法學博士學位論文

海商法上의 準據法 決定에 관한 硏究

A Study on the Determination of the Choice of Law in Maritime Law

指導敎授 黃 錫 甲

2003年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科

金 鎭 權

本 論文을 金鎭權의 法學博士 學位論文으로 認准함

委員長 (印)

委 員 (印)

委 員 (印)

委 員 (印)

委 員 (印)

2002年 12月

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科

金 鎭 權

目　次

Abstract
第1章 序 論 ····· 1
第1節 硏究의 目的 ····· 1
第2節 硏究의 方法 및 範圍 ····· 4
Ⅰ. 硏究의 方法 ····· 4
Ⅱ. 硏究의 範圍 및 論文의 構成 ····· 6

第2章 海商法上 準據法의 船籍國法 適用 原則 ····· 8
第1節 海商法上 準據法의 必要性 ····· 8
Ⅰ. 海商法의 國際的 統一性 ····· 8
Ⅱ. 國際的 統一性의 限界와 準據法 ····· 10
1. 國際海事協約과 國際私法의 關係 ····· 10
2. 國際海事協約과 法의 衝突 ····· 12
3. 海商法 統一의 限界 ····· 13
第2節 海商法上 準據法의 船籍國法 適用 原則 ····· 14
Ⅰ. 準據法 指定의 槪念 ····· 14
Ⅱ. 船籍國法의 適用 原則 ····· 15
1. 船籍國法의 槪念 ····· 15
2. 船籍國法의 妥當性 ····· 24

第3章 海商法上 指定槪念에 대한 準據法 ····· 25
第1節 海上企業組織에 관한 準據法 ····· 25
Ⅰ. 船舶所有權에 관한 準據法 ····· 25
1. 船舶自體의 物權關係 ····· 25
2. 船舶內의 動産의 物權關係 ····· 26
Ⅱ. 船舶所有者에 관한 準據法 ····· 27

1. 船舶所有者의 責任制限에 관한 準據法 ····· 27
2. 船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任範圍에 관한 準據法 ····· 39
Ⅲ. 船長의 代理權에 관한 準據法 ····· 39
1. 船舶所有者의 代理人으로서의 船長 地位에 관한 準據法 ····· 41
2. 第3者를 위한 代理權에 관한 準據法 ····· 46
3. 船長 自身의 行爲에 대한 責任에 관한 準據法 ····· 49
Ⅳ. 私見 ····· 50
第2節 海事債權에 관한 準據法 ····· 52
Ⅰ. 船舶優先特權에 관한 準據法 ····· 52
1. 船舶優先特權에 관한 協約上의 準據法 ····· 53
2. 船舶優先特權의 準據法에 관한 學說 ····· 55
3. 各國의 立法例 ····· 57
Ⅱ. 海上運送契約에 관한 準據法 ····· 63
1. 海上物件運送契約에 관한 準據法 ····· 64
2. 傭船契約에 관한 準據法 ····· 66
Ⅲ. 船荷證券에 관한 準據法 ····· 67
1. 船荷證券上의 準據法約款과 最優先約款 ····· 69
2. 船荷證券의 債權的·物權的 效力에 대한 準據法 ····· 71
3. 船荷證券의 紛失에 관한 準據法 ····· 73
Ⅳ. 私見 ····· 74
第3節 海上危險에 관한 準據法 ····· 77
Ⅰ. 共同海損에 관한 準據法 ····· 77
1. 요크-앤트워프規則에 의한 實質的 統一 ····· 78
2. 共同海損의 準據法에 관한 學說 ····· 79
Ⅱ. 船舶衝突에 관한 準據法 ····· 82
1. 1910年 船舶衝突協約上의 準據法 ····· 82
2. 船舶衝突의 準據法에 관한 學說 및 立法例 ····· 83
Ⅲ. 海洋事故救助에 관한 準據法 ····· 91
1. 海洋事故救助에 관한 協約上의 準據法 ····· 92
2. 海洋事故救助의 準據法에 관한 學說 ····· 94

Ⅳ. 私見 ····· 100

第4章 便宜置籍과 船舶國籍의 衝突 ····· 104
第1節 便宜置籍과 準據法 指定 例外條項 ····· 104
Ⅰ. 便宜置籍의 問題點 ····· 104
1. 便宜置籍의 槪念 ····· 104
2. 便宜置籍에 관한 學說 ····· 107
3. 船舶과 船籍國間의 眞正한 連繫 ····· 125
Ⅱ. 便宜置籍에 대한 準據法 指定 例外條項의 適用 ····· 137
1. 準據法 指定의 例外條項 ····· 137
2. 便宜置籍에 대한 準據法 指定 例外條項의 連結方法 ····· 142
Ⅲ. 私見 ····· 143
第2節 船舶國籍의 衝突 ····· 146
Ⅰ. 二重船籍의 問題 ····· 146
Ⅱ. 無船籍의 問題 ····· 148
Ⅲ. 私見 ····· 149

第5章 結 論 ····· 150

參考文獻 ····· 156

A Study on the Determination of the Choice of Law in Maritime Law

by Kim Jin-Kwon

Department of Maritime Law
The Gradute School of Korea Maritime University
Busan, Korea

Abstract

"Private international law" or "conflict of laws" can be defined as a legal dispute in which an individual's rights are subject to the laws of two or more jurisdictions. Specially modern maritime transport, being essentially international or interjurisdictional, is subject to frequent problems concerning the appropriate choice of law, choice of jurisdiction, and recognition of foreign judgments. In addition, conflicts of law issues often arise because the vessel itself may be arrested and suit may be commenced against it or its owners in any one of the world's admiralty courts. Thus, maritime law is particularly suited as a source of material for the study of conflict of laws.

In relation to the determination of the appropriate choice of law, one of the conflicts of maritime law issues, "the law of the flag" or "the law of the ship's nationality" is commonly used to apply to several provisions which is imposed in Korean Private International Law. Despite the vessel's flag or nationality plays an important part in the choice of law problems, the theory of the law of the flag suffers from serious difficulties. For example, what law applies in cases of vessels wearing flags of convenience, or in cases of double flagging, or to

collisions on the high seas between vessels of different flags? Judging from this point of view, I want to find out whether the law of the flag determining the applicable law is appropriate or not.

In the dissertation, first of all, I try to describe both the pertinent terms and definitions, and present day significance of the law of the flag in private international law. This analysis is followed by a description of determining the choice of law, a description of modern legislation, and commentaries by various authors on the maritime legal matters. These descriptions fall into three categories according to the formation of Korean Maritime Law. If there is not proper to apply the law of the flag to individual maritime legal issue under consideration, I would suggest a legislative proposal against it. While the law of the flag is available, it is mean that the theory has the most significant relationship between ship's flag and each legal matters. In this case, it is necessary for me to analyze the law of the flag including flags of convenience for the confirmation of relationship each other.

Thus, the former descriptions are followed by a discussion of the strengths and weaknesses of law of the flag theory. Specially I concentrated my attention on the latter, an additional problem of law of the flag. It is closely related to flags of convenience, which is not the vessel's bona fide nationality.

The flag of convenience is a flag flown by a vessel registered in one state, with which the vessel has few or no connections, while in reality the vessel is owned in or operated from another state. Flags of convenience are usually utilized for economic reasons - avoiding high taxes, maintaining coasts, complying with certain international conventions, and fulfilling and the obligation to hire certain nationals. The survey shows that flags of convenience are utilized on 61.8 percent of the world's vessels according to Shipping Statistics Yearbook in 2000.

In this case, the question of whether there exists a "genuine link" between a state and its flag vessels may be addressed indirectly. And the article 8 of Korean Private International Law stipulates the Exception of Choice of Law Clause, "where the law of the country with which it is most closely connected

is obviously existed, the legal relationship concerned is governed by the law of the country". Thus, it is essential for me to study on the constructive method of the relationship between a state and its flag vessels because the article 8 of Korean Private International Law can be applied to the flags of convenience.

The fact of the matter is that the flag is only one of many contacts which can be used in determining the applicable law. In United States, two judicial devices which serve as solutions to many of the problems arising from flags of convenience are the lifting of the corporate veil and the piercing of the corporate veil. The principle that one could not look past the incorporated entity to pursue the shareholder and persons who control a company. Vessels at times are incorporated in one state, possibly fly the flag of another state, and may be owned and controlled by persons in yet another state. In consequence, courts have often deemed the vessel not connected to the state of its flag but connected rather to the state of the persons actually controlling and owning the vessel. At the very least, the domicile or nationality of those persons is a strong contact that may be considered when fixing the properly applicable law. For reference, the method of seven factor approach consists of the place of the wrongful act, the law of the flag, the alliance or domicile of the injured person, the alliance of the defendant shipowner, the place of the contract, the inaccessibility of the foreign forum, and the law of the forum.

In addition to that, one should not overlook the support for a genuine link approach which is found in the 1986 United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships. The Convention is not yet in force, article 1 states one of the objectives to be "ensuring" or "strengthening the genuine link between a State and ships flying its flag." Article 5(3)(b) provides for periodic inspections by surveyors from a state's maritime administration. A state adhering to the treaty must either make provisions for the owning (article 8) or manning (article 9) of its flag vessels by its nationals. Article 10 provides that the company owning a vessel must have its principal place of business in a flag state, or at least have a representative domiciled there. Support for a genuine link between a vessel and its flag state is also found at section 501 of

the Restatement (Third) of Foreign Relations Law, article 5(1) of the 1958 Geneva Convention on the High Seas, and article 91(1) of the 1982 Law of the Sea Convention.

After considering all the factors, the use of flags of convenience can be applied to the Exception of Choice of Law Clause of Korean Private International Law. In this case, the law of the flag should be only one indicator or contact among many. It should rarely, if ever, be the sole consideration in determining the proper law of the maritime field. Thus, it is essential to think over many contacts which can be used in determining the applicable law through most significant relationship theory.

第1章 序 論

第1節 硏究의 目的

현대에 이르러 교통과 통신수단의 발달에 따라 외국과의 교류는 거의 일상적인 것이 되었으며, 이를 통해 정치적·경제적·문화적·교육적·군사적으로 긴밀한 국제적 유대관계를 유지하지 아니하면 국제적으로 도태되는 실정에 이르게 되었다. 이에 따라 외국 또는 외국인이 관련된 法律行爲를 하거나 이와 관련된 법률관계가 형성되는 경우도 흔히 볼 수 있게 되었으며, 이로 인해 발생하는 법률관계를 규율함으로써 法的安定性을 확보하고자 하는 것은 당연하다 하겠다. 그런데 國際的인 私法生活關係를 가장 합리적으로 해결하는 방법은 세계 각국의 實質私法을 통일하여 하나의 완전한 법률을 가지고 적용하는 것이 될 것이다. 그러나 세계적으로 통일된 완전한 의미의 實質私法은 존재하지 않으며 내용적으로도 매우 相異한 각국의 私法秩序가 竝存·對立하고 있는 것이 현실이다.[1] 따라서 國際的인 私法生活關係가 발생한 경우 과연 어느 나라의 法院이 재판할 권한을 갖는지의 문제와 어느 나라의 법을 적용하여 규율할 것인가 하는 점이 커다란 문제로 제기되고 있다.

國際私法은 바로 이러한 측면에서 국제적 생활관계의 안정을 보장하기 위하여 涉外事件의 해결을 목적으로 涉外的 私法關係에 적용될 규범을 정해주는 법규정으로, 즉 각국의 實質私法이 서로 상이함을 인정하고 涉外的 生活關係에 적용할 實質私法을 지정하는 것이다.[2] 國際私法은 涉外的 要素(foreign elements)[3]를 갖는 법률관계를 대상으로 매우 다양한 형태로 나타나기 때문에 實質法의 일부가 아니라 관련된 實質私法間의 衝突을 해결해 주는 抵觸法 體系이며, 사법 전 분야와 관

---

1) 朴相祚·尹鐘珍,「現代國際私法」(서울 : 한올出版社, 1998), 4쪽.

2) 金麟濟·徐敬武,「國際私法」(서울 : 弘益齊, 1995), 19쪽; 黃山德·金容漢,「新國際私法」(서울 : 博英社, 1987), 32쪽; 徐希源,「國際私法講義」(서울 : 一潮閣, 1999), 5~6쪽; 李好珽,「國際私法」(서울 : 經文社, 1983), 1쪽; 金明基,「國際私法要論」(서울 : 法志社, 1992), 3쪽.

3) 涉外的 要素 또는 外國的 要素라 함은 문제의 사안에 외국법이 개입될 여지가 있거나 외국법을 고려할 필요가 있는 사안이다. 즉, 당사자중 최소한 1인이 외국인이거나 無國籍者인 경우, 係爭의 목적물이 외국에 所在하는 경우 및 문제의 法律事實(法律行爲, 不法行爲 등)이 외국에서 발생한 경우를 들 수 있다(申昌善,「國際私法」(서울 : 學友, 1999), 28쪽 이하 참조).

련된 涉外關係를 규율하는 국내법의 일부이다. 그러므로 國際公法과는 구별되고 원칙적으로 公法的 生活關係는 그 범위에서 제외되는 것이다.[4]

그런데 이러한 국제적 생활관계중 해상과 관련된 법률관계는 특히 광범위하게 여러 法域에 걸쳐 발생하게 된다. 즉, 국제성을 가질 수밖에 없는 선박의 운항이나 화물의 異域地間의 운송과정에서 발생하는 법률문제는 涉外性을 가지고 있으므로 이러한 경우 어떠한 법을 적용할 것인가 하는 문제가 항상 수반된다.[5] 이러한 배경에서 각국의 法制가 다른 경우의 부작용을 막기 위한 國際協約의 체결이 가장 활발한 분야이기도 하나, 大陸法系와 英美法系의 法制의 차이, 각국의 이해의 대립 등으로 인하여 일부 협약을 제외하고는 큰 성과를 내지 못하고 있는 실정이다.

그리고 海事法律關係는 본질적으로 국제성을 띠는 것 이외에 해상이라는 장소적 특이성과 선박을 중심으로 법률관계가 형성되는 특수성이 있으므로 다른 法制에서는 존재하지 아니하는 특유의 제도들이 있다. 예를 들면 船舶所有者의 責任制限, 船舶優先特權 등이 그러한 제도들이다. 하지만 이러한 제도가 인정된다고 하더라도 法制에 따라 責任制限의 有無・範圍・責任制限의 排除事由가 다르고, 優先特權의 인정여부 및 순위가 다르기 때문에 어떠한 법을 적용할 것인지의 여부에 따라 일방 당사자는 지극히 유리한 지위에 있게 되는 반면에 상대방 당사자는 그 반대의 입장에 놓이게 된다.

이에 대하여 일본을 비롯한 각국의 國際私法에서는 해상에 관한 규정을 따로 두지 아니하고 物權이나 契約, 法定債權 등의 규정을 직접 또는 類推適用하여 해결하고 있으나, 우리나라는 國際私法 제9장 '해상'에서 海商法 分野의 準據法에 대하여 규정하고 있다.[6] 즉, 해상에 관련한 법률문제에 대한 準據法은 특별한 이해관계를 제외[7]하고는 일반적으로 船籍國法에 의하도록 규정하고 있는 것이다.[8] 이러한

---

4) 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 4쪽; 金載杰, "海事法律關係와 國際私法의 適用에 관한 考察", 「海事法硏究」第13卷 第2號, 韓國海事法學會(2001. 12), 63쪽.

5) 이러한 경우 해상법 분야의 國際私法을 총칭하여 '海事國際私法'이라는 용어를 사용하기도 한다. 이는 해상법 및 이에 부수되는 私法의 場所的 抵觸을 해결하기 위한 내용을 연구하는 학문분야로, 주된 대상은 海上運送이나 船舶에 관한 사법상의 법률관계이다(山戶嘉一, 「海事國際私法論」(東京 : 1943, 有斐閣), 3~4面; 高桑昭, "海事法律關係と法例の適用", 「法學論叢」第134卷 第5・6號, 京都大學 法學會(1994), 84面).

6) 우리나라도 舊 涉外私法 개정 논의과정에서 '해상' 章을 없애자는 견해가 있었으나 해상관계의 법률문제는 그 성질상 國際的 要素를 필연적으로 가지고 있고 그 시행에서 國際私法에 해상에 관한 규정을 별도로 둘 필요성이 제기되었고, 또한 우리 國際私法의 특색으로 볼 수도 있으므로 굳이 없앨 이유가 없다는데 의견이 모아져 舊 涉外私法과 같이 '해상' 章을 존치시키고 있다.

이유는 전세계를 항해하는 선박의 특성상 항해의 자유를 확보하기 위한 前提條件으로 국가에 의해 부여되는 국적을 보유하는 船籍制度가 있으며, 또한 통상 船舶의 準據法을 결정하여야 할 법률관계가 公海上에서 많이 발생하므로 船籍國法에 의해 이를 해결하는 것이 명확하다는 것이다.

하지만 海商法上의 準據法 決定에 있어 일반적으로 船籍國法으로 해결하는데 의문이 있을 수 있으며, 또한 타당하지 못한 결과를 초래하기도 한다. 즉, 현재 세계 해운의 61.8%[9]를 차지하고 있는 便宜置籍船의 問題만 보더라도 海事國際私法에서의 準據法 決定이 얼마나 큰 영향을 미칠 수 있는지 단적으로 보여준다고 할 수 있다. 이는 특히 海事國際私法에 있어 船籍國法을 적용할 시 항상 직면할 수밖에 없는 船籍國, 즉 旗國과 實質 船舶所有者의 관계에 대한 문제이기도 하다.[10]

---

7) 영해에서의 船舶衝突은 衝突地法에 의한다든지 海洋事故救助로 인한 報酬請求權에 있어 救助行爲가 영해에서 이루어진 경우는 行爲地法에 의하는 경우이다.

8) 제60조 (해상) 해상에 관한 다음 각호의 사항은 船籍國法에 의한다.
1. 선박의 所有權 및 抵當權, 船舶優先特權 그 밖의 선박에 관한 物權
2. 선박에 관한 擔保物權의 優先順位
3. 船長과 海員의 행위에 대한 船舶所有者의 責任範圍
4. 船舶所有者·傭船者·船舶管理人·船舶運航者 그 밖의 船舶使用人이 책임제한을 주장할 수 있는지 여부 및 그 책임제한의 범위
5. 共同海損
6. 선장의 代理權

제61조 (선박충돌)
① 개항·하천 또는 영해에서의 船舶衝突에 관한 책임은 그 衝突地法에 의한다.
② 公海에서의 船舶衝突에 관한 책임은 각 선박이 동일한 船籍國에 속하는 때에는 그 船籍國法에 의하고, 각 선박이 船籍國을 달리하는 때에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다.

제62조 (해양사고구조) 海洋事故救助로 인한 報酬請求權은 그 救助行爲가 領海에서 있는 때에는 行爲地法에 의하고, 公海에서 있는 때에는 구조한 선박의 船籍國法에 의한다.

9) 세계 해운에서 便宜置籍船의 비율은 1970년에 18.0%, 1980년에 27.2%, 1990년에 34.3%로 증가한 이후, 2000년 7월 현재에는 61.8%로 증가하였다. 2000년의 세계 총선복량 7억 5,323만톤(DWT : Deadweight Ton : 재화중량톤수) 중 便宜置籍 船隊가 4억 4,209만톤(DWT)으로 순수 국적선이 불과 40%도 안된다. 특히 선박보유 상위 10대 해운선진국의 便宜置籍 비율이 67.6%에 달하고 있다(The Institute of Shipping Economics and Logistics(ISL), *Shipping Statistics Yearbook*, 2000).

10) 후술하겠지만 便宜置籍을 이용하는 국가는 대부분 해운선진국이며 便宜置籍을 제공하는 국가는 파나마, 리베리아 등과 같은 약소국가가 대부분이다. 이들 便宜置籍 提供國家는 단순히 선박의 등록처를 제공하고 등록비를 비롯한 최소의 비용만을 획득하며, 그 이외의 사항에 대한 實質的 旗國으로써의 역할(선박안전 확보, 해양오염방지 감시·감독, 선원의 근로조건 확보 등)은 형식적인 것이 통상적이며, 또한 해사관련법규의 규정이 미비한 실정이다.

이러한 관점에서 본 논문에서는 海商法上의 準據法 指定에 있어 우리나라 國際私法에서 일반적으로 적용하고 있는 船籍國法主義에 관해 고찰해 보고자 한다. 즉, 海事國際私法上의 準據法 指定에 있어 논점이 되고 있는 문제에 관해 船籍國法主義의 採擇이 타당한 것인지를 검토해 보고, 船籍國法主義의 妥當性이 결여되어 있는 부분은 다른 立法主義를 提案하고자 하는 것이다. 그리고 船籍國法이 타당한 경우는 船籍을 중요한 連結點으로 보아 船籍이 가장 밀접한 관계에 있다는 것을 의미하게 되는데, 이것이 과연 便宜置籍의 경우에도 타당한가에 대해 검토하고자 하는 것이다.

특히 우리나라는 2001년에 '涉外私法'이 '國際私法'으로 全面改正되어 施行되면서 同法 제8조에서 "이 법에 의하여 지정된 準據法이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다"라고 규정하고 있으므로, 便宜置籍의 문제는 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법을 적용하고자 하는 國際私法 規定에 의해 충분히 船籍國法을 대신하는 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 準據法으로 적용할 수 있는 여지가 있다고 보여지기 때문이다. 물론 便宜置籍이라는 이유만으로 船籍이 連結點이 될 수 없는 것은 아니므로, 위 제8조의 準據法 指定의 例外條項의 적용에 있어 신중을 기하여야 함은 당연하다. 이에 船籍國法과 관련된 便宜置籍의 경우에 있어 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법이란 무엇을 의미하는지 판단하는 기준을 여러 국가의 학설 및 판례를 살펴봄으로써 그에 대한 解釋論으로 판단의 기준을 제시하고자 하는 것이 본 논문의 또 다른 목적이기도 하다.

第2節 硏究의 方法 및 範圍

Ⅰ. 硏究의 方法

海商法上의 準據法 決定에 있어 船籍國法 適用의 一般原則의 타당성 검토 및 船籍國法과 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법에 관해 검토하고 기준을 제시하기 위하여, 본 논문에서는 첫째, 比較法的 檢討의 방법을 사용하고자 한다. 海事法律問

題는 해상과 선박이라는 特殊性을 가지고 國際性을 기본으로 이루어지므로 紛爭 발생시 항상 涉外性을 수반하게 된다. 이러한 涉外性은 동일한 목적에 대한 각국마다 내용이 상이한 法律의 共存으로 인하여 어려움이 더해진다. 결국 해상법 분야에서는 이러한 문제점을 해결하기 위하여 통일성이 가장 강조되고 國際協約의 채택이 가장 활발한 분야중의 하나이기도 하다. 하지만 각국의 法制가 相異함으로 인한 부작용을 막고자 제정한 國際協約은 각국의 이해관계로 말미암아 일부 협약을 제외하고 큰 성과를 내지 못하고 있는 실정이다. 따라서 여전히 각국의 국내법은 그 내용에 있어 상당한 차이를 보이고 있으므로 利害當事者로서는 자기에게 가장 유리한 법을 準據法으로 하는 국가의 法院에 訴訟을 제기하려고 노력하는 法廷地쇼핑(forum shopping)[11] 현상이 나타나게 되는 것이다. 각국에서는 이러한 法廷地쇼핑 현상에 의한 訴訟上의 혼란을 최소화하기 위하여 訴訟의 양 당사자에게 공평 타당한 準據法을 결정하기 위한 노력을 기울이고 있는데, 이러한 노력이 각국의 國際私法이나 準據法 理論으로 나타나고 있는 것이다.[12]

이러한 涉外性을 가진 海事法律問題의 해결에 있어 가장 기본이 되는 것은 '어느 국가의 법원에서 재판을 받는가 하는 法廷地 選擇(choice of forum)의 問題'이며, 다음으로 '法廷에서 어떤 국가의 법으로 裁判을 진행할 것인가 하는 準據法 選擇(choice of law)의 問題'이다. 즉, 前者는 법원의 입장에서 보면 그 법원이 管轄權을 가지는가 하는 國際裁判管轄權(jurisdiction)의 問題이며, 後者는 어떤 법으로 재판할 것인가 하는 實體法 選擇의 問題인 것이다.[13]

이와 같이 國際私法的 解決은 국제성을 기본으로 國際協約에 의한 통일로 일정부분을 해결하기도 한다. 특히 해상법 분야에 관한 문제는 각 관련부분에 대한 國際協約이 거의 제정되어 있을 정도로 광범위하게 채택되어 있으므로 個別事案에

---

11) Forum shopping에 대해서는 '법정지낚기'(朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 28쪽) 또는 '법정고르기'(서울地方法院,「訴訟實務」, 422쪽)라는 표현도 사용되며, 그냥 '포럼쇼핑'(鄭暎錫, "船舶所有者의 責任制限에 있어서 準據法의 決定",「韓國海運學會誌」第15卷 第1號, 韓國海法學會(1993), 250쪽)이라고 하기도 한다. '쇼핑'이라는 용어에 대해서는 우리나라에서도 달리 번역하지 않고 명사로 사용하고 있으므로, 여기에서는 '法廷地쇼핑'이라 번역한다.

12) P.M. North and J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law, 12th ed.*(London : Butterworths, 1992), pp.9~10.

13) David McClean, *The Conflict of Laws*(London : Sweet & Maxwell Ltd., 1993), p.3. 抵觸法과 準據法의 기초개념에 관한 보다 자세한 사항은 A.V. Levontin, *Choice of Law and Conflict of Laws*(Leyden : A.W. Sijthoff International Publishing Co., 1976), pp.1~14.

대한 각국의 法制와 國際協約을 비교・검토하기로 한다.

둘째, 본 논문의 연구는 궁극적으로 우리 海商法上의 準據法 決定에 관해 일반원칙으로 제시된 船籍國法의 妥當性을 검토하고, 船籍國法으로 지정된 경우 便宜置籍에 있어 準據法 指定의 例外條項으로 제시된 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법' 사이의 관계에 대한 기준을 제시하고자 함으로 이에 대하여 解釋論的 方法에 의해 분석한다. 또한 이에 대한 주요 學說과 判例를 분석하여 판례의 발전과정을 파악하고, 각국의 입장을 살펴봄으로써 筆者의 解釋基準에 따른 접근가능한 諸要素를 提示하고자 한다.

Ⅱ. 硏究의 範圍 및 論文의 構成

해상법상의 국제사법적 논점을 논의함에 있어서는 國際民事節次法的 論點들과 狹義의 國際私法的 論點들을 모두 포함하는 것이 보통이다.

國際民事節次法的 論點으로는 船荷證券에 의한 仲裁合意 또는 國際裁判管轄合意, 海事에서의 國際裁判管轄, 선박에 대한 假押留 등 국제보전처분 및 선박에 대한 强制執行과 관련한 논점들을 들 수 있다. 그리고 狹義의 國際私法的 論點으로는 船員勤勞契約의 準據法, 運送契約 또는 船荷證券의 債權的 效力의 準據法 등 契約債權에 관한 논점 및 共同海損, 船舶衝突 또는 海洋事故救助로 인한 法定債權의 準據法 등 法定債權에 관한 논점 등 債權法的 論點들과, 積荷에 대한 物權의 準據法, 船舶抵當權, 船舶優先特權 기타 선박에 대한 物權의 準據法에 관한 논점 등 物權法的 論點이 있고, 그 밖에 船舶所有者의 總體的 責任制限의 準據法 등을 들 수 있다.

본 논문에서는 海商法上의 國際私法的 論點 가운데 狹義의 國際私法的 論點, 즉 準據法 決定에 관한 논점에 한정하고자 한다. 그리고 해상법상의 국제사법적 논점을 海商法上의 編制를 인용하여 海上企業組織, 海事債權 및 海上危險에 관한 부분으로 크게 3부분으로 분류하여, 특히 쟁점이 있는 사안에 대하여 검토하고자 한다.

우선 이러한 海商法上의 準據法 規定, 즉 海商法上의 指定槪念에 관한 準據法은 제3장에서 검토하도록 하며, 이에 앞서 제2장에서는 海商法上의 準據法 決定에 관한 일반원칙으로 적용되는 船籍國法에 대한 개념을 정립하고자 한다. 즉, 해상법 분야에서의 準據法 規定의 필요성에 대하여 해상법의 國際的 統一性과 그에 따른 國際協約과의 관계를 검토하고, 해상법의 國際的 統一의 限界로 인한 準據法 規定

의 필요성을 제기하고자 한다. 다음으로 해상법 분야의 준거법으로 일반적으로 적용되는 船籍國法의 槪念에 관해 살펴본다. 이는 船籍國法에 대한 기본개념을 파악함으로써 海商法上의 準據法으로써 일반적으로 적용되는 船籍國法과 향후 선박과 船籍國과의 실질적 관계가 문제되는 便宜置籍의 問題를 취급함에 있어 기본적 관계를 정립하기 위함이다.

제3장은 앞서 언급한 바와 같이 海商法上의 指定槪念에 대한 準據法 指定에 관하여 그 타당성을 검토함으로써 船籍國法의 適用이 타당하지 아니한 곳에서는 대안을 제시하고, 國際私法 規定에서 빠져있는 부분이라 하더라도 검토의 필요성이 있는 부분은 적극적인 검토를 통하여 입법론적 방향을 제시하는 근간으로 삼고자 한다. 이를 위해 海商法上의 指定槪念에 대하여 해상법상의 編制에 따라 海上企業組織, 海事債權 및 海上危險에 관한 세 부분으로 나누어 살펴본다.

제4장에서는 이미 제2장 및 제3장에서 정립한 船籍國法과 관련하여 실질적 적용에 있어 발생하는 문제와 관련된 사항들에 대하여 검토한다. 즉, 船籍國法의 적용에 있어 船舶과 船籍國과의 실질적 관계가 문제되고 있는 便宜置籍의 문제와 관련하여 學說과 判例의 동향을 살펴봄으로써 國際私法上 準據法 指定의 例外條項인 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'과의 상관관계를 도출하고자 한다. 便宜置籍의 경우 實質的 船舶所有者는 별도로 있는 것이 통상적이므로 이러한 상황에서의 實質的 船舶所有者를 '가장 밀접한 관련'의 法理로 이끌어 낼 수 있는가 하는 문제와 그렇게 할 경우의 客觀的 接近要素는 어떠한 것이 있는가에 대한 연구이다. 이에 대하여 便宜置籍에 대한 '法人格否認論'과 '法律回避論'도 검토의 대상이 되며 각국의 판례도 참고하여 정리한다.

제5장에서는 결론의 장으로 이제까지의 연구를 요약하고 海商法上 指定槪念에 대한 準據法 指定에 대하여 대안으로 제시할 수 있는 부분은 입법론적으로 대안을 제시하고자 한다. 또한 船籍國法의 적용시 문제되는 便宜置籍과 '가장 밀접한 관련'의 국가의 법에 대한 해석을 행함에 있어 고려해야할 接近方法的 要素를 제시하기로 한다.

第2章 海商法上 準據法의 船籍國法 適用 原則

第1節 海商法上 準據法의 必要性

Ⅰ. 海商法의 國際的 統一性

海商法上의 모든 法理의 대부분은 國際的 慣習에 그 기원을 두고 있으며, 기술적으로는 각국의 정치적, 사회적 영향을 적게 받기 때문에 일반적으로 私法 중에서도 가장 통일적인 경향을 갖고 있다.[14] 19세기 전반의 프랑스의 해법학자 빠르도슈(Jean Marie Pardessus)는 海商法의 特色으로 그 統一性과 浮動性 그리고 慣習的 起源性을 들었고, 특히 "統一性에 관하여는 사람의 신분, 親族關係, 財産의 移轉, 所有權의 變更, 雇傭契約의 締結과 保障, 行爲의 法律 形式을 규정하는 民法의 규정은 정부의 성질, 국민의 風俗·慣習과 밀접한 관련이 있어야 하지만, 해상에 관한 법규는 모든 나라의 공통되는 요구에 의하여 발생한 것으로서 海商法은 國際性을 갖고 있다고 한다. 즉, 海商法은 航海業者들로 구성된 세계에 관한 것으로 해상법의 정신은 국경에 따라 변화가 있는 것이 아니다. 그러므로 최악의 民法은 모든 국민을 무차별하게 다루는 것이고, 최악의 海商法은 특정 국민만의 특별한 이익 혹은 그 풍속의 특수한 영향만에 의하여 제정된 海法典이다"라고 기술하고 있다.[15] 결국 해상법 분야는 國際的 統一運動이 가장 활발한 분야중의 하나로 해상법의 통일적 경향을 대변하는 문구라고 할 수 있다.

海商法은 19세기 후반부터 이러한 해상법의 통일을 위한 노력이 조직적으로 이루어지게 되었다. 이는 각 지역의 慣習法으로부터 발전한 해상법이 근대국가의 성립과 더불어 다양한 이념과 특색을 갖는 制定法의 형식을 띠게 됨으로 인해 그 내용적인 면에서 국가간 많은 차이가 발생하게 되어 근대에 이르러 국제무역이 활발해지고 범세계적으로 경제조직이 발전함에 따라 각국의 海商法을 통일할 필요성이 절실하게 된 결과였다.[16] 그리하여 이 시기를 시작으로 해상법에 관한 통일에 관

---

14) 高桑昭, 前揭書, 82面.

15) Jean-Marie Pardessus, Us et coutumes de la mer, ou collection des usages maritimes des peuples de l'antiquite et du moyan age, tome premier, p.2(Paris, 1847). 石井昭久,「海商法」(東京 : 有斐閣, 1969), 8~12面에서 在引用.

16) 崔基元,「海商法」(서울 : 博英社, 1997), 34쪽; 李基秀, 「保險法·海商法學」(서울 : 博

심을 기울여 다수의 國際協約이나 國際的 約款이 성립하게 되었다.

하지만 우리나라는 國際海事協約의 가입에 대하여는 소극적인 면을 보이면서 각종 國際海事協約의 실질적 내용을 實體法에 吸收 내지는 編入하는 방식을 취하였다.[17] 이 가운데 우리 商法에 吸收 내지 編入된 國際海事協約을 살펴보면 다음과 같다.

① 1976년 海事債權에 대한 責任制限에 관한 協約(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 : 이하 '海事債權責任制限協約'이라 함) : 商法 제746조 이하

② 1924년 船荷證券에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 國際協約(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1924 : 이하 '헤이그규칙'이라 함) 및 1968년 船荷證券에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 國際協約의 改正을 위한 議定書(Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1968 : 이하 '헤이그비스비규칙'이라 함) : 商法 제787조 이하

③ 1910년 船舶衝突에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 國際協約(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision between Vessels, 1910 : 이하 '船舶衝突協約'이라 함) : 商法 제843조 이하

④ 1910년 해상에서의 救援 및 救助에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 國際協約(International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Assistance and Salvage, 1910 : 이하 '海洋事故救助協約'이라 함) : 商法 제849조 이하

⑤ 1926년 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 약간의 규칙을 통일하기 위한 國際協約(International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Maritime Liens and Mortgages, 1926 : 이하 '船舶優先特權 및 抵當權協約'이라 함) : 商法 제861조 이하

英社, 2000), 325~326쪽. 해상법의 史的展開에 관한 보다 자세한 내용은 林東喆,「海商法·國際運送法硏究」(釜山 : 曉星出版社, 1996), 272쪽 이하 참조.

17) 이에 반해 영미법계에서는 國際協約을 批准하면서 그대로 국내법화하는 경우가 많다. 예를 들면 영국의 1971년 海上物件運送法(Carriage of Goods by Sea Act, 1971)은 1968년 헤이그비스규칙을 국내법화한 것이다.

⑥ 1994년 요크-앤트워프규칙(York-Antwerp Rules) : 商法 제832조 이하

이상의 협약들은 실제로 가입하는 절차에 소극적인 입장을 취해온 우리나라는 國際協約의 적용범위와 관련하여 抵觸法的 性質을 가지는 조항들이 누락되는 결과를 초래할 수 있어 이를 吸收 내지 編入한 商法의 규정은 우리 법이 準據法일 경우에만 적용되는 조항으로 변질될 수밖에 없다는 문제점을 드러내고 있다.[18]

Ⅱ. 國際的 統一性의 限界와 準據法

1. 國際海事協約과 國際私法의 關係

각종 國際協約은 각 해당사항에 관한 각국의 국내법의 내용을 통일하기 위한 것이므로 이러한 협약을 批准한 국가는 그 내용을 국내법화한 범위에서는 國際私法에 의한 準據法 規定이 필요 없지 않은가 하는 것이 문제된다.[19] 이에 관하여는 國際協約 자체가 국내법처럼 적용되는 경우와 협약의 내용이 국내법화되어 적용되는 경우의 두 가지가 있다.

前者의 경우로는 1955년 헤이그의정서[20]에 의하여 개정된 1929년 국제항공운송에 관한 바르샤바협약(Warsaw Convention)이 국내법원에 의하여 직접 적용된 사례가 있다.[21] 여기에서 대법원은 "國際航空運送에 관한 법률관계에 대하여는 일반적인 民法에 대한 特別法으로서 우리 정부도 가입한 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤바협약이 우선 적용되어야 한다"라고 判示하고 있다.[22] 後者의 경우는 "船長 기타 海員이 직무를 행함에 있어서 故意 또는 過失로 제3자에게 손해를 끼친 경우에 선박소유자가 지는 책임은 民法 제756조 제1항에서 말하는 使用者로서의 責任

---

18) 石光現,「國際私法 解說」(서울 : 芝山, 2001), 337~338쪽.

19) 孫珠瓚, "海商法의 統一性과 涉外私法",「韓國海法學會誌」第22卷 第1號, 韓國海法學會(2000. 4), 8쪽.

20) Protocol to Amend the Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air.

21) 대법원 1996. 7. 22, 판결 82다카 1372.

22) 또한 "개정된 바르샤바협약 제1조 제1항에서 사용하고 있는 용어인 '締約國'이라 개념은 바르샤바협약과 헤이그의정서에 모두 가입한 국가는 물론, 대한민국과 같이 바르샤바협약에는 가입하지 않고 있다가 헤이그의정서에 가입함으로써 바르샤바협약에 가입한 효력이 발생한 국가와 바르샤바협약에 가입하였으나 헤이그의정서에는 아직 가입하지 아니한 국가를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다"라고 하여 국제협약의 직접적 적용을 명확히 하고 있다.

이 아니고 商法 제746조 제1호의 규정에 의한 船主의 책임인 만큼 民法 제756조 제1항의 규정은 그 적용이 排除된다"고 判示한 대법원의 判例를 들 수 있다.[23] 우리나라는 각종 國際海事協約의 내용을 商法典에 수용하고 있으므로 後者의 경우에 해당될 것이며, 이는 향후 각종 國際海事協約의 批准問題에 대한 논의를 가중시키게 될 것이다.[24]

이와 같이 해상분야에 있어 발생하는 國際的 衝突問題를 해결하기 위한 방안으로 國際海事協約을 통한 실체법적 통일을 이룬다면 國際的 私法關係의 충돌을 해결하기 위한 國際私法이 필요하지 않다는 의미인지에 대하여는 논란이 있다. 즉, 國際私法은 國際的 私法關係에 관하여 어느 국가의 법률을 적용할 것인가 하는 문제를 해결하는 법률이며, 이러한 문제가 생기는 것은 현재 각국의 私法의 내용이 相異하기 때문에 國際的 私法關係에 관하여 法律의 抵觸이 생기는데 기인하는 것이므로,[25] 각국의 私法의 내용을 통일하면 法律의 抵觸이 생길 여지가 없으므로 國際私法은 필요 없게 된다는 법리가 성립하게 된다. 또 각국의 私法의 내용이 相異하여도 國際的 私法關係에 관하여서만 통일된 내용을 법으로 정하면 역시 國際私法이 필요 없을 것이라고도 한다.[26]

구체적으로는 船舶衝突協約이 적용되는 범위[27] 또는 海洋事故救助協約이 적용되는 범위[28]에서는 國際私法의 원칙이 적용되지 아니한다라는 학설이 있다. 실질적 통일협약을 法廷地國이 批准하면 그 범위에서는 당연히 法廷地 國際私法은 그 存在意義가 상실된다는 것이다.[29] 그러나 이에 대한 反論도 제기되고 있다.[30][31]

---

23) 대법원 1970. 9. 29, 70다212. 이 판결에 대한 評釋으로는 李均成,「海商法判例硏究」(서울 : 海運産業硏究院, 1989), 12쪽 이하(2. 船主의 使用者責任과 船主責任制限制度) 참조.

24) 실제로 2001년 11월 國際海事機構(International Maritime Organization : 이하 'IMO'라 한다) 총회에서 우리나라가 세계 주요해운국임을 나타내는 A그룹 理事國으로 선임됨으로 인해 국제해운계에서의 우리나라 위상이 향상된 바 있다. 이를 계기로 세계해운계에서의 위상에 맞는 역할을 수행하기 위한 하나의 방편으로 이제까지 우리나라가 批准하지 아니하고 일부의 내용만을 國內法에 수용하여 시행하고 있는 각종 海事協約의 批准을 검토하고 있다(海洋水産部, "最近 IMO 動向 및 우리나라 對應活動",「2002年度 上半期 IMO 會議結果 說明會 資料」(2002. 7), 128쪽).

25) 出口耕自,「基本論点 國際私法」(東京 : 法學書院, 1996), 3~4面.

26) 孫珠瓚, 앞의 논문, 9~10쪽.

27) 江川英文,「國際私法」(東京 : 有斐閣, 1953), 332面.

28) 上揭書, 334面.

29) 江川英文, 前揭書, 3面 이하. 이것은 批准한 國際協約은 당연히 재래의 국내법에 우선한다고 하는 일본의 입장이지만, 協約과 國內法이 다른 경우의 優先順位는 국가에 따라서 다르다. 예를 들어 미국에서는 協約은 州法에는 우선하나, 聯邦法과는 동일한 순위로

2. 國際海事協約과 法의 衝突

각국의 私法의 내용을 통일하면 법률의 抵觸이 생길 여지가 없으므로 國際私法이 필요없게 된다고 하는 이론에서 문제는 과연 그러한 統一法이 존재하는가 하는 것이다. 이에 관하여는 去來法의 분야에서는 순수한 合目的性이 고려의 대상이 되므로 통일이 가능하다고 하는 설도 있다.[32] 그러나 國際海事協約에는 留保條項의 예를 볼 수가 있다. 예를 들어 1976년의 海事債權責任制限協約 제18조, 1924년 헤이그규칙 제7조, 1910년 船舶衝突協約 제7조 제3항 등의 留保條項에 관한 규정을 볼 수 있다. 이러한 留保條項이 허용되는 것은 각국의 특수사정을 고려한 것이므로 그 범위에서는 法의 衝突이 예정된 것이다. 뿐만 아니라 모든 海事協約에 모든 국가가 가입하는 것이 아니며 국내법화에도 완전한 통일법을 기대할 수 없는 것이 오늘의 현실이므로 해상법 분야에서 法의 衝突은 피할 수 없는 사실로 보아야 할 것이다.[33]

한편 留保條項의 許容에 관하여는 1978년 함부르크규칙[34] 제29조와 같은 예외가

되어 있다. 독일에서는 協約과 그 批准에 따라서 제정된 國內法과의 사이에 모순이 있는 경우에는 國內法이 우선되어야 한다는 사고가 강하다(石黑一憲,「國際私法」(東京 : 有斐閣, 1984), 156面).

30) 실질적 통일협약의 비준이 法廷地法의 國際私法을 통한 準據法 選擇을 불필요하게 한다는 것은 暴論이라고 하는 반대론이 있다(石黑一憲, 上揭書, 110面 以下). 이밖에 石黑一憲, "統一法による國際私法の排除とその限界",「海法會誌 復刊」第24號(1981), 3面 以下 參照.

31) 결국 이에 대한 논의는 國際法의 국내적 타당근거의 문제로 귀착된다. 즉, 國際法인 國際海事協約과 국내법인 國際私法의 규정이 서로 상충하는 경우 국제법과 국내법의 규정 중 어느 것이 우선적으로 適用·執行되는가의 문제이며, 兩法이 법리적으로 어떠한 관계에 있으며, 國際法은 어떻게 해서 국내적으로 타당하며 어떤 효력을 갖는가 하는 문제인 것이다. 이에 대한 보다 자세한 學說 및 각국의 慣行에 대해서는 李丙朝·李仲範,「國際法新講」(서울 : 一潮閣, 2000), 20~30쪽 참조.

32) 이 결정의 요지에 대한 비판으로는 森田博志, "公海上の船泊衝突を原因とする船舶優先特權の準據法と物上代位", 「ジュリスト」 No.1051(1994), 126~128面.

33) 협약상에서 말하는 留保條項은 표현·명칭 여하를 불문하고 협약에 의해 구속되는데 대한 동의 표명시, 즉 협약의 書名·批准·受諾·承認 또는 가입시에 국가가 자국에 대하여 협약의 일부조항의 효력을 排除 또는 變更하기 위하여 행하는 일방적 선언을 말하는 것으로 國際私法에서 말하는 留保條項(外國法 除外條項)과는 구별하여야 할 것이다.

34) 정식명칭은 '1978년 유엔해상물건운송협약'(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978)이며, 이하 '함부르크규칙'이라 한다.

있기는 하지만 이 규칙은 모든 국가가 비준한 것이 아니므로 統一法으로서의 성격 자체에 문제가 있는 것이다.

또한 海事協約은 반드시 해당 분야의 모든 사항을 정하는 것이 아니다. 예를 들어 1924년 헤이그규칙은 '船荷證券에 관한 일부규칙의 통일을 위한 國際協約'이라는 명칭에서 보는바와 같이 船荷證券에 관한 모든 규칙을 망라한 것이 아님이 분명하며, 이 협약이 정하는 사항 이외의 문제는 국내법에서 임의로 정할 것이 前提로 된 것이다. 또 1978년 함부르크규칙도 '海上物件運送에 관한 일부 규정에 관한 협약'으로 되어 있으며, 1974년의 旅客手荷物의 運送에 관한 아테네협약도 '旅客과 그 手荷物의 海上運送에 관한 일부 규정에 관한 협약'으로 되어 있다. 따라서 협약에서 정하는 규정을 제외한 사항에 관하여는 각 국내법에서 정하게 되므로 그 범위에서는 法의 衝突이 예정되어 있는 것으로 볼 수 있다.[35]

3. 海商法 統一의 限界

각종 國際海事協約은 실제에 가입하는 국가가 협약에 따라서 차이가 있으나 제한되어 있다는 점에서도 統一法으로서 한계를 면치 못하는 실정이며, 따라서 협약의 당사국이 아닌 국가와의 사이에서는 法의 衝突은 필연적이라는 사실을 외면할 수 없다.

海商法은 해양을 무대로 선박과 관련하여 전개되는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 점에서 國際性을 가지는 것이며, 이것은 여타의 사법분야에 대한 하나의 특성으로 지적되고 있다. 海商法의 統一性의 요구는 이 특성에서 비롯되는 것이면서 극복하기 어려운 한계가 거론되고 있다. 이에 관하여 統一性의 障碍와 限界로서 ① 國家利益과 海商法과의 관계를 논하고, ② 法構造에 의한 障碍, ③ 主權的 障碍, ④ 傳統 내지 正義感情의 차이에 의한 障碍, ⑤ 法槪念의 차이에 의한 障碍를 지적하고,[36] 障碍, 즉 限界를 고려하지 않으면 통일법의 실현에 실속없는 노력을 거듭하게 된다는 것, 그러한 장애에 대한 반성과 협조적 태도에 의하여 결실될 것이라고 한다.[37] 또한 國家主義가 치열한 오늘날 자국 해운계의 보호정책상 각국 정부 등에 의하여 해상법의 통일이 저해되고 있음을 지적하고 있다.[38]

---

35) 山戶嘉一, 前揭書, 39面.
36) 谷川 久,「海事私法の構造と特異性」(東京 : 有斐閣, 1958), 208面 以下.
37) 上揭書, 214面.

海商法에서 法의 衝突을 가져오는 요인으로는 ① 각 民族的 對立의 결과 각국 입법의 대립을 심화시키게 되었다고 하는 法律的 事由 이외에, ② 항해의 성질상 관여하는 사람과 장소의 국제성이라고 하는 經濟的 事由 및 ③ 政治的 事由가 지적되고 있으며, 實質的 海商法의 통일에 의하여 法의 衝突에 관한 문제를 해결하도록 노력하더라도 國際私法的 解決의 필요성에 관하여는 이를 무시할 수 없다고 하는 주장이 있다.[39]

第2節 海商法上 準據法의 船籍國法 適用 原則

Ⅰ. 準據法 指定의 槪念

해상법 분야에 관한 國際私法을 海事國際私法이라고 한다면 海事國際私法의 존립요건, 즉 海事國際私法에 의해 문제된 涉外的 海事法律關係에 대하여 적용법규를 지정할 필요가 발생하는 것은 우리가 계속적으로 국제적 해상생활을 영위하면서 발생하는 법률관계 중에 外國的 要素를 포함하는 내용으로 인하여 국내외 해상법이 서로간에 불일치할 수 있기 때문이다. 만약 세계각국의 실질적 해상법의 내용이 동일하다면 甲國의 해상법을 적용한다고 해도, 乙國의 해상법을 적용한다고 해도 결과가 동일하게 될 것이다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 현실적으로 海商法의 統一은 다양한 각국의 상황 및 여건에 의하여 그 실현가능성은 遙遠해 보이므로 海事國際私法은 해상에 관한 法의 衝突이 존재한다는 것을 전제로 하여 존재하는 법이라 할 수 있다.

해상법 분야에 관한 國際私法의 의미를 정리하면, 海事國際私法은 국제적 생활관계중 해상과 관련하여 발생하는 법률관계의 경우에 대한 準據法 決定에 관한 학문분야로 海商法 및 이에 부수되는 私法의 場所的 抵觸을 해결하기 위하여 그 주된 대상은 海上運送이나 船舶에 관한 私法上의 法律關係이다.[40] 즉, 海事國際私法은 ① 해상법의 場所的 衝突이 존재하는 경우 그 涉外的 法律關係에 대하여 그 성질에 따라 어느 국가의 實質的 海商法을 적용하여야 하는가를 선택하고 지정하는

38) 山戶嘉一, 前揭書, 35面.
39) 上揭書, 45面.
40) 高桑昭, 前揭論文, 84面; 山戶嘉一, 前揭書, 3~4面.

'適用規則'이며, ② 實質的 海商法을 세계적으로 통일시킨 것, 즉 世界海商法이 아니라 일반 國際私法의 일부인 國際商法의 한 분야이다. 따라서 海事國際私法이란 국내·외 해상법의 抵觸問題의 해결을 목적으로 하는 國際私法學의 일부분을 말하는 것이다.[41][42]

다시 말해서 海事國際私法에서와 같이 해상법 분야의 準據法을 指定한다는 것은 국제적 생활관계중 해상과 관련하여 발생하는 법률관계에 대한 場所的 抵觸을 해결하고 訴訟上의 혼란을 최소화하기 위하여 양 당사자에게 공평 타당한 準據法을 제공하는 것이라 할 수 있다.

Ⅱ. 船籍國法의 適用 原則

1. 船籍國法의 槪念[43]

(1) 船籍國의 意義

船籍國法이란 船舶의 本國法, 즉 선박이 현재 국적을 보유하고 있는 국가의 법률로서 통상 선박에 國旗揭揚의 權利를 인정한 국가의 법률을 지칭하는 것이다. 모든 국가는 선박이 자국국기를 게양하는 것을 허가할 권한을 가지고 선박에 대한 국적을 부여하기 위한 요건을 결정할 수 있다.[44] 이러한 의미의 船籍國은 대체로 旗國 또는 登記國·登錄國과 일치하나 반드시 그런 것은 아니다. 즉, 선박은 반드시 어떤 나라에 소속되고 그것은 그 所屬國의 國旗에 의하여 상징됨으로 船舶의 國籍은 보통 그 국기에 의하여 판별된다는 점에서 '旗國'이라고도[45] 하지만 船籍國은 실제로 선박이 게양하고 있는 國旗의 所屬國이 아닐 수 있다. 왜냐하면 二重登錄의 경우가 있을 수 있기 때문이다. 예를 들면 甲國과 乙國에 二重登錄한 선박이

---

41) 山戶嘉一, 前揭書, 3~4面.

42) 海事國際私法이라는 명칭에 해당하는 외국명칭은 Conflict of maritime law(영·미), droit international prive maritime(프랑스), diritto internazionale privato marittimo(이탈리아), Internationales Privatseerecht(독일) 등이 있다.

43) 이에 대하여는 金鎭權, "國際私法上 船籍國法主義에 관한 考察",「海事法硏究」第14卷 第1號, 韓國海事法學會(2002. 6), 181~187쪽 參照.

44) 앞에서 언급한 公海協約 제6조 제1항, 유엔해양법협약 제91조 제1항, 선박법 제2조와 제22조 참조.

45) 崔公雄,「國際訴訟」(서울 : 育法社, 1984), 536쪽.

甲國의 국기를 게양하고 있는 경우에는 甲國은 船籍國인 동시에 旗國이지만, 乙國은 船籍國이긴 하지만 현재 그 선박이 그 국기를 게양하고 있지 않기 때문에 旗國은 아니다. 물론 이 선박이 乙國의 국기를 게양할 권리는 있지만 실제로 그것을 게양하고 있지 아니하는 한 旗國은 아니다. 또한 소형선박과 같이 登記되지 않은 선박의 경우 船籍國은 있지만 登記國은 존재하지 않기 때문이다.

이러한 船籍國의 개념에는 登錄港(port of registry) 所在國이라는 견해와 本據港(home port) 所在國이라는 견해가 있다. 登錄港이란 선박소유자가 선박의 登記·登錄을 하고 船舶國籍證書의 교부를 받은 곳을 말한다.[46] 대한민국의 船籍港은 시·읍·면의 명칭에 의하여 표시하되, 그 시·읍·면은 선박이 항행할 수 있는 수면에 접한 곳이어야 한다(船舶法 施行令 제2조). 船籍港은 원칙적으로 그 선박소유자의 住所地에 정한다. 다만, 선박소유자가 국내에 주소가 없거나 부득이한 사유로 해양수산관청의 허가를 받은 때에는 住所地 이외의 곳을 船籍港으로 정할 수 있다(船舶法 施行令 제3조). 이러한 의미의 船籍港은 행정감독의 편의를 위한 것으로 民事訴訟法의 管轄의 基準이 된다(民事訴訟法 제10조 제1항). 그러므로 통상 船籍港은 登錄港을 의미하며, 船籍國法이란 문언대로 登錄港 所在國의 법이라는 견해가 유력하다.[47] 하지만 이 경우 단순히 登記·登錄만을 한 곳으로 이해한다면 적절하지 않으며 선박의 登錄港을 登記·登錄하고 나아가 船舶國籍證書를 교부받은 곳이라 이해해야 한다는 견해도 있다.[48] 이는 선박이 소속하는 국가로서의 船籍國의 개념은 本據港 所在國, 旗國, 登記國 또는 단순한 登錄國과는 구별된다는 의미로 등록을 근거로 국적이 부여되는 한에 있어서는 船籍國은 登錄國에 가까우므로 旗國(country of flag)이라고 하기보다는 登錄國(country of registration)이라고 하여야 한다는 것이다. 이 견해가 타당하다고 본다.[49][50]

---

46) 하지만 登記와 登錄은 구별되며 선박의 국적과 관련되는 것은 공법상의 의미를 가지는 登錄이다. 船舶法에는 한국선박의 소유자는 船舶登記를 한 후에 船籍港을 관할하는 해운관청에 船舶登錄을 신청할 수 있고, 그에 따라 船舶登錄簿에 등록되면 船舶國籍證書를 교부받을 수 있다. 그 이후에 비로소 대한민국 국기를 게양할 수 있다(船舶法 제8조, 제10조).

47) 李好珽, 앞의 책, 291쪽; 朴相祚·尹鐘珍, 앞의 책, 447쪽; 鄭炳碩, "海商法 分野에서의 國際私法的 考慮",「法曹」第536號, 法曹協會(2001. 5), 178쪽.

48) 石光現, 앞의 책, 343쪽.

49) 船籍國을 登錄港 所在國이라고 보는 것은 선박의 登錄港을 登記·登錄하고 船舶國籍證書를 교부받은 것으로 본다는 것이므로, 즉 등록한 결과 선박이 해당 국가의 국적을 취득하였다는 의미이므로 통상적으로 사용하는 旗國과는 의미구별을 할 수 있으나(이중등록의 경우처럼), 이 논문에서는 船籍國의 의미를 위와 같이 선박의 국적을 가지고 있

이에 대하여 本據港(home port)은[51] 선박이 상시 발항 또는 귀항하는 항해기지로서 해상기업경영의 중심이 되는 항을 말한다.[52] 선박은 통상 本據港, 즉 활동의 근거지 역할을 하는 항에서 대부분의 선박관련 중요한 조치들이 취하여 지기 때문에 本據港 所在地의 법을 적용하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[53] 하지만 해운실무적인 측면에서 볼 때 선박 활동의 根據地를 확인한다는 것은 현실적으로 어려움이 뒤따르며, 主營業地의 이전 가능성을 고려해 본다면 本據港 所在地도 이전될 수 있다는 의미가 되므로 國際私法上 船籍國法主義를 채택하는 의미를 상실할 수 있으므로 타당하지 않다고 본다.

(2) 船舶國籍의 決定

船籍國이란 일반적으로 선박이 船舶國籍을 보유한 국가를 의미하며, 선박의 船籍港이 所在하는 나라를 말한다. 여기에서 말하는 船舶國籍(nationality of ships)이라 함은 그 선박이 어느 나라에 귀속하는가를 나타내는 것을 의미한다.[54] 船舶國籍은 선박과 국가간의 관계를 나타내는 것이며 선박이 國籍을 가지는 것은 선박이 그 固有의 特性을 가지는 것과 더불어 人格者 類似性[55]의 證票이기도 하다. 그리고 선박에 國籍을 부여하여 국기를 게양할 권리를 부여할 수 있는 권한은 主權國

는 국가로 이해하고 國籍證明의 한 방법으로 國籍의 推定을 가능하게 하는 旗國도 포함하는 개념으로 사용한다. 단 二重登錄의 경우처럼 그 구별이 필요한 곳에서는 이를 혼용하지 아니한다.

50) 이에 대하여 旗國과 船籍國을 구별하지 않고 동일한 의미로 사용하고 있는 곳이 대다수이다(孫珠瓚, "涉外私法改正試案·改正法律案(第10章「海商」)의 立法論的 檢討",「韓國海法學會誌」第22卷 第2號, 韓國海法學會(2000. 11), 13쪽; 崔公雄, 앞의 책, 536쪽; 朴相祚·尹鐘珍, 앞의 책, 470쪽, 申昌善, 앞의 책, 435쪽 등).

51) 'home port'를 '本籍港'으로 번역하기도 한다. 하지만 본 논문은 '本據港'으로 사용하여 해상기업경영의 중심지로서의 의미에 충실하고자 한다.

52) 李淳東, "船舶의 所有權",「海商·保險法에 관한 諸問題」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9), 37~38쪽.

53) 李好珹, 앞의 책, 291쪽.

54) 黃錫甲·李潤哲,「海事法規Ⅰ」(釜山 : 다솜출판사, 2001), 18쪽; 林東喆·鄭暎錫,「海事法規講義」(서울 : 學現社, 2000), 19쪽; 徐燉珏,「商法講義(下)」(서울 : 法文社, 1992), 475쪽.

55) 선박은 사람의 성명에 해당하는 名稱, 사람의 국적에 해당하는 선박의 國籍, 사람의 주소에 해당하는 船籍港과 선박의 積量 등에 의하여 그 개성을 명백히 하는 점에서 人格者로서 가지는 것과 유사한 특성을 가진다(林東喆, "船舶의 國籍에 관한 考察",「立法調査月報」第106號(1977. 12), 30쪽).

家의 고유권한이며 主權國家의 국기를 게양한 선박을 公海上에서 그 국가의 영토의 연장선으로 보는 개념은 오래전부터 지켜져 내려온 國際慣習法 중 하나이다.[56]

또한 船舶國籍은 國際法과 行政法의 管轄權 基準이며, 公海에서는 船籍國法의 적용근거이기도 하다. 그리고 국적이 交戰, 違法 또는 경제문제로서 선박을 捕獲 또는 拿捕할 것인가, 아니면 海賊으로 취급할 것인가를 결정하는 표준이 되기도 한다.[57] 그 뿐만 아니라 해사관련 行政法의 적용에 있어 自國船 優先主義 기초인 國旗差別(flag discrimination)의 기준이 된다. 더구나 해상운송과 관련하여 보면 船舶國籍은 적법한 운송을 보장하는 필수적 요소인 것이다.

특히 商船의 경우, 國際通商에서 각종 운송물을 운송하기 위해서 적법한 運送契約의 체결, 海上保險契約의 체결, 인명과 선박의 안전확보, 해양환경의 보존과 오염방지, 沿岸國과 港灣國의 경제적, 정치적 그리고 군사적 이익을 보호하고, 또한 전쟁 또는 紛爭地域에 있어서, 中立國 船舶의 公示를 표시하는데 있어서 船舶國籍은 확정적이어야 한다.[58]

(3) 船舶國籍 決定의 效果

1) 國際法的 效果

선박의 국적은 그 선박에 대한 국제법상 國家管轄權 行使의 기준이 된다.[59] 즉, 국제법상 어느 국가가 책임을 지는가를 의미하며, 선박의 행위가 어느 국가에 귀속되는지의 문제와 어느 국가가 동 선박을 위하여 外交的 保護權을 행사할 수 있는가의 문제를 결정하는 기준이 되는 것이다.[60] 국가는 자국선박에 관한 행정적,

---

56) Nagendra Singh, *Maritime Flag and International Law*(Leyden : A. W. Sijthoff International Publishing Company, 1978), p.25.

57) 朴容燮,「海商法論」(서울 : 螢雪出版社, 1998), 95쪽.

58) 위의 책, 95쪽.

59) 1982년 유엔해양법협약 제92조 (船舶의 地位)
① 國際協約이나 이 協約에 명시적으로 규정된 예외적인 경우를 제외하고는 선박은 어느 한 국가의 국기만을 게양하고 항행하며 公海에서 그 국가의 排他的인 管轄權에 속한다. 선박은 진정한 所有權 移轉 또는 登錄變更의 경우를 제외하고는 항행중이나 기항중에 그 국기를 바꿀 수 없다.
② 2개국 이상의 국기를 편의에 따라 게양하고 항행하는 선박은 다른 국가에 대하여 그 어느 국적도 주장할 수 없으며 無國籍船으로 취급될 수 있다.

60) R.R. Churchill and A.V. Lowe, *The Law of the Sea*(Manchester : Manchester Univ. Press, 1983), p.180.

기술적 및 사회적 문제에 대하여 자국의 管轄權을 행사하고 감독하여야 하며, 이를 위하여 자국선박에 대한 船舶登錄原簿(register of ships)를 유지하여야 한다.[61] 그리하여 해상안전을 확보하고 해양오염을 방지하며 승무원의 합당한 근로조건을 확보하기 위한 사항은 그 船籍國의 권한과 책임에 귀속되고, 극히 한정된 범위안에서만 선박이 외국에 기항중에 그 港灣國(port state)의 감독을 받게 된다.[62]

또한 公海上에 있는 선박에 대하여는 원칙적으로 오로지 그 소속국의 법이 적용되며 排他的 管轄權을 행사한다.[63] 즉, 公海上에서 발생한 선박의 충돌 기타 항행사고에 대한 刑事訴訟節次 또는 懲戒節次는 그 船舶 船籍國의 사법당국이나 행정당국에 의해서만 제기될 수 있고, 비록 조사조치라 하더라도 船舶의 捕獲 또는 抑留는 船籍國의 관계당국이 아니면 할 수 없다.[64]

그리고 公海使用의 自由[65]에 있어 선박의 국적은 국제법이 제공하는 항해의 자

---

61) 1982년 유엔해양법협약 제94조 (旗國의 義務)
1. 모든 국가는 자국기를 게양한 선박에 대하여 행정적·기술적·사회적 사항에 관하여 유효하게 자국의 管轄權을 행사하고 통제한다.
2. 모든 국가는 특히, (a) 일반적으로 수락된 국제규칙이 적용되지 아니하는 소형 선박을 제외하고는 자국기를 게양한 선명과 세부사항을 포함하는 船舶登錄原簿를 유지한다. (b) 선박에 관련된 행정적·기술적·사회적 사항과 관련하여 자국기를 게양한 선박, 그 선박의 선장, 사관과 선원에 대한 管轄權을 자국의 국내법에 따라 행사한다.

62) 이를 港灣國統制(port state control)라 하며, 이는 港灣國이 자국의 관할 해역에서 해상안전을 도모하고 해양환경을 보존하기 위하여 자국의 항구에 기항하는 외국적 선박을 대상으로 船舶 安全基準, 선원의 資格, 勤勞條件 및 선원의 運航能力 등이 국제기준에 적합한지를 점검하여 이에 부적합하다는 基準未達로 판명될 경우, 또는 오염물질의 배출규정을 위반하였을 시 입출항을 규제하고 국제기구에 해당 선박의 결함정보를 보고하는 등 불이익한 처분을 행사하는 제반 행위를 말한다. 港灣國의 監督에 관하여는 1966년 국제만재흘수선협약 제11조, 1974년 해상인명안전협약 부속서 제1장 제19규칙, 1973/1978년 해양오염방지협약 제6조, 1978년 STCW 협약 제10조 및 상선의 최저기준에 관한 협약(1976년 ILO 협약 제147호) 제4조 등에서 규정하고 있다. 보다 자세한 내용은 姜東秀,「港灣國統制論」(釜山 : 曉星出版社, 1998), 9쪽 이하 참조.

63) 李丙朝·李仲範, 앞의 책, 667쪽.

64) 1982년 유엔해양법협약 제97조 (충돌 또는 그 밖의 항행사고에 관한 刑事管轄權)
① 公海에서 발생한 선박의 충돌 또는 선박에 관련된 그 밖의 항행사고로 인하여 선장 또는 그 선박에서 근무하는 그 밖의 사람의 刑事責任이나 懲戒責任이 발생하는 경우, 관련자에 대한 刑事 또는 懲戒 節次는 그 선박의 旗國이나 그 관련자의 國籍國의 사법 또는 행정당국 외에서는 제기될 수 없다.
② 懲戒問題와 관련, 船長證明書, 資格證 또는 免許證을 발급한 국가만이 적법절차를 거친 후, 이러한 證明書의 소지자가 자국국민이 아니더라도, 이러한 證明書를 무효화할 권한이 있다.
③ 선박의 拿捕나 抑留는 비록 조사를 위한 조치이더라도 旗國이 아닌 국가의 당국은 이를 명령할 수 없다.

유를 위한 하나의 보장이며, 公海를 항해하는 모든 선박은 國家的 性格(national character)인 國籍을 보유하고 입증할 수 있어야 한다.[66] 이는 국가의 간섭과 보호의 기초가 되며 자국민이 입은 손해를 배상받기 위한 기초가 되는 것이다.[67] 그러므로 公海를 항해하는 無國籍 船舶은 국제법상 외교적 보호를 받을 수 없으며 海賊의 嫌疑를 받게 된다.[68]

2) 行政法的 效果

선박이 자국의 국적 여부는 행정법상으로 많은 차이를 두고 있으며, 이를 自國船과 外國船과의 國旗差別(flag discrimination)이라 하여 인정하고 있다. 우리나라의 경우는 한국선박에게만 國旗揭揚權을 인정하고 있다(船舶法 제5조). 그리고 외국선박은 법률의 규정(關稅法 제134조)이나 국제협약의 규정이 있을 때, 해양사고 또는 포획을 피하기 위해서 등 기타 부득이한 사유가 있는 경우나, 관할관청의 허가를 받은 경우만이 不開港場에 寄港할 수 있다(船舶法 제6조). 만일 외국선박이 무단으로 우리나라의 不開港場에 寄港할 때에는 선장에게 5년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다(同法 제33조). 또한 우리나라의 항 사이에 있어서 沿岸通商에 취항할 수 있는 沿岸貿易權도 우리나라 국적의 선박만이 享有할 수 있다(同法 제6조).

그리고 船舶職員法上의 適用範圍에 있어 총톤수 5톤 미만의 선박, 주로 노와 상앗대로 운전하는 선박 및 艀船과 계류된 선박 중 총톤수 500톤 미만의 선박을 제

---

65) 公海는 국가의 內水, 領海, 排他的 經濟水域 또는 群島水域에 포함되지 않은 해양의 모든 부분을 말하는 것(1982년 유엔해양법협약)으로 어느 국가에도 소속되어 있지 않고 또한 주권하에 있지도 않다. 이것을 公海의 '歸屬으로부터의 自由'라 하며 평등의 기초 위에 모든 국가의 사용을 위하여 개방되므로 公共物의 성질도 가진다. 또한 公海는 다른 국가의 간섭을 받지 아니하므로 자유롭게 사용할 수 있으므로 이를 '公海使用의 自由'라 한다(Robert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law 9th ed. Vol.2*(London : Longman Group UK Limited, 1992), pp.726~728). 이 중 대표적인 것이 항행의 자유, 상공비행의 자유, 해저전선 및 管線敷設의 자유, 人工島嶼 및 기타 시설건설의 자유, 漁撈의 자유 및 과학적 조사의 자유 등이 있다(同 協約 제87조).

66) 朱東錦, "國際法上 便宜置籍에 관한 硏究", 延世大學校 法學博士學位論文(1988), 7쪽.

67) 公海의 自由는 하나의 확립된 개념이지만 이것은 無法狀態를 의미하는 것은 아니며 公海의 질서유지를 위하여 公海上 船舶에 대하여 旗國이 排他的 管轄權을 행사한다는 것이 전통적으로 확립된 원칙이다. 이 원칙을 적용함으로써 선박내에서 질서유지를 위한 司法權, 警察權 기타 行政權 등의 권리행사를 할 수 있으며, 동 선박내에 있는 자국민과 외국인에게 旗國의 法秩序가 적용하는 것이다.

68) 유엔해양법협약 제110조 참조.

외한 모든 대한민국 국적의 선박에 대하여 적용하고 있다(船舶職員法 제2조 제1항, 同法 施行令 제3조). 이는 "1978년 선원훈련·자격증명 및 당직유지의 기준에 관한 국제협약"(이하 'STCW 협약'이라 함)[69]이 취하고 있는 船籍國法主義의 原則에 따라 대한민국 국적의 선박에 대하여 船舶職員法의 적용을 받도록 규정하고 있는 것이다. 그러므로 同法은 외국선박에는 적용되지 않는다. 그러나 韓國船籍을 소유할 수 있는 자가 외국선박을 借用한 경우에 만약 그 외국이 船籍國法主義를 취하지 않는다면 그 선박에 적용법규의 공백이 생길 우려가 있으므로 한국선박을 소유할 수 있는 자가 借用한 외국선박의 승무원에게 이를 準用하도록 규정하고 있다(同法 제25조 제1항).[70]

船員法上으로는 船舶法에 의한 대한민국 국적의 선박에 승무하는 선원(船員法 제2조 제1항)과 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 傭船한 외국선박에 승무하는 선원(同法 施行令 제2조 제1호) 및 국내항 사이만을 항행하는 외국선박에 승무하는 선원(同 施行令 제2조 제2호)에 대하여 船員法을 적용한다. 이와 같이 각종 海事關係 行政法은 원칙적으로 한국선박을 그 적용대상으로 하고 있다.

3) 海商法的 效果

해상법적으로는 우리나라의 선박이 그 국적을 유지하도록 하기 위하여 船舶共有者의 持分의 移轉 또는 그 國籍喪失로 인하여 선박이 우리나라의 국적을 喪失한 경우에는 다른 共有者는 상당한 대가로 그 持分을 매수하거나 그 경매를 법원에 청구할 수 있고(商法 제757조 제1항), 사원의 持分의 移轉으로 회사의 소유에 속하는 선박이 한국국적을 상실할 때에는 合名會社에 있어서는 다른 사원, 合資會社에 있어서는 다른 無限責任社員은 상당한 대가로서 그 持分을 매수할 수 있게 하여(同法 제757조 제2항), 가능한 한 한국국적을 유지할 수 있도록 하고 있다. 그리고 船荷證券 또는 傭船契約書에 明示的 準據法 條項을 규정하지 아니한 경우에는 船

69) 영문명은 "International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, 1978"이며, 同協約은 IMO에서 1978년 채택하여 1984년 발효된 海事協約으로 船員의 訓練, 資格證明 및 當直勤務의 基準을 국제적으로 통일함으로써 해상에서의 인명, 재산의 안전과 해양환경의 보전을 목적으로 하고 있다. 同協約의 적용범위로 締約國의 국기를 게양할 권리를 가진 航海船(ocean-going ships)에 근무하는 선원에 적용하도록 규정하고 있으며, 다만 군함, 어선, 유람용 요트, 원시적 목선에 근무하는 선원에게는 적용하지 않는다. 이하 자세한 내용은 黃錫甲·李潤哲, 앞의 책, 105쪽 이하 참조.

70) 여기에서 '借用'이라 함은 '裸傭船'을 말한다(黃錫甲·李潤哲, 앞의 책, 164쪽).

籍國法의 적용이 契約當事者 사이에 있어서 공평의 원칙을 유지시키는 한, 船籍國法은 海上運送契約의 적절한 契約法으로 推定된다.[71]

4) 國際私法的 效果

國際私法에서는 제9장 '해상'의 제60조(해상), 제61조(선박충돌) 및 제62조(해양사고구조)에서 일정한 사항에 관하여 船籍國法에 의한다고 규정하고 있으므로 準據法 決定을 위하여 船舶國籍을 확정할 필요가 있다.

(4) 船舶國籍의 證明

船舶國籍의 증명방법으로는 國旗(flag), 登錄(registration), 證明書(documentation) 등의 방법이 사용된다. 일반적으로 한 국가가 선박에게 국적을 부여하는 것은 國旗揭揚權을 부여하는 것과 동일한 것으로 이해되어 왔다. 또 선박에게 國家的 性格을 부여하는 경우에 있어서 선박의 登錄이 일반적인 방법이다. 그리고 이러한 등록을 증명하기 위하여 권한있는 당국이 발급한 증명서를 선내에 비치하여야 한다.[72] 이러한 것 이외에 船名과 국가 및 登錄港의 명칭을 선체 외측에 표시하는 방법도 있다.

1) 國旗(flag)

통상 외관상으로 선박에게 國家的 性格(national character)을 부여한 명백한 증거로는 國旗의 揭揚을 들 수 있다. 이는 국기의 제정과 게양권 부여에 관하여 각 국가의 국내법의 요건에 의해 부여하는 것이 國際慣習法으로 확립되어 있으므로 각 선박의 국기게양은 이러한 國籍의 推定을 가능하게 한다. 또한 慣習法上 公海를 항해하거나 외국의 水域에 들어오는 모든 선박은 국기를 게양할 것이 요구되며, 대부분의 국내법은 자국에 등록된 선박으로 하여금 자국 국기를 게양할 것을 의무로 규정하고 있다. 그러나 선박이 게양한 국기는 船舶國籍의 절대적인 증거는 되

71) 만일에 해운회사가 다국적 기업이기 때문에 소속회사가 二重國籍을 가진 경우에 船荷證券의 문언을 그 중의 한 나라의 글자로써 인쇄를 하고서 해운회사의 특질을 지정한 경우에는 그 지정회사의 국적법을 영미법의 推定的 適用原則(principle of prima facie application)에 따라서 海上物件運送契約의 準據法으로 인정하고 있다(Charterd Bank v Netherlands India Co.(1883) 10 QBD 521. 朴容燮, 앞의 책, 96쪽에서 재인용).

72) Nagendra Singh, *op. cit.*, p.1.

지 못하며, 國籍의 推定的 證據가 될 것으로 생각된다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 통상 국기로 국적을 파악하지만 二重登錄과 같은 경우가 있을 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 1958년 公海에 관한 協約 제6조 제1항에서는 “선박은 하나의 국가 국기만을 게양하고 항행하여야 하며, 또한 國際協約 또는 본 協約에서 명시적으로 규정된 예외의 경우를 제외하고는 公海上에 있어서는 그 국가의 排他的 管轄權下에 있는 것으로 한다. 선박은 소유권의 진정한 讓渡 또는 登錄의 變更의 경우를 제외하고는 항행중 또는 기항중에 그 국기를 변경할 수 없다”고 규정하고, 제2항에서 “2개이상의 국기를 편의에 따라 사용하면서 항행하는 선박은 다른 국가와의 관계에 있어서는 그 어느 편의 國籍도 주장할 수 없으며, 또한 無國籍의 船舶과 동일시될 수 있다”고 규정하고 있다. 이와 동일한 취지가 1982년 유엔해양법협약 제92조 제2항에 규정되어 있다. 또한 1986년 유엔선박등록조건협약 제4조 제3항에도 동일한 규정을 두고 있다.

2) 登錄(registration)

선박에게 국적을 부여하고 國旗揭揚權을 허가하는 구체적인 방법은 登錄이다. 대부분의 해운국은 선박의 國籍證明과 所有權, 抵當權, 賃借權의 所在를 분명하게 하기 위하여 이를 公示하고 있다. 船舶의 公示制度에는 공법상의 관계를 公示하는 登錄制度와 사법상의 관계를 公示하는 登記制度가 있고, 우리나라는 이를 완전히 구별하는 二元主義를 취하고 있다.[73] 그리하여 登記는 선박의 사법적 권리관계의 공시를 위한 제도인 반면, 登錄은 선박의 공법상 규제를 위하여 해운관청에 하는 것으로서 등록 후 船舶國籍證書를 교부 받음으로써 국적을 취득하게 되며, 船舶讓渡를 제3자에게 대항하기 위해서는 移轉登記와 아울러 船舶國籍證書에 기재를 마쳐야 한다.

3) 證明書(documentation)

선박의 등록을 허가하고 國旗揭揚權을 부여한 각 국가는 허가된 선박의 船名을 비롯한 기재사항이 기록된 선박의 登錄簿를 보유하여야 하며, 그러한 허가를 입증

73) 오늘날 모든 해운국은 선박의 公示制度를 두고 있으나 법제도상으로는 동일하지 아니하며, ① 영국처럼 공법적인 목적을 주로 하는 登錄制度에 登記制度를 一元化한 一元主義, ② 선박의 국적과 무관한 순수한 사법적인 登記制度를 따르는 主義, ③ 프랑스와 캐나다와 같이 登記와 登錄을 구별하는 二元主義 등으로 분리되어 있다(黃錫甲・李潤哲, 앞의 책, 28~29쪽).

하는 증명서를 발급하여야 한다. 그리고 선박은 證明書를 항시 선내에 비치하여야 하며, 선박이 게양한 국기와 그 證明書가 서로 다른 경우에는 證明書가 國籍을 결정하게 된다.[74]

2. 船籍國法의 妥當性

國際私法上 해상에 관한 여러 가지 個別的 指定槪念에 대하여 船舶國籍을 중요한 連結點으로 삼고 있다. 이러한 船籍國法主義를 취하는 이유는 선박의 특질을 고려할 때 선박에 관한 외국적 요소가 있는 私法關係를 규율함에 있어 船籍國法이 그와 가장 밀접한 관련이 있다고 보기 때문이다. 즉, 海上에 관한 法律關係는 선박을 중심으로 발생하며, 전세계를 항해하는 선박의 특성상 航海의 自由를 확보하기 위한 前提條件으로 국가에 의해 부여되는 國籍을 보유하는 船籍制度가 있으며 또한 통상 선박의 準據法을 결정하여야 할 법률관계가 적용 법률이 존재하지 않는 公海上에서 많이 발생하고 선박은 일반 動産과는 다른 특징을 가지고 있으므로 해상에 관한 문제는 國際私法의 일반원칙에 의해서는 해결할 수 없고 특별한 準據法인 船籍國法에 의하여 해결하여야 한다는 것이다.[75]

---

74) 이에 관한 판례로 1873년 The Merritt호 사건이 있다. Merritt호는 미국인 소유로서 아무런 證明書도 선상에 비치하지 아니하고 캐나다로부터 석탄과 철을 미국으로 운송하였다. 1817년 3월 1일에 제정된 법령에 의하면 미국 국적의 선박이거나 수입국의 선박만이 미국으로 수입운송을 할 수 있었다. 이 사건의 쟁점은 證明書를 비치하지 아니한 Merritt호가 미국 또는 캐나다국적을 입증할 수 있는가의 문제였다. 이 사건에서 Hunt 판사는 “선박이 휴대하는 證明書가 선박의 國籍을 결정하는 유일한 證據이며, 따라서 Merritt호는 이 사건에서는 전혀 國籍을 가지지 못한다”고 判示하고 있다(Boleslaw A. Boczek, *Flags of Convenience-An International Legal Studies*(Cambridge : Harvard Univ. Press, 1962), p.92. 朱東錦, 앞의 논문, 28쪽 재인용).

75) 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 470쪽.

第3章 海商法上 指定槪念에 대한 準據法[76]

第1節 海上企業組織에 관한 準據法

Ⅰ. 船舶所有權에 관한 準據法

國際私法 제19조에 의하면 動産 및 不動産에 관한 物權 또는 등기하여야 하는 권리는 그 目的物의 所在地法에 의하도록 하고 있다(同條 제1항). 또한 그러한 권리의 得失變更을 규율하는 準據法은 그 원인된 행위 또는 사실의 완성 당시 그 目的物의 所在地法에 의하도록 하고 있다(同條 제2항). 여기에서 말하는 목적물은 동산과 부동산의 구별 없이 所在地法에 의한다는 同則主義를 규정하고 있는 것이다.[77] 하지만 이러한 물권관계에 관한 國際私法上의 일반원칙의 예외로서 선박의 물권관계에 관해서 船籍國法에 의하도록 규정하고 있다(國際私法 제60조 제1호). 舊 涉外私法의 개정연구반은 船舶物權에 관한 논의 과정에서 선박에 관한 所有權, 抵當權 등에 관한 物權의 準據法을 船籍國法으로 하는 것에 대하여 異見이 없었다고 하였으나,[78] 검토해 볼 여지가 없는 것은 아니라고 생각한다.

1. 船舶自體의 物權關係

---

76) 國際私法의 구조는 法律關係를 표시하는 개념과 連結點을 표시하는 개념으로 구성된다. 法律關係를 표시하는 개념은 법분야에서의 法律關係를 단위화하고(法律關係의 性質決定) 單位化된 法律關係를 지정하는 개념을 규정하는데, 예를 들어 "事務管理"(國際私法 제30조) 등이 單位化된 法律關係이며, 이 單位化된 法律關係를 지정하는 개념이 이른바 指定槪念(Verweisungsberriff)이다. 이러한 指定槪念을 어떠한 특정된 법역에서 시행되고 있는 법에 연결하는 개념으로 連結點을 규정하게 되는데, 本國法(國際私法 제3조) 등을 들 수 있다. 본 논문에서는 이에 따라 상법중 해상편의 규정에서 이러한 指定槪念을 도출하여 準據法으로의 연결에 대한 검토를 수행함에 있어 해상편의 체계에 따르며 連結點의 결정에 있어서도 해상법의 특수성을 고려하여 검토한다. 법률관계의 성질결정과 관련된 내용은 櫻田嘉章,「國際私法の基礎理論」(東京 : 成文堂, 2000), 119面 以下; 木棚照一・松岡博・渡辺惺之,「國際私法槪論」第3版補訂版(東京 : 有斐閣, 2001), 29面 以下; 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 84쪽 이하; 金演・朴正基・金仁猷, 앞의 책, 99쪽 이하 참조.

77) 石光現, 앞의 책, 130쪽.

78) 鄭炳碩, 앞의 논문, 180~181쪽, 石光現, 앞의 책, 346쪽.

船舶所有權은 포괄적 내용을 가지고 완전하게 선박을 지배하는 하나의 전형적인 物權이다. 그 내용은 선박이라고 하는 특수한 물건에 대하여 법률상 일반적으로 支配(使用, 收益 및 處分)할 수 있다. 이러한 船舶所有權의 取得原因은 일반부동산과 마찬가지로 造船契約・讓渡・合併・相續 등과 해상법상의 특유한 保險委付(商法 제710조), 船舶共有者持分의 强制買受(商法 제758조 제1항), 국적상실로 인한 持分의 買受 또는 競賣處分(商法 제757조 제1항), 買受請求(商法 제768조 제2항), 船長의 競賣處分(商法 제777조) 등이 있으며, 공법상으로는 捕獲・沒收・收用에 의한 경우가 있다. 그리고 상실원인으로는 取得原因의 反面行爲 외에 구조불능의 沈沒・解撤・捕獲・沒收 등이 있다.[79]

國際私法 제19조에 의하면 동산 및 부동산에 관한 物權은 所在地法에 의하도록 되어 있으나 선박과 같은 특수한 성질을 가진 물건에 대하여는 例外規定으로 同法 제60조 제1호에 의하여 船籍國法을 지정하고 있다. 이는 船舶의 所在地法을 準據法으로 지정한다면 船舶의 所有權에 관한 적용법규는 선박이 항행하여 소재지가 변경될 때마다 계속 변경되기 때문에 법적안정성을 꾀할 수 없다는 것이다. 또한 선박은 그 소속국의 국력 및 경제적 측도로서 중요한 역할을 하고 있으므로 선박의 물권관계는 所在地法이 아닌 船籍國法에 의하여야 한다고 한다. 타당하다고 생각되며 통설의 입장이기도 하다.[80] 이 점에 대하여 실질적인 이유는 같지만 선박의 船籍國法을 國際私法 제19조에서 말하는 所在地法으로 해석하는 견해도 있다.[81] 즉, 이러한 船籍國法이 船舶所有權에 대한 보통의 동산 또는 부동산소유권에 대한 所在地法으로서의 역할을 한다는 것이다. 어느 것을 택하나 船籍國法에 도달한다.

2. 船舶內의 動産의 物權關係

선박내에는 不動産이 있을 수 없으므로 선박내의 不動産에 관한 物權關係는 문제될 여지가 없다. 그러나 선박내의 動産에 관해서는 物權關係, 즉 物權의 得失變更의 문제가 발생할 수 있다. 그런데 선박내에 있는 動産은 해상에서의 문제라기

79) 宋相現・金炫,「海商法原論」(서울 : 博英社, 1999), 115쪽; 崔基元, 앞의 책, 44~45쪽.
80) 宋相現・金炫, 위의 책, 627~628쪽; 徐燉珏, 앞의 책, 360쪽; 黃山德・金容漢, 앞의 책, 353쪽; 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 472~473쪽; 申昌善, 앞의 책, 291쪽; 金載杰, 앞의 논문, 67쪽; 金麟濟・徐敬武, 앞의 책, 205쪽.
81) 山戶嘉一, 前揭書, 393~394面,

보다는 動産 자체의 物權에 관한 문제라고 생각할 수 있다. 따라서 物權에 관한 國際私法上의 일반원칙인 國際私法 제19조에 따라 그 動産의 所在地法에 의하여야 할 것이다. 하지만 이 경우에 선박내에 있는 動産도 선박의 이동에 따라 장소적 변경을 가져오므로 그 所在地도 변경될 수 밖에 없다. 이는 國際私法上 準據法 指定의 의미를 상실하는 것이므로 보다 합리적 결과를 도출할 수 있는 準據法 指定이 필요할 것이다. 이에 대하여 선박내에 있는 動産에 대해 선박이 영해상에 있는 경우에는 領海所屬國의 法에 의하여야 하고, 선박이 公海上에 있는 경우에는 船籍國法에 의하여야 한다는 견해가 있다.[82] 그러나 그러한 경우에 이를 구별하기가 용이하지 않다는 점을 고려하여 선박내의 動産物權도 船籍國法에 의하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[83]

Ⅱ. 船舶所有者에 관한 準據法

1. 船舶所有者의 責任制限에 관한 準據法

船舶所有者 責任制限에 있어 책임한도액을 달리하는 여러 협약이 공존하고 있고, 국가별로 국내법을 달리 제정하고 있으므로 準據法의 指定에 따라 船舶所有者의 責任限度額은 크게 차이가 날 수 있다. 이러한 경우에 발생하는 準據法 指定과 관련된 紛爭을 해결하고 양당사자에게 공평·타당한 準據法을 제공하기 위하여 발전된 것이 船舶所有者 責任制限에 있어서의 準據法理論이다.

이에는 船舶所有者 등의 責任發生原因에 대한 準據法 決定과 船舶所有者의 責任制限의 準據法 決定으로 나누어 볼 수 있다. 前者는 그 책임발생원인별로 債務不履行責任과 不法行爲責任으로 나누어 準據法을 살펴볼 수 있을 것이고, 後者는 해상사고의 발생시 어떤 사고에 대한 선박소유자의 모든 책임을 제한하는 總體的 責任制限에 관한 準據法을 말한다.[84] 하지만 國際私法에서는 선박소유자 책임제한의

82) 朴相祚·尹鐘珍, 앞의 책, 474쪽.
83) 金演·朴正基·金仁猷,「國際私法」(서울 : 法文社, 2002), 409쪽.
84) 해상운송기업을 보호하기 위한 제도로서는 個別的인 運送契約에서의 포장단위당 賠償責任制限인 個別的 責任制限(package limitation)과 어떤 특정의 사고와 관련된 總債權者 또는 總請求權者에 대하여 선박소유자의 모든 책임을 제한하는 總體的 責任制限(global limitation)이 있다. 前者에 관하여는 商法 제789조의2 이하에서 규율하고 있고, 後者에 관하여는 제746조 이하에서 규율하고 있다. 본 논문에서 의미하는 것은 後者를 말한다.

準據法에 있어 責任의 發生原因에 관한 準據法과 같은가 다른가에 따라 전통적으로 나뉘어 온 同則主義와 異則主義에 대해 異則主義를 취하여 船籍國法으로 규정하고 있다(國際私法 제60조 제4호). 결국 선박소유자 책임제한에 관한 準據法 決定이라 함은 總體的 責任制限에 관한 準據法을 의미하며, 이러한 實體法에 관해서는 船籍國法이 적용된다는 것이다. 다만 그 절차에 있어서는 國際私法 내지 國際民事節次法上 '節次는 法廷地法에 따른다(*forum regit processum*)'는 원칙이 확립되어 있으므로 法廷地法에 의한다.[85] 그러므로 여기에서는 實體法上의 準據法, 곧 船舶所有者의 總體的 責任制限에 관하여 살펴본다.

(1) 船舶所有者 責任制限의 意義

船舶所有者 責任制限制度는 해상운송의 잠재적인 위험성을 인정하여 해상기업주체로서의 船舶所有者가 그 기업활동인 선박의 이용 또는 해상항행과 관련하여 부담하는 債務 내지 義務에 대하여 자기책임을 일괄하여 일정한 한도로 제한할 수 있도록 하는 해상법 특유의 제도를 말한다.[86] 이 제도는 충돌, 좌초, 운송물 손상, 사람의 사망, 사람의 신체의 상해 등 그 원인이 무엇이든, 즉 債務不履行으로 인하여 발생하였든 또는 不法行爲로 인하여 발생하였든 간에 선박소유자가 이들 원인으로부터 일어나는 船舶所有者의 責任의 制限을 주장할 수 있는 것이다.[87]

일반원칙인 무한책임의 예외로서 해상기업의 주체에 대하여 유한책임을 인정하

85) 다만 절차에 관하여 관할과 관련된 문제에 있어 우리 商法 및 "船舶所有者 등의 責任制限節次 등에 관한 法律"(이하 '船舶所有者責任制限節次法'이라 함)상 외국선박이 우리나라 법원의 선박소유자 책임제한절차를 이용할 수 있는가의 문제가 있다. 商法 제746조는 "선박소유자는 … 제747조의 규정에 의한 금액의 한도로 그 책임을 제한할 수 있다"고 규정하고 있고, 船舶所有者責任制限節次法 제1조는 "이 법은 商法 제746조 내지 제752조의2의 규정에 의한 선박소유자의 책임제한절차에 관한 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있어서, 마치 위 규정들은 商法 제747조의 규정에 의하여 책임제한금액을 산정하지 아니하는 경우, 즉 외국선적의 선박의 경우에는 우리 법상의 船舶所有者責任制限節次가 이용될 수 있는지 여부에 대하여는 아무런 언급을 하지 아니하고 있다. 이 점에 대하여 실무상으로 외국 선박소유자에게도 우리 법원의 船舶所有者責任制限節次가 이용될 수 있고, 이론상으로도 그것을 금지하여야 할 하등의 이유를 발견하기 어렵다는 견해가 지배적이다. 徐東熙, "船主責任制限의 準據法",「國際私法研究」第4號, 國際私法學會(1999), 63쪽.

86) 李均成, "改正海商法과 船主責任制限制度",「考試研究」, 考試研究社(1992. 8), 114쪽.

87) 鄭暎錫, 앞의 논문, 249~250쪽. 우리 商法은 1976년 海事債權責任制限協約의 내용을 수용하여 不法行爲로 인한 損害賠償請求에도 船舶所有者 責任制限을 적용하도록 제746조에 규정하고 있다.

는 이론적 근거로는 원래 해운이 인류의 교류를 왕성하게 하고 국민경제에 크게 기여하는 公益性이 강하다는 점과 해운기업의 건전한 발전을 위한 해운진흥정책에 그 근거를 두고 있었던 것으로써[88] 海上企業은 위험의 발생 가능성이 육상에 비해 월등히 높고 실제 사고가 발생한 경우에 그 손해의 정도가 막대하여 船舶所有者가 無限責任을 지기에는 그 부담이 지나치게 크다는 점을 들고 있다.[89] 또한 선박소유자의 책임한도를 일정하게 제한함으로써 責任限度額의 범위내에서는 保險制度나 責任制限節次法의 활용에 의하여 被害者의 救濟에 있어서도 신속성과 확실성을 기할 수 있다는 점을 그 존재 이유로 들고 있다.[90][91]

(2) 船舶所有者 責任制限에 관한 協約上의 準據法

1) 1924年 船舶所有者의 責任制限에 관한 協約[92]

1924년 船舶所有者 責任制限協約은 1924년 8월 25일 벨기에의 브뤼셀에서 채택되어 1931년 6월 2일에 발효되었다. 同協約은 委付의 로마법 개념과 선박톤에 기초하여 책임제한액을 정하는 普通法 槪念과의 사이에서 협상을 시도한 것으로 선박소유자가 사고 이후의 船舶價額과 運賃을 한도로 또는 톤당 8파운드에 해당하는 금액을 한도로 책임을 제한할 수 있다. 그리고 人命傷害 또는 死亡의 경우에는 선박톤당 8파운드에 해당하는 금액이 한도액에 추가되는 併用主義를 채택하고 있다. 同協約은 채용한 국가가 많지 않아 통일협약으로는 실패하였다.

---

88) N.J.J. Gaskell, C. Debattista and R.J.S. Watton, *Chorley & Giles' Shipping Law, 8th ed.*(London : Pitman, 1987), pp.394~395.

89) 崔基元, 앞의 책, 68쪽.

90) 하지만 오늘날 다양한 통신수단과 교통의 발달로 인한 선장의 대리권범위의 축소와 造船技術과 航海技術의 발달에 따른 海上企業의 危險性 減少로 인해 이 제도의 폐지를 주장하는 입장이 있으며(崔基元, 앞의 책, 68쪽), 이에 관해 현재 실정과의 상충을 집중적으로 거론하며 폐지를 강력하게 주장하는 의견이 대두되고 있다(Donald C. Greenman, "Limitation of Liability Unlimited", *Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 32, No.2*(2001. 4), p.279 이하; Dennis J. Stone, "The Limitation of Liability Act: Time to Abandon Ship?", *Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 32, No.2*(2001. 4), p.317 이하 참조).

91) 선박소유자 책임제한의 입법주의로는 委付主義, 執行主義, 船價責任主義, 金額責任主義, 併用主義(船價責任主義에 金額責任主義를 加味) 등이 있으나 현재 대부분의 국가는 金額責任主義를 채택하고 있다(朴容燮, 앞의 책, 209쪽 이하).

92) International Convention for the Unification of certain Rules relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-going Vessels, 1924. 이하 '1924년 船舶所有者 責任制限協約'이라 한다.

同協約上의 準據法에 관해서는 제8조[93] 및 제14조[94]에서 규정하고 있다. 우선 제8조에 따라 船舶假押留와 支給保證의 제공에 관한 법률을 적용하는데 있어서의 節次와 時效를 각 국내법이 결정하도록 하고 있다. 제14조에서는 同協約의 어떠한 규정도 국내법에 의한 裁判籍, 節次의 方式, 執行方法에 대하여 어떤 방식으로도 영향을 주지 않는다고 규정하고 있다. 그러므로 '節次'의 정의를 확대해석한다면 국내법이 責任制限基金의 計算 및 責任制限額에서 협약을 대신할 수 있게 되어 있다.[95]

2) 1957年 船舶所有者의 責任制限에 관한 協約[96]

1957년 협약은 1957년 10월 10일 채택되어 1968년 5월 31일에 발효되었다. 同協約은 財産損害와 人命損害에 대하여 모두 선박톤당 일정금액으로 한도액을 정하여 金額責任主義를 채택하면서 船舶所有者 뿐만 아니라 傭船者도 책임을 제한 할 수 있게 하고 있다. 그리고 당시 고정적 가치성을 가진 기준 금액의 단위를 금 프랑(poincare franc)으로 바꾸었다.

同協約은 제1조 제6항, 제4조 및 제5조 제5항에서 準據法에 관해 규정하고 있다. 제1조 제6항은 法廷地法이 선박소유자측에 실제적 故意 또는 過失(actual fault or privity)이 있었는지 여부에 관한 立證責任이 누구에게 있는가를 결정한다고 규정하고 있다. 이에 반해 제4조는 責任制限基金의 形成과 分配에 관해 규정하고 있을 뿐만 아니라 그 절차는 기금이 형성된 締約國의 국내법에 의해 결정된다고 규정하고 있다. 또한 제5조 제5항은 訴訟이 제기된 締約國法에 의해 節次와 時效問題가 결정된다고 규정하고 있다.[97] 그러나 협약은 어디서 어떻게 責任制限基金이 형성될 것인가에 대해서는 규정하지 않고 있으므로 이는 각 국내법에 맡겨져 있다고 보아야 한다.[98]

---

93) Article 8 The national laws shall determine question of procedure and time limits for the purpose of applying the preceding rules.

94) Article 14 Nothing in the foregoing provisions shall be deemed to affect in any way the competence of tribunals' modes of procedure, or methods of execution authorized by the national law.

95) William Tetley, "Shipowner's Limitation of Liability and Conflicts of Law : The Properly Applicable Law", *Journal of Maritime and Commerce, Vol.23, No.4*(1992. 10), pp.588~589.

96) International Convention Relating to the Limitation of Liability of the Owners of Sea-going Ships, 1957. 이하 '1957년 船舶所有者 責任制限協約'이라 한다.

97) William Tetley, *op. cit.*, p.589.

3) 1976年 海事債權責任制限協約[99]

1976년 협약은 1976년 11월 19일 런던에서 채택되어 1986년 12월 1일 발효되었다. 同協約은 세계적인 인플레이션과 금의 國際基準通貨 기능의 상실에 따라 國際通貨基金(International Monetary Fund : IMF)의 特別引出權(Special Drawing Rights : SDR)을 기준으로 한 합계단위에 의거하여 책임액을 결정하되 톤당 일정 금액으로 한도액을 결정하도록 하고 최저 톤수를 500톤으로 올리며, 톤당 책임액도 1957년 협약보다 증가시켰다. 그 후 1976년 선박소유자의 책임제한에 관한 협약의 1996년 개정 의정서를 채택하여 船舶所有者 責任限度額을 대폭 상향조정하고 책임한도액의 개정절차를 단순화하였다.[100]

同協約은 제14조[101] 및 제10조 제3항[102]에서 準據法에 관해 규정하고 있다. 제14조에 의하면 責任制限基金의 形成 및 分配뿐만 아니라 관련 절차도 기금이 형성되어 있는 締約國의 법으로 결정된다고 규정하고 있다.[103] 그리고 제10조 제3항은 責任制限基金이 형성되어 있지 않은 경우에의 책임제한에 관한 절차는 訴訟이 제기된 締約國法에 따른다고 규정하고 있다. 基金의 分配와 관련하여 예를 들어 협약의 제12조 '基金의 分配'에 상세한 언급이 없으므로 국가에 따라 기금으로부터 나온 이자는 기금과 함께 배분된다고 해석할 수 있을 것이다.[104]

(3) 船舶所有者 責任制限의 準據法에 관한 學說

---

98) Patrick Griggs and Richard Williams, *Limitation of Liability for Maritime Claims* (London : Lloyd's of London Press Ltd, 1991), pp.5~6.

99) Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976.

100) 1996년 개정의정서에서는 '默示的 受諾節次'(tacit acceptance)를 도입하여 개정시간을 단축시킴으로써 실질적 배상액의 증가를 용이하게 하고 있다. 李潤哲,「國際海事條約論」(부산 : 다솜出版社, 2002), 300쪽.

101) Article 14 Governing law : Subject to the provisions of this Chapter the rules relating to the constitution and distribution of a limitation fund, and all rules of procedure in connection therewith, shall be governed by the law of the State Party in which the fund is constituted.

102) Article 10 Limitation of liability without constitution of a limitation fund : (3) Questions of procedure arising under the rules of this Article shall be decided in accordance with the national law of the State Party in which action is brought.

103) 同協約 제14조는 '절차와 관련된 모든 규정(all rules of procedure in connection therewith)'이라고 함으로써 1957년 협약상의 '모든 절차규정(all rules of procedure)'보다 명확하게 하고 있다.

104) Patrick Griggs and Richard Williams, *op. cit.*, p.75.

1) 同則主義와 異則主義

선박소유자 등의 責任制限의 準據法을 선박소유자 등의 債務發生의 원인이 되는 契約 또는 不法行爲에 관한 準據法과 동일한 법으로 해야 한다는 견해가 同則主義[105]이고 責任制限의 準據法을 債務發生의 원인의 준거법과는 별개로 독자적인 準據法 決定 原則에 따라 결정해야 한다는 견해가 異則主義이다. 그러나 同則主義는 선박소유자 등의 채무가 여러 채무이고 각 債務의 準據法이 다른 법률일 경우(예컨대 선박소유자가 不法行爲債務와 契約債務를 부담하고 각 債務의 準據法이 다른 경우) 각 채무에 대한 責任制限의 準據法이 달라지게 되며 하나의 責任制限節次에서 이러한 상이한 準據法을 토대로 선박소유자 등의 책임을 제한한다는 것은 현실적으로 불가능하거나 설사 가능하다고 하더라도 극히 복잡한 문제를 야기한다는 단점이 있다. 이러한 단점 때문에 일본에서도 同則主義를 취하는 견해는 소수이며 다수설은 異則主義를 취하고 있다.[106] 이는 우리 國際私法이 취하고 있는 입장이기도 하다.

2) 船籍國法說과 法廷地法說

責任制限에 관한 準據法을 債務發生의 원인이 된 사실에 적용되는 準據法과 별개의 원칙에 따라서 결정해야 한다는 日本의 다수설인 異則主義에 따르는 경우에도 그 準據法을 어느 법률로 할 것인가 하는 문제가 남게 되며 이에 관하여는 船籍國의 법률을 적용하여야 한다는 船籍國法說과 責任制限節次가 진행중인 곳의 법률을 적용하여야 한다는 法廷地法主義가 대립하고 있다.[107][108]

船籍國法說은 책임제한 문제의 實體的인 측면을 강조하는 입장인 반면에 法廷地法主義는 책임제한 문제의 節次的 側面을 더 강조하는 입장이다. 法廷地法主義에 대하여는 어느 선박에 대한 책임한도액이 法廷地에 따라 수시로 변동되는 결과가 되기 때문에 법적안정성이 없으며 당사자 사이에 法廷地 選擇을 둘러싸고 치열한

105) 프랑스 파기원 Lenten V. Vigoureux 사건, 1986. 3. 9.
106) 奧田安弘, "船主責任制限の準據法",「香川法學」第4卷 第2號(1984), 433面; 山戶嘉一, 前揭書, 93面.
107) 奧田安弘, 前揭論文, 434~439面; 山戶嘉一, 前揭書, 96~106面. 다만 山戶嘉一은 法廷地法說을 同則主義로 분류하고 있으나 이는 誤謬라고 생각된다.
108) 그 외에도 行爲地法說이 있으나 이는 不法行爲가 公海에서 이루어진 경우에는 準據法이 없다는 단점이 있으므로 논의에서 제외한다.

분쟁이 생길 우려가 많다는 비판이 있다. 이에 반해 船籍國法說에 의하면 선박소유자 등의 책임이 그 선박이 소속된 국가의 법에 따라 미리 不動的으로 일정한도로 제한되게 되므로 해상기업에게 반드시 필요한 法的安定性이 보장될 수 있다고 한다. 그러나 船籍國法說의 위와 같은 장점에도 불구하고, 일본에서는 선박소유자 등의 책임제한절차에 관하여 法廷地法인 '선박소유자 등의 책임제한에 관한 법률'(이하 '日本 船主責任制限法'이라 함)에 따르는 이상 責任制限에 관한 實體法도 法廷地法에 따르는 것이 타당하다는 이유로 法廷地法主義가 점차 유력해지고 있다.[109] 그러나 우리나라에서는 선박소유자 책임제한 문제의 실체적인 면을 강조하여 船籍國法을 채택하고 있다(國際私法 제60조 제4호).

(4) 各國의 立法例

1) 日本

일본은 종전에는 우리나라와 마찬가지로 해상법 중에 책임제한 규정을 두고 있었으나 1957年 船舶所有者 責任制限協約을 批准하면서 特別法으로 '日本 船主責任制限法'을 제정하였으며, 그후 1976년 海事債權責任制限協約을 批准하면서 同法을 개정하였다. 同協約 제15조에 의하면 締約國은 선박소유자 등의 책임제한에 관하여 同協約을 적용하되 非締約國의 선박이 관련된 사건에서는 同協約의 전부 또는 일부의 적용을 배제할 수 있도록 규정되어 있다. 그런데 '日本 船主責任制限法'은 1976年 海事債權責任制限協約 제15조에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 '日本 船主責任制限法'上으로는 非締約國의 선박이 관련된 경우에 同法의 규정의 적용이 배제되는지의 여부가 명백하지 아니하다. 만일 이 경우에 同法의 적용이 배제되지 않는다면 일본에서는 선박소유자 등의 책임제한에 관하여는 그 선박의 국적을 불문하고 항상 同法이 적용되게 되므로 船舶所有者 등의 責任制限에 관한 準據法 問題는 논의될 필요가 없다는 결론이 된다.[110] 일본의 학설은 非締約國 船舶이 관련된 사건의 경우에는 '日本 船主責任制限法'이 적용되지 않고 섭외사법의 원칙에 따라 準據法을 決定하여야 하는 것으로 이해된다.[111] 즉, 현재 일본의

109) 奧田安弘, 前揭論文, 439面.
110) 崔鍾賢, "船舶所有者 등의 總體的 責任制限에 관한 準據法",「商事判例硏究 第2卷 保險法, 海商法」(서울 : 博英社, 1996), 357쪽.
111) 奧田安弘, 前揭論文, 433面.

입장은 1976년 海事債權責任制限協約의 締約國 船舶이 관련된 책임제한사건의 準據法은 '日本 船主責任制限法'이고 非締約國 船舶이 관련된 사건의 準據法 決定 문제는 해석에 맡겨져 있는 것으로 보인다.[112]

2) 獨逸

독일은 1957年 船舶所有者 責任制限協約의 批准國이므로 同協約 제7조는 앞에서 살펴본 1976年 海事債權責任制限協約 제15조와 마찬가지로 非締約國 船舶에 대하여 同協約의 적용을 배제할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 독일이 1957년 협약을 국내법화하기 위하여 1972년에 제정한 '商法과 기타 법률의 개정을 위한 법률'은 제3조에서 締約國의 국민에 한하여 1957년 협약에 따라 責任制限을 할 수 있다고 규정함으로써 非締約國 국민에 대한 適用排除를 명백히 하였다. 따라서 독일에서는 1957년 협약의 非締約國 국민이 관련된 책임제한사건에 관하여는 1957년 협약이 적용되지 않는다. 이처럼 1957년 협약이 적용되지 않는 경우의 책임제한에 관한 準據法에 관하여 독일에서도 同則主義와 異則主義가 대립하고 있으며 異則主義를 채택하는 학설 중에서는 다시 法廷地法主義와 船籍國法說이 대립하고 있다.[113]

3) 英國

영국은 1976년 해사채권책임제한협약을 비준가입하였으며, 이를 국내법화하기 위하여 商船法을 개정(1979 Merchant Shipping Act)하였다. 그러므로 상선법은 협약 가입 및 입법과정에서 비체약국 선박에 대하여 아무런 차별없이 책임제한협약 및 법을 적용하는 것으로 해석되어 準據法에 대한 논의가 무의미하다.[114][115]

---

112) 崔鍾賢, 앞의 논문, 357쪽.

113) 독일에서도 同則主義는 거의 지지자가 없으며 異則主義 중 法廷地法主義는 Puttfarken이, 그리고 船籍國法說은 Kegel이 주장하고 있다. 각 학설의 내용은 일본의 학설들과 대동소이하다. 이처럼 일본의 학설과 독일의 학설이 거의 같은 이유는 일본의 학설들이 독일 학설들의 영향을 많이 받았기 때문인 것으로 보인다(奧田安弘, 前揭論文, 409~423面 參照).

114) 관련규정인 1976년 협약 제15조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.
"This Convention shall apply whenever any person referred to in Article 1 seeks to limit his liability before the Court of a State Party or seeks to procure the release of a ship or other property or the discharge of any security given within the jurisdiction of any such State. Nevertheless, each State Party may exclude wholly or partially from the application of this Convention any person referred to in Article 1 who at the time when the rules of this Convention are invoked before the Courts of that State does not have his habitual residence in

4) 美國

미국은 金額責任主義를 취하고 있는 영국, 일본, 독일과 같은 국가와는 달리 1957년 협약이나 1976년 협약에 가입하고 있지 아니하면서 船價主義를 채택하고 있다.[116] 그러므로 미국법원에서의 責任制限節次에서 船舶所有者 責任制限節次의 準據法이 어느 국가의 법으로 지정되는가에 따라 責任制限限度額에 있어 상당한 차이를 가져온다.

船舶所有者 責任制限에 관한 미국의 抵觸法은 전통적으로 實體法과 節次法 사이의 구별을 전제로 하는 實體·節次 二分法(substance-procedure dichotomy)을 취하고 있으며, 여기에 대하여 일부 학설과 판례에서 利害關係接近法(interest analysis)을 취하고 있다.

① 實體·節次 二分法

섭외적 법률관계에 대한 準據法의 指定은 준거가 되는 實體法의 指定을 의미하고 節次法은 法廷地法에 따르게 되지만, 實體와 節次의 구별이 용이한 것만은 아니다. 즉, 영미법계 국가와 대륙법계 국가 등 국가마다 법체계와 법개념에 있어 차이가 있으므로 實體와 節次의 구별이 상이한 경우가 있다. 이러한 경우 어떤 법률규정 내지 개념이 實體에 속하는지 節次에 속하는지를 결정하는 것은 法律關係의 性質決定의 문제에 속하는 것으로[117] 이러한 일반원칙을 근거로 접근하는 것이 實體·節次 二分法이다.

전통적으로 미국 대법원은 특정한 외국의 責任制限法이 당사자들의 권리의무를

---

a State Party or does not have his principal place of business in a State Party or any ship in relation to which the right of limitation is invoked or whose release is sought and which does not at the time specified above fly the flag of a State Party."

115) 1976년 협약 제15조 제1항에 따라 문제된 선박의 선적이 어디인가 또는 채권발생의 근거가 되는 準據法이 어디인가 등에 관계없이 거의 대부분의 경우 1976년 협약 규정이 책임제한에 관한 實體法으로서 적용될 것으로 본다(崔鍾賢, "船舶所有者 등의 責任制限節次에 관한 法律에 관한 小考",「辯護士」法律實務硏究 24輯(1994. 1), 359쪽). 그러한 점에서 同協約 제15조 제1항은 저촉법 지정을 포함하고 있는 것이다.

116) 미국에서는 1851년에 제정된 선박소유자 책임제한법이 적용되고 있다. 同法이 개정되어 온 경과 및 내용에 대해서는 重田晴生,「アメリカ船主責任制限制度の硏究」(東京 : 成文堂, 1991), 1~67面 참조.

117) 李好珽, 앞의 책, 102쪽.

결정하는데 있어 보다 적합하지 않은 한 외국국적 선박의 선박소유자도 미국 법원에서의 船舶所有者 責任制限節次 開始申請을 하는 것을 허용하여 왔다.[118] 미국 대법원은 영국선박 Titanic호가 公海上에서 빙산과 충돌하여 침몰함으로써 약 1,500명의 인명피해가 발생하였고 이에 따라 선박소유자가 미국법원에 신청한 선박소유자 책임제한사건[119]에서 責任制限金額은 영국법이 아니라 미국법에 따라야 한다고 판시하였다.[120] 이는 미국 법원이 責任制限法은 선박소유자의 책임을 일정한도로 제한하기 위하여 제정한 것이므로 船舶所有者의 救濟手段으로서의 의의가 있고 따라서 본질적으로 節次法이라고 判示한 것이다. 나아가 외국의 책임제한법의 성격도 역시 節次法이라고 전제하고 미국 법원에서의 船舶所有者의 有限責任은 法廷地法(미국법)에 의하여 결정된다고 判示하였다.[121] 이후 Norwalk Victory호 사건[122] 판결이 내려지기까지의 거의 40년간 미국 법원은 責任制限의 準據法에 관하여 Titanic호 판결을 따랐다.[123] 즉, 미국의 대법원은 Norwalk Victory호 사건에서 이

---

118) 예를 들면 The Scotland, 105 U.S. 24, 29-30(1881). 金炫, "船舶所有者 責任制限制度에 있어서의 準據法",「韓國海運學會誌」第10卷 第1號, 韓國海運學會(1988), 223쪽 재인용.

119) Oceanic Steam Navigation Company Ltd. v. Mellor(The Titanic), 233 U.S.718, 34 S. Ct. 754, 58 L. Ed. 1171(1914) cited as Kim Hyun, "Limitation of Shipowners' Liability in Korea : Comparisons with the 1976 Convention and Japanese and United States Laws", Dissertation of Ph.D, University of Washington, 1990, pp.89~94.

120) Titanic 판결에서 Holmes 판사는 미국의 의회, 즉 미국법이 公海上에서의 영국선박의 행동을 규율할 수 없다는 것은 사실이고, 영국법의 不法行爲에 근거한 損害賠償請求는 영국법에 의하여 성립된다는 것도 사실이지만 法廷地法은 그러한 청구를 내국의 公序에 반한다는 이유로 執行을 전부 거절할 수도 있고 法廷地法이 부과하는 한도를 넘는 범위의 執行을 거절할 수도 있는 것이 사실이라고 判示하였다.

121) 金炫, 앞의 논문, 223쪽.

122) Black Diamond S.S. Corp. v. Robert Stewart & Sons(The Norwalk Victory- The Mergans) 336 U.S.386(1949) cited as Kim Hyun, *op. cit.*, pp.89~94. Norwalk Victory호 사건은 미국 船籍의 Norwalk Victory호가 벨기에 영해에서 항해도중 영국선박과 충돌하여 이를 침몰시킨 후 제방에 부딪치자, 침몰된 영국 선박의 하주가 미국 선박을 상대로 미국 법원에 訴訟을 提起한 사건이었다. 미국 선박소유자는 미국 責任制限法에 의하여 산정된 船價인 미화 100만 달러가 자신의 책임한도액이 아니고 不法行爲地法인 벨기에의 책임제한규정에 따른 미화 32만 달러가 자신의 책임한도액이라고 주장하였다. 이에 대하여 미국 대법원은 船舶所有者 責任制限의 準據法으로 不法行爲債權의 성립의 準據法인 벨기에법을 적용할 것인가 여부를 판단하기 위하여는 벨기에의 선박소유자 책임제한법이 實體法인지, 아니면 節次法인지를 審理하였어야 하는데 하급심이 이 審理를 미진하게 하였다는 이유로 파기환송하였다.

123) Xia Chen, *Limitation of Liability for Maritime Claims - A Study of U.S. Law, Chinese Law and International Conventions*(Hague : Kluwer Law International, 2001), pp.120~122.

제까지의 Titanic호 판결책임제한의 본질이 반드시 法廷地法 原則에 의하여 정하여지는 절차법적인 것은 아니라는 사실을 인정하고, 외국의 責任制限法이 선박소유자에게 어떠한 권리를 부여한다면 그 責任制限法은 實體法이므로 미국 법원의 準據法이 될 수 있다고 判示함으로써 Titanic호 사건과 약간 뉘앙스를 달리하는 實體·節次 二分法을 도입한 것이다.[124]

이 두 판결 이후 미국은 한편으로는 Titanic호 판결에 기하여 선박소유자 책임제한에 관하여는 미국법을 적용함으로써 法廷地法에 따르는 판결과 그 損害賠償債權의 準據法上 船舶所有者 責任制限法이 實體法인지 節次法인지에 따라 前者일 경우에 한하여 그 외국의 責任制限法을 적용하는 判決로 나뉘고 있다.[125] 그러므로 이와 같이 實體·節次 二分法을 취하는 경우에 미국 법원은 매 사건마다 해당 외국의 責任制限法의 성격을 판정하는 복잡한 절차를 거쳐야 하므로 訴訟의 과정이 매우 복잡해진다는 비판을 받고 있다.[126]

② 利害關係接近法

利害關係接近法은 미국의 제2리스테이트먼트에 의하여[127] 債務不履行에 의한 채권은 물론 不法行爲로 인한 債權을 포함하여 선박충돌로 인한 각각의 문제, 責任制限權, 責任制限基金의 精算, 配當 順位의 決定 등은 '가장 중요한 관계'(the most significant relationship)에 따라서 그 적절한 법의 적용을 받는다는 것이다.[128]

이러한 이론이 처음 도입된 것은 1976년 베들레헴 제철회사 사건에 대한 제2심[129]에서 미국의 제6 抗訴法院의 判決이다. 제6 抗訴法院은 제1심 判決에 대해 상이한 논리에 근거하여 지지하였다. 즉, 선박소유자의 책임이 어떤 근거하에 부과되

---

124) 金炫, 앞의 논문, 223쪽.

125) 대표적인 사례로 The Yarmouth Castle v. Chadade Steamship Co., 266 F. Supp. 517, 1967 AMC 1843(S.D. Fla. 1967); The Steelton v. Bethlehem Steel Corp., 435 F. Supp. 944, 1977 AMC 2203(N.D. Ohio 1976), aff'd 631 F. 241, 1980 AMC 2122(6th Cir. 1980). 이에 대해서는 金炫, 앞의 논문, 224~226쪽 참조.

126) 金炫, 앞의 논문, 224쪽.

127) 제145조에서 "불법행위에 속하는 행위는 그 문제와 가장 중요한 관계가 있는 법이 적용된다"라고 규정되어 있다. 또한 제175조와 제178조는 불법행위로 인한 사망에 관한 소송에 있어 訴權과 損害賠償請求權에 관하여 다른 州의 법이 더 중요한 관계가 있는 경우가 아닌 한은 "인명의 손해가 발생한 州의 地方法이 당사자의 권리와 책임을 정한다"라고 규정하고 있다.

128) 鄭暎錫, 앞의 논문, 262~263쪽.

129) The Steelton v. Bethlehem Steel Corp., 631 F. 2d 441(6th Cir. 1980), cert. denied, 49 U.S.L.W. 3618(1981).

는지에 초점을 두어 責任制限法에 의하여 다른 선박소유자나 하주 등의 선박소유자에 대한 損害賠償請求權이 존재하는 동시에, 이에 대하여 선박소유자가 자신의 책임을 제한할 수 있다면 그 責任制限法은 實體法的 性質을 가진다는 것이다.

이러한 논리는 利害關係接近法의 구체적 기준을 특정하지는 못했지만 전통적인 實體·節次 二分法을 벗어난 새로운 접근방법을 시도하였다는데 의의가 있으며, 그 이후의 여러 판례에 의해 채택되고 있다.[130] 하지만 여전히 利害關係接近法에 의한 미국 抵觸法 제2리스테이트먼트의 견해는 일반적인 견해로 받아들여지지 않았다고 보아야 할 것이며, 대개 미국법, 즉 法廷地法을 채용하고 있다고 볼 수 있다.[131]

5) 韓國

船舶所有者의 責任制限의 경우 舊 涉外私法 제44조 제5호 또는 제6호 규정이 적용되어 船籍國法이 적용될 것인지 아니면 위 규정들은 선박소유자의 계약상 책임에만 적용되고 不法行爲上의 責任制限에는 적용되지 아니한 채 그 原因債權의 準據法에 따라 선박소유자의 책임제한이 결정될 것인지 문제로 되어 왔다. 그러나 업계와 실무계에서는 위 규정들이 船舶所有者의 責任制限에 관한 규정이라고 이해하고 1993년경까지는 船舶所有者의 責任制限은 船籍國法에 따른다고 하여 실무를 처리하여 왔었다. 그러나 대법원은 1994.1.28. 선고 93다 18167 판결[132]에서 不法行

130) 대표적인 사건으로 Lauritzen v. Larsen, 345 U.S. 571, 1953 AMC 1210(1953); The Arctic Explorer 590 F. Supp. 1346, 1984 AMC 2413(S.D.Tex. 1984); K.S. Line Corp., 596 F. Supp. 1268, 1985 AMC 722(D.Alaska, 1984); Geophysical Service Inc., 590 F. Supp. 1346, 1984 AMC 2413(S.D.Tex. 1984); Gijonesa De Navegacion, S.A. (The cimadervilla), 590 F. Supp. 241, 1985 AMC 1469(S.D.N.Y. 1984). 이에 관한 사항은 Thomas J. Schoenbaum, *Admiralty and Maritime Law, 2nd ed.*(Saint Paul : West Publishing Co., 1994), pp.762~764 참조.

131) 鄭暎錫, 앞의 논문, 267쪽.

132) 대법원 1994. 1. 28. 선고 93다18167. 대법원은 "涉外私法 제44조 제5호에 의하면 船長과 海員의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위는 船籍國法에 의한다고 규정하고 있으나, 위 조항이 民法上의 不法行爲를 원인으로 한 損害賠償請求의 경우까지도 涉外私法 제13조를 배제하고 船籍國法을 準據法으로 하라는 취지라고 볼 수는 없고, 涉外私法 제44조 제6호는 선박소유자가 선박과 운임을 委付하여 책임을 면할 수 있는 여부에 관하여는 船籍國法에 의한다고 규정하고 있는데, 이는 그 문언 자체로 선박소유자의 委付에 관한 사항만을 규정하고 있는 것임이 명백하므로, 涉外私法이 선박소유자의 책임제한에 관한 委付主義를 채택하고 있던 의용상법 시행 당시에 제정된 것이라는 이유만으로 위 조항이 금액 한도에 의한 선박소유자의 책임제한까지 아울러 규정한 것이라고 볼 수 없다(그러한 사항은 同條 제5호에 의하여 규율되어야 할 것이다)"고 판

爲의 準據法 規定에 따라 船舶所有者의 責任制限의 準據法을 정하였다. 그러나, 위 판결이 同則主義의 입장을 취한 것은 아니고 단지 위 대법원 판결에 따르면 종전 섭외사법상 不法行爲 責任에 대한 船舶所有者의 責任制限에 관한 準據法 規定이 없으므로[133] 責任의 準據法(위 사안에서 不法行爲의 準據法) 규정을 차용하여 적용한 것으로 이해된다. 이를 명확하게 하기 위하여 현 國際私法에서는 船籍國法이 總體的 責任制限의 準據法이 됨을 규정하고 있다. 다시 말하면 우리나라는 船舶所有者 責任制限에 관한 準據法에 있어 異則主義를 취한 것이다.

2. 船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任範圍에 관한 準據法

國際私法 제60조 제3호는 船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任範圍에 관한 準據法을 船籍國法으로 규정하고 있다. 하지만 船長과 海員의 行爲가 계약과 관련되어 있는 것이라면 契約에 관한 규정에 따라 準據法이 정해지는 것이므로 주로 문제가 된다면 不法行爲와 관련이 있을 것이며, 船長과 海員의 不法行爲라는 것은 船舶衝突, 船舶坐礁, 船舶沈沒 등과 관련되거나 운송물의 손상 등에 관한 것이므로 船舶所有者 등의 總體的 責任制限에 대하여 同法 제60조 제4호에서 별도의 규정을 하고 있으므로 선장 등의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위를 별도로 규정할 필요는 없으리라 본다.[134] 즉, 同條 제4호에서 "船舶所有者, 傭船者, 船舶管理人, 船舶運航者, 기타 船舶使用人의 責任制限 與否 및 그 範圍"를 指定槪念으로 열거하고 있는 것은 商法 제750조 제1항의 책임제한주체를 인용한 것으로 볼 수 있으므로, "船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任範圍"는 결국 선박소유자의 책임에 관한 사항으로 해석되며, 同條 제4호의 指定槪念과 중복된다고 볼 수 있을 것이다.

Ⅲ. 船長의 代理權에 관한 準據法

시한 후 不法行爲 責任의 성립 및 범위뿐 아니라 不法行爲 責任에 대한 책임제한까지도 不法行爲地法에 따라 정하여져야 한다고 判示하였다. 참고로, 위 판결은 商法의 해상편이 개정되기 전의 사안에 대한 것으로 1993년 1월 개정된 商法에서는 船舶所有者의 責任制限規定(商法 제746조 이하)이 不法行爲에도 적용됨을 명확히 하였다.

133) 계약책임에 관하여는 舊 涉外私法 제44조 제5호가 적용됨을 명시하고 있다.

134) 同旨 丁海德, "涉外私法 改正法律案의 檢討<第7分科 討論資料> -第10章 海商-",「21世紀의 國際私法 "涉外私法 改正法律案의 檢討"」, 韓國國際私法學會 第8次 年次學術大會(2001. 11), 6쪽; 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 15~16쪽.

선장이란 임금을 받을 목적으로 배 안에서 근로를 제공하기 위하여 고용된 자로서(船員法 제3조 제1호) 넓은 의미로는 航海指揮者를 말하며 이 경우에는 船舶所有者 또는 共有者로서 동시에 선장인 자, 즉 同時船長을 포함하나, 좁은 의미로는 선박소유자의 被傭者로서 특정선박의 항해를 지휘하고 또 그 대리인으로서 공법상·사법상의 職務權限을 가진 자를 가리킨다. 商法에서 선장이라 함은 後者를 말하는 것이므로[135][136] 國際私法上 指定槪念인 '船長의 代理權'에 관한 범위는 사법적 관계에 국한하는 것으로 볼 수 있다.

船長의 代理權은 원칙적으로 선박소유자의 授權에 의한 委任代理이나, 대리권의 범위가 法定되어 있다는 점에 특색이 있다. 委任代理에 관한 한 선장의 대리권은 國際私法 제18조의 法律行爲의 任意代理에 관한 특칙이라고 할 수 있다.

우리 商法에 의하면 선장에게 일정한 대리권이 인정되는데, 이는 航海指揮者라는 점에서 그 대리권을 단순히 선박소유자에 대한 것뿐만 아니라 積荷利害關係人 또는 旅客을 위한 代理權 및 救助料債務者를 위한 代理權 등을 아울러 인정하고 있다(商法 제773조 내지 제777조). 이러한 선장의 대리권은 국가에 따라 상이하므로[137] 선장의 대리권에 관한 준거법을 명시하는 것이 바람직하다고 보아 이에 대

---

135) 李洙哲, "船長의 地位와 責任", 「海商·保險法에 관한 諸問題(上)」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9), 151쪽.

136) 船舶職員法에서는 일정규모 이상의 선박의 선장 기타 선박직원이 되고자 하는 자는 해운항만청장의 海技士免許를 받아야 할 것으로 규정하고 있으나 면허를 받지 않은 소위 無資格船長이라도 商法上의 船長이 됨에는 지장이 없다. 日本 大判 昭和12. 12.8은 海技免狀을 갖지 않고서 사실상 선장의 직무를 행하는 자는 船舶職員法에 의한 제재는 받을지언정 그가 발행한 船荷證券이 무효인 것은 아니라고 하였다(島十四郎, "無資格船長", 「運輸判例百選」別冊ジュリスト 第34號(東京 : 有斐閣, 1971), 78面 참조).

137) 船長의 代理權에 관한 立法主義는 크게 세가지로 나뉘어져 있는데, 첫째, 프랑스법주의는 선박이 선박소유자 또는 그 代理人의 所在地에 있는지의 유무에 따라 구별하여 선박소유자의 所在地에서는 특별한 授權을 요한다는 것으로 船舶所有者所在地主義라고도 한다. 이는 선박소유자의 所在地가 변동될 때마다 선장의 권한이 변동되고 소재지에 관하여 해석상 의문이 생길 여지도 있어 선장과 거래하는 제3자의 지위를 불안하게 한다는 비판이 있다. 둘째, 영국법주의는 행위의 종류에 따라 대리권을 미치게 하는 것으로 船長行爲主義라고도 한다. 영국법에서는 선장은 원칙적으로 선박의 이용에 보통 수반하여 또 그 때문에 필요한 모든 행위를 할 권한을 갖는다. 그러나 선박소유자에게 중대한 이해관계가 있는 행위에 대하여는 船舶所有者 또는 그 代理人의 지시를 받는 것이 곤란하거나 또는 긴급한 사정으로 그 지시를 기다릴 수 없는 경우에 한하여 代理權이 인정된다. 프랑스법주의나 독일법주의에 비해 선장의 대리권의 범위가 좁다고 할 수 있다. 이 주의는 다양한 선장의 행위중 어느것이 어느쪽에 속하는지를 식별하기 쉽지 않은 경우가 있다는 단점이 있다. 셋째, 독일법주의는 선적항의

하여는 船籍國法에 의한다고 규정하고 있다(國際私法 제60조 제6호).[138]

1. 船舶所有者의 代理人으로서의 船長 地位에 관한 準據法

선장의 선박소유자를 위한 任意代理權과 法定代理權에 대해서는 船籍國法이 적용되어야 한다는 것이 통설의 입장이다.[139] 이는 선박이 기항하여 授權을 받는 모든 국가들의 법에 따르게 하는 것은 적절하지 못하며[140] 선장이 선박소유자를 위하여 代理行爲를 하는 것은 授權에 의한 委任代理 뿐만 아니라 선장의 선박항해안전을 위한 船舶權力도 불가분의 관계를 가지므로 상호 보완작용을 하여야 한다는 것이다. 다시 말하면 선장의 법률상의 지위는 공법 및 사법상의 지위를 가지고 있고 공법적 지위에 의한 권한은 船籍國에서 부여하므로 사법적 법률관계로 인해 발생하는 것도 동일한 船籍國法을 적용하는 것이 선장의 대리권 범위를 결정한 입법의 목적과 합치한다는 것이다.[141]

우리나라는 선장의 대리권에 관한 입법주의에 있어 독일법주의를 채택하고 있으므로 船籍港에서와 船籍港 밖에서의 代理權에 대하여 그 내용을 살펴보고 우리나라가 채택하고 있는 船長의 代理權에 관한 準據法으로 船籍國法이 타당한지의 여부와 그 指定槪念의 범위에 대한 적합성에 관하여 검토해 본다.

(1) 船籍港에서의 代理權에 관한 準據法

船籍港에서는 선장은 특히 委任받은 경우 외에는 海員의 고용과 해고를 할 권한만을 가진다(商法 제773조 제2항). 그 대리권의 범위로는 항해활동에 종사하는 해원의 適否를 판단하여 이를 고용할 수 있는 권한을 선장의 固有權으로 인정하고

안팎을 구별하여 船長의 代理權의 범위에 차이를 두는 것으로 船籍港主義라고도 한다. 우리 商法은 이 주의를 채택하고 있다. 이 주의는 그 표준이 명확하여 代理權有無의 판단이 비교적 용이하다는 장점이 있다. 그러나 오늘날 통신기술의 발달 등으로 船長의 代理權이 사실상 축소되어 있다는 사정을 감안하면 代理權의 범위가 너무 넓어 영국법주의만 못하다는 견해도 있다. 이에 관한 보다 자세한 내용은 李洙哲, 앞의 논문, 161쪽; 梁承圭, "船長의 代理權",「法學」제11卷1號, 通卷 第20號, 서울대 法學硏究所 (1969. 6), 35쪽 참조.

138) 法務部,「國際私法解說」(2001. 5), 188쪽.

139) 李好珽, 앞의 책, 260쪽; 石光現, 앞의 책, 354쪽.

140) 李好珽, 위의 책, 260쪽.

141) 山戶嘉一, 前揭書, 112~119面.

있다.[142] 다만 선장이 선적항에서 해원을 고용할 때에는 선박소유자와 협의하여 정하는 것이 信義則상 요구된다고 보아야 할 것이고[143] 선장이 단순한 임금노동자에 불과하게 된 오늘날에 있어서는 선장의 이러한 권한은 실제는 행사되는 경우는 거의 없지만 이에 대한 準據法은 船籍國法이 타당하다. 이는 海員의 適否를 판단하여 고용할 수 있는 권한 부여의 목적이 항해의 안전성을 확보하여 이해당사자의 이익을 대변하는 측면이 강조되기 때문이다.

그 외 선장은 선박소유자의 委任에 의한 船荷證券의 發行(商法 제913조 제3항), 積荷의 인도, 운임 그 밖의 替當金의 受領, 運送物의 留置(商法 제800조), 運送物의 供託(商法 제803조) 등의 권한도 船籍港의 안팎을 묻지 않고 행사할 수 있다고 해석되나 이러한 권한도 연혁적인 이유에서 규정된 것이고 해상기업의 육상 영업소가 정비되어 있는 오늘날에 있어서는 선장이 이러한 권한을 행사하는 경우는 매우 드물지만 이에 관한 準據法도 船籍國法이 타당할 것이다.

(2) 船籍港 밖에서의 代理權에 관한 準據法

선적항 밖에서의 船長의 代理權은 일반적인 것과 보다 엄격한 제한을 받는 예외적인 것으로 나뉘어져 있다.

1) 一般的인 代理權에 관한 準據法의 範圍

선적항 밖에서는 선장은 항해에 필요한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다(商法 제773조 제1항).

우선 항해를 위하여 필요한 행위에 대하여 언급하면, 여기서 '航海'란 船籍港을 떠나서 船籍港으로 되돌아올 때까지의 모든 항해과정을 말하고 어느 항에서 어느 항까지의 특정의 運送航行을 말하는 것이 아니다.[144] 그리고 항해에 '필요한' 행위

142) 대법원 1968. 5. 28. 선고 67다2422판결은 "商法 제773조에 의하면 선박에 승무하는 海員의 雇傭은 선장의 고유의 代理權에 속하는 것이므로…… 선장과 일등기관사인 原告와의 사이에 1953. 12. 5. 乘船契約이 성립되어 그날 부산사무국의 공인을 받은 후 같은달 11 被告公社 총재에 의하여 정식발령되었다면 다른 특별한 사정이 없는 이상 原告는 위 선장에 의하여 고용된 1953. 12. 5. 에 被告公社에 입사한 것으로 보아야 할 것"이라고 판시하였다.

143) 프랑스 商法에서는 船舶所有者所在地에서는 선박소유자와 협의하여 정할 것을 규정하고 있다.

144) 우리나라와 일본의 通說이다. 예를 들면 日大判 明治45(1912) 2.17.은 上告人이 "항해

라 함은 항해의 목적을 표준으로 하여 구체적으로 결정하여야 할 것이나 일반적으로 海員의 雇傭, 解雇, 도선사의 사용, 선박의 항해필수품의 조달, 감항능력보조를 위한 선박의 수선, 救助契約의 체결 등이 이에 해당될 것이다. 결국 이러한 항해를 위하여 필요한 행위에 관한 準據法도 船籍國法에 의해 결정하여야 할 것이다.

다음으로 運送契約 등에 관해 언급하면 선장의 대리권 중에 運送契約이나 保險契約의 체결 등 商事去來에 관한 代理權이 포함되느냐에 관하여 다툼이 있다. 우리나라에서도 이를 긍정하는 견해[145]와 부정하는 견해[146]로 나뉘어 있다.[147] 일본의 경우를 보면 船長의 代理權에 대하여 대체로 4가지의 학설이 있는데 ⅰ) 경제적으로 필요한 모든 행위를 포함 한다고 하는 설, ⅱ) 선박의 운항 및 경영에 필요 또는 유용한 모든 행위를 포함한다고 하는 설, ⅲ) 海技的 行爲 및 이에 부수하는 商事的 行爲에 한정된다고 하는 설, ⅳ) 특정의 항해의 목적을 표준으로 하여 이것에 필요한 범위를 구체적으로 판정해야 한다고 하는 설[148]이 그것이고, 위 ⅰ), ⅱ)

를 위한 필요란 船舶所有者의 意思에 의해 특정된 항해의 목적을 달성하기 위하여 필요하다는 의미이고, 그 특정한 항해는 선장이 目的港에 도달하여 그 積荷의 양륙을 마친 때에 종료하고 그 후에 새로이 항해를 계속할 것인가, 선박을 계류시킬 것인가 또는 임대할 것인가의 船舶所有者의 意思는 미정으로 항해를 하도록 명령을 받지 않은 동안은 선장은 새로이 항해를 할 권한을 갖지 않고 따라서 상법이 정하는 법정권한도 없다"고 주장했음에 대하여, "선장이 船籍港외에 있어서 항해를 위하여 필요한 일절의 재판상, 재판외의 행위를 할 권한이 있도록 한 것은 船籍港은 보통 船舶所有者의 所在地로서 선박이 船籍港에 있는 동안에는 선박에 관한 행위는 선박소유자 스스로 이를 할 수 있어도 船籍港 외에서는 선장에게 선박에 관한 행위를 할 수 있는 넓은 권한을 부여하지 않으면 선장은 선박에 관한 임시 조치를 할 수 없어 선박소유자에게 불이익일 뿐만 아니라 제3자도 船長의 地位를 의심하게 되어 선장과 선박에 관한 거래를 할 수 없게 되므로 이 점을 고려하면 항해란 船籍港을 떠나 船籍港에 복귀할 때까지를 뜻하는 것은 자명하다"고 하였다. 다만 일본에서는 선적항으로 오는 것이 아닌 선박에 대하여 직접 적용할 수 없는 불합리를 피할 수 있다는 것을 강조하면서 "널리 해양을 항행하는 항해가 되는 행동"을 말한다는 설도 있다(島十四郎, 前揭論文, 78面).

145) 鄭熙喆・梁承圭,「商法學原論(下)」(서울 : 博英社, 1987), 181쪽, 李榮郁,「新海商法」(서울 : 法文社, 1975), 176쪽, 徐燉珏, 앞의 책, 524쪽.

146) 李院錫,「海商法・保險法」(서울 : 世英社, 1987), 106쪽; 裵炳泰,「註釋 海商法」(서울 : 韓國司法行政學會, 1977), 154쪽, 孫珠瓚,「第五訂增補版 商法(下)」(서울 : 博英社, 1993), 200쪽.

147) 우리 대법원은 1975. 12. 23. 선고 75다83판결에서 "商法 제773조 제1항의 규정에 의하면 선적항외에서는 선장은 항해에 필요한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다고 규정하였는 바, 이 권한 가운데에는 본건의 경우와 같은 個品運送契約에 관한 권한도 포함된다고 봄이 상당하고 운송도중의 사고의 발생으로 인한 화물의 피해변상책임에 관한 특약도 運送契約 내용의 일부라 할 것"이라고 判示하여 긍정하는 입장을 취하였다.

설에 의하면 運送契約의 締結權이 긍정되고 iii), iv)설에 의하면 부정되는데 부정설이 통설이다.[149]

독일에 있어서는 선장에게 運送契約의 締結權이 있다는 명문규정이 있으나 다른 조항과의 관계에 비추어 제한없이 인정되는가에 관하여 명료한 것은 아니고 적어도 오늘날 선장은 항해의 실시에 당연히 필요한 범위내에서만 운송계약의 체결권을 갖는다고 해석되고 있다고 한다.[150][151]

생각하건대 전술한 바와 같은 오늘날의 해운실정하에서는 선장의 대리권을 오히려 축소시키고자 하는 경향이 있는[152] 점을 감안하면 '항해에 필요한'이라는 法文을 그 문자 자체이상으로 확대해석하여 運送契約의 締結權 등 상사거래에 관한 대리권까지 인정할 필요는 없다고 본다. 따라서 항해를 위하여 필요한 예외적인 경우가 아니면 선장에게 運送契約의 締結權은 없다고 하고, 다만 구체적인 사안에 따라서는 선장에게 運送契約에 관한 默示的인 委任이 있다고 보아 그 대리행위의 유효를 인정하는 것이 타당하리라 생각한다.

2) 信用行爲 等의 代理權

船長의 代理權은 信用行爲를 함에 있어 제한을 받는다. 하지만 선장이 신용계약을 체결하는 경우에는 어떠한 방법[153]에 의하더라도 체결하는 船舶의 本國法에 의

148) 다만 이 견해중에는 선박소유자의 지점 또는 대리점이 없는 토지에 있어서는 默示의 意思表示에 의해 선장에 運送契約의 締結權이 부여된 것이라고 보아야 한다는 견해도 있다(大和哲夫,"貨物を積裁した貨物船による曳船と商法第713條1項",「ジュリスト」第585號(1975), 71面 參照).

149) 大和哲夫, 前揭論文, 71面.

150) 李洙哲, 앞의 논문, 166쪽.

151) 否定說의 논거는 '항해를 위하여 필요한'이라는 法文을 문자 그대로 해석하면 運送契約締結權이 포함될 수 없다는 것, 즉 운송을 위하여 항해가 필요한 것이지 항해를 위하여 운송이 필요한 것일 수는 없다는 것이다. 다시 말하면 海上企業의 발전이 일천하여 그 지점, 대리점이 정비되지 않고 통신이 발달하지 않은 시대에는 필요한 것이었으나 오늘날은 그 필요성도 없을 뿐만 아니라 거래에 관한 지식, 경험도 없는 선장에게 運送契約의 締結權을 부여하는 것은 적절하지도 못하다는 것이다. 肯定說이 논거의 하나로 하고 있는 선장이 海上企業의 企業補助者라는 점은 運送契約에 관한 代理權을 부여할 사유가 되지 못한다는 점, 즉 工員, 技師등 代理權 없는 企業補助者도 많다는 것이고, 肯定說의 논거는 선장은 특정선박의 운항책임자이면서 동시에 선박소유자의 기업보조자라는 점, 지점·대리점 등을 완비하고 있는 것은 대기업의 경우이고 아직도 개인이나 소규모 기업체가 소규모로 해상운송업을 경영하는 경우가 많고 선장에게 運送契約의 代理權을 부여할 필요성이 있다는 것 등이다.

152) 예를 들어 네덜란드 海商法은 國內港 및 해상기업의 지점 출장소가 있는 외국항을 船籍港으로 봄으로써 船長의 代理權을 축소시키고 있다 한다(島十四郎, 前揭論文, 48面).

해 결정하게 된다. 물론 信用契約의 成立 및 效力은 계약 그 자체의 準據法에 의해 결정되어야 한다. 즉, 항해중 선박소유자를 위하여 선장이 적하를 처분할 권한 및 방법(매각 또는 매입)에 대해서는 船籍國法에 의해 결정하여야 하고[154] 적하를 매각한 경우에 賣買契約의 성립 및 효과, 특히 買受人에게의 所有權移轉의 효과에 대해서는 賣買契約地의 법률에 의해 결정하게 된다. 이 경우에 타인의 적하를 처분한 것이므로 그 손해에 대해서 배상하여야 하는지 여부와 손해액의 산정방법 등은 선장의 處分權을 규정하고 있는 국가의 법률, 즉 船籍國法에 의해 결정하여야 할 것이다.

우리나라의 船長의 代理權은 信用行爲를 함에 있어서 제한을 받는다. 즉, 선장은 船舶修繕料, 海洋事故救助料 기타 항해의 계속에 필요한 비용을 지급하여야 할 경우가 아니면 ⅰ) 船舶 또는 屬具를 擔保에 제공하는 일, ⅱ) 借財하는 일, ⅲ) 적하의 전부나 일부를 처분하는 일을 하지 못한다(商法 제774조 제1항). 선장이 이러한 행위를 하면 그 결과가 항해이후에까지 지속되어 선박소유자의 부담으로 남기 때문에[155] 일반적인 代理權과 구별하여 보다 더 엄격한 요건하에서만 행할 수 있도록 제한하고 있는 것이다.

3) 船舶競賣權

우리나라를 비롯한 대부분의 국가는 船籍港 밖에서 선박이 修繕하기 불능하게 된 때에는 선장은 관할관청의 인가를 얻어 이를 경매할 수 있도록 하고 있다(商法 제776조). 이는 선박이 修繕不能의 상태에 있어 항해를 계속할 수 없는 때에는 이용할 수 있는 자본으로 환원시키는 것이 바람직하기 때문에 선장에게 그 處分權을 인정한 것이다. 이 경우에 선장이 매각을 하는 경우의 실질적 요건으로서의 선박의 修繕不能,[156] 형식적 요건으로서의 관할관청 인가의 필요성 여부 및 매각방법

---

153) 현금 또는 현물의 借入, 외상구매, 借入金辨濟를 위한 제2의 借入行爲貸金債務를 목적으로 準消費貸借契約, 船舶修繕料의 지급, 海洋事故救助料의 지급, 연료·식료품·식수 등의 구입, 導船料, 入港稅, 선박의 押留를 피하기 위한 保險費用 내지 債務辨濟費用 支給 등 모든 信用行爲를 말한다.

154) Raoul Colinvaux, *Carver's Carriage by Sea, 13th ed.*(London : Sweet & Maxwell, 1982), pp.747~748.

155) 崔基元, 앞의 책, 119쪽.

156) 우리 商法은 修繕不能의 개념을 ① 선박이 그 현재지에서 修繕을 받을 수 없으며 또 그 修繕을 받을 수 있는 곳에 도달하기 불능인 때, ② 修繕費가 선박의 價額의 4분의 3을 초과할 때로 事實的不能과 經濟的不能으로 나누어 규정하고 위 價額은 선박이 항해중 훼손된 경우에는 그 발항한 때의 價額으로 하고 기타의 경우에는 그 훼손 전의

등의 결정은 모두 船籍國法에 의해야 한다. 예를 들면 영국선박의 선장이 한국에서 修繕不能의 선박을 매각하기 위해서는 그 本國法에 의한 별도의 관할관청의 인가를 받도록 되어 있고 경매를 통해야 한다면 그에 따라야 하며, 프랑스선박의 선장이 동일한 사안에 대하여 관할관청의 인가만이 필요하다면 매각방법으로서 경매에 의할 필요는 없는 것이다. 그리고 선장의 대리권은 선박소유자와 선장간의 특약에 의해 제한 또는 확장할 수 있지만 그 확장된 범위내에서는 당연히 선박소유자가 책임을 부담하도록 하는지 여부 또는 제한된 경우에는 그것으로 제3자에 대항할 수 있는지 여부의 문제는 모두 船籍國法에 의해야 한다.[157]

2. 第3者를 위한 代理權에 관한 準據法

(1) 積荷利害關係人을 위한 權限에 관한 準據法

선장은 船舶所有者의 代理人으로 운송의 목적인 積荷를 계약의 내용에 따라 선량한 관리자의 주의로서 목적항에 안전하게 운송할 의무를 지는 것이나 積荷의 포장의 잘못이나 積荷 자체의 고유의 성질로 인한 부패의 우려 또는 海上危險 등으로 항해중에 그 積荷의 손해를 방지하거나 줄이기 위하여 임기응변의 조치를 취할 필요가 생길 때가 있다. 이에 商法은 "선장이 항해중에 적하를 처분하는 경우에는 利害關係人의 이익을 위하여 가장 적당한 방법으로 하여야 한다"(제776조 제1항)라고 규정하여 항해중에 일어날 사고에 대비하여 선장에게 積荷利害關係人의 이익을 위한 積荷處分權을 인정하고 있다.[158] 이와 같은 선장의 積荷處分權에 대하여 대다수의 국가에서 명문으로 규정하고 있지만 영국, 프랑스 등은 명문규정을 두지 않고 해석상 일반적으로 이를 인정하고 있다.[159] 그러나 선장의 積荷處分權의 범위, 행사요건 및 효과 등에 관해서는 각국의 규정이 상이함으로 인해 國際私法的 問題

價額으로 한다고 규정하고 있다(商法 제778조). 선박을 수선가능한 곳으로 예선하여 修繕할 경우에 그 曳船料와 修繕費를 합하여 船舶價額의 4분의 3을 초과하는 때도 修繕不能이라고 보아야 할 것이다. 위 표준에 따라 선박이 修繕不能으로 된 때에도 선장의 자의적 판단에 의한 處分을 막고 선박소유자의 이익을 보호하기 위하여 해운관청(외국에 있어서는 영사 : 船舶法 제28조)의 인가를 받도록 하고 있다.

157) 山戶嘉一, 前揭書, 123面.

158) 여기에서 말하는 積荷利害關係人이라 함은 送荷人·受荷人·傭船者·船荷證券의 所持人·기타 積荷의 實質的 權利者를 말한다.

159) Raoul Colinvaux, *op. cit.*, p.976.

를 발생시키고 있다.

우선 準據法의 결정에 있어 선장의 積荷利害關係人을 위해서 행한 積荷處分權에 관한 準據法 決定을 위하여 선장과 積荷利害關係人間의 법적성질을 살펴보면, 선장은 선박소유자에 의해서 選任된 것이므로 선장과 선박소유자간에는 雇傭·委任의 관계가 존재하여도 積荷利害關係人에 의해 選任된 것은 아니므로 적하이해관계인과는 어떠한 계약관계도 존재하지 않는다. 그러나 항해중에 적하가 선장의 점유와 보관하에 있고 積荷利害關係人이 직접 자신의 적하에 대하여 이익보호조치를 취할 수 없으므로 선장은 선박소유자의 대리인으로 운송의 목적인 적하를 계약의 내용에 따라 선량한 관리자의 주의로서 목적항에 안전하게 운송할 의무를 질 뿐만 아니라 유사시 항해중에 그 積荷의 손해를 방지하거나 줄이기 위하여 임기응변의 조치를 취할 수 있는 法定代理關係가 존재한다고 보는 것이 통설이다.[160] 즉, 선장은 항해중 利害關係人의 이익에 적합한 방법에 의해 積荷의 處分을 행하는 法定代理人이라 할 수 있다.

앞에서 언급한 바와 같이 積荷利害關係人에 대한 법정대리관계는 특히 선장인 지위에 부여된 특수한 관계이며 선장의 積荷處分權은 법률의 규정에 의한 특수한 권한이다. 결과적으로 法定代理는 그 발생원인인 법률관계의 準據法에 의해야 하므로, 즉 船長과 積荷利害關係人間에 설정되어 있는 선장의 積荷處分權에 관한 準據法은 선박의 本國法이 되어야 한다. 이는 선장에게 부여된 이와 같은 지위 및 권한이 선박을 지배하는 船籍國法에 의해서 부여된 것이기 때문이다.[161]

준거법의 적용범위에 대하여 살펴보면 선장의 積荷利害關係人에 대한 法定代理權의 범위, 즉 積荷利害關係人의 이익에 적합하도록 積荷를 처분하기 위한 재판상 및 재판외의 행위를 할 수 있는지 여부와 선장의 권한이 善意의 제3자에 대항할 수 있는지 여부에 관한 문제는 모두 船籍國法에 의해서 결정되어야 한다. 또한 선

---

160) 山戶嘉一, 前揭書, 127面.

161) 대표적인 판례로 The August 사건이 있다. 본 사건은 避難港에서 선장이 積荷를 매각한 것에 대하여 독일선적의 선박소유자에게 제기된 損害賠償請求訴訟이다. 積荷는 싱가포르에서 런던으로 운송중이었으며, 항해도중 손상을 입었다. 이에 선장은 避難港으로 입항한 케이프타운에서 검수인의 조언을 얻어 積荷를 賣却하였으나 荷主는 신중하게 판단하여 재선적하여 런던으로 가지고 왔었어야 했다고 주장하였다. 이에 대하여 J. Hannen 판사는 독일법에 의하면 이러한 賣却에 있어 선장은 자신이 얻을 수 있는 최상의 조언을 구한 이후에 이러한 賣却이 荷主의 이익에 최대로 부합하는 것이라고 판단을 하였다면 이는 정당한 것이다라고 판시하면서 船籍國法을 準據法으로 하고 있다(The August(1891) P. 328 cited in Raoul Colinvaux, *op. cit.*, p.976).

장의 積荷處分의 효과에 있어 모두 積荷利害關係人에게 귀속되는지의 여부도 船籍國法에 의해야 한다.[162] 그러나 선장이 法定代理人으로서 행하는 積荷의 處分方法에 대해서도 당연히 船籍國法에 의해 결정되어야 하지만 처분방법으로서 채택된 積荷의 賣却, 賃借, 運送의 委託 등의 법률행위 자체에 대한 準據法은 개별적으로 행위고유의 準據法에 의해야 할 것이다.

(2) 旅客을 위한 代理權에 관한 準據法

선장과 여객과의 법적성질도 積荷利害關係人을 위한 대리권과 마찬가지로 法定代理關係이므로 동일한 이유에서 그 準據法은 船籍國法으로 결정하여야 할 것이다. 이에 대한 船長의 代理權으로 우리 商法에서는 선장은 여객이 사망한 때에는 그 상속인에게 가장 이익이 되는 방법으로 사망자가 휴대한 수하물을 처분하도로 규정하고 있다(商法 제828조). 여기의 사망에는 행방불명도 포함된다. 이는 積荷利害關係人을 위한 대리권과 동일하며 가능한 한 상속인의 지시를 받을 것, 처분의 효과가 상속인에게 미치는 것 등도 마찬가지이다. 그리고 船員法에서는 선장은 배안에 있는 자가 사망하거나 행방불명이 된 때에는 遺留品에 대하여 보관 그 밖에 필요한 조치를 하도록 공법상의 의무를 부과하고 있으므로 이에 대한 準據法의 판단도 船籍國法으로 결정하여야 할 것이다.

(3) 救助料債務者를 위한 代理權에 관한 準據法

우리 商法은 제859조에서 “선장은 報酬를 지급할 債務者에 갈음하여 그 지급에 관한 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다(제1항). 선장은 그 보수에 관한 소송의 당사자가 될 수 있고 그 確定判決은 구조의 보수액의 債務者에 대하여도 효력이 있다(제2항)”고 규정하여 선장에게 救助料債務者를 위한 대리인으로서

162) 代理란 法律行爲에만 인정되고 事實行爲에는 인정되지 않는 것이기 때문에 事實行爲에 의한 처분의 효과귀속에 관한 法的構成에 관하여 논의가 있고 선장의 積荷處分이 法律行爲인 때에는 그 법률관계에는 代理 및 委任에 관한 규정이 準用되고 事實行爲인 때에는 準委任에 관한 규정이 準用된다는 견해도 있으나, 선장은 적하이해관계인의 法定代理人으로서 積荷處分의 사실행위로 법률의 규정에 의하여 주어진 권한이므로 선장의 積荷處分으로 인한 법률효과도 그것이 法律行爲이든 事實行爲이든 商法 제776조의 효과로서 積荷利害關係人에게 귀속하는 것이라고 보는 견해(李院錫, 앞의 책, 109쪽)가 타당하다고 본다.

의 지위를 규정하고 있다.[163] 이에 대한 선장과 救助料債務者와의 관계도 積荷利害關係人을 위한 대리권과 동일하므로 그 準據法은 船籍國法에 의하는 것이 타당하다. 그리고 그 범위에 있어 救助料債務者에 대한 대리권 여부뿐만 아니라 救助料債權者에 대한 대리권의 존재 여부에 대해서도 船籍國法을 기준으로 하여야 할 것이다.[164]

3. 船長 自身의 行爲에 대한 責任에 관한 準據法

선장은 그 이외 商法에서 규정하고 있는 사법상의 책임을 부담하고 있는데 代船長 選任의 責任(제772조), 繼續職務執行의 責任(제769조), 報告·計算의 義務(제779조) 등이 있다. 선장 자신의 행위에 대한 責任의 準據法 또한 이제까지 설명한 선박의 本國法, 즉 船籍國法에 의해 결정하는 것이 타당하리라 본다. 물론 선장의 不法行爲가 영해내에서 발생한 경우라면 不法行爲地法에 의하여야 할 것이고, 公海上에서 발생한 경우에는 船籍國法에 의하여야 할 것이다.

그러나 商法에 규정된 사법상의 책임이므로 선장이 부담하여야 하는 것이나 면밀히 살펴보면 이제까지 國際私法上의 규정인 '船長의 代理權'에 관한 범위를 벗어나고 있음을 알 수 있다.

첫째, 商法 제769조의 繼續職務執行의 責任이라 함은 "선장이 항해중에 해임 또는 임기가 만료된 경우에는 다른 선장이 그 업무를 처리할 수 있는 때 또는 그 선박이 선적항에 도착할 때까지 그 직무를 집행할 책임이 있다"는 것으로 사법적 대리

---

163) 이에 대한 근거로 海洋事故救助가 보통 멀리 떨어져 있는 해상에서 발생하여 선장이 그 사정을 가장 잘 알고 있는 점, 債務者가 많은 경우에 債權者가 그 많은 채무자를 일일이 상대한다는 것은 대단히 불편하다는 것과 債務者들을 위하여서도 선장에게 代理權을 부여하는 것이 편리하다는 점 등을 들 수 있다.

164) 우리 商法은 救助料債權者인 船舶所有者나 海員을 위한 代理權을 규정하고 있지는 않다. 하지만 선장은 구조에 참가한 종사자, 각 종사자의 구조 내용 등을 가장 잘 알고 있고, 債權者가 다수인 경우 선장에게 대리권을 인정함이 債權者·債務者 모두에게 편리하다는 점, 商法 제854조 제2항에서 선장에게 해원에의 救助料의 分配權을 인정하고 있는 점 등을 들어 救助料債權者를 위한 대리권도 인정함이 타당하다는 견해가 있다(李院錫, 앞의 책, 110쪽, 李洙喆, 앞의 논문, 175쪽). 타당한 견해라 생각한다. 일본에서도 救助料에 관한 소송에 있어 救助料의 지불에 관한 경우에 한정시키지 않고 당사자의 편익을 고려하면 救助料의 지불에 관한 경우와 마찬가지로 救助料의 請求에 대하여도 선장에게 訴訟實施權을 부여하는 것이 相當하다고 인정하고 있다(服部榮三, "救助料に關する船長の權限",「運輸判例百選」別冊ジュリスト 第34號(東京 : 有斐閣, 1971), 80面 參照).

권의 범위를 벗어나 선박의 특성을 감안하여 항해중에 해임 또는 임기가 만료된 경우라 하더라도 선박의 안전을 확보하기 위하여 선장에게 책임을 부담시키고 있다.

둘째, 商法 제772조의 代船長 選任의 責任이라 함은 “선장이 不可抗力으로 인하여 그 職務를 執行하기가 불능한 때에 법령에 다른 규정이 있는 경우를 제외하고는 자기의 책임으로 타인을 선정하여 선장의 職務를 執行하게 할 수 있다”는 것으로 선박소유자의 船長 選任行爲에 대한 委任으로 볼 수 없다. 즉, 선박의 항행상 안전 및 선박소유자를 비롯한 利害關係者의 이익을 위하여 불가피하게 직무를 수행할 수 없을 경우에 선장 자신의 책임으로 선장의 직무를 계속 수행해 나갈 수 있도록 代船長을 選任하여야 하는 책임을 부담하고 있는 것이다.

그러므로 商法 제769조의 繼續職務執行의 責任 및 제772조의 代船長 선임의 책임의 내용까지 포괄하여 船籍國法으로 연결하기 위해서는 ‘船長의 代理權’보다는 ‘船長의 權限과 地位’로 설정하는 것이 타당하리라 본다.

Ⅳ. 私見

이제까지 海商法 編制 가운데 海上企業組織에 관한 指定槪念과 그 準據法에 대하여 살펴보았다. 이에 대한 필자의 견해를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 선박내의 動産에 대하여는 船籍國法을 지정하는 것이 합당하리라 본다. 선박자체의 物權關係에 대하여 一般物權關係에 적용하는 目的物의 所在地法에 대한 예외의 규정으로 船籍國法을 지정하고 있는 것은 선박의 이동에 따라 기항지를 달리 할 때마다 物權關係에 대한 법률의 지배가 달리 된다고 한다면 현실적으로 여러 가지 곤란을 일으킬 수 있기 때문에 단일의 법률에 의하도록 하고 있는 것이다. 즉, 船籍國은 명확하기 때문에 선박의 이동에 상관없이 船舶의 物權關係는 船籍國法에 의하도록 하고 있다. 이와 같은 맥락에서 비록 선박내의 동산은 그 자체로서는 동산의 성질을 가지지만 선박이라는 운송수단내에 있는 한 그 物權關係는 그 특이성에 의해 船籍國法으로 指定하는 것이 보다 타당하지 않을까 생각한다. 이는 領海所屬國과 公海上과의 구별이 용이하지 않다는 견해와는 차별되는 것이다.

둘째, 船舶所有者의 總體的 責任制限에 관하여는 船籍國法이 타당하다고 보여지지만 便宜置籍에 대한 準據法 指定의 例外條項에 대한 해석론으로서 선박소유자 책임제한에 관하여 미국 판례에서 취하고 있는 利害關係接近法(interest analysis)

에 의한 접근을 고려해 볼 수 있으리라 본다. 즉, 國際私法 제60조 제4호에서 船舶所有者・傭船者・船舶管理人・船舶運航者 그 밖의 船舶使用人을 열거하고 있는 것은 商法 제750조 제1항의 責任制限主體를 인용한 것으로 선박소유자 등의 책임제한에 관한 準據法의 決定에 관하여는 法廷地法主義, 行爲地法主義 및 船籍國法主義 등의 입법주의가 거론되고 있으나, 行爲地法은 不法行爲가 公海에서 이루어진 경우에는 準據法이 없으므로 결국 法廷地法이나 船籍國法이 타당하다고 본다. 다만 우리 國際私法은 法廷地法主義는 訴가 제기된 국가의 법이 準據法이 되므로 선박소유자 등의 이해관계인이 자기에게 유리한 장소를 택하여 제기하게 되는 경향이 있고, 訴提起의 우연성이 準據法을 좌우한다고 하는 문제가 있다는 이유로 船籍國法主義를 채택하고 있다. 타당하다고 본다.

하지만 점진적으로 증가하고 있는 便宜置籍 선박에 비추어 볼 때 船舶所有者의 總體的 責任制限의 準據法을 船籍國法으로 하는데는 다소 문제가 있을 수 있다는 비판에 대해서는 검토의 여지가 있다. 이와 관련하여 便宜置籍에 대한 國際私法 제8조의 準據法 指定의 例外條項에 대한 해석론으로서 선박소유자 책임제한에 관하여 미국 판례에서 취하고 있는 利害關係接近法(interest analysis)에 의한 접근도 고려해 볼 여지가 있어 보인다. 물론 이는 선박소유자 책임제한에 관한 準據法 指定시 法廷地法과 다른 국가의 책임제한법간의 문제이지만 '가장 중요한 관계라는 기준'(the most significant relationship test)에 따라서 그 적절한 법의 적용을 받도록 한다는 이론이므로, 이를 선박관련 섭외적 법률관계, 특히 便宜置籍의 경우에 준용시킨다면 國際私法 제8조에서 규정하고 있는 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법 지정과 관련한 해석론적 접근에 참고가 될 수 있을 것이다.

셋째, 船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任範圍에 관한 準據法은 國際私法 제60조 제4호의 指定槪念과 중복된다고 볼 수 있다. 이는 同條 제4호에서 "船舶所有者, 傭船者, 船舶管理人, 船舶運航者, 기타 船舶使用人의 책임제한 여부 및 그 범위"를 指定槪念으로 열거하고 있는 것은 商法 제750조 제1항의 책임제한주체를 인용한 것으로 볼 수 있으므로, "船長과 海員의 行爲에 대한 船舶所有者의 責任범위"는 결국 선박소유자의 책임에 관한 사항으로 해석된다고 할 수 있을 것이다. 삭제가 바람직하다고 생각된다.

넷째, 船長의 代理權에 관한 사항은 '船長의 權限과 地位'로 포괄하는 것이 타당하리라 생각한다. 이는 우리 國際私法은 商法에서 선장에게 부과된 일정한 대리권만을 보고 船長의 代理權은 국가에 따라 상이하므로 선장의 대리권에 관한 準據法

을 명시하는 것이 바람직하다하여 船籍國法에 의할 사항으로 명시하고 있다. 이에 대하여 이러한 조항은 규정할 필요가 없고 규정하자면 오히려 선장을 고용한 선박소유자의 本店所在地法을 準據法으로 하여야 하며, 船舶賃貸借 또는 裸傭船의 경우 賃借人 또는 裸傭船者가 선장을 고용하고 지시감독을 하는데 선장의 대리권의 準據法이 그와 관계없는 船籍國法이 되는 것은 합리적이지 않다는 견해도 있다.[165] 하지만 선장은 선박항해안전을 위한 船舶權力을 가지고 있으며 이에 대한 공법적 권한은 船籍國法에 의한다는 것을 감안한다면 사법적 법률관계에 의한 것도 동일한 船籍國法을 적용하는 것이 선장의 대리권 범위를 결정한 입법의 목적에 합치하는 것이라 할 수 있을 것이다. 또한 선장은 선박소유자 뿐만 아니라 積荷利害關係人, 旅客 및 救助料債務者 등 제3자를 위한 대리권 등을 아울러 인정받고 있으므로 이에 대한 대리권의 행사는 法定代理關係에 기하는 것으로 이해한다면 앞에서 언급한 개별사유에 의해 船籍國法이 타당하리라 생각한다. 다만, 선장 자신의 행위에 대한 책임에 있어 商法 제769조의 繼續職務執行의 責任 및 제772조의 代船長選任의 責任까지 포괄하여 船籍國法으로 연결하기 위해서는 '선장의 대리권'보다는 '船長의 權限과 地位'로 설정하는 것이 바람직하다고 생각한다.[166]

第2節 海事債權에 관한 準據法

Ⅰ. 船舶優先特權에 관한 準據法

船舶優先特權이라 함은 선박에 관한 특정의 債權에 대하여 債權者가 선박 기타 海産으로부터 다른 債權者보다 우선하여 辨濟를 받을 수 있는 특수한 船舶擔保物權으로 이해되고 있다.[167] 즉, 선박에 관한 특정의 法定債權에 관하여 債權者가 해당 선박과 附屬物 등에 대하여 다른 債權者보다 優先特權을 받을 수 있는 것으로 선박 관련 債權者를 특별히 보호하기 위하여 법적으로 인정된 法定擔保權인 것이다(商法 제861조 제1항).

---

165) 丁海德, 앞의 논문, 8쪽.
166) 同旨 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 18쪽.
167) 宋相現・金炫, 앞의 책, 399쪽 이하; 朴容燮, 앞의 책, 105쪽 이하; 李基秀, 앞의 책, 538쪽 이하; 崔基元, 앞의 책, 305쪽 이하 참조.

船舶優先特權은 세계적인 제도로서, 각국의 해운업의 발달역사에 따라 자연 발생적으로 각국의 특성에 맞게 생성되어 발전된 해상법 분야의 특수한 擔保制度라고 할 수 있기 때문에 각국의 立法體制에 따라 그 내용 및 실현방법에 있어 약간씩 차이점을 갖는다. 다시 말해서 각국의 법체계에 있어서 船舶優先特權 생성의 기본적 배경은 위험한 海上企業에 투자한 선박관련 債權者를 강력히 보호해야 할 필요성과 船舶所有者 責任制限에 의해 보호되는 선박소유자의 지위와의 형평을 유지해야 한다는 필요성이 기본을 이루고 있다고 볼 수 있지만, 각 국가별로 그 생성배경 및 존재의의를 일률적으로 설명할 수는 없는 것이며 각국의 해운업의 발전상황 및 시대적 배경에 따라 각 해운국가들의 주요 항구에서 자생된 慣習法이 집적되어 형성된 것인 만큼 국가별로 그 내용 및 立法體系를 약간씩 달리하고 있으므로[168] 準據法 指定의 필요성이 있다 하겠다.

1. 船舶優先特權에 관한 協約上의 準據法

(1) 1926年 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 協約

19세기초부터 해상기업의 규모가 커짐에 따라, 선박담보제도에 관한 법률문제가 국제법협회의 1885년 브뤼셀 회의에서 거론된 이래, 국제해법회(CMI)는 1902년 함부르크회의 이후 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 통일협약의 초안을 마련하고 1910년의 브뤼셀 외교회의에서 협약안으로 성립시켰다. 그러나 각국이 이 협약안을 받아들이지 않았기 때문에 1922년 브뤼셀 외교회의에서 크게 개정하여 선박소유자책임제한협약과 함께 채택되었다. 이 협약안은 1924년에 각국대표의 서명을 받아 船舶優先特權 및 抵當權 統一協約으로 성립하였다. 그러나 이 협약은 대륙법주의를 기본으로 하고 있어서 영국이 이를 서명하지 않았고, 다시 영국의 적극적인 제의에 따라 1926년 브뤼셀 외교회의에서 이를 수정하여 채택된 것이 1926년 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 협약(International Convention for the Unification of certain rules relating to maritime liens and mortgages, Brussels, april 10, 1926)이다. 이 협약은 船舶抵當權에 대하여 위협적인 존재인 船舶優先特權이 인정되는 채권의 수를 합리적으로 제한하는데 그 주된 취지가 있었고, 그 내용은 船舶

168) 金炫, "改正商法上의 船舶優先特權에 관한 硏究(上)",「司法行政」第383號, 韓國司法行政學會(1992. 11), 47~48쪽.

優先特權이 인정되는 債權의 종류와 효력 및 優先特權 상호간의 순위가 중심으로 되어 있다.[169]

이 협약은 그 적용기준을 締約國 선박의 국적으로 결정하도록 규정[170]하고 있음으로 締約國의 船籍國法에 따르도록 하고 있다.

(2) 1967年 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 協約

1926년 협약은 성립이후 프랑스를 제외한 영국·미국·독일·일본등 유력한 해운국들이 자국의 국내법과의 상위를 이유로 비준하지 않았기 때문에 그 실효성을 기대할 수가 없었다. 더구나 1965년에는 북유럽 4개국이 이 협약의 폐기를 선언하기에 이르렀다. 이와 함께 1957년에는 1924년의 船舶所有者責任制限協約을 개정한 新協約이 채택되었기 때문에 선박소유자 책임제한의 대상인 制限債權과 船舶優先特權이 붙는 債權 사이에 불합리한 관계가 생기게 되었다.

이리하여 CMI에 의해서 신협약 초안이 만들어 졌는데 이 초안은 1967년 5월 27일 브뤼셀 해상법 외교회의에서 새로운 통일협약으로 성립되었다. 1967년 협약의 주목표는 첫째, 협약의 적용에 관하여 실체법상의 간명한 규정을 두는 것이며, 둘째는 船舶抵當權者의 지위 강화이고, 셋째는 抵當權에 우선하는 船舶優先特權의 종류를 제한하는 것이었다.[171]

이 협약은 별도 규정이 없는 한 締約國에서 뿐만 아니라, 非締約國에서 登記된 모든 항해선에 적용된다.[172] 이는 1926년 협약과의 차이점으로 非締約國의 항해선이 締約國의 항구에서 押留된 경우 1926년 협약상으로는 협약과 자국법을 선택적으로 적용할 수 있었지만 1967년 협약상으로는 협약의 규정이 우선적으로 적용되고 非締約國法은 적용되지 아니한다.

---

169) 鄭完溶, "1993년 新船舶優先特權·抵當權條約의 成立과 우리 商法上의 船舶擔保制度", 「韓國海運學會誌」第15卷 第1號, 韓國海運學會(1993. 12), 127~128쪽.

170) 1926년 협약 제14조 제1항 "The provisions of this Convention shall be applied in each contracting State in cases in which the vessel to which the claim relates belongs to a contracting State, as well as in any other cases provided for by the national laws."

171) 鄭完溶, 앞의 논문, 128쪽.

172) 1967년 협약 제12조 제1항 "Unless otherwise provided in this Convention, its provisions shall apply to all sea-going vessels registered in a Contracting State or in a non Contracting State."

(3) 1993年 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 協約

1967년 협약은 실효성 있는 협약의 기능을 다하지 못하였다. 그리하여 CMI는 船舶優先特權問題에 관하여 1967년 협약의 개정을 추진하여 개정초안을 채택하고 이어서 유엔무역개발회의와 국제해사기구는 1993년 5월 제네바에서 1993년 船舶優先特權 및 抵當權에 관한 협약을 채택하였다.

1993년 협약은 1967년 협약을 근본적으로 개정한 것은 아니다. 해운환경의 변화에 따라서 船舶抵當權을 보호함으로써 선박금융을 원활히 하도록 船舶優先特權의 被擔保債權의 종류를 합리적으로 축소시켰으며 불명확한 표현을 보다 명백하게 수정하였고 선박의 强制競賣規定에 대하여 상세한 규정을 두었고, 船舶賃貸借에 관련하여 旗國의 臨時變更에 관한 규정을 신설한 것 등에 그 특색을 찾을 수 있다.[173]

同協約은 별도규정이 없는 한 締約國에서 登記된 모든 항해선과 締約國의 裁判管轄權 내에 있는 非締約國의 등기된 선박에 적용된다.[174] '締約國의 관할내에 있는 非締約國의 登記된 선박'이란, 예를 들면 船舶優先特權이나 船舶抵當權의 실행을 위하여 締約國에서 선박이 押留된 경우를 말한다. 非締約國 船舶의 적용문제에 관해 1967년 협약은 '非締約國에서 등록된 모든 항해선에 적용한다'라고 되어 있었기 때문에 적용범위가 지나치게 광범위하다는 문제점이 지적되어 왔다.

2. 船舶優先特權의 準據法에 관한 學說

(1) 船籍國法說

이는 船舶優先特權의 성립의 여부는 선박의 船籍國法에 따라서 결정한다는 것이

173) 鄭完容, 앞의 논문, 129~130쪽(1993년 협약에 관한 適用範圍, 優先特權의 種類, 順位 등에 관해서는 崔棟鉉·崔載先,「1993年 船舶優先特權·抵當權 協約 受容方案」(서울 : 海運産業硏究員, 1994), 政策資料 111, 77~83쪽 참조).

174) 1993년 협약 제13조 제1항 "Unless otherwise provided in this Convention, its procisions shall apply to all seagoing vessels registered in a State Party or in a State which is not a State Party, provided that the latter's vessels are subject to the jurisdiction of the State Party."

다. 이에 대한 근거로는 우선 해사에 관한 법률관계는 선박을 중심으로 형성되기 때문에 선박이 보유하고 있는 국적은 원칙적으로 본국의 주권하에 있다고 생각할 수 있다. 두번째로 旗國은 명확하며 단일하기 때문에 船籍國法을 채용하는 것에 의하여 거래의 안전 및 제3자의 보호가 이루어진다는 것이다.[175]

그러나 公海上에서 甲國船과 乙國船이 충돌한 경우 충돌채권에 관하여 甲國法은 船舶優先特權을 인정하고 乙國法은 인정하지 않은 때에는 어느 船籍國法을 적용하는가 하는 문제가 생긴다. 또 船籍國을 변경한 경우에는 新舊 어느 쪽을 準據法으로 할 것인가 하는 것이 문제된다.[176] 또한 船籍國法主義에 관한 비판으로 우선 담보물권과 경매절차와의 밀접한 관계를 근거로 法廷地法主義를 주장하고 있다. 즉, "船舶優先特權과 같은 특수한 法定擔保物權의 경우에 그 성립 여부의 문제가 되는 것은 … 그 債權에 관해 선박이 差押되어 경매되는 경우이기 때문에 이 경우에 고려되어야 하는 것은 … 현재 선박이 물리적으로 소재하고 押留되는 곳(法廷地)이어야 하며, 이 경우 선박의 登錄所在地(船籍國)를 連結點으로 하여야 하는 실익이 없다"고 한다.[177]

(2) 法廷地法說

실행상의 절차가 선박의 現在地의 法律, 즉 法廷地法에 따르지 않을 수 없는 점과 내외국선의 평등의 원칙을 고려하면 합리적이며 편의적이라 할 수 있다. 그러나 이에 대하여는 利害關係人이 자기에게 유리한 곳에서 선박을 押留하기 위하여 기항시키는 일이 가능하다는 폐단이 있다.

(3) 被擔保債權의 準據法說

이는 被擔保債權에 적용되는 법률에 의하여 船舶優先特權의 성립 기타를 정한다는 것이다. 그러나 被擔保債權의 準據法에 의하면 船舶優先特權이 인정되는 경우에도 해당 선박의 船籍國法(本國法)에 의하면 이를 부인하는 경우에는 제3자에 대

175) 出口耕自,「基本論点 國際私法」(東京 : 法學書院, 2001), 97面.
176) 山戶嘉一, 前揭書, 447面.
177) 谷川久, "船舶先取特權",「涉外私法判例百選(第3版)」, 別冊 ジュリスト 第133號(東京 : 有斐閣, 1995), 69面.

한 物權的 效力을 인정할 수 없게 된다고 하는 문제가 생기게 된다. 그 근거로서 船舶優先特權을 물권으로 보는 한 原因行爲의 準據法과는 분리하여 優先特權 자체의 準據法을 정하여야 한다고 하는 것이 國際私法上의 原則으로 되어 있기 때문이다.[178][179]

(4) 折衷說(成立과 順位의 準據法을 別個로)

折衷說은 成立과 順位의 準據法을 별개로 하는 것으로 被擔保債權의 準據法에 의하되, 擔保物權의 순위를 정함에 있어 선박에 관한 물권법적 문제가 현실적으로 발생하는 장소인 船舶所在地法, 즉 法廷地法으로 한다는 것이다. 이는 船籍國法에 비해 첫째, 旗國 또는 船籍國의 변경이 있더라도 準據法은 변경되지 않고, 둘째, 실질법적으로 인정된 擔保權의 附從性의 原則을 실현하며, 셋째, 각 債權者가 기초가 되는 채권관계와 그의 準據法에 기하여 擔保權의 存否를 확인할 수 있다는 장점이 있다고 한다.[180]

3. 各國의 立法例

(1) 日本

船舶優先特權의 準據法에 관한 일본의 통설은 ⅰ) 被擔保債權의 準據法과 物權의 準據法의 累積的適用主義, ⅱ) 선박에 관한 물권관계에 대한 旗國法主義가 있다. 이에 대한 근거로써 ⅰ)에 관해서는 法定擔保物權은 被擔保債權의 효력과 債權과의 양쪽 법률관계의 성질을 가지기 때문에 양쪽 準據法을 累積的으로 適用하여야 한다는 것이다. 다시 말하면 "法定擔保物權은 일정의 債權을 擔保하기 위하여 법률에 의해 확실히 인정받은 권리이기 때문에 그 채권의 효력 문제만 해당된다.

178) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 31쪽; 山戶嘉一, 前揭書, 431~432面.

179) 하지만 반론으로 이에 대한 것은 아마도 法定擔保物權 일반의 準據法에 관한 원칙에 따라 그렇다는 것으로 이해되나, 法定擔保物權 일반의 準據法에 대하여 그러한 입장을 취하지 않는다면 이는 근거가 없는 것이 된다. 나아가, 被擔保債權의 準據法에 의한다고 하여 물권적 효력이 부인되어야 할 이유는 없다고 한다(石光現, 앞의 책, 349쪽).

180) Junker, Abbo, "IPR-Reform 1999: Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis", RIW 46(2000), S. 254(石光現, 앞의 책, 348쪽 재인용). 이는 독일의 유력한 견해이며 최근 입법적으로 채택되었다고 한다(독일 민법시행법 제45조 제2항). .

그러나 그 자체 물권의 문제도 있다. 따라서 法定擔保物權은 주된 債權의 準據法과 목적물의 所在地法의 양쪽이 모두 인정하는 경우에 있어서만 성립한다"라고 한다.[181]

이에 대한 비판으로 擔保物權의 문제는 法定擔保物權이나 約定擔保物權에 관계없이 物權準據法만에 의해야한다는 견해가 있다. 예를 들어 "法定擔保物權을 物權과 法律關係 性質決定을 하는 이상 그 準據法은 目的物所在地法이며, 物權의 성립과 효력은 모두 단일 準據法에 의한다"라고 한다.[182][183][184]

일본 판례는 折衷說(일본 廣島高裁 1987(昭和62) 3. 9)[185]을 취한 것과 法廷地法主義(東京地裁 1992(平成4) 12. 15)[186]을 취한 것이 있다.[187] 특히 法廷地法主義를

---

181) 山田鐐一,「國際私法」(東京 : 有斐閣, 1992), 267面.

182) 石黑一憲, "所謂法定擔保物權の準據法について",「海法會誌復刊」第27號(1984), 44面.

183) 法定擔保物權을 被擔保債權의 효력과 물권과의 양쪽 법률관계 성질을 가진다고 하는 통설에 대한 문제의 제기에 대하여 반론하는 입장은 "國際私法上에서 일반적으로 하나의 法律關係를 이중으로 性質決定하고, 이에 기초해 정해지는 두 개의 準據法을 누적적으로 적용한다고 하는 것 같은 해결은 인정되지 않는다…… 法定擔保物權의 성립의 문제는 法律關係의 性質決定의 문제로서는 어디까지나 물권의 문제이며 채권의 문제는 아니다. 단 法定擔保物權은 일정의 債權을 擔保로 하기 때문에 법률에 의해 특히 인정되어지는 권리이기 때문에 物權의 準據法이 인정되어도 被擔保債權의 準據法이 그것을 인정하지 않는 경우에 있어서까지 이를 인정할 필요는 없다고 고려하기 때문에 物權의 準據法에 대하여 被擔保債權의 準據法이 제한적으로 거듭되어 적용됨에 지나지 않는 것이다"라고 주장하고 있다(道垣內正人, "船舶先取特權の準據法",「商法(保險·海商)判例百選(第二版)」, 別冊 ジュリスト, 第121號(1993. 2), 148~149面).

184) 船籍國法主義에 관해서는 앞서 설명한 船籍國法說을 참조.

185) "法定擔保物權으로서의 船舶優先特權은 일정한 債權을 擔保하기 위하여 법률에 의하여 특히 인정된 권리이지만, 被擔保債權의 법적효과이므로 國際私法上 船舶優先特權이 성립하기 위하여는 被擔保債權 자체의 準據法에 의하여 인정되는 동시에, 法定擔保物權으로서의 物權 準據法인 目的物의 所在地法(法例 제10조 참조. 물권의 목적물이 선박인 경우는 그 旗國法)에 의하여 인정되어야 하며, 또 당사자의 합의에 의하여 설정되는 約定擔保物權으로서의 船舶抵當權은 오로지 物權의 準據法인 目的物의 所在地法만으로 그 成否가 정하여진다. 이와 같이 하여 일단 성립이 인정된 船舶優先特權이나 船舶抵當權에 관한 각 내용·효력 그 권리 상호간의 순위(우열관계)는 오로지 해당 담보물권자체의 準據法인 目的物의 所在地法(旗國法)에 의하여 결정된다고 보는 것이 상당하다". 이것은 船舶優先特權의 성립은 被擔保債權의 準據法과 船籍國法의 누적적인 적용에 의한다고 하는 견해에 가깝다(孫珠瓚, 앞의 논문(註 19), 22~23쪽. 이에 대한 비판은 早川眞一郎, "外國船舶についての先取特權と抵當權との優先順位に關する準據法",「ジュリスト」No.923(1988), 103~105面 參照).

186) "본건 船舶優先特權의 실행사건인 본건은 일본의 법원에 제기되어 있고, 이른바 法廷地法은 일본법이다. 그렇다면 본건 傭船契約에 의한 定期傭船者가 소유하는 본선의 침몰에 의한 積荷의 滅失로 인한 損害賠償債權 기타의 債權에 관하여 船舶優先特權이 성립하는가의 여부는 法廷地法인 일본법에 의하여 판단되어야 한다"라고 판시하고 있다(林田學,"船舶優先特權の成立及び效力の準據法が法定地法とされた事例",「ジュリスト

취한 後者의 판례에서 法廷地法을 선택한 이유에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

"船舶優先特權의 成立의 準據法에 관하여는 …(중략) 法廷地法이라고 하는 국가가 가장 많으며, 세계의 해운을 리드하는 영미 양국에서는 法廷地法에 의하는 것으로 되어 있다. 일본에서는 실정법규에 명문규정이 없으나, 일본의 船舶優先特權에 관한 법규는 國際協約을 실시하기 위하여 정하여진 것이며, 準據法을 法廷地法으로 하는 일본법이라고 정하여도 그 일본법이 國際協約을 국내법화한 것인 이상, 船舶優先特權에 관한 세계의 표준적 규정에 의하게 되는 점에서는 다를 것이 없고, 이해관계인 특히 船舶優先特權의 부담을 가지는 船舶所有者 및 船舶抵當權者의 예측을 벗어나는 일은 없을 것으로 판단된다. 다른 한편으로는 準據法을 선박의 船籍國法으로 정하는 경우에는 船籍이 2국에 걸치는 경우 등에 어느 국가의 법률을 적용할 것인가 하는 어려운 문제가 생기게 된다. 또 船籍國法의 탐색·조사에 관하여 상당한 시간을 요하기 때문에 본래 신속한 처리를 요구하는 船舶優先特權의 실행에 관하여 어려운 사태를 발생하게 하여 권리의 실현을 저해할 가능성이 있다. 그리고 船舶優先特權의 효력에 관하여서는 그 권리가 民事執行의 節次에 의하여 실현된다는 점이나, 다른 권리와의 우열이 권리가 실행되는 국가의 公序에 관한 문제라는 점에서 그 準據法을 法廷地法으로 하는 것이 일반적인 견해이며 세계의 추세이기도 하지만, 船舶優先特權의 成立과 效力의 準據法이 상이하면 여러 가지 곤란한 문제가 생기게 되므로 양자는 일치시키는 것이 바람직하다. 이러한 점을 고려하면 船舶優先特權의 成立과 效力의 準據法은 法廷地法인 일본법이라고 보는 것이 타당하다."[188]

」No.1001(1992), 138~139面).

187) 그 외 일본 東京地裁 1976(昭和51) 1. 29 판결에서는 "船舶優先特權이 성립하는가의 여부는…… 物權의 準據法만으로는 충분치 못하며, 被擔保債權의 準據法에 의하여서도 유효하게 성립하고 존속하여야 한다", "物權의 準據法은 선박의 특성에 비추어 船籍國法을 말하며", "船籍國에 변경이 있는 경우에는 법적안정성 내지 기득권보호의 견지에서 舊旗國法에 따른다"라고 判示한 것이 있다(孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 33쪽 재인용). 또한 일본 東京地裁 1991(平成3) 8. 19 판결에서는 선박의 침몰에 의해 화물손해를 입은 定期傭船者가 제기한 差押命令 신청에 대해 船舶優先特權의 성립에 관하여 船舶擔保權의 실행 사건이 제기된 곳의 법(法廷地法)을 準據法으로 하여야 한다고 判示하였다(이에 대한 비판은 山內惟介,「國際私法·國際經濟法論集」(東京 : 中央大學出版部, 2001), 319面 이하 참조).

188) 하지만 이 판례에서 언급된 미국에서의 船舶優先特權 成立에 대하여 法廷地法에 의하고 있다고 하는 것은 사실이 아니라는 반론을 제기하며, 일본의 해운기업은 미국에서의 訴訟當事者가 되는 것을 원하지 않는 다는 주장과 더불어 미국과 일본의 船舶優先

(2) 獨逸

독일에서는 船舶優先特權은 被擔保債權의 準據法에 의할 것이라는 견해가 유력하였고 최근 입법적으로 채택되었다. 즉, 船舶優先特權의 成立은 被擔保債權의 準據法에 의하고, 順位는 所在地法에 의한다(독일민법시행법 제45조 제2항). 이에 대한 장점은 앞에서 언급하였다.

(3) 英國

영국에서의 船舶優先特權에 대한 準據法 決定은 法廷地法主義에 의해 왔다. 그 근거는 船舶優先特權의 발생여부는 實體法的인 債權 效力의 문제가 아니고 節次法的 또는 救濟方法的(remedy)인 문제라는 입장이다.[189] 이에 반하는 판례 가운데 船舶優先特權은 實體法과 節次法의 중간 문제라고 판시한 것[190]과 船舶優先特權은 해사법정의 執行力을 이동시킨 實體法이라고 판시한 것[191]이 있다.

또한 캐나다의 聯邦地方裁判所 判決[192]과 싱가포르 控訴裁判所 判決[193]은 船舶優先特權을 實體法으로 하며 그 有無에 대해서 債權發生地法을 적용하는 것이라 하였다. 그러나 앞의 싱가포르 控訴審判決에 대한 영국 樞密院(The Judicial Committee of the Privy Council)의 판결은 3대2의 근소한 차이로 미국에서의 선

特權의 成立과 順位에 관해 비교하고 있는 논문이 있다(森田博志, “アメリカ抵觸法におけるマリタイム・リエンの準據法の現狀とわが國の國際私法における船舶先取特權の準據法についての解釋論”,「海事法硏究會誌」第123號, 日本海運集會所(1994. 12), 1面以下 參照).

189) The Milford(1858) Swab. 362; The Jonathan Goodhue(1859) Swab. 524; The Tagus(1903) P. 44; The Zigurds(1923) P. 113; The Tolten(1946) P. 135; The Acrux(1965) P. 391 cited in D.R. Thomas, *Maritime Liens*(London : Stevens & Sons Ltd., 1980), p.321.

190) The Colorado(1923) P. 102(이 판결에 대해서는 實體法과 節次法의 중간으로 보는 모호성을 보임으로써 많은 비판을 받았으나 法廷地法이 지배하고 있던 船舶優先特權에 대하여 새로운 시각을 열었다는 평을 받고 있다) cited in D.R. Thomas, *op. cit.*, p.325~328.

191) The Tolten(1946) P. 135, 145 cited in D.R. Thomas, *op. cit.*, p.322.

192) The Ioannis Daskalelis(1973) 32 D.L.R. (3d) 571; (1974) 1 Lloyd's Rep. 174.

193) The Halcyon Isle(Banker's Trust Intl. v. Todd Shipyards)(1978) 1 M.L.J. 189 cited in William Tetley, *Maritime Liens and Claims, 1st ed.*(London : Business Law Communications Ltd., 1985), pp.545~549.

박수리에 대한 船舶優先特權은 영국법에 의하며 이는 모든 救濟方法은 法廷地法에 의한다는 종래의 法廷地法主義를 고수하였다.[194] 그리고 優先特權의 優先順位에 대해서는 法廷地法에 의하는 것으로 판례상 확정하고 있으며 별다른 異見은 없다.[195]

(4) 美國

미국에서의 船舶優先特權에 관한 準據法 決定은 우선 선박소유자가 船舶優先特權의 被擔保債權의 契約當事者인지의 여부로 나누어진다.

우선 契約當事者이라면 해당 계약에서 指定하고 있는 準據法에 의한다.[196] 그러한 지정이 없는 경우에는 해당 계약에 가장 밀접하게 관련된 국가의 법에 의하게 된다.[197][198] 즉, 선박소유자가 당사자가 된 경우에는 契約準據法에 의하며,[199] 당사

194) The Halcyon Isle(Banker's Trust Intl. v. Todd Shipyards)(1980) 2 Lloyd's Rep. 325.

195) D.R. Thomas, *op. cit.*, p.329.

196) Sembawang shipyard, Ltd. v. Charger, Inc., 955 F. 2d 983 (5th Cir. 1992); Trinidad foundry & Fabricating v. M/V K.A.S. Camilla, 966 F. 2d 613 (11th Cir. 1992).

197) 실제로 이 같은 판결을 내렸다고 할 수 있는 것은 Metron v. Tropicana, 1993 AMC 1264(S. D.Fla. 1992)가 있다. 동판결은 미국 저촉법 제2리스테이트먼트 제188조를 인용해 법선택이 없는 경우의 契約準據法을 정하는 방법을 이용하고 있다.

198) §188, the Restatement (Second) of Conflict of Laws, "Law Governing in Absence of Effective Choice by the Parties"
제1항 "계약상의 쟁점에 관한 양당사자의 권리 및 의무는 해당 쟁점에 관해 제6조의 원칙에 기초해 해당 거래와 양당사자간에 가장 밀접하게 관련하는 州의 實質法에 의해 결정한다."
제2항 "양당사자에 의한 효율적인 準據法 選擇(제187조 참조)가 없는 경우에는 쟁점에 적용되는 법을 결정하기 위하여 제6조의 제원칙을 적용함에 있어 고려되어야할 連結點은 이하의 것을 포함한다. 즉, (a) 契約締結地, (b) 契約交涉이 이루어진 곳, (c) 義務履行地, (d) 契約 目的物의 所在地 및 (e) 兩當事者의 住所, 居所, 國籍, 設立地 및 營業地"이다.
본조는 契約準據法에 관한 규정이다. 당사자에 의한 準據法 選擇이 없는 경우에는 주로 제2항의 (a)~(e)까지의 요소를 감안해서 契約準據法을 정한다.

199) 하지만 선박소유자가 당사자가 되는 경우에도 이와 다른 관점에서 행한 판결도 있다.
1. Chantrir Naval Voisin v. M/Y Daybreak, 677 F. Supp. 1563 (S. D. Fla. 1988).
이 사건에서는 Lauritzen v. Larsen 사건을 인용해 不法行爲 事件에서 감안되는 요소를 類推適用하여 프랑스법을 적용하였다. 여기에서는 船籍國法이 제1요소로 고려되고 있다는 점에서 미국 저촉법 제2리스테이트먼트 제188조와 다르다.
2. Espirito Santo Bank v. Tropicana, 1992 AMC 1672(S.D.Fla. 1990).
이 사건에서는 Lauritzen v. Larsen 사건과 Gulf Trading & Transp. Co. v. M/V Tento 사건을 인용하여 미국 저촉법 제2리스테이트먼트 제6조를 적용하고 있다.

자로 지정되어 있지 않다면 船舶優先特權의 成立과 관련된 모든 사정을 감안해 가장 밀접하게 관련되어 있는 국가의 법을 적용한다.[200]

Ocean Ship Supply, Ltd. v. M/V Leah 사건[201]에서는 船舶優先特權의 효력 문제를 성립 문제와 구별하지 않고 있다. 船舶優先特權간의 순위는 다른 문제로 취급하지만 그 이외는 원칙적으로 성립 및 효력의 문제도 하나로 보는 것이다. 이것은 미국법 특유의 사상이며 動産上의 財産權 일반에 대하여 이와 같이 취급하고 있다. 이에 의하면 物上擔保權을 둘러싼 당사자간(目的物의 所有者와 擔保權者의 사이)의 권리의무 관계 및 해당 권리의 성질, 내용은 성립시에 가장 밀접하게 관련하는 국가의 법에 의하여 결정되고,[202] 目的物의 所在地가 변경되어도 그 권리 관계에 제3자가 관련되지 않는 한 그 권리의무 관계는 변하지 않는다.[203] 그리고 船舶優先特權의 節次 問題에 대해서는 물론 法廷地法이 적용되고 있다.

(5) 韓國

---

200) Lauritzen v. Larsen 사건(선원부상사건)에서 미국대법원은 고려하여야 連結點으로 7가지 요소를 제시하며, 특히 그 가운데에서 船籍國法, 負傷船員의 國籍, 船舶所有者의 國籍을 강조하고 있다. 이에 관한 자세한 내용은 便宜置籍에 관한 미국의 판례 검토시에 언급한다.

201) 729 F. 2d 971 (4th Cir. 1984).

202) §251, the Restatement(Second) of Conflict of Laws, "Validity and Effect of Security Interest in Chattel"
제1항 "직접적 당사자간에 있어서 동산상의 擔保權의 유효성 및 효력은 특정의 쟁점에 관해 6조의 제원칙에 기초하며 양당사자, 해당 동산 및 해당 擔保權에 가장 밀접하게 관련하는 州의 實質法에 의하여 결정한다."
제2항 "양당사자에 의한 실효적인 準據法 選擇이 없는 경우에는 준거법 소속 州를 정함에 있어서 통상, 擔保權이 부착한 시점에서의 해당 동산의 소재지가 가장 중요하다"
이에 의하면 동산상의 擔保權의 당사자간에서의 성립과 효력은, 우선 당사자의 지정한 準據法보다 그것이 아닌 경우에는 目的物 所在地를 가장 중요시 여기면서 가장 밀접한 관련을 가지는 국가의 법에 의하게 된다.

203) § 252, the Restatement(Second) of Conflict of Laws, "Moving Chattel into Another State : Effect on Security Interest"
"단순히 동산이 다른 州로 이동하는 것만으로 해당 동산상의 담보권이 유효하거나 무효하거나 하는 경우는 없다. 그러나 동산상의 諸權利는 다른 州에 있어서 해당 동산의 거래에 의한 영향을 받는 경우도 있다."
§253 the Restatement(Second) of Conflict of Laws, "Effect on Security Interest of a Dealing with Chattel in State to Which It Has Been Removed"
"유효한 대항력을 구비한 擔保權이 있는 동산이 다른 州에 이동한 경우 해당 다른 州에 있어서 해당 동산의 거래가 해당 擔保權에 미치는 효력은 통상 이 문제가 다른 州의 법원에 의해 결정되는 것과 동일하게 결정된다."

우리나라는 國際私法 제60조에서 船籍國法을 채택하고 있다. 다만, 유류오염손해배상보장법에는 특별규정이 있다.[204] 國際私法을 개정하면서 이에 관한 準據法으로 船籍國法과 독일법과 같이 船舶優先特權의 성립은 船舶優先特權의 被擔保債權의 準據法에 의하고 순위는 선박의 所在地法(法廷地法)을 채택하자는 주장이 대립하였으나, 결국 船籍國法說이 채택되었다.[205] 이에 대한 이유로 船籍國法이 우리나라에서는 종래 실무상 어느 정도 정착된 것으로 보이는 점, 船舶優先特權을 'maritime lien'이라고 하여 節次法的 槪念으로 이해하는 영미와는 달리 우리는 이를 實體法的인 槪念으로 그 성질을 보고 있으므로 法廷地法을 채택하는 것에 대한 설득력이 약하다는 점, 船舶優先特權은 被擔保債權의 準據法에 의하고 순위는 船舶所在地法으로 하는 것은 被擔保債權의 準據法 所屬國이 인정하고 있는 船舶優先特權이 所在地法에서 인정되지 아니할 경우 순위를 정할 수 없는 어려움이 있다는 점 등을 들고 있다.[206]

Ⅱ. 海上運送契約에 관한 準據法

海上運送이라 함은 해상에서의 선박에 의한 화물 또는 여객의 운송을 말하고, 海上運送契約이라 함은 이러한 海上運送을 인수하는 계약을 말한다.[207] 이러한 海上運送契約에는 통상 船荷證券을 발행하는 個品運送契約, 즉 海上物件運送契約과 傭船契約書로 작성되는 傭船契約이 있다. 이러한 海上運送契約의 準據法에 관해서는 國際私法의 계약에 관한 일반원칙이 적용될 것이나 指定槪念의 法的性質의 차

204) 유류오염손해배상보장법에 따른 制限債權者는 그 制限債權에 관하여 사고선박, 그 屬具 및 수령하지 아니한 運賃에 대하여 優先特權이 있고, 이러한 優先特權은 商法 제861조 제1항 제4호 다음의 순위로 한다(제43조). 동 조항은 船舶優先特權의 準據法이 한국법이라는 전제에서 규정된 것으로 생각되나 사고선박이 한국국적의 선박이 아닌 경우에는 商法이 적용되지 아니하므로 유류오염손해배상보장법을 어떻게 적용할 것인지 문제가 된다.

205) 後者의 견해(折衷說)를 취하는 경우 被擔保債權의 準據法國이 인정하고 있는 船舶優先特權이 所在地法에서 인정되지 아니할 경우 순위를 정할 수 없는 어려움이 있을 수 있다. 반면에 일본의 판례가 船籍國法을 채택하지 아니한 이유(二重船籍 및 船籍國法 확인 곤란)는 외국법이 準據法으로 지정된 경우 항상 발생되는 문제이며 二重船籍의 경우는 그 예가 거의 없으므로 船舶優先特權의 準據法으로 船籍國法을 채택하지 않아야 할 이유가 될 수는 없을 것이다.

206) 石光現, 앞의 책, 347~348쪽.

207) 沈載斗,「海商運送法」(서울 : 吉安社, 1997), 37쪽.

이에 의해 海上物件運送契約과 傭船契約으로 나누어 살펴본다. 다만, 船荷證券에 관한 사항은 船荷證券의 물권적 효력에 대한 準據法과 관련하여 國際私法 제22조의 이동중의 물건에 관한 物權의 得失變更과 연관이 있으므로 독립된 指定槪念으로 살펴보고자 한다.

1. 海上物件運送契約에 관한 準據法

(1) 當事者自治의 原則

海上物件運送契約은 기본적으로 債權契約의 性質을 가지므로 當事者自治의 原則에 의해 準據法을 자유로이 선택할 수 있다(國際私法 제25조). 이에 따르면 당사자가 선택할 수 있는 準據法은 계약과 실질적인 관련이 있는 법에 한정되지 않으며 중립적인 법의 선택도 가능하다.[208] 그리고 당사자간에 明示的 準據法 指定이 있을 때뿐만 아니라 默示的으로 선택한 법도 準據法이 된다. 다만 默示的 選擇이 부당하게 확대되는 것을 방지하기 위하여, 默示的 選擇은 계약내용 그 밖에 모든 사정으로부터 합리적으로 인정될 수 있는 경우로 제한하고 있다(동조 제1항). 이렇듯 當事者自治에 制限을 가하는 것은 명백히 자의적이고 장난에서 비롯된 準據法 選擇의 효력은 인정될 수 없기 때문이다. 다만, 영미에서는 이와 관련하여 전통적으로 "準據法의 選擇은 善意로써(*bona fide*) 한 것이어야 한다"는 취지의 요건을 요구하는 경향이 있으나,[209] 主觀的인 制限을 두지 않는 國際私法의 해석으로는 그런 제한의 부과는 적절하지 않다고 본다.[210][211]

당사자간에 準據法 合意가 이루어진 경우라도 主觀的 準據法과 관련하여 準據法이 될 수 있는 것은 특정국가의 법에 한정되는지, 아니면 國際協約 또는 商人法

---

208) 미국의 統一商法典(UCC) §1-105에 따르면 당사자는 해당 거래와 합리적인 관련을 가지는 州 또는 국가의 법을 선택할 수 있을 뿐이고, 아무런 관련이 없는 중립적인 準據法의 選擇은 허용되지 않는다. 이 문제는 우리나라에서는 이른바 '當事者自治의 양적 제한'의 문제로 논의되었으나, 그러한 관련의 존재를 요구하지 않는 견해가 종래의 통설이다.

209) Vita Foods Products Inc. v. Unus Shipping Co. (1939) A.C. 277.

210) 石光現, 앞의 책, 162쪽.

211) 當事者의 默示的 選擇에 대한 일본의 판례를 살펴보면, 대다수의 경우는 하주측이 積荷의 滅失, 損傷, 引渡의 遲延에 대하여 운송인에게 損害賠償請求를 행하고 운송인측이 免責 또는 責任의 制限을 주장한 사안이다. 이에 대한 사항은 池原季雄・高桑昭・道垣內正人, 前揭論文, 33面 참조.

(lex mecatoria)을 準據規範으로 합의할 수 있는지가 문제된다.

전통적인 國際私法理論에 따르면 契約의 準據法은 어느 국가의 법체계가 되는 것이 당연하였고, 어느 국가의 법이 아닌 법규범의 선택은 準據法의 指定으로서 효력이 없으며, 따라서 그 경우 客觀的 準據法이 계약을 규율한다. 이는 어느 국가의 법만이 당사자들의 권리, 의무와 그의 執行을 위한 救濟手段을 망라적으로 규율할 수 있다는 점을 주된 근거로 한다.[212]

國際私法은 이에 관하여 主觀的 準據法의 경우와 客觀的 準據法의 경우를 용어상 구별한다.[213] 즉, 客觀的 準據法에 관한 제26조 제1항이 "가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다"고 규정하는 것과는 달리 제25조 제1항은 "계약은 당사자가 明示的 또는 默示的으로 선택한 법에 의한다"고 규정한다. 따라서 文面上으로는 客觀的 準據法의 경우는 어느 국가의 법이어야 함이 명백하나, 主觀的 準據法의 경우에는 견해가 나뉠 수 있다. 이는 결국 主觀的 準據法의 선택이 抵觸法的 指定인지 實質法的 指定인지의 여부에 따라 달라질 것이다.[214] 後者의 경우에 해당 계약은 客觀的 準據法의 강행법규에 의한 제한을 받게 될 것이다.[215]

(2) 客觀的 準據法의 決定

당사자에 의한 準據法 指定이 이루어지지 않는 경우에 있어 海上物件運送契約의 준거법 지정에 있어서는 舊 涉外私法에서 채택하였던 行爲地法原則을 버리고 "계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법"을 準據法으로 指定하고 있다(제26조 제1항). 그러나 해당 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가가 어디인가를 밝히는 것이 용이하지 않기 때문에 로마협약과 스위스 國際私法의 경우와 같이 '特徵的 履行 또는 給付(characteristic performance)'를 기초로 하는 推定規定을 두고 있다.

---

212) Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*(Oxford : Clarendon Press, 1999), p.61.

213) 抵觸法的 指定은 債權契約의 당사자가 그 契約의 準據法을 선택하는 것을 말하며, 實質法的 指定은 主觀的 準據法 또는 客觀的 準據法의 적용을 받으면서 그 준거법이 허용하는 범위 안에서 당사자들이 準據法 所屬國이 아닌 다른 국가의 법을 적용하기로 約定하는 것을 말한다.

214) 실무상 抵觸法的 指定과 實質法的 指定의 구별에 있어 문제되었던 사안은 海上積荷保險契約上의 英國法 準據約款과 船荷證券의 最優先約款(paramount clause)이다. 이에 관해서는 船荷證券의 準據法에서 검토한다.

215) 石光現, 앞의 책, 163쪽.

이에 의하면 계약의 특징적 이행을 해야 하는 경우에는 당사자가 자연인인 경우에는 '常居所', 법인 또는 단체인 경우에는 '주된 事務所', 직업상 또는 영업상 계약을 하는 경우에는 '營業所'를 가지는 국가가 해당 계약의 가장 밀접한 관련이 있는 국가로 推定하고 있다(동조 제2항). 그러므로 海上物件運送契約의 경우에는 운송인의 주된 사무소가 있는 국가의 법이 적용될 수 있을 것이다. 이는 海上物件運送契約시에 발행하는 船荷證券上에 통상적으로 기재되는 準據法約款과도 일치한다고 할 수 있다.[216]

이에 반해 이러한 개념과는 상관없이 契約의 履行地를 連結點으로 규정하여 海上物件運送契約에 관한 準據法 規定을 國際私法에 두는 것이 바람직하다는 견해도 있다.[217] 이는 海上物件運送契約에 관한 準據法 決定方法으로 제시되는 契約地法主義, 契約履行地法主義 및 船籍國法主義에 대한 검토 결과,[218] 契約履行地法主義가 가장 합리적이라는 것이다. 즉, 海上運送契約의 효력으로서의 運送人의 堪航能力注意義務는 발항당시를 기준으로 하고 있다는 점(商法 제787조)과 海上運送契約의 이행은 운송선박의 船積地와는 관계가 없다는 점을 고려하여 契約履行地法主義가 타당하다는 견해이다. 하지만 國際私法上 契約에 관한 일반원칙으로 해석이 가능하므로 굳이 규정할 필요는 없다고 본다.

2. 傭船契約에 관한 準據法

傭船契約이란 다량의 화물을 운송하기 위하여 선박의 전부 또는 일부를 운송에 제공할 경우에 체결하는 運送契約이다. 傭船契約에는 運送契約의 성질을 갖고 있는 航海傭船契約과 定期傭船契約이 있으며, 運送契約의 성질을 갖고 있지 않은 裸傭船契約[219]이 있다. 航海傭船契約과 定期傭船契約은 선박소유자가 선박을 관리, 운항하면서 傭船者에게 선박의 운송서비스를 제공하여 주는 것이다. 傭船者는 용선한 선박에 있어 자기 명의로 海上運送人이 되는 것이 가능하며, 제3자와 運送契約 또는 傭船契約을 체결하는 것도 가능하다.[220]

---

216) 대부분의 船荷證券에서는 準據法約款이 있으며, 통상적으로 船荷證券을 발행하는 운송인의 營業上 主事務所가 있는 국가의 법을 準據法으로 指定하고 있다.
217) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 21쪽.
218) 학설에 대한 검토는 山戶嘉一, 前揭書, 171面 이하 참조.
219) 裸傭船契約은 船舶 賃貸借契約이므로 여기에서는 논의의 대상에서 제외한다.
220) 傭船契約에 관한 내용은 沈載斗, 앞의 책, 141쪽 이하 참조.

傭船契約은 현재 해상운송에 있어서 중요한 역할을 하고 있지만, 특히 定期傭船契約에 대해서 각국의 實體法이 不備한 상태이다. 이러한 상황을 보완하기 위하여 標準契約書式[221]이 발달하면서 광범위하게 사용되고 있다. 傭船契約에서는 이러한 標準傭船契約書의 이용으로 인해 계약내용의 통일화가 이루어지면서 실무상 準據法 指定에 관한 분쟁은 많이 경감하였지만 완전히 해소되었다고 할 수는 없다.[222]

傭船契約에 대해서는 海上物件運送契約에서와 같이 國際私法에서 규정한 계약에 관한 일반원칙에 따라 準據法을 결정한다. 즉, 당사자에 의한 準據法의 明示的 指定이 있으면 그에 의한다. 傭船契約은 標準傭船契約書를 이용하지만, 계약당사자는 대부분 국제거래에 관련된 기업이므로 계약을 체결할 때는 동등한 입장에서 標準傭船契約書를 수정하고 보충하는 것이 일반적이다. 그러므로 傭船契約의 準據法에 관한 당사자의 의사는 개개의 계약을 둘러싼 모든 요소에 따라 판단하게 된다.[223]

Ⅲ. 船荷證券에 관한 準據法

이동중에 있는 물건에 관하여 所有權의 移轉 또는 質權, 기타 擔保權의 설정과 같은 處分이 이루어진 경우에 어느 곳의 법률에 의하여야 할 것인지 문제가 된다. 이동중에 있는 물건의 경우 물건의 所在地가 밀접한 連結點이라고 하기 어렵고, 所在地法主義를 관철할 경우 連結點이 계속 변경되어 법적안정성이 저해되므로 운송수단의 경우와 마찬가지로 物權의 得失 變更을 하나의 고정된 장소에 연결할 필요가 있다. 이에 國際私法은 제22조에 이동중의 물건에 관한 物權의 得失 變更은 그 目的地法에 의하도록 규정하고 있다.[224] 하지만 海上物件運送契約에 주로 사용

---

221) 傭船契約에 있어 많이 이용되는 표준서식으로 航海傭船契約에 관하여서는 젠콘 서식(GENCON form)이, 定期傭船契約에 관하여서는 볼타임 서식(Baltime form), 뉴욕프로듀스서식(NYPE form)이 있다. 이러한 標準契約書式에는 準據法約款이 있는 경우가 많지만(젠콘 서식 등), 仲裁約款만 있고 準據法約款은 없는 경우도 있다(볼타임, 뉴욕프로듀스 서식 등).

222) 예를 들면 定期傭船契約에서 傭船料의 지급기일이 지급지의 공휴일에 해당하는 경우에 傭船料는 지급기일 이후 지급되어도 좋은지 또는 지급기일 이전까지 지급되어야 하는지에 대하여 約定이 없는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 문제에 대하여 傭船契約의 準據法에 의해 해결될 수 있다. 예와 같은 경우에 있어 미국은 前者의 입장이며, 영국의 後者의 입장이다.

223) 池原季雄・高桑昭・道垣內正人, 前揭論文, 31面.

224) 이동중인 또는 운송중인 물건에 대한 處分은 目的物의 移動 또는 운송의 종료와 더불어 현실적인 효과를 발생하므로 그와 관련하여 물건이 향하고 있는 목적지가 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 판단되어 이동중의 물건에 관한 物權의 得失變更에 대하여

되는 船荷證券과 같은 물건에 관한 권리를 表彰하는 證券이 발행된 경우에 있어 國際私法에서는 명문의 규정을 두지 않고 있다.[225]

이러한 船荷證券에 대하여 우리 商法에서는 아무런 정의규정을 두고 있지 않으나,[226] 일반적으로 船荷證券이라 함은 "海上物件運送契約에 기초하는 운송물의 수령 또는 선적을 증명하고, 이를 운송하여 揚陸港에서 그 실제소지인에게 증권과 상환으로 운송물을 인도할 것을 約定하는 有價證券"이라고 설명되고 있다.[227][228][229]

여기에서 船荷證券은 運送物引渡請求權을 표창하는 有價證券으로서 船荷證券 所持人과 운송인간의 권리, 의무를 파악함에 있어 중요한 의미를 가지는데 이는 船荷證券의 債權的 效力의 문제이며, 또한 船荷證券은 운송물에 대한 所有權의 讓渡

目的地法에 의하도록 하였으며, 목적물이 여러 장소를 경유하는 경우에는 最終 目的地의 법을 기준으로 판단하여야 할 것이다(法務部, 앞의 책, 81쪽).

225) 이에 대해서는 개정 논의과정에서 명문의 규정을 두는 것을 검토하였으나 논란이 있어 결국 규정을 두지 않기로 하였다(法務部, 앞의 책, 82쪽).

226) 헤이그비스비규칙과 영국 海上物件運送法에서도 정의규정을 두지 않고 있다.

227) 宋相現・金炫, 앞의 책, 250~251쪽; 崔基元, 앞의 책, 225쪽; 朴容燮, 앞의 책, 512쪽; 李基秀, 앞의 책, 468쪽.

228) 1978년 유엔해상물건운송협약(일명 '함부르크규칙') 제1조 제7항에서는 "船荷證券이라 함은 海上運送契約 및 운송인에 의한 물건의 受領 또는 船積을 증명하는 證券으로서, 운송인이 그 증권과 상환으로 물건을 인도할 것을 約定한 證券을 말한다. 물건을 지정한 사람의 指示人 또는 被背書人 또는 所持人에게 인도하여야 한다는 증권상의 규정은 그러한 이행으로 해석한다"라고 규정하여 船荷證券은 운송인이 그 증권의 정당한 소지인에게 증권과 상환으로 해당 화물을 인도할 것을 約定한 有價證券이라고 보고 있다.
또한 국제상업회의소(ICC)의 "무역거래조건의 해석에 관한 국제규칙"(Incoterms)에 규정된 船荷證券의 정의는 "이 규칙에서 사용되는 船荷證券이라 함은 船積船荷證券(shipped B/L)이며, 운송인 또는 그의 대리인에 의하여 발행되어야 한다. 그리고 船荷證券은 본선에 계약물건을 인도하였다는 증명일 뿐만 아니라, 運送契約의 證據書類이다"라고 하고 있다.

229) 그 기능적 측면에서 볼 때 船荷證券이라 함은, 첫째 海上運送人이 送荷人으로부터 화물을 수령 또는 선적한 이후 送荷人의 청구에 의하여 발행하는 증권으로서 선적된 물건의 貨物受領證이며, 둘째 일반적으로 貨物運送契約은 船荷證券이 발행되기 전에 체결되므로 계약 그 자체는 아니지만 運送契約의 유력한 證據가 되고, 셋째 일반적으로 船荷證券이 없으면 운송물을 인도 받을 수 없는 權原證券이라고 말할 수 있다. The Ardennes(Owner of Cargo) v. The Ardennes(Owners) (1951) 1 K.B. 55 cited in E.R. Hardy Ivamy, *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea, 12th ed.*(London : Butterworth, 1985), p.71; Paul Todd, *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, 2nd ed.*(London/ NewYork/ Hamburg/Hongkong : Lloyd's of London Press Ltd, 1993), pp.88~89; 沈載斗, 앞의 책, 241~242쪽.

또는 擔保權의 設定 및 讓渡 手段으로서 중요한 의미를 가지는데 이는 船荷證券의 物權的 效力이라 한다. 이에 따라 船荷證券의 효력에 대하여 債權的 效力과 物權的 效力으로 나누어 살펴본다.

1. 船荷證券上의 準據法約款과 最優先約款

船荷證券의 準據法은 海上運送契約의 準據法과 마찬가지로 명시적 또는 묵시적으로 지정될 수 있는데 한국 해운선사들이 발행하는 船荷證券은 대체로 準據法約款을 두고 있으므로 船荷證券의 準據法 決定은 통상 문제되지 않으나, 最優先約款과 관련하여 最優先約款이 船荷證券의 準據法을 정한 것인지, 아니면 船荷證券의 내용에 헤이그규칙 또는 헤이그비스비규칙을 편입한 것인지가 문제된다. 이는 最優先約款과 準據法約款의 관계에 대한 문제이며, 最優先約款의 법적성질이 抵觸法的 指定인지, 實質法的 指定인지의 문제가 되는 것이다.[230]

抵觸法的 指定의 경우, 당사자가 準據法을 선택하지 않았다면 準據法으로 될 客觀的 準據法의 단순한 강행법규의 적용이 배제되는데 반하여, 實質法的 指定은 당사자들이 계약의 내용을 구체적으로 규정하는 대신, 특정 외국법을 指定 내지는 언급함으로써 同法을 계약의 내용으로 編入하는 것을 말한다. 따라서 客觀的 準據法의 강행법규에 의한 제한을 받는다는 점에서 차이가 있다.[231]

最優先約款은 船荷證券의 다른 조건에도 불구하고 船荷證券에 따른 법률관계에 헤이그비스비규칙이 직접 적용된다고 규정하거나, 또는 특정국가에서 적용되는 헤이그비스비규칙이 적용된다는 취지의 조항인데, 이는 헤이그비스비규칙의 비체약국 법원이 운송인이 船荷證券의 裏面約款에 기초하여 그의 면책을 주장하는 것을 금지하도록 함으로서 동 규칙의 실효성을 확보하기 위한 것이다.[232]

最優先約款의 法的性質에 관하여 일본에서는 實質法的 指定으로 보는 견해와 抵觸法的 指定으로 보는 견해가 있다. 특히 後者는 船荷證券의 準據法이 별도로 지정된 경우에 最優先約款은 準據法을 分割한 것으로 보는데[233] 그 경우 準據法과

---

230) 石光現,「國際私法과 國際訴訟 第2卷」(서울 : 博英社, 2001), 85쪽.
231) 石光現, 앞의 책(註 18), 167쪽.
232) 野村美明, “至上約款と實質法的指定”,「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎・妹場準一 編(東京 : 有斐閣, 1994), 130面.
233) 高桑昭, “實質法的指定と抵觸法的指定 : 至上約款”,「涉外判例百選(第三版)」別冊ジュリスト 第133號(1995. 5), 78面.

最優先約款이 규율하는 범위가 문제되는바, '契約의 成立, 方式 및 效力' 등 일반적 문제에 대해서는 準據法約款에 기재된 법률을, '運送人의 責任이나 義務의 制限'에 대하여는 最優先約款에 기재된 법률을 각각 分割指定한 것으로 보아야 한다고 한다.[234]

이에 대하여 準據法約款과 最優先約款이 병존하는 경우에 있어 最優先約款의 법적성질에 대해서 國際私法의 해석으로는 특정국가의 법만이 準據法이 될 수 있다고 할 것이므로 첫째, 헤이그비스비규칙이 직접 적용된다고 규정하는 경우에는 實質法的 指定으로 보고, 둘째, 헤이그비스비규칙을 立法化한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하는 경우에는 그것이 해당 국가법의 적용요건을 구비한 때에는 抵觸法的 部分指定으로 보며, 셋째, 헤이그비스비규칙을 입법화한 특정국가의 법이 적용된다고 규정하더라도 그것이 해당 국가법의 적용요건을 구비하지 못한 때에는 實質法的 規定으로 본다는 견해가 있다.[235]

타당한 견해라고 생각한다. 왜냐하면 우리나라 대법원 판결[236]에 의하면 海上積荷保險契約에 있어 영국법 準據約款에 대하여 保險契約의 성립 여부에 관하여 한국법이 적용되어야 한다는 취지로 判示하여 部分指定을 명시적으로 허용하고 있으므로 準據法約款과 最優先約款에 의하여 船荷證券의 準據法이 복수로 지정될 수 있음을 의미하기 때문이다.

---

234) 平塚眞, "船荷證券",「涉外判例百選(第三版)」ジュリスト(別冊), 第133號(1995. 5), 82~83面.

235) 본 견해는 石光現 교수가 Mankowski, Peter, Seerechtliche Vertragsvehaltnisse im Internationalen Privatrecht(1995), S. 199~231의 견해를 참조하여 제시한 것이다(石光現, 앞의 책(註 230), 87쪽).

236) 1998. 7. 14. 선고 96다39707 판결에서는 海上積荷保險證券上 "이 保險證券에 포함되어 있거나 또는 이 保險證券에 첨부되는 어떠한 반대되는 규정이 있음에도 불구하고, 이 보험은 일체의 塡補請求 및 결제에 관해서 영국의 法律과 慣習에만 의한다(Notwithstanding anything contained herein or attached hereto to the contrary, this insurance is understood and agreed to be subject to English law and practice only as to liability for and settlement of any and all claims)."라는 영국법 準據約款은 保險契約의 보험목적물이 무엇인지 여부에 관한 사항, 즉 保險契約의 성립 여부에 관한 사항에까지 영국의 법률과 실무에 따르기로 하기로 한 것으로는 볼 수 없으므로, 이와 같은 사항에는 우리나라의 법률이 적용되어야 한다고 判示하였다. 즉, 이 판결은 종래 계약의 성립 및 효력과 같은 이른바 '契約의 實質'은 단일한 準據法에 의하여 규율된다는 '準據法 單一의 原則'이 있었는데 準據法의 分列을 인정하는 '部分指定說'의 입장을 취하고 있다. 이는 국제적 경향이기도 하고 國際私法 제25조 제2항에 명시적으로 허용하고 있다.

2. 船荷證券의 債權的·物權的 效力에 대한 準據法

(1) 船荷證券의 債權的 效力에 대한 準據法

船荷證券의 채권적 효력은 運送物引渡請求權을 표창하는 有價證券으로서의 船荷證券의 적법한 소지인과 운송인간의 債權的인 效力을 말한다. 즉, 船荷證券에는 證券所持人과 운송인 사이에 채권관계로서 證券所持人이 운송인에 대하여 운송계약의 債務履行을 청구하고 나아가 損害賠償을 청구할 수 있는 법률관계의 존재를 인정하는 효력이 있다. 이에 대해서는 運送契約에 의하여 발생하는 법률관계이기 때문에 運送契約의 準據法에 의하여야 한다.[237] 다시 말하면, 船荷證券은 運送契約에 의거하여 作成(商法 제814조)·交付(商法 제813조)되는 증권이기 때문에 그 作成(商法 제814조 제1항)이나 交付義務(商法 제813조 제1항) 및 有效性(商法 제814조의2)에 대해서는 運送契約의 準據法에 의하여야 한다. 그렇지만 船荷證券의 형식적 유효성, 즉 방식은 법률행위의 방식에 관한 國際私法 제17조에 따라 法律行爲의 準據法 또는 行爲地法에 따른다. 法律行爲의 準據法은 運送契約의 準據法을 말하고, 行爲地法은 船荷證券의 發行地法을 말한다.

(2) 船荷證券의 物權的 效力에 대한 準據法

船荷證券의 물권적 효력이란 船荷證券이 운송물상의 擔保權의 設定 또는 移轉에 대하여 갖는 효력을 의미한다.[238] 다시 말해서 商法에서는 貨物相換證에 의하여 운송물을 받을 수 있는 자에게 貨物相換證을 교부한 때에는 운송물 위에 행사하는

237) 이에 대하여 船荷證券의 準據法에 의해야 한다는 견해가 있다(石光現, 앞의 책(註230), 89~90쪽). 즉, 船荷證券의 準據法과 運送契約의 準據法이 일치하는 것이 바람직하지만 양자가 반드시 일치하는 것은 아니라는 점을 들어 船荷證券의 準據法에 의해야 한다는 것이다. 만일 양자가 상이한 경우에는 運送契約 當事者들의 법률관계는 運送契約에 의하여 규율되므로, 그들간의 법률관계는 運送契約의 準據法에 의하여야 한다고 한다. 하지만 船荷證券의 일반적 정의에 비추어 볼 때 '海上物件運送契約에 대한 증서이며, 운송인이 화물을 인수 또는 선적하였음을 증명하는 서류'이므로 당사자간의 運送契約에 기초한 것이라 보는 것이 타당하므로 運送契約의 準據法이 되어야할 것이다(同旨 池原季雄·高桑昭·道垣內正人, "わが國における海事國際私法の現況",「海法會誌復刊」第30號(1986), 35~36面).

238) 船荷證券의 채권적 효력 및 물권적 효력에 대해서는 李基秀, 앞의 책, 474~479쪽; 崔基元, 앞의 책, 246~256쪽; 林錫珉,「船荷證券論」(서울 : 두남, 2000), 56~68쪽 참조.

권리(所有權·質權 등)의 취득에 관하여 운송물을 인도한 것과 동일한 효력이 있다고 규정하고(제133조), 이 규정을 船荷證券에 준용하고 있는데(제820조), 이것을 船荷證券의 物權的 效力이라 한다.

船荷證券의 물권적 효력은 통상 '이동중의 물건'의 물권변동의 문제로 논의되는데 이동중의 물건의 처분에 관하여는 우선 船荷證券이 발행되지 않은 경우를 검토하고 그와 대비하여 船荷證券이 발행된 경우를 논의하는 것이 일반적이다. 물건의 물권법적인 문제는 物件所在地의 法에 의하는 것이 國際私法의 원칙이나 이동중의 물건의 경우 처분행위시의 목적물의 소재지는 알 수 없거나 알 수 있더라도 우연적인 의미를 가지는데 불과하기 때문에 이 원칙을 적용할 수 없다는 점에서 문제가 있다.[239]

船荷證券이 발행되지 않은 해상운송에 있어서 이동중의 물건에 대한 物權變動은 目的地法에 따른다는 견해가 유력한데, 이는 그 경우 운송물이 선적항을 출발함으로써 運送物과 船積港과의 관계는 일단 단절되었다고 보고, 목적지는 운송물의 장래의 소재지로서 해당 물권관계와 가장 밀접한 관련을 가지기 때문이라고 할 수 있다.[240]

船荷證券이 발행되고 그에 의하여 이동중의 물건이 處分되는 경우의 準據法, 즉 船荷證券의 物權的 效力의 準據法에 관하여는 일본에서는 證券所在地法[241] 또는 目的地法[242]에 의할 것이라는 견해 등이 있다. 船荷證券이 발행된 경우에도 예외적으로 船荷證券에 의하지 않고 운송물이 처분될 수 있고 목적지와 운송물의 밀접한 관계를 고려한다면 目的地法에 의하는 것이 적절하다는 견해가 일본의 多數說이다.[243] 이에 대하여 證券所在地法에 의하면 증권의 讓受人이 目的地法을 확인하는 것이 반드시 쉽지는 않으며 목적지는 중도에 변경될 수 있으므로 적절하지 않다는 비판이 있다.[244]

이를 비교해 보면 證券所在地法에 의한다는 견해는 해당 船荷證券이 無記名證券

---

239) 石光現, 앞의 책(註 230), 91쪽.

240) 이는 國際私法 제22조의 "이동중의 물건에 관한 物權의 得失變更은 그 目的地法에 의한다"라고 규정한 취지이기도 하다.

241) 山田鐐一, 前揭書, 279面.

242) 平塚眞, "船荷證券",「涉外判例百選(第三版)」ジュリスト(別冊), 第133號(1995. 5), 82面..

243) 櫻田嘉章, "物權準據法の適用範圍",「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎·妹場準一 編(東京 : 有斐閣, 1994), 115面; 池原季雄·高桑昭·道垣內正人, 前揭論文, 37面.

244) 折茂豊,「國際私法 (各論)」新版(東京: 有斐閣, 1972), 92面; 山田鐐一, 前揭書, 279面.

인가의 여부에 관계없이 證券所在地法에 의한다고 보는 것이다. 반면에, 目的地法에 의한다는 견해는 船荷證券의 경우에는 물건에 대한 處分이 증권에 의해 이루어지더라도 이는 물건 자체를 화체하는 것이 아니라, 물건에 대한 返還請求權만을 화체하므로 물건에 대한 처분은 물건의 處分에 관한 合意와, 그에 추가하여 占有의 移轉 手段으로서 船荷證券을 교부하는 것이기 때문이라 한다.[245] 이에 관해서는 좀더 심도있는 연구가 필요하겠지만 後者의 입장이 좀더 타당하리라 본다.

3. 船荷證券의 紛失에 관한 準據法

국내해상운송과 관련하여 準據法을 한국법으로 하여 발행된 船荷證券 所持人이 船荷證券을 紛失한 경우에 법적으로는 公示催告節次와 除權判決에 의하여 船荷證券을 무효화시키고 운송인에게 운송물의 인도를 요청할 수 있을 것이다(商法 제65조, 民法 제521조, 民事訴訟法 제492조). 물론 실무상으로는 船荷證券을 분실한 자는 은행과 함께 작성한 보증서를 운송인에게 제출하고 운송물을 인도받고자 할 것이고 불편한 除權判決節次를 피하려고 할 것이다.

그러나 국제해상운송과 관련하여 발행된 船荷證券을 분실한 소지인이 船荷證券의 除權判決을 신청할 수 있는지가 문제이다. 이는 國際私法上 "환어음, 약속어음 및 수표의 상실 또는 도난의 경우에 행하여야 하는 절차는 支給地法에 의한다"라고 규정하면서도(제58조), 船荷證券 기타 有價證券에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 국제적으로 유통되는 有價證券과 관련한 除權判決의 문제점으로는 除權判決을 선고할 수 있는 管轄法院, 除權判決의 可否를 규율하는 準據法과 어느 국가의 법원에서 선고한 除權判決이 외국에서 승인될 수 있는가의 여부를 들 수 있다.[246]

이에 관하여 일본에서는 이러한 절차는 船荷證券의 權利行使 내지는 義務履行의 방법에 관한 것이기 때문에 이해관계인의 편의, 절차의 실효성 등을 고려하여 권리의 행사지가 가장 밀접한 관계를 가진다고 한다.[247] 즉, 船荷證券에 있어 운송물의 揚陸地가 될 것이다. 그리고 그 準據法에 대해서는 권리의무가 행사되는 지역과 가장 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 증권상의 義務履行地法, 즉 揚陸地法

245) 石光現, 앞의 책(註 18), 145~146쪽.
246) 石光現, 앞의 책(註 230), 102쪽.
247) 池原季雄・高桑昭・道垣內正人, 前揭論文, 37面.

에 의한다고 한다.[248] 그러나 영미법은 除權判決制度를 알지 못하며, 외국에 있는 권리자가 다른 국가에서 행해지는 公示催告를 알고 公示催告法院에 자신의 권리를 신고하기를 기대하기는 어려우므로, 특정 국가에서의 公示催告節次와 그에 기초한 除權判決에 의해 국제적으로 유통되는 有價證券을 무효화하는 것이 정책적으로 바람직한가는 다소 의문이다.[249]

하지만 우리의 현행 법제가 除權判決制度를 가지고 있으므로 제한적인 범위내에서 除權判決을 선고할 가능성은 인정할 수 있을 것이다. 이 경우 國內海上運送契約에서는 우리 법원에서의 除權判決이 가능할 것이지만, 國際海上運送契約에서 영국법을 準據法으로 하는 船荷證券이 발행되고 揚陸港이 한국인 경우 우리 법원에서 除權判決이 가능한가의 여부로 견해를 나눌 수 있겠다.[250] 즉, 有價證券에 화체된 권리와 증권의 결합은 화체된 권리의 準據法에 의할 것이므로 除權判決의 可否는 그러한 권리의 準據法에 의할 것이라는 견해와 有價證券 紛失의 경우 권리행사를 위하여 公示催告, 除權判決을 요하는가의 여부는 권리행사 내지는 의무이행의 방법의 문제이므로 증권상의 義務履行地의 法에 의할 것이라는 견해 등이 가능할 것이다.[251]

Ⅳ. 私見

이제까지 海商法上 海事債權에 관한 指定槪念과 그 準據法에 대하여 살펴보았다. 이에 대한 필자의 견해를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 船舶優先特權의 準據法에 있어 便宜置籍이라는 문제가 있지만 船籍國法主義가 타당해 보인다. 이에 관한 입법주의를 보면, 法廷地法主義, 被擔保債權의 準據法主義, 船籍國法主義, 折衷主義(成立은 被擔保債權의 準據法, 順位는 船舶所在地法) 등이 있다. 이 가운데 法廷地法主義는 실행상의 절차가 선박의 현재지의 법률, 즉 法廷地法에 따르지 않을 수 없는 점과 내외국선의 평등의 원칙을 고려하면 합

248) 池原季雄, “船荷證券の公示催告手續の民事裁判管轄權”,「海事判例百選」,ジュリスト 別冊 第15號(東京 : 有斐閣, 1967), 204面.
249) 石光現, 앞의 책(註 230), 102쪽.
250) 일본 판례의 입장은 이러한 절차의 裁判管轄權에 대하여 일본에서 발행되어 외국에 양륙항이 있는 船荷證券에 대해서도, 외국에서 발행되어 일본에 양륙항이 있는 船荷證券에 대해서도 일본에 裁判管轄權이 있다고 하며, 準據法으로서 일본법을 적용하고 있다(池原季雄・高桑昭・道垣內正人, 前揭論文, 37面).
251) 石光現, 앞의 책(註 230), 103쪽.

리적이며, 많은 선박이 세무나 행정 등의 편의를 위하여 자신소유의 선박을 便宜置籍하는 현실을 감안하면 타당하다고 할 수 있다.[252] 그러나 이에 대하여는 이해관계인이 자기에게 유리한 곳에서 선박을 押留하기 위하여 寄港시키는 일이 가능하다는 폐단이 지적된다.[253]

被擔保債權의 準據法主義는 被擔保債權에 적용되는 법률에 의하여 船舶優先特權의 성립 기타를 정한다는 것이다. 그러나 被擔保債權의 準據法에 의하면 船舶優先特權이 인정되는 경우에도 해당 선박의 船籍國法에 의하면 이를 부인하는 경우에는 제3자에 대한 物權的 效力을 인정할 수 없게 된다고 하는 문제가 생기게 된다.[254]

折衷主義는 독일과 같이 成立은 被擔保債權의 準據法에, 順位는 船舶의 所在地法에 의하자는 입법주의이다. 하지만 被擔保債權의 準據法 所屬國이 인정하고 있는 船舶優先特權이 선박의 所在地法에서 인정되지 아니하면 순위를 정할 수 없는 어려움이 있다고 하여 國際私法은 船籍國法主義를 채택하고 있다.[255] 그러나 船籍國法主義는 公海上에서 선박충돌의 경우 어느 일방국가는 船舶優先特權을 인정하고 타방당사국은 인정하지 않은 때에는 어느 船籍國法을 적용하는가 하는 문제가 생길 수 있으며, 便宜置籍으로 인한 船籍國과 實際所有國과의 상당한 괴리가 있을 수 있다.[256]

하지만 결국 선박 물권관계를 하나의 법에 연결하는 점에서 선박에 관한 각종 物權의 발생, 效力 및 優先順位 등을 일관된 원칙하에 규율할 수 있다는 점, 종래 실무상 어느 정도 정착된 것으로 보이는 점 등을 고려한다면 모든 입법주의가 일장일단이 있지만 그래도 船籍國法主義가 타당한 것으로 본다. 그리고 便宜置籍에 의한 船籍國과 實際所有國과의 괴리는 船籍國法을 準據法으로 하는 모든 입법주의가 공통적으로 가지고 있는 문제점인데, 이는 國際私法 제8조에서 규정하는 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법으로의 지정에서 타당한 連結點을 찾을 수 있으리라 생각된다. 그리고 船舶優先特權의 準據法이 船籍國法이라고 보더라도 한국에서

---

252) 丁海德, 앞의 논문, 5~6쪽. 같은 趣旨로 兪奇濬, "各國의 船舶優先特權",「船舶執行의 諸問題」, 釜山地方法院(1999), 158쪽; 徐英華, "外國船舶執行에 있어서의 問題點",「船舶執行의 諸問題」, 釜山地方法院(1999), 196~198쪽.

253) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 31쪽.

254) 위의 논문, 31쪽.

255) 法務部, 앞의 책, 188쪽.

256) 丁海德, 앞의 논문, 5~6쪽; 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 32쪽.

그의 집행이 문제되는 경우 그 절차는 法廷地法인 우리 법에 따른다. 이는 國際私法 내지 國際民事節次法上 '節次는 法廷地法에 따른다'는 원칙이 확립되어 있기 때문이다.[257]

둘째, 海上運送契約에 관한 準據法은 國際私法의 契約에 관한 일반원칙을 적용하여 해석하는 것이 타당하리라 생각한다. 본 논문에서는 海上運送契約의 성질구분에 따라 海上物件運送契約과 傭船契約으로 나누어 살펴보았으며, 船荷證券에 관해서는 독립된 指定槪念으로 살펴보았다. 이와 관련하여 海上運送契約에 관하여 별도의 규정을 國際私法에 두자는 견해가 있었으나, 海上運送契約에 있어서는 일단 當事者自治의 原則이 인정되고 있으므로 일반적으로 海上運送契約에서 사용되고 있는 標準契約書式에 準據法約款이 있는 경우에는 이 범위내에서 國際私法의 抵觸規定의 필요성이 없다고 보여진다. 當事者의 合意에 의한 準據法 指定이 없는 경우에 대한 客觀的 準據法의 指定에 있어서도 운송인의 주된 사무소가 있는 국가의 법이 적용될 수 있을 것이다. 즉, 이는 海上物件運送契約시에 발행하는 船荷證券상에 통상적으로 기재되는 準據法約款과 일치하므로 海上運送契約에 관하여는 계약에 관한 國際私法의 일반원칙의 적용으로도 충분하리라 본다.

셋째, 船荷證券에 관한 準據法에 있어서 船荷證券의 最優先約款에 관한 법적성질은 그것이 예컨대 헤이그규칙을 직접 적용하는 경우와 헤이그규칙을 국내법화한 입법을 적용하더라도 해당 국내법의 적용요건을 구비하지 못한 경우에는 實質法的 指定으로 보는 견해가 타당하리라 본다.

그리고 國際私法은 이동중의 물건에 관한 物權의 得失 變更에 대해서는 그 目的地法에 의하도록 규정하고 있지만 海上物件運送에 주로 사용되는 船荷證券과 같은 물건에 관한 권리를 表彰하는 證券이 발행된 경우에 있어 명문의 규정을 두고 있지 않아 논란이 있다. 이 경우, 船荷證券이 발행되지 않은 海上運送에 있어서 이동중의 물건에 대한 物權變動은 운송물이 선적항을 출발함으로써 운송물과 선적항과의 관계는 단절되었다고 보고 目的地는 운송물의 장래 所在地로 해당 물권관계와 가장 밀접한 관련이 있다는 目的地法이 유력하며 타당하리라 본다.

---

257) 대법원 1994.6.28. 선고 93마1474 판결은 "涉外私法 제44조 제4호에 따라 海上優先特權에 의하여 擔保된 債權의 種類와 特權의 順位는 船籍國法에 의해 결정할 것이지만, 그러한 海上優先特權이 우리나라에서 실행되는 경우에는 그 실행방법은 우리나라의 節次法에 의하여 규율되어야 한다. … 債權者가 위 나라의 海上優先特權에 기하여 債務名義 없이도 押留할 수 있는지의 여부는 우리나라의 법률에 의하여 결정해야 한다"고 判示함으로써 擔保權의 실행방법은 節次의 문제임을 분명히 하였다.

船荷證券이 발행되고 이동중의 물건이 處分되는 경우의 準據法에 있어서는 證券所在地法과 目的地法이 대립하고 있으나, 船荷證券이 발행된 경우에도 예외적으로 船荷證券에 의하지 않고 운송물이 處分될 수 있고 목적지와 운송물의 밀접한 관계를 고려한다면 目的地法에 의하는 것이 적절하다는 견해가 타당하리라 본다.

第3節 海上危險에 관한 準據法

Ⅰ. 共同海損에 관한 準據法

共同海損이란 선장이 선박과 적하의 共同危險을 면하기 위하여 선박 또는 적하를 처분함으로써 생긴 損害 또는 費用을 말한다(商法 제832조). 이 손해는 이로 인하여 위험을 면한 선박 또는 적하의 소유자 등 利害關係人이 분담하게 되어 있다(同法 제833조). 이는 海上危險을 극복하기 위하여 선박 또는 적하에 손해를 스스로 야기한 당사자는 해상기업관련자 모두에게 이익이 생기게 하였으므로, 이들 관련자로부터 피해자의 손해를 분담케 하는 것이 공평하다는 이념에서 기원한 제도이다.[258)259)]

共同海損의 法的性質은 실정법상의 문제이므로 共同海損制度의 근거에 관한 기본이념과 구별하여야 한다. 종래 共同海損의 기본이념에 관한 학설에 의하여 共同海損의 법적성질을 事務管理, 不當利得, 共同代理 등의 민법상 법률개념으로 이해하고자 하는 학설이 있었으나 오늘날 共同海損은 해상법상의 특수한 법률요건으로써 하나의 事件인 성질을 갖는 것이라고 하는 설이 통설이다.[260)] 통설에 의하면 共

---

258) 共同海損의 基本槪念에 관하여는 Ernest W. Congdon, *General average : Principles and Practice in the United States of America, 2nd ed.*(New York : Edward W. Sweetman, 1952), pp.1~28; 金炫, "共同海損에 관한 比較法的 考察",「韓國海運學會誌」第14卷 第1號, 韓國海運學會(1992. 12), 278쪽 이하 참조.

259) 共同海損制度의 연혁 및 역사적 배경에 관해서는 John Donaldson, C. S. Staughton, and D. J. Wilson, *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules, 10th ed. British Shipping Laws Vol. 7*(London : Stevens & Sons, 1975), pp.3~18;; 許祥洙, "共同海損",「海商·保險法에 관한 諸問題」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9), 599쪽 이하; 盧田九,「共同海損論」(서울 : 保險硏修院, 1997), 3~7쪽 참조.

260) 朴容燮, 앞의 책, 741쪽; 宋相現·金炫, 앞의 책, 495쪽; 崔基元, 앞의 책, 273쪽; 李基秀, 앞의 책, 497쪽.

同海損은 해상법이 예정하고 있는 하나의 法律要件으로서 이 요건을 충족하는 때에 당연히 법률상의 특정한 효과가 발생한다고 보게 된다.

1. 요크-앤트워프規則에 의한 實質的 統一

요크-앤트워프규칙의 성립과정[261]을 간단히 살펴보면 각국의 共同海損에 관한 법률이 달라서 많은 문제점이 발생하게 되자 이를 해결하기 위한 國際的 共同規則의 제정 필요성이 증가하게 되었다. 이에 1864년 요크시에서 개최된 제3차 國際共同海損會議에서 전문 11개조의 요크규칙(York Rules)이 최초로 작성되어 세계적 통일규칙의 기초가 되었으나 强行法律로서의 성질을 갖지 못하고 勸告的 規定으로서 각종 海運約款에 삽입되어 사용하도록 하는 정도의 효력밖에 없었다. 그 후 1877년 앤트워프에서 개최된 회의에서 1864년 요크규칙을 심사하여 새로운 앤트워프규칙이 제정되었고 이를 요크-앤트워프규칙이라 부르게 되었다. 동 규칙은 다시 1890년 영국 리버풀에서 개최된 國際法改正協會의 회의에서 영국의 海損精算人協會가 제출한 改正草案을 토의한 결과 18개조의 규칙을 채택하여 이른바 1890년의 요크-앤트워프규칙이 성립되어 전세계적으로 통용되었다.

그러나 해운산업의 구조적 변천이 격심한 19세기말에 이 규칙은 통일적·논리적 원리를 근거로 하지 않은 점이 결점으로 지적되었고, 20세기초에 이르러 범선이 점차 줄어드는 대신 기선이 증가하고 연료를 중유로 사용하는 선박이 출현하게 되어 위 1890년의 요크-앤트워프규칙으로서 해운산업의 발달과 보조를 맞추지 못하게 되었으므로 다시 개정운동이 일어나게 되었다. 이에 따라 1924년 9월 스톡홀름에서 열린 제33차 國際法協會 會議에서 위 1890년 규칙을 修正, 繼受하여 원칙적 正義規定인 文字規定(lettered rules)과 실무적인 문제점을 취급한 숫자규정(numbered rules)을 포함한 수정안을 통과시켰다. 그 후 1949년 9월 암스테르담회의와 1974년 4월 함부르크회의 및 1990년에 약간의 개정을 거치며, 1994년 요크-앤트워프규칙[262]이 성립하였다.

---

261) N. Geoffrey Hudson, *The York-Antwerp Rules : The Principles and Practice of General Average Adjustment in Accordance with the York-Antwerp Rules 1994, 2nd ed.*(London : LLP, 1996), pp.7~13; 田中千束,「共同海損の研究」(東京 :成山堂, 1980), 6~18面 參照.

262) 1994년 요크-앤트워프규칙의 특징으로는 "합리적으로 입은 손해와 합리적으로 지출한 비용만이 共同海損이다"라고 선언한 至上規定을 둔 점, 환경오염손해 자체는 共同海

동 규칙은 그 자체로는 법적구속력을 갖는 國際協約은 아니나, 국제항해에 사용되는 모든 船荷證券과 傭船契約書에 共同海損은 동 규칙에 따라 처리한다는 普通契約約款을 둠으로써 그 효력이 인정되어 실제로 共同海損에 관한 국제적 통일이 이루어지게 되었다고 할 수 있다.[263] 따라서 共同海損에 관한 國際私法 규칙의 실익은 그렇게 큰 것은 아니라고 생각된다.[264]

하지만 요트앤트워프규칙이 세계 각국의 해운업자 및 보험업자에 의하여 국제적인 보통거래 약관으로서 이용되고 있지만 관계자가 필요에 따라 援用하는 것을 목적으로 한 統一規則(普通去來約款)이기 때문에 그 援用은 그들 당사자간에 있어서 동 규칙을 契約條項으로써 받아들인 것을 의미하게 된다. 즉, 동 규칙에 정하지 않은 사항에 대하여 또 적하의 소유자간에는 계약관계가 존재하지 않기 때문에 동 규칙이 있다고 해서 準據法의 問題가 발생하지 않는 것은 아니다.

2. 共同海損의 準據法에 관한 學說[265]

(1) 船籍國法說

船籍國法主義에 대하여는 共同海損不可分의 原則에서 긍정적인 평가를 볼 수 있다. 이는 共同海損에 관한 다수의 이해관계인은 동일한 법에 의하여 정산되어야

損에서 제외시키고 이를 防止·輕減하기 위한 비용은 포함시킨 점, 예선이 피예선을 상업적으로 예인중일 때에 한하여 두척을 항해단체로 보고 共同海損을 인정한 점 등이 있다. 이에 대하여 보다 자세한 것은 Charles J.V. Fernandez and Anthony W.J. Fernandez, "Interpreting the Rule of Interpretation in the York-Antwerp Rules", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.30, No.3*(1999), pp.413~418; N. Geoffrey Hudson, "The York-Antwerp Rules: Background to the Changes of 1994", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.27, No.3*(1996), pp.469~478. 참조.

263) 宋相現·金炫, 앞의 책, 494쪽.

264) 丁海德, 앞의 논문, 8쪽.

265) 共同海損의 準據法에 관하여는 法廷地法主義, 發航地法主義, 航海終了地法主義, 精算地法主義, 揚陸地法主義, 船籍國法主義 및 折衷主義 등이 있으나(山戶嘉一, 前揭書, 297~314面), 그 중 유력한 船籍國法主義, 航海終了地法主義 및 折衷主義을 중심으로 살펴본다. 다만 독일에서는 船籍國法에 의할 사항과 精算地法에 의할 사항을 구분하는 견해가 유력하다고 한다. 이에 대하여 Prußmann, Heinz/Rabe, Dieter, Seehandelsrecht, 3. Auflage(1992), S. 791-792는 다음과 같이 구분하고 있다고 한다. 즉, ① 선장이 처분을 할 수 있는 요건과 精算地의 決定은 船籍國法에 의하고, ② 共同海損의 成立, 損害의 承認, 共同海損의 分擔, 精算 節次는 精算地의 法에 의한다고 한다(石光現, 앞의 책(註 18), 353쪽 재인용).

하는데, 그 동일한 법은 선박의 船籍國法이라는 것이다.[266] 이는 共同海損을 不當利得에 유사한 법률관계는 아니며 危險共同體를 구성하는 자의 부담에 대한 공평성을 확보하기 위한 제도라고 한다면 이해당사자간에 동일한 법률의 적용이 타당하며 領海·公海를 구별하지 아니하고 船籍國法이 타당하다고 한다.[267]

그러나 이에 대하여 부정적인 평가도 없지 않다. 이러한 부정적 측면을 살펴보면 첫째, 共同海損에 관하여 荷主에 대하여 선박의 本國法 내지 登錄國法에 강제로 따르게 하고 受荷人으로 하여금 積荷를 인도할 선박의 本國法을 미리 알게 한다는 것은 기대하기 어렵다는 것이고, 둘째는 船籍國法은 선박소유자의 本國法을 가리키는 것이 보통이지만, 共同海損處分에 관하여 이해관계를 가지는 것은 거의 揚陸地의 受荷人이며, 受荷人들은 그곳의 법률에 의하는 것이 가장 편리하고, 선박소유자를 위하여 船舶의 本國法(船籍國法)을 따라야 한다는 것은 부당하다는 것이다.[268]

(2) 航海終了地法說

船籍國法을 準據法으로 정하는 경우의 문제점을 고려한 학설로 共同海損을 발생시킨 항해가 종료한 곳, 즉 共同海損을 야기시킨 선박의 도달지의 법률(law of the port of destination)을 準據法으로 정한다는 것이다. 共同海損處分이 확정되는 것은 선박과 적하가 航海終了地에 도착한 때가 되므로 이 시점에 共同海損이 성립하며, 共同海損에서 배상할 손해액의 산정과 이해관계인의 分擔債務額의 算定도 공동위험단체가 분해하는 때, 즉 共同危險團體를 구성하는 자가 航海終了地에 도달한 때에 하게 되므로 共同海損을 지배하는 법률은 항해가 종료하는 곳의 법이라야 한다는 것이다.[269]

(3) 折衷說

折衷說은 日本商法상 因果關係主義를 채용한 결과, 日本 法例 제11조의 적용을

266) 山戶嘉一, 前揭書, 308~309面.
267) 池原季雄·高桑昭·道垣內正人, 前揭論文, 44面.
268) 山戶嘉一, 前揭書, 310~311面.
269) 小町谷操三,「海商法要義 下卷 1 : 共同海損法論」(東京 : 岩波書店, 1943), 25面 以下 參照; 山戶嘉一, 前揭書, 298~299面.

받아 당사자의 국적의 여하에 불구하고 그 원인이 되는 사실의 발생지의 법률이 準據法으로 되는데, 公海上에서 발생한 경우에는 準據法을 결정할 수 없게 되므로, 그 부당이득의 일종인 共同海損을 확정하는 航海終了地를 원인사실의 발생지로 볼 수 있는가에 관한 견해의 차이에 따라서 航海終了地說과 船籍國法說로 2분되고 있는 것을 말한다.[270]

(4) 其他 學說

이 이외에 共同海損을 不當利得 또는 정의, 형평의 관념에 기초한 공익적 제도에 있어 일본 法例 제11조에 유사한 법률관계에 있다고 하는 학설도 있다.[271] 이를 原因事實發生地法主義라 하며 共同海損은 선박과 적하의 共同危險을 면하는 처분으로써 不當利得과 유사한 법률관계이므로, 不當利得에 준하여 共同海損行爲가 영해상에서 행하여졌을 경우에는 行爲地法인 領海所屬國法에 의하고 公海上에서 행하여졌을 경우에는 行爲地를 관할할 법이 존재하지 않으므로 船籍國法에 의하여야 한다고 한다.[272] 그리고 선박의 경우는 船積港을, 적하의 경우는 揚陸地를 표준으로 하되, 그 이외는 船籍國法主義에 의한다고 하는 입장도 이와 유사한 개념이라 할 수 있다.[273] 하지만 揚陸地法主義에 대하여는 선박의 揚陸港은 반드시 화물 전부의 揚陸港이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 선박 화물의 揚陸港은 우연히 결정되므로 이를 기준으로 하면 準據法을 결정할 수 없는 경우가 있다는 비판이 있다.[274]

이에 반해 계약당사자가 共同海損의 準據法을 指定할 수 있다는 학설도 있다.[275] 이 학설에 의하면 明示的 指定 또는 當事者의 意思를 推定할 수 있는 경우에 있어, 예를 들어 선박이 일본 國籍船이며 航海終了地가 日本인 경우 또는 利害關係人이 모두 日本人인 경우에 일본법을 지정한다면 그에 의하고, 그렇지 아니한 경우에는 準據法의 指定이 없는 경우로 취급한다는 것이다. 또 利害當事者間에 指定된 準據法이 다른 경우에는 획일적인 규칙에 의해 精算하는 것은 문제가 있다고 보아 이러한 경우에는 이해당사자 전원이 準據法 指定에 관하여 합의하지 아니하는 한 準

270) 山戶嘉一, 前揭書, 311~312面.
271) 山田鐐一, 前揭書, 309面.
272) 徐希源, 앞의 책, 361~362쪽.
273) 中山秀治郎,「共同海損法」(東京 : 海文堂, 1960), 184~185面.
274) 黃山德・金容漢, 앞의 책, 355쪽.
275) 山戶嘉一, 前揭書, 293面 以下.

據法 指定이 없는 경우로 취급하여 準據法을 決定하여야 한다고 한다. 그리고 당사자가 準據法을 指定하지 아니한 경우에는 영해내에서 共同海損이 발생하였으면 해당 국가의 법에 의하고, 公海上에서 발생하였으면 船籍國法에 의한다고 한다.

Ⅱ. 船舶衝突에 관한 準據法

船舶衝突(collision)이라 함은 항해선박 상호간 또는 航海船과 內水航行船 간에 직접 또는 간접으로 수면에서 접촉하여 선박 또는 선박내에 있는 물건이나 사람에 대하여 손해를 발생하게 하는 경우를 의미한다. 이것은 우리 商法 제843조가 규정하는 바인데 그 취지는 船舶衝突協約 제1조와 같다.[276] 이러한 船舶衝突은 不法行爲의 일종인데 선박 항해의 기술적 성격으로 인하여 선박의 충돌원인이 매우 다양하고 복잡하며 쌍방의 過失 有無나 輕重의 판단이 매우 어렵고 또한 빈번한 선박충돌로 인한 人的·物的 損害가 매우 큰 점 등을 이유로 商法에서는 이에 관한 特別規定을 두고 있다(商法 제844조 내지 제847조). 이와 마찬가지로 國際私法上 船舶衝突에 관한 조항은 不法行爲의 準據法에 의해 不法行爲地法에 의하여야 하나 特殊不法行爲에 대한 例外條項으로 제61조에 별도로 규정하고 있다.

1. 1910年 船舶衝突協約上의 準據法

19세기말이래 선박충돌에 관한 각국의 법제의 통일을 위한 몇 차례의 국제회의를 거쳐 1910년 브뤼셀의 海事外交會議에서 성립시킨 협약으로서, 선박충돌에 있어서의 책임관계에 대한 기본적인 사항을 규정하고 있으며 전문 17조 부칙 1조로 구성되어 있다.

船舶衝突協約 제12조[277]는 "본 협약의 규정은 訴訟에 있어서의 모든 선박이 締

276) 船舶衝突의 槪念 및 範圍에 대해서는 池相源, "船舶衝突의 損害賠償責任法理에 관한 硏究", 韓國海洋大學校 博士學位論文(1996), 7쪽 이하; 文龍浩, "船舶衝突",「海商·保險法에 관한 諸問題」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9), 542쪽 이하; 禹洪九, "船舶衝突法理에 관한 考察",「韓國海運學會誌」第12卷 第1號, 韓國海法學會(1991. 12), 95~98쪽 참조.

277) Article 12 The provisions of this Convention shall be applied as regards all persons interested when all the vessels concerned in any action belong to States of the High Contracting Parties, and in any other cases for which the national laws provide.

約國에 속하는 경우 및 내국법에 규정된 것 기타의 경우에 있어서 모든 利害關係人에게 적용하고, 이와 같은 협정에서 첫째, 非締約國에 속하는 利害關係人에 관해서는 본조의 규정은 각 締約國에 있어서 이를 상호의 조건으로 관련시킬 수 있고, 둘째, 모든 利害關係人이 소송을 접수한 법원의 所屬國에 속하는 때에는 본 협약을 적용하지 않고 내국법을 적용하여야 한다"라고 규정하고 있다. 이 조항의 해석에 대해서는 대부분 본 협약의 적용이 있는 때에는 國際私法의 적용은 배제되는 것으로 기술하고 있다.[278] 여기에서 말하는 '訴訟에 있어서의 모든 선박'은 충돌한 모든 선박이다. '利害關係人'은 訴訟當事者를 의미할 것이다. '상호의 조건으로 관련된'것은 非締約國의 국내법도 협약의 규정과 거의 같은 것이라고 말할 수 있는 것으로 해석되고 있다.[279] 이를 바탕으로 本條를 본다면 충돌한 선박 모두가 締約國에 속하는 경우에 본 협약의 규정을 적용하고(본문 전단), 다시 締約國은 그 적용범위를 확장하는 것이 가능하지만(본문 후단), 非締約國의 국민인 利害關係人에 대해서는 상호의 조건에 관련되어 있는 때에 적용되고(단서 첫째), 利害關係人의 모두가 내국인일 때에는 본 협약의 규정은 적용되지 않는다(단서 둘째)라는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 단서 첫째의 취지는 요컨대 非締約國의 국민이 이해관계인일 때에는 상호의 조건으로 관련되어 있지 않는 한 본조의 규정은 적용되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.[280]

그러므로 본 협약이 적용될 때에는 그 船籍國의 여하를 불문하고 충돌이 領海內에서 발생하였는지 公海上에서 발생하였는지에 상관없이 협약의 규정이 적용되는 것이 된다. 단, 利害關係人이 동일 국적의 소유자일 경우에는 그에 따르는 것으로 해석된다.

2. 船舶衝突의 準據法에 관한 學說 및 立法例[281]

Provided always that : 1. As regards persons interested who belong to a non-contracting State, the application of the above provisions may be made by each of the contracting States conditional upon reciprocity. 2. Where all the persons interested belong to the same State as the court trying the case, the provisons of the national law and not of the Convention are applicable.

278) 高桑昭, 前揭論文(註 5), 98~99面.

279) 山戶嘉一, "海商協約法の適用範圍", 「國際法外交雜誌」第55卷 第1號, 14面(高桑昭, 前揭論文(註 5), 99面 在引用).

280) 高桑昭, 前揭論文(註 5), 99面.

281) 각국의 立法例에 대한 사항은 池相源, "船舶衝突의 損害賠償責任에 있어서의 準據法", 「韓國海法學會誌」第18卷 第2號, 韓國海法學會(1996. 10), 180~189쪽 참조.

(1) 領海上의 衝突

領海上에서의 船舶衝突의 경우에는 領海所屬國法主義가 일반적이다. 우리 國際私法 제61조 제1항에서도 "개항, 하천 또는 영해에서 선박충돌이 발생한 경우에는 그 衝突地法에 의한다"고 규정하고 있다. 이는 어느 나라의 내수를 포함한 영해내에서 발생한 船舶衝突의 경우 不法行爲地法과 衝突地法이 동일하기 때문이다. 그러므로 이러한 경우에는 不法行爲地法에 의하여 그 沿岸國法이 準據法으로 指定되게 된다. 이에 대해서는 별다른 異說이 없다.[282] 하지만 영해의 개념에 국내 영해와 외국 영해를 모두 포함하는 개념이라면 국내선과 외국선과의 충돌의 경우는 물론이고, 외국의 영해에서의 국내선끼리의 충돌의 경우에도 衝突地法(行爲地法)에 의하는 것이 된다. 이에 대하여 외국 영해에서 동일한 船籍國을 가진 선박끼리의 충돌인 경우에는 行爲地法의 적용을 배제하고 공통된 船籍國法에 의해야 한다는 견해도 있다.[283] 이는 1910년 船舶衝突協約 제12조의 입장이기도 하다. 즉, 同協約이 적용될 때는 船籍國을 불문하고, 領海 또는 公海의 장소적 여하를 묻지 않고 同協約의 규정이 적용되나, 利害關係人이 동일한 국적으로 동일한 법원에 제소하였을 경우에는 내국법이 적용된다는 것이다.[284] 하지만 이는 主權相互尊重의 原則에 반하고 일반적으로 不法行爲에 대하여 순수한 屬地法을 적용하는 이유를 무시한 점을 들어 비판하는 입장이 있으며,[285] 또한 오늘날의 船舶衝突이 충돌선박에만 국한되지 아니하고 사고해역 주변에 油類汚染損害를 야기하는 등 沿岸國의 管轄權이 직접적으로 미치는 것이 명백하다고 본다.[286] 國際私法도 이러한 입장에서 領海所屬國法, 즉 衝突地法을 유지하고 있다. 타당한 견해라 생각된다.

---

282) 영해내에서 발생한 선박충돌사건에 대한 裁判管轄權을 沿岸國이 가진다는 원칙은 1878년 영국의 裁判管轄條例(The Territorial Waters Jurisdiction Act)를 통하여 처음으로 확립되었다.

283) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 24쪽도 이런 견해를 지지하며, 그렇지 않을 경우의 대안으로 제61조 제1항에 단서 또는 후단을 신설하여 "외국의 영해에서 동일한 船籍을 가진 선박 상호간의 충돌의 경우에도 그러하다"라는 규정을 두든지 또는 규정자체에 "내국 및 외국의 영해"를 의미하는 구절을 두는 것이 바람직하다는 견해를 제시하고 있다.

284) 위의 '1910年 船舶衝突協約上의 準據法' 참조.

285) 山戶嘉一, 前揭書, 328~329面; 石光現, 앞의 책(註 18), 357~358쪽에서 이러한 견해를 보이는 것으로 해석된다.

286) J.G. Collier, *Conflict of Laws*(Cambridge : Cambridge University Press, 1987), p.183.

(2) 公海上의 衝突

公海上에서의 船舶衝突에 관한 책임은 각 선박이 동일한 船籍國에 속한 때에는 그 船籍國法에 의하는데 별다른 異論의 여지가 없다. 즉, 公海上에서 발생한 선박충돌은 行爲地法의 적용이 불가능하므로 각 선박이 동일한 船籍國에 속하는 경우에는 그 船籍國法에 따른다는 것은 타당하다고 본다. 하지만 각 선박이 船籍國을 달리하는 경우에 대해서는 학설 및 각국의 입법례가 나뉘고 있다.

1) 船籍國法主義

① 加害船船籍國法主義

외국과의 연관성을 가지는 해사법률문제에 있어서 船籍國法에 의할 수 있는가 없는가의 기준은 不法行爲法上의 損害賠償法이 가지는 기능·구조가 기점이 될 수 있다.[287] 損害賠償責任의 발생원인으로서 不法行爲를 규정하였던 초기의 입법은 모든 시민의 행동 자유를 그 이념적 기초로 하고 있다. 國際不法行爲法도 실질사법상의 不法行爲法과 같이 한편으로는 법적 재산보호, 다른 한편으로는 發展·形成自由의 보호 사이에 한계를 규정한다고 하는 점에 있다고 보고, 어떤 法秩序가 침해된 법적 재산에 관한 보호로 되는가 또한 이 法秩序는 加害者에게 부과될 수 있는가 하는 점에서 찾고 있다.[288]

침해된 법적 재산에 관한 保護秩序는 被害者의 입장에서 침해 전에 행하여져 온 법질서일 것은 분명하나 이것만이 반드시 準據保護秩序로 되는 것은 아니며, 이것은 加害者가 우연히 더구나 일시적으로 접하게 되는 것에 불과한 법일 뿐이므로, 加害者의 위치에 있는 理性的인 人間이 침해 전에 이 법을 지향하는 것 자체가 불가능하다는 것이다.

따라서 남게 되는 것은 加害船의 법뿐이며, 이 법만이 타인의 권리를 존중하고 배려하는 理性的인 人間이 加害者의 위치에 있어서 침해 전에 자기의 입장을 인식할 수 있고 加害船의 船籍國法에 의한 損害賠償義務를 지는 것이 타당하다는 것이다.[289]

---

287) 山內惟介,「海事國際私法の研究-便宜置籍船論」(東京 : 日本比較法研究所, 1988), 176面.

288) 池相源, 앞의 논문, 192~193쪽.

289) 山內惟介, 前揭書, 175~179面 要約(池相源, 앞의 논문, 193쪽 在引用).

이를 요약하여 언급하면 加害船船籍國法主義의 중심적 논거는 加害者 측면에서 본 準據法의 豫測可能性을 들 수 있다. 즉, 國際不法行爲法의 과제가 실질법상 법적 재산보호와 개인의 발전·형성의 자유에 대한 보호와의 상호 한계에 있으므로, 이러한 한계에 있어서는 특히 海事國際不法行爲法의 경우, 도로교통사고, 생산물책임 등의 경우와 같이 개별화가 이루어져야 한다는 것이다. 그리고 이 개별화에 대해서는 理性的 人間에 의한 판단이라는 擬制를 이용해 침해전에 가해자 및 피해자가 향하고자 하였던 법질서만이 準據法으로 될 수 있다고 한다.[290] 그러므로 이러한 일반적 전제를 인정한다면 法廷地法은 예측 불가능하다는 점에서 準據法으로 될 여지가 없으며, 被害船船籍國法主義 및 被害者에게 보다 유리한 船籍國法主義도 동일한 이유에서 準據法으로 타당하지 아니하다고 한다.[291]

이와 같은 논거를 기초로 하여 公海上에서 船舶衝突에 의하여 야기된 손해의 배상을 구하는 계약외의 請求權은 그 선박이 가해 당시 게양하고 있던 국기를 가진 나라의 법률에 따라야 한다는 것이 加害船船籍國法主義의 입장이다.[292]

加害船船籍國法主義에 의할 경우 자기의 권리를 주장하기 위하여 적극적으로 訴訟을 제기하는 原告에 대하여 수동적인 입장에 서게 되는 被告의 방어편의라는 중요한 요소를 충족한다고 한다.[293] 이러한 입장도 전면적으로 일관되는 것은 아니며, 雙方過失로 인한 船舶衝突의 경우에 발생하는 불공평한 결과를 회피하기 위하여, 被害者는 損害賠償의 판단에 관한 기초가 되는 加害船의 船籍國의 법률상 배상 가능한 損害賠償만을 구하는 것으로 한정한다는 제한이 가해지고 있다.[294]

② 被害船船籍國法主義

被害船船籍國法主義를 주장하는 근거는 行爲地法이라는 사상에 기초하고 있다. 선박을 각각의 旗國의 영토로 보아 船舶衝突의 경우 行爲地와 結果發生地가 서로 다른 영토가 존재하는 隔地的 不法行爲에 관한 일반원칙에 따를 수 있다는 것이다.[295] 이 견해에 의하면 損害賠償은 被害者의 救濟에 중점을 두고 있으므로 隔地

290) Egon Lorenz, Das anwendbare Deliktsrecht bei Schiffszusammenstoßen auf hoher See, in : Festschrift fur Konrad Duden zum 70. Geburtstag, 1977, 268ff. 山內惟介, 前揭書, 186面 在引用.

291) Kegel, L'abordage en haute mer en droit international prive, 57 Revue critique de droit international prive 1968, 393, 415. 山內惟介, 前揭書, 187面 在引用.

292) Lorenz, a. a. O., 268, 山內惟介, 前揭書, 179面 在引用.

293) 山田鐐一·佐野寬,「國際取引法」(東京 : 有斐閣, 1994), 236面.

294) 山內惟介, 前揭書, 179面.

的 不法行爲의 경우에 不法行爲地法을 정하는 것은 結果發生地로 보아야 하며 船舶衝突의 경우에는 被害船이 結果發生地이므로 被害船의 船籍國法이 準據法으로 되어야 한다는 것이다.[296]

그리고 被害船은 船舶衝突이 자국의 영해에서 발생하였든지 公海에서 발생하였든지를 불문하고 船籍國法의 보호를 받을 권리가 있으므로 船舶衝突로 인하여 발생하는 어떠한 권리에 대해서도 선박의 本國法, 즉 船籍國法에 의하여 보호를 받아야 한다는 견해도 있다.[297] 이는 被害船과 加害船 가운데 加害船은 加害行爲로 인하여 발생한 모든 결과를 감수하여야 하므로 船舶衝突에 대하여 스스로 책임을 부담하여야 한다는 것이다. 또한 被害船이 자국의 법에 따라 損害賠償을 받는 것은 被害者로서의 정당한 권리이면서 필요이상의 보호를 부여하지 아니하기 위한 이유도 있다고 한다.

그러나 前者에서 인용한 隔地的 不法行爲에 있어서도 不法行爲地가 반드시 결과발생지만은 아니며,[298] 더욱이 행위자는 그 행위의 結果發生地, 즉 상대선의 船籍國法을 고려할 수가 없기 때문에 이 行爲地法的 思想을 公海上에서의 선박충돌에 인용하여 적용하는 것은 적절하지 않다는 점이 지적되고 있다. 또한 不法行爲法에 있어서 連結點의 일반원칙으로는 行爲者의 屬人法이 될 수 있으며, 행위자를 그 속인법 및 존재한다면 行爲地法 이외의 법에 복종시키는 것은 행위자가 이들 법을 먼저 고려할 수 없기 때문에 불공평하다고 한다. 따라서 連結點으로서 결과발생지를 주장하는 것은 恣意的이라는 것이다.[299] 또한 이 경우는 被告의 應訴가 매우 곤란하게 된다.[300]

그리고 後者에 대해서는 不法行爲의 본질에 반하는 것으로 加害船이 公海에서 자신의 행위에 대해 자신의 所屬國 이외의 국가의 법에 따라야 할 의무, 즉 被害船船籍國法主義를 규정할 정당한 이유는 없다는 비판이 있다. 또한 통상 선박충돌은 加害船에게만 衝突原因이 있는 것이 아니며 被害船도 그 원인을 제공하고 있으므로 被害船의 本國法을 적용하는 것은 타당하지 아니하다고 한다.[301]

---

295) 上揭書, 181面.
296) 金震燮 譯,「國際私法例說」(서울 : 乙酉文化社, 1963), 197쪽(池相源, 앞의 논문, 194쪽 在引用).
297) 山戶嘉一, 前揭書, 347~348面.
298) 石黑一憲, 前揭書, 238面.
299) 山內惟介, 前揭書, 182面.
300) 石黑一憲, 前揭書, 272面.
301) 山戶嘉一, 前揭書, 348~349面.

③ 折衷主義

이는 加害船舶籍國法과 被害船舶籍國法을 累積的으로 適用하는 主義로써 加害船(被告)의 船籍國法에 의하여 선박충돌로 인한 債權債務關係를 정하되 동시에 被害船(原告)의 船籍國法이 인정하는 범위에서 이를 제한한다고 하는 것이다. 따라서 加害船과 被害船의 쌍방의 船籍國法의 累積的 適用에 의하여 상호간에 공통적으로 인정하는 범위에서 그 법률관계를 정하자는 것이다.[302] 이것은 公海에서나 衝突地가 불분명한 경우에 加害船의 책임은 그 船籍國法에 의하여 정하는 것이 원칙이지만, 被害船은 加害船의 船籍國法을 원용함으로써 자기의 船籍國法에서 인정하는 배상액 이상의 청구를 하는 것은 부당하다는 사상에 바탕을 입법론이다.[303][304]

이는 일본의 통설이나,[305] 船舶衝突協約이 적용되는 한에 있어서는 準據法 決定

---

302) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 26쪽. 이에 관한 일본의 판례(94. 9.19判決 仙台高裁 平1(ネ)431 損害賠償請求控訴事件)를 보면 일본선박과 한국선박이 公海上에서 충돌한 사건에서 일본의 法例 제11조 제1항은 不法行爲地法主義를 취하고 있으나, 公海에서 충돌한 경우에는 不法行爲地法이 없으므로 이 규정을 적용할 수 없으며, 公海上에서 선적을 달리하는 선박간의 충돌의 경우의 不法行爲責任의 성립과 그 효력(損害賠償의 내용·범위·방법 등)에 관하여는 책임의 부담 및 損害塡補에 관한 형평유지의 관점에서 加害船舶과 被害船舶의 쌍방의 旗國法을 중복적으로 적용한다고 判示하고 있다. 이에 대한 評釋으로는 高桑昭, "公海上での船舶衝突, 船主責任制限等の準據法について判斷した事例",「ジュリスト」第1104號(1997. 1), 192~195面; 谷川久, "公海上における船舶衝突の準據法等",「ジュリスト臨時增刊」重要判例解說, 第1113號(1997. 6), 272~274面; 石黑一憲, "公海上における異國籍船舶の衝突及び船主責任制限の準據法-船舶所有者が我國で船主責任制限の申立をしているが開始決定がいまだなされていない場合の問題",「判例時報」第1570號(1996. 9), 220~225面 參照.

303) 山戶嘉一, 前揭書, 352~353面. 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 26쪽에서는 折衷主義를 지지하면서 이를 반영한 "선박이 동일한 船籍國에 속하는 경우에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다. 다만, 被害船舶의 船籍國法이 인정하는 범위를 초과하지 못한다"라는 취지의 내용을 삽입하는 견해를 제시하고 있다.

304) 이 이외에 船籍國法主義에 관한 학설로 '被害者에 유리한 船籍國法主義' 및 '最優先待遇主義' 등이 있다. 前者는 行爲地와의 연관성을 논증의 기초로 하여 각 선박을 영토로 보고, 隔地的 不法行爲에 관한 일반원칙을 적용함에 있어서 行動地도 結果發生地도 동시에 行爲地이므로, 이 두 법 사이에서 被害者에게 보다 유리한 법이 기준으로 되어야 한다는 것이 被害者에 유리한 船籍國法主義이다. 後者는 加害者, 被害者의 이익은 기본적으로 같은 가치이기 때문에 양 당사자가 가진 이익범위를 평가하는 경우에 加害者의 船籍國에의 연결을 통하여 가해자의 이익을 고려할 때 이에 상당하는 형태로 被害者의 이익도 고려하여야 한다는 것이다. 이에 대해서는 池相源, 앞의 논문, 194~195쪽 참조.

305) 三浦正人, "不法行爲",「涉外判例百選(增補版)」, 別冊 ジュリスト, 第16號(1976. 12), 230面. 이에 대한 것은 위의 '折衷主義' 참조.

의 곤란은 부분적으로 제거된다.[306] 이는 일본이 船舶衝突協約을 批准하고 있으므로 동 협약은 해상특별법으로서 國內法源性을 가지는 것으로 인정되기 때문이다. 즉, 衝突船舶의 쌍방이 이 협약의 당사국에 속하고 利害關係人이 모두 일본국적이 아닌 때에는 충돌의 발생장소가 領海內인지 公海上인지를 묻지 않고, 그리고 이들 선박이 동일국적인지 국적이 서로 다른지에 관계없이 日本法院은 船舶衝突協約을 적용한다. 또한 公海上에서 일본선박과 船舶衝突協約의 당사국인 선박 사이의 충돌인 경우에도 마찬가지이다.

2) 法廷地法主義

法廷地法主義는 船籍國法主義에 대한 비판을 기초로 하고 있다. 船籍國法의 입장에서 加害船船籍國法主義와 被害船船籍國法主義는 동등하게 고려되어야 하는 두 개의 連結點, 즉 加害者의 船籍國과 被害자의 船籍國에 대하여 일반적으로 前者의 경우에 많은 지지를 보내고 있지만 해석상 논증의 근거에 타당성을 결여하고 있다는 견해이다.[307]

法廷地法主義는 "行爲者의 屬人法으로 결정되어야 한다"고 하는 원칙을 완전히 부정하고 있다. 그 이유는 豫測可能性을 근거로 하여 加害者의 屬人法에 의하는 것은 자의적이라는 것이다. 적어도 당사자의 이익이라는 점에서는 加害者와 被害者의 이익은 동일한 가치를 지니므로, 어느 일방만을 우선해서는 안된다고 한다. 이러한 점에서 이 양자의 관계를 고려하여 제기하고 있는 '被害者에 유리한 船籍國法主義' 및 '最優先待遇主義'는 準據法 決定을 위한 원칙으로서가 아니라 단순히 방향을 잡는 관점에 불과하다고 한다. 그리고 加害者와 被害者의 이익 중 어떤 것을 우선시 할 것인가에 대한 명확한 근거가 없는 한 비교를 위한 제3의 관점에서 法廷地法의 적용이 고려되어야한다고 한다.[308]

이러한 소극적 이유이외에 法廷地法主義를 주장하는 적극적 근거로는 현실적인 문제의 인식을 들고 있다. 즉, 국제적으로 보아도 서로 다른 국적을 가진 선박 사이의 公海上에서의 衝突에 法廷地法을 적용하는 것이 連結點으로 보다 광범위하게 인정될 수 있으며, 法廷地法을 準據法 指定의 일반원칙으로 하고 있는 영국 및 미국을 제외하더라도, 많은 국가에서 法廷地法을 準據法으로 규정하고 있다는 사실

306) 奧田安弘,「國際取引法の理論」(東京 : 有斐閣, 1992), 95面.
307) 山內惟介, 前揭書, 181面.
308) 上揭書, 187面.

을 들고 있다.[309] 또한 法廷地法은 명백하고 간단한 사안에 대하여 통일적이고 중립적이라는 장점을 가지고 있으며, 당사자에게도 편리하다는 점을 들고 있다. 그리고 선박이 상당한 기간동안 특정항에 정박하고 있을 때는 그 現實所在地法을 적용하는 것이 船籍國法을 적용하는 것보다 타당할 때도 있다는 것이다.[310]

그리고 法廷地와의 관련성 부족 및 法廷地쇼핑(forum shopping)을 조장하게 된다는 지적에 대하여는 '不適切한 法廷地의 法理'(doctrine of *forum non conveniens*)[311][312]를 결합시켜 사건과의 관련성이 없는 경우에는 本案의 裁判을 受訴法院이 거부할 수 있도록 허용하는 것으로 해결이 가능하다고 한다.

이는 영국과 미국의 입장으로, 영국법의 일반적인 원칙은 不法行爲에 대한 訴訟을 영국법원에 제기할 수 있다는 것이었다.[313] 영국법원은 訴訟의 원인이 발생한 장소 여하를 불문하고 어떠한 訴訟이라도 제기되기만 하면, 이를 受訴하여 왔다.

---

309) 이것은 국제해법회에서 船舶衝突의 損害算定 基準을 마련하기 위하여 각국의 실태를 조사한 때에 확인된 바가 있다. 즉, 이탈리아 항해법 제12조, 폴란드 해사법전 제10조 제1항, 불가리아 해사법전 제14조 제3항 등을 들 수 있으며, 프랑스, 벨기에 및 덴마크에 있어서도 法廷地法에 의하여 판단되고 있다(原田一宏, "船舶衝突における損害賠償額の算定",「海法會誌」日本海法會 復刊 第30號(1986), 91面).

310) 森田博志, 前揭論文, 2面.

311) 이 법리는 법원의 재량에 의해 國際裁判管轄의 행사를 거부할 수 있는 권한을 인정하는 것으로 訴訟이 제기된 법원 이외의 법원이 보다 적절하게 분쟁을 처리할 수 있다고 판단될 경우 訴訟을 제기 받은 법원은 당해 사건의 審理를 거부할 수 있다는 것이다. 이에 관한 내용은 Paula K. Speck, "Forum Non Conveniens and Choice of Law in Admiralty: Time for an Overhaul", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.18. No.2*(1987. 4); Paul S. Edelman, "Forum Non Conveniens: Its Application in Admiralty Law", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.15, No.4*(1984. 10); Gordon W. Paulsen, "Forum Non Conveniens in Admiralty", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.13, No.3*(1982. 4), pp.; Adrian Briggs, "Forum non conveniens-an update", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, part 2*(1985) 참조.

312) 朴相祚·尹鐘珍, 앞의 책, 171쪽; 石光現, "國際裁判管轄에 관한 硏究-民事 및 商事事件에 있어서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로-", 서울대학교 法學博士學位論文(2000), 7쪽도 동일한 표현을 사용한다. 하지만 '不便宜法廷地原則'(申昌善, 앞의 책, 231쪽), '便利하지 아니한 法廷의 理論'(鄭東潤,「民事訴訟法」第4全訂版(서울 : 博英社, 1998), 116쪽), '不便한 法廷地主義'(崔泰鉉, "外國과 私人間의 紛爭에 대한 國內法院의 管轄權에 관한 硏究-國家免除의 制限을 중심으로-", 서울대학교 法學博士學位論文(1991), 171쪽)이라는 표현을 사용하기도 한다. 그러나 'conveniens'는 영어의 convenient(편리한)가 아니라, 적절하다는 의미의 convenio라는 라틴어 동사의 분사이므로 '적절한'이라고 번역하는 것이 타당하다는 石光現 교수의 견해에 따라, 본 논문에서는 '不適切한 法廷地의 法理'라고 한다.

313) Samir Mankabady, *The Law of Collision at Sea*(Amsterdam : Elsevier Science Publishers B. V., 1987), p.505.

즉, 충돌선박이 외국선박이라는 이유로써 또는 그 선박의 소유자가 영국국민이 아니라는 이유로써 訴訟의 提起를 거절한 예가 없었다.[314]

이후 裁判管轄에 대해서 영국대법원(House of Lords)의 1972년 Atlantic Star 사건에서 '不適切한 法廷地의 法理'를 채택함으로써 종래의 입장을 바꾸는 것으로 보였으나,[315] 公海上에서 발생한 船舶衝突과 같은 海事不法行爲에 관한 損害賠償責任은 영국에서 시행되어 온 海事法의 일반원칙을 準據法으로 하여 실제적인 法廷地法인 영국법을 적용하고 있다.[316] 영국은 公海上 船舶衝突의 損害賠償責任과 관련하여 法廷地法을 準據法으로 하는 데에는 현재까지 아무런 변화가 없지만, 이에 대한 비판과 屬人法, 不法行爲地法과 法廷地法 사이에 準據法으로서의 가장 밀접한 관계에 대한 논의가 계속되고 있다.[317]

Ⅲ. 海洋事故救助에 관한 準據法

海洋事故救助(salvage)란 廣義로는 海洋事故에 遭遇한 인명, 선박 또는 적하 등의 물건에 대하여 한 모든 구조를 말하고, 契約 내지 私法上의 義務[318]에 기하여 한 救助를 포함한다. 그러나 우리 商法은 의무없이 자발적으로 선박 또는 적하 기타의 물건에 대하여 한 救助만을 海洋事故救助라고 규정하고 있는데 이를 狹義의

---

314) 英國海事法院은 관련 선박의 국적에 불문하고 被告가 訴訟에 응할 수 있거나 그의 선박이 英國水域에서 押留될 수 있다면 세계 어디에서나 可航水域에서 발생하는 船舶衝突의 管轄權을 가진다. Nicholas J. Healy and Joseph C. Sweeney, "Basic Principles of the Law of Collision", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.22, No.3*(1991), pp.374~375.

315) 이 法理를 영국대법원이 최초로 도입한 것은 1984년의 Abidin Davergh 사건이며 대법원은 1986년 The Spiliada 사건을 통하여 '不適切한 法廷地의 法理'를 공식적으로 인정하였다.

316) 英國海事法院은 公海上에서 선원의 過失에 의하여 네덜란드선박 사이에 발생한 충돌인 Chartered Mercantile Bank of India, London and China v. Netherlands India Steam Navigation Co.(1883) 10 Q.B.D. 521 cited in Raoul Colinvaux, *op. cit.*, p.722. 에서도 적재선의 소유자에 대한 積荷所有者의 권리를 네덜란드법이 아닌 영국법에 의하여 판결하였다. The Esso Malaysia(1978) Q.B. 198 사건에서도 두 선박이 모두 외국적 선박이었지만, 法廷地法으로서의 영국법인 인명사고에 관한 법(Fatal Accidents Act, 1976)을 적용하였다.

317) 池相源, 앞의 논문, 184쪽.

318) 故意 또는 過失에 의하여 다른 선박을 海洋事故에 처하게 한 자는 損害輕減義務의 일종으로서 遭難船 등을 救助하여야 할 사법상의 의무가 있다는 견해가 있다(村田治美, 「海商法テキスト」(東京 : 成文堂, 1984), 222面).

海洋事故救助라고 한다. 즉, 우리 商法上 海洋事故救助는 선박 또는 적하와 같은 財産救助에 중점을 두고 있으나, 그밖에 人命救助 또는 寶物救助(고대 난파선의 인양 등) 등도 넓은 의미의 海洋事故救助이다. 특히 우리 商法上 海洋事故救助는 사법상 의무없이 구조하는 狹義의 海洋事故救助와 당사자간의 救助契約에 의하여 구조하는 경우로 나눌 수 있다.[319]

海洋事故救助의 개념은 해상기업에 수반되는 海上危險에 처한 船舶 및 積荷의 救助를 위하여 인정한 海商法上의 특수한 法律要件으로 이해되며,[320] 재산을 구조하는 육상의 自願救助行爲에서와는 달리 해상에서 재산을 구조한 사람은 공공정책상 상당한 보수를 요구할 수 있게 하고 있다. 즉, 긴급상황에서 선원들이 즉각적인 도움을 제공하도록 장려하기 위하여 공공정책상 실제로 제공된 노동의 가치에 비해 훨씬 많은 보상을 제시하고 있는 것이다.[321][322]

1. 海洋事故救助에 관한 協約上의 準據法

(1) 1910年 海洋事故救助協約

1910년 海洋事故救助協約 제15조[323]는 "본 협약의 규정은 救助船 또는 被救助船

---

319) 宋相現・金炫, 앞의 책, 526쪽.

320) 朴有信, "海難救助", 「裁判資料 第52輯 海商・保險法에 관한 諸問題(上)」, 法院行政處(1991), 489~490쪽; 金炫, "海難救助에 관한 硏究", 「法曹」第42卷 第1號, 法曹協會(1993. 1), 50쪽; 崔基元, 앞의 책, 295쪽; 宋相現・金炫, 앞의 책, 526쪽; 朴容燮, 앞의 책, 893쪽; 李基秀, 앞의 책, 524~525쪽. 하지만 國際私法的 觀點에서 본다면 海洋事故救助는 사법상의 의무없이 救助하는 이른바 협의의 海洋事故救助에 관한 조항으로서 事務管理의 특칙이라고 볼 수 있을 것이다(石光現, 앞의 책(註 18), 360쪽).

321) 文炳日, "海難救助契約과 P&I Club 特別補償(SCOPIC)約款의 導入에 관해", 「海事法硏究」第11卷 第2號, 韓國海事法學會(1999. 12), 102~103쪽.

322) 海洋事故救助制度의 연혁에 관한 자세한 설명은 朴成日, "海難救助法에 관한 硏究", 韓國海洋大學校 法學博士學位論文(1997), 48쪽 이하; Geoffrey Brice, *Maritime Law of Salvage, 3rd ed.*(London : Sweet and Maxwell Ltd., 1999), pp.7~11; M. J. Norris, *Benedict on Admiralty(The Law of Salvage), Vol. 3A, 7th ed.*(New York : Manthew Bender Co., 1983), p.1 이하 참조.

323) Article 15 The provisions of this Convention shall be applied as regards all persons interested when either the assisting or salving vessel or the vessel assisted or salved belongs to a State of the High Contracting Parties, as well as in any other cases for which the national laws provide. Provided always that :
1. As regards persons interested who belong to a non-contracting State the application of the above provisions may be made by each of the contracting States

이 締約國에 속하는 경우 및 內國法의 규정의 경우, 기타의 경우에 있어서 모든 利害關係人에게 이를 적용하는 것으로 위와 같이 협정하고, 첫째 非締約國에 속하는 利害關係人에 관하여 본 협약의 규정은 각 締約國에 있어서 이를 상호의 조건에 관련 지우는 것으로 할 수 있고, 둘째 모든 利害關係人이 訴訟이 접수된 법원의 所屬國에 속하는 때에는 본조를 적용하지 않고 內國法을 적용하는 것으로 하고, 제11조는 締約國에 속하는 선박 상호간에만 이를 적용하는 것으로 하고, 단 內國法에 있어서 이와 같이 넓게 규정하는 것을 방해하고 있다"라고 규정하고 있다. 이것은 船舶衝突協約 제12조에 유사한 규정이어서 다른 것은 본 조에 있어서 "救助船 또는 被救助船이 締約國에 속하는 경우"로 한 규정(본조 전단)과 단서에 있어서 적국인에 대한 救助義務에 관한 제11조의 적용은 締約國에 속하는 선박간에 한정하는 취지의 규정(단서 셋째)이다.

본조도 國際私法을 개입시키는 것이 아니고 法廷地에 있어서 통일법을 직접 적용하는 취지로 해석된다. 다른 것은 救助船, 被救助船의 어느 쪽인가가 締約國에 속하는 것으로 하는 것이 만족한 것으로 하고 있다. 이점에 대하여 대부분의 학설은 救助船과 被救助船의 어느 것도 締約國에 속하는 경우로 해석하여야 한다라고 주장하고 있다. 요컨대 본문 전단의 '또는'을 '및'으로 바꾸어서 읽을 수 있는 것이다. 그 이유는 非締約國의 선박에는 협약의 규정을 적용하여야 하는 것은 아니라고 말할 수 있는 것에 있다. 그러나 그 해석은 명확하게 협약의 문언과 다르다라고 하거나, 非締約國의 선박에 협약을 적용할 수 없는 것이라고 말하여야 할 이유는 없고, 이와 같은 適用範圍에 의한 특히 부적합한 결론이 발생하는 것이라고도 생각되지 않는다. 이 점은 1967년 협약을 개정한 의정서에 있어서도 변경되지 않은 것이다.

(2) 1989年 海洋事故救助協約[324]

---

conditional upon reciprocity.

2. Where all the persons interested belong to the same State as the court trying the case, the provisions of the national law and not of the Convention are applicable.

3. Without prejudice to any wider provisions of any national laws, Article 11 only applies as between vessels belonging to the States of the High Contracting Parties.

324) 정식명칭은 "1989년 海洋事故救助에 관한 國際協約"(International Convention on Salvage, 1989 : 이하 '1989년 海洋事故救助協約'이라 함)이다.

1989년 海洋事故救助協約의 제2조[325]에는 同協約의 규정은 裁判 또는 仲裁節次가 締約國에 제기된 때에는 어떠한 경우에도 同協約을 적용하도록 규정하고 있다. 이것도 國際私法의 규정을 개입시키지 않고 統一法을 적용하는 것이라는 취지로 해석된다. 이와 같이 협약의 適用範圍를 특별히 한정하지 않고 모든 경우에 통일법을 적용하는 규정은 이제까지 그 예를 볼 수 없는 것이지만, 협약의 적용에 관한 번거로운 고려를 피하는 것이 가능하기 때문에 부적당한 것이라고는 말할 수 없는 것이다. 이와 같은 규정에 의하여 협약의 규정은 涉外性의 有無에 관계없이 적용되는 것으로 된다. 바꾸어 말하면 이 협약의 규정은 이른바 涉外的 實質法인 것으로도 그치지 않고, 완전한 國內關係에도 적용되는 것을 의미한다. 더욱 同協約의 제30조에서는 救助가 內水에서 이루어지고 또 관계선박의 모두가 內水 航行의 선박인 경우나 救助가 內水에서 이루어지고 또 어떠한 선박도 관계가 없는 경우에 모든 利害關係人이 자국민인 경우에는 締約國은 협약의 규정을 적용하지 않을 수 있기 때문에(제1항 (a)-(c)),[326] 각국이 자국의 국내법을 적용하는 여지는 남겨놓고 있는 것이다.

2. 海洋事故救助의 準據法에 관한 學說

앞에서 언급한 바와 같이 海商法上 海洋事故救助는 사법상 의무없이 구조하는 狹義의 海洋事故救助와 당사자간의 救助契約에 의하여 救助하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 이는 법률상 그 法的性質을 달리하므로 나누어 보면, 前者의 경우에 있어 그 債務原因은 법률의 규정이고, 後者의 경우는 契約이므로 이를 구별하여 準據法을 결정하여야 한다. 또한 狹義의 海洋事故救助의 경우에는 救助船과 被救助船의 國籍에 따른 구별과 救助行爲가 발생한 장소적 차이에 따른 領海와 公海上에서의

---

325) Article 2 Application of the Convention : This Convention shall apply whenever judicial or arbitral proceedings relation to matters dealt with in this Convention are brought in a State Party.

326) Article 30 Reservation : (1) Any State may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, reserve the right not to apply the provisions of this Convention; (a) when the salvage operation takes place in inland waters and all vessels involved are of inland navigation; (b) when the salvage operations take place in inland waters and no vessel is involved; (c) when all interested parties are nationals of that State; (d) when the property involved in maritime cultural property of prehistoric archaeological or historic interest and is situated on the sea-bed.

발생 여부를 구별하여 準據法 決定을 검토하여야 할 것이다.

(1) 狹義의 海洋事故救助에 관한 準據法

1) 領海에서의 海洋事故救助에 관한 準據法

領海에서의 救助에 있어 적용될 準據法 決定에 대한 입법주의는 法廷地法主義, 事實發生地法主義(不當利得說·事務管理說·法律要件說 등), 船籍國法主義 등이 있다. 이 가운데 狹義의 海洋事故救助는 事務管理의 특칙의 성격을 가지고 있으므로 海洋事故救助가 한 나라의 領海에서 행해진 경우에는 領海所屬國이 관리가 행해진 국가가 된다는 것을 고려하면 그 국가의 법이 準據法이 되는데 대하여 별 다른 異論이 없다. 즉, 事實發生地法主義의 法律要件說이 타당하다 할 것이다.

① 法廷地法主義

이는 海洋事故救助에 대한 부당한 救助料를 방지할 수 있으며, 해상에서 통일적으로 동일한 법률을 적용할 수 있다고 한다. 하지만 이는 原告가 자의적으로 자기에게 유리한 法廷地法을 선택할 수 있다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라, 형식적 근거에 의한 것으로 이론적 근거가 없다는 지적이 있다.[327]

② 事實發生地法主義

이는 海洋事故救助의 법적성질을 어떻게 보느냐에 따른 다양한 견해가 있으므로 각 학설을 분리하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 不當利得說은 海洋事故救助의 법적성질을 民法上의 不當利得이라고 보는 견해이다. 그러나 구조의 결과에 대하여 救助船에 報酬를 지불하는 점은 不當利得과 유사하더라도 被救助船은 법률상의 원인없이 타인의 손실에서(재산 또는 노무로 인하여) 이득을 얻는 것이 아니므로(民法 제741조 참조) 합당하지 않다. 즉, 不當利得이 성립하는 것이라면 그 이익을 반환하여야 하지만, 海洋事故救助의 경우에는 이익의 반환에 한정하지 아니하고 다시 報酬의 支拂을 행하여야 한다. 그러므로 海洋事故救助를 不當利得으로 해석하는 것은 합당하지 않으며, 이를 근거로 한 海洋事故救助의 準據法을 결정하는 것 또한 타당하지 아니하다고 본다.

327) 山戶嘉一, 前揭書, 373~374面; 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 27쪽.

둘째, 事務管理說은 海洋事故救助의 법적성질을 事務管理 또는 이에 준하는 것으로 보고 海洋事故救助가 국내선박과 외국선박간 또는 외국선박간에 영해내에서 이루어진 경우는 事實發生地法인 領海所屬國의 법률에 의해야 한다는 입장이다. 즉, 甲國의 영해에서 구조를 개시하여 乙國의 항구에 被救助船을 引揚한 경우에 甲國의 법률이 事務管理地로 적용된다는 견해이다.[328] 하지만 海洋事故救助를 단순히 事務管理 또는 이에 준하는 것으로 보는 것도 難點이 있다. 왜냐하면 事務管理는 의무없이 타인을 위하여 事務를 管理함으로써 성립하지만(民法 제734조 참조) 海洋事故救助는 구조의 효과의 발생이 요건으로 되어 있으므로(商法 제849조 참조) 합당하지 아니하다.

셋째, 法律要件說은 海洋事故救助는 救助行爲와 더불어 결과를 요하므로 이를 종합하여 해상법상 인정하는 特殊한 法律要件으로 보고 事務管理에 유사한 점을 들어 事務管理에 관한 準據法 指定規定을 유추적용한다는 설이다. 이는 海洋事故救助의 특성상 결과를 필요로 하므로, 즉 구조의 목적물을 상대적으로 안전한 지역으로 이동시키는 것이 필요하므로 그 결과 발생시 海洋事故救助라는 하나의 사건의 발생하는 것이 된다는 것이다. 따라서 예컨대 甲國의 영해에서 救助行爲가 개시되어 乙國의 항구에 被救助船이 입항하게 되는 구조의 결과를 발생시킨 경우에 甲國의 법률이 準據法이 되는 것이 아니라 乙國의 법률이 準據法이 된다는 것이다. 그리고 救助行爲가 한 나라의 領海에서 개시되었으나 公海에서 구조의 결과를 얻은 경우에도 領海에서 그 결과를 얻은 경우와 동일하게 취급한다는 것이다. 海洋事故救助의 법적성질에 관한 法律要件說은 타당하다고 보며, 이 취지를 내용으로 하는 事實發生地法主義를 취해 우리 國際私法 제62조의 領海에서의 救助에 관한 準據法을 行爲地法으로 규정하고 있다.[329]

---

328) 海洋事故救助의 법적성질을 事務管理 또는 이에 준하는 것으로 보고, 海洋事故救助로 인한 채권의 성립 및 효과에 관하여는 일본 法例 제11조 제1항(사무관리・부당이득・불법행위)에 의하여 事務管理地法(事實發生地)에 따라서 정한다고 판시한 일본하급심 판례가 있다. 이 사건에서는 일본 연안에 좌초한 파나마선적의 기선을 구조한 곳이 일본이므로 일본 상법 내지 민법에 따라서 海洋事故救助로 인한 채권의 성립 및 효력을 정한다고 判示하였다. 보다 자세한 사항은 澤木敬郎, “海難救助の準據法”,「海事判例百選(增補版)」, 別冊 ジュリスト 第42號(東京 : 有斐閣, 1973), 256~257面; 木棚照一, “海難救助料請求權とそれを被擔保債權とする船舶先取特權の成否および效力の準據法”, 「重要判例解說」, ジュリスト臨時增刊 第535號(1973. 6), 215面 以下; 山崎良子, “涉外的海難救助その抵觸法上の問題 海難の成否その他”,「ジュリスト」第544號(1973. 10), 110面 以下 參照.

329) 하지만 事務管理에 유사한 점을 들어 事務管理에 관한 準據法 指定規定을 유추적용하

③ 船籍國法主義

이는 海洋事故救助를 救助船과 被救助船間의 法律問題로 국한하여 해결하자는 입법주의이다. 海洋事故救助는 선박충돌의 경우와는 달리 領海所屬國의 안전이라는 것과는 상관이 없는 것으로 보고 海洋事故救助가 어떤 나라의 領海 또는 公海에서 이루어진 것에 상관없이 장소를 불문하고, 救助船과 被救助船間의 問題로 해결하는 것이야말로 해상법상의 독특한 성질을 가지는 것이라 한다. 즉, 海商法上의 海洋事故救助 規定의 목적은 海上固有의 危險을 극복하는 하나의 방법으로 당사자간에 특정의 사실관계가 있는 경우에 救助行爲를 장려하기 위함이고 또한 공평의 원칙에 입각해 救助報酬請求權을 인정하기 위해서라고 보는 것이다. 따라서 법적 성질도 민법에 의거한 事務管理 또는 不當利得으로 보는 것이 아니라, 해상위험을 극복하기 위하여 형성된 해상법 고유의 독특한 제도로 보아 救助報酬請求權도 당사자간의 문제로 국한하는 請求權이라고 해석한다.[330] 그러나 海洋事故救助가 해상법상 海上危險에 처한 船舶 및 積荷의 救助를 위하여 인정한 해상법상의 특수한 法律要件으로 이해한다고 하더라도 沿岸國의 領海에 대한 國權은 國際法上 主權으로 인정하고 있으므로[331] 이는 主權의 侵害로 볼 수 있기 때문에 합당하지 않다고 본다. 또한 이 경우 救助船의 船籍國法이냐 또는 被救助船의 船籍國法이냐가 문제될 수 있으며, 이는 公海에서 救助行爲가 발생한 경우와 같이 서로 상충된 견해를 보일 수 있으므로 합당하지 않다고 생각한다.

2) 公海에서의 海洋事故救助에 관한 準據法

문제는 公海上에서 海洋事故救助가 발생한 경우에 있어 準據法의 指定은 어떻게 될 것인가 하는 것이다. 이에 대한 학설은 法廷地法主義, 安全港所在地法主義, 船籍國法主義 등이 있고 船籍國法主義는 다시 救助船船籍國法主義와 被救助船船籍國法主義 등이 있다.

여 그 準據法을 事實發生地法이라고 한다면, 海洋事故救助의 법적성질을 해상법상의 특수한 법률요건이라고 하는 부분에 대하여 충분하지 못하며, 그 성격에 적합한 準據法으로 船籍國法을 주장하기도 한다(山戶嘉一, 前揭書, 378面).

330) 山戶嘉一, 前揭書, 378~379面.

331) 연안국이라 하더라도 일정한 경우 영해에서의 裁判管轄權 행사에 제한을 받는 바 상업용 公船과 商船에 있어 선박내부에서 발생한 사건과 비상업용 公船 및 군함의 경우가 그러하다(李丙朝・李仲範, 앞의 책, 439쪽 이하 참조).

法廷地法主義는 領海에서의 경우와 마찬가지로 原告가 자의적으로 자기에게 유리한 法廷地法을 선택할 수 있다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라, 형식적 근거에 의한 것으로 이론적 근거가 없다는 점에서 타당하지 못하다 하겠다.

安全港所在地法主義는 被救助船이 피난한 安全港의 所在地의 법률이 準據法이 된다고 하는 것인데, 安全港所在地가 구조의 효과가 발생한 곳이라면 영해에서의 구조에 해당하고, 또 公海에서 구조의 효과가 발생한 후에 寄港한 港의 뜻으로 볼 때에는 救助料 기타 자기에게 유리한 港을 선택하여 입항하는 폐단이 생기게 되어 불합리하다.[332]

결국 船籍國法主義 가운데 救助船의 船籍國法으로 할 것인지 아니면 被救助船의 船籍國法으로 할 것인지가 문제이다.

被救助船船籍國法主義는 救助料 支拂義務는 被救助船이 부담하는 의무로서 公海上에서 선박에 대하여 발생하는 각종의 의무를 부여할 수 있는 것은 선박에 대하여 주권을 행사할 수 있는 선박의 本國法에게만 존재한다는 것이다. 그러므로 海洋事故救助에 기인해 발생한 救助料 支拂義務와 같은 것은 被救助船의 本國法에 의하여 결정하여야 한다는 主義이다. 즉, 被救助船의 船籍國法을 準據法으로 하여 海洋事故救助의 요건 및 효과를 정하게 된다. 救助船은 사실 救助를 거절할 수 없는 위험한 처지에 놓인 被救助船에 대하여 스스로 救助行爲를 하는 것이기 때문에 이 경우 救助船과 被救助船의 관계는 被救助船의 船籍國法이 되는 것이 가장 타당하며 당사자의 의사에도 일치하는 것이라 할 수 있으며, 또한 救助船이 여러 척인 경우에 있어서도 유용하다고 한다.[333] 또한 被救助船의 船籍國이 통상 法廷地가 되므로 法廷地와 準據法을 일치시킬 수 있다는 장점이 있다. 그러나 被救助船이 손상이 극심하여 선박의 형태를 갖추지 못할 정도인 경우에는 합당하지 못하다는 약점이 있다.

救助船船籍國法主義는 救助船의 船籍國法에 의하여 海洋事故救助의 요건 및 효과를 정한다고 하는 主義이다. 하지만 船籍國을 달리하는 2척 이상의 救助船이 구조한 경우에는 準據法을 결정할 수 없다고 하는 결점이 있다. 뿐만 아니라, 救助船船籍國法主義는 被救助船의 船籍國法을 전혀 고려하지 않는 점에서도 그 공평성이 문제된다는 지적이 가능하다.[334] 하지만 海洋事故救助는 구조하는 선박측에 인센티

---

332) 山戶嘉一, 前揭書, 380~381面; 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 29쪽.
333) 山戶嘉一, 上揭書, 382面.
334) 上揭書, 383~384面.

브(incentive)를 주어야 구조가 원활히 이루어질 수 있으므로 구조를 장려하기 위해서는 救助船船籍國法이 타당하다는 견해가 있다.[335]

이에 반해 救助船船籍國法과 被救助船船籍國法 모두 문제점을 내포하고 있으므로 雙方船舶船籍國法主義에 의해 해결하여야 한다는 견해도 있다. 이는 救助船 및 被救助船의 양쪽의 船籍國法을 重複的으로 適用하여 공통적으로 인정하는 범위에서 救助의 要件과 效果(救助料請求權)를 정한다는 것이다.[336] 하지만 이는 海洋事故救助의 목적과 취지에 부합되지 않는다고 보여진다. 다시 말해서, 國際私法에 의해 公海上에서의 海洋事故救助의 準據法을 해결하려고 한다면 그 문제의 중심은 海洋事故救助의 요건과 효과, 즉 救助料請求權이므로 救助料를 청구하는 자가 救助船과 被救助船 각각의 船籍國法 중 어느 것을 선택하여야 할 것인지 생각하여야 하는 것은 타당하지 않으며, 이러한 관점에서 볼 때 문제가 없는 것은 아니지만 救助船船籍國法이 좀더 타당하다고 생각된다.

(2) 海洋事故救助契約에 관한 準據法

狹義의 海洋事故救助와는 달리 계약에 의한 海洋事故救助에서는 救助者가 被救助物을 구조하기 위하여 최대한의 노력을 다한다는 내용의 約定을 체결한 후 구조를 개시하게 된다. 세계적으로 보편적으로 사용되는 1980년 로이드표준양식에는 海洋事故救助契約에 관하여 발생하는 紛爭을 仲裁에 의하여 해결한다는 조항이 기재되어 있으며, 법원은 이 같은 仲裁條項을 유효하다고 본다.[337]

또한 의무없이 海洋事故救助를 개시한 이후에도 救助者가 선박소유자에게 海洋事故救助契約의 체결을 요구하여 양자간의 관계가 계약관계로 발전하는 경우도 흔히 볼 수 있다.[338] 이렇게 海洋事故救助契約이 체결된 경우의 海洋事故救助는 救助行爲의 완성에 대하여 報酬가 지급된다는 점에서 民法上 都給契約인 성질을 갖는

335) 丁海德, 앞의 논문, 9쪽. 이 점이 강조되어 國際私法 제62조는 公海上에서의 海洋事故救助는 구조한 선박의 船籍國法에 의하도록 규정하고 있다.

336) 일본의 통설이라고 한다. 山戶嘉一, 前揭書, 385~386面; 池原季雄・高桑昭・道垣內正人, 前揭論文, 46面. 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 29쪽도 이 견해를 지지하고 있다.

337) Amoco Transport Co. v. Bugsier Reederei & Bergungs, A. G. (The Amoco Cadiz), 659 F.2d 789, 1981 AMC 2407(7th Cir. 1981) 참조.

338) 이 경우 海洋事故救助契約은 신속히 체결되어야 할 필요가 있으므로 통상 보통거래약관으로 된 정형계약을 이용하며, 주로 사용되는 양식으로 로이드 오픈 양식(LOF : Lloyds Open Form)이 있다.

다고 할 것이므로,[339] 그 準據法은 國際私法上 契約에 준하는 규정의 적용을 받게 된다. 즉, 當事者 自治의 原則에 의거하여 準據法을 지정할 수 있을 것이며(國際私法 제25조 제1항), 당사자가 準據法을 선택하지 아니한 경우에는 그 계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법에 의한다(同法 제26조 제1항). 다만 海洋事故救助契約은 都給契約의 성질을 가지므로 계약당시 선박소유자의 주된 사무소가 있는 국가의 법이 가장 밀접한 관련이 있는 것으로 推定 받게 될 것이다(同法 제26조 제2항).

Ⅳ. 私見

이제까지 海商法 編制 가운데 海上危險에 관한 指定槪念과 그 準據法에 대하여 살펴보았다. 이에 대한 필자의 견해를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 共同海損에 관한 準據法은 航海終了地法主義가 타당하리라 본다. 이에 관하여 간략히 살펴보면, 共同海損의 부담자와 부담의 비율 등의 準據法에 관하여는 法廷地法主義, 發航地法主義, 航海終了地法主義, 揚陸地法主義, 原因事實發生地法主義, 船籍國法主義 및 折衷主義 등이 있었다.

揚陸地法主義에 대하여는 선박의 揚陸港은 반드시 화물 전부의 揚陸港이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 선박 화물의 揚陸港은 우연히 결정되므로 이를 기준으로 하면 準據法을 결정할 수 없는 경우가 있다는 비판이 있다.[340] 原因事實發生地法主義는 선박과 적하의 共同危險을 면하는 處分으로서 不當利得과 유사한 법률관계이므로, 不當利得에 준하여 共同海損行爲가 영해상에서 행하여졌을 경우에는 行爲地法인 領海所屬國法에 의하고 公海上에서 행하여졌을 경우에는 행위지를 관할할 법이 존재하지 않으므로 船籍國法에 의하여야 한다고 한다.[341] 하지만 이 견해에 의하면 準據法을 확정하기 어려우므로 船籍國法主義가 통설적인 견해[342]이기도 하고 우리 國際私法의 입장이기도 하다.

하지만 세계적으로 보면 해당 航海가 終了된 지역의 法律과 實務에 따라 精算이 이루어지는 것이 통상으로 되어 있다.[343] 그 이유는 分擔額의 평가는 항해의 종료

---

339) 孫珠瓚, 앞의 책(註 146), 574쪽; 崔基元, 앞의 책, 295쪽; 田中誠二, 前揭書, 534面 등.
340) 黃山德・金容漢, 앞의 책, 355쪽.
341) 徐希源, 앞의 책, 361~362쪽.
342) 宋相現・金炫, 앞의 책, 630쪽; 黃山德・金容漢, 앞의 책, 356쪽.
343) 요크-앤트워프규칙 G조 전단은 "共同海損은 損害와 分擔의 양자에 관하여 그 항해가

로서 확정되고 정산은 항해가 종료한 지역에서 이루어지기 때문에 모두의 이해가 관련되는 법은 航海終了地의 法律이라는 것이다. 共同海損은 선박을 중심으로 한 危險共同體에 있어서 공평한 부담을 원칙으로 하고 있지만 대부분의 경우에는 이해관계인간의 정산방법에 있어서 합의가 이루어지고 있고 그에 의하여 부담금액을 결정하고 있다는 것을 고려한다면 航海終了地法이 타당하리라 생각한다.

또한 共同海損이 발생한 경우에 다수의 利害關係人은 동일한 법에 의하여 동일한 결과를 이끌어내는 것이 바람직하다는 관점의 共同海損不可分의 原則에서 본다면 '領海內' 또는 '公海上'을 불문하고 동일하게 지정될 수 있는 선박의 船籍國法이 타당하다는 점[344]에 대해서는 물론 이해의 여지는 있지만 共同海損은 오로지 선박, 積荷, 運賃의 이해관계 여부에 대한 문제이므로 당사자가 요크-앤트워프규칙에 의해 처리한다는 것이 국제적 통일로 이루어져 있고 또한 합의하고 있다고 본다면 설득력이 감한다고 생각된다. 오히려 이를 인정한다면 당사자간에 있어서 準據法의 指定이 인정되지 않은 경우에 있어서는 航海가 終了한 地域에서 精算이 이루어지고 있는 실무적인 측면을 중시하여 航海終了地法에 의하도록 하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 船舶衝突로 인한 不法行爲에 대한 準據法에 있어 영해내에서 발생한 경우에는 충돌선박의 국적 여하를 불문하고 不法行爲에 관한 일반원칙인 不法行爲地法주의과 일치되게 衝突地法을 채택하고 있는 것은 타당하다고 본다.

하지만 船舶衝突이 公海上에서 발생한 경우에는 不法行爲地法를 적용할 수 없으므로 船籍國法에 의하도록 하고 있다. 그런데 충돌선박이 동일국적인 경우 共同船籍國法에 의하게 되므로 문제가 없으나 충돌선박이 船籍國을 달리할 경우에는 견해가 나뉘어 法廷地法主義, 不法行爲地法主義,[345] 被害船船籍國法主義, 加害船船籍國法主義, 加害船船籍國法과 被害船船籍國法을 重複的으로 適用하는 折衷主義 등이 있었다. 이에 관해 國際私法은 "公海에서의 선박충돌에 관한 책임은 각 선박이 동일한 船籍國에 속하는 때에는 그 船籍國法에 의하고, 각 선박이 船籍國을 달리하는 때에는 加害船舶의 船籍國法에 의한다"라고 규정함으로서 加害船船籍國法主義를 채택하고 있다.

종료한 때와 곳의 價額을 기초로 하여 이를 精算한다"라고 규정하고 있다.

344) 山戶嘉一, 前揭書, 308~310面.

345) 이는 船舶領土說에 의하여 일방의 선박을 行爲地로 보는 不法行爲地法主義를 의미한다(宋相現・金炫, 앞의 책, 631쪽).

하지만 그 이외 중요한 것으로 一方過失의 경우는 어느 선박이 加害船舶인지 밝힐 수 있지만, 雙方過失로 인한 충돌의 경우는 主過失 船舶을 판정하기 어려우며, 특히 衝突船舶의 過失이 동일한 경우에 어느 선박이 加害船舶인지 판단이 불가능하다는 난점을 가지고 있다는 것이다.[346] 특히 해상교통문제에 있어 船舶衝突은 過失의 判定이 매우 어려운 특성을 가지고 있으며 船舶衝突의 過失이 동일한 경우에는 어느 선박이 加害船인지 여부의 판단이 불가능하게 될 것이다. 船舶衝突에 있어 판단기준이 되는 것은 1910년 船舶衝突協約과 國際海上衝突防止規則이며 이는 전세계적으로 거의 동일하므로 실질적으로 중요한 문제는 國際裁判管轄權의 문제와 船舶所有者의 總體的 責任制限에 관한 準據法 決定의 문제이므로 기존의 加害船舶籍國法主義를 유지하되 過失의 비율이 동일하게 나오거나 加害船舶을 판단하기 불가능한 경우에 한해 法廷地法을 보충적으로 적용할 수 있도록 하는 것도 하나의 방법일 것이다.[347]

셋째, 海洋事故救助에 관한 準據法에 있어 領海에서 발생한 경우에는 行爲地法에 의하는 것은 異見이 없으나, 公海에서의 海洋事故救助에 관하여는 견해가 나뉘어져 있다. 이에 관한 입법주의로는 法廷地法主義, 安全港所在地法主義, 船籍國法主義 등이 있으며, 船籍國法主義에는 다시 救助船舶船籍國法主義, 被救助船舶船籍國法主義, 雙方船舶船籍國法主義 등이 있다. 法廷地法主義는 原告가 恣意的으로 자기에게 유리한 法廷地法을 선택할 수 있다는 점에서 문제가 있으며, 安全港所在地法主義는 被救助船이 피난한 安全港의 所在地의 법률이 準據法이 된다는 것인데, 安全港所在地가 구조의 효과가 발생한 곳이라면 領海에서의 救助에 해당하고, 또 公海에서 구조의 효과가 발생한 후에 寄港한 港의 뜻으로 볼 때에는 救助料 기타 자기에게 유리한 港을 선택하여 입항하는 폐단이 생기게 되어 불합리하다.[348] 결국 船籍國法主義로 귀착이 되는데 이 가운데 우리 國際私法은 公海上에서의 海洋事故救助

---

346) 黃山德・金容漢, 앞의 책, 357쪽; 柳祿相, “船舶衝突에 있어서의 法律上의 問題點”,「韓國海運學會誌」第6號, 韓國海運學會(1988), 65쪽; 池相源, “船舶衝突의 裁判管轄權에 관한 硏究”,「海事法硏究」第13卷 第2號, 韓國海事法學會(2001. 12), 140쪽.

347) 물론 船舶衝突의 경우 過失의 判定을 위해서는 재판 진행중 事實審 審理科程을 거쳐야 밝혀질 수 있는 사항이므로 準據法 決定에 앞서 國際裁判管轄을 지정하여야 하는 문제가 있지만 國際私法 제2조의 國際裁判管轄에 관한 규정에 “당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 國際裁判管轄權을 가진다”라고 하고 있으므로 公海上에서 발생한 異國的 船舶間의 衝突에 있어서 어느 일방이 우리나라 선박이라면 충분히 裁判管轄權이 있다고 해석할 수 있을 것이다.

348) 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 29쪽.

로 인한 報酬請求權은 救助船船籍國法主義를 채택하고 있다. 이는 海洋事故救助의 목적이 海上危險에 대한 적극적 대응책으로서 제3자가 海上危險의 극복을 위하여 기여한 데 대한 報酬에 관한 것, 人命救助라는 도덕상의 至上命令과 인간애에 기초한 財産救助思想의 합치 및 救助者에게 報酬를 주어 救助를 장려함으로써 해상교통안전을 확보하려는 정책적 의도가 병존하므로[349] 이를 보다 원활하게 이루어질 수 있도록 하기 위하여 救助船舶측에 인센티브를 주어야 한다는 견해가 대두되었기 때문이다.[350] 이 견해가 타당하리라 생각한다.

다만 그 적용범위에 있어 國際私法 제62조는 '海洋事故救助로 인한 報酬請求權'에 대해서만 규정하고 있으나, 海洋事故救助에 관하여는 海洋事故의 要件·救助의 要件·救助의 效果(救助料請求權의 발생·阻却事由·優先特權 등 기타의 擔保) 등이 포함된 개념이어야 하므로, 이들도 제62조에 의하여 결정되는 準據法에 따를 사항이라고 본다. 따라서 이를 '海洋事故救助로 인한 報酬請求權'으로 한정할 것이 아니라 '海洋事故救助'로 수정할 필요가 있다고 본다.[351]

---

349) 李基秀, 앞의 책, 524쪽.
350) 鄭炳碩, 앞의 논문, 190쪽.
351) 同旨 孫珠瓚, 앞의 논문(註 50), 27쪽; 石光現, 앞의 책(註 18), 361~362쪽.

第4章 便宜置籍과 船舶國籍의 衝突

第1節 便宜置籍과 準據法 指定 例外條項

Ⅰ. 便宜置籍의 問題點

1. 便宜置籍의 槪念

便宜置籍(flag of convenience)이란 稅務, 勞動, 海運政策 등에 기한 국가의 각종 규제를 회피할 목적으로 규제가 느슨한 국가에 형식상의 회사를 설립한 후 會社名義으로 船舶의 所有權을 귀속시켜 동 국가의 국적을 유지하는 것으로서 해운업계에 널리 활용되는 慣行을 말한다.[352][353][354]

---

352) Susan Hodges, Christopher Hill, *Principles of Maritime Law*(London : LLP, 2001), p.29; William Tetley, "The Law of the Flag, "Flag Shopping", and Choice of Law", *Tulane Maritime Law Journal Vol.17*(1993), pp.173~174; B. N. Metaxas, "Some Thoughts on Flags of Convenience. 1 Maritime Studies and Management", *An International Journal* 1973(No. 3), p.165(山內惟介, 前揭書, 12面 在引用); 照井敬, "便宜置籍船キャンパーンと國際比較法的硏究(上)",「海事法硏究會誌」第154號, 日本海運集會所(2000. 2), 13面 以下 參照.

353) 하지만 이는 便宜置籍으로 인한 負擔의 回避라는 점을 중시한 것으로 동시에 다른 측면을 포괄적으로 나타내는 정의를 제기하기도 한다. 즉, 實質的인 船舶所有者가 그 소유에 관한 선박을 본래 登錄해야되는 자국에 登錄하는 경우에 발생하는 불이익을 회피하기 위하여(소극적 이유) 또는 자국에 登錄함으로써 얻을 수 없는 便宜를 享受하기 위하여(적극적 이유) 해당 선박을 스스로 또는 形式的인 外國法人을 통해 타국에 登錄하는 경우 관련된 便宜를 제공하는 국가를 便宜置籍國, 그곳에 登錄된 선박을 便宜置籍船, 해당 선박이 가지는 船籍을 便宜船籍, 관련된 선박이 게양하고 있는 국기를 便宜國旗, 그리고 이 선박의 實質的 所有者를 便宜船主라고 한다(山內惟介, 前揭書, 12~13面).

354) 便宜置籍船을 정의할 때 영국의 로치데일해운조사위원회의 보고서가 널리 인용되고 있다. 이는 1967년 7월 영국상무성에 의해 로치데일을 위원장으로 설치된 조사위원회가 거의 3년간동안 정리한 영국해운업의 구조·조직 및 능률·경쟁력 등에 관한 보고서(1970년 5월 발표)이다. 이에 따르면 便宜置籍에 공통되는 특질로 다음과 같은 6가지를 열거하고 있다.

① 船籍國은 등록된 선박에 대한 외국인의 所有 또는 管理를 인정하고 있다.

② 船籍登錄節次가 간편하여 외국 주재 영사관에서도 登錄이 가능하고, 船舶所有者의 희망에 따라 아무런 제한없이 登錄을 취소할 수 있다.

③ 船籍國은 선박의 소득에 대하여 所得稅나 法人稅를 부과하지 않고 부과하더라도 소액을 부과할 뿐이며, 통상 세금면제에 대한 보장이나 사전언질을 제공하고 있다.

便宜置籍에 관한 所有支配關係의 법률적 구조의 일반적 특성은 形式的 船主와 實質的 支配船主가 동시에 존재한다는 것이다. 즉 便宜置籍國에는 선박소유자가 되는 형식상의 회사를 설립하고, 실질적으로 그 선박을 소유하고 있는 支配船主(beneficial owner)는 形式上의 船主인 현지법인의 자회사 혹은 지점과 같은 지위를 지닌다. 한편, 形式的 船主는 일상의 經營管理業務를 조금도 행하지 않는 소위 '페이퍼컴퍼니'(paper company)와 실질적으로 經營管理業務에 종사하는 '經營管理船主'로 나눌 수 있는데, 實質上 支配船主는 페이퍼컴퍼니를 통하여 직접적으로, 또는 經營管理船主를 통하여 간접적으로 운항을 관리지배한다. 어떻든 便宜置籍船은 實質的 支配船主 아래에 있는 것을 주목하여야 할 것이다.[355]

당초 정치적 또는 군사적 동기에서 출발한 便宜置籍制度는 다른 나라에 선박을 등록하기 시작한 19세기 이전부터 지속적으로 증가하여 오늘날에 이르고 있다. 그러나 오늘날은 정치·군사적 동기보다는 오히려 각국 정부의 해운정책을 배경으로 한 경제적 동기가 중심이 되고 있다.[356] 便宜置籍의 실행상 이점으로는 실질적 선주가 자국에 등록하지 않음으로써 얻을 수 있는 消極的 利點과 便宜置籍國에 등록함에 의해 얻을 수 있는 積極的 利點을 들 수 있다.[357] 그러나 이러한 이점에도 불

보통 톤수를 기준으로 한 등록세와 매년 등록갱신요금만이 부과된다.

④ 船籍國은 등록된 모든 선박에 대하여 예상할 수 있는 어떤 상황에서도 國家權力을 행사하지 않는 小國이므로 톤당 수수료 수입이 그 국가의 소득과 國際收支에 대하여 큰 비중을 차지하고 있다.

⑤ 선박에 대한 外國人 船員의 船舶配乘이 자유롭게 허용되고 있다.

⑥ 船籍國은 국내규칙 또는 국제규칙을 효과적으로 수행할 능력이나 행정기관을 결여하고 있으며, 또 船舶所有者 자체를 감독할 의지나 능력도 결여하고 있다.

355) 尹允秀, "便宜置籍船", 「裁判資料 第73輯 外國司法研修論集」, 法院圖書館(1996), 522쪽.

356) 특히 便宜置籍의 경제적 동기에 대한 자세한 분석은 崔俊, "便宜置籍船制度에 대한 先進海運國의 對應政策에 관한 研究", 中央大學校 博士學位論文, 1992, 41~65쪽 참조.

357) 이러한 이점에 관하여 언급하면 다음과 같다.

① 運航上의 融通性 : 便宜置籍國에서는 선박의 건조지 및 수리지에 대한 제약이나 교역대상에 대한 제약이 없거나 또는 해운업자의 거래내역 및 회계관계 등을 정부에 보고하지 않아도 된다.

② 租稅로부터의 逃避 : 便宜置籍 供與國은 그 등록한 선박에 대하여 저렴한 登錄稅 외에는 거의 과세하지 아니하는 등 租稅逃避處(tax haven)를 제공함으로써 조세부담으로부터의 도피가 가능하다. 이는 선박의 재산세적 성격을 가진 톤세, 등록세 및 선박에 대한 공식적인 증명서 발급에 따른 서비스료 등이 부과되나 소득세적 성격의 세금은 일체없는 것이 일반적이며 정책의 변화, 정권의 변동 등에 따른 세부담의 증가로 선박소유자가 일시에 불이익을 받는 일이 없다.

③ 船員供給源 選擇上의 自由裁量權 附與 : 便宜置籍船은 선원고용에 있어 자국선원보다 낮은 임금 및 수당을 지급해도 되는 모든 국가의 선원을 고용할 수 있다. 여

구하고 많은 문제점을 가지고 있으며, 그 중 중요한 문제로서는 船員勤勞條件의 惡化,[358] 基準未達船의 量産[359] 및 實質的 船舶所有者의 識別 不能[360] 등이 있다.

이러한 便宜置籍은 國際私法 제9장 '해상'에서 기본원칙으로 자리잡고 있는 船籍國法과 밀접한 연관성을 가진다. 이는 선박에 대한 物權이나 船舶所有者의 責任制限의 準據法이 船籍國法으로 되어 있는 등 船籍國法이 海事國際私法에 있어서 중

건이 제대로 갖추어지지 아니한 국가이므로 眞正한 連繫를 가지고 있는 자국선의 육성이나 자국적 선원을 공급할 능력이 없는 것이 일반적이므로, 선박소유자들이 登錄船에 제3국 선원을 고용하는 것에 전혀 제약을 가하지 아니한다. 그러므로 선진국의 선박소유자들은 제3국 선원의 고용에 따른 제약을 피하기 위하여 보유선박을 便宜置籍國으로 이적시켜 제3국 선원을 고용하게 되었다. 즉, 국내법과 국내노조로부터 해방되어 제3국 선원을 고용할 수 있다는 것으로 선박소유자들이 便宜置籍을 선호하는 가장 큰 이유이기도 하다.

④ 運航 및 安全規制로부터의 脫皮 : 선박소유자는 便宜置籍國의 船舶登錄을 통하여 자국선적하에서 요구되는 것보다도 훨씬 적은 경비로 선박의 안전이나 오염방지기준을 준수할 수 있다. 便宜置籍船도 형식상 안전과 오염방지에 대하여 그 의무를 이행하는 것으로 되어 있으나 실효성있는 안전규칙을 실행하지는 아니한다. 즉, 이를 통해 선박소유자는 선박유지·관리에 소요되는 비용을 절감함으로써 이윤의 극대화를 추구할 수 있는 것이다.

⑤ 金融上의 利點 : 便宜置籍國에 등록한 경우 선박소유자에게는 선박확보에 필요한 자금을 조달하는데 따르는 금융상의 편익이 있다. 즉, 便宜置籍國은 擔保權者의 擔保權實行에 아무런 간섭을 하지 아니하고 競賣節次가 아주 간편하게 되어 있으므로 금융기관은 어느 경우에도 이러한 국가에 등록된 便宜置籍船의 擔保價値를 보다 높게 인정하게 된다.

⑥ 政治的·軍事的 問題로부터의 安全確保 : 便宜置籍國에 선박을 등록하는 경우 그들 선박의 국적을 감출 수 있기 때문에 정치·군사적인 이유로 불이익을 당하거나 불안으로부터 도피할 수 있다. 전시에 선박은 징발의 대상이거나 정부의 강력한 수송통제를 받는 것이 일반적이며 적의 공격대상이 되게 마련이다. 그러나 便宜置籍國은 국력의 규모로 보아 전쟁당사국이 될 가능성이 적어 이러한 불안이 없다.

358) 해운선진국에서의 선원 고임금과 노조활동으로 해운업이 사양산업화되어 감에 따라 便宜置籍을 활용하여 저임금의 開發途上國 船員을 고용함으로써 선진국 선원들의 고용기회를 축소시키는 한편 개발도상국 선원의 勤勞問題를 적극적으로 지도, 감독할 정부가 없는 관계로 開發途上國 船員의 권익 옹호가 어려울 뿐만 아니라, 각국 인종의 混乘 등에 따라 선내생활에서도 어려움을 야기시키고 있다.

359) 선박의 대형화, 고속화 및 전용선화로 안전 및 오염문제가 국제적인 문제로 대두됨에 따라 이에 대한 국제적인 규제가 강화되어도 便宜置籍國의 安全問題 放置로 인하여 선박자체의 성능과 장비등에서 기준이하의 수준을 유지하고 있는 기준미달선(sub-standard ship)을 量産하고 있다. 이는 해양사고시 대형사고로 연결되어 막대한 재산적 손해 및 인명적 손실 뿐만 아니라 오염으로 인한 해양환경보호에 막대한 악영향을 미치고 있다.

360) 便宜置籍船은 旗國과의 眞正한 連繫의 결여로 그 實質 船舶所有者의 파악이 어려워 경영실태를 외부에서 알기가 곤란하고 이들의 不當行爲에 대한 法的措置나 制裁에 있어 실효성 있는 통제가 어렵다.

요한 連結點이 되고 있기 때문이다. 그러므로 便宜置籍된 선박의 경우도 그 便宜置籍된 나라의 법을 船籍國法으로서 그대로 적용할 것인지 아니면 實質的 所有者의 所在地法을 적용할 것인지에 대한 논란이 있으며, 이에 대하여 國際私法에서는 명확한 규정을 두고 있지 아니하다.

2. 便宜置籍에 관한 學說

해운산업은 회사의 有限責任의 원칙이 제공하는 이점을 적극적으로 활용한 산업 중 하나로 꼽히고, 이 有限責任은 便宜置籍과 결합될 때 모회사의 재산을 보호하는 더욱 효과적인 수단이 된다. 즉, 實質所有者가 각 선박을 다른 便宜置籍國에 페이퍼 컴퍼니를 形式上 所有者로 하여 등록을 시켜두면, 實質所有者의 다른 선박에 執行이 불가능한 문제가 발생하게 된다. 이러한 경우에 회사를 방패로 이용하여 法人格을 남용할 경우 그에 대한 제재수단으로 회사의 法人格을 否認하고 그 배후에 있는 실체를 포착하여 구체적으로 타당한 결론을 꾀하려고 하는 법이론이 바로 法人格否認의 法理이다. 이에 관해 우리 법원은 원칙적으로 선박의 실질소유자와 형식상 소유자가 相異한 경우에 있어 實質所有者를 債務者로 인정해 주는 判決[361]을 한 바 있다. 이와 관련된 法人格否認論을 살펴보고 便宜置籍船에 대한 대법원 판결의 논거를 중심으로 國際私法上의 '가장 밀접한 관련'과 연관하여 살펴본다. 또한 정상적으로 指定된 準據法의 적용으로 얻게 될 法律效果를 回避하고 당사자가 國籍 또는 住所 등의 連結點을 고의로 변경하거나, 합의에 의해 자신에게 유리한 準據法을 지정하여 자신에게 유리한 법률효과를 성취하는 法律回避와 관련하여 便宜置籍과의 연관가능성에 대해서도 살펴본다.

(1) 法人格否認論

1) 法人格否認論의 槪念

法人格否認이라 함은 法人制度의 목적에 비추어 어떤 회사에 관하여 그 형식적 독립성을 관철하는 것이 정의·형평의 이념에 반하는 결과로 되는 경우 회사의 존

361) 1988.11.22. 선고 87다카1671 판결로서 이는 해상법 분야의 法人格否認에 관한 리딩케이스로서의 역할을 하고 있다.

재를 전면적으로 부정하는 것이 아니고 그 法人으로서의 존재를 인정하면서 그 특정한 사안에 한하여 회사의 독립된 法人格을 否認하고 '會社는 社員의 結合'으로 보아 구체적으로 타당한 해결을 꾀하려고 하는 이론이다.[362] 즉, 회사와 특정 제3자간에 문제된 法律關係에 있어서 공익을 해하거나 違法을 정당화하거나 詐欺나 범죄를 옹호하기 위하여 이용되었을 때에는 회사의 法人格을 否認하여 그 배후에 있는 사원에게 책임을 부담시키는 것이 法人格否認의 法理이다.[363]

法人格否認의 근거에 관하여는 法人格 槪念의 본질이나 법적안정성 및 제3자의 이익보호 등을 들어 이를 부정하는 견해도 있으나, 이를 긍정하는 견해는 대체로 그 근거를 法人制度 내지 法人格의 濫用에서 구하거나(法人格濫用論), 法人格의 내재적 한계에서 구한다(法人格限界論). 法人格否認은 法人格이 濫用되거나 반드시 濫用이라고 볼 수는 없어도 法人格의 독립성을 주장하는 것이 信義則에 반한다는 등의 사유가 있을 때 상대방보호를 위하여 인정되는 이론이므로 그 實定法上의 根據는 權利濫用과 信義則을 규정한 民法 제2조에서 구하는 것이 무난할 것이다.[364]

2) 適用要件 및 效果

法人格否認論의 적용과 관련하여 미국의 판례가 내세우는 요건은 첫째, 주식의 전부 또는 대부분을 소유하는 특정 株主가 회사를 지배하여 회사는 문제된 거래에 있어서 자신의 독립한 의사와 존재를 갖지 못하고, 둘째, 이러한 지배가 詐欺, 犯罪 또는 상대방의 權利侵害와 같은 不公正한 行爲를 하는데 이용되고, 셋째, 支配權의 行使 및 違法, 不公正行爲가 있을 때 등이다.[365] 종래에는 株主가 法人格을 濫用하려는 의도가 있었다는 主觀的 要件을 요구하는 판례도 많았지만 主觀的 要件에 대한 立證의 곤란을 고려하여 客觀的 要件만으로 족하다는 판례가 늘어가고 있다.[366]

그에 따른 일반적 효과로 특정한 경우에 문제된 회사의 法人格이 否認되면 그 회사의 독립성이 否定되므로 회사와 사원은 법적으로 동일한 실체로 취급된다. 즉,

362) 姜鐘快, "法人格否認",「會社法上의 諸問題(上)」, 裁判資料 第37輯, 法院行政處(1987. 12), 196쪽.
363) 便宜置籍에 관한 대법원의 판결은 회사와 회사간의 관계에 대한 것으로 회사와 그 배후의 사원간의 관계를 규율하기 위한 본래의 法人格否認論과는 다소 차이가 있다.
364) 姜鐘快, 앞의 논문, 17~20쪽.
365) 미국의 適用要件에 관한 자세한 내용은 林在淵, "法人格否認論 : 美國의 理論과 判例를 중심으로",「法曹」第43卷 第8號, 法曹協會(1994. 8), 27쪽 이하 참조.
366) Minton v. Cavaney, 56 Cal.2d 576 (1961).

法人格否認의 효과는 회사의 독립성이 否定되는데 있고 이것은 회사와 사원의 분리원칙이 否定되는 것을 의미하지만 그 분리원칙이 의미하는 것은 다양하므로 그 효과도 다양하게 나타난다.

우선 實體法上의 效果로써 法人格否認論이 적용되면 그 특정한 當事者間의 法律關係에 한하여 회사의 독립된 法人格이 일시적으로 否認되므로, 회사는 그 배후에 있는 사원의 결합으로 보게 되어 회사와 사원이 동일한 人格으로 취급된다. 그러므로 회사의 債務는 바로 사원의 債務로 되어 회사가 債務를 갚지 못하는 경우에는 사원이 그 개인재산으로 회사의 債務에 관하여 책임을 지고, 회사가 파산한 경우에는 사원이 회사에 대여한 금전은 債權으로 인정되지 않고 회사에 대한 자본의 출자로 인정되어 그 반환을 청구할 수 없게 된다.[367]

그러나 訴訟法上의 效果로써 法人格否認論이 訴訟法上으로 旣判力과 執行力의 확장까지도 가져오는가에 관하여는 다툼이 있다. 즉, 회사에 대한 債務名義를 가지고 사원의 개인재산에 대하여 强制執行을 할 수 있는가의 문제이다. 절차의 형식성·명확성·안정성을 위하여 이를 否定하는 견해가 많고, 우리나라 大法院과 日本 最高裁判所의 판례도 같은 입장을 취하고 있다.[368]

3) 美國의 判例를 통한 便宜置籍船 問題에 대한 接近

便宜置籍船과 관련하여 미국 판례에서 가장 주목할 것은 便宜置籍船에 승무중인 선원이 선박소유자에 대하여 선상에서의 부상을 원인으로 損害賠償請求한 사례이다. 이러한 사례는 미국의 존스법(Jones Act) 적용 여부에 관하여 빈번히 발생하는 유형으로 특히 많은 판례를 제공하기 때문이다.

그 중 초기의 사례로 들 수 있는 것은 Gerradin v. United Fruit Co.이다. 이는 뉴욕주법인 소유로 뉴저지주법인에 傭船된 온두라스선적의 선박에 승선중이던 미국인 선원이 公海上을 항해중 계단에서 떨어져 부상당한 후 傭船者에게 損害賠償을 請求한 사건이다. 전통적인 관점에 의한다면 본 사건은 선박이 公海上인 점과 선박의 내부조직 내지 내부규율에 관한 것이므로 그 準據法은 旗國法이 되어야한다. 그러나 법원은 船舶所有者의 住所地가 미국에 존재하고 있는 것에 주안점을 두어 미국의 존스법을 적용하여 原告의 請求를 인용하였다. 이는 旗國法인 온두라

367) 姜鐘快, 앞의 논문, 32~34쪽 참조.
368) 대법원 1995. 9. 12. 선고 93다44531 판결; 日本 最高裁 1978. 9. 14(昭和58), 判例時報 906號, 88面.

스법을 적용한다면 미국인인 船舶所有者 및 傭船者가 선원에게 부담하여야 할 미국법상의 책임을 회피할 수 있다는 점과 존스법에 의해 보호받을 수 있는 선원의 권리는 미국인 소유의 선박에 승선하고 있는 선원에게는 생사가 걸릴 정도의 중요한 의미를 가진다는 점을 들어 旗國法主義를 배척할 수 있는 판단을 내렸다고 할 수 있다. 즉, 이 경우 連結點으로서의 船舶國籍에 대한 적격성은 否認된 것이다.

그 후 便宜置籍에 관한 美國海事判例의 리딩케이스로 Lauritzen v. Larsen 사건[369]에 대한 판결이 있었다. 이는 쿠바의 하바나항에 정박중인 덴마크선적의 선박에서 부상당한 덴마크인 선원이 덴마크 船舶所有者에 대하여 존스법을 적용하여 損害賠償請求를 뉴욕남부지구 연방법원에 제기한 사건이다. 미국 대법원은 原告의 청구를 인정한 제2심판결을 破棄하여 존스법의 적용을 否認하였다. 이는 전통적인 連結點의 單一化 原則[370]을 배제하고 7개의 요소[371]를 들어 이러한 제요소들이 나타내는 국가와 해당 사안과의 관련성 정도를 종합적으로 판단하여 準據法을 결정하도록 하였다. 본 판결이후 이러한 連結點의 그룹화(seven factor approach)에 의한 판단은 便宜置籍船에 있어 '旗國'은 고려해야할 하나의 連結點으로만 인식되게 된 것이다.

그러나 여기에서 주의해야 할 점은 미국 대법원이 인정한 바와 같이 이들 7가지 요소는 반드시 동일한 가치를 가지고 있는 것은 아니라는 점이다. 그러므로 미국 대법원이 인정하는 중요한 요소에 대한 판례를 살펴볼 필요가 있을 것이다.

① 旗國法을 適用한 判例

Markakis v. S/S Mparmpa Christos(1958) 사건은 리베리아내에 어떤 사무소도 가지고 있지 않는 파나마법인 소유의 리베리아선적 선박이 미국 버지니아주의 영해상에서 船舶所有者의 過失 및 선박의 不可抗力으로 인해 부상당한 그리스인 선원이 선박소유자 등에 대하여 損害賠償을 請求한 사례이다. 본 사건에서 리베리아 선적 선박은 사고당시까지 한번도 리베리아 및 파나마 항로에 취항하지 않았고 그

369) 345 U.S. 571, 1953 AMC 1210(1953) cited in William Tetley, *op. cit.*, pp.156~157.

370) 連結點의 單一化 原則은 예를 들어 船舶國籍이라든가 不法行爲地 등 어떤 하나의 요소에만 의거해 準據法을 결정하는 입장을 말한다.

371) 여기서 제시하는 7가지 요소는 不法行爲地(the place of the wrongful act), 旗國法(the law of the flag), 被害者의 關聯性 또는 住所地(the alliance or domicile of the injured person), 被告 船舶所有者의 關聯性(the alliance of the defendant shipowner), 雇傭契約 締結地(the place of the contract), 外國法院의 利用 困難性(the inaccessibility of the foreign forum) 및 法廷地法(the law of the forum) 이다.

리스인이 지배하는 런던의 영국법인으로부터의 지시에 의해 델라웨어주 법인에 의해 운항되고 있었다.

본 사건의 판결은 便宜置籍船의 문제는 공공정책상의 판단의 문제이므로 의회가 직접 판단하여 이와 관련된 法의 制定을 행하는 것이 우선된다고 하며 이와 관련하여 볼 때 국제무역에 관한 정책상 요구되는 것은 旗國法의 適用이라고 하고 있다.[372]

이에 반해 Perdikouris v. the S/S Olympos(1961) 사건에서는 旗國法의 適用을 否定하는 被告의 주장이 배척되었다. 즉, 旗國法의 적용을 판시한 사건으로 본 사건은 파나마법인이 소유하고 있는 리베리아선적 선박에서 승무중 부상당한 그리스인 선원이 선박소유자(실질적 선박소유자는 그리스인) 이외에 대하여 損害賠償 등을 청구한 사건이다. 법원은 旗國法인 리베리아법에 의할 것을 판시하면서 旗國法을 주장할 수 있는 당사자는 原告, 즉 被害當事者임을 판결하였다.[373]

즉, 原告인 被害者 선원이 아니라 被告인 便宜置籍船의 선박소유자가 旗國法에

---

372) "便宜國旗의 사용이 억제되어야하는지 아니면 규제되어야 하는가에 대한 것은 법원에 의해 간접적으로 판단되어서는 안되며 이는 의회가 직접적으로 판단하여야 할 고도의 정책상의 문제이다. 船舶所有者의 외국 法人格의 利用, 선박의 外國登錄 및 외국국기의 이용은 과세, 피해를 입은 선원의 보호, 해사직원으로 조직된 노동자의 지위 및 미국 상선대의 진흥과 같은 공공정책의 견지에서 큰 의의를 가질지도 모른다. 다른 한편 이 문제는 國際公法, 國際私法 및 世界貿易이라는 요인을 동반하는 보편적인 문제이다. 이런 미묘한 정책상의 고려를 행함에 있어 의회에 의한 조사 및 법의 제정이라는 수단이야말로 사법입법에 의한 그것보다도 우선되어야 한다. 본원은 '便宜國旗'라는 逃避處에 관해 原告의 논지가 포함하고 있는 것과 본 사건에 존스법을 적용하는 것이 필요한가에 대하여 판단한다. …(중략) 국제법 및 국제거래정책상의 제요소가 요구하고 있는 것은 旗國法의 적용이며, 不法行爲地法의 적용이 아니라면 그 외 어떤 법의 적용도 될 수 없을 것이다."

373) "便宜國旗에 소송하는 사건은 본질적으로 외국국기를 게양한 선박과 실질적인 連結點을 가지고 있는 法廷地에서 구제를 구하고 있는 被害當事者를 위한 것이었다. 이 국기가 가공의 국기라는 사실은 旗國法의 적용가능성을 요구하고 있는 被害當事者의 권리를 박탈하는 것은 아니다. 그리고 이 국가의 법원이 자동적으로 궁극적인 지배 및 소유가 존재하는 국가의 법률을 적용하여야 한다고 하는 결론은 아니다. 被害當事者는 그 소유자가 法人格을 부여하고 있는 파나마에서 가장 확실하게 소송을 수행할 수 있다. 만일 해당 선박이 리베리아에 입항하였다면 리베리아에서 본 선박에 대하여 對物訴訟을 수행할 수 있을 것이다. 또 그 국기의 소유자의 동의를 근거로 그리스에서 對人訴訟을 수행할 수 있다는 것도 의심할 나위가 없다. 만약 미국과의 連結點이 실질적이고, 국기가 가공의 국기라면 被害當事者는 권리침해에 대하여 회복을 요구하는 그의 권리범위내에서 이 국가의 법률을 지목할 수 있다. 그러므로 피해자는 그의 선택에 따라 旗國法을 지목할 수 있지만 가공의 국기를 두고 있는 당사자는 궁극적인 지배 및 소유자가 존재하는 국가의 법률적용을 주장할 수 없다는 결론에 도달한다."

대신해 궁극적 지배 및 소유가 존재하는 국가의 법률 적용을 주장하더라도 이는 인정되지 않는다는 것이다.[374]

② 當事者의 意思를 適用한 事例

準據法의 決定에 있어 當事者의 意思를 적용한 사례도 있다. 예를 들면 Stamatakos v. Hunter Shipping Co., S.A.(1972) 사건은 파나마법인(그 주식은 모두 영국에 거주하고 있는 그리스인이 보유하고 있었다)이 소유하고 있는 리베리아 선적 선박이 뉴욕항내에 있을 때 선상에서 부상당한 그리스인 선원(이후 미국으로 귀화)이 선박소유자에 대하여 損害賠償을 請求한 사례이다. 이 사건에서는 당사자간에 그리스법 적용에 대한 합의가 있었다고 하는 被告의 주장이 인정되었다.[375]

본 사건에서 명확한 것은 '當事者가 合意한 法'이 적용되고 있다는 것이다. 그러나 보다 자세히 검토하면 Lauritzen 사건에서 제시된 7가지 요소에 대하여 각각 검토한 후 이에 대한 밀접성을 종합적으로 판단한 결과 그리스법의 적용이라는 결론에 도달한 것을 알 수 있다. 이와 같은 관점에서 본다면 본 사건은 '궁극적인 선박지배가 이루어지지 않은 국가의 법'이라는 관점에 의해 '當事者間의 合意'를 連結點으로 보는 것도 가능할 것이다.

③ 實質的 船舶所有者의 本國法(또는 所在地國法)을 適用한 境遇

374) 이와 같은 判決은 로테르담을 출항한 리베리아선적의 선박내에서 부상한 그리스인 선원이 船舶所有者인 리베리아법인(實質的 船舶所有者는 그리스인)에 대하여 존스법에 의거하여 損害賠償請求를 한 Aivaliotis v. S.S. Atlantic Glory(1963)에서도 引用되었다.

375) "리베리아 이외의 국가의 법인 및 리베리아인 이외의 국민이 이용하는 리베리아국기는 便宜國旗로서 잘 알려져 있다. 그러므로 본건의 제사실은 '旗國法'이 우선되어야 하는 것은 아니다. 해당 선박의 實質的 所有者는 그리스국민인 것처럼 생각할 수 있으나 미국은 해당 선박과의 사이에 實質的인 連結點을 가지고 있으며, 해당 선박에 대한 이해관계도 가지고 있다. 해당 선박은 원래 미국 해사국이 건조하였으며, 同 船舶의 등록은 해사국의 허가없이는 이전될 수 없으며, 총 1,000만달러의 보증금으로 보증한 실질적 지배가 존재하였다. …(중략) 同 船舶은 뉴욕에서 Metropolitan Petroleum Ltd.라는 미국법인에 傭船되어 있었다. 傭船은 주로 미국에서 각국으로 석유운송을 하였지만 이에 대한 지불은 뉴욕에서 미국통화로 이루어졌다. 미국과의 결부가 특히 밀접하다고 생각되어도 현재의 判例法에 기초하면 미국법보다 그리스법의 적용이 적절하다고 생각된다. 실제적인 의도에서 보더라도 동 선박은 그리스선이었으며, 原告를 포함한 승조원은 그리스법에 복종한다는 취지의 합의를 하고 있었다. 양당사자가 임의로 어느 특정 국가의 법이 우선되어야 하는 취지를 합의하고 있고, 이와 대립하는 공공의 이익을 강하게 부정할 정도가 아닐 때에는 이 합의는 유효한 것이 된다."

實質的 船舶所有者의 本國法 또는 所在地國法을 적용한 판례도 있다.

첫째, 이러한 판례의 리딩케이스로 Zielinski v. Empresa Hondurena de Vapores et al.(1953) 사건이 있다. 이 사건은 미국에 거주하고 있던 폴란드인 선원이 파나마항내에 정박중인 온두라스선적 선박의 선상에서 작업 도중 부상당한 사건에서 船舶所有者(온두라스법인) 및 定期傭船者(선박소유자법인의 전 주식을 보유하고 있는 미국법인)에 대하여 損害賠償請求 訴訟을 한 경우이다.[376] 이는 原告인 被害船員이 현실적으로 미국내에 거주하고 있고, 온두라스법인의 전 주식을 보유하고 있는 미국법인에 대하여 實質的인 所有를 인정한 경우이다.

둘째, Bobolakis v. Comp. Panamena Maritima(1958) 사건이 있다. 이 사건은 파나마법인(주식의 대부분은 뉴욕주 시민이 보유)이 소유하고 있는 파나마선적 선박에 관한 것으로 原告는 동 선박이 캐나다 영해내에 있었을 때 선박소유자의 과실 및 선박의 불가항력으로 인해 부상을 입어 선박소유자등에 대하여 존스법 및 해사법을 토대로 損害賠償請求 訴訟을 하였다. 본 사건에 대하여 법원은 裁判管轄權을 가지고 있지 못하므로 본 소송은 却下되어야 한다는 被告의 주장에 대하여 실질적 선박소유가 주요한 連結點으로 제시될 수 있으므로 존스법의 적용을 정당화하고 있다.[377]

---

376) "만약 존스법에 의해 실질적인 효과가 부여되어야 한다면 被害當事者인 原告가 미국에 거주하고 있다는 사실 및 미국법인이 선박소유자의 주식을 보유하고 있다는 사실을 이유로 본 사건에서 실질적인 효과를 부여할 수 있을 것이라 생각한다.…(중략) 被告 船舶所有者의 關聯性(alliance)이라는 요소에 대해서는 Gerradin v. United Fruit Co. 사건에서 이루어진 판단을 참고할 수 있다. 동 사건에서 법원은 해당 선박이 외국에 등록되어 있다하더라도 선박소유자가 미국시민인 경우에는 미국시민인 선원에게 유리한 존스법을 적용한 바가 있다. 본 법정은 본 사건에서 온두라스법인인 Empresa는 Orotava호를 소유하고 있으며, 同法인의 전 주식은 United Fruit company가 소유하고 있다는 사실에 의거해 만일 United Fruit Company가 이와 같은 방법으로 직접적으로 동 선박을 소유하고 있었다면 앞의 판례(Gerradin v. United Fruit Co.)는 존스법을 적용함에 있어 先例가 될 수 있을 것이다. 즉, 名目的인 船舶所有者와 實質的인 船舶所有者가 법적으로 상이하다는 것이 법적취급에 있어 차이를 초래한다고는 볼 수 없을 것이다. …(중략) 본 법원은 原告가 미국내에 거주하고 있는 본 사건과 같은 경우에 대해서는 해당 선박을 현실적으로 지배하는 자의 국적에 실질적 효과를 부여하는 것으로 한다."

377) 본 사건에서 판사는 Lauritzen 사건 및 외국인의 선박소유에 대한 사안을 검토해 보면 외국법인과 미국과의 중요한 連結點은 미국인에 의한 선박 그 자체의 소유라고 보고 있다. 즉, Gerradin 사건 및 Zielinski 사건 모두 미국에 주소지를 가지고 있는 경우로 선박의 소유가 주요한 連結點이었음을 확인하여, 先決例에 비추어 미국인이 해당 선박 소유자인 법인의 대부분 주식을 보유하고 동시에 이를 지배하고 있다면 미국의 존스법을 적용하는 것이 당연하다고 판시하고 있다.

셋째, Silas v. Paroh S.S.Co.(1958) 사건이 있다. 이 사건은 파나마법인이 소유한 리베리아선적 선박에 관한 것으로 동 선박은 이전에 미국국적의 선박으로 버지니아주에서 영업을 하는 법인이 소유하고 있었지만, 이후 船籍 및 船名을 변경하고 파나마법인으로 讓渡되었다. 하지만 파나마법인의 주식은 미국법인이 전부 소유하고 있었다. 동 선박이 필라델피아에 정박중 부상당한 선원이 미국에서 損害賠償請求 訴訟을 제기한 사건이다.[378] 이 사건에서는 實質的 所有者와 營業活動地를 주요 連結點으로 지정하였다.

넷째, Bartholomew v. Universe Tankships, Inc.(1959) 사건이 있다. 이 사건에서 리베리아선적 선주는 리베리아법인이지만 그 주식은 파나마법인이 보유하고 있으며, 파나마법인의 모든 주식은 미국인이 보유하고 있었다. 리베리아법인의 이사는 모두 미국인이고 營業의 本據地도 뉴욕이었다. 原告는 영국령 서인도제도 출신의 선원이었고 동 선박이 미국의 영해내에 있을 때 어떤 승조원에 폭행을 당하였다. 이에 雇傭者인 船舶所有者에 대하여 존스법에 근거하여 損害賠償請求 訴訟을 제기한 것이었다. 본 사건에서의 판결은 해당 선박의 국기 및 선주는 외국에 근거하고 있더라도 實質的인 船舶所有者가 미국인이며, 不法行爲地가 미국의 영해라는 것을 이유로 존스법의 적용을 정당화하였다. 이 경우 특히 중요한 連結點으로 不法行爲地를 들고 있다.

다섯째, 리베리아법인이 소유하고 있는 그리스선적 선박에 관한 Pavlou v. Ocean Traders Marine Corporation(1962) 사건이 있다. 이 사건은 그리스인 선원이 선박소유자 이외에 대한 損害賠償請求에 대하여 존스법을 적용한 사례이다. 하지만 이 사건에서의 특징은 實質的인 營業所在地 및 運航本據地를 그 連結點으로 指定하였다는 것이다.[379]

---

378) 본 사건의 判決은 被告가 파나마법인의 주식 전부를 보유하고 있고, 버지니아주를 營業權으로 하는 상황이 변하지 않은 점 등을 미루어 미국인 소유에 있어 그 등록의 변경으로 인한 外國國旗의 揭揚은 그 의무를 회피할 수 없다고 判示하고 있다.

379) 이 사건은 해당 선박이 그리스로 등록을 옮긴 便宜置籍에 해당하며 리베리아법인은 실제 뉴욕에 근거지를 두고 있으며, 運航基地로서의 역할도 수행하고 있었다. 이에 판결은 Lauritzen 사건에서 '運航基地'라는 요소를 강조하지는 않았지만 각 사안별 요소를 모두 검토해 보아야 한다는 의미로 해석한다면 본 사건에서는 선박의 登錄國과 船舶所有者法人의 法人格附與 및 업무상 해당 선박을 현실적으로 관리·지배하고 지시하고 있는 자의 운항기지라는 요소를 連結點으로 하여 보다 유연한 접근이 필요하다고 判示하고 있다.

4) 法人格否認이 認定된 우리나라의 事例

① 1988. 11. 22. 선고 87다카1671 判決

리베리아에 주사무소를 둔 리베리아회사인 原告 회사(사장 B, 총무이사 A. A, B는 형제)는 주사무소를 原告와 같이하는 리베리아 회사인 乙회사(회장 B, 사장 A)와의 사이에 리베리아 선적의 이 건 선박에 관한 船舶管理契約을 체결하면서 原告를 대표하여 A가, 乙회사를 대표하여 B가 서명하였고, 같은 날 乙회사는 홍콩에 사무소를 둔 甲회사(이사 A, B)와 船舶管理複代理契約을 체결하면서 乙회사를 대표하여 B가, 甲회사를 대표하여 A가 서명하였고, 甲회사의 사실상 주소지, 전화, 텔렉스 번호가 乙회사와 같다.

그런데 선장인 C가 甲회사의 홍콩 본사로부터 선박을 被告 현대미포조선소에서 수리하라는 지시를 받고 울산항에 입항시키면서 입항신고시 소유자를 甲회사로 기재하였고 甲회사의 동경지사장 D도 被告 회사와의 사이에 선박수리비에 관한 대금결제계약서를 작성함에 있어서 船舶所有者를 甲회사로 기재하므로 被告는 선박을 甲회사의 소유로 알고 수리해 주었으나 甲회사는 수리비를 지급하지 아니하므로 被告 회사는 선박을 假押留하였는데 原告 회사는 선박이 甲회사 소유가 아니라 原告 회사의 소유라고 주장하면서 제3자이의의 訴를 提起하였다.

이에 대하여 대법원은 法人格否認의 法理를 최초로 채용하여, 原告 및 甲, 乙회사는 별개의 회사로 되어 있으나 原告 및 甲회사는 이 건 선박의 실제상 소유자인 乙회사가 便宜置籍을 위하여 설립한 회사들로서 실제로는 사무실과 경영진 등이 동일하므로 이러한 지위에 있는 原告가 법률의 適用을 回避하기 위하여 별개의 法人格을 가지는 회사라는 주장을 내세우는 것은 信義誠實의 原則에 위반하거나 法人格을 濫用하는 것으로서 허용되어서는 아니된다고 판시하였다.

이 판결은 대법원이 法人格否認論을 최초로 인정한 것이라는 점에서 그 의의가 크지만 이 사안의 해결을 위하여 꼭 法人格否認論을 援用하여야 했는가(補充性의 問題[380]) 및 이 사안에서 확정된 사실만으로 原告 회사의 法人格을 否認하는데 충분한가(適用要件의 問題)에 관해서 살펴볼 필요는 있다.

첫째, 補充性의 問題에 있어 原告의 法人格이 법률의 적용을 回避하기 위하여는

380) 法人格否認論의 補充性은 法人에 대하여 法人格否認論을 적용하여 문제를 해결하려는 경향이 커지고 지나치게 널리 적용되는데 대한 반동으로 事實認定, 契約의 解釋, 法規의 解釋 등 기존의 法理論으로 해결할 수 없는 경우에 최후의 수단으로서 적용되어야 한다는 것으로 최근의 判例와 學說의 입장이다(丁海德, 앞의 논문, 105쪽).

단순히 法人格이 濫用되었다고 說示하는 것만으로는 불충분하며 어떠한 사실관계에 비추어 볼 때에 그 法人格이 濫用된 것으로 되느냐를 밝혀야 한다. 便宜置籍 자체가 위법한 것은 아니기 때문이다. 그것은 대법원이 “선박의 便宜置籍이라는 일종의 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서”라고 판시하고 있는 것에서도 알 수 있다. 대법원은 原告회사가 甲회사의 債務를 免脫하기 위한 不法目的을 달성하기 위하여 이용되고 있다고 說示하고 있는 바, 그렇게 인정하게 된 사실관계는 역시 분명하지 아니하다.

둘째, 대법원은 法人格否認의 근거로서 직접적으로는 사무실과 경영진이 동일하다는 사실과 原告會社는 선박의 실제상 소유자인 甲회사가 便宜置籍을 위하여 설립한 회사라는 사실만을 확정하고 있고, 나아가 便宜置籍의 배경·목적만을 설명하는데 그치고 있다. 이 사건에서 甲회사와 原告會社의 주주가 누구인지, 그들이 누구의 지배를 받는지, 양자 사이에 會社法的 形式(株主總會, 理事會)이 각각 별개로 행하여지고 있는지, 양 회사의 자본은 충분한지 등에 관하여는 아무런 언급이 없다. 대법원이 原告會社 또는 甲회사의 法人格을 否認하려면 그것을 부인할 수 있는 요건이 좀더 구체적이고 상세하게 밝혀지지 않으면 안된다. 양 회사의 사무실이 같고 경영진이 동일하다는 이유만으로는 양 회사의 독립된 法人格을 否認할 이유가 되지는 못할 것이다.

② 1989. 9. 12. 宣告 89다카678 判決

原告 회사는 키프러스국법에 따라 설립된 유한책임회사로서 본점소재지가 키프러스국 변호사 법률사무소의 주소와 같고, 그 임원은 B1, B2이었다가 B3, B4로 바뀌었고, 原告 회사의 주주는 C1사, C2사인 사실, 이 건 선박은 원래 이탈리아회사의 소유였는데 甲회사의 사주인 A가 乙회사를 대표하여 定期傭船契約을 맺었고 한편으로는 甲회사의 대표자로서 乙회사를 위한 傭船契約의 履行保證人이 되었다가 그 소속의 선장M을 불특정된 買受人의 代理人으로 내세워 선박을 매수한 사실, 甲회사는 리베리아회사로서 그 本店所在地는 리베리아이지만 영업활동의 주사무소는 그리이스이고 A가 實際 所有者로 지배하고 있는 해운그룹의 주력선사로서 리베리아, 파나마 등에 선박의 적을 둔 40여척 선박의 登記船主를 대리하여 위 선박을 실제 관리, 운영하여 온 사실, 原告 회사의 前 임원이던 B1, B2는 甲회사의 직원 내지 이사, 現 임원인 B3는 인사담당자로 근무하다가 퇴직하였고, 같은 B4는 재정담당자이며, 原告會社의 주주인 C1사, C2사는 모두 리베리아회사로서 그 본점

소재지가 甲회사와 동일할 뿐만 아니라 C1사, C2사가 登記船主로 되어 있던 선박의 실제 운영선사도 모두 甲회사이었다.

甲회사는 울산항에 입항한 이 건 선박의 선주자격으로 한국회사인 D회사와 탱크청소계약을 체결하였다가 이 건 假押留 이후 D회사로부터 原告 회사를 대리한 E회사 명의로 다시 계약서를 작성하여 받았으나 甲회사의 직원인 M 등이 실제 청소작업에 참여하여 契約履行을 감독하였고, 이 건 소송이 계속중 실제 운영하는 선박들의 登記船主 및 原告 회사 등 39개 회사를 대리하여 위 회사들이 소외 F회사에 대하여 부담하고 있는 윤활유대금지급 債務에 대하여 主債務者로서 지급할 것을 약정하는 한편, A도 위 債務에 대한 擔保로서 原告會社의 被告에 대한 損害賠償債權을 F회사에게 讓渡하였고, 한편 被告는 선박을 甲회사의 소유로 알고 수리해 주었으나 甲회사는 수리비를 지급하지 아니하므로 선박을 가압류하였는데 原告會社는 선박이 甲회사 소유가 아니라 原告會社의 소유라고 주장하면서 제3자이의의 訴를 提起하였다.

이에 대하여 대법원은 原告會社와 甲회사는 외형상 별개의 회사이나 原告 회사는 甲회사가 이 건 선박을 便宜置籍시켜 소유, 운영할 목적으로 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과하고 선박의 實際所有者는 甲회사이므로 原告가 그 선박의 소유권을 주장하여 선박에 대한 假押留執行의 不許를 구하는 것은 便宜置籍이라는 편법행위가 용인되는 한계를 넘어서 債務를 免脫하려는 不法目的을 달성하려고 함에 지나지 아니하여 信義則上 許容될 수 없다고 판시하였다.

앞에서 언급한 대법원 판결(1988. 11. 22. 선고 87다카1671)과 사안이 크게 다르지 아니한데도 法人格否認의 法理를 언급하지 아니하고 있는 점이 특징이다. 이는 결국 대법원이 외국에서 발전된 法人格否認論을 도입하지 않고도 信義則理論으로 사건을 해결할 수 있다고 본 데서 기인한 것이 아닌가 생각된다.[381]

5) 私見

便宜置籍船에 대한 船舶假押留 事件에서 法人格否認論을 채택하여 그 이론적 근거를 제시한 것은 큰 의의가 있다. 미국의 경우도 선박이 실질적으로 전부 또는 일부라도 미국인 등에 의하여 소유되고 관리되는 便宜置籍船에 대하여 法人格否認(piercing the corporate veil)의 法理와 더불어 法人格實體把握(lifting the corporate

381) 李宙興, "法人格否認과 信義則違反",「司法行政」第360號, 韓國司法行政學會(1990. 12), 79~83쪽.

veil)의 法理로써 連結點을 정하여 자유롭게 법선택을 하고 있다.[382][383] 특히 우리가 주목하여야 하는 것은 法人格實體把握의 法理인데 실질적인 法人格을 把握하기 위한 노력의 일환으로 선원의 海事不法行爲와 관련된 판례에서 고려해야할 7가지 요소에 의한 접근방법을 제시하기도 하였다. 즉, 船舶所有者의 實際國籍을 중요시하고, 船舶所有者의 本據地 및 실질적 영업활동장소, 原告가 외국법원에 提訴할 수 있는지 여부, 船籍國法 등을 중요한 요소로 판단하여 便宜置籍과 관련 문제에 대하여 현실에 부합하는 결과를 이끌어 내려는 것이다. 그러나 실제상으로는 하나의 선박만을 소유하기 위하여 설립된 소위 "one ship company"의 적법성을 인정하고 사기의 개입이 증명되지 아니하는 한 法人格의 否認을 꺼리고 있다.[384]

우리나라에서도 이 이론이 도입되어 회사제도를 이용하여 회사의 배후에서 책임을 회피하려는 악덕기업인으로부터 善意의 被害者를 보호하려는 시도는 큰 의의가 있다고 본다. 하지만 이 이론의 구체적인 적용요건이 모호하여 濫用의 소지도 있으므로 그 적용요건을 엄격히 하는 한편 다른 방법으로 救濟方法이 없는 예외적인 경우에만 法人格否認을 援用하도록 하여야 할 것이다. 여기에서 國際私法上 便宜置籍의 實質所有者를 연결짓는 '가장 밀접한 관련'에 있어 法人格否認論에서 제시하는 구체적인 적용요건도 검토의 대상이 될 수 있을 것이다.

(2) 法律回避論

1) 法律回避의 槪念

國際私法上 法律回避(evasion of law)란 정상적으로 指定된 準據法의 적용으로 얻게 될 法律效果를 回避하고 당사자가 국적 또는 주소 등의 連結點을 故意로 變更하거나, 合意에 의해 자신에게 유리한 準據法을 指定하여 자신에게 유리한 법률효과를 성취하는 것을 말한다.[385] 法律回避는 國際私法에만 고유한 문제는 아니며,

---

382) William Tetley, *op. cit.*, pp.179~183.

383) 여기에서 William Tetely는 "piercing the corporate veil"은 회사의 권리와 책임이 동시에 주주의 권리와 책임으로 되는 會社法上 槪念이고, "lifting the corporate veil"은 連結點을 정하는 것 등을 목적으로 國際私法上 槪念으로서 양자는 구별되어야 한다고 한다.

384) 영국판례는 The Glastnos(1991) 1 Lloyd's Rep.482 참조. 미국법원에서 法人格否認의 法理가 문제된 사건에서 法人格이 否認된 비율은 약 40%이고, 해사사건의 경우도 이와 크게 다르지 않다고 한다(Robert B. Thompson, "Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study", *Cornell Law Review, 1036*(1991), p.6).

법의 일반적인 문제이다. 國際私法上 法律回避의 전형적인 예는 영국의 소위 “그레트나 그린 이혼”에서 볼 수 있다. 즉, 오래전에 영국의 젊은이들은 영국에서 혼인할 경우 이혼에 부모의 동의를 요구하는 영국법의 지배에서 벗어나고자 관대한 婚姻法을 가진 스코틀랜드의 그레트나 그린(Gretna Green)이란 마을에서 혼인식을 올리곤 하였다. 이외에도 離婚의 成立要件이 덜 까다로운 제3국의 국적을 취득하거나 주소를 변경한 후 離婚訴訟을 하거나, 계약의 성립요건과 관련하여 국내법상의 강한 公序를 피하여 當事者의 合意로 타국법을 準據法으로 指定한 경우 등 주로 家族法과 契約法에서 法律回避가 행해졌다.

이와 같이 國際私法에서 규정되어 있는 連結點을 통한 準據法의 적용시 자신에게 불리하게 작용하는 경우에 있어 連結點을 故意로 變更하여 자신에게 유리한 법의 지정을 이끌어 내는 것을 法律回避라고 한다면, 租稅와 勞動關係를 자신에게 유리하게 하기 위하여 실질적으로 관련이 없는 국가에 선박을 등록하는 ‘便宜置籍’의 문제도 이와 같은 法律回避의 문제로서 볼 수 있을 것이다.[386]

法律回避에 관하여 프랑스법은 fraude à la loi 라고 부르고, 그 법률행위를 무효로 간주하여 온 반면, 독일과 영미 등 대부분의 국가에서는 대체로 法律回避 자체에 대해서는 유효로 보는 경향이 있다. 여기에서는 法律回避에 관한 우리나라의 판례가 눈에 띄지 않으므로 이와 관련된 외국의 실례를 분석하여 便宜置籍과의 관계를 검토하고자 한다.[387]

2) 法律回避의 事例[388]

---

385) 徐希源, 앞의 책, 109~110쪽; 申昌善, 앞의 책, 151쪽.

386) 山本敬三,「法律回避の研究」(廣島 : 廣島修道大學總合研究所, 1997), 99面.

387) 法律回避와 유사하나 이와 구별되어야 하는 것은 “不眞正한 法律回避”이다. 즉, 法律回避가 連結點의 變更 등을 통한 法廷地의 國際私法을 이용하여 자기에게 유리한 準據法의 적용을 받도록 하는 것인데 반하여 法廷地쇼핑(forum shopping)과 같은 不眞正한 法律回避는 각국의 國際私法이 다른 것을 이용하여 자기에게 유리한 準據法을 정한 國際私法의 적용을 받기 위하여 그러한 國際私法 規定을 가진 국가에 訴訟을 제기하는 것을 말한다.

388) 法律回避에서 주로 거론되는 것은 婚姻과 離婚에 관한 문제이다. 하지만 여기에서는 해상문제를 중심으로 하므로 소개하는 것에 그친다.

첫째, 法律回避에 의한 혼인(Evasive Marriage). 영국에서는 18세기경부터 “그레트나 그린 혼인”이란 관행으로 젊은이들이 그들의 혼인에 부모의 승낙을 요구하는 영국법의 적용을 받지 않으려고 혼인성립 요건이 관대한 스코틀랜드법이 지배하는 “그레트나 그린”마을에 가서 혼인식을 올린 후 곧 영국으로 돌아와 혼인생활을 하는 경우가 있었다. 당시 법원은 혼인에 관한 準據法으로 婚姻擧行地法만을 적용하였으므로

① 法律回避에 의한 契約

涉外契約에 있어서 당사자는 抵觸法에 따라 그 契約에 적용될 準據法을 回避하고 제3의 법을 準據法으로 정할 수 있다. Vita Food Products v. Unus Shipping(1933) 사건에서 당사자는 船荷證券 작성시에 契約의 準據法으로서 헤이그규칙의 적용을 회피하고 영국법을 적용하도록 합의함으로써 船長의 過失로 인한 運送人의 責任을 免除하도록 하였다. 이 사건에서 영국법원은 契約의 方式에 관한 準據法을 정함에 있어서 계약에 관한 當事者 合意의 내용이 불평등해서는 안되며 信義誠實로(bona fides) 행하여져야 한다고 지적하였지만, 當事者自治의 制限으로 그 계약을 무효로 하지는 않았다. 그러나 최근 각국은 契約에 적용될 準據法에 대한 불평등한 합의를 제한하는 實定法을 제정하고 있다. 영국의 1977년 不平等 契約條件에 관한 法(Unfair Contract Terms Act 1977) 제27조 (2)는 당사자자치로 당사자가 오직 또는 주로 해당 法律을 回避할 목적만으로 외국법을 準據法으로 정한 경우나, 계약체결시에 일방 당사자가 소비자로 간주되며 영국에 常居所가 있는 경우에는 계약에 관한 法律回避를 방지하기 위하여 本法이 적용된다고 규정하고 있다. 그러나 우리나라의 약관의 규제에 관한 법률은 외국법을 準據法으로 선택하는 경우에 관해 직접적으로 규제하는 규정은 없으나, 제6조나 제7조에 의하여 信義誠實에 반하는 約款條項이나 免責條項을 금지하여 外國法 準據約款을 규제할 수 있을 것이다. 계약에 관한 法律回避를 방지하려는 유사한 규정으로는 영국의 海上物件運送法(Carriage of Goods by Sea Act 1971) 제10조가 있어서 당사자의 합의로 외국법을 準據法으로 정하였더라도 本法은 적용된다는 입장을 취하고 있다. 우리 商法 제790조의 運送人의 責任의 輕減禁止 規定도 이와 유사한데, 免責約款 중 전반적인 책임을 배제하거나 特定 損害에 관한 責任을 排除하는 責任排除約款을 무효로 본다.[389]

"그레트나 그린" 婚姻의 有效性을 인정하였다.

둘째, 法律回避에 의한 이혼(Evasive Divorce). 미국 네바다주법이 영국법보다 쉽게 이혼을 인정하는 것을 이용하여 영국인인 남편이 일시 네바다주를 방문하여 離婚訴訟을 제기하여 勝訴判決을 얻었는데, 외국에서 행해진 이 이혼판결을 영국법원이 承認해야 할 것인지 여부가 Indyka v. Indyka(1969) 사건에서 문제로 제기되었다. 법원은 이 사건에서 외국에서 행한 離婚判決을 承認할 기초로서 "實質的인 關聯性의 有無"(a real and substantial connection test)를 살폈는데, 네바다주는 혼인생활과 실질적인 관련이 없으므로 그 離婚判決의 承認을 거절하였다. 그러나 1971년 영국에서는 "혼인과 법정별거의 승인에 관한 헤이그협약(1968년)"을 국내법으로 채택함으로써 해외에서 행해진 離婚判決을 보다 관대하게 承認하고 있다.

389) 대법원 1983. 3. 22. 82다카 1533.

② 法律回避에 의한 法人設立

미국에 있어서의 회사설립에 따른 法律回避問題이다. 예를 들면 회사의 설립이 비교적 용이한 Delaware 주법에 의하여 Delaware에 설립하고 정관상의 본점도 그곳에 두고 있으나 뉴욕주에 실질적인 본점을 두고 그곳에서 사업을 영위하는 경우가 있다. 회사의 屬人法에 관하여는 設立準據法主義와 本據地法主義가 있는데 미국에서는 設立準據法主義를 취하고 있으며, 設立準據法에 의하여 유효하게 설립된 경우에는 어느 다른 주에서도 유효한 것으로 인정되기 때문에 이러한 문제가 생기는 것이다. Delaware 주는 아주 작은 주로서 인구는 전미국의 약 0.2%, 면적은 0.08%에 불과하나 뉴욕증권거래소에 상장된 미국의 대규모회사의 약 40%가 이 Delaware 주에서 설립된 것으로 알려지고 있다. 이러한 회사를 미국에서는 '類似州外會社'(pseudo-foreign corporation)이라고 한다.

이러한 종류의 회사법의 回避行爲는 미국이외에도 행하여지는데 국제적으로는 리히텐슈타인(Lichtenstein)법에 의한 리히텐슈타인회사가 유명하다. 이와 같은 회사를 일반적으로 오아시스회사라고 한다.

이와 비교해 본다면 便宜置籍上에서 언급하는 페이퍼컴퍼니의 설립 또한 같은 맥락에서 이해 할 수 있을 것이다.

3) 法律回避를 非難하는 根據

國際私法에 있어서 法律回避를 비난하는 근거는 대체로 그 行爲의 非倫理性 또는 일방 당사자에게만 유리하게 행해진 結果의 不公正性 그리고 그러한 행위의 결과로 국익을 상당히 손상하게 된다는 이유 등을 들 수 있다. 法律回避란 용어 자체가 公明正大하지 못한 行爲란 의미가 내포된 듯 보이나, 반드시 非倫理的인 것만은 아니다. 특히 계약에 있어서 당사자가 자신들의 거래에 적용될 準據法을 선택하는 것은 잘못된 것이 없으며, 오히려 당사자의 기대치를 확실하게 하고 法的安定性을 줄 수 있다. 예를 들면, 國際保險이나 海上運送契約이 당사자가 선택한 準據法의 所屬國과 아무런 관련이 없다 할지라도 그러한 선택이 상관행이며 거래의 편의상 행해졌다면 비난의 대상이 될 수 없는 것이다. 따라서 계약에 있어서 당사자의 法律回避의 動機가 불순하다고 곧 비난되는 것이 아니라, 法律回避가 당사자중 일방에게 불공정하게 행해지거나 국익에 반할 때 문제가 발생하는 것이다.

사례에서 본 바와 같이 대등한 당사자간의 運送契約에 있어 準據法의 合意로 인

한 法律回避, 또는 회사설립에 있어서 관대한 법의 지배를 받고자 Delaware, Liechtenstein 등을 선택하여 설립절차를 마치는 식의 法律回避는 비난되지 않는다. 또한 국제해운계에서 널리 이용되고 있는 便宜置籍船에 관한 법률관계에 있어서 각국의 판례는 실제의 선박소유나 운영의 실체와 별로 관련이 없는 파나마, 리베리아 등에 船舶登錄을 마친 경우, 선박운용의 실체와 관련된 여러 가지 사항을 고려하여 실질적 관련이 있는 법을 적용하고 있어 이러한 종류의 法律回避를 무력하게 한다.

둘째, 不公正性의 根據로 비난받을 만한 경우는 일방 당사자만이 法律回避를 시도할 때에 나타난다. 예를 들어 남편이 이혼의 요건이 관대한 해외에 가서 離婚判決을 받은 경우, 부인이 충분히 방어할 기회가 없었고 결혼생활의 근거지보다 離婚判決地의 離婚要件이 지나치게 관대하다면 공정성을 벗어난 것으로 비난받을 만할 것이다.

셋째, 法律回避의 결과가 국익에 어긋나는 경우에는 그 法律行爲는 비난의 대상이 될 수 있다. 즉, 당사자가 法律回避를 함으로써 法律의 適用이 歪曲될 경우, 국가는 이를 방지할 이익을 가진다고 볼 수 있으므로 法律回避가 선택의 자유라는 당사자의 이익과 형량하여 볼 때 보다 중요한 사회 경제적 이익을 해한다면 비난을 받게 된다.

4) 法律回避行爲의 效力에 관한 學說의 對立

國際私法 解釋論에서도 便宜置籍이 連結點의 詐欺的 變更(法律回避)으로서 무효가 아닌가 하는 논의가 있다.[390] 이는 連結點의 變更 등을 통하여 法廷地의 國際私法을 이용하여 자기에게 유리한 準據法의 適用을 받도록 하는 것으로 변경 후의 사실에 기초한 連結點의 選擇으로 인한 準據法의 適用이 변경전 사실에 기초한 連結點의 선택으로 인한 準據法의 적용과 다른 법적결과가 발생하는 경우 어떠한 결과를 우선하여야 하는가 하는 것이 쟁점이 된다.

① 法律回避行爲의 效力 無效說(法律回避論의 採擇 肯定說)

이는 프랑스, 벨기에, 스페인 및 포르투갈의 입장이며, 法律回避論을 인정하는 무효설이 유력하다. 즉, "詐欺는 모든 것을 腐敗하게 한다"(*fraus omnia corrumpt*)라

390) 山內惟介, "便宜置籍船とペイパーカンパニー",「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎・秋場準一 編(東京 : 有斐閣, 1994), 53~54面; 申昌善, 앞의 책 158~159쪽.

는 법언에 따라 法律回避行爲를 무효로 하는 것으로 그러한 변경이 스스로 유리한 실질법적 법률효과의 발생을 의도해 자각적으로 행해지는 경우에 대한 인위적 조작은 저지되어야 한다는 것이다.

예를 들어 1974년 스페인 민법 제12조 제4항은 "스페인의 강행법을 免脫할 목적에 의한 抵觸規則의 이용은 法律回避로 看做된다"라고 규정하고 있으며, 1966년 포르투갈 민법 제21조도 "抵觸規則의 적용에 있어서 다른 경우였더라면 管轄을 갖는 법률의 적용을 회피할 詐欺的 意圖에 의해 창설된 사실상태 또는 법률상태는 고려하지 아니한다"라고 규정하고 있다.

② 法律回避行爲의 效力 有效說(法律回避論의 採擇 否定說)

효력 유효설은 주로 영미법계, 독일, 이탈리아, 일본 및 우리나라의 입장이다. 그 이론적 근거로는[391] 첫째, 法律回避行爲인가 아닌가는 당사자의 法律回避의 의사의 유무에 관한 것인데 사람의 內心의 意思를 파악하는 것은 실제상 곤란하고 만약 있다고 하더라도 내심의 의사까지 문제로 하면 準據法 決定의 안정성이 결여되는 결과를 가져온다는 것이다.

둘째, 法律回避의 意思만 없다면 어떤 원인에 의한 準據法의 變更도 인정하는 것이 된다면 法律回避의 意思가 있는 경우에 준거법의 변경을 인정한다고 해도 결과적으로 커다란 폐해를 주지 않는다는 점을 들고 있다.

셋째, 法律回避論은 보통 內國法의 回避를 문제로 하고 있는 것이지만 이것은 내국법 편중의 관념에 사로잡혀 있는 것이라 말할 수 있다는 점에서 타당하다고 할 수 없다는 것이다. 즉, 法律回避論은 당사자에 의한 內國法의 回避의 경우를 문제삼는 것이 보통이고 國際私法上 본래 어떤 외국법에 의하여야 하는 경우에 당사자가 法律回避行爲에 의해 다른 나라의 법률에 의하고자 하는 경우를 문제로 하지 않는다. 이와 같이 內國法의 回避만을 문제로 삼는다면 이것은 내국법 편중의 사고로서 國際私法의 근본정신에 반한다고 한다.

5) 私見

법률행위의 당사자가 특정한 法律效果를 回避하고 자신에게 유리한 법률효과를 적용 받으려는 동기는 잘못된 것이 없다. 문제는 法律回避의 결과가 일방당사자에

391) 出口耕自, 前揭書(註 25), 48~49面; 山田鐐一, 前揭書, 142面; 申昌善, 앞의 책, 157쪽.

게 불공정하거나 국가의 사회·경제적인 이익 또는 정책에 어긋날 때는 그 법률행위를 거부하거나 제지하여야 할 것이다. 프랑스처럼 모든 法律回避의 法律行爲를 무효로 간주하지 않는 우리의 입장에서는 法律回避의 방지책이 문제이다. 영미에서처럼 계약 또는 혼인 및 이혼과 관련된 法律回避는 이를 규제하는 실정법의 제정으로 문제를 해결하는 방법도 있을 것이다. 즉, 입법론적으로 法律回避가 금지되는 사항을 强行法規로서 규정하는 것이 바람직할 것이다. 예를 들면 "契約上의 債務에 적용될 準據法에 관한 EEC 협약" 제3조 제3항에서는 어떤 사항은 당사자 합의로 배제할 수 없도록 규정하였다. 우리 商法 제790조의 責任免責禁止規定도 하나의 예라고 할 수 있다. 따라서 최근에는 계약에 대한 정부의 개입이 증가함에 따라 소비자 보호, 獨占禁止, 수출입규제 등 强行規定의 범위가 점차 확대되고 있는 추세이다.

그러나 便宜置籍에 있어 이러한 제도가 과연 국가의 사회·경제적인 이익 또는 정책에 어긋나는 것인가를 검토했을 때 의문을 가질 수 있다. 이 제도는 분명 전세계적으로 인정되고 수용되어 있는 국제해운업계에서의 일반적인 慣行으로 정착되어 있는 제도로서 우리나라의 많은 선박들도 우리 회사에 의해 파나마 등에 便宜置籍되어 있고 이러한 제도를 통해 國際海運競爭力을 유지하고 있다는 것은 사실이기 때문이다.

하지만 여기에서는 문제는 便宜置籍의 不法性의 問題를 다루는 것이 아니라 구체적인 사실관계에서 이 제도가 용인되는 한계를 넘어 국익을 해치고 일방당사자에게 부당한 결과를 초래하는 경우, 즉 關稅逋脫 또는 債務免脫과 같은 불법목적을 달성하고자 하는 경우에는 '가장 밀접한 관련' 국가의 법을 적용하도록 하여야 할 것이다.[392] 다시 말하면 便宜置籍에 있어 實質的 船籍이라면 부담하여야 하는

392) 關稅逋脫罪의 성립에 관한 대법원 1994. 4. 12. 선고 93도2324 판결에서 선박은 우리나라와 다른 나라를 왕래하는 등의 특수성이 있으므로 우리 나라의 영역에 들어온 것만으로 수입되었다고 볼 것은 아니고 수입면허를 받지 않은 선박이라도 우리 나라의 국적을 취득하고 사용에 제공된 때에 비로소 관세법상 수입에 해당하는 것으로 보아야 할 것이나, 다른 한편 우리 나라에 거주하는 자가 외국에 있던 선박의 사실상 소유권 내지 처분권을 취득하고 나아가 그 선박이 우리 나라에 들어와 사용에 제공된 때에는 형식적으로는 관세부과의 대상이 되는 수입에 해당한다고 보는 것이 실질과세의 원칙에 비추어 타당할 것이라고 하면서, 선박이 형식적으로는 온두라스 국적의 회사의 소유로서 온두라스 국적을 가진 것으로 등록되었으나 실제에 있어서는 被告人이 수입면허를 받을 수 없음을 알고 이를 수입하는 방법으로서 위와 같이 온두라스 국적의 유령회사를 만들고 위 회사가 선박을 매수한 것처럼 위장하여 부산항에 반입하고서도 마치 운항목적으로 입항한 양 입항신고한 경우, 便宜置籍 자체가 위법이 아니라

不法行爲의 責任을 便宜置籍의 이용에 의해 면제되는 것과 같은 효과를 발생한다면 이것은 일방당사자에게 부당한 결과를 초래하는 폐해에 해당한다고 볼 수 있기 때문이다.[393]

3. 船舶과 船籍國間의 眞正한 連繫

(1) 便宜置籍에 대한 國際的 對應

1) 船員勤勞條件의 確保

便宜置籍이 정치적·경제적 및 군사적 목적에서의 정부간섭으로부터의 자유, 租稅 逃避, 제3국 선원의 승선으로 인한 선원비의 절감, 선박안전상 규제의 회피 등의 利點을 내세워 전세계적으로 확산되었으나, 便宜置籍國의 감독 소홀로 인하여 便宜置籍船에서 적용되고 있는 선원의 노동조건과 선박자체의 성능, 장비, 선원 배승 등이 基準未達(sub-standard) 상태가 되는 문제를 낳았다. 그리하여 결과적으로 선박안전성의 결여로 인한 대형 海洋事故가 속출, 막대한 인명손실과 해양환경파괴를 수반하게 되었다.

이러한 문제들은 결국 國際運輸勞動者聯盟(International Transport Worker's Federation : 이하 'ITF'라 함)[394]의 便宜置籍船制度 보이코트와 유엔무역개발회의

고 하여도 수입이 허용되지 않는 선박을 便宜置籍의 방법을 이용하여 수입하고 허위로 신고한 행위는 사위 기타 부정한 방법으로 관세를 포탈한 것이어서 關稅逋脫罪를 구성한다고 判示하였다.

또 대법원 1994. 4. 26. 선고 93도212 판결에서 선박이 형식적으로는 파나마 국적 회사의 소유로서 파나마 국적을 가진 것으로 등록되었으나, 실제에 있어서는 파나마회사는 被告人이 대표자일뿐 아니라 사무실이나 주재원도 없는 서류상의 회사에 지나지 않고 선박에 관한 관련 서류도 모두 被告人이 소지하고 있으며 해상통상허가증상 被告人이 선박의 소유자로 되어 있고, 다만 被告人이 일본회사로부터 선박을 매수하고 대금은 선박을 운행하여 얻은 이익으로 지급하기로 하여 便宜置籍의 방법에 의하여 선박을 파나마회사의 소유인 것으로 하고 단순한 수리목적으로 입항시키는 것처럼 허위신고한 경우, 便宜置籍 자체가 위법이 아니라고 하여도 수입이 허용되지 않는 선박을 便宜置籍의 방법을 이용하여 수입하고 허위로 신고한 행위는 關稅法 제180조 제1항 소정의 사위 기타의 부정한 방법으로 관세를 포탈한 것에 해당한다고 判示하였다.

393) 이와 같이 法律回避論의 採擇與否에 대한 확정적 근거는 논란의 여지가 많으며, 다만 法律構成의 可能性을 제시하고 그 채택 가능성을 시사하는 것으로 만족하며, 그 채용여부는 법원에 일임하는 것이 타당할 것이라는 견해도 있다(山內惟介, 前揭論文, 54面).

394) 이는 1896년에 유럽의 해운, 항만 노동자들이 사회주의 국가가 주최하는 회의에 참가

(Conference on Trade and Development : 이하 'UNCTAD'라 함)[395]의 便宜置籍船 배제 움직임으로 이어졌으며, 유엔산하 전문기구인 IMO가 국제협약을 통하여 海上安全과 海洋汚染防止를 위한 여러 가지 규제조치를 강구하게 만들었다.

ITF는 1948년에서 1949년에 걸쳐 파나마 및 온두라스 선적의 선박에 대하여 '稅金, 通貨規制 그리고 安全性, 社會的 및 勞動的 基準의 回避'를 들어 국제적인 보이콧트 가능성을 경고하였다. 이에 따라 파나마 정부는 자국 商船隊에 관한 공식적인 조사를 국제노동기구(International Labor Organization : 이하 'ILO'라 함)[396]에 의뢰하였고, ILO는 조사위원회를 설치하여 조사를 마치고 1950년 조사위원회 최종보고서를 통하여 파나마 정부로 하여금 자국 상선대의 안전조건을 향상시키도록 노력을 기울일 것을 지적하였다. ILO는 위 조사 전에도 1947년 합동해사위원회에서 便宜置籍船에 대하여 정당한 주의를 기울여서 태도를 결정함이 시급하다는 결의안을 채택한 바 있었다.

ITF는 便宜置籍船의 船主가 일반적으로 경비의 절약만을 목적으로 하고 있기 때문에 승무원에 대한 인간적 대우가 결여되는 물론 경우에 따라서는 생명의 위협까지 존재한다고 주장한다. 그리하여 ITF는 자신들과 체결한 협약 이상의 조건으로 團體協約을 체결한 선박의 船主 또는 선장에게만 青色證明書(blue certificate)라는 ITF의 公認證書를 발급하고, 승무원의 근로조건이 위 협약보다 낮은 便宜置籍

하기 위하여 런던에 모인 國際船舶港灣河川勞動組合에서 비롯된 것이다. 이에서 알 수 있듯이 처음에는 주로 船員과 港灣勞動者들로만 구성되어 있던 것이었는데, 1898년에 스웨덴 항만노련의 제창으로 全 運輸機關 勞動者에게 문이 개방되어 현재의 ITF로 개편된 것이다. 運輸勞動者의 권익을 국제적으로 옹호하기 위한 ITF가 便宜置籍船의 확산에 주목하기 시작한 것은 지극히 당연한 일이다.

395) 1964년 12월 유엔총회에서 설치된 常設機關으로서 특히 相異한 발전단계에 있는 국가상호간, 개발도상국 상호간, 상이한 경제, 사회 체계를 갖는 국가 상호간의 국제무역을 촉진하며, 국제무역과 기타의 경제개발의 관련문제에 관한 정책과 원칙을 작성하여 다자간협정의 교섭과 채택을 위한 공동행동을 취하는 것을 임무로 한다.

396) 勞動條件의 改善을 목적으로 1919년 창설되어 國際勞動協約 또는 勸告의 형식으로 국제적인 노동기준을 설정하는 유엔의 전문기관이다. 그 조직은 전체의사기관인 국제노동총회(International Labour Conference), 집행이사회(Governing Body), 실질적인 사무처인 국제노동사무국(International Labour Office)으로 구성되어 있다. 그리고 해운산업의 특수성으로 말미암아 육상산업에서의 근로조건을 그대로 받아들이기에는 적합하지 아니하다는 이유로 ILO 내에 특별부서로서 해사총회(Maritime Sessions of the Conference)를 설치하여 선원문제를 다루도록 하였고, 해사관계의 협약 및 권고는 해사기술준비회의(Preparatory Technical Maritime Conference)에서 토의, 채택한 다음 합동해사위원회(Joint Maritime Commission)에서 집행이사회에 건의하고 해사총회에 제출하도록 하고 있다.

船에 대하여는 가맹조합으로 하여금 작업을 보이코트하게 하고 있다.

한편 ILO는 1958년 해사총회에서 선원 고용에 관한 건의안(제107호)과 선원의 사회적 조건 및 안전에 관한 권고안(제108호)을 채택하였으며, 1976년 제9회 해사총회에서 기본적 고용관계에 관하여 상선의 기준을 정한 1976년 상선(최저기준)협약 제147호[Merchant Shipping(A minimum standards) Convention, 1975 (NO.147)]를 채택하여[397] 1981년 국제협약으로 발효가 되었고,[398] 또한 파리 양해각서(Paris Understanding Memorandum)로서 그 규제방법이 구체적으로 실현되어 港灣國統制라는 새로운 국제적 협력 체계를 이룩하게 되었다.

2) 基準未達船의 發生 防止

IMO는 1960년대부터 便宜置籍船 그 존재 자체보다는 便宜置籍船이 일반적으로 결여하고 있는 안전성에 초점을 맞추어 왔다. 당시부터 선박은 점차 대형화·고속화되면서 해양사고 역시 대형화되고 더 자주 발생하는 경향을 보이고 있었으며, 특히 중요항로가 북태평양과 북대서양에 밀접해 있는 유조선의 해양사고[399]는 엄

397) 유의할 점은 이 협약은 원래 ILO가 便宜置籍船을 규제하기 위하여 오랫동안 애써왔으나 선진해운국의 반대로 말미암아 협약 제147호에는 '便宜置籍船의 基準未達船'이라는 말을 넣지 못하고 일반적으로 '基準未達船'이라고 표현하게 되었다는 것이다.

398) 協約은 批准을 하지 아니하는 경우에는 법적구속력이 발생하지 아니하는 것이 원칙이나, 제147호 협약과 같은 경우에는 基準未達船을 규제하기 위한 조치로서 일정수의 국가가 批准하면 국제적인 구속력을 갖도록 하는 效力條項을 두고 있고 동시에 범세계적으로 監督機能과 規制機能을 갖게 됨으로써 批准國이 아니라고 하더라도 이 협약의 拘束力을 받게 됨에 주의할 필요가 있는데, 이는 오늘날 便宜置籍船을 포함하여 개발도상국에서 상선선원의 생활조건과 근로조건이 매우 좋지 못하다는 사실을 간접적으로 나타내는 것이고, 이를 바로 잡기 위하여서는 국제적인 공동의 노력이 필요하다는 것을 뜻하고 있다.

399) 便宜置籍船인 유조선의 사고로는, 1967년 미국인 소유로서 이태리 선원이 승무원으로 승선한 리베리아국적의 Torrey Canyon호가 118,000톤의 쿠웨이트 원유를 싣고 가다가 영국 서남해안 공해에서 암초에 걸려 난파되어 원유가 바다에 유출되어 250마일에 달하는 영국과 프랑스 해안을 오염시켜 주변 바다의 생태계를 파괴함으로써 전세계에 충격을 안겨 준 것이 대표적인 예로 들어진다. 이 사건 이후 전세계적으로 유조선에 의한 해양오염을 방지하고 해양환경을 보호하기 위한 노력의 결과로 IMO의 주관하에 1969년 油類汚染損害에 대한 民事責任에 관한 國際協約(International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage), 1971년 油類汚染損害補償을 위한 國際基金의 設置에 관한 國際協約(International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage) 등 2개 국제협약을 성립하였지만, 民事責任協約에서 책임의 주체는 선박소유자로서 이는 등록된 선주의 주체가 되지 아니한다. 보다 자세한 것은 崔鍾賢, "油槽船으로 인한 油類汚染損害에 대한 補償制度",「韓國海法會誌」第14卷 第1號(1992. 12), 233-266쪽 참조.

청난 환경파괴를 수반하였다. 그러나 便宜置籍國이 이에 관하여 적절하고도 효과적인 규제를 실시하지 못하고 있는 사이에 便宜置籍船과 이들 선박에 승선하는 운항기술이 부족한 개발도상국 선원은 더욱 증가하고 있었다.

이에 따라 IMO는 주로 基準未達船(sub-standard vessel)[400]에 대한 여러 가지 규제조치를 검토하기 시작하였고, 이는 반드시 便宜置籍船만을 대상으로 하는 것이 아니었으나 海上安全과 海洋汚染防止를 위한 방안으로서 선박의 기술적 문제를 중심으로 여러 가지 國際協約의 성립을 주도하는 계기가 되었다.

(3) 實質的 船舶所有者의 識別

유엔무역개발회의(Conference on Trade and Development : 이하 'UNCTAD'라 함)[401]는 1977년 4월 제8회 해운위원회(Shipping Committee)에서의 便宜置籍船에 대한 상세한 보고서를 통하여 便宜置籍船이 개발도상국을 포함한 非便宜置籍國의 해운발전과 경쟁력을 해치고 있다고 지적하였다. 이는 자연스럽게 개발도상국 해운을 진흥시키기 위해서는 便宜置籍船을 배제시킬 필요가 있다는 것으로 연결됨으로써, '眞正한 連繫'의 의미를 규정하기 위한 일련의 움직임으로 이행되었으며, 1986년에 채택한 유엔선박등록조건협약[402]도 그 중의 하나이다.

이 협약은 선박의 소유와 선원 양자를 포괄하는 강력한 조항을 통하여 진정한 연계를 강조하려고 하였다. 그러나 선진해운국이 진정한 연계의 구체적 실현방법은 국내문제이고 UNCTAD의 "경제 3요소"는 자본과 노동의 국제적 이동의 자유를 해한다는 이유로 강력하게 반대한 결과, 그 제7조에서 旗國은 경제 3요소 중 ① 船員配乘權과 ② 船舶所有權의 양 요건 모두 또는 어느 한 요건을 선택하여 관리의무를 부담하도록 하였다. 따라서 진정한 연계의 내용에 대하여 국제법상의 기

400) 선체, 기관, 통신, 구명 및 소방용 기기 등이 관계협약에 규정된 기준 이하인 선박으로서, 선원의 雇傭條件과 就業保障을 목적으로 하는 위 ILO 제147호 협약상의 基準未達船 槪念과는 구별된다

401) 1964년 12월 유엔총회에서 설치된 常設機關으로서 특히 相異한 발전단계에 있는 국가상호간, 개발도상국 상호간, 상이한 경제, 사회 체계를 갖는 국가 상호간의 국제무역을 촉진하며, 국제무역과 기타의 경제개발의 관련문제에 관한 정책과 원칙을 작성하여 다자간협정의 교섭과 채택을 위한 공동행동을 취하는 것을 임무로 한다.

402) 이는 UNCTAD에서의 집중토의를 거쳐 船舶의 登錄要件에 관한 유엔회의를 개최하여 채택된 것으로, 제19조에서 최소한 40개국 이상 協約國이 되고 그 선복량 총톤수가 세계 선복량 총톤수의 최소한 25%에 달한 날로부터 12개월 후에 발효한다고 규정하고 있어서 가까운 시일 내에 발효하기는 어렵다.

준이 성립되었지만 그 요건 자체는 오히려 이전보다 후퇴하였다 할 것이다. 다만 便宜置籍船의 폐해로서 지적되었던 불명료성에 대하여 제6조의 신원파악과 책임이행(identification and accountability)을 통하여 이를 제거하고자 한 점은 긍정적으로 평가된다.

4) 第2船籍制度[403]

선진해운국의 商船隊가 便宜置籍하여 해외이전하는 경향이 해를 거듭하여 늘어가자 선진해운국은 국민경제의 위축과 국방의 약화를 수반하는 그와 같은 해외이전을 방지하기 위하여, 1980년대 들어 기존 便宜置籍制度가 제공하는 각종 혜택을 자국선에게 부여하는 변형된 便宜置籍制度로서 第2船籍制度를 채택하게 되었다.

그 중 처음으로 나타난 것이 자국의 自治領이나 屬領에 置籍하는 선박에 대하여 船員雇傭의 融通性과 稅制惠澤을 부여해 주고 自國旗를 게양토록 하는 제도이고, 이를 가장 많이 이용하고 있는 나라는 영국인데, 버뮤다, 케이만, 지브롤터 등이 그러한 置籍地로 이용되고 있으며, 네덜란드의 안틸레스도 마찬가지이다.

또 1986년 유엔선박등록조건협약의 채택을 전후하여 선박의 置籍 要件이 느슨하게 된 결과 나타난 것이 域外置籍(offshore registry)制度로서, 이는 자국의 영역에 속하면서도 노사관계의 설정에 관해서는 자국 선원노조가 旣得權을 가지고 있는 노동협약으로부터 합법적으로 도피할 수 있는 일정지역을 置籍地로 지정하는 것인데, 영국의 맨섬이나 프랑스의 케르구엘렌이 그 대표적인 치적지이다.

노르웨이와 舊 西獨은 국내법상 제약으로 자국실정에 맞게 영국 등과는 다른 새로운 登錄制度로서, 노르웨이는 1987년 베르겐을 船舶登錄地로 하는 노르웨이 國際船舶登錄(Norwegian International Ship Register : NIS)을, 서독은 국제선박부가등록제(Internationales Seeschiffahrts Register : ISR)를 각 채택하였는데, 그 중 노르웨이 국제등록의 경우 일정한 조건 아래 외국인 선박소유자도 등록할 수 있도록 되어 있는 등의 점에서 域外登錄制度 등과는 구별된다.

우리나라는 이와 유사한 제도로 國際船舶登錄制度를 시행하고 있다.[404] 이는 우리나라 국적선이 便宜置籍國으로 離籍하는 현상을 방지하기 위하여 대한민국선박과 國籍取得條件附 裸傭船을 國際船舶으로 등록하도록 하여 선박등록세와 최소한

403) 이에 관하여는 朴燦在, "國際船舶登錄制度 比較硏究 : 韓國 海運産業의 國際 競爭力을 중심으로 -", 韓國海洋大學校 博士學位論文(2001) 참조.
404) 이에 관해서는 黃錫甲・李潤哲, 앞의 책, 49쪽 이하 참조.

의 법인세만 부과하고 그 이외의 세금은 면제하며 선원의 소득세는 일정 소득액까지 비과세 하는 등의 지원을 통해 國籍船隊의 국제경쟁력을 높이려는 목적을 가지고 있다. 그리고 국가 비상사태가 발생할 경우 國際船舶으로 등록한 선박이 모두 외국 선원이 승선하고 있을 경우 발생할 수 있는 문제점을 보완하기 위하여 국가필수선대를 지정하여 운영하도록 하는 것이다.

(2) 船舶과 旗國間의 眞正한 連繫

1) 1958年 公海에 관한 協約

유엔은 10여년에 걸친 검토와 토의 끝에 1958년 제1차 해양법회의를 개최하여 영해 및 접속수역에 관한 협약, 公海에 관한 協約, 어업 및 公海 생물자원에 관한 협약, 대륙붕에 관한 협약 등 4개 협약과 1개 의정서 및 9개의 결의를 채택하였다.

선박의 국적에 관하여는 1958년 公海에 관한 協約(이하 '公海協約'이라 함)에서 다루어졌으며, 가장 논란이 많았던 것은 船舶登錄條件에 관한 조항이었다. 그러나 이 문제에 대하여 구체적인 규정을 작성한다는 것은 사실상 불가능하였다. 그 이유는 각국의 국내법이 서로 상이하므로 이를 통일시킨다는 것은 어려울 뿐만 아니라 제2차 세계대전후 便宜置籍船制度가 크게 발전하면서 그때까지의 선박등록조건으로 흔히 채용되던 자국인 所有, 자국선원의 乘船, 자국내에서의 建造 중 어느 조건에도 해당하지 아니하는 登錄船이 상당한 세력으로 이미 성장하였기 때문이다.

船舶國籍에 관한 公海協約의 규정은 제5조와 제6조에 해당된다. "船舶國籍을 부여하는 국가는 선박에 대한 국적의 부여, 등록, 국기게양의 조건 등을 국내법으로 확정하여야 하고 선박은 그 국기를 게양할 권리를 가진 국가의 국적을 가진다. 또한 선박의 국적을 부여하기 위하여서는 선박과 국가사이에 '眞正한 連繫'(genuine link)가 존재하여야 하며, 특히 기국은 행정적·기술적·사회적 문제에 관해 자국의 국기를 게양하는 선박에 대하여 管轄權 및 統制를 유효하게 행사하여야 한다. 그리고 자국의 국기를 게양할 권리를 허용한 선박에 대해서는 그러한 취지의 문서, 즉 船舶國籍證書를 발급하여야 한다"(公海協約 제5조). 그리고 "모든 선박은 하나의 국적만을 소유할 수 있다"(同協約 제6조)라고 규정하고 있다.

여기에서 언급하는 '眞正한 連繫'에 관한 조항의 채택에 관하여는 조약의 성립 속에도 便宜置籍船의 문제와 관련하여 실효성에 의문을 갖게 되었으며 해운계에 끊임없는 논란을 일으켰는데 '眞正한 連繫'를 인정하기 위한 실제적 조건이 어떠한

것인가에 대하여 구체적이고 객관적인 기준이 제시되어 있지 않았기 때문이다.[405]

2) 1982年 유엔海洋法協約

1958년 채택된 公海協約을 비롯한 4개의 해양법협약은 과학 기술의 발전으로 상당 부분이 그 의미를 상실하게 되었다. 특히 심해저 문제에 관하여는 제3세계로부터 강력한 도발을 받게 되었다. 그래서 1973년부터 약 10년에 걸쳐 해양법과 관련된 모든 사항을 집대성하여 법전화하고자 하는 제3차 해양법회의가 유엔의 주최 아래 개최되어 1982년에 해양법협약이 채택되었다. 그러나 선박의 국적과 관련하여 1958년 公海協約과 큰 변화는 없으며, 다만 旗國의 義務에 대하여 旗國의 行政的 指導規定을 자세하게 규정하고 있다.

우선 모든 국가는 선박에 대한 국적의 허용, 선박의 등록 및 자국기를 게양할 권리에 관한 조건을 정하여야 하며, 선박은 그 국기를 게양할 수 있는 국가의 국적을 갖는다. 또한 국가와 선박사이에는 眞正한 連繫가 있어야 하며, 國旗揭揚權을 허용한 국가는 그 선박에 대하여 증명서를 발급하여야 한다(유엔해양법협약 제91조).

그리고 국가의 국기를 게양토록 허용한 선박에 대하여 행정적·기술적·사회적 사항에 관하여 자국의 管轄權과 統制를 효과적으로 사용하여야 하며(同協約 제94조 제1항), 국제규칙의 적용이 배제된 선박을 제외하고서 국기게양 선박에 대하여 船名과 세부사항을 포함하는 船舶登錄簿를 보관하여야 하고, 선박에 관련된 행정적·기술적·사회적 사항과 관련하여 自國旗를 게양한 선박, 그 선박의 선장, 사관과 선원에 대한 管轄權을 자국의 국내법에 따라 행사하여야 한다(同協約 제94조 제2항).[406]

---

405) '眞正한 連繫'(genuine link)와 관련한 견해차이는 便宜置籍의 찬·반 국가로 나누어 대립되었으며, 결국 그 기준에 있어 기국의 선박에 대한 행정적·기술적·사회적 문제에 관한 유효한 管轄權과 統制(effective jurisdiction and control)에서 모색하자는데 동의하였다. 하지만 이를 보다 구체적으로 밝히려 하지 않았고 또한 그것은 모호하고 정의내리기 어려운 문제로 인식되어 행정적·기술적·사회적 문제에 관한 국가의 권리와 항해의 안전에 관한 권리라고 이해되기도 하였다. 이에 관한 보다 자세한 내용은 林東喆, "船舶의 國籍에 관한 硏究",「韓國海洋大學 論文集」第12輯(1977. 3), 272~273쪽; 金楨鍵·朱東錦, "便宜置籍에 관한 國際法上의 規制",「延世行政論叢」第14輯, 延世大(1988. 12), 162~165쪽 참조.

406) 유엔해양법협약 제94조에서는 이외에도 船舶國籍과 관련하여 旗國의 義務로서 자국기 게양선박의 해상안전 확보를 위한 조치(동조 제3항), 해상안전조치 확보를 위한 保障事項(동조 제4항), 管轄權 및 統制 행사 미비시 旗國에 대한 通知義務(동조 제6항) 및

그리고 선박의 국적을 결정함에 있어 1958년 公海協約 제5조는 '眞正한 連繫'와 '유효한 管轄權과 統制'를 한 조문에 포함시킴으로 유효한 管轄權과 統制가 마치 眞正한 連繫의 요소로서 이해될 수 있다는 해석상의 논란이 있었으나, 1982년 유엔해양법협약에서는 제91조에 선박의 국적에 관하여 따로 규정하고, 同協約 제94조에 旗國의 義務로서 유효한 管轄權과 統制를 구체적으로 규정함으로써 해석상의 논란을 제거하고자 하였다.[407]

3) 1986年 유엔船舶登錄條件協約

한편 便宜置籍 問題를 해결하기 위하여 UNCTAD는 1974년부터 관심을 가져왔고 동 기구의 주도적 노력으로 1986년에 유엔선박등록조건협약이 채택되었다. 이 협약은 그 동안 便宜置籍에 대한 전반적인 문제를 규제하기 위한 세계 공통의 통일규칙으로서 큰 의의를 가진다. UNCTAD에서는 선진국과 개발도상국간에 便宜置籍 문제를 놓고 상반된 의견이 제시되었으나 최종적으로 채택된 협약은 便宜置籍을 시인하는 입장이 되었다.

유엔선박등록조건협약 역시 1958년 公海協約과 1982년 유엔해양법협약의 관계규정과 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 그러나 유엔선박등록조건협약은 '眞正한 連繫'의 내용을 ① 船舶의 所有權, ② 船舶의 經營, ③ 船員의 세가지 요소로 규정함으로써 과거 '眞正한 連繫'의 해석상의 不備點을 다소 해소하였으며 선박소유자의 신원파악과 책임에 관하여 명문의 규정을 두었고 국가해사행정기관의 설치를 규정하여 기국의 의무를 강화하였다. 그러나 유엔선박등록조건협약은 便宜置籍의 폐지라는 시초의 목적을 달성한 것으로는 볼 수 없다. 아래에서 동 협약상 핵심규정이라 할 수 있는 제5조에서부터 제12조까지를 살펴본다.

① 國家海事行政機關(第5條)

기국은 유능하고 적절한 國家海事行政機關을 두어야 한다. 이러한 기관은 특히 선박과 승무원의 안전 및 해양환경오염방지에 관련된 적용가능한 국제규칙과 기준(applicable international rules and standards)을 준수하고, 國旗揭揚權의 부여에

人命損失과 海洋汚染防止로 인한 손해 발생시 旗國과 공동으로 입회·조사하도록(동조 제7항) 규정하고 있다.

407) 朱東錦, "船舶의 國籍과 便宜置籍 問題", 「國際法學會論叢」 第38卷 第2號(通卷 第74號), 國際法學會(1993. 12), 267쪽.

따른 기국의 의무를 수행할 수 있는 능력이 있어야 한다.

이 조에 있어서 선진국과 개발도상국이 의견대립을 보인 것은 '適用可能한 國際的인 規則과 基準'이라는 표현으로서 선진국측은 기존의 1958년 公海協約과 1982년 유엔해양법협약에서처럼 '일반적으로 인정되는 國際規則과 基準'을 주장하였으나, 개발도상국은 이 문구가 모호할 뿐 아니라 선박의 안전 및 설비에 관한 국제규칙과 기준을 수용하기가 어려운 현실임을 감안하여 자국이 가입 또는 비준하고 있는 협약에 한정하기 위하여 適用可能한 國際規則과 基準을 주장하여 개발도상국의 의견대로 합의되었다.

② 身元把握과 責任(第6條)

登錄國은 선박과 선박소유자 또는 운항자에 관한 정보를 기록 보존하고 적법한 이해관계자에게 이를 제공하여야 한다. 본 조는 선박의 등록 목적만을 위하여 존재하다가 어려움이 발생하면 해산해 버리는 페이퍼컴퍼니를 규제하고 있다.

③ 船舶所有權 및/또는 船員配乘에 있어서 自國民의 參與(第7條)[408]

船舶의 所有權(제8조)과 船員의 配乘(제9조) 조항 중 하나는 반드시 준수하여야 한다고 하는 선택규정이다. 물론 두 규정을 모두 적용하여도 무방하다. 본 규정은 眞正한 連繫를 둘러싸고 선진국과 개발도상국이 마지막까지 대립하였던 부분으로 선진국은 선원요소와 자본요소에 대한 旗國과의 連繫는 생산요소의 자유로운 이동을 주장해온 자기들의 경제원칙에 반한다고 강경하게 주장하여 결국 이를 관철시킨 부분이다. 즉, 이와 같은 선택규정은 채택은 便宜置籍制度를 놓고 이를 폐지하자고 주장해 온 개발도상국측과 이 제도를 지지해 온 선진국과의 논쟁에서 개발도상국이 사실상 패배한 것을 의미한다.

④ 船舶의 所有權(第8條)[409]

---

408) 제7조 (船舶의 所有權 및/또는 船舶의 船員配乘에 있어 자국민의 참여) 제8조 제1항과 제9조 제1항에서 제3항에 각각 규정된 선박의 船員配乘 및 선박의 所有權에 관한 규정과 관련하여, 또한 이 협약의 다른 어떤 규정을 침해함이 없이 登錄國은 제8조 제1항 및 제2항의 규정 또는 제7조 제1항 내지 제3항의 규정 중 어느 하나의 규정을 강행적으로 적용하여야 하나 그들 모두를 적용할 수 있다.

409) 제8조 船舶의 所有權
1. 제7조의 규정에 의거하여 旗國은 자국법령에 자국국기를 게양하고 있는 船舶의 所有權에 관하여 규정하여야 한다.

기국은 자국선박에 대한 管轄權과 監督權을 효과적으로 행사하기에 충분할 정도로 자국선박의 소유자로서 또는 그 소유권에 대하여 자국 또는 자국법인이나 자국민의 참여에 관하여 자국법령에 규정하여야 한다.

여기에서 所有權要件은 選擇條項으로서 기국은 所有權要件이나 船員配乘要件, 혹은 동시에 두 요건을 통하여 '眞正한 連繫'를 이루도록 하고 있다. 이러한 요건에서 '적절한 참여의 수준'에 관한 결정은 전적으로 '효과적인 管轄權과 統制'의 조건에 따라 기국이 결정할 문제이다. 그러나 효과적인 管轄權과 統制를 선박의 등록에 의해서가 아니라 所有權要件에 의하여 이루어진다는 것은 사실상 '眞正한 連繫'를 船員配乘과 관련한 규정을 통하여 이루려고 선택한 旗國은 효과적인 管轄權과 統制를 행사하려는 필요로부터 면제되는 것이다.[410]

⑤ 船員의 配乘(第9條)[411]

---

2. 제7조의 규정에 의거하여, 旗國은 그러한 법령중에 자국국기를 게양하고 있는 선박의 소유자로서 또는 그러한 船舶의 所有權에 있어서 자국 또는 자국법인이나 자국국민의 참여와 그러한 참여의 수준에 관한 적당한 규정을 포함하여야 한다. 이들 법령은 旗國이 자국국기를 게양하고 있는 선박에 대한 자국의 管轄權과 統制를 효과적으로 행사하기 위하여 충분한 것이 되도록 한다.

410) S.G. Sturmey, "The United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*(1987. 4), p.101.

411) 제9조 船舶의 船員配乘

1. 제7조의 규정에 의거하여 登錄國은 이 협약을 시행함에 있어서, 자국국기를 게양하고 있는 선박의 직원과 부원을 구성하는 정원의 만족할 만한 부분이 자국국민 또는 자국내의 거주지나 합법적인 永住權者이어야 한다는 원칙을 준수하여야 한다.
2. 제7조의 규정에 의거하고 제9조 제1항에서 설정한 목표를 수행함에 있어서, 또한 이 목적을 위하여 필요한 조치를 취함에 있어서 登錄國은 다음 사항을 고려하여야 한다.

(a) 등록국내의 유자격선원의 이용 가능성
(b) 다자간이나 양자간협정 또는 기타 登錄國의 法制에 근거한 유효하고도 시행가능한 모든 종류의 협정
(c) 건전하고도 경제적으로 실행가능한 자국선박의 운항

3. 登錄國은 선박, 회사 또는 선대단위로 제9조 제1항의 규정을 시행한다.
4. 登錄國은 자국법령에 따라 이 협약의 관련규정에 의거하여 다른 나라의 국적을 가진 자가 자국국기를 게양하고 있는 선박에 승무하도록 허가할 수 있다.
5. 제9조 제1항에서 설정한 목표를 수행함에 있어 登錄國은 선박소유자와 협조하여 자국국민 또는 자국영토내 거주자나 합법적인 永住權者의 교육과 훈련을 증진시켜야 한다.
6. 登錄國은 다음 사항을 보장하여야 한다.

(a) 자국국기를 게양하고 있는 선박의 船員配乘은, 특히 선상안전에 관하여 적용가능

船員配乘에 있어서 登錄國은 이 협약을 이행할 때에는 자국기를 게양하고 있는 선박의 사관 및 부원으로 구성되는 전체 정원의 만족할 만한 부분이 자국민이거나 또는 그 국내의 거주자 또는 합법적으로 국내에서 영주하는 사람이라는 원칙을 준수하지 않으면 안된다(제1항). 이 원칙의 적용은 다음과 같은 고려를 전제로 한다(제2항).

(a) 등록국내에서 有資格船員의 이용가능성

(b) 다자간 또는 양자간 협정 또는 登錄國의 법률에 따라서 유효하고 시행가능한 다른 형태의 협정

(c) 건전하고 경제적으로 실행가능한 自國船舶의 運航

이것이 오용되면 이러한 조건은 모든 船員配乘으로부터 '眞正한 連繫'를 배제하게 할 수 있다. 또한 무엇이 '만족할 만한 부분'인가 하는 것은 登錄國이 결정하여야 한다. 그리고 所有權要件에서와 같은 최소요건, 즉 '管轄權과 統制를 효과적으로 행사하는데 충분할 만한 요건'은 본 규정에는 없다. 그래서 법적과제의 가능성은 없다. 더욱이 登錄國은 제1항의 규정을 이행함에 있어서 '선박 또는 회사나 船隊 기준으로' 하도록 하는 제3항의 勸告的 내용은 본 조항의 전체내용을 파괴할 수도 있다.[412]

또한 제2항에 의하여 登錄國이 자국의 법령에 의하여 이 협약의 관계규정에 따라서 자국기 게양선박에 다른 나라의 국적을 가진 사람의 승선근무를 허용할 수 있도록 탄력성을 부여하고 있다(제4항). 登錄國의 의무로서 선원의 교육과 훈련을 조장하여야 하고(제5항) 또한 다음 사항을 확보하여야 한다(제6항).

(a) 船員配乘은 적용가능한 國際規則과 基準에 부합할 것

(b) 船員과 雇用主間의 民事上 紛爭解決을 위한 적절한 法的節次가 있어야 한다.

(c) 자국선원과 외국인 선원의 계약상의 권리를 확보하기 위한 적당한 法的節次에 동등하게 접근하도록 한다.

한 國際的인 規則과 基準의 준수를 보장할 수 있을 정도의 수준과 능력의 것일 것

(b) 자국국기를 게양하고 있는 선박의 승선고용에 관한 조항과 조건은 적용가능한 국제적인 규칙과 기준에 부합하는 것일 것

(c) 자국국기를 게양하고 있는 선박에 고용된 선원과 그들의 계약상의 권리를 보장하기 위하여 적절한 소송절차가 있을 것

(d) 자국선원과 외국선원은 그들의 고용주와의 관계에서 그들의 계약상 권리를 보장하기 위하여 적절한 소송절차에 동등하게 의존할 수 있을 것

412) S.G. Sturmey, *op. cit.*, pp.101~102.

⑥ 船主會社와 船舶經營에 있어서 旗國의 役割(第10條)

登錄國은 선박이 자국의 登錄簿에 등재되기 이전에 자국의 법령에 따라 자국영토내에 선주회사 또는 선주회사의 자회사를 설립하되 동시에/또는 선주회사의 주영업소를 갖도록 확보해야 한다(제1항). 그러나 이것이 불가능할 경우는 기국의 국민 또는 기국내의 거주자인 대표자나 관리인을 두도록 확보하여야 한다. 이때 대표자나 관리인의 자격은 자연인 또는 법인으로서 선박소유자를 위하여 登錄國의 법령에 따른 모든 法的節次와 船舶所有者의 履行責任이 가능하여야 한다(제2항).

또한 등록국은 자국기를 게양하고 있는 선박의 관리와 운항에 책임을 가진 자가 제3자에 대한 손해에 관하여 國際海上運送에서 통상적으로 附保되는 위험을 보상하기 위하여 운항상 초래될 수 있는 재정적 책임을 지게 하도록 확보하여야 한다. 이를 위한 수단으로 보험 등의 증명서를 제공토록 확보하거나 船舶優先特權이나 政府保證 등과 같은 적절한 장치 확보 등을 갖추어야 한다(제3항). 이 조항은 제8조의 소유권 요건 및 제9조의 船員配乘要件과 함께 '眞正한 連繫'의 핵심 3요소를 이루고 있는 '船舶管理要件'이다. 즉, 선박의 소유자가 회사형태인 경우 그 회사가 소유선박의 관리에 있어서 旗國의 役割을 규정한 것이다.

⑦ 船舶登錄附(第11條) 및 裸傭船(第12條)

旗國은 자국국기 게양선박의 登錄簿를 개설하여 소유자 및 기타 일정한 사항(선명, 등록지 등)을 기재하여 유지하고, 등록전에 前 登錄의 抹消與否 또는 前 旗國의 國旗揭揚權의 停止與否를 확인하여야 한다(제11조). 외국선박을 裸傭船한 경우 이를 자국에 등록하는 법제를 가진 국가는 그 용선기간동안 등록과 자국국기 게양권을 허가할 수 있고, 그러한 선박은 그 登錄國의 완전한 管轄權과 監督權을 따르게 된다(제12조). 이 경우 傭船者는 선박소유자로 되나 소유권에는 효력을 미치지 않는다.

3) 私見

1958년 公海協約과 1982년 유엔해양법협약에서 船舶과 旗國間의 眞正한 連繫를 부여하기 위한 노력은 계속되었지만 船舶國籍 附與에 관한 몇 개의 조문 안에 그 원칙만을 밝혔고 구체적인 조건은 각 국가의 국내법에 위임하도록 함으로써 便宜置籍은 더욱 증가하게 되었다. 결국 便宜置籍으로 인한 기준미달선의 증가와 선원

에 대한 저임금 등 국제적 규제의 필요성으로 인해 1986년 유엔선박등록조건협약이 채택되기에 이르렀다. 同協約은 선박과 기국간에 眞正한 連繫가 있어야 함을 단언하고 그 구체적인 내용이라 할 수 있는 眞正한 連繫의 3요소로서 船舶의 所有權(제8조), 船員의 配乘(제9조) 및 船主會社와 船舶經營에 있어서 旗國의 役割(제10조) 등을 규정하였다. 즉, 각 국가는 국내법으로 선박의 소유권에 관한 규정을 둘 것과 자국 국적을 소유한 선박에는 일정한 비율의 자국민인 선원이 승선하여야 하며 주영업소 또한 기국 내에 소재할 것을 규정하고 있다.

그러나 제7조에서 眞正한 連繫의 3요소를 이루는 규정 중 제8조 및 제9조의 강행성을 각 국가의 선택에 맡기고, 제10조 제3항 역시 권고사항으로 남아 기국과 선박간의 眞正한 連繫의 핵심적 3요소는 자유재량적인 내용이 되었으며 便宜置籍 폐지를 위한 목적은 사실상 철회되고 오히려 이를 인정하게된 문제점을 포함하게 되었다. 결국 便宜置籍에 있어 船舶과 旗國間의 眞正한 連繫를 위한 구체적 내용으로 3요소를 제시하였다는 점에 의의를 둘 수 있으며 이러한 요소들을 참조할 필요가 있을 것이다.

Ⅱ. 便宜置籍에 대한 準據法 指定 例外條項의 適用

國際私法은 國際裁判管轄에 있어 대한민국과 실질적 관련이 있는지 여부를 따지고(제2조) 準據法의 指定에 있어 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'을 적용하고 있다(제3조, 제8조, 제41조, 제61조 등).

이는 미국의 법선택원칙인 '가장 중요한 關係異論'(most significant relationship)에 영향을 받은 입법으로서 합리적인 管轄과 準據法의 指定을 위한 노력이라 할 수 있다는 점에서 종전의 涉外私法에서 진일보한 것으로 볼 수 있으나, 실질적 관련여부나 어느 국가가 가장 밀접한 관련이 있는지 여부는 명확하지 않은 경우가 많아 여전히 문제점을 내포하고 있다. 여기에서는 國際私法 제8조의 準據法 指定의 예외를 중심으로 '해상' 章에서 적용될 수 있는 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'에 관한 解釋論을 제시하고자 한다.

1. 準據法 指定의 例外條項

(1) 例外條項의 槪念

國際私法의 모든 準據法 連結原則은 해당 사안과 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 지정하는 것이라 할 수 있다. 그러나 國際私法의 조항을 적용한 결과가 구체적인 사건에서 그러한 원칙에 부합하지 않는 경우가 발생할 가능성이 있으므로, 이 경우에 법관에게 그 원칙을 수정할 권한을 부여하여 올바른 연결원칙을 실현하도록 하기 위해 규정한 것이 '例外條項'이다.[413] 즉, 例外條項은 國際私法이 지향하는 연결원칙인 가장 밀접한 관련을 가지는 법을 準據法으로 指定하기 위한 것으로 구체적인 사안에서 정당한 연결원칙을 실현하기 위한 규정이다. 여기에서 '정당한 연결'이라 함은 實質法的으로 보다 나은 법을 지향하는 것이 아니라 '밀접한 관련'이라는 連結體系의 維持를 의미하는 것이다.[414] 결국 例外條項이란 법관으로 하여금 해당 사안에 대하여 國際私法 規定이 지정하고 있는 원래의 準據法보다 다른 법질서가 해당 사안과 보다 더 강한 관련을 맺고 있는 것으로 판단되는 경우에 예외적으로 그 다른 법을 적용할 수 있도록 허용하는 조항이다.[415]

例外條項을 둘 경우 법적안정성을 해한다거나, 법관에게 과도한 부담을 준다는 비판이 있으나, 例外條項을 둠으로써 國際私法이 규정하는 連結原則의 경직화를 막을 수 있다는 장점이 있다.[416] 例外條項은 미국법과 같은 유연한 접근방법을 취

---

413) 石光現, 앞의 책(註 18), 76쪽; 申昌善,「國際私法 全面改正版」(서울 : 學友, 2002), 177쪽.

414) 이와는 달리 1971년에 公表된 미국의 Restatement(Second), Conflict of Laws에서 보듯이 實質法을 적용한 결과를 포함하는 다양한 요소를 고려하여 가장 적절한 법을 準據法으로 지정하는 경우도 있다. 石光現 교수는 이런 것까지도 例外條項의 해석상 가능하다는 견해는 적절하지 않다고 한다. 예를 들면 契約의 客觀的 準據法의 決定에 관하여 Restatement 제188조 제2항은 일정한 요소들을 제6조에 정한 원칙에 따라 고려함으로써 가장 중요한 관계를 가지는 장소를 결정하도록 함으로써 이른바 규칙을 정하는 대신 접근방법만을 제시하고 있다. 그러한 요소들은 계약체결지, 협상지, 이행지, 계약목적물의 소재지, 당사자의 住所, 居所, 國籍, 設立地와 營業所 所在地 등이고, 제6조의 원칙은 州際體系와 國際體系의 필요, 法廷地의 관련 정책들, 이해관계 있는 타주(와 타국)들의 관련정책들과 특정한 쟁점의 결정에 있어서의 관련이익, 정당한 기대의 보호, 특정 법분야의 기초를 이루는 기본정책들, 결과의 확실성, 예견가능성과 통일성 및 적용될 법의 결정과 적용상의 용이성이다(石光現, 앞의 책(註 18), 77쪽). 만일 이러한 고려에 기하여 예외조항을 적용한다면 상당한 혼란을 초래하게 될 것이라는 것이다. 물론 타당한 견해이지만 船籍國과 便宜置籍과 같이 예외조항의 적용이 가능한 사항에 있어 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법을 적용하고자 하는 경우에 있어서는 이러한 제요소에 의한 접근방법도 고려해 볼 여지는 있다고 보여진다.

415) 申昌善, 앞의 책(註 413), 177쪽.

416) 이것이 例外條項의 설치 필요성에 대한 肯定論的 立場이라면, 否定論的 立場의 견해는 법조문상 나타난 특정한 법질서와 '보다 밀접한 관련'을 갖고 있다는 표현에 대하여

하는 대신 法的安定性을 중시하여 유형화된 법률관계별로 연결원칙을 규칙의 형식으로 규정하는 대륙법계의 전통을 따르면서도 개별적인 사안에서 구체적으로 타당한 결과를 달성하기 위해서는 불가피한 규정이라고 생각된다.[417][418]

(2) 例外條項의 適用要件

例外條項을 함부로 적용할 경우 國際私法에서의 법적안정성을 현저히 해하게 될 것이므로, 國際私法 제8조에서는 例外條項을 적용하기 위한 엄격한 요건을 명시하고 있다(동조 제1항). 즉, 例外條項이 적용되기 위해서는 첫째, 國際私法에 의하여 지정된 準據法이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 둘째, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 존재해야 하며, 셋째, 그것이 명백한 경우이어야 한다. 따라서 어느 법이 더 밀접한 관련이 있는지가 의문이 있는 정도만으로는 例外條項을 적용하기에는 부족하다고 할 것이다.[419]

한편 國際私法上 당사자의 準據法 選擇이 허용되는 경우 당사자의 의사에 반해서까지 例外條項을 인정할 것은 아니므로 그 경우는 例外條項의 적용이 없음을 명

그 적용 기준이 불명확하며, 이러한 관념은 國際私法의 基本的 連結原則에 이미 반영되어 있는 공허한 형식이라고 지적하기도 한다(von Bar, Internationales Privatrecht, Bd. Ⅱ, 360. 申昌善, 앞의 책(註 413), 180쪽 在引用).

417) 石光現, 앞의 책(註 18), 78쪽.

418) 이러한 例外條項이 없이도 해석론적으로 충분히 타당한 결과를 도출한 사례가 있다. 즉, 카타르 不法行爲 사건 판결(대법원 1979.11.13. 선고 78다1343 판결)에서는 사안의 涉外事件性을 부정하지 않으면서도 공통의 屬人法을 적용함으로써 한국법을 準據法으로 인정하였다. 대법원은 "涉外私法 제13조 제1항이 涉外的 不法行爲의 準據法을 그 원인된 사실이 발생한 곳의 법에 의하도록 규정한 취지는 不法行爲가 행하여진 사회적 조건을 고려하여 그곳에서의 법의식을 기준으로 하여 판단하여 처리하는 것이 일반적으로 국내법을 적용해서 처리하는 것보다 형평의 견지에서 합리적이고 실제적이라고 할 수 있고, 또 그리하는 것이 당사자의 기대에도 상응하는 것이라고 할 수 있기 때문이라고 할 것이므로 양 당사자가 모두 내국인인 경우에 있어서 原因事實의 發生지(不法行爲地)가 단순히 우연적이고 형식적인 의미를 갖는데 그치는 경우에는 일반적으로 위 涉外私法을 적용해서 처리하여야 할 합리적인 이유는 없는 것이라고 봄이 상당하다고 할 것인바, 이 사건 청구원인 사실인 不法行爲는 그 발생장소가 극히 우연히 카타르국일 뿐 가해자인 소외 남승우와 피해자인 原告 임채영은 모두 우리나라 국민이고 우리나라 회사인 被告들에 의하여 고용되어 被告會社들이 사업장 근무를 위하여 일시 카타르국에 건너가 위 사업장에서 근무중에 이 사건 사고가 발생한 것으로서(사고발생도 위 카타르국에 간지 불과 22일만의 일이었다) 우리나라 국내에서 같은 사고가 발생한 경우와 달리 취급할 바가 못된다 할 것이므로 涉外私法의 적용 대상이 되는 涉外的 不法行爲는 아니라 함이 상당하다 할 것이다."라고 判示하고 있다.

419) 石光現, 앞의 책(註 18), 78쪽.

시하고 있다(동조 제2항). 그 이유는 當事者의 合意에 반하여 다른 법질서가 적용됨에 따라 당사자가 불안전하게 되지 않도록 하는데 있다. 나아가 법선택에 합의하는 당사자들은 통상 그 사안과 충분히 가까운 법질서를 택한다는 점도 고려되어질 수 있다.[420] 따라서 當事者自治가 認定되는 범위 내에서는 例外條項의 適用은 排除된다.

(3) 例外條項이 適用될 수 있는 事例

例外條項의 실제적인 적용은 앞으로 판례에 의해 이루어질 것이고, 例外條項이 적용될 수 있는 사안을 열거한다는 것은 수많은 섭외적 사안의 발생가능성에 비추어 볼 때 불가능하다. 단지, 例外條項이 적용될 가능성이 있는 몇가지 예를 들어 살펴보기로 한다.[421]

첫째, 다양한 유형의 不法行爲의 경우이다. 현대의 복잡다양한 외국적 요소가 있는 법률관계를 제한된 抵觸規範으로 모두 규율하는 데는 한계가 있고, 이는 특히 不法行爲에서 현저하므로 다양한 不法行爲의 유형에 대응하여 연결대상을 세분화하고 그에 적합한 連結原則을 정립할 필요성이 있음은 쉽게 수긍할 수 있다. 그러나 國際私法에서는 不法行爲의 準據法에 관하여 不法行爲地法原則을 유지하면서 常居所를 기준으로 하는 共通의 屬人法(제32조 제2항), 從屬的 또는 附隨的 連結(제32조 제3항)과 準據法의 事後的 合意(제33조) 등에 의해 不法行爲地法原則을 다소 완화하였을 뿐이고[422] 더 나아가 不法行爲의 다양한 유형별로 그에 대한 특칙을 두지는 않았으므로 例外條項을 활용함으로써 적절한 결론을 도출할 필요성이 있다.

둘째, 船舶의 便宜置籍의 경우를 생각할 수 있다. 즉, 구체적인 사안에서 선적이 船籍國과 유일한 관련인 경우에는 例外條項에 의해 船籍國法 대신 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 準據法으로 적용될 여지도 배제할 수 없을 것이다.[423]

---

420) 申昌善, 앞의 책(註 413), 185쪽.

421) 石光現, 앞의 책(註 18), 79~80쪽. 이에 반해 그 例外條項 적용 유형을 ①시간적 차이가 있을 때, ②장소적 차이가 있을 때, ③다른 법률관계와 밀접한 관련을 갖고 있는 경우, ④불통일적인 연결을 수정할 경우로 나누는 견해도 있다(申昌善, 앞의 책(註 413), 183~185쪽).

422) 이에 관해서는 石光現,「國際私法과 國際訴訟 第1卷」(서울 : 博英社, 2001), 197쪽 이하 참조.

423) 丁海德, 앞의 논문, 11쪽, 이에 대하여 선박이 便宜置籍된 경우 그 실질적인 소유자가

주의할 것은 어느 경우이든 例外條項에 의하여 國際私法이 지정한 연결원칙을 배제하는 것은 제8조가 정한 엄격한 요건하에 매우 신중히 해야 한다는 점이다. 특히 便宜置籍이라는 이유만으로 당연히 例外條項이 적용되는 것은 아니며, 例外條項의 적용에 앞서 해당 사안에서 제8조의 요건이 구비되는지의 여부를 신중하게 검토하여야 할 것이다.

(4) 例外條項과 反定의 關係

例外條項과 反定의 관계가 문제되는데 國際私法에 의해 어느 외국(A국)의 법이 準據法으로 지정된 경우, 그 외국법이 우리 법으로 反定한다고 해서 우리 법을 적용할 것이 아니라, 우선 例外條項의 適用與否를 판단해야 한다. 그 결과 만일 다른 외국(B국)의 법이 해당 법률관계와 가장 밀접한 관련을 가지는 때에는 B국법을 準據法으로 指定하고, B국법이 우리 법으로 反定하는지의 여부를 판단해야 한다. 이 점에서는 논리적으로 例外條項의 적용여부가 판단된 다음에 비로소 反定條項이 적용된다. 이러한 이유로 例外條項(제8조) 뒤에 反定條項(제9조)를 둔 것이다.

한편 그러한 과정을 거쳐 가장 밀접한 관련이 있는 외국법이 準據法이 되고 反定條項에 의해 우리 법을 적용해야 할 경우 例外條項을 적용하여 다시 외국의 실질법을 적용한다면 反定條項은 무의미하게 되므로 이는 원칙적으로 허용되지 않는다고 생각된다. 이러한 의미에서 원칙적으로 反定은 例外條項에 대한 특별법이라고 볼 수 있다.

하지만 유의할 것은 제9조 反定規定에 의해 제60조의 규정에 의한 船籍國法 指定의 경우에는 反定이 허용되지 않는다. 國際私法 제9조 제1항에 따르면 “이 법에 의하여 외국법이 準據法으로 지정된 경우에 그 국가의 법에 의하여 대한민국 법이 적용되어야 하는 때에는 대한민국의 법(準據法의 指定에 관한 법규를 제외한다)에 의한다”고 규정하여 舊 涉外私法 規定[424]보다 광범위한 反定을 인정하고 있다. 이

누구인지, 그 국적이 어디인지를 확인하는 일이 그리 용이하지 않고 한편 실질적인 지배가 여러 국가에 나뉘어져 있을 수도 있으므로 便宜置籍의 경우에도 원칙적으로 船籍國法의 적용에 있어 예외를 둘 이유는 없다는 반론이 있다. 鄭炳碩, 앞의 논문, 179쪽(그러나 여기에서도 例外條項의 적용가능성을 완전히 부인하지는 않는다).

424) 舊 涉外私法 제4조는 “당사자의 本國法에 의하여야 할 경우에 그 당사자의 本國法이 대한민국의 법률에 의할 것인 때에는 대한민국 법률에 의한다”고 규정하고 있어, 우리나라 國際私法에서 船籍國法에 의한다고 규정하고 있으나 해당 船籍國法에서는 法廷地法 또는 다른 근거로 대한한국법에 의하도록 규정하고 있을 경우 위 反定規定에 따

는 反定을 인정함으로써 국제적 판결의 일치를 도모할 수 있고, 경직된 법 선택의 원칙을 완화하여 구체적 사건에 보다 타당한 법을 적용할 수 있으며, 法廷地法을 적용하여 외국법의 적용에 따른 어려움을 완화할 수 있는 등의 실제적 효용을 고려한 것이다.[425][426] 그러나 反定을 인정하는 것이 적절하지 아니한 경우에는 예시하여 反定이 불허됨을 명확히 하고 있다(同法 제9조 제2항).

특히 同法 제9조 제2항 제5호에서 同法 제60조(해상)의 규정에 의하여 船籍國法이 지정되는 경우에 대하여 反定을 허용하지 않는다. 이는 선박에 관한 물권의 準據法을 船籍國法으로 정한 이유가 선박에 관하여 권리의무를 가지는 抵當權者, 優先特權者, 船用品供給業者, 荷主 등 많은 利害關係人들의 예측가능성을 높이고자 하는데 있고, 한편 反定이 적용된다고 할 때 船籍國의 國際私法 規定을 확인하는 것도 쉬운 일이 아니므로 신속을 요하는 해운분쟁 처리의 요청에 부응하기 위하여 船籍國法에 의하는 해상에 관한 사항에 대하여는 反定의 適用을 排除하고 있는 것이다.[427] 하지만 유의할 것은 제61조(船舶衝突)와 제62조(海洋事故救助)의 경우에는 反定이 허용된다는 점이다.

2. 便宜置籍에 대한 準據法 指定 例外條項의 連結方法

便宜置籍의 경우에 있어 사안에 따라 例外條項의 적용가능성이 배제될 수 없다면, 이에 대한 連結點 지정 방법은 어떠한 것이 타당한지 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

법률관계에 대하여 連結點을 지정하는 방법은 다양하다.[428] 즉, 累積的 連結,[429]

라 대한민국법을 적용할 것인가 문제되었다. 종전의 涉外私法 아래서 우리 대법원은 "涉外私法이 涉外的 生活關係에 관하여 규정하고 있는 같은 법 제4조가 규정하고 있는 反定의 경우 및 어음행위의 능력에 관하여 규정하고 있는 법 제34조의 경우를 제외하고는 그 국가의 實質法을 지칭하는 것이지 그 국가의 國際私法 規定을 지칭하고 있는 것은 아니다"고 判示하고 있어 해상법에서 船籍國法에 의하여야 할 경우의 反定 規定의 적용을 배제하였다(대법원 1989. 7. 25. 선고 88다카22411; 대법원 1991. 12. 10. 선고 90다9728).

425) 法務部, 앞의 책, 46쪽.

426) 舊 涉外私法에 비해 直接反定은 친족·상속 분야 뿐만 아니라 物權과 法定債權 분야에서도 허용된다. 다만 轉定은 舊 涉外私法과 마찬가지로 어음·수표행위능력에서만 인정된다.

427) 法務部, 앞의 책, 48쪽.

428) 이에 관한 자세한 내용은 申昌善, 앞의 책(註 413), 130~134쪽; 金演·朴正基·金仁猷, 앞의 책, 118~122쪽 참조. 물론 여기에서 말하는 準據法의 연결방법과 便宜置籍上의

配分的 連結,[430] 選擇的 連結,[431] 任意的 連結,[432] 段階的 連結,[433] 補正的 連結,[434] 加重的 連結 등을 들 수 있다.

이 가운데 便宜置籍의 문제와 관련하여 유추적용할 수 있는 방법은 加重的 連結方法이 합당하리라 본다. 加重的 連結은 어떤 법률관계에 대해서 적용할 準據法을 결정할 때, 복수의 連結點을 加重的·累積的으로 연결하여야 하는 것을 말한다. 다시 말하면 문제된 법률관계에 連結點으로 A, B, C 등이 있을 때, 어떤 국가의 법이 準據法으로 指定되기 위해서는 A 連結點과 B 連結點 혹은 A 連結點과 C 連結點이 이 국가에 연결되어 있어야 하는 것과 같다.

그러므로 便宜置籍의 개별적 사안에 대한 準據法 指定의 例外條項의 적용, 즉 '가장 밀접한 관련' 국가의 법을 판단하는데 있어 여러 가지 連結點을 제시할 수 있으므로 이러한 連結點 가운데 加重的·累積的으로 연결되는 국가의 법을 지정하는 것이 타당하리라 본다.

Ⅲ. 私見

便宜置籍은 제2차 세계대전 후 조세부담의 경감, 선원 배승의 편의 등의 관점에서 현저하게 증가하였다. 그러나 이상에서 살펴본 바와 같이 선적항은 선박의 실

'가장 밀접한 관련' 국가의 법을 연결하는 것과 일치하는 것은 아니다. 하지만 連結點과 準據法과의 연계방법을 통해 便宜置籍上 고려될 수 있는 제요소와 '가장 밀접한 관련' 국가를 연계하는 방법을 얻을 수 있으리라 생각한다.

429) 累積的 連結은 어떤 법률관계가 복수의 連結點으로 지정된 각각의 準據法에 의하여 累積的 내지 重複的으로 인정된 경우에만 그 법률관계가 성립되는 연결방법을 말한다.

430) 配分的 連結은 어떤 法律關係에 관하여 복수의 당사자가 있는 경우에 각각의 당사자에게 각자 필요한 요건을 갖추도록 하는 連結方法을 말한다.

431) 選擇的 連結은 어떤 法律關係의 成立에 대하여 연결하여야 할 準據法을 복수로 규정하고 그 가운데 하나의 準據法에 의해 요건이 충족되면 해당 法律關係의 成立을 認定하는 것을 말한다.

432) 任意的 連結은 어떤 法律關係의 성립 및 효력에 대하여 연결해야 하는 準據法을 당사자의 임의의 선택에 맡겨 결정하는 것으로 當事者의 意思를 連結點으로 정하여 準據法을 결정하는 것이라 할 수 있다.

433) 段階的 連結은 어떤 法律關係에 대하여 準據法으로 될 법이 여러 개 있고, 그 중에서 段階的으로 순서를 정하여 指定되는 것을 말한다.

434) 補正的 連結은 어떤 法律關係의 成立에 대하여 연결되는 準據法이 여러개 있는 경우에 제1단계의 準據法에 의해 그 法律關係의 成立이 인정되지 않는 때에는 제2단계의 準據法에 의하고, 제2단계의 準據法에 의해도 성립이 인정되지 않는 때에는 제3단계의 準據法에 의하는 것을 말한다.

질적 본거지 역할을 수행하지 않으며, 선박소유자와 실질적인 해상기업자가 다른 상황에서 선적이 선박을 위한 사법상의 법률관계에 대하여 원칙적인 連結點으로써 적당한 지의 여부는 의문의 여지가 있다. 이에 國際私法上 便宜置籍의 경우에도 船籍國法을 적용하여야 하는지에 관한 의견의 대립에 있어 원칙적으로 船籍國法 適用에 대한 예외를 둘 필요가 없다는 견해가 있다.[435] 그 근거는 선박의 국적취득에 所有, 建造, 乘務員 등의 '眞正한 連繫'를 요구하는 것에 대한 국제적인 합의가 이루어지지 않고 있을 뿐 아니라[436] 선박이 便宜置籍된 경우 그 실질적인 소유자가 누구인지, 그 국적이 어디인지를 확인하는 일이 그리 용이하지 않고, 한편 실질적인 지배가 여러 국가에 나뉘어져 있을 수도 있다는 것이다.

하지만 미국의 경우 선박이 실질적으로 전부 또는 일부라도 미국인 등에 의하여 소유되고 관리되는 便宜置籍船에 대하여 法人格否認(piercing the corporate veil)의 法理와 더불어 法人格實體把握(lifting the corporate veil)의 法理로써 連結點을 정하여 자유롭게 법선택을 하고 있다. 즉, 船舶所有者의 實際國籍을 중요시하고, 선박소유자의 本據地 및 實質的 營業活動場所, 原告가 외국법원에 提訴할 수 있는지 여부, 船籍國法 등을 중요한 요소로 판단하여 便宜置籍과 관련 문제에 대하여 현실에 부합하는 결과를 이끌어 내려는 것이다.

이에 대하여 우리나라도 法人格否認의 法理를 인용한 대법원 판례와 같이 섭외적 생활관계의 의미 해석을 구체적 현실에 부합하는 적절한 결과를 가져올 수 있도록 실질적 해석을 시도하는 경우가 있다.[437] 또한 便宜置籍의 방법으로 외국의 선적을 취득하게 한 다음 국내에 반입하여 사용하면서 단순한 하역이나 선적 또는 수리 목적 등으로 입항한 것처럼 허위로 신고한 경우에는 비록 선박이 대한민국국적을 취득하지 않았다 하더라도 실질적으로는 선박이 수입된 것으로 인정할 수 있으므로 관세부과의 대상이 된다고 해석하고 있다.[438] 그러나 國際私法 제8조에 규정하고 있다시피 國際私法에 의하여 指定된 準據法이 해당 법률관계와 근소한 관

---

435) 鄭炳碩, 앞의 논문, 179쪽.

436) 便宜置籍船에 대한 규제와 관련하여 眞正한 連繫란 그 개념이 불명확하고 효과적인 강제수단이 없어서 主權國家들 사이에 적용되고 집행되기 어렵고, 實定國際法의 해석상으로도 旗國에 대하여 자국적의 선박에 대하여 실효적인 관할, 규제를 유지하도록 요구할 뿐 國籍附與의 要件에까지 개입할 수는 없지만, 旗國은 그 요건을 여하히 결정하더라도 그 국제적 대항력을 갖기 위하여 眞正한 連繫를 확보하여야 한다는 한도 내에서 의미있다고 한다(尹允秀, 앞의 논문, 517~518쪽).

437) 서울지법 1994. 11. 1. 94파6023 판결.

438) 대법원 1994. 4. 12. 선고, 93도2324 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고, 97도58 판결.

련이 있을 경우 '가장 밀접한 관련'이 있는 다른 국가의 법에 의하도록 준거법 지정의 例外條項을 규정하고 있는 것은 시사하는 바가 크다. 특히 便宜置籍國의 법이 準據法이 되는 경우에 이에 대한 시정을 요구할 여지가 있으므로 國際私法 제8조의 準據法 指定의 例外條項의 適用可能性은 충분하다고 볼 수 있다. 하지만 例外條項에 의하여 國際私法이 지정한 연결원칙을 배제하는 것은 제8조가 정한 엄격한 요건하에 매우 신중히 해야 한다는 점은 언급할 필요도 없다. 특히 便宜置籍이라는 이유만으로 당연히 例外條項이 적용되는 것은 아니며, 例外條項의 적용에 앞서 해당 사안에서 제8조의 요건이 구비되는지의 여부를 먼저 신중하게 검토하여야 할 것이다. 그 후 적용요건이 구비되었다면 사안과 연관된 여러 가지 連結點이 제시될 수 있으므로 이러한 連結點을 종합적으로 검토하여 加重的·累積的 方法에 의한 연결이 가능하리라 본다.

그러면 이러한 '가장 밀접한 관련' 국가의 법 지정에 대한 連結點은 어떻게 볼 것인가하는 것이 문제이다. 이에 관련하여 비록 핵심적 요소에 대하여 권고사항으로 규정함으로써 실효성을 상실하고 있지만, 선박과 선적국간의 실질적인 연관관계를 설정하기 위한 국제적인 노력의 하나인 유엔선박등록조건협약에서 규정하고 있는 '眞正한 連繫'에 관한 내용을 참조할 수 있을 것이다. 즉, '眞正한 連繫'의 핵심적 요소로써 제시하고 있는 ①船舶의 所有權, ②船舶의 經營, ③船員의 세가지 요소를 참조할 필요성이 있다.

또한 미국의 경우에 있어 선박이 실질적으로 전부 또는 일부라도 미국인 등에 의하여 소유되고 관리되는 便宜置籍船에 대하여 法人格實體把握의 法理로써 連結點을 정하여 자유롭게 법선택을 하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 여기에서 실질적인 法人格을 파악하기 위하여 제시된 7가지 요소는 便宜置籍과 관련하여 '가장 밀접한 관련' 국가를 연결하는 連結點으로서 제시될 수 있을 것이다.

여기서 제시하는 7가지 요소란 ①不法行爲地, ②旗國法, ③被害者의 關聯性 또는 住所地, ④被告 船舶所有者의 關聯性, ⑤雇傭契約 締結地, ⑥外國法院의 利用 困難性 및 ⑦法廷地法이다. 물론 이들 7가지 요소뿐만 아니라 등가치적인 요소가 있다면 당연히 고려되어야 하는 것으로 다른 요소를 배척하는 것은 아니지만 그렇다고 이러한 7가지 요소가 전부 連結點이 될 수는 없을 것이다.

그러므로 便宜置籍에 관한 準據法 指定의 例外條項의 적용에 있어 '가장 밀접한 관련' 국가의 법 지정에 있어 고려될 수 있는 連結點은 船舶의 所有權, 船舶의 經

營權 및 船員의 國籍을 비롯하여 船舶所有者의 實際國籍, 船舶所有者의 本據地 및 實質的 營業活動場所, 船籍國法 등을 중요한 요소로 하고, 그 외 해당 법률관계에 대한 不法行爲地, 被害者의 關聯性 또는 住所地, 雇傭契約 締結地, 外國法院의 利用困難性 및 法廷地法 등을 세부적 요소로 하여 판단할 수 있을 것이다.

第2節 船舶國籍의 衝突

선박에 관한 국적을 결정하는 입법주의가 국가마다 다르기 때문에 國際私法上 準據法 문제가 발생하게 된다. 이 경우에 발생할 수 있는 문제로 船舶國籍이 충돌하는 경우가 있으며, 船舶國籍의 衝突은 積極的 衝突(二重船籍)과 消極的 衝突(無船籍)의 경우로 나눌 수 있다.[439]

國際私法은 선박의 國籍衝突에 관한 명문규정이 없지만,[440] 船舶法이 船舶所有者主義에 기하여 선박의 국적을 정하고 있기 때문에 결국 선박의 국적도 선박소유자인 自然人의 國籍衝突의 경우와 동일한 방법으로 해결하는 것이 타당하다고 보는 견해가 지배적이다.[441][442] 반면에 선박이 가장 밀접한 관계를 가지고 있는 船籍國法을 적용하여야 한다는 견해[443]도 있다.

Ⅰ. 二重船籍의 問題

---

439) 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 471~472쪽.

440) 國際私法 改正案에서 二重船籍規定의 신설을 검토하였으나 二重船籍이 국제법으로 금지되어 있고 裸傭船 旗國이 허용되는 경우 所有者 船籍이 기준이 됨이 거의 명백하므로 二重船籍規定으로 해결하여야 할 문제는 극히 제한되고 따라서 二重船籍規定을 두는 것이 득보다는 실이 많다는 의견을 반영하여 최종안에서 이를 삭제하였다(法務部, 앞의 책, 189쪽).

441) 朴相祚・尹鐘珍, 앞의 책, 471~472쪽; 黃山德・金容漢, 앞의 책, 352쪽; 申昌善, 앞의 책(註 3), 436쪽.

442) 國際私法에서는 당사자가 여러 개의 국적을 갖는 국적의 積極的 抵觸의 경우 밀접한 관련이 있는 국가의 법을 그 本國法으로 정하고 있으며(제3조 제1항), 당사자가 전혀 國籍을 가지지 않는 국적의 消極的 抵觸의 경우에는 常居所를 도입하여 常居地法과 居所地法을 적용하며(동조 제2항), 불통일법국가의 법이 지정되는 경우에는 통설인 間接指定說의 입장을 반영하여 本國의 準國際私法에 의하여 결정하도록 하고 있다(동조 제3항).

443) 李好珽, 앞의 책, 454쪽.

선박의 二重船籍은 국제적으로 허용되지는 아니하나,[444] 현실적으로 二重船籍인 경우[445]가 있고 또한 便宜置籍에 대한 대응으로서 종래의 전통적 해운국들이 第2船籍制度[446]나 國際登錄制度를 도입[447]하고 二重登錄[448]을 허용하고 있으므로 二重船籍의 문제가 발생한다.[449]

二重船籍에 대하여 國際私法上 自然人의 國籍衝突의 경우를 準用하자는 견해에 따르면 자연인에 있어 출생, 혼인, 이민 등으로 二重國籍이 성립하는 경우에 國際私法은 당사자와 連結點의 관계를 고려하여 '당사자와 가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법을 우선시키도록 하고 있으므로(제3조 제1항) 二重船籍도 이를 준용하여 '선박과 가장 밀접한 관련'이 있는 국적을 따르도록 하자는 것이다. 다만, 二重國籍 중 하나가 대한민국인 때에는 대한민국법에 의하도록 하여 內國國籍優先의 原則을 규정하고 있으므로(단서), 內國船籍優先의 原則을 적용하여 二重船籍 중 대한민국 선적이 있는 경우는 대한민국법을 적용하도록 하자는 것이다.

하지만 선박과 관련하여 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가라 함은 통상 船籍國法

---

444) 1958년 公海協約 제6조, 모든 선박은 하나의 국적만을 가질 수 있다.

445) 선적 변경시 이전 국적증서에 대하여 便宜置籍國 중에서도 파나마는 그 말소를 요구하나 온두라스는 이를 요구하지 아니하는바, 이런 것들이 원인이 되어 이중선적이 발생할 여지가 있다.

446) 제2선적제도는 便宜置籍國이 제공하는 이점을 자국선박에게 제공함으로서 자국상선대의 해외이적을 방지하고 동시에 便宜置籍化된 자국선박을 다시 본국으로 在籍籍하도록 유인함으로서 自國商船隊의 확보를 꾀하여 자국의 국방상의 안전을 도모하고 자국선원의 고용기회를 증대시키고 船舶管理事業, 船員管理事業, 船舶代理店業과 海運關聯産業을 발전시키고자 시행된 제도이다. 보다 자세한 것은 韓國船員船舶問題硏究所 編, "韓國型 最適船舶置籍制度에 관한 硏究", 硏究用役報告書(1994. 4), 7쪽 이하 참조.

447) 우리나라의 國際船舶登錄法은 법률 제5365호(1997. 8. 22)로 제정되어 國際船舶登錄의 대상이 되는 선박, 즉 대한민국 상선과 외항운송사업자가 대한민국 국적을 취득할 것을 조건으로 賃借한 외국선박에 대하여 國際船舶登錄簿에 등록할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 國際船舶에 외국인 선원을 승선시킬 수 있게 하여 船員雇傭費用을 절감할 수 있게 하고, 조세의 감면 등 필요한 지원을 할 수 있도록 함으로써 우리나라 선박의 해외 이적을 방지하는데 그 목적이 있다.

448) 二重登錄이라 함은 어느 특정한 선박을 A국가에 등록하고 있으면서 동시에 B국에 등록하여 그 국가(B국가)의 국기를 게양하고 그 선박을 운항하는 것을 허용하는 제도를 말한다. 즉, 외국선박을 裸傭船할 경우 이를 자국에 등록하는 법제를 가진 나라는 그 裸傭船其間동안 등록과 자국국기 揭揚權을 허가할 수 있고, 그러한 선박은 그 登錄國의 완전한 管轄權과 감독권을 따르게 된다. 이러한 경우 A국가의 船舶登錄의 효과는 일시 정지되고 B국가에 있어서의 등록이 실효하는 경우에 A국가의 船舶登錄의 효과가 자동적으로 복구되며, 이 경우 A국가는 이른바 flag out되는 국가, B국가는 flag in되는 국가가 된다.

449) 鄭炳碩, 앞의 논문, 178쪽.

을 지칭하고 있으며, 이 문제는 國際私法上 선박을 중심으로 한 해상분야에서 적용되므로 굳이 自然人의 二重國籍 規定을 準用할 필요가 있는지 의문이다. 다시 말해서 선박의 二重船籍의 경우에는 '가장 밀접한 관련'이 있는 곳의 법을 船籍國法으로 지정하되, 여기에서 말하는 '가장 밀접한 관련'은 법원이 개별 사건에서 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 판단하는 것에 맡기는 것이 타당하리라 본다.

Ⅱ. 無船籍의 問題

無國籍船이 발생하는 경우는 2개국 이상의 국기를 편의에 따라 게양하고 항행하는 선박은 다른 국가에 대하여 어느 국적도 주장할 수 없으며 無國籍船으로 취급될 수 있다(유엔해양법협약 제92조 제2항). 그리고 선박이 海賊行爲[450]에 이용된 경우의 海賊船[451]에 있어 그 국적을 보유한 국가의 법률에 의하여 국적을 상실할 수 있으며(同協約 제104조), 또한 각국의 국내법 규정에 의하여 국적을 상실한 경우이다.

國際私法上 自然人의 國籍衝突의 경우를 準用하면, 당사자가 국적을 가지지 아니하거나 국적을 알 수 없는 경우에는 국적을 대신하는 다른 連結點을 찾아 본국법의 代用法을 정할 수밖에 없으므로, 國際私法은 常居所[452]를 連結點으로 도입하

---

450) 海賊行爲라 함은 민간선박 또는 민간항공기의 승무원이나 승객이 사적 목적으로 ① 公海上의 다른 선박이나 항공기 또는 그 선박이나 항공기내의 사람이나 재산, ② 국가 管轄權에 속하지 아니하는 곳에 있는 선박·항공기·사람이나 재산에 대하여 범하는 不法的 暴力行爲, 抑留 또는 掠奪行爲를 말한다. 또한 어느 선박 또는 항공기가 해적선 또는 海賊航空機가 되는 활동을 하고 있다는 사실을 알고서도 자발적으로 그러한 활동에 참여하는 모든 행위와 그러한 행위를 교사하거나 고의적으로 방조하는 모든 행위도 海賊行爲에 해당한다(유엔해양법협약 제101조).

451) 無國籍 船舶은 국제법상 외교적 보호를 받을 수 없으며, 公海에서 해적행위의 혐의를 받게 되며(유엔해양법협약 제110조 제1항(d)), 실제 해적행위에 사용된 해적선의 경우 상당수가 무국적 선박이다.

452) 常居所(habitual residence) 개념은 헤이그 국제사법회의에서 채택한 제협약을 비롯한 각종 국제협약 및 대다수의 입법례에서 連結點으로 널리 사용되고 있다. 이는 생활의 중심지로 이해되고 있으며, 일정한 장소에서 상당기간 동안 定住한 사실이 인정되면 그곳이 常居所로 인정된다. 그 요건으로 定住意思라는 주관적 요소를 요하지는 않으며, 법적개념인 주소에 반하여 사실적 개념이라고 할 수 있다. 常居所의 존재 여부는 구체적인 상황에 따라 당사자의 체류기간, 체류목적, 가족관계, 근무관계 등 관련 요소를 종합적으로 고찰하여 판단하여야 할 것이다. 그리고 常居所는 居所보다 장기간에 걸쳐 지속적으로 거주할 것을 필요로 하는 등 장소적 밀접도가 높다는 측면에서 居所와 구분되며 國際私法 제3조에서도 이를 구분하여 사용하고 있다.

여 우선적으로 당사자의 常居所가 있는 국가의 법에 의하도록 하고, 만일 당사자의 常居所가 없는 경우에는 그의 居所가 있는 국가의 법에 의하도록 하고 있다. 이를 無船籍에 준용하여 볼 경우 선박의 常居所라 할 수 있는 本據港을 連結點으로 하여 本據港 所在國의 法을 적용하자는 뜻으로 해석될 수 있다. 本據港은 선박이 항시 발항 또는 귀항하는 항해기지로써 海上企業經營의 중심이 되는 항을 말하는 것으로 실질적인 활동의 근거지이며 선박에 관계되는 대부분의 중요한 조치들이 취하여지지만 현실적으로 本據港을 알기가 어렵다는 난점이 있다. 또한 無國籍船舶은 海賊船과 같이 항행의 안전을 해치는 위험 요소로 인식되고 있으므로 본거항의 도입은 무의미하다고 할 수 있다. 또한 二重船籍의 경우와 같이 '선박과 가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법을 염두에 둔다면 船籍國法이지만 이는 船舶國籍이 있는 경우이므로 불가능하며, 船舶所有者의 本國法을 고려하기에는 무국적상태에서는 선박의 주체성에 대한 확인이 어려운 상태이므로 이 또한 불가능하다. 그러므로 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 法廷地法의 適用을 고려해 볼 수 있을 것으로 판단된다.

Ⅲ. 私見

船舶國籍의 衝突에 있어 國際私法은 이를 규정하고 있지 아니하지만 二重船籍의 예가 현실적으로 존재하며, 이와 별도로 無國籍船舶도 존재하므로 이를 구별하여 규정할 필요가 있으리라 본다. 즉, 二重船積과 無船積의 경우로 나누어, 前者의 경우에는 國際私法上 선박을 중심으로 한 해상분야에서는 일반원칙으로 船籍國法이 적용되고 있으므로 굳이 自然人의 二重國籍 規定을 準用할 필요성에 대해서는 의문이다. 그러므로 船籍國法으로 지정하되 準據法 指定 例外條項의 적용 가능성은 법원이 개별사건에 대해 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 판단하도록 하는 것이 타당하리라 본다. 後者의 경우에는 無國籍狀態에서의 선박 주체성에 대한 확인이 어려운 상태이므로 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 法廷地法을 적용하는 것이 타당하리라 본다.

第5章 結 論

본 논문은 海商法上의 準據法 決定에 관한 문제에 있어 우리 國際私法에서 해상과 관련된 섭외적 법률관계에 있어 일반원칙으로 적용되고 있는 船籍國法主義의 타당성을 검토하고자 하였다. 즉, 船籍國法 適用의 타당성이 결여된 부분에 대해서는 가장 타당하다고 생각되는 다른 입법주의를 제안하고자 한 것이다. 그리고 船籍國法이 타당한 경우는 결국 船舶國籍을 連結點으로 하는 것이 가장 밀접한 관계가 있다는 것을 의미하게 되는데, 이 경우 과연 便宜置籍의 경우에도 해당되는 것인가에 대한 검토를 수반하고자 하였다. 여기에서는 國際私法 제8조에서 규정하는 準據法 指定의 例外條項으로 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'과의 관계가 문제될 수 있으며, 이에 대한 해석 및 실질적인 기준에 대하여 여러 국가의 학설 및 판례를 살펴봄으로서 판단의 근거를 찾고자 하는 것이 본 논문의 목적이라 할 수 있다.

이를 위하여 제2장에서는 海商法上의 準據法 決定에 관한 기본개념을 정립하고자 하였다. 즉, 國際私法상 해상과 관련된 분야에 있어 일반적인 원칙으로 적용되고 있는 船籍國法에 관한 기본개념을 정립하고자 한 것이다. 우선 해상법 분야에서의 準據法 決定의 필요성에 대하여 海商法의 統一性과 그에 따른 國際協約과의 관계를 검토하고, 해상법 통일의 한계로 인한 준거법의 필요성을 제기하였다. 그리고 해상법 분야에서의 準據法 指定이 의미하는 바를 살펴보고, 이 분야에서 일반적인 원칙으로 적용되고 있는 船籍國法의 槪念에 대하여 살펴보았다. 이는 船籍國法의 기본개념을 살펴봄으로서 향후 船舶과 船籍國과의 실질적 관계가 문제되는 便宜置籍를 검토함에 앞서 기본적 개념을 정립하기 위함이었다.

이러한 개념을 바탕으로 해상법상의 狹義의 國際私法的 論點, 즉 準據法 決定에 관해 쟁점이 되고 있는 부분에 대하여 제3장에서 검토하였다. 이에 대하여는 海商法上의 編制를 인용하여 海上企業組織, 海事債權 및 海上危險에 관한 부분으로 크게 3부분으로 분류하여, 특히 중요하다고 판단되는 海商法上의 指定槪念에 대하여 검토하였다. 물론 이렇게 海商法上의 個別的 指定槪念에 대하여 검토하는 것은 船籍國法이 일반적으로 적용되고 있는 부분에 대한 실질적 검토를 통해 그 타당성을 점검하는 것으로, 다른 대안이 있을 경우에는 그것을 제시하고자 하였다. 또한 國際私法 규정에는 빠져있는 부분이라 하더라도 검토의 필요성이 있는 부분, 즉 심

한 의견의 대립이 있는 사안이나 다른 立法論的 代案이 제시되고 있는 사안에 대해서도 적극적인 검토를 하고자 하였다.

제4장에서는 제2장 및 제3장에서 정립한 船籍國法과 관련하여 實質的 適用에 있어 발생하는 문제와 관련된 사항들에 대하여 검토하고자 하였다. 즉, 船籍國法의 적용에 있어 船舶과 船籍國과의 실질적 관계가 문제되고 있는 便宜置籍의 문제와 관련하여 학설과 판례의 동향을 살펴봄으로서 國際私法上 準據法 指定의 例外條項인 '가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'과의 상관관계를 도출하고자 하였다. 便宜置籍의 경우 實質的 船舶所有者는 별도로 있는 것이 통상적이므로 이러한 상황에서의 실질적 선박소유자를 '가장 밀접한 관련'의 法理로 이끌어 낼 수 있는가 하는 문제와 그렇게 할 경우의 객관적 기준에 대한 해석론적 연구이다. 이에 대해서는 便宜置籍에 대한 '法人格否認論'과 '法律回避論'도 검토의 대상이 되었으며 각국의 판례, 특히 미국의 판례를 중심으로 그 접근방법에 대한 검토를 수행하였다. 또한 船籍國法을 적용할 때 船舶國籍의 충돌이 발생하는 경우가 있다. 사례가 빈번한 경우가 아니지만 현실적으로 발생할 소지가 있는 만큼 검토의 여지도 있다고 보여진다. 이에 대하여 사람의 二重國籍의 경우에 準用하자는 견해가 지배적이지만 이 경우 해석상의 문제가 도출된다. 본 논문에서는 船舶國籍의 積極的 衝突과 消極的 衝突로 나누어 살펴보고, 타당한 立法論을 제시하고자 하였다.

마지막으로 제5장에서는 이제까지의 결과물을 요약하며, 海商法上의 指定槪念에 대한 입법론적 검토 및 便宜置籍에 대한 '가장 밀접한 관련' 국가의 법에 대한 해석론적 접근방법에 대한 요소의 제시로 나누어 정리하고자 한다.

우선 해상법상의 個別的 指定槪念에 대한 입법론적 검토로 海上企業組織에 관한 準據法 決定에 있어, 첫째, 船舶所有權에 관한 準據法 決定의 문제 가운데 "선박내에 있는 동산의 물권"에 관한 사항이 있다. 우리 國際私法은 선박에 관한 물권관계는 船籍國法에 의하도록 규정하고 있는데, 이는 선박의 국제적 이동성으로 인한 公海上에 있을 경우의 所在地法 喪失이라는 문제를 해결하고 領海·公海를 불문하고 船舶物權關係를 통일적으로 해결할 수 있다는 점을 근거로 하고 있다. 다만 선박내에 있는 동산의 경우에는 별도의 규정을 두지 않음으로 인해 物權에 관한 準據法 指定의 일반원칙인 目的物의 所在地法이 적용될 여지가 있으므로 선박의 물권관계에 대한 船籍國法 指定과 같은 맥락에서 비록 선박내의 동산은 그 자체로서는 동산의 성질을 가지지만 선박이라는 운송수단내에 있는 한 그 물권관계는 船籍

國法으로 지정하는 것이 합당하다고 본다.

둘째, 船舶所有者에 관한 準據法에 있어 國際私法 제60조 제3호는 “선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위”에 대하여 船籍國法을 지정하고 있다. 하지만 同法 제60조 제4호에서 “선박소유자, 용선자, 선박관리인, 선박운항자, 기타 선박사용인의 책임제한 여부 및 그 범위”를 指定槪念으로 열거하고 있는 것은 상법 제750조 제1항의 責任制限主體를 인용한 것으로 볼 수 있으므로 “선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위”는 결국 선박소유자의 책임에 관한 사항으로 해석되며, 國際私法 제60조 제4호의 指定槪念과 중복된다고 볼 수 있다. 그러므로 “선장과 해원의 행위에 대한 선박소유자의 책임범위”를 별도로 규정하는 것은 혼란을 가중시키므로 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

셋째, 船長의 代理權에 있어, 선장은 선박소유자 뿐만 아니라 積荷利害關係人, 旅客 및 救助料債務者 등 제3자를 위한 대리권 등을 인정받고 있으며, 이에 대한 準據法은 船籍國法이 타당하다. 다만 선장 자신의 행위에 대한 책임에 있어 상법 제769조의 繼續職務執行의 責任 및 제772조의 代船長 選任의 責任의 내용까지 포괄하기 위해서는 ‘船長의 代理權’보다는 ‘船長의 權限과 地位’로 설정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

다음으로 海事債權에 관한 準據法 決定에 있어, 첫째, 船舶優先特權의 準據法은 法廷地法主義, 被擔保債權의 準據法主義, 船籍國法主義, 折衷主義(成立은 被擔保債權의 準據法, 順位는 船舶所在地法) 등이 견해의 대립을 보이고 있다. 하지만 결국 船舶 物權關係를 하나의 법에 연결하는 점에서 선박에 관한 각종 物權의 發生, 效力 및 優先順位 등을 일관된 원칙하에 규율할 수 있다는 점, 종래 실무상 어느 정도 정착된 것으로 보이는 점 등을 고려한다면 모든 입법주의가 일장일단이 있지만 그래도 船籍國法主義가 타당한 것으로 본다.

둘째, 海上運送契約에 관한 準據法은 國際私法의 契約에 관한 일반원칙을 적용하여 해석하는 것이 타당하리라 생각되므로, 海上運送契約에 관하여 별도의 규정을 國際私法 ‘해상’ 章에 두자는 견해는 적절하지 않다고 본다.

셋째, 船荷證券에 관한 準據法에 있어 船荷證券의 最優先約款에 관한 법적성질은 그것이 예컨대 헤이그규칙을 직접 적용하는 경우와 헤이그규칙을 국내법화한 입법을 적용하더라도 해당되는 국내법의 적용요건을 구비하지 못한 경우에는 實質法的 指定으로 보는 견해가 타당하리라 본다. 그리고 이동중의 물건에 관한 物權의 得失 變更에 대하여 船荷證券과 같은 물건에 관한 권리를 表彰하는 證券이 발

행된 경우에 논란이 있었다. 이처럼 船荷證券이 발행되고 이동중의 물건이 처분되는 경우의 準據法에 있어서는 船荷證券이 발행된 경우에도 예외적으로 船荷證券에 의하지 않고 운송물이 처분될 수 있고 목적지와 운송물의 밀접한 관계를 고려한다면 目的地法에 의하는 것이 적절하다는 견해가 타당하리라 본다.

다음으로 海上危險에 관한 準據法 決定에 있어, 첫째, 共同海損의 準據法에 관하여 우리 國際私法은 船籍國法主義를 채택하고 있지만, 共同海損의 分擔額 評價는 항해의 종료로서 확정되고 정산은 항해가 종료한 지역에서 이루어지기 때문에 모두의 이해가 관련되는 법은 항해가 종료한 지역의 법률이라고 할 수 있다. 또한 共同海損에 관해서는 당사자가 요크-앤트워프규칙에 의하여 처리하는 것이 국제적 관행이므로 이를 인정한다면 당사자간에 있어서 準據法의 合意가 이루어지지 않은 경우에 있어서는 항해가 종료한 지역에서 정산이 이루어지고 있는 실무적인 측면을 중시하여 航海終了地法에 의하는 것이 타당할 것이다.

둘째, 船舶衝突의 準據法에 있어 領海上 발생한 船舶衝突에 대해서는 별다른 異見이 없으나, 公海上에서 선박충돌이 발생한 경우에 있어 加害船舶籍國法主義를 채택함으로 인하여 主過失 船舶을 먼저 판정하여야 하는 문제가 발생한다. 즉, 一方過失의 경우는 명확하지만 雙方過失로 인한 충돌의 경우는 主過失 船舶을 판정하기 어려우며, 특히 衝突船舶의 過失이 동일한 경우에 어느 선박이 加害船舶인지 판단이 불가능하다는 난점을 가지고 있다. 그러므로 加害船舶籍國法主義를 유지하되 過失의 比率이 동일하게 나오거나 加害船舶을 판단하기 불가능한 경우에 한해 法廷地法을 보충적으로 적용하는 것이 타당할 것이다.

셋째, 海洋事故救助로 인한 報酬請求權에 대하여 救助行爲가 영해에서 있는 때에는 行爲地法에 의하고, 公海에서 있는 때에는 구조한 선박의 船籍國法에 의하도록 하고 있다. 이에 대해서는 海洋事故救助의 목적상 救助船舶측에 인센티브를 주는 것은 타당하다고 생각되지만, 그 적용범위에 있어 '海洋事故救助로 인한 報酬請求權'에 대해서만 국한하는 것은 합당하지 아니하다고 본다. 즉, 海洋事故救助에 관하여는 海洋事故의 要件·救助의 要件·救助의 效果(救助料請求權의 발생·阻却事由·優先特權 등 기타의 擔保) 등이 포함된 개념이어야 하므로 '海洋事故救助'로 포괄할 필요가 있다고 본다.

그리고 船舶國籍의 衝突에 있어 國際私法은 이를 규정하고 있지 아니하지만 二重船籍의 예가 현실적으로 존재하며, 이와 별도로 無國籍船舶도 존재하므로 이를 구별하여 규정할 필요가 있을 것이다. 즉, 二重船籍과 관련하여서는 船籍國法으로

지정하는 것이 적절하다고 생각되며, 無船籍인 경우에는 無國籍狀態에서의 선박 주체성에 대한 확인이 어려운 상태이므로 실질적인 영향력을 행사할 수 있는 法廷地法을 적용하는 것이 타당하리라 본다.

이러한 海商法上의 指定槪念에 대한 입법론적 검토에서 船籍國法의 타당성이 인정된 指定槪念은 船籍이 중요한 連結點이며 船籍이 가장 밀접한 관계에 있다는 것을 의미하는 것이다. 하지만 船籍이 便宜置籍의 경우에도 타당한가하는 것은 검토의 여지가 있으며, 이에 대한 解釋論的 接近이 필요하다. 즉, 準據法 指定의 例外條項 적용에 있어 便宜置籍의 적용여부 및 그에 대한 해석인 것이다.

우리나라는 便宜置籍의 개별사안에 대하여 法人格否認의 法理를 인용하여 섭외적 생활관계에 대한 구체적 현실에 부합하는 결과를 가져올 수 있도록 실질적 해석을 시도한 경우가 있으며, 또한 便宜置籍의 방법으로 외국의 船籍을 취득하게 한 다음 국내에 반입하여 사용하면서 단순한 하역이나 선적 또는 수리 목적 등으로 입항한 것처럼 허위로 신고한 경우에는 비록 선박이 대한민국국적을 취득하지 않았다 하더라도 실질적으로는 선박이 수입된 것으로 인정할 수 있으므로 관세부과의 대상이 된다고 해석하고 있다.

하지만 法人格否認 理論이 지나치게 널리 적용되는 것은 합당하지 아니하므로 사실인정, 계약의 해석, 법규의 해석 등 기존의 법이론으로 해결할 수 없는 경우에 최후의 수단으로 적용하는 法人格 理論의 補充性에 더 무게를 두고 便宜置籍의 문제에 접근하여야 할 것이다. 그리고 便宜置籍에 관한 準據法 指定에 있어 國際私法 제8조에서 규정하고 있는 '가장 밀접한 관련'이 있는 국가의 법으로의 연결에 대해서는 그 적용가능성은 충분하다고 판단된다. 다만 便宜置籍이라는 이유만으로 당연히 例外條項이 적용되는 것은 아니며, 例外條項의 적용에 앞서 해당 사안에서 제8조의 요건이 구비되는지의 여부를 먼저 신중하게 검토하여야 할 것이다. 적용요건이 구비되었다면 사안과 연관된 여러 가지 連結點이 제시될 수 있으므로 이러한 連結點을 종합적으로 검토하여 加重的·累積的 方法에 의한 연결이 가능하리라 본다.

그러면 이러한 '가장 밀접한 관련' 국가의 법 지정에 대한 連結點은 어떻게 볼 것인가하는 것이 문제이다. 이에 관련하여 船舶과 船籍國間의 實質的인 聯關關係를 설정하기 위한 국제적인 노력의 하나인 '眞正한 連繫'에 대해서는 유엔선박등록조건협약에서 어느 정도 규정하고 있다고 볼 수 있다. 즉, '眞正한 連繫'의 내용을

①船舶의 所有權, ②船舶의 經營, ③船員의 세가지 요소로 규정함으로서 과거 '眞正한 連繫'의 해석상의 不備點을 다소 해소하고 있다. 하지만 同協約 제7조에서 眞正한 連繫의 3요소를 이루는 규정 중 船舶의 所有權 및 船員配乘의 强行性을 각 국가의 선택에 맡기고 船舶의 管理(經營)要件 중 제3자에 대한 손해배상을 재정적으로 담보할 수 있는 수단확보에 대하여 권고사항으로 남김으로서 실효성을 상실하고 있다. 하지만 이러한 3요소, 즉 船舶의 所有權, 船舶의 經營 및 船員이라는 요소는 충분히 國際私法上 船籍國法의 적용과 관련한 便宜置籍의 문제시 '가장 밀접한 관련' 국가를 연결하는 하나의 連結點으로서의 역할을 할 수 있을 뿐만 아니라 가장 중요한 요소로써 작용할 수 있을 것이다.

한편, 便宜置籍에 대한 法人格否認論의 채택은 그 이론적 근거를 제시하였다는 데 있어 큰 의의를 가진다. 이와 관련하여 미국의 경우 선박이 실질적으로 전부 또는 일부라도 미국인 등에 의하여 소유되고 관리되는 便宜置籍船에 대하여 法人格實體把握의 法理로써 連結點을 정하여 자유롭게 법선택을 하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

여기에서 실질적인 法人格을 파악하기 위하여 제시된 7가지 요소는 便宜置籍과 관련하여 '가장 밀접한 관련' 국가를 연결하는 連結點으로서 제시될 수 있을 것이다. 즉, 여기서 제시하는 7가지 요소란 ①不法行爲地, ②旗國法, ③被害者의 關聯性 또는 住所地, ④被告 船舶所有者의 關聯性, ⑤雇傭契約 締結地, ⑥外國法院의 利用困難性 및 ⑦法廷地法이다. 물론 이들 7가지 요소뿐만 아니라 등가치적인 요소가 있다면 당연히 고려되어야 하는 것으로 다른 요소를 배척하는 것은 아니지만 그렇다고 이러한 7가지 요소가 전부 連結點이 될 수는 없을 것이다.

그러므로 便宜置籍에 관한 準據法 指定의 例外條項의 적용에 있어 '가장 밀접한 관련' 국가의 법 해석에 있어 고려될 수 있는 連結點은 船舶의 所有權, 船舶의 經營權 및 船員의 國籍을 비롯하여 船舶所有者의 實際國籍, 船舶所有者의 本據地 및 實質的 營業活動場所, 船籍國法 등을 중요한 요소로 하고, 그 외 해당 법률관계에 대한 不法行爲地, 被害者의 關聯性 또는 住所地, 雇傭契約 締結地, 外國法院의 利用困難性 및 法廷地法 등을 세부적 요소로 하여 판단할 수 있을 것이다.

參考文獻

1. 國內文獻

(1) 單行本

姜東秀,「港灣國統制論」, 釜山 : 曉星出版社, 1998.
金明基,「國際私法要論」, 서울 : 法志社, 1992.
金震燮 譯,「國際私法例說」, 서울 : 乙酉文化社, 1963.
金演・朴正基・金仁猷,「國際私法」, 서울 : 法文社, 2002.
金麟濟・徐敬武,「國際私法」, 서울 : 弘益齊, 1995.
盧田九,「共同海損論」, 서울 : 保險硏修院, 1997.
朴相祚・尹鐘珍,「現代國際私法」, 서울 : 한올출판사, 1998.
朴容燮,「海商法論」, 서울 : 螢雪出版社, 1998.
裵炳泰,「註釋 海商法」, 서울 : 韓國司法行政學會, 1977.
徐燉珏,「商法講義(下)」, 서울 : 法文社, 1992.
徐希源,「國際私法講義」, 서울 : 一潮閣, 1999.
石光現,「國際私法 解說」, 서울 : 芝山, 2001.
_____,「國際私法과 國際訴訟 第1卷」, 서울 : 博英社, 2001.
_____,「國際私法과 國際訴訟 第2卷」, 서울 : 博英社, 2001.
孫珠瓚,「第五訂增補版 商法(下)」, 서울 : 博英社, 1993.
宋相現・金炫,「海商法原論」, 서울 : 博英社, 1999.
申昌善,「國際私法」, 서울 : 學友, 1999.
_____,「國際私法 全面改正版」, 서울 : 學友, 2002.
沈載斗,「海商運送法」, 서울 : 吉安社, 1997.
李均成,「海商法判例硏究」, 서울 : 海運産業硏究院, 1989.
李基秀,「保險法・海商法學」, 서울 : 博英社, 2000.
李丙朝・李仲範,「國際法新講」, 서울 : 一潮閣, 2000.
李榮郁,「新海商法」, 서울 : 法文社, 1975.

李院錫,「海商法・保險法」, 서울 : 世英社, 1987.
李潤哲,「國際海事條約論」, 부산 : 다솜出版社, 2002.
李好珽,「國際私法」, 서울 : 經文社, 1983.
林東喆,「海商法・國際運送法硏究」, 釜山 : 曉星出版社, 1996.
林東喆・鄭暎錫,「海事法規講義」, 서울 : 學現社, 2000.
林錫珉,「船荷證券論」, 서울 : 두남, 2000.
鄭東潤,「民事訴訟法 第4全訂版」, 서울 : 博英社, 1998.
鄭熙喆・梁承圭,「商法學原論(下)」, 서울 : 博英社, 1987.
鄭熙喆・鄭燦亨,「商法學原論(下)」, 서울 : 博英社, 1995.
蔡利植,「商法講義(下)」, 서울 : 博英社, 1996.
崔公雄,「國際訴訟」, 서울 : 六法社, 1984.
崔基元,「海商法」, 서울 : 博英社, 1997.
崔棟鉉・崔載先,「1993年 船舶優先特權・抵當權 協約 受容方案」, 서울 : 海運産業硏究員, 1994), 政策資料 111.
黃山德・金容漢,「新國際私法」, 서울 : 博英社, 1987.
黃錫甲・李潤哲,「海事法規Ⅰ」, 釜山 : 다솜출판사, 2001.
法務部,「國際私法解說」, 2001.

(2) 論文 및 其他 資料

姜鐘快, “法人格否認”,「會社法上의 諸問題(上)」, 裁判資料 第37輯, 法院行政處(1987. 12).
金 炫, “改正商法上의 船舶優先特權에 관한 硏究(上)”,「司法行政」第383號, 韓國司法行政學會(1992. 11).
_____, “共同海損에 관한 比較法的 考察”,「韓國海運學會誌」第14卷 第1號, 韓國海運學會(1992. 12).
_____, “船舶所有者 責任制限制度에 있어서의 準據法”,「韓國海運學會誌」第10卷 第1號, 韓國海運學會(1988).
_____, “海難救助에 관한 硏究”,「法曹」第42卷 第1號, 法曹協會(1993. 1).
金載杰, “海事法律關係와 國際私法의 適用에 관한 考察”,「海事法硏究」第13卷 第2號, 韓國海事法學會(2001. 12).

金楨鍵・朱東錦, “便宜置籍에 관한 國際法上의 規制”,「延世行政論叢」第14輯, 延世大(1988. 12).
金鎭權, “國際私法上 船籍國法主義에 관한 考察”,「海事法硏究」第14卷 第1號, 韓國海事法學會(2002. 6).
文炳日, “海難救助契約과 P&I Club 特別補償(SCOPIC)約款의 導入에 관해”,「海事法硏究」第11卷 第2號, 韓國海事法學會(1999. 12).
文龍浩, “船舶衝突”,「海商・保險法에 관한 諸問題」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9).
朴慶鉉, “船舶國籍制度에 關한 國際動向과 國內法의 改正方向”,「韓國海法學會誌」第9卷 第1號, 韓國海法學會(1987).
朴成日, “海難救助法에 관한 硏究”, 韓國海洋大學校 法學博士學位論文(1997).
朴有信, “海難救助”,「裁判資料 第52輯 海商・保險法에 관한 諸問題(上)」, 法院行政處 (1991).
朴燦在, “國際船舶登錄制度 比較硏究 : 韓國 海運産業의 國際 競爭力을 중심으로”, 韓國海洋大學校 博士學位論文(2001).
徐東熙, “船主責任制限의 準據法”,「國際私法硏究」第4號, 國際私法學會(1999).
徐英華, “外國船舶執行에 있어서의 問題點”,「船舶執行의 諸問題」, 釜山地方法院(1999).
石光現, “國際裁判管轄에 관한 硏究-民事 및 商事事件에 있어서의 國際裁判管轄의 基礎理論과 一般管轄을 중심으로-”, 서울대학교 法學博士學位論文(2000).
孫珠瓚, “涉外私法改正試案・改正法律案(第10章「海商」)의 立法論的 檢討”,「韓國海法學會誌」第22卷 第2號, 韓國海法學會(2000. 11).
_____, “海商法의 統一性과 涉外私法”,「韓國海法學會誌」第22卷 第1號, 韓國海法學會(2000. 4).
梁承圭, “船長의 代理權”, 「法學」제11卷1號, 通卷 第20號, 서울대 法學硏究所(1969. 6).
禹洪九, “船舶衝突法理에 관한 考察”,「韓國海運學會誌」第12卷 第1號, 韓國海法學會(1991. 12).
兪奇濬, “各國의 船舶優先特權”,「船舶執行의 諸問題」, 釜山地方法院(1999).
柳祿相, “船舶衝突에 있어서의 法律上의 問題點”,「韓國海運學會誌」第6號, 韓國海運學會(1988).

尹允秀, “便宜置籍船”,「裁判資料 第73輯 外國司法硏修論集」, 法院圖書館(1996).
李均成, “改正海商法과 船主責任制限制度”,「考試硏究」1992年 第8月號, 考試硏究社(1992. 8).
李洙哲, “船長의 地位와 責任”, 「海商·保險法에 관한 諸問題(上)」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9).
李淳東, “船舶의 所有權”,「海商·保險法에 관한 諸問題」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9).
李宙興, “法人格否認과 信義則違反”,「司法行政」第360號, 韓國司法行政學會(1990. 12).
林東喆, “船舶의 國籍에 관한 考察”,「立法調査月報」第106號(1977. 12).
_____, “船舶의 國籍에 관한 硏究”,「韓國海洋大學 論文集」第12輯(1977. 3).
林在淵, “法人格否認論 : 美國의 理論과 判例를 중심으로”,「法曹」第43卷 第8號, 法曹協會(1994. 8).
鄭炳碩, “海商法 分野에서의 國際私法的 考慮”,「法曹」第536號, 法曹協會(2001. 5).
鄭暎錫, “船舶所有者의 責任制限에 있어서 準據法의 決定”,「韓國海運學會誌」第15卷 第1號, 韓國海法學會(1993).
鄭完溶, “1993년 新船舶優先特權·抵當權條約의 成立과 우리 商法上의 船舶擔保制度”,「韓國海運學會誌」第15卷 第1號, 韓國海運學會(1993. 12).
丁海德, “涉外私法 改正法律案의 檢討<第7분과 討論資料> -第10章 海商-”,「21世紀의 國際私法 “涉外私法 改正法律案의 檢討”」, 韓國國際私法學會 第8次年次學術大會(2001. 11).
朱東錦, “國際法上 便宜置籍에 관한 硏究”, 延世大學校 博士學位論文(1988).
_____, “船舶의 國籍과 便宜置籍 問題”,「國際法學會論叢」第38卷 第2號(通卷 第74號), 國際法學會(1993. 12).
池相源, “船舶衝突의 損害賠償責任에 있어서의 準據法”,「韓國海法學會誌」第18卷 第2號, 韓國海法學會(1996. 10).
_____, “船舶衝突의 損害賠償責任法理에 관한 硏究”, 韓國海洋大學校 法學博士學位論文(1996).
_____, “船舶衝突의 裁判管轄權에 관한 硏究”,「海事法硏究」第13卷 第2號, 韓國海事法學會(2001. 12).
蔡永洙, “法人格否認의 法理”,「大法院判例解說」第11號(1989. 上半期).

崔在洙, “船舶國籍制度의 變質科程에서 본 世界海運의 構造的 變化”,「韓國海運學會誌」, 第9號, 韓國海運學會(1989. 11).
崔鍾賢, “船舶所有者 등의 責任制限節次에 관한 法律에 관한 小考”,「辯護士」法律實務研究 24輯(1994. 1).
_____, “船舶所有者 등의 總體的 責任制限에 관한 準據法”,「商事判例研究 第2卷 保險法, 海商法」(서울 : 博英社, 1996).
_____, “油槽船으로 인한 油類汚染損害에 대한 補償制度”,「韓國海運學會誌」第14卷 第1號(1992. 12).
崔 俊, “便宜置籍船制度에 대한 先進海運國의 對應政策에 관한 研究”, 中央大學校 博士學位論文(1992).
崔泰鉉, “外國과 私人間의 紛爭에 대한 國內法院의 管轄權에 관한 研究-國家免除의 制限을 중심으로-”, 서울대학교 法學博士學位論文(1991).
韓昌熙, “便宜置籍과 法人格否認”,「判例月報」第239號(1990. 8).
許祥洙, “共同海損”,「海商・保險法에 관한 諸問題(上)」裁判資料 第52輯, 法院行政處(1991. 9).
韓國船員船舶問題研究所 編, “韓國型 最適船舶置籍制度에 관한 研究”, 研究用役報告書(1994. 4).
海洋水産部, “最近 IMO 動向 및 우리나라 對應活動”,「2002年度 上半期 IMO 會議結果 說明會 資料」(2002. 7).

2. 日本文獻

(1) 單行本

江川英文,「國際私法」, 東京 : 有斐閣, 1953.
谷川 久,「海事私法の構造と特異性」, 東京 : 有斐閣, 1958.
木棚照一・松岡博・渡辺惺之,「國際私法概論」第3版補訂版, 東京 : 有斐閣, 2001.
山內惟介,「國際私法・國際經濟法論集」, 東京 : 中央大學出版部, 2001.
_____,「海事國際私法の研究 - 便宜置籍船論」, 東京 : 日本比較法研究所, 1988.
山本敬三,「法律回避の研究」, 廣島 : 廣島修道大學總合研究所, 1997.

山田鐐一,「國際私法」, 東京 : 有斐閣, 1992.
山田鐐一・佐野寬,「國際取引法」, 東京 : 有斐閣, 1994.
山戶嘉一,「海事國際私法論」, 東京 : 有斐閣, 1943.
石井昭久,「海商法」, 東京 : 有斐閣, 1969.
石黑一憲,「國際私法」, 東京 : 有斐閣, 1984.
小町谷操三,「海商法要義 下卷 1 : 共同海損法論」, 東京 : 岩波書店, 1943.
_____,「海事條約の硏究」海商法硏究 第7卷, 東京 : 成山堂書店, 1984.
櫻田嘉章,「國際私法の基礎理論」, 東京 : 成文堂, 2000.
奧田安弘,「國際取引法の理論」, 東京 : 有斐閣, 1992.
田中誠二,「海商法詳論」, 東京 : 勁草書房, 1985.
田中千束,「共同海損の硏究」, 東京 :成山堂, 1980.
折茂豊,「國際私法 (各論)」新版, 東京: 有斐閣, 1972.
中山秀治郎,「共同海損法」, 東京 : 海文堂, 1960.
重田晴生,「アメリカ船主責任制限制度の硏究」, 東京 : 成文堂, 1991.
村田治美,「海商法テキスト」, 東京 : 成文堂, 1984.
出口耕自,「基本論点 國際私法」, 東京 : 法學書院, 1996.
_____,「基本論点 國際私法」, 東京 : 法學書院, 2001.

(2) 論文 및 其他 資料

榎本喜三郎, “國際海事法における船舶登錄要件の史的硏究”,「日本海運學會誌」, 海事産業硏究所(1986).
高桑昭, “公海上での船舶衝突, 船主責任制限等の準據法について判斷した事例”,「ジュリスト」第1104號(1997. 1).
_____, “實質法的指定と抵觸法的指定 : 至上約款”,「涉外判例百選(第三版)」別冊 ジュリスト 第133號(1995. 5).
_____, “海事法律關係と法例の適用”,「法學論叢」第134卷 第5・6號, 京都大學 法學會(1994).
谷川久, “公海上における船舶衝突の準據法等”,「ジュリスト臨時增刊」重要判例解說, 第1113號(1997. 6).
_____, “船舶先取特權”,「涉外私法判例百選(第3阪)」, 別冊 ジュリスト 第133號(東

京 : 有斐閣, 1995).
大和哲夫, “貨物を積裁した貨物船による曳船と商法第713條1項”,「ジュリスト」第585號(1975).
島十四郎, “無資格船長”,「運輸判例百選」別冊ジュリスト　第34號(東京 : 有斐閣, 1971).
道垣內正人, “船舶先取特權の準據法”,「商法(保險・海商)判例百選(第二版)」, 別冊ジュリスト, 第121號(1993. 2).
木棚照一, “海難救助料請求權とそれを被擔保債權とする船舶先取特權の成否および效力の準據法”,「重要判例解說」, ジュリスト臨時增刊 第535號(1973. 6).
服部榮三, “救助料に關する船長の權限”,「運輸判例百選」別冊ジュリスト　第34號(東京 : 有斐閣, 1971).
山崎良子, “涉外的海難救助その抵觸法上の問題　海難の成否その他”,「ジュリスト」第544號(1973. 10).
山內惟介, “便宜置籍船とペイパーカンパニー”,「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎・秋場準一 編, 東京 : 有斐閣, 1994.
山戶嘉一, “海商協約法の適用範圍”,「國際法外交雜誌」第55卷 第1號.
森田博志, “アメリカ抵觸法におけるマリタイム・リーエンの準據法の現狀とわか國の國際私法における船舶先取特權の準據法についての解釋論”,「海事法研究會誌」日本海運集會所, 第123號(1994. 12).
_____, “公海上の船泊衝突を原因とする船舶優先特權の準據法と物上代位”,「ジュリスト」 No.1051(1994).
三浦正人, “不法行爲”,「涉外判例百選(增補版)」,別冊 ジュリスト, 第16號(1976. 12).
石黑一憲, “公海上における異國籍船舶の衝突及び船主責任制限の準據法-船舶所有者が我國で船主責任制限の申立をしているが開始決定がいまだなされていない場合の問題”,「判例時報」第1570號(1996. 9).
_____, “所謂法定擔保物權の準據法について”,「海法會誌復刊」第27號(1984).
_____, “統一法による國際私法の排除とその限界”,「海法會誌復刊」第24號(1981).
櫻田嘉章, “物權準據法の適用範圍”,「ジュリスト 國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎・秋場準一 編(東京 : 有斐閣, 1994).
野村美明, “至上約款と實質法的指定”,「ジュリスト　國際私法の爭點(新版)」澤木敬郎・秋場準一 編, 東京 : 有斐閣, 1994.

奥田安弘, “船主責任制限の準據法”,「香川法學」第4卷 第2號(1984).
原田一宏, “船舶衝突における損害賠償額の算定”,「海法會誌」日本海法會, 復刊 第30號 1986.
林田學, “船舶優先特權の成立及び效力の準據法が法定地法とされた事例”,「ジュリスト」, No.1001(1992).
照井敬, “便宜置籍船キャンパーンと國際比較法的研究(上)”,「海事法研究會誌」第154號, 日本海運集會所(2000. 2).
早川眞一郎, “外國船舶についての先取特權と抵當權との優先順位に關する準據法”,「ジュリスト」, No.923(1988).
池原季雄, “船荷證券の公示催告手續の民事裁判管轄權”,「海事判例百選」ジュリスト別冊 第15號(東京 : 有斐閣, 1967).
池原季雄・高桑昭・道垣內正人, “わが國における海事國際私法の現況”,「海法會誌復刊」第30號(1986).
澤木敬郎, “海難救助の準據法”,「海事判例百選(增補版)」, 別冊 ジュリスト 第42號(東京 : 有斐閣, 1973).

3. 英美文獻

(1) 單行本

Boczek, Boleslaw A., *Flags of Convenience-An International Legal Studies*, Cambridge : Harvard Univ. Press, 1962.
Brice, Geoffrey, *Maritime Law of Salvage, 3rd ed.*, London : Sweet and Maxwell Ltd., 1999.
Churchill, R.R. and Lowe, A.V., *The Law of the Sea*, Manchester : Manchester Univ. Press, 1983.
Colinvaux, Raoul, *Carver's Carriage by Sea, 13th ed.*, London : Sweet & Maxwell, 1982.
Collier, J.G., *Conflict of Laws*, Cambridge : Cambridge University Press, 1987.
Congdon, Ernest W., *General average : Principles and Practice in the United*

States of America, 2nd ed., New York : Edward W. Sweetman, 1952.

Gaskell, N.J.J., Debattista, C. and Watton, R.J.S., *Chorley & Giles' Shipping Law, 8th ed.*, London : Pitman, 1987.

Griggs, Patrick and Williams, Richard, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, London : Lloyd's of London Press Ltd, 1991.

Hodges, Susan and Hill, Christopher, *Principles of Maritime Law*, London : LLP, 2001.

Hudson, N. Geoffrey, *The York-Antwerp Rules : The Principles and Practice of General Average Adjustment in Accordance with the York-Antwerp Rules 1994, 2nd ed.*, London : LLP, 1996.

Ivamy, E.R. Hardy, *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea, 12th ed.*, London : Butterworth, 1985.

Jennings, Robert and Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law 9th ed. Vol.2*, London : Longman Group UK Limited, 1992.

Levontin, A.V., *Choice of Law and Conflict of Laws,* Leyden : A.W. Sijthoff International Publishing Co., 1976.

Mankabady, Samir, *The Law of Collision at Sea*, Amsterdam : Elsevier Science Publishers B. V., 1987.

McClean, David, *The Conflict of Laws*, London : Sweet & Maxwell Ltd., 1993.

McGffie, Kenneth C. and Gault, Simon, *Marsden: The Law of Collision at Sea, 3rd Cumulative Supplement to 11th ed.*(London : Stevens & Sons Ltd., 1973)

Norris, M.J., *Benedict on Admiralty(The Law of Salvage), Vol. 3A, 7th ed.*, New York : Manthew Bender Co., 1983.

North, P.M. and Fawcett, J.J., *Cheshire and North's Private International Law, 12th ed.*, London : Butterworths, 1992.

O'Connell, D.P., *The International Law of the Sea*, Oxford : Cl rendon Press, 1984.

Schoenbaum, Thomas J., *Admiralty and Maritime Law, 2nd ed.* Saint Paul : West Publishing Co., 1994.

Singh, Nagendra, *Maritime Flag and International Law*, Leyden : A.W. Sijthoff

International Publishing Company, 1978.

Tetley, William, *Maritime Liens and Claims, 1st ed.*, London : Business Law Communications Ltd., 1985.

The Institute of Shipping Economics and Logistics(ISL), *Shipping Statistics Yearbook*, 2000.

Thomas, D.R., *Maritime Liens,* London : Stevens & Sons Ltd., 1980.

Todd, Paul, *Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, 2nd ed.*, London/ NewYork/Hamburg/Hongkong : Lloyd's of London Press Ltd, 1993.

Xia Chen, *Limitation of Liability for Maritime Claims-A Study of U.S. Law, Chinese Law and International Conventions*, Hague : Kluwer Law International, 2001.

(2) 論文 및 其他 資料

Briggs, Adrian, "Forum non conveniens-an update", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, Part 2*(1985).

Donaldson, John, Staughton, C.S. and Wilson, D.J., *The Law of General Average and the York-Antwerp Rules, 10th ed. British Shipping Laws Vol. 7*(London : Stevens & Sons, 1975).

Edelman, Paul S., "Forum Non Conveniens: Its Application in Admiralty Law", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.15, No.4*(1984. 10).

Fernandez, Charles J.V. and Fernandez, Anthony W.J., "Interpreting the Rule of Interpretation in the York-Antwerp Rules", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.30, No.3*(1999).

Greenman, Donald C., "Limitation of Liability Unlimited", *Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 32, No.2*(2001. 4).

Healy, Nicholas J. and Sweeney, Joseph C., "Basic Principles of the Law of Collision", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.22, No.3*(1991).

Hudson, N. Geoffrey, "The York-Antwerp Rules: Background to the Changes of

1994", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.27, No.3*(1996).

Kim Hyun, "Limitation of Shipowners' Liability in Korea : Comparisons with the 1976 Convention and Japanese and United States Laws", *Dissertation of Ph.D, University of Washington*, 1990.

Paulsen, Gordon W., "Forum Non Conveniens in Admiralty", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.13, No.3*(1982. 4).

Speck, Paula K., "Forum Non Conveniens and Choice of Law in Admiralty: Time for an Overhaul", *Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.18. No.2*(1987. 4).

Stone, Dennis J., "The Limitation of Liability Act: Time to Abandon Ship?", *Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 32, No.2*(2001. 4).

Sturmey, S.G., "The United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*(1987. 4).

Tetley, William, "Shipowner's Limitation of Liability and Conflicts of Law : The Properly Applicable Law", *Journal of Maritime and Commerce, Vol.23, No.4*(1992. 10).

_____, "The Law of the Flag, "Flag Shopping", and Choice of Law", *Tulane Maritime Law Journal Vol.17*(1993).

Thompson, Robert B., "Piercing the Corporate Veil : An Empirical Study", *Cornell Law Review, 1036*(1991).