

# 확정오퍼가설 관점에서 바라 본 대위중재의 허용여부\*

Admissibility of Subrogation Arbitration in the view of Firm Offer Hypothesis

조정곤(Chung-Kon Cho)

강릉원주대학교 사회과학대학 무역학과 교수

## 목 차

I. 서설	V. 결 어
II. 선행연구	참고문헌
III. 문제의 본질	ABSTRACT
IV. 문제해결을 위한 고찰	

## 국문초록

본 연구는 대위중재에서의 당사자적격성과 관련하여 복잡하게 전개될 수 있는 시비를 해결할 수 있는 방향의 설정에 대해 고찰하였다. 결함문제를 해결하기 위해 전례를 분석해 본 결과, 대위중재로 중재판정에 이른 사례는 찾아볼 수 있지만 대위중재 그 자체에 대한 판정이유는 불분명하다. 기존의 법원판례는 대위중재를 허용하는 듯 안 하는 듯 애매모호하고 대위중재의 허용여부에 대한 직접적인 법원의 판례는 찾아보기 힘들다. 또한 어느 한 국가의 판례로는 국제거래에서 발생하는 대위중재에 대해 단정할 수도 없다. 대위중재가 자동으로 허용되는지 아닌지 분명하지 않으면 전략적 차원에서 볼 때 분쟁해결절차의 경우의 수는 너무나 많아 수많은 사회적 비용을 치르게 된다. 따라서 향후 대위중재의 허용여부에 대한 국제적 통일지침의 확정이 긴요한 바, 본고에서는 자동차 대위중재제도, 공백과 상호주의 그리고 코즈정리의 관점에서 고찰한 결과 확정오퍼가설에 입각한 대위중재의 제도정립이 바람직하다는 결론에 이르렀다. 대위중재사건을 맡은 중재인들이나 판사들, 그리고 관련자들이 확정오퍼가설에 입각하여 대위중재에서의 당사자적격성을 판단한다면 본고에서 살펴본 대위중재와 관련한 문제점들을 대부분 해결할 수 있을 것으로 기대된다. 또한 국제적으로도 대위중재에 대한 확정오퍼가설이 확산됨으로써 대위중재의 일관된 해결원리가 확정오퍼가설로 수렴되기를 기대한다.

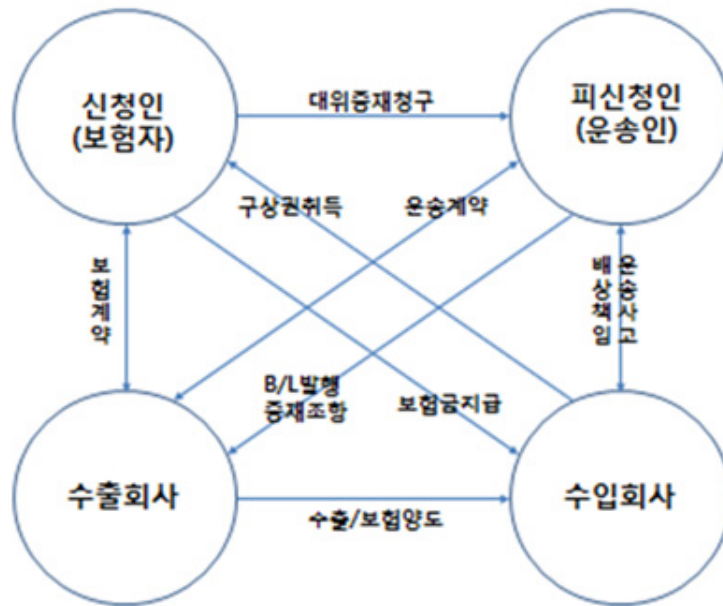
**주제어** : 대위중재; 분쟁절차, 확정오퍼

\* 이 논문은 2013 한·몽·중 상사중재 국제학술대회에서 필자가 발제한 “대위중재의 당사자 적격성”을 기반으로 작성되었습니다. 발췌된 논문을 작성할 수 있도록 좋은 의견을 주신 토론자들에게 감사드립니다.

## I. 서 설

본 연구는 대위중재의 당사자적격성과 관련하여 제기될 수 있는 복잡다단한 문제를 짚어 보고 그 문제의 해결방향으로 확정오퍼가설을 제시하였다. 여기에서 언급한 「대위중재」의 개념은 다음과 같다. 즉, 운송 중인 보험목적물에 사고가 발생하여 입게 된 손해에 대해 화주는 보험자로부터 보상을 받고 대신 보험자에게 구상권을 넘겨주게 된다. 구상권을 취득한 보험자는 화주를 대신하여 운송인에게 손해배상을 청구하게 된다. 이 경우, 보험자가 운송계약상의 중재조항에 의거하여 운송인을 상대로 중재를 신청하는 상황을 「대위중재」라 정의한다. 이러한 「대위중재」의 당사자관계를 도해하면 <그림 1>과 같다.

<그림 1> 대위중재 청구사건의 당사자관계



무역업자는 하나의 무역거래에서 무역계약, 운송계약, 그리고 보험계약을 각각 체결하게 된다. 그런데 만일 이 무역업자가 하나의 무역거래에서 운송계약과 관련한 분쟁은 중재로, 보험계약과 관련한 분쟁은 소송으로 해결하기로 약정된 서류들을 발급받았다고 가정해보자. 이 무역거래에서 운송 중에 발생한 보험사고로 인한 보험금 지급과 그에 따른 구상권대위를

취득한 보험자는 과실책임이 있는 운송인을 상대로 소송을 제기해야 하는가 아니면 중재를 신청해야 하는가?

운송사고 이후에 보험자와 운송인이 사후중재합의를 하여 중재를 진행할 경우에는 대위중재의 당사자적격성에는 아무런 이의가 있을 수 없다. 그러나 운송계약의 당사자가 운송인과 화주이고 그 운송계약서에 사전적으로 중재조항이 포함되어 있을 경우, 화주를 대신한 보험자가 운송인을 상대로 한 중재당사자로 적격한가의 의문이 제기될 수 있다. 보통 이런 사건의 중재판정문에서 화주는 “신청외 ○○○”라고 표기된다. 그렇다면 중재사건의 당사자는 신청인(보험자)과 피신청인(운송인)인데, 중재계약은 “신청외 ○○○”(화주)와 피신청인(운송인) 간에 성립된 운송계약 상의 중재조항에 근거하고 있다면 당사자적격성 문제는 어떻게 되는 것일까?<sup>1)</sup>

대한상사중재원에는 이와 유사한 중재사건이 실제로 수차례 접수되었는데, 보험자의 중재당사자 적격성에 대해 운송인들이 특별히 다투지 않았다. 그렇다고 하여 앞으로도 이와 유사한 상황에 처했을 때 모든 당사자들이 대위중재의 당사자 적격성을 다투지 않을 것이라는 보장은 없다. 설령 해당사건에서 중재판정부가 보험자와 운송인 간의 중재계약이 유효함을 언급하였다손 치더라도 그 중재판정이 다른 중재사건에 기속력을 갖는다고 보기 어려우므로 이 부분에 대한 합당한 논의와 해결책이 제시되어야 할 것이다.

본 연구에서는 앞서 언급한 바와 같이 운송인, 화주, 보험자의 삼각관계에서 운송계약상의 중재조항에 근거하여 보험자가 운송인을 상대로 중재신청을 하는 행위가 합당한지에 대한 기존의 유사논의와 중재판정사례, 그리고 법원의 판례 등을 검토한 후 글로벌사회에서 어떤 분쟁해결시스템을 구축하는 것이 합당한지에 대해 살펴보고자 한다.

1) 보험자가 피보험자(화주)의 대리인으로서 운송인을 상대로 중재조항에 따라 중재를 신청하는 경우, 중재자체는 성립될 수 있을 것이다. 그러나 피보험자(화주)가 보험자로부터 보험금을 지급 받았을 경우에는 동일사고에 대해 화주가 보험자와 운송인에 대해 이중으로 부당이득을 청구하는 형태가 되어 문제가 될 수 있다. 대위중재에 초점을 맞춘 본고에서는 이 부분에 대해 논외로 한다.

## II. 선행연구

<그림 2> 중국 로펌의 대위중재 관련 인터넷 기고문



대위중재에 관한 직접적인 선행연구는 찾아보기 어렵지만 2013년 7월 몽골의 울란바토르에서 개최된 한·몽·중 상사중재 국제학술대회에서 필자가 발제한 “대위중재의 당사자 적격성”을 필두로 <그림 2>에서 보는 바와 같이 중국의 로펌에서도 문제의 심각성을 인지하였는지 10월에 인터넷에 관련 기고문을 게시하였다.<sup>2)</sup> 여기서는 기존의 유사논의를 통하여 대위중재의 논리를 살펴볼 수 있을 것으로 보아 소개하면 다음과 같다.

중재는 근본적으로 당사자의 합의, 즉 계약에 기초한 것이므로 중재하기로 약속하지 아니한 당사자는 중재에 응할 의무가 없다. 또 중재합의의 당사자라고 하더라도 중재합의의 당사자가 아닌 제3자와의 분쟁은 중재로 해결할 의무가 없다. 그렇다고 하여 중재합의의 비당사자에 대한 효력을 엄격하게 해석하는 것은 자칫 분쟁의 1회적 해결이라는 민사분쟁 해결의 대원칙에 반할 염려가 있다.<sup>3)</sup> 중재합의는 먼저 계약당사자들만을 구속하고, 주된 계약에 복수의 당사자들이 참가한 경우에 그들도 중재합의에 구속되려면 당해 약정에 합의하거나 후

2) <http://www.chinalawvision.com/2013/10/articles/china-arbitration-and-arbitrat/to-go-to-arbitration-or-litigation-in-subrogation-cases/> (2013-12-19 접속)

3) 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 『중재연구』 17(3), 2007., p. 102.

은 이와 병존하는 중재계약을 체결하여야 한다.<sup>4)</sup>

그러나 중재합의의 당사자의 중재당사자적격성에 대한 전향적 관례와 학설이 최근 등장하고 있어 간략히 살펴보면 다음과 같다.

상속인, 합병법인 등과 같이 권리의 포괄승계가 이루어진 경우에, 포괄승계인에 관하여 반대의 합의가 없거나 일신전속적인 권리가 아닌 한 일반적으로 중재합의의 효력이 미친다.<sup>5)</sup> 법원은 특정승계와 관련하여 관할합의의 승계를 인정한 경우가 있다. 지명채권과 같이 그 권리관계의 내용을 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 경우에는, 당해 권리관계의 특정승계인은 그와 같이 변경된 권리관계를 승계한 것이라고 할 것이어서, 관할합의의 효력은 특정승계인에게도 미친다.<sup>6)</sup> 중재합의 또한 실체적 권리행사의 조건에 해당한다고 할 것이므로, 중재합의를 포함한 계약에 근거한 특정채권을 양수한 특정승계인에게 승계된다고 보아야 한다는 것이다.<sup>7)</sup>

중재합의가 있는 채권의 채무자는 그 채권의 양수인에게 중재합의로써 대항할 수 있고,<sup>8)</sup> 선하증권 이면약관상의 중재조항은 선하증권을 배서·양도받은 소지인에게 미친다. 선하증권 이면약관에 기재된 중재조항은 거래당사자들 간의 합의로서 재판청구권을 포기하는 의사표시를 한 것과 같고, 선하증권의 소지인으로서의 위 당사자들 간의 합의에 의하여 분쟁해결방법이 중재절차로 제한된 채권을 인수한 것이다. 선하증권의 성질상 위와 같은 중재조항에 효력을 인정하기 위하여 별도로 선하증권의 소지인의 동의 내지 그에 대한 통지가 필요하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 선하증권 이면약관에 규정되어 있는 외국중재합의의 효력을 통상 인정하고 있으므로, 소지인이 중재조항의 기재에 관여할 수 없었다는 사정만으로는, 중재조항이 선하증권 소지인의 재판청구권을 침해한다거나 현저하게 불합리하고 불공정하여 사회 질서에 반하는 것이라고 볼 수 없다.<sup>9)</sup> 또한 보증인이 중재합의의 존재를 알고 보증을 한 경우에는 주채무자와 함께 중재법정에 서게 될 것을 예견하였다고 할 것이므로 중재합의의 효력을 받으며,<sup>10)</sup> 연대채무자 중 1인과 체결한 중재합의의 효력이 다른 연대채무자에게도 미치느냐 하는 점과 관련하여 중재합의를 원용할 수 있다는 한국의 판례도 있다.<sup>11)</sup>

4) 김용길, “중재합의의 효력 범위에 관한 고찰 - 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결을 중심으로 -”, 『2013 중재학회 춘계 학술발표대회』, 한국중재학회, 2013. 5. 10., p. 37.

5) 김용길, *op. cit.*, p. 38.

6) 대법원 2006. 3. 2. 자2005마902.

7) 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 『중재연구』 17(3), 2007., p. 117.

8) 서울지방법원 서부지원 2002. 7. 5. 선고 2001가합6107 판결. 김용길, *op. cit.*, p. 38에서 재인용.

9) 부산고등법원 2009. 7. 8. 선고 2008나179090 판결 및 그 원심인 부산지방법원 2008. 10. 8. 선고 2007가합20559 판결. 김용길, *op. cit.*, p. 38의 ‘주석’에서 재인용.

10) 손경한·심현주, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 『중재연구』 23(1), 한국중재학회, 2013., p. 74.

11) 대법원 2010. 7. 15. 선고 2009다66732 판결.

그러나 이러한 주장이나 의견들이 서론에서 제기한 본고의 본질적 문제들을 해결하기에는 충분하다고 할 수 없어 지금부터 관련된 중재사례 및 법원판례를 통해 문제의 본질을 살펴본 다음, 가칭 「확정오퍼가설」의 시각에서 문제의 해결방향을 모색해본다.

### Ⅲ. 문제의 본질

#### 1. 보험자 대위중재를 허용한 중재판정사례 I

##### 1) 사실관계

판정일이 1998. 6. 11.인 대한상사중재원의 중재사건에서 신청인은 보험자이고, 피신청인은 운송인이다. 신청외 D산업(수출자)과 피신청인(운송인)은 화물 톨루엔을 태국의 L상사에 수송하기로 하는 운송계약을 체결하고 이에 따라 선하증권을 작성·교부하였다. 이 건 톨루엔은 피신청인(운송인)이 정기용선한 선박에 선적되어 태국의 방콕에 도착한 뒤 양륙되었는데 초기 양륙된 화물의 일부에 이물질이 혼입되어 원래의 용도로 사용할 수 없게 되었다. 이 건 화물손상은 피신청인(운송인)에게 책임이 있는 것으로 추정된다. 따라서 이 건 화물의 수하인으로서 보험계약의 피보험자 지위에 있는 태국의 L상사에 대하여 피신청인(운송인)은 채무불이행 및 불법행위로 인한 손해배상책임을 경합적으로 부담하게 되었다.

한편 신청인(보험자)은 신청외 D산업(수출자)과 1996. 6. 29. 이 건 화물에 대하여 분손담보 조건의 적하보험계약을 체결하였다. 그리하여 신청인(보험자)은 수하인(수입자) L상사에게 1997. 3. 4. 보험금을 지급하고, 보험자대위의 법리에 따라 지급보험금 범위에서 수하인이 피신청인(운송인)에 대하여 가지는 손해배상권을 대위 취득하게 되었다.

##### 2) 대위중재 관련

이 중재사건에서 피신청인(운송인)은 신청인(보험자)의 대위중재 청구에 대해 이의를 제기하지 않았고, 중재판정부는 중재절차를 진행시켜 판정하였으며, 판정요지에서도 대위중재에 대해 별다른 언급이 없다. 판정문에서는, 신청인(보험자)은 보험자대위 법리에 따라 지급보험금 범위 내에서 수하인이 피신청인(운송인)에 대해 가지는 손해배상채권을 대위 취득한다고만 언급하고 있다. 요약하자면, 이 중재사건의 중재판정부는 「대위중재」를 허용한 셈이다.

## 2. 보험자 대위중재를 허용한 중재판정사례 II 12)

### 1) 사실관계

이 중재사건에서 신청인은 보험자이고, 피신청인은 운송인이다. 수출자인 신청외 L상사는 피신청인(운송인)과 용선계약을, 신청인(보험자)과 보험계약을 각각 체결하였다. 운송 중에 황천을 만나 화물인 철판이 바닷물에 젖어 녹스는 사고가 발생하였다. 이에 보험자인 신청인은 피보험자인 L상사에게 보험금을 지급하고 구상권을 대위 받아 중재를 신청하게 되었다. 이 사건에서 중재합의의 근거는 “중재는 서울에서 갖되, 한국의 해상법을 적용한다.”라는 용선계약서(Fixture Note)<sup>13)</sup> 상의 중재조항이다.

### 2) 대위중재 관련

중재판정부는 우선 이 사건이 중재인의 판정에 의하여 해결될 수 있는 성질의 것인가(중재판정의 당사자 적격)에 대해 판단하였다. “신청인은 L상사의 적하보험자로 정당하게 대위 받았으므로 이 건 당사자로 적격하다.”고 중재판정부는 결정하였다. 또한 “중재합의에 따라 중재 신청하여 본 중재판정부가 중재에 관한 법규와 절차에 따라 이미 세 차례에 걸쳐 중재 심리를 정당하게 진행하였기 때문에 본 중재에 의한 해결을 배제할 근거는 없다고 본다.”라고 판정하였다.

그러나 중재판정부가 대위중재의 적격성의 근거로 제시한 “...이미 세 차례에 걸쳐 중재 심리를 정당하게 진행하였기 때문에...”라는 문구는 역설적으로 만일 피신청인이 중재심리 이전에 당사자적격성에 이의를 제기할 경우에는 문제가 될 소지가 있음을 암시한 것으로 해석될 수도 있다.

12) 1999. 12. 28. ~ 2000. 12. 15. 중재사건. 이 외에도 대위중재와 관련된 중재사건들이 다소 발견되고 있으나 중재의 비공개성 때문에 일일이 밝히기에는 한계가 있다. 그러나 대개의 중재사건들에서 대위중재에 대해 당사자 간의 다툼이 거의 없거나 중재판정부도 왜 대위중재가 인정되는지에 대해 특별히 언급하고 있지 않다.

13) 이 사건의 중재판정에서 Fixture Note는 용선계약으로 인정할 수 없으며, 피신청인은 신청인의 중재 대상이 아니라는 소수의견이 제시되었다.

### 3. 선하증권의 중재조항에 따른 중재를 불인정한 법원판례<sup>14)</sup>

#### 1) 사실관계

피고(운송인)가 발행한 선하증권에는 센트로콘(CeNtRoCoN) 중재조항이 포함되어 있다. 중재조항은 “이 계약으로부터 발생하는 모든 분쟁은 런던에서 업무수행중인 중재인들 중 쌍방 당사자에 의하여 선임되고 의장중재인 1인을 선임할 권한을 가진 2인의 중재인의 최종중재에 회부되어야 한다.”라고 명시되어 있다. 원고(은행)는 선하증권상에 수하인으로 기재되어 있으나 신용장대금의 담보를 위하여 이 선하증권을 소지하게 되었다.

#### 2) 원심이 확정한 사실

미국내 현지법인인 소외 D회사는 피고(운송인)와의 사이에 소외 K사가 수입하는 이 사건 옥수수를 운송하기로 하는 용선계약을 체결하고 위 옥수수를 선적한 피고(운송인)는 수하인을 신용장개설은행인 원고의 부산지회, 통지선을 K사, 양륙항을 인천항으로 하여 이 사건 선하증권을 발행하였고, 원고(은행)는 K사에 대한 구상권 담보를 위하여 이를 소지하고 있었는데 피고(운송인)는 선하증권 그 밖에 화물인도에 필요한 서류를 전혀 교부받지 아니한 채 K사의 양륙대행업자인 소외 주식회사 S공사의 위 옥수수 양하작업에 동의하여 위 S공사는 그 양하작업을 완료하고 인천세관장으로부터 보세운송면허를 얻어 경남 남해읍에 있는 K사 공장내에 있는 자가보세장치장에 입고하였고 그 후 K사는 위 자가보세장치장에 장치되어 있는 옥수수를 정당한 수입통관절차를 밟지 아니한 채 불법·반출하여 소비하였다.

#### 3) 원고의 본안 전 항변

운송물이 이미 멸실되어 원고(은행)가 피고(운송인)에게 선하증권을 제시하여도 새로이 운송계약상의 당사자의 지위를 취득할 수 없게 되었다고 주장한다. 그러므로 원고로서는 피고와의 사이에 운송계약에 부수된 유효한 중재계약이 존재하지 않는다고 주장한다.

#### 4) 대법원의 판단

대법원은 원심의 사실인정과 판단에 수긍하여 다음과 같이 본안 전 항변에 대해 판단하였다. 선하증권에 센트로콘 중재조항이 삽입되어 있다고 하여도 원고와 피고 간에 선하증권에

14) 서울고등법원 1988. 7. 4. 선고 87나344 판결; 대법원 1990. 2. 13. 선고 88다카23735 판결; 원고(농협중앙회) v. 피고(범양상선주식회사)



관하여 발생한 이 사건 분쟁에 대하여 영국 런던에서의 중재를 청구할 수 있는 유효한 중재계약이 존재한다고 볼 수 없거나 그 이행이 불가능하다고 볼 것이다. …<중략>… 그러므로 원심이 원고가 위와 같은 중재절차를 거치지 않고 이 사건 소를 제기한 것은 부적법하다고 하는 피고의 항변을 배척한 조치는 정당하다고 보아야 할 것이다.

더 나아가 대법원은, 이 사건에 있어서와 같이 원고와 피고 사이에 유효한 중재계약이 성립하는 것으로 인정받을 수 없는 이상, 원고가 유효한 중재계약이 성립된 것을 전제로 하여 그 중재절차에 대비하기 위하여 중재인을 선임, 통보한 바 있다고 하여 원고와 피고 사이에 구속력 있는 새로운 중재합의가 이루어진 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

### 5) 법원판결의 시사점

대법원은 선하증권에 중재조항이 엄연히 존재하고 그 선하증권의 발행시점부터 줄곧 적법하게 존재해왔던 수하인(Consignee)인 원고(은행)가 그 선하증권 상의 중재조항에 따른 당사자로 인정받지 못한다고 판시한 것이다. 이와 같이 선하증권 상의 수하인이 중재당사자가 되지 못한다고 하면 이 수하인이 보험자로부터 보상을 받은 후 보험자에게 구상권을 넘겼고 그 구상권을 넘겨받은 보험자가 과연 선하증권 상의 중재조항을 근거로 운송인에게 대위중재를 신청하는 것이 과연 가능하겠는가? 대법원의 논리상 당연히 대위중제는 허용되지 않는다고 해석될 수 있다.

또한 중재조항이 존재하고 중재인 선정까지 마친 상황에 대해서도 유효한 중재계약이 성립되지 않은 것으로 판시한 이 사례의 시사점은 크다고 할 것이다. 예컨대, 영국의 중재기관에서는 이 중재사건을 그대로 심리하여 중재판정을 하였을 경우 한국의 대법원판결과 상충되는 문제가 발생할 수 있다.<sup>15)</sup> 영국의 중재기관과 대한민국의 법원 간에 동일사안에 대해 상충되는 해석으로 인해 새로운 갈등이 생긴다면 글로벌사회의 안정된 비즈니스 환경을 해치는 모양새가 되므로 글로벌 차원의 통일된 방향제시가 필요하다.

15) 당사자의 국적이 서로 다른 경우의 재판관할권을 정하는 기준에 관하여 조약 등의 국제법에 의한 통일적 원칙이 마련되어 있지 아니하므로 국내법에 따라 독자적 입장에서 민사소송법의 기본이념인 조리 즉 당사자의 편의, 공평, 재판의 적정, 신속, 능률 등을 고려하여 결정하여야 한다.(부산지법 울산지원 1990.9.19. 선고, 89가합3188). 설외적 사건에 관하여 적용될 외국법규의 내용을 확정하고 그 의미를 해석함에 있어서는 그 외국법이 그 본국에서 현실로 해석·적용되고 있는 의미·내용대로 해석·적용되어야 하는 것인데, 소송과정에서 적용될 외국법규에 흠결이 있거나 그 존재에 관한 자료가 제출되지 아니하여 그 내용의 확인이 불가능한 경우 법원으로서 법원(法源)에 관한 민사상의 대원칙에 따라 외국 관습법에 의할 것이고, 외국 관습법도 그 내용의 확인이 불가능하면 조리에 의하여 재판할 수밖에 없다고 할 것이다(대법원 2000. 6. 9. 선고 98다35037 판결 및 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결 참조).

#### 4. 구상금 청구 대위소송 사례<sup>16)</sup>

##### 1) 사실관계

[원고, 피상고인]: 엘지화재해상보험 주식회사

[피고, 상고인]: 주식회사 한진해운

1993. 2. 소외 포항제철(이하 ‘포철’이라 한다)과 피고(운송인, 한진해운)는 포철이 미국 UPI 사에 공급하는 HR BAND의 해상운송을 위하여 피고 소유 선박에 대한 “미국 UPI항 HOT BAND 전용선 장기해송계약”(“제1차 용선계약”)을 체결하였다. 이 제1차 용선계약서는 ‘위 계약의 이행에 관하여 포철과 피고 사이에 분쟁이 발생하였을 때에는 대한상사중재원의 규정과 대한민국의 법률에 따라 서울에서 중재하여 해결하고, 중재원의 판정은 최종적인 것이며 계약당사자 쌍방을 구속한다.’고 규정하고 있다.

포철의 자회사로서 미국 현지법인인 소외 포항스틸아메리카는 포철의 한국 내 자회사인 소외 포스트레이드에게 용융아연도금을 판매하면서, 피고에게 위 화물의 운송을 의뢰하였고, 피고는 1995. 11.경 위 포항스틸아메리카와의 사이에 ‘제2차 용선계약’을 체결하면서, 위 계약에 규정되지 아니한 사항은 위 포철과 피고 사이의 “미국 UPI항 HOT BAND 전용선 장기해송계약서(“제1차 용선계약”)”의 내용을 준용하기로 약정하였고, 피고가 1995. 12. 8. 이 사건 화물을 이 사건 선박에 선적한 후 포항스틸아메리카를 송하인, 주식회사 조흥은행을 수하인, 포스트레이드를 통지처로 한 기명식 선하증권을 발행하였다.

이 사건 선하증권은 그 표면의 “선하증권(Bill Of Lading)”이라는 표제 밑에 ‘용선계약과 함께 사용됨(To be used with Charter-Parties)’이라고 기재되어 있고, 그 이면약관 제1조 전단은 ‘용선계약의 모든 조건과 내용, 권리와 예외는 이 선하증권의 내용으로 편입된다.’고 규정하고 있다.

포스트레이드는 이 사건 화물의 해상운송에 따른 위험을 담보할 목적으로 1995. 12. 4. 원고(보험자, 엘지화재)와 해상적하보험계약을 체결하였다. 이 사건 화물이 수입된 후 검정인이 조사한 결과 물건에 하자가 발생한 것이 사실로 드러났고 이에 포스트레이드는 원고에게 보험금 지급을 신청하였다. 원고는 1996. 4. 17. 포스트레이드에게 이 사건 사고로 인한 보험금을 지급하고, 포스트레이드로부터 위 사고로 인한 모든 권리행사에 관하여 위임을 받았다.

16) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결. 원심 서울지법 2000. 11. 2. 선고 99나36005 판결 참조.

## 2) 대법원의 판단

이 사건 선하증권의 경우를 보면, 비록 용선계약상의 모든 조항이 선하증권에 편입된다는 취지의 규정이 있기는 하나, 그 선하증권의 기재상으로 용선계약 자체가 특정되어 있지 아니하고, 그 편입 문구가 일반적이어서 편입의 대상이 되는 용선계약의 조항 중 중재조항이 포함되어 있는지도 선하증권의 소지인 등 제3자에게는 분명하지 아니하며, 이 사건 용선계약이 준용하는 장기해송계약서상의 중재조항은 위 인정 사실에서 본 바와 같이 그 규정의 효력이 미치는 인적 범위를 용선계약의 당사자들로만 한정하고 있어 위와 같은 형식의 선하증권상의 용선계약 편입 문구만으로는 이 사건 용선계약상의 위 중재조항은 선하증권에 편입되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.

## 3) 법원판결의 시사점

이 사안은 대위중재가 아닌 대위소송으로 결론이 나게 된 사례이다. 이 사례에서 1차 및 2차 용선계약서 및 선하증권의 관련당사자들을 보면, 한진해운(주)와 포철 관련회사들이다. 용선계약서에 의해 발행된 선하증권의 실제 수입업자도 포철의 한국 자회사인 포스트레이드이다. 문제의 초점은 이 포스트레이드에게 보험금을 지급한 보험자인 원고가 운송인인 피고를 상대로 용선계약서 및 선하증권의 중재약정에 따라 중재절차를 밟지 아니하고 소송으로 분쟁을 해결하게 되었다는 점이다.<sup>17)</sup>

대법원의 판결문에서는 대위중재의 합당성 여부에 대해 언급조차 하지 않고 있고, 용선계약서 상의 중재조항이 선하증권에 양도되려면 갖추어야 할 요건이 무엇인지에 대하여 주로 판단하였다. 따라서 이 사례에 의지해서는 대위중재의 허용여부를 판단하기 어렵다. 하지만 대위중재절차를 밟기 위한 선행조건으로 용선계약서 중재조항의 선하증권 편입요건을 여러 가지 언급하여 두었다. 그렇다면 대위중재사건에서 어느 누구라도 전략적으로 중재절차를 지연시키거나 다른 목적으로 활용하고 싶은 당사자는 중재절차와 소송절차를 접목시킨 수많은 종류의 전술을 확보할 수 있게 된다. 사회적 분쟁해결시스템이 효율적이기 위해서는 이러한 결함이 치유되어야 할 것이다.

17) 이 부분에 대한 선행연구로 대한상사중재원의 원장을 역임한 이순우 박사는 그의 글(이순우, “용선계약상 중재조항이 선하증권에도 자동삽입되는가?”, 『중재』, 2000·가을, 제297호, 대한상사중재원, pp. 51-58. 참조)에서 T. W. Thomas & Co., Ltd. v. Portsea S.S. Co., Ltd., The Portsmouth 사건에 대한 앳킨슨 경(Lord Atkinson)의 판결과 덴닝경(Lord Denning)의 판결(The San Nicholas)을 소개하고 있다. 그러나 논의의 초점이 중재조항의 양도가능성에 맞춰져 있고 본 연구논문의 본질인 대위중재에 대해서는 실질적 언급이 없는 실정이다.

## 5. 대위중재 전개 시나리오

보험자 대위중재와 관련한 분쟁해결 시나리오를 보면 다음과 같이 복잡한 경우의 수가 발생한다.<sup>18)</sup>

- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 중재조항 인정 → 중재 판정: 대위중재 문제 전무
- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 본안전 항변으로 중재조항 부정 → 중재판정부 본안전 항변 인정 → (중재절차 중지) → 보험자 → (소송 제기) → 운송인대상 구상권행사 소송 → 법원절차(3심) → 재판 판결
- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 본안전 항변으로 중재조항 부정 → 중재판정부 본안전 항변 배척 → (중재절차 진행) → 중재 판정 → 운송인 → (소송 제기) → 중재판정 취소청구 → 법원절차(3심) → 운송인 승소(대위중재 불허확인) → 보험자 → (소송 제기) → 운송인대상 구상권행사 소송 → 법원절차(3심) → 재판 판결
- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 본안전 항변으로 중재조항 부정 → 중재판정부 본안전 항변 배척 → (중재절차 진행) → 중재 판정 → 운송인 → (소송 제기) → 중재판정 취소청구 → 법원절차(3심) → 보험자 승소(대위중재 허용확인, 중재판정 승인 및 집행)
- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 중재에 불응 → 피신청인 궤석 중재 판정 → 운송인 → (소송 제기) → 중재판정 취소청구 → 법원절차(3심) → 운송인 승소(대위중재 불허확인) → 보험자 → (소송 제기) → 운송인대상 구상권행사 소송 → 법원절차(3심) → 재판 판결
- 보험자 → (대위중재 신청) → 운송인 중재에 불응 → 피신청인 궤석 중재 판정 → 운송인 → (소송 제기) → 중재판정 취소청구 → 법원절차(3심) → 보험자 승소(대위중재 허용확인, 중재판정 승인 및 집행)

18) 여기서는 운송인의 보험자대상 채무부존재 확인 청구에 따라 전개되는 다양한 시나리오는 논외로 하였다.

- 보험자 → (소송 제기) → 운송인대상 구상권행사 소송 → 운송인 중재조항 존재 확인  
본안전 항변 → 법원절차(3심) → 보험자 승소(중재조항 부존재 확인) 판결
- 보험자 → (소송 제기) → 운송인대상 구상권행사 소송 → 운송인 중재조항 존재 확인  
본안전 항변 → 법원절차(3심) → 보험자 패소(중재조항 존재 확인) 판결 → 보험자 →  
(중재 신청) → 중재 판정

이와 같이 대위중재에 대한 사회적 시스템이 확정되어 있지 않을 경우에는 수많은 경우의 수가 발생하여 사회적 혼란과 비용이 발생한다. 효율적인 구제제도란 무엇인가? 당사자들의 법적 권리가 간단명료할 때 협상은 더 성공적이다. 만일 사회시스템이 대위중재 허용여부를 하나의 원리로 확정지어 시스템화 하여 놓는다면 위의 많은 경우의 수들은 대부분 불필요한 절차가 된다. 따라서 사회적 효율성을 감안할 때 대위중재는 일관된 원리에 의해 방향을 설정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

## IV. 문제해결을 위한 고찰

### 1. 자동차 대위중재 벤치마킹

#### 1) Automobile Subrogation Arbitration<sup>19)</sup>

자동차대위중재는 “자동차대위중재합의에 서명하였거나 서명할 예정인 회사들”을 대상으로 한다. 그러므로 대위중재가 자동으로 성립되는 것이 아니라 대위중재의 당사자들이 합의를 하고 서명해야 가능하다. 당사자 합의의 형태는 반드시 서면동의를 요한다. 관할에 이의를 제기하지 않고 답변하는 것은 서면동의로 간주된다.<sup>20)</sup> 이렇게 자동차대위중재합의서에 서

19) 1925년 미국 연방중재법(Federal Arbitration Act of 1925)이 「해사, 주간(州間)이나 국제간 상거래에서 발생하는 분쟁에 대한 중재합의의 유효성을 인정」한 이래, 1943년 뉴욕에서 손해보험업계에서 소송대신 중재로 해결하자는 움직임이 일어났고, 이러한 중재는 보험회사 상호간의 관계개선뿐만 아니라 소송비용도 줄여주었다. 이런 성공사례는 점차 전국적으로 퍼져나가서 1950년대에는 자동차중재에까지 확산되었다. 중재프로그램이 점차 확산되어 참여회사가 480여 개에 이르자, 1960년대 말에는 중재사건이 연간 100,000여건이 되었다. 이러한 관심의 증대로 인해 1981년에 비영리법인 IAF(Insurance Arbitration Forums)가 탄생하였고, 1986년에 보험의 영역을 벗어난 중재상황을 포괄 할 수 있도록 명칭을 AF(Arbitration Forums, Inc.)로 개칭하였다. 이후 회원사는 1,000여개로 늘어났고, 고도로 숙련된 중재인은 약 4,000여명에 이르며, 연간 중재사건의 수는 약 250,000건 정도이고 클레임금액은 미화 5억 달러에 이른다.: Arbitration Forums, Inc., *Reference Guide of Automobile Subrogation Arbitration Forum*.

면으로 동의한 당사자는 개인적이나 상업적 자동차손해대위, 또는 자가보험 자동차손해클레임을 소송으로 하지 않고 AF(Arbitration Forums, Inc.)에서 중재로 해결하는데 동의한 것이 되고 그 중재판정에 구속된다.<sup>21)</sup>

서면동의 없는 당사자에게는 분쟁해결을 위한 중재를 요구할 수도 없고 중재에의 참가 요구도 할 수 없다. 자동차대위중재합의서에 서명하지 않은 당사자뿐만 아니라 서면동의를 제출하지 않은 당사자는 소송으로 분쟁을 해결해야 한다.<sup>22)</sup> 한편, 중재합의에 서면동의를 있으면 당사자는 그 동의를 취소할 수 없다.<sup>23)</sup>

자동차 대위중재는 장시간 소요되는 소송의 스트레스를 제거시키는 신속절차 때문에 90일 이내에 해결되는 추세를 보이고 있고 소요되는 비용도 저렴하다.

## 2) 비협조 상황의 난제

자동차대위중재에서는 중재합의에 대한 서면동의 요건을 강화시켜놓음으로써 관할에 대한 분쟁을 사전에 예방하고 있다. 서명하지 않은 당사자라 하더라도 서면동의를 제출하면 중재를 신청할 수 있도록 하고 있다.<sup>24)</sup> 즉, 서면동의를 없으면 비서명당사자는 중재를 할 수 없다는 의미이다. 대위중재에서의 이런 규정에 비추어 볼 때, 대한상사중재원의 해상사건으로 인한 보험자 대위중재에서 관할권 다툼의 발생소지는 상존한다고 할 수 있다. 그러므로 대위중재에 대한 관할권정립이 긴요하다.

실무적으로는 대위중재 청구사건이 있을 경우 피신청인(운송인)이 중재에 동의한다는 서면동의서를 반드시 첨부하도록 하여 훗날의 복잡한 분쟁을 사전에 예방하면 어떨까? 국제적으로 대위중재에 대한 강제적 중재가 일반화되거나 이론적으로 대위중재허용원칙(중재조항의 양도가능성 원칙)이 확립되기 전에는 대한상사중재원을 비롯한 중재기구에서는 실무적으로 서면동의서를 받아놓는 방법이 안전하지 않겠는가?

20) 《Written Consent: A documented agreement to binding arbitration by the party(ies). Answering a filing without an objection to jurisdiction is considered written consent.》

21) 《Chapter 4. Compulsory Provisions: By signing the Automobile Subrogation Arbitration Agreement, the company accepts and binds itself to the following. Signatory company must forego litigation and arbitrate any personal or commercial automobile damage subrogation or self-insured automobile damage claims through Arbitration Forums, Inc.》

22) 《Chapter 5. Article Second Exclusions to Compulsory Arbitration: No company shall be required, without its written consent, to arbitrate any claim or suit if: a) it is not a signatory company nor has given written consent; or …<생략>…》. 《Article Second, subsection (a) states a company is not required to participate in Auto Arbitration if it is not a signatory to the Agreement nor has given its written consent.》

23) 《Chapter Seven Article Fourth Non-Compulsory Provisions: Once a company gives written consent, all Articles and Rules of this Forum are applicable, and the company may not revoke its consent.》

24) 《Chapter Seven Article Fourth Non-Compulsory Provisions: The parties may, with written consent, submit a claim where a non-signatory wants to participate.》

그러나 대한상사중재원이나 여타 중재기구의 실무진에서 이런 중재합의에 대한 서면동의서를 피신청인에게 요구했을 때, 피신청인이 서면동의서에 선뜻 응한다면 아무런 문제가 없을 것이다. 문제는 반대의 경우이다. 즉, 피신청인은 안 그래도 신청인의 중재신청에 대해 못마땅하게 생각하고 있던 참에 중재기구에서 중재조항에 대한 보완조치의 일환으로 피신청인의 중재합의에 대한 서면동의를 요구받게 되면 자신의 서면동의 없이는 중재절차에 하자가 있구나 하고 해석하게 될 소지도 있다. 그럴 경우 피신청인은 시간지연을 비롯한 다양한 전략적 사유 때문에 중재합의에 대한 서면동의를 거부할지 모른다. 이런 상황이 실제로 전개된다면 이 사안은 더욱 복잡해지게 된다.

대위중재가 강제중재범위에 속하는지 아닌지에 대한 공방이 법정에서 진행될 것이고 어느 국가에서 결판이 났다고 하더라도 상대방국가를 비롯한 다른 나라에서 그런 결정을 수용할 것인가의 문제에 봉착하게 된다. 문제는 다시 원점으로 되돌아오게 된다. 따라서 대한상사중재원을 비롯한 중재기구의 사무국에서는 이 사안을 손대기 어렵다.

결국 실무적으로는 한국의 경우 중재법규에 따라 중재판정부가 중재심리개시 전에 중재합의에 이의유무를 당사자에게 물어 확인하는 방법이 가장 현실적인 해결방법이다. 물론 당사자들은 중재판정부의 권위를 인정할 경우 대부분 대위중재의 적합성에 이의를 제기하지 않을 것이지만, 예외적인 경우 피신청인은 대위중재의 부적격성을 지적하여 중재를 진행해서는 아니 된다고 주장할 것이다.<sup>25)</sup>

더 심각한 문제는 피신청인이 그런 중재판정부에 대해 자국의 법원에 중재합의 부존재를 이유로 들어 중재절차의 진행이 부당하니 중재절차 진행중지가처분 신청을 하여 법원의 명령을 받는 경우를 상정할 수 있다. 피신청인은 이런 법정명령을 이유로 중재절차에 참여하지 않게 될 뿐만 아니라 중재판정부에 대해 위협조로 법정명령을 위배할 경우의 심각성을 제기할 수 있다. 이상 살펴본 바와 같이 피신청인이 전략적으로 대위중재의 부적격성을 거론하며 활용할 때 난감한 상황에 이를 수 있다.

기존의 대위중재청구사건은 중재합의에 대해 다투지 아니하였기 때문에 중재판정까지 갈 수 있었다고 추정된다. 이런 관점에서 볼 때 대위중재가 가능하다 또는 불가능하다고 단언하기 어렵다. 그렇다면 실무적으로 이런 대위중재사건이 접수되면 당사자 사이에 중재계약의 존재와 적용에 이의가 없는지 확인하는 절차를 우선 밟아야 할 것이다. 이런 확인절차가 누락되었다면 중재심리 개시 전에 당사자 중 관할에 이의가 있으면 이의신청을 해야 한다.<sup>26)</sup>

25) 물론 한국의 경우, 이런 상황이 발생하더라도 중재판정부는 중재합의의 유효성을 판단하여 그에 따라 절차를 진행하면 그만이다.

26) [대한상사중재원 국제중재규칙 제19조(중재판정부의 관할권에 대한 이의신청)] ① 중재판정부는 중재조항 또는 별도의 중재합의의 존부 및 유효성에 관한 이의를 포함하여, 중재판정부의 관할권에 대한 이의신청에 대하여 판단할 권한을

당사자 사이에 다툼이 없으면 중재절차를 진행해도 무방하다.

만일 당사자 중 당사자자격이나 관할에 관해 이의가 있을 경우 어떻게 할 것인가? 중재법 규에 따르면 중재인이 판단한다. 중재인 판단은 다양하게 나올 수 있다. 그런 판단자체가 잘못이라고 항변하면 문제는 복잡해진다. 왜냐하면 중재계약 자체가 존재하지 않는데 존재하지 않는다고 다툼이 되는 그 중재조항에 의해 진행되는 중재절차의 중재판정부가 중재계약의 존부를 판단한다는 것은 다툼의 소지를 안고 있기 때문이다. 따라서 훗날 분쟁이 복잡하게 전개되는 것을 피하기 위해서는 대위중재에 대해 미리 정리해둘 필요가 있다. 이에 대한 해결대안으로 가칭 「확정오퍼가설」을 생각해볼 수 있고, 이에 대해서는 후술한다.

## 2. 공백과 상호주의

### 1) 공백 메우기와 대위중재

애매모호함을 제거하기 위한 하나의 방법은 계약서 약관에 구체적 내용을 명시하는 것이다. 국제사회에서 일관된 해석이나 조약을 체결하기 전에는 당사자들이 애매모호함을 제거하기 위해 계약을 공백으로 놔두지 말아야 한다. 계약을 공백으로 놔두는 것이 오히려 효율적인 경우도 있지만, 대위중재 사안은 공백으로 두면 다양한 경우의 수 때문에 오히려 비효율적일 수 있다. 그러므로 중재조항을 보다 구체적으로 작성하여 보험대위중재의 가능여부를 명시하는 것이 이론상 좋을 것이다.

그러나 현실적으로 운송인 입장에서 구태여 계약의 공백을 없애 가면서까지 이런 구체적 대위중재허용 조항을 삽입할 인센티브가 있을까? 실제 분쟁이 발생했고 보험자가 운송인을 상대로 대위중재를 신청했을 때 운송인은 그 때 가서 응하면 된다고 생각할 경우 구태여 계약서에 공백을 없애가면서까지 구체적으로 대위중재허용 내용을 기입할 동기가 없다. 만에 하나 필요할 경우 운송인은 대위중재를 거부하는 편이 더 이익인 상황이 발생할 수도 있다. 그런 유리한 국면을 스스로 없앨 필요가 없는 것이다.

반대의 경우라면, 운송인이 계약서에서 대위중재금지 내용을 삽입할 수 있다. 운송인이 대위중재로 불공정하게 불이익을 당할 소지가 있다고 판단되면 언제든지 운송계약서에 공백을 제거하고 대위중재금지 내용을 삽입할 권리와 기회가 주어져 있다. 다만 운송인이 그런 권리

가진다. ② 중재판정부는 중재조항을 포함하는 계약의 존부나 유효성을 결정할 권한을 가진다. 중재조항은 계약의 다른 부분과는 독립된 합의로 취급한다. 중재판정부가 당해 계약이 무효라고 결정하였다고 하여 중재조항까지 무효가 되지는 않는다. ③ 중재판정부의 관할권에 대한 이의신청은 이 규칙 제9조에 따라 신청서에 대한 답변서를 제출할 때까지, 반대신청의 경우에는 반대신청에 대한 답변서를 제출할 때까지 제기하여야 한다. ④ 일반적으로 중재판정부는 관할권에 대한 이의신청을 선결문제로 판단하여야 하나, 중재절차를 진행한 후 최종판정에서 판단할 수도 있다.



와 기회를 사용하지 않고 있는 것이 현실이다.<sup>27)</sup>

한편, 운송인이 보험자와 소송으로 가지 않고 반드시 중재로 해결하겠다는 의지가 있을 경우에는 대위중재허용문구를 삽입할 것이다. 그렇다하더라도 문제는 여전히 존재한다. 즉, 보험자가 대위중재보다 대위소송을 선호할 경우 보험자의 의사에 반하는 대위중재를 의무적으로 해야 하는가의 문제이다.

또한 선하증권 이용자들은 대위중재허용 선하증권과 대위중재금지 선하증권을 자신들의 의지와는 무관하게 운송인들의 의지에 따라 피동적으로 수령하게 된다. 그러므로 선하증권 소지자가 운송인과 공평해지려면 대위중재에 대한 선택권을 가질 수 있어야 한다. 이에 대한 해결책으로 「확정오퍼가설」을 후술한다.

## 2) 상호주의와 대위중재

대위중재에서 상호주의원칙이 적용되고 있는지 점검해보자. 즉, 운송계약의 중재조항에 근거하여 보험자가 운송인을 상대로 중재를 청구할 수 있다면, 역으로 화주가 확보한 보험계약에 근거하여 운송인이 보험자를 상대로 중재를 청구할 수 있는가의 문제이다. 화주의 보험자가 운송인을 상대로 중재조항에 근거하여 중재를 청구할 수 있다면 그 반대방향으로도 중재 청구가 가능해야 온전한 시스템이 되지 않을까? 예컨대, 운송 중인 선박에 공동해손이 발생하였고 그 책임이 화주에게 기인하는 것으로 추정된다고 가정해보자. 이 공동해손과 관련하여 분쟁이 발생하였다면, 운송인은 화주에게만 중재를 신청할 수 있는가 아니면 부당하게 보상을 하지 않는다고 판단되는 보험자를 상대로도 화주로부터 구상권을 넘겨받아 대위중재를 청구할 수 있는가? 아무래도 관행상 운송인이 화주가 아닌 보험자를 상대로 중재를 신청할 수 있도록 허용한다는 제도는 통념을 넘어선 느낌을 준다. 그렇다면 그 반대로 보험자가 운송인을 상대로 대위중재를 청구하는 것은 관행상 수용이 가능한 것인가?

운송인과 화주 간에는 운송계약(선하증권)에서 분쟁을 중재로 해결하기로 약정한 사실이 있기 때문에 구상권을 넘겨받은 보험자가 그 중재조항에 따라 대위중재를 청구할 수 있을 것으로 해석될 소지가 다소라도 있지만, 화주(피보험자)로부터 구상권을 넘겨받은 운송인이 전혀 별개인 보험자와 피보험자(화주) 간의 보험계약에 근거하여 보험자를 상대로 대위청구를 할 경우에는 중재가 아닌 소송으로 가야 한다는 논리에 직면할 수 있다.

27) 운송인이 운송계약서에 대위중재금지 문언을 삽입해놓았다고 해서 중재를 할 수 없다는 말은 아니다. 《This does not completely preclude the possibility of arbitration.》 양측은 서로 동의하기만 하면 언제든지 중재를 할 수 있기 때문이다. 《A carrier faced with this situation can secure the insurer's consent to proceed through arbitration. If the insurer agrees, arbitration can assume jurisdiction.》

이와 같이 운송인과 보험자는 상호주의원칙이 대칭적으로 적용되지 않고 운송계약에 기반한 청구인지 아니면 보험계약에 기반한 청구인지에 따라 중재허용여부가 달라지면 형평성이 훼손될 수 있다. 그러므로 대위중재 허용여부를 결정짓는 해결모델은 이러한 상호주의원칙을 훼손하지 않아야 한다. 이에 대한 해결대안으로 「확정오퍼가설」을 후술한다.

### 3. 분쟁해결기준과 코즈정리

#### 1) 코즈정리와 효율성<sup>28)</sup>

판사, 중재인, 조정인, 배심원, 배후, 관중 등 제3자(법)가 개입하여 갈등과 분쟁을 잘 해결하기 위한 기준은 무엇일까? 분쟁해결기준으로 효율성에 초점을 맞춘 코즈정리(Coase Theorem)가 대위중재에 적용될 수 있는지 검토해보자.<sup>29)</sup>

분쟁이 발생하였을 때 당사자 사이에 협상이 성공하면 제3자가 개입하거나 법을 적용할 필요가 없다. 그러나 협상이 성공하지 못했을 경우 제3자가 개입하여 법을 적용하게 된다. 피보험자인 화주에게 손해가 발생하였고 해당 당사자 사이에 협상이 성공하지 못하였을 때 누가 결정할 것인가? 소송과 중재 중에 어느 시스템으로 해결할 것인가?

효율성 기준으로 보았을 때 소송보다 중재가 더 낫다면, 중재조항을 해석할 때 「대위중재」를 허용해주는 편이 보다 합당할 것이다. 소송보다 중재가 더 효율적이라는 의미는 소송과 중재는 나름대로의 의미가 있지만, 효율적인 면에서 소송보다 중재가 더 낫다는 것으로 해석함이 합당할 것이다. 따라서 소송이나 중재 중 어느 방법으로도 해결할 수 있지만 보다 효율적인 해결방법은 중재라는 의미이다.<sup>30)</sup> 소송이나 중재 어느 방법으로도 해결할 수 있는 분쟁이라면 소송보다는 중재로 해결하도록 하는 것이 효율적인 사회를 만드는 지름길인 것이다. 물론 중재로 해결하지 못하는 부분은 당연히 소송의 몫이 되는 것이다.

이제 과연 소송보다 중재가 더 효율적인가에 대한 증거가 필요하다. 더 효율적인지 아닌지의 여부를 판단하기 위하여 거래비용의 관점에서 살펴보자.

코즈(Coase) 교수는 「거래비용」이라는 용어를 사용하여 의사소통비용을 설명하였다. 사실 Coase 교수는 이 거래비용의 개념 속에 다른 모든 협상 장애비용을 포함시켰다. 권리관계가 불명확하고 복잡하면 거래비용이 높아진다. 따라서 대위중재에 대한 거래비용을 낮추기 위해

28) 조정근, 「글로벌협상론」, 박영사, 2013., pp. 239-240.

29) Ronald Harry Coase, born 29 Dec., 1910, British-born, America-based economist and Professor, Univ. of Chicago Law School. Nobel Memorial Prize in Economics in 1991.

30) 통계적으로 볼 때 전체적으로 그렇다는 것이지 개별사안은 그렇지 않을 수 있다.

서는 권리관계를 간단하고 명료하게 제도화해줄 필요가 있다. 즉, 대위중재를 허용한다든지, 아니면 허용할 수 없다든지 명료하게 규정함이 필요하다. 그럼에도 불구하고 대위중재에 대해 그대로 방치해둔다면 높은 거래비용 때문에 이 부분은 소송으로 해결하는 것이 보다 합당하다고 할 것이다. 부연하자면, 보다 합당해서 소송으로 해결한다기보다는 자동적으로 소송으로 대위중재문제를 해결하게 되는 비효율적 현상이 찾아지게 될 것이다.

## 2) 규범적 코즈정리

법이 거래비용을 낮춰줌으로써 협상을 조장할 수 있다. 거래비용을 낮추는 것은 협상에 유효성을 치는 것과 같다. 법이 사적 협상의 장애를 누그러뜨리는 역할을 행하는 방법 중 한 가지는 권리를 간단명료하게 규정하는 것이다. 법적 권리가 애매모호할 때보다 간단명료할 때 흥정이 더 수월하게 진행된다. 재산을 등기해 둠으로써 사적 거래를 촉진시킬 수 있는 원리와 동일하다. 그렇게 함으로써 법적 권리를 효율적으로 할당하는 일을 해야 되는 법제정자들의 어려움을 덜어줄 수 있다. 이러한 원리를 「규범적 코즈정리(Normative Coase Theorem)」라고 부르는데 다음과 같이 표현할 수 있다.<sup>31)</sup>

사적 합의에 장애가 되는 요소들을 제거시키도록 법을 만들어라. (Structure the law so as to remove the impediments to private agreements.)<sup>32)</sup>

이 「규범적 코즈정리」는 입법자들에게 지침을 제공하기 때문에 규범적이라고 할 수 있다. 법률제도는 협상을 촉진시키는 역할만 하는 것이 아니라, 사회에 비용을 발생시키는 협력의 실패와 불화를 극소화시키는 역할도 한다.

## 3) 규범적 홉즈정리

불화로부터 발생하는 손실을 극소화시키는 것이 얼마나 중요한가 하면, 17세기 영국의 철학자 홉즈(Thomas Hobbes)가 특별히 평가하여 가치를 부여한 것을 보면 알 수 있다. 홉즈가 생각하기로는, 사람들은 협력을 하면 서로 이익이 되는 협력의 잉여(cooperative surplus)를 나누는데 합의를 할 수 있을 만큼 충분히 이성적이거나 합리적인 경우는 좀처럼 드물다고 생각했고, 또한 심지어 협상에 대한 심각한 장애가 없을 때에도 그러하다고 생각했다. 사람들

31) 조정근, 『글로벌협상론』, 박영사, 2013., pp. 246-248.

32) Ulen, Thomas & Cooter, Robert, *Law & Economics*, 3rd ed., Addison Wesley Longman, 1999., p.93.

은 천부적인 탐욕 때문에 강력한 제3자가 나서서 그들에게 합의를 강요하지 않는 한 싸우려고 든다. 이런 사고를 바탕으로 이른바 「규범적 홉즈정리(Normative Hobbes Theorem)」라는 원칙을 제안하였는데 그 내용은 다음과 같다.

**사적 합의의 실패로 빚어지는 해악을 극소화시키도록 법을 만들어라. (Structure the law so as to minimize the harm caused by failures in private agreements.)<sup>33)</sup>**

이 정리에 따를 것 같으면, 강압적 협박을 방지하고 불화의 파괴성을 제거할 수 있도록 법을 제정해야 한다.

#### 4) 고비용 구조에서 저비용 구조로

보험자와 운송인이 동일한 준거법을 적용받지 않을 경우, 소송판결은 중재판정보다 국제적 승인과 집행의 보장이 복잡해진다. 국제거래에서 보험자는 운송인과 다른 국적을 가질 가능성이 농후하다. 보험자는 소송이나 중재를 불문하고 자기에게 비용이 적게 드는 분쟁해결수단을 선택하려 할 것이다. 따라서 국제적으로 대위중재에 대한 통일원칙이 없는 한 혼란은 지속될 수밖에 없다.

국제상거래에서 운송 중의 화물이 손상되거나 멸실되었을 때 일반적으로 수하인은 보험금을 받고 운송인에 대한 구상권을 보험자에게 넘긴다. 이 경우 보험자는 대개 수입자의 국가에서 보험금을 지급하게 되는데, 보험자는 자신의 영업장소에서 운송인을 상대로 소송을 하는 상황이 운송인의 영업장소로 가서 중재를 하는 상황보다 더 편리할 수 있다. 중재장소는 운송인이 운송계약에서 자신의 의지로 선정하였을 가능성이 농후하므로 운송인에게 홈그라운드 이점이 있게 된다. 보험자는 운송인에게 홈그라운드의 이점이 있는 그런 중재보다는 자신의 홈그라운드인 소송을 더 선호할 가능성이 있다.

또한 보험자는 수많은 보험계약을 반복적으로 영위한다. 그러므로 어떤 사건에 대한 중재판정이나 소송판결은 다른 유사한 사례에서 전례로 작용할 수 있다. 주지하다시피 전례란 공정성을 결정할 때 활용되는 중요한 잣대 중의 하나이다. 따라서 보험자는 보험사건에 대한 지속력 있는 재판을 선호할 수 있다. 이에 비해 중재판정은 중재판정부의 구성이 어떻게 되었는가에 따라 전혀 다르게 나타날 수 있다.<sup>34)</sup> 반복적으로 보험업을 영위해야 하는 보험자로

33) *ibid.*, p.94.

34) 예컨대, 한국의 중재사례 중 6개 종합상사가 동일한 피신청인과 분쟁이 발생하였을 때 동일한 분쟁사안에 대해 3개의 중재판정부가 설치되었고, 각각의 중재판정부는 서로 다른 내용의 판정을 한 경우가 있다.

서는 이러한 중재판정은 때론 곤혹스러울 수 있다.

그러면 국내문제는 어떻게 해결될까? 그동안 대한민국의 대법원 판결이 직접적으로 대위 중재를 부인하는 사례를 찾기는 힘들지만, 중재합의의 비당사자에 대한 중재조항의 양도가능성을 허용하는 경향을 보인다고 해석하기 힘들다.

대위중재사건에서 이미 중재가 진행되었을 경우, 그 중재사건의 중재판정부는 중재합의가 불확실하다고 판정할 동기부여가 거의 없다고 할 것이다. 일단 중재절차를 진행시키면 별 여과 없이 당사자가 심히 반대하지 않는 한 대위중재사건은 진행되고, 중재판정부는 그 중재합의에 근거하여 선정되었으므로 그 중재조항의 부적합성을 심각하게 따지고 물을 필요를 느끼지 못하는 것이다. 그러므로 중재판정사례에서 대위중재의 합당성을 찾는다는 것은 애당초 존재하지 않는 것을 찾는 것과 같다. 법원에서 해당사건의 판결내용을 뛰어넘어 관련서류를 모두 열람해보기 전에는 대위중재에 해당되는 사안임에도 불구하고 대위소송으로 진행되어 판결된 사건이 통계적으로 얼마나 되는지 현시점에서는 알 수 없다.

이 사안과 관련하여 실질적으로 대위중재의 허용여부는 중재기구에 의해 결정된다고 보아야 한다. 중재사건이 접수되었는데 중재기구가 검토해본 결과 대위중재 청구사안이라고 하자. 중재기구는 어떻게 결정해야 할 것인가? 운송인측 대리인변호사가 중재전략상 대위중재가 왜 합당한가를 물어온다면 그 때는 어떻게 대답할 것인가?

대위중재에 대한 구체적 사안에 대한 대법원 판례를 아직 발견하지 못했지만, 대한민국의 대법원이 판단하였다 하더라도 세계적 표준이 되기에는 한계가 있고 현실적으로 외국에서 진행되는 유사사례를 어떻게 할 것인가의 문제가 상존한다.

대위중재에 대한 사회적 시스템이 확정되어 있지 않을 경우에는 분쟁해결 절차와 방식에서 수많은 경우의 수가 발생하여 사회적 혼란과 비용이 발생한다. 효율적인 구제제도는 당사자들의 법적 권리가 간단명료할 때 성공적이다. 만일 사회시스템이 대위중재를 확정오퍼가설에 입각하여 선택적으로 허용하는 제도로 확정된다면 수많은 소송과 중재의 전략적 조합들은 대부분 불필요하게 될 것이다. 따라서 사회적 효율성을 감안할 때 대위중재는 불허보다 확정오퍼가설에 입각하여 선택적으로 허용하는 방향으로 설정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### 4. 확정오퍼가설

운송인이 발행한 선하증권에 중재조항을 삽입하여 두었을 경우, 그 선하증권의 화주 및 소지인은 물론 구상권을 지닌 보험자와 같은 비당사자들에 대해 운송인은 중재조항에 관한 한 확정오퍼(firm offer)를 제시한 것으로 해석하는 경우를 가정해보자. 특히, 선하증권의 약관은

운송인이 화주와 일일이 협의하여 발행하는 서류가 아니고 거의 일방적으로 발행하는 서류임에 비추어 볼 때 그 선하증권의 이해관계자에 대해 확정오퍼를 발행한 것으로 해석할 수 있지 않을까 하는 점이다.<sup>35)</sup>

역으로 보면, 선하증권을 발행한 운송인은 선하증권의 소지인과 직접 운송계약서에 합의하지 않았지만 운임후불(Freight Collect)의 경우 운송인이 선하증권의 소지인에게 운임을 청구할 권리를 갖고 있다. 만일 선하증권의 소지인이 운임을 지불하지 않을 경우 운송인은 유치권(Lien)을 행사할 수 있을 정도로 상호 밀접한 당사자관계에 놓여 있다. 이런 측면에서 볼 때 선하증권의 이해관계자는 운송인의 선하증권에 포함되어 있는 확정오퍼성 중재조항을 수락함으로써 상호동의를 이루어져 중재합의가 형성된다고 해석할 여지가 있다.

좀 더 구체적으로 들여다보면, 운송인은 선하증권을 발행하면서 그 소지자에게 분쟁의 해결은 중재로 하겠다는 약속을 하였다. 따라서 선하증권의 소지자와 같은 직접당사자에 대해서는 「금반언의 원칙」에 따라 약속을 위배할 수 없으므로 당연히 중재로 분쟁을 해결해야 한다. 또한 선하증권 중재조항의 간접당사자 또는 비당사자에 대해서는 운송인이 직접 약속을 하지는 않았지만 분쟁의 중재에 의한 해결조항에서 이러한 간접당사자나 비당사자를 특정하여 배제할 바 없으므로 상대방이 중재조항에 동의할 경우 이 선하증권과 관련한 분쟁을 중재로 해결하겠다고 「확정오퍼」한 것으로 해석할 수 있다. 이러한 가칭 「확정오퍼가설」에 입각한 해석이 운송인의 권리를 침해한다고 보기 어렵고 현저하게 불합리할 정도로 불공정하여 사회질서나 국제질서에 반하는 것이라고 볼 수도 없다. 따라서 보험자가 대위중재를 청구하는 그 자체로 보험자와 운송인 사이의 중재계약이 완성된다고 하여도 무방하다 할 것이다.

이러한 확정오퍼설에 입각한 해석을 하게 되면, 비당사자인 보험자가 운송인을 상대로 대위중재가 아닌 대위소송으로 해당분쟁을 선택적으로 해결하는 경우에도 아무런 문제가 발생하지 않는다.<sup>36)</sup> 왜냐하면 보험자는 운송인의 확정오퍼성 중재조항을 수락하지 않았기 때문이다. 즉, 보험자에게 중재나 소송 중 어느 것이든 택할 수 있는 권리를 부여하는 제도를 정립할 경우에는 이와 같은 확정오퍼의 성격이 유효하다. 그러나 보험자도 의무적으로 대위중재에 따라야 되는 것으로 제도를 정립할 경우에는 확정오퍼의 성격은 유효하다고 할 수 없다.

결국 제반사정을 감안한다면, 대위중재의 허용여부는 사회적 비용을 줄이는 효율성과 확정오퍼성에 초점을 맞추어 합당한 해결방향을 정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

35) 본고의 해결방향과는 다소 차이가 있지만, 파산관재인이 중재합의의 해제를 선택함으로써 중재합의에 대한 구속에서 벗어날 수 있는가 하는 문제에 대해서는 [오창석, “파산절차에 있어서의 중재합의의 효력과 중재절차”, 『중재연구』 15(1), 2005., p.124]의 논문을 참조.

36) 미국의 무과실 보험중재에서는 중재신청권이 소송과 함께 선택적으로 보장된다.: 김지호, “미국중재협회의 무과실 보험중재와 국제중재”, 『중재』 2011-가을, 대한상사중재원, pp. 68-69 참조.

## V. 결 어

우리나라뿐만 아니라 국제적으로도 본고의 키워드인 「대위중재」의 허용여부에 대해 간단 명료하게 말할 정도로 확립된 시스템이 없는 것이 현실이다. 피신청인이 대위중재에 응하지 않은 상태에서 중재판정이 내려진 경우, 나중에 그 중재판정의 승인과 집행 과정에서 피신청인이 중재합의의 부존재를 이유로 다툰다면 사안은 복잡하게 될 가능성이 농후하다. 또한 대위중재와 관련한 사안이 전개될 수 있는 시나리오는 상당히 복잡다단하다. 중재제도 자체가 법률전문가들의 손에 의하기보다 일반인들이 분쟁을 신속하고 저렴하며 실정에 맞게 해결하고자 하는 취지를 지니고 있음에 비추어 볼 때, 대위중재가 전개되기에 따라서는 복잡하기 이를 데 없고 또 중재진행을 해야 할지 말아야 할지 모를 정도로 애매하다면 분쟁해결제도로써 결함을 지녔다 아니 할 수 없다.

결함문제를 해결하기 위해 전례를 분석해 본 결과, 대위중재로 중재판정에 이른 사례는 찾아볼 수 있지만 대위중재 그 자체에 대한 판정이유는 불분명하다. 기존의 법원판례는 대위중재를 허용하는 듯 안 하는 듯 애매모호하고 직접적으로 대위중재를 허용여부에 대한 법원의 판례는 찾아보기 힘들다. 또한 어느 한 국가의 판례로는 국제거래에서 발생하는 대위중재에 대해 단정할 수도 없다. 대위중재가 자동으로 허용되는지 아닌지 분명하지 않으면 전략적 차원에서 볼 때 분쟁해결절차의 경우의 수는 너무나 많아 수많은 사회적 비용을 치르게 된다. 따라서 향후 대위중재의 허용여부에 대한 국제적 통일지침의 확정이 긴요한 바, 본고에서는 자동차 대위중재제도, 공백과 상호주의 그리고 코즈정리의 관점에서 고찰한 결과 확정오퍼가설에 입각한 대위중재의 제도정립이 바람직하다는 결론에 이르렀다.

대위중재사건을 맡은 중재인들이나 판사들, 그리고 관련자들이 확정오퍼가설에 입각하여 대위중재에서의 당사자적격성을 판단한다면 본고에서 살펴본 대위중재와 관련한 문제점들을 대부분 해결할 수 있을 것으로 기대된다. 또한 국제적으로도 대위중재에 대한 확정오퍼가설이 확산됨으로써 대위중재의 일관된 해결원리가 확정오퍼가설로 수렴되기를 기대한다. 한편, 본고가 지닌 연구의 한계 및 추후연구과제로는 「확정오퍼의 기한문제」를 비롯한 미처 예상치 못한 문제를 들 수 있다. 관련전문가들의 발전적인 후속연구를 기대한다.

## 참 고 문 헌

- 강수미, “중재합의의 성립 내지 효력에 관한 준거법”, 한국중재학회, 중재연구 제16권 제2호, 2006.
- 김명엽, 중재계약의 법적 성질과 효력에 관한 연구, 「중재학회지」 제11권, 한국중재학회, 2001.
- 김용길, “중재합의의 효력 범위에 관한 고찰 - 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010다76573 판결을 중심으로 -”, 「2013 중재학회 춘계 학술발표대회」, 한국중재학회, 2013. 5. 10.
- 김지호, “미국중재협회의 무과실 보험중재와 국제중재”, 「중재」 2011-가을, 대한상사중재원.
- 김지홍, “중재합의의 제3자에 대한 효력”, 「중재연구」 17(3), 2007.
- 박은옥·최영주, “중재에 있어서 실체적 준거법에 관한 연구”, 「한국무역상무학회지」 제58권, 한국무역상무학회, 2013. 5월.
- 손경한·심현주, “중재합의에 대한 새로운 고찰”, 「중재연구」 23(1), 한국중재학회, 2013.
- 오창석, “파산절차에 있어서의 중재합의의 효력과 중재절차”, 「중재연구」 15(1), 2005.
- 이순우, “용선계약상 중재조항이 선하증권에도 자동삽입되는가?”, 「중재」, 2000·가을, 제297호, 대한상사중재원.
- 정동윤, “중재계약의 항변”, 「중재」 제17권 제2호, 1993.
- 조정곤, “대위중재의 당사자 적격성”, 「2013 한·몽·중 상사중재 국제학술대회 발표논문집」, 한국중재학회, 2013. 7월.
- 진상범, “중재합의의 효력범위”, 대법원 판례해설 제89호, 2011년 하, 법원도서관, 2012.
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law & Economics*, 3rd ed., Addison Wesley Longman, 1999.
- Domke, Martin, *Domke on Commercial Arbitration*, (Illinois, Callaghan and Company, 1984.
- Arbitration Forums, Inc., *Reference Guide of Automobile Subrogation Arbitration Forum*.



## ABSTRACT

## Admissibility of Subrogation Arbitration in the view of Firm Offer Hypothesis

Chung-Kon Cho\*

The arbitration parties may disagree with the arbitrator's award about whether they are eligible for the dispute case. While lots of disputes cases relating to subrogation are arising, it is not easy to find subrogation arbitration system to handle them clearly. The main issue is an availability of subrogation arbitration in case of the dispute which the insurer requests the arbitration against the carrier according to the arbitration clause of Bill of Lading. The direct parties of arbitration clause of the B/L are the carrier and the holder of the B/L. Could the insurer get the position of the arbitration party in stead of the holder of the B/L after compensation if there was an accident of insurance on the way of carriage?

Even though there are a few arbitral awards of subrogation, the reason of the eligibility of subrogation arbitration is not enough. This paper scrutinized precedent research papers, arbitration awards, judicial precedents, and the Automobile Subrogation Arbitration System. Vague dispute resolution system which burden corporations with so many costs must be not good for business. In the view of economic efficiency, blank of contract, reciprocity, and Coase Theorem, it is recommended that subrogation arbitration system for the international trade would be better focus on the hypothesis of "Firm Offer Character of Arbitration Clause."

**Key Words** : Subrogation Arbitration; Dispute Settlement; Firm Offer

---

\* Professor, Department of International Trade, College of Social Sciences, Gangneung-Wonju National University