「法과 政策」第21輯 第3號, 2015. 12. 30.
濟州大學校 法과政策硏究院

# 해상법상 무선박운송인(NVOCC)의 법적 지위

## Study on Legal Status of Non-Vessel-Operating Common Carrier under the Maritime Law

양 석 완*
Yang, Seok-Wan

목 차

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 운송인으로서 무선박운송인의 지위
Ⅲ. 무선박운송인의 상대방 또는 수익자 선택에 따른 법률관계
Ⅳ. 선박운항자로서 무선박운송인의 지위
Ⅴ. 맺으며

## 국문초록

무선박운송인((NVOCC: non-vessel-operating common carrier)이라는 용어는 원래는 미국법상의 개념으로서 우리나라에서는 처음부터 운송을 인수하여 운송인이 된 복합운송주선인과 유사한 의미로 사용되고 있다. 무선박운송인은 스스로 선박을 보유하지 않으면서 선박을 보유한 운송인이 제공한 서비스를 이용하여 화주와의 관계에서는 자신이 운송인이고 운송인과의 관계에서는 자신이 화주라는 복합적인(hybrid) 지위를 가지고 있다. 이는 우리 법에서 운송주선인이 운송인이 되는 경우와 기능이 동일하다(상법 제116조).

무선박운송인은 계약운송인으로서 어떠한 유형의 실제운송인과 용선운송계

논문접수일 : 2015. 11. 15.
심사완료일 : 2015. 12. 07.
게재확정일 : 2015. 12. 07.
* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

약을 체결하는가에 따라 재운송에 관한 상법 제809조의 적용 여부가 달라질 수 있다. 계약운송인인 무선박운송인이 발행한 하우스 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 무선박운송인이 의도한 독립계약자라야 하고, 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 실제운송인인 선박소유자 등이 의도한 독립계약자라야 한다. 이에 따라 무선박운송인은 화주의 대리인으로서 지위도 아울러 가질 수 있는가가 문제된다.

'선박의 운항에 직접 관련하여' 발생한 손해에 기한 채권은 선박의 운항과 관련된 모든 사항을 포괄하는 것이라고 넓게 보는 견해와 선박의 항해·관리와 직접 관련된 사항만으로 좁게 보는 견해가 다투어지고 있다. 비록 영국의 판례와 학설상 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향이 있으나, 우리나라와 일본의 판결들은 선박의 운항은 항행활동 관련된 활동 또는 선박의 조작과 관련된 활동으로 제한적으로 해석하고 있다.

따라서 선박을 소유하거나 용선하지 않는 무선박운송인의 경우에는 선박의 운항과의 직접 관련성을 어떻게 해석해야 하는가에 대하여 논의를 필요로 한다. 무선박운송인의 선하증권 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향은 선하증권이 본질적으로 해상운송을 필수요소로 하는 데서 실마리를 찾고 있으나, 선박의 전부 또는 적어도 일부의 선복(船腹)을 이용하여 물적 인적 설비를 갖는 용선자와의 비교 고찰이 따라야 할 것으로 본다.

이하에서는 계약운송인 또는 대리인으로서의 무선박운송인의 복합적인 지위를 밝히고, 무선박운송인의 상대방 또는 수익자 선택에 따른 화주에 대한 책임문제와 실제운송인과의 관계를 살펴 본 다음, 무선박운송인의 선하증권 발행과 선박운항과의 관련성을 논하는 한편, 무선박운송인의 총체적 책임제한 여부를 분석 검토하게 될 것이다. 그리하여 '운송의 설계자(architect of transport)'로 비유되는 무선박운송인의 법적인 실상을 탐구하고자 한다.

**주제어** : 무선박운송인, 복합운송주선인, 계약운송인, 실제운송인, 대리인, 송하인, 선박의 운항, 상업적 운항, 책임제한, 히말라야 조항

# Ⅰ. 문제의 제기

일반적으로 무선박운송인(NVOCC: non-vessel-operating common carrier)은 해상운송주선인과는 달리 다수의 화주로부터 개품 운송물을 집하하여 실제운송인의 컨테이너에 선적한 뒤 자신의 이름으로 발행한 선하증권으로 이를 운송하게 되는데 선박을 소유하거나 용선하지 않는 특징을 가지고 있다.[1)]

무선박운송인이라는 용어는 원래는 미국법상의 개념으로서 우리나라에서는 처음부터 운송을 인수하여 운송인이 된 복합운송주선인과 유사한 의미로 사용되고 있다.[2)] 미국은 1984년 해운법(Shipping Act)과 1998년 외항해운개혁법(Ocean Shipping Reform Act)을 통해 무선박운송인을 운송인(common carrier)의 일종으로 규정하여 법적으로도 운송인의 지위가 명확히 되었다.[3)] 미국법에서는 운송주선인(freight forwarder)은 순수한 대리인의 기능을 하고, 운송인의 기능을 하는 경우는 무선박운송인(NVOCC)이라고 칭하는데 이를 해상중개인으로 포괄하고 있어서,[4)] 무선박운송인의 복합적(hybrid) 속성을 분명히 하고 있다. 즉 복합운송은 육·해·공에 걸친 각종 운송수단을 가장 저렴한 운임에 의하여 합리적으로 연결하여 이행되어야 하는데, 그러기 위하여는 특정 운송수단만을 보유하고 그 이해관계에 집착하게 되는 일반 운송인[5)]보다는 운송수단을 보유하지 않고 운송의 효율성을 추구하는 중립적인 무선박운송인이 보다 적격이라 할 수 있다.[6)] 무선박운송인을 '운송의 설계자(architect of

1) National Customs Brokers & Forwarders v. United States, 883 F.2d 93, 1991 AMC 302 (D.C. Cir. 1989).

2) 김인현, "한국과 미국의 해상물건운송법에 대한 비교법적 연구", 「한국해법학회지」 제26권 제2호, 2004. 11., 411면 ; 최영봉·박원형, "복합운송선하증권에서의 히말라야조항과 무선박운송(NVOCC)인의 책임", 「국제상학」 제25권 제2호, 2010. 6., 44면.

3) The Ocean Shipping Reform Act of 1998 (Modifying The Shipping Act of 1984) Section 3. Definitions (17)(B).

4) Schoenbaum, T.J, *Admiralty and Maritime Law*, 3th ed., West group, 2001, p.525 ; Section 3 (17), 46 U.S.C. §1702.

5) 일반 운송인은 선박운송인을 지칭한다.- Section 3 (16), 46 U.S.C. §1702(16) "ocean common carrier" means a vessel-operating common carrier.

6) 임동철, "이른바 'Freight Forwarder'의 지위와 책임에 관한 고찰"{이하 'Freight Forwarder'

transport)'로 비유하는 것도 이러한 때문이다.

영국법에서는 운송주선인(freight forwarder)은 본인(운송인 : principal or carrier) 혹은 대리인(agent)으로서 기능하는 경우의 구별만 있고 순수한 주선인의 개념은 없는 것으로 보인다.[7] 영미법은 직접대리와 간접대리를 별개로 취급하지 아니하는데, 간접대리의 사례에서도 본인의 이익보호를 위하여 비현명대리(undisclosed agency)의 법리가 적용되지만,[8] 우리나라를 비롯한 대륙법계에서는 직접대리 방식에 의하는 경우에도 민법상 현명대리와 상법상 비현명대리로 나누어져 있고, 나아가 위탁계약을 간접대리 방식으로 취하고 있는 점이 다르다. 즉 대륙법계의 경우에는 운송주선인이 위탁자의 간접대리인으로서 순수한 운송주선인의 역할을 기본으로 하여[9] 그의 법적 지위가 대리인인지 아니면 계약운송인인지가 법률적으로 많이 다투어진다.

우리나라 해상운송실무에서는 일반적으로 계약운송인형 무선박운송인을 'Freight Forwarder'라 부르고 있다.[10] 그러나 무선박운송인이 운송책임을 인수하여 계약운송인으로서의 지위를 향유하는 경우 다양한 법적 쟁점이 발생함에도 현재 우리 법제상 무선박운송인 내지 복합운송주선인에 대한 개념이 명확히 규정되어 있지 않은 실정이다. 한편, 2007년 물류정책기본법은 종래의 복합운송

---

라 함), 「한국해법회지」 제10권 제1호, 1988, 28면.

7) 임동철, 앞의 논문(Freight Forwarder), 12~13면 ; 김인현, "운송주선인의 다양한 법적 지위에 따른 법률관계 -해상운송주선인을 중심으로-", 「안암법학」 제26호, 2008, 219면 ; D'Arcy, Leo, Carole Murray, Barbara Cleave & Clive M Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade -The Law and Practice of International Trade-*, London : Sweet and Maxwell, 2000, p.605.

8) 임중호, "비현명대리에 관한 상법 제48조의 해석론과 입법론", 「비교사법」 제20권 제4호, 2013, 1307면 ; 平野裕之, "代理における顯名主義について - 民法一00條と商法五0四條の橫斷的考察", 「法律論叢」 第75卷 第23號, 2002, 18面 以下.

9) 독일법에서는 운송주선인(forwarder)이란 우리 상법의 '순수한 의미'의 운송주선인이다. 1998년 개정 운송법하에서는 순수한 운송주선인으로서의 틀을 깨고 운송주선인에게 다양한 기능을 인정하는 방향으로 입법이 되었다(제453조). 프랑스법에서는 본인의 명의로 업무를 수행하는 대리인(transitaire)과 운송인 사이에 운송주선인(commissionnaire de transport)이라는 개념이 존재하고, 이는 순수한 운송주선인으로 파악된다. 일본법에서는 운송취급인(運送取扱人)으로 설명되고(일본 상법 제559조), 우리법과 구조가 유사하다.

10) 우리나라 상법에는 운송주선인에 대해서만 규정하고 있을 뿐이고, 무선박운송인(NVOCC) 또는 '포워더'이나 '포워딩'이라는 용어로 규정하고 있는 법령은 없고 실무상 복합운송주선업자 또는 국제물류주선업자를 '포워딩'이라고 부르고 있는 것이 일반적이다.

주선업을 국제물류주선업으로 명칭 변경하고(제2조 제11호), '국제물류주선업'이란 타인의 수요에 따라 자기의 명의와 계산으로 타인의 물류시설·장비 등을 이용하여 수출입화물의 물류를 주선하는 사업을 말한다고 규정하고 있다. 즉 국제물류주선업자는 자신의 이름으로 자기의 계산으로 법률행위를 하는 자로 정의되어 상법과 다른 의미를 갖는다. 이는 국제물류주선업자가 곧 무선박운송인이 될 수 있다는 취지로 이해된다.[11] 그러나 이것은 행정규제목적상의 정의이므로, 구체적인 사안에 따라서 검토하여 상법상 운송주선인으로서 무선박운송인에 해당하는지 여부를 판단하여야 한다.[12]

이에 이 논문은 계약운송인 또는 대리인으로서의 무선박운송인의 복합적인 지위를 논하고, 무선박운송인의 상대방 또는 수익자 선택에 따른 책임관계를 살펴 본 다음, 무선박운송인의 선하증권 발행과 선박운항과의 관련성을 분석 검토함으로써 미국법상 용어인 무선박운송인(NVOCC)을 우리나라에서 사용하는 경우에 있어서 그 정체성을 밝히고자 하는 데 목적을 두고 있다.

## Ⅱ. 운송인으로서 무선박운송인의 지위

### 1. 계약운송인으로서 무선박운송인

#### 가. 운송계약 인수의 주체

무선박운송인은 계약운송인으로서의 'freight forwarder'[13]라는 이름을 가진

11) 우리나라 법상 운송주선인으로서의 무선박운송인의 책임관계는 운송주선의뢰에 따른 것인가 아니면 운송의뢰에 따른 것인가에 의해 결정된다고 할 수 있다.- 1987. 10. 13. 선고 대법원 85다카1080 판결 참조.

12) 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2014, 315면 ; 김창준, 전게논문, 55면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 219면.

13) 'freight forwarder' 또는 'Forwarding agent'란 개인 또는 회사로서 다른 자를 위하여 운송업무를 담당하는 자를 뜻한다. 이는 (ⅰ) 운송물(cargo or goods) 소유자 또는 운송회사의 대리인(agent)이 될 수 있으며, 또는 (ⅱ) 수급인(independent contractor)으로서 대리인이 아닌 본인(principal)의 지위로 행위할 수도 있다. 후자의 경우, 운송업체의 운송업무를 맡

자가 처음부터 운송인으로서 송하인과 운송계약을 체결함으로써 직접 운송인이 되는 경우이다. 위탁자의 간접대리인으로서 운송주선인의 지위도 아니고 직접대리 방식에 의한 대리인(as a agent)의 지위도 아니다. 자신이 운송인(as a principal)이기 때문에 운송인으로서의 모든 의무와 책임을 부담한다. 무선박운송인은 처음부터 운송인으로서 운송을 인수하기 때문에 곧바로 운송에 관한 법규정이 적용된다.[14]

상법상 법적 개념으로서의 '운송인(carrier)'이란 송하인과의 운송계약에 의하여 물건운송을 인수한 사람, 즉 계약운송인(contracting carrier)을 말하며, 선박 등 운송용구의 소유 여부 또는 운송을 실제로 이행하거나 선하증권을 발행해야 한다고 하는 요건은 필요 없다고 할 것이다.[15] 스스로 운송수단을 보유하지 않은 경우에 하수운송인을 사용할 수 있음은 물론이다.[16]

미국법에서 무선박운송인은 스스로 선박을 보유하지 않으면서 선박을 보유한 운송인이 제공한 서비스를 이용하여 화주와의 관계에서는 자신이 운송인이고 운송인과의 관계에서는 자신이 화주라는 이중(hybrid)의 지위를 가지고 있다.[17] 이는 우리 법에서 운송주선인이 운송인이 되는 경우와 기능이 동일하다.[18] 즉 처음에 운송주선인으로 주선에 대한 약정을 체결한 자가 ⅰ) 개입권

---

아서 이행한다.

14) M. Prusman Ltd. v. M/V Nathanel, 670 F.Supp. 1141, 1988 AMC 296 (S.D.N.Y.1987) 사건에서 미국해상법원은 무선박운송인은 COGSA상의 운송인이 된다고 판시하고 있다.

15) 임동철, "재운송계약과 선박소유자의 책임 -운송책임의 주체와 관련하여-"{이하 '재운송계약'이라 함}, 「한국해법회지」 제15권 1호, 1993, 8면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 228~229면 ; 최종현, "개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위", 「한국해법학회지」 제30권 제1호, 2008. 4., 55면.

16) Scrutton, Mocatta, Mustill & Boyd, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London : Sweet & Maxwell, 1984, pp.45-46.

17) Section 3 (17) (A), (B), 46 U.S.C. §1702. 1984년 해운법과 1998년 외항해운개혁법은 해상운송인과 관계에서 무선박운송인의 송하인(화주)으로서의 지위와 화주의 관계에서 운송인의 지위를 인정하고 있다. 따라서 무선박운송인은 해상운송에 제공되는 선박을 운용하지 않을지라도 운송인(common carrier)으로서 운송에 대한 책임을 부담하고 오로지 화주로부터서만 보상을 받는 것이다.- Schoenbaum, T.J, op. cit., p.525 ; Insurance of Co. of North America v. S/S American Argosy, 732 F.2d 299, 1984 AMC 1547 (2d Cir.1984).

18) 임동철, 전게논문(재운송계약), 19면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 220면 ; 김창준, "복합운송주선업자의 법적 지위에 관한 연구- 법해석론적 쟁점을 중심으로", 경희대 대학원 법학박사학위논문, 2004. 2., 15면 ; Schoenbaum, T.J, op. cit., p.525.

을 행사하여 운송인이 되거나, ii) 선하증권을 발행하여 자신이 운송인이 되는 경우이다(상법 제116조). 무선박운송인은 처음부터 자신의 선하증권 서식을 가지고 있고 자신을 운송인으로 하여 선하증권을 발행하는 것이다.[19]

무선박운송인이 처음부터 운송인으로서 송하인과 운송계약을 체결하는 것이므로, 무선박운송인으로 등록하면서 자신의 영업범위가 운송주선업뿐만 아니라 운송업인 경우라고 할 수 있다. 운송주선인인 경우는 경제적 이익이 위탁자에게 귀속되어 자신은 약정된 운임 이상을 청구할 수 없지만,[20] 계약운송인으로서 무선박운송인은 운송인의 지위에서 운임을 청구하여 경제적 이익이 자신에게 귀속되게 된다. 여기서 경제적 손익관계를 무선박운송인 자신에게 귀속시킨다는 것은 무선박운송인과 실제운송인 간에 체결된 운송계약상의 경제적 결과를 위탁자에게 귀속시키지 아니하고 무선박운송인에게 귀속시킨다는 의미이므로, 이는 요컨대 무선박운송인이 위탁자에게 청구하는 운임과 실제운송인에게 지급하는 운임사이에는 차이가 있을 수 있다는 것이다.

### 나. 두 개의 다른 계약과 선하증권의 존재

무선박운송인이 운송을 인수한 경우에는 예컨대, 송하인(위탁자)→무선박운송인→슬롯용선자(slot charterer)[21]→선박소유자로 연결되는 관계에서 송하인과 무선박운송인 사이에는 운송계약(제1계약)이 이루어지고, 무선박운송인과 선박소유자 사이에도 운송계약(제2계약)이 있게 되므로 두개의 계약이 존재

19) 손주찬·정동윤(편), 「주석상법[총칙·상행위(2)]」(제3판), 한국사법행정학회, 2003, 179-180면.

20) 이와는 달리, 경제적 손익관계를 '위탁자에게 귀속시킨다'는 것은 '위탁자의 계산으로' 라는 의미로서, 운송주선인과 실제운송인 간에 체결된 운송계약상의 경제적 결과를 운송주선인에게 귀속시키지 아니하고 위탁자에게 귀속시킨다는 의미이므로, 이는 요컨대 운송주선인이 위탁자에게 청구하는 운임과 실제운송인에게 지급하는 운임사이에는 아무런 차이가 없다는 것이다. 운송주선인은 위탁자로부터 받은 운임과 실제운송인에게 지급하는 운임의 차액에는 아무런 관심이 없고 오로지 위탁자로부터 받는 주선수수료만을 위하여 자신의 명의로 운송계약을 체결할 뿐이라는 것이다.- 김창준, 전게논문, 49면.

21) 슬롯(slot)용선자도 용선자에 포함된다.- 김인현, 「해상법(제4판)」, 법문사, 2015, 59, 203면 ; 최종현, 전게논문, 64면 ; Cooke Julian/Kimball John D./Young Timothy/Martowski David/Taylor Andrew/Lambert LeRoy, *Voyage Charters*, 2nd ed., London : Lloyd's of London Press Ltd., 2001, p.3.

할 수 있다. 제1계약에서 무선박운송인은 '위탁자로부터 운송을 의뢰받은' 계약운송인이 된다. 제2계약에서 계약운송인인 무선박운송인은 송하인으로서 실제운송인과 다시 운송계약을 체결하게 된다. 제1계약에서 무선박운송인은 계약운송인이므로 운송의 이행을 인수할 의무를 부담함과 아울러 운임을 청구할 수 있다는 점에서 운송주선계약의 경우와 다르다.[22]

계약운송인으로서의 무선박운송인은 운송수단이 없기 때문에 제2계약인 운송계약에서 자신이 인수한 운송의 이행을 선박소유자 등 제3자에게 위탁하지 않을 수 없다. 위탁자와 실제운송인 사이에 계약관계에 있는 자는 무선박운송인이므로,[23] 위탁자와 운송을 실행하는 선박소유자 등과의 사이에는 아무런 법률관계가 생겨나지 아니한다.[24] 따라서 위탁자는 무선박운송인의 이행보조자인 실제운송인에게는 불법행위책임만을 물을 수 있고, 운송계약상의 책임은 물을 수 없다.[25]

이처럼 무선박운송인이 계약운송인이 되고 실제운송인에 대한 재운송계약이 있는 경우에는 두 가지 서로 다른 선하증권이 발행된다. 무선박운송인은 실제 화주에게 하우스 선하증권(house B/L)을 발행하고, 자신은 다시 실제운송인으로부터 마스터 선하증권(master B/L)을 발급받는다.[26] 즉 실제운송인은 선박으로 화물을 운송하는 선박회사로서 하우스 선하증권의 발행인을 송하인으로 하여 마스터 선하증권을 발행한다.[27] 이렇게 무선박운송인이 자신의 명의로 선하증권을 발행한 경우, 판례는 운송주선인으로서의 무선박운송인을 운송인으로 보고 있다.[28]

---

22) 송상현·김현, 「해상법원론」, 박영사, 2005, 241면.

23) 대구고법 1992. 11. 12. 선고 91나6338 판결 ; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다39820 판결.

24) 이철송, 「상법총칙·상행위」, 박영사, 2013, 564면 ; 김성태, 「상법(총칙 상행위)강론」, 법문사, 2002, 600면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 221면.

25) 최기원, 「상법학신론(상)」, 박영사, 2009, 354면 ; 김인현, 전게서, 161면 ; 서울지방법원 2002. 2. 6. 선고 2001가단81229 판결.

26) 항공운송에서도 이와 유사하다.- 유중원, "국제운송에 있어서 운송주선인의 지위와 판례정리", 「변호사」 제35집, 서울지방변호사회, 2005. 1., 327-372면.

27) 마스터 선하증권의 송하인란에 계약운송인(운송주선인)이 기재되는 경우가 많으나, 일률적으로 판단할 수 없다. 단순한 운송주선인이나 운송주선인과 상호 대리관계에 있는 자(FOB 운송조건의 경우)도 마스터 선하증권상 송하인으로 기재될 수 있다. 송하인란에 여전히 화주(수출자)의 명의를 사용하는 경우도 있다.

하우스 선하증권은 유통성이 있는 것으로서 네고(negotiation)에 사용된다.[29] 하우스 선하증권은 인도청구권(document of title)을 표창하고 상환성이 있으므로 이를 소지하고 있으면 자신이 지급한 대금의 담보로서의 기능을 충분히 한다. 이와는 달리, 마스터 선하증권은 유통성이 없는 선하증권으로 발행된다. 이 선하증권의 기능은 단순히 송하인으로서의 계약운송인(무선박운송인)이 실제운송인으로부터 운송물을 회수함에 목적이 있기 때문이다.[30]

## 2. 대리인으로서 무선박운송인

### 가. 운송계약체결의 주선

무선박운송인은 운송주선업으로 등록함으로써 자신의 영업범위가 운송인뿐만 아니라 운송주선인(상법 제114조)이라는 역할을 동시에 할 수 있다. 운송주선인으로서 무선박운송인은 그 본질상 자기 명의로 운송계약을 체결하였다고 하더라도, 화주와의 관계에 있어서는 운송계약의 당사자가 되는 것이 아니므로, 실제운송인과 같은 이행보조자를 둘 수도 없고 둘 필요도 없다.[31] 따라서 자신의 명의가 아니라 위탁자(송하인 또는 수하인)나 운송인의 이름으로

28) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55052 판결 ; 대법원 1997. 9. 30. 선고 96다54850 판결 ; 대법원 1995. 6. 13. 선고 92다19293 판결 ; 서울고등법원 1994. 8. 18. 선고 94나2222 판결.

29) 화주는 제1선하증권에 shipper(송하인)의 난에 기재되고, consignee(수하인)의 난에는 신용장 발행은행이 기재되는데, 이를 발행은행에 가지고 가서 대금을 지급받는다. 초기에 house 선하증권은 대리점이 발행하는 것으로 유통성이 인정되지 않았다고 한다. 그러나 1993년 UCP 30조에서 운송주선인이 운송인으로서 발행한 것은 네고용으로 사용이 가능하게 되었다.- 김인현, 전게(주7)논문, 234면 ; 김정희, "개정 화환신용장통일규칙(UCP 600)상 운송서류의 수리요건과 문제점에 관한 연구", 「해운물류연구」 제55호, 2007, 147면 ; Todd, Paul, *Bills of Lading and Banker's Documentary Credits*, 4th ed., London : Informa, 2007, p.226 ; Murray, C., D. Holloway & D. Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, 11th ed., London : Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p.316 ; Baughen, S., *Shipping Law*, 3rd ed., London : Cavendish Publishing Ltd., 2004, pp.11-12.

30) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다39820 판결.

31) 이광후, "화주의 운송인 등에 대한 배상청구", 「인권과 정의」 제377호, 대한변호사협회, 2008. 1., 223면.

운송계약을 체결한 경우에도 실제로 주선행위를 하였다면 운송주선인으로서의 무선박운송인이라고 한다.[32] 여기서 실제로 주선행위를 한다는 것은 무선박운송인이 위탁자를 위하여 적절한 운송경로와 시기를 정하여 적합한 운송인을 선택하고, 운송에 필요한 서류를 준비하는 등 운송을 주선하는데 필요한 여러 가지 업무를 수행하는 것을 의미한다.[33][34]

위 경우에 위탁자(송하인 또는 수하인)와 무선박운송인 사이에는 운송주선계약(제1계약)이 있고, 무선박운송인과 선박소유자 사이에는 운송계약(제2계약)이 있으므로 2개의 계약이 존재함은 앞서 본 구도와 같다. 여기서 제2계약인 운송계약에서 계약의 당사자는 위탁자(송하인)가 아니라 무선박운송인이지만, 운송계약을 체결하는 것은 위탁자의 위탁에 의한 것이기 때문에 무선박운송인이 체결한 운송계약상의 경제적인 귀속관계(권리의무)는 무선박운송인에 의한 양도 등 특별한 이전 절차 없이도 위탁자에게 귀속된다.[35] 이 점에 주목한다면 결국 운송주선인이 위탁자 명의로 실제 주선행위를 한 경우와 운송계약상의 경제적인 귀속관계(권리의무)는 동일하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 화주 측으로부터 운송주선의 위탁을 받고 실제로 주선행위를 한 경우에는 자기 또는 그 타인 명의의 여하를 묻지 않고 운송주선인으로서 무선박운송인의 지위를 갖는다고 본다. 그러나 판례는 운송주선인이 자신의 이름으

32) 정찬형, 전게서, 314면 ; 정동윤, 「상법총칙·상행위법」, 법문사, 1996, 297면 ; 정희철, 「상법학(하)」, 박영사, 1990, 203-204면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 227면 ; 이광후, 전게논문, 221면 ; 채이식, "선박소유자 및 해상운송인(의장자)의 개념", 「한국해법학회지」 제24권 제1호, 2002, 61면은 이를 보조해상운송주선인이라고 한다.

33) 무선박운송인의 지위는 경우에 따라 화주의 대리인이 된다. Kukje Hwajae Ins. Co. v. M/V Hyundai Liberty, 294 F.3d 1171, 2002 AMC 1598 (9th Cir.2002) ; International Fire & Marine Ins. Co. v. Silver Star Shipping America, Inc., 951 F.Supp. 913, 1997 AMC 1691 (C.D.Cal.1997).

34) 영국법상 대리인으로서 엄격한 의미에서의 운송주선인(freight forwarder)이 하는 일은 기선·철도 등 운송인을 상대로 운송을 주선하고 필요한 경우 선박과 철도·세관 기타 사이에서 여러 가지 주선을 하기 위하여 화주의 대리인(forwarding agent)으로서 기능하는 것이다.- Jones v. European General Express Co. (1920) 25 Com. Cas. 296 ; Langley, Beldon & Gaunt v. Morley (1965) 1 Lloyd's Rep. 297, 306 ; Carver, Thomas G. & Colinvaux, Raoul P, *Carver's Carriage by Sea*, Vol. Ⅰ. 13th ed., London : Stevens & Sons, 1982, pp.39-40.

35) 김인현, 전게(주7)논문, 222면 ; 김창준, 전게논문, 36면.

로 운송계약을 체결하지 않고 대리 또는 중개하여 운송계약을 체결한 경우, 계약당사자로서의 지위를 부인하면서, 화주와의 관계에서 운송상의 책임[36][37]을 인정하지 않고 있음은 물론이고, 운송인에 대한 운임이나 기타 비용 등과 관련한 책임도 인정하지 않고 있다.[38]

### 나. 대리인으로서 무선박운송인의 효용

운송계약에 따른 권리·의무를 부담하는 운송인이 누구인지는 운송의뢰인인 송하인에 대한 관계에서 운송을 인수한 자가 누구인지에 따라 확정된다. 따라서 무선박운송인(운송주선업자)이 송하인으로부터 운송관련 업무를 의뢰받은 경우 운송까지 의뢰받은 것인지, 운송주선만을 의뢰받은 것인지 여부가 명확하지 않은 경우에는 계약 체결 당시의 상황, 선하증권의 발행자 명의, 운임의 지급형태, 운송을 의뢰받은 무선박운송인이 실제로 수행한 업무 등 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 그 여부를 확정하여야 한다.[39] 이것은 위탁자가 화환어음에 의하여 은행의 신용을 얻기 위하여는 위탁자 자신을 송하인 또는 수하인으로 하여 선하증권을 발행받을 필요가 있는 경우에 절실하다.[40]

실제운송인이 손해배상청구를 받는 경우에 선하증권상의 책임제한의 이익을 누리기 위하여는 송하인과 자신의 운송계약이 존재하여야 할 것인바, 이 때 무선박운송인이 대리인이면 송하인과 실제운송인 자신 사이에 직접계약관계가 성립하므로 가능하게 된다.[41] 이 경우에도 무선박운송인이 실제로 주선

36) 대법원 1987. 10. 13. 선고 85다카1080 판결.

37) 운송주선인이 운송주선업무를 이행함으로써 화주와의 관계에 있어서 운송주선계약상의 계약당사자의 지위를 취득할 수 있으나, 운송계약과 관련하여서는 단순히 중개 또는 대리하는 업무를 수행하는 데 불과하므로 운송계약에 따른 권리와 의무를 취득하지 않으며, 운송계약은 화주와 운송인 간에 체결된 것이기 때문에 그 이행 역시 계약당사자에게 청구할 수 있는 것이므로, 계약당사자가 아닌 운송주선인에게 운송계약 내용의 이행을 강요할 수는 없는 것이다.- 이광후, 전게논문, 225면.

38) 서울서부지방법원 2006. 12. 27. 선고 94다27144 판결.

39) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결, 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다103564 판결 ; 대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다88215 판결.

40) 정찬형, 전게서, 314면 ; 정동윤, 전게서, 297면 ; 정희철, 전게서, 203-204면.

41) 김인현, 전게(주7)논문, 229면 ; Norfork Southern Railway Company v. James N. Kirby,

행위를 하였다면 해석상 그 성질이 허용하는 한 운송주선인에 관한 규정을 유추적용하여야 할 것으로 본다.[42] 1998년 독일 개정 운송법하에서는 순수한 운송주선인으로서의 틀을 깨고 운송주선인에게 위탁자(송하인)로부터 대리권을 수여받고 그의 이름으로 운송계약을 체결하는 직접대리 방식의 운송주선인도 명문의 규정으로 허용하기에 이르렀다(제454조 제3항). 나아가 '송하인의 계산으로'라는 용어가 삭제됨으로써 반드시 위탁자의 계산으로 할 필요도 없어지는 등 운송주선인에게 다양한 기능을 인정하는 방향으로 입법이 되었다(제453조).[43]

미국의 1998년 외항해운개혁법에서도 해상운송중개인으로서 해상운송주선인 내지 무선박운송인을 정의하고 있는데, 이에 따르면 무선박운송인은 운송설비를 소유하거나 운영하지 않는 대신 타인의 관련 시설과 서비스를 이용하는 자로서 해상운송에 제공된 선박을 운용하지 않으면서 일반 운송인[44]과 관계를 맺고 있는 송하인이다.[45]

우리나라 해운업계 실무상으로는 운송주선인이라는 용어보다 포워더(freight

---

Pty Ltd, et al., 2004 AMC 2719.

42) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다5058 판결 ; 대법원 1987. 10. 13. 선고 85다카1080 판결.

43) 이러한 개정 방향에 대해서는 운송주선인은 더 이상 소극적인 주선행위자가 아니라 화물의 보관, 포장, 분류, 보험, 통관업무 등 관련 업무를 종합적으로 기획하고 실천하는 물류전문기업으로서의 위상을 확보한 현실을 감안한 것이라고 하는 긍정적인 입장이 있는 반면(김정호, "독일의 신운송법이 우리 상법에 미칠 수 있는 영향", 「고려법학」 제37호, 2001. 10., 57면), 법적인 개념 규정을 포기하고 경영학적 개념인 복합운송주선업으로서 전환한 것이어서 반드시 올바른 개정 방향이라고 보기 어렵다고 보는 견해도 있다(김창준, 전게논문, 257면).

44) 일반 운송인은 선박운송인(vessel-operating common carrier)을 지칭한다.

45) Section 3 (17), 46 U.S.C. §1702 :
(17) "ocean transportation intermediary" means an ocean freight forwarder or a non-vessel-operating common carrier. For the purposes of this paragraph, the term
(A) 'ocean freight forwarder' means a person that -
(i) in the United States, dispatches shipments from the United States via a common carrier and books or otherwise arranges space for those shipments on behalf of shippers;
(ii) processes the documentation or performs related activities incident to those shipments; and
(B) 'non-vessel-operating common carrier' means a common carrier that does not operate the vessels by with the ocean transportation is provided, and is a shipper in its relationship with an ocean common carrier.

forwarder)나 포워딩(forwarding agent)이라는 용어가 더 많이 사용되고 있음은 전술한 바와 같고, 이들의 주된 업무는 운송주선, 선박대리점 업무,[46] 계약운송인의 역할 등이다. 그렇다면 무선박운송인으로서 '포워딩'회사가 단순한 대리인으로 주선업무를 수행한 경우에도 그 행위가 주선행위에 해당하는 경우에는 운송주선인으로 의제됨을 알 수 있다.[47]

## Ⅲ. 무선박운송인의 상대방 또는 수익자 선택에 따른 법률관계

### 1. 계약상대방 선택과 재운송계약에 관한 규정의 적용 여부

#### 가. 재운송계약에 관한 상법 제809조의 취지와 효과

무선박운송인은 화주에 대해서는 운송을 인수하고 운송증권을 발행하는 등 운송인의 지위에 서고, 실제운송인에 대한 관계에서는 송하인 혹은 고객의 지위에 있는 자이다. 화주와 운송을 실행하는 선박소유자 등과의 사이에는 아무런 법률관계가 없다.[48] 재운송에 관한 상법 제809조의 취지는 실제로 운송을 실행한 선박소유자로 하여금 직접 제3자인 화주에 대해서 책임을 부담시킴으로써 법률관계를 간소화하여 이해관계자의 이익을 조정하기 위한 것이다.[49]

---

46) 포워딩회사가 선박대리점(해운대리점)의 업무를 수행하는 경우, 선박대리점에 관해서는 공법인 해운법(제2조 제6호, 제33조)에 규정을 두고 있을 뿐이고, 사법에는 이에 관한 규정이 없으므로 민법의 대리에 관한 규정이 유추적용될 수 있다.

47) 이광후, 전게논문, 221면. 미국의 무선박운송인은 운송주선인(Freight Forwarder)으로서 연방해사위원회의 규정에 종속된다고 설시하고 있다.- Yang Ming Marine Transp. Corp. v. Okamoto Freighters Ltd., 259 F.3d. 1086, 1089, 2001 AMC 2529 (9th Cir. 2001).

48) 이철송, 전게서, 564면 ; 김성태, 전게서, 600면 ; 김인현, 전게(주7)논문, 221면.

49) 이주흥, "해상물건운송인의 손해배상책임", 「해상·보험법에 관한 제문제(상)」[재판자료 제52집], 법원행정처, 1991, 243-244면 ; 박용섭, 「해상법론」, 형설출판사, 1998, 303면 ; 정병윤, "재운송계약에서 주운송인인 선박임차인의 책임", 「상사판례연구」 제18집 제4권, 2005. 12., 219-220면.

재운송계약의 경우 그 계약의 이행이 선장의 직무에 속한 범위 안에서는 선박소유자(선체용선자 포함)도 용선자와의 재운송계약의 상대방인 제3자에 대해 손해배상책임을 지게 되어 있는 바, 이 경우 선박소유자는 용선자와는 별도의 책임제한의 주체가 된다. 선박소유자와 용선자의 연대책임을 인정하는 이론적 근거는 용선계약 자체가 선박소유자와 용선자의 합작 영업(joint venture)이라는 점이다. 즉 선박소유자는 항해와 관련한 관리를 담당하고, 용선자는 상사에 관한 사항을 담당하므로 양자 모두 헤이그 규칙상의 운송인의 기능을 수행하고 있다는 것이다.[50]

## 나. 상법 제809조의 적용요건

### (1) 운송계약과정에 용선계약이 관여되는 경우

상법 제809조가 적용되기 위하여는 주운송계약과 재운송계약이 있어야 한다. 또한, 무선박운송인이 운송계약의 이행 과정을 통해 용선계약을 체결하는 경우라야만 한다. 해사채권에 대한 책임제한 규정인 우리나라 상법 제774조 제1항 제1호 소정의 책임제한 주체를 본다면, '선박운항자(operator)'와 용선자(charterer)[51]는 그 의미를 구분하여 사용하고 있는데, 여기서의 용선자에 대하여는 세 가지 해석이 가능하다. 하나는 선체용선자, 정기용선자 그리고 항해용선자 및 슬롯(slot)용선자를 모두 포함하는 개념으로 보는 것인데,[52] 아래에

50) 헤이그 규칙 제1조 (a)항의 정의에서는 운송인이 선주 '혹은' 용선자를 포함한다고 규정하고 있다. 이에 따르면 선박소유자 또는 용선자는 운송인으로 될 수 있다는 것을 인정하고 있는 것으로 해석할 수 있다. 이를 제한적으로 풀이하게 되면 선박소유자 또는 용선자가 아닌 자는 운송인이 될 수 없다고도 한다. 이에 대하여 해운실무에서의 운송주선업의 발전과 무선박운송인의 등장이라는 현실에 비추어 볼 때, '포함한다'라는 문구는 예시적인 것에 불과하다고 한다. 선박소유자와 용선자만을 운송인으로 한정하는 것은 합리적이지 않으며, 운송인의 개념을 보다 넓게 해석하는 것이 타당하다는 것이다.- 정영석, "해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구", 한국해양대 박사학위논문, 1995, 69면 ; Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montreal : International Shipping Publication, 1988, p.233.

51) 영미법의 경우 'charter'라 함은 다른 사람의 선박을 이용하는 계약을 말하는데, charter에는 (ⅰ) bareboat charter or demise charter, charter by demise(선체용선, 나용선 또는 선박임대차), (ⅱ) time charter(정기용선), (ⅲ) voyage charter, trip charter(항해용선) 등 세 가지 유형이 있다.- Ivamy, E. R. Hardy, *Carriage of Goods by Sea*, 13th ed., London and Edinburgh : Butterworths, 1989, p.9.

서 보듯이 선체용선, 정기용선 그리고 항해용선 및 슬롯용선으로 갈수록 용선자의 선박이용에 대한 권리가 줄어들고 도급성이 강해진다.[53]

다른 하나는 용선자(상법 제774조 제1항 제1호)는 널리 선체용선자와 정기용선자, 항해용선자·슬롯용선자 등을 포함하는 개념이지만, 선체용선자는 물적 인적 설비를 갖추고 있고, 따라서 적하 이해관계인이 손해배상을 받기에 충분하므로 선박소유자에 준하는 취급을 함으로써 여기서 말하는 용선자의 개념에서 제외된다고 한다.[54] 그리하여 용선운송계약에서 선박소유자(선체용선자 포함)의 상대방 당사자인 용선자는 자기의 명의로 선박을 직접 운항하는 자가 아니라, 타인 소유의 선박의 운항을 이용하는 데 그친다. 그 이용은 주로 '재운송'의 목적을 위한 것이라고 할 수 있다(상법 제809조).

또 다른 하나는 단지 항해용선자 및 슬롯용선자를 의미한다고 한다. 이 경우의 항해용선자란 기업형 항해용선자를 말한다.[55] 항해용선에서는 선박소유자가 용선선박의 지휘·관리권 및 선장 및 선원의 임면·감독권을 가지는 대신 운항비·연료비, 운송물의 선적·양륙비용을 부담함으로써 제3자에 대하여 권리·의무의 주체가 된다.[56] 운송형 항해용선에서 운송인의 상대방에 해당하는 항해용선자는 화주로서 선박소유자 책임제한권을 갖지 못하며 오히려 그 상대방의 지위에 있다. 선체용선자와 정기용선자는 상법 제850조를 적용하여 상법 제769조 및 제774조 제1항의 선박소유자에 준하는 책임제한이 가능하므로,[57] 재운송에서의 용선자는 항해용선자 및 슬롯용선자만을 의미한다는 것이

52) 최종현, 「해상법상론」, 박영사, 2009, 132-133면.

53) 김인현, "선박운항과 관련한 책임주체확정에 대한 연구 - 해상기업을 중심으로", 고려대 대학원 박사학위논문, 1999, 50면.

54) 이균성, 「신해상법대계」, 한국해양수산개발원, 2010, 277면.

55) 넓은 의미의 항해용선계약에서는 선박소유자가 특정한 1회의 항해에 한정되지 않고 일정한 기간 동안 반복하여 용선자에게 선박을 제공할 의무를 지지만 항해를 단위로 운임을 계산하여 지급하기로 약정한 경우도 포함된다(상법 제827조 제3항). 이 경우에는 용선자가 선박소유자로부터 항해를 단위로 용선을 하여 자신이 운송인(해상기업의 주체)으로서 운송을 인수하는 것이므로, 이를 기업형 항해용선이라 할 수 있다. 기업형 항해용선자란 용선자가 선박과 함께 선장·선원을 인수·이용함으로써 선박소유자가 선박을 점유하는 점에서 용선자가 선박을 점유하는 선체용선과 구별된다.- 김인현, 전게서, 53-54면 ; 정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011, 786면 ; Schoenbaum, T. J., op. cit., pp.676-677.

56) 김인현, 전게(학위)논문, 49면.

다.[58]

요컨대, 선체용선의 경우에는 선박소유자가 아닌 선체용선자가 상법 제809조에 따른 법정책임을 지게 된다.[59] 정기용선자가 용선계약에 관여되는 경우에도 위 규정이 적용되느냐는 학설[60] 및 판결례[61]상으로 논란이 많았는데, 2007년 상법 개정에서는 입법적으로 정기용선자를 항해용선자와 나란히 용선자로 명문화함으로써 일단락된 셈이나 법적 성질을 둘러싼 논쟁의 불씨까지 사라진 것은 아니다. 슬롯용선자는 법적 성질로 보아서는 정기용선, 항해용선의 성질을 복합적으로 갖고 있으나 정기용선보다는 항해용선에 가까운 것으로 보이므로,[62] 이에 포함된다.

결국, 상법 제809조가 적용되기 위하여는 선박소유자(선체용선자)→ 정기용선자·항해용선자나 슬롯용선자→ 무선박운송인→ 화주와 같이 무선박운송인의 운송계약과정에 용선계약이 관여되어야 한다. 시간적 순서는 위와 정반대로 진행되더라도 무방하다.

---

57) 우리나라의 다수설인 선박임대차유사설에 의하면, 정기용선계약을 선박임대차계약과 노무공급계약의 혼합계약으로 보고 선박임대차계약에 관한 상법 제850조의 규정을 유추적용하여야 하며 운송의 주체인 정기용선자가 제3자에 대한 책임을 부담하는 것이 당연하다고 보는 입장이다.- 김인현, 전게서, 185면 ; 손주찬, 「상법(하)」, 박영사, 2005, 777면 ; 정동윤, 전게서{상법(하)}, 825면 ; 최기원, 「해상법」, 박영사, 2002, 46면 ; 최종현, 전게서, 470면.

58) 김인현, 전게서, 59, 203면 ; 최준선, 「보험법·해상법」, 삼영사, 2010, 392면.

59) 선박소유자가 선체용선계약을 체결하고 선체용선자에게 선박의 점유권을 이전한 경우에는 선박소유자는 운송계약의 실행 및 그 위임과 무관하므로 실제운송인이라 할 수 없다.

60) 위 다수설은 선박소유자와 정기용선자와의 계약은 임대차와 유사하여 정기용선자와 화주가 체결하는 계약은 '재'운송계약이 아니므로 상법 제809조(종전의 제806조)의 적용이 없다고 하고, 정기용선자는 오히려 선박소유자의 책임을 부담하는 경우가 있을 것이라고 한다.- 김인현, 「해상법연구」, 삼우사, 2002, 506면 ; 박용섭, 전게서, 346면 ; 최종현, 전게논문, 78면.
소수설은 선박소유자와 정기용선자와의 계약을 운송계약으로 보기 때문에 정기용선자와 화주가 체결하는 계약은 재운송계약이고 따라서 제809조(종전의 제806조)의 적용이 있다고 한다.- 채이식, 「상법(하)」, 박영사, 2003, 736면 ; 김동훈, "정기용선계약에 대한 법적 검토", 「한국해법학회지」제24권 제2호(2002. 11.), 42면.

61) 이 점에 관한 대법원 판결은 없으며 정기용선자가 상법 제809조(종전의 제806조)상의 용선자에 포함된다는 판결은 부산지방법원 1998. 6. 3. 선고 96가합17786 판결이 있고, 포함되지 않는다는 판결은 서울민사지방법원 1990. 8. 23. 선고 89가합48654 판결이 있다.

62) 김인현, "슬로트 용선의 법률관계에 대한 고찰", 「한국해법학회지」 제25권 제1호, 2003. 4., 85, 90면.

(2) 운송계약과정에 용선계약이 관여되지 않는 경우

무선박운송인의 재운송계약이 있더라도 운송계약의 이행 과정을 통해 용선계약이 관여되지 아니하는 경우에는 위와 달리 취급된다. 예컨대, 화주→ 무선박운송인→ 선박소유자(선체용선자)와 같이 용선자가 아닌 무선박운송인이 화주와 운송계약을 체결하고 이를 개품운송계약에 의하여 선체용선자 또는 선박소유자에게 운송을 위탁한 경우이다. 이러한 경우에는 운송계약 과정에 용선계약이 관여되지 아니하므로 재운송계약에 관한 상법 제809조가 적용될 여지가 없다.[63] 이 경우에는 선체용선자 또는 선박소유자가 실제운송인으로서 화주측에 대하여 상법 제798조 제4항에 의한 불법행위책임을 지게 된다.

이와 같이 상법 제809조의 적용은 재운송계약을 체결한 운송인에게 허용되는 제도로서 운송과정에 용선계약이 관여되는지 여부가 관건이 되므로, 무선박운송인이 계약운송인이 되는 경우에는 어떠한 유형의 실제운송인과 제2의 용선운송계약을 체결하는가에 따라 그 적용 여부가 달라질 수 있다.

## 2. 제3수익자 선정과 히말라야조항

### 가. 무선박운송인의 이행보조자로서 의도된 제3자

상법상 해상운송에는 히말라야 조항이 있으므로(상법 제798조 제2항), 실제운송인을 비롯한 이행보조자는 운송인에게 인정되는 여러 가지 특례, 예컨대 면책조항이나 책임제한, 단기제척기간의 이익을 누릴 수 있다. 히말라야 조항에 나타난 무선박운송인의 이행보조자는 운송계약상 이익을 확대 적용하려는 의도된 제3자라야 한다. 이는 제3자를 위한 계약으로서 효력이 인정된다.[64]

63) 최종현, 전게논문, 74면 ; 임동철, 전게논문(Freight Forwarder), 30면 ; 김인현, 전게서, 201-202면. 이와는 달리, 천종호, "선박임차인의 법적 지위", 「판례연구」 제17집, 부산판례연구회, 2006. 2., 608면은 개입권을 행사한 운송주선인이 개정 상법 제809조의 재운송인의 범주에 속한다고 보고 있다.

64) 김인현, "2007년 해상법 등 중요 판례 평석", 「한국해법학회지」 제30권 제2호, 2008. 11., 273면 ; 김동진, "히말라야 약관에 관한 소고", 「부산법조논집」 제2호, 2007, 28면 ; 최세련, "운송주선인의 법적 지위 및 히말라야 약관의 적용범위", 「한국해법학회지」 제30권 제1호, 2008.

이 요건은 일반적으로 무선박운송인이 발행한 선하증권에 명시되어 있는 히말라야 약관에 의하여 쉽게 충족될 수 있을 것이다. 즉 히말라야 약관 자체가 선하증권에 포함된 것만으로 '제3자에게 계약상의 이익을 부여하겠다'는 계약당사자들의 의도가 파악될 수 있다고 본다.[65] 제3자에는 사용인 또는 대리인뿐만 아니라 선하증권 이면 약관의 기재에 따라서는 독립계약자도 포함될 수 있다.

대법원 판례는 이른바 '히말라야 약관'은 운송인의 항변이나 책임제한을 원용할 수 있는 운송관련자의 범위나 책임제한의 한도 등에 관하여 그 구체적인 내용을 달리하는 경우가 있으나, 터미널 운영업자나 육상 또는 항공운송인 등 독립계약자도 해상운송인의 책임제한이나 항변제한을 원용할 수 있고 이러한 약관조항이 상법 제799조의 편익적 강행규정에 위배되지 않는다고 판시하고 있다.[66]

한편, 미국 연방대법원은 제3수익자 이론에 따라 당사자 사이에 제3자에게 이익을 향유시키겠다는 의사가 나타나면 제3자는 보호받는다는 입장이라고 하였다. 또한 명확하게 이행보조자 등의 문구가 있지 않은 경우라도 'any'라는 단어를 근거로 당초 해상운송계약상의 양륙항에서 366마일 떨어져 있는 곳까지의 육상운송을 예견하였다는 점도 고려하여 '육상운송인'인 철도회사는 히말라야약관에 넓게 기재된 의도된 수익자(intended beneficiary)임에 틀림없다고 판단하여 약관의 조건에 따라 제한된다고 판시하였다.[67]

### 나. 책임제한을 위한 '제한된 대리' 법리

계약운송인인 무선박운송인이 발행한 하우스 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 무선박운송인이 의도한 제3자라야 하고, 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 실제운송인

---

4., 131면.

65) Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Pty. Ltd., 125 S.Ct. 385, at 397 (2004).

66) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결.

67) Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Pty Ltd., 125 S.Ct. 385, 2004 AMC 2717 (2004).

인 선박소유자 등이 의도한 제3자(독립계약자 등)이라야 한다.

여기서, 실제운송인이 발행한 선하증권의 히말라야 약관상 독립계약자가 계약운송인을 통해 운송을 의뢰한 화주에게 책임제한을 원용할 수 있는가를 살펴본다. 예컨대, (ⅰ) 화주(송하인) A→무선박운송인(계약운송인) B→해상운송인(실제운송인) C→독립계약자 D로 연결되는 상황에서 컨테이너 하역업자(독립계약자) D의 과실로 사고가 발생하고 화주 A가 독립계약자 D에게 불법행위상의 청구를 하는 경우에 독립계약자 D는 과연 화주 A에 대하여 마스터 선하증권(제2선하증권)상의 책임제한의 항변을 할 수 있을 것인가 하는 점이다.

즉 컨테이너 하역작업을 위하여 독립계약자를 사용한 자는 실제운송인이고, 화주와 직접 운송계약관계에 있는 자는 무선박운송인이다. 이 경우 독립계약자가 실제운송인이 발행한 선하증권상 히말라야 약관에 따른 항변을 무선박운송인(계약운송인) 발행의 선하증권을 소지한 화주에 대하여 원용할 수 있기 위해서는 두 가지 전제조건이 필요하다. 하나는 하역업자가 상법 제798조의 '사용인 또는 대리인'이 아닌 독립계약자로서 실제운송인이 의도한 자라는 점이 약관상 명시되어야 한다. 다른 하나는 실제운송인이 사용한 하역업자로서 무선박운송인의 복(復)이행보조자라는 점이 인정되거나,[68] 무선박운송인이 운송인의 지위에서가 아니라 화주의 대리인으로서[69] 운송을 주선한 운송주선

68) 곽윤직·양창수, 「민법주해 (Ⅸ), 채권(2)」, 박영사, 2002, 407면 ; 박준서·이상욱, 「주석민법 채권총칙(1)」, 한국사법행정학회, 2000, 579면 ; 최성경, "이행보조자에 관한 연구", 이화여대 대학원 박사학위논문, 2004. 2., 83면.

69) Costabel, Attilio M., "The Himalaya clause crosses privity's far frontier", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 36, No. 2 (April 2005), pp.233-234은 Kirby 사건에서 본안판단의 핵심적인 쟁점은 '(ⅰ) Hamburg Süd가 발행한 선하증권에 포함된 히말라야조항의 문언이 화주 Kirby와 제3자로서의 관련성이 적고, (ⅱ) 화주 Kirby와 직접적인 계약상대도 아닌 철도회사 Norfolk Southern이 책임제한의 이익을 원용하는 것이 가능한가'라는 것이었다. 화주 Kirby는 자기와 계약을 체결한 ICC는 그 대리인이 아니라 스스로 운송인으로서 행동하고 있다고 주장하였다.

| 화주(Kirby)→→대리인(무선박운송인; ICC)→→실제운송인(Hamburg Süd)→→독립계약자(Norfolk Southern) |
|---|

미국연방대법원은 본 건의 경우에는 원래 본인인 계약운송인(ICC)이 동시에 독립계약자(Norfolk Southern)에 대해 히말라야 조항의 보호를 부여하는 목적에 한해서는 대리인이었음에 주목하였다. 즉 본 건에 있어서는 전통적인 대리의 법리가 적용되어야 하는 것이 아니라 오히려 1914년 Great Northern R. Co. v. O'Connor 232 U.S. 508, 34 S.Ct 380, 58

인의 지위에 불과하다는 사실이 주장 입증되어야만 한다. 왜냐 하면, 히말라야 약관을 원용할 수 있는 수익자로서의 독립계약자는 요약자(운송인)와 낙약자(화주)와는 전혀 무관한 별개의 제3자가 아니라, 운송인의 사용의사에 의하여 운송인의 의무의 일부를 화주에게 이행하는 자를 말하기 때문이다.

한편, 경우를 달리하여 계약운송인으로서 무선박운송인(B)이 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권상의 독립계약자(D)에게 배상청구를 하는 경우에 독립계약자(D)는 무선박운송인(B)에게 실제운송인(C)이 발행한 마스터 선하증권상의 히말라야 약관을 원용할 수가 있을 것이다. 왜냐하면, 이 경우 무선박운송인은 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권의 송하인에 해당하기 때문이다.[70]

결국, '제3자에게 계약상의 이익을 부여하겠다'는 계약당사자들의 의도가 인정되기 위해서는 화주 등 송하인과 운송인 사이에 제3자를 위한 계약의 직접적인 채권자·채무자 관계가 있어야 하고, 이를 벗어나는 경우에는 제3자를 위한 계약이 아예 성립하지 않는다고 할 것이다.

## Ⅳ. 선박운항자로서 무선박운송인의 지위

### 1. 무선박운송인의 선하증권 발행과 선박운항과의 관련성

#### 가. 운항선박의 이용(영업)까지 넓게 보는 견해

책임제한 대상채권인 상법 제769조 제1호의 '선박운항과 직접 관련한 손해'에 있어서, 선박운항을 선박의 조종(maneuvering)으로 좁게 볼 것이 아니라 영업(management, business)으로 넓게 보아야 하고, 따라서 단순히 운항선박

L.Ed. 사건에서 확립된 판례법에 따라 계약운송인(ICC)은 책임제한의 제한된 목적의 범위 내에서 화주(Kirby)의 대리인이 된다는 것이다.

70) 김인현, "2009년도 해상법 등 중요 판례 평석", 「한국해법학회지」 제32권 제2호, 2010. 11., 356면.

의 이용(영업)에만 그치는 경우에도 책임제한 대상채권이 될 수 있다고 한다.[71] 이 견해에 따르면, 운항(operation)은 두 가지 의미로 사용될 수 있는데, 하나는 선박의 물리적 움직임이고, 다른 하나는 영업을 행하는 것이라고 한다.[72] 선박운항이란 광의로 사용될 수 있는 용어라는 것이다.[73]

영국에서는 '선박의 운항과 직접 관련된'(in direct connection with the operation of the ship)의 의미는 1976년 해사채권에 관한 책임제한협약(Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims ; 이하 '책임제한 협약'이라 함)이 한편으로는 물건의 멸실·훼손과 다른 한편으로는 책임제한채권의 대상 선박과의 사이에 필요한 관련성을 뜻하는 것으로 넓게 해석하는 유력설이 있다.[74] '선박의 운항과 관련된'이라는 문구는 운송인이 헤이그 비스비 규칙 제4조 제5항의 책임제한배제사유인 무모한 행위가 아니고 배상받을 수 있는 손해이기만 하면 책임제한의 가능성을 열어둔 것이라고 한다.[75]

이러한 맥락에서 선하증권을 발행하는 행위를 "선박의 운항과 직접 관련된" 행위로 해석하여, 선하증권을 발행하는 것이 곧 선박소유자의 기능을 가진 것이라는 데 근거를 두고 대체로 슬롯용선자(slot charterer)를 포함하여 모든

71) 김인현, "운송물 불법인도로 인한 손해배상채권의 선박소유자책임제한채권 해당 여부", 「사법」 제29호, 2014. 9., 130면.

72) '선박의 운항'이란 "화물을 집화하여 이를 선적하고, 목적지까지 운송한 뒤 화물을 양륙하여 운임을 받기까지의 영업활동을 말한다. 집화, 용선, 연료보급, 배선, 항만하역이 그 주된 업무이다. 선박의 운항형태로는 선박소유자에 의한 직접운항, 나용선(선체용선), 정기용선, 항해용선 그리고 운항위탁 등으로 나눌 수 있다. 선박을 운항하기 위해서는 선박을 움직이도록 해야 하는데 선박의 움직임에는 항행(voyage)과 항해(navigation)가 있다. 항행이란 선박이 상업적으로 움직이는 것을 말하고, 항해란 기술적으로 움직이는 것을 말하므로 운항이란 항행과 관련되어 있다."- 한국해사문제연구소, 「해운물류큰사전」, 2002, 602면.

73) 김인현, "선박운항과 관련한 책임주체 확정에 대한 연구", 「한국해법학회지」 제21권 제1호, 1999. 4., 58면 ; 정희철, 전게서, 540면에 따르면, 상법은 선박소유자 이외에 선박관리인, 선박임차인·정기용선자나 항해용선자·재운송계약을 한 용선자와 같이 직접 해상기업을 경영하는 도선업·예선업·어업 등 선박을 운항하여 영업을 하는 자를 선박운항자라고 표기하고 있다고 한다.

74) Per Lord Rix in the "Caspian Basin"(Caspian Basin Specialised Emergency Salvage Administration and Another v. Bougues Offshore S.A. and Others (No. 4)) [1997] 2 Lloyd's Rep. 507.

75) Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr, *Limitation of liability for maritime claims*, London : LLP, 2005, p.20.

종류의 용선자에게 책임제한을 인정하고 있는 것으로 보인다.[76]

그 이유는 선하증권은 운송인이 발행할 수 있고, 선장이나 그 밖의 대리인에게 위임할 수 있으며, 용선계약을 체결할 경우 용선자가 재용선자 또는 제3자의 송하인과의 사이에 선하증권을 발행할 수 있을 뿐만 아니라 통상적으로 그 선하증권에 운송인의 자격으로 그에게 제기된 모든 손해배상청구가 가능하도록 한 조항이 삽입되어 있는 데 기인한다.[77] 이러한 경우에는 모든 용선자, 더 나아가 슬롯용선자도 헤이그 규칙이나 헤이그-비스비 규칙에 따라 운송인으로 볼 수 있고 운송인책임제한을 적용받기 때문이라는 것이다.[78]

이와 관련한 판례로서 MSC Napolitkrjs호 사건[79]에서는 선박소유자에 대하여 송하인 등 화주 측에서 청구하는 손해배상청구소송은 '선박 상에서 물건의 멸실 또는 훼손에 의한 손해(loss or damage occurring on board the ship)'로서 그 구상권 행사가 선박소유자 경유이더라도 책임제한을 할 수 있다는 것이다.[80] 그 이유는 슬롯용선자에게 선주책임제한을 인정하지 않으면, 슬롯용선자가 재운송인으로서 선하증권을 발행한 경우 그의 화주 등으로부터 청구받은 배상책임을 이행한 후 실제운송인인 선박소유자에게 구상권을 행사하더라도 선박소유자의 책임제한에 따라 슬롯용선자는 전액을 구상받지 못하게 되는 불합리가 생기게 된다는 점과, 선주책임제한기금을 형성하는데 선박소유자가 주도하든 용선자가 주도하든 전체 책임한도액만 확보하면 아무런 문제

76) Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr, op. cit., pp. 9-11 ; Reily, M T., "Identity of the Carrier : Issues under Slot Charters", 25 *Tulane Maritime Law Journal*, 419 (2001), 507.

77) Richardson J., *Combined Transport Documents: A Handbook of Contracts for the Combined Transport Industry*, London : LLP, 2000, pp.121-164.

78) 정준식, "선주책임제한협약상 선복용선자의 범위에 관한 연구", 「해운물류연구」 제85권, 2015, 131면 ; Griggs, Patrick, 'Charterers' Right to Limit Liability', paper delivered at the 39th Conference of the CMI (Athens), (12-17 October 2008), *CMI Year Book 2009*, p. 358 at 361, 390-393 ; Williams, R., "What Limitation is There on the Right to Limit Liability Under the 1976 Limitation Convention?", [1997] *International Journal of Shipping Law* 117 at 119 ; Martínez Gutierrez, Norman A., *Limitation of Liability in International Maritime Conventions*, London : Routledge, 2011, pp. 25-26.

79) Metvale Limited v. Monsanto International SARL [2008] EWHC 3002(Admiralty).

80) 1976년 책임제한 협약을 비준하지 않고 있는 미국에서는 선주의 불법행위를 근거로 하는 소송이 전개되고 있다.

가 될 것이 없기 때문이라고 판시하였다.[81]

한편, Aegean Sea호 사건[82]에서 선박의 연료유가 멸실 당시 본선의 선내에 있었던 것이 아니라 수하인인 정유사의 점유하에 들어갔기 때문에 선박의 운항과 직접적인 관계가 없으므로 연료유의 멸실은 책임제한의 대상 채권이 아니라는 주장에 대해, 법원은 "연료유의 멸실은 선박이 좌초되어 폭발로 이어지는 과정에서 발생한 것으로 선박의 운항과 직접적인 관계가 있다"는 점을 지적하면서, "선박의 운항은 항구의 선택, 선박의 안전성과 적합성의 확인, 선박이 해도(海圖), 예선 등을 안전하게 이용할 수 있도록 필요한 것을 준비하는 것을 포함하는 것이다. 그리고 용선자는 선주로서의 처지에서 행동한 때의 클레임에 대해서만 책임제한을 하는 자격을 가진다[83]"라고 설시하였다.[84]

이를 두고, 선박의 운항이라는 문구는 선상에서 발생하는 행위에만 국한된 것이 아니라 선박의 운항과 관련된 모든 사항을 포괄하는 것으로 넓게 보는 전술한 견해와 이들 사항을 선박의 항행과 직접 관련된 사항으로 '좁게 보는' 후술하는 견해가 다투어지고 있다.

### 나. 선박의 항해·관리만으로 좁게 보는 견해

'선박의 운항에 직접 관련하여'라 함은 손해의 원인이 선박관리 또는 선박의 항행과 직접 관련된 것을 의미하고, 용선자의 선하증권 발행이 곧바로 선박소유자의 기능을 이행한다고 보기 어려우므로 선박의 운항과 직접 관련된 손해로 볼 수 없다고 한다.[85] 더 나아가 운항선박의 상사적 이용 또는 영업으로의

81) Metvale Ltd and Another v. Monsanto International Sarl and Others (The MSC Napoli) [2008] EWHC 3002(Admiralty); [2009] 1 Lloyd's Rep 246; (2009) 15 JIML 120 at 121.

82) Aegean Sea Traders Corporation v. Repsol Petroleo S.A. And Another (The "Aegean Sea") [1998] 2 Lloyd's Rep 39.

83) 1957년 선박소유자책임제한 협약상 책임제한자격자로서의 용선자에 대해 'in the same way as they apply to an owner himself'로 규정되어 있다. 한편 1976년 선박소유자책임제한협약에서는 이 문구는 없지만 제한경위에서 보면 그 견해를 변경하는 검토가 이루어진 흔적은 없기 때문에 같은 견해가 계승되고 있다고 볼 수 있다. 1957년 선박소유자책임제한협약과 다른 문구를 사용하고 있지만 선주라는 범주 하에 용선자를 포함하고 있으므로 그 효과는 같다고 볼 수 있다.

84) The "Aegean Sea" [1998] 2 Lloyd's Rep 39, at 51.

적용 단계는 운송이나 용선 개념으로 파악해야 한다는 것이다. 1976년 책임제한협약 제1조 제2항에서 '선박의 용선자(charterer of a sea going ship)'라고 하는 경우의 선박이란 전체 선박을 의미하는 것으로서 일부 선박을 이용하는 것은 여기에 포함되지 않는다는 해석이 가능하다고 한다.[86]

비록 영국의 판례와 학설상 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향이 있으나 이는 모든 종류의 용선자에게 책임제한의 주체성을 인정하려는 목적에서 발생한 논리의 비약으로서 용선자의 기능과 운송인의 기능을 오인하고 있는 데서 기인한 것이라고 한다.[87]

이와 관련하여, 우리나라 대법원 판례[88]는 상법 제769조 제1호가 선박소유자의 책임제한대상을 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한' 손해에 관한 채권으로 한정하고 있는 것은 1976년 책임제한협약 제2조 제1항 (a)호의 「… occurring in direct connection with the operation of the ship」을 수용한 것으로서,[89] 선박소유자 책임제한제도의 목적, 연혁 및 취지 등을 종합하면, 선박의 운항이 종료된 후에 발생한 선박소유자의 단순한 채무불이행은 선박의 운항에 직접 관련된 것이라고 할 수 없다고 판시하였다.

운송인이 선박을 운항하여 운송한 화물을 보세창고에 보관하던 중 선하증권과 상환 없이 무단 반출하여 정당한 선하증권 소지인에게 위 화물가액 상당의 손해를 발생시켰다 하더라도, 이는 이 사건 선박의 운항과 직접 관련하여 발생한 손해가 아니므로 위 손해에 관한 채권은 선박소유자 등의 책임제한 대상이 되는 채권이라고 볼 수 없다고 한 것이다.

한편, 일본 동경고등재판소 2000년(平成 12년) 판결은 「선박의 소유자 등의 책임제한에 관한 법률」 제3조 제1항 제1호[90]의 책임제한채권에 해당하는지

85) 정영석, 「해상법원론」, 텍스트북스, 2009, 169면 ; 정영석, "선하증권과 상환하지 아니한 운송물 인도와 선박소유자의 책임제한", 「한국해법학회지」 제36권 제2호, 2014. 11., 41면.

86) Williams, Richard, op. cit., at 119.

87) 정영석, 전게논문, 36면.

88) 대법원 2014. 5. 9. 선고 2014마223 판결.

89) 이 조항은 책임제한의 대상채권에 대한 해석론의 핵심이라고 할 수 있다.- Baughen, Simon, *Shipping Law*, 4th ed., London : Taylor & Francis, 2009, p. 424.

90) 일본 '선박의 소유자 등의 책임제한에 관한 법률' 제3조에 따라 책임제한이 되는 채권은 선박우선특권이 인정된다.

여부와 관련하여 다음과 같이 판시하였다.[91] 즉 선박의 운항이라는 개념은 항해 중뿐만 아니라 항해를 위하여 선박을 기계적 용법에 따라 조작 관리하는 것 전체를 가리키는 것으로 해석되므로 선적이나 양륙을 위하여 선박을 조작 관리하는 것도 이에 포함된다고 해석할 수 있으나, 적하물의 '멸실'은 적하물의 '인도행위'에 의하여 발생한 것이며, 양륙에 대한 선박의 조작 관리에 의하여 발생한 것이 아니므로 이러한 멸실이 '선박의 운항에 직접 관련되어' 발생한 것이라고 할 수 없다. 양륙행위와 인도에 의한 제3자의 점유 취득이 비록 시간적으로 근접하여 행하여졌다 하더라도 관념적으로는 그 동안에 시간적 간격이 존재함이 명확하므로, 선박에서 행하여지는 양륙행위가 인도채무의 이행불능에 의한 '멸실'을 발생시키는 것이라고 할 수 없으므로 적하물의 멸실이 '선박상에서 운항과 관련하여' 발생한 것이라고 할 수는 없다고 한다.[92]

결국 위 판결들은 해사채권책임제한 제도는 선박의 운항과 직접 관련하여 발생한 손해에 기한 채권에 한하여 책임제한을 인정한다는 점을 분명히 한 것으로 보인다. 또 선박의 운항은 항행활동 관련된 활동 또는 선박의 조작과 관련된 활동으로 제한적으로 해석하는 것으로 보인다. 따라서 선박을 소유하거나 용선하지 않는 무선박운송인의 경우에는 선박의 운항과 직접 관련된 행위는 있을 수 없으므로, 선하증권과 상환하지 않고 화물을 무단 반출한 경우라도 화물의 멸실'에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.[93]

## 2. 무선박운송인의 책임제한 여부

### 가. 선하증권 발행명의와 운송인 지위 취득 여하

#### (1) 무선박운송인이 자기 명의로 선하증권을 발행한 경우

91) 東京高等裁判所 平成11年(ラ)第2238号 선박경매개시결정취소 및 신청각하결정에 대한 집행항고사건, 平成12年(2000) 2月 25日 민사22부 결정 항고기각[확정], 判例時報 第1743号 134面.

92) 中田 明, "商事法判例研究(平成12年度6)仮渡と船主責任制限法の先取特權 : 東京高決平成12.2.25" 「ジュリスト」 第1205号, 2001, 142-143面.

93) 동지 : 정영석, 전게논문, 37-38면.

무선박운송인이 선하증권을 발행한 경우 선하증권에 나타난 당사자 명의로서 계약관계의 실체를 파악할 수 있다. 선하증권의 발행자 명의와 관련하여 운송인으로서의 개입이 의제되는 선하증권은 무선박운송인이 자기명의로 발행된 경우에 한한다.[94] 판례는 "운송주선인이 상법 제116조에 따라 위탁자의 청구에 의하여 선하증권을 작성하거나 상법 제119조 제2항에 따라 운송주선계약에서 운임의 액을 정한 경우에는 운송인으로서의 지위도 취득할 수 있지만, 운송주선인이 위 각 조항에 따라 운송인의 지위를 취득하지 않는 한, 운송인의 대리인으로서 운송계약을 체결하였더라도 운송의뢰인에 대한 관계에서는 여전히 운송주선인의 지위에 있음에 지나지 아니한다"라고 판시하고 있다.[95] 즉 선하증권에 자기명의로 기재된 자를 통상 운송인으로 본다는 것이다.[96]

이 경우에는 선하증권이 본질적으로 해상운송을 필수요소로 한다는 점에서 영국의 판례와 학설상 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향과 그 궤를 같이 한다는 것이 앞서 본 '넓게 보는 견해'의 입장이다. 영국에서는 그 선하증권에 운송인의 자격으로 그에게 제기된 모든 손해배상청구가 가능하도록 한 조항이 삽입되어 있는 것을 전제로 하고 있다.[97]

(2) 무선박운송인이 타인 명의로 된 선하증권을 교부한 경우

선하증권의 발행자 명의와 관련하여 무선박운송인이 타인의 대리인으로 선하증권을 발행한 경우에는 운송인으로서의 개입이 의제되지 않는다.[98] 판례는 수입자로부터 운송주선을 의뢰받은 당사자가 화물의 도착지에서 활동하는 것은 운송주선의뢰인과의 운송주선계약에 따른 의무에 기한 것이 아니라 상호대리점 관계에 있는 상대방의 도착지 대리점으로 활동하는 것에 불과하다고

94) 정찬형, 전게서, 325-326면 ; 이철송, 전게서, 564면 ; 김성탁, "주선업자의 개입권", 「기업법연구」 제12집, 2003, 287면 등.

95) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2005다5058 판결.

96) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다55052 판결 ; 대법원 1997. 9. 30. 선고 96다54850 판결 ; 대법원 1995. 6. 13. 선고 92다19293 판결 ; 서울고등법원 1994. 8. 18. 선고 94나2222 판결.

97) Reily, M T., op. cit., at 507 ; Williams, R., op. cit., at 119 ; Martínez Gutierrez, Norman A., op. cit., p. 25.

98) 정찬형, 전게서, 325-326면 ; 이철송, 전게서, 476면 ; 김성탁, 전게논문, 287면 등.

할 것이다"고 판단함으로써,[99] '대리인으로서 선하증권을 발행'한 것에 불과한 경우에는 운송인이라고 할 수 없다고 한다.[100]

또한, "수입자로부터 운송주선을 의뢰받은 당사자가 수출지에 소재한 상호 대리점 관계에 있는 상대방으로 하여금 선하증권을 발행하도록 요청하는 경우에는 수입자로부터 운송주선을 의뢰받은 당사자는 선하증권을 발행하는 상대방과 사이에 운송주선의뢰인을 위하여 운송계약을 체결하는 것으로 볼 것이고 운송주선의뢰인과의 관계에서 달리 약정하지 않는 한 운송주선인으로서의 임무는 그로써 종료하는 것이라 하였다.[101] 이에 비추어, 무선박운송인으로서의 의무의 전 과정에 걸치는 선박의 운항과의 직접 관련성은 찾아보기 힘들다.

생각건대, 선하증권이 누구의 명의로 발행된 것인지와 무관하게 적어도 무선박운송인이 운송의 전 과정을 관장하는 등 사실상 운송을 인수했다고 볼 수 있는 경우에는 무선박운송인과 송하인 사이의 관계에서는 무선박운송인이 개입권을 행사한 것으로 보아 운송관계를 인정해야 할 것이나,[102] 이 경우에도 선박운항과의 직접 관련성은 희박하다고 본다.

### 나. 책임제한 주체로서의 무선박운송인

우리나라 상법이 총체적 책임제한에 관하여 수용한 1976년 책임제한협약상 운송인으로서 선하증권을 발행한 무선박운송인 내지 운송주선인도 선박운항자에 포함되는 것으로 할 것인가는 다툼이 있다. 특히 위 협약 제1조 제2항[103]

---

99) 서울고등법원 2004. 10. 20. 선고 2003나85786 판결.

100) 대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040 판결.

101) 운송주선인이 스스로 운송인으로서 직접 운송할 수 있는 권리를 개입권이라고 하는바, 상법 제116조 제2항은 운송주선인이 위탁자의 청구에 의하여 선하증권을 작성한 때에는 직접 운송하는 것으로 본다고 하여 개입을 의제하고 있다.

102) 동지 : 이균성, "운송주선인의 해상운송인으로서의 지위취득", 「민사판례연구( )」, 박영사, 1989, 354면 ; 유중원, "국제운송에 있어서 운송주선인의 지위와 판례정리", 「변호사」 제35집, 서울지방변호사회, 2005. 1., 349면 ; 최세련, 전게논문, 126면.

103) "The Term shipowner shall mean owner, charterer, manager and operator of a seagoing ship."

(우리나라 상법 제774조 제1항 제1호도 동일함) 소정의 '선박운항자(operator)'는 그 의미를 용선자(charterer)와 구분하여 사용하고 있는데, 슬롯용선자를 포함하여 모든 용선자가 책임제한의 주체가 될 수 있다고 한다면, 무선박운송인도 책임제한주체에 해당할 수 있지 않는가 하는 의문이 있다. 용선자 가운데는 자기의 명의로 선박을 직접 운항하는 자가 아니라, 타인 소유의 선박의 운항을 이용하는 데 그치는 경우도 있기 때문이다.

이와 관련하여 1976년 책임제한협약에 가입한 일본법의 해석상으로는 해상운송인으로서의 역할을 하는 운송주선인과 같이 선박을 운항하지 아니하는 이른바 무선박운송인도 총체적 책임제한을 할 수 있을 것이라는 견해가 유력하다.[104] 우리법상으로도 해상운송에 종사하는 운송주선인에게 선박소유자나 용선자 등의 다른 해상운송인과는 달리 총체적 책임제한을 할 수 있는 권리를 부여하지 아니할 아무런 합리적인 이유가 없다는 견해가 있다.[105] 반대로, 이 경우에 무선박운송인은 해상기업주체로서 갖추어야 할 인적, 물적 설비가 전혀 없기 때문에 총체적 책임제한은 부정되어야 한다고 한다.[106]

생각건대, 영국의 판례와 학설상 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향은 선하증권이 본질적으로 해상운송을 필수요소로 하므로, 선박의 전부 또는 적어도 일부의 선복(船腹)을 이용하여 물적 인적 설비를 갖는 용선자와는 이러한 점에서 그 관련성을 구하는 것으로 보인다. 그러나 법적 개념으로서의 '운송인(carrier)'이란 운송계약의 당사자로서 운송의 실행을 인수하는 사람, 즉 계약운송인(contractual carrier)을 말하며,[107] 더욱이 무선박운송인은 계약적인 요소만을 고려하고 운항적인 요소를 삭제함으로써 운송업무를 스스로 이행하는지의 여부는 고려하고 있지 않다. 무선박운송인의 책임제한 대상채권은 1976년 책임제한협약 제2조 1(a)에서 열거하고 있는데, 그 가운데 '선박의 운항에 직접 관련하여 발생한 채권(in direct connection with the operation of the ship)'의 조항(우리나라 상법 제769조도

104) Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr, op. cit., p.281.
105) 최종현, 전게서, 86면 ; 이균성, 전게서, 278면.
106) 김인현, 전게(주7)논문, 234면.
107) 임동철, 전게논문(재운송계약), 8면 ; 채이식, 전게논문, 45-67면.

동일함)상 선박운항의 개념을 협의로 보아 '항해·관리'의 의의를 강조한다면, 운송인으로서의 무선박운송인 내지 운송주선인은 책임제한 주체에 포함될 수 없을 것이다. 즉 선박의 물리적 이용(physical use)의 관점에서 선박의 항해 또는 관리(navigation or management of the ship)가 전제된 바탕에서 운항선박의 상사적 이용 또는 영업을 가미한다면 선박운항의 개념을 바르게 이해하는 것이지만, 전자(항해·관리)가 결여된 채 후자(운항선박의 상사적 이용)만으로도 선박운항이 된다고 정의하는 것은 타당하지 않다는 점에서도 더욱 그러하다. 따라서 무선박운송인은 총체적 책임제한의 주체에 포함될 수 없다고 풀이된다. 다만 운송인으로서 개별적 책임제한 규정이 적용됨은 물론이다.

## Ⅴ. 맺으며

이상에서 본다면, 무선박운송인은 스스로 선박을 보유하지 않으면서 선박을 보유한 운송인이 제공한 서비스를 이용하여 화주와의 관계에서는 자신이 운송인이고 실제운송인과의 관계에서는 자신이 화주라는 복합적인(hybrid) 지위를 가지고 있다. 이는 우리 법에서 운송주선인이 운송인이 되는 경우와 기능이 동일하다(상법 제116조). 위탁자의 간접대리인으로서 운송주선인의 지위도 아니고 직접대리 방식에 의한 대리인(as a agent)의 지위도 아니다. 자신이 운송인(as a principal)이기 때문에 운송인으로서의 모든 의무와 책임을 부담한다.

무선박운송인은 운송주선업으로 등록함으로써 자신의 영업범위가 운송인뿐만 아니라 운송주선인(상법 제114조)이라는 역할을 동시에 할 수 있다. 따라서 자신의 명의가 아니라 위탁자(송하인 또는 수하인)나 운송인의 이름으로 운송계약을 체결한 경우에도 실제로 주선행위를 하였다면 운송주선인으로서의 무선박운송인이라고 한다. 실제운송인이 손해배상청구를 받는 경우에 선하증권상의 책임제한의 이익을 누리기 위하여는 송하인과 자신의 운송계약이 존재하여야 할 것인바, 이 때 무선박운송인이 대리인이면 송하인과 실제운송인 자신 사이에 직접계약관계가 성립하므로 가능하게 된다고 하는 실익이 있다.

무선박운송인은 계약운송인으로서 어떠한 유형의 실제운송인과 제2의 운송계약을 체결하는가에 따라 재운송에 관한 상법 제809조의 적용 여부가 달라질 수 있다. 운송과정에 용선계약이 관여되는지 여부가 관건이 되므로, 무선박운송인이 선박소유자나 선체용선자가 아닌 정기용선자 또는 항해용선자 내지 슬롯용선자를 상대로 용선운송계약을 체결한 경우에는 그 적용이 가능하다. 이 용선자들은 자기의 명의로 선박을 직접 운항하는 자가 아니라 타인 소유의 선박의 운항을 이용하는 데 그치는데, 그 이용은 주로 '재운송'의 목적을 위한 것이라고 할 수 있다(상법 제809조).

계약운송인인 무선박운송인이 발행한 하우스 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 무선박운송인이 의도한 독립계약자라야 하고, 실제운송인이 발행한 마스터 선하증권상의 히말라야 약관을 원용하기 위하여는 실제운송인인 선박소유자 등이 의도한 독립계약자라야 한다. 이 경우 실제운송인이 사용한 독립계약자가 실제운송인 발행의 선하증권상 히말라야 약관에 따른 항변을 무선박운송인(계약운송인) 발행의 선하증권을 소지한 화주에게 원용할 수 있기 위해서는 무선박운송인의 복(復)이행보조자라는 점이 인정되거나, 무선박운송인이 운송인의 지위에서가 아니라 화주의 대리인으로서의 지위에서 체결된 계약이라고 볼 수 있어야 한다.

'선박의 운항에 직접 관련하여' 발생한 손해에 기한 채권은 선박의 운항과 관련된 모든 사항을 포괄하는 것이라고 넓게 보는 견해와 선박의 항해·관리와 직접 관련된 사항만으로 좁게 보는 견해가 다투어지고 있다. 비록 영국의 판례와 학설상 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향이 있으나, 우리나라와 일본의 판결들은 선박의 운항은 항행활동 관련된 활동 또는 선박의 조작과 관련된 활동으로 제한적으로 해석하고 있다.

따라서 선박을 소유하거나 용선하지 않는 무선박운송인의 경우에는 선박의 운항과 직접 관련된 행위는 있을 수 없으므로, 선하증권과 상환하지 않고 화물을 무단 반출한 경우라도 화물의 멸실'에 해당하지 않는다고 새기는 것이 타당하다고 본다. 즉 선박운항의 개념을 협의로 보아 '항해·관리'의 의의를 강조한다면, 무선박운송인 내지 운송인으로서의 운송주선인은 총체적 책임제한 주체에 포함될 수 없을 것이다.

요컨대, 선하증권의 발행을 '선박의 운항과 직접 관련된' 행위로 해석하는 경향은 선하증권이 본질적으로 해상운송을 필수요소로 하는 데서 무선박운송인과의 관련성을 찾을 수도 있으나, 무선박운송인은 선박의 전부 또는 적어도 일부의 선복(船腹)을 이용하여 물적 인적 설비를 갖는 용선자와는 다르다는 점에서 그 관련성을 부인할 수밖에 없다고 본다.

## 참고문헌

1. 국내문헌

곽윤직·양창수, 「민법주해 (Ⅸ), 채권(2)」, 박영사, 2002.
김인현, 「해상법(제4판)」, 법문사, 2015.
손주찬·정동윤(편), 「주석상법[총칙·상행위(2)]」(제3판), 한국사법행정학회, 2003.
이균성, 「신해상법대계」, 한국해양수산개발원, 2010.
이철송, 「상법총칙·상행위」, 박영사, 2013.
정동윤, 「상법(하)」, 법문사, 2011.
정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2014.
정희철, 「상법학(하)」, 박영사, 1990.
최종현, 「해상법상론」, 박영사, 2009.
김동진, "히말라야 약관에 관한 소고", 「부산법조논집」 제2호, 2007.
김인현, "운송물 불법인도로 인한 손해배상채권의 선박소유자책임제한채권 해당 여부", 「사법」 제29호, 2014. 9.
김인현, "운송주선인의 다양한 법적 지위에 따른 법률관계 -해상운송주선인을 중심으로-", 「안암법학」 제26호, 2008.
김인현, "한국과 미국의 해상물건운송법에 대한 비교법적 연구", 「한국해법학회지」 제26권 제2호, 2004. 11.
김인현, "슬로트 용선의 법률관계에 대한 고찰", 「한국해법학회지」 제25권 제1호, 2003.
김정호, "독일의 신운송법이 우리 상법에 미칠 수 있는 영향", 「고려법학」 제

37호, 2001. 10.
김창준, “복합운송주선업자의 법적 지위에 관한 연구- 법해석론적 쟁점을 중심으로”, 경희대 대학원 법학박사학위논문, 2004. 2.
이광후, “화주의 운송인 등에 대한 배상청구”, 「인권과 정의」 제377호, 대한변호사협회, 2008. 1.
임동철, “재운송계약과 선박소유자의 책임 -운송책임의 주체와 관련하여-”, 「한국해법회지」 제15권 1호, 1993.
임동철, “이른바 ‘Freight Forwarder’의 지위와 책임에 관한 고찰”, 「한국해법회지」 제10권 제1호, 1988.
임중호, “비현명대리에 관한 상법 제48조의 해석론과 입법론”, 「비교사법」 제20권 제4호, 2013.
정영석, “선하증권과 상환하지 아니한 운송물 인도와 선박소유자의 책임제한”, 「한국해법학회지」 제36권 제2호, 2014. 11.
정영석, “해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구”, 한국해양대 대학원 박사학위논문, 1995.
정준식, “선주책임제한협약상 선복용선자의 범위에 관한 연구”, 「해운물류연구」 제85권, 2015.
채이식, “선박소유자 및 해상운송인(의장자)의 개념”, 「한국해법학회지」 제24권 제1호, 2002.
최성경, “이행보조자에 관한 연구”, 이화여대 대학원 박사학위논문, 2004. 2.
최영봉·박원형, “복합운송선하증권에서의 히말라야조항과 무선박운송(NVOCC)인의 책임”, 「국제상학」 제25권 제2호, 2010. 6.
최종현, “개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위”, 「한국해법학회지」 제30권 제1호, 2008. 4.

## 2. 외국문헌

中田 明, ”商事法判例研究(平成12年度6)仮渡と船主責任制限法の先取特權 : 東京高決平成12.2.25”「ジュリスト」第1205号, 2001.
平野裕之, “代理における顯名主義について - 民法一00條と商法五0四條の横斷

的考察",「法律論叢」第75卷 第23號, 2002.

Baughen, Simon, *Shipping Law*, 4th ed., London : Taylor & Francis, 2009.

Carver, Thomas G. & Colinvaux, Raoul P, *Carver's Carriage by Sea*, Vol. Ⅰ. 13th ed., London : Stevens & Sons, 1982.

Cooke Julian/Kimball John D./Young Timothy/Martowski David/Taylor Andrew/Lambert LeRoy, *Voyage Charters*, 2nd ed., London : Lloyd's of London Press Ltd., 2001.

D'Arcy, Leo, Carole Murray. Barbara Cleave & Clive M Schmitthoff, *Schmitthoff's Export Trade -The Law and Practice of International Trade-*, London : Sweet and Maxwell, 2000.

Griggs, Patrick, Richard Williams and Jeremy Farr, *Limitation of liability for maritime claims*, London : LLP, 2005.

Griggs, Patrick, 'Charterers' Right to Limit Liability', paper delivered at the 39th Conference of the CMI (Athens), (12-17 October 2008), *CMI Year Book* 2009.

Ivamy, E. R. Hardy, *Carriage of Goods by Sea*, 13th ed., London and Edinburgh : Butterworths, 1989.

Martínez Gutierrez, Norman A., *Limitation of Liability in International Maritime Conventions*, London : Routledge, 2011.

Murray, C., D. Holloway & D. Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade : The Law and Practice of International Trade*, 11th ed., London : Sweet & Maxwell Ltd., 2007.

Reily, M T., "Identity of the Carrier : Issues under Slot Charters", 25 *Tulane Maritime Law Journal*, 419 (2001).

Richardson J., *Combined Transport Documents: A Handbook of Contracts for the Combined Transport Industry*, London : LLP, 2000.

Schoenbaum, T.J, *Admiralty and Maritime Law*, 3th ed., West group, 2001.

Scrutton, Mocatta, Mustill & Boyd, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London : Sweet & Maxwell, 1984.

Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., Montreal : International Shipping Publication, 1988.

Todd, Paul, *Bills of Lading and Banker's Documentary Credits*, 4th ed., London : Informa, 2007.

Williams, R., "What Limitation is There on the Right to Limit Liability Under the 1976 Limitation Convention?", *International Journal of Shipping Law* 117 [1997].

[Abstract]

## Study on Legal Status of Non-Vessel-Operating Common Carrier under the Maritime Law

Yang, Seok-Wan

*Professor, School of Law in Jeju National Univ.*

The definition and act of a freight forwarder and NVOCC is described by government of various countries differently. The legal obligations to government, clients and public vary from country to country for an NVOCC and a freight forwarder. The NVOCC means Non-Vessel Operating Common Carrier.

'Non-vessel-operating common carrier' means a common carrier that does not operate the vessels by with the ocean transportation is provided, and is a shipper in its relationship with an ocean common carrier. Namely, a shipment consolidator or freight forwarder who does not own any vessel, but functions as a carrier by issuing its own bills of lading or air waybills and assuming responsibility for the shipments.

Activities between a NVOCC and a freight forwarder are similar to each

other except some differences. An NVOCC need not be an agent or partner of a freight forwarding company, where as a freight forwarding company can act as a partner or agent for an NVOCC. Basically speaking, NVOCC acts a 'contractual carrier to shipper' and 'shipper to actual carrier'.

Recently, the question is thus whether the phrase "operation of the ship" is confined to action relating to navigation/management of the ship operations or the operation of the ship includes commercial operation, not whether the words in any of the clauses relied upon are sufficient to excuse misdelivery of the goods after discharge.

To what extent is it necessary to limit or modify the operation of the ship? Does NVOCC act as a virtual carrier and accepts all liabilities of a carrier legally, in certain areas of operation? In this article let us discuss about the problems of legal status of NVOCC.

**Key words** : non-vessel-operating common carrier(NVOCC), a freight forwarder, contractual carrier, actual carrier, agent, shipper, operation of the ship, commercial operation, the limitation of the liability, Himalaya clause