

# 통 상 법 률

## 목 차

2021년 제3호 (통권 제152호)

---

### ◆ 논 단

1. 국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색 ..... 장 성 길 / 3
2. 한국 투자협정상 중재절차의 투명성 연구 ..... 백 지 열 / 34
3. 선하증권 이면 중재합의약관의 제3자에 대한 효력 및  
이에 대한 비교법적 고찰  
- 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66723 판결을 중심으로 - ... 김 의 석 / 70

### ◆ 해외동향

1. 2021년 제54차 UNCITRAL 본회의 동향 ..... 최승은 · 임세영 / 111



# 국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색

주벨기에유럽연합대사관 경제공사 장 성 길

\*논문접수 : 2021. 1. 26. \*심사개시 : 2021. 4. 28. \*게재확정 : 2021. 5. 11.

— < 목 차 > —

I. 들어가며	IV. 투자 관련 국가안보 예외의 국내법적 적용 검토
II. 국가안보 관련 투자보장협정 분쟁 사례 분석	1. 미국
1. 분쟁의 배경	2. 유럽연합
2. 투자자-국가 분쟁해결절차 관례 분석	3. 우리나라
III. 국가안보 예외 관련 다자/양자 조약 분석	4. 소결
1. WTO 협정	V. 나가며
2. 자유무역협정	
3. 투자보장협정	

## I. 들어가며

역대 미국 대통령 가운데 트럼프 대통령은 국가안보를 매우 중시하면서 국가안보 관련 주요 법률<sup>1)</sup>을 제정하고 다수의 행정 명령을 내린 대통령으로 남을 수 있을 것이다. 트럼프 대통령은 미국 내 핵심기술,

핵심인프라, 민감 개인정보를 대상으로 하는 중국 기업의 대미국 투자를 미국의 국가안보에 심각한 위협으로 간주하면서, 반도체 등 첨단기술과 관련된 분야에서의 중국 기업의 활동을 규제하는 행정명령<sup>2)</sup> 뿐만 아니라, 미국 내에서 온라인 데이터 서비스를 제공하는 중국 기업의 활동을 규제

1) 국가안보 및 개인정보 보호법(National Security and Personal Data Protection Act of 2019), 외국인투자위험 심사현대화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018).

2) Executive Order on Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain (May 15, 2019).

하는 행정명령<sup>3)</sup>에도 서명하였다.

트럼프 행정부는 중국에 국한하여만 국가안보를 원용하는 조치를 취한 것이 아니다. 무역확장법 제232조에 근거하여 철강 및 알루미늄에 대한 수입제한조치를 취하는데 있어서 미국의 전통적인 우방국으로 간주되는 한국, 일본, 호주, 캐나다, 유럽연합(EU) 등을 포함시킨 것이나, 중국으로부터의 수입이 미미한 자동차 분야에 대해서도 무역확장법 232조에 근거한 수입제한 조치 위협을 트럼프 행정부 임기 내내 지속한 것은 국가안보를 명분으로 하는 미국의 조치가 특정한 국가나 분야를 대상으로 하지 않았음을 보여준다.

트럼프 행정부의 대중국 강경대응과 압박조치는 사안별 행정명령을 통한 일회성 조치에 국한되는 것이 아니며, 초당적인 지지하에 관련 법령의 제정을 통해서 법적·제도적 기반이 마련되었음에 따라, 이러한 정책 기조는 바이든 행정부에서도 지속될 가능성이 상당하며, 대상과 범위의 차이가 있을 수는 있으나 향후 중국을 겨냥하면서 ‘필수 안보이익’의 확보와 관련된 조치를 취하는 데 있어서 주요한 근거로 활용될 것으로 보인다.

‘필수 안보이익’이라는 명분하에 국가안

보 예외를 원용하는 국가의 조치가 자유무역협정의 투자챕터나 투자보장협정 등에 따른 조약상 권리와 의무의 적용범위나 재판관할권의 존부 여부에 영향을 미친다면, 조약상 규정된 외국인 투자자의 권리와 투자 유치국의 의무에 미치는 함의도 상당하다. 이에 더하여 중국을 타겟으로 하는 미국의 국가안보와 관련한 일련의 법·제도 정비는 중국 뿐만 아니라 어떠한 국가에도 적용될 수 있음에 따라, 기존에는 국가안보 측면에서 고려할 필요가 없었던 국가간 교역이나 외국인 투자에 대해서도 국가안보 측면에서의 재검토를 요구받게 됨에 따라 외국인 투자와 관련한 불확실성이 증대할 가능성이 크다.

본고에서는 조약상 국가안보 예외를 원용하는 국가의 조치와 관련한 투자보장협정 분쟁사례를 검토하고, 다자 및 양자 통상협정에서의 ‘국가안보 예외’ 규정과 이에 근거한 주요국의 국내법적 적용 현황을 검토함으로써, 국가안보 예외를 원용하는 조치가 확대되는 추세에서 국제통상 규범 제·개정 과정에서 어떠한 대응이 필요할지와 이와 관련된 국내 법령의 정비 필요성에 대해 검토해 본다.

3) Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok (August 6, 2020), Executive Order on Addressing the Threat Posed by WeChat (August 6, 2020).

## II. 국가안보 관련 투자보장협정 분쟁 사례 검토

### 1. 분쟁의 배경

국가가 위기상황(crisis situation)에서 자국의 핵심적 안보이익을 보호하기 위하여 취한 조치로 인하여 외국인 투자자가 손해를 입은 데 대해, 손해를 입은 외국인 투자자가 투자보장협정상 투자자-국가 분쟁해결절차(Investment-State Dispute Settlement: ISDS)를 통하여 손해의 배상을 청구한 대표적인 예로 2001~2002년 아르헨티나 경제위기 상황에서 아르헨티나 정부가 미-아르헨티나 투자보장협정(이하 ‘미-아르헨티나 투자협정’)<sup>4)</sup> 제11조<sup>5)</sup>을 원용하여 취한 조

치에 대해 외국인 투자자들이 미-아르헨티나 투자협정에 근거하여 아르헨티나 정부를 제소한 다수의 사례<sup>6)</sup>가 있다.

아르헨티나가 미-아르헨티나 투자협정 제11조를 원용하면서 자국이 경제위기 상황에서 취한 조치의 협정 위반 여부와 관련한 분쟁에서 1) 조약상 국가안보 예외조항 원용 조치에 대한 재판관할권 존재 여부, 2) 재판관할권 존재시 국가안보 예외와 관련한 분쟁에 적용되는 준거법, 3) 조약상 국가안보 예외의 적용 대상이 주요 쟁점으로 다루어졌는데, 각각의 ISDS 중재판정부가 쟁점별 상이한 법리 적용을 하거나, ISDS 중재판정부의 판정 결과에 대하여 국제투자분쟁해결기구<sup>7)</sup>(이하 ‘ICSID’) 협약 52조에

4) Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1991.11.14. 서명, 1994.10.20 발효).

5) Article XI : This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

6) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (이하 ‘CMS 사건’), CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006 (이하 ‘LG&E 사건’), Enron Cooperation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007 (이하 ‘Enron 사건’), Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007 (이하 ‘Sempra 사건’), Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, June 29 2010, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008 (이하 ‘Continental 사건’), Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, September 16, 2011, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (이하 ‘El Paso 사건’), El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, September 22, 2014.

7) International Center for Settlement of Investment Disputes.

따른 취소판정위원회(Annulment Committee)가 중재판정부의 법리 적용을 번복한 사례가 다수<sup>8)</sup> 있다.

## 2. 주요쟁점별 검토

### 가. ‘필수적 안보예외’와 관련한 재판관할권 존재 여부

계약국이 미-아르헨 투자협정 제11조를 원용하는 조치를 취하는 경우에 이는 계약국의 자기결정(self-judging) 사안임에 따라 중재판정부의 재판관할권이 배제된다는 아르헨티나 정부의 주장에 대해, CMS 중재판정부는 계약국이 조약의 특정 조항을 원용하는 조치에 대한 전속적 자기결정권을 가지려면 조약상 이를 명확히 해야 하는데, 미-아르헨 투자협정 제11조의 국가안보 예외 조항이 GATT 제21조와 달리 ‘which it consider necessary’ 문구가 없음을 지적하면서, 미-아르헨 투자협정 제11조가

자기결정적이지 않다(‘The Clause of Article XI of the Treaty is not a self-judging’)고 판정하였다.<sup>9)</sup>

El Paso 중재판정부도 미-아르헨 투자협정 제11조와 관련한 중재판정부의 재판관할권을 긍정하면서, 1986년 ICJ의 니카라과 판결<sup>10)</sup>에서 ICJ가 미-니카라과 우호통상항해조약 상 국가안보 예외조항<sup>11)</sup>에 따른 계약국의 자기결정권을 부인한 이후 5년이 경과한 시점에서 미-아르헨 투자협정이 체결되었음에도 불구하고 미-니카라과 우호통상항해조약과 유사한 국가안보 예외조항이 미-아르헨 투자협정에 포함된 것은 미국과 아르헨티나 모두 국가안보 예외조치에 대한 자기결정권을 명백히 하려는 의도가 없었음을 보여주는 것이라고 지적하면서, CMS 중재판정부가 동 이슈와 관련한 재판관할권을 확인하는 판정 내용을 인용하였다.<sup>12)</sup> CMS 사건과 El Paso 사건 이후의 여타 ISDS 중재판정부 판정이나

8) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, June 29 2010, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, September 16, 2011, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, September 22, 2014.

9) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (CMS 사건), para 370, 373.

10) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986.

11) Article 21(1)(d) : ‘...necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.’

12) El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (El Paso 사건), para. 594-595.

취소판정위원회의 판정에서도 미-아르헨 투자협정 제11조를 원용하는 조치에 대해서 재판관할권이 있음이 일관되게 확인되었다.

#### 나. 국가안보 예외와 관련한 ISDS 분쟁에 적용되는 준거법

ICSID 협약 제42조제1항<sup>13)</sup>은 분쟁 당사자간에 준거법에 대한 합의가 있는 경우에 합의된 준거법에 따라 판정을 내리나, 분쟁 당사자간에 준거법에 대한 합의가 없는 경우에는 분쟁 당사자인 계약국의 법률과 적용 가능한 국제법 규칙을 적용토록 한다. 이와 관련하여 2001년 아르헨티나 경제위기시 아르헨티나 정부가 취한 조치와 관련한 ISDS 분쟁에서는 미-아르헨 투자

협정 제11조<sup>14)</sup>와 2001년 국제법위원회(ILC)의 국가책임협약 초안<sup>15)</sup> 제25조(이하 'ILC 초안 제25조')<sup>16)</sup>와의 관계가 집중적으로 다루어졌다.

CMS 중재판정부가 미-아르헨 투자협정 제11조 국가안보 예외조항과 ILC 초안 제25조를 병렬적으로 보면서 아르헨티나 정부의 국가안보 원용 조치에 대해 ILC 초안 제25조를 근거로 아르헨티나 정부의 조치가 국가안보 예외 요건을 충족하지 못한다고 판정한데 대해, CMS 취소판정위원회는 중재판정부가 맥락과 기능이 상이한 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조의 관계를 분석하지 않으면서 두 조항이 동일한 기반하에 있는 것으로 간주하였고 비관하였다.<sup>17)</sup> Sempra 중재판정부 또한

13) Article 42(1): The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

14) Article XXI: The Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

15) Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)

16) Article 25. Necessity:

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and  
(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or  
(b) The State has contributed to the situation of necessity.

17) Supra note 8, The CMS Annulment Committee Award, para. 131 "Those two text have a different operation

미-아르헨 투자협정 제11조를 적용하는 대신 ILC 제25조를 적용한 데 대해, *Sempra* 취소판정위원회는 이러한 중재판정부의 법 적용이 명백한 월권행위(*manifestly exceeding power*)<sup>18)</sup>라고 비판하였다.

아르헨티나의 국가안보 예외 원용조치에 대해 CMS 중재판정부와 *Sempra* 중재판정부가 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조의 적용 여부에 대한 충분한 법리 검토 없이 ILC 초안 제25조를 적용한 것과 달리, *El Paso* 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조와의 관계에 대한 법리 검토의 결과로서 미-아르헨 투자협정 제11조가 ILC 초안 제25조에 대해 특별법(*lex specialis*)의 지위에 있다<sup>19)</sup> 하면서도, ILC 초안 제25조가 미-아르헨 투자협정 제11조의 해석을 지원하

며 이러한 측면에서 ILC 초안 제25조에 따라 아르헨티나 정부가 경제위기 상황을 조성하는데 작위·부작위를 통하여 기여했는지를 검토해야 한다<sup>20)</sup>고 하면서, 결과적으로는 ILC 초안 제25조를 적용하여 아르헨티나의 조치가 미-아르헨 투자협정 제11조의 필요성 요건을 충족하지 못한다고 판정하였다.

미-아르헨 투자협정 제11조가 ILC 초안 제25조에 대해 특별법 지위에 있음을 긍정하면서도, BIT 제11조 상 필요성('necessary') 요건과 관련해서는 ILC 초안 제25조를 적용한 *El Paso* 사건의 중재판정부 판정과 달리, *Continental* 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조가 '일종의 특별법(a kind of *lex specialis*)'으로 관습국제법상 긴급피난(*necessity*) 적용을 배제<sup>21)</sup>한다고 판단하

and content, it was necessary for the Tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case. The Tribunal did not enter into such an analysis, simply assuming Article XI and Article 25 are on the same footing.”

18) *Supra* note 8, *Sempra* Annulment Committee Award, para. 126, “...The Tribunal simply replaced Article XI of the BIT with the state of necessity under customary international law which, as explained, differs substantially from the former as to its sphere of operation, nature and functioning, content, scope and effects. The Tribunal did not apply Article XI of the BIT, thus manifestly exceeding its powers.”

19) *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (*El Paso* 사건), para. 552 ‘...Article XI is the *lex specialis*, Article 25, the *lex generalis*. As the Tribunal will consider Article XI of the BIT to apply to the case, it can dispense to fully analyse and to apply as such Article 25 of the ILC Articles.’

20) *Ibid*, para. 613 ‘... concepts used in Article 25 of the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts “assist in the interpretation of Article XI itself.” When interpreted in light of the above principles, the requirements under Article XI that the measures must be “necessary” presupposes that the State has not contributed, by acts or omissions, to creating the situation which it relies on when claiming the lawfulness of its measures.’

21) *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008

였다. 또한 Continental 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조의 필요성(‘necessary’) 요건에 대해서는 GATT와 WTO 사례를 비교하면서 검토하는 것이 보다 적절<sup>22)</sup>하다는 입장하에 WTO 한국-소고기 분쟁 관련 상소기구 판정<sup>23)</sup>을 인용하면서, 동 사안에서의 ‘필요성(necessary)’은 ‘필수적인(indispensable)’에 보다 가까운 것으로 보았다.<sup>24)</sup>

조약의 국가안보 예외조항이 관습국제법(ILC 초안 제25조)에 대해 특별법 지위에 있다는 해석과 관련하여, 조약의 국가안보 예외조항에 대해 관습국제법에 대한 특별법 지위에 있다고 해석할 경우에는 특별법과 일반법이 일치하지 않는 범위내에서는 ‘잔여적으로(in a residual fashion)’ 관습국제법으로서 일반법의 지위를 가지는 ILC 초안 제25조를 적용해야 하는 것은 문

제가 있다고 비판하는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 이에 더하여 미-아르헨 투자협정 제11조의 국가안보 예외조항과 ILC 초안 제25조가 동일한 대상을 다루지 않음에도 불구하고, 동일한 대상을 전제로 하는 특별법(*lex specialis*) 법리를 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조와의 관계에 적용한 데 대한 비판도 있다.<sup>26)</sup>

특별법 지위 부여를 비판하는 이러한 견해는 CMS 취소판정위원회 판정에서도 확인되는데, 동 취소판정위원회는 미-아르헨 투자협정 제11조가 기준요건(threshold requirement)으로서, 동 조항이 적용될 경우에는 미-아르헨 투자협정 상 실체적 의무가 적용되지 않으며, ILC 제25조는 조약 상 실체적 의무 위반 상황이 있다고 판단되는 경우에만 적절한 항변사유(excuse)가 될 수 있다고 판정하였다.<sup>27)</sup> 이와 별도로

(‘Continental 사건’). para. 168 ‘...This would also be so if Art. XI is viewed as a specific bilateral regulation of necessity for purposes of the BIT (thus a kind of *lex specialis*), pre-empting recourse to the more restrictive customary exception of necessity.’

22) Ibid, para. 192 ‘...the Tribunal finds it more appropriate to refer to the GATT and WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirements of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law.’

23) WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R, December 11 2000, para. 161.

24) supra note 21, para. 193 ‘...We consider that a “necessary” measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of “indispensable” than to the opposite pole of simply “making a contribution to”.’

25) Jurgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis.”, Society of International Economic Law (2008) p.31.

26) Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses”, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016) p.5.

27) The CMS Annulment Committee Award, September 25, 2007, para. 129 “Article XI is a threshold require-

Continental 중재판정부가 국가안보 예외를 원용한 조치의 필요성 심사와 관련하여 GATT 제20조를 활용한 것과 관련, WTO 사례를 적용하는데 있어서 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 (3)(c)항을 통한 적용이 되었어야 하며 GATT 제20조와 미-아르헨 투자협정 제11조간의 문맥 차이를 간과한 법 해석이었다는 비판<sup>28)</sup>이 있다.

#### 다. 국가안보 예외의 적용 대상

아르헨티나가 2001년 경제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 줄 수 있는 상황임을 주장한 데 대해, Sempra 사건에서 전문가 의견 (Expert Opinion)을 제시한 Alvarez 교수는 ‘경제적 긴급상황’이 매우 예외적이고 전례 없는 상황이어야만 미-아르헨 투자협정 BIT 제11조의 적용을 받을 수 있다<sup>29)</sup>는 입장을 표명하였다. 아르헨티나의 2001년 경

제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 국가안보 예외의 적용 대상이 되는지에 대해 첫 번째 케이스인 CMS 중재판정부가 관습국제법의 맥락에서나 조약의 취지와 목적을 볼 때 2001년 아르헨티나가 처했던 ‘심각한 경제위기’ 상황을 배제하지 않는다고 판정<sup>30)</sup>한 이래, Enron 중재판정부, Sempra 중재판정부를 포함한 후속 중재판정부 모두 아르헨티나의 2001년 경제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 줄 수 있는 상황이라고 판정하였다.

경제위기가 투자보장협정상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 주는 상황으로 간주되는 것과 관련하여 2009년 발간된 투자보장협정의 국가안보 보호와 관련한 UNCTAD 보고서<sup>31)</sup>는 투자보장협정의 국가안보 예외 조항의 적용 대상이 기존의 군사적 위협과 관련된 상황에서 전략산업의 보호와

---

ment: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations.”

28) Jose E Alvarez and Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v Argentina”, International Law and Justice Working Paper 2010/3.

29) Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007 (Sempra 사건), Expert Opinion of Professor Jose E. Alvarez, September 12, 2005, para. 8 ‘...does not apply to “economic emergencies”, except in the most extraordinary and so far unprecedented circumstances.’

30) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (CMS 사건, para. 359 ‘...there is nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the treaty that could on its own exclude major economic crisis from the scope of Art. XI.’

31) UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on Int’l Investment Policies for Development.

경제위기 대응으로 확대되는 추세에 있는 것으로 진단하면서, 투자보장협정 상 국가안보 예외의 적용 대상 확대는 중국 등의 선진국에 대한 투자 증대 추세에서 자국의 전략산업을 보호하려는 선진국들의 이해와 경제위기 극복을 위하여 사후적으로 투자보장협정상 실제적 의무로부터 벗어나려는 개도국들의 이해가 반영된 것으로 평가한다.

### III. 국가안보 예외 관련 다자 및 양자조약 분석

#### 1. 세계무역기구(WTO) 협정

국가안보 예외는 1946년 국제무역기구(International Trade Organization: ITO) 설립을 위한 ITO 헌장 논의 과정에서 처음 제

시된 이래, GATT 체제에서 GATT 제21조 국가안보 예외 조항으로 구체화되었으며, 현재의 WTO 체제하에서 1994 GATT 제21조로 동일하게 반영되어 있다. GATT 제21조 국가안보 예외 조항은 이후 미국 주도하의 국제통상체제 구축 과정에서 상당수 자유무역협정, 투자보장협정 등에서 필요한 변경을 가하여 반영되어 왔다.

국가안보 예외와 관련한 GATT 제21조 조항은 WTO 체제에서 GATS 제14조의2, TRIPS 제73조에도 동일 또는 유사<sup>32)</sup>하게 반영되면서, 상품 분야 뿐만 아니라 서비스와 투자, 지적권 분야에서도 적용되는 규정임에 따라 GATT 제21조<sup>33)</sup>에 대한 조항별 분석을 진행하고, GATT 제21조 (b)항과 관련한 첫 번째 WTO 패널 판정이 이루어진 러시아-통과운송 패널 보고서<sup>34)</sup> 주요

32) GATS 제14조의2는 GATT 제21조 전체 내용을 동일하게 제1항으로 구성하면서, 제2항으로 GATT 제21조 (b)항과 제21조(c)항 관련 사항에 대해 WTO 서비스무역위원회에의 통보 의무를 추가적으로 규정하고 있다.(2. The Council for Trade in Services shall be informed to the fullest extent possible of measures taken under paragraphs 1(b) and (c) and of their termination).

33) GATT 제21조: 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

- (a) 공개 시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 계약당사자가 간주하는 정보를 제공하도록 계약당사자에게 요구하는 것 또는
- (b) 자신의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 계약당사자가 간주하는 다음의 조치를 계약당사자가 취하는 것을 방해하는 것
  - (i) 핵 분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질에 관련된 조치
  - (ii) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치
  - (iii) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치
- (c) 국제 평화 및 안보의 유지를 위하여 국제연합헌장 하의 자신의 의무에 따라 계약당사자가 조치를 취하는 것을 방해하는 것

34) Russia-Measures concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019.

내용에 대해서도 분석해 본다.

### 가. GATT 제21조 (a)항

제21조 (a)항은 핵심 안보이익(essential security interest)과 관련된 사안에 대해서는 계약국의 자기 판단에 근거하여 관련 정보(information)의 제공 거부를 규정하고 있다. 제21조 (a)항의 ‘정보’는 ‘개인 정보를 포함한 모든 형태의 정보’를 포함하고 있으며, (b)항과 (c)항에 따라 취해진 WTO 회원국의 국가안보 관련 조치에 대한 정보를 제공함에 있어서도 (a)항이 적용되는 것으로 해석된다.<sup>35)</sup>

최근 체결되었거나 진행중인 자유무역 협정나 양자/복수국간 디지털 규범에서 개인정보를 적절히 보호하면서 자유로운 해외 이전을 보장하는 것을 주요한 목적으로 하고 있는데, 개인정보의 해외이전 자유의 원칙에 대하여 예외적으로 ‘정당한 정책목표 (Legitimate Public Policy Objective: LPPO) 조항과 일반예외 조항이 적용될 수 있는 구조이다. 이러한 구조에서 GATT 제21조 (a)항과 동일 또는 유사한 국가안보 예외 조항이 개인정보를 포함한 정보의 제공을 거부하는데 원용된다면, 개인정보의 해외 이전 자유를 보장한다는 원칙이 중첩적인

예외조항으로 인하여 형해화되는 결과를 초래할 가능성이 있다.

### 나. GATT 제21조 (b)항

GATT 제21조 (b)항의 해석과 적용과 관련하여 그간 1) 자기결정(which it considers)의 범위와 재판관할권과의 관계, 2) 필요성(necessary) 판단 기준, 3) 제21조 (b)(iii)항의 ‘전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치’와 관련한 ‘비상시’의 범위 등에 대한 회원국 간 입장차와 다툼이 지속되어 왔으나, 1947년 이래 GATT 분쟁해결절차나 WTO 분쟁해결절차에서 직접적으로 GATT 제21조의 해석과 적용을 다룬 것은 2019년 발표된 러시아-통과운송 패널보고서가 최초이다.

러시아-통과운송 패널 보고서는 GATT 제21조 (b)항의 해석과 적용과 관련하여 WTO 차원에서 제기되었던 쟁점사항을 대부분 다루고 있는 바, 1) 제21조의 자기결정(“which it considers”) 문구가 제21조 (b)(iii)항의 ‘상황의 결정(determination of the circumstances)’까지는 확장되지 않으며, ‘사법적 판단 대상에서 제외(non-justiciable)’되지 않는다고 하면서<sup>36)</sup>, WTO 분쟁 해결 패널의 재판관할권을 확인<sup>37)</sup>했다는

35) 이재민, “국가안보 예외의 사각지대 -‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총, 65(1), (2020) pp.134~140.

측면에서 상당한 의미를 부여할 수 있다. 또한 동 패널 보고서는 ‘핵심 안보이익’과 관련한 WTO 회원국의 재량적 판단 권한을 확인<sup>38)</sup>하면서도, 이와 관련한 WTO 회원국의 재량적 판단은 GATT 제21조 (b)(iii)항을 ‘신의(good faith)’에 따라 해석하고 적용하는 범위 내에서만 허용<sup>39)</sup>되며, 이러한 ‘신의 의무(obligation of good faith)’는 WTO 회원국이 GATT 제21조를 WTO 협정상 의무를 회피하기 위한 수단으로 이용하지 않아야 하며<sup>40)</sup>, 이를 위하여 제21조 (b)(iii)항을 원용하는 조치를 하는 국가가 국제관계에서의 비상상황에서 취하는 조치라는 것의 진실성(veracity)을 증명할 수 있을 정도로 명확히 설명해야 할 것을

요구<sup>41)</sup>한다.

러시아-통과운송 WTO 패널 보고서는 GATT 제21조의 해석과 적용과 관련한 최초의 판정으로서 향후 WTO에서의 국가안보 예외와 관련하여 GATT 제21조, GATS 제14조의2, TRIPS 제73조를 원용하는 조치와 관련한 분쟁 뿐만 아니라 GATT 제21조와 동일 또는 유사한 국가안보 예외 조항을 포함하고 있는 다자 및 양자 조약에서의 관련 분쟁에서도 상당한 시사점을 줄 것으로 평가된다. 자기결정(self-judging) 조항의 해석과 관련하여 패널의 재판관할권이 있음을 명확히 한 것은 일본의 대한민국 전략물자 수출통제 조치와 관련한 한일간 WTO 분쟁<sup>42)</sup>에도 함의가 있을 것이다. 또

36) supra note 23, WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R, December 11 2000, para 7.82, 7.101, 7.102, 7.103.

37) Ibid, para 7.104 (‘the Panel finds that it has jurisdiction to determine whether the requirements of Article XXI(b)(iii) of the GATT are satisfied.’).

38) Ibid, para 7.131 (‘it is left, in general, to every Member to define what it considers to be its essential security interests.’).

39) Ibid, para 7.132 (‘Rather, the discretion of a Member to designate particular concerns as ‘essential security interests’ is limited by its obligation to interpret and apply Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in good faith.’).

40) Ibid, para 7.133 (‘The obligation of good faith requires that Members are not use the exception in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994.’).

41) Ibid, 7.134 (‘It is therefore incumbent on the invoking Member to articulate the essential security interests said to arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity.’).

42) 2019년 7월 1일 일본 경산성이 3개 품목(포도레지스트, 고순도 불화수소, 불화폴리이미드)의 대한민국 수출 및 기술 이전 요건 및 절차를 강화한 데 대해, 한국 정부는 2019년 9월 11일 일본의 조치를 WTO에 제소하면서 WTO 분쟁해결절차 상 협의(consultation) 절차를 진행하였으나, 상호 만족할만한 합의에 이르지 못함에 따라 한국 정부는 2020년 6월 18일 WTO 패널 설치를 요청하였다. 2020년 7월 29일 개최된 WTO DSB 회의에서 패널 설치가 이루어졌으나 현재까지 패널 위원 선정이 이루어지지 않고 있는 상태이다 (DS 590, Japan-Measures related to the exportation of products and technology to Korea). 브라질, 캐나다, 중국, 대만, EU, 인도, 노르웨이, 러시아, 사우디아라비아, 싱가포르, 터키, 우크라이나, 영국, 미국이 제3자

한, ‘핵심 안보이익’과 관련한 회원국의 재량적 판단 권한은 인정하되 ‘신의(good-faith)’에 따라 조치 원용국이 ‘핵심 안보이익’과 관련이 있는 상황이 존재하는지와 그러한 상황에서 취해진 조치가 적절한지에 대해 명확히 설명할 것을 요구한 것은 국가안보 예외 원용 조치의 무분별한 남용이나 국가안보를 빙자하는 무역제한 조치를 억제하는 데도 기여할 것으로 보인다.

#### 다. GATT 제21조 (c)항

GATT 제21조 (c)항 규정은 국제연합 헌장 제7장에 근거한 안전보장이사회의 결의안에 대해 WTO 회원국들이 동 결의안의 범위내에서 WTO 협정상 의무의 약속과 의무 이행을 면제토록 하여, 경제제제나 수출통제 등의 방식으로 동 결의안을 이행토록 할 수 있도록 하는 법적 근거를 제공한다.

로 참여중이다.

43) 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것.

나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것

Nothing in this Agreement shall be construed:

(a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or

(b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.

44) GATT 21조(c)가 ‘UN헌장의 의무에 따라 체약당사자가 취하는 조치’를 대상으로 하는 반면, 한미 FTA 제23.2조나항은 ‘국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위해 취하는 조치’로 일반화.

그간 동 조항의 해석과 적용과 관련하여는 WTO 체제에서 회원국간 큰 이견이나 다툼이 없었으나, WTO 상소기구의 기능마비 등 WTO의 기능과 위상이 약화되고 있는 상황임을 감안할 때, UN 안전보장이사회 결의안의 해석과 국별 이행조치와 관련한 WTO 회원국간의 분쟁이 발생한다면 WTO 체제의 안정성과 신뢰성에 또 다른 위협 요소로 작용할 가능성이 있다.

## 2. 자유무역협정

### 가. 우리나라의 기체결 자유무역협정 (FTA)

국가안보 예외와 관련한 한미 FTA 제23.2조<sup>43)</sup>와 GATT 제21조를 비교해 보면, 한미 FTA 제23.2조가 국가안보 예외와 관련하여 보다 적용 범위를 확대<sup>44)</sup>하고 있으

며, 분쟁에 있어서 일방 당사국이 국가안보 예외를 원용하는 경우에 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 국가안보 예외를 자동적으로 적용할 것을 규정<sup>45)</sup>하고 있다. 또한 한미 FTA 제23.1조 상 일반 예외의 적용에 있어 GATT 제20조 일반 예외가 필요한 변경을 가하여 한미 FTA에 적용된다고 규정하면서, 한미 FTA 투자 챗터는 적용 대상에서 제외하고 있으나, 한미 FTA 제23.2조의 국가안보 예외는 투자 챗터를 포함한 한미 FTA 협정 전체를 적용 대상으로 하고 있다.

한미 FTA 국가안보 예외 조항은 WTO 국가안보 예외 조항에 비하여 적용 범위가 확대되었을 뿐만 아니라, 투자 관련 분쟁 (ISDS)을 포함한 한미 FTA와 관련한 모든 분쟁에서 국가안보 예외가 원용될 경우에 자동적으로 국가안보 예외가 적용됨에 따라, 국가안보 예외 조치를 원용하는 계약국의 자기결정(self-judging)이 그대로 존중

됨을 확인할 수 있다.

우리가 체결한 FTA에서 한미 FTA 국가안보 예외 조항과 같이 투자 챗터에서의 국가안보 예외 원용시 실질적으로 재판관할권 행사를 배제하는 조항은 한-호주 FTA<sup>46)</sup>에서만 찾아볼 수 있다. 한-EU FTA, 한-캐나다 FTA, 한-중 FTA<sup>47)</sup> 등 우리나라가 체결한 대다수 FTA에서는 GATT 21조와 동일 또는 유사한 내용으로 구성되어 있다. 한-아세안 상품협정문의 경우, GATT 21조 내용에 더하여 ‘통신기반시설’ 관련 사항을 국가안보 예외를 구성하는 요소로 추가<sup>48)</sup>한 것이 특징적이다.

#### 나. 미국의 FTA

미-호주 FTA와 미-캐나다-멕시코 무역협정(USMCA)은 한미 FTA 안보예외 조항(제23.2조)과 동일한 안보예외 조항으로 구성되어 있으나, 한미 FTA와 달리 각주를 통한 투자 챗터에 대한 재판관할권 배제

- 45) 각주2) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다.
- 46) 한-호주 FTA 22.2조 (필수적 안보) 각주 : ‘보다 명확히 하기 위하여 당사국이 제11장(투자)의 제2절에 따라 개시된 중재절차에서 이 장을 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재재판부는 그 예외가 적용됨을 판정한다.
- 47) 한-중 FTA (21.2조, 필수적안보) : ‘이 협정의 목적상 1994년도 GATT 제21조와 GATS 제14조의 2는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다.’
- 48) 한-아세안 FTA 상품협정문 제12조 (b)(3) : 주요한 통신기반시설의 마비 또는 기능저하를 위한 계획적인 시도로부터 동 시설을 보호하기 위하여 취해진 조치 (action taken so as to protect critical communications infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure.).

조항은 포함하지 않고 있다. 한-미 FTA와 한-호주 FTA 모두 각주를 통하여 각각의 협정 상 투자 챗터에 대한 국가안보 예외 원용시 재판관할권을 배제하는 조항이 포함된 반면, 미-호주 FTA 상에는 그러한 각주가 포함되지 않았는데, 이는 미-호주 FTA에 투자자-국가분쟁해결절차가 부재하기 때문인 것으로 보인다.

미국의 기체결 FTA 가운데 각주를 통한 국가안보 예외 원용시 재판관할권을 배제하는 FTA<sup>49)</sup>와 재판관할권 배제와 관련한 각주가 없는 FTA<sup>50)</sup>가 혼재하는 것이 특징적이나, 미국이 오바마 행정부 시절 협상을 주도하였으나 트럼프 행정부에서 서명에 참여하지 않기로 결정한 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership)과 트럼프 행정부하에서 기존의 북미자유무역협정(NAFTA)을 대체한 미국-캐나다-멕시코

무역협정(USMCA)<sup>51)</sup>의 경우에는 재판관할권 배제와 관련한 별도의 각주가 없음이 특징적이다.

### 3. 투자보장협정

#### 가. 미국의 Model BIT(1994년, 2004년 및 2012년)

미국은 1982년 10월 파나마와 첫 투자보장협정<sup>52)</sup>에 서명한 이래 2021년 7월말 기준 42개 국가와의 투자보장협정이 발효중<sup>53)</sup>인데, 미-파나마 투자보장협정<sup>54)</sup>를 포함한 모든 미국의 기체결 투자보장협정에는 국가안보 예외조항이 포함되어 있음이 특징적이다. 미국의 투자보장협정은 크게 3개의 Model BIT(1994년 Model BIT, 2004년 Model BIT<sup>55)</sup>, 2012년 Model BIT<sup>56)</sup>)로 구분되는데, 1994년 발효된 미-아르헨티나

49) 미-페루 FTA 제22.2조, 미-콜롬비아 FTA 제22.2조는 한미 FTA 제23.2조와 동일한 각주 포함: 'For greater certainty, if a Party invokes Article 22.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Ten (Investment) or Chapter Twenty-one (Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.'

50) 미-칠레 FTA 제23.2조, CAFTA-DR FTA 제21.2조.

51) United States-Mexico-Canada Agreement.

52) Panama-United States of America Bilateral Investment Agreement (1982.10.17. 서명, 1991.5.30. 발효).

53) USTR 홈페이지([www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties](http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties)).

54) Panama-U.S. BIT Article X. 1. This treaty shall not preclude the application by either Party of any and all measures necessary for the maintenance of public order the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the production of its own essential security interests.

55) USTR 홈페이지([ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf](http://ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf)).

56) USTR 홈페이지([ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf](http://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf)).

투자보장협정을 포함하여 1990년대에 미국이 체결한 투자보장협정의 국가안보 예외조항은 계약당사국이 공공질서(public order)의 유지와 필수 안보 이익(essential security interests)의 보호에 필요한 조치를 취하는 것을 배제하지 않음을 규정<sup>57)</sup>하고 있다. 이에 비해 미국의 2004년 Model BIT와 2012년 Model BIT는 1990년대 미국의 투자보장협정에 포함되었던 ‘공공질서’ 관련 내용은 제외되고, 필수 안보 이익에 반한다고 결정하는 정보의 공개 거부 또는 차단과 필수 안보 이익의 보호에 필요하다고 여기는 조치를 배제하지 않음을 규정<sup>58)</sup>하고 있다. 또한 2004년 Model BIT와 2012년 Model BIT는 서문에 건강, 안전, 환경의 보호에 합치하는 방식으로 투자보장협정의 목적을 달성하는 것이 바람직하다는 내용이 1994년 Model BIT에 비하여 새로이 반영<sup>59)</sup>되어 있다. 2004년 Model BIT 문

안은 2006년 발효된 미-우루과이 투자보장협정과 2012년 발효된 미-르완다 투자보장협정에 그대로 반영되어 있으며, 한미 FTA 제23.2조의 국가안보 예외와 관련하여 각주를 제외한 본문 조항과도 동일하다.

미국이 1990년대에 체결한 투자보장협정과 대비하여 2004년 Model BIT에서 국가안보 예외조항에 ‘자기결정 문구(self-judging “it considers” language)’가 반영된 데에는 2001년 아르헨티나 금융위기 이후 일련의 투자자-국가 소송에서 미-아르헨티나 투자보장협정 상 국가안보 예외조항의 자기판단 여부가 쟁점이 된 데 기인한 것으로 분석하는 견해가 있다.<sup>60)</sup> 1990년대 이후의 미국의 Model BIT 문안 변화와 무관하게 미국 정부는 미국이 체결한 투자보장협정 상 국가안보 예외조항의 해석에 있어서 필수 안보이익과 관련한 계약국의 재량

57) US-Argentina BIT, Article IX. 1. This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary in its jurisdiction for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

58) Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or
2. to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

59) “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, ...”.

60) Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, Yale L.J. (2020), p.1059.

권이 충분히 존중되어야 한다는 입장을 견지해 왔는데, 이러한 미국 정부의 입장은 투자보장협정의 국가안보 예외조항 해석과 관련한 2006년 9월 미 국무부 법률고문의 서한<sup>61)</sup>을 통해서도 확인된다.

#### 나. 우리나라의 기체결 투자보장협정

2021년 4월 기준 우리나라는 99개국과 투자보장협정을 체결(발효 84개, 미발효 4개, 종료 11개)<sup>62)</sup>하고 있는데, 우리나라가 체결한 투자보장협정 가운데 2011년 12월 발효된 한-우루과이 투자보장협정(제15조), 한-르완다 투자보장협정(2013년 2월 발효, 제15조), 한-카메룬 투자보장협정(2018년 4

월 발효, 제15조), 한-미얀마 투자보장협정(2018년 10월 발효, 제17조), 한-아르메니아 투자보장협정(2019.10월 발효, 제17조), 한-케냐 투자보장협정(2017년 5월 발효, 제15조)은 투자보장협정에 GATT 제21조와 유사하나 GATT 제21조(b)항 (i)~(iii)호 내용은 포함하지 않은 국가안보 예외조항<sup>63)</sup>을 두고 있다. 한-케냐 투자보장협정 제15조는 이에 추가적으로 ‘자의적이거나 정당화되지 못하는 차별의 수단이 되거나 위장된 투자 제한조치가 되어서는 안된다’는 규정<sup>64)</sup>을 포함하고 있음이 특징적이다.

또한 2003년 1월 발효된 한일 투자협정<sup>65)</sup>과 2014년 5월 발효된 한중일 투자보

61) Letter from James H. Thessin, Principle Deputy Legal Advisor, U.S. Department of State to Abraham D. Sofaer, Senior Fellow, Hoover Inst. Stanford Univ. (Sept. 15, 2006) “...notwithstanding the decision of the ICJ in the Nicaragua case, the position of the U.S. Government is that the essential security language in our...Bilateral Investment Treaties is self-judging, i.e., only the Party itself is competent to determine what is in its own essential security interests.”

62) 외교부(www.mofa.go.kr)>외교정책>경제>경제협정>경제협정체결현황.

63) Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require a Contracting Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;
- (b) to prevent a Contracting Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: or
- (c) to prevent a Contracting Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

64) 한-케냐 투자보장협정 제15조 후반부: ‘provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination by a Contracting Party, or a disguised investment restriction.’

65) Article 16:

- 1. Notwithstanding any other provisions in this agreement other than the provisions of article 11, each contracting party may:
  - (a) take any measure which it considers necessary for the protection of its essential security interests;
    - (i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that contracting party or in interna-

장협정<sup>66)</sup>은 GATT 제21조를 기반으로 하는 국가안보 예외조항을 포함하고 있으나, GATT 제21조와 유사한 내용을 포함하고 있는 한중일 투자보장협정과 달리, 한일 투자협정은 GATT 21조 내용과 GATT 20조 내용을 병렬적으로 규정하고 있으며, 추가적으로 국가안보 예외 조항이 의무의 회피 수단으로 활용되지 말아야 할 것을 조치를 취하기 이전 또는 취한 이후에 상대방에 통보 의무를 규정하면서, 국가안보 예외 규정의 발동과 관련한 상당한 수준의

제한을 두고 있는데, 이는 OECD 다자간투자협정(MAI) 초안<sup>67)</sup>을 상당 부분 반영한 결과라는 견해가 있다.<sup>68)</sup>

현재 우리나라가 체결하여 발효중인 투자보장협정(종료 및 미발효 상태를 제외한 84개) 중 상기 8개의 투자보장협정을 제외한 76개의 투자보장협정에서는 협정상 별도의 국가안보 예외조항이 포함되어 있지 않으며, 국가안보 예외조항을 포함하지 않고 있다. 또한 국가안보 예외조항을 포함

tional relations; or

(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;

(b) take any measure in pursuance of its obligations under the united nations charter for the maintenance of international peace and security;

(c) take any measure necessary to protect human, animal or plant life or health; or

(d) take any measure necessary for the maintenance of public order. the public order exceptions may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

2. In cases where a contracting party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this agreement other than the provisions of article 11, that contracting party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.

66) Article 18 (Security Exceptions):

1. Notwithstanding any other provisions in this Agreement other than the provisions of Article 12, each Contracting Party may take any measure:

(a) which it considers necessary for the protection of its essential security interests;

(i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or

(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;

(b) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

2. In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement other than the provisions of Article 12, that Contracting Party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.

67) www.oecd.org, Draft MAI negotiating text (VI. Exceptions and Safeguards).

68) 김관호, “국가안보 차원의 외국인 직접투자 규제”, 규제연구 제18권 제1호 (2009), p.99.

하고 있는 우리나라의 기체결 투자보장협정 대부분은 서문에 건강, 안전, 환경의 보호 필요성을 포함<sup>69)</sup>하고 있는 반면, 국가안보 예외조항 대부분 우리나라의 기체결 투자보장협정은 서문이 없거나 서문에 건강, 안전, 환경 보호의 필요성 관련 내용이 부재하다. 또한 1976년 9월 발효된 이후에 2011년 3월에 전면 개정되어 발효된 한-벨기에·룩셈부르크 투자보장협정의 경우, 1976년 협정에는 별도의 서문이나 국가안보 예외조항이 부재한 반면, 2011년 협정에서는 서문에 환경보호, 개발정책의 중요성을 언급하고는 있으나 별도의 국가안보 예외조항은 부재한 것이 특징적이다.

#### IV. 투자 분야 국가안보 예외의 국내법적 적용

##### 1. 미국

1988년 엑슨-플로리오(Exon-Florio)법으로 국가안전 측면에서 외국인 투자를 포괄적으로 규제할 수 있는 법적 기반을 마련

한 이래, 2007년 엑슨-플로리오법의 내용을 발전시킨 ‘외국인 투자와 국가안전에 관한 법(Foreign Investment and National Security Act of 2007, 이하 ‘FINSA’)’이 도입되었다.

FINSA는 국가안보 측면에서 외국인 투자가 핵심 기간시설(critical infrastructure)에 미치는 잠재적인 영향과 미국의 핵심 기술(critical technologies)에 미치는 잠재적인 영향을 심사 대상에 포함시켰으며, 진행중인 투자 뿐만 아니라 완결된 투자도 심사대상으로 포함시켰다. 이후 2017년 중국이 주요 투자자로 있는 싱가포르 반도체 업체(브로드컴)의 퀄컴 인수 시도를 계기로 외국인투자위험심사선진화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 이하 ‘FIRRMA’)이 2018년 8월 제정되고 2020년 2월 발효되었다. FIRRMA는 국가안보의 개념을 보다 포괄적으로 적용하여 ‘핵심기술, 핵심인프라, 개인정보 사업(TID Business)’<sup>70)</sup>과 관련한 외국인의 ‘비지배적 투자(non-controlling investments)’까지도 외국인투자위원회(Committee on Foreign

69) 한-아르메니아 투자보장협정 서문 : “...이러한 목적들이 건강, 안전, 환경의 보호와 소비자 보호의 증진 및 국제적으로 인정되는 노동권의 증진에 부합하는 방식으로 달성될 수 있기를 희망하고, ...”

70) 31 CFR § 800.248 TID U.S. business.

The term TID U.S. business means any U.S. business that:

- (a) Produces, designs, tests, manufactures, fabricates, or develops one or more critical technologies;
- (b) Performs the functions as set forth in column 2 of appendix A to this part with respect to covered investment critical infrastructure; or
- (c) Maintains or collects, directly or indirectly, sensitive personal data of U.S. citizens.

Investment in the United States, 이하 ‘CFIUS’)의 심의 대상에 포함시킨 것이 특징적이다.

1950년 국방생산법(Defence Production Act of 1950) 제721조에 근거하여 설립된 CFIUS는 1988년 엑스-플로리오법, 2007년 FINSA 및 2018년 FIRRMA를 통해 변화된 국제 경제환경을 반영하면서 권한이 지속적으로 확대·강화되어 왔다. 특히 트럼프 행정부는 FIRRMA 제정을 따른 CFIUS의 권한 확대를 중국의 대미 투자 규제에 적극적으로 활용해 왔는데, 이는 2020년 3월 중국 회사(Shiji Information and Technology)의 미국 기업(StayNTouch)에 대한 투자 철회를 지시하는 행정명령(Executive Order)<sup>71)</sup>으로 구체화되었다. 동 행정명령에서는 구체적으로 투자 철회 근거를 적시하지 않았으나, StayNTouch의 모바일 플랫폼을 통한 예약 및 체크인 과정에서 수집된 미국 고위급 인사의 숙박기록을 포함한 민감 개인정보가 중국 기업(Shiji)을 통하여 중국 정부로 유출될 수 있다는 우려 때문으로 알려지고 있다.<sup>72)</sup>

CFIUS가 국가안보에 영향을 미친다고

판단하여 대통령에게 특정조치를 권고한 결과, 이미 투자가 되었음에도 불구하고 투자철회가 이루어진 사안인데, 중국기업의 투자가 미국의 국가안보에 미친 부정적 영향에 대한 검토 결과의 공표나 별도의 이의제기 절차 없이 진행되었다는 점이 특징적이다. 향후 중국 기업 뿐 아니라 전반적인 외국 기업의 대미 투자에 있어서 국가안보 측면에서의 고려가 중요해지며, 국가안보 측면에서의 개인정보도 주요한 고려 요소의 하나임을 보여주는 사례로 볼 수 있다.

## 2. 유럽연합

유럽연합 차원의 국가안보 측면을 고려한 외국인 투자심사는 그간 개별 EU 회원국 법령으로 이루어졌으나, EU 차원의 포괄적인 외국인 투자 심사 제도의 필요성이 점증함에 따라, 2019년 3월 ‘유럽연합으로의 외국인 직접투자 심사체제 확립과 관련한 규정’<sup>73)</sup>(이하 ‘Regulation 2019/452’)을 제정하였으며, 동 규정은 2020년 10월부터 발효되었다. Regulation 2019/452의 제정 취지는 국가안전과 공공질서 유지를 목적으로

71) Order Regarding the Acquisition of Stayntouch, Inc. by Beijing Shiji Information Technology Co., Ltd, (March 6, 2020).

72) “Trump Orders Chinese Firm to Sell U.S. Hotel Software Company”, WSJ, March 3, 2020.

73) Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union.

로 실시하는 EU 회원국 단위의 투자 심사 체제와 관련한 법적 확실성을 제공하고 EU 회원국별 외국인 투자 심사와 관련한 EU 차원의 공조 및 협력을 확보하는데 있다.<sup>74)</sup>

Regulation 2019/452는 필수안보이익의 보호와 관련한 EU 회원국 권한을 규정한 유럽연합기능조약(TFEU) 제346조<sup>75)</sup>에 따라 외국인 투자 심사와 관련한 EU 회원국의 고유 권한을 확인<sup>76)</sup>하면서도 국가안보와 공공질서와 관련한 외국인 투자 심사가 EU 차원에서 포괄적인 방식으로 이루어져야 할 필요성을 제기<sup>77)</sup>하고 있다. 구체적으로 Regulation 2019/452 제6조는 개별 EU 회원국의 국가안보 또는 공공질서와 관련한 외국인 투자 심사 실시에 있어서 EU 집행위 및 여타 EU 회원국에 대한 통보 의무, 동 통보 내용에 대한 여타 EU 회원국의 견해(comment) 및 EU 집행위의 의견(opinion)에 대하여 외국인 투자 심사 당사국의 ‘적절한 고려(due consideration)’ 의무 부과 등을 규정하고 있다. 또한 Regulation

2019/452 제7조는 개별 EU 회원국이 외국인 투자 심사를 실시하지 않기로 결정하더라도, 동 투자에 따른 국가안보 또는 공공질서 영향이 우려되는 여타 EU 회원국으로부터의 견해(comment)나 EU 집행위의 의견(opinion)에 대해 ‘적절한 고려’를 할 것을 규정하고 있다. Regulation 2019/452 서문 (21)은 투자 검토 단계에서 외국인 투자 심사가 이루어지지 않은 사안에 대해서는 외국인 투자가 완료된 시점으로부터 15개월 이내에는 여타 EU 회원국들로부터의 견해와 EU 집행위의 의견을 받도록 함에 따라, 외국인 투자 심사 절차를 거치지 않고 이미 투자가 이루어진 사안도 국가안보 또는 공공질서를 이유로 투자 철회 조치가 이루어질 가능성이 있다.

Regulation 2019/452 제1조는 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 외국인 투자 심사 대상으로 핵심인프라(critical infrastructure), 핵심기술(critical technology), 핵심 생산요소의 공급(supply of critical in-

74) 서문 (6) ‘...It is important to provide legal certainty for Member States’ screening mechanism on the grounds of security and public order and to ensure Union-wide coordination and cooperation on the screening of foreign direct investments likely to affect security or public order.’

75) Article 346 1.(b) ‘any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security...’

76) 서문 (8) ‘...The decision on whether to set up a screening mechanism or to screen a particular foreign direct investment remains the sole responsibility of the Member State concerned.’

77) 서문 (8) ‘The framework for the screening of foreign direct investments and for cooperation should provide Member States and the Commission with the means to address risks to security or public order in a comprehensive manner’

puts), 민감정보에의 접근(access to sensitive information) 등을 규정하고 있는데, 2018년 제정된 미국의 외국인 투자위험선진화법(FIRRMA)과 비교할 때, ‘핵심 생산요소의 공급’이 대상 범위에 포함된 것이 특징적이다.

### 3. 우리나라

우리나라는 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 외국인투자 제한과 관련하여는 외국인투자 촉진법(이하 ‘외국인투자

법’) 및 동 법 시행령에 따른 제한이 가능하며, 수출 또는 인수합병에 따른 국가핵심기술의 유출로 인한 국가안보 위해 방지와 관련하여서는 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 ‘산업기술보호법’)에 따른 제한이 가능하다.

외국인투자법 제4조 제2항<sup>78)</sup>은 국가의 안전, 공공질서의 유지, 국민의 보건위생, 환경보전 등을 목적으로 외국인 투자를 제한할 수 있는 규정을 두고 있으며, 동 법 시행령 제5조 제1항 제2호<sup>79)</sup>에 규정된 사

78) 제4조(외국인투자의 자유화 등)

② 외국인은 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.

1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우

③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.

79) 제5조(외국인투자 제한업종 등)

① 법 제4조제3항에 따라 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

2. 다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전유지에 지장을 초래하는 경우(이하 “국가안보위해”라 한다)에 해당하는지 여부에 대한 주무부장관 또는 정보수사기관의 장의 검토 요청으로 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당 하는 것으로 결정한 사항

가. 외국인이 이미 설립된 국내기업의 주식등의 취득을 통하여 해당 기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우

나. 다음의 어느 하나에 해당되는 경우

- 1) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자(이하 “방위산업물자”라 한다)의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 2) 「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용(轉用)될 가능성이 높은 경우
- 3) 「국가정보원법」 제13조제4항에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우
- 4) 국제평화 및 안전유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 5) 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우

안에 대해 외국인투자위원회에서 국가안보 위해에 해당하는 것으로 결정한 사안에 대해서는 일정한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 외국인투자위원회의 활동과 관련해서는 외국인투자법 제27조제1항제12호에서 외국인 투자유치에 관한 중요 사항을 심의대상으로 하고 있음을 규정하고 있다.

산업기술보호법은 외국기업의 국내기업 대상 인수 또는 합병을 통하여 국가핵심기술이 유출됨으로써 국가안보에의 심각한 위해 발생을 방지하기 위한 목적으로 2006년 10월 제정된 이래, 14차례 개정되었다. 산업기술보호법 제11조의2제1항은 국가로부터 연구개발비를 지원받아 국가핵심기술을 보유한 대상 기관이 해외인수, 합병, 합작투자 등을 통한 외국인투자를 진행하려는 경우에는 산업통상자원부장관의 승인을 받아야 함을 규정하고 있다. 또한 동법 제11조의2제4항은 국가핵심기술과 관련된 해외인수·합병 등의 승인 신청에 있어서 산업통상자원부장관이 국가안보에 미치는 영향을 검토하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 후에 산업기술보호위원

회의 심의를 거쳐 승인할 수 있도록 규정하고 있다.

미국과 유럽연합의 국가안보와 관련한 외국인 투자 제한이 일원화된 법령을 통하여 핵심인프라, 핵심기술, 민감정보와 관련한 제한을 두면서 투자 진행 단계 뿐만 아니라 투자가 이루어진 이후에도 제한을 둘 수 있도록 운용되는 반면, 우리나라의 국가안보 관련 외국인 투자제한은 민감정보와 관련한 외국인 투자에 대한 별도의 제한이 없이<sup>80)</sup> ‘외국인 투자’ 전반을 관할하는 외국인투자법과 ‘국가핵심기술’과 관련한 외국인 투자 제한을 관할하는 ‘산업기술보호법’으로 이원화되어 있으며, 주로 투자 진행 단계에서의 외국인 투자 제한 위주로 구성<sup>81)</sup>되어 있음이 특징적이다.

#### 4. 소결

국제법적으로 투자조약 등을 통한 국가안보 예외의 적용 범위, 국가안보 예외가 적용될 수 있는 상황, 원용하는 조치와 관련한 국가의 재량권 수준 등에 대한 국가간 입장차에도 불구하고, 투자 분야에서의

80) 외국인투자법 시행령 제5조제1항제2호나목은 ‘국가정보원법 제4조제1항제2호에 따라 국가기밀로 취급하는 계약의 내용이 공개될 우려가 있는 경우’에 대한 국가안보 위해 여부를 검토토록 하고 있으나, 미국이나 EU가 규제 대상으로 하는 ‘개인정보’와는 범위를 달리한다.

81) 산업기술보호법 제11조의2제1항제7호는 산업통상자원부장관이 해외인수·합병등에 대하여 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있도록 하나, ‘원상회복’을 통한 투자 규제는 ‘신고’ 또는 ‘승인’ 대상 외국인 투자임에 따라 투자가 진행중인 단계에 국한된 것으로 해석된다.

국가안보 예외와 관련한 미국, EU, 우리나라의 국내법적 적용 사례는 국내법적으로 국가안보 예외와 관련한 국가의 광범위하고 포괄적인 재량권이 있음을 보여주고 있다.

미국의 경우, 미국이 기체결한 우호통상 항해조약, 투자보장협정 등에 일관되게 국가안보 예외조항을 반영하면서 조약상 국가안보 예외조항에 따른 조치가 완전히 자기결정적(totally self-judging)이라는 입장에 해당 조치가 사법적 판단 대상에서 제외(non-justiciable)된다는 입장임에 따라, 자국 국내법에서 국가안보 측면을 고려한 외국인 투자 제한에 대한 광범위하고 포괄적인 제한을 두는 것으로 보인다.

반면, 유럽연합의 경우, 투자보장협정의 체결 등 외국인 투자와 관련된 사안이 개별 EU 회원국의 권한임에 따라 EU 회원국별로 투자보장협정상 국가안보 예외규정 내용이나 외국인 투자 제한 관련 국내법 내용은 상이하나, 2019년 3월 제정된

Regulation 2019/452는 유럽연합 차원에서 적어도 국내법적으로 국가안보 예외와 관련하여 조치 원용국에 대해 광범위하고 포괄적인 재량을 전제로 하고 있음이 확인된다. EU Regulation 2019/452가 서문에서 동 규정이 EU의 WTO, OECD 및 제3국과 체결한 무역투자협정을 통한 국제적 약속에 합치하는 방식으로 국가안보 또는 공공 질서를 위한 외국인 투자 제한 조치를 취할 수 있음<sup>82)</sup>과 동 규정이 GATS 제14조(일반예외) 및 제14조의2(국가안보예외)를 포함하여 WTO 협정과 유럽연합이 체결한 무역투자 협정상의 약속에 합치하는 방식으로 이행될 것<sup>83)</sup>임을 언급하고 있음은 EU Regulation 2019/452과 국제법과의 관계를 설정하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

우리나라의 경우, 투자 챕터를 포함하고 있는 기체결 FTA에서는 국가안보 예외와 관련하여 WTO 협정과 동일 또는 유사한 수준의 규정을 두고 있으나, 기체결 투자

82) 서문 (3) : Pursuant to the international commitments undertaken in the World Trade Organization (WTO), in the Organization for Economic Cooperation and Development, and in the trade and investment agreements concluded with third countries, it is possible for the Union and the Member States to adopt restrictive measures relating to foreign direct investment on the grounds of security or public order, subject to certain requirements.

83) 서문 (35) : The implementation of this Regulation by the Union and the Member States should comply with the relevant requirements for the imposition of restrictive measures on grounds of security and public order in the WTO agreements, including, in particular Article XIV(a) and Article XIV bis of the General Agreement on Trade in Services (GATS). It should also comply with Union law and be consistent with commitments made under other trade and investment agreements to which the Union or Member States are parties and trade and investment arrangements to which the Union or Member States are adherents.

보장협정 상당수는 국가안보 예외조항이 포함되지 않음에 따라 국제법적으로는 국가안보 예외와 관련하여 혼재된 입장을 보이고 있으나, 국내법적으로는 국가안보 예외와 관련한 국가의 포괄적인 재량권을 전제로 하면서 국가안보 예외를 이유로 하는 외국인 투자 제한의 적용 범위는 미국과 EU에 비해 제한적인 것이 특징적이다.

## V. 나아가며

트럼프 행정부 행태는 보호무역주의를 배격하면서 WTO를 중심으로 하는 자유무역체제를 중시해온 기존의 미국 입장과 배치됨에 따라, 미국내에서 뿐만 아니라 전 세계적으로 비판을 받아왔으나, EU를 포함한 주요국들이 트럼프 행정부의 일방주의적이며 보호무역적인 행태에 대한 대응한다는 명분하에 트럼프 행정부의 제도 또는 법령과 유사한 제도 또는 법령을 도입하는 결과를 초래하였다. 이러한 추세는 국내법적으로 국가안보 예외를 원용하는 조치와 제도가 포괄적이며 확장적으로 적용되는 것으로 나타났으며, 특히 국가안보를 명분으로 외국인 투자를 제한하는 데 활용되었다. 2020년 1월 출범한 바이든 행정부에서는 트럼프 행정부의 일방주의적이며 보호무역주의적인 정책 행태가 상당 부분 변경되고, 국가안보를 명분으로 하는

수입규제나 외국인 투자제한 조치가 철폐 또는 완화될 것으로 기대되었으나, 바이든 행정부가 출범한 지 1년 반이 지난 시점에서 트럼프 행정부에서의 국가안보를 명분으로 하는 수입규제 조치는 지속되고 있으며, 국가안보를 이유로 하는 외국인 투자 제한 조치는 중국 견제 차원에서 오히려 강화되는 추세에 있다. 특히 트럼프 행정부의 대중국 강경책은 공화·민주 양당의 초당적인 지지하에 추진되어 왔으며, 미·중 갈등과 경쟁관계가 완화될 조짐을 보이지 않고 있음에 따라, 향후 바이든 대통령 임기 중에 대중국 강경 대응 기조하에 국가안보를 이유로 하는 외국인 투자제한 조치나 법령은 유지 또는 강화될 것으로 보인다.

제2차 세계대전 이후의 국제통상규범의 제정과 집행을 주도적인 역할을 해왔던 미국이 기존 다자 국제통상규범의 수정·보완 또는 제정에 적극적이지 않으며, 중국 또한 자국의 이익에 반하는 다자 국제통상규범의 수정·보완 또는 제정에는 동조하지 않을 것임에 따라, 다자적으로 국가안보를 명분으로 하는 외국인 투자제한 조치와 관련한 공감대나 해결책을 마련하기는 어려운 상황이다. 이러한 상황에서 미국이 중국 견제 차원에서 양자적인 조치와 함께 미국과 이해를 같이하는 국가들에 대해 국내적으로 중국을 견제할 근거로 활용할 수

있는 국가안보를 원용하는 조치 또는 법령을 마련할 것을 독려하고, 중국 또한 이에 대한 대응 차원에서 자국의 국내법 제정 등을 통하여 국가안보를 명분으로 하는 외국인 투자 제한조치 등을 마련하는 것이 예상 가능하다.

각국 국내법적으로 국가안보 예외와 관련하여 조치 원용국에 대해 광범위하고 포괄적인 재량을 부여하는 제도와 법령을 마련하는 것이 확산되는 것과 함께 국가안보 예외가 적용되는 대상 범위가 전통적인 군사 또는 무력 충돌에서 경제위기 대응 또는 전략산업 보호로 확장되어 왔으며, 앞으로는 기후변화, 사이버안보, 개인정보와 같이 새로운 이슈로도 확대될 가능성이 점증하고 있음에 따라, 이와 관련한 국제법적 대응과 국내법적 대응 및 정비가 필요한 시점이다.

국제법적 대응과 관련하여 우리의 기체결 FTA가 통상적으로 상품, 서비스, 투자를 포함하여 FTA 협정 전체를 적용 대상으로 하는 국가안보 예외조항을 두고 있으나 FTA별로 상이한 국가안보조항이 포함되어 있으며, 투자보장협정의 경우에는 상당수 우리의 기체결 FTA가 국가안보 예외조항이 부재한 상황임을 고려하여, 향후 체결되는 FTA나 투자보장협정에 공통적으로 적용되는 국가안보 예외조항을 마련하고 해당 협정의 서문에도 보건, 안전, 환

경 등이 협정이 추구하는 주요한 정책목표가 됨을 반영할 필요가 있어 보인다.

국내법적으로는 내용적으로 국가안보 측면에서의 핵심인프라, 핵심기술 보호를 위한 외국인투자 제한에 더하여 국가안보 측면에서 민감 개인정보의 보호와 관련한 외국인 투자를 제한하는 방안에 대한 검토와 함께, 절차적으로 투자가 진행되는 단계 뿐만 아니라 이미 투자가 완료된 외국인 투자에 대해서도 예측가능성과 투명성을 전제로 제한된 범위 내에서 국가안보 측면에서의 검토와 심사가 이루어질 수 있도록 외국인투자법상 외국인투자위원회와 산업기술보호법상 산업기술보호위원회의 기능과 역할을 강화하는 방안에 대한 검토가 바람직해 보인다.

이와 함께, 국가안보 예외와 관련한 조약의 적용과 해석에 있어서 국별 입장과 조약별 분쟁해결절차를 통한 판결 내용이 상이한 상황이 지속되는 것이 불가피한 상황임을 감안, 국가안보 예외와 관련한 국제법과 국내법 해석 및 적용에 있어서의 불일치 또는 불합치 문제를 감안하면서 국내법을 마련하고, 국가안보 예외와 관련하여 대외적으로 일관된 입장을 유지하면서, 향후 발생가능한 국가안보 예외를 원용하는 국가간 분쟁이나 투자자-국가 분쟁에 대응하는 것이 필요해 보인다.

## 참 고 문 헌

- 이재민, “국가안보와 외국인 투자규제”, 고려법학 제57호 (2010)
- 이재민, “국가안보 예외의 사각지대-‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총 65(1) (2020)
- 김관호, “미국의 투자협정 모델 개정과 시사점”, 통상법률 68 (2006)
- 김관호, “국가안보 차원의 외국인 직접투자 규제”, 규제연구 제18권 제1호 (2009)
- 김여선, “국제투자규범에서 국가안보에 대한 규제”, 서울법학 제26권 제2호 (2018)
- 김보연, “국제투자협정상 표준예외조항 도입의 의미”, 국제법학회논총 63(2) (2018)
- 황선영, “EU의 외국인직접투자(FDI)에 대한 심사체계에 대하여-Regulation EU 2019/452를 중심으로-”, 국제경제법연구 19(1) (2021)
- Jurgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, Society of International Economic Law, Working Paper No. 40/08 (2008)
- Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses”, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016)
- Jose E. Alvarez & Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v Argentina”, International Law and Justice Working Paper2010/3 (2010)
- Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, Yale L.J. (2020)
- UNCTAD, “The Protection of National Security in IIAs”, UNCTAD Series on International Policies for Development (2009)
- WTO, “GATT Analytical Index: GATT 1994 - Guide to GATT Law and Practice” (1995)

- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Annulment Committee, 25 September 2007
- LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006
- Enron Cooperation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007
- Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007
- Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, 16 September 2011
- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011
- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, 22 September 2014
- Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986
- Russia-Measures Concerning Traffic in Transit - Report of the Panel (2019), WT/DS512/R, WT/DS512/R/Add.1, Appendix D-10
- “Trump Orders Chinese Firm to Sell U.S. Hotel Software Company”, WSJ, March 3, 2020

[국문초록]

## 국가안보 관련 투자분쟁 검토 및 대응방안 모색

트럼프 행정부가 미국내 핵심기술, 핵심인프라, 민감 개인정보에 대해 국가안보를 이유로 외국인 투자 제한조치를 취한 이래, EU 등도 이와 유사하게 국가안보를 이유로 외국인 투자를 제한하는 제도와 법령을 정비하거나 새로이 도입하는 추세이다. 투자보장협정 상 국가안보 예외와 관련한 투자자-국가 분쟁의 대표적인 사례로 2001년 아르헨티나 경제위기에서 아르헨티나 정부가 미-아르헨티나 투자보장협정 상 국가안보 예외조항을 원용하여 취한 조치에 대한 다수의 ISDS 판정이 있는데, 국가안보 예외와 관련한 분쟁에 적용되는 준거법 등에 대한 각각의 중재판정부 판정이 엇갈리고 있다.

WTO 차원에서는 2019년 4월 WTO GATT 제21조 국가안보 예외규정의 적용과 해석과 관련한 WTO 패널 보고서가 발표되었다. 동 보고서는 국가안보 예외를 원용하는 WTO 회원국의 조치에 대한 재판관할권 여부에 대해 판단한 첫 번째 사례이며, 자기결정(which it considers) 문구가 포함된 국가안보 예외조항에서의 국가의 재량권 범위를 다루고 있다는 측면에서 의미가 있다. 러시아-통과운송 관련 패널 보고서는 GATT 제21조와 동일 또한 유사한 조항으로 구성된 투자보장협정과 자유무역협정에서 안보 관련 분쟁에서 주요한 참고가 될 것으로 보인다.

투자보장협정의 주된 목적이 외국인 투자자에 대한 안정적인 투자환경을 제공하는 데 있는 것으로 이해된다면, 국가가 안전, 환경 등의 정당한 정책목표 추진보다는 외국인 투자자에 대한 보호를 우선시하는 것이 타당할 것이다. 반면, 투자보장협정의 목적이 외국인 투자자에 대한 안정적인 투자 환경을 제공함과 함께 투자 유치국의 사회와 환경 보호를 위한 정당한 정책목표를 추진하는 것도 포함된다면 조약상 국가안보 예외 조항은 국가에게 안전장치를 제공할 것이나, 국가안보 예외조항의 적용과 해석과 관련한 분쟁도 점증할 것으로 전망된다.

국내법적으로는 국가안보를 이유로 핵심인프라, 핵심기술, 민감 개인정보와 관련이 있는 외국인 투자를 제한하는 조치와 법령이 전세계적으로 확대되는 추세이나, 투자보장협정에서 국가안보 예외 조항이 부재하거나, 불명확하고 정의되지 않은 국가안보 예외조항

인 경우, 국내법에서의 국가안보를 이유로 하는 외국인 제한 확대가 투자 조약상 국가의 국제적 의무와 합치하지 않을 수 있다. 이를 감안할 때, 투자보장협정이나 자유무역협정과 같은 투자 조약에 공통적으로 적용되는 국가안보 예외 조항을 도입하고, 건강, 안보, 환경도 투자 조약의 주요한 목표라는 점을 서문에 반영할 필요가 있을 것이다. 또한 국내적으로는 외국인 투자와 관련한 국내 법령의 정비를 통하여 국가안보 예외와 관련한 외국인 투자 규제의 범위를 확대하는 것이 필요할 것이다.

### 주제어

국가안보 예외, 투자보장협정, 미-아르헨티나 투자보장협정, 투자자-국가 분쟁해결절차 (ISDS), 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT) 제21조, 외국인 투자 제한, 외국인투자위험심사선진화법(FIRMA), 유럽연합으로의 외국인 직접투자 심사체제 확립과 관련한 규정(EU Regulation 2019/452), 외국인투자법, 산업기술보호법

[Abstract]

## Investment Disputes Review In Terms Of National Security

Chang Sung Gil

As Trump administration took several domestic initiatives on restricting foreign direct investments into the U.S. in the name of protecting U.S. national securities in areas of critical infrastructures, critical technologies and sensitive personal information. Countries including the European Union have taken similar steps by introducing or updating instruments and regulations. Several cases based on Argentina-U.S. BIT were brought to the ISDS arbitration tribunal by foreign investors challenging Argentine Government's measures taken in time of economic crisis in the early 2000s. These cases are considered typical ISDS cases focusing on the interpretation of security exception clauses of a investment treaty. It is noteworthy that each ISDS arbitration tribunal had different legal views on same legal issues such as applicable laws and standards for the security exception clauses of the BIT.

On April 2019, the decision of the WTO Panel in *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit* (DS512) was published. The WTO Panel Report is of major significance as this dispute is the first in which a WTO dispute settlement panel decided on the issue of jurisdiction over a dispute in which a WTO member claims that its measures were justified on national security grounds and to what extent a WTO member may exercise its discretion in case the term "which it considers" is included in the security exception clauses. The WTO Panel report on *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit* is expected to serve as references in ongoing and future security-related disputes in Bilateral Investment Treaty (BIT) and Free Trade Agreement (FTA), which have same or similar clauses as Article 21 of the GATT.

If it is understood that the main objective of an investment treaty is to provide stable investment environments for foreign investors, the State should prioritize on protecting and promoting foreign investments to pursuing legitimate non-economic policy objectives. On the other hand, if the objectives of an investment treaty covers both protecting foreign investments and pro-

tection of society and the environment, security exception clauses may provide a safety value to a State. This inevitably leads to the increased utilization of ISDS mechanism relating to the application and interpretation of the national security exception clause under a investment treaty.

Laws and regulations restrict foreign investments into critical infrastructure, critical technology, and access to sensitive information are in the trend of expansion across the States for reasons of national security. Nevertheless, in case investment treaty either lacks in security exception clauses or have ambiguous or undefined terms of security exception clauses, it is unclear whether the expanding trends of foreign investment restrictions in domestic laws and regulations are in line with States' international obligations arising from the investment treaty.

Under the circumstances, it is time to introduce model clauses on national security exceptions that are commonly applicable to the investment-related treaties including BITs and FTAs. Furthermore, it is desirable to declare health, security and environment as one of the policy objectives of a treaty and incorporate into the preamble of the treaty. In domestic front, it is worthwhile to revisit domestic laws and regulations in the direction of expanding the scope of national security exceptions covering foreign investment restrictions.

**keywords**

National Security, Security Exceptions, Foreign Investmet, Trump Administration, ISDS, GATT Article XXI, FTA, BIT, Foreign Investment Promotion Act, FARRMA

# 한국 투자협정상 중재절차의 투명성 연구\*

외교부 경제협정규범과 사무관 백지열\*\*

\*논문접수 : 2021. 7. 22. \*심사개시 : 2021. 8. 10. \*게재확정 : 2021. 8. 24.

## 〈 목 차 〉

I. 서론	2. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 및 관련 판례
II. 한국의 투자협정상 중재절차의 투명성 현황	IV. 한국의 중재절차 투명성 증진 방안 검토
1. BIT	1. 투자협정의 제·개정
2. FTA 투자챕터	2. UNCITRAL 투명성 규칙 및 모리셔스 투명성 협약
3. 한국의 ISDS 관련 정보공개 현황	3. 개정 ICSID 중재규칙
III. 한국 국내법체계상 중재절차의 투명성 관련 내용 분석	V. 결론
1. 민사소송법 및 기타 법률	

## I. 서론

ISDS 사건(Investor-State Dispute Settlement)은 국가의 공공정책을 다루어 다양한 이해관계에 영향을 미치므로, 국제투자중재에서 중재절차의 투명성을 강화해야 한

다는 요구를 받고 있다.<sup>1)</sup> 여기서 ‘중재절차의 투명성’은 국제투자중재의 공정하고 정당한 운영을 위해 중재 당사자 이외의 행위자에게 문서를 공개하거나 의견을 표명할 기회를 부여하는 것을 의미한다.<sup>2)</sup> 중

\* 본고는 개인적인 견해이며, 정부의 공식적인 입장과 무관합니다. 본 원고에 대해 세심한 심사의견을 주신 익명의 심사위원분들께 진심으로 감사의 인사를 전합니다.

\*\* 외교부 경제협정규범과 외무사무관, 변호사, 법학박사.

1) Eugenia Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, No.1 (2011), p.200.

2) Christina Knahr and August Reinisch, “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise”, *International Courts and Tribunals*, Vol.6, No.1 (2007), pp.97-98.

재절차의 투명성은 투자협정과 관련 있는 계약당사자의 법, 규칙 사법결정 등을 공개하는 계약당사국의 ‘투명성’과 구분되어야 한다. 원래 국제상사중재는 사적 자치를 존중하고 당사자의 기밀을 보호하는 특성이 있다.<sup>3)</sup> 국제투자중재는 국제상사중재의 절차를 차용하기는 했지만, 국가의 공공정책을 다루고 국민, 기업, 사회 단체 등 여러 이해관계자에게 상당한 영향을 줄 수 있으므로 중재절차의 투명성이 요구된다.<sup>4)</sup> *Aguas del Tunari v. Bolivia* 사건은 ISDS 사건으로 중재절차의 투명성에 대한

논란을 전 세계적으로 촉발하기도 하였고, ICSID에서 중재절차의 투명성을 높이기 위해 중재규칙을 개정하는 계기가 되었다.<sup>5)</sup> 중재절차의 투명성이 증진되면, 중재판정의 적법성, 일관성, 책임(accountability), 민주적 가치 등을 높이는 역할을 할 수 있다.<sup>6)</sup>

하지만 중재절차의 투명성을 반드시 높이기만 하면 된다고 간단히 말할 수는 없다. 과도한 중재절차의 투명성은 당사자의 의사에 반할 수 있다. 만약 ISDS 사건을

아래의 문헌에서는 국제투자법 체제를 세 부분(① 투명한 부분, ② 반투명한 부분, ③ 투명하지 않은 부분)으로 나누어 분석하기도 하였다. Julie A. Maupin, “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky”, Andrea Bianchi and Anne Peters (ed.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013), pp.150-166.

3) International Institute for Sustainable Development, *Transparency in the Dispute Settlement Process: Country Best Practices* (2011), p.1; Cindy G. Buys, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, Vol.14, No.121 (2003), p.122.

4) OECD 보고서에서는 국제투자분쟁은 단순한 국제상사분쟁과 달리 공익 문제를 다루기 때문에 비공개 방식으로만 진행될 수 없다고 하였다. OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures* (2005), p.2; Kate Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge University Press, 2013), pp.373-374.

국제투자중재의 투명성 요청 이유와 관련하여 Eric De Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications* (Cambridge University Press, 2014), pp.150-153. 참조. 국제중재의 투명성과 기밀성에 관하여 류병운, “국제중재에서의 투명성과 기밀성의 경계”, 서울법학 제26권 제3호 (2018) 참조.

5) *Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondents’ Objections to Jurisdiction (2005.10.21.), pp.3-4(para.15-18); 양준열, “절차의 투명성 및 제3자의 참여 : *Aguas del Tunari v. Bolivia* 사건”, 신회택 외(편), 『국제투자중재와 공공정책 II』 (서울대학교출판문화원, 2019), 255면.

6) 중재절차의 투명성이 부족하면 국제투자중재 절차가 투자자에게만 유리하다는 인상을 줄 수도 있다. Claudia Reith, “Enhancing Greater Transparency in the UNCITRAL Arbitration Rules - A Futile Attempt?”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol.2 (2012), p.200; Matthew Carmody, “Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency Be Applied to International Commercial Arbitration?”, *International Trade and Business Law Review*, Vol.19 (2016), pp.146-147.

진행할 때 과도한 범위의 정보를 공개해야 한다면, 당사자들은 자신의 정보를 노출해야 하는 것에 부담을 느껴서 ISDS 절차를 이용하기를 꺼려할 것이다. 특히 국가는 자신의 정책 재량을 확보하기 위해 일부 정보를 공개하기를 원하지 않을 수도 있다.<sup>7)</sup> 또한 중재절차의 투명성이 적정 수준 이상으로 보장되면, 중재절차의 효율성을 저해할 우려가 있다. 비분쟁당사자가 ISDS 사건에서 자신의 의견을 적절하지 못한 방식으로 표명하게 되면, 중재절차를 지연시킬 우려가 있다.<sup>8)</sup> 이밖에도 중재절차의 투명성은 ISDS 사건의 특정 쟁점에 대해 예기치 못한 정치적 논란을 초래할 수도 있다.<sup>9)</sup> 즉, 중재절차의 투명성은 이를 증진

할 때 수반되는 문제점도 존재하므로, 적정한 보장 수준을 신중하게 고민해야 한다.

한국도 중재절차의 투명성 보장 수준에 대해 고민해 볼 필요가 있다. 한국에서도 ISDS 사건과 관련하여 중재절차의 투명성이 문제가 되고 있다. 론스타 사건은 한국 정부가 피소된 ISDS 사건으로 중재절차의 투명성과 관련하여 많은 논란을 일으켰다.<sup>10)</sup> 론스타가 ISDS 사건의 근거 법률로 삼은 한-벨기에·룩셈부르크 BIT에는 ‘중재절차의 투명성’에 관한 규정이 없었고, 언론과 시민단체 등은 한국 정부에 중재절차의 투명성이 부족하다고 비판하였다.<sup>11)</sup> 현재 론스타 사건이 처음 제기된 지 9년이

- 7) 당사자들은 ISDS 사건을 진행할 때 제3자가 참여하여 프라이버시를 해치는 것도 원하지 않을 것이다. Eugenia Levine, *supra* note 3, p.220.
- 8) 이러한 경우로 시민단체가 특정 ISDS 사건 관련하여 자신의 입장을 나타내기 위해 과도한 분량의 서면을 중재절차의 언어가 아닌 언어로 작성하여 중재판정부에 지나치게 빈번하게 내는 경우를 상정해 볼 수 있다. 법정조언자 의견 제출은 중재비용 상승과 시간 지연을 초래할 수 있다. Tomoko Ishikawa, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.59, No.2 (2010), p.398.
- 9) ISDS 사건은 공적 영역에 해당하는 정보를 다루고 있으므로, 어차피 정치화될 문제라는 반론도 있다. Kyla Tienhaara, “Third-Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol.16, No.2, (2007), p.240.
- 10) *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37 (“론스타 사건”).
- 11) 김지환, ““투자자소송 절차 투명”하다던 정부, 론스타 일 내자 ‘쉬쉬’”, *경향신문*, 2012.11.23; 김지환, ““투자자소송 투명” 외치던 외교부의 ‘역주행’”, *경향신문*, 2012.11.27; 김지환, “[경제]‘론스타 중재신청서’ 왜 공공 숨기나”, *주간경향*, 2012.12.11; 조상희, “민변 “론스타 국제중재신청서 공개” 외교부 상대 행정소송”, *파이낸셜뉴스*, 2013.02.14; 신종철, “민변 “정부, 론스타-한국 간 ISD 심리에 참관 신청 허용하라””, *로이슈*, 2015.05.13; 신종철, “민변 “정부, 론스타 5조원 소송 증인 명단 공개 거부에 이의 신청””, *로이슈*, 2015.07.27; 이현정, “[기자 24시] 론스타 ISD재판 참관 거부하는 정부”, *매일경제*, 2016.05.26; 박성현, “채이배 “정부의 비밀주의, 제2의 론스타 사건 발생 우려””, *프라임경제*, 2020.01.31; 주재한, “법무부, 론스타 ISDS 등 대응 전담조직 신설... “밀실주의 벗어나야” 비판도”, *시사저널이코노미*, 2020.08.20; 신종철, “시민사회 “정부, ISDS까지 제기 후안무치 론스타와 밀실 협상 용납 못해””, *로리더*, 2020.11.25.

지났지만, 이러한 중재절차의 투명성 문제는 해결되지 않고 계속되고 있다. 향후 룬스타 사건의 판정이 내려질 경우 중재절차의 투명성 문제가 언론 및 국회 등을 통해 다시 부상할 가능성이 있다. 이러한 상황에서 한국이 체결한 투자협정상 중재절차의 투명성을 체계적으로 연구하는 것은 의미가 있다.<sup>12)</sup> 본 논문에서 한국의 투자협정상 중재절차의 투명성 현황을 점검하고, 한국의 국내법체계상 중재절차의 투명성 관련 내용을 분석한 이후, 한국이 선택할 수 있는 중재절차 투명성의 증진 방안을 검토해 보려고 한다.

## II. 한국의 투자협정상 중재절차의 투명성 현황

### 1. BIT

한국이 체결한 BIT의 중재절차의 투명성 관련 규정을 검토하겠다. 현행 한국의 BIT에서는 FTA 투자챗터와 달리 ‘중재절

차의 투명성’이라는 표제의 조문을 두고 있지 않다.

다만 현행 BIT에서는 대체로 ‘투자자-국가 간의 투자분쟁 해결’ 조항에서 중재절차의 투명성 관련 내용을 규율하고 있다. 이 조항에서는 ① ICSID 협약, ② ICSID 추가절차규칙, ③ UNCITRAL 중재규칙, ④ 기타 합의에 따른 중재규칙을 선택할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>13)</sup> 여기서 ‘UNCITRAL 중재 규칙’이 2010년 UNCITRAL 중재규칙을 의미하는지, 2013년 UNCITRAL 중재규칙을 의미하는지에 따라 중재절차의 투명성 내용이 달라진다. 2010년 UNCITRAL 중재규칙에 따르면 심리는 원칙적으로 비공개로 진행되고(제28조 제3항), 중재판정은 당사자들의 동의가 있는 경우이거나 당사자에게 법적 의무로 요구되는 경우에만 공개될 수 있다(제34조 제5항). 이에 반해 2013년 UNCITRAL 중재규칙 제1조 제4항에서는 UNCITRAL 투명성 규칙을 중재절차규칙의 일부로 포함하고 있다.<sup>14)</sup> 참고로

12) 본 논문에서 ‘투자협정’은 양자간 투자협정(BIT)과 자유무역협정(FTA) 투자챗터를 포괄하는 의미로 사용하겠다. 또한 ‘양자간 투자협정’을 BIT로, ‘자유무역협정’을 FTA로 약칭하겠다.

13) 대한민국 정부와 미얀마연방공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 2401호, 2018.10.31. 발효) (“한-미얀마 BIT”) 제11조 제2항, 대한민국 정부와 아르메니아공화국 정부 간의 투자의 증진 및 상호 보호에 관한 협정 (조약 2432호, 2018.10.3. 발효) (“한-아르메니아 BIT”) 제11조 제2항, 대한민국 정부와 짐바브웨공화국 정부 간의 투자 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 2473호, 2021.4.7. 발효) (“한-짐바브웨 BIT”) 제11조 제2항 등.

United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”), International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”).

14) 2013년 UNCITRAL 중재규칙 제1조.

UNCITRAL 투명성 규칙은 문서의 공개(제3조), 제3자의 의견제출(제4조), 심리공개(제6조) 등에서 강화된 중재절차의 투명성 조항을 두고 있다. UNCITRAL 투명성 규칙 제1조 제1항에서 투명성 규칙이 별도의 합의가 없으면 2014년 4월 1일부터 체결된 투자협정상 UNCITRAL 중재규칙에 의한 투자중재에 적용된다고 규정하고 있다. 즉, 2014년 이후 체결된 BIT는 별도의 의사표시가 없으면, UNCITRAL 중재규칙을 선택하였을 때 UNCITRAL 투명성 규칙이 자동적으로 적용된다.

한국이 체결한 BIT에서는 별도의 의사표시를 통해 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용을 배제하고 있다. 한국 BIT에서 ‘UNCITRAL 중재규칙’을 ‘2010년 UNCITRAL 중재규칙’으로 명시하여, ‘2013 UNCITRAL 중재규칙’의 적용 가능성을 차단하기도 한다. 예컨대 한-케냐 BIT<sup>15)</sup> 제11조 제2항 나호 3)에서는 “2010년 개정된 국제연합국제상거래법위원회(UNCITRAL) 중재규칙”이라고 규정하였다.

또한 한국 BIT에서는 각주를 활용하여 2013년 UNCITRAL 중재규칙의 적용을 피

하기도 한다. 예컨대 한-아르메니아 BIT는 동 협정 제11조 제2항 나호 3)의 “국제연합국제상거래법위원회 중재규칙”에 대하여 각주 6을 통해 “양 계약당사자가 달리 합의하지 아니하는 한, 국제연합국제상거래법위원회의 조약에 근거한 투자자와 국가 간 중재에 관한 투명성 규칙 …은 제11조제2항나호3)에 따라 개시된 중재에는 적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 또한 한-미얀마 BIT는 동 협정 제11조 제2항 나호 3)의 “유엔국제무역법위원회(“UNCITRAL”) 중재규칙”에 대하여 각주 5를 통해 “계약 당사자는 개정된 유엔국제무역법위원회 중재규칙이 발효되면 개정된 규칙이 적용될지 여부를 결정하기 위하여 협의한다.”라고 규정하고 있다.

이러한 내용을 종합해 보았을 때 한국은 BIT상 중재절차의 투명성을 충분히 보장하고 있다고 평가하기 어렵다. 한국이 체결한 BIT에서는 ‘중재절차의 투명성’ 규정을 마련하고 있지 않고, UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 2013년 UNCITRAL 중재규칙도 채택하고 있지 않다.

4. For investor-State arbitration initiated pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors, these Rules include the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (“Rules on Transparency”), subject to article 1 of the Rules on Transparency.

15) 대한민국 정부와 케냐공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 2348호, 2017.5.3. 발효) (“한-케냐 BIT”).

## 2. FTA의 투자챕터

한국이 체결한 FTA의 투자챕터에서 ‘중재절차의 투명성’을 여러 방식으로 규정하고 있다. 개별 FTA 투자챕터마다 ‘중재절차의 투명성’을 달리 규정하고 있다. 본 논문에서는 FTA의 투자챕터 중 중재절차의 투명성 관련 주요 특징을 중심으로 정리해 보겠다.

우선 FTA 투자챕터에서는 ‘중재절차의 투명성’이라는 표제의 조문을 두고 있기도 하다. 한-미 FTA<sup>16)</sup>, 한-뉴질랜드 FTA<sup>17)</sup>, 한-호주 FTA<sup>18)</sup>, 한-캐나다 FTA<sup>19)</sup>, 한-중미 FTA<sup>20)</sup>에서 ‘중재절차의 투명성’이라는 표제의 규정을 마련하고 있다. 예컨대 한-호주 FTA 제11.21조(중재절차의 투명성)에서는 문서 공개, 심리 공개, 정보공개의 예외 사유 등에 대해서 규정하고 있다. 이에 반해 한-베트남 FTA<sup>21)</sup>, 한-중 FTA<sup>22)</sup> 등에서는 ‘중재절차의 투명성’에 관한 규정을 별도로 마련하고 있지 않다.

다음으로 한국은 FTA 투자챕터와 관련하여 다양한 방식으로 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되지 않도록 하고 있다.<sup>23)</sup> 첫째로 FTA 투자챕터에서는 ‘정의 규정’과 ‘각주’를 이용해서 UNCITRAL 중재규칙을 규율하고 있다. 예컨대 한-베트남 FTA(서명일 : 2015년 5월 5일) 제9.28조(정의)에서는 “유엔국제상거래법위원회 중재규칙이란 2010년 개정된 유엔국제상거래법위원회의 중재규칙을 말한다.”라고 규정하고 있다. 동 협정은 각주 25에서 “보다 명확히 하기 위하여, 유엔국제상거래법위원회의 조약에 근거한 투자자와 국가 간 중재에 대한 투명성 규칙은 이 장에 적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 즉, 한-베트남 FTA에 적용되는 UNCITRAL 중재규칙은 ‘2010년 UNCITRAL 중재규칙’으로 명확히 하고, UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 가능성을 배제하고 있다.

둘째로 FTA 투자챕터에서는 ‘정의 규

16) 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 (조약 2081호, 2012.3.15. 발효) (“한-미 FTA”).

17) 대한민국과 뉴질랜드 간의 자유무역협정 (조약 2271호, 2015.12.20. 발효) (“한-뉴질랜드 FTA”).

18) 대한민국 정부와 호주 정부 간의 자유무역협정 (조약 2215호, 2014.12.12. 발효) (“한-호주 FTA”).

19) 대한민국과 캐나다 간의 자유무역협정 (조약 2216호, 2015.1.1. 발효) (“한-캐나다 FTA”).

20) 대한민국과 중미 공화국들 간의 자유무역협정 (조약 2431호, 2019.10.1. 발효) (“한-중미 FTA”).

21) 대한민국 정부와 베트남사회주의공화국 정부 간의 자유무역협정 (조약 2270호, 2015.12.20. 발효) (“한-베트남 FTA”).

22) 대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 자유무역협정 (조약 2269호, 2015.12.20. 발효) (“한-중 FTA”).

23) FTA의 체결 시점이 2014년 4월 1일 전후인지에 따라 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용 여부가 달라질 수 있다.

정'과 '부속서한'을 통해서 UNCITRAL 중재규칙을 규율하기도 한다. 예컨대 한-호주 FTA(서명일: 2014년 4월 8일) 제11.28조(정의)에서 “유엔국제상거래법위원회 중재규칙이란 유엔국제상거래법위원회의 중재규칙을 말한다.”라고 규정하고 있다. 한-호주 FTA 부속서한 11-1에서는 “양 당사국이 달리 합의하지 아니하는 한, UNCITRAL 투명성 규칙은 제11장(투자)의 제2절에 따라 개시된 중재에는 적용되지 아니한다.”라고 적시하고 있다. 즉, 한국과 호주는 UNCITRAL 중재규칙을 선택하였을 때 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되지 않도록 별도로 합의한 것이다.

셋째로 FTA 투자챕터는 '정의 규정'만을 통해 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 2013년 UNCITRAL 중재규칙의 적용을 피하고 있다. 한-뉴질랜드 FTA(서명일 : 2015년 3월 23일)와 한-중미 FTA(서명일 : 2018년 2월 21일)는 정의 규정에서 '2010년 UNCITRAL 중재규칙' 혹은 합의한 UNCITRAL 중재규칙을 UNCITRAL 중재규칙으로 규정하고 있다. 예컨대 한-중미

FTA 제9.29조에서 “유엔국제상거래법위원회 중재규칙이란 2010년 개정된 또는 당사국들 간에 추후 합의되는 「유엔국제상거래법위원회의 중재규칙」을 말한다.”라고 규정하고 있다. 또한 한-캐나다 FTA(서명일 : 2014년 9월 22일)는 정의 규정에서 '1976년 UNCITRAL 중재규칙'을 UNCITRAL 중재규칙으로 명시하고 있다. 한-캐나다 FTA 제8.45조(정의)에서 “유엔국제상거래법위원회 중재규칙이란 1976년 12월 15일 유엔총회에 의하여 승인된 유엔국제상거래법위원회의 중재규칙을 말한다.”라고 규정하고 있다.

이밖에도 FTA 투자챕터에서 중재절차의 투명성과 관련하여 '외부조언자', '전문가 보고서', '비분쟁당사자에 의한 입장제출' 규정을 두고 있다. 한-미 FTA 제11.20조 제5항에서 “중재판정부는 ... 외부조언자 서면입장을 제출하도록 허용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA, 한-중미 FTA에서 전문가 보고서에 관한 규정을 포함하고 있다. 한-호주 FTA 제11.24조(전문가보고서)에서 “환

24) 한-미 FTA 제11.20조

5. 분쟁당사자들과 협의한 후, 중재판정부는 분쟁당사자가 아닌 당사자 또는 실체가 분쟁 범위 내의 사안에 관하여 중재판정부에 외부조언자 서면입장을 제출하도록 허용할 수 있다. 그러한 입장제출 허용 여부를 결정함에 있어, 중재판정부는 여러 가지 중에서 특히 다음을 고려한다.  
 가. 외부조언자 입장이 분쟁당사자들의 것과는 다른 관점, 특정한 지식 또는 통찰력을 제공함으로써 중재판정부가 중재절차와 관련된 사실적 또는 법적 쟁점을 판단하는데 도움이 될 정도  
 나. 외부조언자 입장이 분쟁 범위 내의 사안을 다루게 될 정도, 그리고  
 다. 외부조언자가 절차에 중대한 이해관계를 가지는 정도

경, 보건, 안전 또는 그 밖의 과학적 사안에 관한 사실문제에 대하여 중재판정부에 서면 보고하도록 1명 이상의 전문가를 임명할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 한-캐나다 FTA 제8.36조(비분쟁당사자에 대한 입장제출)에서 “서면입장제출을 중재판정부에 제출하기를 희망하는 당사국의 어떠한 인 … 비분쟁당사자 입장 제출을 위하여 중재판정부로 허가를 신청한다.”라고 규정하고 있다.

이를 종합하면 한국이 체결한 FTA 투자챗터는 BIT보다는 중재절차의 투명성을 더 상세하게 규정하고 있다. 다만, 한국이 FTA 투자챗터에서 중재절차의 투명성을 충분히 규율하고 있다고 보기는 어렵다. 일부 FTA 투자 챗터는 ‘중재절차의 투명성’이라는 규정을 마련하여 문서공개와 심리공개를 규정하고, 외부조언자, 전문가 보고서, 비분쟁당사자 입장제출에 대해 규정하고 있기도 하다. 하지만 FTA 투자챗터에서 중재절차의 투명성 조항이 부재하거나, 외부조언자, 전문가 보고서, 비분쟁당사자 입장제출에 관한 조항이 없는 경우가 더 많다. 한국의 FTA 투자챗터도

UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 2013년 UNCITRAL 중재규칙을 수용하고 있지 않다.

### 3. 한국의 ISDS 관련 정보공개 현황

한국 정부는 앞서 검토한 투자협상의 조항을 법적 기초로 하여, ISDS 사건 관련 정보를 공개하고 있다. 한국의 ISDS 관련 정보는 복수의 채널을 통해 공개되므로, 특정 ISDS 사건의 관련 자료를 종합적으로 수집하려면 여러 경로를 모두 탐색하여야 한다.

첫째로 법무부 홈페이지의 ‘투자분쟁 관련 자료’ 게시판은 ISDS 사건의 공식 문서가 공개되는 가장 기본적인 경로이다. 법무부는 이 게시판에 ISDS 사건과 관련하여 공식 문서를 공개하고 있다. 예컨대 법무부에서 서OO 사건과 관련하여 중재의향서, 중재신청서에 대한 답변서, 중재판정부 절차명령, 비분쟁당사국 서면, 중재판정부 신속절차 판정문 등을 동 게시판에 공개하고 있다.<sup>25)</sup> 다만 법무부가 특정 사건과 관련된 모든 공식 문서를 동 게시판

중재판정부는 외부조언자 입장이 중재절차를 방해하거나 어느 한 쪽 분쟁당사자에 대하여 부당하게 부담을 주거나 불공정하게 저해하지 아니하도록 보장하며, 분쟁당사자들이 외부조언자 입장에 대한 자신들의 견해를 제시할 수 있는 기회를 부여받도록 보장한다.

25) *Jin Hae Seo v. Republic of Korea*, HKIAC Case No. HKIAC/18117 (“서OO 사건”).

법무부 홈페이지의 ‘투자분쟁 관련 자료’ <<https://www.moj.go.kr/moj/220/subview.do?enc=Zm5jDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGNM5JTJGYXJ0Y2xMaXN0LmRvJTNGcmdzQmduZGVtdHIIM0QIMjZiYnNDbFN>

에 업로드하는 것이 아니므로 주의가 요구된다.

둘째로 한국의 ISDS 관련 정보는 보도 자료를 통해서도 공개된다. 한국 정부는 ISDS 사건의 공식 문서를 공개하지 못하더라도, 보도자료를 활용하여 일정한 정보를 제공하고 있다. 특히 한국 정부는 국민적 관심을 받고 있는 론스타 사건과 관련하여 각종 절차가 종료될 때마다 간단하게라도 보도자료를 내고 있고, 사건 진행상황에 대해 대략적으로 소개하고 있다.<sup>26)</sup> 또한 다야니 사건에 대한 보도자료에서는 모든 절차가 종료된 이후에 관련 규정을 준수하여 중재판정문을 공개하겠다고 밝힌 바가 있다.<sup>27)</sup> 한국 ISDS 사건과 관련하여 공식 문서가 공개되지 않는 경우, 해당 사건의 보도자료를 참고하면 최소한의 정보라도 파악할 수 있다.

셋째로 ISDS 사건의 보도자료에 공식 문서가 첨부되어 있기도 하다. 예컨대 서 OO 사건의 보도자료에는 중재신청서가 첨부되어 있다.<sup>28)</sup> 이러한 보도자료에 첨부된 공식 문서는 특이하게도 법무부 홈페이지의 ‘투자분쟁 관련 자료’ 게시판에 별도로 올라와 있지 않다. 특정 ISDS 사건의 공식 문서가 흩어져 있으면 찾기 어려우므로, 보도자료에 첨부된 공식 문서도 일괄적으로 법무부 홈페이지의 동 게시판에 올려놓는 편이 바람직하다.

넷째로 한국 ISDS 관련 공식 문서가 상설 중재재판소(Permanent Court of Arbitration)의 홈페이지를 통해서 공개되기도 한다. 한국 정부는 앞으로 엘리엇 사건, 메이슨 사건과 관련하여 상설중재재판소 홈페이지에 각종 서면 및 판정부의 명령, 판정, 결정을 공개해 나갈 예정이라고 하였다.<sup>29)</sup>

lcSUzRCUyNnJnc0VuZGRIU3RyJTNEJTI2aXNWaWV3TWluZSUzRGZhbHNIJTI2cGFnZSUzRDEIMjZiYnN  
PcGVuV3JkU2VxJTNEJTI2c3JjaENvbHVtbiUzRCUyNnNyY2hXcmQIM0QIMjY%3D> (2021.06.27. 최종방문).

26) 관계부처 합동, 론스타 관련 1차 심리기일 종료, 2015.05.26; 관계부처 합동, 정부는 론스타 ISDS 관련 민원에 대해 공식적인 협상제안으로 보기 어려워 응하지 않기로 했습니다. 2020.11.30.

27) *Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea*, PCA Case No. 2015-38 (“다야니 사건”); 금융위원회, [보도참고] 이란 다야니家와의 중재판정 취소소송 결과, 2019.12.21.

28) 관계부처 합동, 한-미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재신청서 접수, 2018.07.13; 관계부처 합동, 한-미 자유무역협정(FTA)에 따른 국제투자분쟁(ISDS) 중재의향서 접수, 2019.06.26.

29) *Elliott Associates, L.P. (U.S.A.) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-51 (“엘리엇 사건”); *Mason Capital L.P. (U.S.A.) 2. Mason Management LLC (U.S.A.) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-55 (“메이슨 사건”).

법무부 홈페이지의 ‘메이슨 투자자-국가 분쟁 관련 서면 등 공개’ <<https://www.moj.go.kr/moj/220/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbw9qJTJGNdM5JTJGNTAwMTc2JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQIM0QIMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVVdHlIM0QIMjZpc1ZpZXdnNW5lJTNEZmFsc2UIMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic09wZW5XcmRTXEXEIM0QIMjZz>>

상설중재재판소 홈페이지에는 2021년 6월을 기준 한국의 ISDS 사건으로 쉐들러 사건, 엘리엇 사건, 메이슨 사건이 등재되어 있다.<sup>30)</sup> 이 중 엘리엇 사건과 메이슨 사건에 대해서만 관련 문서들이 공개되어 있다. 예컨대 상설중재재판소 홈페이지에서는 메이슨 사건과 관련하여 수정 청구서면, 반박서면, 중재판정부 절차명령, 속기록 등 법무부 홈페이지에서 공개하지 않았던 정보를 자세히 공개하고 있다.<sup>31)</sup>

다섯째로 드물게 신청인이 한국의 ISDS 관련 문서를 공개하기도 한다. 론스타는 2012년 8월 5일 ‘Business Wire’를 통해서 중재의향서를 공개하였다. 론스타 측은 한국 정부와 소송에 대하여 부정확한 보도가

많이 나왔고, 투명성을 증진하는 차원에서 이 문서를 공개하게 되었다고 밝혔다.<sup>32)</sup> 참고로 이 문서는 정보공개 청구에도 불구하고 한국 정부가 계속 정보공개를 거부하던 문서였다.<sup>33)</sup>

이밖에도 UNCTAD Investment Policy Hub, Italaw, IAREporter 등과 같은 국제투자중재 관련 홈페이지에서도 한국의 ISDS 관련 문서를 공개하고 있다.<sup>34)</sup>

이러한 내용을 종합하여 2021년 6월 기준 한국의 ISDS 사건 정보공개 현황을 정리하면 [표 1]과 같다. 한국 정부는 엘리엇 사건, 메이슨 사건처럼 관련 정보를 충실히 공개하기도 하지만, 론스타 사건과 다야니 사건과 같이 상당수의 사건에 대해서는 투자협정상

cmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D> (2021.06.27. 최종방문);

법무부 홈페이지의 ‘메이슨 투자자-국가 분쟁 관련 서면 등 공개’ <<https://www.moj.go.kr/moj/220/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGNdM5JTJGNTAwMTc1JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQIM0QIMjZyZ3NCZ25kZVN0ciUzRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVtdHIIM0QIMjZpc1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UIMjZwYWdlJTNEMiUyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QIMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEJTI2c3JjaFdyZCUzRCUyNg%3D%3D>> (2021.06.27. 최종방문).

- 30) *Schindler Holding AG (Switzerland) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2019-44 (“쉐들러 사건”). Permanent Court of Arbitration 홈페이지의 ‘Cases’ <<https://pca-cpa.org/en/cases/>> (2021. 06.27. 최종방문).
- 31) Permanent Court of Arbitration 홈페이지의 ‘1. Mason Capital L.P. (U.S.A.) 2. Mason Management LLC (U.S.A.) v. Republic of Korea’ <<https://pca-cpa.org/en/cases/198/>> (2021.06.27. 최종방문).
- 32) “Lone Star Funds Provides Update on Dispute with South Korean Government : Releases Notification of Dispute and Accompanying Memorandum Given to South Korean Government Outlining Basis of Dispute”, Business Wire, 2012.08.05. <https://www.businesswire.com/news/home/20120805005041/en/Lone-Star-Funds-Provides-Update-on-Dispute-with-South-Korean-Government> (2021.06.27. 최종방문).
- 33) 본 논문 III. 1.에서 관련 판례를 검토하도록 하겠다.
- 34) UNCTAD Investment Policy Hub 홈페이지의 ‘Investment Dispute Settlement Navigator’ <[https:// investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement)> (2021.09.28. 최종방문); Italaw 홈페이지의 ‘Search’ <<https://www.italaw.com/search/site>> (2021.09.28. 최종방문); IAREporter 홈페이지의 ‘Case Profiles’ <<https://www.iareporter.com/arbitration-cases/>> (2021.09.28. 최종방문).

관련 정보를 충분히 공개하지 못하고 있다.

[표 1] 한국의 ISDS 사건 정보공개 현황

번호	신청인	근거 협정	관련 자료공개 현황
1	론스타	한-벨·룩 BIT <sup>35)</sup>	(보도자료) 중재인 선정, 의장중재인 선정, 의장중재인 사임, 심리기일 종료 등 (신청인) 중재의향서
2	하노칼	한-네덜란드 BIT <sup>36)</sup>	(보도자료) 중재인 선정, 의장중재인 선정, 하노칼측 ISD 중재 취하의사 표명
3	다이니	한-이란 BIT <sup>37)</sup>	(보도자료) ISD 중재판정 결과, ISD 중재판정에 대한 취소소송, 중재판정문 공개 관련, 중재판정 취소소송 결과 등
4	서OO	한-미 FTA	(보도자료) 중재신청서 공개 (첨부) 중재신청서 (법무부 홈페이지) 중재의향서, 중재신청서에 대한 답변서, 중재판정부 절차명령, 비분쟁당사국 서면, 중재판정부 신속절차 판정문 등
5	엘리엇	한-미 FTA	(보도자료) 중재의향서 접수 (첨부) 중재의향서 (법무부 홈페이지) 중재신청서, 중재신청서에 대한 답변서 (PCA) 각종 서면 및 판정부의 명령, 판정, 결정
6	메이슨	한-미 FTA	(법무부 홈페이지) 중재의향서, 중재신청서, 본안 전 이의 서면 (PCA) 각종 서면 및 판정부의 명령, 판정, 결정
7	신틀러	한-EFTA <sup>38)</sup>	(보도자료) 중재의향서, 중재신청서 접수
8	김OO외 1	한-캐 FTA	(보도자료) 중재의향서 접수 (첨부) 중재의향서 (법무부 홈페이지) 접수된 중재의향서 재수정본
9	게일	한-미 FTA	(보도자료) 중재의향서 접수 (첨부) 중재의향서
10	버자야	한-말레이시아 BIT <sup>39)</sup>	(보도자료) 중재의향서 접수 (첨부) 중재의향서
11	윤OO	한-미 FTA	(법무부 홈페이지) 중재의향서
12	안OO	한-미 FTA	(법무부 홈페이지) 중재의향서
13	민OO	한-중 BIT <sup>40)</sup>	(보도자료) 중재신청서 접수
14	원OO	한-미 FTA	(법무부 홈페이지) 중재의향서, 중재신청서, 중재신청서에 대한 답변서

- 35) 대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정 (조약 2038호, 2011.3.27. 발효) (“한-벨·룩 BIT”).
- 36) 대한민국 정부와 네덜란드왕국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 1710호, 2005.3.1. 발효) (“한-네덜란드 BIT”).
- 37) 대한민국 정부와 이란회교공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 1772호, 2006.3.31. 발효) (“한-이란 BIT”).
- 38) 대한민국과 유럽자유무역연합 회원국 간의 자유무역협정에 대한 최종의정서 (조약 1804호, 2006.9.1. 발효) (“한-EFTA”).

### Ⅲ. 한국 국내법체계상 중재절차의 투명성 관련 내용 분석

#### 1. 민사소송법 및 기타 법률

민사소송법 등 한국 국내법에서는 문서 공개, 절차 참여, 의견 제출을 규율하는 일련의 규정을 마련하고 있다. 이러한 규정 자체는 한국 투자협정상 중재절차의 투명성과 직접적인 관련은 없지만, 이를 살펴보면 한국 국내법체계에서 중재절차의 투명성 관련 쟁점에 대해 어떠한 입장을 택하고 있는지 파악하는 데 도움이 된다.

먼저 판결의 공개를 살펴보면, 대한민국 헌법 제109조에서는 “재판의 심리와 판결은 공개한다.”라고 규정하고 있다. 법원조직법 제57조 제1항에서도 거의 동일한 내용을 규정하고 있다.<sup>41)</sup> 민사소송법 제163조의2 제1항은 “누구든지 판결이 확정된 사건의 판결서 …를 열람 및 복사할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 다만 민사소송법 제163조의2 제1항 후문에서 “변론의 공개를 금지한 사건의 판결서로서 대법원규칙으로 정하는 경우에는 열람 및 복사를 전

부 또는 일부 제한할 수 있다.”라고 규율하고 있다. 민사판결서 열람 및 복사에 관한 규칙 제5조와 제6조에서 “변론공개금지 사건의 열람·복사제한”과 “비밀보호를 위한 열람·복사제한”을 자세히 규정하고 있다. 이러한 내용을 종합하면 한국에서 판결은 공개되고, 판결서도 원칙적으로 열람·복사가 가능하나, 일정한 사유가 있을 때 이를 제한할 수 있다고 볼 수 있다.

다음으로 재판의 심리와 관련하여 대한민국 헌법 제109조는 “재판의 심리와 판결은 공개한다.”라고 규정하고 있다. 다만 대한민국 헌법 제109조 후문에서 “심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.”라고 규율하고 있다. 법원조직법 제57조 제2항에서는 심리 비공개 결정을 할 때 이유를 밝혀서 선고해야 한다고 규정하고 있고, 법원조직법 제57조 제3항은 재판장이 비공개 결정을 한 경우에도 “적당하다고 인정되는 사람에 대해서는 법정 안에 있는 것을 허가할 수 있다.”라고 규정하고

39) 대한민국 정부와 말레이시아 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 971호, 1989.3.31. 발효) (“한-말레이시아 BIT”).

40) 대한민국 정부와 중화인민공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 1872호, 2007.12.1. 발효) (“한-중 BIT”).

41) 법원조직법 제57조

① 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장, 안녕질서 또는 선량한 풍속을 해칠 우려가 있는 경우에는 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

있다. ‘변론의 공개여부’는 민사소송법 제 153조에 따라 변론조서의 필요적 기재사항이다. 공개심리주의를 위반하면 민사소송법 제424조 제1항 제5호에 따라 절대적 상고이유가 된다.<sup>42)</sup> 즉, 한국의 국내법체계는 재판의 심리를 원칙적으로 공개하고, 일정한 사유가 있을 때 이를 비공개 할 수 있다고 파악할 수 있다.

또한 소송기록의 열람 관련하여 민사소송법 제162조 제2항은 “누구든지 권리구제·학술연구 또는 공익적 목적으로 대법원 규칙으로 정하는 바에 따라 … 재판이 확정된 소송기록의 열람을 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 민사소송법 제162조 제2항 후문에서는 “다만, 공개를 금지한

변론에 관련된 소송기록에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 규율하고 있다. 민사소송규칙 제37조의2에서는 “확정된 소송기록의 열람을 신청할 때에는 열람을 신청하는 이유와 열람을 신청하는 범위를 적은 서면으로 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 민사소송법 제163조에서는 “비밀보호를 위한 열람 등의 제한”을 규율하고 있다.<sup>43)</sup> 한국에서 소송기록 열람은 ‘재판이 확정된 이후’에 신청할 수 있는 것이 특징이다. ISDS 사건에서는 투자협정상 중재절차의 투명성 규정이 마련되어 있다면, 동 사건이 확정되지 않더라도 관련 기록이 공개될 수 있다. 한국에서 소송기록을 열람할 때에도 일정한 제한 사유가 있다.

42) 이시윤, 『신민사소송법(제15판)』 (박영사, 2021), 311면.

민사소송법 제153조

조서에는 법원사무관등이 다음 각호의 사항을 적고, 재판장과 법원사무관등이 기명날인 또는 서명한다. 다만, 재판장이 기명날인 또는 서명할 수 없는 사유가 있는 때에는 합의부원이 그 사유를 적은 뒤에 기명날인 또는 서명하며, 법관 모두가 기명날인 또는 서명할 수 없는 사유가 있는 때에는 법원사무관등이 그 사유를 적는다.

6. 변론의 공개여부와 공개하지 아니한 경우에는 그 이유

민사소송법 제424조

① 판결에 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있는 때에는 상고에 정당한 이유가 있는 것으로 한다.

5. 변론을 공개하는 규정에 어긋난 때

43) 민사소송법 제163조

① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당한다는 소명이 있는 경우에는 법원은 당사자의 신청에 따라 결정으로 소송기록중 비밀이 적혀 있는 부분의 열람·복사, 재판서·조서중 비밀이 적혀 있는 부분의 정보·등본·초본의 교부(이하 “비밀 기재부분의 열람 등”이라 한다)를 신청할 수 있는 자를 당사자로 한정할 수 있다.

1. 소송기록 중에 당사자의 사생활에 관한 중대한 비밀이 적혀 있고, 제3자에게 비밀 기재부분의 열람등을 허용하면 당사자의 사회생활에 지장이 클 우려가 있는 때

2. 소송기록중에 당사자가 가지는 영업비밀(부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조제2호에 규정된 영업비밀을 말한다)이 적혀 있는 때

이어서 참고인의 진술과 관련하여 민사소송법 제430조 제2항은 “상고법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다.”라고 규정하고 있다. 민사소송규칙 제134조의2 제2항에서는 “대법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 공공단체 등 그 밖의 참고인에게 의견서를 제출하게 할 수 있다.”라고 규율하고 있다. 형사소송법 제390조 제2항도 민사소송법 제430조 제2항과 유사한 내용의 규정을 마련하고 있다.<sup>44)</sup> 형사소송규칙 제161조의2 제2항도 민사소송규칙 제134조의2 제2항과 동일한 내용의 규정을 두고 있다.<sup>45)</sup> 대법원에서의 변론에 관한 규칙 제4조 제1항은 “대법원은 전문적 식견을 가지고 있거나 공공의 이해관계에 관하여 진술하는 것이 적합하다고 인정되는 사람을 참고인으로 지정하여 그 진술을 들을 수 있고, 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자, 이해관계인 또는 관련 학회나 단체의 의견을 들을 수 있다.”라고 규율하고 있다. 이를 종합하면, 국가

기관, 지방자치단체, 공공단체 등은 참고인으로서 특정 상고 사건에 대한 자신의 의견을 진술할 수 있다.

## 2. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 및 관련 판례

### 가. 공공기관의 정보공개에 관한 법률

대한민국 국민이 한국 정부에 관련 문서 등 ISDS 사건에 관한 정보공개를 청구하려면, ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’을 활용할 수 있다.<sup>46)</sup> 이 법 제9조 제1항은 비공개 대상 정보에 관해 제1호부터 제8호까지 규정하고 있다. 여기서 ISDS 사건과 관련하여 주목할 만한 조항은 제9조 제1항 제2호와 제4호이다. 이 법 제9조 제1항 제2호에서는 “국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보”를 비공개 대상 정보로 규정하고 있다. ISDS 사건에 대한 정보가 공개되면 ‘외교관계에 관한 사항’으로 ‘국가의 중대한 이익을 현저히 해

44) 형사소송법 제390조

② 상고법원은 필요한 경우에는 특정한 사항에 관하여 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다.

45) 형사소송규칙 제161조의2

② 대법원은 소송관계를 분명하게 하기 위하여 공공단체 등 그 밖의 참고인에게 의견서를 제출하게 할 수 있다.

46) ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’은 “공공기관의 공개 의무에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장”하는 법이다(제1조).

칠 우려'가 있는지 문제될 것이다.

또한 이 법 제9조 제1항 제4호에서는 “진행 중인 재판에 관련된 정보 … 에 관한 사항으로서 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 형사피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보”를 비공개 대상 정보로 규율하고 있다. ISDS 사건이 이 법의 ‘진행 중인 재판’에 해당하는지 문제될 것이다.

#### 나. 관련 판례

한국의 ISDS 사건 관련 정보공개 청구 소송은 론스타 사건과 관련하여 외교부장관을 상대로 제기된 정보비공개처분취소 소송(이하 ‘론스타 외교부장관 사건’이라 함)과 국제청장을 상대로 제기된 정보공개 거부처분취소 소송(이하 ‘론스타 국제청장 사건’이라 함)이 있다. 본 논문에서는 두 사건을 검토하며, 법원이 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’을 어떻게 판단하였는지 살펴보겠다.

먼저 론스타 외교부장관 사건의 사실관계를 살펴보면, 론스타는 2012년 11월 21일 국제투자분쟁해결센터(ICSID)에 대한민국을 상대로 중재신청서(Notice of Arbitration)를

제출하였다. 원고 민주사회를 위한 변호사모임은 2012년 11월 23일 피고 외교부장관을 상대로 이 문서에 대한 정보공개 청구를 하였다. 피고는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조 제2호, 제4호를 이유로 정보의 공개를 거부하였다.<sup>47)</sup>

이 사건의 법률적 쟁점을 검토하면, 론스타 사건의 중재신청서가 이 법률 제9조 제1항 제4호의 비공개대상정보에 해당하는지 문제되었다. 원고는 중재절차가 이 법률 제9조 제1항 제4호의 ‘진행 중인 재판’에 해당하지 않는다고 주장하였다. 이 사건 제1심 재판부는 중재는 사적자치의 원칙이 적용되는 점, 투자분쟁사건은 국내 사법절차와 구분되는 점, 이 법률 제9조 제1항 제4호가 중재절차까지 상정하고 만들어지지 않은 점 등을 고려하여, 중재절차가 이 법 제9조 제1항 제4호의 재판이 아니라고 보았다. 따라서 론스타 사건의 중재신청서가 이 법률 제9조 제1항 제4호에 따른 비공개대상정보에 해당하지 않는다고 판결하였다.<sup>48)</sup>

다음으로 중재신청서가 이 법률 제9조 제1항 제2호의 비공개대상정보에 해당하는지 쟁점이 되었다. 원고는 이 문서를 이 법률 제9조 제1항 제2호의 비공개대상정

47) 서울행정법원 2013.9.27. 선고 2013구합50999 판결.

48) *Ibid.*

보로 볼 수 없다고 주장하였다. 이 사건 제1심 재판부에서는 통상 관련 분쟁도 ‘외교 관계에 관한 사항’이라는 점, 중재절차는 별도의 합의가 없으면 비밀유지가 원칙이라는 점, 해당 문서가 공개될 경우 양측의 자유로운 주장을 펼치는 것이 제약되고 외교적 해결이 제한될 수 있는 점, ICSID 협약이 한-미 FTA와 달리 ‘중재절차의 투명성’ 조항을 두지 않은 점, 외교관계에 있어서는 피고의 판단을 존중하는 것이 필요한 점 등을 고려하여, 중재신청서를 이 법률 제9조 제1항 제2호에 따른 비공개대상정보에 해당한다고 보았다. 이 사건 제1심 재판부는 원고의 청구를 기각하였다.<sup>49)</sup> 이 사건의 항소심, 상고심에서도 원고의 청구를 기각하였다.<sup>50)</sup>

다음으로 론스타 국세청장 사건의 사실 관계를 알아보면, 앞서 언급하였듯이 론스

타는 2012년 11월 21일 국제투자분쟁해결 센터에 중재신청서를 제출하였다. 원고 민주사회를 위한 변호사 모임은 2015년 12월 3일 피고 국세청장을 상대로 ① 과세원천징수세액의 총 합계액, ② 신청인의 명단, ③ 중재신청서에 대한 정보공개 청구를 하였다. 피고는 2015년 12월 15일 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제9조 제1호, 제2호, 제4호, 제7호를 이유로 정보공개 청구에 대해 비공개 결정을 하였다.<sup>51)</sup>

이 사건의 법률적 쟁점을 살펴보면, 과세원천징수세액의 총 합계액과 신청인의 명단이 이 법률 제9조 제1항 제1호의 비공개대상정보에 해당하는지 문제되었다.<sup>52)</sup> 구 국세기본법 제81조의13 제1항(2014. 12. 23. 법률 제12848호로 일부개정된 것)에서는 과세정보의 타인 제공, 누설, 목적의 사용을 금지하고 있다.<sup>53)</sup> 이 사건 제1심 재

49) *Ibid.*

50) 서울고등법원 2014.6.20. 선고 2013누49267 판결; 대법원 2014.10.30. 선고 2014두39234 판결. 비슷한 맥락에서 중재판정의 기밀성 존중은 정부나 투자자의 대응 전략에 유연성을 줄 수도 있다는 견해도 있다. Federico Ortino, “Transparency of Investment Awards”, Junji Nakagawa (ed.), *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (Routledge, 2013), p.134.

51) 서울행정법원 2016.10.27. 선고 2016구합50143 판결.

52) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조

① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

1. 다른 법률 또는 법률에서 위임한 명령(국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙·대통령령 및 조례로 한정한다)에 따라 비밀이나 비공개 사항으로 규정된 정보

53) 구 국세기본법(2014. 12. 23. 법률 제12848호로 일부개정된 것) 제81조의13.

① 세무공무원의 납세자가 세법에서 정한 납세의무를 이행하기 위하여 제출한 자료나 국세의 부과·징수를 위하여 업무상 취득한 자료 등(이하 “과세정보”라 한다)을 타인에게 제공 또는 누설하거나 목적 외의

관부는 문제된 정보를 공개하더라도 신청인별 개별 과세원천징수세액이 드러나지 않고, 신청인이 청구한 손해배상액의 총 합계액(46억 7,950만 달러)이 이미 공개되어 있으며, 신청인의 이름은 ICSID 홈페이지에 나와 있다는 이유로 문제된 정보를 ‘과세정보’가 아니라고 보았다. 이 사건 제1심 재판부에서 문제된 정보가 이 법률 제9조 제1항 제1호의 비공개대상정보가 아니라고 판단하였다.<sup>54)</sup>

다음으로 과세원천징수세액의 총 합계액과 신청인의 명단이 이 법률 제9조 제1항 제4호의 비공개대상정보인지 검토되었다. 이 사건 제1심 재판부는 론스타 외교부장관 사건과 동일한 논리(① 중재는 사적자치 원칙 적용, ② 투자분쟁사건은 국내 사법절차와 구분, ③ 이 법률 제9조 제1항 제4호는 중재절차 예상 불가)로 중재절차를 이 법률 제9조 제1항 제4호의 ‘재판’

으로 보지 않았다. 이 사건 제1심 재판부에서 이러한 정보를 이 법률 제9조 제1항 제4호의 비공개대상정보에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>55)</sup>

또한 과세원천징수세액의 총 합계액과 신청인의 명단이 이 법률 제9조 제1항 제2호, 제7호의 비공개대상정보인지 검토되었다.<sup>56)</sup> 이 사건 제1심 재판부는 이러한 정보가 공개되면 국가의 중대한 이익을 침해한다고 보기 어렵고, 그러한 입증도 없었다고 보았다. 또한 이 사건 제1심 재판부에서 이러한 정보가 ‘법인 등의 경영상·영업상 비밀’로 공개를 거부할 정당한 이익이 있는지 입증되지 않았다고 하였다. 따라서 이러한 정보는 이 법률 제9조 제1항 제2호, 제7호의 비공개대상정보라고 보기 어렵다고 하였다. 이러한 이유로 이 사건 제1심 재판부는 원고의 이러한 정보에 대한 공개 청구를 인용하였다.<sup>57)</sup> 이 사건의

용도로 사용해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사용 목적에 맞는 범위에서 납세자의 과세정보를 제공할 수 있다.

54) 서울행정법원 2016.10.27. 선고 2016구합50143 판결.

55) *Ibid.*

56) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조

① 공공기관이 보유·관리하는 정보는 공개 대상이 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.

7. 법인·단체 또는 개인(이하 “법인등”이라 한다)의 경영상·영업상 비밀에 관한 사항으로서 공개될 경우 법인등의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보. 다만, 다음 각 목에 열거한 정보는 제외한다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해(危害)로부터 사람의 생명·신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업활동으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

항소심과 상고심에서도 이러한 판단은 유지되었다.<sup>58)</sup>

또한 이 사건에서도 중재신청서가 이 법률 제9조 제1항 제2호의 비공개대상정보인지 쟁점이 되었다. 이 사건의 제1심 재판부는 론스타 외교부장관 사건과 동일한 논리(① 통상 분쟁은 외교관계 사항, ② 중재절차는 비밀유지 원칙, ③ 공개시 자유로운 주장 제약 및 외교적 해결 제한, ④ ICSID 협약 내 중재절차의 투명성 조항 부재, ⑤ 외교관계는 피고의 판단 존중)로 중재신청서를 이 법률 제9조 제1항 제2호의 ‘비공개대상정보’로 판단하였다. 이 사건 제1심 재판부에서는 원고의 이 부분 청구를 기각하였다.<sup>59)</sup> 원고가 이 판결에 대해 항소, 상고하였으나, 이 부분에 대해 다투지 않아서 제1심의 판단이 확정되었다.<sup>60)</sup>

이러한 두 사건을 분석하면, 한국 법원은 ISDS 사건 관련 정보공개 청구에 대하여 비교적 명확한 입장을 채택하고 있다. 우선 ISDS 사건의 정보는 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제4호(‘진행 중인 재판’)의 비공개대상정보가 아니다. 따라서 정부 부처는 ISDS 사건의 정

보공개 청구에 대해 이 법률 제9조 제1항 제4호를 이유로 비공개 처분을 해서는 안 된다. 다음으로 한국 법원은 여러 상황을 참작하여 ISDS 사건 정보가 이 법률 제9조 제1항 제4호(‘외교관계에 관한 사항’)의 비공개대상정보인지 판단하였다. 특히 중재신청서는 이 법률 제9조 제1항 제4호의 비공개대상정보라고 판단되었다. 따라서 중재신청서는 투자협정상 중재절차의 투명성 조항이나 당사자의 합의가 없는 이상 한국의 국내법체계상 정보공개 청구로 공개되기 어렵다.

또한 론스타 국세청장 사건은 앞서 판단된 론스타 외교부장관 사건의 논리를 많이 차용한 것으로 보인다. 특히 론스타 국세청장 사건은 론스타 외교부장관 사건의 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호와 제4호에 대한 판시를 거의 그대로 이용하였다. 다만 론스타 국세청장 사건에서 이 법률 제9조 제1항 제2호와 관련하여 ‘외교관계는 피고의 판단 존중’이라는 논리까지 빌려온 것은 ‘실수’라고 생각된다. 앞선 론스타 외교부장관 사건에서는 피고가 외교부장관이므로 이러한 논리가 성립될 수 있었다. 이와 달리 론스타 국

57) 서울행정법원 2016.10.27. 선고 2016구합50143 판결.

58) 서울고등법원 2017.5.18. 선고 2016누76086 판결; 대법원 2020.5.14. 선고 2017두49652 판결.

59) 서울행정법원 2016.10.27. 선고 2016구합50143 판결.

60) 서울고등법원 2017.5.18. 선고 2016누76086 판결; 대법원 2020.5.14. 선고 2017두49652 판결.

세청장 사건에서는 피고가 국세청장이므로, 이 논리는 외교관계에 있어서 국세청장의 판단이 존중되어야 한다는 주장이 되어 설득력이 떨어진다.

#### IV. 한국의 중재절차 투명성 증진 방안 검토

##### 1. 투자협정의 제·개정

한국은 투자협정의 제·개정을 통하여 중재절차의 투명성을 높이는 방안을 모색할 수 있다. 한국이 BIT 혹은 FTA 투자챕터를 제·개정하는 과정에서 중재절차의 투명성을 높이는 조항을 삽입할 수 있다. 이러한 방안은 한국이 수용할 수 있는 수준의 중재절차의 투명성을 직접 정할 수 있다는 점에서 의미가 있다. 한국은 장기적으로 투자협정의 제·개정을 통해 중재절차의 투명성을 높일 수 있다.

하지만 이 방안은 중재절차 투명성의 증진이라는 목표 달성에 지나치게 오랜 시간

이 걸릴 수 있다는 현실적인 어려움이 있다. 예를 들어 한국 정부가 한 해 동안 BIT를 제·개정하여 발효할 수 있는 건수가 많지 않다. 현재 한국의 BIT는 2021년 5월을 기준으로 84개가 발효되어 있다. BIT는 각각 2018년, 2019년, 2021년에 2개(미얀마, 카메룬), 1개(아르메니아), 1개(짐바브웨)가 발효되었다.<sup>61)</sup> 이러한 수치는 현실적으로 BIT를 제·개정해서 한 해에 한 국가와 발효하기도 어렵다는 것을 시사한다. 한국이 이 방안을 통해서 매해 발효되는 모든 BIT에 중재절차의 투명성을 규정하더라도, 중재절차의 투명성을 충분히 확보하려면 상당한 시간이 걸릴 것이다.<sup>62)</sup>

심지어 상대방 국가가 BIT상 중재절차의 투명성을 규정하는 것을 동의하지 않을 수도 있다. 특정 국가는 아직도 BIT에서 중재절차의 투명성에 대해 규정하지 않고 있다.<sup>63)</sup> 한국이 BIT상 중재절차의 투명성을 규정하기를 원하더라도, 상대방 국가가 동의하지 않으면 중재절차의 투명성에 대해 규율할 수 없다. 만약 한국이 BIT 협상

61) 외교부 홈페이지의 ‘조약정보’ <[https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m\\_3834/contents.do](https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3834/contents.do)> (2021. 07.03. 최종 방문).

62) 한국 정부가 BIT 개정시 특정 조항만 개정하는 일부개정 방식을 택하면, 이러한 기간을 단축할 수는 있다. 다만 이 방안이 BIT 표준문안을 활용한 기존의 전면개정 방식보다 더 바람직한지, 만약 일부개정 방식을 취한다면 어떤 조항을 선정해야 할지는 깊은 고민이 필요하다.

63) 예컨대 투르크메니스탄은 BIT에서 중재절차의 투명성에 관한 규정을 두고 있지 않다. UNCTAD 홈페이지의 ‘International Investment Agreements Navigator’ <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/215/turkmenistan>> (2021.07.03. 최종 방문).

과정에서 중재절차의 투명성 관련 조항을 무리하게 관철하려 한다면, 상대방 국가에 다른 중요한 조항을 양보해야 할 수도 있다. 이러한 상황이 국익에 부합되는지 의문이다. 여기서 비록 BIT의 예를 들었지만, 이러한 설명은 FTA 투자챕터에 관해서도 마찬가지로 적용될 수 있다.

## 2. UNCITRAL 투명성 규칙 및 모리셔스 투명성 협약<sup>64)</sup>

한국은 중재절차의 투명성을 높이기 위해 UNCITRAL 투명성 규칙을 수용할 수도 있다.<sup>65)</sup> 앞서 살펴보았듯이 한국의 투자협정에서는 UNCITRAL 투명성 규칙을 받아

들이지 않고 있다. 이 방안을 채택하면, 2014년 4월 1일 이후에 체결된 투자협정은 별도의 의사표시를 하지 않는 한 강화된 중재절차의 투명성이 적용된다. UNCITRAL 투명성 규칙은 중재절차의 투명성을 비교적 충실하게 규정한 한-미 FTA의 투자챕터보다도 더 넓은 범위에서 중재절차의 투명성을 인정하고 있다.<sup>66)</sup>

하지만 UNCITRAL 투명성 규칙은 정보의 공개 범위가 과도하게 넓다. 이 규칙 제3조 제1항은 증거목록을 공개하도록 규정하고 있다.<sup>67)</sup> 이 증거목록은 ISDS 사건과 관련하여 다수의 정보공개 청구를 촉발할 것이다. 그 결과 ISDS 대응 인력의 상당수

64) United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014) (“모리셔스 투명성 협약”).

65) ‘UNCITRAL 투명성 규칙’와 ‘모리셔스 투명성 협약’에 관한 국내문헌으로 이재민, UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망(1), 한국법제연구원 (2014) 참조.

66) ‘UNCITRAL 투명성 규칙’과 ‘한미 FTA 중재절차의 투명성’의 비교와 관련하여 강병근, “UNCITRAL 투명성 규칙 초안과 한미 FTA 중재절차의 투명성 규정의 비교 검토”, 국제경제법연구 제11권 제1호 (2013) 참조; 주요 중재규칙과 국제투자협정의 투명성 규정 비교에 관하여 한지희, “ISDS 절차의 투명성 제고에 관한 연구”, 국제경제법연구 제13권 제1호 (2015), pp.77-78. 참조; 미국-멕시코-캐나다 협정(USMCA)과 한미FTA의 중재절차 투명성 비교와 관련하여 엄준현, “미국-멕시코-캐나다 협정(USMCA) ISDS 주요 절차조항에 관한 연구”, 통상법률 통권 제143호 (2019), pp.136-143. 참조.

67) 당사자가 증거목록의 공개를 부담스러워 할 수 있다. Christopher Kee, “Article 3. Publication of Documents”, Clyde Croft et al., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press, 2013), p.110.

투명성 규칙 제3조

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

는 본연의 업무보다 이러한 공개 요청을 검토하고 언론 대응을 하는 업무에 투입될 우려가 있다. 이 규칙 제3조 제2항에서는 ‘증인진술서’와 ‘전문가 보고서’도 일반인이 요청하면 공개하도록 하고 있다.<sup>68)</sup> 만약 ISDS 사건에서 이러한 서류까지 공개하게 되면, 증인이나 전문가는 부담을 느껴서 ISDS 사건에 참여하지 않으려 할 것이다. 이러한 측면에서 지나친 중재절차의 투명성은 ISDS 사건 진행을 방해할 위험이 있다. 이 규칙 제3조 제3항은 ‘증거’를 중재판정부의 결정에 따라 공개하도록 하고 있다.<sup>69)</sup> 중재판정부가 자신의 판단만으로 투자자 혹은 국가의 민감한 내용을 공개하도록 하는 것은 매우 위험하다. 이는 당사자의 의사에 반할 수 있다.<sup>70)</sup> 이러한 내용을 종합하면, 한국이 중재절차의 투명성을 증진하려 해도, 공개 범위가 지나치게 넓은 UNCITRAL 투명성 규칙을 수용하

기 어렵다.

[표 2] UNCITRAL 투명성 규칙과 한-미 FTA의 중재절차 투명성 비교

	UNCITRAL 투명성 규칙	한-미 FTA
중재의향서	○	○
중재청구서		○
준비서면	○	○
증거목록	○	×
증인진술서	○ (일반인 요청시)	×
전문가 보고서	○ (일반인 요청시)	×
증거	○ (판정부 결정시)	×
중재재판부 판정 등	○	○
심리	○	○
속기록	○	○

나아가 한국이 모리셔스 투명성 협약에 가입하는 방안도 검토할 수 있다.<sup>71)</sup> 이 협약은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에 적용된다(제1조).<sup>72)</sup> UNCITRAL 투명성 규칙은 이 협약 제2조에 따라 UNCITRAL 중재규칙 하에서 개시되었는

68) 투명성 규칙 제3조

2. Subject to article 7, expert reports and witness statements, exclusive of the exhibits thereto, shall be made available to the public, upon request by any person to the arbitral tribunal

69) 투명성 규칙 제3조

3. Subject to article 7, the arbitral tribunal may decide, on its own initiative or upon request from any person, and after consultation with the disputing parties, whether and how to make available exhibits and any other documents provided to, or issued by, the arbitral tribunal not falling within paragraphs 1 or 2 above. This may include, for example, making such documents available at a specified site.

70) 중재절차는 당사자의 자율을 보장하는 것이 주요 특징이다. Cindy G. Buys, *supra* note 5, p.138.

71) ‘UNCITRAL 투명성 규칙’과 ‘모리셔스 투명성 협약’의 관계에 관하여 이재민, “2014년 UNCITRAL 투명성 협약의 법적 쟁점 : 유보 조항의 해석과 적용을 중심으로”, 국제법학회논총 제59권 제4호 (2014), pp.204-207. 참조.

72) 모리셔스 투명성 협약 제1조

1. This Convention applies to arbitration between an investor and a State or a regional economic integration

지와 관계없이 적용될 수 있다(제2조).<sup>73)</sup> 특정 국가가 이 협약의 당사자가 되면, 일일이 투자협정을 제·개정하지 않더라도 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용될 수 있다.<sup>74)</sup> 하지만 앞서 살펴보았듯이 UNCITRAL 투명성 규칙은 중재절차의 투명성을 인정하는 범위가 과도하게 넓다는 문제가 있다. 특히 이 협약은 2014년 4월 1일 이전에 체결된 투자협정에도 UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되도록 하므로, 앞서 지적한 문제는 더 심각해질 수 있다. 이러한 이유 때문인지 이 협약을 실제 서명하고 비준까지 마친 국가는 2021년 4월을 기준으로 전 세계에서 7개국에 불과하다.<sup>75)</sup> 게다가 한국의 국내법체계에서는 중재신청서도 비공개대상 정보로 판단되고 있고, 판결, 심리, 소송기록 정도가 공개 혹은 열람될 수 있을 뿐이다. 이러한 상황에서 모리셔스 투

명성 협약이 ‘증인진술서’, ‘전문가 보고서’, ‘증거목록’까지 공개하도록 하는 것은 한국이 수용할 수 있는 중재절차의 투명성 범위를 넘은 것이라고 볼 수 있다.<sup>76)</sup>

### 3. 개정 ICSID 중재규칙

국제투자분쟁해결기구(ICSID)는 ‘ICSID 협약’을 위한 ICSID 중재규칙을 전면적으로 개정하려 시도하고 있다. 이 기구는 2021년 6월 15일을 기준으로 5차 작업문서까지 발표하였다. ICSID는 2021년 말 ICSID 중재규칙을 완성하여, 2022년 초 채택하는 것을 목표로 개정 작업을 진행 중이다.<sup>77)</sup> 한국은 향후 개정 ICSID 중재규칙을 받아들여서 중재절차의 투명성을 높이는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이하에서는 개정 ICSID 중재규칙안(5차 작업문서 기

organization conducted on the basis of an investment treaty concluded before 1 April 2014 (“investor-State arbitration”).

73) 모리셔스 투명성 협약 제2조

1. The UNCITRAL Rules on Transparency shall apply to any investor-State arbitration, whether or not initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules, in which the respondent is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a) or (b), and the claimant is of a State that is a Party that has not made a relevant reservation under article 3(1)(a)

74) 다만 제소자는 유보하지 않은 협약 당사국의 국민이거나 UNCITRAL 투명성 규칙의 적용에 합의한 자이고, 피제소국은 유보하지 않은 협약 당사국이어야 한다(모리셔스 투명성 협약 제2조 제1항, 제2항).

75) 호주, 볼리비아, 카메룬, 캐나다, 감비아, 모리셔스, 스위스. United Nations Commission on International Trade Law 홈페이지의 ‘Mauritius Convention on Transparency’ <<https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency/status>> (2021.07.03. 최종방문).

76) 앞서 검토하였듯이 한국 판례에서는 ‘중재신청서’도 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호에 따라 ‘비공개대상정보’로 판단한 바 있다.

77) ICSID, Working Paper #5 : Proposals for Amendment of the ICSID Rules (2021), p.1.

준) 중 중재절차의 투명성과 관련하여 주목할 만한 규정을 살펴보겠다.

먼저 판정과 관련하여, 개정 ICSID 중재규칙안 제62조 제1항에서는 ICSID가 당사자의 동의가 있으면 판정을 발표할 수 있다고 규정하고 있다. 개정 ICSID 중재규칙안 제62조 제2항은 당사자가 판정 전부 혹은 민감정보 삭제본을 공개하는 것에 동의할 수 있다고 규율하고 있다. 개정 ICSID 중재규칙안 제62조 제4항에서는 ICSID가 당사자의 동의가 없으면 판정의 발췌본을 발표할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 개정 ICSID 중재규칙안 제62조는 판정의 발표와 관련하여 당사자의 이해관계와 중재절차의 투명성을 적절한 수준에서 조화시켰다고 평가할 수 있다. 판정은 당사자의 의사에 따라 ① 판정 전부, ② 판정(민감정보 삭제본), ③ 판정 발췌본의 형태로 공개될 수 있다. 특히 개정 ICSID 중재규칙안 제62조 제2항은 기존 ICSID 중재규칙에 없었던 내용으로 당사자에게 민감정

보를 삭제하고 판정을 공개하는 선택지도 제공하였다.<sup>78)</sup>

다음으로 문서공개에 관하여 개정 ICSID 중재규칙안 제64조 제1항에서는 ICSID가 당사자의 동의가 있으면 문서를 발표할 수 있다고 규정하고 있다. 개정 ICSID 중재규칙안 제64조 제2항은 어느 한 당사자가 당사자의 동의가 없는 경우에 민감한 정보의 삭제와 근거 문서의 배제에 관해 판정부에 회부할 수 있고, ICSID는 판정부의 결정에 따라 문서를 공개할 수 있다고 규율하고 있다. 개정 ICSID 중재규칙안 제64조 제3항은 ‘비밀정보’와 ‘보호정보’에 관하여 규정하고 있다. 이러한 개정 ICSID 중재규칙안 제64조는 UNCITRAL 투명성 규칙 제3조와 달리 당사자의 의사와 무관하게 과도한 범위의 문서를 발표할 의무를 부과하지 않았다.<sup>79)</sup> 또한 이 조항은 당사자 간의 동의가 없는 경우에도 판정부의 결정을 거쳐서 문서를 그대로 혹은 편집된 형태로 발표할 수 있는 법적 기초

78) ICSID 중재규칙 제48조

4. The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

79) UNCITRAL 투명성 규칙 제3조

1. Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

를 마련하였다.

또한 심리와 관련하여 개정 ICSID 중재 규칙안 제65조 제1항은 판정부가 어느 한 당사자가 반대하지 않는 한 심리를 참관할 수 있도록 하였다. 개정 ICSID 중재규칙안 제65조 제3항에서는 ICSID가 어느 한 당사자의 요청이 있으면 다른 당사자가 반대하지 않는 한, 심리의 속기록이나 녹화물을 발표해야 한다고 규정하고 있다. 이러한 개정 ICSID 중재규칙안 제65조는 어느 한 당사자가 반대하지 않는 한 심리를 방청할 수 있도록 하였고, 기존 ICSID 중재 규칙 제32조 제2항과 달리 “적절한 실행계획 준비를 조건으로”라는 문구를 삭제하였다.<sup>80)</sup> 또한 이 조항은 UNCITRAL 중재규

칙 제3조와 달리 심리의 속기록을 공개할 때 당사자의 의사를 고려하였다.

이어서 비분쟁당사자의 제출에 관하여 개정 ICSID 중재규칙안 제67조 제1항은 당사자가 아닌 개인, 단체도 문서 제출을 신청할 수 있고, 이때 신청은 중재절차의 언어로 되어야 한다고 규정하고 있다. 개정 ICSID 중재규칙안 제67조 제2항에서는 판정부가 이러한 신청의 허가를 결정할 때 고려 요소를 규율하고 있다.<sup>81)</sup> 개정 ICSID 중재규칙안 제67조 제4항에서 판정부는 비분쟁당사자의 참여가 방해나 부당한 부담이 되지 않도록 보장해야 하고, 문서 제출과 관련하여 형식, 길이, 범위 등 조건을 부과할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>82)</sup> 이러

80) ICSID 중재규칙 제32조

2. Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.

81) 개정 ICSID 중재규칙안 제67조

2. In determining whether to permit a non-disputing party submission, the Tribunal shall consider all relevant circumstances, including:

- (a) whether the submission would address a matter within the scope of the dispute;
- (b) how the submission would assist the Tribunal to determine a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the parties;
- (c) whether the non-disputing party has a significant interest in the proceeding;
- (d) the identity, activities, organization and ownership of the non-disputing party, including any direct or indirect affiliation between the non-disputing party, a party or a non-disputing Treaty Party; and
- (e) whether any person or entity will provide the non-disputing party with financial or other assistance to file the submission.

82) 외부조언자 의견서(amicus curiae brief)는 일정한 제한을 거치면, 국제투자중재 절차에서 사실관계나 법적 쟁점에 관한 새로운 시각 혹은 전문지식 등을 제공할 수 있다. Tomoko Ishikawa, *supra* note 10, p.411.

한 개정 ICSID 중재규칙안 제67조는 중재 절차의 투명성을 증진하는 과정에서 중재 절차의 효율성을 저해하지 않도록 잘 설계된 조항이라고 평가할 수 있다. 비분쟁당사자는 ISDS 사건과 관련하여 자신의 입장을 제출하기를 원할 수 있다. 이러한 단체가 중재절차의 언어가 아닌 언어로 문서를 제출하거나, 과도한 분량의 서면을 내거나, 지나치게 빈번하게 서면을 내거나 하면, ISDS 사건의 처리 기간이 늘어날 수 있고, 그 과정에서 중재비용도 상승할 수 있다. 이 조항은 비분쟁당사자가 서면을 제출할 수 있는 통로를 열어주면서도 과도한 중재비용 상승을 통제하고 중재절차가 효율적으로 진행될 수 있도록 하였다.

이러한 사항을 종합해 보면, 한국은 개정 ICSID 중재규칙을 수용하여 중재절차의 투명성을 증진하면서도 투명성 증진으로 인한 부작용을 최소화해야 한다.<sup>83)</sup> 한

국이 이 방안을 채택하면, 투자협정을 재개정을 하지 않더라도 중재절차의 투명성을 높일 수 있다.<sup>84)</sup> 한국은 투자협정에서 대체로 중재절차로 ICSID 협약이나 ICSID 중재규칙을 규정하고 있으므로, 기존의 투자협정을 통해서 개정 ICSID 중재규칙을 받아들일 수 있다.<sup>85)</sup> 앞서 소개된 ICSID 중재규칙의 개정 일정(2022년 초 채택)을 고려하면, 개정 ICSID 중재규칙을 수용하는 것이 지나친 시간이 소요될 것으로 보이지도 않는다. 다만 한국 ISDS 사건이 ICSID 중재규칙이 아닌 UNCITRAL 중재규칙 등 다른 중재규칙에 따라 진행될 수도 있으므로, 이 방안도 중재절차의 투명성 문제를 부분적으로만 해결할 수 있다.<sup>86)</sup>

83) 몇몇 국가는 중재규칙을 불만족스럽게 생각할 수도 있다. Rodrigo Polanco Lazo, *International Arbitration in Times of Change: Fairness and Transparency in Investor-State Disputes*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.104 (2010), p.594.

84) ICSID 협약 제44조

어떠한 중재소송절차도 본질의 제 규정에 의거하여 진행되어야 하며 또한 분쟁 당사자가 별도로 합의하는 경우를 제외하고는 당사자가 중재에 부의할 것을 동의한 당시의 유효하던 중재규칙에 따라 진행되어야 한다.

85) 한국의 투자협정 중 ISDS를 규율하면서 ICSID 협약이나 ICSID 중재규칙을 규정하고 있지 않은 사례는 총 3건에 불과하다. 대한민국 정부와 소비에트사회주의공화국연방 정부간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정 (조약 1055호, 1991.7.10. 발효) (“한-러 BIT”), 대한민국 정부와 우즈베키스탄공화국 정부간의 투자의 증진 및 상호보호에 관한 협정 (조약 1114호, 1992.11.20 발효) (“한-우즈베키스탄 BIT”), 대한민국 정부와 홍콩 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (조약 1414호, 1997.7.30. 발효) (“한-홍콩 BIT”).

86) 예컨대 슌들러·메이슨·엘리엇 사건은 UNCITRAL 중재규칙에 의해서 ISDS 사건이 진행되고 있다. Permanent Court of Arbitration 홈페이지의 ‘Cases’ <<https://pca-cpa.org/en/cases/>> (2021.07.11. 최종방문).

## V. 결론

한국은 국제사회의 흐름에 맞추어 중재 절차의 투명성을 높이면서도, 그 부작용을 최소화하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 본 논문에서는 한국이 수용할 수 있는 중재절차 투명성의 적정 수준을 고민해 보기 위해, 한국의 투자협정상 중재절차의 투명성 관련 규정을 살펴보았다. BIT와 FTA 투자챗터는 정도의 차이가 있지만, 중재절차의 투명성을 충분히 보장하고 있지는 못하다. 또한 한국 국내법체계상 중재절차의 투명성 관련 내용도 분석하였다. 한국의 민사소송법 및 기타 법률에서는 문서 공개, 절차 참여, 의견 제출과 관련하여 판결의 공개, 재판의 심리, 소송기록 열람, 참고인의 진술 등을 규정하고 있다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호(‘외교관계에 관한 사항’)는 한국에서 ISDS 사건의 정보공개 청구와 관련해서 중요하게 활용될 여지가 있다. 실제로 룬스타 외교부장관, 국세청장 사건에서는 이 규정을 근거로 중재신청서를 공개하지 않은 것을 적법하다고 판단했다.

이러한 내용을 고려하여 한국이 중재절차 투명성을 증진할 수 있는 방법을 고민해 보았다. 한국은 중재절차의 투명성을

높이기 위해 UNCITRAL 투명성 규칙이나 모리셔스 투명성 협약을 수용하는 방안을 채택하기는 어렵다. 이 방안은 증인진술서, 전문가 보고서, 증거목록까지 공개하도록 하고 있다. 이는 중재절차의 효율성 등을 저해하거나 당사자의 의사에 반할 수 있고, 한국의 국내법체계와 비교해 보았을 때에도 중재절차 투명성의 범위가 지나치게 넓다. 심지어 모리셔스 투명성 협약은 발효국도 7개국에 그치는 등 국제사회에서 큰 호응을 얻고 있지도 못하다.

결론적으로 한국은 중재절차의 투명성을 높이기 위해 장기적으로 투자협정을 제·개정해 나가면서, 단기적으로 개정 ICSID 중재규칙을 수용하는 방향으로 가야 한다. 한국은 장기적인 관점에서 투자협정을 제·개정하여 원하는 수준의 중재절차의 투명성을 규정할 필요가 있다. 다만 이 방안은 지나치게 시간이 오래 걸릴 수 있고, 상대국의 의사에 반할 수 있으며, 이를 관철하는 과정에서 국익을 해칠 우려가 있다. 또한 한국은 개정 ICSID 중재규칙을 수용하여 중재절차의 투명성을 높이는 방안을 채택해야 한다.<sup>87)</sup> 앞서 분석해 본 결과 개정 ICSID 중재규칙(5차 작업문서 기준)은 중재절차의 투명성을 제고하면서도 당사자의 의사, 중재절차의 효율성 등을

87) 한국 정부의 관계 부처는 중재절차의 투명성이 강화될수록 특정 ISDS 사건의 문서공개, 절차 참여 등에 관하여 좀 더 긴밀하게 협의해 나가야 할 것이다.

적절히 고려했다고 평가할 수 있다. 이는 한국의 기존 투자협정이나 국내법체계와 비교해도 중재절차 투명성의 범위가 과도하다고 보기 어렵다. ICSID 협약이나 ICSID 중재규칙은 한국의 투자협정상에도 대체로 반영되어 있으므로, 개정 ICSID 중재규칙은 채택시 별도로 투자협정을 제·개정하지 않고도 활용될 수 있다. 향후 한국

에서 제2의 론스타 사건이 발생해도 개정 ICSID 중재규칙이 ISDS 사건의 중재규칙으로 활용되면, 해당 사건의 정보가 당사자의 의사를 고려하는 선에서 충실히 공개되고 시민단체 등 비분쟁당사자도 해당 사건에 대한 자신의 견해를 일정한 절차와 요건에 맞추어 개진할 수 있을 것이다.

## 참 고 문 헌

### 국내문헌

#### 1. 단행본

신희택 외(편), 『국제투자중재와 공공정책 II』 (서울대학교출판문화원, 2019).

이시윤, 『신민사소송법(제15판)』 (박영사, 2021).

#### 2. 논문

강병근, “UNCITRAL 투명성 규칙 초안과 한미 FTA 중재절차의 투명성 규정의 비교 검토”, 국제경제법연구 제11권 제1호 (2013).

류병운, “국제중재에서의 투명성과 기밀성의 경계”, 서울법학 제26권 제3호 (2018).

양준열, “절차의 투명성 및 제3자의 참여 : Aguas del Tunari v. Bolivia 사건”, 신희택 외(편), 『국제투자중재와 공공정책 II』 (서울대학교출판문화원, 2019).

엄준현, “미국-멕시코-캐나다 협정(USMCA) ISDS 주요 절차조항에 관한 연구”, 통상법률 통권 제143호 (2019).

이재민, “2014년 UNCITRAL 투명성 협약의 법적 쟁점 : 유보 조항의 해석과 적용을 중심으로”, 국제법학회논총 제59권 제4호 (2014).

한지희, “ISDS 절차의 투명성 제고에 관한 연구”, 국제경제법연구 제13권 제1호 (2015).

#### 3. 기타 문서

관계부처 합동, 론스타 관련 1차 심리기일 종료, 2015.05.26.

관계부처 합동, 정부는 론스타 ISDS 관련 민원에 대해 공식적인 협상제안으로 보기 어려워 응하지 않기로 했습니다., 2020.11.30.

관계부처 합동, 한,미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재신청서 접수, 2018.07.13

관계부처 합동, 한-미 자유무역협정(FTA)에 따른 국제투자분쟁(ISDS) 중재의향서 접수,  
2019.06.26.

금융위원회, [보도참고] 이란 다야니家와의 중재판정 취소소송 결과, 2019.12.21.

대법원 2014.10.30. 선고 2014두39234 판결.

대법원 2020.5.14. 선고 2017두49652 판결.

서울고등법원 2014.6.20. 선고 2013누49267 판결.

서울고등법원 2017.5.18. 선고 2016누76086 판결.

서울행정법원 2013.9.27. 선고 2013구합50999 판결.

서울행정법원 2016.10.27. 선고 2016구합50143 판결.

이재민, UNCITRAL W/G II의 투명성 협약에 관한 논의 분석과 전망(1), 한국법제연구원 (2014).

## 외국문헌

### 1. 단행본

Bianchi, Andrea and Peters, Anne (ed.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013).

Croft, Clyde et al., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press, 2013).

De Brabandere, Eric, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications* (Cambridge University Press, 2014).

Miles, Kate, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge University Press, 2013).

Nakagawa, Junji (ed.), *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (Routledge, 2013).

## 2. 논문

Buys, Cindy G., “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, Vol.14, No.121 (2003).

Carmody, Matthew, “Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency Be Applied to International Commercial Arbitration?”, *International Trade and Business Law Review*, Vol.19 (2016).

Ishikawa, Tomoko, “Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.59, No.2 (2010).

Kee, Christopher, “Article 3. Publication of Documents”, Croft, Clyde et al., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules* (Cambridge University Press, 2013).

Knahr, Christina and Reinisch, August, “Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Biwater Gauff Compromise”, *International Courts and Tribunals*, Vol.6, No.1 (2007).

Levine, Eugenia, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol.29, No.1 (2011)

Maupin, Julie A., “Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky”, Bianchi, Andrea and Peters, Anne (ed.), *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013).

Ortino, Federico, “Transparency of Investment Awards”, Nakagawa, Junji (ed.), *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (Routledge, 2013).

Reith, Claudia, “Enhancing Greater Transparency in the UNCITRAL Arbitration Rules - A

Futile Attempt?”, *Yearbook on International Arbitration*, Vol.2 (2012).

Tienhaara, Kyla, “Third-Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol.16, No.2, (2007).

### 3. 기타 문서

*Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondents Objections to Jurisdiction (2005.10.21.).

*Elliott Associates, L.P. (U.S.A.) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-51.

International Institute for Sustainable Development, *Transparency in the Dispute Settlement Process: Country Best Practices* (2011).

*Jin Hae Seo v. Republic of Korea*, HKIAC Case No. HKIAC/18117.

Lazo, Rodrigo Polanco, *International Arbitration in Times of Change: Fairness and Transparency in Investor-State Disputes*, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol.104 (2010).

*LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37.

*Mason Capital L.P. (U.S.A.) 2. Mason Management LLC (U.S.A.) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2018-55.

*Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea*, PCA Case No. 2015-38.

OECD Investment Committee, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures* (2005).

*Schindler Holding AG (Switzerland) v. Republic of Korea*, PCA Case No. 2019-44.

[국문초록]

한국 투자협정상 중재절차의 투명성 연구

국제투자중재는 국가의 공공정책을 다루고 여러 이해관계자에게 상당한 영향을 주어서, 중재절차의 투명성이 요구되고 있다. 이러한 중재절차의 투명성이 올라가면, 적법성, 일관성, 민주적 가치 등을 높이는 등 긍정적 영향을 줄 수 있다. 다만 중재절차의 투명성을 증진하는 과정에서 당사자의 의사에 반할 수 있고, 중재절차의 효율성을 떨어뜨릴 수 있으며, 정치적 논란도 초래할 수 있으므로 주의가 필요하다. 한국에서도 론스타 사건을 계기로 중재절차의 투명성 문제가 부상한 만큼, 한국 투자협정상 중재절차의 투명성을 연구해보는 것은 의미가 있다.

우선 한국의 투자협정상 중재절차의 투명성 현황을 살펴보면, 한국이 체결한 BIT에서는 ‘중재절차의 투명성’ 규정을 두고 있지 않고, UNCITRAL 투명성 규칙이 적용되는 2013년 UNCITRAL 중재규칙도 수용하고 있지 않다. 또한 한국이 체결한 FTA 투자챕터에서는 일부는 ‘중재절차의 투명성’ 규정을 마련하고 있고, ‘외부조언자’, ‘전문가 보고서’, ‘비분쟁 당사자의 의견 제출’ 규정을 두고 있지만, 그렇지 못한 FTA 투자챕터가 더 많다. 특히 FTA 투자챕터도 2013년 UNCITRAL 중재규칙을 채택하고 있지 않다. 이를 종합할 때 한국은 투자협정상 중재절차의 투명성을 충분히 보장하고 있다고 평가하기 어렵다. 한국 정부는 이러한 중재절차의 투명성 조항을 법적 기초로 삼아 ISDS 사건 관련 정보를 공개하고 있다. 한국 정부가 엘리엇 사건, 메이슨 사건처럼 정보를 충분히 제공하기도 하지만, 론스타 사건, 다야니 사건과 같은 상당수의 사건에 대해서는 투자협정상 정보를 제대로 공개하지 못하고 있다.

다음으로 한국 국내법체계상 중재절차의 투명성 관련 내용을 분석하면, 민사소송법 등 한국 국내법에서는 법률은 문서 공개, 절차 참여, 의견 제출과 관련하여 판결 공개, 재판 심리, 소송기록 열람, 참고인 진술 등을 규율하고 있다. 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제2호(‘외교관계에 관한 사항’)는 한국 ISDS 사건 정보공개 청구와 관련해서 비공개 사유로 활용될 수 있다. 특히 론스타 외교부장관, 국제청장 사건에서는 이 조항을 근거로 중재신청서를 비공개대상정보로 판단했다.

앞서 살펴본 내용을 바탕으로 한국의 중재절차 투명성을 증진 방안을 검토하였다. 한국은 UNCITRAL 투명성 규칙 및 모리셔스 투명성 협약을 수용하는 방안을 채택하기는 어렵다. 이 방안은 증인진술서, 전문가 보고서, 증거목록까지 공개하도록 하여, 중재절차의 진행을 어렵게 만들고 당사자의 의사에 어긋날 수 있다. 이 방안을 한국의 국내법체계와 비교해 봐도, 중재절차의 투명성이 적용되는 범위가 과도하게 넓다. 결국 한국은 장기적으로 투자협정의 제·개정을 통하여 중재절차의 투명성을 높여나가면서, 개정 ICSID 중재규칙을 수용해 나가야 할 것이다. 투자협정의 제·개정 방안은 한국이 수용할 수 있는 중재절차의 투명성을 직접 정할 수 있지만, 오랜 시간이 소요되거나 상대국의 의사에 반할 수 있다. 개정 ICSID 중재규칙은 중재절차의 투명성을 높이면서도, 그 부작용을 최소화했다고 평가할 수 있다. 한국은 2022년 초 채택될 개정 ICSID 중재규칙을 중재절차의 투명성을 높이는 데 적극적으로 활용할 필요가 있다.

## 주제어

중재절차의 투명성, BIT, FTA 투자챕터, 론스타 사건, 투자협정의 제·개정, UNCITRAL 투명성 규칙, 모리셔스 투명성 협약, 개정 ICSID 중재규칙

[Abstract]

## A Study on the Transparency of Arbitral Proceedings under Investment Treaties in Korea

Paek Ji Yeol

International investment arbitration addresses public policies of the countries involved, and has significant effect on various stakeholders. As such, transparency is one of the key requirements for these arbitral proceedings. Enhanced transparency of arbitral proceedings offers many benefits including the promotion of legality, consistency, and democratic values. Caution is advised, however, while promoting the transparency of arbitral proceedings, as the efforts may go against the arbitral parties' intentions, undermine the efficiency of the proceedings, and cause political controversies. In Korea, the issue of arbitral transparency surfaced after the Lone Star case hit the country's headlines. As such, it would be meaningful to study the transparency of arbitral proceedings under investment treaties in Korea.

As for the current status of transparency of arbitral proceedings under investment treaties Korea, the bilateral investment treaties (BITs) signed by Korea do not have provisions on 'transparency of arbitral proceedings.' Nor do they incorporate the 2013 United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules, to which the UNCITRAL Transparency Rules apply. In addition, while Korea included provisions on 'transparency of arbitral proceedings' 'amicus curiae,' 'expert reports,' and 'submission by a non-disputing party,' in the investment chapters of some free trade agreements (FTAs), a larger number of the country's FTAs do not have such provisions. Furthermore, none of the Korean FTAs refer to the 2013 UNCITRAL Arbitration Rules. Given these facts, Korea is hardly a country that offers full transparency of its investment arbitration proceedings. Provisions on the transparency of arbitral proceedings form the legal foundation for the Korean government's publication of information on investor state dispute settlement (ISDS) cases. The Korean government has made sufficient information available for cases such as the Elliot and the Mason case.

However, in other cases such as the Lone Star case and the Dayyani case, the government was prevented from full disclosure by the relevant investment treaties.

The following paragraphs analyze provisions on arbitral transparency in the Korean legal system. Many Korean laws including the Civil Procedure Act provide for disclosure of court judgments, trials, perusal of litigation records, and statement of relevant witnesses. Article 9 (1) 2 (information pertaining to diplomatic relations) of the Official Information Disclosure Act can be used as a ground for non-disclosure against disclosure claim in ISDS cases involving Korea. In fact, the same provision provided the legal ground for the non-disclosure of notice of arbitration in the Lone Star, Minister of Foreign Affairs, and National Tax Service Commissioner cases.

Based on the findings explained above, this study explores ways to promote transparency of arbitral proceedings in Korea. Adopting the UNCITRAL Transparency Rules and the Mauritius Convention on Transparency is not a readily available option for Korea. The rules and the convention require states to disclose witness statements, expert reports, and even tables listing all exhibits, which may disrupt arbitral proceedings and may be inconsistent with the intentions of the parties. A comparison with the Korean legal system indicates that the scope of arbitral transparency under the rules and convention is excessively broad. Consequently, Korea needs to improve the transparency of its arbitral proceedings by joining and revising investment treaties in the long-term, all the while adopting the revised International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Rules. However, while the enactment and revision of investment treaties may allow Korea to set the degree of transparency of arbitral proceedings acceptable to Korea, it may take prolonged time and go against the intentions of the counterparties. The revised ICSID Arbitration Rules seem to promote arbitral transparency while minimizing the negative side effects. The revised ICSID Arbitration Rules are scheduled for adoption in early 2022. Korea needs to actively utilize the rules to enhance the transparency of arbitral proceedings.

**Key words**

Transparency of arbitral proceedings, BIT, FTA investment chapters, Lone Star case, Enactment and revision of investment treaties, UNCITRAL Transparency Rules, Mauritius Convention on Transparency, Revised ICSID Arbitration Rules

# 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, 위의 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 부등문자로 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 생각해 보도록 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 가져다 주는 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 책임감경인지 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 인정여부가 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 운송인책임감금금지 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 운송인책임감금지원칙의 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 운송인책임감금지원칙을 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 운송인책임감금지원칙에 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 간이한 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 동의의 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

## 2021년 제54차 UNCITRAL 본회의 동향

법무부 국제법무과 사무관 최 승 은  
법무부 국제법무과 전문위원 임 세 영

### I. 회의 개요

국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL) 제54차 본회의(Commission)는 2021. 6. 27. ~ 7. 15. 동안 오스트리아 빈 국제센터에서 대면과 화상회의를 병행하는 하이브리드 방식으로 진행되었다.

이번 제54차 회의에서는 2019년 제53차 본회의 이후 진행된 각 실무작업반 논의 경과 보고 및 결과물(입법지침 등) 채택, 실무작업반의 미래 의제 선정 및 기타 국제상거래법 이슈(코로나-19, 기후변화 등)에 대한 토론 등이 이루어졌다.

주요 논의 내용 및 특이 사항은 다음과 같다.

### II. 채택 문서

#### 1. UNCITRAL Limited Liability Enterprise 입법지침 채택(제1 실무작업반)

#### 가. 논의 경과 및 결과 요지

UNCITRAL Limited Liability Enterprise UNCITRAL 유한책임회사, 이하 ‘LLE’라 함)을 위한 입법지침(이하 ‘입법지침’이라 함) 제정 논의는 소규모기업 활성화를 목표로 2014년 제1실무작업반에서 처음 시작된 이래로 총 35차례의 회의가 있었다.

이번 본회의 직전, 지난 제35차 작업반 회의에서 정리되지 못한 잔여 쟁점 논의를 위해 별도의 전체위원회(Committee of Whole) 설치가 결정되었고, 해당 전체위원회에서의 논의 결과를 반영한 문서가 본회의에 제출되어 최종적으로 채택하였다.

이번에 채택된 입법지침은 아직 소규모 기업에 유한책임 법리를 적용하는 것이 낫선 국가들에게는 입법 과정에 큰 도움을 주리라 판단된다. 우리나라의 경우, LLE와 유사한 유한책임회사가 이미 존재하며 입법지침의 내용 역시 국내 법제와 크게 다르지 않아 우리 실무에 있어 유의미한 참

고자료로 활용할 수 있을 것으로 보인다.

제1실무작업반의 다음 작업으로는 신규 주제인 중소기업에 대한 신용공여(Access to credit for MSMEs) 논의를 시작할 예정이며, 위원회가 사무국에 LLE를 위한 표준 정관(Model Organization Rule) 작성을 지시함에 따라 표준 정관에 대한 검토도 병행할 것으로 보인다.

#### 나. 주요 쟁점

전체위원회는 그간 실무작업반에서 합의된 대로 권고안의 내용을 유지하되, 권고안에 대한 해설의 표현을 명확히 하거나 불필요한 부분을 삭제하는 등 마무리 작업을 진행하였다.

먼저, 임시로 사용되던 ‘UNCITRAL Limited Liability Organization (UNLLO)’ 대신 LLE(Limited Liability Enterprise)를 정식 명칭으로 사용하기로 결정하였다.

LLE의 경영사항 일체에 대해 만장일치의 의결이 필요하다는 내용의 제77문단은 만장일치 의결 필요 사항의 범위를 ‘LLE 경영에 필수적인 사항(essential aspects of the operation of an LLE)’으로 수정함으로써 그 취지를 더욱 분명히 하였다.

사원들 상호간에 신의성실의무(fiduciary duty)를 부담하도록 정관(organization rule)

에서 정할 수 있다는 제99문단에서, “사원이 유한책임을 포기할 수 있다(or whether they should forego limited liability protection)”는 부분은 유한책임을 핵심으로 하는 LLE 제도에 반한다는 지적에 따라 이를 삭제하였다.

제130문단은 퇴출된 사원의 권리에 대해 반드시 완전한 정산이 이루어져야 하는 것은 아니라고 실시할 뿐 별도의 추가 설명이 없어 그 의미가 불분명하다는 지적이 있었던 바, LLE가 퇴출된 사원에 대하여 상계권을 갖는 등의 경우에는 퇴출된 사원의 권리에 대하여 완전한 정산이 이루어지지 않을 수도 있다는 내용으로 보다 구체화하였다.

## 2. UNCITRAL 조정규칙 등 조정 관련 규범 채택(제2실무작업반)

### 가. 논의 경과 및 결과 요지

UNCITRAL이 2015년 조정제도 활성화를 위한 조정 프로젝트를 시작한 이래로 조정 결과에 집행력을 부여하는 싱가포르 조정협약, 국제상사조정 및 국제화해합의에 관한 UNCITRAL 모델법(이하 ‘국제상사조정 모델법’이라 함)이 채택되는 등 조정에 관한 국제거래규범에 많은 변화가 있었다.

제2실무작업반은 그 후속 작업으로 i) 위 1980년 제정 UNCITRAL 조정규칙(UNCITRAL Mediation Rules, 개정 전 명칭은 UNCITRAL Conciliation Rule)을 그간의 조정제도 변화에 맞춰 개정하고, ii) 조정 에 관한 주석(UNCITRAL Notes on Mediation)을 마련하였다.

나아가 iii) 각국의 국제상사조정 모델법 채택을 장려하기 위해 “국제상사조정 모델 법의 입법 및 사용에 관한 지침(A Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation)” 작성 작업도 진행해왔다.

이번에 개정된 UNCITRAL 조정규칙은 1980년도 제정된 UNCITRAL Conciliation Rule에 싱가포르조정협약의 내용, 조정과 관련된 새로운 동향 등을 반영한 것이다.

이번 본회의에서는 조정에 관한 위 3건의 문서에 대한 논의를 마무리하고, 일부 조항들을 수정하여 채택하였다.

이번 회의에서 채택된 조정규칙, 주석, 입법지침 등은 각국 정부가 조정 법제를 마련하고, 각국 조정기관이 사용하는 조정 규칙을 개선하는데 유용한 참고자료가 될 것으로 보인다.

## 나. 주요 내용

### (1) UNCITRAL 조정규칙 채택

UNCITRAL 조정규칙 개정안(이하 ‘규칙안’이라 함) 제3조 제5항이 조정인 선정 시 ‘성별의 다양성(gender diversity)’을 고려하여야 한다고 규정한 것을 ‘조정인의 성별(gender of the candidates)’을 고려하여야 한다는 것으로 수정하였다.

규칙안 제9조(a)는 당사자가 화해합의(settlement agreement)에 서명하는 경우에는 화해합의가 이루어진 날짜에 조정이 종료된다고 규정하고 있으나, 당사자가 화해합의의 발효 시점을 별도로 지정하는 등 다양하게 활용할 수 있도록 “당사자 합의로 화해합의에서 정한 일자(or such other date as agreed by the parties in the settlement agreement)”라는 옵션을 추가하였다.

규칙안 제12조에서 조정인이 당사자의 동의를 없는 한 다른 절차에서 중재인, 한 쪽 당사자의 대리인이나 변호인이 되는 것을 금지하고 있음과 관련하여, 중재인과 달리 대리인이나 변호인이 되는 것은 당사자 동의가 있더라도 금지해야 한다는 지적을 반영하여 해당 부분을 수정하였다.

모델 조정 조항(model mediation clause)이 “조정지(place of mediation)”라는 표현을 사용하고 있으나, 중재의 경우와 달리 심

가포르조정협약 등 조정 관련 규범에서는 조정지라는 법적 개념을 상정하지 않는 점을 고려하여 이를 “조정 장소(location on mediation)”로 수정하였다.

한편, 중재규칙에 중재인의 독립성 진술에 관한 표준 문언을 두는 것과 마찬가지로 조정규칙에도 조정인의 공정성 및 독립성 진술 문언을 부록(annex)에 추가하기로 합의하였다.

### (2) UNCITRAL 조정에 관한 주석 채택

조정인 보수 지급에 관하여 “조정인 보수는 조정의 결과나 분쟁 금액에 따라 산정되거나 별도로 산정될 수 있다. 나아가 당사자들은 처음부터 조정 결과와 무관하게 조정인에게 보수를 지급하는 것에 합의하여야 한다(The fee of the mediator may or may not be dependent on the outcome of the mediation or the amount in dispute. Furthermore, the parties should agree from the outset that the mediator will be paid regardless of the outcome)”라는 문구를 추가하였다.

기존 문안에는 투자자-국가 간 분쟁해결절차(ISDS)에서의 조정 활용에 대한 내용이 포함되어 있었으나 이는 제3실무작업반에서 논의하여야 할 사안이라는 의견에 따라 삭제하였다.

### (3) 국제상사조정 모델법의 입법 및 사용에 관한 지침 채택

제164문단 중 “권한 당국이 조정 결과의 승인·집행을 거절하면서 공공정책을 근거로 삼는 경우, 유연성이라는 조정의 특성을 고려하여야 한다”는 부분은 일부 견해일 뿐이며 불필요하다는 의견에 따라 삭제하였다.

## 3. UNCITRAL 신속중재규칙 채택 (제2실무작업반)

### 가. 논의 경과 및 결과 요지

UNCITRAL 신속중재에 관한 규칙(이하 ‘신속중재규칙’이라 함)에 대한 논의는 저비용의 신속한 중재제도 도입을 목표로 2019년 상반기 제2실무작업반 회의에서 처음 시작된 이래로 총 5차례 회의가 있었고 2021년 상반기에 논의가 마무리되었다.

이번 본회의에서는 △잔여 쟁점인 신속중재규칙 초안(이하 ‘규칙안’이라 함) 제16조에 대한 논의를 마무리하였고, △그 외 나머지 조문에 대한 회원국 간 이견이 없음을 확인한 후 신속중재규칙을 채택하였으며, △신속중재규칙에 관한 주해(Explanatory Note, 이하 ‘주해’라 함)를 원칙적으로 승인하되 마무리 작업은 제2실무작업반에 위임하기로 하였다.

아울러 위원회는 신속중재규칙을 즉시 발간하지 않고 2021년 하반기 중 주해가 완성되는 때에 주해와 함께 공식 발간하기로 결정하였다.

#### 나. 주요 내용

안 제16조는 중재판정이 내려져야 할 시한을 규정하고 있다. 그간 실무작업반 회의에서는 신속한 판정을 담보하기 위하여 판정 시한을 초과하는 연장을 절대적으로 금지하여야 한다는 입장과 예외적으로 허용하여야 한다는 입장이 대립되어 왔다. 예외적 허용을 주장하는 측은 연장 불가능한 시한을 둘 경우 중재판정부가 판정 문안 정리를 위해 필요한 시간 등 경미한 수준의 도과조차도 절차적인 하자로 보아 중재판정의 효력에 영향을 줄 위험이 있다는 점을 근거로 하였다.

논의 결과, 중재판정부에 의한 무분별한 절차 연장을 막기 위해서 판정 시한을 두어야 한다는 점에 대해서는 공감대가 형성되었으며, 다만 대다수 회원국들은 판정의 효력이 부정될 위험성을 제거하기 위해 최소한의 안전장치(safety valve)를 마련해야 한다는 점에 동의하였다.

이와 같은 맥락에서 당사자가 달리 합의하지 않는 한 판정 시한을 중재판정부 구성 후 6개월로 결정하였고, 예외적인 상황

(unexceptional circumstance)에서는 9개월까지 연장 가능하다는 안에 합의하였다(안 제16조 제1항 및 제2항).

1회 연장시 3개월 연장이 가능하도록 하고 연장 횟수에 제한을 두는 방안도 제시되었으나, 연장 횟수나 기간은 중재판정부와 당사자가 사건 진행 상황을 고려하여 결정해야 한다는 이유로 채택되지 않았다.

판정 시한인 9개월을 초과한 연장은 엄격한 요건 하에서만 가능하도록 하였다. 구체적으로는 i) 판정을 시한 내 선고하기 어려운 예외적 상황에서, ii) 중재판정부가 연장 기간 및 이유를 제시하고, iii) 당사자 쌍방의 동의하에 가능하도록 하였다(안 제16조 제3항).

같은 조 제3항에 따르면 어느 한 당사자가 반대할 경우에는 연장이 어렵다는 지적이 있었으나, 이 경우 연장을 원하는 당사자 일방은 안 제2조 제2항에 근거하여 중재판정부에 신속중재절차를 중단하고 일반중재절차로 회부해 달라는 신청을 함으로써 연장이 가능하다는 반론이 있었다. 논의 결과, 판정 시한 연장을 위해 안 제2조 제2항에 따른 신청이 가능하다는 내용을 안 제16조 제4항으로 추가하기로 하였다.

아울러 연장에 대한 합의 유무에 대한

다툼을 방지하기 위해 “연장은 당사자 쌍방이 정해진 기간 내에 연장 제안에 명시적으로 동의하는 경우에 한하여 채택 가능하다(The extension shall be adopted only if all parties express their agreement to the proposal within the fixed period of time)”는 표현을 추가하였다.

신속중재규칙을 채택한 후에는 주해에 관한 논의를 진행하였다. 논의 결과, △적법절차의 중요성 강조, △규칙 전반에 등장하는 “Consultation(협의)”의 의미 명확화, △본안 전 항변 및 선결적 결정(Early dismissal and preliminary determination)에 관한 내용 삭제 등의 의견에 대해 상당수 회원국들이 지지를 표하였다. 제2실무작업반은 이번 논의 내용을 토대로 2021년 하반기에 주해의 최종 마무리 작업을 진행할 예정이다.

### 3. 소규모기업의 도산절차(간이도산절차)에 관한 입법지침(제5실무작업반)

#### 가. 논의 경과 및 결과 요지

이번 본회의에는 지난 제58차 제5실무작업반 회의까지 논의된 내용이 반영된 「규모 기업의 도산법에 관한 입법지침(Legislative Guide on Insolvency law for

Micro and Small Enterprises)」 초안(이하 ‘지침 초안’이라 함)이 제출되었다. 그 중 권고(Recommendation) 부분의 채택과 주석(Commentary) 부분에 대한 원칙적 승인이 작업반으로부터 요청되었다.

#### 나. 주요 내용

##### (1) 지침 채택 방식

지침 초안의 채택 방식과 관련하여, 일부 국가들은 이번 입법지침과 같은 문서가 그 전체 또는 일부의 채택을 목적으로 본회의에 회부되거나 의견수렴을 위해 국가 및 유관기구에 제출되는 경우 사무국이 통합 문서를 마련하여 회부 또는 회람해야 한다고 지적하였다. 이는 이번 본회의에 제출된 주석 관련 문서가 주석 문안 전체를 다루지 않고, 성안이 완료된 권고 부분과 연동하여 수정된 사항들만 발췌하여 비롯된 문제였다. 즉, 통합 문서를 마련하여 작업반 회의에서 다시 검토하여 성안하여야 한다는 취지였다. 그러나 대다수 국가들은 직전 실무작업반 회의에서 합의된 바와 같이 이번 본회의에서 지침 초안이 채택 및 원칙적 승인되어야 한다는 입장이었다. 이는 팬데믹으로 인한 소규모기업들의 재정적 위기가 임박하였음을 고려할 때 신속히 성안이 완료되어 각국이 활용할 수 있어야 한다는 필요성에 근거한 것이다.

(2) 지침 배포 형태

사무국은 우선 이번 입법지침을 기존의 UNCITRAL 도산법 입법지침에 포함할 뿐만 아니라 UNCITRAL 중소기업(MSMEs) 시리즈의 하나로 구성하여 배포할 것을 제안하였고, 대다수 회원국들은 이를 지지하였다. 기존 입법지침의 일부로 편입됨으로 인해 발생할 수 있는 이용상의 불편 등은 용어사전, 색인목록 등을 통해 해소하고, 본문 구성 방법을 현재의 초안과 달리하여 가독성을 높이는 방법이 논의되었다. 또한 이번 지침이 소규모기업(MSEs)의 개념 정의를 직접 내리지 않고 각 국내법에 맡겨 두었음을 감안하여 다른 UNCITRAL 중소기업 시리즈 규범과의 적절한 연결점을 만들 것이 제안되었다. 특히 이번 지침 초안은 중규모기업(*medium-sized enterprises*)을 적용 대상에서 배제하였기 때문에 (중규모 기업도 함께 다루고 있는) 다른 UNCITRAL 중소기업 시리즈와의 관계에서 적용 범위의 혼선이 초래될 수 있다는 우려가 제기되었다.

(3) 지침의 권고(Recommendation) 부분에 대한 논의 내용

권고 부분은 본회의에 제출된 문안이 그

대로 채택되었다. 다만 “절차 개시 전의 구제 금융”에 대한 권고안 제107조와 관련하여, 채무자에게 일정한 요건 구비를 요구하는 등의 ‘안전장치’를 신설하자는 의견이 제시되었으나, 논의 결과 권고 본문이 아닌 주석에 관련 내용을 두는 것으로 합의되었다. 소규모기업 채무자의 의사에 반하여 간이도산절차의 개시를 신청하기 위한 채권자의 수적 요건으로 2인 이상이 필요하다는 의견도 있었으나 별다른 지지를 얻지는 못하였다.

(4) 지침의 주석 부분에 대한 논의 내용

‘의제승인’에 관한 주석(279번 문단)과 관련하여, “World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (2021)”(이하 ‘세계은행 도산 원칙’)에 소규모기업의 도산에 관한 조항들이 신설되었음이 이번 입법지침과의 연관성과 함께 소개되었다. 세계은행은 각 국가가 채권자의 표결 요건을 유지함에 있어 개정된 세계은행 도산 원칙<sup>1)</sup>에 따를 수 있다는 취지의 수정 문안을 제안하였는데, 이는 UNCITRAL 문서와 세계은행 도산 원칙 간의 불일치가 UNCITRAL 문서를 통일된 ICR 기준(ICR Standard)<sup>2)</sup>의 일부로 소개하고 활용함에 있어 부정적으로 작용할

1) 개정된 세계은행 도산 원칙은 각 국내법이 회생계획을 적절히 통지받은 채권자의 ‘침묵’ 또는 ‘반대 표시의 부존재’를 그 회생계획에 대한 승인으로 간주하는 것과 같이 도산절차 상의 표결 요건을 간이화하도록 하였다.

수 있다는 점에 근거한다. 최종적으로 이러한 논의 내용은 각주로 추가하고 279번 문단은 원래 문안대로 원칙적 승인을 하는 것으로 결정되었다.

### (5) 기타 사항

이번 입법지침은 코로나 이후 경제 회복 과정에서 중요한 의미를 갖는다는 점이 회의 과정 전반에서 강조되었다.

그리고 논의 과정에서 수정 문안 및 채택 방식의 변경 등이 여러 차례 제시되었으나, 대다수 국가들은 실무작업반에서 도출된 합의 결과를 존중하고 지침 초안의 내용이 팬데믹과 관련하여 갖는 시의성 및 중요도를 고려하여 현재 문안을 유지하고 ‘권고의 채택 및 주식의 원칙적 승인’을 지지하였다.

의장은 각국 의견이 반영된 지침 초안 및 결과보고서, 본회의 결정문 초안을 회람하였고, 묵시적 동의 절차(silence procedure)를 통해 동 문서들에 대한 최종 합의가 도출되었다. 이번 본회의에서 채택된 권고 부분 외에, 주식 부분의 잔여 쟁점은 2021. 12. 열릴 제59차 작업반 회의에서 검

토를 완료하고 이를 2022년 제55차 본회의에 제출하여 최종 채택할 것인지 여부도 결정할 예정이다.

## III. 미래 의제 : 향후 작업반 논의 계획

### 1. 도산절차의 준거법 및 민사적 재산 추적·회복(civil asset tracing and recovery and applicable law in insolvency proceeding)

사무국은 “민사적 재산 추적 및 회복”<sup>3)</sup>의 차기 실무작업반 주제 채택 여부는 “도산절차에 대한 준거법”에 관한 콜로키움 결과 논의 시까지 유보하기로 하였음을 상기하면서, 2020. 12. 11. 비엔나에서 개최된 “도산절차에 대한 준거법”에 관한 콜로키움 결과를 보고하였다.

“도산절차에 대한 준거법”에 대하여, 이 주제가 국내법과의 관계 측면에서 활발히 연구되어 왔다는 점 등을 근거로 하여 관련 논의를 선행할 것이 제안되었다. 이 주제는 EU 회원국들의 광범위한 지지를 받

2) ICR Standard (Insolvency and Creditor Rights Standard): 세계은행과 UNCITRAL이 국내 도산 및 채권자 권리 보호 시스템을 평가하고 강화하기 위한 실무 체계에 관하여 국제적 합의를 도출한 결과물이다. 세계은행의 도산 관련 원칙(World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes)과 UNCITRAL 도산법 입법지침으로 구성된다.

3) 2019. 12. 6. 비엔나에서 개최된 “민사적 재산 추적 및 회복”에 대한 콜로키움 결과는 제53차 회의에서 보고되었다.

는 주제이기도 하다. 이와 달리 지난 두 차례 콜로키움 모두 성공적이었으므로 “도산절차에 대한 준거법”과 “민사적 재산 추적 및 회복”에 대한 논의를 동시 진행하자는 의견도 제시되었다.

대다수 회원국들은 두 주제에 대한 병렬적인 논의 진행에 동의하였으나, 일부는 “민사적 재산 추적 및 회복”에 대해 논의할 경우 그 범위를 국제도산절차에 한정할 것을 요구하였고, 특히 이러한 범위 제한에 관한 언급이 보고서에 반영되어야 한다고 주장하였다. 그러나 다른 국가들은 논의의 범위를 미리 제한적으로 설정하는 것에 반대하였다. 작업 결과에 따라 다른 분야에도 유용한 성과가 도출될 수 있는 점과 논의 시작 전에 미리 작업 범위가 확대되는 것을 차단하는 것이 적절하지 않고 비현실적임을 지적하였다. 대신 국제도산절차에 관한 사항을 우선적으로 논의할 것을 제안하였다.

또한 “민사적 재산 추적 및 회복”주제의 작업 결과물에 관하여 ‘모델법’ 형태를 채택하자는 의견이 있었으나, 일부 국가들은 ‘입법지침’과 같은 연성규범 형태로도 결과물 도출이 가능하다고 주장하였다. 결국 작업 결과물의 형태는 추후 다시 논의하기로 하였다.

논의 결과, 제5실무작업반의 장래 작업

과제로 “민사적 재산 추적 및 회복”과 “도산절차에 대한 준거법” 모두가 선정되었으며, 제5실무작업반이 현재 논의 중인 소규모기업의 도산절차에 관한 입법 지침에 대한 논의가 마무리되는 대로, 새로운 논의를 시작하기로 결정하였다. 또한 두 주제가 제5실무작업반 내에서 작업 진행 방식 및 순서 측면에서 동등한 비중으로 다루어져야 함이 강조되었다.

## 2. 창고증권(warehouse receipts)

사무국은 우선 2020년 제53차 본회의에서 창고증권과 관련하여 모델법으로 규율 가능한 내용의 범위 및 UNIDROIT와의 공동 작업에 대한 승인이 이루어진 바 있음을 설명하였고, 이후의 진행 경과로서 온라인 영상 회의 방식으로 이루어진 UNIDROIT와의 두 차례 실무작업반 (UNIDROIT와 UNCITRAL의 공동 작업반) 회의 결과를 보고하였다. 지난 두 차례의 실무작업반 회의에서는 UNIDROIT가 마련한 창고증권 모델법 초안 규정에 대해 논의하였으며, 세 번째 회의는 2021. 9. 1. ~ 3. 예정되어 있음을 알렸다.

특히 이번 본회의에서는 창고증권에 관한 통일적인 규범 조항을 마련하는 작업에는 법 이론 간 차이점과 다양한 사법시스템에서의 실무 관행을 존중하는 중립적이

고도 기능적인 접근법이 요구된다는 점이 주목되었다.

이에 의장은 실무작업반에서 이와 같은 과제의 중요성을 충분히 고려하고 대다수가 수용할 수 있는 방안을 마련하기 위해서는 충분한 시간이 부여될 필요성이 있다는 것을 인정하였다. 이와 관련하여 구체적으로 실무작업반은 UNIDROIT 집행이사회에 모델법 초안을 제출하기 전까지 2회 이상의 회의가 필요하다고 보고하였다.

### 3. 양도성 복합운송증권(negotiable multi-modal transport documents)

이 주제에 대한 논의를 제안한 중국은 △철도와 결합된 국제적 복합운송 거래를 활성화하고 △국제적 복합운송 시 책임 관계 및 그 증권의 디지털화(비실물화)에 관한 국내법상 흠결을 보완할 수 있음을 설명하며 동 주제 선정의 필요성을 강조하였다.

사무국은 2021. 2. 2. ~ 3. 온라인으로 열린 전문가 그룹 미팅과 2021. 4. 13. ~ 14. 개최된 “양도성 복합운송증권의 비실물화(dematerialization)에 대한 국제적 경험”에 관한 웨비나 등 사전 작업 결과를 보고하였다. 사무국은 국제 교역 및 개발도상국의 경제적 성장을 위해서는 양도성 운송증권에 대한 국가 간 법적 승인이 중요하다

는 점을 인정하면서도, 실무작업반 과제로 지정하기에 앞서 우선 현존하는 국제 물품 운송에 관한 협약과의 조화를 검토하고 동 주제에 대한 사전 논의 작업을 다양한 국제기구와 함께 진행할 것을 제안하였다.

새로운 운송증권의 도입은 무역 거래 비용을 절감할 것이라는 점에서 동 주제 선정을 지지하는 회원국도 있었으나, 증권의 책임 체계 등에 관한 국내법과의 부조화 가능성 및 관련 논의가 아직 충분히 구체화 되지 않은 점 등을 근거로 당장 실무작업반 과제로 선정하기는 어렵다는 사무국의견에 동의하는 회원국도 상당수 존재하였다.

논의 결과, 다음 제55차 본회의에서 양도성 복합운송증권에 관한 신규 문서의 예비 초안 및 관련 진행 상황을 보고할 것이 사무국에 요청되었다. 또한 실무작업반 신규과제 지정 시 동 주제에 우선순위를 부여하기로 결정하였다.

### 4. 디지털 경제[legal issues related to the digital economy (including dispute resolution)]

#### 가. 논의 현황

사무국은 그동안 새로이 출현하는 기술 및 그 활용에 관한 법적 개념 정의·법적

분류 체계(legal taxonomy) 개발을 위한 노력과 기존 UNCITRAL 논의 체계로의 편입·수용 준비 과정을 보고해왔다. 특히, 향후 블록체인과 같은 분산원장을 포함한 시스템 체계, 디지털 경제 환경(digital economy), 디지털 거래(digital transaction)와 관련된 법적 이슈를 연구하는 데에도 동일한 방법론이 활용될 수 있다는 점과 이러한 작업을 통해 UNCITRAL이 UN 내에서의 관련 논의 시 중추적인 역할을 수행할 수 있다는 점을 설명하였다.

이에 본회의는 사무국이 관련 국제기구와의 협력 하에 디지털 경제와 관련한 법적 개념 정의 및 분류 체계(legal taxonomy)에 대해 작업을 지속할 것을 승인하였다.

#### 나. 디지털 경제 환경에서의 분쟁해결 절차(dispute resolution in the digital economy)

본회의는 디지털 환경에서의 분쟁해결에 관한 사무국 활동 보고서 및 관련하여 제시된 의견들에 대한 검토를 진행하였다.

먼저 온라인 분쟁해결 플랫폼과 관련하여서는 홍콩 법무부와의 협력이 지속적으로 필요하다는 것에 광범위한 지지가 형성되었다.

그리고 이 이슈에 대한 현황 점검과 관

련하여, 사무국의 관련 정보 축적, 분석 및 공유 역할에 대다수 회원국들이 동의하며 관련 쟁점들이 신중하게 검토될 필요가 있음을 언급하였다. 예를 들어 디지털 증거의 보존 및 그에 대한 접근성, 원격 청문절차의 타당성, 전통적인 법원 재판과 중재 절차 간의 관계 등이 관련 현황 점검(stocktaking) 과정에서 검토되어야 할 내용이다. 아울러 그 과정에서 분쟁해결절차의 디지털화(digitalization)로 인한 긍정적인 영향과 부정적인 측면이 모두 고려되어야 한다는 것이 강조되었는데, 특히 분쟁해결절차의 기본 대원칙인 적법절차 원칙(due process), 공평·공정성(fairness)이 디지털화 과정에서 어떤 영향을 받을 것인지가 중요한 쟁점으로 언급되었다.

일본은 위 현황 점검의 수행을 위해 기존의 분담비 외에 추가적인 재정 지원을 할 의사가 있음을 밝히고 이를 사무국에 정식으로 제안하였다. 일본은 ‘디지털 경제에서의 분쟁해결(Dispute Resolution in the Digital Economy, DRDE)’이 2022년 제2 실무작업반에서 논의되길 희망하였다. 미국, 체코, 싱가포르, 이스라엘 등 다수의 회원국이 일본의 제안대로 DRDE에 대한 사전 현상 점검과 2022년 제2작업반에서의 논의 작업을 지지하였다.

본회의 의장은 위와 같은 일본의 재정

지원 제안에 사의를 표명하고, 제2실무작업반에서 DRDE에 대한 콜로키움을 구성하기로 결정하였다. 이 콜로키움에서 ① 새로운 기술과 관련된 분쟁해결절차의 모델 규정, ② 분쟁해결절차 메커니즘이 내재된 온라인 플랫폼 및 분쟁해결에 중점을 둔 온라인 플랫폼에 적용 가능한 법적 기준, ③ 분쟁해결절차에서의 기술 활용에 따른 영향 및 새로운 기술의 필요성, ④ 이와 같은 모든 관련 변화 속에서 국제분쟁해결절차의 핵심 원칙을 고수할 수 있는 방안 등에 대한 논의가 이루어질 수 있도록 하며, 그 결과 온라인 분쟁해결절차와 관련한 미래 의제 논의 시 충분한 정보가 제공될 수 있도록 할 것이 요청되었다.

#### 다. 인공지능의 이용 및 자동적 계약 체결(the use of artificial intelligence and automation in contracting)

사무국은 내년 상반기부터 제4실무작업반이 인공지능(AI), 스마트 계약(Smart contract), 자동적 계약 체결(automation in contracting)에 대해 논의하자는 제안이 있음을 밝혔다. 이 의견은 제4실무작업반이 전자상거래 관련 분과로서 현재 “신원인증 및 신뢰제공서비스(Id Management and Trust service)”를 다루고 있고 “디지털 거래”에 대해 사전 준비적 성격의 논의를 수행하는

등 전자적 거래와 관련한 작업을 이미 진행하고 있으므로 해당 실무작업반에서 논의하는 것이 적절하다는 점을 근거로 하였다.

다만 인공지능·자동적 계약 체결 및 데이터 거래에 관한 쟁점 및 관련 내용들을 좀 더 정리할 필요성 또한 언급되었다. 즉, 실무작업반에서 과제를 수행할 만큼 해당 과제에 대한 법적 개념과 분류 체계(legal taxonomy) 등이 명확히 정리되지 않았기 때문에, 실무작업반에서 과제를 수행하기 전에 콜로키움 또는 기타 방식을 통해 이 부분에 대한 심층적인 논의가 이루어져야 한다는 의견이 제시되었다. 또한 이러한 심층 논의 과정에는 회원국 대표 뿐만 아니라 관련 산업 부문 전문가들도 참여하는 것이 바람직하다는 의견이 존재하였다.

상당수 회원국들 역시 제4실무작업반에서 이 과제를 수행하여야 한다는 점과 아울러 콜로키움 또는 기타 사전 작업이 선행되어야 할 필요성에 대해 공감대를 형성하였다. 특히 콜로키움의 구성과 관련하여, 제4실무작업반이 해당 과제를 수행하는데 적절하지만, 현재의 실무작업반 구성원들이 인공지능·자동적 계약 체결 등에 관한 전문가라고 보기는 어려우므로 관련 전문가들로 새롭게 콜로키움을 구성해야 한다는 의견이 표명되었다. 다만 이러한 사전

작업이 과도한 개념론적 논의로 변질되어 비건설적 방식으로 전개될 수 있다는 점에 대한 우려가 존재하였다.

논의 결과, 제4실무작업반에서 해당 과제를 수행하며 사전 논의 작업이 필요하다고 언급되었던 부분들은 콜로키움이 아닌 실무작업반에서 직접 다루기로 결정되었다.

### 5. 코로나-19 관련 논의

이번 본회의에서는 코로나-19 관련 조치에 대한 국가별 사례 공유 목적의 온라인 웨비나가 성공적으로 개최(6.18)되었음을 확인하고, 이에 관한 추가 후속 작업(사례 공유 및 전문가 회의 개최 등)을 지속하기로 하였다.

많은 국가들은 코로나-19에 대한 법적 대응방안 관련 국가별 실무 사례를 공유할 수 있는 UNCITRAL 온라인 플랫폼 설립에 찬성하였으며, 플랫폼은 공개적이고 투명하며 이용자 친화적이어야 한다는 의견이 제시되었다.

## IV. 평가 및 전망

이번 제54차 본회의에서는 「유한책임회사를 위한 입법지침」 「국제상사조정

에 관한 UNCITRAL 모델법」, 「소규모기업 도산절차에 관한 입법지침(권고)」 등 다수의 실무작업반 논의 결과물이 완성·채택되었고 「UNCITRAL 조정규칙」이 30년 만에 개정되는 등 비교적 많은 성과가 있었다.

특히 조정 및 신속중재와 같이 분쟁해결절차에 관한 법적 문서들이 다수 채택되었다는 점이 주목할 만하다. 싱가포르 조정협약과 관련하여 UNCITRAL 조정규칙이 개정되었고 관련 주제에 대한 작업도 마무리를 앞두고 있어 근시일 내 많은 국가 및 유관기관들이 활용할 수 있을 것으로 보인다.

또한 코로나-19는 UNCITRAL에서의 국제규범 논의 동향에도 큰 영향을 미친 것으로 나타났다. 간이도산절차 및 온라인 분쟁해결 등은 과거에도 중요하게 다루어진 주제였는데, 코로나-19 이후 그 중요성이 더욱 크게 인식되었고 이에 대한 회원국들의 공감대 또한 공고히 형성되었다. 우리나라 역시 국내 현행법 및 향후 정책 방향 등을 고려하여 관련 논의 과정에 적극 참여할 필요가 있다고 생각된다. 즉, 관련 신규 문서들이 국내 현행법 및 실무와 조화되는 방향으로 마련될 수 있도록 함과 동시에, 유의미한 규범의 등장에 관해서는 국내 입법 및 제도화 여부에 대해 심도 있는 검토를 진행하여야 할 것이다.

실무작업반의 차기 작업과 관련하여서는 여러 주제들이 거론되었다. 해당 주제들 모두 수차례의 콜로키움 및 부대행사 등을 통해 사전 논의 작업이 이미 수행된 바 있으므로, 지금까지의 결과물을 바탕으로 우리나라가 어떤 입장을 취할 것인지 본격적인 검토를 시작할 때이다. 특히 양

도성 복합운송증권의 경우 인접 국가인 중국이 큰 관심을 갖고 추진 중인 사항이고 향후 국제 교역에 미칠 영향이 상당할 것으로 판단되므로 관련 논의 동향을 기민하게 살피고 유관기관 및 이해관계자들의 의견을 수렴하여 우리 대응 전략을 수립해야 할 것이다.

# 「통상법률」 연구윤리규정

2009. 6. 30 제정

## 제1장 전문

제1조(목적) 이 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 논문과 관련하여 논문의 저자, 편집위원, 심사위원 등이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 정함으로써 「통상법률」의 연구윤리를 제고하고 건전한 연구문화의 정착에 기여하는데 그 목적이 있다.

## 제2장 저자 등의 연구윤리

### 제1절 저자의 연구윤리

제2조(연구부정행위의 금지) 저자는 연구과제의 제안, 연구과제의 수행, 연구결과 등의 보고 및 발표 등에서 위조·변조·표절 등 연구부정행위(이하 부정행위)를 하여서는 안된다. 부정행위는 구체적으로 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 허구의 자료를 이용하는 등 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구과정 또는 연구자료 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형하거나 삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”은 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인이나 인용표시 없이 도용하는 행위를 말한다. 다만, 타인의 연구결과를 그 출처와 함께 인용하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. “부당한 논문저자 표시”라 함은 연구내용 또는 결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 정도에 따라 저자(역자)(단독연구의 경우)나 저자(역자)의 순서(공동연구의 경우)를 정확하게 표시하지 않는 행위를 말한다. 연구에 공헌이나 기여한 자에게 정당한 이유 없이 논문저자(역자) 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않는 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자(역자) 자격을 부여하여서는 아니된다. 다만, 연구나 저술에 대한 작은 기여가 있는 경우에는 이를 각주, 서문, 상의 등에서 감사를 적절하게 표한다.

5. 본인 또는 타인의 부정행위의 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제3조(연구결과에 대한 책임) 저자는 자신의 연구결과에 대하여 스스로 책임을 진다.

제4조(연구결과물의 중복게재 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 이전에 출판된 자신의 연구결과(출판예정이거나 출판심사 중인 연구결과 포함)를 새로운 연구결과인 것처럼 본 학술지에 투고하여서는 아니된다.

- ② 저자는 본 학술지에 투고한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 여타 학술지에 중복해서 투고하여서는 아니된다.

- ③ 투고 이전에 출판된 연구물(박사학위 논문 포함)의 일부를 사용하여 출판하고자 할 경우에는 학술지의 편집자에게 이전 출판에 대한 정보를 제공하고 편집자는 이에 대하여 중복게재나 이중출판에 해당하는지의 여부를 확인하여야 한다.

- ④ 저자가 연구물을 투고하는 경우에는 (별지1)의 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 작성하여 제출하여야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 투고 및 게재된 논문 등에 대하여는 본 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권에 동의한 것으로 간주한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 연구결과가 본 학술지에 게재된 이후 그 연구결과물의 재분석을 통한 검증을 목적으로 연구 자료를 요청하는 경우에는 연구 참여자에 대한 기밀이 보호되는 범위 내에서 자료를 제공할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 자는 오로지 당해 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 본 학술지의 편집위원장 및 그 저자의 사전 동의를 얻어야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 활용하고자 하는 경우에는 본 학술지가 정한 원고 투고 규정에 따라 정확하게 표시하여야 하며, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

- ② 개인적인 접촉을 통해 얻은 비공개 학술자료의 경우에는 이를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에 인용할 수 있다.

## 제2절 편집위원의 연구윤리

제7조(편집위원의 편집방법) ① 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재여부를 결정하여야 한다.

② 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문을, 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공평하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사위원에게 의뢰하여야 한다.

제8조(비공개 의무) 편집위원은 투고된 논문의 출판 여부가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니된다.

제9조(통지 의무) 편집위원은 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지하여야 한다.

## 제3절 심사위원의 연구윤리

제10조(심사위원의 심사방법) ① 심사위원은 저자의 전문지식인으로서의 독립성을 존중하여야 하며, 심사의견서에는 논문에 대한 자신의 견해를 밝히되 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 설명하여야 한다.

② 심사위원은 본 편집위원회가 의뢰하는 논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여야 하고 그 결과를 본 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하기에 책임자가 아니라고 판단될 때에는 본 편집위원회에 그 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.

③ 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 이 규정의 제4조 제1항 또는 제2항의 중복투고 등의 문제를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(객관적이고 공정한 심사의무) 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 개인적 학술신념과 저자와의 사적친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사하여야 한다. 심사자가 충분한 근거를 명시하지 않거나 심사자 본인의

관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구해서는 아니된다.

제12조(비밀유지의무) ① 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수하여야 한다.

② 심사위원은 논문의 심사를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 그 내용에 관하여 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.

③ 심사위원은 자신이 심사한 논문이 게재된 본 학술지가 출판되기 이전에 해당 논문의 내용을 인용 또는 참조해서는 아니된다.

### 제3장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

제13조(서약) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정을 준수할 것을 서약해야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 편집위원장 및 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정에 서약한 것으로 간주한다.

② 편집위원장, 편집위원, 심사위원은 각각 (별지2)와 (별지3)의 연구윤리규정 준수서약서를 작성하여야 한다.

제14조(연구윤리규정 위반의 보고) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 본 연구윤리규정을 위반한 사실을 안 경우 연구윤리규정을 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 이 규정을 위반한 경우에는 제15조에 의한 연구윤리위원회(이하 '연구윤리위원회'라고 한다)에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니된다.

제15조(연구윤리위원회의 구성원칙) ① 제14조 제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 경우에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

- ② 이 경우의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회의 위원장이 되며, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

제16조(연구윤리위원회의 조사) ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

- ② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.
- ③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 조사 결과를 확정하기 이전에 이의제기 및 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 이의가 없는 것으로 간주한다.
- ④ 연구윤리규정 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 행하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 경우에는 연구윤리규정의 위반으로 간주한다.

제17조(조사결과보고) ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
2. 조사의 대상이 된 부정행위
3. 조사위원회의 조사위원 명단
4. 당해 연구에서의 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
5. 관련 증거 및 증인
6. 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과

② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권) 연구윤리위원회는 조사 결과 연구윤리규정에 위반한 사실이 있다고 판단되는 경우 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

제19조(징계의 절차 및 내용) ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있을 경우, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부 및 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고, 투고제한 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호) 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니된다.

제21조(연구윤리규정의 개정) 이 규정의 개정 절차는 본 편집위원회의 권한사항으로 한다.

## 부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

(별지1) 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서  
(「통상법률」 제00호)

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

**연구윤리규정준수 확인서**

저자(들)은 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하여 논문을 작성하였으며 특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해한 바 없음
2. 저자는 투고논문의 작성에 실질적인 지적 공헌을 하였으며, 투고논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해한 바 없음
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복 게재를 위하여 투고하지 않았고, 투고할 계획이 없음
5. 「통상법률」 발행인은 투고논문에 대한 저작권 침해에 대하여 이의제기, 고소 기타 저작권 보호를 위한 제반 권리를 보유함

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

저자(들)은 본 논문이 「통상법률」에 게재될 경우, 논문사용권 및 복제·전송권을 「통상법률」에 위임합니다.

200 년 월 일

저자	성명	소속	이메일(연락처)	위임여부(O,X)	서명
제 1 저자					
교신저자					
공동저자1					
공동저자2					

(별지2) 연구윤리규정준수 서약서(편집위원용)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 편집위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 투고논문에 대하여 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재 여부를 결정함
2. 투고논문에 대하여 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급함
3. 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사위원에게 의뢰함
4. 투고논문의 출판 여부가 결정될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 않음
5. 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지함

20    년    월    일

편집위원 ○ ○ ○ ①인

(별지3) 연구윤리규정준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 심사위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 본인은 당해 심사논문을 심사함에 있어 공정하고 합리적으로 심사할 수 있음
2. 심사논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여 그 결과를 본회 편집위원회에 통지하도록 함
3. 심사논문에 대하여 개인적 학술신념이나 저자와의 사적 친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사함
4. 심사를 함에 있어 충분한 근거를 명시하도록 하고, 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구하지 않음
5. 심사논문의 중복투고 등 부정행위를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알림
6. 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수함, 부정인용 및 참조를 하지 않음

20   년   월   일

심사위원 ○ ○ ○ ①

# 「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

개정 2018년 1월 1일

개정 2020년 1월 1일

## 제 1 장 총 칙

제1조(목적) 본 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」誌에 게재할 원고의 심사 및 편집에 관한 절차 및 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(대상) 심사대상 원고는 다른 학술지나 기타 간행물에 발표되지 않은 것이어야 하며, 원고의 체제와 분량은 「통상법률」 원고 작성방법에 따라야 한다.

## 제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(편집위원회의 설치) 「통상법률」誌의 학문적 수준을 제고하고 전문논문집으로서의 성격을 유지·발전시키기 위하여 「통상법률」誌에 게재될 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하는 ‘통상법률 편집위원회’(이하 “편집위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 편집위원장 및 7인 이내의 편집위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 편집위원은 해당분야 연구 성과가 뛰어난 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 해당분야의 법조실무경력 5년 이상의 판사, 검사, 변호사 및 관련분야 전문가 중 편집위원장이 위촉한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있으며 필요에 따라 편집위원 중 1인을 편집자문위원으로 둘 수 있다.

#### 제5조(편집위원회의 임무)

- ① 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.
  1. 「통상법률」誌에 투고된 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집
  2. 원고 심사를 위한 심사위원 및 전문심사위원의 지정 및 위촉
  3. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재 취소 여부 결정
  4. 기타 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항
- ② 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항에 대하여 편집위원장의 자문에 응한다.
  1. 「통상법률」誌 발간을 위한 기본 방침과 편집방향
  2. 기획논단 주제 선정
  3. 기타 편집위원장이 필요하다고 인정하는 사항
- ③ 편집위원장의 권한은 다음과 같다.
  1. 제4조 제3항에 따른 편집위원의 위촉
  2. 제4조 제4항에 따른 간사 및 편집자문위원의 지명
  3. 제6조 제1항의 편집회의 주재
  4. 제6조 제1항에 따른 임시회의 소집
  5. 제8조 제4항에 따른 심사위원의 교체
  6. 제11조 제4항에 따른 원고 게재 여부의 결정
  7. 기타 「통상법률」誌 발간과 관련하여 필요한 사항의 결정

#### 제6조(편집위원회의 운영)

- ① 편집위원회는 매년 1회 이상의 편집회의를 소집하며 편집위원장의 판단에 따라 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원회는 재직 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우는 서면, 이메일 등을 통해 이를 진행할 수 있다.

#### 제7조(편집위원의 임기)

- ① 편집위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있으며, 편집자문위원으로서의 임기는 편집위원 임기 만료시 함께 종료된다.
- ② 편집위원이 임기의 개시에 앞서 타 학술지의 편집위원으로 재직 중인 경우 또는 임기 중 타 학술지의 편집위원으로 재직하게 되는 경우에는 지체없이 편집위원

장에게 이를 통보하여야 한다.

- ③ 편집위원은 임기가 완료된 이후에도 후임자 충원 시까지 그 직무를 계속 수행하며 이미 착수한 업무는 충원 후에도 완결한다.
- ④ 특별한 필요성이 인정되는 경우 편집위원장은 임기가 종료되지 아니한 편집위원을 해촉할 수 있으며, 새로 임명된 편집위원은 전임자의 잔여 임기 동안만 편집위원의 직무를 수행한다.

#### 제8조(편집위원의 임무)

- ① 편집위원은 「통상법률」誌의 발간과 관련하여 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집에 대해 필요한 사항의 결정을 그 직무로 하고, 이를 위해 편집위원장이 인정하는 부득이한 사유가 없는 한 제6조 제1항에 따른 정기회의와 임시회의에 참석하여야 한다.
- ② 편집자문위원은 편집위원의 직무를 수행하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우 「통상법률」誌의 발간과 관련한 추가적 자문을 제공할 수 있다.

### 제 3 장 원고의 심사

- 제9조(심사 대상) ① 「통상법률」誌에 게재될 모든 논문(판례평석 포함)은 심사의 대상이 된다. 다만 시론, 자료 및 기록물, 연구노트, 서평, 동향 등은 별도의 심사없이 편집위원회에서 게재여부를 결정할 수 있다.
- ② 「통상법률」誌에 게재하기 위해 제출되는 논문은 독창적인 것으로서 기존 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.
  - ③ 논문은 「통상법률」誌의 원고작성방법을 준수하여 작성된 것이어야 한다.
  - ④ 편집위원회는 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서가 제출되지 않은 논문에 대해서는 심사를 거절할 수 있다.

- 제10조(심사위원 선정 및 심사 의뢰) ① 편집위원회는 「통상법률」誌에 투고된 원고의 게재여부를 심사하기 위하여 논문당 3인의 심사위원을 선정해야 한다.
- ② 심사위원은 대학에 재직 중이거나 재직하였던 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 법조실무 경력 5년 이상의 판사·검사·변호사 중에서 위촉하되, 필요한 경우 편집위원회는 기타 국제통상 및 국제거래 분야의 전문가를 전문심사

위원으로 위촉할 수 있다.

- ③ 편집위원회는 다음 각호의 사항을 고려하여 심사위원을 위촉한다.
  - 1. 해당 논문에서 다루는 주제와의 관련도
  - 2. 해당 분야에서의 연구실적
  - 3. 학계 또는 실무계에서의 인지도
  - 4. 공정한 심사를 수행하기 어려운 사정이 있는지 여부
- ④ 심사 의뢰를 받은 심사위원은 지체없이 심사에 착수하여 심사 결과를 신속히 편집위원회에 제출하여야 한다.
- ⑤ 논문을 투고한 편집위원은 자신의 논문에 관한 심사위원의 선정이나 논문 게재 여부의 결정에 참여할 수 없으며, 해당 논문은 편집위원회 외부에 심사를 의뢰하여야 한다.

제11조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

- 1. 「통상법률」 원고작성방법 준수 등 형식적 적합성
- 2. 연구목적의 타당성과 그 목적 실현방법의 적합성
- 3. 연구의 구성과 내용의 독창성 및 논리성
- 4. 필요한 참고문헌 활용의 적정성 및 충실성
- 5. 연구결과의 학문적 기여 또는 사회적 활용 가능성
- 6. 연구윤리준수
- 7. 국문초록 및 외국어초록의 질적 수준과 분량
- 8. 기타 편집위원회에서 「통상법률」誌의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 기준

제12조(심사 절차) ① 편집위원회는 심사위원에게 투고된 논문의 원고와 심사결과서 양식, 연구윤리규정준수 서약서 양식을 송부한다.

- ② 투고된 원고는 투고자를 익명으로 하여 심사 과정을 거쳐야 하며, 심사 논문의 내용 중 투고자의 신원을 알 수 있을 만한 부분은 삭제하여 심사를 의뢰한다.
- ③ 논문의 심사는 제9조의 심사 기준에 따라 행하되 원고를 송부한 날로부터 2주일 이내에 완료하여야 한다. 단, 편집위원장의 허가에 따라 심사 기간은 1주일을 연장할 수 있다.
- ④ 심사 의뢰 후 3주일 이내에 심사 결과가 제출되지 아니할 경우, 편집위원장은 그 심사위원을 해당분야의 전문가 또는 편집위원 중의 한 사람으로 교체할 수 있다.
- ⑤ 심사위원은 게재여부의 결정과 관계없이 심사 의견을 반드시 작성하여야 하며,

심사결과서 원본 파일은 3년간 보관하여야 한다.

- ⑥ 법무부는 심사위원에게 소정의 심사료를 지급할 수 있다.

제13조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사결과를 위원회에 보고하고, 편집위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 수정·보완 없이 게재가 가능한 때: 게재 가능
  2. 수정·보완 후 게재가 가능한 때: 수정 후 게재
  3. 수정·보완 후 재심사가 필요한 때: 게재 유보
  4. 전면적 수정·보완이 이루어지지 않는 한 게재가 불가능한 때: 게재 불가
- ② 심사 결과는 <별표>에 따라 점수를 합산하여 총점에 따라 게재 여부를 결정하되, 심사위원 중 2인 이상이 ‘게재 유보’ 의견을 내거나, 1인 이상이 ‘게재 불가’ 의견을 낸 경우 편집위원회의 결정으로 게재하지 아니할 수 있다.
  - ③ 편집위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
  - ④ ‘수정 후 게재’로 판정된 원고에 대해서는 투고자로부터 수정본을 제출받아 편집위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
  - ⑤ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 투고자가 수정하여 다시 제출하면 편집위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제14조(심사 결과의 통보) ① 편집위원회는 심사 결과를 투고자에게 통보하고, 필요한 경우에는 투고된 논문의 내용 수정 또는 보완을 요구할 수 있다.

- ② 수정 또는 보완의 심사 결과 내용을 통보받은 투고자는 논문을 수정 또는 보완하여 7일 이내에 다시 제출하여야 한다.
- ③ 게재가 결정된 논문은 특별한 이유 없이 투고 철회할 수 없으며, 편집위원장의 승인 없이 무단 철회할 경우 투고자는 향후 투고 제한 등 일정한 불이익을 받을 수 있다.

제15조(수정 후 게재 또는 게재 유보에 대한 이의제기)

- ① 투고자는 수정 후 게재 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며, 편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 수정·보완 요구 또는 게재 여부를 결정한다.
- ② 투고자는 게재 유보 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며,

편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 게재 유보 여부를 결정한다.

제16조(게재 불가에 대한 이의제기) ① 투고논문에 대하여 게재 불가 결정이 있을 경우 투고자는 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 이의서를 편집위원회에 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.

② 편집위원회는 투고자가 전항의 이의를 제기하면 3일 이내에 이의 내용의 당부를 협의한 다음 적합하다고 인정될 경우 해당 논문을 재심사에 회부한다.

③ 편집위원회는 전항의 재심사에 대해서는 당해 논문심사에 관여하지 않은 새로운 심사위원을 선정하여 심사를 의뢰하고, 해당 심사 결과에 대해서는 본 학술지의 심사 및 게재규정을 준용하되, 편집위원회가 게재여부를 최종 결정한다.

## 제 4 장 원고의 게재 등

제17조(원고의 게재) ① 위원회에서 '게재'로 판정한 원고는 「통상법률」誌에 게재한다.

② 「통상법률」誌의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 투고자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 「통상법률」誌는 매년 2, 5, 8, 11월 20일에 발행한다. 단, 발행예정일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 익일에 발행한다.

제18조(자료의 전송) ① 편집위원회는 「통상법률」誌를 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다.

② 편집위원회는 게재 결정 즉시 투고자에게 자료 전송 및 제공에 대한 의사를 물어야 하며 7일 이내에 반대의 의사표시가 없으면 동의한 것으로 간주한다.

## 제 5 장 보 칙

제19조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

## 부 칙(2003년 11월 1일)

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

부 칙(2018년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙(2020년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2020년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 현재 재직 중인 편집위원들은 재위촉되어 본 개정안이 시행되는 2020년 1월 1일부터 그 임기가 개시되는 것으로 본다.

## 「통상법률」 원고 작성 방법

제1조(원고의 양식) 원고는 본 요령에 따라 ‘훈글’로 작성함을 원칙으로 한다.

제2조(원고의 요건) 원고는 독창성을 갖는 것으로서 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 요령) ① 원고는 연구논문, 사례연구, 연구자료, 해외동향 등으로 구별하여 작성한다.

② 원고는 원고지 150매 내외 (A4 용지 20~25매) 분량으로 작성함을 원칙으로 한다.

③ 원고는 표지, 본문, 참고문헌 목록, 국문 초록, 영문 초록으로 구성한다.

④ 원고의 표지에는 원고의 종류, 논문 제목(국문 및 영문 제목 모두 표기), 필자의 성명(괄호 안에 영문 표기), 소속, 직책, 학위, 연락처(주소, 전화번호, 이메일주소) 등의 인적사항, 은행계좌, 주민등록번호를 기재한다.

⑤ 공동으로 집필한 논문의 경우는 주 저자(책임 연구자)와 공동 저자를 구분하여, 주 저자·공동 저자의 순서로 표시한다.

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백 : 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15

2. 본 문 : 왼쪽 여백 0, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 2, 줄간격 160, 글꼴 신명조, 글자 크기 10

3. 각 주 : 왼쪽 여백 3, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 신명조, 글자크기 9

⑦ 목차는 I, 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “”(큰 따옴표)를 사용하고 강조할 때에는 ‘’(작은 따옴표)를 사용한다.

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 학술지명, 권·호수, 면수, 간행연월

3. 판 례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는  
대판 1900. 00. 00, 00다0000
4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.  
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에  
서기를 표시한다.
5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기  
한다.
- ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,  
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를  
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는  
부호로 ‘-’을 사용한다.
- ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ( )안에 원어를 표시한다. [예 :  
가석방제도(parole system)]
- ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에  
유의하여 기재한다.
  1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 쉽표.로 구분한다.
  2. 출판관련사항의 경우, ‘출판지: 출판사, 출판연도’의 형식으로 표기한다.
  3. 서양인 저자의 이름을 적을 때에는 성을 먼저 쓰고, 공저의 경우에는 처음  
나오는 저자만 성을 먼저 쓴다.
  4. 동일 저자가 작성한 문헌이 복수인 경우, 문헌이 출판된 연도순에 의하여 나  
열한다.
- ⑬ 원고 뒷부분에 국문 및 영문 초록과 주제어(keywords, 국문 및 영문)를 10개  
내외로 기재한다.
- ⑭ 기타 논문작성방법에 관하여는 사단법인 한국법학교수회에서 제정한 “논문작  
성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.

제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 발행일 1개월 전까지 편집위원회 간사가  
지정한 전자우편(e-mail)주소로 송부하거나, 온라인투고시스템에 제출한다.

[편집위원장]

박정현 (국제법무과장)

[편집위원]

강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)

강준하 (홍익대 법과대학 교수)

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)

안덕근 (서울대 국제대학원 교수)

이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

조성준 (일리노이공과대 시카고 켄트로스쿨 교수)

채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)

계 간 지 **통 상 법 률**

2021년 8월 31일 발행(통권 제152호)

1994년 5월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

eISSN : 2765-5962

발행인 : 법무부장관 박 범 계

편집인 : 법 무 실 장 이 상 갑

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무과 / 전화 : 02-2110-3664 / FAX : 02-2110-0327

주 소 : (13809) 경기도 과천시 관문로 47 정부과천청사 1동 514호

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

**INTERNATIONAL TRADE LAW**

Vol. 152

August 31, 2021

*Publisher* Park, Beom-Kye / Minister of Justice

*Editor* Lee, Sang-Gap / Deputy Minister for Legal Affairs

*Edited in*

International Legal Affairs Division

*Published quarterly by*

Ministry of Justice

※ “통상법률”에 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무부의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.