船荷證券 約款에 관한 法理論 硏究

裵 炳 泰

A legal study of the general clauses of Bills of Lading

Byong - Tae Bae

目 次

第 1 章 序 論
1. 머리말
2. 硏究의 目的
3. 硏究의 槪要
第 2 章 船荷證券의 沿革 및 約款의 法律問題
1. 定期船 經營
2. 船荷證券과 免責約款의 沿革
(1) 船荷證券의 沿革
(2) 免責約款의 沿革
(3) 船荷證券에 관한 法制動向
3. 船荷證券約款의 發行과 法理論上의 問題
(1) 船荷證券 約款에 관한 法律問題
(2) 船荷證券 發行의 指定契約的 性格(私見)
第 3 章 荷船證券 約款의 分析
1. BIMCO 船荷證券의 種類와 約款의 解釋
(1) BIMCO의 船荷證券
(2) BIL約款의 해석의 必要性
2. 船荷證券 約款의 分析
(1) 表面文言
(2) 裏面條項
第 4 章 船荷證券 約款의 効力理論과 解釋原則
1. BIMCO約款의 比較 分析
(1) BIMCO約款과 國內企業의 約款
2. BIL約款의 効力理論과 効力의 根據
(1) 約款의 決定에 관한 契約理論
(2) 約款의 一般 有効論
(3) BIMCO約款의 法規性의 根據
① 形成要件의 검토
② 實定性 要件의 검토
③ 監督要件의 검토
④ 結語
3. B/L約款의 解釋原則
(1) 客觀解釋의 原則
(2) 技術的 專門性의 원칙
(3) 平均的 利益較量의 원칙
(4) 制限的해석의 원칙
(5) 結 語
第 5 章 結 論
參考文獻

Abstract

Bill of Lading is a document of title and a most important evidence of the terms and conditions for the carriage of goods by sea.

The copy of a ship's manifest (cartularium, cartolario quaternus) by Scrivener (Scriba, Scriptor) during the Mediterranean Shipping Age in the 14th centnry was thought to be the origin of Bills of Lading.

The last years of the 19th century culminated the general clauses of B/L, and cargo owners denounced the shipowners because of the abuse of general and exception clauses.

The Harter Act (1893) in the U. S. and Hague Rules (1921) were enacted to restraint the general clauses, and later principal shipping nations enacted or received "The International Convention for the Unification of certain Rules relating to Bills of Lading 1924".

Korean Commercial Law, however, neither received the whole of the B/L Convention, nor enacted "the carriage of goods by sea act".

It has been a important problem to set up the principles of interpretation of B/L law and to supplement the Korean commercial law relating to the Bills of Lading.
That is the aim of this study.

The writer intends to clarify the legal theory how the general clauses of B/L are incorporated to the contract of carriage of goods by sea.

To recognize the legal character of general clauses of B/L, writer constructed the conceptual tool to test the general clauses, it consists of ① formulating element ② substantial and normative element and ③ supervising element.

The writer analyzed the BIMCO (The Baltic and International Maritime Conference) B/L by the testing tool, and affirmed BIMCO general clauses are eligible for the status of autonomous law in the circle of the carriage of goods by sea.

Four principles for interpretation of the general clauses are derived from above analysis.

The writer believes this study shall be useful for the supplement of some defects of the Korean commercial law relating to the Bills of Lading.

第 1 章 序 論

1. 머 리 말

최근 우리나라의 國際貿易이 급격히 成長함에 따라 國際去來에 필수적인 船荷證券(bills of lading, Konnossement)의 使用이 증가하고 보급되었다.

船荷證券은 海上運送人이 運送物을 受領한것을 증명하고 또한 이것에 의하여 運送人이 目的港에서 證券의 正當한 所持人에게 運送物을 인도할 債務를 부담하는 證券이다.[1]

따라서 國際貿易에 있어서는 매우 重要한 機能을 담당하며 送荷人으로서는 貨換어음(documentary bill, Dokumentenwechsel)에 의하여 物品의 代金을 回收하는데 基礎的인 證券이 되며 受荷人으로서는 物品의 引渡를 請求하는 證券이며 運送人으로서는 運送債務의 履行條件을 지배하는 證券이다.

船荷證券의 經濟的 機能은 이와같이 다양한 것이나 海上運送法의 視點에서 보면 個品運送契約을 지배하는 船荷證券約款이 중요한 意味를 갖는다. 船荷證券의 約款은 18世紀 末경부터 시

1) 朴元善, 새商法(下)(서울 : 修學社, 1969) p. 338 鄭熙喆, 新商法要論, (下)(서울:法文社, 1969), p. 172 孫珠瓚, 改訂商法(下)(서울 : 博英社, 1973) p. 244.

dCollection

작되어 19世紀 末경까지 全盛期를 이루었다. 그 間의 海運의 發展과 海上運送人의 經濟的 地位의 強化를 배경으로 海上運送人의 責任免除의 約款이 매우 광범위하게 시행되었다.

이러한 運送人의 광범한 免責約款의 폐단을 시정하고자 한 立法이 美國에서 Harter法(Harter Act, 1891)으로 나타났고 그후 各國에서 船荷證券의 約款의 效力에 관한 法制나 判例태도에 큰 差異가 생겨서 國際去來上 불편을 주게 되었다.

이러한 不便을 제거하기 위한 노력으로 헤이그規則(Hague Rules, 1921) 이 成立하고 國際條約으로 1924年 船荷證券 統一條約이 成立하였고 이에 따라 各國의 船荷證券法이 統一되기에 이르렀음은 周知하는 바와 같다.

우리나라에서는 船荷證券統一條約에 아직 加入하지 아니하였거니와 條約을 單行法으로 受容한 것도 아니고 새商法 制定時 條約의 몇개 主要條文만을 解釋하고 條文化하여 商法規定(商法第787條~790條)으로 受容하였다.[2]

이것은 船荷證券法의 体系的인 制定이 아니므로 條約上의 實体規定이 더 보충될 필요가 있고 (후술, 第3章 1.(2)참조) 船荷證券 당사자의 利益을 조정하고 社會的 要請을 충족하기 위하여서는 約款의 解釋이 중요한 기능을 갖게 된다.

2. 硏究의 目的

船荷證券에 관한 商法典上의 문제는 統一條約을 体系的으로 受容치 못한 데에 있음은 위에 말한바와 같으나 그밖에 法理論上의 문제는 海上運送契約과 船荷證券 約款의 效力문제, 船荷證券 約款의 法的 性質문제 約款의 解釋문제가 있다.

① 海上運送契約은 본래 不要式의 諾成契約이므로 船荷證券이 作成되기 전에 有效하게 成立하는 것이고 뒤에 船荷證券(이하 B/L이라 한다) 이 作成되면 運送契約의 條件은 B/L의 約款에 따르고 있는데 法理論上 B/L約款은 어디에 效力의 根據를 두고 있는지 問題가 된다. 各國의 法理論은 送荷人의 承諾에 B/L約款의 效力의 根據를 두고 있으나 擴大鏡으로 찾어 보아야 읽을 수 있을 만큼 작은 글씨로 印刷하여둔 約款에 대하여 送荷人이 이것을 다알고 承諾하였는지 의문이고 또 承諾을 하지아니한 경우에는 더욱 문제가 아니될 수 없다. 이점에 대하여 各國의 法理論은 「承諾의 擬制」를 들고 있으나 大型高速船에 의한 大量契約과 短時間內에 迅速한 去來를 처리하는 現代定期海運經營에 있어서는 그러한 理論上의 擬制보다는 大量去來와 定型契約에 알맞는 法理論이 提示되어야 할 것이다.

② 個品運送契約(Stückgüterfrachtsvertrag, carriage in a general ship)[3]이 定型化되어 大量으

---

2) 孫珠瓚, 新商法(下) (서울 : 普文閣, 1967) pp. 16~18 參照.
各國의 B/L 統一條約의 國內立法에 관하여서는 本稿 註 56, 57參照.
우리 商法典은 條約의 취지를 해석하여 商法條文으로 編入하는 도이취式에 따라 條約을 受容하고 있으나 이것이 船荷證券法을 体系的으로 受容制定한 것이 아니므로 船荷證券法은 補完이 필요하고 解釋이 필요한 것이다. 이점에 관하여 本稿, pp. 149-50 參照.

3) 徐燉珏, 商法講義(下) (서울 : 法文社, 1967) p. 103.

dCollection

로 處理되는 것은 미리 定型化된 約款이 船荷證券과 一体가 되어 印刷提示되어 있기 때문인데 이러한 船荷證券의 約款의 法的性質은 어떠한 것인지 고찰할 필요가 있다.

一般去來約款(Allgemeine Geschäftbedingungen)의 理論에 있어서는 定型化된 去來圈의 理念을 表現하는 約款은 하나의 制度法이라는 理論도 主張되고 있는데 그러면 船荷證券의 約款은 단순한 運送契約條件에 불과한가 또는 去來圈의 自治法規로서 法源性을 인정하여야 할 것인가는 매우 重要한 法理論上의 問題라 하겠다.

③ 船荷證券의 約款의 法的性質이 밝혀지면 그것의 解釋의 原則도 찾어 낼 수 있다.

約款이 當事者間의 去來條件에 불과한 경우에는 그것은 法律行爲 解釋의 原則에 따라 當事者의 表示意思를 確認하여야 할 것이다.

그러나 이것이 自治法規로서의 法源性이 인정된다면 解釋에 있어서도 法律的 解釋原則을 擇하여야 할 것이다.

이상 ① 船荷證券의 約款이 運送契約에 統合되는 法理論構成의 문제, ② 船荷證券 約款의 法的 性質의 究明문제 ③ B/L約款의 解釋原則의 定立문제를 外國法 理論을 檢討하면서 解決하고자 하는 것이 本研究의 目的이다.

3. 研究의 概要

이 研究는 船荷證券의 約款에 관한 法理論과 法的性質 및 解釋原則의 究明을 目的으로 하므로 되도록 外國의 船荷證券에 관한 理論을 빠짐없이 檢討하고 法的 性質의 究明을 위하여 國際的 海上運送人團体인 볼틱 國際海運會議所(The Baltic and International Maritime Conference, BIMCO) 制定의 定期船用標準 船荷證券 約款을 分析하였다.

이 BIMCO約款의 實證的 分析을 토대로 하고, 約款의 法規性要件의 檢證을 위한 形成要件, 實定性要件, 監督要件등, 私見에 따른 세가지 檢證要件에 의하여 約款의 法的性質을 究明하였다.

約款의 解釋原則은 外國의 約款解釋理論을 검토하여 筆者가 究明한 BIMCO約款의 性質을 土台로 約款 解釋의 몇가지 原則을 정리하였다. 本 研究의 構成은 다음과 같다.

第2章에서는 船荷證券이 발행되는 定期船經營의 실태를 살피고, 船荷證券과 免責約款의 發生沿革을 보고, 船荷證券 發行에 관한 法律問題와 附合契約的 大量去來가 이루어지는 現代 個品運送契約에 適合한 指定契約理論(Verweisungstheorie)을 전개하였다.

第3章에서는 船荷證券約款의 解釋의 필요성을 살피고 BIMCO船荷證券을 分析하였다.

約款의 各條文을 번역하여 條文의 意味內容을 海商法의 觀点에서 일일히 檢討·槪說하였다.

第4章에서는 BIMCO約款을 分類하여 約款의 法規性 要件으로서의 規範性과 實効性 要件檢討를 준비하고 B/L約款의 効力의 根據를 고찰하였다. 이 결과 筆者의 私見으로서는 指定理論에 의하여 B/L約款은 그 運送에 관한 契約을 支配하고 約款自体는 去來圈의 自治法規라고 보는 것이 妥當하다고 생각한다. 그러나 어느 船荷證券約款이나 이러한 自治法規的 地位를 인정하는 것

dCollection

수 아니고 法規性을 인정할 수 있는 要件으로서 形成要件, 實定性要件, 監督要件을 충족하고 있는 경우에만 그 約款은 去來圈의 自 治法規의 地位를 인정하자는 것이 필자의 結論이다.

또 이 결론에 따라서 보면 3章에서 分析한 BIMCO約款이 法規性을 갖고 있으므로 自治法規性 約款의 解釋의 몇가지 原則을 아울러 整理, 提示하였다.

第 2 章 船荷證券의 沿革 및 約款의 法律問題

約款은 企業活動의 先端에서 展開되는 法現象이므로 海運約款으로서의 船荷證券을 파악하기 위하여서는 海運企業의 活動에 관하여 살펴볼 필요가 있다.

海上運送企業을 그 經營의 면에서 보면 定期船經營(liner)과 不定期船經營(tramp) 및 최근의 專用船經營(industrial carrier)으로 분류할 수 있다.[4]

이밖에 運送行爲를 企業活動의 中心으로 하는 海運(shipping) 이외에 運送企業의 單位組織을 賃貸하는 定期傭船과 運送用具인 船舶을 賃貸하는 船舶賃貸借 또는 裸傭船(bare boat charter)이 있다. 여기서는 船荷證券이 中心이 되는 個品運送契約에 의하여 企業活動을 전개하는 定期船 經營과 船荷證券의 沿革을 살펴보고 船荷證券의 發行行爲의 法的 性質과 문제점에 관하여 考察해 가고자 한다.

1. 定期船經營(liner operation) (個品運送契約)

定期船 경영은 미리 定하여진 航路上에서 時間表에 따라 定期的으로 船舶을 運航하여 荷物을 運送하고 그 代價인 運賃을 收入하는 海運業 經營方式이다.

그러므로 定期船은 海上의 鐵道運送이라 볼 수 있고 예정된 港 사이를 公表된 時間表(schedule)에 따라 規則的으로 往復 운항하며 미리 廣告한 表定運賃率(tarriff rate)에 따라 運賃을 收入한다.

따라서 貨物을 좇아 世界 어느港이나 航行하게 되는 不定期船(tramper)과 本質的으로 다르다.[5]

定期船은 豫定된 各港에서 運送貨物을 수집하여야 하기 때문에 各 기항지와 背後에 支店이나 代理店을 두어 貨物수집에 노력하고 이 貨物수집의 성적이 곧 定期船經營의 成敗를 左右하게 된다.

---

4) 海運企業의 活動에 관하여서는 다음 參照
McDowell and Gibbs, Ocean Transportation, New York, McGraw-Hill Book Co., 1954.
J. Bes, Liner and Tramp Shipping, Hilversum, Netherlands, 1963.
閔星奎, 海運經濟學 (韓國海洋大學 出版部, 1973) pp. 193 이하
岡庭博, 海運の經營(東京‥海文堂, 1963)
〃 , 海運産業構造の研究 (東京 : 海文堂, 1964) 參照

5) 閔星奎, 前揭書, p. 214.
航海科要諦, (韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1967). p. 10—2

dCollection

또 취항하는 船舶도 一定한 時間表에 맞추어야 하기 때문에 定期船으로는 優秀한 性能의 高速船이 使用된다. 1950年代 까지만 하여도 定期船은 大型 優秀高速船이고 不定期船은 비교적 작은 低性能의 船舶이었으나 1950年代 이후 專用船이(industrial carrier) 보급되면서 不定期船이 더욱 大型化되었다.[5] 한편 1960年代 후반부터는 컨테이너(container) 運送으로 運送技術의 革新을 가져와 定期船經營에 一大革新이 進行되고 있다.

定期海運을 위하여서는 이와같이 사용하는 船舶도 高速優秀船이어야 하고 각 寄港地에 集荷網과 창고 부두설비 등 大資本이 投入되어야 한다.

또 運送하는 荷物도 工業製品등 비교적 비싼 一般雜貨나 精良貨物이 集荷대상이 된다.

이에 反하여 뒤에 言及하는 不定期 海運은 原料品과 같은 大量貨物을 운송하게 된다.

이러한 去來活動을 전개하는 定期船海運을 法的側面에서 보면 海上에서 物品의 運送을 인수하므로 海上物品運送契約(個品運送契約, Stückgütervertag, carriage in a general ship)에 의하여 企業活動을 전개한다고 볼 수 있다.

즉 定期船企業은 個個의 物件의 運送을 목적으로 체결하는 運送契約에 의하여 營業活動을 전개한다. 그러므로 定期船에 의한 個品運送契約에 있어서는 荷物의 種類, 性質, 容積, 重量 등 荷物의 個性이 契約의 中心이 된다.

이에 反하여 不定期船企業은 鑛石, 穀物, 石炭 등 大量 低價格의 原料品을 찾아 다니는 經營이기 때문에 大量運送에 적합한 傭船契約(charter party, Chartervertrag)에 의존하게 되므로 不定期海運에서는 船舶의 크기(噸數) 速力 荷役能力 燃料消費量, 船齡 등 船舶자체의 個性이 契約의 中心이 된다. 이러한 傭船契約은 法的性質이 다른 몇가지의 形態로 분류되나 여기서는 더 言及치 아니한다. 결국 定期船 經營은 運賃率이 높은 荷物을 많이 收集하므로써 運賃收入을 增大시키는 데에 經營의 成敗가 있다. 運賃率은 同盟運賃率 (tarriff rate)에 따른다.

定期船의 運賃을 결정하는 海運同盟(conference, shipping ring)이란 國際間의 여러 定期船會社가 特定한 航路 또는 數個航路에 대하여 企業競爭을 완화하고 制限·調節할 目的으로 구성한 結合体이다.[6]

현재 世界의 主要國際航路에는 海運 Kartel인 同盟이 350個 이상 結成되어 있어서 強力한 獨占的 영향력을 행사하고 定期船 運賃率을 決定하여 海運의 國際競爭을 완화 調節하며 定期船海運企業의 安定을 도모하고 있다.

그러나 이들 海運同盟의 運賃率協定(Rate Agreement) 地域協定(Division of Areas) 運送協定(Tarriff Agreement)등의 競爭制限 조치가 그들의 獨占的地位 때문에 強力하여 非同盟船의 競爭을 거의 불가능하게 하고 競爭者가 있으면 鬪爭船(fighting ship)을 내어서 排除하기 때문에

---

5) 專用船의 大型化에 관하여서는 다음 參照
閔星奎, 前揭書, p. 253 이하
岡庭博, 前揭書, pp. 67~70, 116 이하

6) 海運同盟에 관하여서는 다음이 상세하다.
B. M. Deakin, Shipping Conferences, Cambridge Univ. Press, Occasional Paper 37, 1973.

dCollection

先進海運國 이외에는 開發途上國의 定期船海運은 成長할 機會를 박탈 당하고 있다.

이러한 先進海運國과 開發途上國間의 海運에 있어서의 對立은 激甚한 것으로 최근에는 國際聯合의 UNCTAD(국제무역과 개발회의)에서의 대립에서 여실히 나타난다. UNCTAD는 최근 會合 끝에 비로소 1974年 4月의 제너바會議에서 定期船 海運同盟準則(code of conduct for liner conferences)을 採擇하여 先進國과 開途國의 當事者間 海上荷物 運送比率을 40 對 40으로 하고 第三國船이 나머지 20%를 船積할 수 있도록 決定하였다.[7]

그러나 英國과 美國등 主要 海運國과 荷主國이 이 準則에 반대하였으므로 이것의 實行여부는 더 두고 보아야 한다.

2. 船荷證券 및 免責約款의 沿革

(1) 船荷證券의 沿革

海上運送에 있어서 責任을 免除하는 約款내지 法源은 로마法에까지 거슬러 올라가므로 海運의 歷史에 대하여[8] 고찰하여야 하나 여기서는 船荷證券의 발생을 간단히 살펴본다.

船荷證券은 이미 11世紀 中半의 地中海海運에서 發生한 것으로 船舶帳簿가 그 起源이라 보고 있다.

船舶書記가 기장하는 船舶帳簿는 13世紀경에는 상당히 보급하고 14世紀에는 地中海海運에 전반적으로 사용될 만큼 보급되었다고 한다.[9]

地中海海運이 발달함에 따라 船舶이 커지고 海商무대가 점차 넓어지므로 荷物 數量에 관한 證據記錄이 필요하게 되어 船舶書記가 乘船하게 되었다.

船舶書記는 처음에는 船長의 書記적인 事務를 보좌하였으나 후에 公證人的인 사무의 필요가 생겨 드디어 獨立的 地位가 인정된 것이다.

이들은 宣誓로 직무를 맡게 되고 더러는 船籍港 관청이 任命하기도 하고 裁判所가 그 자격을 심사하기도 하였고 船舶書記가 등록한 帳簿는 公正證書와 동일한 效力이 인정되었다.[10]

그러므로 中世海法(consolato del mare 등) 에는 船舶書記의 虛僞기록에 대하여 오른편 손목을 자르고 이마에 불인두로 烙印을 찍고 財産을 没收하는 등 嚴한 刑罰을 과하고 루이海事勅令

---

7) The Baltic and International Conference, BIMCO Bulletin Ⅱ, No. 274, 1974.
Code of Conduct for Liner Conferences, New Convention Adopted in Geneva" pp. 2597~2610 참조

8) 海運의 歷史에 대하여서는 여기서 言及할 수 없고 다음 參照.
E. Fayle, A Short History of the World's Shipping Industry, London, 1933.
J, Hasebroek, Staat und Handel im alten Griechenland, Tübingen, 1928.
佐波宣平, 海運理論体系, (東京 : 有斐閣, 1948) pp. 35~89

9) W. Ashburner, Rhodian Sea Law, Oxford, 1909, CXXXVii; Bensa, Early History of Bills of Lading, p. 5.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 12. S. 655 ff.
西島彌太郎, 船荷證券論, (東京 : 巖松堂, 1954) p. 2.
小町谷操三, 海商法要義 中卷1, (東京 : 岩波書店, 1943) pp. 103~107.

10) Ashburner, loc. cit.

dCollection

(Ordonnance de la marine, 1681)에서는 死刑에 처하도록 규정하고 있다.[11]

船荷證券(bills of lading, 이하 B/L이라한다)의 起源은 이러한 船舶帳簿에 있으나 海上交易이 차츰 발달함에 따라 去來地의 隔地者間에 賣買, 委託, 信用의 發生등 去來技術이 발달하고 送荷人과 受荷人의 地位가 分化되고 그에 따라 船舶에 委託된 荷物의 積荷 通知書가 發生하였다.

貨物의 目的地에서 積荷通知書와 船舶帳簿가 一致하는 것이 貨物의 引渡에 있어 가장 바람직하므로 그 荷物에 관한 船舶帳簿의 記錄寫本이 送荷人의 청구에 따라 交付되기에 이르렀고 이것이 一般慣習化되어 海港都市의 成文條例에도 (1397年) 규정이 되었는바 이 寫本이 곧 B/L의 原型이라 한다.[12]

가장 오래된 것으로 1390年의 寫本實物이 發見되었는데 이 寫本은 船舶書記가 署名한 効力에 의하여 그 荷物이 船積되었음을 立證하고 受荷人은 그의 提示에 의하여 貨物을 引渡請求하는 地位를 갖게 된다.

이 寫本과 船積通知書가 隔地者間의 去來에 利用되어 이 두 文書가 하나가 되어 前記한 두 作用을 하고 流通性을 갖기에 이르렀다.

14世紀 말경에는 地中海 海運에 있어서 이 寫本制度가 一般化되고 個品運送에는 傭船契約書(carta partita) 대신에 이것이 使用되고 傭船契約에 있어서도 이 寫本이 발행되기에 이르러 이제 寫本이 아니라 하나의 獨立된 文書가 된 것이다.

스페인, 프랑스 등 大西洋 西北部 地方에서는 16世紀 후반에 들어서 이런 證書使用이 보급되어 獨立된 證書로서 成文法規에 나타나고 있다.

즉 스페인의 Burgos(1538年), Bilbao(1560年)의 條例 Guidon de la mer(16世紀末)을 거쳐 루이 海事勅令에 이르러서는 用語도 船荷證券(conocimiento, connaissement on reconnaissance, 1681年 勅令에서 connaissement로 統一)이 使用되기에 이르렀다.[13]

이 證書에 대한 署名도 종래 船舶書記만 하던 것을 船長이 署名하는 관습으로 바뀌었다.

그후 18世紀까지 큰 변천이 없었으나 19世紀에 들어와 航海, 造船의 技術이 발달하고 産業이 발달하면서 海運企業도 大企業化하여 B/L도 그 機能과 性格이 오늘날의 그것에 가까와졌다.

특히 18世紀末 世界海運國으로 등장한 英國의 한 判例(Smith v. Shepherd)[14] 이후 船荷證券

---

11) Pardessus, Collection Ⅱ, Consulat de la mer CXII.
西島彌太郎, 前揭書, p. 3. 參照

12) Bensa, op. cit., p. 7.
Goldschmidt, a. a. O., S. 658.
Derselbe, Universalgeschichte des Handelsrechts, Bd. I, 1891, S. 342.

13) Goldschmidt, Handbuch～, 12. S. 659.
Parrdessus, Collection, Ⅵ. p. 170.
西島彌太郎, 前揭書, pp. 6～8.
中世海法에 관하여서는 谷川久, 海事私法の 構造と特異性, (東京 : 有斐閣, 1958) pp. 53 이하

14) Smith v. Shepherd, McLachlan (6th ed.) p. 433,
이전의 B/L에는 免責約款이 없었으나 이 事件의 判決 이후 船主들이 自身의 免責을 위하여 免責約款을 B/L에 삽입하게 된 事件으로서 이 事件은 유명하다.
Scrutton, Charterparties and Bills of Lading, 16th ed. London, Sweet and Maxwell Ltd., 1955, p. 240.

dCollection

에는 海上運送人의 自衛를 위한 免責約款이 삽입되기에 이르렀다.

이후의 B/L의 發展에 관하여서는 다음 項에서 言及한다.

(2) 免責約款의 沿革

免責約款으로서 오래된 것은 中世에 행하여진 것이 있다고 하는데 그것의 根源은 로마法에까지 거슬러 올라간다고 한다.

① 로마法時代; 海商에 관련되는 免責約款에 관한 法源이 로마法에 있다고 한다.

로마法上 특히 엄격하였다는 船主의 受領責任에도 免責約款이 인정되는 경우가 있었는데[15] 그것은 로마法上 債務者가 그의 過失에 대한 責任으로부터 契約에 의하면 免責할 수 있었다는 데에 근거를 두고 있다.[16] 그러나 債務者의 重過失을 免責하는 約款은 無効였다고 보고 있다.

또 故意에 대하여 責任을 지지 아니한다(ne dolus praestatur)는 취지를 미리 定하는 約款도 無効인데 그것은 不誠實을 장려하기 때문이라 하였다.[17]

위의 免責約款이 豫告(Praedictio)와 合意(Consensus)가 있으면 成立한 것이라 한다.[18]

② 中世; 中世海法에서도 로마法에 있어서와 같이 免責約款의 有効性이 인정되었다.

예컨대 13世紀의 Genova 市條例나 Consolato del mare(第221條)에 免責約款의 규정이있고 14世紀 중엽에는 不知約款(unknown clause)도 시행되고 18世紀경에는 일반적으로 慣用되었다 한다.[19]

③ 近世; 近世海法은 루이 14世의 大海法典인 海事勅令으로 시작되어 그간 地方의 慣習法으로 존재하던 海法을 中央集權的 國家法 体系에 편입되기에 이르렀다.

海事勅令에는 被保險者의 行爲 또는 過失로 인하여 생긴 損失, 損害에 대하여 保險者는 責任이 없음을 규정하고 있다. (第27條)

이것은 당시의 一般法의 原則에 적합한 것이라 해석되고 있다.

英國에서는 18世紀경부터 점차 傭船契約이나 船荷證券중에 免責約款을 삽입하는 慣習이 생기었다.

---

15) 受領訴權에 의한 船主責任은 不可抗力과 寄託者의 過失에 의한 경우외에는 모든 滅失과 훼손에 대하여 無限責任을 져야 하였다.
田中誠二, 船荷證券 免責條款論, (東京 : 有斐閣, 1939) p. 227.
小町谷操三, 海商法硏究, 卷三, (東京 : 有斐閣, 1931) p. 38.

16) Renker, Non-responsabilité Conventionelle, Thèse Dijon, 1894, 田中誠二, 前揭書, p. 218 note 8 참조

17) L. 27 §3 D. De Pactis 2, 14.
春木一朗 譯, プロータ, 法學新報, 第26卷 7號, p. 67.

18) Goldschmidt, Vermischte Schriften, Ⅱ, S. 456. f.
加藤正治, 海法硏究, 第2卷, 1915, p. 284.

19) Pardessus, Collection des lois maritime, 11, p. 287.
田中誠二, 前揭書, p. 234, 參照

dCollection

1531年과 1541年에 作成된 B/L과 C/P[20]에는 免責約款은 없고 初期의 保險證書와 같이 "하나님의 이름으로……아멘"이라는 文句로 시작하고 있다.

1767年에 비로소 "the act of God, the King's enemies and dangers of the seas excepted"라는 免責約款이 기록되고 있다.

④ 19世紀; 1795年에 英國의 海事法院은 航海事故에 대한 船主責任이 문제된 事件[20]에 대하여 船主의 責任을 인정하므로써 그 이후 船主는 B/L上에 責任除外의 범위를 확대하는 約款을 사용하게 되었다.

한편 1800年경의 獨佛에 있어서도 B/L이나 C/P의 免責約款은 모두 매우 간단한 것으로 免責보다는 오히려 바다의 危險을 생각한 宗教的 文言으로[21] 시작하고 있다.

그러나 1880年代에 와서는 B/L이나 C/P의 免責約款은 急增하게 되었다. 그러한 理由는 다음과 같은 것이라고 한다.[22]

㉮ 通信技術이 발달하고 海難審判制度가 확립되어 海上事故가 발생하면 후에 事故原因으로서 過失이 밝혀지는 가능성이 커졌다.

㉯ 國際間의 交易과 海上交通의 발달로 海上事故가 크게 增加하였다.

㉰ 船舶과 積荷에 대하여 아직 발달치 못한 機械의 使用으로 인한 특별 危險이 증대하였다.

㉱ 定期船航路가 全世界에 급속히 확대되고 경영의 強化를 기도하였다.

海運史의 面에서 볼 때 이 時期는 鐵鋼 汽船이 급격히 증가하여 定期汽船海運이 全世界 航路에로 확장하던 時期이고[23] 帆船에 의한 不定期海運의 형태로부터 鋼製汽船에 의한 定期船海運에로 발달하는 時期이다. 企業의 安定 確實化를 위하여서는 免責約款의 확장이 不可缺하다는 인식이 定期海運企業者에게 있었다고 생각한다.

---

20) 이때의 B/L. C/P의 原本이 다음에 기재되어 있다.
Marsden, Select Pleas in the Admiralty Court, (Selden Society, 1892) Vol. I, pp. 35, 61, 89, 95,
Scrutton, op. cit., pp. 240~41.
Smith v. Shepherd, McLachlan(6th ed.) p. 433, Scrutton, op. cit., p. 240.

21) 免責約款으로서는 不可抗力의 경우를 除外하는 것으로 "Wenn mir Gott eine glückliche Reise gibt" 또는 "dieu aidant"등의 宗教的 文言으로 시작하고 있다.
뒤에는 "die Gefahren der See ausgenommen"등 直接免責 文言으로 발전하고 있다.
H. Wüstendörfer, Studien zur Modernen Entwicklung des Seefrachtvertrages, Bd. 1, (1905~1909) S. 358~59.
田中誠二, 前揭書, p. 238. 參照.

22) Wüstendörfer, Studien, SS. 367~73.
田中誠二, 前揭書, pp. 239~46.

23) 우리나라에도 開港期 汽船海運이 導入되던 때가 이 時期이다. 이무렵의 海運의 발달에 관하여서는 다음 參照.
孫兌鉉, 舊韓末官營汽船海運에 관한 硏究, 博士學位 請求論文, 東亞大學校, 1970.
裵炳拳, "開港期 汽船海運에 관한 契約의 法的考察" 저스티스 第11卷 第1號, (1973), 韓國法學院, pp. 125~32 參照.

dCollection

그리하여 이 무렵이 海運約款上 免責約款의 最盛期가 되었다고 볼 수 있다.[24]

이후로 모든 定期航路의 船荷證券에는 本船側의 거의 모든 過失까지 免責하는 約款으로 확대되었다.

이러한 反動으로 商人인 荷主들은 B/L의 約款의 現狀을 반대하고 B/L 標準約款의 制定을 試圖하였고 英國의 國際法協會(International Law Association, 1864年 設立)는 1881年의 쾨른(Köln) 會議를 거쳐 1882年의 리버푸울(Liverpool) 會議에서 標準船荷證券의 制定에 성공하여 이것을 「Liverpool Bills of Lading」이라 하였다.

그러나 이 標準約款에 대하여 船主와 荷主사이에는 合意가 이루어졌으나 保險會社의 不滿으로 使用되지 못하였고 1866年에 함부르그와 브레에멘의 商業會議所와 船主團体 사이에 合議를 보아 Hamburg-Bremen 船荷證券條件이 制定되었다. 그 後에도 船主, 荷主, 保險者의 團体사이에 攻防이 계속되었고 한편 國際法協會의 노력으로 1893年에 런던會議規則(London Conference Rules 1893)이 成立되었다.[25] 이러한 經過는 免責約款의 어느 規定의 効力에 대한 다툼이오, 攻防이므로 결국 船主와 荷主 및 保險者의 利害의 對立과 調整의 過程이라 할 수 있다.

한편 美國에서도 荷主國으로서 免責約款의 濫用에 대한 不滿이 컸고 各州의 船荷證券의 過失約款에 대한 法制 태도가 區區하였기 때문에 이를 統一하기 위하여 聯邦法으로서 船荷證券에 관한 하아터法(Harter Act, 1893)을 制定하였다.

하아터法 制定이후 B/L約款의 횡포에 不滿이 많던 荷主國들은 國內立法으로 海上運送人과 送荷人과의 利益을 調整 較量한다는 생각을 갖게 되어 1903年 뉴우지이랜드의 運送 및 船員法, 오스트라리아의 1904年 海上物品運送法, 캐나다의 1910年 水上物品運送法등의 立法이 잇달았다.

이러한 과정에서 各國은 船荷證券 문제를 國際的 連帶에 의하여 解決하여야 한다는 것을 절감하게 되고 國際的 解決에 의하여 免責約款을 제한하고자 노력하였다,

그러한 努力은 標準船荷證券 約款을 作成하는 것으로 Liverpool B/L (1882年), Hamburg-Bremen B/L (1886年), Black Sea B/L (1902年) 프랑스輸出 B/L (le connossement de sortie de France, 1914年) 등의 採擇으로 나타나고 있다.

또 하나는 國際的 規則의 制定 즉 國際法學會가 채택한 1921年 Hague Rules와 統一條約의 체결 즉 國際海法會(CMI)가 채택한 1924年 B/L 統一條約의 成立등이 그러한 努力의 表現이다.

(3) 船荷證券 約款에 관한 최근의 法制動向

二次大戰 이후 各國은 海商에 관한 法과 그 밖의 海事에 관한法 (예컨대 領海문제. 大陸棚문

24) 그리하여 "船主는 運賃수령 이외에는 아무런 義務도 부담하지 아니하는 것 같다"는 非難이 일기에 이르렀다.
Scrutton, op. cit., p. 241.

25) Wüstendörfer, Studien, S. 381.
田中誠二, 前揭書, p. 253 參照.

dCollection

제, 海水 汚濁의 規制문제, 海上에서의 人命安全의 문제, 海上勞動의 문제 등)의 國際的 統一의 필요성을 더욱 절감하게 되었다.

海商에 관하여서는 전통이 있는 國際海法會(CMI)가 中心이 되어 많은 統一條約을 準備하여 國際條約으로 成立시켜 왔다.[26]

船荷證券에 관하여서는 1924年 船荷證券 統一條約을 修正하는 1968年 Hague-Visby Rules (Protocol to amend The International Convention for The Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading)이 成立되어[27] 1924年 條約의 船主責任을 強化하고 船主責任의 限度金額을 金프랑으로 合理化하고 船荷證券의 推定的 證據力을 補完하고 證券이 善意의 第三者에 양도된 경우에는 運送人의 反證을 不許하는 등 船主責任을 강화하고 있다.

이밖에 CMI가 主体가 되어 成立한 海商法관계 統一條約은 二次戰後의 條約만 보아도 14個의 統一條約을 成立시키고 있다.

근래에는 海商法관계 條約을 政府間 國際機構인 IMCO (Inter-Governmental Maritime Consultative Organization)에서 主体가 되어 制定한 사실에도 주의하여야 하겠다.[28]

또 UN機構인 UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development)에서도 海運同盟의(Shipping Conference) 規制에 관한 準則을 條約으로 成立시키고 있는데 이 條約에서도 海上運賃의 引上에 대한 規制를 비롯하여 海上企業活動으로서의 船積荷物의 積取比率에 대한 規制 등 實質的인 海商法 規定을 포함하는 統一條約을 成立시키고 있는 점에 注目하여야 할 것이다.[29]

앞으로 海商法에 관한 國際聯合機關의 積極的인 統一努力에 注目해야 할 것은 물론이지만 최근에 특히 주의하여야 할 움직임은 國際聯合 國際貿易法 委員會(The United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL이라 略함)가 船荷證券法에 관하여 作業分會를 構成하여 종래의 統一條約(1924年 條約과 1968年 改訂議定書)을 全面改正할 것이냐, 새로운 條約을 制定할 것인가를 면밀히 檢討하고 있는 점이다.[30]

UNCITRAL은 1969年 3月의 第二次會議에서 海上運送에 관한 國際立法도 作業계획에 포함시키

---

26) CMI의 活動과 統一條約의 成立에 관하여서는 每年 發行되는 CMI, Documetation, B 2,000 Antwerp 參照 현재 海商法 統一條約의 成立및 批准상황의 최근 것은 다음 參照.
CMI, Documetation, 1971, Ⅵ. pp. 482~517.
裵炳泰, "船舶擔保物權에 관한 比較法的 硏究" 한국해양대학논문집, 제6집 7집, (1971) pp. 81~84. 參照.

27) 條約原文 다음 參照.
CMI, Documentation, 1968, Ⅱ. pp. 4~17.

28) 海商관계의 民事責任條約으로 「1969年 油濁損害에 대한 民事責任에 관한 國際條約」을 IMCO主管下에 制定하였다. 이 條約에 관하여서는 다음 참조.
裵炳泰, "1969年 油濁損害에 대한 民事責任에 관한 國際 條約의 硏究" 海洋韓國 第9號~12號(1974. 6~9)

29) The Baltic and International Maritime Conference, BIMCO Bulletin Ⅱ, 1974, pp. 2597~2610참조

30) "Study on the Report of the UNCITRAL Working Group on International Shipping Legislation on the Work of its Sixth Session(4th~20th Feb. (1974)" The Secretariat of the Committee, New Delhi(India) 참조.

dCollection

고 作業分會(Working Group)를 構成하여 檢討할것을 決定하였다.

1971年 4月의 第4次 會議에서 UNCITRAL은 UN의 後援下에 적절하다면 船荷證券에 관한 새로운 國際條約을 制定할 것을 결정하고 다음과 같은 事項을 改訂하고 補完할 필요가 있다고 決議하였다.[31]

① 運送人이나 그 代理人의 統制下에 있는 全期間에 대한 荷物에 관한 責任의 문제

② 現行 統一條約의 3條와 4條에 規定하고 있는 運送人의 義務및 責任과 權利및 免責의 構成에 관한 문제

③ 擔證責任의 分配

④ 裁判管轄權 문제

⑤ 甲板積荷物, 生動物 및 轉積運送에 관한 責任의 문제

⑥ 提訴期間의 延長 문제

⑦ 統一條約 第1條의 定義에 관한 문제

⑧ 船荷證券上의 無効約款의 除去문제

⑨ 航路離脫, 堪航性 및 責任의 單位制限문제

1974年 5月의 UNCITRAL 第7次會議에서 作業分會의 이상과 같은 문제에 관한 檢討報告를 받고 이들 문제에 관한 作業分會의 最終 見解가 결정될 때까지 本質的인 문제의 討議를 연기하기로 하였다.

이상을 보건대 現行船荷證券法에 관한 全面的인 再檢討임을 알수있고 UN후원하에 새로운 統一條約이 採擇된다면 그것은 CMI가 中心이되어 海商法에 관한 統一條約을 成立시켜온 過去의 傳統을 완전히 뒤엎는 결과로서 이것은 私法의 國際的 統一에 새로운 紀元을 이룩하는 것이므로 크게 注目해야 할 것이다.

3. 船荷證券의 發行과 法理論上의 問題

(1) B/L約款에 關한 法律問題

國際間에 취항하여 物件을 海上運送하는 경우에는 어김없이 船荷證券이 發行된다.

그러나 船荷證券이 發行되어야 海上運送契約이 成立하는 것은 아니다.

運送契約은 諾成 不要式의 都給契約[32]이기 때문에 船荷證券 없이도 契約의 成立에는 아무 지장이 없다.

다만 國際交易上 船荷證券은 代金의 決濟나 金融을 위하여 不可缺한 有價證券이고 그 運送에 관한 債權的인 또는 物權的인 有價證券으로서 매우 重要한 기능을 담당하기 때문에 送荷人은 船荷證券의 發行을 請求할 權利가 있고 海上運送人은 이것을 發行할 義務가 있는 것이다.(商,

31) Idid., Introductory note.
32) 朴元善, 前揭書, p. 297.
孫珠瓚, 前揭書, p. 208.

dCollection

813條)

이와같이 運送契約이 船荷證券의 發行으로 成立하는 것은 아니나 船荷證券이 發行되면 運送契約에 관한 法律關係는 船荷證券의 約款에 따라 決定된다. 이것은 英美法이나 佛法에 있어서는 船荷證券이 契約條件의 가장 顯著한 證據[33]이기 때문이라고 한다. 이점에 관하여서는 各國의 法理論과 法制의 差異 때문에 異見이 많으므로 뒤에 言及하겠으나 여기에 바로 船荷證券의 約款의 效力問題가 있는것이고 이것이 곧 本章에서 추구하고자 하는 中心課題가 된다.

運送契約 자체는 口頭로도 成立하는데 그 뒤에 船荷證券이 發行되면 契約 內容은 B/L의 約款에 따르게 되므로 이 문제는 마치 附合契約(contrat d'adhesion)과 같은 問題를 惹起한다.

船荷證券은 運送人이 미리 不動文字로 인쇄하여 두고 특히 그의 裏面에 擴大鏡으로 보아야 알아볼 만한 잔 글씨로 가득히 約款을 印刷하여 두기 때문에 送荷人이 그것을 發行받을 때 約款을 읽어 보기는 거의 不可能하고 설사 읽어 본다 하더라도 專門的이고 技術的인 用語로 되어 있어서 그것을 完全히 理解하기란 不可能한 것이다.

그럼에도 不拘하고 B/L은 海上運送契約에 不可缺한 것이고 B/L의 發行을 받으면 그 約款을 알지도 못하는 送荷人(運送契約의 當事者)은 그에따라 契約上의 法律關係의 支配를 받아야 하므로 매우 不利한 地位에 서게 된다.

더욱 海上運送人이 獨占的 地位를 확보하고(예컨대 海運同盟 이 支配하는 獨占的 航路인때)있고 B/L에 많은 免責約款을 삽입하여 놓고 있다면 契約內容의 自由로운 決定은 根本的인 制限을 받게 되고 이것은 곧 附合契約의 경우의 폐단과 같게 된다.

去來關係가 廣汎하여지고 大量의 迅速한 去來가 이루어져야 하게 됨에 따라 미리 不動의 文字로 인쇄하여둔 「約款에 依한 契約」이 성행되었고 이것이 附合契約[34] 관계로서 勞動契約 電氣깨스의 供給契約 運送契約(이경우는 陸上運送 예 鐵道運送) 保險契約등의 사례에서 보는 바와 같이 集團契約의 특별한 法律關係를 이루는 것이다.

그러면 船荷證券에 의한 海上運送契約이 곧 附合契約이라 할 수 있는가?

附合契約의 一般的 性格으로 다음과 같은 것이 지적 되고 있다.[35]

① 約款은 提供者가 사전에 一方的으로 作成하여 定型的으로 決定한다.

② 附合契約은 보편적·集團的·連續的인 形成과 多數의 提供이 있다.

③ 附合 契約은 大衆의 日常 必需의 去來로 필요 不可缺의 契約 (예, 鐵道운송, 電氣, 깨스 供給)이다.

---

33) McNair and Mocatta, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, London, Sweet & Maxwell, (1955) pp. 10, 57, 61, 63, 參照.
Sewell v. Burdick(1884) 10 App. Cas. at 105; The Ardennes [1951] 1 K. B. 55.
프랑스 商法에 있어서는 商法 第22條 283條의 규정으로 證據證書의 性格을 규정하고 있다, 1966年 新 海上運送契約法에서도 이 규정은 계승되었다. 후술

34) 郭潤直, 債權各論(上)(서울 : 法文社, 1970) pp. 14, 33, 79.

35) 米谷隆三, 約款法の理論, (東京 : 有斐閣, 1970) pp. 203~209.

dCollection

④ 契約內容이 복잡하고 技術的인 것이다.

⑤ 提供者가 언제나 經濟的 優位를 유지한다.

그런데 船荷證券에 의한 海上運送契約은 連續的 形成과 多數의 提供도 없고 大衆의 日常必需의 去來도 아니고 또 提供者(海上運送人)가 언제나 經濟的 優位에 있다고 할 수도 없으므로 附合契約이라 할 수 없음은 明白하다.

그러면 이것은 어떠한 性格의 契約理論으로 파악되어야 할 것인가?

이에 答하기 위하여 우리는 먼저 船荷證券 作成行爲 그 자체의 法的性格에 관하여 考察할 필요가 있다. 이를 위하여 먼저 外國의 學說을 개관하고 筆者의 見解를 밝히는 것이 편리하다.

(2) 船荷證券發行의 指定契約的 性格(私見)

우리 商法學에서는 船荷證券자체의 法的 性質과 效力의 문제는 밝히고 있으나[36] 船荷證券의 발행행위 내지 約款이 어떻게 契約 內容이 되는가에 대하여서는 별로 관심을 두고 있지 아니하다. 이 점에 관하여 外國의 學說을 먼저 보는 것이 편리할 것이다.

(가) 外國의 理論

① 英美法系; 英美法系에서는 船荷證券의 發行行爲에 관하여 海上運送 契約의 체결이라 보지 아니하고 運送契約의 가장 현저한 證據라고 보았으며 船荷證券의 署名은 새로운 契約이 成立하는 것이 아니고 다만 앞에 成立한 契約을 正確히 증명하는 것에 불과하다고 보았다.

船荷證券은 運送契約의 證據證書라는 입장[37]은 判例에서 계속 유지되었고 특별한 경우에나 運送契約으로 인정되었다.

따라서 앞의 合意와 B/L 約款이 반대가 되면 앞서의 合意가 支配하고 B/L을 受領한 當事者는 約款에 同意한 것이라는 推定이 생기는 것이다.

또 船荷證券(이하 B/L이라한다)이 運送契約 그 自体는 아니지만 가장 두텁한 契約條項의 證據[38]라고 생각하고 B/L上의 免責約款은 運送人과 送荷人간의 運送契約에 의존하여 發生하므로 免責約款의 發生은 契約에 의존하고 送荷人의 承諾이 필요하다고 보고 있다.

1885年 船荷證券法도 契約으로 파악하고 있다.[39]

美國法에서도 B/L上의 免責約款은 運送契約에서 발생하고 送荷人의 承諾이 필요한 것이라 하

36) 朴元善, 前揭書, pp. 339-41, 鄭熙喆, 前揭書, pp. 172~75. 孫珠瓚, 前揭書, pp. 244~48.

37) R. Colinvaux, ***Carver*** Carriage by Sea, Vol. 1, 12th ed. London, Stevens and Sons, 1971, pp. 49. et. seq.
Scrutton, op. cit., p. 190.
Runquist v. Ditchell(1800) 2 Camp. 556.
Phillips v. Edwards (1858) 28 L. J. Ex. 52; 3 H. N. 813.
Crocks v. Allan (1879)5 Q. B. D. 38, 40.
Armour v. Walford (1921) 3 K. B. 473, 476, 477.

38) Scrutton, op. cit., pp. 10.

39) Ibid, pp. 227~28.

dCollection

여 B/L의 約款과 運送契約上의 合意가 矛盾되면 運送契約이 支配한다.[40]

또 B/L의 交付와 受領으로 그것을 받은 當事者는 約款에 同意하였다는 推定이 생긴다고도 한다.

② 佛法系; 프랑스商法은 종래 船荷證券이 荷物을 船積한 證據證書인 性質임을 明示하고(佛商, 222條) 積荷物의 利害關係가 있는 모든 當事者와 保險者 사이에서 證據인 效力을 부여하고 있다.(佛商, 283條) 그리므로 船荷證券上의 約款의 發生은 運送契約에서 發生하고 送荷人의 承諾이 必要한 것이라 해석한다.[41]

더우기 프랑스 商法 第282條 2項은 船荷證券이 發行되면 船長 또는 그 代理人이 署名하는 것은 물론이나 그 밖에 送荷人도 船積後 24時間이내에 船荷證券에 署名할 것을 규정하고 있다. 우리法 (商, 814條)이나 도이취 商法, 英美法에 있어서는 이런 규정이 없고 送荷人의 署名이 필요치 아니하나 프랑스商法만은 유독 이런 규정을 두어 特有하다.

따라서 送荷人의 署名이 없는 船荷證券은 海上運送人의 荷物受領證의 效力은 있으나 運送條件을 定하는 效力은 없으므로 여기에 삽입된 約款도 效力이 없음은 물론이다. 즉 免責約款의 效力은 送荷人이 B/L에 署名한 데에 起因한다고 해석하고 判例도 이것을 支持하여 왔다.

이러한 프랑스商法의 태도는 新法에도 그대로 繼承되어 프랑스商法의 海商編(第2編)을 改正하는 「1966年 新 海上運送 契約法」과 同法의 施行令인 「1966年 12月 31日 dècret」에도[42] 그대로 維持되고 있다.(1966年法 第18條, 1966年令 33條 37條)

③ 獨法系; 獨法에 있어서는 船荷證券의 作成行爲에 관하여 어음 理論에서와 같이 契約說과 單獨行爲說이 대립되어 있다.

契約說에 따르면 B/L은 運送契約에 관련하여 發行되기는 하나 運送契約과는 별개 독립한 有價證券 發行 行爲의 性質로서 船主와 送荷人과의 共同으로 하는 交付契約이라 한다.

그러므로 B/L發行行爲와 免責約款을 B/L에 記載統合시키는 契約과는 峻別한다. 그러나 經濟的 勢力관계상 個品運送契約에 있어서는 送荷人은 이들 約款을 사실상 受諾하도록 強制되는 것

---

40) W. Poor, American Law of Charter Parties and Orean Bills of Lading, Albany N. Y. Mathew Bendor and Co., 1930, pp. 62~33, 122~23.
The Olympia, 156 Fed. 252, C. C. A.; The Arctic Bird, 109 Fed. 167.

41) G. Ripert, Droit Maritime, 3 Vols. (1929~1930) t. Ⅱ, 3 éd., No. 1745, p. 693.
Demogue, Obligation, t. V, p. 476.
田中誠二, 前揭書, p. 362 및 註 2, 3, 4 參照 인용.
烏賀陽然良, 山戶嘉一, 佛蘭西商法(Ⅱ) (東京 : 有斐閣, 1957) pp. 75, 123, 125.

42) 이 法은 "海上傭船契約 및 海上運送契約에 관한 法律" (Loi N° 66~420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrétement et de transport maritime) 및 傭船 및 物品運送에 관한 施行令 (Décret N° 1075 du 31 décemdre 1966 sur l'affrétement et le transport des marchandises)이란 名稱으로 프랑스 商法典의 大改正의 一環으로 制定된 것이다. 條文의 日譯은 다음 參照.
鴻常夫, フランス新海上運送契約法, 法學協會雜誌, 第84卷 11號, 第85卷 1號의 資料 參照.
이 法은 이하 1966年 法 및 1966年令이라 略한다.

dCollection

에 불과하다고 본다.[43] 이 說이 도이취 多數說이다.

또 理論的 根據는 다르나 受荷人이라는 第三者를 위한 契約이라고 보는 見解도 있다.

한편 小數說인 單獨行爲說에 따르면 B/L發行은 海上運送人의 一方的인 約束으로 送荷人과의 모든 契約으로부터 分離되어서 權利있는 送荷人을 위하여 하는 意思表示라 한다.[44]

이 主張은 도이취民法上(民, 328條 335條) B/L發行 行爲를 第三者를 위한 契約이라 할 수 없다는 데에 근거를 두고 있다.

④ 日法學界의 理論; 日本 學界에서는 船荷證券 債務의 發生行爲의 性質에 대하여서는 대부분 言及하지 아니한다.

그 理由는 B/L의 性質에 관한 要因證券說이 多數說이라 B/L成立에는 一定 原因이 證券外에 實在하여야 하고 즉 證券外에 實在하는 運送契約에 따른 運送物의 受領 또는 船積이 있어야 하고, 이 범위안에서 海上運送人의 運送物 引渡義務가 존재할 뿐인데 한편 船荷證券은 證券債權을 表彰하고 形式權的 證券이기 때문에 이러한 점에 있어서 차이가 생기지 아니한다고 한다.

그러므로 日本 多數說에 따르면 B/L 發行으로 그 이전에 存在하는 運送契約上의 海上運送人의 義務를 그대로 證券에 表彰함에 불과하므로 그 發行行爲는 순전히 既存의 狀態를 宣言함에 불과하다는 것이다.

따라서 특별히 發行行爲의 法的 効果나 法的 性質을 따질 實益이 없다는 것을 理由로 든다.

다시 말하면 多數說은 B/L上의 免責約款의 발생은 이미 그 이전에 체결되었다고 보는 運送契約에 있다고 보므로 이 의미에 있어서 契約이고 이 意味에 있어서 「送荷人의 승낙」이 필요하다고 생각하는 것이라 推測하고 있다[45]. 한편 多數說과 같이 B/L發行行爲 자체의 法律構成에 대하여 沈默하지 않고 그것을 밝히는 立場도 單獨行爲說과 契約說등 도이취法上의 理論을 그대로 援用하고 있으나 그 중 有力說을[46] 살펴본다.

田中說에 따르면 船荷證券上의 約款은 B/L에 표창된 海上運送人의 債務內容을 정하고 혹은 그 不履行時의 責任을 정하는 것으로 船荷證券 債務로서 全約款이 一体를 이루고 있다고 보아야 하므로 約款의 發生의 法律 構成은 船荷證券 債務發生과 同一하여야 할 것이라 한다.

도이취 多數說에 따르면 船荷證券上의 免責約款 發行 行爲자체와 어떠한 免責約款을 삽입할 수 있느냐를 결정하는 契約과는 다른 것이라고 구별하였었다.

그러나 免責約款 發行行爲 자체를 田中說은 一方的 行爲라고 보기 때문에 B/L의 發行에는 送

43) M. Pappenheim, Handbuch des Seerechts, Bd. Ⅲ. 1918, SS. 257~58.
田中誠二, 前揭書, p. 366.
44) E. Boyens, "Gesetzlicher Schutz der Ansprüche aus Konnossementen," Zeitschrift für HR. 86, SS. 24, 460.
田中誠二, 前揭書, p. 373.
45) 田中誠二, 前揭書, p. 376.
46) 다른 說들도 있으나 가장 세밀한 연구를 거친 것이 위의 田中教授의 理論이므로 편의상 여기에서 田中說이라 부른다.

dCollection

荷人의 承諾의 意思表示가 필요치 않게되고 船荷證券中의 一定한 約款에 대하여 送荷人의 承諾有無나 附合의 有無를 따질 여지가 없게 된다고 한다.[47]

이상 간단하게 살펴보면 결국 도이취 法理論이 그대로 再現되고 있다고 볼 수 밖에 없다.

要컨대 各國의 理論은 船荷證券의 發行行爲와 免責約款의 삽입이 契約에 根據하느냐 單獨行爲냐의 두 範疇로 크게 나누어진다.

B/L에 基하는 證券責任에 대하여 이른바 要因說을 取하면 證券外에 實在하는 運送契約上의 債權債務가 그대로 證券에 표창되므로 證券發行으로 이 權利義務에 特別한 變更을 발생시키지 아니한다고 본다.

또 B/L上의 免責條款도 B/L發行에 의하여 發生하는 것이 아니고 그 이전에 존재하는 運送契約으로부터 發生한다고 推論되기도 한다.

獨法上 널리 인정되는 見解로 보면 B/L債務의 基礎는 貨物의 受領에 있고 運送契約에 있지 아니 하다는 것인데,

B/L上의 免責約款의 發生原因 자체를 運送契約에서 求하는 것은 疑問을 免하지 못하고 運賃의 기재 기타에 대하여는 受荷人에 대하여 證券的 效力을 인정하므로 그 범위에 관한 約款의 效力은 B/L發行에 의해 생긴 것이 아닌가 하는 의문이 남는다.

結局은 프랑스法을 除外하고 船荷證券上의 免責約款의 效力의 法的根據를 「送荷人의 承諾」에 있다고 하는 견해와 B/L 發行 行爲자체가 一方的 債務負擔行爲 즉 單獨行爲에 불과하므로 送荷人의 승낙여부를 根據로 찾을 것이 없다는 견해의 대립이라고 볼 수 있다.

이러한 見解의 대립은 결국 意思의 合致 즉 合意가 있었느냐 하는 전통적인 契約의 觀念을 基礎로 하여 船荷證券 約款의 效力의 근거를 생각하기 때문에 생기는 것으로 現代契約에 있어서의 約款理論의 도움을 받아 이 문제의 解決을 얻고자 하는 것이 筆者의 小見이다.

그러나 船荷證券의 作成, 發行, 運送의 實行등 個品運送契約의 實務가 附合契約에 유사하나 附合契約이 아님은 앞에서 본바와 같다.

그러므로 筆者는 指定(Verweisungstheorie) 理論에 따라 이문제에 小見을 밝히고자 한다.

(나) 筆者의 私見

19世紀 이후 今世紀에 들어와 海上運送의 類型은 不定期 海運으로부터 定期船에 의한 個品運送이 主役을 담당하게 되었고 海上에서의 物件運送이 規則化, 定型化 되고 迅速性과 合理性을 추구해 왔다. 運送用具인 船舶도 個性이 상실되어 代船約款(substitute clause)이나 換積約款(transhipment) 등이 사용되고 一般大量去來에서 一般去來約款(allgemeine Geschäftbedingungen, general clauses)에 의하여 去來하는 바와 같이 運送契約도 船荷證券에 미리 가득히 印刷하여 두고 있는 裏面約款에 의하여 實行되기에 이르렀다.

1960年代 이후에는 海陸을 連接하는 複合運送(combined transport)이 컨테이너(container) 船

47) 田中誠二, 前揭書, pp. 382, 385, 387 參照.

dCollection

에 의하여 실행되어 海上運送은 더욱 定型化 集團化 되고 迅速化되어 이른바 海上運送의 革命이 進行되고 있다.[48]

이와같이 海上運送이 技術的으로 더욱 高度化되고 合理化되어 去來관계는 더욱 廣汎, 迅速, 大量化되어 海上運送契約도 「約款에 의한 契約」으로서의 附合契約(contrat d'adhesion)과 유사한 성격을 갖기에 이르렀다.

그러나 앞에서 검토한 바와 같이 海上運送契約이 미리 인쇄하여 둔 船荷證券의 約款에 의하여 실행된다 하더라도 附合契約과는 그 性格上 差異가 있어서, 附合契約 理論을 그대로 船荷證券 約款의 效力理論으로 使用할 수는 없을 것이다.

더우기 傳統的인 法律行爲 理論을 갖고서 船荷證券 約款의 發生과 效力을 論할수 없으므로 도이취의 指定理論(Verweisung)에 따라 그 理論的 根據를 構成하고자 한다.

Raiser의 指定理論은 附合契約과 같이 約款에 의한 多數 契約이 이루어지는 約款現象에 관한 理論으로 自由로운 意思決定 대신에 미리 制定된 定型的인 法律 關係를 受動的으로 許容하게된 經濟生活이 前提되어 있고 附合契約關係와 같이 約款에 의한 大量的 集團的 去來에 있어서의 契約의 效力理論으로 附合대신에 「指定(Verweisung)」을 가지고 契約의 有效한 成立根據라 한다.

여기서 指定이란 提供된 一般去來約款이 契約內容을 이룬다는 明示的 또는 默示的 意思表示를 말한다.[50]

따라서 指定은 契約의 意思表示의 要素가 되고 指定없이는 約款이 契約內容이 될 수 없다.

이러한 指定의 構成은 國際私法에 있어서의 實質法的 指定(materiellrechtliche Verweisung)의 개념을 차용한 것이라 할 수 있다.

指定의 對象은 意思表示의 때에 사용되고 있는 約款의 全体이다.

그러므로 海上運送契約에 있어서는 海上運送人과 送荷人 사이에는 諾成契約으로 運送契約이 成立하되, 뒤따라 發行될 船荷證券上의 約款이 契約內容을 이룬다는 明示的 또는 默示的 意思表示 즉 約款指定(Verweisung)의 合意가 存在한다고 하여야 할 것이다.

사실상 海上運送에 있어서 當事者는 船荷證券이 발행될 것을 豫定하고 契約을 체결하는 것이고 運送物의 代金決濟를 위하여서는 船荷證券의 發行이 必需不可缺의 手段이 되어 (貨換어음의 發行) 있기 때문에 海上運送에 있어서 船荷證券과 一体가 되어 있는 約款이 指定된다는 것은 당연하다.

그럼 이와같은 指定理論과 「約款에 의한 契約」인 附合契約과는 어떠한 差異가 있는가를 살펴야한다.

附合契約의 特徵은 前項에서 言及한 바와같이 다섯가지를 指摘할수 있었는데 第3의 特徵으

48) 최근의 컨테이너船은 4萬總噸에 速力 30놋트 이상의 高速船으로 20피이트 컨테이너를 1,800個 以上 積載하는 大型 優秀定期船들이 定期航路를 누비고 있어 海上運送의 革命을 가져오고 있다.
49) L. Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftbedingungen, 1935, S. 151.
50) H. Wiedemann, Handelsrecht, C. H. Beck'sche Verlag, München, 1971, S. 193.

dCollection

로 契約은 大衆의 日常必需의 去來 즉 鐵道 地下鐵運送이나 電氣 까스의 供給과 같은 去來에 관한 것이고 第5의 특징으로 約款提供者가 언제나 經濟的 優位에 있다는 것이었으나 海上運送에 있어서는 다른 세가지 특징은 附合契約과 같으나 위의 두가지 特徵은 맞지 아니하므로 附合契約이라 할 수 없음은 明白하다.

다음은 프랑스法이나 英美法上 船荷證券의 約款에 대한 送荷人의 承諾과 指定과는 어떠한 差異가 있는가 보아야 한다.

B/L約款에 대한 送荷人의 承諾理論에서 보면 送荷人이 約款內容을 알지못할 때 또는 안다하더라도 全部 또는 一部에 대하여 承諾의 意思가 없었을때 約款은 効力을 發生치 못하게 된다.

그에 反하여 指定은 B/L上의 債務文言과 一体가 되어있는 約款 全体가 指定의 對象이 되고 送荷人이 그 約款內容을 알고 있느냐의 여부 즉 送荷人의 主觀的 要件은 承諾의 경우처럼 問題가 되지 아니하고 다만 그 去來에서는 보통 契約 約款이 使用 된다는 것을「알았거나 알수있을 때」(gewusst hat order wissen musste)면 足하다[51]는 점에서 承諾과 差異가 있다.

요컨대 約款에 관한 主觀的 要件은 Raiser(L)의 이른바 期待可能性(Zumutbarkeit) 理論으로 附合契約的 經濟關係에 있어서는 請約과 承諾이라는 전통적 法律行爲 理論보다는 더욱 合理的이고 約款의 効力의 根據에 관한 理論으로서 더욱 적절한 것이 었음은 앞에서 본 바와 같다.

船荷證券의 경우에도 約款의 効力의 根據로서 指定理論에 따르면 指定意思가 확인되어야 하는데 指定은 다음과 같이 表示行爲, 解釋 擬制에 의한 確認의 경우까지로 확장된다.

즉 指定理論에 따르면 契約에 있어서

① 去來當事者가 表示行爲로 B/L約款을 指定하는 때

② 指定의 効果意思가 解釋에 의하여 確認되는 때

(解釋上 表示를 重視하느냐 意思를 重視하느냐는 當事者의 利益較量에 의하여 決定된다)

③ 指定意思가 去來慣習에 따라 規制的으로 補充되는 때

(特定企業은 約款에 따라서만 去來를 행하는데 契約者가 이것을 아는 경우, 指定의 擬制 예, 證券去來所, 銀行, 保險, 運送등) 등의 경우에 約款指定이 存在한다고 보아 그 効果로 約款이 契約內容이 된다.

海上運送 契約이 大量 迅速, 定型化되고는 있으나 이른바 國家의 生存配慮(Daseinsvorsorge)에 의한 公益企業에 있어서의 事實的 契約關係(faktische Vertragsverhältnisse)의 경우와는[52] 그 本質이 다르기 때문에 事實的 行爲나 活動으로 契約이 成立한 것이라 인정할 수 없고

이상과 같은 指定理論에 의하여 船荷證券 約款이 契約 要素가 되는 理論構成이 필요하고 合理的이라 생각한다.

---

51) L. Raiser, a. a. O., S. 162.
米谷隆三, 約款法の理論, (東京 : 有斐閣, 1970), p. 337.

52) 金顯榮, 債權法各論, (서울 : 博英社, 1969) pp. 8~10.
郭潤直, 債權各論(上), (서울 : 法文社, 1970), pp. 77~84.

dCollection

第 3 章 船荷證券 約款의 分析

본래 個品運送 契約에서는 船荷證券이 발행되고 各 海上運送 企業은 自社의 社名이 表示된 獨自的 형식을 가춘 船荷證券을 갖고 있으므로 船荷證券은 매우 다양한 종류가 있다.

여기에서는 約款理論上 形成要件에 合致하는 船荷證券을 택하여 검토할 필요가 있으므로 아무 運送人의 船荷證券이던지 分析對象으로 하여도 된다는 것이 아니다.

따라서 形成要件을 充足하는 團体가 制定한 約款으로서 「볼틱 國際海運會議所」(The Baltic and International Maritime Conference)가[53] 採擇하고 있는 定期船用 標準 船荷證券의 約款을 分析하고자 한다.

전통있는 國際的 海上運送人 團体인 BIMCO가 採擇하고 다른 國家의 海上企業團体가 承諾한 B/L約款은 우선 定型約款의 形成에 있어서 法規性 要件을 갖추고 있으므로 (形成要件 참조) 우리의 分析對象이 된다.

1. BIMCO 船荷證券의 種類와 約款의 解釋

(1) BIMCO의 船荷證券

1974年현재 BIMCO가 承認하고 國際的으로 사용되고 있는 標準 船荷證券과 標準傭船契約書는 총 78種이 되고 이 중 船荷證券은 19種이 있다.

BIMCO의 標準文書에서는 다음과 같은 用語의 意味를 制限的으로 사용하므로 먼저 用語를 區分할 필요가 있다.[54]

Agreed(合意); BIMCO와 다른 나라의 海運業團体(예, 英聯邦海運會議所, Chamber of Shipping of the United Kingdom) 사이에 約款이 合意된 것을 말하고 이의 效果는 不動文字로 인쇄된 B/L이나 C/P約款을 各 團体의 明示된 승인없이 變更 또는 削除할 수 없게 하는 데에 있다.

合意된 標準約款은 去來에 있어 그 內容이 強制된다.

Adopted(採擇); 海上運送人團体(예, BIMCO)와 傭船者 團体사이에 合意된 傭船契約 約款을 다른 團体에서 公式的으로 支持할때 그 團体가 「採擇」 하였다고 한다. 물론 合意없는 標準文書도 採擇할 수 있다. 採擇된 文書(約款)는 그 團体構成員 사이에 強制된다.

Recommended(推薦); 協議할 傭船者 團体가 없을때에 形成된 것을 推薦傭船約款이라 한다. 이에는 사실상 가장 보편적으로 사용되는 GENCON, NORGRAIN등이 있으나 形式上 推薦約款

53) 볼틱 國際海運會議所는 1905年에 볼틱, 白海同盟(The Baltic and White Sea Confeience)이라는 國際船主組織으로 發足하여 定期傭船에 있어 國際的으로 가장 널리 사용되는 BALTIME 約款등 많은 定型約款을 制定하고 있다. 여기서 分析하는 BIMCO의 B/L은 다음 標準文書集에서 引用한다. "Forms of Approved Documents 1974" The Baltic and International Maritime Conference Documentary Council. (BIMCO).

54) BIMCO, *Ibid.*, p. 3

dCollection

은 使用되기를 권장하지만 強制力은 없는 것으로 하고 있다.

Approved(承認); 이상과 같은 合意 採擇 推薦된 傭船約款은 모두 承認約款이라고 한다.

Issued(發行); BIMCO發行이라 할 때는 그 傭船約款의 形式에 대하여 BIMCO가 責任이 있는 것을 말한다. BIMCO發行 約款에 대하여서는 版權을 갖고 있다. 이것은 합당한 經路를 밟지 않고 約款을 인쇄하므로써 原文言과 달라지는 雜種約款의 濫發을 防止하기 위한 것이다.

이상과 같이 BIMCO는 그의 發行約款에 대하여서 各 約款의 成立경과에 따라 合意·採擇·推薦 등으로 區分하여 사용하고 있다.

이 章에서 分析할 BIMCO 船荷證券은 1974年 標準文書 第63番의 定期船用 船荷證券(Liner Bill of Lading, code name; Conlinebill)으로 約款은 1950年 1952年 1972年의 세차례 修正을 거친 것으로 BIMCO 承認約款이다.

BIMCO 承認(合意, 採擇, 推薦포함) 船荷證券(이하 B/L이라 略함)은 다음과 같다.

① 複合運送 B/L (略號, COMBICONBILL)
② 1946年 統一 B/L (CONBILL)
③ 1972年 一般傭船 B/L 國際用 (CONGENBILL)
④ 同 스캔디나비아用 (CONGENBILL)
⑤ 定期船 B/L (CONLINEBILL)
⑥ 連接運送 B/L (1973, VISCONBILL)
⑦ 英國 海運會議所 制定 一般用 1928年 B/L
⑧ 폴랜드 海外貿易會議所 制定 航海傭船用 B/L 1965年發行 (UNVOYBILL)
⑨ BIMCO 스캔디나비아 航海傭船用 B/L (덴마크, 놀웨이, 스웨덴 各 團体間 合意 1956年) (SCANCONBILL)
⑩ 獨逸石炭傭船用 B/L 1957, (GERMANCONBILL-NORTH)
⑪ 폴랜드 石炭傭船用 B/L 1971 (POLCOALBILL)
⑫ 쏘련 石炭傭船用 B/L 1962 (SOVCOALBILL, 1971)
⑬ 뉴케난·리베리아 鐵鑛石傭船用 B/L (LAMCONBILL)
⑭ 무르만스크 燐灰石傭船用 B/L (MURMAPATITBILL, 1970)
⑮ 쏘聯 鑛石傭船用 B/L 1970年發行 (SOVORECONBILL)
⑯ 쏘聯 角材傭船 B/L (BLACKSEAWOODBILL)
⑰ 볼틱·놀웨이 木材傭船 B/L 1973 (NUBALTWOODBILL)
⑱ 쏘聯 穀物傭船 B/L 1969 (SOVCONROUNDBILL)
⑲ 北美 穀物傭船 B/L (NORGRAIN)

이상 19種의 船荷證券中 ①②⑤⑥⑦만이 個品運送用 船荷證券이고 나머지는 모두 航海傭船契約에 부수하는 船荷證券이라 航海傭船契約이 支配하고 이것에는 約款도 航海傭船契約에 따른다는 文言정도로 매우 簡單한 것이다. 따라서 船荷證券法上 意味가 있는 것은 위의 5種의 B/L 뿐

Collection

이다.

이 BIMCO가 承認하거나 發行(Inssued)한 約款은 運送人이 自意로 변경할 수 없고 다른 文言이 混入되는 것을 防止하기 위하여 BIMCO가 版權을 보유하여 이것을 보호하고 있다.

本章에서 分析하는 船荷證券은 위의 船荷證券中 ⑤番으로 最新 定期船用 約款이다.

(2) 船荷證券約款의 解釋의 必要性

船荷證券約款의 解釋은 그 約款이 가지는 意味 內容을 明確히 確定하는 것을 말한다.

船荷證券에 의하여 支配되는 運送契約에 適用하기 위하여서는 船荷證券約款의 해석이 필요한 것은 당연하다.

그러나 여기에서 解釋의 必要性은 그러한 일반적인 뜻이 아니라 本章의 硏究上 필요한 理由를 밝히고자 하는 것이다. 그 理由의 하나는 우리商法上의 船荷證券法이 統一條約을 受容하면서 이것을 体系的으로 받아 들이지 못하였다는 것과 그 理由의 둘은 船荷證券의 約款도 前章에서 본 約款理論上 規範性 내지 法規性 要件[55]을 갖추고 있으므로(詳論은 後述) 客觀的 解釋이 필요하고 法律行爲에서처럼 行爲者의 意思를 確定할 필요는 없게 된다. 이 理由는 차례로 상론하기로 한다.

1962年 우리商法 制定당시 1924年 船荷證券 統一條約의 主된 趣旨는 받아 들였으나 統一條約을 体系있게 그대로 받아 들이지는 아니하였고[56] 별도의 海上運送에 관한 單行法을 制定한 것도 아니었다.[57] 우리商法典上의 規定으로 보면 統一的이고 体系的인 船荷證券法이 제정되었다고 볼 수 없고 條約上의 實体規定이 (예, 條約 3條 4項, 5項, 6項, 4條 4項, 5項, 6項 등) 法典上 欠缺되어 있다.

따라서 우리商法典을 보충하고 船荷證券 당사자의 利益을 조정하고 社會的 要請에 적응하기 위하여서는 約款理論에 따른 約款의 解釋이 필요한 것이다.

다음은 約款理論에서 우리가 얻은 結論인 定型 約款은 그 去來圈의 去來活動에서 自治法規的

55) 本稿 第4章 4節 p. 2 參照.
約款에 規範性내지 自治法規性을 인정할 法規性要件은 ①形成要件 ②實定性要件 ③監督要件의 세 要件이 있음은 뒤에서 보는 바와 같다.

56) 孫珠瓚, 新商法(下), (서울 : 普文閣, 1967), pp. 16~17. 參照.
우리 商法에 B/L 統一條約을 수용한 條文을 보면 商法 787條(조약, 3條 1項) 788條(조약, 2項 3條 2項 및 4條 2項 a號 b號), 789條(4條 1項 2項의 c號이하) 790條(3條 8項) 791條(4條 6項) 813條 3條 7項) 등을 들 수 있는데 이 條文도 條約의 解釋에 의하여 制定된 것이고 直接引用된 것은 아마 日本 國際海上 物品運送法(1957年 制定)의 몇개 條文인 것 같다.

57) 世界主要國의 1924年 B/L 統一條約의 國內法 受容 상황을 보면, 英國은 COGSA, 1924, 美國은 U. S. COGSA 1936, 도이취는 1937年의 商法 改正法(Gesetz zur Änderung von Vorschriften des HGBs vom 10. Aug. 1937) 프랑스는 1936年의 海上物品運送法(Loi relative aux transports des marchandises par mer du 2 avril 1936), 및 이것을 全面 改正한 1966年 6月 18日 海上運送契約法(Loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrêtement et de transport maritimes) 日本은 1957年 國際海上 物品運送法 등으로 條約을 受容하고 도이취를 除外하고는 모두 單行法으로 國內立法하였다.

dCollection

인 法規性을 인정하여야 한다는 筆者의 私見에 따라 船荷證券의 約款을 海上運送去來에서 하나의 自治法規로서 받아 들인다면 이것은 契約內容이 아니라 法規的인 客觀解釋이 필요한 것임을 인정할 수 있다.

물론 모든 定型約款이 法規性을 인정받는 것은 아니고 筆者가 提案하는 「法規性 要件」의 檢證을 받아 이 要件을 갖추고 있는 경우 즉 定型約款이 ① 形成要件 ② 實定性要件 ③ 監督要件을 갖추고 있는 경우, 그 定型約款은 去來圈에서의 企業活動에 관한 自治法規의 地位를 인정받아야 한다함은 뒤에서 論證하는 바와 같다.

本章에서 分析하는 BIMCO의 海運約款은 形成에 있어서 團体가 設定하고, 또는 團体와 團体의 協議에 의하고, 또는 第三者 團体가 設定한 것으로 구성되어 있으므로 어느 運送人의 一方的 設定에 의한 것은 없다.

그러므로 이 B/L約款에 法規性을 인정하기 위한 要件으로서 形成要件은 충족하고 있고 約款內容이 規範性을 갖추고 있는가의 實定性要件은 이節의 約款의 分析에 의하여 檢證하고자 한다.

BIMCO의 定期船用 船荷證券은 뒤에 보는 바와같이 法規性 要件을 갖춘 것이기 때문에 이의 約款은 個品運送 去來에서 自治法規的 地位가 인정되고 따라서 法規的인 解釋이 필요한 것이다.

더우기 現代海上運送의 實務가 컨테이너船에 의한 大型化 高速化를 이루어 多數荷物의 大量去來를 迅速히 처리하고 있기 때문에 去來의 定型化는 극단적으로 進行하여 船荷證券上의 一般去來 約款에 의한 運送契約이 機械的으로 처리되고 있는 것이 사실이다.

여기에 現代企業의 非個性的인 去來형태가 海上運送에서는 뚜렷이 나타나고 있으며 一般約款 理論上의 附合契約 現象으로 부터 制度契約에로의 理論展開가 海上運送에도 適用될 수 있다는 正當한 根據를 제공하고 있다고 할 것이다.

2. 船荷證券約款(CONLINEBILL)의 分析

〔1〕 表面文言; 船荷證券의 表面에는 條約 3條의 취지에 따라 (韓商, 814條) 다음의 表示가 기재되고 있다. 船積人, 受送人, 通知受領住所, 連接運送(through transport)을 위하여 前運送人 및 前運送受領地, 船名, 船積地, 揚陸地, 運送人의 引渡地, 荷物의 表示, 包裝의 종류와 數, 重量 容積, 個數와 記號(送荷人 告知), 滯船料(合意한 경우), 運賃率, 運賃支給地, 作成地, 作成日, 原本作成通數, 署名欄 등.

여기서 종래에 있던 船長 姓名의 記載가 없어진 것은 去來의 非個性化 定型化의 한 表現이고 連接運送을 위한 記載와 滯船料 合意欄이 있는 것이 特色이다. 다음은 不知約款이 기재되고 있다.

不知約款(unknown clause) (原文은 本稿의 附錄 參照);

本文; 「上記荷物을 揚陸港 또는 船舶이 安全하게 도달하고 정박할 수 있을 가까운港에 運送하기 위하여 외관상 良好한 상태로 船積하였고, 重量, 容積, 記號, 數量, 品質, 內容과 價格은 알 수없고, 上記港에서 受荷人 또는 그의 讓受人에게 上記와 같은 외관상 良好한 상태로 引渡할 것이며 受荷人 또는 讓受人은 이 船荷證券 규정상의 費用과 다음 運賃을 支給하기로 한다.

dCollection

送荷人은 이 船荷證券을 受諾함에 있어서 이 證券의 前後面에 記入되거나 印刷, 스탬프 또는 다른 방법으로 記入된 모든 條項을 送荷人이 署名한 것과 같이 완전히 承諾하고 合意하는 것이다. 荷物과 相換하기 위하여 또는 荷物引渡書와 相換으로 정당하게 背書된 船荷證券 原本 1通을 제출하여야 한다. 위 本船 船長이 다음 通數의 船荷證券 原本에 署名한 것임을 證明하고 이 證書中 1通이 履行되면 나머지는 모두 無效가 됨을 證明한다.」

概說 ①; 이 表面約款에서 문제되는 점은 第1文의「重量, 容積, 記號, 數量, 品質, 內容과 價格은 알 수 없고」한 이른바 不知約款(unknown clause)의 效力의 문제이다.

이러한 不知約款의 文言은 관행적으로 B/L約款으로 定型化 되어 있는 것으로 이미 中世(14世紀中半)의 船舶書記의 寫本中에도 나타나 있다하니[58] 그 發生이 約款中 가장 오래 된 것이라 할 수 있다.

船積荷物에 대한 이러한 不知(unknown) 文言은 運送人의 文言擔保責任(表示에 의한 禁反言)을 免除받거나 輕減하고자 하는 것이 目的이다.[59]

不知約款에 관하여서는 종래에 肯定說과 反對說이 있었다. ㉮ 運送物을 수령할 때 包裝되어 있으므로 內容이나 品質은 運送人이 알 수 없고, 定期船經營의 去來實態를 보면 多數의 荷物이 집결하고 이것을 大型船에 신속히 船積 운송하여야 하기 때문에 직접 個數, 重量, 容積을 계산하기 어렵다는 根據위에 不知約款을 긍정하는 說과 ㉯ 이러한 不知約款을 인정하면 船荷證券의 證券責任을 없이하고 船荷證券의 流通性을 沮害한다는 反對說이 서로 대립하였다.[60]

㉰ 1924年 B/L統一條約 (이하 B/L條約이라 한다)에서는 運送人은 送荷人이 書面으로 통지한 運送物의 種類, 數量, 重量, 容積, 記號, 外觀狀態를 B/L上에 記載하여 交付하도록 하고(條約 3條 3項 a, b, c) 다만 ㉮ 送荷人의 通知가 正確치 못하다고 믿을만한 正當한 理由가 있는 경우 ㉯ 通知가 정확하다는 것을 確認할 적당한 방법이 없는 경우 ㉰ 記號가 航海終了까지 判讀할수 있게 明確히 表示되지 아니한 경우에는 通知內容을 B/L에 記載하지 아니할 수 있도록 규정하고 있다.(3條 3項 但書)

船荷證券에 일단 運送物의 明細를 記載하면 運送人은 善意의 B/L所持人에 대하여는 B/L에 기재 된대로 運送物을 引渡할 義務를 부담하여야 하므로(條約 3條 4項) 위의 ㉮㉯㉰의 경우에는 그러한 記載를 하지 아니할 수 있게 한것이다.

또 條約은 運送契約의 約款이나 合意로 運送人의 過失 不注意 기타 第3條의 義務의 不履行으로 인한 物件의 滅失이나 損害에 대한 責任을 免除하거나 輕減하는 것은 無效라고 규정하고

58) M. Pappenheim, HB des Seerecht, Bd. Ⅲ, S. 294,
Goldschmidt, HB des Handelsrecht, Bd. I, 12. S. 690,
西島彌太郎, 前揭書, p. 227. 參照.
59) Scrutton, op. cit., p. 177.
60) 西島彌太郎, 前揭書, p. 228 이하
田中誠二, 前揭書, p. 815~17. 參照.

dCollection

있다.(條約 3條 8項)

③ 그러면 위의 不知約款은 條約의 이러한 趣旨上 有効한 것인지 문제가 된다,

約款指定理論에 따르면 船荷證券 約款이 契約內容을 이루고 指定의 대상은 意思表示의 때에 사용된 約款全体이었다.

따라서 이 不知約款도 強行法에 違背되지 아니하는 限 有効한 것임은 물론이다.

즉 이不知約款이 條約 3條 8項에 違背되지 아니하는 경우(우리商法上 第790條에 違背되지 아니하는 경우라고 解釋할 수 있다)에는 有効하다.

그러한 경우란 결국 위의 ㉮㉯㉰에 해당하는 경우로서 不知約款은 有効하다.[61]

이러한 解釋은 船荷證券 統一條約에 있어서 第3條 3項 但書와 3條 8項의 解釋으로도 歸結되는 것이나 우리商法典은 이러한 條文들을 欠缺하고 있으므로[62] 船荷證券 統一條約을 批准하고 있지 아니하는 우리法의 解釋을 위하여서는 역시 筆者의 解釋과 같은 補充이 필요한 것이다.

그러므로 우리法上 不知約款의 効力을 따진다면 먼저 그 海上運送去來가 指定契約(Verweisungsvertrag)의 性格을 갖고 約款은 法規性要件을 갖추고 있을때 위의 ㉮㉯㉰의 경우에 有効한 것이다.

(4) 不知約款에 대한 外國法上의 태도는 어떠한가?

英法上 船荷證券은 海上運送契約의 證據로 보기 때문에 不知約款이 들어있으면 海上運送人이 荷物의 重量이나 內容을 B/L上에 記載할 義務를 免하여 준다고 본다. 그러나 海上運送人이 수령한 荷物은 그重量 內容이 무엇이던지간에 安全하게 運送 引渡할 義務가 있다. 그러므로 그런 約款이 들어 있는 경우 荷物이 損傷되어 引渡되면 送荷人은 그荷物이 포장의 內部에서 良好한 상태로 船積되었다는 事實 또는 海上運送人의 責任있는 事由로 損傷이 발생한 것이라는 推定的 證據(prima facie evidence)를 提示하여야 한다.[63]

이상은 英判例法上의 원칙이고 英國은 B/L條約을 그대로 國內立法(Carrige of Good by Sea Act 1924, COGSA 1924이라 略)하고 있으므로 모든 荷物에 무조건 不知約款을 삽입할 수는 없고 위의 ㉮㉯㉰의 경우에만 有効한 것은 條約의 해석에 있어서와 같은 것이다.

도이취에서는 指示式船荷證券은 流通證券이기 때문에 流通信用을 위한 文言責任이 요청되므로 B/L所持人에 대하여 海上運送人은 운송계약을 인용하여 抗辯할 수 없다고 하는데 그 근거는 도이취商法 656條 1項이 文言責任(Skripturhaftung, 英法上의 禁反言에 해당)을 규정한 것이라는 解釋에 두고 있다.[64]

---

61) 理論構成은 다르나 解釋의 結果는 同說.
山戶嘉一, 國際海上物品運送法, (東京 : 海文堂, 1958), p. 183.
田中誠二, 吉田昂, 코멘타알 國際海上物品運送法 (東京 : 勁草書房, 1964). p. 237.

62) 前註 56番 參照.

63) Scrutton, op. cit., pp. 177~78.
The Ida(1875) 32 L. T. 541; The Prosperino Palasso(1873) 29 L. T. 622.

64) H. Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelsrecht, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1950, SS. 303, 306.
西島彌太郎, 獨逸商法(Ⅱ), (東京 : 有斐閣, 1956), pp. 169~70.

dCollection

이러한 文言責任을 인정하므로 不知約款의 記入要件을 法定하고(獨商, 645條, Angaben über die Güter), 다만 記號가 不明, 不完全하거나 送荷人의 통지가 不正確하다고 추정할 만한 理由가 있는 때에는 追加約款(不知約款)을 삽입할 수 있고 送荷人의 통지대로 B/L에 기재할 수 있다(獨商, 646條 Angaben des Abladers)고 制限하고 있다.

이러한 도이취商法 규정은 B/L條約(1924)을 受容하여 商法을 改正한 것이다.

프랑스法에 있어서는 이러한 船荷證券의 性格은 더욱 明白히 규정되어 1966年 海上運送契約法 第19條 20條의 船荷證券 규정과 同法의 데끄레(décret, 統令, 1966. 12. 31) 35條(B/L記載事項) 36條 (送荷人 通知의 記載拒絶)에서[65] B/L의 文言責任性을 明白히 하고 送荷人 通知의 記載拒絶의 要件을 明示하고 있다.

이것은 B/L條約 3條 3項의 受容으로 그러한 경우의 不知約款은 有効한 것이라 해석된다.

(5) 이상과 같이 船荷證券의 責任에 관한 各國法의 태도는 다르기는 하나 不知約款의 해석과 効果에 있어서는 B/L條約에 따라 공통되는 것임을 알 수 있다.

공통되는 해석을 要約하면 送荷人의 통지가 不正確하다고 믿을만한 正當한 사유가 없거나 運送人이 運送物을 검사할 수 없었다는 정당한 사유가 없는 경우에 삽입된 不知約款은 無効이나 그러한 事由 또는 記號의 不明確의 경우의 不知約款은 有効하여 B/L上에 記載된 重量, 容積, 數量, 內容 등에 관하여 통지가 正確한 것이라는 立證責任을 送荷人이 부담하게 된다.[66] 즉 不知約款이 有効한 경우 送荷人 또는 受荷人의 立證責任이 加重되는 효과가 있다.

運送人이 運送物을 檢査할수 없었다는 구체적인 경우는 한말로 定하기 어려우나, 現代定期船經營에 있어서 多數의 個別荷物을 짧은 碇泊時間內에 신속히 船積, 揚陸하고, 發航하여야 하는 大型定期船의 事情을 고려하여 그 때의 구체적 狀況을 참작하여야 할 것이다.[67]

最近에는 특히 컨테이너 運送에 의한 個品運送의 革命이 추진되고 있는데, 컨테이너 內部의 個個의 荷物의 狀態는 外部에서 검혀 알 수 없으므로 不知約款이 愛用되고 컨테이너 船荷證券(Container B/L)에서 이 約款이 有効하게 사용된다.

〔2〕 裏面約款

裏面約款은 19個條의 約款과 附加 3個條로 구성되어 있다. 이하 各條의 本文을 표시하고 간단한 解說을 하면서 B/L約款을 전체적으로 分析하겠다.

---

65) 프랑스 1966年法의 條文紹介는 다음 參照.
鴻常夫, France 新海上運送契約法, 法學協會雜誌, 84卷 11號, 85卷 1號 資料
Rodiere, Affrêtement au voyage et contrat de transport; Bull. Transp. 1967, 19.
Durand, La nouvelle loi sur les contrats d'affrêtement et de transport maritimes, Rec. gén. Lois, 1967, 69.

66) Wüstendörfer, a. a. O., S. 303.

67) Carver, op. cit., pp. 62~69.
英國의 判例는 不知約款의 有無効를 각각 구체적 경우에 따라 決定하고 있다.

dCollection

다만 이 CONLINEBILL의 原文은 附錄으로 뒤에 돌리고 各條本文은 私譯에 不過하므로 어떤 團体의 公式的인 번역이 아님을 밝혀둔다.

第1條, 定 義

本文; 「이 船荷證券에서 "商人"이라 함은 送荷人, 受荷人, 受領人, B/L所持人, 荷物所有者를 말한다.」

概說; B/L約款에서 첫머리에 用語의 定義를 두고 있는 것은 英美法에서의 法制定 型式에 따른 것이다. 종래의 船荷證券에서는 船舶, 運送人, 送荷人, 受荷人 등에대한 用語의 定義를 밝히고 있는데 이 B/L에서는 "商人"이란 개념안에 각 당사자를 포함하여 單一用語로 사용한다.

第2條, 至上約款(paramount clause)

本文; 「1924年 8月 25日 부럿셀에서 成立한 船荷證券統一 國際條約에 포함되어 있는 헤이그規則(Hague Rules)은 本契約에 적용한다. 船積國에서 그 規則을 施行치 아니하고 있는 경우에는 目的地에서의 그 規定이 적용된다.

그러나 그러한 規定이 強行되지 아니하는 船積에 관하여서는 위 條約을 적용한다.」

概說; 英美法上 (英, 1924年 海上物件運送法 第3條, 美國 1936年 海上物件運送法의 前文, COGSA) 모든 船荷證券에 「1924年 B/L統一條約」의 規則에 따라 効力을 갖는다」는 文言을 明示한 것을 規定하고 있다.[63] 그러므로 英,美國에서 發行하는 船荷證券에는 모두 이 規定에 따라 위와같은 文言을 明示하게 되었고 이것이 이른바 至上約款이다.

그러나 英美法上의 (COGSA) 이 규정은 指示規定이고 義務規定은 아니므로 이 至上約款이 없다고 해서 船荷證券이 無効가 되는 것은 아니다.[69]

이 約款의 趣旨는 현재 統一條約을 受容하지 아니한 國家의 어느地域이 船積地나 目的地가 되어 있는 경우 適用法規를 統一條約으로 統一하고자 하는 데에 있다.

統一條約 실시지역에서 作成되는 B/L에는 自國法에 따른다는 취지의 準據法條項(governing law clause or montana clause)을 두기도 하는데 그 경우에는 이 條項은 필요치 않게 된다.

第3條, 管轄權(Jurisdiction)

本文; 「이 船荷證券에 의하여 발생하는 분쟁은 運送人의 주된 事務所가 있는 나라에 裁判管轄權이 있고 이 約款에서 규정하는 경우를 제외하고 管轄國法에 따른다.」

概說; 船荷證券의 당사자는 서로 國籍이 다른 경우가 보통이고 運送契約이 체결된 곳이나 契約이 이행될 곳에서의 適用法規가 다른 경우가 허다하다. 海上運送은 國際間의 物件의 流通을 그 任務로 하므로 船荷證券에 관하여 발생한 紛爭을 해결할 管轄地를 미리 約定하여 두는 것은 편리하며 本條는 그러한 취지에서 國際私法上의 當事者自治의 原則을 표시하고 있다.

---

68) Scrutton, op. cit., pp. 462~64.
69) Carver, op. cit., Vol. 1, p. 215, Vol. 2, pp. 1331~32.

dCollection

船荷證券 統一條約을 批准하지 아니하고 條約과 다른 國內法을 실시하고 있는 나라에 運送人의 주된 사무소가 있는 경우에는 本條에 관하여 문제가 된다.

이 경우 本條에 따르면 B/L條約과 다른 그나라法이 準據法이 된다. 그러나 위 第2條의 至上約款의 效力上 그러한 경우에도 適用法規는 사실상 船荷證券 統一條約이 된다.[70]

일반적으로 海上物件運送契約에 관한 準據法은 國際私法上 契約이 成立한 곳의 法, 契約履行地法, 船舶의 旗國法 중에서 결정되나[71] 當事者 自治의 原則에 따라[72] 本條規定과 같이 約定하는 경우가 많다. 海上運送 契約에 관한 涉外事件에 대하여 우리나라에서는 涉外私法(法第966號) 第9條에 따라 當事者의 意思에 의하여 適用할 法을 定하게 하고 意思가 분명치 아니할 때는 行爲地法에 따르도록 하고 있다.[73] (涉私, 第28條, 第9條)

第4條, 責任期間(Period of Responsibility)

本文; 「運送人 또는 그 代理人은 運送荷物에 어떻게 損害또는 滅失이 발생하였던지 荷物이 本船에 船積되기 前 또는 荷物이 揚荷된 이후에 발생한 것에 대하여서는 責任을 지지 아니한다.」

槪說; ① 本條는 이 B/L에 의하여 실행되는 海上運送에 있어서의 運送人의 責任의 期間에 관하여 정한 중요한 규정이다. 그런데 우리商法 規定과는 差異가 있어서 문제가 된다. 商法은 運送人의 責任期間을 運送物의 受領으로부터 揚陸 引渡의 때까지로 정하고 있다. (商, 788條 1項) 이러한 責任期間은 B/L條約과는 다른 것으로 條約에서는 船積의 때로부터 揚陸의 때까지를 運送人의 責任期間으로 (條約, 1條 e號, 2條 3條 2項)하고 있다. (from tackle to tackle)

② 本條는 運送人의 責任期間을 荷物의 受領으로부터 船積 (정확하게는 本船의 舷側을 넘어오는 때)까지의 期間과 揚陸港에서 本船 舷側으로부터 引渡까지의 期間의 海上運送人의 責任을 免하고자 하는 것이다. 本條가 우리商法上의 (商, 788條 1項) 運送人의 責任期間을 단축하고 있으나 B/L條約上의 期間과는 一致한다.

條約上의 運送人의 責任範圍를 경감하는 것이 아니므로 B/L條約 施行國에서는 一般的으로 本條가 有效함은 물론이다. 그러면 船積前의 運送人의 責任과 揚陸後의 責任에 대하여 B/L條約과 우리商法 788條 1項의 責任期間과는 差異가 있고 더우기 商法의 同條는 強行規定(商, 790條)이므로 우리法에 있어서 本約款의 效力이 문제가 된다.

③ B/L約款의 指定(Verweisung)에 의한 契約으로서 約款에 自治法規性을 인정하고자 하는 筆者의 見解에 따르면 本條는 有效하다고 보아야 한다. 그러나 商法 第788條가 強行規定인 이상 指

70) 小町谷操三, 統一船荷證券法論 (東京 : 勁草書房, 1958), p. 141 參照.
71) Carver, op. cit., Vol. 1, pp. 498 et seq.
72) 折茂豊, 國際私法(各論), (東京 : 有斐閣, 1972) pp. 114~28 參照.
73) 徐希源, 新國際私法, (서울 : 進明文化社, 1962) pp. 218, 428.

dCollection

定에 의하여서도 本條項은 効力을 발생할 수 없게 된다.

그렇다면 우리商法 規定의 適用을 받는 우리나라 海上運送人은 B/L條約의 適用을 받는 外國의 海上運送人보다 不利한 立場에 서게 된다. 國際競爭이 치열한 海上運送에 있어서 B/L條約보다 더 不利한 國內法을 制定한다는 것은 再考할 필요가 있다.

商法規定이 이와같이 된 이유는 밝혀져 있지 아니하나 現商法典 制定당시 충분한 研究의 期間을 거치지 못한채 條文의 整理를 마친 데에 不足함이 있었다고 생각된다.[74]

아뭏든 우리商法 解釋上 本約款은 無効라 할 수 밖에 없으므로 B/L條約과 같은 정도로 완화하는 것이 좋을 것이다.

第5條, 航海의 範圍 (Scope of Voyage)

本文; 「本船이 定期運送에 종사하기 때문에, 豫定航海가 직접 그 航路만으로 制限되는 것은 아니다. 船舶과 船員의 維持에 관한 合理的 目的을 위하여 어느港이나 場所에 왕복하거나 정지 또는 徐行하는 것은 모두 이 航海의 範圍에 포함되는 것이라 본다.」

概說; ① 本條는 형식상 航海의 範圍를 정하고 있으나 실질상 이른바 離路(deviation)에 관하여 규정하고 있다. 海上運送人은 본래 運送物을 船積하면 지체없이 發航하고(船員 9條) 발항하면 豫定된 航路를 변경치 않고 目的港까지 直航할 義務가 있다.[75]

이 義務는 目的港에 直航하지 아니하고 離脫하므로써 運送物에 대하여 海上의 危險을 增大시키고 반드시 延着하게 되기 때문에 運送人에게 부과시키는 義務이다.

그러나 어떠한 경우에도 本船은 豫定航路로부터 離路할 수 없는 것은 아니고 B/L條約은 人命財産의 救助를 위한 경우와 기타 合當한 경우의 離路는(reasonable deviation) 免責事由로 인정하고 있다.

② 本條의 「船舶과 船員의 維持에 관한 合理的 目的을 위한」 경우는 條約上의 reasonable deviation에 해당할 것이므로 별도 特約이 없이도 이경우는 運送人이 免責된다.

그러나 條約上의 免責事由에 해당하는가를 不問하고 本條는 契約上 明示된 範圍이면 그것이 비록 地理的 慣習的으로 離路에 상당하는 경우라도 離路라고 보지 아니한다는 생각에 근거를 둔 約款이다.

여기서 豫定航海라 함은 豫告된 航海로서 地理的 慣習的으로 인정되는 寄港地, 經路, 航海의

74) 1924年 B/L條約의 취지를 受容한 商法條文이 787條~790條까지인데 이것은 日本의 「1957年 國際海上物品運送法」의 몇개 條文에서 정리 수용한 것이라 보아진다. 日本의 同法 第3條와 우리商法 788條가 같은 規定인데 日本은 同法 第15條 3項에서 第3條의 船積前 및 揚荷後의 運送人의 責任을 特約으로 免除할수 있는 길을 열어 놓고 있으나 우리 商法은 同法 15條 3項을 受容치 않고 있으므로 B/L條約보다 運送人에게 不利한 立法이 되었다. 條約의 國內法受容에 있어서 商法典의 規定을 改正하는 方法을 택하려하면 이러한 실책이 없도록 充分한 研究가 있어야 할 것이다.

75) 孫珠瓚, 前揭書, p. 221.

76) Carver, op. cit., Vol. 2, pp. 617 et seq.

dCollection

형태에 따른 航海를 말한다고 해석하나 本條의 범위에 드는 航海는 運送品의 性質, 運送條件, 기타 運送이 行하여 지는 具体的 事情을 고려하여 결정하여야 할 것이다. 萬若 이러한 航海範圍를 벗어났다고 決定된다면 本船의 過失이 되어 離路의 結果 발생한 一切의 損害를 運送人이 賠償하여야 한다.

第6條, 代船, 換積, 回送(Substitution of Vessel, Transhipment, Forwarding)

本文; 「事前에 明示的인 協議有無에 상관없이 運送人은 目的港에 物件을 運送함에 있어서, 상기 船舶이나 그외의 他船舶이나, 또는 運送人所有이거나 他人所有이거나, 또는 目的港에 직접 간접으로 進行하는 다른 運送手段이거나 또는 다른 어떠한 方法에 의하여서든지, 運送할 自由가 있고, 또한 運送物의 전부 또는 一部든 目的港너머 運送할 수 있고, 또한 運送物을 換積하거나 揚陸하거나 海岸 또는 海上에 保管할 수 있고, 運送人의 費用과 商人의 危險으로 運送物을 再船積하고 回送할 수 있다. 運送人이 運送物을 인도하게 될 최후의 目的地가 船舶이 揚荷한 港이 아닌 경우에는 運送人은 다만 運送代理人(forwarding agent)으로서 행동할 뿐이다.

運送人의 責任은 自身의 管理下에 있는 船舶에 의하여 그 自身이 實行한 運送範圍까지만 存續하고, 그 범위 밖에는 비록 全運送區間의 運賃을 그 運送人이 受領하였다 하더라도 他人이 實行한 運送區間에서 發生한 荷物의 損傷 滅失에 대하여서는 運送人은 請求에 응하지 아니한다.」

概說; ① 이 約款은 이른바 代船約款(substitution clause)으로 代船에 의한 換積(transhipment)과 回送(forwarding)에 관한 條項을 附加하고 그 때에 있어서의 運送人의 責任範圍를 규정한 것이다.

② 이 約款은 우선 B/L證券面上에 記入하여야 하는 船名(商, 814條 1號) 記入의 意味를 減하고 船荷證券의 個性喪失을 가져와 B/L의 定型化가 촉진되는 규정이라 할 수 있다.

船積船荷證券이 (Shipped B/L) 成立하기 위하여서는 적어도 運送品이 特定船에 船積된 사실이 明示되어야 (船名表示)하므로, 그점에 있어서 船名記載가 필요한 것이나 다른 方法으로도 船積이 증명된다면 반드시 固有한 船名을 記入하는 것이 船積船荷證券이 成立할 要件이라 할 필요는 없고[77] 또 B/L上의 船舶과 다른 船舶에 運送物이 운송되어도 그 B/L이 無效가 된다고 해석할 필요도 없으므로, 결국 代船, 換積約款은 妥當한 것이라 보아야 한다.

또 한편 約款理論으로 보면 이 約款도 船荷證券의 指定(Verweisung)에 의하여 그의 效力의 근거를 갖게 되는 것이지만 과연 어느 範圍까지 代船使用과 荷物의 換積 및 回送을 할 수 있느냐 하는 점은 解釋에 따를 수 밖에 없다.

그런데 이 解釋은 約款解釋이라는 特性上 (예, 平均的 利益較量의 고려, 後述) 法規解釋과 契約解釋의 中間的인 立場에서 해석하도록 努力하여야 할 것이다.

77) Pappenheim, a. a. O., S. 244.
西島彌太郎, 前揭書, p. 17. 參照.

dCollection

③ 다시말하면 이 約款은 指定理論에 따라 包括的 指定에 근거하여 有效한 것이나, 어느 경우나 運送人의 一方的 利益만을 위하여 無制限的으로 代船 換積 回送이 可能한 것은 아니고, B/L 條約上의 運送人의 義務範圍內에서 有效한 점에 注意하여야 한다.

條約上 運送人은 船積으로부터 揚陸에 이르는 運送行爲를 적절하고 愼重하게 하여야 하므로 (條約 3條 2項), 運送人이 特定한 運送物에 관하여 揚陸港까지의 運送全体를 引受한 경우에는, 運送人은 최초에 船積한 船舶으로 운송을 完結하는 것이 合當하므로 換積의 特約은 원칙적으로 할 수 없다고 보아야 한다[78] (條約 3條 8項). 또 運送人은 契約한 數量의 運送物을 전부 船積할 義務도 지고 있으므로 殘餘部分이 생겨서 代船에 船積하는 것도 원칙적으로 禁止되어 있다고 보아야 한다.[79]

그러나 이 約款은 約款으로서의 效力의 根據를 갖고 있으며 (前述) 또 運送人은 適切하고 愼重하게 船積하고 揚陸에 관한 行爲를 하면 되므로, 航海의 性質, 距離, 事故 및 運送品의 性質 등 여러事情을 참작하여 換積을 하는 것이 正當한 경우에는 勿論 換積 할 수 있다.[80] 正當한 이유없이 換積한 경우에는 이 約款에도 不拘하고 換積이 不可避하였다는 特殊한 事情의 存在를 運送人이 立證하여야 債務不履行의 責任을 免할 수 있을 것이다.[81]

本來 運送人은 運送도중 運送物을 他船에 換積하지 아니할 義務를 지고 있는바 그 理由는 送荷人은 처음船積된 船舶에 의하여 運送된다는 것을 前提로 第三者와 去來를 하고 또한 貨物의 換積은 滅失, 損傷, 延着의 原因이 되기 때문이다.[82]

그러므로 原則的으로 換積은 禁止되어야 할 것이나 運送人이 適切하고 愼重하게 運送義務를 履行하기 위한 換積은 인정되어야 할 것이다. 따라서 다른 運送條件은 全的으로 최초의 船舶으로 運送하는 것과 同一한 것이며 換積後의 海上運送人은 앞의 運送人의 履行補助者에 不過하다고 본다.[83]

또 定期船에 있어서 代船約款은 企業活動의 性質上 인정되어야 한다. 또 運送人은 운송에 있어 相當한 注意義務를 지고 있으므로 換積이나 代船을 使用하여야 할 相當한 事情이 있으면 條約 3條 2項에 의하여서도 그것은 正當한 行爲라 할 수 있다.

이러한 條約의 解釋이나 商法은 條約全体를 受容한 것이 아니므로 결국 海運約款理論에 의하여 이 條項은 有效한 것이라 해석하여야 한다.

---

78) 小町谷操三, 前揭要義 中卷 1, p. 241.
79) Scrutton, op. cit. p. 306.
80) 小町谷操三, 要義 中卷1, pp. 84 이하 p. 241.
81) Scrutton, op. cit. p. 480.
82) 徐燉珏, 前揭書, p. 117.
우리 商法에서는 明文규정이 없으나 獨商法에서는 不可避한 경우外에는 換積(Umladung)을 하지 못하는 規定을 두고 있다. (獨商 565條)
英美에서는 換積이 적절하고 (相當한 注意를 함) 운송의무에 위배치 않고 合理的일 것을 條件으로 許容한다. Scrutton, op. cit., pp. 301, 310. 480.
83) 小町谷操三, 前揭書, 中卷2, p. 242.

dCollection

本條項의 終段은 連接運送(through transport)에 있어서의 責任限度約款으로 共同連接運送契約의 경우이고 이 경우의[84] 責任을 自身의 運送담당 區間만으로 限定하고 第二 이하의 運送人의 行爲에 대하여는 責任을 지지 아니하는 것이다. 이것은 單獨連接運送(einfacher Durchvertrag)에 있어서는 第一運送人만이 送荷人에 대하여 當事者가 되어 第二이하의 運送人은 送受荷人에 대하여 法律關係를 갖지 아니하는 것과는 다르다.

이 共同連接運送契約(gemeinschaftlicher Durchfrachtvertrag)에서는 共同運送人이 全區間의 운송에 대하여 連帶責任을 지게 되나 (商, 812條 138條) 이 約款에 따라 各運送人의 責任은 分割 非連帶가 (severally not jointly) 되어 各各 自己의 담당 運送區間에 대하여서만 責任을 지는 效果를 發生한다.[85]

이 約款은 交通機關의 發達에 따라 보급되는 連接運送과 最近의 複合運送(combined transport) 또는 Intermodal transport에서 그 效力은 더욱 義意가 있을 것이다.

한편 이 代船約款이 船舶特定化에서 船舶種類化에로 B/L 債務內容을 인도하고 B/L에 의한 立證力을 減少시키고 文言的 債務를 弱化시키는 점에 注意하여야 한다.

第 7 條, 艀船料

本文; 「船積港이나 揚陸港에서의 艀船使用은 商人이 負擔한다.」

槪說; 本條項은 船積港에서 運送物 受領後 船積까지와 揚陸港에서 揚荷後 倉庫까지 또는 引渡까지 사이에 使用된 艀船料를 商人에게 負擔시키고자 하는 취지로 運送人의 責任에 관한 것이 아니고 企業計算의 安定을 위한 규정이다.

보통 定期船 經營에서는 船舶의 發着時間을 公告表대로 준수하기 위하여 本船入港과 동시에 신속한 荷役作業이 施行되므로 大量의 복잡한 個別 貨物을 신속히 처리하기 위하여 總積과 總揚[86]의 方法으로 荷役을 처리한다. 이때 本船이 埠頭에 계류한 채 荷役하면 艀船料는 發生치 아니하나 그렇지 아니할 때는 艀船料가 發生하며 이 艀船料는 本船運賃(freight)에 包含되어 있는 것이 아니므로 費用이 發生하면 별도 징수하여 海運經營의 計算을 豫定한대로 確保하자는 條項이다.

우리商法은 B/L統一條約과는 달리 (조약 2條, 3條 2項) 海上運送人의 責任의 時期와 終期를 荷物의 受領에서 引渡까지로 하고 있으므로 本條項이 有效한지 疑問인지 모르나 本條는 艀船料라는 費用에 관한 것이므로 有效하며 運送人의 運送物에 대한 責任은 역시 受領에서 引渡까지 계속되는 것이다.

---

84) 徐燉珏, 前揭書, pp. 106~107. 孫珠瓚, 前揭書, p. 212. 鄭熙喆, 前揭書, p. 156.
85) 朴元善, 前揭書, p. 308. 徐燉珏, 前揭書, p. 92. 孫珠瓚, 前揭書, p. 212.
86) 商人各自(送荷人)가 貨物을 船積하는 것이 아니라 送荷人으로부터 貨物을 受領하여 全部 몰아 船積業者(Shipping Agent)가 船積에 편리하게 分類하였다가 本船이 入港즉시 선적하는 것을 總積이라 하고 揚陸港에서는 總揚이라 한다.
布藤豊路, 米田謹次郎, 海運實務指針, (東京 : 海文堂 1965), pp. 10~11.

dCollection

第8條, 船積 揚荷 및 引渡約款

本文; 「荷物의 船積 揚荷 및 引渡에 있어서 별도 定한바 없으면 運送人의 代理店이 이를 處理한다. 揚陸, 保管, 引渡는 商人의 計算으로 한다. 船積과 揚荷는 事前通知없이 開始한다.

商人(送荷人)이나 讓受人은 本船이 船積準備가 되면 곧 荷物을 제공하여야 하고 또 運送人의 要請이 있으면 港의 어떠한 慣習에도 不拘하고 正常作業時間 外에도 本船이 受領할 수 있는 限 신속히 荷物을 提供하여야 한다.

그렇지 아니하면 運送人이 그러한 貨物船積의 義務를 免하고 本船은 별도 通知없이 出港할 수 있으며 不積運賃(dead freight)을[87] 徵收한다.

商人이나 그의 讓受人은 貨物의 引渡를 받고 運送人의 要請이 있으면 港의 다른 慣習이 있다 하더라도 正常作業時間外에도 本船이 引渡할 수 있는 限 신속히 受領을 하여야 한다.

그렇지 아니하면 運送人은 貨物을 揚陸할 수 있고 이러한 어떤 揚陸도 契約의 完全한 履行이라 看做하며 혹은 本約款 16條에 따라 별도조치를 取한다.

商人은 貨物의 上記와 같은 提供이나 受領에 관련된 超過時間手當(overtime charges)을 부담한다. 相當한 時間內에 貨物에 대한 조치를 取하지 아니하면 運送人은 그것을 賣渡하거나 競賣할 수 있다.

商人은 確認되지 아니하고 허트러진 貨物中 合理的인 自己몫을 引受하여야 한다.」

概說; 本條項은 定期船 運航實務에 있어서 運送貨物의 受領에서 本船作業까지와 揚陸時의 本船作業으로부터 貨物引渡까지의 두 過程에 있어서 送荷人 受荷人 또는 B/L所持人의 荷役作業에 대한 協力義務를 규정한다.

定期船經營의 成敗의 主要要素가 貨物의 迅速한 운송과 正確하게 時間表에 맞춘 定期的인 運送의 實行에 있는 만큼 出入港地나 寄港地에 있어서의 迅速한 貨物의 處理는 매우重要하고 短時間內에 여러種類의 雜多한 個別荷物을 大量으로 集團的으로 迅速하게 처리하기 위하여서는 送受荷人과 B/L所持人의 協力이 절대 필요한 것이다.

이러한 送受荷人(B/L所持人)의 協力義務는 定期船經營의 核心이되며 運送人의 責任을 免除하거나 輕減하는것이 아님은 물론이다.

또 迅速한 貨物의 處理를 위하여 發生하는 時間外 作業手當을 商人 부담으로 한 것도 海上運賃안에 그러한 計算이 包含되어 있지 아니하다는 점과 모든 發生費用을 豫想하고 미리 計算할 수 있게 함은 定期船經營의 成敗에 매우 重要한 要素가 되기 때문에 不確實한 發生費用을 送荷人受

87) Dead freight는 C/P에 있어서 傭船者가 契約한 貨物量을 다 準備 船積치 못하였을 때 船積치 못한 量에 대하여서도 운송人에게 支給하는 運賃을 말하고 여기서 운송人은 그 貨物不積으로 인하여 發生치 않게 된 費用은 공제한다.
Bes, Terms, p. 25.

dCollection

荷人에게 轉嫁하는 것은 商人에게 別途의 義務를 加重하는 것이라 할 수 없으므로 overtime 條項도 有效하다. 마지막 段의 규정에 있어 貨物이 허트러지고 確認되지 아니할 때 (unidentified loose cargo)가 어떠한 때인가는 문제이다. 貨物자체에는 損傷이나 滅失이 있어서는 아니되고 다만 包裝이나 記號가 破損된 경우에 限하여야 할 것이다. 그렇지 않다면 運送人의 貨物 損傷과 滅失에 대한 免責을 인정하게 되기 때문이다.

第 9 條, 生動物과 甲板積貨物 約款

本文; 「生動物과 甲板積荷物은 헤그規則 (B/L統一條約)에 따라 運送되나 이 約款 第9條의 規定에도 不拘하고 運送人의 使用人이 動物과 甲板貨物을 管理함에 있어서의 行爲 怠慢 또는 過失로 因한 滅失 또는 損害에 대하여 運送人은 責任을 지지 아니한다.」

槪說; B/L統一條約에서는 生動物과 甲板積貨物에 대하여서 條約의 適用범위에서 除外하였는데 (條約 1條 c項) 이들 物件이 航海中에 특수한 危險을 받게 되기 때문이다. 만약 條約을 적용하여 이러한 荷物의 船積에 대하여서도 特約을 엄중하게 制限하면 運賃이 매우 높아지던가 運送人이 운송을 引受하지 아니하게 되어 오히려 送荷人에게 不利하기 때문에 이런 物品에 條約適用을 排除하고 있다.

그래서 이런 物品에는 條約이 適用되지 않고 商法에도 규정이 없으므로 約款理論으로 이 條項의 效力은 인정이되고 約款에 의하여 運送人은 運送條件을 자유로히 特約할 수 있다고 본다. 따라서 이런 貨物에 관하여서 運送人의 責任을 免除하는 約款을 넣어도 有效한 것이다.

그러나 航海도중에 甲板積荷物이 船艙內에 移積되면 그때부터는 條約의 적용이 있다고 해석하며 이 條項의 適用이 없게될 것이다.[88]

문제는 컨테이너運送에 있어서 甲板積貨物을 어떻게 取扱하느냐에 있다. 컨테이너 運送은 어느 貨物이나 慣習有無에 상관없이 컨테이너의 甲板積은 艙內積載와 똑같이 인정하지 아니할 수 없기 때문에 컨테이너運送에는 別途의 約款으로 되어 있는 컨테이너 B/L (combined transport B/L)이 制定되어 使用된다.

여기에서 컨테이너 B/L을 상세히 言及할 수 없으나, 甲板積과 生動物에 관하여서는 約款條項을 두어 運送人은 컨테이너드리運送品을 甲板積운송할 權利를 갖고 B/L上에 甲板積(on deck)이라는 表示를 요구할 수 없게 하고, 이러한 貨物은 Hague Rules (이를 受容한 各國의 國內法)의 適用을 받을 것을 規定하여 一般運送과 같이 取扱하게 하였다.[89] 또 複合運送에 관하여서는 1970年 國際海法會 東京總會에서 複合運送條約案이 採擇되어 있다.[90]

---

88) 小町谷操三, 統一條約, p. 43. 이하.
89) 谷川 et. al., Container B/L, (東京 : 勁草書房, 1969), p. 130.
90) BIMCO. Documentation Ⅲ, 1970, CR-T 29. Draft Convention on Combined Transports Tokyo Rules, 參照.

dCollection

第10條, 選擇貨物約款(options)[91]

本文; 「選擇貨物에 있어서의 揚陸港에 관하여서는 本船이 選擇港中 第1次港에 到着하기 48時間前에 당지의 船舶代理店에 通知하여야 한다. 그러한 通知가 없는 경우에는 運送人은 選擇港中 어느港에나 揚荷할 수 있고 運送契約은 完全히 履行된 것이라 본다.

揚陸港選擇은 本船荷證券下에 全体量에 대하여서만 實行된다.」

概說; 國際貿易의 便宜上 이러한 運送은 慣用된 것 같으며 海上運送의 法律關係에 어떠한 變更이 있는 것이 아니고 다만 運送契約의 技術的事項에 관한 것으로 이 條項이 約款으로서 有効한 것은 물론이다. 다만 本條項에 따른 送受荷人의 通知가 있었음에도 貨物이 다른 港에서 揚荷된 경우에는 契約의 一般原則에 따라 運送人은 指定된 選擇港에 그의 責任과 費用으로 운송해야 하고 損害賠償 義務도 부담한다.

第11條, 運賃과 費用

本文; 「ⓐ 先拂運賃은 그것이 實際로 支給되었던가의 여부에 관계없이 荷物이 船積된 때 全額嫁得한 것으로 看做하며 어느 경우에도 返還하지 아니한다.

本契約으로 발생한 費用에 대한 運送人의 請求는 그 費用의 發生 즉시 상기와 같은 方法으로 運賃과는 별도로 支給되어야 할 것으로 본다.

運賃과 費用의 支給期日이 된 때로부터 年利 5分의 利子가 加算된다.

ⓑ 商人은, 荷物의 燻蒸消毒과 허트러진 荷物의 收集, 分類, 檢量의 費用과, 運送人의 免責事由로 因한 荷物損傷의 修理및 再包裝으로 發生한 費用과, 上記事由로 인한 貨物의 時間外 取扱의 費用을 부담하여야 한다.

ⓒ 商人은 運賃額, 荷物重量, 船舶의 噸數 등을 基準으로 어떤 名目으로 負課되는 料金, 負擔金, 稅金, 기타費用도 支給하여야 한다.

ⓓ 商人은 運送人, 船舶 또는 運送物이 稅關規定이나 輸出入規定의 違反으로 부담하게 된 罰科金이나 損失에 대하여 責任을 진다.

ⓔ 荷物의 內容, 重量, 容積 또는 價格이 不正確하게 告知된 경우 運送人은 그러한 告知가 正確히 되었더라면 徵收하였을 運賃額의 2倍를 請求할 權利가 있다. 이러한 事實을 確認하기 위하여 運送人은 商人으로부터 送狀 原本을 提示받을 權利와 內容을 檢査하고 重量, 容積 또는 價格을 證明받을 權利를 留保한다.」

概說; ① 이 條項은 運賃과, 海上運送契約의 履行中에 發生하는 附隨費用의 부담에 관한 特約을 정하는 約款이다.

---

91) 國際貿易에서 미리 引渡港을 確定치 않고 賣買하는 경우가 있다. 이때 船積한 貨物을 選擇貨物이라 하고 送受荷人은 本船이 目的港에 도착하기 24h or 48h 이전에 運送人에게 通知하도록 特約을 하고 船積한다. (예, Marseilles option London. Rotterdam or Hamburg 등).
J. Bes, —Terms, p. 123.

dCollection

運賃은 運送契約에 의하여 海上運送人이 取得하는 가장 重要한 請求權이다. 海上運送人은 이 請求權을 取得하기 위하여 海上企業을 경영하므로 運賃의 取得과 確保에 최선의 努力을 한다. 한편 상대방인 商人도 運賃과 滯船料 기타 附隨 費用의 發生을 極力억제하게 되므로 서로 분규가 많게된다.

㉡ 그런데 海上運送 契約은 運送이라는 일의 完成을 目的으로 하는 都給契約이기 때문에 運賃은 運送이 完了한 時點에서 支給하는 것이 原則이고 運送物의 全部나 一部가 送荷人의 責任없는 事由로 滅失한 때는 그 到着이 없으므로 그런 運賃은 청구하지 못하며 이미 運送人이 運賃의 一部나 全部를 받은 때에는 이를 반환하는 것이 原則이다.[92] (商, 812條, 134條 1項)

例外的으로 運送物이 送荷人의 과실로 滅失된 경우 (134條 2項)와 船長이 運送物에 대한 商法上의 措置를 취한 경우 (774條 1項과 832條 G/A處分을 한 경우)에는 運賃全額을 청구할 수 있을 뿐이다. (810條)

㉢ 이상이 商法上의 運賃規定인바 本約款은 商法規定과 달리 運賃에 관하여 特約을 定하고 있다.

즉 運送物이 運送人의 歸責事由로 滅失한 경우에는 運賃을 청구할 수 없으며 설혹 B/L上의 免責事由에 해당하더라도 運賃은 청구할 수 없다고 해석하는데[93] 本約款에서는 ⓐ 荷物이 船積된 때 全額嫁得된 것으로 보고 어느 경우에도 先拂한 運賃은 返還치 않기로 定하고 있다.

이것은 商法上의 原則과 正反對의 이른바 運賃確定取得의 特約이나 運送物에 관한 運送人의 義務나 (責任等 輕減) 禁止 규정의(商 790條) 違反이 아니므로 有効하다고 본다. 이러한 特約은 各國의 海上運送에서 慣行되어오고 各國에서 모두 有効한 特約으로 보고 있다.[94]

이 特約은 運賃에 관한 海上危險을 送荷人에게 轉嫁하는 効果가 있는데 그 危險은 運賃保險으로 쉽게 擔保되고 결국 運賃全額의 損失의 문제가 아니라 다만 保險料 부담문제에 歸着되므로 널리 慣用된 것이라 한다.[95]

이 條項에 따르면 運賃請求權은 運送物의 船積이 要件이므로 船積前 受領保管만으로는 運賃請求權은 成立되지 아니하고 "어떠한 경우에도 返還치 아니한다"(non-returnable in any event)고한 "어떠한 경우"가 海上運送人의 歸責事由로 因하여 運送義務를 履行치 못하게 된 경우도 포함하느냐 하는 점은 문제이다. 이 경우란 約款解釋의 理論에 따라 中間的인 해석으로 船舶의 不堪航이나 甲板積으로 運送物이 滅失 損傷된 경우는 除外하고 그밖의 모든 경우라고 해석하고

92) 朴元善, 前揭書 p. 330. 孫珠瓚, 前揭書, p. 239. 參照, 鄭熙喆, 前揭書, p. 164.
93) B/L上의 免責約款은 運送人의 損害賠償義務를 免除하는 特約이지 債務不履行의 事實을 履行이 있었다고 하는 特約이 아니기 때문에 運賃請求를 할 수 없다고 해석한다.
小町谷操三, 要義 中卷 2. p. 458, p. 507 參照.
94) 小町谷操三, 前揭書, p. 504. 이하
各國의 B/L에 이 約款이 慣行되고 있다.
95) Ripert, No. 1649. Martin, Rev. de droit maritime comparé. Dor, t. 32, p. 6.
"La clause de fret aquis a tout événenment" 小町谷操三, 前揭書, 中卷2 p. 505.

dCollection

자 한다.[96]

따라서 航海中에 船舶이 海難을 당하여 航海不能이 되어 他船에 換積한 경우에는 이 換積地로부터 商人은 다시 運賃을 支給하여야 한다. 새로운 航海의 開始라고 보아야 하기 때문이다. 換積船이 최초의 船舶과 同一所有者인 경우에도 마찬가지이다.[97]

(4) 다음은 b項의 荷物損傷 取扱處理費用, c項 d項의 運送에 관련되어 부과되는 負課金 및 罰科金 등은 모두 運送物의 運送에 관련되어 發生한 費用이므로 이른바 附隨費用으로서 受荷人이 부담하는 것이 原則이다.(商 800條) 이 條項들은 附隨費用의 內容을 밝혀 놓고 있는 데에 意味가 있을 뿐이다. 이 費用들은 물론 運賃이나 碇泊料中에 包含되지 아니한 것이어야 한다.

(5) ⓔ 1924年 B/L統一條約에서는 B/L記載事項에 대하여 推定的 證據力을 인정(prima facie evidence)하고 있으나 1968年 Hague-Visby Rules에서는 경우에 따라서 絶對的 證據力을 인정한다.

B/L의 文言證券的 性質을 인정하는 立法例는 우리商法(131條), 프랑스法(1966年 法, 20條), 獨法(656條 1項) 등이 있고 英美法에 있어서도 具体的인 경우에 絶對的 證據力을 인정하는 경우도 있다.[98]

이와같이 B/L의 流通保護를 위하여 B/L의 證券的 責任 또는 禁反言(estoppel)則의 強化傾向이 있고 또 送荷人은 文書에 의한 貨物의 通知가 正確한 것임을 運送人에게 擔保할 責任이 있으므로 (條約 3條 5項 우리商法은 受容치 아니함)이 規定은 送荷人의 義務違反에 대한 懲罰的 規定이라 하겠다. 이 條項은 B/L의 性質上 또한 送荷人의 通知正確 擔保義務上 有效한 것임은 물론이다.

第12條, 留 置 權

本文; 「運送人은 本契約에 의한 債權額 및 그의 回收費用을 위하여 留置權을 保有하고 어떠한 請求權을 위하여서도 私的으로나 競賣에 의하거나 運送物을 賣渡할 權限이 있다.」

概說; 海上運送人은 商人에 대하여 갖는 運賃기타 債權을 위하여 運送物上에 留置權을 (商 800條 2項) 保有하므로 本項은 注意的 意味가 있고 有效함은 물론이다.

다만 이 留置權으로 擔保되는 債權의 범위에 관하여서는 約款은 any amount due under this contract and cost of recovering same～ 이라고 表示하고 있으나 이것은 商法에서 明示하는 바와 같이 (800條) 運賃, 附隨費用, 替當金, 碇泊料, 共同海損 및 海難救助의 負擔金 이라고 해석한다.[99]

第13條, 遲延損害

本文; 「運送人은 運送人 자신의 重過失로 인하여 發生한 것이 아닌 경우에는 運送物의 遲延

96) 결과同說 小町谷, 前揭書, p. 507.
다음에 先拂運賃의 返還여부에 관한 여러 判例가 例示되고 있다. Scrutton, pp. 382～86.
97) Martin, op. cit., p. 14.
小町谷操三, 前揭書 中卷 2, p. 509.
98) Scrutton, op. cit., pp. 79, 69～73.
99) 同說 小町谷操三, 前揭書, 中卷 1, p. 605.

dCollection

으로 인하여 商人이 입은 損害에 대하여 責任지지 아니한다.」

概說; 運送人은 運送契約에 있어서 船舶이 豫定된데로 遲滯없이 積荷物을 運送할 것을 默示的으로 擔保하고 있는 것이다. 따라서 定期船은 시발항을 출발하면 通常的 航路에 따라 예정된 寄港地를 地理的 順序에 따라 지체없이 航行하여야 한다.(船員法 9條)

이러한 運送人이 부담하는 遲延하지 아니할 默示的 義務를 위반하여 目的港 도착이 遲延됨으로써 運送物의 去來에 商人이 損害를 입게 되면 運送人은 이 損害를 賠償할 책임이 있다. (商 787條 1項, 788條 1項)

그러나 海上運送은 그 企業活動의 性質上 가장 遲延손해가 發生하기 쉬운 企業이다. 따라서 豫定된 時間表(보통은 入出港 日字로만 表示)에 늦었다고 嚴格히 해석하여 곧 海上運送人의 責任이 發生하는 것은 아니다.

그러면 얼마나 遲延하여야 延着의 責任이 發生하느냐는 문제이다. 결국 그 遲延이 海上運送에 있어서의 運送人의 債務不履行이 되는 정도 즉 運送契約의 目的을 달할수 없을 정도의 遲延이라고 할 수 밖에 없으므로 遲延의 개념은 相對的으로 해석하여야 할것이다.

具体的으로 얼마나 延着되어야 損害賠償責任이 발생하느냐를 明示한 法條文은 없고 目的港到着의 遲延이 甚하여 商人이 그 運送契約의 利益을 상실할 정도의 延着이어야 遲延의 責任이 發生한다고[100] 할 수 밖에 없다.

延着의 原因이 運送人이 免責되는 事由로 인한때는 遲延의 責任은 發生치 아니하고 또 正當한 航路離脫(deviation 離路)의 경우에도 遲延의 責任은 發生치 아니한다.(條約 4條 2項, 4項) 本條에 表示한 바와같이 그 遲延이 運送人자신의 重過失 내지 故意가 인정되는 경우에 運送人의 責任이 발생한다.

이러한 경우란 예컨대 費用節減을 고려한 補給계획의 차질로 航海가 遲延되는 경우 기타 堪航能力 확보上의 過失등을 들수 있겠다. 運送人이 遲延責任을 부담하게 된 경우에는 損害를 賠償하여야 하나 賠償額은 運送物이 遲延없이 到着하였다면 引渡하였을 날(日字)의 도착지의 價格과 遲延引渡時의 價格의 差額이 된다.[101]

'第14條, 共同海損 및 救助 (新 Jason 約款)

本文;「共同海損은 運送人이 선정하는 港이나 場所에서 1950年 YAR에 따라 精算한다.

航海開始의 前 또는 後에 事故, 危險, 損傷 또는 災難이 발생한 경우, 그 原因이 過失이던지 아니던지, 그로 인하여 運送人이 實定法上 또는 契約上 責任을 지지 아니하는 경우에는, 商人은 運送人과 더불어 共同海損에 있어서의 犧牲 損失 또는 입게 된 共同海損 성질의 費用支給에 대한 共同海損 分擔金을 분담하고, 運送物에 관하여 발생한 救助費 및 特別費用을 支給한다.

救助船이 運送人 所有이거나 運送人이 운항하는 船舶인 경우에도 구조선이 他人의 선박인 경

100) Scrutton, op. cit., p. 109, p. 295, et seq.
101) 小町谷操三, 前揭書, 中卷1, pp. 329, 338. 參照.

dCollection

우와 동일하게 救助料는 全額 支給하여야 한다.」

槪說; 본조는 이른바 New Jason Clause라하여 共同海損에 관한 美國法의 特異한 原則 때문에 제정된 約款이다. 共同海損의 成立 要件에 있어서 一般的으로 各國의 法制나 YAR에서는 共同의 危險이 現實로 존재하면 충분한 것으로 따라서 船舶이나 積荷에 瑕疵 기타 過失이 있는 경우라도 무방하나[102] (商 837條) 美國法은 共同海損의 危險이 船舶측의 過失로 인하여 發生한 때에는 共同海損의 分擔에 있어 船舶側에 分擔의 義務는 있으나 荷主측에 대한 분담 請求權은 인정할 수 없다는 原則이 確立되어 있다.

이것은 Irrawady 號事件(1897年) 및 Strathdon 號事件(1900年)에서 確立된 判例이다.[103]

Irrawady 號事件은 Harter法(1893年)이 施行된 數年後에 발생한 事件으로 Harter法 施行前에 美國法은 船長 및 海員의 航海 및 船舶取扱에 관한 過失로 인한 共同海損의 경우에 船舶所有者가 共同海損에 參加하는 것을 인정하는 것은 公序良俗(Public Policy)에 反하는 것이라고 해석되고 있었다.

Harter法 3條는 「航海 또는 船舶의 取扱에 있어서의 過失에 基하는 損害」에 대하여 船舶所有者의 責任을 免除하였으나 이러한 「過失있는 航海 또는 船舶의 取扱」으로 因하여 共同海損이 惹起되면 船舶側은 종래와 같이 共同海損의 分擔義務는 있어도 自己의 犧牲과 費用은 共同海損中에 參加할 수 없는 것이냐 하는 點이 Irrawady號事件에 있어서의 爭點이었다.[104]

이 裁判에서 Harter法은, 船舶을 取扱하는 者의 過失에 대한 責任으로 부터 船舶所有者를 免除하는것 뿐으로, 船長 및 海員의 過失에 의하여 야기된 共同海損의 分擔請求權과 같이 종래에 인정되지 아니하던 權利를 새로히 인정하고자 하는것이 아니라는 趣旨를 判示하였다.[105]

이 事件은 船舶의 過失에 의한 火災로 共同海損이 發生하였는데 船舶이 입은 損害에 대한 共同海損分擔金을 積荷側에게 分擔할 것을 請求할수 없다고 判示하였다.[106]

이리하여 船舶側 過失로인한 共同海損의 발생에 있어서도 共同海損인 損害에 船舶側의 犧牲과 費用을 合算하도록 하는 約款을 船荷證券에 設定하기에 이르렀다.

이러한 約款의 效力에 관하여는 그 후 The Jason號 事件에 있어서 다시 爭點이 되었는데 美大法院은 이 約款을 有效라 判示하였으므로[107] 그 事件名에 따라 이 約款을 The Jason Clause라고 하여 船荷證券에 慣用하기에 이르렀다. 또 이밖에 共同海損은 1950年 YAR에 의하여 精算한다는 뜻과 (本條 1項),

---

102) 孫珠瓚, 前揭書, p. 259. 朴元善, 前揭書, p. 368.
103) Morrison and Stumberg, Cases and Materials on Admiralty, Brooklyn, 1954, pp. 474 et., seq.
104) Gilmore and Black, The Law of Admiralty, Brooklgn, 1957, p.
105) Carver, op. cit., Vol. 2, p. 741. The Irrawady(1897) 171 U. S. 187.
다음 Strathdon號事件(1900年)에서 위 判例는 再確認되었다.
106) The Strathdon(1900) 101 Fed. Rep. 600, Carver, loc. cit.
107) The Jason(1911) 225 U. S. 32., Carver, op. cit., p. 742.

dCollection

本船이 救助를 받았을 때에, 海難救助船이 그 運送人의 所有 또는 運航하는 선박인 경우에도 海難救助料를 다른 所有者인 경우와 같이 全額 支給할 것(本條 3項)을 定하고 있다. 이러한 約款을 New Jason Clause 라하여 美國法 原則을 取하는 나라의 法으로 共同海損이 精算될 可能性이 있는 경우에, 1950年 YAR에 의하여 精算되게 하고자 함이 本約款의 취지이다.

지금은 어느 B/L이나 C/P에 어김없이 New Jason Clause를 삽입하고 있다.

第15條, 雙方過失衝突條項 (本 條項은 美國法院에서 効力을 否認하는 경우에도 有効하다)

本文; 「本船이 他船과 衝突하여 그것이 相對船의 懈怠와 自船의 船長, 海員, 導船士 기타 運送人의 使用人의 航海上 또는 船舶의 管理上의 行爲 不注意 또는 過失로 發生한 경우에는, 相對船 즉 非積載船 또는 그 所有者가 商人 (本證券으로 運送되는 荷物所有者)에 대하여, 그 衝突에 따른 당해 荷物의 滅失毁損에 대한 賠償金으로 支給할 金額中에서, 혹은 기타의 모든 損害賠償請求에 대하여 支給하는 또는 支給하여야할 金額中에서, 相對船 또는 그 船主가 積載船 또는 運送人에 대한 求償部分으로 相計 控除하고, 또는 回收한 金額에 대하여서는 위 荷物所有者는 運送人에게 이를 補償한다. 上記 規定은 衝突船 또는 衝突物 이외의 船舶이나 物体의 所有者, 運航者, 受任管理人이 衝突이나 接觸에 관하여 過失이 있는 경우에도 適用한다.」

概說; 船舶의 衝突에 있어서의 責任에 관하여서는 1910年 衝突에 관한 國際統一條約이 成立되어 있고[108] 현재 세계 主要海運國 21個國에서 批准[109] 施行하고 있으므로 대부분의 나라가 統一되어 있으나[110] 美國만은 이 條約을 批准하지 아니하고 獨自的인 法原則을 實行하고 있다.

즉 美國法은 雙方過失에 의한 衝突의 경우 條約과 같은 過失比例의 原則 (條約 4條, 한商, 846條 참조)에 따르는 것이 아니고 商人(積荷利害關係人)은[111] 相對船(그 荷物을 運送치 아니하는 船舶)에 대하여 損害의 全額을 請求할 수 있는 것이다.[112]

이것은 Harter法과 1936年 美國海上物件運送法(COGSA, 1936)에 의하여 海技過失(또는 航海過失)로 인한 積荷의 損害에 대하여서는 船舶에 責任이 없으므로(U. S. COGSA, 1936, 第4條 2項 B/L統一條約 第4條 2項) 積載船舶에 대하여서는 積荷主는 損害賠償請求를 할 수 없는 反面, 過失있는 相對船에 대하여서 賠償請求가 인정된다.

따라서 이 請求를 받은 相對船은 積荷主에 賠償한 損害額을 다시 運送船側에 대한 賠償請求額에 加算하여 請求하는 것이 인정된다.

그리하여 運送船이 自船의 「一方過失」이라고 決定된 때는 自己가 運送하는 積荷에 대하여서

---

108) Marsden, On the Law of Collisions at Sea, Stevens and Sons Ltd., London. 1953, p. 810. 英原文 參照.

109) CMI. Documentation 1972 Ⅲ, Antwerp, CMI. Secretariat. p. 300

110) 우리나라는 批准加入치 않고 있으나 商法은 이 條約을 受容한 것이므로 우리法도 獨, 佛, 英, 希, 日, 伊, 北歐諸國 등의 法理와 같은 것이다. (商第843~848條)

111) 新双方過失衝突約款에서 종래 積荷利害關係人의 用語대신 Merchant를 使用하고 있다.

112) Knauth, op. cit., pp.

dCollection

賠償責任을 지지 아니하나 「雙方過失」이라고 決定되면 自船 積荷의 損害의 2分의1을 賠償하는 結果가 된다. 이와같이 運送人이 單獨過失의 경우보다 過失이 더작은 雙方過失의 경우에 損害賠償을 더 많이 하게 되는 不合理한 結果가 된다.[113]

이러한 不合理한 상태를 시정하기 위하여 설정된 것이 이 雙方過失 衝突約款이다.

그런데 近年에 이 雙方過失衝突約款이 美國의 第1審에서는 有効라 判決되었으나[114] 第2審과 聯邦大法院에서 위 約款은 不當하다(unreasonable)는 理由로 無効判決을 받아서 문제가 되었다.

이것은 美國이 1910年의 船舶衝突 統一條約을 아직 批准치 아니하고 있는 데에 原因이 있겠으나 이러한 雙方過失衝突約款을 商人間의 自治法的 効力 내지 商慣習法的 効力을 인정치 아니한 점에 문제점이 있다.[115]

要컨대 美國이 商船國이라기 보다는 大積荷國으로서 積荷商人의 利益 이 결국 美國의 Public Policy에 合致한다는 것을 나타내는 判例라 할 것이다. 그러므로 이 約款이 다른 나라에서 쟁점이 될 때에 美國判例에 따를 것이라고 생각할 수 없다.[116]

이러한 경과를 거쳤기 때문에 美國의 判例에 留意하여 新雙方衝突約款에는 「本約款은 美國法院에서 効力을 否認하는 경우에도 有効하다」고 새로 規定을 두게 되었다. 또 이 條項은 雙方過失이라 하였으나 二船間의 충돌의 경우外에 三船衝突의 경우에도 適用한다.(第 2項)

第16條, 政府命令, 戰爭, 傳染病, 結氷, 스트라이크, 기타

本文; 「ⓐ 船長과 運送人은 本契約의 運送과 관련하여 政府나 權限當局 또는 政府나 當局의 代理行爲者 또는 船舶保險條件上 命令, 指示, 推薦(勸告)할 權限있는 者 등이 發하는 命令, 指示, 推薦에 따를 自由가 있다.

ⓑ 만약 運送의 履行이 船舶과 船積荷物을, 戰爭, 戰爭行爲, 封鎖, 暴動, 內亂, 海賊行爲 등의 結果 拿捕, 損傷 또는 遲延의 危險에 露出시키게 하거나 또는 船上 人命이나 船上人의 自由를 危殆롭게 하거나 또는 그와 같은 危險을 增加시키는 사태가 되는 경우에는, 船長은 荷物의 船積港에 또는 다른 安全하고 편리한 港에 荷物을 揚陸시킬 수 있다.

ⓒ 만약 傳染病, 檢疫, 結氷 기타(船上에서이건 陸上에서이건, 勞動爭議, 勞動障碍, 스트라이크, 職場閉鎖 등의 發生) 積荷 또는 揚荷中의 困難 때문에 船積港의 出港이 방해되거나 揚陸港에 도착하고 또는 入港하는 것이 방해되거나, 또는 出入港作業이 安全하고 지체없이 이루어져서 통상적 방법으로 揚陸하고 다시 出港하는 것이 방해되는 사태가 되면, 船長은 船積港 또는 다른 安全하고 편리한 港에 荷物을 揚陸할 수 있다.

ⓓ 船荷證券이 發行되어 運送되는 荷物의 本條項에 따른 揚陸을, 契約의 正當한 履行이라고 看做한다. 本 條項의 경우에 관련하여 발생하는 別途의 費用을, 運賃과 혹시 발생한 경우에는

113) Gilmore and Blaek, op. cit., p. Carver, op. cit., Vol. 2, p. 1181.
114) U.S.A v. Farr Sugar Corp. (1951) 2T. L. R. 1013)
115) 이러한 判決이 B/L統一條約 4條 違反이 아니고 오히려 運送人의 責任이 加重되므로(B/L條約 5項) 國際條約 違反은 아니다.
116) 西島彌太郎, 前揭書, p. 347.

dCollection

返送運賃 및 荷物에 대한 時間外 服務에 대한 상당한 補償에 부가하여 商人이 이를 부담한다.

ⓔ 本條에 규정한 事態가 사전에 豫測되는 경우 또는 그러한 理由 때문에 船舶이 安全하고 遲滯없이 船積港에 到着, 入港할 수 없거나, 修理를 하여야 하는 경우에는, 運送人은 船荷證券 발행전에 契約을 解除할수 있다.

ⓕ 可能하면 運送人은 商人에게 이러한 사정을 通知하여야 한다.」

槪說; ① 本條는 約款의 分類上으로 보면 責任除外 約款으로, 過失과 상관없는 「特定한 損害原因」을 除外하여 損害의 發生을 豫防하고자 하는 것이다.

즉 船舶의 內部的 危險에서 發生하는 損害가 아니라 外部的 危險에서 發生하는 損害를 除外하고자 하는 취지로서, 여기에서는 政府의 命令, 戰爭, 傳染病, 結氷, 스트라이크와 같은 外部的 要因으로 積荷의 目的港에의 入港이 沮害받거나 船舶 또는 積荷物에 危險을 초래하게 한 경우에 船長은 荷物을 船積港 또는 다른 安全하고 便利한 港에 揚荷시킬 權利를 갖게된다. (b項, c項)[117]

② 本條項으로 防止하고자 하는 損害는 船舶 또는 荷物의 遲延 損傷 滅失을 모두 포함하며 本條의 效果는 目的港이 아닌 다른 港에 荷物이 揚荷되므로 目的港까지의 運送費用과 危險을 商人側이 부담하고 運送人은 다른 港에 揚陸함으로써 契約의 正當한 履行이라 간주하므로(d項) 目的港까지 荷物運送의 義務가 없게되는데에 本條의 效果가 있다. 本條 규정상의 危險은 모두 不可抗力의 事由에 해당하고 그 危險이 客觀的으로 存在하여야 할것이나 船長의 合理的 判斷으로 本船에 그러한 危險이 닥칠것이 豫想되는 경우도 포함한다고 해석한다.

積荷物을 다시 船積港에 揚荷한다는 것은 定期船(liner)이기 때문에 復航時에 揚荷한다는 것이고, 安全한 港이란 船舶과 荷物을 위하여 安全한 港이고, 便利한 港이란 交通便, 荷役設備, 距離 등을 고려하여 商人에게 편리한 港이라 해석한다.[118]

종래의 私的書式(Private form)[119]에는 「港의 制約」(Port restriction)과 「勞動制約」(labor restriction)으로 나누어 規定한 것도있다.

③ 또 本條의 事態가 發生할 것이 사전에 예측되면 B/L發行前에는 運送契約을 解除할 수 있으므로 (e項) 이러한 事由는 約定解約 事由에 屬한다.

一般的으로 이상과 같은 不可抗力의 事由가 있는 때는 契約을 解除함이 당연하나(商, 808條 參照) 船荷證券이 이미 發行되었으면 그의 流通性을 害치지 아니하기 위하여 船荷證券의 발행前에만 契約을 해제할 수 있게 하였다.

또 政府의 公權力에 의한 航海命令, 船舶의 徵發 등도, 運送人의 任意로 거부할 수 없는 外部的 要因이며 (a項) 權限있는 當局의 代行者란 船舶安全法上의 船級協會(船安法 第8條)를 뜻하고 船舶保險 條件上의 權限있는 者란 船舶保險 鑑定人(Insurance Surveyer)를 말한다고 해석

117) Carver, ibid., Renton v. Palmyra Trading Corp. [1956] I Q.B. 462, Carver, p. 236. p. 456.
118) Scrutton, op. cit., p. 131.
119) Bes, Practice, p. 42.

dCollection

한다.

第17條, 運送人의 特定

本文; 「본 船荷證券으로 입증되는 運送契約은 商人과 여기에 기재된 船舶(또는 代船) 所有者 사이에 체결된 것이며 運送契約으로 발생하는 義務의 不履行 또는 違反으로 인한 損害와 損失에 관하여서는 그것이 船舶의 堪航性과 관련이 있던지 없던지 前記 船舶所有者만이 責任을 지는 것에 合意한다.

만약 上記에 반하여, 裁判에서 다른者가 運送人이라고 또는 積荷物의 受託者(bailee)라고 判決한다면 法과 本船荷證券에 의한 모든 責任의 制限 또는 免除는 그者가 援用할 수 있다.

더욱이 本船荷證券을 船長을 代理하여 작성한 會社나 代理店이, 運送去來에 있어서는 定期運送人으로서의 本人이 아니므로, 運送人으로서 또는 運送物의 受託者로서 그 運送契約으로부터 발생하는 어떠한 責任도 지지 아니한다는 점을 理解 合意한다.」

概說; 이 條項은 종래의 船荷證券 書式에는 없던 條項으로 同一運送去來에서는 運送人을 特定하여 責任의 主体를 運送人 本人으로 單一化 하기위한 法技術的 條項이며 이 BIMCO 標準船荷證券(No. 63 Liner B/L)의 特色있는 約款이다.

이 條項은 ① 특히 換積 (transhiр) 운송의 경우에 運送에 관한 責任의 主体를 特定하고 ② 堪航能力 여부에 상관없이 上記 運送契約의 主体로서 B/L上의 船舶所有者만이되고 ③ 요컨대 連接運送(通運送, through transportarion)[120]의 경우에도 主運送人만이 責任의 主体가 되는 점에 本條項의 意義가 있고 ④ 船荷證券 署名者라 하더라도 運送人 本人이 아니면 責任의 主体가 되지 못한다.

이러한 運送去來關係에 있어서 責任의 主体를 運送人만으로 集中하는 것은 IMCO에서 主催한 1969年 油濁損害에 대한 民事責任에 관한 條約[121]에서 採擇한 立法技術로 복잡한 去來와 責任의 關係를 簡明化하는 長点이 있다. 實質的 責任관계와 本條項의 責任관계에 차이가 날 경우에는 內部求償으로 해결할 것이다.

第18條, 運送人의 使用人 및 代理人의 一般的 義務免除(exemption) 및 免責(immunity)

本文; 「運送人의 被用人이나 代理人은 (運送人이 필요할 때만 契約하는 獨立契約者를 포함하여) 어떠한 경우에나 職務의 수행중 또는 職務와 관련하여 그의 行爲 過失 또는 懈怠로부터 直接的으로 또는 間接的으로 발생하거나 초래된 滅失, 損傷, 또는 遲延에 관하여, 商人에 대하여 어떠한 責任도 지지 아니한다.

그러나 本條의 上記 一般原則을 害함이 없이 모든 義務의 免除 制限 條件 및 本證書에 포함된 特權과, 그 性質이 어떠하던간에 運送人에 대하여 適用할 수 있고 또 運送人이 援用할 資格이 있는 모든 權利, 責任의 免除, 抗辯과 免責은 이를 援用할수 있고 또 前記한 職務를 履行하는

120) 朴元善, 前揭書, p. 308., 鄭熙喆, 前揭書, p. 156.
121) 裵炳燊, "1969年 油濁損害에 대한 民事責任에 관한 國際條約의 研究" 한국사회과학연구, 第1卷1號, 1974. pp. 17 이하 參照.

dCollection

運送人의 모든 使用人과 代理人을 防衛하기 위하여 이를 擴張한다.

本條의 이러한 目的을 위하여 運送人은 때때로 그의 使用人 또는 代理人이 되는者(전기한 獨立商人을 포함하여)의 利益을 위하여 또 그들을 代理하여, 그들의 代理人으로서, 受託者로서 行動한다고 看做하고, 또한 이러한 限度까지는 그러한 者는 모두 本船荷證券으로 立證되는 契約의 當事者라고 간주한다.

運送人은 滅失 損傷 遲延 기타로 인하여 運送人의 使用人이나 代理人으로부터 商人이 賠償받았거나 받을 수 있는 金額을 請求에 의하여 商人으로부터 支給(還給)받을 權利가 있다.」

槪說; ① 本條도 종래의 船荷證券 約款에는 없던 것을 新設한 條項으로 運送人의 被用人과 代理人(代理商, 仲介商 包含)의 運送에 관한 職務上의 過失行爲의 責任을 免除하여 (第1項) 이들을 保護하고자 하는 취지이다.

② 본래 海上運送人은 自己 또는 船員 기타의 船舶使用人이 商事過失 즉 運送物의 受領, 船積, 積付, 運送, 保管, 揚陸, 引渡에 관하여 注意를 다하지 못하므로써 발생한 運送物의 滅失, 損傷, 延着에 관한 損害를 배상할 責任을 진다.(한商, 788條 1項) 또 中間의 運送履行補助者, 順次運送人의 行爲에 대하여서는 海上運送人은 責任을 져야한다.(商 812條 138條)

③ 한편 船荷證券 統一條約이나 各國의 海上運送法에서는 海上運送人 自身에 대한 法的免責事由또는 責任輕減 要件을 규정하여 海上運送人의 責任을 완화하고 있다.(예, B/L條 4條 各項)

그런데 海上運送人의 使用人 기타 履行補動者에 대한 免責은 규정하고 있지 아니하므로 嚴格히 말하면 海上運送人이 免責되는 경우에는, 그 運送의 履行에 過失이 있는 海上運送人의 使用人 또는 履行補助者에 대하여 그 運送의 債權者가 갖고 있는 請求權은, 消滅한 것이 아니라 過失있는 船長 기타 使用人에게 대하여 請求할 수 있는 것이다.

그러나 이 請求權은 有名無實한 것이므로 保險會社로부터 損害를 塡補받고 保險會社는 이를 代位請求할 수 있으나 (商 770條) 보통 이것을 保險會社 自身의 損害로 하고 청구하지 아니하는 것이 現實이다.[122] 따라서 本條는 過失行爲의 主体에 船長, 船員 기타 使用人 이외에 獨立된 商人인 代理商(代理店), 仲介商 또는 運送周旋人 까지 포함을 시키고 이들의 過失行爲에 의하여 商人(B/L所持人)에 대한 責任을 免하게 하는 데에 意義가 있다.

이들에 대한 保護를 위하여 運送人에 適用되는 商人에 대한 免責 또는 抗辯은 이들에게도 곧 適用 또는 援用할 수 있게 하고 있다. (本條 第2項)

이러한 保護를 철저히 하기 위하여 이들 使用人이나 代理人은 경우에 따라서는 그 運送의 船荷證券上의 契約當事者라고 간주한다.(第3項)

그러나 商人이 이들로부터 損害를 賠償받은 金額에 대하여 運送人이 다시 이것을 還給받을 權利가 있다고 규정한 4項規定의 有効性은 疑問이 있다.

---

122) 田中誠二, 前揭書, p. 669., Ripert, Ⅱ. No. 1764, p. 713~14.

dCollection

이들의 損害賠償責任을 免하고 免責事由의 援用에 의한 保護의 필요성은 인정할 수 있으나 商人이 이들로부터 賠償받은 경우에는 그것을 運送人이 還給받아야 할 根據는 인정할 수 없기 때문이다. 여하간 본조항은 本約款制定에 있어서 運送履行補助人團体 (예, 代理店 船舶仲介人 또는 荷役業團体등)와의 協議에 의하여 制定된 約款이라 생각된다.

第19條, 積付裁量과 單位化

本文; 「ⓐ 荷物은 運送人이 受領한대로 積付하고 또는 運送人의 必要에 따라 컨테이너에 또는 併合荷物(consolidate cargo)에 사용되는 그와 유사한 運送用器에 넣어 船積할 수 있다.

ⓑ 컨테이너, 트레이러 및 運搬用 탱크는 運送人이 그것에 積付하였던지 積付된 상태로 商人으로부터 運送人이 受領하였던지, 商人에 通知없이 甲板積하거나 또는 船艙에 積付하여 運送될 수 있다.

ⓒ 上記와 같이 積付된 荷物에 대한 運送人의 責任은 前記定義한 바와 같이 甲板積으로 運送된다 하더라도 헤이그 規則을 適用 決定하고 共同海損에 있어서 分擔金을 부담하고 共同海損 補償金을 受領한다.」

概說; 本條項도 종래의 船荷證券에는 없던 새로운 約款으로 컨테이너 運送[123]을 위하여 制定한 것이다. 즉 荷物은 필요에 따라 컨테이너 또는 이와 유사한 運送用器에 넣어 船積할 수 있고 (a項) 컨테이너 기타 運搬用 탱크 등에 넣은 荷物은 이것들을 甲板積 할 수 있게 한다. (b項)

컨테이너 運送은 本來船舶의 構造부터 甲板積할 것을 豫定하여 建造하고[124] 또 어느 컨테이너가 甲板積될지 船艙內에 積付될지는 事前에 알기는 不可能한 것이므로 甲板積을 인정하고 오히려 甲板積이 컨테이너 運送의 常態가 되어 있다.[125]

그런데 船荷證券 統一條約(本條에서는 Hague Rules라고 表示하고 있으나 이는 同統一條約의 俗稱이다)에서는 甲板積 荷物과 生動物에 대하여서는 條約適用이 배제 되어 있으므로 (條約 1條 c項) 運送人에게 不利하여 本條項이 필요한 것이다.

종래의 船荷證券上의 甲板積荷物에 관한 約款은 보통 「甲板에 積載한 運送物과 生動物등은 送荷人 受荷人의 危險으로 運送하고 그러한 運送物의 損傷, 滅失, 死滅에 대하여 運送人은 責任을 부담하지 아니한다」는 취지를 明示하였다.

그러나 본래 甲板積을 豫定하고 있는 컨테이너 運送에 있어서는 컨테이너등의 運送用器에 內藏하여 甲板에 積載함은 特別한 危險의 增加라 할 수 없으므로 船荷證券 統一條約의 適用을 받

123) 컨테이너 運送에 관하여서는 다음 參照.
閔星奎, 海運經濟學 (韓國海洋大學 海事圖書出版部, 1973) 水野泰行 기타著, 尹常松 監譯, 컨테이너輸送實務指針, (서울 : 韓國海事問題研究所, 1974).

124) 美國의 判例에서 컨테이너 甲板積을 하나의 去來習慣으로 確立된 것이라 하기에는 時日이 짧으나 컨테이너 甲板積은 合理的인 것이라 하여 美國 COGSA, 1936의 船主責任의 輕減을 인정하고 있다. The Mormacvega, USCA (2 a. cir.) Oct. 1, Jan. 00. 74, Lloyd's Law Reports. Mar. 29 1974, pp. 296.

125) 美判例 註 122 參照.

dCollection

아야 마땅한 것이다. 이미 英美의 判例에서도 이를 支持하고 있다.(前記註, The Mormacvega 號 事件) 그러므로 이러한 甲板積荷物도 共同海損에 參加할 것을 규정하고 있는 것은 당연하다. (本條 c項)

附加條項

이상의 各條項에 附加條項으로 滯船料 條項과 스칸디나비아 就航에 관한 스칸디나비아海法(122條 123條)의 留保 및 美國 就航에 있어서의 運送人의 責任期間의 延長 (荷物의 船積前 및 揚荷後의 運送人 支配下에 있는 동안) 등이 규정되어 있다. 이들 附加條項은 計劃하고 있는 航海에 특히 必要한 경우에만 適用한다.

그런데 이 附加條項에 있어서 종래의 船荷證券 約款과 特異한 것은 滯船料 條項의 存在이다. 定期船의 碇泊에 관하여는 본래 豫定時間表에 따라 迅速한 荷役作業을 마치고 遲滯없이 出港하는 것이 그 去來活動의 本質을 이루고 있기 때문에 滯船이란 觀念이 成立될 수 없었다.

本船에의 荷物의 船積이나 揚荷作業도 原則的으로 運送人이 實行하고 따라서 定期船의 個品運送에 있어서의 運賃率은 船積과 揚陸에 관한 荷役費用 및 荷物取扱費用이 包含된 Berth Term[126] (Liner Term) 條件의 運賃을 徵收하여 運送人이 荷役作業을 支配하는 것이다.

그렇게 함으로써 本船의 碇泊時間을 豫定 Schedule에 맞출 수 있기 때문이다. 航海傭船에 있어서는 運賃率도 FIO Term과[127] 같은 荷役費가 포함되지 아니한 運賃을 徵收하고 따라서 船積揚陸등의 荷役作業은 傭船者가 施行하는 등 差異가 있다.

따라서 滯船料의 觀念은 航海傭船에서 發生하고 個品運送에서는 인정되지 안하는 것이 통례였으나 최근의 高度化된 컨테이너 定期船 등에서 特히 單獨荷主의 運送物量이 많은 경우에 發生할지도 모르는 滯船에 대비한 約款인듯 하다. 그러나 아직은 慣用되는 것 같지 않다.

또 美國의 海上物件 運送法(U.S. COGSA, 1936)의 適用을 받는 경우에 運送人의 責任期間이 船荷證券 統一條約(第27條)보다 延長되나 이것은 우리商法(第788條 1項)과 같이 荷物의 受領에서 船積까지와 揚陸에서 引渡까지의 期間이 延長되는 것으로 문제될 것이 없다.

第 4 章 船荷證券 約款의 效力과 解釋原則

앞에서 우리는 BIMCO制定의 定期船用 船荷證券 約款을 分析하였다.

여기에서는 이 約款을 國內海上 運送企業의 私用 船荷證券과 간단히 比較하고 約款을 分類하여 約款理論에 따라 效力의 根據를 확인하고 解釋原則을 提示하고자 한다.

1. BIMCO約款의 比較와 分類

船荷證券은 이미 수백년의 역사를 갖고 있고 免責約款이 시작된 것은 근 200年이 지났다. 그

126) Bes, Terms～, p. 14.
127) Bes, ibid., p. 33.

dCollection

동안 海上運送에 관한 紛爭과 裁判의 결과 形成되어 온 것이 이들 約款이므로 主要한 條項은 海運企業의 오랜 國際的 慣行으로 定型化되어 있다.

그러나 앞에서 본 발틱國際海運會議所 (BIMCO)約款은 專門的 團体인 BIMCO가 최근의 定期船用으로 정리한 것으로 이것은 團体가 制定하고 團体간의 協定에 의하여 승인되고 있는 約款이므로 法規性 要件으로서의 形成要件은 充足하고 있다고 본다.

다음은 法規性을 인정할 實定性要件과 이것에 대한 監督要件은 뒤에서 검토하겠으나 여기서는 形成要件을 충족하고 있는 BIMCO約款을 분류할 필요가 있다.

(1) BIMCO의 B/L約款과 國內企業의 B/L約款의 比較

(A) BIMCO約款은 다음과 같다.

表面에 不知 約款

① 商人의 定義 ② 至上約款 ③ 管轄權
④ 責任의 期間 ⑤ 航海의 範圍 ⑥ 代船, 換積 및 回送約款
⑦ 艀船料의 負擔 ⑧ 船積揚荷 및 引渡 ⑨ 生動物과 甲板積荷物
⑩ 引渡地選擇荷物 ⑪ 運賃과 費用 ⑫ 留置權
⑬ 遲延損害 ⑭ 뉴·제이슨 約款 ⑮ 雙方過失衝突約款
⑯ 政府命令, 戰爭, 傳染病, 結氷, 스트라이크 約款 ⑰ 運送人의 特定
⑱ 運送人의 使用人및 代理人의 義務免除 免責
⑲ 積付裁量과 單位化및 附加條項

(B) 國內企業의 B/L約款[128]

表面에 荷物關係 기재란과 外觀上 良好한 상태의 受領文言

① 至上約款 ② 用語의 定義 ③ 管轄權
④ 責任의 期間 ⑤ 一般免責 ⑥ 不知約款
⑦ 堪航性 約款 ⑧ 檢疫 ⑨ 港과 勞動의 制約
⑩ 戰爭危險 ⑪ 轉送 ⑫ 引渡地 選擇 荷物
⑬ 揚荷및 引渡 ⑭ 目的港 過送 ⑮ 生動物, 甲板積荷物
⑯ 記號表示 ⑰ 危險物 禁輸品 ⑱ 重量物
⑲ 包袋物 ⑳ 特別加熱 冷却 換氣荷物 ㉑ 高價物
㉒ 木材貨 ㉓ 鐵材貨 ㉔ 綿貨
㉕ 運賃과 負擔 ㉖ 留置權 ㉗ 賠償請求
㉘ 賠償額 制限 ㉙ 共同海損 ㉚ 뉴·제이슨 約款
㉛ 雙方過失 衝突約款 ㉜ 通知先表示 ㉝ 運河의 制限
㉞ 船荷證券의 提示 ㉟ 美國地域就航條項

128) 이 船荷證券은 大韓海運公社와 亞進海運(株)의 B/L 約款이다.

dCollection

國內의 다른 海上企業으로 K海運[129]의 B/L을 비교하면 形式이 간결화되어 約款도 22個條로 정리되어 있다. 이 形式의 B/L은 日本海運集會所 制定의 英文 B/L形式과 같은 것으로 不要한 約款을 정리하여 간결한 점이 장점이다.

C商船[130]의 B/L은 32個條의 約款을 갖고 있고 특색으로는 至上約款이 없고 運送人의 包裝당 損害賠償 限度額 約款(1包當 100파운드로 制限)이 없는 것을 보면 이것은 1924年 B/L 統一條約을 受容하지 아니한 나라에서 사용하는 B/L인듯 하다.

K海運[131]의 B/L은 종래 앞의 K海運과 같은 形式의 B/L을 사용하였으나 최근 새로운 形式으로 개정하였는데 BIMCO 定型에 가까운 것이 되었다.

S海運[132]의 B/L은 K海運의 表面約款과 海運公社型의 裏面約款으로 33個條項으로 되어 있다.

D船舶[133]의 것도 29個條項의 約款으로 잘 정리되어 있다.

이상 BIMCO B/L과 國內企業의 B/L의 두 約款을 비교하여 보면 BIMCO約款의 ①②③(內容은 다름) ④⑥⑨⑩⑫⑭⑮등 10個約款만이 共通되는 內容이고 나머지는 모두 다른 것이다.

國內企業의 船荷證券은 대개 外國企業의 것을 準據法條項만 韓國法 適用이라 바꾸어 사용하므로 一般的으로 사용되는 B/L約款과 BIMCO約款과는 差異가 큰 것을 알 수 있다.

특히 國內企業B/L의 ⑰~㉔까지의 運送人免責 約款과 ⑤의 運送人의 一般免責 約款이 BIMCO 約款에서는 除外되어 있는 점은 注目하여야 한다.

요컨대 BIMCO約款은 企業의 私設約款과는 달리 B/L統一條約에 따라 海上企業의 維持發展을 위한 理念의 展開로서 送荷人 및 正當한 B/L 所持人에 대하여서도 衡平을 기할 수 있는 技術的 約款만을 設定하고 있다고 보아지며 아울러 約款의 規範性 要件을 충족하고 있다고 할 수 있다.

다시 말하면 海運契約에 있어서 당사자의 自由로운 意思決定대신 이와같이 미리 豫定된 非個性的이고 定型的인 去來行爲가 大量으로 集團的으로 이루어져서 결국 企業組織의 一部를 이루고 行爲가 組織化되는 과정을 나타내고 있다고 보아진다.[134]

이러한 BIMCO約款의 특색을 몇가지 지적한다.

㉮ 私設約款(國內企業의)에 있는 ⑤ 一般免責約款, ⑦ 堪航性約款, ⑩ 戰爭危險, ㉘ 損害賠償額限度, ⑯ 記號의 表示, ㉙ 共同海損 등 B/L統一條約에 규정되어 있는 事項은 約款으로서는 重要한 것이라 하더라도 모두 除外하였고,

㉯ 海上運送의 責任主体를 명확히 하는 運送人의 特定과 運送人의 使用人과 代理人의 免責에 관한 條項과 컨테이너등 用器使用에 관한 運送人의 裁量權 및 運送物의 單位化 積載에 관한 條

129) 高麗海運
130) 朝陽商船
131) 國際海運
132) 双龍海運
133) 大韓船舶
134) 그것은 Hauriou의 契約으로부터 制度에 이르는 過渡的 形式(formes transitoires)이라 생각된다.
Hauriou, Principes du droit public. 2 éd. p. 206,
田中耕太郎, 商法硏究, 1卷 (東京; 有斐閣, 1937,) p. 305.

dCollection

項을 新設하고

㉰ 종래에 나누어 별도 條項으로 표시하던 政府命令, 戰爭, 檢疫 등 港灣의 制約과 勞動爭議에 의한 制限(labor restriction)을 한 條項으로 통합하고

㉱ B/L條約上 또는 解釋上 불필요한 約款,예컨대 一般免責約款 木材貨 鐵材貨 綿貨 등을 削除하였다.

또한 BIMCO B/L約款을 規定內容에 따라 分類하면 다음과 같다.

(가) 法適用上의 便宜를 위한 것; 1條, 2條, 3條, 17條

(나) 責任의 免除에 관한 것; 特定期間에 관한 免責 4條, 特定 場所에 관한 免責 9條, 特定原因에 관한 免責, 13條, 16條, 運送人의 使用人의 免責 18條

(다) 企業活動의 特性上 또는 技術上의 필요에 따른것; 5條, 6條, 10條, 14條, 15條, 19條

(라) 企業計算의 確定을 通한 合理化를 위하여 필요한것; 7條, 8條, 11條, 12條

이렇게 分類하여 볼 때 종래의 私設船荷證券 約款에서 문제되던 免責約款은 모두 除外되고 (나)에 屬하는 免責約款은 모두 B/L統一條約 規定에 違背되지 아니하는 것들임을 알 수 있다.

그 밖에 (가)群이나 (다)群 (라)群은 企業活動의 特性上 필요한 것,또 企業의 理念의 展開로서의 合理化를 위하여 모두 必要한 것들임을 確認할 수 있다.

다른 한편 이 約款들을 私設約款과 共通되는 것과 그렇지 아니한 것으로 分類하여 보면 다음과 같다.

(가) 共通되는 定型約款; 不知約款 至上約款 管轄權, 責任의 期間, 生動物과 甲板積荷物, 留置權, 揚地選擇荷物, New Jason約款, 雙方過失 衝突約款 政府命令, 戰爭, 傳染病, 스트라이크 約款

(나) 共通되지 아니한 것

航海範圍約款, 代船換積 및 回送約款, 艀船料의 負擔, 船積 揚荷 및 引渡約款, 運賃과 費用 遲延損害約款.

이상 分類한 바와같이 BIMCO約款의 특색으로 보아 注意하여야 할 B/L의 傾向을 지적할 수 있다.

종래에 船荷證券의 約款이라 하면 運送人의 免責約款이 主된 것이고 法律上 문제가 제기되는 것도 免責約款에 관하여서였다.

그러나 지금의 BIMCO約款과 같이 團体에 의하여 설정된 것에는 一般免責이나 荷物別 또는 原因別 免責約款中 一方的 利益을 위한 것은 除外시키고 있다. 그것은 B/L條約의 普遍化에 따른 各國法上의 運送人의 免責範圍의 縮少와 BIMCO스스로 規範的인 約款制定의 意圖 등에 理由가 있다고 생각된다. 종래에 B/L 約款中 가장 문제가 되었던 것은 免責約款이었으나 위와같은 理由와 또한 筆者의 私見에 따른 指定理論의 適用으로 免責約款의 個別的 意味가 減少하였고 免責約款의 分類는 큰 意味가 없어졌으므로[135] 여기서는 생략하고자 한다.

135) 도이취法上 Pappenheim과 Wüstendörfer의 分類가 정교하나 여기서는 생략한다. 다음 參照 田中誠二, 前揭書, pp. 196, 203. 以下參照.

dCollection

2. 船荷證券 約款의 効力의 根據

船荷證券 約款은 어떠한 根據로 効力을 발생하는가, 이 문제를 究明하기 위하여서는 먼저 船荷證券 發行行爲 자체의 法的 性格부터 명확히 하여야 할 것인데 그것은 이미 앞(本章 第1節 3)에서 살펴보았으므로 여기서는 간단히 再言하고 船荷證券의 約款自体를 決定하는 理論構成과 約款의 一般有効論을 보고 約款의 効力의 根據에 관한 私見을 표시하고자 한다.

船荷證券의 發行行爲에 관하여 各國의 理論이 각각 다른 것이었음은 앞에서 본바와 같다.

英美法系에서는, 船荷證券은 運送契約의 가장 확실한 證據이고 그것의 署名은 새로운 契約의 成立이 아니라 다만 앞에 成立한 契約에 正確性을 주는데 그친다고 보았다.

프랑스法에서도 船荷證券은 運送契約의 證據라고 보고 특히 B/L에 送荷人의 署名(우리 法에서는 記名捺印)을 요구하므로 B/L上의 約款의 効力도 運送契約자체에 있고 送荷人의 승낙에 근거를 두고 있다고 하였다.

도이취法에서는 契約說과 單獨行爲說이 대립되어 있고 多數說인 契約說은 有價證券 發行行爲의 性質로서의 交付契約이라 보고 이로써 船荷證券 債務가 발생한다고 하였다. 單獨行爲說은 權利있는 送荷人을 위하여 하는 海上運送人의 一方的인 約束이라 하였다.

이상과 같은 各國의 理論은 船荷證券 發行行爲의 法的性質을 밝히는 것으로 各國의 共通되는 결론은 約款의 設定에 送荷人의 承諾이 필요한 것이었다. 約款의 設定에 관하여 各國의 理論을 더 살펴보는 것이 좋겠다.

(1) 約款의 設定에 관한 契約理論

船荷證券의 約款成立에 대하여 英國 美國 佛國등의 判例는 送荷人의 승낙이 필요하다고 하고 도이취의 多數說도 交付 契約이란 뜻에서 送荷人의 承諾이 필요하다고 하는데 앞에서 본바와 같이 그것은 各國의 船荷證券의 發行에 대한 理論上 당연하다.

送荷人의 承諾이 있었다고 보는 예로는 送荷人이 船積하고 本船에서 受領하는 領收證(Mate' receipt, M/R)의 記載에 異議없이 이것을 수령하므로써 一般 約款과 特別約款을 삽입한다는 合意가 成立한 것이라 해석한다. 이런 契約의 成立에 관한 外國判例를 보면 다음과 같다.

1) 英國例; 英國의 A判例[136]에서 ① 送荷人은 특별한 約款 또는 印刷約款을 現實로 알고 있었던가? ② 送荷人에게 알리기 위하여 적당한 方法을 취하였는가? 또 보통의 합리적인 사람이 그것을 알고 있었던가를 문제 삼았고

B判例에서[137] 上院은 ① 原告는 票 (예. 차표) 위에 印刷된 또는 筆記의 記載가 있다는 것을 알았던가? ② 이러한 記載사항이 運送契約에 관한 條件을 포함하고 있는 것을 알았던가? ③ 被告는 原告가 그 條件을 알 수 있도록 합당한 조치를 取하였던가의 3点에 대하여 문제 삼고 있다.

136) Watkins v. Rymill(1883) 10 Q. B. D. 178, 52L. J. Q. B. 121. Scrutton, op. cit., pp. 12, 62.
137) Richardson v. Rowntree[1894] A. C. 217, Scrutton, op. cit., p. 12.

dCollection

요컨대 운송의 條件에 대한「送荷人의 承諾」이 있었던가를 추구하는 것으로 特定한 船荷證券 發行下에 아무 反對表示없이 船積한 送荷人은 그條件에 拘束된다.[138]

船荷證券의 荷物記載欄에 送荷人이나 그의 代理人이 荷物事項을 記入하고 署名 發行을 받으면 送荷人이 인쇄된 約款을 읽었던지 그 約款이 보통의 것이 아니라 특별한 것이든지에 상관없이 그 條件에 拘束된다. 즉 送荷人의 承諾이 있었다고 본다.

2) 도이취例; 도이취의 理論을 보면 다음과 같다.[139]

B/L發行은 先行하는 海上運送 契約의 履行 行爲로서 그 形式은 去來慣行을 고려하여 信義誠實의 原則에 의하여야 하고(獨,民,157條 242條), 그리하여 一定商品이나 一定航路에 있어서 一定한 約款이 慣行되는 경우에는 船長 기타 代理人은 이것을 B/L中에 넣을 權利가 있다는 것이 有力說이다.

이것은 荷物船積 후 免責約款에 아무 合意없이 B/L이 현실로 交付된 경우 送荷人이 異議를 제기하면 이미 船積된 荷物을 揚陸하고 運送을 中止하여야 하므로 당사자나 社會一般에 不利益이 되어 一定商品이나 一定航路에서는 去來上 慣用되는 一般去來約款은 同意없이도 海上運送人이 一方的으로 삽입할 수 있음을 인정한다.

즉 B/L交付契約이 多數說이므로 交付契約에 의한 送荷人의 승낙이 있다고 보고 去來慣行이 있는 경우에는 승낙없이도 約款을 삽입할수 있다는 것이다.

3) 프랑스의例; 프랑스에 있어서는 종래에 船長이나 代理人으로부터 B/L發行을 받고 異議없이 이것을 受領하므로써 특히 反對증거가 없는 限 그 免責約款에 대한 默示의 承諾이 있는 것이라는 理論이었다.[140]

프랑스는 法의 明文 規定으로 船荷證券 原本에 運送人과 送荷人이 署名하도록 독특한 規定을 (佛商, 282條, 1966年 統領 第37條)[141] 두고 있기때문에 送荷人의 承諾이 필요한 것은 당연한 것이라 보았다.

4) 結語; 이상 各國의 法理論은 船荷證券의 約款의 決定에는 送荷人의 承諾이 필요하다는 것이고 이것이 明示的 또는 默示的으로 표시된다고 보는 데에 共通되어 있다.

요컨대 이러한 約款의 決定에 送荷人의 承諾이 필요하다는 見解는 傳統的인 意思主義的 契約觀念에 따른 理論이고 傳統的契約 理論에 따라도 送荷人의 默示的承諾이 있었다는 擬制가 긴요

138) Armour v. Walford[1921] 3 K. B. 473. Scrutton, op. cit., p. 13.

139) H. Wüstendörfer, Studien zur Modernen Entwicklung des Seefrachtvertrages, Bd. 1, 1909, SS. 393ff.
M. Pappenheim, a. a. O., S. 256.
田中誠二, 前揭書, p. 400.

140) A. Gautier, Inresponsabilité dans le transport maritime, Th. Aix, 1910, No. 32, p. 78,
田中誠二, 前揭書, p. 402. Note 1, 2.

141) 프랑스商法 282條 3項에는 船積後 24時間內에 船長과 送荷人이 署名할 것을 규정하여 ① 送荷人署名없는 B/L은 正規의 B/L이 아니므로 第3者 關係에서 證據가 되지 않고 ② 船積의 證明은 되나 送荷人 署名없으면 運送契約의 條件이 되지 아니한다는 効果를 주고 있었다. 따라서 送荷人의 署名이 約款에 대한 승낙이라고 한 것이다.
이 규정은 1966年 新海上運送契約法의 施行令 87條에도 그대로 계승되어있다.

dCollection

한 경우가 있다는 점에 우리는 注目하고자 한다.

즉 어느 特定한 約款에 관하여 送荷人의 명백한 承諾의 表示를 인정하기 어려운 때에는 擬制에 의하여 默示的 承諾이 있었다고 하여 解決하는 경우가 있는바, 經濟活動이 大量化, 迅速化, 定型化되어 合理化가 急進하고 있는 現代企業에 있어서 굳이 「默示的 承諾」이라는 擬制에 依存할 필요가 없고 筆者의 見解에 따라 契約成立과 同時에 船荷證券의 指定(Verweisung)에 의한 約款全体로서의 承諾이 이루어 진다는 指定契約의 理論을 인정하는 것이 타당하리라 생각한다.

指定理論에 관하여서는 여기서 詳細히 言及할 여유가 없으나 이렇게 理解함으로써 統合된 全体로서의 船荷證券 約款이 그 海上運送 契約을 支配하는 自治法規로서의 効力의 根據를 提供할 수 있다고 생각한다.

우리나라에 있어서도 保險約款에 관하여서는 保險法의 法源으로 인정하는 說이 有力하나[142] 海運約款에 관하여서는 包括的으로 이것을 法源이라고 긍정하는 見解는 없다.[143]

保險約款은 강한 行政規制를 받고 있는 外에 保險이 共通의 危險團体를 構成하여 特定事項의 免責은 被保險者團体 全員의 共同의 利益을 위하여 필요한 것이므로 保險約款자체의 內部的 特性이 있으나 船荷證券 約款에는 반드시 이러한 內部的 特性이 있다할 수 없기 때문에 생기는 差異라 생각된다.

그러나 船荷證券 約款의 대부분은 國際的으로 인정되고 있고 한나라만이 이것을 無效로 한다면 自國海運에 不利하고 또 生命保險에 있어서의 保險者와 被保險者와의 關係와는 달리 送荷人과 運送人의 關係는 經濟的 地位에 있어서나 去來의 專門知識에 있어서나 對等한 關係에 있는 경우가 많고 (貿易業者와 海上運送人의 관계를 고려할것) 附合契約的 病理는 발생할 여지가 작기 때문에 私見과 같이 船荷證券 約款을 指定理論에 의하여 効力의 根據를 찾고 約款 그 자체는 그 運送에 관한 自治法規로 승인함이 타당하다. 물론 自治法規로서 法源의 지위를 인정하기 위하여서는 그 船荷證券의 約款이 法規性 要件(成立要件, 實定要件, 監督要件)을 具備하여야 함은 물론이다.

法規性 要件에 관하여 다음에 論한다.

(2) 免責約款의 効力에 관한 一般理論

船荷證券의 約款에서 法律上 문제되는 것은 免責約款이고 免責約款의 効力에 관하여 各國의 法理論은 위에서 본바와 같이 送荷人의 承諾 또는 承諾의 擬制를 根據로 하여 인정하였으나 船荷證券 統一條約 成立 이후는 모두 그에 따르고 있어서 條約規定에 違背되는 約款은 모두 無効

142) 朴元善, 새商法(下) (서울 : 修學社. 1974) p. 45.
鄭熙喆, 商法要論(下) (서울 : 博英社, 1974) p. 37.
孫珠瓚, 改訂商法(下) (서울 : 博英社, 1973) pp. 29~31.

143) 一般運送約款을 商事法源이라고 說明하는 見解는 많으나 이것은 陸運 특히 鐵道運送, 電鐵 등의 運送約款을 말하는 것으로 海上運送約款이 곧 法源이 된다고 指適한 견해는 아직없다.
이 見解에 관한 國內學者들의 입장은 다음 參照.
朴元善, 前揭書, p. 45. 徐燉珏, 前揭書(上), p. 56.
孫珠瓚, 前揭書(上), p. 80. 鄭熙喆, 前揭書(上), p. 62.

dCollection

로 하고 있다.

BIMCO B/L은 위에서 分析한 바와같이 종래의 B/L約款에서 복잡하던 免責約款은 모두 除去하고 B/L統一條約 適用을 前提로 海上企業의 維持 發展과 去來圈의 利益의 調整을 위한 技術的 約款이었음 알 수 있다.

이러한 BIMCD 約款은 不動文字로 印刷하고 出版權으로 保護하여 個品運送에서의 去來圈의 自治法規로서 法源性을 인정하고자 하는 것이 筆者의 見解이므로 法規性을 인정할 根據를 檢討하고자 하는바 먼저 免責約款에 대한 종래의 有效論을 간단히 살피겠다.

① 英美法系 : 英法에 있어서는 종래에 船荷證券의 免責約款의 有效性을 널리 인정하는 自由主義的 입장이었고 美法에 있어서는 有效性을 制限 抑制하는 干涉制限主義로서 하아터法(Harter Act, 1893)에 의하여 그 입장은 잘 표시된다.

그것은 英國이 船主國이고 美國이 荷主國인 종래의 관계에서 이해가 간다.[144]

1924年 B/L統一條約이 成立하여 運送人의 歸責事由를 航海過失과 商事過失로 나누어 航海過失에는 免責하나 商事過失에는 免責을 禁하게 되었고 英國은 곧 1924年 海上物件運送法(COGSA 1924)을 制定하고 美國은 1936年 海上物件運送法(USCOGSA, 1936)을 制定하여 條約을 그대로 受容, 國內立法하였다.

② 프랑스法 : 프랑스法上의 免責約款理論은 18世紀의 絶對無效說로부터 擧證責任 轉換說, 有效說, 折衷說로 되어 故意 重過失만 除外하고 免責約款은 有效하다는 것이 多數說이다.[145]

그 근거로는 海上의 危險은 陸上의 危險보다 크고 特殊하므로 海上運送에 있어서 免責約款을 인정할 필요가 있고, 海上運送은 陸運과 달리 國際競爭이 심하여 免責約款의 禁止는 自國海運에 不利益하다는 것을 들었다.[146] 또 契約自由의 原則과 民法上 責任에 관한 契約은 可하다는 法典의 一般規定과 保險과의 關係등을 이유로 들기도 한다.

免責約款의 制限說은 過失助長, 社會的損失增大의 危險, 道德法則에의 違背, 免責約款에 대한 法律行爲의 原因의 欠陷등의 이유를 든다.

現在는 1966年 海上運送契約法에 따라 B/L統一條約主義에 따르고 있다. (同法 27條—29條參照)

③ 도이취法 : 도이취에서도 有效說이 원칙이고 몇가지 制限을 두고 있다. 즉 ⓐ 故意에 基한 責任을 債務者에 대하여 미리 免除하는 것은 無效이다. (獨民法, 276條) ⓑ 善良한 風俗에 違反하는 合意는 無效(獨民, 138條 1項) 등 免責約款 有效性의 制限이 있다.[147]

도이취도 1937年 B/L統一條約에 따라 商法改正을 하였으므로 원칙적으로 統一條約에 따르고

144) 西島彌太郎, 船荷證券論 (東京 : 巖松堂, 1954) p. 347.
145) Demogue, Obligation, t. V, p. 461.
田中誠二, 前揭書, p. 422.
146) Danjon, Droit Maritime, Ⅱ, 1927. No. 8721, p. 760.
田中誠二, 前揭書, p. 275.
147) Wüstendörfer, Studien～, SS. 395～96.
田中誠二, 前揭書, pp. 49, 29～30.

dCollection

있다.

④ 日本法 : 일본에서도 원칙이 有効説이고 다만 船主自身의 過失, 船員 기타 使用人의 悪意나 重大한 過失 또는 不堪航으로 인한 損害를 免責하는 것은 無効(日商, 739條)로 한다는 制限이 있었고 이것이 海上運送人에게 너무 가혹하다는 非難도 있었다. 지금은 1957年에 國際海上物品運送法을 制定하여 B/L統一條約에 따르고 있다.

이상 各國의 免責約款에 대한 태도를 보건대 모두 有効説을 인정하나 強制法規에 違反한 것은 無効라는 당연한 결론에 도달하고 있으며 1924年 船荷證券 統一條約에 따르고 있다.

(3) 船荷證券 約款의 法規性의 根據

BIMCO約款은 免責約款을 整理除去하고 約款도 모두 簡明하고 至上約款(paramount clause)을 두어 1924年 B/L統一條約의 適用을 前提로 하고 있음을 보았다.

따라서 앞의 各國의 法制 態度에서 본바와 같이 強制法規 違反의 約款은 모두 除去되고 없으며 現代定期船의 個品運送去來에 적합하도록 技術的 專門的 約款으로 整理하였다.

그러면 이 BIMCO의 B/L約款은 個品運送去來에 있어서 곧 自治法規로서 法源性을 인정할 수 있느냐가 문제로 된다.

保險契約에 있어서는 保險의 一般去來 約款이 自治法規로서 法源性을 인정받아 당사자가 이것에 의할 意思가 있었던가를 묻지 않고 이것에 拘束된다[148]는 説이 有力하다.

그것은 保險契約이 갖는 特殊性[149] 즉 保險團体가 構成된다는 團体性과 당사자 間의 個人的 利害 뿐 아니라 一般公衆의 利害에 관계가 되는 保險의 社會性 때문에 立法的 行政的 規制를 받고 (예, 商, 663條 保險業法 3條) 再保險 등의 관계에서 國際間에 통용되는 保險者團体의 約款이 制定되어 오랜 慣行으로 保險契約에 採擇되어 왔고[150] 各國의 判例로 이것을 인정하고 있기 때문이다.

그러나 船荷證券의 約款은 ① 現代定期船에 의한 個品運送去來가 아무리 大量으로 定型化되어 迅速히 처리되어야 한다 하더라도 保險契約이 갖는 團体性이나 社會性은 인정할 수 없고 ② 앞에서 본바와 같이 個品運送은 곧 附合契約이라 하기는 곤란하고 ③ 海上保險에 있어와 같이 各國에서 統一的으로 통용되는 船荷證券 約款이 제정되지도 아니하였거니와 約款全体로서

148) 朴元善, 前揭書(下), p. 45. 鄭熙喆, 前揭書(下), p. 35. 孫珠瓚, 前揭書(下), p. 30.

149) 徐燉珏, 前揭書(下), p. 176 이하

150) 우리나라의 海上保險을 예로 들면 附保價額의 80%~90%를 英國의 保險團体에 再保하므로 英國의 海上保險約款이 매우 重要하다. 그런데 英國 保險團体가 使用하는 保險證券은 17世紀 初부터 사용되는 이른바 Lloyd's S. G. Policy로 근 350年의 오랜 慣行이 있고, 英國의 1906年 海上保險法의 第1附則도 이 證券의 形式을 例示인정하므로(同法 30條및 第1附則) 런던海上保險協會(The Intitute of London Underwriters)가 이를 合理的으로 再整理하여 協會約款(Institute Clauses)으로 制定하여 世界的으로 通用하고 있다. Gow, Marine Insurance. App. 參照.
海上保險에 관하여서는 日本保險業 團体에서는 英國의 Institute Clauses를 그대로 使用하고 (葛城照三, English 船舶保險契約論, 1962, p. 124) 우리나라에서도 그대로 使用하고있다. 우리나라 海上保險業界에서도 一般約款 特別約款 도합 174種에 달하는 Institute Clause를 그대로 사용한다.
汎韓海上 火災保險(株), 海上保險約款集, 1973, 參照.

dCollection

使用된다는 그러한 오랜 慣行이 確立되어 있지도 아니하므로, 海上保險 約款처럼 곧 BIMCO約款을 法源이라 斷定할 수는 없다.

그렇다고 大量으로 定型化되어 迅速한 去來가 約款에 따라 이루어 지고 있는 現代個品運送去來에서 意思主義의 契約에 따라 個個人의 合意의 意思를 물어 契約條項의 効力을 따질 수도 없고, 그러한 困難性 때문에 B/L約款 문제에는 沈默만을 지킬 수도 없는 것이다.

따라서 個品運送이 附合契約的 要素가 충분히 있는 去來活動이고 世界的인 海運同業者團体에서 協議制定하고 各國의 同業者 또는 去來者團体에서 採擇 또는 承認한 BIMCO約款은 우리가 一定한 檢證裝署(testing tool)를 定하여 그 檢證에 따라 適格한 것이면 이것을 個品運送 去來에 있어서 自治法規라고 보아 B/L約款에 法源性을 認定하여야 한다.

이 檢證裝署가 즉 法規性要件이 있느냐를 보기 위한 ① 形成要件 ② 實定性要件 ③ 監督要件의 세 要件이다.

① **形成要件**; 制度法 理論에 있어서는 約款은 그의 合理性때문에 私的企業의 法典이라 하고 約款을 制度現象이라 하였으며[151], 行政이나 公共事業은 既存의 制度이고 保險業, 鐵道運輸와 같은 對公衆的 企業은 形成途上에 있는 制度[152]라고 하였다.

그렇다고 모든 約款을 모두 制度理論처럼 制度法이라 단정할 수도 없는 것이다. 그 去來에 있어서 使用되는 一般去來 約款을 그것이 制定 形成된 起源에 따라 ㉮ 一方的 形成의 約款 ㉯ 協定으로 設定된 約款 ㉰ 團体가 設定하는 約款 ㉱ 第三者가 設定한 約款의 4種으로 分類하였는데 問題의 約款의 形成이 어느것에 屬하는가를 檢證하여야 한다.

㉮ 一方的 設定의 約款은 혹간 設定主体인 企業이 公益事業을 目的으로 하는 때 외에는 이것을 經濟的 機能면에서 보면 企業者 一方에 有利하게 設定되는 것이 보통이다.[153] 그러므로 船荷證券約款도 어느海運企業이 一方的으로 設定한 것은 法規性要件을 갖추지 못한 것이라 본다.

㉯ 協定으로 設定된 約款은 去來當事者 雙方의 團体가 서로 協定하여 企業合理化의 利益을 雙方이 향유하게 됨은 앞에서 본바와 같다. 또 이 約款은 當事者 雙方을 모두 拘束하고 企業者는 約款內容을 변경할 수 없고 그들의 內部秩序의 기초가 되어 自治法規로서 作用한다.

따라서 船荷證券 約款도 協定에 의하여 設定된 것은 法規性 要件을 갖춘 것이라 본다.

㉰ 團体가 設定하는 約款은 職能團体가 그 構成員의 去來를 迅速 安全하게 成立시키고 不要한 競爭을 피하고 契約條件을 合理的으로 決定하여 團体의 共同目的을 달성하게 하므로 그 去來圈에서 이것이 法規的 効力을 인정하였다.

따라서 B/L約款이 團体에 依하여 設定된 것이면 法規性 要件을 갖춘 것이라 본다.

㉱ 第三者가 設定한 約款의 예로는 Warsaw-Oxford Rules (國際法協會制定) London Corn

151) Renard, La theorie de l'institution, 1938, pp. 355, 433.
米谷隆三, 前揭書, pp, 495, 522.

152) Hauriou, Principes de droit administratif, p. 26.
石崎政一郎, "契約定型と附合契約", 杉山教授還曆記念論文集, p. 63.

153) 田中耕太郎, "商法上の法律關係の定型化", 法學協會雜誌, 第55卷 7號, pp. 43 이하
石崎政一郎, 上揭論文, p. 14 이하

dCollection

Trade Association 制定의 約款 등이 있었다.

船荷證券 約款에 관하여서는 共同海損 規則인 YAR, 1950이 있는데, 이것은 이미 世界的인 慣習法으로 確立된 것이다. 그러므로 第三者 設定의 約款이 去來圈에서 反復的으로 계속적으로 사용되고 慣行되어 判例의 지지를 받게 되면 그것은 法規性을 갖기에 이른다.

그렇지 아니하고 第三者 設定約款이 그저 一方的으로 사용되면 ㉮의 경우처럼 法規性 要件을 갖추지 못한 것이라 본다.

이상과 같이 約款은 그設定이 어떠한 經路를 거쳐 이루어 졌느냐에 따라 4種類로 分類하고 이 設定 分類中 ㉯ 協定으로 設定된 約款과 ㉰ 團体가 設定한 約款은 그 形成에 있어서 法規性 要件을 充足하고 있고 ㉱ 第三者 設定의 約款은 계속 反復的으로 사용되어 慣習性이 인정될 때에 限하여 法規性이 인정된다.

따라서 ㉮의 一方的設定의 約款과 ㉱의 慣習性이 없는것은 法規性要件을 充足치 못한 것이다.

그러면 앞에서 分析한 BIMCO의 船荷證券 約款은 과연 形成에 있어서 法規性要件을 充足하고 있는가? BIMCO는 앞에서 言及한 바와같이 海上運送人의 世界的 規模를 갖춘 同業者團体이었다. 그 B/L約款은 同團体의 文書委員會(documentary council)가 1924年 B/L條約의 適用을 전제로 制定承認한 것이므로 ㉰團体가 設定한 約款에 屬하고 따라서 法規性要件을 충족하고 있는 것이다.

㉡ **實定性 要件** : 앞에서 우리는 船荷證券 約款의 法規性을 검증하기 위하여 그 形成의 要件을 구성하였는바 約款이 形成要件만 구비하므로써 곧 自治法規가 되었다고 볼 수는 없고 적어도 그 約款이 法規로서 우리社會에 現實로 實行될 수 있는 것이냐를 考察하기 위하여서는 實定法으로서의 要件을 더 構成하여 檢證할 필요가 있다.

法哲學理論에 있어서는 人間社會에 現實로 行하여질 것이 要求되고 또 現實로 行하여지고 있는 法을 實定法이라 한다. 현실로 社會에 行하여 질것이 要求된다는 것은 「法의 規範性」이고 現實로 社會에 행하여지고 있다는 것은 「法의 事實性」이라 한다.

또 法의 規範性과 事實性의 結合狀態를 法의 「效力」(Geltung)이라 하고 實定法이란 效力있는 法을 말하는 것이었다.[154]

따라서 船荷證券 約款이 法規性을 갖추고 있는가를 檢證하고자 하면 이 實定法的 要件을 充足하는가를 살펴보아야 한다.

이 實定法的 要件을 갖추고 있는가를 본다는 것은 결국 約款이 「規範性」을 갖고 있는가? 또 그것은 「實效性」이 있는가의 두 要件으로 나누어 살펴보는 것이 된다.

다만 여기서 注意할 점은 約款의 法規性이란 倫理的 法規性이 아니라 技術的 規範性이란 意味인 점이다. 이것은 다만 大衆이 約款이 定하여 놓은 軌道에 따라서 行動한다는 뜻에 불과

154) 黃山德, 法哲學講義, (서울 : 邦文社, 1973) pp. 262 이하
尾高朝雄, 實定法秩序論, (東京 : 岸波書店, 1942) p. 96 이하

dCollection

하다.

이점이 곧 約款의 規範性과 倫理的 規範性과의 差異라 할수있고 이런 例는 商事法에서 많이 찾을 수 있다. 會社法이나 어음法의 法規는 歷史法學派와 같이 一般 國民의 確信에 根據를 두고 있다고 할 수 없는 것이며 倫理的으로 無色한 技術規範으로 商事活動에 妥當性을 갖게 한 뿐이다.[155] 그렇다고 해서 技術이 곧 法規範이 되는 것은 아니고 技術이 法의 手段으로 使用되고 있음에 불과하다.

㉮ 約款의 規範性 : 法의 規範性이란 社會에 현실적으로 行하여 질것을 要求하는 것을 말한다. 또 法規範의 客觀的인 意味內容안에 實現에의 要求가 포함되고 이 要求中에 法의 妥當性이 존재하는 것이었다. 法段階說에 따르면(Stufentheorie des Rechts) 하나의 法規範이 妥當하다는 것은 그의 妥當性이 上位의 法規範에 根據를 두고 있기 때문이라 하고 上位 規範은 下位規範의 定立의 條件이되고 下位規範은 上位規範의 委任(delegation)을 받아 定立되는 것이라 하였다.[156]

예컨대 上位規範인 憲法은 下位規範인 法律을 定立시키고 동시에 憲法規定은 法律規定안에 실현되어 가는것이므로 마치 물이 흐르는 것과 같이 法規는 위의 段階에서 아래의 段階에로 實現되는 과정을 반복한다고[157] 보아진다.

이 說에 따른다면 約款은 去來 當事者의 權利와 義務를 制約하고 活動의 準則이 되는 것이므로 最下位 規範이 된다고 보아지며, 約款이 法規範(技術的 規範)으로서 妥當한 根據는 上位의 規範 즉 商事法(實質的 意味)의 관계 規定에 있다고 보아진다.

예컨대 商法典中의 관계규정과 實質的 意味의 商事法인 銀行法, 國民銀行法, 保險業法, 鐵道法, 韓國電力株式會社法, 海上運送事業法 등의 關係規定이 約款의 規範性의 根據가 된다고 할수 있다.

요컨대 約款의 規範性은 그 去來圈內에서 實行될 것이 요구되는 事項일 것과 上位規範(關係法令)에 約款에 관한 根據가 있을 때에 認定된다고 할 수 있다.

그러면 BIMCO 船荷證券 約款은 規範性 要件은 충족하고 있는 것인가 볼 필요가 있다.

BIMCO 約款은 앞에서 分類한 바와같이 (i) 法適用上의 편의를 위한 것 (ii) 責任의 免除에 관한 것 (iii) 企業活動의 特殊性에 따라 技術的으로 필요한 것 (iv) 企業計算의 確定과 合理化를 위하여 필요한것 등의 4種으로 分類되었다.[158]

이 4그룹中 (ii)群이 문제인데 이것도 모두 B/L統一條約 規定과 一致하는 것이었음은 앞에

---

155) 朴元善, 前揭書 (上), p. 29.
田中耕太郎, 商法研究, 第1卷, 1929, pp. 174 이하
156) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, derselbe, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. S. 351f.
黃山德, 前揭書, p. 266. 參照.
157) 尾高朝雄, 前揭書, p. 139.
158) 本節 1. BIMCO約款의 比較分類참조, p. 176.

dCollection

서 分析한 바와같다.

(i)群은 法適用上의 문제 (iii)群은 技術上 필요한것 (iv)群은 企業의 合理化를 위하여 필요한 것 등으로 要約된다. 그렇다면 이 BIMCO約款은 現代定期船에 의한 個品運送 去來圈에서 實行될 것이 要求되는 事項들임을 알 수 있다.

그에 附加하여 個品運送에 있어서 船荷證券 約款의 上位規範으로서 海上運送 事業法은 運送約款을 定하여 交通部長官의 認可를 받도록 규정함으로써 (同法 9條) 約款의 制定的 根據를 마련하고 이것의 監督에 나서고 있다.

따라서 BIMCO約款은 우리法上으로도 法規性要件을 갖추고 있음을 確認할 수 있다.

㈏ 約款의 實効性 : 法의 効力은 한편에 있어서는 「實現에의 要求」로서의 妥當性과 다른 한편에 있어서는 「事實로서 實現되어 있는 것」이라는 두 側面을 갖고 있음은 앞에서 본 바와 같다.[159] 이 事實의 面에 있어서의 効力은 法의 實効性(Wirksamkeit)이라 하고 사람이 現實로 法을 遵守하는 것을 말한다.

즉 妥當性과 實効性은 法이 効力을 가지기 위하여 갖추지 않으면 안되는 기본적인 두 性質인데 두 性質이 結合한 상태에 곧 法의 効力이 있는 것이다.[160]

또 法의 妥當性과 實効性은 法規範의 意味內容이 그대로 實現된다는 「可能性」에 있어서 서로 「結合」하고 있는 것이다.

그러면 約款의 實効性은 그 去來社會에 있어서 그 約款이 事實로서 實現되어 있어야 하고 또는 그대로 實現된다는 可能性이 常存하여야 인정된다.

예컨대 保險業法에 있어서는 免許要件으로 普通保險約款을 作成하여 國家의 監督을 받도록 규정함으로써 (同法 3條 2項) 保險約款은 去來當事者 사이에 그대로 實行된다는 可能性을 갖고 있으며, 電氣事業法(第15條 供給規程) 海上運送事業法 등 모두 約款規定을 두고 있어서 國家監督下에 約款은 去來圈에서 그대로 實行된다는 可能性을 주고 있다.

BIMCO 船荷證券의 約款에 있어서는 規範性이 인정된다 함은 위에 檢討한바 있거니와 이것의 實効性에 있어서도 個品運送 去來當事者가 船荷證券과 一体가 되어 있는 約款을 指定함으로써[161] 約款이 그대로 實行되므로 이 約款의 實効性을 인정할 수 있는 것이다.

個品運送契約에 있어서 送荷人이 船荷證券을 交付받는다는 것은 당연한 去來經路이고 따라서 運送契約이 成立할때 B/L約款이 全体로서 指定(Verweisung)된다는 것이 筆者의 見解이었고 指

159) 法의 効力에 이 두側面이 있다함은 Kelsen의 規範論理主義에 있어서나 Larenz에 있어서 모두 인정되고 있다.
K. Larenz, Das Problem der Rechtsgeltung, 1929, S. 9ff.
尾高朝雄, 前揭書, pp. 109~10.

160) 黃山德, 前揭書, p. 264.

161) 約款이 指定되는 理論에 관하여서는 B/L作成行爲의 法的性質 pp. 144 以下 參照.

dCollection

定된 B/L約款은 去來當事者와 利害關係人 사이에 그대로 實行되므로 實効性을 갖추고 있다 할 것이다. 이상 檢討한 바와같이 BIMCO 約款은 規範性과 實効性을 갖추고 있으므로 實定性 要件을 充足하고 있음은 確認할 수 있다.

③ **監督要件** : 一般去來款은 본래 企業의 大量的, 集團的, 去來活動의 合理化를 위하여 발생한 것으로 發生的 法社會學(genetic sociology of law)에서 본다면 이것은 契約으로부터 制度에로의 變動[162]이라 할 수 있고 經濟的 利益團体의 自治法規라고도 主張되었다.

그러나 이것은 國家가 制定한 法規는 아니고 결국 經濟的 優位에 있는 企業者 團体가 大量契約의 合理化를 위하여 制定한 것에 불과한 것으로 契約自由의 原則을 내세워 企業者의 經濟的 優位의 維持強化를 第一目的으로 利用할 危險이 있음은 물론이다. 본래 商去來에 관한 商行爲法은 原則的으로 任意法規이므로 이렇게 制定된 約款인 企業者의 自治法規가 國家法規(商行爲法)를 變更폐지 또는 補充할 수 있게 된다.

約款에 대한 國家的인 規制의 必要가 바로 여기에 있다.

그러므로 國家的 規制를 받고 있는 約款에는 그 去來圈에 있어서의 自治法規的 性質을 인정한다는 것은 妥當한 생각이라 하겠다.

約款의 自治法規性의 檢證을 위하여 監督要件을 (國家의) 추가하고 있는 이유가 거기에 있다.

約款에 대한 國家的 規制로는 立法的 行政的 司法的 規制가 생각되는데[163]여기에서 約款에 대한 法規性의 承認을 위한 要件으로서의 國家規制로는 事前的 規制가 중요하므로 司法的 規制는 除外하고 (事後的인 規制로는 매우 有効하나) 立法的, 行政的 規制의 有無가 중요 하다고 본다.

㉮ 立法的 規制 : 商去來에 관한 商行爲法은 契約自由의 原則을 출발점으로 한다. 一般去來約款의 發生도 契約自由의 所産이 었으나 大量的 集團的 去來가 實行되므로 契約者의 現實的 自由意思는 문제가 되지도 못하고 約款으로 規範化된 意思만이 지배하게 되었음은 앞에서 살핀 바와같다.

그리하여 國家 監督으로서의 立法的規制가 필요한 것인데 그렇다고 當事者의 私的 自治를 基本으로 하고 있는 商行爲法을 強行法으로 代置하여 버리는 것은 아니며 經濟活動에 대하여 國家의 指導的 立場을 強化하여 經濟生活 關係를 적극 形成 指導해 나가는 것이라 보아야 한다.[164]

이러한 經濟生活 關係에 대한 規制는 各 企業部門에 따라 다른 형태로 나타나겠으나 行政法規의 規制立法이 그 主된 것이 된다.

---

162) G. Gurvitch, Sociology of Law, (Routledge a Kegan Paul Ltd., London, 1953) pp. 227 et seq.

163) 石井照久, "普通契約條款と國家的規制" 法學協會雜誌, 第58卷 11號, 12號, (1938) 參照.

164) 바이마아르憲法이후 文化國家를 指向하는 現代國家에 있어서는 社會正義의 實現과 均衡있는 國民經濟의 發展을 위하여 필요한 범위內에서 經濟에 관한 規制와 調整을 실행(憲法, 116條) 할 것을 憲法에 明示한다.
金箕範, 韓國憲法, (서울 : 教文社, 1974), pp. 78~81, 540.

dCollection

예컨대 保險業法, 鐵道法, 鐵道小運送法, 銀行法, 電氣事業法, 海上運送事業法, 自動車運輸事業法 등 많은 規制法이 單行法으로 制定되어 있다.

이러한 行政規制法 이외에 商法典에도 當事者의 法律關係를 規制하는 強行規定을 두는 形式을 취하기도 한다.

예컨대 海上運送에 관하여서는 商法 790條 (船舶所有者의 責任等의 經減禁止)와 그에 따른 787條, 788條, 789條의 強行法性과 같은 것이 그 例이다.

그러면 BIMCO의 B/L約款에 관하여서는 立法的 規制와 어떻게 관련될 것인가?

BIMCO約款을 우리나라 海上運送에 있어서 船荷證券 約款으로 採擇하는 경우 海上運送事業法(第9條)에 따라 政府의 認可를 받아야 하고 約款의 內容은 前記한 商法 第787－789條의 實質關係에 違背되어서는 아니되므로 우리나라의 個品運送契約의 規範이 되는 데에 立法的 規制要件으로서는 위의 法規定은 不足함이 없다.

㉯ 行政的 規制 : 종래에 自由經濟에 있어서의 自律的 活動이 經濟發展에 有益하다는 근거에 따라 行政的 干涉이 적었으나 經濟的 社會的意義가 큰 企業部門에 있어서는 行政規制를 시행하였다. 즉 電氣, 鐵道, 保險, 海上運送, 銀行 등의 一般去來約款에 대하여서는 行政官廳의 認可主義[165]를 取하였다. 그러나 認可는 行政監督에 불과하므로 認可유무가 그約款 자체의 有效要件을 이루는 것은 아니어서 認可가 없는 約款도 私法的 效力은 있으므로 行政監督이 반드시 완벽한 것은 아니다.

그렇다 하더라도 認可라는 行政的 規制는 다른 規制보다는 具体的인 約款의 各條文을 검토대상으로 하게 되므로 具体的 妥當性을 約款에 구비하게 할 수 있다.

더욱 約款의 條項을 단지 當事者間의 利益調整이라는 立場을 너머 한층 높은 次元에서 經濟指導를 위한 國家的 立場에서 價値評價할 수 있으므로 行政的 規制는 잘 活用하면 長点이 많은 規制形式이다. 그러면 BIMCO船荷證券의 約款에 대한 行政規制는 어떠한가? 이것을 採用하는 경우 海上運送事業法에 따라 (第9條) 行政官廳의 認可를 받아야 하므로 BIMCO約款은 監督要件을 갖추고 있음을 알 수 있다.

이상과 같이 船荷證券의 約款에 대하여서는 立法的規制와 行政的規制를 加하므로 國家의 監督下에 둘 수 있고 法規性을 얻기 위한 要件으로서의 監督要件을 充足하고 있음을 確認할 수 있다.

④ **約款의 法規性의 根據에 관한 結語** : 船荷證券 約款이 個品運送去來에 있어서 自治法規性을 갖고 있느냐 그 根據는 어디 있느냐를 檢證하였다.

첫째, 形成要件의 검토에 있어서 (i) 協定으로 設定된 約款과 (ii) 團体가 設定하는 約款 (iii)

165) 예컨데 電氣事業法 15條, 鐵道法 6條, 保險業法 3條, 法上運送事業法 9條, 銀行法 9條, 30條, 自動車運輸事業法 9條 등이다.

dCollection

第 3者가 設定한 約款中去來에 慣行되는 것은 모두 法規範的性質을 갖게 되는 形成要件을 充足하는 것이었다. BIMCO의 B/L約款은 世界的 規模의 同業者 團体가 設定하는 約款이므로 法規性의 形成要件을 充足하였다.

둘째, 實定性要件은 形成要件을 充足하는 約款이 그 內容에 있어서 效力있는 法規範으로서의 要件을 갖추고 있는가를 檢證하는 것이었다.

그것은 約款이 規範性을 갖추었는가와 實效性을 갖추었는가를 살펴서 現實에 實行되는 效力있는 法規로서의 實定性要件을 充足하는가를 고찰하는 것이다.

BIMCO約款의 分析을 土台로한 分類에서 보건데 B/L統一條約에 따르고, 法適用上, 去來活動의 技術上, 企業의 合理化를 위하여, 등 네 그룹의 約款이 모두 實行되어야 할 內容이었다. 그러므로 그 去來圈에서의 法規範性을 갖추고 있었다.

約款의 實效性에 있어서도 그 去來圈에서 그대로 實現된다는 可能性이 상존하고 있으므로 實效性도 갖추고 있었다. BIMCO約款은 規範性과 實效性을 가춘 즉 實定性要件을 충족하는 것이었다.

세째, 위의 두要件을 갖추어서 BIMCO約款이 法規性이 인정되어도 그것이 곧 國家法規는 아니므로 去來圈의 自治法規로서 法源性을 인정받기 위하여서는 國家의 監督을 받고있는 要件을 더 살펴보아야 한다. 立法的 規制로는 關係單行法이 制定되어 있고 또 海上運送에 관하여서는 商法上의 規定이 있어서 規制하고 行政的 規制도 約款의 認可主義에 의하여 실행하고 있음을 보았다.

이상과 같이 본데에 BIMCO船荷證券의 約款은 個品運送去來에 있어서 自治法規로서 法源性을 인정하여야 한다는 결론에 도달한다.

즉 具体的인 運送契約에 있어서 船荷證券의 發行交付를 예정하므로써 船荷證券約款이 指定되고 이 指定에 의하여 自治法規로서 客觀的으로 存在하던 約款이 그 當事者에 適用되게 된다는 理論構造임을 우리는 確認하게 되었다.

3. 船荷證券約款의 解釋原則

이상 檢證한바와 같이 BIMCO의 船荷證券 約款은 去來圈의 自治法規로서 法源性이 인정되므로 法律的 解釋이 필요하다.

그러므로 法律行爲的 解釋의 立場은 취할수 없고 또한 約款 解釋의 錯誤는 法律문제로서 上告理由가 되는 점에 注意하여야 한다. 이하 이상의 性格에 立脚한 B/L 約款解釋의 原則을 定立하고자 한다.

① **客觀解釋의 原則** : 客觀解釋이란 約款條項이 不動의 文字로 印刷되어 客觀的으로 多數人에게 提示되어 있고 또 性質이 法規性이 인정되므로 이것을 法規解釋과 같게 한다는 뜻이다. 法律

dCollection

解釋과 法律行爲의 解釋사이에는 큰 차이가 있어서 法律行爲의 해석은 當事者의 表示行爲의 意味를 탐구하여야 하는데 法律해석은 表示된 條文의 客觀的인 意味內容을 明確히 確定하는 것이다.[166]

船荷證券上의 免責約款은 定型合意(convention type) 또는 團体規約(statut corporatif)의 一種이므로 法規解釋과 同一하게 하고 보통 法律行爲의 해석과는 달리할 것을 주장한 理論[167]이 유력하였음은 앞에서 본바와 같다.

BIMCO의 B/L約款은 個品運送이 大量으로 集團的으로 定型化되어 이루어진다는 理由와 위에서 본바와 같이 法規性이 인정되므로 解釋의 第一原則으로 客觀해석에 따라야 할 것임은 당연하다.

㉡ **技術的 專門性의 原則** : 船荷證券은 國際貿易의 慣行上 英文으로 기록 인쇄되어 發行되고 또 오랜 海運國家의 傳統을 갖인 英國의 海運慣用語로 기재되어 우리나라에서는 아직 國文船荷證券은 사용되지 아니한다.

船荷證券이 이와같이 英文으로 발행 사용된다 하더라도 통상 準據法約款(geverning law clause)으로 韓國法 適用을 規定하고 비록 準據法 조항이 명시되지 아니하더라도 國際商事法上 海上運送人의 本店所在地法에 따르는것이 원칙이므로 우리나라 海上運送人이 발행하는 船荷證券은 우리法에 따라야 한다.

이러한 경우의 B/L約款의 해석은 海上運送去來에 있어서 사용되는 技術的 專門用語는 海上去來에서 사용되는 그 意味대로 해석하여야 한다. 專門用語는 보통 오랜 海運實務上의 慣行이나 英國海事判例에서 발전시킨 專門的 意味가 있는것이므로 用語의 字句번역으로는 錯誤가되기 쉽고 英國法上의 述語의 意味를 그대로 받아 드리는 것이 좋다.[168]

예컨대 act of God는 不可抗力으로 해석하는 것이며 英國去來上의 概念 그대로 우리 去來에 採用한다는 뜻이다.

③ **平均的 利益較量의 原則** : ㉮ 約款은 본래 大量去來의 촉진과 企業活動의 合理化를 위하여 設定된 것이므로 去來圈의 利益도 定型化하여 當事者의 特定利益을 보호하는 解釋은 이것을 피하여야 한다.

즉 個別的이고 特別한 利益이 아니라 去來圈內의 劃一的이고 平均的인 利益이 무엇인가를 찾는 해석이 필요하다. 이 原則은 특히 免責約款에서 적용되어야 한다. 免責約款은 보통 海上運送人一方을 위한 規定으로 되어있는 경우가 많기 때문이다.

---

166) 金顯泰, 民法總則, (서울 : 敎文社, 1943), p. 279. 李根植, 民法講義(上) (서울 : 法文社, 1971)p. 114.
郭潤直, 民法總則, (서울 : 博英社, 1971), p. 79 이하

167) Bonnecase, prēcis de pratique judiciaire et extra judiciaire, p. 258~59.
田中誠二, 前揭書, p. 481. 참조
田中耕太郎, 商法上の法律關係の定型化, 法學協會雜誌, 第55卷 7號, p. 41.
石井照久, "普通契約條款" 法學協雜誌, 第55卷 11號, pp. 33 이하에 解釋理論이 상세하다.

168) 이러한 태도는 도이취나 日本등 다른 大陸法系國에서도 同一하다.
Pappenheim, Handbuch des Seerechts, Bd. Ⅲ, 1918, S. 125, Wüstendörfer, Studien zur Modernen Entwicklung des Seefrachtvertrages, S. 399~400.
小町谷操三, 海商法要義, 中卷1, (東京 : 岩波書店, 1936), p. 63.

dCollection

㈏ 傭船契約(charter party)에 있어서 B/L이 發行된 때 C/P와 B/L의 條項이 서로 모순되는 경우 C/P에 指示條項이 없으면[169] 이 原則에 따라 해석하여야 할 것이다.

그러나 이러한 경우에도 送荷人이 아닌 B/L所持人과 海上運送人 사이에서는 所持人이 善意인 이상 船荷證券의 文言에 따라야 한다. 그것은 船荷證券에 대한 證券的 責任上 證券의 文言에 따라야 하고 또 船荷證券의 流通을 보호하기 위하여 필요하기 때문이다.[170]

㈐ B/L約款의 條項자체가 서로 대립되는 경우에 이 原則에 따라 해석하여야 할 것이다.

B/L約款은 오랜 判例속에서 形成발전 된것이 있으므로 條項사이에 調和되지 아니하고 体系없이 무질서하게 規定하고 있는 것이 많다.

이러한 서로 矛盾되는 條項이 있으면 平均的 利益이 무엇인가를 較量하여 해석하고 條項이 서로 調和되게 해석하여야 할것이다.

㈑ 船荷證券上의 免責約款의 意味가 不明確할때는 約款作成者 不利解釋의 原則[171] (contra proferentem)에 따라 送荷人에 有利한 해석을 한다는 것이 종래에 인정되어 왔었다.

예컨대 航海中(during the voyage～) 이란 어떠한 期間을 포함하느냐가 재판상 문제가 된 때 約款上 의미가 명확치 아니하면 海上運送人에게 不利한 해석을 취한다는 원칙이다.

그러나 이제 船荷證券의 約款에 法規性이 인정되므로 이 原則은 타당치 않고 平均的 利益較量의 原則을 취하는 것이 合理的이다.

④ **制限的 解釋의 原則** : ㉮ 船荷證券의 免責約款은 되도록 좁게 嚴格하게 制限的으로 해석하여야 한다는 原則으로 종래 免責約款에 의한 海上運送人의 一方的 利益을 도모하던 때에 各國의 判例上 잘 인정받아온 原則이다.[172]

그러나 지금의 船荷證券은 19世紀의 免責約款 全盛時代의 約款을 갖고 있는 것이 아니고 앞에서 分析한 바와같이 法規性이 인정되므로 作成者不利解釋의 原則과 함께 이 原則은 修正되는 것이 妥當하다 하겠으나 그러나 아직도 BIMCO約款과 같은 團体設定이나 協定에 의한 約款만으로 모든 船荷證券約款이 統一된 것은 아니므로 制限的 解釋原則은 아직도 B/L解釋에 有用한 원칙이라 할 것이다.

또 BIMCO約款에 法規性은 인정된다 하더라도 그것이 國家法과 같은 權威를 인정할 수는 없고 私的 團体의 自治法規인 것이므로 역시 이 原則에 따라 制限的인 해석을[173] 하는 것은 妥當한

169) 예컨대 "freight and all other conditions as per charter"와 같은 指定文言이 있는 것이 보통이나 없는 경우에 해석이 필요하다.
170) Scrutton, op. cit., p. 56.
Hill S. S. Co. v. Hugo Stinnes, 1941, S. C. 324.
171) Pappenheim, a. a. O., S. 479, Raiser, a. a. O., S. 269. Carver, op. cit., Vol. 1, p. 452.
田中誠二, 前揭書, p. 484. 朴元善, 前揭書, p. 326.
172) Pappenheim, loc. cit. 田中誠二, 前揭書, p. 489.
173) Hildebrandt, Das Recht der allgemeinen Geschaftbedingungen, (Archiv für die civilistische Praxis, Neue Folge, 23. Bd. 3, Heft) 1937, S. 341.
石井照久, 普通契約條款(二), 法學協會雜誌, 第55卷 11號, (1938), pp. 48, 60.

dCollection

인이다.

그러므로 約款規定이 欠缺되어 있는 경우에는 결코 法律解釋과 같이 擴張解釋이나 類推解釋같은 것은 용납할 수 없고 이 原則에 따라야 할 것이다.

㉰ 다음은 英法上 確立되어 있는 同一種類의 原則(ejusdem generalis)을[174] 制限解釋의 原則에 포함하여야 할 것이다.

이것은 免責約款이 구체적 免責事由를 特定的으로 列擧하고 끝에 一般的 包括的 事由를 두고 있을 때 그 包括的 文言도 그앞의 特定的 限定的, 事由와 同種의 것만을 意味한다고 解釋하는 英判例法上의 原則이다.[175]

約款規定의 用語가 몇가지 意味로 해석되는때 去來觀念에 맞는 狹義解釋을 취하는 것이다.

⑤ 結語 : 이상으로 BIMCO船荷證券 約款의 解釋原則을 整理하였다. 이 解釋原則은 그간 各國에서 인정된 船荷證券의 免責約款의 解釋에 관한 理論을 정리하고 거기에 私見인 法規性 要件의 檢證에 따라 BIMCO約款에 法規性이 인정된 점을 土臺로 해석原則을 정리하였다.

BIMCO約款이 去來圈의 自治法規로서 法規性을 구비하고 있기 때문에 法律的 解釋原則을 취하고 또 自治法規의 자격을 갖추고 있다 하더라도 곧 그것이 國家法規는 아니므로 그에관한 고려가 解釋原則에 反映되고 있다.

第5章 結 論

우리는 앞에서 船荷證券의 發生의 沿革부터 그것의 發行에 관한 法理論을 검토하고 世界的 規模의 海上運送人 國際團体인 BIMCO의 船荷證券을 分析檢討하고 종래의 船荷證券의 免責約款에 관한 理論과 대비 하면서 約款의 指定理論에 따른 筆者의 私見을 約款의 效力의 根據로서 提示하였다.

이하 앞에서 보아온 理論을 요약 評價하므써 本稿의 結論으로 삼고자 한다.

1. 船荷證券의 發生과 發展 및 法制動向

船荷證券은 14世紀경의 地中海 海運의 船舶書記가 作成한 船舶帳簿의 寫本에 그 起源이 있었고 루이 14世의 海事勅令(1681年)에는 船荷證券의 用語가(Connaissement) 完成되고 18世紀末부터 船荷證券에 免責約款이 記載되기에 이르렀다. 이후 免責約款이 차츰 增加하여 19世紀 後

174) Carver, op. cit., Vol. 1, pp. 446~51.

175) 이 원칙을 확립한 判例는 Richardson v. Samuel (1898) IQ. B. 261. 이 事件은 C/P의 免責約款에 관한 것으로 "~ riots, strikes, lock-outs, accidents to railways, factories or machinery or other causes beyond charterer's control"이라한 文言이 있어 傭船者의 免責을 긍정하고 있었다. 그런데 港의 規則上 船舶의 入港順에 따라 荷役作業을 하게되어 있어서 船舶이 지체된경우 other causes beyond charterer's control 이라는 包括的 文言이 있다하더라도 그것은 그앞의 폭동, 스트라이크 등의 事件과 同種의 事件만을 뜻한다고 하여 이때의 船舶의 遲滯는 包括的 意味안에 들어가지 아니한다고 判決하였다.
Scrutton, op. cit., p. 247.

dCollection

半에는 資本主義經濟가 成熟, 獨占化되고 海上運送人의 經濟的 地位가 強化됨에 따라 免責約款의 最盛期가 되어 海上運送人은 運賃을 受領하는 이외에는 아무런 義務도 부담하지 아니한다는 非難이 일고 船主와 荷主 및 保險者의 攻防이 벌어졌다. 이러한 利害對立者의 攻防과 協議의 努力이 船荷證券 約款의 標準化와 國際間의 統一로 나타나고 그것은 이른바 Liverpool 船荷證券(1882年)과 Hamburg-Bremen 船荷證券(1886年)을 탄생시키고 내종에 Harter法(1893年)의 制定을 보아 드디어 船荷證券의 免責約款이 規制받기에 이르렀다.

그후 各國家의 船荷證券法의 差異에서오는 國際去來上의 困難을 없에고자 Hague Rules(1921年)가 成立하고 1924年에 船荷證券法 統一條約이 成立하여 各國의 그 分野의 商事法規 統一이 이루어졌다.

그러나 아직도 船荷證券 자체에 대한 法理論은 그것의 流通性과 관련하여 各國은 각각 獨自的인 立場을 취하고 있다. 流通性에 관련하여 國際海法會(CMI)는 1968年 Hague-Visby Rules을 成立시켜 「1924年 B/L條約」을 修正 補完하기를 努力하고 있으나 아직 그條約은 發效하지 못하고 있고 한편 UN機構인 國際聯合 國際貿易法 委員會(The United Ntoians Commission on International Trade Law, UNCITRAL)에서 1969年이래 船荷證券 統一條約의 全面改正이나 새 條約의 制定이나를 檢討하기 위하여 作業分會(working group)를 發足시켜 研究하고 있다. 國際的인 船荷證券法의 法制動向을 파악하고 우리法의 올바른 適用을 위하여 앞으로 UNCITRAL의 動向을 注視할 필요가 있다.

2. 船荷證券 發行에 관한 法理論

船荷證券의 發行에 관한 法的問題는 約款에 관한 送荷人의 合意의 存否에 관한 것이다. 海上運送契約은 諾成契約이므로 보통 運送契約이 먼저 成立하고 있고 뒤에 船荷證券이 發行되면 그 運送契約은 船荷證券上에 알아보기 어려운 微細한 文字로 인쇄되어 있는 約款에 따라 支配되므로 과연 이 約款에 대한 送荷人의 合意가 存在하느냐 하는 것이 法律上 問題가 된다.

送荷人이 알지못하는 B/L約款이 運送契約을 支配하게되는 効力의 根據는 어디에서 찾아야 할 것인가. 이문제에 관한 各國의 法理論은 自國의 法制傳統과 船荷證券의 法的 性質의 把握태도에 따라 각각 差異가 있으나 英, 佛, 獨(契約說) 法上 「送荷人의 承諾」에 根據를 찾고 있는 점은 공통된다. 물론 도이취와 日本에 船荷證券의 發行을 單獨行爲라 보는 견해가 있고 그에 따라 B/L約款의 삽입도 運送人의 單獨行爲이니 送荷人의 承諾 有無는 문제가 되지 아니한다는 有力한 小數說이 있기는 하다.

그러나 現代 定期船經營에 있어서 大量의 個品運送契約을 迅速하게 處理하려면 定型契約에 따를 수 밖에 없고 送荷人과 約款條項을 일일히 따져 合意할 수도 없는 것이므로 마치 附合契約(contrat d'adhesion)과 같은 形式이 되고 또 同類의 문제가 제기된다. 그렇다고 個品運送 契約은 附合契約은 아니므로 여기에 船荷證券의 約款을 하나의 統一된 全体로서 指定하여 契約하는 이른바 指定契約의 (Verweisung) 理論이 必要하게 된다.

dCollection

여기서 指定이란 제공된 約款이 契約內容을 이룬다는 明示的 默示的 意思表示를 말하는데 指定對象은 意思表示 때에 사용되는 約款의 全体이다.

個品運送에 있어서 運送人과 送荷人사이에 運送에 관한 合意가 成立하는때 이미 船荷證券이 發行된다는 合意가 同時에 成立하는바 이것이곧 B/L의 指定인 것이다.

海上運送契約이 附合契約的인 問題性은 갖고 있으나 附合契約과는 法的性質이 다르고, B/L約款의 効力의 根據를 送荷人의 承諾이라는 擬制로부터 좀더 合理的인 根據로 發展시킨다는 점에서 이러한 理論構成은 필요하다는 것이 筆者의 私見이었다.

이러한 理論은 더욱 大量化 迅速化를 지향하는 現代定期船 經營에서 더욱 妥當하리라 생각한다.

3. BIMCO船荷證券의 約款

발틱 國際海運會議所(The Baltic and International Maritime Conference, BIMCO)는 1905年 발틱·白海海運會議(The Baltic and White Sea Conference)로 發足한 國際船主(海上運送人)團体로서, 航海傭船에 世界的으로 慣用되는 標準契約書인 GENCON과 또 有名한 定期傭船契約書인 BALTIME등 海上運送의 國際去來에 慣用되는 約款들을 (78種) 制定하여 各國의 海上運送人 團体 또는 荷主團体와 協議 承認 또는 採擇하고 있다.

BIMCO 의 船荷證券은 個品運送用 5種이 있고 本稿에서는 이中 定期船用 B/L을 分析하였다.

이 約款은 19個條項으로 되어 있고 4그루웁으로 分類할수 있다. 즉 ㉮ 法適用上의 편의를 위한 條項, ㉯ 責任의 免除에 관한 條項, ㉰ 企業活動의 特性과 技術的 필요에 따른 條項, ㉱ 企業計算의 確定을 통한 合理化를 위한 條項 등이다.

이것을 종래의 私設約款과 비하면 一般免責約款, 荷物別 免責約款, 原因別 免責中 海上運送人의 一方利益을 위한 것, 등을 除去하고 去來圈의 利益을 定型化하여 利益의 平均的 較量을 기도하고 있음을 알 수 있다.

즉 BIMCO約款은 海上運送人의 國際的 團体가 設定하고 4 群의 約款이 모두 企業活動의 合理的 展開를 위하여 實行될 必要가 있는 것임을 確認할 수 있었다.

이것은 뒤의 約款의 自治法規性의 要件을 充足하는 점에 주의할 필요가 있다.

4. BIMCO約款의 法規性과 解釋原則

船荷證券 約款의 効力으로서 各國의 理論은「送荷人의 承諾」을 要件으로 하고 있음을 보았고 이것은 送荷人이 B/L의 約款을 승낙한 사실이 없거나 約款內容을 알지 못하는 경우에「默示的 承諾」이 있었다는 擬制까지도 前提로하는 점이 弱点이므로 指定契約 理論을 適用하는 것이 妥當하다는 것이 筆者의 見解였다.

이 指定契約으로 全体로서의 約款이 契約內容이 되는데 그렇다면 이러한 約款自体의 法的 地位는 어떤 것인가를 살펴보아야 하므로 이것의 檢證을 위하여 構成한 要件이 筆者의 法規性

dCollection

要件이었다.

法規性을 인정하기 위하여서는 다음 要件이 구비되어야 한다. ① 形成要件에 있어서 協定으로 設定된 約款, 團体가 設定하는 約款 및 第三者가 設定한 것으로 去來에 慣行되는 것의 3종류의 設定에 의하여 形成된 것은 一次 形成에 있어서 法規性을 인정하여야 한다.

② 實定性 要件으로는 約款에 規範性이 있는가 또 그것은 實効性이 있는가의 두 要件을 檢討하는 것이다.

法의 規範性이란 法規範의 意味內容안에 實現되어야 할 要求가 포함되고 이 要求中에 法의 妥當性이 존재하는 것이었다. 따라서 約款이 그 去來圈內에서 實現될 要求가 있고 이 要求는 去來活動上 妥當한가를 檢證하여야 한다. 다음의 法의 實効性은 事實로서 實現되어 있는 것 즉 事實의 面에 있어서의 効力으로 現實로 遵守되고 있는 것을 말한다. 따라서 約款의 實効性은 그 去來社會에 있어서 約款 그대로 實行되어 있는가 또는 實現될 可能性이 언제나 存在하는가를 檢證하여야 한다. 이상의 두 要件을 갖추고 있는 約款은 實定性 要件을 갖춘 것으로 결국 法規性을 具備하고 있는 것이다.

③ 監督要件으로는 立法的 規制와 行政的 規制가 중요한 事前的 要件이었다.

約款이 위의 두 要件을 갖추어 法規性이 인정되고 去來圈의 自治法規의 地位를 얻는다 하더라도 이것은 國家法은 아니고 經濟的 利益團体의 自治法規에 불과하므로 國家的 監督이 필요한 것이다. 따라서 그 約款에 관한 規制法規(예, 海上運送事業法 第9條)가 있느냐 또 行政的 規制로서 約款의 認可主義등이 채택되고 있느냐를 檢證하여야 한다.

이상의 3要件을 具備하는 約款은 결국 그 去來圈의 自治法規로서 商事法의 法源의 地位를 인정하자는 것이 筆者의 見解이다.

이러한 要件이 充足되어 法規性이 인정되는 約款은 그의 解釋도 法律的 解釋에 따라야 한다. 그리하여 提示되는 約款解釋은 다음과 같다.

① 客觀解釋의 原則 : 法規性 要件이 充足되어 그 去來圈의 自治法規의 性質이 있는 約款의 解釋은 當事者의 表示行爲의 意味를 탐색할 필요가 없이 約款에 表示되어 있는 條文의 客觀的인 意味 內容에 따른다는 原則이다. 이것은 船荷證券의 證券的責任도 補完하여 流通의 保護에도 도움이 된다.

② 去來의 技術的 專門性의 原則 : 個品運送은 海上에서 船舶에 의하여 活動을 전개한다는 企業去來의 特殊性으로 말미아마 船荷證券의 約款은 技術的인 條項으로 구성되고 또는 企業自体의 利益較量의 技術性이 表現되므로 約款의 解釋도 企業活動上의 意味 그대로 解釋하여야 한다. 특히 우리나라 海上運送人이 사용하는 船荷證券도 英文으로 되어있으므로 用語의 字句번역보다는 技術性의 原則에 따라 해석하여야 한다.

③ 平均的 利益較量의 原則 : 約款이 大量去來의 촉진과 企業活動의 合理化를 위하여 設定된 것이므로 當事者의 特別한 또는 個別的인 利益이 아니라 去來圈內의 劃一的이고 平均的인 利益이 무엇인가 去來圈內의 社會的 必要性이 무엇인가를 찾아 그 要請에 따라 解釋하여야 한다.

dCollection

그러므로 約款의 條項이 서로 모순되는 경우 또는 意味가 不明確할 때의 作成者 不利解釋의 필요성이 있는 경우 등에 이 平均的 利益較量의 원칙에 따라야 할 것이다.

㉣ 制限解釋의 原則 : 비록 BIMCO約款과 같이 B/L約款에 法規性이 인정되고 自治法規의 地位를 승인한다 하더라도 이것이 곧 國家制定의 商事法規는 아니므로 그의 解釋은 制限的인 해석이 필요하다. 비록 成文法規나 慣習法 또는 約款上의 해당 規定이 없는 문제가 당사자간에 發生한다 하더라도 法律解釋과 꼭 같이 擴張解釋이나 類推解釋은 용납할 수 없고 制限的인 해석이 필요한 것이다.

5. 結 語

이상 筆者는 船荷 證券의 作成과 約款의 設定에 관한 各國의 法理論을 檢討하고, 船荷證券의 約款의 法的 性質을 把握하는 槪念裝置(conceptual tool)로서 法規性要件을 構成하여 BIMCO約款을 實證的으로 分析하였다.

法規性要件에 따라 검토한 결과 BIMCO約款은 個品運送에 있어서의 自治法規의 地位를 인정할 수 있고 그에 따라 B/L約款 解釋의 4原則을 抽出할 수 있었다. 이러한 筆者의 指定契約 理論에 의한 B/L約款의 效力의 根據와 約款의 法規性의 確認 및 解釋의 原則은 船荷證券 統一條約을 体系있게 受容하지 못한 우리 商法上의 船荷證券法의 不備한 점을 補完하고 法理論의 面에서나 裁判에있 어서 도움이 되리라 믿는다.

參考文獻

東 洋 書

朴 元 善 : 새商法(上)(下) (서울 : 修學社, 1974)
徐 燉 珏 : 商法講義(上)(下) (서울 : 法文社, 1973)
鄭 熙 喆 : 商法要論(上)(下) (서울 : 博英社, 1974)
孫 珠 瓚 : 改訂商法(上)(下) (서울 : 博英社, 1973)
金 顯 泰 : 民法總則 (서울 : 教文社, 1973), 債權法各論 (서울 : 一潮閣, 1966)
李 根 植 : 民法講義 (서울 : 法文社, 1971)
朴 觀 淑 : 新稿國際法 (서울 : 法文社, 1968)
金 箕 範 : 韓國憲法 (서울 : 教文社, 1974)
郭 潤 直 : 債權各論(上) (서울 : 法文社, 1970)
孫 兌 鉉 : 舊韓末의 官營汽船海運에 관한 硏究, 博士學位請求論文, 東亞大學校, 1970.
裵 炳 泰 : 船舶擔保物權에 관한 比較法的硏究, 한국해양대학논문집, 제6집, 제7집 (1971) 별책
裵 炳 泰 : "開港期汽船海運에 관한 契約의 法的考察" 저스티스, 第11卷 1號, 韓國法學院, 1973.
裵 基 玟 : 普通去來條款, 司法行政, 1968. 9. 10.
閔 星 奎 : 海運經濟學, (韓國海大海事圖書出版部, 1973)
小町谷操三 : 海商法要義, 中卷1, 2 (東京 : 岩波書店, 1936, 1943)
海商法硏究, 第3卷 (東京 : 有斐閣, 1931) 統一船荷證券法論, (東京 : 勁草書房, 1958)
田中耕太郎 : 商法硏究, 第1卷, (東京 : 有斐閣, 1939)

dCollection

田 中 誠 二：船荷證券免責條款論，(東京：有斐閣，1939) 海商法詳論，(東京：勁草書房，1970)
石 井 照 久：海商法，(東京：有斐閣，1969)
西島彌太郎：船荷證券論，(東京：巖松堂，1954)
西島彌太郎：獨逸商法(Ⅱ)(東京：有斐閣，1956)
島賀陽然良(外)：佛蘭西商法(Ⅱ)(東京：有斐閣，1957)
佐 波 宣 平：海運理論体系，(東京：有斐閣，1949)
米 谷 隆 三：約款法の理論，(東京：有斐閣，1970)
岡 庭 博：海運産業構造の研究，(神戸：海文堂，1964)
東 海 林 滋：海運經濟論，(東京：成山堂，1965)
杉山直次郎："附合契約の觀念に就て" 法學協會雜誌，第42巻 7號～12號 (1924)
石崎政一郎："契約定型と附合契約" 杉山教授還曆記念 論文集，(東京：岩波書店，1941)
田中耕太郎："商法上の法律關係の定型化" 法學協會雜誌 第55巻 7號 (1937)
石 井 照 久："普通契約條款" 法學協會雜誌，第55巻 10號
"普通契約條款と國家的規制" 法學協會雜誌 58巻 11號12號
鴻 常 夫：France 新海上運送契約法，資料，法學協會雜誌，84巻 11號 (1967)

西 洋 書

The Baltic and International Maritime Conference, Forms of Approved Documents, 1974, Copenhagen.
J. Bes, Chartering Practice, Amsterdam, 1960.
J. Bes, Chartering and Shipping Terms, Amsterdam, 3rd ed. 1954.
J. Bes, Liner and Tramp Shipping, Amsterdam, 1966.
W. W. Blume, American Civil Procedure, Englewood Cliffs, 1955.
Lod Chorley and O. C. Giles, Shipping Law, 6th ed. London, 1970.
G. Clarke, Contracts, Indianapolis, 1954.
W. Clarke, Cole's Merchant Shipping Acts, 8th ed. Glasgow, 1960.
R. Colinvaux, Carvrer's Carriage by Sea, Vol. 1, Vol. 2, London, 1971.
Gilmore and Black Jr., The Law of Admiralty, Brooklyn, 1957.
G. Gurvitch, Sociology of Law, London, 1953.
W. Holdsworth and Hanbury, Elements of English Law, 6th ed., London, 1959.
R. Lowe, Commercial Law, 3rd ed., Lodon, 1970.
W. L. McNair and A. A. Mocatta, Scrutton on Charter Parties and Bills of Lading, 11th ed, London, 1955.
K. C. McGuffie, Marsden on the Law of Collision at Sea, London, 1953.
Morrison and Stumberg, Cases and Materials on Admiralty, Brooklyn, 1954.
W. Poor, American Law of Charter Parties and Ocean Bills of Lading, 2nd ed., Albany N. Y. 1930.
G. H. Robinson, Robinson on Admiralty, St. Paul, 1939.
N. Singh, International Conventions of Merchant Shipping, British Shipping Laws Vol. 8, London, 1963.
C. M. Schmitthoff and Sarre, Charlsworth's Mercantile Law, 12th ed., London, 1972.
S. G. Sturmy, British Shipping and World Competetion, London Univ. Press, 1962.
H. J. Abraham, Das Seerecht, Berlin, 1969.
F. M. Fisser, Trampschiffahrt, Bremen, 1957.
J. von Gierke, Handelsrecht und Schiffahstsrecht, Berlin, 1958.
H. Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. Aafl., Tübingen, 1950.

dCollection