

사단법인 한국국제사법학회
제151회 정기연구회 자료집



일 시 : 2021. 9. 30.(목) 19:00 - 21:00

장 소 : Zoom을 통한 비대면회의

제151회 정기연구회 프로그램

사회 : 이종혁 교수(총무이사)

19:00

개회사

석광현 교수(한국국제사법학회장)

19:00 - 20:00

발 표

정병석 변호사(김 · 장 법률사무소)

20:00 - 20:30

지정토론

정해덕 변호사(법무법인 화우)

20:30 - 21:00

전체토론

[논의 순서]

- (1) 연결점으로서의 선적국, 편의치적, 예외규정
- (2) 선주책임제한의 준거법
- (3) 선박우선폭권의 준거법
- (4) 발표자가 신설을 제안한 규정
- (5) 발표자가 현행 유지를 제안한 규정

발표문

국제해상법 분야의 국제사법 개정을 위한
입법론적 쟁점

정 병 석

(김 · 장 법률사무소 변호사)

국제해상법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점

(2021. 9. 30. 국제사법학회 제 151 회 정기연구회 발표자료)

변호사 정 병석

Kim & Chang

이 자료는 국제사법이 2001 년 전면 개정된 이후 해상 분야에서의 실무를 바탕으로 국제해상법 분야에서 준거법과 관련하여 입법적으로 고려하여야 사항을 정리한 것입니다. 필자의 제한적인 경험과 부족한 연구로 인하여 미처 필자가 고려하지 못한 사항들에 대하여는 토론자분 및 참석자분들께서 주저 없이 고견을 주시기 바랍니다.

I. 국제사법상 해상 관련 규정

1. 해상 관련 법률은 여러 法域에 걸쳐 이루어지는 선박의 운항이나 화물의 운송과정에서 발생하는 사안을 그 대상으로 하고 있으므로 해상 관련 분쟁에는 어느 곳(국제재판관할) 에서 어떠한 법 (준거법)을 적용하여 분쟁을 해결할 것인가 하는 문제가 항상 수반¹되게 된다.

이러한 배경에서, 해상분야는 각국의 법제가 다름에 따른 문제를 방지하기 위한 국제조약² 의 체결이 가장 활발한 분야 이기도 하다. 그럼에도 불구하고, 대륙법계와 영미법계의 법제의 차이, 선진국과 후진국, 선주국과 화주국 등 각국의 이해의 대립 등으로 인하여 일부 조약을 제외하고는 기대한 만큼의 호응을 얻지 못하고 있기도 하다.

2. 한국의 국제사법은 1896 년의 독일법 및 1898 년의 일본법을 기초로 1962 년 1 월 15 일 “섭외사법”이라는 명칭으로 제정 (법률 제 966 호) 되었다. 그 이후 급격한 국제사회의 변화와 국제사법 분야에 있어 많은 이론의 발전이 있었고, 이를

¹ 석광현 교수는 해상법분야는 국제사법적 논점의 보고 (석광현 『국제사법해설』 (박영사 2013. 8) 581-582 면) 라고 한다.

² 해상에 관한 주요한 국제조약의 성립 및 가입 현황에 대하여는 아래 CMI Website 참조 https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2021/03/CMISCPub_StatusOfConventions2020.docx

반영하기 위하여 1999.4. 『섭외사법 개정연구반』이 구성되어 개정시안을 마련하고 이를 토대로 2000. 6.1. 법무부 법무자문위원회 특별분과위원회서로서 『섭외사법개정특별위원회』가 구성되어 2000. 11. 4 개정시안을 확정하였다. 이러한 과정을 통하여 섭외사법은 2001 년 4 월 7 일 전문 개정 (법률 제 6465 호) 되었고, 법의 이름도 국제사법으로 개정³되었다 (2001 년 전면개정된 국제사법을 “현행 국제사법” 또는 단순히 “국제사법”, 그 이전의 법을 “섭외사법” 또는 “구 섭외사법”이라고 함).

현행 국제사법에 의하여 남녀평등의 실현, ‘상거소’ 개념의 도입, 국제재판관할 규정의 신설⁴, 법 흠결의 보충, ‘가장 밀접한 관련’원칙의 관철, 당사자 자치의 확대 등의 중요한 개정이 있었으나 해상법 관련 규정 (섭외사법 제 44 조 내지 제 47 조) 은 별다른 변화없이 종전의 규정을 답습하였다. 이와 같이 2001 년의 국제사법 전면 개정시 해상에 관한 규정이 개정되지 아니한 이유는 개정의 필요성이 없어서 라기 보다는, 해상법분야에서 국제사법적인 고려가 위에서 본 바와 같이 매우 중요함에도 불구하고 한국에서는 해상사건에서 발생하는 국제사법 문제에 대한 깊이 있고 폭넓은 연구가 이루어지지 못하여 섭외사법의 입장을 가능한한 유지하려고 하였던 데 기인⁵한 점도 부인할 수 없다.

3. 그러나, 20 세기말 ~ 21 세기 들면서 한국의 해운산업(조선 포함)이 비약적으로 발전하고, 2008 년 말의 경제위기 (이른 바 리먼 브라더스사건) 상황으로 인하여 선박건조계약 및 Offshore Plant 계약 분쟁, 해운회사의 도산을 포함한 해상 분쟁이 국제분쟁화하여 여러 관할에 걸친 대형의 해상 분쟁이 발생하면서 해상법 학자나 실무자들 사이에서도 국제사법에 대한 관심이 늘어나고 해상법 교과서에도 준거법 및 국제분쟁 처리 (국제재판 관할, 국제소송, 국제중재, 국제도산) 에 관한 부분을 비교적 상세히 언급하고 있는 현상⁶을 많이 볼 수 있게 되었다.

³ 섭외사법 개정 추진 경과 및 주요 개정 골자에 대하여는 아래 문헌 참조

법무부 『섭외사법 개정 시안 해설』 (2000. 11)

법무부 『국제사법 해설』 2001. 5.

석광현 외 “섭외사법개정의 입법론적 연구”(법조 536 호, 법조협회 2001. 5) 5 면 내지 193 면

⁴ 2001 년 전문 개정시 국제재판관할에 관한 원칙적인 규정 1 개 조문 (제 2 조)만이 규정되었을 뿐인데, 현재 상세한 국제재판관할 규정을 국제사법에 도입하는 개정안(의안번호 제 2818 호)이 국회에 제출되어있다.

⁵ 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 5 권 (박영사 2012. 7) 제 309 면

⁶ 최종현 『해상법 상론』 (제 2 판)(박영사 2014.2) 제 5 편 해상분쟁의 해결 (제 2 장 해상분쟁과 국제소송, 제 3 장 해상분쟁과 소송, 제 4 장 해상분쟁과 준거법);

4. 2001 년 전면 개정된 현행 국제사법은 제 9 장 해상(海商)편에 일정한 사항은 선박의 선적국(船籍國 Port of Registry)에 의한다(제 60 조)고 규정하고, 선박충돌(제 61 조) 및 해난구조(제 62 조)에 관한 규정⁷을 두고 있다. 이러한 “선적국”을 중요한 연결점으로 하는 섭외사법이래의 현행 국제사법의 입장에 대하여 선박소유자의 책임제한이나 선박우선폭권의 준거법을 법정지법 (즉, 한국에서 이러한 절차가 이루어 지는 경우 한국의 실질법을 적용)에 의하는 것이 타당하다는 의견⁸이 개진되기도 하였고, 선적국법주의를 원칙적으로 택하면서도 편의지적된 선박의 경우 미국 판례에서 취하고 있는 이해관계접근법을 고려할 수 있으리라는 견해⁹ 등이 제기되고 있다.
5. 한편, 종전의 분쟁 사례에서 국제사법적인 고려없이 한국법을 적용하고 있다는 비판¹⁰을 받던 법원¹¹도 국제사법적인 고려를 하고 해당 분쟁사안의 준거법에 대한 고려를 시작한 것은 매우 고무적인 현상이고 한국 국제사법의 발전을 위하여 바람직한 현상이라고 생각한다.
6. 국제사법이 전면개정되어 시행된 지도 20 년이 되었으므로, 국제사법상 해상관련 준거법 규정도 그간의 실무례 및 해운산업의 변화를 반영하여 개정할 부분이 없을 지 검토할 단계에 와 있다. 특히, 해상법의 특유한 양대제도인

김인현 『해상법』 [제 6 판] 법문사 (2020.10) 제 2 장 제 3 절 재판관할, 제 4 절 준거법 등

정해덕 『신해상법』 (코리아쉽핑가제트 2020.8) 제 4 장 해사소송·중재와 시효;

정해덕 『국제소송·중재』 (코리아쉽핑가제트 2021.6)

그 밖의 2001 년 국제사법 전면 개정 이후의 해사국제사법에 대한 글에 대하여는

석광현 『국제사법해설』 (박영사 2013. 8) 제 581 면 주 2) 참조

⁷ 해상법 분야의 2001 년 개정 국제사법 개정 내용 및 경과에 대하여는

정병석 “해상법 분야에서의 국제사법적 고려” 법조 제 536 호 (2001.5) 172 면 내지 193 면 참조

⁸ 정해덕 “섭외사법개정법률안 검토”(제 7 분과 토론자료)-제 10 장 해상 『21 세기의 국제사법』섭외사법개정법률안의 검토』 한국국제사법학회 제 8 차 연차학술대회 (2001.11):

정해덕 『국제소송·중재』 제 665 면 정해덕변호사께서는 선박우선폭권의 종류와 순위에 관한 준거법을 법정지법에 의하는 것이 타당하다는 입장이다.

이태종 “선박우선폭권의 준거법 결정에 관한 국제사법 제 60 조 제 1,2 호에 대한 비판적 검토”

『사법논집』 제 38 집 (2004)

서동희 “선적국법 주의의 타당성” 『국제사법연구』 제 17 호 (한국국제사법학회 2011)

⁹ 김진권 “해상법상의 준거법 결정에 관한 연구” 한국해양대학교 대학원 박사학위논문 제 50-51 면

¹⁰ 예컨대, 법인격 부인과 관련된 대법원 1988.11.22. 선고 87 다카 1671 판결, 대법원 2006.10.26 선고 2004 다 27082 판결 등.

¹¹ 준거법이 외국법인 경우 법원이 직권으로 그 내용을 조사하여야 하는 것 (국제사법 제 5 조; 대법원 2010. 3.25 선고 2008 다 883755 판결)이므로 섭외적인 사건에 있어 준거법을 고려하지 아니하고 한국법을 적용한 1 차적인 책임은 법원에 있다고 할 수 있으나, 법원이 국제사법적인 고려를 하지 아니하고 사건을 심리하는 것을 방치한 당사자들의 책임도 부인될 수는 없을 것이다.

선박소유자의 책임제한이나 선박우선평권의 연결점을 현행 국제사법과 같이 선적국법으로 계속 유지하는 것이 타당한 지 여부에 대한 검토와 아울러 현재 국제사법에서 명시적으로 다루고 있지 아니한 사항들 중에서 해상 분쟁과 관련하여 국제사법에 포함되어야 할 사항은 어떤 것이 있는 지 검토하기로 한다.

- 편의치적과 예외규정(제 8 조)의 적용배제;
- 선하증권 관련 법률문제와 준거법;
- 운송인의 유치권과 준거법
- 피해자의 운송인의 이행보조자에 대한 청구와 준거법
- 피해자의 책임보험자에 대한 직접청구권의 준거법
- 보험자 대위와 준거법;
- 법인격부인과 준거법

다만, 이러한 검토에 앞서 해상법 분야 국제사법 개정을 위한 논의와 관련된 국제사법상의 쟁점을 검토하기로 한다. (국제재판관할에 관하여는 국제사법 개정안이 국회에서 심의중¹²이므로 이에 대한 언급은 하지 않기로 한다.)

II. 일반적 검토

1. 해상관련 국제사법 개정시의 논의점-체계

체계 내지 형식의 문제로서, 해상관련 국제사법을 개정한다고 하면, 현재와 같이 몇 개의 해상 관련 규정을 독립된 해사편 (제9장) 으로 규정(이른바 통합규정방식)¹³ 할 것인지, 아니면 해상에 관련된 사항을 삭제¹⁴ 하고 해상에 관련된 조항들을 앞의 관련 규정들 (총칙, 법률행위, 물건, 채권 등)에 덧붙여

¹² 국제사법 전부개정법률(안)이 정부 제출 법률 (의안 제 2818 호)로 국회에 제출되어 있다. 제 1 장 총칙의 제 2 절에 국제재판관할에 관한 일반규정들을 두고, 지식재산권을 제 5 장으로 신설하였으며, 각 장에 제 1 절과 제 2 절을 두어 그 제 1 절에는 국제재판관할 규정을, 제 2 절에는 현행 준거법 규정을 배치하는 형식으로 되어 있다. 국제사법 개정(안)은 10 개장 96 개 조문으로 되어 있다.

¹³ 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 5 권 (박영사 2012) 제 309 면

¹⁴ 이태중 “선박우선평권 준거법 결정에 관한 국제사법 제 60 조 제 1,2 호에 대한 비판적 검토” 사법논집 제 38 집 (2004) 165 면; 이태중원장께서는 “선박우선평권의 준거법을 선적국법으로 하는데 대하여 비판적인 입장을 취하시면서 차라리 국제사법에서 해상에 관련한 규정 자체를 삭제하여 일반 해석에 맡겨 놓는 것도 좋은 선택이었을 것으로 생각한다” 는 견해를 취하고 있다.

규정하거나 관련 조항을 유추 하여 적용(이른 바 분리규정방식)¹⁵ 하도록 할 것인지 고려할 필요가 있을 것이다.

해상관계의 법률문제는 그 성질상 국제적, 섭외적인 요소를 필연적으로 갖고 있어 상당수의 국제사법 관련 판결이 해상분쟁과 관련이 있으므로 그러한 쓰임새 및 상징성 면에서 국제 사법에서 해상편을 별개의 장으로 규정할 필요가 있고, 앞으로의 개정시에도 해상편은 별개의 장으로 그대로 유지를 하되, 필요한 경우 해사관련 사항을 다른 관련규정에 덧붙여 규정하는 방식이 타당¹⁶할 것으로 생각한다.

2. ‘가장 밀접한 관련’이 있는 국가의 법

국제사법은 섭외사건에 대하여 적절한 준거법 선택 원칙을 정함으로써 그와 같은 사건이 세계 어디서 소가 제기되더라도 동일한 준거법이 적용되어 동일한 판결 결과를 가져올 것을 예정한 것으로 이를 국제사법의 본질적인 이념 내지 성격이라고 말할 수 있다.¹⁷ 국제사법을 개정한다면, 이러한 ‘가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법’이 무엇인가를 찾아 이를 적용할 수 있도록 조문화하려는 노력을 하여야 할 것이다.

같은 종류의 법률관계라도 구체적인 사실에 따라 ‘가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법’ 다를 수 있고 가장 밀접한 국가의 법이 무엇인지 그 자체를 찾기 위하여 과다한 비용과 노력을 들여야 한다면¹⁸ 다양한 모든 사실 관계에 적용될

¹⁵ 운송계약-계약, 선하증권-유가증권, 선원근로계약-근로계약, 선박에 대한 물권-물권, 공동해손-부당이득, 선박충돌-불법행위, 해난구조-사무관리 등.

¹⁶ 국제사법 제 9 조(준거법 지정시의 반정) 제 2 항에서 반정이 적용되지 아니하는 경우로 “제 60 조[해상-선적국법]의 규정에 의하여 선적국법이 지정되는 경우 (제 5 호)”를 규정하고 있다. 이와 같이 해상편이 별개의 장으로 되어 있다고 하더라도 필요한 경우 관련 조항에 해상에 관련된 특별규정을 포함할 수 있을 것이다.

¹⁷ 최공용 「국제소송」 육법사 213 면;

석광현 『국제사법과 국제소송』 제 1 권 (박영사 2001.9) 제 57 면. 계약상 채무의 준거법에 관한 유럽공동체협약 (일명 “로마협약”)은 “유럽공동체내에서 계약상 채무의 준거법을 통일함으로써 거래의 당사자들로 하여금 준거법을 쉽게 예측할 수 있게 하고, 법적인 안정성을 제고하며 나아가 이른 바 법정지 쇼핑 (forum shopping)을 억제하는 것을 목적으로 한다. 왜냐하면 어느 국가에서 소송을 제기하든 동일한 실질법이 준거법으로 적용될 것이므로 동일한 결론에 이를 수 있을 것이기 때문이다.”

¹⁸ 한국국제사법학회 제 6 회 연차학술대회 「국제화 시대의 국제사법」 Part II 해상편 53 내지 55 면 참조. 선박충돌시 선박소유자의 책임제한에 관한 준거법을 어떻게 정할 것인지 미국법원에서 문제가 되었는데 본안에 들어가기 이전에 책임제한의 준거법이 무엇인지 하는 점을 결정하기 위하여 많은 시간과 비용을 들인 공방이 있었고 이 논의과정에서 한국의 상법, 해상법 전공의

수 있는 ‘가장’ 밀접한 관련이 있는 국가의 법은 아닐지라도 관련된 당사자들에게 일응의 명확한 기준을 줄 수 있는 국가의 법이 있다면 당사자들은 그것을 전제로 필요한 대비를 하여 법적인 안정성을 얻을 수 있고 결국 국제사법 내지 법이 지향하고자 하는 목적에 부합할 수도 있을 것으로 생각 된다.

이러한 관점에서 선박우선평권이나 선박소유자의 책임제한에 관하여 선적국법주의를 유지할 것인지, 선적국법주의를 유지한다면, 편의치적이 보편화되어 있는 상황에서 예외조항 (제8조 준거법 지정 의 예외: “그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는” 국가의 법을 적용) 의 적용을 어느 범위까지 용인할 것인지 검토할 필요가 있을 것이다.

3. ‘당사자가 선택한 법’의 의미-Clause Paramount 의 해석과 관련하여

국제사법 제 25 조 제 1 항은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다” 고 규정하고 제 2 항에서 “당사자는 계약의 일부에 관하여서도 준거법을 선택할 수 있다” 고 규정한다.

이 규정에 따른 준거법의 선택은 이른바 저촉법적 지정¹⁹을 말하는 것이다. 이와 같이 국제사법 제 25 조는 당사자 자치(*party autonomy*)의 원칙을 선언(제 1 항) 하고, 당사자가 선택한 준거법, 즉, 주관적 준거법 (*subjective governing law*), 에 관하여 준거법의 분열 (제 2 항)을 인정하는 이외에 준거법의 사후적 변경 (제 3 항), 국내계약에 대한 외국법 준거법 지정의 가부(제 4 항), 준거법 합의의 성립과 유효성에 대한 명문의 규정(제 5 항)을 둬으로써 해석상의 논란을 해소²⁰하였다.

유수한 학자들 및 실무가들이 동원되었다 (문 병일, “선주책임제한제도에 관한 섭외사법적 연구-선박 충돌을 중심으로-“ 한국해양대학교 해사법학과 석사학위논문 1997.2). 미국법상 선박소유자의 책임제한에 적용될 준거법에 대한 명확한 규정의 결여에서 초래된 것이라 생각된다. 특히, 선박소유자들은 대체로 그들의 법적 책임을 담보하기 위하여 P&I Club 등에 책임보험을 가입하고 있으므로 선박소유자나 보험자는 책임제한액수 그 자체보다는 보다 확실하고 예측 가능한 책임제한을 요구한다.

¹⁹ 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 1 권 (박영사 2001.9) 제 65 면.

²⁰ 석광현 『국제사법 해설』 박영사 (2013.8) 제 293 면

여기에서 ‘당사자가 선택한 법’이란 무엇인가? 준거법으로 될 수 있는 것은 특정국가의 법에 한정되는 것인지, 아니면 조약 또는 어느 특정법 (예컨대, 국제물품매매계약에 관한 UN 협약 (CISG) 또는 Clause Paramount 에 규정된 Hague Rules, Hague-Visby Rules 또는 1936 US Carriage of Goods by Sea Act)을 준거규범으로 합의할 수 있는가 하는 문제이다.

전통적인 국제사법이론에 따르면 계약의 준거법은 어느 국가의 법체계 (national system of law)가 되는 것이 당연 하였고, 어느 국가의 법이 아닌 법규범의 선택은 준거법의 지정으로서 효력이 인정되지 아니하였다²¹. 이러한 논의는 선하증권에 통상 규정되어 있는 Paramount Clause, 이른 바 지상약관, 의 해석과 관련하여 의미가 있다.

국제사법에 주관적 준거법의 경우 (제 25 조)는 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다.”고 규정되어 있는 반면에 객관적 준거법(제 26 조)의 경우 “당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우에 계약은 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다”고 달리 규정²² 되어 있는 점에 착안하여 국제사법은 주관적 준거법과 객관적 준거법의 경우를 용어상 구별하여 규정하고 있다는 의견이 있다. 이러한 견해에 따르면 객관적 준거법의 경우에는 어느 국가의 법에 의하여야 함이 명백하나, 주관적 준거법의 경우 논란의 여지²³가 있다고 한다.

이에 반하여 로마협약의 다수 견해, 로마 I 규정 (제 3 조 제 3 항 the country whose law has been chosen) 및 국제사법 제 25 조 제 4 항 (당사자가 그 외의 다른 국가의 법을 선택한 경우)을 근거로 국제사법 제 25 조 제 1 항의 “법”은 “(어느) 국가의 법”에 한정된다고 해석하는 견해²⁴도 있다.

²¹ 석광현 『국제사법 해설』 (박영사 2011.8) 제 296 면

²² 국제사법 제 25 조 제 1 항 및 제 26 조 제 1 항은 로마조약의 입장에 따른 것으로 보인다 (로마조약 영문 및 국문은 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 1 권 637-647 면 및 101-115 면)

로마조약 제 3 조 제 1 항: The contract shall be governed by the law chosen by the parties...

로마조약 제 4 조 제 1 항: To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected...

²³ 석광현 『국제사법 해설』 (박영사 2013.8) 제 296 면

²⁴ 김인호 “국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점” 사단법인 한국국제사법학회 제 150 회 정기연구회 자료집 (2021. 8.27) 제 4-5 면

이와 같이 현행 국제사법 규정에 따르면 당사자가 특정한 어느 국가의 법이 아니라 특정한 법이나 조약을 선택한 경우 이를 저촉법적 지정으로 볼 것인지 아니면 실질법적 지정으로 볼 것인지의 논란의 여지가 있을 수 있다. 전자 (저촉법적 지정: choice of proper law)의 경우 준거법으로 지정된 외국법도 법으로 취급이 되고 따라서 법원은 직권으로 외국법을 조사하여야 하고, 당사자의 선택이 없다면 적용될 객관적 준거법의 강행규정의 적용이 배제된다. 반면에, 후자 (실질법적 지정: incorporation by reference)의 경우 당사자들이 계약내용을 구체적으로 규정하는 대신, 특정 외국법을 지정 내지는 언급함으로써 동 법을 계약의 내용으로 편입하는 것을 말하며 그 계약의 준거법 (주관적 준거법 또는 당사자들이 준거법을 선택하지 아니한 경우는 제 26 조에 따라 결정되는 객관적 준거법)이 허용하는 범위내에서 당사자들이 계약에 편입한 외국법이 당해 계약의 내용이 되고, 객관적 준거법의 강행법규에 의한 제한도 받게 된다.

예컨대, 선하증권에 미국으로 수입되거나 미국에서 수출되는 화물의 경우 운송인의 권리·의무에 관하여 US COGSA 를 적용하기로 하는 지상약관이 있고 위 선하증권의 준거법이 한국법인 경우, US COGSA 를 운송인의 권리·의무에 관한 사항에 대한 (부분적인) 저촉법적 지정이라고 보면, US COGSA 상의 미화 500 달러의 포장단위당 책임제한 조항이 유효하게 적용될 수 있는 반면에 US COGSA 의 지정을 실질법적 지정이라고 보는 경우 US COGSA 의 책임제한 조항이 선하증권에 편입되어 선하증권의 준거법인 한국법의 강행 규정의 적용을 받으므로 미화 500 달러의 포장단위당 책임제한 조항은 한국 상법의 강행규정 (제 797 조 및 제 799 조 제 1 항; 포장단위당 666,67 SDR) 위반으로 효력이 부인되게 될 것이다.

국제매매계약에 있어서 CISG 를 지정하거나 해상운송계약에 있어서 특정국가의 특정법 (예컨대 US COGSA)또는 조약 (Hague Rules 또는 Hague Visby Rules 등)을 지정하는 경우, 달리 약정이 없는 한, 당사자들의 의사는 그 지정 범위에서 객관적인 준거법(의 강행규정)의 적용을 배제하고 (법률관계의 전부 또는 일부를) 위 특정법에 의하여 규율되기를 의도한 것으로 해석하는 것이 당사자의 의사에 부합할 것이므로 이러한 당사자의 의사를 존중하는 것이 타당할 것으로 생각한다. 그렇다면, 국제사법 제 25 조 제 1 항 제 1 문을 개정하여, 어느 국가의 법이 아닌 법규범을 주관적 준거법으로 선택할 수 있음을 명확히 하고 불확실성을 해소하는 것이 바람직할 것이다.

이에 대하여 김인호 교수께서는 로마협약 제 3 조 제 1 항의 해석에 대한 다수의 견해, 로마 I 규정의 입법취지 (국가의 법에 한정하는 것을 명백히 함), 국제사법 제 25 조 제 4 항 (...그 외의 다른 국가의 법을 선택)규정에 비추어 국제사법 제 25 조 제 1 항은 “(어느) 국가의 법”을 의미하는 것이며 당사자가 특정 국가의 법은 물론 법원칙을 선택할 수 있도록 할 실익이 있는 지 의문²⁵이라고 하시며 오히려 제 25 조 제 1 항을 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 국가의 법에 의한다”(개정제안내용 밑줄) 로 개정할 것을 제안하고 계신다.

필자의 의견에 따른다면 제 25 조 제 1 항 제 1 문은 다음과 같이 개정할 수 있을 것이다.

[개정안]

제 25 조 제 1 항의 제 1 문을 다음과 같이 개정한다.

“계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법 (특정한 법이나 조약을 선택한 경우도 포함한다)에 의한다.”(개정부분 밑줄)

4. 절차 vs. 실체

절차는 법정지법에 따른다는 법정지법 원칙 (*lex fori principle*)에 따라 절차에 대한 사항에는 법정지법이 적용된다. 절차 (procedure)와 실체(substance)를 구별하는 실익이 바로 여기에 있다. 해상법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적인 쟁점을 논의하면서 절차 vs. 실체를 논하는 이유는 선박소유자의 책임제한이나 선박우선평권의 경우 선적국법을 연결점으로 하고 있는 현행 국제사법의 입장을 비판하면서 법정지법의 적용을 주장하는 견해의 타당성에 대한 검토를 위함이다.

우리 국제사법을 포함한 현대 국제사법에서 문제는 다음과 같은 두가지 방향으로 제기된다고 한다. 즉, “법률관계로부터 출발하여 각 법률관계의 본거를 탐구하고 이것을 통하여 그에 적용할 법체계를 선택한다 (사비니의 명제)” 는 것과 (각국의 강행 규정과 같이 특정국가의 국가적 또는 사회•

²⁵ 김인호 “국제계약법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점” 사단법인 한국국제사법학회 제 150 회 정기연구회 자료집 (2021. 8.27) 제 5-6 면

경제정책적인 목적을 추구하기 위하여) “법규로부터 출발하여 그의 적용범위를 확정하는 것이 문제로 되는 경우”이다. 우리나라의 국제사법은 현재 이러한 2 가지 방법론을 병용하는 특색이 있다²⁶고 한다.

이와 같이 어떠한 사안에 대하여 객관적인 준거법을 지정한다고 하면 이러한 원칙, 즉, 그 법률관계의 본거를 탐구하고 이것을 통하여 그에 적용할 법체계(즉, 객관적 준거법)를 선택 하는 자세가 필요할 것으로 본다.

선박소유자의 책임제한 및 선박우선타당권

선박소유자의 경우 일정한 청구에 대하여 국제조약상 또는 각국의 국내법상 선박소유자의 책임제한이 인정되고 있다. 그러나, 현재 많은 나라들이 1976 년 선박소유자의 책임제한 조약 또는 위 조약의 책임제한액을 상향 조정하여 수정한 1996 Protocol 을 비준하거나 이를 토대로 국내법을 제정하고 있는 데(한국은 1976 년 선박소유자의 책임제한 조약을 토대로 상법 제 769 조 이하에서 선박소유자의 책임제한 규정을 두고 있다), 미국의 경우 여전히 선가 책임주의 원칙을 취하고 있다. 그런데, 1996 년 Protocol 은 1976 년 조약의 책임제한 금액을 2.5 배 정도 인상한 것이고, 2015 년에는 1996 년 Protocol 의 금액도 40% 가량 인상되었다.

현행 국제사법상 선박소유자의 책임제한은 선적국법에 따른다는 명문의 규정이 있어 한국에서는 적어도 책임제한의 준거법에 관하여 실무상 문제가 되지 않지만, 이러한 명문의 규정이 없는 다른 나라의 경우 여전히 논란이 있다. 대형 선박 사고의 당사자의 입장에서는 선박소유자의 책임제한이 인정되는 지, 인정된다면 그 금액이 얼마인지 하는 문제가 법정지 선택에 있어서 가장 우선적인 고려 요소²⁷가 될 것이다.

한국은 국제사법상 명확한 규정을 가지고 있어 법적인 안정성이나 예측가능성은 있으나 (다만, 예외 규정의 적용으로 인한 불확실성을 완전히

²⁶ 석광현 『국제사법 해설』 제 22-23 면

²⁷ 캄보디아는 선박소유자의 책임제한을 인정하지 않고 있다. 따라서, 캄보디아 선적의 선박이 사고를 발생시킨 경우 한국에서는 책임제한 주장을 할 수 없을 것이다. 서동희 “선적국법 주의의 타당성” 『국제사법연구』 제 17 호 (한국국제사법학회 2011) 제 403 면 참조

배제할 수는 없음), 선박소유자의 책임제한에 관한 준거법을 국제사법에 명시를 하더라도, 현재와 같이 선적국법주의를 유지할 것인지, 아니면 법정지법 주의를 취할 것인지, 아니면 제 3 의 다른 입장을 취할 것인지 선택의 문제가 있다.

이러한 선택을 함에 있어서 선박소유자의 책임제한의 문제는 실체의 문제이므로 가장 밀접한 관계가 있는 국가는 선적국이라는 입장을 취할 수 있고, 아니면 선박소유자의 책임제한 문제는 절차의 문제이거나 절차의 요소 (quantification of damages)²⁸ 를 가지고 있으므로 법정지 법으로 하더라도 법규의 성질에 비추어 무리가 없고 무방하다는 입장을 취할 수 있을 지 하는 문제이다.

선박우선평권은 어떠한가? 영미법상으로 선박우선평권은 이른 바 대물소송 (in 한국 rem action)의 근거가 되는 절차적인 사항으로 이해²⁹될 수 있다. 한편, 한국 에서도 선박우선평권의 준거법을 법정지법으로 정하는 것이 적절하다는 의견³⁰ 또는 발생·소멸의 준거법과 순위의 준거법을 구별하여 전자는 선적국법으로, 후자는 (절차로 보아) 법정지법으로 하자는 의견³¹이 제시되고 있다.

보험자대위 소송

보험자 대위 소송의 당사자문제도 있다. 영국의 경우 보험자가 보험금을 지급하고 피보험자를 대위하여 손해의 원인을 제공한 자에게 손해배상청구권의

²⁸ Dicey, Morris & Collins 『The Conflict of Laws』 14th Ed. Vol. 1 (Sweet & Maxwell 2006) 7-035 내지 7-042 (192 면 내지 196 면): 손해의 항목(heads of damages)는 실체적(substantive)인 문제 이나 손해의 산정 (measure of damages/quantification of damages) 는 절차적(procedural)인 것이다. 책임제한 (limitation of liability)은 손해의 항목(heads of damages)의 문제가 아니고 손해의 산정(quantification of damages)의 문제이므로 절차적(procedural)인 것으로 보아야 한다는 호주 법원의 판결을 소개하고 있다. 다만, 위 저자들은 이와 같은 호주 법원의 입장에 대하여 바람직하지 않다는 견해를 취하고 있다.

²⁹ 김종호”미국법상 대물소송” 한양법학 제 23 권 제 4 집 (2012.11) II. 2. 대물소송과 해사우선평권

³⁰ 정해덕 『국제소송·중재』 665 면; 정해덕변호사께서는 한국에도 대물소송의 도입을 적극 검토하여야 한다는 입장을 취하신다 (위 책 제 660 면)

³¹ 손점열 “선박우선평권에 의한 선박채권자의 보호” 고려대학교 대학원 박사학위 논문 (2017. 12) 손 점열박사는 “전반적인 상황을 고려할 때 선박우선평권에 대한 준거법은 법정지법이 더 나은 연결점이라고 생각된다”고 하면서 우선평권의 발생과 소멸등 실체적인 사항에 대하여는 선적국법을 적용하고, 선박우선평권의 순위에 관해서는 법정지법을 적용”하자는 의견을 제시한다 (118 면 참조).

양수인³²으로서가 아니라 보험자 대위³³에 의한 구상금 청구 소를 제기하는 경우 피보험자 명의로 소를 제기하도록 규정하고 있다. 반면에, 한국의 경우 보험금을 지급한 보험자는 자신의 명의로 보험자대위 소를 제기할 수 있다.

준거법이 영국법인 보험계약에서 보험금을 지급한 보험자가 제 3 자 (가해자)를 상대로 한국 법원에 보험자대위에 의한 구상금 청구를 하는 경우 한국 법원은 누가 소송상 청구의 정당한 당사자인지 여부를 판단하는 준거법을 영국법 (보험계약의 준거법)으로 보아 피보험자 명의로 보험자 대위에 의한 구상금청구의 소를 제기하여야 할 것인지, 아니면 법정지 법인 한국법에 따라 보험자 명의로 보험자 대위에 의한 구상금청구의 소를 제기하여야 할 것인지 문제이다.

이러한 경우 실무상 한국 법원은 보험계약의 준거법에 따라 피보험자 명의로 소를 제기하는 입장을 지지³⁴ 하고 있는 듯하나 당사자의 문제는 절차적인 것으로 보아야 할 것으로 생각되므로 그 타당성이 의문이고, 아직 판례로서 확립되어 있지 아니하다. 따라서, 당사자의 입장에서는 당사자를 잘못 지정함으로 인한 위험 (피보험자나 보험자 한 쪽의 명의로 보험자대위에 의한 구상금 청구의 소를 제기하였으나 법원이 다른 견해를 취하는 경우 그 시점에서 보험자나 피보험자 명의로 소를 제기하려면 이미 시효나 제소기간이 도과되었을 가능성이 크다) 을 피하기 위하여 보험자와 피보험자를 주위적 원고, 예비적 원고로 하여 소를 제기하는 경우가 많이 있다. 이러한 방어적인 실무가 행하여 지는 이유는 영국법상 당사자의 문제는 절차적³⁵ 인 것으로 이해되고

³² King v. Victoria Insurance Co. [1896] AC 250 9PC) 양승규· ○한창희 『영국해상보험법』 (삼지원 2007.6) 제 550 면 주 29 에서 재인용: 영국법상으로 피보험자가 보험금을 수령한 후 손해배상청구권을 보험자에게 양도한 경우 보험자 명의로 가해자에 대하여 소를 제기할 수 있다. 따라서, 실무상, 보험자 대위의 경우 당사자문제로 인한 논란을 없애기 위하여, 보험자 명의로 소 제기를 원한다면, 보험금 지급시에 피보험자로부터 손해배상청구권을 양도받도록 권유하고 있다.

³³ 양승규· ○한창희 『영국해상보험법』 제 549 면-제 550 면 보험자가 보험금을 지급하면 피보험자가 보상받은 한도에서, 손해를 일으킨 사고가 발생한 때로부터 보험목적에 대한 그리고 그에 관련된 피보험자의 모든 권리와 구제수단을 대위한다 (MIA 제 79 조 제 2 항). 그러나 보험자가 피보험자가 가진 구제수단을 대위하는 소송은 보험자의 이름으로가 아니라 피보험자의 이름으로 하여야 한다.

³⁴ 서울고등법원 2015.6.9. 선고 2012 나 29269 판결 (Corn Rose 호사건) 주위적 원고로 피보험자, 예비적 원고들 보험자들로 하여 보험자에 대한 직접 청구를 한 사안에서 주위적 원고의 청구를 인용하고 있다.

³⁵ Dicey, Morris & Collins 『The Conflict of Laws』 14th Ed. Vol. 1 (Sweet & Maxwell 2006) 7-011 내지 7-014 (181 면 내지 183 면)

있고 한국 법상으로는 절차적인 것으로 이해됨에도 한국법원은, 이 문제를 정면으로 명시적으로 판단하지 않은 채, 피보험자 명의로 청구한 것 (즉, 보험계약의 준거법을 적용)을 인정하여 온 데에서 발생한 것이다.

이와 같이 실체적인 사항인지 절차적인 사항인지 그 구별기준에 대한 각국의 판례나 학자들의 견해³⁶가 달라 법적인 안정성을 해하고 불필요한 분쟁을 유발할 우려가 있는 사항들에 대하여 이를 명시적으로 절차적인 것이라고 규정하는 것도 한 방법일 것으로 생각한다.

[개정 의견]

제 7 조의 2 (절차사항)

제 1 항 절차의 문제는 대한민국법에 따른다.

제 2 항 다음 사항은 절차로 본다.

1. 선박소유자의 책임제한
2. 보험자 대위에 의한 청구의 경우 당사자
3. [필요시 추가]

이와 같이 절차에 관한 규정을 별도로 두지 않더라도 해당 관련 부분에 규정하는 것도 대안으로 생각할 수 있을 것이다.

5. 연결점으로서의 선적국법: 이중등록 및 편의치적과 예외조항의 적용

선박의 경우 이른 바 편의치적국 (flag of convenience) 에 등록(置籍)을 하고 운항을 하는 경우가 매우 보편화³⁷ 되어 있다. 한편 선박의 소유권 (및 저장권)은 선박 금융 등의 편의를 위하여 한 나라에 등록을 하고, 한편으로 운항의 편의를 위하여 나용선 등록을 다른 나라에 하는 이중등록³⁸의 경우도 드물지 않다. 이러한 경우 국제사법상 연결점인 선적국법을 어떻게 적용할 것인가? 선적국의 개념을 살펴 본 다음 이들 문제를 검토하기로 한다.

³⁶ William Tetley 『Maritime Liens and Claims』 (Business Law Communications LTD 1985) 제 530-531 면

³⁷ 김진권 “해상법상의 준거법 결정에 관한 연구” 한국해양대학교 박사학위논문 (제 3 면)에 의하면 세계해운에서 편의치적선이 차지하는 비율이 1970 년 18%, 1980 년 27.2%, 1990 년 34%로 증가한 후 2000 년 7 월에는 61.8%로 증가하였다고 한다. 그리고, 선박보유 상위 10 대 해운선진국의 편의치적 비율이 67.6%에 달한다고 한다 (The Institute of Shipping Economics and Logistics).

³⁸ 서동희 “선적국법 주의의 타당성” 『국제사법연구』 제 17 호 (한국국제사법학회 2011) 제 394 면 내지 398 면 참조

가. 선적국의 개념³⁹

선적국이란 선적항이 소재하는 나라이고 국제사법에서도 준거법을 지정하는 가장 중요한 연결점의 하나이다. 선적항은 두가지 의미로 사용된다. 하나는 등록항이고 다른 하나는 본적항이다.

등록항 (Port of Registry)이란 선박소유자가 선박의 등기•등록을 하고 선박국적증서의 교부를 받은 곳을 말한다. 한국법상 선적항은 시, 읍, 면의 명칭에 의하여 표시하되, 그 시, 읍, 면 은 선박이 항행할 수 있는 수면에 접한 곳이어야 한다 (선박법 시행령 제 2 조).

선적항은 원칙적으로 그 선박소유자의 주소지에 정한다. 다만 선박소유자가 국내에 주소가 없거나 부득이한 사유로 해운관청의 허가를 얻은 때에는 주소지 이외의 곳을 선적항으로 정할 수 있다 (선박법 시행령 제 3 조). 이러한 의미의 선적항은 행정감독의 편의를 위한 것으로 민사소송 관할의 기준이 된다(민사소송법 제 11 조).

이에 대비하여 **본적항 (Homeport)**은 선박이 상시 발항 또는 귀항하는 항해기지로서 기업경영의 중심이 되는 항을 말한다.⁴⁰

국제사법에서의 선적국법이란 문언대로 등록항 소재국의 법을 뜻 하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.⁴¹ 이에 대하여 선적국 대신 기국 (flag country)을 연결점으로 개정하는 것이 타당하다는 견해⁴²도 있으나 선적국과 기국이 동일한 경우 굳이 구별할 실익이 없고, 아래에서 보는 바와 같이 선적국과 기국이 다르게 되는 경우 기국은 선박의 운항과 관련되 공법적인 규제를 하게 되고 선박과 관련된 사법적(私法的)인

³⁹ 박경현 “선박국적제도에 관한 국제동향과 국내법의 개정방향” 해법회지 제 9 권 1 호(1987) 142 면 이하 참조.

⁴⁰ 이순동 “선박의 소유권” 『해상.보험법에 관한 제문제』 재판자료 제 52 집 법원행정처 37-38 면.

⁴¹ 이호정 『국제사법』 경문사 291 면.

⁴² 서동희 “선적국법 주의의 타당성” 『국제사법연구』 제 17 호 (한국국제사법학회 2011) 제 405 면 참조

권리의무관계는 선적국법의 규제를 받게 되는 것이므로 연결점으로서의 선적국을 기국으로 변경하는 데에는 찬성하기 어렵다.

나. 이중국적/이중등록과 선적국

- (1) 이와 같이 선적국법이 국제사법에서 중요한 연결점이 되므로 이중선적에 관한 규정이 필요한지 여부가 논의되었다. 사람이 둘 이상의 국적을 가지는 경우가 있는 것과 마찬가지로 선박도 둘 이상의 선적을 가질 수가 있다. 물론 이중선적이 국제적으로 허용되지는 아니하나⁴³, 현실적으로 이중선적인 경우가 있을 수 있다.

그러나 사람의 경우와 달리⁴⁴ 선박의 경우 이중선적의 예가 거의 없으므로 굳이 이러한 규정을 둘 필요는 없어 보인다.

- (2) 편의치적에 대한 대응으로서 종래의 전통적 해운국들이 제2의 선적제도나 국제 등록제도를 도입⁴⁵ 하고 이중등록⁴⁶ 을 허용하고 있으므로 이러한 경우 이중등록의 문제가 생긴다.

이러한 배경에서 2001년 국제사법 전면 개정시 최초의 개정안에는 이중선적에 관한 규정이 포함되어 있었으나 나용선 기국이 허용되는 경우 소유자 선적이 기준이 됨이 거의 명백하므로 이중등록 규정으로 해결하여야 할 문제는 극히 제한되고 따라서 이중등록 규정을 두는 것이 득보다는 실이 많다는 해법회나 해운실무계의 의견을 반영하여

⁴³ 1958년 공해에 관한 협약 제6조, 모든 선박은 하나의 국적만을 가질 수 있다.

⁴⁴ 사람의 경우 2011. 1.1. 시행된 개정 국적법에 따라 복수국적의 취득이 용이하게 되었다. 즉, 한국국적자도 대한민국 내에서 외국 국적을 행사하지 않겠다는 서약을 하면 외국 국적을 포기하지 않을 수 있고 (제12조), 선천적 복수국적자 등의 국적 선택 불이행시 한국 국적이 자동상실되는 규정이 폐지되었다.

⁴⁵ 국제선박등록법(1997. 8. 22. 법률 5365): 한국선사가 선박을 국적취득 조건부 나용선한 경우 국제선박으로서 국제선박등록부에 등록할 수 있다. 선박등록요건에 관한 UN 협약(Convention on Conditions for Registration of Ship 이 1986. 2. 10. 체결되었으나 발효요건(40개국 이상 + 선복량 총톤수의 25%에 달한 날로부터 12개월 후에 발효)미비 상태임)에서 “외국선박을 나용선할 경우 이를 자국에 등록하는 법제를 가진 나라는 그 나용선기간 동안 등록과 자국국기게양권을 허가할 수 있다(제12조)”고 규정한다.

⁴⁶ 어느 특정한 선박을 A 국가에 소유권을 등록하고 있으면서 동시에 그 선박의 운항을 위하여 B 국가에 나용선 등록을 하여 그 국가(B 국가)의 국기를 게양하고 그 선박을 운항하는 것을 허용하는 제도를 이중등록이라 한다. 이러한 경우 A 등록국의 공법적 기능은 정지되고 私法的인 기능만을 갖는다고 한다.

최종안에는 이를 포함하지 아니하였다.

그러나 이러한 논의에도 불구하고 실무에서는 이중등록의 경우 선적국을 나용선이 등록된 기국(旗國 flag country)으로 보아야 한다는 하급심 판결이 나오기도 하였으나 최종적으로 대법원은 이중등록의 경우 선적국은 소유권이 등록된 나라로 보아야 한다는 판결⁴⁷을 하여 불확실성을 해소하였다.

다. 편의치적과 선적국

국제사법상 선박에 대한 물권이나 선박소유자의 책임제한의 준거법이 선적국법으로 되어 있는 등 선적국법은 국제사법 해상편에 있어서 중요한 연결점이 되고 있다. 그런데, 편의치적된 선박(예컨대, 한국 선주가 파나마나 마살아일랜드에 선박을 등록)의 경우도 그 편의치적된 나라의 법(파나마법이나 마살아일랜드법)을 선적국법으로서 그대로 적용할 것인지 아니면 실질적 소유자의 소재지법인 한국법을 적용할 것인지 등 편의치적의 경우 예외규정의 적용이 문제⁴⁸될 수 있다.

편의치적 선박의 경우 예외규정 적용의 가능성에 대하여 2001년 국제사법 전면개정시에도 논의가 있었으나 예외규정의 적용은 구체적인 사안에 따라 그야 말로 예외적으로 적용되는 것이고, 편의치적의 경우가 예외규정이 적용될 수 있는 예로서 언급이 되었다. 그러나, 선박의 국적취득에 소유(property), 건조(origin), 승무원(seaman) 등의 genuine link를 요구하는 것에 대한 국제적인 합의가 이루어지지 않고 있을 뿐 아니라 선박이 편의치적된 경우 그 실질적인 소유자가 누구인지, 그 국적이 어디인지를 확인하는 일이 그리 용이하지 않고 한편 실질적인 지배가 여러 국가에 나뉘어져 있을 수도 있고 다양한 국적의 선원들이 승선하는 경우도 많이 있으므로 2001년 국제사법 개정위원으로 참여한 필자는 편의치적의 경우에도 “가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재”하는 경우를 입증하는 것이 쉽지 않을 것이므로 편의치적 선박의 경우에도 예외규정이 적용될 가능성은 그리 높지 않다고 보았다.

⁴⁷ 대법원 2014.11.27. 선고 2014 마 1099 결정:이중등록시 소유권 등록국법을 선적국법으로 인정

⁴⁸ 석광현 『국제사법 해설』 제 155-156 면

그러나 실제로 파나마에 등록 (편의치적)된 선박이 저당권자에 의하여 한국에서 경매되면서, 선원임금채권 (당시 파나마법상 마지막 항차의 선원임금채권에 대하여만 선박우선특권이 인정됨)에 대한 선박우선특권이 문제된 사안에서 한국 법원은 예외조항을 적용하여 선적국법인 파나마법 대신에 한국법을 적용하여 그 선박에 근무한 기간 전체에 대한 선원 체불 임금에 대한 선박우선특권을 인정한 사례⁴⁹가 발생하였다. 물론 당시의 파나마법에 따르면 마지막 항차의 선원들의 임금만이 저당권보다 우선하는 선박우선특권이 인정되고 있어 선원들은 마지막 항차의 임금만을 우선 배당받을 수 있었고 그 나머지를 모두 저당권자인 은행(기업은행)이 받아가게 되는 결과를 한국 법원이 타당하지 않다고 보았을 지는 모르겠으나 (한국법상 선원의 체불임금은 마지막 항차의 것인지 불문하고 모두 우선 특권이 인정되므로 선원들이 저당권자 보다 우선하여 배당을 받게 됨), 이 사례로 인하여 편의치적된 선박의 경우 청구인들이 예외규정의 적용을 주장하는 경우가 많아져 불필요한 추가 분쟁을 유발시키고 분쟁 (본래의 분쟁) 처리의 예측가능성을 현저하게 떨어뜨리고 있는 실정⁵⁰이다.

특히, 여기서 간과하여서는 아니되는 것은 선적국은 선박소유자의 결단, 선택에 의하여 정하여진 곳⁵¹이라는 점이다. 선박소유자가 그 선적국을 선택한 것은 그 선적국 (편의치적국을 포함하여)의 법제를 포함한 여러 제도 규정 (해상법, 선박의 소유 및 담보권의 등록, 선원 및 선박 안전에

⁴⁹ 대법원 2014. 7.24 선고 2013 다 34839 판결

⁵⁰ 한국 대법원이 당해 사건의 구체적인 타당성에 집중한 나머지 보편적으로 적용하기 어려운 판시를 한 경우를 종종 보아 왔다. 구 섭외사법 제 44 조 제 5 호 (선원과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위)는 운송계약상의 채무불이행이 아닌 민법상 불법행위를 원인으로 한 손해배상까지도 섭외사법 제 13 조를 배제하고 선적국법을 준거법으로 하라는 취지로 볼 수 없다는 판결 (대법원 1994. 1. 28. 선고 93 다 18167 판결)이나, 확정운임 주선계약에 의하여

운송주선인이 운송을 인수한 것으로 보기 위하여 서는 운송주선인이 재산적인 기초가 있어야 한다는 판결 (대법원 1987.10.13. 선고 85 다카 1080 판결) 등을 그 예로 들 수 있을 것이다.

⁵¹ 국제사법 제 2 조 (국제재판관할) 규정 적용과 관련하여 대법원이 전속적합의관할의 경우에도 “당사자 또는 분쟁된 사안이 대한민국과 실질적 관련”이 요구된다고 하여 일본법을 준거법으로, 자신의 주 사무소 소재지 (일본 동경)를 전속적 관할법원으로 규정한 일본 선사의 관할규정이 합리적 관련성을 결한 것으로서 효력이 없음을 판시 (대법원 2004. 3.25. 선고 2001 다 53349 판결) 한 데 대한 비판의 논거가 준거법 결정의 연결점으로서의 선적국법의 적용에도 그대로 적용되어야 하는 것은 아닌 지 의문이 여지가 있다 (선하증권에 의한 국제재판관할합의의 문제점에 관하여는 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 3 권 박영사 (2004.6) 212 면 내지 245 면 참조)

관한 규정, 제세 문제 등)을 검토한 결과 합법적으로 선택한 것이므로 그러한 선택은 존중되어야 한다고 생각한다. 대표적인 편의치적국들(파나마, 라이베리아, 마셜아일랜드) 등도 국제적으로 성립된 선박에 대한 안전 기준이나 선원들의 근무조건에 대한 법규를 준수하고 있으므로, 선박안전에 대한 낮은 기준이나 저임금 등 열악한 선원 고용 조건이 있을 것이라는 편의치적에 대한 종래의 부정적인 시각을 가지고 현대의 편의치적을 바라보고 이를 토대로 국제사법 연결점으로서의 선적국의 의미를 판단하는 것은 적절하지 않을 것으로 생각한다.

현대에 있어 사람의 경우도 부모의 생활의 터전이나 부모의 국적과 관계없이 다른 나라의 국적을 취득하는 경우가 많이 있다. 이러한 경우, 본국법이 준거법으로 되어 있는 그 사람의 권리능력(국제사법 제11조)이나 행위능력(국제사법 제13조)을 판단함에 있어 예외조항의 적용이 고려되는가?

요약하면, 선박의 편의치적이 예외적인 사항이 아니고, 현재 많이 이용되고 있는 편의치적국이 (일부 예외적인 경우를 제외하고) 더 이상 선박의 안전이나 선원의 복지에 있어 열악한 조건을 허용하지 아니하는 현대에 있어, 편의치적의 경우 예외조항의 적용가능성이라는 불확실성을 제거하는 입법적인 조치가 필요할 것으로 생각한다.

2001년의 전면 개정 이후의 국제사법 운용과정에서 나타난 문제점을 고려할 때 이중등록에 관한 규정은 굳이 필요하지 않을 것으로 생각되나 편의치적의 경우 예외 조항의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 필요할 것으로 생각한다.

[개정의견]

국제사법 제8조 제2항을 다음과 같이 개정한다.

제1항의 규정은 당사자의 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우나 선박의 선적국이 .

⋮

⋮

⋮

[개정의견]
에는 이를 적용하지 아니한다. [개정부분 밑줄]

6. 준거법의 사후적 합의

해상에 관한 국제사법 규정에도 준거법에 관한 사후적 합의에 관한 규정을 명시하는 것이 필요할 것인가? 2001년 국제사법 전면 개정시에도 이러한 논의가 있었으나 국제사법 제33조에 의해 이미 사무관리, 부당이득, 불법행위에 관한 준거법의 사후적 합의가 허용되고 있으므로 해상 사건에 관하여 사후적 합의를 인정하지 아니한다는 의미가 아니라 사후적 합의가 허용됨을 굳이 해상편에 중복적으로 규정할 필요가 없다고 하여 채택되지 아니하였고, 같은 이유로 이를 굳이 규정할 필요는 없을 것으로 보인다.

III. 개별적 검토

앞서 본 바와 같은 검토를 바탕으로 구체적으로 해상법상 개별적으로 국제사법 규정의 개정이 필요한 지 검토를 하도록 한다.

1. 선하증권과 준거법:

가. 현행규정

선하증권이 발행된 경우 현행 국제사법 규정에 의하면 선하증권의 발행인 (운송인)과 선하증권의 소지인 (수하인) 간의 권리·의무 관계는 선하증권에 명시적인 준거법 조항이 있는 경우 그 선택된 준거법에 의하게 된다. 계약내용이나 그 밖의 모든 사정으로부터 합리적으로 인정할 수 있는 경우 묵시적인 준거법의 선택 (국제사법 제 25 조 제 1 항) 도 인정될 수 있다.

이러한 준거법의 선택이 인정되지 아니하는 경우 “그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법” (국제사법 제 26 조 제 1 항) 이 객관적인 준거법이 된다.

나. 검토 및 개정 의견

(1) 객관적 준거법

당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우, 객관적 준거법, 즉, 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법, 을 어떻게 확인할 것인 지 현행법의 규정 (국제사법 제 26 조 제 2 항) 만으로는 매우 어려울 것으로 생각된다. 섭외사법의 경우에는 “법률행위의 성립 및 효력에 관하여는 당사자의 의사에 의하여 적용할 법을 정한다. 그러나 당사자의 의사가 분명하지 아니한 때에는 행위지법에 의한다” (섭외사법 제 9 조)고 하여 선하증권에 준거법이 규정되어 있지 아니한 경우 행위지, 즉 선하증권이 발행된 곳, 의 법에 따르는 것으로 인정⁵²할 수 있었다.

선하증권 기타 이에 상응하는 운송증권에 의한 화물 운송의 경우 주관적 준거법의 선택이 없는 경우 객관적 준거법 지정의 보다 명확한 기준의 규정을 고려하여 볼 수 있을 것이다. 다만, 이에 대하여 아직 consensus 가 이루어 지지 아니하였으므로 다음과 같이 몇 개의 대안을 제시하고자 한다.

[개정의견⁵³]

국제사법 제 26 조 제 2 항에 다음과 같이 제 4 호를 추가한다.

⁵² 대법원 2003.1.10 선고 2000 다 70064 판결. 2001 년 전면 개정 국제사법이 적용되기 이전 섭외사법이 적용된 판결로 준거법 규정이 없는 선하증권의 (객관적) 준거법은 발행지법임을 판시하고 있다. 위 법에 따라 용선계약상 중재약정의 편입 여부를 판단하여야 한다고 판시함. 위 판결에 대한 평석은, 석광현 『국제사법과 국제소송』 제 4 권 (박영사 2007) 제 457 면 내지 제 501 면 참조. 석광현교수께서는 위 판결중 선하증권의 객관적 준거법과 관련하여 (i)편입문구에 의하여 용선계약의 준거법이 선하증권의 준거법이 될 가능성이 없었는 지, (ii) 선하증권의 객관적 준거법을 구 섭외사법 제 9 조 단서의 행위지법이 아니라 가장밀접한 관련을 가지는 법을 준거법으로 볼 여지는 없었는 지 및 가정적 의사 (대법원 2004.6.25. 선고 2002 다 56130, 56147 판결)를 인정할 여지가 없었는 지 지적을 하고 계신다 (499 면)

⁵³ 개정의견[제 1 안]은 섭외사법 개정시안 논의시 제안된 의견이고, [2 안]은 독일법의 입장이며 한국 하급심법원이 취한 입장 (서울중앙지방법원 2018.12.5. 선고 2017 가합 525239 판결: 위 판결은 항소되지 아니하고 확정됨. 이에 대한 평석은 김재희 “선하증권의 객관적 준거법 결정에 대한 논의” 해법학회지 제 43 권 제 1 호 (2021.5) 제 205 면 내지 242 면 참조)[3 안]은 구 섭외사법시 판례의 입장이다.

[개정 의견⁵³]

[제 1 안] 운송인의 주된 영업소 소재지, 다만, 위 영업소 소재지가 선적지, 양하지 또는 송하인의 주된 영업소가 있는 경우에 한한다.

[제 2 안] 운송물의 목적지

[제 3 안] 선하증권이나 기타 운송증권에 의한 운송의 경우 위 증권이 발행된 곳

(2) 준거법 지정 (지상약관 관련하여)

선하증권에는 통상적으로 지상약관 (Clause Paramount) 규정을 포함하고 있다. 이러한 지상약관을 어떻게 해석할 것인지, 즉, 저촉법적 지정 (준거법의 전면적 또는 부분적 지정)으로 볼 것인지, 아니면 실질법적 지정 (관련법이나 조약 규정의 편입)으로 볼 것인지 견해가 나뉘어 있다.

이와 관련하여 앞서 본 바와 같이 특정 조약이나 특정 법을 준거법으로 지정할 수 있는 것인지 (아니면, 준거법은 어느 국가의 법을 지정하여야만 하는 것인지), 준거법의 부분 지정이 가능한지 등의 문제가 있을 수 있으나, 후자의 문제 (준거법의 부분 지정)는 이미 입법적으로 해결되어 있고 (국제사법 제 25 조 제 2 항) 전자의 문제 (특정 법이나 조약을 준거법으로 지정하는 것이 가능한지?) 는 현행법도 어느 정도 구별하여 규정 (제 25 조 제 1 항 “당사자가 ...선택한 법” 제 26 조 제 1 항 “가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법”) 하였다고 볼 여지가 있기는 하나 (앞서 본 바와 같이 반대 견해도 있음), 이를 명시하는 것이 혼란을 막을 수 있는 방법일 것으로 생각된다.

[개정 의견]

국제사법 제 25 조 제 1 항 제 1 문을 다음과 같이 개정한다.

계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법(특정한 법이나 조약을 선택한 경우도 포함한다)에 의한다. [개정부분 밑줄]

(3) 실제 운송인 또는 이행보조자에 대한 청구의 준거법

해상운송 계약은 chain 을 이루어 이행되는 경우 (화주-계약 운송인-실제 운송인) 도 많고, 계약의 이행 과정에서 많은 이행보조자 (독립계약자 포함)가 관여하게 된다. 국제조약상 또는 한국 상법 (상법 제 798 조 제 2 항 내지 제 4 항 등) 등 주요국의 해상운송관련 규정상 이러한 실제 운송인이나 이행보조자들은 운송인의 면책이나 책임제한을 원용할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 화주가 운송인(계약상 운송인) 에게만 직접 손해배상청구를 하는 경우도 있지만, 운송인(계약상 운송인) 과 더불어 또는 운송인(계약상 운송인) 이외에 실제 운송인이나 이행보조자들에게 직접 손해배상 청구를 하는 경우도 있고, 이러한 경우 실제운송인이나 이행보조자가 운송계약(선하증권)이나 관련 준거법에 따라 운송인의 면책이나 책임제한을 원용할 수 있다. 이를 Himalaya Clause 라 한다.

구체적으로, A (화주)- B(운송주선인으로서 선하증권을 발생한 계약상 운송인) - C (실제 운송인) - D (하역회사) 의 계약 관계에서, 화물이 양하항인 한국의 항구로 운송되어 양하되는 과정에서 선원들 및 하역회사 직원의 과실로 손상된 경우를 상정하고 이 문제를 검토하고자 한다. 선하증권의 준거법은 영국법이고 화물은 한국에서 양하과정에서 손상되었다. 화주가 계약상 운송인을 상대로 소를 제기한 경우 한국 국제사법 제 32 조 제 3 항에 따라 (청구원인이 계약위반이던 불법행위던) 선하증권 규정에 따라 영국법을 준거법으로 하여 계약상 운송인의 책임의 유무 및 범위가 정하여 질 것이다.

그러면, 화주가 실제운송인 또는 이행보조자를 상대로 손해배상 청구의 소를 제기한 경우는 어떠한가? 불법행위지 법인 한국법인가, 아니면 (계약상)운송인에 대한 청구 (계약상 책임이던 국제사법 제 32 조 제 3 항에 따라 불법행위 책임이던)의 준거법인 영국법인가? 한국 상법이나 국제 조약은 이러한 경우 실제운송인이나 이행보조자는 운송인 (계약상 운송인)의 책임제한이나 면책을 원용할 수 있다고 규정하고 있으나 그렇다고 하여 이들에 대한 청구의 준거법이 운송인에 대한 청구의 준거법 (이 사안의 경우 영국법)이라는 것은 아니고, 이들에 대한 손해배상청구의 준거법

문제는 국제사법 원칙에 따라 별도로 정하여야 할 것이다. 이러한 경우 책임 문제의 일관성을 유지하기 위하여 종속적 연결을 확대하여 계약관계의 준거법 (즉, 선하증권의 준거법)을 적용하는 것이 타당할 것이다.

[개정 의견]

국제사법 제 32 조 제 3 항을 다음과 같이 개정한다.

가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 경우에는 제 1 항 및 제 2 항의 규정에 불구하고 가해자와 피해자 및 가해자의 이행보조자와 피해자 사이의 법률관계는 가해자와 피해자 사이의 법률관계의 준거법에 의한다.

(4) 운송인의 유치권

운송인은 운송계약 또는 선하증권의 취지에 따라 지급되어야 할 운임 부수비용채당금 등의 금액을 지급하지 아니하면 운송물을 인도할 의무가 없다 (상법 제 807 조 제 2 항). 운송인은 운송물경매권 및 우선변제권이 인정되며 (상법 제 808 조 제 1 항) 이러한 운송인의 권리는 운송물을 인도한 이후에도 일정한 조건아래에서 인정된다(상법 제 808 조 제 2 항) 이러한 운송인의 유치권은 상법상 인정된 특별한 유치권이다.

이와 유사하게 선하증권에는 운송인은 운임, 체선료, 지체손해배상 (detention), 부적운임 (dead freight) 등을 지급받기 위하여 화물에 대한 lien 을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 영국법상 common law lien 이나 express contractual lien 은 화물을 점유하고 인도하지 않을 권리이지 화물을 처분할 권리는 없다⁵⁴ 고 한다. 한국법의 관점에서 보면 동시이행의 항변권과 유사한 것으로 보인다.

그렇다면, 외국법상 또는 계약상 운임등을 지급받기 위하여 화물을 유치할 권리(lien)를 갖는 경우, 이들 lien 의 행사방법으로 한국

⁵⁴ John Wilson 『Carriage of Goods by Sea』 7th Ed. Pearson Longman, 제 303 면 내지 제 305 면.

상법에 규정되어 있는 운송인의 경매권을 행사하고 우선변제의 혜택을 누릴 수 있는 지 문제이다.

법정담보물권의 준거법에 관하여 국제사법에서 명문의 규정을 두고 있지 않고, 그와 같이 명문의 규정을 두지 못한 것은 담보목적물의 소재지법에 따라 처리할 것을 염두에 둔 것이 아니라 법정담보물권의 준거법과 관련하여 그 당시 학설·판례의 대립이 심한 상태라서 명문으로 규정하지 못한 것이라고 한다⁵⁵.

법정담보물권의 경우 그 성립 및 효력은 목적물 소재지 법에 따라야 하되 피담보채권의 준거법이 그러한 권리를 인정하지 아니할 경우 법정담보물권을 인정할 수 없기 때문에 물권의 준거법과 피담보채권의 준거법을 중첩적으로 적용하여야 한다는 견해 (일본의 통설이라고 함)와 약정담보물권과 마찬가지로 목적물 소재지 법에 따라야 한다는 견해 등 이밖에도 여러 견해가 대립되고 있다.⁵⁶

목적물 소재지 법에 따르되 피담보채권의 준거법 (즉, 선하증권이나 운송계약의 준거법)에서 인정하는 범위에서 인정된다고 하는 것이 타당할 것으로 생각⁵⁷된다.

[개정의견]

국제사법 제 60 조 제 3 항을 다음과 같이 신설한다.

운송인의 운송물에 대한 운송인 또는 선장의 유치권 관련 사항은 운송물 소재지법에 의하되 피담보채권의 준거법에서도 인정되는 범위에 한한다.

2. 선박소유자의 책임제한과 준거법

가. 현행규정

⁵⁵ 오승용 “섭외사법 개정을 둘러싼 국제물권· 지적재산권의 고찰” 법조 제 536 호 (2001.5) 106 면 내지 107 면 참조

⁵⁶ 석광현 『국제사법해설』 242 면 참조

⁵⁷ 정해덕 『국제소송중재』 제 458 면도 같은 취지로 이해된다.

국제사법상 “선박소유자•용선자•선박관리인•선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는 지 여부 및 그 책임제한의 범위”는 선적국법에 의하도록 규정 (국제사법 제 60 조 제 4 호) 하고 있다.

선박소유자의 책임제한에 대한 대표적인 조약 문안 및 상법 규정(상법 제 774 조 등)을 참조하여 연결점을 선적국으로 하여 규정한 것이다.

나. 검토 및 개정의견

선박소유자의 책임제한제도는 전통적으로는 해상기업을 보호함으로써 해운산업을 장려하기 위하여 중세부터 존재하였던 해상법 특유의 제도이다. 책임제한에 관한 입법주의로는 委付主義, 집행주의, 선가책임주의, 금액책임주의 등이 있으나 현재 대부분의 국가는 금액주의를 채택 하고 있다. 선박소유자의 책임제한 법제의 내용을 알아야 국제사법규범을 적용하는 실익, 즉 준거법 결정에 의하여 이루어지는 결론의 차이를 파악할 수 있고, 나아가 연결대상인 문제된 법률관계 내지 쟁점과 동등하게 밀접한 관계를 가지는 국내법 중에서 하나를 선택하자면 실질법적 가치를 고려할 필요가 있다⁵⁸.

현행 국제사법은 선적국법주의를 택하고 있으나, 이를 법정지법주의로 변경하는 것이 타당할 것인 지 논의가 있다.

(1) 선박소유자의 책임제한에 관한 조약

- ① 1924년 선박소유자의 책임제한에 관한 조약(타이완, 1993년 개정전 구상법)
- ② 1957년 선박소유자의 책임제한에 관한 조약
- ③ 1976년 선박소유자의 책임제한에 관한 조약(중국, 한국, 파나마, 싱가포르 등)
- ④ 1976년 조약에 대한 1996년 의정서

⁵⁸ 석광현 『국제사법해설』 14 면 참조

⑤ 1996년 의정서의 증액 (영국, 일본, 독일 등)

(2) 선박소유자의 책임제한에 관한 준거법에 관한 학설

선박소유자의 책임제한에 관한 준거법을 선박소유자등의 채무발생의 원인이 되는 계약 또는 불법행위에 관한 준거법과 동일한 법으로 할 것인지 여부 (동척주의 vs 이척주의) 및 그렇지 아니한 경우, 선박소유자의 책임제한의 준거법을 선적국법으로 할 것인지 아니면 법정지법을 적용할 것인지 견해가 나뉘고 있다.

A. 동척주의(同則主義)와 이척주의 (異則主義)

① 동척주의: 선박소유자 등의 책임제한의 준거법을 선박소유자 등의 채무발생의 원인이 되는 계약 또는 불법행위에 관한 준거법과 동일한 법으로 해야 한다는 견해(프랑스 파기원 *Lenten Vigoureux* 사건, 1986. 3. 9.)

② 이척주의: 책임제한의 준거법을 채무발생의 원인의 준거법과 별개로 독자적인 준거법 결정 원칙에 따라 결정해야 한다는 견해

일본이나 독일에서 동척주의를 취하는 견해는 소수이며, 다수설은 이척주의를 취하고 있다(일본 판례도 이척주의를 취한다).

B. 선적국법설과 법정지법설

이척주의의 입장에서선 선적국법설과 법정지법설이 대립하고 있다.

① 일본: 이척주의

선적국법설과 법정지법설이 대립하나 법정지법설이 유력해지고 있다고 한다. 일본판례 중에는 법정지설을

택하고 있는 것이 있다.⁵⁹

② 독일:

1957년 조약 체결 당시 (현재는 1996년 의정서의 체결국임)의 체결국 선박에 대하여는 1957년 조약을 적용 하고, 1957년 조약의 비체약국 선박에 대하여는 준거법 결정문제가 생긴다. 이와 관련하여 이척주의의 입장에서 법정지법 설과 선적국법설이 대립되고 있다.

③ 영국:

영국은 1976년 책임제한조약에 대한 1996년 의정서를 국내법화하기 위하여 상선법을 개정하였는바, 위 상선법은 비체약국 선박에도 적용되는 것으로 해석 되어 준거법에 대한 논의가 무의미하다.

④ 미국:

미국은 1851년이래 선가주의를 채택하고 있다. 미국은 책임제한법이 실체법이나 절차법이나에 따라 미국법 (법정지법) 또는 선적국법을 적용하여 왔다.⁶⁰

⑤ 한국:

구 섭외사법 시절, 선박소유자의 책임제한의 경우 개정전 섭외사법 제44조 제5호(선장등의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위) 또는 제6호 (위부)규정이 적용되어 선적국법이 적용될 것인지 아니면 위 규정들은 선박소유자가 위부에 의하여 책임을 제한할 수 있는 지

⁵⁹ 선대고판 1994(平成 6)년 9월 19일(孫 해법회지 16-17)

⁶⁰ 김현 『선박소유자 책임제한』 미국워싱턴 대학교 법학 박사학위논문 (1990), 문병일 『선주책임제한제도에 관한 섭외사법적 연구』 한국해양 대학교 대학원 석사학위논문 (1997. 2.)

여부 및 선박소유자의 계약상 책임에만 적용되고 불법행위상의 책임제한에는 적용되지 아니하는 것인지 문제로 되어 왔다. 그러나 업계와 실무계에서는 위 규정들이 선박소유자의 책임제한에 관한 규정이라고 이해하고 1993년경까지는 선박소유자의 책임제한은 선적국법에 따른다고 하여 실무를 처리하여 왔었다. 그러나 대법원⁶¹은 불법행위의 준거법 규정(개정전 섭외사법 제13조)에 따라 선박소유자의 책임제한의 준거법을 정하였다. 그러나, 위 판결이 동척주의의 입장을 취한 것은 아니고 단지 위 대법원 판결에 따르면⁶² 종전 섭외사법상 불법행위 책임에 대한 선박소유자의 책임제한에 관한 준거법 규정이 없으므로(계약책임에 관하여는 제44조 5호가 적용됨을 명시하고 있다) 책임의 준거법(위 사안에서 불법행위의 준거법) 규정을 차용하여 적용한 것으로 이해된다.

그러나, 2001년의 전면 개정에서 위와 같은 대법원 판결의 문제점을 명시적으로 해결하고자 현행 국제사법 제60조 제4호와 같이 선박소유자의 책임제한에 관하여 선적국법을 적용하는 것으로 규정하게 된 것이다.

⁶¹ 대법원 1994. 1. 28. 선고 93 다 18167(법원공보 1994년 818면). 대법원은 “섭외사법 제44조 제5호에 의하면 선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위는 선적국법에 의한다고 규정하고 있으나, 위 조항이 民法상의 不法行爲를 원인으로 한 손해배상청구의 경우까지도 섭외사법 제13조를 배제하고 선적국법을 準據法으로 하라는 취지라고 볼 수는 없고, 섭외사법 제44조 제6호는 선박소유자가 선박과 운임을 委付하여 책임을 면할 수 있는 여부에 관하여는 선적국법에 의한다고 규정하고 있는데, 이는 그 문언 자체로 선박소유자의 委付에 관한 사항만을 규정하고 있는 것임이 명백하므로, 섭외사법이 선박소유자의 책임제한에 관한 委付主義를 채택하고 있던 의용상법 시행 당시에 제정된 것이 라는 이유만으로 위 조항이 금액 한도에 의한 선박소유자의 책임제한까지 아울러 규정한 것이라고 볼 수 없다(그러한 사항은 같은 조 제5호에 의하여 규율되어야 할 것이다)”고 판시한 후 불법행위 책임의 성립 및 범위뿐 아니라 불법행위 책임에 대한 책임제한까지도 불법행위지법에 따라 정하여져야 한다고 판시. 참고로, 위 판결은 상법의 해상 편이 개정되기 전의 사안에 대한 것으로 1993. 1. 개정된 상법에서는 선박소유자의 책임제한규정(상법 제746조 이하)이 불법행위에도 적용됨을 명확히 하고 국제사법에서는 “선박소유자•용선자•선박관리인•선박운항자 그 밖의 선박사용인이 책임제한을 주장할 수 있는 지 여부 및 그 책임제한의 범위”는 선적국법에 의하도록 규정 명확히 함.

⁶² 위 대법원 판례와 달리 현행 섭외사법 제44조 5호가 일반적인 손해배상의 범위를 말하는 것이 아니라 선주책임 제한과 같은 선박소유자로서의 책임범위를 말한다고 하는 견해(채익식, 상법강의(하) 박영사 1996. 852-853면)도 있다. 그러나 선박소유자의 책임의 범위와 책임제한의 범위는 구별되어야 하는 것으로 오히려 현행 섭외사법 제44조 6호가 선박소유자의 책임제한을 규정하는 것이라고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

- (3) 선박소유자의 책임제한 제도의 취지를 살리려면, 선박소유자는 일정한 한 곳에서 책임제한이 가능하여야 하는 데, 현재 대부분의 나라가 선박소유자의 책임을 인정하는 국내법을 가지고 있음에도 불구하고, 중복책임제한 절차를 인정함으로써 선박소유자의 책임제한 제도의 입법취지가 몰각되고 있다. 따라서 선박소유자의 책임제한문제는 단순한 준거법 선택의 문제를 넘어 관련 국가들이 책임제한 조약에 가입하여 이중 또는 삼중의 책임제한 절차가 가능하지 않도록 하는 것이 필요하다고 생각한다. 이와 같이 선박소유자의 책임제한 조약에 가입하는 경우 조약의 적용문제가 될 것이다

선박소유자의 책임제한은 이른 바 *measure of damages/quantification of damages*의 문제로서 절차적인 것으로 이해될 여지도 있으므로 법정지법을 적용하더라도 이론상의 문제는 없을 것으로 생각된다.

따라서, 우리나라도 다수의 나라와 같이 선박소유자의 책임제한에 관하여 법정지법을 적용하는 것으로 개정하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

[개정의견] 국제사법 제60조를 다음과 같이 개정한다.

제1항 선박소유자·○ 용선자·○ 선박관리인·○ 선박운항자 그 밖의 선박사용인이 법원에 책임제한을 주장하는 경우 이들이 책임제한을 주장할 수 있는 지 여부 및 그 책임제한의 범위는 대한민국법에 의한다.

제2항 해상에 관한 다음 각호의 사항은 선적국법에 의한다.
(생략-제4호 삭제)

3. 선박우선평권과 준거법

가. 현행규정

“선박의 소유권 및 저당권, 선박우선평권 그밖의 선박에 관한 물권”과 “선박에 관한 담보물권의 우선순위”는 선적국법에 의한다 (국제사법 제 60 조 제 1 호 및 제 2 호).

나. 검토 및 개정의견

선박에 대한 물권관계는 소재지법⁶³이 아닌 선적국법에 의하도록 규정되어 있고 종전 협외사법 제 44 조의 여러 규정도 선박에 대한 물권의 준거법은 선적국법이라는 원칙아래 예시적으로 규정한 것이라는 점에 대하여 이견이 없었다. 다만, 선박 우선평권의 경우에는 2001 년의 개정안의 논의과정에서 선적국법주의를 유지할 것인지 독일과 같이 성립은 피담보채권의 준거법·순위는 소재지법으로 할 것인지 논의가 있었으나 선적국법의 입장을 유지하였다. 아래에서 그 논의 과정을 살펴보고 이러한 현행법의 개정이 필요할 지 검토하기로 한다.⁶⁴

(1) 조약

선박우선평권과 관련된 조약으로는 아래의 3 개의 조약이 있다.

- ① 1926년 선박우선평권 및 저당권 조약
- ② 1967년 선박우선평권 및 저당권 조약
- ③ 1993년 선박우선평권 및 저당권 조약(International Convention on Maritime Liens and Mortgages, 1993)

(2) 학설

- ① 선적국법설(통설⁶⁵)
- ② 법정지법설
- ③ 피담보채권의 준거법설
- ④ 절충설(성립과 순위의 준거법을 별개로)

⁶³ 국제사법 제 19 조에 따르면 동산 및 부동산에 대한 물권의 준거법은 그 목적물의 소재지법이 원칙이나 운송수단(제 20 조), 이동중의물건(제 22 조) 및 선박(제 60 조)에 대하여는 위 원칙이 적용되지 않는다.

⁶⁴ 개정 경과에 대하여는 이태종 “선박우선평권 준거법 결정에 관한 국제사법 제 60 조 제 1,2 호에 대한 비판적 검토” 사법논집 제 38 집 (2004) 151 면 내지 154 면 참조

⁶⁵ 송상현, 김현 「해상법 연구」 박영사 1993. 759-760 면 참조.

(3) 각국의 예

- ① 독일: 성립은 피담보채권의 준거법, 순위는 소재지법(독법45조 제2항)
- ② 일본:
 - i) (통설) 법정담보물권의 일반론을 적용(三浦 국제사법 196).
 - ii) 피담보채권의 준거법(단, 이 견해 중에도 그 성립에 관하여는 선박의 현실의 소재지법을 누적적으로 적용하여야 한다는 설도 있음)

일본 판례는 절충설을 취한 것(일본 광도 고등법원 소화 62 년 3 월 9 일)⁶⁶과 법정지법설(동경지방법원 平成 4 년 12 월 15 일)을 취한 것이 있다. 선적국법을 택하지 아니한 이유는 선박의 이중국적의 경우 적용의 곤란함과 선적국법의 내용을 파악하는 것이 용이하지 아니하므로 신속을 요하는 우선특권제도에 반한다는 데 있다(孫 해법회지 25-26).
- ③ 영국법계: 법정지법(The Halcyon Isle[1981] A.C. 221)
- ④ 미국: 계약체결지, 이행지, 당사자 국적 및 거주지 등 복합적 인 고려(Restatement §188)
- ⑤ 한국: 선적국법 다만, 유류오염손해배상보장법에는 특별규정이 있다.⁶⁷

⁶⁶ 法定擔保物權으로서의 船舶先取特權(船舶優先特權)은 일정한 債權을 담보하기 위하여 법률에 의하여 특히 인정된 권리이지만, 被擔保債權의 法的效果이므로 國際私法上 船舶先取特權이 성립하기 위하여는 被擔保債權 자체의 準據法에 의하여 인정되는 동시에, 法定擔保物權으로서의 物權準據法인 目的物의 所在地法(法例 10 조 참조. 物權의 목적물이 船舶인 경우는 그 旗國法)에 의하여 인정되어야 하며, 또 당사자의 합의에 의하여 설정되는 約定擔保物權으로서의 船舶抵當權은 오로지 物權의 準據法인 目的物의 所在地法만으로 그 成否가 정하여진다. 이와 같이 하여 일단 성립이 인정된 船舶先取特權이나 船舶抵當權에 관한 각 內容效力 그 권리 상호간의 순위(우열관계)는 오로지 당해 擔保物權 자체의 準據法인 目的物의 所在地法(旗國法)에 의하여 결정된다고 보는 것이 상당하다. 이 판결에 대하여는 비판이 가하여 지고 있다.

⁶⁷ 유류오염손해배상보장법에 따른 제한채권자는 사고선박, 그 속구 및 수령하지 아니한 운임에 대하여 우선특권이 있고 위 우선특권은 상법 제 861 조 제 1 항 제 4 호 다음의 순위로 한다(제 43 조). 위 조항은 선박우선특권의 준거법이 한국법이라는 전제에서 규정된 것으로 생각되나 사고선박이 한국국적의 선박이 아닌 경우에는 한국상법이 적용되지 아니하므로 유류오염손해배상보장법을 어떻게 적용할 것인지 문제가 된다. 이 규정 역시 섭외사법 규정을 고려하지 아니 하고 입법을 한데서 온 잘못이라고 생각한다. 참고로, 일본의 「선박소유자 등의 책임의 제한에 관한 법률」에서도 제한채권자는 사고에 관련된 선박 및 속구, 수령할 운임에 대하여 우선특권이 있다고 규정하고 있다(위 법 제 95 조 제 1 항 참조).

- (4) 2001년의 전면 개정시, 선적국법을 채택하자는 주장과 독일법과 같이 선박우선특권의 성립은 선박우선특권의 피담보채권의 준거법에 의하고 순위는 선박의 소재지법(법정지가 될 것임)을 채택하자는 주장이 백중하게 대립하였으나, 결국 선적국법설이 채택되었다. 국제사법의 시행 이후에는 오히려 법정지법을 적용하자는 주장⁶⁸이 제기되었다.

법정지법설에 대한 비판

한국법상 선박우선특권은 법정담보물권으로서 선박저당권과 같이 담보권실행을 위한 경매가 가능한 권리(상법 제777조 제2항, 민법 363조 제1항)이므로 이를 절차적인 문제로 보기는 어려울 것이다. 선박우선특권의 경우 이를 법정담보물권으로 파악하는 한 법정지법을 적용하는 것은 편리할 수는 있겠으나 앞서 본 원칙(“법률관계로부터 출발하여 각 법률관계의 본거를 탐구하고 이것을 통하여 그에 적용할 법체계를 선택한다는 사비니의 명제”)을 도외시한 것이다

성립은 피담보채권의 준거법, 순위는 법정지법

우선 성립의 준거법을 선박우선특권 피담보채권의 준거법으로 하는 견해는 선박우선특권의 속성을 잘 이해하지 못한데에서 기인된 것으로 생각된다. 선박우선특권은 선박소유자가 채무자가 아닌 경우에도 일정한 경우 채권자가 선박에 대하여 법정의 담보물권을 취득하게 되는 것으로서 (결국은 채무자가 아니라 선박소유자에게 부담을 주는 것임) 피담보채권과의 관련성 보다는 선박소유자측 사유, 즉 선적국과의 관련성이 더 크다고 할 수 있다. 이점을 도외시하고 일반 담보물권의 경우와 같이 피담보채권의 준거법과의 연계를 시도하려는 것은 선박우선특권의 속성을 파악하지 못한데에서 생긴 것이 아닌가 한다.

나아가, 선박우선특권의 성립 및 소멸의 준거법과 순위의 준거법을

⁶⁸ 정해덕 『국제소송중재』 제 665 면

달리한다면, 준거법상 선박우선평권의 성립이 인정되거나 법정지(순위)에서는 선박우선평권이 인정되지 아니하는 채권의 경우 그 순위를 어떻게 정할 것인지 문제가 발생한다. 선박 우선평권에 관한 조약⁶⁹이나 미국 등의 많은 국가 (특히 주요편의치적국⁷⁰)의 국내법상으로도 선박저당권을 선박에 대한 우선적인 권리를 갖는 권리의 하나로 선박우선평권과 같이 규정하면서 그 순위(저당권 보다 우선하는 선박우선평권과 저당권보다 후순위의 선박우선평권이 있음)도 규정하고 있다.

이러한 점을 감안하면 그 법적 성질상 법정지법을 적용하는 것은 무리한 것으로 생각이 되고, 성립은 선박우선평권의 피담보채권의 준거법으로 순위는 법정지법으로 하는 견해도 앞서 본 바와 같은 문제점이 있다. 선박우선평권의 법적인 속성을 감안할 때 선적국법이 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 인정하는 것이 가장 무난하고 (현재까지 한국의 실무도 이와 같이 형성되어 왔음) 법리적으로도 타당할 것으로 생각이 된다.

4. 공동해손과 준거법

가. 현행규정

현행 규정상 공동해손에 관한 준거법은 선적국법 (국제사법 제 60 조 제 5 호)이다.

나. 검토

A. 요크 앤트워프 규칙에서의 학설은 공동해손의 부담자와 부담비율에 관한 준거법에 관하여는 다음과 같은 학설이 있다.

- ① 도달지법주의(孫 시안검토)
- ② 양륙지법주의
- ③ 선적국법 주의(黃.金 356, 宋763)

⁶⁹ International Convention on Maritime Liens and Mortgage 1993

⁷⁰ 파나마, 라이베리아, 마셜 아일랜드 등

- ④ 부당이득에 준해서 처리하자는 견해(徐 366, 단, 이 견해에 의하더라도 공해상의 공동해손에 관하여는 선적국법적용)

B. 국제사법 개정안을 논의하는 과정에서 별다른 이견없이 선적국법주의를 채택⁷¹하였고, 개정의 필요성은 없는 것으로 보인다.

5. 해난구조와 준거법

가. 현행규정

국제사법은 해난구조의 경우 보수청구권은 그 구조행위가 영해에서 이루어지는 지, 아니면 공해에서 이루어지는 지에 따라 행위지법 (영해국 법) 또는 구조한 선박의 선적국에 의하도록 규정하고 있다 (국제사법 제 62 조)

나. 검토

해양사고 구조와 관련하여 공해상의 구조에 대한 준거법을 어떻게 할 것인지 논의가 있었다.

(1) 조약

- ① 1910년 해양사고에 있어서 구원 및 구조에 관한 규정의 통일 조약
- ② 1989 International Convention on Salvage

(2) 학설 및 입법례

영해상의 구조

- ① 영해소속국(다수설)
- ② 그 장소 불문하고 구조선과 피구조선의 국적에 따라 정하여야 한다는 설(아래(2)항 참조)

공해상에서의 해양사고구조

⁷¹ 선대고판 1994(平成 7)년 9 월 19 일 (주 23) 판결).

- ① 구조선, 피구조선이 동일국적인 경우: 공동선적국법
- ② 구조선, 피구조선이 선적국법을 달리한 경우:
 - i) 법정지법주의
 - ii) 피구조선의 선적국법주의
 - iii) 구조선의 선적국법주의(포르투갈 상법, 해법회 의견)
 - iv) 쌍방 선적국법 누적적 적용주의(黃.金 358-359, 徐 368)

공해에서 해양사고구조가 이루어진 경우 종전 섭외사법은 구조선박의 선적국법에 따르도록 하고 있으나, 개정안의 논의과정에서 공해상의 구조행위에 대하여 구조한 선박의 선적국법에 의하자는 견해와 구조된 선박의 선적국법에 의하자는 견해가 있었다. 구조된 선박의 선적국이 통상 法廷地가 되므로 法廷地와 준거법을 일치시킨다는 측면에서 최초의 개정안에서는 被救助船舶의 선적국법으로 정하였다. 그러나, 공청회 및 해운계에 대한 의견조회 과정에서 해난구조는 구조선박측에 incentive를 주어야 구조가 원활히 이루어 질 수 있는 것이므로 구조선의 선적국법으로 하는 것이 보다 타당하다는 견해가 대두되어 결국 개정 국제사법에서도 종전 섭외사법과 같이 구조선의 선적국법에 의하는 것으로 유지되었다(제62조).

(3) 현행 국제사법 규정을 개정할 필요는 없어 보인다.

6. 선박충돌과 준거법

가. 현행규정

종전 섭외사법에 따르면 “개항, 하천 또는 영해에서의 선박충돌에 관한 책임은 충돌지법에 따르고”(제45조), “공해에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일 선적국에 속한 때에는 선적국법에 의 하고 각 선박이 선적국을 달리 할 때에는 가해 선박의 선적국법에 의한다”(제46조)고 규정한다.

개정 국제사법도 섭외사법과 내용은 동일 하나, 섭외사법상 2개의 조문으로 나뉘어 있던 것을 한 개의 조문에 통합하여 제1항 및 제2항으로

규정함으로써 그 체제를 변경하였다 (개정 국제사법 제61조).

나. 검토

선박의 충돌에 관한 우리 상법 규정은 1910년 선박충돌에 관한 조약을 바탕으로 제정되었고 많은 나라의 법제가 이를 바탕으로 하고 있으므로 그 적용상에 큰 문제가 발생하지 않았다. 그러나 어떤 나라(예컨대 필리핀)에서는 쌍방과실로 인한 선박충돌의 경우 각자 손해를 부담하는 것으로 규정하고 있는 법제가 있다. 예컨대, 공해상에서 한국 선박과 필리핀 선박이 충돌하여 한국 선박이 침몰하고 필리핀 선박이 손상을 입은 사건에서, 한국 선박의 입장에서 필리핀 선박이 가해선이라고 한다면 한국 선박의 선주는 필리핀 선박에 대하여 아무런 손해배상 청구도 할 수 없을 것이다. 반면에, 필리핀 선박의 입장에서 한국 선박이 가해선이라고 한다면, 한국 선박의 과실 비율에 따라 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 있을 것이다. 이러한 경우 누가 가해선이고 누가 피해선인가, 서로 상대방에 대한 관계에서 가해선이 아닌가, 아니면 과실비율이 큰 쪽이 가해선인가, 과실비율이 같은 경우는 어떻게 할 것인가 등의 의문이 제기될 수 있다.

(1) 조약

1910 선박충돌에 관한 통일조약

(2) 학설 및 입법례

영해상의 충돌

- ① 영해소속국법(黃金 356, 徐 366)
- ② 외국영해에서 충돌사고의 경우 공동선적국법(브뤼셀 선박충돌조약, 독일 Drobnig)

공해상의 충돌

- ① 충돌선박이 동일 국적인 경우: 공동선적국법(이설 없음)
- ② 충돌선박이 선적국을 달리할 경우:
 - i) 법정지법주의(영국, 미국)
 - ii) 선박영토설에 의하여 일방의 선박을 행위지로 보는 불법행

위지법 주의(1932년 독일의 일부판례)

iii) 피해선박의 선적국법주의

iv) 가해선박의 선적국법주의

v) 피해선박소유자가 선택한 선적국법주의(독일 일부판례)

vi) 가해선박과 피해선박의 선적국법을 중복적으로 적용하는 주의(포르투갈 상법, 黃.金 357, 徐 367, 일본판례)⁷²

(4) 국제사법 개정 논의 과정에서 같은 국적의 선박끼리 외국영해에서 충돌한 경우 영해소속국법에 의할 것인지 아니면 공통선적국법에 의할 것인지 논의는 있었으나 이 경우에도 영해소속국법으로 하기로 하였다. 또한 공해상의 충돌시 충돌선박이 선적국을 달리할 경우에도 개정전 섭외사법과 같이 가해선박의 선적국법에 따르도록 하였다. 이때 가해선박을 보다 명확히 하기 위한 여러 시도를 하였으나, 일률적인 정의 규정을 두기보다는 보다 탄력적인 적용을 가능하도록 하기 위해 학설이나 판례에 맡기는 것이 합리적이라는 의견에 따라 개정전 섭외사법의 입장을 그대로 유지한 것이다.

(5) 현행 국제사법 규정은 별다른 문제가 없으므로 개정의 필요는 없어 보인다.

7. 책임보험자에 대한 직접청구권과 준거법

가. 현행규정

책임보험자에 대한 피해자의 직접청구권의 준거법이 어떻게 될 것인지에 관하여 국제사법은 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이러한 준거법이 문제가 된 이유는 한국법과 보험계약의 준거법이 되는 경우가 많은 영국법의 실체법의 입장이 다르기 때문이다.

나. 검토 및 개정 의견

⁷² 선대고판 1994(平成 7)년 9월 19일 (주 23) 판결).

한국 상법은 “제 3 자는 피보험자가 책임을 질 사고로 입은 손해에 대하여 보험금액의 한도내에서 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있다. 그러나 보험자는 피보험자가 그 사고에 관하여 가지는 항변으로써 제 3 자에게 대항할 수 있다” (상법 제 724 조 제 2 항)고 비교적 널리 피해자의 책임보험자에 대한 직접 청구권을 인정하고 있다.

반면에 영국법(Third Parties (Right against Insurers) Act)⁷³ 은 제한적인 조건아래에서만 피해자의 보험자에 대한 직접 청구권을 인정하고 있고, 더 나아가, 보험계약에 선지급조항 (Pay to be paid clause: 한국 상법 제 724 조 제 1 항과 유사 내용) 이 있으면 책임보험자는 피해자에 대하여는 선지급조항의 항변을 할 수 있고 따라서 피해자는 책임보험자에게 직접청구권을 행사할 수 없다는 입장⁷⁴이다.

화주 - 운송인 - 운송인의 책임보험자의 관계에서 운송계약의 준거법은 한국법이고, 보험계약의 준거법은 영국법인 경우, 화주가 책임보험자에게 직접 청구권을 행사할 수 있는 지, 있다면 그 청구의 준거법은 어떻게 될 것인지 문제이다. 이러한 사안에서 한국 법원은 책임보험자에 대한 직접 청구권의 준거법은 보험계약의 준거법(즉, 영국법) 이라는 입장을 취하고 있다. 이러한 입장은 타당한 것인가?

이와 관련된 학설이나 입법례는 ①보험계약 준거법설, ② 피보험자에 대한 청구권의준거법설, ③ 위 ①이나 ②에서 인정되는 경우 인정하여야 한다는 설 등이 대립되고 있다. 피해자에게 보험자에 대한 직접청구권을 인정한 취지는 피해자를 보다 두텁게 보호하기 위한 것이다. 그리고, 보험자에게 이중변제의 위험이 발생하지 않게 하고 또한 피보험자에게 제기할 수 있는 항변을 허용한다면 보험자도 피보험자가 제 3 자에게 피해보상을 하고 보험금을 청구하는 경우와 비교하여 더 불리한 입장에 처하게 되지는 않을 것이다.

⁷³ 대법원 2017.10.26 선고 2015 다 42599 판결: 위 Third Parties (Right against Insurers) Act 에 대한 판시를 하고 있다.

⁷⁴ The Fanti [1991] 2 A.C. 1 영국 귀족원 판결: 책임보험자는 선지급항변(pay to be paid)할 수 있다는 취지의 판결임.

피보험자가 책임보험에 가입을 하고, 여러 이유로 (예컨대 피보험자의 파산) 등으로 피해자인 제 3 자에게 변제를 하지 못하는 경우 피해자의 보험자에 대한 직접청구권을 엄격히 해석하면 피해자의 구제에 충실하지 못할 뿐 아니라 보험자에게 부당한 이익을 주게 된다.

따라서 피해자를 보다 두텁게 보호하기 위하여 보험계약의 준거법이나 피해자의 피보험자에 대한 청구의 준거법상 허용되는 경우 피해자가 보험금의 직접 청구를 할 수 있도록 허용하는 것이 타당하다고 생각된다.

[개정 의견] 국제사법 제 35 조의 2 를 다음과 같이 신설하여 규정한다.

책임보험의 피보험자가 책임을 질 사고로 인하여 입은 손해에 대하여 제 3 자가 보험자에게 직접 보상을 청구할 수 있는 지 여부 및 보험자와 그 제 3 자의 법률관계는 제 3 자가 선택하는 바에 따라 보험계약의 준거법 또는 제 3 자의 피보험자에 대한 청구의 준거법에 따른다.

8. 보험자 대위와 준거법

가. 현행 규정

보험자 대위권의 행사에 대하여 현행 국제사법은 규정하고 있지 않다. 보험자대위의 실질 규정을 살펴보면, 손해가 제 3 자의 행위로 인하여 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 그 지급한 금액의 한도에서 그 제 3 자에 대한 보험계약자 또는 피보험자의 권리를 취득(상법 제 682 조) 하고, 이러한 경우 보험자는 자신의 명의로 그 제 3 자에 대한 구상금청구를 하게 된다. 반면에 영국법이나 미국의 일부 주 등에서는 보험자 대위의 경우 피보험자 명의로 제 3 자에 대한 소를 제기하도록 규정하고 있다.

보험계약의 준거법이 영국법인 경우 보험자가 한국에 제 3 자에게 구상금 청구의 소를 제기하는 경우 보험금 명의로 소를 제기하여야 하는 지, 아니면 피보험자의 명의로 소를 제기하여야 하는 지 준거법이 무엇이냐에 따라 달라지게 된다.

나. 검토 및 개정의견

(1) 실체 vs 절차

보험자대위의 경우 누구 (보험자 또는 피보험자) 명의로 소를 제기하여야 하는 지 하는 문제가 실체법적인 문제인 지 아니면 절차적인 문제인 지 검토가 필요하다. 국제사법에 있어 실체와 절차의 문제를 명확히 구별하기는 어려우나 “실체”란 권리의 존재에 관련된 사항이고 “절차”는 권리의 집행 방식이나 수단을 말한다. 영국법상 (i)증거 (evidence), (ii) 시효(limitation of actions), (iii) 구제수단 (remedies), (iv) 우선순위 (priorities) 및 (v) 소송의 당사자 (parties to an action)등은 절차적인 것으로 이해⁷⁵되고 있다.

- (2) 이와 같이 당사자의 문제는 절차의 문제로 이해되고 있으므로 이를 명시하는 것이 법적인 안정성과 예측 가능성을 위하여 바람직할 것으로 생각한다.

[개정의견]

제**조 (절차사항)

제1항 절차의 문제는 한국법에 따른다.

제2항 이 법 목적상 다음 사항은 절차로 본다.

1. 선박소유자의 책임제한
2. 보험자 대위청구 소의 경우 소구할 수 있는 당사자

[필요시 추가]

9. 법인격 부인과 준거법

가. 현행규정

법인격부인의 준거법에 대하여 현행 국제사법은 규정하고 있지 아니하다. 해상사건에 있어서 선박의 소유자는 선박으로 인한 행위의 책임의 주체가

⁷⁵ J. G. Collier 『Conflict of Laws』 Cambridge University Press 2nd Edition 1994 pp. 64- 73

되기도 하고, 선박은 책임재산이 되기도 한다. 그러나, 선박은 많은 경우 특수목적법인 (SPC)명의로 편의치적국에 등기되어 있어, 선박으로 인한 사고 발생의 경우 그 선박이 멸실되었을 때 그 선박의 실질적인 소유자에게 청구를 할 수 있는 지, 나아가, 사고 선박의 실질 소유자가 다른 SPC 를 통하여 소유하는 다른 선박 이나 재산에 대한 강제집행이 가능할 것인 지 여부가 항시 문제로 되고 있다.

이러한 상황에서 법원은 법인격 부인의 방법으로 또는 신의칙 적용의 방법으로 실질적인 소유자의 재산 또는 실질적인 소유자가 SPC 등을 통하여 실질적으로 소유하는 재산에 대한 집행을 허용하기도 한다. 이와 같이 실질적인 소유자가 실질적으로 소유하는 재산을 추구하려면 법인격 부인이 필요한 데 법인격 부인의 준거법을 어떻게 할 것인 지 문제가 된다.

나. 검토 및 개정의견

법인격 부인의 준거법에 관하여 독일의 경우 (i) 회사설립준거법설, (ii) 법인실체파악의 근거에 따라 세분화하는 설, 법인의 속인법설, 당해계약관계 준거법설, 법정지법설 등이 제기되고, 일본의 경우 법인의 속인법설, 당해계약관계 준거법설, 법정지설 등이 제기⁷⁶되고 있다.

종래에는 법인격 유무는 법인의 속인법의 문제로 보아 일률적으로 해결하고자 하였으나 법인의 법인격 부인의 법리는 법인격이 존재하는 지 여부를 문제삼는 것이 아니라 어느 특정사안에서 회사의 법인격을 부인하고 그 배후의 자에게도 책임을 묻기위한 것이므로 구체적인 사안 별로 적용되는 준거법에 의하는 것이 타당하다.

따라서 조금 더 많은 판례가 축적이 된 후 이를 유형화하여 입법을 하는 것이 바람직 할 것으로 생각한다.

⁷⁶ 김태진 “법인격부인론에 관한 국제사법적 검토”

토론문

발표문에 대한 지정토론문

정 해 덕

(법무법인 화우 변호사)

국제해상법 분야의 국제사법 개정을 위한 입법론적 쟁점 (국제사법학회 제 151 회 정기연구회 발표자료 토론회)

변호사·법학박사 정해덕
법무법인 화우

I. 국제사법상 해상 관련 규정

1. 국제재판관할

국제해사소송에 대한 국제재판관할에도 국제사법 제 2 조에 규정된 국제재판관할원칙이 적용될 것이다.

국제적 재판관할합의는 서면으로 합의와 내용이 특정되면 원칙적으로 유효할 것이나, 합의관할에 관한 원칙이나 공서의 원칙에 반하는 경우 무효로 해석될 수 있을 것이며, 국제재판관할의 법리에 따라 피고주소지 관할원칙은 물론 의무이행지, 재산소재지, 불법행위지 관할 등이 검토되어야 할 것이다.

2. 준거법

국제해사소송에 대한 준거법도 당사자 자치의 원칙(국제사법 25 조)에 따라 준거법약정이 있으면 원칙적으로 이에 따르고, 이러한 약정이 없는 경우 국제사법규정에 따라 준거법을 정하게 될 것이다.

우리 국제사법은 제 9 장(해상)에서 제 60 조 내지 62 조의 3 개의 조문을 두어 소유권, 저당권, 선박우선특권 등의 선박에 관한 물권, 담보물권, 선박소유자의 책임범위, 선박소유자·용선자·선박관리인·선박운항자 그밖의 선박사용인의 책임제한여부, 공동해손, 선장의 대리권에 대하여는 선적국법을, 선박충돌에 대하여는 충돌지법을, 해난구조에 대하여는 그 구조행위지법을 각 준거법으로 규정하고 있다.

그러나, 합의된 준거법이나 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다(국제사법 제 8 조).

한편, 운송계약분쟁이나 선하증권분쟁의 경우 운송계약이나 선하증권약관에서 준거법을 약정하는 경우가 대부분이므로 이러한 준거법약정이 유효한 것으로 해석되는 한 이에 따라 준거법이 결정될 것이다.

3. 논의의 범위

국제사법상 해상 관련 규정도 그간의 실무례 및 해운산업의 변화를 반영하여 개정할 부분이 있는지 신중히 검토할 필요가 있을 것이다. 국제재판관할에 관하여는 국제사법 개정안이 국회에서 심의중이고 본 발표자료에서도 논의하지 않고 있으므로 본 토론문도 발표자료의 순서에 맞추어 준거법에 관한 논의를 하는 것으로 범위를 한정하기로 한다.

II. 일반적 검토

1. 해상관련 국제사법 개정시의 논의점-체계

발표자님의 의견과 같이, 국제사법을 개정하는 경우에도 해상편은 별개의 장으로 그대로 유지하고 필요한 경우 해사관련 사항을 다른 관련규정에 덧붙여 규정하는 방식이 타당할 것으로 생각한다.

2. '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법

국제사법 제26조(준거법 결정시의 객관적 연결)의 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'이 무엇인지, 그 기준이 무엇인지 여전히 불확실하므로 그 기준을 명확히 하고 조문화하기 위한 노력이 필요할 것이라는 발표자님의 의견에 공감한다.

3. '당사자가 선택한 법'의 의미-Clause Paramount 의 해석과 관련하여

가. 지상약관과 준거법약관

선하증권은 지상약관(Clause Paramount)이라는 제목하에 '선적국에서 입법화된 1924. 8. 25. 브

뤼셀에서 성립된 선하증권에 대한 규정의 통일에 관한 국제협약에 포함된 헤이그규칙이 본 계약에 적용된다. 선적국에서 그러한 입법이 없는 경우에는 도착지국의 그에 상응하는 법률이 적용되고, 도착지국에서 강행적으로 적용되는 그러한 법률이 없는 경우에는 위 협약의 조항이 적용된다.’는 내용의 약관을 두는 경우가 많다. 선하증권에 이러한 지상약관이 있는 경우, 지상약관에 따른 헤이그규칙상의 포장당 책임제한이 적용되는 경우가 있을 것이다.

선하증권상에 지상약관을 규정하면서 이와는 별도로 준거법약관을 두고 있는 경우 어느 약관이 적용되는지가 문제된다. 이에 대하여 우리나라 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다106058 판결은 지상약관은 헤이그규칙 또는 헤이그-비스비 규칙에 의하여 면책약관을 제한하고 있는 나라에서 발행된 선하증권과 관련된 소송이 위 규칙을 채택하고 있지 않은 나라의 법원에 제기되었을 경우에 운송인이 임의의 면책약관을 원용할 수 없도록 함으로써 위 규칙들의 실효성을 확보하려는데 있다고 할 것이므로 이러한 경우에는 계약의 성립, 방식 및 효력 등 일반적인 문제에 대해서는 준거법조항에 기재된 법률을, 운송인의 책임이나 의무의 제한에 대해서는 지상약관에 기재된 법률을 각각 분할하여 지정한 것으로 보아야 한다고 해석하였다.

나. 발표자료에 대한 검토의견

국제사법 제 25 조 제 1 항은 “계약은 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 법에 의한다”고 규정하고 제 2 항에서 “당사자는 계약의 일부에 관하여서도 준거법을 선택할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘당사자가 선택한 법’으로 준거법으로 될 수 있는 것이 특정국가의 법에 한정되는 것인지, 아니면 조약이나 어느 특정법도 포함되는지 논란이 있을 수 있다.

위에서 살펴본 대법원 판결은 당사자의 의사에 따라 조약이나 특정법을 준거법으로 지정될 수 있다는 전제하에 준거법의 분할지정도 가능한 것으로 판시한 것으로 보이고, 준거법의 선택에서도 당사자의 의사를 존중하는 것이 타당할 것이므로 발표자님의 의견과 같이, 이러한 취지를 국제사법에 명시하는 것도 바람직할 것으로 생각한다.

4. 절차 vs. 실체

가. 일반원칙

국제사법에서 명시적으로 규정한 사항은 국제사법 규정에 의할 것이지만 그 이외의 사항은 어느 법에 의할 것인가가 문제된다.

이러한 경우 절차법은 법정지법에 따른다("lex fori" rule)는 것이 국제적으로 확립된 법원칙이므로 외국회사나 외국선박을 대상으로 하더라도 소송이나 집행 등의 절차에 대하여는 법정지법을 적용하여야 할 것이다.

한편, 실체법에 관한 것은 국제사법의 일반원칙에 따라 당사자가 지정한 국가의 법(당사자 자치주의), 행위지법(계약의 경우), 불법행위지법(불법행위채권의 경우) 등이 준거법이 되는 것으로 해석하여야 할 것으로 본다.

나. 실체법과 절차법의 구별문제

준거법의 선택과 관련하여 절차는 법정지법에 따르므로 준거법의 선택의 문제는 주로 실체법에 대하여 논의되게 되는데, 실제로는 무엇이 실체법이고 무엇이 절차법인지 반드시 명확하지 아니한 경우가 많고 나라마다 학자마다 견해가 일치 하지 아니한다.

실체법과 절차법을 구별함에 있어서는 그 판단기준에 있어 (i) 실질법을 기준으로 하여야 한다는 입장, (ii) 비교법적으로 결정하여야 한다는 입장, (iii) 실질법을 기준으로 섭외사법 자체의 관점에서 판단하여야 한다는 입장 등이 있으나, 구체적인 경우에 그 한계를 정하는 것은 쉽지 않다.

영미법계국가와 대륙법계국가, 기독교권과 회교권, 유교권 등 국가마다 법체계 및 법개념에 있어 많은 차이가 있기 때문에 어느 나라에서 실체법으로 다루어지고 있는 개념이 다른 나라에서는 절차법으로 다루어지고 있거나(체계의 상이), 아예 그러한 문제가 존재하지 않는 등(체계의 흠결)의 문제가 발생한다.

다. 시효

시효의 경우 영미법에서는 절차법으로 이해되고 있으나 독일·프랑스 등에서는 실체법으로 이해되고 있다. 우리나라는 시효에 관하여 실체법인 민법에 규정하고 있으므로 실체법으로 이해된다. 따라서, 우리나라에서는 시효기간에 대하여 법정지법이 아니라 국제사법 규정 및 법원칙에 따라 결정되는 준거법에 따르게 된다¹.

라. 이자(Interest)/지연손해금

¹ 정해덕, 신해상법, 코리아쉬핑가제트(2020), 188-189 쪽

약정금청구권이나 손해배상청구권은 금전채권이므로 이자 또는 이자 상당의 지연손해금(지연이자)이 발생하게 되며, 이자율이나 지연이자율은 나라마다 다르다. 우리나라의 경우 이자 또는 지연손해금은 별도의 약정이 없는 한 민법 또는 상법 소정의 법정이자율에 의하며, 민사법정이자율은 연5푼, 상사법정이자율은 연6푼으로 되어 있다. 한편, 소송이 제기된 경우에는 소송촉진 등에 관한 특례법규정에 따라 소장이 피고에게 송달된 다음날부터는 연12%의 지연손해금을 청구할 수 있다(다만, 피고가 이행의무의 존부나 범위에 대하여 항쟁함이 상당하다고 인정되는 때에는 판결선고시까지 법정이자율이 적용될 수 있다).

이자 또는 지연손해금(지연이자)과 관련하여, 이자율이나 지연이자율이 나라마다 상이하여, 준거법에 따라 손해액이 달라지게 되므로涉外사건의 이자율이나 지연이자율에 대하여 어느 나라 법이 적용되는지가 문제된다.

절차는 법정지법에 따르므로 준거법의 선택의 문제는 주로 실체법에 대하여 논의되게 되는데, 우리나라에서는 이자율이나 지연이자율은 채권, 청구권의 존부에 관한 것으로 민법, 상법 등 실체법에 규정되어 있으므로 실체법의 문제로 보아야 할 것이며, 따라서 실체법에 관한 준거법이 적용되는 것이 원칙일 것이다. 한편, 우리나라는 소송촉진 등에 관한 특례법에 따라 금전채무의 이행을 명하는 판결을 선고하는 경우 특례법소정의 비율에 의한 지연손해금(지연이자)을 명하도록 하고 있으므로 이러한 특례법상의 지연이자율이 실체법인지, 절차법인지 여부가 문제된다. 이에 대하여 절차법이라는 견해가 있으나, 우리나라 대법원은 실체법이라는 입장에서 판결한 바 있다. 생각건대, 지연이자율은 본래 그 법적 성격이 실체에 관한 것일 뿐만 아니라 외국법이 준거법이 되는 사건에 대하여 지연이자율만을 따로 떼어내서 법정지법인 대한민국의 특례법을 적용할 이유는 없을 것이므로 대법원의 입장이 타당하다고 생각한다².

마. 발표자료에 대한 검토의견

절차는 법정지법에 따른다는 법정지법 원칙(*lex fori* principle)에 따라 절차에 대한 사항에는 법정지법이 적용되므로 절차(procedure)와 실체(substance)를 구별하는 실익이 바로 여기에 있다 할 수 있고, 발표자님은 선박소유자의 책임제한, 선박우선평권, 보험자대위 소송의 당사자문제가 실체문제인지, 절차문제인지에 관한 논의를 바탕으로 불필요한 분쟁을 피하기

² 정해덕, 국제소송-중재, 코리아쉬핑가제트(2021), 56 쪽

위하여 이러한 사항을 국제사법에 명시하는 방안을 제시하고 있는바, 타당한 방안이라고 생각한다. 그러나, 개정의 방법으로 일정한 사항을 절차로 본다는 식으로 규정하는 것에는 찬동하기 어렵다.

5. 연결점으로서의 선적국법: 이중등록 및 편의치적과 예외조항의 적용

가. 선적국법주의

우리나라 국제사법 제 60 조는 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선평권, 그 밖의 선박에 관한 물권, 선박에 관한 담보물권의 우선순위, 선박소유자의 책임범위, 책임제한여부 및 제한의 범위, 공동해손, 선장의 대리권 등에 관한 사항은 선적국법에 의하도록 규정하고 있으므로 현행 국제사법상 선적국은 해상사건에서 준거법을 지정하는 가장 중요한 연결점의 하나가 되고 있다.

나. 이중국적과 나용선등록의 문제

선박이 이중국적을 가진 경우에 어떻게 볼 것인가³가 문제된다. 그러나, 이 경우에도 자연인의 국적충돌과 마찬가지로, 내국국적이 우선하고(내국국적우선주의), 외국국적을 둘 이상 가지는 때에는 그 선박이 더욱 밀접한 관련성을 가진 국가의 법이 적용되는 것으로 해하는 것이 타당할 것으로 본다.

나용선등록(Bareboat Charter Register)의 경우 선적국을 무엇을 기준으로 정할 것인가가 문제된다.

나용선등록은 특정 국가에 등록된 선박이 다른 나라에 나용선된 경우 나용선자가 자국의 기를 게양하고 운항하기 위하여 나용선국에 나용선에 대하여 등록하는 제도를 말하며, 독일, 필리핀, 멕시코 이외에도 아일오브만(Isle of Man), 파나마, 라이베리아 등 편의치적국 대부분이 이를 도입하여 시행하고 있는바, 이 제도하에서는 선박의 원등록국적과 별도로 등록나용선국의

³ 국제사법 제3조는 자연인의 2중국적에 관한 원칙을 규정하고 있다.

국기가 선박에 게양되게 되므로 원등록국과 나용선등록국의 이중등록(dual or parallel register)을 되어 이러한 이중등록 선박의 경우에 선적국을 어떻게 볼 것인가, 선박우선택권의 준거법을 어떻게 결정할 것인가가 문제된다.

위 문제와 관련하여, 우리나라 법원은 나용선등록국법을 선박우선택권의 준거법을 본 부산지방법원 결정⁴과 원등록국법을 준거법으로 본 대법원 결정⁵으로 견해가 나뉘어 있다.

나용선등록제도하에서 나용선의 기초 위에 국기의 변경이 행하여졌다 하더라도 선박소유권, 선박저당권, 선박우선택권 등 사법적인 문제까지 선박의 국적이 변경되는 것은 아니므로 이에 관하여는 여전히 기등록된 원등록국, 즉 선박소유자가 선박의 등기, 등록을 한 선적국법이 적용되어야 할 것으로 판단되며, 따라서 국제사법상 준거법의 결정에 있어서도 원칙적으로 나용선등록국법이 아닌 원등록국법이 그 기준이 되어야 할 것으로 생각한다.

위 대법원 결정은 나용선등록제도에 따라 선적국이 아닌 국가에 나용선등록이 되어 있는 경우에도 섭외적인 사법관계에 관한 준거법의 결정은 선적국법, 즉 선박소유자가 선박의 등기, 등록을 한 국가의 법에 따라야 한다는 것을 분명히 한데 그 의의가 있다고 할 수 있다.

다. 선적국법주의의 예외 인정여부

국제사법 제 8 조 제 1 항은 준거법 지정의 예외로서 “이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.”고 규정하여 선적국법주의의 예외를 인정하고 있다. 그러나, 이러한 예외조항은 함부로 적용할 경우 법적 안정성을 해할 수 있으므로 엄격한 요건하에 적용되어야 할 것이다.

해운업계에서 널리 활용되는 관행인 편의치적(flag of convenience)의 경우, 이러한 준거법 지정의 예외를 인정할 것인지, 그 기준은 무엇인지가 문제되는바, 편의치적에 있어서 선적이

⁴ 부산지방법원 2013. 4. 24. 2012 라 19 결정; 위 결정은 선박우선택권의 성립여부에 대하여 원등록국법인 독일법이 적용되어야 한다는 독일 변호사의 의견을 따르지 아니하고 라이베리아 해상법이 기국의 전속관할과 통제에 따르도록 규정하고 있음을 들어 나용선등록국법인 라이베리아법을 적용하였다.

⁵ 대법원 2014. 11. 27. 2014 마 1099 결정

선적국과의 유일한 관련인 경우 위 예외조항에 의하여 선적국법 대신 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 준거법으로 적용될 여지가 있을 것이다. 우리 대법원은 선적국이 파나마로 편의치적된 선박에 대한 경매사건에서, 선적만이 선적국과 유일한 관련이 있을 뿐이고 선박의 주된 항해지와 근거지, 선원들의 국적, 근로계약, 절차진행장소, 이해관계인 등이 모두 대한민국과 밀접한 관련이 있음을 들어 한국선원들의 임금채권의 선박우선평권의 성부와 순위에 대하여 가장 밀접한 국가의 법인 대한민국법을 적용한 바 있다⁶. 나용선등록 선박에 있어서도 선박우선평권의 준거법이 되는 선적국법은 소유권등록국법이 되어야 하는 것이 원칙이라 할 것이므로 나용선등록국법은 그 나용선등록국법이 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 준거법이 될 수 있는 것으로 해석되어야 할 것이며, 준거법 결정의 예외를 규정한 국제사법 제 8 조도 마찬가지로 취지로 해석되어야 할 것으로 생각한다.

라. 발표자료에 대한 검토의견

(1) 선박의 경우 이른바 편의치적국에 등록을 하고 운항을 하는 것이 보편화되어 있지만 사람의 경우와 달리 이중국적의 예는 거의 없으므로 굳이 이에 관한 규정을 따로 둘 필요는 없어 보이며, 이중등록과 나용선등록의 문제도 대법원이 나용선등록과 소유권등록의 이중등록의 경우 선적국은 소유권이 등록된 나라로 보아야 한다는 판결을 하여 불확실성을 해소한 것으로 보이므로 이 부분 발표자님의 의견에 찬동한다.

(2) 그러나, 편의치적의 경우 “가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재”하는 경우를 입증하는 것이 쉽지 않아 편의치적 선박의 경우에도 예외규정이 적용될 가능성은 그리 높지 않으므로 편의치적의 경우에는 예외규정의 적용을 배제하여야 하고 이에 관한 명시적인 규정이 필요할 것이라는 발표자님의 의견에는 찬동하기 어렵다. 채무면탈의 목적으로 편의치적을 악용하는 것을 막을 필요가 있는 경우도 있을 수 있고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우 또는 나용선등록국법이 해당 법률관계와

⁶ 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013 다 34839 판결; 이 판결의 평석으로는, 석광현, 편의치적에서 선박우선평권의 준거법 결정과 예외조항의 적용, 국제사법과 국제소송 제 6 권 44-81 쪽

가장 밀접한 관련이 있는 등의 특별한 사정이 있는 경우도 있을 수 있으므로, 이러한 경우 다른 국가의 법이 예외적으로 준거법이 될 수 있도록 허용하고 준거법 결정의 예외를 규정한 국제사법 제 8 조의 적용을 편의치적이라는 이유로 일률적으로 배제할 필요는 없을 것으로 생각한다.

6. 준거법의 사후적 합의

국제사법 제33조는 준거법의 사후적 합의를 허용하고 있으므로 이를 해상사건에 관하여 다시 중복적으로 규정할 필요는 없을 것으로 생각한다.

III. 개별적 검토

1. 선하증권과 준거법

가. 선하증권의 준거법

당사자가 준거법을 선택하지 아니한 경우, 객관적 준거법, 즉, 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 어떻게 확인할 것인지는 현행법의 규정 (국제사법 제 26 조 제 2 항)만으로는 판단하기 어려운 측면이 있으므로 선하증권 또는 운송증권에 의한 화물운송의 경우 준거법의 선택이 없는 경우 선하증권이 발행된 곳의 법에 따르도록 하는 등의 규정을 명시하는 것이 바람직하다는 발표자님의 의견에 찬동한다.

나. 준거법 지정 (지상약관 관련하여)

선하증권에는 통상적으로 지상약관(Clause Paramount)규정을 포함하고 있다. 이와 관련하여 앞서 본 바와 같이 특정 조약이나 특정법을 준거법으로 지정할 수 있다는 취지를 명시하는 것이 해석상 혼란을 막을 수 있는 하나의 방법이 될 것으로 생각한다.

다. 실제 운송인 또는 이행보조자에 대한 청구의 준거법

해상운송계약은 일련의 chain 으로 이루어지는 경우가 많고, 이러한 경우 실제운송인이나 이행보조자가 운송계약(선하증권)이나 관련 준거법에 따라 운송인의 면책이나 책임제한을 원용할 수 있도록 규정하는 것이 일반적이므로(Himalaya Clause), 이러한 경우 책임 문제의 일관성을 유지하기 위하여 종속적 연결을 확대하여 계약관계의 준거법(즉, 선하증권의 준거법)을 적용하는 것이 타당하다는 발표자님의 의견에 찬동한다.

라. 운송인의 운송물유치권

(1) 국제사법규정

국제사법은 제 60 조 1 항에서 선박의 소유권 및 저당권, 선박우선평권 그 밖의 선박에 관한 물권은 선적국법에 의하도록 규정하고 있으나, 운송물유치권에 관하여는 준거법에 관한 명확한 규정이 없다.

유치권도 물권의 일종이므로 물권의 준거법에 관한 일반규정(국제사법 제 19 조)에 따라 일응 목적물소재지법에 따라 유치권의 요건이나 효력을 해석하여야 할 것이다. 그러나, 담보물권은 피담보채권의 존재를 전제로 하므로 피담보채권의 준거법이 담보물권의 존재를 인정하지 않으면 안 될 것이다. 따라서 운송물유치권의 경우에도 피담보채권의 준거법과 목적물의 소재지법이 함께 유치권의 성립을 인정하는 경우에만 성립한다고 본다.

(2) 준거법의 결정문제

유치권에 대한 준거법여하에 관계없이 유치권에 기한 운송물경매, 권리행사 등 집행절차에 대하여는 절차법은 법정지법에 따른다("lex fori"rule)는 것이 국제적으로 확립된 법원칙이므로 법정지법인 우리나라 법을 적용하게 될 것이다.

(3) 발표자료에 대한 검토의견

발표자님의 의견과 같이, 운송물유치권에 대하여 목적물 소재지법에 따르되 피담보채권의 준거법에서 인정하는 범위에서 인정된다고 하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

2. 선박소유자의 책임제한과 준거법

현행 국제사법은 선박소유자의 책임제한에 관하여 선적국법주의를 택하고 있으나, 이를 법정지법주의로 변경하는 것이 타당할 것인지에 관하여 많은 논의가 있어 왔다.

책임제한제도의 취지에 비추어 볼 때, 여러 국가에서의 중복적인 책임제한절차를 막고 국제적으로 통일을 기할 필요가 있을 것으로 선박소유자의 책임제한문제를 절차문제로 이해하여 법정지법을 적용하는 것이 바람직할 것으로 생각한다. 따라서, 우리나라도 다수의 나라와 같이 선박소유자의 책임제한에 관하여 법정지법을 적용하는 것으로 개정하는 것이 바람직하다는 발표자님의 의견에 찬동한다. 그러나, 책임제한문제를 굳이 절차법으로 간주할 필요는 없을 것으로 보이므로 실체법인지 절차법인지 여부에 대한 논의없이 법정지법을 준거법으로 하는 것으로 규정하는 것으로 족하다고 생각한다.

3. 선박우선특권과 준거법

가. 선적국법주의

우리나라에서 선박우선특권에 기하여 외국선박에 대한 경매를 하고자 하는 경우에 무엇보다도 우선적으로 검토하여야 할 사항은 그 선적국법이 경매신청채권에 대하여 선박우선특권을 인정하는지 여부라 할 것이다.

섭외사건의 경우 준거법이 무엇인지가 선결되어야 하며, 우리나라 국제사법 제 60 조는 선박우선특권 그밖의 선박에 관한 물권에 관한 사항은 선적국법에 의하도록 규정하고 있으므로 이러한 선박우선특권의 성립여부 및 그 순위도 선적국법에 의하기 때문이다. 따라서 예컨대 외국선박이 화물을 운송하던 중 그 화물의 손상 또는 멸실로 인하여 화물소유자가 선박소유자에 대하여 손해배상채권을 취득하는 경우에, 우리나라는 이러한 채권에 선박우선특권을 인정하지 아니하나 그 채권에 선박우선특권이 인정되는지 여부는 그 선적국법에 의하게 되므로 선적국법의 입장에 따라서는 선박우선특권이 인정될 수도 있는 것이다.

나. 발표자료에 대한 검토의견

별표자님은 한국법상 선박우선평권은 법정담보물권으로서 선박저당권과 같이 담보권실행을 위한 경매가 가능한 권리이므로 이를 절차적인 문제로 보기는 어려우므로 그 법적 성질상 법정지법을 적용하는 것은 무리한 것으로 생각이 되고, 선박우선평권의 법적인 속성을 감안할 때 선적국법이 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법으로 인정하는 것이 법리적으로도 타당할 것이라는 의견을 개진하고 있다.

그러나, 편의치적의 경우 그 선박이 선적국과 반드시 밀접한 관련이 있다고 할 수도 없고 선박우선평권은 저당권과는 달리 선적국법에 의하더라도 공시되지 아니한다. 또한, 선박수리 등을 의뢰하는 선주나 선박수리업자의 입장에서는 수리를 행하는 장소의 법에 의하여 우선특권이 되는지 여부에 관하여 결정할 것을 당연한 것으로 인식하고 선박 수리를 의뢰하고 또 이를 행하는 경향이 있으며, 많은 선박들이 세무나 행정 등의 편의를 위하여 자신 소유의 선박들을 편의치적하여 선적국과 실제 소유국과는 상당한 괴리가 있는 현실 등을 감안하면 법정지법에 의하여 우선특권의 성립 여부를 판단하는 것이 보다 합리적일 것이다.

영국을 포함한 많은 나라에서도 선박우선평권의 성립여부나 순위는 법정지법에 의한다. 영국의 경우 법정지법주의에 입각하여 선박우선평권을 영국법에 따라 인정여부를 결정하며⁷, 캐나다도 저당권과 선박우선평권의 순위관계에 관하여 법정지법에 따라 결정한다고 하고 있다⁸.

따라서 토론자로서는 선박우선평권의 종류와 순위에 관한 준거법을 법정지법(*lex fori*)에 의하는 것으로 국제사법을 개정하는 것이 타당하다고 생각한다.

4. 공동해손과 준거법

특별히 개정의 필요성은 없을 것으로 생각한다.

5. 해난구조와 준거법

⁷ 영국판결; *The Halcyon Isle* (1980) 3 All England Reports 197; *Cheshire's Private International Law*, 8th Ed. p.676.

⁸ 캐나다판결; *The Ioannis Dskalelis* (1974) 1 Lloyd's Rep. 174.

특별히 개정의 필요성은 없을 것으로 생각한다.

6. 선박충돌과 준거법

국제사법 규정에 별다른 문제가 없어 보이므로 개정의 필요는 없을 것으로 생각한다.

7. 책임보험자에 대한 직접청구권과 준거법

가. P&I Club의 소위 "Pay First Rule"과 관련하여

P&I Club들을 보험조건을 규정한 "Rule Book"에 선주가 배상한 손해에 대하여만 배상책임을 부담한다는 이른바 "Pay First Rule" 또는 "Pay to be paid Rule"을 배상책임의 한 원칙으로 규정하고 있는 것이 보통이다. 이것은 예컨대 선주가 파산하여 지불능력이 없는 경우 P&I Club도 피해자에 대하여 직접 배상책임이 없다는 것이다. 위 규칙에 대하여는 1990년 영국법원이 그당시 시행되고 있던 "제3자의 보험자에 대한 청구권법(Third Party's Right against Insurer Act 1930)"에도 불구하고 그 유효성을 인정한 이래⁹ 많은 논란이 있어 왔다. 필자의 의견으로는 P&I의 특수성을 고려한다 하더라도 다른 보험과는 달리 P&I보험에만 보험자에 대한 직접청구권이 제한된다고 해석하는 것은 무리가 아닌가 생각되고 적어도 우리나라법 해석상으로는 위 규칙이 상법과 유류오염손해배상보장법 등이 보장하는 보험자 등에 대한 직접적 청구권을 제한하는 것으로서 무효로 해석하는 것이 법의 취지나 피해자보상의 확실성을 도모하고자 하는 보험의 취지에 부합하는 것이 아닌가 생각한다.

나. 발표자료에 대한 검토의견

피해자를 두텁게 보호하기 위하여 보험계약의 준거법이나 피해자의 피보험자에 대한 청구의 준거법상 허용되는 경우 피해자가 보험금의 직접 청구를 할 수 있도록 허용하는 것이 타당할

⁹ 영국판결, The Panti and Padre Island (1990) H.L.

것이므로 발표자님의 의견과 마찬가지로 이러한 취지를 국제사법에 명시하는 것이 바람직할 것으로 생각한다.

8. 보험자 대위와 준거법

가. 문제의 제기

보험자 대위권의 행사에 대하여 국제사법은 규정하고 있지 않으며, 보험자대위에 대한 한국법과 영국법의 차이로 인하여 실무상 보험계약의 준거법이 영국법인 경우 보험자가 한국법원에서 제 3 자에게 구상금을 청구하는 경우 한국법에 따라 보험자 명의로 소를 제기하여야 하는 지, 영국법에 따라 피보험자 명의로 소를 제기하여야 하는 지 논란이 있다.

나. 발표자료에 대한 검토의견

영국법상 (i)증거 (evidence), (ii) 시효(limitation of actions), (iii) 구제수단 (remedies), (iv) 우선순위 (priorities) 및 (v) 소송의 당사자 (parties to an action)등은 절차적인 것으로 이해되고 있으므로 보험자 대위 청구 소의 경우 소구할 수 있는 당사자에 대한 준거법을 법정지법으로 국제사법에 명시하여 혼란을 피하도록 하는 것이 바람직하다는 발표자님의 의견에 원칙적으로 찬동한다. 그러나, 당사자문제는 소송의 기본요건이므로 당사자표시의 잘못으로 인하여 소송당사자에게 피해가 발생하지 않도록 선택적으로 준거법인 외국법의 적용을 허용하는 등 소송당사자의 편의를 위한 고려가 필요하다고 생각한다.

9. 법인격부인과 준거법

우리나라 법원은 외국선박의 편의치적과 관련하여, 편의치적을 채무면탈, 강제집행면탈의 목적으로 이용하는 것을 법인격부인 또는 신의칙 적용의 방법으로 허용하지 아니하였는바, 이러한 법원의 입장은 법인격부인의 준거법으로 법정지법인 대한민국법을 적용한다는 전제에 있는 것으로 보인다.

법인격부인론은 특정사안에서 예외적으로 회사의 법인격을 부인하여 그 배후의 실소유자에게 책임을 묻기 위한 것이어서 구체적 사안에 따라서 그 적용여부가 달라질 것이므로 현시점에서 별도의 입법은 불필요하다고 생각한다.