아의 신청을 받아들이지 아니한다.

(다) 판결에 대한 침묵
영국과 미국은 영미법계 국가이지만 파산절차에 있어 커다란 차이를 보이고 있다. 영국의 파산제도는 채권자 우호적인지만 미국은 채무자에 우호적이다.77) 대표적으로 미국 파산법에서 인정되는 Debtor in Possession, 강제인가, 미이행쌍무계약의 법리와 도산해제조항(ipso facto clause)가 영국 도산법에는 없다. 리만브라더스 파산 이후 동일한 쟁점(flip clause)가 파산절차에서 효력이 있는지를 둘러싸고 미국은 무효로, 영국은 유 효로 판시하였 다.78) 영국 파산법은 원칙적으로 파산 전의 당사자간의 약정을 파산절차 개시 이후에도 원칙적으로 존중하는 입장임에 반하여 미국 파산법은 관제인에게 계약의 효력을 정할 수 있는 권한을 부여함으로써 파산재단 전체에 이익이 되는 입장을 갖고 있다.

영국의 도산법은 당사자 일방의 도산절차 신청을 이유로 상대방이 계약을 해제할 수 있도록 하는 조항이 원칙적으로 유효하고 다만 제한된 상황에서 수정이 있다.79) 박탈금지의 원칙이라 할은 채무자에 대하여 도산시에 채무자의 소유로 되어 있던 재산이 다른 사람에게 이전되어 채무자의 다른 채권자들로부터 벗어나도록 하는 계약은 무효라는 원칙이다. 박탈금지의 원칙은 권리가 박탈되는 경우 뿐 아니라 도산을 이유로 재산에 관한 권리가 종료되는 것도 포함된다. 박탈금지의 원칙은 200년 이상 된 판례법으로서 1986년 도산법 제정 후에도 이러한 원칙은 여전히 유효하다.80)
이 판결에서 영국 법원은 한국 법원의 미이행무계약에 관한 대법원 판결 및 최근의 하급 심의 결정에 적절히 이의할 권리를 보장하고 있다. 아울러, 미국, 캐나다의 판례, 모델로의 입법과정 등을 면밀하게 비교 검토한 후 CBIR 제21조의 적절한 구체명령의 근거가 되는 법률이 영국법인지 한국의 채무자회생법인지의 문제를 저문한 후 영국법에 의하여 판단하였다. 소송 또는 절차의 중지라는 용어에 대해서는 계약당사자가 상대방에 계약의 이행을 신속하게 촉구하는 서면의 발송, 또는 계약불이행을 승인하는 통지의 발송 등이 영국도산법 제11(3)(d)에 속하지 아니한다는 선례를 근거로 피 브리아의 서면 발송의 금지를 적절한 구체명령으로 신청한 관리인의 주장은 기각하였다.81)

5. 국제증재절차와 국제도산절차의 관계
가. 증재와 파산의 관계
국내에서 회생절차가 개시되면 국내의 증재절차도 중단되는지 여부에 대하여는 견해가 대립되어 있다.82) 회생절차가 개시되면 채무자의 재산에 대한 관리처분권이 종전 채무자에서 관리인으로 변경되고, 특히 회생채권에 관한 소송은 중단되고, 그 외의 회생회사의 당사자(원, 피고를 막론한다)가 된 재산상에 관한 소송 역시 중단되어야 한다는 점이 증재절차에서도 반영되어야 한다는 점에서 의논의 뜻은 중단설에 찬성한다. 어느 설을 취하든 간은 회생채권신고를 회생법원에 하여야 한다는 점이이다. 만일 신고를 하지 아니하고 중단판결에서 회생채권신고가 승소하더라도 실권될 염려가 있다. 아직 국내에서는 증재절차에서의 이의사를 상대로 하는 회생채권조사결정의 재판을 할 수 있다는 견해는 발견되지 않는다.83)

나. 한국에서 회생절차가 개시된 경우에 외국에서 진행 중인 국제증재절차도 중단되는가 하는 점은 국가마다 입장이 다르고 아직 국제적으로 아직 실무가 확립되지는 않은 상황이다. 중재절차의 속행이 국외도산과 관련된 쟁점의 준거법을 중재지의 도산법, 계약의 해산을 원래의 양도인에게 반환한다는 약정, 건설계약에서 수급인의 청산시 건축주에게 자재들의 귀속시키는 약정, 매수인이 회사 청산시의 직권하에 외상으로 판매한 물건의 소유권을 매매인에게 반환하기로 하는 약정, 회생법에 의거한 양도계약의 양도인이 양도인에게 금전을 대여하는 대출계약에 의하여 체결한 후 양도인이 로얄티의 절반은 지급하고 나머지 절반은 자산의 대여금입원에 중단시켜야 할 양도인이 도산하게 되어 양도인이 로얄티 전부를 자신의 지급하지 않기로 하는 양도사의 도산의 특수적 재정권에 추가적인 사업비용을 주로 하는 약정 등은 박탈금지의 원칙에 위반되며 부호적이다. 이와 반대로 리스이용자가 청산시 리스물건의 리스업자에게 환치하는 약정, 회사의 구성원이 청산한 경우 주식을 공정한 가격으로 다른 구성원에게 이전할 의무를 부과하는 조항, 회사의 청산한 경우 회사주가 경영를 종료시키는 조항 등은 박탈금지의 원칙에 위반되지 아니하다는 유형이다. 자세한 설명에 대하여는 김효선, 도산실효조항에 관한 비교법적 분석, 이화여자대학교 박사학위논문(2013). 159-165면 참조.

81) 3일간의 구술심리를 마치고 2개월 남짓 후에 총 118개의 항에 달하는 장문에서 판결이유를 설득력있게 제시하고 있다는 점에서 영국 법원이 왜 유럽의 중심 법원이 되는지를 잘 보여주고 있다.
준거법국의 도산법, 도산절차개시지국의 도산법 중 어느 것을 할 것인지에 관하여도 논의가 있다. 이하에서는 실무상 자주 등장하는 런던의 중재절차와 한국의 화생절차와의 관계에 대한 영국 법원의 실무에 한하여 살펴보기로 한다.

나. 영국중재절차의 중지명령
해법사에 대하여 한국에서 화생절차가 개시되면 보통은 아래와 같은 순서로 절차가 진행되며 마련이다. 외국채권자들은 먼저 미지급용선료 채권, 용선계약불이행을 이유로 손해배상채권을 화생채권으로 한국 법원에 신고를 한다. 관리인이 화생채권의 존부 및 범위에 관하여 이의하면, 화생채권의 존부 및 범위에 관하여는 외국채권자들은 총의의 중재합의에 따라 영국의 중재절차에 의하여 확정하여야 한다고 주장하고, 화생사는 한국내의 조사확정재판에 의하여야 한다고 다룬다. 화생사의 관리인이 영국 법원에 한국의 화생절차의 승인과 영국에서 진행 중인 중재절차의 중지를 신청하면 영국 법원은 CBIR제20조에 따라 한국의 화생절차가 모델법상의 주된 외국도산절차에 해당하고, 제20조 제1항에 따라 자동중지의 효력이 인정되는 이유로 영국에서 진행 중인 중재절차의 중지를 명한다. 영국법원은 중재절차의 결과를 기대하기 위하여 화생채권조사확정재판을 기일을 추정하거나 또는 영국의 중재절차와 무관하게 조사확정재판을 진행한다. 전자의 경우에는 영국의 중재판정 결과를 반영하여 화생채권조사확정의 결정을 내린다.

다. 중지명령의 해제와 특별한 상황 이론
CBIR 제2조 제1항은 모델법이 CBIR에 첨부된 목록 1의 형태로 적용된다고 규정하고 있다. 목록 1은 모델법의 내용과 거의 같지만 일부 영국의 도산법의 내용을 준용하는 방식으로 되어 있다. 제20조는 주재자의 송인과 자동적인 구제명령에 관하여 제21조는 그 외 구제명령으로서 외국도산절차의 대표자의 신청에 따라 개별 소송 및 집행행위의 중지, 재산양도의 중지, 외국도산대표자에 대한 영국 소재 재산에 관한 관리처분권의 설정명령을 규정하고 있다. 특히 제21조(g)에서 그 외 1986년 도산법 부속 목록 B1제43조에서 부여하는 구제명령을 포함하여 기타 부가적인 구제명령을 발령할 수 있다고 규정하고 있다.

84) UNCITRAL 제30회 총회에서는 중지되는 것이 다수설이었으나 반대설도 있어서 명문의 규정은 두지 않은 채 제20조의 ‘절차(proceedings)’에 포함하여 해석할 수 있는 것으로 정하였다. 회의의 소개에 대하여는 山本和彦, 國際倒産法制, 商事法務(2002), 276쪽.
88) 영국의 국제도산법에 의하면 자동중지의 효력은 국내에만 미치고 해외에는 미치지 아니한다. 담보권자는 자동중지의 효력에 복속하지 아니하며 한국도산절차가 승인되더라도 여전히 영국에서 담보권을 실행할 수 있다.
89) 부속목록 B1은 재언정절차인 관리명령(administration)에 관하여 제1조부터 제116조까지 규정을 두고 있다.
90) 부속목록 B1 제43조는 관리명령절차에 있는 회사를 대상으로 한 규정으로서 관리명령하의 회사에 대하여 관리인(administrator)의 동의 또는 법원의 허가 없이는 회사 재산에 대한 담보권행사의 금지, 소송, 압류 기타 범죄적인 절차의 금지를 규정하고 있다.
청산절차이건 관리명령절차 하에 있는 회사에 대하여 도산절차 외에서 소송을 제기하기 위하여는 법원의 허가를 받아야 하는 바, 법원의 허가는 특별한 상황(special circumstances)이 없으면 이루어지지 않고 있다. 예컨대, 채무자에게 가스를 공급하던 채권자가 채무자의 관리명령절차 개시가 계약의 조기 해체사유에 해당한다는 이유로 조기해제를 이유로 금원의 지급을 구하는 소송91) 또는 회사의 근로자 37명이 1996년 고용법(Employments Rights)에 기하여 금원의 지급을 구하는 소송92)에서 모두 금원을 지급하는 소송은 특별한 상황에 해당하지 않는다는 이유로 청구를 기각하였다.

그러하여 외국도산절차를 승인하고 중재절차의 중지를 명한 후 중재절차를 속행하고자 하는 경우에도 마찬가지로 법원의 허가를 받아야 하며 법원은 중재절차를 속행하는 것이 특별한 상황에 해당하느냐의 여부에 관한 기준에 의하여 금지명령의 해제 여부를 결정한다.

라. 중재절차 금지명령의 해제 여부

먼저 법원이 특별한 상황에 속한다고 인정하는 예로서는 1930년 보험자에 대한 제3자 권리법(Third Parties (Rights Against Insures) Act 1930)에 기한 청구를 하려면 먼저 제3자에 대하여 제기하는 소송이다. 위 법 제1조에 의하면 피보험자가 제3자에 대하여 책임보험을 가입하고 피보험자에 대하여 파산절차가 개시되면 피보험자의 보험자에 대한 권리가 제3자에 대하여 양도되고 제3자가 보험자에 대하여 권리가 갖는다고 규정되어 있다. 제3자가 보험자에 대하여 권리를 행사하기 위해서는 전체조건으로 제3자가 피보험자에 상대로 하여 판결, 중재, 계약에 의하여 자신의 권리를 성립시켜야 한다. 그러하여 보통은 제3자가 1930년 제3자법에 기하여 파산절차가 개시된 채무자에 대한 소송을 제기하는 것이 예외적으로 허용된다는 것이 판례이다.93)

그러하여 한국의 회생절차가 개시된 삼선로직스 사건에서 영국 법원은 일단 한국의 회생절차를 주된 절차로 승인하고 중재절차의 중지를 명하였으나 그 후 채권자들이 삼선로직스가 P&I club을 통하여 제공한 보증인수서(letters of undertaking(LOUs)의 집행을 위하여 삼선로직스를 상대로 한 중재절차의 신청을 허가하였다.

다른 사건에서 법원은 오스트리아에서 청산절차가 진행 중인 회사와 다른 다수의 피고들이 공동피고가 되고, 재보험계약에서 유래되는 당해 청구권이 당사자들간에 서로 얽혀져서 재판기일이 임박한 경우에는 특별한 상황에 있다고 보아 청산한 외국 회사를 상대로 할 소송의 제기를 허가한 바 있다.94)

그 외 수백 명의 원고가 영국내에서 청산 중인 회사를 포함하여 다수의 공동피고가 관련된 소송에서 법원은, 쟁점이 중복되며 만일 청산한 회사에 대한 소송금지가 계속되어 청산회사를 제외한 나머지 피고들만을 상대로 한 재판이 진행된다면 판결의 결과가 불일치할 사정이 있는 경우, 모든 쟁점이 상사법원에서 심리될 필요가 있다는 이유로 법원이 금지명령을 해제하였 다.95)

중재와 도산에 관한 실무의 주류는 중재절차가 회생기업과 특정 채권자만이 관여하고 중재판정의 내용이 양자의 권리관계에 한정하여 영향을 미치는 사안의 경우에는 외국의 도산절차

91) AES Barry Ltd v. TXU Europe Trading Ltd [2005] 2 BCLC 22.
92) Unite the Union v Nortel Networks UK Ltd [2010] 2 BCLC 674.
를 존중하여 중재절차의 중지명령을 발하고 이를 그대로 유지하는 경향이 있다. 그러나 중재 절차에 제3자가 관여하게 되거나 또는 중재판정의 결과에 따라 영국내의 제3자(보통의 P&I Club)의 법률관계에 영향을 미치게 되고 영국내에서 권리구제가 가능하다고 판단되는 경우에
는 중재절차의 중지명령을 취소하고 속행을 명하고 있다. 96)

마. 중재인 선임절차와 외국도산절차
영국 법원은 최근 판결97)를 통하여 일본 해운회사(三光汽船)에 대하여 일본에서 회사갱생 절차가 개시된 후 영국에서 중재절차가 중지되었더라도 만일 준거법이 영국법이라면 계약이 정한 바에 따라 중소 해역일로부터 12개월 이내에 중재인을 선임하여야 함에도 불구하고 貨主(Glencore)가 중재인을 선임하지 아니하였으므로 Glencore는 영국에서 실시된 선박 경매에
금에 대하여 권리를 주장할 수 없다고 판시하였다.

三光汽船에 대하여 일본에서 회사갱생절차가 개시되어 Glencore는 운송계약상의 채권을
생생체권 등으로 신고하였다. 영국 법원은 회사갱생절차를 주절차로 승인하였다. 주절차로 승
인되면 중재절차도 중지되는 효과를 갖는다. 법원은 Glencore가 회사갱생절차에서 어떠한 권
리를 인정받는가 하는 점은 일본법에 의하지만 영국의 CBIR 제20조 제4항은 승인에 따른 자
동중지효과가 채권자의 관리를 보호하는 데 필요한 경우 절차를 개시할 권리에 영향을 미
치지 아니한다고 규정하고 있으므로 Glencore가 중재절차를 개시할 수 있었음을에도 이를 하지
아니하였으므로 계약상의 권리가 소멸한 것이며 판단하였다. 나아가 영국에서 실시된 선박의
경락절차에서 다른 채권자에게 배당하고 남은 금액은 Glencore에게 지급할 것이 아니라 외국
관리인에게 지급하여야 하고 다만 관리인은 일본 법원이 지정한 것이 아니라 외국
관리인에게 지급하도록 하고Glencore의 채권을 보호하는 데 필요하다고 판단하였다.

6. 외국관리인의 국내재산에 관한 관리처분권한
가. 채무자회생법 시행 이전의 논의
채무자회생법이 제정되기 전에 국내에 소재한 재산의 소유자에 대하여 미국에서 파산절차
가 개시된 사건(이론바 구체 사건)에서 대법원98)는 외국파산절차의 관리인이 한국내 재산(등록
된 상표권)에 대한 관리처분권이 있을음을 인정하여 관리인이 원고가 되어 한국기업을 피고로
상하 상표권에 기하여 손해배상청구소송을 제기할 권한을 인정하였다.99) 당시는 파산법이 속
지주의를 취하고 있었으므로 파산법 제3조 제2항은 외국에서 개시된 파산절차는 국내에 소재
한 파산자의 재산에 대하여 미치지 않는 것이 원칙이었다. 대법원은 그 의미를 구분하여 외국
파산절차의 본래적 효력과 관리처분권 이전의 효력을 구분하여 전자만 속지주의의 제한을 받
고 후자는 미치지 않는 것으로 보았다. 즉 외국에서 파산선고가 내려진 사실 또는 그에 따라
파산관리인이 선임되었는 사실 자체를 무시하지나, 그 선고의 결과 파산선고를 한 해당

96) 대표적인 판례로는 Cosco Bulk Carrier Co. Ltd v Armada Shipping SA [2011] EWHC 219 (Ch)이다. 판례의 내용에 대하여는 林治龍, 파산법연구 제4권 박영사(2015), 112-115면 참조.
99) 이 판결에 대한 해석 및 평석으로는 석광현, “미국 파산법원의 재판의 효력과 破産法의 屬地主義”,
    國際私法과 國際訴訟 제4권 박영사(2014), 89-97면.
국가에서 선임된 파산관재인이 그 국가의 법률에 따라 한국 내에 있는 파산자의 재산에 대한 관리처분권을 취득하는 것까지 부정하는 것은 아니라고 판시하였다.

나. 제무자회생법 시행 이후의 논의

제무자회생법은 국제도산관리인 제도를 두어 외국제무자의 국내에 소재하는 재산에 관하여 외국관재인이 이를 처분하려면 승인결정과 그에 이은 지원결정으로서 국제도산관리인으로 선임되도록 변경하였다. 따라서 구체판결은 더 이상 유지될 수 없다. 제무자회생법의 모범이라 할 수 있는 일본의 승인원조법하에서도 같은 해석론이 통설이다. 그러나 제무자회생법 시행 이후에도 학설 가운데는 여전히 구체판결의 법리에 따라 승인결정 없이도 국내재산에 대한 관리처분권이 외국관재인에게 귀속된다는 주장이 있다.

다. 아르텍 사건

최근 이 점을 분명히 하여 구체판결이 더 이상 유지될 수 없으며 나아가 외국파산절차의 파산관재인이 한국 내에 소재하는 재산을 외국에서 처분한 경우에는 제무자회생법의 국제도산편이 적용되어야 함을 분명히 한 하급심 판결이 있어 이를 소개한다.

[사실관계]

덴마크 법인인 아르텍은 2007년 한국법인 S와 구스타프 클림트의 작품을 한국에서 전시하는 계약을 체결하였다. 계약에 의하면 아르텍은 작품 전시를 제공하고 S는 비용을 아르텍에게 송금한다. 피고 문화에이치디는 S의 지위를 이전받고 아르텍과수정계약을 체결하였으며 피고 동아일보사와 공동사업약정을 체결하였다. 전시회가 시작되었음에도 불구하고 피고 문화에이치디가 약속한 금원을 일부 지급하지 못하였다. 아르텍은 2010년 덴마크 법원에서 파산선고를 받고 파산관재인으로 M이 선임되었다. 원고들은 덴마크 및 오스트리아법에 의하여 설립된 법인으로서 파산관재인으로부터 이 사건 거액약정계약에 기한 권리를 얻어보았으며 양도동지가 피고들에게도 도달하였다. 원고들은 한국 법원에 피고들을 상대로 채권양수인의 지위에서 아르텍이 피고들에게 갖는 채권의 지급을 구하는 소송을 제기하였다. 소송 도중 파산관재인의 채권양도의 효력이 문제되자 원고들은 다시 파산관재인이 아니라 아르텍으로부터 채권을 얻고 통지절차를 마쳤다.

피고들은 한국에 소재한 파산자의 한국 소재 재산에 대하여 관리처분권을 가지기 위하여 대한민국 법원의 승인결정 및 국제도산관리인으로 선임지정을 받아야 하고 파산관재인은 국내 재산에 대하여 관리처분권을 갖지 못하므로 이 사건 파산관재인에 의한 채권양도는 관리처분권이 없는 자에 의한 채권양도로 무효이므로, 덴마크 파산법에 의하면 파산관재인이 파산자에 속하는 재산에 대한 관리처분권을 갖고 아르텍의 대표이사의 권한이 없으므로 아르텍의 파산선고 후 파산관재인이 선임되었음에도 불구하고 아르텍의 대표이사가 원고들에게 채권양도를 한 것 역시 권한이 없다고 다루었다.

[판결요지]

100) 토들, 석광현, 국제민사소송법, 박영사(2012), 466면.
덴마크 파산법은 보편주의를 취하고 있으므로 파산관재인이 외국에 소재하는 아르텍의 재산에 대한 처분권한을 갖는다. 피고들이 대한민국에 본점을 두고 있으므로 이 사건 채권은 대한민국에 소재하는 재산이다. 덴마크법상 파산관재인이 이 사건 채권에 대하여 처분권한을 갖는다 하더라도 지역법에 따라 승인절차 및 지원요건을 받아야 하는데 이러한 결정을 받지 아니하였으므로 파산관재인이 이 사건 채권을 원고들에게 양도한 것은 대한민국에서 효력을 인정할 수 없다. 구 파산법은 속지주의를 취하였으나 채무자회생법은 승인결정제도를 도입하였으므로 구 파산법에 인정된 민사소송법에 다른 외국판결의 승인제도를 통하여 외국파산절차의 국내에서의 효력을 인정하는 법리를 입법적으로 폐기하였다.

외국파산절차의 승인이 있다 하더라도 외국 파산절차의 파산관재인이 당연히 대한민국 내 재산의 관리처분권을 취득하는 것은 아니고 법원으로부터 국제제도관리권으로 선임되어야만 대한민국내 재산의 관리처분권을 얻게 된다. 이러한 채무자회생법의 태도는 구 파산법에서의 민사소송법상 외국판결의 자동승인 제도를 이용하여 외국파산절차의 효력 일부를 인정하는 것보다 더 엄격한 입장을 취한 것이다.

원고들은 채무자회생법의 국제제도법의 관련 규정은 대한민국 내에서 채무자의 재산을 처분할 경우에 약하여 적용되고 이 사건과 같이 외국파산관재인이 외국에서 대한민국내 재산을 처분할 경우에는 적용이 없다고 주장하지만, 외국파산관재인이 외국에서 대한민국 내 재산을 처분하였다고 하더라도 그와 같은 효력을 국내에서 인정할 것인지의 여부는 채무자회생법이 적용되므로 원고들의 주장은 받아들여지지 아니한다. 만약 이와 달리된다면 외국파산절차의 파산관재인이 아무런 제약 없이 외국에서 대한민국 내 재산을 처분하게 되어 대한민국 내 채권자는 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 할 수 없게 되는 등 외국법원의 파산절차의 효력을 그대로 우리나라에 인정되는 결과가 되어 채무자회생법의 입법취지가 무의미하게 된다.

다음으로 아르텍의 채권양도의 효력에 관하여 보건대, 대한민국 내에서 덴마크의 승인결정을 받지 못한 이상 아르텍의 대한민국 내 재산에 대하여는 여전히 아르텍이 관리처분권을 가지고 있다고 할 것이다. 피고들은 대표자의 대표권 한은 설립준거법인 덴마크 법에 따라 판단하여야 하는데 아르텍이 덴마크에서 파산선고를 받았으므로 종전 대표자는 아르텍을 대표할 권한이 없다고 주장한다. 그러나 파산관계인의 관리처분권은 국제민사소송법상의 법인의 속인법에 다른 것이 아니라 파산에 따른 효과로 볼 것이며 국제법은 국제제도에 관한 아무런 규정을 두지 않고 대신 채무자회생법이 국제제도에 관한 특별규정을 두어 승인제도를 두고 있으므로 외국파산절차의 개시로 인하여 파산자의 대한민국 내 재산에 대한 관리처분권을 누가 갖는지의 문제는 법인의 속인법 적용의 문제가 아니라고 채무자회생법의 문제로 보아야 한다.

라. 아르텍 사안에 대한 % 평

파산법은 가능하면 실체법의 범리를 따라야 하지만 파산제도의 독자적인 목적의 관점에서 실체법과 다른 규정을 두는 경우가 있다. 미이행양무계약의 경우 파산관계인에게 계약의 해제 또는 이행의 선택권한을 주거나 파산관계인에게 광범위한 부인의 권한을 주고, 상계적상을 확대하기도 하고(파산절차에서 상계적상의 확대이론), 상계적상의 시기를 제한하기도 한다(상계 금지제도).

마찬가지로 국제법에 있어서도 준법력의 결정에 있어서도 국제법의 준법력 원칙을 수용하면서도 파산법 자체의 목적을 고려하여 준법력도 독자적으로 결정하는 경우도 있다. 양자의 긴장관계를 어떻게 설정할 것인지는 국제법학에서도 매우 어려운 문제이다. 대상 판결은 외
국도산절차의 국내적 효력에 관하여 국제사법과 국제도산법이 충돌하는 문제에 관하여 심도 있는 분석을 하고 합리적인 이유를 설시하였다는 점에서 필자는 판결 이유에 찬성한다.

7. 한국 도산절차의 외국에서의 승인

가. 미국에서의 승인

한국의 온세통신에 대한 회사정리절차는 미국 파산법 제15장이 신설되기 이전에 구 연방파산법 제307조의 보조절차를 통하여 승인되었으며, 103) 인천지방법원의 대우자동차에 대한 회사정리절차에서 인가된 정리계획안에 대하여 예방에 터잡아 미국 법원에 의하여 승인된 바 있다. 104) 제15장이 신설된 이후에도 최근 대보인터내셔날 사건을 포함하여 제15장에 기하여 승인결정과 그에 따른 구제명령을 받고 있다. 제15장은 모델법을 충실하게 반영한 입법으로서 §1520(a)에 기하여 주정을 승인하면 승인과 동시에 자동적으로 3가지 점에 대하여 중지의 효과가 발생한다. 첫째, 채무자와 채무자의 미국내 소재 재산에 대한 자동중지효과 105), 둘째, 법원의 허가 없는 한 재산이전 금지의 효과, 106) 셋째, 미국의 관리인과 같이 §363, §549 및 §552에 기하여 외국대표자가 미국 내 소재하는 재산에 관하여 채무자의 사업을 계속하는 권한, 107) 개시후 처분행위에 대한 부인권, 개시 후 담보권 설정의 무효권한이 부여되는 효과가 발생한다. 제15장 사건의 경우 중재절차의 중지가 자동중지에 포함되므로 구제명령에 의하여 중재절차를 중지시킬 수 있다. 108)

승인명령에 기한 자동적 중지의 효과로 채무자 회사 소유의 미국 소재 재산에 대한 강제집행 중지효력이 한국의 회생절차총괄국가에 관하여 원칙으로는 존속하는지 여부에 대하여 원칙으로는 존속하지만 미국 채권자가 중지명령의 해제를 신청하면 채무자는 여전히 중지명령이 필요하다는 이유를 증명하여야 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 109) 아울러 법인격부인의 법리가 원래 미국에서 발전된 것이고 한국보다 그 적용범위가 넓다는 점에서 비록 제3자(리스회사) 명의로 선박등기가 되어 있다고 하더라도 선박을 실제로 운영하는 해운회사에 대한 채권을 이유로 미국에서 선박이 압류된 사례도 있다. 110)

나. 영국에서의 승인

영국의 국제도산규정인 CBIR가 제정된 후 첫 번째 승인사건이 삼선로직스 사건이었으며

104) Daewoo Motor America, Inc. v. General Motors Corp., et al, 46 BCD 255 (11th Cir. 2006).
105) §361에 기하여 채권자의 권리를 보호하기 위한 적절한 보호에 관한 조항이 적용되므로 담보채권자는 적절한 보호가 결여되었음을 이유로 §361에 기하여 자동중지의 해제를 구할 권리가 있다.
106) 승인재판 후에 예금, 수표 등과 같은 현금등가물에 대한 담보물의 처분 제한, 재산의 매각제한에 관한 §363, 파산신청 후 재산의 이전금지에 관한 §549 및 담보설정의 금지에 관한 §552의 규정이 적용된다.
107) 필자의 질문에 대한 미국의 Holland & Knight의 Warren Gluck의 답변이다.
그 후 대한해운, 팬오션 등에서 신속하게 승인결정과 구제명령을 받고 있다. 구제명령에는 중재절차의 중지가 포함되어 있다. 승인결정 후 영국법정에서 대처되는 쟁점은 중지된 런던 중재절차의 속행 여부에 관한 것이고 최근 팬오션 사건에서 미이행쌍무계약의 효력에 관하여 다루어졌다.

다. 중국의 승인제도

2007년 시행되는 중국의 기업파산법 제5조는 인민법원은 중국이 체결하였거나 가입한 국제조약 또는 호혜의 원칙에 따라 심사를 진행하여 외국도산절차의 승인과 집행을 결정한다고 규정하고 있다.

필자가 알고 있는 승인 사례로는 중국이 이탈리아와 사법협정조약을 체결하여 밀라노 법원의 1997년 파산선고결정을 승인한 것 뿐이다. 서울지방법원 2005년 11. 5. 선고 99가합26523 판결은 중국 산둥성 웨이팡시 중급인민법원판결을 승인하였다. 그러나 광둥성 심천시 중급인민법원은 2011. 9. 30. 서울서부지방법원 판결에 대하여 한중간에 관련 조약이 없어 호혜관계가 없다는 이유로 승인을 거절하였으며, 일본과 중국간에도 상호보증이 없다는 견해가 유력하다고 한다. 110) 그리하여 한국과 중국은 조약도 없고 상호보증도 인정되지 아니하므로 한국의 판결 뿐 아니라 회생절차가 중국에서 승인되지 않고 있는 것이 현실이다. 중국 기업파산법에서 정한 호혜의 원칙이 무엇인지에 관하여 아직 법규정의 불명확성으로 인하여 외국도산절차의 승인에 실무에 어려움이 있음을 중국 판사 스스로 자인하고 있다. 111) 외국도산절차가 승인되기 위한 호혜의 원칙이라 함은 도산절차간의 승인을 말하며 중국의 민사판결이 외국에서 승인되었다면이것만으로는 호혜원칙이 충족된 것이 아니라 한다. 112) 모델법이나 한국, 미국, 일본, 영국 등의 국제도산법제가 외국도산절차를 승인함에 있어 상호보증을 요구하지 않고 있음에 비하면 국제도산절차에서 호혜성 즉 상호보증을 요구하는 중국의 기업파산법은 아직 보수적이다.

8. 결론

해운회사의 도산은 국제도산법의 핵심이다. 해운회사는 고가의 선박을 운행함으로써 영업수익을 창출하게 되므로 해운회사가 회생절차에 들어가게 되면 이해관계를 다투는 국내외 채권자들의 이익이 충돌한다. 또한 선박이 여러 나라에 기항하게 되므로 국제파산법의 경계가 발생하게 마련이다. 국제사법, 국제금융법, 국제파산법을 제대로 이해하지 못하면 올바른 해결을 주기 어렵다. 한국에서도 4번의 국제도산승인사건이 있었고 그 중 4번째의 사건이 일본의 쌍방기준의 회사생존절차에 관한 것이다.

외국과의 거래가 일상화된 21세기에서 국제도산의 중요성은 국내 도산실무에서도 점점 커지고 있다. 그럼에도 불구하고 동일한 쟁점에 대한 외국에서의 논의와 비교하면 아직 가야할 길이 멀다. 해법학회, 국제사법학회에서도 활발한 연구를 기대하며 글을 마친다.

111) 아오밍(姚明), "중국의 섭외파산 승인제도의 보완에 관한 견해," 도산법연구 제2권 제1호(2011), 225면. 저자는 북경시 제1중급인민법원 판사이다. 아직 구체적인 규범 근거가 없으므로 승인 실무도 존재하지 아니한다고 한다. 단 호혜의 원칙은 신중하게 고려한다고 한다.
112) 필자가 홍콩 소재 미국 로펌의 변호사에게 확인한 내용이다.
임치용 변호사님의 주제발표에 관한 토론문

한 민*

1. 도산국제사법 문제를 포함한 도산법의 국제적 동향

- EU 도산규칙이나 독일 도산법은 도산국제사법에 관한 규정을 두고 있으나, 국제도산에 관한 UNCITRAL Model Law(UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency)에는 도산국제사법에 관한 규정은 두고 있지 아니함.

- UNCITRAL 도산법 입법지침(Legislative Guide on Insolvency Law)에서도 국제도산 맥락에서 준거법의 선택(choice of law)에 관한 입법 권고(recommendation)와 주석(commentary)를 포함하고 있으나, 통일된 법원칙의 제시라고 하기에는 미흡한 것으로 보임.

- 우리나라의 채무자 회생 및 파산에 관한 법률("채무자회생법")의 경우도 도산국제사법에 관한 규정은 두고 있지 아니함.

- 발표문 각주 78에 소개되어 있는 바와 같이, 리먼 브라더스(Lehman Brothers) 계열사들이 체결한 신용파생거래 관련 계약에 포함된 flip 조항(계약 당사자 일방에 대하여 파산절차가 개시되는 경우 그 당사자에 갖는 권리의 우선순위를 후순위로 변경되도록 하는 조항)의 효력에 관하여 미국 연방파산법원과 영국 대법원은 상반된 판결을 내림. --> 영국 법원 판결의 경우 1심부터 최종심까지 이 사건에 도산법정지법이 아니라 판결의 준거법인 영국법이 적용되어야 하는지에 관하여는 아무런 설시가 없음(미국 연방파산법원의 판결도 도산국제사법 문제는 직접 언급하고 있지 아니하나 간접적으로 도산법정지법을 적용한다는 취지의 약한 설시는 있는 것으로 보임). --> 이를 계기로 도산국제사법에 대한 관심이 높아지고 있음.

- 도산국제사법 문제를 포함한 도산법의 국제적 동향에 관하여는 별첨 자료를 참고.

- 국내에서도 도산국제사법 문제에 관한 우리 법의 해석론의 방향에 관한 선행연구가 있는 바. 1) 임치용 변호사님의 주제발표는 최근 우리 기업이나 법원이 관련된 국제

---

*이화여자대학교 법학전문대학원 교수
1) 석광현. "도산국제사법의 제문제: 우리 법의 해석론의 방향", 국제사법과 국제소송(제5권), 박영사
도산사건의 실제 사례들과 국내외 판례를 중심으로 도산국제사법의 주요 쟁점들을 두루 다루고 있다는 점에서 시의적절하고, 앞으로 학계 및 실무에 큰 도움이 될 것으로 사료됨.

2. 담보부채권의 취급에 관한 주제발표 내용에 관하여

(1) 외국 소재 재산으로 담보되는 채권(“국외재산담보부채권”)의 취급에 관한 사견

- 발표자는 국외재산담보부채권은 우리나라 회생절차에서 ① 이를 회생채권으로 취급하여야 하고 ② 채무자회생법상의 배당조정(hotchpot rule) 대상이 되어야 한다는 견해를 취하고 있는 것으로 보임.

- 토론자는 발표자와는 다른 견해를 가지고 있음. 토론자의 사견으로는, ① 국외재산담보부채권은 우리 회생절차에서 회생담보권으로 취급하되, 해당 국가재산이 우리나라 회생절차에 편입되는지 여부에 따라 회생계획에서 채권자조 분류를 통하여 국내재산으로 담보되지 않는 회생담보권자조 및 무담보 회생채권자조와의 공정·형평이 유지될 수 있는 내용으로 변제조건을 정하는 방법이 타당하다고 생각되고, ② 위 ①과 같이 조 분류를 달리하여 별도의 변제조건을 정하여 공정·형평을 유지하는 경우에는 국외재산담보부채권은 배당조정의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각됨(결론에 있어서, UNCITRAL 모델법상 배당조정 규정의 내용과 동일하게 됨). 사견으로는, 국외재산에 대한 담보권을 회생담보권으로 국내 회생절차에 편입시킬 수 있는 경우에는 국내의 다른 회생담보권과 마찬가지로 취급하 고, 국내 회생절차에 편입시킬 수 없는 경우에는 회생계획에서의 변제조건을 통하여 이를 파산절차에서의 별채권에 준하여 취급하는 것이 타당하다고 본(즉, 국외재산담보부채권은 휴진 채권을 회수하고 회수하지 못한 잔액만 회생채권으로서 변제받을 수 있도록 함).

(2) 발표자에 대한 질문

- 국외재산담보부채권의 취급과 관련하여 아래와 같은 의문점들이 어떻게 해결될 수 있는지에 관하여 발표자의 견해를 여профессионал 합니다.

(i) 국외재산담보부채권의 취급 - 국외재산을 국내회생절차에 편입시킬 수 있는 경우

- 우리나라에서 회생절차가 개시된 회사가 일본에 중요한 영업용 재산을 소유하고

있고 그 재산이 담보로 제공되어 있는 경우, 이 재산을 국내 회생절차에 편입시킬 수 있어야 하는 것 아닌지요? 2)

- 예컨대, 일본의 법원으로부터 ① 우리 회생절차에 관한 승인결정을 받고, 아울러 ② 위 재산에 관한 담보권의 실행 등을 금지하고 일본내 재산을 관리할 승인관재인을 선임하는 내용의 지원처분결정을 받은 후에, 우리나라의 회생계획에서 담보부채권에 대한 변제계획을 작성할 수 있을 것으로 생각됨. --> 이렇게 하기 위해서는, 우리나라의 회생절차에서 회생절차개시시 절차를 기준으로 일단 위 담보권을 회생담보권으로 취급할 수 있어야 하는데, 이 절에서 관여하여 어떻게 생각하시는지요?

- 위와 달리, 일본 소재 재산을 국내 회생절차에 편입시킬 수 있는 방법이 허용되지 않는다면, 국내 회생절차의 관리인은 일본 법원에 별도로 회사생존절차개시신청을 하여 국제병행도산 방식을 취할 수밖에 없음. 이것은 가급적 국제병행도산은 피하고자하는 UNCITRAL 모델법의 취지에는 부합되지 아니한다고 생각되고, 반드시 국제병행도산에 의하여야 한다고 볼 법적 근거도 약하다고 생각됨.

(ii) 국외재산담보부채권이 배당조정의 대상이 되는지 여부 – 국외재산을 국내 회생절차에 편입시킬 수 없는 경우

- 국외재산담보부채권은 무담보 회생채권으로 파악하여 배당조정의 대상이 된다고 한다면, 실제로 외국에서 담보권 실행을 통하여 회수한 또는 장래에 회수할 금액은 배당조정에 어떻게 반영할 수 있는 것인지요?

- 토론자의 사견으로는, 국외재산을 국내 회생절차에 편입시킬 수 없는 경우에는 국외채권은 파산절차에서의 배제권에 준하여 취급하는 것이 타당하다고 볼. 즉, 우리 회생절차에 편입되지 않는 국외재산 담보로부터 먼저 채권을 회수하고 회수하지 못한 잔액에 한하여 우리 회생절차에서 회생채권으로 변제받을 수 있도록 하는 것이 타당함. 이는 별도의 채권자조 분류에 의하여 가능함. --> 이렇게 하지 아니하고, 국외채권이 배당조정에 관하여 회생채권을 처음부터 행사할 수 있도록 하겠다면, 일반 회생채권자와 비교하여 불합리하게 높은 변제율을 적용받게 되어 부당한 결과가 생길 수 있음.

2) 일본의 회사생존절차에서는 우리나라와 같이 회사생존절차 개시 후에는 원칙적으로 담보권의 실행이 금지되고 담보부채권은 채권계획에 따라 변제됨.
3. 미이행쌍무계약의 해제에 따른 손해배상액 산정의 준거법

(1) 관리인의 계약 해제·해지권의 법적 속성

- 우리나라의 회생절차에서 미이행쌍무계약을 관리인이 해제 또는 해지할 수 있는지 여부는 계약의 준거법인 영국법이 아니라 도산법정지법인 우리 채무자회생법에 적용되어야 한다고 하는 주제발표자의 견해에 찬성함. 우리 대법원판례도 간접적으로 이와 같이 판단한 바 있음.

- 주제발표에 의하면 관리인이 미이행쌍무계약을 해제 또는 해지함으로 인하여 상대방이 입은 손해액(손해배상의 범위)는 계약의 준거법에 의하여 산정하게 된다고 하고 있음.

- 미국 연방파산법의 경우에는 미이행쌍무계약의 해제나 해지의 개념을 쓰지 않고 ‘이행거절(rejection)’이라고 하고 있음. 미국 연방파산법상 이러한 이행거절에 의하여 상대방이 갖는 채권은 계약불이행에 의한 손해배상채권(회생채권)이 됨. 그런데 우리 채무자회생법상 부여된 해제·해지권은 채무자회생법이라는 법률에 의하여 창설된 권리라고 보아야 함(우리 채무자회생법과 유사한 일본의 회사갱생법 하에서 이와 같이 해석하는 견해가 있음). 우리 채무자회생법은 관리인의 계약 해제·해지에 상대방이 갖는 원상회복청구권은 환취권 또는 공익채권으로 인정하고, 손해배상채권은 회생채권으로 인정함으로써 미국 연방파산법보다 상대방의 이익을 두텁게 보호하고 있음.

(2) 발표자에 대한 질문

- 계약의 준거법에 의하여 관리인의 해제 또는 해지로 인한 손해배상의 범위를 정할 때, 관리인에 의한 계약의 해제·해지의 법적 속성(예컨대, 우리 채무자회생법과 미국 연방파산법의 차이) 및 우리 채무자회생법상의 채권 분류가 어떻게 고려될 수 있는 것인지 의문이 있음. 이에 관한 발표자의 견해를 듣고 싶습니다.

4. 도산관련 외국판결의 승인·집행

가. 외국 도산절차에서의 면책의 효력에 대한 승인 문제

- 대법원 2010. 3. 25. 2009마1600 결정: 외국법원의 면책재판은 채무자회생법에 의한 외국도산절차의 승인 및 지원처분이 아니라, 민사소송법상 외국판결의 승인
절차에 의하여야 함.

*문제점: 외국판결의 승인 요건 중, 특히 '송달'과 '상호보증' 요건의 충족 곤란

- 외국법원의 면책판결의 승인 절차에 관한 학설의 대립

- 사견

나. UNCITRAL 도산법 실무회의에서의 논의(별첨 참고자료 참조)

- 최근 영국 대법원의 Rubin 판결이 불러온 파장

- 새로운 UNCITRAL 모델법 제정에 관한 논의

다. 주제 발표와 관련한 질문

- 총국적으로는, 우리나라에서 회생절차 중에 있는 회사가 회생계획에 따른 권리 변경과 면책의 효력을 영국, 미국 등 영업소 또는 재산 소재지 국가에서 인정받는 것이 필요할 것으로 생각됨.

- 미국의 경우, UNCITRAL 모델법을 국내 입법으로 수용한 연방파산법 제15장 (Chapter 15) 절차에 의한 지원처분으로서, 면책된 채권에 대하여 미국 법원의 영구적 중지명령(permanent injunction)을 받을 수 있는 것으로 보임. --> 의문점은,UNCITRAL 모델법상 외국도산절차에 대한 지원처분은 외국도산절차가 계속 중(“is pending”)일 것을 요하는데, 우리 회생절차가 종결된 후에는 이러한 영구적 중지명령을 어떻게 연장 받을 수 있는 것인지?

- 영국의 경우에는, 위에서 본 Rubin 판결이 적용된다면, 우리나라 법원의 회생계획확인가결정은 통상의 외국판결 승인 절차에 따라 승인을 받아야 할 것으로 생각되는데. 실무에서 이 점은 어떻게 고려되고 있는지?
[토론문 참고자료]

도산법의 국제적 동향
  - UNCITRAL 도산실무회의에서의 논의를 중심으로-1)

한 민(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

I. UNCITRAL Working Group V(도산법) 실무회의에서의 최근 논의

1. 제39차(2010. 12) - 제43차(2013. 4) 실무회의의 의제

1.1 "외국도산절차" 및 "COMI" 개념의 명확화

(1) 배경

- 국제도산에 관한 UNCITRAL 모델법(이하, "모델법")에 의하면, (i) COMI(Center of Main Interests; 주된 이익의 중심지)가 소재한 국가에서 개시된 도산절차를 외국 주절차(foreign main proceeding), (ii) Establishment(영업소)가 소재한 국가에서 개시된 도산절차를 외국 종절차 (foreign non-main proceeding)로 구분함(모델법 제2조). 주절차나 종절차 어느 폭에도 속하지 아니하는 외국도산절차는 승인 대상이 되지 못함.

- 외국 주절차의 경우에는 국내 법원에서 외국도산절차에 대한 승인결정이 내려지면 자동적으로 채무변제의 금지, 채무자에 대한 소송의 중지, 채무자 재산에 대한 강제집행 중지, 채무자 재산의 처분 금지 등의 기본적인 효력이 부여됨(모델법 제20조).

- 반면에, 외국 종절차의 경우에는 위와 같은 기본적인 효력이 자동적으로 부여되지 않고 별도의 지원처분을 받아야 함(모델법 제21조).

- 따라서, 국내 법원으로부터 외국도산절차에 대한 승인을 받을 수 있는지, 승인

---
2) 모델법 제2조(f): "Establishment" means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.
을 받는 경우에도 위와 같은 자동적인 지원(automatic relief)을 부여 받을 수 있는지는 외국도산절차가 개시된 국가에 채무자의 COMI 또는 Establishment가 있는지 여부에 달린 문제이므로 COMI 및 Establishment의 개념 및 그 판단 기준이 매우 중요함. 그러나, 현재 모델법상 COMI의 개념은 명확하지 아니하고, 실제로 동일한 채무자의 COMI 소재지에 대하여 관여 법원들이 달리 판단하고 있는 사례도 나타나 있고 있으므로 그 개념을 명확히 할 필요가 있음.

(2) 주요 내용

① 모델법에 의한 승인(recognition) 및 지원처분(relief)의 대상이 되는 “외국도산절차(foreign proceeding)”의 개념 명확화

- 모델법 제2조 (a)항은 아래와 같이 외국절차를 정의하고 있음.

\textit{“Foreign proceeding” means and collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court.\textsuperscript{3}} for the purpose of reorganization or liquidation

- 위 밑줄 친 부분들은 “외국도산절차(foreign proceeding)”에 관한 정의의 구성 요소”로서 주로 논의된 항목들임.

② 모델법상 COMI 개념의 명확화

- 모델법 제2조 (b)항은 아래와 같이 외국 주절차의 개념과 관련하여 COMI를 언급하고 있으나 COMI의 개념에 관하여는 따로 정의하고 있지 아니함.

\textit{“Foreign main proceeding” means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the \textbf{centre of its main interests}.}

③ COMI 소재지 판단의 기준

- 채무자의 COMI 소재지가 등기된 사무소와 일치하지 아니할 경우 COMI의 판단기준을 마련함.

\textsuperscript{3} “foreign court”에는 그에 준하는 당국(authority)도 포함됨. 모델법 제2조 (e)항.
주위적(1차적) 판단 기준: (i) 채권자들에 의하여 용이하게 확인될 수 있는 곳일 것(the location is readily ascertainable by creditors)과 (ii) 채무자의 중추적 경영이 이루어지는 곳일 것(the location is where the central administration of the debtor takes place)의 두 요소를 모두 갖춘 장소.

- 위 주위적 판단 기준에 기하여 COMI의 소재지를 정할 수 없는 경우에 2차적 판단기준으로 고려할 수 있는 예비적 판단요소들을 예시적으로 규정함.

예비적 판단요소들은 그 기술 순서에 따라 중요도나 가중치가 정해지는 것은 아니고 여러 요소들을 고려한 종합적인 판단에 의함. 다만, 예비적 판단요소에 대하여도 "채권자들에 의하여 용이하게 확인될 수 있는 장소일 것"이라는 요건이 부과됨.

4) 판단 기준시점

- 승인국 법원은 승인대상인 외국도산절차의 개시일을 기준으로 COMI 소재지를 판단하는 것이 타당하다는 입장이 채택되었음.

- COMI 판단의 기준 시점은, 이론의 여지가 있을 수 있으나(실제로 승인신청을 기준으로 판단이 지지는 실무가들도 있음), 위와 같이 획일적으로 판단 기준을 정하는 것은 예측가능성을 높여 준다는 점에서 긍정적인 점이 있음. 또한, 승인신청 시점에 채무자가 이미 그 영업활동을 이미 중단한 상태인 경우에 생길 수 있는 COMI 판단에 있어서의 어려움을 피할 수 있음.

- 복수의 외국도산절차가 진행 중인 소위 "국제적인 병행도산"의 경우, 위 "외국도산절차의 개시일"에서 말하는 외국도산절차는 어느 외국도산절차를 말하는 것인지 - 즉, 최초로 개시된 외국도산절차인지 아니면 승인신청이 된 당해 외국도산절차인지-의 문제는 명확하지 않음. 실무회의의 논의 과정에서는.

4) 당초에는 (i) 소재지가 (채권자/제3자)에 의하여 용이하게 확인될 수 있을 것(readily ascertainable by creditors), (ii) 채무자의 경영(central administration)/중심영업(central operation)이 이루어지는 장소일 것 및 (iii) 채무자의 주된 재산 또는 영업(principal assets or operations)이 존재하는 장소일 것이라는 세 가지 요소를 주의적 판단기준으로 하는 제안이 있었으나, 실무회의의 논의 결과, 채무자의 영업 소재지 및 재산 소재지를 예비적 판단기준으로 하는 것으로 의견이 수렴되었음.

5) 모델법 입법 및 해석 지침에서는, 예비적 판단요소들로서, 채무자의 장부 및 기록의 보존장소, 금융이 조성되거나 승인된 장소, 한금관리시스템이 운영되는 장소, 채무자의 주된 재산 또는 영업의 소재지, 채무자의 주력영업의 소재지, 근로자의 소재지, 상업정책에 결정된 장소, 채무자를 지배하는 법률 또는 회사의 주요 계약의 준거법의 관할지, 구매 및 판매 방침, 직원, 지급채무 및 컴퓨터시스템의 관리가 이루어지는 장소, (공급)계약의 조성 장소, 채무자의 회계가 진행되는 장소, 대부분의 판결에 적용되는 법의 관할장소, 채무자가 감독 또는 규제에 따르는 장소, 회계의 작성과 감독시에 적용되는 법의 관할장소로, 해석의 적정성을 감사와 이루어진 장소를 제시하고 있음.
위에서 말하는 외국도산절차는 승인신청이 된 당해 외국도산절차를 의미하는 것으로 보아야 한다는 정도로 논의되었음.

- 외국 종절차와 관련된 Establishment의 판단 시기에 관하여도 COMI의 판단 시기와 같은 기준을 적용하기로 하였음.

(3) 모델법 입법 및 해석 지침(Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency)의 변경안 채택

- 제43차 실무회의(2013. 4. 뉴욕)에서 최종 합의된 내용을 기존의 '모델법 입법 지침(Guide to Enactment)'에 반영함.

- '모델법 입법지침'은 '모델법 입법 및 해석 지침(Guide to Enactment and Interpretation)'으로 명칭을 변경하기로 함.

- 2013년 7월 UNCITRAL Commission 회의에서 승인됨으로써 확정되었음.

(4) 우리 도산법제와의 관련성

① "외국도산절차"의 개념

- 우리나라의 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 "채무자회생법")이라고 함 제628조 제1호는 위 외국절차에 대응되는 절차로서 우리나라에서 승인 대상이 되는 외국도산절차를 아래와 같이 정의하고 있음.

"외국도산절차"라 함은 외국법원(이에 준하는 당국을 포함한다. 이하 같다)에 신청된 회생절차·파산절차 또는 개인회생절차 및 이와 유사한 절차를 말하며, 임시절차를 포함한다.

- 모델법상의 "외국절차"의 개념을 구성하는 요소에 관한 해석은 우리 채무자 회생법에 정의된 "외국도산절차"의 해석에 직접 영향을 주는 것은 아님. 다만, "외국도산절차"에 관한 우리 채무자회생법의 위 정의에 중 "이와 유사한 절차"에 해당되는지 여부를 판단하는 데 모델법의 해석이 참고가 될 수 있고, 나아가 향후 우리 법에서도 "외국도산절차"의 정의 규정을 보다 명확히 하기 위해 채무자회생법을 개정하게 될 경우, 모델법 관련 논의가 참고가 될 수 있을 것임.
"COMI"의 개념

채무자회생법상으로는 외국도산절차에 대한 승인결정 시 그 도산절차가 주철차인지 종철차인지에 관계 없이 승인결정 단계에서는 기본적인 중지효를 전혀 부여하고 있지 아니하므로 COMI 문제는 우리 채무자회생법과 직접 관련되는 문제는 아님(위와 같은 중지효는 우리 법원이 외국도산절차에 대한 승인결정과 동시에 또는 그 이후에 별도로 내리는 지원처분에 의하여 부여될 수 있음).

- 다만, 예외적인 상황이 될 것이기는 하나, 우리 법상으로도 복수의 외국도산절차가 승인된 경우 주된 외국도산절차를 중심으로 지원처분을 내릴 수 있도록 되어 있는데(채무자회생법 제639조 제2항), 이 경우 주된 절차를 판단함에 있어서 모델법상의 주철차(COMI의 소재지)의 판단 기준은 참고가 될 수 있을 것임.

- 또한, COMI와 관련된 개념은 우리나라의 도산절차에 대하여 외국법원에 승인 및 지원처분을 신청하는 경우 해당 외국이 모델법을 채택하고 있는 때에는 우리나라의 도산절차가 그 외국에서 승인을 받을 수 있는지, 승인을 받는 경우, 주철차 또는 종철차 어느 쪽으로 승인을 받을 수 있는지에 영향을 주는 문제임.

- 미국 및 주요 유럽 국가에서 모델법의 적용과 관련된 판례가 많이 집적되고 있고, 위 모델법 입법 및 해석 지침의 개정에 의하여 모델법의 적용 및 해석에 있어서 예측가능성이 예고될 것이라는 점을 고려하여, 우리도 이제는 모델법상의 COMI 개념과 외국 주철차 및 종철차의 개념을 수용하는 방향으로 채무자회생법을 개정하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있음.

1.2 도산에 근접한 회사 이사의 의무와 책임

(1) 주요 내용

- 도산에 근접한 회사의 이사의 의무, 의무의 발생시기, 의무부담의 주체(사실상의 이사 포함), 의무위반에 따른 책임, 책임의 구속요소 및 방어수단, 이사를 상대로 한 구제수단, 이사에 대한 소송절차의 진행, 소송비용의 공익채권화(제단채권화), 추가적인 제재조치 등에 관한 입법 권고(recommendation) 및 주
석(commentary)을 UNCITRAL 도산법 입법지침(UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law: 이하, “도산법 입법지침”)에 신설

- 회사법 문제인가 도산법 문제인가? -> “도산 관련 법(the law relating to insolvency)”이라고 언급함으로써 도산법에 한정하지 아니하고 회사법 등 다른 법에 위 이사의 의무와 책임에 관하여 규정하는 경우도 포함될 수 있는 여지 둘 등. --> 도산법에 규정을 둘 경우, 이사의 의무와 책임에 관하여 도산법 정지법과 회사의 설립지법 중 어느 법을 적용할 것인가라고 하는 준거법의 선택 문제가 제기될 수 있음.

(2) 도산법 입법지침 변경안의 채택

- 제43차 실무회의(2013. 4. 뉴욕)에서 최종 합의된 내용을 도산법 입법지침 제4장(신설)에 반영함.
- 2013년 7월 UNCITRAL Commission 회의에서 승인됨으로써 확정되었음.

1.3 대형 금융기관의 도산에 관한 다른 국제기구에서의 논의 검토

(1) 주요 내용

- 대형금융기관의 정리제도 개선방안에 관하여는 이미 FSB(Financial Stability Board; 금융안정위원회), BCBS(The Basel Committee on Banking Supervision; 바젤은행감독위원회), World Bank, IMF 등 다른 국제기구에서 가 검토를 진행하고 있으므로 UNCITRAL 도산법 실무회의에서 중복하여 논의 하지는 않기로 함.

- 다만, 관련 내용(특히, 국제도산 관련 문제)을 지속적으로 파악하기 위해 UNCITRAL 사무국은 다른 국제금융기구들과 EU에서의 검토 작업의 내용에 관하여 보고서들을 작성하여 실무회의에 제출하였음.

(2) 우리 도산법제도의 관련 사항

- 금융산업의 구조개선에 관한 법률(“금산법”)에 따른 금융기관 정리(resolution) 제도의 개선
- Statutory bail-in(금융기관의 정리절차 내에서 법률의 규정에 근거하여 이루어지는 출자전환 또는 채무감면에 의한 손실분담을 말함)을 시행할 수 있는 금융기관 정리절차의 도입 필요성 -> 금산업 개정(정리절차에 bail-in 제도 신설) vs. 금융기관을 위한 회생절차 특례 도입

- 금융기관에 대한 외국의 정리절차에 대한 국제공조(국내에서의 승인 및 지원) 방안은? -> Single Point Entry(보편주의) vs. Multiple Points Entry(속지주의)

1.4 "국제도산에 관한 UNCITRAL 모델법 – 사법적 관점(The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the judicial perspective)"

(1) 주요 내용

- 위 자료는 모델법 전반에 관한 해설을 담고 있음. 이 해설은 법관의 관점에서 모델법을 해설하되, 해당 국가가 모델법을 수용하는 과정에서 국내 사정에 따라 일부 조항을 변경하거나 생략한 경우에는 해당 국가의 법관들이 그러한 변경 또는 생략으로 인하여 해설자료의 내용과는 다른 접근이 필요하다고 판단할 수 있음을 인식하고 있음.

- 해설자료에 언급된 법원의 선례들은 다른 나라의 법관들이 유사한 사례에 참고할 수 있도록 예시한 것이며, 법관들은 실제의 개별 사안에 대하여 자국법에 따라 판단할 것임.

- 이 해설자료는 모델법을 채택한 국가에서 외국도산절차의 승인 및 지원처분 신청을 어떻게 취급할 것인지를 관하여 법관들에게 지침을 주고자 하는 것이 아님(그렇게 할 경우, 사법주권의 독립성에 반하는 것임을 인식하고 있음). 모델법의 입법과 그 동안의 선례들을 기초로 하여 법관들이 고려할 필요가 있는 쟁점에 관한 일반적인 안내임.

(2) 최초 제정 및 그 후의 변경

- 2009년 약 40개국 80명 이상의 법관들이 참석한 밴쿠버 Colloquium에서의 논의에 이어서, 2010년 UNCITRAL Commission의 결정에 따라, UNCITRAL 사무국이 주도하여 법관을 위한 모델법 해설자료 초안이 작성됨(이 초안은 뉴질랜드의 Paul Heath 판사가 작성하여 다른 법관들과의 논의를 거쳐 발전시킨 것임).
- 위 초안에 대하여는 2010년 12월 UNCITRAL 도산법 실무회의에서 의견을 수렴하였고 그 후 각국 정부 및 Colloquium 참석자들의 코멘트를 받아 수정안이 마련되어 2011. 7. 1.자로 UNCITRAL Commission에서 승인, 채택되었음.

- 그 후 외국도산절차의 개념과 관련하여 모델법 입법 및 해석 지침의 내용이 변경됨에 따라 그 변경 내용을 반영하여 위 해설서의 변경안이 작성되어 제43차 실무회의에서 의견을 수렴하였음.

- 위 해설서는 UNCITRAL Commission의 승인을 받음으로써 확정됨.

II. UNCITRAL 도산법 실무회의에서 현재 논의 중인 주제

1. 기업집단(Enterprise Group)의 COMI

- 국제도산절차에서 기업집단을 마치 하나의 기업과 같이 취급하여 하나의 COMI를 인정할 수 있는가의 문제 -> 기업집단의 COMI 개념을 도입할 것인가, 도입한다면 개별기업의 COMI 판단 기준으로 합의된 요소들이 기업집단의 COMI 판단에 여하히 고려될 수 있을지 등의 문제

- 기업집단에 대한 국제도산절차에서 국제공조를 강화하기 위한 방안

2. 기업집단 맥락에서 도산에 근접한 회사 이사의 의무와 책임

- 도산이 임박한 상황에서 기업집단 소속 회사의 이사의 의무와 책임 -> 주로 (i) 기업집단에 속한 회사의 “이사”의 개념이나 범위를 어떻게 정할 것인지의 문제와 (ii) 이사가 소속 회사 뿐만 아니라 그 회사가 속한 기업집단의 이익도 고려할 수 있는지 문제 --> 개별회사의 이익에 부합되는 한도 내에서 기업집단 또는 소속회사의 이익을 고려할 수 있는 것으로 정리되고 있음.

3. 도산 관련 외국판결의 승인·집행에 관한 새로운 UNCITRAL 모델법 제정

- 외국도산절차 진행 중에 도산으로부터 파생된 문제에 관해 외국법원의 판결이 내려지는 경우, 이것은 통상적인 외국판결의 승인 및 집행 문제로 다루어지게 되는 경우가 있음.
특히, 아래 Rubin 사건에서의 영국 대법원판결이 회생계획, 화의(composition) 및 면책(dicharge)에 대하여도 적용되어 채무자나 채권자가 재산 소재지에서 별도의 도산절차를 개시하여야 하는 것 아닌가 하는 우려가 제기되었음.

* In Rubin v Eurofinance SA6): 미국 연방파산법에 의한 파산절차의 관재인이 UNCITRAL 모델법을 수용한 영국의 2006년 국제도산규칙(Cross-Border Insolvency Regulation 2006)에 따라 영국 법원에 미국의 파산절차를 승인해 줄 것을 구하고, 아울러 미국의 파산절차와 관련된 부인소송(avoidance action)에서 미국 연방파산법원이 내린 판결의 집행을 구한 사안에서, 영국 대법원은 외국 도산절차의 진행 중에 내려진 외국 판결의 승인 및 집행은 인적·물적 재판의 승인을 규율하는 전통적인 보통법(common law) 법리에 의하여야 하고, 위 국제도산규칙에서 정한 절차에 의할 것은 아니라고 판단하였음 (UNCITRAL 모델법은 판결의 상호 집행을 규율하고자 마련된 것은 아니라는 판단도 덧붙임).

이 의제는, 국제도산의 원활화를 위하여, 도산절차와 관련된 판결의 승인·집행에 관하여 별도의 모델법을 제정하여 용이하게 통일된 절차에 의하여 외국법원의 도산관련 판결이 승인·집행할 수 있도록 하자는 것임.

논의 초기에 국제도산에 관한 기존의 UNCITRAL 모델법을 개정하여 도산관련 외국판결의 승인·집행을 다루는 방안도 논의되었으나, 우선은 별도의 모델법 제정을 전제로 논의를 진행하고 있음. 이는 기존의 국제도산 모델법을 채택하지 않는 나라들도 도산관련 외국판결의 승인·집행에 관한 모델법을 별도로 수용할 수 있도록 하기 위한 것임.

이 의제와 관련하여 가장 어렵고 중요한 문제는, 통상의 외국법원 판결의 승인·집행에 관한 국제적인 규범과의 충돌을 피하면서 국제도산의 맥락에서 UNCITRAL 모델법의 적용 대상이 되는 ‘도산관련 외국판결’의 개념 내지는 범위를 어떻게 정할 것인지의 문제임.

4. 대형 금융기관의 도산

개별 금융회사 및 금융기업집단의 국제적인 정리 제도(cross-border resolution regime)의 개선과 관련하여, (i) UNCITRAL 모델법에 따른 외국도산 절차의 승인 절차, (ii) 금융회사의 효율적 정리를 위한 국제적인 공조 방법 및

---

절차. (iii) 일반 도산절차와 관련하여 도산법 입법지침 제3장에서 다루고 있는 기업집단 관련 도산법 문제 등의 관점에서 금융권에서의 논의 내용에 관하여 검토 지속

III. UNCITRAL 도산법 실무회의에서 향후 논의할 주제

1. 국제도산(도산국제사법 포함)에 관한 국제협약 또는 모델법의 제정

   - 국제도산절차에 관한 국제협약(international treaty)의 제정: 각국의 국내 도산법제상의 제한으로 인하여 UNCITRAL 모델법이 제한적으로 반영되어 채택되고 있음. -> 국제도산을 위한 절차 공조를 강화하기 위해서 국제도산의 주요 절차에 관하여 국제협약을 체결을 추진하는 제안

   - 도산국제사법에 관한 국제협약의 제정: 국제도산에서 보다 효과적인 절차의 통일과 국제공조를 이루기 위해 도산국제사법에 관한 국제협약의 체결을 추진할 것과 이 경우 가급적 넓게 채무자의 COMI 소재국의 법을 적용하자는 제안이 있음. -> 중요한 도산국제사법 문제로는, 이미 UNCITRAL 도산법 입법지침에서 준거법의 선택과 관련하여 중요한 문제로 언급되어 있는 사항들(담보권, 지급 및 결제시스템, 금융계약, 근로계약 등) 이외에, 무담보채권의 우선순위에 관한 준거법, 지식재산권 등 무체재산권에 관한 준거법 등을 들 수 있음.

2. 소상공인/중소기업(MSMEs; micro-, small- and medium-sized enterprises)을 위한 신속·간소한 도산절차 도입의 필요성

   - MSMEs를 위한 신속하고 간소한 도산절차의 마련과 그에 관한 UNCITRAL 도산법 입법지침의 보완

IV. 향후 의제로 채택될 가능성이 있는 주제

1. 도산절차에서의 금융계약(financial contracts)의 취급

- World Bank의 제안


2. 도산절차에서 지식재산권의 취급

- International Insolvency Institute의 제안

- 지식재산권에 관한 라이센스(license) 계약에 대하여, 도산절차의 대표자가 갖는 미이행쌍무계약(executory contract)의 이행선택, 이행거절(또는 해제·해지), 양도 등의 선택권에 관한 각국의 법제에 차이가 있으므로 통일적인 기준을 수립하는 제안

- Qimonda AG 사건

Qimonda는 컴퓨터용 메모리장치(DRAM chip)를 생산하는 독일 회사인데, 국제적인 영업망을 갖추고 12,000개의 특허권을 갖고 있음. Qimonda는 특허권에 관하여 수많은 교차라이센스계약(cross licensing agreement)을 체결하였음. 2009년 1월, Qimonda에 대하여 독일에서 도산절차가 개시되었는데, 독일 도산법에 따라 Qimonda가 라이센서(licensor)로 되어 있는 지식재산권 라이센스계약이 해지되었음(Qimonda의 청산 과정에서, 독일 도산절차의 대표자가 특허권에 대해 새로 라이센스를 부여함으로써 금전화하고자 하였고 이를 위해 독일 도산법에 근거하여 크로스 라이센스계약을 해지한 것임). Qimonda의 라이센스 중 다수가 미국의 회사들에게 부여된 것이었는데, 미국 연방파산법 Section 365(n)에 의하면, 도산한 채무자로부터 라이센스를 받은 자는 라이센스계약상의 의무를 계속 이행하는 한 당초의 라이센스계약 조건에 따른 권리를 유지할 수 있는 것으로 되어 있음. Qimonda 도산절차의 대표자는 미국 연방파산법 제15장에 따라 미국 법원에 독일 도산절차에 대한 승인을 신청하였음

는 바. 독일 도산법상 도산절차의 대표자가 라이센스계약을 해지할 수 있는 권리 (보다 정확히는, 이행거절할 수 있는 권리)와 미국 연방파산법상 라이센시 (licensee)가 라이센스계약을 유지할 수 있는 권리 간에 충돌이 생기게 되었음. 미국 연방파산법이 독일 도산절차를 외국주절차(foreign main proceeding)로 승인하고 이에 따라 자동적인 지원처분(automatic relief)의 효력이 발생하는 데에는 별 문제가 없었음.

그런데, 독일 도산절차의 대표자는 독일 도산법에 따른 지식재산권 라이센스(미국 내 라이센스를 포함)의 해지를 집행하기 위해 추가적인 지원처분을 신청하였는데, 연방파산법원은 최초에는 이 문제는 독일 도산법에 의해 판단해야 한다고 판결하였으나 이 판결은 연방지방법원에 의해 파기환송 되었고, 파기환송 후 미국 연방파산법원은 지원처분 전에 채권자의 이익을 고려하도록 하고 있는 미국 연방파산법 Section 1522(a)에 따라, 또한 라이센스계약의 해지는 기술 혁신에 관한 미국의 공사에 명백히 반하므로 동법 Section 1506에 따라 지원처분을 부여할 수 없다고 판단하였음. 독일의 도산대표자는 이에 대하여 연방항소법원에 항소하였는데, 2013. 12. 3. 연방 제4 항소법원(워싱턴 D.C. 지역 관할)은 위 Section 1522(a)의 규정에 근거하여 미국의 라이센시와 독일 도산재단의 이익을 비교해보았으며, 라이센스계약이 미국 내에서 운용되는 한도 내에서, 미국 연방파산법 Section 365(n)에 따라 라이센시가 라이센스계약을 유지할 수 있는 권리를 인정하였음(단. 라이센스계약의 해지가 공시양속에 명백히 반하는지 여부에 대한 판단은 유보하였음).

8) 2012년 현재 미국 상원에는 미국 연방파산법 제15장 절차에 대하여 동법 Section 365(n)의 자동적용을 내용으로 하는 법안이 제출되어 있었음.
[제1발표문(해운회사의 회생절차 개시와 국제사법의 주요 쟁점)에 대한 토론문]
수원지방법원 판사 김영석

I. 도산절차에 있어서의 선박의 특수성

임치용 변호사님의 발표를 잘 들었습니다. 발표문은 제가 법원에 근무하면서 경험해보았던 도산사건들, 그 중에서도 해운회사와 관련한 수많은 사건들에 관하여 국제도산법적 쟁점들을 다뤄주고 계셔서 앞으로도 실무를 처리하고 사건을 이해하는 데 정말 많은 도움이 될 것 같습니다. 진심으로 감사드립니다.

특히, ① 해운회사가 보유하고 있는 주요 자산인 ‘선박’은 법률상 ‘부동산(不動産, real estate)’과 비슷하게 취급되면서도 쉽게 이동할 수 있다는 ‘동산(動産, moveables)’적 성질 때문에 도산절차가 개시될 당시 도산절차개시국 이외의 국가에 소재하는 경우가 많고, ② 특히 회생절차와 같은 재건형 절차가 개시된 경우에는 채무자가 변제자원 마련을 위해 국제해상 운송 업무를 지속적으로 수행해야 하기 때문에 도산절차 진행 과정에서도 선박이 지속적으로 도산절차개시국 이외의 국가에 위치하는 경우가 많는데, ③ 선박에 관한 발생한 특정채권에 대하여는 등기부상 기재와 같은 별다른 공시 없이도 선박 자체를 담보물로 삼을 수 있도록 해주는 제도가 국제적으로 보편화되어 있기 때문에, 선박은 도산절차 진행 과정 내내 도산절차개시국 이외의 국가에서 개별적 집행절차에 처할 위험에 상시 노출되어 있는 것으로 보입니다.

따라서 해운회사에 관한 도산절차에서는 일반 도산절차에서 쉽게 볼 수 없는 많은 쟁점들이 더 갖게 될 것으로 보이는데 발표문이 이와 관련한 쟁점들을 구체적으로 다루고 있어서 무척 홍미로웠습니다.

이하에서는 제가 실무를 처리하며 발표문과 관련하여 궁금했던 사항들을 간단히 기재해 보았습니다.

Ⅱ. 외국 소재 선박을 담보목적물로 삼은 경우

1. 논의되는 쟁점

실무상 국내도산절차의 개시에도 불구하고 외국에 위치한 채무자 소유의 선박에 대한 담보권의 실행으로 개별적 집행절차가 개시되는 경우가 발생할 수 있는데, 이때의 개별적 집행절차의 처리에 관하여 발표문에서 설명하고 있는 것처럼 정말 복잡한 문제가 발생될 것으로 예상됩니다.

상정 가능한 쟁점은 다양하였지만, ① ‘국내도산절차의 관리’로에서 외국 소재 선박에 관한 담보권행을 거치할 수 있는지(담보권 행의 제한), 이로써 외 선박을 국내도산절차의 도산재단으로 합병시켜 집단적 채무처리절차 내에서 다룰 수 있는지 (도산재단에의 합병)에, ② ‘국내 채권자들’로서는 담보권행을 통해 변제를 받은 채권자로부터 채권액 비율 대로 그 수령액을 반환받을 수 있는지(부당이득반환청구 가부), ③ ‘담보권행을 통해 이미 변제를 받은 채권자’로서는 마취권에 관한 국내도산절차에 다시 참여할 수 있는
지, 이때 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라고 합니다)의 배당조정에 관한 제642조가 적용되는지(hotchpot rule 적용의 문제) 등에 관심이 가장 많은 것으로 보입니다. 그리고 발표문에서는 '외국 소재 재산에 대하여 설정된 담보권'을 채무자회생법 상의 회생담보권으로 볼 수 있는지에 관한 견해대립을 소개한 이후 회생담보권 부정설의 입장을 취하여 앞서 본 구체적인 패턴들에 대한 입장을 밝히고 있습니다.

2. '도산절차의 개시가 외국 소재 재산에 관한 담보권에 미치는 효력'을 결정하는 준거법

그러면 회생담보권 긍정설, 부정설은 i) 국내도산절차의 개시가 외국 소재 재산에 관한 담보권에 미치는 효력이 도산법정지인 '우리나라의 채무자회생법'에 의해 결정된다는 전제 하에, ii) 외국 소재 선박에 설치된 담보권이 우리나라의 채무자회생법에 규정된 회생담보권에 해당하지 여부를 판단하는 것이므로, 발표문에서 명시적으로 언급하고 있는 '도산조치의 개시가 외국 소재 재산에 관한 담보권에 미치는 효력'을 결정하는 준거법이 '도산법정지법'임을 전제로 논의되므로 보입니다.

우리나라의 국제법 및 채무자회생법 제55조(국제도산)는 위 경찰(도산절차가 개시된 경우)의 개시와 또는 제3자들의 물건에 적용되는 준거법에 관하여 명시적인 규정을 두고 있지 않아서 1) 도산법정지법을 따르자는 견해, 2) 도산법 정지법 소속국의 도산법을 적용하는 견해, 3) 담보권자가 다 을한 범을 적용하는 견해, 4) 담보권자의 자유로운 처분을 허용하는 견해 등 개입적이며 대상이 닫아질 수 있을 것으로 보이는데, 1) 방법적으로 어떠한 태도를 취하느냐에 따라 도산관계인들의 이해관계에 많은 영향을 미칠 것으로 보입니다.

물론, 방법적으로 '담보권 준거법 소속국의 도산법'을 취하더라도, 담보물의 소재지법(lex situs)과 달리, '선박'의 경우에는 소유권 및 저당권, 선박우선후권 그 밖에 선박에 관한 물권의 준거법은 선박권의 법에 따르고(국제도산 제60조 제1호), 선박우선후권의 성립 여부, 일정한 선박이 선박우선후권에 의하여 담보되는 여부와 선박우선후권이 미치는 대상의 범위도 선박권의 법에 따르도록 되어 있으므로(법원 2014. 12. 11. 선고 2013다203451 판결 참조), 선박권으로서 선박이 있는 국가와 선박물권에 관한 법률관계에 관하여 도산법정지법의 적용을 배제하도록 규정한(본문 제8조 ~ 제18조) 입법례들도 있는데, 발표자에서는 3) 우리나라가 입법론적으로 어떠한 태도

3) 이는 종전 EU도산규정에서 취하고 있던 입장에 그대로 따르는 것이다.
를 취하는 것이 바람직하다고 생각하시는지, ② 만약, 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둘다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

III. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.

Ⅲ. 도산절차와 선박책임제한절차와의 충돌 문제

1. 선박책임제한절차의 성격

책임제한절차는 채무자의 특유재산(책임제한기금)에 대한 집행을 공동으로 하는 집단적채무처리절차라는 점에서 도산절차와 그 본질이 유사한데, 유사하지만 도산법정지법 원칙에 대한 예외를 둔다면 어떤 법률관계들에 대하여 그 예외를 적용하는 것이 좋다고 고려하시는지 등에 관한 의견을 듣고 싶습니다.
제5호)에 신청인으로서는 제임제한절차 개시결정이 더욱 필요함으로 보이는 점, ④ 무엇보다도 제임제한절차법이 신청인에 대한 회생절차개시결정을 각각 내지 기각의 요건으로 명시하고 있지 않은 점 등에 비추어, 회생절차개시결정이 내려진 이후라고 하더라도 반드시 제임제한절차의 개시결정이 제한된다고 단정할 수가 없다는 견해를 취할 수도 있을 것으로 보이는데, 발표자께서는 실무를 경험하면서 양 절차가 충돌하는 경우를 다루고 싶어진 것을 명시적으로 '중재지법설'을 취하철어 2015년도의 변론에서 커다란 변화라고 생각됩니다.

우리나라의 국제사법과 제무자회생법 제5편(국제도산)은 위 쟁점에 관하여도 명시적인 규정을 두고 있지 않은데, 발표자께서는 홍설론 내지 입법론의 관점에서 도산법정지설과 중재지법설 중 어느 입장을 지지하시는지 의견을 듣고 싶습니다.

V. 마치며

그동안 많은 학자와 실무가님들이 쌓아놓으신 연구들을 하나씩 찾아가며 도산의무를 담당하여 오다가, 오늘 이렇게 저명하신 임치용 변호사님, 한민 교수님과 함께 토론할 수 있는 기회를 얻어서 정말 영광스럽게 생각합니다. 실무를 담당하면서 느꼈던 이유를 말씀드리고 싶습니다. 다시 한 번 감사합니다.

6) 실제로 폴란드 법인 엘렉트럼(Elektrim Case)과 프랑스 법인 비방디(Vivendi) 사이에 진행된 ICC 중재절차(중재지는 '스위스 제네바'로 지정됨)의 효력이 문제된 사안에서, 스위스 연방대법원은 ① '도산절차의 개시가 중재절차에 미치는 효력'에 관하여은 중재법이 적용되어야 하는데, ② 스위스는 유럽연합 비(非) 회원국이므로 당해 사건에 국제적인 요소가 있는 경우에도 EU도산규정을 적용할 수는 없고, ③ 스위스 국제사법(Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG)의 조문이 검토되어야 한다고 판시하였다.
영국법이 적용되는 용선료 채권의 상계와 관련한 법적 문제점

이 현묵  
(경북대학교 법학전문대학원 교수)
영국법이 적용되는 용선료채권의 상계와 관련한 법적 문제점
- 대법원 2015.1.29. 선고 2012다108764 판결을 중심으로 *

경북대학교 법학전문대학원 교수 이헌묵

I. 사실관계 및 관사내용

1. 사실관계

(1) 채무자 선우상선 주식회사(이하 ‘채무자’라고 한다)의 채권자 주식회사 한진해운(이하 ‘채권자’라고 한다)은 2010. 3. 31. 채무자가 제3채무자 회생회사 삼선로직스(이하 ‘제3채무자’라고 한다)에 대하여 갖고 있는 회생채권(이하 ‘피압류채권’이라고 한다)을 가압류하였다.

(2) 제3채무자도 채무자에 대하여 금전채권을 갖고 있었는데 이 채권은 채권자가 위와 같이 가압류하기 전에 이미 변제기가 도래하였고, 이에 따라서 제3채무자는 2011. 12. 15. 채무자에게 이 채권을 가지고 위 피압류채권과 상계하겠다는 의사표시를 하였다.

(3) 그런데 상계의 수동채권인 피압류채권과 자동채권인 제3채무자의 채무자에 대한 금전채권 모두 영국법이 준거법이었다.

(4) 그 후 채권자는 채무자에 대하여 승소확정판결을 받은 후에 위 가압류를 본압류로 전이하고 추심명령을 받아서 제3채무자를 상대로 하여 추심금청구의 소를 제기하였다.

(5) 이에 대하여 제3채무자는, “수동채권의 압류명령에 따라서 제3채무자가 채무자에 대한 지급금지명령을 받았다고 하더라도 수동채권이 압류될 당시 자동채권의 변제기가 수동채권의 그것과 동시에 또는 그보다 먼저 도래하는 경우에는 제3채무자는 자동채권에 의한 상계로 압류채권자에게 대항할 수 있다”고 본 대법원 2012.2.16. 선고 2011다45521 전원합의체 판결을 근거로 하여 피압류채권이 상계에 의하여 소멸되었으므로 채권자인 원고의 청구가 배척되어야 한다고 주장하였다.

(6) 위와 같은 제3채무자의 주장에 대하여 원고는, 제3채무자의 위 주장이 한국법에 따르면 타당하지만 자동채권과 수동채권의 준거법인 영국법에 따르면 타당하지 않다고 주장하면서 영국 변호사의 의견에 따라서 Tapp v Jones (1874-75) L.R. 10 Q.B. 591 판결

을 원용하였다.

2. 판시내용

(1) 영국의 보통법상 상계는 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) 상계의 요건과 효과에 관한 법률관계가 상계의 준거법에 따라 해석·적용된다고 하더라도, 채권자가 대한민국의 민사집행법에 의하여 가압류명령 또는 채권압류명령 및 추심명령을 받아 채권집행을 한 경우에, 채권가압류명령 또는 채권압류명령을 받은 제3채무자가 채무자에 대한 반대채권을 가지고 상계로써 가압류채권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 있는지는 점령절차인 채권가압류나 채권압류의 효력과 관련된 문제이므로, 특별한 사정이 없는 한 대한민국의 민사집행법이 적용된다.

II. 문제점

1. 채권의 준거법이 외국법인 경우 상계의 준거법

2. 채권의 준거법이 영국법인 경우 상계의 준거법의 문제

3. 실체법과 절차법의 구분기준

4. 수동채권이 가압류된 경우에 상계가능성을 판단하기 위한 준거법

5. 도산절차에서의 상계의 준거법

III. 채권의 준거법이 외국법인 경우 상계의 준거법

1.견해의 대립

국제사법에는 상계의 준거법에 관한 규정이 없다. 이에 따라서 견해의 대립이 있는데 상계의 준거법에 관하여 자동채권과 수동채권의 각 준거법이 중첩적으로 적용된다는 견해와 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 된다는 견해가 있다. 앞의 중첩적용설에 따르면 수동채권과 자동채권의 준거법에서 요구하는 상계의 요건을 모두 충족한 경우에만 상계가 허용되고, 어느 한 준거법에 따른 상계의 요건을 충족하지 못하면 상계가 허용되지 아니한다.

한편, 수동채권의 준거법을 상계의 준거법으로 보는 해외사례가 적지 않다. 독일의 뒤셀도르프 항소법원이 2004년 5월 28일 선고한 판결에서는 독일 국제사법 제32조 제1항 제
4호에서 채무에 대한 준거법이 채무소멸의 방식도 결정한다고 규정하고 있으므로 수동채권의 준거법에 따라서 상계의 효력을 검토해야 한다고 판시하였고, 오스트리아 대법원도 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 된다고 보고 있다. 그리고 「계약상채무의 준거법에 관한 유럽연합규칙」 제17조에서는 당사자 간에 준거법에 관한 약정이 없는 경우에 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 된다고 명시하고 있다. 또한, 「도산절차에 관한 유럽연합규칙」 제6조에서는 “채무자에 대하여 도산절차가 개시되었다고 하더라도, 도산채무자의 채권에 적용되는 준거법이 채권자의 채무자에 대한 상계를 허용한다면 도산절차의 개시가 채권자의 상계권에 영향을 끼치지 못한다”고 규정하고 있고, 「금융기관의 회생 및 청산에 관한 유럽연합지침」 제23조 및 「보험회사의 회생 및 청산에 관한 유럽연합지침」 제22조 각 규정에서도 위 「도산절차에 관한 유럽연합규칙」의 규정과 동일한 규정을 두고 있는바, 위 규정들은 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 된다는 점이 받아들여진 것이라고 설명되고 있다.

2. 사견
상계는 자동채권과 수동채권 모두를 소멸시키는 효력이 있으므로 상계에는 자동채권의 준거법과 수동채권의 준거법이 중첩적으로 적용되므로 소멸당하는 중첩적용설에 설득력이 있다고 한다. 그러나 중첩적용설에 따르게 되면 실제로는 자동채권과 수동채권의 각 준거법이 중첩적으로 적용되는 것이 아니라 상계의 요건을 엄격하게 규정한 국가의 법만이 적용되는 결과에 이르게 된다. 정령 자동채권의 준거법과 수동채권의 각 준거법이 실질적으로 중첩되어 적용한다고 하더라도, 이때는 채권이 자신의 준거법이외에 다른 준거법의 요건을 충족해야 비로소 소멸되는 이상한 결과가 발생한다. 또한, 중첩적용설은 상계의 요건에 있어서 영국법을 누적적으로 적용해야 한다는 점과, 그 법률효과에 관하여 어느 법은 따름을 설명하지 못하는 문제점이 있다. 사견으로는 앞의 해외사례에서처럼 수동채권의 준거법이 상계의 준거법이 되어야 한다고 본다. 상계는 자동채권의 채권자가 의무의 전부를 이행하는 대신에 자동채권과 수동채권을 대등액에 관하여 소멸시킨 후 전액만을 지급하거나, 전액이 없다면 의무이행을 면하고자 행사한다. 즉, 상계의 기본적인 목표는 수동채권 전부 또는 일부를 소멸시키는 데에 있는 것이지 자동채권을 소멸시키는 데에 있는 것이 아니며, 자동채권의 소멸은 수동채권의 소멸에 대한 대가일 뿐이다. 이러한 특성에서 보면 자동채권의 준거법보다도 수동채권의 준거법이 상계와 더욱 밀접한 관련이 있는 국가의 법이란 사실을 알 수 있다.

3. 대상판결의 입장
대상판결에서는 자동채권과 수동채권의 준거법이 모두 영국법이었기 때문에 상계의 준거법도 영국법이 된다고 보았다. 타당한 판결이라고 본다.

IV. 채권의 준거법이 영국법인 경우 상계의 준거법의 문제점
1. 영국법상 상계의 종류
영국에는 크게 보통법상 상계와 형평법상 상계가 있다.
가. 보통법상 상계(Legal set-off 또는 Independent set-off)
영국의 보통법상 상계의 가장 큰 특징은 원고에 의하여 개시된 소송에서 피고가 재판상 항변으로만 주장할 수 있다는 점이다. 그리고 원고가 소를 제기할 당시에는 피고가 원고에 대하여 반대채권을 가지고 있지 아니하여도 소재기 후에 취득한 반대채권을 가지고도 상계항변을 할 수 있다. 그러나 적어도 상계항변을 할 당시에 양채권의 변제기가 모두 도래해야 한다. 영국에서는 다음과 같은 두 가지 점을 이유로 하여 보통법상 상계를 절차법으로 분류하고 있다. 첫째, 보통법상 상계는 원고가 제기한 금전지급청구소송에서 피고가 소송상 항변권으로만 행사할 수 있다. 둘째, 한국법상 상계의 효력은 상계적성이 발생한 때에 소급하여 발생하는데 반하여 보통법상 상계는 판결이 선고된 때에 발생한다. 이러한 이유로 영국법원은 보통법상 상계를 '절차적 도구'(procedural device)라고 부른다. 그러나 보통법에 따르면 채권이 양도되었다고 하더라도 채무자가 채권양도 전에 양도인을 상대로 하여 상계를 할 수 있으면서 채권의 양수인에게도 상계를 가지고 대항할 수 있고, 숨은 대리(undeclared agency)에서 대리인이 채권지당한 계약을 근거로하여 본인(principal)이 대리인의 상대방에 대하여 소송을 제기한 경우에 대리인의 상대방은 대리통지(notice of the agency)를 받기 전에 대리인에게 행사를능했던 상계를 행사할 수 있는데, 이와 같이 재판상 항변으로서의 상계가 제3자의 권리에 영향을 끼친다는 점을 고려하면 보통법상 상계는 전적으로 절차적인 것으로 볼 수 없다는 견해도 있다. 또한, 영국에서는 준거법의 지정이 어려운 경우에 법정지법을 적용하기 위해서 절차법의 개념을 널리 사용하였는데, 보통법상 상계가 국제사법이 발달하기 전에 절차법으로 분류된 사실을 지적하면서 보통법상 상계를 절차법이 아니라 실체법으로 분류하는 것이 옳다는 주장도 있다.

나. 형평법상 상계(Equitable set-off)
보통법상 상계와 달리 형평법상 상계는 소송절차와 관계없이 행사할 수 있다. 형평법상 상계를 하기 위해서는 반대채권이 수동채권을 발생시킨 거래로부터 발생하거나 그러한 거래와 분리할 수 없을 정도로 긴밀한 관련(closely connected)이 있어야 한다. 형평법상 상계는 소송절차를 전제로 하지 아니하고 소송상 항변으로만 한정되지 아니한다는 점에서 실체법적 성격(substantive nature)을 갖고 있다고 설명되고 있다.

2. 상계와 관련한 문제점
법정지인 우리나라에서 상계의 준거법이 영국법이고 보통법상 상계가 적용된다면 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다. 영국의 보통법상 상계는 소송이 진행된 후에 피고가 재판상 항변권으로만 사용할 수 있다는 점에서 절차법적 성질을 갖다고 있다. 그러나 상계권의 행사의 결과 채권이 소멸되는 실체적 효력이 발생한다는 점에서는 실체법적 성질을 갖고 있다. 그런데 ‘절차법은 법정지법에 따른다’(forum regit processum)는 원칙이 인정되고 있는 점에서 영국의 보통법상 상계를 절차법으로 보아서 그 적용을 배제해야 할 것인지 아니면 실체법으로 보아서 상계의 준거법으로 적용해야 할 것인지 문제된다.
V. 실체법과 절차법의 구분기준

1. 구분기준의 준거법
준거법이 외국법이라도 실험법과 절차법의 구분은 법정지법인 한국법에 따라야 한다고 본다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, ‘절차법은 법정지법에 따른다’는 원칙이 인정되고 있는 이유 중 하나는, 절차법은 전체 법률 중에서 기술적 성격을 가장 강하게 갖고 있어서 법관이 외국의 절차법을 인지하기 어려우며, 일부 인지할 수 있는 부분이 있다고 하더라도 상호 밀접하게 관련되어 있어서 그 부분만 분리하여 적용하는 것이 바람직하지 않고, 법원의 구조도 자국의 절차법을 실행하기 적합하게 형성되었기 때문이다. 즉, 위 원칙은 법정지 법원의 편의를 위하여 인정되고 있으므로 절차법이 무엇인지가 법정지법에 따른다로 하는 것이 타당하다.

둘째, 절차법과 실체법의 구분이 그 준거법에 따라서 달라진다면 동일한 제도라도 하더라도 어느 국가에서 실체법으로 보고 있다면 법정지에서 적용되지만, 절차법으로 보고 있다면 적용이 배제되는 결과가 발생하므로 법적용의 통일성이 결여되는 문제를 초래한다. 더불어, 실체법과 절차법의 구별은 예당조 정해진(preordained) 것이 아니라 함께 정해진기준으로서의 절차법과 실체법을 명확히 구분할 수 없다는 문제를 지적하면서, 개별 사건마다 그 목적이나 법률이 상이하여 상대적으로 처리하자는 주장이 있고, 실제로 실체법과 절차법을 통합하자는 일원론의 주장도 있다. 더욱이 실체법과 절차법의 구별은 환상에 불과하되, 단지 논리적으로 구별이 될 뿐이며 실제로 구별될 수 없다는 견해도 있다. 이러한 주장이 제기되는 이유는 다른 무엇보다도 절차법과 실체법의 성격이 중첩되어 있는 경우가 적지 않기 때문이다. 예를 들어 민사소송법 규정 중 소송비용에 관한 규정(제99조)과 가족행사법이 실효된 경우의 배상책임(제215조) 등은 실체적 성격을 갖고 있다. 반면에 민법상 상법의 규정이 확인의 이익이나 당사자간의 성격을 판단하는 데 사용된다는 점에서 성격적 기능을 담당하게 된다. 그리고 우리 대법원은 구체적인법에 따라서 실체법상 권리와 달라지지 않고 공익과 소송비용과 상법상 주요사실에 따라 분배하고 있으므로 실체법과 절차법을 완전히 분리할 수 없다. 또한, 대법관 2011.1.27. 선고 2009다10249 판결은 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제3조 제1항의 지연손해금이 절차법적 성격과 실체법적 성격을 모두 갖고 있다는 입장이다. 하지만 ‘절차법은 법정지법에 따른다’는 원칙이 유의한 이상 절차법과 실체법의 성격이 중첩된 경우에도 절차법과 실
체법의 구분의 문제는 반드시 해결되어야 한다.
앞서 언급한 것처럼 법정가가 한국이고 준거법이 외국법이라면, 그 외국법이 절차법인지 또는 실제법인지 여부는 법정법인 한국법에 따라서 구분해야 한다. 그런데 위에서 언급한 절차법과 실제법의 구분기준을 준거법인 외국법에 적용한 결과 절차법과 실제법의 성격을 종합적으로 갖고 있는 경우에는, 이를 절차법으로 처리하게 되면 원래의 준거법이 아닌 법정법인 한국법이 적용되어 이미 발생된 실제적 권리관계에 변화를 가져오게 된다. 이러한 결과는 법정가가 달라지더라도 실제적 권리관계에 영향이 없어야 한다는 취지에서 인정되고 있는 ‘절차법은 법정법에 따른다’는 원칙에 반한다. 이러한 이유에서 절차법과 실제법의 성격이 중첩된 경우에는 원칙적으로 이를 실제법으로 처리하여 준거법을 적용하는 것이 타당하다고 본다. 참고로 캐나다 법원도 Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard 사건 판결에서 “의심의 여지가 없는 경우에만 절차법으로 분류되어야 한다”(Legislation should only be categorized as procedural if beyond a doubt)고 보았다. 이와 같은 기준을 ‘중립성의 기준’(criterion of neutrality)이라고도 한다.

이번 절차법과 실제법의 성격이 중첩된 경우를 실제법으로 처리하여 준거법을 적용하더라도 절차법적 성격을 갖고 있는 부분은 그 적용을 배제할 수밖에 없다. 그러나 실제법적 성격을 갖고 있는 부분과 밀접하게 결합되어 있어서 절차법적 성격을 갖고 있는 부분의 적용을 배제하나 결과 실제법적 요건과 효과와까지 영향을 받는다면 새로운 요건과 효과로서 정립할 수밖에 없다. 대법원 2000.06.09. 선고 98다35037 판결에서는 외국법의 내용이 확인될 수 없는 경우에 법원으로서는 그 외국의 관습법을 적용하고, 외국의 관습법도 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판하도록 하면서 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수도 있다고 판시하고 있다. 이러한 법원 판결에 따라서 새로운 요건과 효과를 정립할 수 있다고 본다.

나. 비교형량의 필요성
국제사법 제7조에서는 “입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다”고 규정하고 있다. 여기서의 강행규정은 이른바 ‘단순한 강행규정’이 아니라 당사자의 합의에 의해서도 적용을 배제할 수 없는 ‘국가적 강행규정’을 말한다. ‘국가적 강행규정’이란 범위는 당해 법규의 의미와 목적을 조사하여 그것이 적용의지를 가지는가를 개별적으로 검토하여 판단해야 한다. 특히 주로 공적인 이익에 보상하는 것이 조리의 내용으로 유추될 수 있도록 관리하고 있다. 이러한 법원 판결에 따라서 새로운 요건과 효과를 정립할 수 있다고 본다.
이익이 전자에 비하여 더욱 크다면 예외적으로 절차법으로 처리하여 법정지법을 적용하는 것이 타당하다고 본다.

위와 같은 논의를 구체적인 사례에 적용하여 보면 다음과 같다. 대법원 2012.10.25. 선고 2009다77754 판결과 대법원 2011.1.27. 선고 2009다10249 판결에서는 「소송촉진 등에 관한 특례법」의 법정이율이 실제법과 절차법의 성격을 모두 갖고 있다고 하면서도 이를 실제법으로 보아서 증거법이 외국법인 경우에 위 법정이율을 적용하지 아니하고 증거법인 외국법에 따른 지연이율을 적용하였다.

앞의 대법원 판결과 같이 「소송촉진 등에 관한 특례법」의 법정이율은 피고가 원고에게 지급해야 하는 금전채권액의 범위를 결정하고 실체법적 성격을 갖고 있다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제1조에서는 “이 법은 소송의 지연(遅延)을 방지하고, 국민의 권리·의무의 신속한 실행과 분쟁처리의 촉진을 도모함을 목적으로 한다.”고 규정하여 법정이자의 제도적 취지가 점차적 목적에 있다는 점을 분명하게 하고 있다. 그리고 동법 제3조에서는 이례적으로 높은 연 40% 이내에서 대통령령으로 이자율을 정하도록 하고 대통령령에서는 이례적으로 높은 연 20%의 법정이자율을 정하고 있다. 이와 같이 이례적으로 높은 이자율을 정하고 있는 이유는 높은 이자율로 피고를 압박하여 불필요한 흑조와 소송을 보지치고 원고가 신속한 권리구제를 받도록 하기 위해서이다. 이러한 점들은 「소송촉진 등에 관한 특례법」의 법정이율이 금전 채권의 범위를 결정하는 실제법적 성격뿐만 아니라 소송촉진과 신속한 권리구제라는 점차법적 성격을 갖고 있다는 점을 보여 주고 있다.

「소송촉진 등에 관한 특례법」의 법정이자는 판결이 선고된 후에 원고가 신속하게 권리구제를 받을 수 있도록 하는 목적에 편중되어 있으며, 지연이자의 성격은 거의 없다. 실제로 있다 하더라도 연 20% 중에서 민사법정이자 연 5% 또는 상사법정이자 연 6%에 불과하며 이를 초과하는 부분은 전적으로 절차적 목적에 봉사하고 있다. 무엇보다 다른 국가에 비하여 고율의 이자율이 인정되고 있고, 채무자는 깨소 즉시 변제하여 고율의 이자율의 적용을 피할 수 있다는 점은 위와 같은 목적을 더욱 퇴면점하고 있다. 정리하자면 실제법적 성격으로서의 지연손해금과 절차법적 성격으로서의 신속한 권리구제를 비교협량하면 후자의 비중이 훨씬 크기 때문에 위 제2항의 법정이자를 절차법으로 분류하여 법정지법인 「소송촉진 등에 관한 특례법」을 적용하는 것이 타당하다고 생각한다.

3. 영국의 보통법상 상계의 법적 성격

한국법의 관점에서 영국의 보통법상 상계를 보았을 때, 상계의 효과로서 자동채권과 수동채권이 대등액에 관하여 소멸한다는 점에서는 실제법적 성격을 갖고 있지만, 이러한 상계는 원고가 개시한 소송절차에서 피고가 재판상 철회된 형태로만 행사될 수 있다는 점에서 절차법적 성격을 갖고 있다. 결국, 보통법상 상계는 절차법과 실제법의 성격이 중첩된 경우에 해당하고, 앞서 논의한 기준을 여기에 적용해 보면 이를 실제법으로 분류하여 법정이자가 한국이라고 하더라도 보통법상 상계를 적용해야 한다.

그러나 보통법상 상계의 행사로써는 소송이 진행되어야 하고, 소송상 철회된 경우, 만 행사될 수 있으며, 상계의 효력도 판결이 선고될 때에 발생한다는 점은 절차법적 성격을 갖고 있으므로 적용이 배제되어야 한다. 이러한 결과 보통법상 상계의 요건과 효
과가 재정립될 필요가 있는데, 앞서 언급한 대법원 판결에 따르면 그 외국법과 가장 유사하다고 생각되는 법이 조리의 내용으로 유추될 수 있으므로 보통법상 상계와 가장 유사한 경우에는 보통법상 상계로 재정립해야 한다. 따라서 상계의 행사방법, 그 효과에 관하여는 형평법상 상계에 따르는 것이 타당하다고 본다.

대상판결에서는 "영국 보통법상 상계 역시 상계권의 행사에 의하여 양 채권이 대등액에 소멸한다는 점에서는 실체법적인 성격도 아울러 가진다고 할 것이므로 상계의 요건과 효과에 관하여 준거법으로 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다."라고 판시하여 절차법과 실체법의 성격을 모두 갖고 있는 경우에 이를 실체법으로 봤다 한다는 대법원 2012.10.25. 선고 2009다77754 판결에 따르고 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 비교 형량을 거치지 않고 바로 실체법으로 보는 점에서는 전형성이 어렵다. 그리고 대상판결에서 '상계의 요건과 효과'에 관하여 영국의 보통법상 상계를 적용해야 한다고 판시하면서도, 보통법상 상계를 소송상 향법으로 행사해야 한다는 요건이나 판결이 선고되어야 비로소 상계의 효력이 발생한다는 효과를 어떻게 처리할 것인지에 관하여 아무런 판시를 하지 않았다는 점은 아쉬움으로 남으며 그로 인하여 여전히 숙제로 남아 있다.

VI. 수동채권의 가압류된 경우에 상계가능성을 판단하기 위한 준거법

우리나라 법원의 명령에 따라서 수동채권이 가압류 또는 압류(이하 '압류'라고 한다)되었다면 우리의 '민사집행법'에 따라서 이루어진 것이고, '민사집행법'은 절차법이므로 수동채권의 압류의 효력은 법정지법인 '민사집행법'에 따라서 결정되어야 한다. 따라서 수동채권이 압류된 경우에 제3채무자가 자신의 자동채권을 가지고 상계할 수 있는지 여부에 관한 상계가능성의 문제가 압류의 효력에 관한 사항으로 본다면 상계가능성은 법정지법인 한국법에 따라서 결정된 것이다. 먼저 결론부터 언급한다면 상계가능성은 압류의 효력에 관한 문제로서 상계의 준거법인 영국법이 아니라 한국법에 따라야 한다고 본다. 이러한 결론에는 다음과 같은 근거가 제시될 수 있다.

첫째, 채권압류는 사실상 강제집행의 개시에 해당하므로 강제집행의 대상인 압류된 채권이 강제집행 이외의 방법으로 처분될 수 있는지는 압류의 효력에 관한 사항에 해당하고, 압류된 채권의 상계는 채권의 소멸이라는 효력과 가처분의 강제집행 이외의 방법에 의한 채권의 처분에 해당한다. 따라서 압류된 수동채권에 대한 상계가능성에도 압류의 효력에 해당하므로 이 문제도 법정지법인 한국법에 따라야 한다. 습붙여 대법원 2011.10.13. 선고 2009다96625 판결에서는 "국제사법 제60조 제1호는 해상에 관한 ‘선박의 소유권 및 저당권, 선박우선특권’ 밖의 선박에 관한 물권은 선적국법에 의한다고 규정하고 있으므로 선박우선특권의 성립 여부는 선적국법에 의하여야 할 것이나, 선박우선특권이 우리나라에서 실행되는 경우에 실행기간을 포함한 실행방법은 우리나라의 절차법에 의하여야 한다"고 판시하고 있는데, 위 판시내용을 정리하면 권리의 성립과 발생은 그 권리의 준거법에 따르지만 그 권리를 실행하기 위한 민사집행에 관하여는 집행지인 한국법을 적용해야 한다. 위와 같은 논리를 채권압류에 대입하여 보면 채권압류의 목적론인 채권의 성립과 유효성은 채권의 준거법에 따르지만 채권압류에 따른 상계가능성 여부는 민사집행절차로서의 채권압류의 효력에 해당한다.
둘째, 영국법상 채권이 압류된 후에 제3채무자가 상계를 할 수 있는지 여부는 절차법에
해당하므로 이러한 영국법은 법정지인 한국에서 적용될 수 없다. 그리고 이러한 영국법
은 영국법상 압류의 효력을 전제로 하므로 한국의 '민사집행법'에 따라서 이루어진 채
권압류의 경우에도 적용하는 것은 법적용의 전제가 잘못된 것이다. 제3자에 수동채권을
압류한 채권자는 그 수동채권의 법률관계의 당사자가 아니므로 수동채권의 준거법과 전
혀 관련이 없는 제3자이다. 이러한 압류채권자가 한국의 '민사집행법'에 따라서 채권을
압류한 후에, 느닷없이 자신과 관련이 없는 영국법상의 압류의 효력을 주장하거나 그러
한 적용을 받게 되는 것은 법률적 근거가 없다.

이러한 점에서 대상판결에서 상계의 준거법과 관련 없이 수동채권이 가압류된 경우에
제3채무자가 상계로써 채권자에게 대항할 수 있는지 여부는 한국의 '민사집행법'에 따
라서 판단해야 한다고 본 점에 찬성한다.

VII. 도산절차에서의 상계의 준거법

1. 도산법정지법(lex fori concursus)의 원칙과 문제점
국제도산절차에는 다수의 이해관계인이 존재하고, 국가기관인 법원에 의하여 진행되기
때문에 이를 통일적으로 도산법정지법에 따라서 진행할 필요가 있다. 또한, 도산법정지
법에 따르게 되면 복잡한 준거법 지정의 과정을 피할 수 있고, 다수의 준거법 간의 충
돌과 모순을 방지함으로써 국제도산법의 이념인 채권자평등의 원칙과 국제도산절차에서
의 법적안정성의 보장에 보다 충실할 수 있는 이점이 있다. 덧붙여 '절차법은 법정지법
에 따른다'는 원칙은 도산절차에도 적용된다는 점에서도 도산개시지의 도산절차법이 적
용되는 것이 타당하다. '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에서는 명시적으로 도산법정
지법 원칙을 선언하지 않았지만, 외국도산절차의 승인제도와 도산법에 특유한 효력
(도산법정지법원칙)만이 도산법정지법이 적용된다는 견해가 있다. 그에 따라서 외국적 요소가 있
는 계약을 체결한 당사자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 계약이 쌍방미의행 성수계약에 해당하여
관리인이 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있는지, 그리고 계약의 해제·해지를 인하여
발생한 손해배상채권이 회생채권인지는 도산법정지법이 채무자 회생 및 파산에 관한 법
률에 따라 판단되어야 하지만, 계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위에 관한 문제는 계약 자체의 효력과 관련된 실체법적 사항으로서 도산전형적인 법률효과에 해당하지 아니하므로 국제사법에 따라 정해지는 계약의 준거법이 적용된다고 보고 있다.

3. 수동채권의 준거법이 영국법인 경우에 도산절차에서의 상계의 준거법

「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에서는 회생절차에서의 상계와 파산절차에서의 상계를 규정하고 있다. 동법 제144조에 따르면 회생채권자는 채권의 신고기간이 만료되기 전에 자동채권의 변제기가 도래하면 회생절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다. 그리고 동법 제416조 이하의 규정에 따르면 파산채권자가 파산선고 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 때에는 파산채권자의 채권 또는 채무의 변제기가 도래하지 않더라도 상계할 수 있고, 이때 조건부 채권 또는 채무라도 상계가 가능하다. 동법에서는 위와 같이 도산절차에서의 상계의 요건만 규정하고, 상계의 방법이나 효과에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 도산채권을 통일적으로 진행해야 한다는 도산법정지법 원칙에 충실하면 상계의 요건뿐만 아니라 상계의 방법이나 효과 또한 도산법정지법인 한국법이 적용되어야 한다고 본다.

그러나 상계의 대상인 채권의 성립이나 유효성, 변제기의 도래 또는 조건부 채권인지 여부 등에 관하여 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에서 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로 원래의 채권의 준거법에 따를 수밖에 없다. 따라서 수동채권의 준거법이 영국법이라고 하더라도 일단 도산절차가 개시된 이상 상계의 요건이나 방법 그리고 그 효과는 한국법이 적용되고, 그 채권의 성립 또는 유효성 등에 관하여만 영국법이 적용되어야 할 것이다. 대상판결에서 구체적인 설시는 없었지만 도산법정지법원칙에 따라서 회생채권의 상계가능성을 판단해야 한다는 취지의 판사내용에 진성하는 바이다.

VIII. 결론

대상판결이 영국이 적용되는 자동채권과 수동채권의 상계에 관하여 영국법을 준거법으로 본 점, 영국의 보통법상 상계를 실체법으로 파악하여 이를 적용한 점, 우리법원의 명령에 의하여 수동채권이 가압류된 경우에 상계의 가능성을 우리 민사집행법에 따라서 판단한 점, 파산절차가 개시된 경우 상계의 가능성도 우리 도산법에 따라서 판단한 점에 대하여는 찬성한다. 이러한 대상판결의 내용이 기존에 인정되어오던 법리와 크게 차이가 없지만, 개별적으로 존재하던 법리가 하나의 구체적 사안에서 종합되어 적용되었는 점은 큰 의미를 갖는다고 본다. 다만 대상판결에서 절차법과 실체법의 구분에 관한 명확한 기준을 제기할 수 있었음에도 그러하지 아니한 점, 영국의 보통법상 상계의 절차법적 성질을 어떻게 처리할 것인지 언급하지 아니한 점에 대하여는 아쉬움이 남는다.
해상보험계약과 선하증권의 준거법약관에 대한 우리 법원의 해석과 이에 대한 고찰

송 해 연
(법무법인 세창 변호사)
해상보험계약과 선하증권의 준거법약관에 대한 우리 법원의 해석과 이에 대한 고찰
(서울고법2012나29269판결에 나타난 해상법과 국제사법적 결정을 중심으로)

목   차
I.    대상판결의 사안
II.   보험자의 책임에 관한 준거법 관련 문제
III.  선하증권의 소지인과 운송인 사이의 법률관계의 준거법
IV.   대상판결의 해상법 관련 쟁점
V.    결론

I.    대상판결의 사안

1. 사안의 내용
2007.6.21. 경 동력선 콘 로즈호(이하 “이 사건 선박”)를 정기용선한 제1심 피고 브라이트해운(이하 “피고 운송인”)은 사우디 아라비아국 법인인 주위적원고가 사우디아라비아 주배일에서 건설중인 정유공장내의 보일러 설치공사를 담당한 대림산업과의 사이에 공사에 필요한 설비 및 자재들 89패키지(이하 “이 사건 화물”)를 태국 람차방항에서 사우디아라비아 주배일항까지 운송하기로 하는 계약을 체결한 후, 대림산업에게 송하인 대림산업(이하 “송하인”), 수하인 주위적 원고, 선적항태 국 람차방항, 양하항 주배일항으로 된 선하증권을 발행하여 교부하였음

피고 운송인은 송하인이므로부터 이 사건 화물의 해상운송에 관하여 위임을 받은 소외 회사와의 사이에 2007. 6.16. ~ 23.을 예정일자로 하고, 갑판선적이 허용되는 조건으로, 가열기 등을 태국 람차방항에서 사우디 아라비아 주배일항까지 운송하는 것을 내용으로 하는 용선계약을 체결하였음

피고 보험자는 피고 운송인과의 사이에 “선찰내 적재조건으로 선하증권이 발행되었을때도 불구하고 갑판상에 적재됨을써 화물에 손상이 발생하고 그로 인해 피보험자가 선주가 화물소유자에게 손해배상책임을 이행한 경우, 보험자는 선주가 지불한 손해배상금액에서 적하의 송장금액에 10%를 가산한 금액에 대한 보험금액의 비율로 선주에게 보상”하는 것을 내용으로 하는 해상적하책임보험계약(이하 “이 사건 보험계약”)을 체결하였음.

이 사건 화물은 2007. 7. 20. 주배일항에 도착하였는데, 운송과정중에 황천을 만나 일부 화물이 바다에 떨어지거나 손상되는 등의 사고(이하 “이 사건 사고”)가 발생하였음

한편, 주위적원고는 인사우디 인슈어런스 컴퓨터와의 사이에 주위적 원고가 주배일에서 건설중인 정유공장내의 보일러 설치공사와 관련하여 공사현장에 운송되어 투입될 설비 등에 대하여 적하보험계약을 체결하였고, 동 보험사는 자신이 인수한 위험의 90%를 예비적원고들이 인수하는 내용
으로 재보험계약을 체결하였음.


예비적원고들은 예비적원고들과 소외보험사 사이의 재보험계약 체결을 중개한 보험중개인 마쉬 리미티드를 통하여 피고 운송인과의 사이에 손해배상과 제소기간 연장등에 관하여 협의하였음

2. 당사자의 주장
가. 원고의 주장

송하인과 운송인간에는 이 사건 화물을 선창에 적재하기로 하는 내용의 운송계약을 체결하였고 그러한 내용의 선하증권이 발행되었으며, 운송인은 피고와의 사이에 이러한 경우의 화물손상이 발생한 경우를 보험사고로 하는 해상적책임보험계약을 체결하였으므로, 피고는 운송인과 연대하여 주위적 원고 또는 주위적 원고에게 보험금을 지급함으로써 보험자대위권을 행사할 수 있는 예비적원고들에게 이 사건 사고로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

주위적 원고 및 예비적 원고들이 피고에게 직접청구권을 행사할 수 있는가의 문제는 보험계약의 책임 및 결제에 관한 사항이 아니라, 영국법이 아닌 대한민국법을 적용하여 판단해야 하고 제3자의 직접청구권을 정한 상법 제724조 제2항은 국제사법 제7조에서 말하는 '준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행규정'에 해당하므로 이 사건에는 준거법과 관계없이 상법 제724조 제2항이 적용되어야 한다. 그리고 영국법이 적용된다고 보더라도 이 사건 청구는 영국법상 직접청구권의 요건을 모두 갖추었다.

운송인은 여러 차례에 걸쳐 2009. 10. 20까지 제소기간연장협의를 하였고, 피고도 제소기간연장에 동의하였다.

나. 피고의 주장

이 사건 선하증권상 준거법 규정 또는 관련 대법원 판례에 따르면 이 사건 선하증권의 해석 및 제소기간의 기준에 관한 준거법은 대한민국 상법이다. 그런데, 주위적 원고의 소는 이 사건 화물을 인도받은 2007. 7.20부터 1년이 경과한 2009. 10.20에 제기되었으므로 부적법하다.

영국법이 준거법이라고 하더라도 영국이 체약국인 헤이그 비스비 규칙 제3조 제6항에 따라 제소기간 1년이 동일하게 적용되며, 제소기간 연장협의는 적하보험의 재보험자인 예비적원
고들과 피고 운송인 사이에서만 체결되었다.

이 사건 선하증권의 발행인란에는 “운송인이 이 사건 선박의 선장을 대리하여 선하증권을 발행한다”는 취지로 기재되어 있으므로, 운송인은 이 사건 선하증권상의 운송인이 아니다.

이 사건 선하증권은 이 사건 화물을 갑판에 적재하는 것을 조건으로 하여 발생된 것이므로, 보험계약에서 정한 보험사고가 아니며, 피고에게 배상책임이 있더라도 해상고유의 위험 또는 불가항력에 기한 사고이거나 송하인 또는 운송물의 소유자나 그 사용인의 행위 또는 운송물의 포장 불충분에 의한 사고이거나 항해과실에 의한 사고이다.

피고는 운송인이 보험료산출의 근거인 적하의 가치에 대한 고지의무를 위반하였음을 이유로 이 사건 2011. 3. 9. 준비서면으로 이 사건 보험계약을 취소하는 바이므로 피고는 보험계약에 따른 책임을 부담하지 않으며, 피고가 책임을 부담한다고 하더라도 개정전 상법 제789조의 2에 따라 포장당책임제한이 되어야 한다.

원고들에게 직접청구권이 인정되는지 여부에 관한 준거법은 이 사건 보험계약의 준거법인 영국법이며, 영국의 제3자 권리법에 따르면 원고들에게 직접 청구권이 인정되지 않는다.

3. 쟁점

대상판결은 아래와 같은 다양한 쟁점에 대하여 판단하였음

1) 보험자의 책임에 관한 준거법
2) 주위적 원고의 직접 청구권에 관한 준거법
3) 영국 제3자의 보험자에 대한 권리법상의 직접청구권 발생요건
4) 선하증권 소지인과 운송인 사이의 법률관계의 준거법
5) 제소기간연장합의의 존재여부
6) 피고 운송인의 해상운송인 해당여부
7) 갑판적운송합의의 존재여부
8) 해상운송인의 면책사유 존재여부
9) 포장당책임제한의 적용여부
10) 고지의무위반으로 인한 보험계약의 취소여부

II. 보험자의 책임에 관한 준거법 관련 문제

이 사건 보험계약의 준거법각란:

All questions of liability arising under this policy are to be governed by the laws and
customs of England.

1. 준거법의 부분지정합의의 유효성

대상판결의 준거법약관은 보험증권의 “책임에 관한 문제”에 한정하여 준거법을 영국의 법률과 관습으로 지정하고 있다.

가. 일본의 학설과 관례

준거법을 부분지정하는 합의의 효력에 대하여, 일본의 경우 계약의 성립과 효력에 대하여 각각 다른 준거법을 지정하는 것을 부정하는 견해가 다수설이라고 한다1. 다수설의 논거는, 일본 구 국제사법은 제7조 제1항에서 “법률행위의 성립과 효력은 행위 당시에 당사자에 의하여 선택된 곳의 법에 의하여 규율된다”고 규정2하고 있으므로, 제7조 제1항이 계약의 “성립 및 효력”을 준거법지정의 하나의 단위로 한 것은 계약의 성립과 효력이라는 원인과 결과의 관계로 결합하는 것이므로 성립의 준거법과 효력의 준거법은 단일하지 않으면 아니된다는 것을 나타낸다는 것이다3.

다수설과는 달리, 동경지방재판소 소화 52년 5월 30일의 판결에서는, “일체의 보험금청구에 대해서, 보험자에 전보책임이 있는지 및 전보책임이 있는 경우 그 자불에 대해서는, 영국의 법과 사실인 관습에 의한다”는 약관이 문제가 된 사안에 관하여, 동 재판소는 여기서의 영국법의 지정이 실질법적 지정인지 저촉법적 지정인지를 언급하지 않고, “이 약관은 보험계약자의 유효성과 항해사업의 적법성에 대해서는 일본법에 준거하지만, 보험금청구에 관하여는 보험자의 전보책임의 유무 및 보험자의 전보책임이 있다면 그 결과에 대해서는 영국법과 사실인 관습에 준거하는 취지이다. 또한, 이렇게 해석하는 것이 해상보험업계의 관습이다”라고 판시하면서, 영국법에 의거하는 사항으로 아래의 것을 예시하였다4.

(i) 보험기간중 보험사고에 따라 손해가 발생하였는가
(ii) 그렇다면, 그 손해는 손해전보의 범위에 관한 조약에 의한 보험자가 전보할 손해

1 중村秀雄, 국제商取引契約における準據法の分割指定, 商学論究 64 권 4 호(2014), 오타루 상과대학, 42 면

2 현행 국제사법(法の適用に関する通則法) 제7조는 평성 18년(2006년)에 개정된 법으로서, 법률행위의 성립 및 효력은 계약자가 당해 법률행위의 당해 법률행위의 당해 청구의 법에 따른다)로 마찬가지로 규정하고 있다.

3 藤川純子, 契約準拠法の分割指定について, 国際公共政策研究. 1(1)(1997), 오사카대학교 89면;

4 中村秀雄, 전개논문, 43 면 ~44면
인가
(iii) 그렇다면 피보험자 측에 고지의무위반, 손해방지의무 위반 등이 없는가
(iv) 이상의 제반 의무 위반이 없다면, 보험금을 청구하는 자가 정당한 청구권자인이 (보험목적의 양도에 수반하여 보험계약상의 권리(지위)가 이전되었는지의 여부, 그 효력의 문제를 포함)

동경지방재판소 평성 14년(2002년) 2월 26일의 판결에서는 "일체의 청구에 대한 책임 및 그 결과에 관해서는 영국의 법과 관습에 준거한다"고 규정한 영국법 준거약관에 대하여, "본 조항은 본전 보험계약에 관한 법률문제중 일체의 청구에 대한 책임 및 결과에 관해서는 영국법을 적용하고, 그 외의 사항, 법률 문제에 대해서는 법례 7조 에 따라 행위지법인 일본법을 적용하는 취지의 소위 준거법의 분할지정을 정한 것으로 해석된다"고 판시하면서, 아래의 문제에 대하여 영국법이 적용된다고 판시하고 있는데, 소화 52년의 판결과 다른 점은 고지의무는 계약체결단계의 피보험자의 의무이므로, 고지의무위반을 이유로 보험자가 계약을 해제하기 전까지는 계약은 유효히 존속하는 것을 전제로 고려되어야 하므로 계약성립의 유효성에 관한 문제로서 일본법이 적용된다고 판시한 점이다.

즉, 일본의 판례는 다수설과 달리 준거법의 부분지정의 효력을 인정하는 입장에 서 있는 것으로 보이다.

나. 우리나라의 학설

우리 국제사법 제25조 제2항에 의하여 준거법은 계약의 일부에 대하여도 지정이 가능하기 때문에 국내에서는 부분지정이 가능한지의 여부에 대하여는 현재 별다른 견해의 대립이 없는 것으로 생각된다.

5 상계논문, 61~62면
6 구 섭외사법 제9조는 "행위행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다."라고 규정하고 있었으므로, 일본에서와 같은 논리가 주장가능하였을 것이지만, 구법 시대의 이에 관한 국내학설 대립은 본고에서는 고려하지 않았다.
해상보험계약에서 사용되는 영국법 준거약관에 관하여는, 저촉법적 지정설과 실질법적 지정설의 대립이 있으며, 저촉법적 지정설은 다시 전부지정설과 부분지정설로 나뉘어진다.

영국법 준거약관의 적용결과 영국법이 보험계약 전체에 대한 준거법이 된다는 것이 저촉법적지정설이고, 이중 전부지정설은 영국법이 보험계약 전체에 대한 준거법이 된다는 견해이며, 부분지정설은 보험약관에 따른 책임의 문제 또는 보상청구에 대한 책임 및 경계에 한정된 준거법의 부분지정으로 보는 견해이고, 실질법적 지정설은 영국법 준거약관에 의해 영국법이 준거법이 되는 것이 아니라 영국법이 계약의 내용으로 편입될 뿐이라고 보는 견해이다.

다. 우리나라의 판례와 사건

과거 서울고등법원 1989. 5. 15. 선고 88나44126판결은, 적하보험계약에 따라 보험금을 지급한 보험자의 소송 제기와 관련하여, "위 보험계약의 준거법인 영국의 해상보험법 (marine insurance act. 1906) 제79조 제2항에 의하면 (중략) 보험의 목적에 관한 피보험자의 일체의 권리와 구제수단에 대위한다"고 규정되어 있는 바, 이 경우 보험자는 위와 같은 대위권에 기하여 그 자신의 이름으로 소송을 수행할 수 없고 다만 손해를 보상받은 피보험자가 보험자의 위와 같은 권한행사를 위하여 행하는 소송에 있어서 자신의 이름을 빌려주고 필요한 모든 협조를 다하여야 할 의무가 있는 것으로 해석되며, 보험자가 자신의 이름으로 소송을 수행하기 위하여서는 영국의 재산법(the law of property a ct, 1925) 제136조의 규정에 따라 피보험자의 소권을 양도받아야 하는데 이 경우 소권의 양도는 서면에 의하여 이루어져야 하고 채무자에 대한 명시적인 서면통지가 있어야 하며, 이와 같은 권리의 양도는 통지가 행여진 날로부터 유효할 뿐 소급효가 없는 것으로 해석되고", "원고는, 첫째 영국법상 보험자가 피보험자에게 보험금을 지급한 후에도 피보험자의 권리를 보험자명의로 행사할 수 없는 것으로 되어 있는 것은 영국에서 일반적으로 소송신탁이 유효하게 행하여지기 때문에 우리나라에서는 소송신탁은 신탁법에 의하여 금지되어 있으므로 위와 같은 영국법의 법리는 우리나라의 선량한 풍속, 기타 사회질서에 반하는 것으로서 섭외사법 제5조의 규정에 의하여 이 사건에서 적용될 수 없는 것이라고 주장하나 위와 같은 영국법의 법리가 섭외사법 제5조에 규정된 선량한 풍속, 기타 사회

7 이 용어와 관련하여, 독일어 Kollisionrecht를 일본에서 저촉법이라고 번역하고, 이것을 그대로 다시 한국이나 대만, 중국에서 사용하고 있는 것으로 주축한다. 저촉이란 부딪히거나 모순된다는 뜻을 가지고는 있지만, 법률과 관련하여서는 하위법규가 상위 법규에 어긋난다는 의미로 쓰이는 것이 보통이어서, 저촉법적 지정이라는 용어보다는 중돌법적 지정 혹은 대립법적 지정이 이해하기 쉬운 용어가 아닌가하는 의문이 있다.

8 김진관·전해동, 해상보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰, 해사법연구 제18권 제2호(2006.9.), 한국해사법학회, 124~127면.
질서에 반하는 것이라고는 볼 수 없으므로 원고의 위 주장은 이유 없다”고 판시하였다.

따라서, 위 판결 사안에서의 적합보험관의 준거법조항이 만약 대상판결에서와 같이 “이
보험계약에서 발생하는 모든 책임문제는 영국의 법률과 관습에 따라 규율 된다(All
questions of liability arising under this policy are to be governed by the law and customs
of England)”고 규정하였거나 혹은 “책임과 결정에 관해 영국의 법률과 관습을
따른다(This insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice
only as to liability for and settlement of any and all claims)”와 같이 규정하고 있으면
, 동 판결은 서울고등법원이 저촉법적 전부지정설을 취하고 있었던 것으로 해석할 수
있었지만, 위 판결은 보험계약의 준거법이 영국법인 이유에 대하여 단지 “보험계약에
관하여는 섭외사법 제33조 10의 규정에 따라 보험업자인 원고의 영업소
소재지인 영국의 법률이 적용된다”고만 판시하고 있었으므로 당해 사안에 있어서의
영국법준거조항의 내용이 어떻게 규정되어 있었는지는 알 수 없으나, 동 판결이
영국법을 준거법으로 인정한 이유는 영국법준거조항이 아닌 섭외사법 제33조로 생각된다.

당시 섭외사법 제33조는 상사에 관한 규정중의 하나의 조항으로 규정되어 있었고, 동법
제28조는 “상사에 관한 사항에 관한 규정에 다른 규정이 없는 사항은 상관습에 의하고
상관습이 없으면 민사에 관한 준거법을 적용한다”고 규정하고 있었으며, 법률행위의
성립과 효력에 관한 준거법을 당사자가 정할 수 있다고 규정한 섭외사법 제9조는 민사에
관한 규정의 포함된 조항이었으므로, 그 구체적 내용이 무엇이든 간에 영국법준거조항은 동
판결에서 준거법을 인정한 근거가 아니라고 생각되기 때문이다.

한편, 대법원 90다카25314판결이 우리 법원이 개정 전의 상법에 관하여 전부지정설을 취
한 것으로 보인다는 견해11가 있으나, 위 판결이 영국해상보험법상의 고지의무에 관한 조
항을 적용하면서, 구 상법 제651조 소정의 재촉기간이나 제655조의 인과관계에 관한 규
정의 적용을 배제한 것은 전부지정설을 취하였기 때문인 것으로 단언하기는 어렵다고 생
각된다. 고지의무위반으로 인한 보험자의 면책에 관한 문제로서 “책임의 문제”로 보고 영
국법이 적용된다고 본 것일 수도 있기 때문이다.

이후에 동 판결을 인용한 대법원 판결들, 대법원 95다28779, 94다60332판결, 96다27773

9 실제로 소송실무에서 서울고등법원이 저촉법적 전부지정설을 취하고 있다는 근거로 종종 제시
된다.
10 당시 섭외사법 제33조는 아래와 같았다.
제 33조 (보험계약) ① 보험계약으로 인한 권리의무는 보험업자의 영업소소재지의 법에 의한다.
②보험증권의 기초로 하는 보험계약상 권리의 양도 또는 임질은 보험업자의 영업소소재지의 법에
의한다.
11 김진권: 전해동, 전계논문 125면,
판결. 2002다59528, 59535판결. 94다26221판결은 모두 협회기간약관에 의한 선박보험에 관한 판례들, 즉 영국법 준거조항이 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고 규정되어 있는 사안들에 관한 것이었고, 최근 외국적 요소가 있는 사안에서 영국법을 준거법으로 하는 약관이 있는 경우 약관규제법이 적용되지 아니한다고 판시한 2012다 118846(본소), 118853(반소) 역시 마찬가지로 선박보험계약이 문제된 사안이다.

오하라, 대법원 96다39707판결은 준거법약관에 “보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해 영국의 법률과 관습에만 의한다”고 규정되어 있는 해상적하보험약관에 관한 사안들, 즉 영국법를 준거법으로 하는 사항에 관한 사안들에 관한 사안들, 최근 외국적 요소가 있는 사안에서 영국법을 준거법으로 하는 약관이 있는 경우 약관규제법이 적용되지 아니한다고 판시한 2012다 118846(본소), 118853(반소) 역시 마찬가지로 선박보험계약이 문제된 사안이다.

대법원의 입장은 각각의 약관에서의 준거법지정 문구가 어떻게 규정되어 있는가에 따라 선박보험계약에서의 계약과 관련된 모든 문제에 대하여 영국법을 적용하고, 적하보험약관에서의 책임과 결제에 대한 사항에 대하여만 영국법을 적용한다는 것으로 보이며, 따라서 단지 저촉법적 지정설의 입장에 있을 뿐, 그중 전부지정설 또는 부분지정설의 어느 한 견해를 취하고 있다고는 생각되지 않는다.

대상판례 역시 관련 준거법 조항의 문언에 충실하게 “이 사건 보험계약에 따른 보험자인 피고의 책임에 관한 문제에는 당사자가 정한 바에 따라 영국의 법률 즉, 1906년 영국해상보험법과 관습이 적용된다”고 판시하고 있다.

사건으로는 준거법의 부분지정이 당사자의 합의에 의하여 가능함이 국제사법에 의하여 명시적으로 규정되어 있고, 위와 같이 “보험은 일체의 전보청구 및 결제에 관해서 영국의 법률과 관습에만 의한다”고 부분지정의 범위가 정해져 있는 이상, 문언해석으로 이 약관은 당사자들이 저촉법적 부분지정을 한 것으로 해석할 수 있을 뿐이고 국제사법 제7조나 제10조에 의하여 배제되는 경우 등을 제외하고는 이와 다른 합리적인 해석의 가능성은 없다고 생각된다. 물론, 이러한 지정의 결과 하나의 계약에 대하여 상이한 법률이 적용됨으로써 그 결과 모순이 발생하거나 논리적인 해석이 불가능해질 수 있다는 점에서 한계

---

가 있으나 13, 이러한 실제적용상의 한계는 위와 같은 준거법지정의 법적성질 또는 효과를 무엇으로 볼 것인가의 문제와는 직접적인 관계는 없다고 생각된다.

한편, 협회선박기간약관에 의한 선박보험에서와 같이 “이 보험은 영국의 법률과 관습에 따른다”고만 한 경우, 이러한 지정은 “저촉법적 전부 지정”의 의사를 표시한 것으로 생각되고, 우리 국제사법상 이러한 의사표시의 효력을 부정할 이유가 없으므로, 역시 국제사법 제7조에 의하여 배제되는 예외적인 경우는 있을 수는 있으나, 문언에 표시된 당사자의 의사 해석에 있어서는 다른 합리적인 해석의 가능성은 없다고 생각된다.

한편, 고지의무가 책임에 관한 사항인가에 관하여 대상판결은 “이 사건 보험계약에 있어 고지의무 위반을 이유로 한 계약 취소 등에 관하여는 보험자의 책임에 관한 사항”이라고 판시하고 있는데, 고지의무에 관한 사항이 책임에 관한 사항인가는, 고지의무를 이행하여 야 하는 시기는 계약성립 당시이기는 하나, 고지의무를 위반한 경우에는 보험계약의 효력이 무효가 되는 것이 아니라 보험계약은 유효하게 성립하되 보험자가 계약을 해지하고 보험금지급책임을 면할 수 있는 것에 불과한 경우(또는 영국 2015년 보험법에 따라 고의적이거나 무모한 고지의무위반의 경우에는 보험금지급책임을 면하되 그외의 고지의무위반의 경우에는 비례 보상하는 경우) 이 문제는 계약성립의 문제라기 보다는 책임에 관한 문제라고 보는 것이 옳다고 생각된다.

2. 책임보험계약의 준거법조항의 피해자에 대한 구속력

선택증돌사고와 관련된 사안에 대한 판결인, 서울남부지방법원 2013.5.30. 선고 2012가합 7046판결은 피고 선주와 선체보험자가와의 영국법준거조항에 의한 준거법합의는 원고 선주와 피고 선주의 피해자 사이에서는 영향을 미치지 아니한다고 판시한 바 있고, 대상판결 역시 운송인과 피고 보험자 사이의 준거법합의는 제3자에게 영향을 미치지 아니하므로 주위적 원고와 피고 사이에는 준거법합의가 영향을 미치지 아니한다고 판시하고 있다.

책임보험계약은 어디까지나 보험자와 피보험자간의 계약이므로, 계약당사자간의 합의된 준거법은 제3자인 피해자를 구속할 수는 없다는 위 판결들은 그러한 점이 없다고 본다.

계약당사자가 아닌 제3자가 계약에 따른 지위를 가질 수 있는 계약의 법리로서는 우리 민법상의 제3자를 위한 계약 또는 상법상의 타인을 위한 보험계약을 생각해 볼 수 있다.

민법상의 제3자를 위한 계약의 경우 민법 제539조에 의하여 제3자가 권리를 취득하게 할 수 있음은 분명하고, 판례는 권리취득이 아닌 제3자의 채무를 면제하게 하는 내용의

13 석광현, 상계논문 같은 면
제3자를 위한 계약도 가능한 것은 물론(대법원1980.9.24. 선고 78다709판결), 제3자에게 권리와 함께 의무를 부담시킬 수도 있으며 다만 제3자의 수익의 의사표시가 있어야 그러한 부담부 권리를 취득한다는 것이지만(대법원 1957.3.16. 선고 4289민상 536, 대법원 1965.11.9. 선고 65다1620판결). 책임보험계약의 준거법조항은 피해자인 제3자도 구속할 것을 목적으로 하여 작성되었다고는 별 근거는 생각하기 어렵고, 준거법 조항에 따라 지정된 준거법이 적용되는 결과 제3자에게 이익이 될지 불이익이 될지는 사안마다 다르다고 할 것이므로, 적어도 준거법조항은 "제3자에게 이익을 귀속시킨다는 의사가 표시된" 즉, "제3자를 위한" 계약조항에는 해당되지 않는다고 생각된다.14

한편, 타인을 위한 보험계약이란 보험계약자가 아닌 타인을 보험급책구권주로 정한 보험 계약으로서15, 그 성질에 대하여는 민법상의 제3자를 위한 계약으로 보는 견해, 민법상 제3자를 위한 특수한 계약으로 보는 견해, 상법상 특수한 계약으로 보는 견해가 있고,16 대법원은 이행보증보험계약이 문제된 사안에 관한 1992.11.27. 선고 92다20408판결과 2006.1.26. 선고 2002다74954판결에서 "타인을 위한 보험계약에 있어서 피해자는 직접 자기의 권리로서 보험자에 대한 보험금지급청구권을 취득하는 것"이라고 판시한 바 있는 데, 이러한 판시취지는 민법상의 제3자에 대한 계약으로도, 민법상의 제3자를 위한 특수한 계약으로도 이해할 수 있을 것이다.

타인을 위한 보험계약의 법적성질을 무엇으로 보는지에 따라 타인을 위한 보험계약에서 "피보험자는 직접 자기의 권리로서 보험자에 대한 보험금지급청구권을 취득" 하는 것, 즉 타인을 통해 책임보험계약의 피해자인 경우로 이해한다면 책임보험계약에 의한 피해자는 타인을 위한 보험계약에서의 타인에 대한 보험금지급청구권을 취득할 수 없을 것이다. 피해자는 책임보험계약의 피해자로서의 지위에서 보험금지급을 청구하는 것이 아니기 때문이다.

즉, 우리법상의 제3자를 위한 계약의 법리나 타인을 위한 보험계약의 법리 어디에서도 책임보험자와 그 피해자간의 준거법조항이 제3자인 피해자를 구속한다는 근거는 찾아 볼 수 없다고 생각된다.

3. 외국적 요소가 있는 사건에서의 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 준거법

가. 직접청구권의 법적성질

14 우리 민법상 제3자를 위한 계약에서의 제3자는 특정인이 아닌 불특정의 다수도 포함한다고 보고, 책임보험계약에 피해자의 직접청구권을 인정하는 약관이 있다면, 이러한 직접청구권과 관련된 부분에서는 제3자를 위한 계약의 법리에 속한다는 근거는 찾아 볼 수 있다고 생각된다.
15 주기종,"타인을 위한 보험계약에 관한 연구", 법학논집 제29집(2007.11.), 청주대학교, 74면
16 주기종, 상계논문, 76~78면
국제사법에 있어서 적용될 준거법을 결정함에 있어서는 먼저 법률관계의 성질이 결정되어야 하며, 다음으로 그 법률관계와 준거법 사이를 잇는 연결은 무엇에 의하여 정할 것인지 하는 점, 즉 연결점 내지 연결점 해당사실이 확정되어야 한다.\(^{17}\)

직접청구권의 법적 성질에 대하여는 손해배상청구권과 보험금청구권, 절충설등의 견해가 있다.\(^{18}\)

일본의 경우, 일본 자동차손해배상보험법상의 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 법적성격에 대하여 학설은 보험금청구권, 손해배상청구권, 법정권리설로 나누어지고, 이중 자동차손해배상보험법의 특별한 규정에 의하여 발생하는 권리라는 법정권리설이 통설이다.\(^{19}\)

상법 제724조 제2항의 책임보험에 있어서의 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 법적성질에 대하여 대법원은 1994. 5.27 선고 94다6819판결 이래 2005. 10.7 선고 2003다6774판결에 이르기까지 일반관계 상법 제724조 제2항에 의해 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적 성질은 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로서 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이고 피보험자의 보험자에 대한 보험금청구권의 변경 내지는 이에 준하는 권리가 아니라고 판시하여 오고 있다.

그런데, 위와 같이 피해자의 보험자에 대한 직접청구권의 성질을 피해자가 보험자에 대하여 가지는 손해배상청구권이라고 처음으로 판시한 위 대법원 94다6819판결의 경우, 대법원 1993.5.11 선고 92다2530판결(1989년을 보험기간으로 하여 체결한 자동차보험에 관한 사건으로 사고 역시 1989년에 발생하였으므로, 상법 제724조 제2항이 1991.12.31의 상법개정으로 시행되기 이전의 사건)\(^{20}\)이자, 이 92다2530판결은 원심이 자동차"보험약관 제16조에는 피보험자의 사망 등으로 피해자가 손해배상을 받을 수 없는 때에는 피해자가 직접 피고에게 보험금의 지급을 청구할 수 있도록 규정된 사실을 인정한 다음, 특별한 사정이 없는 한 피고는 위 여종◇의 손해배상채무를 병존적으로

---

\(^{17}\) 서울지방법원, 국제거래상사소송의 실무, 1997, 5면

\(^{18}\) 성승제, 책임보험에서 제3자의 직접청구권, 법학논총 제27집 제1호(2010.3),한양대학교, 303면;박세민, 책임보험상의 직접청구권을 둘러싼 법적 논점에 관한 고찰, 안양법학 27호(2008),무지개출판사, 506~509면.

\(^{19}\) 岳衛, 自動車損害賠償保障法における被害者の直接請求権と損害賠償請求権 (岳), 立命館法学2004年1호 (293호), 235~237면.

\(^{20}\) 당시 부칙 제2조 제1항은 "이 법 제4편의 규정은 이 법 시행전에 성립한 보험계약에도 이를 적용한다. 그러나, 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다" 고 규정하고 있었으나, 시행전에 이미 보험기간이 만료하고 보험사고가 발생하였으며, 약관에 의하여 직접청구권을 행사한 본 사안에는 신설된 상법 제724조 제2항이 적용될 수 없다고 생각되며,
인수한 보험자로서 이 사건 사고로 인하여 사망한 이 사건 피해자들 및 그 상속인들은 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다고 판단하고 피고에게 판시 손해배상금의 지급을 명령하였으나, 자동차보험의 약관에 의하여 피해자에게 인정되는 직접청구권의 법적성질을 보험금으로 보지 아니하고 보험자가 피보험자의 피해자에 대한 손해배상채무를 병존적으로 인수한 것으로 본 원심의 위 판단은 정당하다고 판시한 것으로서 법문상의 직접청구권의 성질에 대하여 판단한 것이 아니라 약관에 의하여 인정되는 청구권의 성질에 대하여 해석한 한 판결인데, 위 대법원 94다6819판결은 약관이 아닌 상법 제724조 제2항의 피해자의 직접청구권의 법적성질을 피해자의 보험자에 대한 손해배상청구권이라고 판시하면서도 단지 위 대법원 92다2530판결을 인용하고 있을 뿐, 그렇게 보는 근거를 별도로 제시하지는 않았다.


일본의 경우에는 일본최고재판소의 소화 39년 5월 12일의 판결에서 자동차손해배상보험에 의한 피해자의 보험회사에 대한 직접청구권은 손해배상청구권이라고 판시하고, 이

22 현재 일본 자동차손해배상보험법 제16조 제1항은 아래와 같다.

第三条の規定による保有者の損害賠償の責任が発生したときは、被害者は、政令で定めるところにより、保険会社に対し、保険金額の限度において、損害賠償額の支払をなすべきことを請求することができる。(第3조의 규정에 따라 보유자의 손해배상책임이 발생한 경우에는 피해자는 정부령에
또한, 2008년부터 시행된 개정 보험계약법 제115조 및 제117조에 의하여 의미적 책임보험에서의 피해자의 직접청구권의 법적성질은 가해자의 피해자에 대한 손해배상청구권과는 별도로 금전으로서 손해배상이 이루어지는 법적인 손해배상청구권이며 이러한 손해배상채무는 보험자와 보험계약자가 연대하여 부담하는 재무인명 명백하게 징ducted다고 한다

정한 바에 따라 보험회사에 대하여 보험금액의 한도에서 손해배상액의 지불을 하여야 할 것을 청구하는 것이 가능하다

23) 岳衛, 전계 논문, 237-241면
24) 김은경, 독일보험계약법상 책임보험에서 피해자 직접청구권의 변화, 법학논총 제32집 제2호, (2012.8.), 전남대학교 법학연구소, 452~453면, 동 논문에 게재된 제115조 및 제117조는 아래와 같다.

제115조 직접청구권
(1) 제3자는 보험자에 대하여 손해배상청구권을 다음의 각호의 경우에 주장할 수 있다.
1. 의무보험액에 따라 발생하는 보험계약체결의무가 있는 책임보험의 경우
2. 보험계약자의 재산에 대하여 파산절차가 개시되거나 파산재산의 부족으로 파산청구가 거절되거나 임시파산관계인이 임명된 경우
3. 보험계약자의 거주지가 불분명한 경우
보험관계에 따른 보험자의 급부의무는 법위 내에서, 그리고 급부의무가 존재하지 않는 경우라면 제117조 제1항에서 제4항의 범위 내에서 청구권은 존재한다. 보험자는 금전으로 손해배상청구를 이행하여야 한다. 보험자의 급부의무가 있는 보험계약자는 연대채무자로서 책임을 부담한다.
(2) 제1항에 의한 청구권은 배상의무있는 보험계약자에 대한 손해배상청구권과 같은 소멸시효의 적용을 받는다. 소멸시효기간은 배상의무 있는 보험계약자에 대한 손해배상청구기간에 소멸시효가 기산하는 시점과 같이 계산한다. 그러나 그 기간은 늦어도 손해사고 이후 10년이 지나면 종료한다. 제3자와의 청구권이 보험자에게 통지된 경우에는 소멸시효기간은 보험자의 결정이 청구권자에게 서면으로 도달된 시점까지 지정된다. 보험자에 대한 청구권의 소멸시효의 정지, 기한전행의 정지 및 새로운 개시는 배상의무 있는 보험계약자에게도 미치고 그 반대의 경우에도 동일하다.

제117조 제3자에 대한 급부의무
(1) 보험자가 배상의무 있는 보험계약자에게 급부의무를 지지 않거나 일부만 지는 경우에는 제115조에 의한 제3자와의 청구권은 계속 존속한다.
(2) 보험관계의 부존재 또는 종료를 초래할 사정은 제3자에 관하여는 보험자가 이 사정을 이에 관하여 권한이 있는 기관에 고지한 후 1월을 경과한 때에 비로소 제115조에 의한 제3자와의 직접청구권에 대하여 효력이 있다. 보험관계가 기간경과로 종료하는 경우도 마찬가지이다. 보험관계의 종료 전에는 기간은 진행되지 아니한다. 손해사고가 법규에 의하여 새로이 제결된 보험확정증에 관한 있는 기관에 도달된 시점 이전에 일어난 경우에는 제1문, 제2문에 언급된 사정은 제3자와의 청구권에 대하여도 대항할 수 있다. 본 항의 이러한 내용은 제1문에 의한 동지에 대한 수령에 대하여 권한 있는 기관이
사건으로서, 책임보험계약의 약관에 의하여 피해자가 보험자에게 직접 보험금을 청구할 수 있는 경우, 가령 위 대법원 93다3622판결에서와 같이 “피보험자가 피해자에게 지는 손해배상액이 판결에 의하여 확정되는 경우 등에는 피해자가 회사에 대하여 직접 보험금의 지급을 청구할 수 있다”라고 규정한 경우, 피해자가 청구하는 목적물은 종합물인 “보험금”이므로 보험자가 가해자(피보험자)의 손해배상채무를 인수하였다고 볼 만한 근거가 존재하는 경우에도, 보험자의 청구권은 “손해배상청구권”으로 볼 수 있다. 고용차보험계약도 이와 마찬가지로 보험자의 청구권이 “손해배상청구권”으로 볼 수 있고, 피해자의 청구는 보험자의 보험자의 보험자의 보험자의 보험자의 보험자의 보험계약의 당사자로서는 보험금청구권을 가지는 것이 정당화할 만한 근거가 특별히 없는 이상, 우리 법칙 제724조 제2항의 직접청구권은 이를 손해배상청구권이나 보험금청구권으로 파악하기 보다는 피해자 보호를 위하여 마련된 특별한 법정의 권리라고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

그런데, 현행 상법 제724조 제2항은 “제3자는 피보험자가 책임을 질 사고로 인한 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 청구할 수 있다.”고 규정하여 “손해”를 “보험금액 한도내”에서 청구할 수 있도록 하고, “손해배상액” 또는 “보험금”이 아닌 “보상”을 청구할 수 있다고 규정하여, 직접 청구하는 대상물의 성질이 무엇인지를 문언만으로는 해석판단하기 어렵다고 생각되고, 또한 관련 책임보험의 보험약관상 피해자가 보험자에게 직접 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하지 않은 경우에는, 보험자가 가해자(피보험자)의 손해배상채무를 인수하였다고 볼 만한 근거가 존재하지 않으므로 이와 같은 경우에는 손해배상청구권설은 타당하지 않다고 생각되며, 또한 보험계약의 당사자가 아니며 당해 보험계약상의 수익자로서 방대한 보험금의 확정이 직무의무와 경합할 경우에 민법 제839조 제1항에 의한 배상의무와 경합할 경우에 민법 제839조 제1항에 의한 배상의무는 보험자의 급부를 위한 요건이 존재한다고 하여 보험자에 대한 관계에서 배제되지 않는다는. 공무원이 민법 제839조에 의하여 개인적으로 책임을 져 경우에는 제1문은 적용하지 않는다.(하략)

정하여지지 않은 경우에는 적용하지 않는다.

(3) 제1항 및 제2항의 경우에는 보험자는 잃여한 최저보험금액 및 그가 인수한 위험의 범위내에서만 급부의무를 진다. 제3자가 다른 보험자 또는 사회보험자로부터 손해의 배상을 받은 경우에는 보험자는 면책된다.

(4) 제1항 또는 제2항에 의한 보험자의 급부의무가 과실에 의한 직무의무위반으로 인한 배상의무와 경합할 경우에 민법 제839조 제1항에 의한 배상의무는 보험자의 급부를 위한 요건이 존재한다고 하여 보험자에 대한 관계에서 배제되지 않는다는. 공무원이 민법 제839조에 의하여 개인적으로 책임을 져 경우에는 제1문은 적용하지 않는다. (하략)

25 가령 동부화재 개인용자동차보험 보험약관 제29조는 “피보험자가 법률상의 손해배상책임을 지는 사고가 생긴 경우, 손해배상청구권자는 보험회사에 직접 손해배상금을 청구할 수 있습니다.”라고 규정하고 있는데, 이러한 경우는 문언상 직접청구권은 “손해배상청구권”이라고 해석하여야 할 것이다.
나. 직접청구권에 관한 준거법

우리 대법원 판례에 의할 때 피해자의 직접청구권의 법적성질은 손해배상청구권이므로 이러한 직접청구권의 준거법은 선박보험계약의 준거법과는 별도로 피해자의 피보험자에 대한 손해배상청구권의 준거법과 동일하다고 보아야 하고, 따라서 만일 피해자의 피보험자에 대한 손해배상청구권의 준거법이 한국법인 경우 피해자의 직접청구권의 준거법은 선박보험의 준거법인 영국법과는 무관하게 한국법이 되어야 한다는 견해가 있다.

이에 반하여, 보험계약 당사자간의 영국법준거약관에 대한 합의가 제3자의 직접청구권에 게도 효력이 미치는지의 여부는 직접청구권의 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라지므로, 보험금청구권결에 의하면 보험관계의 준거법이 그대로 제3자의 직접청구권에도 적용되다고 하면서도, 손해배상청구권에 의하여 불법행위의 준거법이 적용되어야 한다는 주장에 대하여는, 첫째 보험자의 입장에서 보면 보험자와 직접 관계가 없는 제3자의 개입으로 보험자가 불리하게 되어서는 안되며, 둘째, 직접 청구권을 손해배상청구권이라고 보는 경우에도 불법행위의 준거법은 "책임보험의 보험사고가 발생했느냐의 문제" 즉 국제사법상 보험계약의 선결무제로 보아야 하고, 불법행위의 준거법에 따라 보험계약상 배상책임이 존재하느냐가 결정된 이래에 "제3자에게 직접청구권을 인정하여야 하는가의 문제"는 보험계약의 본문제로 보아 보험의 준거법, 즉 보험계약의 준거법에 의하여 할 것이라고 보아야 한다는 견해가 있다.

이와 달리, 피해자의 직접청구권은 책임보험계약과 불법행위로 인한 손해배상법의 절정에 있는 것이므로, 그 준거법은 직접청구권의 법적 성질에 따라 결정하기보다는 로마Ⅱ 규정 제18조("손해를 입은 사람은 계약의 채무의 준거법 또는 보험계약의 준거법이 인용하는 때에는 책임 있는 자의 보험자를 상대로 직접 청구할 수 있다")에서 인정되는 것과 같은 선택적 연결을 허용하는 취지의 견해도 있다.

또한, 영국법 준거조항의 유효성을 인정한다고 해도 그 적용범위는 준거관의 문언에 따라 형식적으로 해석해서는 안되고 합리적인 제한이 필요하므로, 우리 상법 보험편에 규정하고 있는 피해자의 직접청구권이나 고지의무위반과 보험사고 발생 사이에 인과관계를 요구하는 것 등은 국제사법 제7조에서 규정하고 있는 대한민국의 강행규정으로 보아야 할 것이며, 따라서 이러한 범위 내에서는 영국의 법률과 관습이 적용되어서는 아니 될 것이라는 견해, 더 나아가 우리 대법원의 영국법 준거약관의

26 최종현, 선박보험과 피해자의 직접청구권, 보험법률 제42호(2012년), 보험신보사, 39면.
27 박영준, 해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰, 중앙학보 제5집 제1호(2003.7),중앙법학회, 63~65면.
28 석광현, 국제사법해설, 박영사, 2013, 417면.
29 박세민, 해상보험에 있어서 영국법 준거조항의 유효성 인정문제와 그 적용범위에 대한 비판적
유효성인정은 도저히 그 타당성을 발견하기 어렵다 30는 이유로 영국법 준거조항은 적용되어서는 아니된다. 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 부인하는 외국법의 입장은 우리 공서양속이나 사회질서와는 상응할 수 없으므로 형사 직접청구권의 준거법이 외국법이고 당해 외국법상 충돌손해배상책임관악이 유효하다고 하더라도 피해자가 보험자에게 직접청구권을 행사할 수 있는 지의 여부에 관하여는 당해 외국법이 아니라 한국법을 적용하여 피해자의 직접청구권을 허용하여야 한다고 생각한다는 견해는 역시 근거조항은 다르지만 직접청구권에 대하여 외국법을 적용하는 것을 부인하는 입장으로 보인다.

외국적 요소가 있는 사건에서의 직접청구권의 준거법에 대하여는 아직까지 대법원의 판례가 없으나, 위의 서울남부지방법원 2012가합7046판결은 “우리 국제사법은 불법행위에 관한 준거법, 채권에 관한 준거법을 정하는 일반적인 원칙을 포함하여 준거법에 관한 각종 규정을 두고 있으나, 이 사건과 같이 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 주장하는 경우에 관한 규정은 존재하지 아니하므로 불법행위를 당한 피해가 보험계약에 기하여 보험자에게 직접청구권은 행사하는 경우 불법행위에 관한 준거법이 적용될 것인지 보험계약에 관한 준거법이 적용될 것인지가 이 사건의 준거법 결정에 있어서의 핵심이라고 설시함으로서, ① 보험자에 대하여 직접청구를 하는 것은 보험자가 보험계약을 체결하였다는 것에 그 직접적인 근거를 두고 있는 점, ② 직접청구권이 인정될 경우 그 내용(보상의 범위, 지급시기 등) 역시 보험계약에 따라 정해질 수밖에 없는 점, ③원고는 직접청구권의 법적 성질이 병존적으로 인수된 손해배상청구권이므로 채무인수에 관한 준거법 규정인 국제사법 제34조 제2항에 따라 대한민국법이 준거법이 되어야 한다고 주장하지만 이는 우리 상법에 따라 보험자에 대한 직접청구권이 인정되는 경우 그 직접청구권의 법적 성질이 손해배상청구권이라는 것이 불과하므로 준거법에 따라 직접청구권의 인정 여부 자체가 문제되는 사안에서는 근거로 삼기에 적절치 않는 점, ④우리 국제사법은 연결점이라는 개념을 중심으로 준거법을 정하고 있으나 그 외 별도로 당사자의 의사합치가 준거법에 있어서는 가장 중요한 요소로 작용하는 것을 허용하고 있다고 볼 수 있는데 불법행위에 따른 채권관계와 계약에 따른 채권관계가 중첩 내지 대립할 경우 돌 사이에서는 당사자의 의사합치가 사건에 존재하는 계약에 따른 채권관계가 그렇지 아니한 불법행위에 따른 채권관계보다는 중요한 의미를 지니고 있다고 볼 수 있는 점, ⑤특히 이 사건과 같이 불법행위에 따른 준거법 합의가 불법행위 이후에 이루어진 경우(국제사법 제33조에 따라 유효하다) 직접청구권에 관한 준거법결 불법행위에 따른 준거법을 따르게 될 경우 불법행위 당사자 사이의 사후협의로써 보험계약에서의 준거법 합의를 무력화시킬 수 있게 되는 점 등을 종합하여 피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 경우에는

고찰, 한국해법학회지 제33권 제1호(2011.4), 한국해법학회, 222면
30 서영화, 해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권, 한국해법학회지 제8권 제1호(2006.4), 한국해법학회, 68면.
31 최종현, 전계 논문, 38~39면
보험계약의 준거법에 의하는 것이 상당하다는 이유로 피해자의 직접청구권을 판단하는 보험계약의 준거법인 영국법으로 인정하였다.

대상판결도 ① 피해자가 보험자에 대하여 직접청구를 하는 것은 보험자가 보험계약을 체결하였다는 것에 그 직접적인 근거를 두고 있는 점,② 직접청구권이 인정될 경우 그 내용(보험의 범위,지급사기 등)역시 보험계약에 따라 정해질 수밖에 없는 점,③ 피보험자의 보험금지급청구권의 인정 여부는 보험계약의 준거법에 의하고,피해자의 직접청구권은 다른 준거법에 따르면 하나의 계약관계에서 파생되는 일정한 법률효과에 있어 준거법을 분리시키게 되어 보험계약 당사자의 의사에도 반할 뿐만 아니라 법해석에 있어 모든 및 충돌의 가능성이 있는 점,④ 우리 국제사법은 '연결점'이라는 개념을 중심으로 준거법을 정하고 그러한 연결점을 정하는 여러 기준을 제시하되 그와 별도로 당사자 사이에서 국제사법이 정한 준거법과 다른 준거법을 정하는 것의 효력을 인정하면서,당사자의 의사를 갖는가 준거법에 있어서 가장 중요한 요소로 작용하는 것을 허용하고 있는데,피해자의 직접청구권에 있어서 보험자와 피보험자 사이에 합의된 준거법과 다른 법을 적용하는 것은 피해자의 직접청구권이 보험자의 의무 범위와 직접되어 있는 점에 비추어 위와 같은 국제사법의 규정취지에도 부합하지 않는 점 등을 종합하여 보완,피해자가 보험자에 대하여 직접청구권을 행사하는 경우에는 '보험계약에 따른 준거법'에 의하는 것이 상당하다고 판시하고 있다.

사건으로서, 우리 상법 제724조 제2항의 직접청구권의 법적성질을 불법행위로 인한 손해배상청구권이라고 전제하더라도, 이 직접청구권은 가해자가 아닌 제3자인 보험자를 상대로 가해자와 제3자간의 계약관계에 관계되면서(즉, 보험계약에 따른 보험금액의 범위 이내에서만) 행사 가능한 권리이므로 가해자와 피해자간 불법행위의 준거법을 바로 직접청구권의 준거법으로 볼 수 있는 것인지는 의문이 있다고 생각한다. 보험자가 부담하는 손해배상의 범위가 불법행위로 인한 손해배상청구권의 범위와 일치하지 않으며, 보험자는 기존 불법행위법 이론상으로 손해배상의무를 부담하여야 하는 어떠한 지위(가령 사용자, 공동불법행위자, 공작물의 점유자 또는 소유자 등으로서의 지위)도 가지고 있지 않기 때문이다.

직접청구권의 법적성질을 보험금청구권이라고 파악하더라도, 보험계약의 당사자가 아닌 제3자인 피해자가 보험계약의 준거법에 종속되어야 하는 이유 또한 명백하지 않다고 생각된다. 그 법적성질의 여하를 놓아 제3자의 직접청구권의 발생원인은 근본적으로 가해자와 보험자간의 보험계약에 있어서 야고 가해자의 피해자에 대한 불법행위에서 발생하는 것이기 때문이다.

이상과 같이 직접청구권의 법적성질을 손해배상청구권으로 보든, 보험금청구권으로 보든 그 법적성질에 따라서 바로 불법행위에 관한 준거법이나 보험계약에 관한 준거법이 결정된다고 결론을 내리는 데에는 문제가 있다고 생각된다.
상법 제724조 제2항의 직접청구권을 특수한 법정채권이라고 파악하는 경우에도, 이러한 종류의 법정채권에 대하여는 우리 국제사법상 준비된 조항도 없고, 일반적인 법정채권인 불법행위나 부당이득에 기인한 청구권과는 달리 이와 같이 특수한 종류의 법정채권에 대하여는 국제적으로 어느 정도 통일적인 요건과 효과에 대한 인식이 있다고 볼 수도 없어서 법률관계의 성질에 따라 주권법을 결정하도록 준비되어 있는 국제사법의 조항중의 어느 것 하나를 적용하는 것은 부적합하다고 생각된다(위 서울남부지방법원의 판결에서 직접청구권이 손해배상청구권의 성질을 가진다고 하더라도 이것은 우리 상법이 준비한 경우에나 그렇다는 취지로 판시한 것도 이러한 점을 고려한 것으로 생각된다).

이러한 점에서 위 서울남부지방법원과 대상판결이 직접청구권의 법적성질을 기준으로 하지 않고, 분쟁과의 실질적 관련성과 연결점을 기초로 주권법을 판단한 것은 적절한 판단이었다고 생각된다. 다만, 계약의 객관적 연결에 관한 제26조 제1항을 유추적용한 것인지 혹은 국제사법 제8조 제1항에 따라 직접청구권과 관련하여서는 영국법만이 실질적으로 밀접한 관계에 있는 법으로 본 것인지에 관한 판시가 없는 점은 아쉬운 면이 있다. 대상판결의 사안과 같이 직접청구권을 주장하는 법인은 사우디 아라비아 법인이고, 사고는 태국에서 사우디까지의 해상운송과정에서 발생하였으며, 직접청구권과 관계된 보험계약은 영국법을 준거법으로 하여 체결된 경우에는, 설사 일반 불법행위의 증거법을 준거법으로 볼 수 있는 경우라고 하더라도 결국은 직접청구권 분쟁과 밀접한 또는 대부분의 관련이 있는 증거법은 보험계약의 증거법이 명백한 경우로서 국제사법 제8조 제1항에 의하여 영국법을 적용할 수도 있을 것으로 생각된다.

① 영국법상 직접청구권의 발생요건으로서의 부도는 사실상 부도를 포함하는지

대상판결은 피보험자가 “사실상 파산”한 경우에도 영국법상 직접청구권이 인정될 수 있는지에 관하여, “영국에서는 제3자 권리법 제1조의 입법 취지,규정의 방식 등을 고려할 때 위 규정에서 직접청구권을 허용하고 있는 경우를 ‘제한적,열거적’인 것으로 해석하고 있고,이와 유사한 것으로 보이는 경우까지도 위 법의 적용 범위에 포함된다고는 볼 수 없다는 해석 태도를 취하고 있다(영국법의 위와 같은 법적어와 우리나라의 법적관 기준을 비롯한 일반적인 법적어 기준을 외할 수 있는 의하더라도 타당한 것으로 볼 수 있다.)”고 판시하고, 사실상 파산한 경우에는 피보험자의 직접청구권이 발생하지 않는다고 결론을 내렸다. 위의 서울지방법원 남부지방법원 판결사안에서는 피고 선주가 “폐업”한 경우에 직접청구권이 인정되는지에 대하여 판시하였는데, 대상판결과 동일한 이유로 영국의 제3자권리법상 직접청구권은 인정되지 않는다는 결론을 내렸다.

영국의 1930년 제3자의 보험자에 대한 권리법은 스코틀랜드에도 몇 가지 유보사항과 함께 적용되는데, 스코틀랜드에서의 동법 개정을 위한 법률위원회 회의록에서는 위
문제와 관련하여, 법에 규정된 도산상황중의 하나의 발생전에 피보험자가 재정적인
곤란에 있는 경우에 제3자가 동법상의 권리를 취득한다고 보는 것은 불확실성을 낳고
도산에 관한 법률을 훼손하고, 열거된 사건중의 하나 이상의 사건이 발생하는 것을
조건으로 제3자의 권리가 발생한다는 것이 위원들의 의결임을 명시하고 있고32, 1930년
법보다 매우 구체적으로 제3자에게 권리가 이전되는 도산의 경우를 규정한 2010년
제3자의 보험자에 대한 권리법의 제4조 내지 제6조33에 관하여 2015년 보험법
제19조는 Secretary of State가 위 제4조에서 제6조에 규정된 relevant person이 되는
범위를 일정한 범위에서 조정이 가능하도록 규정하면서 2010년 제3자의 보험자에
대한 권리법상에는 열거되어 있지 않은 부도나 재정적인 곤란이 예상되는 경우를
조정을 할 수 있는 경우로 예시하고 있는 것34으로 볼 때, 영국에서의 일반적인 견해는
대상판결이 판시한 것과 같이 즉, 열겨된 사유에 한정하여서 제3자의 보험자에 대한
권리가 발생한다는 것으로 생각된다.

영국법을 준거법으로 전제하는 이상, 법정지에서의 영국법의 해석 역시 당해 국가인
영국에서 실제로 해석되고 적용되는 대로 해석하여야 한다는 입장에서 볼 때

32 Aden DBE외 4, Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930, A Joint discussion Paper,
33 동 법은 보험계약에 따른 relevant person의 책임보험자에 대한 권리가 제3자에게 이전된다고
규정하면서 언제 피보험자가 relevant person이 되는지를 제4조 내지 제6조에서 규정하면서 개
인과 망인, 법인등에 어떤 도산절차가 발생하는 경우에 relevant person이 되는지 규정하고 있
다.
34 19 Power to change the meaning of “relevant person”
(1) The Secretary of State may by regulations make provision adding or removing circumstances
in which a person is a “relevant person” for the purposes of this Act, subject to subsection (2).
(2) Regulations under this section may add circumstances only if, in the Secretary of State’s
opinion, the additional circumstances—
(a) involve actual or anticipated dissolution of a body corporate or an unincorporated body,
(b) involve actual or anticipated insolvency or other financial difficulties for an individual, a body
corporate or an unincorporated body, or
(c) are similar to circumstances for the time being described in sections 4 to 7.
(3) Regulations under this section may make provision about—
(a) the persons to whom, and the extent to which, rights are transferred under section 1 in the
circumstances added or removed by the regulations (the “affected circumstances”),
(b) the re-transfer of rights transferred under section 1 where the affected circumstances change,
and
(c) the effect of a transfer of rights under section 1 on the liability of the insured in the affected
circumstances. (이하 조항 하략)
대상판결의 위와 같은 판시는 적절하다고 생각된다.

대상판결의 사안에서 원고들은 제3자의 직접청구권에 관한 상법 제724조 제2항은 국제사법 제7조에서 규정하는 준거법에 관계없이 적용되어야 하는 강행규정에 해당한다고 주장하였으나, 대상판결에서는 이에 관하여는 따로 판시하지 않았다.

국제사법 제7조의 "대한민국의 강행규정"은 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없다는 의미의 이른바 "단순한 강행법규"가 아니라, 당사자의 합의에 의해 그 적용을 배제할 수 없으며 또한 이에 추가하여 준거법이 외국법이더라도 그 적용이 배제되지 않는 이른바 "국제적 강행법규를 말한다는 것이 동 조의 입법취지이다. 35

서울고등법원 2010.2.11. 선고 2009나31323판결은 약관의 규제에 관한 법률은 국제적강행규정이 아니며 독점규제및공정거래에관한법률은 국제적강행규정이라고 판시한 바가 있고(대법원2010.5.27. 선고 2010다28185판결로 확정, 독점규제및공정거래에관한법률의 국제적강행규정성은 서울고등법원 2015.2.5. 선고 2013나로6955판결에서도 재확인), 대법원 2015.3.20. 선고 2012다118846,2012다118853(반소)판결은 약관규제법은 국제사법 제7조의 국제적강행규정이 아니라고 판시한 원심을 확정한 바가 있다.

위 서울고등법원 2013나2006955판결은 공정거래법이 국제적강행규정인 이유로 그 입법목적(즉, 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당한 경쟁행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하는 것)을 들고 있다.

상법 제724조 제2항의 제3자의 직접청구권규정에 대하여는 이를 국제사법 제7조가 적용되어야 하는 강행규정으로 보아야 한다는 학설 36도 있으나, 국제사법 제7조는

35 법무부, 국제사법해설, 2001, 38~39면
36 박영준, 주22의 논문, 66면, 김인현,해상법, 제4판(2015), 법문사, 500~502면에서도, 우리나라가 법정지인 경우에는 국제사법 제7조에 따라서 우리 법이 적용되어 피해자에게 외국 P&I에 대한 직접청구권이 인정되는 경우도 있을 것이라고 하여 유사한 입장이지만, 인수하는 보험의 성격이 책임보험이라기 보다는 보상보험으로 생각되고 준거법이 한국법인 한국 P&I의 선주책임보험보험에 있어서는 책임보험에의 가입이 국내적으로나 국제적으로 강제되어 있는 선원법 제98조, 유류 오염손해배상보험법 제14조, 아테네 협약에 대한 2002년 개정의정서 제5조의 경우등의 경우에만 제한적으로 직접청구권을 인정하자는 점에서 차이가 있다.
국제사법 제10조의 "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반"할 경우보다 한층 더 강한 정도로 공익 또는 공공질서를 보호하려는 취지의 법조항에 관한 것이므로, 상법 제272조 제2항의 직접청구권은 피해자보호라는 공익과 일부 관계는 있다고 하더라도 상법 또는 상법중 책임보험에 관한 규정들이 이러한 정도로 강한 공익 또는 공공질서를 위한 입법목적으로 규정된 것이라고 보기는 어렵다는 점에서 상법 제272조 제2항이 국제사법 제7조가 적용될 수 있는 국제적강행규정의 성격을 가진 조항이라고 보기는 어렵다고 생각된다.

한편, 위 대법원 2012다118846,2012다118853(반소)판결은 외국법을 준거법으로 하여 체결된 모든 계약에 관하여 당연히 약관규제법을 적용할 수는 없다고 판시하면서, 영국법 준거약관을 사용하고 있고, 그것이 대한민국의 공익이나 공서양속에 반한다면 피고의 이익을 부당하게 침해하는 것이라고 볼 수 없으므로"라고 판시하면서, 약관규제법이 적용됨을 전제로 하여 원심에서 설명의무위반이 있던지에 대한 판단을 누락하였다는 상고이유를 배척하였다. 즉, 영국법이 적용됨으로 인하여 보험자가 설명의무를 면하는 것은 공익이나 공서양속을 위반하거나 피고의 이익을 부당하게 침해한 것이 아니라고 해석할 수 있다. 그렇다면, 법원은 피해자의 직접 청구권이 외국법이 준거법으로 지정되어 배제되는 것 역시 국제사법 제7조의 국제적강행규정을 침해하는 것이 아닌 것은 물론 국제사법 제10조의 사회질서 위반도 아니라고 판시할 것을 예상할 수도 있다고 생각된다.

III. 선하증권의 소지인과 운송인 사이의 법률관계의 준거법

이 사건 선하증권의 이면약관 제3조 및 제4조:

제3조 (선적항부터 양하항까지 운송책임)
이 계약에는 선적지국에서 입법화된 헤이그-비스비 규칙(아래에서 보는 브뤼셀에서 1924.8.25.성립된 선하증권에 대한 규정의 통일에 관한 국제협약에 포함된 헤이그 규칙중 일부를 개정한 것이다)(선적지국에서 입법화된 법률이 없는 경우에는 도착지국에서 입법화된 헤이그-비스비 규칙)이 적용된다. 선적지국이나 도착지국에서 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 법률이 없는 때에는 선적지국에서 입법화된 헤이그 규칙(선적지국에서 입법화된 법률이 없는 경우에는 도착지국에서 입법화된 헤이그 규칙)이 강행적으로 적용되는 경우를 제외하고 이 계약에는 헤이그-비스비 규칙이 적용된다.

제4조 (준거법과 관할)
이 사건 선하증권으로부터 발생하거나 이와 관련된 분쟁에 관하여는 운송인의 주된 영업소가 소재한 국가의 법에 따르고 그 국가의 법원이 전속적 관할을 보유한다.
가. 지상약관(또는 책임에 관한 별도 준거법조항)과 일반 준거법 조항이 있는 경우에 대한 학설

이 문제와 관련하여지는 지상약관에 의하여 헤이그비스비규칙이 직접 적용되는 경우에는 실질법적 지정으로 볼 수 있고, 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하는 경우 그것이 당해 국가법의 적용요건을 구비한 때에는 저촉법적 부분지정으로 보며, 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하더라도 그것이 당해 국가법의 적용요건을 구비하지 못한 때에는 실질법적 지정이라고 보는 견해가 있다. 

헤이그비스비규칙이 직접 적용되는 경우에는 실질법적 지정으로 보아야 하는 이유에 대하여는 우리 국제사법상 저촉법적 지정의 경우는 어느 국가의 법만이 준거법이 될 수 있다는 점에 대하여 논란이 있지만 우리 국제사법의 해석으로는 특정국가의 법만이 준거법이 될 수 있기 때문이라고 한다. 일본의 경우에도, 비국가법은 준거법으로서의 적격성을 갖춘 것으로 보아도 국가법을 준거법으로 지정하는 경우 실질법적지정으로서의 효력을 불과하다고 보는 것이 통설이라고 한다.

나. 관련된 판례

부산고등법원 2014.5.22 선고 2012나10751판결은 `한국의 계약에 대하여 반드시 한국의 준거법만을 지정하여야 한다고 해석할 이유가 없고, 국제사법 제25조가 정하는 바와 같이 준거법의 지정에서 가장 중요한 것은 당사자 자치에 따른 당사자의 의사이므로, 당사자가 준거법을 분할하는 것으로 함의하였다면 이러한 당사자의 의사는 존중되어야 할 것이며, 일반적 준거법 조항에도 불구하고 운송인의 책임재해에 관하여 특정 국가의 법으로 정하도록 하였다면, 동일한 선사증권에 위

---

37 석광현, 해사국제사법의 몇 가지 문제점-준거법을 중심으로, 한국해법학회지 제31권 제2호, 2009, 한국해법학회, 101~103면
38 최성수,해상운송계약에서 준거법의 결정, 아주법학 9권 제1호(2015),아주대학교 법학연구소, 140~141면
39 최성수 장세 논문 127면, 석광현 주 28의 논문 102면
40 中野俊一郞,非國家法の準据法 通習: 結合私法的側面からみた Lex Mercatoria, 시장화학의 범등태학 연구센터, 디스커션페이퍼 04/6J, 2004, 고베대학교 대학원, 3면
약관이 일반적 준거법의 강행규정에 반할 수 없다고 기재되어 있는 등 특별한 사정이 없는 한, 당사자의 의사는 운송인의 책임제한에 관하여는 그 특정 국가의 법을 준거법으로 하여 우선 적용하고자 하는 것이라고 볼이 타당하다.”고 판시하면서 아울러 “선하증권상의 일반적 준거법 조항과의 관계에서 지상약관의 법적 의미를 어떻게 볼 것인지, 즉 실질법적 지정으로 볼 것인지 저촉법적 지정으로 볼 것인지를 문제된다. 실질법적 지정으로 본다면, 일반적 준거법의 강행규정에 위반할 수 없어서 준거법의 분할이 발생하지 아니하되나, 저촉법적 지정으로 본다면, 운송인의 책임제한 부분에 대하여는 당해 약관이 정하는 준거법이 일반적 준거법에 우선하여 적용되므로 준거법의 분할이 발생하지 아니할 뿐만 아니라, 당사자의 의사는 운송인의 책임제한에 관하여는 그 특정 국가의 법을 준거법으로 하여 우선적용하고자 하는 것이 타당하다.”고 판시한바가 같다.41. 즉, 이 판결은 지상약관에 의한 준거법지정을 저촉법적 부분지정으로 본 것으로 생각되나, 본사안에서 미국해상물건운송법은 당해 국가법의 적용요건까지 구비하고 있는 것으로 보이므로 위에서 살펴 본 두 학설중의 어느 것과 같은 견해를 취하고 있다고는 볼 수 없다고 생각된다.

그러나, 대상판결은 “선하증권의 이면약관 제3조는 위 운송계약에 해이그-비스비 규칙의 적용을 관하여 규정하고 있는 반면 제4조는 준거법을 운송인의 주된 영업소가 소재한 국가의 법에 따른다고 규정하고 있는 점, 위 해이그 규칙 또는 해이그-비스비 규칙을 국제사법에서 정의하는 준거법으로서의 외국법에 해당한다고 볼 수도 없는 점 등에 비추어 볼 때에 제3조 에서 해이그-비스비 규칙이 적용될 수 있다고 규정하고 있는 것은 준거법을 지정한 것이 아니라 당해 규칙을 선하증권의 내용으로 편입하기로 한 것으로 볼이 타당하다. 이 사건의 경우 선적지국인 태국이나 도착지국인 사우디아라비아가 해이그 규칙 및 해이그-비스비 규칙을 입법화하였다는 자료를 찾아볼 수 없으므로 약관 제3조에 따라 운송인의 책임과 의무 및 그 제한에 관하여는 선하증권에 편입된 해이그-비스비 규칙이 적용되고, 그 외 귀칙에서 정하고 있지 아니한 사항에 관하여는 운송인의 피고의 본점이 소재한 대한민국의 법률이 적용된다고 보아야 한다고 판시하여, 해이그비스비
규칙이 직접 적용되는 경우에는 실질법적 지정을 한 것으로 보고 있다.

위에 든 2014년의 부산고등법원의 판결과 대상판결의 판시취지를 종합하면, 서울고등법원과 부산고등법원의 견해는 아래와 같이 요약할 수 있다.

1) 지상약관에 의하여 헤이그비스비규칙이 직접 적용되는 경우에는 이는 실질법적 지정이다.
2) 지상약관에 의하여 특정 국가의 법이 준거법으로 적용되는 경우에는 저촉법적 부분지정이다.
3) 지상약관에 의하여 지정되지 아니하는 사항에 대하여는 선하증권상의 일반 준거법조항에 따른 준거법이 적용된다.

서울중앙지방법원의 2015.4.20. 선고 2013책 3사건 결정에서의 선하증권은 제25조에서 “이 선하증권과 관련하여 발생하는 분쟁은 이 선하증권에서 달리 규정되어 있지 않는 한 대한민국법이 베타적으로 적용된다”, 제2조의 지상약관에서 “...헤이그규칙을 입법화한 선적국의 법이 이 계약에 적용된다. 선적국에 그러한 법령이 시행되고 있지 아니한 경우에는 목적지국의 그러한 법률이 적용되나, 만일 그러한 법령이 강행적으로 적용되지 아니하는 경우에는 상기 조약이 적용된다. ...헤이그비스비규칙이 강행적으로 적용되는 거래에는 그 규칙을 입법화한 법률의 규정이 이 선하증권에 편입된 것으로 간주된다”고 규정하고 있었는데, 재판부는 “이와 같이 선하증권 상에 별도로 준거법조항을 두고 더 나아가 지상약관을 별도로 규정하고 있는 경우, 그러한 지상약관은 헤이그 규칙 또는 헤이그-비스비 규칙에 의하여 면책약관을 제한하고 있는 나라에서 발생된 선하증권과 관련된 소송이 위 규칙을 채택하고 있지 않은 나라의 법원에 제기되었을 경우에 운송인이 임의의 면책약관을 원용할 수 없도록 함으로써 위 규칙들의 실효성을 확보하려는 것으로 있다고 할 것이다. 이러한 경우 계약의 성립, 방식 및 효력 등 일반적인 문제에 대해서는 준거법조항에 기재된 법규를, 다음으로 운송인의 책임이나 의무의 제한에 대해서는 지상약관에 기재된 법규를 적용하는 것으로 각각 적용 법규를 분할하여 지정한 것으로 보아야 할 것이다”라고 판시하고 있는데 일건 저촉법적 지정설을 취하고 있는 것으로 보이지만, 분명하지만은 없다고 생각된다.

다. 사건
사건으로, 지상약관에 의하여 헤이그비스비규칙 또는 헤이그 규칙이 책임에 관한 사항에 바로 적용된다면, 동 규칙은 적어도 우리 국제사법이 상정하는 “법”이 아니므로, 이러한 규칙을 준거법으로 지정한 것은 실질법적 지정에 속한다고 생각된다. 헤이그비스비규칙들을 입법화한 국가의 법이 준거법으로 지정된 경우에 당해 국가의 법의 적용요건을 갖추지 못한 경우, 가령 미국해상화물운송법의 지상약관에 의하여 준거법으로 지정되어 있음은 명백하지만, 해당 분쟁이
미국해상화물운송법이 적용되는 구간인 선적시부터 하역시까지의 구간을 벗어난 구간에서의 문제인 경우, 가령 하역 이후에 수하인에게 화물이 인도될 때까지의 사이에 발생한 화물의 멸실이나 손상된 경우에는 미국해상화물운송법을 준거법으로 지정한 것은 어떤 법적효과를 발생할 수 있을지는 간단한 문제가 아니라고 생각된다. 이러한 경우에도 당해 분쟁에 대하여 미국해상화물운송법은 여전히 준거법으로 적용되어야 한다는 것이 당사자의 의사로 추정되는 경우라면(가령, 책임제한액수에 관한 미국해상화물운송법의 규정을 적용하는 등의 의사가 추정되는 경우)는 실질법적 지정 42으로 볼 수 있을 것으로도 생각되지만, 이러한 당사자의 의사가 추정되지 않는 경우라면 이러한 분쟁은 지상약관에 따라 지정된 준거법이 적용되지 않는다고 생각된다.

IV. 대상판결의 해상법 관련 쟁점

1. 운송인의 제소기간 연장합의와 책임보험자의 제소기간 연장합의

대상판결은 원고들과 운송인간에 제소기간연장합의가 있었고, 이러한 제소기간 연장에 관한 통지가 피고 책임보험자에게도 전달되었으나 피고 책임보험자는 이에 대하여 이의를 제기한 바가 없고, 소가 제기된 2009.10.20.까지 자료를 제공하거나, 자료 제공이 지연되는 합당한 이유를 설명하지 않으면 보험금지급절차를 중결할 것이라는 취지의 통지를 원고들과 운송인 및 검정인에게 한 사실을 인정하고 이러한 인정사실에 근거하여 피고 책임보험자도 제소기간 연장에 묵시적으로 동의하였다고 한다.

본 사안에서 화주가 운송인과의 사이에서가 아닌 운송인의 책임보험자와의 사이에서도 별도로 제소기간연장합의를 했어야 하였다는 점이 피고 책임보험자에 의하여 주장되었음이 판결문에 나타나지만, 과연 책임보험자와의 사이에서도 제소기간연장합의를 하였어야 한다는 것이 법원의 입장인지 또는 책임보험자와의 제소기간연장합의가 정점이 된 원인이 무엇인지는 판시내용만으로는 분명하지 않다.

사건으로, 책임보험자는 피보험자의 법률상 배상책임을 보상하는 것이므로, 피해자에 대하여 피보험자가 제기할 수 있는 항변의 범위에서 대항할 수 있을 뿐이어서, 피보험자가 제소기간연장합의를 통하여 제소기간도과의 항변을 할 수 없다면, 책임보험자 역시 제소기간도과의 항변을 할 수 없다고 생각된다. 다만, 책임보험자로서는 피보험자의 보험계약상의 의무위반, 가령 사고발생통지의무나 손실경감의무등의 위반등으로 인하여 피보험자와의 사이에서 보험계약에 따른

42 석광현, 위 주 29의 논문 기재부분도 이러한 취지로 생각된다.
보험금지급책임이 없음을 주장할 수 있고, 이에 근거하여 피해자의 청구를 부인할 수는 있다고 생각될 뿐이다.

2. 선하증권의 운송인 기재와 운송인의 결정


사건으로, 대법원이 1997.6.27.선고 95다7215판결에서도 판시한 바와 같이 상법 제48조에 의하여 상행위의 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 않아도 그 행위는 본인에 대하여 효력이 있고, 선하증권은 운송인 본인이 발행할 수 있는 것이 아니고 대리인을 통하여도 발행할 수 있다(상법 제852조 제3항). 또한, 선하증권에 기재된 사항에 대하여는 추정적 효력이 인정될 뿐이고 다만 선하증권을 선의로 취득한 소지인에 대하여 운송인은 선하증권에 기재된 바에 따라 책임을 부담할 뿐이다(상법 제854조).

따라서, “브라이트해운, 이 사건 선박의 선장을 대리함”이라는 선하증권 발행인란의 기재사항은 브라이트해운이 운송인이 아니라는 근거로서는 작용할 수 없다고 생각되며, 대상판결이 사실관계에 비추어 브라이트해운이 운송을 인수하였다고 판단하고 운송인으로 인정한 것은 적절한 판단이었다고 생각된다.

실무상으로는 화주로부터 운임을 받았다면 운송인으로서 운송을 인수한 것으로 판단하고 있으며, 실제 어려운 문제는 운임을 받은 것인지 아니면 수수료와 함께 운송인에게 전달할 운임을 전달자로서 지급받은 것인지가 불명확한 경우에 이를 구별하는 것이다. 가령 운송인이 아닌 운송주선인이라고 주장하는 자가 본인이 받은 운임은 단지 운송인에게 전달할 목적으로 잠시 수령한 것 뿐이며, 본인은 단지 주선수수료만을 대가로 받은 것으로서 운임을 받거나 운송을 인수한 바는 없다고 주장하는 경우에는 운임을 수령한다는 사실만으로는 수령자가 운송인이지 여부를 판별하기에 어려움이 따른다. 이러한 경우 법원은 운임의
지급형태, 즉, 화주로부터 해상운송인에게 지급한 액수와 실제해상운송인에게 해상운임명목으로 받은 금전의 차이여부(서울중앙지방법원 2012가단129622판결, 부산고등법원 2012나50520판결, 서울고등법원 2005나2365판결) 등 다양한 요소를 고려하여 판단하고 있다.

3. 갑판적 운송합의에 관련된 문제

선하증권 기재:

```
SAY: EIGHT NINE (89) PACKAGES ONLY
(of which ____ on deck at shipper's risk--)
```

보험계약의 요지:
피보험자: 브라이트해운
운송선박: 이 사건 선박
선적항: 태국 람차방항
하역항: 사우디아라비아 주베일항
적용약관 및 주요보험조건: Shipowner’s Liability Clause(On Deck)
보험금액: 미화 1,200,000달러
부보 위험 및 보상내용: 선창내 적재조건으로 선하증권이 발행되었음에도 불구하고 갑판상 적재됨으로서 화물에 손상이 발생하고 그로 인해 피보험자인 선주가 화물소유자에게 손해배상책임을 이행한 경우, 보험자는 선주가 지불한 손해배상금액에서 적하의 송장금액에 10%를 가산한 금액에 대한 보험금액의 비율로 선주에게 보상한다.

대상판결의 사안에서는 위와 같은 선하증권의 기재가 있었는데, 대상판결은 위의 “SAY: EIGHTY NINE(89) PACKAGES ONLY”는 화물내역란에 숫자로 기재한 “89PKGS”를 명확하게 재확인하기 위한 기재로 보인다는 점과 이 사건 보험계약은 선창적선하증권으로 운송되는 갑판적화물로 인한 선주의 책임만을 부보위험으로 특정하여 담보하는 보험인데, 브라이트해운이 갑판적 선하증권을 발행하고도 위와 같은 성격의 보험에 가입하였다는 것은 납득하기 어렵다는 점, 이 사건 사고 이후 교체된 화물에 관하여 발행된 선하증권에는 전면 및 후면에 갑판적 선하증권이 명백하게 기재되어 있었으며 이 사건 보험계약과 같은 보험에는 가입하지 않았던 점 등을 근거로 이 사건 선하증권은 갑판적 선하증권이 아니라고 판시하였다.

과거 서울중앙지방법원 2012.1.11.선고 2011나 16508판결에서는 선주가 발행한 선하증권에는 SHIPPER’S SEALED/RISK ON DECK”, “SAID TO CONTAIN SHIPPER’S WEIGHT AND MEASUREMENT라는 기재가 있었고(다만, SURRENDERED표시가
있었으므로 법적인 의미에서의 유가증권인 선하증권이라고 보기는 어렵다고 생각된다. 하우스선하증권의 표면에는 아무런 기재가 없으나 이면약관에 ‘운송인의 선택에 따라 갑판적 운송을 할 수 있다’는 취지의 갑판적 선택 약관이 포함되어 있었던 사안에 대하여, 갑판적 합의가 있었다고 볼 수 없다고 판시하였고, 그 이전에 서울서부지방법원은 2007.12.21. 선고 2006가합8979 판결에서 선하증권 표면에는 갑판적에 관한 기재가 없었으나, 이면의 갑판적에 관한 조항에서 (1) 운송인은 컨테이너 화물을 선장 이외에 갑판 위에 선적할 권리가 있다. (2) 화물이 갑판 위에 선적되어 운송될 때, 운송인은 선하증권 표면에 이를 기록, 표시 내지 날인할 필요가 없다.”는 규정이 있었던 사안에 대하여도 표면에 갑판적에 대한 규정이 없고 송하인에게 갑판적 자유약관에 대하여 설명하지 않았다는 이유로 갑판적합의는 없다고 판시한 바 있으며, 대법원 2004.5.4. 선고 2003나48176 판결 역시 “갑판적 합의가 있는 경우 이는 운송인의 책임이나 해상적해외보험부보와 관련된 중요한 사항이므로 선하증권 상에 갑판적합을 표시하여야 하는데 이 사건에 있어서 원고가 교부받은 선하증권 앞면 사본에는 이러한 내용이 기재되지 않은 사실을 인정할 수 있을 뿐이다”라는 이유로 갑판적합의의 존재를 부인하였는데, 이와 동일한 취지의 판결로 생각된다.

우리 상법 제799조 제2항에는 “선하증권이나 그 밖에 운송계약을 증명하는 문서의 표면에 갑판적(甲板積)으로 운송할 취지를 기재하여야”라고 규정하여 선하증권의 표면에 갑판적으로 운송한다는 취지가 명시되어야 한다고 규정하고 있으나, 대상판결에서 선하증권의 소지인과 운송인의 준거법으로 판단한 헤이그비스비규칙상으로는 선하증권의 “표면에 갑판적 운송의 취지를 규정하여야 한다고는 규정되어 있지 않다 43. 다만, 영미법계에서도 단순히 갑판적으로 화물을 운송할 수 있다는 것은 운송계약에서의 그러한 취지의 기재가 있는 것으로는 충분치 않고 선하증권의 표면에 기재되어 있어야 하는 것으로 보는 듯 하다.44

한편, 대상판결과 위의 서울서부지방법원 2006가합8979판결, 서울중앙지방법원 2011나16508판결과 대법원 2004다27082판결은 갑판적합의 없이 화물을 갑판적으로 운송하다가 사고가 발생한 점 등을 기초로 “운송인(피고) 자신의

---

43 헤이그 비스비 규칙 Article I (c) “‘Goods... cargo which by the contract of carriage is sated as being carried on deck and is so carried’”
고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위에 해당하여 포장당책임제한을 할 수 없다고 판시한 점에서 공통점이 있다. 위 내 사건의 사안에서 화물은 컨테이너 화물이 아니었으나(서울서부지방법원 사건의 경우 플랙 컨테이너화물이었으나 일반적인 컨테이너화물과는 다르다), 컨테이너선의 경우에는 컨테이너화물을 갑판적합의여부 갑판적하여 포장당책임제한을 할 수 없다고 판시한 점에서 공통점이 있다.

한편, 위 대법원 2004다27082판결과 관련하여서는, 대법원이 (i) 화물은 직업 좌표형 로봇으로서 정밀하고 예민한 제품인 점, (ii) 화물은 부산항에서 나고야 항까지 4일 동안 해상으로 운송되었는데 갑판적은 선창 내 적부에 비하여 강한 바람이나 파도, 해수..., 태양열, 극심한 온도변화 등에 의해 용기나 화물이 손상될 위험이 큰 점... 등에 비추어 보면, 별도의 갑판적 운송 약정없이 화물 일부를 임의로 갑판적으로 운송한 것은 위 제789조의2 제1항 단서에서 말하는 무모한 행위에 해당한다'고 판시한 것에 대하여, (i)의 판시근거에 대하여는 "예민한 운송물이라는 것이 무모한 행위로 바로 연결되지도 않는다. 우선은 예민한 물건임을 운송인이 알았어야 할 것이다. 송하인은 예민한 물건이어도 갑판하에 섭취할 것을 요구할 수도 있다. 이 때 송하인은 더욱 높은 운임을 지급해야 한다. 또 송하인은 이렇게 함으로서 책임제한의 적용을 받지 않을 수 있는 선택권을 가지고 있다. 높은 운임을 내지 않으려고 송하인은 이를 고지하지 않았을 가능성이 있다'는 이유와 (ii)의 판시근거에 대하여는 "부산항에서 나고야 항까지의 4일 동안의 해상운송은 일본의 내해인 세도 나이가이를 거쳤다면 거의 일본연안을 따르는 항해로서 큰 위험은 없다. 또한 일기가 상대적으로 좋은 4월의 항해이다. 따라서 운송인은 단기간의 항해이고 4월의 연안항해이므로 침수될 정도의 해수를 컨테이너가 맞을 이유는 없을 것이라고 생각할 수 있다'는 점을 들여 대법원이 무모한 행위를 운송인의 주관적인 심리상태를 고려하지 않은 점을 비판하는 견해46가 있다.

사건으로, 갑판적재 화물 특유의 위험은, 해수 또는 빗물의 침습, 태양열로 인한 온도변화등 기후를 원인으로 한 녹순 등의 위험이, 풍랑으로 인한 심한 요동시 갑판적화물의 고박이 빠라 화물간에 서로 충돌하거나 선박 외부로 떨어져 망실되는 등의 위험이 두 종류로 분류할 수 있다고 생각한다. 컨테이너의 경우 컨테이너는 기본적으로 방수가 되고 직사광선등 기후등의 영향은 받지 않으나,
설사 컨테이너 선이라고 하더라도 선창적 컨테이너에 비하여 갑판적 컨테이너는 풍랑등의 경우에 선박 외부로 옮겨나가거나 서로 충돌함으로써 손상이 발생할 가능성이 명백하게 크므로 일반적으로 컨테이너 화물이라고 하여 갑판적을 하여도 위험이 무시할 수준으로 밖에는 증가하지 않는다고 볼 수는 없다고 생각된다.

따라서, 살화물이든 컨테이너 화물이든 갑판적 합의가 없이 갑판적을 하는 경우에는 이로 인한 위험의 증가는 감수하는 것이 운송인의 의무라고 해석되어야 한다고 생각되며, 다만 갑판적을 했다고 하더라도 위험이 증가하지 않고 믿을 만한 사유가 있는 경우, 가령 위의 예시 47와 유사한 상황으로서 단기간의 항해에서 장항을 예정된 상태에서 과거에 아무런 문제가 없었던 항로를 운항하는 선박의 경우에는 예상치 못한 우연한 사유로 실제로는 갑판적 화물에 특유한 위험으로 화물에 멸실 또는 손상이 발생하였다고 하더라도, 갑판적을 하던 당시의 운송인에게 특별한 사정이 없이 갑판적을 하였다는 이유만으로 고의 또는 무모한 행위를 할 의사가 있다고 인정하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

마지막으로, 대상판결은 구 상법 제798조 제2항 제1호의 해상고유의 위험, 제2호의 불가항력에 기한 사고, 제6호 송하인 또는 운송물의 소유자나 그 사용인의 행위, 제9호 운송물의 포장불충분에 의한 사고로서 또는 상법 제788조 제2항의 항해과실에 의한 사고에 해당하여 운송인이 면책된다는 피고 책임보험자의 주장에 대하여, 이러한 해상운송인의 면책에 관한 해이그비스비규칙 제4조 2항은 어디까지나 해상운송인의 운송물에 관한 선적등의 주의의무를 다한 경우에나 적용되는 것이므로, 갑판적 합의가 없이 갑판적으로 화물을 운송하다가 악천후로 일부 화물이 바다에 떨어져 멸실되거나 손상된 경우에는 면책규정이 적용될 수 없다고 판시하고 있다.

구 상법 제789조 제2항 단서는 "제787조와 제788조제1항의 규정에 의한 주의를 다하였더라도 그 손해를 피할 수 있었음에도 불구하고 그 주의를 다하지 아니하였음을 증명한 때에는 그러하지 아니하다"고 하여 상법 제789조 제2항 각호 소정의 면책사유가 적용되지 아니하는 경우를 규정하고 있었고, 따라서 상법 제789조 제2항 각호의 면책사유는 운송인이 감항능력주의의무(구 상법 제787조) 또는 운송인의 주의의무(구 상법 제788조 제1항)를 다하지 못하였음을 증명한 경우에는 적용될 수 없음이 명백하였다. 그러나, 구 상법 제788조 제2항의 항해과실로 인한 면책 또는 화재면책의 경우에도 그러한지는 법문상 명백하지 않았다. 서울민사지방법원 1984.2.23. 선고 82가합6826판결은

47 김인현, 상계 판례평석의 예시
감항능력주의의무위반으로 인한 선박화재의 경우에는 운송인은 상법 제788조 제2항에 의한 면책주장을 할 수 없다고 판시한 바가 있고, 대법원 1998.2.10. 선고 96다45054판결의 사안에서도 감항능력주의의무와 항해과실면책이 첨점이 되었으나 항해과실 면책을 받기 위하여는 감항능력주의의무를 다하여야 하는지에 대하여는 명확하게 판시되어 있지 않고 생각된다.

헤이그 비스비규칙상 항해과실은 다른 면책사유와 마찬가지로 면책사유의 하나로서 열거되어 있을 뿐, 우리 상법과 같이 별도의 조항으로 분리되어 규정되어 있는 않다.

사건으로, 헤이그비스비규칙상의 항해과실면책을 받기 위하여야 감항능력주의의무를 다하여야 한다거나 또는 여타 운송인으로서의 주의의무를 이행하여야 한다고 해석될 수 있는 근거문언은 헤이그비스비규칙의 규정상 발견할 수 없다고 생각한다 48. 오히려 항해 또는 선박관리상의 주의의무와 운송물의 수령부터 인도시까지의 운송인의 상사주의의무는 서로 구별되는 개념이며, 대상판결에서 설치한 “운송물에 관한 선적등의 주의의무”가 이행되어야 한다는 부분은 이것이 대상 상법 제787조 제1항 소정의 운송물에 관한 주의의무를 의미하는 것이라면 이러한 주의의무위반은 적어도 헤이그비스비규칙상의 항해과실로 인한 면책과는 관계가 없다고 생각된다.

VI. 결론
이상에서 다양한 국제사법과 해상법의 쟁점들을 다루고 있는 대상판결에 나타난 쟁점들과 관련하여 기존의 판례를 중심으로 한 여러 견해를 살펴 보았다. 여전히 불명확한 부분이 조금씩 남아 있다는 하루, 대상 판결에서 다루어지고 있는 쟁점들에 관한 법원의 입장은 어느 정도 정리가 되어가고 있는 듯하며, 이러한 정리는 법문상의 문언을 중심으로 한 해석으로 이루어 지고 있다고 생각된다.

또한, 대상판결에서 직접 언급하고 있는 것이 많았더라도 대상판결에서의 판사내용은 결국 학계에서의 여러 가지 논의들이 당사자의 주장을 통하여 과거의 여러 사건에서 법원에 현충되고 일정부분 반영었던 것들이 축적된 결과라고 생각되며, 이 점에서 대상판결이 다루고 있는 쟁점과 판사사항들은 학계와 법원이 발전적으로 상호 영향을 끼치면서 진행하고 있는 모습을 시사하고 있다고도 생각된다.

48 김영주, 국제해상운송과 항해과실 면책, 한국해법학회지 제33권 제1호(2011.4.), 한국해법학회, 127면에서는 일본의 국제해상물품운송법이 운송인의 항해과실 면책의 요건으로 선박의 감정성확보를 요구하지 않는 것은 헤이그비스비규칙의 입장과 동일한 것이라고 기재하고 있다. 그러나, William Tetley의 전개서 963면과 907면에서는 항해과실면책을 위하여는 감항능력주의의무가 이행되어야 한다고 기재하고 있다.
다만, 가일종 빼리는 사회성과 분쟁의 변화에 부응하는 시의적절한 법원의 판단을 기대하기 위하여는 학계에서의 논의가 지금까지와는 달리 더 활발하게 더 신속하게 분쟁사항에 투입될 필요가 있다고 생각한다.

참 고 문 헌

김영주, 국제해상운송과 항해과실 면책, 한국해법학회지 제33권 제1호(2011.4.), 한국해법학회
김은경, 독일보험계약법상 책임보험에서 피해자 직접청구권의 변화, 법학논총 제32집 제2호, (2012.8.), 전남대학교 법학연구소
김인현, 판례평가 강판적 운송과 운송인의 책임제한배제, 법률신문 3647호(2008.5.), 법률신문사
김인현, 해상법, 제4권(2015), 법률사
김진권,해상손해보험계약상 영국법 준거약관에 관한 국제사법적 고찰, 해사법연구 제18권 제2호(2006.9.), 한국해법학회
박세민, 책임보험상의 직접청구권을 둘러싼 법적 논점에 관한 고찰, 안암법학 27호(2008), 무지개출판사
박세민, 해상보험에 있어서 영국법 준거조항의 유효성 인정문제와 그 적용범위에 대한 비판적 고찰, 한국해법학회지 제33권 제1호(2011.4.), 한국해법학회
박영준, 책임보험의 직접청구권의 법적성질, 안암법학 18호(2004.4.), 무지개출판사
박영준, 해상보험에 있어서 영국법 준거조항의 유효성 인정문제와 그 적용범위에 대한 비판적 고찰, 한국해법학회지 제33권 제1호(2011.4.), 한국해법학회
박영준, 해상책임보험에서 피해자의 직접청구권에 관한 고찰, 중앙법학 제5집 제1호(2003.7),중앙학회
법무부, 국제사법협약, 2001
서영화, 해상의 책임보험과 피해자의 직접청구권, 한국해법학회지 제8권 제1호(2006.4.), 한국해법학회
서울지방법원, 국제거래상사소송의 실무, 1997
석광현, 국제사법협약, 박명사, 2013
석광현, 해사국제사법의 몇 가지 문제점- 준거법을 중심으로, 한국해법학회지 제31권 제2호, 2009, 한국해법학회,
석광현, 해상적해보험계약에 있어 영국법준거약관과 관련한 법적인 문제점, 손해보험 302호(1993.12.),대한손해보험협회
성승제,책임보험에서 제3자의 직접청구권, 법학논총 제27집 제1호(2010.3), 한양대학교
주기종, 타인을 위한 보험계약에 관한 연구, 법학논총 제29집(2007.11.), 청주대학교
최성수,해상운송계약에서 준거법의 결정, 아주법학 9권 제1호(2015), 아주대학교 법학연구소
최종현, 선박보험과 피해자의 직접청구권, 보험법률 제42호(2012년), 보험신보사
藤川純子, 契約準拠法の分割指定について, 国際公共政策研究 1(1)(1997), 오사카 대학교, 89면
岳衛, 自動車損害賠償保障法における被害者の直接請求権と損害賠償請求権 (巻), 立命館法学 2004年1호(293호)
中野俊一郎, 非国家法の準據法 適格性 - 國際私法的 側面 からみた Lex Mercatoria, 市場化社会の

中村秀雄, 国際商取引契約における準據法の分割指定, 商学討究 64巻 4号 (2014), オタル 熊谷大学

Aden DBE 외 4人, Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930, A Joint discussion Paper,

