

■ 논 단

정기용선계약상 반선의 의미와 준거법*
- 대법원 2019. 12. 27. 선고 2019다218462 판결 -

이 정 원

부산대학교 법학전문대학원 교수, 변호사

요 약 문

정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고, 용선자는 이에 대해 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생기는 것으로서, 그 법적 성질을 어떻게 해석하든 용선자의 주된 채무인 용선료지급채무와 선박소유자의 선박인도 및 용선기간 동안 선박을 사용·수익에 적합한 상태로 유지할 채무 사이의 상호 대가적 건련관계를 인정하는 데는 어려움이 없다. 따라서 정기용선계약의 이행 중 용선자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 관리인은 채무자회생법 제119조 제1항에 따라 정기용선계약의 해지 또는 이행을 선택할 수 있다. 한편 영국 보통법상 상계는 피고의 재판상 항변에 대한 법원의 판결로써 인정되는 것이지만, 보통법상 상계에 의해 양 당사자의 채권은 대등액에서의 소멸 내지 감축되므로, 그 법적 효과는 채권의 감축 내지 소멸이라는 실체법적 문제라고 보아야 하고, 단지 그러한 실체법적 효과를 소송절차를 통해 달성한다는 점이 특이할 뿐이다. 따라서 계약의 준거법이 영국법인 경우, 국제사법상 법률행위의 성질은 원칙적으로 법정지 국제사법에 따라 결정되어야 하므로, 도산법정지법 원칙에 따라 도산법에 특유한 법적 효력이라고 할 수 있는 상계의 제한 내지 금지에 관한 사항은 우리 채무자회생법에 따라 규율되어야 한다. 그러나 그 외의 사항이라고 볼 수 있는 상계의 요건과 효력은 상계의 준거법인 영국 보통법에 따라 규율되어야 한다. 정기용선계약의 경우, 본질적으로 일정한 기간 동안 선박과 선원이 제공하는 용역을 제공받기로 한 것이므로 용선기간이 종료되는 때에 용선자는 선박을 선박소유자에게 반환할 의무를 부담한다. 사적자치의 원칙상 정기용선계약의 당사자들은 계약의 중도해지 등으로 인한 조기반선 시 당사자 사이의 법률관계에 대해 임의로 규정할 수 있음은 물론이다. 그러나 용선계약의 해지 시에 용선자가 잔존연료유 대금반환채권을 가지는지 여부가 명확하지 않은 경우에는, 'The Shelltime 4 양식' 제15조와 같은 명문규정이 없는 한, 선박의 조기반선으로 인한 용선자의 선박소유자에 대한 잔존연료유 대금채권이 발생한다고 보기 어렵다.

* 이 과제는 부산대학교 기본연구지원사업(2년)에 의하여 연구되었음

주제어 : 정기용선계약, 반선, 쌍방미이행 쌍무계약, 상계의 준거법, 보통법상의 상계, 도산절차에서의 상계, 숨은 반정

— <目 次> —

I. 서 론	III. 연구 및 평석
II. 기초사실 및 판결요지	1. 정기용선계약의 법적 성질과 채무자회생법 제119조
1. 기초사실	2. 을의 상계 주장의 준거법의 문제
2. 원심에서의 당사자의 주장 요지	3. 정기용선계약상 반선과 연료유 대금 등의 정산의무
3. 대법원 판결요지	
	IV. 결 론

I. 서 론

정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고, 용선자는 이에 대해 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생기는 것으로서(상법 제842조), 정기용선자는 타인의 선박을 용선하여 자기의 해상기업 활동에 이용하는 대표적인 타선의장자(他船艤裝者)이다.¹⁾ 정기용선계약의 경우, 선박소유자는 자신과 고용관계에 있는 선장 등을 통해 선박에 대한 관리를 할 수 있는 등의 장점이 있고, 용선자는 선박소유에 필요한 대규모 자본투자를 피할 수 있을 뿐만 아니라 선장 등의 인력고용으로 인해 발생할 수 있는 노무 관련 문제의 회피 및 인건비를 절감할 수 있다는 장점이 있음으로 인해 해운업계에서 널리 이용되고 있다.

정기용선계약의 핵심 요소로서는 정기용선자에 의한 선박의 일정기간 동안의 사용·수익권의 확보와 이를 통한 정기용선자의 해상기업주체로서의 지위의 확보를 들 수 있다. 상법은, 정기용선자는 약정한 범위 안에서 선박의 사용을 위하여 선장을 지휘할 권리가 있고(제843조 제1항), 선장·해원, 그 밖의 선박사용인이 정기용선자의 정당한 지시를 위반하여 정기용선자에

1) 이균성, 『신해상법 대계』, 한국해양수산개발원, 2010, 190면; 최종현, 『해상법상론』, 제2판, 박영사, 2014, 66면.

게 손해가 발생한 경우에는 선박소유자가 이를 배상할 책임이 있다(동 조 제2항)고 규정하여 이를 뒷받침하고 있다. 이에 따라 정기용선자는 용선선박에 대한 용선기간 동안의 사용·수익권을 보유하고 있고, 이를 위해 선박의 상사적 이용에 관해서는 선장과 해원 등에 대한 지휘권을 가진다.²⁾

그런데 해상기업주체로서의 특징이 뚜렷한 정기용선자와 선박소유자 사이의 계약관계는 사적자치의 원칙이 고도로 적용되는 분야이므로, 정기용선계약의 내부관계는 원칙적으로 계약내용에 따르게 된다.³⁾ 따라서 상법은 정기용선계약에 관해 제842조부터 제846조까지 5개의 조문만을 두고 있지만, 정기용선계약상 채권의 제척기간에 관한 제846조를 제외한 규정들은 임의규정에 불과하다.⁴⁾ 참고로 해운 실무의 경우, 정기용선계약은 일반적으로 표준계약서식을 이용하여 체결되고 있는데, 세계적으로 널리 활용되고 있는 표준계약서식으로는 「발틱국제해사위원회(The Baltic and International Maritime Council, 이하 'BIMCO'라고 함)」가 제정한 'BALTIME-Uniform Time Charter' 양식⁵⁾과 'GENTIME' 양식⁶⁾, 그리고 「뉴욕물품거래소(New York Produce Exchange)」가 제정한 'NYPE' 양식⁷⁾이 있다.

한편 영국법의 강력한 영향을 받고 있는 정기용선계약의 경우에는 준거법과 분쟁해결지가 주로 영국법과 영국 등 영미권계 국가로 지정되는 관계로 인해, 우리나라에는 정기용선계약에 관한 판례 및 관련 연구결과의 축적이 상대적으로 부족한 상태이고, 이는 다시 우리나라 법과 법정이 정기용선계약의 준거법 등으로 선택되지 못하는 주된 원인이 되고 있다. 그런데 우리나라 경우, 지난 10여 년 동안의 전 세계적 해운경기 불황의 여파로 인해 다수의 해운기업들이 기업회생절차를 밟거나 파산하는 등의 경험을 하였다. 이 과정에서 우리나라 법조실무와 학계는 해운기업의 도산을 둘러싼 여러 가지 법적 쟁점들에 대해 고민하고 논의하는 기회를 가질 수 있었다. 특히 최근 대법원은 한진해운의 도산과 관련된 사건에서, 파산관재인의 정기용선계약의 해지로 인한 선박의 반환과 계약당사자 사이의 연료유대금 등의 정산에 관해 의미 있는 판시를 한 바 있다. 대법원이 정기용선계약의 내부관계, 특히 계약해지를 이유로 한 선박반환

2) 최종현, 위의 책, 475면; 김인현, 『해상법』, 제5판, 법문사, 2018, 195면.

3) 최종현, 위의 책, 468면; 김인현, 위의 책, 194면.

4) 정영석, 『해상법원론』, 텍스트북스, 2009, 333면.

5) 이 양식은 BIMCO의 전신인 「발틱백해회의(Baltic and White Sea Conference)」에 의해 1939년에 개정이 이루어졌고, 위 양식의 최근 개정은 2001년에 이루어졌다. BIMCO 홈페이지, <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/baltime-1939-as-revised-2001#>> 참조, 2022. 4. 19. 최종검색.

6) 이 양식은 건화물(dry cargo) 관련 선박의 정기용선을 위해 고안된 표준정기용선계약서식으로서, 위 양식의 최근 개정은 1999년에 이루어졌다. BIMCO 홈페이지, <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gentime>> 참조, 2022. 4. 18. 최종검색.

7) 이 양식은 건화물선의 정기용선에 관해 전 세계적으로 가장 많이 사용되는 표준계약서식으로서, 1913년 제정 이후 가장 최근의 개정은 2015년에 있었다. 특히 2015년 개정판은 BIMCO, '선박중개인과 대리인 협회(the Association of Shipbrokers and Agents, ASBA)', 그리고 '싱가포르 해사재단(the Singapore Maritime Foundation, SMF)'의 협력을 통해 만들어졌다.

의 의미와 계약당사자 사이의 정산의무에 관한 판시를 한 것에 대한 평석은 학술적 의의가 크다고 생각되므로, 이하에서는 위 판례의 평석을 검하여 정기용선계약상 반선의 의미와 준거법 등 관련 쟁점에 대해 살펴보고자 한다.

II. 기초사실 및 판결요지

1. 기초사실⁸⁾

가. 갑은 해운업 등을 목적으로 라이베리아 법에 따라 설립된 법인이고, 을은 해운업 등을 목적으로 대한민국 법에 따라 설립된 파산채무자인 소외 병 회사의 파산관재인이다.

나. 갑은 2011. 5. 16. 병과 ‘◆◆◆호(이하 ‘이 사건 선박’이라 함)’에 관하여 용선기간 ‘선박 인도일로부터 12년’, 1일당 용선료 ‘미화 23,890달러’, 준거법을 영국법으로 한 정기용선계약을 체결하였고(이하 ‘이 사건 계약’이라 함), 병에게 이 사건 선박을 인도하였다.

다. 이 사건 계약 중 이 사건과 관련된 주요 내용은 다음과 같다.

4. 용선자는 이 사건 선박의 사용 및 용선에 대해 선박의 인도일로부터 계속하여 합의된 요율에 따른 용선료를 지급하여야 하는데, (… 중략 …) 반선(redelivery) 되는 날까지 계속적으로 동일한 요율에 따라 발생한다. (이하 생략)
5. 용선료는 미화로 15일 전에 현금으로 선지급한다. (이하 생략)
부속서(Additional Clauses No. 29 - 113 and further clauses to the Charter Party)
제33조. 선박의 연료유 가격, 중량 및 품질
용선자는 인도시, 선박소유자는 반선시에 이 사건 선박에 남아 있는 모든 선박연료(예상 수량)를 인수하고 이에 대한 비용을 지급한다. (이하 생략)
인도시 선박 연료유 가격은 선박소유자의 청구액으로 하고, 반선시 선박 연료유 가격은 플래츠 벙커 와이어(Platt's Oilgram Bunkerwire)지수 즉, 선박이 반선될 항구 및 반선일 기준 가격에 따른다. (이하 생략)

8) 이하의 기초사실은, 이 사건의 제1심 판결인 서울중앙지방법원 2018. 7. 13. 선고 2017가합560423 판결이 인정한 기초사실을 필자가 약간의 수정을 가한 것이다. 참고로 이 사건 제1심 판결에 따르면, 계약당사자는 2척의 선박에 대해 동일한 일자에 동일한 내용의 정기용선계약을 각 체결하였으나, 각 정기용선계약의 내용이 동일할 뿐만 아니라 재판상 핵심쟁점도 동일하였다. 위와 같은 사정을 감안하여 이하의 서술에서는 계약당사자가 1척의 선박에 대한 정기용선계약을 체결한 것으로 간주하여, 이 글의 논의에 필요한 한도에서만 기초사실을 소개하고자 한다.

라. 병은 2016. 9. 1. 법원으로부터 회생절차개시결정을 받았고(이하 ‘이 사건 회생절차개시 결정’이라 함), 같은 날 을이 관리인으로 선임되었다.

마. 을은 갑에게 이 사건 계약의 해지통지를 하였고, 이 사건 회생절차개시결정이 이루어진 시각부터 위 해지통지가 이루어진 시각까지 용선료, 통신 및 부식비용, 고박장비비용으로 총합계 미화 1,606,187.24달러⁹⁾가 발생하였다.

바. 을은 이 사건 계약해지 후 갑에게 이 사건 선박을 반환하였는데, 당시 이 사건 선박에 남아 있던 연료유의 양을 플레츠 벅커 와이어 평균단가로 계산한 결과, 연료유대금은 미화 496,776.20달러 상당이었다.¹⁰⁾

사. 갑은 2016. 10. 24. 을에게 “갑은 병에 대해 회생절차개시 전 미지급 용선료, 이 사건 계약의 불이행에 따른 손해배상채권 및 기타 비용채권 등의 채권을 보유하고 있는데, 위 채권과 을의 이 사건 연료유대금채권을 대등액에서 상계한다.”는 의사표시를 하였고, 위 상계통지는 2016. 10. 25. 을에게 도달하였다.

아. 병은 2017. 2. 2. 법원으로부터 회생절차폐지결정을 받은 데 이어 2017. 2. 17. 법원으로부터 파산선고를 받았고, 같은 날 을이 병의 파산관재인으로 선임되었다.

2. 원심에서의 당사자의 주장 요지¹¹⁾

가. 을의 주장요지

을은, 이 사건 계약의 부속서 제33조에 의하여 갑은 이 사건 선박에 남아 있던 연료유를 인수하고 을에게 그 대가를 지급할 의무가 있고, 위 부속서 제33조가 적용되지 않는다 하더라도 갑은 잔존연료유의 소유자인 을로부터 이를 인도받아 소유권을 취득하게 되었으므로, 을은 갑에게 잔존연료유대금 반환채권을 가지게 되므로, 이로써 갑의 을에 대한 용선료채권 등을 대등액의 범위에서 상계 내지 공제한다고 주장하였다.

나. 갑의 주장요지

이에 대해 갑은, ① 이 사건 계약의 부속서 제33조는 계약해지 후 계약기간 만료 전에 재인도하는 조기반선의 경우에는 적용되지 않고, ② 이 사건 계약 부속서 제33조는 을이 이 사건

9) 이 금액은 앞서 설명한 이 사건 각 선박에 대해 발생한 비용의 합계금액으로서, 각 선박별로는 미화 1,175,417.24달러 및 미화 430,770.08달러의 비용채무가 발생하였다.

10) 이 금액도 위 용선료 등의 비용합계와 동일하게 이 사건 각 선박에 잔존한 연료유대금의 합계금액으로서, 각 선박별로는 미화 249,785.50달러 및 미화 246,990.70달러의 연료유대금이 산정되었다.

11) 이 사건의 원심은 서울고등법원 2019. 2. 13. 선고 2018나2044464 판결이다.

선박에 남아 있던 연료유의 소유권을 취득한 것을 전제로 하는데, 을은 유류공급업자들에 이 사건 선박에 남아 있던 연료유에 대한 대금을 지급하지 않아 소유권을 취득하지 못하였으므로, 을은 이 사건 계약 부속서 제33조에 따른 권리를 주장할 수 없으며, ③ 그렇지 않더라도 잔존연료유대금은 영국법상 일반 손해배상의 법리(Compensatory Principle)에 따라 이 사건 계약의 조기해지로 인한 갑의 손해배상액 산정시 감안(공제)되어야 할 뿐 을이 이를 갑에게 주장할 수 없고, ④ 갑은 2016. 10. 24. 을에게 ‘갑의 을에 대한 회생절차개시 전 미지급 용선료채권, 이 사건 계약의 불이행에 따른 손해배상채권’ 등으로 을의 갑에 대한 연료유대금채권과 상계하였으므로, 을의 자동채권인 연료유대금채권은 이미 소멸하였다고 주장하였다.

3. 대법원 판결요지

[1] 선박의 점유, 선장 및 선원에 대한 임면권, 그리고 선박에 대한 전반적 지배관리권이 모두 선박소유자에게 있는 정기용선계약에서 “반선”이라는 용어는 원칙적으로 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 정기용선자가 선박소유자에게 배를 돌려주는 것을 의미한다. 만약 정기용선계약에서, 선박소유자로 하여금 반선 시점에 선박에 남아 있는 연료유를 인수하고 정기용선자에게 그 대금을 정산하여 지급하도록 정하는 한편, 정기용선자에게는 사전에 선박소유자에게 반선시점과 반선지점을 수차례에 걸쳐 통지할 의무를 부과하고, 또 반선시점에 남아있는 연료유의 품질과 예상 최소수량을 정하는 등 그 요건과 절차를 정하고 있다면, 특별히 달리 정하지 않는 한 이때의 반선은 정기용선계약에서 정한 조건에 따라 이루어지는 것을 전제로 하므로, 여기에는 정기용선계약의 중도해지 등으로 인하여 선박을 돌려주는 경우 등은 포함되지 않는다고 해석하여야 한다.

[2] 이 사건 계약에서는 정기용선자가 선박을 반선할 때 선박소유자에게 그 시점과 지점을 사전에 통지할 의무를 부과하고, 또 선박을 인도받았을 때의 연료유의 양과 근접한 수준의 연료유의 양을 유지하여 반선하도록 정하고 있는데, 정기용선계약이 중도해지되는 경우에는 정기용선자가 선박소유자에게 위와 같은 의무를 이행하기 불가능한 점, 위 정기용선계약은 ‘NYPE 1946 양식’을 기본으로 하되 일부 조항을 부속서로 개정하는 형식으로 체결되었는데, 선박소유자가 잔존연료유를 인수하고 그 대금을 지급하도록 정한 부속서 조항에서는 “인도(Delivery)”와 “반선” 이외에 정기용선계약의 중도해지에 의한 종료를 포함하고 있지 않은 점 등을 종합하면 병에 대한 회생절차가 개시된 이후에 그 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 정기용선계약을 해지한 경우에는 위 부속서 조항이 적용되지 않아 을의 갑에 대한 잔존연료유대금채권이 존재하지 않으므로 이를 자동채권으로 한 을의 상계항변은 이유 없다.

[3] 갑과 병 사이에 체결된 이 사건 정기용선계약의 준거법은 영국법이다. 갑이 병의 파산관재인인 을에 대하여 이 사건 정기용선계약에 따른 용선료를 청구하고, 이에 대하여 을이 갑에 대한 잔존연료유대금채권을 자동채권으로 하여 상계항변을 하고 있으므로, 위 상계의 요건과 효과에 관하여는 영국 보통법상 상계(Legal set-off)의 법리가 적용된다.¹²⁾

III. 연구 및 평석

1. 정기용선계약의 법적 성질과 채무자회생법 제119조

가. 정기용선계약의 법적 성질

이 사건의 경우, 병에 대한 회생절차 개시에 따라 관리인이었던 을이 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률, 이하 ‘채무자회생법’이라고 함」 제119조에서 규정한 쌍방미이행 쌍무계약의 해지 내지 이행에 대한 관리인의 선택권 행사로써, 이 사건 선박에 대한 용선계약의 해지를 함으로 인해 용선기간 만료 전에 선박의 반환이 이루어지게 되었다. 그렇다면 이 사건 선박의 반환에 관한 추가 논의에 앞서 을의 계약해지가 정당한지 여부에 대한 검토가 선행되어야 할 것인데, 구체적으로는 이 사건 계약의 법적 성질을 채무자회생법 제119조 제1항에서 규정하는 쌍방미이행 쌍무계약으로 볼 수 있을 것인지 여부에 대한 검토가 필요하다.

정기용선계약의 법적 성질에 관해서는 국내·외의 견해가 일치하지 않는데, 정기용선계약의 법적 성질에 관한 국내·외의 견해를 대별해 본다면, ① 운송계약으로 보는 견해,¹³⁾ ② 임대차계약의 성질을 내포하고 있는 것으로 보는 견해¹⁴⁾로 나누어 볼 수 있을 것 같다. 전자에 따르면, 정기용선계약은 선박소유자가 일정 기간 동안 정기용선자의 지시에 따라 정기용선자가 수배하는 화물을 운송하기로 한 계약으로 파악한다. 이에 반해 후자의 경우에는 정기용선계약의 법적 성질을 순수한 임대차계약으로 파악하는 견해는 존재하지 않고, 임대차계약과 노무공급계약이 혼재되어 있는 ‘혼합계약’ 또는 ‘특수한 계약’ 등으로 설명한다. 이에 관한 우리 판례의 태도도 명확하지 않고, 판례를 해석하는 입장에 따라 판례의 태도를 달리 해석하고 있는 것 같다. 다만 최근 대법원은 정기용선자의 채권자가 용선선박에 대해 선박우선특권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된 사안에서, “정기용선계약은 선체용선계약과 유사하게 용선자가

12) 대법원 판결요지 중 [3]부분은 판결이유 중 해당 부분을 필자가 옮겨 적은 것이다.

13) 이균성, 앞의 책, 815-817면; Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 3rd ed., West Group, St. Paul, MN., 2001, p. 685.

14) 최중현, 앞의 책, 471-473면; 김인현, 앞의 책, 191-193면; 정영석, 앞의 책, 327-332면 각 참조.

선박의 자유사용권을 취득하고 그에 선원의 노무공급계약적인 요소가 수반되는 특수한 계약 관계로서 정기용선자는 다른 특별한 사정이 없는 한 화물의 선적, 보관 및 양하 등에 관련된 상사적인 사항의 대외적인 책임관계에 선체용선에 관한 상법 제850조 제1항이 유추 적용되어 선박소유자와 동일한 책임을 부담한다.”고 판시하였는데,¹⁵⁾ 위 결정의 해석으로는 대법원이 소위 ‘특수계약설’의 입장을 취하고 있는 것으로 볼 여지가 있다.¹⁶⁾

나. 정기용선계약과 쌍방미이행 쌍무계약

정기용선계약의 법적 성질을 어떻게 보더라도, 정기용선계약이 채무자회생법 제119조 제1항에서 규정하는 쌍무계약으로서의 성질을 갖고 있다는 점에 관해서는 이견이 없을 것 같다. 먼저, 정기용선계약의 법적 성질을 운송계약으로 볼 경우, 통설적 견해와 판례는 운송계약의 본질을 민법상 전형계약인 도급계약의 일종으로서 물건이나 여객의 지리적 이동이라는 일의 완성을 목적으로 하는 것으로 보므로,¹⁷⁾ 원칙적으로 운송인의 운송의무와 송하인 등의 운임지급의무는 동시이행관계에 있는 쌍무계약으로 본다.¹⁸⁾ 이와 달리 임대차적 요소가 개재된 계약으로 볼 경우에도, 민법상 임대차계약은 목적물의 사용·수익에 관한 약정 및 임차인의 차임지급약정이 서로 대가적 견련관계에 있는 쌍무계약에 해당한다는 점에는 이견이 없다.¹⁹⁾

한편 계약의 이행이 완료되지 않은 상태에서 계약당사자 중 일방에 대한 회생절차나 파산절차(일반적으로 위 두 개의 절차를 합쳐서 “도산절차”라고 칭한다)가 개시된 경우, 계약을 둘러싼 법률관계를 어떻게 취급할 것인가 하는 문제가 채무자회생법 제119조 제1항에서 규정하는 쌍방미이행 쌍무계약(Executory contract, Unfulfilled bilateral contract)에 관한 것이다.²⁰⁾ 채무자회생법 제119조 제1항 제1문은 “쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있지만, 쌍방미이

15) 대법원 2019. 7. 24. 자 2017마1442 결정.

16) 위 대법원 2017마1442 결정 외에도, 대법원 1992. 2. 25. 선고 91다14215 판결 등도 특수계약설의 입장을 취한 것으로 볼 수 있다. 이에 반해 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008도11784 판결에서는 “이 사건 용선계약은 선체용선계약과는 구별되는 정기용선계약으로서의 기본 요건을 모두 갖추었다고 봄이 상당하므로, 원심이 노무공급계약적 요소가 수반된 특수한 계약관계로 본 것은 잘못이다.”고 판시한 바 있고, 대법원 2003. 8. 22. 선고 2001다65977 판결 및 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009다99754 판결에서는 정기용선된 선박의 선장이 항해상의 과실로 충돌사고를 일으킨 때에는 제3자에 대한 선장의 사용자로서의 불법행위책임은 정기용선자가 아니라 선박소유자가 부담하여야 한다고 판시하였다.

17) 대법원 1983. 4. 26. 선고 82누92 판결.

18) 최중현, 앞의 책, 230-231면; 김인현, 앞의 책, 222면; 정영석, 앞의 책, 194-195면.

19) 박윤직 대표편집, 『민법주해 (15)』, 박영사, 1992, 61-62면.

20) 김영주, “임대차계약 당사자의 도산에 관한 민법 및 도산법의 해석”, 법학논총, 제33집 제3호(2013. 12.), 전남대학교 법학연구소, 8면.

행 상태에서 계약당사자가 도산한 경우 그에 따른 법률관계 등에 관하여는 민·상법 및 도산법의 관련 규정이 중첩적으로 적용될 수 있다.²¹⁾ 다만 채무자회생법 제119조의 적용대상인 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하기 위해서는 ① 쌍방 당사자가 상호 대등한 대가관계에 있는 채무를 부담하는 계약으로서, 본래적으로 쌍방의 채무 사이에 성립·이행·존속상 법률적·경제적으로 건련성을 갖고 있어서 상호 담보로서의 기능을 하는 것으로서,²²⁾ ② 회생절차개시 당시 당사자 모두 계약상 채무의 이행을 완료하지 않은 상태로서, ② 이행이 완료되지 않은 채무는 계약상 주된 채무여야 한다.²³⁾

앞서 본 바와 같이 정기용선계약의 법적 성질을 어떻게 해석하든, 용선자의 주된 채무인 용선료지급채무와 선박소유자의 선박인도 및 용선기간 동안 선박을 사용·수익에 적합한 상태로 유지할 채무 사이의 상호 대가적 건련관계를 인정하는 데는 어려움이 없다고 본다. 나아가 이 사건의 경우, 용선계약의 이행 중에 병에 대한 회생절차가 개시되었고, 계약상 주된 채무인 용선료지급채무와 선박의 사용·수익을 해 줄 채무가 상호 간에 대가관계나 동시이행관계에 있다는 점도 명확하다. 따라서 이 사건에서 을이 병에 대한 회생절차개시 후 갑에 대해 계약해지의 의사를 통지한 것은 채무자회생법 제119조 제1항에 따른 정당한 절차라고 볼 수 있다.

2. 을의 상계 주장의 준거법의 문제

을은 이 사건의 제1심에서부터, 을은 갑에 대해 잔존연료유대금채권을 가지므로 이로써 갑의 을에 대한 용선료채권 등을 대등액에서 상계한다고 주장하였음은 전술한 바와 같다. 이에 따라 이 사건에서는 판결요지와 별도로 판결이유에서 을의 상계주장의 당부와 관련한 별도의 판시가 있었다. 이와 관련하여 대법원은, 이 사건 계약의 준거법은 영국법으로서, 갑의 을에 대한 이 사건 계약에 따른 용선료채권과 이에 대한 을의 갑에 대한 잔존연료유대금채권을 자동채권으로 한 상계의 요건과 효과에 관하여는 영국 보통법상 상계(Legal set-off)의 법리가 적용되는데, 후술하는 바와 같이 을의 갑에 대한 잔존연료유대금채권이 존재하지 않으므로 이를 자동채권으로 한 을의 상계항변은 이유 없다는 취지로 판시하였다.

그런데 이 사건의 경우 을의 상계주장 이전에 이미 병에 대한 도산절차가 개시되어 있었다는 점에서, 위 문제는 대한민국에서 진행되는 도산절차와 관련해서 상계의 준거법과 도산법정지법의 원칙에 관한 추가적 검토가 필요하다.

21) 김영주, 위의 논문, 8면.

22) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005다35851 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결; 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다28884 판결 등.

23) 김영주, 앞의 논문, 9면.

가. 영국법상 상계의 법리

국제사법 제25조에 따라 계약당사자는 계약의 준거법을 선택할 수 있으므로, 이 사건 계약 당사자의 합의에 따라 선택된 영국법이 이 사건 계약의 준거법인 점은 명확하다. 그런데 대한민국에 계속 중인 소송에서 피고 을이 소송상 상계항변을 한 이 사건에서, 계약의 준거법인 영국법이 상계의 준거법으로 인정될 것인가 하는 문제가 있다. 후술하는 바와 같이 영국 보통법상 상계(Legal set-off)는 재판상 항변으로만 행사할 수 있는 절차법상 제도로 파악된다는 점과 상계의 준거법이 상계의 요건과 효력에 관한 법률관계를 규율한다는 점을 고려하면,²⁴⁾ 상계의 준거법 결정의 문제는 실천적 의의가 크다. 을의 상계항변의 요건과 효과에 대해 대법원은 영국 보통법상 상계의 법리를 적용하고 있으므로, 먼저 영국법상 상계의 의의와 요건에 관해 살펴봄으로써 대법원 판시의 정당성 여부를 검토할 필요가 있다.

영미법상 상계란, 형평의 원칙과 소송의 반복 등을 방지하기 위한 실용적 목적에 따라 인정되는 채무의 소멸원인으로서,²⁵⁾ 상호교차하는 채무를 대등액에서 소멸시키는 제도라고 설명되고 있다.²⁶⁾ 그런데 영국의 경우에는 상계를 채무자에 대한 도산절차가 개시된 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하여 설명하고 있으므로, 이하에서는 이에 관해 간략히 살펴본다.

도산절차가 개시되지 않은 경우의 영국법상 상계(Pre-Insolvency set-off)로는, ① 상계계약(Contractual set-off), ② 보통법상의 상계(Legal set-off), ③ 형평법상의 상계(Equitable set-off)로 구분할 수 있다.²⁷⁾

보통법상 상계란, 쌍방 당사자가 상대방에 대해 가지고 있는 독립적 청구권을 대등액에서 소멸시키는 소송상 항변으로서, 「1998년 영국 민사소송규칙(The Civil Procedure Rules 1998)」 제16.6에서 규정하고 있다.²⁸⁾ 위 규칙 제16.6은, 피고는 원고의 청구에 대해 자신의 원고에 대한 청구로써 상계할 수 있다고 규정하고 있는데,²⁹⁾ 이를 위해서는 양 당사자의 채권이 ‘

24) 신창섭, 『국제사법』, 제4판, 세창출판사, 2018, 286면; 김연 · 박정기 · 김인유, 『국제사법』, 제3판 보정판, 2014, 354면; 석광현, “영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제”, 서울대학교 법학 제57권 제1호(2016. 3.), 서울대학교 법학연구소, 205면.

25) A. Robert Anderson · Thomas Gelbman · Benjamin Pullen, “Recent Developments in the Law of Set-off”, Annual Review of Insolvency Law, Thomson Reuters Canada, p. 3.

26) Philip R. Wood, *Set-off and Netting: derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2007, London, p. 5.

27) William Johnston · Thomas Werlen, *Set-Off Law And Practice*, 2nd ed. Oxford University Press, 2010, pp. 158-160; Lorna Richardson, “Set-off: a concept divided by a common language?”, Lloyd’s Maritime and commercial Law Quarterly, 2017, p. 240.

28) 보통법상 상계는 ‘상계법상 상계(A right under the Statutes of set-off)’, ‘절차법상 상계(Procedural set-off)’, 독립적 상계(Independent set-off) 등 다양한 명칭으로 불리고 있는데, 이는 「1729년 및 1735년에 제정된 상계법(The Statutes of Set-off of 1729 and 1735)」의 산물이다. 다만 위 상계법은 「The Civil Procedure Acts Repeal Act 1879」의 제정에 의해 폐지되었지만, 상계법의 폐지에도 불구하고 상계제도는 「The Civil Procedure Acts Repeal Act 1879」 제4조 제1항 (b)에 의해 존치되었다.

금전채권(Money demands)', '청구액의 확정이 된 채권(Liquidated debts)', 또는 '금전채권의 불이행에 대해 특정이행(Specific performance)'을 청구하는 경우로서,³⁰⁾ 변제기가 도래한 상태여야 한다.³¹⁾ 나아가 상계의 대상인 채권들은 동일한 당사자 사이에서 동일한 권리와 이해관계에 근거하는 상호성을 갖추고 있어야 한다.³²⁾ 이와 같이 상계에 엄격한 요건을 요구하는 이유에 대해서는, 재판절차 내에서 채권의 존재와 금액을 확정하는데 오랜 시간이 소요됨으로써 소송절차가 지연되는 것을 막기 위한 것으로 해석하고 있는데,³³⁾ 이에 따라 '손해배상채권(Claims in damages)'과 같이 채권액의 즉시 확정이 용이하지 않은 경우에는 보통법상 상계가 허용되지 않는다.³⁴⁾ 나아가 영국 보통법상 상계는 재판상 피고의 항변에 대한 법원의 판결로써 인정되는 것으로서, 우리법과 달리 상계에 소급효가 인정되지 않는다.³⁵⁾

형평법상 상계란 당사자가 보유한 쌍방채권 사이에 (a) '밀접한 관련성(The close-connection)' 또는 '교호관계(Interconnectedness)'가 존재하고, (b) 상대방의 청구에 대해 상계권자의 상계를 허용하지 않을 경우 명백히 불공정한 결과를 낳을 경우에 인정되는 것이다.³⁶⁾ 형평법상의 상계는 법률관계 관련자 사이의 실질적 정의를 확보하기 위해서 인정되는 것이므로,³⁷⁾ 절차법적 성질을 가지고 있는 보통법상의 상계와 달리 '실체법상의 방어수단(A substantive defence)'으로 파악되고 있다.³⁸⁾ 상계를 주장하는 당사자는 형평상의 근거를 제시하여야 하고,³⁹⁾ 이러한 형평상의 근거는 단순한 반대채권의 존재만으로는 부족하고 상계에 의해 직접적으로 수동채권을 소멸시키거나 대등액에서 감액시킬 수 있어야 한다.⁴⁰⁾

29) 16.6 Defence of set-off

Where a defendant—

(a) contends he is entitled to money from the claimant; and

(b) relies on this as a defence to the whole or part of the claim, the contention may be included in the defence and set off against the claim, whether or not it is also a Part 20 claim.

30) *BICC Plc. v. Burndy Corp* [1985] Ch 232.

31) *Stoke v. Taylor* (1880) 5 QBD 569, 575; *Stein v. Blake* [1996] 1 AC 243, 251.

32) Lorna Richardson, *op cit.*, p. 243.

33) 석광현, 앞의 논문, 212면.

34) William Johnston · Thomas Werlen, *op cit.*, p. 159. 우리 대법원 2015. 1. 29. 선고 2010다108764 판결의 원심인 서울고법 2012. 10. 19. 선고 2012나23490 판결도 영국 보통법에 의하면, 특히 손해배상채권의 경우에는 법원이나 중재기관 등 사법기관에 의해 사법적 확정된 이후에야 상계가 가능하므로, 해당 사건에서 피고의 상계는 자동채권의 “사법적 확정요건을 갖추지 못한 조기반선에 따른 손해배상채권은 상계가 허용되지 아니한다.”고 판시한 바 있다.

35) Lorna Richardson, *op cit.*, p. 244.

36) A. Robert Anderson · Thomas Gelbman · Benjamin Pullen, *op cit.*, pp. 30-31; 석광현, 앞의 논문, 207-208면.

37) *Federal Commerce & Navigation Co. Ltd v. Molena Alpha Inc. (The Nanfri)* [1978] QB 927, 981; [1978] 2 Lloyd's Rep. 132, 144, *per* Goff L.J.

38) Lorna Richardson, *op cit.*, p. 252.

39) *Eg Lombard North Central Plc. v. Hussein* (24 Jan 2011) Unreported (QB (Adm Ct)); [24], *per* Jervis Kay QC.

40) *Ransom v. Samuel* (1841) Cr & Ph 161, 179; 41 ER 451, 458, *per* L. Cottenham LC.

마지막으로 상계계약이란, 앞서 살펴본 보통법상의 상계 내지 형평법상의 상계와 달리 계약 당사자의 의사에 따라 일방 당사자가 상대방 당사자에 대해 가지는 채권을 대등액에서 소멸시키는 합의를 의미한다.⁴¹⁾ 따라서 상계계약에는 원칙적으로 계약법의 법리가 그대로 적용되며,⁴²⁾ 보통법상 상계에서 요구되는 채권의 상호성이나 형평법상 상계의 요건인 채권상호 간의 밀접한 관련성 등의 요건이 요구되지 않는다.⁴³⁾

이에 반해 「1986년 영국 도산법(The Insolvency Act 1986)」 제323조⁴⁴⁾와 「1986년 영국 도산규칙(The Insolvency Rules 1986)」 제4.90⁴⁵⁾은 ‘도산절차상 상계(Insolvency set-off)’에 관해 별도로 규정하고 있다. 여기서 도산절차는 법인의 ‘청산절차(Liquidation, Winding up)’뿐만 아니라 ‘회생절차(Administration)’를 포함하는 개념으로서,⁴⁶⁾ 각 채권이 ‘상호성(Mutuality)’을 띄고 있는 경우에는 자동적으로 상계가 이루어지는 강행규정이다.⁴⁷⁾ 이는 도산절차 내에서 채

41) *Re McNulty & Co*, [1924] 1 D.L.R. (Ont.S.C.) 738-739.

42) Kelly R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada*, Canada Law Book Inc., 1993, p. 263.

43) William Johnston · Thomas Werlen, *op cit.*, pp. 158-159; A. Robert Anderson · Thomas Gelbman · Benjamin Pullen, *op cit.*, p. 6. 법률이 정한 일정한 요건을 갖추어야 하는 민법상 상계와 달리, 우리 법제에서도 그러한 요건을 구비하지 아니한 경우에도 당사자의 합의로 상계를 한다든지 또는 당사자에게 상계권을 부여하는 상계계약은 계약자유의 원칙상 유효하고, 이 경우 상계계약의 요건과 효과는 민법상 상계와 달리 당사자가 계약의 일반원칙에 따라 정할 수 있다. 곽윤직 대표편집, 『민법주해 (11)』, 박영사, 1992, 351-356면 참조.

44) 323 Mutual credit and set-off.

(1) This section applies where before the commencement of the bankruptcy there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the bankruptcy and any creditor of the bankrupt proving or claiming to prove for a bankruptcy debt.

(2) An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other.

(3) Sums due from the bankrupt to another party shall not be included in the account taken under subsection (2) if that other party had notice at the time they became due that [F1proceedings on a bankruptcy application relating to the bankrupt were ongoing or that] a bankruptcy petition relating to the bankrupt was pending.

(4) Only the balance (if any) of the account taken under subsection (2) is provable as a bankruptcy debt or, as the case may be, to be paid to the trustee as part of the bankrupt's estate.

45) Mutual credit and set-off

4.90. –(1) This Rule applies where, before the company goes into liquidation there have been mutual credits, mutual debts or other mutual dealings between the company and any creditor of the company proving or claiming to prove for a debt in the liquidation.

(2) An account shall be taken of what is due from each party to the other in respect of the mutual dealings, and the sums due from one party shall be set off against the sums due from the other.

(3) Sums due from the company to another party shall not be included in the account taken under paragraph (2) if that other party had notice at the time they became due that a meeting of creditors had been summoned under section 98 or (as the case may be) a petition for the winding up of the company was pending.

(4) Only the balance (if any) of the account is provable in the liquidation. Alternatively (as the case may be) the amount shall be paid to the liquidator as part of the assets.

46) William Johnston · Thomas Werlen, *op cit.*, pp. 161-162.

47) *Ibid.*, p. 162.

무자의 재산의 공평한 분배(*Pari passu* distribution)를 보장하기 위한 것으로서, 1986년 도산법과 도산규칙의 관련 규정의 적용을 제한하거나 배제하는 내용의 특약은 효력이 없다.⁴⁸⁾ 또한 상계를 위해 반드시 채권과 채무의 변제기가 도래할 필요는 없고, 조건부 내지 기한부 채권·채무도 도산절차 내에서 상계를 할 수 있다.⁴⁹⁾

이 사건의 경우, 정기용선계약상 선박소유자의 용선자에 대한 용선료 등의 채권과 정기용선자의 선박소유자에 대한 선박의 조기반환을 이유로 한 잔존연료유대금채권 등의 대등액에서의 상계가 문제가 되고 있으므로, 두 채권은 영국 보통법상 상계의 요건인 채권의 상호성과 독립성, 그리고 청구액의 확정 등의 제반 요건을 갖추고 있다고 볼 수 있다.

나. 이 사건 상계항변의 준거법 (보통법상 상계는 실체의 문제인지, 절차의 문제인지 여부)

영국 보통법상 상계는 소송절차에서 항변(defence)으로 하여야 한다는 점에서, 절차는 법정지법에 따른다는 원칙을 적용할 경우 법정지인 우리 법원은 영국 보통법상 상계의 법리를 적용하지 못하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 이는 영국 보통법상 상계의 법적 성질을 어떻게 파악할 것인가 하는 문제와 함께, 상계의 준거법이 영국법일 경우에도 ‘숨은 반정의 법리’에 따라 대한민국의 법이 준거법이 될 수 있을 것인지 하는 문제와 관련이 있다.⁵⁰⁾

영국에서도 보통법상 상계의 법적 성질이 실체법적 문제인지, 아니면 절차법적 문제인지에 관해 논의가 있다. 유력한 견해는 보통법상 상계를 소송상 피고의 방어권 행사로서, 절차의 문제로 해석한다.⁵¹⁾ 위 견해는 아마도 보통법상 상계는 소송상 항변의 형태로 행사되어야 하고, 법원의 판결에 의해 효력이 생긴다는 점에 착안한 것으로 보인다. 그러나 보통법상 상계에 의해 양 당사자의 채권은 대등액에서의 소멸 내지 감축되므로,⁵²⁾ 그 법적 효과는 채권의 감축 내지 소멸이라는 실체법적 문제라고 보아야 할 것이고,⁵³⁾ 단지 그러한 실체법적 효과를 소송절차를 통해 달성한다는 점이 특이할 뿐이다.⁵⁴⁾ 우리 대법원 2015. 1. 29. 선고 2010다108764 판결에서도 “영국 보통법상 상계 역시 상계권의 행사에 의하여 양 채권이 대등액에서 소멸한다는 점에서는 실체법적 성격도 아울러 가진다고 할 것이므로 상계의 요건과 효과에 관하여 준

48) *Ibid*

49) *Stein v. Blake* [1995] 2 All ER 961; *Secretary of State for Trade and Industry v. Frid* [2004] 2 AC 506.

50) 석광현, 앞의 논문, 208-209면.

51) R. Derham, *The Law of Set-off*, 4th ed. 2010, paras. 2.53.

52) Lorna Richardson, *op. cit.*, p. 244.

53) 석광현, 앞의 논문, 207면 각주 15)에서도 같은 취지로 설명하고 있으며, 석광현 교수에 따르면, Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis* (2011), p. 124 이하도 같은 취지라고 설명하고 있다.

54) *Aetra v. Exmar* [1994] 1 WLR 1634, 1650; [1995] 1 Lloyd's Rep 191, 200, *per* Hoffmann L.J.

거법으로 적용될 수 있다.”고 판시한 바 있다.

물론 보통법상 상계는 재판상 항변으로 행사되어야 한다는 점을 강조할 경우, 그 법적 성질을 절차의 문제로 파악하여 대한민국에서 보통법상 상계항변을 하는 경우에는 영국 보통법상 상계의 법리를 적용할 수 없다는 견해도 제기될 여지는 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 영국에서도 보통법상 상계의 본질을 실체법적 문제로 해석하는 견해가 유력하며, 보통법상 상계의 본질을 절차의 문제로 파악하더라도 국제사법상 법률행위의 성질은 원칙적으로 법정지 국제사법에 따라 결정되어야 하므로, 우리 법원은 영국 보통법상 상계의 법적 성질을 실체의 문제로 파악하여 영국 보통법을 적용하는 것이 타당하다.⁵⁵⁾ 그렇다면 상계항변이 유효하기 위해서는, 영국 보통법에 따라 서로 대립하는 동종의 채권의 변제기가 도래하는 등의 요건이 충족되어야 할 것이다.⁵⁶⁾

다. 숨은 반정의 문제

일반적으로 ‘반정(Renvo)’이라 함은 외국적 요소가 있는 법률관계에 대해 법정지의 국제사법이 특정 외국법을 적용할 것을 지정한 경우에, 해당 외국의 국제사법이 법정지법 또는 제3국법을 적용할 것을 규정하는 경우에, 해당 외국 국제사법에 따라 법정지법 또는 제3국법을 적용하는 것을 말한다.⁵⁷⁾ 특히 법정지 국제사법이 특정 외국법을 준거법으로 지정하였지만, 해당 외국 국제사법이 다시 법정지국의 법을 지정하는 것을 협의의 반정이라고 부르는데, 국제사법 제9조 제1항은 “이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(준거법의 지정에 관한 법규를 제외한다)에 의한다.”고 규정하여, 협의의 반정에 대해 규정하고 있다. 다만 동 법 제9조 제2항에서는 반정의 부당한 확대를 방지하기 위해 반정이 허용되지 않는 경우를 규정하고 있고, 특히 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택한 경우(제9조 제2항 제1호)에는 반정이 허용되지 않는다.

55) 동지, 석광현, 앞의 논문, 211면.

56) 나아가 상계의 방법과 관련해서는 영국 보통법에 따라 소송상 항변으로 하여야 하는지, 아니면 소송 외의 의사표시으로써 충분한지도 문제가 되지만(이에 관한 상세한 논의는, 석광현, 위의 논문, 213-214면 참조), 이 사건의 경우 을은 소송 중 상계항변을 한 것이므로 상계의 방법은 문제가 되지 않는다. 또한 상계의 효과와 관련해서는 소급효의 인정여부에 관해 영국과 대한민국 법의 태도가 상이하므로, 상계의 소급효 인정과 관련하여 견해가 나뉠 수 있다. 다만 이 사건의 경우, 대법원은 피고 을의 갑에 대한 자동채권인 연류유대금채권의 존재를 부정하였으므로 상계의 소급효에 관한 판시가 이루어지지 않았지만, 앞서 살펴본 서울고법 2012. 10. 19. 선고 2012나23490 판결은 “위 상계시점에는 피고의 자동채권 전부가 사법적 확정이 되었고, 피고에 대한 회생개시결정 당시 이미 이행기가 도래하여 상계적상에 있었으므로, 선우상선의 위 수동채권은 위 상계로 인하여 상계적상 시에 소급하여 전부 하였다.”고 판시하여 영국 보통법상 상계의 경우에도 소급효가 인정된다고 판시하였다.

57) 신창섭, 앞의 책, 145면; 석광현, 『국제사법 해설』, 박영사, 2013, 160면; 안강현, 『로스쿨 국제거래법』, 제6판, 박영사, 2020, 157면.

이는 당사자가 준거법을 선택한 경우에도 반정을 허용하게 되면 국제사법 제25조에서 규정하는 당사자자치의 원칙에 반하기 때문이다.⁵⁸⁾

그런데 위와 같은 명시적 반정에 반해, 영미의 국제재판관할규칙과 같이 자국 법원이 국제재판관할을 가지는지 여부를 규정하면서 국제재판관할이 인정되는 경우 문제가 되는 법률관계의 준거법으로서 법정지의 실질법을 적용하는 경우와 같이, 외국의 국제재판관할규정 등에 저촉규정이 숨겨져 있는 있음으로 인해 우리나라로 반정이 인정되는 경우를 ‘숨은 반정’이라고 부른다.⁵⁹⁾ 이 사건의 경우, 상계의 준거법이 영국법이고 영국 보통법상 상계는 소송상 항변으로만 행사할 수 있다는 점을 감안하면, 영국의 절차법이 법정지인 대한민국 법으로 숨은 반정을 한 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다. 이에 관해서는 견해가 일치하지 않지만,⁶⁰⁾ 국제사법 제9조 제2항 제1호가 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 반정을 부정하고 있다는 점과 앞서 본 바와 같이 영국법상 상계는 채권의 감축 내지 소멸이라는 실체법적 문제로 보아야 하고, 단지 그러한 법률효과를 소송절차를 통해 달성하도록 한 것이라는 점 등을 감안하면, 이 사건 계약의 준거법은 당사자가 합의에 의해 선택한 것으로서 국제사법 제9조 제2항에 따라 숨은 반정을 인정하기 어렵다.⁶¹⁾

라. 도산법정지법의 원칙과 상계

영국 도산법과 도산규칙에서 규정하는 상계의 요건과 효과는 강행규정이라는 점은 앞서 살펴본 바와 같다. 이 사건의 경우 을의 상계항변은 병에 대한 도산절차가 개시된 이후에 제기되었으므로, 비록 도산절차는 한국에서 진행되고 있지만 상계의 요건과 효과는 영국 도산법과 도산규칙에서 정한 바에 따라 규율되어야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

도산절차에서 제기되는 다양한 국제사법적 쟁점에 관해 국제사법과 채무자회생법에서는 별도의 규정을 두고 있지 않으므로, 이러한 문제도 국제사법의 일반원칙에 의해 해결할 수밖에 없다.⁶²⁾ 다만 도산국제사법에 관한 문제의 해결에 있어서는 국제사법의 일반법리 외에도 도산절차에서의 채권자 평등의 원칙과 집단적 채권·채무 해결절차로서의 도산절차의 특성을 감안할 필요가 있다.

이와 관련해서는 외국적 관련성이 있는 국제도산법을 국제도산절차법과 국제도산실체법으로 구분하여, 국제도산실체법에 관해서도 ‘도산법정지법(*Lex fori concursus*)’ 또는 ‘도산절차개

58) 석광현, 위의 책, 165-166면; 안강현, 위의 책, 160면.

59) 석광현, 위의 책, 170면; 안강현, 위의 책, 162면.

60) 숨은 반정을 인정하는 대표적 견해는, 김상훈, “민사소송상 상계의 국제재판관할 및 그 준거법”, 한림법학 FORUM 제21권(2010), 한림대학교 법학연구소, 106면 이하, 숨은 반정을 부인하는 견해는, 석광현, 앞의 논문, 218면 이하 각 참조.

61) 같은 취지, 석광현, 위의 논문, 220면.

62) 석광현, 위의 논문, 222면.

시국법'이 준거법이 된다는 견해가 제시되고 있다.⁶³⁾ 이 견해는 '절차는 법정지법에 따른다 (Forum regit processum)'고 하는 국제사법의 일반적 법원칙은 국제도산법의 영역에서도 타당하므로, '도산절차에 특유한 법적 효력' 내지 '도산절차의 전형적 법률효과'는 도산법정지법에 따라야 한다고 본다.⁶⁴⁾ 다만 무엇이 도산절차의 전형적 법률효과인지에 대해서는 각국의 도산법제를 면밀히 분석하여 판단할 문제이지만, 국제도산관할, 도산절차의 개시 요건, 관재인 선임과 권한과 의무 등 도산절차에 특유한 사항은 도산법정지법에 따라야 할 것이다. 나아가 도산절차에서 관리인 등이, 채무자가 당사자인 특정한 계약을 쌍방미이행 쌍무계약임을 이유로 해제·해지 또는 이행할 것인지를 선택할 수 있는지 여부는 사법상 계약의 성립 및 효력의 문제와 구별되는 도산절차에 특유한 법적효과이므로 도산법정지법에 따라야 한다고 본다.⁶⁵⁾

생각건대, 도산절차에는 실체법적 요소와 절차법적 요소가 혼재되어 있을 뿐만 아니라⁶⁶⁾ 채권자 상호 간의 평등대우의 필요성⁶⁷⁾ 등으로 인해 도산법은 강행법규로서의 성질을 가진다는 점 등을 감안하면,⁶⁸⁾ 도산절차에 특유한 실체법적 사항에 관해서도 도산법정지법을 적용하는 것이 타당할 것이다.

한편 채무자회생법은 회생절차가 개시된 경우 회생채권자 등의 상계의 금지 내지 제한에 관한 규정을 두고 있지만,⁶⁹⁾ 위 법률에 의하더라도 민법에서 정한 상계의 요건을 구비하는 경우에는 채무자회생법에 따라 상계를 할 수 있고,⁷⁰⁾ 이 경우 상계의 효과는 소급하여 상계적상이 발생한 시점으로 소급한다.⁷¹⁾ 채무자회생법이 정한 상계의 금지 내지 제한에 관한 규정은 전형적인 도산절차의 법률효과 또는 도산법에 특유한 효력이라고 볼 수 있을 것이지만, 위 법률에 의한 상계의 요건과 효력은 민법에 따라 결정될 사항이므로, 국제도산의 경우에도 상계의

63) 석광현, 위의 논문, 222면; 노영보, 『도산법 강의』, 박영사, 2018, 653면.

64) 석광현, 위의 논문, 223면.

65) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2010다108764 판결(외국적 요소가 있는 계약을 체결한 당사자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 그 계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하여 관리인이 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있는지 여부, 그리고 계약의 해제·해지로 인하여 발생한 손해배상채권이 회생채권인지 여부는 도산법정지법인 채무자회생법에 따라 판단되어야 한다.).

66) 노영보, 앞의 책, 45면.

67) 도산절차 중 청산형 절차인 파산의 경우, 채무자의 재산의 처분·환가와 채권자들에 대한 공평한 배당이 주된 목적이고, 재건형 절차인 회생의 경우에도 집단적·포괄적 채권회수절차라는 점은 파산과 다를 바 없으므로, 이해관계인 사이에서 어떻게 공평하게 분배할 것인가 하는 문제는 회생절차의 가장 중요한 과제 중 하나이다. 서울회생법원 재판실무연구회, 『회생사건실무(상)』, 박영사, 제5판, 2019, 3-7면 참조.

68) 김영주, 앞의 논문, 17면.

69) 채무자회생법 제145조는 회생절차에서의 상계의 금지사유에 관해 규정하고 있고, 동 법 제131조는 관리인이 상계를 하는 경우에는 법원의 허가를 받도록 규정하고 있다.

70) 채무자회생법 제144조(상계권)

① 회생채권자 또는 회생담보권자가 회생절차개시 당시 채무자에 대하여 채무를 부담하는 경우 채권과 채무의 쌍방이 신고기간만료 전에 상계할 수 있게 된 때에는 회생채권자 또는 회생담보권자는 그 기간 안에 한하여 회생절차에 의하지 아니하고 상계할 수 있다. 채무가 기한부인 때에도 같다.

71) 편집대표 권순일, 『주석 채무자회생법(2)』, 제1판, 한국사법행정학회, 2020. 582면.

요건과 효과에 대해서는 상계의 준거법에 따라 결정될 사항이다.⁷²⁾

그렇다면 이 사건의 경우, 병에 대한 희생절차 및 파산절차가 대한민국에서 개시되었으므로 도산법정지법 원칙에 따라 도산전형적 법률효과 내지 도산법에 특유한 법적 효력이라고 할 수 있는 상계의 제한 내지 금지에 관한 사항은 우리 채무자회생법에 따라 규율되어야 하지만, 그 외의 사항이라고 볼 수 있는 상계의 요건과 효력은 상계의 준거법인 영국 보통법에 따라 규율될 사항이다. 따라서 이 사건에서 대법원이 “위 상계의 요건과 효과에 관하여는 영국 보통법상 상계(Legal set-off)의 법리가 적용된다.”고 판시한 것은 정당하다.

3. 정기용선계약상 반선과 연료유 대금 등의 정산의무

가. 정기용선계약상 반선의 의미

정기용선계약의 경우, 본질적으로 일정한 기간 동안 선박과 선원이 제공하는 용역을 제공받기로 한 것이므로 용선기간이 종료되는 때에 용선자는 선박을 선박소유자에게 반환할 의무를 부담한다. 이 사건 계약의 기본이 된 NYPE 1946 양식 제4항은 “용선료는 선박의 반선시까지 계속적으로 발생하고 … 용선자는 선박의 예상되는 반선 일자와 반선 가능한 항구를 적어도 ()일 전까지는 선박소유자에게 통지하여야 한다.(… hire to continue until the hour of the day of her re-delivery …, Charterers are to give Owners not less than … days notice of vessel's expected date of re-delivery, and probable port.)”고 규정하고 있다. 이러한 의미에서 반선이란, 용선자에 의한 선박의 사용이 종료되고 선박이 다시 선박소유자의 지배 하에 귀속되는 것이라고 볼 수 있다.⁷³⁾ 그러나 정기용선계약에서 선박소유자는 자신이 고용한 선장 등을 통해 선박에 대한 점유를 계속하고 있으므로, 용선선박의 반환은 정기용선자에 의한 선박의 사용중단의 의사표시의 통지로 족할 뿐 별도로 선박의 점유를 이전할 것이 요구되지는 않는다.⁷⁴⁾

한편 정기용선계약상 반선과 관련해서는 선박소유자에 의한 일방적인 ‘선박의 회수 내지 철수(Withdrawal of the vessel)’를 구분할 필요가 있다. 선박의 회수 또는 철수는 정기용선자의 용선료지급채무 등의 불이행의 경우에, 선박소유자가 일정한 기간을 정한 통지로서 계약을 해지하고 선박을 확정적으로 회수하는 것을 의미한다.⁷⁵⁾ 일반적으로 표준정기용선계약서식에는 용선기간 중의 시황변동이나 용선자의 파산 등으로 인한 용선료지급채무불이행 등의 ‘계약의

72) 석광현, 앞의 논문 226-227면.

73) *Italian State Railways v. Mavrogordatos* [1919] 2 K.B. 305.

74) Terence Coghlin *et. al.*, *Time Charters*, 6th Ed., London, Informa, 2008, p. 267.

75) Stewart C. Boyd, *et. al.*, *Scrutton on Charterparties and Bill of Lading* 21st Ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, p. 318.

본질적 이행거절(Repudiatory breach of the contract)⁷⁶⁾에 대비하여 선박소유자에게 선박회수권을 부여하고 있고,⁷⁷⁾ NYPE 1946 양식도 용선자의 본질적 이행거절에 대해 선박회수권을 인정하고 있다.⁷⁸⁾ 선박소유자에 의한 선박회수는 계약의 이행 중이든, 용선료가 이미 선급된 경우든 상관없이 행사될 수 있고, 단지 이러한 경우는 용선료의 정산작업이 요구될 뿐이다.⁷⁹⁾ 나아가 용선자에 의한 계약의 본질적 이행거절을 이유로 한 선박회수의 경우, 선박소유자는 선박의 회수 시까지의 용선료와 이자 외에도 용선자의 채무불이행으로 인한 추가적 손해가 있는 경우에는 이의 배상을 청구할 수 있다.⁸⁰⁾

용선자의 용선료지급채무 불이행과 같은 계약의 본질적 이행거절의 경우에 선박소유자의 합리적 기간을 정한 회수통지에 의해 계약이 종료되는 선박회수의 경우와 달리, 반선은 계약에서 정한 용선기간의 종료 또는 계약 내·외의 반선 사유의 발생에 따라 용선자가 선박의 이용을 중지하고 반환하는 것이라는 점에서 본질적 차이가 있다.

나. 정기용선계약상 반선시기와 조기반선 (Early re-delivery)

일반적으로 정기용선기간은 선박의 인도시점부터 반선시점까지의 기간 중 용선료지급정지기간(Off-hire period)을 제외한 기간을 의미하지만, 정기용선실무에서는 용선기간보다 조기에 반선하거나 용선기간을 초과하여 반선하는 것이 허용된다(허용기간, Margin).⁸¹⁾ 따라서 용선 선박의 반선은 반선통지에 의해 이루어지지만, 선박이 물건을 운송 중인 때에는 운송물의 인도를 완료한 때에 실질적으로 반선이 이루어진다.⁸²⁾ 다만 용선자에게 반선에 관한 허용기간이 인정되는지 여부, 허용된다면 그 인정범위는 어느 정도인지, 그리고 허용기간에 대해 지급되어야 할 용선료의 결정기준 등은 원칙적으로 정기용선계약의 문언의 해석문제이고,⁸³⁾ 용선자가

76) 영미법상 'Repudiatory breach of the contract'란 계약당사자 중 일방이 의도적으로 자신의 계약상 의무의 이행을 이행하지 않을 것임을 언행으로 나타내는 경우에 인정된다. 이는 계약당사자 일방의 명확한 계약불이행이 예견될 경우에 상대방 당사자로 하여금 계약불이행이 현실화 될 때까지 기다리지 않고 계약관계로부터 이탈하여 자신의 권리보호를 위한 장치를 마련할 기회를 준다는 데 취지가 있다. Michael Furmston, *Law of Contract*, 15th ed., Oxford University Press, 2007, pp. 681-683.

77) *Antaios Compania Naviera SA v. Salen Rederierna A.B.* (The Antaios Na 2) [1984] 2 Lloyd's Rep. 235.

78) NYPE 1946

5. ... otherwise failing the punctual and regular payment of the hire, or bank guarantee, or on any breach of this Charter Party, the Owners shall be at liberty to withdrawal the vessel from the service of the Charterers, ...

79) Terence Coghlin *et. al.*, *op. cit.*, p. 304; *Wehner v. Dene Steam Shipping* [1905] 2 K.B. 92; *China National Foreign Trade Transportation Corporation v. Evlogia Shipping Co Ltd (The Mihalis Xilas)* [1979] 2 Lloyd's Rep. 303.

80) Terence Coghlin *et. al.*, *op. cit.*, pp. 308-309; Stewart C. Boyd, *et. al.*, *op. cit.*, pp. 320-321; 엄정호, 『정기용선계약법』, 법문사, 2010, 168-169면.

81) 엄정호, 위의 책, 347면.

82) 엄정호, 위의 책, 346면.

약정 반선기일을 초과하여 반선한 때에는 초과된 반선기간 동안 약정용선료를 지급하고 선박을 사용하기로 약정한 경우가 아닌 한 용선자는 시장용선료와 약정용선료 중 높은 금액을 약정 반선기일의 다음 날부터 지급할 의무가 있다.⁸⁴⁾

앞서 살펴본 바와 같이 정기용선계약상 조기반선이 허용되는 경우에는 용선기간 만료 전이라도 용선자는 반선을 할 수 있지만, 용선기간에 '최단 · 최장기간(Minimum and maximum time)' 사용의 제한이 있는 경우에는 용선자는 최단기간의 경과 전에 반선을 할 수 없을 뿐만 아니라 최장기간을 초과하여 선박을 이용하는 것도 허용되지 않는다.⁸⁵⁾ 따라서 조기반선이 허용되지 않음에도 불구하고 용선자의 조기반선이 실행될 경우에는, 용선자에 의한 계약의 본질적 이행거절이 성립될 수 있다.⁸⁶⁾

한편 영국 계약법의 법리에 따르면, 일방 당사자에 의한 계약의 본질적 이행거절 의사가 명확한 때에는 상대방은 계약을 해제 · 해지한 후 손해배상을 청구하거나, 또는 일방 당사자의 이행거절의 의사표시에 불구하고 계약의 효력을 유지하면서 계속적으로 채무의 이행을 청구할 수 있다.⁸⁷⁾ 영국 판례의 전통적 견해는 위와 같은 계약법의 법리를 정기용선계약에도 적용하고 있는데, 정기용선계약은 계약당사자 간의 고도의 긴밀한 협력을 요하는 계약이라고 볼 수 없으므로, 선박소유자는 용선자의 조기반선에 대해 계약을 유지하면서 용선료를 계속 청구할 수 있다고 본다.⁸⁸⁾ 다만 *The Odenfeld* 사건에서 재판부는 방론으로서, 선박소유자는 용선자의 조기반선을 무한정 거부한 채 약정 용선료를 청구할 수는 없고, 선박소유자가 용선자의 조기반선에 대해 대응수단을 강구할 수 있을 정도의 기간이 경과한 때에는 용선계약은 해지될 수 있다고 판시하였다.⁸⁹⁾ 이에 반해 일부 판례는 계약상대방의 본질적 이행거절에 대해 선박소유자가 정기용선계약의 효력을 유지할 '정당한 이익(Legitimate interest)'을 가지고 있다고 볼 수 없는 때에는 선박소유자는 조기반선을 거부할 수 없고, 조기반선으로 인한 손해배상만을 청구할 수 있을 뿐이라고 판시한 바 있다.⁹⁰⁾ 특히 법원은, 선박소유자가 용선자의 조기반선을 거부할 수 없는 요건으로서 ① 손해배상이 선박소유자에 대한 적절한 구제책으로 인정이

83) 엽정호, 위의 책, 347면.

84) 엽정호, 위의 책, 353면.

85) Terence Coghlin *et. al.*, *op. cit.*, p. 101.

86) *Ibid.*, p. 106.

87) Michael Furmston, *op. cit.*, pp. 688-691.

88) *Gator Shipping corporation v. Trans-Asiatic Oil Ltd (The Odenfeld)* [1978] 2 Lloyd's Rep. 357; *Isbella Shipowner SA v. Shagang Shipping Co Ltd (The Aquafait)* [2012] EWHC 1077 Comm.; *The Aquafait* [2012] 2 Lloyd's Rep. 61.

89) 같은 취지, 김찬영, "회생절차 하에서 정기용선계약상 조기반선에 관한 연구", 한국해법학회지 제36권 제1호 (2014. 4.), 한국해법학회, 132면.

90) *Attica Sea Carriers Corporation v. Ferrostaal Poseidon Bulk Reederei GmbH (The Puerto Buitrago)* [1976] 1 Lloyd's Rep. 250; *Clea Shipping Corporation v. Bulk Oil International Ltd (The Alaskan Trader, No. 2)* [1983] 2 Lloyd's Rep. 645, 651.

되고, ② 조기반선을 거부하는 것이 전적으로 불합리한 것으로 인정되어야 하고,⁹¹⁾ ③ 선박소유자의 조기반선 거부가 전적으로 불합리한 것이라는 사실을 용선자가 증명할 것을 요구하고 있다.⁹²⁾

이 사건의 경우, 병에 대한 회생절차의 개시 및 을의 이 사건 계약의 해지통지으로써 이 사건 계약에 대한 본질적 이행거절 사유의 발생이 현실화 되었다고 볼 수 있을 것이다. 다만 영국 판례에 따르면 갑이 조기반선을 거부하고 계약을 유효한 것으로 인정하여 잔존기간에 대한 용선료를 청구하기 위해서는 계약유지에 대한 정당한 이익을 가지고 있어야 할 것이고, 갑의 계약유지에 대한 정당한 이익의 부재사실에 대해서는 을이 증명책임을 부담한다. 그러나 이 사건의 경우, 을의 이 사건 선박의 조기반환에 대한 갑의 선박인수로써 및 이 사건 계약은 정당하게 해지되었다고 보아야 할 것이고, 갑은 을에 대해 정기용선계약의 본질적 이행거절로 인한 손해배상청구권을 취득한다고 볼 것이다.

다. 정기용선계약의 중도해지로 인한 조기반선과 잔존연료유대금채권의 인정 여부

NYPE 1946 양식 제3조는, 용선자는 선박의 인도 당시의 항구에서, 그리고 선박소유자는 반선이 이루어지는 항구에서 잔존연료유를 인수하고 해당 항구의 시세에 따라 산정된 잔존연료유대금을 지급하도록 규정하고 있고,⁹³⁾ 동 양식 제4조는 용선자로 하여금 선박소유자에 대해 예상반선일시와 반선가능 항구들을 약정한 최소한의 기간 전에 통지하도록 규정하고 있을 뿐,⁹⁴⁾ 계약의 중도해지로 인한 조기반선의 경우에 대해서는 명문규정을 두고 있지 않다.

다만 사적자치의 원칙상 정기용선계약의 당사자들은 계약의 중도해지 등으로 인한 조기반선 시 당사자 사이의 법률관계에 대해 임의로 규정할 수 있음은 물론이다. 따라서 정기용선계약의 중도해지로 인한 조기반선 시에 용선자가 잔존연료유대금을 선박소유자에 대해 청구할 수 있을 것인지 하는 문제도 본질적으로 계약의 해석문제라고 볼 것이다. NYPE 1946 양식 제3조의 해석상 용선선박의 인도 당시 용선자가 인수한 연료유 및 용선기간 중에 급유된 연료유는 계약당사자 사이에 연료유의 소유권에 대한 별도의 약정이 없는 한 용선자의 소유물로 보아야 한다.⁹⁵⁾ 이 사건 계약의 부속서 제33조의 규정은 NYPE 1946 양식 제3조 및 제4조의 규정들을 구체화한 약정으로 보이지만, 이 사건 계약 및 동 부속서의 규정만으로는 계약의 중도해지로 인한 조기반선의 경우에도 계약당사자 사이의 선박연료유대금에 대한 정산의무를 규

91) *The Puerto Buitrago* [1976] 1 Lloyd's Rep. 250.

92) *Ocean Marine Navigation Ltd. v. Koch Carbon Inc. (The Dynamic)* [2003] 2 Lloyd's Rep. 693, 697-698.

93) 3. That the Charterers, at the port delivery, and the Owners, at the port of re-delivery, shall take over and pay for all fuel remaining on board the vessel at the current prices in the respective ports, (···).

94) 4. Charterers are to give Owners not less than ... days notice of vessel's expected date of re-delivery, and probable port.

95) *The Saint Anna* [1980] 1 Lloyd's Rep. 180; *The Span Terza* [1984] 1 Lloyd's Rep. 119.

정한 것으로 볼 것인지는 여전히 명확하지 않다.

그런데 NYPE 1946 양식 제3조와 달리, 'The Shelltime 4 양식'⁹⁶⁾ 제15조는 “용선자는 선박의 인도 당시의 항구에서, 그리고 선박소유자는(용선계약의 만료로 인한 반선인지 또는 계약의 조기종료로 인한 반선인지 여부를 막론하고) 반선이 이루어지는 항구에서 선입선출의 기준에 따른 잔존연료유를 인수하고 해당 항구의 시세에 따라 산정된 잔존연료유대금을 지급하여야 한다. (...) 이 용선계약서의 어떠한 규정에도 불구하고, 용선기간 동안 모든 연료유는 용선자의 소유이며, 용선기간 만료 시 또는 계약종료로 인한 조기반선 시에 이 용선계약서에 규정된 조건에 따라서만 구매될 수 있다.”고 규정하고 있다.⁹⁷⁾ The Shelltime 4 양식 제15조에 따르면, 용선기간의 만료 또는 계약의 조기종료로 인한 조기반선 여부를 막론하고, 선박소유자는 반선 시 잔존연료유를 인수하고 그 대금을 지급하여야 한다는 점은 명확하다.

이와 관련해서 The Shelltime 4 양식이 사용된 *The Saetta* 사건⁹⁸⁾에서, 선박소유자는 정기용선자의 용선료지급채무 불이행을 이유로 선박회수권을 행사하면서 용선자의 잔존연료유대금 채권과 자신의 용선료채권을 대등액에서 상계한다는 주장을 하였는데, 재판부는 The Shelltime 4 양식 제15조는 ‘반선’의 정의에 용선계약의 조기종료에 의한 반선도 포함하고 있으므로, 선박소유자의 선박회수권 행사에 의해 정기용선자가 소유하던 연료유 등에 대한 소유권은 선박소유자에게 이전된다고 판시한 바 있다.

살피건대, 반선 사유가 다르긴 하지만 조기반선도 용선선박의 반환의 일종이라는 점과 조기반선의 경우에도 반선으로 인한 선박소유자의 용선자에 대한 손해배상청구권 여하와는 별개로 계약당사자 사이의 잔존연료유 가액에 대한 정산의 필요성은 여전히 남는다는 점, 그리고 조기반선 시에도 잔존연료유 가액에 대한 정산이 항상 난해하거나 불가능한 것은 아니라는 점 등을 고려하면, 조기반선 시에도 정기용선자는 선박소유자에 대한 잔존연료유대금채권을 가진다고 볼 여지가 있다.

그러나 'The Shelltime 3 양식' 제14조⁹⁹⁾ 내지 NYPE 1946 양식 제3조와 비교했을 때, The

96) The Shelltime 양식은 액체화물을 운송하는 선박의 표준정기용선계약서식으로서, The Shelltime 2, 3에 이어 현재는 1984. 12.에 성립되고, 2003년에 개정된 The Shelltime 4가 주로 사용되고 있다.

97) 15. Bunkers at Delivery and Re-delivery

Charterers shall accept and pay for all bunkers on board at the time of delivery, and Owners shall on re-delivery (whether it occurs at the end of the charter or on the earlier termination of this charter) accept and pay for all bunkers remaining on board, at the price actually paid, on a “first-in-first-out” basis. (...) Notwithstanding anything contained in this charter all bunkers on board the vessel shall, throughout the duration of this charter, remain the property of Charterers and can only be purchased on the terms specified in the charter at the end of the charter period or, if earlier, at the termination of the charter.

98) *Forsythe International (U.K.) Ltd v. Silver Shipping Co Ltd and Petroglobe Interantional Ltd (The Saetta)* [1993] 2 Lloyd's Rep. 268.

99) 14. Bunkers at Delivery and Re-delivery

Charterers shall accept and pay for all bunker oil and boiler water on board at the time of delivery, and

Shelltime 4 양식 제15조는 반선의 개념에 용선계약의 여하한 조기종료로 인한 조기반선도 포함된다는 점을 명시하고 있다는 점에서 차이가 있다. 따라서 The Shelltime 4 양식 제15조와 같이 조기반선도 이 사건 계약상 반선의 개념에 포함된다는 명시적 규정이 없는 한, NYPE 1946 양식을 기초로 한 이 사건 계약의 문언해석상 이 사건 선박의 조기반선으로 인한 잔존연료유의 소유권이 용선자로부터 선박소유자에게 이전됨으로써 용선자의 선박소유자에 대한 잔존연료유대금채권이 발생한다고 해석하기는 어렵다.

결론적으로, 전술한 *The Saetta* 사건의 법리에 비추어 볼 때, 용선계약의 조기종료에 따른 조기반선의 경우에도 잔존연료유의 소유권이 용선자로부터 선박소유자에게 이전된다는 명문규정을 두고 있는 The Shelltime 4 양식과 달리, 위와 같은 명문규정이 없는 이 사건 계약의 해석상 이 사건 선박의 조기반선으로 인해 을이 갑에 대해 가지는 잔존연료유대금반환채권과 갑의 을에 대한 용선료채권 등을 대등액의 범위에서 상계 내지 공제한다는 을의 주장은 수긍하기 어렵다.

IV. 결 론

정기용선계약은 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간 동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고, 용선자는 이에 대해 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생기는 것으로서(상법 제842조), 그 법적 성질을 어떻게 해석하든, 용선자의 주된 채무인 용선료지급채무와 선박소유자의 선박인도 및 용선기간 동안 선박을 사용·수익에 적합한 상태로 유지할 채무 사이의 상호 대가적 견련관계를 인정하는 데는 어려움이 없다. 따라서 이 사건에서 을이 병에 대한 회생절차개시 후 갑에 대해 계약해지의 의사를 통지한 것은 채무자회생법 제119조 제1항에 따른 쌍방미이행 쌍무계약의 해지로서 정당하다고 볼 수 있다.

한편 영국 보통법상 상계는 피고의 재판상 항변에 대한 법원의 판결로써 인정되는 것이지만, 보통법상 상계에 의해 양 당사자의 채권은 대등액에서의 소멸 내지 감축되므로, 그 법적 효과는 채권의 감축 내지 소멸이라는 실체법적 문제라고 보아야 하고, 단지 그러한 실체법적 효과를 소송절차를 통해 달성한다는 점이 특이할 뿐이다. 나아가 설령 보통법상 상계의 본질을 절차의 문제로 파악하더라도 국제사법상 법률행위의 성질은 원칙적으로 법정지 국제사법에 따라 결정되어야 하므로, 우리 법원은 영국 보통법상 상계의 법적 성질을 실체의 문제로 파

Owners shall, on the expiry of this charter, pay for all bunker oil and boiler water then remaining on board at current market prices at the respective ports.

악하여 영국 보통법을 적용하는 것이 타당하다. 이 사건의 경우, 상계주장이 도산절차가 진행되는 중에 소송상 항변으로 이루어졌지만, 도산법정지법 원칙에 따라 상계의 경우에도 '도산절차에 특유한 법적 효력' 내지 '도산절차의 전형적 법률효과'는 도산법정지법에 따라야 한다. 따라서 대한민국에서 개시된 도산절차에서 상계항변을 하는 경우, 도산법정지법 원칙에 따라 도산전형적 법률효과 내지 도산법에 특유한 법적 효력이라고 할 수 있는 상계의 제한 내지 금지에 관한 사항은 우리 채무자회생법에 따라 규율되어야 하지만, 그 외의 사항이라고 볼 수 있는 상계의 요건과 효력은 상계의 준거법인 영국 보통법에 따라 규율되어야 한다.

정기용선계약의 경우, 본질적으로 일정한 기간 동안 선박과 선원이 제공하는 용역을 제공받기로 한 것이므로 용선기간이 종료되는 때에 용선자는 선박을 선박소유자에게 반환할 의무를 부담한다. 영국 계약법의 법리에 따르면, 일방 당사자에 의한 계약의 본질적 이행거절 의사가 명확한 때에는 상대방은 계약을 해제·해지한 후 손해배상을 청구하거나, 또는 일방 당사자의 이행거절의 의사표시에 불구하고 계약의 효력을 유지하면서 계속적으로 채무의 이행을 청구할 수 있지만, 계약상대방의 본질적 이행거절에 대해 선박소유자가 정기용선계약의 효력을 유지할 정당한 이익을 가지고 있다고 볼 수 없는 때에는 선박소유자는 조기반선을 거부할 수 없고, 조기반선으로 인한 손해배상만을 청구할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

다만 사적자치의 원칙상 정기용선계약의 당사자들은 계약의 중도해지 등으로 인한 조기반선 시 당사자 사이의 법률관계에 대해 임의로 규정할 수 있음은 물론이다. 따라서 정기용선계약의 중도해지로 인한 조기반선 시에 용선자가 잔존연료유대금을 선박소유자에 대해 청구할 수 있을 것인지 하는 문제도 본질적으로 계약의 해석문제라고 볼 것이다. 그런데 용선자에 대한 도산절차 개시를 이유로 한 용선계약의 해지 시에 용선자가 잔존연료유대금 반환채권을 가지는지 여부가 명확하지 않은 경우에는, 'The Shelltime 4 양식' 제15조와 같이 용선기간의 만료 또는 계약의 조기종료로 인한 조기반선 여부를 막론하고 선박소유자는 반선 시 잔존연료유를 인수하고 그 대금을 지급하기로 하는 명문규정이 없는 한, 선박의 조기반선으로 인한 잔존연료유의 소유권이 용선자로부터 선박소유자에게 이전됨으로써 용선자의 선박소유자에 대한 잔존연료유대금채권이 발생한다고 해석하기는 어렵다. ☐

참 고 문 헌

- 곽윤직 대표편집, 『민법주해 (11)』, 박영사, 1992
곽윤직 대표편집, 『민법주해 (15)』, 박영사, 1992
김연 · 박정기 · 김인유, 『국제사법』, 제3판 보정판, 2014
김상훈, “민사소송상 상계의 국제재판관할 및 그 준거법”, 한림법학 FORUM 제21권(2010), 한림대학교 법학연구
김영주, “임대차계약 당사자의 도산에 관한 민법 및 도산법의 해석”, 법학논총, 제33집 제3호 (2013. 12.), 전남대학교 법학연구소
김찬영, “회생절차 하에서 정기용선계약상 조기반선에 관한 연구”, 한국해법학회지 제36권 제1호(2014. 4.), 한국해법학회
김인현, 『해상법』, 제5판, 법문사, 2018
노영보, 『도산법 강의』, 박영사, 2018
서울회생법원 재판실무연구회, 『회생사건실무 (상)』, 박영사, 제5판, 2019
석광현, “영국법이 준거법인 채권 간의 소송상 상계에 관한 국제사법의 제문제”, 서울대학교 법학 제57권 제1호(2016. 3.), 서울대학교 법학연구소
신창섭, 『국제사법』, 제4판, 2018, 세창출판사
안강현, 『로스쿨 국제거래법』, 제6판, 박영사, 2020
염정호, 『정기용선계약법』, 법문사, 2010
이균성, 『신해상법 대계』, 한국해양수산개발원, 2010
정영석, 『해상법원론』, 텍스트북스, 2009
최중현, 『해상법상론』, 제2판, 박영사, 2014
편집대표 권순일, 『주식 채무자회생법 (2)』, 제1판, 한국사법행정학회, 2020
Lorna Richardson, “Set-off: a concept divided by a common language?”, Lloyd’s Maritime and commercial Law Quarterly, 2017
Michael Furmston, *Law of Contract*, 15th Ed., Oxford University Press, 2007
Philip R. Wood, *Set-off and Netting derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 2007, London
R. Derham, *The Law of Set-off*, 4th ed. 2010
Stewart C. Boyd, et. al., *Scrutton on Charterparties and Bill of Lading*, 21st Ed., London, Sweet & Maxwell, 2008
Terence Coghlin et. al., *Time Charters*, 6th Ed., London, informa, 2008
Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law*, 3rd ed., West Group, St. Paul, MN.,

2001

William Johnston · Thomas Werlen, *Set-Off Law And Practice*, 2nd ed. Oxford University Press, 2010

BIMCO 홈페이지, <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/baltime-1939-as-revised-2001#>>

BIMCO 홈페이지, <<https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/gentime>>

Abstract

The Meaning of Re-delivery in the Time Charter-party and Governing Law

- Supreme Court Decision 2019Da218462 Decided Dec. 27, 2019 -

Lee, Jung-Won

A time charter shall come into effect when a shipowner agrees to provide a charterer with a ship serviced by the crew on board and equipped with navigation facilities for a given period to be used for navigation, and the charterer agrees to pay the fare determined by the period in response thereto. Accordingly, no matter how the legal nature is interpreted, there is no difficulty in recognizing the reciprocal relationship between the charterer's main debt, the charterer's obligation to pay charter hires, and the shipowner's obligation to keep the ship in a suitable state for use and profit during the charterer period. In addition, when an insolvency proceedings are initiated for the charterer during the charter period, the manager may choose to terminate or perform the charter party pursuant to Article 119(1) of the Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act(hereafter, DRBA). Meanwhile, legal set-off in English law is often described as being a procedural, not a substantive defense. However, the effect of the judgment is that the parties' claims are extinguished to the extent of the lesser claim. Legal set-off therefore operates as a substantive extinction or reduction of the debt owed by the defendant. It is therefore more accurate to say that legal set-off is a substantive defense but that it reaches that result by procedural means. If the governing law of the contract is English law, in principle, the nature of juristic acts under private international law should be determined according to the private international law of the forum. Therefore, in accordance with the principle of *lex fori concursus*, matters concerning the restriction or prohibition of set-off, which can be said to have legal effect unique to the Insolvency Act, should be regulated in accordance with the DRBA. However, the requisite and effect of set-off, which are other matters, shall be governed by the English common law, which is the governing body of set-off. In the

case of the time charter, the charterer is obliged to return the ship to the owner when the charter period is over, since the service provided by the ship and the crew is to be provided for a certain period of time. Of course, according to the principle of party autonomy, the parties to a time charter may arbitrarily define the legal relationship between the parties in the case of early re-delivery of the vessel due to the premature termination of the contract, etc. However, if it is not clear whether the charterer has a repayment claim for residual fuel oil at the time of the early re-delivery of the vessel, unless there is an express provision such as Article 15 of 'The Shelltime 4 Form', it is difficult to recognize the receivables of the charterers for the residual fuel oil against the ship owners due to the early re-delivery of the ship.

Key Words : Time-charter party, Re-delivery of vessel, Unfulfilled bilateral contract, Governing law of the set-off, Legal set-off, Insolvency set-off, Hidden *renvoi*

