

# 船長의 商法上의 地位에 관한 考察

—地位의 得喪과 權限을 中心으로—

林 東 喆

## The Status of Master in Korean Maritime Law

Im, Dong Cheol

目 次	
緒 論	第1節 利害關係人을 위한 積荷의 處分
第1章 船長의 意義와 地位의 變遷	第2節 死亡한 旅客의 手荷物處分義務
第1節 船長의 意義	第4章 航行組織上의 特殊한 地位
第2節 船長의 地位의 變遷	第1節 船長의 共同海損處分權
第2章 船舶所有者에 대한 地位	第2節 海難救助料 支給에 있어서의 權限
第1節 船長의 選任과 終任	第3節 違法船積物의 處分
第2節 船長의 代理權	結 論
第3章 積荷利害關係人 등에 대한 地位	

### Abstract

Since the maritime commerce is characterized by carriage of goods and passengers by sea, the vessel and master are indispensable to it.

The master on a voyage is always responsible for the safety of ship, cargoes, passengers and occupies a double position under private and public laws.

The writer has studied the status of master primarily in relation with the appointment and removal of master as well as the scope of authority on the voyage in the Korean Commercial Code.

The master is only an employee who may be appointed or removed by the shipowner but authorized extensive scope of authority to act not only for the shipowner but also for those interested in cargo, passengers and salvage.

As an agency of shipowner while away from the port of registry, the master shall have authority to perform all judicial and extra-judicial acts which are necessary for the voyage but at the port of registry he has authority only to engage and discharge seamen, except in cases where he has been invested with special authority.

Also as an agency of the persons interested in cargo the master ought to dispose of the cargo in such manner as is best fitted for the benefit of the persons interested, if he dispose of the cargo during the voyage.

Moreover the master can unload or jettison the unlawful goods loaded and dispose the ship and/or cargo in order to preserve the ship and cargo from a common peril.

## 緒 論

船舶所有者가 海上企業의 主体로서 海運業을 經營하기 위하여는 物的組織으로서의 船舶 이외에 自身の 企業補助者로서의 船長 및 海員을 반드시 必要로 한다.<sup>1)</sup> 海上企業自体가 바다를 舞臺로 하여 船舶에 의하여 展開되는 企業이고 船長은 巨大한 資産인 船舶<sup>2)</sup>과 積荷등 많은 財産, 그리고 海員, 旅客 등 귀중한 人命을 도맡아 예정된 航路를 성취해야 하는 安全運航의 最高責任者이므로 航行組織上 그 任務는 莫重하다.

한편 船舶은 그 移動性때문에 船舶所有者를 떠나서 獨自의으로 活動하는 것이 보통이므로 船長은 企業去來組織에 있어서도 特殊한 地位에 있으며, 또 船舶自体가 하나의 獨立된 單位社會를 이루고 있고 外國航路에 취항하는 경우가 많으며 國際的 國內의인 여러가지 社會機能과의 多樣한 접촉 때문에 수많은 法令에서 船長의 職務에 관한 規定을 두고 있다.

現行法上 船長의 地位에 관하여 가장 重要한 規定을 두고 있는 것은 勿論 商法과 船員法<sup>3)</sup>이다. 즉 海商法上 船舶所有者에 버금가는 中心의 人格者로서 重要한 役割을 하는 船長에 관한 商法上의 規定으로는 물론 第5編(海商)의 第3章(船長)이지만 다른 章에도 船長의 權限 또는 義務에 관련되는 많은 規定이 있다.

한편 船員法 第2章(船長의 職務와 權限)과 第3章(紀律)에서도 船長의 職務와 權限에 관한 구체적인 規定을 두고 있을 뿐 아니라 船長自身도 船員이므로 原則的으로 船員法의 適用을 받고 있다. 그런데 船員法上의 一部規定은 船員法自体의 法的性格과 관련하여 商法上의 船長의 地位를 파악하는데 약간의 問題를 提起하기도 한다.<sup>4)</sup>

이 밖에도 海事關係法令으로서의 船舶法, 船舶安全法, 開港秩序法, 導船法, 水路業務法, 航路標識法 등에, 그리고 그 밖에 檢疫法, 關稅法, 出入國管理法, 電波管理法, 海洋汚染防止法, 戶籍法, 氣象業務法, 郵便物運送法, 民事訴訟法, 傳染病豫防法, 司法警察官吏의 職務를 행하는 者와 그 職務範圍에 관한 法律, 特殊貨物船舶運送規則(交通部令) 등에 각각 船長의 職務 또는 權限이 規定되어 있다.

따라서 公法 私法등 各分野에 걸친 船長의 複合的인 法的地位를 상세하게 살피자면 이들 關係法令을 綜合的으로 檢討分析하여, 例컨대 私法上의 地位, 公法上의 地位, 社會法上의 地位를 파악하던가 또는 一般航行法上의 地位, 企業去來法上의 地位, 勞動法上의 地位, 기타 法令上의 特殊한 地位등으로 파악하는 方法을 생각할 수 있다.<sup>5)</sup>

그러나 本稿에서는 論題가 표시하는 바와 같이 船長의 地位를 살핌에 있어서 考察의 범위를 商法

- 1) 中世에 있어서와 같이 船長이 同時에 海上企業의 共同經營者의 地位에 있을 때에는 특히 船長의 地位를 따로 論議할 價値가 적을 것이다.
- 2) 海上企業에 있어서 船舶投資의 巨大性과 長期性에 관하여는 Carl E. McDowell, Ocean Transportation, New York, McGraw-Hill Book Company, Inc, 1954, pp. 274-275.
- 3) 韓國船員法의 性格등에 관하여는 李俊秀, 國際船員法研究, 1969, pp. 172-176.
- 4) 즉 船員法上 船長의 義務, 例컨대 書類의 備置義務(船員法 第18條), 在船義務(同法 第11條), 甲板上的 指揮義務(同法 第10條), 在外國民의 送還義務(同法 第17條), 船行에 관한 報告義務(同法 第19條)등을 船長의 商法上의 義務로 說明하는 見解가 있는데 (朴元善, 海商法, 서울, 修學社, 1974, pp. 284-286) 여기에는 贊成하기 어렵다. 왜냐하면 이들은 船長의 公法上의 義務로 보아야 하기 때문이다.
- 5) 船長의 法律上의 地位를 밝히기 위하여는 船長對船主關係, 船長對積荷關係 및 船長對國家關係를 詳說해야 한다는 見解도 있다. (烏賀陽然良, 商法研究 三卷 p. 36.)

에 限定시키기로 하고 다른 法令은 商法上の 規定과 관련되는 경우에만 論及하기로 한다. 또 商法上の 船長の 地位를 살피자면 船長の 對内外의인 責任(商法 第769조 乃至 第772조 등)도 아울러 考察하는 것이 바람직하나 紙面關係로 여기서는 이를 除外하고 副題가 보여주는 바와 같이 船長の 地位의 得喪과 權限을 中心으로 考察하기로 한다.

筆者는 이러한 생각에서 먼저 船長の 意義와 地位의 變遷을 대략 살펴본 다음에 그의 商法上の 地位를 몇개의 章으로 分類하여 그 內容을 각각 簡略하게 考察하고 마지막으로 要約을 하면서 兼하여 筆者의 芻見을 적어보고자 한다.

## 第1章 船長の 意義와 地位의 變遷

### 第1節 船長の 意義

船長(master, Kapitän)이 어떠한 사람을 가리키는가에 관하여는 商法에 아무런 定義도 두지 아니하였으며, 船員法도 船長이 船員의 한사람임을 明白히 하였을뿐 商法과 마찬가지로 積極的인 定義를 두지 아니하였다(船員法 第2조1항). 船長은 特定한 船舶의 乘務員으로서 그 船舶의 指揮者이며<sup>6)</sup> 또한 船舶所有者(海上企業人)의 代理人으로서 法定한 여러가지 職務權限을 가지는 者이다.

한편 船長은 船舶所有者의 使用人이므로, 船舶所有者 또는 船舶共有者이면서 동시에 船長인 이른바 同時船長(또는 自船船長)은 廣義의 船長에는 包含되지만 狹義의 船長에는 包含되지 아니하며 또 商法上の 船長은 보통 狹義의 船長을 지칭한다고 한다.<sup>7)</sup>

이러한 商法上の 船長은 다른 法律에 있어서의 船長과 반드시 그 概念이 一致하지 아니한다. 例컨대 船員法上の 船長은 廣義의 船長이므로 船舶所有者의 代理權을 갖는 것은 그 要件이 아니다. 그러므로 船舶의 指揮者는 모두 船長이다. 따라서 船員法 第20條에 의하여 船長の 職務代行業을 하는 者(이른바 代行船長)도 船員法上으로는 船長이지만 商法上の 船長이 아니므로 船舶所有者의 代理人으로서의 權限은 없다.<sup>8)</sup> 한편 船舶職員法에 의하면 船舶所有者는 船舶別로 法定資格以上の 海技上을 乘務시켜야 하므로(同法 第13조) 船長은 당연히 法定의 海技免許所持者를 지칭하지만 商法上の 船長에 대하여는 이러한 要件이 없으므로 船舶職員法上の 船長과도 다르다.

商法 第772조의 代船長은 勿論 商法上の 船長이다.

### 第2節 船長の 地位의 變遷

船長の 地位는 歷史的으로 볼 때에 社會的 經濟的인 背景의 變化에 따라서 變遷하여 왔다. 로오마時代에 있어서 船長은 船舶의 技術上의 長이였으나 一般船員과 더불어 단순한 船主의 노예이었던 때문에 船主에 대하여 自己의 人格을 主張하고 對等한 地位에서 法律關係를 맺을 수 없었으므로 당연히 그 地位가 낮았다고 한다.<sup>9)</sup>

中世에 있어서는 船長이 船主를 겸하는 경우가 많았고(同時船長) 또 海上企業의 形態는 組合的인 法律關係 이었으므로 船長은 共同企業의 經營者의 한사람이었고 따라서 오늘날의 船長과는 그 意味가

6) 獨逸 商法 第511條는 船長에 관하여 Der Führer des Schiffes(船舶의 指揮者)라는 表現을 쓰고 있다.

7) 徐敬珪, 全訂商法講義(下), 서울, 法文社, 1972, p.75. 孫珠瓚, 改訂商法(下), 서울, 博英社, 1975. 北澤正啓, 鴻常夫, 体系商法事典, 東京, 青林書院新社, 1974, p.554.

8) 石井照久, 海商法, 東京, 有斐閣, 1964, p.179.

9) 朴元善, 前掲書, p.283. 有斐閣, 民事法學辭典, p.1132. 그러나 로오마時代全體를 通하여 船長이 항상 奴隸身分이었던 것은 아니다. 즉 처음에는 奴隸이였으나 뒤에는 自由人도 船長에 選任되었으며 二世紀末頃에는 自由人인 船長이 행한 法律行爲에 대하여 船主訴權이 認定되었다고 한다.(小町谷操三, 海商法研究 第三卷, 東京, 有斐閣, 1931, p.14.)

달랐다. 그러나 船長의 地位는 中世를 통하여 決코 同一한 것은 아니었고 海上企業形態의 變形에 따라 달랐다고 한다.<sup>10)</sup> 그 後에 荷主인 商人이나 船主의 代理人이 同乘하는 制度가 폐지되고 船長이라는 地位의 分化를 보았지만 아직 船長은 運賃의 一部를 取得하고 있어, 船主의 使用人 또는 代理人이라기 보다는 오히려 企業의 共同經營者의 地位에서 모든 契約을 締結하고 그 部下의 不法行爲에 대하여 人的責任을 負擔하였다.

近世에 들어와 海上運送이 汽船에 의한 定期船運航의 時代로 접어들자 船長은 오로지 賃金을 目的으로 하는 船主의 使用人이 되고 오늘날과 같은 地位를 갖게 되었다. 한편 이 時期에는 船長이 일단 出航하게 되려는 通信手段의 不備로 陸上과의 連絡이 끊기기 마련이므로 船主의 指示監督을 받기가 거의 不可能한 처지였기 때문에 航海에 필요한 모든 權限을 船長에게 부여 하였다. 船長의 商法上의 廣範圍한 代理權은 이러한 背景에서 理解되어야 할 것이다.

또한 航行組織上의 船長의 地位의 變遷은 이른바 船舶權力(Schiffsgewalt)의 增減이라는 面에서 파악할 수 있는데 海上企業의 組合의 共同經營의 時代에는 船舶權力이 共同企業者의 全員에게 속하고 그 뒤에는 船舶評議會의 多數決에 따라서 行使되었다. 14世紀頃부터 船舶權力은 점차 特定人에게 集中하고 船長의 地位의 分化에 따라 船長에게 集中하게 되었다.

또 船舶權力은 그 時代의 政治形態의 影響을 많이 받았다. 즉 絕對專制政治時代에는 船長은 master under God라고 불리며 船舶權力은 船長에게 集中되고 그 權力에는 海員에 대한 刑罰權이 포함되었다. 18.9世紀 이후에 船長의 絕對的 獨裁의 思想은 近代法思想의 影響을 받아 變化를 이르게 刑罰權은 國家에 회수되고 船長은 海員에 대한 指揮命令權과 懲戒權만 保有하게 되었으며 그 후에는 懲戒權의 濫用에 대한 制裁가 認定되게 되고 드디어 20世紀에 들어와서는 懲戒權의 行使도 民主化되고<sup>11)</sup> 船舶權力은 船舶共同體의 安全確保를 위한 것임을 明白히 하기에 이르렀다.

한편 船長이 共同經營者의 地位에서 단순한 賃金勞動者로 轉化함으로써 그의 經濟的地位는 低下하였지만 船舶의 大形化, 高速化, 專門化, 自動化 등으로 海技士에게 高度의 技術의 能力이 要請되므로 船長의 技術者로서의 地位는 매우 向上 되었다고 본다. 아울러 船長이 단순한 使用者(勞動者)의 地位를 갖게 됨으로써 약간의 例外는 있지만<sup>12)</sup> 그에게도 勞動關係法令이 適用되기에 이르러, 船長의 地位에 관하여 勞動法的 側面에서 새로운 課題를 불러 이르게 되었다.

## 第2章 船舶所有者에 대한 地位

### 第1節 船長의 選任과 終任

#### 가. 選任

船長의 地位는 船舶所有者가 스스로 船長이 되는 이른바 同時船長의 경우를 제외하고는 原則적으로 船舶所有者의 選任에 의하여 發生한다(商法 第767조). 여기서 船舶所有者라 함은 船舶을 所有하여 營利航行에 使用하는 者이므로 個人과 法人 및 船舶所有者가 포함됨은 물론이고 船舶管理人과 船舶賃借인도 포함된다.

한편 船長의 適否는 人命과 財産의 安全에 重大한 關係가 있으므로 船舶職員法은 船長이 될 수 있는 者의 資格을 法定한 海技免許所持者에 限定하고 船舶所有者는 만드시 法定한 等級이상의 海技

10) 小町谷 操三, 前掲書, p. 71.

11) 船員法 第23條 및 第24條 參照.

12) 여기서 例外가 있다는 뜻은 船員法 第79條에 의하여 船長에게는 船員法의 勤勞時間, 休일에 관한 規定이 적용되지 아니하는 경우 등을 말한다.

免許所持者를 乘務시키도록 規定하고(船舶職員法 第13條) 이에 違反한 경우에는 行政罰의 制裁를 課하도록 規定하고 있다(同法 第20條).

그러나 이는 公法上の 制限에 不過하므로 船舶所有者가 資格없는 船長을 選任했다 하더라도 그 船長の 私法上の 去來行爲는 有效하다고 본다.<sup>13)</sup> 例컨대 船舶職員法上の 資格을 갖추지 아니한 船長이 發行한 船荷證券은 有效하다.<sup>14)</sup>

選任行爲의 性質은 一般的으로 雇傭과 委任의 混合契約<sup>15)</sup> 또는 雇傭契約에 代理權授與契約이 隨伴된 것<sup>16)</sup>으로 본다. 그러나 雇傭으로 보는 것이 妥當하다고 생각한다.<sup>17)</sup>

船長이 不可抗力으로 因하여 그 職務를 집행하기 不能한 때에는 法令에 다른 規定이 있는 경우를 제외하고는 自己의 責任으로 他人을 選定하여 船長の 職務를 執行하게 할 수 있는데(商法 第772條) 이것이 이른바 代船長이며 그 選任者가 船舶所有者가 아닌 점이 다를 뿐이다. 여기서 不可抗力이란 疾病, 拘留 등으로 인하여 스스로 船舶을 指揮할 수 없는 경우를 말하며, 法令에 다른 定함이 있는 경우란 船舶職員法上 船長으로서의 資格에 欠缺이 있는 경우등을 말한다.

따라서 船舶職員法上 船長資格이 없는 者는 代船長으로 選任할 수 없다고 보지만<sup>18)</sup> 選任할 수 있다는 有力한 見解도 있다.<sup>19)</sup> 船長은 船舶所有者를 위하여 善良한 管理者의 注意로서 人選함을 要하며 代船長の 選任에 關하여 責任을 진다. 選任에 關하여서만 責任을 지고 監督에 關하여는 責任을 지지 아니한다.

船長이 死亡하였을 때, 船舶을 떠났을 때, 또는 이를 指揮할 수 없게 되었을 경우에 있어서 미리 他人을 指定하지 아니하였을 때에는, 運航에 중사하는 海員은 그 職分의 順位에 따라서 船長の 職務를 代行한다(船員法 第20條). 이러한 者는 代船長과 달라서 船長の 職務를 一時 代行하는 者에 不過하므로 商法上の 船長이 아니다.

#### 나. 終 任

船長の 選任行爲는 雇傭이므로 雇傭期間의 滿了, 船長の 辭任, 死亡, 破産 또는 禁治産 등이 一般的인 終任事由가 된다. 그런데 商法은 船長の 權限이 크다는 점과 船舶所有者와의 信任關係를 重視하여 雇傭契約에 期間의 定함이 있든 없든 不問하고 언제나 自由롭게 船長을 解任할 수 있는 權限을 船舶所有者에게 부여하고 있다(商法 第767條).<sup>19-1)</sup>

다만 正當한 事由없이 船舶所有者가 船長을 解任한 때에는 船長은 이로 인하여 생긴 損害의 賠償을 請求할 수 있게 하였다(商法 第768條1項). 또 船長이 船舶共有者인 경우에, 그 意思에 反하여 解任된 때에는 다른 共有者에 대하여 相當한 價額으로 그 持分을 買收할 것을 請求할 수 있으며(同條 第2項), 이 경우에는 船長은 지체없이 다른 共有者 또는 船舶管理人에 대하여 그 通知를 발송하여야 한다(同條 3項).

13) 小町谷 操三, 海商法要義 上卷, 東京, 岩波書店, 1932. p. 166.

14) 島谷 英郎, 海商法・保險法, 東京, 評論社, 1965, p. 184.

15) 孫珠璣, 前掲書, p. 195, 鄭熙喆, 增補全訂 商法要論(下), 서울, 博英社, 1974, p. 194. 小町谷 操三, 海商法要義 上卷, pp. 166—167.

16) 朴元善, 前掲書, p. 290.

17) 田中誠二, 海商法詳論, 東京, 勁草書房, 1970, p. 205. 選任行爲의 性質에 관한 法的論議에 대하여는 烏賀陽然良, 前掲書, pp. 51—62 參照.

18) 婁炳泰, 註釋 海商法, 서울, 韓國司法行政學會, 1977, p. 151.

19) 小町谷 操三, 海商法要義 上卷, pp. 167—168, 住田正二, 船員法の 研究, 東京, 成山堂, 1973, pp. 137—139.

19-1) 英國에서는 船主 이외에도 그의 代理人, 船舶受託人(consignee of the ship), 免許를 받은 航海士 또는 普通船員 3分の 1 이상의 請求에 의하여 Admiraty Court의 裁判으로 船長을 解任할 수 있다. (MERCHANT SHIPPING ACT, 1894, 第472條)

船長이 航海中에 解任 또는 任期가 滿了된 경우에는, 다른 船長이 그 業務를 처리할 수 있을 때 또는 그 船舶이 船籍港에 到着할 때까지 그 職務를 執行할 責任이 있다(商法 第769條). 船長은 特定船舶의 指揮者로서 公法上·私法上 많은 職務權限을 가지며 잠시라도 航海中에는 그 자리를 비울 수 없는 地位에 있기 때문이다.

여기서 問題가 되는 것은 船長이 海技士 免許의 取消 또는 業務停止 등의 處分을 받았을 경우(海難審判法 第5條, 第6條 및 船舶職員法 第11條 參照)와 船舶의 沈沒(船員法 第45條 參照) 등의 경우에 船長의 地位가 消滅한다는 見解<sup>20)</sup>에 관해서이다.

먼저 前者의 경우에 관하여 생각컨대, 船長이 이러한 處分으로 因하여 그 資格에 瑕疵가 생기면 當事者의 雇傭契約 解除事由에 해당하거나(民法 第661條 本文) 또는 이러한 處分이 確定된 者를 계속 使用할 경우에 船舶所有者가 行政罰의 制裁를 받는 것은 別問題이고 私法上의 雇傭關係가 당연히 終了한다고 볼 수는 없다. 한편 後者의 경우에 관하여는 船員法上 豫備員인 船長과 商法上의 船長과의 관계 그리고 船舶所有者가 豫備員制度를 두고 있는가 등에 따라서 結論이 달라질 것이다.<sup>21)</sup>

## 第2節 船長의 代理權

### 가. 序 說

船長은 船舶所有者와의 雇傭契約으로 그 地位를 取得하고 附隨的으로 必要한 代理權을 附與받아 活動하게 되므로 任意代理人이지만 代理權의 範圍가 法定되어 있고(商法 第773條, 777條), 去來의 安全을 保護하기 위하여 여기에 加한 制限은 善意의 第三者에 對抗할 수 없도록 하고 있다(商法 第775條). 그러나 船舶所有者와의 内部關係에 있어서는 法定代理權의 범위를 擴張 또는 制限할 수 있다고 본다.<sup>22)</sup>

代理權의 範圍를 定하는 데에는 세가지 立法主義가 있다. 즉 ① 船舶所有者 또는 그 代理人의 所在地를 基準으로 구별하고 船舶이 그 所在地안에 있을 때에는 船長은 船舶所有者의 特別授權을 要한다고 하는 船主所在地主義(佛法主義), ② 船長의 行爲의 種類에 따라서 구별하고 大体로 重要한 行爲 이외의 船舶利用에 관한 모든 行爲에 代理權이 미치도록 하는 船長行爲主義(英法主義), ③ 船籍港의 内外를 基準으로 하여 船長의 代理權의 範圍에 差異를 두는 船籍港主義(獨法主義) 등이다.

우리나라는 이들중 比較的 合理的이라는 船籍港主義를 따르고 있다. 그러나 通信手段의 發達로 船長과 船舶所有者와의 접촉이 容易한데도 船籍港外에서의 船長의 權限이 너무 廣範圍하다는 점이 難點으로 指摘되고 있다.<sup>23)</sup>

### 나. 船籍港内에서의 代理權

船籍港에서는 船長은 特히 委任을 받은 경우 이외에는 海員의 雇傭과 解雇를 할 權限만을 가진다(商法 第773條2項). 船籍港内에서는 船長은 船舶所有者의 直接指示를 받는수가 많기 때문에 代理權의 범위를 船籍港外에서와 같이 넓게 認定할 必要가 없기 때문이다. 한편 海員은 船長의 指揮命令에

20) 小町谷 操三, 窪田宏, 海商法 上卷, 東京, 1959, p. 58.

21) 船舶의 沈沒은 乘船契約의 終了事由에 해당한다(船員法 第45條). 그러나 豫備員 制度가 있을 때에는 雇傭關係는 存續하므로 船長은 豫備員으로 되고 그 地位가 消滅하지 않는다고 한다(石井照久, 前掲書, p. 179). 그러나 商法上의 船長은 “特定한” 船舶에 乘務하는 것이 前提가 된 概念이 아닌가? 즉 商法上 豫備員인 船長을 認定할 것인가? 하는 疑問이 있다. 豫備員制度가 없을 때에는 沈沒이 船長의 地位의 消滅事由가 되겠지만 그 消滅時期에 관하여는 論議의 여지가 있을 것이다. 이러한 問題들에 대하여는 別途로 자세한 考察이 필요할 것이다.

22) 孫珠瓚, 前掲書, p. 199, 田中 誠二, 前掲書, p. 196.

23) 朴元善, 前掲書, p. 287.

服從해야 하고(船員法 第7條, 21條, 22條 參照) 또한 그 適否를 船長이 가장 잘 判斷할 수 있으므로 船籍港內에서도 船長에게 雇傭과 解雇의 權限을 認定하고 있다.

여기서 船籍港이라 함은 船舶所有者가 船舶의 登記와 登錄을 하고 船舶國籍證書를 請受하는 船舶法上的 船籍港을 지칭한다는 것이 通說이다.<sup>24)</sup> 船舶法上的 船籍港은 原則적으로 船舶所有者의 住所地라야 하므로(船舶法施行令 第3條3項) 船舶所有者의 營業의 本據港과 事實上 合致하는 경우도 많겠지만 반드시 一致해야 한다는 制限이 없기 때문에 解釋上 약간의 疑問이 있다.<sup>25)</sup>

그리고 이 밖에도 船長은 船籍港의 内外를 不問하고 船荷證券의 發行(商法 第813條), 運送物의 引渡, 運賃 기타 替當金の 受領, 運送物의 留置(商法 第800條), 運送物의 供託(商法 第803條) 등을 할 수 있다.

다. 船籍港外에서의 代理權

### (1) 原則(通常代理權)

船籍港外에서는 船長은 航海에 필요한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限이 있다(商法 第773條).

여기의 權限內에 드는 行爲이기 위하여는 ① 船長自身이 選任되어 乘務하고 있는 特定한 船舶에 관한 行爲이어야 하고, ② 特定한 航海에 관한 行爲이어야 하며, ③ 航海를 위하여 필요한 行爲이어야 한다. 여기서 航海라 함은 船籍港을 떠나서 船籍港에 돌아올 때까지의 全航海를 말하며 그 중에는 많은 運送航海가 포함된다.

따라서 船長은 비록 그가 指揮하는 船舶이라도 過去 또는 將來의 航海에 관하여는 特別한 授權이 없는 限 代理權이 없다. 裁判上의 行爲라 함은 原告 또는 被告로서 訴訟行爲를 하는 것을 말하고 航海에 필요한 裁判外의 行爲라 함은 航海의 目的을 標準으로 하여 具體적으로 決定하여야 할 것이며, 例컨대 海員의 雇傭, 導船士의 使用, 燃料·食糧·屬具 기타 航海必需品의 調達, 海難救助契約의 締結, 堪航能力補充을 위한 修繕등이 포함된다.

商法の 解釋上 問題가 되는 것은 明文의 規定이 없는 運送契約과 保險契約의 締結權이 船長の 權限內에 들어가느냐 하는 점이다. 여기에 대하여는 船長の 企業補助者로서의 地位에 비추어 權限內에 들어간다고 하는 說과<sup>26)</sup> 航行을 위하여 필요한 경우가 아니면 締結할 수 없다는 說<sup>27)</sup>이 있다.

생각컨대 通信手段의 發達과 海上企業의 支店, 代理店, 出張所등의 整備로 船長の 代理權이 事實上 縮小되어 있는 것이 現實이므로 특히 航海를 위하여 필요하거나 個別的인 委任이 없는 限, 運送契約 또는 保險契約의 締結權은 이를 認定하지 않는 것이 妥當하다고 본다.

### (2) 例外(代理權의 制限 또는 擴張)

#### 가) 信用行爲의 代理權(代理權의 制限)

船長은 船舶修繕料, 海難救助料, 기타 航海의 계속에 必要的 費用을 지급하여야 할 경우 外에는 ① 船舶 또는 屬具를 擔保에 제공하는 일, ② 借財하는 일을 하지 못한다(商法 第774條1項1.2號). 이러한 信用行爲는 추후에 결국 船舶所有者의 負擔으로 남기 때문에 航海의 계속에 필요한 費用의

24) 徐燉珏, 前掲書, p. 78, 孫珠瓚, 前掲書, pp. 199—200.

25) 즉 商法이 船籍港의 内外를 基準으로 船長의 代理權의 범위에 差異를 둔것은, 船籍港에서는 船舶所有者 또는 그 代理人이 船舶의 航海에 관한 제한업무를 處理할 수 있음을 前提로 한 것인데 船舶法上的 船籍港은 반드시 이러한 要件을 고려한 것이 아니기 때문이다. 獨逸商法 第480條에서는 船籍港(Heimathafen)을 船舶에 의한 航海業務를 행하는 港(der Hafen, von welchem aus die Seefahrt mit dem Schiffe betrieben wird.)이라고 定義하고 있다.

26) 徐燉珏, 前掲書, p. 79, 田中誠二, 前掲書, p. 198.

27) 孫珠瓚, 前掲書, p. 200, 石井照久, 前掲書, pp. 181—182.

支給을 위한 것이고 또 이 밖에는 다른 方法이 없는 경우이어야 한다. 따라서 船長은 船舶의 擔保나 借財에 의하지 아니하고도 航海를 계속할 수 있을 때 例컨대 船舶所有者로부터의 送金을 기다릴 수 있을 때에는 그 方法에 따라야 하고 信用行爲를 할 수 없다.<sup>28)</sup>

여기서 「기타 航海의 계속에 필요한 費用」이라 함은 例컨대 위에 例示된 것 이외에 導船料, 食料品 등의 必需品購入費 따위를 말한다.

한편 船長이 船籍外에서 그 權限에 의하여 締結한 契約 또는 그 밖의 履行으로 인한 債權에는 船舶優先特權이 認定되는데(商法 第861條1項5號) 그 權限에는 물론 信用行爲의 代理權이 포함되므로 信用行爲의 代理權에 의하여 締結한 契約 등으로 인한 債權에도 船舶優先特權이 認定된다.

#### 나) 積荷處分權(代理權의 擴張)

船長은 船舶修繕料, 海難救助料 기타 航海의 계속에 필요한 費用을 支給하여야 할 경우에는 積荷의 全部 또는 一部를 處分할 수 있다(商法 第774條 1項3號). 이 條項의 原文은 마치 船長의 本來의 代理權을 制限하는 듯한 表現이지만, 船舶所有者나 船長은 本來 自己가 運送하는 他人의 物件을 自由로 處分할 수 있는 權限이 없으므로 이 規定은 船長의 權限을 擴張한 것으로 본다.<sup>29)</sup>

여기에서도 航海의 계속에 필요한 費用의 要件은 위 信用行爲의 代理의 경우와 같다. 「處分」이라 함은 積荷를 賣却 또는 入質하는 경우 뿐만 아니라 積荷 自体를 직접 航海에 供用하는 것, 例컨대 積荷인 燃料나 食糧을 使用하는 事實行爲까지 포함한다.

船長의 積荷處分은 船舶所有者의 運送債務不履行의 結果를 가져오므로 船舶所有者는 積荷利害關係인에 대하여 損害賠償의 責任을 진다. 그러나 不可避한 事情임을 고려하여 賠償額은 法定되어 그 積荷가 到達할 時期의 揚陸港의 價額으로 하되 그 價格中에서 支給을 要하지 아니하는 費用, 例컨대 關稅, 揚陸費用 등은 控除하도록 하였다(商法 第774條 2項). 船舶所有者는 이 때에도 運賃의 全額을 請求할 수 있다(商法 第810條).

여기의 積荷處分行爲는 船長이 船舶所有者의 代理人으로서 하는 것이고 積荷利害關係인의 利益을 고려하는 것은 아니다.

이 때에 船長의 積荷賣却價格이 揚陸港의 價格을 超過할 때에는 船長이 그 超過額을 積荷利害關係인에게 返還하는 것이 衡平의 觀念上 妥當하다는 說<sup>30)</sup>이 있으나 이 때의 處分은 不可避한 航海費用의 調達을 위한 것이고 또 船長의 合理的인 措置로 이루어진 것이며, 賠償額法定의 趣旨에 비추어 返還할 必要가 없다고 생각한다.<sup>31)</sup>

#### 다) 船舶競賣權(代理權의 擴張)

船籍港外에서 船舶이 修繕하기 不能한 때에는 船長은 海務官廳의 認可를 얻어 이를 競賣할 수 있다(商法 第777條).

船長은 特定한 船舶의 航海를 위하여 選任 되었으므로 그 本來의 權限은 安全하게 航海를 계속하는 것이며 따라서 船舶의 賣却權은 그 代理權이 매우 擴張된 경우에 해당한다.<sup>32)</sup> 船舶이 修繕不能의 狀態에서 航海를 계속할 수 없는 때에는 資本으로 還元하는 것이 合理的이기 때문이다.

船舶이 어떠한 狀態에 있는 것이 修繕이 不能한 경우인가 하는 것은 具體的인 경우에 따라서 決定할 일이지만 商法은 相對的 修繕不能의 두가지 基準을 정하고 있다. 즉 ① 船舶이 그 現在地에서 修繕을 받을 수 없으며 또 그 修繕을 할 수 있는 곳에 到達하기 不能한 때와, ② 修繕費가 船舶의

28) 田中誠二, 前掲書, p. 200.

29) 小町谷 操三, 海商法要義 上卷, p. 191.

30) Ibid., p. 193.

31) 徐燉珏, 前掲書, p. 80, 石井照久, 前掲書, p. 183.

32) 小町谷 操三, 前掲書, p. 194.



價額의 四分의 三을 超過할 때(商法 第778條)가 그것이다. 여기의 船舶의 價額을 精함에 있어서는 船舶이 航海中 毀損된 경우에는 그 發航한 時의 價額으로 하고, 기타의 경우에는 그 毀損前의 價額으로 한다.

이러한 標準에 따라서 船舶이 修繕不能으로 된 때에도 船舶의 處分은 船長이 任意로 할 수 있는 것이 아니고 海務官廳의 認可를 받아 競賣의 方法에 의해야 한다.

그런데 여기서 船籍港外라고 하지만 國內의 다른 港口에서는 適當한 通信方法으로 船舶所有者에게 修繕不能事由를 報告하여 그 指示에 따르는 것이 信義則上 合當할 것이다. 또 外國의 港口에서 그러한 事由가 發生한 경우에도 그 나라에 駐在하는 우리나라 領事의 認可를 얻어(船舶法 第35條 參照) 船長이 獨自의 船舶을 賣却하기 보다는 發達된 通信網과 海外支店, 代理店 등을 通하여 船舶所有者의 指示를 받는 것이 通例일 것이므로 船長의 船舶競賣權은 沿革的인 意味만 있을뿐, 오늘날의 海上企業에서는 別로 意義가 없다고 할 것이다.

한편 海上運送事業法에 의하면 大韓民國船舶을 所有할 수 없는 者에게 大韓民國 船舶을 讓渡, 貸與 또는 擔保로 提供하거나 運航의 委任을 하고자 하는 者는 交通部長官의 許可를 받도록 規定되어 있음을 留意해야 한다.<sup>33)</sup>

### 第3章 積荷利害關係人들에 대한 地位

여기에서는 船長과 積荷, 船長과 手荷物 등의 利害關係人과의 關係를 살펴봄으로써 이들 積荷利害關係人들에 대한 船長의 地位를 알아보고자 한다.

#### 第1節 利害關係人을 위한 積荷의 處分

船長이 航海中에 積荷를 處分하는 경우에는 利害關係人의 利益을 위하여 가장 適當한 方法에 의하여 處分하여야 한다(商法 第776條1項). 船長은 積荷를 安全하게 到着港까지 運送하는 것이 本來의 職務이지만 航海中에 積荷를 處分하는 것이 오히려 積荷利害關係인에게 利益이 되는 경우가 있기 때문이다.

沿革의 으로는 中世에 있어서 荷主 스스로 또는 그 代理人이 積荷와 함께 船舶에 同乘하여 航海하던 制度가 폐지되면서 船長에게 이러한 役割을 委任하게 된 것이다.<sup>34)</sup>

積荷利害關係人이라 할은 넓은 意味로는 그 積荷에 관하여 利害關係를 가지고 있는 모든 사람을 가르킨다고 보지만 여기서는 運送契約과 관련하여 把握해야 할 것이므로 備船者, 送荷人, 受荷人, 船荷證券의 正當한 所持人을 말하며 違法運送物(商法 第791條)의 利害關係人은 除外된다.

어떠한 行爲가 積荷利害關係人의 利益을 위하여 가장 適當한 方法인가는 각 경우에 具體的으로 決定할 일이며, 例컨대 航海의 遲延으로 腐敗의 憂慮가 있는 荷物이나 戰時禁制品에 해당되어 沒收의 우려가 있는 荷物에 대하여 賣却, 揚陸, 保管 등 臨機應變의 조치를 취하는 경우가 그것이다. 그리고 여기에는 賣却등의 法律行爲와 投棄 등의 事實行爲가 모두 包含된다.

또 반드시 裁判外의 行爲에 限定되지 아니하며 必要한 경우에는 裁判上의 行爲도 할 수 있다.<sup>35)</sup> 다만 船長은 積荷를 處分하는 경우에 急迫한 事情이 없는 限 積荷利害關係인에게 通知하여 그 指示를 받는 것이 信義則上 合當할 것이다.<sup>36)</sup>

33) 海上運送事業法 第30條.

34) 田中誠二, 前掲書, p. 201.

35) 小町谷 操三, 前掲書, p. 201.

36) 荷主와의 communication에 관하여는 Thomas E. Scrutton, Charterparties and Bills of Ladings, 16th ed., London, 1960, pp. 293-295.

한편 積荷의 利害關係人の 利益을 위하여 가장 適當한 方法이라 함은 積荷를 海上危險으로 부터 保護한다는 消極的 意味이고 積極的으로 利害關係人の 利益을 도모하라는 趣旨는 아니다.

즉 船長은 積荷를 到着港에 安全하게 到着시키는 것이 그 本來의 職務이므로, 途中에서의 處分(例컨대 賣却)이 아무리 利害關係인에게 積極的인 利得이 있다 하더라도 스스로 積荷를 處分할 權限이 없으며 또 그렇게 할 義務도 없다.

또한 여기의 船長의 積荷處分은 積荷利害關係人の 利益을 위한 非通常的인 것이므로 船長이 船籍港外에서 船舶所有者의 代理人으로서 하는 行爲 例컨대 船長이 航海의 계속에 필요한 費用을 支給하기 위하여 하는 積荷의 處分行爲와는 全然 性質이 다르다.

船長은 積荷利害關係人の 利益을 위하여 가장 적당한 方法으로 積荷를 處分해야 하지만 船舶은 多數人의 荷物を 運送하는 수가 많고 한편으로 船長은 船舶所有者의 代理人으로서 또는 安全運航의 責任者로서 船舶 旅客과 海員도 아울러 保護해야 할 地位에 있다. 따라서 서로 다른 몇개의 利益이 충돌하는 경우에 船長이 어떠한 利益을 優先하여 保護해야 할 것인가에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

첫째 積荷利害關係人の 利益을 위하여 旅客이나 船員 등 人命의 安全을 위태롭게 할 수는 없다.

둘째 둘 이상의 積荷利害關係人の 利益이 서로 충돌할 경우에는 船長은 利益을 比較하여 客觀的으로 중요한 積荷利害關係人の 利益을 保護해야 할 것이다.

셋째 積荷利害關係人の 利益과 船舶所有者의 利益이 相反하는 경우에는 船長은 原則적으로 前者의 利益에 가장 適當한 方法을 따라야 한다. 그러나 積荷利害關係人の 利益을 보호하는 것이 船舶의 保存을 위태롭게 하거나(沈沒 등), 혹은 船舶의 所有權을 喪失케 할 위험(捕獲의 경우 등)이 있을 때에는 船長은 後者の 利益을 위하여 前者의 利益을 犧牲할 수 있다고 본다.<sup>37)</sup>

船長은 航海中 積荷의 處分을 할 義務를 부담하는데 여기서 「航海中」이라 함은 始發港을 떠나서 到着港에 이르기까지가 아니고, 船長이 積荷를 受領하여 受荷인에게 引渡할 때까지를 말한다.<sup>38)</sup> 이러한 解釋이 立法趣旨에 맞기 때문이다. 한편 이러한 船長의 處分行爲로 因하여 積荷利害關係인이 債務를 부담하는 경우에는 利害關係인 自身の 過失로 因한 경우를 除外하고는 積荷의 價額을 限度로 하는 人的有限責任을 진다(商法 第776條2項).<sup>39)</sup> 利害關係인의 過失이라 함은 例컨대 積荷의 包裝不良, 記號表示不良 등을 말한다.

有限責任을 認定한 理由는 船長의 積荷處分이 積荷利害關係人の 消極的인 利益을 保護하자는 것인데 오히려 積荷의 價額이상의 債務를 부담시키는 것은 妥當하지 않기 때문이다.

船長이 이 積荷處分義務를 위반하였을 때에는 利害關係인에 대하여 損害賠償責任을 지며(商法 第770條), 船舶所有者도 또한 같은 責任을 진다(商法 第746條). 끝으로 船長의 이 積荷處분에 관한 規定의 性質에 관하여 살펴본다. 우리나라와 日本의 通說은 이를 船長의 積荷利害關係人을 위한 代理權으로 理解하고 있다. 그 根據로는 앞에서 잠깐 言及한바와 같이 中世에 있어서 荷主 또는 그의 代理人이 乘船하여 積荷를 管理하던 制度가 폐지됨에 따라 船長이 荷主의 代理人 또는 代表者의 資格을 兼하게 되었다는 沿革的인 理由, 많은 外國의 法制가 그렇게 認定하고 있다는 比較法的인 理由, 그리고 利害關係인이 船長의 處分行爲에 의하여 債務를 부담한다는 規定(우리나라 商法 第776條2項前但, 日本商法 第712條2項)<sup>40)</sup> 등을 들고 있다.

그리하여 船長은 積荷利害關係人の 代理人(法定代理人)으로서 法律行爲를 하고 그 代表者로서 事實行爲를 한다고 본다.<sup>41)</sup> 이에 대하여 이를 船長의 積荷處分義務로 보는 立場이 있는데 그 論據는

37) 小町谷 操三, 前掲書, p. 203.

38) 孫珠璣, 前掲書, p. 203.

39) 舊商法 第712條2項은 「積荷委付」라는 物的有限責任制度를 두고 있었다.

40) 田中誠二, 前掲書, p. 201.

41) Ibid., 朴元善, 前掲書, p. 290.

첫째 船長の 積荷處分行爲는 그 實質이 對立하는 去來利益의 調整이라는 企業法上の 要請에 의한 것이 아니며, 둘째 商法 第776條1項의 文言上으로도 그렇게 새기는 것이 옳다는 등이다.<sup>42)</sup>

한편 여기의 船長の 積荷處分은 積荷利害關係人の 法定代理人으로서의 權限인 同時에 義務이기도 하다는 說<sup>43)</sup>도 있다.

생각컨대 商法 第776條1項은 船長에게는 航海中 積荷를 處分할 權限이 있고 그 權限을 行使할 때에는 積荷利害關係人の 利益에 가장 適合하게 行使해야 할 義務가 있다는 뜻으로 새겨야 할 것 같다. 이렇게 볼 때에는 마지막 見解가 結論에 있어서는 妥當할것 같은데 船長の 積荷處分權을 利害關係人을 위한 法定代理權만으로 說明하기에는 약간의 문제가 있다.

즉 代理는 法律行爲에 대하여서만 認定되고 事實行爲에 대하여서는 認定되지 않기 때문에 通說은 船長の 處分行爲中 賣買등의 法律行爲는 積荷利害關係人の 代理人의 資格으로서, 그리고 投棄등의 事實行爲는 代表者의 資格으로서 각각 행한다고 說明한다. 그런데 이는 결국 積荷利害關係人에 대한 船長の 地位는 代理權만으로는 統一的으로 說明할 수 없음을 是認하는 셈이 되기 때문이다.<sup>44)</sup>

## 第2節 死亡한 旅客의 手荷物處分義務

旅客이 死亡한 때에 船長은 그 相續人에게 가장 利益이 되는 方法으로 死亡者가 휴대한 手荷物を 處分하여야 한다(商法 第828條). 死亡의 原因은 이를 묻지 아니하며 行方不明이 된 旅客도 死亡한 旅客에 포함되는 것으로 본다.<sup>45)</sup>

「相續人에게 가장 利益이 되는 方法」이라 함은 그 때의 事情에 따라 判斷해야 할 문제이지만, 相續人이 船舶안에 있을 때에는 相續人에게 맡기고 그렇지 아니할 경우에는 可及的 相續人의 指示를 받고 指示를 받을 수 없으면 引渡할 때까지 保管하고 手荷物目錄을 作成하는 등의 行爲를 말한다.

船員法에 의하면 船長은 船内に 있는 者가 死亡하거나 行方不明이 된 때에는 船内に 있는 遺留品에 대하여 大統領令이 정하는 바에 의하여 保管 기타 필요한 조치를 하여야 할 義務가 있다(船員法 第16條). 한편 大統領令인 船員法施行令 第5條에서는 遺留品의 調査, 遺留品目錄의 作成節次, 遺留品引渡의 節次 등에 관한 詳細한 規定을 두고 있다. 그리고 船員法上的의 이 規定은 船長の 公法上的의 義務라고 본다.

따라서 船長이 이러한 義務를 遂行함에 있어서 船内に 死亡한 旅客이 있을 때에는 商法 第828條에 따라서 그 相續人에게 가장 利益이 되는 方法으로 그 手荷物を 處分하여야 한다.

이 規定에 대하여서도 이를 앞에서 본 積荷利害關係人の 代理人으로서의 船長の 積荷處分權과 같은 性質로 보아 船長の 旅客을 위한 法定代理權으로 보는 見解<sup>46)</sup>도 있으나 앞에서 본 船員法規定과의 관계나 義務自体의 性質로 보아 이는 船舶運航責任者로서의 船長이 부담하는 特殊한 義務라고 보는 見解가 옳다고 생각된다.<sup>47)</sup>

## 第4章 航行組織上的의 特殊한 地位

### 第1節 船長の 共同海損處分權

#### 가. 序 說

共同海損이라 함은 船長이 船舶과 積荷의 共同危險을 免하기 위하여 船舶 또는 積荷에 대한 處分

42) 石井照久, 前掲書, pp. 186—187. 徐燉珪, 李範燦, 商法例解(下), 서울, 國民書館, 1973, p. 276.

43) 孫珠瓊, 前掲書, p. 203. 小町谷 操三, 前掲書의 pp. 204—205에서도 義務라는 表現이 더러 눈에 뜨인다.

44) 이러한 理論上的의 難點을 해결하기 위하여 處分行爲가 事實行爲인 경우에는 準委任에 관한 規定이 準用된다는 說도 있다(小町谷 操三, 前掲書, p. 205).

45) 船員法, 第16條 參照.

46) 梁承圭, 商法(下), 서울, 法文社, 1973. p. 133.

47) 徐燉珪, 李範燦, 前掲書, p. 276.

으로 인하여 생긴 損害와 費用, 혹은 이러한 損害와 費用을 利害關係人에게 분담시키는 制度를 말한다(商法 第832條).

共同海損制度의 根據는 衡平과 共同危險團體의 觀念에 둔다.<sup>48)</sup> 즉 航海中에 한 船舶內의 積荷와 그 船舶과는 共同危險에 대한 團體를 構成한다고 생각할 수 있으므로 海上危險에 부딪혔을 때에 船舶과 積荷의 保管者인 船長으로 하여금 全體의 利益을 위하여 어느 特定人의 利益을 犧牲하고라도 船舶 또는 積荷를 自由로 處分할 수 있게 하는 同時에, 이러한 處分行爲로 인하여 發生한 損害를 共同危險團體를 構成하는 全體 利害關係人에게 公平하게 分擔시키는 合理的인 制度이다.

共同海損의 法律上의 性質에 대하여는 事務管理, 不當利得, 共同代理 등 民法上의 概念으로 파악하고자 하는 學說이 있으나 어느 說도 共同海損의 實定法上의 性質을 充分히 說明할 수 없으며 現在 共同海損은 海商法上의 特殊한 法律要件으로서 法律行爲가 아니고 하나의 事件이라는 것이 通說이다.<sup>49)</sup>

#### 나. 共同海損處分

共同海損이 成立하기 위하여는 船舶 또는 積荷에 대하여 船長의 故意의 處分이 있어야 한다(商法 第832條).

여기의 「處分」이라 함은 船橋의 切斷, 船積荷物의 投荷 같은 事實行爲와 坐礁船舶을 離礁시키기 위한 曳船契約, 海難救助料의 支給과 같은 法律行爲를 포함하며 危險을 피하기 위하여 船長이 取하는 故意의 行爲를 말한다.

船長이 故意로 한 處分이어야 하므로 우연한 事情, 第三者의 處分 또는 不可抗力으로는 共同海損이 成立하지 아니한다. 또한 處分은 積極的인 行爲가 通例이지만, 일정한 不作爲 例컨대 汽船의 機關使用의 停止 또는 發航의 지연 등도 이를 포함하는 것으로 본다.<sup>50)</sup>

共同危險을 免하기 위한 處分이므로 船舶 또는 積荷의 한쪽만을 救하기 위한 處分은 共同海損이 아니다. 그러나 處分의 目的이 船舶과 積荷의 雙方을 위한 것이면 足하므로 실제로 處分하는 것은 그중 한쪽이라도 무방하며 船舶과 積荷를 모두 處分해야 하는 것은 아니다. 이와 같은 處分의 主体는 물론 船長이다.

그런데 「요오크·안트워프」規則에서는 處分의 主体를 船長이라고 明示하지 아니하므로 船長以外의 者가 處分한 경우에도 共同海損은 成立한다.<sup>51)</sup>

### 第2節 海難救助料支給에 있어서의 權限

#### 가. 序 說

海難救助라 함은 廣義로는 海難에 遭遇한 船舶 또는 積荷를 救助하는 모든 경우를 말하며 救助契約에 基因한 것이든 아니든 不問한다. 狹義로는 當事者사이에 救助契約없이 즉 義務없이 救助하는 경우를 말하는데 商法에서 海難救助라 함은 이 狹義의 海難救助를 말한다.<sup>52)</sup>

狹義의 海難救助의 法的性質에 관하여는 事務管理說, 不當利得說, 準契約說 등 여러가지 學說이 있으나 共同海損과 같이 海商法上 認定되는 特殊한 法律要件으로서 하나의 事件이라고 보는 것이 通說이다.<sup>53)</sup>

48) 徐燦珪, 前揭書, p. 135.

49) Ibid.,

50) 朴元善, 前揭書, p. 368.

51) 1974年 요오크·안트워프 規則(YORK-ANTWERP RULES, 1974.) A條.

52) 徐燦珪, 前揭書, p. 148.

53) Ibid.

海難救助는 航海船 또는 그 積荷 기타의 物件이 水面에서 危難에 遭遇하였을 경우에 義務없이 이를 救助하여 그 船舶, 積荷등이 救助된 때에 成立한다(商法 第849條). 海難救助의 效果로서 救助者는 救助料 請求權(商法 第849條)과 이를 위한 擔保權(商法 第858條, 861條1項3號)을 갖는다. 이는 義務없이 행하는 救助行爲를 단순한 美德으로만 여기지 아니하고 하나의 法律要件으로 삼아서, 그 勞力에 대하여 相當한 報酬를 줌으로써 救助를 장려하려는 趣旨이다.<sup>54)</sup>

한편 救助料의 計算에 있어서 우리 商法은 英美法의 「效果없으면 報酬 없다」(no cure, no pay)<sup>55)</sup>는 結果主義를 취하고 있다.

海難救助는 船舶을 救助用具로 하고 船長을 中心으로 海員의 協力行爲에 의하여 統一的으로 이루어지는 活動이므로 하나의 船舶共同体에 의하여 이루어지는 셈이다.

그리고 이 때에 船長은 船舶所有者의 代理人으로서 行動하는 것이 아니므로<sup>56)</sup> 海員, 船舶所有者와 더불어 救助料 請求權이 認定되며 또한 商法 第854條에서는 一船舶內의 救助料分配比率에 관한 規定을 두고 있다.

#### 나. 救助料 支給에 있어서의 代理權

船長은 報酬를 支給할 債務者에 갈음하여 그 支給에 관한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限이 있으며 그 報酬에 관한 訴訟의 當事者가 될 수 있고 그 確定判決은 救助料의 債務者에 대하여도 效力이 있다(商法 第859條).

船長은 船籍港 밖에서는 船舶所有者 또는 積荷利害關係人을 위하여 廣範圍한 法定代理權을 가지고 있지만(商法 第773條, 774條, 776條) 이들 規定만으로 充分하지 못한 點도 있고 또 船籍港 안에서 船長에게 法定權限을 부여하는 것이 便利하기 때문에 위와 같은 規定을 두고 있다. 즉 船長에게는 救助料를 支給할 債務者를 위한 法定代理權과 나아가서 訴訟上의 當事者適格이 認定된다.

여기서 救助料債務者는 救助된 船舶의 所有者와 積荷 기타 物件의 所有者이다. 人命을 救助받은 者는 救助料支給義務를 지지 아니한다.<sup>57)</sup>

船舶所有者에게 이러한 地位를 부여한 것은 海難救助가 있었을 경우에는 船長이 그 事情을 가장 잘 알고 있는 것이 보통이며 債務者가 多數人인 경우에 債權者의 權利行使를 용이하게 하기 위함이다. 여기서 裁判上 裁判外의 모든 行爲라 함은 救助料債務者와 救助料額의 決定을 協議하거나, 合意가 成立하지 아니할 때에 法院에 救助料額의 支給을 請求하는 등의 行爲를 말한다.

한편 船長은 救助料債務者를 위한 代理權을 갖긴 뿐만 아니라 救助料에 관한 訴訟에서 當事者가 될 수 있고 이렇게 하여 船長이 當事者(즉 原告 또는 被告로서)로서 遂行한 訴訟의 確定判決은 救助料를 支給할 債務者에 대하여도 效力이 있는데 이는 船長에게 이른바 職務上의 當事者로서 當事者適格을 부여하고 있기 때문이다.<sup>58)</sup>

疑問스러운 것은 이와 反對로 船長에게 救助料 債權者인 船舶所有者나 海員을 위하여도 이 같은 地位를 認定할 수 있을 것인가 하는 點이다. 商法에는 明文의 規定이 없지만 이에 대하여는 立法論으로서 뿐만 아니라 解釋論으로서도 이러한 地位를 인정할 수 있다는 主張이 有力하며<sup>59)</sup> 이를 肯定하는 日本判例도 引用되고 있다.

그러나 立法論으로서의 무방하겠지만 解釋論으로서의 商法 第59條가 그 1·2項에서 모두 救助料債

54) 朴元善, 前掲書, p. 401.

55) 海難救助에 관한 統一條約 第2條 參照.

56) 石井照久, 前掲書, p. 347.

57) 海難救助에 관한 前掲條約 第9條1項 參照.

58) 方順元, 民事訴訟法(上), 서울, 普成文化社, 1978, p. 113.

59) 徐燮柱, 前掲書, p. 154, 石井照久, 前掲書, p. 349.

務者를 위한 것임을 明白히 하고 있어 이러한 主張에는 贊成하기 困難하다고 생각한다.<sup>60)</sup>

### 第3節 違法船積物의 處分權

法令 또는 契約에 違反하여 船積한 運送物은 船長이 이를 언제든지 揚陸할 수 있고 그 運送物이 船舶 또는 다른 運送物에 危害를 미칠 念慮가 있는 때에는 이를 拋棄할 수 있다. 船長이 이러한 物件을 運送하는 때에는 船積한 때와 곳에서의 同種運送物의 最高運賃의 支給을 請求할 수 있으며 그 밖의 船舶所有者 기타의 利害關係人은 損害賠償을 請求할 수 있다(商法 第791條).

運送契約은 合法性의 범위 안에서 履行 되어야 하므로 違法荷物이나 契約違反荷物은 運送人이 이를 運送할 義務가 없다. 法令에 위반되는 荷物이란 輸出入이 禁止된 物件 또는 戰時禁制品 등을 말한다. 한편 이러한 運送物 때문에 船舶이나 다른 運送物에 危害를 미칠 念慮가 있는 때에는 그것을 포기할 수 있다. 포기할 수 있다는 것은 물론 運送을 포기할 수 있다는 뜻이며 여기에는 海中에 投下하는 조치도 포함된다고 본다.

여기서 危害를 미칠 염려가 있다는 危險性(dangerous nature)의 意味에 관하여는 引火性, 爆發性 등 物理的으로 危險한 運送物만을 가르킨다는 說<sup>61)</sup>과 拿捕·停船 등 船舶의 航行에 危險을 미치는 物件도 포함한다는 說<sup>62)</sup>이 있는데 後說에 따라도 無妨하다고 본다.<sup>63)</sup>

한편 船荷證券에 관한 統一條約(1924年 條約)에서는 危險物 船積時에 船長이 이를 알았느냐 알지 못하였느냐에 따라서 差異를 두고 있는데 우리 商法에는 그러한 區別이 없다.

船長이 이러한 違法船積物 또는 契約違反의 運送物을 運送한 때에 船積한 때와 곳에서의 같은 運送物의 最高運賃을 請求할 수 있도록한 것은 그러한 運送物을 船積한 備船者나 送荷人에게 懲罰的인 意味가 포함되어 있다고 본다.

또 이러한 運送物 때문에 일어난 損害, 例컨대 違法運送物의 揚陸·拋棄 등으로 인한 延着의 損害, 그러한 費用損害, 또 本船의 押留 등으로 인한 損害에 대하여서는 비록 그 運送物이 揚陸되거나 拋棄되고 最高運賃을 支給하였다 하더라도 그러한 備船者나 送荷人은 船舶所有者나 기타 積荷利害關係人에게 그 損害를 배상할 責任이 있다.

## 結 論

以上에서 船長의 商法上的 地位를, 主로 그 權限을 中心으로 살펴 보았다.

沿革的으로 보아 船長은 中世에 있어서의 海上企業의 共同經營者의 地位에서 오늘날에는 船舶所有者의 단순한 使用人으로서 海員과 別로 差異가 없는 賃金勞動者의 地位로 변모 하였다. 그러나 한편으로는 船舶의 大形化, 自動化, 高速化 傾向과 航法의 科學化 등으로 船長은 運航技術者인 專門人으로서의 새로운 評價를 받게 된 것도 事實이다.

船長의 地位가 船舶所有者의 選任과 解任에 의하여 取得되고 喪失되는 것은 船長이 雇傭契約에 의한 船舶所有者의 使用人이라는 점에서 당연하지만 雇傭契約期間의 有無를 묻지 아니하고 船舶所有者가 언제나 解任할 수 있는 自由解任權은 民法上的 原則과 다른 점이다.

60) 田中誠二, 前掲書, p. 549.

61) Ibid., p. 280.

62) 石井照久, 前掲書, p. 230.

63) 우리 商法은 1924年 船荷證券統一에 관한 條約 第4條6項과 같은 危險性 있는 貨物(goods of an inflammable, explosive or dangerous nature)의 處分에 관한 規定을 따로 두고 있지 아니하다. 獨逸商法은 第564條에서 禁制品(Konterbande)에 관하여 그리고 第564條a에서 密輸貨物(verheimlichte Güter)에 관하여 規定하는 한편 第564條b에서 危險性貨物(gefährliche Güter)에 관한 別途의 規定을 두고 있다.

한편 地位의 消滅事由와 時期에 관해서도 船員法上 豫備員制度和 관련하여 問題가 있음을 보았다.

船長이 비록 賃金勞動者의인 地位에 있지만 많은 財産과 人命을 責任지고 있으며 船舶所有者를 떠나서 活動한다는 海上企業의 特性에서 船長에게는 매우 廣範圍한 代理權이 認定되고 있다.

代理權의 範圍는 獨法主義에 따라서 船籍港을 기준으로 定하고 있다. 그런데 우리나라에 있어서는 船舶法上의 船籍港이 이른바 營業의 本據港과 반드시 一致한다고 볼 수 없으므로 解釋上 약간의 問題가 있다. 또한 通信網과 海上企業의 支店, 代理店 등의 營業組織이 完備된 오늘날 船長에 관한 商法上의 廣範圍한 代理權은 現實에 맞지 아니하는 점이 있으므로 合理的으로 調整되어야 할 것이다.

한편 船長은 積荷利害關係人의 法定代理人의 地位에 있으므로 航海中에 積荷를 處分하는 경우에는 利害關係人의 利益을 위하여 가장 適當한 方法으로 하여야 한다. 그런데 船舶所有者나 積荷利害關係人을 위한 船長의 權限에는 法律行爲 뿐만 아니라 事實行爲를 할 수 있는 權限이 포함되어 있으므로 이들에 대한 船長의 地位를 代理人으로만 파악할 때에는 法理論構成에 問題가 있다.

또한 船長은 共同海損, 海難救助料支給, 違法船積物處分에 있어서도 매우 特殊한 地位에 있음을 살펴 보았다.

이 글은 地位의 得喪을 포함하여 주로 商法上의 權限을 中心으로 한 船長의 地位를 포괄적으로 把握하고자 試圖한 것이기 때문에 個別的인 項目別로 볼 때에는 紙面의 制約으로 因하여 考察이 充分하지 못한 점도 있음을 밝히는 바이며 各個 內容別로 앞으로 보다 詳細한 研究가 要請된다고 본다.

### 參 考 文 獻

1. 徐嫩珏, 全訂 商法講義(下卷), 서울, 法文社, 1972.
2. 孫珠璣, 改訂 商法(下), 서울, 博英社, 1975.
3. 朴元善, 新商法(下), 서울, 修學社, 1974.
4. 鄭熙喆, 全訂商法要論(下), 서울, 博英社, 1974.
5. 郭潤直, 民法總則, 서울, 博英社, 1970.
6. 裴炳泰, 註釋海商法, 서울, 韓國司法行政學會, 1977.
7. 徐嫩珏, 李範燦, 商法例解(下), 서울, 國民書館, 1973.
8. 梁承圭, 商法(下), 서울, 法文社, 1973.
9. 小町谷 操三, 海商法要義 上卷, 東京, 岩波書店, 1932.
10. 小町谷 操三, 海商法研究 第三卷, 東京, 有斐閣, 1931.
11. 烏賀陽然良, 商法研究 三卷.
12. 小町谷 操三, 窪田宏, 海商法 上卷, 東京, 1959.
13. 田中誠二, 海商法詳論, 東京, 勁草書房, 1970.
14. 石井照久, 海商法, 東京, 有斐閣, 1964.
15. 西島彌太郎, 獨逸商法(Ⅱ), 東京, 有斐閣, 1956.
16. 住田正二, 船員法の研究, 東京, 成山堂, 1973.
17. Thomas E. Scrutton, Charterparties and Bills of Ladings, 16th ed., London, Sweet and Maxwell Ltd., 1960.
18. Porges, W., Temperley's Merchant Shipping Acts(British Shipping Laws Vol. 11), London, 1963.

