creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

한국법을 준거법으로 한 선체용선계약의 법적 쟁점에 관한 비교법적 연구 -BARECON 양식을 중심으로-

A Comparative Legal Study on the Legal Issues of the Bareboat Charter governed by Korean Law -BARECON Form-

지도교수 정영석

2020년 2월

한국해양대학교 해사산업대학원

해사법학과

이 재 욱

본 논문을 이재욱의 법학석사 학위논문으로 인준함

위원장 : 정 대 (인)

위원 : 지 상 규 (인)

위원 : 정 영 석 (인)

2019년 12월

한국해양대학교 해사산업대학원

Collection @ kmou

목 차

목차 ····· i
초록 ····· iv
Abstract ····· vi
제1장 서론 ····· 1
제1절 연구의 배경과 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위와 방법 ····· 2
제2장 선체용선계약과 BARECON ····· 2
제1절 선체용선계약의 의의와 법적성질 ····· 2
I. 의의 ····· 2
II. 종류 및 법적성질 ····· 4
1. 종류 ····· 4
2. 법적성질 ····· 5
III. 한국 민법 임대차 규정의 준용 ····· 7
제2절 BARECON의 의의와 준거법 ····· 8
I. BARECON의 의의 및 개정 ····· 8
1. 개념 ····· 8
2. BARECON의 개정 ····· 9
II. 준거법 결정의 원칙 ····· 9
1. 준거법의 의의 및 당사자 자치 ····· 9
2. 한국 국제사법의 규정 ····· 10
III. BARECON의 준거법 ····· 11
1. BARECON의 준거법 조항 및 운영실태 ····· 11
2. BARECON에 적용될 준거법 지정의 중요성 ····· 12
제3장 선체용선계약의 성립과 종료 ····· 13
제1절 선체용선계약의 성립 ····· 13
제2절 선체용선계약의 종료(Termination) ····· 13
I. 선체용선자의 채무불이행 ····· 13
1. BARECON의 규정 ····· 13
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 13
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 14
II. 선박소유자의 채무불이행 ····· 16
1. BARECON의 규정 ····· 16
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 16

Collection @ kmou

3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 17
III. 선박의 멸실 ····· 17
1. BARECON의 규정 ····· 17
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 17
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 18
IV. 당사자의 도산(Insolvency) ····· 19
1. BARECON의 규정 ····· 19
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 19
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 20
V. 소결론 ····· 25
제3절 선체용선계약 종료에 따른 법률관계 ····· 26
I. 계약해지 및 손해배상청구 ····· 26
1. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 26
2. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 29
II. 선박의 점유회복(Repossession) ····· 31
1. BARECON의 규정 ····· 31
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 32
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 33
III. 소결론 ····· 37
제4장 당사자의 권리와 의무 ····· 37
제1절 선박소유자의 권리와 의무 ····· 37
I. 용선료 수령권 및 선박검사권 ····· 37
II. 선박의 인도(Delivery) 의무 ····· 38
1. BARECON의 규정 ····· 38
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 39
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 43
III. 매도(Sale)의 제한 ····· 52
1. BARECON의 규정 ····· 52
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 52
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 53
IV. 소결론 ····· 53
제2절 선체용선자의 권리와 의무 ····· 54
I. 선체용선자의 기타 권리·의무 ····· 54
II. 용선료(hire) 지급의무 ····· 54
1. BARECON의 규정 ····· 54

Collection @ kmou

2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 56
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 58
III. 선박을 반환할 의무[반선(Redelivery) 의무] ····· 62
1. BARECON의 규정 ····· 62
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 63
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 65
IV. 선체용선계약의 양도, 재용선(Assignment, Sub-Charter)의 제한 ····· 66
1. BARECON의 규정 ····· 66
2. 영미법을 준거법으로 한 경우 ····· 66
3. 한국법을 준거법으로 한 경우 ····· 68
제5장 한국법을 BARECON의 준거법으로 할 경우의 장점 ····· 71
제1절 도산절차에서의 장점 ····· 72
I. 도산해지조항의 유효성 여부 ····· 72
1. 준거법에 따른 도산해지조항의 효력 차이 ····· 72
2. 도산해지조항의 준거법 결정기준 ····· 72
3. 도산해지조항의 유효성에 관한 영국법원의 판단 ····· 73
4. 쌍방미이행 쌍무계약에 있어서 도산해지조항의 유효성 배제 ····· 74
II. 한국법을 준거법으로 한 경우 도산절차에서의 구체적 처리 ····· 74
1. 민법 제637조에 관한 문제 ····· 74
2. 운용형 선체용선계약에 관한 검토 ····· 78
3. 소유권취득조건부 선체용선계약에 관한 검토 ····· 78
제2절 용선료의 변경 가능성 ····· 79
I. 용선료 증감청구권 ····· 79
1. 용선료 증감청구권의 필요성 ····· 79
2. 한국 민법 규정의 준용 ····· 80
II. 민법 제627조 제1항의 적용 ····· 80
III. 민법 제628조의 적용 ····· 80
1. 민법 제628조에 관한 판례의 태도 ····· 80
2. 운용형 선체용선계약에 관한 검토 ····· 82
제6장 결론 ····· 82
참고문헌 ····· 85

Collection @ kmou

한국법을 준거법으로 한 선체용선계약의 법적 쟁점에 관한 비교법적 연구 -BARECON 양식을 중심으로-

이 재 욱

한국해양대학교 해사산업대학원 해사법학과

초록

선체용선자는 선체용선계약을 통하여 선체용선기간 동안 선박소유자로부터 선박에 대한 전면적인 점유 및 지배·관리권을 넘겨받아 운용한다. 선체용선계약의 유형은 크게 운용형과 금융형 선체용선계약[예를 들면, 소유권취득조건부 선체용선계약(BBCHP)]으로 나누어 볼 수 있다. 운용형 선체용선계약은 BARECON 양식에 따라 체결되는 경우가 많다. BARECON은 선체용선계약 당사자가 계약에 적용될 준거법을 합의로 정할 수 있도록 하되, 별도의 합의가 없는 경우 영국법이 준거법이 된다고 규정한다.

한국법을 BARECON의 준거법으로 합의하는 경우, 운용형 선체용선계약은 그 법적성질이 임대차와 유사하므로 그 성질에 반하지 않는 이상 한국 민법의 임대차 규정이 준용된다. 선체용선계약은 당사자자치에 따라 규율되므로 한국 민법의 임의규정보다 BARECON 조항이 우선 적용되어 설령 임의규정과 일부 다른 내용이 있다고 하더라도 대부분의 조항에 있어서 그 해석과 법률효과에 있어서 영미법을 준거법으로 한 경우와 큰 차이는 없을 것이다. 그러나 한국 민법의 강행규정에 저촉되는 BARECON 조항은 효력이 없게 된다. 특히 민법 제627조와 제628조의 용선료 증감청구권은 강행규정으로 이에 반하여 선체용선자에게 불리한 조항은 효력이 없다. 따라서 비록 BARECON 2017 제3조 (c)항에서 선박이 용선자에게 인도된 이후에는 선박소유자의 의무는 전부 이행된 것으로 보고 그 이후에는 선체용선자가 법적 구제수단을 행사할 수 없다고 규

Collection @ kmou

정하고 있더라도, 선체용선자는 민법 제627조와 제628조를 근거로 용선료감액청구권을 행사할 수 있다.

선박소유자가 선박의 하자를 알면서 용선자에게 고지하지 아니한 경우에는 BARECON 2017 제3조 (c)항에도 불구하고, 민법 제584조에 따라 하자담보책임의 면제특약의 효력이 인정되지 않는다.

BARECON 2017 제31조 (d)항의 도산해지조항에 따라 용선자가 도산한 경우 선박소유자는 선체용선계약을 해지하고 용선자의 영업자산인 선박에 대한 점유를 회복할 수 있다. 이 조항으로 인하여 용선자는 선박을 운용하여 이익을 얻을 수 없어 용선자의 회생이 곤란하게 되는 문제가 있다. 영국법을 준거법으로 하는 경우 도산해지조항의 효력이 인정될 가능성이 크다. 그러나 한국법을 준거법으로 한 경우 운용형 선체용선계약은 임대차의 성질을 가지므로 이를 쌍방미이행 쌍무계약으로 보아 관리인의 이행청구권을 보장하고 도산해지조항의 효력을 배제함으로써 도산절차에서의 안정성 및 용선자의 회생에 도움이 될 수 있다.

이처럼 BARECON 양식에 따른 운용형 선체용선계약을 체결하는 경우 준거법을 한국법으로 합의함으로써 도산절차에서의 안정성을 도모하고 경제사정의 변동에 따라 용선료증감청구를 할 수 있는 장점이 있다.

향후 많은 계약 당사자들이 BARECON 양식에 따른 운용형 선체용선계약의 준거법을 한국법으로 합의함으로써 이러한 장점을 활용할 수 있기를 기대한다.

주제어

선체용선계약, 소유권취득조건부 선체용선계약(BBCHP), BARECON, 준거법, 도산해지조항, 임대차, 하자담보책임의 면제특약(민법 제584조), 차임증감청구권(민법 제627, 628조)

Collection @ kmou

A Comparative Legal Study on the Legal Issues of the Bareboat Charter governed by Korean Law -BARECON Form-

Lee, Jae Wook

Department of Maritime Law
Graduate School of
Korea Maritime and Ocean University

Abstract

During the charter period the vessel shall be in full possession and at the absolute disposal for all purposes of the charterers and under their complete control in every respect. The bareboat charter can be classified into two large groups : Operating bareboat charter and Financing bareboat charter[for example, Bareboat Charter with Hire Purchase(BBCHP)].

It's very common for the parties to use the BARECON form for the operating bareboat charter. When the parties use the BARECON form, they can mutually agree the governing law and the arbitration place but they do not agree, the charter party shall be governed by and construed in accordance with English law.

When the parties agree that the charter party shall be governed by and construed in accordance with Korean law, the provisions regarding leases under the Civil Act shall apply mutatis mutandis to the operating bareboat charter which is lease in nature according to Korean Law.

Because the parties' intention shall prevail the optional provisions of

Collection @ kmou

Korean Civil Act, most of the articles of BARECON shall not be construed differently irrespective of governing laws, even though the articles are in contravention of the optional provisions of Korean Civil Act. But when some articles of BARECON are in contravention of the mandatory provisions of Korean Civil Act, the articles will be void. Especially, because the Article 627 and 628 of the Korean Civil Act are mandatory provisions, any articles of BARECON which are in contravention of the Article 627 and 628 and unfavorable to charterers shall be void. As a result, the charterers can demand a reduction of the hire on the ground of the Article 627 and 628 of the Korean Civil Act, even if BARECON 2017 article 3(c) says the delivery of the vessel by the owners and the taking over of the vessel by the charters shall constitute a full performance by the owners of all the owner's obligations under the clause, and thereafter the charterers shall not be entitled to make or assert any claim against the owners.

The owners may not be relieved of liability in respect of any fact of which they were aware and nevertheless failed to disclose according to the Korean Civil Act article 584 in spite of BARECON 2017 Article 3(c).

According to the Ipso Facto Clause[BARECON 2017 article 31(d)] when the charterers go bankrupt, the owners may terminate the charter party and repossess the vessel. Because of the clause, it is difficult for the charterers to make a profit by operating the vessel and to rehabilitate. When BARECON 2017 article 31(d) is governed by and construed in accordance with English law, the Ipso Facto Clause shall be in effect. But when the parties agree that article shall be governed by and construed in accordance with Korean law, the operating charter party which is lease in nature, shall be treated as the bilateral contract the parties have yet to complete performance of the contract, the custodian of the charterers has an option to terminate or require the

Collection @ kmou

owners to fulfill the owners' obligations. So the Ipso Facto Clause is not effective, it can help the charterer's rehabilitation.

When the parties of the operating charter party agree that the charter party(BARECON form) shall be governed by and construed in accordance with Korean Law, it can help the rehabilitation of the charterers and the parties have the advantage of demanding the other party to raise or reduce the hire for the future when the economic situation changes.

I wish that many parties agree the charter parties shall be governed by and construed in accordance with Korean Law and they can make good use of these advantages from now on.

Key Words

Operating Bareboat Charter, Bareboat Charter with Hire Purchase(BBCHP), BARECON, Governing(Applicable) Law, Ipso Facto Clause, Special Stipulation for Relief of Liability for Warranty(Korean Civil Act article 584), Lease, Right to Demand an Increase or Reduction of Rent(Korean Civil Act article 627, 628)

Collection @ kmou

제1장 서론

제1절 연구의 배경과 목적

해상기업이 영리활동의 기초가 되는 선박을 확보하는 방법으로 선박의 소유권을 직접 취득하는 경우 이외에도 용선계약을 통하여 선박을 운용하는 방법이 활용되고 있다. 선박이 고가이므로 직접 매수하는 것이 곤란한 것도 그 하나의 이유가 되겠지만, 이는 용선계약을 통하여 필요한 선박을 신속·유연하게 확보할 수 있을 뿐 아니라 금융 및 회계상의 혜택을 누릴 수도 있기 때문으로 보인다.

용선계약의 유형으로는 선체용선뿐 아니라 정기용선, 항해용선도 있는데, 선체용선계약의 경우 정기용선, 항해용선과는 달리 선박소유자로부터 선박에 대한 점유 및 지배·관리권을 넘겨받아 선박을 자기 소유인 것처럼 운용한다. 그러나 선체용선계약의 구체적인 태양은 당사자의 목적, 이해관계 등에 따라 단순히 선박운용을 위한 운용형 선체용선계약에서부터 금융목적 및 소유권취득을 조건으로 한 금융형 선체용선계약에 이르기까지 다양하다.

한편, 운용형 선체용선계약은 BARECON 양식에 따라 체결되는 경우가 많은데, BARECON은 선체용선계약 당사자가 계약에 적용될 준거법을 합의로 정할 수 있도록 하되, 별도의 합의가 없는 경우 영국법이 준거법이 된다고 규정한다. 이에 따라 당사자가 준거법에 관한 합의를 하는지, 합의할 경우 어느 국가의 법을 준거법으로 하는지 여부에 따라 BARECON 각 조항의 해석 및 법적 효력에 차이가 발생할 수 있다.

따라서 한국 해운업체가 BARECON 양식에 따라 선체용선계약을 체결할 경우 어느 국가의 법을 준거법으로 할 것인지를 결정하기 위해서는, 우선 BARECON에 따른 선박소유자와 선체용선자의 권리·의무 등 법률관계가 영국법 또는 미국법을 준거법으로 한 경우와 한국법을 준거법으로 한 경우 어떤 공통점과 차이점이 있는지를 비교·검토할 필요가 있다. 이 글은 이러한 준거법 차이에 따른 선체용선계약의 성립과 종료, 당사자의 권리·의무를 둘러싼 법률효과의 차이를 비교해 보고, 그 장단점에 따라 어떤 국가의 법을 준거법으로 지정하는 것이 보다 유리한지를 결정할 수 있는 판단의 근거를 제시하는 것을 목적으로 한다.

Collection @ kmou

제2절 연구의 범위와 방법

선체용선계약은 크게 운용형 선체용선계약과 금융형 선체용선계약으로 구분할 수 있고, 금융형 선체용선계약으로는 소유권취득조건부 선체용선계약이 많이 이용되는데, 이는 운용형 선체용선계약과 법적성질이 서로 다르므로 선체용선계약을 둘러싼 법률관계의 분석도 달라지게 된다.

BARECON 내용에 관한 구체적인 검토에 앞서 선체용선계약의 일반론으로 운용형 및 금융형 선체용선계약, 특히 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질에 관한 학설과 판례의 태도를 간략히 살펴보고, BARECON의 의의와 준거법의 결정방법 및 BARECON에 적용될 준거법 지정의 중요성에 관하여 검토한다.

BARECON 양식은 Part II에서 선박의 인도, 용선료, 반선, 양도 등의 제한, 종료, 점유회복 등 구체적으로 당사자의 권리의무에 영향을 미치는 개별 조항을 규정하고, Part IV에서 선박매수권(Purchase Option)에 관하여 별도로 규정하고 있다. 이 논문에서는 운용형 선체용선계약을 주된 대상으로 하여 BARECON의 법률관계가 영미법을 준거법으로 한 경우와 한국법을 준거법으로 한 경우에 어떠한 공통점과 차이점이 있는지를 선체용선계약의 성립과 종료, 선박소유자 및 선체용선자의 권리와 의무, 선체용선계약 종료에 따른 법률관계를 BARECON Part II 각 조항에 비추어 살펴본다.

특히 한국 해운업체의 경우 선박소유자보다는 선체용선자의 지위에 서게 되는 경우가 많을 것이므로, 한국법을 준거법으로 한 경우 선체용선자의 권리의무관계에 어떠한 장점이 있는지를, 도산해지조항의 유효성 여부를 포함한 도산절차의 측면과 경제사정 변동에 따른 용선료 증감가능성의 측면에서 검토함으로써 한국법을 준거법으로 한 BARECON 양식에 따른 선체용선계약의 활용가능성을 재고해본다.

제2장 선체용선계약과 BARECON

제1절 선체용선계약의 의의와 법적성질

I. 의의

선체용선계약(Bareboat Charter Party)은 선박소유자가 일정기간 선박 전부의

Collection @ kmou

점유권 및 지배권을 용선자에게 넘겨주기로 약속하고 이에 대하여 용선자가 기간단위로 용선료를 지급하기로 하는 계약이다[1)2)3)].

선체용선계약은 선박 자체의 이용이 계약의 목적이 되어 선주로부터 인도받은 선박에 자기의 선장 및 선원을 탑승시켜 마치 그 선박을 자기 소유의 선박과 마찬가지로 이용할 수 있는 '지배관리권'을 가진 채 운항하는 계약[4)5)]이라는 점에서, 항해용선계약[6)] 및 정기용선계약[7)]과 구분된다[8)9)].

---

1) 정영석,「해상법원론」텍스트북스 (2009), 제114, 115쪽

2) 선체용선계약의 핵심 요소는 '용선선박에 대한 점유와 관리권(possession and control of the vessel)이 선박소유자로부터 용선자에게 이전된다'는 점이라고 볼 수 있다[이정원, "소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰", 법학연구 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소 (2012), 제167쪽].

3) 한국 상법 제847조(선체용선계약의 의의)의 규정은 다음과 같다.

> ① 선체용선계약은 용선자의 관리·지배 하에 선박을 운항할 목적으로 선박소유자가 용선자에게 선박을 제공할 것을 약정하고 용선자가 이에 따른 용선료를 지급하기로 약정함으로써 그 효력이 생긴다.
> ② 선박소유자가 선장과 그 밖의 해원을 공급할 의무를 지는 경우에도 용선자의 관리·지배하에서 해원이 선박을 운항하는 것을 목적으로 하면 이를 선체용선계약으로 본다.

4) 양석완, "개정 상법상 선체용선의 법적 지위", 상사법연구 27권 2호, 한국상사법학회 (2008), 제206쪽

5) 선박의 소유자가 선박임대차계약에 의하여 선박을 임대하여 주고, 선박임차인은 다른 자와 항해용선계약을 체결하여, 그 항해용선자가 재용선계약에 의하여 선복을 제3자인 재용선자에게 항해용선하여 준 경우에 선장과 선원에 대한 임면·지휘권을 가지고 선박을 점유·관리하는 자는 선박의 소유자가 아니라 선박임차인이다(대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040 판결 참조).

6) 특정한 항해를 할 목적으로 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박의 전부 또는 일부를 물건의 운송에 제공하기로 약정하고 용선자가 이에 대하여 운임을 지급하기로 약정하는 계약(상법 제827조 제1항)

7) 선박소유자가 용선자에게 선원이 승무하고 항해장비를 갖춘 선박을 일정한 기간동안 항해에 사용하게 할 것을 약정하고 용선자가 이에 대하여 기간으로 정한 용선료를 지급하기로 약정하는 계약(상법 제842조)

8) 선박의 이용계약이 선박임대차계약(선체용선계약)인지, 항해용선계약인지 아니면 이와 유사한 성격을 가진 제3의 특수한 계약인지 여부 및 그 선박의 선장·선원에 대한 실질적인 지휘·감독권이 이용권자에게 부여되어 있는지 여부는 그 계약의 취지·내용, 특히 이용기간의 장단, 사용료의 고하, 점유관계의 유무 기타 임대차 조건 등을 구체적으로 검토하여 결정하여야 한다(대법원 1999. 2. 5. 선고 97다19090 판결).

9) 정기용선계약과 선체용선계약을 구별하는 가장 중요한 표지는 선장의 선임 여부라는 견해도 있다[김인현, ""국적취득조건부 선체용선의 법률관계", 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 (2017), 제10쪽].

Collection @ kmou

Ⅱ. 종류 및 법적성질

1. 종류

선체용선계약은, 용선자가 선박의 점유 및 지배권을 이전받아 선박을 자신의 것과 같이 운용하고 용선기간이 종료되면 선박을 선박소유자에게 반환하는 운용형 선체용선계약(Operating Bareboat Charters)과 금융형 선체용선계약[10] (Financing Bareboat Charters)으로 나눌 수 있다. 금융형 선체용선계약의 경우 금융제공자인 선박소유자가 선박 수요자인 용선자의 요구사양에 맞추어 장기 선체용선계약을 체결하여 용선자에게 선박을 제공하며 용선기간 중 선박소유권은 선박소유자에게 유보되어 있다. 이러한 금융형 선체용선계약의 경우 많은 경우 용선기간 종료 시 용선자가 선박의 소유권을 취득하는 소유권취득조건부 선체용선계약[11][12][13][14][BBCHP(Bareboat Charter with Hire Purchase)]의 형식을

---

10) 일반적으로 용선기간이 길고, 많은 경우 그 기간이 본선의 경제적 수명과 일치한다. 선박소유자인 임대인의 주된 기능은 금융제공자이고, 선박과 관련된 모든 운영상 책임은 용선자가 부담하게 된다[정석종, “회생절차에서의 선박금융에 대한 취급”, 도산법연구 2권 2호, 도산법연구회 (2011), 제8쪽].

11) 일정기간 용선자가 선박을 선박소유자로부터 임대하여 사용하고 임대기간이 종료되는 시점에, 그 선박을 소유자에게 반납하는 것이 아니라, 자신이 그 선박의 소유권을 취득하여 소유자가 되어 한국 선적을 취득하게 되는 선체용선을 말한다[김인현, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 (2017), 제10쪽].

12) 선체용선계약을 일반적인 선체용선계약과 선박금융의 수단으로 사용되는 선체용선계약으로 구분하고, 선박금융 수단의 선체용선계약 중 용선기간이 종료된 후 선체용선자가 선박소유권을 취득하기로 약정한 것을 소유권취득조건부 선체용선계약으로 구분하는 견해도 있다[최종현, 「해상법상론」, 박영사 (2009), 제490, 491쪽].

13) 선체용선제도는 해운경영에 있어서 선대의 확보와 선박관리의 기법을 배우기 위한 방법으로서, 국적취득조건부 선체용선과 같이 외국 해운회사에서 선박을 구입하는 조건으로 임차하여 급여가 저렴한 국가의 선원을 승선시킨 다음에, 다시 이 선박을 앞의 매도회사 또는 선박의 운항능력이 우수한 회사에게 정기용선으로 재용선해 주어 그 용선료로 선박대금을 갚아 나아가는 수단으로 이용되기도 한다. 이와 같이 선박을 확보하는 방법은 우리 해운업이 발전시킨 특유한 제도이다[박용섭, “선박임차인의 법률상의 책임에 관한 고찰-나용선계약을 중심으로-”, 한국해법회지 제11권 제1호, 한국해법회 (1990), 제103쪽].

14) 소유권취득조건부 선체용선의 장점으로는 ① 자금이 부족한 상태에서도 선박을 구입할 수 있다는 점, ② 용선기간동안 한국법의 적용을 받지 않고 편의치적국의 법 적용을 받을 수 있다는 점, ③ 용선자가 채무자가 되더라도 소유권취득조건부 선체용선의 대상 선박은 가압류의 대상이 되지 않는다는 점, ④ 일부 한국법에 따라 국적선과 같이 세금, 선원고용 등의 혜택을 누릴 수 있다는 점, ⑤ 금융회사가 운항상 위험으로부터 선박을 분리하여 채권확보를 할 수 있다는 점 등이 있다. 이에 반하여 단점으로는 ㉮ 회생절차에 있어서 채무자의 소유선박으로 취급되지 아니하여 불리할 수 있다는 점, ㉯ 부채비율을 높일 수 있다는 점, ㉰

Collection @ kmou

취하는데[15], 선체용선자가 특수목적법인(SPC)를 설립하여 이를 선박소유자로 하여 선박을 건조한 다음 자신이 선체용선자가 되는 경우도 있다[16][17]. 국내 금융회사와 용선자들이 소유권취득조건부 선체용선계약을 체결하는 경우에는 BARECON을 사용하지 않고 독자적인 용선계약을 체결하는 경우가 많다[18].

2. 법적성질

(1) 일반적인 운용형 선체용선계약에 관하여는 그 법적성질을 선박임대차 또는 이와 유사한 계약으로 보는 것이 일반적이다[19][20].

(2) 이에 반하여 금융형 선체용선계약, 특히 그 중 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성격에 관하여는 여러 가지 견해가 있다.

첫째, 연불매매[21]라고 이해하는 견해[22][23][24][25]로 판례[26]도 같은 입장으로

소송제기 시 선적국법이 적용되어 우리나라 해상기업에게 불리한 경우가 있다는 점 등이 있다[김인현, “국적취득조건부 선체용선(나용선)의 명(明)과 암(暗)”, 해양한국 538호, 한국해사문제연구소 (2018), 제88, 89쪽].

15) 선체용선계약을 소유권취득조건부 선체용선계약과 물적금융으로 나누어 볼 수 있으나, 선체용선계약의 실무상 위 두 가지 기법이 완전히 분리되어 사용되기 보다는 두 가지 기법이 혼용되거나 두 가지 기법을 같이 사용하는 경우가 대부분이며, 한국 상법 제848조 제2항이 무차별적으로 적용된다는 점에서 구분의 실익은 크지 않다[이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약과 취득세 부담주체(대법원 2011.4.14. 선고 2008두10591 판결)”, 한국해법학회지 33권 2호, 한국해법학회 (2011), 제304, 305쪽].

16) 채권자인 금융회사는 대금회수를 쉽게 하기 위하여 실질 선박소유자와 절연되고 분리된 특수목적회사(SPC)를 설립하여 이를 선박의 등록소유자로 하고 그 회사에 대금을 빌려주는 방식을 고안하였다[김인현, “21세기 전반기 해운환경의 변화에 따른 해상법의 제문제 -컨테이너, SPC, 무인선박- ”, 상사법연구 35권 2호, 한국상사법학회 (2016), 제108쪽].

17) 이를 통하여 사업주의 신용위험으로부터 특수목적회사를 절연하여 금융안정성을 높일 수 있다[신장현, “국적취득조건부 선체용선계약(BBCHP)에 관한 법적 연구 : 선박금융과 관련된 법적문제를 중심으로”, 고려대학교 법학박사학위논문 (2019), 제41쪽].

18) 김인현, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 제15쪽

19) 이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 제166쪽

20) 선체용선계약이나 임대차계약은 목적물을 빌려주어 이를 사용하게 하고 그 대가로 차임을 받는 것을 본질로 하는 의미에서는 동일하다(신장현, 전게논문, 제136, 137쪽).

21) 여신전문금융업법 제2조 제11호는, "연불판매"란 특정물건을 새로 취득하여 거래상대방에게 넘겨주고, 그 물건의 대금·이자 등을 대통령령으로 정하는 일정한 기간 이상 동안 정기적으로 나누어 지급받으며, 그 물건의 소유권 이전 시기와 그 밖의 조건에 관하여는 당사자 간의 약정으로 정하는 방식의 금융이라고 규정한다.

22) 당장 선가를 국제금융시장에서 융자받아 일시부로 구입할 능력이 없으므로 선박을 운항하여

Collection @ kmou

보이고, 이와 같은 관점에서 장기할부매매로서 소유권유보부 매매계약으로 보면서 그 법적성질을 정지조건부 소유권이전으로 보는 견해[27]도 있다. 둘째, 금융리스의 일종으로 이해하는 견해[28][29][30][31]로, 이는 법률상 선박소유자인 금융기관이 선체용선자가 선정한 선박을 취득한 후 선박에 대한 직접적 유지 관리 책임은 부담하지 않으면서 선박에 대한 투자금의 상환을 용선료의 분할 지급방식에 의해 회수한다는 입장이다[32][33][34]. 셋째, 선박이라는 물건을 대상으로 하는

얻은 수입으로 정기적으로 선박의 원리금을 상환하는 방식을 말한다[민성규·최재수, "선박국적제도의 국제법상 의의와 국적취득조건부나용선 선박의 통관문제", 한국해법학회지 26권 2호, 한국해법학회 (2004), 제486쪽].

23) 매입조건부 나용선은 계약의 완료와 더불어 소유권이 이전된다는 점에서 일종의 연불매입이다[이원철, "국적취득조건부 나용선이 한국해운에 미친 영향에 관한 소고", 해운물류연구 6권, 한국해운물류학회 (1988), 제27쪽] 한편, 위 글에서 그 법적성격에 관하여 임대차계약과 다름없고 다만 용선료 중에 단순한 나용선료 뿐 아니라 선가가 포함되어 있다는 점만 다를 뿐이라고 한다.

24) 최재수, "용선론⑨-나용선①-", 해양한국 제359호, 한국해사문제연구소 (2003), 제168쪽

25) 이종훈, "해운회사의 국제도산에 관한 연구", 고려대학교 법학박사학위논문 (2018), 제46쪽

26) 국적취득조건부 용선계약은 용선계약의 형식을 취하고는 있으나 실질적으로는 선박의 매매로서 그 매선대금을 일정기간동안 분할하여 지급하되 그 기간 동안 매수인이 선박을 사용할 수 있는 것으로서 선박수입의 특수한 형태이다(대법원 1983. 10. 11. 선고 82누328 판결). 국적취득조건부 용선계약이란 용선계약의 형식을 취하고는 있으나 실질적으로는 선박의 매매로서 그 선박의 매매대금을 일정기간 동안 분할하여 지급하되 그 기간 동안 매수인이 선박을 사용할 수 있는 것으로서 선박수입의 특수한 형태이다(대법원 2009. 1. 30. 선고 2006두18270 판결 등)

27) 정대, "선박금융의 법적 구조상의 BBCHP의 법적 성질에 관한 연구", 국제거래와 법 13권, 동아대학교 법학연구소 (2015), 제120쪽

28) 용선기간이 장기간인 점, 선박이 범용성이 없이 특정 경제적 용도에 사용되는 점, 용선계약 해지 시 선박반환의무 및 손해배상의무를 함께 부담하는 점, 용선자가 선박의 유지·관리의무를 부담하는 점 등에 비추어 선체용선계약 중 BARECON 양식에 따라 체결되는 것은 대부분 금융리스의 실질을 가지고 있다는 견해도 있다(이정원, "소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰", 제171 내지 174쪽).

29) 국적취득조건부 선체용선계약의 법적성질을 금융리스로 파악하게 되면 선체용선자를 실질적인 선박소유자로 볼 수 있다[김인현, "선박투자회사 선박의 운항관련 책임주체와 그 채권자 보호", 상사법연구 35권 4호, 한국상사법학회 (2017), 제120쪽].

30) 한낙현, "해상선체용선거래상 임차인 도산시의 용선계약의 취급에 관한 연구", 해양비즈니스 32호, 한국해양비즈니스학회 (2015), 제138쪽

31) 우세나, "채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 국적취득조건부 나용선 계약의 처리방안", 법과 정책연구 제10집 제1호, 한국법정책학회 (2010), 제157쪽

32) 소유권취득조건부 선체용선계약을 현행법상 금융리스 내지 금융리스와 유사한 물적금융의 일종이라고 보아도 무리는 없다[이정원, "소유권취득조건부 선체용선계약과 취득세 부담주체(대법원 2011.4.14. 선고 2008두10591 판결)", 제310쪽].

Collection @ kmou

임대차계약에 소유권취득조건이 부착된 것으로 보는 견해[35][36][37]가 있다.

(3) 사견

운용형 선체용선계약의 경우 법적성격이 임대차와 유사하므로, 당사자 사이의 계약내용이 명확하지 아니한 경우 민법의 임대차규정을 준용하면 충분해 보인다.

한편, 소유권취득조건부 선체용선계약은 연불매매 또는 소유권유보부 매매로 보는 것이 적절해 보인다[38].

Ⅲ. 한국 민법 임대차 규정의 준용

한국 상법 제848조 제1항[39]에 따라 선체용선계약에는 상법 해상편 제5절이 적용되지만 규정이 없는 경우에는 민법의 임대차규정이 보충적으로 적용된다[40]. 물론 당사자 사이의 약정이 있으면 민법의 임의규정 보다 그 약정이 먼저 적용된다[41].

한국 상법 제848조 제1항에 비추어 보면, 결국 선체용선계약의 성질이 임대

33) 우세나, 전게논문, 제160 내지 164쪽

34) 한편, 소유권취득조건부 선체용선계약은 당사자 사이의 협의에 따라 구체적 조항이 다양하게 정해질 수 있으므로 일률적으로 그 법적성격을 규정하기 보다는 개별 사안별로 그 특성에 맞는 법적성격을 유연하게 판단하는 것이 적절하다는 견해도 있다(이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 제174쪽).

35) 신호영, “해운기업 관련 몇 가지 조세문제에 관한 고찰 -국적취득조건부 나용선 선박의 취득가액 산정을 중심으로-”, 한국해법학회지 33권 1호, 한국해법학회 (2011. 4.), 제42쪽

36) 진호현·김진권, “국적취득조건부 나용선 선박의 관할권에 관한 소고”, 해사법연구 24권 1호, 한국해사법학회 (2012), 제49, 50쪽

37) 한낙현, 전게논문, 제145쪽

38) 용선자가 선박의 소유권을 취득하기 위한 당사자의 계약목적을 정확하게 반영할 뿐 아니라 관련 법률관계를 명확히 할 수 있고, 도산절차에서도 용선자의 회생에 보다 유용한 장점이 있어 보인다[한편, 이에 대하여 소유권취득조건부 선체용선계약은 계약 체결 시점에 즉시 소유권이전 합의의사로 매매가 이루어지는 거래가 아니므로 소유권유보부 매매계약으로 볼 수 없다는 견해(신장현, 전게논문, 제144쪽)도 있다].

39) 제848조(법적 성질)
① 선체용선계약은 그 성질에 반하지 아니하는 한 「민법」상 임대차에 관한 규정을 준용한다.

40) 김인현, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 2017, 제19쪽

41) 한편, 선체용선자와 선박소유자 사이의 관계는 당사자 사이의 계약과 해사관습에 의하여 결정되고, 여기에 없는 것에 대하여는 민법의 임대차에 관한 규정이 적용된다는 견해도 있다[송상현·김현, 「해상법원론 제5판」, 박영사 (2015), 제490, 491쪽].

Collection @ kmou

차계약과 모순되지 않는 범위 내에서 임대차 규정이 적용될 것이다[42][43]. 상법 제848조 제2항[44]은 당사자의 법률관계를 단순히 하고 예측가능성을 부여하기 위하여 일부 변형된 경우도 제5절 선체용선의 규정을 적용하기 위하여 규정하였다[45].

제2절 BARECON의 의의와 준거법

I. BARECON의 의의 및 개정

1. 개념

발틱국제해사위원회[BIMCO(Baltic and International Maritime Council)]에서 제정한 표준선체용선계약서 양식을 의미하고, 일반적으로 BARECON의 내용은 영미법의 원칙을 바탕으로 하기 때문에 한국의 민법 및 상법의 원칙과 차이점이 있다[46].

선체용선계약의 법률관계는 사적자치의 원칙상 민법이나 상법의 임의규정보다 우선적으로 적용되므로, 통상 선체용선자와 선박소유자와의 관계는 일반적으로 통용되는 BARECON 양식에서 정하는 내용에 따르는 경우가 많다. 한편, 선박을 매입하기 위해 금융목적으로 선체용선계약을 체결하는 경우에는 BARECON 같은 표준서식을 사용하기보다는 개별계약으로 구체적인 권리의무관계를 규정한 금융계약 형태의 용선계약이 빈번하게 체결된다[47].

---

42) 선박은 선체용선자의 운항 및 관리능력에 따라 상당한 편차가 발생할 수 있는 점, 해상이라는 원격으로 인하여 선박소유자의 직접적인 통제가 불가능한 점, 선박의 운항에 대한 책임은 선체용선자에게 있는 점 등을 고려하면 민법상 임대차규정이 그대로 적용될 수 없다(신장현, 전게논문, 제39쪽).

43) 그 예로, 선체용선계약에 있어서는 일반 임대차와 달리 임대인인 선박소유자가 선박의 수리에 대하여 책임을 부담(민법 제623조)하는 것이 아니라, 임차인에 해당하는 선체용선자가 이를 부담하는 것을 들 수 있다.

44) 제848조(법적 성질)
② 용선기간이 종료된 후에 용선자가 선박을 매수 또는 인수할 권리를 가지는 경우 및 금융의 담보를 목적으로 채권자를 선박소유자로 하여 선체용선계약을 체결한 경우에도 용선기간 중에는 당사자 사이에서는 이 절의 규정에 따라 권리와 의무가 있다.

45) 김인현, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 2017, 제21쪽

46) 박용섭, 전게 논문, 제101쪽

47) 신장현, 전게논문, 제39쪽

Collection @ kmou

2. BARECON의 개정

BARECON 89 이후 BARECON 2001로 개정되었다가 BARECON 2017로 다시 개정되었다. 이하 논의에서는 개정조항으로 당사자의 권리·의무에 변화가 생긴 경우 개정 전·후 조항을 비교하여 살펴보기로 한다.

한편, BARECON 2017은 Part I에서 각 Box를, Part II에서 정의, 용선기간, 인도, 취소, 반선, 용선료 등 선체용선계약의 일반조항을, Part III에서 신조선(Newbuilding Vessels)에 관한 조항을, Part IV에서 매수선택권(Purchase Option) 관련 조항을 각 규정하고 있다. 이처럼 BARECON 양식의 Part II 각 조항은 운용형 선체용선계약에 구체적으로 적용될 수 있는 것으로 보인다.

이하에서는 운용형 선체용선계약을 주된 대상으로 하여 당사자가 합의로 준거법을 한국법으로 한 경우와 영미법으로 한 경우에 따른 해석과 법적효력을 비교·분석하면서, 필요한 경우 소유권취득조건부 선체용선계약과의 차이를 함께 검토하기로 한다.

Ⅱ. 준거법 결정의 원칙

1. 준거법의 의의 및 당사자 자치

(1) 외국적 요소를 포함하는 법률관계에 있어서 그 준거법을 지정하는 법이 국제사법이고, 법정지 법원은 자국이 국제재판관할권을 가진다는 전제하에 당해 사건에 적용될 실질법을 정해야 하는데 그 국제사법에 의하여 지정된 법이 준거법이다[48].

(2) 당사자자치의 원칙은 계약의 성립 및 효력의 준거법을 당사자의 의사에 따라 결정한다는 원칙을 말한다[49].

국제계약의 당사자가 계약의 준거법을 선택하는 것을 '저촉법적 지정'이라고 하고[50], 당사자가 선택한 준거법의 적용을 받으면서 그 준거법이 허용

48) 최성수, "해상보험계약에서 준거법의 결정", 법학논집 16권 3호, 이화여자대학교 (2012), 제163쪽
49) 최성수, 전게논문 제163쪽
50) 저촉법적 지정의 경우 실질법적 지정의 경우와 달리, 당사자가 준거법을 선택하지 않았더라

Collection @ kmou

하는 범위 내에서 당사자들이 다른 국가의 법규를 적용하기로 약정하는 것을 '실질법적 지정'이라고 하는데, 이는 그 법규를 계약의 내용으로 편입하는 것을 의미한다.

2. 한국 국제사법의 규정

(1) 당사자 자치의 원칙과 그 한계

국제사법은 외국적 요소가 있는 계약의 준거법에 관하여, ① 당사자자치의 원칙에 따라 당사자가 명시적 또는 묵시적으로 선택한 준거법에 의하도록 하고(제25조 제1항)[51], ② 만약 당사자의 준거법 선택이 없는 경우에는 '계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'에 의하도록 하고 있다(제26조 제1항).

외국법을 준거법으로 지정하더라도 법정지의 국제적 강행법규의 적용은 배제되지 않는데[52], 이는 당사자자치 원칙의 한계이다.

(2) 준거법 지정의 예외

국제사법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 관련이 미약한 경우 가장 밀접한 다른 국가의 법이 적용된다[53]. 그러나 당사자 자치가 인정되는 범위 내에서는 이러한 예외조항은 적용되지 아니 한다[54].

면 준거법으로 되었을 객관적 준거법의 '강행법규'의 적용이 배제된다[석광현, "국제계약의 준거법에 관한 몇 가지 논점 : 섭외사법의 해석론을 중심으로", 한양대 법학논총 16집, 한양대학교 (1999), 제8면].

51) 국제사법 제25조에 따른 준거법 지정은 '저촉법적 지정'을 의미하고, '실질법적 지정'은 준거법 지정이 아니라 특정 외국법을 계약의 내용으로 편입하는 것이다[석광현, "영국법이 준거법인 한국 회사들 간의 선박보험계약과 약관규제법의 적용 여부", 저스티스 149호, 한국법학원 (2015), 제205쪽].

52) 국제사법 제7조(대한민국 법의 강행적 적용)
입법목적에 비추어 준거법에 관계없이 해당 법률관계에 적용되어야 하는 대한민국의 강행규정은 이 법에 의하여 외국법이 준거법으로 지정되는 경우에도 이를 적용한다.

53) 국제사법 제8조(준거법 지정의 예외)
① 이 법에 의하여 지정된 준거법이 해당 법률관계와 근소한 관련이 있을 뿐이고, 그 법률관계와 가장 밀접한 관련이 있는 다른 국가의 법이 명백히 존재하는 경우에는 그 다른 국가의 법에 의한다.
② 제1항의 규정은 당사자가 합의에 의하여 준거법을 선택하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

54) 석광현, "편의치적에서 선박우선특권의 준거법 결정과 예외조항의 적용", 국제거래법연구 24집 1호, 국제거래법학회 (2015), 제152쪽

Collection @ kmou

(3) 준거법의 분열(계약의 일부에 관하여만 준거법을 선택한 경우)

당사자는 계약의 일부에 관하여만 준거법을 선택할 수 있다(국제사법 제25조 제2항). 이 경우 당사자가 '준거법을 지정한 부분'에 관하여는 '당사자가 선택한 법'이 적용되고, 준거법 지정이 없는 '나머지 부분'에 관하여는 '계약과 가장 밀접한 관련이 있는 국가의 법'이 준거법이 된다.

Ⅲ. BARECON의 준거법

1. BARECON의 준거법 조항 및 운영실태

(1) BARECON의 준거법 조항

BARECON 2017 제33조[분쟁해결(Dispute Resolution)
(d) 선체용선계약은 당사자가 서로 합의한 장소의 법에 따라 해석되고 규율되어야 하고, 선체용선계약에서 발생하거나 이와 관련된 어떠한 분쟁도 서로 합의한 장소의 중재에 회부되어 그 절차에 따라 해결되어야 한다.

BARECON 2017 제33조는 영국법, 미국법, 싱가폴법 및 당사자가 합의한 국가의 법을 준거법으로 할 수 있다고 규정한다. BARECON 2017 제33조 (d)항은 당사자 합의에 따른 준거법 지정 및 중재재판소의 지정에 관한 규정을 두고 있다.

BARECON Part I의 분쟁해결(Dispute Resolution) 란(Box)에 관하여 명시적으로 다른 준거법과 중재재판소를 선택하지 않거나 관련 조항을 삭제하지 아니하면, 영국법과 런던 중재재판소가 적용된다[BARECON 2017 제33조 (e)항[55]].

(2) 현재 운영실태

대부분의 BARECON 양식에 따른 선체용선계약 관련 분쟁이 영국법과 런던 중재재판소 또는 미국해사법(US maritime law)과 뉴욕 중재재판소를 준거법 및 중재재판소로 하여 해결되고, 극히 소수의 사건만이 다른 법률 및 다른 재판정에서 해결되고 있다. 한편, 준거법과 중재재판소에 관하여 아무런 합의가 이루어지지 아니하고, 관련 조항을 삭제하는 경우를 비롯하여 어떤 이유에서든

55) Box 35가 적절하게 기재되지 아니하면, '영국법이 준거법이 되고 런던 중재재판소에 따라 분쟁이 해결된다'는 제30조 (a)항이 적용된다.

Collection @ kmou

BARECON 2017 제33조가 적용되지 않는 경우, 준거법은 국제사법에 따라 정해질 것이고 분쟁은 중재가 아니라 법원에서 재판을 통하여 해결될 것이다[56].

2. BARECON에 적용될 준거법 지정의 중요성

한국 상법의 선체용선계약과 민법의 동산 임대차계약에 관한 규정은 대부분 임의규정이므로, 한국법을 BARECON 2017 제33조에 따른 준거법으로 하더라도 해석상 특별한 차이나 효력상 문제가 있어 보이지는 아니한다[57]. 다만, 한국법 중 강행법규의 경우에는 이에 반하는 BARECON 규정의 효력이 배제될 수 있다. 또한, 도산과 관련하여 서로 다른 법체계가 적용되면 각 쟁점에 관하여 서로 다른 결과가 발생할 수 있다[58]. 예를 들면, 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우 한국에서 용선자에 대한 도산절차가 진행되면, 도산절차에 관해서는 법정지인 한국법이 적용될 것이지만 선체용선계약에 대하여는 어느 나라 법이 준거법으로 적용되는지에 따라 용선자의 지위 및 회생절차가 불안해질 수 있다[59][60].

이처럼 선체용선자와 선박소유자 중 일방 또는 쌍방이 한국(법)인인 경우 한국법을 BARECON의 준거법으로 지정할 경우, 법체계의 충돌을 피하여 법적 안정성을 확보할 수 있을 뿐 아니라 분쟁해결에 있어서도 신속성과 비용절감의 효과를 누릴 수 있을 것으로 보인다. 또한 BARECON 일부 조항에 대하여만 한국법을 준거법을로 지정하여 권리의무관계를 보다 구체적으로 보장받을 수도 있을 것이다(국제사법 제25조 제2항).

제3장 선체용선계약의 성립과 종료

제1절 선체용선계약의 성립

56) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, (London, LLP, 2005), 174p
57) 정영석, "선체용선계약에서 반선 -Barecon 2001의 해석을 중심으로-", 한국해법학회지 제36권 제1호, 한국해법학회 (2014), 제164쪽
58) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 217p
59) 우세나, 전게논문, 제168쪽
60) 도산절차의 당사자가 한국에 있고 조리상 한국법의 적용이 필요하다면 한국법을 적용하여 회생절차를 진행할 수 있다는 견해(우세나, 전게논문, 제156쪽)도 있다.

Collection @ kmou

선체용선계약은 선박소유자와 선체용선자의 의사합치로 성립하고, 그 구체적인 내용은 선체용선의 목적, 당사자의 협상력 차이, 용선기간, 용선대상 선박의 종류 등에 따라 달라진다[61]. BARECON 양식에 따른 선체용선계약의 성립과 관련해서는 준거법을 영미법으로 한 경우와 한국법으로 한 경우 사이에 별다른 차이가 없다.

제2절 선체용선계약의 종료(Termination)

I. 선체용선자의 채무불이행

1. BARECON의 규정

BARECON 2017 제31조[62]
(a) 선체용선자의 채무불이행 선박소유자는 아래의 경우에 용선자에게 서면통지를 하는 즉시 선체용선계약을 해지[63]하고 손해배상을 청구할 수 있다. (i) 용선료의 미지급 (ii) 용선자가 ① 제11조(거래제한), ② 제17조 (b)항(보험)에 규정한 의무위반 (iii) 용선자가 제13조 (a)항(선박의 유지·관리)에 규정한 의무를 위반하였고, 선박소유자가 그 이후 즉시 서면으로 위 의무를 이행하고 선박의 보험이 훼손되지 않도록 할 것을 요청하였음에도 이를 이행하지 아니한 경우

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 채무불이행 사유

선박소유자는 ① 용선료의 미지급[BARECON 2017 제31조 (a)항 (i)호[64]],

61) 그러나 이들 선체용선계약에는, 선박이 인도되면 용선자가 점유 및 지배·관리권을 갖고 선박의 운영, 운항, 수리 등에 관한 책임을 부담하며, 선박소유자는 용선료를 지급받을 뿐 특별한 경우(해상오염 등) 외에는 선박운항 등에 관한 책임을 지지 않는다는 공통점이 있다.

62) BARECON 2017은 BARECON 2011과 달리, 용선자의 해지사유로 선박소유자의 선체, 장비 및 전쟁위험에 대한 보험유지의무[BARECON 2017 제17조 (c)항] 위반을 추가하고, 선체용선계약의 해지사유 중 전쟁위험을 삭제하며, 부패방지조항 위반을 해지사유로 새로이 추가하였다[제18조 (c)항].

63) BARECON 2017 제31조는 BARECON 2001 제28조의 내용을 보다 쉽고 명확히 하기 위하여 '선박의 회수(withdraw)'라는 표현을 쓰지 않고 선체용선계약의 해지와 선박의 점유회복(repossession)으로 표현하였다.

64) BARECON 2001 제28조 (a)항 (i)호에서는, 용선자의 용선료 미지급이 용선자나 그 은행의 실수, 과실, 부작위에 기인한 경우, 용선자가 선박소유자의 서면통지에 따라 미지급 금액을

Collection @ kmou

② 거래제한(Trading Restrictions), 보험(Insurance) 규정 위반, ③ 유지·관리조항 위반의 경우에 용선자에 대한 서면통지로 즉시 선체용선계약을 해지하고, 손해배상을 청구할 수 있다.

(2) 해지 등의 절차

용선료 미지급의 경우 BARECON 2017 제15조 (e)항에 따라 선박소유자는 선체용선자에게 서면통지로 미지급 용선료 지급에 관하여 3일의 유예기간을 주어야 한다. 용선자가 거래제한 및 보험가입 의무를 이행하지 못하는 경우 선박소유자는 용선자에게 위반사항의 시정을 요구할 의무가 없고, 곧바로 계약을 해지할 수 있다[65]. 한편, 용선자가 선박의 유지·관리의무를 이행하지 아니한 경우 선박소유자의 서면요청에도 불구하고 이를 이행하지 아니하면, 선박소유자는 선체용선계약을 해지하고 손해배상을 청구할 수 있다[66][67].

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 채무불이행 사유

임대차계약에 있어서 임차인의 차임지급은 임대인의 임차물을 사용·수익하도록 할 의무와 함께 임대차의 가장 본질적인 요소이다[68]. 한국 민법은 법정

지급한 경우 용선료가 적기에 정상적으로 지급된 것으로 취급하되, 용선자가 선박소유자의 서면통지 내용에 따라 미지급 용선료를 지급하지 아니하면 선박소유자는 추가적인 통지 없이 선체용선계약을 해지하고 선박을 회수할 수 있다고 규정하였다. 이에 따라 선박소유자가 용선료 미지급 즉시 선체용선계약을 해지하고 선박을 회수하였는데, 용선자가 용선자나 은행의 실수, 과실, 부작위를 입증한 경우 오히려 선박소유자가 선체용선계약을 이행하지 아니할 의사를 드러낸 것으로 보아 오히려 용선자가 선체용선계약의 해지 또는 손해배상을 구할 수 있게 될 수 있었다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 159p). 이런 문제를 해소하기 위하여 BARECON 2017 제31조 (a)항 (i)호와 같이 조항내용이 변경된 것으로 보인다.

65) 이는 용선자에게 가혹한 조항이므로 당사자들은 BARECON 2001 제28조 (a)항 (iii)호와 같이 개선되기를 원하는 경우도 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 160p).

66) 용선자가 선급유지에 필요한 조치를 선급관리기관에서 요청한 처리기한까지만 할 수 있다면, 선급에 관한 유지 및 보수의무를 위반하였다고 볼 수 없다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 161p).

67) 용선자는 선박을 배타적으로 점유하고 사용, 수익하며 선장 등을 직접 지휘·감독할 수 있기 때문에 용선자가 선박을 정비, 수리할 의무가 있고, 선박소유자에게 선박에 대한 검사권을 인정함으로써 용선자의 이러한 의무이행을 촉진한다(박용섭, 전게 논문, 제116, 117쪽).

Collection @ kmou

해지권 뿐 아니라 약정해지권도 인정[69]하고 있으므로, 한국법을 준거법으로 하더라도 약정해지권을 규정한 BARECON의 채무불이행 사유에 따른 해지는 가능하다[70].

(2) 해지 등의 절차

임차인의 차임연체의 경우 임대인은 상당한 기간을 정하여 이행최고(민법 제544조[71])를 하지 않고도 동산 임대차계약을 해지할 수 있다[72][73]. 해지권의 행사는 상대방에 대한 의사표시로 하고(민법 제543조 제1항[74]), 이는 상대방에게 도달한 때에 효력이 발생한다(민법 제111조[75]). 해지 의사표시의 방식에는 아무런 제한이 없으므로 서면이든 구두이든 모두 가능하지만, 약정해지권에 관하여 당사자가 그 행사의 방식이나 기간을 제한하고 있는 경우에는 이에 따라야 한다[76]. BARECON은 일부 채무불이행 사유에 대하여 선박소유자가 용선자에 대한 이행최고 없이 즉시 선체용선계약을 해지할 수 있도록 규정하고, 이는 해지권의 발생요건 중 이행최고의 요건을 경감하는 내용으로 볼 수 있는데, 이처럼 해지권의 발생요건을 경감하는 특약은 원칙적으로 유효하다[77][78].

---

68) 민일영, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001), 제102, 103쪽

69) 김용덕, 「민법주해(XIII) 채권(6)」, 박영사 (2001), 제265쪽

70) 계약에서 약정해지권의 유보 및 위약벌에 관한 약정을 하면서 법정해지권의 포기 또는 배제에 관하여 아무런 정함이 없었다면 법정해지권의 성립에 아무런 영향을 주지 않는다(김용덕, 전게서, 제264쪽).

71) 제544조(이행지체와 해제)
당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

72) 임차인의 차임 연체액이 2기의 차임액에 달하여 임대인이 임대차계약을 해지하는 경우에는 임대인의 최고 절차가 필요하지 않다(대법원 1962. 10. 11. 선고 62다496 판결 참조).

73) 민일영, 전게서, 제144쪽. 민법 제640조에서 건물 기타 공작물의 임대차에 있어 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 때에 계약을 해지할 수 있도록 한 것은, 해석론상 차임을 1회라도 연체하면 임대인이 계약을 곧 해지할 수 있도록 되어 있었던 것을 임차인 보호를 위하여 차임연체액이 2기에 달하도록 명문의 규정을 신설한 것이라고 한다(민일영, 전게서, 제143쪽).

74) 제543조(해지, 해제권)
① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.

75) 제111조(의사표시의 효력발생시기)
① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다.

76) 김용덕, 전게서, 제271쪽

dCollection @ kmou

한편, 불확실한 법률상태로 인하여 상대방을 불안정한 지위에 놓이게 할 문제가 있으므로 해지 의사표시에는 조건과 기한을 붙이지 못하지만, 그런 염려가 없는 경우에는 조건과 기한을 붙여도 무방하다[79]. 해지 의사표시는 철회할 수 없지만(민법 제543조 제2항), 해지 의사표시가 상대방에게 도달하기 전에 철회의 의사표시가 도달한 경우 철회는 유효하다[80].

Ⅱ. 선박소유자의 채무불이행

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제28조
(b) 선박소유자의 채무불이행 선박소유자가 선체용선계약상 의무를 위반하여 용선자가 선박을 사용할 수 없는 정도에 이르렀고, 용선자가 이를 서면통지하였음에도 그 상태가 14 연속일 이상 지속된 경우, 용선자는 선박소유자에 대한 서면통지로 즉시 선체용선계약을 해지할 수 있다.

BARECON 2017 제31조 (b)항 (ii)호에서 선박소유자의 보험유지의무위반을 채무불이행사유로 추가하였다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

용선자가 선체용선계약을 해지하기 위해서는, ㉮ 선박소유자가 선체용선계약 내용을 위반할 것, ㉯ 계약위반으로 용선자가 선박을 사용할 수 없을 정도일 것, ㉰ 용선자는 서면으로 계약위반사실 등을 통지할 것, ㉱ 그 서면통지 이후 14 연속일 동안 계약위반상태가 유지될 것, ㉲ 용선자는 그 이후 서면으로 계약해지통지를 할 것이 요구된다[81].

---

77) 계약에 의하여 당사자 일방에게 해제권을 부여한 경우, 즉 해제권 유보의 특약이 있는 경우에는 상대방이 채무의 이행을 하지 않으면 이행의 최고를 하지 않고 즉시 계약을 해제할 수 있다(대법원 1965. 8. 31. 선고 65다560 판결).

78) 김용덕, 전게서, 제291쪽

79) 소정의 기간 내에 이행이 없으면 계약은 당연히 해제된 것으로 한다는 뜻을 포함하고 있는 이행청구는 이행청구와 동시에 그 기간 내에 이행이 없는 것을 정지조건으로 하여 미리 해제의 의사를 표시한 것으로 볼 수 있다(대법원 1992. 12. 22. 선고 92다28549 판결 등 참조).

80) 김용덕, 전게서, 제272쪽

Collection @ kmou

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

용선자는 BARECON 규정에 따라 선박소유자의 채무불이행의 경우 약정해지권을 가진다. 한편, 민법 제625조[82]는 임차인의 의사에 반하는 임대인의 보존행위로 임차목적을 달성할 수 없는 경우 임차인은 계약을 해지할 수 있도록 규정하므로, 한국법에 의할 경우 이러한 약정해지권과 별도로 법정해지권도 행사할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 선박의 멸실

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제28조
(c) 선박의 멸실 선박이 전손[83]되거나 추정전손 또는 협정전손되었다고 선언된 경우 선체용선계약은 종료된다. 이 조항이 적용되기 위해서 선박이 실제로 전손되거나 보험자와 사이에 선박의 추정전손 또는 협정전손에 관하여 합의가 이루어지거나, 합의가 이루어지지 않은 경우에는 적정한 재판정에서 추정전손이 있다는 판단이 내려져야 한다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

선박이 전부 멸실되거나 추정전손(constructive total loss[84]) 또는 협정전손[85](compromised or arranged total loss)된 경우 선체용선계약은 종료된다. 이

81) 한편, 선체용선계약의 특성상 선박소유자는 선박의 점유 및 지배권을 용선자에게 이전하므로, 선박소유자에 의한 선박이용 제한상태가 단기간을 넘어 지속되는 경우를 예상하기는 어려울 것이라는 견해도 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 161p).

82) 제625조(임차인의 의사에 반하는 보존행위와 해지권)
임대인이 임차인의 의사에 반하여 보존행위를 하는 경우에 임차인이 이로 인하여 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 계약을 해지할 수 있다.

83) BARECON 2017 제1조(정의)에서 전손(total loss)에 관하여 '보험에 있어서 현실(actual), 추정(constructive), 협정(compromised or agreed)전손'을 의미한다고 규정하였다.

84) 추정전손은 현실전손이 불가피하거나 수리비용이 회복 후 가액을 초과하는 경우에 성립하는 손해로, 실제 전손으로 확인된 것은 아니지만 여러 가지 정황에 비추어 전손으로 처리하는 것이 유리하다고 판단되는 손해이다[구종순, 「해상보험 제5판」, 유원북스 (2012), 제312쪽].

85) 피보험자가 추정전손이라고 생각하여 위부통지를 했으나 보험자는 이를 관습적으로 보아 전손으로 처리하기를 거부하지만 법정에 제소되면 많은 비용이 들기 때문에 이를 고려하여

Collection @ kmou

는 실제로 선박이 전부 멸실되거나, 추정전손 또는 협정전손에 관한 합의가 있거나 그러한 합의가 없는 경우 선박이 추정전손되었다는 중재판정 등이 있는 경우 적용된다.

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 임차물 사용·수익 불가능에 관한 법률관계

한국 민법 임대차에 의할 경우 임차물의 전부를 사용·수익하지 못할 경우의 법률관계는 다음과 같다[86].

"㉮ 임대인의 귀책사유에 기인한 경우 임차인의 해지통지를 기다릴 필요없이 임대차가 종료하고 손해배상 문제만 남으며, ㉯ 임차인의 귀책사유에 기인한 경우 임대차가 종료하고 임차인의 차임지급의무는 발생하지 아니하며, 대신 임차인의 손해배상 문제만 남고, ㉰ 임대인, 임차인 누구에게도 귀책사유가 없는 경우에는 임대차관계가 종료하고 차임지급의무도 소멸한다."

이 경우 사용·수익의 불능은 객관적인 불능을 의미하고 임차인의 주관적 사정으로 인한 불능은 포함되지 아니한다[87]. 이와 관련하여 선체용선계약에 있어서 선박의 추정전손 또는 협정전손을 객관적 불능으로 볼 수 있을지 여부가 문제될 수 있으나, 추정전손의 경우도 용선자가 선박을 그 용도에 따라 사용·수익할 수 없는 상태에 이른 경우에는 객관적 불능의 범위에 포함시켜야 할 것으로 보인다.

(2) 일부 멸실로 계약목적 달성 불가능의 경우

한국 민법 제627조 제2항[88]에 의하면, 임차물의 일부 멸실로 그 잔존부분으로 목적을 달성할 수 없는 경우 임차인에게 해지권이 있고[89], 이는 강행규

상호 타협한 금액을 추정전손보험금으로 지급하는 경우를 말한다[오원석, 「해상보험론 제3판」, 삼영사 (2001), 제391, 392쪽].

86) 민일영, 전게서, 제103, 104쪽

87) 민일영, 전게서, 제103쪽

88) 제627조(일부멸실 등과 감액청구, 해지권)
① 임차물의 일부가 임차인의 과실없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다.
② 전항의 경우에 그 잔존부분으로 임차의 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 계약을 해지할 수 있다.

Collection @ kmou

정으로 용선자에 불리한 다른 약정은 효력이 없다(민법 제652조). 그러나 이는 임차인의 귀책사유가 없는 경우에 한하여 적용된다[90]. 이처럼 한국법에 의하더라도, 선박이 전부 또는 일부 멸실되어 선체용선계약을 계속할 수 없는 경우 선체용선계약이 종료된다는 결론에는 차이가 없다[91].

Ⅳ. 당사자의 도산(Insolvency)

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제28조[92]
(d) 일방 당사자는 상대방 당사자가 청산, 해산, 파산 또는 재산보전관리인이 지정되거나, 지급중단, 영업정지, 채권자들과의 채무일부면제 합의가 있는 경우, 상대방 당사자에 대한 서면통지로 계약을 즉시 해지할 수 있다.

선체용선계약의 당사자는, 상대방 당사자가 청산(winding up), 해산(dissolution), 파산(liquidation or bankruptcy) 또는 재산보전관리인이 지정되거나(receiver appointed), 지급중단(suspends its payments), 영업정지, 채권자들과의 채무일부면제(arrangement of composition)의 경우 서면통지로 즉시 계약을 해지할 수 있다[93]. 이처럼 도산에 관한 여러 가지 법률용어를 사용한 것은 준거법에 따라 제도 및 용어가 다르기 때문이다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

BARECON 2017 제31조 (d)항은 이른바 도산해지조항[94][95]에 해당하는 것으

89) 김용덕, 전게서, 제268쪽
90) 민일영, 전게서, 제104쪽
91) 선체용선자(선박임차인)가 용선계약을 해지하지 않는 한 용선료지급의 의무가 있으나, 선체이용이 전부 불능의 경우에는 계약의 목적이 상실하였기 때문에 법률관계의 편의상 계약의 종료로 보는 것이 타당하다는 견해도 있다(박용섭, 전게 논문, 제115, 116쪽).
92) BARECON 2017 제31조 (d)항과 유사한 내용이다.
93) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 161p
94) 당사자가 파산한 경우의 결과를 규정한 조항을 말하고, 파산조항(bankruptcy clause)이라고도 한다[Black's law dictionary 7th edition, West Group (1999), 834p]. 일반적으로 "계약 일방 당사자에 대한 회생절차 개시신청 등이 있으면 계약을 해지할 수 있다(ipso facto clause)"는 취지의 규정이다.
95) 계약 당사자 일방에 관하여 도산절차가 개시되거나 도산원인 또는 이에 준하는 일정한 사

Collection @ kmou

로 판단되는데, 그 효력에 관하여 영국법과 미국법의 입장이 서로 다르다.

영국은 도산해지조항의 효력에 관하여 명시적인 법률규정을 두지 않고 있고, 파산 또는 청산절차의 개시를 이유로 파산자로부터 그 소유 재산을 배제시키는 내용의 계약조항은 공서에 반하여 무효라는 '재산박탈금지의 원칙(anti-deprivation rule)'의 적용 여부에 따라 도산해지조항의 효력을 판단한다[96]. 결론적으로 영국법의 입장은 원칙적으로 도산해지조항의 효력을 긍정하는 입장으로 보인다[97][98].

한편, 미국 연방파산법(Bankruptcy Reform Act of 1978) 제365조 (e)항 (i)호는 쌍방미이행 쌍무계약이나 기간이 만료하지 아니한 임대차계약의 규정 또는 연방파산법 이외의 다른 법률의 규정에도 불구하고, 채무자의 도산, 도산절차의 개시 또는 관리인의 임명을 조건으로 그 계약상의 권리의무를 해제하거나 변경할 수 없다고 규정[99]하는데, 그에 따라 쌍방미이행 쌍무계약이나 임대차계약에 대한 도산해지조항의 효력은 부정될 수 있다[100].

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 도산해지조항의 효력 여부에 관한 검토

BARECON 2017 제31조 (d)항의 도산해지조항에 따라 당사자가 일방적으로 선체용선계약을 해지하고 환취권을 행사하여 선박을 회수할 수 있다면 채무자회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라 한다) 제119조[101]와 제

실이 발생하면 계약 상대방이 그 계약을 해지할 수 있도록 하거나 당연히 해지되도록 하는 계약조항이다[권영준, "도산해지조항의 효력", 비교사법 25권 2호, 한국비교사법학회 (2018), 제750, 751쪽].

96) 김영주, "계약상 도산해제조항의 효력", 선진상사법률연구 64권, 법무부 (2013), 제12쪽

97) 권영준, 전게논문, 제771쪽

98) 원칙적으로 도산해지조항이 허용되고, 예외적으로 '박탈금지의 원칙' 등 보통법 법리에 위배되는 경우에 무효가 된다(이종훈, 전게논문, 제161쪽).

99) 한민, "미이행 쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향", 선진상사법률연구 53권, 법무부 (2011), 제64쪽

100) 도산해제조항의 효력을 인정할 경우 채무자의 회생을 촉진시키고 전체 채권자의 이익을 도모하여야 하는 도산재단으로부터 가치있는 재산을 박탈하는 결과가 초래되는데, 특정 채권자의 개인적인 이익이 이와 같은 결과를 정당화할 수 없다는 데에 그 입법취지가 있다(김영주, "계약상 도산해제조항의 효력", 제10쪽).

101) 제119조(쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택)

Collection @ kmou

335조[102]에 따라 관리인 및 파산관재인의 선택권 행사를 통하여 보호될 채무자나 다수 이해관계인들의 이익이 침해되는 문제가 발생할 수 있다.

이런 사정을 고려하여 도산해지조항의 효력 여부에 관하여 학설은 대체로 부정설[103][104]을 취하면서 예외적으로 유효로 보는 견해[105][106]가 있다.

한편, 대법원은 2005다38263 판결에서 도산해지조항의 효력을 일반적으로 부정할 수는 없다는 취지의 판시[107]를 하였다.

---

① 쌍무계약에 관하여 채무자와 그 상대방이 모두 회생절차개시 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 관리인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구 할 수 있다.

102) 제335조(쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택)
① 쌍무계약에 관하여 채무자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시 아직 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 계약을 해제 또는 해지하거나 채무자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다.

103) 이들 견해는, 도산해지조항을 유효하다고 볼 경우 채무자회생 및 파산절차의 목적 달성이 곤란한 점, 계약의 존속 여부가 채무자가 아니라 상대방의 처분에 따라 결정되므로 도산절차를 무시하는 결과가 된다는 점 등을 근거로 든다.

104) 채무자의 회생기반이 되는 선박을 상실할 위험이 있으므로 도산해지조항을 무효로 보는 것이 옳다고 하면서, 채무자회생법 제119조 단서로 쌍무계약이 적용될 경우 도산해지조항이 무효가 됨을 명시할 필요가 있다는 견해도 있다(신장현, 전게논문, 제230쪽).

105) 이행불능이나 일신전속적 채무와 같이 도산법의 목적을 넘어서 보호해야 하는 법률관계가 있거나 해지가 불가능한 경우 다른 채권자에 비하여 부당하게 불이익을 받는 경우에는 효력을 인정하자는 견해, 쌍방미이행 쌍무계약 중 금전소비대차나 그에 준하는 금융계약에 대하여는 효력을 인정하자는 견해(한민, 전게논문, 제70쪽), 도산해지조항의 본질과 취지, 당해 계약의 내용 및 성격, 계약 당사자 보호의 필요성, 여러 이익의 형량을 판단기준으로 하여 각 계약유형에 따라 달리 판단하자는 견해(김영주, “계약상 도산해제조항의 효력”, 제21쪽) 등이 있다.

106) 긍정설의 근거로는 계약자유의 원칙, 회생절차가 개시된 후라야 비로소 계약당사자에 대하여 해지권 등의 행사가 제한 내지 금지된다는 점, 회생절차 개시를 예정하여 미리 조치를 취한 채권자가 다른 채권자보다 유리한 지위를 확보하는 것은 당연하다는 점 등이 있다[서울회생법원 재판실무연구회, 「법인파산실무 제5판」, 박영사 (2019), 제194쪽].

107) 계약의 당사자들 사이에 채무자인 회사의 재산상태가 장래 악화될 때에 대비하여 지급정지, 회사정리절차의 개시신청, 회사정리절차의 개시와 같이 도산에 이르는 과정상의 일정한 사실이 그 회사에 발생하는 것을 당해 계약의 해지권의 발생원인으로 정하거나 또는 계약의 당연 해지사유로 정하는 특약(이하 ‘도산해지조항’이라고 한다)을 두는 경우가 있는데, 도산해지조항의 적용 결과가 정리절차개시 후 정리회사에 미치는 영향이라는 것은 당해 계약의 성질, 그 내용 및 이행 정도, 해지사유로 정한 사건의 내용 등의 여러 사정에 따라 달라질 수밖에 없으므로 도산해지조항을 일반적으로 금지하는 법률이 존재하지 않는 상태에서 그와 같은 구체적인 사정을 도외시한 채 도산해지조항은 어느 경우에나 회사정리절차의 목적과 취지에 반한다고 하여 일률적으로 무효로 보는 것은 계약자유의 원칙을 심각하게 침해하는 결과를 낳을 수 있을 뿐만 아니라, 상대방 당사자가 채권자의 입장에서

dCollection @ kmou

그러나 ① 위 대법원 판결은 조합구성이 마쳐진 합작투자계약(조합계약)에 관한 것으로 이를 쌍방미이행 쌍무계약으로 보기 어렵고, 계약내용상 당사자 사이의 신뢰관계가 훼손된 경우 도산해지조항을 통하여 계약을 종료시킬 필요가 커 보이는 사안에 대한 판시[108][109]이므로 이를 도산해지조항의 일반적인 유효성 여부에 관한 판단으로 일반화할 수는 없는 점, ② 위 대법원 판결에서도 쌍방미이행 쌍무계약의 경우 해지권이 제한될 수 있음을 예정하고 있는 점[110], ③ 관리인 또는 파산관재인이 계약의 이행을 선택하면 채권자의 채권은 공익채권 또는 재단채권으로 취급되고, 해제하면 도산해지조항에 따른 경우와 동일하게 회생채권자 또는 파산채권자로서 권리행사가 가능하므로 법률효과 측면에서 채권자에게 크게 불리하지도 않은 점[111], ④ 도산해지조항의 유효성 여부는 개별 사안에 따라 계약의 성격, 도산절차에 미치는 영향 등 제반사정을 고려하여 그 효력 여부를 판단함으로써 구체적 타당성을 보장할 수 있는 점, ⑤ 쌍방미이행 쌍무계약에 관하여 도산해지조항의 효력을 인정한다면 관리인 또는 파산관재인에게 해지 또는 이행의 선택권을 부여한 의미가 몰각되는 점[112], ⑥ 쌍방미이행 쌍무계약의 경우 도산절차에서의 필요에 따라 해제 또는 이행을 선택할 수 있도록 하는 것이 채무자의 회생과 공정한 환가·배당이라는 채무자회생법의 목적에도 부합하는 점 등에 비추어 보면, 특별한 사정이 없는 이상 쌍방미이행 쌍무계약인 선체용선계약에 관하여는 도산해지조항을 무효라고 볼 수 있다고 판단된다.

(2) 도산절차에서의 처리

채무자의 도산으로 초래될 법적 불안정에 대비할 보호가치 있는 정당한 이익을 무시하는 것이 될 수 있다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결).

108) 쌍방미이행 쌍무계약의 경우 도산해지조항이 효력을 인정하게 되면 도산법이 특별히 부여한 해제 또는 이행선택권을 잠탈하게 되어 제도의 목적과 취지에 반하므로 원칙적으로 무효라는 견해이다(한민, 전게논문, 제67쪽).

109) 이종훈, 전게논문, 제155쪽

110) 쌍방 미이행의 쌍무계약의 경우에는 계약의 이행 또는 해제에 관한 관리인의 선택권을 부여한 회사정리법 제103조의 취지에 비추어 도산해지조항의 효력을 무효로 보아야 한다거나 아니면 적어도 정리절차개시 이후 종료 시까지의 기간 동안에는 도산해지조항의 적용 내지는 그에 따른 해지권의 행사가 제한된다는 등으로 해석할 여지가 없지는 않을 것이다(대법원 2007. 9. 6. 선고 2005다38263 판결).

111) 김영주, “계약상 도산해제조항의 효력”, 제18쪽

112) 서울회생법원 재판실무연구회, 전게서, 제195쪽

Collection @ kmou

① 먼저 운용형 선체용선계약의 경우를 살펴본다.

운용형 선체용선계약은 임대차의 법적성질을 가지는데, 선박소유자와 용선자의 의무가 법률적·경제적 견련관계 및 서로 대등한 대가관계에 있으므로 이를 쌍방미이행 쌍무계약으로 볼 수 있다[113][114]. 따라서 임차인인 용선자의 도산 시 관리인이나 파산관재인은 채무자회생법 제119조 및 제335조에 따라 쌍방미이행 쌍무계약인 선체용선계약의 이행 또는 해지를 선택할 수 있을 것으로 보인다.

한편, 민법 제637조[115]는 임차인이 파산선고를 받은 경우 임대인이 계약을 해지할 수 있다고 규정하므로, 위 조항의 해석 여하에 따라 채무자회생법 제119조 및 제335조의 적용 여부가 좌우될 수 있다. 이에 관하여는 제5장에서 상세히 살펴보기로 한다.

② 다음으로 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우를 살펴본다.

먼저 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질을 소유권유보부매매로 보아 선박소유자의 소유권이전의무와 용선자의 용선료 지급의무는 서로 대가관계[116][117]에 있으므로 이를 쌍방미이행 쌍무계약으로 보는 견해[118][119][120][121][122]가

---

113) 임대차계약은 임대인이 임차인에게 임차목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 임차인은 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 쌍무계약으로(민법 제618조), 임대차기간 중에는 임대인의 임차목적물을 사용·수익하게 할 의무와 임차인의 차임지급의무가 각각 잔존하므로 쌍방미이행 쌍무계약에 대한 규정인 채무자회생법 제335조 제1항과 제337조 제1항은 임대차기간 중에 있는 임대차계약에도 적용된다(헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바292 결정).

114) 서울회생법원 재판실무연구회, 전게서, 제202쪽

115) 민법 제637조(임차인의 파산과 해지통고)
① 임차인이 파산선고를 받은 경우에는 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 제635조의 규정에 의하여 계약해지의 통고를 할 수 있다.

116) 목적물은 인도하였지만 소유권 이전을 위해 매수인의 매매대금지급 의무와 동시이행관계를 유지하고 있는 매도인은 아직 소유권유보부매매계약상의 재산권이전의무를 전부 이행하지 않은 상태라고 해석함이 타당하다[김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 -해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 민사법학 70호, 한국사법행정학회 (2015), 제503쪽].

117) 등기·등록이 필요한 물건의 소유권유보부매매는 등기·등록이 없으면 권리이전의 효과가 발생하지 않기 때문에 대금의 전부 변제와 상환으로 등기·등록의 이전이 되기까지는 여전히 매도인의 채무가 남아있는 것이 되어 채무자회생법 제335조가 적용된다(서울회생법원 재판실무연구회, 전게서, 제201쪽).

118) BARECON 2001 Part IV에 의하면, 최종 용선료 납부와 함께 매도인인 선박소유자는 원

Collection @ kmou

있다. 이 견해에 의하면, 채무자회생법 제119조에 의하여 관리인이 계약을 해지 혹은 이행을 선택할 수 있고, 이행을 선택하게 되면 선박은 용선자의 회생기반이 되는 재산으로 활용될 수 있으므로 용선자의 회생절차에 도움이 될 수 있을 것이다[123]. 다음으로 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질을 금융리스로 보아 선박소유자의 용선료 채권을 회생담보권 또는 회생채권으로 보는 견해[124][125]가 있다.

법원실무는 소유권유보부매매계약에 대하여 그 매도인 및 리스계약상 리스채권자를 도산절차에 있어서 담보권자로 파악하여 환취권의 행사를 부정한다[126]. 이 경우 용선자의 파산 시 선박소유자는 별제권자로서 파산절차에 의하

칙적으로 권리의 하자가 없는 선박을 인도해야 할 의무를 부담하므로 소유권이전의무는 주된 의무일 수밖에 없다(정대, 전게논문, 제124쪽).

119) 이에 대하여는 내부적으로 이미 소유권은 용선자에게 이전되어진 상태이며 선박소유자는 단지 자신의 여신에 대한 담보로 형식상 소유권을 보유하고 있으므로 용선기간 만료 시 선박소유자의 소유권이전의무와 용선자의 용선료 지급의무는 대가관계가 없다는 반론이 있을 수 있다고 한다(이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 제179쪽).

120) 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질을 금융리스로 보면서도 도산절차에서 쌍방미이행 쌍무계약으로 처리하여야 한다는 견해도 있다(우세나, 전게논문, 제169쪽).

121) SPC와 용선주 사이의 BBCHP계약에 관하여 용선자의 용선료채무와 SPC의 BBCHP계약상의 선박의 사용을 제공할 의무가 대가관계가 선다고 파악하고, 이를 통합도산법 제118조 상의 미이행쌍무계약으로 구성하여 이행/해지 선택의 대상으로 판단할 수 있다는 견해도 있다(정석종, 전게논문, 제35쪽).

122) 미이행 쌍무계약설이 장기적인 선박금융제도의 안전에 기여하는 반면, 회생담보권설이 회생절차에 직면한 해운회사의 회생절차 목적을 달성하도록 도움을 주는 면은 소홀해질 수밖에 없다(이종훈, 전게논문, 제106, 107쪽).

123) BBCHP로 취득한 선박은 용선자의 영업기반 그 자체라고 볼 수 있는데, 회생절차상 위 선박에 대한 보유가 불안정하게 된다면 용선주의 계속기업으로서의 존립 자체가 흔들릴 수 있게 된다(정석종, 전게논문, 제33쪽).

124) 이 견해는 소유권취득조건부 선체용선계약상 선박소유자의 지위를 담보권자로 보아 선박소유자는 용선료채권에 대한 담보를 위하여 형식상 선박소유권을 보유할 뿐 그 법적성질은 본질적으로 금융이라고 본다(이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 제179쪽).

125) 금융리스계약에 있어서는 리스료의 산정과 그 지급방법의 결정과정으로 볼 때, 리스료가 리스물건의 시용대가라고 보기는 어렵고, 또한 통합도산법 제119조는 쌍방의 채무가 서로 대가적 관계에 있음을 전제로 하는데 일단 리스물건이 인도된 후에는 리스회사의 임무는 단순히 리스물건의 사용수익을 수인할 의무에 그치고 이 의무와 리스료지급의무 사이에 대가관계가 있다고 볼 수 없다는 이유로 금융리스계약은 통합도산법 제119조 상의 미이행쌍무계약에 해당하지 않는다고 판단한다(정석종, 전게논문, 제23쪽).

Collection @ kmou

지 않고 권리행사가 가능하므로 환취권을 인정하는 경우와 큰 차이가 없다[127].

사견으로, 등기나 등록이 필요한 동산에 대한 소유권유보부매매계약은 쌍방미이행 쌍무계약으로 보아야 하므로[128], 선박에 대한 소유권취득조건부 선체용선계약에 대하여는 채무자회생법 제119조 및 제335조를 적용할 수 있을 것으로 보인다.

V. 소결론

BARECON 양식에 따른 선체용선계약에 있어서 선체용선자 및 선박소유자의 채무불이행 사유는 약정해지권의 요건 및 절차를 규정한 것으로 영미법이나 한국법을 준거법으로 한 경우와 별다른 차이가 없다. 한편, BARECON에도 불구하고 한국법에 따른 법정해지권은 배제되지 않으므로 한국법을 준거법으로 한 경우 선체용선계약 당사자는 약정해지사유 이외에 민법 제627조 제2항 등 법률규정에 따라 계약해지 및 손해배상을 구할 여지가 있다.

BARECON의 도산해지조항은 영국법에 따르면 유효로, 미국법 및 한국법에 따르면 무효로 각 판단될 수 있다. 따라서 어느 국가의 법을 준거법으로 지정하는지 여부에 따라 당사자 및 제3채권자들의 권리의무에 영향을 미칠 것으로 보인다.

제3절 선체용선계약 종료에 따른 법률관계

I. 계약해지 및 손해배상청구

126) 동산의 소유권유보부매매는 동산을 매매하여 인도하면서 대금 완납 시까지 동산의 소유권을 매도인에게 유보하기로 특약한 것을 말하며, 이러한 내용의 계약은 동산의 매도인이 매매대금을 다 수령할 때까지 대금채권에 대한 담보의 효과를 취득·유지하려는 의도에서 비롯된 것이다. 따라서 동산의 소유권유보부매매의 경우에, 매도인이 유보한 소유권은 담보권의 실질을 가지고 있으므로 담보 목적의 양도와 마찬가지로 매수인에 대한 회생절차에서 회생담보권으로 취급함이 타당하고, 매도인은 매매목적물인 동산에 대하여 환취권을 행사할 수 없다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결).

127) 김영주, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 -해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 제502쪽

128) 김범준, “동산 소유권유보부 매매의 매도인이 매수인에 대한 회생절차에서 매매목적물에 대하여 환취권을 행사할 수 있는지 여부 -대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결-”, 재판과 판례 제24집, 대구판례연구회 (2015), 제258, 259쪽

Collection @ kmou

1. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 계약조항의 성질에 따른 구제수단의 차이

① 영미보통법에서 계약위반 시 손해에 대한 구제수단은 위반한 계약조항이 조건(condition)인지, 담보[129](warranty) 또는 중간조항(innominate term)인지 여부에 따라 결정된다[130].

조건은 계약의 근본 또는 핵심에 미치는 계약의 본질적 조항을 말하고, 조건의 위반은 손해배상청구권뿐 아니라 계약해제권도 발생시킨다[131]. 조건의 위반이 있는 경우 귀책사유 있는 상대방에 대하여 계약해지 및 계약위반 이전 및 그 이후에 발생한 손해에 대한 배상을 청구할 수 있지만, 계약해지에 이르지 아니하는 위반의 경우 계약위반 시까지 발생한 손해에 대하여만 배상청구를 할 수 있을 뿐 그 이후에 발생한 손해에 대하여는 배상청구를 할 수 없는데, 이는 그 이후에는 계약위반이 없기 때문이다[132][133].

담보는 계약의 중요성이 상대적으로 적은 또는 부수적인 내용을 이루고 있는 조항으로 보통 계약의 본질적인 내용이 아닌 경우가 많다[134]. 담보 위반 시 손해배상청구가 가능하지만 계약의 해제는 할 수 없다[135][136].

중간조항은 위반의 경중에 따라 계약의 해제 또는 손해배상이 가능하

---

129) warranty를 '부수적 조항'으로 표현하는 견해[김용준, "용선료의 지급연체 효과에 대한 영국법원의 입장에 대한 고찰 -Spar Shipping 사건판결을 중심으로-", 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 (2017), 제88쪽] 및 '보증'으로 표현하는 견해도 있다[이창재, "정기용선에 있어서 용선료 연체의 효과 -영국 판례를 중심으로-", 무역상무연구 제70권, 한국무역상무학회 (2016. 5.), 제52쪽].

130) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 162, 163p

131) 전해동, "영국법상 용선계약위반에 따른 구제방법", 해사법연구 26권 3호, 한국해사법학회 (2014. 11.), 제217쪽

132) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 163p

133) 조건위반 시 손해배상액의 범위는 계약당사자들이 일반적, 객관적으로 당연히 그 의무위반으로부터 발생하리라고 예상하는 통상손해뿐만 아니라 해지권 행사로 인하여 상실하는 기대수익(loss of bargain)인 특별손해까지 포함한다. 담보 위반 시 손해배상액의 범위는 의무위반으로부터 발생하리라고 예상되는 통상손해일 뿐 기대수익 상실 등 특별손해는 포함되지 않는다(김용준, 전게논문 제88, 89쪽).

134) 전해동, 전게논문, 제218쪽

135) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 12p

136) 계약조항을 조건과 담보로 나누는 것은 주로 계약조항의 위반에 대한 해제권의 발생이라는 관점에서 행해진다(김철수, 전게논문, 제10쪽).

Collection @ kmou

다[137]. 해제권은 위반이 충분히 중대한(sufficiently serious) 종류인 경우에만 발생한다[138].

② 조건과 중간조항의 구별은 당사자의 의사에 달려있다. 따라서 용선료 지급의무를 조건(condition)으로 하기로 당사자들이 합의한 경우에는 아무리 사소한 위반이 있더라도 용선계약을 해지할 수 있다[139].

중간조항 위반 시 심각한 결과가 인정되기 위해서는, 위반으로 기대된 계약체결상 이익을 완전히 박탈하는 정도의 본질적인 위반이거나, 그 위반이 본질적 위반과 동일시되며 위반당사자가 변제기 도래 전에 장래의 의무를 이행하지 않겠다는 의사를 명확히 밝히는 사전적 이행거절에 해당함을 입증하여야 한다[140].

(2) BARECON 각 규정에 관한 검토

① 용선료 미지급

BARECON 2001 제11조는 용선료 지급과 관련하여 “time shall be of the essence” 라고 규정하여 선체용선계약에서 용선료의 정시 지급은 계약의 본질적인 내용이므로 이는 조건[141](Condition terms)에 해당하고[142], 용선자가 지정된 일자에 용선료를 지급하지 아니하면 선박소유자는 계약을 해지하고, 용선자를 상대로 계약위반 이전의 손해 및 그로 인한 거래상 손해에 대하여도 배상청구할 수 있다고 해석[143]되었다. 그러나 BARECON 2017 제15조는 “time shall be of the essence” 문구를 삭제하였다. 이는 영국법상 계약해석원칙에 의할 때 조건과 중간조항의 구별이 명확하지 않은 경우 중간조항으로 취급하는 입장[144]

137) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 13p
138) 김철수, “영국계약법상의 조건, 담보 그리고 중간조항”, 해사산업연구소논문집 제15권, 한국해양대학교 해사산업연구소 (2004. 9.), 제14쪽
139) 김용준, 전게논문, 제93쪽
140) 김용준, 전게논문, 제90쪽
141) 조건(Condition terms) 위반 시 계약해제가 가능하다. 당사자가 위반내용의 경중을 불문하고 어떤 위반이라도 해제가능하다고 약정한 경우를 들 수 있다. 위반 시 계약해제가 가능할 정도로 중대한 위반인지 여부는 그 위반으로 상대방이 계약을 통하여 얻는 이익을 실질적으로 전부 상실하는지 여부에 달려있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 12p). 계약조항이 조건과 담보 중 어디에 해당하는지는 당사자의 의사에 달려있다(김철수, 전게논문, 제11쪽).
142) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 163p
143) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」,(London, LLP, 2000), 54p

Collection @ kmou

과 관련하여, 용선료의 정시 지급을 조건으로 보던 종전의 입장에서 중간조항으로 입장이 변경된 것을 반영한다고 볼 여지도 있다.

② 거래제한 등

이에 반하여 거래제한, 보험유지조항[BARECON 2017 제11조와 제17조 (b)항]과 유지·관리조항[BARECON 2017 제13조 (a)항]은 중간조항이므로, 선박소유자의 권리구제수단은 주로 사실관계와 위반의 정도에 좌우된다[145].

(3) 손해배상의 범위

선박소유자가 구할 수 있는 손해배상의 범위와 관련하여, 이용가능한 시장의 존재 여부에 따라 구별하는 논의가 있다[146]. 한편, BARECON 2017은 선박이 전손된 경우 선체용선자는 선박소유자에 대한 책임을 부담한다고 규정하였는데[제17조 (a)항 및 제19조 (a)항], 이는 실제로 선체용선자에 대한 책임을 묻기 위한 것이 아니라 보험자들이 보험금을 지급한 이후 선박훼손에 책임 있는 정기용선자 등에게 배상책임을 물을 수 있는 근거를 마련하기 위한 것이다[147].

(4) 다른 권리에의 영향

계약해지 이전에 발생한 당사자의 권리와 계약해지로 인한 권리에 영향

---

144) 영국 항소법원은 Spar Shipping 사건에서, 계약조항 분류방법에 대한 현대적인 접근방식은 '계약조항이 조건 또는 담보로 의도된 것임을 명확히 하지 않는 한 중간조항으로 취급한다'는 것이라고 판시하였다(김용준, 전게논문 제91, 105쪽).

145) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 163p

146) 이용가능한 시장이 있는 경우, 손해배상액은 잔여용선기간 동안 얻을 수 있었던 계약용선료와 선박소유자가 계약해제 후 시장에서 잔여용선기간 및 기존항로와 유사한 대체용선계약을 찾았더라면 선박소유자가 얻을 수 있었던 시장요율 간의 차액을 참고하여 계산된다. 이 경우 계약위반 시 이용가능한 시장을 참고하면 되고 선박소유자가 실제로 그러한 시장에 선박을 투입하였는지는 무관하다.

이용가능한 시장이 없는 경우, 선박소유자가 원래 용선계약에 따라 얻을 수 있었던 용선료와 계약위반으로 야기된 실제입장의 차이를 참고하여 선박소유자의 실제 손해를 평가해야 한다(전해동, 전게논문, 제229쪽).

147) Ocean Victory 사건에서 영국법원은 공동피보험자인 선박소유자와 선체용선자 사이의 책임문제는 선박소유자가 보험금을 수령하여 보상받음으로써 소멸하므로, 보험금을 지급한 보험자도 선박소유자의 배상청구권을 대위할 수 없는 이상 선박의 전손에 책임이 있는 정기용선자에게 배상청구를 할 수 없다고 판시하였다[김인현, "안전항, 공동피보험자 및 용선자의 선주책임제한 여부 -영국 대법원 Ocean Victory 사건(2017. 5. 10.)을 중심으로-", 한국해법학회지 39권 2호, 한국해법학회 (2017), 제161, 162쪽]. BARECON 2017은 선박이 전손된 경우 선체용선자는 선박소유자에게 배상책임을 진다고 규정함으로써 보험자의 정기용선자에 대한 배상청구가 가능하도록 하였다.

Collection @ kmou

을 미치지 아니한다[BARECON 2001 제28조 (e)항].

2. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 계약조항의 성질에 따른 구제수단의 차이

채무불이행을 이유로 계약을 해제 또는 해지하려면, 해당 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 않으면 계약의 목적이 달성되지 않아 채권자가 그 계약을 체결하지 않았을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고, 그렇지 않은 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 않는 경우에는 계약을 해제 또는 해지할 수 없다[148]. 따라서 한국법에 의하더라도 선체용선계약에 있어서 위반한 계약조항 및 그 의무의 내용에 따라 계약해지 및 손해배상청구의 가능 여부가 달라지게 된다[149].

(2) 손해배상의 범위

계약해지와 아울러 청구하는 손해배상은 이행이익의 배상이다[150][151].

---

148) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2011다22948 판결 등

149) 주된 채무의 불이행을 요구하는 계약해제 또는 해지의 요건, 구 임대주택법의 입법 취지와 목적, 임대주택의 해제 또는 해지사유에 관한 관련 법령의 문언과 내용 및 취지에 비추어 볼 때, 임대사업자가 임대차계약서상의 채무불이행을 이유로 임대차계약을 해제 또는 해지하려면, 해당 채무가 임대차계약의 주된 채무에 해당하여야 함은 물론, 해당 채무를 위반한 임차인으로 하여금 임대주택을 사용·수익하도록 용인하는 것이 구 임대주택법의 입법 취지에 반하거나 임대사업자의 임대인으로서의 권리를 본질적으로 침해하는 등 구 임대주택법 시행령 제26조 제1항 또는 표준임대차계약서 제10조 제1항에서 정한 그 밖의 해제 또는 해지사유와 동등하게 평가될 정도로 중대한 사유이어야 하고, 이에 이르지 못한 경우에는 임대차계약을 해제 또는 해지할 수 없다(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016다241805, 241812 판결).

150) 계약당사자의 일방이 계약해제와 아울러 하는 손해배상의 청구도 채무불이행으로 인한 손해배상과 다를 것이 없으므로 전보배상으로서 그 계약의 이행으로 인하여 채권자가 얻을 이익 즉 이행이익을 손해로서 청구하여야 하고 그 계약이 해제되지 아니하였을 경우 채권자가 그 채무의 이행으로 소요하게 된 비용 즉 신뢰이익의 배상은 청구할 수 없는 것이다(대법원 1983. 5. 24. 선고 82다카1667 판결).

151) 계약의 해지 또는 해제에 따른 손해배상을 청구하는 경우에 채권자는 그 계약이 이행되리라고 믿고 지출한 비용의 배상을 청구할 수 있고, 이때 그 지출비용 중 계약의 체결과 이행을 위하여 통상적으로 지출되는 비용은 통상의 손해로서 상대방이 알았거나 알 수 있었는지 여부와 상관없이 배상을 청구할 수 있으며, 이를 초과하여 지출한 비용은 특별한 사정으로 인한 손해로서 상대방이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우에 한하여 배상을 청구할 수 있다(민법 제393조). 다만 그 지출비용 상당의 배상은 과잉배상금지의 원칙에 비추

Collection @ kmou

한편, 불법행위나 채무불이행으로 인한 손해배상사건에서 과실상계 등 책임제한사유가 있는 경우 법원은 손해배상액을 감액하여 인정한다[152].

(3) 다른 권리에의 영향

선체용선계약의 해지는 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다(민법 제551조). 이는 BARECON 2001 제28조 (e)항과 유사하다. 한편, 약정해지권을 행사하는 경우에도 상대방에게 고의 또는 과실이 없는 경우에는 손해배상을 청구할 수 없다[153].

(4) 계약해지권의 행사

① 계약해지권은 권리자의 일방적 의사표시로 포기할 수 있고, 너무 장기간 이를 행사하지 않고 상대방도 이제는 해지권을 행사하지 않으리라고 믿게 된 때에는 신의칙상 해지권을 행사할 수 없는 것으로 해석한다[154].

해지권에는 10년의 제척기간이 적용되는데, 그 기간 동안 해지권 행사의 상대방은 불안한 지위에 놓이게 되므로, 해지권 행사기간이 정해져 있지 않은 경우 해지권행사 여부를 최고하고 상당기간이 경과하면 해지권은 소멸한다(민법 제552조[155]). 여기서의 상당한 기간은 사회통념에 따라 판단되고, 이 규정은 법정해지권 뿐 아니라 약정해지권에도 적용되므로[156], 당사자 사이에 특별한 약정이 없는 이상 BARECON 2017 제31조에 따라 발생한 해지권에도 적용이 가

어 이행이익의 범위를 초과할 수 없다(대법원 1992. 4. 28. 선고 91다29972 판결 등 참조).

152) 책임제한사유에 관한 사실인정이나 그 제한 비율을 정하는 것은 원칙적으로 사실심의 전권사항에 속하는 것이지만, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 위법한 것으로서 허용되지 아니한다(대법원 2007. 10. 25. 선고 2006다16758,16765 판결 등 참조).

153) 다른 특별한 사정이 없는 한 그 손해배상책임 역시 채무불이행으로 인한 손해배상책임과 다를 것이 없으므로, 상대방에게 고의 또는 과실이 없을 때에는 배상책임을 지지 아니한다(민법 제390조). 이는 상대방의 채무불이행과 상관없이 일정한 사유가 발생하면 계약을 해지 또는 해제할 수 있도록 하는 약정해지·해제권을 유보한 경우에도 마찬가지이고 그것이 자기책임의 원칙에 부합한다(대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다59115 판결).

154) 김용덕, 전게서, 제336, 337쪽

155) 제552조(해제권행사여부의 최고권)
① 해제권의 행사의 기간을 정하지 아니한 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 해제권행사 여부의 확답을 해제권자에게 최고할 수 있다.
② 전항의 기간내에 해제의 통지를 받지 못한 때에는 해제권은 소멸한다.

156) 김용덕, 전게서, 제338쪽

Collection @ kmou

능할 것으로 보인다.

② 채무불이행책임과 불법행위책임의 청구권 경합

선체용선자는 선원에 대한 임금지급의무 등을 부담하고, 선적항 외에서 선장이 체결한 선박수리계약 등 감항능력유지에 필요한 사항 및 선박의 항해에 관하여 선장이 법정권한 내에서 행한 행위로 인하여 생긴 계약상 권리의무를 가질 뿐 아니라, 선원이 직무에 관하여 행한 불법행위로 인한 손해배상책임을 져야 한다. 이러한 채무불이행책임과 불법행위책임은 청구권 경합관계[157]에 있으며, 이 경우 선체용선자도 채권자에 대하여 선박소유자의 책임제한을 주장할 수 있다[158].

③ 손해배상청구권의 행사기간

민법 제654조, 제617조의 의하면, 임대차에 기한 손해배상청구는 임차물 반환 후 6개월 이내에 행사하여야 한다. 이는 관련분쟁을 단시일 내에 해결하도록 하기 위하여 규정한 제척기간이다[159].

Ⅱ. 선박의 점유회복(Repossession)

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제29조[160]

제28조에 따라 선체용선계약이 종료된 경우, 선박소유자는 현재나 다음 항구 또는 당사자에게 편리한 장소에서, 용선자나 법원 및 지역관청의 방해나 개입 없이 용선자로부터 선박의 점유를 회복할 수 있다.

제29조에 따라 물리적으로 점유를 회복하기까지, 용선자는 선박소유자를 위한 무상수탁자(gratuitous bailee)의 지위를 갖는다. 선박소유자는 선체용선계약 종료 이후 합리적으로 현실적인 기간 내에 지체 없이 선박에 자신의 대리인을 승선시켜야 한다. 선박소유자의 대리인이 선박에 승선하면 선박은 선박소유자의 점유로 회복된 것으로 본다

157) 해상운송인이 운송 도중 운송인이나 그 사용인 등의 고의 또는 과실로 인하여 운송물을 훼손시킨 경우, 선하증권 소지인은 운송인에 대하여 운송계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권과 아울러 소유권 침해의 불법행위로 인한 손해배상 청구권을 취득하며 그 중 어느 쪽의 손해배상 청구권이라도 선택적으로 행사할 수 있다(대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결 등 참조).

158) 양석완, “개정 상법상 선체용선의 법적 지위”, 제218쪽

159) 민일영, 전게서, 제178쪽

Collection @ kmou

(deemed). 선장, 승무원 및 선원의 임금, 하선과 본국송환에 소요되는 비용 등은 전적으로 용선자가 부담한다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 점유회복 시 현실적인 문제

용선자가 선박소유자의 서면통지에도 불구하고 선박을 반환하지 아니하고 선박을 계속 점유하는 경우 선박소유자는 인도청구 또는 손해배상청구를 통하여 권리행사를 할 수 있다[161]. 그러나 선체용선계약에서 선장과 선원들은 용선자의 피고용인이므로 이들이 선박소유자에 협조하지 아니하는 경우가 있을 수 있고, 미지급 임금의 청구 및 본국 송환 등의 문제가 발생할 수 있다. 또한 용선자가 도산하거나 선박이 공해에 있거나 제3자의 화물을 적재하고 있는 경우에는 복잡한 문제가 발생할 수 있다[162]. 비록 BARECON 2001 제29조 및 BARECON 2017 제32조는 모두 선원 등에 대한 미지급 임금 및 본국송환비용은 용선자의 부담이라고 명시하고 있지만, 현실적으로 선원 등이 미지급 임금과 본국행 비행기 표를 제공하지 않으면 선박에서 하선하지 않고 선박을 압류하겠다고 위협하는 경우가 있는데, 이 경우 선박소유자로서는 선원 등과 협의하여 문제를 해결한 다음 용선자에게 그 비용을 지급받는 것 이외에 다른 실질적인 해결방법이 없다[163].

(2) 점유회복의 방법

선체용선계약이 종료된 경우, 선박소유자는 법원의 명령이나 지역관청의 제재 없이 선박을 회수할 수 있다. 선박소유자는 자신의 대리인(representative)을 지체 없이 선임하여 선박에 승선시켜야 하고 이 경우 선박의 점유는 선박소유자에게 회복된 것으로 본다(deemed)[164].

(3) 점유회복 시까지의 상태

---

160) BARECON 2017 제32조도 별다른 차이가 없다.
161) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 57p
162) 선박에 화물이 적재되어 있는 경우, 비록 선박소유자와 화주 사이에 운송계약이 없다고 하더라도 선박소유자는 화물의 수탁자로서 화주에 대하여 주의의무를 부담한다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 57p).
163) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 167p
164) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 166p

Collection @ kmou

선박이 공해에 있거나 지리적으로 멀리 떨어진 항구에 정박해 있는 경우 선박소유자가 점유를 회복하기까지는 상당한 시간이 소요되는데, 그 기간 동안 용선자는 선박소유자를 위한 무상수탁자(gratuitous bailee)의 지위를 갖는다. 용선자는 선박의 무상수탁자로서 선박을 안전하게 유지하기 위하여 신중하게 행동하고 합리적인 주의의무를 다하여야 하고, 이에 대한 보수청구권을 갖지 아니한다. 용선자가 이러한 주의의무를 위반하여 선박에 손해가 발생한 경우 이에 대한 배상책임을 지지만, 제3자의 부당한 행위나 과실로 인한 손해에 대하여는 용선자의 관리에 있어서 과실이나 잘못이 입증되지 아니하는 이상 배상책임을 지지 아니 한다[165].

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 점유회복 시 현실적인 문제

선원법 제2조[166]에서 정한 선박소유자에는 선체용선자가 포함되므로 선박소유자에게 선원의 송환의무 및 송환수당 지급의무를 규정한 한국 선원법의 조항[167]이 BARECON 양식의 내용과 저촉된다고 볼 수는 없다. 그런데 해양수산부장관은 일정한 경우 선원을 송환한 후 그 비용을 선박소유자에게 구상할 수 있고, 송환조치에 든 비용이 변제될 때까지 선박을 출항정지시킬 수 있으므

---

165) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 166, 167p

166) 제2조(정의)
이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
2. "선박소유자"란 선주, 선주로부터 선박의 운항에 대한 책임을 위탁받고 이 법에 따른 선박소유자의 권리 및 책임과 의무를 인수하기로 동의한 선박관리업자, 대리인, 선체용선자 등을 말한다.

167) 선원법 제38조(송환)
① 선박소유자는 선원이 거주지 또는 선원근로계약의 체결지가 아닌 항구에서 하선하는 경우에는 선박소유자의 비용과 책임으로 선원의 거주지 또는 선원근로계약의 체결지 중 선원이 원하는 곳까지 지체 없이 송환하여야 한다. 다만, 선원의 요청에 의하여 송환에 필요한 비용을 선원에게 지급할 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 제1항에 따라 선박소유자가 부담할 비용은 송환 중의 교통비, 숙박비, 식비 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 비용을 말한다.
제39조(송환수당)
선박소유자는 제38조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 하선한 선원에게 송환에 걸린 일수에 따라 그 선원의 통상임금에 상당하는 금액을 송환수당으로 지급하여야 한다. 송환을 갈음하여 그 비용을 지급하는 경우에도 또한 같다.

Collection @ kmou

로[168], 실제로 용선자가 비용을 부담하지 않는 경우 선박소유자가 출항정지의 제한을 면하기 위하여 비용을 부담해야 할 경우도 생길 수 있을 것이다.

(2) 점유회복의 방법

임대차가 종료하면 임차인은 임차물을 원상으로 회복하여 반환하여야 한다(민법 제654조, 제615조). 한편, 원상회복의무는 특약으로 배제할 수 있다[169][170]. 선체용선계약이 종료된 경우 선박소유자는 선박의 반환을 구할 수 있고, 이때 선박소유자의 선박에 대한 점유회복은 점유보조자를 통하여도 할 수 있을 것이다[171]. 점유보조자는 물건에 관하여 점유자에 대하여 사회적인 종속관계에 서서 점유자를 위하여 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 사람으로[172], 점유자의 대리인일 수 있다[173]. 이 경우 선박소유자는 점유보조자를 통하여 직접점유를 취득할 수 있다[174]. 따라서 한국법에 의하더라도, 선박소유자는 자신

---

168) 선원법 제42조(선원 송환을 위한 조치 등)
① 해양수산부장관은 선박소유자가 제38조에 따른 송환 의무를 이행하지 아니하여 선원이 송환을 요청하는 경우에는 그 선원을 송환하여야 한다. 이 경우 송환에 든 비용은 그 선박소유자에게 구상할 수 있다.
② 해양수산부장관은 외국선박에 승선하는 외국인 선원이 국내에 유기되어 해당 선원이 송환을 요청하는 경우에는 해당 선원을 자기나라로 송환할 수 있다. 이 경우 송환에 든 비용은 해당 외국선박의 기국에 구상할 수 있다.
③ 해양수산부장관은 제1항 또는 제2항에 따른 송환조치에 든 비용을 선원에게 부담시켜서는 아니 된다.
④ 해양수산부장관은 제1항 또는 제2항에 따른 송환조치에 든 비용이 변제될 때까지 해당 **선박의 출항정지를 명하거나 출항을 정지**시킬 수 있다.

169) 민일영, 전게서, 제177쪽

170) 계약체결 당시 특약사항으로 "보수 및 시설은 임차인이 해야 하며 앞으로도 임대인은 해주지 않는다. 임차인은 설치한 모든 시설물에 대하여 임대인에게 시설비를 요구하지 않기로 한다." 등의 약정을 한 경우, 임차인은 시설비용이나 보수비용의 상환청구권을 포기하는 대신 원상복구의무도 부담하지 않기로 하는 합의가 있었다고 보아, 임차인이 계약서의 조항에 의한 원상복구의무를 부담하지 않는다(대법원 1998. 5. 29. 선고 98다6497 판결 등 참조).

171) 제195조(점유보조자)
가사상, 영업상 기타 유사한 관계에 의하여 타인의 지시를 받어 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 때에는 그 타인만을 점유자로 한다.
여기서 점유보조자에 관한 '기타 유사한 관계'는 타인의 지시를 받고 이에 따라야 할 관계로서 사회관념상 점유를 보조한다고 인정되는 경우를 말한다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013다84971 판결 등 참조).

172) 최병조, 「민법주해(IV) 물권(1)」, 박영사 (2001), 제317쪽

173) 최병조, 전게서, 제318쪽

Collection @ kmou

의 대리인을 점유보조자로 하여 선박에 승선시키는 방법으로 선박에 대한 직접 점유를 취득할 수 있고, 점유회복의 효과를 누릴 수 있다.

한편, 수인이 공동하여 선박을 선체용선한 경우 연대하여 의무를 부담하므로(민법 제616조), 다른 특약이 없는 이상[175] 선박소유자로서는 공동선체용선자들을 상대로 연대하여 선박반환의무의 이행을 구할 수 있을 것이다. 또한, 선박소유자는 소유권에 기한 물권적 청구권에 기하여도 선박의 반환을 청구할 수 있다[176].

(3) 점유회복 시까지의 상태

한국 민법상 위임은 원칙적으로 무상이므로[177], 용선자는 선체용선계약 종료 이후 선박회수 시까지 무상수탁자로서 민법 제681조[178]에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 부담한다[179]. 용선자로서는 전문적인 지식과 경험에 기초하여 성실하게 선박소유자의 권리를 지킬 의무가 있다고 할 것이다[180][181]. 선박소

174) 최병조, 전게서, 제320쪽

175) 강행규정이 아니므로 공동임차인 각자의 의무를 분할하여 달리 정하는 것은 상관없다(민일영, 전게서, 제177쪽).

176) 제213조(소유물반환청구권)
소유자는 그 소유에 속한 물건을 점유한 자에 대하여 반환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 그 물건을 점유할 권리가 있는 때에는 반환을 거부할 수 있다.

177) 이재홍,「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001), 제563쪽

178) 제681조(수임인의 선관의무)
수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다.

179) 무상수치인의 주의의무(민법 제695조)의 경우 위임의 경우와 달리 그 주의의무가 자기재산과 동일한 주의로 감경되는데, 이는 일종의 호의계약인 동시에 단순한 물건의 보관에 불과하다는 사정을 고려한 것으로, 임치계약 종료 후에도 그 주의의무의 정도는 동일하다[전효숙, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001), 제635, 636쪽]. 그러나 선체용선계약 종료 이후 용선자의 지위는 단순히 물건을 임치한 것과 같이 볼 수는 없으므로, 용선자의 주의의무를 이처럼 감경할 수는 없다고 판단된다.

180) 일반적으로 수임인은 위임의 내용에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 하고, 특히 소송대리를 위임받은 변호사는 그 수임사무를 수행함에 있어 전문적인 법률지식과 경험에 기초하여 성실하게 의뢰인의 권리를 옹호할 의무가 있다(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004다7354 판결 참조).

181) 세무사는 공공성을 지닌 세무전문가로서 납세자의 권익을 보호하고 납세의무의 성실한 이행에 이바지함을 사명으로 하므로, 의뢰받은 사무와 밀접하게 연관되는 범위 안에서, 의뢰인이 의뢰한 사무의 처리에 필요한 자료를 제출하지 못하는 경우이거나 비록 의뢰인의 구체적인 지시가 있어도 그에 따르는 것이 위임의 본지에 적합하지 않거나 또는 의뢰인에게 불이익한 경우라는 등의 특별한 사정이 있는 때에는, 별도의 위임이 없다 하여도 의뢰인으로 하여금 이익을 도모하고 손해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하도록 의뢰인에게

Collection @ kmou

유자의 청구에 따라 용선자는 보고의무를 부담하는데(민법 제683조[182]), 선박소유자가 BARECON 양식에 따라 그 대리인을 신속히 선임하여 선박에 승선시키도록 규정한 사정에 비추어 보면, 실제로 이런 보고의무의 실효성은 크지 않을 것으로 보인다.

한편, 수임인은 원칙상 보수청구권이 없으나[183] 비용선급청구권[184] 및 비용상환청구권[185]이 있다. 용선자가 선관주의의무를 위반하여 선박소유자에게 손해가 발생한 경우 이에 대한 손해배상책임을 부담하는데, 선관주의의무위반을 인정하기 위해서는 용선자가 위임의 본지에 적합하지 않거나 선박소유자에게 불이익한 경우라는 사정을 인식하면서도[186] 이를 방치하거나[187] 그에 반하여 행동할 것이 요구된다. 선관주의의무위반으로 인하여 용선자가 선박소유자에게 배상하여야 할 손해액은 선박소유자가 입은 손해뿐 아니라 당초 지급의무가 없었으나 이로 인하여 지급한 비용[188] 등도 포함한다.

설명하고 조언할 의무를 진다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다48412 판결).

182) 제683조(수임인의 보고의무)
수임인은 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고 위임이 종료한 때에는 지체없이 그 전말을 보고하여야 한다.

183) 제686조(수임인의 보수청구권)
① 수임인은 특별한 약정이 없으면 위임인에 대하여 보수를 청구하지 못한다.

184) 제687조(수임인의 비용선급청구권)
위임사무의 처리에 비용을 요하는 때에는 위임인은 수임인의 청구에 의하여 이를 선급하여야 한다.

185) 제688조(수임인의 비용상환청구권 등)
① 수임인이 위임사무의 처리에 관하여 필요비를 지출한 때에는 위임인에 대하여 지출한 날 이후의 이자를 청구할 수 있다.
② 수임인이 위임사무의 처리에 필요한 채무를 부담한 때에는 위임인에게 자기에 갈음하여 이를 변제하게 할 수 있고 그 채무가 변제기에 있지 아니한 때에는 상당한 담보를 제공하게 할 수 있다.
③ 수임인이 위임사무의 처리를 위하여 과실없이 손해를 받은 때에는 위임인에 대하여 그 배상을 청구할 수 있다.

186) 세무사가 양도소득세 면제신청이 위임의 본지에 적합하지 않거나 또는 위임인에게 불이익한 경우라는 등의 특별한 사정이 있다고 의심하기는 어려웠을 것이라는 이유로 손해배상책임을 배척한 사례가 있다(대법원 2018. 9. 13. 선고 2015다48412 판결).

187) 주식회사의 이사가 다른 업무담당이사의 업무집행이 위법하다고 의심할 만한 사유가 있음에도 불구하고 이를 방치한 때에는 이사에게 요구되는 선관주의의무 내지 감시의무를 해태한 것이므로 이로 말미암아 회사가 입은 손해에 대하여 배상책임을 면할 수 없다(대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다28075 판결).

188) 수임인이 위임의 본지에 좇은 업무처리를 하지 아니함으로써 위탁자가 입게 된 손해액은

Collection @ kmou

Ⅲ. 소결론

선체용선계약이 종료되는 경우 당사자의 해지권행사 및 손해배상청구, 선박소유자의 선박점유회복에 관하여 BARECON의 준거법을 영미법으로 한 경우와 한국법으로 한 경우 본질적인 차이는 없다. 다만, 한국 민법 제552조에 따라 상대방의 해지권 행사 여부를 최고함으로써 법적 불안정상태에서 벗어날 수 있고, 한국 선원법 제42조 제4항에 따라 선박출항이 제한된다면 현실적으로 선박소유자가 선원 송환비용을 부담하게 되는 경우가 발생할 수 있어 보인다.

제4장 당사자의 권리와 의무

제1절 선박소유자의 권리와 의무

Ⅰ. 용선료 수령권 및 선박검사권

선박소유자의 용선료 수령권과 선박검사권은 선체용선계약의 준거법을 영미법으로 하든 한국법으로 하든 그 권리의무 내용에 별다른 차이가 없다. 한편, 선박소유자는 선박을 반환받기 이전에 합리적인 기간[189] 동안 최대 2명의 대리인(representative)을 자신의 비용 및 위험부담으로 선박에 승선시킬 수 있다[BARECON 2017 제6조 (b)항].

Ⅱ. 선박의 인도(Delivery) 의무

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제3조(인도)
(a) 선박소유자는 선박의 인도 이전 및 인도 당시에, 이 선체용선계약에 따른 이행을 위하여 선박이 감항능력을 갖추고 선체, 기관과 장비가 모든 면에서 준비되도록 상당한 주

수임인이 위임의 본지에 좇은 업무처리를 하였다면 지급하지 아니하여도 될 비용을 지급한 경우에 그 지급한 비용이 이에 해당한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87다카1345 판결).

189) 이들 대리인이 얼마나 오랫동안 선박에 체류할 수 있는지는 사안에 따라 결정될 것이어서,'합리적인 기간'에 관하여 당사자 사이에 분쟁이 발생할 수 있으므로 선박소유자와 용선자는 각각 선박의 인도 및 반선 이전의 승선기간에 관하여 용선계약서에 명확하게 기재하는 것이 바람직해 보인다.

Collection @ kmou

의(due diligence)를 다하여야 한다. 선박은 용선자가 지정한 준비된 선석에서 Box 13에 적시된 항구 또는 장소에서 용선자에게 인도 및 인수되어야 한다.
(b) 선박은 Box 5에 적시된 선적국법과 Box 10에 언급된 선급협회의 요건에 따라 적절한 서류를 갖추어야 한다. 인도 시 선박은 최신 검사증서와 적어도 Box 12에서 합의된 개월 수 동안 유효한 항행허가서와 선급증명서를 가지고 있어야 한다.
(c) 선박소유자의 선박인도와 용선자의 선박인수가 완료되면 제3조에 따라 선박소유자가 그의 모든 의무를 완전히 이행한 것으로 된다. 그러므로 용선자는 선박에 대한 조건, 표시, 명시적 또는 묵시적 담보를 이유로 선박소유자에게 법적 조치를 할 수 없다. 그러나 선박소유자는 용선계약 하에서 인도 당시 존재하는 선박의 숨은 하자에 의하여 발생한 기관 또는 부속품의 수리 또는 교체에 소요되는 비용에 대한 책임이 있고, 소요 시간에 대하여는 책임이 없다. 다만, 이런 하자는 Box 32에서 달리 정한 경우가 아니면 인도 후 12개월 이내에 스스로 명백해진 경우에 한한다.

제4조(인도시기)

용선자의 동의가 없는 한, 선박은 Box 14에 기재된 날짜 이전에 인도되어서는 아니 되고, 선박소유자는 Box 15에 기재된 날짜보다 늦지 않게 선박을 인도하기 위하여 상당한 주의를 다하여야 한다.

Box 18에서 달리 합의되지 않는다면, 선박소유자는 용선자에게 30 연속일 이상의 준비기간을 주어야 하고, 선박의 인도를 위한 준비가 예상되는 날짜를 적어도 14 연속일 이상 두고 확정통지를 하여야 한다.

선박소유자는 선박위치의 가능한 변경에 대하여 용선자와 긴밀한 통지를 유지하여야 한다.

제7조(인도 및 반선 시 검사)

선박소유자와 용선자는 각각 선박의 인도 및 반선이 이루어지는 때에 그 선박 상태를 서면으로 결정하고 합의할 목적으로 검사원을 임명하여야 한다. 선박소유자는 시간손실을 포함한 용선개시검사(On-hire Survey)에 소요되는 비용을 전액 부담해야 한다. 용선자는 용선요율에 일할비율 또는 용선료에 비례하여 시간손실을 포함한 용선종료검사(Off-hire Survey)에 소요되는 비용을 전액 부담해야 한다.

BARECON 2001 제3, 4조는 상당한 주의(due diligence)를 규정하였으나[190] BARECON 2017은 선박소유자가 선박이 용선자의 목적달성에 적합하도록 검사 당시와 동일한 상태에 있을 것과 감항능력이 있는 상태로 인도할 것에 관하여

190) Richard A. Barnes, "Barecon 2001 : the Barecon 89 bareboat charter revised", Lloyd's maritime and commercial law quarterly Part 4, Lloyd's of London (2002), 528, 529p

Collection @ kmou

절대적 의무[191](absolute obligation)를 부담하는 내용으로 개정하였다[192].

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 인도의 개념, 시기 및 장소

인도는 선박소유자가 계약에 정한 기간동안 선박의 점유권과 지배권을 포기하는 것을 의미한다[193]. BARECON 2001 제4조는 정확한 인도시기를 특정하기 보다는 Box 14에 지정된 날짜 이전에 인도되어서는 아니 된다는 것과 선박의 인도 예정일을 정하고 있다는 것에 의미가 있는데, 이는 선체용선계약의 특성상 인도예정일 이전에 선박이 인도되면 선박 이용계획이 수립되기 전에 용선료 지급의무만 발생하기 때문에 이런 문제를 해결하기 위한 것으로 보인다[194].

(2) 감항능력 주의의무

① 선박소유자는 선박 인도의무 이행 시 감항능력을 갖출 의무와 선체, 기관, 장비 모든 면에서 준비를 갖출 의무를 부담하는데, 이들은 각각 독립된 주의의무이다[195]. 선박소유자의 감항능력(Seaworthiness) 주의의무[196]는 선박소유자 및 그를 위하여 선박을 유지, 관리하는 직원들(근로자인지 독립계약자인지를 불문한다) 전체의 주의의무를 포함하므로, 선박소유자는 단지 유능한 직원을 고

---

191) 지상약관(paramount clause) 또는 준거법약관 등에 명확한 규정 또는 별도의 특약이 없는 한, 감항능력 주의의무는 영미 보통법의 준칙에 의거하여 절대적 의무로 해석하는 것이 원칙이다(박용섭, 전게 논문, 제120쪽).

192) 감항능력 주의의무를 절대적 의무(absolute obligation)로 볼 것인가 상당한 주의의 실행(excercise due diligence)으로 해석할 것인지 구별하는 주된 이유는, 절대적 의무로 해석할 경우 선박소유자가 감항능력 없는 선박을 제공하였다면 선박소유자에게 과실이 있든 없든 불문하고 책임을 부담하지만, 상당한 주의의 실행으로 보는 경우 상당한 주의를 다하였음을 증명하면 이로 인한 책임을 부담하지 않기 때문이다[지상규, "용선계약상 선박소유자의 감항능력 주의의무에 관한 연구(영국판례를 중심으로)", 법학논총 23권 1호, 국민대학교 법학연구소 (2010), 제21쪽].

193) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 20p

194) 정영석, "선체용선계약에서 선박의 인도", 한국해법학회지 제34권 제2호, 한국해법학회 (2012), 제260쪽

195) 정영석, "선체용선계약에서 선박의 인도", 제246쪽

196) 선박의 용선계약의 종류에 관계없이 선박소유자는 용선계약서에 명시적으로 특정한 용선선박에 대해서는 명시적, 묵시적 감항능력 유지의무를 지는 것이 해상법상의 일반원칙이라는 견해가 있다(박용섭, 전게 논문, 제121쪽).

Collection @ kmou

용하였다거나 필요한 작업을 감독하였다는 사정만으로 그 의무에서 벗어날 수 없다[197][198].

선체, 기관, 장비 모든 면에서 준비를 갖출 선박소유자의 의무는 상업적 관점에서 판단되어야 하고, 장기간에 걸친 선체용선계약의 관점에서 선박운항능력에 거의 영향을 미치지 아니하는 작은 결함을 '준비 미완료' 상태라고 볼 수 없고 상업적 관점에서 결함의 중요성 여부에 따라 판단되어야 한다[199].

② BARECON 2017[200]에서 감항능력 주의의무는 절대적 의무(absolute obligation)이고, 그 법적성격은 중간조항에 해당한다[201][202]. 선박의 인도전까지는 선박소유자가 감항능력 주의의무를 부담하지만 인도 이후에는 용선자가 그에 관한 책임을 지는데, 여기에는 유지, 수선 등의 의무가 포함된다[203].

(3) 숨은 하자(Latent Defects)의 문제

선박의 숨은 하자는 운송인이 감항능력 주의의무를 다하여도 발견할 수 없는 선체, 기관 및 설비의 숨은 하자이다[204][205][206]. 선박의 인도가 정상적으로

---

197) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 21p

198) 독립계약자인 수리업자의 과실에 의한 불감항성도 선주책임이며, 본선 하자에 대한 선주의 무지도 면책되지 않는다(지상규, 전게논문, 제17쪽).

199) 정영석, "선체용선계약에서 선박의 인도", 제248쪽

200) BARECON 2001에서 규정한 감항능력 주의의무 등에 관한 선박소유자의 상당한 주의(due diligence)는 합리적인 주의와 기술(reasonable care and skill)을 의미하고, 이를 불이행하는 것은 과실(negligence)에 해당한다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 20p).

201) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 22p

202) 영국법원은 Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. 사건에서 용선계약서의 감항능력 조항을 중간조항으로 인식하였다(김철수, 전게논문, 제15, 16쪽). 이 사건에서 '선박소유자는 자격미달의 기관사를 승선시켰으므로 감항능력 주의의무를 위반하였고 자격미달의 기관사를 선임함에 있서 상당한 주의를 게을리 하였으므로 용선계약서에 정한 면책약관은 적용되지 않는다'고 판시하였다(지상규, 전게논문, 제20쪽).

203) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 3p

204) 정영석,「국제해상운송법」, 범한서적 주식회사 (2004), 제222쪽. 선박의 숨은 하자는 운송인의 면책 사유로서 상당한 주의를 다하여도 발견할 수 없는 내재적인 선박의 하자를 말한다. 운송인의 감항능력 주의의무는 운송인이 반드시 상당한 주의를 기울일 것을 전제로 하고 운송인이 상당한 주의를 기울였다는 것에 대해 스스로 증명책임을 부담하지만, 선박의 숨은 하자의 경우 운송인이 상당한 주의를 다하였다는 것을 증명하지 못하더라도 그 하자가 운송인이 상당한 주의를 기울였더라도 발견할 수 없었던 내재적 하자라는 것을 증명하면 족하므로, 선박의 불감항과 숨은 하자는 구분된다[김찬영, "선박의 숨은 하자에 관한 연구", 한국해법학회지 제39권 제2호, 한국해법학회 (2017. 11.), 제168, 176쪽].

Collection @ kmou

이루어지면, 선박의 사용·수익에 필요한 상태를 갖춘 상태로 인도된 것으로 본다는 BARECON 2001 제3조 (c)항의 예외로, 숨은 하자의 경우에는 일정기간 내에 드러나는 숨은 하자에 대하여는 선박소유자의 수리의무를 인정하고 있다. 이는 선체용선자가 하자의 수리 또는 부품교체 후 그 비용을 선박소유자에게 청구할 수 있는 권리[207]로 해석하는 것이 현실적이다. 숨은 하자가 있는 경우 수리기간 동안 선박을 운용하지 못하여 발생한 손해에 대하여는 선박소유자에게 책임을 물을 수 없다[208].

다만 하자가 선박소유자가 감항능력을 구비하거나 인도를 준비하는 부분에서 부주의로 발생한 경우에는 이는 숨은 하자가 아니므로 경우에 따라서는 수익 상실에 대하여 책임을 질 수도 있다는 견해[209]가 있다.

숨은 하자가 있는 경우 BARECON 2001 제28조 (b)항의 선박소유자 채무불이행으로 인한 선체용선계약의 해지가 가능한지 문제될 수 있으나, 숨은 하자의 경우 BARECON 2001 제3조 (c)항이 적용될 뿐 계약해지조항이 적용되지 않는다는 견해[210]가 있다. 그러나 숨은 하자로 인하여 선체용선계약의 해지사유인 선박의 사용불능상태에 이른 경우에는 해지를 부정할 이유는 없다고 판단된다. 한편, 선박소유자는 선박의 하자와 관련하여 일정한 경우 제3자에 대하여 책임을 지는 경우가 있다[211][212].

---

205) BARECON 2017 제1조에서는 “Latent Defect" means a defect which could not be discovered on such an examination as a reasonably careful skilled person would make라고 규정한다.

206) 숨은 하자와 관련하여 BARECON 2001 제3조 (c)항의 면책조항은 선박에 대한 검사에서 명확히 드러나는 선박의 특성에 관하여 적용된다고 보아, 용선한 바지선의 실제 선적용량이 서류와 다르다는 사실을 용선 6개월 이후에 비로소 안 경우에 선박소유자는 면책되지 아니한다는 영국판례가 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 23, 24p).

207) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 25p

208) 소유자는 인도 당시 숨은 하자로 인한 수리비용에 대한 책임을 지고, 용선자는 그 수리기간 동안 운항하지 못하는 손해를 부담한다(Richard A. Barnes, ibid, 529p).

209) 정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제252쪽

210) Richard A. Barnes, ibid , 529p

211) 선체용선계약의 대상 선박에 하자가 있고, 선박소유자가 선박인도 시 선박의 하자를 알면서도 용선자에게 알리지 않았거나, 비록 선박소유자가 하자를 알지는 못하였지만 합리적인 주의를 다하였다면 하자를 알 수 있었던 정도라면, 그 하자로 제3자가 손해를 입은 경우 선박소유자는 제3자의 손해를 배상할 책임을 질 수 있다. 이런 경우라도 선박소유자는 선체용선자가 사전조사로 그 하자를 발견할 것이라고 믿을만한 합리적인 근거가 있었음을

Collection @ kmou

(4) 위반의 효과

① 인도시기 위반 및 장소 미지정

선박소유자가 BARECON 2001 Box 15에 표시된 계약해제일까지 인도준비가 되지 않았다면 선체용선자는 BARECON 2001 제5조[213]에 따라 계약을 해제할 수 있다. 또한, 용선자가 인도장소 지정을 심각하게 지연하여 용선계약에 따르지 않을 의사가 드러나는 경우 소유자는 계약을 해제할 수 있는데, 심각한 지연인지 여부는 사실인정의 문제로서 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다[214].

② 감항능력 주의의무 등 위반

선박의 감항능력의 구비 및 용선계약에 따른 서비스가 가능한 상태로 준비해야 할 의무는 중간조항(innominate terms)으로 구체적인 위반의 결과를 검토하여 그 정도에 따라 계약의 해제 또는 손해배상청구가 가능하다[215][216][217]. 선박소유자가 감항능력 주의의무 등을 위반한 경우 용선자는 선박의 인수를 거절할 수 있다. 한편, 선박이 인도되지 못한 이유에 상관없이 Box 15에 규정된 해제일(Cancelling date)까지 선박이 인도되지 못하였다면, 선체용선자의 계약해제권은 자동적으로 발생한다[218]. 이 경우 선박소유자는 선박인도가 가능한 일자를 용선자에게 통지해야 하고 용선자는 그 통지 후 3 은행일 이내에 해지권을 행사할 수 있고, 해지하지 않은 경우 선박소유자가 통지한 일자가 새로운

입증하여 책임을 면할 수 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 5, 6p).

212) 송상현·김현, 전게서, 제494쪽

213) 선박이 Box 15에 표시된 계약해제일까지 인도되지 아니하면, 선체용선자는 계약해제일 이후 36 연속시간 내에 선박소유자에게 해제통지를 할 수 있다.

214) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 22p

215) 정영석, “해상물건운송인의 기본적 의무에 관한 연구”, 법학연구 5호, 한국해사법학회, 1993, 제107쪽

216) 계약상 선체용선자의 전체 이익을 상당히 빼앗을 정도로 그 결함이 심각한 경우에는 인도를 거절하고 결구 계약의 이행을 거절할 수 있는 권리가 있다(정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제249쪽).

217) 이처럼 감항능력 미구비 등의 하자가 심각하지 않아서 단기간에 보완이 가능한 경우 용선자는 선체용선계약을 해제할 수 없는데, 이 경우 용선자가 계약해제를 주장하면 오히려 선박소유자에게 계약해제권이 발생할 수도 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 22p).

218) 정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제250쪽

Collection @ kmou

해제일이 된다[BARECON 2017 제5조 (b)항].

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 인도의 개념, 시기 및 장소

선박의 인도에 따라 선박의 점유권이 선박소유자에서 용선자로 양도되는 효력이 발생한다(민법 제196조 제1항[219]). 선박 인도시기는 선체용선계약에 따른 선박인도의무의 이행기인데, 이러한 이행기는 당사자의 의사표시 또는 법률의 규정에 의하여 정하여지고, 당사자는 이행기의 내용을 자유로 정할 수 있다[220][221]. 선체용선계약의 당사자는 선박의 인도장소를 정할 수 있으므로(민법 제467조[222]), BARECON 2001 Box 13의 항구 또는 장소는 인도장소에 대한 합의로 볼 수 있다.

결국 한국법의 임대차 관련 조항에는 임차물의 인도시기, 장소에 관한 강행규정이 없으므로, 운용형 선체용선계약에서는 당사자의 의사에 따라 정한 BARECON 내용대로 규율될 것이다[223].

(2) 감항능력 주의의무

① 선체용선계약에 있어 선박소유자의 감항능력 주의의무 여부

비록 상법은 감항능력 주의의무(상법 제794조)는 항해용선계약에 준용할 뿐(상법 제841조) 선체용선계약에는 준용하지 않고 있으나, 다음 사정에 비추어

---

219) 제196조(점유권의 양도)
① 점유권의 양도는 점유물의 인도로 그 효력이 생긴다.

220) 양창수, 「민법주해(IX) 채권(2)」 박영사 (2001), 제85, 86쪽

221) 한편, 선체용선계약이 금융리스의 성격을 가진다는 견해에 의하면, 상법 제168조의4(공급자의 의무) 제1항에서 '금융리스물건의 공급자는 공급계약에서 정한 시기에 그 물건을 금융리스이용자에게 인도하여야 한다'는 조항도 BARECON 2001 제3조의 취지와 유사하다고 볼 수 있다.

222) 제467조(변제의 장소)
① 채무의 성질 또는 당사자의 의사표시로 변제장소를 정하지 아니한 때에는 특정물의 인도는 채권성립당시에 그 물건이 있던 장소에서 하여야 한다.

223) 구체적인 계약내용에 따라 차이가 있기는 하겠지만, 소유권취득조건부 선체용선계약에 있어서는 사실상 모든 의무를 선체용선자가 부담하고 통상 서류상 회사(SPC)에 불과한 선박소유자에게는 별다른 의무가 주어지지 아니한다. 선박의 인도도 선체용선자 자신이 그 의무를 부담하고, 설령 계약상 인도의무가 규정되어 있다고 하더라도 이는 선체용선자의 선행의무 이행완료를 조건으로 한 형식상 절차에 불과하다(신장현, 전게논문, 제77쪽).

Collection @ kmou

볼 때, 선체용선계약에 있어서 선박소유자도 감항능력 주의의무를 부담한다고 판단된다.

첫째, 감항능력 있는 선박의 인도는 선체용선계약 목적달성을 위한 기본적인 전제가 된다. 또한 민법 임대차 부분에는 임대인에게 임차인의 사용, 수익에 필요한 상태를 유지할 의무를 부과하는데[224], 선체용선자의 선박 사용, 수익에 필요한 상태에는 감항능력의 구비 및 선체, 기관, 장비 모든 면에서 준비가 마쳐질 것을 포함하는 것으로 해석하는 것이 적절하다.

둘째, 선박소유자에게 감항능력 주의의무를 부과할 것인지 여부는 선체용선계약 당사자의 의사에 따르고, 이는 계약의 목적, 계약 당사자의 효과의사를 종합적으로 고려하여 객관적으로 결정해야 할 것인데, 선박소유자와 선체용선자는 감항능력 있는 선박을 용선할 의도를 가지고 있다고 보아야 한다[225].

셋째, 선박소유자와 선체용선자 사이에 BARECON 양식에 따른 운용형 선체용선계약[226]을 체결함으로써 적어도 선박소유자가 계약에 따라 감항능력 주의의무를 부담하기로 약정[227]한 것으로 볼 수 있다[228].

---

224) 제623조(임대인의 의무)
임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다.

225) 정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제254쪽

226) 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우 선체용선자의 모든 위험은 선박소유자가 조선소 또는 선박매도자로부터 선박을 인도받을 때부터 시작되고, 감항능력 확보의무도 선체용선자가 부담하며 선박의 숨은 하자에 대한 책임도 선박소유자에게 물을 수 없다. 다만, 선박소유자의 명의나 대리인 자격으로 선박건조자나 선박매도인에게 책임을 물을 수 있을 뿐이다(신장현, 전게논문, 제81쪽).

227) 통상의 임대차관계에서 임대인의 임차인에 대한 의무는 특별한 사정이 없는 한 단순히 임차인에게 임대목적물을 제공하여 임차인으로 하여금 이를 사용·수익하게 하는 것으로 충분하다. 그러나 별도의 약정이 있는 경우에는 임대인은 약정의 내용에 따라 임차인이 임대차목적물을 사용·수익에 필요한 상태를 유지하도록 하여야 하고 이를 침해할 우려가 있는 행위를 하지 않도록 할 의무를 부담할 수 있다. 위와 같은 약정은 다른 계약과 마찬가지로 반드시 계약서의 한 조항 등을 통하여 명시적으로 할 필요는 없고, 임대차계약의 목적, 목적물 이용의 구체적 내용, 임대차계약관계의 존속기간, 임대차계약 체결 이후의 이용상황, 당사자 사이의 인적 관계, 목적물의 구조 등에 비추어 묵시적으로 인정될 수도 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다64307 판결, 대법원 2017. 4. 7. 선고 2016다251727 판결 등 참조).

228) 용선계약상 독립적인 감항능력 유지의무 조항이 포함되어 있다면 감항능력 주의의무를 위하여 용선자가 특별하게 선박소유자에게 요구하는 서비스의 범위를 정한 것으로 해석할 것이다(지상규, 전게논문, 제24쪽).

Collection @ kmou

② 선박소유자의 감항능력 주의의무의 내용

상법에서 정한 운송인의 감항능력 주의의무 내용은 다음과 같다.

제794조(감항능력 주의의무)

운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 발항 당시 다음의 사항에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

1. 선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것
2. 필요한 선원의 승선, 선박의장과 필요품의 보급
3. 선창·냉장실, 그 밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것

일반적인 감항능력 주의의무에 있어서 선박의 감항능력(seaworthiness)은 선박이 운송물의 수령 · 운송과 보존에 적합한 상태를 유지하면서 안전하게 목적항까지 항해할 수 있는 능력을 의미한다[229]. 이는 세부적으로 첫째, 선박이 안전하게 항해할 수 있을 것(항해능력), 둘째, 필요한 선원의 승선, 선박의장과 필요품의 보급이 될 것(운항능력), 셋째, 선창, 냉장실 기타 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령, 운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것(감하능력, cargoworthiness)을 의미한다[230][231][232].

그러나 선체용선계약에서 선박소유자는 선체만을 용선자에게 인도하면 되고 용선자가 선박의 의장, 선장 임명 및 승무원 승선을 담당하므로, 앞서 본 일반적인 감항능력의 내용 중 '항해능력'과 '감하능력'을 제외한 '운항능력' 부분은 특별한 사정이 없는 한 선박소유자가 부담할 필요가 없다. 따라서 선체용선계약에 있어서 선박소유자의 감항능력 주의의무에는 항해능력 및 감하능력 주의의무만 포함된다고 판단된다. 한편, 선체용선계약에 있어서 선박소유

229) 최종현, 전게서, 제240쪽

230) 「주석 상법(해상)」, 한국사법행정학회 2001, 제316쪽

231) 감하능력의 의미를 나타내는 용어로는 운송물 자체의 감항능력이란 의미와 혼동하기 쉬운 'Cargoworthiness'보다는 'fitness(적재능력)'라는 용어가 보다 적절하다는 지적이 있다[양석완, "송하인의 운송에 적합한 운송물 인도의무, 로테르담 규칙을 바탕으로", 상사법연구 제32권 제1호, 상사법연구 (2013), 제387쪽].

232) 과거에는 감항능력에 감하능력을 포함시키지 아니하고 그 대신 운송인에게 절대적인 감항능력 담보의무를 부담시켰으나 헤이그 규칙에서 상대적인 감항능력 주의의무로 변경하면서 감항능력 주의의무에 감하능력 주의무를 포함시켰다(최종현, 전게서, 제243면).

Collection @ kmou

자가 부담하는 감항능력 주의의무에는 선급증명서, 항행구역증명서 등과 같이 선박운항의 자격과 관련된 사항도 포함된다[233]. 선체와 기관 등에 관한 물리적 감항능력 주의의무 및 적정한 서류의 구비는 절대적 주의의무(absolute obligation)에 해당하고, 이를 위반한 경우 적정한 선박의 인도로 볼 수 없다[234].

(3) 숨은 하자의 문제

한국 상법 제851조[235], 제814조 제1항 단서[236]에 의하면, 선체용선계약에 관하여 발생한 채권은 선박 반환 후 2년 이내에 재판상 권리행사를 하여야 하지만, 당사자 합의로 그 기간을 연장할 수 있다. 따라서 한국법을 준거법으로 한 경우에도 BARECON 2001 Box 32에서 하자담보책임에 관한 권리행사기간을 2년 이상으로 정할 수 있다고 판단된다.

이처럼 숨은 하자의 경우 그 수리비 상당의 청구권 행사기간을 당사자 합의로 정할 수 있다는 점은 영미법을 준거법으로 한 경우와 차이가 없다.

(4) 위반의 효과

① 시기 및 장소의 위반

계약당사자는 법정해제권 뿐 아니라 약정해제권[237]을 행사할 수 있고(민법 제543조[238]), 당사자가 약정해제권의 행사방식이나 기간을 제한하고 있는 경우 그에 따라야 한다[239]. 따라서 용선자는 BARECON 2017 제5조에 규정된 약

---

233) 정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제254, 255쪽
234) 정영석, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 제254, 256쪽
235) 제851조(선체용선계약상의 채권의 소멸)
① 선체용선계약에 관하여 발생한 당사자 사이의 채권은 선박이 선박소유자에게 반환된 날부터 2년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 이 경우 제814조 제1항 단서를 준용한다.
236) 제814조(운송인의 채권·채무의 소멸)
① 운송인의 송하인 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 운송인이 수하인에게 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 1년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 다만, 이 기간은 **당사자의 합의에 의하여 연장**할 수 있다.
237) 당사자는 계약에 의하여 당사자의 일방 또는 쌍방이 계약을 해제할 수 있는 권리를 유보할 수 있는데, 이를 약정해제권이라 하고 이런 해제권을 약관에서 정하여 유보하는 경우 이를 해제약관이라 한다(김용덕, 전게서, 제262쪽).
238) 제543조(해지, 해제권)
① 계약 또는 법률의 규정에 의하여 당사자의 일방이나 쌍방이 해지 또는 해제의 권리가 있는 때에는 그 해지 또는 해제는 상대방에 대한 의사표시로 한다.
② 전항의 의사표시는 철회하지 못한다
239) 김용덕, 전게서, 제271쪽

Collection @ kmou

정해제권 행사방법에 따라 선박소유자가 선박을 인도하지 아니하는 경우 계약을 해제할 수 있다.

선체용선계약의 성질상 용선자도 선박을 인수할 항구 또는 장소를 지정하는 등 선박의 인도에 협력하여야 한다[240]. 그럼에도 용선자가 인도장소를 지정하지 아니하여 선박소유자가 선박 인도의무를 이행할 수 없는 경우, 그 이행을 최고하였음에도 용선자가 이를 불이행하면 선박소유자는 계약을 해제할 수 있을 것이다[241].

계약해제 의사표시는 철회할 수 없으나, 그 이후에도 당사자가 이의 없이 선체용선계약의 권리·의무를 이행한 경우에는 당사자 사이에 해제된 선체용선계약을 되살리는 약정이 있다고 볼 수도 있다[242]. 이런 한국법의 태도는 BARECON 2017 제5조에서 용선자에게 해제권의 행사 여부를 선택할 수 있도록 한 입장과도 일맥상통한다.

한편 BARECON 양식을 약관으로 볼 수 있다면[243], 약관의 규제에 관한

---

240) 계약해제를 위한 이행최고를 함에 있어서 그 최고되는 채무가 소유권이전등기를 하는 채무와 같이 그 채무의 성질상 채권자에게도 단순한 수령 이상의 행위를 하여야 이행이 완료되는 경우에는 채권자는 **이행의 완료를 위하여 필요한 행위를 할 수 있는 일시·장소 등을 채무자에게 알리는 최고를 하여야 할 필요성은 있다** 할 것이나, 위와 같은 채무의 이행은 채권자와 채무자의 협력에 의하여 이루어져야 하는 것이므로, 채권자가 위와 같은 내용을 알리는 최고를 하지 아니하고, 단지 언제까지 이행하여야 한다는 최고만 하였다고 하여 곧바로 그 이행최고를 계약해제를 위한 이행최고로서의 효력이 없다고 볼 수는 없는 것이고, 채권자가 위와 같은 최고를 한 경우에는 채무자로서도 채권자에게 문의를 하는 등의 방법으로 확정적인 이행일시 및 장소의 결정에 협력하여야 한다 할 것이며, 채무자가 이와 같이 하지 아니하고 만연히 최고기간을 도과한 때에는, 그에 이르기까지의 채권자와 채무자의 계약 이행을 위한 성의, 채권자가 채무자에게 구두로 연락을 취하여 이행 일시와 장소를 채무자에게 문의한 적이 있는지 등 기타 사정을 고려하여, 위의 최고도 유효하다고 보아야 할 경우가 있을 수 있다(대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다50497 판결 참조).

241) 민법 제544조(이행지체와 해제)
당사자 일방이 그 채무를 이행하지 아니하는 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고 그 기간내에 이행하지 아니한 때에는 계약을 해제할 수 있다. 그러나 채무자가 미리 이행하지 아니할 의사를 표시한 경우에는 최고를 요하지 아니한다.

242) 매매계약은 원고의 불이행으로 인하여 각 지정기한에 해제되었다고 보아야 할 것이지만, 그 후에도 피고는 수회에 걸쳐 별다른 이의 없이 원고의 분할변제를 수령하였으므로 특별한 사정이 없는 한 당사자 사이에 해제된 계약을 부활시키는 약정이 있었다고 해석함이 상당하다(대법원 1992. 10. 27. 선고 91다483 판결 등 참조).

243) 약관은 그 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 의하여 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것을 말

Collection @ kmou

법률(이하 ‘약관규제법’이라 한다) 제9조[244]에 의하여 BARECON 2017 제5조에 규정된 약정해제권(이행최고 없이 해제할 수 있도록 한 조항)의 효력 여부가 문제될 수 있다. 그러나 약관규제법 시행령 제3조 제1호[245]에 따라 BARECON 선체용선계약에 규정된 약정해제조항에는 약관규제법 제9조가 적용되지 않을 것으로 보인다[246].

② 감항능력 주의의무 위반

다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 선박소유자의 감항능력 주의의무 위반 정도에 따라 계약해제 또는 손해배상청구의 가능 여부가 달라질 수 있으므로, 영미법상 중간조항과 실질적으로 차이가 없다고 판단된다.

첫째, 선체용선계약상 선박소유자의 감항능력 주의의무를 민법 제623조에서 정한 임대인의 사용, 수익에 필요한 상태유지 의무와 유사한 의무로 볼 수 있다. 따라서 선박소유자는 감항능력 미구비 등 선박의 하자로 인하여 용선자에게 발생한 손해를 배상할 의무가 있다[247].

한다. 그런데 계약의 일방 당사자가 약관을 마련하여 두었다가 어느 한 상대방에게 이를 제시하여 계약을 체결하는 경우에도 그 상대방과 사이에 특정 조항에 관하여 개별적인 교섭(또는 흥정)을 거침으로써 상대방이 자신의 이익을 조정할 기회를 가졌다면, 그 특정 조항은 「약관의 규제에 관한 법률」의 규율대상이 아닌 개별약정이 된다고 보아야 한다(대법원 2014. 7. 10. 선고 2014다201155 판결 등 참조).

244) 제9조(계약의 해제·해지)
계약의 해제·해지에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.
2. 사업자에게 법률에서 규정하고 있지 아니하는 해제권 또는 해지권을 부여하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항
3. 법률에 따른 사업자의 해제권 또는 해지권의 행사 요건을 완화하여 고객에게 부당하게 불이익을 줄 우려가 있는 조항

245) 제3조(적용의 제한)
법 제15조에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업종의 약관에 대해서는 법 제7조부터 제14조까지의 규정을 적용하지 아니한다.
1. 국제적으로 통용되는 운송업

246) 약관규제법 제15조 및 동 시행령 제3조 제3호의 규정에 의하면 수출보험법에 의한 수출보험의 약관에 대하여는 약관규제법 제7조 내지 제14조의 규정을 적용하지 아니한다고 되어 있는바, 약관이 구체적으로 무효가 되는 경우들을 규정한 같은 법 제7조 내지 제14조의 규정이 적용되지 아니한다면 약관이 일반적으로 무효가 되는 경우를 포괄적으로 규정하고 있는 제6조의 규정 역시 적용이 없다고 보아야 한다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2000다52202 판결 등 참조).

247) 민법 제623조는 ‘임대인은 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무

Collection @ kmou

둘째, 매매계약의 하자담보책임 조항은 임대차에 준용되는데[248][249], 용선자가 선박의 하자를 알지 못한 경우에는 그 하자로 인하여 계약목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 계약을 해제할 수 있고, 그 외에는 손해배상만을 청구할 수 있을 뿐이다(민법 제580조, 제575조[250]). 이처럼 하자로 인한 계약목적 달성 여부에 따라 구제수단의 정도가 달라진다.

셋째, 채무불이행을 이유로 계약을 해제하기 위해서는, 부수적인 채무가 아니라 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결한 주된 채무의 불이행이 있어야 한다[251].

넷째, 이처럼 선체용선자는 선박소유자의 감항능력 주의의무 위반의 경우 선박소유자를 상대로 손해배상을 구할 수 있고, 선박의 감항능력 미구비 등으로 선체용선계약의 목적달성이 불가능할 경우 채무불이행 또는 하자담보책임에 따라 계약을 해제할 수 있다[252].

를 부담한다.'고 정하고 있다. 따라서 건물을 타인에게 임대한 소유자가 건물을 적합하게 유지·관리할 의무를 위반하여 임대목적물에 필요한 안전성을 갖추지 못한 설치·보존상의 하자가 생기고 그 하자로 인하여 임차인에게 손해를 입힌 경우, 건물의 소유자 겸 임대인은 임차인에게 공작물책임과 수선의무 위반에 따른 채무불이행 책임을 진다(대법원 2017. 8. 29. 선고 2017다227103 판결 등 참조).

248) 민법 제567조(유상계약에의 준용)
본절의 규정은 매매 이외의 유상계약에 준용한다. 그러나 그 계약의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

249) 건물 일부의 임대차계약을 체결함에 있어 임차인이 건물면적의 일정한 수량이 있는 것으로 믿고 계약을 체결하였고, 임대인도 그 일정수량이 있는 것으로 명시적 또는 묵시적으로 표시하였으며, 나아가 임대차보증금과 월임료 등도 그 수량을 기초로 하여 정하여진 경우에는 그 임대차는 수량을 지정한 임대차라고 봄이 타당하다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38342 판결 참조).

250) 제575조(제한물권 있는 경우와 매도인의 담보책임)
① 매매의 목적물이 지상권, 지역권, 전세권, 질권 또는 유치권의 목적이 된 경우에 매수인이 이를 알지 못한 때에는 이로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 기타의 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.
제580조(매도인의 하자담보책임)
① 매매의 목적물에 하자가 있는 때에는 제575조 제1항의 규정을 준용한다. 그러나 매수인이 하자있는 것을 알았거나 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

251) 채무불이행을 이유로 계약을 해제하려면, 당해 채무가 계약의 목적 달성에 있어 필요불가결하고 이를 이행하지 아니하면 계약의 목적이 달성되지 아니하여 채권자가 그 계약을 체결하지 아니하였을 것이라고 여겨질 정도의 주된 채무이어야 하고 그렇지 아니한 부수적 채무를 불이행한 데에 지나지 아니한 경우에는 계약을 해제할 수 없다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결 등 참조).

Collection @ kmou

(5) BARECON 2017 제3조 (c)항의 효력 여부

① 선체용선계약의 내용에 따른 선박의 인도가 정상적으로 이루어지지 않아 용선자에게 손해가 발생하였다면, 선박소유자에게는 하자담보책임과 채무불이행으로 인한 손해배상책임이 경합적으로 인정된다[253]. 한편 BARECON 2017 제3조 (c)항은, 선박의 인도가 정상적으로 이루어지면 이는 선박의 사용·수익에 필요한 상태를 갖춘 상태로 인도가 이루어진 것으로 보고, 그 이후에는 용선자는 선박소유자를 상대로 법적조치를 취할 수 없다는 취지로 규정하고 있다. 이는 제소금지 또는 선박소유자의 책임면제약정으로 볼 수 있으므로 한국법에 따를 때 그 효력이 인정되는지 여부가 문제된다.

② 하자담보책임 면제조항으로 볼 경우

임대차계약에도 매도인의 담보책임 조항이 준용되는데(민법 제567조), 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실에 관하여는 비록 담보책임 면제특약을 하더라도 매도인은 책임을 면하지 못한다(민법 제584조[254])[255][256]. 한편, 용선자가 선박에 하자가 존재한다는 사실을 알고 있는 경우에는 담보책임이 성립하지 않으므로(민법 제580조 제1항), 용선자가 선박의 하자를 알지 못하는 상황에서 선박소유자가 선박의 하자를 알면서 용선자에게 고지하지 아니하면 비록

252) 민법 제546조(이행불능과 해제)
채무자의 책임있는 사유로 이행이 불능하게 된 때에는 채권자는 계약을 해제할 수 있다.

253) 물품공급계약에서 매도인이 당초 약정한 채무의 내용에 따른 물품을 공급하지 아니함으로써 매수자로 하여금 어떠한 손해를 입게 하였다면, 매도인은 민법 제390조에 따라 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 이는 하자 있는 물건의 매매로 인한 민법 제580조의 하자담보책임과 경합적으로 인정된다(대법원 2016. 5. 24. 선고 2015다215717 판결 등 참조).

254) 제584조(담보책임면제의 특약)
매도인은 전15조에 의한 담보책임을 면하는 특약을 한 경우에도 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실 및 제삼자에게 권리를 설정 또는 양도한 행위에 대하여는 책임을 면하지 못한다.

255) 담보책임에 관한 당사자의 특약은 원칙적으로 유효함을 당연한 전제로 하고 다만 일정한 경우에만 면제특약의 효력을 부정한다[남효순, 「민법주해(XIV) 채권(7)」박영사 (2001), 제568쪽]. 민법 제584조는, 권리의 전부 또는 일부의 하자에 대한 매도인의 담보책임을 전적으로 배제하는 내용의 특약이 당연히 유효한 것을 전제로 하고 있는 것이다(대법원 1990. 10. 30. 선고 90다카9282 판결 참조).

256) 매도인이 담보책임발생의 요건사실을 알면서도 매수인과 담보책임을 면제하기로 하는 특약을 한다는 것은 신의칙에 반하는 것으로서 일종의 '사기행위'라고 할 수 있기 때문이다. 그러므로 '담보책임 면책의 특약을 할 당시에 매수인도 그러한 사실을 알고 있는 경우에는 면책특약은 유효하다'고 해석하여야 할 것이다.

Collection @ kmou

BARECON 2017 제3조 (c)항에도 불구하고 선박소유자는 하자담보책임을 지게 된다.

한편, 상법 제69조[257]가 선체용선계약에 적용될 수 있는지 문제되나, 이는 매매에 관한 조항으로 임대차의 성질을 갖는 운용형 선체용선계약에 적용되기는 어려워 보이고, 판례[258]도 부정적으로 보고 있다.

또한 BARECON 양식을 약관으로 볼 경우 하자담보책임의 면책특약은 약관규제법 제7조[259]에 의해서도 제한을 받을 여지가 있으나, 앞서 본 것과 같이 약관규제법 시행령 제3조 제1호에 따라 BARECON에 규정된 면책약관에는 약관규제법 제7조가 적용되지는 않을 것으로 보인다.

③ 채무불이행에 기한 손해배상책임 면제조항으로 볼 경우

한편 BARECON 2017 제3조 (c)항은 채무불이행에 기한 손해배상책임의 면제약정으로도 볼 수 있는데, 비록 선박소유자가 선박을 수선할 의무가 있다고 하더라도 이를 면제하거나 선체용선자의 부담으로 하는 내용의 특약을 체결할 수 있으므로[260], 이러한 면책약정의 효력은 인정될 것이다.

---

257) 제69조(매수인의 목적물의 검사와 하자통지의무)
① 상인간의 매매에 있어서 매수인이 목적물을 수령한 때에는 지체없이 이를 검사하여야 하며 하자 또는 수량의 부족을 발견한 경우에는 즉시 매도인에게 그 통지를 발송하지 아니하면 이로 인한 계약해제, 대금감액 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 매매의 목적물에 즉시 발견할 수 없는 하자가 있는 경우에 매수인이 6월내에 이를 발견한 때에도 같다.
② 전항의 규정은 매도인이 악의인 경우에는 적용하지 아니한다.

258) 상사매매에 관한 상법 제69조는 민법의 매매에 관한 규정이 민법 제567조에 의하여 매매 이외의 유상계약에 준용되는 것과 달리 상법에 아무런 규정이 없는 이상 이 사건에 있어서와 같은 건물의 임대차계약에 준용된다고 할 수 없다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38342 판결 참조).

259) 제7조(면책조항의 금지)
계약 당사자의 책임에 관하여 정하고 있는 약관의 내용 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 정하고 있는 조항은 무효로 한다.
3. 상당한 이유 없이 사업자의 담보책임을 배제 또는 제한하거나 그 담보책임에 따르는 고객의 권리행사의 요건을 가중하는 조항
4. 상당한 이유 없이 계약목적물에 관하여 견본이 제시되거나 품질·성능 등에 관한 표시가 있는 경우 그 보장된 내용에 대한 책임을 배제 또는 제한하는 조항

260) 임대차계약에 있어서 임대인은 목적물을 계약 존속 중 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하는 것이므로, 목적물에 파손 또는 장해가 생긴 경우 그것이 임차인이 별 비용을 들이지 아니하고도 손쉽게 고칠 수 있을 정도의 사소한 것이어서 임차인의 사용·수익을 방해할 정도의 것이 아니라면 임대인은 수선의무를 부담하지 않지만, 그것을 수선하지 아니하면 임차인이 계약에 의하여 정해진 목적에 따라 사용·수익할 수 없는 상태

Collection @ kmou

Ⅲ. 매도(Sale)의 제한

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제22조
(b) 선박소유자는 용선자의 사전 서면동의를 받지 아니하고는 선박을 매도할 수 없다. 용선자는 비합리적으로 동의를 거부할 수 없고, 매수자가 승인한 용선계약에 따라야 한다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 사전 서면동의

명시적인 규정이 없는 이상, 선박소유자의 서면동의의 요청은 비합리적으로 거부되어서는 아니 된다. 이때 합리성은 당해 사건의 사실관계와 제반사정을 종합적으로 고려해서 판단해야 하고, 비합리적으로 동의하지 않았다고 주장하는 측이 합리적인 사람이라면 이처럼 동의를 거부하지 않을 것이라는 것을 입증해야 한다[261]. 사후에 서면동의를 받더라도 이는 BARECON 2001 제22조에서 요구하는 사전동의에 해당한다고 볼 수 없고, 다만 권리의 포기(waiver)의 효력이 있을 뿐이다[262].

(2) 사전 서면동의 없는 매도의 효력

선박소유자가 선체용선계약의 내용을 무시하고 선박을 매도한 경우, 이는 용선자로 하여금 용선기간 동안 선박을 평온하게 점유·사용하게 하여야 할 의무를 명시적으로 위반한 것으로서 선박소유자는 손해배상책임을 지게 된다. 또한 선박소유자가 사전 서면동의 없이 선박을 매도한 경우, 용선자는 신소유자가 용선계약에 명시된 내용과 달리 선박을 사용하려는 경우 그 권리행사를 막을 수 있다[263].

로 될 정도의 것이라면 임대인은 그 수선의무를 부담하며, 이와 같은 **임대인의 수선의무는 특약에 의하여 이를 면제하거나 임차인의 부담으로 돌릴 수 있다**(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다34692, 34708 판결, 대법원 2004. 6. 10. 선고 2004다2151, 2168 판결 참조).

261) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 119p
262) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 120p
263) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 122p

Collection @ kmou

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

영미법을 준거법으로 한 경우와 큰 차이는 없고, 사전 서면동의 사실은 이를 주장하는 측에서 입증하여야 한다[264]. 선박소유자가 용선자의 사전 서면동의 없이 선박을 매도하여 용선자에게 손해가 발생한 경우 용선자는 손해배상을 청구할 수 있을 뿐 아니라 이로 인하여 선체용선계약의 목적을 달성하지 못하게 된 경우 계약해지도 할 수 있을 것이다. 한편, 선박의 매도로 선박소유자가 바뀐 경우 한국 선원법 제36조[265]에 따라 선원근로계약의 체결이 간주될 수 있다.

Ⅳ. 소결론

선박인도의 시기, 장소, 감항능력 주의의무, 숨은 하자와 관련하여서는 준거법으로 한국법을 지정하든 영미법을 지정하든 그 법률효과에 큰 차이가 있다고 보기는 어렵다. 그러나 한국법을 준거법으로 할 경우 BARECON 2017 제3조 (c)항을 선박소유자의 하자담보책임 면제조항으로 보면, 용선자가 선박의 하자를 알지 못하는 상황에서 선박소유자가 선박의 하자를 알면서 용선자에게 고지하지 아니하면 민법 제584조에 따라 선박소유자는 하자담보책임면제의 효력을 주장할 수 없으므로, 선체용선자의 권리를 보다 잘 보장할 수 있는 효과가 있다.

제2절 선체용선자의 권리와 의무

Ⅰ. 선체용선자의 기타 권리·의무

선체용선자의 선박에 대한 사용·수익권[266], 인도청구권, 선박인도 시 선박검사

---

264) 민일영, 전게서, 제115쪽

265) 제36조(선원근로계약 종료의 특례)
상속 등 포괄승계에 의한 경우를 제외하고 선박소유자가 변경된 경우에는 옛 선박소유자와 체결한 선원근로계약은 종료하며, 그때부터 새로운 선박소유자와 선원 간에 **종전의 선원근로계약과 같은 조건의 새로운 선원근로계약이 체결된 것으로 본다**. 다만, 새로운 선박소유자나 선원은 72시간 이상의 예고기간을 두고 서면으로 알림으로써 선원근로계약을 해지할 수 있다.

266) 선체용선계약에서 용선자는, 선박 자체의 이용이 계약의 목적이 되어 선주로부터 인도받은 선박에 자기의 선장 및 선원을 탑승시켜 마치 그 선박을 자기 소유의 선박과 마찬가지로 이용할 수 있는 지배관리권을 가진 채 운항한다(부산고등법원 2009. 11. 18. 선고 2009

Collection @ kmou

권[267], 선장 등의 선임·감독권, 선박을 유지·관리할 의무[268]에 관하여는 준거법을 영미법으로 하든 한국법으로 하든 그 권리·의무관계에 별다른 차이가 없다.

Ⅱ. 용선료(hire) 지급의무

1. BARECON의 규정

BARECON 2017 제15조
(a) 용선자는 선체용선계약에 정한 내용에 따라 선박소유자에게 용선료를 적시에 지급하여야 한다[269].
(b) 용선자는 Box 17(i)에 명시된 용선료를 총액(lump sum)으로 적어도 30 연속일 전에 선불로 선박소유자에게 지급하여야 하고, 최초 용선료는 선박이 용선자에게 인도될 때 지급되어야 한다. 용선료는 용선기간 동안 계속적으로 지급되어야 한다.
(c) 용선료는 Box 25에 정한 선박소유자의 은행계좌로 지급되어야 한다.
(d) 선체용선계약에 기한 용선료 및 다른 모든 금전지급은 현재나 장래의 수입, 운임, 세금, 의무, 수수료 등에 대한 상계, 감액, 공제 없이 이루어져야 한다. 만약 용선자가 어떤 국가나 기관으로부터 금전지급에 대한 공제나 감액을 요구받는 경우, 용선자는 공제나 감액을 하더라도, 이런 공제나 감액이 없었을 경우 선박소유자가 지급받았을 액수가 선박소유자에게 지급될 수 있을 정도의 금액까지 금전지급액을 증액하여 지급하여야 한다.
(e) 용선자가 용선료 지급을 연체한 경우, 선박소유자는 용선자에게 3 은행거래일 내에 미지급 용선료를 지급할 것을 서면으로 통지하여야 하고, 그 기간 내에 용선료가 지급된 경우 적기에 지급한 것이 된다. 용선자가 선박소유자로부터 서면통지를 받고도 3 은행일 이내에 미지급 용선료를 지급하지 아니한 경우, 선박소유자는 용선자에 대하여 용선료가 미지급 상태인 이상 언제든지[270] 선체용선계약을 해지할 수 있고[271], 이는 선박소유자의 다른 권리에 영향을 미치지 아니한다.

나11020 판결).

267) BARECON 2017 제3조 (a)항은 용선자가 선박을 검사한 경우 선박소유자는 정당한 마모(fair wear and tear)를 제외하고는 선박을 검사 당시와 동일한 조건으로 인도하여야 한다고 명시함으로써, 검사 이후 인도 이전에 발생한 선박손상에 관한 책임은 선박소유자가 부담한다는 것을 명확히 하였다.

268) 임대차에서 수선의무는 임대인이 부담하지만(민법 제623조), 선체용선계약에서는 임차인에 해당하는 선체용선자가 수선의무를 부담하고 그 비용도 부담한다고 규정한다(BARECON 2001 제13조, 2017 제18조). 당사자의 약정은 민법의 임의규정에 우선하므로 선체용선자는 일반 임대차와 달리 수선의무를 부담한다(김인현, 전게서, 제50쪽).

Collection @ kmou

(f) 선박소유자가 용선자의 용선료 미지급에 따라 이 선체용선계약에 기하여 행사할 수 있는 권리를 행사하지 아니하더라도, 이는 선체용선계약에 대한 해지권을 포기한 것으로 해석되지 아니한다.
(g) 용선료 지급연체가 있는 경우, 선박소유자는 Box 19에서 합의된 이자를 받을 수 있다. 만약 Box 19를 기재하지 않은 경우 용선료 지급일 기준의 Box 17에 기재된 통화의 1개월 LIBOR 금리에 3%를 가산한 이자율이 적용된다.
(h) 15조 (g)항에 규정된 이자의 지급은 선박소유자가 금액을 특정한 송장(invoice)의 일자로부터 7 연속일 이내에 이루어져야 하고, 송장이 없는 경우 다음 용선료 지급일에 지급되어야 한다.
(i) 최종 용선료는, 그 기간이 30 연속일 미만일 경우 선박의 반환까지 남은 일수 및 시간에 따라 비율적으로 계산되어야 하고, 그에 따라 선지급이 이루어진다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 지급시기, 방법 및 상계 여부

① 선체용선계약의 용선료는 선불로 지급되어야 한다. 또한 정기용선의 경우와 같이 총액방식(lump sum basis)으로 정해지고, 용선자가 선박을 점유하고 운행을 책임지므로 당사자가 명시적으로 달리 정하지 않는 이상 정기용선의 경우와 같은 용선료 지급정지 제도(OFF-HIRE[272])가 없다[273][274].

한편, BARECON 2017 제15조 (c)항은 BARECON 2001 제11조 (c)항에서

269) BARECON 2011 제11조 (a)항의 용선료 지급의 정시성이 계약의 본질적 요소라는 조항(in respect of which time shall be of the essence)을 삭제하였다.
270) 영국법상 유예기간이 경과하면 즉시 해지권을 행사하여야 하고 그러지 않는 경우 해지권이 소멸하는 문제를 해소하기 위하여, BARECON 2011 제11조와 달리 '용선료가 지급되지 아니하는 한 유예기간 경과 후에도 언제든지' 해지권을 행사할 수 있다고 규정하였다.
271) BARECON 2011 제11조의 용선료 지급조항을 조건으로 보아 용선자가 용선료 지급을 연체하면 즉시 선박소유자에게 계약해지권이 발생한다는 취지의 규정을, 용선료 지급연체 시 유예기간을 부여하고 그 기간 내에 미지급 용선료가 완납되지 아니하면 비로소 선박소유자에게 선체용선계약에 대한 해지권이 발생하는 것으로 변경하였다.
272) Off-Hire는 '용선의 일시정지', '용선료 지불중지', '용선료의 일시지불중단' 등으로도 번역되며, 실무에서는 일반적으로 '오프하이어'로 표현하기도 한다[이창희, "정기용선계약에 관한 입법론적 고찰", 한국해법학회지 제26권 제1호, 한국해법학회 (2004. 4.), 제314쪽].
273) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 50p
274) BARECON 2001 제11조 (b)항은 용선료가 용선기간 동안 계속적으로 지급되어야 한다고 명시함으로써 용선료 지급정지 제도가 없음을 명확히 하였다(Richard A. Barnes, ibid , 532p).

Collection @ kmou

용선료는 현금(in cash)[275]으로 지급되어야 한다고 규정한 것과 달리 단순히 소유자의 은행계좌로 용선료가 지급되어야 한다고만 규정하였다. 그러나 실무상 은행은 현금, 계좌이체 등 무조건적으로 통용되는 지급수단으로 용선료를 지급받을 것이므로 그 내용은 종전과 거의 동일할 것으로 보인다.

② BARECON 2017 제15조 (d)항은 BARECON 2001[276]과 달리 명시적으로 상계를 금지하는 조항을 두었으므로, 용선료에 대한 상계는 불가능하다.

(2) 용선료 미지급의 효과

① 계약해지 및 손해배상청구권

BARECON 2017 제15조 (e)항에 따라 3일의 유예기간 경과 이후에 비로소 선박소유자는 선체용선계약에 대한 해지권을 갖게 된다[277]. 또한 계약종료 이전에 발생한 손해 뿐 아니라 그로 인한 거래상 손해(loss of bargain)에 대하여도 배상청구를 할 수 있다[278].

② 선박의 점유회복

BARECON 2001 제28조 (a)항에서는 용선자가 용선료를 미지급하거나 지연하여 지급하는 경우 선박소유자의 용선자에 대한 서면통지 즉시 선체용선계약의 해지효력이 발생하고 선박을 회수(Withdrawal)할 수 있다고 규정하였다[279]. 그러나 BARECON 2017 개정으로 선박의 회수에 관한 규정은 삭제되었

---

275) 반드시 은행권(banknotes)일 필요는 없고 은행 사이에서 현금과 마찬가지로 통용되는 지급지시서(payment orders), 계좌이체(telegraphic transfers), 자기앞수표(bankers' drafts)와 같이 용선료로 무조건적이고 즉시 사용될 수 있는 지불수단을 포함한다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 52, 53p).

276) 당사자에게 상계권이 있는 경우 그 행사를 배제하기 위해서는 명시적 조항이 필요한데, BARECON 2001 제11조에는 용선자가 상계권을 행사할 수 없도록 하는 내용이 없고, '할인 없이(without discount)'라는 문구는 용선자의 상계권 행사에 어떠한 영향도 미치지 아니하는 것으로 해석하였다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 53p).

277) BARECON 2011에 따를 경우, 용선료 미지급으로 인한 책임발생에는 용선자의 고의, 과실이 요구되지 아니하고, 용선자가 적시에 용선료의 전부 또는 일부를 지급하지 아니하면 선박소유자가 채무불이행에 기한 해지권 및 손해배상청구권을 포기하지 아니하는 한, 용선자로서는 그 이후에 용선료를 지급하더라도 채무불이행책임을 면할 수 없었다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 56p).

278) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 163p

279) 다만 (i)호에 따라, 용선자가 용선자나 거래 은행의 누락(oversight), 과실(negligence), 실수 또는 부작위(errors or omissions)로 용선료를 적시에 지급하지 아니한 경우 선박소유자는 Box 34의 유예기간(grace period)을 통지하고 그 기간 내에 용선료가 납부되지 아

Collection @ kmou

고, 이는 선체용선계약의 해지 및 점유회복(repossession)으로 해결하게 되었다[280].

③ 선박소유자의 권리포기 및 금반언

선박소유자는 용선자의 선체용선계약 위반으로 발생한 계약해지 및 손해배상청구권을 말이나 행동으로(words or conduct) 포기(waive)할 수 있다[281]. 용선료 미지급이 있었음에도 선박소유자가 선체용선계약을 계속 유지하도록 허용한 경우, 선박회수권을 포기한 것으로 볼 여지가 있다.

이에 관하여 BARECON 2017 제15조 (f)항은 비록 선박소유자가 용선료 미지급에 따라 발생한 권리를 행사하지 아니하더라도, 이를 선체용선계약에 대한 해지권의 포기로 보지 않는다고 명시하였다[282]. 한편, 선박소유자가 용선자에게 유예기간 내에 미지급 용선료를 지급하면 선박을 회수하지 않겠다는 의사를 밝힌 경우, 이에 따라 용선자가 미지급 용선료를 지급하였음에도 선박소유자가 유예기간 경과 전에 선박을 회수하는 것은 금반언(estoppel)에 해당한다.

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 지급시기, 방법 및 상계 여부

민법상 동산임대차의 차임 지급시기는 매월말로 규정되어 있으나[283], 이는 임의규정이므로 당사자 약정에 따라 선체용선계약에서의 용선료 지급시기를

니하면 선박을 회수할 수 있었다.

280) 이는 용선료 미지급에 기한 선박소유자의 선박회수권을 규정함으로써 용선료 지급이 조건으로 해석될 수 있는 여지를 배제하기 위한 목적도 있는 것으로 보인다. 이러한 개정은, '용선료 지급의 정시성을 선체용선계약의 본질적 내용'으로 규정한 BARECON 2001의 용선료 조항과 달리 BARECON 2017에서는 위 문구를 삭제함으로써 용선료 미지급이 조건이 아니라 중간조항으로 해석될 여지를 갖게 한 것과 같은 취지로 보인다.

281) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 59p

282) 이는, "용선자가 지속적으로 용선료 지급을 지연하여 유예기간의 혜택을 보는 경우, 이를 용선자가 선체용선계약의 구속력에서 벗어나려고 하는 의도로 볼 수 있는 정도에 이르지 않는 이상 선박소유자로서는 BARECON 2001 제11조 (f)항의 이자를 지급받는 이외에 다른 구제수단을 찾기 어렵다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 56p)"는 실무상 문제를 해결하기 위한 것으로 보인다.

283) 제633조(차임지급의 시기)
차임은 동산, 건물이나 대지에 대하여는 매월 말에, 기타 토지에 대하여는 매년 말에 지급하여야 한다. 그러나 수확기 있는 것에 대하여는 그 수확 후 지체 없이 지급하여야 한다.

Collection @ kmou

정할 수 있다. 또한, 당사자가 다른 의사를 표시한 경우 상계를 할 수 없는데(민법 제492조 제2항), BARECON 2017에서 용선료에 대한 상계금지 조항이 마련된 이상 한국법을 준거법으로 하더라도 상계는 불가능하다.

(2) 용선료 증감청구권의 인정 여부 및 범위

① 한국 민법의 강행규정

BARECON 양식에는 용선료의 증액 및 감액청구권에 대해서는 명시적인 규정이 없는데, 민법 제627조 제1항[284], 제628조[285]는 강행규정(민법 제652조)으로 용선자에 불리한 조항은 효력이 없다.

② 민법 제627, 628조의 선체용선계약에의 준용 범위에 관한 판단

임차선박의 성능이 나빠졌거나 또는 선박임차인의 고의나 과실이 없음에도 임차선박의 일부를 사용·수익할 수 없을 경우에는 당연히 차임감액을 청구할 수 있고, 경제사정의 악화 등으로 약정 용선료의 지급이 현저하게 해운시장에서 부적절한 경우에는 사정변경의 원칙을 적용하여 선박소유자는 차임의 증액을 청구할 수 있다는 견해[286]가 있다.

그러나 다음 사정에 비추어 보면, 선체용선계약의 종류를 불문하고 일률적으로 민법 제627, 628조 규정을 준용하여 용선료 증감청구권을 인정할 수는 없고, 운용형 선체용선계약에 한하여 준용할 수 있을 것이며 실제로 민법 제627조 제1항에 따른 용선료 감액청구권을 행사할 수 있는 경우는 많지 않을 것으로 판단된다.

첫째, 금융형 선체용선계약 특히, 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우 그 법적성질은 임대차가 아니라 매매계약이므로 민법의 임대차 규정이 준용될 수는 없다. 또한, 매달 지급할 액수로 산정된 용선료는 실제로는 매매대금(원금과 이자 합계액)의 분할지급이므로, 민법 제627, 628조에 따라 용선료의 증감청

284) 제627조(일부멸실 등과 감액청구, 해지권)
① 임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 사용, 수익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 의한 차임의 감액을 청구할 수 있다.

285) 제628조(차임증감청구권)
임대물에 대한 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대한 차임의 증감을 청구할 수 있다.

286) 박용섭, 전게 논문, 제119쪽

Collection @ kmou

구를 하는 것이 적절해 보이지도 않는다.

둘째, 운용형 선체용선계약도 일반 임대차계약과 달리 용선자가 선박에 대한 점유권 및 지배권을 갖고 스스로 선장 및 선원을 고용하여 선박을 운항하므로, 선박의 멸실 등 사용·수익이 불가능하게 된 것이 용선자의 귀책사유 또는 책임영역에서 발생할 경우가 많을 것이다. 한편, 용선자의 귀책사유 등으로 선박을 사용·수익할 수 없게 된 때에는 감액을 청구할 수 없으므로[287][288], 민법 제627조 제1항에 따라 용선료의 감액을 청구할 수 있는 경우는 상당히 제한될 것이다.

셋째, 용선자의 귀책사유 없이 선박의 사용·수익이 불가능한 경우 중에는 선박소유자의 감항능력 주의의무 위반 및 숨은 하자의 경우가 많을 것인데, BARECON 양식은 이미 감항능력 미구비 및 숨은 하자에 관하여는 별도의 규정을 두고 있다. 따라서 용선자로서는 이런 하자가 수리되었음에도 불구하고 선박의 사용·수익이 제한될 경우에 한하여 제627조 제1항에 따라 그 제한비율에 따라 용선료 감액을 청구할 수 있을 것이다.

넷째, 용선자는 선체용선계약에 따라 선박을 인도받기 이전에 용선개시검사를 할 뿐 아니라 이러한 과정을 거쳐 인도받은 이후에는 사용·수익에 필요한 상태로 선박의 인도가 이루어진 것으로 본다. 따라서 특별한 사정이 없는 이상 그 이후에 선박소유자의 귀책사유 없이 발생한 사유를 들어 선박의 사용·수익이 제한된다는 이유로 당사자 사이에 합의된 용선료의 감액을 청구하는 것은 BARECON 2017 제3조 (c)항에서 정한 책임면제약정에 저촉될 가능성도 배제하기 어렵다. 만약 용선자의 과실 없이 선박의 일부를 사용·수익할 수 없게 된 경우에 관한 강행규정인 민법 제627조 제1항에 따른 용선자의 감액청구권이 BARECON 2017 제3조 (c)항에 따라 제한된다면, 이는 용선자에게 불리한 조항으로 그 효력을 인정할 수 없을 것이다.

다섯째, 운용형 선체용선계약의 경우, 경기불황으로 등 경제사정이 현저히

---

287) 민일영, 전게서, 제104쪽

288) 선박은 선박소유자의 관리·감독으로부터 분리되어 전적으로 선체용선자의 점유·지배하에 관리되는 있는 점 등으로 미루어 보아 멸실 기타 사유로 인하여 사용이 제한된다고 하여 감액을 청구하면 선박소유자는 불측의 손해를 입을 수 있다(신장현, 전게논문, 제35쪽).

Collection @ kmou

악화되어 선체용선계약에서 정한 용선료를 그대로 지급할 경우 도산에 이를 수 밖에 없는 예외적인 경우라면, 민법 제628조에 따라 선체용선자에게 용선료에 대한 감액청구권을 인정함으로써 경영위기를 극복할 수 있도록 하는 것이 오히려 선체용선계약 당사자들의 의사에 부합할 수 있을 것이다. 또한 선박소유자로서도 특별히 달리 규정하지 않은 이상 경제사정의 변동을 이유로 용선료 증액을 청구할 수 있으므로 일방 당사자에게 불이익하다고 볼 수도 없다.

(3) 용선료 미지급의 효과

① 계약해지 및 손해배상청구권

민법상 동산 임대차계약의 경우 부동산의 경우와 달리 차임연체액이 2기의 차임액에 달하여야 한다[289]는 제한이 없으므로 일반원칙에 따라 임차인이 차임을 1회라도 연체하면 임대인은 상당기간을 정하여 최고한 후 곧바로 계약을 해지할 수 있다[290]. 또한 계약의 해지는 손해배상청구에 영향을 미치지 아니한다[291].

② 선박의 점유회복

임대차계약의 해지로 임대차가 종료되면 임차인은 임차물을 반환하여야 하고, 임차인의 원상회복의무에는 임차목적물을 그 용도에 맞게 다시 사용할 수 있도록 협력할 의무도 포함한다[292][293].

---

289) 제640조(차임연체와 해지)
건물 기타 공작물의 임대차에는 임차인의 차임연체액이 2기의 차임액에 달하는 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.
제641조(동전)
건물 기타 공작물의 소유 또는 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 경우에도 전조의 규정을 준용한다.

290) 민일영, 전게서, 제144쪽

291) 제551조(해지, 해제와 손해배상)
계약의 해지 또는 해제는 손해배상의 청구에 영향을 미치지 아니한다.

292) 제548조(해제의 효과, 원상회복의무)
① 당사자 일방이 계약을 해제한 때에는 각 당사자는 그 상대방에 대하여 원상회복의 의무가 있다. 그러나 제삼자의 권리를 해하지 못한다.
제615조(차주의 원상회복의무와 철거권)
차주가 차용물을 반환하는 때에는 이를 원상에 회복하여야 한다. 이에 부속시킨 물건은 철거할 수 있다.

293) 임대차종료로 인한 임차인의 원상회복의무에는 임차인이 사용하고 있던 부동산의 점유를 임대인에게 이전하는 것은 물론 임대인이 임대 당시의 부동산 용도에 맞게 다시 사용할

Collection @ kmou

③ 선박소유자의 권리포기 및 금반언

선박소유자의 용선자에 대한 손해배상청구권 등의 면제는 채권자가 채무자에 대한 일방적 의사표시로 채권을 무상으로 소멸시키는 것으로(민법 제506조), 채권의 포기에 해당한다[294]. 면제의 의사표시는 단독행위로 특별한 방식을 요하지 아니하고 반드시 명시적 의사표시일 필요도 없으며 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 채권의 포기로 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 한다[295][296]. 조건 또는 기한을 붙여도 채무자에게 불이익할 것이 없으므로 조건부 및 기한부 면제도 허용된다. 한편, BARECON 2017 제15조 (f)항의 규정이 있는 이상 선박소유자의 명시적인 의사표시 없이는 해지권의 포기를 인정하기 어려울 것이다.

한국 민법에서도 양도통지와 관련하여 금반언을 규정하고 있다[297]. 이는 채권양도가 무효인 경우 선의의 채무자를 보호하기 위한 특별규정으로 선의자의 보호를 위하여 영미법상의 금반언(estoppel)의 원칙을 도입한 것이다[298][299].

Ⅲ. 선박을 반환할 의무[반선(Redelivery) 의무]

수 있도록 협력할 의무도 포함한다. 따라서 임대인 또는 그 승낙을 받은 제3자가 임차건물 부분에서 다시 영업허가를 받는 데 방해가 되지 않도록 임차인은 임차건물 부분에서의 영업허가에 대하여 폐업신고절차를 이행할 의무가 있다(대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다34903 판결 등 참조).

294) 김준호, 전게서, 제1094쪽

295) 윤용섭, 「민법주해(XI) 채권(4)」 박영사 (2001), 제460쪽

296) 채무 또는 책임의 면제·감경은 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채무 또는 책임의 면제·감경이라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정할 수 있으나, 그와 같이 인정하기 위하여는 해당 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다(대법원 2016. 8. 29. 선고 2016다217659 판결 등 참조).

297) 제452조(양도통지와 금반언)
① 양도인이 채무자에게 채권양도를 통지한 때에는 아직 양도하지 아니하였거나 그 양도가 무효인 경우에도 선의인 채무자는 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 양도인에게 대항할 수 있다.
② 전항의 통지는 양수인의 동의가 없으면 철회하지 못한다.

298) 이상훈, 「민법주해(X) 채권(3)」 박영사 (2001), 제597쪽

299) 판례는 채권양도의 경우 이외에도 경매사건 등 여러 사례(대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결 등)에서 신의칙 및 금반언의 원칙을 근거로 판단한 예가 있다.

Collection @ kmou

1. BARECON의 규정

BARECON 2001 제15조[300]
용선기간 만료 시 용선자는 선박소유자가 지시한 준비된 안전선석에서, Box 16에서 지시한 대로 안전하고 무결빙의 항구 또는 장소에서 선박을 반환하여야 한다. 용선자는 선박소유자에게 적어도 30연속일 이전에 미리 반환예정일, 반선항구의 범위, 반선항구 또는 장소를 통지하여야 하고, 적어도 14연속일 이전에 확정·통지하여야 한다. 그 이후 선박의 위치에 변경이 있는 경우 선박소유자에게 즉시 통지하여야 한다. 용선자들은 용선기간 내에 반선하는 것을 합리적으로 기대할 수 없는 항해를 하지 않을 것을 보장한다. 그럼에도 불구하고 용선자가 용선기간 내에 반선하지 못하면 용선자는 Box 22에 기재된 요율에 10%를 더한 요율 또는 시장요율(시장요율이 더 높을 경우)을 기준으로 용선기간을 초과한 일수에 대한 일할용선료를 지급하여야 한다. 용선에 관한 다른 모든 조항, 조건 및 규정은 계속 적용된다. 제10조(유지와 운용)에 규정하는 경우가 아니면, 인도되었을 때와 같은 구조, 상태, 조건과 선급으로 선박소유자에게 반선되어야 한다. 이때 정당한 마모는 예상선급에 영향을 주지 않는다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 의의, 시기, 장소 및 선박의 상태

① 반선은 용선자가 계약에서 정한 용선기간이 종료하면 선박의 점유권(possession)과 지배권(control)을 포기하고 이를 선박소유자에게 돌려주는 것을 말한다[301]. 용선기간 내에 합의된 장소에서 반선하여야 하고, 이를 위반한 경우 손해배상책임을 부담하게 된다.

② 정당한 마모(fair tear and wear)를 벗어나 선박상태가 악화된 경우, 선박소유자로서는 반선 자체를 거부할 수는 없고, 반선은 허용하되 손해배상만을 청구할 수 있다는 것이 영국법원의 견해[302]이다. 선박소유자가 선박을 양호한

300) BARECON 2017 제10조는 반선의 지연으로 증액된 용선료를 지급하더라도 선박소유자가 용선자에 대하여 행사할 수 있는 다른 권리에 영향을 미치지 아니한다고 규정한다. 이는 반선의 지연으로 인한 선박소유자의 다른 손해에 대하여 배상청구를 가능하도록 하는 조항으로 보인다.

301) 정영석, "선체용선계약에서 반선", 제170, 171쪽

302) 선체용선계약의 조항해석에 따라 결정될 사안이지만, BARECON 2001 제15조의 문구해석으로는 용선자의 원상회복의무이행을 반선의 정지조건으로 볼 수는 없다는 입장이다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 76, 77p, 정영석, "선체용선계약에서 반선", 제174, 175쪽).

Collection @ kmou

상태로 인도한 경우 선박임차인이 손상을 입힌 채로 선박을 반선한다면, 영미 보통법에서는 선박임차인에게 명백하게 과실이 있다고 추정하고(prima facie case of negligence) 그 무과실의 입증책임은 선박임차인에게 있다[303].

(2) 위반의 효과

① 반선시기의 위반

용선자가 선박을 조기에 반선한 경우 선박소유자는 용선계약 잔여기간에 대하여 시장시세와 약정 용선료 간의 차이를 기준으로 추정되는 손해에 대하여 배상청구권을 갖는다[304]. 이는 추정적 손해(prima facie)이므로 당사자가 손해액을 달리 합리적으로 주장할 경우 손해액은 달리 정해질 수도 있다[305].

용선자가 선박을 지연 반선한 경우 BARECON 2017 제10조에 따라 초과일수에 대하여 약정용선료 1일분에 10%를 더한 금액 또는 시장용선료 중 높은 금액을 선박소유자에게 지급해야 한다. 이를 손해배상예정(pre-estimate of damages) 또는 위약금(penalty)으로 볼 것인지 여부에 따라 법적효력이 달라질 수 있지만, 선체용선계약은 대등한 당사자 간 계약이므로 지연반선을 방지하고 계약종료 후 선박소유자의 선박사용·수익권의 정당한 보호를 위한 수준의 손해배상예정은 유효하다[306][307].

② 반선장소 위반

합의되지 아니한 장소에서 반선한 경우 선박소유자는 용선자에 대하여 손해배상청구권을 갖는다[308][309].

---

303) 박용섭, 전게 논문, 제118쪽

304) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 74p

305) 정영석, “선체용선계약에서 반선 -Barecon 2001의 해석을 중심으로-”, 제177쪽

306) 정영석, “선체용선계약에서 반선 -Barecon 2001의 해석을 중심으로-”, 제178쪽

307) 영미법상 손해배상액의 예정이 유효하기 위해서는 첫째, 당사자들이 합의한 금액이 예견가능한 합리적인 범위 내일 것, 둘째, 의무위반에 따른 손해액을 정확히 산출하기 곤란할 것, 셋째, 계약상 당사자들이 그러한 배상액 예정에 합의한 의도가 명확할 것 등의 요건이 충족되어야 한다(이창재, 전게논문, 제59쪽).

308) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 73p

309) 이 경우 손해배상액 산정과 관련해서는 영국법상 명확히 정립된 내용은 없으나 정기용선계약의 경우를 준용해야 한다는 견해가 있다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 73, 74p). 이에 대하여 선체용선계약은 정기용선계약과 달리 임대차계약의 성질을 가지므로 용선기간 초과로 인한 손해배상책임문제는 별개로 다루고 잘못 반선된 장소에서 약정된 반선장소로 선박을 이용하는데 소요되는 비용 일체를 배상해야 한다는 견해도 있다.

Collection @ kmou

③ 선박상태의 위반

반선 시 정당한 마모 여부에 관하여 용선자가 무과실을 입증하지 못하면 손해배상책임을 지게 될 것이다. 이때 선체용선자가 지급해야 할 손해배상액은 선체용선자의 계약위반으로 인한 선박 가치의 감소에 해당하는 금액이다[310]. 그러나 선박소유자는 선박을 인도할 당시의 상태로 환원하는데 필요한 수리비만을 청구하는 것이 합리적이라는 것이 영국법원의 태도[311]이다[312].

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 의의, 시기, 장소 및 선박의 상태

영미법을 준거법으로 한 경우와 별다른 차이가 없다.

(2) 위반의 효과

① 반선시기의 위반

BARECON 2001 제15조에 따라 지연반선 시 선체용선자가 선박소유자에게 지급해야 하는 금액[313]을 규정한 조항의 법적성질이 문제된다.

판례[314]에 따른 위약벌과 손해배상예정의 구별기준은 다음과 같다.

> 위약금은 민법 제398조 제4항에 의하여 **손해배상액의 예정으로 추정**되므로, 위약금이 위약벌로 해석되기 위해서는 특별한 사정이 주장·증명되어야 하며, 계약을 체결할 당시

이는 선체용선계약의 경우 선박이동을 위해서는 선박소유자가 다시 선원을 고용하고 항해에 필요한 여러 가지 경비를 부담해야 하기 때문에 정기용선계약에서와 같이 단순한 사용기간의 연장을 볼 수는 없다는 점을 근거로 든다(정영석, “선체용선계약에서 반선-Barecon 2001의 해석을 중심으로-”, 제172, 173쪽).

310) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 77p

311) The Rozel 사건에서 선박소유자는 용선자의 수리잘못으로 선급이 훼손되었으므로 수리하여 선급을 유지하는데 소요되는 비용으로 손해액을 산정해야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 용선자는 선급훼손으로 인한 선박가치의 감소 입증해야 하는데 소유자는 이를 입증하지 못하였으므로 손해산정방법을 잘못 적용했다고 주장하였다. 법원은 훼손으로 인한 경제적 손실에 비하여 수리비가 불균형하다면 수리비(cost of cure) 기준에 따라 손해액을 산정할 수 없고, 수리절차가 얼마나 합리적인지, 그로 인한 비용이 얼마나 소요되는지 고려하여야 한다는 취지로 판단하였다(Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, 77, 78p).

312) 선박을 반환할 때 선박에 용선기간 중 발생한 손상이 있는 경우에는 선체용선자가 그로 인한 수리비를 지급할 책임을 진다는 견해(최종현, 전게서, 제492, 493쪽)도 이에 따른 것으로 보인다.

313) 초과일수에 대하여 약정용선료 1일분에 10%를 더한 금액 또는 시장용선료 중 높은 금액

314) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2012다65973 판결 등

Collection @ kmou

위약금과 관련하여 사용하고 있는 명칭이나 문구뿐만 아니라 계약 당사자의 경제적 지위, 계약 체결의 경위와 내용, 위약금 약정을 하게 된 경위와 교섭과정, 당사자가 위약금을 약정한 주된 목적, 위약금을 통해 이행을 담보하려는 의무의 성격, 채무불이행이 발생한 경우에 위약금 이외에 별도로 손해배상을 청구할 수 있는지 여부, 위약금액의 규모나 전체 채무액에 대한 위약금액의 비율, 채무불이행으로 인하여 발생할 것으로 예상되는 손해액의 크기, 당시의 거래관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 위약금의 법적 성질을 합리적으로 판단하여야 한다.

BARECON 2017 제10조에 지연반선 시 증가된 금액을 지급하도록 규정하면서 이는 선박소유자의 다른 권리행사에 영향을 미치지 아니하여 별도의 손해배상청구가 가능하다고 규정한 이상, 이는 위약벌로 보이므로 법원이 이를 감액하기는 어렵다고 판단된다[315].

② 선박상태의 위반

반선 시 선박이 통상적인 마모 이상으로 손상을 입었을 경우, 선박소유자는 선체용선자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는데, 이에 대하여 선체용선자는 그러한 손해가 자신 및 자기의 이행보조자의 고의·과실에 의하여 발생하지 아니하였음을 증명하면 손해배상의 책임을 면할 수 있다[316][317].

Ⅳ. 선체용선계약의 양도, 재용선(Assignment, Sub-Charter[318])의 제한

1. BARECON의 규정

(1) BARECON 2001 제22조

315) 손해배상액의 예정액이 부당히 과다한지 여부는 계약 당사자의 각 지위, 계약의 목적과 내용, 손해배상액을 예정한 동기, 실제 손해와 그 예정액의 대비, 그 당시의 거래관행과 경제상태 등 제반 사정을 참작하여 일반 사회인이 납득할 수 있는 범위를 넘는지의 여부에 따라 결정하여야 한다(대법원 1995. 12. 12. 선고 95다28526 판결, 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 등 참조).

316) 박용섭, 전게 논문, 제117쪽

317) 임차인은 임대차가 종료하면 임대차 목적물을 원상에 회복하여 반환할 의무를 부담한다. 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않은 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있고, 다만 채무자가 고의나 과실 없이 이행할 수 없게 되었다는 점을 증명한 때에는 책임을 지지 않는다(대법원 2019. 4. 11. 선고 2018다291347 판결 참조).

318) BARECON 89 제20조에서 규정한 'sub-demise'라는 표현은 해석상의 혼란을 피하기 위하여 BARECON 2001 제22조에서 'sub-charter'로 대체되었다(Richard A. Barnes, ibid , 534p).

Collection @ kmou

(a) 용선자는 선박소유자의 사전 서면동의를 받지 아니하고는 선체용선계약을 양도하거나 재용선할 수 없다. 선박소유자는 비합리적으로 동의를 거부할 수 없고, 그 조건 및 내용을 승인해야 한다.

(2) BARECON 2017 제26조[319]

(c) Box 25가 기재된 경우, 용선자는 선박인도 이전에, 이 선체용선계약에 따른 용선자의 의무 일체의 이행을 담보할 수 있는 보증금이나 증권을 제공할 의무를 진다.

2. 영미법을 준거법으로 한 경우

(1) 의의 및 목적

① 용선자의 중요한 의무 대부분은 대리인에게 위임하기에 적절하지 아니한 것(non-delegable)으로, 용선자가 그 의무를 제3자에게 위임하여 이행하도록 이행하더라도 그에 대한 책임은 용선자가 부담하고 그 의무에서 벗어나지 못한다[320].

② 법률상 양도(Legal assignment)와 형평법상 양도(Equitable assignment[321])는 주로 실질적이라기보다는 절차적인 측면에서 차이가 있다.

법률상 양도는 서면으로 이루어지고 양도인의 서명이 있어야 하며 채무자에게 서면통지되어야 하고, 양도에 따라 계약상 권리는 배타적으로 양수인에게 이전되므로 양수인은 양도인의 참여 없이도 채무자를 상대로 소를 제기할 수 있고, 채무자는 양도인의 동의 없이도 양수인에게 채무를 변제하면 된다[322]. 이러한 법률상 양도의 요건을 전부 충족하지 못하는 경우에도 양도가 무효는 아니고 형평법상 양도로서의 효력이 인정된다. 이 경우 양수인은 자기 이름으로 소를 제기할 수 있지만 일반적으로 양도인이 당사자가 참가할 것이 요구된다[323].

---

319) BARECON 2017 제26조 (a)항은 용선자가 선박소유자의 사전 서면동의를 받아야 할 수 있는 행위에 '경개(novation)'을 추가하였다.
320) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 117p
321) 법률상 양도로의 효력은 없으나 형평법상 유효한 것으로 인정되는 양도[Black's law dictionary 7th edition, West Group (1999), 115p]
322) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 117p
323) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 117p

Collection @ kmou

③ 경개(novation)와의 관계

양도인, 양수인 및 채무자 모두가 종전 계약상 의무를 면하게 하기 위하여 계약상 의무의 이전에 동의하는 경우, 이러한 합의는 채권양도가 아니라 경개(novation)에 해당한다. 이에 따라 선체용선계약의 한 당사자가 제3자로 교체되고, 일반적으로 세 당사자 모두가 서면으로 경개계약을 체결하지만, 이는 요식행위가 아니고 명시적 의사표시가 아니라 묵시적 의사표시로도 가능하다[324].

(2) 위반의 효과

① 선박소유자의 동의 없는 선체용선계약의 양도 및 재용선은 선박소유자와 용선자, 선박소유자와 제3자(양수인 또는 재용선자) 사이에는 효력이 없지만, 용선자와 제3자(양수인 또는 재용선자) 사이에는 효력이 있다[325].

② 용선자가 소유자 동의 없이 용선계약을 양도하거나 재용선함으로써 더 이상 용선계약에 구속되지 않겠다는 의사를 명확히 밝힌 것으로 볼 수 있는 경우에는[본질적 위반(repudiatory breach)[326]], 소유자는 용선계약을 해지할 수 있다. 서면동의 없는 용선계약 양도 또는 재용선계약에 따라 선박이 용선자가 아닌 양수인이나 재용선자의 점유 및 지배 아래에 놓이게 되면, 용선자는 선박에 대한 전면적인 점유 및 지배권을 유지하지 못하여 BARECON 2017 제13조의 유지·관리의무를 이행할 수 없게 되므로, 용선자가 즉시 이를 보완하지 못하면 선박소유자는 서면통지를 통하여 선체용선계약을 해지[BARECON 2017 제13조 (a)항 위반 시]하거나 손해배상을 청구할 수 있게 된다[327].

③ 선체용선자는 BARECON 2001 제22조에도 불구하고 정기용선 및 항해용선계약을 체결할 수 있는데, 정기 및 항해용선은 선체용선계약의 양도 또는 재용선계약에 따른 선박운용에 해당하지 않기 때문이다[328].

---

324) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 118p
325) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 119p
326) 이러한 본질적 위반이 있는 경우 계약의 근본에 영향을 미치거나 애초에 합의된 계약과 성질이 완전히 다르게 그 합의된 내용을 급진적으로 변경하는 결과를 야기한다(김용준, 전게논문 제90쪽).
327) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 120, 121p
328) Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, 121p

Collection @ kmou

3. 한국법을 준거법으로 한 경우

(1) 의의 및 목적

① 임차권의 양도는 임차권을 동일성을 유지하면서 이전하는 것을 말하고, 전대는 임차인이 동시에 임대인(전대인)이 되어 임차목적물을 제3자(전차인)에게 임대하는 것을 말한다[329]. 먼저 선박소유자와 용선계약(제1차 용선계약)을 체결하고 그 계약에 의해 물건을 운송할 권리를 취득한 다음 다시 제3자와 용선계약을 체결하고 먼저 체결한 용선계약상 권리를 이용하여 다음에 체결한 용선계약(제2차 용선계약)에서 인수한 운송을 실행하는 경우, 제1차 용선계약을 주용선계약, 제2차 용선계약을 재용선계약이라 한다[330][331].

② 한국 민법 제629조[332]는 임차권의 양도 및 전대에 임대인의 동의를 얻도록 하고 있는데[333], 이는 강행규정이 아니어서 당사자의 합의에 따라 달리 정할 수 있다. 한편, 한국법은 법률상 양도와 형평법상 양도를 구분하지 않으므로 이 부분에서 영미법을 준거법으로 한 경우와 일부 차이가 있다.

③ 경개(novation)는 채무의 요소를 변경함으로써 신채무를 성립시키는 동시에 구채무를 소멸시키는 유상계약으로, 면제와 달리 경개의사뿐 아니라 신채무의 발생을 필요로 한다[334][335].

(2) 위반의 효과

---

329) 민일영, 전게서, 제111쪽

330) 염정호, "재용선계약상 선박임차인(나용선자)의 지위 -대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040 판결-", 해사법연구 20권 1호, 한국해사법학회 (2008), 제216쪽

331) 선체용선계약의 양도는 종전 용선자가 새로운 용선자로 대체되는 효과가 있지만, 재용선계약은 용선자가 그 지위를 유지하면서 재용선자에 대한 관계에서는 선박소유자와 유사한 지위를 갖게 되는 점에서 차이가 있다.

332) 제629조(임차권의 양도, 전대의 제한)
① 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.
② 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.

333) 이는 임대인의 보호를 위한 것인데 이에 대하여는 임차목적물에 대한 투하자본의 회수를 곤란하게 하고 임차권의 강화 또는 물권화에 역행한다는 견해도 있다(민일영, 전게서, 제112쪽).

334) 윤용섭, 「민법주해(XI) 채권(4)」 박영사 (2001), 제435쪽

335) 경개는 소멸하는 구채무와 새로이 성립하는 신채무 사이에 동일성이 인정되지 아니하지만, 채권자, 채무자의 교체에 의한 채권양도, 채무인수는 당사자만 변경될 뿐 채무의 동일성이 유지되는 점에서 차이가 있다[윤용섭, 「민법주해(XI) 채권(4)」 박영사 (2001), 제438쪽].

Collection @ kmou

① 임대인의 동의는 임차권 양도 및 전대의 효력요건이 아니라 대항요건에 불과하므로, 동의 없는 양도 및 전대는 임대인 등에게 대항할 수 없을 뿐[336] 양도 및 전대차 계약당사자 사이에는 그 효력이 인정된다. 이 경우 선체용선자는 선박소유자의 동의를 받을 의무를 양수인 및 재용선자에 대하여 부담하고, 동의를 받지 못하면 담보책임을 부담한다[337](민법 제567조).

선박소유자가 용선자의 재용선계약에 동의한 경우, 재용선자를 보호할 필요가 있으므로 강행규정인 민법 제631, 638조[338]를 적용하는 것이 적절해 보인다. 이에 따라 종전 선체용선계약이 종료한 경우에도 재용선자는 재용선계약의 내용을 선박소유자나 종전 용선자에게 대항할 수 있다고 해석할 것이다[339].

② 민법 제629조 제2항은 임대인의 동의 없이 임차권을 양도하거나 임차물을 전대한 경우 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다고 규정한다. 그러나 이는 강행규정이 아니므로 당사자가 합의한 BARECON 양식에 따라 규율될 것이다[340]. 더구나 판례[341]도 위 조항을 무조건적으로 적용하지는 않고 있다.

---

336) 임차인이 임차권을 양도하거나 임차물을 전대하더라도 임대인의 동의가 없으면 그 양수인 또는 전차인은 임대인에 대하여 임차권을 주장할 수 없게 된다(대법원 1997. 10. 28. 선고 97도2261 판결 등 참조).

337) 민일영, 전게서, 제116쪽

338) 제631조(전차인의 권리의 확정)
임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 경우에는 임대인과 임차인의 합의로 계약을 종료한 때에도 전차인의 권리는 소멸하지 아니한다.
제638조(해지통고의 전차인에 대한 통지)
① 임대차계약이 해지의 통고로 인하여 종료된 경우에 그 임대물이 적법하게 전대되었을 때에는 임대인은 전차인에 대하여 그 사유를 통지하지 아니하면 해지로써 전차인에게 대항하지 못한다.

339) 민일영, 전게서, 제126쪽

340) '선박소유자와 용선자와의 관계는 용선계약이 정하는 바에 의하는데, 용선자는 선박소유자와의 계약에서 다른 약정이 없거나 선박소유자를 해하지 않는 한 선박소유자의 승낙 없이도 재용선계약을 당연히 체결할 수 있다[염정호, "재용선계약상 선박임차인(나용선자)의 지위", 제221쪽]'는 내용은 당사자 사이에 BARECON 2001을 적용하기로 하는 약정이 없는 경우를 예정한 것으로 보인다.

341) 민법상 임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못하고 임차인이 이에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있으나(민법 제629조), 이는 임대차계약이 원래 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계임을 고려하여 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있고, 임차인이 임대인의 동의 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익시키는 것은 임대인에게 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위가 될 수 있는 것이기 때문에 임대인에게 일방적으로 임대

Collection @ kmou

선박소유자의 동의 없이 선체용선계약의 양도 및 재용선이 이루어진 경우, 원칙적으로 선박소유자는 재용선계약의 재용선자에 대하여 용선료의 지급을 청구할 수 없다[342]. 그러나 상법 제807조 제2항[343](선장의 유치권), 제808조[344](운송인의 운송물경매권)에 따라 선박소유자의 권리행사가 가능한 경우도 있다. 선박소유자의 동의가 없는 경우 양수인 및 재용선자가 선체용선계약 대상 선박을 점유한 것은 불법점유를 한 것이므로, 선박소유자는 양수인 및 재용선자를 상대로 선박을 종전 용선자에게 인도할 것을 청구할 수 있다[345].

차관계를 종료시킬 수 있도록 하고자 함에 있다. 따라서 임차인이 비록 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻지 아니하고 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도, 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 할 수 없는 특별한 사정이 인정되는 경우에는, 임대인은 자신의 동의 없이 전대차가 이루어졌다는 것만을 이유로 임대차계약을 해지할 수 없으며, 임차권 양수인이나 전차인은 임차권의 양수나 전대차 및 그에 따른 사용·수익을 임대인에게 주장할 수 있다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2009다101275 판결 등 참조).

임차권의 양수인이 임차인과 부부로서 임차건물에 동거하면서 함께 가구점을 경영하고 있는 사안에서, 비록 임차인이 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻은 바 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 "특별한 사정"이 있는 경우에 해당하므로, 해지권은 발생하지 않는다고 판단하였다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다45308 판결 참조).

342) 재용선계약의 경우에는 선주와 용선자 사이의 주된 운송계약과 용선자와 재용선자 사이의 재운송계약은 각각 독립된 운송계약으로서 선주와 재운송계약의 운송의뢰인(재용선자)과의 관계에서는 아무런 직접적인 관계가 없으므로, 선주가 직접 재용선자에 대하여 주된 운송계약상의 운임 등을 청구할 수는 없고, 수하인에 대한 관계에서도 수하인이 화물을 수취하여도 수하인은 재용선계약의 운송인인 용선자에 대하여 운임 지불 의무를 부담하는 것일 뿐 선주가 수하인에 대하여 주된 운송계약의 운임 등을 직접 청구할 수는 없다(대법원 1998. 1. 23. 선고 97다31441 판결).

343) 제807조(수하인의 의무, 선장의 유치권)
① 수하인이 운송물을 수령하는 때에는 운송계약 또는 선하증권의 취지에 따라 운임·부수비용·체당금·체선료, 운송물의 가액에 따른 공동해손 또는 해난구조로 인한 부담액을 지급하여야 한다.
② 선장은 제1항에 따른 금액의 지급과 상환하지 아니하면 운송물을 인도할 의무가 없다.

344) 제808조(운송인의 운송물경매권)
① 운송인은 제807조 제1항에 따른 금액의 지급을 받기 위하여 법원의 허가를 받아 운송물을 경매하여 우선변제를 받을 권리가 있다.
② 선장이 수하인에게 운송물을 인도한 후에도 운송인은 그 운송물에 대하여 제1항의 권리를 행사할 수 있다. 다만, 인도한 날부터 30일을 경과하거나 제3자가 그 운송물에 점유를 취득한 때에는 그러하지 아니하다.

345) 이에 대하여, 선박소유자가 선체용선계약을 해지하지 않는 한, 선박소유자로서는 양수인에게 그 선박의 반환을 요구하지 못한다는 견해가 있다(박용섭, 전게 논문, 제112쪽). 그러

Collection @ kmou

③ 선체용선자는 다른 약정이 없는 한 선박을 직접 자신의 해상운송활동 등에 사용하지 아니하고 제3자에게 정기용선 또는 항해용선을 권리를 갖는다[346].

V. 소결론

한국법을 준거법으로 한 경우, 민법 제627조 제1항과 제628조에 따라 용선료 증감청구가 가능하고 이는 강행규정이므로 용선자에게 불리한 조항은 그 효력이 없다. 따라서 비록 선박의 일부 멸실 및 사용·수익 제한이 쌍방 귀책사유 없이 발생하더라도 선박소유자는 BARECON 2017 제3조 (c)항을 근거로 용선자의 용선료 감액청구를 부정할 수 없으므로, 용선자의 권리가 보다 보장되는 효과가 있다.

제5장 한국법을 BARECON의 준거법으로 할 경우의 장점

제1절 도산절차에서의 장점

I. 도산해지조항의 유효성 여부

1. 준거법에 따른 도산해지조항의 효력 차이

도산해지조항의 유효 여부에 따라 용선자의 회생을 위한 기반인 선체용선계약의 존속과 선박의 유지 여부가 좌우될 수 있으므로, 도산절차에 있어서 채무자와 다른 채권자들의 법률관계에 큰 영향을 미칠 수 있다. 한편, BARECON 양식에 따른 선체용선계약의 경우 당사자가 별도로 적용할 준거법에 관하여 합의하지 않으면 BARECON 2017 제33조 (a)항에 따라 영국법이 적용된다.

따라서 도산해지조항의 유효성에 대한 영미법과 한국법의 태도가 다를 경우, BARECON의 준거법이 영미법인지 한국법인지 여부에 따라 도산해지조항에 따른 선체용선계약의 해지 여부 및 도산절차에서의 법률관계가 크게 달라질 수 있다.

나 선체용선계약을 해지하지 아니하더라도 선박소유자가 아니라 당초 용선자에게 선박을 반환할 것을 청구할 수는 있을 것이다(민일영, 전게서, 제116쪽).

346) 최종현, 전게서, 제491쪽

Collection @ kmou

2. 도산해지조항의 준거법 결정기준

‘절차는 법정지법에 따른다(forum regit processum)’는 국제사법원칙이 도산법에서 배제될 특별한 이유는 없다[347]. 도산절차의 개시와 종료, 관리인이나 파산관재인의 선임, 채권의 신고 및 확정절차 등 순수한 도산절차적 사항에 관한 준거법은 도산절차의 법정지법이다[348]. 한편, 도산해지조항을 도산관계에 속하는 것으로 보아 도산법정지법이 적용된다고 볼 것인지, 계약관계에 속하는 것으로 보아 선체용선계약의 준거법에 따른다고 볼 것인지가 준거법의 결정과 관련하여 문제된다[349].

이에 대하여 도산해지조항은 회생절차에서 관리인의 해지권을 제한하는 결과를 가져오므로 도산법정지법에 따라 판단되어야 할 필요성이 있고, 유럽연합의 도산절차에 관한 규정에도 ‘채무자가 당사자인 현재계약에 도산절차에 미치는 영향’을 도산법정지법이 적용되는 사항 중 하나로 들고 있으며, 도산법정지법의 적용 기준이 되는 ‘도산전형적 법률효과’의 속성은 도산법의 목적과의 상호관련성 아래 이해되어야 하므로 도산해지조항의 효력에 관한 사항에는 도산법정지법이 적용되어야 한다는 견해[350][351]가 있다.

이러한 견해가 합리적으로 보이기는 하지만, 아래에서 보는 것과 같이 BARECON에 적용될 준거법에 관한 합의가 이루어지지 아니하여 영국법이 준거법으로 적용되는 경우에는, 도산해지조항의 이러한 성격에도 불구하고 이 쟁점에 관한 분쟁이 발생할 경우 실제로 도산법정지법이 적용되지 않고 영국법에 따라 판단될 가능성이 커 보인다.

---

347) 이종훈, 전게논문, 제72쪽
348) 권영준, 전게논문, 제787쪽
349) 외국적 요소가 있는 계약을 체결한 당사자에 대한 회생절차가 개시된 경우, 계약이 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하여 관리인이 이행 또는 해제·해지를 선택할 수 있는지, 그리고 계약의 해제·해지로 인하여 발생한 손해배상채권이 회생채권인지는 도산법정지법인 채무자 회생 및 파산에 관한 법률에 따라 판단되어야 하지만, 계약의 해제·해지로 인한 손해배상의 범위에 관한 문제는 계약 자체의 효력과 관련된 실체법적 사항으로서 도산전형적인 법률효과에 해당하지 아니하므로 국제사법에 따라 정해지는 계약의 준거법이 적용된다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2012다104526, 104533 판결).
350) 권영준, 전게논문, 제789, 792쪽
351) 이종훈, 전게논문, 제164쪽

Collection @ kmou

3. 도산해지조항의 유효성에 관한 영국법원의 판단

영국은 도산해지조항의 유효성에 관하여 별도의 법률규정이 없을 뿐 아니라 영국법원은 박탈금지의 원칙이라는 보통법 법리에 위배되지 않는 이상 그 유효성을 인정하는 입장임은 앞서 본 것과 같다. 한편, 영국 고등법원(English High Court)은 영국법을 준거법으로 한 해상운송계약에 포함된 도산해지조항의 효력 여부가 문제된 사건[352]에서, 계약 당사자들이 영국법을 준거법으로 선택한 이상 도산해지조항의 효력에 관해서도 영국법이 적용되어야 하므로 한국법의 적용을 전제로 관리인의 선택권을 침해한 도산해지조항이 무효라는 주장을 받아들일 수 없다고 하여, 도산해지조항에 따른 계약해지를 인정하였다[353].

이처럼 영국법을 준거법으로 할 경우, 도산해지조항에 따라 BARECON 양식에 기재된 일정한 사유에 해당하는 경우에 일방 당사자의 의사에 따라 선체용선계약이 해지될 가능성이 크므로, 도산절차에 있어서 채무자인 용선자 및 그 채권자들의 권리보호에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다.

4. 쌍방미이행 쌍무계약에 있어서 도산해지조항의 유효성 배제

이처럼 BARECON에 적용될 준거법을 당사자가 합의하지 아니하면 영국법에 따라 원칙적으로 도산해지조항의 유효성이 인정되고, 용선자에 대하여 도산절차가 진행되는 경우 선박소유자는 BARECON 2017 제31조 (d)항에 따라 선체용선계약을 해지하고 선박에 대한 점유를 회복할 가능성이 크다.

그러나 BARECON 2017 제33조 (d)항에 따라 준거법을 한국법으로 합의하는 경우 도산해지조항의 효력이 배제되어 이러한 위험을 줄일 수 있다. 즉, 한국법이 BARECON의 준거법으로 적용될 경우, 임대차의 성격을 갖는 운용형 선체용선계약이든 소유권유보부매매의 성격을 갖는 소유권취득조건부 선체용선계약이든 모두 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하므로, 용선자의 도산 시 분쟁이 발

352) Fibria Celulose S/A v. Pan Ocean 사건에서, 서울중앙지방법원에서 회생절차가 개시된 Pan Ocean의 관리인은 영국법원에 한국의 회생절차를 주절차(main proceeding)로 승인해달라는 신청을 하였고, 이에 대하여 Pan Ocean과 정기용선계약을 체결한 Fibria사가 정기용선계약에 기한 도산해지조항의 효력을 주장하였다(이종훈, 전게논문, 제166쪽).

353) 권영준, 전게논문, 제791, 792쪽

Collection @ kmou

생하는 경우 이러한 선체용선계약에 관한 도산해지조항의 효력은 무효라고 판단받음으로써 선체용선계약의 해지 및 선박점유회복 등의 불이익을 피할 수 있을 것이다.

Ⅱ. 한국법을 준거법으로 한 경우 도산절차에서의 구체적 처리

1. 민법 제637조에 관한 문제

(1) 문제의 소재

민법 제637조는 '임차인이 파산선고를 받은 경우에는 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 제635조(기한의 약정 없는 임대차의 해지통고)에 의하여 계약해지의 통고를 할 수 있다' 고 규정한다[354]. 이 경우 용선자가 파산선고를 받은 경우 선박소유자가 선체용선계약을 해지하면 파산관재인으로서는 선체용선계약의 이행을 선택할 수 없게 되어 채무자회생법 제335조와 모순되는 문제가 발생하므로, 도산절차에 있어서 민법 제637조를 어떻게 해석할 것인지에 관한 논의가 있다.

(2) 학설과 판례

이에 관한 견해로는 먼저, 민법 제637조를 채무자회생법 제335조의 특칙으로 보아 임차인(용선자)의 파산 시 임대인(선박소유자)에 의한 선체용선계약의 해지권을 인정한 것으로 보는 견해[355]가 있다. 이 견해는 채무자회생법 제335조 제2항[356]은 선박소유자 또는 파산관재인이 해지권을 행사한 경우에 준용

354) 민법이 위와 같이 계약 해지 또는 해제의 특칙을 마련하고 있는 것은 계약기간 동안 당사자 간의 신뢰관계 유지가 필수적인 임대차계약에서 당사자의 일방인 임차인이 파산한 경우에는 당사자 간의 신뢰관계가 깨어져 당초의 계약관계를 유지하도록 강요하는 것이 바람직하지 않고, 파산으로 인하여 임차인이 계약의 본질적이고도 핵심적인 급부(목적물의 사용·수익)를 더 이상 수익할 수 없게 되어 계약을 정상적으로 이행하는 것이 곤란할 경우에는 당사자들이 계약관계에서 쉽게 벗어날 수 있도록 계약의 해지권 또는 해제권을 양 당사자에게 부여하는 것이 모두에게 이익이 될 수 있어 합리적이라는 점에 근거한 것이다 (헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2014헌바292 결정).

355) 한민, 전게논문, 제70쪽

356) 제335조(쌍방미이행 쌍무계약에 관한 선택)
② 상대방은 파산관재인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 기간 안에 계약의 해제 또는 해지나 이행 여부를 확답할 것을 최고할 수 있다. 이 경우 파산관재인이 그 기간 안에 확답을 하지 아니한 때에는 계약을 해제 또는 해지한 것으로 본다.

Collection @ kmou

되는데(채무자회생법 제339조[357]), 이에 비추어 보면 임대인에게도 계약의 해지 또는 이행의 선택권이 인정된다고 한다[358]. 이에 반하여 임대인에게 해지권을 부여하는 것은 지나치게 임차인에게 불리하므로 일반 원칙에 따라 파산관재인에게 선택권을 부여해야 한다는 견해[359]도 있다.

판례는, 도급이나 위임에 관하여 민법의 규정이 적용되어 채무자회생법 제335조가 적용될 여지가 없고[360], 도급계약에 관하여는 회생절차가 개시된 경우에도 민법 제674조 제1항[361]이 유추적용된다는 취지로 판시하였다[362].

---

357) 제339조(「민법」상의 해지 또는 해제권이 있는 경우)
제335조 제2항의 규정은 「민법」 제637조(임차인의 파산과 해지통고), 제663조(사용자파산과 해지통고) 또는 제674조(도급인의 파산과 해제권)제1항의 규정에 의하여 상대방 또는 파산관재인이 갖는 해지권 또는 해제권의 행사에 관하여 준용한다.

358) 서울회생법원 재판실무연구회, 전게서, 제206쪽 각주 60.

359) 임대인으로서는 파산관재인이 이행을 선택하면 차임채권이 재단채권으로 보호되고 차임을 연체하면 그 때 임대차계약을 해지할 수 있으므로 불리할 것이 없다고 한다[임치용, 「파산법연구 2」, 박영사 (2006), 제140, 141쪽].

360) 도급인이나 위임의 당사자 일방이 파산선고를 받은 경우에는 당사자 쌍방이 이행을 완료하지 아니한 쌍무계약의 해제 또는 이행에 관한 파산법 제50조 제1항이 적용될 여지가 없고, 도급인이 파산선고를 받은 경우에는 민법 제674조 제1항에 의하여 수급인 또는 파산관재인이 계약을 해제할 수 있고, 위임의 당사자 일방이 파산선고를 받은 경우에는 민법 제690조에 의하여 위임계약이 당연히 종료된다고 할 것이며, 위와 같은 도급계약의 해제 및 위임계약의 종료는 그 각 조문의 해석상 장래에 향하여 도급 및 위임의 효력을 소멸시키는 것을 의미한다(대법원 2002. 8. 27. 선고 2001다13624 판결).

361) 제674조(도급인의 파산과 해제권)
① 도급인이 파산선고를 받은 때에는 수급인 또는 파산관재인은 계약을 해제할 수 있다. 이 경우에는 수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있다.

362) 도급인이 파산선고를 받은 경우에는 민법 제674조 제1항에 의하여 수급인 또는 파산관재인이 계약을 해제할 수 있고, 이 경우 수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수와 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있다. 위와 같은 도급계약의 해제는 해석상 장래에 향하여 도급의 효력을 소멸시키는 것을 의미하고 원상회복은 허용되지 아니하므로, 당사자 쌍방이 이행을 완료하지 아니한 쌍무계약의 해제 또는 이행에 관한 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 '채무자회생법'이라고 한다) 제337조가 적용될 여지가 없다. 한편 회생절차는 재정적 어려움으로 파탄에 직면해 있는 채무자에 대하여 채권자 등 이해관계인의 법률관계를 조정하여 채무자 또는 사업의 효율적인 회생을 도모하는 것을 목적으로 하는 반면, 파산절차는 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것을 목적으로 한다는 점에서 차이가 있기는 하다. 그러나 이러한 목적을 달성하기 위하여 절차개시 전부터 채무자의 법률관계를 합리적으로 조정·처리하여야 한다는 점에서는 공통되고, 미이행계약의 해제와 이행에 관한 규정인 채무자회생법 제121조와 제337조의 규율 내용도 동일하므로, 파산절차에 관한 특칙인 민법 제674조 제1항은 공사도급계

dCollection @ kmou

(3) 사견

① 다음 ㉮ 내지 ㉰의 각 사정에 비추어 보면, 민법 제637조를 채무자회생법 제335조의 특칙으로 보아 임대인에게 임대차계약에 대한 해지권을 인정할 수 있다고 판단된다.

㉮ 민법 제637조 및 채무자회생법 제335, 339조의 내용 및 규정형식에 비추어 보면 임차인의 파산선고로 신뢰관계가 훼손된 경우 임대인에게 임대계약의 구속력에서 벗어날 수 있도록 하는 것이 위 조항을 둔 의도로 보인다.

㉯ 민법은 임대인 파산 시 임차인 보호를 위한 규정도 함께 구비하여 임대인과 임차인의 권리보호를 모두 고려한 것으로 보인다[363)364)].

㉰ 파산절차는 회생이 어려운 채무자의 재산을 공정하게 환가·배당하는 것을 목적으로 하므로, 채무자의 효율적인 회생을 도모하는 회생절차와는 달리 임대인의 임대차계약해지를 허용하더라도 현저히 부당한 결론이 발생한다고 보기는 어렵다.

② 다만 다음 ㉮ 내지 ㉰의 사정에 비추어 보면, 임차인에 대하여 회생절차가 개시된 경우에는 민법 제637조에 의한 임대인의 임대차계약에 대한 해지권을 유추적용하지 않는 것이 바람직하다고 판단된다.

㉮ 민법 제637조는 임차인이 파산선고를 받은 경우에 적용되도록 명시하여 채무자회생법 제335조에 대한 특칙으로 규정되었을 뿐이고, 회생절차가 개시된 경우 채무자회생법 제119조의 적용까지 배제한다고 규정하지 않았다.

㉯ 민법 제674조에서 수급인의 도급계약해제권을 인정한 것은, 도급인이 파산선고를 받은 경우 수급인에게 일을 계속하도록 하면서 완성에 이르지 못한 보수를 청구할 수 없다고 보는 것은 수급인에게 불리하므로, 수급인을 보호하기 위함이다[365)]. 따라서 설령, 대법원 2016다221887 판결에서 민법 제674조를

약의 도급인에 대하여 회생절차가 개시된 경우에도 유추 적용할 수 있다(대법원 2017. 6. 29. 선고 2016다221887 판결).

363) 반면, 임대인이 파산한 경우에는 해지권이 인정되지 않고 채무자회생법 제340조에 따라 규율된다(민일영, 전게서, 제136쪽).

364) 채무자회생법 제340조 제4항은 임대인 파산의 경우 임차인이 주택임대차보호법 또는 상가건물임대차보호법에 정한 대항력을 갖춘 경우 채무자회생법 제335조의 적용을 배제하고 있는데, 이는 임차인이 이익을 보호하기 위한 규정이다(권영준, 전게논문, 제783쪽).

365) 김용담, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001), 제475쪽

Collection @ kmou

도급인에게 회생개시결정이 내려진 경우에 유추적용될 수 있다고 판시하였다고 하더라도, 도급과 다른 법리가 적용되는 임대차에 관한 민법 제637조에도 무조건적으로 도급의 경우와 마찬가지로 같은 법리가 적용되어야 한다고 보기는 어렵다[366].

㈐ 더구나 대법원 2016다221887 판결은, 수급인이 도급인의 관리인에게 채무자회생법 제119조 제2항에 따라 도급계약의 해제나 이행 여부에 관한 확답을 최고하였고 이에 수급인의 관리인이 쌍방미이행 쌍무계약인 도급계약을 해지한 사안에 대한 것으로, 수급인이 민법 제674조에 따라 도급계약을 해제한 사안에 관한 판시가 아니다. 이 사건에서 대법원은, 도급계약이 해제된 경우 이미 이행된 부분의 보수청구권이 공익채권이라는 수급인의 주장을 배척하고 그 보수청구권은 회생채권이라고 판단한 원심을 수긍하면서, 이런 경우 보수청구권이 재단채권이 아니라 파산채권이라고 명시한 민법 제674조[367]를 근거로 삼을 수 있다는 취지를 설시하는 과정에서 민법 제674조의 회생절차에의 유추적용이라는 표현이 나온 것으로 보인다[368].

2. 운용형 선체용선계약에 관한 검토

운용형 선체용선계약의 법적성질이 임대차이므로, 용선자가 파산선고를 받으면 용선기간이 남아있더라도 선박소유자는 채무자회생법 제335조의 특칙인 민법 제637조에 따라 선체용선계약을 해지할 수 있다. 즉, 이 경우 용선자의 파산관재인은 채무자회생법 제335조에 따라 쌍방미이행 쌍무계약으로 선체용선계약의 이행을 선택할 수 없게 된다[369].

---

366) 도급계약의 경우 도급인 파산 시 수급인이 대가를 지급받지 못한 상태에서 계속하여 일을 해야 하는 불합리를 막기 위한 목적으로 민법 제674조가 회생절차에도 적용된다고 볼 여지가 있지만, 임대차계약, 특히 동산임대차의 경우 매월 차임을 지급하지 아니하면 임대인으로서는 이러한 채무불이행을 이유로 임대차계약을 해지할 수 있으므로 굳이 회생절차에까지 민법 제637조를 적용해야 할 필요는 없어 보인다.

367) 제1항 후문은 '수급인은 일의 완성된 부분에 대한 보수 및 보수에 포함되지 아니한 비용에 대하여 파산재단의 배당에 가입할 수 있다'라고 하여 그에 관한 채권은 재단채권이 아니라 파산채권에 불과하다고 밝히고 있다.

368) 제1심 및 항소심은 수급인이 갖는 기성부분에 대한 공사대금채권은 회생채권에 해당하므로 회생절차에 의하지 아니하고 직접 이행의 소를 제기한 수급인의 소는 부적법하다고 보아 각하하였다.

Collection @ kmou

그러나 용선자에 대하여 회생절차개시결정이 내려지는 경우 민법 제637조가 유추적용되지 않고 용선자의 관리인은 채무자회생법 제119조에 따라 쌍방미이행 쌍무계약의 해지 또는 이행을 선택할 수 있다. 이 경우 용선자는 영업기반인 선박을 계속 보유하면서 운영할 수 있으므로 회생절차를 안정적으로 진행할 수 있을 것이다.

반면, 선박소유자가 회생절차개시결정 또는 파산선고를 받으면, 선박소유자의 관리인 또는 파산관재인은 채무자회생법 제119조 및 제335조에 따라 쌍방미이행 쌍무계약인 선체용선계약의 해지 또는 이행을 선택할 수 있다.

3. 소유권취득조건부 선체용선계약에 관한 검토

선박소유자나 용선자에게 회생절차개시결정이 내려지거나 파산선고를 받으면, 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질에 대한 견해에 따라 다음과 같이 처리방향이 달라질 수 있다.

(1) 소유권유보부 매매(정지조건부 매매)로 보는 견해에서는, 선박소유자나 용선자의 관리인 또는 파산관재인이 채무자회생법 제119조 및 제335조에 따라 쌍방미이행 쌍무계약인 선체용선계약의 해지 또는 이행을 선택할 수 있다.

(2) 금융리스로 보는 견해에서는, 회생절차에 있어서는 용선료채권을 회생채권 또는 회생담보권으로 보아 회생절차에서 처리하게 될 것이다. 현재 한국실무는, 리스물건이 인도된 후에는 리스회사의 임무는 단순히 리스물건의 사용수익을 수인할 의무에 그치고 이 의무와 리스료지급의무 사이에 대가관계가 있다고 볼 수 없다는 이유로 금융리스계약은 채무자회생법 제119조의 쌍방미이행 쌍무계약에 해당하지 않는다고 보아 리스료채권을 회생담보권으로 본다[370]. 한편, 소유권유보부 선체용선계약의 법적성질을 금융리스로 보면서도 도산절차에서의 안정성을 위하여 이를 쌍방미이행 쌍무계약으로 보는 견해[371]도 있다.

(3) 임대차로 보는 견해에 의하면, 운용형 선체용선계약의 경우와 같이 처

369) 한편, 앞서 본 것과 같이 이 경우에도 파산관재인에게 선택권을 부여해야 한다는 견해에 의하면, 계약의 이행을 선택할 여지도 있게 된다.
370) 정석종, 전게논문, 제23쪽
371) 정석종, 전게논문, 제35, 36쪽

Collection @ kmou

리된다.

제2절 용선료의 변경 가능성

I. 용선료 증감청구권

1. 용선료 증감청구권의 필요성

임대차는 전형적인 계속적 채권관계이기 때문에 계약관계가 지속되는 동안 사회, 경제사정의 변동 등으로 인하여 당초 예정하였던 내용이 현실과 동떨어진 것이 될 수 있고, 그런 경우 당초 약정내용을 고수하는 것은 정의와 형평에 어긋나므로 변경된 사정에 맞게 계약내용을 수정할 필요가 있다[372]. 이런 문제는 용선기간이 장기간인 운용형 선체용선계약에도 그대로 발생할 수 있다.

한국의 경우, 2008년 리먼 브라더스 사태 이후 해운경기가 급격히 악화되자 2009년 삼선로직스, 대우로지스틱스, TPC 코리아가 법정관리에 들어갔고, 그 이후 세계 7위의 정기선사였던 한진해운도 2016. 8. 31. 장기적인 해운불황을 이기지 못하고 회생절차개시신청을 하였고 결국 2017. 2. 17. 파산선고를 받은 경험이 있다. 이처럼 경제사정이 현저히 변경된 경우나 선박의 일부를 사용·수익할 수 없는 사정변경이 발생한 경우, 용선료 증감청구권을 통하여 변경된 상황에 신속하고 능동적으로 대응함으로써 경영위기를 극복할 수 있을 것이다.

2. 한국 민법 규정의 준용

운용형 선체용선계약의 경우 그 법적성질이 임대차이므로, 민법 제627조 제1항과 제628조를 준용하여 현저한 경제사정의 변동 등이 있는 경우 용선료 증감청구권을 인정하는 것이 바람직해 보인다. 더구나 이들 조항은 임차인인 용선자에게 불리하게 변경할 수 없는 강행규정이므로, 설령 선박소유자가 이와 달리 용선료 감액청구권을 배제하는 조항을 두더라도 그런 조항은 무효이다.

II. 민법 제627조 제1항의 적용

용선자의 과실 없이 멸실 기타 사유로 선박의 일부를 사용·수익할 수 없는

372) 민일영, 전게서, 제106쪽

Collection @ kmou

경우 용선자는 그 비율에 의한 용선료 감액을 청구할 수 있는데, 이는 선박소유자가 선박을 수선하는 과정에서 발생하더라도 마찬가지이다[373]. 이는 강행규정이므로, 선박소유자는 설령 자신에게 귀책사유가 없더라도 BARECON 2017 제3조 (c)항을 근거로 면책을 주장할 수 없다.

Ⅲ. 민법 제628조의 적용

1. 민법 제628조에 관한 판례의 태도

(1) 용선료 증감에 관한 당사자 합의 및 그 효력

용선료 변경은 원칙적으로 상대방의 동의가 있어야 가능한데, 그렇지 않은 경우 민법 제628조에 따른 증감청구에 의하여야 한다[374]. 한편, 용선료를 증액하지 않는다는 특약이 있더라도 그 특약을 그대로 유지시키는 것이 신의칙에 반한다고 인정될 정도의 사정변경이 있다고 보이는 경우에는 형평의 원칙상 임대인(선박소유자)에게 용선료증액 청구를 인정하여야 한다[375]. 만약 운용형 선체용선계약 체결 시에 선박소유자가 일방적으로 용선료를 인상할 수 있고 용선자는 이의를 할 수 없다고 약정하였다면, 이는 강행규정인 민법 제628조에 위반하는 약정으로서 용선자에게 불리한 것이므로 효력이 없다[376].

(2) 용선료 산정 기초가 된 경제사정의 현저한 변동

기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 되어야 한다[377]. 단순히 용선자의 영업실적이 예상보다 저조하다는 등의 사정은 경영예측 잘못에 불과하여 용선료 증감청구의 요건에 해당하지 아니한다[378].

---

373) 임대차계약에서 목적물을 사용·수익하게 할 임대인의 의무와 임차인의 차임지급의무는 상호 대응관계에 있으므로 임대인이 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 불이행하여 목적물의 사용·수익이 부분적으로 지장이 있는 상태인 경우에는 임차인은 그 지장의 한도 내에서 차임의 지급을 거절할 수 있고(대법원 1997. 4. 25. 선고 96다44778 판결 참조), 이는 임대인이 수선의무를 이행함으로써 목적물의 사용·수익에 지장이 초래된 경우에도 마찬가지이다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다65724 판결 참조).

374) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다31163 판결

375) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96다34061 판결

376) 대법원 1992. 11. 24. 선고 92다31163, 31170 판결

377) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다20475, 20482 판결

378) 영업실적이 예상보다 저조하였다고 하여도 이는 경영예측과 이에 따른 투자의 실패로서 임차인 스스로가 이를 감수하여야 할 사정에 불과하고, 사용료 약정이 임차물에 대한 공

Collection @ kmou

(3) 용선료 증감 협의 거부의 효과

선박소유자의 용선료 증액협의에 대하여 용선자가 거부의사를 명확히 하더라도 이런 사정만으로 선박소유자가 선체용선계약을 해지할 수는 없다[379]. 다만 이 경우라도 용선자로서는 종전 용선료의 지급을 연체하여서는 아니된다.

(4) 적정 용선료의 산정

감정결과와 사실조회결과 및 제반 사정을 종합적으로 고려하여 차임을 산정한다[380].

(5) 증감된 용선료의 효력발생 시기

용선료의 증감 효력은 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때부터로 소급한다[381]. 그러나 그 결정 시까지는 종전의 차임액만을 지급하여도 차임 지급의 지체가 되지 않는다[382].

2. 운용형 선체용선계약에 관한 검토

이처럼 경제사정 변동에 따라 용선료의 증감이 가능하다면, 경기불황으로 해운업이 어려워지는 경우 선체용선자로서는 용선료를 감액함으로써 경영위기를 극복할 수 있을 것이고, 선박소유자로서는 달리 약정하지 않는 이상 해운경기의 현저한 상승에 발맞추어 용선료를 증액할 수 있을 것이다. 특히, 선체용선자의 경우 한국법을 BARECON 양식에 따른 선체용선계약의 준거법으로 정함으로써, 민법 임대차의 준용으로 민법 제628조의 차임감액청구권을 활용하여 해운

과부담 기타 경제사정 등의 변경으로 인하여 현저히 부당하게 된 것이라고 할 수는 없다(대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다12638 판결).

379) 차임증액청구권에 기하여 임차인에게 사정변경에 따른 차임의 조정에 관한 협의를 요구하였으나 임차인이 그 협의 자체를 거부할 뜻을 명확히 하였다고 하더라도, 이는 당사자 사이에 차임 조정에 관한 협의가 불성립한 것에 불과한 것으로서 이를 이유로 임대차계약 자체를 해지할 수는 없다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다60931 판결).

380) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다44196 판결

381) 임대인이 민법 제628조에 의하여 장래에 대한 차임의 증액을 청구하였을 때에 당사자 사이에 협의가 성립되지 아니하여 법원이 결정해 주는 차임은 증액청구의 의사표시를 한 때에 소급하여 그 효력이 생기는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 증액된 차임에 대하여는 법원 결정 시가 아니라 증액청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때를 이행기로 보아야 한다(대법원 2018. 3. 15. 선고 2015다239508, 239515 판결).

382) 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다60931 판결, 대법원 2015. 6. 11. 선고 2013다96639 판결

Collection @ kmou

경기 악화 등 경제사정 변화에 능동적으로 대응할 수 있을 것으로 보인다[383].

그러나 당사자가 경제사정 변경에 따라 적정하다고 주장하는 용선료가 다를 경우 결국 당사자가 합의한 중재재판소 또는 예외적으로 법원이 이를 결정할 것이다. 따라서 당사자로서는 BARECON 2017 제33조 (d)항에 따라 중재재판소에 관하여도 명확히 합의하는 것이 바람직해 보인다.

제6장 결론

선체용선계약 중 운용형 선체용선계약은 임대차의 법적성질을 가지고, 소유권취득조건부 선체용선계약의 법적성질에 관하여는 임대차, 금융리스, 매매로 보는 여러 가지 견해가 있으나 이를 소유권유보부매매로 보는 것이 적절해 보인다.

운용형 선체용선계약은 BARECON 양식을 주로 활용하여 체결되는데, BARECON의 준거법 관련 조항에 의하면 당사자가 합의로 그 준거법을 정할 수 있으나 아무런 합의가 없는 경우 영국법이 준거법으로 적용된다. 선체용선계약의 경우 계약자치의 원칙이 적용되므로 원칙적으로 BARECON의 각 조항내용에 따라 당사자의 권리·의무관계가 규율된다. 따라서 임대차의 실질을 갖는 운용형 선체용선계약에 관하여 한국법을 BARECON의 준거법으로 지정하면 민법의 임대차 규정이 준용되지만 강행법규에 저촉되지 않는 이상 영국법이나 미국법을 준거법으로 지정한 경우에 비하여 선체용선계약의 성립과 종료, 당사자의 권리·의무에 관한 BARECON 각 조항의 의미, 요건 및 법적 효과에 큰 차이는 없어 보인다.

한편, 영국법이 준거법으로 적용될 경우 원칙적으로 도산해지조항이 유효로 판단될 가능성이 크므로 용선자가 도산할 경우 해상기업활동의 주된 자산인 선박을 계속 보유하면서 이를 활용하여 회생할 여지가 없게 된다. 이에 반하여

383) 다만, 한진해운의 경우 2016. 9. 1. 기준으로 운용형 선체용선계약한 선박이 1척, 소유권취득조건부 선체용선계약한 선박이 55척[김인현, “한진해운 회생절차에서의 해상법 및 도산법적 쟁점”, 상사법연구 36권 2호, 상사법학회 (2017), 제17쪽]이었던 것처럼 일반적으로 용선자의 경우 실제로 운용형 선체용선계약을 체결하는 비율이 소유권취득조건부 선체용선계약의 경우에 비하여 낮으므로, 현실적으로 운용형 선체용선계약에 대한 용선료 감액 청구를 통하여 재무구조가 현저히 개선될 수 있을지 의문이 든다.

Collection @ kmou

한국법이 준거법으로 적용될 경우 운용형 선체용선계약은 임대차로, 소유권취득조건부 선체용선계약은 매매로 각 취급되어 쌍방미이행 쌍무계약으로 관리인이나 파산관재인이 선체용선계약의 이행을 선택할 수 있어 도산절차에 있어서 안정성을 확보할 수 있고, 결과적으로 회생절차에 있어서 용선자의 회생에 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 채무불이행 등의 사유로 해지권이 발생한 경우 민법 제552조에 따른 해지권 행사여부 최고를 통하여 법적 불안정상태에서 벗어날 수 있다.

선박이 인도된 이후에는 선박소유자는 어떠한 책임도 지지 아니한다는 취지의 BARECON 2017 제3조 (c)항에 따른 선박소유자의 책임면제조항은 선박의 하자를 알면서 용선자에게 고지하지 아니한 경우에는 민법 제584조에 따라 효력이 없다. 또한 민법 제627, 628조는 강행규정으로 용선자에 불리한 조항은 효력이 없으므로, BARECON 2017 제3조 (c)항을 일부 멸실로 인한 사용·수익 불능에 따른 용선료감액청구권을 배제하는 조항으로 해석하는 경우 역시 그 효력을 인정할 수 없다. 아울러 경제사정의 현저한 변동이 있는 경우 선박소유자 및 선체용선자는 민법 제628조에 따라 용선료의 증감청구를 할 수 있는데, 이 경우 한국에서 정립된 판례이론에 따라 감정결과뿐 아니라 제반 사정을 종합적으로 고려하여 적정한 용선료를 정함으로써 선체용선계약 당사자들이 경제상황에 능동적으로 대응하는데 도움이 될 수 있을 것이다.

이처럼 한국법을 BARECON의 준거법으로 합의할 경우, 영미법이 적용되는 경우에 비하여 도산절차에서의 안정성이 확보될 수 있다는 점 및 경제사정 변동 등에 따라 용선료 증감청구가 가능하다는 점에서 용선자에게 유리한 측면이 있다. 또한, 한국법체계에 맞는 해석 및 법적 효과로 인하여 BARECON 각 조항에 대한 예측가능성이 높아져 분쟁의 가능성이 줄어들고, 설령 분쟁이 발생하더라도 신속하고 저렴하게 분쟁을 해결할 여지가 커 보인다.

더구나 최근 문을 연 아시아태평양해사중재센터는 해사관련 일체의 분쟁을 그 중재대상으로 하고 있으며, BARECON 2017 제33조 (d)항에 따라 중재재판지를 합의로 정할 수 있으므로, 선체용선계약을 체결하면서 BARECON의 중재기관으로 아시아태평양해사중재센터를 합의함으로써 향후 분쟁발생 시 신속하고 간이한 분쟁해결을 도모할 수 있을 것이다.

Collection @ kmou

향후 BARECON 양식에 따른 운용형 선체용선계약을 체결하면서 한국법을 준거법으로 지정하고 아시아태평양해사중재센터를 중재재판지로 합의함으로써, 한국 민법의 임대차 규정에 따른 권리보호 및 도산절차에서의 이점을 적극 활용할 수 있기를 바라면서 이글을 마친다.

Collection @ kmou

참고문헌

국내문헌

【단행본】

구종순, 「해상보험 제5판」, 유원북스 (2012)

김용담, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001)

김용덕, 「민법주해(XIII) 채권(6)」, 박영사 (2001)

김인현, 「해상법 제5판」, 법문사 (2018)

김준호, 「민법강의」, 법문사 (2001)

남효순, 「민법주해(XIV) 채권(7)」, 박영사 (2001)

민일영, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001)

서울회생법원 재판실무연구회, 「법인파산실무 제5판」, 박영사 (2019)

송상현·김현, 「해상법원론 제5판」, 박영사 (2015)

양창수, 「민법주해(IX) 채권(2)」, 박영사 (2001)

윤용섭, 「민법주해(XI) 채권(4)」, 박영사 (2001)

이상훈, 「민법주해(X) 채권(3)」, 박영사 (2001)

이재홍, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001)

임치용, 「파산법연구 2」, 박영사 (2006)

정영석, 「국제해상운송법」, 범한서적 주식회사 (2004)

_____, 「해상법원론」, 텍스트북스 (2009)

전효숙, 「민법주해(XV) 채권(8)」, 박영사 (2001)

최병조, 「민법주해(IV) 물권(1)」, 박영사 (2001)

최종현, 「해상법상론」, 박영사 (2009)

【논문】

김범준, “동산 소유권유보부 매매의 매도인이 매수인에 대한 회생절차에서 매매목적물에 대하여 환취권을 행사할 수 있는지 여부 -대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다61190 판결-”, 재판과 판례 제24집, 대구판례연구회 (2015)

김영주, “계약상 도산해제조항의 효력”, 선진상사법률연구 64권, 법무부 (2013)

Collection @ kmou

_____, “미이행 쌍무계약에 대한 민법과 채무자회생법의 규율 -해석론 및 입법론에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 민사법학 70호, 한국사법행정학회 (2015)
권영준, “도산해지조항의 효력”, 비교사법 25권 2호, 한국비교사법학회 (2018)
김용준, “용선료의 지급연체 효과에 대한 영국법원의 입장에 대한 고찰 -Spar Shipping 사건판결을 중심으로-”, 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 (2017)
김인현, “국적취득조건부 선체용선(나용선)의 명(明)과 암(暗)”, 해양한국 538호, 한국해사문제연구소 (2018)
_____, “국적취득조건부 선체용선의 법률관계”, 한국해법학회지 39권 1호, 한국해법학회 (2017)
_____, “선박투자회사 선박의 운항관련 책임주체와 그 채권자 보호“, 상사법연구 35권 4호, 한국상사법학회 (2017)
_____, “21세기 전반기 해운환경의 변화에 따른 해상법의 제문제 -컨테이너, SPC, 무인선박- ”, 상사법연구 35권 2호, 한국상사법학회 (2016)
김찬영, “선박의 숨은 하자에 관한 연구”, 한국해법학회지 제39권 제2호, 한국해법학회 (2017. 11.)
김철수, “영국계약법상의 조건, 담보 그리고 중간조항”, 해사산업연구소논문집 제15권, 한국해양대학교 해사산업연구소 (2004. 9.)
민성규·최재수, “선박국적제도의 국제법상 의의와 국적취득조건부나용선 선박의 통관문제”, 한국해법학회지 26권 2호, 한국해법학회 (2004)
박용섭, “선박임차인의 법률상의 책임에 관한 고찰-나용선계약을 중심으로-”, 한국해법회지 제11권 제1호, 한국해법회 (1990)
석광현, “국제계약의 준거법에 관한 몇 가지 논점 : 섭외사법의 해석론을 중심으로”, 한양대 법학논총 16집, 한양대학교 (1999)
_____, “영국법이 준거법인 한국 회사들 간의 선박보험계약과 약관규제법의 적용 여부”, 저스티스 149호, 한국법학원 (2015)
_____, “편의치적에서 선박우선특권의 준거법 결정과 예외조항의 적용”, 국제거래법연구 24집 1호, 국제거래법학회 (2015)
신장현, “국적취득조건부 선체용선계약(BBCHP)에 관한 법적 연구 : 선박금융과 관련된 법적문제를 중심으로”, 고려대학교 법학박사학위논문 (2019)

Collection @ kmou

신호영, “해운기업 관련 몇 가지 조세문제에 관한 고찰 -국적취득조건부 나용선 선박의 취득가액 산정을 중심으로-”, 한국해법학회지 33권 1호, 한국해법학회 (2011. 4.)
양석완, “개정 상법상 선체용선의 법적 지위”, 상사법연구 27권 2호, 한국상사법학회 (2008)
염정호, “재용선계약상 선박임차인(나용선자)의 지위 -대법원 2004. 10. 27. 선고 2004다7040 판결-”, 해사법연구 20권 1호, 한국해사법학회 (2008)
우세나, “채무자 회생 및 파산에 관한 법률상 국적취득조건부 나용선 계약의 처리방안”, 법과 정책연구 제10집 제1호, 한국법정책학회 (2010)
이원철, “국적취득조건부 나용선이 한국해운에 미친 영향에 관한 소고”, 해운물류연구 6권, 한국해운물류학회 (1988)
이정원, “소유권취득조건부 선체용선계약과 취득세 부담주체(대법원 2011.4.14. 선고 2008두10591 판결)”, 한국해법학회지 33권 2호, 한국해법학회 (2011)
_____, “소유권취득조건부 선체용선계약의 법적 성질과 관련된 몇 가지 문제에 관한 고찰”, 법학연구 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소 (2012)
이종훈, “해운회사의 국제도산에 관한 연구”, 고려대학교 법학박사학위논문 (2018)
이창재, “정기용선에 있어서 용선료 연체의 효과 -영국 판례를 중심으로-”, 무역상무연구 제70권, 한국무역상무학회 (2016. 5.)
이창희, “정기용선계약에 관한 입법론적 고찰”, 한국해법학회지 제26권 제1호, 한국해법학회 (2004. 4.)
전해동, “영국법상 용선계약위반에 따른 구제방법”, 해사법연구 26권 3호, 한국해사법학회 (2014. 11.)
정대, “선박금융의 법적 구조상의 BBCHP의 법적 성질에 관한 연구”, 국제거래와 법 13권, 동아대학교 법학연구소 (2015)
정석종, “회생절차에서의 선박금융에 대한 취급”, 도산법연구 2권 2호, 도산법연구회 (2011)
정영석, “선체용선계약에서 반선 -Barecon 2001의 해석을 중심으로-”, 한국해법학회지 제36권 제1호, 한국해법학회 (2014)
_____, “선체용선계약에서 선박의 인도”, 한국해법학회지 제34권 제2호, 한국해법학회 (2012. 11.)

Collection @ kmou

지상규, “용선계약상 선박소유자의 감항능력 주의의무에 관한 연구(영국판례를 중심으로)”, 법학논총 23권 1호, 국민대학교 법학연구소 (2010)
진호현·김진권, “국적취득조건부 나용선 선박의 관할권에 관한 소고”, 해사법연구 24권 1호, 한국해사법학회 (2012)
천종호, “선박임차인의 법적 지위 - 대법원 2004.10.27. 선고 2004다7040 판결 -”, 판례연구 제17집, 부산판례연구회 (2006)
최성수, “해상보험계약에서 준거법의 결정”, 법학논집 16권 3호, 이화여자대학교 (2012)
한낙현, “해상선체용선거래상 임차인 도산시의 용선계약의 취급에 관한 연구”, 해양비즈니스 32호, 한국해양비즈니스학회 (2015)
한민, “미이행 쌍무계약에 관한 우리 도산법제의 개선방향”, 선진상사법률연구 53권, 법무부 (2011)

국외문헌

【단행본】

Mark Davis,「BAREBOAT CHARTERS」, (London, LLP, 2000)
_____,「BAREBOAT CHARTERS 2nd edition」, (London, LLP, 2005)

【논문】

Richard A. Barnes, “Barecon 2001 : the Barecon 89 bareboat charter revised”, Lloyd’s maritime and commercial law quarterly Part 4, Lloyd’s of London (2002)

Collection @ kmou