

法學博士 學位論文

海商法上 運送人の 損害賠償責任에  
관한 研究

-中國 海商法上の 改正方向을 中心으로-

A Study on Carrier's Liability under Maritime Law  
-With emphasis on the amendment of Chinese Maritime Code

指導教授 丁 大

2006年 2月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

鄭 才 榮

本 論文을 鄭才榮의 法學博士 學位論文으로 認准함

委員長	鄭 容 相	
委 員	朴 憲 穆	
委 員	李 溶 熙	
委 員	金 鎮 權	
委 員	丁 大	

2005年 12月

韓國海洋大學校 大學院

海 事 法 學 科

鄭 才 榮

# 目 次

## Abstract

第1章 序 論 .....	1
第1節 研究의 目的 .....	1
第2節 研究의 範圍 및 方法 .....	4
第2章 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 一般論 .....	6
第1節 概觀 .....	6
I. 海上運送人의 損害賠償責任 .....	6
II. 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 立法例 .....	11
III. 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 國際協約 .....	14
第2節 中國海上運送人의 損害賠償責任法制 .....	22
I. 中國의 海上運送人의 損害賠償責任法制의 沿革 .....	22
II. 中國國際海上物件運送 .....	27
III. 中國國內海上物件運送 .....	32
IV. 中國國際海上物件運送과 中國國內海上物件運送의 比較 .....	36
第3章 海上物件運送契約上의 損害賠償責任의 主體 .....	40
第1節 契約運送人 .....	40
I. 契約運送人의 概念 .....	40
II. 契約運送人의 確定 .....	42
第2節 實際運送人 .....	63
I. 實際運送人의 定義 .....	63
II. 實際運送人의 責任의 法的性質 .....	70
III. 實際運送人의 責任의 範圍 .....	73
IV. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 非契約運送人의 責任 .....	74
V. 非契約運送人과 관련이 있는 立法 및 草案 .....	84
VI. 綜合的 分析 .....	90
第3節 契約運送人과 實際運送人의 關係 .....	96
I. 各자의 責任分擔 .....	96
II. 契約運送人의 責任免除의 要件 .....	97
III. 契約運送人의 合意의 實際運送人에 대한 效力 .....	98
IV. 契約運送人과 實際運送人 사이의 連帶責任 .....	98
第4節 韓國海商法의 運送人과의 比較 .....	100
I. 契約運送人 .....	100
II. 實際運送人 .....	102
III. 契約運送人과 實際運送人 사이의 關係 .....	103

<b>第4章 海上運送人の損害賠償の責任期間</b> .....	105
第1節 中國海商法上 海上運送人の損害賠償の責任期間 .....	105
I. 中國海商法上 海上運送人の損害賠償の責任期間の定義 .....	105
II. 海上運送人の損害賠償の責任期間에 관한 立法例 .....	107
III. 中國海商法과 國際協約의 比較 .....	123
IV. 中國海商法上 責任期間에 대한 立法論 .....	125
第2節 韓國海商法上の 責任期間과의 比較 .....	129
<b>第5章 海上運送人の損害賠償の責任原則</b> .....	131
第1節 中國海商法上 運送人の責任原則의 內容 .....	131
I. 運送人の義務 .....	131
II. 運送人の免責事由 .....	137
第2節 中國海商法上 運送人の責任原則의 檢討 .....	143
I. 不完全 過失責任原則에 관한 檢討 .....	144
II. 中國海商法上 運送人責任의 體系에 관한 檢討 .....	165
III. 運送人責任의 立證에 관한 檢討 .....	179
第3節 韓國海商法上の 運送人の責任原則과의 比較 .....	201
I. 責任原則 .....	201
II. 責任原則의 體系 .....	201
III. 立證責任分配 .....	203
<b>第6章 結論</b> .....	205
<b>參 考 文 獻</b> .....	213

# 第1章 序論

## 第1節 研究의 目的

오늘날의 새로운 국제질서의 흐름은 두 개의 상반된 조류인 세계주의와 지역주의가 공존하는 방향으로 전개되고 있다. 이러한 시대의 흐름에 부합하여 한·중간의 정부와 국민들의 노력으로 양국 관계는 급속히 발전하며 눈부신 성과를 이루어내고 있다. 정치적으로는 양국간의 상호신뢰의 구축이 제고되고 있으며, 경제적으로는 양국간의 무역규모의 확대로 상호교류가 급증하고 있는 현실이다. 무역거래의 대부분은 해상운송을 통하여 이루어지고 있으며, 이에 따라 한·중간의 해상운송에 의한 직접교역의 물동량도 증가하고 있다. 그러나 해상운송 자체는 모험적인 사업 중의 하나로서 모든 운송이 반드시 순조롭게 진행되는 것은 아니기 때문에 해상운송과 관련된 법적 분쟁이 발생하게 된다. 따라서 상대국의 해상운송관련법제에 대한 정확한 이해가 필요하게 된다. 해상운송관련법 중에서 가장 기본이 되는 법은 해상법이라고 할 수 있으며, 그 가운데 법적 분쟁과 관련되어 가장 핵심적인 부분은 운송물손해배상에서의 運送人의 책임이라고 할 수 있다. 따라서 본 논문에서는 中國海商法の 입장에서 中國海商法上 運送人의 책임과 관련된 責任主體, 責任期間 및 責任原則이 어떻게 규정되어 있는지, 또한 어떠한 법적 문제점들을 가지고 있는지에 대하여 연구하고자 한다.

1993년 7월 1일 발효한 中國海商法은 40년에 걸친 노력 끝에 성립된 방대한 내용의 법률이다. 당해 법률은 당시의 國際協約이나 海運慣行을 흡수하고, 국제해운입법의 발전추세도 동시에 고려하여 제정되었기 때문에 선진적인 입법으로서 세계적으로 많은 호평을 받았다. 中國海商法 중 海上物件運送契約 부

분은 헤이그규칙, 헤이그-비스비규칙 및 함부르크규칙 중에서 합리적이라고 생각하는 규정들을 참조하여 제정한 것이다. 그러나 어떠한 법률도 완벽하다고 말할 수 없으며, 中國海商法の 제정시에 국제협약이나 國際民間規則 또는 國際標準契約書式에 관한 영문의 번역문을 많이 사용하였기 때문에, 언어상의 차이, 영미법계와 중국법률 사이의 문화적 차이 및 국제협약, 國際民間規則 또는 國際標準契約書式의 내용상의 이해의 오류로 인하여 해상법의 개별 조문의 서술이 정확하지 않은 측면이 있다. 그리하여 中國海商法을 적용하는 경우에 해석상의 오류가 발생하고, 그 해석의 일관성이 유지되지 못하는 문제가 초래되었다. 中國海商法 중 海上物件運送契約에 관한 조문도 이러한 문제를 피할 수가 없다. 그래서 中國海商法の 개정이 신속하게 이루어져야 한다는 것은 中國法曹界나 海商法學界에서 모두 공감하고 있다. 따라서 본 논문의 중요한 목적은 運送人の 책임법제에 내재되어 있는 법적 문제점들의 해결책을 모색하여 中國海商法の 改正에 있어서 참고할 만한 자료로써 활용되도록 하고자 하는데 있다.

中國海商法上 運送物損害賠償의 責任主體는 함부르크규칙을 수용하여 계약 運送人 이외에 實際運送人도 포함하고 있지만 여전히 선하증권에 의한 契約運送人の 식별 문제를 완전히 해결할 수 없다. 그리고 船荷證券所持人은 契約運送人과 실제로 運送契約를 체결하지 않기 때문에 선하증권소지인에 대하여도 법률상의 契約運送人에 관한 정의를 기준으로 판단해야 하는지의 여부가 문제가 된다. 그리고 實際運送人에 있어서는 조문이 애매하기 때문에 많은 논란을 야기하고 있으며, 그 범위를 어떻게 확정할 것인가 시급한 과제라 할 수 있다. 그리고 契約運送人과 實際運送人 사이에 連帶責任을 부과하고 있는데 이 連帶責任을 일반의 法定連帶責任과 동일하게 파악하는 것이 정당한지도 의문이다. 따라서 선하증권소지인에 대한 契約運送人の 판단기준, 實際運送人の 범위의 확정 및 契約運送人과 實際運送人 간의 연대책임의 法的 性質의 판단이 중요한 법적 쟁점이 된다.

그리고 責任期間에 있어서는 컨테이너운송물과 비컨테이너운송물로 나누

어 규정하고 있는데 다음과 같은 문제가 있다. 컨테이너운송물의 責任期間은 船積港에서 受領한 때부터 揚陸港에서 引渡한 때까지인데, 만약 컨테이너운송물을 船積港에서 受領하지 않거나 揚陸港에서 引渡하지 않는 경우에 責任期間은 어떻게 되는지를 검토할 필요가 있다. 특히 複合運送이 개입된 경우에는 문제가 더욱 복잡해진다.

비컨테이너운송물의 責任期間은 선적한 때부터 양륙한 때까지이다. 그런데 撒의 運送物의 경우에는 통상 船積을 受領으로 하고, 揚陸을 引渡로 하기 때문에 문제가 될 여지는 없지만, 그렇지 않은 운송물의 경우에는 船積 전 및 揚陸 후의 責任期間에서의 法律上 適用問題가 발생할 수 있다. 이러한 문제인식 하에 責任期間에 관한 규정을 어떻게 改正하는 것이 합리적인지를 검토할 필요가 있다.

해상운송물에 대한 損害賠償責任에 있어서 가장 중요한 부분은 運送人의 責任原則이다. 그러나 중국 해상법은 이 부분에서도 역시 많은 문제를 내포하고 있다. 運送人의 責任原則은 헤이그규칙을 참조하여 제정한 것인데, 헤이그규칙상의 運送人의 責任原則에 관한 모호한 점을 비판없이 수용함으로써 中國海商法의 이에 관한 규정은 오히려 더욱 불명확하게 되었다. 즉, 運送人의 堪航能力 注意義務, 運送物에 관한 注意義務, 直航義務와 免責事由 사이에 어떠한 관계를 가지고 있는지에 대하여 法條文에 명확히 나타나 있지 않다. 이로 인해 立證 責任分配의 혼란이 불가피하게 발생하고 있다. 따라서 運送人의 責任原則을 體系的으로 재구축할 필요성이 있다. 그리고 함부르크규칙이나 최근 國際海法會 (Comite Maritime International)와 유엔國際貿易法委員會(U.N. Commission on International Trade Law)의 運送法에 관한 草案에서 모두 航海過失免責을 廢止하였는데, 中國海商法의 경우에도 현재의 航海過失免責을 폐지한다면 그 시기가 적절한지에 대하여도 논의하지 않을 수 없다. 만약 航海過失免責이 폐지되면 다른 관련 法制度나 中國海商法의 適用問題에 어떠한 영향이 미치는지를 고찰할 필요가 있다. 이러한 연구와 검토를 통하여 航海過失免責의 폐지여부를 판단하고자 한다.

## 第2節 研究의 範圍 및 方法

### 1. 研究의 範圍

본 논문은 中國海商法 제4장 海上物件運送契約(海上貨物運輸合同) 중 제1절 一般規定 및 제2절 運送人의 責任(承運人責任)에 있어서 運送物損害賠償의 責任主體, 責任期間 및 責任原則에 관한 규정에 한정하여 研究檢討하고자 한다. 이 논문은 다음과 같이 구성되어 있다.

제1장 序論은 研究의 目的 및 研究의 範圍와 方法으로 구성되어 있다.

제2장은 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 一般論으로서 海上運送人의 損害賠償責任의 意義, 그에 관한 立法例, 國際協約을 살펴본 후 中國의 海上運送人의 損害賠償責任法制를 검토하였다.

제3장에서는 海上物件損害賠償의 責任主體로서 契約運送人 및 實際運送人에 관한 내용을 분석하고자 한다. 그 주된 내용은 契約運送人의 定義, 契約運送人의 確定에 대한 各國의 判例 및 中國의 學說, 그리고 船荷證券에 의한 契約運送人의 판단기준으로 구성되어 있다. 實際運送인에 관한 내용으로는 實際運送人의 정의, 中國학계에서의 實際運送인에 관한 논쟁, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서의 非契約運送人의 책임과 非契約運送人 관련 立法 및 草案이 있다. 본장의 마지막의 내용은 契約運送인과 實際運送人 사이의 關係이며, 각자의 責任分擔, 契約運送人 責任免除의 要件, 契約運送人의 合意의 實際運送인에 대한 效力 및 契約運送인과 實際運送人 사이의 連帶責任으로 되어 있다.

제4장은 海上運送人의 損害賠償의 責任期間에 관한 내용이다. 우선 責任期間의 規定을 살펴본 후 責任期間에 관한 立法例를 비교 고찰함으로써, 責任期間에 대한 합리적 改正方案을 摸索하고자 한다.

제5장은 海上運送人의 損害賠償의 責任原則에 대하여 검토한다. 責任原則에 관한 규정 및 中國 學界의 이에 대한 解釋을 살펴본 후 運送人의 責任原則의



性質, 責任原則의 體系, 그리고 立證責任의 問題에 대하여 연구한다.

제6장에서는 본 논문에서 檢討 및 論議한 事項들을 整理·要約하고, 中國海商法上 運送物損害賠償責任의 責任主體, 責任期間 및 責任原則에 관한 立法論的 改善案을 제시하고자 한다.

## 2. 研究의 方法

이 논문은 中國海商法上의 運送物損害賠償責任制度에서의 責任主體, 責任期間 및 責任原則에 관한 立法的 改善方案을 제시하고자 하는 소정의 연구목적을 달성하기 위하여 文獻中心의 比較法的 方法과 法解釋學的 方法을 통해 연구를 수행하였다.

첫째, 중국의 運送物損害賠償責任制度에서의 責任主體의 確定, 責任期間의 問題 및 責任原則에 관한 연구에 있어서 관련 國際協約과 각국의 海商法立法을 比較法的 시각에서 분석하고 검토하였다. 이를 통하여 中國海商法의 相關규정의 문제점에 대한 해결책을 모색하고 그 改善方案을 제시하고자 하였다.

둘째, 中國海商法, 相關 國際協約 또는 각국의 海商法立法의 조문에 대한 해석에 있어서 論理的 내지 文理的 解釋을 함과 아울러 立法者의 立法趣旨를 탐구하는 法解釋을 추구하여 相關 法條項의 내용을 보다 분명하고 명확하게 파악하고자 하였다.

마지막으로 본 논문의 연구와 분석에 있어서 필요한 범위 내에서 各國의 判例分析과 함께 法理論的 方法을 통한 爭點의 분석을 시도하였다.

## 第2章 海上運送人の 損害賠償責任에 관한 一般論

### 第1節 概觀

#### I. 海上運送人の 損害賠償責任

##### 1. 意義 및 性格

###### (1) 意義

海上物件運送人이라 함은 船舶所有者, 船舶共有者, 船舶賃借人, 定期傭船者로서 자기 명의로 해상운송을 하는 자를 말한다.

海上運送人の 損害賠償責任의 성질은 債務不履行에 의한 損害賠償責任이다. 債務不履行에 의한 손해배상이란 채무자의 有責事由에 의한 債務不履行이 있게 되면, 債務者는 債權者에 대하여 그 不履行으로 발생한 손해를 배상하는 것이다.<sup>1)</sup> 따라서 海上運送人の 損害賠償責任은 運送物損害가 야기된 원인이 海上物件運送에 관한 법률이 규정하는 有責事由에 해당된 경우에 海上運送人이 하주가 입은 손해를 填補하는 책임이라 할 수 있다.

運送人の 損害賠償責任은 기본적으로 過失責任主義를 원칙으로 하는데, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 수용한 국가에서는 과실을 航海過失과 商事過失로 나누어 航海過失에 대하여는 運送人の 책임을 免除하고 있다.

###### (2) 性格

운송물의 손해가 海上運送人の 有責事由에 의하여 발생한 것은 海上運送人

---

1) 郭潤直, 「債權總論」(서울: 博英社, 1995), 195面.

이 海上物件運送契約에 관한 채무를 이행하지 않은 것이다. 따라서 海上運送人の 그에 대한 賠償責任은 기본적으로 債務不履行責任이다.

그러나 運送物損害를 야기하는 運送人の 行爲가 동시에 民法上の 不法行爲의 要件도 함께 충족하는 경우도 있다. 즉 海上運送人の 자신 또는 그의 사용인의 故意 또는 過失로 운송물의 손해를 야기함으로써 運送物所有者에게 손해를 입힌 경우에 海上運送人の 責任의 성질은 不法行爲責任에도 해당된다.

## 2. 堪航能力注意義務

海上運送人の 책임에 관하여 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 수용한 각국 해상법은 堪航能力注意義務에 관한 규정을 두고 있다. 이것은 海上運送이 陸上運送과는 달리 고도의 위험성을 수반하기 때문에 이 특별한 注意義務를 海上運送人에게 부과하는 것이다.<sup>2)</sup>

堪航能力注意義務의 내용은 ① 선박 자체가 안전하게 항해를 할 수 있을 것, ② 필요한 船員의 乘船, 船舶艙裝과 必要品の 보급에 부족함이 없을 것, ③ 船艙·冷藏室 기타 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 受領·運送과 保存을 위하여 적합한 상태에 둘 것을 말한다. 運送人은 이 義務를 出航 前 및 出航 當時 相當한 注意로써 履行하여야 한다.

堪航能力에 관한 理論은 1681년 루이 14세의 海事勅令에 대한 Vailin의 주해서에서 최초로 등장하였다.<sup>3)</sup> 따라서 감항능력주의의무는 헤이그규칙 의하여 창설된 것이 아니고, 헤이그규칙이 성립하기 전 세계 각국의 海商法에서 海上運送人の 義務로서 널리 인정되어 왔다. 단, 比較法的으로 보면 이 義務를 絶對義務(absolute undertaking) 또는 擔保(warranty)로서 규정하는가 혹은 相當한 注意義務(due diligence)로서 규정하는가에 대해서는 立法이 일치하지 않는다. 日本 商法 중 堪航能力注意義務에 관한 條文인 제738조는 絶對責任을 규정한 반면에 美國 하터법과 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 堪航能力注意義務를 모두 相當한 注意義務로 규정하고 있으므로 過失責任主義를 취하고 있다.

2) 李範燦·崔竣瑤, 「商法(下)」(서울: 博英社, 2004), 773面.

3) 上掲書, 775面.

함부르크규칙은 전통적인 출항 당시의 堪航能力主義義務에 관한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 이것은 함부르크규칙이 堪航能力主義義務를 廢止한 것이 아니라, 堪港義務를 過失推定責任(동 규칙 제5조 제1항)에 통합한 것이다.<sup>4)</sup>

### 3. 運送物에 관한 注意義務

運送物에 관한 注意義務는 堪航能力注意義務와 마찬가지로 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 수용한 각국 海商法에서 규정되고 있다. 運送物에 관한 注意義務는 운송물 자체에 대한 注意義務이다.

그러나 注意事項의 범위가 國內立法에 따라 약간 다르게 나타난다. 이 의무에 대하여 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 그대로 受容한 立法에서는 注意事項의 범위가 운송물의 船積·取扱·積付·運送·保管 및 揚陸에 미치나, 日本 國際物品運送法과 韓國 商法의 경우 그 범위는 受領·船籍·積付·運送·保管·揚陸과 引渡에까지 미친다.

注意義務의 程度는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 “적절하고 주의깊게”(properly and carefully)이다. “적절하고 주의깊게”는 相當한 注意義務로 이해하는 견해와 嚴格義務로 이해하는 견해가 대립하고 있다. 美國의 일부 법원은 이 의무가 상당한 주의의무라고 주장하여 運送人이 免責되기 위해서는 운송물의 관리에 관한 상당한 주의의무만 다하였음을 증명하면 된다고 한다. 英國은 “적절하고 주의깊게”라는 말은 專門技術人이 그 運送物의 特性에 따른 세심한 주의를 기울일 것을 요구한다고 해석함으로써 嚴格責任으로 이해한다. 대륙 법계에서는 相當한 注意義務를 원칙으로 하고, 運送人이 專門的인 技術人으로서 좀 더 具體的이고 技術的인 주의를 요구한다고 해석한다.<sup>5)</sup>

함부르크규칙에서는 運送物에 관한 注意義務에 대한 별도 규정이 없으며 이 의무도 역시 過失推定責任에 관한 규정에 통합된다.

### 4. 免責事由

---

4) 戶田修三·中村眞澄, 「國際海上物品運送法」(東京: 青林書院, 1997), 122面.

5) 鄭映錫, 「國際海上運送法」(서울: 범한서적주식회사, 2004), 48~49面.

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 그에 따른 國內立法에서는 過失責任主義에 입각하면서 일정한 범위의 免責事由를 인정하고 있다. 免責事由의 性格에 따라 免責事由를 航海過失, 火災, 海上固有의 危險, 荷主의 歸責事由, 船舶의 숨은 缺陷, 海難救助活動 또는 相當한 理由있는 離路 및 總括的 免責事由로 나눌 수 있다.

함부르크규칙은 航海過失, 화재 등의 이른바 免責리스트를 폐지하였으며, 이로써 慣行的인 免責事由를 기초로 한 英美式의 불안정 표현방식을 지양하고 責任을 포괄적으로 표현하는 大陸法式의 抽象的 입법방식을 취하고 있다. 함부르크규칙 하에서는 해상운송법분야에서 확립된 오랜 원칙인 航海過失에 대한 면책은 過失責任主義와 충돌되므로 당연히 허용되지 아니한다. 航海過失을 폐지한 것은 함부르크규칙의 가장 큰 특징이라고 볼 수 있다. 화재의 경우, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 運送人의 사용인의 고의 또는 과실로 인하여 야기된 화재는 免責事由에 해당되지만, 함부르크규칙 하에서는 하주가 運送人, 그의 사용인 또는 대리인측의 과실로 인하여 화재가 일어났다는 것을 증명할 때에는 運送人이 화재로 인한 運送物損害에 대한 배상책임을 부담해야 한다. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 나머지 免責事由, 예컨대 해상고유의 위험, 하주의 귀책사유와 선박의 숨은 하자 등은 運送人의 과실이 아니므로 함부르크규칙 하에서도 위와 같은 사유에 의하여 발생한 운송물의 손해에 대하여 하주가 海上運送人에게 책임을 물을 수 없을 것이다.

## 5. 責任의 範圍

해상법상 海上運送人의 배상책임범위는 定額賠償責任主義原則에 따라 배상을 하지만, 손해가 運送人 자신의 故意 또는 重過失로 인하여 생긴 경우를 제외하고 海上運送人은 法定單位責任限度에 따라 그 책임을 制限할 수 있다.

損害賠償의 범위는 運送物의 滅失·毀損 및 引渡遲延을 포함하고 있다. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 引渡遲延에 의한 運送人의 책임에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않지만 1923년 海事法會議에 의하면 이러한 손해가 헤이그규칙의 손해의 개념에 포함되는지의 여부는 國內法의 제정에 委任한 것이다.

함부르크규칙은 운송물의 引渡遲延에 의한 손해에 대하여도 運送人의 책임을 인정하고 있다(동 규칙 제5조 제1항).

운송물의 滅失 또는 毀損에 관한 損害賠償額은 통상 到着地의 운송물의 市場價格에 의하여 정한다. 이와 같이 損害賠償額을 定型化하는 것은 대량의 物件運送을 하는 運送人을 보호하는 동시에 法律關係를 簡明하게 함으로써 배상액에 관한 분쟁의 방지를 도모하기 위한 것이다.<sup>6)</sup> 그러나 滅失과 毀損 없이 운송물이 단순히 引渡遲延된 경우에는 損害賠償額算定の 기준은 일반적으로 각국 해상법에 규정되어 있지 않기 때문에 논란의 소지가 있다.

單位당 責任制限의 計算基準은 헤이그규칙 및 동 규칙을 수용한 나라의 해상법상 包裝당 또는 船積單位당이 된다. 그러나 헤이그-비스비규칙 및 동 규칙을 수용한 나라의 해상법에서는 운송물의 重量制責任限度도 두고 있으므로 總重量에 의하여 계산된 責任限度額이 包裝당 또는 船積單位당에 의한 責任限度額보다 높으면 重量制責任限度가 적용된다.

## 6. 不法行爲責任, 使用人과 代理人의 責任

전술한 海上運送人의 배상책임의 성질에 있어서 언급한 바와 같이 海上運送人의 損害賠償責任이 債務不履行責任이지만, 運送人의 행위가 동시에 不法行爲의 要件도 충족할 때는 배상청구자가 運送人에게 不法行爲責任도 물을 수 있다.

海上運送業의 특수성에 의하여 運送人의 契約責任을 免除 또는 輕減하는 것이 법률상 인정되고 있지만, 運送人의 不法行爲責任이 성립한 경우에 運送人의 賠償責任處理에 대하여 請求權競合으로서 계속 다투어져 왔던 문제이다. 그러나 請求權의 競合을 인정하면 운송법상의 運送人의 책임을 면제 또는 경감하는 규정이 不法行爲責任에는 적용되지 않으므로 運送法上의 각 利益衡量을 구체화한 규정이 死文化된다는 문제가 발생한다. 헤이그-비스비규칙은 이러한 請求權의 競合問題를 해결하기 위하여 동 규칙에 규정되고 있는 運送人의 抗辯

---

6) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 252面.

및 責任制限은 배상청구자가 운송물의 손해에 관하여 運送人에게 不法行爲責任에 기인한 소송에도 적용된다고 한다(비스비규칙 제3조).

그리고 운송물에 관한 손해배상청구가 運送人의 使用人 또는 代理人에 대하여 제기된 경우에 運送人의 使用人和 代理人에게 全面的인 책임이 인정되면 결국 運送人에게 인정된 責任輕減規定이 무의미해진다. 따라서 헤이그-비스비규칙 및 동 규칙에 따른 국내 해상법은 運送人의 使用人和 代理人에게도 運送人이 주장할 수 있는 抗辯과 責任制限을 援用할 수 있는 權利를 부여하고 있다.

## II. 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 立法例

### 1. 英國

不文法國家인 英國은 원래 해상법을 成文法으로 제정하지 않았으나, 1854년에 基本法이라고 할 수 있는 商船法(The Merchant Shipping Act)을 제정하였다. 이 법은 그 후 수차례의 개정이 있었는데, 이 중 중요한 것으로는 1894년에 公法과 私法을 統合整理하여 전면 개정하였고, 1979년에 1876년의 海事債權責任制限協約에 따라 船主責任制限에 대하여 개정된 것을 들 수 있다. 그 외의 成文法으로는 1885년의 船荷證券法, 1906년의 海上保險法, 1911년의 海上條約法, 1924년 海上物件運送法 등이 중요하다.<sup>7)</sup>

1924년 海上物件運送法(Carriage of Goods by Sea Act 1924)은 헤이그규칙을 國內法으로 수용한 입법으로서 海上運送人의 損害賠償責任에 적용한 법률이었다. 헤이그-비스비규칙의 발효에 따라 영국은 1971년 海上物件運送法에서 헤이그-비스비규칙을 채용하여, 1977년 6월 23일에 시행하면서, 동시에 1924년 海上物件運送法을 폐지시켰다. 1971년 법은 영국에서 발행한 모든 선하증권 또는 헤이그-비스비규칙의 加入國에서 발행한 선하증권에 적용되고, 일정한 조건 하에 運送狀(Waybill)에도 적용된다.<sup>8)</sup>

7) 鄭燦亨, 「商法講義(下)」(서울: 博英社, 2003), 730面.

8) 운송장에 “유통불가”라는 문구가 표시되어 있고, 운송장이 海上物件運送契約를 구성하며, 또한 운송장에 헤이그-비스비규칙에 의한다는 명백한 규정을 포함한 경

## 2. 美國

초기에 英國의 判例法을 그대로 수용하였으나, 점차 各地方 海事法院의 판결을 중심으로 독자적인 법을 형성하였다. 미국의 독립을 계기로 各州가 독자적인 立法權과 司法權을 가지게 되자 海上事件의 管轄問題가 중요한 관심사로 되면서, 聯邦法院에 모든 海上事件의 管轄權을 부여하였다. 그리하여 미국의 해상법은 연방법원의 관례법을 중심으로 발전하여 왔다.<sup>9)</sup> 미국에도 해상분야에 많은 制定法을 두고 있는데, 1893년 海上運送法인 하터법, 1936년 海上物件運送法, 1916년 船荷證券法, 1912년 海洋事故救助法, 1910년 海事優先特權法, 1851년 船主有限責任法, 1952년 外國船舶抵當法 등이 있다.

이 중에서 1893년 하터법(Harter Act 1893) 및 1936년 海上物件運送法(Carriage of Goods by Sea Act 1936)이 海上運送人의 損害賠償責任에 적용되는 법률이다. 1936년 海上物件運送法은 화물을 船積할 때부터 船上에서 揚陸할 때까지의 外航物件運送에 적용된다. 하터법은 船積 전의 기간 및 揚陸 후의 기간의 外航物件運送 및 모든 內航運送에 적용된다.

## 3. 프랑스

근대 중앙집권국가의 등장으로 海法은 地方法에서 國家法으로, 慣習法에서 制定法으로 발전하게 되었다. 1691년 프랑스 루이14세의 海事條例는 그 대표적인 것으로서 海事公法과 海事私法을 망라한 法典이었으며, 이 중 私法部分은 후에 1807년 나폴레옹商法典에 繼受되어 근대 대륙법계 해상법의 모범이 되었다.<sup>10)</sup> 즉 1807년의 商法典 제2편 「海商」이 프랑스의 海商法이다.

그러나 海上物件運送의 損害賠償責任에 적용된 법률은 1936년 4월 9일에 헤이그규칙을 채택한 국제운송법이다. 이 법은 1977년 7월 8일에 헤이그-비스비규칙 또한 1987년 7월 3일에 1979년 헤이그-비스비규칙의 特別引出權에

---

우를 말한다(1971년 해상물건운송법 제1조 제6항 b호).

9) 徐憲濟, 「商法講義(下)」(서울: 法文社, 2002), 291面.

10) 上掲書, 290面.



관한 議定書에 따라 改正되었다. 內航運送에 적용되는 법률은 1936년 4월 2일 제정되었으나, 그 후 1966년 6월 18일의 법의 제정에 의하여 폐지되었다. 1966년 6월 18일의 법은 원칙적으로 傭船運送에 적용하는데, 동시에 船荷證券 및 이와 유사한 權原證券 하에서의 內航海上物件運送에도 적용된다.

#### 4. 日本

日本 최초의 포괄적인 해상법은 1890년 제정된 商法(소위 舊商法) 중 제2편 「海商」이지만, 이 법은 1899년 제정된 商法(소위 新商法)으로 제5편 「해상」으로 대체되었다. 1936년 신상법이 다시 개정되어 해상법은 商法 제4편이 된 것이 현행 해상법이다.<sup>11)</sup>

1957년 일본은 헤이그규칙을 비준하여 國際運送에 적용한 國際海上物品運送法을 제정하였다. 그 뒤 헤이그-비스비규칙의 1979년 議定書의 비준에 따라 1992년 國際海上物品運送法을 개정하였다. 따라서 國際海上運送에 관한 運送人의 損害賠償責任은 1992년 개정된 國際海上物品運送法을 적용하고, 內航海上運送에 관한 運送人의 損害賠償責任은 日本商法을 적용한다.

#### 5. 韓國

韓國은 일본을 통해 大陸法을 繼受하였으며 그 중 해상법도 포함되어 있었다. 1962년 제정된 상법은 제5편에 해상에 관한 규정을 두고 있었다. 그러나 海運産業의 비약적인 발전에도 불구하고 그에 따른 해상법의 개정작업을 게을리함으로써 해상법의 상당부분이 현실과는 맞지 않는다는 비판을 받아 왔다. 그리하여 1991년에 이르러 保險法과 함께 商法 海商編을 개정하게 되었는데 개정된 해상편이 현행 해상법이다.<sup>12)</sup> 현행 해상법은 海上運送人의 損害賠償責任에 관하여 헤이그 규칙을 따르고 있다. 한국은 다른 나라와 달리 外航物件運送과 內航物件運送과 구분하지 않고 運送人의 損害賠償責任에 대하여 모두 韓國商法을 적용한다.

11) 田村諄之輔·平出慶道, 「保險法·海商法」(東京: 青林書院, 2003), 133面.

12) 徐憲濟, 前掲書, 291面.

## 6. 中國

중국에서 해상법은 1992년에 비로소 제정되었는데, 이 법은 船舶, 船員, 海上物件運送契約, 旅客運送契約, 傭船契約, 海上曳船契約, 船舶衝突, 海難救助, 共同海損, 海事賠償責任制限 및 海上保險契約에 관한 내용을 포함하여 총 278개 조문으로 구성되어 있다. 國際海上物件運送의 運送人의 배상책임은 中國海商法 제4장 海上物件運送契約의 제2절 運送人의 책임에 관한 규정을 적용한다. 중국은 헤이그-비스비규칙을 포함한 海上物件運送法에 관한 주요한 國際協約을 비준하지 않았지만, 運送人의 損害賠償責任은 기본적으로는 헤이그-비스비규칙을 참조하여 규정하고, 일부 條文은 함부르크규칙의 규정을 참조하여 규정하고 있다.

중국의 國內海上物件運送은 1999년에 제정된 中國契約法 및 2001년 交通部가 제정한 行政法規인 水路貨物運送規則을 적용하고 있다.

## III. 海上運送人의 損害賠償責任에 관한 國際協約

### 1. 헤이그규칙

#### (1) 成立經緯

넬리 헤이그 규칙(The Hague Rules)이라고 불린 1924년 船荷證券統一協約은 非政府組織인 國際法協會(ILA)<sup>13)</sup> 및 國際海法會(CMI)<sup>14)</sup>의 合作과 民間海運貿易團體의 協力에 의하여 성립된 協約이다. 이 규칙은 普通契約約款인 船荷證券約款의 規制立法制定에 관한 국제적인 운동의 産物이지만, 동시에 運送人의 競爭條件을 동등하게 하기 위한 수단이라고도 할 수 있다.<sup>15)</sup>

13) 국제법협회(ILA)(The International Law Association)는 1873년에 설립되었으며, 이 협회는 법의 국제적인 통일을 통하여 세계평화에 공헌하는 것을 목적으로 한다.

14) 국제해법회(CMI)(Comite Maritime International)는 1896년에 설립되었으며, 이 협회는 해사법의 영역과 관련한 협력기구이다.

15) 武知政芳, “海上物品運送條約の國際的動向”, 「海法大系」(東京: 商事法務, 2003),

運送人에 의한 船荷證券上의 免責約款濫用禁止의 문제는 미국 하터법의 경우와 같이 각국이 국내법에 의한 強行的 禁止規定으로 그 해결을 볼 수도 있었겠지만, 海運業은 국제적으로 이루어지는 활동이기 때문에 그 효과가 적고 그 나라의 해운을 다른 나라의 해운에 비하여 경쟁상 불리하게 만들기 때문에 많은 나라가 이러한 방법에 찬성하지 않았다.<sup>16)</sup> 특히 영국에서는 “契約自由”를 방패로 하여 約款規制立法을 강력히 반대하였다. 그런데 캐나다, 호주 등 영국의 舊植民地의 자치령 등이 벌써 미국의 하터법을 繼受하였으며, 뉴질랜드는 1903년의 海運海員法, 호주는 1904년의 海上物品運送法, 또한 캐나다는 1910년의 水上物品運送法을 차례로 제정하였다. 이러한 船荷證券約款規制의 제정과 더불어 自治領政府가 規制立法을 大英帝國 내의 해상운송을 거의 독점하는 영국의 선주에 적용하기 위하여 영국정부에게도 같은 입법을 제정한 것을 요구하였다. 제1차 세계대전 후 1920년 6월 영국은 결국 자치령정부의 요구를 받아들여 자치령정부 및 해운무역관계자의 대표로 구성된 大英帝國海運委員會를 설치하였다. 동 위원회는 다음 해 1921년 2월 約款規制立法 중에서 가장 새로운 경험을 가지고 있는 1910년 캐나다 水上物件運送法을 기초로 하고 영국 식민지 및 자치령에도 적용되는 運送人의 책임에 관한 통일법을 제정해야 하는 것을 영국정부 및 그의 자치령정부에 勸告하는 보고서를 작성하여 大英帝國會議에 제출하였다. 1921년 여름에 개최된 大英帝國會議은 大英帝國海運委員會의 권고를 채택하여 영국 및 구식민지의 자치령정부에 運送人의 책임에 관한 統一法을 國內立法化하는 것을 위임하였다.<sup>17)</sup>

영국은 이러한 法律制定으로 인하여 국제경쟁에 있어서 일본의 선주 등에 비하여 불리한 조건에 위치된 것을 두려워하여 즉시 국제적 통일을 위한 협약 제정운동과 결부시키고자 하여 國際法協會에 統一協約制定을 즉시 강력하게 추진하였다. 이에 의하여 國際法協會의 英國人會員으로 구성된 海事法委員會 (Maritime Law Committee)는 그 동안 진행해온 傭船契約法의 통일을 위한

---

229面.

16) 林東喆, 「해상법·국제운송법연구」(부산: 효성출판사, 1996), 63面.

17) 武知政芳, 前掲書, 230~231面.

노력을 중지하고 선하증권통일을 위하여 노력하기로 방침을 바꾸었다. 1921년 5월 영국 고등법원 재판장 Henry Duke를 의장으로 하여 개최된 國際法協會의 海事法委員會는 1921년의 大英帝國海運委員會의 권고에 따라 캐나다 水上物件運送法을 기초로 模範統一規則(uniform model rules)을 제정하기로 하여 동시에 草案作成을 위한 소위원회를 설치하였다. 초안은 불과 1개월 후인 6월에 완성되었다. 1921년 8월 國際法協會의 헤이그회의에서 그 초안을 4일 동안의 집중적인 심의를 걸친 후 9월 3일 船荷證券約款으로서의 채용된 自主規則인 “1921년 헤이그 규칙”을 채택하였다.<sup>18)</sup>

1922년 2월 영국 商務省(Board of Trade)은 1921년 헤이그 규칙에 타협적인 수정을 하여 영국의회에 제출할 법안(이하 英國商務省案이라고 함)으로 작성하였다. 그러나 영국의 국내에는 영국의 단독적인 입법보다도 협약에 의한 국제적인 통일법을 요구하는 의견이 많아 英國商務省案의 法案化는 중지되었다. 영국은 英國商務省案을 이미 개최가 예정된 브뤼셀外交會議에서 협약안으로 제출하기 위하여 CMI(Comite Maritime International)에 위임하였다. 1922년 10월 CMI 런던회의에서 英國商務省案을 검토하여 CMI협약안으로 채택되었다. 이 CMI협약안은 그해 11월 개최된 브뤼셀외교회의에 제출되어 약간의 수정을 하여 협약안으로서 채택되었다. 이 안은 1923년 10월 외교회의 확대소위원회에서 협약안으로서 체제를 갖추게 된 후 다음 해 1924년 4월의 브뤼셀 外交會議에 보내게 되었으며, 공식적으로 협약안으로서 채택되었다.<sup>19)</sup>

## (2) 協約의 主要內容

헤이그규칙은 海上運送人의 최소한의 의무와 책임을 규정하는 동시에 권리와 면책의 최대한을 규정하는 16개의 조문으로 구성되어 있다. 이 규칙은 運送人을 責任主體로 규정하고 있으며, 運送人에게 堪航能力注意義務(동 규칙 제3조 제1항)와 運送物에 관한 注意義務(동 규칙 제3조 제2항)를 부과시키고 있

18) 즉 협약의 형식이 아니고 공동해손에 관한 요오크·안트워프규칙(York Antwerp Rules)과 마찬가지로 그 채택여부가 당사자의 선택에 달린 임의적인 것이다.

19) 武知政芳, 前掲書, 231~233面.

다. 또 航海過失을 포함한 일정한 사유를 열거하여 이 경우에는 海上運送人은 원칙적으로 면책되는 것으로 하고 있다(동 규칙 제4조 제2항). 그 이외의 경우에는 책임을 輕減하는 약관을 규정하더라도 海上運送人은 그의 책임을 면할 수 없고 보험의 이익을 運送人에게 양도하는 조항 또는 이와 유사한 모든 조항은 면책약관과 마찬가지로 무효로 한다(동 규칙 제3조 제8항). 그리고 동 규칙은 海上運送人의 책임한도를 정하여 이해관계의 조화를 도모하고 있다(동 규칙 제4조 제5항). 또한 송하인이 일정한 방식에 의하여 청구한 때에는 運送人은 법정 사항을 기재한 선하증권을 교부하여야 한다(동 규칙 제3조 제3항). 이와 같은 선하증권은 反證이 없는 한 法定事項의 기재에 따라 운송물을 運送人이 受領한 것을 인증하는 증거가 되는 것으로 한다(동 규칙 제3조 제4항).

### (3) 批准現況 및 各國에 의한 採擇

헤이그규칙은 1931년 발효하였다. 현재까지 86개 국가 또는 지역이 이 규칙을 비준하였으며,<sup>20)</sup> 체약국이 헤이그규칙을 실시하기 위한 국내법을 제정하는 입법방식은 각 나라마다 다르지만 3가지로 크게 분류할 수 있다.

① 첫 번째 입장은 헤이그규칙 중의 실질규정을 그대로 받아들여 법률규정으로 채택하고 이것에 약간의 補充規定을 두어 單行法으로 하는 방법이다(예: 영국의 1924년 해상물건운송법).

② 두 번째 입장은 헤이그규칙의 각 규정의 의미를 해석하여 그 실질적 내용이 무엇인가를 분명히 하고 그 분명해진 실질적 내용을 채택하여 자국의 法體系에 적합한 獨自的인 單行法을 제정하는 방식이다(예: 프랑스의 1936년 海上物件運送法 및 일본의 1957년 海上物品運送法).

③ 세 번째 입장은 헤이그규칙의 각 규정을 해석하여 그 실질적인 내용을 분명히 하고 그 분명해진 실질적인 내용을 채택한다는 점에서는 두 번째의 입장과 같으나 이것에 기한 單行法을 제정하는 대신 헤이그규칙의 실질적인 내용을 충분히 정리하고 體系化하여 商法典의 내용으로 받아들이는 방법이다(예: 독일

---

20) <http://www.comitemaritime.org/ratific/brus/bru05.html>, CMI 홈페이지, 검색일자 2005. 12. 12.

의 1936년 개정상법전).<sup>21)</sup>

## 2. 헤이그-비스비규칙

### (1) 成立經緯

헤이그규칙은 1924년에 성립한 이래 세계 여러 나라에 의하여 직접 또는 간접으로 채택되어 海上物件運送法의 國際的 통일에 큰 공헌을 하여 왔다. 그러나 협약이 성립한 후 상당한 시간이 경과함에 따라 여러 가지 문제가 생기게 되었다. 그리하여 CMI는 1959년 리에카 회의에서 헤이그규칙의 적용범위를 확대하도록 해야 한다는 권고를 채택하고, 이어 협약전반에 대한 改正問題를 검토하기 위하여 船荷證券條項小委員會(Sub-Committee on Bill of Lading Clauses)를 설치하여 활동을 시작하게 되었다.<sup>22)</sup> CMI의 船荷證券小委員會는 1960년 11월 런던에서, 그리고 1961년 8월 파리에서 회의를 열어 수차의 검토를 한 후에 보고서를 작성하여 CMI에 제출하였다. 그 이후 1963년 스톡홀름에서 개최된 총회에서 헤이그규칙의 일부개정안을 채택하였다. 이 改正案은 스톡홀름 인근의 비스비시에서 署名되었는데, 이를 비스비규칙이라 한다. 1968년의 海事法外交會議에서는 이 개정안을 기초로 하는 헤이그규칙의 改正議定書가 채택되었다.<sup>23)</sup> 본 개정의정서에는 협약과 의정서는 하나의 문서로 한다는 소위 일체 조항을 두고 있으며(동 규칙 제6조), 헤이그규칙과 본 의정서는 하나로 취급함으로써 본 의정서에 의하여 개정된 헤이그규칙은 헤이그-비스비규칙이라고 한다.<sup>24)</sup>

### (2) 協約의 主要內容

비스비규칙에서의 헤이그규칙에 대한 개정내용은 ① 선하증권의 기재의 絶對的인 證據力의 承認(동 규칙 제1조 제1항), ② 提訴期間의 적용의 明確化와

---

21) 鄭暎錫, “해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구”, 한국해양대학교 해사법학과 박사학위논문(1995), 48面.

22) 林東喆, 前掲書, 96~97面.

23) 上掲書, 98面.

24) 武知政芳, 前掲書, 234面.

提訴期間延長의 合意의 承認(동 규칙 제1조 제2항), ③ 法廷地의 許容期間 내 에 求償權行使에 관한 소송의 허용(동 규칙 제1조 제3항), ④ 運送人의 責任限 度額의 引上, 기준통화의 파운드에서 금프랑으로의 변경, 責任制限 금액의 결 정방식으로서 한 包裝당 또는 한 船積單位당과 重量당의 병용방식으로서의 변경 및 責任制限의 阻却事由의 法定(동 규칙 제2조), ⑤ 不法行爲訴訟의 적용(동 규 칙 제3조), ⑥ 原子力 손해에 관한 협약 및 국내법의 영향을 받지 않는다는 것 (동 규칙 제4조), ⑦ 협약의 적용범위의 확대(동 규칙 제5조)이다. 개정내용 중 에서 가장 중요한 것은 責任制限額의 인상이다. 한 포장·한 선적단위당의 한도 액이 10,000금프랑으로 증액되고 또 새로운 物件重量을 기초에 1킬로그램당 30 금프랑의 새로운 방식이 도입됨으로서 둘 중의 높은 금액을 한도로 하는 병 용주의가 채택되었다.<sup>25)</sup>

### (3) 批准現況 및 各國에 의한 採擇

헤이그-비스비규칙은 1977년 발효되고, 현재까지 27개 국가 또는 지역이 이 규칙을 비준하였다.<sup>26)</sup> 改正議定書에 따라서 가장 선도적으로 法制活動을 한 스칸디나비아 제국은 1973년에서 1975년 사이에 헤이그-비스비규칙을 법 전에 수용하였고, 체약국이 아니면서 다만 국내법에 수용한 나라로는 유고슬라 비아, 아르헨티나, 리베리아 등 3개국이 있다.<sup>27)</sup>

## 3. 함부르크규칙

### (1) 成立經緯

1960년대 후반 開發途上國은 先進海運國에 의한 해운의 지배를 비판하였으 며, 開發途上國은 헤이그규칙에 대하여도 否定的인 견해를 갖고 있었다. 그 이

25) 1979년에는 책임한도의 표시에 대하여 국제통화기금(IMF)의 특별인출권(SDR)을 기준으로 하고 책임한도액도 인상되어 666.67SDR 또한 물품의 중량 1킬로그램 당 2SDR 중 높은 금액으로 하는(동의정서 제2조) SDR 개정의정서가 성립되었다.

26) <http://www.comitemaritime.org/ratific/brus/bru06.html>, CMI 홈페이지, 검색일 자 2005. 12. 14.

27) 林東喆, 前掲書, 96~97面.

유를 보면 헤이그규칙의 責任體制 하에 비용은 주로 하주측이 부담하고 있으며 荷主國에서 海運國으로 소득이전이 발생하고 있으므로 실질적으로는 開發途上國이 그 소득이전의 희생자라고 하는 것이다. 開發途上國이 유엔貿易開發會議(UNCTAD)를 무대로 그 변혁을 구하는 운동을 전개하였다. UNCTAD의 海運委員會는 1969년 國際海運立法에 관한 實務部(Working Group on International Legislation)를 설치함으로써 開發途上國의 경제발전상의 요구에 부합한다는 관점에서 선하증권분야에 관한 국제입법과 관행의 재검토를 하였다. 이 實務部는 1971년 2월 유엔國際商去來法委員會(UNCITRAL)에 선하증권에 관한 법제와 관행의 재검토 및 헤이그규칙개정안의 작성을 권고하였다. UNCITRAL는 이 권고를 채택하여 運送人의 책임을 강화하는 새로운 협약안을 작성하였다. 1978년 유엔의 全權代表者會議가 西獨의 함부르크에서 개최되어 UNCITRAL의 협약안의 기본적인 입장이 채용되었으며, “1978년 유엔해상물건운송협약”(United Nations Convention on the carriage of goods by sea, 1978)이 다수국의 찬성으로 채택되었다.<sup>28)</sup> 또한 협약은 함부르크 규칙이라는 명칭으로 결정되었다.

## (2) 協約의 主要內容

함부르크규칙은 實質規定과 節次規定을 합하여 총 7개의 장과 34개의 조문으로 구성되어 있고, 기존의 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 현저하게 변경하였으며, 특히 運送人의 責任을 強化하였는데 그 내용은 다음과 같다.

### ① 實際運送人의 責任

實際運送人이란 契約運送人으로부터 物件運送의 전부 또는 일부의 履行 委託을 받아들인 자를 말하며(동 규칙 제1조 제2항), 이행한 운송의 범위에서 荷主에 대하여 運送人과 連帶責任을 부담한다(동 규칙 제10조 제2항, 제10조 제4항).

### ② 時間的 適用範圍의 擴大

運送人이 強行法的인 책임을 부담해야 할 기간은 화물이 船積港에서 揚陸港

---

28) 武知政芳, 前掲書, 236~237面.



까지 運送人の 관리 하에 있는 기간이다(동 규칙 제4조).

### ③ 運送人の 責任原則

함부르크규칙은 航海過失免責을 포함한 헤이그규칙의 전통적인 免責事由의 열거를 폐지하여 過失推定責任原則을 채용하고 있다.<sup>29)</sup> 즉 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延을 원인으로 하여 일어난 사고가 責任期間에서 일어난 때에는 運送人이 그 자신, 그의 사용자 또는 대리인이 사고 및 결과를 방지하기 위하여 합리적으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것을 증명하지 못한 때에는 그 손해에 대하여 배상책임을 한다(동 규칙 제5조 제1항).

### ④ 運送人の 責任限度額의 引上

運送人の 責任限度額은 헤이그-비스비규칙에서 정한 限度額보다 25프로 증액되어 한 포장당 835 SDR, 중량 1킬로그램당 2.5 SDR로 되어 있다(동 규칙 제6조 제1항 (a)호, 제26조).

### ⑤ 損害의 通知期間의 延長

物件의 毀損·滅失의 通知期間은 손해가 외관상 명백한 경우는 1작업일 이고 숨은 毀損의 경우는 15일로 연장하고(동 규칙 제19조 제2항), 引渡遲延의 경우는 60일의 기간으로 하고 있다(동 규칙 동조 제5항).

### ⑥ 재판관할약관 및 중재약관의 효력에 대한 제한

손해배상청구자는 피고의 주된 營業所의 所在地, 契約締結地, 船積地, 揚陸地, 운송계약에서 지정한 장소, 또는 船舶押留地에서 소송을 제기할 수 있다(동 규칙 제21조 제1항, 제2항). 중재약관에도 같은 효력 제한을 규정하고 있다(동 규칙 제22조 제3항).

### ⑦ 제소기한의 연장

제소기한은 2년으로 연장되고 있다(동 규칙 제20조)

그리고 함부르크 규칙은 많은 근대화 규정을 두고 있다. 예를 들면 1) 전자식 선하증권·전자식 해상운송장의 적용(동 규칙 제1조 제6항), 2) 산 動物(동

---

29) 이 責任原則은 과실추정이라고 하는 것은 동협약의 最終條項의 第2附屬書에서 명시하고 있다.

규칙 제1조 제5항) 및 갑판적 운송물(동 규칙 제9조)의 적용, 3) 복합운송의 해상운송부분 적용(동 규칙 제1조 제6항), 4) 선하증권의 서명요건의 완화(동 규칙 제14조 제3항) 등이 있다.

### (3) 批准現況 및 各國에 의한 採擇

함부르크 규칙은 1992년 발효하였고, 비준국은 31개국이다.<sup>30)</sup> 최근에 각국이 국내법의 개정에서 함부르크 규칙의 책임체제를 실질적으로 수용한 先進海運國도 있고, 이 규칙의 개별적인 규정, 특히 협약의 적용범위를 확대하는 규정은 헤이그-비스비규칙 체제의 나라에서도 자주 採用하고 있다. 함부르크 규칙은 이후에도 적지 않는 나라의 海上物件運送法の 國內法에 영향을 계속 미칠 것이고, 또한 이후의 새로운 협약의 改正論議에 있어서도 중요한 위치를 차지할 것으로 본다.<sup>31)</sup>

## 第2節 中國海上運送人の 損害賠償責任法制

### I. 中國의 海上運送人の 損害賠償責任法制的 沿革

#### 1. 中華人民共和國 成立 前 海上運送人の 損害賠償責任

중국은 유구한 해운 역사를 가지고 있음에도 불구하고<sup>32)</sup> 오늘날까지 전해진 海運慣行이나 해운에 관한 古代立法은 전혀 없다.

明·淸나라 때는 관문을 닫고 외부 세계와 왕래하지 않고 鎖國政策을 실시하

30) <http://www.jus.uio.no/lm/un.conventions.membership.status/un.sea.carriage.hamburg.rules.1978.html>, 노르웨이 오슬로대학교 법학부 홈페이지, 검색일자 2005. 12. 16.

31) 武知政芳, 前掲書, 237面.

32) 唐나라 시기에 해운에 관한 사무를 관리하는 市舶司를 설치하고 있으며 당시에 廣州, 泉州, 楊州, 登州 등 지방에서 해상무역이 매우 활발하게 진행되고 있었다. 宋나라 시기의 해상무역은 南宋의 경제에서 중요한 역할을 담당하고 있었다(韋經建, 「海商法」(吉林: 吉林人民出版社, 1996), 30面).

였기 때문에 해운이 정지되었다.<sup>33)</sup> 그러나 청나라는 1842년 아편전쟁(鴉片戰爭)의 실패로 인하여 5군데의 通商港口를 열었다. 16년이 지난 후 영국과 프랑스가 제2차 鴉片戰爭을 통하여 11군데의 通商港口를 더 열었고, 내수 運航權까지 취득하였다. 20세기 초까지 중국해운은 외국, 특히 영국 세력으로부터 통제를 받았다. 그 당시에 외국의 領事裁判權이 인정되었기 때문에 중국 領海에서 발생한 海事事變에 대해서는 중국법원에 司法管轄權이 없었다.

청나라말기에 법제를 개편하기 위하여 일본 법학자 松岡義正과 志田鉀太郎를 초청하여 民法典과 商法典의 草案을 작성하기 시작하였다. 1909년에 263개 조문으로 구성된 海船法을 포함한 『大清商律』의 초안이 완성되었으나 청나라의 政權이 顛覆되었기 때문에 制定·公布되지 못하였다.

위의 초안 중 海船法의 내용은 1919년 北洋軍閥 정부에서 다시 한번 수정된 후, 중국의 國民黨 정부가 그 기반을 토대로 다시 정리하여 1929년 『中華民國海商法』을 公布하였다. 그러나 국가가 완전히 독립하지 못하였기 때문에 법률로서의 효력을 갖지 못하였다.

## 2. 中華人民共和國 成立 後 海上運送人의 損害賠償責任

### (1) 中國海商法 制定 前의 海上運送人의 損害賠償責任

1992년 中國海商法이 制定·公布되기 전, 海上物件損害賠償에 적용된 법률은 1959년 9월 19일 交通部에서 公布한 行政法規인 『關與海損賠償的幾項規定』(이하 “海損賠償規定”이라고 함)이었다. 이 海損賠償規定은 총 4개 조문으로 구성되어 責任主體, 責任原則 및 責任制限에 대해서만 규정하고 있었다. 그러나 현행 中國海商法이 海上物件運送契約과 海上旅客運送契約을 분리하고 서로 다른 責任原則을 적용하는 것과 달리 海損賠償規定에서는 통합하여, 동일한 責任原則을 적용하고 있었다.<sup>34)</sup>

---

33) 명나라 永樂帝는 1405년부터 1433년까지 7차례에 걸쳐 鄭和를 시켜 동남아, 인도, 실론, 이란, 사우디아라비아, 아프리카까지 항해하여 1502년 포르투갈 바스코 다가마가 희망봉을 돌아 인도 남부에 도달하기 70년 전까지 많은 업적을 쌓았다 (白陽 저, 김영수 옮김, 「중국사」(서울: 창해, 2005), 261~271面).

海損賠償規定상의 責任主體에 관한 규정은 통일적이지 못하였는데, 예를 들면 제1조에서는 賠償責任은 船舶所有者가 부담하여야 한다고 하고 있지만, 제2조와 제3조에서는 責任主體가 運送人이라고 규정을 하고 있다. 이 責任原則은 기본적으로 過失責任으로 규정되어 있다. 즉 船長, 船員, 導船士 또는 船舶所有者가 고용한 선상에서 근무하는 人員의 과실로 인하여 야기된 운송물의 손해에 대하여 船舶所有者가 배상책임이 있으나 不可抗力으로 인하여 야기된 運送物損害에 대하여 배상하지 아니한다(동 규정 제1조)고 규정되어 있다. 이러한 기본적인 責任原則 이외에 運送人이 堪航能力注意義務違反과 運送物에 관한 注意義務違反으로 인하여 야기된 運送物損害에 대하여 배상책임이 있다. 즉 선박 출항 당시에 運送人이 선박자체의 堪航能力을 있게 하지 않거나 적절한 船員乘船을 하지 않거나 船舶艙裝과 必要品の 보급을 하지 않는 경우<sup>35)</sup> 및 선장 기타 선원이 운송물의 受領·積載·積付·保管·揚陸·引渡에 있어서 과실이 있는 경우에서 이로 인하여 발생한 운송물의 손해에 대하여 運送人이 상당한 주의로써 피할 수 없는 경우를 제외하고 運送人이 배상책임을 부담하여야 한다(동 규정 제2조)라고 규정되어 있다.

海損賠償規定 제3조에서는 法定免責事由를 규정하고 있다. 그러나 運送物損害가 열거한 法定免責事由에 의하여 발생하더라도 運送人이 상당한 주의로써 그 손해를 피할 수 있는 경우에는 배상책임을 면할 수 없다고 한다. 法定免責事由로는 ① 不可抗力, ② 海上 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故, ③ 火災, ④ 軍事行動, ⑤ 政府機關의 命令 또는 行動, ⑥ 人命, 船舶 또는 運送物の 救助, ⑦ 船舶의 숨은 缺陷, 및 ⑧ 船長, 船員, 導船士의 船舶運航 또는 船舶管理상의 과실이 있다. 그러나 제⑧항 航海過失은 本國船舶이 本國運送物을 운송하는 內航運送에는 적용하지 아니한다(동 규정 제3조).

海損賠償規定에서는 운송물의 單位당 責任制限을 두지 않고, 海事責任制限인 總責任制限을 두고 있다. 즉, 모든 손해에 대한 最高賠償額은 손해사고가 받

34) 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務는 運送物損害에 대해서만 적용된다.

35) 堪航能力注意義務에 있어서 현행 中國海商法上 규정되어 있는 감항능력을 언급하고 있지 않았다.

생한 후 선박이 첫 번째 부두에 도착한 때 선박의 價額, 旅客·運送物·手荷物の 運賃 및 출항 후 수리하지 않은 상태에서 받아야 될 賠償의 總額을 한도로 한다(동 규정 제4조). 따라서 運送物損害가 발생한 때에는 總責任制限을 초과하지 않는 한 運送物損害의 전액을 배상하여야 한다.

이상과 같은 運送物損害賠償責任에 관한 海損賠償規定의 내용을 현행 해상법과 비교하면 다음과 같은 차이가 있다. 첫째, 運送物에 관한 注意義務의 경우에 운송물을 受領한 때로부터 引渡한 때까지라고 하기 때문에 責任期間의 전체가 현행 中國海商法에서 규정한 運送人의 責任期間보다 길다. 둘째, 海損賠償規定 상의 法定免責事由와 관련하여 보면, 免責事由로 인하여 運送物損害가 발생하더라도 運送人이 상당한 주의로써 피할 수 있는 경우에는 배상책임을 부담한다고 하는 제한은 현행 中國海商法에는 규정하고 있지 않다. 그리고 火災免責事由에 있어서 현행 中國海商法에는 “運送人 本人의 故意 또는 過失로 인한 화재는 면책되지 아니한다”라는 문구가 있지만, 海損賠償規定에는 그러한 문구가 없기 때문에 海損賠償規定이 적용될 경우에 運送物損害를 야기하는 화재가 運送人의 사용인의 과실로 인하여 야기된 화재인 것을 배상청구자가 증명할 수 있는 경우에도 運送人이 배상책임을 부담하여야 한다. 셋째, 현행 中國海商法에는 단위당 責任制限이 있으나 海損賠償規定에는 그러한 責任制限이 없으므로 全額賠償을 하여야 한다. 이와 같이 비교해 볼 때, 海損賠償規定이 運送人에 대해서는 현행 中國海商法보다 무거운 책임을 부과하고 있다고 할 수 있을 것이다.

## (2) 中國海商法 制定 後 海上運送人의 損害賠償責任

현행 中國海商法은 1992년 11월 7일 第7屆 全國人民代表大會常務委員會 第28次 會議에서 통과되어 1993년 7월 1일 發效되었다. 이에 따라 중국의 國際海上物件運送에 있어서의 손해배상은 새로이 제정된 中國海商法의 적용을 받게 되었다.

中國海商法의 제정은 3단계를 거쳤다. 제1단계는 1950년부터 60년대 초까지의 시기인데, 이 단계는 中國海商法의 기초를 닦는 단계였다고 할 수 있다.

1950년대부터 중국의 交通部는 海商法の 기초 작업에 착수하였으며, 그 일환으로 海運·貿易·保險 등 관련분야의 대학의 법률전문가들로 구성된 海商法起草委員會를 설치하였다. 당시는 주로 소련 1929년 해상법을 주요한 참고법규로 하였고, 1963년에 해상법의 초고를 완성하여 國務院에 제출하였다.

제2단계는 1963년부터 1981년까지의 입법정지단계이다. 이때는 文化大革命時期로써 社會主義公有制經濟制度를 실시하여 社會의 財産은 완전히 국가의 지배 하에 들어갔기 때문에 商品經濟가 사라졌다.<sup>36)</sup> 이로 인하여 해상법뿐만 아니라 모든 商事法이 필요 없게 되었다.

제3단계는 1981년부터 해상법이 통과한 때까지이며, 해상법 초안 작성작업이 성숙한 단계이다. 1979년부터 改革開放政策을 실시한 후 중국의 대외 무역이 활발해짐에 따라 해운업무도 대폭 증가하였다. 이러한 새로운 시대의 흐름에 발맞추어 交通部는 海商法起草委員會를 회복하는 동시에 위원회의 구성원의 수를 확대하였다. 1985년 1월 18일 기초위원회가 국무원으로 “送審稿”, 즉 심사초고를 제출하였다. 1989년 1월 國務院法制局, 交通部, 및 中國遠洋運輸總公司가 공동으로 해상법 초안의 심사연구팀을 구성하여 초안에 대하여 깊이 연구함으로써 “1991년 8월 8일 초안”을 작성하였다. 그리고 1992년 6월 5일 국무원상무회의에서 “중화인민공화국해상법의 초안”을 심의하여 통과시켰다. 1992년 6월 23일 第7屆 全國人民代表大會常務委員會 第26次 會議에서 國務院法制局이 초안에 대해서 설명하였으며, 같은 해 11월 7일 第7屆 全國人民代表大會常務委員會 第28次 會議에서 해상법이 통과되어 中華人民共和國 主席令 제64호로 頒布하여 1993년 7월 1일부터 施行되었다.<sup>37)</sup>

海上物件損害賠償에 관한 내용은 주로 第四章 海上貨物運輸合同(해상물건운송계약)의 第2節 承運人的責任(運送人の 책임)에 규정되어 있다.<sup>38)39)</sup>

36) 王志華, “中國商法百年”, 「比較法研究」第2期(2005), 96面.

37) 馮金如, “海商法的立法歷程及成就”, 「珠江水運」第11期(1999), 21面.

38) 중국해상법은 제1장 총칙, 제2장 선박, 제3장 선원, 제4장 해상물건운송계약, 제5장 해상여객운송계약, 제6장 용선계약, 제7장 해상예선계약, 제8장 선박충돌, 제9장 해난구조, 제10장 공동해손, 제11장 해사배상책임제한, 제12장 해상보험계약, 제13장 제소기간, 제14장 섭외사범 및 제15장 부칙으로 구성되고 있다.

中國海商法 제4장의 규정이 적용되는 物件運送은 國際運送에 한하며(동법 제2조), 중국의 港口 사이의 海上物件運送에 대해서는 적용되지 않는다. 이것은 國際海上物件運送과 중국의 國內海上物件運送이 지리적 환경, 운송여건 및 관습 등의 측면에 있어서 서로 다르기 때문이다.<sup>40)</sup> 이에 따라 交通部는 經濟合同法(경제계약법)<sup>41)</sup>에 의하여 중국의 국내내수물건운송 당사자 사이의 법률관계를 조정하는 법규로서 1995년 9월 1일 水路貨物運輸規則을 頒布하였다. 그러나 기존의 계약법들을 폐지하고, 모든 계약법을 통합한 새로운 중화인민공화국계약법이 1999년 10월 1일부터 시행됨으로 인해 水路貨物運輸規則은 이 새로운 계약법과 내용의 측면에서 상당히 모순되는 결과를 초래하였다. 우선 법적 효력의 측면에서 볼 때, 水路貨物運輸規則은 단순한 행정법규에 불과하므로 법률로써의 계약법보다 효력이 하위라는 점에서 계약법과 저촉되는 水路貨物運輸規則의 내용은 허용될 수 없다. 이러한 문제점을 고려하여 교통부는 1995년 水路貨物運輸規則에 대한 개정을 하였는데, 개정된 水路貨物運輸規則의 제목은 『國內水路運輸規則』(이하 “내수운송규칙”이라 함)이라고 하였고, 2001년 10월 1일부터 시행되었다.

## II. 中國國際海上物件運送

國際海上物件運送에서 발생한 運送物損害에 대한 배상책임은 中國海商法을 적용한다. 中國海商法은 海上物件損害賠償에 관하여 責任主體·責任期間·責任原則·賠償의 範圍·賠償額·單位당 責任制限·提訴期間 등의 규정 이외에 山 動物의 손해 및 船舶의 손해에 대한 규정도 별도로 두고 있다.

### 1. 責任主體·責任期間 및 責任原則

39) 운송물손해배상에 관한 제소기간은 제4장 제2절에서 규정하지 않고 제13장에서 규정하고 있다.

40) 張仲言, “對部頒‘國內水路貨物運輸規則’的認識及改進建議”, 「水運管理」第7期(2001), 19面.

41) 중국의 경제계약법은 1981년 12월 13일 반포하여 1993년에 개정되었으나 현재 중국계약법의 반포로 폐지되었다.

中國海商法은 責任主體에 대해서는 함부르크규칙을 수용하여 契約運送人과 實際運送人으로 구분하여 규정하고 있는데, 契約運送人과 實際運送人이 運送物 損害에 대하여 連帶責任을 지도록 규정하고 있다. 또한 中國海商法은 責任期間에 대해서는 컨테이너운송물의 경우 함부르크규칙을 참조하여 船積港에서 受領한 때로부터 揚陸港에서 引渡한 때까지의 기간으로 규정하고 있는 반면에 비컨테이너운송물의 경우에는 헤이그규칙과 같이 船積한 때로부터 揚陸한 때까지의 기간으로 규정하고 있다. 中國海商法은 責任原則에 대해서는 헤이그규칙을 참조하여 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務, 直航義務 및 免責事由에 대하여 규정하고 있다.<sup>42)</sup>

## 2. 損害賠償責任의 範圍

損害賠償責任의 範圍는 운송물의 滅失, 毀損과 引渡遲延을 포함하고 있다. 引渡遲延에 관한 정의는 함부르크규칙을 참조하였으나, 함부르크규칙과 다른 점은 引渡에 대한 約定이 있는 경우에 대해서만 규정하고 있다는 점이다. 즉, 約定한 기간 내에 約定한 揚陸港에서 운송물을 引渡하지 않으면 引渡遲延으로 한다(동법 제50조 제1항). 함부르크규칙에서 규정하고 있는 또 하나의 경우, 즉 합의가 없을 때 주위의 사정을 고려하여 성실한 運送人에게 요구되는 합리적인 기간 내에 引渡하지 않았던 경우에 대한 규정은 없다. 그러나 定期船運送의 경우에는 運送物引渡의 기간을 約定하는 경우가 드물기 때문에 해상법상의 引渡遲延에 대한 救濟를 받을 수 없는 결과가 나타나고 있다. 그리고 運送人이 約定기간이 만료된 때로부터 60일 이내에 운송물을 引渡하지 못하였으면 滅失로 간주한다(동법 제50조 제3항). 그러나 60일이 경과한 후에 운송물이 다시 나타나면 어떻게 처리해야 될 것인지에 대하여는 규정이 없다.

## 3. 損害賠償額

運送物의 損害賠償額은 운송물이 滅失된 경우에는 실질적인 價値로 하고,

---

42) 運送物損害賠償責任에 있어서 責任主體, 責任期間 및 責任原則은 본 논문에서 주로 다루는 내용이기 때문에 여기서는 이에 관하여 간략하게 설명한다.



운송물이 毀損된 경우의 배상액은 운송물이 손해를 입기 전 및 손해를 입은 후 실질적인 가치의 差額 또는 운송물의 修繕費用으로 한다(동법 제55조 제1항). 여기에서 “실질적인 가치”란 운송물을 船積한 때의 가치, 保險料 및 運賃의 總額이지만(동법 제55조 제2항), 배상한 때에는 만약 운송물에 손해를 입히지 않았다면 지급해야 될 비용이 운송물의 滅失 또는 毀損으로 인하여 지급할 필요가 없게 된 부분을 控除하여야 한다(동법 제55조 제3항). 운송물이 引渡遲延된 경우에는 經濟的 損害를 배상하여야 한다(동법 제50조 제3항).

운송물의 실질적인 가치에 대하여 상당수의 국가에서는 목적지에서의 동종 운송물의 시장가격으로 하고 利潤損失을 인정하는 것과 달리, 중국해상법상 운송물손해액에 관한 규정에 의하면, 受荷人이 운송물의 이윤손실에 대한 배상을 청구할 권리가 박탈되고 있다. 이것은 實際損害의 賠償原則에 위반한 것으로 불합리하다고 생각한다.

#### 4. 責任制限

運送人의 단위당 責任制限에 관하여 보면, 운송물의 滅失 또는 毀損에 관한 責任制限은 1976년 헤이그-비스비규칙과 동일하다. 즉 운송물의 성질 및 가액이 선적 전에 송하인에 의하여 告知되었고 또한 선하증권에 기재되어 있는 경우를 제외하고 運送人은 운송물의 滅失 또는 毀損된 운송물의 1包裝당 또는 1船積單位당 666.67계산 단위 또는 總重量 1킬로그램당 2계산 단위 가운데 높은 액수로 한다(동법 제56조 제1항). 그리고 引渡遲延으로 인하여 야기된 경제적 손해의 배상한도액은 引渡 遲延된 운송물의 운임을 배상한도액으로 한다(동법 제57조). 그러나 손해가 運送人의 故意 또는 그 손해가 생길 念慮가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것이면, 단위당 責任制限을 누릴 수 없다(동법 제59조 제1항).

#### 5. 산 動物 運送

산 動物의 경우 산 動物의 固有의 위험에 의하여 입은 滅失 또는 毀損에 대하여 運送人은 책임이 없다. 단 運送人은 송하인의 산 動物의 운송에 관한 특별

한 要求를 다하였다는 점과 그 손해는 산 動物의 固有危險에 의하여 발생한 것이라는 점을 증명하여야 한다(동법 제52조).

## 6. 概括적 物件運送

中國海商法은 함부르크규칙을 참조하여 概括적 운송물에 대하여 특별한 규정을 두고 있다. 概括적 운송물의 경우에 運送人이 운송물을 概括 위에 선적한 때에 송하인 사이에 합의가 있거나 海運慣行에 부합하거나 관련 法律 또는 行政法規의 규정에 부합하여야 한다(동법 제53조 제1항). 전항의 규정에 의하여 운송물을 概括 위에 선적 한 때 이러한 특수 위험에 의하여 야기된 운송물의 손해에 대하여 運送人은 책임을 부담하지 아니한다(동법 제53조 제2항). 제1항의 규정에 위반하여 운송물을 概括 위에 선적하고 이로 인해 운송물에 손해를 입힌 경우에 運送人은 배상책임을 부담한다(동법 제53조 제3항).

제3항과 같은 경우에 運送人의 概括적 운송물의 손해에 대한 책임은 일반 運送物損害의 경우와 같이 취급한다. 단지 概括적 운송물의 특수한 위험에 의하여 발생한 손해라는 항변을 인용할 수 없을 뿐이라고 생각한다.

그러나 概括적 물건운송에 대하여 함부르크규칙에서는 中國海商法에서 규정하지 않은 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.

運送人과 送荷人이 운송물을 概括 위에 선적하기로 合意하였다면 運送人은 船荷證券 또는 海上運送契約을 증명하는 기타 證券에 이를 기재하여야 하며, 이러한 기재가 없으면 運送人이 概括적에 관한 합의가 있었다는 것을 입증하여야 한다. 단 運送人이 이러한 합의에 의하여 수하인을 포함하여 선하증권을 받고 또한 소지한 제3자에 對抗할 수 없다(함부르크규칙 제7조 제2항). 그리고 운송물을 선창 내에 선적하는 합의가 있음에도 불구하고 운송물을 概括 위에 선적하는 것은 責任制限을 援用할 수 없는 작위 또는 부작위에 속한다(동 규칙 제7조 제4항). 생각건대 運送人이 선하증권 또는 운송계약을 증명하는 증권에 운송물이 概括적 운송물이라고 기재하면 하주 측에서 보험에 가입할 때 이를 참작할 수 있을 뿐만 아니라 제3자인 船荷證券所持人의 권리도 보호할 수 있다. 그리고 선창 내에 선적한다는 합의가 있음에도 불구하고, 概括 위에 선적하

는 것은 당사자의 합의를 크게 위반한 것이며, 이러한 경우에 운송물의 손해가 발생하면 運送人은 責任制限을 원용할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 그러나 中國海商法에서 함부르크규칙과 같이 이러한 부분에 대하여 분명한 규정을 두고 있지 않기 때문에 위와 같은 상황이 발생할 경우에 논란의 여지가 남아 있다. 따라서 함부르크규칙의 관련 조문을 그대로 受容하는 것이 합리적이라고 생각한다.

## 7. 提訴期間

中國海商法上 運送人에 대하여 제기된 運送物損害에 관한 賠償請求의 提訴期間은 1년이며, 運送人이 운송물을 인도한 날부터 또는 인도하여야 할 날부터 기산한다. 提訴期間 내 또는 提訴期間이 만료된 후 運送人이 제3자에 대하여 求償權을 행사한 경우의 提訴期間은 90일이며, 求償權 請求者가 원 배상청구를 해결한 날로부터 혹은 본인에 대하여 소송을 제기하는 법원의 訴狀을 받은 날로부터 起算한다(동법 제257조).

提訴期間은 헤이그-비스비규칙과 동일하지만, 당사자 사이의 합의로 提訴期間을 연장하는 것을 허용한다는 내용은 없다. 그리고 이 규정에 관하여 실무에서 혼란을 일으키는 부분은 바로 求償權에 관한 提訴期間이다. 즉, 求償權의 提訴期間의 기산점은 두 가지 기준이 있으며, 하나는 原賠償請求를 해결한 날이고, 또 하나는 본인에 대하여 소송을 제기하는 법원의 訴狀을 받은 날이다. 두 가지 기준이 서로 다르며 어느 것을 먼저 적용할 것인지가 문제가 된다. 그리고 運送人이 訴狀을 받기만 하고 原賠償請求를 아직 해결하지 않은 경우에는 구상 금액이 확정되지 않았기 때문에 제3자에 대하여 求償權을 행사하더라도 명확한 請求金額이 없다. 헤이그-비스비규칙과 또 하나의 다른 점은 헤이그-비스비규칙에서 90일의 求償權의 提訴期間은 본인에 대한 原賠償請求에 관하여 1년 提訴期間이 만료된 경우에 적용한 것인데(동 규칙 제3조 제6항), 中國海商法에 의하면 1년의 提訴期間이 지나지 않더라도 求償權의 提訴期間은 90일이다. 생각건대, 求償權을 90일로 규정하는 취지는 법에서 규정한 1년의 提訴期間이 경과하더라도 運送人이 다른 자에게 求償權을 행사할 수 있게 하는 데에

있다. 따라서 1년의 提訴期間이 지나지 않으면, 原賠償請求가 해결된 후 90일이 경과하더라도 運送人은 당연히 求償權을 행사할 수 있다. 이와 같이 中國海商法の 求償權의 提訴期間의 규정은 합리적이지 않다. 또한 이 규정은 運送人에 대한 提訴期間으로써 實際運送人에 대한 배상청구에 관하여는 언급이 없다. 이것도 역시 입법의 흠결이라고 할 수 있다.

### III. 中國國內海上物件運送

중국의 국내해상운송에 적용된 법률은 중국계약법과 내수운송규칙인데, 내수운송규칙은 중국계약법을 立法根據로 하여 관련 國際協約, 중국의 국내 기타 運送法規를 참고하면서 내수운송사업의 특징을 나타내기 위하여 中國海商法の 제4장의 海上物件運送契約의 구조를 직접 참고하였다. 運送物損害賠償責任에 관한 구체적인 내용은 다음과 같다.

#### 1. 責任主體

責任主體는 契約運送人과 實際運送人으로 하고 있다. 契約運送人이란 送荷人과 운송계약을 체결하는 자이다(동 규칙 제3조 제4항). 實際運送人이란 契約運送人의 委託을 받거나 혹은 下委託을 받아 內水物件運送에 종사하는 자를 말한다(동 규칙 제3조 제5항). 契約運送人이 운송물의 운송 또는 일부운송의 이행을 實際運送人에게 委託하더라도 運送人이 전부운송에 대하여 책임을 부담하여야 한다(동 규칙 제45조 제1항). 전항의 규정이 있음에도 불구하고 운송계약에서 계약의 특정 부분의 운송이 契約運送人 이외의 지정된 實際運送人으로 이행하는 것을 명확하게 약정한 경우에는 운송물이 지정된 實際運送人이 이행한 기간에 발생한 毀損, 滅失 또는 引渡遲延에 대하여 運送人이 배상책임을 부담하지 않는다고 계약에서 약정할 수 있다(동 규칙 제45조 제2항). 契約運送人과 實際運送人이 모두 배상책임을 있는 경우에는 당해 책임범위 내에 連帶責任을 부담하여야 한다(동 규칙 제46조). 본 규칙의 제46조에 의하여 實際運送人이 連帶責任을 부담한 경우에 본 규칙에서 契約運送人責任에 관한 규정은 實際

運送人에 대해서도 적용된다(동 규칙 제47조 제1항). 契約運送人이 본 규칙에서 규정하지 않은 의무를 부담하거나 본 규칙에서 부여한 권리를 포기한다는 특별한 합의는 實際運送人이 서면으로써 명확하게 동의한 경우에 實際運送人에 대하여 효력이 발생하며, 實際運送人의 同意與否는 이 특별한 합의의 契約運送人에 대한 효력에 영향을 미치지 아니한다(동 규칙 제47조 제2항).

## 2. 責任原則

내수운송규칙에서 運送人에 대하여 3가지의 의무, 즉 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務 및 直航義務를 부과하고 있고, 동시에 法定免責事由를 규정하고 있다.

堪航能力注意義務에 관하여 運送人이 선박을 堪航狀態에 있도록 하고, 선원의 승선, 선박의 의장과 필요품의 보급을 적절하게 하고, 선창, 냉장실, 냉기실 및 운송물을 적재하는 기타 장소를 운송물의 안전한 수령, 적재 및 보관에 적합하여야 한다(동 규칙 제30조). 運送物에 관한 注意義務에 관하여 運送人이 적절하게 운송물을 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸하여야 한다(동 규칙 제32조). 直航義務에 관하여 運送人이 約定한 항로, 慣習上의 항로 또는 地理上의 항로에 따라 운송물을 約定한 目的港까지 운송하여야 하며, 運送人이 해상에서 인명 또는 재산을 救助하기 위하여거나 또는 이러한 救助의 企圖로써 離路를 하거나 기타 합리적인 이유가 있는 離路를 하는 경우에 전항에서 규정하는 행위에 위반한 것으로 보지 아니한다(동 규칙 제33조).

그리고 運送人이 海上物件運送契約을 履行過程에서 발생한 운송물의 毀損, 滅失 또는 引渡遲延에 대하여 損害賠償責任을 부담하여야 한다. 단, 運送人이 운송물의 毀損, 滅失 또는 引渡遲延이 아래의 원인으로 인하여 초래한 경우에 책임을 부담하지 아니한다. ① 不可抗力, ② 運送物의 固有의 性質 또는 固有의 缺陷, ③ 運送物의 自然減量 또는 합리적인 消耗, ④ 要求에 부합하지 않은 包裝, ⑤ 포장에 양호하지만 運送證券에 기재된 내용과 불일치의 경우, ⑥ 본 규칙의 제18조 및 제19조에 부합하지 않은 식별기호 및 운송기호,<sup>43)</sup> ⑦ 송하인이 申告한 운송물의 重量의 虛偽, ⑧ 송하인의 運送物을 護送하는 과정에 존재

한 過失, ⑨ 一般運送物에 숨긴 危險性運送物, 流動體運送物 또는 腐敗하기 쉬운 운송물, ⑩ 送荷人, 受荷人の 기타 過失이다.

### 3. 損害賠償責任의 範圍

損害賠償責任의 범위는 운송물의 滅失, 毀損과 引渡遲延을 포함하고 있다. 운송물이 약정한 기간, 이러한 약정기간이 없는 경우에는 합리적인 기간 내에 운송물을 약정한 장소에 引渡하지 못하면 引渡遲延에 해당된다(동 규칙 제34조 제2항). 運送人이 약정한 기간 또는 합리적인 기간이 만료된 때부터 60일 이내에 운송물을 引渡하지 못하면 滅失로 간주한다(동 규칙 제34조 제3항).

### 4. 損害賠償額

내수운송규칙에서는 송하인이 운송물을 인도한 때에 금액을 保證하는 운송을 할 수 있다. 운송물의 毀損 또는 滅失이 발생한 경우에 申告價値로 運送人이 배상하여야 한다. 그러나 運送人이 운송물의 실제의 가치가 申告價値보다 낮은 것을 입증하면 운송물의 실제의 가치에 따라 배상한다(동 규칙 제21조). 실제의 가치는 중국계약법에 의하면 目的地 또는 引渡해야 할 곳의 市場價格으로 한다(동법 제312조).

내수운송규칙에서는 責任制限에 관한 규정이 없기 때문에 運送人이 운송물의 전부 손해에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다. 그러나 내수운송규칙에서 運送人의 배상책임액에 관한 규정에 의하면 송하인이 운송물을 인도한 때에 금액을 보증하는 운송을 할 수 있으나, 이러한 申告價値가 운송물의 실제가치보

---

43) 송하인이 운송물의 외포장 또는 표면에 식별기호를 정확하게 하여야 한다. 식별기호의 내용은 發貨符號, 運送物名稱, 出發港, 換積港, 目的港, 受荷人, 운송물의 總數量을 포함한다. 송하인은 운송물의 성질 및 안전보관운송의 요구에 의하여 국가의 규정에 따라 운송물의 외포장 또는 표면에 보관운송의 지시기호를 하여야 한다. 식별기호와 보관운송지시표식은 필적이 뚜렷하고 확고하여야 한다(동 규칙 제18조). 동일한 송하인, 수하인이 선박의 전부 또는 선창의 전부로 운송물을 선적하여 직행한 경우에 식별기호를 하지 않아도 된다. 대외 무역 수출 운송물이 항구에서 원 포장을 바꾸지 않고 그대로 사용한 경우에 원 포장의 상품표시를 식별기호로 한다(동 규칙 제19조).

다 낮으면 손해배상은 실제의 가치로 하기 때문에 결과적으로 송하인이 운송물의 가치를 신고하든 안 하든 運送人이 운송물의 실제가치를 기준으로 배상하게 된다. 그리고 中國海商法上 운송물의 가치를 신고하는 것은 運送人의 責任制限을 배제하기 위한 것이며, 중국의 국내해상운송에서는 運送人이 責任制限을 인 용할 수 없기 때문에 이러한 價値申告는 더욱 의미가 없다.

## 5. 산 動物 및 生植物 運送

산 動物과 生植物의 경우에는 산 動物과 生植物의 고유의 위험에 의하여 입 은 滅失 또는 毀損에 대하여 運送人은 면책된다. 단, 송하인이 산 動物과 생식 물의 운송에 관한 특별한 요구를 다하는 것 및 손해가 운송물의 固有危險에 의 하여 발생한 것을 증명하여야 한다(동 규칙 제56조).

## 6. 艀판적 物件運送

艀판적 운송물에 있어서 運送人이 운송물을 艀판 위에 선적한 때에 송하인 사이에 合意가 있거나, 海運慣行에 부합하거나, 艀關 법률 또는 行政法規의 규 정에 부합하여야 한다(동 규칙 제53조 제1항). 運送人이 송하인과 운송물을 艀 판위에 선적한다는 것을 약정한 경우에 운송증권에 “艀판적 운송물”라고 기재 하여야 한다(동 규칙 제53조 제2항). 동 규칙 제53조에 의하여 운송물을 艀판 위에 선적 한 때 이러한 특수 위험에 의하여 야기된 운송물의 손해에 대하여 運送人이 책임을 부담하지 아니한다(동 규칙 제54조 제1항). 동 규칙 제53조 제1항의 규정에 위반하여 운송물을 艀판 위에 船積할 때에 운송물에 손해를 입 힌 경우에는 運送人이 배상책임을 부담하여야 한다(동 규칙 제54조 제2항).

## 7. 提訴期間

내수운송의 物件損害賠償請求의 提訴期間은 내수운송규칙이나 중국계약법 에서 규정하고 있지 않으며, 中國民法通則에 의하여야 한다. 民法通則에서는 人民法院에 대하여 民事權利에 대한 保護를 請求하는 提訴期間은 2년이며, 이 는 權利侵害를 알았을 때 또는 알아야 할 때부터 起算한다(中國民法通則 제

135조).

#### IV. 中國國際海上物件運送과 中國國內海上物件運送의 比較

國際海上物件運送과 중국의 國內海上物件運送이 모두 海上運送으로서 적용한 法制에 의하여 유사점이 많지만, 지리환경, 운송여건 및 관습 등에 있어서 차이가 있고, 그리고 내수운송규칙은 中國海商法보다 늦게 制定되었기 때문에 中國海商法의 관련 내용의 입법적 흠결에 대하여 어느 정도 보완하여 수용한 규정도 있기 때문에 차이점도 적지 않다. 여기서 中國國際海上物件運送과 國內海上物件運送의 運送物損害賠償責任에 관한 내용을 비교함으로써 유사점과 차이점을 아래와 같이 정리하였다.

##### 1. 責任主體

中國海商法과 내수운송규칙에서는 責任主體에 관하여 契約運送人和 實際運送人으로 규정하고 있다. 實際運送人의 정의 및 契約運送人和 實際運送人의 사이의 관계에 관한 내용은 동일하나, 契約運送人의 정의에 있어서 약간 차이가 있다. 中國海商法에서는 契約運送人의 정의에 관하여 본인 또는 타인에게 委託하여 본인의 명의로 송하인과 海上物件運送契約를 체결하는 자라고 하는데, 내수운송규칙에서는 “본인 또는 타인에게 委託하여 본인의 명의로”라는 문구를 삭제하여 단지 송하인과 海上物件運送契約를 체결하는 자라고 하고 있다. 이에 의하여 중국의 국내해상운송에 있어서 타인에게 委託하여 운송계약을 체결한 경우에 본인의 명의로 체결하지 않더라도 契約運送人으로 인정할 수 있다. 즉 중국국내해상운송에서는 국제해상운송과 같이 直接代理만 적용하는 것과 달리 間接代理도 인정하고 있다. 따라서 中國國內海上物件運送에서 자기의 명의로 운송계약을 체결한 자가 그의 委任人을 밝히면 하주가 자기의 명의로 체결한 자와 그를 委託한 자 중에 한 사람을 선택하여 손해배상을 청구할 수 있으므로 하주를 더 두텁게 보호할 수 있다.

##### 2. 責任期間



中國海商法에서 運送人의 責任期間에 대한 규정을 두고 있지만 내수운송규칙에서는 運送人의 責任期間에 대한 규정을 따로 두지 않았다. 내수운송규칙의 다른 규정에 의해서도 推定할 수 없다.

### 3. 責任原則

國際海上物件運送과 중국의 國內海上物件運送에 있어서 運送人은 모두 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務 및 直航義務가 있다. 그리고 運送人은 法定免責事由 하에서는 책임을 부담하지 아니한다. 그러나 국제해상물건운송에 있어서 運送人은 運送人의 使用人의 航海過失 및 火災로 인하여 야기된 운송물의 손해에 대하여 배상책임이 없으므로 불완전한 過失責任原則을 적용하지만, 중국의 國內海上物件運送에 있어서는 法定免責事由 중에서 모두 運送人에게 귀책할 수 없는 사유를 免責事由로 하고 있기 때문에 完全한 過失責任原則을 적용하고 있다. 따라서 중국의 國內海上物件運送에 종사하는 運送人의 책임은 國際海上物件運送에 종사하는 運送人보다 책임이 무겁다.

### 4. 損害賠償責任의 範圍

國際海上物件運送과 중국의 國內海上物件運送은 모두 운송물의 毀損·滅失 또는 引渡遲延을 포함하고 있다. 그러나 引渡遲延의 정의에서 차이가 있다. 국제해상물건운송에 있어서는 당사자 사이에 약정한 기간 내에 운송물을 引渡하지 않은 경우에만 引渡遲延으로 하고, 약정한 기간이 없는 경우에 引渡遲延이 발생할 여지가 없게 된다. 그러나 내수운송규칙에서는 약정한 기간에 引渡하지 않은 경우 및 약정 기간이 없으나 합리적인 기간 내에 운송물을 약정한 장소까지 운송하지 않은 경우가 모두 引渡遲延으로 본다. 실무에서 운송물의 引渡期間에 대하여 약정한 예가 많지 않으므로 약정기간에 운송물을 引渡하지 않은 것만 引渡遲延으로 하면 引渡遲延에 관한 규정이 그의 본래의 立法趣旨에 달할 수 없게 된다. 따라서 내수운송규칙과 같이 합리적인 기간 내에 운송물을 引渡하지 않은 경우도 引渡遲延으로 보는 것이 타당하다.

## 5. 損害賠償額

國際海上物件運送에 있어서 運送物損害賠償額은 수하인의 운송물에 대한 利潤損失을 포함하지 않으나, 중국의 國內海上物件運送에 있어서는 利潤損失이 損害賠償額에 포함되고 있다. 이 점에서 중국 國內海上物件運送이 國際海上物件運送보다 하주에 대한 보호가 더 충분하다.

## 6. 責任制限

國際海上運送에 대하여 中國海商法에서는 단위당 責任制限에 관한 규정을 두고 있으나 중국의 國內海上運送에 적용하는 내수운송규칙에서는 관련 규정이 없으므로 運送인이 손해의 全額을 배상하여야 한다.

## 7. 산 動物에 관한 規定

中國海商法에서는 산 動物에 관해서만 특별한 규정을 두고 있으나, 내수운송규칙에서는 生植物도 포함하고 있다.

## 8. 概括적 物件運送

내수운송규칙과 中國海商法은 모두 概括적 운송물에 대하여 따로 규정하고 있다. 내수운송규칙에서는 運送인이 송하인과 운송물을 概括위에 선적한다는 것을 약정한 경우에 운송증권에 “概括적 운송물”라고 기재하여야 하는데 中國海商法에서는 이러한 규정이 없다. 따라서 概括적 운송물에 관한 申意가 있는 경우에 國際海上物件運送에 있어서는 證券에 기재하지 않아도 허용되기 때문에 분쟁이 일어날 때에 운송증권 이외의 증거로 運送인이 송하인과 합의가 있는 것을 입증하여야 하나, 중국의 國內海上物件運送에 있어서는 運送인은 통상 物件運送契約을 증명하는 證券에 기재하기 때문에 분쟁이 일어날 때에 신속하게 처리될 수 있다.

## 9. 提訴期間

國際海上物件運送에 있어서 運送物損害賠償請求의 提訴期間은 1년이고, 求

償權에 관하여는 90일의 提訴期間이 있으나, 중국의 國內海上物件運送에 있어서는 民法通則에 의하여 提訴期間이 2년이고, 求償權의 提訴期間에 관한 규정은 없다. 중국의 國內海上運送에서도 物件運送의 이행에 있어서 여러 사람이 관여할 수 있으며, 求償權에 관한 提訴期間이 없는 것은 타당하지 않다고 본다.

## 第3章 海上物件運送契約上の 損害賠償責任의 主體

운송물에 대한 損害賠償請求에 있어서 責任主體를 確定하는 것은 대단히 중요한 문제이다. 中國海商法에서는 운송물에 대한 損害賠償의 責任主體를 契約運送人과 實際運送人으로 규정하고 있다. 이것은 함부르크규칙을 수용한 것인데, 이와 같이 責任主體를 규정하는 것이 복잡한 國際海上物件運送의 法律關係를 명확히 確定하고, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에 남아있는 運送人의 判斷問題의 해결에 기여한다는 시각이 중국 학계에서는 일반적이다. 그러나 국제적인 측면에서 볼 때는 1992년 11월 1일에 발효한 함부르크규칙에 가입한 국가의 다수가 해운이 발달하지 않은 국가이므로 이러한 中國海商法의 責任主體제도는 海運實務上으로 그 영향이 크다고 볼 수 없으며, 이에 대한 연구도 충분하다고는 볼 수 없는 실정이다. 또한, 실제 中國海商法의 적용상 많은 문제점이 드러나고 있다. 실제운송인의 개념은 실무에서조차도 여전히 애매모호한 개념이라고 해도 과언이 아니고, 운송인의 정의도 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙보다 더 분명하게 규정하였다고 볼 수는 있지만, 運送人의 판단에 있어서는 中國海商法의 해석상 아직 논쟁의 여지가 많다.

### 第1節 契約運送人

#### I. 契約運送人의 概念

中國海商法에서 契約運送人에 대한 정의는 함부르크 규칙상의 운송인의 정의를 수용하여 “運送人이란 本人 또는 他人에게 委託하여 본인의 명의로 送荷人과 海上物件運送契約을 체결한 자이다”라고 규정하고 있다(중국 해상법 제 42조 제1항).<sup>44)</sup> 送荷人과 海上物件運送契約을 체결하는 자는 주로 船舶所有者

와 傭船者라고 할 수 있다. 그런데, 海運實務上으로는 海運經營의 형태가 다양하게 변화하고 있기 때문에 運送人의 범위도 확대되고 있는 추세이다. 예컨대 無船舶運送人(NVOCC: Non-Vessel Operating Common Carrier)<sup>45)</sup>은 그 대표적인 경우라고 할 수 있다.

이러한 運送人의 정의는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙상의 運送人의 정의에 비하여 더 명확하다. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 運送人에 대하여 送荷人과 運送契約을 체결하는 船舶所有者 또는 傭船者를 포함한다고 규정하고 있는데(헤이그-비스비규칙 제1조 (a)), 여기에서 運送人은 船舶所有者와 傭船者만을 의미하는 것인지 아니면 運送人에 대한 例示規定으로써 船舶所有者와 傭船者를 들고 있는 것인지에 대하여 논란이 있다. 이에 대하여 中國海商法학계의 일반적인 견해는 “포함한다”라는 문구는 예시적인 것에 불과하다고 본다.<sup>46)</sup> 이와 반대로 헤이그-비스비규칙상의 정의에 따르면 運送人은 船舶所有者가 아니면 傭船者라고 보아야 하기 때문에 船舶所有者 또는 傭船者가 아닌 자는 운송인이 될 수 없다고 하는 견해를 피력하는 학자도 있다.<sup>47)</sup> 그러나 해운실무에서의 운송주선업의 발전과 無船舶運送人의 등장이라는 현실에 비추어 볼 때, 船舶所有者와 傭船者만을 運送人으로 한정하는 것은 합리적이지 않으며, 運送人의 개념을 보다 넓게 해석하는 것이 정당하다고 생각한다.<sup>48)</sup>

中國海商法상의 運送人의 정의규정을 해석한다고 하면 送荷人과 海上物件運送契約을 체결하는 것만으로 충분하고, 선박을 자기명의로 소유하거나 운송을 실제로 이행하거나 혹은 船荷證券을 발행해야 한다고 하는 요건은 필요없다고

---

44) See Hamburg Rule Article 1(1).

45) 자신이 선박을 소유하지 않으면서 해상물건운송의 인수를 하는 자를 말한다.

46) 韓立新, “國際海上運輸中實際承運人及其責任的認定”, 「中國海商法年刊1997」 第9卷(1998. 3), 103面; 李復甸, 「海上貨物運送公約釋論」(華岡: 中國文化大學出版部 1983), 24面.

47) 李章軍, “略論承運人的識別”, 「人民司法」第8期(2003), 14面.

48) William Tetley, Marine Cargo Claims, 3rd ed.(Montreal: International Shipping Publication, 1988), p. 233; 정영석, “해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구”, 한국해양대학교 해사법학과 박사학위논문(1995), 69面.

할 것이다.

## II. 契約運送人の 確定

### 1. 契約運送人確定의 意義

中國海商法上 두 가지 責任主體가 있기 때문에 契約運送人을 確定할 수 없어도 實際運送人을 찾으면 損害賠償을 청구할 수 있다는 점에서 契約運送人의 確定의 문제가 중요하지 않다고 생각할 수 있다. 그러나 實際運送人과 관련해서도 많은 문제가 있는데, 예를 들면 하주가 實際運送人에 대하여 소송을 제기한 경우에 立證責任分配의 문제가 분명하지 않아서 유효한 구제를 받지 못할 가능성도 있다. 따라서 契約運送人의 確定問題는 中國海商法에서 여전히 중요한 과제라고 할 수 있다.

契約運送人의 確定問題는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 체계에서 크게 다투어지고 있는 가장 큰 문제점 중의 하나이다. 中國海商法上 송하인과 계약을 체결하는 자가 契約運送人이라고 하는 것은 명백히 규정하고 있지만, 船荷證券이 발행된 경우에 契約運送人의 판단은 복잡해진다. 동일한 물건운송과정 중에서 송하인과 운송계약을 체결하는 자, 運送義務를 실제로 履行하는 자, 船荷證券을 발행하는 자 등이 보통 일치하지 않은 경우가 많기 때문이다.

契約運送人이 자기의 선박으로 또는 裸傭船된 선박으로 物件運送을 인수한 경우에는 船荷證券을 자기 또는 선장이 발행하므로 船荷證券으로 契約運送人을 판단함에 있어서 별 지장이 없다. 無船舶運送인 경우에도 통상 하우스선하증권(House B/L)<sup>49)</sup>을 발행하여 運送人欄에 자기의 명의로 서명하므로 契約運送人의 확인이 어렵지 않다.

---

49) 운송주선인이 선하증권을 발행하여 스스로 운송인이 되는 경우에 운송주선인이 발행하는 선하증권을 하우스선하증권(House B/L)이라고 한다. 운송주선인은 자신은 운송수단이 없으므로 선박회사(실제운송인)를 이행보조자로 하여 자신이 송하인과 수하인이 되는 선하증권을 선박회사로부터 발급받게 되는데 이것을 마스터선하증권(Master B/L)이라고 한다. 유통성이 있는 선하증권은 하우스선하증권이다(金仁顯, 「海商法」(서울: 法文社, 2003), 172面).

그러나 물건운송을 인수하는 契約運送人이 자기의 소유가 아닌 선박을 정기용선 또는 항해용선하여 운송하는 경우에 상황이 복잡해진다. 원칙적으로 물건운송을 인수하는 航海傭船者나 定期傭船者가 자기의 명의로 선하증권을 발행하여야 하는데, 선장이 선하증권을 발행하거나 定期傭船者 또는 航海傭船者가 선장의 명의로 船荷證券을 발행하는 경우가 많기 때문이다.

한편 송하인은 契約運送人과 運送契約을 체결하기 때문에 많은 증거로써 契約運送人을 확정할 수 있다. 그러나 船荷證券으로 契約運送人과 權利·義務를 확정하는 船荷證券所持人은 船荷證券 이외의 증거를 가지고 있지 않기 때문에 진정한 契約運送人을 확정하기가 어렵다. 즉 中國海商法에서 “契約運送人”의 정의는 운송인의 성명이 운송서류에 표시되어 있지 않으면 契約運送人의 확정에도움이 되지 않는다. 契約運送人의 명칭과 주된 영업소를 船荷證券에 기재해야 한다는 中國海商法 제73조 제1항의 규정이 있지만 이 규정을 위반했다 하더라도 선하증권의 효력에는 영향이 없을 뿐만 아니라 위반에 대한 어떠한 制裁規定도 없다.

따라서 中國海商法上 契約運送人의 확정의 문제는 船荷證券에 運送人으로 기재된 자가 운송계약을 체결한 자와 일치하지 않은 경우와 船荷證券에 契約運送人에 대한 기재가 통일되어 있지 않은 경우에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문에 발생하는 것이다.<sup>50)</sup> 그러므로 우선적으로 논의되어야 할 문제는 선하증권이 송하인과 船荷證券所持人에 대한 契約運送人의 확정에도 있어서 어떠한 효력을 가지고 있는가이다.

## 2. 船荷證券에 기한 運送人의 確定

中國海商法上 契約運送人에 대한 정의는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 본질적으로 같다고 하였는데, 다른 나라의 경우 이와 관련하여 船荷證券이 契約運送人 확정에도 있어 어떠한 효력을 갖고 있는지에 대하여 검토하고자 한다.

### (1) 各國 判例의 態度

---

50) 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 및 1936년 미국해상물품운송법에서도 마찬가지다.

## 1) 英國

海上物件運送契約에 있어서 송하인이 船荷證券을 소지한 경우에는 船荷證券만을 갖고 契約運送人을 판단하는 것이 아니다.<sup>51)</sup> 船荷證券은 海上物件運送契約의 체결에 대한 가장 유력한 증거임에 불과한 것이기 때문이다.<sup>52)</sup>

그런데, 船荷證券이 제3자에게 양도된 경우에 船荷證券所持人과의 관계에서는 운송인은 원칙적으로 船荷證券의 해석에 의하여 판단된다.<sup>53)</sup> 그리고 口頭證據排除의 原則(parol evidence rule)에 의하여 계약의 해석은 계약의 문언에만 따른다. 따라서 영국법원은 송하인이 아닌 船荷證券所持人에 대하여는 선하증권의 문언으로 그 내용을 객관적으로 해석하므로 운송인의 확정과 관련하여 다른 증거는 받아들이지 않는 것이 일반적이다.<sup>54)</sup>

## 2) 美國

The Themis(Gans S.S.Line v. Willhelmsen)사건<sup>55)</sup>에서 船荷證券所持人에 대한 契約運送人의 판단은 船荷證券의 기재에 한하지 않는다고 하며,<sup>56)</sup> 선하증권에 의하여 증명되는 계약은 船舶所有者와의 계약뿐만 아니라 “船荷證券발행의 원인을 만든” 定期傭船者 또는 기타 傭船者와의 계약이기 때문에 定期傭船者와 船舶所有者가 같이 책임을 부담한다고 판시하였다. 한편, Agroexport and B.U.D Assurance International Ltd. v. S/S Jordanka Nikolova사건<sup>57)</sup>에서는 적하의 船積, 取扱 또는 揚陸 등의 과정에서 손해발생에 관여한 자도 契約

---

51) “The Jalamohan”(1988) 1 Lloyd's Rep. 443 (QB); “The Uhenbels” [1986] 2 Lloyd's. Rep. 294.

52) William Tetley, *op. cit.*, p. 216.

53) The Rewia(1991) 2 Lloyd's Rep. 325.

54) The "STARSIN"(2000) 1 Lloyd's Rep.85사건에서 Colman판사는 다음과 같이 말했다. 기본원칙으로서 운송책임을 부담하는 당사자의 신분문제의 해결은 선하증권의 문구에 대한 해석만이다.

55) 275 F. 2d 254 (2d Cir. 1921). 본 사건에서는 船舶所有者와 定期傭船者가 용선계약을 체결하였는데 선장이 제3자인 화주에게 선하증권을 발행하였다.

56) 만약에 선하증권에만 의하면 船舶所有者가 契約運送人이다.

57) 1983 A.M.C 1219(S.D.N.Y.1983).



運送人으로 판단하였다.

그러나 이상과 같이 運送人の 확정과 관련하여 船荷證券의 기재에만 의하지 않고, 게다가 실제로 송하인과 계약을 체결한 자를 판단하지도 않으면서 선하증권발행의 원인을 만든 자 또는 운송에 관여한 자를 모두 송하인과 계약을 체결한 자와 같이 취급하는 것은 하주를 보호하는 정책적 목적에 부합하더라도 법적 근거는 없다고 본다. 왜냐하면 이것은 운송인의 정의와 크게 어긋난 것이기 때문이다.

### 3) 日本

海上物件運送契約의 당사자인 契約運送人の 특징은 船荷證券의 文言解釋에 의하여 결정된다. 船荷證券所持人이 송하인인 경우에는 船荷證券의 기재이외에 船腹豫約을 할 때부터 선적할 때까지 모든 사정을 다 알고 있으므로 相對方도 송하인이 아는 증권의 기재 이외의 모든 사정에 대해 대항할 수 있다.<sup>58)</sup> 船荷證券所持人에 대한 일본의 판례에 의하면, 선하증권으로 판단된 契約運送人은 증권에 기재되어 있지 않은 사실을 주장하여 船荷證券所持人에게 대항할 수 없다.<sup>59)</sup> 송하인 이외의 선하증권의 소지인은 통상 船荷證券의 기재에 의해서만 契約運送人을 알 수 밖에 없으므로 증권의 기재가 있으면 그 기재된 자를 契約運送人으로 하여 그 책임을 추궁한다. 이것은 船荷證券의 기재에 대한 신뢰를 보호할 필요가 있으므로 당연한 것이라고 한다. 더 나아가 일본의 학자 중에는 船荷證券所持人이 증권에 기재되어 있는 사실 이외의 사실을 주장·입증하여 契約運送人の 책임을 추궁할 수 있다고 주장하기도 한다. 이러한 경우에 契約運送人으로 되는 자는 하주에 대하여 운송할 것을 약정한 자이다. 이것은 계약법의 원칙에 입각한 것이라고 한다.<sup>60)</sup>

### 4) 프랑스

---

58) 原茂太一, “定期傭船契約と船荷證券責任”, 「海法會誌」通卷 72號(1999), 105面; 中元啓司, “海上物品運送契約と運送契約當事者”, 「海法大系」(東京: 商事法務 2003), 255面.

59) 日本最高裁 平成10.3.27.判決(1998).

60) 高桑 昭, “定期傭船契約と船荷證券責任”, 「海法會誌」通卷 72號(1999), 110面.

선하증권이 발행된 경우에 契約運送人은 선하증권의 기재에 의하여 결정된다고 한다.<sup>61)</sup>

한편, 船荷證券所持人은 선하증권의 기재 이외의 사실을 주장하여 契約運送人을 특정할 수 있는데, 이러한 경우 비록 선하증권의 기재로부터 판단된 외관상의 契約運送人이 진정한 契約運送人이 아니라 할지라도 船荷證券所持人에 대한 책임은 면제되지 않는다. 따라서 이와 같은 외관상의 契約運送人은 진정한 契約運送人과 연대하여 책임을 부담한다.<sup>62)</sup>

### 5) 中國

중국의 법원은 契約運送人의 확정 문제에 대하여 통상 船荷證券의 서명을 기준으로 판단한다. 船荷證券所持人과의 관계에서 契約運送人의 확정에 관한 판례는 아직 없으나 송하인과의 관계에서 契約運送人의 확정에 관한 판례는 있다. 즉 東方國際創業浦東服裝進出口公司 對 北京華夏企業貨運有限公司上海分公司<sup>63)</sup>사건에서 上海海事法院은 契約運送人을 확정함에 있어서 다음과 같은 3가지 사실로 결정하여야 한다고 판시하였다. 첫째, 송하인이 누구에게서 선복을 예약하였는지, 둘째, 實際運送人에 대하여 누구를 위한 선복의 예약인지, 셋째, 船荷證券의 발행자가 누구인지를 통하여 결정한다. 즉 송하인에 대한 관계에서 契約運送人을 확정함에 있어서 船荷證券의 기재사실에 기한 증명은 절대적인 것이 아니며, 여러 가지 사실을 종합하여 판단하는데, 특히 운송계약체결 과정이 중요시된다.

### 6) 綜合的 分析

상술한 바와 같이 契約運送人의 확정 문제에 관하여 송하인에 대한 관계에서는 船荷證券은 推定的 證據에 불과하므로 그와 다른 반증을 허용하고 있다. 즉 송하인에 대하여는 契約運送人의 정의로부터 파악하여 진정으로 해상물건운송계약을 체결한 자를 契約運送人으로 판단한다.

61) 箱井崇史, “船荷證券の解釋による運送人の特定-フランス判例の研究-”, 「早稲田法學」 72卷 3號(1997), 63面.

62) 上掲論文, 68面.

63) (2003)沪海法商初字第266號.

그러나 船荷證券所持人에 대한 관계에서는 船荷證券所持人을 보호하는 차원에서 선하증권의 기재를 기초로 契約運送人을 판단하는 것이 일반적이라고 할 수 있다. 이와 같이 선하증권으로 판단된 契約運送人(이하 “선하증권운송인”이라 함)은 진정한 契約運送人이 아니라 하더라도 운송물에 손해가 발생한 경우에 船荷證券所持人에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다.

## (2) 船荷證券運送人の 船荷證券所持人에 대한 責任負擔의 法的 根據

船荷證券所持人에 대하여 선하증권운송인이 船荷證券上의 責任을 부담하여야 한다고 하는 점에 대해서는 중국 학계의 견해가 일치하지만, 그 제시하고 있는 법적 근거는 서로 다르다.

### 1) 船荷證券의 債權的 效力說

선하증권운송인은 원운송계약과 상관없이 선하증권의 발행으로 인하여 船荷證券所持人と 사이에 새로운 채권관계가 성립하므로, 선하증권운송인이 船荷證券所持人에 대하여 책임을 부담한다는 견해이다.<sup>64)</sup>

이 설에 의하면 船荷證券所持人은 원운송계약을 체결한 契約運送人이 아니라 선하증권운송인에 대해서만 책임을 물을 수 있다. 즉 원운송계약을 인용할 수 없다.

### 2) 船荷證券의 運送契約證明說

선하증권이 선의의 船荷證券所持人에게 양도된 경우에는 선하증권의 모든 기재사항이 최종적 증거력(소위 절대적 증거력)이 있으며, 船荷證券所持人은 선하증권의 내용으로 契約運送人을 결정할 수 있다고 한다.<sup>65)</sup>

이 설은 선하증권이 원운송계약을 증명하는 것이므로 契約運送人도 선하증권으로 증명할 수 있으며, 나아가 船荷證券所持人을 보호하기 위하여 절대적인 증거의 효력을 부여한 것이라고 설명한다. 즉 선하증권으로 판단된 契約運送人은 실제운송계약에 의하여 반증을 할 수 없으나, 船荷證券所持人은 실제운송계

64) 鄭發國, “題單的鑒髮與承運人的識別”, [http:// www. ccmt. org. cn /hs/ explore/ explore Detail. php?slid=751](http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?slid=751), 中國海事審判網, 검색일자 2005. 3. 20.

65) 李章軍, 前揭脚註47, 15面.

약에 의하여 契約運送人을 확정할 수 있다.

### 3) 私見

선하증권의 채권적 효력설은 船荷證券所持人에 대한 契約運送人의 판단이 原運送契約과 완전히 분리되는 학설이다. 이 설에 의하면 船荷證券所持人이 진정한 契約運送人을 증명할 수 있는 충분한 증거를 가지고 있더라도 이것을 무시하고 오로지 선하증권의 기재에 의해서만 契約運送人을 판단하는 것이 된다. 그러나 이것은 운송계약을 체결하는 契約運送人의 정의와 모순된다.

선하증권의 운송계약증명설에 의하면 선하증권으로 판단된 契約運送人은 실제 운송계약에 의하여 반증을 할 수 없으나, 선의의 船荷證券所持人は 원운송계약에 의하여 契約運送人을 확정할 수 있다. 이 설이 가장 타당하다고 생각된다. 그 이유는 아래와 같다.

운송계약의 성질은 낙성계약이므로 진정한 契約運送人은 물건운송을 인수할 때 그 지위를 얻으며, 선하증권은 운송계약이 체결되었음을 증명하는 기능을 한다. 선하증권으로 契約運送人을 판단하는 것은 운송계약을 실제로 체결하지 않은 船荷證券所持人을 보호하기 위한 것이며, 이를 통하여 선하증권의 상업적 가치를 제고할 수 있다고 생각한다. 예컨대, 선하증권으로 판단된 契約運送人이 운송계약체결과정상의 증거로 자기가 진정한 契約運送人이 아니라고 항변하면, 경우에 따라서는 船荷證券所持人이 운송물에 대한 손해에 기한 배상청구를 할 수 없게 되어 선하증권의 상업적 가치를 저하시킬 우려가 있다.

만약 운송계약의 실제적 체결과정을 잘 알고 있는 船荷證券所持人이라면 선하증권에 의해서만 구제를 받을 수 있는 것은 아니기 때문에 다른 증거로 진정한 契約運送人에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 이것은 契約運送人의 정의에 의하여 당연히 내릴 수 있는 결론이다.

다시 말하면 선하증권이 송하인 측에 있으면 그것은 추정적인 증거에 불과하므로 契約運送人의 확정에서 실제적인 계약체결과정을 참작할 수 있다. 그러나 船荷證券所持人을 보호하는 입장에서 船荷證券은 절대적인 증거로써 기능을 한다. 따라서 선하증권운송인은 船荷證券所持人에 대해서는 선하증권에

의한 반증이 불가능함에 반하여, 契約運送人의 정의에 의한 船荷證券所持人의 반증은 허용된다고 할 수 있다.

### 3. 船荷證券上 運送人의 確定方法

#### (1) 확정기준

보통 선하증권에서 契約運送人을 판단하는 기준은 다음과 같은 3가지가 있다. ① 선하증권의 서명, ② 선하증권의 상부에 회사명 표시, ③ 선하증권의 이면약관-디마이즈약관(demise clause) 또는 운송인 특정약관(identity of carrier clause)이 있다.

船舶所有者(裸傭船者) 또는 無船舶運送人이 물건운송을 인수하여 선하증권을 발행한 경우에 船荷證券所持人이 선하증권을 가지고 契約運送人에 대한 판단이 어려운 원인은 선하증권의 상부에 회사명과 운송인란에 서명이 일치하지 않기 때문이다. 또한 물건운송을 하는 선박이 용선된 경우에는 船荷證券所持人이 선하증권을 가지고 契約運送人을 판단하는 것이 어려운데, 그 이유는 서명, 상부회사명 및 선하증권이면약관이 서로 불일치하기 때문이다.

여기서 선하증권의 기재에 의하여 單數契約運送人을 판단하여야 되는가 아니면 複數契約運送人을 판단할 수도 있는가라는 문제가 발생한다. 이에 대하여 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 같이 입법한 국가에서는 “송하인과 운송계약을 체결한 船舶所有者 또는 傭船者を 포함함”이라는 문구 중에 “또는(or)”이라는 단어를 사용하는 것은 單數契約運送人說을 지지한다는 견해가 있다.<sup>66)</sup> 이에 반해서 이러한 정의는 船舶所有者와 傭船者が 같이 契約運送人이 될 가능성을 배제하는 것은 아니라는 견해도 있다.<sup>67)</sup> 미국 판례에서는 契約運送人을 판단함에 있어서 선하증권에 혼동하기 쉬운 인쇄 및 기재가 있는 경우에는 定期傭船者和 船舶所有者를 모두 契約運送人으로 본다.

생각건대 선하증권으로 契約運送人을 판단하는 것은 운송계약을 실제로 체

66) 原茂太一, 前掲論文, 107面.

67) William Tetley, *op. cit.*, p.233 note 2.

결한 진정한 契約運送人을 추정하는 것이라고 할 수 있다. 선하증권의 문언상 복수의 주체가 공통의 운송채무를 인수한다고 기재된 경우에는 당연히 공동의 契約運送人으로 인정될 수 있지만, 이러한 기재가 없으면 당초에 운송계약을 체결한 자가 단독으로 계약을 체결한 것으로 추정된다. 複數責任主體를 인정하는 것은 契約運送人의 판단의 어려움을 피할 수 있지만 법적 근거는 없다고 생각한다. 즉 선하증권의 문언에 의하여 單數의 契約運送人을 판단하여야 된다고 본다.

### 1) 船荷證券의 署名

통상의 선하증권의 발행의 경우에는 船長 또는 船舶所有者의 代理人이 서명한다. 정기용선의 경우에는 정기용선계약에 의하여 傭船者 또는 그의 代理人이 船長을 대리하여 서명할 수도 있다. 그리고 船長 또는 船舶所有者의 代理人이 定期傭船者를 대리하여 서명하거나 定期傭船者가 본인의 명의로 서명하는 경우도 있다. 이때 선하증권에 누가 서명하였는지 혹은 누구를 대표하여 서명하였는지를 판단하는 것이 중요하다. 당해 서명이 손으로 쓴 것이고 선하증권서식의 앞면에 있으므로 선하증권을 해석할 때에 이면에 인쇄된 디마이즈약관 또는 운송인특정약관에 비하여 효력이 높기 때문이다. 게다가 이것은 누가 운송인으로서 책임을 부담하는 것인지를 기술하는 것이다.<sup>68)</sup> 이하에서는 船長이 선하증권에 서명한 경우와 定期傭船者 또는 그의 代理人이 선하증권에 서명한 경우로 나누어 살펴본다.

---

68) The "Starsin"(2000) 1 Lloyds's Rep. 85사건에서 Colman대법관은 다음과 같이 판시하였다. “일방이 용선계약 또는 다른 상업적인 계약에 서명하면서 어떠한 방식으로 책임을 부담하지 않는다고 암시할 수 있으며 이로 인하여 어떠한 방식으로 책임을 부담한다는 기술과 모순될 수 있다. 인쇄된 선하증권의 서식에서 운송인특정약관 및 디마이즈약관으로 船舶所有者가 契約運送人이고 또한 운송계약으로 구속받는다고 뚜렷하게 암시하는 사실에 비추어 추가의 필적으로 다른 당사자가 계약하의 운송책임을 부담하겠다고 뚜렷하게 기술할 때만 이 결론을 바꿀 수 있다. ……서명자가 계약하의 책임을 부담하는지 혹은 하지 않는지를 확인함에 있어서 서명과 인쇄된 서식에 쓰인 기타 관련 문언 사이의 연결에 사용하는 문언에 “압도적인 중요성”을 부여하는 것이 필요하다.”

### 가. 船長이 船荷證券에 署名한 경우

선장이 선하증권에 서명한 경우에 선장이 누구의 대리인으로서 선하증권을 발행하였는지가 문제된다.

定期傭船契約의 표준약관서식을 사용하는 경우에 계약당사자가 조항을 추가하거나 조항을 삭제하고, 船長을 定期傭船者의 代理人이라는 취지를 기재하는 것과 같이 계약의 내용을 변경하는 것도 계약자유의 원칙에 의하여 인정된다. 추가조항 등에 의하여 定期傭船契約의 당사자인 船舶所有者와 定期傭船者 사이에 선장의 지위·권한에 관하여 개별적으로 다양한 약정을 할 수 있다. 定期傭船契約에 있어서 선장이 船舶所有者와 定期傭船者 중 누구의 대리인으로 될 것 인지의 문제는 定期傭船契約의 당사자 사이의 내부관계이다. 그러나 船荷證券所持人は 定期傭船契約의 당사자가 아니고 제3자이기 때문에 定期傭船契約의 내용으로부터 구속을 받지 않는다고 할 것이다.

보통법(common law)에 있어서 원칙적으로 船長은 船舶所有者의 代理人이다. 따라서 선하증권의 추가조항 및 모든 사정에 의하여 船長이 定期傭船者의 代理人으로서 선하증권에 서명하는 일반적인 권한을 갖고 있다고 판단할 수 있는 경우를 제외하고는 선장의 서명은 船舶所有者를 海上運送人으로 하는 것이 원칙이라고 한다.<sup>69)</sup>

독일 상법 제644조의 제1문에는 船長 기타 船舶所有者의 代理人에 의하여 발행된 선하증권에 契約運送人의 명칭이 기재되어 있지 않는 경우에는 船舶所有者를 海上運送人으로 간주한다고 명문으로 규정되어 있다.

한편 中國海商法 제72조에 의하면 선장이 선하증권을 발행한 경우에 契約運送人을 대리하여 발행한 것으로 간주한다. 그런데 여기서 말하는 “契約運送人”을 船舶所有者로 볼 수 있는지가 불명확하다. 그래서 국제적인 관행에 따라 선장이 서명하여 선하증권을 발행한 경우에는 船荷證券所持人에 대하여 船舶所有者를 契約運送人으로 본다고 하는 내용으로 법조문을 개정하는 것이 바람직

---

69) Michael Wilford, Terence Coghlin and John D. Kimball, *Time Charters*, 5ed.(London: Lloyd's of London Press, 2003), p.365.

하지 않을까 생각된다.

#### 나. 定期傭船者 또는 그의 代理人이 船荷證券에 署名한 경우

定期傭船者 또는 그의 대리인이 “선장을 위하여”(for the master), “선장을 대표하여”(on behalf of the master) 또는 “선장을 위하고 대표하여”(for and on behalf of the master)라는 문구를 사용하여 선하증권을 발행한 경우 영국에서는 船舶所有者로부터 서면으로 권한을 수여받지 않았다 하더라도 외관상의 수권이 있기 때문에 선장 및 船舶所有者를 위하여 서명하는 것이라고 해석하고 있다.<sup>70)</sup>

미국의 판례에서는 정기용선계약표준서식에 의하여 定期傭船者에게 선주를 구속하는 선하증권에 서명하는 권한을 부여하였다고 해석할 수 없으며 명확한 권한을 부여하는 표시가 필요하다고 한다. 그리고 傭船者 또는 그의 代理人이 “선장을 위하여”라는 문언이 있는 선하증권에 서명한 경우에도 船舶所有者 또는 선장이 선하증권에 서명하는 권한을 定期傭船者에게 현실적으로 부여하거나 혹은 이러한 권한을 부여하는 것과 같은 외관을 만든 경우가 아니면 당해 선하증권은 船舶所有者를 구속하지 않는다고 해석하고 있다.<sup>71)</sup> 그런데, 이와 같은 판례의 태도는 海事上의 責任에 관한 국제적인 통일성을 상실하는 결과를 초래한다고 비판받고 있다.<sup>72)</sup>

일본의 판례에 의하면 傭船者가 선하증권에 “선장을 위하여”라고 기재하는 것은 일반적으로 船舶所有者가 선하증권으로 표창된 운송계약의 契約運送人이라는 표시라고 한다.<sup>73)</sup>

70) Alimport v. Soubert Shipping Co. Ltd. (2000) 2 Lloyd's Rep. 447.

71) Centennial Insurance Co. v. Conetellation Enterprise etal , District Court Southern District of New York 1988; Mahroos v. Tatianna L. and others(1988) A.M.C. 757.

72) 中元啓司, 前掲論文, 264面.

73) 上掲論文, 264面. 그러나 실무상으로 선하증권의 서명란에 선장이 서명하거나 또는 定期傭船者의 대리인이 “선장을 위하여”라고 기재하는 것이 운송인의 서명란의 기재로서 契約運送人을 특정할 수 있을지에 대하여 의문이 있다고 보는 일본 학자도 있다(江頭憲治郎, 「商取引法」, (東京: 弘文堂 2002), 309面). 이러한 기재는 선장명 또는 선박명에서 선주를 쉽게 알 수 있고, 자기 소유의 선박으로 해상



## 2) 船荷證券의 上部 會社名

영국의 오래전 판례에서는 定期傭船者가 인쇄된 선하증권의 상부에 자기의 회사명을 표시하거나 선장이 선장명만 서명한 경우에 定期傭船者를 契約運送人으로 판단한 적이 있지만<sup>74)</sup> 근래의 판례에 의하면 운송인란에 뚜렷하게 서명한 경우에는 선하증권의 상부 회사명 표시를 무시한다.<sup>75)</sup>

일본의 판례에 의하면 선하증권의 상부의 회사명은 定期傭船者를 표시할 뿐이며 선하증권상 특별한 의미를 가지고 있는 것은 아니라고 한다.<sup>76)</sup> 이에 대해 일본 학자 중에는 선하증권의 상부에 定期傭船者의 회사명이 있으나 선하증권의 운송인란의 기재가 없고 게다가 船舶所有者가 누구인지가 선하증권상 명확하게 표시되어 있지 않는 경우에는 이러한 선하증권의 상부의 회사명 표시는 契約運送人을 확정할 때 판단의 자료로서 의미가 있는 것이라고 주장하기도 한다.<sup>77)</sup> 그러나 판례를 지지하는 학자들은 선하증권 상부의 회사명은 단지 定期

---

기업을 경영하는 것이 통례이었던 시대의 흔적이라고 해야 할 것이다. 선하증권상에도 본선의 소유관계는 기재되지 않는다. Lloyd's 선명록이나 선박서류에서 선주명을 아는 것이 불가능하지 않다고 하더라도 증권을 위탁하거나 혹은 증권을 취득하는 자는 비록 그가 해운실무의 지식을 가지고 있다고 하더라도 여전히 그 조사를 요구하는 것은 부적당하다고 판단되기 때문에 타선이용형태가 각별히 발달한 현재에는 이러한 표시만으로부터 선주를 판단하는 것은 쉽지 않다고 하는 견해가 있다(川又良也, 「私法判例リマークス1993(下)」(1993), 119面). 그러나 이에 대하여 原茂교수는 이와 같은 형식의 대리문언에 의하여 선주가 본인이라고 판단되는 것은 그와 같이 판단된 운송인본인인 선주를 찾는 데에 있어서 많은 어려움이 수반된다는 것과 별개의 문제라고 지적하였다(原茂太一, “船荷證券における運送人の確定問題-傭船された船舶で運送される物品に關して-”, 「青山法學論集」40卷(1999), 43面).

74) Samuel v. West Hartlepool Co. (1906) 11 Com. Cas. 111; Paterson, Zochonis & Co. v. Elder Dempster(1922) 12 Lloyd's Rep. 69. 이러한 판례는 오늘날에 다시 심판하면 결과가 달라질 것이라고 한다(Julian Cooke, Timothy Young, Andrew Taylor, John D. Kimball, David Martowski and Leroy Lambert, *Voyage Charters*, London: Lloyd's of London Press Ltd. 1993, p.382).

75) “The Rewia”(1991) 2 Lloyd's Rep. 325.

76) 日本最高裁 平成10.3.27.判決(1998).

77) 高桑 昭, 前掲論文, 112面; 中田 明, “定期傭船契約と船荷證券責任”, 「海法會誌」

傭船者의 회사의 서식을 사용함에 불과하여 이 하나의 사실을 가지고 傭船者를 契約運送人이라고 판단하는 것은 증권의 해석으로서는 문제가 있다고 비판한다.<sup>78)</sup>

### 3) 디마이즈약관(demise clause) 또는 運送人特定約款(identity of carrier clause)

운송인특정약관이란 누가 진정한 契約運送人인지를 명시하는 약관이다. 디마이즈약관의 전형적인 표현은 다음과 같다. “선하증권을 발행한 회사가 선박을 소유하거나 나용선한 것이 아니면, 당해 선하증권은 船舶所有者 또는 裸傭船者가 체결한 계약으로서 효력을 발생하고 선하증권을 발행하는 회사는 단지 대리인이며 개인적인 책임을 부담하지 아니한다.”<sup>79)</sup> 운송인특정약관의 전형적인 표현은 다음과 같다. “당해 선하증권으로 증명된 계약은 하주와 船舶所有者 사이의 계약이므로 운송계약에 의한 채무의 위반 또는 불이행으로 야기한 손해 또는 滅失에 대하여 船舶所有者가 스스로 책임을 부담하여야 한다.<sup>80)</sup> 운송인특정약관은 디마이즈약관과 같은 효과가 있으나<sup>81)</sup> 船舶所有者가 운송인이라고

---

通卷 72號(1999), 123面; 中村眞澄, 「海上運送責任の諸問題」(東京: 成文堂 1998), 123面.

78) 原茂太一, 58, 107面; 小林 登, “定期傭船契約と船荷證券責任” 「海法會誌」通卷 72號(1999), 118面.

79) “If the ship is not owned or chartered by demise to the company or line by whom this bill of lading is issued(as may be the case notwithstanding anything which appears to the contrary) the Bills of Lading shall take effect as a contract with the Owner or demise charterer, as the case may be, as principal made through the agency of the said company or line who act as agents only and shall be under no personal liability whatsoever in respect thereof.”(John F Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 4th ed.(London: Longman, 2001), p.233).

80) “The contract evidenced by this bill of lading is between the Merchant and the owner of the vessel named herein and it is, therefore, agreed that the said shipowner alone shall be liable for any damage or loss due to any breach or non-performance of any obligation arising out of the contract of Carriage.”. *Ibid.*, p.234.

81) 운송인특정약관은 거의 모두 운송인이 船舶所有者라고 지정하지만 傭船者가 운송

뚜렷하게 지적함으로써 애매모호한 부분이 없기 때문에 더 잘 수용될 수 있을 것이다.<sup>82)</sup>

디마이즈약관이 나타난 역사적인 이유는 바로 1894년 영국 상선법(Merchant Shipping Act 1894)의 責任制限額에 관한 제503조(Section 503) 때문이다. 1894년 영국 상선법상으로는 傭船者는 선박소유자책임제한규정의 적용이 배제되어 있었다. 즉, 傭船者가 운송인인 경우에 큰 사고가 일어나서 선박과 운송물이 전손된 경우에 고액의 배상청구금액에 대하여 船舶所有者責任制限을 인용할 수 없었다.<sup>83)</sup> 따라서 이러한 디마이즈약관을 첨부하면 큰 사고가 일어났을 때 船舶所有者 또는 裸傭船者가 우선 船荷證券所持人에 대하여 배상하고, 배상액이 船舶所有者가 용선계약 하에 부담해야 될 책임보다 높으면 傭船者로부터 보상을 청구할 수 있다. 이러한 방법을 통하여 傭船者는 船舶所有者責任制限을 간접적으로 인용하게 된다.

그러나 1958년 상선법(Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act 1958)의 개정을 통하여 제3조 제1항에서 傭船者도 船舶所有者責任制限을 인용할 수 있다고 규정하였다. 그 외에 1957년 船舶所有者責任制限 協約(International Convention relating to the Limitation of the Liability of Owners of Sea-going Vessels 1957) 및 1976년 해사채권을 위한 책임제한 협약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976)에서도 마찬가지로 傭船者를 책임제한을 인용할 수 있는 주체에 포함시켰다. 이와 같이 船舶所有者 責任制限法の 改正으로 디마이즈약관은 이미 역사적인 사명을 완성하였다고 볼 수 있는데도 아직도 존재하고 있는 이유는 다음과 같다. 실제로 船舶所有者 또는 裸傭船者가 운송을 실행하므로 소송에 있어서 傭船者보다 입증이 용이하기 때문이다.<sup>84)</sup> 그러나 이러한 약관이 船荷證券所持人에

---

인이라고 지정하는 사건도 없는 것이 아니다. The "Venezuela"(1980) 1 Lloyd's Rep. 393.

82) *Ibid.*, p.234.

83) Paterson, Zochonis v. Elder Dempster(1922) 2 Lloyd's Rep. 69.

84) 楊良宜, 「提單及其付運單證」(北京: 中國政法大學出版社, 2001), 196面.

대하여 契約運送人이 누구인지를 판단하는 데에 있어서 의문을 제기하게 만드는 것은 사실이다. 예컨대 船荷證券所持人이 傭船者를 상대로 소송을 제기했는데, 이 약관 때문에 법원에서 船舶所有者가 契約運送人이라고 판단하여 船荷證券所持人이 다시 船舶所有者를 상대로 소송을 제기할 때에 이미 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 규정한 1년 提訴期間을 넘어서 손해배상을 청구할 수 없게 되는 사건도 있다.<sup>85)</sup> 이러한 이면약관이 선하증권의 서명과 모순된 경우, 즉 선하증권의 서명이 傭船者가 자기의 명의로 하거나 선장이 傭船者의 代理人으로서 하는 경우에 이 약관의 효력에 대하여 각국 법원의 태도는 일치하지 않는다.

영국에서는 이 약관의 효력에 대하여 대체로 인정하는 경향이었으나,<sup>86)</sup> 최근에는 태도가 변하였다. 디마이즈약관의 효력을 인정하는 이유에 대해서는 The "Berkshire"사건에서의 Brandon판사의 판시에 의하면, 디마이즈약관을 부정할 이유가 없으며 이 명백한 약관으로 傭船者가 단지 대리인으로서 船舶所有者를 대리하여 발행한 선하증권은 하주와 船舶所有者 사이의 계약으로 효력이 발생한다는 것을 의미하고, 나아가 선하증권이 船舶所有者의 선하증권이라는 것을 명료하게 설명한다고 하였다. 그러나 The "Hector"<sup>87)</sup>사건에서는 디마이즈약관이 무시되고, 선하증권 앞면에 傭船者가 契約運送人이라고 표시하는 도장에 의하여 傭船者가 契約運送人으로 판단되었다. 이것은 제1심법원의 판결이기 때문에 선판례의 효력이 없다. 그러나 The "Starsin"사건으로 디마이즈약관을 부정하는 법원의 흐름이 형성되었다. The "Starsin"사건에서는 선하증권 앞면의 운송인란에 “운송인인 傭船者의 대리인으로서”라는 문구를 기재하고 있고 이면에는 船舶所有者가 契約運送人이라는 운송인특정약관과 디마이즈약관이 있었다. 이에 대하여 제1심법원에서 심리할 때에 傭船者가 契約運送人이

---

85) The "Antares"(1987) 1 Lloyd's Rep. 424.

86) The "Berkshire"(1974) 1 Lloyd's Rep. 185; The Jalamohan (1988) 1 Lloyd's Rep. 443; The "Ines"(1995) 2 Lloyd's Rep. 144; The "Flecha"(1999) 1 Lloyd's Rep. 612사건에서 모두 디마이즈약관 또는 운송인특정약관을 인정하였다.

87) (1998) 2 Lloyd's Rep. 287.

라고 판결하였지만<sup>88)</sup> 항소심에서는 제1심법원의 판결을 뒤집고 디마이즈약관의 효력이 선하증권의 앞면의 기재보다 우선하다고 하여 船舶所有者가 契約運送人이라고 판결하였다.<sup>89)</sup> 그러나 이 사건에 대한 귀족원의 심리에서는 항소심의 판결을 뒤집고 또 다시 傭船者가 契約運送人이라고 판결하였다.<sup>90)</sup> 귀족원에서 이러한 판결을 내린 근거는 다음과 같다.

선하증권의 앞면을 볼 때, 傭船者가 契約運送人이라는 의도가 분명하고 당사자가 특별히 추가한 문언(본 사건에서는 서명임)은 인쇄된 모순약관보다 우선하며, 신용장통일규칙(Uniform Customs and Practices for Documentary Credits: UCP 500)의 규정에 의하면 은행은 신용장에서 요구한 서류를 검사할 때에 契約運送人의 신분이 선하증권의 앞면에 반드시 표시될 것을 요구하며, 증권의 뒷면 약관을 보지 않는다.<sup>91)</sup> 이상으로 볼 때 동일한 사실이라도 개개의 판사에 따라 다른 판결을 내릴 수 있다. 그러나 The "Starsin"사건에서 귀족원이 최종 판결을 내렸기 때문에 선판례의 효력이 있으므로 이후에 이와 유사한 사건을 구속할 것이다. 따라서 영국의 법원은 선하증권 앞면에 契約運送人을 분명히 표시한 경우 디마이즈약관의 효력을 부정하는 입장을 견지하고 있다고 할 수 있다. 그러나 선하증권 앞면에 契約運送人을 분명히 표시하지 않는 경우에는 디마이즈약관이나 운송인특정약관의 효력을 인정할 수 있다.

미국의 법원은 디마이즈약관이 미국 해상물품운송법(U.S COGSA)의 제3조 제8항(책임경감금지조항)에 의하여 운송인의 책임을 면제하는 약관으로 무효라고 한다.<sup>92)</sup>

---

88) The "Starsin"(2000) 1 Lloyd's Rep. 85. 제1심법원의 Colman 판사는 The "Hector"사건의 판결을 인정하여 앞면에 傭船者가 契約運送人이라고 분명하게 기재되어 있기 때문에 이면에 이와 모순된 약관이 있더라도 하주가 이 서명이 선장 또는 船舶所有者를 대리한 서명이라고 착각할 수 없다고 판시하였다.

89) (2001) 1 Loyd's Rep. 437.

90) (2003) 1 Lloyd's Rep. 571.

91) 傭船者와 船舶所有者를 모두 契約運送人으로 하는 제의가 있으나 귀족원의 재판관들은 선하증권 자체의 문구가 이러한 제의를 지지하지 않는다고 하여 이러한 제의를 무시하였다(William Tetley, "Case Note", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol.35, No.1(January 2004), p.125).

그리고 일본최고법원의 판례에서는 디마이즈약관의 유효성을 인정하고 있다.<sup>93)</sup> 최고법원의 입장에서는 디마이즈약관이 선하증권에 규정되어 있는 경우에 선하증권상의 운송인을 불명확하게 하는 것이 없으므로 國際海上物品運送法 제15조 제1항(운송인에 유리한 특약의 금지)에 위반하는 것이 아니라고 한다.<sup>94)</sup>

92) Epstein v. United States, 86F. Supp. 740, 1949 A.M.C. 1598(S.D.N.Y. 1949); Thyssen Steel Co. v. M/V Kavo Yerakas, 50 F.3d 1349, 1353, 1995 A.M.C. 2317, 2322(5th Cir. 1995); Nippon Fire & Marine Ins. Co. v. M/V Spring Wave, 92 F. Supp. 2d 574, 576, 2000 A.M.C. 1717, 1719(E.D.La.2000).

93) 日本最高裁 平成10.3.27.判決(1998). 이 판결 전 카ムフェア号 사건의 판결(東京地判平成9.9.30(1997)判タ九五九号)에서는 定期傭船者が 운송인이라고 인정한다. 다음 선하증권에 있는 디마이즈약관이 定期傭船者の 책임을 면제하는 것이며 하주에게는 불리한 특약이기 때문에 國際海上物品運送法 제15조 1항에 위반하여 무효이지만 한편 운송인의 책임을 인수한 船舶所有者의 책임을 부정해야 하는 이유는 없다고 하여 船舶所有者는 定期傭船者와 같이 중첩적으로 채무를 인수한 것으로 해석하는 것이 상당하다고 판시하였다. 본 판례에 대하여 복수운송인설의 가능성을 시사한 것이라고 평가하는 견해가 있다(楠元純一郎, “定期傭船者の船荷證券上の責任”, 「企業ビジネスと法的責任」(東京: 法律文化出版社, 1999), 432面). 한편, 디마이즈약관은 船舶所有者만이 운송인으로서의 책임을 부담한다고 하는 취지의 조항이므로 무효라고 보아야 하기 때문에 船舶所有者도 傭船者와 같이 책임을 부담한다는 내용이 되면 그 유효성을 부정하지 않는 것이 된다고 하는 점에서 이를 비판하는 견해도 있다(原茂太一, 58, 107面).

94) 일본의 학자들 간에는 이에 대하여 견해가 일치하지 않는다. 디마이즈약관을 무효라고 주장하는 견해도 있다. 즉 디마이즈약관은 애매하고 오해하기 쉬운 약관으로서 國際海上物品運送法 제15조 제1항에 위반하는 특약이며 하주로서 선명록의 조사에 의하지 않으면 船舶所有者의 이름을 아는 것은 쉽지 않기 때문에 하주 측의 시간과 노력의 측면에서 운송인특정을 위한 부담이 크고 또한 책임경감과의 균형을 상실하는 것이 된다. 게다가 나용선계약이면 船舶所有者는 책임을 부담하지 않고 裸傭船者が 운송인이 되는데, 나용선계약인지 아닌지 그리고 누가 裸傭船者인지에 대하여 나용선계약의 당사자가 아닌 하주로서는 그것을 알기 어렵다고 한다(高桑 昭, 前掲論文, 113面; 中田 明, 前掲論文, 124面). 이에 반하여 디마이즈약관 내지 운송인특정약관 그 자체는 해상물품운송계약의 責任主體인 운송인을 특정하는 것이며 운송인의 책임내용을 문제로 하지 않기 때문에 헤이그 규칙 제3조 제8항 및 國際海上物品運送法 제15조 제1항의 면책약관금지의 규정에 위반하는 것이 아니라고 한다(戶田修三, 「海商法」(東京: 文眞堂, 1990), 116面).

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 가입국 중 많은 국가, 예컨대, 캐나다,<sup>95)</sup> 프랑스,<sup>96)</sup> 벨기에,<sup>97)</sup> 네덜란드,<sup>98)</sup> 이탈리아<sup>99)</sup>에서는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제3조 제8항에 위반한다고 하여 디마이즈약관이나 운송인 특정약관을 무효로 본다.

## (2) 綜合的 分析

契約運送人을 판단할 수 있는 기준이 서로 모순된 경우에 어느 기준이 우선하는지가 국제적으로 통일되어 있지 않다. 이로 인하여 船荷證券所持人이 누구에 대해서 손해배상을 청구할 수 있을지 모르기 때문에 이것은 선하증권의 유통을 해칠 수 있다. 신용장통일규칙(UCP 500)은 이러한 상황에 대처하기 위해 Article 23(a)(i)에서 선하증권의 앞면에 운송인이 누구인지를 기재하여야 한다고 명확하게 규정하고 있다. 따라서 선하증권에 운송인이 명시되어 있지 않으면 은행이 결제를 거절할 수 있다. 그러나 契約運送人의 확정문제가 완전히 해결될 수는 없다. 왜냐하면 국제매매계약에서의 대금결제가 모두 신용장결제방식으로 이루어지는 것은 아니기 때문이다. 신용장결제방식을 취하지 않은 국제매매계약에 있어서는 선하증권의 기재가 위의 신용장통일규칙(UCP 500)에 구속되지 않는다. 그리고 신용장결제방식을 통해 운송인란에 契約運送人이 누구인지를 명확하게 표시하더라도 선하증권에 이와 다른 내용이 있으면 해석의 문제가 여전히 남게 된다. 따라서 선하증권으로 契約運送人을 판단하는 원칙이 필요하다고 생각된다.

---

95) Canadian Klockner Ltd. v. D/S A/S Flint(The Mica)(1973) F.C. 988, 1000,(1973) 2 Lloyd's Rep. 478, 484. See William Tetley, *supra note* 91, note 11.

96) Cour d'Appel de Paris, September 29, 1988, DMF 1990, 381(The Tini-P); Cour d'Appel de Paris, March 25, 1993, DMF 1994, 504(The Arno); Cour d'Appel de Versailles, May 31, 2001, BTL 2001, 728. See *ibid.*

97) Cour d'Appel de Bruxelles, March 1, 1963, JPA 1963, 329(The Ferdia). See *ibid.*

98) Hof's Gravenhage, April 22, 1997, (1998) ETL 263. See *ibid.*

99) Ćslav Pejović, Journal of Maritime Law & Commerce, Vol.31(2000), p.379, 391. See *ibid.*

선하증권으로 契約運送人을 판단하는 것은 결국 법률행위의 해석에 속한 계약의 문언해석에 관한 문제이다. 즉 계약의 내용이 불완전하거나 애매한 경우에 해석을 통하여 이를 완전하고 명확하게 하여야 한다. 법률행위의 해석원칙 내지 방법은 전적으로 판결실무와 학설에 맡겨둘 사항임에도 불구하고 근대민법에서는 법률행위의 해석의 원칙 및 방법에 관하여 규정을 두는 것이 일반적인 현상이다. 법률행위의 해석은 주관적 해석 및 객관적 해석이 있으며 주관적 해석은 표의자의 내심의 진정한 의사, 진의를 존중하는 법률행위의 해석을 말하고, 객관적 해석은 표시행위가 갖는 의미내용을 존중하는 해석을 말한다. 오늘날 주관적 해석론이 대원칙이지만, 보통거래약관에 의한 거래가 왕성하게 일어남으로 인하여, 객관적 해석론이 우선하는 영역이 크게 확대되었다.<sup>100)</sup>

船荷證券所持人은 당초 운송계약을 인수한 契約運送人과 직접적인 계약관계에 있지 않으므로 契約運送人과의 권리의무관계는 오로지 선하증권에 의하여 결정되기 때문에 선하증권의 유통을 보증하고 船荷證券所持人의 신뢰를 보호하기 위하여 객관적 해석을 취하여야 한다. 즉 표의자의 상대방과 동일한 유형의 이성적인 사람이 상대방과 동일한 사정에 있었다라면, 그 이성적인 사람이 표시행위에 대하여 이해할 수 있는 의미를 따라서 내용을 확정하여야 한다.

생각건대, 이러한 객관적 해석원칙에 의하면 우선 운송인란의 서명을 중요시하여야 한다. 서명이 뚜렷한 경우에 다른 기준을 무시하고 이에 의하여 契約運送人을 판단하여야 한다. 통상 선하증권 앞면에 기재해야 될 사항인 송하인과 통지수령인의 성명 또는 상호, 선박의 명칭, 船積港, 揚陸港, 운송물의 종류, 중량 또는 용적, 포장의 중별, 개수와 기호, 외관상태, 운임, 선하증권의 발행지와 발행연월일, 契約運送人의 서명 또는 기명날인으로 당해 운송을 특정하기 때문에 선하증권을 선의로 취득한 자는 당연히 선하증권의 앞면의 기재사항에 주의를 기울일 것이다. 특히 직접 수기한 것은 인쇄된 문자보다 더 주의를 하게 된다.

그러나 中國海商法을 포함한 대부분의 입법에서는 契約運送人의 성명 또는

---

100) 金相容, 「比較契約法」(서울: 法英社, 2002), 61~81面.



서명의 기재가 없어도 이에 대한 아무런 제재규정이 없기 때문에 契約運送人의 성명 또는 서명이 없는 경우도 많다. 운송인란에 성명 또는 서명이 없거나 혹은 있지만 애매한 경우에 다른 기준에 의하여 契約運送人을 판단하여야 한다. 선하증권의 상부의 회사명이 契約運送人을 판단하는 데에 있어서 가장 우월한 기준이라고 주장하는 학자도 있다.<sup>101)</sup> 그러나 해운실무에서는 契約運送人이 자기 회사의 선하증권서식을 발행할 수도 있고, 契約運送人이 속한 집단회사의 선하증권서식을 발행할 수도 있고, 심지어 선하증권관리가 엄격하지 않기 때문에 자기 회사와 아무 관련이 없는 회사의 선하증권을 사용할 수도 있으므로 선하증권의 상부의 회사명만 가지고 契約運送人을 판단할 수 없다고 생각된다. 선하증권의 앞면으로 契約運送人을 판단할 수 없는 경우에는 선하증권 이면에 있는 디마이즈약관이나 운송인특정약관을 참고하여 船舶所有者 또는 裸傭船者가 契約運送人으로 인정되는 것은 무리가 없다고 생각된다.

각국에서 디마이즈약관을 부정하는 이유는 모두 이 약관이 운송인책임경감 금지조항에 위반하기 때문이라고 한다. 즉, 傭船者가 디마이즈약관이나 운송인 특정약관에 의하여 契約運送人으로서의 책임을 회피한다고 한다.

그러나 선하증권 앞면에 傭船者가 契約運送人이라고 분명하게 기재된 경우 임에도 불구하고 디마이즈약관이나 운송인특정약관이 선하증권에 첨부된 것은 傭船者가 契約運送人의 책임을 회피한다고 말할 수 있는데, 만약에 선하증권 앞면에 선장이 서명하거나 傭船者가 선장을 위하여 서명하거나 契約運送人의 서명이 애매하거나 또는 아예 契約運送人의 서명이 없는 경우에는 이 약관은 契約運送人이 누구인지를 표시하기 때문에 유효하다고 보아야 한다.

그리고 디마이즈약관은 언제든지 傭船者에 대하여 유리한 조항이라고 말할 수 없다. 예를 들면, 디마이즈약관에 의하여 傭船者의 신분은 契約運送人의 대리인이며, 이에 의하여 하주는 운임을 船舶所有者에게 직접 지급해야 되고 傭船者에게 지급할 수 없다. 따라서 傭船者는 운임을 받기 위하여 하주의 적하를 상대로 유치권을 행사할 수 없게 된다.<sup>102)</sup>

---

101) 吳煥寧, 「海商法」(北京: 法律出版社, 1996), 101面.

그리고 디마이즈약관에 의하여 船舶所有者가 契約運送人으로 판단되는 것은 船舶所有者에게 불공평한 것도 아니다. 船舶所有者가 선하증권에 의하여 船荷證券所持人에게 배상한 후 용선계약에 따른 자기가 부담하여야 할 책임보다 높으면 傭船者에게 求償權을 행사할 수 있다. 따라서 傭船者가 디마이즈약관 또는 운송인특정약관을 가지고 책임을 회피한다는 판단은 단편적인 시각이다. 또한 傭船者가 契約運送人이라고 해도 船舶所有者가 운송을 실제로 이행하기 때문에 傭船者가 船荷證券所持人에 대하여 배상한 후 반드시 船舶所有者에게 求償權을 행사한다. 결국은 船舶所有者가 운송물손해에 대한 책임을 면할 수 없다.

또한 船舶所有者가 契約運送人으로 인정되면 船荷證券所持人은 船舶所有者의 선박을 압류함으로써 채권을 실현할 수 있게 된다. 그리고 傭船者가 契約運送人으로 인정된 경우에 다음과 같은 경우가 발생할 수 있다. 항해진행 중 定期傭船者가 하주한테 운임을 받았으나 船舶所有者에게 용선료를 지급하지 않으면, 船舶所有者가 항해를 완성할 의무가 없다. 이러한 경우에 傭船者를 契約運送人으로 판단하는 것은 오히려 船荷證券所持人에게 불리하다.

그리고 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제3조 제8항은 운송인책임의 경감을 금지하는 조항이다. 즉, 契約運送人으로서의 책임을 경감할 수 없는 것인데, 디마이즈약관은 선하증권 앞면에 契約運送人에 대한 기재가 애매한 경우에 契約運送人을 확정하는 약관으로서 契約運送人을 지정하는 것이다. 따라서 디마이즈약관은 책임내용과 관련이 없는 약관으로서 당연히 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제3조 제8항에 위반한다고 말할 수 없다. 요컨대 선하증권 앞면으로 契約運送人을 판단할 수 없는 경우에 디마이즈약관의 효력을 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

선하증권에 의한 契約運送人을 판단함에 있어서는 먼저 선하증권의 서명에 의하여 契約運送人을 판단하고 서명이 애매한 경우에는 선하증권 상부 회사명과 연결하여 판단하며, 이렇게 해도 판단할 수 없는 경우에 선하증권 뒷면의 디

---

102) William Tetley, *supra* note 48, p. 257.

마이즈약관이나 운송인특정약관에 의하여 판단하여야 한다.

## 第2節 實際運送人

중국은 함부르크규칙을 수용하여 實際運送人制度를 中國海商法에 도입하였는데, 實際運送人의 概念과 實際運送人의 責任의 性質 및 範圍를 둘러싸고 법 해석상의 논란이 일고 있다. 그 이유는 實際運送人制度에 대한 中國海商法上的 規定이 명확하지 않기 때문이다.

이로 인해 다양한 법해석이 가능하게 되어 實際運送人制度의 法的 安定性を 저해하는 문제가 발생하고 있다. 그러므로 해상운송에 관한 각 利害關係者의 權利義務를 명확하게 하기 위하여 논쟁에서 문제되는 개념을 명확히 파악하고 이를 구체적으로 해결하는 立法을 통하여 문제를 해결해야 한다고 생각한다.

본 절에서는 實際運送人의 概念과 責任의 性質을 어떻게 파악해야 합리적인 것인지를 검토한 후, 입법의 관점에서 어떻게 관련규정을 개정해야 할 것인지에 관한 해결책을 도출하고자 한다.

### I. 實際運送人의 定義

中國海商法上 實際運送人이란 運送人의 委託을 받아 物件運送 또는 일부운송에 從事하는 者이며, 再委託을 받아 운송에 從事하는 者도 포함한다고 한다 (中國海商法 第42條 第2項).

이와 관련하여 중국 학계에서는 實際運送人의 定義를 둘러싼 3가지 주된 논쟁이 있다.

- ① 運送人과 委任關係 또는 再委任關係가 어떻게 해석되어야 하는가?
- ② “從事”란 실제의 履行을 요구하는가?
- ③ 物件運送은 海上運送에만 한정되는가?

#### 1. “委託”에 대한 論爭

이 논쟁은 中國海商法上 實際運送人의 定義 중에서 “委託” 또는 “再委託”을 받는다는 것이 契約運送人과 委任契約 또는 再委任契約의 체결을 의미하게 되는지의 여부에 관한 것이다.

이에 대하여 肯定說은 中國海商法上 實際運送人의 定義를 문언대로 해석하면 契約運送人과 독립한 委任契約를 체결해야 實際運送人에 해당한다고 할 수 있는데,<sup>103)</sup> 契約運送人과 독립한 委任契約를 체결하는 경우는 드물기 때문에 法條文의 實效性이 없다는 측면에서 “委託”이라는 용어를 삭제하여야 한다고 주장한다.<sup>104)</sup>

그러나 否定說에서는 “委託” 또는 “再委託”은 委任契約에만 한하지 않고, 契約運送人과 運送契約를 체결하거나 傭船契約를 체결하는 것도 契約運送人의 委託를 받아 운송에 從事하는 것에 속한다고 한다.<sup>105)</sup>

예컨대, 無船舶運送人이 송하인과 운송계약을 체결한 후 당해 운송물에 대하여 다시 船舶所有者와 운송계약을 체결한 경우에, 肯定說에 의하면 船舶所有者가 無船舶運送人과 運送契約이외에 委任契約도 체결해야만 實際運送人에 해당되게 된다. 그러나 否定說에 의하면 운송계약을 체결하는 것은 물건운송에 대한 委託를 받은 것으로 해석하기 때문에 따로 委任契約를 체결하지 않아도 實際運送人에 해당되게 되는 것이다.

그러나 중국 법원의 판례는 實際運送人의 판단에 있어서 委任契約의 존부를 판단기준으로 하지 않고, 契約運送人과 운송계약을 체결하여 송하인의 운송물을 운송하는 者도 實際運送人으로 판단하고 있다.<sup>106)</sup>

103) 司玉琢·李志文, “對我國海商法下實際承運人責任的理解”, 「海商法研究」第1輯(2000), 21面

104) 司玉琢, “論實際承運人的責任”, 「中國海商法協會通訊」第9期(2000), 4~5面.

105) 郭瑜, “論我國海商法中實際承運人制度的修改和完善”, 「海商法研究」第2輯(2000), 149面; 李芙蓉, “論我國海上貨物運輸中的實際承運人制度”, <http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetial.php?sId=519>, 中國海事審判網, 檢索일자 2005. 4. 26.; 王存軍, “實際承運人制度研究”, <http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetial.php?sId=762>, 中國海事審判網, 檢索일자 2005. 4. 26.

106) (2001)滬海法商初字第464號; 振興船舶株式會社 訴 中遠集裝箱運輸有限公司&上海奧吉國際貨運有限公司(2002)滬海法商初字第376號.

생각건대, 中國海商法上 “委託”에는 委任契約를 필요로 하지 않는다고 생각된다. 委託이란 모든 事務處理를 의미할 수도 있기 때문에 雇傭契約, 都給契約, 運送契約, 任置契約 등에서도 포함될 수 있는 광범한 개념이라고 할 수 있다. 또한 海運實務上 海上運送契約에서 委任契約를 따로 체결한 예가 거의 없다는 점에 비추어 볼 때도 “委託”에 대하여는 광범위하게 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.

## 2. “從事”에 대한 論爭

이 논쟁은 中國海商法上 實際運送人이 운송에 실제로 從事할 것을 요구하는가에 관한 것이다. 海運實務에서는 契約運送人으로부터 委託를 받은 후 자기가 운송을 하지 않고 또 다른 사람에게 委託하여 운송물을 운송하게 하는 경우가 많다. 예를 들면 송하인이 無船舶運送人A와 運送契約를 체결했는데, 無船舶運送人A는 다시 無船舶運送人B와 운송계약을 체결하고, 無船舶運送人B는 航海傭船者C와 운송계약을 또 체결하였고, 航海傭船者C는 定期傭船者D와 航海傭船契約이 있으며, 定期傭船者D는 船舶所有者E 사이에 定期傭船契約이 체결되어 있는 경우에, 이 때에 無船舶運送人A는 契約運送人이고 船舶所有者E는 實際運送人인 것에 대하여는 이의가 없지만, 이 중간에 無船舶運送人B, 航海傭船者C, 定期傭船者D가 實際運送人에 해당하는지의 여부가 문제되는 것이다.

우선 실제로 운송에 從事하는 者만이 實際運送人이라고 하는 주장에 의하면 실제로 運送하는 者에게 책임을 부과하는 근본적인 원인은 운송물이 그의 관리 하에 있기 때문이며, 실제로 운송을 이행하지 않고 再委託를 하는 者는 운송물이 그의 관리 하에 있지 않으므로 實際運送人이라고 할 수 없다고 한다.<sup>107)</sup>

그러나 실제로 운송물을 운송한다는 의미에 대하여는 견해가 다르다. 하나의 견해는 두 가지 요건이 있어야 한다고 하는데, 첫째 요건은 운송물을 운송하는 선박을 자기가 소유하거나 나용선한 것일 것이고, 두 번째 요건은 선원을 자기가 고용하고 관리하여야 할 것이다. 이러한 두 가지 요건 중에 하나만 부족해

---

107) 郭瑜, 前揭論文, 149面.

도 물건운송에 從事한다고 말할 수 없다고 한다. 따라서 물건운송에 있어서 實際運送人은 한명만 있을 수 있으므로 船舶所有者 또는 裸傭船者가 實際運送人이 될 수 있고, 航海傭船者나 定期傭船者는 實際運送人에 해당할 수 없으며, 契約運送人의 委託을 받아 제3자에게 再委託하는 者도 實際運送人이 될 수 없다.<sup>108)</sup> 즉 위의 예에서는 船舶所有者E만이 實際運送人이 된다.

다른 하나의 견해에서는 船舶所有者가 운송을 이행하기 때문에 實際運送人에 포함되는 것은 당연하고, 定期傭船者도 운송이 그의 관리 하에 있기 때문에 實際運送人에 포함되며, 航海傭船者 역시 그를 통하여 운송물을 운송하게 되기 때문에 實際運送人에 포함된다고 한다.<sup>109)</sup> 즉 위의 예에서 無船舶運送者B를 제외하고 선박과 관련한 航海傭船者C, 定期傭船者D, 船舶所有者E는 모두 實際運送人에 해당된다고 한다.

이에 반해 실제로 운송에 從事할 것을 요구할 필요가 없다고 주장하는 학자의 논거는 다음과 같다. 첫째는 實際運送人에 대한 정의에서 “再委託을 받아 운송에 從事하는 者도 포함한다”라고 규정되어 있는데, 여기에서 “포함한다”라는 단어를 사용하고 “또는”이라는 단어를 사용한 것이 아니기 때문에 문언대로 해석하면, 實際運送人은 자기의 선박 및 선원으로 운송물을 운송하는 자에 한하지 않고 契約運送人으로부터 委託을 받거나 再委託을 받은 者가 모두 實際運送人에 해당한다고 한다.<sup>110)</sup> 둘째는 만약에 중간에 물건운송을 委託받거나 再委託을 받은 者가 실제로 물건운송을 이행하지 않았다는 이유로 實際運送人으로 취급하지 않으면, 물건운송이 성공한 경우 운임을 받고, 이에 반해 운송물에 대한 손해가 발생한 경우 契約運送人도 實際運送人도 아니라는 이유로 아무런 책임을 지지 않으므로 형평에 어긋나는 결과가 나타나고 이것은 입법취지에 부합하지 않는다는 점에 근거하여 이러한 사람은 모두 實際運送人에 포함해야 한

---

108) 翁子明, “實際承運人和實際托運人的法定性”, 「中國海事審判年刊」第1期(1999), 47面.

109) 張東亮, 「劃時代之國際法-漢堡規則論」(臺北: 臺灣中國文化大學出版社, 1982), 232面.

110) 韓立新, 前揭論文, 103面.

다고 주장한다.<sup>111)</sup> 이에 의하면 앞에 예에서 無船舶運送人B, 航海備船者C, 定期備船者D, 船舶所有者E는 모두 實際運送人에 해당된다.

이상의 경우 이외에 船舶所有者가 직접 운송을 경영하지 않고, 專門 運送經營者에게 맡기는 경우에 實際運送人이 어떻게 되는지에 대하여도 논의할 필요가 있다.

中國海商法 判例에서는 定期備船者 및 船舶所有者는 물론<sup>112)</sup>, 그리고 船舶經營者가 있는 경우에는 船舶經營者도 船舶所有者와 같이 實際運送人이라고 판시하였지만,<sup>113)</sup> 다른 자에 대해서는 아직 판례가 없는 상황이다. 廣州海事法院은 大龍公司 訴 凱達公司&長海公司&森豪公司사건에서 선장과 선원을 모두 船舶所有者가 고용하였기 때문에 船舶所有者는 實際運送人에 해당하고, 定期備船者의 착오 명령으로 인하여 운송물의 손해가 야기되었기 때문에 定期備船者도 船舶所有者와 같이 賠償責任을 부담해야 한다고 판시하였다. 上海高等法院은 中化公司 訴 博取公司&飛達公司사건에서 定期備船者라 하더라도 契約運送人인 無船舶運送人에게 선하증권을 발행하고 定期備船한 선박으로 물건운송에 從事하고 運送物引渡義務를 부담한다는 점에서 實際運送人에 해당된다고 판시하였다.

따라서 판례에 의하면 실제로 운송을 하는 자를 實際運送人으로 취급하는데, 선박을 소유하거나 裸備船하고 또한 선원을 고용하는 것만이 실제의 운송에 해당하는 것이 아니라 운송에 참여하고 運送業務를 經營·管理하는 것도 실제운송에 해당한다고 보고 있다.

이 논쟁에 대하여 우선 委託이나 再委託을 받아 운송에 실제로 從事하지 않으면서 또 다른 사람에게 운송을 맡기는 자가 實際運送人으로 취급될 수 있는지를 검토해야 한다. 만약에 이러한 자가 實際運送人에 해당되지 않는다는 결

---

111) 傅廷中·金秋, “論海上貨物運輸中實際承運人的責任”, 「韓國海法學會誌」 第27卷 第2號(2005. 11), 344面.

112) 大龍公司 訴 凱達公司&長海公司&森豪公司(1994); 中化公司 訴 博取公司&飛達公司(2002)沪高民事(海)終字第11號.

113) 通連公司 訴 五礦公司(1996)琼經終字第137號; 寧波人保 訴 浦江公司&金帆公司(2003)沪海法商重字第3號.

론이 도출되면 실제로 운송에 從事하는 者만이 實際運送人이 된다고 보아야 한다.

### 3. 運送의 範圍에 관한 論爭

이것은 運送의 附隨的인 義務를 擔當하는 獨立契約者가 實際運送人에 포함되는지의 여부에 관한 문제이다. 해상운송 이외에 운송에 附隨的인 義務를 이행하는 獨立契約者, 예컨대 運送物包裝業者, 荷役業者, 運送物混載業者, 터미널 運營業者, 倉庫業者 등도 實際運送人에 해당하는지의 여부에 관하여 견해가 일치하지 않고 있다.

肯定說은 해상법의 규정을 보면 “물건운송”의 문구 앞에는 모두 “해상”을 붙이는데 실제운송인에 관한 규정에서는 “해상”을 붙이지 않고 있다는 점에 비추어 볼 때, 그 입법취지에서는 契約運送人이 委託한 운송은 운송의 모든 단계에 미치기 때문에 터미널運營業者나 荷役業者 등 附隨的인 運送業務에 從事하는 獨立契約者들이 實際運送人에 해당된다고 한다.<sup>114)</sup>

이에 반해 대부분의 학자들은 전술한 獨立契約者가 實際運送人에 포함되지 않는다고 하는데, 그 이유는 주로 다음과 같다. 實際運送人에 관한 규정에 의하면 實際運送人은 契約運送人과 유사한 責任主體로 취급된다. 예컨대 實際運送人도 契約運送人과 같은 해상운송의 완성을 보장하는 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務, 直航義務를 부담하게 된다. 따라서 立法者의 意圖는 海上運送義務를 실제로 이행하는 運送人을 實際運送人으로 하려는 것이었다. 契約運送人과 都給契約를 체결하는 荷役業者 등은 運送過程의 한 부분의 작업을 하지만 그들의 경영범위 및 체결한 계약에 의하여 이행하는 작업은 實際運送人으로서 부담하는 운송의무와 본질적으로 다르다. 즉 實際運送人은 해상운송을 완수하는 것이 주요 특징이나 荷役業者 등은 附隨的인 작업만 하는 것으로 다른 특징을 갖고 있는 것이다. 만약에 獨立契約者를 實際運送人의 개념에 포함시키면 해상운송의 특수 위험에 기한 強制性이 육지까지 확장할 뿐더러 實際運送人

114) 郭瑜, “論海上貨物運輸中的實際承運人制度”, 「法制與社會發展」第3期(2000), 81面.



의 의무, 예컨대 堪航能力注意義務와 대응할 수 없으며 법의 조정적인 기능의 역할이 있을 수 없다고 한다.<sup>115)</sup> 또한 附隨的인 義務를 하는 獨立契約者를 實際運送人으로 한다면 契約運送人의 責任期間에 관한 규정과 상충하게 된다. 中國海商法에서는 契約運送人에 대한 強制責任의 규정은 契約運送人의 責任期間내에 한하며, 이러한 獨立契約者는 責任期間외의 運送의 附隨的인 義務를 부담하기 때문에(비컨테이너운송을 말함) 해상법에서 비록 그들에 대하여 “본장의 契約運送人에 대한 규정”을 적용한다고 규정하더라도 “본장”(제4장을 말함)에서 契約運送人의 責任에 대하여 규정하고 있지 않기 때문에 실질적인 의미를 상실할 수 있고,<sup>116)</sup> 이러한 獨立契約者로 하여금 陸地 및 海上에 관한 두 가지의 法律體系를 같이 적용해야 하는 곤란한 결과를 초래할 수 있다고 한다.<sup>117)</sup>

이 문제에 대한 법원의 입장은 아래의 두 가지의 판례에서 엿볼 수 있다. 中銀集團保險有限公司 訴 上海交運集裝箱發展公司사건<sup>118)</sup>에서 荷役業者의 荷役作業 中の 過失로 인하여 運送物이 全損되어 賠償請求者가 契約運送人에 대하여 배상을 청구하였는데 契約運送人의 單位當 責任制限에 의하여 賠償請求者가 契約運送人으로부터 일부 배상만 받았으며, 나머지 부분에 대하여 賠償請求者가 荷役業者인 被告에게 不法行爲責任을 물었다. 上海海事法院은 본 사건에 있어서 피고가 원고에게 나머지 부분에 대한 全額賠償을 하여야 한다고 판시하였다. 그러나 荷役業者인 被告는 實際運送人 또는 契約運送人의 使用人이라고 주장하지 않았기 때문에 법원은 荷役業者가 實際運送人인지 또는 契約運送人의 使用人에 해당하는지에 대하여 명확하게 판시하지 않았다. 만약에 법원이 荷役業者를 實際運送人으로 봤다면 당연히 責任制限을 주장하는 권리를 인정할 수 있고, 契約運送人이 責任制限의 範圍 內에 賠償하였으면 實際運送人은 배상할 책임이 없을 것인데, 법원이 全額賠償의 判示를 한 것으로 볼 때 荷役業者를 實際運送人으로 취급하지 않는 것으로 판단할 수 있다.

---

115) 李芙蓉, 前揭論文; 王存軍, 前揭論文.

116) 李芙蓉, 上揭論文.

117) 馬得懿, “談實際承運人責任的雙重屬性”, 「法學雜誌」第3期(2005), 112面.

118) (2002)沪海法海初字第34號.

또 다른 사례로서 荷役業者, 터미널運營者 등이 契約運送人의 使用人이라고 주장하는 사건도 있었는데, 佛山市電化總廠 訴 南海國際貨柜碼頭有限公司<sup>119)</sup> 사건에서는 터미널運營者가 운송물을 양륙하여 컨테이너 야드까지 이동하는 과정 중에서 운송물을 毀損하였고, 이에 원고가 터미널運營者에게 不法行爲責任을 청구한 사건이었는데, 본 사건에서 피고가 다음과 같이 주장하였다. ① 원고는 不法行爲責任을 청구하는 것이므로 운송물에 대한 所有權을 가지고 있어야 되는데 소유권이 없기 때문에 피고에게 청구할 수 없다. ② 원고가 피고에게 損害賠償을 청구할 수 있더라도 본 사건은 海上物件運送을 이행하는 과정에서 피고가 契約運送人의 指示 下에 작업을 한 것이므로 被告는 契約運送人의 代理人 또는 使用人에 해당되고 契約運送人의 免責을 원용할 수 있다. 본 사건의 운송물손해의 원인은 運送物包裝의 不適切로 인하여 발생한 것이므로 피고는 책임이 없다. ③ 피고가 책임을 부담하더라도 契約運送人의 責任制限을 주장할 수 있기 때문에 그 한도 내에서 배상하여야 한다고 주장하였다. 그러나 廣州海事法院은 본 사건에 있어서 原告가 운송물에 대한 所有權이 없기 때문에 운송물손해에 대한 배상을 피고에게 청구할 수 없다고 판시하였다. 법원은 피고인 터미널運營者의 法的地位에 대한 언급을 하지 않았다.

결국 運送物包裝業者, 荷役業者, 運送物混載業者, 터미널運營業者, 倉庫業者 등은 實際運送人, 契約運送人의 使用人, 또는 일반적인 不法行爲責任者 중에 어떠한 자로 보느냐에 따라 荷主에 대한 賠償責任이 달라지는데, 이상의 판례로 미루어 봤을 때 법원에서는 이들을 實際運送人이나 契約運送人의 使用人으로 모두 보지 않고, 일반적인 不法行爲責任者로 보고 있다.

## II. 實際運送人의 責任의 法的性質

中國海商法에서 實際運送人과 荷主 사이의 관계를 명확하게 규정하고 있지 않기 때문에 중국 학계에서는 實際運送人이 荷主에 대하여 不法行爲責任을 부담하는지 혹은 債務不履行責任을 부담하는지에 관하여 논쟁이 있다. 하지만 不

---

119) (2002)廣海法初字第10號.

法行爲責任을 추궁하든지 아니면 債務不履行責任을 추궁하든지 간에 實際運送人이 契約運送人에 관한 抗辯 및 責任制限을 모두 주장할 수 있다는 점에서 實際運送人의 責任의 法的性質에 대한 논쟁은 海商法研究領域에서 實益이 없다고 하는 견해도 있다.<sup>120)</sup> 그러나 實際運送人의 責任의 法的性質을 규명하는 것은 海商法에서 實際運送人에 대하여 명확한 규정이 없을 때 어떻게 해석하는가에 실익이 있다고 생각한다. 실제로 立證責任, 訴訟管轄, 提訴期間 등은 損害賠償責任의 종류에 따라서 그 효력 등이 다르게 규정되어 있다.

### 1. 不法行爲責任說

物件運送契約은 實際運送人과 荷主 사이에 체결하는 것이 아니기 때문에 契約關係가 없으므로 實際運送人의 荷主에 대한 責任은 不法行爲責任에 해당할 수밖에 없다고 주장하는 학설이다.<sup>121)</sup>

### 2. 契約責任說

中國海商法은 海上物件運送契約法的인 각도에서 契約運送人의 責任이 實際運送人에 적용된다고 하며 實際運送人에 관한 규정은 運送契約法的 範疇에 속하므로 그가 부담하여야 할 책임은 契約責任이라고 주장하는 학설이다.<sup>122)</sup>

### 3. 法定責任說

中國海商法과 함부르크규칙에서 입법을 통하여 實際運送人에게 法定責任, 義務 및 權利를 강행적으로 적용하였다는 점에서 實際運送人의 責任은 法定責任이라고 주장하는 학설이다.<sup>123)</sup>

### 4. 評價

---

120) 傅廷中·金秋, 前揭論文, 24面.

121) 邢海寶, “五鑛國際有色金屬貿易公司訴海南通連船務公司案”, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=9897>, 中國民商法律網, 檢索일자 2005. 5. 1.

122) 傅廷中·金秋, 前揭論文, 24面.

123) 楊良宜, 前揭書, 237面.

民事責任에 관하여 중국 民法에서는 契約責任과 不法行爲責任 두 가지 종류를 규정하고 있다. 契約責任은 당사자가 계약에 위반하므로 법에 의해 부담해야 할 법적 책임이다. 契約責任은 契約當事者 사이에만 존재하는 것이고, 법률의 규정에 의하거나 당사자의 약정에 의하여 발생한다. 당사자가 약정한 契約責任은 法律規定에 의한 契約責任에 대한 중요한 보충이다.<sup>124)</sup> 이에 대해 不法行爲는 債權의 發生原因의 일종으로서 行爲者가 故意 또는 過失로 他人의 財產權이나 人身權을 침해하여 타인에게 손해를 가함으로써 발생한 債權債務關係이며, 民事責任에 속한다.<sup>125)</sup>

契約運送人의 委託이나 再委託을 받았지만 다시 다른 자에게 再委託을 하여 운송에 실제로 관여하지 않은 자도 實際運送人에 포함된다고 한다면, 이러한 자는 운송에 관련한 어떠한 실제의 이행도 하지 않으며, 또한 不法行爲責任을 지는 경우도 거의 희박하므로 不法行爲責任說이 완전하게 타당하지는 않다고 생각된다.

契約責任은 契約當事者의 責任이며, 實際運送人은 荷主의 契約相對方이 아니라는 점에서 契約責任이라고 할 수 없다. 즉 해상법에서 契約運送人의 責任에 관한 규정을 적용할 뿐이지 實際運送人의 責任의 性質 自體가 契約責任의 性質을 가지고 있다고 말할 수 없다.

法定責任은 법률의 규정에 의하여 발생한 책임이라는 점에서 契約責任 또는 不法行爲責任과 동일한 범주의 개념이 아니다. 法定責任은 當事者의 約定한 責任과 대응하는 것이다. 진술한 바와 같이 不法行爲責任은 法定責任이고, 계약 책임에 있어서도 당사자가 책임에 대하여 약정이 없으면 법률의 규정에 의하여 정하므로 당사자가 약정한 책임은 법정책임에 대한 보충에 불과할 뿐이다. 해상법에서 實際運送人의 責任에 대하여 규정이 없는 경우 예컨대, 立證責任<sup>126)</sup>,

---

124) 彭万林, 「民法學」(北京: 中國政法大學, 1999), 611面.

125) 上掲書, 618面.

126) 후술한 바와 같이 契約運送人의 立證責任이 명확하지 않으며 契約運送人의 경우에는 立證責任問題가 契約責任의 一般原則에 의하여 해결될 수 있더라도 實際運送人의 경우에는 문제가 된다.

提訴期間<sup>127)</sup> 및 管轄權<sup>128)</sup>에 관한 규정이 없을 때, 民法의 一般規定에 의하여 해결할 수밖에 없다. 따라서 實際運送人의 責任이 法定責任의 性質을 가진다고 하는 것은 이러한 문제에 대한 해결에 있어서 아무런 도움이 되지 않는다.

### III. 實際運送人의 責任의 範圍

中國海商法 제2절 運送人의 責任에 있어서 제61조에 의하면 제4장 海上物件運送契約의 契約運送人의 責任에 관한 規定은 實際運送人에 적용한다고 규정하고 있다. 契約運送人의 責任은 민법통칙에서 확립된 民事責任의 概念으로 이해하면 契約運送人이 운송계약의 의무를 이행하지 않기 때문에 부담하여야 할 법적 효력이다. 그러나 中國海商法은 契約運送人의 責任에 관하여는 “제4장 중의 제2절 運送人의 責任”에서 집중적으로 규정하고 있는데, 제2절의 條文을 보면 契約運送人의 義務(동법 제46조 내지 제49조), 契約運送人의 免責事由(동법 제제51조 내지 제53조) 그리고 契約運送人의 責任制限權利(동법 제56조 내지 제58조)에 관한 내용이 있다. 즉 제4장 제2절의 제목 하의 책임은 義務·權利·責任을 모두 포함하고 있는 廣範圍한 개념이라고 말할 수 있다. 이러한 제4장 제2절 중의 契約運送人의 責任에 관한 규정은 契約運送人에 관한 義務·權利·責任에 관한 규정의 전부가 아니다. 즉 權利에는 危險運送物에 대한 處分權(동법 제68조), 運賃을 받을 권리와 운송물을 留置할 수 있는 권리(동법 제87조)가 있고, 義務에는 契約運送人이 송하인의 요구에 의하여 船荷證券을 발행할 의무(동법 제72조)와 運送物引渡義務가 있다. 따라서 여기서 말하는 “책임”에 대하여 어떻게 이해하여야 하는지 의문이 일어날 수 있다. 다만 제61조 중

---

127) 해상물건운송에 관하여 運送人에 대한 배상청구권은 提訴期間이 1년인데 이것은 海商法 제13장 提訴期間에서 규정하고 있기 때문에 實際運送人에게도 적용된다는 명문 규정이 없다.

128) 中國海商法上 海上物件運送에 있어서 賠償請求者의 契約運送人에 대한 賠償請求權에 관한 提訴期間이 1년이다(동법 제257조). 이 규정은 中國海商法의 제13장 提訴期間에서 규정되고 있는데, 中國海商法에서는 契約運送人의 책임에 관한 제4장의 규정이 실제운송인에게 적용된다고만 하기 때문에 위의 契約運送人에 관한 제소기간의 규정이 實際運送人에게도 적용될 수 있느냐가 불명확하다.

에 契約運送人의 責任에 관한 규정이란 의무를 위반한 경우 부담하여야 할 법적 효과에 한하지 않다는 것은 학계에서 모두 일치하고 있지만, 그 범위가 어디까지인지는 명확하지 않다. “責任”은 契約運送人에 관한 모든 權利 및 義務, 즉 契約運送人의 義務, 免責, 責任制限 및 기타 각종 抗辯을 포함하여야 한다고 하는 견해가 있다.<sup>129)</sup> 이와 달리 實際運送人의 責任이 契約運送人의 權利義務의 全部를 의미한 것이 아니고, 中國海商法 제4장 제2절에서 契約運送人에 관하여 규정하는 책임은 모두 實際運送人에 적용하지만, 이를 제외한 제4장 중의 기타 규정은 實際運送人에 적용하지 않는다는 견해에서는 만약에 모두 적용하면 契約運送人과 實際運送人 사이에 구별이 없어지게 되어 實際運送人이 운송물에 관한 계약을 체결한 때에 큰 제한을 받으므로 實際運送人의 계약자유원칙을 해칠 수 있으며, 이것은 입법의 취지가 아니라고 한다.<sup>130)</sup> 따라서 명확하게 해야 될 것은 제4장에서 규정하고 있는 모든 契約運送人의 責任을 實際運送人에게 적용하는 것이 합리적인지의 여부를 검토하여야 하는데, 본 논문은 運送物損害賠償責任의 研究를 중심으로 하기 때문에 契約運送人과 實際運送人의 權利, 그리고 船荷證券發行義務와 船荷證券에 의한 運送物引渡義務는 연구범위가 아니므로, 제4장 제2절에서 규정하는 運送人의 責任을 實際運送人에게 적용하는 것이 합리적인지의 여부에 대해서만 검토하고자 한다.

#### IV. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 非契約運送人의 責任

##### 1. 運送에 관련된 非契約運送人의 分類

###### (1) 契約運送人의 履行補助者

중국의 民法學者の 견해에 의하면 履行補助者란 債務者의 意思에 의하여 실제로 債務者의 債務履行을 보조하는 者를 말한다.<sup>131)</sup> 履行補助者로 인하여 채

129) 胡正良, “當前國際海上貨運法律的統一動態”, 「中國海商法年刊」第8卷(1997.3), 275面.

130) 司玉琢, 前掲論文, 6~7面.

131) 王利明, 「中國民法案例與學理研究」(北京: 法律出版社, 2003), 251面.

무가 이행되지 못한 경우에는 채무자가 債權者에게 契約違反責任을 부담하여야 한다.<sup>132)</sup> 한국 법원에서는 履行補助者로서의 피용자라 함은 일반적으로 債務者의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 자이면 족하고, 반드시 債務者의 指示 또는 監督을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다고 한다.<sup>133)</sup> 따라서 債務者의 의사에 의하여 債務를 실제로 이행하는 자는 모두 履行補助者이므로 雇傭契約에 의하거나 都給契約 또는 運送契約에 의하거나 모두 불문하고 契約運送人의 運送債務를 이행하는 자가 履行補助者이다.

## (2) 契約運送人의 使用人

契約運送人의 使用人에 관한 규정은 헤이그-비스비규칙에서 처음으로 규정되었으며, 契約運送人의 使用人에 대하여 손해배상청구소송이 제기된 경우에는 적극적 또는 소극적 故意로 야기한 운송물사고의 경우를 제외하고 運送人이 주장할 수 있는 抗辯事由와 責任制限을 인용할 수 있고, 또한 이들과 運送人의 賠償額의 總額이 협약상의 運送人의 單位당 責任制限을 초과하지 못하도록 하고 있다. 그러나 獨立契約者는 그러한 使用人 또는 代理人에 속하지 않는다고 한다(헤이그규칙 제3조 제2항 내지 제4항).

일본에서는 이러한 조항들을 국내법으로 受容할 때에 獨立契約者가 제외된다고 언급하지 않았다. 이에 대하여 일본의 학자 落合誠一은 “運送人의 使用人”의 개념이 그 자체로서 獨立契約者를 배제하는 것이라고 주장한다. 그리고 契約運送人의 使用人이 다른 履行補助者와 구분되는 기준에 대하여 契約運送人의 指揮監督權 하에 있는지의 여부로 결정된다고 한다. 즉 契約運送人의 指

---

132) 중국법에서는 履行補助者의 고의, 과실에 대한 채무자의 책임에 대하여 명문의 규정이 없지만 법원에서는 중국 계약법 제65조에 의하여 채무자가 履行補助者로 인한 債務不履行에 대하여 책임을 부담하여야 한다고 한다(상게서, 251면). 중국 계약법 제65조에서는 “제3자가 채권자에 대하여 채무를 이행하는 것은 당사자 사이에 약정한 경우에 제3자가 채무를 이행하지 않거나 이행한 채무가 계약에 부합하지 않는 경우에 채무자가 채권자에 대하여 債務不履行責任을 부담하여야 한다”라고 규정하고 있다.

133) 대법원 1999. 4. 13 선고 98다51077.

揮監督權 下에 있는 者는 使用人인데, 구체적으로 말하면 運送人과 雇傭契約 내지 그에 준한 것으로 평가할 수 있는 관계에 있는 자가 해당된다.<sup>134)</sup> 그러나 일본이 헤이그-비스비규칙을 받아들이기 전 일본의 國際海上物品運送法의 제3조<sup>135)</sup> 및 제5조<sup>136)</sup>에서도 運送人의 使用人이라는 용어가 사용되었는데 여기의 “運送人의 使用人”의 의미는 일본의 통설에 의하면 履行補助者라고 해석되고 있다.<sup>137)</sup>

한국 상법 제789조의3 제2항 내지 제4항에서도 運送人의 使用人이 運送人의 抗辯과 責任制限을 援用할 수 있다고 하는데 거기에서도 獨立契約者를 제외한다는 내용을 언급하지 않았다.

생각건대 헤이그-비스비규칙 하에 運送人의 使用人에 있어서 獨立契約者를 명문으로 제외시키기 때문에 運送人과 雇傭關係가 있는 자, 즉 선장·선원이라고 해석하여야 하지만, 獨立契約者를 제외시킨다는 언급이 없고 運送人의 使用人만 규정하는 나라에서는 運送人의 使用人에 獨立契約者가 포함하는지의 여부에 대하여 깊이 검토할 필요가 있다.

### (3) 獨立契約者(下都給契約者)

獨立契約者란 原契約의 당사자가 부담하여야 할 의무의 일부 또는 전부를 이행하기로 하는 계약을 체결하는 제3자를 말한다.<sup>138)</sup> 獨立契約者는 契約運送人의 企業組織 내에 있다고 할 수 없는 독립한 企業主體로서 運送人의 監督과 指示가 없이 자기의 판단에 따라 일을 처리하는 자를 말한다.<sup>139)</sup> 獨立契約者는

134) 落合誠一, “運送人等の不法行爲責任”, 「海法會誌」通卷 65號(1992), 71面.

135) 運送人이 자기 또는 그의 使用人이 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양륙 및 인도에 대해서 주의를 해태함에 의하여 발생한 운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延에 대하여 손해배상을 부담한다.

136) 運送人은 자기 또는 그의 使用人이 발행한 당시에 다음과 같은 사항에 대해서 주의를 해태함에 의하여 발생한 운송물의 滅失, 毀損 또는 지연에 대하여 손해배상을 부담한다.

137) 石井照久, “運送人の責任” 「海法會誌」復刊5號(1957), 15面; 田中誠二·吉田昂, 「コンメンタル國際海上物品運送法」(東京: 勁草書房, 1984), 74面.

138) The "STARSIN"(2000) 1 Lloyd's Rep. 85사건에서의 Colman 판사의 판시를 참조함.



下都給契約者(sub-contractor)라고도 부를 수 있다. 이에 의하여 履行補助者 중에 契約運送人과 雇傭契約를 체결하지 않은 履行補助者가 獨立契約者에 해당된다.

## 2. 非契約運送人の 荷主に 대한 責任

荷主가 운송물손해에 대하여 契約에 의거해서 契約運送人에게 배상을 청구할 수 있고,<sup>140)</sup> 동시에 契約關係가 없는 非契約運送人인 下都給契約者에 대하여는 不法行爲責任을 물을 수 있다. 운송물의 毀損 또는 滅失이 下都給契約者가 운송물을 점유하고 있을 때 발생한 경우에 船荷證券所持人을 포함한 하주가 契約運送人에 의한 救濟를 의지하지 않고, 각종 원인으로 불법행위에 기인해서 獨立契約者에 대하여 배상을 청구하는 것을 원한다. 예를 들면, 契約運送人이 財政上 확실하지 않거나, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙상 1년의 提訴期間이 지나거나 賠償請求者가 運送契約이나 海上運送法에 있는 單位당 責任制限에 만족하지 않은 경우에 賠償請求者가 運送業務를 실제로 이행한 獨立契約者에 대하여 배상을 청구한다. 대부분 경우에는 請求者와 不法行爲者 사이에 계약관계가 없으므로 當事者關係原理(the doctrine of privity of contract)에 의하면, 獨立契約者가 運送契約에 있는 어떠한 抗辯도 援用할 수 없다.<sup>141)</sup>

그러나 獨立契約者가 각종 교묘한 방법으로 계약의 조항으로부터 보호를 받을 수 있게 된다. 방법은 주로 條件이 있는 下委託(sub-bailment on terms), 代理人免除로 다루는 方法, 히말라야約款 등이 있다. 이와 같은 방법 중에서 히말라야約款의 효력은 영국에서는 1999년 契約法(제3자에 대한 權

139) 李均成, “법적으로 본 해운·무역·보험 실무-화물의 손해와 하역업자의 책임”, 「해양한국」 제3호(1973.12), 76面; 楊良宜, 前掲書, 220面.

140) 契約運送人에 대하여도 不法行爲責任을 물을 때 청구권경합을 인정하면 법에서 契約運送人과 하주의 이해조정이 무의미 될 수 있으며 이러한 불합리를 방지하기 위하여 헤이그-비스비규칙에서 契約運送人의 抗辯 및 責任制限에 관한 규정은 소송이 계약에 기한 경우든지 불법행위에 기한 경우든지 불문하고 운송에 관련한 운송물의 滅失·毀損에 관한 運送人에 대한 소송에 있어서 모두 적용된다고 규정하고 있다. 즉 입법으로 청구권경합의 불합리를 해결하였다.

141) John F Wilson, *op. cit.*, p.148.

利)(Contracts(Right of Third Parties) Act 1999)을 통하여 입법으로 인정되었다.

### (1) 條件이 있는 下委託(sub-bailment on terms)

條件이 있는 下委託을 검토하기 전에 우선 委託의 개념을 먼저 살펴보고자 한다. 委託이란 한 가지 운송물에 대한 점유를 말하며 無償인가 有償인가를 불문한다. 委託者의 책임은 운송물을 점유하는 기간에 합리적이고 신중하게 (reasonable or due care) 운송물을 保管하고 引渡하는 것이다.<sup>142)</sup> 해운에 있어서는 운송물이 선박에 있고, 船舶所有者가 그 운송물을 보관하기 때문에 船舶所有者가 수탁자이다. 委託된 운송물의 손해로 인하여 寄託者가 受託者에 대한 소송을 제기한 경우에 受託者가 本人의 책임이 없는 것을 立證하여야 한다. 이러한 점은 一般不法行爲責任을 묻는 것과 다르다. 不法行爲責任을 물을 때는 請求者가 相對方의 과실을 立證하여야 한다.

受託者와 寄託者 사이에 契約關係가 있으면 條件이 있는 委託(Bailment upon terms)이 된다. 이 때에 계약상의 條項이 委託의 條件이라고 한다. 따라서 해상운송의 경우에는 하주가 運送人과 체결한 運送契約은 委託의 條件에 해당된다. 하주가 契約運送人에 대하여 委託關係에 기인해서 소송을 청구하더라도 그 결과는 하주가 契約運送人에게 運送契約에 의한 배상을 청구하는 것과 동일하다. 그리고 受託者가 운송물을 다른 사람에게 맡기면 이러한 행위가 下委託에 해당된다. 이때 下委託當事者 사이에 契約이 있으면 條件이 있는 下委託이 된다. 즉 下委託當事者 사이의 계약이 下委託의 條件이다. 契約運送人과 獨立契約者의 관계가 바로 條件이 있는 下委託이다. 즉, 當事者 사이의 契約이 하위탁 조건에 해당된다.<sup>143)</sup> 이 때 하주가 獨立契約者에 대하여 소송을 제기하는 경우에 委託條件에 해당된 荷主와 契約運送人 사이의 運送契約 및 下委託條件에 해당된 契約運送人과 獨立契約者 사이의 都給契約이 어떠한 효력이 있는

---

142) "bailment", [http:// dictionary. law. com/ default2. asp?selected = 27& bold=%7C%7C%7C%7C](http://dictionary.law.com/default2.asp?selected=27&bold=%7C%7C%7C%7C), 2005년 6월 4일.

143) 楊良宜, 前掲書, 229面.

지가 문제된다.

이 문제에 대해서는 英國의 貴族院이 The Pioneer Container사건<sup>144)</sup>에서 해결을 하였다. 이 사건에서 送荷人이 첫 번째 선박의 船舶所有者와 運送契約을 체결한 후 관련 운송물이 중간에 換積되어 두 번째 선박으로 운송되었는데, 이 두 번째 선박이 臺灣에서 홍콩에 가는 도중에 침몰되어 선상에 있는 컨테이너가 모두 滅失되었다. 送荷人과 첫 번째 선박의 船舶所有者 사이의 船荷證券에서 “어떠한 경우에도 運送, 船積, 揚陸, 保管, 入庫, 取扱 및 運送物에 관한 運送人이 부담하여야 할 모든 義務의 전부 또는 일부에 관하여 下委託를 체결하는 권리를 運送人에게 賦與한다”라는 조항이 있다. 첫 번째 선박의 船舶所有者와 두 번째 선박의 船舶所有者가 運送契約을 체결하였으며, 후자도 첫 번째 선박의 船舶所有者를 送荷人으로 하는 船荷證券을 전자에 발행하였다. 홍콩 법원에서 양 當事者 사이에 쟁점이 된 것은 하주가 두 번째 선박의 船舶所有者에게 不法行爲責任을 물은 사건에서 두 번째 선박의 船舶所有者 자신이 첫 번째 선박의 船舶所有者에게 발행한 船荷證券의 約款을 下委託條件으로 荷主에게 적용할 수 있는가 하는 문제였다. 만약에 적용할 수 있으면 당해 船荷證券에서 臺灣管轄權條項이 있기 때문에 홍콩 법원은 소송을 中止하여야 한다. 貴族院은 ① 하주와 두 번째 선박의 船舶所有者 사이의 관계는 委託關係이고, ② 하주가 下委託에 관한 權限을 첫 번째 선박의 船舶所有者에 부여하였으므로, 하주가 그로부터 구속을 받아야 하고, ③ 권한부여는 明示로 하든지(예컨대 본 사건에서는 첫 번째 선박의 船荷證券에 換積條項이 있는 경우) 默示로 하든지(예컨대 하주가 이전에 이러한 換積運送을 여러 번 한 경우)를 불문하고, 下委託條件이 현저히 不合理하거나 非正常的인 것이 아닌 한, 船荷證券에 下受託者를 보호하는 喜马拉雅約款이 있든 없든 간에 下受託者가 下委託條件을 援用할 수 있다고 판시하였다. 따라서 두 번째 선박이 발행한 선하증권에 있는 管轄權約款이 불합리하거나 비정상적인 것이 아니기 때문에 하주를 구속할 수 있으며, 홍콩 법원이 소송을 中止하여야 한다.

---

144) (1994) 1 Lloyd's Rep. 593.

이에 따라 하주가 명시적으로 또는 묵시적으로 契約運送人에게 하위탁에 관한 권한을 부여하면, 하주가 獨立契約者에 대한 소송을 제기한 경우에 獨立契約者가 자신이 契約運送人과 체결한 하도급계약을 원용할 수 있다.<sup>145)</sup>

이 사건은 일정한 경우에 下受託者가 하위탁계약의 조항을 하주가 제기한 소송에 대한 抗辯으로서 원용할 수 있다는 원칙을 확립하였다. 따라서 이러한 경우에는 하도급계약에서 責任制限이나 下受託者의 契約運送人에 대한 抗辯事由 등이 있으면 하도급자가 이를 원용할 수 있다.

그러나 주의해야 될 것은 荷役業者는 下受託者에 속하지 않는다. 왜냐하면 그들은 운송물의 合法的인 占有를 취득할 의도가 없기 때문이다. 단, 운송물을 揚陸할 뿐만 아니라 운송물을 保管하면서 수하인의 受領을 기다리는 경우에는 제외된다.<sup>146)</sup>

## (2) 代理人免除로 다루는 方法(Vicarious Immunity Approach)

법원은 下受託者(獨立契約者)가 송하인과 첫 번째 受託者(契約運送人) 사이의 委託條件(운송계약)에 있는 抗辯을 援用하는 것을 허용하지 않는다. 왜냐하면 下受託者가 그 契約의 當事者가 아닌 것은 분명하기 때문이다. 그러나 다음과 같은 두 가지 경우에 下受託者가 下委託의 條件으로부터 보호를 구하는 것보다 送荷人과 첫 번째 委託者 사이의 契約에 있는 抗辯을 援用하는 것을 더 원한다. 하나는 법원에서 運送物所有者의 下委託에 대한 동의가 있다고 하는 것을 推論할 수 없는 경우이고, 또 하나는 傭船契約書式을 사용할 때 傭船契約

---

145) 하주가 하위탁에 의한 손해배상소송을 제기하는 것도 하주에게 유리할 수 있다. 왜냐하면 不法行爲責任에 기인한 손해배상소송을 제기하면 손해를 야기한 과실이 있는 당시에 운송물에 대하여 소유권을 가지고 있어야 하며 만약에 船荷證券所持人이 운송물에 대한 소유권을 채무자의 과실이 있는 시기 이후에 가지었으면, 비록 정당한 船荷證券所持人이더라도 손해배상을 청구할 수 없다(The "Starsin"(2003) 1 Lloyd's Rep. 571판례참조). 그러나 하위탁에 의하면 운송물을 인도할 때에 송하인이 아니고 船荷證券所持人이 운송물에 대한 소유권을 가지고 있기 때문에 船荷證券所持人이 양호한 운송물을 인도할 수 없는 하위탁자에 대하여 손해를 청구할 수 있는 권리를 가지고 있다(William Tetley, *supra* note 48, p.135).

146) John F Wilson, *op. cit.*, p.156.

書式에서 제공한 보호가 委託契約인 船荷證券에서 제공한 보호보다 낮은 경우이다.

下受託者が 代理人으로 다루는 方法으로 첫 번째 委託契約을 援用할 수 있게 된 성공한 사건은 바로 Elder Dempster Co. v. Paterson Zochonis Co사건<sup>147)</sup>이다. 본 사건에서는 運送物이 피고의 선박으로 船積될 때 不當한 積付로 인하여 毀損되었다. 그러나 船荷證券에서는 不當한 積付로 인한 運送物損害에 대한 運送人의 責任은 면제된다고 한다. 傭船者가 본 사건의 契約運送人으로서 船荷證券을 발행하였다. 하주가 船舶所有者를 상대로 소송을 제기하였는데 피고인 船舶所有者는 運送契約의 당사자가 아니라는 사실에도 불구하고 船荷證券에 있는 不當한 積付免除를 援用하고자 하였다. 抗訴審에서 Scrutton판사는 이 사건에 대하여 船舶所有者는 受託者로서 운송물을 점유한 것이 아니고 하주와 계약을 체결한 傭船者의 대리인으로서 傭船者가 얻을 수 있는 보호를 청구할 수 있다고 주장하였다.<sup>148)</sup> 貴族院의 대부분 판사들이 抗訴審의 Scrutton판사의 의견을 지지하였다. 따라서 貴族院은 船舶所有者의 使用人인 船長이 船荷證券을 발행한 사실과 免責條項은 특별히 不當한 積付로 인한 손해에 대하여 船舶所有者가 책임을 지지 않겠다고 규정하였기 때문에 대리인면제의 원칙을 적용하여 船舶所有者가 책임을 부담하지 않는다는 결론을 내렸다.<sup>149)</sup> 그러나 이 판결은 광범위한 지지를 얻지 못하고 그 뒤에 이와 유사한 사건도 이 판결을 따르지 않았다.

### (3) 히말라야約款

히말라야約款은 契約運送人 이외에 履行補助者들이 船荷證券上 契約運送人이 누릴 수 있는 각종 抗辯과 免責事項, 責任制限 등을 원용할 수 있다는 내용의 약관이다. 대표적인 표현은 다음과 같다.

“送荷人, 受荷人, 運送物所有者 또는 이 船荷證券의 所持人은, 運送人이외에

---

147) (1924) A.C. 522.

148) Elder Dempster Co. v. Paterson Zochonis Co(1923) 1KB 420.

149) John F Wilson, *op. cit.*, p.155.

운송을 履行하거나 引受한 그 어떤 사람들(運送人의 모든 受給人을 포함하여)에 대하여서도, 그 사람의 過失로 인한 것이든 아니든 간에, 운송물이나 운송물의 운송과 관련한 어떠한 책임을 그 사람 또는 그가 소유한 선박에 부과시키고 하는 어떠한 청구나 주장도 하지 아니할 것과 그럼에도 불구하고 그러한 청구나 주장이 이루어진 경우에는 그로 인한 모든 결과에 대하여 運送人에게 보상할 것임을 약속한다. 위 사람들은 앞의 문장의 효력을 해치지 아니하는 범위 내에서 이 船荷證券에 포함되어 있거나 또는 기타 運送人에게 적용되는 모든 權利, 抗辯, 責任制限과 裁量權을 그러한 규정들이 마치 자신들의 이익을 위하여 명시적으로 규정된 것처럼 援用할 수 있으며, 運送人은 이 계약을 체결함에 있어서 그러한 규정들에 관한 한 자신을 위하여서 뿐만 아니라 위 사람들의 대리인자 受託者로서 行爲를 한 것이다.”<sup>150)</sup>

히말라야約款은 원칙적으로 유효한 약관으로 인정을 받고 있다.<sup>151)</sup> 履行補助자가 운송물에 대한 서비스를 이행하기 때문에 히말라야約款에서 동의한 보

---

150) 히말라야約款이 등장한 계기는 바로 Adler v. Dickson(The "Himalaya") (1954) 2 Lloyd's Rep. 267사건이다. 본 사건에서 Adler부인이 히말라야호 선박상의 여객인데 선박의 통로를 통하여 올라가던 도중에 통로가 불안정하여 흔들렸기 때문에 추락하여 중상을 입었다. 그러나 승선표에서 運送人이 여객의 어떠한 상해에 대해서도 책임을 지지 않는다는 내용의 면책약관이 삽입되어 있으므로 여객이 당해 선박의 선장과 갑판장에 대하여 불법행위에 기한 손해배상소송을 제기하였다. 제1심 및 제2심에서 피고가 승객과 運送人 사이의 계약당사자가 아니라는 이유로 면책의 특약을 원용할 수 없다고 판시하였다. 그 뒤에 運送人이 운송증권에서 “히말라야約款”을 추가함으로써 運送人이 누릴 수 있는 권리를 명시적인 약관으로 그의 고용인, 대리인 및 獨立契約者까지도 적용할 수 있게 되었다.

151) 美國에서는 Carle and Montannarti Inc. v. America Export Isbrandtsen Lines Inc. and others(1968) 1 Lloyd's Rep. 260; 英國에서는 The "Eurymedon" (1974) 1 Lloyd's Rep. 534; The "Elbe Maru"(1978) 1 Lloyd's Rep. 206; The "New York Star"(1980) 2 Lloyd's Rep. 317; Raymond Burke Motors Ltd. v. The Mersey Docks and Harbour Co. (1986) 1 Lloyd's Rep. 155에서 히말라야約款이 유효하다고 인정하였다. 캐나다의 경우 히말라야約款을 인정하지 않는 판례(Eisen und Metall A. G. v. Ceres Stevedoring Co. Ltd)는 荷役業者에게 중과실(gross negligence)이 있는 사건이었다. 즉 캐나다法에서는 계약으로 중과실에 의해 야기된 손해에 대한 책임을 면제하는 것을 금지하고 있다.

호의 범위 내에서 하주에 대하여 契約의 當事者가 된다. 히말라야約款은 두 가지 부분으로 구성되어 있는데, 첫 번째 부분은 履行補助者에게 배상을 청구하지 않는다는 협의로써 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제3조 제8항에 위반하므로 무효이고, 두 번째 부분만 유효하다. 즉, 히말라야約款으로 履行補助者에게 배상청구를 면제하는 것은 인정되지 않는다. 다만 히말라야約款은 履行補助者에게 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 면책에 의지할 수 있는 능력만 부여하고 있다.<sup>152)</sup> 그리고 히말라야約款의 적용에 있어서 법원에서는 엄격하게 해석한다. 히말라야約款이 有效하기 위해서는 Midlands Silicones v. Scruttons 사건<sup>153)</sup>에서의 Reid판사의 판시에 의하면 다음과 같은 4가지 요건이 충족되어야 한다. ① 船荷證券에서 履行補助者가 船荷證券의 約款에 의하여 보호를 받을 수 있다고 분명하게 기재하여야 한다. ② 船荷證券에서 運送人이 代理의 身分으로 履行補助者를 위하여 이러한 條項을 체결한다는 것을 분명하게 기재하여야 한다. ③ 運送人이 이렇게 할 수 있는 權限을 履行補助者로부터 받아야 한다. 그러나 履行補助者의 事後追認(ratification)도 이 조건에 합치한다. ④ 履行補助者가 하주에게 約因을 제공하여야 한다. 이상의 4가지 요건이 충족되어야 히말라야約款이 유효한 약관이라고 할 수 있다.

獨立契約者는 이상의 조건을 갖춘 이외에 히말라야約款에서 사용된 문구가 광범위하여야 한다. 예를 들면 The Suleyman Stalskiy 사건<sup>154)</sup>에서 荷役業者가 선박에 있는 철강을 모두 양륙한 후 하주의 요구에 따라 운송물을 창고에 넣어야 하는데 옥외에 둔 결과, 물에 젖어서 녹이 쓸게 되었고, 이에 대해 하주가 荷役業者에 대하여 소송을 제기하였다. 당해 船荷證券의 히말라야約款은 “船荷證券 하에 運送人의 義務의 履行에 관하여 運送人이 고용하거나 또는 사용하는 履行補助者”라고 규정하고 있는데, 캐나다 법원에서는 선하증권에 있는 히말라야約款이 運送人의 履行責任에 관한 것이고, 철강이 선박에서 양륙된 후 運送人의 責任은 이미 완료되었으므로 荷役業者의 그 이후의 과실은 船荷證券

152) The "Starsin"(2003) 1 Lloyd's Rep. 571.

153) (1961) 2 Lloyd's Rep. 365.

154) (1976) 2 Lloyd's Rep. 609.

의 히말라야約款의 범위에 속하지 않는다고 판시하였다. 따라서 獨立契約者가 히말라야約款에 의하여 責任制限 등을 援用할 수 있는 것은 그렇게 확실한 것이라고는 말할 수 없다.

## V. 非契約運送人과 관련이 있는立法 및 草案

헤이그규칙에서는 契約當事者인 送荷人, 船荷證券所持人 및 運送人에 대하여만 규정하고 있지만 그 다음의 協約 또는 各國立法에서는 非契約運送人에 관한 규정도 등장하였다. 다음에는 이러한 규정을 살펴보기로 한다.

### 1. 헤이그-비스비규칙

헤이그-비스비규칙에서 소송이 運送人의 使用人 또는 代理人(그러한 使用人 또는 代理人은 獨立契約者가 아닐 것)에 대하여 제기된 경우에는 그러한 使用人 또는 代理人은 運送人이 이 協約에 기하여 援用하려는 抗辯事由 및 責任制限을 주장할 권리를 가진다고 규정하고 있다(헤이그규칙 제3조 제2항). 단, 손해를 발생시킬 의도로써 행하거나 또는 無謀하게 또는 그러한 손해가 일어날 수 있음을 알고서 행한 使用人 또는 代理人의 作爲 또는 不作爲에 의해서 일어난 손해가 증명된 경우에는 運送人의 使用人 또는 代理人은 이 조의 규정을 援用할 권리를 가지지 못한다(헤이그규칙 제3조 제3항).

運送人의 使用人 또는 代理人에 대하여 일반적인 不法行爲責任을 인정하는 것은 결국 運送人의 특유의 免責事由(航海過失과 火災) 및 責任制限이 무의미하게 되기 때문에 헤이그-비스비규칙에서 運送人의 使用人 또는 代理人에게 運送人의 免責事由 및 責任制限을 援用하는 것을 인정한 것이다. 이 규정은 오히려 契約運送人을 보호하는 것이 된다. 그러나 이 규정으로 인하여 運送人의 代理人 및 使用人이 運送物損害賠償請求의 대상이 되지 않을 것이다. 왜냐하면 하주가 運送人의 代理人 또는 使用인에 대하여 不法行爲責任에 기한 소송을 제기해야 되는데 이때 모든 立證責任은 배상을 청구하는 하주 측에 있으므로 契約運送人에 대하여 契約違反에 기한 소송을 제기하는 것보다 매우 불리하기 때



문이다.

그러나 헤이그-비스비규칙에서는 히말라야約款 하에서 運送人의 代理人 또는 使用人만 運送人의 抗辯과 責任制限을 원용할 수 있다고 규정하고, 獨立契約者에 대하여는 그 대상에서 제외시켰다. 이와 같이 獨立契約者를 보호하지 않는 이유는 Midlands Silicones v. Scruttons 사건<sup>155)</sup>에서 Reid 관사의 판결문에서 볼 수 있다.

“獨立契約者의 下都給契約은 피해자인 하주에 대하여 아무런 관계가 없다. 만약에 그의 不法行爲로 하주에게 손해를 입히는 것은 본질적으로는 과실로 어떠한 제3자에게 不法行爲損害를 입히는 것과 동일하다. 어떻게 해상운송의 경우에 피해자인 하주가 下都給契約의 都給人(契約運送人)과 체결한 계약에 의하여 獨立契約者만 교묘하게 하주에게 보다 적게 배상하게 되는가? 동일한 不法行爲에서 두 가지 결과가 나타나는 것은 法的 根據가 없을 뿐만 아니라 이렇게 해야 될 어떠한 政策上의 요구도 없다”라고 하였다.<sup>156)</sup>

그러나 運送人과 僱傭契約이 있는 使用人 및 代理人은 獨立契約者와 다르며, 하주가 運送人의 使用人 및 代理人에 대하여 不法行爲責任을 성공적으로 청구한 경우에는 결국 僱傭主人 運送人이 그 배상책임을 지게 된다. 즉, 運送人의 使用人 및 代理人은 運送人의 抗辯事由 및 包裝당 責任制限이 援用될 수 없으며 결국 運送人이 모든 불이익을 부담하게 된다. 이에 따르면 운송법에서 규정하는 運送人의 責任制限規定은 무의미하게 될 수밖에 없을 것이다.<sup>157)</sup>

---

155) (1961) 2 Lloyd's Rep. 365.

156) *Ibid.*, at 377

157) 일본 학자 落合誠一은 영미법의 使用者責任原則에 의하여 해석한다. 그의 해석은 다음과 같다. 영미법에서는 타인의 행위에 의한 책임은 기본적으로 사용자책임원칙에 의하여 규율된다. 그리고 사용자책임원칙에 있어서는 사용자는 그의 피용자의 유책한 가해행위에 대해서 그것이 업무의 범위 내이면 책임을 부담한다. 그때 사용자의 과실의 유무는 문제가 되지 않기 때문에 사용자책임은 대위책임이다. 그러나 피용자는 사용자의 지휘감독권 하에 있는 자에 한하며 지휘감독권 하에 있지 않는 獨立契約者는 피용자가 아니며 원칙적으로 獨立契約者의 행위에 대해서는 사용자가 책임을 부담하지 않는다. 영미법의 사용자책임이 헤이그-비스비규정의 작성과정에서 獨立契約者를 제외시키는 이유라고 한다(落合誠一, 前掲論文,

## 2. 1999년 英國契約法(제3자에 대한 權利) [Contracts(Right of Third Parties) Act 1999]

1999년 英國契約法(제3자에 대한 권리)<sup>158)</sup>에 의하면 契約의 條項이 제3자에게 이익을 授與한다는 明示的인 內容을 포함하는 경우(Section 1(1)(a)) 및 계약에서 이러한 意圖가 있는 경우(Section 1(1)(b))에 제3자가 자신의 명의로 契約 하의 權利를 주장할 수 있다. 단, 진정한 해석으로 契約當事者가 제3자에게 이러한 이익을 누릴 수 있는 권리를 부여할 의무가 없는 경우에는 그러하지 아니하다(Section 1(2)). 두 가지 경우에 모두 제3자가 契約에서 記名(name), 分類(class), 또는 敘述(description)을 통하여 명백히 特定될 것을 요한다(Section 1(3)).

이 법에 의하여 船荷證券에 히말라야約款이 있는 경우에 獨立契約者가 아무 걱정 없이 이 約款을 援用할 수 있고, 다시 확립된 선판례로부터 類推할 필요가 없게 되었다. 이것은 1999년 英國契約法(제3자에 대한 권리)이 海上運送法에 끼친 영향이라고 말할 수 있을 것이다.

## 3. 함부르크규칙

운송에 관련한 非契約運送人은 종래부터 각종 방법을 통하여 하주가 제기한 소송에서 契約運送人이 주장할 수 있는 免責事由나 責任制限을 援用하려고 노력하였지만, 契約上의 責任에 대하여는 적극적으로 부담하려고 하는 경우는 거의 없다. 그러나 함부르크규칙에서는 實際運送人을 責任主體로 규정함으로써 實際運送人으로 하여금 運送上의 책임을 契約運送人과 유사한 정도로 하주에 대한 責任을 지도록 하고 있다. 즉, 함부르크규칙에서 運送人의 責任을 규율하

---

70~71面). 그러나 이것은 하주가 運送人에 대하여 不法行爲責任에 기인하여 소송을 제기한 경우에 사용자책임원칙이 적용되어 獨立契約者의 과실에 대하여 책임을 부담하지 않지만, 계약위반책임에 기인하여 소송을 제기한 경우에는 契約運送人이 獨立契約者의 과실에 대하여도 책임을 부담하여야 한다. 따라서 이러한 해석은 납득할 수 없는 해석이라고 생각한다.

158) 이 법은 1999년 11월 11일 제정되어 2000년 5월 11일에 발효하였다.

는 모든 규정은 實際運送人에 대하여도 적용한다(함부르크규칙 제10조 제2항). 바꾸어 말하면 契約運送人은 운송의 전부에 대하여 책임을 부담하는 반면에 實際運送人은 자기가 履行한 부분만 책임을 부담하게 된다는 것이다. 그러나 손해가 實際運送人이 履行한 부분에서 발생한 것에 대한 立證責任이 누구에게 있는지가 명확하지 않다. 즉, 하주가 운송물의 손해가 實際運送人이 履行한 부분에서 발생하였다는 것을 立證하여야 하는지 아니면 實際運送人이 운송물의 손해가 자기가 履行한 부분에서 발생하지 않았다는 것을 立證해야 되는지를 함부르크규칙에서 규정하지 않았다.

함부르크규칙에 의하면 運送人의 管理 하에 있는 동안에 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延의 원인으로 사고가 발생한 경우에는 運送人이 자기 또는 그의 使用人 및 대리인이 그와 같은 사고와 그 결과를 방지하기 위하여 합리적으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것을 증명하지 않는 한 그 滅失·毀損 또는 지연에 의하여 생긴 손해에 대하여 책임을 진다(동 규칙 제5조 제1항). 따라서 손해가 實際運送人이 이행한 부분에서 발생한 것이 분명한 경우에는 實際運送人이 함부르크규칙 하에서는 자신의 過失이 없는 것을 立證하여야 한다. 원래 荷主가 實際運送人에 대하여 불법행위에 기인해서 소송을 제기하는 경우에는 荷主가 實際運送人의 過失을 立證할 뿐만 아니라 運送物損害를 야기한 사고가 발생한 당시에 운송물에 대한 소유권을 가지고 있다는 것도 立證하여야 한다.

함부르크규칙 하에서 實際運送人의 책임은 가중되었다고 할 수 있지만, 그 반면에 實際運送人은 契約運送人에 적용되는 責任制限을 주장할 수 있도록 입법으로 보장되었다. 따라서 함부르크규칙에서 責任主體에 있어서 實際運送人을 규정한 것은 하주를 더 두텁게 보호할 수 있을 뿐만 아니라 實際運送人에 해당된 履行補助者도 이 규칙에 의해서 어느 정도 보호를 받을 수 있게 되었다고 말할 수 있다.

#### 4. 1999년 美國海上運送法草案

1999년 美國海上運送法草案에서도 責任主體에 대하여 契約運送人 이외에 履

行運送人(performing carrier)과 海上運送人(ocean carrier)을 규정하고 있다. 이 초안에 의하면 履行運送人은 다음과 같은 자를 말한다. ① 運送契約 하에서 契約運送人의 責任의 전부 또는 일부를 履行하거나, 履行할 것을 引受하거나, 運送의 履行을 담당하는 자. 다만, ② 위에 ①에 열거된 자가 직접적이든 간접적이든, 契約運送人의 要求, 監督 또는 統制 하에서 행위를 한 범위에 한한다. 이 경우 그 자가 運送契約의 當事者인가, 運送契約에서 특정된 자인가, 또는 運送契約 하에서 法的 責任을 부담하는 자인가 아닌가를 묻지 아니한다(동 초안 제2조 (a) (3) (A)). 다만, 위의 정의에도 불구하고 “履行運送人”이란 용어는 다음과 같은 자(계약운송인 제외)를 포함하지 아니한다. 즉 ① 송하인 또는 수하인에 의하여 고용된 자 및 ② 송하인 또는 수하인에 의하여 사용되고 있는 자의 使用人(employee), 從事者(servant), 代理人(agent), 契約者(contractor), 또는 下都給契約者(subcontractor)를 포함하지 않는다(동 초안 제2조 (a) (3) (B)). 그리고 海上運送人은 해상운송에 사용되는 선박을 소유하거나, 운항하거나, 또는 용선한 履行運送人을 의미한다(동 초안 제2조 (a) (4)). 즉, 海上運送人은 履行運送人에 포함된 개념이다.

1999년 美國海上物件運送法草案에서 규정하고 있는 履行運送人에 해당된 자는 海上運送人 이외에 荷役業者, 터미널運營業者, 運送物混載業者, 包裝業者, 倉庫業者 및 그들의 使用人, 代理人, 獨立契約者이다.<sup>159)</sup> 그리고 그 정의에서 契約運送人의 책임의 전부 또는 일부를 履行할 것을 인수하거나, 운송의 履行을 담당하는 자도 포함되기 때문에 契約運送人의 책임의 전부 또는 일부를 실제로 履行하지 않더라도 履行할 것을 引受만 하는 자도 履行運送人에 포함된다. 또한 契約運送人의 使用人 및 代理人도 履行運送人에 해당한다. 즉, 실제로 “운송물의 운송을 履行하거나 그 履行을 引受하거나, 운송물의 운송을 이행해야 할 契約運送人의 책임에 속하는 附隨的인 업무를 이행해야 할 당사자는 모

---

159) William, Tetley, "The Proposed New United States Senate COGSA: The Disintegration of Uniform International Carriage of Goods by Sea Law", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 30, No. 4(October, 1999), p.599.

두 履行運送人의 개념에 속하는 것이다. 따라서 이것은 함부르크규칙에서 규정한 實際運送人의 개념보다 명확하고 광범위하다.

履行運送人 중 海上運送人은 契約運送人과 각각 항해의 개시 전과 개시 시에 선박의 堪航能力을 갖추게 할 것, 적절하게 선원을 배승하고, 의장하고, 선용품을 공급할 것, 선창, 냉장실과 냉동실, 그리고 운송물이 운송되는 선박의 기타 부분을 운송물의 수령, 운송, 보존에 적합하고 안전하게 할 것에 대하여 상당한 주의를 다하여야 한다(동 초안 제6조 (a)). 그리고 모든 履行運送人은 및 契約運送人은 적절하고 주의깊게 운송물을 受領, 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理, 揚陸, 引渡하여야 한다. 즉 堪航能力에 관한 의무로 인하여 海上運送人이 履行運送人에서 분리되어 따로 개념을 정하는 것이다.

履行運送人의 하주에 대한 책임은 契約運送人의 책임에 비하여 責任期間이 다를 뿐이고 책임내용은 같다. 즉 契約運送人의 責任期間은 運送契約에서 정한 전 기간 동안이고(동 초안 제5조(b)) 履行運送人의 責任期間은 ① 운송계약 하에서 운송물을 受領 또는 保管한 때로부터 운송물의 지배를 넘겨줄 때까지의 기간, 그리고 ② 그 밖에 운송계약에서 의도된 어떠한 활동의 이행에 참여하고 있는 기간이다(동 초안 제5조 (c)). 여기서도 함부르크규칙과 마찬가지로 履行運送人이 履行한 기간에 발생한 것에 대한 立證責任이 누구에게 있는지를 규정하지 않았다.

1999년 美國海上運送法草案에 의하면 契約運送人의 모든 履行補助者들이 契約運送人의 免責과 責任制限에 관한 규정을 援用할 수 있으나 契約運送人과 같은 의무와 책임도 부담하여야 한다.

## 5. UNCITRAL/CMI 運送法草案

2001년 10월 22일에 발표된 유엔國際貿易法委員會(U.N. Commission on International Trade Law: UNCITRAL)-國際海法會(Comite Maritime International: CMI)의 운송법에 관한 草案(이하 UNCITRAL/CMI 運送法草案이라 함)에서는 責任主體에 대하여 契約運送人이외에 履行當事者를 규정하고 있다. 履行當事者라 함은 運送人이외에 運送契約 하에 當事者로 확인되었던 자

또는 법적 책임을 가지는 자인지에 관계없이 運送人의 요구에 의하여 또는 運送人의 監督 또는 統制 하에서 직접적 또는 간접적으로 능력을 다하여 운송물의 運送, 取扱, 管理와 保管을 위한 運送契約 하에서 運送人의 책임을 실제로 履行하는 [履行하는 책임을 지거나]자를 말한다. 履行當事者는 송하인 또는 수하인에 의하여 고용된 자 또는 송하인 또는 수하인에 의해서 고용된 자(運送人과는 별개로)의 使用人, 代理人, 契約者, 下都給者인 어떠한 자를 포함하지 않는다 (동 초안 제1조(e)호).

UNCITRAL/CMI 運送法草案에서 규정한 履行當事者의 정의에서는 실제로 이행하는 자 뿐만 아니고 이행하는 책임을 지는 자도 履行當事者라고 규정하기 때문에 중간에 履行할 것을 인수만 하고 실제로 履行하지 않는 자도 履行當事者에 포함된다.

UNCITRAL/CMI 運送法草案에서 규정한 履行當事者의 概念은 1999년 美國海上運送法草案에서 규정한 履行運送人과 비교하면 전자는 履行當事者를 운송물의 運送, 取扱, 管理와 保管을 위한 運送契約 하에서 運送人의 책임을 실제로 이행하는 [이행하는 책임을 지거나]자를 말하는 것이고 후자는 契約運送人의 책임의 전부 또는 일부를 履行하거나 履行할 것을 인수하거나, 운송의 履行을 담당하는 자를 말하는 것이기 때문에 運送人의 附隨的인 의무를 담당하지만 운송물과 상관이 없는 의무를 담당하는 자(예를 들면 선박 수리 공장)는 1999년 美國海上運送法의 履行運送人에 속하지만 UNCITRAL/CMI 運送法草案의 履行當事者에 속하지 아니한다. 따라서 UNCITRAL/CMI 運送法草案의 履行當事者는 1999년 美國海上運送法草案 중 履行運送人의 범위보다 좁다.

UNCITRAL/CMI 運送法草案에서도 履行當事者가 契約運送人의 免責과 責任制限에 관한 규정을 援用할 수 있으나 契約運送人과 같은 의무와 책임도 부담하여야 한다.

## VI. 綜合的 分析

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서 하주는 契約運送人이외의 자에 대해

여 책임을 물을 때 條件이 있는 下委託의 경우를 제외하고 대부분 不法行爲責任에만 기인해서 損害賠償을 청구한다. 모든 경우에 하주는 運送人의 업무를 실제로 이행하는 자에게만 책임을 물을 수 있다. 不法行爲責任에 기인해서 소송을 제기하는 경우에 배상을 청구하는 하주가 모든 立證責任을 부담하고 동시에 손해가 발생할 때에 운송물에 대한 所有權을 가지고 있는 것도 입증하여야 함으로 契約運送人에게 제기한 소송에 비하여 하주의 立證責任이 가중된다. 이에 따라서 하주가 운송법에 의한 責任制限보다 높은 배상을 받을 수 있다면 이러한 가중한 立證責任을 부담해도 공평하겠지만, 獨立契約者는 히말라야約款에 의하여 契約運送人의 면책이나 責任制限을 누릴 수 있게 되므로 이것은 損害賠償請求者에게 현저히 불리하다.

船荷證券所持人같은 경우에는 契約運送人이 賠償能力이 없을 때 履行補助者에게 배상을 청구할 수밖에 없으나 운송물이 손해를 입을 때 운송물의 所有權을 아직 취득하지 못하면(선하증권 발행전의 사고로 인한 손해인 경우) 아무리 履行補助者의 過失이 분명하더라도 배상을 청구할 수 없게 된다. 반면에 獨立契約者는 條件이 있는 下委託이나 히말라야約款을 의지할 수 없는 경우, 즉 하주가 契約運送人에게 下委託을 허용하지 않거나 히말라야約款에서의 규정이 엄밀하지 않을 때에는 손해의 전액을 배상하여야 한다. 영국에서 1999년 英國契約法(제3자에 대한 權利)이 이미 발효되었지만 그것도 히말라야約款과 같은 제3자의 權利를 계약에서 명시한 때에만 그것을 취득할 수 있다.

따라서 獨立契約者의 하주에 대한 책임에 있어서 같은 過失인데 어떤 경우는 그의 責任이 制限될 수 있고, 다른 경우는 全額을 배상하여야 하게 된다. 이에 의하여 소송비용이 많이 증가시킬 수 있다. 뿐만 아니라 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 이루어진 하주의 利益, 運送人의 利益, 및 그들의 뒤에 있는 保險會社와 P&I保險의 利益 사이의 衡平이 깨질 수 있다. 왜냐하면 이러한 獨立契約者가 契約運送人과 계약을 체결할 때에 하주가 獨立契約者에 대하여 물은 책임이 獨立契約者와 契約運送人 사이에 약정한 책임보다 높은 부분을 契約運送人이 보상을 해야 된다는 취지의 약정을 下都給契約當事者가 할 수 있기

때문이다.<sup>160)</sup>

그리고 運送人의 責任制限은 하주가 운송물의 種類 및 價額을 통지하지 않는 한 운송물의 價額이 어떠한지를 불문하고 같은 주의를 가지고 운송하는 것이기 때문에 이와 같은 운송물이 손해를 입은 경우에 예기할 수 없는 거액의 배상책임을 부담하는 것은 불합리한 것이며, 손해의 일부를 하주가 부담함으로써 運送人의 과실을 간접적으로 면책하는 성질을 가진 제도이며<sup>161)</sup> 이것은 契約 運送人의 의무를 실제로 이행하는 獨立契約者에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 생각한다. 따라서 법에서 獨立契約者의 하주에 대한 책임을 규정할 필요가 있다. 이것도 역시 함부르크규칙, 1999년의 美國海上運送法草案, 및 UNCITRAL/CMI 運送法草案에서 契約運送人 이외의 광범위한 책임주체를 규정한 이유라고 생각한다. 법에서 獨立契約者의 하주에 대한 책임을 규정할 때에는 하주와 獨立契約者 사이의 형평을 맞추어야 한다. 즉 하주의 지위를 강화하는 동시에 獨立契約者에게는 통일적인 기준이 형성되어야 한다. 이러한 관점에서 中國海商法上 實際運送人制度를 보완해야 된다고 생각한다.

## 1. 實際運送人의 定義

實際運送人의 범위에 대하여는 契約運送人이 책임을 지는 전체기간에서 契約運送人의 委託을 받아 또는 再委託을 받아 契約運送人의 物件運送에 관한 의무를 실제로 이행하는 모든 獨立契約者를 포함하여야 한다. 즉 해상운송을履行하는 자 뿐만 아니라 運送物의 船積·揚陸作業을 하는 荷役業者, 運送人의 堪航能力注意義務를 실제로履行하는 자,<sup>162)</sup> 그리고 운송물을 受領한 후 船積하

160) 楊良宜, 前掲書, 449面.

161) 相原 隆, 「海上運送人責任法展開」(東京: 成文堂, 1999), 43面; 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 204~205面.

162) 이러한 자는 造船業者, 船舶修繕業者 등이며 운송물에 대한 運送人의 일반적인 주의의무의 관점에서 보면 이러한 자는 운송물의 運送契約을 이행하기 위한 보조자라고 말할 수 없고 운송채무이행의 선행적인 행위의 보조자이다. The "Nicholas H"(1995) 2 Lloyd's Rep. 299 사건에서 "Nicholas H"호 선박이 항행 중에 선체가 파열되므로 부득이 피난항으로 가는데 선급협회에 수리를 맡기었다. 이에 대하여 영구수리를 하여야 되는데 선급법인이 임시수리만 하고 말았다. 선박



기 전 및 운송물을 揚陸한 후 引渡하기 전의 기간에 운송물을 보관하는 자가 모두 實際運送人에 포함되어야 한다. 그러나 중간에 契約運送人의 委託이나 再委託을 받았지만 실제로 契約運送人의 업무를 이행하지 않는 자는 實際運送人에서 제외해야 된다고 생각한다.

1999년의 美國海上運送法草案과 같이 모든 운송에 참여한 자를 實際運送人으로 규정하는 것은 하주에 대하여 더 두텁게 보호할 수 있는 것은 사실이지만 이것은 법적 근거가 약하다고 생각한다. 契約運送人이 하주에 대하여 책임을 지는 것은 契約責任에 의한 것이고 실제로 운송업무를 이행하는 사람의 하주에 대한 책임은 不法行爲責任이며, 중간에 委託이나 再委託만 받고 실제로 업무를 이행하지 않는 사람이 하주에 대하여 어떠한 책임을 부담하는 것인지에 대해서는 法的 根據를 찾을 수 없다. 그렇지만 이러한 사람이 운송물의 損害에 대한 責任에서 완전히 벗어나는 것은 아니다. 왜냐하면 契約運送人이 하주와 사이의 계약에 의하여 배상한 후 자기가 委託한 자에게(이행하지 않더라도) 그와 사이의 계약에 의하여 求償權을 행사할 수 있기 때문이다. 따라서 다음 문제는 실제로 履行하는 의미를 명확하게 하는 것이다. 海上運送의 附隨的인 단계, 예컨대, 운송물의 船積, 揚陸, 保管 등 단계에서 실제로 履行하는 當事者를 확정하기 쉽지만, 해상운송단계에서 선박의 운영이 여러 가지 형태가 있으므로 운송을 실제로 이행하는 주체의 확정이 문제된다.

船舶所有者가 자기의 선박을 가지고 운영할 수도 있지만 선박을 裸傭船하여 傭船料만 받거나, 또는 定期傭船契約을 체결하여 선박의 商業的인 운영을 定期傭船者에 맡기거나 또는 전문적으로 선박을 운영하는 회사에게 맡긴 경우도 있

---

이 다시 항행의 도중에 임시수리만 한 선박이 큰 파도에 못 견뎌 침몰되었다. 하주가 運送人으로부터 責任制限된 배상을 받은 후 나머지의 손해액에 대하여 선급협회에 소송을 제기하였다. 귀족원에서는 선급법인이 하주에 대하여 상당한 주의에 관한 책임이 없다고 하여 면책특권을 누릴 수 있다고 판시하였다. 그러나 이렇게 판시하는 것은 주로 헤이그규칙으로 이루는 위험의 균형을 유지한다는 입장에서 판시한 것이다. 따라서 이러한 선행적인 獨立契約者들도 實際運送人에 포함하여야 獨立契約者에 대한 판결의 불안전성을 해결할 수 있을 뿐만 아니라 동시에 海上運送契約에 관한 입법에서 확립한 위험의 균형도 유지할 수 있다.

다.

선박이 裸傭船되는 경우에 裸傭船 기간 내에 裸傭船者가 선원을 고용함으로써 선박을 완전히 점유하고 그리고 船舶運營을 통하여 영리의 목적을 이루기 때문에 裸傭船者가 船舶所有者와 지위가 같은 것은 의문의 여지가 없다. 따라서 裸傭船者는 實際運送人에 해당된다.

航海傭船者인 경우에는 선장, 선원의 고용의 권리는 船舶所有者가 가지고 있고 선박의 운영도 船舶所有者가 책임을 지므로 항해용선계약은 海上運送契約이다. 그러나 航海傭船契約은 운송에 대하여 실제로의 이행이 없기 때문에 航海傭船者는 實際運送人에 포함되지 않는다.

定期傭船契約의 法的 性質에 대하여 중국 海商法學界에서는 賃貸借契約의 性質을 더 많이 가지고 있다고 함으로 中國海商法을 제정할 때에 航海傭船契約은 海上物件運送契約의 章節에서 규정을 두고 있고<sup>163)</sup> 定期傭船契約은 裸傭船契約과 같이 같은 파트에서 규정하고 있다.<sup>164)</sup><sup>165)</sup> 생각건대 定期傭船契約에서 船長·船員이 傭船者의 命令, 指示에 따라야 하지만<sup>166)</sup> 선장 및 선원은 모두 船舶所有者가 고용하기 때문에 선장은 船舶所有者의 대리인의 지위는 변하지 않는다. 定期傭船契約에서 船積, 揚陸, 積付 등 작업은 통상 傭船者가 부담하지만 통상 선장의 감독 하에 행한다. 그리고 中國海商法은 定期傭船契約에 있어서 船舶所有者가 出航 전 및 出航 당시에 堪航能力을 갖추도록 하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제133조). 따라서 운송물의 운송에 관하여 실제로 운송을 담당하는 자는 船舶所有者가 고용한 船長과 船員이기 때문에 외부의 책임관계에 있어서는 船舶所有者가 實際運送人에 해당되고 定期傭船者는 해당되지 않는다고 생각한다.

---

163) 中國海商法은 제4장 海上運輸合同 제7절에서 항해용선계약에 관하여 규정하고 있다.

164) 中國海商法은 제6장 船舶租用合同의 제2절 定期租船合同에서 定期傭船契約에 관한 규정을 두고 있고 제3절 光船租賃合同에서 裸傭船契約에 관한 규정을 두고 있다.

165) 郭萍, 「租船實務與法律」第2版(大連: 大連海事大學出版社, 2002), 16面.

166) BALTIME 표준서식 제9조 또는 1946년 NYPE 표준서식 제8조.

船舶經營者(operator)는 海事賠償責任制限에 관한 규정에 있어서 海事賠償責任制限을 주장할 수 있는 주체라고 하는 언급이 있는데(中國海商法 제204조), 中國海商法에서는 그에 대한 구체적 정의가 내려져 있다. 船舶經營契約에 의하면 契約期間 내에 船舶所有者가 船舶의 管理 및 運營에 관한 모든 비용을 부담하고, 運營에서 취득한 收益은 船舶所有者가 소유하고, 船舶經營者는 運營에 관한 사항을 船舶所有者에게 보고하여야 하며, 船舶所有者는 船舶經營者에게 報酬를 지급하여야 한다. 따라서 선박경영계약은 事務處理를 委託하는 委任契約이며 船舶所有者가 委任人이고 船舶經營者는 受任인에 해당된다. 受任인이 委託事務의 처리에 필요한 채무를 부담한 때에는 委任人은 受任인에 갈음하여 그 債務를 辨濟할 의무를 부담한다. 따라서 外部的인 책임에 있어서 船舶所有者만 책임을 부담하여야 한다. 즉 船舶經營者는 實際運送인에 해당되지 않는다.

그리고 契約運送人の 대리인 또는 使用人 및 獨立契約者의 대리인과 使用人을 實際運送人에 포함하는 것은 타당하지 않다. 實際運送人制度가 도입된 의의는 하주를 더 두텁게 보호하여 實際運送人으로 하여금 契約運送인과 하주에 대한 동일한 責任內容을 부담하게 하는 데에 있으며 代理人과 使用人の 하주에 대하여 損害를 배상하더라도 결국 그들의 僱傭者로부터 보상을 받아야 하기 때문에 代理人과 使用인에 대하여 배상을 청구하는 것은 효율적인 것은 아니다. 그러나 그들의 使用人 또는 代理人에 대하여 배상청구자가 불법행위에 기인해서 全額賠償을 청구하는 것을 막기 위하여 현행 中國海商法에서 있는 契約運送인과 實際運送人の 代理人이나 使用인에 관한 규정은 그대로 유지되어야 한다.

따라서 中國海商法은 實際運送人の 정의에 대하여 「實際運送人이란 契約運送人の 委託을 받아 또는 再委託을 받아 契約運送人の 責任期間 내에 부담하여야 할 物件運送義務를 실제로 이행하는 者를 말한다」 라고 규정하는 것이 바람직하다.

## 2. 實際運送人の 責任의 法的性質

契約運送人の 物件運送義務를 실제로 履行하는 者만이 實際運送人으로 한정

되기 때문에 운송물에 손해가 발생한 경우에 實際運送人은 그의 행위로 하주에게 손해를 가하는 위법한 행위에 기인된 不法行爲責任을 지게 된다. 그러나 中國海商法이 규정하지 않는 부분은 실제운송인의 책임이 不法行爲責任이라고 해서 民法上의 一般不法行爲責任에 대한 규정을 적용한다는 것은 합리성이 있는지를 검토할 필요가 있다. 전술한 바와 같이 법에서 實際運送人의 하주에 대한 책임을 규정할 때에 하주와 獨立契約者 사이의 형평을 맞추어야 하는데, 하주의 지위를 강화하는 동시에 獨立契約者에게는 통일적인 기준이 형성되어야 하기 때문에 獨立契約者의 契約運送人의 抗辯事由 및 責任制限을 누릴 권리를 부여하는 동시에 운송물에 대한 의무를 위반하는 것에 관한 立證責任도 契約運送人과 같아야 한다. 短期提訴期間을 법정하는 것은 일상 많은 운송물을 처리하는 運送人이 운송물의 滅失 또는 毀損에 관한 증거를 장기간으로 보존하는 것은 곤란하기 때문에 運送契約에서 발생한 법률관계의 조기 해결을 피하여 運送人을 보호하는 것으로서<sup>167)</sup> 實際運送人도 마찬가지로 운송에 관한 사업에 從事하여 많은 운송물을 처리하여야 하기 때문에 實際運送人에 대하여도 이러한 보호가 필요하다. 따라서 短期提訴期間은 實際運送人에 대하여도 적용하여야 하므로 中國海商法에서 이것을 명시할 필요가 있다.

### 第3節 契約運送人과 實際運送人의 關係

#### I. 각자의 責任分擔

契約運送人이 物件運送 또는 일부 운송을 實際運送人에게 委託하더라도 運送人은 전부 운송에 대하여 책임을 진다(中國海商法 제60조 제1항). 그리고 運送人의 책임에 관한 규정은 實際運送人에게도 적용된다고 한다(동법 제61조). 그러나 이러한 내용에 관한 함부르크규칙은 이 협약에서 運送人의 責任에 관한 모든 규정은 實際運送人이 자기가 履行한 운송에 대하여 책임을 진다고 한다

---

167) 中村眞澄, 前掲書, 2面.

(함부르크규칙 제10조 제2항). 中國海商法은 함부르크규칙의 규정 중 “實際運送人이 자기가 履行한 운송에 대하여 책임을 진다”라는 문구가 없기 때문에 運送人은 全體期間에 대하여 책임을 부담하는데 그렇다면 實際運送人도 자기가 이행하지 않는 기간도 포함하여 全體期間에 대하여 책임을 지어야 한다는 결론을 내릴 수 있다. 이것은 實際運送人에 대하여 매우 가혹하다. 實際運送人이 하주에 대하여 責任지는 原因은 그의 故意 또는 過失로 운송물의 손해를 야기함으로써 하주에게 賠償責任을 부담한 것이고 그의 債務의 發生原因은 不法行爲로 인한 것이기 때문에 당연히 契約運送人의 運送業務를 실제로 履行하는 기간에 대하여 책임을 지는 것이 합리적이다. 이것을 개정하는 두 가지 방법이 있는데, 하나는 實際運送人의 責任期間에 관한 규정을 따로 明文化하든지 아니면 함부르크규칙과 같이 契約運送人의 책임에 관한 규정은 實際運送人이 자기가 履行한 운송에 대하여 적용한다고 규정하는 것이다.<sup>168)</sup>

## II. 契約運送人의 責任免除의 要件

海上運送契約에서 특정한 부분이 運送人이외에 指定된 實際運送人으로 履行한 경우에는 계약에서 지정한 實際運送人이 운송물을 관리하는 기간에서 발생한 滅失·毀損 또는 引渡遲延에 대하여 契約運送人이 책임을 부담하지 않는다고 약정할 수 있다고 한다(中國海商法 제60조 제2항). 이에 의하여 契約運送人의 責任이 免除될 수 있는 要件은 다음 네 가지가 있다.

첫째는 계약에서 實際運送人이 명확하게 指定될 것, 둘째는 계약에서 實際運送人이 履行한 特定部分의 운송이 명시될 것, 셋째는 契約運送人이 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延이 당해 實際運送人이 운송물을 관리하는 동안에 발생

---

168) 이렇게 개정하면 운송물의 손해가 實際運送人이 운송을 이행한 기간에 발생하였다는 것에 대한 立證責任이 누구에게 있는지가 문제된다. 즉, 하주가 운송물의 손해가 實際運送人이 이행한 기간에 발생하였다는 것을 입증해야 될 것인지 아니면 實際運送人이 운송물의 손해가 자기가 이행한 기간에 발생한 것이 아니라고 입증해야 되는지가 문제된다. 이것은 이 논문 제5장 운송물손해에 관한 입증책임의 분배 부분에서 논의될 것이다.

하였다는 것을 입증할 것, 넷째는 계약에서 契約運送人이 이러한 滅失·毀損 또는 引渡遲延에 대하여 免責될 수 있다는 약정이 있을 것이다.

그러나 만약에 實際運送人이 배상할 능력이 없는 경우에는 賠償請求者가 契約運送人에 대하여도 이 규정에 의하여 청구할 수 없게 된다. 이러한 경우에 하주가 배상을 받을 수 없기 때문에 하주의 이익을 해칠 수 있다. 따라서 이 규정을 삭제하거나 아니면 “實際運送人이 배상할 능력을 상실한 경우에는 그러하지 아니하다”라는 문구를 삽입하는 것이 합리적이라고 생각한다.

### III. 契約運送人의 合意의 實際運送人에 대한 效力

契約運送人이 이 장에서 규정되지 않는 의무를 부담하거나 이 장에서 부여된 권리를 포기한다는 합의는 實際運送人이 書面으로 명확하게 동의한 경우에 한하여 實際運送人에 대하여도 效力이 발생한다. 그러나 實際運送人의 동의와 상관없이 이러한 특별 합의가 契約運送人에 대한 效力에 영향을 미치지 아니한다(동법 제62조).

### IV. 契約運送人과 實際運送人 사이의 連帶責任

契約運送人과 實際運送人이 모두 賠償責任이 있는 경우에 이 책임의 범위 내에서 連帶責任을 부담한다(동법 제63조). 즉 運送物損害에 대하여 契約運送人과 實際運送人이 賠償責任을 부담하는 連帶債務가 있다. 따라서 契約運送人이나 實際運送人 가운데 한 사람이 全部賠償을 하면 하주에 대한 賠償責任에 관한 채무가 消滅된다. 여기서 契約運送人과 實際運送人 사이의 하주에 대한 連帶債務의 對外的 效力과 對內的 效力에 대하여 규명할 필요가 있다. 그러나 이것은 契約運送人과 實際運送人 사이의 賠償責任에 관한 連帶債務의 성질을 먼저 밝혀야 한다.

중국 民法에서는 連帶債務에 대하여 원칙적인 규정만 있고 학술 연구도 많지 않는 상황이므로 裁判에 있어서 많은 문제점들이 나타나고 있다. 통상 連帶債務의 概念 및 特徵에 대하여 다음과 같이 인식하고 있다. 連帶責任이란 수인

의 債務者가 동일한 내용의 給付에 관하여 각각 독립해서 전부의 給付를 하여야 할 부담이고, 그 중의 한 사람의 債務者가 全部의 給付를 하면 債務者의 債務를 消滅하는 多數當事者의 債務이다. 債權者가 連帶債務者의 한 사람에 대한 履行請求, 免除, 混同, 時效完成은 다른 連帶債務者에 대하여도 效力이 생긴다. 그리고 連帶債務者 사이에서 主觀的인 共同關係가 있으므로 內部分擔關係가 있다. 이러한 관계에 의하여 內部求償權을 행사할 수 있다.<sup>169)</sup>

그러나 契約運送人과 實際運送人 사이의 連帶債務는 이와 다르다. 즉 契約運送人과 實際運送人 사이에는 主觀的인 共同關係가 없다는 점이다. 契約運送人이 하주에 대한 賠償責任은 계약에 의하여 책임의 전부를 배상하여야 되는 것이고 實際運送人이 하주에 대한 賠償責任은 不法行爲責任에 의하여 책임의 전부를 배상하는 것이다. 이것은 오히려 不眞正連帶債務의 特徵에 부합된다.

不眞正連帶債務에 대하여 각국에서 明文의 規定이 없지만 주로 판례에서 이 제도를 인정하고 있다.<sup>170)</sup> 不眞正連帶債務는 連帶債務와 마찬가지로 數人의 債務者가 동일한 내용의 給付에 관하여 각각 독립해서 全部의 給付를 하여야 할 채무를 부담하고, 그 가운데의 한 사람 또는 數人이 1개의 給付를 하면 모든 債務者의 債務가 소멸되는 多數當事者의 債務關係이다. 양자를 구별하는 기준은 連帶債務에는 債務者 사이에 共同目的에 의한 主觀的인 관련이 있으나, 不眞正連帶債務에는 그러한 관련이 없다는 것이다.<sup>171)</sup> 連帶債務와의 차이점은 不眞正連帶債務에 있어서는 채무자의 한 사람에 관하여 생긴 事由가 다른 債務者에게 영향을 미치지 않으며, 또한 債務者 상호간의 內部關係에 있어서 원칙적으로 求償關係가 생기지 않는다. 그러나 각자가 부담하는 全部義務의 性質에 차이가 있으나 어떤 債務者만이 終局의 責任者로 인정된 때에는, 다른 자는 이에 대하여 求償權을 행사하는 것과 같은 결과를 일으킬 수 있다. 그러나 이 성질은 連帶債務者의 內部求償과 완전히 다르다.<sup>172)</sup>

---

169) 王利明, 前掲書, 4~5面.

170) 上掲書, 5面.

171) 上掲書, 4面.

172) 上掲書, 5~6面.

이에 의하여 契約運送人과 實際運送人의 하주에 대한 連帶債務에 있어서 먼저 對內的 效力을 검토하겠다. 契約運送人과 實際運送人 사이에 중간에 운송을 맡은 다른 사람이 없으면 求償關係는 契約運送人과 實際運送人 사이에 체결한 계약으로 결정한다. 그러나 契約運送人과 實際運送人 사이에 여러 명이 개입된 경우에는 契約運送人과 實際運送人 사이에 직접 求償關係가 발생하지 아니한다. 이때는 각자가 辨濟한 부분에 대한 구상은 당해 物件運送에 관하여 자신과 직접 계약을 체결하는 者간에 체결한 계약에 의하여 결정된다.

그리고 契約運送人과 實際運送人의 하주에 대한 賠償責任의 連帶債務에 있어서 하주가 그 중에 한 사람에게 대하여 賠償請求하거나 債務의 一部 또는 全部를 免除하는 것은 다른 사람에게 대하여 영향이 없다. 예컨대, 하주가 契約運送人에 대하여 賠償請求를 한 경우에 그것은 契約運送人에 대하여만 提訴期間이 中斷되고 實際運送人에 대하여는 提訴期間이 中斷되지 아니한다. 그리고 하주가 만약에 契約運送人에게 賠償責任을 면해 준다고 하더라도 實際運送人에 대하여는 영향을 미치지 않으며 實際運送人은 여전히 全部賠償을 하여야 한다.

## 第4節 韓國海商法の 運送人과의 比較

### I. 契約運送人

韓國海商法에서는 運送物損害賠償의 責任主體에 대한 별도의 정의 규정은 없으며, 契約上의 責任主體는 통상 運送人이며 運送契約을 체결하는 當事者, 즉 운송을 引受하는 자로 이해된다. 이는 中國海商法上의 運送人에 관한 정의와 비교하면 큰 차이가 없다고 보여진다.

船荷證券이 運送人의 판단에 있어서의 효력에 대한 관례의 태도는 다음과 같다.

韓國 大法院은 運送人 確定에 관한 사건에서 船荷證券所持人이 送荷人인 경우 送荷人으로부터 운송을 引受한 자가 누구인지에 따라 運送人이 확정되는 것



이고, 船荷證券의 發行者가 運送人으로 인정될 蓋然性이 높다 하겠지만, 그렇다고 하여 船荷證券의 發行事實만으로 당연히 運送人의 지위가 인정되는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>173)</sup>

그러나 定期傭船者의 代理店이 "船長을 代理하여"(For the master)라고 서명하였고,<sup>174)</sup> 換積時 取扱不注意로 인하여 손상을 입은 운송물에 대하여 保險者가 送荷人이 아닌 船荷證券所持人에게 保險金을 지급한 후, 保險者의 代位권을 취득하여 定期傭船者에 대하여 소송을 제기한 사건<sup>175)</sup>에서는 대법원이 당사자 간에 체결된 定期傭船契約이 그 계약 내용에 비추어 선박에 대한 占有權이 傭船者에게 이전되는 것은 아니지만, 船舶賃貸借와 유사하게 傭船者가 선박의 自由使用權을 취득하고 그에 선원의 勞務供給契約的인 요소가 수반되는 것이라면, 이는 海上企業活動에서 慣行的으로 형성 발전된 특수한 契約關係라 할 것으로써 이 경우 定期傭船者는 그 對外的인 責任關係에 있어서 船舶賃借人에 관한 商法 제766조의 類推適用에 의하여 船舶所有者와 동일한 책임을 지는 것이라 할 것이므로 定期傭船者는 선장이 발행한 船荷證券上의 運送人으로서의 책임을 부담한다고 판시하였다.<sup>176)</sup> 이 판례에서 보면 運送人을 확정함에 있어

---

173) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040판결.

174) 또한 선하증권 뒤면에 “이 船荷證券上에는 선하증권에 의하여 증명되는 계약은 商人과 선하증권에 기명된 선박(또는 그 대체선)의 선주 사이의 계약이며, 따라서 運送契約上의 모두 의무의 위반 또는 불이행으로 인한 손해에 대하여는 船舶所有者만이 책임을 부담한다.”라는 運送人特定約款(Identity of carrier clause)이 인쇄되고 있다.

175) 대법원 1992.2.25. 선고 91다14215 판결.

176) 이 판결에 대하여 傭船者의 책임여부를 판단할 때에 고려의 초점이 되어야 하는 것은 선하증권의 소지인을 보호하기 위하여 누구를 책임의 주체로 내세울 것인가이고, 따라서 본 사건에 있어서 과연 피고가 船舶所有者로서의 外관을 갖추었는가 하는 점일 것이나 본 사건에서 선하증권도 피고가 사용하는 양식이 아닌 일반적인 서식이었으며 이러한 제반 사실관계를 고려할 때 과연 선하증권의 소지인이 傭船者를 船舶所有者로 오인하였을 外관이 존재하고 그에 따라 定期傭船者의 責任을 인정할 수 있을 것인지는 의문이 있다고 하는 견해도 있다(徐憲濟, “定期傭船者의 船荷證券所持人에 대한 책임-대법원 1992.2.25. 선고 91다14215 판결-” 「민사판례연구」 제15집(1993.5), 214-215面).

서 실제적인 관계로부터 運送契約을 引受하는 자로 판단한 것도 아니고 船荷證券의 文言에 의하여 推定된 運送人을 판단한 것도 아니다. 이는 定期傭船契約의 法的 性質로부터만 해석하여 定期傭船者를 運送人으로 판단한 것이다. 그러나 이 판결이 내릴 시기가 1991년 12월 31일 법률 제4470호 [상법중 개정법률](1993년 1월 1일 시행)이 시행되기 전이며, 그 때의 韓國商法에서는 責任主體에 관하여 船舶所有者中心主義를 취하고 있었다. 즉, 원칙적으로 自船艙裝者인 船舶所有者로서 선박의 單獨所有者와 船舶共有者(동법 제754조)가 되고 예외적으로 他船艙裝者인 船舶賃借人도 責任主體가 될 수 있었다(동법 제766조 제1항). 따라서 運送契約當事者이더라도 運送物損害에 대한 責任主體로서의 지위는 반드시 인정되는 것이 아니었다. 이 판례에 있어서 運送契約當事者를 확정하는 것보다 오히려 責任主體를 판단한 것이라고 말하는 것이 더 적당하다.

## II. 實際運送人

韓國海商法에서는 運送人의 책임에 관한 규정은 운송물에 관한 損害賠償請求가 運送人 이외의 實際運送人에 대하여 제기된 경우에도 적용된다고 한다(한국 상법 제789조의3 제4항, 제1항). 그러나 韓國海商法에서는 實際運送人에 대하여 정의를 내리고 있지는 않다. 文言대로 해석하면 契約運送人의 책임에 관한 규정이 實際運送人에 적용한다는 것은 抗辯事由 및 責任制限뿐만 아니라 법에서 규정한 運送人에 관한 立證責任도 적용되어야 할 것이다. 그러나 판례에서 나타난 판결은 이와 다르다.

판례에 의하면 定期傭船者가 다른 특별한 사정이 없는 한 對外的인 責任關係에 있어서는 船舶賃借人에 관한 한국 상법 제766조<sup>177)</sup>가 類推適用되어 船舶所有者와 동일한 책임을 지게 되는데, 선장·선원들의 過失로 운송물이 毀損되었다면 使用者責任이 있다고 하여 實際運送人으로 판단하였고, 한국 상법 제789조의3 제4항 제1항, 제788조 제1항<sup>178)</sup>에 의하여 운송물에 대한 不法行爲

---

177) 선박임차인이 상행위 기타 영리를 목적으로 선박을 항해에 사용하는 경우에는 그 이용에 관한 사항에는 제3자에 대하여 船舶所有者와 동일한 권리의무가 있다(제1항).

로 인한 損害賠償請求가 實際運送人에 대하여 제기된 경우에는 實際運送人은 자기 또는 선원 기타의 使用人이 운송물의 受領, 船積, 積付, 運送, 保管, 揚陸과 引渡에 관하여 주의를 懈怠하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 滅失, 毀損 또는 延着으로 인한 손해를 배상할 책임이 있으므로 운송물의 毀損에 대한 과실의 立證責任은 實際運送人에게 있다고 판시하였다.<sup>179)</sup> 그러나 上告審에서는 大法院이 立證責任에 대하여 다르게 판시하였는데, 한국 상법 제 789조의3 제4항은 운송물에 관한 損害賠償請求가 運送人이외의 實際運送人 또는 그 使用人이나 대리인에 대하여 제기된 경우에도 제1항 내지 제3항의 규정을 적용한다고 규정하고 있으나, 한국 상법 제789조의3 제1항에서 말하는 “運送人의 責任에 관한 規定”에 立證責任의 분배에 관한 한국 상법 제788조 제1항은 포함되지 아니하므로, 實際運送人에게 不法行爲로 인한 損害賠償責任을 묻기 위해서는 請求人이 實際運送人에게 歸責事由가 있음을 立證하여야 한다고 판시하였다.<sup>180)</sup>

위의 韓國判例에 의하면 운송물을 실제로 운송하는 자를 實際運送人이라고 한다. 즉 船舶所有者 및 船舶所有者와 같은 지위를 가지는 자만이 實際運送人이라고 한다. 그리고 實際運送人의 責任의 性質은 不法行爲責任이고 상법에서 運送人에 관한 立證責任에 관한 규정은 實際運送人에 적용하지 아니한다. 그러나 韓國海商法에서 運送人의 責任에 관한 규정 중 어떠한 규정이 實際運送人에게 적용될 것인지에 대하여 언급이 없다.

따라서 韓國海商法규정에서는 實際運送人에 대하여 명확한 규정을 두지 않으므로 해석에서 논란을 야기할 여지가 많다고 생각된다.

### Ⅲ. 契約運送人과 實際運送人 사이의 關係

---

178) 運送人은 자기 또는 선원 기타의 使用人이 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양륙과 인도에 관하여 주의를 懈怠하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 滅失, 毀損 또는 延着으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

179) 서울지방법원 1999. 9. 3. 선고 98나59377판결.

180) 대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327판결.

韓國海商法은 契約運送人과 實際運送人 사이의 관계에 대한 언급이 없지만, 판례에 의하면 賠償請求者가 제기한 契約運送人과 實際運送人에 대한 賠償請求訴訟에 있어서 契約運送人과 實際運送人이 連帶하여 책임을 지도록 판시하고 있다.<sup>181)</sup> 한국에서도 마찬가지로 實際運送人과 契約運送人은 運送物損害에 대하여 각각 독립해서 全部의 給付를 하여야 하기 때문에 契約運送人과 實際運送人의 連帶責任은 不眞正連帶責任의 性質을 가지고 있다고 할 수 있다.

---

181) 서울지방법원 1998. 9. 17. 선고 97가단79526 판결.

## 第4章 海上運送人の 損害賠償の 責任期間

### 第1節 中國海商法上 海上運送人の 損害賠償の 責任期間

#### I. 中國海商法上 海上運送人の 損害賠償の 責任期間의 定義

##### 1. 中國海商法上 海上運送人の 損害賠償責任期間에 관한 定義

헤이그규칙은 責任期間에 대하여 최초로 언급을 하였지만, 이 개념을 처음으로 명확하게 제시하는 입법은 함부르크규칙이라고 할 수 있다. 中國海商法은 그러한 함부르크규칙을 참조하여 運送人の 責任期間에 대하여 명확하게 규정하고 있다.

중국에서는 이러한 責任期間의 意義에 대하여 견해가 일치하지는 않는데, 運送人이 운송물에 대하여 책임을 부담하는 時間限界, 즉 당해 기간 내에 운송물에 발생한 滅失·毀損에 대하여 賠償責任을 부담하여야 되는 法定期間이라고 보는 견해가 있고,<sup>182)</sup> 運送人이 당해 기간 내에 의무를 위반하는 행위에 대하여 책임을 부담하고 이로 인하여 야기한 운송물의 滅失·毀損에 대하여 賠償責任을 부담하는 期間이라고 보는 견해도 있다.<sup>183)</sup>

이 장의 연구목적은 中國海商法上 責任期間에 대한 규정을 검토하고 문제점을 제시하여 합리적인 改善方案을 도출하는 데에 있다.

中國海商法은 運送人の 責任期間에 대하여 컨테이너운송물과 비컨테이너운

182) 傅廷忠, “承運人對海上貨物運輸的責任期間”, 「世界海運」第1期(1995), 43面.

183) 單紅軍·趙暘·葛延珉, “淺析承運人的‘責任期間’”, 「海商法年刊」第14卷(2002), 58面.

송물로 나누어 규정하고 있다. 즉, 컨테이너운송물의 責任期間이란 船積港에서 운송물을 受領한 때부터 揚陸港에서 운송물을 引渡한 때까지 운송물이 運送人의 管理 하에 있는 모든 기간을 말하고, 비컨테이너운송물의 責任期間은 운송물을 선박에 船積한 때부터 선박에서 揚陸한 때까지 운송물이 運送人의 管理 하에 있는 모든 기간을 말하는데, 이러한 기간 내에서 운송물의 滅失 또는 毀損이 발생한 때 이 절(제4절 運送人의 책임)에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고는 運送人이 賠償責任을 부담해야 한다(동법 제46조 제1항). 그리고 전항의 규정은 비컨테이너운송물에 있어서 運送人이 船積 전 및 揚陸 후에 부담해야 할 책임에 대한 어떠한 승의에 대하여도 영향을 미치지 아니한다(동법 제46조 제2항).

이에 의하면 동 규정은 運送人의 責任期間에 발생한 운송물의 손해에 대하여는 運送人이 책임을 부담하지만, 비컨테이너운송물에 있어서 양 當事者의 합의로 責任期間을 확장하는 것을 제한하지 않고, 船積 전 및 揚陸 후의 책임을 免除한다는 것도 허용한다. 이렇게 中國海商法이 運送期間을 운송물에 의하여 두 가지 경우로 나누어 규정하는 취지가 명확하지가 않다.

이에 대하여 다음과 같은 견해가 있다. 컨테이너운송물인 경우에는 컨테이너운송물의 特性上 송하인이 운송물을 컨테이너에 積入하고 封印하는 경우가 많고, 運送人이 船積된 컨테이너운송물에 대해서만 책임을 부담한다면 船積하기 전의 기간과 揚陸하여 引渡할 때까지의 기간에서 발생한 손해의 책임이 확정될 수 없기 때문에 컨테이너운송물의 責任期間을 受領에서부터 引渡할 때까지의 기간으로 한 것이라고 한다.<sup>184)</sup> 이러한 견해에 의하면 비컨테이너운송물의 경우에는 운송물을 船積하기 전의 기간과 揚陸하여 引渡할 때까지의 기간에서 발생한 손해의 책임은 문제가 되지 않는 것처럼 보인다.

그러나, 비컨테이너운송물에 있어서는 반드시 船積 후와 揚陸 전의 기간동안만 運送人이 관리하는 것이 아니며 船積하기 전 및 揚陸한 후에도 運送人이 운송물을 管理하는 경우가 있는데 이러한 경우에는 運送人의 책임을 어떻게 확

---

184) 莫世健, 「中國海商法」(北京: 法律出版社, 1999), 53面.

정할 것인지에 대해서도 문제가 되기 때문에 위와 같은 주장은 설득력이 없다.

## 2. 中國海商法上 海上運送人の 損害賠償責任期間에 관한 問題點

中國海商法上 責任期間의 규정에 있어서 다음과 같은 의문이 있을 수 있다.

① 하역장치에 의하여 운송물이 船積·揚陸되는데 船積은 荷役裝置가 운송물과 접촉한 순간으로부터 운송물이 선박에 완전히 積載된 때까지의 과정을 거친다. 마찬가지로 揚陸은 荷役裝置가 운송물과 接觸한 瞬間으로부터 운송물을 완전히 陸上에 내릴 때까지의 과정을 거친다. 이때 이러한 船積·揚陸의 과정 속에서 어느 時點이 法조문에서 말하는 船積과 揚陸으로 되는지가 애매하다.

② 비컨테이너 運送人の 船積전 및 揚陸후 책임에 대한 合意가 없는 경우에 運送人の 이 기간의 運送物損害에 대한 책임은 運送契約에 관한 법률을 적용해야 될 것인지, 아니면 任置 혹은 都給에 관한 陸上法規를 적용해야 될 것이지가 명확하지 않다.

③ 비컨테이너운송물이 중간에 換積이 필요한 경우 1차 선박에서 揚陸한 후 換積을 기다리는 동안은 海上運送人の 責任期間 안에 포함되는지도 문제가 된다.

④ 선하증권에서의 船積, 揚陸, 受領 또는 引渡에 관한 定義條項이 있으나, 이러한 條項에 따르면 海上運送人の 責任期間이 현저히 短縮될 경우에 이러한 定義條項의 效力이 어떻게 될 것이지가 하는 문제도 있다.

⑤ 또한 運送人の 責任期間이 實際運送人에 대하여 어떻게 적용되어야 할 것인가 하는 문제도 고려되어야 할 것이다.

중국에서는 責任期間에 대하여 아직 위와 같은 문제가 쟁점이 된 사건이 없지만, 運送人の 責任期間을 명확하기 위하여 여기에서 자세히 논할 필요가 있다. 그러므로 아래에서는 각 國際協約(협약 초안 포함) 및 各國立法에서 규정한 運送人の 責任期間을 검토하면서 위와 같은 문제에 대한 해결법안을 제시하고자 한다.

## II. 海上運送人の 損害賠償의 責任期間에 관한 立法例

## 1. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙

責任期間에 관한 내용은 물건운송의 정의에서 언급하고 있다. 즉, 物件運送은 운송물을 선박에 船積한 때로부터 이를 선박에서 揚陸한 때까지의 기간을 포함한다고 한다(동 규칙 제1조(e)). 그리고 협약에서 협약이 운송물을 船積한 때부터 揚陸한 때까지의 기간에 적용함에도 불구하고 제7조에서 免責約款禁止가 船積전 및 揚陸후의 관계에 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.

관련 자료에 의하면 責任期間에 대하여 운송물을 船積한 때부터 揚陸한 때까지의 기간으로 하는 경위는 다음과 같다. 運送人이 책임을 부담하는 時間的限界의 확정에 대해서 최초 언급한 것은 1921년 2월의 帝國海運委員會報告書<sup>185)</sup>이며, 그 報告書에서 선주는 선주로서 관리하는 사항에 대해서만 책임을 부담하고 선주가 運送取扱人 또는 倉庫業者로서 수행하는 서비스에는 統一法을 적용하지 않는다고 하였다.<sup>186)</sup> 같은 해 이 報告書を 수용하여 國際法協會에서 최초의 協約草案 “運送契約에 의하여 海上運送人이 인수하는 危險을 정한 國際法典의 草案”(Draft of a Suggested International Code defining the risks to be assumed by sea carriers under a contract of affreightment)을 작성하였다. 이 초안은 물건운송의 정의에 대하여 운송물을 본선의 태클에서 受領한 때부터 본선의 태클에서 揚陸한 때까지의 기간을 포함한다고 규정하고 있다(동 초안 제1조 제(e)항). 國際法協會의 海事法委員會는 이 草案을 1921년 헤이그규칙으로서 채택하였지만, 1922년 國際海法會의 런던회의에서 1921년 헤이그규칙의 定義規定에 대하여 수정하여(수정된 규칙은 그대로 협약의 규정으로 되었음), 주지한 바와 같이 태클을 기준으로 하지 않고 船積 및 揚陸이라는 용어를 사용하였다. 태클을 기준하지 않은 것은 石油, 穀物 혹은 石炭 등 起重機를 사용하는 것이 아니고 다른 특별한 裝置에 의하여 船積·揚陸하는 운송

---

185) 영문제목은 "Report of the Imperial Shipping Committee on the Limitation of Shipowner's Liability by Clauses in Bills of Lading and on the Limitation of Shipowner's Liability by Clauses in Bills of Lading and on Certain Other Matters relating to Bills of Lading"이라 한다.

186) *Ibid.*, para. 37~40.



물을 고려했기 때문이다.<sup>187)</sup>

헤이그규칙 제7조의 免責約款禁止가 船積전 및 揚陸후의 관계에 영향을 미치지 않는다는 규정의 원형은 “運送契約에 의하여 海上運送人이 인수하는 危險을 정한 國際法典의 草案”의 제6조에서 볼 수 있다. 國際法協會 海事法委員會의 논의에서 이 규정이 무의미한 것이 아닌가의 질문에 대하여 초안 작성자는 一貫船荷證券(Through Bills of Lading)을 고려한 것이라고 설명하였다. 즉, 一貫船荷證券은 混合契約이기 때문에, 海上運送契約에는 協約을 적용하지만 기타 운송에는 協約을 적용하지 않다는 것을 명확하게 하기 위한 취지라고 한다.<sup>188)</sup>

위와 같이 헤이그규칙의 責任期間에 관한 규정의 형성과정에 관한 검토결과를 종합해 보면 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서의 責任期間은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 규정하고 있는 運送人의 특수한 責任制度가 海上運送의 固有의 구간에만 적용된다는 것을 의미하는 것이라고 생각한다. 이에 대하여 責任期間은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙이 海上運送에 固有의 구간에만 적용된다고 宣言한 것이라고 주장하는 견해도 있다.<sup>189)</sup> 그러나 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제3조 제7항에서 受領船荷證券에 대하여도 규정하고 있으므로 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙이 적용되는 기간은 責任期間보다 넓다. 따라서 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 규정하고 있는 運送人의 特殊한 責任制度가 海上運送의 固有의 구간에만 적용된다고 하는 것이 더 타당하다고 생각한다.

그렇지만 運送人의 責任은 海上運送에 固有의 구간에만 적용되는 것이 아니고, 이 구간 외에 있어서는 다른 協約이나 國內法을 적용하는 것이라고 해석할 수 있을 것이다. 그러나 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 제7조의 규정에 의하면 당사자가 船積 전 및 揚陸 후 기간의 운송물관리에 관한 조항을 자유롭게 협상

---

187) International Maritime Committee, *Bulletin N° 57*, pp.350~351.

188) International Law Association, *Report of the Thirtieth Conference*, Vol. II, p.206.

189) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 337面.

할 수 있다고 해석할 수 있다. 따라서 運送人은 당연히 가능한 한 이 기간에 관한 책임을 免除하려고 할 것이다.<sup>190)</sup>

## 2. 함부르크규칙

不定期船運送에 있어서는 運送人은 통상 운송물을 船積한 때에 受領하여 揚陸한 때에 引渡한 것이 되는 반면에, 定期船運送에 있어서는 그렇게 되지 않기 때문에 船積 전 및 揚陸 후의 문제에 대한 논의가 계속 되어왔다. 즉 운송물의 船積 전 및 揚陸 후에 누가 어느 정도의 범위에서 운송물에 대한 책임을 지는가 하는 문제이다.<sup>191)</sup> 그에 따라 함부르크규칙은 海上運送에 관한 전 運送期間의 責任制度를 통일하기 위하여 責任期間을 海上固有의 區間에 한정하지 않고 延長하여 규정하였다.

먼저 함부르크규칙에서의 海上運送契約에 대한 정의를 보면, 海上運送契約이란 運送人이 運賃의 支給을 代價로 어떤 港口에서 다른 港口로 운송물을 해상으로 운송할 것을 인수하는 계약을 말하지만, 海上運送 및 다른 수단에 의한 운송을 포함하는 계약은 그것이 海上運送과 관련되는 범위 내에서만 이 協約을 위한 海上運送契約으로 본다고 규정하고 있다(동 규칙 제1조 제6항). 즉, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 달리 함부르크규칙은 海上運送契約의 범위를 한 항구에서 다른 항구까지로 규정하고 있고, 責任期間에 대하여도 다음과 같이 자세하게 규정하고 있다.

함부르크규칙 제4조는 責任期間(period of responsibility)을 제목으로 하여 규정하고 있는데, 당해 협약에서 운송물에 관한 運送人의 책임은 운송물이 船積港, 運送過程 및 揚陸港에서 運送人이 管理 하에 있는 모든 기간에 미친다(동 규칙 제4조 제1항). 즉, 운송물이 다음의 기간에서는 運送人의 관리 하에 있는 것으로 본다. ① 運送人이 i) 송하인 혹은 송하인에 갈음하여 행위를 하는 사람, 또는 ii) 船積港에서 적용되는 법령에 따라서 운송물이 引渡되어야 할 당국 혹은 기타 제3자로부터 운송물을 受領한 때로부터, ② 運送人이 i) 수하인에게 운

190) John F Wilson, *op. cit.*, p.184.

191) *The Hamburg Rules*, Fairplay Publication, 1981, p.44.

송물을 引渡함으로써, 또는 ii) 수하인이 運送人으로부터 운송물을 受領하지 아니한 경우에는 계약 또는 揚陸港에서 적용되는 법률이나 해당 거래의 관습에 따라서 운송물을 수하인의 처분으로 넘김으로써, iii) 揚陸港에 적용되는 법령에 따라서 운송물을 인수하여야 할 당국 혹은 기타 제3자에게 운송물을 넘겨줌으로써 引渡할 때까지이다(동 규칙 제4조 제2항).

따라서 함부르크규칙에서 運送人의 責任期間은 時間的인 제한과 空間的인 제한이 모두 있으며 受領한 때부터 引渡한 때까지 및 船積港에서부터 揚陸港까지이다. 만약에 항구에서 引渡하지 않고 항구외의 다른 內陸地點에서 운송물을 引渡한 경우에 항구에서 그러한 引渡지까지의 운송은 함부르크규칙을 적용하지 않는다는 것이다. 즉 함부르크규칙은 海上運送에만 적용된다는 것이다.

또한 수하인이 運送人으로부터 운송물을 受領하지 아니한 경우에 있어서, 계약 또는 揚陸港에서 적용되는 법률이나 해당 거래의 관습에 따라서 운송물을 수하인의 처분에 맡기는 것을 함부르크규칙상의 引渡로 볼 수 있다. 이것은 運送人에게 계약 또는 관습에 의하여 책임을 회피할 수 있는 예외를 넓게 인정하는 것이라고 보는 견해도 있다.<sup>192)</sup> 그리고 함부르크규칙은 “港”에 대한 정의를 명확하게 규정하고 있지 않기 때문에 불명확한 개념으로서 논란을 야기할 여지가 많다고 볼 수 있을 것이다.<sup>193)</sup>

### 3. 英國

영국에서는 헤이그-비스비규칙이 強行的으로 적용되므로,<sup>194)</sup> 船積 전 및 揚陸 후의 기간에서의 運送人의 책임은 普通法에 의한다. 普通法에서는 運送人이 운송물을 수하인에게 引渡할 책임이 있다. 그러나 運送人이 船荷證券에서 船積

---

192) William Tetley, “The Hamburg Rules-A Commentary”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*(1979), p.16.

193) 林東喆, 前掲書, 387面.

194) 영국은 1971년 해상물건운송법(1971 U.K. c. 19)으로 헤이그-비스비규칙을 채용하였고 1977년 6월 23일에 발효하였으며(U.K. Statutory Instrument, 1977 no. 981, Carriage of Goods by Sea Act 1971(Commencement) Order 1977) 동시에 1924년 해상물건운송법((1924) 14 & 15 Geo. 5, c.22)을 폐지시켰다.

전 및 揚陸 후의 기간에 대하여 면책된다는 약관을 삽입한 경우에는 普通法에서는 이러한 免責約款의 效力을 인정하고 있다.<sup>195)</sup>

다음은 영국에서의 船積 및 揚陸의 의미, 普通法에서의 운송물의 引渡의 의미 그리고 一貫運送人 경우에 있어서 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 적용 여부를 살펴보기로 한다.

船積 및 揚陸의 의미에 있어서 撒荷物이 아닌 운송물인 경우에는 태클로 하역작업을 함으로 태클이 선상에 있는지의 여부에 따라서 다르다. 통상 태클부터 태클까지의 기간을 船積부터 揚陸까지로 해석하며 船積港에서 선박상의 태클이 운송물을 갈고리로 걸 때부터 揚陸港에서 갈고리로 풀어 놓을 때까지이다. 그러나 해안에 있는 태클을 사용한 경우에는 운송물을 船積하기 위해 선박의 난간에 넘어갈 때부터 운송물을 揚陸하기 위해 다시 선박의 난간을 넘어갈 때까지이다.<sup>196)</sup> 따라서 선상에 있는 태클을 사용한 경우에는 運送人의 책임은 실제의 운송과정뿐만 아니라 船積 및 揚陸作業까지 모두 포함하고 있다. 예컨대 선상에 있는 태클로 운송물을 들어올릴 때 선박의 난간을 넘어 가기 전에 떨어져 破損된 경우<sup>197)</sup>나 거룻배로 揚荷할 때에 바다에 떨어진 경우<sup>198)</sup>에도 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 모두 적용한다.

일관운송에 있어서 중간에 換積을 기다릴 때 손해가 발생한 경우에 대하여 *Mayhew Foods v. OCL*사건<sup>199)</sup>에 의하면, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 船積하여 目的地까지의 전 海上運送에 관한 船荷證券을 발행하면 중간에 換積하더라도 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙이 전 과정에 적용되므로 중간에 換積을 위하여 운송물을 부두에 두는 동안에 발생한 손해도 헤이그규칙

---

195) *Anselme Dawavirim v. Wilsons & North-Eastern*(1931) 39 Lloyd's Rep. 289; *K.Chellaram & Sons Ltd v. Nissho Shipping Co Ltd*(1967) 2 Lloyd's Rep. 578; *The "Arawa"*(1980) 2 Lloyd's Rep. 135.

196) UNCTAD, *Report on Bills of Lading*, p.34; John F Wilson, *op. cit.*, pp.183~184.

197) *Pyrene Co v. Scindia Navigation*(1954) 1 Lloyd's Rep. 321.

198) *Falconbrige Nickel Mines v. Chimo Shipping Co*(1973) 2 Lloyd's Rep. 469.

199) (1984) 1 Lloyd's Rep. 317.

/헤이그-비스비규칙이 적용된다.

揚陸 후의 기간에 대하여 합의가 없으면 英國 普通法에 의한다. 普通法에서는 海上運送人은 運送契約에 의하여 遲滯없이 운송물을 目的地까지 운송하는 것과 인수한 때와 같은 상태로 운송물을 하주에게 返還하는 것의 두 가지 독립적인 의무를 부담하며, 이 두 가지 의무를 위반하면 運送人은 絶對적인 책임을 부담한다. 즉, 特約 또는 例外規定이 없는 한, 원인을 묻지 않고 運送人은 전자의 의무에 대한 위반으로 운임을 취득할 수 없을 뿐더러 引渡遲延의 損害(물품의 시장가격이 떨어짐에 의한 손해)도 부담하며,<sup>200)</sup> 후자의 의무에 대한 위반으로 運送物損害의 賠償責任을 부담하게 된다.<sup>201)</sup> 運送物引渡에 있어서 運送人이 운송물을 揚陸 후에는 책임이 없는 것은 아니고, 수하인에게 운송물의 受領을 위하여 合理的인 기간을 주거나,<sup>202)</sup> 운송물을 직접 수하인에게 引渡하여야 한다. 傭船運送의 경우에는 문제가 없지만,<sup>203)</sup> 定期船運送에 있어서는 선박이 제때에 출항하여야 하기 때문에 운송물을 揚陸한 후 부두에서 보관하여 수하인에게 引渡하는 것이 定期船會社의 일반적인 관행이다. 통상 항구에 관한 立法이나 慣行에 의하여 운송물을 일정한 기간동안 무료로 부두 창고에 보관할 수 있으며, “free time”라고 부르는 이 기간에 운송물의 위험과 책임은 여전히 定期船會社에 있다.<sup>204)</sup>

#### 4. 美國

미국의 1936년 海上物件運送法은 “운송물을 船積할 때부터 선상에서 揚陸할 때까지”의 國際運送에 적용된다.<sup>205)</sup> 船積 전 및 揚陸 후의 港口에 있는 기간 및 國內運送 또는 미국과 그의 屬地의 港口 사이의 物件運送에 대하여는 하

---

200) The Parana(1877) 2 P. D. 118.

201) Coggs v. Bernard(1973) 2 Ld. Raym. 909; Morse v. Slue (1961) 1 Vent. 238.

202) Gatcliffe v. Bourne(1838) 4 Bing. N.C. 314.

203) 하주가 운송물을 늦게 受領하면 滯船料가 발생할 수 있기 때문이다.

204) The "Emilian Marie"(1875) 44 L. J. Adm. 9

205) 1936년 COGSA sect. 1(e)에 의함.

터법에 의하고,<sup>206)</sup> 船積에서 하터법을 적용하기 전 및 揚陸에서 하터법을 적용한 후의 陸上에 있는 기간에는 州法을 적용한다. 船積 전 및 揚陸 후의 기간에 대한 當事者의 합의는 하터법과 모순되면 무효이다.<sup>207)</sup> 따라서 船積 전 및 揚陸 후의 運送人의 책임을 免除하는 約款은 하터법 하에 效力을 인정하지 아니한다.

여기서 船積전이란 것은 受領할 때부터 실제로 船積할 때까지를 말하며, 受領이라는 것은 運送人의 使用人이 운송물을 받아 부두 受領證에 署名할 때를 말한다.<sup>208)</sup> 즉 運送人의 부두에 운송물이 到着하였다는 通知를 받지 못하여 부두 受領證에 署名하지 않는 사이에 운송물의 손해에 대하여 海上運送人은 운송물에 대한 보관이 없기 때문에 책임이 없다.<sup>209)</sup> 揚陸 후란 운송물이 선박의 태클에 떠날 때부터<sup>210)</sup> 적절하게 引渡할 때까지를 말한다. 여기서 적절한 引渡는 “實際的인” 또는 “推定的인 引渡”를 말한다.<sup>211)</sup> 實際的인 引渡는 운송물에 대한 占有 및 支配를 선상에서부터 수하인 또는 그의 대리인으로 완전히 이전하는 것이다. 그리고 推定的인 引渡는 정당한 부두에로의 揚陸, 수하인에 대한 선박도착의 정당한 통지 그리고 代理人을 통한 혹은 스스로 운송물을 所有할 수 있는 수하인의 合理的인 기회를 필요로 하며, 물론 이 전부는 地方의 港口法, 慣習 또는 規則에 따른다.<sup>212)</sup>

---

206) 하터법 sect. 1 및 1936년 COGSA sect. 12에 의함.

207) Uncle Ben's Int'l Div. of Uncle Ben's, Inc. v. Hapag-Lloyd Aktiengesellschaft(1989) A.M.C. 748; Sabah Shipyard v. M/V Harbel Tapper(2000) AMC 163.

208) Baker Oil Tools, Inc. v. Delta S.S. Lines(1977) F.2d 938.

209) General Motors Corp. v. Pennsylvania Railroad Co.(1973)357 F. Supp. 646.

210) Isthmian Steamship Co. v. California Spray-Chemical Corp.(1961) 290 F.2d 486; U.S. v. Ultramar Shipping Co., Inc(1987) 1988 A.M.C. 527.

211) Orient Overseas Line v. Globemaster(1976) 365 A. 2d 325; B.Elliott Ltd. v. John T. Clark & Son(1983) 704 F.2d 1305; Wemhoener Pressen v. Ceres Marine Terminals, Inc.(1993) 5 F.3d 734; Jagenberg, Inc. v. Georgia Ports Authority(1995) 882 F. Supp. 1065; Colgate Palmolive Co. v. M/V Atlantic Conveyor(1996) 1997 A.M.C. 1478; M.C. Watkins v. M/V London Senator(2000) 112 F. Supp.2d 511.

따라서 하터법은 수하인이 운송물을 실제로 가져갈 때까지 적용되는 것이 아니라 운송물을 적당하고 적절한 부두까지 揚陸하였다는 通知를 하면 하터법의 適用이 中止된다.<sup>213)</sup> 앞에 언급한 바와 같이 이 기간에서 船積 전 및 揚陸 후의 運送人의 책임을 免除하는 約款은 하터법에서는 效力을 인정하지 않는다. 예컨대 船荷證券에 1936년 COGSA를 運送契約에 삽입하더라도 하터법에서 提訴期間을 규정하지 않기 때문에 運送人이 1년의 提訴期間에 관한 抗辯을 援用할 수 없게 된다.<sup>214)</sup>

적절한 引渡임에도 불구하고, 수하인이 운송물을 受領하지 않고 運送人이 여전히 운송물을 保管하고 있는 기간 중인 경우에는, 運送人은 운송물에 대한 運送人의 占有로 인하여 受託人으로서 운송물의 保管에 대한 過失에 대해 책임을 진다. 이 기간에 대한 運送人의 責任은 當事者의 合意가 없는 경우에는 州法이 적용된다. 그러나 만일 당사자가 運送人의 운송물 보관 하에 있는 전 기간에 대하여 1936년 COGSA가 적용된다고 合意하면, 1936년 COGSA와 州法 중 어느 법이 우선하는지 문제가 된다. Colgate Palmolive v. Dart Canada사건<sup>215)</sup>에서는 COGSA의 적용이 태클부터 태클까지의 기간 외에 적용한 경우에는 단지 계약적인 조항으로 적용되기 때문에, COGSA에 의한 계약적인 責任制限과 충돌한 경우에는 州法이 우세하다고 판시하였다. 그러나 다른 일부의 巡廻裁判과 下級法院들은 1936년 COGSA가 州法보다 우선한다는 견해로 복귀하고 있다.<sup>216)</sup>

---

212) Black Sea & Baltic General Ins. Co. v. S.S. Hellenic Destiny(1983) 575 F. Supp. 685.

213) Morse Electro Products Corp. v. S.S. Great Peace(1977) 437 F.Supp. 474.

214) Allstate Ins. Co. v. International Shipping Corp.(1983) 703 F.2d 497; Home Ins. v. Puerto Rico Maritime Shipping Authority(1981) 524 F. Supp. 541.

215) (1983) 724 F.2d 313.

216) Gebr. Bellmer KG. v. Terminal Servs. Houston, Inc.(1983) 711 F. 2d 622; Assicurazioni Generali v. D'Amico(1985) 766 F.2d 485; Barretto Peat, Inc. v. Luis A.Ayala Colon Successors Inc.(1990) 896 F.2d 656; St. Paul Fire and Marine Ins. Co. v. A.P. Moller Inc.(1996) 1996 AMC 2012; Jagenberg Inc. v. Georgia Ports Authority(1995) 882 F. Supp. 1065; Wemhoener(1993)

## 5. 프랑스

프랑스는 1936년 4월 9일 제정한 國際運送法<sup>217)</sup>에서 헤이그규칙을 채택하였다. 그리고 1936년 4월 2일 국내운송을 위한 법을 채택하였으나, 이 후에 1936년 4월 2일의 법은 1966년 6월 18일의 법<sup>218)</sup>으로 대체되었다. 1966년 6월 18일의 법은 원칙적으로 용선운송에 적용되는데 동시에 船荷證券 및 이와 유사한 權原證券 하에 國內海上物件運送에도 적용된다. 1966년 6월 18일의 법 및 수정된 후의 법은 태클부터 태클까지의 기간뿐만 아니라 運送人이 운송물을 受領할 때부터 船積할 때까지 및 揚陸할 때부터 引渡할 때까지의 기간에도 적용된다(1966년 6월 18일의 법 제27조).

1966년 6월 18일의 법은 國際運送에 있어서 1936년 國際運送法이 적용되지 않는 사건에 대하여 적용한다. 따라서 프랑스는 船積 전 또는 揚陸 후의 기간에 대하여 모두 1966년 6월 18일의 법을 적용한다.<sup>219)</sup> 이 점은 하터법과 매우 유사하다. 하터법과 1966년 6월 18일의 법은 모두 運送人이 운송물을 자기의 관리 하에 둘 때부터 적절하게 引渡할 때까지의 기간에 적용된다.

1966년 6월 18일의 법에 의하면 受領한 때부터 揚陸한 때까지 運送人이 책임을 부담하며, 이 책임에 대해서는 免責約款이 禁止된다(동법 제15조).

그러나 海上運送人은 다른 방법을 사용해서 免責과 같은 결과를 얻을 수 있게 시도하는데, 바로 “운송물의 受領은 船積의 개시로 이루어지고 운송물의 引渡는 부두에 운송물을 揚陸한 때에 이루어진다는 내용의 약관이다. 이러한 約款의 효력에 대하여 일찍부터 견해가 대립되고 있다. 즉, 운송물의 受領과 引渡

---

5 F.3d 734; Pasztory v. Croatia Lines(1996) 918 F. Supp. 961.

217) 이 법은 1977년 7월 8일에 1968년 헤이그-비스비규칙 또한 1987년 7월 3일에 1979년 헤이그-비스비규칙의 特別引出權에 관한 의정서에 따라 각각 수정되었다.

218) 1966년 6월 18일의 법은 1979년 12월 21일에 헤이그-비스비규칙 또한 1986년 12월 23일에 1979년 의정서를 따르기 위하여 수정되었다.

219) 그 외에 선하증권 및 이와 유사한 증권을 발행하지 않거나 발행한 의도가 없는 운송, 산 動物 운송, 계약에서 표시된 갑판적운송, "유통불가"라는 문구가 표시된 영수증을 발행한 운송에 1966년 6월 18일 법이 적용된다.



는 契約法的 觀念이며 當事者의 의사에 따라서 결정될 수 있기 때문에 유효하다고 주장하는 견해<sup>220)</sup>와 受領 및 引渡의 개념에 있어서 事實의 要素, 즉, 운송물의 占有의 移轉이라는 要素를 고려해야 하기 때문에 이러한 약관은 無效라고 주장하는 견해가 있다.<sup>221)222)</sup>

## 6. 日本

일본은 1955년 헤이그규칙을 비준하여 1957년 國際運送에 적용하는 특별법으로 國際海上物品運送法을 제정하였으며,<sup>223)</sup> 헤이그규칙에서 船積할 때부터 揚陸할 때까지의 기간에 적용함에도 불구하고 일본 國際海上物品運送法에서는 이와 같은 제한이 없다. 일본 國際海上物品運送法 제3조에 의하면 運送人은 자신 또는 그가 사용하는 자가 운송물의 受領, 船積, 積付, 運送, 保管, 揚陸 및 引渡에 대하여 주의를 懈怠함으로써 발생한 운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延에 대하여 손해배상의 책임을 부담한다. 즉 國際海上物品運送法은 운송물을 受領할 때부터 引渡할 때까지 적용된다. 이것은 함부르크규칙과도 상이하다. 즉 함부르크규칙은 항구에서 항구까지의 지리적 제한 규정을 둠에 반하여 國際海上物品運送法은 이러한 지리적인 제한을 두지 않았다. 운송물을 受領할 때부터 引渡할 때까지의 전 구간에 대하여 國際海上物品運送法을 적용하는 이유는 일본 학자의 견해에 의하면 다음과 같다. 운송이란 것은 運送人이 송하인

---

220) 다만 이 경우에 1966년 6월 18일법에 관한 1966년 12월 31일의 명령 제38조 제1항은 “모든 반대의 조항임에도 불구하고 運送人은 운송물의 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管 및 揚陸를 적절하고 주의깊게 행해야 한다.”라고 규정되어 있기 때문에 특약에 의한 운송물의 受領의 시기를 船積 이후의 시점까지 연장할 수 없다고 한다. 그리고 運送人이 약관에 의한 “受領”전에 즉, 실제 船積전에 운송물을 受領하여 혹은 약관에 의한 “引渡”후에 여전히 운송물을 보관하고 있을 때는 그것은 運送契約에 의한 것이 아니고 위탁계약(bailment)에 의한 것이라고 본다. 이 위탁계약(bailment)에 의할 때는 運送契約에 의한 경우와 달리 免責約款의 효력이 당연히 인정된다고 한다.

221) 이 설에 의하면 선하증권에서 약정된 운송물의 受領과 引渡는 그 시기에 실제로 행한 것으로의 추정임에 불과하다고 한다.

222) 中村眞澄, 「海上物品運送人責任論」(東京: 成文堂, 1974), 169~174面.

223) 1992년 헤이그-비스비규칙에 의하여 개정되었다.

에서 운송물을 受領한 때부터 수하인에게 引渡할 때까지 계속되는 한 단위의 업무이고, 이것을 일체로서 법률상 취급하는 것이 事物自然의 성질에 부합하므로 이 기간의 법률관계는 가능한 한 단일의 법률에 따라 취급하는 것이 타당하다고 한다.<sup>224)</sup> 이렇게 규정하는 것이 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 船積 전 및 揚陸 후의 각각 별개의 법의 적용함으로써 발생하는 法律關係의 복잡화를 피할 수 있다.

그러나 일본 國際海上物品運送法은 운송물을 受領한 때부터 引渡한 때까지 적용되지만, 免責約款의 금지규정은 운송물의 船積 전 및 揚陸 후의 사실에 의하여 발생한 손해에 대하여는 적용하지 아니한다(동법 제15조 제3항). 이것은 헤이그규칙의 취지에 의한 것이라고 한다.<sup>225)</sup> 만약 受領한 때부터 引渡한 때까지의 기간에 모두 免責約款의 禁止가 적용되면 헤이그규칙의 요구를 초과하여 國際競爭에 있어서 일본의 運送人에 不利益을 초래할 수 있기 때문이다.<sup>226)</sup>

立證責任에 있어서는 免責約款을 인용하기 위하여 運送人이 운송물의 손해가 船積 전 또는 揚陸 후의 사실에 의하여 발생한 것을 立證해야 한다. 이러한 立證責任이 특약에 의해서 전환될 수 있는지의 여부가 문제되는데, 운송물의 손해가 船積한 때부터 揚陸한 때까지 발생한 것에 대한 立證을 수하인 또는 船荷證券所持人으로 하여금 부담한다는 特約은 실질적으로 國際海上物品運送法 제4조 제1항<sup>227)</sup>에 위반하는 특약으로서 無效이라고 해석한다.<sup>228)</sup>

그리고 본조의 해석에 있어서 免責約款의 삽입자유가 인정된 이유는 船積 전 및 揚陸 후의 사실에 의하여 발생한 운송물의 손해에 대한 책임이기 때문인데, 만약 손해가 船積 후에 발생했지만 손해를 야기하는 원인이 船積 전에 있는 경우에는 免責約款이 적용될 수 있으나, 손해가 揚陸 후에 발생했지만 손해를

224) 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 48~49面; 小町谷操三, 「統一船荷證券法論」(東京: 勁草書房, 1958), 46面.

225) 石井照久, 前掲論文, 15面.

226) 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 49~50面.

227) 運送人은 運送物에 관한 注意義務를 다 하였다는 것을 증명하지 못하면 동조의 책임을 면제하는 것이 불가능하다.

228) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 334面.

야기하는 원인이 揚陸 전에 있는 경우에는 免責約款을 援用할 수 없다.<sup>229)</sup>

船積 및 揚陸의 시점은 다음과 같이 해석되고 있다. 추상적인 해석에 있어서는 선장이 운송물의 관리를 시작한 때 및 관리를 종료한 때의 시점을 기준으로 船積 및 揚陸의 시점을 결정해야 한다고 한다.<sup>230)</sup> 구체적인 해석에 있어서는 두 가지 견해가 대립되고 있다. 선박의 기중기를 사용한 경우에는 船積은 당해 운송물을 올리는 순간이고 揚陸은 起重機의 태클이 운송물을 陸上에서 내려놓은 瞬間이며, 육상의 기중기를 사용한 경우에는 船積은 태클이 선창에서 내려놓은 瞬間이고 揚陸은 운송물을 올리는 瞬間이라는 주장이 있고,<sup>231)</sup> 船積 및 揚陸의 의미는 船積港 또는 揚陸港의 관행을 고려하여 결정되더라도 적어도 본선의 기중기이든 陸上의 起重機이든 묻지 않고 운송물을 올리는 瞬間을 船積의 時點으로 하고 운송물이 陸地에 도착할 때를 揚陸의 시점으로 해야 된다는 주장도 있다.<sup>232)</sup>

## 7. UNCITRAL/CMI 運送法草案

UNCITRAL/CMI 運送法草案에서는 해상운송 이외의 다른 종류의 운송이 개입된 경우에 전체에 초안이 적용될 수 있음으로써 “door to door” 운송이 실현될 수 있도록 하고 있다. 따라서 이 초안에서 運送契約이란 運送人이 운임의 지급을 대가로 전부 또는 일부를 해상운송에 의하여 어떤 장소에서 다른 장소로 운송물을 운송할 것을 인수하는 계약을 말한다(동 초안 제1조(a)). 이것은 함부르크규칙과 같은 항구부터 항구까지라는 地理的인 제한을 두지 않았다. 이것은 海上運送 前後에 陸上運送 등 다른 종류의 운송이 따르는 경우에 그러한 다른 종류의 운송이 해상운송과 동일한 계약에 포함되는 때에는 이 운송 전체를 이 초안에 적용되는 “運送契約”으로 보는 것을 의미하는 것이다. 따라서 이 초안과 內陸運送에 적용되는 다른 協約 또는 國內法과의 관계에 대한 규정도

---

229) 上掲書, 338面.

230) 小町谷操三, 前掲書, 51面.

231) 上掲書, 51面.

232) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 339面.

또한 당연히 두게 되었는데, 責任期間에 대하여 제3장에서 따로 규정하고 있고, 責任期間의 구체적인 규정(동 초안 제7조)과 “海上運送 前後의 운송”에 적용되는 다른 國際協約과의 관계에 관한 규정(동 초안 제8조)도 있다. 구체적인 내용은 다음과 같다.

責任期間의 원칙적인 규정에 있어서는 운송물에 대한 運送人의 책임은 運送人 또는 履行當事者가 운송을 위해 운송물을 受領한 때로부터 운송물이 수하인에게 引渡한 때까지의 기간에 미친다(동 초안 제7조 제1항).

운송물의 受領의 의미에 관해서 운송물의 受領의 時期와 場所는 運送契約에서 합의된 時期와 場所이지만, 運送契約에 운송물의 受領에 관한 특별한 규정을 두지 않은 경우에는 거래의 慣習·慣行 또는 慣例에 합치하는 時期와 場所이다. 그러한 특별한 조항이 없거나 또는 그러한 慣習·慣行 또는 慣例가 없는 경우, 運送物受領의 시기와 장소는 運送人측이 실제로 그 운송물의 관리를 하는 時期와 場所이다(동 초안 제7조 제2항).

운송물 引渡의 시기와 장소는 運送契約에서 합의된 때와 場所이지만, 運送契約에 운송물의 引渡에 관한 특별한 규정을 두지 않은 경우에는 거래의 慣習·慣行 또는 慣例와 일치하는 시기와 장소이다. 그러한 특별한 조항이 없거나 또는 그러한 慣習·慣行 또는 慣例가 없는 경우, 運送契約에 따라 운송물을 운송한 마지막 선박 또는 차량으로부터 운송물이 揚陸된 시기와 장소이다(동 초안 제7조 제3항).

運送人이 수하인에게 직접 引渡하지 않은 경우에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 運送人이 引渡地에서 운송물을 인도지에서 적용되는 법률 또는 규칙에 따라 交付해야 할 당국 기타 제3자에게 交付하고, 수하인이 그들로부터 그 운송물을 회수할 수 있는 경우에는 그러한 交付를 제3항에 의한 運送人의 수하인에 대한 운송물의 引渡로 본다(동 초안 제7조 제4항).

海上運送 前後의 운송에 있어서 다른 强行法的 協約 또는 國內法과의 관계에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. ① 運送人 또는 履行當事者가 운송물을 受領한 때로부터 선박에 운송물을 적재할 때까지 ② 선박에서 揚陸한 때로부터

이를 수하인에게 引渡할 때까지 발생한 운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延으로 인한 청구 또는 분쟁이 생긴 경우에, 또한 그러한 滅失, 毀損 또는 引渡遲延이 발생한 때에 國際協約(또는 國內法)의 규정이 i) 그 규정의 조건에 따라서 그 기간동안 運送契約상 運送人의 행위의 전부 또는 일부에 적용되고(그러한 국제협약이 적용되기 위하여 어떤 특정한 서류의 발행이 필요한지의 여부의 관계없이<sup>233)</sup>, ii) 運送人의 責任, 責任制限, 提訴期間에 관하여 특정한 규정을 두고 있으며, iii) 私的 契約에 의하여 조금도 벗어날 수 없거나 또는 송하인의 불이익으로 벗어날 수 없는 경우에는 그러한 규정이 위iii)에서 명시된 바와 같이 強行法的인 한도 내에서 이 초안의 條項에 우선한다(동 초안 제8조 제1항).<sup>234)</sup> 그리고 제8조는 제18조 제2항<sup>235)</sup>의 적용에 영향을 미치지 아니한다(동 초안 제8조 제2항). 마지막으로 제8조는 運送契約에 적용될 수 있는 다른 國內法에도 불구하고 적용한다고 한다(동 초안 제8조 제3항).<sup>236)</sup>

## 8. 綜合的 分析

233) 괄호안의 내용은 1980년 국제철도운송협약(COTIF협약)에서는 이 협약의 적용이 철도물건운송장(railway bill)의 발행과 결합되었기 때문에 그러한 사정을 반영한 것이다(UN document A/CN.9/WG.III/WP.21, p. 20).

234) 이에 의하여 손해가 해상운송과 육상운송의 양구간에 걸쳐서 발생하거나 또는 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延 등의 사고가 어디서 발생하였는지를 입증할 수 없는 경우에는 운송물의 受領에서 引渡까지의 운송에 대하여 이 초안의 규정이 우선적으로 적용된다. 그리고 유의해야 할 점은 육상운송부분에 다른 협약이 직접 적용되는 것은 運送人의 責任, 責任制限 또는 提訴期間에 관한 조항이며 다른 조항에는 영향이 없다는 점이다(林東喆, “해상물건운송에서 “Door to Door” 운송에 관하여-UNCITRAL/CMI 운송법초안과 관련하여”, 「한국해법학회지」 제25권 제2호(2003. 11), 25面).

235) UNCITRAL/CMI 運送法草案 제18조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다. 運送人이 운송물의 滅失 또는 毀損이 해상운송 또는 해상운송의 전후의 운송에 어느 운송에 발생했는지를 확증할 수 없는 경우에 운송의 다른 부분에 적용하는 強行법적인 국제협약 또는 국내법에서 규정하는 최고의 책임한도액이 적용된다.

236) 즉 이 초안에 따르는 국가의 법정에서는 그 나라가 채택한 強行적 규정이 運送契約에 당사자의 명시적인 선택이나 국제사법의 다른 원칙에 따라 적용해야 될 법률을 배제한다는 뜻이다(UN document A/CN.9/WG.III/WP.21, p.23).

위의 각 협약, 초안 또는 입법례에서 責任期間에 대한 규정에서 존재하고 있는 문제를 정리하면 다음과 같다.

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 같이 규정하고 있는 船積부터 揚陸까지의 責任期間에 있어서 ① 船積 및 揚陸의 의미가 불명확할 뿐만 아니라, ② 船積 전 및 揚陸 후의 법적 관계에 대하여 원래의 취지는 이 구간에 다른 협약이나 국내법의 적용에 맡기는 것인데, 그렇게 되면 결과적으로 하나의 운송에 통일적인 법률을 적용하지 아니하고 法律關係를 복잡하게 만들게 된다. 이것은 영국, 미국, 프랑스 등의 법에서도 마찬가지다. ③ 그리고 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 제7조의 규정에 의하면 運送人의 船積 전 및 揚陸 후의 기간에 대한 책임을 면제하는 것을 인정함으로써 이것은 하주에게 크게 불이익이 될 수 있다. 일본에서는 船積 전 및 揚陸 후에 관한 복잡한 法律關係가 없지만 ①, ③과 같은 문제는 또한 역시 존재하고 있다.

함부르크규칙에서는 責任期間에 대하여 두 가지 제한을 두었는데, 즉 船積港에서 揚陸港까지와 受領부터 引渡까지로 한정하였다. 그러나 ① 항구의 의미가 분명하지 않은 개념이고, ② 受領과 引渡의 의미에 대하여 규정하고 있지만 引渡에 관련하여 수하인이 運送人으로부터 운송물을 受領하지 아니한 경우에 계약에 따라서 운송물을 수하인의 처분으로 남겨두는 것을 引渡로 간주하는 것은 계약에 의하여 運送人의 책임을 회피할 수 있는 우려를 낳을 수 있다.

UNCITRAL/CMI 運送法草案에서 존재하고 있는 문제는 責任期間이 場所를 불문하여 운송물을 受領한 때로부터 운송물을 引渡한 때까지이지만, 이러한 受領과 引渡가 契約的인 事項이라고 강조함으로써 運送人이 受領과 引渡를 실제의 受領과 引渡보다 단축하도록 정의하여 그에 관한 約款을 선하증권에 삽입함으로써 책임을 회피할 수 있다는 것이다. UNCITRAL/CMI 運送法草案에서 다른 強行法的 國際協約과 國內法の 관계에 있어서 “海上運送 前”은 運送人 또는 履行當事者가 운송물을 受領한 때로부터 선박에 운송물을 積載할 때까지로 규정하고 “海上運送 後”는 선박에서 揚陸한 때로부터 이를 수하인에게 引渡할 때까지로 규정하지만, 여기서도 船積과 揚陸의 의미에 대하여 언급하고 있지 않기

때문에 혼란을 야기할 여지가 있다.

### III. 中國海商法과 國際協約의 比較

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 責任期間에 관한 문제는 中國海商法上 비컨테이너운송물에 관한 責任期間에서도 찾을 수 있다. 영국, 미국, 프랑스에서는 船積 전 및 揚陸 후의 기간에 대하여 적용될 법률이 정해져 있지만, 중국에서는 비컨테이너운송물인 경우에는 당사자의 합의가 없을 때, 船積 전 및 揚陸 후의 기간에 대하여 중국에서는 강제적인 규정이 없으며, 어느 법률, 즉 陸上運送, 任置 혹은 都給에 관한 陸上法規 중에 어느 법을 적용해야 될 것인지가 문제된다.

그리고 中國海商法上 컨테이너운송물에 관한 責任期間은 함부르크규칙에서 責任期間에 관한 규정과 비교하면 다음과 같은 차이가 있다.

① 함부르크규칙에서 운송물에 관한 運送人의 責任期間은 운송물이 船積港, 運送過程 및 揚陸港에서 運送人의 관리 하에 있는 모든 기간을 말하는데, 運送人의 관리 하에 있는 기간은 運送人이 규칙에 의하여 운송물 受領한 때로부터 규칙에 의하여 운송물을 引渡할 때이므로 양기간이 중첩되는 부분의 責任期間이 함부르크규칙을 적용하는 기간으로 된다는 것을 분명하게 규정하고 있다.

이에 반하여 中國海商法上 컨테이너운송물의 責任期間은 船積港에서 운송물을 受領한 때부터 揚陸港에서 운송물을 引渡한 때까지 운송물이 運送人의 관리 하에 있는 전 기간을 말하며,<sup>237)</sup> 이것은 港內區域에서 운송물을 受領하고 引渡한 경우에는 문제가 없지만, 항구외의 어느 陸地의 장소에서 운송물을 受領하거나 引渡한 때에는 責任期間이 명확하지 않다. 예를 들면, 運送人이 港의 區域

---

237) 中國海商法 컨테이너운송물의 責任期間에 관한 규정의 영문번역은 다음과 같다.

The responsibilities of the carrier with regard to the goods carried in containers covers the entire period during which the carrier is in charge of the goods, starting from the time the carrier has taken over the goods at the port of loading, until the goods have been delivered at the port of discharge.

외 즉 內陸의 地點에서 운송물을 受領하거나 혹은 引渡하는 경우에는 함부르크 규칙에 의하면 陸上運送手段에 의하여 그 운송물이 港의 區域 안에 들어온 시점부터 혹은 港의 區域을 나가는 시점까지에 한하여 규칙을 적용하게 되는데,<sup>238)</sup> 中國海商法에서는 한 가지 경우에 관해서만 규정하기 때문에 이러한 경우에 海商法을 적용하는 기간을 함부르크규칙과 같이 港의 區域 안에 들어온 시점부터 혹은 항의 구역을 나가는 시점까지로 해석할 수도 있고, 船積港의 구역에서 운송물을 內陸運送手段에서 내릴 때부터 揚陸港의 구역에서 운송물을 內陸運送手段으로 실을 때까지로 해석할 수도 있다. 즉 海上運送 내에 속하는 複合運送의 경우에 문제의 여지가 있다.

② 운송물의 종류에 있어서 함부르크규칙에서는 모든 운송물에 적용하나 中國海商法은 컨테이너운송물에 한한다. 受領과 引渡의 의미에 대하여 함부르크 규칙에서는 규정하고 있으나 中國海商法에서는 언급이 없다.

③ 함부르크규칙에서는 運送人이 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延을 야기하는 사고가 責任期間에서 발생하면 이러한 손해에 대하여 運送人이 責任을 부담한다고 규정하고 있으나(동 규칙 제5조), 中國海商法은 責任期間에 발생한 손해에 대하여 運送人이 賠償責任을 부담한다고 한다. 더 자세하게 설명하면 운송물의 손해를 야기하는 원인이 운송물이 運送人의 管理 하에 있는 동안에 있으나 손해의 결과는 船積港에서 수하인에게 引渡한 후 발생한 경우에, 함부르크규칙에 의하면 運送人이 책임을 부담하여야 하는데, 中國海商法에 의하면 運送人이 이 손해에 대하여 賠償責任이 없다는 결과로 해석될 수 있을 것이다.

따라서 위의 海上運送人의 責任期間에 관한 中國海商法과 國際協約의 비교에 의하여 中國海商法上 海上運送人의 責任期間은 다음과 같은 흠결이 있다. 첫째는 船積前 및 揚陸후의 기간의 運送人責任에 적용될 법률이 불명확하다는 점, 둘째는 海上運送이 개입된 複合運送의 경우에 海上運送에 관한 규정을 적용될 구간이 애매하다는 점, 셋째는 운송물의 손해를 야기하는 사고가 발생하

---

238) 櫻井玲二, “ハンブルク・ルールの成立(その1)”, 「海運」 601號 (1978.7), 56~57面.



는 시점과 運送物損害가 발생하는 시점이 서로 불일치의 경우에도 運送物損害가 責任期間에 발생하는 것을 기준으로 運送人이 책임을 진다는 것이 부당하다는 점이 있다.

#### IV. 中國海商法上 責任期間에 대한 立法論

다음은 앞서 中國海商法上 海上運送人의 責任期間의 정의에서 살펴본 責任期間의 문제점과 中國海商法과 國際協約의 비교에서 살펴본 責任期間의 미비점에 대하여 立法論적으로 해결하고자 한다. 責任期間을 규정할 때에 고려해야 하는 것은 物件運送契約의 概念, 그리고 다른 運送手段이 개입된 경우에 海商法の 적용과 다른 運送手段에 적용되는 법규와의 충돌 등이다.

##### 1. 船積前 및 揚陸後의 期間의 法律適用問題에 대한 解決

物件運送契約은 송하인이 교부한 운송물을 運送人이 約定한 場所까지 운송하여 송하인이 運賃을 支給하는 계약<sup>239)</sup>이며 運送手段의 종류를 불문하여 運送人이 受領한 운송물을 안전하게 引渡한 때에 그 목적을 달성하는 것이기 때문에 운송행위는 운송물을 受領할 때부터 引渡할 때까지 일체로서 그 사이에 발생한 法律關係도 본래 하나의 법률에 의하여 규율하는 것이 理想的이다.

따라서 운송물을 컨테이너운송물과 비컨테이너운송물로 나누지 않고 동일한 責任期間을 규정하는 것이 바람직하다. 그러나 海上運送만 있는 경우에는 運送人이 운송물을 受領할 때부터 引渡할 때까지 동일한 법률을 적용하는 것이 가능하지만 다른 運送手段도 개입된 경우, 즉 複合運送의 경우는 문제가 복잡해진다.

##### 2. 複合運送 하에 海上運送에 관한 法律의 適用區間の 確定

中國海商法上 複合運送에 관한 규정에 의하면, 해상운송이 개입된 複合運送의 경우에 운송물의 滅失·毀損이 複合運送의 어느 구간에서 발생하였는지를 알 수 있는 경우에는 複合運送人의 賠償責任과 責任制限이 당해 구간의 運送手段

---

239) 崔建遠, 「合同法」(北京: 法律出版社, 2001), 450面.

에 적용되는 법률규정을 적용하며(동법 제105조), 알 수 없는 경우에는 中國海商法 제4장(海上物件運送契約)에서 규정하고 있는 海上運送人の 賠償責任 및 責任制限을 적용한다(동법 제106조).<sup>240)</sup> 따라서 해상운송이 개입된 複合運送에 있어서는 損害發生區間을 알 수 있는 경우에는 당해 구간에 적용될 법률에 따라 적용하므로 각 법률의 責任原則과 責任制度가 모두 다르기 때문에 각 운송수단의 책임구간을 확정하는 것이 특히 중요하다. 그러나 함부르크규칙에서도 규정하고 있는 港의 區域의 개념이 앞에 언급한 바와 같이 명확하지 않다는 문제점 뿐만 아니라 다음과 같은 문제점도 있다.

만약에 함부르크규칙에서 규정하는 責任期間을 적용하면, 운송물을 항구에서 陸上運送手段으로 內陸에 있는 컨테이너 야드 또는 창고까지 운송한 경우에 있어서, 운송물이 船積港의 區域으로 들어가는 時點으로부터 揚陸港의 區域에서 나가는 時點까지를 責任期間의 시작 또는 종료로 해석할 수 있는데, 하나의 陸上運送手段으로 운송하는 과정에서 어느 分界線으로 인하여 責任原則이나 責任限度額이 달라지는 것은 불합리하다. 그리고 본 논문 제3장 제2절 實際運送人の 정의에서 實際運送人은 契約運送人の 責任期間 내에 契約運送人の 업무를 실제로 履行하는 자로 보아야 한다고 주장한 바가 있다. 이러한 제의에 따라 위와 같은 경우에 있어서는 契約運送人이 陸上運送을 하도급자에게 委託할 때에 함부르크규칙과 같이 港의 區域에 있을 때에는 이 下都給者가 實際運送人에 해당되고, 港의 區域 외에 있는 경우에는 實際運送人에 해당되지 않게 되는 것도 이해하기 어렵다. 따라서 단일한 海上運送의 경우에 責任期間은 운송물을 受領할 때부터 引渡할 때까지이고, 複合運送의 경우에 해상운송의 責任期間은 船積港에서 선적하기 위하여 운송물이 陸上運送手段에서 揚荷될 때부터 揚陸

---

240) 해상운송을 포함하지 않은 複合運送은 중국계약법에 의하며 운송물의 滅失·毀損이 발생한 구간을 아는 경우에 당해 구간의 운송수단에 적용하는 법률규정을 적용하며 알지 못한 경우에는 중국계약법의 運送契約에 관한 규정을 적용한다(중국계약법 제321조). 중국계약법에 의하면 당사자 사이에 배상액에 대한 약정이 있으면 그 약정에 따른다고 하지만(동법 제312조) 약정이 없는 경우에는 계약법을 적용하는데 계약법에서 責任制限에 관한 규정이 없기 때문에 손해의 전액을 배상하게 된다.

港에서 선박으로부터 揚陸된 운송물이 陸上運送手段에 적재될 때까지인 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 그러나 주의할 것은 岸壁과 港口에 있는 창고나 컨테이너 야드의 사이에 운송물의 船積과 揚陸의 보조적인 단계로 볼 수 있는 운반을 하는 도구는 단지 荷役裝備이고 陸上運送手段에 포함되지 아니한다고 해석해야 할 것이다.

### 3. 責任期間에 관한 運送人の 損害賠償責任의 確定

中國海商法에서 運送物損害가 免責事由에 의하여 발생한 것이 아니고 출항 전 및 출항 당시의 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務를 위반으로 인하여 발생한 경우에 運送人이 그 손해에 대하여 賠償責任을 부담한다. 바꾸어 말하면 運送人은 이러한 違反事實로 야기된 손해에 대하여 賠償責任을 부담하는 것이다. 그러나 현행 中國海商法 중에 責任期間에 발생한 운송물의 滅失·毀損에 대하여 이 절에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고 運送人이 賠償責任을 부담하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제46조 제1항). 따라서 운송물의 滅失·毀損을 야기하는 原因이 責任期間 외에 존재하는 경우에는 運送人이 中國海商法 제51조 제12호에 의하여 운송물의 滅失·毀損은 海上運送人이 본인 또는 그의 使用人の 過失로 야기된 것이 아니라고 抗辯하면 책임을 면할 수 있다. 그리고 海上運送人の 義務違反의 사실이 責任期間에 존재하였으나, 운송물의 滅失·毀損이 運送人の 責任期間이 경과한 후 발생한다면 中國海商法の 責任期間에 관한 규정에 의하여 運送人은 책임을 부담하지 않는다. 결국 海上運送人の 責任은 責任期間에 있어서 義務違反의 사실로 인하여 운송물의 滅失·毀損이 責任期間 내에 발생한 경우에만 책임을 지게 된다는 불합리적인 결과가 발생하게 된다. 뿐만 아니라 中國海商法은 운송물의 손해에 있어서 滅失·毀損 외에 운송 지연도 명확하게 규정하고 있는데(동법 제50조), 責任期間의 규정에서 引渡遲延을 규정하고 있지 않는 것은 法條文의 흠결이라고 밖에 볼 수 없다. 따라서 이 점에서는 中國海商法の 責任期間의 규정은 함부르크규칙의 責任期間에 관한 규정의 표현으로 개정하는 것이 타당하다고 생각된다. 즉, 運送人이 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延을 야기하는 사고가 責任期間에서 발생하면 이러한

손해에 대하여 運送人이 책임을 부담한다고 규정하는 것이다.

#### 4. 責任期間에 관한 合意의 效力

受領과 引渡의 개념은 주로 運送人이 실제로 운송물을 管理하는 기간이며, 계약적으로 受領과 引渡의 시기를 約定할 수 있으나 이것은 단지 그 시기에 실제로 행한 것으로의 추정에 불과하고 실제로 점유의 이전이 기준이 되어야 한다고 생각된다. 예를 들면 運送人이 고용한 荷役業者가 운송물의 受領을 선창으로 적입할 때에 受領으로 한다는 約款은 무효로 하여야 한다. 즉 立法的으로 責任期間을 단축하는 합의는 무효로 하는 것이 확립될 필요가 있는 것이다.

#### 5. 實際運送人の 責任期間

實際運送人の 責任期間은 運送人の 責任期間과 같으면 자기가 실제로 履行하지 않은 기간에 대하여도 책임을 부담하게 되기 때문에 實際運送人에 대하여 공평하지 않다. 實際運送人の 責任期間은 자기가 履行한 구간에 대해서만 책임을 부담하는 것이 타당하다.

앞서 고찰한 내용을 토대로 하여 中國海商法上 運送人の 責任期間에 대해서는 다음과 개정하는 것이 바람직하다고 생각된다.

「**第四十六條** 運送人の 責任期間은 運送人이 운송물을 受領한 때부터 引渡한 때까지 운송물을 실제로 점유하고 있는 期間을 말한다.

當事者 사이에 受領과 引渡의 時期에 대한 合意를 할 수 있으나, 責任期間을 短縮하는 合意는 無效이다.

海上運送이 개입된 複合運送의 경우에는 해상운송인의 책임에 관한 규정을 적용할 복합운송인의 책임기간은 船積港에서 운송물이 陸上運送手段에서 揚荷된 때부터 揚陸港에서 운송물이 陸上運送手段으로 積載된 때까지 운송물을 실제로 점유하고 있는 期間을 말한다.

이 기간에서 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延을 야기하는 事實이 발생하면 이러한 손해에 대하여 이 절에서 따로 규정이 있는 경우를 제외하고, 運送人이 賠償責任을 부담한다.

實際運送人の 責任期間은 運送人の 責任期間 내에 운송물을 실제로 점유하는 期間이다.」

## 第2節 韓國海商法上の 責任期間과의 比較

한국에서는 責任期間에 대한 별도 규정은 없으나, 일본 國際海上物品運送法 제3조와 같이 韓國商法 제788조 제1항에서 運送人は 자기 또는 船員 기타의 船舶使用人이 운송물의 受領, 船積, 積付, 運送, 保管, 揚陸과 引渡에 관하여 注意義務가 운송물의 受領에서 引渡에까지의 전 기간에 미친다.

그러나 일본 國際海上物品運送法과는 달리 運送人の 責任輕減禁止規定(韓國商法 제790조)에서는 船積 전 및 揚陸 후의 기간에 대하여 적용하지 않는다고 하지 않았다. 따라서 한국에서는 船積 전 및 揚陸 후의 運送人の 責任輕減에 관한 特約의 효력이 부정된다. 이에 의하면 韓國海商法상의 규정이 헤이그규칙 또는 이를 수용한 外國의 규정보다도 海上運送人에게 불리하다.<sup>241)</sup>

그러나 주의할 것은 運送人이 운송물의 船積, 積付, 揚荷에 대하여 책임을 지지 아니한다는 F.I.O조건<sup>242)</sup>에 따르기로 特約한 경우에는 한국의 판례에 의하면 그 效力을 인정하며, 이 特約은 運送人과 송하인·수하인 사이에 運送用役

241) 裴炳泰, 「註釋海商法」(서울: 한국사법행정학회, 1977), 198面.

242) Free In and Out 특약이란 運送人은 운송물의 船積, 적부, 양하에 대하여 책임을 지지 아니하고 송·수하인이 자신의 비용과 위험부담 아래 운송물을 船積, 積付, 揚荷하여야 한다는 내용으로서 광석, 시멘트, 비료 등과 같은 하물을 살적 운송물 형태로 대량으로 운송하는 경우 이러한 하물의 船積, 積付, 揚荷에 있어서 하물의 성질에 관하여 특별한 지식, 기술과 설비를 가진 송·수하인이 직접 운송물을 船積, 積付, 揚荷하는 것이 하물 船積, 揚荷의 비용과 시간을 줄일 뿐만 아니라 하물을 선장에 적절하고 안전하게 적부할 수 있고 운임도 그 만큼 감액되어 송·수하인과 運送人 쌍방에 유리하다는 데서 위와 같은 하물운송의 경우 해운업계의 거래관행으로 보급되어 널리 이용되는 특약이다.

提供의 조건이 아닌 그 범위를 한정함에 불과한 것으로서 상법 제788조 제1항에 규정된 運送人의 義務와 責任을 輕減하는 當事者 사이의 特約을 無效로 하는 위 법 제790조의 규정에 실질적으로 위반되지 아니하여 有效하다고 판시하였다.<sup>243)</sup>

中國海商法の 경우는 컨테이너운송물의 경우와 비컨테이너운송물로 나누어 責任期間을 규정한다. 컨테이너운송물의 경우에는 責任期間이 受領한 때부터 引渡한 때까지라고 하지만 地理的 制限이 있어, 港口에서 港口까지이고, 비컨테이너운송물의 경우에는 船積한 때부터 揚陸한 때까지이다. 그러므로 韓國海商法の 運送人의 責任期間이 더 길다고 할 수 있다.

韓國海商法에서 문제되는 것은 受領과 引渡 사이에 海商運送외에 다른 運送手段이 존재하는 경우, 즉 複合運送의 경우에 법률의 적용에 있어서 혼란을 야기할 수 있는데 그 이유는 다음과 같다. 통상 複合運送의 경우에 複合運送을 인수하는 運送人이 全體期間에 대하여 책임을 부담하며, 運送物損害의 發生區間이 발견될 수 있을 때 당해 구간에 적용될 법률에 의하여 賠償責任을 정하여야 한다. 따라서 受領에서 引渡까지의 구간 중 어느 구간에 운송물의 손해가 발생할 때 韓國商法 제5편을 적용하는가 하는 문제가 일어난다. 이러한 점을 고려하여 韓國海商法에서는 複合運送을 임두에 두고 複合運送의 경우에 受領에서 引渡 사이에 韓國海商法을 적용하는 責任期間에 대해서도 규정을 하는 것이 바람직하다.

---

243) 서울민사지법 1986.12.26. 86가합506 제11부판결.

## 第5章 海上運送人の損害賠償の責任原則

中國海商法上の責任原則은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 참조하여 규정한 것이다. 中國海商法上 運送人の 책임에 관한 원칙은 不完全過失의 責任原則 또는 完全過失責任原則과 이에 열거된 過失免責을 절충한 원칙이라고도 할 수 있다.<sup>244)</sup>

그러나 中國海商法上 運送人責任에 관한 규정 중에서 명확하지 않은 점이 많이 내포되고 있다. 주로 運送人の義務와 각 免責事由 사이의 關係, 立證責任에 대한 分配, 그리고 實際運送人の 경우에 立證責任의 分配 등을 들 수 있다. 이하에서는 우선 中國海商法上 運送人の責任原則에 관한 규정을 살펴보고 각 문제점에 대한 합리적인 해결책을 구하는 데에 목적이 있다.

### 第1節 中國海商法上 運送人の責任原則의 內容

#### I. 運送人の義務

##### 1. 堪航能力注意義務

###### (1) 規定

運送人은 선박의 出航 전 및 出航 시 상당한 주의로서 선박을 航海에 적합한 상태로 하고 선원을 적절히 配置하고 선박에 필요한 裝備 및 物品을 준비하여야 한다. 또 船室, 冷凍室, 冷藏室 및 기타 운송물의 積載場所가 운송물을 안전하게 保管 및 運送할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다(동법 제47조).

---

244) 司玉琢, 「海商法詳論」(大連: 大連海事大學出版社, 1999), 145面; 於世成, 「海商法」(北京: 法律出版社, 1997), 97面.

## (2) 評釋

이 규정은 헤이그규칙 제3조 제1항의 규정을 받아들인 것이다. 그러나 헤이그규칙에서는 堪航能力注意義務를 게을리 함으로써 발생한 滅失·毀損에 대하여 運送人이 責任을 부담하고 堪航能力을 갖추도록 상당한 주의를 다한다는 것에 대한 立證責任은 免責을 주장하는 運送人 측에 있다고(동 규칙 제4조 제1항) 규정하고 있으나, 運送物損害와 堪航能力注意義務違反과 因果關係가 있다고 하는 立證責任이 어느 쪽에 있는지에 대하여 언급이 없다. 中國海商法은 이와 같은 내용조차도 받아들이지 않아서 堪航能力注意義務에 관한 모든 立證責任이 애매모호할 뿐만 아니라 堪航能力注意義務의 위반의 效果에 대해서도 언급하지 않았다. 바꾸어 말하면 堪航能力注意義務에 違反하는 사실이 있으나 이것이 운송물의 손해를 야기하는 원인이 아닌 경우에 대해서 어떻게 될 것인지에 대하여 명확하게 규정하고 있지 않다. 따라서 이 점에 대하여 다른 관련 조문을 통하여 판단할 수 밖에 없게 된다.

## (3) 中國學者的 解釋

堪航能力注意義務의 기준에 있어서 “상당한 주의”란 運送人에 대하여 통상적으로 요구된 技術能力을 갖추고 신중하게 행동하는 船舶所有者로서 특정 상황에서 각종 합리적으로 요구된 조치를 취하여야 한다는 것을 의미한다.

堪航能力注意義務의 履行時期는 “선박의 出航 전 및 出航 시”인데, 즉 航海의 시작 전과 시작한 당시를 말하는 것이다. 항해라는 것은 契約上의 航海 또는 船荷證券上의 항해를 말하는데, 즉 운송물의 船積港으로부터 揚陸港까지의 航海를 의미한다. 出航 전이란 船積하기 시작 때부터 出航한 당시까지의 기간을 말하고, 선박의 出航 당시란 통상적으로 선박의 맞줄을 풀 때를 말한다.<sup>245)</sup>

그리고 運送人이 선박으로 하여금 堪航能力이 있도록 상당한 주의를 다하여야 하는 것이지 완전하게 堪航能力이 갖추어진 선박을 제공하는 것이 아니므로 최소한 運送人이 선박을 점유한 이후에 비로소 堪航能力注意義務가 발생할 수

---

245) 司玉琢, 上揭書, 133面.



있을 것이다. 그러므로 運送人이 선박의 建造에 직접적으로 참여한 경우를 제외하고 造船過程에서 합리적으로 監督하거나 선박을 引受한 때에, 獨立契約者를 포함한 造船者와 그의 僱傭人의 過失行爲로 인하여 야기되었지만, 당해 선박에 대하여 통상적 검사를 하였음에도 발견할 수 없는 不堪航에 대하여 運送人이 責任을 부담하지 않는다. 또한 마찬가지로 선박을 구매하거나 傭船한 경우에는 運送人이 선박을 인수한 때에, 獨立契約者를 포함한 판매자 또는 船舶所有者와 그의 僱傭人의 過失로 인하여 야기되었지만, 당해 선박에 대하여 통상적 검사를 하였음에도 발견할 수 없는 不堪港에 대하여도 運送人은 책임을 부담하지 않는다.

堪航能力注意義務의 立證責任에 있어서는 船級法人이 발급한 선박의 감항능력을 증명하는 증서 또는 기타 선박의 감항능력을 증명하는 技術證書를 선상에 비치하는 것은 통상적으로 그 선박의 堪航能力에 대한 推定的 證據이지 絕對的인 證據는 아니다. 하주가 선박에 대한 運送人의 堪航能力注意義務의 違反을 이유로 운송물의 滅失 또는 毀損에 대하여 배상을 청구한 때에, 선박의 不堪港과 이로 인한 운송물의 滅失 또는 毀損에 대한 立證責任은 하주에게 있다. 運送人이 免責을 援用하려면 자기가 상당한 주의를 다하였다는 것을 證明하여야 한다.<sup>246)</sup> 여기서 운송물의 손해와 堪航能力注意義務의 違反과 因果關係가 있는 경우에는 運送人이 賠償責任을 부담한다는 것이 통설이다.<sup>247)</sup>

堪航能力注意義務와 免責事由의 관계에 있어서 견해는 대립하고 있다. 우선 堪航能力이 免責事由보다 우선적인 효력이 있는지에 대하여 肯定하는 견해가 통설이지만, 이를 否定하는 견해도 있다. 그러한 否定說에 의하면, 堪航能力注意義務와 免責事由는 법적 지위와 효력이 같기 때문에, 단지 堪航能力注意義務의 역할은 免責事由 중에 運送人 또는 그의 代理人 및 使用人의 過失로 인한 것을 제외한 기타 원인에 관한 免責을 立證하는 데에 있어서 하나의 기준이 될 뿐이라고 한다.<sup>248)</sup> 반면에 肯定說은 運送人이 免責事由를 援用하기 전에 만드

246) 上掲書, 134~136面.

247) 莫世健, 前掲書, 56面; 尹東年·郭瑜, 「海上貨物運輸法」(北京: 人民法院出版社, 2001), 86面.

시 堪航能力注意義務를 立證하여야 하는가의 여부에 따라서 견해가 갈라지고 있다. 즉, 運送人이 免責事由를 援用하기 전에 堪航能力注意義務를 다한 것을 立證하여야 한다는 견해<sup>249)</sup>와 賠償請求者가 運送人이 주장한 免責事由에 抗辯하기 위하여 運送人이 堪航能力注意義務를 다하지 않는 것과 堪航能力注意義務의 違反이 운송물의 손해와 因果關係가 있다는 것을 證明한 경우에만 運送人이 堪航能力에 대한 立證責任을 부담한다고 하는 견해가 있다.<sup>250)</sup>

## 2. 運送物에 관한 注意義務(商事過失)

### (1) 規定

運送人이 적절하고 주의깊게 運送物을 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸 하여야 한다(동법 제48조).

### (2) 評釋

이 규정은 헤이그규칙 제3조 제2항의 규정을 받아들인 것이다. 헤이그규칙과 中國海商法은 運送人의 運送物에 관한 注意義務의 立證責任에 관하여 규정하고 있지 않다. 또한 中國海商法은 運送物에 관한 注意義務와 法定免責事由 사이의 관계에 관해서도 명확하지 않다. 다만 헤이그규칙에서는 運送物에 관한 注意義務의 條項(동 규칙 제3조 제2항)이 “제4조의 규정에 따라서”(Subject to the provision of Article 4)라는 문구로 시작하기 때문에 運送物에 관한 注意義務를 다하지 않더라도 運送人은 免責事由를 주장할 수 있다는 견해도 있다.<sup>251)</sup>

### (3) 中國學者的 解釋

운송물의 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸은 運送人의 운송물에

---

248) 謝震輝, “我國海商法中承運人的適航義務”, 「法學」第6期(2003), 89面.

249) 司玉琢, 「中華人民共和國海商法問答」(北京: 人民交通出版社, 1993), 62面.

250) 劉旭·吳傳紅·朱延東, “承運人主張免責情況下,適航義務舉證責任問題研究”, 「海商法年刊」第10卷(1999), 358面.

251) 朱作賢·司玉琢, “論海牙規則首要義務原則-兼評UNCITRAL運輸法承運人責任基礎條款”, 「海商法年刊」第13卷(2002), 64面.

대한 관리의 7가지 단계이며, 즉 운송물을 선상에 船積할 때부터 선상에서 揚陸할 때까지의 전 과정이다. 각 단계마다 구체적인 의미에 대하여 정의를 내리기는 어렵다. 運送人の 運送物의 대한 注意義務에 있어서 가장 중요한 것은 “적절하고”와 “주의깊게”라는 이 두 가지 용어의 의미를 파악하는 것이다.

“적절하고”라는 것은 技術的인 요구인데, 이것은 運送人, 船員 기타 雇傭人의 운송물의 管理에 관한 각 단계에서의 통상적인 요구와 운송되는 운송물의 특수한 요구에 필요한 知識과 技術로 행하는 것이다. “주의깊게”라는 것은 責任感에 대한 요구인데, 이것은 운송물의 관리에 관한 각 단계에서의 운송물의 船積 및 揚陸 또는 物件運送作業을 감당할 수 있는 자로서 運送人, 船員 기타 雇傭인이 행하여 할 합리적 주의의 정도에 달한 것이다.<sup>252)</sup>

運送人と 하주 사이의 합의에 의해서 운송물의 船積, 取扱, 積付 또는 揚陸에 관한 작업을 하주가 부담하기로 하였다면, 하주가 부두 荷役業者를 고용한 경우에는 運送人은 荷役業者의 작업에 합리적으로 지도하고 監督하는 것만으로 충분하며, 荷役業者의 過失로 인한 운송물의 滅失 또는 毀損에 대하여는 賠償責任을 부담하지 않는다. 그러나 부당한 운송물 積付로 인하여 선박의 安全性能 또는 操縱性能에 영향을 미침으로써 선박이 堪航能力을 갖추지 못한 경우에는 運送人은 이에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 왜냐하면 상당한 주의로서 선박이 堪航能力이 있도록 해야 하는 運送人의 義務가 송하인에 의한 埠頭 荷役業者의 고용으로 인하여 免除되는 것은 아니다.<sup>253)</sup> 運送人의 運送物에 관한 注意義務의 立證責任에 있어서, 운송물의 損害가 運送人의 運送物에 관한 注意義務違反과 因果關係를 가진다는 立證責任은 賠償請求者에게 있다고 하는 견해가 통설이다.<sup>254)</sup>

### 3. 直航義務

252) 司玉琢, 前掲脚註244, 136面.

253) 上掲書, 136~137面.

254) 沈榮華, “海上貨物運輸貨損貨差索賠中證明責任分配之法理分析”, <http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=631>, 中國海事審判網, 검색일자 2005. 7. 12.

### (1) 規定

運送人은 約定한 航路, 慣行的 航路 또는 地理的인 航路에 따라 운송물을 揚陸港까지 운송하여야 한다. 선박이 해상에서 인명 및 재산의 救助 또는 救助의 企圖으로써 離路를 행하거나, 기타 合理的인 이유가 있는 離路를 하는 경우에 前항에서 규정하는 행위에 위반한 것으로 보지 아니한다(동법 제49조).

### (2) 評釋

直航義務에 대하여 헤이그규칙은 正當한 離路로 인하여 발생한 손해에 대한 책임에 대하여 運送人의 하나의 免責條項으로 규정함(동 규칙 제4조 제2항(1) 및 제4조 제4항)으로서 運送人의 直航義務를 간접적으로 규정하고 있다. 中國海商法은 直航義務에 대하여 따로 명확히 규정하고 있다. 中國海商法과 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 正當한 離路의 效果로서 모두 運送人의 免責을 인정하고 있다. 그러나 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 中國海商法은 不當한 離路의 效果에 대해서는 모두 언급이 없다.

### (3) 中國學者의 解釋

먼저 離路의 의미에 대하여 두 가지의 내용이 있는데, 하나는 故意로 離路하는 것이고, 다른 하나는 실제로 契約上의 航路를 이탈한 것이다. 따라서 船舶航法施設의 고장으로 인하여 航路를 이탈하는 것은 離路에 해당되지 않는다. 契約上의 航路의 판단 근거는 船荷證券에 約定한 碇泊港, 선박회사가 과거에 통상적으로 행하는 慣習的 航路, 航海의 개시 전에 공개한 通知 또는 廣告, 船腹豫約書 그리고 船荷證券上 기재된 航路 등이다.<sup>255)</sup>

여기서 합리적 이유가 있는 離路라는 것은 선주 및 하주의 共同利益을 위하여거나 기타 이유가 있는 경우에 선박이 離路를 하는 것을 의미한다. 예컨대 해상에서 선박이 태풍 또는 전쟁을 피하거나 위독한 선원을 육상으로 보내 치료를 받게 하기 위한 경우이다.<sup>256)</sup>

255) 傅廷忠, “論船舶繞航”, 「海商法年刊」第6卷(1996), 119~120面.

256) 司玉琢, 前掲脚註244, 137面.

直航義務에 위반하는 경우에는 運送人이 해상에서 인명 및 재산의 救助 또는 救助의 企圖로 인하여 발생한 운송물의 손해에 대하여 책임을 부담하지 않는다는 免責事由에 관한 규정(동법 제51조 제7호)에 의거하여 直航義務違反과 運送物損害와 因果關係가 있는 경우에만 運送人이 賠償責任을 부담한다.<sup>257)</sup>

直航義務違反으로 운송물의 손해가 발생한 경우의 효과에 대하여 견해가 대립하고 있다. 손해를 야기하는 불합리한 離路의 경우에는 외국의 관례에서의 경우와 같이 법에서 규정하고 있는 단위당 責任制限, 1년 短期提訴期間 및 免責事由에 의한 抗辯을 모두 주장할 수 없다고 하는 견해가 있다.<sup>258)</sup>

## II. 運送人의 免責事由

### 1. 規定

運送人은 그의 責任期間 중에 다음의 사유 중의 하나로 인하여 운송물이 滅失·毀損된 경우에는 損害賠償責任을 지지 않는다. ① 船長·船員·導船士 및 기타 運送人이 使用하는 자의 航海 또는 선박의 管理上의 過失, ② 火災, 단, 運送人이 본인의 過失로 인한 것은 면책되지 않는다. ③ 天災地變, 海上 또는 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故, ④ 戰爭 또는 武裝衝突 ⑤ 政府 또는 主管 部署의 行爲, 檢疫制限 또는 法律節次에 의한 押留 ⑥ 同盟罷業, 怠業 또는 事業場의 閉鎖, ⑦ 海上에서 人命 및 財産의 救助 또는 救助의 企圖, ⑧ 送荷人, 荷主, 또는 그들의 代理人의 行爲, ⑨ 운송물의 固有의 性質 또는 固有의 缺陷, ⑩ 운송물의 包裝不良, 기호의 欠缺 또는 不明確, ⑪ 주의를 다하였어도 발견할 수 없는 선박의 숨은 缺陷, ⑫ 運送人 또는 그의 代理人 및 使用人의 過失로 인한 것이 아닌 기타 原因이다. 위의 경우에 의해서 運送人이 損害賠償責任을 면하는 경우, 제2호의 경우를 제외하여, 運送人이 立證責任을 진다(동법 제50조).

### 2. 評釋

---

257) 傅廷忠, 前掲脚註255, 123面.

258) 傅廷忠, “船舶的不合理绕航及其法律後果”, 「世界海運」第1期(1996), 53面.

이것은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 제4조 제2항에서 규정하고 있는 17가지 免責條項을 다시 정리하여 규정한 것이다. 그러나 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 免責事由에 대한 立證責任을 제4조 제2항 제(q)항에 대해서만 규정하고 다른 조항에 있어서 立證責任을 규정하지 않았다. 中國海商法은 전체 免責事由에 관하여 立證責任을 규정하고 있다.

### 3. 中國學者의 解釋

#### (1) 航海過失免責

航海 또는 船舶管理에 관한 船長, 船員, 導船士 또는 運送人の 기타 使用人の 過失에 관한 免責은 통상적으로 船舶操縱과 船舶管理過失의 免責이라고 하거나 航海過失의 免責이라고 한다. 여기서 船舶操縱의 過失이라 함은 船長, 船員 또는 導船士가 船舶運航에 관한 操縱의 過失과 碇泊에 관한 操縱의 過失을 말한다. 전자는 船長, 船員 또는 導船士가 국제 또는 지방에서 정한 衝突防止規則 또는 기타 航海規則에 위반하거나 양호한 船舶技術의 요구에 위반하는 것을 말하고, 후자는 선박의 碇泊 또는 선박의 계류과정에서 발생하는 過失이다. 선박관리의 過失이라 함은 船長, 船員이 선박의 양호한 성능과 유효한 상태를 유지하는 데에 있는 過失이며, 여기서의 “船舶管理”는 선박의 經營 및 行政에 대한 管理를 의미하지 않는다.

船舶管理에 대한 船長, 船員의 過失과 運送物管理義務履行에 대한 運送人の 過失의 구분은 行爲의 對象과 目的을 기준으로 해야 한다. 예컨대 어떠한 행위가 운송물에 대하여 행한 것이고 그 목적이 운송물을 관리하는 것이라면, 그러한 행위는 運送物管理行爲가 되며, 그 외의 행위는 船舶管理行爲가 된다.<sup>259)</sup>

최근에 中國海商法 개정에 있어서 이 免責條項이 계속 남아야 될지 아니면 삭제해야 될지에 대하여 中國學者들의 견해가 대립하고 있다. 이 조항을 삭제해야 한다는 주장의 근거는 航海過失免責條項이 민법상 使用者責任原則과 모순될 뿐만 아니라 法經濟學的인 각도에서 보면 하주로 하여금 航海過失로 인한

---

259) 上掲書, 140~141面.

위험을 극복하기 위하여 保險에 가입하도록 함으로써 사회적 낭비를 가중시켰기 때문이라는 것이다.<sup>260)</sup> 그러나 대부분 학자는 航海過失免責의 폐지에 대하여 유보적인 태도를 취하고 있다. 즉, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에 있는 運送人責任體系를 받아들인 나라가 海運國 중에 대부분을 차지하는 것에 비추어 중국에서 먼저 航海過失免責을 폐지하는 것은 중국 해운업에 불리하기 때문에 일정한 기간 동안 계속 유지하는 것이 합리적이라고 한다.<sup>261)</sup> 그리고 船舶管理過失과 運送物管理는 실무에서 구분하기 어렵기 때문에 분쟁을 줄이기 위하여 船舶管理過失은 폐지되어야 하고 船舶運航過失만이 남아 있어야 한다는 折衷的인 견해도 있다.<sup>262)</sup>

## (2) 火災免責

火災의 免責은 3가지 내용을 포함하고 있는데, 첫째는 火災로 인하여 발생한 운송물의 손해에 대하여 運送人이 免責을 주장할 수 있다는 것이고, 둘째는 火災가 運送人이 本人의 過失로 인하여 야기한 것에 대하여 免責을 주장할 수 없으나 責任制限은 누릴 수 있다는 것이며, 셋째는 火災는 運送人이 故意로 야기된 경우에는 免責을 주장할 수 없을 뿐만 아니라 責任制限도 누릴 수 없다는 것이다.<sup>263)</sup> 火災로 인한 운송물의 滅失·毀損은 직접적으로 불에 태우거나 연기로 그을려서 초래한 것 이외에 소화의 과정에서 야기한 손실, 예컨대 운송물이 소화작업 중에 주수한 물에 젖어 손실되거나 火災鎮火作業過程에 발생한 손실

260) 鄧華, “關與我國海商法海上貨物運輸承運人責任歸責原則的思考-兼論對海商法第51條的修改”, 「社會科學家」第111期(2005.1), 113~114面.

261) 趙月林·胡正良, “承運人航海過失免責研究”, 「海商法專題研究」(大連: 大連海事大學出版社, 2002), 25面; 馬得懿, “歷史地體系地認識航海過失免責-航海過失免責存廢的理論與實踐”, 「集美大學學報」第8卷 第2期(2005.6), 66面; 黃雅屏, “試論航海過失免責條款之存廢”, 「世界海運」第28卷 第2期(2005.4), 33面; 余錦兵, “海商法下的承運人航海過失之探討”, 「水運管理」第26卷 第10期(2004.10), 31面.

262) 尹東年·郭瑜, 前揭書, 100~101面; 朱曾杰, “論海上貨物運輸法的國際統一”, 「海商法研究」第1輯(2002), 45面.

263) 任律珍, “關與火災免責舉證責任的思考”, 「上海海運學院學報」第23卷 第4期(2002.12), 81面.

도 포함한다. 火災가 船長, 船員, 運送人의 使用人 또는 代理人의 過失로 인하여 초래한 것이면, 運送人이 火災로 인한 운송물의 損害에 대하여 免責을 주장할 수 있다.<sup>264)</sup> 運送人이 회사인 경우에 運送人 本人의 過失은 法人代表의 過失 뿐만 아니라 회사에서 구체적 운영에 대한 관리를 담당하는 部署 또는 管理人員의 過失도 포함한다.<sup>265)</sup>

그리고 火災原因의 立證責任에 대하여 다른 免責事由와 달리 규정하는 것은 立證責任의 분담의 합리성을 기초로 하는 것이 아니라 國際海事立法에 있어서 선주와 하주의 쌍방의 이익을 고려한 타협적 산물로서 관습적 처리라고 말할 수 있다.<sup>266)</sup> 그러나 증거를 취득하기 어려운 하주에게 運送人의 故意·過失에 대한 입증을 부과하는 것은 하주에 대하여 너무 가혹하고, 결국 火災가 발생하기만 하면 運送人이 너무 쉽게 免責을 할 수 있게 되어 불합리적인 규정이라고 주장하는 견해도 있다.<sup>267)</sup> 그리고 火災가 運送人의 故意·過失로 인하여 야기된 것이라는 立證責任을 賠償請求者가 부담한다는 것은 결국 火災를 야기하는 원인에 대한 立證責任도 賠償請求者에게 있다는 것을 의미하게 된다고 주장하는 학자도 있다.<sup>268)</sup> 이에 반대하는 학자는 이것은 단지 運送人의 故意 또는 過失에 대한 입증뿐이고 火災의 原因에 대한 立證은 아니라고 하면서<sup>269)</sup> 火災原因에 대한 입증은 運送人 측에 있다고 한다.<sup>270)</sup>

火災免責과 堪航能力注意義務 관계에 있어서는 運送人이 火災免責을 援用하기 전에 법에서 규정하는 堪航能力注意義務를 다하였다는 것을 立證하여야 한다는 주장이 있다.<sup>271)</sup> 관례의 태도를 보면, 運送物損害를 야기하는 직접 원인

---

264) 예컨대, 運送人이 기관사가 선창에서 규칙을 위반하여 횃불작업을 자주 하는 것을 알고 있으나 이러한 행위를 저지하지 않은 경우 또는 運送人이 보험금을 사취하기 위하여 선원에게 선박을 소각하라는 명령한 경우를 말한다.

265) 司玉琢, 前掲脚註244, 141~142面.

266) 上掲書, 145面.

267) 任律珍, 前掲論文, 81面.

268) 傅旭梅, 「中華人民共和國海商法」(北京: 人民法院出版社, 1994), 98~99面.

269) 郭國汀, “論海上火災免責”, 「海商法年刊」第12卷(2002), 8面.

270) 上掲論文, 12面.

271) 上掲論文, 2面.



이 火災이면, 賠償請求者가 運送人 本人의 過失 또는 故意를 證明하지 않는 한 運送人은 책임을 부담하지 않는다. 즉 運送人은 그의 堪航能力注意義務를 다하였다는 것을 立證할 필요가 없고, 火災의 原因이 不明한 경우에도 運送人이 火災免責을 援用하는 데에는 아무런 영향도 없다.<sup>272)</sup>

### (3) 其他 免責事由

天災地變, 海上 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 사고에 관한 免責에 있어서는 天災地變이라 함은 運送人이 합리적 조치를 취하더라도 制御·防止할 수 없는 自然現象을 말한다. 예컨대, 海日, 地震, 벼락 및 얼음 등이 그것이다. 해상 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故라 함은 통상적으로 말하는 海難 또는 海上危險免責을 말하며, 파도의 습격, 폭풍우, 짙은 안개, 암초, 여울 또는 기타 항해 장애물 등을 포함한다. 이 免責事由는 합리적으로 예견할 수 없으며 堪航能力을 갖춘 선박으로서 방어할 수 있는 범위를 벗어난 天災地變이 아닌 해상의 각종 自然危險으로 해석하는 것이 보통이다.

政府 또는 主管 部署의 行爲, 檢疫上の 制限 또는 法律節次에 의한 押留에 관한 免責에 있어서 政府 또는 主管 部署의 行爲, 또는 法律節次에 의한 押留라 함은 한 國家政府 또는 관련 當局에서의 운송물의 船積·揚陸에 대한 禁止, 運送 禁止, 港口의 封鎖, 抑留 및 沒收와 같은 行爲를 말한다. 그러나 法律節次에 의한 押留에는 債權·債務의 紛爭을 포함하지는 않는다.<sup>273)</sup> 檢疫上の 制限은 국가가 본국의 항구에 있는 선박 위에 전염병 발생상황을 발견한 경우 또는 선박이

---

272) 中國人民財產保險股分有限公司上海市分公司 訴 環發海運(中國)有限公司&環發(天津)國際貨運代理有限公司(2003)滬海法商初字第481號; 揚江市百祥實業有限公司 訴 深圳中外運國際貨代有限公司&中外運集裝箱運輸有限公司(2003)廣海法初字第395號.

273) 예컨대, 법원이 채권자의 청구에 따라 소송보전조치로서 또는 판결을 집행하기 위하여 법률 절차에 의한 압류인 경우나, 중국해상교통안전법의 제19조에서 규정한 선박이 중국의 관련 법규에 위반한 경우, 감항능력상태에 있지 않은 경우, 사고를 발생하였는데 수속이 끝나지 않은 경우 또는 선박이 지급해야 된 비용을 지급하지 않은 경우에 항무감독기관에서 선박발항의 금지와 작업 정지의 명령을 발한 경우도 포함하지 아니한다.

전염병 발생상황이 있는 항구에서 온 경우에, 그 국가의 檢疫法規에 따라서 그러한 선박에 대하여 본국의 항구에서의 운송물의 船積 및 揚陸을 금지하거나 또는 그러한 선박과 운송물에 대하여 防疫措置를 취하는 것을 말한다.

同盟罷業, 怠業 또는 사업장의 閉鎖에 관한 免責에 있어서 船員의 과업으로 인하여 海上物件運送契約이 履行불능이 되거나 履行중지가 된 경우에, 運送人은 이 免責事由를 援用할 수 있으나, 運送人의 不法行爲 또는 運送人의 기타 歸責事由로 야기된 船員의 罷業인 경우에는<sup>274)</sup> 援用할 수 없다.

송하인, 하주, 또는 그들의 代理人의 行爲에 관한 免責에 있어서 이 免責事由는 제51조 제10호(운송물의 包裝不良, 기호의 欠缺 또는 不明確)의 免責事項 외의 기타 荷主의 行爲를 말한 것이며, 예컨대 송하인이 운송물의 內容 또는 性質에 대하여 부실한 신고를 하거나 운송물의 危險性質을 은닉함으로써 運送人의 운송물의 불합리한 적부 또는 운송물의 운송 도중의 폭발과 같은 원인으로 운송물의 滅失·毀損이 발생한 경우를 말한다.

운송물의 固有의 性質 또는 固有의 缺陷에 관한 免責事由에 있어서, 예컨대 穀物이 운송 도중에 水分이 蒸發한 경우, 粉末狀態의 운송물이 船積·揚陸의 과정에서 바람으로 인하여 날아 흩어진 경우, 撒的 油類의 운송물이 일부가 선창에 붙거나 또는 덩어리로 되어 침전하므로 펌프로 퍼낼 수 없는 경우, 산 動物이 운송 동중에 병에 걸리거나 겁내서 사망한 경우, 腐敗하기 쉬운 운송물(예컨대 과일, 가죽)이 운송 동중에 腐敗하거나 변질인 경우, 석탄이 운송 도중에 스스로 불탄 경우 또는 어떠한 액체는 운송 도중에 醱酵·發散하거나 또는 거품이 난 경우에 운송물의 重量 또는 容積의 통상적인 消耗 또는 운송물의 滅失·毀損에 대하여 運送人이 책임을 지지 아니한다.<sup>275)</sup>

운송물의 包裝不良, 기호의 欠缺 또는 不明確에 관한 免責에 있어서 운송물의 包裝不良이라 함은 운송물의 包裝方式, 強度 또는 狀態가 운송물의 船積·揚陸 또는 운송 중의 정상적인 危險에 견딜 수 없는 것을 말한다. 그리고 운송물

274) 예컨대, 運送人이 선원과 체결한 근로계약을 위반하여 제때에 임금을 지급하지 않거나 불법으로 선원의 임금을 공제한 경우를 말한다.

275) 司玉琢, 前掲脚註244, 143面.

기호의 흠결과 不明確이라 함은 運送人이 운송물을 識別할 수 있게 하는 기호가 없거나 설사 있더라도 運送人이 識別이 불가능하여 명확하지 않은 것을 말하는데, 예컨대 運送人이 운송물을 識別할 수 없어서 한 운송물이 다른 운송물에 혼입되거나 운송물을 틀리게 引渡함으로서 발생한 손해 또는 ‘운송물을 거꾸로 놓지 않음’, ‘깨지기 쉬운 물품임’ 또는 ‘防濕’과 같은 기호가 운송물 위에 없음으로 인하여 그 같은 운송물의 船積·揚陸과 관리의 과정에서 발생한 손해에 대하여 運送人은 면책된다. 그러나 운송물이 包裝不良 또는 기호의 欠缺과 不明確이 운송물의 外觀狀態의 不良에 속하여 運送人이 이에 대하여 船荷證券에 기재하지 않은 경우에는 이 免責事由를 援用하여 선의의 船荷證券所持人에 의한 賠償請求에 對抗할 수 없다.

주의를 다하였어도 발견할 수 없는 선박의 숨은 缺陷에 관한 免責에 있어서 이 免責事由는 運送人의 堪航能力注意義務에 대한 보충이다.<sup>276)</sup> 運送人이 이 사유를 援用하여 免責을 주장하려면, 실제로 상당한 주의를 다하는 것을 반드시 증명하는 것이 아니라, 運送人이 실제로 상당한 주의를 다하지 않았지만 그러한 결함이 상당한 주의를 다하여도 발견할 수 없다는 것을 立證할 수 있다면 이 免責事由를 援用할 수 있는 것이다.

運送人 또는 運送人의 使用人, 代理人의 過失이 아닌 것으로 야기한 기타 원인은 개괄적 면책이며, “同類規定”이라고 한다. 즉 제1호부터 제11호까지의 免責事由와 같은 性質 또는 類似한 事由이다.<sup>277)</sup>

## 第2節 中國海商法上 運送人의 責任原則의 檢討

---

276) 예컨대, 선박이 정기검사를 행할 때에 관습적 방식으로 선체외판 두께를 검사함에 있어 표본검사를 실시함으로써 인해 선체외판의 부식부분을 발견하지 못하고 선박이 운항 도중에 당해 강판이 크랙되어 해수가 화물창에 들어가 운송물이 물에 젖어 毀損되었다. 이러한 결함은 숨은 하자로서 運送人이 운송물의 毀損에 대하여 면책을 주장할 수 있다.

277) 司玉琢, 前掲脚註244, 141~145面.

20세기 90년대에 들어와서 海上運送人책임에 관한 입법이 다시 활발해지면서 運送人의 責任制度의 국제적 통일화라는 理想과 점점 멀어지고 있다. 현재, 國際協約에 있어서는 헤이그규칙, 헤이그-비스비규칙, 함부르크규칙이 있는데, 헤이그-비스비규칙은 헤이그규칙 중의 運送人 責任原則에 대하여 개정하지 않았으므로 두 규칙의 運送人 責任原則은 같고, 함부르크규칙은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 전혀 다른 運送人의 責任原則을 규정하고 있다.

중국은 어느 國際協約도 가입하지 않지만, 運送人 責任原則에 있어서는 앞에 언급한 바와 같이 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 규정을 참조한 것이다. 이번에 中國海商法에 대한 개정에 있어서 어떠한 責任原則을 취하는 것이 가장 합리적인 것인지에 대하여 다시 검토할 필요가 있다. 따라서 앞에 中國海商法上 運送人의 責任原則에 관한 규정을 살펴보면 여러 가지의 언급이 있었지만, 현행 中國海商法上 運送人 責任原則에 있어서 불완전 過失責任으로 규정하는 것의 합리성 여부 문제, 현행 해상법 중 運送人의 義務와 免責事由 사이의 關係에 관한 問題 및 運送人 책임에 관한 立證責任體系의 確立의 問題가 運送人責任原則의 검토에 있어서 가장 중요한 세 가지 과제라고 생각한다.

## I. 不完全 過失責任原則에 관한 檢討

### 1. 國際協約上 海上運送人의 賠償責任原則의 變化

中國海商法上 海上運送人의 賠償責任原則은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 참조하였는데, 이러한 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 運送人의 堪航能力 注意義務에 있어서 상당한 주의(due diligence)로서 다하여야 하고(동 규칙 제3조 제1항), 運送物에 관한 注意義務에 있어서 적절하고 주의깊게(properly and carefully) 다하여야 하며(동 규칙 제3조 제2항), 기본적으로 過失責任原則에 입각하고 있다. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙의 免責事由(동 규칙 제4조 제2항)에 있어서 航海過失 및 火災를 제외한 나머지 免責事由는 自然的·人爲的인 不可抗力 또는 荷主 측의 歸責事由에 해당하는 것이며, 大陸法의 過失責任

注意의 관점에서는 물론 普通法에서도 당연히 인정되는 것이다.<sup>278)</sup> 그러나 이것은 영미의 판례법에 의해서 장기간에 모인 판례의 성과이며,<sup>279)</sup> 運送人의 責任限界를 명확히 나타내어 주는 효과가 있다. 그러나 航海過失 및 火災의 免責事由는 過失責任原則의 例外이며, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 不完全過失責任原則을 채용하고 있다.

함부르크규칙은 責任原則에 관하여는 다음과 같이 규정하고 있다. 責任期間에서 운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延을 야기한 事故가 발생하면 運送人이 이러한 운송물의 滅失이나 毀損 또는 引渡遲延으로 인하여 생긴 손해에 대하여 책임을 진다. 그러나 運送人이 그 자신, 그의 使用人 또는 代理人이 事故 및 그 결과를 방지하기 위하여 합리적으로 요구되는 모든 조치를 취하였다는 것을 증명할 때에는 그러하지 아니하다(동 규칙 제5조 제1항). 그리고 함부르크규칙에서는 免責事由를 두지 않았으며, 따라서 航海過失과 火災에 관한 免責을 폐지하는 것이다. 그러나 火災의 原因에 대한 立證責任은 제5조 제1항에서 규정하고 있는 運送人의 立證責任負擔의 一般原則과 달리 賠償請求者에게 부담시키고 있다.<sup>280)</sup> 따라서 함부르크규칙에 있어서는 運送人의 責任原則은 완전한 過失責任原則이며, 기본적으로 過失推定原則이다.

오스트리아 비엔나에서 개최된 제14차 회의에서 UNCITRAL/CMI 運送法草案의 責任原則은 다음과 같이 성안되었다.<sup>281)</sup> 損害賠償請求者가 運送人의 운

---

278) 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 65面.

279) Michael F. Sturley, "The history of COGSA and the Hague Rules", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol.22, No.1(January 1991), p.29.

280) 火災에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. 運送人은 하주 등 청구자가 運送人, 그의 使用人 또는 대리인측의 過失로 인하여 火災가 일어났다는 것을 입증한 때에는 그로 인하여 생긴 운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延에 대하여 책임을 진다(함부르크규칙 제5조 제4항(a)(i)). 화재발생후의 진화 등 손해확대방지조치를 함에 있어서 過失이 있음을 청구자가 입증하면 運送人은 그로 인한 손해에 대하여 책임을 진다(동 규칙 제5조 제4항 (a)(ii)). 火災原因 규명의 곤란성을 고려하여 운송물에 영향을 미치는 항해상의 火災의 경우에 運送人 또는 청구자에게 火災의 원인과 정황에 대하여 해운관행에 따른 검사요구권 및 검사보고서 사본이용권을 인정하고 있다(동 규칙 제5조 제4항(b)).

송기간 중에 事故가 발생하였음을 立證하면, 運送人은 이것이 자신이나 자신의 使用人 등의 過失에 기인하지 않았음을 반증하지 못하는 경우에 책임을 부담한다고 규정하고 있다.<sup>282)</sup> 그리고 運送人에게 過失이 있고 그 過失이 사고와 因果關係가 있다고 하더라도 免責事由에 해당되는 것임을 立證하면 運送人은 책임을 면하게 된다. 그러나 다음과 같은 3가지 경우에는 그러하지 아니한다. 첫째 경우는 運送人 등에게 過失이 있음을 청구자가 立證한 경우이다. 두 번째 경우는 運送人이 열거된 事由로 免責을 주장하더라도 청구자가 免責事由 아닌 사유로 인하여 운송물의 손해가 발생하였음을 입증한 경우이다. 세 번째 경우는 선박이 堪航能力을 갖추지 못하였음을 請求者가 立證하면 運送人은 이를 反證하거나 아니면 不堪航의 事實과 事故 사이에 因果關係가 없다는 점을 반증하지 못하는 경우이다.<sup>283)</sup> 열거된 免責事由 중에서 헤이그규칙/헤이그-비스비규

---

281) A/CN.9/572 on Report of Working Group(Transport Law) on the work of its fourteenth session, paras. 33 and 80.

282) 청구자가 (a) 滅失, 毀損 또는 지연 또는 (b) 滅失, 毀損 또는 지연을 야기한 사실 또는 기여한 사실이 제3장에서 규정한 運送人의 責任期間 동안에 발생하였다는 것을 입증하면, 運送人은 자신이나 제14조의2에 기재된 자의 過失이 그러한 過失, 毀損 또는 지연이 사고의 원인이 되지 않았음을 입증하면 책임의 전부 혹은 일부가 면제된다(동 초안 제14조 제1항).

283) 運送人이 제1항에서 정한 過失이 없음을 입증하는 대신에 滅失, 毀損 또는 지연이 제3항에서 정한 사항의 하나로 야기된 점을 입증하는 경우에는 運送人은 다음의 경우를 제외하고 책임의 전부 또는 일부가 면제된다. (a) 運送人이 본항에서 근거로 삼은 免責事由가 運送人이나 제14조의2에서 언급된 사람의 過失로부터 야기되었거나 또는 기여한 점을 청구자가 입증하면 運送人은 滅失, 毀損 또는 지연의 전부 또는 일부에 대하여 책임을 부담한다. (b) 청구자가 제3항에서 기재된 免責事由 이외의 것이 滅失, 毀損 또는 지연에 기여하였다는 점을 입증한 경우 免責事由가 運送人 자신이나 제14조의2에서 언급한 사람의 過失에 의하지 않았음을 입증하지 못하면 運送人은 滅失, 毀損 또는 지연의 일부 손해에 대하여 책임을 부담한다. (c) 청구자는 선박이 (i) 선체의 불감항, (ii) 선원, 의장과 보급품이 부적절하게 이루어지고 또는 (iii) 선창이나 운송물이 적재될 선박의 다른 부분(運送人에 의해 공급된 컨테이너를 포함함)이 受領, 운송과 보관에 적합하고 안전하지 못하였기 때문에 滅失, 毀損 또는 지연이 있었거나 또는 기여하였다는 점을 입증하고 그리고 運送人이 (A) 제13조 제1항에 따라 요구되는 주의의무를 이행하였거나 또는 (B) (i)(ii)(iii)에서 언급한 상황의 어느 것에 의하여도 滅失, 毀損 또는 지연이

칙에서 규정하고 있는 航海過失免責事由는 폐지하였고, 火災免責事由는 초안에서 두고 있는데 이는 선박에서의 火災로 한정하며, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에 있는 火災免責事由중의 단서를 삭제하였기 때문에 運送人 자신의 故意나 過失이 뿐만 아니라 使用人の 過失에 대해서도 運送人은 責任을 부담하여야 한다.<sup>284)</sup> 기타 免責事由는 모두 運送人에 歸責할 수 없는 事由이다.<sup>285)</sup> 따라서 UNCITRAL/CMI 運送法草案도 완전한 過失責任原則을 취하고 있다.

이상 國際協約 또는 草案에서 규정한 責任原則에 있어서 큰 차이는 航海過失免責事由의 폐지와 運送人 使用人の 過失로 인한 火災免責의 취소에 있다. 中國海商法은 완전 過失責任原則을 취하려면 航海過失免責事由를 폐지하고 運送人 使用人の 過失로 야기한 火災는 免責事由에서 제거하여야 한다.

## 2. 航海過失免責事由의 廢止에 관한 評釋

### (1) 航海過失免責事由의 沿革

야기되지 않았음을 입증할 수 없는 경우에는 運送人은 滅失, 毀損 또는 지연의 전부 또는 일부에 대하여 책임을 부담한다(동 초안 제14조 제2항).

284) 金仁顯, “유엔 운시트랄 운송법회의에서 운송인의 책임제도에 관한 고찰”, 「해국해법학회지」 제27권 제2호(2005. 11), 378면.

285) 免責事由는 다음과 같다. (a) 불가항력, (b) 해상 또는 가항수역에서의 위험과 사고, (c) 전쟁, 적대행위, 무력충돌, 해적, 테러행위, 폭동 그리고 시민소동, (d) 검역상의 억제, 정부, 공공기관, 통치자 또는 시민에 의하여 야기된 간섭이나 방해, 運送人 또는 제14조의2에서 정한 사람에 기인하지 않은 지연, 압류 또는 억류, (e) 스트라이크, 작업상의 폐쇄, 작업의 중단 또는 제한, (f) 선박에서의 火災, (g) 상당한 주의로도 발견할 수 없는 선박의 하자, (h) 송하인 또는 제32조에 기재된 자, 처분권자, 또는 수하인 등에 의한 작위 또는 부작위, (i) 하주 또는 제32조에 기재된 자, 처분권자 또는 수하인 등에 의하여 (실제로 행하여진) 운송물의 처리, 船積(적부) 또는 揚陸, (j) 운송물의 습은 하자에 기인된 중량의 감소 또는 손상, (k) 運送人이 적집 또는 運送人이 (대신하여) 행하지 아니한 포장 또는 기호 불충분 또는 하자, (l) 해상에서의 인명 救助 또는 救助行爲, (m) 해상에서의 인명 救助 또는 救助行爲를 위하여 취하여진 합리적인 조치, (n) 환경에 대한 손상을 피하거나 피하기 위하여 취하여진 합리적인 조치, [(o) 운송물이 사람이나 재산 또는 환경에 위해를 줄 경우에 제12조와 제13조에 따라 허용된 바에 의거하여 運送人이 취한 행위](동 초안 제14조 제3항).

航海過失免責事由의 연혁은 運送人의 운송물에 대한 責任原則의 변화를 반영하고 있다. 중세 영국 普通法상 運送人은 송하인에게서 受領한 때와 같은 상태의 운송물을 하주에 引渡하는 의무를 부담하기 때문에 운송물이 滅失 또는 毀損된 경우에 그 원인을 묻지 않고 損害賠償責任을 부담하며 絶對責任을 부담하는 것이다. 그러나 普通法の 絶對責任을 완화시키기 위하여 법원은 약간의 免責事由를 인정하였다. 즉, 이러한 免責事由는 船荷證券에 기재되었는지의 여부를 묻지 않는 法定免責事由로서 처음에 天災地變, 公敵行爲를 그 내용으로 하였고, 그 뒤 운송물의 숨은 瑕疵, 記號의 缺陷, 하주의 過失 및 共同海損도 免責事由로서 추가되었다.<sup>286)</sup>

이러한 責任原則은 海運業의 발전에 큰 지장을 초래하고 있었다.<sup>287)</sup> 19세기 초에 契約自由原則에 의하여 선주는 嚴格責任의 對抗으로서 船荷證券에 免責約款을 삽입하였다. 그러나 이후에 免責約款이 점점 많아져서, 심지어 運送人의 運送物管理와 船舶堪航能力注意義務까지도 免除하게 되었다. 이에 대하여 하주 측은 이러한 免責約款의 制限을 목적으로 하는 운동을 국제적으로 전개하였는데, 그 최초의 성과로서 주목된 것은 1882년 리버풀에서의 國際法協會회의의 개최인데, 이 회의의 결과로 범선 및 기선의 標準船荷證券을 작성하여 過失約款의 내용을 상업상의 過失과 航海上의 過失로 구별하여 후자의 過失에 대해서만 선주의 免責을 인정하게 되었다.<sup>288)</sup>

그 뒤에 1893년 미국에서 免責約款을 제한하는 획기적인 입법으로서 하터법이 제정되었다. 동법에서는 운송물의 船積, 積付, 保管, 引渡에 관한 過失에 대한 免責約款은 公序良俗에 반하여 無效이며(동법 제1조와 제2조), 한편 항해 또는 선박의 取扱에 관한 過失에서 발생한 손해는 堪航能力에 관한 주의를 다한 것을 前提條件으로 免責을 인정하였다(동법 제3조). 하터법은 國際海上運送法制度에 대하여 중대한 영향을 미쳤다. 뉴질랜드는 1903년 海上物件運送法,

286) 清河雅孝, 「海上物品運送法の基礎理論」(東京: 中央經濟社, 1991), 45~47面.

287) 司玉琢, “提單責任基礎的重大變革”, 「海商法論文集」(北京: 學術書刊出版社, 1989), 4面.

288) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 66面.



호주는 1904년 海上物件運送法, 캐나다는 1910년 水上物件運送法을 각각 제정하였으며, 기본적으로 하터법의 형식과 내용을 모방한 것이다.

이러한 국제적 입법의 경향을 배경으로 1924년 헤이그규칙은 航海過失免責事由를 명확하게 확립하였다. 航海過失免責을 인정하는 합리적인 근거가 없는 것은 아니다. 즉, 선박의 操縱이 단순 技術的인 것으로서 運送人이 지휘·지배를 받을 수 없고, 船長 또는 船員의 경미한 過失이더라도 貨物의 손해가 발생할 수 있다. 따라서 運送人에 航海過失에 대하여 責任을 부과하는 것이 가혹하다. 航海過失을 인정하더라도 船長 기타 船員의 행위에 대하여 罰則·行政處分에 의하여 무거운 公的監督을 하기 때문에 航海過失로 인한 손해의 발생을 조장하지는 않는다.<sup>289)</sup>

## (2) 中國에서 航海過失免責의 存廢에 관한 對立主張

### 1) 航海過失免責의 廢止를 贊成하는 主張

海運技術의 현황 및 기타 法制度와 비교하는 각도에서 보면 다음과 같은 이유가 있다. 海運技術의 발달에 의하여 造船技術과 航海技術이 크게 발전하였으며, 海上危險을 감당할 수 있는 능력도 높아졌다. 그리고 운송물의 운송이 컨테이너화와 專門化에 따라 운송과정이 점점 간단해지고 運送人이 부담할 책임과 위험이 크게 낮추었으나, 여전히 航海過失免責을 인정하고 있는 것은 하주의 이익을 크게 해치고 있다. 또한 다른 기타 運送方式과 비교해 볼 때, 國際鐵道運送과 國際道路運送은 모두 嚴格責任體系를 채택하고 있는데 國際海上運送만이 航海過失을 인정하는 불완전 過失責任制度를 취하고 있는 바, 複合運送의 책임체제를 통일하기 위하여도 航海過失免責을 취소하여야 한다.

한편, 중국에서는 國內沿海運送에 있어서 海上危險이 國際海上運送보다 적지 않아, 특히 人爲的인 위험에서는 같지만, 중국 沿海運送에 종사하는 船員의 자질이 국제운송에 종사하는 船員보다 낮은데도 불구하고 중국 內水運送에서는 嚴格責任原則을 취하고 있다는 모순이 있다.<sup>290)</sup> 이때까지 법이 실행된 결과

289) 上掲書, 66面; 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 76面.

290) 내수운송은 중국계약법을 적용한다. 따라서 運送人이 운송과정 중에서 발생한 운

를 보면 嚴格責任을 부과하는 것이 國內海運의 발전에 지장이 되지 않았기 때문에 航海過失免責을 폐지하는 것은 충분히 실행될 수 있을 것이다.<sup>291)</sup>

航海過失免責의 폐지에 대한 法理에 의한 근거는 다음과 같다. 民法上 “使用者責任原則”에 의하면 使用者가 피용자의 雇傭範圍 내의 過失行爲에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 자세하게 말하면 피용자가 雇傭範圍 내에 過失로 인하여 제3자에게 피해를 가한 때에 사용자가 監督義務를 다하지 않았다면, 사용자는 이로 인한 賠償責任을 부담하여야 한다. 그리고 “이익을 받은 사람이 責任을 부담한다”는 원칙에 의하여 피용자가 고용과정에서 창조한 이익을 사용자가 점유하기 때문에 피용자가 雇傭範圍의 過失로 야기한 손해에 대하여 使用者가 責任을 부담하여야 한다. 따라서 航海過失免責은 使用者責任負擔의 原則과 크게 어긋난 것이며 삭제되어야 한다고 주장한다.<sup>292)</sup>

航海過失免責의 폐지에 대한 法經濟學的 근거는 다음과 같다. 法經濟學 中에 社會原價理論에 의하여 社會의 法律實行, 資源分配의 과정이 거래의 原價의 最低化를 原則으로 하며, 끊임없이 권리를 다시 분배하여 權利構造를 조정하고 實行節次를 變革하는 과정으로서 법은 權利의 確定에 있어서 社會原價의 最低化, 社會資源分配를 最優先的으로 두어야 한다. 그러나 이러한 不完全過失責任原則에 의하여 運送人이 선원의 航海過失에 대하여 責任을 免除할 수 있기 때문에 하주가 손해를 감소하기 위하여 스스로 豫防措置를 취하여야 한다. 두 가지의 조치밖에 없는데, 하나는 保險에 가입하는 것이고, 또 다른 하나는 운송물의 포장을 견고하게 하는 것이다. 보험에 가입하는 것은 하주가 적은 保險料로 발생할 수 있는 손해를 피할 수 있으나 巨視的으로 보면 社會의 總體的인 재산의 손해를 감소할 수 없을 뿐만 아니라 保險料를 지급하는 것은 社會財産의 낭비를 가중하게 된다. 그리고 운송물의 포장을 견고하게 하더라도 그것은 어느

---

송물의 毀損·滅失에 대하여 賠償責任을 부담한다. 단, 운송물의 滅失 또는 毀損이 불가항력, 운송물 자체의 성질 또는 합리적인 소모, 그리고 송하인 또는 수하인의 過失로 인하여 야기된 것을 運送人이 증명할 수 있으면 損害賠償責任을 부담하지 않는다(중국계약법 제301조).

291) 趙月林·胡正良, 前掲論文, 9~12面.

292) 鄧華, 前掲論文, 113面.

정도만 손해를 예방할 수 있고, 큰 사고에서는 아무 효용도 없다. 따라서 航海過失免責이 취소된다면, 運送人은 반드시 적극적인 조치를 취하여 船員의 過失行爲를 방지할 수 있도록 노력하게 될 것은 자명하다. 예컨대, 教育訓練이 강화되어 船員의 선박을 안전 운항하는 意識과 技能을 높이게 됨으로써 근본적인 사고 발생의 예방을 할 수 있으므로 社會財産의 낭비를 효율적으로 방지할 수 있게 된다.<sup>293)</sup>

## 2) 航海過失免責의 廢止를 反對하는 主張

航海過失免責의 폐지를 반대하는 주장은 주로 다음과 같다. 航海技術의 발전에 따라 船舶의 積載量, 운송물의 危險性도 예전의 해운이 비교할 수 없으며, 대형 컨테이너선박, 化學品 積載船舶, 油槽船의 자체도 거대한 위험물로서 선박의 操縱이 더욱 어렵고 복잡해졌다. 반대로 船員의 定員은 점점 압축되고 있으며, 船員의 심리적인 압력은 이전보다 훨씬 크다. 따라서 해상의 특수 환경에서 모든 過失을 運送人으로 하여금 부담하는 것은 공평하지 않다.<sup>294)</sup>

또한 航海過失의 免責은 危險의 分擔에 있어서 해주, 運送人, 運送物保險者, 船主責任相互保險(P&I) 사이에 이루어진 미묘한 형평을 파괴할 수 있다.<sup>295)</sup> 그리고 중국 해운의 현황에서 보면 상선 선령이 많고 기술성능이 낮을 뿐만 아니라 船員의 자질도 외국에 비해 낮기 때문에 航海過失로 인하여 운송물의 손해가 발생한 경우가 많다.<sup>296)</sup> 따라서 航海過失免責을 계속 유지하는 것은 중국 海運業의 발전에 유리하다.

그러므로 세계적으로 航海過失免責廢止論을 주장하는 소리가 높지만, 海運強國들이 航海過失免責을 실제로 폐지하는 나라가 없으며, 海運實績이 점점 올라가는 중국에서 먼저 航海過失免責의 폐지를 실행할 필요가 없다.<sup>297)</sup>

## (3) 航海過失免責廢止의 影響

293) 上揭論文, 113面.

294) 黃雅屏, 前揭論文, 32~33面.

295) 趙月林·胡正良, 前揭論文, 12面; 上揭論文, 32面.

296) 黃雅屏, 上揭論文, 32面.

297) 余錦兵, 前揭論文, 30面.

航海過失免責廢止는 구체적으로 어떠한 영향이 있는지를 검토할 필요가 있다. 이러한 검토에 의하여 중국에서 과연 航海過失免責을 폐지하는 시기가 현재 적당한지를 판단할 수 있을 것이다. 다음에서는 航海過失免責廢止가 運送人の 기타 責任, 保險, 共同海損, 船舶衝突制度, 中國海運業에 미칠 영향을 차례로 검토하기로 한다.

### 1) 運送人の 기타 責任에 대한 影響

航海過失免責廢止는 주로 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務 및 免責事由 중 天災地變, 海上 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故에 관한 免責에 영향을 미친다고 할 수 있다.

中國海商法과 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서 堪航能力注意義務는 船員의 승선, 선박의장을 적절하게 하는 것을 포함한다. 따라서 船員이 선박조종 또는 선박관리에 있어서 過失로 인하여 운송물 손해를 야기한 경우는 航海過失에 해당되지만, 이것이 동시에 堪航能力注意義務의 위반에도 해당되면 運送人은 면책을 주장하지 못한다. 예컨대, 海技師免許가 없는 船員의 航海過失의 경우<sup>298</sup>), 航海士의 부족으로 인하여 선박이 좌초된 경우<sup>299</sup>) 또는 최신 海圖를 사용하지 않아 좌초된 경우<sup>300</sup>)에 運送人이 운송물의 손해에 대하여 賠償責任을 부담하여야 한다. 따라서 일단 運送人の 航海過失에 의한 免責主張에 대하여 하주가 運送人の 堪航能力注意義務違反에서 抗辯을 찾아 이러한 免責主張을 부정할 수 있다.

그러나 航海過失 중 船舶管理에 관한 過失과 堪航能力注意義務違反의 구분이 쉽지 않다. 즉, 선박의 항해 안전을 위한 선박의 管理上의 過失과 船舶堪航能力注意義務 중 선박이 안전하게 目的地까지 항해할 수 있는 상태에 있을 수 있도록 하는 위무의 위반과의 구분이다. 통상 운송물의 船積할 때부터 출항할

---

298) The "Roberta"(1937) 58 L1. L. Rep. 159(See William Tetley, *supra note 48*, p.385)

299) The "Eurysthenes"(1976) 2 Lloyd's Rep. 171.

300) The "Norman"(1960) 1 Lloyd's Rep. 1; The "Marion"(1984) 2 Lloyd's Rep. 1.

때까지의 사이에 船員의 過失에 의하여 선박의 결함이 발생하여 이로 인하여 운송물 손해를 야기한 경우에 堪航能力注意義務違反으로 본다. 그러나 영국과 미국 오래 동안 모인 판례에서 연역한 하나의 원칙은 출항 시에 존재하는 선박의 결함이 있더라도 ① 運送人 또는 船員이 그 사실을 예지하고 있는 경우, ② 출항 후 선내에 이용할 수 있는 수단에 의하여 결함을 스스로 보충하여 바로 잡을 수 있는 것, ③ 위험이 있을 때에 결함을 신속하게 동시에 간이하게 보충하여 바로 잡을 수 있는 것, 이상의 3 가지 요건을 만족시킨 경우에는 선박의 不堪航으로 보지는 않는다.<sup>301)</sup> 이러한 원칙은 일본에서도 인정되고 있다.<sup>302)</sup> 그러나 航海過失免責이 취소되면 직접 賠償責任을 청구할 수 있으며 堪航能力注意義務까지 고려하지 않아도 된다.

다음으로 中國海商法과 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서 航海過失 중의 船舶管理過失과 운송물에 과한 注意義務違反 중의 運送物管理過失의 구분의 기준이 중요한데, 이것은 運送人의 책임여부를 결정하는 데에 중요하다. 영국에서의 그 기준은 *Gosse Millerd v. Canadian Govt. Merchant Marine* 사건<sup>303)</sup>에서 확립하였으며, 그 주요한 내용은 다음과 같다.

손해의 원인이 오로지 또는 주로 運送人의 적하에 대한 상당한 주의를 懈怠한 것이면, 運送人 혹은 선박은 책임을 부담한다. 손해의 원인은 積荷와는 달리 선박의 전부 혹은 일부에 대한 運送人의 상당한 주의를 懈怠한 것이면 運送人 혹은 선박이 免責이 된다. 그러나 過失이 선박에 관한 過失이 아니고 積荷를 보호하기 위하여 선박의 屬具의 사용에 관한 경우에는 運送人 혹은 선박은 免責되지 못한다. 즉, 船舶管理는 선박자체의 입장에서 보며 선박이 안전하게 항해하기 위하여 직접적으로 선박에 대하여 행한 행위를 말하지만, 오로지 또는 주

---

301) 예컨대, *The Silivia*, 171 U. S. 462, 19 S. Ct. 7, 43 L. Ed. 241(1898) 사건에서 선실에 있는 선창가 있으며 유리의 외측에 철제의 보호창이 있는데, 船員의 過失로 철제의 보호창을 단지 않아, 항해 중 악천후를 만나서 유리창이 파괴되어 해수가 들어와 적하인 설탕이 젖어 손해가 발생하는 사건에서 감항능력위반으로 보지 않아 航海過失로 판결하였다.

302) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 134面.

303) (1929) A. C. 223.

로 운송물을 안전하게 운송하기 위하여 船舶 또는 屬具를 이용한 것은 船舶管理가 아니고 운송물관리에 속한다. 그 기준은 각국에서 원칙적으로는 일치하나 사건마다 판사에 따라 약간 차이가 있을 수 있다. 특히 船舶의 屬具의 사용이 선박의 안전과 운송물의 보호 중 어느 것을 주요 목적으로 하는 것인가가 애매한 경우가 있다. 예컨대, 해치커버는 수밀의 역할이 있으며 선박의 안전과 운송물의 대한 보호에 모두 중요한데, The "Hector" 사건<sup>304)</sup>에서는 船員이 해치커버를 견고히 닫아두지 않았기 때문에 항행 중 해수가 들어가 운송물이 毀損되었던 경우에 McNair 대법관은 航海過失로 판시하였다.

위에서 살펴본 것과 같이 만약 航海過失免責이 폐지되면 堪航能力注意義務違反이나 運送物에 관한 注意義務違反과 구별하거나 연결할 필요가 없이 運送人의 過失인지의 여부 자체만을 판단하면 되므로 하주와 運送人 사이의 법률관계를 더 명확하게 할 수 있으며 분쟁을 줄일 수 있고, 그에 따라서 訴訟費用도 감소될 수 있다.

天災地變, 海上 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故에 관한 면책은 통상 運送人의 運送物에 관한 注意義務에 대하여 過失이 없다는 抗辯인데, 만약 航海過失免責이 폐지되면 이 免責事由는 運送人의 過失이 없다는 抗辯에 의지할 것이다. 왜냐하면, 天災地變이나 해상위험이 존재한 경우에 운송물의 손해는 통상 船長, 船員의 船舶操縱過失과 해상위험이 공동으로 야기한 것이기 때문이다. 예컨대, 선장이 큰 파도 중에서 操縱의 過失을 저질러서 선박이 더 심하게 흔들릴 바람에 운송물의 손해가 확대되는 경우에 海上危險免責과 航海過失責任의 구분이 쉽지 않다. 따라서 이에 대한 분쟁이 늘어날 수 있기 때문에 이러한 면에서 訴訟費用은 전체적으로 증가될 수 있다.

## 2) 保險에 대한 影響

航海過失免責의 폐지는 한편으로는 積荷保險者와 責任保險者 사이의 위험의 분담과 형평의 문제로 된다.

積荷保險에 있어서는 하주는 해상운송에 수반하는 다양한 위험에 대비하기

---

304) (1955) 2 Lloyd's Rep. 218.

위하여 保險者와 積荷保險契約을 체결하여 保險料를 지불하고 그 대가로서 해상위험을 전가한다. 航海過失免責이 폐지되면 運送人의 책임이 가중되어 하주가 배상을 쉽게 받을 수 있기 때문에 積荷保險市場이 크게 줄이든다고 하는 주장도 있다.<sup>305)</sup> 그러나 積荷保險에 의하여 손해에 대한 보상을 신속하게 받을 수 있을 뿐만 아니라, 책임이 일정 限度額으로 제한되기 때문에 運送人으로부터 전액배상을 받을 가능성이 낮으나, 積荷保險者로부터 손해의 전액에 대한 보상을 받을 수는 있다. 따라서 하주가 여전히 積荷保險에 가입할 것이며, 積荷保險市場이 줄이지 않을 것이라고 생각한다.

부담된 손해가 발생한 경우에 積荷保險者가 보험금을 지급한 후 運送人에 대하여 求償權을 행사함으로써 지급한 保險金을 회수하고자 한다. 따라서 하주에 대한 運送人의 責任內容은 積荷保險者에게 큰 의미를 가지고 있다. 航海過失免責이 폐지되면, 運送物損害가 航海過失로 인한 경우에 運送人이 그 손해를 부담하여야 하기 때문에 積荷保險者는 피보험자인 하주를 대위하여 求償權 청구에 의해서 運送人으로부터 지급한 保險金을 대폭적으로 회수할 수 있을 것이다. 장기적으로 보면 積荷保險의 保險料가 내릴 것이다.

航海過失免責이 취소되면 運送人의 책임이 증가되기 때문에 運送人에 관한 責任保險에 있어서 위험이 더 집중하게 되므로 保險料가 많이 오를 수 있는데, 이것은 필연적으로 運賃에 전가될 것이다. 그러나 중국에 있어서 航海過失免責이 취소된다고 하여도 중국 責任保險市場이 활발해지는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면 아직은 중국 責任保險이 크게 발달하고 있지 않기 때문이다. 일반적으로 運送人의 책임 중에서 船舶衝突에 관한 責任의 일부를 船舶保險者에 부보할 수 있고,<sup>306)</sup> 기타 運送人의 책임은 모두 船主責任相互保險組合(P&I클럽)에 부보할 수 있다.<sup>307)</sup> 그러나, 현재 중국 P&I클럽은 그다지 발달하지 않았으며, 일

---

305) 趙月林·胡正良, 前掲論文, 21面.

306) 中國人民保險會社는 1986년 1월 1일 수정된 선박보험약관 중 충돌책임에 관한 보험에 있어서 본선의 적재한 운송물의 손해에 대한 책임에 대하여 배상하지 아니한다(중국인민보험회사 선박보험약관 제2조 제1항 (b)호).

307) 汪鵬南, 「海上保險合同法詳論」(大連: 大連海事大學出版社, 1996), 351面.

부 선박회사는 직접 외국 P&I클럽으로 책임보험을 가입하기 때문에 중국 P&I클럽에 부보하는 선박의 비율은 매우 적다. 게다가 일정 限度額을 넘으면 P&I클럽이 외국 P&I클럽으로 재보험을 해야 하기 때문에 航海過失免責이 취소되면 한도액이 크게 오르게 될 것이고, 그에 따라 중국 P&I클럽은 외국 P&I클럽으로 더 많이 再保險에 가입하여야 할 것이다. 즉, 중국 P&I클럽의 責任保險市場이 확대되는 것은 아니다.

### 3) 共同海損制度에 대한 影響

共同海損이란 동일한 航海過程에서 선박, 운송물 기타 재산에 共同的인 危險이 있을 때에 共同的인 安全을 위하여 故意로 또한 합리적으로 조치를 취함으로써 발생한 特殊犧牲 및 지출한 特殊費用을 각 受益者가 비율에 의하여 부담하게 하는 法律制度이다(동법 제193조). 만약 共同危險이 運送人의 過失로 인하여 발생한 경우에 中國海商法에 의하면 이러한 過失은 共同海損의 성립에 대하여는 영향을 미치지 못한다. 즉, 犧牲 또는 費用을 초래한 사고가 항해에서 어느 일방의 過失로 인하여 발생할지도 몰라도 共同海損分擔을 청구한 권리에 는 영향을 미치지 않지만, 過失이 없는 당사자는 過失이 있는 當事者에게 이 過失에 대하여 배상을 청구할 수 있고, 抗辯할 수도 있다(동법 제197조). 따라서 運送人의 航海過失免責을 취소하더라도 共同海損의 成立은 영향을 받지 않는다.

그리고 위와 같은 규정에 의하면 運送人이 면책을 주장할 수 없는 원인으로 공동위험이 발생한 경우에는 하주는 共同海損에 관한 費用分擔을 거부할 수 있고, 共同海損에 대하여 분담했을 경우에는 運送人이 이에 대하여 배상하여야 한다. 현재와 같이 航海過失免責이 인정된 경우에는 運送人의 航海過失로 야기한 共同海損에 대하여 하주가 분담하여야 한다. 그러나 航海過失免責이 폐지되면 運送人의 過失이 인정되어 결과적으로 하주가 共同海損의 分擔을 거부할 수 있다.<sup>308)</sup> 共同危險 중 상당한 비율이 航海過失에 의하여 야기한 것이며, 航海

308) 미국은 중국과 다르며 The "Irrawaddy"(1898) 171 U.S. 187판결로 확립된 원칙은 航海過失免責은 運送人이 航海過失에 대하여 면책을 인정할 뿐이고, 선주가 하주에게 공동해손분담을 청구할 수 없다. 그러나 運送人이 선하증권 또는 용선계



過失免責의 폐지는 선주가 하주에게 共同海損分擔을 청구할 수 있는 범위를 축소한다. 따라서 航海過失免責의 폐지는 共同海損정산에 대하여 영향이 없기 때문에 많은 비용과 시간을 투자해서 共同海損精算書를 작성하였으나, 航海過失로 인하여 야기한 共同危險으로서 하주가 共同海損分擔을 거부하므로 船舶所有者가 이 共同海損精算書를 가지고 P&I에게 하주의 共同海損分擔의 거부를 증명하는 것 외에는 아무런 용도가 없게 된다.<sup>309)</sup> 그러므로 만약 航海過失免責이 폐지되면 의미 없는 共同海損精算을 감소시키기 위하여 共同海損의 精算規則을 수정하여야 할 것이다.

#### 4) 船舶衝突에 대한 影響

船舶衝突事故는 航海過失로 인하여 발생한 것이다. 中國海商法の 제169조에 의하면 선주가 衝突事故로 인한 타선의 運送物損害에 대하여 過失의 비율에 따라 賠償責任을 부담한다.<sup>310)</sup> 본선의 運送物損害에 대하여는 航海過失이 면책되기 때문에 賠償責任을 부담하지 않는다. 그러나 航海過失免責이 폐지되면

---

약에서 선주가 過失이 있으나 면책할 수 있는 경우(航海過失免責을 가리킴)에는 하주가 분담을 거부할 수 없다는 내용, 이른바 New Jason약관에 의하여 航海過失로 인하여 발생한 공동해손에 대하여 하주로 하여금 분담하게 한다.

309) 실무에서 공동해손이 발생한 경우에 당해 선박이 P&I에 가입하면, 선주가 過失이 있더라도 공동해손을 신고하여야 한다. 왜냐하면, 하주가 공동해손분담을 거부하더라도 P&I에서 보상한다. 그러나 하주의 공동해손분담의 거부를 염려하여 선주가 공동해손을 신고하지 않으면, 공동해손분담을 청구하는 권리를 포기한 것으로 간주하여 P&I에 대하여 보상을 청구할 수 없게 된다(司玉琢, 前掲脚註244, 384面).

310) 中國海商法 제169조는 다음과 같이 규정하고 있다. 선박충돌이 발생한 경우에 충돌한 선박이 서로 過失이 있으면, 過失程度의 비율에 의하여 賠償責任을 부담한다. 過失의 정도가 같거나 過失程度의 비율을 확정하기가 어려운 경우에 손해배상의 책임을 균분하여 부담한다(제1항). 충돌로 인하여 초래한 선박 및 선상의 운송물 기타 재산의 손해에 대하여 전항에서 규정한 비율에 따라 賠償責任을 부담한다. 충돌로 인하여 야기한 제3자의 재산손해에 대하여 각 선박의 賠償責任은 비율을 넘지 아니한다(제2항). 서로 過失이 있는 선박은 제3자에게 야기한 사상에 대하여 連帶責任을 부담한다. 그 중의 한 선박이 지불한 배상이 본조 제1항에서 규정한 비율에 초과한 경우에 기타 過失이 있는 선박에 대하여 求償權을 행사할 수 있다(제3항).

본선의 運送物損害까지도 배상하여야 한다. 단지 본선의 하주에 대한 배상은 過失의 비율에 의하여 부담하지만 배상액은 단위당 責任制限이나 責任制限額을 넘지 못한다.

#### 5) 中國 海運業에 대한 影響

世界貿易機構에서 발표한 2004년 世界貿易統計에 의하면 중국 2004년 수·출입 액수가 모두 세계 3위에 차지하고 있으며, 유엔貿易開發會議에서 발표한 2003년 선박척수 및 적재량에 관한 통계에 의하면<sup>311)</sup> 중국은 선박척수는 세계 3위에 차지하고, 적재량은 세계 4위에 차지하고 있다. 따라서 중국은 貿易大國일 뿐만 아니라 동시에 海運大國에도 속한다. 따라서 하주의 이익이나 선주의 이익을 동시에 고려하여야 한다. 만약에 중국에서 먼저 航海過失免責을 폐지한다면, 하주와 선주에 미치는 영향이 航海過失免責存廢에 대한 결정적인 요소가 될 것이라고 생각한다.

이에 대하여 중국 학계에서 航海過失免責이 폐지되면 中國海運業의 발전을 저해하는 결과를 초래한다고 하는 주장이 지배적이다. 이러한 주장을 제시한 이유는 다음과 같다. 만약에 중국에서 먼저 航海過失免責이 폐지되면 輸入運送物의 경우에는 船積國 또는 船荷證券發行國의 法律에 따르며, 다른 나라에서 航海過失免責이 폐지되지 않기 때문에 중국 측의 하주는 中國海商法上 航海過失免責의 폐지에서 아무 이익도 받지 못하나, 수출운송물의 경우에는 中國海商法을 적용할 수 있기 때문에 외국 하주는 중국선박회사에서부터 航海過失免責廢止의 이익을 받을 수 있다. 따라서 중국에서 먼저 航海過失免責을 폐지한다는 것은 중국의 하주나 선박회사에 대하여 이익이 되지 못한다고 한다.<sup>312)</sup> 그러나 이것은 소송을 제기하는 법정지의 선택에 관한 문제이므로, 이러한 분석은 단편적이라고 생각한다.

中國海商法은 제4장 海上物件運送契約에 있어서 中國海商法の 強制適用에 관한 규정을 두고 있지 않았으나, 제14장 涉外關係의 法律適用에 있어서 계약

311) UNCTAD, "REVIEW OF MARITIME TRANSPORT, 2003".

312) 趙月林·胡正良, 前掲論文, 20面.

에 대하여 일반적인 法律適用의 규정을 두고 있다. 中國海商法 제269조에 의하면 계약당사자는 법률에서 따로 규정하지 않는 한, 계약이 적용될 법률을 선택할 수 있으며, 선택하지 않는 경우에 계약과 밀접한 관계가 있는 국가의 법률을 선택한다. 따라서 海上物件運送契約의 경우에는 當事者意思自由原則이 우선적 원칙이며, 밀접한 관계 원칙은 보충적 원칙이다. 船荷證券에 法律適用約款 또는 地域約款이나 사후의 합의가 있으면 그것에 의한 法律을 적용한다.<sup>313)</sup> 많은 판례에 의하면, 중국법원에서 法律適用의 승인이 없는 海上物件運送契約에 관한 사건을 심리할 때에는 통상 船積港이나 目的港이 중국에 있으면 中國海商法이 海上物件運送契約과 밀접한 관계가 있다고 하여 中國海商法을 적용한다.<sup>314)</sup> 따라서 화물수입에 관한 海上物件運送事件에 있어서 中國海商法을 적용하는 경우가 적지 않다.

다른 나라의 해상물건운송에 관한 법률은 해상물건운송준거법에 대하여 다음과 같은 3가지 유형이 있다. 첫째는 外航輸出入物件運送에 모두 內國法 強制適用을 규정하는 입법이 있는데, 예컨대, 영국 1974년 海上物件運送法은 동법 제1조에 의하면 船積港이나 揚陸港이 영국에 있는 物件運送 하에 발행된 船荷證券에 적용되고, 미국 1936년 海上物件運送法은 동법 서문에 의하면 船積港 또는 揚陸港을 미국의 항으로 하는 海上物件運送契約의 증거인 모든 船荷證券 또는 이것에 유사한 증권에 적용된다.<sup>315)</sup> 둘째는 外航輸出物件運送에만 강제

313) 그러나 중국 법원에서는 선하증권에 法律適用約款이 있더라도 선택한 법률이 외국법인 경우에 당사자가 당해 외국법을 제공하는 의무가 있으며, 제공하지 못하면 밀접한 관계 원칙에 의하여 준거법을 정한다. 그 결과는 통상 중국법을 준거법으로 적용한다. 美亞保險公司分公司 訴 香港東港船務有限公司, 民生輪船有限公司上海分公司(2003)滬海法商初字第207號.

314) 黑龍江省農糧經濟貿易有限責任公司 訴 Deligo Pte Ltd.(2000)廣海法商字第68號; 五鑛鋼鐵有限責任公司 訴 偉嘉船務有限公司, 中遠(香港)航運有限公司(2003)廣海法初字第108號; 中保財產有限公司湛江經濟技術開發區支公司 訴 越海航運公司, 幸運海路服務有限公司(1999)廣海法滬字第47號 사건 등.

315) 그러나 미국 외항수출입물건운송에 1936년 미국물건운송법을 적용한다고 하더라도 미국법원에서 선하증권에 헤이그-비스비규칙을 적용한다는 法律適用約款이 있는 경우에만 한하여 헤이그-비스비규칙이 1936년 미국물건운송법의 責任制限보다 높기 때문에 헤이그-비스비규칙의 적용을 인정한다. Daval Stell Prods. v.

로 내국법을 적용한다고 규정하는 입법이 있으며, 예컨대, 호주의 1991년 海上物件運送法은 동법 제11조에 의하면 호주에서 船積한 운송물에 관한 운송에 적용된다. 셋째는 중국과 같이 국내법의 強制適用을 규정하지 않는 입법이 있다.

따라서 中國物件輸出運送의 경우에 외국법원에서 제기한 소송에 있어서 당해 나라의 法律適用強行規定에 의하여 輸入物件運送에 법을 강제적으로 적용한다는 규정이 있으면 中國海商法을 적용할 수 없고, 이러한 強制規定이 없는 나라에서는 中國海商法을 적용한다는 합의가 없는 경우에 中國海商法을 적용할 수 없다. 그리고 앞에 진술과 같이 輸入物件運送에 대하여 중국법원에서 소송을 제기한 경우에 다른 나라의 법을 적용한다는 합의가 없는 한 中國海商法을 적용하는 경우가 많다. 그러므로 위와 같이 輸入貨物의 경우에는 船積國 또는 船荷證券發行國의 법률에 따르고 輸出貨物의 경우에는 中國海商法을 적용한다는 견해가 틀린 것이다. 그러나 그렇다고 해서 航海過失免責이 폐지되면 중국 하주에 대하여 이익이 되고 運送人에게 불이익이 없는 것은 아니다. 法律適用에 관련하여 航海過失免責이 폐지되면 다음과 같은 결과가 나타날 수 있다고 생각한다.

현행 中國海商法에서 法強制適用에 관한 규정이 없고 當事者自由原則이 우선하기 때문에 航海過失免責이 폐지되면, 運送人의 책임이 다른 나라 보다 가중하므로 運送人이 모두 船荷證券이나 運送契約을 증명하는 기타 증권에서 다른 나라의 법을 적용한다는 法律適用約款을 만들 것이다. 그렇게 되면 中國海商法에서 航海過失에 관한 규정이 효용이 없을 뿐더러 海上物件運送契約에 관한 법의 규정은 모두 死文化될 가능성이 높다.

따라서 航海過失免責을 폐지한다면 미국 1936년 海上物件運送法과 같이 法強制適用을 만들어 중국 수출입물건운송에 中國海商法이 모두 적용된다고 규정하여야 할 것이다. 이렇게 규정하면 중국에서 소송을 제기한 경우에 航海過

---

M/V Acadia Forest 1988 AMC 1669(S.D.N.Y. 1988); Associated Metals & Minerals Corp. v. M/V Arktis Sky 1991 A.M.C. 1499(S.D.N.Y.1991). Tuxpan Lim. Procs., 1991 A.M.C. 2432(S.D.N.Y.1991).

失免責의 폐지는 중국에 있는 하주 또는 積荷保險者에 대하여 이익이 될 것이다.<sup>316)</sup> 앞에 서술한 바와 같이 중국은 동시에 海運大國이며, 중국 商船隊는 각 航路, 주로 중국과 관련된 航路에서 업무를 전개하고 있다.<sup>317)</sup> 그러나 船員의 자질이 선박의 안전에 대하여 결정적인 요소이며, 중국에서는 벌크선 船員의 자질이 좋은 반면에, 특수 선박, 예컨대, 대형 油槽船, 化學品船, 自動車運搬船에 있어서는 중국 현재 船員의 자질이 아직 다른 나라, 심지어 다른 일부 개발도상국의 船員에 비교하면 그 수준이 낮다.<sup>318)</sup> 航海過失은 주로 船員의 자질과 관련된 것이기 때문에 航海過失免責이 폐지되면 중국 海運業에 큰 충격이 될 것이다. 따라서 중국 海運業을 보호하기 위하여 船員의 자질이 세계에서 우선적인 수준에 도달하기 전 航海過失免責을 다른 나라보다 먼저 폐지하는 것은 무리가 있다.

#### (4) 綜合的 分析

航海過失免責이 폐지되면 장점은 현재 중국 責任制度에서 航海過失과 堪航能力注意義務와의 구분 및 航海過失과 商事過失과의 구분의 필요가 없게 되므로 訴訟費用이 크게 줄일 수 있다는 것이고, 단점은 航海過失과 免責事由 중 天災地變, 海上 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故와 구분이 쉽지 않게 되어 이러한 면에서는 訴訟費用이 늘어날 수도 있는 것이다.

하주에 있어서 장점은 積荷保險料를 내릴 수 있고 積荷保險에 가입하지 않더라도 손해배상을 받을 수 있는 범위가 넓어지는 것이고, 단점은 運送人에 관한 責任保險의 保險料가 많이 오를 수 있기 때문에 필연적으로 運賃에 전가함

---

316) 운송물수출에 있어서 CIF 매매조건으로 매매계약을 체결하여 중국 하주가 중국 내에 있는 보험회사에 보험을 가입한 경우를 말한다.

317) 예를 들면, 中國遠洋運送集團(COSCO)에서 자기의 상선으로 운항하는 航路는 전 세계 160여개 나라의 1300여개 항구의 범위에 미치고 있다([http://www.cosco.com.cn/cn/business\\_areas/shipping.jsp?leftnav=/2/1](http://www.cosco.com.cn/cn/business_areas/shipping.jsp?leftnav=/2/1), 中遠集團 홈페이지, 검색일자 2005. 7. 20).

318) 研究報告, “海員外派的制約因素與對策”, <http://anhui.mofcom.gov.cn/aarticle/sjgongzuody/200509/20050900492069.html>, 商務部 홈페이지, 검색일자 2005. 7. 20.

으로써 運賃도 상승을 예상할 수 있다.

그리고 航海過失免責이 폐지되면 의미가 없어지는 共同海損精算을 감소시키기 위하여 현행 共同海損制度는 변경되어야만 할 것이다.

中國海商法에서 法強制適用에 관한 규정이 없고 當事者自由原則이 우선하기 때문에 航海過失免責이 폐지되면 中國海商法 중 海上物件運送契約에 관한 법의 규정은 사문화될 수 있으므로 중국은 다른 해운 대국이 航海過失免責을 폐지하기 전에 먼저 폐지할 필요가 없다고 생각된다.

### 3. 火災免責에 관한 檢討

현행 中國海商法에서는 火災를 免責事由의 하나로서 규정하고 있으나 運送人이 본인의 過失로 인한 火災는 免責되지 않는다고 한다. 앞에 진술한 바와 같이 火災免責事由는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 받아들인 것이다.

#### (1) 火災免責의 沿革

火災免責은 처음에는 船荷證券의 免責條項으로 나타나기 시작하였으나<sup>319)</sup> 그 뒤에 火災免責은 헤이그규칙이 성립하기 전 이미 일찍부터 成文法으로 인정되어왔던 것이다.<sup>320)</sup> 헤이그규칙에서 “運送人의 故意 또는 過失에 기인한 것을 제외한다”라고 하는 단서가 삽입된 것은 미국 대표자의 강력한 주장에 의한 것이다. 火災免責의 실질적 立法理由에 대하여는 다음과 같다. 선박에서 극히 경미한 過失로도 火災가 발생할 수 있으며, 船員도 스스로도 구하기 어려운테다가 육상과 달리 소방서로부터 구원을 받지 못하여 火災가 운송물 전체에 미치기 쉽기 때문에 손해가 거액으로 되는 경우가 많다. 그리고 過失의 판단도 쉽지 않으므로 결국 해상위험성에 귀속하게 되는 것이다.<sup>321)</sup> 그래서 이 책임을 경감하

319) Christy v. Row(1808) 1 Taunt. 300; 9 R. R. 776, 777. 이 사건의 선하증권에는 “해상위험, 공권력의 행사, 화재, 공적행위에 의하여 발생한 손해에 대해서 賠償責任을 부담하지 아니한다”는 免責約款이 도입되어 있었다.

320) 1851년 미국 화재법 및 1894년 영국 상선법 중 제502조에서 화재의 면책을 규정하고 있다.

321) 楊良宜, 前掲書, 563面; 田中誠二·吉田 昂, 前掲書, 83面.

는 것은 국가의 해운업의 유지를 위하여 필요하다. 또한 하주 측은 積荷保險에 의해 원칙적으로 火災에 대한 손해를 보상받기 때문에 火災免責을 인정하더라도 현저히 불이익을 받지 않는다.<sup>322)</sup>

## (2) 運送人の 故意 또는 過失

中國海商法은 火災免責 사유의 단서에서 헤이그규칙과 같이 運送人の 使用人の 過失·故意에 의하여 발생한 火災에 대해서는 運送人이 면책된다. 그러나 中國海商法은 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務가 免責事由 사이의 관계에 있어서 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문에 火災의 發生原因이 堪航能力注意義務 또는 運送物에 관한 注意義務를 위반한 경우가 火災免責에 대하여 어떠한 영향을 미치는지에 대하여 논란이 많다. 이에 대하여는 뒤에 運送人の 의무와 免責事由 사이의 관계를 검토할 때에 정리하기로 한다.

## (3) 火災免責의 廢止에 관한 評釋

함부르크규칙에서는 火災로 인하여 야기한 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延에 대하여 賠償請求者가 運送人 또는 그의 使用人이나 대리인 측의 過失 또는 부주의로 인하여 火災가 일어났다는 것을 증명한 때에는 運送人은 賠償責任을 부담하고, 火災를 진화하여 손해를 방지하거나 경감하기 위하여 합리적으로 요구된 모든 조치를 취함에 있어서 運送人 또는 그의 使用人이나 대리인의 過失 또는 부주의로부터 발생되어졌다는 것이 賠償請求者에 의해서 입증되었던 그 같은 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延에 대하여 運送人은 책임을 부담한다고 규정하고 있다(함부르크규칙 제5조 제4항 (a)호).

함부르크규칙에 의하면 火災의 原因이 판단될 수 없는 경우에 危險負擔이 하주 측에 있다. 즉, 火災는 함부르크규칙에 있는 일반 責任原則인 過失推定責任과 다르다. 火災에 대한 立證責任을 하주 측에 부과하는 것은 함부르크규칙 회의의 참가자의 대부분이 船內火災는 통상 운송물에 기인한다고 주장하여 이를 고려하여 규정한 것이다.<sup>323)</sup> 이렇게 하주 측에 立證責任을 부과하는 것은

322) 田中誠二·吉田 昂, 上掲書, 83面.

323) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 77面.

火災免責을 인정하는 것과 같은 효과라고 하는 견해도 있다.<sup>324)</sup> 그렇다고 하더라도 함부르크규칙에서는 火災原因이 運送人의 使用人의 故意 또는 過失로 인하여 야기한 火災인 것을 분명한 경우에는 運送人이 책임을 부담하여야 하며, 이것은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙보다 책임이 가중된다고 말할 수 있다.

航海過失免責의 폐지의 부분에서 설명한 이유를 고려하여, 다른 나라에서 먼저 함부르크규칙의 火災에 대한 규정과 같이 개정하기 전에, 중국은 運送人의 過失이 아닌 火災를 免責事由로 유지하여야 한다. 그러나 中國海商法上 火災免責의 但書條項에 관한 立證責任의 합리성에 대하여는 賠償責任에 관한 立證責任을 설명할 때에 검토하기로 한다.

#### (4) 火災發生의 場所에 관한 檢討

中國海商法은 헤이그규칙과 같이 火災의 장소에 대하여 한정하지 않았다. 따라서 火災가 船舶內部에서 발생한 경우에 한하지 않고 외부의 火災가 선내로 미친 경우도 포함한다. 뿐만 아니라 中國海商法上 運送人의 컨테이너운송물의 責任期間은 선적한 때부터 揚陸한 때까지의 기간에 한하지 않기 때문에 運送人의 점유 하에 운송물이 육상에 있는 동안, 육상에서 발생한 火災로 인하여 손해를 입은 경우에도 運送人의 故意 또는 過失이 없는 한 運送人이 면책된다고 해석할 수 있다.

다른 나라의 입법례를 살펴보면 많은 나라에서 火災發生의 장소를 선상으로 제한을 두고 있다. 미국 1851년 화재법에서는 “……선박에 발생한 火災 또는 선상에서 발생한 火災(fire happening to or on board the vessel)에 의하여 적재된(be shipped, take in, or put on board) 모든 운송물에 발생한 滅失 또는 毀損에 대해서……”라고 규정하고 있기 때문에 운송물은 선박에 있는 동안 선상의 火災에 의하여 손해를 입은 경우에 한한다. 미국의 판례에 의하면, 외부의 火災가 본선에 옮겨 운송물에 손해를 입힌 경우에도 運送人이 免責될 수 있다고 판시하였다.<sup>325)</sup>

324) 楊良宜, 前掲書, 682面.

325) The Munaires(D.C. La. 1935) 12 F. Supp. 913.



영국의 1894년 상선법 제8편 제502조에서는 “……자기의 선박에 적재된 운송물 선상에서의 火災에 의하여 滅失 또는 毀損을 입힌 경우……”라고 규정하고 있다. 그리고 일본에서도 선박에 있는 火災로 한정하고 있다(동법 제3조 제2항). 그러나 일본에서는 선박에 있는 火災에 대한 해석에 있어서 육상 기타 선박외의 火災가 선박에 미친 경우를 포함하지 않고, 거룻배에 있는 火災도 포함하지 않는다고 한다.<sup>326)</sup>

이상의 火災免責에 관한 외국입법례는 船舶內部에서 발생한 火災이든, 船舶外部에서 본선으로 옮긴 火災이든, 모두 선박에 積載된 운송물에 火災로 인하여 발생한 손해에 대하여 運送人이 免責되고 있다.

火災의 立法理由는 앞에서 서술한 바와 같이 선박에서 火災가 발생하면 船員도 스스로도 구하기 어려운데다가 육상과 달리 소방서로부터 구원을 받지 못하여 火災가 운송물전체에 미치기 쉽기 때문에 결국 해상의 위험성으로 취급한 것이다. 따라서 운송물이 船積하기 전 또는 揚陸한 후의 기간 중 육상에 있을 때 불이 붙은 경우에는 위와 같은 해상위험으로 볼 수 없다. 그러므로 火災로 인하여 손해를 입힌 운송물이 존재하는 장소를 한정하는 것이 타당하다고 생각된다. 즉 선박에 積載된 운송물에 火災로 인하여 발생한 손해에 대하여 運送人은 免責된다고 규정하는 것이 타당하다.

## II. 中國海商法上 運送人責任의 體系에 관한 檢討

앞에서 中國海商法上 불완전 過失責任原則에 대한 검토를 통하여 중국 해운업 보호의 입장에서 아직 중국에서는 불완전 過失責任原則을 계속 유지하여야 하지만, 中國海商法上 運送人의 3가지 의무와 免責事由 사이의 관계, 즉 運送人책임의 체계에 있어서 법률 규정에 의해서는 판단하기 어렵기 때문에 혼란을 많이 일으키고 있다. 이러한 관계는 運送人과 하주 사이에 중요한 의미가 있으므로 명확하게 규정하는 것이 필요하다. 따라서 이하에서는 普通法, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 運送人의 堪航能力注意義務, 운송물에 대한 주의의

---

326) 石井照久, 前掲論文, 24面.

무, 直航義務와 免責事由 사이의 관계에 대하여 살펴보고 中國海商法上 運送人の 의무와 면책 간의 법률관계를 고찰하도록 한다.

## 1. 普通法상 運送人責任의 體系

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 규정하고 있는 海上運送人責任은 영미 판례법 나라에 있는 成文法과 判例法에서 지배하는 각 원칙을 도출하여 입법한 것이다.<sup>327)</sup> 中國海商法은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 참조하여 규정한 것이기 때문에 普通法<sup>328)</sup>에 있는 海上運送人責任의 체계에 대한 고찰은 中國海商法上 運送人責任體系를 정함에 있어서 매우 중요하다.

### (1) 普通法上 基本的 責任

普通法の 기본적인 책임은 송하인에서 받았던 것과 같은 상태의 운송물을 하주에게 引渡하는 의무를 부담하여 운송물이 滅失하거나 또는 毀損된 경우에 그 원인의 여하를 묻지 않고 賠償責任을 부담해야 한다는 절대적 책임이다. 이러한 절대적 책임은 가장 오래된 기초적인 원칙이며 기타 運送人の 책임법의 각 원칙은 모두 이 絕對責任이 존재하기 때문에 생긴 것이다.

### (2) 普通法상의 免責事由와 免責約款

普通法の 絕對責任을 완화하기 위하여 법원은 약간의 免責事由를 인정하였다. 이것은 普通法上 免責事由이며 가장 오래된 免責事由는 天災, 公敵行爲이고<sup>329)</sup> 그 후에 운송물의 숨은 하자,<sup>330)</sup> 記號의 결함,<sup>331)</sup> 투하<sup>332)</sup>도 普通法상

327) 清河雅孝, 前掲書, 1面.

328) 普通法은 일반적으로 1893년 하터법, 1924년 영국해상물건운송법 및 1936년 미국해상물건운송법 등이 제정이전에 海上物件運送人の 책임을 規整하는 판례법 및 전술한 제정법에서 언급하지 않는 사항에 관한 판례법이다.

329) 1671년 *Morse v. Slue 1 Vent.* 190 사건에서 “피할 수 없는 손해”, 예를 들면 해적행위, 폭풍우 등에 의한 손해에 대해 그 賠償責任을 부담하지 않는다고 판시되었다. 이것은 普通法の 免責事由의 원형이다. 그 뒤 1793년 *Coggas v. Bernard 2 LD.Raym.* 909사건에서 수석판사 Holt Chief Justice가 구체적으로 天災, 公敵行爲를 普通法상의 免責事由이라고 선명하였다. 미국에서는 1848년 *New Jersey Steam Nav. Co. v. Merchant's Bank 47 U. S.* 343 사건에서 같은 견해를 표시하고 있다.

免責事由로 추가되었다.

법원은 法技術的으로 絶對責任의 완화를 도모하고 있으나, 運送人도 船荷證券에 免責約款을 도입하여 運送物損害의 賠償責任의 면제 또는 경감을 도모하고 있다. 免責約款으로 도입한 가장 오래된 것은 당시 법원에서 普通法の 免責事由인 천재의 의미를 엄격하게 해석하기 위하여 도입된 약관으로서 “해상의 위험에서 발생한 손해에 대해서 賠償責任을 부담하지 않는다”라는 免責約款이다.<sup>333)</sup> 그러나 19세기에 들어와서 해상물건운송업이 번창하게 되자, 運送物損害事故도 많이 발생하게 되어서 海上危險免責約款만으로는 하주의 賠償請求에 대한 대책이 運送人에게는 없었다. 그리고 선하증권에 도입되고 있었던 면책의 범위는 법원의 판례에 의하여 고정되어 있었고, 免責約款의 내용에 속하지 않는다고 판단되는 사고가 많았다. 運送人은 이러한 어려운 형편을 바꾸기 위하여 보다 상세한 내용으로 海上危險免責約款을 船荷證券에 도입하였다. 이러한 免責約款은 주로 海上 및 航海의 危險·事故,<sup>334)</sup> 河川의 危險 및 事故,<sup>335)</sup> 선박救助,<sup>336)</sup> 漏損 또는 破損에 의하여 발생한 손해에 대하여 賠償責任을 부담하지 않는다는 約款이었다. 이에 대하여 법원은 解釋理論과 法技術<sup>337)</sup>에 의하여 새로운 문언을 포함하고 있는 海上危險免責約款을 종래의 海上危險免責約款과 같이 해석하여 運送人이 도입한 免責約款의 효력을 때때로 인정하지 않았다.

---

330) *Blower v. G. W. Ry*(1872)L.R. 7 C.P. 655; *Kendall v. L.&S.W.Ry*(1872)L.R. 7 Ex.

331) *Hudson v. Baxendale*(1857) 2 H.&N. 575; *L.&N.W.Rye v. Hudson*(1920) A.C. 324.

332) Sir Guenter Treitel & F.M.B. Reynolds, *Carver on Bills of Lading*(London: Sweet & Maxwell, 2001), p.422.

333) *Pickering v. Barkley*(1648) 82 Eng. Rep. 587; *Barton v. Walliford*(1667) 90 Eng. Rep. 587.

334) *Davis v. Garrett*(1830) 6 Bing. 716.

335) *Spence v. Chodwick*(1847) 16 L. J. Q. B. 313.

336) *Phillips v. Clark*(1857) 2 C. B. (N. S.) 156.

337) 이것은 법원이 하주의 입장에 서서 免責約款을 제한하기 위하여 발전해온 후술한 約因理論, 合意原則, 嚴格解釋原則, 曖昧原則, 體系原則을 말한다.

그렇지만 運送人은 이러한 법원의 엄격한 태도에도 불구하고 보다 구체적인 免責事由를 정한 約款을 작성하여 법원의 解釋規則을 회피하면서, 한편으로는 법원이 요구하고 있는 免責의 要件을 만족시킨 새로운 免責事由를 免責約款으로 도입해서 運送物損害責任을 면하도록 하였다.<sup>338)</sup> 뒤의 過失免責約款 또는 不堪航免責約款과 구별하기 위하여 이러한 海上危險免責型 約款을 普通免責約款이라고 한다.

### (3) 免責의 規制

海上危險免責型 約款이 급증하자, 이러한 免責約款의 濫用에서 발생한 불공평을 시정하기 위하여 約款의 規制原理가 만들어지게 되었다. 約因理論이나 合意原則,<sup>339)</sup> 解釋原則<sup>340)</sup>으로 이러한 유형의 免責約款을 규제해왔지만, 한계가 있었기 때문에<sup>341)</sup> 보다 유효한 免責約款의 規制原理를 구하게 되었는데, 이것

---

338) 예컨대, 1864년 Lloyd v. The General Iron Screw Collier Co. 사건에서 免責約款의 내용은 다음과 같다. “천재, 공적, 해적, 강도, 선장 혹은 船員의 비행, 공권력의 행사, 火災, 기계류, 기관, 蒸氣 기타 물건의 接觸, 濕氣, 汗濡, 漏水, 기타 원인에 의한 사고 또는 손해, 및 성질 혹은 종류의 여하를 불문하여 해상, 하천 및 증기선항해에서 발생한 사고 또는 손해에 대해 賠償責任을 부담하지 않는다.”

339) 約因理論과 合意理論과 같은 규제원리는 약관의 효력을 부정하는 것이며 免責約款의 일반적인 규제원리이다. 약인이론이란 運送人의 물건운송에 대한 승낙은 운송의 대가인 운임을 얻기 위한 것이며, 免責約款의 도입의 약인이 아니다. 따라서 유효한 약인이 제공하지 않는 경우에는 免責約款의 효력을 부정할 것이다. 합의이론은 免責約款의 내용을 상대방이 동의하지 않는다는 이유에서 免責約款의 효력을 부정하는 것이다.

340) 解釋原則은 免責約款의 효력을 부정하는 법원칙이 아니라 그의 적용 또는 원용을 배제 또는 제한하는 기능을 가지고 있다. 주로 엄격해석원칙, 애매원칙, 체계적 해석 등이 있다. 엄격해석원칙이란 免責約款이 運送人의 이익을 위하여 運送人이 도입한 것이기 때문에 그 내용을 엄격하게 해석하여 또는 運送人에 불이익하게 해석한다는 원칙이다. 애매원칙은 애매조항의 해석원칙으로서 免責約款의 문언이 애매 또는 불명료한 점이 있는 경우에 약관을 사용한 運送人에 대하여 불이익하게 해석하는 원칙이다. 체계적 해석은 선하증권에 있는 모든 免責約款의 내용을 체계적으로 이해한다는 방법에서 免責約款의 효력을 제한하는 해석방법이다.

341) 約因理論, 合意原則 또는 解釋原則은 免責約款의 규제에 큰 역할이 있었지만 절대적인 것이 아니다. 이러한 이론 또는 원칙의 규제를 회피하는 방법이 있다. 약인이론에 대하여는 비교적 저렴한 운임 또는 운임의 할인은 선하증권에 산입되고 있

이 바로 不堪航法理, 過失法理 및 離路法理이다. 離路法理와 過失法理는 해상 위험약관을 規整하기 위하여 생긴 법원칙이고, 不堪航法理는 過失免責約款을 規整하기 위하여 생긴 법원칙이다. 법원은 約款의 문언이 명백하든지 아닌지를 불문하여 運送人의 어느 特定行爲의 過失, 不堪航, 離路에 의하여 免責約款의 適用 또는 援用을 배제한다.

離路에 의하여 運送人 免責約款을 배제하는 것은 일찍부터 행하였지만<sup>342)</sup> 하나의 독립적인 원칙으로 되는 것은 “條件違反”<sup>343)</sup> 또는 “基本的 違反”<sup>344)</sup>이라는 이론에 의하여 형성된 것이다. 離路는 普通免責約款 뿐만 아니라 特殊免責約款인 過失免責約款 및 不堪航免責約款도 배제할 수 있다.

過失法理란 運送契約에 있어서 선주가 신중하고 동시에 주의깊게 운송물을 운송하는 것이 묵시적으로 약속하는 것이며, 이러한 의무에 위반하여 普通免責約款을 援用할 수 없는 것이다.<sup>345)</sup> 그러나 過失法理의 規制는 절대적인 것이 아니다. 運送人이 계약의 상대방의 동의를 얻으면 자기의 過失 또는 船長, 導船士, 船員의 過失에 기인한 損害賠償責任을 명백한 문언의 특약에 의하여 免除할 수 있다. 즉 過失法理는 過失免責約款에 대하여 효력이 없다.

---

는 免責約款의 약인으로 해석되고 있으며, 이를 통하여 運送人이 저액배상을 하게 되기 때문에 약인이론에 의한 免責約款의 규제는 크게 유효한 것은 아니었다. 합의원칙에 대하여는 선하증권의 기재 및 적당한 통지에 의하여 이 원칙면책배제의 기능은 완전히 마비되었다. 그리고 해석원칙에 대하여는 명백한 문언은 해석을 필요하지 않기 때문에 運送人의 의도하는 免責約款의 내용 및 범위를 명백하고 동시에 정확한 문언으로 선하증권에 표현하면 엄격해석, 애매원칙 또는 체계적 해석에 의한 불이익을 회피할 수 있다.

342) Ellis v. Turner(1800), 8 T. R. 531; Davis v. Garrett(1830) 6 Bing. 715.

343) Thorley v. Orichs S.S. Co.(1907) 1 K. B. 660.

344) Hain S.S. Co. v. Tate & Lyle(1936) 55 L1. L. R. 159.

345) 過失法理는 1857년 Phillips v. Clark 26 L. J. C. P. 168 사건에서 처음 사용하였다. 본 사건에서 선하증권에 “漏損 또는 破損에 의하여 賠償責任을 부담하지 않는다”는 免責約款이 있는데 법원에서는 운송물의 손해가 運送人의 자신의 過失에 의하여 야기된 漏損 및 破損의 책임까지 면제하는 것으로 해석할 수 없다고 판시하였다. 그러나 이 사건에서는 주로 계약의 해석원칙임에 불과하다. 하나의 법리로 형성된 것은 1868년 Grill v. General Iron Screw Collier Co. L. R. 1 C. P. 600 사건이며, 소위 묵시적 의무라는 법적 구성에 의한 것이다.

不堪航法理는 過失免責約款의 규제하기 위하여 창출한 것이다. 不堪航法理를 만들기 전 過失免責約款에 대하여 각종 解釋原則을 통하여 規制하였지만, 앞에 서술한 바와 같이 解釋原則이 한계가 있기 때문에 유효하게 규제할 수 없었다. 不堪航法理란 運送人이 출항할 때에 堪航能力이 있는 선박을 제공하는 의무를 부담하는 묵시적 또는 필연적 의무가 있으며, 그를 위반하면 運送人이 過失免責約款까지 포함한 免責約款을 援用할 수 없다는 것이다.<sup>346)</sup> 이에 대응하기 위하여 運送人은 不堪航免責約款을 작성하였는데, 법원에서는 堪航能力의 담보의무에 상당한 주의를 다하면 이러한 免責約款을 援用할 수 있으나<sup>347)</sup>, 過失에 의하여 야기되어진 不堪航에는 적용할 수 없다고 하였다.<sup>348)</sup>

#### (4) 普通法上 運送人의 義務와 免責約款과의 關係

普通法上 運送人의 일반적인 의무는 운송물의 受領·船積·積付·取扱·保管·運送·揚陸 및 引渡 등 의무를 포함하여 運送人의 一般義務라고 한다. 이러한 의무는 目的地까지 운송물의 返還義務이다. 이에 위반하여 運送人이 책임을 부담하여야 한다. 그러나 이러한 책임은 普通免責約款으로 免除될 수 있지만, 離路法理, 過失法理 및 不堪航法理로 인하여 免責約款의 援用을 排除할 수 있기 때문에 運送人이 이러한 免責約款을 援用할 수 있으려면 直航義務, 운송물의 안전에 관한 상당한 주의의무, 堪航能力이 있는 선박을 제공하는 의무, 이 3가지 특수 의무에 위반하면 안 된다. 따라서 “손해가 있으면 이것을 배상한다”는 絶對責任이 있기 때문에 이러한 特殊義務의 위반의 효과는 賠償責任을 부담하는 것이 아니라 免責排除事由로 되는 것이다.

여기서 直航義務違反에 있어서는 운송물의 손해와 直航義務違反 사이의 因果關係를 묻지 않는다. 그러나 堪航能力이 있는 선박을 제공하는 의무와 운송물의 안전에 관한 상당한 주의의무위반에 있어서는 운송물손해가 過失 또는 不堪航과 因果關係가 없으면 免責約款을 배제할 수 없다.

346) 불감항법리를 처음 논한 것은 Steel v. State Line Steamship Company(1877) 3 App. Cas. 72 사건이다.

347) The Cargo Ex Laertes(1887) 12 P. D. 187.

348) City of Lincol S.S. v. Smith(1904) A. C. 250.

이러한 3가지 특수 의무 위반을 배제할 수 있는 免責約款의 범위가 다르다. 普通免責約款에 대해서 모두 배제할 수 있으나, 特殊免責約款에 대하여는 그 효력이 다르다. 그 중에서 直航義務違反으로 배제할 수 있는 免責約款의 범위가 다른 두 가지 의무 위반보다 크다. 즉, 直航義務違反에 의하여 運送人은 모든 유리한 約款을 援用할 수 없다.<sup>349)</sup> 堪航能力이 있는 선박을 제공하는 의무 위반은 운송물의 안전에 관한 상당한 주의 의무 위반과 비교하면 범위가 더 크다. 운송물 안전에 관한 상당한 주의 의무 위반은 責任制限약관이나 過失免責約款을 배제할 수 없다. 堪航能力이 있는 선박을 제공하는 의무 위반은 過失免責約款을 배제할 수 있으나 不堪航免責約款이 있는 경우에 不堪航能力에 관한 의무에 대해서 상당한 주의를 다한 경우에만 그 효력이 인정되기 때문에 免責約款排除기능이 충분하지 않는다.

따라서 普通法の 運送人責任法體系 하에 船荷證券에 過失免責約款과 不堪航免責約款이 있는 경우에 運送人의 過失로 인하여 야기한 운송물 손해에 대하여 運送人이 출항 당시 堪航能力에 관한 의무에 대해서 상당한 주의를 다하고 離路行爲가 없으면 賠償責任을 면제할 수 있다. 이것은 오늘 해상 운송에 관한 강행 법규에 의하여 運送人이 運送物에 관한 注意義務違反으로 賠償責任을 부담하여야 하는 것과 다른데, 이것은 普通法の 한계라고 생각된다.

## 2. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 運送人責任의 體系

### (1) 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 運送人의 義務

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에 있어서는 運送人이 출항하기 전 또는 출항한 당시에 堪航能力注意義務(동 규칙 제3조 제1항) 및 運送物에 관한 注意義務(동 규칙 제3조 제2항)를 명문으로 규정하고 있다. 그러나 直航義務에 대하여

---

349) 離路법리에 대응하여 運送人의 直航義務를 면제하려는 離路自由約款이 있지만 이러한 약관의 효력은 해석원칙에 의하여 엄격하게 제한되고 있다. 약관의 문언을 통하여 효력을 인정하는 관례는 드물다. Stag Line v. Foscolo Mango(1932) A. C. 328; Glyn v. Margetson & Co.(1893) A. C. 351; Leduc v. Ward(1888) 20 Q. B. D. 475.

는 명문으로 규정하지 않았으나 正當한 離路에 의하여 야기한 滅失 또는 毀損에 대하여 책임을 부담하지 않는다고(동 규칙 제4조 제4항) 규정하고 있기 때문에 直航義務에 대하여 간접적으로 규정하는 것이라고 볼 수 있다.

## (2) 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 運送人의 義務違反과 賠償責任

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 運送物에 관한 注意義務 및 直航義務違反의 효과에 대하여는 직접적으로 규정하고 있지 않지만, 堪航能力注意義務에 관해서만 堪航能力注意義務違反으로 야기한 滅失 또는 毀損에 대하여 運送人은 책임을 부담하여야 한다고(동 규칙 제4조 제1항) 규정하고 있다. 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 普通法과 같이 絶對責任을 부담한 것이 아니기 때문에 이 3가지 의무위반의 효과에 있어서 免責事由와 관련이 없다면, 運送人이 이 3가지 의무의 위반으로 인하여 야기한 운송물손해에 대하여 賠償責任을 부담해야 된다는 것은 분명하다.<sup>350)</sup> 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 運送人책임경감약관을 금지하는 규정에 의하여 普通法과 같이 運送人은 過失免責約款 및 堪航能力注意義務免責約款으로 책임을 輕減할 수 없으므로 普通法에 존재하는 문제를 입법적으로 해결하였다. 그리고 운송물손해의 원인이 명확하지 않는 경우, 즉 운송물손해의 원인과 運送人의 의무위반과 因果關係가 있는지 없는지 확정할 수 없는 경우에 賠償責任에 대하여는 협약에서 규정하지 않았으나, 영국의 판례에 의하면 이러한 경우에도 運送人이 賠償責任을 부담하여야 한다고 한다.<sup>351)</sup> 문제가 되는 것은 규칙에 규정되어 있는 이 3가지 의무와 法定免責事由 사이의 關係인데, 이에 대하여 명확하게 규정하지 않기 때문에 법조문의 내용과 구성으로 추정할 수 밖에 없다.

---

350) 여기서 堪航能力注意義務에 있어서는 “상당한 주의로서”(due diligence) 다하여야 하는 것이고, 運送物에 관한 注意義務에 있어서는 “적절하고 주의깊게”(properly and carefully) 행하여야 하는 것이고, 直航義務에 있어서는 正當한 離路(resonable deviation)에 대하여 책임을 부담하지 않는 것이기 때문에 이러한 의무의 위반으로 賠償責任을 부담하는 責任의 性質은 過失責任이다.

351) The "Destro"(1927) 29 Lloyd's Rep. 133; The "Ocean Dynamic"(1982) 2 Lloyd's Rep. 88.



### (3) 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에 運送人의 義務와 免責事由와의 關係

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙은 제4조 제2항 (a)호부터 (q)호까지에서 免責事由를 규정하고 있다. 이러한 法定免責事由와 堪航能力注意義務 및 운송물에 대한 주의의무와의 관계에 대한 法律解釋은 Maxine Footwear v. Canada Government Merchant Marine 사건<sup>352)</sup>의 판결문에서 Somervell 판사가 언급하였다. 그의 판결문에 의하면, 협약 제3조 제2항(運送物에 관한 注意義務)에 앞에 “제4조의 규정에 따라서”(subject to the provisions of Article 4)라고 시작하지만, 제3조 제1항(堪航能力注意義務)앞에는 이러한 제한을 두지 않기 때문에 堪航能力注意義務는 당연히 法定免責事由를 배제할 수 있는 最優先의 義務로서 해석할 수 있다고 하였다. 따라서 堪航能力注意義務를 履行하지 않기 때문에 발생한 손해이면 제4조에서 열거한 免責事由는 援用될 수 없다.<sup>353)</sup>

위와 같은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 법조문의 해석에 의하면, 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務가 가지는 免責事由에 대한 효력은 普通法과 달리 변화가 생겼다. 普通法에서는 堪航能力注意義務와 免責事由注意義務의 위반은 모두 海上危險型 免責約款을 배제할 수 있으나, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서는 堪航能力注意義務만이 우선적 효력이 있고, 運送物에 관한 注意義務는 免責事由의 효력보다 열후적 효력을 갖는다. 예를 들면, 運送人

352) (1959) 2 Lloyd's Rep. 105.

353) 미국 1936년 COGSA에서 運送物에 관한 注意義務 규정은 1924년 헤이그규칙에서 運送物에 관한 注意義務 규정과 같은 첫 문장이 없으며, 中國海商法과 마찬가지로 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務과 法定免責事由 사이의 관계가 분명하지 않는 문제가 있다. 따라서 堪航能力注意義務 免責事由를 주장하는 전제조건인지 아닌지에 대하여 서로 반대한 두 가지 판례가 나타났다. 堪航能力注意義務가 免責事由를 주장하는 전제조건으로 하는 사건은 The "Marquette" 480 F.2d 669, 1973 A.M.C. 1683(2 Cir. 1973); Louis Dreyfus Corp. v. 27,946 Long Tons of Corn, 830 F.2d 1321, 1327 (5th Cir. 1987)이며, 전제조건으로 하지 않는 것은 Firestone. Syn. Fibers Co. v. BlackHeron, 324 F.2d 835, 1964 A.M.C. 42 (2 Cir.1963)사건이다.

이 운송물의 손해의 원인이 海上危險이라고 주장하지만, 출항 당시에 船舶堪航能力注意義務를 다하지 않기 때문에 발생한 것이라면 海上危險免責을 주장할 수 없다.<sup>354)</sup> 그리고 火災가 선박이 출항할 때 운송인의 堪航能力注意義務違反으로 인하여 발생한 것이라면 火災免責도 援用할 수 없다.<sup>355)</sup> 그러나 運送物에 관한 注意義務違反으로 야기된 火災의 경우에 運送人 본인의 過失 또는 故意가 없으면 火災로 야기된 운송물의 손해에 대하여 運送人이 火災免責을 주장할 수 있다.<sup>356)</sup>

直航義務違反과 免責事由 사이의 관계에 대하여 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 직접 규정하지 않았으나, 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에 의하여 여전히 기본적 계약위반으로 간주하여 免責事由와 運送人責任制限을 援用할 수 없다고 해석한다. 헤이그규칙 제4조 제4항에서 正當한 離路는 동 협약 또는 運送契約에 대한 위반으로 보지 않는다고 규정하였는데, 이를 바꾸어 말하면 不當한 離路는 동 협약 또는 運送契約에 위반으로 볼 수 있다는 것이다.<sup>357)</sup> 따라서 普通法상 直航義務違反의 효력은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서도 다른 변화가 없다. 直航義務를 위반하면 運送人은 法定免責事由 뿐만 아니라 단 위당 賠償責任制限<sup>358)</sup>과 1년 短期提訴期間<sup>359)</sup>도 援用할 수 없다.

---

354) 캐나다는 헤이그규칙을 수용하여 국내법으로 만든 1936년 수상 물건운송법 (Carriage of Goods by Water Act 1936)에 의하여 법원이 C. N. R. v. E. & S. Barbour Ltd.(1963) S. C. R. 323 사건에 있어서는 항행 중에 浮氷이 있을 수 있는 것을 알면서 관련 시설을 설치하지 않기 때문에 堪航能力注意義務違反으로서 海難免責事由를 주장할 수 없다고 판시하였다.

355) Maxine Footwear v. Canada Government Merchant Marine (1959) 2 Lloyd's Rep. 105. 본 사건에서는 선적할 때 배폐수관 안에 얼음이 막힌 것을 발견되었으며 선장이 사람을 고용하여 토치를 가지고 폐수관을 해동하는 중에 코르크부분에 불이 붙어 火災가 발생하였다. 출항 당시 불에 태운 선박은 당연히 감항능력이 있다고 할 수 없으므로 火災免責을 援用할 수 없고 賠償責任을 부담하여야 한다고 판시하였다.

356) The "Apostolis"(1997) 2 Lloyd's Rep. 241사건에서는 운송물 숨을 선적할 때 荷役業者가 담배꽂이를 함부로 던져 숨에 불이 붙어서 火災가 발생한 사건인데 여기서는 運送人이 火災免責을 援用하여 책임을 면제할 수 있다고 판시하였다.

357) William Tetley, *supra note* 48, p.746.

### 3. 中國海商法 하에 運送人責任體系의 確立

#### (1) 中國海商法 하에 運送人의 義務違反과 賠償責任

運送人의 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務와 直航義務 및 免責事由의 상호 관계에 대하여 역사적으로 고찰한 바와 같이 각각 독립적인 것이 아니라 서로 밀접한 관계로 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙까지 발전해 온 것이다. 형성되는 연혁으로 봤을 때 免責事由를 규제하기 위하여 이 3가지 의무가 형성되었으며, 普通法 하에서는 絕對責任이 있기 때문에 3가지 의무의 위반으로 인하여 賠償責任을 부담한다는 효과가 絕對責任에 가려져 있어서 나타나지 않았다.

그러나 中國海商法에서는 運送人의 賠償責任의 성질은 絕對責任이 아니며, 中國海商法에서 運送人이 책임을 부담하는 기준은 運送人의 의무위반을 기준으로 하여야 한다. 따라서 中國海商法에서는 堪航能力注意義務違反, 運送物에 관한 注意義務違反 및 直航義務違反으로 인하여 야기한 운송물손해에 대하여 運送人이 賠償責任을 부담하여야 한다고 명확하게 규정할 필요가 있다. 그리고 中國海商法上 實際運送人에 대하여 契約運送인과 같은 책임을 부과하고자 하는 취지에 비추어 이러한 규정은 實際運送인에게도 책임을 부담하는 근거가 된다. 이것은 일반적인 契約不履行責任에서의 過失責任에 비하여 運送人의 過失을 客觀化·明確化하게 하는 효과가 있다.

#### (2) 中國海商法 하에 運送人의 義務와 免責事由 사이의 關係

이 3가지 의무는 免責事由와 동등한 효력이 있을 수 없고 반드시 우선순위가 확립되어야 한다. 왜냐하면 운송물의 손해를 야기하는 하나의 원인이 運送人의 의무위반에 해당되면서 동시에 免責事由에도 해당한 경우, 즉 免責事由와 運送人義務違反이 競合하여 운송물손해를 야기한 경우에는 의무위반과 免責事由의 효과가 반대이며 서로 배척하는 관계에 있으므로, 반드시 효력의 순위에

---

358) The "Ixia"(1931) 41 Lloyd's Rep. 165.

359) William Tetley, *supra note* 48, p.746.

의하여 運送人의 책임을 결정할 수 있기 때문이다. 예를 들면, 앞에서 援用한 The "Apostolis"(1997)사건과 같이 荷役業者가 운송물이 쉽게 연소할 수 있는 솜임에도 불구하고 담배꽂초를 함부로 던져 火災를 야기한 것은 運送物에 관한 注意義務의 위반에 해당하면서 동시에 火災는 免責事由에도 해당한 것이므로, 반드시 그것들 간의 우선순위를 결정하여야 運送人이 책임을 부담하는지의 여부를 결정할 수 있다. 여기서는 運送物에 관한 注意義務를 위반하지 않았으면 火災가 발생할 수 없고 운송물손해도 일어날 수 없는 것이다.

여기서 유의해야 되는 것은 運送人의 의무위반과 免責事由가 경합하여 운송물손해를 야기하는 경우가 運送人이 책임을 부담해야 될 원인과 免責될 수 있는 원인이 공동으로 운송물손해를 야기하는 경우와 다르다는 것이다. 中國海商法 제54조에 따라 운송물손해 중 運送人이 책임을 부담해야 될 원인으로 야기된 손해와 면책될 수 있는 원인으로 야기한 손해에 대하여 運送人이 구분할 수 있으면 運送人은 면책될 수 없는 원인으로 야기한 손해에 대해서만 책임을 부담하고, 運送人이 이러한 손해를 구분할 수 없으면 모든 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 이러한 경우는 운송물의 손해가 運送人의 책임을 부담해야 될 원인과 면책될 원인이 기여하여 야기된 것이다. 예를 들면 海上危險으로 인하여 일부 운송물손해를 야기하였으나, 선장의 격벽이 부식된 상태였기 때문에 들어간 해수가 구멍을 팔 수 있었고 그로 인해 다른 선장에 들어가 운송물손해를 확대시킨 경우에 부식된 상태의 격벽은 堪航能力注意義務違反이며<sup>360)</sup> 부식된 격벽으로 야기된 운송물 손해의 범위를 구별할 수 있다면 運送人은 이 확대시킨 운송물손해에 대해서만 책임을 부담해야 할 것이고 구별할 수 없다면 전부손해에 대하여 책임을 부담해야 할 것이다. 이와 같은 경우에 運送人의 책임 범위는 運送人의 의무와 免責事由 사이의 우선적 효력에 의하여 결정되는 것이 아니라 運送人이 각각 원인으로 야기한 손해를 구분할 수 있는지에 의하여 결정되는 것이다.<sup>361)</sup>

---

360) 運送人이 출항 당시에 부식된 격벽을 바꾸어야 하는데 그렇게 하지 않기 때문이다.

361) 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 이와 같은 규정이 없지만 헤이그규칙/헤이

### 1) 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務와 免責事由의 關係

중국해성법의 개정에서 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 같이 堪航能力注意義務가 免責事由의 효력보다 우선적이고, 運送物에 관한 注意義務의 효력은 免責事由보다 열후적이라고 규정하는 것이 바람직할 것이다. 즉, 中國海商法은 운송물의 손해가 運送人의 堪航能力義務違反으로 인하여 발생한 경우에 免責事由를 援用할 수 없다고 규정하는 것이 필요하고,<sup>362)</sup> 運送物에 관한 注意義務에 관한 규정에 있어서 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 같이 조문의 전단에서 “免責條項의 적용에 따라서”라는 문구를 넣는 것이 또한 필요하다.

堪航能力注意義務를 우선적 의무로 규정하는 것은 航海過失免責이나 火災免責에 대하여 어느 정도 제약할 수 있으며, 運送契約의 각 利害關係人의 이익을 합리적으로 조정할 수 있다고 생각된다.

普通法에서 運送物에 관한 注意義務는 免責約款에서 정한 免責事由가 運送物에 관한 注意義務에 위반으로 야기한 경우에 이를 규제하기 위한 것이다.<sup>363)</sup> 그러나 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙과 같이 中國海商法에서 규정하는 免責事由는 航海過失과 火災를 제외하고는 모두 運送人의 過失과 관계가 없는 것이

---

그-비스비규칙을 국내법으로 받아들인 나라의 관례에서는 동일한 태도를 취하고 있다. The "Torenia"(1983) 2 Lloyd's Rep. 210사건에서 Hobhouse대법관이 다음과 같이 말하였다. “면책할 수 있는 위험과 면책할 수 없는 위험과 공동으로 손해를 야기한 경우에 運送人이 여전히 책임을 부담하여야 한다. 그는 본인이 면책할 수 있는 위험만 야기한 운송물의 손해를 증명한 부분에 대해서만 책임을 면할 수 있다.”

362) 대런해사대학교에서 제출한 해상법개정건의안에서는 “運送人이 堪航能力注意義務를 이행하였다고 증명한 후 免責事由를 주장할 수 있다”고 규정하는 것을 건의하였다(司玉琢·胡正良, 「“中華人民共和國海商法”修改建議稿條文·參考立法例說明」(大連: 大連海事大學出版社, 2003) 204面). 그러나 이러한 改正建議은 엄밀하게 말하면 옳지 못하다. 왜냐하면 堪航能力注意義務를 위반한 사실이 있더라도 운송물의 손해가 堪航能力注意義務違反과 因果關係가 없는 경우에는 免責事由를 주장할 수 있기 때문에 위와 같이 개정하면 堪航能力注意義務違反이 무조건 免責事由를 배제하게 되는 결과를 초래한다.

363) 예컨대, 누손 또는 파손으로 야기한 손해에 대하여 運送人이 면책된다는 약관이 있어서 누손 또는 파손은 運送人의 過失로 야기할 수도 있는 것이다.

다. 그리고 航海過失은 運送人의 使用人이 運航 또는 船舶管理에 관한 過失이며 운송물에 관한 주의와는 서로 관계가 없는 것이다. 따라서 運送物에 관한 注意義務는 法定免責事由 중에서 火災만이 관계가 있다. 그러나 運送人의 자신의 故意 또는 過失로 야기된 火災를 제외하고, 火災를 면책으로 하는 이유 중의 하나는 극히 경미한 過失로도 모든 운송물이 毀損될 수 있다는 것이며, 여기서 경미한 過失은 運送人의 使用人이 運送物에 관한 注意義務違反의 過失도 포함된다고 생각된다.<sup>364)</sup> 따라서 運送物에 관한 注意義務가 普通法과 같은 중요한 지위를 상실하는 이유는 바로 法定免責事由가 運送人의 運送物에 관한 注意義務와의 관련성이 약해져서 運送物에 관한 注意義務違反으로 인한 免責事由의 배제가 무의미하게 되었기 때문이라고 생각된다.

## 2) 直航義務와 免責事由 사이의 關係

直航義務違反, 즉 不當한 離路의 효과는 영미법과 같이 免責事由를 주장할 수 없다는 것을 中國海商法에서도 명시하는 것이 바람직하다. 즉, 不當한 離路가 없더라도 운송물의 손해를 피할 수 없는 경우에는 運送人이 免責事由를 援用할 수 있다.

통상 直航義務違反에 의하여 직접 발생할 수 있는 손해는 引渡遲延으로 인한 시장가격의 하락 또는 引渡遲延으로 인한 운송물부패의 滅失·毀損이다. 이러한 손해에 대하여 運送人이 損害賠償責任이 있다는 것은 의문의 여지가 없다. 그러나 不當한 離路로 인하여 간접적으로 운송물손해를 야기할 수도 있다. 왜냐하면, 不當한 離路에 의하여 해상운항의 시간을 연장할 뿐만 아니라 예정한 航路가 아니기 때문에 예상할 수 없었던 해상위험을 만날 수 있다. 만약 不當한 離路가 없으면 위험을 피할 수 있음에도 불구하고 不當한 離路를 하는 경우에 免責事由에 의하여 運送人이 면책된다는 것은 불합리적이다. 예컨대, 離路하는 도중에 선박이 좌초되거나, 敵國 잠수함으로 인하여 침몰되거나, 또는 離路한 후 豫定航路에 복귀하였지만 離路를 하지 않았으면 만날 수 없는 폭풍

364) 여기서 주의해야 된 것은 火災가 발생한 후 소화작업이 過失이 있는 경우에는 운송물관리과실이 인정될 수 있기 때문에 불을 끄는 일에 게을렀다면 면책의 이익을 누리지 못하고 책임을 부담하여야 한다.

우를 만나는 경우에 航海過失, 戰爭, 天災地變 등의 免責事由로서 면책을 주장할 수 없어야 한다.

그러나 영미법에서는 離路를 근본적 계약위반으로 취급하여 계약외의 행위 또는 不法行爲를 구성한다고 하여 運送人은 모든 유리한 조항을 援用할 수 없다. 이와는 달리 中國法律은 기타 大陸法界와 같이 근본적 契約違反이라는 개념이 없으므로, 離路는 일반적인 契約違反으로 취급되어야 할 것이다. 따라서 中國海商法上 1년 短期提訴期間을 적용할 수 있다. 그리고 責任制限喪失의 조건은 運送人의 故意 또는 그러한 손해가 일어날 수 있음을 알고 행한 運送人의 작위 또는 부작위에 의해서 일어난 손해인 것이며(동법 제58조 제1항), 이에 의하여 離路를 하게 된다면 운송물손해가 일어날 수 있음을 알면서도 離路를 한 경우에 대해서만 運送人은 責任制限을 援用할 수 없다. 따라서 不當한 離路를 해서 반드시 責任制限의 이익을 상실하는 것은 아니다.

### III. 運送人責任의 立證에 관한 檢討

#### 1. 概說

立證責任이란 소송에 있어서 要證事實이 存否不明인 경우에 불리한 法律判斷을 받도록 정하여져 있는 당사자의 일방이 부담하는 불이익 내지 위험을 말한다.<sup>365)</sup> 따라서 立證責任을 당사자 사이에 어떻게 분배되는나가 매우 중요하다.<sup>366)</sup> 그러나 전술한 바와 같이 中國海商法上 免責事由에 관한 규정에 대해서만 立證責任을 규정하고 있고, 기타 運送人책임과 관련한 조문에서는 立證責任

---

365) 이것은 객관적 立證責任이라고 하며 立證責任은 소송의 최종단계에서 법관이 주요사실의 존부를 확정할 수 없는 경우에 비로소 문제가 되는 객관적인 관념임이 밝혀졌다고 한다(吳錫洛, 「立證責任論」(서울: 日新社, 1977), 3面).

366) 立證責任은 통상 당사자의 일방만이 모든 사실에 대하여 부담하는 것이 아니고, 어떤 사실에 대해서는 일방이, 다른 사실에 대해서는 타방이 부담하는 것과 같이 양 당사자간에 분배된다. 立證責任의 분배는 법률효과의 전제로 된 하나하나의 계쟁사실의 존재여부에 대해서 어느 당사자가 어떤 범위에 立證責任을 부담하는가에 대한 결정이다.

에 대한 언급이 없다. 中國海商法 뿐만 아니라 다른 實體法에서도 立證責任에 대한 명시적인 규정이 드물다.

일반적인 立證責任原則 대하여는 中國民事訴訟法에서 규정하고 있다. 즉 “당사자가 자기가 제출한 주장에 대하여 증거를 제공하는 책임이 있다”고 한다 (중국민사소송법 제64조). 그러나 이러한 원칙은 立證責任의 본질을 표현할 수 없을 뿐만 아니라<sup>367)</sup> 立證責任分配에 대하여 가치가 있는 실용적인 기준을 제공하지 못한다.<sup>368)</sup> 따라서 訴訟法上 立證責任의 분배에 관한 일반적인 원칙을 구할 수 없다. 大陸法界에서 많은 立證責任分配의 解釋原則에 관한 학설이 있으나 이것은 단지 解釋原則일 뿐이며, 그의 적용은 각 법관의 自由裁量에 의하여 결정할 수 밖에 없다. 그리고 實際運送人責任性質에서 언급한 바와 같이 實際運送人의 책임에 관한 立證責任이 契約運送人과 같은지 아닌지에 대하여도 논란이 야기될 수 있다. 따라서 法適用의 安定性を 고려하면, 아무래도 實體法상에서 立證責任의 분배를 명문으로 규정하는 것이 가장 합리적이다.

이하에서는 우선 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙하의 운송물배상청구에 관한 立證責任에 대한 규정 및 관련 판례를 살펴보고, 中國海商法上 운송물배상청구에 관한 立證責任에 관한 立證責任分配解釋에 관한 학설을 기준으로 하여, 관련 국제적인 慣行과의 일치를 유지하면서 中國海商法上 運送物賠償請求에 관한 立證責任의 체계를 구축하고자 한다.

## 2. 一般理論

### (1) 헤이그규칙/헤이그-비스비 하에 運送人責任에 관한 立證

헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서는 運送物損害賠償請求에 대하여도 원칙적인 立證責任分配가 없다. 立證責任에 대하여 두 부분에서 언급하고 있다. 하

---

367) 이것은 주관적 立證責任이라고도 하여 즉 당사자가 소송에서 패소의 위험을 피하기 위해서는 적극적으로 자기에게 유리한 사실을 입증하지 안 된다는 것이며 증거 제출책임이라고도 한다. 대륙법계에서는 客觀的立證責任을 立證責任의 본질로 하고 主觀的立證責任을 본질로 보지 아니한다.

368) 黃雪堅, “證明責任分配的理論評述”, [http://www.law-lib.com /lw/lw\\_view.asp?no=3873](http://www.law-lib.com /lw/lw_view.asp?no=3873) 法律圖書館网, 검색일자 2005. 8. 2.



나는 堪航能力注意義務에 관한 규정에서 “不堪航으로 야기한 운송물의 滅失·毀損에 대하여는 상당한 주의를 다하였음에 대한 立證責任은 이 조항에서 정한 면책을 주장하는 運送人 기타의 자가 부담한다”는 것이다(동 규칙 제4조 제1항). 또 하나는 法定免責事由 중에 “運送人の 실제의 過失 또는 故意가 없이, 또는 運送人の 代理人 또는 使用人の 過失이나 게으름이 없이 일어나는 기타의 原因, 단, 면책을 주장하는 자가 運送人の 실제의 過失이나 故意 또는 運送人の 대리인 또는 使用人の 過失 또는 게으름이 滅失·毀損에 기여하지 아니하였음을 증명하여야 한다”는 것이다(동 규칙 제4조 제2항 q항). 법조문에 의하여 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙 하에서 立證責任分配가 명확하지가 않다. 그러므로 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 국내법으로 수용한 나라의 판례 및 학설을 통하여 立證責任分配를 고찰할 수 밖에 없다.

입증의 순서 및 賠償責任의 분배에 대하여 William Tetley교수는 다음과 같은 순서로 열거하였다. ① 우선 賠償請求者는 운송물의 손해가 運送人の 管理하에 발생한 것을 입증하여야 한다. ② 運送人이 손해를 야기한 사실을 입증한다. ③ 다음은 運送人이 堪航能力注意義務를 다한 것을 입증하여야 한다. ④ 運送人은 免責事由에 해당하는 것을 立證하여야 한다. ⑤ 賠償請求者가 운송물에 대한 注意不足으로 인하여 발생한 것을 立證하거나 또는 堪航能力注意義務違反이 있다고 반증할 수 있다. ⑥ 마지막에 쌍방이 관련된 기타 쟁점에 대하여 논증할 수 있다.<sup>369)370)</sup> 이하에서는 각국의 立證順序와 立證分配가 과연 통일적으로 이렇게 준수되고 있는지에 대하여 검토하겠다.

### 1) 運送物の 損害가 運送人責任期間에 발생한 것

운송물손해배상에 있어서 첫 번째 입증은 운송물의 손해가 運送人の 責任期間에 발생한 것을 증명하는 것이며, 이러한 立證責任은 賠償請求者에게 있다. 통상 양호한 상태로 運送人에게 引渡하지만, 부족하거나 또는 불량한 상태로 된 운송물의 滅失 또는 손해에 대해서는 運送人이 책임을 부담하는 것으로 추

369) 예컨대, 提訴期間, 離路, 責任制限 등.

370) William Tetley, *supra note* 48, pp.373~374.

정된다. 즉 반증을 제출하여 이를 뒤집을 가능성이 있다는 것이다. 運送人은 충분한 증명을 할 책임을 부담한다.<sup>371)</sup> 이것은 영국 및 미국 판례의 태도이다.<sup>372)373)</sup>

## 2) 運送物損害를 야기한 事實

운송물손해를 야기한 사실에 관한 입증은 運送人에게 있다. 반대되는 판례가 없는 것은 아니지만,<sup>374)</sup> 대부분의 판례에서는 이러한 원칙을 인정하고 있다.<sup>375)</sup> 그 원인에 대하여 많은 판례에서 언급하고 있는데 정리하면 다음과 같

---

371) *Ibid.*, pp.133~134.

372) 영국에서는 *Gosse Millerd Ltd. v. Can. Government Merchant Marine Ltd.*(1929) A. C. 223사건에서 *Viscount Sumner* 판사가 다음과 같이 서술하였다. “문제된 운송물이 양호한 상태에서 선적되어 손해를 입은 상태에서 인도하는 것은, 이러한 손해를 방지하고 손해의 발생을 허용하지 않았던 것에 비추어, 運送人이 1924년 영국해상물품운송법 제3조 제2항에서 정한 의무를 위반한 것을 의미하는 충분한 증거이다. 따라서 運送人은 제4조 제2항에서 규정한 구제를 받기 위하여 손해의 원인이 동항에서 특정한 것임을 입증한 책임을 부담하게 된다.”

373) 미국에서는 *Edouard Materne v. S.S. Leerdom*(1956) A.M.C. 1977사건에서도 다음과 같이 서술하고 있다. “海上運送人은 양호한 상태에서 受領하여 항해가 종료한 때에 손해상태에서 인도한 운송물의 손해에 대하여 그 손해의 직접 원인이 법률상 책임을 부담하지 않는 免責事由에 해당한 것을 명확히 증명하지 않는 한 추정적인 책임을 부담한다는 것은 충분히 확립되어 있다.”

374) *Vermont*(1942) A.M.C. 1407사건에서는 광유가 오염되었는데 원인이 밝혀지지 못하였다. 運送人은 선창을 주의깊게 깨끗이 씻고 검사하였으며 운송물에 대한 주의를 다하였다고 입증하였다. 법원에서는 運送人이 손해의 원인을 입증할 필요는 없고 무과실인 것을 입증하면 된다고 판시하였다. 그리고 호주의 판례 *Great China Metal Industries Co. Ltd. v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad*(1998) 158 A. L. R. 1 at p.27에서도 *McHugh* 법관이 상당한 주의로서 선박을 감항능력을 있도록 하였다는 것 및 運送物에 관한 注意義務를 주의깊게 행하였다는 것을 運送人이 입증하였기 때문에 運送人이 운송물손해발생에 대하여 過失이 없는 것으로 추정할 수 있으며, 한 걸음 더 나아가 운송물의 손해가 免責事由에 의하여 발생한 것을 입증할 필요가 없다고 주장하여 運送人이 賠償責任이 없다고 판시하였다.

375) *Pendle & Rivett, Ltd. v. Ellerman Lines, Ltd.*(1927), 29 L.L. Rep. 133; *Commercial Molasses Corp. v. New York Tank Barge Corp.*(1941) A.M.C. 1697.

다. 법에서는 당사자의 사건 또는 사실에 접근할 수 있는 상대적인 능력을 고려하여야 하며, 운송물손해는 運送人の 管理 하에 발생하여야 하고, 運送人은 하주보다 더 많은 사실을 알 수 있기 때문에 運送人이 자료를 제공함으로써 사실을 설명하여야 한다. 그리고 運送人이 운송물손해를 야기하는 사실을 증명하지 않으면 過失이 있다는 解釋이 성립된다.

따라서 운송물손해를 야기한 사실을 證明하지 못하면 運送人이 당연히 책임을 부담하여야 된다는 결과가 나타난다.<sup>376)</sup>

### 3) 運送人の 免責을 위한 立證

#### 가. 堪航能力注意義務에 관한 立證

堪航能力注意義務에 관한 입증에 있어서는 각국의 판례가 일치하지 않다. 헤이그-비스비규칙에서는 상당한 주의를 다하였음을 立證하는 責任만 언급하여 運送人에게 지우고 있기 때문에, 不堪航이 존재하는 사실 및 不堪航과 손해 사이의 因果關係에 대한 입증은 어느 쪽에 있는지의 논란을 야기하고 있다. 이것은 立證順序와도 관련이 있는 것이다. 왜냐하면 不堪航이 존재하는 사실 및 不堪航과 손해 사이에 因果關係에 대한 立證은 賠償請求者에게 있다고 한다면, 運送人이 堪航能力注意義務를 다한 것을 입증할 필요없이 운송물손해를 야기하는 원인이 직접 免責事由에 의한 것을 입증하면 되나, 이러한 입증이 運送人에게 있다고 한다면 運送人이 免責事由를 주장하기 전에 堪航能力注意義務를 다한 것을 立證하여야 한다.

하나의 견해는 賠償請求者가 선박이 堪航能力이 없는 것 및 堪航能力의 부족이 운송물손해를 야기하는 원인이라는 것에 대하여 立證責任을 부담하여야 한다고 한다. 즉 賠償請求者가 선박을 堪航能力이 없는 것 및 운송물손해와 因果關係가 있는 것을 입증하여야 運送人이 비로소 상당한 주의를 다한 것을 입증할 필요가 있다.<sup>377)</sup> 영국에서 이러한 견해를 지지하는 판례가 많이 있다.<sup>378)</sup>

376) The "Destro"(1927) 29 Lloyd's Rep. 133; The "Ocean Dynamic"(1982) 2 Lloyd's Rep. 88.

377) Thomas Edward Scrutton, *Scrutton Charterparties and Bills of Lading*, 20ed.(London: Sweet & Maxwell, 1996), p.442.

그 이유에 대해서는 호주의 판례 "The Bunga Seroja"<sup>379)</sup>의 판결 중 McHugh 법관의 진술을 援用하겠다. 즉 ① 헤이그규칙의 제4조 제1항의 규정에서 “선박의 不堪航에 의하여 운송물의 滅失 또는 毀損이 발생하면”이라는 것은 하주가 賠償責任을 이전하기 위하여 먼저 선박이 不堪航으로 인하여 야기한 운송물의 손해를 입증하여야 하는 것을 의미한다. ② 헤이그규칙에서 堪航能力注意義務가 최우선의무라고 하지만, 이것은 運送人の 賠償責任範圍를 말한 것이며, 운송물손해를 야기하는 일부의 원인이 運送人이 堪航能力注意義務違反이면 전부 손해에 대하여 賠償責任을 부담해야 되는 것을 의미한다. 이것은 立證責任에 대하여 아무런 영향도 미치지 않는다. 따라서 立證責任에 있어서 堪航能力注意義務에 관한 立證責任과 運送物에 관한 注意義務의 立證責任은 같다. 運送人이 추정된 책임을 번복하려면 免責事由가 있는 것 및 免責事由가 운송물의 손해를 야기한 원인임을 입증하면 된다. 運送人은 無過失에 대하여 立證할 필요가 없고, 그것은 賠償請求者가 運送人이 免責事由에 대한 抗辯事由이므로, 運送人의 權利發生을 저지하는 사실은 당연히 賠償請求者가 부담하여야 한다.

이러한 관점에 의하면 입증순서는 다음과 같다. ① 損害賠償請求者가 운송물손해가 運送人の 責任期間에 발생한 것을 입증한다. ② 運送人이 운송물손해를 야기한 사실을 입증한다. ③ 運送人이 운송물손해를 야기한 사실이 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서 규정한 免責事由에 해당한 것을 입증한다. ④ 賠償請求者가 運送人の 免責事由의 援用을 抗辯하기 위하여 운송물손해를 야기한 사실이 不堪航인 것을 입증한다. ⑤ 運送人이 출항 전 및 출항 당시에 상당한 주의를 다한 것을 입증한다.

또 하나의 견해는 堪航能力注意義務를 다한 것 또는 不堪航이 운송물의 손해와 因果關係가 없는 것을 입증할 책임이 運送人 측에 있다고 한다. 이것은 앞에 언급한 William Tetley의 견해이다. 이에 의하면 運送人이 免責事由를 援用

---

378) "Minister of Food v. Reardon-Smith Line Ltd."(1951) 2 Lloyd's Rep. 265; "Hellenic Dolphin"(1978) 2 Lloyd's Rep 336; "The Torenia"(1983) 2 Lloyd's Rep. 216.

379) (1999) 1 Lloyd's Rep. 216.

하기 전에 선박이 堪航能力이 있는 것, 선박이 堪航能力이 없지만 운송물손해를 야기한 원인이 아닌 것 또는 상당한 주의의무를 다한 것을 증명하여야 한다.<sup>380)</sup> 이러한 견해를 가지는 이유는 다음과 같다. ① 헤이그규칙에서 堪航能力注意義務條項은 규칙의 의무부분의 첫 번째 조항이다. ② 運送物에 관한 注意義務의 조항에 있어서 “免責事由의 적용을 방해하지 않는 한”이라고 하였는데 堪航能力注意義務條項에서는 이러한 언급이 없다. 그리고 ③ 運送人은 堪航性 및 상당한 주의를 立證하기 위하여 사용가능한 모든 사실을 가지고 있지만 賠償請求者는 그러한 사실이 있다고 하여도 그것을 가질 수 없다고 한다.<sup>381)</sup>

#### 나. 免責事由에 관한 立證

法定免責事由에 있어서 앞에 언급한 바와 같이 동조 q항에 대해서만 立證責任을 명시하였지만 각국에서는 모든 免責事由에 관한 立證責任은 運送人 측에 있다고 한다. 단지 運送人이 免責事由를 입증하기 전 堪航能力注意義務를 입증할 필요가 있느냐 없느냐에 차이가 있을 뿐이다.

免責事由 중에서 火災免責事由에 관한 立證責任에 있어서 “運送人の 故意 또는 過失에 의하여 야기된 것은 제외한다”는 내용에 대하여 立證責任이 일치하지 않지만, 대부분 나라에서는 賠償請求者 측에 있다. 미국과 영국에서는 運送人 본인의 故意 또는 過失에 관한 立證責任은 賠償請求者에게 있다.<sup>382)</sup> 캐나

380) 캐나다 법원에서 이러한 입장을 취하고 있다. 판례는 다음과 같다. Toronto Elevators Ltd. v. Colonial SS. Ltd.(1950) Ex. C. R. 371; Robin Hood Flour Mills Ltd. v. N. M. Paterson & Sons(1967) 1 Ex. C. R. 431; "Goodfellow Lumber Sales Ltd. v. Verreault"(1971) 1 Lloyd's Rep. 185;

381) William Tetley, *supra note* 48, p.376.

382) 1936년 COGSA에서 이에 대한 立證責任도 헤이그규칙과 같이 언급이 없지만 미국 火災法에서 立證責任을 賠償請求者에 부과하고 있다. 火災法은 미국선에 대해서만 적용하지만, 1936년 COGSA를 적용하는 사건에서도 자국의 火災法에 의하여 확립한 판결에 따르기 때문에 賠償請求者가 運送人の 故意 또는 過失을 입증하여야 한다(*Ibid.*, p.416). 영국에서도 헤이그규칙을 국내법화 할 때에 이에 대한 立證責任에 관한 언급이 없지만, 당시에 1894년 商船法 중 火災法에서는 運送人이 본인의 故意 또는 過失에 대하여 입증해야 된다고 규정하였다. 그러나 1986년 12월 1일부터 이러한 立證責任이 賠償請求者에게 이전되었다. 그리고 현행 火災法은 모든 선박에 대하여 모두 적용된다(Thomas Edward Scrutton, *op. cit.*,

다에서는 運送人이 먼저 火災가 어떻게 발생한 것을 입증하고, 그 다음 火災에 의하여 운송물손해가 발생한 것을 입증한다. 그 다음 賠償請求者가 運送人의 故意 또는 過失이 있는 것을 입증하여야 한다.<sup>383)</sup> 프랑스는 헤이그규칙을 수용한 1936년 海上物件運送法에서 협약에서 규정한 火災免責을 채용하지 않기 때문에 運送人은 책임에 관한 일반원칙에 의하여 火災에 대하여 자기 또는 使用人의 過失이 없다는 것을 立證해야 한다. 일본의 國際海上物品運送法에서는 선박위의 火災(運送人의 故意 또는 過失에 기한 것을 제외한다.)에 발생한 손해에는 運送物에 관한 注意義務를 적용하지 아니한다고 규정하고 있다(동법 제3조 제2항). 일본의 다수설은 다음과 같은 이유에서 運送人의 故意 또는 過失에 대한 立證責任은 運送人 측에 있다고 한다. 火災免責은 運送人의 責任에 있어서 예외적인 것, 입증의 難易라는 점에서 송하인에게 부담하게 하는 것은 불공평하다는 것 및 본법의 규정 형식에서 단서의 방법을 전혀 취하지 않았다고 하는 것이다.<sup>384)</sup>

#### 4) 賠償請求者の 反證

##### 가. 運送物에 관한 注意義務

運送人이 免責事由에 관한 입증을 한 후 運送物에 관한 注意義務의 최초의 立證責任은 운송물의 損害賠償請求者가 부담한다고 한다. 모든 것은 아니지만 사실의 대부분이 運送人이 가질 수 있기 때문에 立證責任은 바로 運送人에 轉換된다고 한다.<sup>385)</sup>

그러나 헤이그규칙에 제4조 제2항(q)에서 규정하고 있는 “자기 또는 대리인이나 使用人에게 故意 또는 過失이 없었음을 입증하여야 한다”는 조항에 의하여 運送人이 運送物에 관한 注意義務의 위반으로 인한 책임을 면하기 위한 立證責任은 원칙적으로 運送人에 있다고 하는 견해도 있다.<sup>386)</sup>

---

p.444).

383) William Tetley, *supra note* 48, p.415.

384) 戶田修三·中村眞澄, 前掲書, 76面.

385) William Tetley, *supra note* 48, pp.531~554.

386) 鄭映錫, 前掲脚註5, 65~66面.

## 나. 不當한 離路

離路에 있어서 3가지 요건, 즉 ① 약정한 지리상의 航路에서 離路한 것, ② 그 離路가 부당한 것 및 ③ 滅失 또는 손해가 離路에서 발생한 것이 있으며, 賠償請求者는 이 3가지 要件을 立證하여야 하지만 적어도 추정적인 사건에 의하여야 한다. 여기에서도 역시 運送人이 사실의 대부분을 가지고 있기 때문에 그 離路에 상당한 이유가 있는 것 또는 慣習上의 航路에 있는 것을 運送人이 立證할 책임이 있다. 당사자의 離路에 대한 立證責任은 어느 당사자에도 공평하지 않다. 오히려 離路는 각 당사자가 자기의 주장을 입증하기 위하여 가능한 한 모든 증거를 제공하여야 한다.<sup>387)</sup>

### (2) 大陸法系의 立證責任에 관한 一般理論

위에 살펴본 바와 같이 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙에서도 運送人責任에 관한 立證責任이 애매모호한 점이 많다. 이것은 立證責任을 證據提供責任과 분리하지 않고 혼합하여 이해했기 때문이라고 생각한다. 더구나 運送人責任을 결정하는 기준이 복잡하고 서로 얽혀 있기 때문에 더욱 혼란스럽다. 이것은 立證責任의 一般理論의 도움을 받지 않으면 해결할 수 없다고 생각한다. 따라서 中國海商法上 運送物損害賠償請求에 관한 立證責任分配를 확립하는 데에 있어서 立證責任의 一般理論으로부터 착수해서 해결책을 구하고자 한다.

대륙법계에서 立證責任分配에 관한 통설은 실정법의 규정에서 출발하는 法律要件分類說이며 이것은 역시 중국에서도 통설로 인정되고 있다.<sup>388)</sup> 그러나 法律要件分類說은 단순히 실정법의 규정에 의하여 立證責任을 분배하기 때문에 실천적 측면에서 공평하지 않는 결과를 초래할 수 있으며, 그에 대한 修正理論으로 유력한 학설인 危險領域說이 등장하였다. 그 외에 蓋然性說도 있다. 그러나 본문에서는 運送物損害賠償請求의 立證責任에 관하여 해석할 뿐만 아니라, 대응하는 實定法의 조문이 없는 경우 그것을 보완하여야 하기 때문에 이러

387) William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 2nd ed.(Toronto: Butterworths, 1978), pp.355~356.

388) 季勤, “此案舉證責任如何分配”, [http:// www. legaldaily. com.cn/gb/ content/ 2002-09/14/ content\\_43256.htm](http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2002-09/14/content_43256.htm), 法制日報홈페이지, 검색일자 2005. 9. 11.

한 立證責任分配의 학설을 소개하기 전 立證責任理念에 대해서 먼저 고찰하고자 한다.

### 1) 立證責任의 理念

立證責任의 이념은 보통 공평과 정책적 고려를 들 수 있다. 공평이란 立證責任의 부담을 결정함에 있어서 당사자의 訴訟進行上의 지위가 가급적 대등하게 되도록 공평하게 안배한 것이라고 한다. 공평성은 立證責任分配原理의 기초가 된다.<sup>389)</sup> 그러나 공평의 요청이 절대적인 것이라고는 할 수 없으며 일정한 권리의 행사를 가급적 쉽게 하거나 분쟁의 迅速簡明한 처리를 꾀하는 정책적 고려도 立證責任의 또 다른 이념이라고 할 수 있다.<sup>390)</sup>

### 2) 法律要件分類說(規範說)

법규는 각기 상이한 관계에 있는 규정들로 이루어져 있는데 이것들은 상호간에 補充關係에 있거나 보조관계 또는 反對關係나 排除關係에 있으며 그에 따라 각 규정은 우선 基本規定과 反對規定으로 분류된다. 基本規定은 訴訟上의 請求에 있어서의 權利關係의 발생을 이유있게 하는 權利根據規定(권리발생규정)이며, 反對規定은 이러한 權利根據規定의 법률효과의 생성시초 또는 도중에 있어서 그 法律效果의 발생을 방해하는 權利障礙規定, 法律效果의 발생 후에 그 權利關係의 소멸상실을 가져오는 權利消滅規定 및 法律效果의 발생 후 그 행사를 배제 또는 저지하는 權利沮止規定으로 분류된다.

그 중 權利根據規定의 要件事實은 그 규정의 法律效果를 주장하는 당사자가 立證責任을 부담하고 나머지 규정들의 要件事實은 상대방 당사자가 立證責任을 부담하게 된다.<sup>391)</sup> 물론 權利障礙規定, 權利消滅規定, 權利沮止規定에 대해서는 그에 대응하는 또 다른 反對規定의 존재가 가능하며, 그 각 反對規定의 要件事實에 관하여는 위와 동일한 원칙에 의하여 다시 立證責任의 분배가 결정된다.

---

389) 吳錫洛, 前揭書, 18面.

390) 上揭書, 18面.

391) 吳錫洛, 「立證責任論序說」(서울: 靑林出版, 1992), 22面.



基本規定 대신에 原則規定, 反對規定 대신에 例外規定이라는 용어가 관용되기도 한다. 原則規定과 例外規定을 구별하는 기준은 대략 다음과 같다. ① 本文과 但書가 있는 법조에 있어서 본문은 原則規定이며 본문의 要件事實은 당해 법조가 규정하는 法律效果를 주장하는 자가 立證責任을 부담하고, 단서는 예외 규정이며 단서의 要件事實은 그 법률효과를 다투는 상대방이 立證責任을 부담하게 된다.<sup>392)</sup> ② 權利關係의 發生·消滅에 특유한 요건을 규정하는 特別規定과 그렇지 않은 一般要件을 규정하는 一般規定이 있다. 一般規定은 보통 反對規定(權利障礙規定)에 해당하고 特別規定은 原則規定으로 본다.<sup>393)</sup> ③ 本文·但書나 特別規定·一般規定의 형식을 갖추고 있지 않는 경우에도 법조의 취지나 법조의 상호간의 관계에 의하여 원칙규정과 例外規定의 관계를 인정하여야 한다.<sup>394)</sup> ④ 任意規定의 경우에 두 가지 내용을 포함하여 하나는 일정한 法律行爲에 대하여 그 法律行爲의 요소 이외의 法律效果를 인정하는 규정이 있고, 다른 하나는 위와 같은 규정이 정하는 바와는 다른 法律關係를 형성하는 권능을 당사자에게 부여하는 규정이 있으며, 전자는 원칙규정이고 후자는 例外規定이다.<sup>395)396)</sup>

392) 가장 전형적인 표현은 “그러나……한 때에는 그러하지 아니하다.”라는 단서를 본문에 추가하고 있는 경우이다. 예컨대, 한국 민법 제406조 제1항에서 “채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때에는 채권자는 그 취소 및 원상회복을 법원에 청구할 수 있다. 그러나 그 행위로 인하여 이익을 받은 자나 전득한 자가 그 행위 또는 전득당시에 채권자를 해함을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.”는 규정에 의하면 본문의 요건인 상해행위의 존재와 채무자의 악의를 입증하면 충분하고 그 취소의 효과를 다투는 상대방이 같은 항 단서의 요건인 수익자 또는 전득자의 선의를 입증하여야 한다.

393) 예컨대, 매매대금의 지급을 청구하는 원고는 매매계약의 성립(특별요건)의 점만 입증하면 되고, 그 계약이 능력의 결여나 의사표시의 하자로 인하여 무효·취소가 되었다는 점은 피고가 입증하여야 한다.

394) 예컨대, 한국 민법 제742조 내지 제746조는 부당이득의 반환을 청구하지 못한다는 경우에 대한 규정으로서 부당이득의 반환을 규정하는 제741조의 예외이다.

395) 예컨대, 한국 민법 제476조에서는 당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하는 경우에 대하여 규정하고 있고, 제477조에서는 “당사자가 변제에 충당할 채무를 지정하지 아니한 때에는 다음 각호의 규정에 의한다.”이라고 규정하고 있으며, 법정충당을 주장하는 자는 제476조에 규정된 지정변제충당이 이루어지지 아니한 사실

### 3) 危險領域說

우선 危險領域이란 債權者에게 발생하는 손해에 관하여 채무자가 자유로이 처분할 수 있는 法的·事實的 수단을 가지고 일반적으로 지배하는 것이 가능한 사실적 生活領域을 뜻한다.

이러한 경우에는 ① 債權者는 債務者의 危險領域에서 발생한 사건의 경위를 알아내기 어려우므로 항상 증명할 수 없는 상태에 빠져 있게 된다는 점, ② 이와 반대로 채무자는 적어도 자기의 책임이 문제되는 한도에서는 그의 危險領域에서 발생한 事實關係를 가장 손쉽게 해명할 수 있는 위치에 있다는 점, ③ 責任에 관한 規範은 손해의 발생을 예방하는 목적을 가지고 있는 바, 그와 같은 목적은 債務者가 될 지위에 있는 자가 자기의 危險領域의 사항을 立證하여 責任을 면하도록 하여야만 제대로 이를 실현할 수 있다는 점에 비추어 손해의 원인이 債務者의 危險領域에서 발생한 경우에는 채무자가 主觀的·客觀的 요건의 不存在를 입증하여야 한다. 債權者는 손해의 원인이 오로지 피고의 危險領域에서 발생하고 피해자 자신의 危險領域이나 제3자의 危險領域, 그리고 아무에게도 속하지 않는 危險領域에서 발생한 것이 아니라는 사실만 立證하면 된다. 그러나 이러한 危險領域의 개념은 피고와 피고의 外界와의 사실상의 관계를 뜻하므로 책임의 종류에 따라 危險領域에 차이가 생기는 것은 아니다.<sup>397)</sup>

危險領域說의 결점은 무엇보다도 危險領域의 한계가 애매하다는 점이다. 그러나 이것은 사실의 증명에 필요한 증거에 대한 거리와의 관계에서 추론하기 쉽다. 따라서 危險領域說의 입장에서 한 걸음 더 나아가 立證責任分配의 일반적 기준으로서의 “證據와의 距離”의 개념을 정립할 수 있다. 이설에 의하면 어

---

을 입증할 필요가 없고, 오히려 법정충당의 효과를 다투는 상대방이 변제자의 지정, 변제受領자의 지정, 또는 계약에 의한 397) 주의하여야 하는 것은 계약위반을 이유로 하는 손해배상의 청구를 받은 채무자는 실체법상의 책임범위에 좇아 자기의 행위에 대한 면책의 증명뿐만 아니라 履行補助者の 행위에 대한 면책의 증명에 관하여도 立證責任을 부담하게 된다.

396) 吳錫洛, 前掲脚註365, 81~88面.

397) 주의하여야 하는 것은 계약위반을 이유로 하는 손해배상의 청구를 받은 채무자는 실체법상의 책임범위에 좇아 자기의 행위에 대한 면책의 증명뿐만 아니라 履行補助者の 행위에 대한 면책의 증명에 관하여도 立證責任을 부담하게 된다.

면 사실의 立證에 필요한 증거에 가까운 자는 그 사실에 대하여 立證責任을 부담한다는 것이다.<sup>398)</sup>

#### 4) 蓋然性說

이 학설에 의하면 要證事實의 발생 蓋然性を 立證責任分配의 기준으로 한다. 구체적으로 말하면 要證事實이 존부불명의 경우에 발생의 蓋然성이 높으면 당해 사실의 발생을 주장하는 자는 立證責任을 부담하지 않고, 相對方이 당해 사실이 발생하지 않은 것을 입증하여야 한다. 여기서 要證事實의 발생의 蓋然性은 經驗則에 의하여 판단하여야 한다.<sup>399)</sup>

### 3. 中國海商法上 運送人の 損害賠償責任에 관한 立證責任分配의 確立

#### (1) 中國海商法上 運送物損害賠償請求에 관한 立證責任의 適用

이상의 立證責任에 관한 이론에 의하여 中國海商法上 運送物損害賠償請求에 관한 立證責任體系를 구축하고자 하는데, 法律要件分類說을 위주로 하고, 공평 또는 분쟁을 迅速簡明하게 해결한다는 立證責任이념에 의하여 危險領域說과 蓋然性說도 동시에 고려한다. 그리고 현대 海上物件運送法의 최종목표는 해상법의 통일이며,<sup>400)</sup> 이러한 목표가 이루지기 전에는 형성된 통일적인 國際慣行에 따르는 것이 이러한 목표의 실현을 촉진시킬 수 있다고 생각한다. 따라서 위와 같은 소송법상의 학설을 적용하면서 國際慣行도 고려하지 않으면 안 된다. 이하에서는 해상運送物損害賠償請求에 있어서 순서대로 中國海商法의 관련 실체법의 규정을 立證責任分配의 관점에서 재검토하기로 한다.

#### (2) 運送物損害를 야기하는 事實이 責任期間에 발생한 것

責任期間에 관한 규정에 대한 검토에 있어서 지적인 바와 같이 현행 中國海

---

398) 吳錫洛, 前掲脚註365, 75~79面.

399) 張衛平, 「訴訟構架與程式-民事訴訟的法理分析」(北京: 清華大學出版社, 2000), 301面.

400) 林東喆, 「國際海上物件運送法の 統一化問題」, 「韓國海法學會誌」제20권 제2호 (1998.10), 21面.

商法上 “責任期間 내에 발생한 滅失 또는 毀損에 대하여 이 절에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고 運送人이 賠償責任을 부담하여야 한다”는 규정(동법 제 46조)은 부당하고, “운송물의 滅失, 毀損 또는 引渡遲延을 야기하는 사실이 責任期間에 발생한 것”으로 개정하여야 한다. 이 조항의 취지는 運送人이 이 절에서 免責할 수 있는 사유가 없는 한, 운송물의 손해에 대하여 賠償責任을 부담하여야 한다는 것이다. 따라서 이 규정은 法律要件分類說에 의하여 原則規定에 해당한 것이며, 荷主가 운송물의 손해를 야기한 사실이 責任期間에 발생한 것만 證明하면 된다.

그러나 責任期間에 발생한 사실로 야기한 손해라는 입증은 하주에게 쉬운 것은 아니다. 왜냐하면 이것은 세 가지 要證事實이 있는데, 운송물에 입힌 손해를 먼저 증명하고, 그 다음 손해를 야기한 사실이 무엇인지를 立證하여야 하고, 마지막으로 그러한 사실이 運送人의 責任期間에 발생한 것을 證明하여야 한다. 운송물은 운송의 전부과정을 걸쳐 運送人의 管理 하에 있으며 어떠한 사실에 의해서 運送物損害가 발생했는지 하주가 알기 어렵다.

蓋然性說에 의하면, 통상 운송물의 손해는 그 손해를 야기한 사유에 의하여 즉시 발생하는 경우가 대부분이기 때문에 하주가 운송물의 손해가 運送人의 責任期間에 발생한 것만 立證하면 충분하다고 생각한다. 이렇게 하는 것은 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 채택하는 나라의 태도와 같다. 이에 대하여 運送人이 이것을 전복하려면 운송물의 손해가 責任期間에 발생한 것이 아닌 것 또는 손해가 責任期間에 발생한 것이라도 운송물의 손해를 야기한 사실이 運送人이 운송물을 受領하기 전 발생한 것 중의 하나에 대하여 立證하여야 한다.

그러나 만일 하주가 運送人으로부터 운송물을 受領한 후 운송물의 손해가 발생한 경우에 하주가 운송물의 손해가 運送人의 責任期間에 발생한 사실로 인하여 야기된 것을 주장하면, 하주는 전부 要證事實을 立證하여야 한다. 왜냐하면 하주가 운송물을 受領한 후 발생한 손해는 運送人의 責任期間에 발생한 사실로 야기된 일이 없는 것은 아니지만, 이러한 경우가 드물기 때문에 하주가 立證責任에 있어서 불이익을 받아야 한다.

이상 운송물의 손해는 운송물의 毀損 또는 滅失을 말한 것이며 운송물의 引渡遲延의 경우는 이와 다르다. 운송물의 引渡遲延이 발생하면 반드시 運送人의 責任期間에 발생한 사실로 인하여 야기된 것이다. 따라서 運送人이 운송물의 引渡遲延의 경우에는 하주가 引渡遲延의 발생만 입증하면 된다.

따라서 立證責任을 고려하면 수정된 責任期間에 관한 규정은 다음과 같은 조문을 추가하여야 한다.

「責任期間에 발생한 운송물의 毀損·滅失이 責任期間에 발생한 경우 또는 揚陸港에서 引渡遲延이 발생한 경우에는 運送人의 責任期間에 발생한 사실로 인하여 야기한 것으로 추정한다.」

### (3) 運送人의 不完全過失責任에 관한 立證責任의 分配

#### 1) 不完全過失責任의 一般的인 分配

海上運送人의 責任은 다른 일반 債務不履行責任과 다르다. 일반 債務不履行의 책임은 債務者의 契約違反의 사실에 대한 立證責任은 債權者가 부담하고 故意 또는 過失 없이 履行하지 못한다는 立證責任은 債務者가 부담하여야 한다.<sup>401)</sup> 그러나 運送人의 責任體系에서 논의한 바와 같이 海上運送人의 責任은 여러 가지 기준이 있으며 각 기준 사이에도 복잡한 관계가 있다. 따라서 運送人의 不完全過失責任에 대하여 立證責任을 어떻게 분배해야 될 것인가 하는 문제는 쉬운 것이 아니다.

中國海商法에서 運送人의 責任에 대하여 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務, 의무에 관한 규정 및 免責事由에 관한 규정이 있으나 이미 지적한 바와 같이 이 3가지 의무의 위반 효과 및 免責事由 사이의 관계에 대하여 언급이 없으며, 實體法에서 혼란을 야기할 수 있을 뿐더러 立證責任의 정리에서도 어렵다. 왜냐하면 立證責任分配는 實體法의 규정을 전제로 행해야 되기 때문에

---

401) 彭万林, 前掲書, 614面. 債務不履行의 책임성질에 대하여 중국민법학계에서 의견이 일치하지 않다. 민법통칙에서는 債務不履行責任의 성질은 過失責任이라는 것에 대하여 견해는 일치하나(民法通則 제106조) 중국계약법의 제정으로 인하여 債務不履行責任이 엄격책임으로 바뀌었다고 주장하는 학자도 있다(梁彗星, “過錯責任到嚴格責任”, 「民商法論叢」第8卷(北京: 法律出版社, 1999), 1~7面).

실체법조차 서로 간의 관계가 불분명한 경우에는 立證責任分配가 논의될 수 없다. 따라서 앞에 運送人責任體系에서 나름대로 정리한 運送人責任體系에 의하여 立證責任分配를 하겠다.

앞에서 언급한 바와 같이 “……이 절에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고 運送人이 책임을 부담하여야 한다.”라는 규정은 原則規定이며, 中國海商法에서 運送人の 免責을 인정하는 규정이 權利障礙規定인 例外規定이다. 따라서 運送人이 면책을 위하여 運送物損害를 야기하는 사실이 이러한 免責規定에서 규정한 要件에 부합한 것을 立證하여야 한다. 運送人이 過失이 있다는 기준은 堪航能力注意義務違反, 運送物에 관한 注意義務의 違反, 直航義務의 違反이다. 그러나 運送物에 관한 注意義務違反이 있더라도 運送物損害를 야기하는 직접원인이 免責事由에 해당하는 경우에는 그러하지 아니한다.

運送人の 責任이 면제될 수 있는 경우는 다음과 같다. ① 운송물의 손해가 不堪航으로 발생한 것이 아닌 것, 또는 운송물의 손해가 不堪航으로 인하여 발생하나 運送人이 상당한 주의를 다한 경우, ② 운송물의 손해가 운송물에 관한 부주의로 발생한 것이 아닌 것, 또는 운송물의 손해가 運送人の 운송물에 대한 부주의로 인하여 발생하나 運送人이 적절하고 주의깊게 운송물에 대하여 주의를 다한 경우, ③ 운송물의 손해가 離路에 의하여 발생한 것이 아닌 것, 또 운송물의 손해가 離路에 의하여 발생하나 不當한 離路가 아닌 경우, ④ 운송물의 손해가 法定免責事由에 의하여 야기 된 경우가 있다. 그리고 운송물의 손해가 ④의 法定免責事由에 의해서 발생하더라도 ①, ③과 관련한 의무(堪航能力注意義務와 直航義務) 위반으로 인한 손해이며, 비록 運送物損害의 직접원인이 免責事由에 해당하더라도 賠償責任을 면할 수 없으나, ②와 관련한 의무(運送物에 관한 注意義務)를 위반한 경우에는 면책될 수 있다. 즉, 관련 규정의 사이에서 보면 堪航能力注意義務와 直航義務에 관한 규정은 免責事由에 관한 규정의 효력에 대한 權利障礙規定이다.

확실한 것은 運送人은 우선 운송물의 손해를 야기한 원인에 관한 立證責任을 부담하여야 한다. 왜냐하면 運送人이 이 원인을 立證하여야만 運送人이 비

로소 免責에 관한 규정을 援用할 수 있다. 따라서 운송물의 손해의 원인이 명확하지 않는 경우에는 運送人이 免責될 수 없다. 여기서 문제가 된 것은 運送人이 면책을 위하여 위와 같은 모든 규정에 대하여 立證責任을 부담하느냐, 아니면 運送人이 바로 運送物損害를 야기한 사유가 法定免責事由에 해당한 것을 입증하는 것만으로도 충분한가의 문제가 일어날 수 있다.

운송물의 손해를 야기한 사실은 다음과 같은 범위를 벗어날 수 없다. 즉 不堪航, 運送物에 관한 不注意, 離路, 法定免責事由. 그러나 직접원인이 免責事由에 해당하지만 간접원인이 不堪航, 運送物에 관한 不注意, 離路인 경우도 있다. 이하에서는 운송물의 손해의 직접 원인이 不堪航, 運送物에 관한 不注意 또는 離路의 경우 및 운송물의 손해의 직접원인이 法定免責事由이지만 간접원인이 堪航能力注意義務違反, 運送物에 관한 注意義務의 위반 또는 直航義務違反의 경우로 나누어서 논하고자 한다.

## 2) 運送物損害의 直接原因이 運送人義務의 違反에 해당한 경우

운송물의 손해를 야기하는 직접원인이 運送人의 不堪航, 運送物에 관한 不注意 또는 離路라고 運送人이 주장한 경우에, 運送人이 免責되고자 한다면 運送人이 어떠한 要證事實을 입증하여야 하는지를 먼저 검토하겠다.

運送人이 運送物損害의 직접원인이 不堪航으로 인하여 야기된 것이라고 주장한 경우에 運送人은 不堪航이 존재하는 사실, 不堪航과 손해의 사이에 因果關係가 있는 것, 運送人이 상당한 주의를 다하여도 발생한 것에 대한 立證責任이 있다.

運送人이 運送物損害의 직접원인이 운송물에 관한 부주의로 야기된 것이라고 주장한 경우에 운송물에 관한 부주의가 있는 사실, 운송물에 관한 부주의가 運送物損害와 사이에 因果關係가 있는 것, 運送人이 적절하고 주의깊게 運送物에 관한 注意義務를 이행한 것에 대한 立證責任이 있다.

運送人이 運送物損害의 직접원인이 離路로 인하여 발생한 경우에는 運送人이 離路가 있는 것, 운송물의 손해가 離路和 因果關係가 있는 것 및 離路가 正當한 離路인 것에 대한 立證責任이 있다.

이상의 경우에는 법관이 要證事實이 진실이라고 판단한 경우에 運送人이 면책될 수 있다. 이러한 경우에는 賠償請求者가 손해가 責任期間에 발생한 것만 입증하면 運送人이 모든 立證責任을 부담한다. 이에 대하여 의문의 여지가 없다.

### 3) 運送物의 損害의 直接原因이 法定免責事由에 해당하는 경우

만약에 운송물의 직접원인이 運送人의 義務를 위반한 것이 아니고 免責事由에 해당하는 것이라고 주장한 때에는 문제가 된다. 여기서는 세 가지 경우가 발생할 수 있다.

하나는 運送人이 바로 運送物損害의 원인이 法定免責事由에 해당된 것에 대한 立證責任을 부담하고, 堪航能力注意義務 규정과 直航義務 규정은 免責事由 규정의 반대규정인 權利障礙規定으로서, 運送人이 堪航能力注意義務 및 直航義務를 다하였으면 運送物損害를 피할 수 있었음에도 불구하고, 이 두 가지 注意義務를 다하지 않는 것을 立證하여야만 運送人이 면책될 수 없다. 즉 運送人이 堪航能力注意義務違反 및 直航義務違反을 立證하여야 한다. 堪航能力注意義務違反을 立證한 때에는 不堪航이 존재한 것, 운송물의 손해가 運送人이 堪航能力注意義務違反과 因果關係가 있는 것, 運送人이 상당한 주의를 다하지 않은 것을 입증하여야 한다. 그리고 直航義務違反을 입증한 때에는 離路가 있는 것, 離路가 運送物損害와 因果關係가 있는 것 및 離路가 부당한 것을 立證하여야 한다.

또 하나의 경우는 堪航能力注意義務는 우선적 保證義務로서 運送人이 먼저 堪航能力注意義務를 증명하고, 堪航能力注意義務를 위반하지 않거나 堪航能力注意義務를 위반하더라도 運送物損害의 발생과 아무런 관계가 없는 것을 입증한 후 비로소 운송물의 손해가 免責事由에 해당하는 것을 立證할 수 있다. 이때는 하주가 運送人이 免責을 할 수 없게 하려면, 하주가 運送人이 直航義務를 다하였으면 運送物損害의 발생을 피할 수 있는 것을 입증하여야 한다.

마지막 경우는 運送人이 堪航能力注意義務와 直航義務를 다한 것을 立證하거나 이러한 의무를 위반하더라도 運送物損害의 발생을 피할 수 없는 것을 입



증한 때에만 운송물의 손해가 免責事由에 해당한 것을 立證할 수 있다.

생각컨대, 선박의 構造, 船員의 雇傭, 또는 선박의 運航은 하주, 특히 個品運送경우의 하주는 대하여 알 수 없는 사항인 것이다. 따라서 이것을 하주에게 立證責任을 부과하는 것은 堪航能力注意義務와 直航義務의 免責事由에 대한 규제를 아무 소용 없게 될 수 있다. 그러나 運送人은 하주와 달리 운송에 관한 모든 정보를 가지고 있다. 따라서 증거에 가까운 運送人이 立證責任을 부담한 것은 불합리한 점이 없다.

그리고 免責事由의 규정에서는 立證責任에 관한 문구, 즉 “運送人이 전항의 규정에 따라 賠償責任을 免除하고자 한 때에는 제2호(火災免責)에서 규정한 원인을 제외하고 立證責任을 부담하여야 한다”고(동법 제51조 제2항) 하는 규정이 엄밀하지 않다고 생각한다. 제2호에서 火災免責<sup>402)</sup>에 관한 조항에서 두 가지 내용을 포함하고 있으며, 하나는 운송물의 손해를 야기한 원인은 火災이고, 또 하나는 運送人의 본인의 過失에 의하여 초래한 火災인 경우는 火災免責을 援用할 수 없다는 것이다. 여기에서는 운송물의 손해를 야기하는 원인이 火災란 것은 運送人이 立證하여야 한다. 運送人의 본인의 過失로 초래한 火災는 당해 免責事由에서 단서로써, 運送人의 過失에 관한 立證責任을 규정하지 않아도 法律要件分類說에 의하면 賠償請求者가 立證責任을 부담하여야 한다. 그러나 中國海商法에서는 위와 같은 문구에 의하면 賠償請求者가 火災免責이 아닌 것 및 火災가 발생하더라도 運送人 본인의 過失로 야기한 것을 立證하여야 하는 것으로 된다. 여기서 입법자의 본의는 운송물의 손해가 火災와 因果關係가 있다는 立證責任은 運送人에게 있고, 단지 火災가 運送人 본인의 過失로 인하여 야기된 것에 대한 立證責任은 賠償請求者에게 있는 것이다. 여기서 또 하나 고려하여야 할 점은 運送人 본인의 過失로 야기한 火災임에 대한 立證責任을 賠償請求者에 부과하는 것이 과연 합리적인 것인가 하는 의문이다. 그러나 運送人이 하주 측보다 더 많은 정보를 가지고 있는 것은 사실이지만, 火災를 야기한

---

402) 火災免責에 대한 검토에 있어서 선박에 적재된 운송물이 火災로 인하여 발생한 손해에 대하여 運送人이 면책을 주장할 수 있는 것으로 제외된 것에 유의하기를 바란다.

원인이 적재된 위험물에 의하여 발생한 경우도 많아 火災의 원인이 진위불명의 경우가 많다. 만약에 運送人으로 하여금 본인의 故意 또는 過失이 없는 것을 입증하라고 하면 運送人은 火災原因을 모르고, 立證하기가 어렵다. 그리고 영국 및 미국 등 대부분 나라에서 이러한 立證責任을 賠償請求者에게 부과하는 것에 비추어 완전히 합리적인 것은 아니지만, 현재와 같이 유지할 필요가 있다고 생각한다.

#### 4) 賠償請求者の 反證

여기서 유의해야 할 점은 運送人이 免責을 위하여 입증한 때에 賠償請求者가 운송물의 손해가 다른 원인으로 인하여 야기된 것을 주장하여 증거를 제출한 경우에는 또 다른 立證責任을 부담하는 것이 아니다. 이것은 단지 賠償請求者가 運送人의 要證事實에 대한 反證인 것이 불과하다. 즉 運送人이 要證事實에 관하여 제출하는 증거를 부인하는 賠償請求者가 제출하는 증거이다. 이것은 賠償請求者가 불리한 법률판단을 피하기 위하여 運送人의 要證事實에 대한 법관의 心證을 못 얻게 하는 것이다. 예컨대, 運送人이 운송물의 손해가 운송물의 固有性質 또는 固有缺陷에 의하여 운송물이 손해가 발생한 것이라고, 運送人이 주장한 경우에 하주가 운송물의 손해는 운송물의 固有性質 또는 固有缺陷에 의한 것이 아니고 運送人이 運送物에 관한 注意義務違反으로 야기한 것이라고 주장하여 증거를 제공한 경우에는 하주가 運送物에 관한 注意義務의 立證責任을 부담하는 것이 아니라, 이것은 단지 법관이 運送物損害의 원인이 운송물의 固有性質 또는 固有缺陷이라는 주장에 대하여 확신을 흔들리게 하는 것이다.

#### 5) 綜合的 分析

이상의 분석을 정리하여 中國海商法上 運送人의 不完全過失에 관한 立證責任分配를 다음과 같은 방향으로 改正·立法하는 것이 바람직하다.

運送人이 運送物損害를 야기하는 사실이 不堪航, 운송물에 관한 부주의 또는 離路인 것을 증명한 때에는 不堪航인 경우 상당한 주의를 다한 것, 운송물에 관한 부주의인 경우 적당하고 주의깊게 행한 것, 및 離路인 경우 離路가 正當한 離路이었음을 運送人이 증명할 수 있으면 責任을 免除할 수 있다.

運送人이 運送物損害를 야기하는 사실이 免責事由인 것을 증명한 때에는 책임이 면제될 수 있다. 단, 運送人이 堪航能力注意義務와 直航義務를 다한 것임을 입증하거나 이러한 의무를 위반하더라도 運送物損害의 발생을 피할 수 없었다는 증명이 있어야 운송물의 손해가 免責事由에 해당한 것을 입증할 수 있다.

#### (4) 實際運送인에 관한 立證責任

實際運送人責任의 성질에서 언급한 바와 같이 契約運送人の 책임은 契約責任이고, 實際運送人の 責任은 不法行爲責任이다. 일반 不法行爲責任의 경우에는 債權者가 손해가 발생한 사실, 加害行爲와 손해 사이에 因果關係가 있는 사실 및 加害行爲가 故意·過失에 기한 사실에 대한 立證責任을 부담한다. 따라서 일반 不法行爲責任에 의하면 賠償請求者가 運送物損害가 발생한 사실, 實際運送人の 行爲와 運送物損害 사이에 因果關係가 있는 사실 및 實際運送人の 行爲가 故意·過失이 있는 것을 立證하여야 한다.

그러나 中國海商法上 運送인에 관한 책임을 實際運送人에게 적용한다는 것은 契約運送인에 관한 立證責任까지도 포함한다는 취지로 보인다. 왜냐하면 實際運送人の 개념은 함부르크규칙에서 받아들인 것이며 함부르크규칙에서 實際運送인에 대하여 “運送人の 책임을 규율하는 이 협약의 모든 규정은 實際運送人이 履行한 운송에 관한 實際運送人の 책임에 대하여도 적용한다.”라고(동 규칙 제10조 제2항) 규정하였는데, 運送人の 責任原則에 관한 내용(동 규칙 제5조)에서 立證責任도 규정하고 있기 때문에 運送人責任의 일부분으로서 實際運送人에게 적용하는 것이다.

그리고 運送인에 관한 立證責任을 實際運送人에게도 똑 같이 적용하는 것은 불합리적인 것이 아니다. 왜냐하면, 立證責任分配理論의 危險領域說에 의하면 運送物損害를 야기하는 사실이 實際運送人の 管理 하에 발생한 것이면 實際運送人の 不完全過失에 관한 立證證據가 賠償請求者보다 더 많이 가지고 있기 때문이다. 따라서 實際運送人 責任의 성질에 의해 모든 立證責任을 賠償請求者에 부과하는 것을 방지하기 위하여 법조문에서 契約運送人責任에 관한 立證責任도 實際運送人에게 準用할 것을 강조할 필요가 있다고 생각한다.

여기서는 주의해야 할 점은 賠償請求者가 운송물의 손해가 契約運送人의 責任期間에 발생한 것을 입증하는 것은 쉽지만 實際運送人의 責任期間에 발생한 것을 입증하는 것은 쉬운 것이 아니다. 賠償請求者가 운송물의 손해가 契約運送人의 責任期間에 발생한 것을 입증한 때에는 운송물을 양호한 상태로 運送人에게 引渡하나 운송물을 受領한 때에 손해가 발생한 것을 賠償請求者가 立證하여야 한다. 통상 船荷證券이나 기타 受領證據證券에서 運送人이 운송물을 受領한 때에 운송물의 良好한 外觀狀態라는 記載와 하주가 運送人으로부터 운송물을 受領한 때의 運送物損害가 있다는 通知이나 領收證과 비교하면 된다.

그러나 實際運送人의 責任期間에 발생한 것을 立證한 때에는 契約運送人의 전체 責任期間의 운송을 인수하는 實際運送人의 경우에는 상황이 契約運送인과 같은데, 契約運送人의 전체 責任期間 중에 일부만 履行하는 實際運送人의 경우에는 운송물이 어떠한 상태로 實際運送人에게 引渡되는지 또는 운송물이 어떠한 상태로 實際運送人에서 다른 자에게 引渡되는지에 대하여 賠償請求者가 알기 어렵다. 그렇다면 이러한 경우에 實際運送人이 자기의 責任期間에 발생한 것이 아님을 立證하는 것이 합리적인 것인가? 만약에 賠償請求者가 먼저 契約運送人에게만 賠償請求를 한 경우에는 契約運送人이 배상을 한 후 實際運送人 사이의 계약에 의해 實際運送人에 대하여 求償權을 행사하게 된다.<sup>403)</sup> 이러한 경우에는 契約運送人이 運送物損害가 實際運送人의 관리 하에 발생한 것을 입증하여야 한다. 運送物損害의 발생구간이 契約運送人의 責任期間 중에서 어느 구간에서 발생한 것이지를 확정할 수 없는 경우에, 契約運送人이 求償權을 행사할 수 없으며, 實際運送人이 運送物損害에 대하여 책임이 없으나, 하주측의 賠償請求者가 직접 實際運送人에 대하여 운송물배상을 청구한 경우에 實際運送人이 책임을 지게 되고 契約運送人에 대하여 求償權도 행사할 수 없다. 이러한 경우에 實際運送人에게는 같은 운송물에 대하여 賠償請求者가 누구지에 따라 책임이 달라질 것이다. 이것은 합리적인 것이 아니다. 따라서 賠償請求

---

403) 여기서는 實際運送人이 실제로 이행하는 운송 업무에 있어서 契約運送인과 實際運送人 사이에 다른 하도급자가 들어가지 않은 경우를 가정한 것이다.

자가 實際運送人에 대하여 배상을 청구한 경우에도 運送物損害의 發生期間에 대한 立證責任은 契約運送人과 같이 賠償請求者가 부담하여야 한다. 이와 같은 경우에는 하주 측의 賠償請求者는 契約運送人에 대하여 배상을 청구하면 된다.

### 第3節 韓國海商法上の 運送人の 責任原則과의 比較

#### I. 責任原則

運送物損害賠償의 責任原則으로 韓國海商法은 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務의 규정 및 免責事由에 관한 규정을 두고 있다. 韓國海商法에서도 航海過失과 火災의 免責規定을 두고 있기 때문에 中國海商法과 같이 不完全過失責任을 원칙으로 하고 있다. 단, 韓國商法은 中國海商法과 같이 直航義務에 관하여 따로 규정을 두고 있지 않으나, 正當한 離路가 있었을 경우에는 면책이 되는 것으로(동법 제789조 제2항 제8호) 하여, 간접적으로 直航義務를 규정하고 있다.

韓國海商法에서는 火災의 장소에 대하여 商法改正 전에는 “선박에서의 火災”로 제한하고 있었으나 1991년의 개정으로 이러한 제한을 제거하였다. 改正 후의 조문의 문언대로 해석하면 火災의 장소를 船舶內部로 한정하지 않고 육상 또는 다른 선박에서 발화한 불이 본선에 옮겨 붙은 후 그 火災가 본선에서 운송물에 손해를 일으킨 경우에도 運送人이 면책된다.<sup>404)</sup> 그러나 火災의 장소를 무한정 확장하여 해석하게 될 가능성이 있다고 하여 개정전보다 더욱 혼란을 일으킬 여지가 있다는 비판도 있다.<sup>405)</sup>

#### II. 責任原則의 體系

---

404) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다39364판결에서는 대법원이 다른 선박에서 火災가 발생하여 피고의 선박으로 옮겨 붙어 毀損된 적하에 대하여 運送人이 면책된다고 판시하였다.

405) 鄭映錫, 「海商法講義要論」(부산: 해인출판사, 2003), 132面.

韓國海商法은 運送人의 責任原則에 관한 체계와 立證責任分配가 中國海商法보다 명확하다.

中國海商法에서는 堪航能力注意義務, 運送物에 관한 注意義務違反에 법적 효과를 규정하고 있지 않으나, 韓國海商法은 이러한 의무에 위반하면 運送人이 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 그리고 免責事由와의 관계에 있어서 이러한 의무의 위반이 있는 경우 運送人은 免責事由를 援用할 수 없다(동법 제789조 제2항). 즉 韓國海商法상 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務는 우선적 의무이다. 그러나 航海過失免責과 火災免責은 제789조 제2항에서 규정하지 않고 제788조 제2항에서 따로 규정하고 있기 때문에 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務가 航海過失免責과 火災免責에 대하여도 우선적 의무인지에 대하여 조문의 문언만으로 분명하지가 않다.<sup>406)</sup> 韓國海商法이 이에 관한 내용을 명시할 필요가 있다고 생각된다.

直航義務違反의 효력에 대하여 규정을 두고 있지 않지만 위에 언급한 바와 같이 免責事由에서 正當한 離路에 대하여 免責을 허용하기 때문에 直航義務를 위반한 경우에 運送人이 책임을 부담하여야 한다. 直航義務와 免責事由 사이의 효력에 대해서 中國海商法과 같이 명문 규정이 없다. 대법원의 입장에 의하면 不當한 離路가 있는 경우에 免責事由를 인정할 수 없으며, 즉 直航義務는 免責事由보다 우선적 효력이 있다고 본다.<sup>407)</sup> 그러나 이것은 어디까지나 해석론이며, 韓國海商法에서는 直航義務와 免責事由의 사이의 효력에 대하여 명문으로 규정하는 것이 필요하다.

---

406) 해석론상 韓國海商法에서는 이들 의무의 위반은 제789조 제2항의 運送人의 개별적 免責事由의 이익을 박탈할 뿐만 아니라 航海過失 또는 火災가 있었다라도 堪航能力注意義務違反 또는 運送物에 관한 注意義務違反이 있었을 경우에는 이들 의무의 위반이 경합된 부분에 대하여는 運送人의 면책을 상실하는 것이다. 즉, 한국에서는 運送人의 運送物에 관한 注意義務와 堪航能力注意義務는 모두 우선적 의무로 인정되고 있다고 한다(上揭書, 137面).

407) 대법원 1998. 2. 10. 선고 96다45054사건에서 대법원의 입장은 다음과 같다. “설령 항해상의 過失로 인하여 운송물이 훼손되는 사고가 발생하였다고 하더라도 運送人이 離路와 이 사건 손해발생 사이에 因果關係가 없다는 점을 입증하지 않는 한 항해상의 過失에 의한 면책을 인정받을 수 없다”고 한다.

### III. 立證責任分配

堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務에 대한 立證責任이 규정하지 않은 中國海商法과 달리 韓國海商法の 경우는 이 두 가지 의무에 관한 立證責任을 규정하고 있다. 즉 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務를 게을리하지 않았음을 運送人이 입증해야 하는 것이다. 그 외에도 運送人은 免責事由를 주장할 경우, 免責事由에 해당하는 사실이 존재한다는 것과 그 손해가 그 사실로 보통 발생할 수 있는 것임을 증명해야 한다(韓國商法 제789조 제2항). 단 免責事由 중 航海過失과 火災의 경우는 그러하지 아니하다. 中國海商法에서는 航海過失 및 火災뿐만 아니라, 다른 法定免責事由를 주장하기 위해서는 이러한 免責事由와 그 손해와의 因果關係를 運送人이 立證하여야 한다. 다시 말해 運送物損害의 원인이 不明確한 경우, 중국은 運送人이 賠償責任을 부담해야 하나, 한국의 경우는 運送人이 免責事由에 해당된다는 사실과 손해가 이 사실에 의해 통상 발생할 수 있는 것임을 立證하면 책임을 면할 수 있다는 것이다. 즉 中國海商法상의 立證責任의 정도가 韓國海商法 보다 높다고 할 수 있다.

韓國海商法에서는 運送人이 免責事由를 원용한 경우에 運送人이 堪航能力注意義務 및 運送物에 관한 注意義務를 다하였더라면 그 손해를 피할 수 있었음도 불구하고 그 주의를 다하지 아니하였음을 證明한 때에 運送人이 면책을 할 수 없다(동법 제789조 제2항). 이때 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務를 다하지 않았다는 것과 다하였더라면 손해를 피할 수 있다는 것에 관한 立證責任은 賠償請求者 측에 있다. 韓國商法 제789조 제2항에 의하면 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務를 다하였더라면 그 손해를 피할 수 있었음에도 불구하고 그 주의를 다하지 아니하였음을 證明한 때에는 동조 제2항에서 규정한 免責事由를 주장할 수 없다고 한다.

韓國海商法에서는 運送人의 責任原則의 立證責任이 中國海商法보다는 명확하지만 다음과 같은 점에서 보완할 필요가 있다고 생각한다. 첫째, 航海過失과 火災免責을 다른 免責事由와 분리하여 규정하기 때문에 航海過失 및 火災免責

에 관한 立證責任은 규정되지 않았으며, 특히 運送人의 故意 또는 過失로 인한 火災에 대한 立證責任이 어느 측에 있는지가 명확하지가 않다. 둘째, 運送人이 免責事由를 원용한 경우에 堪航能力注意義務와 運送物에 관한 注意義務를 다 하였다면 피할 수 있었다는 立證責任이 운송 업무를 잘 모르는 청구자 측에 부여된 것은 합리적이지 않다고 생각된다.



## 第6章 結論

### I. 責任主體

#### 1. 契約運送人

中國海商法은 契約運送人에 대하여 “本人 또는 他人에게 委託하여 本人의 名義로 送荷人과 海上物件運送契約을 체결하는 者이다”라고 定義를 내리고 있지만, 中國海商法 中 船荷證券이 契約運送人의 判斷에 있어서 어떠한 영향이 있는지에 대한 언급이 없다. 契約運送人을 확정함에 있어서 送荷人은 직접 運送契約을 체결하기 때문에 船荷證券은 추정적 증거일 뿐이므로 그와 다른 반증이 허용된다. 즉 送荷人에 대하여는 契約運送人의 定義에 의하여 진정한 運送契約을 체결한 자가 運送人으로 되지만, 善意의 船荷證券所持人을 보호하는 차원에서 船荷證券에 의해 판단된 運送人이 契約運送人으로 확정되어야 한다. 그러나 船荷證券所持人이 契約運送人의 定義에 의한 반증으로써 진정한 運送人을 증명하는 것을 방해하지 아니한다. 그리고 선하증권에 의하여 運送人을 판단하는 기준에 관하여는 계약의 文言解釋에 관한 문제인데 客觀的 解釋原則에 의하면 우선 運送人欄의 署名이 중요시되어야 한다. 書名이 애매한 경우에 裏面に 있는 디마이즈約款이나 運送人特定約款이 판단기준이 된다. 이상의 내용 중에서 善意의 船荷證券所持人이 배상청구자인 경우에 선하증권에 의한 運送人確定의 效力에 대하여 中國海商法이 명문으로 규정할 필요가 있다고 생각한다. 따라서 契約運送人에 대하여 아래와 같이 규정하고자 한다.

「**第四十一條 (一)** “運送人”이란 本人 또는 他人에게 委託하여 本人의 名義로 送荷人과 運送契約을 체결하는 者이다. 단, 賠償請求者가 船荷證券을 善意로 取得한 第3者인 경우에 運送人은 船荷證券의 記載事項에 의하여 判斷된

다.」

## 2. 實際運送人

中國海商法上 實際運送人은 運送人의 委託을 받아 物件運送 또는 일부 運送에 從事하는 者이며, 再委託을 받아 運送에 從事하는 者도 포함한다고 정의를 내리고 있다. 특히 實際運送人의 範圍를 둘러싼 논란이 많은데, 運送人으로부터 委託을 받았으나 실제로 運送을 하지 않고 다른 사람에게 下委託을 하는 자도 實際運送人에 포함되는지, 또한 海上運送 이외에 運送의 附隨的인 義務를 履行하는 獨立契約者도 포함되는지에 관한 것이다. 實際運送人에 관한 규정을 두고 있지 않는 헤이그규칙/헤이그-비스비규칙을 國內法化한 國家의 判例를 살펴보면, 荷主가 非契約運送人에 대하여 소송을 제기하는 사건에서는 피고는 통상 運送人이 부담하여야 할 義務의 일부 또는 전부를 履行하기로 하는 계약을 체결하고 실제로 그 義務를 履行하는 獨立契約者이며, 여기서 附隨的인 業務를 履行하는 獨立契約者도 포함한다. 이러한 獨立契約者는 荷主와 運送契約를 체결하는 當事者가 아니지만 많은 교묘한 방법에 의하여 契約運送人의 抗辯事由, 責任制限을 援用하고자 한다. 그러나 각종 제한이 있으므로 獨立契約者가 모든 경우에 다 성공할 수 없다. 동일한 過失에 의하여 다른 결과가 나타나는 것은 불합리하며 訴訟費用도 많이 증가시킬 수 있다. 그리고 國際的인 추세는 海上運送法에서 契約運送人이외에 광범위한 책임주체를 규정함으로써 非契約運送人의 責任을 획일적으로 정하고자 한다. 이에 따라 海上運送이외에 契約運送人의 附隨的인 업무를 履行하는 자도 實際運送人에 포함되는 것이 합리적이라고 생각한다. 그러나 중간에 委託을 받아 실제로 運送을 履行하지 않는 者는 제외시켜야 된다고 생각한다. 왜냐하면 契約運送人이 荷主에 대하여 책임지는 것은 契約責任에 의한 것이고 실제로 運送業務를 履行하는 者의 荷主에 대한 責任은 不法行爲責任이며 중간에 委託이나 再委託만 받고 실제로 업무를 履行하지 않은 者가 荷主에 대하여 책임을 부담하는 것은 법적 근거가 약하다고 생각한다. 따라서 實際運送人에 대하여 다양한 해석을 없애기 위하여 다음과 같이 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

「**第四十一條 (二)** “實際運送人”이란 契約運送人의 委託을 받아 또는 再委託을 받아 契約運送人의 責任期間내에 부담해야 할 物件運送義務를 실제로 履行하는 者를 말한다.」

### 3. 契約運送人과 實際運送人의 關係

中國海商法上 契約運送人과 實際運送人이 모두 賠償責任이 있는 경우에 이 책임의 범위 내에서 連帶責任을 부담하는데 이러한 連帶責任에 관한 連帶債務는 連帶債務者 사이에 主觀的인 共同關係가 있는 一般法定連帶債務와 달리 不眞正連帶債務의 特徵에 부합한다. 이러한 不眞正連帶債務에 의하여 損害賠償請求者의 運送人 또는 實際運送人의 一方에 대한 賠償請求, 責任免除, 混同은 他方에 대하여 효력이 생기지 아니한다. 즉 賠償請求者가 一方에 대하여 배상청구를 하는 경우에 他方에 대하여 提訴期間이 중단되지 아니하고 또한 一方에 대하여 賠償責任의 債務를 면제하거나 混同한 경우에 他方은 여전히 全部賠償을 하여야 한다. 이에 대해서 中國海商法은 명문으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

「**第六十三條** 契約運送人과 實際運送人이 모두 책임이 있는 경우에 이 책임의 범위 내에서 連帶責任을 부담한다. 賠償請求者가 당해 범위 내에 連帶責任을 부담하는 契約運送人과 實際運送人 중의 一方에 대하여 한 賠償請求, 責任免除, 責任에 관한 債務의 混同은 他方에게는 효력이 없다.」

## II. 責任期間

物件運送契約은 송하인이 인도한 운송물을 運送人이 약정한 장소까지 운송하고 송하인이 運賃을 지급하는 계약이며, 運送行爲는 운송물을 受領한 때부터 引渡한 때까지의 일체로서 그 사이에 발생한 法律關係도 하나의 법률에 의하여 규율되는 것이 이상적이다. 複合運送경우에는 아직까지 이러한 목적이 달성되기 어렵지만 단일한 運送手段에 의한 운송이 하나의 법률에 의하여 규율되는 것은 충분히 가능하다. 따라서 海上運送에 있어서는 中國海商法이 컨테이너운

송물과 비컨테이너운송물로 나누지 않고 모든 운송물에 대하여 하나의 責任期間을 규정하여, 責任期間은 운송인이 운송물을 受領한 때부터 引渡한 때까지의 기간으로 하는 것이 바람직하다. 그러나 海上運送이 개입된 複合運送의 경우에 海上運送에 관한 法律을 적용하는 責任期間은 운송물이 船積港에서 船積을 위하여 陸上運送手段으로부터 揚荷된 때부터 揚陸港에서 선박으로부터 揚陸된 운송물이 陸上運送手段에 積載된 때까지의 기간으로 하는 것이 타당하다. 그리고 實際運送人の 責任期間이 運送人の 責任期間과 동일하게 되면 實際運送人이 실제로 履行하지 않은 부분도 賠償責任을 부담한다는 불합리한 결과가 초래될 수 있으므로 實際運送人の 責任期間은 運送人の 責任期間 중 實際運送人이 운송물을 실제로 점유하는 기간으로 하여야 한다. 따라서 中國海商法은 責任期間에 관하여 다음과 같이 改正되어야 한다고 본다.

「**第四十六條** 運送人の 責任期間은 運送人이 운송물을 受領한 때부터 引渡한 때까지 운송물을 실제로 점유하고 있는 期間을 말한다. 契約當事者 사이에 運送物の 受領과 引渡의 時期에 대한 合意를 할 수 있으나, 運送人の 責任期間을 단축하는 合意는 無效이다.

海上運送이 개입된 複合運送의 경우에는 해상운송인의 책임에 관한 규정을 적용할 복합운송인의 책임기간은 船積港에서 운송물이 陸上運送手段에서 揚荷된 때부터 揚陸港에서 운송물이 陸上運送手段으로 積載된 때까지 운송물을 실제로 점유하고 있는 期間을 말한다.

이 기간에서 운송물의 滅失·毀損 또는 引渡遲延을 야기하는 事實이 발생하면 이러한 손해에 대하여 이 절에서 다른 규정이 있는 경우를 제외하고, 運送人이 賠償責任을 부담한다.

운송물의 滅失·毀損이 당해 기간에 발생하거나 목적항에서 운송물이 引渡遲延된 경우에는 운송물의 損害가 이 期間에서 발생한 事實에 의하여 야기된 것으로 推定된다.

實際運送人の 責任期間은 運送人の 責任期間 내에 운송물을 실제로 점유하는 期間이다.」

### III. 責任原則

中國海商法에 있어서 免責事由를 고려하지 않으면 運送人이 책임을 부담하는 기준은 運送人의 義務違反으로 하여야 한다. 즉, 運送人의 堪航能力注意義務違反, 運送物에 관한 注意義務違反 및 直航義務違反으로 인하여 야기된 運送物損害에 대하여 運送人이 賠償責任을 부담하여야 한다. 이것은 일반 契約違反責任이나 不法行爲責任 중의 過失責任에 비하여 運送人의 過失을 客觀化·明確化하는 효과가 있다. 이 세 가지 義務는 免責事由와의 관계에 있어서는 반드시 優先順位가 있어야 한다. 이 중에서 堪航能力注意義務가 免責事由보다 우선된다면 航海過失免責이나 火災免責을 어느 정도 제약할 수 있으며 運送契約의 利害關係人의 利益을 합리적으로 조정할 수 있다고 생각한다. 그러나 運送物에 관한 注意義務의 경우는 英美普通法에서 運送物에 관한 注意義務法理가 형성된 당시 船荷證券의 免責約款 중의 免責事由가 運送人의 過失로 인하여도 야기될 수 있는 것과 달리 中國海商法상의 法定免責事由에서는 運送人의 運送物에 관한 過失과의 관련성은 火災에만 있다. 火災를 法定免責事由로 규정한 것은 경미한 過失로도 모든 운송물이 毀損될 수 있기 때문이다. 그리고 여기에서 경미한 過失은 運送人의 使用人의 운송물에 관한 過失도 포함한다고 생각된다. 따라서 運送物에 관한 注意義務의 效力은 免責事由의 效力보다 낮다고 생각한다. 마지막 直航義務에 있어서는 英美의 重大한 契約違反의 概念을 도입하지 않더라도, 不當한 離路가 없었으면 運送物의 損害를 회피할 수 있었음에도 불구하고 運送人의 不當한 離路로 인하여 法定免責事由에 해당하는 사고가 발생한 경우에 운송인이 免責된다는 것은 불합리하다. 따라서 直航義務의 效力도 免責事由의 效力보다 우선적이어야 한다.

위의 규정들은 運送物損害賠償請求에 관한 立證責任分配의 각도에서 재검토하면 다음과 같다. 立證責任은 大陸法界의 立證責任에 관한 一般理論을 적용해서 分配된다. 주로 法律要件分類說에 의하고, 危險領域說 및 蓋然性說을 보충적으로 적용해서 中國海商法上 運送物損害賠償請求에 관한 立證責任分配의 體

系가 구축되었다. 우선 運送人이 賠償責任을 부담하는 一般規定으로서의 責任期間에 관한 규정이며, 이 규정에 의하면 賠償請求者가 運送物에 損害를 야기한 事實이 責任期間에 발생하였다는 것을 立證하여야 하지만 이것은 운송에 참여하지 않는 賠償請求者에 대하여는 어려운 것이다. 蓋然性說에 의하면 운송물의 손해는 그 損害를 야기한 事由에 의하여 즉시 발생하는 경우가 대부분이기 때문에 賠償請求者가 운송물의 손해가 運送人의 責任期間에 발생하였다는 것만 立證하면 충분하다고 생각한다. 그 다음으로 運送人免責에 관한 규정은 例外規定이므로 運送人이 모든 免責에 관한 要證事實을 立證하여야 한다. 즉 자신의 責任이 없다는 것을 立證하여야 한다. 中國海商法上 運送人이 免責될 수 있는 경우는 다음과 같다. ① 不堪航으로 인하여 야기된 運送物損害인 경우에 運送人이 堪航能力義務의 履行에 있어서 상당한 주의를 다하였다는 것을 立證할 수 있으면 免責된다. ② 運送物에 관한 不注意로 인하여 야기된 運送物損害인 경우에는 運送人이 運送物에 관한 注意義務의 履行에 있어서“적절하고 주의깊게” 이행하였다는 것을 立證할 수 있으면 免責된다. ③ 離路로 인하여 야기된 運送物損害인 경우에는 運送人이 이 離路가 正當한 離路였다는 것을 立證할 수 있으면 免責된다. ④ 運送人이 運送物損害를 야기한 事實이 法定免責事由에 해당된다는 것을 立證할 수 있으면 免責된다. 그러나 免責事由보다 우선적인 순위에 있는 堪航能力注意義務와 直航義務가 있기 때문에 免責事由에 해당된 事實로 인하여 야기된 運送物損害의 경우에는 運送人이 堪航能力注意義務와 直航義務를 위반하지 않으면 운송물의 손해가 발생할 수 없을 때는 運送人이 免責事由에 해당된다고 立證할 수 있더라도 賠償責任이 반드시 면제될 수 없다. 원칙적으로 이 두 가지 의무의 규정은 免責事由에 대한 沮止規定으로서 賠償請求者가 立證責任을 부담해야 되지만, 船舶의 構造, 船員의 雇傭 또는 船舶의 運航에 관한 모든 사항은 賠償請求者가 알기 어렵기 때문에 危險領域說에 의하면 이러한 立證責任은 運送人에게 부과되는 것이 타당하다. 이에 의하여 中國海商法上 運送人의 責任原則은 다음과 같이 개정되어야 한다고 본다.

「**第四十七條** 運送人이 船舶의 出航 前 및 出航 時 相當한 注意로써 선박을

航海에 적합한 상태로 하고 船員을 적절히 배치하고 船舶에 필요한 裝備 및 物品을 준비하여야 한다. 또 船室, 冷凍室, 冷藏室 및 기타 貨物の 船積場所가 운송물을 안전하게 保管 및 運送할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

운송물의 손해가 不堪航으로 인하여 발생한 것을 運送人이 立證한 경우에는 運送人이 이 의무를 상당한 주의로서 다하였음을 立證할 수 있으면 運送人의 賠償責任이 免除된다.」

「**第四十八條** 運送人은 운송물의 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸을 적절하고 주의깊게 하여야 한다.

운송물의 손해가 運送人의 운송물에 대한 不注意로 인하여 발생한 것을 運送人이 立證한 경우에는 運送人이 이 의무를 적절하고 주의깊게 행하였음을 立證할 수 있으면 運送人의 賠償責任이 免除된다.」

「**第四十九條** 運送人은 약정한 航路, 慣行的 航路 또는 地理的인 航路에 따라 운송물을 揚陸港까지 運送하여야 한다.

선박이 해상에서 인명 및 재산을 救助하기 위하여 또는 이러한 救助의 企圖로써 離路를 하거나 기타 합리적인 이유가 있는 離路를 하는 경우에 前항에서 규정하는 행위에 위반한 것으로 보지 아니한다.

운송물의 손해가 離路로 인하여 발생한 것을 運送人이 立證한 경우에는 運送人이 離路가 正當한 離路인 것을 立證할 수 있으면 運送人의 賠償責任이 免除된다.」

「**第五十一條** 運送人은 아래의 사유 중의 하나로 인하여 운송물의 손해가 발생하였다는 것을 立證하면 運送人의 賠償責任이 免除될 수 있다. 단, 運送人이 아래와 같은 免責事由를 援用하기 전 제47조와 제49조에서 규정된 義務를 다하였음 또는 이러한 義務를 違反하지 않더라도 運送物의 損害의 發生을 피할 수 없었음을 立證하여야 한다.

(1) 船長·船員·導船士 및 기타 運送人이 使用하는 者의 航海 또는 船舶의 管理上의 過失;

(2) 火災로 인하여 發生한 船舶에 積載된 運送物에 대한 損害. 단, 賠償請求

자가 運送人 本人의 過失로 인한 것을 立證한 때는 제외된다.

(3) 天災地變, 海上 또는 기타 可航水域에서의 危險 또는 意外의 事故

(4) 戰爭 또는 武裝衝突

(5) 政府 또는 主管部署의 行爲, 檢疫制限 또는 法律節次에 의한 押留

(6) 同盟罷業, 怠業 또는 事業場의 閉鎖

(7) 海上에서의 人命 및 財産의 救助 또는 救助의 企圖

(8) 送荷人, 荷主, 또는 그의 代理人의 行爲

(9) 운송물의 固有의 性質 또는 固有의 缺陷

(10) 운송물의 包裝不良, 기호의 欠缺 또는 不明確

(11) 주의를 다하였어도 발견할 수 없는 船舶의 숨은 缺陷

(12) 運送人 또는 그의 代理人 및 使用人の 過失로 인한 것이 아닌 기타의 原因」



# 參考文獻

## I. 韓國文獻

### 1. 單行本

- 郭潤直, 「債權總論」, 서울: 博英社, 1995.
- 金相容, 「比較契約法」, 서울: 法英社, 2002.
- 金仁顯, 「海商法」, 서울: 法文社, 2003.
- 金曾漢, 「法律學辭典」, 서울: 法文社, 1999.
- 裴炳泰, 「註釋海商法」, 서울: 한국사법행정학회, 1977.
- 白陽 著, 김영수 옮김, 「중국사」, 서울: 창해, 2005.
- 徐憲濟, 「商法講義(下)」, 서울: 法文社, 2002.
- 吳錫洛, 「立證責任論」, 서울: 日新社, 1977.
- \_\_\_\_\_, 「立證責任論序說」, 서울: 靑林出版, 1992.
- 李範燦·崔竣瑿, 「商法(下)」, 서울: 博英社, 2004.
- 林東喆, 「해상법·국제운송법연구」, 부산: 효성출판사, 1996.
- 鄭燦亨, 「商法講義(下)」, 서울: 博英社, 2003.
- 鄭暎錫, 「국제해상운송법」, 서울: 범한서적주식회사, 2004.
- \_\_\_\_\_, 「해상법 강의요론」, 부산: 해인출판사, 2003.

### 2. 論文

- 金仁顯, “유엔 운시트랄 운송법회의에서 運送人의 책임제도에 관한 고찰”, 「韓國海法學會誌」, 第27卷 第2號, 2005.11.
- 徐憲濟, “定期傭船者의 船荷證券所持人에 대한 책임-대법원 1992.2.25. 선고 91다14215 판결-” 「민사판례연구 제15집, 1993.5.
- 李均成, “법적으로 본 해운·무역·보험 실무-화물의 손해와 하역업자의 책임”, 「해양한국」 제3호, 1973.12.
- 林東喆, “國際海上物件運送法의 統一化問題”, 「韓國海法學會誌」 제20권 제2호, 1998.10.
- \_\_\_\_\_, “해상물건운송에서 “Door to Door” 운송에 관하여-UNCITRAL/CMI 운송법초안과

관련하여”, 「한국해법학회지」 제25권 제2호, 2003. 11.  
鄭暎錫, “해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구”, 한국해양대학교 해사법학과 박사 학위논문, 1995.

## II. 中國文獻

### 1. 單行本

郭萍, 「租船實務與法律」第2版, 大連: 大連海事大學出版社, 2002.  
莫世健, 「中國海商法」, 北京: 法律出版社, 1999.  
傅旭梅, 「中華人民共和國海商法」, 北京: 人民法院出版社, 1994.  
司玉琢, 「海商法詳論」, 大連: 大連海事大學出版社, 1999.  
\_\_\_\_\_, 「中華人民共和國海商法問答」, 北京: 人民交通出版社, 1993.  
司玉琢·胡正良, ““中華人民共和國海商法”修改建議稿條文,參考立法例,說明”, 大連: 大連海事大學出版社, 2003.  
楊良宜, 「提單及其付運單證」, 北京: 中國政法大學出版社, 2001.  
梁彗星, “過錯責任到嚴格責任”, 「民商法論叢」第8卷, 北京: 法律出版社, 1999.  
吳煥寧, 「海商法」, 北京: 法律出版社, 1996.  
吳煥寧, 「海商法學」, 北京: 法律出版社, 1989.  
王利明, 「中國民法案例與學理研究」, 北京: 法律出版社, 2003.  
汪鵬南, 「海上保險合同法詳論」, 大連: 大連海事大學出版社, 1996.  
韋經建, 「海商法」, 吉林: 吉林人民出版社, 1996.  
尹東年·郭瑜, 「海上貨物運輸法」, 北京: 人民法院出版社, 2001.  
李復甸, 「海上貨物運送公約釋論」, 華岡: 中國文化大學出版部 1983.  
張東亮, 「劃時代之國際法-漢堡規則論」, 臺北: 臺灣中國文化大學出版社, 1982.  
張衛平, 「訴訟構架與程式-民事訴訟的法理分析」, 北京: 清華大學出版社, 2000.  
崔建遠, 「合同法」, 北京: 法律出版社, 2001.  
彭万林, 「民法學」, 北京: 中國政法大學, 1999.

### 2. 論文

劉旭·吳傳紅·朱延東, “承運人主張免責情況下,適航義務舉證責任問題研究”, 「海商法年刊」第10卷, 1999.

季勤, “此案舉證責任如何分配”, 季勤, “此案舉證責任如何分配”, [http:// www. legaldaily. com.cn/gb/ content/ 2002-09/14/ content\\_43256.htm](http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2002-09/14/content_43256.htm), 法制日報 홈페이지, 검색일자 2005. 9. 11.

郭國汀, “論海上火災免責”, 「海商法年刊」第12卷, 2002.

郭瑜, “論我國海商法中實際承運人制度的修改和完善”, 「海商法研究」第2輯, 2000.

單紅軍·趙揚·葛延珉, “淺析承運人的‘責任期間’”, 「海商法年刊」第14卷, 2002.

鄧華, “關與我國海商法海上貨物運輸承運人責任歸責原則的思考-兼論對海商法第51條的修改”, 「社會科學家」第111期, 2005.1.

馬得懿, “談實際承運人責任的雙重屬性”, 「法學雜誌」第3期, 2005.

\_\_\_\_\_, “歷史地體系地認識航海過失免責-航海過失免責存廢的理論與實踐”, 「集美大學學報」第8卷 第2期, 2005.6.

傅廷忠, “論船舶繞航”, 「海商法年刊」第6卷, 1996.

\_\_\_\_\_, “船舶的不合理繞航及其法律後果”, 「世界海運」第1期, 1996.

\_\_\_\_\_, “承運人對海上貨物運輸的責任期間”, 「世界海運」第1期, 1995.

\_\_\_\_\_.金秋, “論海上貨物運輸中實際承運人的責任”, 「韓國海法學會誌」, 第27卷 第2號, 2005.11.

馮金如, “海商法的立法歷程及成就”, 「珠江水運」第11期, 1999.

司玉琢, “論實際承運人的責任”, 「中國海商法協會通訊」第9期, 2000.

\_\_\_\_\_, “提單責任基礎的重大變革”, 「海商法論文集」, 北京: 學術書刊出版社, 1989.

\_\_\_\_\_.李志文, “對我國海商法下實際承運人責任的理解”, 「海商法研究」第1輯, 2000.

謝震輝, “我國海商法中承運人的適航義務”, 「法學」第6期, 2003.

沈榮華, “海上貨物運輸貨損貨差索賠中證明責任分配之法理分析”, [http://www. ccmt. org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=631](http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=631), 中國海事審判網, 검색일자 2005. 7. 12.

余錦兵, “海商法下的承運人航海過失之探討”, 「水運管理」第26卷 第10期, 2004.10.

研究報告, “海員外派的制約因素與對策”, [http:// anhui. mofcom .gov.cn/ aarticle/ sjgongzuody/200509/20050900492069.html](http://anhui.mofcom.gov.cn/aarticle/sjgongzuody/200509/20050900492069.html), 商務部 홈페이지, 검색일자 2005. 7. 20.

翁子明, “實際承運人和實際托運人的法定性”, 「中國海事審判年刊」第1期, 1999.

王存軍, “實際承運人制度研究”, [http://www. ccmt. org. cn/ hs/ explore/ exploreDetail.php?sId=762](http://www.ccmt.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=762), 中國海事審判網, 검색일자 2005. 4. 26.

王志華, “中國商法百年”, 「比較法研究」第2期, 2005.

李芙蓉, “論我國海上貨物運輸中的實際承運人制度”, [http: //www. ccmt .org](http://www.ccmt.org)

- [.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=519](http://www.ccmr.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=519), 中國海事審判網, 검색일자 2005. 4. 26.
- 李章軍, “略論承運人的識別”, 「人民司法」第8期, 2003.
- 任律珍, “關與火災免責舉證責任的思考”, 「上海海運學院學報」第23卷 第4期, 2002.12.
- 張仲言, “對部頒‘國內水路貨物運輸規則’的認識及改進建議”, 「水運管理」第7期, 2001.
- 鄭發國, “題單的鑒髮與承運人的識別”, [http:// www. ccmr. org. cn /hs/ explore/ explore Detail.php?sId=751](http://www.ccmr.org.cn/hs/explore/exploreDetail.php?sId=751), 中國海事審判網, 검색일자 2005. 3. 20.
- 趙月林·胡正良, “承運人航海過失免責研究”, 「海商法專題研究」, 大連: 大連海事大學出版社, 2002.
- 朱作賢·司玉琢, “論海牙規則首要義務原則-兼評UNCITRAL運輸法承運人責任基礎條款”, 「海商法年刊」第13卷, 2002.
- 朱曾杰, “論海上貨物運輸法的國際統一”, 「海商法研究」 第1輯, 2002.
- 韓立新, “國際海上運輸中實際承運人及其責任的認定”, 「中國海商法年刊」 第9卷, 1998. 3.
- 胡正良, “當前國際海上貨運法律的統一動態”, 「中國海商法年刊」 第8卷, 1997.3.
- 黃雪堅, “證明責任分配的理論評述”, [http://www.law-lib.com /lw/lw\\_view. asp?no=3873](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3873) 法律圖書館網, 검색일자 2005. 8. 2.
- 黃雅屏, “試論航海過失免責條款之存廢”, 「世界海運」 第28卷 第2期, 2005.4.
- 邢海寶, “五礦國際有色金屬貿易公司訴海南通連船務公司案”, 邢海寶, “五礦國際有色金屬貿易公司訴海南通連船務公司案”, [http: //www. civillaw.com.cn/ weizhang/ default.asp?id=9897](http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=9897), 中國民商法律網, 검색일자 2005. 5. 1.

### III. 日本文獻

#### 1. 單行本

- 江頭憲治郎, 「商取引法」, 東京: 弘文堂, 2002.
- 相原 隆, 「海上運送人責任法展開」, 東京: 成文堂, 1999.
- 小町谷操三, 「統一船荷證券法論」, 東京: 勁草書房, 1958.
- 田中誠二·吉田 昂, 「コンメンタール國際海上物品運送法」, 東京: 勁草書房, 1984.
- 田村諄之輔·平出慶道, 「保險法·海商法」, 東京: 青林書院, 2003.
- 中村眞澄, 「海上物品運送人責任論」, 東京: 成文堂, 1974.
- \_\_\_\_\_, 「海上運送責任の諸問題」, 東京: 成文堂, 1998.
- 清河雅孝, 「海上物品運送法の基礎理論」, 東京: 中央經濟社, 1991.

戸田修三, 「海商法」, 東京: 文眞堂, 1990.

\_\_\_\_\_・中村眞澄, 「國際海上物品運送法」, 東京: 青林書院, 1997.

## 2. 論文

高桑 昭, “定期傭船契約と船荷証券責任”, 「海法會誌」通卷 72號, 1999.

落合誠一, “運送人等の不法行爲責任”, 「海法會誌」通卷 65號, 1992.

楠元純一郎, “定期傭船者の船荷証券上の責任”, 「企業ビジネスと法的責任」, 東京: 法律文化出版社, 1999.

武知政芳, “海上物品運送條約の國際的動向”, 「海法大系」, 東京: 商事法務, 2003.

箱井崇史, “船荷証券の解釋による運送人の特定-フランス判例の研究-”, 「早稲田法學」 72卷 3號, 1997.

石井照久, “運送人の責任” 「海法會誌」復刊5號, 1957.

小林 登, “定期傭船契約と船荷証券責任” 「海法會誌」通卷 72號, 1999.

原茂太一, “船荷証券における運送人の確定問題-傭船された船舶で運送される物品に關して-”, 「青山法學論集」40卷, 1999.

\_\_\_\_\_, “定期傭船契約と船荷証券責任”, 「海法會誌」通卷 72號, 1999.

中元啓司, “海上物品運送契約と運送契約當事者”, 「海法大系」, 東京: 商事法務, 2003.

中田 明, “定期傭船契約と船荷証券責任”, 「海法會誌」通卷 72號, 1999.

川又良也, 「私法判例リマックス1993(下)」, 1993.

櫻井玲二, “ハンブルク・ルールの成立(その 1)”, 「海運」601號, 1978.7.

## IV. 西洋文獻

### 1. 單行本

Cooke, Julian, Young, Timoth, Taylor, Andrew , Kimball, John D., Martowski, David and Lambert, Leroy, *Voyage Charters*, London: Lloyd's of London Press Ltd., 1993.

Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.

\_\_\_\_\_, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montreal: International Shipping Publication, 1988.

Treitel, Sir Guenter & Reynolds, F.M.B., *Carver on Bills of Lading*, London: Sweet & Maxwell, 2001.

UNCTAD, "REVIEW OF MARITIME TRANSPORT, 2003".

Wilford, Michael, Coghlin, Terence and Kimball, John D., *Time Charters*, 5ed., London: Lloyd's of London Press, 2003.

Wilson, John F, *Carriage of Goods by Sea*, 4th. London: Longman, 2001.

## 2. 論文

Sturley, Michael F., "The history of COGSA and the Hague Rules", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol.22, No.1, January 1991.

Tetley, William, "Case Note", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol.35, No.1, January 2004.

\_\_\_\_\_, "The Proposed New United States Senate COGSA: The Disintegration of Uniform International Carriage of Goods by Sea Law", *Journal of Maritime Law & Commerce*, Vol. 30, No. 4, October, 1999.

\_\_\_\_\_, *The Hamburg Rules-A Commentary*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1979.

U.K. Statutory Instrument, 1977 no. 981, Carriage of Goods by Sea Act 1971(Commencement) Order 1977.