

# 선하증권 이면 중재합의약관의 제3자에 대한 효력 및 이에 대한 비교법적 고찰

- 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66723 판결을 중심으로 -

법무부 국가소송과 법무관 김 의 석\*

\*논문접수 : 2021. 7. 20. \*심사개시 : 2021. 8. 10. \*게재확정 : 2021. 8. 23.

## 〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 관련 해외판례
II. 선하증권의 중재약관	1. VIMAR SEGUROS Y REASEGUROS,S. A0. v. M/V SKY REEFER. 1995 AMC 1817 (1995. 6. 19.) (관련 미국판례)
1. 의의	2. 관련 중국 판례
2. 형식적 요건	V. 문제점 및 개선방안
3. 문제제기	1. 약관규제법에 관한 점
III. 관련 판례	2. 운송인책임경감금지원칙과의 관계
1. 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결	VI. 결론
2. 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66723판결	

## I. 서론

중재와 재판은 불복가능 여부, 소요되는 비용, 기간, 집행절차 등 절차적인 면에서 차이가 매우 크다는 점에서 대형 기업 간의 분쟁, 특히 국제운송계약에서 분쟁이

생길 경우 그 분쟁의 해결을 중재에 의할 것인지 재판에 의할 것인지는 분쟁 당사자들에게 있어서 매우 중요한 사항이다. 중재절차로 분쟁을 해결하기 위하여 중재합의가 있어야 하는데 주로 이러한 합의에는 계약법의 기본원리에 따라 당사자의 확실

\* 법무부 국가소송과 법무관(행정안전부 파견), 대한민국 변호사, 고려대학교 상법 박사과정.

한 동의의 의사가 반영되어 있어야 한다.

선하증권과 같은 유가증권의 경우 유통성 때문에 쉽사리 양도될 수 있는 성질이 있고 이에 기하여 발생하는 채권에는 보험자대위가 빈번하게 일어나서 단순 소지인이나 보험자대위권을 행사하는 보험자가 선하증권 이면의 약관에 의한 중재합의에 일체 개입하지 않았음에도 그 효력을 받음으로써 재판청구권의 침해를 받는 문제가 생길 수 있다는 점에서 통제의 필요성이 대두된다. 물론 판례와 법은 선하증권이 용선계약을 편입하고 있고 그 용선계약에 중재조항이 있는 경우에는, 선하증권의 소지인이 중재합의에 직접 동의한 적이 없다고 하더라도 그를 합의의 묵시적 당사자라고 보아서 중재합의의 구속력을 인정하고 있다<sup>1)</sup>.

하지만 이 유형과는 달리, 선하증권 이면(reverse side) 자체에 중재약관이 있는 유형과 관련하여서는 부산지방법원 2008. 10. 8, 2007가합20559(대법원 2010. 7. 15, 2009다66723 판결로 확정되었다.) 판결에서 제한된 채권 법리를 통하여 중재약관의 효력을 제3자에게 역시 인정하고 있다. 그러나 선하증권에서 용선계약을 편입하고, 용선계약에 중재합의약관이 있는 유형의 경우에는 비교적 다수의 국내 연구자료,

국제학술지 자료, 판례 등이 존재하나 선하증권 이면에 중재약관이 부동산자로 직접 기재되어 있는 유형에 관하여는 깊이 있는 논의가 없는데, 본 논문에서는 위 부산지방법원 판결을 중심으로, 선하증권의 이면약관 형태의 중재합의가 불러올 수 있는 문제점을 논하고, 비교법적 관점에서 이러한 문제점들에 대하여 몇가지 해결방안을 제시하여 본다. 구체적으로, 「약관의 규제에 관한 법률(이하 ‘약관규제법’이라고 한다.)」을 통한 선하증권이면약관의 편입통제 방법과 상법상 운송인책임경감금지통한 효력통제방안의 적용 가능성과 적용될 경우의 효과에 대하여 살펴보도록 한다.

## II. 선하증권의 중재약관

### 1. 의의

중재합의란 중재판정의 본안 전 적격(Jurisdiction)을 판단하는 사항으로서 당사자들이 정해진 중재법원에 분쟁해결을 구하기 위한 절대적 전제조건이다. 동시에 중재합의의 존부는 민사소송법상 본안 전 항변으로서 당사자 일방이 유효한 중재합의의 존재를 주장·증명하면, 법원은 각하 판결을 하고 본안판단을 하지 않는다.<sup>2)</sup> 통

1) 양석완, “중재합의의 효력 - 주관적 범위”, 『비교사법』제21권 제2호, 통권65호, 2014, 906면.

상 중재조항은 당사자의 합의에 의하여 작성되는 것이므로 기본적으로 계약을 체결함과 동시에 계약서에 삽입하는 방식 또는 계약과 상관없이 개별적으로 약정하는 방식으로 체결될 수 있다. 따라서 당사자들이 해당 약정의 효과를 정확히 파악하고 체결할 가능성이 크다.<sup>3)</sup>

UNCITRAL 모델중재법 제7조 제1항은 중재합의란 “계약에 의하거나 또는 계약에 의하지 아니한 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 수 있는 모든 분쟁 또는 특정한 분쟁을 중재로 해결하기로 하는 당사자 간의 합의”<sup>4)</sup>라고 정의하고 있고, 이에 기반을 둔 중재법 제3조 제2항 역시, 중재합의란 “계약상의 분쟁인지 여부에 관계없이 일정한 법률관계에 관하여 당사자 간에 이미 발생하였거나 앞으로 발생할 수 있는 분쟁의 전부 또는 일부를 중재에 의하여 해결하도록 하는 당사자 간의 합의”라고 정의

한다. 통상은 중재합의에 당사자의 중재를 통해서 분쟁을 해결하고자 하는 의사가 전제되어 있다고 보는 것이 타당하다.

하지만 선하증권과 같은 유통성이 강한 문서와 관련한 분쟁에 대하여 중재합의가 있는 경우는 또 다른 문제가 발생한다. 가장 크게 문제되는 부분은 그 합의에 직접적으로 참여하지 않은 채권양도의 양수인, 보험금을 지급하고 보험자대위권을 행사하는 자, 선하증권을 통해 편입되는 계약과 관련한 이해관계인에 대하여도 중재합의에 대한 묵시적 동의가 있다고 보아 그 효력을 주장할 수 있다는 점이다.<sup>5)</sup> 특히 선하증권의 이면에 약관의 형식으로 중재조항이 삽입되어 있을 경우에는, 이러한 문제점이 심화될 수 있다.

독립적인 계약이 아닌 계약 내의 일부로서 삽입된 선하증권상의 중재합의는 크게 두가지 유형으로 나눌 수 있다. ① 선하증

2) 중재법 제9조(중재합의와 법원에의 제소) ① 중재합의의 대상인 분쟁에 관하여 소가 제기된 경우에 피고가 중재합의가 있다는 항변(抗辯)을 하였을 때에는 법원은 그 소를 각하(却下)하여야 한다. 다만, 중재합의가 없거나 무효이거나 효력을 상실하였거나 그 이행이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 목영준, 「상사중재법」, 서울: 박영사, 2018, 6면.; 양석완, 앞의 논문, 905면.

4) 원문, “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. 뉴욕협약도 이와 유사하게 중재합의란 “각 계약국은 계약적 성질의 것이거나 아니거나를 불문하고 중재에 의하여 해결이 가능한 사항에 관한 일정한 법률관계에 관련하여 당사자간에 발생하였거나 또는 발생할 수 있는 전부 또는 일부의 분쟁을 중재에 부탁하기로 약정한 당사자간의 서면에 의한 합의를 승인하는 것”이라고 정의하고 있다.

5) 양석완, 위의 논문, 2014, 905면.

권의 이면약관에서 용선계약의 내용을 편입시키고 있고, 편입되는 용선계약에 분쟁 해결조항으로서 중재조항이 있는 경우<sup>6)</sup>와 ② 선하증권의 이면에 약관형식으로 중재조항이 있는 경우<sup>7)</sup> 두 가지가 대표적이다.

## 2. 형식적 요건

### 가. 서면성

대한민국 중재법 제8조는 중재합의의 서면요건에 관하여 규정하고 있는데, 이는 모델 중재법 제7조 제2항을 수용한 것이다.<sup>8)</sup> 모델중재법 제7조 제2항은 중재합의의 서면성이라는 형식적 요건을 정의하고 있는데, 이에 따르면 당사자가 서명한 서류 중의 내용, 서신, 전신 등 중재합의를 기록한 통신 등의 교환, 서면으로 된 계약의 일부가 그 예시이고, 당사자 일방이 중재합의의 존재를 주장하고 상대방이 이를

부인하지 아니하는 경우에도 서면성이 인정될 수 있다. 한편 현행 중재법의 규정은 최근 개정(2016. 11. 30.개정) 전 중재법의 같은 조항과 비교하여 볼 때 비교적 덜 엄격한 서면성 요건을 규정하고 있다.<sup>9)</sup> 이에 따를 때 당사자가 서명한 문서에 중재합의를 포함시킨 경우가 아니더라도, 구두로 합의하거나, 기타 서신 등에 합의를 포함시키고 있을 경우에도 서면성 요건을 갖춘 유효한 중재합의로 보는 것이다. 국내법상 서면성을 결여한 중재합의는 무효로 보지만 타국의 입법례가 반드시 그러한 태도를 취하는 것은 아니다.<sup>10)</sup>

이와 더불어 눈여겨 볼 점은 중재법 제8조 제4항은 계약의 본문에 없매이지 않고 기타 거래약관 등 중재조항이 포함된 다른 문서를 인용한 경우(Incorporate)에도 중재합의의 효력을 인정하고 있다는 점이다.

6) 영국의 판례 *Hamilton & CO. v. Mackie & Sons*의 사건에서는 용선계약에는 “all disputes under this charter shall be referred to arbitration”의 조항이, 선하증권에는 “all other terms and conditions as per charterparty”라는 조항이 삽입되어 있었다.

7) 이하에서 설명할 판례인 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고, 2007가합20559판결에서 문제된 선하증권의 이면약관 제3조 제2항에는 “Any dispute arising from this Bill of Lading shall be referred to arbitration in Tokyo by the Tokyo Maritime Arbitration Commission(TOMAC) of the Japan Shipping Exchange, Inc., in accordance with the Rules of TOMAC and any amendments thereto, and the award given by the arbitrators shall be final and binding on both parties”라는 내용의 중재합의약관이 부동문자로 기재되어 있었다.

8) 양석완, 「국제상사중재법연구」제2권, 서울: 박영사, 2019, 11면.

9) 양병희 외 8인, 주석중재법, 대한상사중재원, 2006, 40면.(현재는 2020. 2. 4. 일부개정이 이루어졌으나, 해당조문의 내용은 같다.) 심지어 녹음에 의한 중재합의도 현행법상 해석에 의하면 서면성이 인정될 여지가 많다. 목영준, 앞의 책, 56면.

10) 프랑스의 경우, 이미 발생한 중재에 관한 합의의 경우에는 서면성을 완화하여 이를 증거의 문제로 보아 판단한다. 목영준, 앞의 책, 56면; 김갑유 외, 「중재실무강의」, 서울: 박영사, 2016, 44면.

따라서, 여기서 한 문서가 다른 문서의 인용을 하고 있으나 중재조항을 특별히 언급하지 않았음에도, 언급한 계약의 내용상 중재합의를 포함하고 있다면(일반편입약관)<sup>11)</sup>, 그 역시 유효한 중재합의가 있는 것으로 할 수 있게 된다. 그 대표적인 경우는 바로 앞서 살펴보았던 해상운송계약과 관련하여 발행된 선하증권이 용선계약의 내용의 전부 또는 일부를 선하증권에 포함한다는 문구가 있고, 그 용선계약에 통상 중재조항이 포함되어 있는 경우, 중재조항 역시 선하증권의 내용으로 편입되는 경우이다. 이 경우에도 (i) 용선계약상의 중재합의조항을 특정하여 선하증권에 편입하고 있는 특정편입문구에 의한 경우와 (ii) 조항을 특정하지 아니하고 용선계약 전체를 선하증권에 편입하고 있는 일반편입문구에 의한 경우로 나뉘는데, 이하의 논의는 후자의 경우에 집중한다. 이와 관련하여 특정편입문구의 경우만 유효하다고 보는 것이 바람직하다는 견해와 일반편입문구도 일정한 요건 하에 유효하게 된다는 견해가 존재하였는데<sup>12)</sup>, 이후의 대법원 판

결은 용선계약에 포함된 중재조항이 선하증권에 편입되기 위한 일반적 요건에 관하여 판시하였다.<sup>13)</sup> 이는 다수의 국가의 관련 법률에서 유효한 중재합의의 방법으로 인정하고 있는 유형이다.

하지만 위의 예시와는 또 다른 경우로서, 앞서 언급했던 선하증권이 용선계약을 편입시키고 있는 경우가 아니라, 선하증권 자체의 이면에 전속적 중재합의 약관을 포함하고 있는 경우가 있다. 이러한 경우에도 판례<sup>14)</sup>는 제3자에 대한 효력을 인정하고 있는 것으로 보이는데 본 글에서는 이러한 유형의 중재합의가 존재하는 경우의 법률관계에 대하여 자세히 살펴보도록 한다.

#### 나. 선하증권 이면약관의 경우

형식적 요건인 ‘서면성’ 외에도 실질적으로 중재합의가 유효하기 위한 요건이 존재한다. 가장 중요한 요소는 중재조항의 내용에 당사자들 사이에 이미 발생하거나 장래 발생할 수 있는 분쟁을 중재절차에 의하여 해결하겠다는 의사의 합치가 존재하여야 한다는 점이다. 선하증권 이면약관

11) 김갑유 외, 중재실무강의, 박영사, 2016, 45면.

12) 후자의 견해는 당사자의 묵시적 의사를 중요시 하는 한편, 전자의 견해는 선하증권의 양수인이 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하므로 일반편입문구의 경우 이러한 점에 대한 입증은 쉽지 않다고 한다. 양석완, “선하증권상 국제상사중재 합의에 관한 비교법적 고찰”, 『경영법률』 제23권 제3호, 한국경영법률학회, 2013, 4, 295면.

13) 이하에서 구체적으로 살펴볼 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결.

14) 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559(대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66723 판결로 확정).

형태의 중재합의의 경우 이는 당사자 사이에 오고간 계약 내용의 일부라고 볼 수 있어 당연히 ‘서면성’이 인정될 것인데, 선하증권을 최종적으로 소지하게 되었으나 피발행인은 아닌 자에 대한 관계에 있어서 선하증권의 실질적 유효요건을 충족할 수 있는지가 문제될 수 있을 것이다. 그리고 이는 중재의 개념, 성질, 방식 등을 기초로 중재합의 자체의 내용과 당사자가 이들 사이에 두게 된 사정을 종합하여 판단하여야 한다.<sup>15)</sup>

생각건대, 선하증권 중재약관의 경우 보통 “선하증권으로 증명되는 운송계약을 둘러싼 분쟁 일체”를 “정해진 중재지에서 중재로 해결할 것”을 규정하는 형태로 작성된다.<sup>16)</sup> 물론 선하증권의 발행을 기준으로 약관의 작성에 참여하지 않은 수하인 등 증권소지인의 보호도 도모되어야 할 것이지만, 만일 중재약관의 문구가 제3자에 대한 적용가능성을 내포하고 있고 적용대상

인 분쟁의 종류도 선하증권 소지인과의 관계를 포함하고 있는 것이라면<sup>17)</sup> 선하증권의 소지인에 대하여도 그 효력을 인정할 수 있다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>18)</sup> 다만 운송인과 수하인과의 분쟁에 있어서 선하증권 중재약관의 중재지가 당사자의 거소 혹은 분쟁의 내용과 아무런 관련성도 없는 경우와 같이 약관 작성에 있어서 보험자나 선하증권의 단순소지자에게 중재약관의 구속력을 인정하는 것이 부당한 경우도 있을 수 있어, 구속력 인정 여부를 통제하고 선하증권의 소지인을 보호할 방안도 필요하다.

### 3. 문제 제기

생각해볼 점은 선하증권은 단순히 계약에서 다른 문서를 인용하는 경우와는 달리 특수성을 가진다는 점이다. 선하증권의 경우 해상운송인에 대한 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권으로 제3자에게

15) 이상협, “선하증권 이면약관에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2021, 164면에서 인용하고 있는 대판 2007. 5. 31, 2005다74344 판결; 대판 2003. 8. 22, 2003다318 판결; 대판 2004. 11. 11, 2004다42166판결; 대판 2005. 5. 13, 2004다67264 판결 등 다수.

16) 대부분 영어 원문으로는 “Any dispute arising from this Bill of Lading shall be referred to arbitration in Tokyo by the Tokyo Maritime Arbitration Commission(TOMAC) of The Japan Shipping Exchange, Inc., in accordance with the Rules of TOMAC and any amendments thereto, and the award given by the arbitrators shall be final and binding on both parties.” SHUBIL-1994 B/L의 이면약관 중 일부를 참고하였다.

17) 만일 중재약관이 그 문구만으로도 적용대상인 분쟁의 종류와 당사자를 특정하고 있고 선하증권의 단순소지인을 배척하고 있는 경우라면, 소지인에 대한 중재약관의 적용을 배제할 여지도 있을 것이다. 용선계약의 내용을 편입하고 있는 경우에 대한 것이기는 하나, 이와 유사한 견해로, 양석완, 앞의 논문(각주 12), 313면.

18) 이와 같은 견해로 이상협, 앞의 논문 169면.

재차 양도될 가능성이 내재되어 있어 더욱이 운송계약 자체에 대한 관여도가 낮은 소지인의 재판청구권을 박탈하는 결과를 낳을 수 있다는 점에서 판례의 태도에 반대하는 유력한 견해도 있다.<sup>19)</sup> 따라서 그 유형에 따라 조심스럽게 정황을 종합하여 개별적으로 판단하여야 할 것이다. 생각건대, 용선계약을 포괄적으로 편입시키는 경우가 아니라 선하증권 자체에 중재조항이 적혀 있는 경우에는 (i)우선 용선계약에서 선하증권에 편입될 약관규정의 인적 효력 범위를 별도로 제한하는 것이 불가능하며, (ii)전자의 경우에는 중재법 제8조 제4항에서 명시적으로 중재합의의 서면성을 인정하고 있는 반면에, 후자의 경우에는 같은 규정이 적용되지 않고 별도로 ‘서면성’ 요건에 대한 검토가 이루어져야 한다. 또한 (iii)운송인은 통상 표준양식을 그대로 차용하는 방식으로 선하증권을 발행하기 때문에 사실상 선하증권의 단순 소지인은 그 내용을 동의할지 말지 고려할 수 없는 지위에 있다. 따라서 선하증권의 소지인은 선하증권에 관하여 중대한 이해관계를 가

지는 자임에도, 그 내용의 중요부분에 구속을 받는데에 자유로운 동의를 의사를 표현하였다고 할 수 없으므로, 법적인 근거가 신중하게 검토되어야 할 것이다. 따라서 본 경우를 단순히 용선계약편입의 경우와 같이 취급할 것이 아니라 어떤 법적 근거로 제3자에 대한 효력을 인정하여야 하는지 생각해볼 필요성이 있다.

추가적으로, 대부분의 해상운송과 관련한 분쟁은 실제운송인이 손해배상의 당사자가 되고 이들은 송하인 혹은 수하인과는 직접적인 계약관계가 없기 때문에 그 청구의 원인은 불법행위청구가 되고, 설사 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권을 소지하게 되더라도, 운송인에 대한 청구는 여전히 선하증권에 기한 손해배상청구권과 불법행위청구권이 경합하게 된다.<sup>20)</sup> 원고의 입장에서 선하증권 약관의 적용을 회피하고자 채무불이행이 아닌 불법행위를 청구원인으로 삼아 손해배상청구를 하는 경우가 있을 수 있다. 그렇다면 채무불이행이 아닌 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에도 중재약관을 포함한 선하증권

19) 김갑유, “중재합의의 유효성 판단과 그 준거법”, 인권과 정의 제331호, 2004, 184면; 김인현 “소비자보호의 관점에서의 선하증권의 효력”, 『해사법연구』 제28권 제3호 12면.

20) 채무불이행을 청구원인으로 하거나 불법행위를 청구원인으로 하는 경우의 차이는 증명책임의 주체에 관한 부분만 있을 뿐, 책임의 내용에 관하여는 상법 제798조에 의하여 동일하다. 김익석, “입증책임의 관점에서 본 선하증권 약관의 선하증권 소지인에 대한 효력과 통제방안”, 『한국해법학회지』 제43권 제1호, 한국해법학회, 2021. 5, 248면. 다만 중재합의와 같은 재판관할에 관한 약관은 제798조 제1항의 ‘운송인의 책임’에 해당하지 않는다고 보는 견해를 유지할 경우, 소지인의 불법행위청구에 대한 구속력을 인정할 별도의 근거가 필요한 것이다.

의 약관이 적용될 수 있는지에 대한 문제가 남을 수 있다. 이와 관련하여 대법원은 계약상 책임과 동일한 사실관계에 의하여 발생한 불법행위 책임이 하자담보책임과 경합하는 경우에는, 불법행위책임의 존부에 관한 분쟁도 ‘본계약내용에 관하여 당사자간에 해결할 수 없는 법적분쟁’을 중재대상으로 정하고 있는 중재조항의 적용범위에 포함된다고 판시한 바 있고<sup>21)</sup>, 운송증권의 소지인의 운송인에 대한 불법행위 청구에 대하여 운송증권상의 전속적 국제재판관할합의의 적용여부에 대하여 판단에 나아간 적이 있다<sup>22)</sup>. 생각건대, 청구원인을 계약상 책임이 아닌 불법행위책임으로 구성한 것은 여타 몇몇 국가의 법제와 달리 실제운송인에게 법정 연대책임을 부과하지 않는 국내법에 따른 필연적인 결과인 점, 사실상 계약상 책임을 원인으로 한 손해배상청구와 본질이 다르지 않은 점, 판례가 변경되어 선하증권의 면책약관은 불법행위를 원인으로 한 청구에 적용되고 있고<sup>23)</sup>, 심지어 준거법의 경우에는 국제사법 제32조를 이유로 지상약관의 종속적 연결까지도 인정하고 있는 점<sup>24)</sup> 등을 고려하면, 불법행위를 원인으로 한 청구도

중재조항의 적용범위에 포함된다고 보는 것이 이러한 추세에 부합한다고 보인다.

이하에서는 (i)관련 국내 판례에서 언급한 대로 중재합의가 되어있는 선하증권을 제한된 채권으로 볼 수 있는지, (ii) 히말라야 약관을 통하여 운송인이 아닌 자도 중재합의에 기한 운송인의 항변을 원용할 수 있는 것인지, (iii) 제3자에게 합의의 효력을 인정하는 것이 과연 상법에서 금지하고 있는 운송인의 책임을 감경시키는 것인지 (iv) 선하증권 이면의 중재약관이 약관규제에 관한 법률의 적용대상 및 저촉되는지 여부를 중심으로 선하증권 이면약관 형태의 중재합의의 소지인에 대한 구속력의 근거와 통제방안에 대하여 생각해보도록 한다.

### III. 관련 판례

#### 1. 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결

선하증권의 이면약관 형태의 중재조항이 있었던 경우가 아닌 선하증권의 이면약관에서 용선계약의 내용을 편입하고, 용선

21) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146 판결.

22) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결.

23) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결.

24) 대법원 2018. 3. 29. 선고 2014다41469 판결.



계약에 중재조항이 포함되어 있었던 경우와 관련한 판례이기는 하나, 본격적인 논의에 앞서서 간단하게 살펴보도록 한다.

(1) 사실관계

원고는 해상보험(적하보험)을 영위하는 보험회사이고 피고는 해운업 등을 영위하는 회사이다. 피고는 소외 회사A와 A가 미국에 공급하는 물품(이하 “이 사건 화물”)의 해상운송을 위하여 피고 소유 파나마 국적 선박에 대한 용선계약(이하 “1차 용선계약”)을 체결하였는데, 그 계약서에는 계약과 관련한 분쟁을 대한상사중재원의 규정과 대한민국의 법률에 따라 서울에서 중재하여 해결하고, 이 합의는 계약당사자 쌍방을 구속한다는 조항이 있었다. 그 후 피고는 A의 미국 현지법인B의 자사 한국 내 자회사C와 사이의 수출입계약의 물품 운송을 의뢰받고 B와 사이에 용선계약(이하 “2차 용선계약”)을 체결하였고, 직접적으로 규정되지 않은 사항은 제1차 용선계약서의 내용을 준용하기로 약정하였다. 그 후 피고의 대리인은 A의 미국 현지 법인을 송하인, 주식회사 조흥은행을 수하인, 소외 회사의 한국 자회사 C를 통지인으로 한 이 사건 선하증권을 발행하였다.<sup>25)</sup> C는 원고를 공동보험자로 하여 이

사건 화물에 대하여 해상적하보험을 체결하였다. 하지만 한국에 도착한 이 사건 화물에서 하자가 발견되었고 C가 물건을 구매한 자들에게 부담하는 손해배상비용에 대하여 원고는 보험금을 지급하였고, 피고에 대하여 보험자대위권을 행사한 사안이다.

(2) 이 사건의 쟁점

이 사건에서 크게 ① 중재약관이 원고와 피고 사이의 이 사건 분쟁에 효력이 있는지 여부, ② 이 사건 선하증권의 양도가 적법한지 여부, ③ 피고에게 화물의 손상에 관하여 배상책임이 있는지 여부가 다루어졌다.

(3) 법원의 판단

① 이 사건 선하증권에는 “용선계약과 함께 사용됨”이라고 기재되어 있고 “용선계약의 모든 조건과 내용, 권리와 예외는 이 선하증권의 내용으로 편입된다.”라는 내용이 그 이면약관의 형태로 포함되어 있었다. 대법원은 제2차 용선계약이 준용하는 제1차 용선계약상의 중재조항이 이 사건 선하증권의 이면약관에 의하여 계약의 내용으로 편입되어 선하증권의 소지인과 운송인 사이에서도 효력을 가지기 위하여

25) 수하인을 은행으로 한 것은 단순히 금융의 편의를 위한 것이었고, 결과적으로 선하증권은 C가 소지하게 되었다.

일정한 요건을 충족해야 한다고 실시하였다. 이에 따르면 (i) 선하증권의 양수인(소지인)이 그와 같이 편입의 대상이 되는 중재조항의 존재를 알았거나 알 수 있었어야 하고, (ii) 중재조항이 선하증권에 편입됨으로 인하여 해당 조항이 선하증권의 다른 규정과 모순이 되지 않아야 하며, (iii) 용선계약상의 중재조항은 그 중재약정에 구속되는 당사자의 범위가 선박 소유자와 용선자 사이의 분쟁 뿐 아니라 제3자 즉 선하증권의 소지인에게도 적용됨을 전제로 광범위하게 규정되어 있어야 한다. 이에 비추어 대법원은 이 사건의 경우에 선하증권의 기재상으로 용선계약이 특정되어 있지 아니하고, 그 편입 문구가 지나치게 일반적이어서 편입의 대상이 되는 용선계약의 조항 중 중재조항이 포함되어 있는지도 선하증권의 소지인 등 제3자에게는 분명하지 아니하며, 이 사건 용선계약이 준용하는 계약서상의 중재조항은 인적 범위를 용선계약의 당사자들로만 한정하고 있다는 이유로 중재조항의 편입을 부정하였다. 따라서 본안판단에 나아갔다.

대법원은 ② 이 사건 선하증권은 비록 기명식으로 발행되었다고 할 것이나, 이는 배서를 금지하는 취지가 없는 경우에는 당연히 배서에 의한 양도가 가능하고, 배서

에 의하지 아니하더라도 소지인이 권리를 취득하였음을 입증한다면 선하증권의 권리를 행사할 수 있다고 보아, 이 사건의 경우 원고가 대위하는 C가 적법하게 선하증권을 취득하였다는 점이 증명되었으며, 채무불이행은 물론 불법행위로 인한 청구권도 선하증권에 화체되어 양도되었다고 보아 C의 권리를 인정하였다.

마지막으로 법원은 ③ 피고의 책임여부에 대하여, 운송인에게 주의의무 위반이 있고, 선적·양하와 관련한 상법상 운송인 면책사유도 없으며, 무고장 선하증권으로 발행되었으므로 송하인의 불충분한 포장 등이 있었다는 항변도 할 수 없으며, 달리 이 사건 운송물의 고유의 하자로 인하여 사고가 발생하였다는 사실도 인정할 수 없다고 보아 피고의 책임을 인정하였다. 이 상과 같이 대법원은 원심과 그 의견을 전적으로 같이하였다.

#### (4) 검토

이 판례의 판단은 사실상 선하증권에 중재조항이 그 내용의 일부로 편입되기 위한 요건을 검토한 것에 불과하고, 별도로 그 편입되는 당해 중재조항이 서면성을 구비하는 것인지에 관하여는 판단하지 않은 것이어서,<sup>26)</sup> 본 대상 판례가 제시한 요건을

26) 김갑유, 앞의 논문, 184면.

충족하면 곧바로 해당 중재약관이 중재법상의 서면성도 충족하는 것으로 볼 수는 없고 별도로 서면성 요건의 충족 여부에 대한 검토를 요한다고 보는 것이 타당하다.

물론, 선하증권은 운송인이 일방적으로 발행하는 것이고 별도의 계약이 아닌 운송물의 인도청구권을 표창하는 유가증권에 불과한 것이기 때문에, 선하증권에 편입된 용선계약의 중재조항에는 현재 소지인인 당사자의 의사가 반영되어 있지 않음은 별론으로 하고, 중재법 제8조가 제2항이 요구하는 기본적인 서면성을 결여한 것으로 볼 수도 있다.<sup>27)</sup> 하지만 앞서 살펴보았듯이, 중재법 제8조는 2016년 개정을 통하여 완화된 서면성 요건을 요구하고 있고 동조 제4항에서 요구하고 있었던 서면성 요건은 삭제되었다. 따라서 전형적인 용선계약의 편입의 경우에는 중재법상의 서면성 요건의 충족 여부가 운송계약상을 둘러싼 법적 다툼의 주된 쟁점이 되지 않는 경우가 대부분일 것이다.<sup>28)</sup>

하지만 용선계약의 편입(incorporation)을 통하여 제3자에게 중재합의의 효력이 미치는 경우와 비교하여 보았을 때, 선하증

권 이면(reverse side)에 중재합의약관이 있는 경우에는 그 유효성과 소지인에 대한 효과를 판단하는 데에 있어서 이 사건 대법원이 실시한 요건들이 그대로 적용될 것인지, 운송인과 직접 계약을 체결하지 않은 선하증권의 소지인에게도 선하증권의 기재에 따른 계약의 내용이 적용되게 채권적 효력과 중재합의의 제3자에 대한 효력과는 어떠한 관계가 있는지를 중심으로 논의를 전개해보도록 한다.

## 2. 대법원 2010. 7. 15. 선고

### 2009다66723 판결

본 판결은 1심 법원과 항소심 법원의 각 하판결이 그대로 확정된 것으로서<sup>29)</sup>, 선하증권 이면의 중재약관의 유효성과 관련한 가장 핵심적인 판례로 대다수의 문헌에서 인용되고 있다.<sup>30)</sup>

#### (1) 사건의 개요

이 사건의 원고는 대한민국의 제철업, 수출입업 등을 영위하는 회사이고, 일본의 소외1 회사(이하 D1)로부터 철제화물(이하 “이 사건 운송물”)을 수입하기로 함에 따

27) 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 「선진상사법률연구」 통권 제50호, 490면.

28) 김인현, 앞의 논문, 12면.

29) 이 사건의 제1심법원은 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559 판결이었고, 항소심판결은 부산고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008나17090 판결이었다.

30) 그 예로, 김인현, 해상법 제6판, 법문사, 2020, 614면.

라, 소외2 회사(이하 D2)와 사이에, D2에게 원고의 수입품을 피고2 소유인 이 사건 선박을 운항하여 해상운송 할 것을 의뢰하였다(이하 “1차 운송계약”). 한편, 이 사건 선박의 용선자인 D2는 피고1 회사와 사이에, 원고의 물건을 일본으로부터 수입하기 위해 D2가 이 사건 선박을 용선함에 있어 피고1을 이 사건 선박의 운송인으로 정하는 내용의 해상운송계약을 체결하였다(이하 “2차 운송계약”). 2차 운송계약에 따라 피고1은 이 사건 운송물을 선박에 선적한 후 운송인인 본인의 명의로 송하인 D1, 수하인 한국산업은행의 지시인, 통지처 원고로 선하증권 3매를 D1에게 발행·교부하였다.

이 사건 물건은 운송과정에서 손상 및 유실되었으며 그 원인은 항해 중 기상악화인 것으로 판단되었다. 한편 이 사건 선하증권은 일본은행에 매입된 후 한국산업은행에 매도되었으며, 원고가 다시 매수하여 현재 정당하게 소지하게 되었다. 따라서 원고는 소지하고 있는 선하증권에 기하여 피고1에게는 유실된 물건 시가 상당의 손해에 대하여 계약상 책임 및 불법행위책임을, 선박 소유자인 피고2에게는 운송보조자로서 이 사건 화물의 유실과 관련하여

불법행위책임을 구하는 이 사건 소를 제기하게 되었다.

## (2) 쟁점 및 재판부의 판단<sup>31)</sup>

① 피고는 원고가 소지하고 있는 선하증권 이면약관 제3조 제2항에 “본 선하증권으로부터 발생하는 모든 분쟁은 일본해운거래소 도쿄해상중재원에 회부되어 그 규정에 따라 심리되어야 하며, 중재인들에 의하여 내려지는 판정은 최종적인 것으로 당사자 쌍방에 대하여 구속력을 가진다.”는 것을 두고 중재합의조항이 포함되어 있음을 근거로 방소항변을 하였다. 법원은 이에 대하여 원고의 피고에 대한 이 사건 소는 위 각 선하증권을 발행한 피고가 이 사건 화물을 유실하였음을 전제로 한 분쟁을 대상으로 하고, 이러한 분쟁은 그것이 계약책임을 묻는 것이든 불법행위책임을 묻는 것이든 위 운송계약의 이행과 밀접하게 관련된 것으로서 이 사건 중재약관의 적용대상에 포함된다고 판단하였다. 따라서 피고의 항변을 받아들였다.

② 원고는 (i) 이러한 피고의 주장에 대하여 일본중재약정은 전속적 국제관할합의의 유효요건<sup>32)</sup>을 충족하여야 하는데, 이 사건 분쟁해결장소로 지정된 일본은 이 사

31) 1심부터 대법원 판결까지 나온 모든 쟁점 및 이에 대한 판단을 모두 서술하였다(저자주).

32) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결은 외국법원을 관할로 하는 전속적 국제관할합의가 유효하려면 (i)대한민국의 전속관할에 속하지 아니할 것, (ii) 지정된 외국법원이 사건에 대하여 합리적인 관련성을 가

건 분쟁과 합리적 관련성이 없어서 유효하지 않다고 재항변하였다. (ii) 더불어, 원고로서는 통지를 받는 등 관여할 수 있는 기회조차 없었을 뿐만 아니라 중재약관이 원고의 재판청구를 지나치게 침해하는 약정임에도 이를 이면에 기재하는 것은 공서양속에 반하는 법률행위로서 무효라고 주장하였다. 법원은 이에 대하여 (i) 전속적 국제관할합의의 유효요건은 이 사건 중재합의의 효력 유무를 판단하는 데에 적용되는 것이 아니고, 가사 적용된다고 하더라도 이 사건의 사실관계상 중재지인 일본과 합리적 관련성이 인정된다고 하였다. (ii) 또한 법원은 이 사건 각 선하증권 이면약관에 기재된 중재약관은 거래 당사자인 피고와 소외 D1간에 합의로서 재판청구권을 포기하는 의사표시를 한 것과 같고, 선하증권의 채권적 효력에 의하여 이 사건 각 선하증권의 소지인인 원고로서는 위 당사자들 사이의 합의에 의하여 분쟁해결방법이 중재절차로 제한된 채권을 인수한 것이며, 선하증권의 성질상 위와 같이 중재약관에 효력을 인정하기 위하여 별도로 선하증권의 소지인인 원고의 동의 내지 그에 대한 통지가 필요하다고 볼 수 없다고 하여 원고의 재항변을 받아들이지 않았다.

③ 한편 피고2는 원고의 손해배상 청구에 대하여, 선하증권 이면에, ‘히말라야 약관’이 기재되어 있음을 이유로 운송인의 보조자인 피고2 역시 운송인인 피고1이 가지는 본안전 항변을 원용할 수 있다고 항변하였다. 법원은 이에 대하여 이면약관의 취지 등을 고려하여 볼 때, 피고2가 원용할 수 있는 피고1의 항변은 본안에 관한 항변에 제한된다고 볼 수 없으므로 위 중재약관에 기한 피고1의 본안전 항변을 원용할 수 있다고 판단하였다.

④ 이에 대하여 원고는 피고1에게 하였던 것과 마찬가지로 재항변을 피고2에게도 하였다. 그것뿐만 아니라, 원고는 (i) 중재법에 비추어 해당 중재합의는 서면성 요건을 충족하지 못한다고 주장하였고, (ii) 중재합의의 유효성을 인정하는 것은 원고가 통상적인 방법으로 침해되는 권리를 구제받을 수 있는 길을 봉쇄함으로써 사실상 운송인의 의무 또는 책임을 면제하는 특약이므로 개정전 상법 제790조(현 제799조와 유사)에 따라 무효라고 주장하였다. 법원은 이에 관하여 (i) 이 사건의 준거법은 일본법인 바, 일본 중재법에 비추어 볼 때 일본 중재법 제13조 제2항<sup>33)</sup>의 ‘그 밖의 서

질 것, (iii) 전속적 관할합의가 현저히 불합리하고 불공정하지 않을 것의 요건을 모두 충족하여야 한다고 판시한 바 있다.

33) 이 사건 당시 본 규정은 국문으로 “중재합의는, 당사자 전부가 서명한 문서, 당사자가 교환한 서실 또는 전보(팩시밀리 장치 기타 격지자간의 통신수단으로 문자에 의한 통신내용의 기록이 수신자에게 제공되는

면'에 해당하는 것으로 보아 서면성 요건을 갖추고 있는 것으로 보았다. 또한 (ii) 외국에서 중재절차를 수행하는 것이 당사자에게 불편하다 하더라도 그러한 사정만으로는 외국중재합의가 운송인의 의무 또는 책임을 면제하고 있다고 볼 수 없어 원고의 주장을 배척하였다.

⑤ 또한 원고는 히말라야 약관에 의하여 선박소유자인 피고2가 선하증권 이면의 중재약관에 기한 중재항변도 원용할 수 있다고 해석하는 것은 대한민국의 약관규제법 혹은 민법 제103조에 위반되어 무효라고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 히말라야 약관의 경우 선하증권 이면약관으로 국제적으로 통용되고 있을 뿐 아니라 운송의뢰인의 이해관계와도 관계있으므로 위와 같은 해석론을 두고 약관규제법 제6조 및 제14조에 위반될 소지가 없다고 판단하였고, 마찬가지로 민법 제103조에 위반되지 않는다고 판단하였다.

### (3) 검토

#### (가) 서면성 요건 충족과 관련한 점

우선, 준거법이 일본법이었다는 점에서 이를 과연 이를 두고 우리나라 판례의 우리나라 법 해석상 결론이라고 할 수 있는

지가 문제된다. 문제 된 일본 중재법 제13조 제2항에서는 “중재합의는, 당사자 전부가 서명한 문서, 당사자가 교환한 서신 또는 전보(팩시밀리 장치 기타 격지자 간의 통신수단으로 문자에 의한 통신내용의 기록이 수신자에게 제공되는 것을 사용해서 송신된 것을 포함한다.) 그 밖의 서면으로 하여야 한다.”고 규정하여, 당사자 전부가 서명하지 않았다고 하더라도 서면성 요건을 갖추었다고 인정할 수 있는 것이다. 하지만 판결이 있을 당시의 개정 전 중재법에 따르면 같은 규정에서는<sup>34)</sup> “당사자들이 서명한 문서에 중재합의가 포함된 경우”라고 규정하고 있었다. 운송인과 직접 계약을 체결한 자가 아닌 선하증권의 단순 소지인과의 관계에 있어서는 선하증권을 ‘당사자’들이 ‘서명한’ 문서로 볼 수 없을 여지가 많다. 따라서 과연 일본법이 아닌 한국법이 준거법으로 되어 있어 대한민국 중재법에 근거하여 판단을 하였더라도 같은 결론에 이르렀을 것이라고 단정할 수는 없는 것이다. 하지만 현행 중재법의 경우에는 제8조 제3항 제1호에서 “구두나 행위, 그 밖의 어떠한 수단에 의하여 이루어진 것인지 여부와 관계없이 중재합의의 내용이 기록된 경우”라고 규정하여 포괄적으로 기록이 되어있기만 한다면 서면성을 인

것을 사용해서 송신된 것을 포함한다) 그 밖의 서면으로 하여야 한다.”라고 되어 있었다.

34) 중재법 제8조(중재합의의 방식), 1999. 12. 31, 법률 제6083호로 전부개정된 것.

정하고 있다. 따라서 개정 전 중재법에 의할 때는 그 서면성이 부정되었을 가능성이 상당하고, 만약 사안의 준거법이 한국의 법이었을 경우에는 원고의 재항변이 받아들여졌을 여지도 있다고 판단된다. 반면에 현재 시행중인 중재법에 의하여 판단을 받는다면, 역시나 해당 중재합의는 “그 밖의 어떠한 수단에 이루어진 것”에 해당하여 원고의 재항변은 배척될 것으로 보인다.

(나) 전속적 관할합의 요건과 관련한 점

대상판결은 중재의 경우 소송에 있어서의 관할합의와는 다르게 중재지가 당사자 또는 사안과 합리적인 관련성을 가지지 않아도 그 중재합의가 유효할 수 있다고 설시하였다. 다만 판결은 이에 대한 구체적인 근거를 제시하지 않았다. 전속적 관할합의의 요건을 실시한 대법원 판례는<sup>35)</sup> 사건의 사실관계를 살펴 뉴욕주법원에서 소송을 수행하는 것이 당사자들에게 가져다주는 실익이 없고 불필요하게 불편만을 초래할 것이므로 합리적 관련성을 결여하여 무효라고 판시하였다. 물론 중재와 다르게 일부 소송의 경우 책임제한 등과 관련하여 이를 절차적 요소로 보는 관할법원에서는 법정지법을 적용하므로 전속적 관할합의의 인정요건을 비교적 엄격하게 할 실익이

있다. 다만 선하증권 상의 중재합의의 경우 표준양식을 사용하고, 그 양식의 대부분은 영국 혹은 싱가포르 중재약관을 포함하고 있기 때문에, 분쟁의 당사자들과 전혀 연관성이 없는 지역을 중재지로 하는 경우도 종종 발생하고는 한다. 그렇다면 적어도 앞서 살펴본 용선계약의 내용이 편입되는 경우와 관련한 대법원 판례와<sup>36)</sup> 같이 최소한 선하증권의 소지인이 이를 예측 가능한 경우에만 유효성을 인정하는 것이 필요할 것임에도, 유독 선하증권의 이면약관에 중재약관이 있는 경우에는 아무런 통제장치 없이 중재합의의 효력을 곧바로 인정하고 있어, 다른 경우와 다른 태도를 취하는 대상판결의 태도에 동조하기 어렵다.

(다) 운송인의 책임경감금지 원칙과 관련한 점

법원은 이와 관련된 원고의 주장을 판단하면서 중재절차를 수행하는 것이 원고에게 불편하더라도 그러한 사정만으로는 운송인의 의무 또는 책임을 면제하고 있다고 볼 수는 없다고 하였다. 논의를 확장하여 보면, 법원은 중재합의와 같은 분쟁해결의 절차에 관한 규정 역시 책임경감금지 원칙의 적용대상이 될 수 있다고 전제한 것으로 파악된다. 다만, 이 사건에 대하여 법원

35) 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결.

36) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결.

은 이러한 합의가 운송인에게 율등하게 유리한 조건을 제공하지는 않는다고 판단한 것이다. 즉, 만일 중재를 통한 분쟁해결이 운송인에게 율등한 이익을 가져다 주었다면 법원은 반대의 결론을 내렸을 것이라고 추론할 수 있다. 그러나 이러한 법원의 판단기준에는 문제가 있는 것으로 보인다. 우선, 해당 상법 규정(현행 상법 제799조)은 헤이그 비스비 규칙을 입법화하면서 해상운송인이 책임경감사유를 지나치게 누리거나 화주에 대한 자신의 지위를 남용하는 것을 방지하기 위하여 동 규칙 제3조 제8항을 편면적 강행규정으로서 규정한 것이므로<sup>37)</sup>, 상법 제799조는 그 입법배경을 살펴보면 실질적으로 운송인의 실체법상의 권리의무를 면제하거나 임의로 감경할 수 없음을 규정한 것으로 파악된다. 따라서 특정 분쟁해결절차가 운송인에게 율등히 유리하다고 하여 본 규정에 반하는지 여부의 판단에 나아가기 이전에, 분쟁해결절차와 같은 절차적 측면에도 본 규정이 적용되는지 여부에 대한 검토가 선행되어야 한다. 대상 판례가 이러한 과정 없이 애

초부터 운송인의 책임감정인지 아닌지의 판단대상에 중재합의가 포함된다고 본 것 자체에 대하여 조금의 아쉬움이 남는다. 뒤에서 보게 될 미국 판례의 결론과 비교하여 보도록 한다.

#### (라) 약관규제법 및 민법 제103조와 관련한 점

국제사법 제27조는 일정한 유형<sup>38)</sup>의 외국적 요소를 가진 소비자계약을 특정하여 준거법을 외국법으로 하더라도 소비자의 상거소가 있는 국가의 강행규정에 의하여 소비자가 보호될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 이러한 국제사법 규정의 취지를 이유로 약관규제법이 외국법이 준거법인 모든 계약에 대하여 당연히 적용되는 것은 아니라는 취지의 판시도 있다.<sup>39)</sup> 따라서 적용 가능 여부에 대한 한계가 있다. 다만 국제사법 제7조는 국제사법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되더라도 법 규정의 입법 목적에 비추어 대한민국의 강행규정이 적용될 수 있음을 규정하고 있으므로 약관규제법은 별론으로 하더라도 민법 제103조 등의 강행규정은 당사자들의 준거

37) 송옥렬, 상법강의(제6판), 홍문사, 2016, 391면.

38) 국제사법 제27조(소비자계약) 제1항(본문내용 생략) 1. 소비자의 상대방이 계약체결에 앞서 그 국가에서 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하거나 그 국가 외의 지역에서 그 국가로 광고에 의한 거래의 권유 등 직업 또는 영업활동을 행하고, 소비자가 그 국가에서 계약체결에 필요한 행위를 한 경우, 2. 소비자의 상대방이 그 국가에서 소비자의 주문을 받은 경우, 3. 소비자의 상대방이 소비자로서 하역금 외국에 가서 주문을 하도록 유도한 경우.

39) 이상협, 앞의 논문, 187면에서 인용하고 있는 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결 등.



법 지정에 관계없이 적용될 수 있을 것이다.<sup>40)</sup> 대상판결은 선하증권의 이면약관상으로 일본법에 의하도록 준거법이 지정되어 있었음에도, 약관규제법 자체가 적용될 수 있는지에 관한 별도의 판단은 하지 않았으며 바로 제6조와 제14조의 위반 여부 및 민법 제103조에 저촉되는지 여부에 대한 판단에 나아갔다는 점에서 아쉬움이 남는다. 또한 이하에서 살펴보겠지만, 약관규제법 제15조 및 동법 시행령 제3조에 의하면 국제적으로 통용되는 약관으로서 국제적으로 통용되는 운송업의 약관에 대해서는 동법 제7조 내지 제14조의 규정이 적용되지 않는다. 해당 규정은 대상판결 선고 시에도 존재하였음에도 대상판결은 제14조의 위반 여부<sup>41)</sup>에 대한 판단에 나아갔다는 점에 대하여 아쉬움이 남는다.

(마) 히말라야 약관의 적용과 관련한 점

주요 국가의 법원에서 히말라야 약관의 유효성을 인정한 사례에, 헤이그 비스비

규칙은 히말라야 약관을 명문화하여 동 규칙 제4조의2 제2항에 규정하였고, 우리 상법도 1991년 개정을 통하여 제787조의3(현행 상법 제798조) 제2항으로 입법화하였다.<sup>42)</sup> 히말라야 약관으로 제3자가 주장할 수 있는 항변에는 각종 면책, 포장당 책임 제한 뿐만 아니라 제척기간, 중재약정, 관할항변 등도 포함된다.<sup>43)</sup> 히말라야 약관의 적용에 관하여도 문제의 소지가 있다. 통상 법원은 히말라야 약관은 본안에 관하여 뿐만이 아니라 본안 전 항변도 이를 통하여 원용할 수 있다고 판시하고 있는 것으로 파악된다.<sup>44)</sup> 하지만 본래 화주가 운송인의 피용자나 대리인 등에게 소를 제기하여 운송인의 항변을 회피하는 것으로부터 운송인을 보호하기 위한 것이라는 히말라야 약관의 취지를 고려하여 보아야 한다. 부제소 합의처럼 “당사자 일방에게 유리한” 경우에, 혹은 “당사자 일방으로 하여금 그 계약상의 의무를 면제”받게 하는 경우 그 보조인도 그러한 이익을 누리기 위

40) 대판 2010. 8. 26 2010다28185 판결의 하급심 판결인 서울고등법원 2010. 2. 11. 선고 2009나31323 판결에서는 국제사법 제27조의 존재의의를 참작하여 약관규제법의 국제적 강행규정성을 부정하였으나, 국제사법 제7조를 원용하여 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 적용을 긍정한 바 있다.

41) 공정거래위원회는 사업자가 일방적으로 마련한 약관에 중재합의 조항을 정하는 것은 약관규제법 제14조에 위반하여 부당하다는 취지로 이를 수정 또는 삭제할 것을 권고한 바 있다. 이병준, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 「중재연구」 제24권 제1호, 한국중재학회, 2016, 120면에서 인용하고 있는 공정거래위원회 2010. 2. 25. 의결 2010약관0478(재판관할합의 약관조항).

42) 최종현, 「해상법상론」제2판, 서울: 박영사, 2014, 428면.

43) 다만 중재 등 관할항변은 상법에 규정되어 있지 않기 때문에 선하증권 등에서 약정된 경우에만 주장이 가능하다고 해석할 수 있다. 김인현, 앞의 책, 254면, 337면.

44) 서울지방법원 1990. 1. 24, 88가합23887, 서울고등법원 1990. 9. 28, 90나21362 등 다수

하여 항변을 원용할 수 있겠지만, 중재합의와 같이 양 당사자 모두에게 유리함이나 불리함이 없고 다만 한가지의 분쟁해결 절차를 설정한 것에 불과한 경우에도 히말라야 약관을 적용하여야 하는지에 관하여는 큰 의문이 있다.<sup>45)</sup>

더불어 히말라야 약관을 통해 중재조항을 원용하게 된다면 앞서 살펴보았던 당사자의 의사의 반영 및 재판청구권 침해 문제는 더욱더 확대된다. 실무적으로, 사안에서 원고가 주장했듯이 선하증권 이면약관의 경우 별도의 수정이 사실상 어려울 뿐더러 이미 적혀 있는 표준약관을 그대로 사용하는 경우가 다수이다.<sup>46)</sup> 따라서 심지어

어 발행인도 아닌 사안의 선주 피고<sup>2</sup>는 그러한 중재합의에 본인의 의사가 반영조차 되었다고 보기도 어려울 뿐만 아니라 선하증권에 기한 운송계약상의 채무불이행책임이 아니라 불법행위 책임에도 그 적용을 확대하는 것은 원고의 재판청구권을 침해할 여지가 충분하다고 보인다.<sup>47)</sup> 반대로 이에 따르면 고의 또는 무모한 작위 또는 부작위로 인한 불법행위의 경우 히말라야 약관의 이익을 누리지 못하게 되는데, 고의 또는 무모한 작위 또는 부작위의 존부에 본안의 문제와 무관한 중재합의의 인정 여부가 달려 있다는 것은 비판을 피하기 어렵다. 또한 중재합의는 본안전 항변사항으로 당사자 일방이 주장할 경우 법원의

45) 로테르담 법정에서 2015. 3. 18. 에 있었던 *Westfalia Marketing B.V v. LCL Group y Mitsui O.S.K. Lines* 판결에서, *Westfalia*는 수하인, *LCL*은 선하증권상 운송인, *Mitsui O.S.K.*는 실질적 운송인이었는데 그 선하증권의 이면에는 런던중재약관과 히말라야 약관이 모두 존재하였던 사안이다. 이에 기하여 *Mitsui*는 히말라야 약관을 통하여 자신도 런던중재조항을 원용하여 본안전 항변을 할 수 있다고 주장하였다. 하지만 재판부는 본래 선하증권의 취지는 화주들이 운송인들에게 책임을 물을 때 운송인의 계약상 항변을 피해가기 위하여 그 보조자 등을 상대로 불법행위에 기한 소를 제기하는 것을 방지하기 위함(“to prevent cargo owners from avoiding the effect of contractual defences made available of the carrier by suing in tort persons who perform contractual services on the carrier’s behalf”)이라고 보았다. 따라서 본 사안에서는 위 판례의 피고<sup>2</sup>에 해당하는 *Mitsui*의 항변을 받아들이지 않았다. 반면에, *BIMCO*의 히말라야 약관 모델을 보면 관할이나 중재에 관한 합의의 이행을 주장할 권리도 포함한다(“including the right to enforce any jurisdiction or arbitration provision contained herein”)고 하여 명시적으로 그 원용대상에 중재합의를 포함하고 있는 경우가 있는데, 만약 사안의 선하증권이 이러한 표준약관을 포함하고 있었다면 결론을 바꿔었을 것이라는 견해도 있다.(*Van Steenderen*, “Drafting Himalay clauses covering arbitration clauses”, 「*Lexiology*」, 2015. 4. 21.는 그러한 입장인 것으로 파악된다.) 결론적으로, 문제가 된 위 국내판례에서 각기 다른 유형의 히말라야 약관의 내용상의 차이와 그 법적 효과에 대해서 자세하게 실시하지 아니한 채 다만 히말라야 약관을 통해 중재조항을 곧바로 적용할 수 있다는 판시만 한 것은 아쉬움이 남는다.

46) 한진해운 B/L, 고려해운 B/L, *BIMCO B/L Standard form* 등의 선하증권 서식을 참조하였다.

47) 대법원 1991. 4. 26. 선고 90다카8098 판결에서 준거법에 관한 이면약관은 불법행위청구에도 적용된다고 하면서, 면책약관은 불법행위청구에 적용된다고 하였고, 다만 고의 또는 중과실로 인한 불법행위의 경우에 그 적용이 배제될 뿐이라고 하였다. 또한 채무불이행에 기한 손해배상청구권 뿐만 아니라, 불법행위로 인한 손해배상청구권 역시 선하증권에 화체되어 그 양도에 따라 함께 이전된다고 하였다.

소는 각하판결을 받게되는 효과가 있음에도, 선박소유자가 히말라야 약관을 의도적으로 원용하지 않을 경우 운송인에 대해서는 각하판결을, 선박소유자에 대해서는 본안판단을 해야하는 상황이 발생할 수 있어 중재라는 중대한 절차적 요소가 당사자의 의사에 따라 그 효력발생 유무가 좌우되는 모순이 발생할 여지도 있다.

#### IV. 관련 해외 판례<sup>48)</sup>

##### 1. VIMAR SEGUROS Y REASEGUROS, S. A. v. M/V SKY REEFER. 1995 AMC 1817 (1995. 6. 19.) (관련 미국판례)

###### (1) 사실관계

사안은 원고인 뉴욕 과일상이 모로코의 과일 수출상으로부터 오렌지 등 과일을 수입하기 위한 계약을 체결하였다. 이를(이하 ‘운송물’이라고 한다.) 모로코에서 메사츄세츠로 선박(M/V Sky Reefer호)을 통하여 운송하였는데, 해당 선박은 피고인 파나마 회사의 소유이고 운송인인 일본 기업에 용선된 상태이었다. 운송과정 중에 운송물에 손상이 발생한 것이 확인되었고,

원고 뉴욕 과일상의 적하보험자가 파손된 운송물로 인한 손해와 관련하여 보험금을 지급한 후 보험자대위권에 기하여 원고 뉴욕의 과일상과 함께 피고에게 선하증권에 기하여 손해배상청구를 하였다. 한편 이 사건 선하증권은 모로코 수출상에 의하여 원고 뉴욕 과일상에게 발행되었는데, 해당 증권의 이면에는 (i) 선하증권상의 운송계약은 일본법의 적용을 받는다는 준거법 조항과 (ii) 선하증권의 해석과 관련한 분쟁은 도쿄해사중재위원회의 규칙에 따라 도쿄해사중재위원회에 의한 중재에 의한다고 규정한 전속적 중재합의조항이 포함되어 있었다.

###### (2) 쟁점

사안의 선하증권 이면에는 역시 중재약관이 있었는데, 피고 측은 이러한 합의에 기하여, 그리고 미국 중재법(Federal Arbitration Act)의 적용을 근거로 도쿄에서의 중재를 통해 분쟁을 해결하여야 한다고 본안전 항변을 하였다. 이에 대하여 원고 과일상과 보험사는 모두 이 사건 중재약관이 무효라는 재항변을 하였다. 원고 보험사는 구체적으로 해당 중재약관은 ① 미국해상운송법인 COGSA(Carriage of Goods by Sea Act) 제3조 제8항<sup>49)</sup>(우리나라 상법 제799

48) 이에 대한 평석으로 나종관, “선하증권상 외국해사중재조항의 유효성-뉴욕협약 제5조 제2항(나) 공공정책과 Sky Reefer 사건을 중심으로-”, 『한국해법학회지』 제20권 제2호, 한국해법학회, 1998.가 있으나, 저자는 이에 의존하지 않은 채 판례원문을 평석하였다.

조에 해당하는 역할)에 기하여 이는 운송인의 책임을 경감시키는 것이어서 무효이고, ② 일본의 중재자들은 일본법에 따라 판단하게 될 가능성이 크고 COGSA에 의하여 판단할 것이라고 보장할 수 없으므로 중재약관이 적용되어서는 안된다고 재항변을 하였다. ③ 추가적으로 법원은, 미국 연방중재법인 FAA(Federal Arbitration Act, 이하 ‘미국 중재법’이라고 한다.)와 COGSA의 우열관계에 대하여도 판단하였다.

### (3) 법원의 판단

우선 1심법원인 지방법원에서는 일본에서 중재를 진행하는 것에 대한 불편함과 경제적 손실을 고려하여 중재약관을 이유로 일본중재를 하는 것은 COGSA 제3조 제8항의 운송인의 책임감경금지원칙을 위반한 것이어서 무효라는 원고의 재항변을 배척하여 중재조항의 유효성을 인정하였다. 동시에 이 쟁점에 대하여 중간항소(interlocutory appeal)에서 판단하도록 하였다. 원고들은 중재조항이 부합계약의 형태이기 때문에 미국 중재법을 통하여 집행할 수 없다는 주장도 하였으나, 1심법원은 원

고 보험자가 해상운송의 관행에 대한 지식을 가지고 있는 자라고 보아 이 주장 역시 배척하였다.

하지만 항소법원은 이에 대하여 중재약관이 COGSA의 제3조 제8항 운송인책임감경금지 조항을 위반했는지에 대하여 이를 긍정하여 중재조항이 무효가 될 수 있다고 판시하였으나, 그럼에도 불구하고 COGSA 제3조 제8항의 위반 소지가 있음에도 불구하고 미국 중재법을 COGSA보다 우선하여 이 사건 중재약관이 유효한 것으로 보아 1심의 결론을 유지하였다.

하지만 대법원은 외국 중재지를 분쟁해결장소로 한 중재약관의 유효성에 대하여 이 사건 1심과 항소심을 포함한 하급심들의 견해가 나뉘는 것에 조정의 필요성을 느껴 이송명령장(Cetiorari)을 발부하여 상고를 받아들이고 그 판단에 나아갔다. 참고로 기존의 미국 법원은 COGSA가 적용되는 사건에서 외국재판관할조항의 효력을 COGSA 상의 운송인책임감경금지 조항의 위반을 이유로 그 효력을 부인하고 미국 법원의 관할을 인정하는 입장이었다.<sup>50)</sup> 본 사건의 대법원의 다수의견<sup>51)</sup>은 ①

49) 규정의 원문은 다음과 같다. §1303 Responsibilities of carrier and ship [8] Limitation of liability for negligence. “Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to or in connection with the goods, arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this section, or lessening such liability otherwise than as provided in this chapter, shall be null and void and of no effect.”

COGSA 제3조 제8항에서 말하는 '책임'은 다른 조항과의 관계를 고려한 체계적 해석 및 그 입법의 모델이 된 헤이그 규칙의 취지를 고려하여 보았을 때, 본안판단에 의하여 판단되는 운송인의 책임을 말하고 절차적인 메커니즘에는 적용되지 않는 것이 타당하며, ② 중재판정의 준거법이 운송인의 책임을 덜 엄격하게 규정한 타 국가의 법으로 되어있다고 하더라도 중재절차가 개시도 안 된 현재 시점에서는 그것이 실질적으로 운송인을 보호하는 방향으로 작용할지는 장담할 수는 없는 것이고, 설령 그렇다 하더라도 중재판정의 집행단계에서 이를 저지할 수 있는 것이므로, COGSA의 운송인책임감경금지 조항에 반하지 않는다고 판단하면서 *Indussa* 판결의 결론을<sup>52)</sup> 부정하며 견해를 변경하였다. 반면에 법원은 *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499

U.S. 585 (1991)판결을 인용하면서 소송비용 기타 절차에 소요되는 비용적인 측면은 운송인책임감경금지원칙의 적용에서 제외된다고 하였다. 더불어 ③ COGSA와 미국 중재법 사이의 우열관계에 관하여는, 두 법률 모두 적용되는 것이고 결국 이 사건 중재조항이 COGSA에 위반하여 무효로 되지 않는다고 판단한 이상, 무엇이 더 율당한 관계에 있는지에 대한 결정은 불필요하다고 판단하였다.

#### (4) 반대의견

이에 대하여 *Stevens, J.* 대법관이 개진한 반대의견에서는 ① 운송인책임감경금지원칙을 규정한 COGSA 조항은 본안에 관한 사항뿐만 아니라 중재합의 같은 절차에 관한 항변에도 적용되는 것이어서 중재로 분쟁을 해결하는 것이 '책임'을 감면하는 것

50) *Indussa Corp. v. S. S. Ranborg*, 1967 AMC 589, 601 (S.D.N.Y. 1966) 판결은 뉴욕의 회사가 벨기에 수출자로부터 물품을 수입하면서 이를 벨기에의 회사가 운송하계끔 계약을 체결하였고, 발행된 선하증권에는 운송인의 주된 영업소가 위치한 노르웨이에서 분쟁을 해결하기로 한 국제재판관할합의조항이 있었는데, 화물에 손상이 발생하여 뉴욕의 회사가 운송인인 벨기에 회사를 상대로 뉴욕주 법원에 소를 제기한 사안이다. 운송인은 재판관할합의조항을 이유로 관할권이 없다고 항변하였고, 원고인 뉴욕 회사는 이 조항은 무효라는 재항변을 하였는데, 이 사건의 법원은 COGSA가 적용되는 사건에 대하여 미국법원의 관할권을 제외하는 전속적 국제재판관할합의 조항은 COGSA 제3조 제8항의 운송인책임감경금지원칙에 반하여 무효라고 판시하였다. 나종관, 앞의 논문, 245면.

51) *Kennedy* 대법관이 의견을 개진하였고, 이에 *Rehnquist, Scalia, Souter, Thomas, Ginsburg* 대법관이 동의하였다. *O'Connor* 대법관은 결론에 있어서는 동의하였으나 기존의 *indussa* 판결의 입장을 변경하는 것에는 반대하는 별개의견을 개진하였고, *Stevens* 대법관은 반대의견을 개진하였다.

52) 이 사건 대법원이 문제삼는 *Indussa* 판결의 항소심판결에 의하면 외국재판관할합의조항은 화주가 운송인을 상대로 손해배상책임을 묻는 것에 장애를 초래하여 운송인으로 하여금 화주에게 편리한 관할을 활용했을 때 보다 더 적은 배상책임을 지게끔 하는 방어수단으로 활용된다. : 원문으로는 "a foreign judicial forum puts 'a high hurdle' in the way of enforcing liability, and thus is an effective means for carriers to secure settlements lower than if cargo[owners] could sue in a convenient forum."

인지에 대해 판단하여야 하며, ② 일본까지 가서 변호사를 선임하여야 하는데 드는 비용과 국내에서의 집행절차에서야 비로소 국내법에 의한 판단을 받을 수 있는 것을 고려하면 이는 송하인의 책임을 가중시키는 것이며, 따라서 운송인의 책임을 감면시키는 것이어서 본 규정을 위반한 것이라고 판단하였다. 또한 ③ 그 경우에 중재법과의 우열관계에 있어서 미국 중재법 제2조는 “해상과 관련된 서면에 중재합의가 있는 경우 이러한 조항은 유효한 것이며 법에 근거가 있는 것으로 혹은 당사자의 계약과 마찬가지로 취급된다.”<sup>53)</sup>고 규정하고 있기 때문에 이면약관 형식의 중재약관을 보통의 법률조항이나 계약조항과 마찬가지로 보아 COGSA의 운송인책임감금지 원칙에 위반된다면 이를 무효로 보는 것이 타당하고, 그렇다고 하여 미국 중재법의 취지에 어긋나는 것이 아니라고 판단하였다. 동시에 Stevens 대법관은 기존의 많은 판결들이 COGSA와 미국 중재법의 충돌문제를 회피하여 왔고 다수의견도 이에 지나지 않는다고 하면서, 미국 중재법을 위반하지 않으면서 중재조항을 COGSA

에 위반하였다고 판단하여 무효화 하는 방법이 더 효과적으로 두 법률을 조화시키는 것이라고 하였다. 또한 Stevense 대법관은 다수의견이 따른 Carnival Cruise Lines 판례는 선하증권이 가지고 있는 특수성을 전제하고 있지 않으므로 이 사건에 적용되기에 적절치 않다고 하였고<sup>54)</sup>, 다수의견이 지나치게 경직된 형식주의를 취하여 COGSA의 운송인책임감금지 원칙이 내포하고 있는 기능을 차단하고 있다고 비판하였다.

#### (5) 검토

위 판례의 경우에 선하증권 이면의 중재합의의 서면성 등의 요건은 미국 중재법 제2조가 비교적 해상계약의 특수성을 고려하여 명확하게 규정하고 있기 때문에 다툼의 대상이 되지 않고 있으며, 중재합의에 있어서 당사자의 의사가 반영되었는지 여부에 관하여도 별다른 다툼이 없다. 위 판례는 이에 대해서 명확히 판단한 바 없으나, 생각건대 우리나라 상법 제799조를 편면적 강행규정이라고 보고 있어 그에 반하는 약정은 무효라고 하는 것<sup>55)</sup>과 마찬가

53) 원문에서는 “A written provision in any maritime transaction...to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract...shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”이라고 규정하고 있다.

54) 구체적으로, Stevens 대법관은 해당 판례는 승객의 티켓의 국내재판관할합의조항이 효력을 가지는 지 여부에 관한 것인데, 선하증권은 통일성(uniformity)과 유통가능성 및 협상력(negotiability)을 가지므로 해당 판례가 이 사건에 적용되기에 적절치 않고, 더불어 해당 판례는 국내재판관할합의에 관한 것으로서 중재합의가 문제된 이 사건과 다르다고 하였다.

지로, COGSA 제3조 제8항에 편면적 강행 규정이라는 개념을 도입하고 있지 않은 미국의 법제에서도, Stevens 대법관의 반대의견과 같이 중재약관이 COGSA 제3조 제8항에 반한다면 무효로 될 수 있다고 보는 것이 타당하다.

앞서 본 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559 판결과 같은 선하증권 표준양식의 약관이 문제된 사안이라 더 유의미하다. 생각건대, 운송인책임감경금지원칙을 적용할 것인지 말 것인지(admissibility)의 문제와 당사자에게 불이익이 없다고 판단하는 문제는 전혀 다른 문제이므로, 운송인의 상대방에게 불이익한지 여부를 판단하기에 앞서, 운송인책임감경금지원칙 자체가 적용되는 문제인지에 대한 판단이 선행되어야 할 것이다. 위 미국판례의 다수의견과 소수의견은 이러한 전제에 대해서부터 그 의견을 달리한 것인데, 다수의견은 운송인책임감경금지원칙은 소송비용 및 분쟁해결을 위하여 장거리를 이동하는

데에 소요되는 기타 비용은 동 원칙이 적용되는 ‘책임’에 해당하지 않는다고 본 것이다.<sup>56)</sup> 그렇다면 국내 대상판례는 오히려 본 미국 판례의 Stevens 대법관의 소수의견과 같은 맥락인 것인 셈이다. Stevens 대법관은 역사적으로 19세기 이전부터 운송인이 화주들에 비하여 우월한 협상력을 가지고 면책약관을 남용해왔고<sup>57)</sup> 헤이그 규칙은 이를 시정하기 위하여 등장하였다고 하면서, 그 취지를 고려할 때 COGSA의 해당 규정은 운송인이 역사적으로 남용해온 데에 대한 대응책으로서 등장한 것이라고 설시한다. 결과적으로 외국중재조항은 운송인의 책임을 경감하는 것이고 이는 COGSA이 규율하고자 하는 대상의 범위에 포함되는 것이라고 한다. 또한 그 문제는 소가가 작을수록 극대화 된다고 하였다.<sup>58)</sup> 더불어 만일 중재조항으로 인하여 선하증권상의 권리행사에 장애가 발생한다면, 선하증권이 가지는 가치성과 널리 유통되기 위하여 필요한 가치(negotiability)가 선하증

55) 최종현, 「해상법상론」제2판, 서울: 박영사, 2014, 322면; 송옥렬, 앞의 책, 391면.

56) 미국연방대법원은 Carnival Cruise Line 사건을 포함한 사건에서 COGSA상 운송인책임감경금지 원칙과 관련하여 외국법정지 혹은 중재로 인한 절차법상의 문제와 실체법상의 문제를 구분하여 COGSA의 본 규정을 좁게 해석하고자 한 것으로 파악된다. 나종갑, 앞의 논문, 250면.

57) 구체적으로, 선하증권의 조항은 부합계약성을 가지고 있기 때문에, 만일 화주가 이에 동의하지 않을 경우 다른 운송수단을 찾을 수 밖에 없는 점을 그 이유로 들고 있다.

58) Stevens 대법관은 다수의 해상운송분쟁의 경우 소송에 소요되는 비용이 회수 가능한 배상액을 상회할 수 있어 부당하다고 하면서, 그 극단적인 예로서 만일 운송인이 정말 이러한 허점을 이용하여 화주에 대한 책임을 사실상 면제받으려고 한다면 아시아가 아니라 남극을 중재지로 하는 조항을 선하증권에 삽입하였을 것이고, 다수의견에 따를 때 이러한 조항이 유효하기 때문에 문제는 극대화 된다고 서술하였다.

권을 둘러싼 장래의 분쟁해결 과정상의 불확실성으로 인하여 감소될 수 있는 염려가 있다고 하면서, 다수의견과 같이 중재의 집행과정에서 책임경감금지 원칙 위반 여부를 판단하는 것은 소요되는 시간과 비용을 고려할 때 효율적이지 못하다고 하였다.

하지만 이러한 Stevens 대법관의 견해를 취하더라도, 대상 국내판결에서 문제된 일본중재의 경우에는 (i) 한국 법원·중재의 구조와 비슷하여 당사자에게 불편함이 발생할 여지가 많지 않다는 점, (ii) 우리나라 회사인 당사자 입장에서는 일본중재는 시간적·거리적·문화적으로 괴리가 덜하다는 점 등은 일본중재를 이용하는 것이 결코 운송인의 상대방에게 불이익한 것이 아니라는 논거로 활용될 수 있을 것이다.

## 2. 관련 중국 판례<sup>59)</sup>

### (1) PICC XIAMEN BRANCH v.

#### CHINESE POLISH JOINT STOCK SHIPPING COMPANY 판결

이 사건의 원고는 수입자와 적하보험계

약을 체결한 중국인민보험회사의 사면사지점이고, 피고는 운송회사이다. 운송물이 페루에서 광저우로 가던 중 운송물에 손상이 발생한 것이 확인되었다. 원고 적하보험자가 화주에게 보험금을 지급하고 피고 운송인을 상대로 보험자대위권을 행사하고자 중국법원에 이 사건 소를 제기하였다. 선하증권의 이면약관으로 전속적 런던 중재합의가 있었고<sup>60)</sup> 과연 이를 이유로 소를 각하하고 중재절차로 진행하여야 할지가 문제되었다. 참고로 이 사건의 선하증권에는 중재와 관련한 준거법외에 분쟁 일반에 대한 준거법의 합의는 없었고, 법원은 중재지법인 영국법을 준거법으로 적용하고자 하였으나, 중국 민사소송증거 규정에 따른 외국법에 대한 중문번역본이 제출되지 않았으며 법원도 이를 규명하지 못하여 중국법을 적용하여 중재조항의 효력을 판단하였다.<sup>61)</sup>

중국 대법원(Supreme People's Court)은 이와 관련하여 중화인민공화국 중재법 제16조를 근거로 중재합의는 당사자의 정확한 의사표시가 필요하다고 보아 선하증권 이면의 중재합의조항은 제3자인 보험자를

59) LianJun Li, "Recognition of the Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading under PRC law and its Practical Implications", 『Maritime Law and Practice in China』, 2013을 참고하였다.

60) 구체적으로 중재조항에는 '송하인, 운송인, 용선인, 수하인은 선하증권과 관련한 모든 분쟁에 대하여 영국의 중재법을 적용하고, A 중재인을 단독중재인으로 선임한다.'라고 기재되어 있었다. 김성룡 외, "중국해사분쟁에서 중재조항의 제3자 편입에 관한 연구", 『중재연구』 제28권 제4호, 한국중재학회, 2018, 162면.

61) 김성룡 외, 위의 논문, 163면.



구속하지 않는다고 판단하여 피고 측의 관할권 이의제기를 기각하였다. 법원은 중재 합의 등 재판관할조항은 다른 주요 조항들과는 독립적으로 다루어져야 하며 선하증권과 관련 있는 당사자들 사이에서 별도의 합의가 있어야 유효하다고 하였다. 따라서 법원은 보험자대위권은 단순히 선하증권상의 채권만을 보험자에게 이전시키는 것에 불과하고 중재합의조항은 보험자가 명시적으로 동의하지 않는 한 그 효력을 주장할 수 없다고 판단한 것이다. 중국 대법원은 보험자대위권은 본질적으로 선하증권상의 실질적 권리를 승계하는 것일 뿐이어서, 제3자인 보험자로서는 절차적인 측면에 있어서는 그 구속을 받지 않는다고 태도를 고수하고 있다. 이로 미루어 볼 때 중국 판례는 수하인에 대한 선하증권이면 중재약관의 구속력에 대한 근거와 보험자에 대한 부분을 다르다고 보는 것으로 파악된다.<sup>62)</sup>

(2) BEIJING ELLISON IMPORT  
EXPORT CO. LTD v. SOLAR  
SHIPPING ANGTRADING S.A.  
AND SONGA SHIPHOLDING PTE  
LIMITED 판결

이 사건은 마찬가지로 운송과정 중의 화물손상 사고에 대하여 선하증권의 선의의 소지인인 수하인이 운송인에 대하여 손해배상청구권을 중국 법원에 행사한 사안이다. 한편 이 사건의 운송계약과 관련한 선하증권상에는 용선계약의 내용을 편입하는 조항이 있었고, 이와 별도로 용선계약의 편입이 인정되지 않을 경우 그 분쟁의 해결은 뉴욕 혹은 런던을 중재지로 한 중재에 의한다는 중재합의가 있었다.

이 사건에서는 과연 위 중재조항이 선하증권의 단순소지인인 수하인을 구속할 수 있는지가 문제되었다. 대법원은 유효한 중재합의가 있기 위해서는 당사자들의 진정한 의사에 부합하여야 한다고 실시하면서, 선하증권의 현 소지인은 중재조항을 계약 내용으로 포함시키는 협상 과정에 참여하지 않았기 때문에 해당 중재조항에 대한 수하인의 의사가 반영되어 있지 않으므로 선하증권의 조항은 오로지 계약의 당사자인 운송인만 구속하고, 선하증권의 선의의 소지인에 불과한 수하인 등에게는 효력이 없다고 판시하였다.

(3) 검토

중국은 뉴욕협약 가입국임에도 불구하고

62) 같은 결론을 내린 것으로 PICC Shenzhen Branch v. Guangzhouh Ocean Sshipping Co. Ltd 판결, China Pacific Property Insurance Co. Ltd Beijing Branch v. Cosco Logistics (Beijing) 판결, Tianjin Zhenhua International Shipping Agency Co. Ltd and Niledutch Arica Line B.V 판결 등이 있다. LianJun Li, 앞의 논문, 10면.

고, 매우 중재불친화적인 태도를 지니고 있는 것으로 파악된다. 중국 대법원의 태도에 따르면 설사 선하증권의 용선계약 내용 편입이 유효하게 이루어졌고 서면성을 충족한다고 하더라도, 법원은 ‘중재조항에 의 당사자 의사 결여’라는 이유로 언제든 지 중재조항의 효력을 부정하고 본안판단에 나아갈 수 있는 것이다.<sup>63)</sup> 다만 중국 학계에는 2000년도부터 관련 논의가 진행 중이었는데, 이에 따라 중국 최고인민법원은 선하증권의 중재조항이 소지자에게 구속력이 있는지에 관한 판단 기준을 통일하고자 시도한 바 있으나, 수차례 토론 끝에 합의점에 도달하지는 못하였다.<sup>64)</sup> 한편, 이후 선의의 소지인 역시 공개된 선하증권을 사전에 확인할 수 있기 때문에 이들에게도 중재조항이 구속력이 있다고 보아야 한다는 견해의 존재 및 국제적인 정서에 맞게 변화하여야 한다는 움직임에 따라, 2006년 중국최고인민법원은 ‘중화인민공화국 중재법 적용에 관한 문제의 해석’이라는 지침을 발표하여 선하증권 편입문제 및 중재조항의 소지인에 대한 효력문제에

관심을 기울이기 시작하였는데, 동 지침 제9조에 따라 채권의 양수인에게도 본 채권에 화체되어 있는 중재합의의 효력이 미친다고 규정하였다. 그리고 과거와 다르게, 최근 중국 대법원에서는 선하증권 이면약관 형태의 중재조항도 용선계약의 중재합의의 선하증권 편입의 형식적인 요건을 엄격하게 요구하는 것과는 별론으로 제3자인 소지인에게 중재합의의 그 효력을 인정하고자 하는 등 중재조항에 대한 당사자 적격의 판단기준을 완화하고자 하는 것으로 평가된다.<sup>65)</sup>

다만, 보험자대위와 관련하여는 우리나라 법제와 맞지 않는 측면이 있을 수 있다. 보험자대위는 보험자가 보험금을 지급하는 등 대위의 요건을 충족하면 피보험자나 보험계약자의 제3자에 대한 권리를 보험자가 당연히 취득하는 제도로서, 민법의 손해배상자의 대위 및 청구권대위에 해당하는 법적 성질을 가진다.<sup>66)</sup> 따라서 지명채권양도의 대항요건이 필요하지 않고, 반대로 제3자는 피보험자에 대한 항변으로써 보험자에게 대항할 수 있다.<sup>67)</sup> 보험자

63) 추가적으로 중국 법원은 용선계약이 선하증권에 의하여 유효하게 편입되기 위하여는 이와 관련된 내용이 ‘이면약관’의 형태가 아닌 ‘전면에 부동문자’로 기재되어 있음을 요구하고 있다. LianJun Li, 앞의 논문, 11면.

64) 김성룡 외, 앞의 논문, 168면.

65) 김성룡 외, 앞의 논문, 166면.

66) 박세민, 「보험법」 제5판, 서울: 박영사, 2019. 486면.

67) 보험자가 보험금을 피보험자에게 적법하게 지급하였다면, 그 범위 내에서 피보험자의 제3자에 대한 채권

대위권의 행사는 피보험자의 채권을 대위 행사 하는 것(소송담당)이며, 민사소송법적으로 소송담당 중 갈음형에 해당한다고 보는 것이 타당하다.<sup>68)</sup> 관할합의의 주관적 범위와 관련하여 우리나라 대법원은 소송물이 채권적 청구권인 경우에는 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있고 특정승계인은 이와 같이 변경되 권리관계를 승계한 것이어서 관할합의의 효력에 구속된다고 판단하였다.<sup>69)</sup> 반면 소송물이 물권적 청구권의 경우에는 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 없고 이를 공시할 수도 없어 특정승계인에게 관할합의의 효력이 미치지 않는다고 보았다.<sup>70)</sup> 선하증권은 채권적 효력을 가지고 있어 소지인이 발행인을 상대로 증권상 권리를 행사하여 권리를 행사할 수 있고, 그 권리행사의 조건을 약관의 형태로 선하증권에 기입할 수 있는 것이다.<sup>71)</sup> 선하증권이 양도되어 소지인이 운송인을 상대로 증권상의 권리를 행사하는 것 또한 채권의 특정 승계와 유사한 측면이 있고, 그 승계인은

이면약관의 내용에 의하여 제한된 채권의 양수인으로서 그 약관 중 한가지인 중재합의에 구속을 받는다고 보는 것이 타당한 측면이 있다. 앞서 살펴본 대상판결도 유사한 논리로 소지인에게 중재합의의 효력을 인정한 것으로 파악된다. 물론 선하증권의 소지인에 대한 중재약관의 적용 여부에 대해서는 본 논문의 논의처럼 통제의 필요성이 있고 무분별한 구속력의 확장은 지양되어야 할 것이나, 선하증권상의 권리를 대위하는 자를 별도로 취급하여 선하증권의 구속력을 부정하여야 할 근거는 부족하다. 또한 위 중국 법원의 태도를 고수한다고 하더라도, 실질적으로 해상보험자들도 선하증권의 내용에 대해서 인식하고 많은 정보를 가지고 있으므로 이면약관의 작성에 참여하지 못하여서 중재약관이 있을 것을 예측하지 못하였다는 주장은 그 실익이 크지 않다는 점을 지적할 수 있을 것이다.

은 당연이전되어 피보험자는 처분권을 상실한다. 박세민, 위의 책, 504면; 정찬형, 「상법강의(하)」 제22판, 서울: 박영사, 2020, 623면.

68) 채권자대위소송의 경우 채무자가 대위소송의 계속사실을 알게 되었는지 여부에 따라 채무자에게도 권리 처분권이 있는 병행형과 그것이 없는 갈음형으로 나뉘나, 보험자대위권의 경우 보험금 지급과 동시에 피보험자에게 처분권이 상실되므로 이를 갈음형 형태의 대위청구라고 보는 것이 타당할 것이다. 김홍엽, 민사소송법, 서울: 박영사, 2020, 156면 참고.

69) 김홍엽, 앞의 책, 90면에서 인용하고 있는 대법원 2006. 3. 2. 2005마902 결정.

70) 김홍엽, 앞의 책, 90면에서 인용하고 있는 대법원 1994. 5. 26. 94마536 결정.

71) 김인현, 앞의 책, 314면; 최종현, 앞의 책 415면; 송옥렬, 앞의 책, 412면.

## V. 문제점 및 개선방안

### 1. 약관규제법에 관한 점

약관규제법의 경우 국내법상으로는 강행규정에 해당된다는 것에 이문이 없으므로<sup>72)</sup>, 우리나라법이 준거법인 경우에는 물론이고 선하증권에서 그 준거법을 외국법으로 하는 조항이 삽입된 경우에도, 약관규제법의 입법목적에 비추어 운송계약을 둘러싼 법률관계에 적용될 필요가 있거나 해당 운송거래가 오로지 대한민국과 관련이 깊을 경우, 혹은 소비자계약에 해당할 경우에는 국제사법 제7조, 제25조 제4항, 제27조를 통해서 선하증권의 이면약관을 통제하는 규범으로서 기능할 수 있을 것이다.<sup>73)</sup> 또한 아직은 이견이 존재하는 약관규제법의 국제적 강행규정성을 인정한다면, 국제사법 제7조 등을 토대로 적용될 수 있는 법률관계의 범위가 확장될 수 있

을 것이다<sup>74)</sup>. 따라서 약관규제법은 선하증권의 이면약관의 남용을 통제할 수 있는 효과적인 수단이다. 물론 이하에서 살펴보듯이 해상운송계약의 약관에는 적용되지 않을 여지가 있으나, 약관 형태의 전속적 관할합의와 관련하여서 한때의 판례는 약관규제법 제14조 제1호 소정의 “고객에게 부당하게 불리한 재판관할 합의조항”에 해당한다고 보아 무효라고 본 사례가 있으며<sup>75)</sup>, 현재는 그 요건을 엄격히 하여 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고 ‘약관작성자가 그 거래상의 지위를 남용하여 거래질서를 훼손하는 등 부당하게 고객에게 불이익한 경우’에만 이를 무효로 하고 있다.<sup>76)</sup> 또한 선하증권의 이면약관은 다수의 해상운송계약의 체결을 위하여 사전에 반복적·기계적으로 작성한 것이므로 약관규제법상의 통제를 적용하는 것에 찬동하는 견해가 학계와 하급심 판결에서 종종 드러났다.<sup>77)</sup>

72) 이상협, 전계논문 100면에서 인용하고 있는 권오승 경제법, 제10판, 법문사, 2013 등 다수의 문헌에서는 이를 강행규정이라고 보고 있다.

73) 이와 그 맥락을 같이하는 견해로 이상협, 전계논문, 100면.

74) 약관규제법이 국제적 강행규정에 해당하는가에 대해서는 대법원 2010. 8. 26. 선고 2010다28185 판결을 필두로 많은 이견이 존재하는데, 2010. 9. 9. 선고 2009다105383 판결에서는 분쟁과 관련한 준거법이 영국법이고 별다른 국내 법률관계와의 밀접성이 없었음에도, 약관규제법상 설명의무를 적용하여 약관조항의 편입통제를 시도하였다. 또한 이현목 “국제적 강행규정의 판단기준”, 「인권과 정의」 제442호, 대한변호사협회, 2014, 100면에서는 약관규제법이 국제적 강행규정임을 추단케 하는 사실들을 서술하고 있는 등 약관규제법이 국제적 강행규정성으로 보는 것이 타당하다는 견해도 충분히 근거가 있다.

75) 김홍엽, 앞의 책, 86면에서 인용하는 대법원 1998. 6. 29. 98마863 결정.

76) 김홍엽, 앞의 책, 86면에서 인용하는 대법원 2008. 12. 16. 2007마1328 결정.

77) 이상협, 앞의 논문; 이제현, “해상운송인의 선하증권 약관설명 의무에 관한 연구”, 「해운물류연구」 제34권

(1) 문제점

다만, 약관규제법 제6조는 제1항에서 신의성실의 원칙에 반하여 공정성을 잃은 약관 조항을 무효로 규정하고 있고, 제2항에서 공정성을 잃은 경우로 추정되는 사유들을 규정하고 있다. 한편 약관규제법 제15조는 “국제적으로 통용되는 약관이나 그 밖에 특별한 사정이 있는 약관으로서 대통령령으로 정하는 경우에는 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하는 것을 조항별·업종별로 제한할 수 있다.”고 규정하고 있고, 동법 시행령 제3조는 동법 제7조부터 제14조까지의 규정의 적용을 배제하는 업종으로서 국제적으로 통용되는 운송업, 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업, 무역보험법에 따른 무역보험을 규정하고 있다. 따라서 운송업과 관련한 약관인 선하증권의 이면약관의 경우에는 동법 제15조가 적용되므로 동법 제7조 내지 제14조는 적용이 제한될 수 있다는 한계가 있다. 그러므로 철저한 문리적 해석에 의하면 약관규제법 제3조, 제5조, 제6조는 당연히 선하증권의 이면약관을 규율하는 장치가 될 수 있다고 보아야 할 것이다. 하지만 대법원

은 동법 제6조와 관련하여 “약관이 구체적으로 무효가 되는 경우들을 규정한 동법 제7조 내지 제14조에 대하여 약관이 일반적으로 무효가 되는 경우를 포괄적으로 규정하고 있는 제6조가 적용되게 되면 구체적 무효조항들의 적용을 배제하는 제15조의 규정 취지가 거의 완전히 몰각되는 불합리한 결과를 가져오게 되므로, 제6조 역시 대통령령으로 정하는 특정 업종들의 약관에는 적용이 없다고 보아야 할 것이다.”(대법원 1999. 12. 10. 선고 98다9038판결)고 판시하면서도, 히말라야 약관에 관하여는 동법 제6조에 저촉되지 않는다고 판시하여 마치 제6조가 적용되는 것처럼 판시한 경우도 있다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결). 결과적으로, 제6조가 완전히 배제된다고 보기는 어렵고, 사안에 비추어 제15조 및 동법의 시행령 규정이 해상운송에 있어서 동법 제7조 내지 제14조의 규정의 적용을 배제한 취지에 반하는 결과를 가져오는지에 따라 개별적으로 제6조의 적용여부를 판단하는 것이 타당할 것으로 보인다<sup>78)</sup>.

추가적인 문제점은 과연 수하인이 약관

제1호. 2018. 3. 137면; 최세련, “해상운송계약에서의 약관규제법의 적용”, 『한국해법학회지』 제31권 제1호, 2009. 4. 75면; 용선계약서 조항을 약관으로 본 예로 서울고등법원 1986. 4. 9, 선고 84나2669 판결 등이 존재한다.

78) 최세련, 위의 논문, 16-17면은 위 대판2007다4943판결이 히말라야 약관이 국제적으로 통용되는 약관임에도 약관규제법 제6조의 적용을 받는다는 것을 전제로 하였으나, 기존의 98다9038판결의 입장을 전면적으로 선회하였다고 보기는 어렵다고 보았으나, 결국 그 결론에 있어서는 적당한 범위에서는 제6조의 적용

규제법상의 ‘고객’의 지위에 있는지 여부이다. 송하인과 운송인간에 체결되는 해상 운송계약은 기본적으로 송하인과 운송인을 각 요약자 및 낙약자로 하고, 수하인을 수익자로 하는 형태를 취하게 된다.<sup>79)</sup> 이를 전제로 하는 견해<sup>80)</sup> 의하면 원인계약의 당사자가 아닌 수익자에 해당하는 수하인은 약관규제법상의 “고객”에는 해당하지 않는다고 보아야 할 것이므로, 선하증권의 발행인인 운송인은 수하인에게 약관규제법상의 설명의무를 지지 않는 것이다. 그럼에도 수하인 기타 선하증권의 소지자는 송하인과 운송인이 체결하는 운송계약에 있어서 결정적인 영향을 주는 자임에는 이론의 여지가 없고, 이에 대해서 운송인이 작성한 약관에 대한 약관규제법상의 통제와 관련하여 운송인과 수하인의 관계가

고려되어야 할 수밖에 없다는 견해<sup>81)</sup>가 더 설득력 있는 것으로 보인다.<sup>82)</sup>

## (2) 개선방안

그렇다면 (i) 약관규제법 제6조를 확대적용하여 당사자들에게 부담만 주거나 운송인이 오로지 자신의 책임을 면피할 목적으로 작성한 선하증권의 중재약관을 통제하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 다만 이러한 방법도 앞서 살펴본 일부 대법원 판례에 의하면 동법 제15조의 규정의 취지가 몰각되는 결과를 가져오는 방향으로 적용되어서는 안되므로, 제14조가 규정한대로 단순히 운송인의 상대방에게 불리한 관할합의 조항을 무효화 하기는 어려울 것이고 그 이상의 부당함이 증명된 경우에만 가능할 것이라는 한계가 여전히 존재한다.<sup>83)</sup> 다른

이 인정되어야 한다고 하였다.; 이와 같은 견해로 석광현, 「국제상사중재법연구(제2권)」, 서울: 박영사, 2019., 이상협, 위의 논문, 214면 등 다수가 존재한다.

79) 이러한 관점의 하급심 판결로는 서울서부지방법원 2016. 1. 15. 선고 2015나3819 판결.

80) 대표적으로 이병준, “계약당사자가 아닌 제3자에 대한 면책약관의 적용과 그 내용통제”, 「법학연구」 제57권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2016. 2, 26면.

81) 약관규제법에 의한 내용통제와 관련하여, 제3자와의 관계에서 고객이 불이익을 입는 경우 고객과 제3자와의 관계도 고려될 수 있다는 입장으로는 이병준, 앞의 논문.

82) 어떠한 방식으로 고객과 고객이 아닌 자 사이의 관계가 약관의 편입에 있어서 고려되어야 하는지 구체적으로 서술한 선행 연구는 없으나, 본 논문에서 다루고 있는 국제해상운송계약의 경우에서의 적용국면을 생각해 보면 다음과 같다. 선하증권의 내용이 운송계약의 상대방인 송하인뿐만 아니라 결국에는 그 권리를 행사하는 주체인 수하인 및 수하인의 권리를 대위행사하는 보험자 등에게도 동일한 구속력을 갖게 되고, 화물의 손상에 관하여 이들이 운송인을 상대로 제기한 손해배상청구가 받아들여지지 않을 경우 결국 이들과 송하인 사이의 법적분쟁 및 추후 송하인과 수하인의 거래관계의 단절로 이어질 수 있기 때문에 송하인은 운송계약의 당사자가 아닌 자에게 선하증권이 유통될 가능성을 고려하여, 이면약관의 기재방식을 알아보기 쉬운 형태로 할 것, 이면약관의 내용을 통상 거래에서 빈번히 사용되는 표준약관에서 변형하지 말 것 등을 약관작성자인 운송인에게 요구할 수 있을 것이다.

83) 이상협, 앞의 논문, 227면의 경우, 같은 문제의식에서 제6조의 적용이 배제되지 않는다는 내용을 제15조

방안은 (ii) 앞서 살펴본 대로 운송인이 애초에 약관을 작성하여 선하증권을 발행할 때에 선하증권을 소지하게 될 자의 이익을 고려하게끔 유도하는 것이다. 예를 들어, 이면약관을 온라인으로 게시하고 이를 수하인 등 이해관계자들이 사전에 열람할 수 있게 하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 마지막으로 제도적으로 해결하는 방안이 있을 수 있다. (iii) 동법 제15조는 운송업과 관련된 선하증권의 약관 등 국제적으로 통용되는 약관들은 이미 널리 알려져 있고, 이를 무효로 인정한다면 거래의 안정성을 해칠 수 있으며, 제7조 내지 제14조의 경우 국내의 거래에 초점이 맞추어져 있어 이를 국제거래에 적용하는 것은 부적합하다는 입법적 고려가 반영되어 있는 것으로 파악된다.<sup>84)</sup> 그러나 운송인이 기존 표준서식에서 재판관할과 관련된 부분을 수정하여 발행하는 경우나 오로지 자신의 책임을 면할 목적으로 전혀 관련성이 없는 지역의 중재 조항을 추가하는 경우에는 규제의 허점이 발생한다. 따라서 제15조의 적용대상인 약관을 작성하는 자로 하여금 약관의 주된 내용을 고객과 공유하고, 더 나아가 좁은

의미의 고객뿐만 아니라 이해관계인들의 의견을 상시적으로 수렴하도록 권고하거나 의무를 부과하는 방안도 생각해 볼 수 있을 것이다.<sup>85)</sup>

## 2. 운송인책임경감금지원칙과의 관계

운송인책임경감금지원칙은 면책약관의 남용 폐단을 규제하기 위하여 1924년 헤이그 규칙을 시작으로 국제규칙의 규정으로서 자리 잡았는데, 앞서 언급하였듯이 국내 상법 제799조의 모태는 헤이그 비스비 규칙 제3조 제8항이다. 헤이그 비스비 규칙 제3조 제8항의 입법 취지는 첫째, 기본적인 의무에 해당하는 감항능력주의의무, 운송물의 수령, 운송, 보관 등 운송물에 관한 주의의무를 운송인이 아닌 상대방에게 전가하는 것을 방지하기 위함이고, 둘째, 부차적인 의무에 해당하는 운송계약에서 발생한 손해에 대한 책임을 경감하는 것을 방지하기 위함이다. 한편 상법 제799조는 “제794조 내지 제798조”의 규정에 반하여 경감하거나 면제하지 않을 것을, 헤이그 비스비 규칙 제3조 제8항은 “이 조의 규정에 반하여” 경감하지 않을 것을 규정하고

단서로서 추가하는 방안을 제시하였다.

84) 이상협, 앞의 논문, 208면에서 인용하고 있는 이은영, 「약관규제법」, 서울: 박영사, 1994, 360면.

85) 예컨대, 제3조의 설명의무와 관련한 부분에 국제적으로 통용되는 약관의 경우 이를 간소한 방법으로 공유할 것을 규정하는 동시에, 이러한 규정에 따른 절차를 거쳐 공유된 약관에 한정하여 제15조의 적용을 받도록 제15조를 개정하면서, 이러한 약관의 공유절차는 시행규칙을 제정·개정하여 구체적으로 규정하는 방안이 있을 수 있다.

있다. 따라서 이러한 규정을 문리적으로 해석한다면 재판관할합의 자체가 동 원칙에 반하여 무효라고 주장하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다. 앞서 살펴보았던 COGSA의 규정과 비교하여 보았을 때, 국내의 규정은 비교적 명확하게 그 적용범위를 한정하였다고 생각되므로 미국 판례와 같은 다툼이 발생할 여지는 크지 않다. 다만 여전히 소액인 사건을 중재로 해결함에 있어서 중재는 중재인 비용과 장소이용료 등 부대비용도 당사자가 부담한다는 면에서 오히려 사안에 따라서는 중재의 이용이 현실적이지 않을 수 있다. 이는 자력이 풍부하지 않은 일부 화주의 입장에서는 큰 부담이 아닐 수 없다. 따라서 오로지 법원의 중재합의약관의 효력 인정 여부에 의존하기 보다는 중재비용을 보조하는 자금제공 펀드를 만들어 우선 중재비용을 제3자가 부담하게 하고, 추후에 배상판정액으로 이를 상환하는 방식의 정책적인 대안이 오히려 현명한 해결책이 될 수 있을 것이다.<sup>86)</sup>

## VI. 결론

선하증권이면약관 형태의 중재합의를 선하증권을 단순히 취득한 것에 불과한 선의의 소지인에 대하여 그 구속력을 인정하는 것은 경각심을 가지고 접근하여야만 한다. 선하증권의 유통성에 기하여 여러 차례 양도되는 경우 최종 소지인으로서 중재약정에 관하여 동의를 의사를 표현한 적이 없음에도 재판청구권을 박탈당하는 결과를 마주할 수 있기 때문이다.

사실 선하증권의 이면약관을 규제할 수 있는 방법으로는 약관규제법과 상법상 강행규정이 대표적이다. 하지만 약관규제법 제15조 및 동법 시행령 제3조<sup>87)</sup>에 따르면 국제적으로 통용되는 약관이거나 국제적으로 통용되는 운송업의 약관은 아무리 중재합의조항이 소지인의 재판청구권을 제한한다고 하더라도 약관규제법 제14조가 적용될 수 없기 때문에 곧바로 무효로 될 수 없다. 선하증권의 약관은 주로 표준서

86) 이러한 제안으로 전병서, “중재비용에 관한 고찰”, 「법제연구」제57호, 한국법제연구원, 2019, 179면.; 참고 가능한 연구로서 실제로 독일에서는 소송비용과 관련한 법률비용보험이 발달해 있으며 독일계 회사가 우리나라에 관련 상품을 제공하고 있기도 하다는 사실을 토대로, 우리나라 법률시장에서의 활성화 방안을 검토한 논문으로 유주선, “법률비용보험에 관한 연구-독일 법률비용보험 주식회사(D.A.S.AG)를 중심으로-”, 「보험법연구」제8권 제2호, 한국보험법학회, 2014. 12; 이봉림, “법률비용보험의 국내시장 활성화 방안에 관한 연구”, 「성균관법학」 제20권 제2호, 법학연구원, 2008. 8.

87) 제3조(적용의 제한) 법 제15조에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대해서는 법 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하지 아니한다.

1. 국제적으로 통용되는 운송업
2. 국제적으로 통용되는 금융업 및 보험업
3. 「무역보험법」에 따른 무역보험



식을 활용하기 때문에 이러한 ‘국제적으로 통용되는 약관’이라고 볼 수 있을 것이다. 더군다나 운송계약에 있어서 송하인, 운송인, 그리고 선하증권의 소지인 사이의 삼면관계는 민법의 제3자를 위한 계약과 유사하고, 선하증권의 소지인은 약관규제법상의 ‘고객’에 해당하지 않을 여지가 있다. 또한 판례의 태도에 따를 때 선하증권 이면약관형태의 중재합의는 운송인의 의무와 책임을 경감하거나 면제하는 것을 금지하는 상법 제799조에 저촉되지 않기 때문에 운송인책임경감금지원칙과 같은 편면적 강행규정으로 다스리는 것도 사실상 불가능하다. 따라서, 선하증권이면 중재합의 조항의 경우에는 약관규제법의 직접적인 보호를 받을 수 없을 가능성이 크기 때문에 다른 방법으로 소지인을 불합리한 재판 청구권 침해로부터 보호하여야 할 필요성이 있는 것이다.

대안으로서 (i) 약관규제법의 규정을 폭넓게 해석하여 제14조가 적용되지 않더라도 제6조 등에 의하여 소지인의 권리를 부당하게 침해하는 약관을 무효로 보는 방법이 있을 수 있고, (ii) 동법 시행령을 시대의 변화에 맞게 개정하는 작업을 통하여 동법 제15조의 취지를 살리는 방안, (iii) 선하증권의 뒷면에 인쇄되는 이면약관의 가시성을 높이기 위한 가이드라인을 마련하고, 표준서식을 온라인 시스템을 통하여

이해관계자들과 공유하고, 표준서식을 변경하고자 하는 발행인은 일정기간 이해관계인들의 의견수렴을 거칠 것을 강제하는 방안 등을 떠올릴 수 있을 것이다.

한편, 과연 선하증권 이면약관 형태의 중재합의의 경우를 전속적 관할합의가 있는 경우와 전혀 다르게 취급하여 별다른 분쟁의 지역적 요소를 고려함이 없이 인정할 수 있을지에 대하여 대상판결은 중재약관의 경우 전속적 국제재판관할합의의 유효성 요건을 적용하지 않았다. 뿐만 아니라 대상 판결은 용선계약의 중재조항이 선하증권에 편입되는 경우에 관하여 대법원 판례가 요구되는 유효성 요건도 선하증권에 이면약관 형태의 중재합의의 경우에는 적용되지 않는다고 하였다. 그렇다면 선하증권 이면약관 형태의 중재합의의 경우 선하증권의 소지인 등 약관의 작성에 관여하지 않은 제3자에 대하여 아무런 제약 없이 적용될 수 있는 여지가 있어 대상판결에 아쉬움이 남는다. 이를 극복하기 위하여 본 논문에서 소개한 미국판례에서 쟁점이 된 바와 같이 운송인책임경감금지원칙(상법 제799조)을 확대하여 해석하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 다만 법의 입법배경, 학계의 견해, 판례 등을 고려하여 보았을 때 (i) 운송인책임경감금지원칙이 소송비용 등 절차적인 측면에 적용될 수 있을지에 여부에 대한 의문이 있고, 설사 적용된

다고 하더라도 (ii) 중재로 분쟁을 해결하는 것이 소송을 통해 분쟁을 해결하는 것보다 화주에게 불리하고 운송인에게 유리하다고 볼 수만은 없다는 난점이 있다.

선하증권 이면약관 형태의 중재합의에 대한 국내법의 지나친 통제수단의 도입은 국제적 정서에 반할 여지가 있어 주의를 요한다. 만일 국내법원에서 중재합의의 효력을 인정하지 않았음에도 외국 중재판정부는 그 중재합의의 효력을 인정하는 경우

에는 큰 혼선을 초래할 수 있다. 뿐만 아니라 선하증권은 그 자체로서 가치를 내포하고 있는 증권이므로 약관의 내용이 국내법원의 판단에 의하여 효력이 부정당한다면 이는 또 다른 관점에서는 선하증권의 신뢰도를 떨어뜨리고 가치를 하락시키는 것이 될 수 있어 선하증권을 활용한 유통 및 자금조달에 차질이 발생하여 도리어 화주에게 불리한 결과가 발생할 수도 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 김인현, 「해상법」제6판, 서울: 법문사, 2018.
- 김갑유 외, 「중재실무강의」, 서울: 박영사, 2016.
- 목영준, 「상사중재법」, 서울: 박영사, 2018.
- 석광현, 「국제상사중재법연구(제2권)」, 서울: 박영사, 2019.
- 송옥렬, 「상법강의」 제11판, 서울: 홍문사, 2021.
- 송상현, 김현, 「해상법원론」제5판, 서울: 박영사, 2015.
- 양석완, 「국제상사중재법연구」제2권, 서울: 박영사, 2019.
- 최종현, 「해상법상론」제2판, 서울: 박영사, 2014.
- 정찬형, 「상법강의(하)」제22판, 서울: 박영사, 2020.
- 양병희 외 8인, 「주석중재법」, 서울: 대한상사중재원, 2006.
- 이은영, 「약관규제법」, 서울: 박영사, 1994.

### 2. 학술논문 및 연구자료

- 김인현, “실무에서 나타나는 다양한 선하증권과 그 대응물”, 「국제거래법연구」 제22권 제1호, 국제거래법학회, 2013. 7.
- 김인현, “해상법상 관련자들의 이해대립과 이익충돌의 제 현상과 해결방안”, 「기업법연구」 제34권 제3호, 2020. 9.
- 김인현 “소비자보호의 관점에서의 선하증권의 효력”, 「해사법연구」제28권 제3호, 2016. 11.
- 김의석, “입증책임의 관점에서 본 선하증권 약관의 선하증권 소지인에 대한 효력과 통

- 제방안”, 「한국해법학회지」 제43권 제1호, 한국해법학회, 2021. 5.
- 김갑유, “중재합의의 유효성 판단과 그 준거법”, 「인권과 정의」 제331호, 대한변호사협회 2004.
- 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」 제17권 제3호, 한국중재학회, 2007. 12.
- 권창영, “서렌더 선하증권(surrendered B/L)에서 이면약관의 효력”, 「한국해법학회지」 제38권 제2호, 한국해법학회, 2016. 11.
- 권창영, “선하증권 앞면만 복사하여 발행한 서렌더 선하증권에서 이면약관이 계약내용에 편입되는지 여부”, 「해양한국」, 2016. 12.
- 김대래, 최도수, “로테르담 규칙 제36조의 계약명세에 관한 연구”, 「법학연구」 제58권 제1호, 부산대학교 법학연구소. 2017. 2.
- 공진평, “중국에서 보험자대위에 관한 섭외중재합의의 효력에 관한 연구”, 「민사소송」 제24권 제1호, 한국민사소송법학회.
- 나종관, “선하증권상 외국해사중제조항의 유효성-뉴욕협약 제5조 제2항(나)공공정책과 Sky Reefer 사건을 중심으로-”, 「한국해법학회지」 제20권 제2호, 한국해법학회, 1998.
- 석광현, “국제상사중재에서 중재합의와 소송유지명령”, 「선진상사법률연구」 통권 제50호, 2010.
- 이병준, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 「중재연구」 제24권 제1호, 한국중재학회, 2016. 2.
- 이병준, “약관규제법에 의한 내용통제의 판단기준”, 「법조」 제69권 제1호 한국외국어대학교 법학연구소 2020. 2. 28.
- 이제현, “해상운송인의 선하증권 약관설명 의무에 관한 연구”, 「해운물류연구」 제34권 제1호, 해운물류학회, 2018. 3.

- 이봉립, “법률비용보험의 국내시장 활성화 방안에 관한 연구”, 「성균관법학」 제20권 제 2 호, 법학연구원, 2008. 8.
- 이현목, “국제적 강행규정의 판단기준”, 「인권과 정의」 제442호, 대한변호사협회, 2014,
- 이상협, “선하증권 이면약관에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2021.
- 양석완, “중재합의의 효력 - 주관적 범위”, 「비교사법」제21권 제2호, 통권 65호, 2014.
- 양석완, “해상법상 불이익변경금지 원칙의 의의 및 적용범위”, 「한국해법학회지」제36권 제2호, 한국해법학회, 2014. 11.
- 양석완, “약관을 통한 소비자중재합의와 그 유효성”, 「중재연구」 제24권 제1호, 한국중재법학회, 2014. 2.
- 양석완, “선하증권상 국제상사중재 합의에 관한 비교법적 고찰”, 「경영법률」 제23권 제 3호, 한국경영법률학회, 2013, 4.
- 유주선, “법률비용보험에 관한 연구-독일 법률비용보험 주식회사(D.A.S.AG)를 중심으로-”, 「보험법연구」제8권 제2호, 한국보험법학회, 2014. 12.
- 전병서, “중재비용에 관한 고찰”, 「법제연구」 제57호, 한국법제연구원, 2019. 12.
- 최세련, “해상운송계약에서의 약관규제법의 적용”, 「한국해법학회지」제31권 제1호, 한국해법학회 2009. 4.
- LianJun Li, “Recognition of the Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading under PRC law and its Practical Implications”, 「Maritime Law and Practice in China」, 2013.
- Van Steenderen, “Drafting Himalay clauses covering arbitration clauses”, 「Lexiology」, 2015.

### 3. 참고 판결

- 대법원 2010. 7. 15. 선고, 2009다66723 판결.
- 대법원 2003. 1. 10. 선고, 2000다70064 판결.

대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다74344 판결.

대법원 2003. 8. 22. 선고 2003다318 판결.

대법원 2004. 11. 11. 선고 2004다42166 판결.

대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다67264 판결.

대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결.

대법원 1992. 4. 14. 선고 91다17146 판결.

대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결.

서울지방법원 1990. 9. 28. 선고 90나21362 판결

서울지방법원 1990. 1. 24. 선고 88가합23887 판결.

부산지방법원 2008. 10. 8, 선고, 2007가합20559, 판결.

Vimar Seguros y Reaseguros, S. A. v. M/V Sky Reefer 1995 AMC 1817(1995. 6.)

Indussa Corp v. S. S. Ranborg 1967 AMC 589, 601 (S.D.N.Y. 1966).

Carnival Cruise Lines v. Shute, 499 U. S. 585 (1991).

Beijong Ellison Import Export Co. Ltd v. Solar Shipping Angrading S.A. AND Songa Shipholding Pte Limited [2007] Min Si Ta Zi No.14(SPC).

Picc Xiamen Branch v. Chinese Polish Joint Stock Shipping Company [2004] Min Si Ta Zi No.43(SPC).

Westfalia Marketing B.V v. LCL Group y Mitsui O.S.K. Lines, Court of Rotterdam, 2015. 3. 18.

[국문초록]

## 선하증권 이면 중재합의약관의 제3자에 대한 효력 및 이에 대한 비교법적 고찰

- 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66723 판결을 중심으로 -

약관의 경우, 계약서의 개별조항과는 달리, 작성자가 일방적으로 이를 작성한 후 유통한다. 특히 선하증권과 같은 유가증권의 경우 그 유통성으로 인하여 계약체결의 상대방이 아닌 자에게도 쉽게 양도될 수 있는 성질이 있어 계약체결과정에 참여한 바 없어 약관의 내용을 알지 못함에도 그 내용에 구속을 받는 자가 이를 사전에 인지하지 못하여 예상치 못한 불이익을 받을 가능성이 크다. 따라서 그 법리와 법적 근거를 분명히 할 필요성이 대두된다.

약관의 효력은 운송물의 손상으로 인하여 선하증권을 소지하고 있는 자가 운송인을 상대로 손해배상청구를 하는 경우에 문제된다. 특히 중재약관의 경우 그 존재로 인하여 법원에 소를 제기한 자는 상대방의 항변이 있을 경우 소각하 판결을 받게 된다. 이러한 효과는 선하증권 소지인에게 매우 불이익한 면이 있음에도, 대상판례는 중재약관의 선하증권의 소지인에 대한 구속력을 쉽게 인정하고 있는데, 그 법적 근거와 구속력을 통제하는 방안에 대한 선행연구도 아직은 부족한 상황이다.

그러나 선하증권 이면약관의 중재약관의 구속력을 무분별하게 인정할 경우, 운송인에게 선하증권상의 권리를 행사하거나 운송물의 손상을 이유로 손해배상을 청구하는 선하증권의 소지인이 자신과 관계가 없는 지역에 가서 중재를 하여야 하므로 막대한 시간이 소요되고 큰 비용을 지출할 수밖에 없다. 따라서 그 효력을 통제할 필요성이 있는데, 약관을 통제하는 장치로서 약관규제법 및 우리 상법 제799조에서 규정한 운송인의 책임경감금지 원칙을 활용하는 방안에 대하여 중국 및 미국 등 해외의 판결례를 참고하여 검토하여 본다.

### 주제어

선하증권, 이면약관, 중재약관, 중재합의, 보험자대위, 선하증권의 소지인, 약관규제법, 운송인책임경감금지, 헤이그 비스비 규칙

[ABSTRACT]

Study on the effect of Arbitration Clause on the reverse side  
of B/L to a possessor of B/L

- Mainly on Supreme Court Decision of 15, July, 2010, 2009Da66723 -

Kim Eui Seok

Compared to regular contract terms, terms and conditions clauses are solely written by a distributor and does not go through consultation with receiving parties. Clauses are usually printed on back side of B/L. Especially in international shipping contract, since the B/L is very likely to be transferred to diverse entities all around the world, unexpected disadvantages can happen to those who have never learned about those clauses. Therefore, there is need for further studies.

When possessors of B/L file a claim against carrier, they would face counter arguments by carrier asking for dismissal, based on the arbitration clauses printed on B/L. However, although numerous Korean supreme court decisions have ruled that clauses printed on B/L have binding effects on possessors, not many researches were done on limiting binding effects of these clauses and legal basis for this binding effects.

If we loose control of those clauses, the possessors of B/L would have difficulties getting proper compensation from carrier who is negligible for any loss that they suffered from. In this paper, we would analyze on manipulating KOREAN ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS and rule of prohibition of limiting carrier's liability from KOREAN COMMERCIAL CODE as tools to control the effect of the arbitration clause on the reverse side of B/L. This paper will also analyze some of key court decisions of China and United States regarding this issue.



**Key Words**

bill of lading, reverse side clause, arbitration clause, arbitration agreement, insurer subrogation, possessor of B/L, KOREAN ACT ON THE REGULATION OF TERMS AND CONDITIONS, prohibition of limiting carrier's liability, Hague Visby rules