

法學碩士學位論文

海上物件運送法の 改正方向에 관한 研究

A Study on the Adequate Revision of Law of  
Carriage of Goods by Sea

指導教授 鄭 映 錫

2003년 2월

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

黃 淳 榮

# 目 次

제1장 序論 .....	2
제1절 研究의 目的 .....	2
제2절 研究의 範圍와 方法 .....	3
I. 研究의 範圍 .....	3
II. 研究의 方法 .....	4
제2장 國際海上物件運送法에 관한 考察 .....	4
제1절 傳統的인 海上物件運送人の 責任 .....	5
I. 레셴툼責任 .....	5
II. 普通法上の 責任 .....	6
III. 免責約款의 發達과 濫用 .....	7
제2절 하터法 .....	9
I. 成立背景 .....	9
II. 內容 .....	10
III. 歷史的 意義와 그 影響 .....	11
제3절 1924년 헤이그 규칙 및 1968년 헤이그 비스비 규칙 .....	12
I. 1924년 헤이그 규칙 .....	12
II. 1968년 헤이그 비스비 규칙과 運送人責任規定의 改正 補完 .....	15
제4절 1978년 함부르크 규칙 .....	20
I. 成立背景 .....	20
II. 主要內容 .....	20
제5절 1980년 UN國際複合運送條約 .....	23
I. 성립배경 .....	23
II. 1980년 UN複合運送條約의 內容 .....	25
III. 1980년 UN複合運送條約에 대한 評價 .....	31
제3장 現行 海上物件運送法의 問題點 .....	33
제1절 海上物件運送契約 .....	34

I. 裸傭船契約(船舶賃貸借契約) .....	34
II. 定期傭船契約 .....	35
III. 航海傭船契約 .....	37
IV. 個品運送契約과 複合運送의 發展 .....	38
V. 一部船腹傭船契約(slot charter 혹은 space charter)의 문제 .....	40
제2절 1991년 海上物件運送法の 改正 內容 .....	41
I. 海上運送關係의 主體 .....	41
II. 定期傭船契約에 관한 規定의 新設 .....	42
III. 海上運送人의 損害賠償責任 .....	42
제3절 現行 海上物件運送法の 問題點 .....	49
<b>제4장 海上物件運送法の 改正方向</b> .....	<b>50</b>
제1절 海上物件運送責任法에 관한 最近의 論議動向 .....	50
I. 運送條約의 適用範圍 .....	51
II. 電子的 通信手段 .....	51
III. 運送人 및 送荷人의 責任原則 .....	52
제2절 海上物件運送法 總論規正 .....	53
I. 個品運送契約과 傭船契約의  분리 .....	53
II. 貨物의 引渡時點의  문제 .....	55
III. 運送人의 留置權의  문제 .....	56
제3절 傭船契約에 관한 規正 .....	57
I. 通則 .....	58
II. 航海傭船契約 .....	61
III. 定期傭船契約 .....	62
제4절 個品運送契約과 複合運送契約 .....	64
I. 複合運送人의 意義 .....	65
II. 複合運送人의 責任 .....	65
III. 海上運送人의 責任規定의 準用 .....	65
제5절 船荷證券 .....	65
I. 電子船荷證券의 問題 .....	66
II. 海上運送狀의 問題 .....	68

제5장 海上物件運送法 이의 規定의 問題點과 改正方向 .....	71
제1절 “船舶의 押留, 假押留” .....	72
I. “航海準備完了船舶”에 대한 押留·假押留의 制限 .....	72
II. 假押留의 解放 .....	75
제2절 “海上企業主體”에 관한 規定 .....	77
I. 船舶所有者의 責任制限 .....	78
II. 船長에 관한 規定 .....	88
제3절 海上危險에 관한 規定 .....	91
I. 共同海損 .....	91
II. 船舶衝突 .....	94
III. 海洋事故(海難)救助 .....	96
제6장 結論 .....	99
參考文獻 .....	100
ABSTRACT .....	106

## 제1장 序論

### 제1절 研究의 目的

商法典이 1962년 1월 20일에 法律 제1000호로 공포되어 1963년 1월 1일부터 시행되어 왔는데, 商法 제5편의 海商法에 관하여는 1991년 개정된 新海商法이 1993년 1월 1일부터 시행되기에 이르렀다. 이 改正에서는 1924년의 船主責任制限條約의 수용에서 1976년 海事債權責任制限條約을 수용한 것, 또 海上物件運送에 관한 1924년의 헤이그 규칙의 수용에서 1968년의 헤이그 비스비 규칙을 수용하였고, 海上運送實務를 반영한 定期傭船契約에 관한 規定의 신설과 정비 등에 중점을 두었다. 그 결과로 나타난 商法은 당시의 기준으로 볼 때에는 결코 시대에 뒤떨어졌다고는 볼 수 없지만, 이후 급변하는 기업환경은 비록 10여년의 기간 동안이지만, 海商法에도 상당한 변화를 요구하게 되었다. 또한 우리 海商法은 不定期海運에 있어 海上物件運送의 契約形態와 관련하여 중요한 지위를 차지하고 있는 傭船契約에 관한 立法이 미비하여 세계 10대 해운국에 진입한지 벌써 수 년여의 시간이 지났음에도 불구하고, 國內 海運企業間에 海上物件運送에 관한 法律的 紛爭이 발생하여도 法廷地選擇(forum shopping)에서 大韓商事仲裁院과 大韓民國 法院은 當事者間의 管轄合意에 있어 외면당하고 있는 現實임을 부인할 수 없다. 海商法이 實務에 부합되게 合理的이고 合目的的으로 改正되어야 하는 이유는 여기에 있다.

함목적적이고 합리적인 海商法 改正을 위한 基本視覺을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 海商法은 본래 國制去來를 그의 주된 規制領域으로 하므로 국제간의 統一이 요청되는 法 領域이며, 우리는 國際的 信賴와 交易의 擴大를 추진하여야 하므로 우리 海商法은 統一法系를 지향하는 것이 바람직하다. 그러므로 이번 改正에 있어서는 先進 海運國에서 보편적으로 시행하고 있는 많은 國際統一條約을 수용하고 條約의 가입, 수락절차를 이행하여야 한다.

둘째, 海運産業은 우리 經濟의 自立과 發展을 위하여서 보호되어야 할 産業이므로 海上運送人責任法의 구성에서나 船舶所有者責任制限法의 구성에 있어서 海運企業 保護의 요청을 고려하여야 한다. 이 점은 國際統一條約의 수용에 있어서 條約의 선택과 수용시기의 결정에 기준이 된다.

셋째, 海運去來의 技術革新과 經濟社會的 여건변동에 따라 종래의 法規定

중 낡은 規定은 버리고, 거래당사자의 合理的 利益調整을 기하는 規定을 새로이 보완하여야 할 것이다. 이 점은 不定期海運(tramp shipping) 즉 定期傭船(time charter)과 航海傭船(voyage charter)에 관한 規定의 지침이 된다.

넷째, 이번 海商法 改正은 가능한한 國際統一條約들을 商法 海商編 내에 편입함으로써 海商法이 海上運送法の 基本法이 되게 하고, 海商編에 편입하기 어려운 特別條約은 海商法에 대한 特別法으로 제정하는 것이 바람직하다.

다섯째, 海商法 規定이 實務와 괴리가 있거나 國際的인 推移에 뒤떨어지게 되면 그 規範力과 實效성을 잃게 되므로 이러한 요소를 참작하여 신중한 검토를 거쳐 海商法의 改正이 이루어져야 할 것이다.

위와 같은 海商法 改正의 基本理念을 바탕으로 하여 現行 海商法의 발전 과정과 문제점, 그 개정방향을 考察하고자 한다.

## 제2절 研究의 範圍와 方法

### I. 研究의 範圍

이 論文에서는 海商法의 핵심을 이룰 海上運送法制를 중심으로 우리 海商法의 問題點을 지적하고, 海上物件運送法の 國際的 統一化 움직임과 改正論議, 外國의 立法例, 實務界의 意見, 最近의 論議動向을 종합하여 合目的의이고 合理的인 海商法의 改正 방향을 제시하는 方法으로 전개하고자 한다.

제1장에서는 研究의 目的과 方法 및 範圍에 관하여 논한다.

제2장에서는 國際海上物件運送法の 發展過程과 主要內容을 살펴본다.

제3장에서는 海上物件運送法の 문제점과 개정방향을 논한다. 1991년 海商法은 1968년 헤이그 비스비규칙을 수용하여 혁신적인 改正을 이루었다고는 하나, 海上物件運送法の 핵심이라할 수 있는 包裝當 責任制限 등의 規定에 관하여는 獨自의인 規定을 두고 있고, 또한 國內 海運企業間에도 빈번히 체결되고 있고 海上物件運送契約의 중요한 축을 이루고 있는 傭船契約을 규율할 만한 規定이 빈약하므로 海商法 改正時 반영되어야 할 海上物件運送法の 體系에 대하여 논하기로 한다. 이와 관련하여 海上物件運送法の 國際的 統一化 움직임과 改正論議, 外國의 立法例, 實務界의 意見을 종합 정리한다. 특히, 國際的인 海上物件運送法에 대한 改正論議 등을 살펴보고, 英美의 관례를 통하여 형성된 一般的인 原則도 필요한 부분에서 살펴보고, 현재 實務

界에서 논의중인 海商法 改正方向에 관한 意見을 고찰한다.

제4장은 海上物件運送法 이외의 規正의 문제점과 개정방향에 관하여 논한다.

제5장은 結論으로 현재 海商法 改正움직임에 대한 合理的인 立法方向을 제시하고자 한다.

## II. 研究의 方法

海商法에는 그 獨自性和 國際性이 있다 하더라도 一般私法의 한 분야임에는 재론의 여지가 없다. 따라서, 民·商法의 일반이론에 기초하지 않을 수 없으며, 또한 民·商法의 기본이론과 비교검토없는 海商法은 전체적인 私法體系로 보아 法的 安定性을 해치게 되는 것이므로 民·商法의 基本理論을 참고하여 海商法 특히 海上物件運送契約法에 관하여 고찰하는 것을 원칙으로 한다.

그러나, 海上物件運送法은 그 獨自性和 國際性에 그 研究의 意義가 있는 것이고, 海上企業의 활동은 전통적으로 英國의 강한 영향력 하에 놓여 있으므로 英美의 普通法에 대한 연구도 필요하므로 傭船契約과 관련한 當事者の 權利義務관계의 一般論을 제시하기 위하여 英美의 判例도 소개하고, 普遍的이고 合理的인 海上物件運送法의 立法 방향제시를 위하여 海上物件運送法의 改正 논의에 관한 國際的 動向 및 實務界의 意見도 반영하여 이를 살펴보고자 한다.

## 제2장 國際海上物件運送法에 관한 考察

國際海上物件運送法은 國際貿易去來 및 國際海運去來로부터 발생하는 法律的 의미를 갖는 事實들의 歷史的 變遷의 産物이다. 즉, 世界經濟의 흐름과 밀접한 관련을 갖고 그 흐름으로부터 발생하는 海上運送에서의 法律關係를 時代의 흐름에 맞게 반영한 것이다. 새로운 시대에 새롭게 요구되는 海上物件運送法의 합리적인 방향 제시를 위하여는 그동안 海上物件運送法이 國際的, 國內的으로 어떻게 발전되어 왔는가를 고찰할 필요가 있다. 이 章에서는 傳統的인 海上運送人の 責任法理에서 複合運送人の 責任法理에 이르기까지 海上運送人の 責任法理의 발전과정을 살펴보기로 한다.

## 제1절 傳統的인 海上物件運送人의 責任

### I. 레셉툼責任

레셉툼責任(Recetumhaftung)이라 함은, 船舶所有者 등의 海上物件運送人 또는 旅館이나 驛舍의 主人이 送荷人이나 投宿客으로부터 수령한 運送物 또는 携帶物에 대하여 受領(Recetum : bernahme)이라는 사실을 근거로 이를 안전하게 반환해야 하는 義務에서 나온 責任으로서, 受領한 物件이 滅失·毀損된 때에는 이들 海上運送人 등에게 비록 故意·過失이 없어도 賠償責任을 면할 수 없는 絶對的 返還義務(Unbedingte Restitutionspflicht)를 그 내용으로 한다<sup>1)</sup>.

원래 로마에서의 責任法의 原則은 故意 또는 過失에 대한 責任, 즉 過失責任主義에 바탕을 두었으나, 運送의 性質上 貨主는 運送物을 運送人에게 引渡한 후에는 이를 監視하거나 注意를 기울일 형편이 아니므로 安全運送에 관한 모든 것을 運送人에게 일임할 수 밖에 없었고, 당시에는 아직 오늘날과 같은 海上保險制度의 기능이 없었고 水陸의 通信機關이나 警察組織이 충분히 발달하지 못하였을 뿐만 아니라 社會紀綱이 해이하여 航海業者나 그 使用人 등은 旅館이나 驛舍의 主人 등과 마찬가지로 사기꾼 또는 도둑 등과 공모하여 적하를 빼돌리거나 스스로 부정행위를 하는 일이 많았으므로 交通組織의 安全을 도모할 필요에서 “푸레타(Praetor)”가 특별한 責任法을 공포하게 된 것이다. 그 내용은 ”船舶所有者, 旅館 및 驛舍의 主人은 그가 引受한 물건을 安全하게 返還할 義務가 있으며 만약 이를 返還하지 않을 때에는 訴權을 부여한다는 것이었다. 여기의 訴權을 “Actio de Recepto” 즉 레셉툼 訴權이라 불렀다<sup>2)</sup>. 결국 레셉툼責任은 당시의 腐敗한 交通社會狀態에 대응하기 위한 法理로서 社會상태 그 자체의 산물인 셈이다.

당시의 時代的 要請에 의하여 성립된 레셉툼責任은 매우 엄격하여 원래 船舶所有者 등은 物件이 滅失·毀損이 不可抗力으로 인한 것인지의 여부도 묻지 않는 이른바 不可抗力에 이르기까지의 擔保責任을 부담하였다. 그러나 이러한 絶對責任은 지나치게 엄격하고 가혹한 경우까지 있었으므로 후에는 이에 대한 예외를 인정하여 다음의 몇가지 경우에는 그 責任을 면제하기에

1) 加藤正治, “羅馬의 레셉툼責任의 法理와 後世へノ影響” 海法研究 第二卷, 有斐閣書房, 1926, 276~277面

2) 三輪清一郎, 運送及運送契約論, 有斐閣書房, 1921, 325面

이르렀다<sup>3)</sup>.

첫째, 不可抗力

둘째, 任置한 物件 自體의 숨은 瑕疵 또는 自然的인 消耗

셋째, 損害가 旅客 또는 送荷人 自身の 過失로 인한 경우(예컨대 包裝의 결함)

그런데 여기서 흥미로운 것은 이들 내용이 오늘날에도 運送法에서 典型的인 免責事由에 해당한다는 것이다. 특히, 不可抗力(Act of God ; höhere Gewalt ; force majeure)은 代表的인 免責事由에 해당하는데 그 概念이 로마法上의 레셀툼責任에서의 免責事由로서 發達하여 왔다는 것은 주목할 필요가 있다<sup>4)</sup>.

## II. 普通法上의 責任

普通法上으로는 一般的으로 運送物의 受領·船積·積付·保管·運送·揚陸 및 引渡에 기인하는 運送物의 滅失·毀損에 관한 責任이 固有的인 意味의 責任으로 알려져 있다<sup>5)</sup>. 즉, “運送物에 損害가 있으면 이를 賠償한다”라는 것이 普通法上의 海上運送人 責任의 基本原則이었다.

普通法에서는 權利, 義務, 責任이라는 法的 概念이 明示의 約束, 法律行爲의 內容 또는 故意·過失 있는 行爲로부터 생기는 것이 아니라 흔히 法的地位 關係의 속성으로부터 일어난다는 것이다. 즉, 原則적으로 運送人의 責任은 運送人의 故意·過失 등의 歸責事由에 의한 것이 아니라 運送人이라는 地位(status) 또는 關係(relation)로부터 생긴 것이다<sup>6)</sup>.

普通法상의 免責事由는 1671년의 Morse v. Slue 사건에서 海賊行爲(pirates), 暴風雨(storm)등과 같은 피할 수 없는 損害(pro damno fatali)에 관하여 損害賠償責任을 지지 않는다는 判例<sup>7)</sup>에 의하여 基本的인 形態가 형성되었고, 1703년의 Coggs v. Bernad<sup>8)</sup>사건에 있어서 Holt判事は 天災地變

3) 加藤正治, 上掲書, 282~283面

4) 임동철, 海上運送責任法の 發展에 관하여, 제남 강위두 박사 화갑기념 상사법논총(하), 1996, 3쪽 ; 吉永榮助, 不可抗力契約について, 海法會誌 復刊 第五號, 勁草書房, 1957, 4面

5) Raoul Colinvaux, *Caver's Carriage of Goods by Sea*, Vol. I, Stevens & Sons, 1982, pp. 3~4

6) 清河雅孝, 海上物品運送法の基礎理論, 中央經濟社, 1991, 13面

7) Morse v. Slue(1671) Sir T. Raym 220 ; 2 Keb. 886 ; 3 Keb. 72 ; 2 Lev. 69 ; 1 Vent. 190 ; 1 Mod. 85

(acts of God), 公敵行爲(acts of the enemies of the King)를 具體的으로 들어서 이것을 普通法上의 免責事由라고 주장하였다.

普通法上에서는 天災地變 및 公敵의 行爲는 運送契約에 있어서 默示的 免責事由(implied exceptions)로서 法定免責으로 다루고 있다. 이들이 가장 오래된 免責事由인데 그 후 法院은 運送物의 숨은 瑕疵(the inherent vice of the goods), 包裝의 缺陷(defecting packing), 投荷(jettison), 送荷人의 作爲 또는 不作爲(act or omission of the shipper) 및 公權力의 行使(restraint of princes) 등도 免責事由로 인정하였다. 이들도 法院에 의하여 인정된 免責事由이지만 默示的 免責事由인 天災地變, 公敵의 行爲와는 구별된다<sup>9)</sup>.

### III. 免責約款의 發達과 濫用

海上物件運送責任法에서 免責約款은 로마法시대에 이미 利用되었던 것으로 보이며 中世에 들어와서도 그 有效性이 인정되었다고 한다. 예컨대 콘솔라또 델 마레(consolato del mare) 제221조가 船舶所有者가 送荷人인 商人에 대하여 船舶에 존재하는 障害에 대하여 留保할 수 있음을 인정하고 있는 것이다<sup>10)</sup>.

그러나 運送約款에서 免責約款의 발달은 船荷證券 制度와 資本主義 經濟의 發展과 더불어 이루어 졌다고 볼 수 있다. 海運의 본 고장이었다고 할 수 있는 英國의 경우를 보면 普通法上 運送人의 責任은 絶對責任으로서 매우 嚴格하였지만 다른 한편으로는 契約自由의 原則이 一般的으로 인정되었기 때문에 船荷證券에 免責約款을 規定함으로써 그 責任을 경감시킬 수 있었다. 다만, 法院은 免責約款을 嚴格하게 解釋함으로써 運送人에게 불리한 태도를 취하고 있었으며, 새로운 判決이 나올 때마다 그만큼 많은 免責約款이 생겨나게 되었다. 즉 새로운 判決에서 運送人에게 責任이 있다고 하는 사항에 대하여는 즉시 새로운 免責約款을 規定함으로써 責任을 면하려는 시도를 하였다<sup>11)</sup>. 이러한 免責約款은 19세기 후반에 들어서 급격하게 증가하기 시작하여 1880년 경에는 절정에 이르게 되었는데, 그 당시 대부분의 定期航路의 船荷證券은 運送物의 取扱에 관한 일체의 過失에까지 免責이 擴大

8) Coggs v. Bernad(1703) 92 E.R. 107 ; 2 Ld. Raym 909 ; 1 Sm. L. C.(13th) 175 ; 1 Salk. 26 ; 1 Com. 133 ; Holt(K.B.) 13, 131.

9) Raoul Colinvaux, *op. cit.*, para. 6.

10) 임동철, 國際海上物件運送條約과 運送人의 責任, 海商法·國際運送法研究, 50쪽

11) 田中誠二, 吉田 昂, コメントール國際海上物品運送法, 勁草書房, 1984, 1~3面

되어 있는 絶對的 過失 免責約款과 海員의 惡行 및 船舶의 堪航能力 不足까지도 免責事由에 포함시킬 정도로 이르게 되었다<sup>12)13)</sup>.

이와 같이 많은 免責事由를 規定한 船荷證券에 의하여 運送人은 거의 아무런 責任을 지지 않는다고 할 정도가 되었으므로 “船舶所有者는 運賃을 수령하는 것 이외에는 아무런 義務도 지지 않는 것 같다(there seems to be no obligation on the shipowner than to receive the freight)”라는 말까지 나오게 되었다<sup>14)</sup>. 이러한 사정은 1893년 미국의 하터法의 制定과 1924년 英國 海上物件運送法의 制定時까지 계속되었다. 이러한 免責約款의 擴張과 濫用은 많은 폐단을 가져 온 것도 사실이지만 다른 한편으로는 經濟的·技術的 原因이 있었음도 부정할 수는 없다. 19세기 후반기 특히, 1880년 경에 이와 같이 免責約款이 급증하게 된 原因으로는 一般的으로 다음과 같은 네 가지를 들 수 있다<sup>15)</sup>.

첫째, 衝突·坐礁와 같은 海上事故에 관하여 추후에 過失이 있다고 인정된 경우가 많았던 점.

둘째, 汽船 需要의 增加와 一定 航路와 港口 근처에서의 往來가 빈번해짐에 따라 衝突事故가 증가하였다는 점.

셋째, 船舶과 積荷에 대한 새로운 危險과 技術 未發達의 機械를 이용함으로써 생기는 특별한 危險이 현저하게 증가하였다는 점.

넷째, 資本主義 經濟發達의 결과 船舶 建造에 필요한 資本에 대해서 충분한 利潤을 얻기 위하여 신속한 資本의 回收를 經營目標로 하게 됨으로써 運送의 迅速과 危險한 航路의 航行을 필요로 하게 되었다는 점.

이 밖에도 蒸氣機關에 의한 汽船의 발달로 종전까지의 帆船에 의한 傭船契約에 의한 不定期船運航 中心時代에서 汽船에 의한 定期個品運送 中心時代로 접어 들게 됨으로써, 海上企業의 經濟的·技術的 救助 變革이 이루어졌다는 점도 免責約款의 急增을 가져온 주요한 原因의 하나로 들 수 있다<sup>16)</sup>. 즉 船腹量, 積荷의 種類 및 數量의 增加와 運送期間의 短縮 및 荷役의 迅速化 要請 등으로 運送去來가 복잡하게 되었으므로 運送物에 대한 損害發

12) 田中誠二, 吉田 昂, 前掲書, 3面

13) 면책약관의 과도한 남용에 관하여는 정영석, 海上運送人 免責論, 명신문화사, 1995, 28~34쪽 참조

14) A.A. Mocatta & others, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, Sweet & Maxwell., 1984, p. 210

15) 田中誠二, 吉田 昂, 前掲書, 3面

16) 임동철, 前掲書, 53쪽

生の機會가 증가하고, 이로 인하여 運送人이 責任을 輕減하거나 免除하기 위하여 免責約款에 의존하는 경향이 생길 수 밖에 없었다. 또 定期船에 의한 個品運送에 있어서 運送去來는 集團性を 띠게 되고, 集團的 去來의 合理化를 위하여 이용되는 普通去來約款인 船荷證券 등의 내용을 經濟的으로 優越한 地位에 있는 運送人이 일방적으로 정하고 送荷人은 이에 附合하여 거래할 수 밖에 없었다<sup>17)</sup>.

그런데 運送人은 責任을 減免하면서 다른 한편으로는 다른 運送人과 運送物 획득을 위한 運賃 競爭에 직면하게 되었는데 운임을 낮추기 위해 다시 免責約款을 船荷證券에 規定하여야 하는 입장이 되었다. 送荷人은 대체로 免責約款이 없는 높은 운임의 船荷證券보다는 免責約款이 있더라도 낮은 運賃의 船荷證券을 선호하는 경향이 있는데, 이것도 免責約款이 증가하게 된 원인의 하나가 되었다<sup>18)</sup>. 이와 같은 사유는 곧 免責事由의 發達過程을 보여 주는 것이기도 하다<sup>19)</sup>.

## 제2절 하터法

### I. 成立背景

Arnould W. Knauth가 “19세기 말 경에 美國으로부터의 輸出貿易은 20개의 英國의 定期船 會社의 손 안에 들어 있었다”라고 지적한데서 알 수 있는 바와 같이 그 당시 美國의 海運業은 매우 미약한 상태였다<sup>20)</sup>. 또한 相對的으로 送荷人에 비하여 優越한 地位에 있던 運送人은 船荷證券에 各種의 免責約款을 規定하여 責任을 면하게 되었는데, 이는 결국 普通法上의 免責事由에 約定 免責事由를 추가한 것이었다<sup>21)</sup>. 이와 같이 免責約款이 濫用되자 法院은 判決에 의하여 運送物에 대하여 相當한 注意를 다하여야 할 義務와 發航 당시에 堪航能力이 있는 船舶을 제공하여야 할 義務를 運送人인 免責約款을 援用하기 위하여 優先的으로 履行하여야 할 優先的 義務(overriding

17) 정영석, 前掲書, 36쪽

18) 임동철, 前掲書, 53쪽

19) 田中誠二, 吉田 昂, 前掲書, 2面

20) A. W. Knauth, *The American Law of Ocean Bills of Lading*, 4th ed., American Marine Cases, Inc, 1953, p. 120

21) Gilmore & Black Jr., *The Law of Admiralty*, The Foundation Press, 1975, p. 140

obligation)로 확립되기에 이르렀다<sup>22)</sup>. 그러나 이들 義務는 當事者 사이에 明示的 意思表示가 있는 경우에는 免除될 수 있는 相對的 義務에 불과하였다. 이리 하여 19세기에 船荷證券을 이용하던 運送人은 物理的인 危險이나 原因에 대한 面責을 規定하는 데에 만족하지 않고 자기나 船員들에게 過失이 있는 경우에도 이로 인한 損害에 대하여 責任을 지지 않는다는 취지를 담은 過失免責約款(clause excepting negligence)을 船荷證券에 規定하기에 이르렀다.

이와 같이 運送人에 의한 一方的인 免責約款으로 고통받던 美國의 貨主들도 그 勢力이 매우 강하여져서 1892년 美國의 下院議員인 하터(Michael R. Harter)에 의하여 免責約款을 制限하는 法案이 下院에 제출되기에 이르렀다. 7개의 條文으로 구성된 이 法案은 토의와 수정을 거친 후 1893년 2월 13일에 大統領의 서명을 받아 확정되었는데 이것이 이른바 “船舶의 航海, 船荷證券과 財貨의 運送에 관한 權利·義務에 관한 法(An Act relating to Navigation of Vessels, Bills of Lading and certain Obligations, Duties, and Rights in connection with the Carriage of Property, 1893)” 즉, 하터法이다.

## II. 內容<sup>23)</sup>

하터法은 商事過失과 海技過失을 구별하여 運送人의 商事過失과 堪航能力 注意義務에 대한 免責約款은 無效로 하는 반면 海技過失을 法定免責事由로 하는 것을 주요내용으로 한다<sup>24)</sup>.

첫째, 送荷人으로부터 運送委託을 받은 運送物의 적절한 船積·積付·保管·管理 또는 引渡에 있어서의 懈怠·過失 내지 不履行으로 말미암아 생긴 運送物의 滅失·毀損에 관하여 船舶所有者の 責任을 免除한다는 의미의 모든 약관은 이를 무효로 한다고 規定하고 있다(法 제1조).

둘째, 船舶所有者는 船舶의 堪航能力을 갖추는데 있어서 相當한 注意를 다하여야 한다. 이러한 堪航能力 注意義務나 運送物을 慎重하게 取扱·船積·積付·管理·保管하고 적절히 引渡하여야 할 義務를 부담하는 船

22) Raoul Colinvaux, *op. cit.*, pp. 141~142

23) 하터法の 주요 내용에 관하여는 William Tetley, *Marine Cargo Claims*, Blas, 1988, pp. 1208~1210 참조

24) 임동철, 前揭書, 58쪽

長·海員 등의 義務를 輕減 또는 免除하는 約款은 無效로 하고 있다(法 제2조).

셋째, “船舶이 堪航能力을 갖추도록 船舶所有者가 相當한 注意를 다하였을 때에는 航海過失 또는 船舶管理에 관한 過失로 인한 運送物の 滅失 또는 毀損에 대하여 船舶所有者는 免責된다.” 라고 規定하여 海技過失의 免責을 明文化하고 있다(法 제3조).

그 후 하터法은 美國이 1968년 헤이그 규칙을 國內法으로 수용하여 제정된 1936년 海上物件運送法에 의하여 중요한 부분이 代替되었지만, 여전히 實定法으로서 적용되고 있다<sup>25)</sup>.

### III. 歷史的 意義와 그 影響

첫째, 하터法이 運送人 측의 過失을 商事過失과 海技過失로 區分하고 海技過失로 인한 運送物の 滅失 또는 毀損으로 인한 損害에 대하여 免責을 인정한 最初의 制定法이 되었다. 또 하터法은 商事過失에 관한 免責約款 禁止를 強行規定으로 하여 免責約款 濫用에 대하여 일정한 限界를 그었다<sup>26)</sup>.

둘째, 하터法은 船荷證券에 過失免責約款을 비롯한 免責約款을 規定하여 運送人을 모든 賠償責任으로부터 면책하게 하려는 運送人 측과 모든 過失의 결과에 대하여 運送人의 責任을 인정하게 하고자 하는 送荷人 측의 妥協의 결과라고 할 수 있다<sup>27)</sup>.

셋째, 하터法은 海技過失에 대한 免責과 堪航能力 注意義務에 관한 主觀主義 및 商事過失에 대한 免責約款 禁止를 결합한 妥協的 解決을 시도한 것이다<sup>28)29)</sup>. 이는 특히 船荷證券의 標準約款을 運送人과 送荷人 등의 關係者 사이의 合意에서 定하려는 國際的인 勞力 이외에 國內法으로 運送人 측과 送荷人 측의 利益을 조정하여 해결한 最初의 試圖였다는 점에서 그 意義가

25) Gilmore & Black Jr. *op. cit.*, p. 144 ; 예를 들어 1936년 海上物件運送法은 외항 해운에만 적용되고 연안무역(coastwise trade)에는 하터法이 적용된다. 또한 하터法 제12조는 이 法의 어떠한 規定도 선적 전 또는 양륙 후의 船舶 또는 運送人의 義務·責任에 관한 하터法.....의 效力을 변경하는 것은 아니다“라고 規定하여 運送物の 선적 전과 양륙 전에는 하터法이 적용됨을 명시적으로 밝히고 있다(정영석, 前揭書, 42쪽).

26) 정영석, 前揭書, 43쪽

27) Gilmore & Black Jr., *op. cit.*, pp. 142~143

28) 田中誠二, 吉田 昂, 前揭書, 10~11面

29) 이러한 배경은 1978년 함부르크 규칙의 성립배경이 정치적 내지 이데올로기적인 점과 매우 대조적이라고 할 수 있다(임동철, 前揭論文, 378쪽, 각주 33번).

크다고 하겠다.

넷째, 하터법은 英美法系の 法域을 벗어나 海上運送人責任法の 國際的인 統一運動에도 큰 영향을 미쳐 國際條約인 1924년 헤이그 규칙에서도 그 責任原則을 채택하였다. 결국, 世界 各國이 1924년 헤이그 규칙을 國內法으로 수용하게 됨으로써 海技過失과 商事過失의 區別 및 堪航能力 主義義務에 관한 主觀主義를 내용으로 하는 하터법의 責任原則은 全 世界 海上物件運送責任法에 새로운 原則을 확립하게 한 중요한 계기가 되었다<sup>30)</sup>.

### 제3절 1924년 헤이그 규칙 및 1968년 헤이그 비스비 규칙

#### I. 1924년 헤이그 규칙

##### 1. 成立背景

船荷證券上の 免責約款 濫用禁止의 문제는 미국의 경우 1893년 하터법의 성립으로 해결을 보았지만 유럽에서는 여전히 해결하여야 할 과제로 남아 있었다. 각국이 國內法에 의한 強行的 禁止規定으로 대처할 수 있었지만, 이는 海運業의 國際性에 비추어 自國 海運이 競爭上 불리하지 않을까 하여 채택이 어려웠다. 결국 國際會議나 學會 등에서도 이 문제는 國際的인 協助에 의하여 해결하여야 한다는 인식 아래에 다양한 노력을 기울였으나<sup>31)</sup>, 이러한 운동은 제1차 世界大戰의 발발로 일단 중지되었다.

하터법의 성립 후 미국과 비슷한 貨主國의 처지에 있었던 英國의 屬領인 캐나다, 濠洲, 뉴질랜드가 하터법을 繼受한 國內立法을 마련했다가 1차대전 이후 이들 식민지의 지위가 크게 강화되자 그동안 소극적이었던 英國도 免責約款制限運動에 관심을 갖고 국제적 협력에 나섰다.

이러한 사정을 파악한 國際法協會(ILA)가 이 문제를 맡아 美國의 하터법과 英國 屬領 여러나라의 關係法을 기초로 하여 이른바 1921년의 헤이그 규칙을 제정한 바 있다. 그러나 이는 條約의 형식이 아니고 그 채택 여부가 당사자의 선택에 달린 임의적인 것이었으므로 國際的 統一法으로서의 實效를 기대하기 어려웠다.

그 후 다시 國際海法會(CMI)가 위의 1921년 헤이그 규칙의 본질을 유지

30) 정영석, 前揭書, 44쪽

31) 당시의 움직임과 개요에 관하여는 임동철, 前揭書, 63쪽 참조

하면서 이에 약간의 수정을 가한 條約草案을 준비하였는데, 이 초안이 1923년 9월 브뤼셀에서 열린 海事法外交會議에서 條約案으로 확정되고 1924년 8월 26개국의 代表가 이 條約안에 署名함으로써 國際條約으로서 성립하였는데, 이것이 1924년 헤이그 규칙으로 불리우는 1924년 船荷證券統一條約이다<sup>32)</sup>. 이 條約은 1931년 6월 2일에 발효하였다.

## 2. 運送責任規定의 主要 內容

### (1) 責任의 主體

“運送人(carrier)”에 관한 定義規定을 두어 海上企業의 主體로서 船舶所有者中心主義를 취하던 종래의 法制에서 벗어나 이른바 運送人中心主義를 채택하였다<sup>33)34)</sup>(헤이그 규칙 제1조①).

### (2) 責任期間

運送人이 責任을 지는 物件運送의 期間에 관하여 헤이그 규칙은 “物件을 船舶에 積載한 때로부터 이를 船舶에서 揚陸한 때까지의 期間”이라고 하여 이른바 “tackle to tackle”원칙에 따르고 있다(헤이그 규칙 제1조 ②).

32) 임동철, 前揭論文, 378쪽

33) 이 조항에서 “포함한다(includes)”라는 어구는 송하인과 직접적으로 運送契約을 체결하는 자가 누구라는 것을 지시하고 있는 것이 아니라 船舶所有者와 傭船者が 아닌 다른 누군가도 運送人이 될 수 있다고 해석된다. 또, “運送人(carrier)”의 정의에서 “또는(or)”이라는 어구는 船舶所有者와 傭船者が 함께 運送人이 될 수 있는 가능성도 배제하는 것은 아니라고 해석된다(William Tetley, *op. cit.*, p. 233 note 2). 결국, 責任의 主體로서의 運送人의 개념은 해석론에 의하여 명확히 될 수 밖에 없으나 결국 문언상 사실행위로의 운송행위를 이행하지 않는 定期傭船者, 航海傭船者 등에게 船舶의 운항과 관련하여 발생한 원인으로써, 즉 그 자신의 과실이 전혀 개재되지 않는 사실로써 발생하는 화물의 滅失 또는 毀損 등에 대하여 責任을 지게 하는 근거로서 적용되고 있는 것이다. 따라서, 1978년 함부르크 규칙상의 實際運送人(actual carrier)과 契約運送人(contractual carrier)의 개념, 1999년 미국海上物件運送法상의 履行運送人(performance carrier)와 契約運送人의 개념을 도입하여 責任의 범위를 분화하고 그들간의 내부적 구상관계를 규율하는 것이 필요하다.

34) 이 조항에서 運送人의 개념에는 船荷證券을 발행하여 送荷人과 運送契約을締結하는 사람은 누구나 포함되기 때문에 代理人으로서가 아니고 運送契約 當事者로서 送荷人과 契約을 맺는 運送周旋人 등도 당연히 해당한다고 본다(Raoul Colinvaux, *op. cit.*, para. 494 note 96).

### (3) 運送人の 堪航能力 注意義務

堪航能力(seaworthiness)라 함은 船舶이 안전하게 항해를 감당할 수 있는 능력을 말한다. 堪航能力 維持에 주의를 다하는 것은 船舶에 의한 物件運送을 인수한 海上運送人の 基本的 義務의 하나이며 이에 위반한 경우에는 그로 인한 損害를 賠償할 責任이 있다. 헤이그 규칙은 제3조 1항에서 그 내용을 다음과 같이 規定하고 있다.

첫째, 船舶 自體에 堪航能力이 있도록 할 것(이른바 좁은 의미의 堪航能力)

둘째, 船舶에 대하여 적절하게 船員을 乘務시키고 艙裝을 하며 必要品을 보급할 것(運航能力)

셋째, 船艙, 冷蔵室과 冷氣室 기타 貨物이 積載되는 船舶의 모든 부분을 貨物의 受領, 運送 및 保管을 위하여 적당하고 안전하게 할 것(堪貨能力).

한편, 이와 같은 注意義務를 다해야 하는 時期는 “發航 前과 發航 當時 (before and at beginning of the voyage)이고 注意의 정도는 ”相當한 注意 (due deligence)”를 하면 되는 過失責任主義를 취하고 있다.

### (4) 運送物에 관한 注意義務

헤이그 규칙 제3조 2항에서는 運送人이 運送物의 船積, 處理, 積付, 運送, 保管, 管理와 揚陸을 적절하고(properly) 신중하게(carefully) 해야 한다는 運送人의 運送物에 관한 注意義務를 規定하고 있다. 이 조항의 注意義務를 게을리하는 것이 이른바 “商事過失(fatues commerciales)이며, 이 商事過失로 인하여 생긴 運送物의 損害에 대한 責任을 면제 또는 감경하는 특약은 이를 無效로 하고 있다(헤이그 규칙 제3조 8항).

### (5) 免責事由의 法定

1924년 헤이그 규칙은 본래 船荷證券上 運送人의 免責約款 濫用을 抑制하고 貨主와 運送人 측의 利害의 調整 내지 妥協을 도모하기 위하여 성립한 條約이므로, 위에서 본 바와 같이 運送人은 船舶의 堪航能力 注意義務를 부담하고 商事過失에 대한 責任의 減免이 허용되지 않는 반면에 海上物件運送

의 특성에 수반하는 일정한 免責事由를 원용할 수 있도록 보장하고 있다. 즉 헤이그 규칙 제4조 2항은 ㉔호에서 ㉑호에 이르기까지 17종의 運送人 免責事由를 인정하고 있는데, 그 가운데 가장 핵심적이고 중요한 의의를 갖는 것은 ㉔호의 航海過失과 ㉑호의 火災이다.

그 밖에 ㉑호에서 ㉑호까지는 天災 기타 不可抗力, 戰爭 기타 公權力에 의한 行爲, 內亂·暴動 또는 勞動爭議, 人命이나 財産의 救助行爲 등과 正當한 離路(헤이그 규칙 제4조 4항), 送荷人 측의 歸責事由, 物件 自體의 固有한 瑕疵 등을 規定하고 마지막 ㉑호는 이른바 總括的 免責事由(catch-all exception)로서 運送人 측에 故意나 過失이 없는 경우에는 責任을 지지 않는다는 취지의 規定을 두고 있다.

헤이그 규칙은 본래 船荷證券上 免責約款의 制限 운동에 그 뿌리를 두고 있으므로 위에서 본 바와 같이 運送人의 權利義務와 免責事由를 規定하는 한편 여기에서 인정하는 免責事由 이외에 直接 또는 間接적으로 運送人의 責任을 輕減 또는 免除하는 다른 特約은 이를 無效로 한다고 하여 이를 禁止하고 있다.

## (6) 責任制限制度の 採擇

運送物の 滅失 또는 毀損 등의 경우 運送人의 損害賠償責任은 法理上 完全賠償이 原則이다. 그런데, 헤이그 규칙은 제정 당시 船荷證券에 運送人責任의 最高限度를 정한 約款을 삽입하던 당시의 관행을 받아들여 運送人의 責任限度를 制限하는 제도를 채택하였다.

즉, 運送人은 運送物の 性質과 價額이 미리 通告되고 그 통고가 船荷證券에 기재된 경우가 아니면 어떠한 경우에도 運送物の 滅失 또는 損害에 대하여 1포장(package) 또는 1단위(unit)당 100금 파운드의 범위에서만 責任을 진다(헤이그 규칙 제4조 5항).

## II. 1968년 헤이그 비스비 규칙<sup>35)</sup>과 運送人責任規定의 改正 補完

### 1. 成立背景

---

35) 1968년의 비스비 규칙에 의하여 改正된 1924년 헤이그 규칙을 편의상 헤이그 비스비 규칙이라고 부른다.

1924년 헤이그규칙의 成立과 施行은 海上物件運送責任法の 國際的 統一에 크게 기여하였다. 그러나 시간이 경과함에 따라 여러가지 새로운 문제점<sup>36)</sup>이 발견되어 1950년대 말에 이르러 이 條約의 改正問題가 제기되었다.

國際海法會(CMI)의 船荷證券小委員會가 1960년에 이 문제를 검토한 후 제출한 보고서를 바탕으로 1963년에 스톡홀름에서 개최된 國際海法會 제26차 총회에서 條約 改正案이 채택되었는데 이 改正案이 스톡홀름에서 멀지 않은 고틀란드(Gotland)島の 유서깊은 비스비(Visby)市에서 서명되었기 때문에 비스비 규칙이라고 불리운다. 그 후 이 改正안은 1968년 海事法外交會議에서 일부 수정변경이 가해진 끝에 정식으로 채택되었는데 이것이 편의상 비스비 규칙으로 불리우는 “1968년 船荷證券 통일條約 改正議定書”이다. 이 의정서는 1977년 6월 23일에 발효하였다.

## 2. 運送人責任規定의 改正과 補完

### (1) 責任制限方式과 責任限度

1924년 헤이그 규칙에서는 포장(package) 또는 단위(unit)를 기준으로 運送人의 責任限度金額을 정하였으나 비스비규칙에서는 여기에 중량(kilogramme)을 추가한 併用主義를 채택하여, 1포장 또는 1단위당 10,000금 프랑과 중량 1kg 당 30금 프랑 중 높은 금액으로 한다고 規定하였다(비스비 규칙 제2조 a).

다만, 責任限度金額의 계산단위는 1979년 12월 21일자의 改正 議定書에 의하여 10,000금 프랑은 666.67SDR(special drawing right : IMF의 특별인출권)로, 30금 프랑은 2SDR로 각각 改正되었다.

---

36) 예를 들면, 포장당 또는 단위당 責任限度를 들 수 있다. 이는 처음에는 100금 파운드의 순금 가액으로 결정되었는데, 1925년에 파운드화가 순금과의 태환력을 상실하였기 때문에 신중한 검토를 거쳐서 성립된 헤이그 규칙의 運送人 責任體制를 영망으로 만들었다. 그 결과 헤이그 규칙의 각 條約國은 100금 파운드를 임의로 태환함으로써 제2차 세계대전 이후에는 완전히 상충된 한도를 나타나게 되었다(정영식, 前揭書, 58~59쪽, 각주 102번). 또한, 팰리트화(palletization)과 컨테이너화(containerization)의 일반화로 인하여 제기된 문제도 중요하게 대두되었다. 즉, 팰리트나 컨테이너에 아무리 많은 包裝運送物이 들어 있다 하더라도 그 전체가 하나의 포장단위로 계산될 수 있다는 해석이 가능하다. 이로 인해 만약 運送人이 運送物 손상에 대하여 責任져야 할 경우에도 運送人은 컨테이너당 100금 파운드만 責任지면 되는 불합리한 점이 있었다(정영식, 前揭書, 60쪽, 각주 105번).

## (2) 컨테이너條項의 採擇

運送人의 責任制限方式으로 포장 또는 단위가 하나의 기준이 되는 경우 포장의 모양이나 크기가 본래 일정한 것은 아니다. 특히 1924년 헤이그 규칙의 성립 당시에는 예상하지 못했던 컨테이너의 등장으로 포장의 개념에 의문이 제기되었다. 즉 運送容器인 컨테이너 안에 여러 개의 포장물이나 단위가 들어있을 경우에는, 컨테이너 전체를 하나의 포장 또는 단위로 볼 것인가 그렇지 않으면 그 안에 들어 있을 경우에는 개개의 포장물 또는 단위를 각각 하나의 포장물 또는 단위로 볼 것인가 하는 문제가 제기된 것이다.

그런데 비스비 규칙 제2조 ㉠항에 따르면, 컨테이너를 사용하는 경우에는 컨테이너에 내장된 運送物의 포장 또는 단위의 수를 船荷證券에 기재한 때에는 그에 따르고 그렇지 아니한 경우에는 컨테이너 전체를 하나의 포장 또는 단위로 본다고 規定하여 이 문제를 立法的으로 해결하였다.

## (3) 責任制限權의 喪失

1924년 헤이그 규칙에는 運送人이 責任制限權을 喪失하는 경우에 관하여 아무런 規定도 없었다. 그러나 비스비규칙 제2조 ㉠항에서는 運送人이 손해를 일으킬 의도로써(with intent to cause damage) 또는 무모하게(recklessly) 그리고 손해가 생길 염려가 있음을 인식하면서 행한 行爲 또는 不作爲로 인하여 생긴 손해에 대하여는 運送人은 責任制限의 利益을 주장할 수 없다고 規定하여 責任制限權을 상실하는 경우에 한하여 명시하고 있다.

## (4) 不法行爲責任

1968년 헤이그 비스비 규칙은 運送人측과 送荷人 측의 利害의 調整이라는 측면에서 運送人에게 각종 抗辯과 일정한 責任制限을 인정하고 있다. 그런데 이는 運送契約에 바탕을 둔 것이다. 따라서 損害賠償請求자가 請求의 原因을 不法行爲로 하여 提訴할 경우 請求權競合說에 따르면 條約上의 抗辯과 責任制限을 援用할 수 없는 위험에 빠진다<sup>37)</sup>. 만약 이 경우 運送人이 抗辯

37) 大陸法系의 損害賠償責任의 해석론과 관련하여, 널리 契約上의 債務의 不履行을 가져온 사실이 동시에 不法行爲의 요건을 충족하는 경우에, 契約上의 債務不履行

과 責任制限을 援用할 수 없다면 이들 規定의 立法趣旨은 무의미하게 될 것이다.

그리하여 비스비 규칙 제3조 1항에서는 이 條約에서는 規定하는 抗辯事由 및 責任의 限度는 訴訟의 근거가 契約이든 不法行爲이든지 묻지 않고 모든 訴訟에 적용된다고 規定하여 이 문제를 해결하였다.

#### (5) 히말라야條項

運送人에게 인정되는 여러가지 抗辯事由와 責任制限이 그의 履行補助者(예컨대, 船長 또는 海員 등)에게도 인정되느냐 하는 문제가 있다. 만약 이것이 인정되지 않는다면 請求權者는 이들을 상대로 提訴할 것이고 抗辯事由, 責任制限 등 條約上의 規定은 그 意義가 반감될 것이다. 특히, 英國法에는 이른바 “直接契約關係의 法理(doctrine of privity of contract)”가 있기 때문에 運送契約의 直接當事者가 아닌 履行補助者 등은 契約에 포함된 免責事由 등의 보호를 받을 수 없다.

비스비 규칙 제3조 2항은 이러한 경우에 대처하기 위하여, 損害賠償請求가 運送人의 使用人 또는 代理人(獨立契約者 : independent contractor는 제외된다)에 대하여 제기된 경우 이들 使用人 또는 代理人은 條約上 運送人에게 인정되는 抗辯 및 責任制限을 援用할 權利가 있다는 이른바 히말라야條項<sup>38)</sup>의 내용을 新設하였다.

#### (6) 船荷證券 記載의 效力

헤이그 규칙 제3조 4항에 따르면 船荷證券의 交付는 貨物의 記號, 包裝의

---

責任 곧 債務不履行을 이유로 하는 損害賠償責任과 함께 不法行爲責任 곧 不法行爲에 터잡은 損害賠償責任도 당연히 성립하는가, 債務不履行責任만이 발생하는데 지나지 않는가를 둘러싸고 請求權競合說과 法條競合說이 대립되어 오고 있었다. 청구권경합설은 양 責任의 동시의 성립·경합을 인정하며, 법조경합설은 오직 債務不履行責任의 성립 밖에 인정하지 않는다. 우리 나라 法院은 청구권경합설을 지지하고 있으며(大判 1959. 2. 19, 4290民上 571 ; 大判 1962. 6. 21, 62다102 ; 大判 1967. 12. 5, 67다2251), 또한 民法學者들간에 多數說이 되어 있었다(김증한 외, 判例學說 註釋民法(下), 사법행정학회, 1972, 536쪽 등).

38) 船長 등 이행보조자도 運送人의 항변사유 등을 원용할 수 있도록 한 이 조항은 Adler v. Dickon(The Himalaya) 「1961. 2 Lloyds' Rep. 265」 사건에서 유래하는데 이 사건에 관련한 여객선의 이름이 히말라야號이었으므로 통상 히말라야조항이라고 한다(임동철, 前揭論文, 15쪽, 각주 39번).

個數 또는 重量, 貨物의 外觀 등 船荷證券에 기재된대로 運送人이 貨物을 受領하였다는 推定的 證據(prima facie evidence)가 될 뿐이므로, 運送人은 記載內容이 사실과 다르다는 것을 증명하는 反證이 許容된다. 이른바 禁反言(estoppel)의 法則이 확립되어 있는 英美法의 경우는 아무런 문제도 없으나 그러한 원칙의 적용이 없는 大陸法系의 나라의 경우 이 規定으로는 船荷證券의 원활한 유통을 기대할 수 없다는 문제가 있었다.

이에 비스비 규칙 제1조 1항은, 헤이그 규칙 제3조 4항에 “다만, 船荷證券이 善意의 제3자에게 양도된 때에는 反證이 허용되지 아니한다”라는 但書條項을 추가하여 船荷證券의 信賴性和 流通性을 증진하는 改正을 하였다.

#### (7) 適用範圍에 관한 改正

헤이그 규칙은 締約國에서 작성되는 모든 船荷證券에 적용한다고 하였으나(헤이그 규칙 제10조), 비스비 규칙은 그 適用範圍를 ㉠ 船荷證券이 締約國에서 발행된 경우, ㉡ 運送人이 締約國의 港에 있을 경우, ㉢ 船荷證券 중 에 포함된 契約 또는 船荷證券에 의하여 證明된 契約이 이 條約의 규칙 또는 條約의 규칙에 效力을 주고 있는 國內立法이 契約을 규제할 것을 정할 때에 적용하는 것으로 하였다(비스비 규칙 제10조).

#### (8) 提訴期間에 관한 補完

헤이그 규칙은 運送物의 引渡 豫定日 또는 實際 引渡日로부터 1년을 提訴期間으로 한다고 規定하였으나. 제3조 6항의 2를 新設하여 “다만 제3자에 대한 賠償請求訴訟은 사건이 계류된 法廷地의 法律에 의하여 허용된 기간 안에 제기되었을 때에는 위의 1년을 도과한 후에도 提起할 수 있다. 그러나 허용된 기간은 그러한 賠償請求訴訟(求償權請求訴訟)을 제기한 자가 損害賠償額을 지급한 날 또는 그 사람에게 대한 訴訟에 있어서 訴狀의 送達을 받은 날로부터 3개월 이상이라야 한다”<sup>39)</sup>라고 規定하게 되었다.

39) 이와 관련한 우리나라 대법원은 구상금청구채권에도 商法 제811조의 1년 단기 제 소기간이 적용된다는 고등법원의 판결을 인정하지 않았다(大判 2001.10.30 선고 2000다62490). “...원고가 이 사건 第2船荷證券을 발행받은 송하인의 자격에서 運送人의 대리인인 피고에게 그 運送物의 滅失을 이유로 불법행위에 의한 損害賠償責任을 구하는 취지 뿐만 아니라, 원고가 이 사건 제1船荷證券의 발행인으로서 위 船荷證券의 소지인인 運送物의 權利자에게 運送物의 滅失로 인한 손해액을

## 제4절 1978년 함부르크 규칙

### I. 成立背景

19세기 후반 이후 運送人의 免責約款濫用을 중심으로 한 貨主 측과 運送人의 측의 利害의 代立은 國內立法 또는 國際條約에 의한 타협과 조정을 거치면서 1968년 헤이그 비스비규칙 체제의 성립에 이르렀다. 그런데 國際海法會(CMI)가 1968년 비스비규칙에 대한 작업을 끝낸 무렵부터 유엔(UN)이 海運分野에 활동범위를 넓히기 시작하였고 開發途上國 측을 대표하는 유엔 貿易開發委員會(UNCTAD)는 전통적인 海上運送法體制 즉 헤이그 규칙 체제에 강한 불만을 표출하였다. 그들의 주장에 따르면, 헤이그 규칙은 運送人의 항해과실 면책 등이 규칙 제정 당시의 植民帝國이던 船主國에 유리한 내용으로 開發途上國인 貨主國의 交易條件을 弱化시키는 공평치 못한 法規이므로 이를 절대로 받아 들일 수 없으며 그들이 직접 주도하는 海上運送法體制를 새로 마련해야 한다는 것이었다<sup>40)</sup>.

이 문제가 1968년 뉴델리의 유엔貿易開發委員會 제2차 會議에서 처음 제기되고 1969년 12월에 國際海運立法에 관한 作業部(Working Group on International Shipping Legislation)가 구성되어 활동을 개시한 후 9년 만인 1978년에 통상 함부르크 규칙(Hamburg Rules)으로 불리우는 유엔國際海上物件運送條約이 성립하였으며, 이 條約은 1992년 11월 1일에 발효하였다.

### II. 主要內容

헤이그 비스비 규칙에 대비한 함부르크 규칙의 주요 특징은 다음과 같다.

---

먼저 배상하여 주고, 위 運送物의 滅失에 실질적으로 責任이 있는 運送人의 대리인인 피고를 상대로 위 배상금액을 구상하는 취지도 포함되어 있다고 보는 것이 상당하다고 할 것이다. 그리고, 海上物件運送契約에 있어 契約運送人과 實際運送人과의 관계와 같이 복수의 主體가 運送物의 滅失 또는 毀損으로 인하여 船荷證券所持人에 대하여 연대하여 損害賠償責任을 부담하는 경우, 어느 일방이 船荷證券所持人에 대하여 먼저 손해액을 배상한 후 다른 일방에 대하여 그 배상금액을 구상하는 경우에는 運送人의 채권·채무의 소멸을 規定하고 있는 商法 제811조의 소정의 단기 제척기간에 관한 規定은 적용되지 않는다고 할 것이다.”(www.ksg.co.kr, 검색일 2002년 5월 8일).

40) 임동철, 前揭論文, 384쪽, 각주 40번 참조

### 1. 適用對象인 運送契約

헤이그 비스비 규칙은 船荷證券 또는 이와 類似한 證券(any similar document of title)에 의하여 증명되는 運送契約에 대해서만 적용된다(헤이그 비스비 규칙 제1조 (b)호). 그러나 함부르크 규칙에서는 그러한 制限이 없으며 모든 海上物件運送契約에 적용된다(함부르크규칙 제1조 6호). 따라서 權利證券이 아닌 海上運送狀(sea waybill)이나 貨物受領證(consignment note)이 발행된 경우에도 적용된다. 다만, 傭船契約에 대하여는 양 규칙 모두 이를 적용대상에서 제외하고 있다.

일반적으로 適用範圍를 확장한 함부르크 규칙이 보다 현실에 부합된다는 평가를 받고 있다.

### 2. 責任期間의 擴張

헤이그 비스비 규칙은 그 적용구간을 運送物을 船積한 때로부터 揚陸할 때까지라고 하여 이른바 tackle to tackle의 원칙에 따르고 있다. 이에 비하여 함부르크 규칙은 船積港에서 運送人이 運送物을 受領한 때로부터 揚陸港에서 引渡할 때까지 즉 運送物이 運送人의 管理 下에 있는 全體區間에 적용된다(함부르크 규칙 제4조).

### 3. 實際運送人의 地位 明示

送荷人과 運送契約을 하는 當事者인 運送人을 契約運送人(contracting carrier)이라 하며, 契約運送人의 위탁을 받아 實際로 運送을 實行하는 運送人을 實際運送人(actual carrier)이라 한다.

헤이그 비스비 규칙은 제1조 (a)호에서 “運送人”이라 하여 契約運送人에 관하여서만 規定할 뿐, 實際運送人에 관하여는 規定하는 바가 없다.

그러나 함부르크 규칙은 運送人(契約運送人)외에 實際運送人에 관한 定義 規定을 두고(함부르크 규칙 제1조 1호) 實際運送人의 責任內容, 運送人(契約運送人)의 責任과의 關係, 기타 상호간의 法律關係 등에 관하여 상세하게 規定하고 있다(함부르크규칙 제10조, 제11조).

#### 4. 航海過失 등 免責리스트의 廢止

헤이그 비스비 규칙은 제4조 2항 (b)에서 船長·船員 등의 航海上의 過失, 火災 등 17항목에 이르는 運送人의 免責事由를 規定하고 있다. 그 중 航海上의 過失免責은 1893년 미국의 하터法 이래 海上運送法에서 가장 특징적인 내용의 하나이다.

그런데 함부르크규칙은 약간의 예외<sup>41)</sup>를 제외하고는 일관된 過失責任의 原則을 유지하면서(함부르크규칙 제5조 1항) 航海上의 過失 등 면책리스트를 폐지하였다. 이것이 또는 함부르크규칙의 가장 큰 특징의 하나이다.

#### 5. 火災免責의 廢止와 立證責任의 전환

헤이그 비스비 규칙에 따르면 火災에 의한 運送物의 損害는 그것이 運送人 자신의 故意 또는 過失로 인한 경우를 제외하고는 運送人은 당연히 면책된다(헤이그 비스비 규칙 제4조 2항 (b)호).

이에 대하여 함부르크 규칙은 이러한 免責을 인정하지 않고 그 대신 運送人이 立證責任을 지는 一般原則(함부르크 규칙 제5조 1항 참조)의 例外를 인정하여 貨主 등 請求權者가 運送人 측의 過失을 입증한 때에는 運送人이 損害賠償責任을 지도록 하였다(함부르크규칙 제5조 4항 (a)호).

#### 6. 引渡遲延責任의 明示

헤이그 비스비 규칙에는 運送物의 延着에 관한 規定이 없어 解釋上 불명확한 점이 있었는데, 함부르크 규칙은 引渡遲延에 관한 明示的 規定을 두고 있다(함부르크규칙 제5조 2항, 제6조 1항).

#### 7. 堪航能力에 관한 規定의 廢止

海上運送人의 船舶에 관한 堪航能力 注意義務는 1893년 미국의 하터法과 헤이그 비스비 규칙에서는 가장 基本的인 運送人의 義務의 하나였다(하터法 제2조, 헤이그 비스비규칙 제3조 1항).

41) 여기서 약간의 예외라 함은, 인명구조(제5조 6항), 화재(제5조 4항), 산 동물(제5조 5항), 갑판적화물(제9조) 등의 경우를 말한다.

그런데 함부르크규칙에서는 船舶의 堪航能力에 관하여 아무런 規定도 두지 않고 있다. 그렇다고 이 條約이 運送人의 堪航能力 注意義務를 부정한 것은 아니며, 단지 過失의 推定에 바탕(presumption of fault)을 둔 運送人의 責任(함부르크규칙 제5조 1항)에 堪航能力 注意義務도 당연히 포함된 것으로 해석되기 때문에 별도의 規定을 두지 않은 것이다.

#### 8. 運送人責任制限額의 引上

運送物의 滅失 또는 毀損으로 인한 손해의 경우 헤이그 비스비 규칙과 함부르크 규칙의 運送人의 責任制限方式은 동일하나 責任限度金額에서 함부르크 규칙은 1포장(package) 또는 1선적단위(shipping unit)에 대하여 835SDR 또는 중량 1kg당 2.5SDR에 상당하는 금액 중 높은 금액으로 制限한다고 하여(함부르크규칙 제6조 1항 (a)호), 헤이그 비스비규칙의 666.6SDR 또는 2SDR과 비교할 때 責任金額이 약 25퍼센트 인상되었다.

#### 9. 산 動物과 甲板積貨物

헤이그 비스비 규칙은 산 動物과 甲板積貨物에는 처음부터 적용되지 않는 데 반하여, 함부르크 규칙은 원칙적으로 이들에게도 적용되지만 그러한 運送의 特性을 고려하여 일정한 制限規定을 두고 있다(함부르크규칙 제5조 5항, 제9조).

#### 10. 責任의 提訴期間

헤이그 비스비 규칙에서 運送人責任의 提訴期間은 1년으로 規定한데에 비하여, 함부르크 규칙에서는 이것이 2년으로 연장되었다.

### 제5절 1980년 UN國際複合運送條約

#### I. 성립배경

지난 30여년 동안 세계무역은 급격히 증대하였고, 이에 따라 國際運送도

技術的인 면에서나 組織的인 면에서 급격하고 근본적인 변화를 겪어 왔다. 이러한 변화는 海上運送에서의 컨테이너선의 도입과 화물의 통합 및 취급의 새로운 방법, 항공 및 해상의 화물운송에서의 컴퓨터 및 새로운 운송증권의 이용 등에 의해서 이루어졌다<sup>42)</sup>.

複合運送이 본격화되기 이전의 海上, 陸上, 航空運送 등과 같은 單一運送은 運送人과 貨主 사이의 危險負擔에 관하여 각각 상이한 條約에 의거하여 각각의 運送區間마다 별도의 運送人의 責任原則이 適用됨으로 인하여 個別法 體系를 유지하여 왔다<sup>43)</sup>. 그러나 기존의 運送法制은 國際運送法制에 統一, 秩序 및 確實性을 부여하여 國際貿易의 增大에 공헌하였으나<sup>44)</sup>, 國際化物運送은 주로 單一區間에서 이루어지며 他運送手段의 이용은 부수적이라는 전제를 두고 있기 때문에<sup>45)</sup>, 컨테이너를 이용하는 複合運送에 대처하지 못하였다. 즉 複合運送은 복수의 상이한 運送手段을 결합한 運送方式에 의해 이루어지며, door to door서비스에 의한 全 運送區間을 單一의 運送契約, 單一의 責任主體, 單一의 責任體系가 준수됨을 原則으로 하고 있다. 따라서 종래의 單一運送에 관한 國際條約들을 國際複合運送에 그대로 적용하는 것은 무리가 있다는 견해가 강하게 대두되었다<sup>46)</sup>.

컨테이너 複合運送의 발달에 따르는 複合運送人의 責任問題에 관하여는 혹은 각국의 實定法의 테두리 안에서의 解釋論을 통하여 또는 각 區間運送條約에 複合運送에 관한 補充規定을<sup>47)</sup> 둬으로써 그 해결을 시도하여 왔으며, 그러한 노력들이 어느 정도 해결책을 제시하고 있는 것은 사실이다. 가령 컨테이너를 運送人의 責任制限의 단위로서 포장물(package)로 볼 것인가 하는 점에 대한 미국의 判例理論의 전개라든가<sup>48)</sup>, 通運送 내지 通船荷證券의 이론을 複合運送에 관하여 확대적용하려는 시도 등은 좋은 예라고 할 수

42) Erik Chrispeels, *The United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods : A Background Note*, European Transport Law, Vol. 15., No. 4, 1980, p. 357

43) 飯田秀雄, 海陸複合運送の研究, 成山堂書店, 1980, 357면

44) M.D. Booker, *Containers : Conditions, Law and Practice of Carriage and Use*, Vol. I, 1987, p. 105

45) K. Nasseri, *The Multimodal Convention*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 19, No. 2, 1988, p. 232

46) 加藤修, 國連國際物品複合運送條約의成立に伴う貨物海上保險の問題點について, 損害保險研究, 第43卷 1號, 損害保險事業研究所, 1984, 14~15면

47) 1970년 國際鐵道物件運送條約(CIM) 제2조. ;1929년 바르샤바條約(Warsaw Convention) 제31조 ; 1978년 함부르크 규칙(Hamburg Rules) 제1조 6항 등

48) 송상현, 컨테이너 貨物運送人의 責任에 관한 英美法上の 法理와 그 應用可能性, 법학 제23권 1호, 서울대학교, 1982 참조

있다. 그러나 이러한 制限的인 解決策만으로는 複合運送人의 責任에 관한 本質的인 문제, 즉 發生區間이 확인되지 아니한 손해에 대한 責任關係의 해결에는 미흡하기 때문에 특히 複合運送人의 責任을 중심으로 해서 규제할 필요성이 대두되었다.

單一方式運送法制下的 複合運送은 복잡하고 예측하기 어렵기 때문에 複合運送의 責任과 複合運送契約을 규제할 통일된 複合運送法制의 제정을 통하여 複合運送에서의 統一性(uniformity)과 豫測性(predictability)<sup>49)</sup>을 부여할 필요성이 대두되었다. 이러한 필요성에 부응하여 複合運送을 규제하는 단일의 國際複合運送法制를 마련함으로써, 國際複合物件運送에 관한 문제의 해결책을 제시하기 위한 규칙의 제정, 및 새로운 複合運送證券의 채택으로 나타났다<sup>50)</sup>.

## II. 1980년 UN複合運送條約의 내용

複合運送<sup>51)</sup>은 상이한 운송수단을 결합한 運送方式이므로 複合運送이 理想的으로 실현되기 위해서는 單一의 主體와 責任體系(single carrier's liability or uniform liability system)을 중심으로 해서 규제할 필요가 있다<sup>52)</sup>. 이 때에 複合運送인 責任이 國內法에 따를 것인가 또는 國際條約에 따를 것인가 하는 것과, 國際條約에 따를 경우 개개의 運送區間에 관계없이 각 구간 單一責任制度에 따를 것인지 그렇지 않으면 개개의 損害發生區間에 적용되는 法規에 따르는 각구간 異種責任制度에 의할 것인가 하는 것이 國際複合運送의 중심과제이다.

---

49) 운송이해관계자와 화물이해관계자 사이의 위험분담문제를 명확히 하기 위하여, 國際運送法制는 통일성과 예측성의 정도가 클수록 좋다. 보다 명확한 위험분담에 의해서만 運送物에 대한 부보가 가능하고 분쟁의 소지가 감소될 수 있기 때문이다(A.G. Rohreke, *Combined Transport and the Hague Rule*, *European Transport Law*, Vol. 10, 1975, p. 634).

50) K. Nasser, *op. cit.*, p. 254

51) 複合運送이란 용어가 공식적으로 사용된 것은 1949년 국제상업회의소(ICC)의 “國際複合運送證券에 관한 條約”의 예비초안에서 종래의 일관운송(transport homogène)에 대립발전된 용어로서 複合運送(transport combiné or hétérogène)이란 표현을 사용한 것에서 비롯된다. 그 후 複合運送에 대한 용어는 Combined Transport, Intermodal Transport, Multimodal Transport 등 3가지가 혼용되어 왔었다. 즉 TCM條約案 및 ICC통일규칙에서는 Combined Transport, 1980년 UN 複合運送條約에서는 Multimodal Transport, 미국에서는 Intermodal Transport라 했었다(임석민, *船荷證券論*, 도서출판 두남, 2000, 358쪽, 각주 30번).

52) 飯田秀雄, 前掲書, 77面

## 1. 責任의 主體

1980년 UN複合運送條約 제1조 2항에서는 複合運送人(Multimodal Transport Operator : MTO)을 중심개념으로 하여 複合運送關係 또는 그 일환인 責任關係의 主體로 삼고 있다. 즉 “複合運送人은 운송을 의뢰한 送荷人의 상대방 당사자로서 자신이 직접 契約을 체결하거나 또는 자신에 갈음하여 행위하는 代理人을 통하여 複合運送契約을 체결하고 送荷人이나 複合運送 遂行에 관여하는 運送人의 代理人으로서나 그들에 갈음하는 地位로서 행위하는 것이 아니라 主體로서 행위를 하고 또 契約의 履行에 관하여 責任을 지는 사람을 말하는 것이다”라고 規定하고 있다. 위의 規定에서 볼 때 複合運送人은 運送物을 자기의 보관 아래 受領한 때로부터 이를 引渡할 때까지 全 運送區間에 걸쳐 運送物에 관한 契約 所定の 責任을 부담하는 主體가 된다. 즉 複合運送人이라는 單一主體에게 責任을 집중시킴으로써 運送物의 損害에 대한 賠償請求의 상대방을 명확하게 결정할 수 있도록 한 것이다. 이는 複合運送의 責任主體를 결정하는 방법 중에서 單一責任體系(uniform liability system)에 해당한다고 할 수 있다.

## 2. 責任의 範圍와 期間

複合運送人은 運送物의 수령시부터 최종 수하인에게 인도할 때까지 자기 또는 그 사용인 등의 歸責事由로 인하여 運送物에 생긴 滅失, 毀損 또는 引渡遲延損害에 대한 責任을 부담한다(UN複合運送條約 제14조, 제15조, 제16조 참조). 따라서 複合運送人의 責任의 범위는 運送物에 대한 滅失, 毀損 또는 遲延손해에 한정하고, 기간으로는 運送物의 受領時부터 最終受荷人에게 引渡하기 전 기간에 걸쳐 자기 자신의 행위 뿐만 아니라 그 使用人, 代理人 기타 履行補助者의 행위에 대해서도 責任을 부담한다.

UN複合運送條約에 의하면 複合運送人의 賠償責任의 대상에는 運送物의 滅失 또는 毀損으로 인한 損害, 곧 物質的 損害는 물론 引渡遲延의 定義 및 引渡遲延이 장기화된 경우 賠償請求人의 滅失取扱權에 관한 特則을 두고 있다. 즉 引渡遲延에 관하여 화물이 明示적으로 合意된 기한 내에, 그러한 合意가 없는 경우에는 당해 사안의 情狀을 고려하여 성실한 複合運送人에게 합리적으로 요구되는 기한 내에 인도하지 못하는 것을 말하며(UN複合運送

條約 제16조 2항), 이와 같은 引渡期限이 지난 후 90일이 경과하도록 運送物이 인도되지 않는 경우에는 賠償請求人은 일방적으로 運送物이 滅失된 것으로 취급할 수 있도록 規定하고 있다(UN複合運送條約 제16조 3항). 이 경우에 화주 측에서는 引渡遲延으로 취급하고 運送物의 引渡를 청구할 수 있지만, 運送人 측에서는 運送物의 引渡가 가능하더라도 滅失로 취급하려는 貨主 측의 권리를 방해하지 못한다<sup>53)</sup>.

UN複合運送條約에서 複合運送人이 責任을 지는 기간은 화물을 자기보관하로 수령한 때로부터 화물을 인도한 때까지이다. 즉 責任期間의 始期는 複合運送人이 送荷人이나 送荷人에 같음하여 행위를 하는 사람이나 受領地의 法令에 의하여 운송을 위하여 運送物을 교부하여야 할 정부기관 또는 기타의 제3자로부터 運送物을 인수한 때이며, 受荷人에게 運送物을 교부하거나 受荷人이 複合運送人으로부터 運送物을 수령하지 않을 경우 複合運送契約 또는 引渡地의 法律이나 당해 去來의 慣行에 따라 運送物을 受荷人이 처리할 수 있는 상태로 두거나 引渡地의 法令에 의하여 運送物의 인도에 개입하는 정부기관 또는 기타의 제3자에게 運送物을 교부한 때를 責任기간의 終期로 한다(UN複合運送條約 제14조 2항).

### 3. 責任의 內容과 制限

複合運送人은 複合運送契約을 체결하여 本人으로서 행위를 하고 契約履行의 責任을 부담하도록 하며, 이러한 複合運送人은 스스로 複合運送의 모든 단계의 운송을 직접 실행할 수도 있지만, 실제 複合運送이 그의 조직 안에 전 운송과정에 걸친 운송을 이행하기 위한 운송수단을 보유한다는 것은 어려운 일이므로 下受運送人에게 맡기는 것이 보통이다. 그러나 複合運送制度나 條約採擇의 근본적인 취지는 物品의 滅失 또는 毀損으로 인한 손해가 운송의 어느 단계에서 발생했는가를 불문하고 送荷人이나 受荷人 등은 오로지 複合運送人만을 대상으로 하여 責任을 추구할 수 있도록 하자는데 있으므로 複合運送에 관한 法的 문제의 초점은 항상 複合運送人의 責任問題에 집중되고 있다.

#### (1) 異種責任體系(network liability system)

53) 이근성, 國際聯合國際物件複合運送條約과 複合運送인 責任體制의 確立, 계간 하주, 한국하주협의회, 제9호, 1980, 16쪽

이 제도 하에서 複合運送人의 責任은 滅失 또는 毀損 등의 損害가 발생한 場所나 運送手段을 알수 있는 경우(이른바 “known damage”의 경우)에는 거기에 적용되는 法에 따라서 결정된다. 적용되는 法에는 관계되는 國際運送條約과 國內法을 포함한다. 여기서 유의할 점은 責任의 有無와 範圍를 결정함에 있어서 責任의 條件, 各種의 抗辯, 責任의 限度 등을 모두 적용되는 法에 따른다는 사실이다. 예컨데, 損害가 複合運送의 海上運送區間에서 발생한 사실이 입증되면 複合運送人의 責任은 1924년 헤이그 규칙이나 1968년 헤이그 비스비 규칙에 따라서 결정된다는 것 등이다.

한편, 만약 滅失 또는 毀損 등의 損害가 발생한 場所나 運送方式을 확인할 수 없어서(이른바 “concealed damage” 또는 “unknown damage”의 경우) 적용될 條約이나 國內法規를 알 수 없는 경우에는 따로 정한 責任限度에 따른다.

이 제도에 의하면 複合運送人은 送荷人이 마치 각 運送方式에 따라 運送人들과 개별적으로 運送방식에 따라 運送人들과 개별적으로 運送契約을 체결한 경우와 같은 내용의 責任을 지기 때문에 기존의 運送條約과 조화가 잘되어서 條約사이의 충돌을 피하거나 적어도 최소한도로 줄일 수 있다는 장점이 있다<sup>54)</sup>.

## (2) 單一責任體系(uniform liability system)

이 제도에 의하면 複合運送人은 물건의 滅失 또는 毀損 등 損害가 발생한 場所나 運送方式의 여하를 묻지 아니하고 동일한 내용의 責任을 진다. 즉, 複合運送人의 責任原則, 抗辯의 制限이나 責任의 限度에 있어서, 하나의 運送方式에 의한 運送人의 경우와는 전연 다른 특수한 責任制度를 취한다는 점이다<sup>55)</sup>.

이 제도의 장점으로서는 運送人 측으로 볼 때 간명함과 다툼을 제거할 수 있는데 있다고 한다<sup>56)</sup>.

이 제도에 지적되는 단점으로는 무엇보다도 複合運送에 있어서 責任水準

54) S. Mankabady, *Some legal aspects of the carriage of goods by container, International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 23, 1974, p. 334

55) 이균성, 前揭論文, 9~10쪽

56) S. Mankabady, *Ibid.*, p. 335

의 통일을 기함으로써 각 運送方式別로 이미 확립되어 있는 責任水準의 통일을 깨뜨린다는 점이다. 예컨대, 같은 성질을 가진 동일한 船舶에 적재되어 運送되는 경우에 複合運送인 경우와 海上運送인 경우의 責任水準이 달라지기 때문이다. 또 합리적인 單一의 責任水準을 결정하는 것도 매우 어려운 일이다<sup>57)</sup>.

UN複合運送條約 제16조 1항에 의하면 複合運送人은 자기의 보관 하에서 발생하는 損害에 대하여 責任을 지지만, 複合運送人이나 그 使用人 등이 事故發生과 그 결과를 배제하기 위하여 合理的으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것을 증명하면 그러하지 않는다. 이는 推定된 過失 혹은 怠慢의 原則(principle of presumed fault or neglect)을 規定한 것으로 運送手段의 異種 여하를 묻지 않고 統一의으로 적용되는 複合運送人의 責任의 조건이 된다.

責任의 한도에 관하여는 1968년 헤이그 비스비 규칙에서 비롯되고 1978년 함부르크 규칙에서 채택하고 있는 二元的 基準을 채택하여 포장물 또는 기타의 선적단위와 중량의 양 기준을 두고 規定하고 있다. 즉, ㉔ 條約 제18조 1항에서 1포장 또는 기타의 船籍單位에 대한 920SDR과 총중량 kg당 2.75SDR중 많은 금액으로 하여 海上運送 또는 內水運送이 포함된 모든 複合運送에 통일적으로 적용되도록 하고(제18조 1항), ㉕ 다만 契約에 의하여 內水運送 또는 海上運送을 포함하지 않는 경우의 責任限度는 이를 滅失 또는 毀損된 物件의 중량 kg당 8.33SDR로 規定하여 單一責任體系를 기본으로 삼고 있다(제18조 3항). ㉖ 그러나 제19조에서 그 예외로서 發生區間이 判명된 損害에 관한 規定을 두어 물건의 滅失 또는 毀損이 複合運送의 어느 한 特定區間에서 발생하고 그 구간에 관하여 적용되는 國際法 또는 強行的 國內法에 위 ㉔ 및 ㉕의 한도보다 높은 한도를 規定하고 있는 경우에는 複合運送人의 責任한도는 그러한 條約 또는 國內法의 規定에 따라서 결정된다고 規定하여 移種責任體系의 성격을 가미하고 있다.

또한 引渡遲延으로 인한 損害에 대한 複合運送人의 責任은 遲延된 화물에 대하여 지급될 운임의 2.5배에 상당하는 금액으로 制限하되, 複合運送契約下에서 지급되는 運賃總額을 초과할 수 없도록 規定하고 있다.

위와 같이 運送物의 滅失 또는 毀損의 경우의 責任限度額과 引渡遲延의 경우의 責任限度額이 각각 다르지만 引渡遲延과 함께 일부의 滅失 또는 毀

57) 임동철, 1980년 유엔國際物件複合運送條約에 관한 研究, 前掲書, 254쪽

損이 생긴 경우에는 遲延損害와 滅失 또는 毀損損害에 대하여 각각 독립된 2개의 한도액이 적용되는 것은 아니다. 이러한 경우 複合運送人의 責任限度額의 總額은 그 責任發生의 대상인 運送物의 全損의 경우에 인정되는 責任限度를 초과할 수 없도록 規定하고 있다(제18조 5항).

#### 4. 責任制限權의 喪失

UN複合運送條約은 複合運送人이나 그의 使用人 또는 代理人 등의 履行補助者가 責任制限의 權利를 상실하는 경우에 관하여 規定을 두고 있는데, 그 내용은 1968년 헤이그 비스비 규칙이나 1978년 함부르크 규칙에 있어서의 그것과 마찬가지로이다. 즉, 滅失 또는 毀損 혹은 引渡遲延이 그러한 滅失 또는 毀損 혹은 遲延을 일으킬 의도로서 또는 무모하게 또한 그러한 滅失 또는 毀損 혹은 遲延이 일어나리라는 것을 알면서 한 複合運送人이나 그 使用人, 代理人 등 複合運送人의 履行補助者의 作爲 또는 不作爲로 인하여 생긴 것이 증명된 때에는 複合運送人은 이 條約에 規定된 責任制限의 權利를 갖지 못한다(제21조 1항).

마찬가지로 滅失 또는 毀損 혹은 遲延이 複合運送人의 使用人이나 代理人 등 履行補助者의 위의 제 21조 1항에 준하는 作爲 또는 不作爲로 인하여 생긴 것이 증명된 때에는 그러한 使用人이나 代理人 등 履行補助者도 이 條約에 規定된 責任制限의 權利를 가지지 못하도록 規定하고 있다(제21조 2항).

#### 5. 責任의 確保

複合運送에서는 複合運送人에 대한 責任의 確保 문제 이외에 複合運送人이 貨主 등에게 損害賠償을 한 후 下受運送人인 個別運送人에게 구상권을 행사하게 되는 경우가 많으므로 이 求償權도 또한 무리없이 확보되어야 하는 문제가 있다. UN複合運送條約은 이러한 점을 배려한 것으로 보이는데, 이를 分說하면 다음과 같다.

##### (1) 損害의 通知

物件의 滅失 또는 毀損의 경우의 損害通知期間은 滅失 또는 毀損이 外觀上 명백하지 않은 경우 물건이 受荷人에게 인도된 날로부터 6일 이내로 되

어 있는 점을 제외하고는 함부르크 규칙의 경우와 같다(제24조 1항 내지 4항 및 6항).

UN複合運送條約이 외관상 명백하지 않은 滅失 또는 毀損에 대한 통지기간은 6일로 한 것은 國際鐵道物件運送條約이나 國際道路物件運送條約의 경우의 통지기간 7일보다 짧게 하여 複合運送人의 입장을 곤란하지 않게 하려는 배려로 보인다<sup>58)</sup>. 헤이그 비스비 규칙에서는 통지기간이 물건의 인도후 3일 이내로 되어 있으므로 만약 複合運送條約이 헤이그 비스비규칙과 동시에 시행된다면 複合運送人은 下受運送人에 대한 구상이 어려움이 있을 것임을 쉽게 짐작할 수 있다.

引渡遲延의 경우의 통지기간 60일도 함부르크 규칙의 경우와 같다(제24조 5항).

## (2) 提訴期間

物件의 引渡後 또는 全部滅失 등으로 引渡되지 아니하였을 때에는 인도되어야 할날 이후 6개월 이내에 청구의 종류와 주된 명세를 기재한 문서에 의한 통지에 複合運送人에게 행하여진 경우에는 訴訟節次 또는 仲裁節次의 提訴期間은 引渡後 2년이나, 그러한 通知가 없는 경우의 提訴期間은 引渡後 6월이다(제25조 1항).

複合運送에서는 複合運送人의 下受運送에 대한 求償權의 행사를 방해하지 않도록 배려할 필요가 없으며, 그러기 위하여는 이 條約上の 提訴期間을 다른 구간별 運送에 관한 條約上の 提訴期間보다 短期로 할 필요가 있다. 그러나 送荷人의 提訴期間을 2년보다 짧게 하는 것은 貨主의 이익을 보호한다는 관점에서 문제가 있었으므로 그러한 요청의 타협으로 수하인에게 請求의 豫告를 하도록 함으로써 複合運送人에게 필요한 求償請求訴訟을 제기할 수 있는 여유를 부여한 것이다<sup>59)</sup>.

## III. 1980년 UN複合運送條約에 대한 評價

어렵사리 만들어진 UN複合運送條約이 채택된지 수 년이 경과한 오늘날까

58) 樓井玲二, 複合運送の責任 - 國連協約と實務上の證券, 海事産業研究所報, No., 200, 1983. 2, 95面

59) 樓井玲二, 上掲論文, 108面

지 그 효력을 발휘하지 못하고 있다. 그것은 근본적으로 條約의 준비과정에서 실무계를 대표하는 國際機構들인 ICC(International Chamber of Commerce : 國際商業會議所), IUMI(International Union of Marine Insurance : 國際海上保險聯合會), ICS(International Chamber of Shipping : 國際海運會議所)등이 複合運送人의 責任에 대해 異種責任體制(network liability system)를 지지해왔음에도 불구하고 UN複合運送條約은 複合運送의 이상을 추구한 나머지 현실기반을 무시하고 소위 修正된 單一責任體系(modified uniform liability system)를 채택하였기 때문이다<sup>60)</sup>.

또한 UN複合運送條約上 複合運送人의 責任은 헤이그 비스비 규칙상의 海上運送人의 責任보다 38% 무거우며, 함부르크 규칙의 경우보다 10% 무겁다. 그러나 이러한 수치보다 컨테이너運送과 관련하여 二元的인 責任基準을 검토할 때 문제가 생긴다.

즉, 條約은 제18조 2항에 이른바 “Container Rule”을 두고 있어 컨테이너·펠리트 기타 이와 유사한 運送用具가 물건을 혼재하기 위하여 사용되는 경우에 포장물 또는 다른 적재단위가 그 運送用具 안에 포장되어 있고, 또한 複合運送證券(multimodal transport document)에 기재되어 있는 경우에는 이를 包裝物 또는 積載單位로 보고, 컨테이너 등 運送用具 내의 물건 전체를 하나의 적재단위로 보지 아니한다. 그런데 컨테이너運送에 있어서 포장물의 절반 이상의 무게가 20kg이하일 정도로 포장물의 단위가 크지 않다고 한다<sup>61)</sup>. 또한 오늘날 航空運送人의 責任限度가 가장 무거운 것으로 알려졌다<sup>62)</sup>, 포장의 크기가 54kg이하인 경우에는 複合運送인의 責任이 훨씬 무겁다.

오늘날 複合運送은 사실상 컨테이너運送과 같은 의미로 해석되기 때문에 무거운 상자(crate)나 꾸러미(bundle)등이 화물의 상당한 부분을 차지하는 이른바 break bulk cargo(재래선의 포장화물)에 적합한 二元的 基準은 複合運送의 경우에는 부적합하다는 지적도 있다<sup>63)</sup>.

60) 이성민, 複合運送人의 責任과 保險, 조선대학교 출판국, 1998, 68쪽

61) M.G. Graham, *The Economic and Commercial Implications of the Multimodal Convention*, Papers of Southampton Seminar, 1980. 12, p. F7

62) kg당 17SDR, 1929년 바르샤바條約(The Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Transportation by Air)에서는 航空運送人의 責任限度를 kg당 250프랑으로 하였으나 1975년 몬트리올 제4의정서에서 改正되었다(임동철, 前掲書, 168~172쪽).

63) Anthony Diamond, *Legal Aspects of the Convention*, Papers of Southampton Seminar, 1980. 12, p. C23

즉, 이른바 二元的 基準(重量과 包裝 또는 積載單位)을 사용한 결과 複合 運送人의 責任限度가 너무 과중하다는 점과 責任限度의 내용에 관한 規定이 너무 복잡하여 당사자의 예측가능성을 해치고 있다고 있다는 지적을 받고 있다<sup>64</sup>).

우리나라는 條約의 채택을 위한 國際聯合會議의 재개된 회기(resumed session, 1980년 5월 8일부터 24일까지)에 대표가 참석하였으나, 서명은 하지 않았다<sup>65</sup>. 즉 우리나라는 條約에 반대하는 입장이었으며, 이것이 海運界를 중심으로 한 우리의 당시의 지침이기도 하다. 우리나라는 앞으로도 계속하여 海運力을 증강시킬 계획이므로, 이 條約의 적용을 받게 되면 複合運送人으로서 運送을 담당하여야 할 海上運送人의 경우 그 責任이 가중되는 등 여러가지 면에서 현행 제도에 비하여 불리한 처지에 서게 되기 때문인 것으로 보인다. 반면에 貨主國들은 그들의 이익보호를 위하여 이 條約의 조기비준을 촉구할 것으로 보이며, 따라서 先進國과 開發途上國들의 이 條約에 대한 태도 등 國際동향을 면밀히 관찰하고 분석하면서 신중하게 대처할 필요가 있다<sup>66</sup>).

### 제3장 現行 海上物件運送法の 問題點

이 章에서는 海上物件運送法の 內容에 관한 合理的인 方向을 제시하기 위하여 다양한 海上物件運送契約의 諸形態와 1991년 改正 海上物件運送法の 主要內容을 살펴보고 現行 海上物件運送法の 문제점을 진단하도록 한다. 多様な 形態의 運送必要(need)에 따라 다양한 形態의 海上物件運送契約이 존재할 수 있게 되고, 또한 船舶所有者 혹은 運送人의 입장에서 具體的 事情과 條件에 따라 船舶을 어떻게 所有와 管理, 使用할 것인가가 결정되는 것이며, 그 運航과 商品의 移轉過程에서 각 契約當事者의 費用과 責任의 負擔 등 복잡하고 다양한 形態의 法律關係가 형성되는 것이다<sup>67</sup>. 그러나 우리 海上物件運送法은 不定期海運에서 중요한 지위를 차지하고 있는 傭船契約에 관하여 實效性이 없는 규정과 解釋論上 심각한 문제점을 야기시킬 수 있는 규정을 갖

64) Anthony Diamond, *Ibid.*, p. C25

65) TD/MT/CONF./16/Add. 1 p. 3 and p. 14

66) 이 條約은 2002년 9월 현재까지 발효되지 못하고 있다(William Tetley교수 홈페이지, <http://tetley.law.mcgill.ca/>, 검색일 2002년 9월 27일).

67) E. R. Hardy, *Paynes and Ivory's Carriage of Goods by Sea*, 12th ed. Butterworths, 1985, pp. 1~7

고 있음을 부인할 수 없다. 특히, 종래 海商法 改正方式은 주로 관련 규정에 관한 그 사이에 있었던 國際條約이나 海外法理를 반영하고, 業界의 要求事項이나 적용하는 과정에서 생성된 判例를 검토하여 商法의 내용을 변경하는 방식을 취하였는 바, 그 개정은 部分的인 것이 되고 全體的인 것이 되지 못하였다. 海商法 중 특히 運送契約法은 그 전체를 體系的으로 조망하고 구성하며 적용할 수 있지 않으면 안되므로, 이러한 原則 하에서 合理的인 改正方向의 제시를 위한 문제점을 지적하고자 한다.

### 제1절 海上物件運送契約

商品의 生産者 혹은 輸出者가 海外에 있는 그 商品을 필요로 하는 顧客에게 商品을 전달하기 위하여는 費用과 便宜를 고려하여 체결된 賣買契約에 따라 商品의 賣買金額을 결정한 후 運送方法을 찾게 된다. 運送方法이 결정되어 船舶에 船積하게 되면 이른바 船荷證券이 발행되어 그 商品을 필요로 하는 海外의 顧客은 船荷證券과 相換으로 商品을 受領하게 된다.

海上運送 過程에서 商品의 一部가 예상하지 못한 海難을 조우하여 바다 위에 投荷될 수도 있고, 全部 滅失될 수도 있다. 또한 아예 船舶이 運航 자체가 불가능하게 되어 外部的 助力에 의하여만 船舶과 船積된 商品이 救助될 수 있는 상황이 발생할 수 있는 것이며, 商品이 이같은 海難에 의하거나 혹은 海上運送 責任을 부담하는 者의 過失에 의하여 滅失 또는 毀損될 수 있는 것이어서 복잡한 法律關係를 형성하기도 한다.

또한 商品을 海外의 顧客에게 전달하려는 生産者 혹은 輸出者는 그 자신의 필요 또는 상품의 규모 등 費用的인 側面을 고려하여 다양한 형태의 船舶運航을 필요로 하게 되는 경우가 있게 된다. 즉, 이것을 貨主의 側面에서 구별한다면,

첫째, 一定期間동안 船舶을 全部 用益하거나(定期傭船 : time charter),

둘째, 一定航海동안 船舶의 全部 또는 一部를 用益하거나(航海傭船 : voyage charter 및 個品運送)

셋째, 경우에 따라 아예 一定期間동안 船舶을 임차하는(裸傭船 : bare boat charter 혹은 船舶賃貸借 ; charter by demise) 등 다양한 방법을 강구하게 된다.

#### I. 裸傭船契約(船舶賃貸借契約)<sup>68)</sup>

船舶賃貸借인 裸傭船契約의 경우에 사용되는 國際的인 標準書式으로는 BARECON이 있다. 그 주된 내용은 船舶의 管理補修, 船員의 配乘, 必要品の 補給 등 船舶의 運航과 管理에 관한 일체의 權利를 裸傭船者가 保有하고, 裸傭船者는 이에 相應하는 傭船料를 船舶所有者에 지급한다는 것이다. 따라서 船舶의 實際的인 占有, 支配·管理는 自身이 雇傭한 船員을 통하여 裸傭船者가 직접 행하고 있다. 工作物上의 責任에 있어서 占有者인 裸傭船者는 1次的인 責任을 지고 所有者인 船舶所有者는 2次的인 無過失責任을 진다. 裸傭船料는 純전히 船舶이라는 資本에 대한 對價이다.

裸傭船者도 船員法·船舶安全法·船舶職員法·海洋汚染防止法 등의 義務의 主體가 된다. 이러한 限度에서는 船舶에 대한 管理를 하지 않는 船舶所有者의 權利는 免除된다<sup>69)</sup>.

裸傭船契約은 特定 船舶을 賃貸借期間동안 傭船者에게 占有를 移轉시켜서 海上運送의 수단으로서 使用收益토록 하기 때문에 運送契約인 定期傭船契約 및 航海傭船契約과 그 法的 性質을 달리한다<sup>70)</sup>.

## II. 定期傭船契約

定期傭船의 경우에 우리나라 뿐만 아니라 國際적으로 사용되는 標準書式으로는 NYPE<sup>71)</sup>와 BALTIME<sup>72)</sup>이 있다. 그 주된 內容은, 船舶所有者 혹은 裸傭船者는 船員이 딸린 船舶을 一定期間 提供하고, 船舶의 維持, 管理, 補修를 자신이 擔當하며 船舶을 항상 使用可能한 상태로 유지하고, 定期傭船

68) 대표적인 裸傭船契約書로는 BIMCO의 “BARECON 1989” 표준서식이 있다 (The Baltic and International Maritime Council ; BIMCO, *Forms of Approved Documents*, 2001 참조).

69) 최종현, 傭船契約 基礎理論, 목포해양대학교 해양산업연구소 주관 제2차 해상사건처리 전문가과정, 2001. 8, 9쪽

70) 박용섭, 定期傭船契約法論, 효성출판사, 1999, 92쪽

71) NYPE는 New York Produce Exchange의 약자이며, 뉴욕상품거래소에서 제정한 標準定期傭船契約約款이다. 1913년에 제정되어 1921년, 1931년, 1846년에 改正되었으며, 최근에는 1993년에 다시 改正되었다. 1993년의 改正서식의 주요 改正내용에 대하여는 박용섭, 뉴욕프로두스 定期傭船契約書(1993)의 主要改正에 관하여, 海法·通商法 제7권 1호, 한국해사법학회, 1995, 7쪽 이하 참조.

72) BALTIME은 The Baltic and International Maritime Conference Uniform Tim Charter의 약자로서 1909년 2월에 BIMCO의 코펜하겐 회의에서 제정되었으며, 1911년, 1920년, 1939년, 1950년, 1974년에 改正이 있었다(박용섭, 上掲書, 1쪽).

者는 使用의 對價로 使用可能日數當 一定金額의 定期傭船料를 支給한다는 것이다<sup>73)</sup>.

一定期間에 대한 船舶使用權은 定期傭船者에게 移轉되므로, 航海나 碇泊中 時間使用에 대하여는 定期傭船者가 부담한다. 그러나, 船舶에 대한 修繕維持義務는 船舶所有者가 負擔하고 있으므로 修繕維持上 過失에 기한 時間의 喪失은 船舶所有者가 負擔한다. 그리하여, 定期傭船者가 傭船한 船舶을 運航에 使用할 수 없게 되는 경우에는 傭船料의 支給이 중단된다는 內容의 傭船料支給停止約款(off-hire clause)이 定期傭船契約에 존재하게 된다. 이 約款의 存在는 船舶에 대한 占有와 支配·管理가 定期傭船者에게 있지 않고 船舶所有者나 裸傭船者에게 있고 船舶에 대한 利用權만은 定期傭船者에게 있다는 중요한 標識가 된다.

基本的으로 定期傭船契約에서는 船舶所有者가 航海企業으로서 船舶의 航行과 運用に 관련된 事項 즉 海技事項을 責任지고, 定期傭船者는 船舶의 營業과 관련된 事項 예컨데, 燃料油의 補給, 港灣의 手配, 導船士의 手配, 荷役作業 등과 같은 商事事項을 責任지도록 費用分配가 이루어지고 있다<sup>74)</sup>.

定期傭船契約에서 중요한 約款으로 NYPE 제8조의 使用約款(employment clause)이 있는데, 이 約款의 內容은 船長 이하 船員은 船舶所有者가 지명하나 船長 이하 船員은 定期傭船者의 指示에 따른다는 內容으로 해석하여, 이 規定을 근거로 定期傭船者에 船舶에 대한 支配·管理權이 있다고 解釋을 하는 것이 우리나라와 日本의 多數說을 이루고 있다<sup>75)</sup>. 그러나 英國 普通法上 확립된 원칙은 employment(使用)란 employment of persons가 아니라 employment of ship이라는 것이고, 定期傭船者가 利用權을 갖는다 하더라도 그것은 商事的인 航海指示權에 한정되는 것이지 海技的 航海指示權까지 포

73) 최종현, 前揭論文, 9쪽

74) 定期傭船契約으로 인한 해상물건운송시 발생하는 화물의 멸실 또는 훼손과 관련하여, 船舶所有者와 定期傭船者 간에 責任의 분담에 관하여 국제 P&I 클럽의 공동체인 Inter Club에서 1970년에 처음 작성하여 1996년에 再改正된 합의서인 Inter Club Agreement가 있다. 이는 NYPE 제8조 하에서 화물취급과 관련한 손해배상청구에 대한 처리와 관련하여 화물의 멸실 또는 훼손의 원인에 따라 船舶所有者와 定期傭船者 간에 責任을 분담하는 비율을 정한 것이며, 定期傭船契約書에 명시적으로 “Inter Club Agreement에 의한다”라는 조항이 삽입되면 그에 따라 船舶所有者와 定期傭船者간에 구상의 문제가 해결된다(Michael Wilford & others, *Time Charters*, 4th ed., LLP, 1995, pp. 311~314).

75) 최종현, 前揭論文, 9쪽

함하는 것은 아니다. 즉, 貨物의 船積港이나 揚陸港에 航進하도록 定期傭船者가 指示한 사항은 employment에 해당하나, 實際 航海上의 定期傭船者의 技術的인 간섭은 배제된다<sup>76)</sup>. 英國의 先導的 判例은 “employment를 船員의 雇傭으로 解釋하게 되면 異質的인 要素를 끌어들이게 되며, 만일 employment라는 用語가 船舶使用 自體에 관한 指示 외에 당시에 발생하는 모든 事項을 포함한다고 解釋하면, 船舶所有者는 船舶이 定期傭船者의 指示를 따른 결과로 發生되는 모든 責任에 관하여 定期傭船者에게 補償을 청구할 수 있는 것이 되어 船舶이 航海 중에 입은 거의 모든 損害를 補償받을 수 있게 되어 定期傭船者가 부담하게 되어 있는 기타 모든 責任들은 무의미하게 되며, 또 定期傭船者는 船舶所有者의 戰爭保險 등에 의하여 擔保되는 損害에 대하여서도 責任을 져야 하는 결과가 되므로 부당하므로 船舶의 使用에는 航海에 관한 事項은 포함되지 않는다”고 판시하였다<sup>77)</sup>.

獨逸의 代表的 判例도 “定期傭船者는 船長·海員에 대하여 船舶所有者의 指示權에서 派生된다는 의미에서 ‘間接的’인 指示權을 갖는데 불과하고, 船舶의 全面的 利用이 맡겨져 있는 것도 아니라고 하면서, 定期傭船者는 船舶의 指揮를 船長에게 委任한 것이라고 볼 수 없으며, 따라서 이를 獨逸 商法 제510조의 他船艙裝者(우리 商法 제766조의 船舶賃借人에 해당)로 취급할 수 없다”고 판시하였다<sup>78)</sup>.

### III. 航海傭船契約<sup>79)</sup>

航海傭船契約이란 船腹의 全部나 혹은 一部를 提供하여 貨物을 運送하기 위하여 引受하는 契約으로, 船腹의 利用에 목적을 둔 것이다<sup>80)</sup>. 즉, 船舶所

76) 범양상선 주식회사, 海運實務教材, 1995, 124쪽 ; Raoul Colinvaux, *op. cit.*, para. 668 ; A. A. Mocatta & others, *op. cit.*, p. 376

77) Larrinaga S.S. Co Ltd. v. The Crown[1945] A.C. 246 (H.L)

78) BGH V.26. Nov. 1956, BGHZ 22, 197.

79) 航海傭船契約은 貨物의 종류에 따라 다음과 같은 서식으로 체결되는 것이 일반적이다(BIMCO, *op. cit.* 참조). 1. 곡물 : North American Grain Charter Party 1973, Baltimore Form C Berth Grain Charter(Form-C), Centrocon, Austwhaet 등, 2. 석탄 : American Welsh Coal 등, 3. 철광석 : C(Ore) 7, Sanjuanbay Ore 등, 4. 설탕 : Bulk Sugar Charter - U.S.A 등, 5. 비료 : Ferticon 등, 6. 소금 : Saltcon 등, 7. 원목 : Beizai, Nanyozai, North Pacific Standard 등, 8. 화학제품(탱커) : Intertankvoy 등, 9. 일반 : Gencon

80) 한국해사문제연구소, 傭船契約과 海上運送契約, 1993, 17쪽

有者, 裸傭船者, 定期傭船者 등 船舶使用權者가 傭船者 혹은 貨主에 대하여 일정한 貨物의 運送을 약속하고 그 對價인 運賃을 수령하는 契約이 航海傭船契約이다. 따라서 船舶에 대한 占有를 통한 어떠한 支配·管理權도 航海傭船者는 갖지 못한다. 다만 자기가 이용하도록 되어있는 船腹에 해당하는 貨物의 量에 대하여 다른 者와 航海傭船契約을 締結할 수 있다(이른바 再傭船契約). 航海傭船契約은 海上運送의 선구로서 일찍부터 발달한 것으로, 지난날 傭船契約의 대부분은 이 形態였다. 그런데, 19세기 중엽에 이르러 蒸氣船이 출현함으로써 기상상황에 따라 運送이 불확실해지는 지장이 없어지게 된 결과, 期間傭船契約의 形態를 거쳐서 현재와 같은 定期傭船契約이 이루어지게 된 것이다<sup>81)</sup>.

航海傭船契約의 주된 특징은 契約의 期間을 정함에 있어 통상 1개의 航海를 單位로 하고 貨物의 種類를 미리 정하는 것이다. 또한 連續航海傭船契約이라 하여 特定の 船積港 및 揚陸港 間에 反復 往來配船되는 경우가 있는데, 각 航海에 대하여 運賃<sup>82)</sup>이 정하여 진다는 점에서 一航海傭船契約과 다를 바 없다. 이 契約은 船積에서부터 揚陸까지의 1개 航海期間에 관한 傭船으로, 그 期間을 定期傭船의 경우와 같이 미리 약정하는 일이 없다.

航海傭船契約은 海商法에서 규정하고 있는 典型的인 海上物件運送契約이다.

#### IV. 個品運送契約과 複合運送의 發展

個品運送契約이란 定期船社가 個個의 貨物의 運送을 引受받는 것이다. 따라서 별도의 傭船契約이 존재하지 않고 個品運送契約의 證明으로서 혹은 權原證券으로서 船荷證券이 발행된다. 이 때의 運送契約의 當事者는 運送인과

81) 한국해사문제연구소, 前揭書, 18쪽

82) 항해용선계약에서는 선적과 양륙시 하역작업비용을 船舶所有者(運送人)가 부담할 것인가 아니면 航海傭船者가 부담할 것인가가 契約체결시 결정됨과 동시에 이 비용이 운임에 포함될 것인가 아닌가가 포함된다. 즉, FIO(Free in and out : 선적양하비용 船舶所有者(運送人) 무부담)조건으로 성약되면 이 비용만큼 운임율에 반영되지 않으며, Gross(선적양하비용 船舶所有者(運送人) 부담)조건으로 성약되면 이 비용만큼 운임율에 반영되어 최종적으로 운임이 결정되는 것이다(Julain Cooke & others, *Voyage Charters*. LLP, 2001, pp. 316~331 ; Norman J. Lopez, *Bes' Chartering & Shipping Terms*, Barker & Howard, 1992 p. 68 and p. 80).

送荷人 등 貨主이다. 보통의 個品運送의 경우에 運送人은 적어도 船舶에 대한 利用權을 갖는 海上企業이지만, 船舶에 대한 利用權조차 없으면서 運送人이 되는 자가 있다. 商法 제116조에 따른 介入權을 행사한 運送周旋人이 그 예이다. 運送周旋人이 介入權을 行使<sup>83)</sup>하면 運送周旋人이 送荷人과의 관계에서는 자신이 運送人이 되고 자신은 다시 送荷人으로서 實際運送人과 다시 個品運送契約을 체결하는 것이다. 즉, 運送周旋人은 介入權을 행사하여 運送契約의 當事者인 契約運送人이 된다.

契約當事者인 運送周旋人은 委託者와 運送契約을 체결하고 運送周旋人 船荷證券(house bill of lading)을 委託者에게 발행하여 주고, 자신은 다시 實際運送人과 契約을 체결하여 자신을 受取人으로 하는 船荷證券(master bill of lading)을 수령하게 된다. 따라서 두 개의 船荷證券이 존재하게 된다. 운송도중에 貨物의 滅失 또는 毀損의 문제가 발생한 경우에 貨主나 船荷證券의 所持人은 누구에게 損害賠償責任을 물어야 하는지가 쟁점이 된다. 運送周旋人은 船舶의 運航權者 혹은 利用權者와 어떠한 傭船契約도 작성하지 않는다. 運送周旋人은 實際運送人이 준비한 船舶에 편승하여 貨主에게 자신의 船荷證券을 발행하여 船荷證券上의 運送人으로서 責任을 지게 된다. 다만, 運送周旋人이 船荷證券上의 責任을 지는 것은 별도로 하고 船舶衝突 등 不法行爲上의 責任을 지는 일은 없다. 運送周旋人은 實際運送人에게 지급하는 運賃(이른바 buying freight)에 자신의 報酬을 포함하여 貨主에게 運賃(이른바 selling freight)을 청구하게 된다. 결국 運送周旋人이 취하는 것은 運賃에 붙은 프리미엄에 지나지 않는다.

그러나 위에서 보는 바와 같이 運送周旋人의 地位는 세계 제2차대전 이후 海運產業에 있어서의 技術革新과 高速化, 專用化, 大型化로 인하여 형성되어 온 海上物件運送의 컨테이너화(containerization)에서 複合運送人의 地位를 차지하는 것으로 점차 擴大되었다<sup>84)</sup>.

國際物品運送에는 傳統的으로 陸上運送과 海上運送, 航空運送 등 個個의 獨立된 운송수단으로 이용하는 分割運送體制(segmented transportation system)가 수반되어 왔으며 賣渡人과 買受人은 物品의 運送을 위하여 數次에 걸쳐 별도의 運送契約을 체결하여야 하며, 이에 따른 별도의 書類 作成

83) 운송주선인이 商法 제116조의 介入權을 행사하는 행위태양으로서의 자신의 명의로 선하증권을 발행하는 것이다(商法 제116조 2항). 관련되는 판례로는 大法院 1987. 10. 13 선고, 85다카 1080 판결(원심판결, 서울高等法院 1985. 4. 10 선고, 83나 1723)

84) 한국국제복합운송업협회, 複合運送의 理論과 實際, 1996, 11~14쪽

등 운송과정이 복잡함에 따라 소요비용 및 시간이 확대됨에 따라 運送周旋人이 이 운송의 全過程(though carriage)을 준비하고 각 運送區間마다 運送契約을 체결한 후 權原證券으로서의 한 개의 複合運送證券을 발행하는 형태의 一括서비스를 제공하는 複合運送契約의 法律關係도 형성되었다. 이는 海運企業의 定期船 서비스의 확대와 컨테이너 화물의 증대로 인하여 複合運送人의 法的地位 문제도 중요한 문제로 부각되었으며, 1980년 UN國際複合運送條約(United Nations Convention on International Multimodal Transport of Goods, 1980)이 채택되기에 이른 것이다.

#### V. 一部船腹傭船契約(slot charter 혹은 space charter)의 문제

이 형태는 海運企業間的 相互 船腹을 交換하는 形式 혹은 一方의 海運企業이 他方의 海運企業으로부터 일정 船腹을 賃借하는 形式으로 이루어지는 것이 보통이며, 서로 자신들이 運送을 하게될 화물의 安定的인 運送을 위하여 다른 船社들의 船腹을 미리 長期로 確保하고 이에 대한 傭船料<sup>85)</sup>를 지급하기로 하는 契約이다.

이 契約 形態의 法的性質에 관하여, 定期傭船과 航海傭船의 中間的인 것으로 볼 수 있다고 하는 見解도 있으나<sup>86)</sup>, 이는 航海傭船契約의 한 형태로 해석되어야 한다고 생각한다<sup>87)</sup>. 물론 一定期間동안 船腹에 대한 使用權을 취득한다는 점에서는 定期傭船과 비슷한 形態의 契約으로 추정되기도 하나, 그 使用權은 船腹交換契約의 一方當事者 혹은 船腹賃貸人이 運航 혹은 使用하는 船舶이 서비스하는 구간에만 適用되는 이른바 船腹豫約的 性格을 갖는 것으로 지극히 制限되며 船舶의 使用權을 갖는다고 보기 힘들다. 또한 이 見解에 의한다면 船腹交換契約 혹은 船腹賃借契約에 따라 船腹交換契約의 一方當事者 혹은 船腹賃借人이 事전에 契約에 따라 確保한 船腹에 全部 船積을 하지 못하였을 경우 발생하는 空積運賃(dead freight)의 근거는 설명하

85) 이 용선료는 裸傭船契約 혹은 定期傭船契約上에서처럼 일일당 및 일할계산되는 것이 아니라, 선복(대개 契約된 TEU)당 계산된다. 이는 船腹賃貸人이 船腹賃借人에게 선복임대를 하지 않고 화주로부터 직접 運送契約을 의뢰받는 경우의 運賃額과 市場狀況(즉, 항로별 선복의 수급관계상황)을 고려하여 결정되므로, 個品運送契約上의 운임(freight)과 유사하다.

86) 김인현, 商法 제806조의 適用에 관한 法的檢討, 한국해법회지 2002. 4, 211쪽

87) Gard P&I Club 홈페이지 <http://www.gard.no>, Gard News, 2000. 2, 검색일 2001년 12월 14일 ; Mediterranean Shipping Company(MSC) v. The Polish Ocean Lines(POL) - the Tychy(1999), 2 Lloyd's Rep. 11(CA).

지 못하게 된다. 따라서, 이 契約形態에는 航海傭船契約 및 個品運送契約에 관한 규정이 적용되어도 解釋上 問題는 발생하지 않을 것이다.

## 제2절 1991년 海上物件運送法の 改正 內容

종래 公·私法이 혼재되어 있는 海法으로부터 海商法을 분리하여 商法에 규정한 것은 1807년의 프랑스 商法이 그 효시였다<sup>88)</sup>. 그 후 1861년의 獨逸 舊商法이 이러한 立法例를 계수한 이래 大陸法系 각국의 商法도 海商法을 그 일부로 규정하고 있는데 우리 商法の 경우에도 이러한 立法方式을 채택하고 있다.

現行 海商法은 運送人의 賠償責任에 관하여 헤이그 규칙을 따르고 있다. 즉, 過失責任主義를 原則으로 하되 船舶의 堪航能力 注意義務 내지 商事過失에 관하여는 運送人의 強行法的 責任을 法定하고 海技過失과 火災 및 不可抗力 등 면책리스트를 규정하고 있는 것이다(상법 제787조 내지 제790조). 다만, 運送人의 商事過失에 관하여 過失推定原則을 명백히 하여 運送人 측이 無過失에 대한 立證責任을 진다는 취지를 살린 표현으로 수정하였다(제788조 1항). 또 火災 免責事由를 ‘船舶에서의 火災로 인한 損害’에 한정되어 있던 것을 ‘火災로 인한 損害’로 개정하고, 船舶의 숨은 瑕疵를 免責事由에 포함시키고 있는 등의 개정이 주된 내용을 이룬다. 海商物件運送法の 영역에 있어서 가장 핵심적인 改正事項을 아래와 같이 요약할 수 있다.

### I. 海上運送關係의 主體

海上運送契約에 관한 改正 商法은 海上物件運送關係의 主體, 나아가 널리 海上運送企業의 經營主體에 관하여, 船舶所有者中心主義를 지양하고 近代 海上運送法の 추이를 좇아 運送人中心主義를 채용하고 있다.

그 결과, 改正前 商法에서 海上運送關係 또는 責任主體에 관한 條項의 船舶所有者를 運送人으로 改正하고 있는 것이다<sup>89)</sup>. 이러한 運送人中心主義로의 이행은 海上旅客運送關係에서도 마찬가지이다<sup>90)</sup>.

88) 이범찬, 최준선, 商法概論, 삼영사, 1994, 586쪽

89) 제782조 1항·3항, 제784조 3항, 제787조, 제788조, 제789조, 제790조, 제798조 3항, 제804조 1항, 제810조, 제811조 등.

90) 제822조, 제823조 1항, 제824조, 제827조, 제831조

이와 같이, 改正 商法에서 海上運送法の 體系가 運送人中心主義로 개편되고 있다는 것은, 船舶所有者 등의 실제로 運送行爲의 실행을 담당한 運送人이 運送關係에서 벗어난다는 것을 의미하는 것을 뜻하는 것이 아님에 유의할 필요가 있다. 즉, 이와 관련하여 再運送契約의 경우 再運送人인 傭船者の 運送關係의 主體性을 전제로 하여 船舶所有者(船舶賃借人 포함)도 그 契約의 이행이 船長의 職務範圍에 속하는 범위 안에서 再運送의 委託者에 대하여 損害賠償의 責任을 지는 것으로 規定하고 있다(제806조)<sup>91)</sup>.

## II. 定期傭船契約에 관한 規定의 新設

1991년 改正에서는 먼저 定期傭船契約의 定義規定(제812조의 1)을 두고, 아울러 船舶使用約款(employment clause) 및 傭船契約上の 債權의 消滅(除斥期間 1년)과 같은 定期傭船契約의 當事者間的 內部關係의 規定(제812조의 2, 제812조의 3, 제812조의 6)과 함께, 특히 定期傭船者の 제3자와의 再運送의 경우와 관련하여 運送物에 대한 留置權(제800조 2항)과 船舶所有者의 運送人으로서의 競賣權(제804조)은 定期傭船者の 再運送의 運賃의 額을 한도로 하여 인정하되, 定期傭船者가 발행한 船荷證券의 善意의 取得者에 대한 관계에서는 이를 행사할 수 없도록 하고 있다.

그리고 定期傭船者가 傭船料支給을 해대한 때에는 船舶所有者는 定期傭船契約을 해제 또는 해지할 수 있는데, 이 경우에도 船舶所有者는 定期傭船者와 제3자 사이의 再運送契約上の 運送物이 선적된 때에는 그 履行責任이 있고, 이 때에 定期傭船者の 제3자에 대한 채권에 대하여 法定質權이 인정되며, 이로써 船舶所有者와 積荷利害關係人의 定期傭船者에 대한 損害賠償의 청구는 영향을 받지 않는다고 規定하고 있다(제812조의 5).

## III. 海上運送人의 損害賠償責任

改正 商法에서는 종래의 1924년 헤이그 규칙 내지 이를 改正한 1968년 헤이그 비스비 규칙, 나아가 1978년 함부르크 규칙을 참작하여 海上運送人의 責任에 관한 規定을 대폭적으로 新設·補充하고 있다. 아울러 免責카탈로그에 船舶의 숨은 瑕疵를 추가시키고 있다. 이 運送人責任條項의 改正은 先主

91) 그러나 運送人中心主義의 채택에도 불구하고 일부 規定의 문제점으로 인하여 그 改正이 요구되고 있는 것이다. 이에 대하여는 후술한다.

責任制限제도의 改正과 함께, 1991년 改正 商法の 가장 큰 특징이라고 할 수 있다.

### 1. 責任의 個別的 制限

당초에 國會에 제출된 商法중 改正法律案에서는, 海上運送人은 運送物の 滅失 또는 毀損으로 인한 損害에 대한 賠償責任은 1968년 헤이그 비스비 규칙의 경우와 같이 짐짝·단위 및 중량의 2중 기준의 併用主義에 의하여 원칙적으로 그 運送物の 짐짝(포장)당 또는 선적단위당 666.67SDR과 그 運送物の 총중량에 kg당 2SDR을 곱한 금액 중 많은 금액으로 制限된다고 하고 있고(法律案 제789조의 2의 1항 1호), 또 運送物の 引渡遲延으로 인한 損害에 대한 賠償責任은 1978년 함부르크 규칙을 수용하여 원칙적으로 그 遲延된 運送物の 運賃의 2.5배와 당해 運送契約에 의한 運賃總額 중에서 적은 금액으로 制限되고(法律案 제789조의 2 1항 2호), 아울러 運送物の 引渡遲延과 一部滅失이나 毀損이 동시에 생긴 경우 運送人の 責任制限金額의 總額은 運送物の 全部滅失된 경우의 限度額을 초과하지 못한다고 規定하고 있었다(法律案 제789조의 2의 1항 3호).

그러나 國會의 심의과정에서 運送物の 滅失 또는 毀損에 관한 責任制限額 산출과 관련하여 중량기준의 併用은 인정하지 않고, 1924년 헤이그 규칙과 같이 짐짝·단위방식으로 일원화하고 짐짝·단위당 한도액도 대체로 우리나라와 가장 긴밀한 交易相對國인 美國(500달러)과 日本(50엔)의 예에 준하는 수준(500SDR)으로 수정하였다. 그리고 運送物の 引渡遲延에 관한 運送人の 責任制限 관련 規定은 삭제되었다<sup>92)</sup>.

따라서 改正 商法에 의하면, 海上運送人은 그 故意 내지 重過失行爲(運送

---

92) 이러한 수정의 이유를 보면, 먼저 運送人の 責任制限금액의 산출기준에 관하여 짐짝·단위 방식으로 일원화한 것은 짐짝·단위 또는 중량의 이중방식은 運送관계의 간명한 처리기준으로는 바람직하지 않고, 또 물품의 중량이 중요시되는 航空運送 등의 경우와 달라 대량운송을 속성으로 하는 海上運送에서는 전통적으로 짐짝·단위 방식이 일반화되어 있다는 것이었다. 그리고 運送物の 引渡遲延에 관한 運送人の 責任制限은 引渡遲延의 정의 기타 相關規定의 정비를 전제로 하여 이를 規定하여야 할 것이며, 특히 引渡遲延으로 인한 損害는 간접적 손실로서 성질상 運送物の 滅失 또는 毀損으로 인한 물리적 損害의 경우와 달라 그 존부 내지 범위 등을 둘러싸고 논쟁이 되기 쉬운 것이므로, 이에 대한 용의주도한 입법이 없이 責任制限規定만 둔다는 것은 결코 바람직하지 않다고 하여, 引渡遲延에 관한 責任制限規定을 삭제하기로 한 것이다(법무부, 商法改正特別分科委員會 會議錄(保險·海商編) III, 1990. 12, 246쪽).

人 자신의 故意 또는 運送物의 損害가 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 作爲 또는 不作爲)로 인하여 일어났다는 것이 증명된 경우를 제외하고, 運送物 1짐씩 또는 1선적단위에 대한 500SDR을 한도로 그 責任을 制限할 수 있다(제789조의 2의 1항). 컨테이너 기타의 運送容器에 포장된 運送物의 損害의 경우, 그 속에 運送物의 짐씩 또는 선적단위의 개수가 船荷證券 기타의 運送書類에 기재되지 않으면, 컨테이너 등의 運送容器 속의 運送物 전체를 하나의 짐씩 또는 선적단위로 취급하며, 運送人이 아닌 자가 제공한 運送容器의 損害에 대하여는 그 運送容器도 별개의 하나의 짐씩 또는 선적단위로 본다(제789조 2항).

그런데 運送人의 責任의 制限은, 送荷人이 運送人에게 運送物을 인도할 때에 그 種類와 價額을 고지하고 船荷證券 기타의 運送書類에 기재한 경우에는 적용하지 않는 것을 원칙으로 하되, 送荷人이 故意로 그 고지를 현저하게 부실하게 한 때에는, 運送人 또는 그 使用人의 惡意인 경우를 제외하고 運送物의 損害에 대하여 責任을 지지 않는다(제789조의 2의 3항). 또한 이러한 運送人의 責任의 個別的 制限은 總體的인 船主責任制限의 規定(제746조 내지 752조)의 적용에 영향을 미치지 않는다(제789조의 2의 4항).

## 2. 責任의 確保

改正前 商法에서는, 受荷人 또는 船荷證券의 所持人의 損害通知義務 내지 그 懈怠의 효과를 運送人의 責任의 消滅과 결부시키고 있는데 대하여(改正前 商法 제812조)<sup>93)</sup>, 改正 商法은 1924년 헤이그 규칙을 따라서 이를 立證責任의 문제로 완화하고 있다. 즉, 受荷人이 運送物의 一部滅失 또는 毀損을 발견한 경우 運送物의 수령 후 지체없이 또는 그 損害가 즉시 발견할 수 없는 것일 때에는 수령일로부터 3일 내 그 통지를 발송하지 아니한 경우에는, 運送人 또는 그 使用人이 악의인 경우에는, 運送人 또는 그 使用人이 악의인 경우를 제외하고, 運送物이 運送物이 滅失 또는 毀損없이 受荷人에게 인

93) 改正前 商法 제812조에 의하여 준용되는 商法 제146조의 規定은 다음과 같다. [運送人의 責任消滅] “① 運送人의 責任은 수하인 또는 화물상환증소지인이 유보없이 運送物을 수령하고 운임 기타의 비용을 지급한 때에는 소멸한다. 그러나 運送物에 즉시 발견할 수 없는 毀損 또는 一部滅失이 있는 경우에 運送物을 수령한 날로부터 2주간 내에 運送人에게 그 통지를 발송한 때에는 그러하지 아니하다. ② 前項의 規定은 運送人 또는 그 사용인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.”

도된 것으로 추정된다(제800조의 2의 1항 내지 3항). 이와 관련하여 運送物에 滅失 또는 毀損이 발생하였거나 그 의심이 있는 경우에는 運送人과 受荷人은 서로 運送物의 檢査를 위하여 필요한 편의를 제공하여야 한다(제800조의 2의 4항).

### 3. 不法行爲責任의 경우와 請求權競合의 문제

運送物이 運送人의 故意 또는 過失로 인하여 滅失 또는 毀損된 경우에는 運送物의 所有權侵害로서 違法性을 띠는 것이기 때문에, 별도로 民法上的 不法行爲(民法 제750조 내지 제756조)의 成立要件을 충족하는 것이 보통이다. 이 경우 運送人의 債務不履行責任과 不法行爲責任이 서로 독립적으로 성립·병존하는가 또는 그러하지 않는가, 바꾸어 말하면 이들 責任에 대응한 피해자 곧 貨主 측의 請求權이 競合하는가의 문제이다<sup>94)</sup>.

改正前 商法은 이 請求權競合의 문제와 관련하여 아무런 規定도 두지 않았다. 만일 運送人의 債務不履行責任과 運送人 자신 또는 그 履行補助者의 不法行爲責任 사이의 競合을 무차별적으로 인정한다면 海上運送人의 責任關係法規는 그 존재의의를 잃게 되는 것이다<sup>95)</sup>.

改正 商法은 運送人을 상대로 하는 運送物의 損害에 대한 賠償請求가 不法行爲를 請求原因으로 하는 경우에도, 商法上的 運送人責任規定이 적용되게 하였다(제789조의 3의 1항). 나아가 貨主가 海上運送人의 使用人이나 代理人 또는 實際運送人, 예컨대 船長, 下受運送人 등에 대하여 不法行爲責任을 묻는 경우에도 그러한 자들은 海上運送人의 履行補助者로서 직무집행의 과정에서 생긴 運送物의 損害에 대하여는, 원칙적으로 運送人에게 인정되는 免責事由 기타의 抗辯 및 責任의 限度를 원용할 수 있다는 이른바 히말라야 條項(Himalaya Clause)<sup>96)</sup>을 두고 있다(제789조의 3의 2항·4항). 그 결과 海上運送人 및 이러한 海上運送人의 이행보조자들로부터 회수할 수 있는 賠償額의 總額은 原則적으로 商法上的 責任限度額을 초과하지 못한다(제789조의

94) 運送人의 債務不履行責任과 不法行爲責任사이의 관계에 대하여, 大法院은 피해자보호의 견지에서 원칙적으로 두 責任에 관한 청구권의 競合을 인정하고 있었다(大判 1977. 12. 13 75다 107등). 이에 대한 자세한 내용으로는 이주홍, 海上運送法, 박영사, 1992, 355~388쪽 참조.

95) 이근성, 最近의 國際海運立法의 動向과 海商法 改正의 方向, 한국상사법학회, 「상사법연구」 5집, 삼영사, 61쪽

96) 위 각주 38)번 참조

3의 3항).

#### 4. 運送人の 責任輕減禁止

海上運送人の 損害賠償責任에 관한 規定은 貨主 측을 보호하기 위한 이른바 相對的 強行規定<sup>97)</sup>이다. 1991년 商法 改正에서는 이러한 기본원칙을 견지하되(제790조 1항 2문, 제800조의 2의 4항), 運送物の 損害에 관한 保險의 利益을 運送人에 양도하는 特約 기타 이와 유사한 特약을 금지한다는 規定, 이른바 保險利益不供與條項을 신설하고 있다(제790조 1항 2문).

반면에, 1924년 헤이그 규칙을 좇아, 航海上의 특수한 위험이 따르는 山動物의 運送 및 船荷證券기타의 運送書類에 甲板積으로 運送할 뜻을 기재하고 또한 실제로 甲板積으로 運送하는 甲板積 貨物の 運送의 경우에는 運送人の 強行的 責任에 관한 規定이 적용되지 않는다(제790조 2항). 또 헤이그 규칙 및 함부르크 규칙을 참작하여 運送人責任規定의 相對的 強行法的 성격은, 船舶不堪航責任에 관한 規定(제787조)을 제외하고, 契約自由의 濫用의 여지가 없는 傭船契約의 경우에는 적용되지 않는다는 規定을 신설하고 있다(제790조 3항 본문). 그러나 傭船契約 아래서 船荷證券이 발행된 경우에는, 傭船者 이외의 船荷證券 所持人에 대한 運送人の 損害賠償責任에 관하여는 이 예외가 인정되지 않는다(제790조 3항 단서).

#### 5. 船荷證券에 관한 規定

改正 商法에서는 먼저 船荷證券의 主體에 관하여도 海上運送關係의 主體를 運送人中心主義의 원칙에 따라 개편한 것과 관련하여, “船舶所有者”를 “運送人”으로 改正하고 있다(제813조).

그리고 헤이그 비스비 규칙을 좇아 船荷證券의 記載事項으로, 船長萬能時代の 유물인 船長の 姓名(改正 전 商法 제814조 2항 2호)를 삭제하고, 運送物の 同一性の 인식에 필요한 사항은 송하인이 書面으로 통지한 바에 따라 기재하도록 하고(제814조 1항 2호), 아울러 그 통지의 정확성에 관하여 송하인은 運送人에게 담보한 것으로 본다고 規定하고 있다(제814조 3항). 또한 이와 관련하여, 그 서면에 의한 통지가 運送人이 수령한 運送物を 정확하게

97) 이를 “便益的 強行規定”으로 표현하기도 한다(채이식, 海上物件運送法 體系의 再檢討, 한국해법회지, 2002. 4, 182쪽).

표시하지 아니하다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 때 또는 그 정확성에 관한 확인을 할 적당한 方法이 없는 때에는, 運送物의 종류와 포장의 종별을 제외하고 그 중량, 용적, 갯수 또는 기호에 대한 기재를 생략할 수 있다(제814조 2항)<sup>98)</sup>.

그 밖에, 運送物의 外觀狀態(제814조 1항 3호) 및 通知受領人(제814조 1항 5호, 제4항)도 새로이 法定記載事項이 되고 있다. 이 중에서, 通知受領人의 記載와 관련하여, 運送人이 通知受領人에게 運送物에 관한 통지를 한 때에는 備船者 또는 送荷人 및 船荷證券 所持人 기타 受荷人에게 통지한 것으로 본다(제814조 4항).

다음에, 船荷證券의 記載의 효력에 관하여, 改正 前 商法이 絕對的 證據力을 인정하고 있는데 반하여(改正 前 商法 제820조 : 제131조의 준용), 改正 商法은 헤이그 비스비 규칙 및 함부르크 규칙의 내용을 좇아, 證券의 記載에 대하여 運送物의 受領 또는 船積에 관한 推定的 效力을 인정하되, 船荷證券의 善意的 取得者에 대한 관계에서는 反證으로 대항하지 못한다고 하고 있다(改正 商法 제814조의 2)<sup>99)</sup>.

## 6. 기타의 조항

1991년 海商法 改正에서는, 그 밖에도 實務의 海上運送去來에 관한 海上運送約款 등을 참작하고 또한 헤이그 규칙 등의 國際條約의 내용을 좇아 改正 前 商法의 規定 내지 내용의 近代化·合理化를 꾀하였다. 이를 순서대로 나열하면 다음과 같다.

---

98) 그러나 이러한 運送物의 명세는 運送物의 동일성의 인식과 관련하여 거래상 중요한 사항이므로 그 기재 자체를 생략할 수 있게 하는 것은 문제가 있기 때문에, 그 정확성에 관하여 의심할 만한 사유 내지 부정확성과 그 확인방법의 결여에 관한 유보(reservation)를 船荷證券에 기재하도록 하는 것이 바람직하다(이균성, 海商法 中の 船荷證券條項에 대한 改正意見, 한국해법회지 1986. 8, 47~48쪽 참조).

99) 함부르크 규칙에서는 船荷證券의 기재 내지 그 효력에 관한 유보와 관련하여, 보증장(Letter of Guarantee) 또는 보상장(Letter of Indemnity)에 의한 無留保船荷證券(clean bill of lading)의 발행을 둘러싼 法律關係를 명확히 하기 위하여, 보증장은 運送人과 船荷證券所持人 기타 제3자의 관계에서는 무효로 하고, 運送人과 수하인 사이에서는 원칙적으로 유효로 하되, 제3자를 기망할 목적으로 無留保船荷證券을 발행한 경우에는 송하인에 대하여도 보증장에 의한 運送人의 보증청구를 부인하고, 아울러 이 경우 제3자에 대한 損害賠償關係에서 運送人의 個別的 責任制限權이 인정되지 않는다고 規定하고 있다. 이 規定은 앞으로의 船荷證券 관계조항의 改正에 관하여 반영되는 것이 바람직하다(이균성, 上揭論文, 51~55쪽).

(1) 備船契約의 경우, 선적과 양하에 관한 碇泊期間의 기산점을 선적·양륙 준비통지(N/R : notice of readiness)의 익일로 하고 있던 것을 改正하여, 그 통지가 오전에 있는 경우에는 당일 오후 1시, 그리고 오후에 있는 경우에는 익일 오전 6시로 하고, 또 이 碇泊期間에는 불가항력으로 인하여 선적할 수 없는 날 외에 당해 항구의 관습상 선적·양륙작업을 하지 않는 날을 산입하지 아니한다고 하고 있다(제782조 2항, 제798조 2항).

(2) 改正前 商法은 個品運送契約의 경우 送荷人에게 船長의 지시에 따라 지체없이 선적 또는 양륙을 할 의무를 지우고 있는데 대하여, 改正 商法에서는 당사자 간의 합의 또는 당해 항구의 관습에 의한 때와 장소에서, 선적의 경우 運送人에게 運送物의 船積을 위하여 제공하도록 하고, 양륙의 경우 수하인은 運送人으로부터 揚陸된 運送物을 지체없이 수령하도록 하고 있다(제785조, 제799조).

(3) 改正 商法은 危險物의 처분에 관한 規定을 신설하여, 인화성, 폭발성, 기타 위험성이 있는 運送物을 運送人이 그 성질을 알고 선적한 경우에도, 그것이 船舶이나 다른 運送物에 위해를 끼칠 염려가 있을 때에는, 船長은 언제든지 이를 양륙·과괴 또는 무해조치를 할 수 있으며, 運送人은 이로 인한 당해 危險物의 損害에 대하여는 共同海損의 경우를 제외하고 賠償責任을 지지 않도록 하고 있다(제792조의 2).

(4) 改正 商法은 改正前 海商法상의 運送物의 受領懈怠에 대한 運送物의 供託權에 대한 規定을 改正하여, 이 공탁권 이외에 運送人에게 세관 기타 法令이 정하는 관청의 허가를 받은 장소에 인도할 수 있는 권리를 인정하고, 아울러 이 引渡로써 船荷證券 所持人 기타 受荷人에 대한 運送物의 引渡로 간주한다고 하고 있다(제803조).

(5) 改正前 商法에서는 運送人이 運賃 등의 지급을 받기 위하여 法院의 허가를 얻어 運送物을 경매할 수 있다고만 하고 있는데 대하여, 改正 商法은 이로써 運送人은 優先辨濟를 받을 권리가 있음을 명시하고 있다(제804조 1항).

### 제3절 現行 海上物件運送法の 問題點

우리나라 海商法の 根本的인 문제점은 상기의 다양한 船舶의 運航 形態 중 個品運送契約의 法律關係 및 海上物件運送責任法에만 치중한 나머지 定期傭船契約과 航海傭船契約의 法律關係에 관한 規律이 마련되어 있지 아니한 것이다.

英美의 判例에 의하여 형성된 普通法이 대부분의 傭船契約의 法律關係를 규율하고 있으며, 英美의 法院의 判決 및 仲裁院의 判定이 무수히 축적되어 있어 상당히 많은 경우에 있어 분쟁당사자에게 고도의 豫測可能性을 부여하나, 우리 商法은 극히 일부의 法規定을 가지고 있으나 實務上 거의 의미가 없는 規定들이다. 즉, 傭船契約上 準據法이 韓國法으로 되어 있다면 분쟁의 결론에 대한 豫測可能性이 떨어지므로 분쟁의 와중에서 당사자들이 대처하는 것이 곤란하고 분쟁을 촉진 또는 확대시키는 경향이 있다. 따라서, 國內當事者들 사이의 傭船契約인 경우에도 韓國法이나 韓國 管轄條項을 삽입하지 않고 英國法에 英國 管轄條項을 삽입하는 것이 일반적이다. 현재에도 우리나라의 判例가 거의 없고 이에 대한 研究가 미비한 것도 사실이지만<sup>100)</sup>, 海商法에 傭船契約에 관한 原則的이고 總論的인 規定마저도 미비하게 된다면, 이러한 현상은 지속될 것으로 보인다.

現行 物件運送契約法은 商法 제5편 제4장 “運送”에 포함되어 있다. 商法은 物件運送契約을 個品運送契約과 傭船契約으로 나누는 한편, 그 내용은 兩者를 포괄하여 함께 規定을 하고 있다. 그리고 規定의 순서는 대개 먼저 揚陸港에서의 運送人의 義務를 정하고, 다음으로 헤이그 규칙에 근거한 注意義務, 免責事由, 責任限度 등을 정하고, 이어서 揚陸港에서 運送人의 義務를 정하고 있다. 商法은 그 다음 순서로 運送人의 權利를 정하고 이어서 海上運送契約의 終了에 관한 規定을 두고 있다. 그리고 1991년 商法 改正時에 定期傭船契約에 적용될 특칙을 정하여 기존 商法 物件運送契約에 관한 規定 말미에 추가하는 형식을 추가하고 있다<sup>101)</sup>.

이러한 體系 方式에 관하여 가장 먼저 제기될 수 있는 문제는 現行 體系가 海上運送業의 현실을 전혀 반영하지 못하고 있다는 것이다. 현실적으로 海上運送業에서는 위에서 본 바와 같이 個品運送契約, 航海傭船契約 및 定期傭船契約 등 3종류 運送契約이 주종을 이루고 있는데, 상당히 난해하기

100) 최종현, 前揭論文, 14쪽

101) 채이식, 前揭論文, 180~181쪽

그지 없다. 특히 商法에서 傭船契約이라고 할 때에 定期傭船契約이 거기에 포함되는지 여부도 그 解釋에 관하여 학설상 현격한 대답이 있는 실정이다<sup>102)</sup>.

商法 제5편 “海商”의 제4장 “運送”은 제1절 “物件運送”의 제1관 “通則”에서 제780조에서 운송계약의 종류를 傭船契約과 個品運送契約으로 大別하는 것을 필두로 하여 그 내용을 시작하고 있으나 제781조에서 제784조까지 傭船契約과 관련한 규정을 하다가 제785조부터 제791조의 2까지 海上物件運送責任法의 규정을 하다가 다시 제792조에서부터는 아예 傭船契約法과 海上物件運送責任法의 규정이 완전히 혼재되어 그 立法構造上 졸렬하다는 비판을 피할 길이 없다. 그러다가 제812조의 2에서부터 제812조의 6까지 定期傭船契約에 관하여 新設된 규정들이 위치하고 있다. 이러한 立法構造는 民法의 예를 들어 말한다면 物權法과 債權法을 兩者의 근간이 되는 總則에 대한 立法은 생략한 채 마구 섞어놓은 것과 같은 것이다. 그나마도 제781조 [傭船契約과 運送契約書]같은 규정은 그 존재의의를 찾아볼 수 없는 무의미한 규정이다.

무릇 法律이란 法律家를 위한 해석규범이 아니라, 일반인을 위한 행동규범이어야 하고 또 이해관계인이 法律을 지키고 따를 것을 기대한다면 이해관계인이 그 내용을 이해할 수 있어야 한다. 海上物件運送法의 改正은 이러한 뚜렷한 목표를 가지고 새로운 체계로 近代化되어야 한다<sup>103)</sup>.

#### 제4장 海上物件運送法의 改正方向

##### 제1절 海上物件運送責任法에 관한 最近의 論議動向

UNCITRAL에서는 최근 國際的인 통일규범으로서의 國際海上運送法 (Transport Law : Preliminary Draft Instrument on the Carriage of Goods

102) 1991년 改正 商法 제806조는 “傭船者가 자기의 명의로 제3자와 運送契約을 체결한 경우에는 그 契約의 이행이 船長의 직무에 속한 범위 안에서 船舶所有者도 그 제3자에 대하여 제787조와 제788조의 規定에 의한 責任을 진다”라고 規定하여 改正前 商法上의 제806조 “傭船者가 제3자와 運送契約을 체결한 경우에도 그 契約의 이행이 船長의 직무에 속한 범위 내에서는 船舶所有者만이 그 제3자에 대하여 責任을 진다”의 規定을 변경하였다. 이 제806조와 관련하여 문제가 되는 것은 과연 定期傭船의 경우에도, 즉 定期傭船者가 再運送人인 경우에도 船舶所有者는 제806조 하의 連帶責任을 부담하는지 그리고 제806조항의 船舶所有者는 문자 그대로의 所有者인지에 있다(김인현, 船舶運航과 관련한 責任主體確定에 대한 研究, 고려대학교 박사학위논문, 1998, 91~99쪽).

103) 채이식, 前揭論文, 182쪽

by Sea)의 제정을 논의하고 있다. 이에 대하여는 國際運送과 관련된 기술발전(containerization, 運航技術, 電子商去來 등)을 반영함과 동시에 이해당사자(運送人, 貨主 등)간의 法律關係를 합리성 및 균형의 원칙에 따라 재배분하는 것이 되어야 한다는 데에 기초를 두어야 한다<sup>104</sup>). 그 중에서 주로 爭點化되고 있는 내용을 아래와 같이 요약할 수 있다.

#### I. 運送條約의 適用範圍

이 條約을 海上運送區間 運送(port-to-port transport operation)에 관한 규범만을 담는 것으로 만들 것인지 또는 그 범위를 複合運送區間 運送(door-to-door transport operation)까지를 규율하는 규범을 담는 것으로 만들 것인지의 여부가 논의되고 있다<sup>105</sup>).

이 條約은 단순히 海上運送區間 運送(port-to-port transport operation)만을 규율하는 규범으로 만들 것이 아니라, 海上運送의 연장선상에 있는 複合運送區間 運送(door-to-door transport operation)도 규율하는 규범체제로 만들어야 한다고 본다. 왜냐하면, 이 條約을 海上運送區間 運送만을 규율 대상으로 하는 규범으로 만든다면, 이는 世界海上運送 패턴, 즉 海上運送의 기본 축 중 하나인 定期船 海運部門에 있어서 정착되고 있는 범세계적 차원의 컨테이너화(containerization : 거의 대부분의 해당 대상교역의 컨테이너수송)라는 작금의 현실을 간과하게 되어, 이 부문에 대하여 적용할 규범생산에 완전히 실패한 실용성이 극히 미미한 國際條約이 될 것이기 때문이다. 이는 위의 1978년 함부르크 규칙과 1980년 UN複合運送條約의 미발효에서 볼 수 있듯이 현실을 반영하지 않은 國際條約의 실패에서 그 당위성을 찾을 수 있다.

또한 이 條約 體系를 複合運送區間 運送도 규율하는 규범체제로 만들고자 할 때 필연적으로 나타날 수 있는 당해 條約과 각 運送形態別 既存 條約들(海上, 道路, 鐵道, 航空)과의 충돌문제는 충분한 기간을 갖고 모든 條約體系를 포괄적으로 재검토한다면 해소할 수 있을 것이다.

104) 한국선주협회가 법무부에 송부한 UNCITRAL 國際運送法(Transport Law)제정 논의 관련 의견제출, 2002. 9. 13

105) 國際海法會(CMI) 홈페이지, www.comitemaritime.org : 검색일 2002년 9월 29일

## II. 電子的 通信手段

이 條約에 電子商去來 개념을 포괄하는 규범체계로 만들 것인지의 여부와 종래의 종이문서(paper document)와 電子的 기록(electronic record)이 동일한 효력을 갖게할 것인가의 여부가 논의 중이다<sup>106)</sup>.

대부분의 나라의 경우, 현재 電子商去來 개념이 도입되고 있으며, 제정 추진 중인 이 條約이 발효될 즈음이 되면 電子商去來는 종래의 종이문서에 기초한 상거래 이상으로 일반화될 것이 예상되므로 이 條約은 電子商去來 概念을 포괄하는 규범체계로 만들어져야 한다. 또한 電子商去來가 國際적으로 통상적인 거래 형태로 정착되어 일반화되게 되면 종래의 ‘종이문서에 기초한 거래’와 ‘電子的 기록에 기초한 거래’를 差別할 理由가 없을 것이며, 差別의 實益 또한 없게 될 것이다.

## III. 運送人 및 送荷人の 責任原則

運送人の 義務 및 責任을 過失責任主義(立證責任轉換)과 嚴格責任主義 중 어느 것에 기초하여 물을 것인지의 여부와 堪航能力 注意義務를 航海 中까지 확장하여 물을 것인지의 여부가 논의되고 있다<sup>107)</sup>. 또한 送荷人에게 貨物의 性狀에 관한 기재(description of the goods), 즉 貨物性狀情報의 제공에 관한 嚴格責任의 부과와 해당 화물로 인하여 제3자에게 損害가 발생하였을 경우의 賠償責任(적어도 過失責任主義에 기초함)을 물을 것인지의 여부에 관하여도 논의되고 있다<sup>108)</sup>. 기본적으로 送荷人과 運送人 간의 法律關係 즉, 危險의 分擔關係는 合理性과 均衡의 原則에 충실하게 기초되고 배분되어야 한다는 원칙 하에 논의되고 있다.

이에 관하여는, 運送人の 責任根據를 過失責任主義로 하되 立證責任을 轉換(運送인이 과실없음을 입증하여야 責任을 면함)하는 것으로 하되, 堪航能力 注意義務를 ‘發航 前 또는 發航 當時’에서 ‘航海 中’까지 확장하는 문제는 작금의 기술발전(운항 및 통신기술)을 수용한 것이라고는 하나, 1968년 헤이

106) 國際海法會(CMI) 前揭홈페이지, [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org) : 검색일 2002년 9월 29일

107) 國際海法會(CMI) 前揭홈페이지, [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org) : 검색일 2002년 9월 30일

108) 國際海法會(CMI) 前揭홈페이지, [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org) : 검색일 2002년 9월 30일

그 비스비 규칙으로 대표되는 현행 체제에서 運送人에게 부여하고 있는 責任制限의 이익을 크게 축소하는 것이 되어 送荷人과 運送人 간의 法律關係의 균형을 運送人에게 불리한 방향으로 크게 변경하는 것이 되므로 이 부분에 대하여는 현행 체제가 유지되는 방향으로 검토되어야 한다.

그러므로 기술발전 등을 감안하여 현행 체제를 변경하여 運送人에게 부여하고 있는 責任制限의 이익을 축소하려 한다면, 이는 반드시 현행 條約體系에서 상대적으로 간과되고 있는 송하인의 責任을 강화하는 문제, 적어도 貨物의 性狀에 관한 記載, 즉 貨物性狀情報 제공의무에 대한 嚴格責任의 부과와 더불어 해당 화물로 인하여 제3자에게 損害가 발생하였을 경우 過失責任주의에 기초한 賠償責任을 묻는 등의 문제와 연계시켜 일괄적으로 타결되게 하여야 한다.

## 제2절 海上物件運送法 總論規正

### I. 個品運送契約과 傭船契約의 분리

새로운 海上物件運送法은 個品運送契約과 傭船契約을 분리하여 각각 별도로 規定을 마련하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 個品運送契約과 傭船契約은 본질에 있어서 현격한 차이가 있다. 傭船契約은 船舶이라는 재화를 공급하는 것을 목적으로 하는 契約인데 반하여, 個品運送契約은 작업을 완료하는 것을 목적으로 하는 契約이다. 그리고 運送에 참가하는 主體가 양자를 완전히 구분하여 거래에 참여하고 傭船契約과 個品運送契約을 경제적인 측면에서 달리 이해하고 있으므로, 이러한 사실도 立法을 하는데 반영되어야 한다고 생각한다. 나아가 個品運送契約과 傭船契約을 구분하여 이해하고 규율하는 것이 세계적인 경향이기도 하다. 16~17세기 중상주의 시대에 일반적인 海上運送契約의 형태가 傭船契約인 때에는 현행 商法의 체계가 적정했는지 모르지만, 컨테이너라는 용구를 이용한 定期船이 海上運送의 총아로 등장하는 21세기에 이르러 변화된 환경에 적응하려면 傭船契約과 분리된 個品運送契約에 관한 별도의 運送契約法 體系가 필요하다<sup>109)</sup>.

109) 주식회사 한성선박, 상법 해상편 개정의견, 한국선주협회 해상법 개정의견, 한국해법회지 2001. 11, 358~359쪽에서는 英美法에서의 전통적인 분류방식인 傭船契約書에 의한 運送契約과 船荷證券이 표창하고 있는 運送契約으로 나누어 제안하고 있다. 英國法에서의 전통적인 運送契約의 분류방식에 관하여는 A.A. Mocatta & others, *op. cit.*, pp. 12~16참조

여러 運送契約에 공통적인 요소가 있는 것이 사실이다. 특히 個品運送契約과 航海傭船契約은 여러가지 요소를 공유한다. 결국 형량을 하여 정할 立法技術의 문제일 것이다. 필요하다면 모두에 적용될 일반적인 사항을 通則으로 두지 못할 이유가 없다. 또한 전체적으로 보아 兩者를 분리하는 것에 따르는 이익이 너무 크고, 분리에 따르는 立法上의 불편함은 그렇게 크지 않을 것으로 보인다. 따라서 양자의 분리를 심각히 고려하여야 할 것으로 보인다<sup>110)</sup>.

個品運送契約에 대하여 별도로 規定을 마련하다면 個品運送契約을 정의할 필요가 있다. 그 개념은 船荷證券의 발행을 전제로 할 필요는 없다<sup>111)</sup>. 다만 船荷證券에 대한 規定을 둔 다음에 船荷證券이 표창하고 있는 運送契約과 個品運送契約의 연결에 관한 規定을 두면 된다<sup>112)</sup>. 또한 船荷證券과 傭船契約의 관계도 規定할 필요가 있으며<sup>113)</sup><sup>114)</sup>, 함부르크규칙을 좇아 實際運送人

110) 채이식, 前揭論文, 187쪽

111) 근래의 海上運送에서는 船荷證券 대신에 海上運送狀(sea waybill)을 사용하는 예가 급격하게 증가하고 있으며, 대서양을 횡단하는 컨테이너 정기선의 경우 85%가 船荷證券 대신 海上運送狀에 의하여 運送되고 있다고 한다(Boris Kozolchyk, *Is Present Letter of Credit Law Up To Its Talk?*, 8 Geo. Mason U. L. Rev., 1986, p. 299 n. 23).

112) 채이식, 前揭論文, 188쪽

113) 어떤 船舶의 所有者가 자신의 船舶을 다른 사람에게 定期傭船하여 주었는데 그 定期傭船者가 그 船舶을 자신의 정기항로에 투입하여 화물을 집화하면서 송하인에게 船荷證券을 발행하여 준 경우 아니면 그 船舶所有者가 자신의 船舶을 航海傭船하여 주고 그 航海傭船자가 선적한 화물에 대하여 船荷證券을 발행하여 주는 경우 등을 상정하면, 그 船荷證券과 관련된 運送契約은 船荷證券으로 표창되는 運送契約 뿐만 아니라 傭船契約도 관련되게 된다(심재두, 海上運送法, 길안사, 1997, 248~249쪽). 따라서 傭船契約의 이행으로 船荷證券의 발행되는 경우 運送人과 送荷人 이외의 船荷證券所持人 사이에 船荷證券의 條項과 個品運送의 조항이 적용되도록 하면 해결될 수 있을 것으로 보이며(헤이그 비스비 규칙 제1조 2호 및 제5조 후문), 함부르크 규칙상의 契約運送人(contractual carrier)과 實際運送人(actual carrier)의 개념을 도입하면 責任主體의 확정과 그 運送人들간의 責任의 분담 및 內部的 求償의 法律關係에 관한 규율이 가능하여 질 것이다.

114) 통상 제3자(船荷證券 所持人)은 비록 傭船契約의 존재를 알고 있더라도 傭船契約의 기속을 받지 않는다. 그러나 대부분의 傭船契約上 船舶所有者는 傭船者가 船荷證券을 발행할 때 그 자신의 責任이 연장되는 것을 원하지 않는다. 이를 피하기 위하여 船荷證券에의 傭船契約조건 編入(incorporation)을 주장한다. 이러한 편입이 유효하기 위하여는 3가지 요건이 필요하다. 첫째, 유효한 편입문언은 船荷證券에서 찾아야 한다. 船舶所有者와 傭船者가 傭船契約 기타에서 合의를 했다하더라도 그 合의의 전부 또는 일부가 船荷證券의 일부가 되지 않는한, 그 合의는 의미가 없다. 船舶所有者와 傭船者와의 合의는 船荷證券에 명시되어야 한다(The Varena(1983), 2 Lloyd's Rep. 593). 둘째, 편입문언이 편입할 傭船契約의 조건을 기술하는데 적절하여야 한다. 이에 대하여 法院의 견해는 다양하지만 船荷證券所持人에게 유효하기 위하여는 편입문언이 傭船契約의 조건이 충분히 나타나야 한다. 여기에는 용선료, 공적운임, 체선료에 대한 유치권 등이 포함된다.

의 規定<sup>115)</sup>을 신설할 필요가 있는 것으로 보인다<sup>116)117)</sup>.

## II. 貨物의 引渡時點의 문제

改正 商法은 運送人의 責任의 終期인 “引渡”의 시점을 분명하게 하지 않고 있다. 특히 運送契約의 조건에 따라 운임지급을 후급(freight collect)으로 하기로 한 경우에는 運送物의 引渡로써 運賃請求權이 발생하므로 함부르크 규칙을 참고하여 “인도”의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 더욱이, 國際 海運界에서 慣行과 判例法으로 인정하여 온 荷渡指示書에 대하여 改正 商法은 法的 效力을 인정하고 있지 않고 있어, 船荷證券 이외의 船積書類는 인정되지 않고 있는 실정이다. 이 때문에 우리나라의 海上運送人은 貨主에게 貨物을 인도할 때 전혀 倉庫業者에 대하여 자기의 권리를 행사하지 못하고 있는 실정이며, 動産의 海上賣買로 受荷人이 된 사람이 船荷證券을 運送人에게 제시하지 않고서도 통관과 동시에 貨物을 출고하여 처분함으로써 運送人은 船荷證券 所持人에 대하여 損害賠償責任을 져야 하는 상황이 빈번하였다.

우리나라는 정부가 輸出入 業務를 간소화하기 위하여 기존의 荷渡指示書

---

Varenna호 사건에서는 “備船契約의 모든 條件 및 免責(all conditions and exceptions of C/P)”라는 문언에는 중재약관이 포함되지 않는다고 판시되었다. 조건 및 면책은 運送 및 인도에 관한 문언이지 중재약관과 같은 부대조항에 확대적용될 수 없다는 것이다. 셋째, 備船契約의 약관이 편입되었을 때 나머지 船荷證券 약관과 모순되지 않아야 한다. Hamilton v. Mackie사건에서 “본 備船契約의 모든 분쟁은 중재로 해결한다(All disputes arising out of this C/P shall be referred to arbitration)”라는 문언이 船荷證券에 편입되었지만, 船荷證券의 분쟁에는 적용될 수 없다고 판시된 바 있다.

115) 다음과 같은 내용의 規定의 신설이 요망된다고 할 것이다. “① 다른 運送人(契約運送人)으로부터 物件運送의 전부 또는 일부의 이행의 위탁을 받은 運送人(實際運送人)은 자기가 이행한 運送에 관하여는 송하인에 대하여 (契約)運送人과 같은 責任을 진다. ② 運送人과 實際運送人이 함께 責任을 지는 경우에 兩者의 責任은 連帶責任으로 한다. ③ 運送人, 實際運送人 및 그의 使用人 또는 代理人 또는 履行補助者가 부담하는 배상액의 총액은 責任의 限度 조항의 한도금액을 초과하지 아니한다.”

116) 이와 관련하여 현행 中國 海商法 제60조 내지 제65조의 規定을 참작할 필요가 있다. 특히 船荷證券 등 運送契約에 “運送의 전부 또는 일부를 運送人 이외의 實際運送人이 이행하였다면 貨物이 實際運送人의 지배하에 있는 기간에 발생한 滅失·毀損 혹은 引渡遲延은 運送人이 배상責任을 지지 않는다”라고 명확히 약정하는 경우에는 運送人과 實際運送人 사이에 責任이 나누어진다(楊志剛, 國際貨物複合運送, 上海科學技術出版社, 1990, 162面).

117) 中國 海商法상의 實際運送人의 자세한 내용에 관하여는 정영석, 中國 海商法에서의 運送人의 責任, 海上運送法 講義, 한국해양대학교 부설 국제해양문제연구소, 2001, 342~346쪽 참조

制度를 폐지하고, 통관제도를 지나치게 간소화함으로써 일부 악덕 화주가 보세장치장의 묵인 하에 수입화물을 船荷證券이나 荷渡指示書없이 무단으로 반출하여 運送人에게 큰 損害를 입히기도 한다<sup>118)</sup>.

運送物의 引渡와 관련한 유일한 規定인 商法 제803조는 受荷人이 運送物의 수령을 해태하는 경우, 運送人은 運送物을 공탁하거나 稅關 기타 法令이 정하는 官廳의 許可를 받은 곳에 인도할 수 있고, 이 경우 運送人은 화물을 인도한다는 것으로 간주한다는 취지로 規定하고 있다. 현재, 運送物을 공탁할 방법이 전혀 없고 또한 稅關 기타 法令이 정하는 官廳의 허가를 받은 장소를 찾을 방법이 없으므로(세관의 내규 등이 존재하지 않음), 이 조문은 현재 死文化되어 있다<sup>119)</sup>. 설사, 이 조문에 따라 공탁 등이 가능하다고 하여도 이 조문은 수하인이 運送物의 수령을 해태하는 例外的인 경우에만 적용되는 것이므로 이 조문은 현재의 문제해결에 도움이 되지 않는다. 따라서 商法에 相關規定을 신설하여 문제를 해결하는 것을 고려할 수 있다. 즉, 商法에 “수입자가 아닌 제3자가 관리하는 보세구역(컨테이너 야드 제외)에 運送物을 반입하는 경우 運送人은 適法하게 화물을 인도한 것으로 간주한다”라는 취지의 規定을 삽입하면 이 문제를 제도적으로 해결할 수 있으며<sup>120)</sup>, 또한, 1992년 英國 海上物件運送法(COGSA 1992)<sup>121)</sup>를 참작하여 荷渡指示書의 規定을 신설하는 것이 바람직하다<sup>122)</sup>.

### III. 運送人의 留置權의 문제

改正 商法 제800조는 2항에서 “船長은 제1항(運送契約 또는 船荷證券)의 취지에 따라 운임, 부수비용, 채당금, 정박료, 運送物의 가액에 따른 공동해손 또는 해양사고(海洋事故(海難))救助로 인한 부담액)의 規定에 의한 금액의 지급과 상환하지 아니하면 이를 運送物을 인도할 의무가 없다”라고 規定

118) 주식회사 한성선박, 前揭意見書, 360쪽

119) 현대상선 주식회사, 商法 海商編 改正意見, 한국해법회지, 2001. 11, 366쪽

120) 이진홍, 運送物의 引渡에 관한 法的 問題, 韓國海法會誌, 2002. 4, 243쪽

121) 船舶荷渡指示書는 船荷證券이나 海上運送狀(sea waybill)과 같은 선적서류이고, 선적증서에 기재된 화물을 진정한 수하인에게 인도하도록 지시하는 선적서류의 하나이다. 이 서류도 1992년 海上物件運送法(COGSA)에서는 船荷證券과 동일한 法的 性質을 인정하고 있다(박용섭, 1992년 영국 海上物件運送法의 특질에 관한 연구, 한국해양대학교 해법연구회 특별기고문, <http://user.alpha.co.kr/~mlaw/>, 검색일 2001년 12월 28일).

122) 주식회사 한성선박, 前揭意見書, 360쪽

하고 있는 바, 이는 위에서 보듯이 運送契約의 형태가 존재함을 고려한다면 굳이 留置權者를 船長에만 국한시킬 것이 아니라, 運送人으로 확대시켜야 한다. 예를 들면 船長은 船舶所有者에 의하여 선임되나, 船荷證券은 再備船契約에 따라 船長 뿐 아니라 定期備船者, 航海備船者, 경우에 따라서는 slot charterer도 발행하는 것이며, 契約運送人의 地位에 있으나 船長에 대한 商事的 指示權이 없는 航海備船者, 一部船腹備船者의 경우에 이들의 契約上の 運賃 기타 債權을 辨濟받지 못하는 경우 그 보호가 어려워질 수 있으며, 그 立法趣旨가 퇴색될 우려가 있는 것이다<sup>123)</sup>.

### 제3절 備船契約에 관한 規正

備船契約에 관한 規定을 따로 둔다면 다시 備船契約을 다시 航海備船과 定期備船契約으로 나누어서 별도로 規定하여야 한다. 裸備船契約도 함께 規定할 수 있겠지만, 현재와 같이 船舶賃貸契約으로 그대로 둔다 하더라도 문제는 없을 것이다<sup>124)</sup>. 앞서 언급하였듯이 裸備船契約은 定期備船契約 및 航海備船契約과 그 法的 性質을 달리하기 때문이다.

備船契約에 관한 規定을 따로 둔다면 이어서 規定할 내용을 정하여야 한다. 備船契約은 성질상 당사자간 권리나 의무의 내용이 주된 規定대상일 것이다. 그런데 備船契約에 관한 規定은 個品運送에 관한 規定과 달리 任意規定일 수 밖에 없다. 商法에 規定을 둔다 하더라도 任意規定이기 때문에 當事者의 意思를 보충하는 효력 밖에 없다. 즉, 個品運送契約에 관한 規定이 당사자가 좀처럼 運送契約에서 정하지 아니하는, 의무를 이행하지 아니한 때에 발생하는, 責任의 문제를 다루는데 반하여, 備船契約에 관한 規定은 당사자가 통상 스스로 자세히 정하는 이행할 의무나 행사할 권리에 관한 것이고, 또 相對的 强行性を 갖는 個品運送契約이 당사자의 約定을 개폐하는 효력을 갖는데 반하여, 任意的 性格을 갖는 備船契約에 관한 規定은 당사자가 約定을 하지 않는 경우에 보충적인 효력 밖에 갖지 못한다. 그런데 실제로 備船契約은 國際的으로 널리 인정된 전형적인 契約樣式이 있어 이에 가감을 하는 방식으로 체결된다. 이 國際的으로 통용되는 契約書에는 보통 당사자가 이행할 권리와 의무가 매우 자세히 정해져 있다<sup>125)</sup>.

123) 주식회사 한성선박, 前揭意見書, 359쪽 ; SK해운 주식회사, 前揭意見書, 363쪽

124) 채이식, 前揭論文, 188~189쪽

125) 위 각주 88), 89), 99) 참조

그러나, 契約을 체결하고 그 내용과 조건을 傭船契約書에 구성할 때 法律에 規定이 없다면 實務者들이 企業運用에 있어서 불안해하며, 企業實務의 처리에 어려움을 겪게 된다. 결국 우리 海商法은 法律關係에 관한 예측가능성의 부여를 하지 않는 것이 되어, 契約의 締結 당시 契約條件 構成의 根據 規範으로서 또는 契約의 締結 이후 契約解釋의 根據 規範으로서의 역할을 스스로 포기하게 되는 것이다. 따라서 海商法에 傭船契約의 規定들을 정비하고 規定하는 문제는 의미가 있다<sup>126)</sup>. 우리에게 많은 점을 시사하고 있는 것이 1966년 프랑스 海上運送契約法이다.

商法の 한 내용으로 편입되어 海上運送契約法으로 체계를 이룬 최초의 법이 1807년 프랑스 商法이다. 이 법은 傭船契約書에 기한 契約과 船荷證券에 표창된 運送契約에 대해 각각 별도로 規定을 두고 있다. 契約의 형식은 이처럼 傭船契約과 船荷證券으로 구분하고 있었지만 전제되는 運送契約은 대개 航海傭船契約이었다. 定期傭船이 생겨나고 個品運送이 새로운 영업형태로 부상하게 된 20세기 초부터의 영업적인 변화를 반영하여 個品運送을 전제로 하며, 1924년 헤이그 규칙을 근간으로 삼아 1936년 海上運送法을 제정하였고, 근대적인 의미의 海上運送法을 1966년에 완성하였다. 1966년 海上運送法の 특징은 海上運送契約法이 商法前으로부터 완전히 분리되어 독립된 법으로 존재한다는 것이다. 그 내용으로 이 법은 個品運送契約과 傭船契約으로 海上運送契約을 구분하여 별도로 規定하고 있다. 그리고 傭船契約은 다시 航海傭船契約, 定期傭船契約 및 裸傭船契約으로 나눈다. 그런데 傭船契約에 대한 規定은 대개 권리나 의무에 관한 規定이고 그 내용은 아주 기초적이고 원론적인 내용을 담고 있다<sup>127)</sup>. 따라서 우리의 경우도 傭船契約의 당사자가 약정하는 내용보다 더욱 자세히 법으로 정할 필요도 없고, 기술적으로도 불가능한 일이다. 따라서 아래와 같은 기본적인 사항만 規定하면 될 것이다.

## I. 通則

### 1. 任意規定性

---

126) 한국해법학회 海商法改正實務委員會 제2차회의 會議錄, 한국해법회지 2001, 11, 372~373쪽

127) 1966년 프랑스 海上運送契約法の 자세한 내용에 관하여는 채이식, 海上運送法の體系와立法에 관한研究(프랑스법을 중심으로), 한국해법회지, 2000. 11. 참조

傭船契約에서 當事者의 合意가 信義의 原則에 反하지 않는 한 이 傭船契約에 관한 제 規定보다 우선하는 것으로 表明 필요가 있다.

## 2. 傭船契約의 當事者에 관한 規定

傭船契約상의 船舶所有者는 반드시 실제 所有者가 아니며, 傭船者도 반드시 물건의 運送을 위탁하는 貨主의 지위에 있지 아니하는 경우가 많으므로, 해석상의 혼란을 피하기 위하여 傭船契約상의 당사자에 관한 定義規定을 두는 것이 옳다고 본다<sup>128)</sup>.

## 3. 再傭船에 관한 規定

傭船者는 傭船된 船舶을 再傭船의 목적으로 할 수 있음을 명시하며, 再傭船契約은 船舶所有者(運送人)의 권리의무에 영향을 미치지 아니하는 것으로 할 필요가 있다. 다만, 改正 商法은 제806조에서 “傭船者가 자기의 명의로 제3자와 契約을 체결한 경우에는 그 契約의 履行이 船長의 직무에 속한 범위 안에서 船舶所有者도 그 제3자에 대하여 제787조(堪航能力 주의의무)와 제788조(運送物에 관한 주의의무)의 規定에 의한 責任을 진다”라고 規定하고 있는 바, 再傭船 및 기타 再運送契約관계에서 傭船者는 자기의 명의로 제3자와 契約을 체결하였다 하더라도 積荷利害關係人과의 관계에서는 契約運送人의 지위를 가지지 않는 경우가 있을 수 있고, 실제로 船長의 직무에 관한 이행에 있어 船長에 대하여 指示·命令權이 없는 航海傭船者에게도 責任을 지우게 하는 것은 不當하다. 따라서 제806조의 삭제와 동시에 위에서

---

128) 傭船契約에서는 契約書에 船舶所有者(owners)로 기재되는 당사자가 반드시 실제의 所有者임을 요하지 않고, 또한 傭船者(charterers)도 반드시 貨物運送의 委託者임을 요하지 않는다. 이는 契約自由의 原則이라는 관점에서 보면 당연하다. 즉, 傭船契約의 연속에 따라 수차례의 再傭船契約이 체결되는 경우에도 定期傭船者 혹은 航海傭船者가 臨時船主(pro hac owners) 혹은 管理船主(disponent owner)의 지위에서 契約을 체결할 수 있는 것이다. 다만, 그 권리·의무관계는 傭船契約의 내부적 효력에 있어서는 實際의 船舶所有者와 동일하다(Lars Gorton & others, *Shipbroking and Chartering Practice*, LLP, 1999, pp. 174~175). 그러나 우리 商法은 제782조 등에서 “運送人”이라는 용어를 사용하고 있다. 定期傭船契約의 법적 성질에 관한 해묵은 논쟁을 일거에 해소하는 의미에서도 용선계약을 포함하여 새롭게 정비되는 海上物件運送契約法에도 “運送人”이라는 용어를 사용하여야 한다.

언급한 實際運送人의 개념을 도입하고, 곧이 積荷利害關係人의 보호를 위하여서라면 日本 國際海上物件運送法 제19조 1항과 같이 화물의 손상에 대하여 船長의 직무에 속하는 범위에서는 船舶과 屬具에 대하여 積荷利害關係人에게 船舶優先特權을 갖는 것으로 改正하는 것이 차라리 합리적이다<sup>129)</sup>.

#### 4. 傭船者의 安全港 指定義務에 관한 規定

傭船者는 船積港 또는 揚陸港을 지정함에 있어서 傭船한 船舶이 안전하게 정박할 수 있는 安全港을 지정하여야 함을 규정함과 동시에, BIMCO의 傭船契約 碇泊期間 定義案(the Charterparty Laytime Definitions)<sup>130)</sup>을 참작하여 安全港의 개념을 정의할 필요가 있다. 安全港의 개념에 대해서는 초기의 판례에서는 定期傭船契約과 航海傭船契約에서 그 개념을 달리하는 것으로 해석하였으나, Grace v. General Steamship Navigation Co. 사건에서 定期傭船契約과 航海傭船契約에서 그 기준을 달리하여야 할 이유가 없다고 보았고, 이후 안전항의 해석원칙은 傭船契約의 종류에 관계없이 동일하게 해석하는 것이 通說이다<sup>131)</sup>.

#### 5. 提訴期間에 관한 規定

傭船契約으로 인한 債權은 1년 이내에 裁判上의 請求로 행사하여야 하며, 그러나 당사자가 제3자로부터 청구를 받고 이를 상대방에게 償還請求하는 경우에는 당사자의 제3자에 대한 責任이 확정된 날로부터 위의 除斥期間을 起算하는<sup>132)</sup> 것으로 하여야 한다.

129) 김인현, 前掲 商法 제806조의 適用에 관한 法的 檢討, 221쪽

130) BIMCO定義案 제2조에서는 “안전항”이란 관련기간 중에 船舶이 비정상적인 사건이 없는 경우에 적절한 항해와 해기기술에 의하여 피할수 없는 위험에 노출됨이 없이 도착, 입항, 정박 그리고 출항할 수 있는 항을 말한다(“Safe Port” - means a port which, during the relevant period of time, the ship can reach, enter, remain at and depart from without, in the absence of some abnormal occurrence, being exposed to danger which can not be avoided by good navigation and seamanship)고 정의하고 있다.

131) 정영석, 前掲書, 103쪽

132) 한진해운 주식회사, SK해운 주식회사는 2001년 9월 한국선주협회에 제출한 “해상법 개정/추가 의견”과 “海商法 改正 意見”에서 傭船契約의 連續(chains of charters)에 따라 原傭船契約의 準據法을 英國法으로 하고, 再傭船契約에 있어서는 準據法을 韓國法으로 하는 경우에는 제소기간이 상이함(英國法 : 6년, 한국 商法 : 1년 - 제811조, 제812조의 2)으로 인하여 발생하는 문제점을 지적하며 일반

## II. 航海備船契約

### 1. 航海備船契約의 意義에 관한 規定

航海備船契約에 의하여 船舶所有者(運送人)는 船舶의 全部 또는 一部를 物件의 運送에 제공하고 備船者는 그 급부로서 運賃 기타 金원을 지급할 것을 約定하는 契約임을 명시할 필요가 있다.

### 2. 航海備船契約書의 記載事項에 관한 規定

- (1) 船舶의 名稱, 國籍 및 噸數
- (2) 船舶所有者(運送人) 및 備船者의 姓名
- (3) 運送物의 容積 또는 重量 및 其 性質
- (4) 船積港 및 揚陸港
- (5) 碇泊期間 및 滯船料
- (6) 運賃

### 3. 船舶所有者(運送人)의 義務에 관한 規定<sup>133)</sup>

船舶所有者(運送人)는 約定된 항해를 성취하기 위하여 堪航能力 注意義務 規定의 各호의 사항을 갖춘 船舶을 約定된 일시 및 장소에서 이를 제공하고 航海 中 이를 유지하여야 함을 規定함과 함께 船舶所有者는 備船契約이 정하는 바에 따라 運送物의 船積, 積置, 運送, 保管 及 揚陸에 관한 상당한 주의를 다하여야 하는 의무를 부담함을 명시할 필요가 있다.

---

상사시효가 적용되어야 한다는 의견을 제시하고 있다(한국해법회지, 2001. 11, 354~355쪽 및 363~364쪽). 法的 安定性的 측면으로 볼 때 타당할 수도 있으나, 備船契約이 海上運送의 한 종류로서 편입되는 이상 기존의 단기체척기간제도와 다르게 입법하여야 할 필요는 없는 것으로 보이며, 굳이 일반상사시효를 적용하여야 할 이유도 없어 보인다. 다만, 償還請求에 관한 特別을 두면 해결될 수 있는 문제로 보인다.

133) Julian Cooke & others, *op. cit.*, pp. 194 ~ 234 ; 詹 崙 標準航海備船契約書 第2조.

#### 4. 船積 및 揚陸 準備完了의 通知와 碇泊期間<sup>134)</sup>

船舶所有者(運送人) 또는 船長은 運送物을 선적하거나 양륙함에 필요한 준비가 완료된 때에는 지체없이 傭船者 및 積荷利害關係人에게 그 통지를 발송하여야 한다는 내용(제782조 및 제798조의 1항)을 포함함과 동시에 약정된 碇泊期間을 경과하는 경우 및 항구의 관습에 반하여 船積·揚陸의 遲延이 발생하는 경우 傭船者의 滯船料 支給責任을 명시할 필요가 있다(제782조 및 제798조 3항). 다만 改正 商法 제782조 및 제798조의 2항은 정박기간의 계산에 관한 規定인데, 碇泊期間의 산정은 당사자 간에 약정된 방식에 따라 항구의 관습을 참작하여 하는 것이므로 굳이 이를 명문으로 規定으로 할 필요는 없어 보인다<sup>135)</sup>. 단, 不可抗力으로 인하거나 항구의 慣習上 船積 및 揚陸作業을 할 수 없거나 하지 않는 경우에는 碇泊期間에 算入하지 아니한다는 것은 명시할 필요가 있다. 또한 제782조와 제798조는 통합할 필요가 있다.

#### 5. 其他

航海傭船契約과 個品運送契約은 여러 요소를 공유<sup>136)</sup>하므로 個品運送契約에 관한 規定들의 정비가 이루어지면 航海傭船契約 관련 規定에서는 이를 준용하도록 하면 된다.

### III. 定期傭船契約

#### 1. 定期傭船契約의 意義에 관한 規定

改正 商法 제812조의 2항의 規定과 동일한 내용으로 하여 定期傭船契約의 定義規定을 계속하여 둘 필요가 있다.

134) Juilan Cooke & others, *op. cit.*, pp. 341 ~354

135) 改正 商法 제782조 및 제798조의 2항은 제콘標準航海傭船契約書(Gencon 1976)의 제6조 (c)항의 정박기간의 개시(commencement of laytime)規定을 채용한 것으로 보인다. 원문은 다음과 같다. "Laytime for loading and discharging shall commence at 1 p.m if notice of readiness is given before noon and at 6 a.m next working day if notice given during office hours after noon".

136) 제786조, 제800조 내지 제805조, 제807조 등은 個品運送契約과 航海傭船契約에 공통적으로 적용될 規定들이다.

## 2. 定期傭船契約書の 記載事項에 관한 規定

- (1) 船舶의 名稱, 國籍 및 噸數
- (2) 船舶所有者(運送人) 및 傭船者의 姓名
- (3) 傭船料
- (4) 傭船期間
- (5) 引渡地와 搬船地

## 3. 船舶所有者(運送人)의 義務에 관한 規定<sup>137)</sup>

船舶所有者(運送人)는 傭船契約에서 정한 운항을 성취하는데 적합한 船體, 船員, 裝備 등 모든 면에서 堪航能力있는 船舶을 제공하고 또한 용선기간 중 이를 유지하며 그 비용을 부담함을 밝힘과 동시에, 船舶의 航海에 관한 權利義務는 船舶所有者(運送人)에 귀속함을 명시할 필요가 있다.

## 4. 傭船者의 義務에 관한 規定<sup>138)</sup>

傭船者는 傭船契約에서 정한 범위 안에서 運送物의 船積 및 揚陸의 의무를 지고 또한 船舶의 운항에 직접 사용되는 비용을 부담함을 밝힘과 동시에, 船舶의 使用에 관한 權利義務는 傭船者에 귀속함을 명시할 필요가 있다.

## 5. 船長의 職務, 傭船者의 指示權과 補償義務에 관한 規定<sup>139)</sup>

船長은 가능한한 가장 빠른 속력으로 항해하여야 하며, 傭船契約에 따라 船舶의 특정구역에의 취항 등 船舶의 사용에 관한 傭船者의 指示·命令에 따라야 함을 밝힘과 동시에 傭船者에게는 船長 또는 船舶使用人이 傭船者의 지시·명령에 따름으로 인하여 船舶所有者에게 부당하게 발생하는 損害를 보상할 責任이 있음을 명시할 필요가 있다.

---

137) NYPE定期傭船契約書式 前文, 제22조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제3조

138) NYPE定期傭船契約書式 제2조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제4조

139) NYPE定期傭船契約書式 제8조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제9조

#### 6. 傭船料의 支給 등<sup>140)</sup>

傭船料는 약정된 船舶의 傭船이 개시된 때로부터 傭船契約이 정하는 바에 따라 先給함을 밝히며, 傭船料의 支給이 없을 때에는 船舶所有者(運送人)는 계약을 해지함으로써 傭船者의 船舶利用을 거절하고 船舶을 撤收시킬 수 있음을 명시할 필요가 있다.

#### 7. 傭船料의 支給停止<sup>141)</sup>

傭船者가 船舶을 이용할 수 없는 堪航能力의 喪失 등 船舶所有者(運送人)의 과실로 인하여 傭船者가 船舶을 이용할 수 없는 경우에는 傭船料를 支給할 의무가 없는 것으로 한다. 왜냐하면 船舶使用의 대가에 해당하는 傭船料의 支給도 중단시키는 것이 형평의 원칙에 맞기 때문이다.

#### 8. 船舶所有者(運送人)의 代位權<sup>142)</sup>

船舶所有者(運送人)는 용선계약상의 청구권을 위하여 물건에 대한 유치권 이외에 再傭船料 또는 運賃 기타 再傭船契約上 傭船者가 再傭船者에게 가지는 債權으로부터 優先辨濟를 받을 권리가 있음을 規定할 필요가 있다.

#### 9. 傭船者의 搬船義務<sup>143)</sup>

傭船者는 契約完了時에 船舶을 인도받았을 당시의 상태로 반환하여야 하며, 그러나 船舶 및 屬具의 通常의인 損傷과 消耗는 船舶所有者의 부담으로 한다고 명시할 필요가 있다.

### 제4절 個品運送契約과 複合運送契約

140) NYPE定期傭船契約書式 제4조, 제5조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제6조

141) NYPE定期傭船契約書式 제15조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제11조

142) NYPE定期傭船契約書式 제18조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제18조

143) NYPE定期傭船契約書式 제4조 ; BALTIME定期傭船契約書式 제7조

위의 제1절에서 언급하였듯이 定期船海運과 個品運送의 概念은 複合運送으로까지 확대되고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이며, 컨테이너화(containerization)와 定期船海運의 발전의 원동력은 door to door의 편리성에서 찾을 수 있는 것이다. 즉, 個品運送 = 複合運送의 등식이 성립하는 시기가 도래하고 있으며, 그 法的인 概念도 이에 맞게 확장될 수 밖에 없다. 따라서 現行 商法에 규정되어 있지 아니한 複合運送에 대한 特則을 규정하여 이에 대비하여야 한다. 다만, 複合運送은 海上運送을 그 根幹으로 하므로 原則적으로는 海商運送에 관한 規正들이 準用될 수 있도록 하고, 복잡하고 불필요한 규정을 무의미하게 열거하는 것보다 꼭 필요한 特則을 규정하는 것이 필요하다고 본다.

### I. 複合運送人の 意義

海上運送, 陸上運送 또는 航空運送 등 서로 다른 둘 이 이상의 運送방식의 결합에 의한 物件運送을 인수하는 자를 複合運送人으로 정의할 필요가 있다.

### II. 複合運送人の 責任

複合運送人은 送荷人으로부터 運送物을 수령한 때로부터 이를 受荷人에게 인도할 때까지 運送物에 관하여 주의를 해태함으로써 생긴 運送物의 滅失, 毀損 또는 延着에 損害를 배상할 責任이 있고, 複合運送人이 運送의 全部 또는 一部를 다른 運送人에게 위탁한 경우에도 複合運送人の 責任을 감면하는 특약은 送荷人에 대하여 效力이 없는 것으로 하여야 한다.

### III. 海上運送人の 責任規定의 準用

運送物에 관한 滅失, 毀損 또는 延着 등의 損害가 海上運送區間에서 발생한 경우에는 複合運送인의 責任에 관하여 海上物件運送人の 責任에 관한 規定을 준용하게 할 필요가 있다. 이는 적어도 海上運送에 관하여는 이른바 network liability system을 채택하는 것으로 複合運送人 責任限度의 과대화방지를 통하여 定期船 海上運送業의 보호·육성이라는 정책적인 관점에서 필요한 것이다.

## 제5절 船荷證券

船荷證券法の 영역에서는 위에서 언급한 國際的 論議動向의 추이를 관찰해가며 改正할 필요가 있다. 다만, 최근 새롭게 등장하는 概念인 電子船荷證券과 海上運送狀에 관한 규정을 신설하여 기존의 규정들과 조화를 시도할 필요가 있다.

### I. 電子船荷證券의 問題

權利證權인 船荷證券의 경우에는 電子文書 형태인 電子式 船荷證券에 의하여 어떻게 運送物에 대한 권리가 이전될 수 있는가 하는 문제가 法的으로 해결되지 않았기 때문에 그동안 電子船荷證券의 이용에 장애물로 되어왔다. 이 문제의 해결을 위하여 CMI의 電子船荷證券規則(1990)과 Bolero船荷證券, UNCITRAL 電子商去來모델法(1996) 등이 國際的으로 採擇되거나 立法되었다<sup>144)</sup>.

#### 1. 國際的 立法動向

CMI규칙과 Bolero.net에서 規定하고 있는 電子式 船荷證券은 運送人이 運送物에 대한 권리·의무의 이전에 직접적으로 관련되어 있다는 점에서 서류거래와 매우 다르다. 書類船荷證券이 사용되는 경우에는 이와 반대로 오직 法律의 規定에 의하여 書類船荷證券에 의하여 증명되는 運送契約上の 권리와 의무가 船荷證券의 새로운 所持人에게 이전된다. CMI규칙상으로는 電子去來를 통하여 運送人과 각각의 새로운 所持人 간의 관계가 형성된다. 運送人은 電子船荷證券의 각각의 새로운 所持人을 알고 있으며 그들을 위하여 運送物을 연속하여 間接점유하게 되고, 運送人은 그 새로운 소지인에게 運送物을 인도하게 된다. 運送人에 의한 運送物의 間接점유는 書類船荷證券의 경우와 다르지 않다. 이러한 間接점유를 하는 運送人은 電子船荷證券의 所持人の 권리를 부인할 수 없는 禁反言의 효과가 발생된다. 볼레로 시스템은 運送物 間接占有에 대한 완전한 契約的 效力을 부여하고 있으며, 運送契約

144) 손주찬, 電子式 船荷證券과 海商法, 한국해법회지, 1999. 11, 53쪽

상의 지위의 이전을 규율하고 있다<sup>145)</sup>.

Bolero.net시스템에서는 이 시스템에 이용자로서 가입한 당사자가 Rule Book에 동의함으로써 이 시스템에 가입한 모든 이용자와 다자간 약정을 체결하게 되고 이들간에는 Rule Book이 적용된다. 이 경우 소위 불레로 船荷證券이 이용되는데, 그 法的效力과 法律關係에 있어서는 Rule Book의 規定에 따라서 書類船荷證券과 동일한 효력을 갖게 된다.

위에서 보았듯이, 현재 CMI와 UNCITRAL이 합동으로 國際運送法上的 提單제를 검토하고 있는데 새로 마련될 國際運送條約에는 電子船荷證券과 電子文書에 관한 規定이 포함될 것으로 보이는데, 이 경우 당사자간의 합의에 의하여 電子船荷證券을 이용할 수 있다는 規定과 함께 電子文書도 일반 종이문서와 똑같은 효력을 가지며 電子署名에 의하여 手記署名과 같은 효력이 부여된다는 規定을 둬으로써 電子船荷證券의 權原證券性的 문제를 해결할 수 있을 것이다.

電子船荷證券에 관한 立法例로서는 濠洲의 改正 海上運送法(Carriage of Goods by Sea Regulations, 1998)과 海上運送書類法(Sea-Carriage Documents Act, 1997)이 대표적이다<sup>146)</sup>.

## 2. 商法上 電子船荷證券 規定의 立法方案

우리나라는 이미 電子去來基本法<sup>147)</sup>과 電子署名法<sup>148)</sup>을 제정하고 시행하고 있고 아울러 전자서명과 인증을 위한 공인인증기관도 설립되어 운용되고 있으므로, 일반적인 電子的 海上運送書類에 대하여 法的인 효력을 인정하는데에는 큰 문제가 없다. 그러므로 電子的 海上運送書類에 관하여는 書面에 의한 海上運送書類를 전제로 한 商法上的 規定들이 적용될 수 있기 때문에 權利證權인 船荷證券을 제외한 일반적인 海上運送書類가 電子式으로 작성된 경우라도 法的인 효력을 갖게 된다.

문제는 海上物件運送에 사용되는 船荷證券의 경우이다. 商法은 船荷證券의 發行(제813조), 船荷證券의 記載事項(제814조), 船荷證券의 物權證券性(제820

145) D. Faber, *Law Commissioner Draft Report : Part VI, Carriage of Goods by Sea*, 6.40~6.42, pp. 10~11

146) 정완용, 海商法 改正에 관한 考察, 한국해법회지, 2001. 11, 288~290쪽 참조

147) 1999. 2. 8 法律 제5834호, 2002. 1. 19 法律 제6614호로 전문改正

148) 1999. 2. 5 法律 제5792호, 2001. 1. 16 法律 제 6360호와 2001. 12. 31 제6585호로 각 일부改正

조 - 제133조), 相換證權性(제820조 - 제129조) 등에 관하여 規定을 두고 있다. 만약에 書類船荷證券을 전제로 한 이러한 規定들이 電子式으로 발행된 船荷證券의 경우에 그대로 적용될 수 없다면 電子船荷證券에 대하여도 이러한 規定이 적용될 수 있는 法的인 근거를 마련하여야 할 것이다.

다만, 이 새로운 規定의 범위에 관하여, 船荷證券이 電子文書의 형식에 의하더라도 유효하다는 정도의 規定을 둘 필요는 있으나, 商法에 電子船荷證券에 관한 상세한 規定을 두는 것은 電子船荷證券의 運營體系가 완전히 확립된 이후에 하는 것이 좋다는 견해이다<sup>149)</sup>. 따라서 電子船荷證券을 포함하여 海上運送契約이 電子的 方式으로 체결된 경우에도 海商 編의 관련 規定이 적용됨을 명문화하고, 당사자는 합의된 방식과 절차에 따라 電子船荷證券을 사용할 수 있음을 規定함으로써 電子船荷證券이 書類船荷證券과 같은 法的인 효과를 갖게 하여 船荷證券의 法律關係에 대하여도 書類船荷證券의 해석론을 적용하게 하는 것이 우선 필요한 立法인 것으로 보인다<sup>150)</sup>.

## II. 海上運送狀의 문제

國際物件運送에 있어서 수하인에게 서류가 늦게 도착함에 따라 運送物 인도상 야기되는 불편을 해소하기 위하여, 다시 말하면 수하인이 목적지에서 運送人에게 船荷證券을 제시하지 않고도 화물을 인도받을 수 있는 방법이 모색되었는데, 그 방법으로서 등장한 것이 權利證權이 아닌 海上運送狀에 의한 運送이다. 특히 運送書類가 화물보다 늦게 도착하는 사례가 빈번한 유럽제국간, 아시아제국간 또는 북유럽과 미동부간의 근거리구간의 화주들에게 이러한 방안의 모색은 더욱 절실히 요구되어 왔다<sup>151)</sup>.

이와 같은 運送環境의 변화에 따른 화주의 요구를 충족시키기 위하여 해운선진국 및 무역해운관련 國際機構들은 이에 관하여 많은 연구를 통하여 海上運送狀을 國際運送實務에 사용할 수 있도록 國內法을 보완하거나 또는 새로운 立法을 추진하는 등 海上運送狀을 실무에서 이용될 수 있도록 활발한 활동을 전개하고 있다. 다만, 우리 商法은 船荷證券에 관한 規定만 존재하여 海上運送狀에 의한 運送의 결과 運送人과 화주간에 분쟁이 생길 경우

149) 김영갑·최성준, 情報社會에 대비한 商事法研究 序論, 정보사회에 대비한 일반 법연구(I), 한국상사법학회, 1997, 142쪽

150) 정완용, 前揭論文5~296쪽

151) 엄운대, 船荷證券論, 도서출판 신대중, 2000, 115쪽

양자의 권리·의무관계를 판단할 수 있는 기준은 무엇인가 하는 문제가 남는다<sup>152)</sup>.

## 1. 國際的 動向

國際貿易이나 運送관련 國際機構들은 海上運送狀이 실무에서 사용되는 점을 중시하여 그간 國際的으로 이미 통용되어 오던 기존의 규칙 등을 改正하여 海上運送狀의 지위를 인정하는 내용을 명문화하는 작업을 이미 완료한 상태이다. 國際商業會議所(ICC)는 國際定型貿易條件의 기준인 INCOTERMS를 改正하여 1990년부터 運送書類로서 海上運送狀(Sea Waybill)을 포함시켰고<sup>153)</sup>, 2000년 改正 때에도 이를 계승하고 있다. 信用狀統一規則도 1993년 제5차 改正에서 특히 Non-Negotiable Sea Waybill에 관하여 별도의 조문을 신설, 그 수리요건 등을 상세하게 規定하고 있다<sup>154)</sup>. 한편 CMI는 海上運送狀의 이용이 실무에서 점점 증대하는 경향을 중시하여 1990년 6월 전문 8개 조로 된 統一規則을 채택하였다<sup>155)</sup>.

## 2. 商法上 海上運送狀 規定 立法方向

현행 商法에 이미 船荷證券에 관한 規定이 있으므로 海上運送狀과 船荷證券이 公同되는 부분<sup>156)</sup>은 船荷證券에 관한 規定을 준용토록 하고, 權利證權이 아닌 海上運送狀에만 적용될 規定을 새로이 신설하는 方法을 생각할 수

152) 엄윤대, Sea Waybill의 活用을 위한 立法方向, 한국해법회지, 2001. 11, 157~159쪽

153) INCOTERMS 1990(ICC Publication No. 460)에서 매도인의 제공서류로서 海上運送狀을 인정하는 조건으로서는 FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, 췌, CIP, DES, DEQ, DDU, DDP이다(총 13개 정형조건 중 海上運送이 관여되지 않는 EXW와 DAF만 제외되었다).

154) UCP 500(ICC Publication No. 500), Article 24, <http://www.iccwbo.org> 참조

155) 國際海法會(CMI) 前揭홈페이지, [www.comitemaritime.org](http://www.comitemaritime.org). : 검색일 2002년 10월 5일

156) 船荷證券과 海上運送狀 각각의 발행(제813조[船荷證券의 발행]), 기재사항(제814조 1항 내지 4항[船荷證券의 기재사항] : 다만, 제814조 1항 5호의 “수하인 또는 통지수령인의 성명 또는 상호”라고 되어 있는 부분은 海上運送狀에 관하여는 “수하인 및 통지수령인의 성명 또는 상호”로 하는 특칙을 둘 필요가 있다. 만약 수하인이 기재되지 않고 통지수령인만 기재된다면 運送人이 運送物을 인도할 수 하인이 누구인지가 확정되지 않으며 이는 海上運送狀 채용의 근본취지와 맞지 않기 때문이다), 등본의 교부(제815조[등본의 교부])등은 준용될 수 있다.

있다.

(1) 定義規定

海上運送狀이라 함은 運送人이 運送物을 受領 또는 船積하였음을 인증하고 약정지까지 지정된 受荷人에게 인도할 것과 상대방은 이에 따라 運賃을 지불하기로 약정하는 運送契約의 증서로서 非流通運送書類임을 명시하여야 한다.

(2) 海上運送狀 記載의 效力

海上運送狀이 발행된 경우에는 運送人이 海上運送狀에 기재된대로 運送物을 수령 또는 선적한 것으로 추정하는 推定的 效力을 부여하며, 船荷證券의 善意取得者에 대한 對抗力과는 달리 非流通證券性を 인정하여 이를 부인하여야 한다.

(3) 運送物の 引渡

運送人은 運送狀上의 受荷人 또는 그 代理人에게 運送物을 인도하여야 하고, 運送人은 수하인 또는 그 대리인의 확인에 있어서 상당한 주의를 다 하였음을 증명하면 運送物의 인도문제로부터 면책됨을 명시할 필요가 있다<sup>157)</sup>.

海上運送狀은 船荷證券과 달리 權利證權이 아니기 때문에 비록 그 소지인이라 하더라도 소지 그 자체만으로 運送物에 대한 권리를 갖고 있는 것이 아니기 때문에 運送人도 그 海上運送狀으로 運送物을 인도해서는 안된다. 船荷證券이 발행되지 않고 海上運送狀에 의한 運送의 경우에는 運送人으로부터 화물을 인도받을 권리자는 오로지 運送契約에 의하여 수하인으로 지정된 자이다. 그러므로 수하인으로 지정되어 있는 자가 運送物을 인도받고자 할 때에도 運送人에게 海上運送狀을 제시할 필요가 없다. 그러나 運送物의

157) 현재 실무에서 海上運送狀의 실체를 오해하여 너무 방만하게 취급하고 있는 것 같다. 海上運送狀의 非相換性이 지나치게 강조되어, 아예 그 사본도 제출하지 않고 화물인도를 요구하는 실정이라 하는데, 진정한 수하인을 확인하기 위하여는 최소한 선적항측에서 송부되어온 서면통지라도 확인하여야 한다(임석민, 前掲書, 140쪽, 각주 49)번).

不法引渡를 방지하기 위하여 수하인이라고 주장하는 자의 신원확인도 필수적이다. 이것이 海上運送狀을 이용하는 利點이며, 따라서 海上運送狀에 의한 運送의 경우 위의 내용을 가진 規定이 필요하다.

#### (4) 送荷人の 受荷人變更請求權과 運送物處分權의 移轉

송하인은 運送人에 대하여 運送物이 受荷人에게 인도되기 이전까지 書面 기타 運送人이 수락할 수 있는 方法에 의거, 수하인의 변경을 요청할 수 있는 권리를 規定하며, 이로 인하여 발생하는 모든 責任을 부담함을 명시할 필요가 있다. 다만, 受荷人の 保護와 海上運送狀의 보급을 위하여 送荷人の 處分權을 制限하는 規定, 즉 송하인은 運送人이 運送物을 수령하기 전에 受荷人에게 運送物의 처분권을 양도할 수 있으며, 이를 海上運送狀에 기재하여야 하며, 이 경우 送荷人은 運送物에 대한 권리를 상실함을 명시할 필요가 있다.

賣買契約으로부터 船積時까지 상당한 시간이 소요되므로, 市況이나 買受人 信用狀態의 변화 및 賣買契約의 해제 등에 대처하기 위하여는, 運送契約의 부수적 권리로 送荷人에게 이 受荷人變更請求權이 부여될 필요가 있다. 다만, 이 受荷人變更請求權 때문에 수하인의 지위가 船荷證券에 비하여 불안해지고, 이것이 海上運送狀의 보급을 저해하는 요인이 되어 온 것도 사실이다<sup>158)</sup>.

송하인의 受荷人變更處分權은 화물이 목적지에 도착하여 수하인이 수령할 때까지는 언제라도 행사할 수 있으므로, 海上運送狀을 사용할 경우 비록 信用狀開設銀行을 受荷人으로 하고 선적서류의 추심절차가 이루어졌다 하더라도 송하인은 수하인을 변경할 수 있어 은행의 지위가 불안하여진다. 따라서 信用狀開設銀行을 受荷人으로 하고 買受人을 通知受領人으로 한 海上運送狀을 은행이 수리할 수 있게 하려면, 送荷人の 受荷人變更請求權을 制限하고 運送物의 處分權이 海上運送狀上의 수하인에게 이전할 수 있도록 하게 할 필요가 있다<sup>159)</sup>.

### 제4장 海上物件運送法 이외 規定의 問題點과 改正方向

158) 임석민, 前掲書, 141~142쪽

159) CMI Uniform Rules for Sea Waybill, Article 6

海商法の 중심은 물론 海上運送契約에 따라 形成되는 法律關係를 규율하는 海上運送法이다. 그러나 그 海上運送契約과 그로 인하여 形成되는 法律關係의 利害關係者를 연결하는 媒介體로서의 역할을 하는 船舶, 海上運送을 商行爲로서 營爲하는 海上企業主體 즉, 船舶所有者와 그 履行補助者로서의 船長, 그리고 傳統的으로 인정되어온 海商法の 特殊性에 따라 확립되고 발달된 海上危險의 規定들의 問題點과 改正方向을 고찰하는 것도 균형있는 海上物件運送法の 改正을 위하여 필요하다. 사실, 이러한 규정들은 각기 獨立되어 法的 意義를 갖는 것이 아니라 海上物件運送法과 有機的이고 不可分的인 關係에 있는 것이다.

### 제1절 “船舶의 押留, 假押留”

商法 中の 船舶에 관한 法規는. 海上企業上의 權利義務의 主體 및 그 形成原因인 法律要件을 연결·매개하는 「船舶」을 實定 海商法の 適用基準으로 하고 있으며, 海商法の 適用基準으로서의 船舶(제740조, 제741조)에 관한 規定을 출발점으로 하여, 그 밖에 船舶의 性質 내지 法律關係에서의 地位, 船舶을 目的으로 하는 權利와 그 變動, 船舶의 擔保價値의 利用에 관한 法律關係 등으로 구성되고 있다. 海商法の 適用基準이 되는 「船舶」에 대한 규정 중에서 시급한 問題로 대두되고 있는 船舶의 押留·假押留 규정의 問題點과 改正方向을 이 節에서 검토하기로 하며, 實際적으로도 船舶에 관한 規定들은 현재의 條文의 配置와 編制와는 달리 새롭게 改編되어야 하는 것으로 본다.

#### I. “航海準備完了船舶”에 대한 押留·假押留의 制限

改正前 商法과 改正 商法 제744조는 航海의 準備를 완료한 船舶과 그 屬具는 航海를 준비하기 위하여 생긴 債務에 대한 경우를 제외하고는 押留 또는 假押留를 하지 못한다고 規定하고 있다. 이 조항의 立法理由는 첫째, 航海準備를 完了한 船舶이 목적인 항해를 성취하도록 함으로써 多數의 積荷利害關係人을 보호하고, 둘째, 航海準備는 공연하게 이루어지기 때문에 債權者가 航海준비의 完了 전에 押留·假押留를 할 수 있었음에도 불구하고 하지 아니한 점에 債權者의 懈怠가 있었다는 것이다<sup>160</sup>).

## 1. “航海準備完了船 押留・仮押留制限”의 解釋論

일반적으로 船舶所有者, 船長, 船員 등이 船舶을 즉시 出航시킬 事實上, 法律上的 모든 前提條件을 완료한 때를 의미한다고 본다. 구체적인 내용을 船舶運航의 觀點에서 보아 ① 荷役 및 船積作業의 完了 또는 乘客의 乗下船이 완료되었을 것, ② 船員, 食品, 燃料 및 飲料水 등이 보급되었을 것, ③ 出航을 위한 法的 또는 行政的 節次와 書類 準備를 완료하였을 것을 의미로 보기도 하나, 그 내용은 지극히 流動的이어서 明確한 限界가 없고 事實의 問題에 해당하므로 구체적인 사항마다 개별적으로 판단할 수 밖에 없다<sup>161)162)</sup>.

商法 제744조의 船舶에는 外國 船舶도 포함되는가에 대하여, 相互主義에 따라 船積國法에 의하여 위와 같은 押留・仮押留禁止가 인정되지 않는 外國 船舶의 경우에는 위 押留・仮押留禁止規定이 적용되지 않는다는 見解가 있을 수 있다. 실제로 콜롬비아, 칠레, 아르헨티나 등의 일부 南美 國家들의 立法例는 위와 같은 發航準備를 完了한 船舶의 押留・仮押留禁止規定을 두고 있으면서도 外國 船舶에 대하여는 同 規定의 適用이 없도록 하는 特例를 두고 있다<sup>163)</sup>. 그와 같은 주장의 根據로는 債權者는 船舶의 國籍을 조회하는 것이 보통이고 따라서 旗國法의 適用을 예상하기 때문이라고 한다. 그러나 船舶을 押留・仮押留할 수 있는지의 여부는 節次에 관한 문제라 할 것이므로, 그 船舶이 所在하고 있는 法廷地法에 의함이 타당하며<sup>164)</sup>, 國際海運慣行에 부합하는 것이다.

160) 임동철, 우리나라 海商法の 주요 問題點과 그 改正方向에 관하여, 前掲書, 612쪽

161) 立法的으로 “항해의 준비를 완료한 때”의 의미를 형식적으로 規定한 경우가 있는 바, 예컨대, 프랑스에서는 舊 商法 제215조 2항에서 “船長이 그 항해를 위해 필요한 선적서류, 즉 선박국적증서, 선원명부, 적하명세서, 세관에 의하여 교부되는 서류 등을 구비하는 때는 航海의 準備를 完了한 것으로 간주한다”고 規定하고 있다(한영표, 船舶에 대한 仮押留, 선박집행의 제문제, 부산지방법원, 1999, 264쪽).

162) 船員法 제7조[出航前의 檢査義務]의 “船長은 出航전에 船舶이 航海에 건딜 수 있는가와 貨物이 실려있는 狀態 및 航海에 적합한 裝備・人員・食料品・燃料 등이 갖추어져 있는지를 檢査하여야 한다”라는 規定을 적용하여 위와 같은 檢査가 완료된 선박이 (가)압류가 금지된다는 견해도 있다(한영표, 上掲論文, 264쪽; 정해덕, 선박어레스트가 제한되나 이러한 제한은 불합리하므로 폐지되어야, 코리아슈핑가제트 홈페이지, <http://www.ksg.co.kr> : 검색일 2002년 5월 16일).

163) 정해덕, 上掲寄稿文, [www.ksg.co.kr](http://www.ksg.co.kr) : 검색일 2002년 5월 16일

164) 정해덕, 上掲寄稿文, [www.ksg.co.kr](http://www.ksg.co.kr) : 검색일 2002년 5월 16일

押留・仮押留禁止의 基準時點에 대하여 이를 航海의 終了時까지로 보는 것이 一般的인 견해이다. 이와 관련하여 航海準備의 完了라는 요건을 도중의 寄港地에서 出航할 때마다 각 寄港地를 기준으로 個別的으로 정한다면 押留・仮押留를 禁止한 위 規定이 무의미하게 될 가능성이 있으므로 당초 航海計劃이 세워졌던 最初의 港口를 기준으로 하여 그 港口에서 항해를 하는데 필요한 상당한 준비를 한 것이면 그 때 計劃한 航海가 종료된 때까지는 押留・仮押留를 할 수 없는 것으로 본다.

프랑스에서는 원칙적으로 途中港이나 避難港에서는 船舶의 押留・仮押留가 禁止되나, 船舶 破損 등으로 더 이상의 航海가 불가능하게 되거나 積荷를 전부 揚陸한 때에는 航海가 終了한 것으로 보고 있다<sup>165)</sup>. 따라서 새로운 利害關係人の 發生 등으로 그때까지의 航海와는 구별되는 새로운 航海가 시작되었다고 봄이 상당한 경우에는 종전의 航海가 終了되고, 따라서 새로운 航海의 準備를 完了하기 전까지는 船舶을 押留・仮押留할 수 있다고 보는 것이 일반적이다<sup>166)</sup>.

仮處分은 強制執行의 結果를 보전하기 위해 係爭物에 대한 強制處分 또는 다툼이 있는 法律關係에서 臨時的 處分을 정하는 것으로 金錢의 支給을 목적으로 하지 않는 것이므로, 商法 제744조는 仮處分の 경우 適用이 없다는 見解가 타당하다.

## 2. 問題點과 改正方向<sup>167)</sup>

165) 정해덕, 前掲寄稿文, www.ksg.co.kr : 검색일 2002년 5월 16일

166) 따라서, 중간항에 정박하여 적하의 일부를 양하 또는 다른 적하를 선적하는 경우, 발행 후 풍랑 등으로 말미암아 일시 출항항에 기항하거나 피항항에 입항한 경우 또는 그 항에서 수리를 하는 경우 등에 있어서도 채권자는 (가)압류를 하지 못하나, 선박이 항해의 준비를 완료한 후 運送契約의 전부가 해제되는 경우, 不定期船이나 傭船契約에 의하여 운항되는 선박이 기항항이나 피항항에서 적하 전부를 양하한 때, 個品運送을 하는 定期船의 경우라 하더라도 중간항에서 적하 전부를 양하한 때에는 (가)압류할 수 있다고 보는 견해가 유력하다(한영표, 前掲論文, 265쪽).

167) 1952년 船舶假押留條約(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Arrest of Seagoing Ships, 1952)의 미비점을 보완하기 위한 1999년 선박가압류에 관한 國際條約(International Convention on Arrest of Ships, 1999)의 채택과정에서는 UNCTAD와 IMO의 합동 정부간 전문가회의의 초안(TD/B/IGE.1/5)에서는 제2조 3항에서 항해준비완료선박에 대해서도 가압류할 수 있다고 規定하고 있었으나, 1999년 3월 1일부터 12일까지 스위스 제네바에서 개최된 船舶假押留條約 채택을 위한 전권외교회의의 논의과정에서 항해준비완료선을 가압류대상에서 제외하자는 입장(네덜란드, 중국, 러시아, 이태리 등)과 이를 존치하자는 입장(미국, 영국, 캐나다, 몰타 등)이 대립되었다. 결국 초안의

위 商法 제744조는 그 立法趣旨과의 관계에서 그 필요성에 의문이 제기되고 있다. 즉 發航準備를 完了한 船舶에 대한 위와 같은 押留·假押留禁止規定이 나타나게 된 18세기 및 19세기에 있어서의 상황은 당시의 海上企業이라는 것이 주로 船舶을 이용한 小企業形態가 대부분으로서 그것도 거의 모두가 不定期船들로 운용되고 있었으므로 代替船舶을 구한다는 것이 거의 불가능하였고, 따라서 이와 같은 사정하에서 積荷利害關係人 등 제3자의 利益保護를 위하여 發航準備를 完了한 船舶의 押留·假押留를 禁止하는 規定이 필요하였다고 할 수 있다. 그러나 오늘날에는 海上企業이 多數의 船舶을 가진 大規模의 企業으로 운용될 뿐만 아니라 一定한 航路를 계속 운항하는 定期船들이 많이 등장하였고, 海運企業間의 競爭 등으로 인하여 代替船舶을 구하는 것이 용이하게 되었으며, 또한 通信手段이 고도로 발달하여, 債權者의 犧牲 하에 위와 같은 押留·假押留禁止規定을 계속 유지할 근거가 희박하게 되었다.

위 押留·假押留禁止規定은 무엇보다도 海上企業活動에 있어서 그 무엇보다도 강력한 船舶優先特權에 기한 債權의 존재로 인하여 위험을 받고 있는 海商金融을 더욱 위태롭게 할 수 있다. 押留·假押留禁止는 債權者의 權利行使를 제한함으로써 船舶金融을 압박하여 종국적으로는 船舶所有者들에게 어떠한 이점도 가져오는 것이 아니다<sup>168)</sup>.

또한 比較法的으로도 大陸法系 國家들에게는 이러한 制限規定이 있으나 英美法系의 國家에서는 이러한 制限이 없는 바, 그 결과 英美의 船舶은 大陸法系의 國家에서 押留·假押留당하지 않으나 大陸法系 國家의 船舶은 英美에서 押留·假押留를 당하는 不合理的가 발생한다. 물론 이는 역시 海上運送法의 國際的 統一化 문제와 직결되는 문제이나, 현재 世界的 趨勢는 押留·假押留禁止條項의 廢止를 지향하고 있으며<sup>169)</sup>, 1999년 船舶押留·假押留條約에서도 이를 禁止하는 規定은 없으므로 언젠가는 航海準備完了船에 대한 押留·假押留禁止條項을 廢止하는 國際的 統一立法이 이루어질 것으로 본다. 따라서, 이 條項을 廢止하는 것이 타당하다고 본다.

---

제2조 3항을 삭제하고 國內法에 맡기자는 입장(호주, 태국, 싱가포르 등)이 채택되어 항해준비완료선의 가압류허용여부는 각국의 國內法에 의존하게 되었다.

168) 정해덕, 前揭寄稿文, www.ksg.co.kr : 검색일 2002년5월 16일

169) 한영표, 前揭論文, 269쪽

## II. 假押留의 解放

現行 民事執行法에 따르면 財産의 假押留 執行停止나 執行한 假押留의 取消을 위하여는 債務者가 法院의 命令에 따라서 金額을 供託하여야 한다. 여기서 말하는 金額은 假押留 解放金으로 오직 現金만을 의미하며, 물론 船舶의 假押留의 경우에도 동일하다.

그러나 船舶은 高價의 交通手段으로서 不稼動損害가 巨額인 점과 동시에 商去來에서 巨額의 現金供託이 쉽지 아니한 점이 있다. 이러한 문제점을 대비하여 船主相互保險(P&I : Protection and Indemnity)이 발달하여 供託保證을 하고 있다. 또 船舶에 대한 假押留의 執行停止나 取消에 각 船主相互保險組合(P&I club)이 責任保險者로서 保證(security)를 제공하는 것이 國際海運의 慣行이다<sup>170)</sup>. 이러한 점에서 船舶 假押留의 解放手段에 관한 改正意見이 있어 왔다<sup>171)</sup>.

그럼에도 불구하고, 최근의 民事訴訟法 改正을 통하여 舊 民事訴訟法の 強制執行編이 “民事執行法”(2002년 1월 26일 제정, 法律 제6627호)이라는 單行法으로 제정되었는데, 이 논의과정에서 現金이 아닌 保證의 제공으로 船舶의 押留假押留를 解放하는 문제가 제기되어 船舶所有者의 利益保護를 위한 立法的 解決이 이루어지기를 기대하였으나, 이 문제는 論議의 對象에서 제외되었다<sup>172)</sup>. 결국 海商編 내의 特別規定의 立法을 통하여 해결할 수 밖에

170) 이군성, 海商法講論, 해운산업연구원, 1988, 17~18쪽 ; 주식회사 한성선박, 前揭意見書, 357쪽

171) 주식회사 한성선박, 前揭意見書, 357쪽

172) 民事訴訟法の 改正 골자는 다음과 같다(대한민국 법제처 인터넷 홈페이지 <http://www.moleg.go.kr>, 검색일자 2002년 7월 5일). 가. 외국송달의 특례제도 및 항고이유서제출강제제도를 도입하고, 매각허가결정에 대한 항고시 보증공탁을 하여야 하는 항고인을 모든 항고인으로 확대하여 항고의 남발이나 항고심의 심리지연을 방지함으로써 집행절차가 신속하게 진행될 수 있도록 함(法 제13조·제15조 및 제130조).나. 채무자가 정당한 사유없이 명시기일에 불출석하거나, 재산목록의 제출을 거부하거나 또는 선서를 거부한 때에는 20일 이내의 감치에 처하도록 하고, 거짓의 재산목록을 낸 때에는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 함(法 제68조). 다. 채무불이행자명부를 주소지 시·구·읍·면의 장에게 송부·비치하도록 하여 일반인이 열람·등사할 수 있게 함과 아울러 금융기관에도 통보하여 신용불량자로서 불이익을 받게 함(法 제72조). 라. 개인의 재산 및 신용정보에 관한 전산망을 관리하는 공공기관·금융기관 등에 대하여 채무자 명의의 재산에 관한 조회를 할 수 있게 함으로써 채권자가 채무자의 재산을 쉽게 발견할 수 있도록 하여 재산의 투명성을 확보하되, 재산조회 결과를 강제집행 외의 목적으로 사용하는 자를 처벌하여 남용을 방지함(法 제74조 내지 제77조). 마. 미등기 건물중 건축법에 의한 건축신고 또는 건축허가를 마쳤으나 사용승인을 받지 아니하여 보존등기를 마치지 못한 건물에 대하여 그 실체를 인정

없는 문제로 보인다. 각 船主相互保險組合들의 財政的 安定性에 차이가 있음과 이들이 주로 외국에 소재하고 있음을 고려한다면, 적어도 國內 銀行들의 保證狀을 통한 船舶假押留의 解放이 가능하도록 하여야 한다.

## 제2절 “海上企業主體”에 관한 規定

海上企業의 主體는, 船舶을 그 手段 또는 設備로 사용하여 海洋을 무대로 전개하는 企業에 特有한 法律關係 또는 權利義務의 法律上的 歸屬主體이다. 商法の 海商編 中에서, 이 海上企業의 主體에 관한 法規는 이른바 自船艙裝者로서의 船舶所有者를 原則的인 主體로 하여, 특히 船舶共有의 法律關係(商法 제753조 내지 764조) 및 例外的인 海上企業主體로서의 他船艙裝者 中의 船舶賃借人의 地位에 관한 規定(商法 제765조, 제766조)으로 이루어져 있다. 그 規定들의 중심은 어디까지나 이들 海上企業主體의 責任制限에 관한 法律關係의 規定이다. 그리고 船長에 관한 規定도 人的 組織上의 企業補助者로서, 널리 海上企業主體에 관한 法規로서 중요한 地位를 차지하고 있다.

종래 海上企業의 主體에 관한 商法の 改正 問題도 역시 船主責任制限制度가 中心이 되었으며, 船長에 관한 規定 中에서는 現實에 맞지 않는 不合理한 規定이 改正의 對象이 되어 왔다. 따라서 지난 1991년 改正에서는 이들 制度 또는 規定, 특히 船主責任制限條項에 대한 全面的인 손질이 있었다. 그리고, 船舶共有制度는 株式會社라는 資本集中 내지 危險分散에 적합한 共同企業形態가 발달하고 있는 現재로서는 그 자체를 存置시킬만한 實益이 거의 사라졌지만, 그대로 유지하되 다만 船舶管理人에 관하여 그것이 船舶共有의 任意機關인 것 같이 規定되어 있던 것을 손질하여, 그 選任을 強制하도록 하였다(改正 商法 제760조 1항)<sup>173)</sup>.

---

하여 부동산집행방법에 의한 강제집행을 가능하게 함(法 제81조). 바. 기간입찰제도 및 경락대금의 지급기한제도를 도입하고, 경락부동산의 인도명령 대상을 권원이 없는 모든 점유자로 확대하여 매각허가결정이 확정되면 즉시 대금을 지급하고 간이한 방법으로 부동산을 인도받을 수 있도록 하는 등 경매제도를 개선함(法 제103조·제136조 및 제142조). 사. 채권을 압류한 경우에 제3채무자는 채권자가 경합하지 아니하더라도 압류채권액 상당액 또는 전액을 공탁할 수 있도록 하여 제3채무자가 채무로부터 해방될 수 있도록 함(法 제248조). 아. 보전처분 집행후 10년내에 소를 제기하지 아니하는 경우 채무자 또는 이해관계인의 신청에 따라 보전처분을 취소하도록 하던 것을 5년이 지나면 취소하도록 함으로써 가압류·가처분을 한 후 이를 장기간 방치하는 사례를 방지함(法 제288조).

173) 改正 前의 商法 제760조 1항의 “船舶共有者는 船舶管理人을 選任할 수 있다”를 “船舶共有者는 船舶管理人을 選任하여야 한다”로 改正하였다.

이 章에서는 위와 같은 海商法上 法律關係 즉 權利義務關係의 歸屬主體 및 그 履行補助者라는 基準으로 船舶所有者의 責任制限, 船長에 관한 規正의 問題點과 改正方向을 검토하기로 한다.

## I. 船舶所有者의 責任制限

### 1. 船舶所有者 責任制限의 法理

船主責任限制制度 또는 船主有限責任制度는 船舶所有者 내지 海上企業의 主體가 그 企業活動인 船舶의 利用 또는 海上航行과 관련하여 부담하는 債務에 관련하여 自己의 責任을 一括하여 一定한 限度로 制限할 수 있도록 하는 海商法 固有의 總體的 責任限制制度(global limitation of liability)이다. 이는 海上企業組織法의 出發點의 위치에 있고, 그 내용을 어떻게 規定하고 있는가에 따라 實定 海商法 體系의 基本的 性格이 좌우된다고 할 수 있을 만큼 중요하다<sup>174)</sup>.

船主責任限制制度는 海上危險의 극복 그리고 國家의 海運政策의 實現 등에서 國際적으로 인정되고 있다<sup>175)</sup>. 이 制度的 趣旨를 구체적으로 아래와 같이 설명할 수 있다<sup>176)</sup>.

첫째, 大資本으로 建造한 船舶을 危險한 海上航海에서 사용하여 海難事故가 發生하면 損害가 매우 巨액이며,

둘째, 船長과 海員은 國家考試에 의한 海技士 資格免許를 가지고 있어서 國家가 航海技術을 公認하고 있으며,

셋째, 船舶所有者는 船長과 海員을 직접 指揮·監督할 수 없으며, 이런 사유로 船長은 廣範圍한 代理權을 가지며,

넷째, 船舶所有者는 船員이 그 職務 履行에 있어서 다른 사람에게 손해를 입혔을 경우에는 無過失의 責任을 부담하는 것은 가혹하며,

다섯째, 海上企業은 순수하게 商業的 機能 이외에도 國防과 國威를 위한 國家의 基幹産業으로서 國家의 積極的인 保護政策을 필요로 한다.

원래 商法은 船主責任限制制度에 관련하여 併用主義(船價主義와 金額主義,

174) 이근성, 海上企業關係者 責任限制制度의 改編方向, 법무부 편, 保險·海商法の 改正論點(법무자료 제57집), 1984. 12, 167쪽

175) Erling Selvig, *An Introduction to the 1976 Convention, Limitation of Shipowners' Liability*, Sweet & Maxwell, 1986, p. 15

176) 박용섭, 海商法論, 형설출판사, 1998, 208쪽

그리고 航海主義와 事故主義)에 입각한 1924년 船主責任制限條約을 채용하고 있었다<sup>177)</sup>. 이 1924년 條約은 商法典의 제정 당시(1962년 1월 20일)에 金額主義 및 事故主義의 관점인 1957년 船主責任制限條約으로 대체되어 있었기 때문에, 이미 하나의 歷史的 遺物에 지나지 않았다. 따라서 船主責任制限에 관한 商法の 規定은 처음부터 各國에 의한 新條約 채용의 추이에 따른 改正 可能性을 가지고 있었다<sup>178)</sup>. 거기에다가, 다시 1976년에는 이를 改編한 海事債權責任制限條約(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims)이 성립되기에 이르렀다.

여기서, 商法上의 船主責任限制制度의 改正 문제를 거론할 당초에는 1957년 條約과 1976년 條約 중에서 어느 입장을 수용할 것인가가 당연히 문제가 되었다. 그러나 改正作業이 진행됨에 따라 1976년 條約 채용의 불가피성이 인식됨으로써, 이 新條約을 全面的으로 수용하기에 이르렀던 것이다<sup>179)</sup>.

## 2. 問題點과 改正方向

1976년 條約을 채용한 1991년 改正 商法은 1957년 條約의 경우처럼 金額主義(또한 事故主義)에 바탕을 두고 있지만, 金額主義의 적용과 관련하여 1957년 條約의 단순한 일률적인 噸數比例主義를 지양하고, 이를 개선하여 이른바 遞減噸數比例主義(sliding, or decreasing scale)를 취한 것을 그 특징으로 한다<sup>180)</sup>.

아울러 1991년 改正 商法은 責任制限 主體의 範圍의 擴大, 責任制限의 對

177) 선주책임제한의 입법주의의 자세한 내용에 관하여는 박용섭(공저), 註釋 商法, 한국사법행정학회, 2001, 61~62쪽

178) 김현, 改正 商法上 船舶所有者의 책임제한, 한국해법회, 1992년 학술발표회, 1992. 2, 5쪽

179) 당초에는 제도의 급격한 변화와 그것에 따른 선주의 부담가중의 충격을 고려하여 1957년 條約의 입장을 채용하는 것이 바람직하다고 하여 1957년 條約에 바탕을 둔 改正 條項案이 마련되었다. 그러나 海商法の 改正作業이 진행되어 감에 따라 1976년 條約의 입장을 채용하여야 한다는 의견이 대세를 이루게 되었다. 즉, 1976년 條約은 그것이 성립한지 상당한 기간이 지났고 또한 이미 발효되어 있는 시점(1986년 12월 1일)에서 제도를 개편하는 마당에, 그것도 改正作業이 마무리되어 국회를 통과하고 시행에 이르기까지에는 상당한 기간을 기다려야 하는 만큼, 굳이 1957년 條約에 집착할 필요가 없다는 의견이 지배적이었던 것이다. 따라서 改正 商法은 제746조 내지 제752조의 規定을 1976년 條約에 따른 조항(제746조 내지 제752조의 2)으로 대체하여, 선주책임제한제도를 전면적으로 개편하고 있다(배병태, 海商法 改正案과 그 趣旨, 경제법·상사법논집, 춘강 손주찬 교수 정년기념, 박영사, 1989).

180) 이군성, 前掲 海上企業關係者 責任限制制度의 改編方向, 194~201쪽

象이 되는 債權의 範圍의 調整과 責任制限權 喪失事由의 限定, 인플레이션에 따른 責任限度額의 引上과 旅客의 人身事故에 관한 特別取扱 등 法律關係의 統一的·一切的 처리를 確保하고, 法規 適用上의 不明確性을 제거할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라, 나아가 船舶의 事故에 관한 關係者間의 利害를 調整할 수 있게 하고, 특히 被害者의 救濟를 충실히 하는 方向으로, 널리 海上企業上의 責任制限制度를 再構成하고 있다.

그러나 이러한 긍정적인 측면에도 불구하고, 1991년 海商法의 責任制限制度는, 規定의 不備와 함께, 아직도 그 內容上의 不明確性을 면치 못하여 앞으로 改正이 요망되는 부분이 많다고 할 것이다<sup>181)</sup>.

첫째, 責任制限의 主體에 관하여 改正前 商法은 商法 소정의 責任制限을 할 수 있는 者, 즉 責任制限의 主體를 船舶所有者中心主義에 바탕을 두고, 船舶의 所有者(船舶共有者 포함)와 이에 준하는 船舶賃借人으로 限定하고 있었다(改正前 商法 제746조, 제750조 1항, 제752조, 제766조 1항). 이에 대하여 1991년 改正 商法은 이를 크게 擴大하여, 그 밖에 傭船者 등의 船舶利用活動 내지 船舶運航의 主體(제750조 1항 1호), 그리고 船舶不使用의 救助者에 대하여서도 그 責任을 制限할 수 있도록 하고 있다. 아울러, 責任制限 主體인 船舶所有者 등(제746조, 제750조, 제766조 1항)과 救助者의 使用人과 代理人(제750조 1항 3호), 그리고 船舶共有의 경우 船舶管理人(제750조 1항 1호), 또한 船舶所有者 등과 救助者가 會社 기타 法人인 경우 그 無限責任社員도 責任制限을 주장할 수 있게 하고 있다(제750조 1항 2호).

181) 또한 1976년 條約이 성립된 이후 20년간 물가상승률이 200%에 달하였으므로 책임한도액을 현실화하여야 한다는 주장에 의하여 1996년 5월 국제해사기구는 1976년 條約에 관한 改正議定書를 채택하였다. 1996년 改正의정서의 주요특징은 다음과 같다. 첫째, 책임한도액을 2 내지 4배 인상하였다. 특히 條約의 최저한도 적용船舶의 범위를 종전의 500톤에서 2,000톤으로 상향조정하였으므로, 2,000톤 이하의 小型船舶의 소유자는 인적손해의 경우 2,000,000계산단위, 물적손해의 경우 1,000,000계산단위까지 손해를 배상하여야 한다. 둘째, 여객의 사망이나 손해에 대한 책임한도액을 여객정원에 175,000계산단위를 곱한 금액으로 4배 정도 증액하였고, 1976년 條約 하에서 船舶사고당 2,500만 계산단위를 초과하지 않도록 하던 포괄적 책임한도를 폐지함으로써 여객이 경우에 따라 무제한적으로 손해배상을 청구할 수 있도록 하였다. 나아가 改正의정서는 여객에 대한 1976년 條約의 책임한도액보다 국내법상 規定된 손해배상액이 더 많은 경우에는 1976년 條約 대신 국내법을 적용할 수 있도록 유보조항을 신설하여 여객구제를 강화하였다. 셋째, 인적 손해와 물적 손해에 따라 서로 다르던 책임한도액의 단계를 4단계로 통일하였다. 넷째, 앞으로 1976년 條約의 책임한도액을 쉽게 증액할 수 있도록 條約 改正 절차 規定을 새로 마련하였다. 다섯째, 1996년 유해·위험물질 海上運送 責任條約이 새로 제정됨에 따라 종래 1976년 條約의 적용을 받던 有害·危險物質 海上運送責任에 기한 손해배상청구권을 1976년 條約에서 배제할 수 있도록 하는 유보조항을 신설하였다.

이와 같은 責任制限主體의 範圍의 擴張과 관련하여, 同一한 事故에 關한 船舶所有者 또는 救助者 및 그 使用人·履行補助者 등에 對한 모든 債權은 하나의 法定의 限度額(제747조)으로 一괄하여 그 責任의 制限을 받게 되어 있다<sup>182)</sup>.

이러한 1991년 改正 商法の 立場에 關한 문제점을 지적하면, 船舶所有者 등을 위한 責任保險의 경우 被害者의 直接請求權과 關聯된 責任保險者의 責任制限權에 關하여, 이를 明文의 規定으로 인정하고 있는 1976년 條約과 달라 1991년 商法에서는 제5편 海商編에 規定하지 않고 제4편 保險編의 規定<sup>183)</sup>의 解釋에 의한 해결에 맡겨져 있을 뿐이다. 앞으로, 특히 法院에서 責任保險者에게 그 被保險者인 船舶所有者 등이 가진 責任制限權의 援用을 당연히 인정하여 줄 지가 의문이다. 특히 被保險者인 船舶所有者 등의 故意 내지 重過失의 경우, 이는 商法上 責任制限權의 喪失事由(제746조 前文但書) 임과 동시에 責任保險者의 免責事由(제659조)이기도 하다. 이 경우 被害者가 保險者에게 直接請求權(제724조 2항 本문)을 행사한 때에 保險者는 免責事由로서 그 請求를 배척할 수 있는가, 만약 免責을 주장할 수 없다고 하면 被保險者인 船舶所有者에 對한 구상은 별문제로 하고, 無限의 補償責任을 부담하여야 하는가, 또는 商法上의 責任限度額의 範圍 內에서만 補償하겠다는 抗辯을 제기할 수 있는가 등이 문제가 되지 않을 수 없다<sup>184)</sup>.

따라서 責任保險者의 責任制限의 主體性과 其 援用權에 關하여도 明文의

---

182) 1991년 商法이 채용한 1976년 條約이 종래의 船舶所有者中心主義에 對하여, 船舶의 運航과 救助活動과 關聯하여 民事責任을 추궁당할 가능성이 있는 자(船舶不 使用의 救助者, 責任保險者, 履行補助者, 使用人 等)를 널리 責任制限權者로 인정하고 있는 것과 關聯하여, 그 명칭이 1924년, 1957년 條約의 경우 船主責任制限條約인데 반하여 海事債權責任條約으로 되어있는 것이다. 따라서, 1976년 條約(또한 1991년 商法)아래에서는 주관적 요소(subjective element)로서의 責任制限의 주체가 누구인가는 중요한 문제가 아니고, 객관적인 요소(objective element)로서의 海事的인(maritime) 채권 中에서 어떤 것이 責任制限의 대상이 되고 있는가가 중요한 것이다(Beringieri, *Limitation of Liability of Shipowners, Handbook of P&I Insurance*, 3rd ed., Gard P&I Club, 1988, pp. 401~402).

183) 商法 제724조 2항 단서 : “그러나 保險者는 被保險者가 그 사고에 關하여 가지는 항변으로써 제3자에게 對抗할 수 있다.”

184) 船舶所有者 등의 責任制限權의 喪失사유인 고의적 행위는, 商法上의 보험자 면책사유이고(제659조), 또한 英國의 1906년 海上保險法(MIA)에서 規定하고 있는 보험자 면책사유인 故意의 惡行(wilful misconduct)에 가까운 것으로, 1976년 條約만으로는 故意의 惡行인 船舶所有者 등이 責任制限을 주장할 수 없는 경우 그 責任保險者에게도 責任制限이 인정되지 않는다고 할 수 있을지라도, 1991년 商法上으로는 責任保險者는 故意의 惡行인 船舶所有者 등에 對하여도 물론 이고, 제3자인 被害者의 직접청구에 對하여는 처음부터 保險契約상의 補償責任이 없다고 해석한다.

規定을 두고, 나아가 被害者保護의 견지에서 적어도 被保險者인 船舶所有者 등의 商法 소정의 責任限度額에 관한 한, 被保險者의 歸責事由(保險事故에 대한 故意 또는 重過失)를 제외하여야 할 것이다<sup>185)</sup>.

둘째, 責任制限債權의 範圍에 관하여, 改正 商法은 責任制限의 主體가 그 責任을 制限할 수 있는 對象에 관하여, 1976년 海事債權條約 제2조를 좇아 이를 再編成하여, ① 船舶에서 또는 船舶의 運航이나 救助活動에 直接 관련하여 발생한 사람의 死亡, 身體의 傷害 또는 船舶 이외의 物件의 滅失 또는 毀損으로 인하여 생긴 損害에 관한 債權<sup>186)</sup>, ② 運送物, 旅客 또는 手荷物의 運送의 遲延으로 생긴 損害에 관한 債權, ③ 위의 ①, ②이외에 船舶의 運航 또는 救助活動에 직접 관련하여 발생한 契約上의 權利 이외의 他人의 權利 侵害로 인하여 생긴 損害에 관한 債權 및 ④ 위의 ①내지 ③의 債權의 原因이 된 損害를 防止 또는 輕減하기 위한 措置에 관한 債權 또는 그 措置의 結果로 인하여 생긴 損害에 관한 債權을 責任制限의 對象으로 하고 있다(商法 제746조 1호 내지 4호, 제752조의 2의 1항).

이러한 責任制限의 對象인 債權은 그 請求原因이 무엇인가를 따지지 않고 인정된다고 함으로써(제746조), 改正前의 商法上의 船舶所有者責任制限條項이 債務不履行責任에 대하여만 適用되고 不法行爲責任의 경우에는 적용되지 않는다고 한 종래의 法院의 判決<sup>187)</sup>이 시정될 수 있도록 하였다. 또 改正 商法은 數人의 責任制限의 主體가, 예컨대 雙方過失船舶衝突의 경우와 같은 同一한 事故에서 생긴 債務에 대하여 서로 反對債權(counterclaim)을 가지는 경우에는, 相互間의 債權에 관한 相計를 한 후 殘額의 債務를 부담하는 자가 法定의 責任制限을 주장할 수 있다는 뜻의 規定을 두고 있다(商法 제749조)<sup>188)</sup>. 그 밖에 1976년 條約은 비록 위의 責任制限權이 求償權(recourse)의

185) 피해자의 직접청구권제도에 의한 피해자보호의 취지를 보다 철저히 관철하기 위하여는, 1969년/1992년 油類汚染民事責任條約의 제7조 8항과 같이, 피해자의 고의 등을 보험자가 면책사유로서 원용할 수 없도록 할 필요가 있다는 견해가 있다(이근성, 海上旅客運送人의 損害賠償責任, 한국해법회지, 1991. 2, 54~56쪽). 이는 責任保險料의 인상으로 귀결시킬 수 밖에 없으며, 결국 국가의 해운보호정책을 고려하여 판단될 문제인 것으로 보인다.

186) 1976년 條約에서는 直接的인 損害(direct physical loss or damage)외에 이로 인한 間接的인 損害(consequential loss resulting therefrom)에 대한 채권도 責任制限의 대상이 된다는 것을 명문으로 規定하고 있는데(제2조 1항 (a)), 이러한 規定이 없는 商法의 경우에도 마찬가지로 해석하여야 할 것이다(이근성, 改正 海商法의 問題點에 관한 研究, 1993. 12, 69쪽).

187) 大判, 1990, 8. 82 88다카 3085 등

188) 이는 責任制限의 주체가 가지는 債權은 責任制限이 되지 않으면서 그 부담하는 채무에 관하여서는 責任이 制限된다는 것은 불공평하기 때문에(손주찬, 改正商法

行使에 의하여 발생된 것이거나 또는 契約 등에 의한 補償(indemnity)을 위  
한 것이라고 하더라도 債權制限의 對象이 되지만<sup>189)</sup>, 앞에 열거한 ④의 債權  
(손해방지조치 관련의 채권)은 責任을 지는 者와의 契約에 의한 報酬와 관  
련되는 것인 限度에서는 責任制限을 주장할 수 없다고 하고 있다(제2조 2  
항). 이는 商法の 解釋上으로는 그 취지를 반드시 인정할 수 있는 것이 아니  
므로, 商法에 이 條約의 規定을 그대로 수용하여야 할 것이다<sup>190)</sup>.

반면에, 改正 商法은 別途의 立法에 의한 責任制限이 예정되어 있거나 또  
는 政策的인 배려가 필요한 경우에는 船舶所有者 등의 責任制限을 명문의  
規定으로 責任制限의 範圍에서 제외시키고 있다<sup>191)</sup>.

그리고 責任制限 主體의 責任制限權의 喪失事由에 관하여는, 改正前의 商  
法 제748조 1호의 船舶所有者 自身の 故意 또는 過失(actual fault or  
privity)에 대하여, 당해 債權이 비록 責任制限의 對象에 속하는 것이라도,  
責任制限의 主體 자신의 「故意 또는 損害發生의 염려가 있음을 認識하면서  
無謀하게 한 作爲 또는 不作爲」로 인한 損害에 관한 債權에 대하여는 責任  
制限權이 排除된다고 하고 있다(제746조, 제750조 1항, 제752조의 2의 1항).  
이는 될 수 있는대로 法에 정하여진 원래의 責任限도의 絶對性·安定성을

---

解説, 고시연구 216호, 1992. 3, 64쪽), 1957년 船主責任制限條約 제1조 5항 및  
1976년 海事債權條約 제5조의 規定을 좇아 規定한 것인데, 이러한 취지는 雙方過  
失 船舶衝突의 경우 船主 相互間의 責任關係에 관하여 이른바 單一責任主義를  
취한 것이 아닌가하는 의문이 있을 수 있지만, 두 개의 賠償責任이 대립한다고  
하는 交叉責任主義를 전제로 하여 雙方의 債權에 관한 相計를 인정한 것이라고  
보는 것이 타당할 것이다(이근성, 海商法判例研究, 해운산업연구원, 1989, 221쪽).

189) 구상 또는 보상의 청구와 責任制限의 관계에 관한 예로는, 共同不法行爲者의 1  
인이 피해자의 청구에 의하여 손해의 총액을 배상한 후 다른 共同不法行爲者에  
대하여 구상을 청구한 경우에, 이 다른 공동불법행위자가 피해자에 대하여 責任  
制限을 할 수 있을 때에는 그 구상청구에 대하여도 責任을 制限할 수 있는 경우  
를 들 수 있다(紫田博, 1957年 船主責任制限條約의改正について - 萬國海法會 第  
30回國際總會(ハンブル그總會), 海法會誌, 勁草書房, 1976, 29面).

190) 이근성, 前掲 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 70쪽

191) 改正 商法上 責任의 制限이 인정되지 않는 경우로는, ① 船舶의 업무 또는 救  
助활동에 관련된 직무를 수행하는 船舶所有者 등 또는 救助者의 사용인(船長 등)  
의 선바所有者 또는 救助者에 대하여 가지는 채권, ② 海洋事故(海難)救助 또는  
공동해손분담에 관한 채권, ③ 1969년 유류오염민사責任條約(우리나라도 비준)  
또는 그 改正조항(최근의 改正으로는 1992년 의정서가 있음)이 적용되는 유류오  
염손해에 대한 채권, ④ 침몰·파손·좌초·유기된 船舶 및 그 船舶 안에 있거나  
있었던 적하 기타의 물건의 인양·제거·파괴·무해조치에 관한 채권 및 ⑤ 원  
자력 손해에 관한 채권이 規定되어 있다(제748조, 제752조의 2 1항). 이 중에서  
③의 경우와 관련하여, 油類汚染民事責任條約과 1971년 油類汚染國際補償基金條  
約(최근의 改正으로는 1992년 의정서)을 채용·통합한 「油類汚染損害賠償保障  
法」(1992. 12. 8 法律 제4532호 - 1993. 1. 1 시행)이 제정되어 있다.

유지하도록 함으로써 責任制限制度의 實效性을 確保하기 위한 것이다<sup>192)</sup>.

이상의 責任制限의 對象과 관련하여, 특별히 문제가 되는 것으로는 非責任制限債權과 責任制限權 喪失事由의 경우를 지적할 수 있다.

먼저, 難破船(그 속의 財物 포함)의 除去에 관한 債權은 責任制限의 對象인 債權에서 제외되고 있는데(제748조 4호), 그 除外의 趣旨(國庫負擔의 輕減)<sup>193)</sup>은 港灣·碇泊施設과 水路·航海救助施設의 損害에 관한 債權의 경우도 마찬가지로 인정될 수 있다. 따라서 이러한 債權도 責任制限의 對象에서 제외하도록 하거나 또는 1976년 條約(제6조 3항)과 마찬가지로 다른 物的損害에 대한 債權에 優先시키는 것이 바람직하다<sup>194)</sup>.

또한, 海難救助料債權과 共同海損分擔金債權의 求償債權이 非制限債權인지 여부의 문제가 있다. 海難救助料債權과 共同海損分擔金債權을 非制限債權으로 인정한 이유는 海難救助와 共同海損을 장려하기 위함이고, 아울러 이들은 個別的으로 責任制限이 이루어지기 때문이다. 現行 法文上 “海洋事故(海難)救助料 또는 共同海損分擔에 관한 債權”이라는 文句를 그대로 解釋하면 歸責當事자인 加害船主에 대한 求償債權에 대하여서까지 非制限債權으로 해석할 여지가 있고 이는 立法過程에서의 실수라고 볼 수 있다는 見解가 있다<sup>195)</sup>.

1976년 條約의 趣旨은 海難救助料債權과 共同海損分擔金債權만을 非制限債權으로 한다는 趣旨로 解釋된다. 따라서, 商法 제749조 2호를 “海洋事故(海難)救助料 또는 共同海損分擔債權”으로 文句를 수정하는 것이 바람직하다<sup>196)</sup>.

한편 1996년에 채택된 1976년 海事債權責任制限條約 改正議定書<sup>197)</sup>는 環

---

192) 김현, 前揭論文, 80~81쪽

193) 1976년 條約은 沈沒船舶 등의 인양·제거 등에 관한 채권도 원칙적으로 責任制限債權으로 하면서(제2조 1항 (d)·(e)), 채약국이 條約의 수락시에 이를 責任制限債權에서 배제할 권리를 유보할 수 있도록 하고 있다(제18조). 改正 前의 商法에서는 이는 責任制限債權으로 되어 있었지만(改正前 商法 제746조 5호), 공익보호의 견지에서, 그리고 外國船舶이 우리나라 영역 내에서 침몰·좌초 등의 海洋事故(海難)을 당한 경우 그 잔해제거에 대한 국고부담의 곤란, 民間救助業者의 救助의 장려 등을 고려하여, 改正 商法에서는 이에 대한 責任制限은 인정하지 않도록 한 것이다(김현, 前揭論文, 80~81쪽).

194) 이균성, 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 71쪽

195) 김창준, 商法 제748조(船主有限責任의 排除)에 관한 고찰, 경희대학교 대학원 법학석사학위논문, 1999, 47쪽

196) 정완용, 海商法 改正에 관한 考察, 한국해법회지, 2001. 11, 283~284쪽

197) Protocol of 1996 to amend the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976

境損害를 豫防한 救助業者에 대한 1989년 海難救助條約에 따른 特別補償에 관한 債權을 非制限債權에 관한 제3조 (a)호(救助 또는 공동해손 분담에 관한 채권)에 추가하였다. 1991년 海商法 改正時에 海洋事故(海難)救助料 결정시 1989년 海難救助條約의 規定을 참작하여 ‘環境損害防止를 위한 勞力’을 참작하도록 商法 제850조를 改正한 바 있다. 이러한 점을 고려하여 금번 海商法 改正에서 非制限債權으로 規定되어 있는 海洋事故(海難)救助料債權에 ‘環境損害를 豫防한 救助業者의 特別補償에 관한 債權’을 추가하는 것을 고려하여야 할 것이다<sup>198)</sup>.

다음에, 改正 商法上의 責任制限權의 喪失事由인 “損害發生의 염려가 있음을 認識하면서 無謀하게 한 作爲 또는 不作爲”의 의미가 1976년 條約보다 더욱 불명확하게 되어 있다. 1976년 條約의 경우에는 「“損害를 發生시킬 의도로서”(with the intent to cause such loss) 또는 무모하게 또는 損害가 발생하리라는 것을 인식하면서 한 作爲 또는 不作爲」라고 規定하고 있는데 반하여, 改正 商法은 “損害發生의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 作爲 또는 不作爲”앞에 條約의 경우와 달리 “故意”를 選擇적으로 병열시키고 있다.

종래 條約上의 損害發生의 가능성 또는 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 作爲·不作爲가 널리 故意에 해당하는가, 아니면 重過失에 해당하는가 또는 重過失보다 무거운 故意에 준하는 歸責事由인가에 관하여 견해가 대립되어 왔는데<sup>199)</sup>, 改正 商法이 “故意”를 선행시킴으로써 그 의미를 둘러싼 혼란을 더욱 가중시키게 되었다<sup>200)</sup>. 海上企業 關係者の 責任制限權의 박탈에 관한 歸責事由는 責任限制制度이 運用상 利害關係者間의 利害의 침해한 대립을 가져오는 문제이므로, 條約의 規定을 表現 그대로 수용하도록 하는 것이 바람직하다<sup>201)</sup>.

셋째, 責任制限의 限度額에 관한 問題點을 지적할 수 있다. 改正 商法에

198) 정완용, 前掲論文, 284쪽

199) 1976년 海事債權責任制限條約上의 「무모하게 또한 손해가 발생하리라는 것을 알면서 한(committed.....recklessly and with knowledge that such loss would probably result)」이라고 하는 것은, 중과실 또는 중과실 중 고의에 준한 취급을 할 수 있을 만큼 과실의 정도가 무거운 것이라고 보는 견해(손주찬, 前掲論文, 65쪽), 소극적(또는 미필적) 고의를 가리킨다고 보는 견해(이균성, 國際海上運送法研究, 삼영사, 1984, 245쪽)로 나눌 수 있다.

200) 改正 商法上의 船舶所有者 등의 責任制限 喪失事由에 관하여 자세한 내용은 김동훈, 改正 海商法上 船主責任制限權의 喪失事由, 改正 海商法の 제문제, 한국해법회, 1993. 7, 3쪽 이하 참조

201) 이균성, 前掲 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 72쪽

의한 具體的인 限度額은 다음과 같다.

(1) 旅客의 死傷에 관한 債權에 대하여는 當該 船舶마다 事故當 2,500만 SDR<sup>202)</sup>을 상한으로 하여, 旅客의 船舶檢査證上의 定員에 46,666SDR을 곱하여 얻은 金額이 船舶所有者 등의 責任限度額이 된다(商法 제747조 1항 1호).

(2) 旅客死傷 이외의 損害의 경우에는,

1) 人的 損害만 발생한 경우의 責任限度額은 船舶마다 事故當 300톤 미만의 船舶은 250,000SDR 및 300~500톤의 船舶의 경우 500,000SDR의 定額이며, 501톤 이상의 船舶의 경우 500,000SDR에 501~3,000톤에는 噸當 667SDR, 3,001~30,000 톤에는 噸當 500 SDR, 30,001~70,000톤에는 噸當 375SDR, 70,001톤 이상은 噸當 250SDR의 總額을 段階的으로 더하여 얻는 金額이다(商法 제747조 1항 2호, 4항 前文).

2) 物的 損害만 발생한 경우에는, 船舶마다 事故當, 300톤 미만의 船舶은 83,000SDR과 300~500톤의 船舶은 167,000SDR의 定額이고, 501톤 이상의 船舶은 167,000SDR에 501~30,000톤에는 噸當 167SDR, 30,001~70,000 톤에는 噸當 125SDR, 70,001톤 이상은 83SDR의 總額을 段階的으로 더하여 얻는 金額이 責任限度額이 된다(商法 제747조 1항 3호).

위의 責任制限의 限度에 관하여 改正 商法은 종래에 비하여 被害者의 救濟를 充實히 하고, 아울러 船舶所有者가 保險制度에 의하여 責任負擔危險을 事전에 費用化함으로써 企業經營의 合理化를 할 수 있도록 종래의 立場에서 크게 改善하고 있다. 다만, 旅客에 관한 船舶所有者의 責任制限은 個別的 責任限制制度和 결부되지 않아 旅客定員이 많은 船舶일수록, 또한 被害者가 적을수록, 船主는 事實상 無限責任을 지는 것과 다름없게 되어있다<sup>203)</sup>. 極端的으로는 定員超過의 違法運送일수록 더 두터운 保護를 받게 된다. 改正 商法上의 旅客에 대한 船主의 責任限度額은 被害를 본 旅客의 數와 상관없이 法定의 旅客定員에 一定額(46,666SDR)을 곱하여 얻는 金額이 되기 때문이다. 따라서 旅客運送人의 損害賠償責任의 個別的 制限의 制度에 관한 1974년 海上旅客·手荷物運送條約(아테네條約)의 내용을 채용할 필요가 있다. 이 條約에 의하면, 旅客運送人의 責任限度額은 旅客의 死亡 또는 傷害의 경우 運送當에 대하여 旅客 1인마다 46,666SDR로 되어 있다<sup>204)</sup>.

202) 국제통화기금(IMF)의 특별인출권, 商法 제747조 5항의 “계산단위”

203) 이근성, 前掲 海上旅客運送人의 損害賠償責任, 48~49쪽

204) 1976년 海事債權責任制限條約과 1974년 아테네條約상의 여객의 사망·상해에 관한 責任制限의 경우와의 차이를 보면, 前者가 25,000만SDR을 상한으로 하여 法定의 여객정원에 46,666SDR을 곱하여 얻는 금액이 한도액이 되는 총체적 制限

그리고 旅客은 旅客運送契約上의 旅客에도 限定되는가도 문제이다. 따라서 이 문제에 관하여도 1976년 條約과 같이 物件運送契約의 경우 運送人의 同意 아래 車輛이나 動物과 함께 運送하는 사람도 포함한다는 規定을 둘 필요가 있다<sup>205</sup>).

넷째, 責任制限權 行使의 節次와 관련하여, 改正 商法에서는 商法 소정의 責任의 制限은 責任制限의 主體가 債權者로부터 責任限度額을 초과하는 請求金額을 명시한 書面에 의한 청구를 받은 날로부터 1년 내에 法院에 責任制限節次開始의 申請을 함으로써만 가능하게 하고 있다(商法 제752조 1항). 이 責任制限節次開始의 申請, 責任制限基金의 形成·公告·參加·配當 기타 필요한 사항은 따로 法律로 정하게 되어있어(제752조 2항), 이에 따라 「船舶所有者 등의 責任制限절차에 관한 法律」(1991. 12. 31. 法律 제4471호 - 1993. 1. 1. 시행)이 제정되어 있다<sup>206</sup>).

그러나 改正 商法에서와 같이 責任制限節次開始의 申請을 반드시 責任制限權 行使의 要件으로 할 필요가 있는가가 문제가 된다. 비록 被害者로부터 損害賠償請求가 제기되었다고 하여, 그것으로 船舶所有者 등의 責任의 成立이 확정되는 것이 아닐 뿐 아니라, 船舶所有者 등의 責任制限節次開始의 申請을 하는 것만으로도 그 責任制限이 인정되는 것이 아니다. 또한 責任制限節次開始의 申請을 하지 않았다고 하여 無限責任을 부담하지 않을 수 없게 하는 것은 海上企業關係者의 보호를 위한 責任限制制度의 實效性을 반감시키는 것이다. 따라서 責任制限權者는 1976년 條約上의 原則(제10조 1항)과 마찬가지로, 責任制限節次開始의 申請을 責任制限權 行使의 要件으로 함을

---

인데 대하여, 候者는 각 여객에 대한 46,666SDR을 한도로 하는 개별적 制限인 점이 근본적으로 다를 뿐 아니라, 前者의 責任制限은 사고단위(or any distinct occasion)로 결정되는데 대하여(제9조 2항), 後者의 責任制限은 운송단위(per carriage)로 결정된다(제7조 1항). 따라서, 동시에 1976년 海事債權責任制限條約과 1974년 아테네條約의 체결국이 되어 당해 旅客運送契約이 두 條約의 적용을 받는 경우에는 인명상실이나 신체의 상실을 입은 여객은 각자 46,666SDR을 상한으로 하여 1976년 條約상의 한도로 구성되는 責任制限基金에 참가하여 분배를 받게 될 것이다(Institute of Maritime Law of the University of Southampton, Limitation of Shipowner's Liability : The New Law, Sweet & Maxwell, 1986, pp 53~55). 그런데 1974년 아테네 條約은 1987년 발효되었고 1990년에 改正되어 여객 1인에 대한 責任限度額이 175,000SDR로 인상되었다(이근성, 前掲 海上旅客運送人의 損害賠償責任, 50쪽)

205) 이근성, 前掲 改正海商法の 問題點에 관한 研究, 74쪽 ; 1976년 海事債權責任條約 제7조 2항 참조

206) 이 法律의 자세한 내용에 관하여는 홍승인, 海上企業主體의 責任制限에 관한 研究 - 立法論을 중심으로 -, 한국외국어대학교 대학원 박사학위논문, 1991, 174~198쪽 참조

지양하고, 一般 抗辯 등으로써도 責任制限의 주장이 가능하도록 하여야 한다<sup>207)</sup>.

다섯째, 救助者의 責任制限의 문제와 관련하여, 改正 商法은 먼저 船舶所有者를 중심으로 責任制限의 法律關係를 자세히 規定하고, 救助者의 責任制限에 관하여는 海洋事故(海難)救助關係의 효과적인 처리를 위하여 보다 구체적인 規定을 두지 않고, 다만 船舶所有者의 責任制限의 조항을 準用한다고만 함으로써 이를 간단히 처리하고 있다(제752조의 2). 그 결과 船舶不使用的 責任制限에 관한 規定의 解釋上 不明確性을 면하지 못하게 되어 있다.

먼저, 船舶不使用的 救助者의 履行補助者 또는 被傭者도 責任制限을 주장할 수 있는가(제750조 1항 3호의 적용의 유무)가 문제가 된다. 1976년 條約은 救助者를 船舶所有者와 對等하고 並列的인 責任制限의 主體로 規定하고 있고(제1조 1항), 또한 그 履行補助者와 被傭者도 船舶所有者의 경우와 나란히 明文으로 規定하고 있기 때문에(제1조 4항), 改正 商法에서와 같은 의문이 전혀 없게 되어 있다.

다음에, 旅客의 死傷에 관한 債權에 관하여 救助者는 船舶所有者인가 또는 船舶不使用的 救助者인가를 묻지 않고, 一般 人的損害에 관한 責任限度(商法 제747조 1항 2호·2항 내지 4항, 제752조의 2의 2항·3항)와는 別個의 限度額, 즉 2,500만SDR을 상한으로 하는 法定의 旅客定員에 46,666SDR을 공급한 금액까지 賠償責任을 부담하여야 하는가가 문제이다<sup>208)</sup>. 이와 관련하여, 1976년 條約의 경우에는 旅客에 대한 별도의 責任制限은 오직 船舶所有者, 그것도 原則的으로 旅客運送人(다만, 車輛 또는 動物과 함께 旅客이 運送되는 경우의 物件運送人 포함)에게만 인정된다고 함으로써(제7조 2항), 救助者의 責任制限에 대하여는 旅客 이외의 損害에 관한 規定만 적용된다는 점을 명백히 하고 있다. 나아가, 被救助船의 所有者는 救助契約에 의한 救助者의 救助料債權에 대하여도 責任制限을 주장할 수 있는가도 문제이다. 이와 관련하여 1976년 條約에서는 그 責任制限權이 부인되고 있다(제2조 2항 단서).

이와 같이 救助者의 責任制限과 관련하여, 改正 商法上 不明確한 法律關係는 “救助者” 및 “救助作業”의 定義規定(1976년 條約 제1조 3항)과 함께, 1976년 條約의 關聯規定을 참고하여 明文으로 해결하도록 하여야 한다<sup>209)</sup>.

207) 이균성, 前掲 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 75쪽

208) 손주찬, 商法(下), 박영사, 1993, 738쪽은 船舶不使用的 救助者에 대하여도 여객의 손해에 관한 한, 별도의 責任限度額에 의한 責任制限이 인정된다고 한다.

## II. 船長에 관한 規定

### 1. 船長의 意義와 法的 地位

商法上 船長은 船舶所有者의 被傭者인 特定 船舶의 乘務員으로서 그 船舶을 指揮하며 船舶所有者의 代理人으로서 法定權限을 가진 者를 말한다<sup>210)</sup>. 船長은 많은 人命과 巨額의 財産을 責任지고 陸地와 격리된 바다라는 무대를 航海하여야 하는 船舶共同體의 責任者로서의 地位와 船舶所有者의 代理人으로서 광범위한 代理權을 행사하는 地位에 있다<sup>211)</sup>.

船長은 船舶所有者의 履行補助者이면서 被傭者이다. 船舶所有者가 체결한 運送契約은 船舶을 직접 占有·管理하고 있는 現場의 船長에 의하여 이행되게 된다. 따라서 船舶所有者의 履行補助者로서의 地位에 있는 船長의 過失은 船舶所有者에게 履行補助者의 責任(民法 제391조), 한편으로는 被傭者의 地位에 있는 船舶所有者에게 使用者責任(민법 제756조)을 발생시키게 된다<sup>212)</sup>.

한편 不法行爲 중에서 船舶衝突의 경우에는 개정 상법 제845조에서 제847조까지의 使用者責任을 船舶所有者가 부담하게 된다. 그 이외의 汚染事故와 같은 不法行爲에 대하여는 民法 제756조의 使用者責任을 부담하게 된다<sup>213)</sup>. 이 때 선장은 不法行爲者로서 民法 제750조의 不法行爲責任을 부담하므로 船長과 船舶所有者는 連帶責任을 부담하게 된다<sup>214)</sup>.

다만, 이 경우에 船長은 船舶所有者의 總體的 責任制限(商法 제746조), 航海過失免責(商法 제788조 2항) 및 包裝當 責任制限(商法 제789조의 2) 등의 抗辯을 援用할 수 있다.

船長은 船舶所有者에 대하여는 雇傭 혹은 委任關係를 맺고 있으므로 善良한 管理者로서의 注意義務(民法 제681조)를 부담하고 이를 위반한 경우에 損害賠償責任을 진다<sup>215)</sup>.

209) 이근성, 前掲 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 77쪽

210) 양승규, 判例教材 保險法·海商法, 현문사, 1984, 429쪽

211) 김인현, 船員의 法的 責任과 保護, 효성출판사, 2001, 114쪽

212) 김인현, 上掲書, 120~121쪽

213) 油槽船의 경우에는 특별법인 油類汚染損害賠償保障法の 적용을 받는다.

214) 大判 1992. 9. 8 선고 92다23292 판결

215) 최기원, 海商法, 박영사, 1997, 123쪽

船舶所有者가 船長의 不法行爲에 대한 損害賠償責任을 부담하고 나서, 民法 제756조 3항에 따른 求償權의 行使를 船長에 대하여 제기할 수 있다. 다만, 이 船長에 대한 船舶所有者의 求償請求는 故意 혹은 重過失의 경우에만 가능한지 아니면 經過失의 경우까지도 가능한지 해석의 문제가 남는다. 이와 관련하여는 船長의 行爲가 故意나 重過失이 아닌한 船舶所有者의 求償請求는 제한된다고 해석하여야 한다<sup>216)</sup>.

## 2. 問題點과 改正方向

船長이 任務를 懈怠하고 그로 인하여 船舶所有者에게 損害가 발생하면 船長은 僱傭契約 또는 委任契約의 違反으로 인하여 당연히 責任을 진다. 이때 船舶所有者가 船長의 任務懈怠를 立證한다는 것은 實質적으로 매우 어려우므로, 改正前 商法에서는 船長은 그 職務執行에 관하여 過失이 없음을 證明하지 아니하면 船舶所有者, 傭船者, 受荷人 기타 利害關係人에 대하여 損害賠償責任을 부담하고(改正前 商法 제770조), 海員의 選任·監督에 過失이 없음을 證明하지 아니하면 海員의 職務執行에 관하여 他人에게 가한 損害에 대하여 賠償責任을 면하지 못하게 하였으나(改正前 商法 제771조), 1991년 改正 商法은 이를 삭제하였다. 船長에게 無過失의 立證責任을 지우는 것은 무리이고, 船舶所有者는 각종 免責이 가능하면서 船長은 이러한 免責이 불가능하여 船舶所有者의 被傭者인 船長에게 과도한 責任을 부과하였기 때문이다<sup>217)218)</sup>.

그런데 船長이 職務執行上의 故意·過失로 인하여 제3자에게 損害를 입힌 경우에, 그 使用者인 船舶所有者는 私法의 一般原則<sup>219)</sup>上 船長의 選任·監督上의 過失이 있는 경우에만 被害者인 제3자에 대하여 賠償責任을 지게 되어 있다. 그러나 船長은 國家에 의하여 公認된 資格을 가진 사람이기 때문에

216) 이수철, 船長의 地位와 責任, 保險·海商法の 諸問題(上), 재판자료 제52집, 법원공보처, 1991, 196쪽; 大判 1987. 9. 8 선고 86다카1045판결, 大判 1991. 5. 10 91다 7255판결, 大判 1994. 12. 13 선고 94다17246판결

217) 배병태, 註釋 海商法, 한국사법행정학회, 1977, 151쪽; 손주찬, 前掲書, 776쪽

218) 日本 商法은 아직도 이 規定들을 존치하여 두고 있다(日本 商法 제705조 및 제706조).

219) 民法 제756조 1항에 의하면 사용자는 피용자의 선임 및 사무감독에 상당한 주의를 한 때, 또는 상당한 주의를 하였더라도 손해가 발생하였을 경우에는 면책된다. 다만, 우리 판례는 아직 한번도 사용자의 면책을 허용한 적이 없다(이은영, 債權各論, 박영사, 1995, 636쪽).

그 選任에 관하여 船舶所有者의 過失을 인정하기 어렵고, 또한 航海 中の 船長에 대하여 그 職務執行을 事實上 監督할 수 없는 일이기 때문에, 私法의 一般原則에 의하면(즉, 船舶所有者가 자신이 選任·監督上 過失없음을 積極的으로 입증하는 경우), 언제나 船舶所有者의 責任을 면제시켜 被害者를 보호하지 못하게 되는 사태가 생기게 될 것이다.

따라서, 獨逸 商法<sup>220)</sup>, 日本 商法<sup>221)</sup> 등을 참고하여 船長, 나아가 널리 船員 내지 船舶使用人の 職務執行上의 不法行爲에 대하여는 船舶所有者에게 그 選任·監督上의 過失의 유무를 묻지 않고 損害賠償責任을 인정하는 明文의 規定을 둘 필요가 있다.

### 제3절 海上危險에 관한 規定

우리 海商法上 海上危險에 관한 規定은 제5장 共同海損, 제6장 船舶충돌, 제7장 海洋事故(海難)救助로 구성되어 있다. 共同海損은 不當利得<sup>222)</sup>과, 海洋事故(海難)救助는 事務管理<sup>223)</sup>와 유사하지만, 모두 海商法上 특유한 제도로 請求權을 발생시키는 法律要件이라는 점에서 공통되며<sup>224)</sup>, 각종의 海上固有의 危險(perils of the sea)과 이로 인한 經濟的 損害를 어떻게 적정하게 조정할 것인가에 관한 것이다<sup>225)</sup>. 海上運送法과 더불어 海上企業主體의 權利義務關係의 形成·變動原因으로서의 法律要件인 海上危險에 관한 規定에 관한

220) 獨逸 商法 제485조 “船舶所有者는 선원 또는 船舶 내에서 집무하는 導船士가 그 직무를 집행함에 있어서 제3자에게 가한 과실로 인한 손해를 배상할 責任이 있다. 그러나 船舶所有者는 積荷利害關係人에 대하여는 海上運送人으로서 선원의 과실에 대하여 責任을 지는 범위 내에서만 責任이 있다.”

221) 日本 商法 제690조 “船舶所有者는 船長 기타의 船員이 그 직무를 행함에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 타인에게 가한 손해를 배상할 責任이 있다.”

222) 日本에서는 종전 共同海損의 法的 性質에 관하여 不當利得, 事務管理, 共同代理 등으로 보는 설이 있었으나, 오늘날은 海商法上의 특수한 제도로 보는 것이 通說이다(重田晴生外, 海商法, 靑林書院, 1994, 220面).

223) 救助契約없이 이루어지는 海洋事故(海難)救助의 法的 性質에 관하여 한때 事務管理說, 不當利得說, 準契約說 등 여러 견해가 있었다. 그러나 사무관리는 단순히 타인의 사무를 개시함으로 성립하는데 반하여(民法 제734조) 海洋事故(海難)救助는 救助의 결과가 있어야 성립하며(商法 제849조), 海洋事故(海難)救助를 받은 자를 만드시 法律上의 원인없이 타인의 損害를 기초로 이득을 얻은 자로 보기 어렵고, 더욱이 부당이득에 대한 반환의무는 이익을 반환하는데 그치지(民法 제741조) 海洋事故(海難)救助의 경우에는 보수를 지급할 의무가 있는 점에 비추어(商法 제849조) 海洋事故(海難)救助를 사무관리나 부당이득으로 보기 어렵다(이군성, 前掲 海商法講論, 420쪽 ; 田中誠二, 海商法, 有斐閣, 1985, 533~534面).

224) 김인현, 海商法研究, 삼우사, 2002, 711쪽

225) 우홍구, 船舶衝突의 法理에 관한 考察, 한국해법회지, 1991, 4., 92쪽

問題點과 改正方向을 이 章에서 검토하고자 한다.

## I. 共同海損

### 1. 共同海損의 法律關係

共同海損(general average)이란, 船舶 및 貨物의 共同危險을 면하기 위하여 船舶 또는 貨物에 대한 非正常的인 고의의 처분으로 인하여 생긴 損害 또는 費用을 말한다. 즉 船舶 및 그 貨物이 公同의 危險에 노출되어, 非常한 犧牲이 치루어지거나 非常한 費用이 지급된 결과, 船舶 및 貨物의 救助에 성공한 경우에 이 犧牲의 대가나 費用을 “共同海損”이라 하며, 이는 항해에 利害關係가 있는 자들 間에 分擔되어야 한다는 것이 “共同海損 原則”이라 한다<sup>226)</sup>.

이에 관하여, 요크·엔트워프 규칙에서는 “항해사업에 속하는 재화를 위험으로부터 지키기 위한 의도로, 公同의 안전을 위해 고의로 동시에 합리적으로, 非常한 犧牲이 치루어지거나 또는 非常한 費用이 지출된 경우에 한하여, 共同海損의 범위가 성립한다”<sup>227)</sup>고 정의하고 있다.

船舶과 貨物이 公同의 危險에 처하였을 경우 그 위험을 면하기 위하여 船舶 또는 貨物에 일정한 처분을 가하고 그로 인하여 발생한 損害 또는 費用을 위험을 면하고 보존된 船舶 또는 貨物의 利害關係人이 分擔하는 共同海損制度는 海上運送의 발생과 거의 동시에 생긴 오랜 역사를 지니고 있다.

고대 希臘의 로오드島에서 발전한 共同海損制度는 이른바 “投荷에 관한 로오드法”의 형태로 로마法에 계수되고 그후 이것이 확대·정비되면서 중세를 거쳐 유럽 각국에 전승되었다.

19세기 후반 海上運送이 증가하면서 共同海損에 관한 國際的 統一法規를 제정해야할 필요성이 대두되고 1860년부터 이에 관한 운동이 본격적으로 전개되면서 통일규칙이 채택·시행되고 있다. 한편 이 統一規則(요크·엔트워프규칙)<sup>228)</sup>은 1890년 채택된 이래 시대의 흐름에 따라 改正·보완되고 있는

226) 최용춘, 共同海損에 관한 小考, 한국해법회지, 1991. 12, 135~136쪽

227) 요크·엔트워프규칙(1994)의 Rule A의 원문은 다음과 같다. “There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common marine adventure.”

데 오늘날 이용되는 1994년 요크·앤트워프규칙은, 해석規定과 원칙적·총칙적 規定인 문자規定 7개조 및 구체적인 경우에 관한 각칙적 規定인 숫자規定 22개조로 구성되어 있다. 요크·앤트워프규칙이 비록 강제적인 國際條約이 아니고 임의적인 통일규칙의 형식을 취하고 있지만 오늘날 각종 海上運送契約과 船荷證券에서 모두 이를 普通契約約款으로 채용하고 있으므로 실질적인 세계적 통일규칙으로서의 역할을 수행한다고 볼 수 있다<sup>229)</sup>.

## 2. 問題點과 改正方向

商法 제832조의 共同海損의 要件에 관한 規定에서 “船舶과 積荷의 共同危險을 면하기 위한 船長의 船舶 또는 積荷에 대한 처분으로 인하여 생긴 損害 또는 費用은 共同海損으로 한다”라고 規定하고 있다. 處分行爲는 반드시 船長 자신의 지시에 의한 處分行爲라야 하는가에 관하여는 견해가 나누어진다.

積極說의 입장에서는 商法에서 “船長의...처분”이라고 規定된 점에서 이를 좁게 해석하여 船長의 명령에 의한 처분행위로 制限하여야 한다는 견해이며<sup>230)</sup>, 消極說의 입장에서는 공동해손행위는 船長이 처분지시를 하는 것이 보통이지만, 이것을 반드시 요건으로 하지 않으며 이것이 共同海損制度의 목적에 합치된다고 보고 있다<sup>231)</sup>.

한국, 일본, 프랑스 및 미국은 엄격한 船長處分主義에 따르고 있다. 요크·앤트워프 규칙과 英國 海商法에서는 船員處分主義를 채택하고 있다<sup>232)</sup>.

1994년 요크·앤트워프규칙 A조에서도 船長의 處分을 成立要件으로 하지 않고 있고, 急迫性과 危險性의 요건이 사실적으로 충족되는 경우 다른 사람

---

228) 海上運送契約에서 공동해손을 정산할 때의 기준으로서 1974년 요크·앤트워프 규칙을 삽입하는 것이 관례화되었으나, 1990년 CMI의 파리회의에서 제6조 救助料의 보상에 관한 規定을 改正하여 1990년 10월 1일부터 이를 적용하여 왔으나 최근 들어 환경오염문제에 관심이 고조됨에 따라 汚染損害 등에 관한 사항을 추가하여 새로운 공동해손규칙이 CMI에 의하여 채택되어 1995년 1월 1일부터 적용되고 있다. 이를 1994년 요크·앤트워프규칙이라 한다(오원석, 海上保險論, 삼영사, 2000, 424~425쪽).

229) 최용춘, 前揭論文, 138~139쪽

230) 船長 이외의 자가 처분지시를 하는 경우에는 전문적인 식견기능이 없는 자의 사태의 誤想으로 인한 불요불급한 처분을 할 우려가 있다는 것을 들고 있다(송상현·김현, 海商法原論, 박영사, 1999, 603쪽).

231) 서돈각·정완용, 商法講義(下), 법문사, 1996, 651쪽 ; 최기원, 前揭書, 222쪽

232) 박용섭, 前揭 海商法論, 765쪽

의 처분은 인정되어야 하며, 船舶 또는 積荷의 공동의 위험을 피하기 위한 처분을 船長에만 국한시킨다는 것은 共同의 海上事業團體(marine adventure)의 利益의 保護를 위하여 인정되는 共同海損의 制度的 趣旨를 퇴색시킬 우려가 있다. 따라서 제832조상의 共同海損의 要件 중에서 “船長”을 삭제하거나 “船舶”으로 改正할 필요가 있다<sup>233)</sup>.

## II. 船舶衝突

### 1. 船舶衝突의 法律關係

船舶충돌은 海上事故 가운데 가장 損害가 큰 것 중의 하나이므로 일단 船舶衝突이 일어나면 그로 인한 여러 이해관계가 발생한다. 私法的 法律關係에 국한시켜 보더라도 피해를 입은 船舶所有者와 그 利害關係人, 衝突船舶의 積荷所有者 기타 利害關係人, 衝突船舶의 船上에 있던 사람 등의 보호라는 문제가 발생한다.

海商法에서 規定하는 船舶衝突이 되기 위하여는 船舶과 船舶 사이의 물리적인 접촉이 발생하여야 하고 그 접촉을 인한 損害가 발생하여야 한다. 損害란 財産的 損害와 生命·身體의 人的 損害 또는 環境的 損害 등 포괄적 의미의 損害를 말한다<sup>234)</sup>.

船舶衝突은 民法上の 不法行爲의 한 형태이지만 海上航行의 技術的 性格에서 그 衝突原因이 다양할 뿐만 아니라 責任關係의 결정에도 복잡한 문제가 따르게 된다. 그리하여 1910년에 船舶衝突에 관한 統一條約이 성립하였고, 우리 商法도 이 條約에 따라 立法하고 있다. 이 밖에 海上衝突豫防과 船舶衝突時의 船長의 義務에 관한 規定이 船員法에 있다. 국제해법회(CMI)는 1984년부터 船舶衝突의 損害賠償에 관한 統一條約의 예비초안을 준비하였으나 1986년 7월 리스본총회에서 1910년 條約의 改正形式으로서나 아니라 共同海損에 관한 요크-엔트워프규칙처럼 當事者의 任意의 合意에 의하여 채택

233) 공동의 위험성, 급박성의 판단에 관한 합리성을 적극적으로 입증하지 못하는 경우와 그 판단에 있어 과실이 없음을 입증하지 못하는 경우에는 船舶所有者는 일체의 면책의 이익을 상실하게 되므로 공동해손행위의 남발을 억제할 수 있는 장치는 마련되어 있는 것이다. 또한 船長 이외의 자가 처분명령을 한 경우에는 船長이 이를 승인하는 것이 보통이다(村田治美, 體系海商法, 成山堂書店, 1995, 241面).

234) 장인식, 船舶衝突의 法的 側面에 관한 研究, 전북대학교 박사학위논문, 1999, 11쪽

하는 「統一規則」의 형식으로 제정하기로 하였고<sup>235)</sup>, 1987년 4월 11일 리스본에서 회의를 열고, 船舶의 衝突事故에 있어서 損害賠償金の 算定原則을 채택하였다. 이 규칙은 國際的 强行規定은 아니지만 衝突損害賠償金에 관한 분야를 망라하여 포괄적으로 規定하고 있다. 이를 리스본규칙이라 한다<sup>236)</sup>.

## 2. 問題點과 改正方向

### (1) 適用範圍에 관한 問題點

1991년 改正 商法 제843조는 “[船舶충돌에의 適用法規] 航海船 相互間 또는 航海船과 內水航海船 間의 衝突이 있는 경우에 船舶 또는 船舶 내에 있는 물건이나 사람에 관하여 생긴 損害의 賠償에 관하여는 어떠한 수면에서 충돌한 때라도 이 장의 規定을 적용한다.”고 規定하고 있다.

船舶衝突에의 適用法規는 公私法上 여러 法規가 있고<sup>237)</sup>, 海商法の 規定은 船舶衝突로 인한 損害에 관한 私法的 賠償責任 등의 法律關係를 規定하고 있으므로, 제목을 “[船舶衝突損害에 관한 適用法規]”로 改正할 필요가 있다.

또한 現行 商法の 解釋<sup>238)</sup>으로는 內水航行船 相互間의 衝突, 예컨대 한강 유람선 사이의 충돌, 충주호에서의 유도선의 충돌에도 商法上의 衝突規定을 적용할 필요는 없는지 검토가 필요한 것으로 보인다. 적어도 항만에서의 항행은 해상의 위험을 내포하고 있으므로 商法の 衝突規定이 적용되는 것이 바람직하다고 할 수 있다<sup>239)</sup>. 또한 商船과 公船이 충돌한 경우에는, 公船에 대하여 商法の 적용을 배제하는 이유는 公務遂行이라는 목적, 船員의 특수한 신분 등에 비추어 商船에 대한 각종의 保護規定이나 營利目的을 전제로한 規定들을 적용할 法律上의 需要가 없다고 보기 때문이지만, 商法 제3조

235) 서돈각·서정향, 改正商法要論, 法文社, 2002, 439쪽

236) 김충우, 船舶衝突로 인한 損害賠償責任과 保險補償에 관한 연구, 한국해양대학교 석사학위논문, 2001, 2, 54쪽

237) 船舶衝突에 관한 公法的 適用法規는 海上交通安全法(1999. 2. 8 일부改正, 法律 제5912호), 水難救護法(1999. 4. 15 일부改正, 法律 제5974호)가 있다.

238) 海商法の 적용을 받는 船舶은 연해구역 이상을 항해구역으로 하기 때문에 이들 船舶을 항해선이라고 하고, 호수와 강 등 평수구역 안에만 항해하는 船舶을 내수선이라고 하고, 이들 내수선은 海商法の 적용을 받지 않는다(서돈각·정완용, 前揭書, 659쪽, 大判 1991. 1. 15. 선고 90다5641 판결).

239) 김인현, 前揭書, 714쪽

의 一方的 商行爲의 立法趣旨에 맞추어 일방의 船舶이 商船인 경우에 다른 船舶에 대하여도 商法을 적용하는 것이 타당하며, 또한 한편에는 商法을, 한편에는 民法을 적용하게 되어 法律關係가 복잡하게 되는 실질적인 이유가 있는 것이다<sup>240</sup>).

## (2) 衝突責任의 主體와 第3者的 效力

또한, 一方過失을 “船員”의 과실에 한정하지 않고 널리 “船舶”의 과실을 포괄할 수 있도록 하고, 雙方過失衝突의 경우 過失比例·分割責任主義의 原則이 物的 損害에 관하여 船舶 相互間의 責任관계 뿐 아니라 被害者에 대한 관계에서도 그 적용이 있음을 명백히 할 필요가 있다<sup>241</sup>).

## (3) 間接衝突의 경우

또한 현행 海商法の 解釋上 間接衝突<sup>242</sup>의 경우 船舶衝突의 規定이 制限된다는 것이다<sup>243</sup>. 그러나, 間接衝突의 경우에도 그 衝突을 야기한 船舶에 과실이 있는 때에는 接觸事故와 다를 바가 없고, 또 衝突規定의 목적이 損害의 합리적인 귀속을 정하는데 있으므로, 1910년 船舶衝突條約의 規定을 참고하여 直接衝突 이외에도 한 船舶의 航行規則 違反 또는 故意나 過失에 의하여 他船에 損害를 입히거나 賠償責任을 부담하게 한 경우에도 船舶衝突의 規定이 적용되도록 改正할 필요가 있다.

240) 문용호, 船舶衝突, 保險·海商法の 제문제, 법원행정처, 1991, 546쪽

241) 商法 제846조 “① 船舶의 충돌이 쌍방의 선원의 과실로 인하여 발생한 때에는 쌍방의 과실의 경중에 따라 각 船舶所有者가 損害賠償의 責任을 분담한다. 그 과실의 경중을 판정할 수 없을 때에는 損害賠償의 責任을 균분하여 부담한다. ② 제1항의 경우에 제3자의 사상에 대한 損害賠償은 쌍방의 船舶所有者가 連帶하여 그 責任을 진다.”

242) 간접충돌이란 船舶 간의 현실적인 충돌(actual contact)은 없는 상태이나, 직접 충돌에 준할 만한 행위에 의하여 損害가 생긴 경우에 이를 충돌로 처리하여야 할 경우이다. 船舶相互作用에 의하여 양 船舶이 접근하여 접촉하지않고도 너울 및 추진기류의 영향으로 損害를 입은 경우로 이러한 것은 충돌에 준하는 것으로 해석되어야 한다. 그리고 船舶이 다른 船舶과 관련하여 그 船舶의 부당한 항행을 피하는 과정에서 발생한 좌초 또는 부두 등과 충돌하여 損害를 입은 경우 船舶衝突에 준하는 것으로 해석되어야 한다(김충우, 前揭論文, 13~14쪽). 1910년 船舶衝突條約은 제13조에서 “船舶이 그 운용상의 작위나 부작위 또는 규칙의 위반으로 인하여 다른 船舶 또는 그 船舶 안에 있는 물건 또는 사람에게 발생한 損害의 배상에 관하여는 충돌이 아닌 경우에도 이 條約을 적용한다”고 規定하고 있다.

243) 서돈각·정원용, 前揭書, 659쪽 : 최기원, 前揭書, 286쪽

### III. 海洋事故(海難)救助

#### 1. 海洋事故(海難)救助의 法律關係

海洋事故(海難)救助라 함은 넓은 의미에서는 海洋事故(海難)에 조우한 船舶 또는 積荷를 救助하는 것이다. 그런데 海洋事故(海難)救助는 당사자 사이의 契約에 의한 경우와 契約없이 救助하는 경우가 있는데, 후자를 좁은 의미의 海洋事故(海難)救助라 하며, 商法이 規定하고 있는 것은 바로 이것이다<sup>244</sup>. 따라서 海洋事故(海難)사고 발생후 체결된 海洋事故(海難)救助契約에 따른 救助도 본래 救助義務없는 자가 海洋事故(海難)救助를 함에 있어 특별한 契約을 한 경우이므로 商法上의 海洋事故(海難)救助에 해당한다<sup>245</sup>.

海洋事故(海難)救助의 사상은 道德的·人道的 相互扶助의 정신을 근거로 하는 것이나, 海洋事故(海難)救助에 관하여는 海洋事故(海難)에 조우한 船舶을 救助한 사람에 대한 보상관계를 중심으로 海商法에 특수한 規定을 두고 있으며, 1910년에 海洋事故(海難)救助에 관한 統一條約이 성립하였다. 이 條約은 1967년에 약간의 改正(公用船에 대한 條約의 적용 확대)을 보았다. 그런데 1960년대 후반부터 초대형 유조선에 의한 해양유류오염 문제와 선박량의 급증에 따른 해운환경의 변화로 종래 시행되어 온 1910년 海洋事故(海難)救助條約에 대한 근본적인 재검토가 이루어져서 1989년 4월 런던에서 개최된 IMO 國際회의에서 새로운 海洋事故(海難)救助條約이 채택되었다.

이 條約은 1910년 條約上의 任意救助 외에 救助契約에 의한 海洋事故(海難)救助, 즉 契約救助를 포함시켜 규율하고 있고, 海洋還境의 保全과 관련하여 救助料의 決定에 環境損害防除노력을 참작하도록 하고(1989년 條約 제13조 1항 (b)), 또한 救助작업에 의하여 環境損害가 방제된 경우에는 救助자가 사용한 救助비용의 30% 범위 내에서 특별보상을 할 수 있도록 한 점(1989년 條約 제14조 1항, 2항) 등에 특색이 있다.

契約救助의 경우 1892년 성립후 수 차례의 改正을 거쳐 최근에는 1989년 海洋事故(海難)救助條約의 내용을 도입한 2000년 로이드 標準約款(Lloyd's Open Form : LOF)<sup>246</sup>이 널리 이용되고 있다.

244) 서돈각·서정향, 前掲書, 442쪽

245) 임동철(공저), 註釋 商法, 한국사법행정학회, 2001, 626쪽 ; 서돈각·정완용, 前掲書, 664~665쪽

1991년 改正 商法은 海洋事故(海難)救助料의 결정에 있어서 1989년 海洋事故(海難)救助條約을 좇아서 環境損害防止를 위한 노력도 참작하도록 하였다(1991년 商法 제850조).

海洋事故(海難)救助의 法的 性質에 대하여는 여러 가지 학설이 있으나, 해상위험을 극복하기 위한 특수한 제도로써 救助에 성공한 경우 救助料請求權을 인정하여 救助行爲의 장려를 도모하고 있으며, 육상과는 달리 해상에서는 인명 또는 재산의 救助義務가 인정되고<sup>247)</sup>, 人命救助에 종사한 자는 財産救助의 성공을 조건으로 救助料의 請求權이 인정되는 등 民法의 일반원칙으로 설명하기 어렵다. 따라서 海洋事故(海難)救助는 海商法上的의 특수한 法律要件으로 보는 것이 타당하며, 다만 救助契約에 의한 海洋事故(海難)救助는 救助라는 일의 결과에 대하여 救助料가 지급되므로 그 法的 性質은 都給이다<sup>248)</sup>.

## 2. 問題點과 改正方向

### (1) 제7장 “海洋事故救助”라는 用語의 適切性

현행 商法은 1998년 12월 海難審判法 改正시 海難이라는 용어를 용어순화 차원에서 해양사고로 변경하면서, 부칙, 제6조에서 開港秩序法, 導船法, 商法 등에서 사용되고 있는 海難이라는 用語를 모두 海洋事故로 변경하였다. 그런데 海洋事故의 調査 및 審判에 관한 法律의 定義規定에 따르면<sup>249)</sup>, 海洋事故에는 汚染事故, 人事事故도 포함되나, 貨物 自體의 事故는 포함되지 않는다.

海洋事故는 海難救助에서 사용되는 海難보다도 넓은 개념이다. 과거 海難

---

246) 2000년 로이드 표준약관(LOF2000)의 주요 내용에 관하여는 Kim & Chang Maritime News Letter, 제12호, 2000. 12 참조

247) 1910년 船舶衝突條約 제8조, 1910년 海洋事故(海難)救助條約 제10조, 船員法 제11조 내지 제13조

248) 임동철, 前掲書, 629쪽

249) 이 법에서 말하는 용어의 정의는 다음과 같다. 海洋事故라 함은 海洋 및 內水面에서 발생한 각목의 1에 해당하는 사고를 말한다. 가. 船舶의 救助設備 또는 運用과 관련하여 사람이 사망 또는 실종되거나 부상을 입은 사고, 나. 船舶의 運用과 관련하여 船舶 또는 육상해상시설에 손상이 생긴 사고, 다. 船舶이 滅失遺棄되거나 行方不明된 사고, 라. 船舶의 衝突·坐礁·顛覆·沈沒이 있거나 조종이 불가능하게 된 사고, 마. 船舶의 運用과 관련하여 海洋汚染損害가 발생한 사고(海洋事故의 調査 및 審判에 관한 法律 제2조 1항).

救助에서 救助의 대상은 船舶과 積荷 기타의 物件이었다. 海洋事故를 海洋事故의 調査 및 審判에 관한 法律에서 정의하고 있고, 그 정의에 따르자면 汚染事故를 救助하는 격이 된다. 그 뿐만 아니라 貨物事故에 있어서는 海洋事故救助가 되지 않는다는 결과가 된다. 그러므로 海洋事故救助를 海難救助로 다시 원상복귀시키는 것이 타당하다<sup>250</sup>).

## (2) 救助料의 決定

현행 商法 제850조는 救助料의 결정에 관하여 “救助의 보수에 관한 약정이 없는 경우에 그 액에 대하여 當事者 間에 합의가 성립하지 아니한 때에는 法院은 당사자의 청구에 의하여 危難의 程度, 救助의 努力, 環境損害防止를 위한 노력 기타 제반 사정을 참작하여 그 액을 정한다”고 規定하고 있다. 이렇게 세 가지만 명시함으로써 救助者에게 적절한 報酬를 지급하는 등 救助의 동기를 부여하여 救助를 장려하고, 적시에 효율적인 救助作業을 수행하도록 하여 해상교통의 안전 등 공익을 도모한다는 海洋事故(海難)救助의 制度的 趣旨<sup>251</sup>) 자체가 되색될 수 있다. 따라서, 救助料의 결정에 관하여 당사자의 합의가 이루어지지 않는 경우 法院이 고려하여야 할 항목에 관하여는 1989년 海洋事故(海難)救助條約의 立法例에 따라 구체적으로 확대시킬 필요가 있다. 1989년 海洋事故(海難)救助條約 제13조는 法院이 고려하여야 할 항목으로서 아래와 같이 열거하고 있다.

- 1) 被救助物의 價額
- 2) 環境損害를 防止하거나 輕減하기 위하여 提供한 救助者의 技術과 努力
- 3) 救助者가 달성한 成功의 程度
- 4) 危難의 性質과 程度
- 5) 救助者가 소비한 時間, 費用 및 입은 損害를 포함한 救助者의 勞力
- 6) 救助者 또는 救助者의 장비가 부담한 損害賠償 및 기타 危險
- 7) 제공된 救助作業의 迅速性
- 8) 救助作業을 목적으로 하였던 船舶 또는 기타 裝備의 可用성과 使用
- 9) 救助裝備의 準備狀態와 效率性 그리고 그 加額

250) 김인현, 前掲書, 717쪽

251) *Kennedy's Law of Salvage*, British Shipping Laws, 1985, paras. 13~14, para.

## 제5장 結論

이상에서 海上物件運送法을 중심으로 한 우리 海商法の 改正 방향에 대하여 살펴보았다.

1991년에 海商法 改正이 있는지 올해로써 어언 10년의 세월이 흘렀다. 그동안 海運實務와 海運環境의 변화 그리고 새로운 國際條約의 採擇과 기존 國際條約의 改正 등이 활발하게 있어왔음을 잘 알고 있다. 따라서 海商法の 規定이 實務와 괴리가 있거나 國際的인 추이에 뒤떨어지는 경우에는 그 規範力과 實效性을 잃게 되므로 이러한 요소를 참작하여 신중한 검토를 거쳐 海商法の 改正이 이루어져야 할 것이다. 특히 세계 10위권의 海運國으로서의 위상을 갖고 있는 우리나라가 國際海事條約의 비준과 가입에는 대단히 인색하면서도 國際海事條約의 내용만을 海商法 規定에 수용하고 있기 때문에 여러 가지 왜곡현상이 발생하고 있는 문제가 있다. 이러한 것은 國際海商法の 통일이라는 관점에서 보면 바람직하다고 할 수 없는 현상이다. 따라서 우리나라도 이제는 海商法 改正에 있어서 世界的으로 수용되고 있는 國際海事條約 예컨대 1976년 海事債權責任條約 등을 적극적으로 비준, 가입하는 방안을 검토하여야 한다<sup>252)</sup>. 本稿에서도 선박의 압류·가압류·船舶所有者責任制限·海上危險의 規定에 관하여는 이러한 원칙에 입각하여 論據하였다.

海商法の 核心을 이룰 海上物件運送契約法の 영역에서는 海運實務, 契約의 性質, 國際的 論議動向 등을 참작하여 個品運送契約과 傭船契約으로 분리하여 따로 規定하는 것이 바람직한 것으로 보인다. 個品運送契約과 관련하여는 國際的 論議動向을 주시하면서, 우리 海商法上 문제점으로 오래동안 지적되어온 運送物の 引渡의 문제와 제806조의 存置 등은 더 이상 묵과할 수 없는 시급한 문제임을 감안하여 최대한 조속히 改正보완하여야 할 것이다. 傭船契約과 관련하여는 契約解釋의 원칙으로서 제시될 수 있는 중요한 사항만 정하고, 세부적인 사항은 當事者의 意思에 맡기거나 기타 규칙 등에 위임하는 것이 바람직하다고 본다. 本稿에서는 이러한 원칙을 최대한 준수하기 위하여 노력하였다. 海上物件運送人의 責任法制的 발달과정을 고찰하였으며, 최근 論議되고 있으며 실제로 海運實務에서 사용되고 있는 電子船荷證券·海上運送狀의 立法論과, 특히 1978년 함부르크 규칙을 수용하여 實

252) 同旨 : 정완용, 前掲論文, 297~298쪽

際運送人과 契約運送人의 개념의 도입을 통한 船舶運航과 관련한 責任主體의 간명화 필요성을 논하였다.

그리고 해상물건운송법 이외의 규정과 관련하여, 첫째, 航海準備完了船의 押留·仮押留가 制限되는 현행 규정의 問題點을 살펴보고 이의 改正方向을 제시하였다. 또한 船主相互保險組合 또는 銀行의 保證狀으로 船舶의 仮押留가 해방될 수 있도록 立法化할 필요성을 고찰하였다.

또한 海上企業主體에 관한 규정과 관련하여, 첫째 責任制限의 주체를 널리 責任保險者에게까지 확대시킬 필요성에 대하여 考察하였으며, 둘째 非責任制限債權에 관한 정비의 필요성에 관하여 고찰하였다. 셋째, 責任制限權喪失事由에 관한 1976년 海事債權條約의 法文을 그대로 수용하여 해석상의 논란의 소지를 없앨 필요가 있음을 논하였다. 넷째, 旅客運送人의 責任制限額의 합리화와 함께, 향후 아테네條約의 개정될 내용을 수용할 필요성을 고찰하였다. 다섯째, 責任制限權의 效力發生要件으로서의 法定 節次의 申請이 아닌 一般 抗辯으로서 責任制限이 가능하도록 하여야 함을 論하였다.

이외에도 海上危險 관련 규정에 관하여는 共同海損處分權者의 확대와 船舶衝突에 있어서 內水航行船間의 衝突과 間接衝突에도 海商法이 적용되도록 할 필요성에 관하여 고찰하였으며, “海洋事故救助”의 용어사용에 있어서의 적절성과 救助料 決定要素의 확대 필요성을 논하였다.

이러한 시도는 현행 商法에 根本적인 變경을 가져다 주는 것으로 신중에 신중을 기하고 세밀한 검토를 거쳐 立法할 필요가 있다. 특히, 종래 여러 改正이 日本 商法의 내용을 교범으로 하여 이루어졌는데, 최근의 改正論議는 일본 商法을 참고하지 않고 이루어지는 것인 만큼 더욱 찬찬히 논리와 내용을 검토한 후에 결론을 내야한다는 의견<sup>253)</sup>은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

앞으로 이루어질 해상법 개정에 있어서는 무엇보다도 實務界의 의견이 대폭적으로 수용되어야 한다. 海商法의 規定들은 實務界의 法律關係를 규율하고 實務界의 범위 안에서 벌어지는 分爭의 解釋原則이 되기 때문이다. 實務界의 의견이 반영되지 않는 海商法의 改正은 그 規範力과 實效性에 의문을 가질 수 밖에 없게되므로, 그동안 꾸준히 제기되어온 實務上의 문제점들은 조속히 改正되어야 한다.

우리나라는 세계10위권의 海運國이다. 우리 海上企業의 활동이 과거와는

---

253) 채이식, 前揭論文, 191쪽

달리 전세계에 걸쳐 전개되고 있다. 우리의 해운과 관계되는 관련 당사국에서는 우리 法制에 대한 관심이 높을 수 밖에 없다. 즉 과거와 같이 관계 國際條約에 대한 우리나라의 태도를 모호한 안개속에 놓아 두는 것은 우리나라의 海運力 增大를 위하여는 전혀 도움이 되지 않는 일이다. 이러한 원칙과 명제 하에 최근의 海商法 改正 논의가 國際的인 立法動向과 實務現象을 정확히 파악하고 이를 담아낼 수 있기를 바라는 마음으로 이 論文을 맺고자 한다.

## <參考文獻>

### <韓國書>

- 김증한 외, 判例學說 註釋民法(下), 사법행정학회, 1972
- 이은영, 債權各論, 박영사, 1995
- 김인현, 船舶運航과 관련한 責任主體 確定에 관한 研究, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 1998. 12.
- 김인현, 船員의 法的 責任과 保護, 효성출판사, 2001,
- 김인현, 商法 제806조의 適用에 관한 法的 檢討, 한국해법회지, 2002. 4,
- 김인현, 海商法研究, 삼우사, 2002
- 임동철, 海商法·國際運送法研究, 진성사, 1990
- 임동철, 海上運送責任法の 發展에 관하여, 제남 강위두 박사 화갑기념 상사법논총(하), 1996
- 임동철(공저), 註釋 商法, 한국사법행정학회, 2001
- 한영표, 船舶에 대한 假押留, 선박집행의 제문제, 부산지방법원, 1999,
- 이균성, 海商法講論, 해운산업연구원, 1988
- 이균성, 最近의 國際海運立法의 動向과 海商法 改正의 方向, 한국상사법학회, 「상사법연구」 5집, 삼영사, 1987
- 이균성, 改正 海商法の 問題點에 관한 研究, 한국해법회지, 1993, 12.
- 이균성, 海上企業關係者 責任限制制度의 改編方向, 법무부 편, 保險·海商法の 改正論點(법무자료 제57집), 1984. 12.
- 이균성, 海上旅客運送人의 損害賠償責任, 한국해법회지, 1991. 2.
- 이균성, 海商法判例研究, 해운산업연구원, 1989
- 이균성, 國際海上運送法研究, 삼영사, 1984,
- 이균성, 國際聯合國際物件複合運送條約과 複合運送인 責任體制의 確立, 계간 하주, 한국하주협회의, 제9호, 1980
- 이균성, 海商法 中の 船荷證券條項에 대한 改正意見, 한국해법회지 1986. 8
- 송상현, 컨테이너 화물運送人의 責任에 관한 英美法上의 法理와 그 應用可能性, 법학 제23권 1호, 서울대학교, 1982
- 송상현·김현, 海商法原論, 박영사, 1999
- 박용섭, 海商法論, 형설출판사, 1998
- 박용섭(공저), 註釋 商法, 한국사법행정학회, 2001
- 서돈각·정완용, 商法講義(下), 법문사, 1996,
- 서돈각·서정향, 改正商法要論, 법문사, 2002
- 최기원, 海商法, 박영사, 1997,
- 김현, 改正 商法上 船舶所有者의 책임제한, 한국해법회, 1992년 학술발표회, 1992. 2
- 배병태, 註釋 海商法, 한국사법행정학회, 1977
- 배병태, 海商法 改正案과 그 趣旨, 경제법·상사법논집(춘강 손주찬 교수 정년 기념), 박영사, 1989
- 김창준, 商法 제748조(船主有限責任의 排除)에 관한 고찰, 경희대학교 대학원 법학석사학위논문, 1999
- 정완용, 海商法 改正에 관한 考察, 한국해법회지, 2001. 11,
- 손주찬, 商法(下), 박영사, 1993,
- 손주찬, 改正商法 解說, 고시연구 216호, 1992. 3
- 손주찬, 電子式 船荷證券과 海商法, 한국해법회지, 1999. 11

- 홍승인, 海上企業主體의 責任制限에 관한 研究 - 立法論을 중심으로-, 한국의외국어대학교 대학원 박사학위논문, 1991
- 정영석, 海上運送人 免責論, 명신문화사, 1995, 28~34쪽 참조
- 정영석, 海上運送法 講義, 한국해양대학교 부설 국제해양문제연구소, 2001,
- 양승규, 判例敎材 保險法·海商法, 현문사, 1984
- 엄윤대, 船荷證券論, 도서출판 신대중, 2000,
- 엄윤대, Sea Waybill의 活用을 위한 立法方向, 한국해법회지, 2001. 11
- 이성민, 複合運送人의 責任과 保險, 조선대학교 출판국, 1998
- 최중현, 傭船契約 基礎論, 목포해양대학교 해양산업연구소 주관 제2차 해상사건처리 전문가과정, 2001. 8
- 이진홍, 運送物의 引渡에 관한 法的 問題, 韓國海法會誌, 2002. 4
- 이주홍, 海上運送法, 박영사, 1992
- 임석민, 船荷證券論, 도서출판 두남, 2001
- 오원석, 海上保險論, 삼영사, 2000
- 심재두, 海上運送法, 길안사, 1997
- 채이식, 海上物件運送法 體系의 再檢討, 한국해법회지 2002. 4
- 채이식, 海上運送法의 體系와 立法에 관한 研究(프랑스법을 중심으로), 한국해법회지, 2000. 11.
- 김영갑·최성준, 情報社會에 대비한 商事法研究 序論, 정보사회에 대비한 일반법연구(I), 한국상사법학회, 1997
- 우흥구, 船舶衝突의 法理에 관한 考察, 한국해법회지, 1991, 4.
- 최용준, 共同海損에 관한 小考, 한국해법회지, 1991, 12.
- 장인식, 船舶衝突의 法的 側面에 관한 研究, 전북대학교 박사학위논문, 1999
- 김충우, 船舶衝突로 인한 損害賠償責任과 保險補償에 관한 研究, 한국해양대학교 석사학위논문, 2001, 2
- 문용호, 船舶衝突, 保險·海商法の 제문제, 법원행정처, 1991
- KIM & CHANG Maritime News Letter, 제12호, 2000. 12
- 한국국제복합운송업협회, 複合運送의 理論과 實際, 1996
- 범양상선 주식회사, 海運實務敎材, 1995
- 한국해사문제연구소, 傭船契約과 海上運送契約, 1993
- 법무부, 商法改正特別分科委員會 會議錄(保險·海商編) III, 1990. 12
- 한국선주협회, UNCITRAL 國際運送法(Transport Law)제정 논의 관련 의견제출, 2002. 9. 13

## <西洋書>

- E. R. Hardy, Paynes and Ivany's Carriage of Goods by Sea, 12th ed. Butterworths, 1985
- Paulsen, G.W., An Historical Overview of the Development of Uniformity in International Maritime Law, *Tulane Law Review*, Vol. 57, No.5, June 1983
- Erling Selvig, An Introduction to the 1976 Convention, Limitation of Shipowners' Liability, Sweet & Maxwell, 1986,
- Beringieri, Limitation of Liability of Shipowners, Handbook of P&I Insurance, 3rd ed., Gard P&I Club, 1988
- The Baltic and International Maritime Council, Forms of Approved Documents, 2001
- Michael Wilford & others, Time Charters, 4th ed., LLP, 1995

Raoul Colinvaux, Carver's Carriage by Sea, Vol. I, 13th ed., 1982  
 A. A. Mocatta & others, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 19th ed., 1984  
 Julain Cooke & others, Voyage Charters. LLP, 2001  
 Norman J. Lopez, Bes' Chartering & Shipping Terms, Barker & Howard, 1992  
 A. W. Knauth, The American Law of Ocean Bills of Lading, 4th ed., American Marine Cases, Inc, 1953  
 Gilmore & Black Jr., The Law of Admiralty, The Foundation Press, 1975  
 William Tetley, Marine Cargo Claims, Blais, 1988  
 M.D. Booker, Containers : Conditions, Law and Practice of Carriage and Use, Vol. I, 1987  
 K. Nasser, The Multimodal Convention, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 19, No. 2, 1988  
 A.G. Rohreke, Combined Transport and the Hague Rule, European Transport Law, Vol. 10, 1975  
 S. Mankabady, Some legal aspects of the carriage of goods by container, Intentional and Comparative Law Quarterly, Vol. 23, 1974  
 M.G. Graham, The Economic and Commercial Implications of the Multimodal Convention, Papers of Southampton Seminar, 1980. 12  
 Anthony Diamond, Legal Aspects of the Convention, Papers of Southampton Seminar, 1980. 12  
 Boris Kozolchyk, Is Present Letter of Credit Law Up To Its Talk?, 8 Geo. Mason U. L. Rev., 1986  
 Lars Gorton & others, Shipbroking and Chartering Practice, LLP, 1999,  
 Kennedy's Law of Salvage, British Shipping Laws, 1985

### <東洋書>

佐久木譯, 世界海運業小史, 日本海運集會所, 1957  
 江頭憲治郎, 船泊先取特權・抵當權統一條約の改正きについて, 海法研究會誌 68号, 日本海運集會所, 1985. 10,  
 柴田博, 1957年 船主責任制限條約の改正について - 萬國海法會 第30回國際總會 (ハンブルグ總會), 海法會誌, 勁草書房, 1976  
 加藤正治, “羅馬のレゼプツム責任の法理と後世への影響” 海法研究 第二卷, 有斐閣書房, 1926  
 吉永榮助, 不可抗力契約について, 海法會誌 復刊 第五號, 勁草書房, 1957  
 清河雅孝, 海上物品運送法の基礎理論, 中央經濟社, 1991,  
 田中誠二, 吉田 昂, コメンタール國際海上物品運送法, 勁草書房, 1984  
 加藤修, 國連國際物品複合運送條約の成立に伴う貨物海上保險の問題點について, 損害保險研究, 第43卷 1號, 損害保險事業研究所, 1984  
 櫻井玲二, 複合運送の責任 - 國連協約と實務上の證券, 海事産業研究所報, No., 200, 1983. 2  
 重田晴生外, 海商法, 青林書院, 1994  
 田中誠二, 海商法, 有斐閣, 1985,  
 村田治美, 體系海商法, 成山堂書店, 1995, 2  
 楊志剛, 國際貨物複合運送, 上海科學技術出版社, 1990

<인터넷 사이트>

<http://www.assembly.go.kr>

<http://www.ksg.co.kr>

<http://www.moleg.go.kr>,

<http://www.tradewinds.no>

<http://www.gard.no>

<http://tetley.law.mcgill.ca/>

<http://www.comitemaritime.org>

<http://user.alpha.co.kr/~mlaw/>

A Study on the Adequate Revision of Law of  
Carriage of Goods by Sea

*By Soon Young Hwang*

*Department of Maritime Law  
The Graduate School of Korea Maritime University  
Busan, Korea*

**Abstract**

The purpose of this study is to contribute to the adequate and reasonable revision of the Korean Maritime Commercial law 1991 in the Korean Commercial Code.

The first modern legal system was introduced into Korea by Japan when Japan started to occupy Korea into 1910. Although there had been a system of law before that it dealt mainly with administrative and criminal matters and did not cover commercial matters on any significant scale. Trade and commerce, therefore, were regulated by customs and commercial usage. During the Japanese occupation, the applicable Korean law was, unless otherwise prescribed, presumed to be identical with Japanese law. After the independence in 1945, relations with Japanese law were completely severed at least in a technical sense. In the course of introducing new legislation, however, many new statutes were in practice modeled on previous Japanese laws.

Like Japanese law, Korean law is based upon codified law. In this sense, it resembles what is called the Continent Civil law. In theory, cases, whatever courts pronounced the decision, do have no binding effect upon future cases and each court is entitled to decide the case before it on its merit based upon the law pronounced in the code. In practice, previous decision relating to the case are usually cited by

counsels and consulted by judges. The previous decisions of higher court are bound to influence the case since the decision is inevitably subject to the subsequent review of higher court. Unlike under common law, legal theories expounded by scholars in law books in law carry great weights under civil law.

The Korean Maritime Commercial Law is contained in Book V of the Korean Commercial Code. In a structural sense, the provision is a part of the Commercial Code. The Commercial Code lays down in Book I and Book II the general principles of Commercial Law applicable to all commercial cases. Therefore, these provisions apply to maritime cases where no special express provision is found applicable to maritime cases in Part V. In cases where no appropriate provision is found in the Commercial Code as a whole, relevant provision is found in the Civil Code apply to the case because the Commercial Code is a special act applicable over and above the general act of the Civil Code. The code of Civil Procedures is also an important source of law governing the procedure for maritime dispute settlement.

The Korean Maritime Law has been revised twice up to date to be developed and reflected by the shipping practices. However, some problems have been pointed out for a long time in the interpretation of some provisions and its entire constitution. First of all, there have been no effective provisions relating to the charter parties i.e time charters and voyage charters. These types of shipping business quite frequently are done and made between the Korean shipping companies. However, it is a kind of non-sense that there are no effective provisions to govern the legal relationship between the parties. In addition, there have been many developments in the studies and practices relating to the changes of shipping circumstances over the world. These are exemplified by the electronic bills of lading and sea waybills, on which there also are no provisions to govern.

Besides the above, it has been pointed out that there are serious

problems in interpreting the provision as to when is the timing of delivery of goods at discharge ports and why a charterer are responsible for damages to the third party to the extent that the fulfillment of the contract belong to the duties of the master even under the fact that he is not bound with the contract evidenced by the bills of lading as a carrier.

The above is just presented as some examples to describe the issues which have the respective problems. This study deals with several arguable aspects in the Korean Maritime Law.

For the purpose of the adequate and reasonable revision, the deep studies and research is required at this moment. First of all, the main trend of the international discussion for revision of International Transport Law and other conventions / rules and the general practices in the shipping businesses should be taken into account for it. Such trend, the comparative studies on foreign laws, and practical advice are described in this thesis to present the general principles for the adequate and reasonable revision.