

船荷證券의 準據法에 관한 몇가지 문제점

- 國際海上物件運送契約法の 序論的 考察 -

石光現*

-
- I. 머리말
 - II. 船荷證券의 準據法の 결정
 - III. 船荷證券의 準據法에 관한 個別的인 論點들
 - IV. 船荷證券의 分실과 除權判決의 가부
 - V. 船荷證券에 관한 商法條項의 適用範圍
 - VI. 外國法 適用의 어려움과 對應方案
 - VII. 맺음말
-

I. 머리말

商法은 船荷證券의 개념을 정의하고 있지 않으나, 일반적으로 船荷證券은 해상 물건운송계약(이하 단순히 '운송계약'이라 한다)에 따른 운송물의 수령 또는 선적 사실을 증명하고 목적지에서의 해상운송인에 대한 운송물 인도청구권을 표창하는 有價證券이라고 설명되고 있다(商法 제 813 조 참조). 船荷證券은 용선자 또는 송하인의 청구에 의하여 해상운송인이 발행하며 다음과 같은 세 가지 주요기능을 가진다. 첫째, 船荷證券은 운송계약의 내용에 대한 증거서류로서의 기능을 가진다. 船荷證券의 내용이 이미 체결된 운송계약의 내용과 상치되더라도 운송계약의 당사자

* 金·張 法律事務所 辯護士. 이 글은 필자가 1998. 12. 18. 한국무역상무학회에서 발표한 글을 수정, 보완한 것이다. 여기에서 제시한 견해는 필자의 사건이며 김·장 법률사무소의 견해와 반드시 일치하는 것은 아니다.

는 운송계약에 따르나, 船荷證券이 제 3자에게 이전된 경우 운송인과 제 3자간에는 船荷證券의 내용에 따른다. 다만, 船荷證券은 운송인이 일방적으로 발행하는 것으로 운송계약 자체와는 구별되며, 양당사자에게 권리, 의무를 발생시키는 운송계약과는 달리 운송인에 대한 債權만을 표창하는 일방적인 서류라고 할 수 있다.¹⁾ 둘째, 船荷證券은 운송인이 船荷證券에 기재된 운송물을 수령(受領船荷證券. received bill of lading) 또는 선적하였다(船積船荷證券. on board or shipped bill of lading) 증거로서의 기능을 가진다. 셋째, 船荷證券은 운송인에 대한 운송물인도청구권을 표창하는 有價證券(내지는 權原證券)으로서 운송물에 관한 처분을 가능케 하는 기능을 가진다. 즉, 船荷證券에 의하여 운송물에 대한 소유권의 양도와 담보권의 설정 및 양도가 가능하게 된다.

이와 같이 船荷證券은 운송물인도청구권을 표창하는 有價證券으로서 船荷證券 소지인과 운송인간의 권리, 의무를 파악함에 있어 중요한 의미를 가지는데 이는 船荷證券의 債權的 效力의 문제이다. 또한, 船荷證券은 운송물에 대한 소유권의 양도 또는 담보권의 설정 및 양도 수단으로서 중요한 의미를 가지는데 이는 船荷證券의 物權的 效力의 문제이다. 이러한 설명은 국내해상물건운송과 국제해상물건운송에 공통되는 것이나 국제해상물건운송계약은 국내해상물건운송계약과 달리 涉外的 法律關係라는 점에서 차이가 있다. 예컨대, 船荷證券의 準據法이 영국법인 경우 船荷證券의 소지인과 운송인간의 債權的인 法律關係는 영국법에 따라야 할 것이다. 그럼에도 불구하고, 船荷證券에 관한 국내에서의 종래의 논의는 대부분 商法 또는 외국의 입법이나 국제조약에 따른 실질법상의 법리를 중심으로 이루어지고 있다. 그러나, 국제해상물건운송을 둘러싼 法律關係는 본질적으로 涉外的 法律關係이므로 우선 해당 法律關係를 규율하는 準據法을 결정함으로써 외국법과 한국법이 규율하는 범위를 정확히 획정한 다음에 準據法으로 지정된 實質法을 적용해야 한다.

이 글에서는 국내에서 종래 소홀히 취급되어 온 船荷證券의 準據法에 관한 論點들을 취급한다. 船荷證券의 準據法을 비롯한 船荷證券에 관한 國際私法的 論點의 이해는 國內海商法과 대립되는 개념으로서 國際海商法の 올바른 이해를 위하여 필

1) Mankowski, S.126.

수적이다. 다만, 현재로서는 우리 海商法이나 영국 海商運送계약법에 대한 필자의 이해가 부족하므로²⁾ 이 글에서는 문제 제기의 차원에서 船荷證券에 포함된 이른바 至上約款(paramount clause)의 법적성질을 우선 살펴보고(II), 船荷證券의 準據法에 관한 몇 가지 개별적인 논점들을 검토한다(III). 그리고 관련된 문제로서 船荷證券의 분실시 除權判決의 가부를 검토한 뒤(IV), 船荷證券의 準據法이 외국법인 경우에도 船荷證券에 관한 商法條項이 적용되는지와 국제조약을 商法에 편입하는데 따른 문제점을 보기로 한다(V). 마지막으로, 외국법 적용에 수반되는 어려움에 대처하기 위한 현실적인 방안도 간단히 언급한다(VI). 船荷證券의 準據法 외에도 船荷證券에 관한 國際私法的 論點으로는 실무상 매우 중요한 船荷證券上的 國際裁判 管轄의 合意와 仲裁契約의 문제가 있으나 그에 관한 논의는 다른 기회로 미룬다.

II. 船荷證券의 準據法³⁾의 결정

1. 船荷證券에 따른 法律關係와 船荷證券의 準據法

船荷證券의 효력을 債權的 效力과 物權的 效力으로 구분하는 것에 상응하여 船荷證券에 따른 法律關係의 準據法을 논의함에 있어서도 債權的인 法律關係와 物權的인 法律關係를 나누어 보아야 한다. 船荷證券의 債權的인 法律關係라 함은 기본적으로 船荷證券의 적법한 소지인과 운송인 간의 債權的인 法律關係를 말한다.

船荷證券의 債權的인 法律關係는 船荷證券의 準據法(Konnossementsstatut)에 의하여 판단하여야 한다. 여기에서 주의할 것은, 船荷證券의 準據法과 운송계약의 準據法이 일치하는 것이 바람직하나 양자가 반드시 일치하는 것은 아니라는 점이다. 만일 양자가 상이한 경우, 운송계약 당사자들의 법률관계는 운송계약에 의하여 규율되므로 그들간의 법률관계는 운송계약의 準據法에 따라야 할 것이다. 船荷證券

2) 영국해상법에 관하여는 심재두 변호사의 책이 많은 도움이 되었다.

3) 선하증권에 관한 일종의 country report로는 Tetley, pp. 871-1010 참조.

을 船荷證券契約으로 설명하는 경향이 있는 영국에서는⁴⁾ 이러한 구별을 하지 않는 경향이 있으나 독일에서는 이 점을 명확히 구분한다. 이러한 관념적인 차이는 '契約上 債權關係의 準據法에 관한 1980년 유럽공동체 協約', 일명 '로마협약'⁵⁾이 船荷證券에 따른 法律關係에 적용되는지와 관련하여 차이를 가져온다.

반면에, 船荷證券의 物權的인 法律關係라 함은 주로 船荷證券 소지인이 船荷證券에 의하여 표창된 운송물에 대한 소유권 또는 담보권을 취득하는가를 말한다. 이러한 사항이 船荷證券의 準據法에 따르는가에 관하여는 논란이 있는데 이는 아래에서 별도로 검토한다.

2. 準據法の 결정 - 至上約款(paramount clause)의 법적성질 -

船荷證券의 準據法은 운송계약의 準據法과 마찬가지로 명시적 또는 묵시적으로 지정될 수 있는데⁶⁾ 한국선사들이 발행하는 船荷證券은 대체로 準據法條項⁷⁾을 두고 있으므로 船荷證券의 準據法 결정은 통상 문제로 되지 않으나, 至上約款의 법적성질과 관련하여, 至上約款(paramount clause)이 船荷證券의 準據法을 정한 것인지, 아니면 船荷證券의 내용에 헤이그규칙(Hague Rules)⁸⁾ 또는 헤이그-비스비

-
- 4) 그러나, 영국에서도 선하증권 자체는 운송계약이 아니라는 점은 인정되고 있고, 선하증권계약(bill of lading contract)이라는 표현은 편의상의 표현일 뿐이고 정확히는 선하증권에 포함되어 있거나 이에 의하여 증명되는 운송계약(contract of carriage contained in or evidenced by the bill of lading)을 의미한다고 한다(심재두, 232면).
 - 5) Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. 필자는 로마협약에 관하여 1993년 11월 15일 국제사법학회 정기연구회에서 발표하였고, 그 후 발표내용을 보완하여 國文試譯과 함께 「법조」 1994년 3월, 4월, 5월호에 연재한 바 있으며 위 글은 다시 한국국제사법학회지인 「국제사법연구」 제 3호(1998), 577~650면에 수록되었다.
 - 6) 우리법상으로는 국제해상운송계약도 섭외사법(제 9조)에 규정된 당사자자치의 원칙을 따르며, 영국이나 미국에서와 같이 당해국가의 해상물건운송법(COGSA)가 적용된다고 하여 준거법지정이 배제되는 것은 아니다. 이 점은 대법원 1987.6.23 선고 85다카2666 판결도 인정하는 바이다(강남호, 해상법의 법률지식, 1996, 401~402면 참조). 우리법의 경우 문제로 되는 것은, 선하증권의 준거법을 외국법으로 지정하더라도 상법의 강행규정(제 787조 내지 789조의 3, 제 790조 제 1항)이 적용되는가의 여부인데 이는 부정해야 할 것으로 생각되는바, 이 점은 아래(V.2.)에서 별도로 논의한다.
 - 7) 준거법조항의 예는 다음과 같다. "The contract evidenced by or contained in this Bill of Lading shall be governed by Korean Law except as may be otherwise provided for herein."

규칙(Hague-Visby Rules.⁹⁾ 이하 개정된 헤이그 규칙을 ‘헤이그-비스비 규칙’이라 한다.)을 편입한 것인지가 문제되고, 만일 전자라면 至上約款과 準據法條項과의 관계가 문제로 된다. 이는 달리 말하자면, 至上約款의 법적성질이 抵觸法的 指定인지 아니면 實質法的 指定(incorporation of foreign law by reference)인지의 문제이다. 抵觸法的 指定의 경우, 당사자가 準據法을 선택하지 않았다면 準據法으로 될 客觀的 準據法의 단순한 强行法規의 적용이 배제되는데 반하여, 實質法的 指定의 경우는 客觀的 準據法의 단순한 强行法規의 적용이 배제되지 않는 점에 기본적인 차이가 있다.¹⁰⁾ 다만, 어느 경우이든 사안과 밀접한 관련을 가지는 國際的 强行法規의 적용이 배제되지 않음은 마찬가지이다.

至上約款은, 船荷證券의 다른 조건에도 불구하고 船荷證券에 따른 法律關係에 헤이그-비스비규칙이 직접 적용된다고 규정하거나 또는 특정국가(선적항 또는 양륙항)에서 적용되는 헤이그-비스비규칙이 적용된다는 취지의 조항인데,¹¹⁾ 이는 헤이그-비스비규칙의 비체약국 법원이 운송인이 船荷證券의 이면약관에 기초하여 그의 면

-
- 8) 船荷證券에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 1924년 국제협약(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading).
 - 9) 船荷證券에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 국제협약의 개정을 위한 1968년 의정서(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading).
 - 10) 양자의 구별과 해상적하보험계약에 사용되는 영국법준거약관의 법적성질에 관한 대법원 1991.5.14.선고 90다카25314판결에 대한 평석은 좋고, 해상적하보험계약에 있어 영국법준거약관과 관련한 법적인 문제점, 손해보험 1993.12. 참조.
 - 11) 선사에 따라 차이가 있기는 하나 헤이그규칙을 입법화한 선적지 또는 목적지의 국내법이 적용됨을 규정한 지상약관의 예문은 다음과 같다. "Without prejudice to Article 30 hereof, this Bill of Lading shall have effect subject to the provisions of any maritime law, rules or regulations in force at the place of shipment, which have been enacted in order to incorporate the rules of the International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bill of Lading at Brussels of August 25, 1924, or subject to the provisions of such law, rules or regulations in force at the place of destination if no such law, rules or regulations exist at the place of shipment, if any such law, rules or regulation at the place of destination apply to inward shipment, the provisions thereof shall be paramount. Nothing herein contained shall be deemed to be a surrender of any of the Carrier's rights and immunities or an increase of its responsibilities or liabilities under such law, rules or regulations. The Carrier shall be entitled to the full benefit of all such privileges, rights and immunities as are contained in the said law, rules and regulations, and if anything herein contained be inconsistent therewith it shall in that case and only to that extent be deemed to be deleted." 여기에서 제 30 조는 준거법조항을 가리킨다.

책을 주장하는 것을 금지함으로써 동규칙의 실효성을 확보하기 위한 것이다.

至上約款의 법적성질에 관하여 독일과 일본에서는 實質法的 指定으로 보는 견해와 抵觸法的 指定으로 보는 견해가 있다. 특히 후자는 船荷證券의 準據法이 별도로 지정된 경우 至上約款은 準據法을 분할(depeçage)한 것으로 보는데¹²⁾ 그 경우 準據法과 至上約款이 규율하는 범위가 문제로 되는바, '契約의 成立, 方式 및 效力' 등 일반적 문제에 대하여는 準據法條項에 기재된 법률을, '운송인의 책임이나 의무의 제한'에 대하여는 至上約款에 기재된 법률을 각각 분할지정한 것으로 보아야 한다고 한다.¹³⁾ 이러한 설명은 대체로 옳은 것이나, 엄밀히 말하자면 船荷證券은 계약 자체는 아니므로 '契約의 成立'이라는 표현은 다소 부적절하다고 할 수 있고, 또한 船荷證券의 方式은 아래에서 보는 바와 같이 어차피 선택적으로 연결되므로 이를 함께 설명하는 것은 적절하지 않다. 어쨌든 船荷證券의 소지인과 운송인간의 債權的인 法律關係의 내용 중 운송인의 책임과 의무 및 그 제한에 관한 사항 이외의 것이 船荷證券의 準據法에 따라 규율되며, 그 구체적인 내용은 아래(III.1)에서 열거하는 바와 같다.

현재로서는 私見을 제시하기는 다소 주저되나 準據法條項과 至上約款이 병존하는 경우 至上約款의 법적성질을 다음과 같이 볼 수 있다. 현행 涉外私法의 해석으로는 특정국가의 법(national system of law)만이 準據法이 될 수 있다고 할 것이므로 ① 헤이그-비스비 규칙이 직접 적용된다고 규정하는 경우에는 實質法的 指定으로 보고, ② 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하는 경우 그것이 당해국가법의 적용요건을 구비한 때에는 저촉법적 부분지정으로 보며, ③ 헤이그-비스비 규칙을 입법화한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하더라도 그것이 당해국가법의 적용요건을 구비하지 못한 때에는 實質法的 指定으로 본다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 왜냐하면 당해국가의 입법자의 의도에 반하여 특정국가의 법을 準據法으로

12) 高桑昭, 實質法的 指定と 抵觸法的 指定 - 至上約款, 涉外私法判例百選 (第3版), 別冊ジュリスト no. 38, 1995, 78~79面. 서울지방법원, 309면은 이를 유력한 견해라고 한다.

13) 平塚眞, 82~83面; 서울지방법원, 309면도 동지로 보인다.

14) 서울지방법원 1996.8.16. 선고 95가합55301판결은 이러한 이해를 전제로 검토할 필요가 있다. 위 판결의 본문과 그에 대한 간단한 평석은 서울지방법원, 310~315면 참조.

15) 본문의 사건은 Mankowski(SS. 199~231)의 견해를 참조한 것이다. 다만, Mankowski는 ①을 세분하여 헤이그규칙을 지정한 경우와 헤이그-비스비 규칙을 지정한 경우를

로서 적용할 것은 아니기 때문이다.

우리나라에서는 과거 하나의 계약에 대해 하나의 準據法만을 지정할 수 있다는 이른바 準據法單一의 原則을 지지하는 견해도 있었으나 굳이 그와 같이 해석할 이유가 없고, 최근 대법원 1998.7.14.선고 96다39707 판결¹⁶⁾이 영국법준거약판에도 불구하고 보험계약의 성립여부에 관하여는 한국법이 적용되어야 한다는 취지로 판시하여 부분지정을 명시적으로 허용하기에 이르렀으므로 準據法條項과 至上約款에 의하여 船荷證券의 準據法이 복수로 지정될 수 있음은 별 의문이 없을 것이다.

그렇다면, 한국법을 準據法으로 하는 準據法條項과 함께 至上約款을 포함하는 船荷證券의 경우 準據法은 다음과 같이 된다. 만일 至上約款이 抵觸法的 指定이라면, 船荷證券의 債權的 效力의 문제(운송인의 책임이나 의무의 제한 이외의)는 원칙적으로 準據法인 한국법에 따르나 운송인의 책임과 의무 및 그 제한은 至上約款에 의하여 지정된 법에 의한다. 따라서, 그 범위내에서 헤이그-비스비규칙을 편입한 商法 조항은 적용되지 않는다.¹⁷⁾ 반면에 만일 至上約款이 實質法的 指定이라면, 船荷證券의 債權的 效力의 문제(운송인의 책임과 의무 및 그 제한 이외의)는 원칙적으로 準據法인 한국법에 따름은 抵觸法的 指定인 경우와 차이가 없으나, 운송인의 책임과 의무 및 그 제한은 商法에 의한 제한하에서 至上約款에 의하여 지정된 법에 의하는 점에서 抵觸法的 指定으로 보는 경우와 차이가 있다. 즉, 商法(제 790조)上 제 787조 내지 789조의 3에 반하여 운송인의 책임을 경감하는 것은 허용되지 않으므로 至上約款에 의하여 지정된 법에 의하여 운송인의 책임이 가중되는 경우는 그에 따를 것이나, 경감하는 것은 허용되지 않으므로 그 범위내에서는 商法에 의하게 된다. 물론 양자간에 내용적인 차이가 없다면 그 범위내에서는 至上約

구별하는 점에서 사건과 차이가 있는데, 이는 독일 상법시행법 제 6조 제 1항 2호와의 관계에서 비롯되는 독일법 특유의 문제로 생각된다. 반면에 MünchKomm/Martiny, BGB Kommentar, Band 10, 3. Auflage (1998) Art. 28, Rn. 203은 ②, ③을 모두 저촉 법적 부분지정으로 본다. 한편 Prüßmann/Rabe, vor § 556, VI E, G와 Reithmann/van Dieken, Rn. 1226는 지상약관의 법적성질을 부분지정으로 본다.

16) 과거 대법원판결(대법원 1991.5.14.선고 90다카25314 판결 등)은 해상적하보험계약에 있어서의 영국법준거약판에 의하여 보험계약 전부에 대하여 영국법이 준거법으로 지정된 것으로 보았다.

17) 물론 이러한 입장은 아래에서 보는 바와 같이 동조항이 국제적 강행법규가 아님을 전제로 하는 것이다.

款의 법적성질을 논의하는 실익은 없게 될 것이다.

Ⅲ. 船荷證券의 準據法에 관한 個別的인 論點들

- 船荷證券의 準據法の 適用範圍와 관련하여 -

1. 船荷證券의 債權의 效力

船荷證券의 적법한 소지인과 운송인간의 債權的인 法律關係는 船荷證券의 準據法에 의하여 규율된다. 여기에서 債權的인 法律關係에 속하는 사항의 범위가 문제로 되는데, 기본적으로 船荷證券에 따른 운송인과 船荷證券 소지인의 채권적인 권리, 의무(즉 船荷證券의 效力)가 그에 포함될 것이다. 보다 구체적으로는 다음 사항들¹⁸⁾을 예시할 수 있을 것으로 생각된다.¹⁹⁾

① 船荷證券의 實質的인 有效性(material validity) : 商法上으로는 船荷證券은 운송계약을 전제로 하는 要因證券인데, 이와 같이 船荷證券이 운송계약의 존재를 전제로 하는가의 여부와, 발행인에게 의사표시의 하자 등이 있는 경우의 효과는 船荷證券의 準據法에 따라 사항이라고 생각된다.²⁰⁾

18) 石黑一憲, 金融取引と國際訴訟, 1983, 333~334面은 선하증권에 따른 채권적인 법률관계로서 空券을 발행한 경우 또는 선하증권에 기재된 물건이 실제 운송된 물건과 다른 경우 운송인의 책임, 보증도에 기하여 물건을 인도한 운송인의 선하증권 소지인에 대한 손해배상의 문제, 운송인의 면책을 정한 여러 가지 약관의 효력 등을 들고 있다. 서울지방법원, 316면과 平塚眞, 83面은 선하증권의 유효성, 선하증권에 의해 증명되는 운송계약의 당사자, 해상운송인의 책임범위, 면책약관의 효력, 단위책임한도액, 선의의 소지인의 권리 등을 들고 있다.

19) 선하증권의 준거법이 우리법인 경우 약관의 규제에 관한 법률('약관규제법')의 적용된다. 약관규제법 제 15 조와 동법시행령 제 3 조는, 국제적으로 통용되는 운송업, 금융업 및 보험업의 약관 등에 대하여는 약관규제법 제 7 조 내지 제 14 조의 적용을 배제하고 있다. 다만, 논란이 있기는 하나, 제 3 조와 내용통제에 관한 일반원칙인 제 6 조는 배제되지 않는 결과 그에 의한 약관법상의 통제가 가능함을 주의하여야 한다. 반면에 외국법이 선하증권의 準據法으로 지정된 경우에도 약관규제법을 적용하거나 그 취지를 고려하는 것이 가능한가 문제된다. 또한, 선하증권의 준거법을 외국법으로 지정하는 것 자체에 대해 어떠한 통제를 할 것인가도 문제로 된다. 이에 관하여는 다른 기회에 언급하였으므로 논의를 생략한다.

20) 반면에 선하증권의 형식적 유효성 즉, 方式(formal validity)은 법률행위의 방식에 관한

② 船荷證券에 의해 증명되는 운송계약상의 운송인의 결정(demise clause 또는 identity of carrier clause) : 운송계약의 당사자 또는 운송에 관하여 책임을 지는 주체의 결정은 船荷證券에 따른 운송인의 결정의 문제로서 船荷證券의 準據法에 의한다.²¹⁾

③ 船荷證券 기재의 효력 (商法 제 814 조의 2 참조)²²⁾

④ 不知約款의 유효성과 효력 (unknown clause. 商法 제 814 조의 2 단서 참조)

⑤ 히말라야약관의 유효성과 효력 (商法 제 789 조의 3 제 2 항, 제 4 항 참조)

⑥ 航海過失(또는 海技過失)에 대한 운송인의 면책여부 (商法 제 788 조 제 2 항 참조)²³⁾

⑦ 免責約款의 유효성과 효력

⑧ 운송인의 책임제한(이는 예컨대, 商法 제 789 조의 2, 제 789 조의 3에 규정된 바와 같은 운송인의 책임의 개별적 제한(포장당 책임한도)을 말하고,²⁴⁾ 제 746 조 이하의 선주책임제한을 말하는 것은 아니다. 개별적 제한에 관한 商法條項들은 계약책임이든 불법행위책임이든 準據法이 한국법인 경우에 적용된다.)

⑨ 운송인의 책임의 단기소멸시효 또는 제소기간(대법원 1983.10.25.선고 83다 258판결²⁵⁾ 참조)²⁶⁾

섭외사법 규정(제 10 조)에 따라 법률행위의 효력의 준거법(Wirkungsstatut) 또는 행위지법에 따른다. 효력의 준거법은 선하증권의 준거법을 말하고, 행위지법은 선하증권의 발행지법을 말한다. 상법 제 814 조는 선하증권의 기재사항을 열거하고 있으나 선하증권의 요식증권성은 어음, 수표의 경우처럼 엄격한 것은 아니다.

21) Mankowski, S.159.

22) 구상법은 선하증권에 관하여 화물상환증의 문언증권성에 관한 상법 제 131 조를 준용함으로써 절대적 증거력을 인정하였으나 현행 상법은 선하증권상의 기재에 대하여 추정 증거력 - prima facie evidence를 이와 같이 설명한다 - 만을 인정하고 있다(李均成, "船荷證券의 法律關係", 무역상무연구, 제 10 권, 1997. 2, 184면 참조). 영국법상으로는 선하증권은 송하인과 운송인간에는 일응의 증거(prima facie evidence)로서의 효력만이 있으나 선의의 선하증권 소지인과 운송인간에는 확정적인 증거(conclusive evidence)로서의 효력을 가진다고 한다(심재두, 274면).

23) 이 점에 관한 각국의 입법은 李宙興, 海上運送法, 1992, 227~242면 참조.

24) 헤이그-비스비 규칙상의 포장당 책임제한에 관하여는 심재두, 426~429면 참조.

25) 서헌제, 보증도와 해상운송(대리)인의 책임, 「여송취기원교수 화갑 서울대학교재직 30년 기념 상사판례연구」 제 II 권 (1996), 469면 이하 참조

26) 헤이그-비스비 규칙상의 포장당 책임제한에 관하여는 심재두, 429~434면 참조.

- ⑩ 운송인이 空券을 발행한 경우 또는 船荷證券에 기재된 물건이 실제 운송물과 상이한 경우의 운송인의 船荷證券 소지인에 대한 채무불이행 책임(손해배상의 범위를 포함하여) (商法 제 814 조의 2 참조)
- ⑪ 保證渡에 의하여 운송물을 인도한 운송인의 船荷證券 소지인에 대한 채무불이행 책임(손해배상의 범위를 포함하여)

아래에서는 船荷證券의 物權的 效力의 準據法을 우선 살펴보고, 실무상 船荷證券의 準據法이 문제로 되는 몇 가지 개별적인 사례를 검토하기로 한다.

2. 船荷證券의 物權的 效力

船荷證券은 운송물인도청구권을 표창하는 有價證券 - 物品證券(Warenpapiere) - 이므로 운송중인 운송물에 대한 소유권의 양도 또는 담보권의 설정 및 양도 수단으로서 중요한 의미를 가지는데 이것이 船荷證券의 物權的 效力의 문제이다. 商法上으로는 船荷證券에 의하여 증권상에 표창된 채권을 행사할 수 있는 자에게 船荷證券을 교부한 때에는 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 생기며(제 820 조, 제 133 조), 이러한 의미에서 船荷證券을 引渡證券(Traditionspapier)이라 한다. 船荷證券의 物權的 效力이 인정되기 위하여는 이와 같이 船荷證券이 引渡證券일 것이 전제로 되는바, 이를 결정하는 準據法이 문제로 된다. 독일의 다수설은 목적지국법에 따른다고 하나,²⁷⁾ 스위스 國際私法은 발행인이 船荷證券에서 지정한 법이, 그것이 없는 때에는 발행지법이 準據法이 된다고 한다(제 106 조 제 1 항).

한편, 船荷證券의 物權的 效力은 통상 이른바 '移動中の 物件(res in transitu)'의 물권변동의 문제로서 논의된다. 그런데, 이동중의 물건의 처분에 관하여는, 우선 船荷證券이 발행되지 않은 경우를 검토하고 그와 대비하여 船荷證券이 발행된 경우를 논의하는 것이 일반적인 경향이다. 물건의 物權法的인 문제는 物件所在地의 法(lex situs)에 의하는 것이 涉外私法의 原則이나,²⁸⁾ 이동중의 물건의 경우 처분행

27) Staudinger/Stoll (1996) Int SachenR Rn. 370. 이러한 견해는 아래에서 보는 바와 같이 선하증권의 물권적 효력에 관하여 목적지국법을 취하는 것과 일관성을 가진다고 할 수 있다.

위시의 목적물의 소재지는 알 수 없거나 알 수 있더라도 우연적인 의미를 가지는데 불과하기 때문에 이 원칙을 적용할 수가 없게 된다는 점에서 문제가 비롯된다.

船荷證券이 발행되지 않은 국제해상운송에 있어 이동중의 물건(res in transitu)에 대한 물권변동은 목적지국법에 따른다는 견해가 유력한데,²⁹⁾ 이는 그 경우 운송물이 선적항을 출발함으로써 운송물과 선적항과의 관계는 일단 단절되었다고 보고, 목적지는 운송물의 장래의 所在地로서 당해 물권관계와 가장 밀접한 관련을 가지기 때문이라고 할 수 있다.

한편, 船荷證券이 발행되고 그에 의하여 이동중의 물건(res in transitu)이 처분되는 경우의 準據法, 즉 船荷證券의 物權的 效力의 準據法에 관하여는 종래 독일과 일본에서는 證券所在地法(lex cartae sitae), 목적지국법 또는 船荷證券의 準據法에 의할 것이라는 견해 등이 나뉘고 있다. 船荷證券이 발행된 경우에도 예외적으로 船荷證券에 의하지 않고 운송물이 처분될 수 있음을 고려한다면 목적지국법에 의하는 것이 적절하고 이것이 독일의 다수설이며 일본의 유력설이나³⁰⁾ 목적지는 중도에 변경될 수 있으므로 적절하지 않다는 비판이 있다. 한편, 스위스 國際私法에 의하면 원칙적으로 운송물에 대한 물권은 증권소재지법에 의하고, 예외적으로 일방당사자가 운송물에 관한 물권을 직접 주장하고 다른 당사자가 船荷證券에 근거하여 물권을 주장하는 경우의 우열관계는 운송물 자체의 準據法에 의한다(제 106 조). 船荷證券에 引渡證券 또는 權原證券(document of title)으로서의 성질을 긍정하는 법제간에는 별 차이가 없을 것이나, 그렇지 않은 경우(예컨대, 프랑스에서는 船荷證券의 배서는 운송물에 대한 소유권 이전의 효력을 가지지 않는다고 한다³¹⁾) 船荷證券의 物權的 效力의 準據法의 논의는 실익이 있다.

한편, 영국에서는 船荷證券이 발행되지 않은 경우에 관하여, 물건소재지법, 소유자의 주소지법과 목적지국법이 주장되고 있고 나아가 이러한 확실적인 연결에 반

28) 섬외사법 제 12 조 제 1 항은 “동산 및 부동산에 관한 물권 기타 등기하여야 할 권리는 그 목적물의 소재지법에 의한다.”고 규정한다.

29) 스위스 국제사법 제 101 조는 이를 명시하고 있다.

30) MünchKomm/Martiny, BGB Kommentar, Band 10, 3. Auflage (1998), Nach Art. 38, Rn. 129; Staudinger/Stoll (1996) Int SachenR, Rn. 370; 平塚眞, 83面.

31) Cheshire/North, p. 807, n.20.

대하고 法律關係를 구분하여 볼 것이라는 견해도 있다.³²⁾ 반면에 船荷證券이 발행된 경우에 관하여는 North 교수는 船荷證券의 準據法, 배서 당시의 운송물 소재지법과 배서당시의 船荷證券 소재지법이 후보로 될 수 있으나 船荷證券의 소재지법이 설득력이 있다고 한다.³³⁾

사건으로는 船荷證券에 의한 이동중의 물건(res in transitu)의 처분에 관하여는 목적지국법설과 船荷證券 소재지법설이 설득력 있으나 당분간 단정적인 견해는 유보하고자 한다.³⁴⁾ 다만, 어느 견해를 따르든 예외를 인정해야 할 것으로 생각된다. 첫째, 이동중의 물건이 어느 곳에서 압류되고 처분된 경우와 같이 처분시점에 어느 장소에 확정적으로 머무르는 때에는 동산소재지법으로서 그곳의 법을 적용해야 한다. 둘째, 船荷證券에 의하지 아니하고 운송물이 처분되는 예외적인 경우(예컨대 운송인이 이를 임의로 처분한 경우), 운송물에 대한 물권을 직접 주장하는 자와 船荷證券에 근거하여 물권을 주장하는 자간의 우열관계는 운송물의 소재지법에 의할 것이다.

다만, 여기에서 분명히 지적해 둘 것은, '移動中の 物件'의 물권변동은 계약의 準據法에 따라 규율되는 것은 아니라는 점과, '무역조건의 해석에 관한 국제규칙'(Incoterms)에 의하여 매매계약의 조건을 정한 경우 이는 물건의 소유권이전을 규정하는 것은 아니라는 점이다. 예컨대, 영국의 매도인이 信用狀에 기하여 CIF 조건으로 한국의 수입자에게 물건을 수출하는 경우, 물건의 위험은 물건이 본선의 난간을 통과하는 때에 매수인에게 이전되나 물건의 소유권이 그와 동시에 매수인에게 이전되는 것은 아니다. 목적지국인 한국법을 準據法으로 보는 견해에 의하면, 물권변동에 관하여 民法이 취하고 있는 형식주의하에서는 매수인은 개설은행에게 대금을 지급하고 船荷證券을 수령함으로써 물건의 점유를 취득하여야 비로소 물건에 대한 소유권을 취득하며, 현재의 통설과 같이 물권관계에 대한 準據法の 결정

32) Cheshire/North, p. 807는 예컨대 이동중의 물건이 압류된 경우와 같이 처분시점에 어느 장소에 확정적으로 머무르는 경우에는 그곳의 법을 적용하고, 운송물이 하나의 선박에 의하여 운송되는 경우 당해 선박의 선적국법을 적용할 여지가 있다고 본다.

33) Cheshire/North, p. 807, n.20.

34) 물론 동산으로서의 선하증권 자체의 물권적인 법률관계(예컨대 선하증권의 점유취득)는 증권소재지법에 의한다.

에 관하여 當事者自治를 인정하지 않는다면 이 경우 당사자들은 準據法을 달리 선택할 수도 없다. 따라서, 물건변동에 관하여 한국법이 준거법으로 되는 수입거래에 관한 한, 당사자들이 합의에 의하여 매수인이 물건의 점유를 취득하는 시점보다 앞선 시점으로 소유권이전시기를 앞당기는 것은 허용되지 않는다.

3. 船荷證券의 背書, 交付의 準據法

船荷證券이 지시식으로 발행된 경우 그의 배서의 성립 및 효력에 관하여는 배서지법을 적용하고, 교부에 관하여는 涉外私法 제 12조에 따라 양도 당시 증권 소재지법에 의할 것이다. 그러나, 이에 대하여는 船荷證券 양수인을 보호하고 船荷證券의 유통성의 보호 내지는 거래의 안전이라는 관점에서 목적지국법을 적용할 것이라는 견해도 주장되고 있다.³⁵⁾

4. 船荷證券의 準據法과 不法行爲責任과의 관계

국내해상운송의 경우 운송인이 운송 도중 운송인이나 그 사용인 등의 고의 또는 과실로 인하여 운송물을 멸실하거나 훼손한 경우 운송인은 일반적으로 船荷證券의 적법한 소지인에 대하여 운송계약상의 채무불이행책임과 화물에 대한 소유권(또는 담보권)의 침해를 이유로 불법행위책임을 진다. 이와 같이 동일한 하나의 급부를 지향하고 있는 복수의 청구권이 동일당사자 간에 병존하는 경우 청구권의 단·복수의 문제와 적용규범의 문제가 제기되는데 이것이 청구권경합의 문제이다.³⁶⁾ 청구권경합에 관하여는 종래 민법학에서 청구권경합설, 법조경합설과 양자를 통합하는 이론들(청구권규범경합설 등)이 주장되고 있다. 특히, 船荷證券의 경우 양 책임의 관계를 어떻게 이해하는가는 실제로 상이한 법적효과를 초래하는데, 이에 관하여는 국내에서도 종래 많은 논의가 행해지고 있다.

35) 平塚眞, 83面.

36) 김형배, 채권총론 (1992), 219면.

여기에서 필자가 논의하려는 것은 民法이나 商法上的 論點이 아니라 국제해상 운송에서 발생하는 國際私法的 論點이다. 즉, 예컨대 면책약관을 포함한 船荷證券의 準據法이 영국법인 경우, 만일 船荷證券의 적법한 소지인이 운송인에 대하여 한국법을 準據法으로 하는 불법행위책임을 묻는다면, ① 船荷證券의 準據法은 불법행위책임의 準據法에 영향을 미치는가, ② 면책약관의 효력은 어느 법에 따라 판단할 것인가, ③ 면책약관이 유효하다면 불법행위책임을 묻는 때에도 운송인은 면책약관을 항변으로 주장할 수 있는가, 즉 면책약관을 이유로 불법행위책임이 감면되는가의 여부는 어느 법에 따라 판단할 것인가 라는 國際私法上的 問題들이 제기된다.

①의 점에 대하여 전통적인 청구권경합설에 의하면 채무불이행책임은 계약의 準據法에 따라, 불법행위책임은 불법행위의 準據法에 따라 각각 규율된다. 이와 관련하여 舊商法下에서³⁷⁾ 선고된 대법원 1983.3.22.선고 82다카1533 전원합의체 판결이 중요한 의미를 가진다. 위 사건에서 원고들은 소외 포항제철과 포항제철이 유럽으로부터 도입하는 공장건설기자재에 대한 해상적하보험계약을 체결한 보험업자들로서, 운송인인 피고가 해상운송중 그 피용자의 과실로 운송물의 일부를 훼손하여 포항제철에게 보험금을 지급하였음을 이유로 운송물의 수하인이며 船荷證券 소지인인 포항제철을 대위하여 운송인인 피고를 상대로 불법행위로 인한 손해배상과 운송채무불이행으로 인한 손해배상을 선택적으로 청구하였는데, 船荷證券의 準據法은 영국법이었고 불법행위의 準據法은 한국법이었던 것으로 보인다. 위 사건에서 船荷證券에 기재된 면책약관의 효력이 문제로 되었는데, 대법원판결은 ①에 관하여는, 船荷證券約款에 準據法이 규정되어 있어도 이는 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에는 미치지 않는다고 하고, ②는 다투어지지 않았으나 영국법상 유효한 것으로 전제하였고, ③에 관하여는 國際私法的 논의없이 船荷證券에 기재된 면책약관은 일반 운송계약상의 면책특약과는 다르다고 하고 “...위와 같은 면책약관이 기재된 船荷證券을 교부받은 소지인과 운송인간에는 운송계약상의 채무불이행책임 뿐만 아니라 운송물의 소유권침해로 인한 불법행위책임에 대하여도 위

37) 상법이 1993년 1월 1일자로 개정됨에 따라 선하증권에 기재된 면책약관은 운송계약상의 채무불이행책임 뿐만 아니라 불법행위책임에도 적용된다(상법 제 789조의 3 제 2항). 그러나, 위 조항이 적용되기 위하여는 상법 즉, 한국법이 선하증권의 준거법이 될 것이 전제로 된다.

면책약관을 적용키로 한 숨은 합의가 이루어졌다고 보겠으므로, 그 면책약관을 불법행위책임에 적용키로 하는 별도의 명시적 또는 묵시적 합의가 없더라도 당연히 불법행위책임에도 그 효력이 미친다고 보아야 할 것이다.”고 판시하였다.

여기에서는 일단 ③에 논의를 한정한다.³⁸⁾ 위 사건에 있어서 船荷證券의 準據法은 영국법이었으므로, 사건으로는 대법원판결과 같이 당사자 의사해석에 의하여 문제를 해결하고자 한다면 이는 영국법에 의하여 판단할 사항이지 불법행위의 準據法인 한국법에 따를 사항이 아니었다. 대법원이 과연 영국법상 묵시적 의사와 구별되는 숨은 합의라는 개념이 인정되는지를 검토한 뒤 긍정적인 결론을 내리고 판결을 선고하였는지는 의문이다. 만일 그렇다면, 대법원판결이, 그것도 전원합의 체판결이 충분한 涉外的 考慮 없이 선고되었다는 점은 유감스러운 일이다.

그렇다면, 船荷證券 소지인이 불법행위책임을 묻는 경우 운송인이 면책약관을 근거로 불법행위책임을 감면할 수 있는가의 여부에 대하여는, 이는 불법행위에 따른 책임범위의 문제이므로 불법행위의 準據法에 따라 판단하되, 그러한 면책약관의 효력은 선결문제로서 船荷證券의 準據法에 따라 판단할 것인라는 견해가 가능하다.³⁹⁾ 필자가 비판하는 것은 대법원의 결론이 틀렸다는 것이 아니라 그 결론을 도출해 가는 과정에서 國際私法的인 考慮을 하지 않았거나, 만일 고려하였다면, 그 경위를 전혀 실시하지 않았다는 점이다.

나아가, 대법원판결은 채무불이행책임과 불법행위책임을 관계에 관하여, 涉外的 考慮 없이 이른바 청구권경합설의 입장을 취하고 있으나⁴⁰⁾ 양 책임의 準據法이 상

38) ②는 영국법에 의하여 판단할 사항이므로 별문제가 없으나, ①은 매우 어려운 문제이다. 특히 최근 독일에서는 ‘부수적 또는 종속적 연결(akzessorische Anknüpfung) 이론’이 유력하게 주장되고 있고, 스위스 국제사법은 “가해자와 피해자간에 존재하는 법률관계가 불법행위에 의하여 침해되는 때에는 불법행위에 기한 청구권은 그 법률관계의 준거법에 의한다.”고 하여 이를 입법적으로 채택하였다(제 133조 제 3항). 이는 국제사법상의 신뢰원칙의 표현이라고 할 수 있다. 그러나, 대법원판결(대법원1983.3.22. 선고 82다카1533 판결; 대법원 1991.4.26. 선고 90다카8098 판결 등)은 준거법에 관한 선택증권의 약관은 운송계약상의 채무불이행을 원인으로 한 손해배상책임에만 적용되며, 법정책임인 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구의 경우까지 적용된다고 볼 수 없다고 한다.

39) North 교수가 발표한 국제사법논문들을 모은 Essays in Private International Law (1993)의 89~108면에 수록된 “Contract as a Tort Defence in the Conflict of Laws” 중 108면과 Cheshire/North, pp.561~564 참조.

40) 그에 대하여는 기본적으로 청구권경합설의 입장을 취하면서 실질적으로 청구권규범의

이한 경우 양자의 관계를 결정하는 것은 어느 법인가 라는 의문이 제기된다. 즉, 대법원판결의 설시는 양 책임의 準據法이 모두 한국법인 경우에 타당한 논의일 수는 있으나 - 물론 그에 대하여도 학설이 나뉘고 있으나 - 양 책임의 準據法이 상이한 경우 양자의 관계를 어느 準據法에 따라 결정할 것인지, 나아가 양자의 관계를 어느 하나의 準據法에 따라 결정하는 것이 타당한지가 문제된다.⁴¹⁾ 예컨대, 스위스 國際私法이나 독일의 학설에서 보는 바와 같이 附隨的 連結理論을 채택하여 불법행위책임을 계약의 準據法에 따라 판단할 여지도 있다. 대법원판결을 선의로 해석하자면, 대법원은 양 책임의 관계를 불법행위의 準據法에 따라 판단한 것이라고 볼 여지도 있겠으나, 아마도 涉外的 考慮없이 한국법에 따라 판단한 것이 아닐까 생각된다. 앞으로 準據法을 달리하는 청구권경합의 문제가 제기된다면 위 대법원판결을 따를 것이 아니라 위에서 제기한 청구권경합과 관련된 國際私法的 論點들에 대한 보다 철저한 검토가 선행되어야 할 것이다.

5. 船荷證券의 準據法과 保證渡의 문제점

船荷證券이 발행된 경우 운송물의 인도는 船荷證券과 상환하여 이루어지는 것이 원칙이나(商法 제 820 조, 제 129 조 참조), 운송물은 도착하였으나 수하인이 船荷證券을 아직 수령하지 않은 경우 수하인의 편의를 위하여 운송인이 신용장 개설 은행이 발행한 화물선취보증서(Letter of Guarantee)를 수령하고 船荷證券을 받음이 없이 운송물을 인도하는 것을 保證渡라 한다. 이는 거래상의 편의를 위하여 광범위하게 행해지고 있는 상관습이다.

保證渡가 행해진 경우에도 일반적으로는 운송인이 화물선취보증서를 발행한 은행으로부터 船荷證券을 교부받게 되므로 별 문제가 없으나, 만일 위조된 화물선취보증서에 기하여 운송물이 인도되고 船荷證券의 적법한 소지인이 따로 있는 경우에는 운송인은 船荷證券과 상환하지 않고 운송물을 인도한 데 대하여 船荷證券 소

통합을 허용한 것이라는 평가도 있다(김형배, 채권총론 (1992), 228면). 청구권경합에 관하여는 李宙興, 海上運送法, 1992, 355~424면 참조.

41) 이러한 문제제기는 위 Peter North 교수의 글을 참조.

지인에게 손해배상책임을 지게 된다. 이 경우 운송인은 船荷證券 소지인에게 운송물을 인도할 채무를 이행하지 못한 데 대하여 채무불이행책임을 부담함은 별 의문이 없으나, 운송인이 船荷證券 소지인에게 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담하는지가 논란이 되고 있다.

이 점에 관하여 대법원은, 保證渡의 상관습은 운송인의 정당한 船荷證券 소지인에 대한 책임의 면제를 목적으로 하는 것이 아니고 오히려 保證渡로 인하여 정당한 船荷證券 소지인이 손해를 입는 경우 운송인이 그 손해를 배상하는 것을 전제로 하므로, 운송인의 행위가 정당한 행위로 되거나 주의의무가 경감 또는 면제될 수 없고, 保證渡로 인하여 船荷證券의 정당한 소지인의 운송물에 대한 권리를 침해하였을 때에는 고의 또는 중대한 과실에 의한 불법행위의 책임을 진다고 하고, 나아가 保證渡로 운송물이 멸실된 경우에 채무불이행으로 인한 책임은 물론이고 불법행위로 인한 손해배상청구권도 船荷證券에 화체되어 船荷證券이 양도됨에 따라 船荷證券의 소지인에게 이전되는 것이므로, 운송물이 멸실된 후에 船荷證券을 취득(양수)하였거나 배서를 받았다 하더라도 그 船荷證券의 소지인은 손해배상청구권을 행사할 수 있고, 별도의 채권양도 통지가 필요하지 않다고 판시하였다.⁴²⁾ 학설로서는 대법원 판례의 입장을 지지하는 견해와 반대하는 견해가 나뉘고 있다.

필자가 여기에서 논의하는 것은 保證渡가 불법행위를 구성하는가 라는 實質法上的 論點이 아니라 국제해상운송의 경우 논리적으로 그에 선행하는 國際私法的 論點이다.

涉外私法 제 13 조는 불법행위의 準據法에 관하여 이른바 절충주의를 취하고 있으므로 어느 행위가 불법행위를 구성하는지의 여부와 그 효과는 불법행위지법과 법정지인 한국법에 따라 규율된다. 그런데 국내에서 保證渡가 행해지는 경우 불법행위지와 법정지는 모두 한국이므로 保證渡가 불법행위를 구성하는지의 여부는, 채무불이행책임을 船荷證券의 準據法에 따라 결정되는 것과는 달리 한국법에 따라 결정된다. 이 점은 대법원 판결에 의하여도 인정된 바 있는데⁴³⁾ - 채무불이행책임과 불법행위책임을 準據法이 상이한 경우 양자의 관계를 어떻게 이해할 것인가는

42) 대법원 1989.3.14.선고 87다카1791판결; 대법원 1991.4.26.선고 90다카8098판결; 대법원 1992.1.21.선고 91다14994판결 등.

43) 대법원 1983.3.22.선고 82다카1533판결; 대법원 1991.4.26.선고 90다카8098판결.

위에서 본 바와 같으나 일단 이를 제외하면 - 여기까지는 별 문제가 없다.

그러나, 채무불이행책임과 불법행위책임의 準據法이 상이한 경우에도 양자의 관계를 청구권경합으로 이해하는 대법원판결의 입장을 따르더라도, 위 대법원 1991. 4. 26. 선고 90 다카 8098 판결이 운송인의 保證渡는 船荷證券의 적법한 소지인에 대하여 불법행위책임을 지고 불법행위로 인한 손해배상청구권도 船荷證券에 화체되어 船荷證券이 양도됨에 따라 船荷證券의 소지인에게 이전된다고 판시한 것은 문제이다. 왜냐하면 위 사건에서는 화물선취보증서와 실수요자확인서를 받고 船荷證券과 상환하지 아니한 채 운송물을 인도(보증도)한 외국선박회사의 국내대리점들의 책임이 문제로 되었는데 관련된 船荷證券의 準據法은 영국법이었던 것으로 보이기 때문이다.⁴⁴⁾ 그러한 경우 불법행위의 準據法이 한국법이고 한국법상 保證渡가 불법행위를 구성하더라도 그로 인한 불법행위채권이 船荷證券에 표창되는가의 여부는 船荷證券의 準據法인 영국법이 결정할 사항이기 때문이다.

따라서, 가사 準據法이 우리법인 船荷證券의 경우 保證渡라는 불법행위로 인한 손해배상청구권도 船荷證券에 화체된다는 대법원판결이 타당하더라도 - 이에 대하여는 비판적인 견해가 많다 - 船荷證券의 準據法이 영국법인 위 사건에 있어서는 대법원은 영국법상 과연 불법행위로 인한 손해배상채권이 船荷證券에 화체되는지를 검토했어야 하는데, 영국법상으로는 이를 긍정하기는 어려울 것으로 보인다.⁴⁵⁾ 대법원판결이 이 점에 대한 아무런 실시없이 - 아마도 한국법에 따라 판단할 사항이라는 믿음을 근거로 - 위와 같은 결론을 내린 것은 잘못이라고 생각된다.

6. 船荷證券의 準據法과 운송계약 당사자지위의 승계

商法上으로는 船荷證券이 배서, 교부에 의하여 양도되면 양수인인 船荷證券의

44) 대법원판결은 이유에서 “소론은 ...소의 노라시아라인 발행의 선하증권 이면의 약관에 의하면 이 사건 선하증권으로 증명되거나 이에 포함된 계약은 영국법의 적용을 받는다고 규정되어 있으므로 이 사건의 준거법은 영국법이 되어야 한다는 것이다.”고 실시하고 있다.

45) 심재두, 297면 참조. *Leigh and Sullivan v. Aliakmon Shipping (The Aliakmon)*[1986] A.C. 785 판결.

소지인은 船荷證券에 화제된 권리 즉, 운송물의 인도청구권을 당연히 취득하나(제 820 조, 제 133 조), 船荷證券 소지인이 운송계약상의 송하인의 지위를 당연히 승계하는 것은 아니다.⁴⁶⁾ 그러나, 영국의 1855년 船荷證券法(Bills of Lading Act 1855)(제 1 조)에 따르면 船荷證券의 양수인에게 운송계약 자체가 이전된다.⁴⁷⁾ 운송계약의 승계 또는 인수와 관련하여 다음 두 가지 논점을 검토한다.

(1) 擔保權者의 운송물인도청구권

위에서 본 바와 같이 商法上으로는 船荷證券 소지인은 운송물 인도청구권을 취득하므로 운송물에 대하여 담보권(질권 또는 양도담보)을 취득한 자도 담보권에 기하여 운송인에게 운송물의 인도를 청구할 수 있다. 그러나, 영국의 1855년 船荷證券法(Bills of Lading Act 1855) 제 1 조에 따르면, 운송계약상의 권리는 운송물의 소유권을 취득한 수하인과 피배서인 (...to whom property⁴⁸⁾ in the goods therein mentioned shall pass...)에 한정되었기 때문에 운송물에 대해 담보권만을 취득하는 은행은 운송계약상의 권리를 취득할 수 없었다.⁴⁹⁾ 다만, 영국의 1992년 해상물건운송법(Carriage of Goods by Sea Act (1992). 이하 'COGSA (1992)'라 한다)에 따르면 운송계약상의 권리는 화물소유권의 이전과는 관계없이 船荷證券의 적법한 소지인에게 이전되므로⁵⁰⁾ 운송물에 대해 담보권만을 취득하는 은행도 운송

46) 긍정설도 있으나 부정설이 다수설이다. 정병석, “국제해상매매계약에 있어서 운송과 관련된 몇 가지 논점”, 「무역상무연구」, 제 10 권, 한국무역상무학회, 1997, 169면.

47) 예컨대, Cooke et al., Voyage Charters, 1993, pp. 383~386은 영국법상으로는 1855년 선하증권법(Bills of Lading Act 1855) 제 1 조 또는 COGSA 1992에 따라 또는 새로운 묵시적 계약의 결과로 운송계약이 선하증권 소지인에게 승계될 수 있다고 설명한다.

48) 여기의 'property'는 영국법상의 general property를 말하며 질권과 같은 special property는 포함하지 않는 것으로 이해된다.

49) 운송물인도청구권에 관한 판결은 아니나, 이른바 쉐트로콘(Centrocon) 중재조항에 관하여 대법원 1990.2.13.선고 88다카23735 판결은, 선하증권의 준거법이 영국법임을 전제로, 그 당시의 영국법에 의하면 당해 사건 선하증권상에 수하인으로 기재되어 있으나 오직 신용장 대금의 담보를 위하여 선하증권을 소지하게 되었고 또한 운송물이 이미 멸실되어 선하증권을 제시하여도 새로이 운송계약상의 당사자의 지위를 취득할 수 없게 된 원고(국내 신용장개설은행)로서는 피고(국내 해상운송인)와의 사이에 운송계약에 부수된 유효한 중재계약이 있었음을 주장할 수 없다는 취지로 판시한 바 있다. 이는 국제사법적 논점을 제대로 고려한 판결이라고 하겠다.

50) 심재두, 298~299면; 이성철, 영국해상물건운송법, 1992 (Carriage of Goods By Sea Act, 1992), 한국해법회지, 제 15 권 제 1 호, 1993. 2, 205면. 1855년 선하증권법 제 1 조

인에 대해 운송물의 인도를 요구할 수 있게 되었다.

영국의 COGSA (1992)에 의하여 商法과 별로 차이가 없게 되었으나, 1855년 船荷證券法에서 보는 같이 운송물에 대해 담보권만을 취득하는 은행이 운송인에 대해 운송계약상의 권리를 행사할 수 있는지의 여부는 船荷證券의 準據法에 따라 상이하게 됨을 알 수 있다. 즉, 船荷證券의 소지인이 운송계약상의 권리인 운송물인도청구권을 취득하는지의 여부는 船荷證券의 準據法에 따라 판단하여야 하며 무조건 우리 商法에 따라 판단할 사항이 아니다.

(2) 船荷證券 소지인의 義務의 부담

위에서 본 바와 같이 商法上 船荷證券 소지인은 운송계약상의 송하인의 지위를 승계하지 않으므로 船荷證券 소지인은 운임, 체선료 기타 비용의 지급과 같은 운송계약상의 의무를 당연히 부담하는 것은 아니다. 다만, 수하인은 船荷證券을 제시하고 운송물의 인도를 청구한 때에는 운송계약 또는 船荷證券의 취지에 따라 운임 등을 지급할 의무를 부담한다(商法 제 800 조 참조). 그러나, 영국의 1855년 船荷證券法(Bills of Lading Act (1855)) 제 1 조에 따르면, 문면상 송하인의 운송계약상의 의무가 이전되는 것은 아니나 수하인이나 피배서인은 송하인과 동일한 내용의 의무를 부담한다.⁵¹⁾ 반면에, 영국의 COGSA (1992)에 따르면, 船荷證券의 적법한 소지인은 운송인으로부터 화물을 수령하거나 운송인에게 화물의 인도를 요구하거나 또는 화물에 관하여 운송인에게 운송계약상의 청구를 하는 경우 송하인과 동일한 운송계약상의 의무를 부담한다(제 3 조 제 1 항).

영국의 COGSA (1992)에 의하여 商法과 별로 차이가 없게 되었으나, 1855년 船荷證券法에서 보는 같이 船荷證券 소지인이 송하인과 동일한 의무를 지는지의 여부는 船荷證券의 準據法에 따라 상이하게 됨을 알 수 있다. 따라서, 이 점은 船荷

는 COGSA 1992에 의하여 양수인이 운송물의 인도를 요구하였을 때에 한하여 운송계약상의 채무도 양수인에 인수된다는 취지로 수정되었다.

51) Every consignee of goods named in a bill of lading, and every endorsee of a bill of lading shall be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading had been made with himself. 다만, 문면에도 불구하고 배서인은 의무를 면하는 것으로 해석된다. Cooke et al., Voyage Charters (1993), p. 384.

證券의 準據法에 따라 판단하여야 하며 무조건 우리 商法에 따라 판단할 사항이 아니다. 만일 수하인이 한국에서 船荷證券을 제시하고 운송물의 인도를 청구한 때에는 운송계약 또는 船荷證券의 準據法에 관계없이 운임 등을 지급할 의무를 부담한다는 견해를 취하고자 한다면, 商法 제 80 조는 양륙항이 한국이면 항상 적용된다고 해야 할 것이나 그렇게 볼 수 있는 근거를 제시해야 할 것이다.

IV. 船荷證券의 분실과 除權判決의 가부

국내해상운송과 관련하여 準據法을 한국법으로 하여 발행된 船荷證券의 소지인이 船荷證券을 분실한 경우 법적으로는 공시최고절차와 除權判決에 의하여 船荷證券을 무효화시키고 운송인에게 운송물의 인도를 요청할 수 있을 것이다(商法 제 65 조, 민법 제 521 조, 제 524 조, 민사소송법 제 463 조). 물론 실무상으로는 船荷證券을 분실한 자는 은행과 함께 작성한 보증서를 운송인에게 제출하고 운송물을 인도받고자 할 것이고 불편한 除權判決節次를 피하려고 할 것이다.

그러나, 국제해상운송과 관련하여 발행된 船荷證券을 분실한 소지인이 船荷證券의 除權判決을 신청할 수 있는지는 단순한 문제가 아니다. 왜냐하면 涉外私法은 “어음 또는 수표의 상실 또는 도난의 경우에 하여야 할 절차는 지급지의 법에 의한다.”고 규정하면서⁵²⁾ 船荷證券 기타 有價證券에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 국제적으로 유통되는 유가증권과 관련한 除權判決의 문제점으로는 (㉠) 除權判決을 선고할 수 있는 관할법원, (㉡) 除權判決의 可否를 규율하는 準據法과 (㉢) 어느 국가의 법원에서 선고한 除權判決이 외국에서 승인될 수 있는가의 여부를 들 수 있다. 이에 관하여는 독일과 일본에서는 견해가 나뉘고 있으나, 영미법은 除權判決制度를 알지 못하며, 외국에 있는 권리자가 다른 국가에서 행해지는 公示催告를 알고 公示催告法院에 자신의 권리를 신고하기를 기대하기는 어려우므로, 특정 국가에서의 公示催告節次와 그에 기초한 除權判決에 의해 국제적으

52) 제 41 조, 제 43 조 제 8 호.

로 유통되는 有價證券을 무효화하는 것이 정책적으로 바람직한가는 다소 의문이다.⁵³⁾ 그러나, 우리의 현행법제가 除權判決制度를 가지고 있으므로 제한적인 범위 내에서 除權判決을 선고할 가능성은 인정할 수 있을 것이다. 예컨대, 국내해상운송계약에서 영국법을 準據法으로 하는 船荷證券이 발행된 경우 우리 법원에서 除權判決이 가능하다고 볼 수 있을 것이다. 문제는 예컨대 국제해상운송계약에서 영국법을 準據法으로 하는 船荷證券이 발행되고 양륙항이 한국인 경우 우리 법원에서 除權判決이 가능한가의 여부인데 그에 관하여는 견해가 나뉠 수 있겠다.

V. 船荷證券에 관한 商法條項의 適用範圍

船荷證券에 관한 商法條項의 적용범위와 관련하여서는 다음 두 가지 논점을 검토할 필요가 있다. 첫째, 商法の 규정방식이 적절한가의 여부와, 둘째, 제 787 조 내지 789 조의 3의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자의 특약은 효력이 없다고 하는 商法 제 790 조 제 1 항은 準據法이 외국법인 경우에도 적용되는가의 문제가 그것이다.

1. 商法の 규정방식은 적절한가

헤이그규칙은 체약국에서 발행되는 모든 船荷證券에 적용된다(제 10 조). 한편, 헤이그-비스비규칙은, ① 船荷證券이 체약국에서 발행되거나, ② 운송이 체약국의 항구에서 시작되거나, ③ 船荷證券에 포함되거나 그에 의하여 증명되는 운송계약이 헤이그-비스비규칙(또는 동규칙에 효력을 부여하는 어떤 국가의 법률)이 그 운송계약을 규율한다고 규정하는 경우, 두 개의 다른 국가에 소재한 항구간의 화물 운송에 관한 船荷證券에 적용된다(제 10 조).⁵⁴⁾ 이와 같이 헤이그규칙이나 헤이그-

53) 독일과 스위스 등에서는 일정한 요건하에 국제적으로 유통되는 증권에 대하여도 제권 판결에 의한 유가증권의 무효선언을 인정한다 (Staudinger/Stoll (1996) Int SachenR Rn. 419 참조).

비스비규칙은 동규칙의 적용범위에 관하여 명시적인 규정을 두는데, 이는 해상운송인의 책임을 강행법적으로 확립함과 동시에 국제적인 차원에서 해상운송인의 책임이 감면되는 경우의 한계를 명확히 규정하기 위한 것이다.⁵⁴⁾ 일본의 국제해상물품운송법(제 1 조), 영국의 Merchant Shipping Act (1995)에 의해 개정된 Carriage of Goods by Sea Act (1971) 제 1 조 (3) 항과 미국의 1936년 해상물건운송법 (Carriage of Goods by Sea Act (1936), 46 U.S. Code Appendix 1300)도 적용범위에 관한 규정을 두고 있고,⁵⁵⁾ 독일은 商法施行法 제 6 조를 두어, 독일 商法 제 662 조(商法 제 790 조에 대응하는 규정이다)가 열거하고 있는 船荷證券 관련 조항들은 船荷證券의 準據法에 관계없이 일정한 요건이 구비되면 적용되는 강행법으로서의 성질을 가짐을 선언하고 있는데, 이는 헤이그-비스비 규칙 제 10 조에 근거하여 그 적용범위를 다소 조정한 것이다.

그러나, 商法은 헤이그 규칙과 헤이그-비스비 규칙을 비준하는 대신 그 내용을 商法에 편입하는 방법을 택하면서 양규칙의 적용범위에 관한 조항을 제외한 결과 船荷證券에 관한 商法條項의 적용범위가 애매하게 되었고, 그 결과 아래에서 보는 바와 같이 현행법의 해석론으로는 商法上의 强行規定은 한국법이 準據法인 경우에만 적용되는 것으로 보게 된다. 당시 입법자들의 정확한 의도를 알 수 없으나 商法의 이러한 규정방식은 國際私法的 고려가 부족했다는 비판을 면할 수 없다. 앞으로는 국제조약을 商法에 편입하는 방법을 택할 경우 이 점을 충분히 고려해야 할 것으로 생각된다.

2. 商法の 適用範圍에 관한 解釋論

54) 해상물건운송에 관한 1978년 유엔협약(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978. Hamburg Rules) 제 2조 제 1항은 동규칙의 적용범위를 규정하고 있는데 이는 헤이그-비스비 규칙보다도 그 적용범위를 확대하고 있다.

55) 헤이그-비스비 규칙 제 3조 제 8항 참조. 이는 우리 商法 제 790조와 유사한 취지이다.

56) 일본에서는 동법의 적용범위에 관하여 즉, 일본법이 준거법으로 되는 경우에 동법이상법의 특별법으로서 비로소 적용되는 것인지의 여부에 관하여는 논란이 있는 것으로 보인다.

입법론적으로 商法の 태도가 비판의 여지가 있다고 하더라도, 商法은 船荷證券에 관한 條項들 특히 제 790 조의 적용범위에 관한 규정을 두고 있지 않으므로, 제 787 조 내지 789 조의 3의 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자의 특약은 효력이 없다고 하는 商法 제 790 조 제 1 항은 準據法이 외국법인 경우에도 적용되는가 라는 문제가 제기된다. 이 점에 관하여는 일반원칙에 따라 商法은 한국법이 準據법인 경우에 한하여 적용된다는 주장⁵⁷⁾이 우선 가능할 것으로 생각된다. 일부 견해⁵⁸⁾는 船荷證券의 準據法이 예컨대 미국해상물건운송법과 같은 외국법임에도 불구하고 商法 제 790 조 제 1 항이 적용된다는 입장을 취하는 것으로 보이거나 이는 무리라고 생각된다. 商法の 개정이 헤이그-비스비규칙을 입법화하기 위한 것임은 의문이 없으나 입법자가 헤이그-비스비규칙에 포함된 國際私法的 條項을 배제한 사실을 고려한다면 그와 같이 해석하기는 어렵다. 즉, 서울지방법원 1996.8.16.선고 95가합55301판결에서 만일 準據法이 미국해상물건운송법이었다면⁵⁹⁾ - 이 점은 위 사건의 船荷證券이 미국해상물건운송법의 적용요건을 구비하는지를 검토한 뒤에 판단하여야 한다 - 우리 商法은 적용되지 않으므로 문제의 멕시코책임조항(Mexico Liability Clause)의 효력은 準據법인 미국해상물건운송법에 따라 판단하여야 할 사항이지 우리 商法에 따라 판단할 사항은 아니라고 생각된다. 물론 그 경우 어떠한 실익이 있는지는 별개의 문제이다.

이와는 달리 商法 제 790 조 제 1 항이 이른바 國際的 強行法規의 성질을 가진다고 하려면 입법자의 의도로부터 準據法이 외국법인 경우에도 당해 조항을 적용하려는 의지가 표현되어야 있어야 한다. 그러나, 商法上 이러한 의지가 표현되어 있지 않고, 나아가 위 조항이 모든 涉外的인 要素를 가지는 船荷證券에 적용될 수 없음은 의문이 없으므로 그 범위를 헤이그규칙이나 헤이그-비스비 규칙에서 보는

57) 이 점을 상세히 논의하고 있지는 않으나, 宋相現·金鉉, 海商法原論 (1993), 330면은 아마도 이런 입장으로 보인다.

58) 서울지방법원 1996.8.16.선고 95가합55301판결에 대한 간략한 평석에서 그와 같은 입장을 취하는 견해가 있다. 서울지방법원, 314~315면 참조.

59) 서울지방법원, 311면에 의하면 준거법이 선택적으로 대한민국 상법 또는 미국 해상물건운송법이라고 하여 사실관계가 분명하지 않은 점이 있다.

바와 같이 船荷證券의 발행지 또는 선적지가 한국일 것 등의 요건이 필요한 데 이 점에 관한 입법자의 의도를 알 수 없다는 문제가 있다. 해석론에 의하여 그러한 요건을 부가하고 그 전제하에 商法 제 790 조 제 1 항이 적용된다고 할 경우 아마도 헤이그-비스비규칙에 따라야 할 것이나, 이는 해석론의 범위를 넘는 것으로서 입법자의 의지에 반한다고 생각된다. 개정전의 商法下에서 해상적하보험계약에 포함된 영국법준거약관에 관한 대법원판결이 “외국법 준거약관은 동약관에 의하여 외국법이 적용되는 결과 우리 商法 보험편의 통칙의 규정보다 보험계약자에게 불리하게 된다고 하여 商法 제 663 조에 따라 곧 무효로 되는 것이 아니고” 라고 판시한 점을 고려한다면, 商法 제 663 조와 마찬가지로 특약에 의하여 그 적용을 배제할 수 없음을 규정한 제 790 조 제 1 항도 準據法이 외국법인 경우에는 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 그런 의미에서 商法 제 790 조 제 1 항(과 그에 언급된 조항들)은 國際的 强行法規는 아니라고 생각된다.⁶⁰⁾

그러나, 입법론적으로는 商法을 개정하여 운송계약 또는 船荷證券의 準據法이 한국법이 아니더라도 일정한 요건 - 예컨대, 헤이그-비스비 규칙 제 10 조에 규정된 것과 유사한 요건 - 이 구비되는 경우 船荷證券의 準據法에 관계없이 商法上的 强行規定이 적용됨을 명시할 것인지의 여부를 진지하게 검토할 필요가 있을 것으로 생각된다.

VI. 外國法 適用의 어려움과 對應方案

법원의 일부 실무가 명백한 섭의사건임에도 불구하고 섭의적인 고려없이 한국법을 적용하는 경향을 보이고 있는 것은 실제로 외국법의 입증과 적용이 용이하지 않다는 점에도 기인하는 것으로 생각된다. 필자도 외국법의 적용에 따른 법원과

60) 강남호, 해상법의 법률지식, 1996, 402면도 입법의도를 기초로 그와 같이 해석한다. 다만, 동건해는 상법상의 강행규정에 한정하지 않고 개품운송계약에 관한 상법규정 전반에 관하여 그 적용여부를 논의하고 있으나 아마도 필자와 같은 취지로 짐작된다.

당사자들의 고충을 이해하지 못하는 바는 아니나, 準據法이 명백히 외국법임에도 불구하고 아무런 근거없이 한국법을 적용하는 것은 정당화될 수 없다. 필자가 우려하는 것은, 외국관련이 있는 사안에서 법원이 섭외적 고려를 하지 않았다는 외형적인 측면보다는, 법원이 아무런 근거없이 한국법을 적용하는 경향의 밑바닥에는 한국법과 내용을 달리 하는 외국법이 존재한다는 사실과, 사안에 따라서는 그러한 외국법을 적용하는 것이 실정법인 涉外私法 뿐만 아니라 正義의 요청에도 부합한다는 사실을 애써 외면하고자 하고 또한 그렇게 해도 무방하다는 의식이 자리 잡고 있는 것은 아닌가 하는 점이다.

사건으로는, 이러한 의식은 마땅히 拂拭되어야 하고 법원이 섭외사건에 한국법을 적용하기 위하여는 國際私法上的 근거를 제시해야 하며 법원으로서 마땅히 그러한 노력을 해야 한다. 그러한 근거로서는 다음과 같은 방법들을 고려할 수 있다. 첫째, 순수한 국내사건에 대한 외국법의 적용을 제한하거나 이를 實質法的 指定으로 이해하는 방안. 즉, 국내해상운송계약의 準據法을 영국법으로 지정하거나, 국내해상운송에 있어 적하보험계약의 準據法을 영국법으로 지정하는 경우 이를 아무 제한없이 허용할 것인지, 만일 제한한다면 그 의미를 어떻게 볼 것인지를 명확히 할 필요가 있다.⁶¹⁾ 둘째, 準據法이 외국법이더라도 계약 또는 불법행위의 경우 소송단계에서의 당사자의 準據法 합의를 인정하는 방안. 즉, 國際契約의 準據法을 사후적으로 변경하는 것도 허용하는 것이 요즈음 국제조약⁶²⁾과 외국의 입법의 경향이다. 다만, 準據法의 사후적 변경은 계약의 방식상의 효력과 제3자의 권리에 영향을 미칠 수는 없다는 한계가 있다. 종래의 판결은 바로 이러한 근거로써 설명

61) 이와 관련하여 대법원 1997. 9. 9. 선고 96다20093 판결이 “외국법원을 관할법원으로 하는 전속적인 국제관할의 합의가 유효하기 위하여는 당해사건이 그 외국법원에 대하여 합리적인 관련성을 가질 것이 요구된다.”고 판시하였음을 주목할 필요가 있다. 물론, 국제재판관할합의와 준거법의 합의는 구별되나, 위 판결의 논리를 준거법 지정에도 확장한다면 지정된 외국법은 당해사건과 합리적인 관련성을 가져야 한다. 宋相現·金鉉, 海商法原論, 1993, 330면은 船荷證券에 기재된 準據法이 “당사자들 및 당해 운송과 밀접한 관련이 있고 법정지국의 공서양속에 위반되지 않는 것인 한 유효하다.”고 하는데, 이는 이와 유사한 입장으로 보인다. 그렇다면 순수한 국내사건에 대하여는 외국법을 준거법으로 지정할 수 없다고 보게 된다. 사건으로는 ‘합리적인 관련성’을 요구하는 것이 적절한가는 의문이고, 만일 요구한다면 이를 넓게 해석하여 국제적으로 명망 있는 법원 또는 법을 선택한 경우 합리적인 관련성의 존재를 긍정해야 할 것으로 생각되나, 판례의 입장은 두고 보아야 할 것이다.

62) 예컨대, 로마협약 제3조 제2항.

할 수 있을 것이다. 또한 불법행위의 경우도 스위스 국제사법(제 132 조)은 불법행위 발생 후 당사자들이 법정지법을 準據法으로 합의하는 것을 인정하고 있고, 독일의 다수설은 그러한 제한없이 불법행위의 準據法合意를 허용한다. 셋째, 涉外私法을 직권으로 적용하는 대법원판례⁶³⁾의 입장과는 달리, 당사자가 외국법의 적용을 주장하는 경우에 한하여 적용하는 이른바 任意的 抵觸法(Fakultatives Internationales Privatrecht)의 이론도 고려해 볼 수 있다. 실제로 영국법원은 그러한 입장을 취한다. 그러나, 현재로서 가장 바람직한 방안은 위 첫째, 둘째의 방법을 적절히 활용함과 동시에 당사자들과 법원이 외국법의 내용을 정확히 파악하기 위하여 노력하는 것이라고 할 수 있고, 이를 가능하게 하고 지원하기 위한 제도적인 뒷받침이 필요하다고 생각된다.⁶⁴⁾

VII. 맺음말

헤이그규칙, 헤이그-비스비 규칙과 함부르그 규칙 등 국제조약 또는 이를 편입한 국내법에 의하여 船荷證券에 관한 규범이 국제적으로 상당히 통일되어 있음은 사실이다. 그러나 이러한 규범의 통일은 아직 완전하지 않으며 국제조약들간에도 내용상 차이를 보이고 있는 것이 현실이므로 船荷證券과 관련된 法律關係를 제대로 이해하기 위하여는 債權的인 法律關係와 物權的인 法律關係를 구분하여 準據法을 결정할 필요가 있음을 살펴 보았다.⁶⁵⁾ 외국법이 船荷證券의 準據法이 되는 경우가 많으므로 외국법, 특히 영국법에 대한 연구가 필요함은 물론이나, 외국법의

63) 대법원 1982. 8. 24. 선고 81 다 684 판결.

64) 그러한 방편으로 외국법의 조사·연구와 외국법에 관한 감정활동을 담당할 수 있는 적정규모의 연구소의 설립을 제안하는 견해가 있다(李好珽, 國際私法, 1983, 211면).

65) 필자는 전에 신용장거래를 둘러싼 법률관계에 관한 준거법에 관하여 글을 쓴 바 있는데(제 2 은행이 개입하지 않은 경우에 관하여는 拙稿, “貨換信用狀去來와 관련한 國際私法上の 몇 가지 문제점”, 대한변호사협회지, 1994. 10, 111~119면을, 제 2 은행이 개입한 경우에 관하여는 拙稿, “貨換信用狀去來의 法律關係와 準據法”, 한국무역상무학회, 「무역상무연구」, 1996. 2, 153~178면을 각 참조), 필자는 수출입거래의 법률관계를 제대로 이해하기 위하여는 국제사법적 논점에 대한 이해가 필수적이라고 믿는다.

규율 범위를 알기 위하여는 準據法의 적용범위를 정확히 획정할 필요가 있다. 필자는 船荷證券에 관한 규범이 국제조약에 의하여 가능한 한 통일될 것을 희망하며 따라서 船荷證券의 準據法이 가지는 의미를 지나치게 강조할 생각은 없으나, 船荷證券의 準據法을 논의하는 실익이 크지 않다는 견해⁶⁶⁾는 현재로서는 타당하지 않으며 이는 이상의 논의에 의하여 증명되었다고 믿는다.

종래 船荷證券에 관한 우리 판례와 학설은 많은 경우 아무런 근거없이 사안의 涉外的 要素를 捨象하고 商法을 적용하고 있으나 그렇게 해서는 국제물건해상운송의 법리를 제대로 이해할 수 없다. 필자는 이 글에서의 문제제기를 계기로, 앞으로 법원이 船荷證券에 따른 法律關係를 취급함에 있어 우선 船荷證券의 準據法을 결정하고 당해 準據法을 정확히 적용하여 법률효과를 판단하게 되기를 희망한다. 또한, 우리가 최근까지 흔히 그랬던 것처럼 海商法 분야의 국제조약에 가입하는 대신 조약의 내용을 商法에 편입할 경우 國際私法的 측면, 즉 당해조항의 적용범위에 관한 충분한 고려가 이루어지기를 기대한다. 副題에 적은 바와 같이 이 글은 국제해상물건운송계약법에 관한 서론이고, 필자는 앞으로 국제해상물건운송계약법의 개별적인 논점들을 검토하고자 하는데 그 과정에서 여기에서의 논의가 보다 구체화되고 다듬어질 것으로 기대한다. 머리말에서 밝힌 것처럼 필자는 아직 우리 海商法이나 영국해상운송계약법에 정통하지 않으므로 이 글에는 오류와 독단이 있을 수 있음을 인정하며 많은 분들 특히 海商法 전문가들의 질정과 비판을 겸허하게 수용하여 이 글을 보완할 것을 다짐한다.

66) 柳重遠, 信用狀論, 1998, 460면.

參 考 文 獻

- 서울지방법원, 국제거래·상사소송의 실무, 1997
沈載斗, 海上運送法, 1997.
平塚眞, 40. 船荷證券, 涉外去來判例百選, 第3版,
Mankowski, Peter, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen
Privatrecht*, 1995.
North, P.M. & Fawcett, J.J., *Private International Law*, 12th ed., 1992.
Prüßmann, Heinz & Rabe, Dieter, *Seehandelsrecht*, 3. Auflage, 1992.
Reithmann, Christoph & Martiny, Dieter, *Das internationale Privatrecht der
Schuldver- träge* 5. Auflage, 1996.
Tetley, William, *International Conflict of Laws*, Common, Civil and Maritime, 1994.