



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.

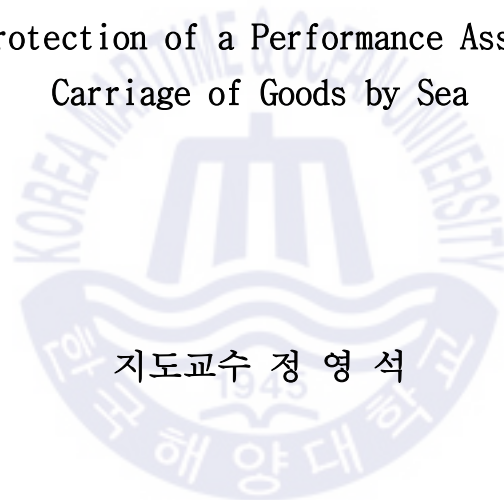
이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

해상운송에서 이행보조자 보호에 관한  
입법론적 연구

A Study on Protection of a Performance Assistant in the  
Carriage of Goods by Sea



지도교수 정 영 석

2020 년 8 월

한국해양대학교 대학원

해사법학과  
나 우 경

본 논문을 나우경의 법학박사 학위논문으로 인준함

위원장 : 정 대 (인)

위 원 : 박 은 경 (인)

위 원 : 최 성 수 (인)

위 원 : 김 인 유 (인)

위 원 : 정 영 석 (인)

2020年 7月 17日

한국해양대학교 대학원

# 목 차

## 제1장 서론

제1절 연구의 목적 .....	1
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	6

## 제2장 해상법상 이행보조자 보호의 문제점

제1절 이행보조자의 의의와 유형 .....	10
1. 의의 .....	10
2. 이행보조자 유형 .....	17
3. 기존 법리의 한계 .....	22
제2절 현행법상 이행보조자 보호의 문제점 .....	26
1. 실제운송인 .....	27
2. 사용인과 대리인 .....	31
3. 선박사용인 .....	36
4. 소결 .....	38
제3절 이행보조자 보호를 위한 법리와 판례 .....	39
1. 보호약관의 효력에 대한 법리와 판례 .....	39
2. 이행대행자(독립계약자)를 보호하는 법률 사례 .....	46

## 제3장 국제해상운송협약상 이행보조자

제1절 서설 .....	51
제2절 헤이그/비스비 규칙의 이행보조자 .....	52
1. 성립배경 및 입법현황 .....	52
2. 이행보조자관련 규정의 내용 .....	54
제3절 함부르크 규칙의 이행보조자 .....	64

1. 성립배경 및 입법현황 .....	64
2. 이행보조자관련 규정의 내용 .....	65
제4절 UN국제복합운송협약의 이행보조자 .....	71
1. 성립배경 및 입법현황 .....	71
2. 이행보조자관련 규정의 내용 .....	72
제5절 소결 .....	74

#### 제4장 로테르담 규칙상의 이행보조자

제1절 서설 .....	77
제2절 로테르담 규칙상 이행보조자 .....	79
1. 이행당사자 .....	79
2. 해상이행당사자 .....	83
3. 선장 및 선원 .....	84
제3절 로테르담 규칙의 이행보조자와 제3자와의 관계 .....	87
1. 이행당사자 .....	87
2. 해상이행당사자 .....	91
3. 선장 및 선원 .....	95
제4절 소결 .....	96

#### 제5장 해상운송에서 이행보조자의 보호에 관한 입법론

제1절 서설 .....	99
제2절 보호해야 할 이행보조자 범위 .....	101
1. 개요 .....	101
2. 이행보조자 구분 요건 .....	102
제3절 해상운송 이행보조자 보호를 위한 입법론 .....	106
1. 개요 .....	106
2. “해상이행당사자” 개념 도입 .....	107

3. 해상이행당사자의 책임 .....	116
제4절 소결 .....	124
제6장 결론 .....	129
참고문헌 .....	139



# A Study on Protection of a Performance Assistant in the Carriage of Goods by Sea

Na, Woogyung

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

## Abstract

In modern maritime transportation contracts, contractual carriers rarely perform all the transportation tasks by themselves, and they carry out most of the transportation tasks using performance assistants. Various efforts have been made to protect maritime carrier's performance assistants, especially independent contractors, which include insertion of so-called Himalaya clause in bills of lading or establishing international maritime conventions or national maritime laws with so-called Himalaya clauses. But, except the contractual terms, international conventions or national maritime laws are still hesitant to extend the defenses or limitation of liability of maritime carriers to independent contractors. They have only allowed servants or agents of carriers to avail themselves of the defenses and limitation of liability of carriers.

This theses is to study why international maritime conventions or national maritime laws have distinguished servants or agents of carriers from

independent contractors and is to recommend to extend carrier's defenses and limitation of liability to independent contractors in maritime and port sectors. The criteria to distinguish servants or agents from independent contractors, where both are performance assistants of carriers, seem to have been whether the carrier can interfere with, control, or supervise the performance of the assistants or whether the performance assistants are to be employed by the carriers or the cargo interests. But as transportation environment has been changed, new criteria should be studied and adopted.

To provide new criteria for the performance assistants to be protected by allowing them of the defenses and limitation of liabilities of carriers, the concept of "maritime performing party" of the Rotterdam Rules has been studied. A maritime performing party is a performance assistant of a carrier, who performs the contract of carriage in maritime sectors including loading and discharging ports and includes not only the carrier's servant or agent, but also independent contractors such as actual carriers, stevedore and terminal operators. A maritime performing party can take advantage of a carrier's defenses and limitation of liability, but they are directly responsible to the shipper jointly with the carrier.

From the concept of a maritime performing party, new criteria to be adopted can be derived. Those should not be the possibility of interference by the carrier with the performance of the assistants, as in the past, but should be the performance activity section, the nature of the job, or the existence of the carrier's request. Then a theory of legislation for Korean Commercial Act to protect the performance assistants of the maritime carriers including the independent contractors are suggested, using the new criteria.



# 제 1 장 서 론

## 제1절 연구의 목적

해상개품운송은 이행보조자의 활용이 활발한 영역이다. 특히 국제 개품운송의 경우, 계약운송인이 전 구간의 운송 업무를 직접 이행하기 보다는, 구간별로 타인을 사용하여 운송 업무를 이행하게 된다. 이렇게 운송계약상 채무자인 운송인이 채무를 이행함에 있어 타인을 사용하여 이행을 하는 경우 이러한 이행보조자의 책임과 권리에 대한 법적 장치가 필요할 것이다.

이행보조자에 대한 그동안의 연구는 대부분 이행보조자의 고의나 과실로 인한 채무불이행 또는 이행보조자의 불법행위에 대한 채무자의 책임 여부 및 요건에 대한 연구가 대부분이었다. 원래 계약이라는 것이 계약 당사자 사이에 채권 채무를 규정한 것이기에, 계약 당사자가 아닌 제3자에게 특별한 의무를 지우거나 제3자의 고의·과실 또는 불법행위에 대해 채무자에게 책임을 묻기 위해서는 법적 근거가 필요할 것이다. 이를 해결하기 위하여 민법은 이행보조자에 대한 채무자의 책임(제391조), 피용자의 불법행위에 대한 사용자의 책임(제756조), 및 수급인의 행위로 인한 제3자의 손해에 대한 도급인의 면책(제757조) 등의 규정을 두고 있다.

그런데 해상운송에서는 채무자인 운송인에게 면책, 책임제한, 단기 제소기간 등의 항변이 계약상 또는 법에 의하여 주어지는데, 운송인의 이행보조자에게도 이러한 항변이 주어질 수 있는지 및 이의 타당성에 대한 논의는 부족한 편이다. 즉 이행보조자에 대한 채무자 또는 사용자의 책임에 대한 법적 성격 및 요건에 대한 논의는 많이 있으나, 그 반대로 채무자 또는 사용자에게 허용되는 계약상 또는 법정 면책이나 책임제한이 있을 때 이를 이행보조자 또는 피용자가 원용할 수 있는지 있다면 그 요건이 무엇인지에 대한 논의는 상대적으로 많지 않은 편이다. 특히 해상운송인에게 면책과 같은 항변이나 책임제한이 허용

되는 이유는 해상기업의 특수한 환경에서 비롯된 것인데, 이러한 해상운송인의 항변이나 책임제한을 과연 운송인의 이행보조자가 향유할 필요가 있는지 있다면 이행보조자 중 누가 향유할 것인지에 대한 설명이 필요하다.

운송계약의 당사자는 운송인과 송하인이다. 계약 당사자는 운송인과 송하인임에도 불구하고, 실제에 있어서 운송인과 송하인은 직접 모든 운송 업무를 이행하는 것이 아니라 다양한 이행보조자를 활용하여 운송 업무를 이행하고 있다. 해상운송인의 이행보조자로는 선박 운항과 관련하여서는 선장, 선원, 도선사, 예선업자 등이 있을 것이며, 화물 관리와 관련하여서는 역시 선장, 선원, 및 하역업자, 터미널 운영자 등이 있으며, 선박의 감항성과 관련한 이행보조자로는 역시 선장, 선원, 및 선급, 수리업자 등이 있다. 그런데, 현 국제협약 및 해상법에서 문제가 되는 점은, 현대 개품운송의 특성상 계약운송인이 모든 운송 업무를 직접 이행할 수 없고 각 운송구간별로 이행보조자들을 활용하여 운송 업무를 수행함에도, 대부분의 경우에 운송인의 의무와 면책, 책임제한에 대한 내용을 중심으로 기술되어 있고 운송인의 이행보조자에 대해서는 자세한 기술을 하고 있지 않다는 점이 문제가 된다.

화물에 대한 손해 발생 시 해상운송인에게는 면책이나 책임제한 등이 운송약관, 국제협약, 또는 각국 해상법 등으로 허용되자, 화주들이 이를 우회하기 위하여 운송인의 이행보조자들을 상대로 불법행위에 기한 손해배상 청구를 하는 상황이 초래되었다.<sup>1)</sup> 운송인은 면책이나 책임제한을 향유할 수 있는 반면, 운송인의 이행보조자임에 불과한 자들이 운송인보다 더 큰 책임에 노출되는 위험이 있는 것이다. 이에 해상운송 참가자들은 화물 손해에 대한 손해배상 청구로부터 해상운송인의 이행보조자를 보호해야 할 필요성이 있음을 인식하게 되었다.

문제는 보호해야 할 이행보조자의 범위를 어떻게 정하느냐이다. 가장 많이 활용되고 있는 국제협약인 헤이그/비스비 규칙은 화물 손해에 대한 손해배상 청구로부터 보호되는 이행보조자를 운송인의 사용인 또는 대리인으로 한정하고

1) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 『상사판례연구』 제15권, (한국상사판례학회, 2008), 440쪽.

있다. 이에선 선장, 선원, 및 업무 수행에 대하여 운송인의 지휘·감독을 받는 자들이 해당할 것이다. 헤이그/비스비 규칙은, 그러나, 보호되는 이행보조자에서 하역업자 또는 터미널 운영자와 같은 독립계약자<sup>2)3)</sup>는 제외된다는 점을 명확히 하고 있다.

그런데, 헤이그/비스비 규칙과 같이 화물 손해에 대한 손해배상 청구로부터 보호되는 이행보조자의 범위에서 독립계약자를 제외하는 것은 더 이상 현대 개품운송 상황과 어울리지 않는다고 생각한다. 항만의 하역업자 및 터미널 운영자와 같은 독립계약자의 업무는 더 이상 해상운송과 별개의 영역이 아니라 해상운송에 필수적인 한 과정이라고 인식해야 할 것이다. 또 이들 업무의 공공성이나, 이러한 항만 기업의 육성 필요성, 사회경제적 이유 등으로 이러한 항만의 독립계약자의 중요성이 점점 더 인식되고 있다. 헤이그/비스비 규칙 이후의 함부르크 규칙이나 비교적 최근에 제정된 로테르담 규칙이 이러한 독립계약자를 보호되어야 할 운송인의 이행보조자로 인식하고 있는 것도 같은 이유라고 생각한다.

- 
- 2) 독립적 계약자(Independent Contractor)란 영미법상의 용어로서 우리 법의 법률용어는 아니다. 운송인의 사용인 또는 대리인과 대비되는 개념으로 운송인의 운송업무를 보조하는 자로서 구체적인 작업방식에 대해 운송인의 지휘를 받지 않는 보조자이다(최종현, 『해상법상론』 제2판, (박영사, 2014), 118쪽 각주 179번 참조); 미국법에서 독립적 계약자는 독립적으로 고용된 자(independent employment)로서 고용인의 지시를 받지 않고 자신의 판단에 따라 특정 업무를 하기로 계약하며 결과에 대해서만 책임을 지는 자를 말한다. 이러한 독립적 계약자의 불법행위에 대하여 고용인은 책임을 지지 않는다(F.J. Canty, "Independent Contractor or Employee", *Insurance Counsel Journal*, Vol.17, no. 3, 1950, p.253).
- 3) 혹자는 이행보조자와 독립적 계약자를 구분하여 사용자의 지휘·감독권이 있으면 이행보조자에 해당한다고 하고 그렇지 않으면 독립적 계약자에 해당한다고 한다(권기훈, 「이행보조자의 과실에 대한 운송인의 불감항책임」, 『해사법연구』 제20권 제1호, (한국해사법학회, 2008), 131~132쪽). 그러나 우리나라 대법원은 “민법 제191조에서의 이행보조자로서의 피용자로 함은 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다”고 하여 독립적 계약자도 이행보조자에 해당할 수 있음을 인정하였다(대판 1999. 4. 13. 선고 98다51077, 51084 판결; 대판 2002. 07. 12. 선고 2001다44338 판결)(최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 『이화여자대학교 박사학위논문』, (이화여자대학교, 2004), 56~57쪽).

운송인의 이행보조자 특히 독립계약자를 보호할 필요성에 대한 문제 해결의 노력으로 운송약관에 운송인의 독립계약자를 포함한 이행보조자들이 운송인의 면책이나 책임제한 등을 향유할 수 있다는 내용을 삽입하게 되었다. 그러나 이러한 약관은 이미 확립된 ‘직접계약관계의 원칙(doctrine of privity of the contract)’에 대한 위반으로 실효성이 인정되기 위해서는 요건을 갖추어야 한다. 따라서 독립계약자를 보호하고자 하는 약관이 있는 경우에도 약관의 구체적인 내용이나 선하증권 발행행태 등에 따라 약관의 효력이 인정되기도 하고 부인되기도 하는 등 불안정한 상황이 된다. 이와 같이 불안정한 상황을 해소하고자, 영국에서는 독립계약자 즉 운송계약의 제3자를 보호하기 위한 약관에 효력을 부여하기 위하여 구체적인 요건을 제시하는 ‘1999년 영국(제3자의 권리) 계약법’을 제정하기에 이르렀다. 결국 독립계약자 보호문제를 운송 약관으로 해결하는 방법에는 한계가 있어, 입법으로 해결을 시도한 것이다.

한편 화물 손해에 대한 손해배상 청구로부터 운송인의 이행보조자를 보호하고자 하는 국제협약상의 시도가 계속되고 있다. 헤이그/비스비 규칙은 보호대상인 이행보조자를 운송인의 사용자 또는 대리인으로 한정하고 독립계약자는 제외된다는 점을 명확히 하였다.<sup>4)</sup> 함부르크 규칙은 헤이그/비스비 규칙보다 보호대상으로 하는 이행보조자의 범위를 확대하였다. 실제운송인 개념을 도입하여 선박소유자 및 용선자 등을 실제운송인으로 포괄하고자 하였고, 실제운송인과 실제운송인의 사용자 또는 대리인도 운송인의 항변과 책임제한을 원용하도록 하였다. 함부르크 규칙은 히말라야 조항(제7조)을 도입하면서 헤이그/비스비 규칙의 “독립계약자를 제외한다”는 단서를 삭제하여 해석상 독립계약자도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다. 로테르담 규칙의 경우는 해상이행당사자 개념을 도입하여 독립계약자 및 실제운송인을 포함한 운송인의 이행보조자를 폭넓게 보호하고 있다. 헤이그/비스비 규칙과 함부르크 규칙의 히

4) 헤이그/비스비 규칙 제4조의2 제2항은 선하증권의 히말라야 조항을 국제협약상의 조항으로 받아들인 것이다. 단, 운송인의 항변과 책임을 원용할 수 있는 당사자로 보통의 선하증권 히말라야 조항은 사용자, 대리인, 또는 하도급업자(subcontractor)도 포함하나, 헤이그/비스비 규칙은 독립계약자는 제외시켰다(John Richardson, *The Hague and Hague-Visby Rules*, 4th Ed., (LLP Limited, 1998), p.50).

말라야 조항을 수용한 우리 상법은 보호되는 이행보조자의 범위를 운송인의 “사용인 또는 대리인”으로 한정하고 있는 상황이다(제798조).

헤이그/비스비 규칙이 제정되던 시기에는 대부분의 운송이 부정기선을 이용한 운송이었을 것이다. 부정기선에서는 운송인의 이행보조자라고 할 수 있는 자가 선장 또는 선원, 운송인의 피용자와 같은 자가 대부분이고, 하역업자와 같은 독립계약자는 대부분 화주가 선임하거나 화주가 지명하고 운송인이 계약을 체결하는 경우가 많기에, 운송인 입장에서 특별히 보호의 필요성을 못 느꼈을 수도 있다. 또는 해상운송인에게 면책과 책임제한 등을 인정하는 이유는, 해상 운송에 따르는 위험의 빈도와 크기가 매우 크고 이러한 위험에 대해 해상운송인을 면책시키거나 책임을 제한시켜 줌으로써 저렴한 운임을 얻을 수 있고, 이는 결국 화주 단체에도 이익이 되는 조치이기 때문인데, 하역업자 또는 터미널 운영자와 같이 육상에 기반을 둔 자들에게까지 해상운송인의 면책과 책임제한 등을 연장할 필요성이 없다는 인식 때문이라고 여겨진다. 그러나 현대 개품운송에서는, 항만의 하역작업과 터미널에 운송물을 보관하는 작업 등은 이미 해상 운송의 필수불가결한 부분으로 인식되어지고 있고, 이들 업무의 공공성, 이들을 육성할 필요성, 사회경제적 이유 등의 이유로 이들 항만구역의 독립계약자의 역할이 강조되고 있다. 이러한 인식은 대부분의 선하증권 약관에서 항만의 이행보조자와 같은 독립계약자를 보호대상으로 하고 있다는 점에서 확인된다.

운송에 참여하는 당사자들이 해상운송인과 송하인으로 단순화되지 않고 다양한 이행보조자들이 활용되는 상황에서, 이러한 이행보조자들이 화주와 같은 제3자의 클레임으로부터 적절히 보호되지 않는다면 결국 운송 관계자 모두의 손해라고 본다. 이행보조자들은 자신들의 손해를 용역단가 상향이나 용역계약상 운송인에게 책임을 전가하는 방법으로 운송인에게 이전할 것이고, 운송인은 다시 이러한 위험이나 비용을 화주에게 전가하려고 할 것이기에, 결국 효율적인 운송을 저해하는 요인이 될 것이라고 생각한다.

본 논문에서는 이행보조자의 개념 및 유형을 살펴보고, 해상운송인의 이행보조자를 보호할 필요성이 있는지, 있다면 보호해야 할 이행당사자의 범위 및 그

요건이 무엇인지 살펴보고자 한다. 우리 현행법의 내용 및 판례를 통해 현행법을 개선할 필요성이 있는지를 검토한 후, 독립계약자를 포함하여 현행 해상법상 해상운송인의 이행보조자를 보호할 필요성이 있는지, 보호할 필요성이 있다면 보호되는 이행보조자의 범위는 어떻게 정할 것인지, 및 이행보조자의 어떤 보조 업무가 보호대상인지 등을 살펴보고자 한다. 특히 2008년 제정된 로테르담 규칙은 비록 발효는 되지 않았으나 운송인의 이행보조자와 관련하여 해상이행당사자라는 새로운 개념을 도입하고 있다. 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념을 연구하여 이러한 개념의 도입이 상법 해상편의 개선에 필요한지, 필요하다면 어떻게 도입할지에 대한 입법론을 제안하고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구의 목적은 해상운송에서 이행보조자를 보호할 필요성이 있는지, 필요성이 있다면 보호해야 할 이행보조자의 범위는 어떠한지, 이행보조자의 어떠한 업무를 보호할 것인지에 대해 고찰하여 현행법의 개정 또는 조항 신설 등의 입법 방안을 제시하는 것이다. 이를 위하여 아래와 같이 본 연구의 범위와 방법을 정하고자 한다.

현대의 개품운송계약은 계약운송인이 운송구간 전체에 대하여 화주와 계약을 체결하고, 도로, 철도, 하천, 해상, 또는 항공 등 각 운송구간에 대하여 이행보조자를 사용하여 운송업무를 이행하는 형태를 취하고 있는데, 이러한 이행보조자들의 권리와 책임에 대한 규정이 미비하여 이행보조자들이 계약운송인보다 높은 책임을 부담하는 경우가 발생하고 이는 다시 운임에 반영되어 결과적으로 물류비의 증가를 가져올 것으로 예상된다.

현행 해상법은 운송인의 사용자 또는 대리인은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다고 규정하였으나, 대법원은 운송인의 사용자 또는 대리인에 독립계약자는 해당하지 않는다고 판시한 바 있어, 현대 개품운송에서 매우 중요한 역할을 하는 독립계약자 특히 항만구역의 독립계약자가 적절한 보호 없이

오히려 운송인보다 더 큰 손해배상 책임에 노출되어 있다. 이는 우리 해상법이 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임을 다루는 민법상 이행보조자책임에 있어서 기존의 협의의 이행보조자 및 대리인으로 나누는 다수설을 따랐기 때문으로 보인다.

그러나 민법 제391조 및 제756조에 대한 최근 판례의 경향은 이행보조자 여부를 사용의사만을 요건으로 하여 판단하고 그마저도 사용의사의 요건을 가법게 하여 폭넓게 채권자를 보호하는 한편, 사용자책임을 지기 위한 사용관계도 폭넓게 해석하여 가급적 피해자가 보호되도록 하고 있다. 그렇다면 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자의 범위를 정할 때도 기존과 같이 운송인의 선임·지휘·감독 여부로 구분할 것이 아니라, 이행보조자의 업무 수행 구간, 업무의 성격, 운송인의 요청이 있었는지 여부 또는 지휘·감독이 있었는지 여부를 검토하여 종합적으로 판단할 수 있어야 할 것이다.

해상운송에 관한 국제협약 중 가장 최근에 제정된 로테르담 규칙은, 비록 아직 발효되지는 않고 있지만, 해상운송인의 이행보조자에 대한 깊은 통찰력을 준다. 로테르담 규칙은 다양한 이행보조자들이 운송계약 이행을 위하여 활용되는 현실을 인정하고 운송인의 이행보조자들을 크게 이행당사자 및 해상이행당사자로 분류하였다. 특히 이행당사자 및 해상이행당사자는 독립계약자를 포함하는 개념이며, 독립계약자인 해상이행당사자가 화주에 대하여 직접 책임을 지게하고 규칙상 운송인이 주장할 수 있는 항변(defense)과 책임제한(limitation of liability)을 원용할 수 있도록 하였다. 이러한 로테르담 규칙의 해상이행당사자의 내용을 연구하여 그 원리를 우리 상법에 적절하게 적용한다면 그동안 논란이 되어 왔던 이행보조자의 보호문제를 명료하게 해결할 수 있다고 본다.

이를 위해 해상운송과 관련한 국제협약인 1924년 헤이그/규칙, 1968년 헤이그/비스비 규칙, 1978년 함부르크 규칙, 1980년 UN국제복합운송협약<sup>5)</sup> 및 2008년

5) 복합운송이란 서로 다른 두 가지 이상의 운송수단에 의하여 이루어지는 일관운송을 말한다(정영석, 「운송물 손해의 발생구간과 복합운송인의 책임: 대법원 2009.8.20. 선고 2007다87016판결의 평석을 중심으로」, 『상사판례연구』 제22권 제4호, (한국상사판례학회, 2009), 368쪽). 해상구간 뿐만 아니라 항공 및 육상구간도 포함하는 운송에 관한 협약이라는 점에서 UN국제복합운송협약은 해상운송과 관련한 국제협약이 아니

로테르담 규칙에서 이행보조자에 대한 내용을 고찰해 보고, 현행법의 이행보조자 규정과 비교하여 분석함으로써 현행법의 개정 및 신설사항을 검토해 보기로 한다.

제1장은 서론으로 연구의 목적과 연구의 범위 및 방법을 제시한다.

제2장에서는 현행법상 이행보조자 보호의 문제점을 검토하고자 한다. 이행보조자의 의의와 유형, 기존 법리의 한계점이 무엇인지 고찰한다. 그리고 나서 현행법상 이행보조자 보호가 충분한지 여부를 검토하고, 해상운송인의 독립계약자가 누구인지 및 이들의 보호 필요성이 있는지를 검토한다. 또 영·미 계약법에서 계약당사자가 아닌 이행보조자를 보호하기 위하여 어떻게 논리를 발전시켜 나갔는지 및 계약당사자가 아닌 이행보조자들을 보호하기 위한 타 법률 사례를 살펴보았다.

제3장에서는 헤이그 규칙과 헤이그/비스비 규칙, 함부르크 규칙, UN국제복합운송협약상 이행보조자에 대한 규정을 분석하여 각 협약이 인식하고 있는 이행보조자의 범위 및 이행보조자 보호에 관한 내용을 검토한다. 특히 헤이그/비스비 규칙이 히말라야 조항을 도입하며 왜 독립계약자를 제외하였는지와 이후 국제협약들의 태도 등을 검토해 보고자 한다.

제4장에서는 로테르담 규칙의 이행보조자 규정, 특히 해상이행당사자 개념을 검토하여 우리 법에 적용할만한 점이 있는지 검토한다. 로테르담 규칙이 보호하고자 하는 이행보조자의 범위, 보호하는 방법 등에 대하여 검토하여 우리 법상 문제가 있는지 및 개선사항을 검토한다.

제5장에서는 우리 해상법상 인식하고 있는 해상운송인의 이행보조자의 범위를 검토한 후, 이러한 범위 또는 구분이 현대 해상운송에 적절한지 및 적절하지 않다면 어떻게 개선할 수 있는지에 대한 입법론을 제시하였다. 특히 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념의 수용가능성과 입법론을 검토한다.

제6장은 결론으로서 연구결과를 반영하여 현행법의 입법론을 제시한다.

---

라고 할 수 있으나, 국제개품운송에서 해상구간이 차지하는 중요성 등을 감안하여 해상운송관련 협약과 같이 검토하였다.



각 장에서 국제협약이나 민법·상법의 경우에는 각 조문 번호만 기재하였으나, 로테르담 규칙의 경우에는 각주에 원문과 해석을 기재하였다.



## 제2장 해상법상 이행보조자 보호의 문제점

### 제1절 이행보조자의 의의와 유형

#### 1. 의의

(1) 채무자가 타인을 사용하여 채무를 이행하는 경우 이러한 타인을 채무자의 이행보조자라고 한다.<sup>6)</sup> 해상운송계약의 경우에 선장, 해원, 하역업자, 터미널 운영자, 도선사<sup>7)</sup>, 선체수리업자 등이 운송인의 이행보조자에 해당할 것이다. 채무자가 이행보조자를 사용하는 경우, 채무자 자신에게는 과실이 없더라도 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 진다(민법 제391조).<sup>8)</sup>

이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임은 로마법이나 게르만법에서 그 기원을 찾을 수 있다. 로마법은 “자신이 스스로 아무런 행위를 하지 않은 자는 타인의 행위로 인하여 책임질 일이 없다”는 준칙을 가지고 있었으나, 이행보조자의 행위에 대한 책임을 채무자에게 지우기 위한 여러 가지 예외에 대한 논의가 있었다. 그 중에 하나가 선장의 행위로 인한 화물의 손해에 대해 선주에게 소송을 허용하는 인수(receptum)소권(訴權)이다.<sup>9)</sup> 게르만법에서는 가장

6) 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』 제13판, (신조사, 2014), 894쪽.

7) 도선이란 선박을 “안전한 수로로 안내”하는 역할이다(도선법 제2조 제1항). 선박소유자는 도선사의 과실에 대하여 사용자책임을 진다는 의견도 있으나(송옥열, 『상법강의』 제6판, (홍문사, 2016), 354쪽), 도선법 제18조 제5항에 “도선사가 선박을 도선하고 있는 경우에도 선장은 그 선박의 안전 운항에 대한 책임을 면제받지 아니하고 그 권한을 침해받지 아니한다”라고 규정한 점으로 보아 도선계약의 성질과 상관없이 선박소유자의 책임은 법정책임이라고 보여진다.

8) 김준호, 『민법강의』 신정3판, (법문사, 2003), 848쪽.

9) 최병조, 『로마법강의』, (박영사, 1999), 445쪽; 로마법의 레셉툼(Receptum) 책임은 운송인의 고의·과실이 없더라도 운송물에 손해가 발생하면 운송인이 책임을 지는 절대책임이었다(조종주, 「로테르담 규칙하에서의 면책사유의 적용상 특징」, 『무역상무연구』 제71권, (한국무역상무학회, 2016), 149쪽).

이 가족원을 대·내외적으로 대리하고 가족원의 불법행위에 대하여 가장이 책임을 지는 가장의 책임사상이 있었다. 가장은 그의 처자, 노비, 식객 등의 불법행위에도 책임을 졌다. 이러한 책임은 우발적인 사정이 있다고 해서 면할 수는 없었는데, 나중에 사용자책임으로 발전하게 되었다.<sup>10)</sup> 현대에 와서는 로마법의 과실책임주의의 영향으로 피용자의 선임·감독상의 과실에 대해 책임을 지는 제도가 현재의 사용자책임으로 발전하였고, 이에 대한 예외로서 무과실책임을 지게 된 것이 현재의 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임으로 남게 된 것으로 보인다.<sup>11)</sup>

우리 법에서는, 민법 제391조는 이행보조자의 고의·과실로 인한 채무불이행에 대한 채무자의 책임을 말하는 것이고, 이행보조자의 불법행위로 인하여 채권자를 포함한 제3자가 입은 손해에 대한 채무자의 책임은 불법행위법인 사용자책임으로 다루고 있다. 민법 제391조(이행보조자의 고의, 과실)는 채권·채무 관계를 요구하지만 민법 제756조(사용자의 배상책임)는 채권·채무 관계를 요구하지 않는다는 점에서 차이가 있다.<sup>12)</sup> 또, 민법 제391조에 의거하여 이행보조자의 행위의 결과에 대하여 채무자가 책임을 지기 위해서는 채무자의 지휘·감독 등 간섭가능성을 요구하지 않고 단지 사용의사만을 요구하는 반면, 민법 제756조의 사용자책임이 성립하기 위해서는 사용자와 피용자 사이에 지휘·감독의 관계가 있어야 한다는 점에서 다르다.<sup>13)</sup> 예를 들어, 운송인 A가 하역업자 B를 사용하여 양하작업 중, 하역업자 B의 과실로 화주 C의 화물을 떨어뜨려 터미널에 이미 적재되어 있던 (다른 선박으로 운송된) 화주 D의 화물을 손상시키고, C의 화물도 손상되었다고 가정해 보자. 이 경우 운송인 A는 하역업자 B의 과실에 대하여 C에 대하여 채무불이행책임을 부담한다(민법 제391조). 그러나 A가 B의 업무에 대하여 지휘·감독을 하지 않았다면 사용자 책임은 부담하지 않을 것이다(제756조). 그러나 B가 A에게 소속되어 지휘·감독을 받았다면, C는 A에 대하여 채무불이행책임을 묻거나 사용자책임을 물을 수 있어 청구권이 경

10) 현승중·조규창, 『게르만법』, (박영사, 2001), 446쪽.

11) 최성경, 앞의 논문, 10쪽.

12) 김준호, 앞의 책, 849쪽.

13) 김준호, 앞의 책, 849쪽; 최성경, 앞의 논문, 66쪽 참조.

합된다.<sup>14)</sup>

그런데, “도급인은 수급인이 그 일에 관하여 제3자에게 가한 손해를 배상할 책임이 없으므로(민법 제757조),” 위의 예에서 하역업자 B가 A의 수급인에 해당한다면, B가 제3자인 D에게 가한 손해에 대하여 도급인 A는 중대한 과실이 있지 않는 한 불법행위 책임을 지지 않는다(민법 제757조). 하역업자 B는 화주 D에 대하여 자신의 책임으로 손해배상을 해 줘야 할 것이다.

위와 같이 볼 때, 해상운송인의 이행보조자에 대한 책임은 ① 이행보조자에 대한 지휘·감독을 막론하고 이행보조자의 고의·과실로 인한 채무불이행에 대한 해상운송인의 책임(민법 제391조), ② 해상운송인의 지휘·감독을 받는 이행보조자 즉 피용자의 불법행위에 대한 사용자책임(민법 제756조), ③ 해상운송인의 지휘·감독을 받지 않는 수급인에 해당하는 이행보조자의 불법행위에 대한 도급인인 해상운송인의 면책(민법 제757조)의 세 가지 측면에서 검토가 필요하다.

## (2) 책임의 성질 및 근거

### 가. 이행보조자책임

이행보조자에 대한 채무자의 책임은 무과실책임이다.<sup>15)</sup> 즉 이행보조자의 과실이 있으면 채무자에게 과실이 없더라도 채무자에게 채무불이행 책임을 지우기에 무과실책임이다.<sup>16)</sup> 예를 들어, 자동차 수리를 맡은 채무자의 이행보조자의 과실로 수리에 하자가 발생한 경우 채무자는 이행보조자의 선임·감독에 과실이 없더라도 자동차 소유자에게 채무불이행 책임을 지게 된다. 이행보조자에 대하여 채무자가 책임을 지는 이유는 타인을 사용하여 이익을 얻는 자는 타인을 사용함에 따른 위험이나 불이익도 감수해야 한다고 설명할 수 있다.<sup>17)</sup>

### 나. 사용자책임

14) 김준호, 앞의 책, 1502쪽.

15) 최성경, 앞의 논문, 29쪽.

16) 김준호, 앞의 책, 852쪽.

17) 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 894쪽; 지원림, 『민법강의』 제14판, (홍문사, 2016), 1060쪽.

사용자책임은 과실책임이다. 이는 “사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 다한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 발생한 때에는 그러하지 아니하다”는 민법 제756조 제1항의 단서에서 비롯된 해석이다. 그러나 실례에서 이 단서조항에 의하여 사용자의 책임이 부인된 사례가 없다는 점에서 실질적으로는 무과실책임에 가깝다는 비판이 있다.<sup>18)</sup>

사용자책임은 주로 수많은 피용자를 가진 기업의 책임의 근거로 사용되는데, 우리 대법원<sup>19)</sup>은 “많은 사람을 고용하여 스스로의 활동영역을 확장하고 그에 상응하는 많은 이익을 추가함에 있어서는, 그 많은 피용자의 행위가 타인에게 손해를 가하는 경우도 상대적으로 많아질 것이므로, 이러한 손해를 이익귀속자인 사용자 하여금 부담케 하는 것이 공평의 이상에 합치된다는 보상책임의 원리에 입각한 것”이라고 하여 보상책임의 원리로 설명을 하였다.<sup>20)</sup>

그 밖의 사용자책임의 근거로 대위책임(vicarious liability)<sup>21)</sup>설과 고유책임설이 있다. 대위책임설이란 피용자의 불법행위에 대한 제3자의 손해에 대하여 사용자가 보증인처럼 대신 변제한다는 개념이며, 피용자의 불법행위가 성립하는 경우에만 사용자책임이 발생한다. 사용자는 피해자에게 보상을 한 후 피용자에게 구상할 수 있다. 고유책임설이란 피용자의 선임감독에 대한 사용자 자신의 과실에 의한 배상책임으로서 사용자 본인의 불법행위처럼 책임을 진다는 것이다. 고유책임설에서는 사용자와 피용자는 부진정연대책임 관계에 놓인다.<sup>22)</sup>

#### 다. 도급

반면, 도급은 일의 완성을 목적으로 하는 계약으로서, 도급인은 수급인과 선임·지휘관계에 있지 않으므로 수급인에 대하여 사용자책임을 지지 않는다. 다

18) 김준호, 앞의 책, 1500쪽.

19) 대법원 1985. 8. 13. 선고 84다카979 판결.

20) 김준호, 앞의 책, 1499쪽.

21) 영미법의 대위책임(vicarious liability)은 사용자의 유책없이 피용자의 불법행위에 대하여 사용자에게 책임을 지우는 것으로, 1) 사용자와 피용자 관계가 존재하고, 2) 피용자의 불법행위가 ‘업무이행과정에서(in the course of employment)’ 발생할 것을 요건으로 한다(이성희, 「사용자 책임에 관한 연구: 영국법상 정당화 논거를 중심으로」, 『재산법연구』 제35권 제1호, (한국재산법학회, 2018), 297쪽).

22) 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1650쪽.

만, “도급 또는 지시에 관하여 도급인에게 중대한 과실이 있는 경우에는(민법 제757조 단서)” 도급인이 책임을 지게 된다. 이 경우 도급인은 자신의 과실에 대하여 책임을 진다고 봐야 할 것이다.<sup>23)</sup>

### (3) 책임의 요건

아래에서는 채권관계에서 채무자가 자신의 이행보조자의 고의·과실에 대해 채무불이행책임을 지기 위한 이행보조자 여부의 판단 요건과, 채권관계와 상관없이 이행보조자의 불법행위에 대하여 제3자에게 사용자책임을 지기 위한 요건을 각각 살펴본다.

#### 가. 이행보조자책임

누가 채무자의 이행보조자인지를 판단하는 것은, 채무자에게 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 지운다는 점에서 매우 중요하다.<sup>24)</sup>

첫째, 학설은 채무자의 사용의사를 요구한다.<sup>25)</sup> 이행보조자의 행위에 대하여 채무자에게 책임을 귀속시키는 이유는 채무자의 의사에 의하여 행위하게 되었기 때문이다.<sup>26)</sup> 채무자의 의사에 반하여 이행보조자의 행위에 대해 채무자에게 책임을 지게 하는 것은 적절하지 않다.<sup>27)</sup> 여기서 사용의사란 이행보조자가 채무의 이행에 참여하는데 일정한 의사관여가 있는 경우를 말하는 것이며 지휘·감독을 요건으로 하지 않는다. 이러한 점에서 제3자의 사무관리처럼 사실적으로 이행을 보조하지만 채무자의 사용의사가 없는 경우에는 민법 제391조의 이행보조자로 보지 않는다. 그러나 가족이나 친지가 단순히 호의로 이행을 보조하는 경우라도 채무자의 의사관여하에 용인된 경우라면 이행보조자에 해당한다.<sup>28)</sup> 채무자와 이행보조자 사이에 반드시 계약관계가 존재해야 하는 것은 아

23) 김준호, 앞의 책, 1503~1504쪽.

24) 고삼룡, 「이행보조자의 과실」, 『연세법학연구』 제3권, (연세대학교 법학연구원, 1983), 66쪽.

25) 최성경, 앞의 논문, 48쪽.

26) 최성경, 「채무이행에 사용되는 제3자의 분류와 채무자이행책임감경」, 『민사법학』 제27권, (한국민사법학회, 2005), 90쪽.

27) 고삼룡, 앞의 논문, 70~71쪽.

니고, 사용의사는 묵시적 또는 사후적이어도 무방하다. 독일의 경우에는 채무자의 동의하에 채권자가 이행보조자를 선임하는 경우도 이행보조자로 인정하고, 무권대리라도 채무자가 사후에 승인하면 이행보조자로 인정하고 있다.<sup>29)</sup> 채무자가 채무의 이행을 위해 이행보조자가 사용되고 있다는 것을 인식하는 정도이면 충분할 것이다. 이때 이행보조자가 자신이 채무자를 위해 이행을 보조한다는 것을 인식하고 있을 필요성은 없다.<sup>30)</sup> 채권자 보호의 목적에서, 채무자의 사용의사는 폭넓게 인정하는 것이 타당할 것이다. 사용의사가 명백할 때뿐만 아니라 묵시적인 경우와 사후적으로 인정하는 경우에도 사용의사를 인정해야 할 것이다. 즉 채무자의 주관적인 인식보다는 객관적 행태 또는 상황을 기준으로 판단해야 할 것이다.<sup>31)</sup>

둘째, 채무자의 간섭가능성 여부인데, 간섭가능성이란 채무자가 보조자를 임의로 선임할 수 있고 보조자의 업무 수행방식에 대하여 지휘·감독할 수 있다는 것을 의미한다.<sup>32)</sup> 이와 같이 간섭가능성을 요건으로 하면 다양한 보조자를 이행보조자와 그 외의 자로 구분할 수 있게 된다.<sup>33)</sup> 다수설은 이행보조자에 대한 채무자의 간섭가능성을 요구하나, 소수설은 간섭가능성을 요구하지 않는다. 예를 들어, 채무자가 우편을 이용하는 경우 다수설에서는 우편집배원의 업무에 대한 간섭가능성이 없으므로 우편집배원을 채무자의 이행보조자로 인정하지 않으나, 소수설에 따르면 간섭가능성을 요건으로 하지 않기 때문에 이행보조자가 된다. 우리 대법원은<sup>34)</sup> “이행보조자로서의 피용자라 함은 일반적으로 채무자의 의사관여 아래 그 채무의 이행행위에 속하는 활동을 하는 사람이면 족하고, 반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 또는 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다”고 하여 간섭가능성을 요건으로 하고 있지 않다.<sup>35)</sup>

28) 김준호, 앞의 책, 850쪽.

29) 최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 42~43쪽.

30) 고삼룡, 앞의 논문, 71쪽.

31) 최성경, 「채무이행에 사용되는 제3자의 분류와 채무자이행책임감경」, 94쪽.

32) 김준호, 앞의 책, 850쪽.

33) 고삼룡, 앞의 논문, 71쪽.

34) 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011다2142 판결; 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다 69458 판결; 김준호, 앞의 책, 850~851쪽.

셋째, 이행보조자의 고의·과실에 대해 채무자가 책임을 지기 위해서는 채권자와 채무자 사이에 채권관계가 존재해야 하고, 채무자는 채권관계의 테두리 안에서만 책임을 진다.<sup>36)</sup>

넷째, 이행보조자의 행위는 채무이행과 관련이 있어야 한다. 이행보조자의 행위가 자신에게 맡겨진 기능의 내적·사물적 관계 안에 있어야 하며, 단지 이행의 기회에 행하여진 행위에 대하여는 채무자가 책임을 지지 않는다.<sup>37)</sup> 예를 들어, 자동차 주인 A가 수리업자 B에게 자동차 수리를 맡겼는데 B의 종업원 C가 수리를 마친 후 A의 지갑에서 돈을 훔쳤다면 B는 A에게 민법 제391조의 이행보조자 책임을 지지 않는다. 왜냐하면 C의 행위는 자동차 수리라는 채무이행의 범위를 벗어난 행위이기 때문이다. 단, B가 C의 행위에 대하여 A에게 사용자책임을 지는지 여부는 별론으로 한다.

#### 나. 사용자책임

피용자가 제3자에게 가한 손해에 대해 사용자가 책임을 지기 위해서는 다음 요건들을 충족해야 한다.<sup>38)</sup>

첫째, 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 해야 한다. 이는 법률적·계속적인 것뿐 아니라 사실적·일시적 사무도 해당한다. 여기서 사용한다는 말은 선임·감독의 관계에 있다는 말을 의미한다. 앞의 예에서, 자동차 수리업자 B는 종업원 C에 대하여 선임·감독의 관계에 있었고 C를 자동차 수리에 종사하게 하였으므로 사용자 책임을 지게 된다. 이러한 선임·감독의 관계는 반드시 고용과 같이 법률관계를 요구하지는 않는다. 일반적으로 도급인은 수급인에 대하여 사용자책임을 지지 않지만 건설현장의 공사 감독을 맡아 공사의 운영과 시행을 구체적으로 계획하고 지시한 경우라면 도급 관계에서도 사용자책임을 부담할 수 있다.<sup>39)</sup>

35) 최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 88쪽 참조.

36) 지원림, 앞의 책, 1060쪽.

37) 지원림, 앞의 책, 1060쪽.

38) 김준호, 앞의 책, 1502~1505쪽.

39) 대법원 1988. 6. 14. 선고 88다카102 판결: “도급인이 수급인의 일의 진행 및 방법에 관하여 구체적인 지휘감독권을 보유한 경우에는 도급인과 수급인의 관계는 실질적



둘째, 피용자가 “사무집행에 관하여” 제3자에게 손해를 가해야 한다.<sup>40)</sup> “사무집행에 관하여”란 말은 사무집행과 관련성이 있다는 말로서, 앞의 예에서 만약 자동차 수리공 C가 수리 완료 후 개인적인 용도로 자동차를 사용하다가 자동차를 손상했다면 사무집행에 관한 것이 아니므로 B는 사용자책임을 부담하지 않는다. 제3자란 사용자와 피용자를 제외한 다른 사람을 말하는 것으로, 앞의 예의 A는 제3자가 된다.

셋째, 피용자의 불법행위가 있어야 한다. 피용자의 과실이 없는 경우에도 사용자에게 책임을 지우는 것은 타당하지 않으므로 피용자의 불법행위가 있어야 한다. 판례는 초등학교 1학년 학생이 불법행위를 했을 경우 그를 대리감독하는 담임교사의 사용자 또는 사용자에 갈음하는 자(지방자치단체)의 사용자 책임에 대하여 대리감독자인 담임교사의 불법행위 요건이 충족되는 경우에만 지방자치단체의 사용자책임을 발생한다고 한 바 있다.<sup>41)</sup>

넷째, 사용자의 면책사유에 해당하지 않아야 한다. 민법 제756조 제1항 단서는 “사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때, 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있는 경우에는 그 책임을 면한다”고 하고 있다. 입증책임은 사용자에게 있으나, 아직까지 면책사유가 인정된 적이 없어, 사실상 무과실책임이라는 비판을 받고 있다.

## 2. 이행보조자 유형

### (1) 협의의 이행보조자와 이행대행자

학계에서는 이행보조자를 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하여, 그의 고의·과실에 대하여 채무자가 채무불이행책임을 지는 이행보조자가 누구인지

---

으로 사용자 및 피용자의 관계와 다를 바 없으므로 수급인이 고용한 제3자의 불법행위로 인한 손해에 대하여 도급인은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 면할 수 없다.”고 판시하였다.

40) 이성희, 앞의 논문, 298쪽.

41) 대법원 1981. 8. 11. 선고 81다298 판결.

를 논의한다.<sup>42)</sup> 주로 채무자의 간섭가능성 즉 채무자가 선임·지휘·감독 등을 할 수 있는지 여부에 따른 분류이다.<sup>43)</sup>

협의를 이행보조자란 채무자가 직접 이행을 하며 자신의 수족처럼 사용하는 자를 말한다. 예를 들어, 상법 제798조 제2항의 “사용인 또는 대리인”은 협의의 이행보조자에 해당할 것이다. 해상운송인이 개품운송계약을 이행하며 사용하는 선원은 협의의 이행보조자에 해당할 것이다.

이행대행자는 채무자를 갈음하여 채무의 전부나 일부를 이행하는 자를 말한다. 운송인을 대신하여 운송물을 보관하여 주는 터미널 운영자와 같은 독립계약자는 이행대행자에 해당할 것이다. 이행대행자는 다음과 같이 세 부류로 구분한다.<sup>44)</sup>

첫째, 이행대행자의 사용이 허용되지 않는 경우이다. 고용(민법 제657조), 위임(민법 제682조), 임치(민법 제701조) 등의 관계에서는 법에 의해서 타인에 의한 이행이 허용되지 않는다. 만약 이행대행자의 사용이 허용되지 않음에도 무리하게 이행대행자를 사용하면, 그 자체로 채무불이행이 될 것이다.

둘째, 채권자의 허가를 받아 이행대행자의 사용이 가능한 경우이다. 위에서 언급한 고용, 위임, 임치의 관계에서도 채권자가 허가를 하는 경우에는 이행대행자의 사용이 가능하다. 이 경우 채무자는 선임·감독에 있어서 과실이 있는 경우에만 책임을 진다.

셋째, 급부의 성질상 이행대행자의 사용이 허용되는 경우이다. 건설 하도급이나, 재운송계약 등이 이에 해당할 것이다.

민법 제391조의 이행보조자 책임이 적용되기 위해서 이행보조자가 협의의 이행보조자만인지 아니면 이행대행자도 포함하는지에 대해 학설의 대립이 있는데, 다수설은 민법 제391조가 성립하기 위해서는 채무자의 이행보조자에 대한 간섭가능성을 요구하고 있다.<sup>45)</sup> 이 견해에 따르면 이행대행자는 이행보조자에

42) 최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 88쪽 참조.

43) 신국미, 「이행대행자 법리에 관한 의문」, 『안암법학』 제23권, (홍문사, 2006), 159~160쪽.

44) 김준호, 앞의 책, 851쪽.

해당하지 않을 것이다. 그러나 간섭가능성을 따르지 않는 소수설에 의하면 협의의 이행보조자와 위 세 가지 이행대행자 유형 중에서 세 번째 유형의 이행대행자가 민법 제391조의 이행보조자가 될 수 있다. 채무자는 자유로이 이행보조자를 사용할 수 있어야 하는데 앞의 두 유형의 이행대행자는 그렇지 못하다는 점과 앞의 두 유형의 이행대행자는 이행보조자의 과실이 아닌 채무자의 과실을 전제로 책임을 진다는 점에서, 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임의 대상이 되는 이행대행자는 세 번째 유형이다.<sup>46)</sup>

앞서 이행보조자에 대한 채무자의 사용의사 요건에서 살펴보았듯이 우리나라 대법원은<sup>47)</sup> 이행보조자 여부를 판단하는 부분에 있어서 “반드시 채무자의 지시 또는 감독을 받는 관계에 있어야 하는 것은 아니므로 채무자에 대하여 종속적인가 또는 독립적인 지위에 있는가는 문제되지 않는다”고 하여 간섭가능성을 요건으로 하고 있지 않다. 따라서 판례는 이행보조자에 대한 채무자의 책임에 대해 협의의 이행보조자와 이행대행자를 구분하지 않고 있다.

## (2) 피용자와 수급인

민법 제391조가 적용되는 이행보조자가 협의의 이행보조자만을 의미하는지 또는 이행대행자도 포함하는지 또는 당초에 그러한 구분이 필요한지 여부에 대한 논의는 채권관계를 전제로 이행보조자의 행위에 대한 채무자의 채무불이행 책임에 관한 것이다. 그런데 이행보조자의 불법행위로 인한 채권자를 포함한 제3자의 손해에 대하여는 민법 제391조가 아닌 민법 제756조의 사용자 책임이 적용될 것이다. 사용자 책임은 채권의 영역이 아닌 불법행위 영역에서의 논의이다. 민법 제391조에 의한 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임은 이행보조자의 선임 및 감독에 대한 과실 여부를 묻지 않는 무과실책임이나, 민법 제756조의 사용자책임은 피용자의 선임·감독에 과실이 없으면 면책된다는

45) 김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 894쪽.

46) 김준호, 앞의 책, 852쪽.

47) 대법원 2013. 8. 23. 선고 2011다2142 판결; 대법원 2008. 2. 15. 선고 2005다 69458 판결; 김준호, 앞의 책, 850~851쪽.

점이 다르다.<sup>48)</sup>

운송인이 사용자책임을 부담하기 위해서는 그의 이행보조자가 피용자에 해당해야 한다. 피용자 여부를 확인하기 위해서는 다음의 점들을 고려해야 한다.

첫째, 사용관계가 있어야 한다. 사용관계의 판단 기준은 실질적으로 지휘·감독관계가 있느냐의 문제이다. 반드시 고용관계가 있을 필요는 없고 사실상 타인의 지휘·감독 아래 사업을 수행한다면 사용관계가 있다고 할 것이다.<sup>49)</sup> 예를 들어, 선박에서 화물을 하역하는 작업 중 하역회사 직원의 지휘·감독아래 하역회사 소유 기중기 조종사에게 수신호를 보내어 작업을 도와주던 노무자가 비록 하역회사의 고용인은 아니더라도, 대법원은 “계속적인 근무가 아니고 보수를 지급한 것도 아니며 법률상 사용관계가 있었는가의 여부에 불구하고 위와 같은 사실상의 사용관계만으로 동인을 피고 회사의 피용자라고 보아야 한다”고 하여 법률상 고용관계가 없더라도 사실상의 사용관계만 있으면 족하다고 판시하였다.<sup>50)</sup>

둘째, 지휘·감독은 실제 지휘·감독에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 지휘감독이 있었느냐를 판단한다.<sup>51)</sup> 예를 들어, 타인에게 자기 명의를 대여하여 사업을 수행하게 한 사건에서 비록 해당 사업은 타인의 사업이고 고용인들도 명의자의 고용인이 아니지만, 우리 대법원은 “사용자책임의 요건으로서의 사용관계가 있느냐 여부는 실제적으로 지휘·감독을 하였느냐의 여부에 관계없이 객관적·규범적으로 보아 사용자가 그 불법행위자를 지휘·감독해야 할 지위에 있었느냐의 여부를 기준으로 결정하여야 할 것이다”고 하여 객관적인 모습을 중요시 하였다.<sup>52)</sup>

위와 같은 점들을 고려할 때, 사용자관계가 성립한다고 우리 대법원에서 인정된 사례로는 ①위에서 예를 든 명의대여자와 명의차용인의 피용자와의 관계,

---

48) 김준호, 앞의 책, 849쪽.

49) 김덕중, 「사용자책임의 성립요건에 관한 고찰」, 『원광법학』 제26권 제3호, (원광대학교 법학연구소, 2010), 140쪽.

50) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다2245 판결.

51) 김덕중, 앞의 논문, 140쪽.

52) 대법원 2005. 2. 25. 선고 2003다36133 판결.

②부동산 중개 동업관계에 있는 자들이 “공동으로 처리하여야 할 업무의 집행을 위임받은 동업자 중 1인이 업무집행과정에서 불법행위로 타인에게 손해를 가한 경우,”<sup>53)</sup> ③ “형식상 도급 계약이 체결된 경우에도 수급인이 그 업무수행에 관하여 도급인의 지시·감독을 받는 경우,”<sup>54)</sup> ④파견사업주가 파견근로자를 고용하여 사용사업주와의 계약에 따라 파견근로자를 파견시킨 경우 파견사업주와 파견근로자와의 관계<sup>55)</sup> 등이 있다. 외견상으로는 사용자 관계가 아닌 것처럼 보이지만 실질에 있어서 또는 객관적 양태가 사용자 관계가 있다면 사용자 관계가 성립한다고 본 것이다. 이는 대체로 피용자는 충분한 자력이 없는 경우가 많으므로 피해자 구제를 위해 자력이 충분한 사용자에게 책임을 지우는 것이다.<sup>56)</sup>

민법 제756조의 사용자책임이 성립하기 위해서는 사용자의 피용자에 대한 지휘·감독이 필요하므로, 지휘·감독이 약한 독립적 계약자 또는 수급자에 대하여는 사용자책임이 발생하지 않을 것이다. 민법 제757조는 도급인이 수급인의 불법행위에 책임이 없다는 사실을 주의적으로 규정한 것에 불과하다.<sup>57)</sup> 예를 들어, 하역업자의 과실에 의하여 운송물에 손해가 발생한 경우, 하역업자는 운송인의 이행보조자에 해당하여 운송인은 민법 제391조에 의한 채무불이행책임을 질 것이다. 그러나 일반적으로 하역업자는 운송인의 피용자에 해당하지 않으므로 하역업자의 과실이 불법행위 요건을 갖추더라도, 운송인에게 도급 또는 지시에 있어서 중대한 과실이 없는 한, 운송인이 사용자책임을 지지는 않고 하역업자는 자신의 불법행위에 대하여 스스로 책임을 지게 될 것이다.

53) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2005다65562 판결.

54) 대법원 1982. 1. 26. 선고 81다544 판결.

55) “사용사업주와의 사이에는 고용관계가 존재하지 아니하는 반면, 파견사업주는 파견근로자의 근로계약상의 사용자로서 파견근로자에게 임금지급의무를 부담할 뿐만 아니라, 파견근로자가 사용사업자에게 근로를 제공함에 있어서 사용사업자가 행사하는 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 제외한 파견근로자에 대한 파견명령권과 징계권 등 근로계약에 기한 모든 권한을 행사할 수 있으므로 파견근로자를 일반적으로 지휘·감독해야 할 지위”에 있다고 하여 파견사업자에게 사용자책임을 인정(대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다24655 판결).

56) 한삼인·정두진, 「사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미」, 『법학연구』 제22권 제1호, (충남대학교 법학연구소, 2011), 183쪽.

57) 김덕중, 앞의 논문, 142쪽.

### (3) 소결

이행보조자의 고의·과실에 대하여 채무자에게 책임을 지우는 것은 채권자를 보호하기 위한 것이다. 또한 피용자의 불법행위에 대하여 사용자에게 책임을 지우는 것 역시 제3자인 피해자를 보호하기 위한 조치이다. 이와 같이 채권자 또는 피해자를 보호하기 위하여 법은 요건을 완화하여 가급적 많은 부류의 사람이 이행보조자 요건을 갖추도록 하고 있다. 이를 위하여 이행보조자를 판단하기 위한 요건으로, 판례는 사용의사만을 요구하고 있으며 사용의사도 폭넓게 인정하여 묵시적 사용의사 또는 사후적 승인도 인정한다. 사용자책임을 지우기 위한 피용자 요건도 마찬가지로이다. 지휘·감독의 요건을 넓게 해석하여 실질적인 지휘·감독이 아니더라도 객관적·규범적으로 지휘·감독의 모양을 갖추고 있으면 사용자로 인정을 하거나, 고용 등의 법률관계가 없더라도 사실상 지휘·감독의 관계가 있었다면 사용자로 판단하고 있다. 결국 채권자와 피해자 보호라는 목적을 위해 학설상의 구분의 의미가 약화되거나 퇴색되어 가고 있다고 보인다.

## 3. 기존 법리의 한계

### (1) 기존 법리의 한계

이행보조자에 대한 그동안의 논의는 대체로 채권자 보호 또는 피해자 보호에 관한 것이다. 채권자를 보호하기 위하여 채무자에게 계약당사자가 아닌 제3자인 이행보조자에 대하여 책임을 지울 수 있는 요건에 대한 논의 및 피해자 보호를 위해 자신의 과실이 아닌 제3자인 피용자의 과실에 대하여 책임을 지울 수 있는 요건에 대한 논의가 중심이다. 이행보조자 또는 피용자를 판단하기 위한 요건을 강화하면 그만큼 채권자 또는 피해자 보호는 약하여지는 것이고, 반대로 이행보조자 또는 피용자를 판단하기 위한 요건을 완화하면 그만큼 채권자

또는 피해자 보호가 강해지는 것이다.

채권자와 피해자를 보호하기 위하여 이행보조자의 개념 또는 사용자관계를 넓게 해석하는 경향이 있는 반면, 그 반대의 경우 즉 이행보조자나 피용자를 보호하는 측면에 대해서는 아직도 요건을 까다롭게 하는 경향이 확실하다. 예를 들어, 헤이그/비스비 규칙 제4조의2 또는 상법 제798조는 해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자로 협의의 이행보조자에 해당하는 “사용인 또는 대리인”<sup>58)</sup>만 가능하다고 하여, 이행대행자 또는 독립계약자는 해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에서 제외하고 있다.<sup>59)</sup> 채권자와 피해자 보호를 위해서는 기존 학설상의 요건이 점차 완화되고 있으나, 그 반대의 경우 즉 이행보조자를 보호하는 측면에서는 여전히 기존 학설상의 구분이 고수되고 있는 것을 볼 수 있다.

해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자로 협의의 이행보조자만을 인정하는 것은, 이들은 운송인의 지휘·감독의 강도가 강하기 때문에 운송인의 지휘·감독을 받아 행동하는 자들에게는 운송인의 항변과 책임제한을 인정하고 운송인의 지휘·감독의 강도가 약한 이행대행자 또는 독립계약자에게는 운송인의 항변과 책임제한을 허용하지 않으려는 이유라고 보인다. 또는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자를 넓게 이해하면 운송인의 채권자 즉 화주 이익의 보호가 약해진다는 점 때문이라고 보인다.

## (2) 해상구간 이행보조자 보호 규정 필요성

해상운송과 관련하여 과연 위와 같은 입장이 타당한지 살펴볼 필요가 있다. 당초 직접계약관계의 원칙을 강하게 인정하는 입장에서는 해상운송인의 이행보조자라고 하더라도 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하지 않는 입장이

58) “사용인 또는 대리인”이 독립계약자도 포함하는 개념으로 보는 견해도 있으나 우리나라 대법원은 “사용인 또는 대리인”은 운송인의 지휘·감독을 받는 협의의 이행보조자로 파악하고 있다. 이에 대해서는 뒤에 자세히 설명하기로 한다.

59) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2007다82530 판결.

었으나, 사회·경제적으로 약자에 속하는 이행보조자 또는 피용자를 보호하기 위한 목적 및 효율적인 운송서비스 제고라는 측면에서 헤이그/비스비 규칙의 히말라야 조항이 제정된 것이다. 그런데 헤이그/비스비 규칙은 단지 ‘사용인 또는 대리인’ 에게만 운송인의 항변과 책임제한을 허용하고 있는데, 이제 헤이그/비스비 규칙이 제정된지 50년 이상이 지난 시점에서 그러한 입법 원칙이 타당한지 여부, 즉 이행당사자인 독립계약자는 헤이그/비스비 규칙의 히말라야 조항을 향유할 수 없다는 입법 원칙이 여전히 유효한 논리인지 재검토가 필요하다. 다음과 같은 점들에서 해상운송인의 이행보조자 특히 항만 구간의 독립계약자도 과도한 책임으로부터 보호할 필요성이 있음을 살펴볼 수 있다.

#### 가. 이행보조자 사용의 예견

해상운송의 경우에는 상당 부분의 운송 업무가 계약당사자가 아닌 이행보조자 특히 독립계약자를 통해서 이루어지고 있고 이러한 사실은 계약 단계에서부터 참여자가 충분히 예견할 수 있는 실정이다. 따라서 이행보조자인 독립계약자를 보호하기 위한 약관이 이미 운송약관에 삽입되어 널리 사용되고 있는 것이다. 본인에 해당하는 해상운송인에게는 여러 가지 항변과 책임제한을 허용하면서 이행보조자(독립계약자)에게는 그러한 보호 장치를 허용하지 않는다면, 자칫 이행보조자에 불과한 자들이 본인보다 더 큰 책임에 노출될 것이다. 채권자와 피해자 보호측면에서 “사용의사”의 해석을 넓게 한다거나 “사용관계”를 폭넓게 해석하는 경향을 보여 온 것처럼, 이행보조자의 경우에도 그것이 운송계약에서 예견된 업무와 관련된 것이라면 협의의 이행보조자인지 또는 이행대행자인지를 묻지 않고 보호를 할 필요성이 있다. 특히 본인인 해상운송인에게 항변과 책임제한이 주어지는 경우에는 더욱 그렇다. 그렇지 않으면 이행보조자의 활동이 위축되거나 용역 단가 상승으로 결국 계약 당사자의 손해로 귀결될 것이기 때문이다.

#### 나. 해상운송환경의 변화

해상운송에서 운송인의 항변과 책임제한을 독립계약자에게도 허용해야 하는 이유는 운송환경의 변화에서도 찾을 수 있다. 헤이그/비스비 규칙 제정 당시에



는 대부분의 해상운송계약은 부정기선에 의한 운송이었고, 운송인의 책임은 화물이 선적항에서 선박의 난간을 지나는 순간부터 양하항에서 다시 선박의 난간을 지나는 순간까지인 본선인도조건이 보통이었다. 이 경우 운송인의 책임구간인 해상운송구간에서 운송인의 이행보조자인 선장과 선원은 협의의 이행보조자이고, 그 외 하역업자는 대부분 화주에 의해 선임되었기 때문에 운송인의 항변과 책임제한을 허용할만한 필요성이 없다고 판단한 것이다. 그러나 최근의 대부분의 개품운송은 컨테이너를 사용하여 운송되고, 이 경우 대부분의 운송계약은 선적지 터미널 구간과 양하항의 터미널 구간을 포함하는 내용으로 이루어져 있다. 즉 해상운송계약에서 운송인의 책임 구간이 선박에서 터미널까지로 확장되어온 것이다. 이에 맞추어 선적지와 양하지의 하역업자를 수배하거나 터미널과 보관계약을 체결하는 당사자는 화주에서 운송인으로 변경된 지 이미 오래된 상황이다.<sup>60)</sup> 이러한 상황에서 선적지와 양하지의 운송인의 이행보조자에게도 운송인의 항변과 책임제한을 허용하지 않는다면, 이행보조자가 본인인 운송인보다 더 큰 책임에 노출되게 된다는 모순이 발생한다.

#### 다. 항만 구간 위험의 성격

항만 구간의 운송인의 이행보조자를 보호할 필요성은 이들이 노출된 위험이 해상 구간의 위험과 크게 다르지 않다는 점에서도 찾을 수 있다. 해상운송인에게 여러 항변과 책임제한을 허용하는 이유는 해상운송에 따르는 위험의 강도와 빈도가 육상의 그것과는 크게 다르기 때문이다. 육상운송과 같이 면책이나 책임제한 없이 해상운송인에게 과실에 따른 책임을 부과한다면, 결국 운임이 크게 증가할 것이고 이는 원활한 운송을 저해할 것이라는 경제적·사회적 판단에서이다. 그런데 항만의 경우도 각종 해일, 태풍에 노출되어 있을 뿐만 아니라, 선박이 항만시설에 충돌하는 경우도 다반사이고, 물에 떠 있는 선박에서 화물을 적·양하하는 과정에서 발생하는 사고 등이 육상 운송 구간의 위험의 정도 및 빈도와 다르다는 점에서 항만 구간의 이행보조자를 보호할 필요성이 있다고

60) Craig Neame, "UK: What Impact will the Rotterdam Rules have on Ship Owners?", <<http://www.mondaq.com/uk/x/107610/Marine+Shipping/What+Impact+will+the+Rotterdam+Rules+have+on+Ship+Owners>>, 9th Jan 2020, p.6.

본다.

### (3) 소결

결론적으로, 그동안 이행보조자에 대한 논의는 대부분 채권자 또는 피해자의 이익 보호에 관한 논의였다. 이를 위하여 이행보조자 또는 피용자 여부를 판단하는 기준을 점차 낮춰가고 있는 실정이다. 반면 우리 법에서는 이행보조자의 이익을 보호하는 부분에 대한 논의는 소홀한 편이다. 그러나, 후술하듯이 하도급법에서 하도급 수급자에게 발주자에게 하도급 대금을 직접 청구할 수 있는 길을 열어 준 것처럼, 사회·경제적인 필요에 따라 이행보조자 특히 이행대행자(독립계약자)의 이익 보호도 적극 검토할 필요가 있다. 특히, 해상운송의 경우에는 운송 환경이 크게 변화함에 따라, 개품운송에 있어서 해상운송인의 책임 구간은 이미 항만구역에 포함하는 것으로 인식이 굳어져 있고 심지어 내륙 구간까지 해상운송인의 책임 구간이 확대되고 있는 상황에서 해상운송인의 이행보조자 특히 독립계약자에게 해상운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요성이 있는지 검토해 보았다. 생각건대, 채무자의 이행보조자에 대한 책임에서 판례는 협의의 이행보조자와 이행대행자를 구분하지 않고 단순히 채무자의 사용의사만으로 이행보조자 여부를 판단하는 것처럼, 이행보조자에게 해상운송인의 항변과 책임제한을 허용하는 부분에서도 협의의 이행보조자(사용인 또는 대리인)과 이행대행자(독립계약자)의 구분은 불요하다고 보인다.

## 제2절 현행법상 이행보조자 보호의 문제점

상법상 해상운송인의 이행보조자에 대하여 사용되는 표현으로는, 선장, 선원, 선박사용인, 사용인, 대리인, 실제운송인 등이 있다. 이는 다시 운송인의 지휘·감독의 정도가 큰 협의의 이행보조자에 속하는 부류와 운송인의 지휘·감독의 정도가 약한 이행대행자 또는 독립계약자에 속하는 부류로 구분할 수 있다. 선

장, 선원, 해원, 사용인, 대리인 등은 전자에 속하는 이행보조자일 것이고, 실제 운송인은 업무 형태상 후자에 속할 가능성이 크다. 운송인의 이행보조자 중 많은 부분을 차지하는 독립계약자에 대한 규정은 아예 없는 실정이다. 아래에서는 운송인의 이행보조자를 실제운송인, 사용인과 대리인, 선박사용인의 순서로 관련 법 조항과 판례의 내용을 검토해 보고, 이들이 협의의 이행보조자인지 또는 이행대행자인지, 이러한 규정을 둔 취지가 무엇인지를 파악해 봄으로써 현행법의 문제점을 인식하고자 한다.

## 1. 실제운송인

### (1) 개념

상법이 선박소유자중심주의에서 운송인중심주의를 택하면서, 운송인의 개념에서 운송의 실행이 분리되게 되었다. 따라서 운송계약의 당사자는 아니면서 운송을 실제로 수행하는 자를 실제운송인이라 칭하게 된 것이다.<sup>61)</sup> 상법은 제 798조 제4항에서 실제운송인에 대한 규정을 두어, 실제운송인이나 그 사용인 또는 대리인에게 운송물에 관한 손해배상청구가 제기되는 경우에, 계약상 청구 또는 비계약적 청구를 물론하고 실제운송인도 운송인의 항변 및 책임제한을 원용할 수 있도록 하고 있다. 해상편은 실제운송인의 정의규정을 두고 있지 않은데, 항공운송편 제900조는 실제운송인을 “운송계약을 체결한 운송인(이하 ” 계약운송인 “이라 칭한다)의 위임을 받아 운송의 전부 또는 일부를 수행한 운송인” 이라고 정의하고 있다. 즉, 실제운송인이란 ‘운송인의 이행보조자로서 화주와 직접적인 계약관계 없이 실제로 운송을 수행하는 자’ 를 말하며,<sup>62)</sup> 운송인과의 관계에서는 대부분의 경우에 독자적으로 업무를 수행하는 독립계약자에 해당한다.<sup>63)</sup>

61) 김찬영, 「상법상 실제운송인의 손해배상책임에 관한 비판적 고찰과 입법론」, 『무역상무연구』 제36권, (한국무역상무학회, 2016), 329쪽.

62) 최종현, 「개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위」, 『한국해법학회지』 제30권 제1호, (한국해법학회, 2008), 74쪽.

화주와 직접 계약관계가 없는 실제운송인의 책임여부를 다투기 위해서는 민법상 불법행위법리에 따라야 할 것이고 실제운송인은 운송인과 부진정연대채무를 지게 될 것이다.<sup>64)</sup> 예를 들어, 선박이나 선복(slot or space)의 용선자 또는 운송주선인이 자기 명의로 화주와 운송계약을 체결하는 경우 선주는 재운송계약의 상대방 즉 화주에 대하여 실제운송인의 지위에 있게 되어 계약운송인 즉 용선자 또는 운송주선인이 운송계약상 누리는 상법상 항변과 책임제한을 향유할 수 있게 된다.<sup>65)</sup> 만약 계약운송인이 운송주선인이라면 실제운송인은 화주에 대하여 채무불이행책임은 부담하지 않으나 불법행위책임은 질 수 있고,<sup>66)</sup> 계약운송인이 용선자라면 실제운송인(선박소유자)은 화주에 대하여 채무불이행책임은 부담하지 않으나 불법행위책임 또는 상법 제809조에 따른 법정책임을 지게 되는 것이다.<sup>67)</sup>

## (2) 문제점

누가 실제운송인이 될 수 있는지에 대해 몇 가지 논란이 있다.

우선 A선주가 B에게 선박을 정기용선하여 주고, B는 다시 C와 선복임차계약을 체결하고, C는 다시 무선박운송인 D와 재운송계약을 체결하고, D는 또다른 무선박운송인 E와 채용선계약하고, 무선박운송인 E는 화주로부터 운송계약을 인수한 경우에, E는 계약운송인이 될 것이고, A, B, C, D 중 누가 실제운송인이 될 것인지에 대한 논의가 있다. 첫째, 실제 운송을 지배·관리하는 자가 실제운송인이라는 견해인데, 이 견해에서는 A만이 실제운송인이 될 수 있다. 중간인 B, C는 실제운송인이 될 수 없다. 둘째, 운송 참여자로서 운송 업무를 경영하고 관리하는 자도 실제운송인이 될 수 있다고 하는 주장이다. 이 주장에서는, 무선박운송인 D를 제외하고, 선박소유자 A, 정기용선자 B, 선복임차인 C 등이 모두

63) 최성수, 「복합운송계약상의 운송인의 책임제도에 관한 입법론적 연구」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, (한국해양대학교, 2014), 141~142쪽.

64) 최종현, 『해상법상론』 제2판, (박영사, 2014), 279쪽.

65) 정찬형, 『상법강의(하)』 제16판, (박영사, 2014), 860쪽 참조.

66) 김찬영, 앞의 논문, 333쪽.

67) 최종현, 앞의 논문, 74쪽.

실제운송인이 된다. 셋째, 실제로 운송 업무를 이행하지는 않아도 단지 운송을 인수하기만 해도 실제운송인이 된다는 견해이다. 이 견해에서는 A, B, C, D 모두가 실제운송인이 된다.<sup>68)</sup>

우리 대법원은 정기용선자로부터 선복을 용선받은 채용선자가 송하인과 운송계약을 체결한 사안에서 비록 정기용선자는 운송계약상의 책임은 지지 않지만 불법행위에 대하여 책임을 지는 실제운송인임을 인정한 바 있다.<sup>69)</sup> 이 사건에서 원고인 적하보험사는 정기용선자에게 운송계약상 손해배상 책임과 불법행위에 기한 손해배상 책임을 청구하였는데, 대법원은 정기용선자는 화주와 직접 운송계약을 체결한 바도 없고 선하증권에 운송인으로 표시되어 있지 않다는 사실을 들어 운송계약상 책임을 부인하였다. 또 불법행위에 기한 손해배상청구에 대하여는 실제운송인인 정기용선자에게 구상법 제789조의3 제4항에 의거하여 “운송인의 책임에 관한 규정”이 적용되나 이에 입증책임의 분배에 관한 구상법 제788조 제1항은 포함되지 않아 불법행위법에 따라 원고가 피고인 정기용선자의 과실을 입증해야 한다고 판시하였다. 대법원 판례에 따르면, 우리 법원은 실제 운송을 지배·관리하는 자를 실제운송인으로 보기보다는, 운송 참여자로서 운송 업무를 경영·관리하는 자나 단지 운송을 인수하는 자를 실제운송인으로 본 것으로 판단된다. 한편, 실제운송인의 책임을 논하기 위해서는 실제운송인이 화물 운송과 관련하여 실제로 행한 일을 가지고 판단해야 할 것이기에 단지 운송을 인수하였다고 실제운송인으로 판단하기에는 무리가 있다는 주장도 있다.<sup>70)</sup> 그러나 청구권자 입장에서는 채권확보를 위하여 가급적 많은 당사자 또는 자산이 많은 자를 피고로 하여 청구하기를 원할 것이기 때문에, 중간 단계의 용선자 또는 재운송인에게 사용자책임을 묻거나 또는 중간단계 계약자로서의 불법행위를 찾아 책임을 추궁할 수 있기에 이들도 실제운송인으로서 의의가 있다고 본다.

68) 김선철·이길남, 「한국 해상법상 해상물건운송에서 실제운송인의 지위」, 『무역학회지』 제34권 제3호, (한국무역학회, 2009), 112~113쪽; 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 『상사판례연구』 제21권 제3호, (한국상사판례학회, 2008), 177~179쪽.

69) 대법원 2001. 7. 10. 선고 99다58327 판결.

70) 양석완, 앞의 논문, 180~181쪽.

또 다른 논의는 하역업자나 터미널 운영자와 같은 운송인의 독립계약자가 실제운송인이 될 수 있는지에 대한 것이다. 항공운송에서 계약운송인의 위임을 받아 운송의 전부 또는 일부를 수행한 운송인을 실제운송인이라 하였으므로(제900조), 하역업자나 터미널 운영자 또는 창고업자 등도 운송의 전부 또는 일부를 수행하기에 실제운송인으로 분류되어 운송인의 항변을 원용할 수 있도록 해야 한다는 주장이다.<sup>71)</sup> 이를 긍정하는 견해는 해상운송의 모든 단계에 계약운송인의 위탁이 이루어질 수 있으므로 하역업자 및 터미널 운영자와 같은 독립적 계약자도 실제운송인이 될 수 있다고 한다.<sup>72)</sup> 이를 부정하는 견해는 운송인의 면책 및 책임제한 조항은 해상운송인을 보호하기 위한 조항인데 해상운송에 부수적인 업무를 하는 하역업자, 터미널 운영자, 창고업자 등의 독립계약자를 실제운송인으로 인정하는 것은 해상운송인의 면책 및 책임제한 조항 등을 둔 취지에 반한다는 것이다.<sup>73)</sup>

### (3) 소결

실제운송인에 대한 명확한 정의 규정이 없어 실제운송인의 범위에 대한 다툼이 예상된다. 용선계약 또는 재운송계약의 중간 단계에 있는 용선자나 재운송인이 실제운송인에 해당하는지, 이들에게 불법행위에 기한 손해배상 청구가 제기되었을 때 이들도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있을지에 대해 모호함이 있다. 나아가, 하역업자 및 터미널 운영자와 같은 독립계약자가 실제운송인인지 여부를 다루는 우리나라 판례는 현재까지 없다. 생각건대, 상법이 해상운송인의 책임을 제798조 제1항에 의하여 실제운송인에게도 지우므로, 실제운송인의 법률 지위를 운송인의 범위로 한정하는 것이 타당하다.<sup>74)</sup> 결론적으로, 함부르크 규칙에서 실제운송인의 개념을 받아들였으나 명확한 정의가 없고 함

71) William Tetley, *Marine Cargo Claims* 3rd Ed., (Yvon Blais Inc. 1988), p.779.

72) 김선옥, 「해상물건운송계약에 있어서 제3자의 권리에 관한 고찰: 최근 영미판례를 중심으로」, 『무역학회지』 제29권 제6호, (한국무역학회, 2004), 226쪽; 양석완, 앞의 논문, 181쪽.

73) 양석완, 앞의 논문, 182쪽.

74) 부정중·금추, 「해상화물운송에서 실제운송인의 책임에 관한 연구」, 『한국해법학회지』 제27권 제2호, (한국해법학회, 2005), 345쪽.

부르크 규칙과 우리 상법의 차이로 인하여 실제운송인 관련 조항은 다툼의 개연성을 가지고 있다고 본다.

## 2. 사용인과 대리인

### (1) 개념

상법 제798조 제2항은 “운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용인 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다” 고 하여 운송인의 사용인과 대리인은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다고 하였다.<sup>75)</sup> 사용인과 대리인은 민법상 협의의 이행보조자에 해당하고, 독립계약자는 이행대행자 또는 수급인에 해당한다.

대법원 판례<sup>76)</sup>에 따르면 상법 제798조 제2항(구 상법 제789조의3 제2항)의 ‘사용인 또는 대리인’이란 “고용계약 또는 위임계약 등에 따라 운송인의 지휘·감독을 받아 그 업무를 수행하는 자를 말한다.” 이는 ‘사용자 또는 대리인’의 범주에 협의의 이행보조자만이 포함된다고 본 것으로, 이행대행자 또는 독립계약자는 포함하지 않는다고 판시한 것이다. 이 사건은 독립계약자인 창고업자가 운송인에게 허용되는 단기 제소기간을 주장할 수 있는지에 대한 판례인데, 창고업자는 운송인의 단기 제소기간 항변을 원용할 수 없다고 판시한 것이다. 대법원의 이러한 입장은 줄곧 유지되고 있다. 그 밖에, 항만에 화물집하소(CFS)를 두고 컨테이너 내부에 화물을 적재하는 자는 독립계약자로서 운송인의

75) 헤이그/비스비 규칙에서 도입되기 시작한 히말라야 조항을 1991년 상법 개정 시부터 수용한 것이다. 몇 차례 개정을 통하여 현재 우리 상법의 히말라야 조항(제798조 제2항)은 헤이그/비스비 규칙보다 함부르크 규칙에 더 가까운 외형을 가지고 있다(최세련, 「상법 제798조 제2항의 해석 및 적용에 대한 검토」, 『해상보험법연구』 제5권 제1호, (해상·보험법연구회, 2009), 71쪽).

76) 대법원 2004. 2. 13. 선고 2001다75318 판결.

면책을 원용할 수 없다고 판시한 바 있고,<sup>77)</sup> 선박에 컨테이너를 고정 및 고박하는 하역업자는 독립계약자로서 운송인에게 허용되는 단기 제소기간을 원용할 수 없다고 판시한 바 있다.<sup>78)</sup>

상법이 운송인의 사용인과 대리인에게 운송인의 항변과 책임제한 원용을 허용하는 이유는 이들이 운송인에 비해 과도한 책임을 지는 상황을 면하게 하고 또 청구인이 운송인의 항변과 책임제한을 우회하여 법 규정의 취지를 무효화하는 것을 방지하기 위함이다.<sup>79)</sup> 비록, 판례는 독립계약자는 상법 제798조 제2항에 의거하여 운송인의 항변을 원용할 수 없다고 하였지만, 운송약관으로 독립계약자가 운송인의 항변을 원용할 수 있다고 하는 것은 효력을 인정받는다.<sup>80)</sup>

## (2) 문제점

그런데, 헤이그/비스비 규칙 제4조의2 제2항은 히말라야 조항으로서 운송인의 사용인과 대리인이 운송인의 항변을 원용할 수 있다고 하면서 ‘독립계약자를 적용대상에서 제외한다’는 단서를 붙인 반면, 함부르크 규칙 제7조 제2항은 이러한 기재를 삭제한 것에 대해, 함부르크 규칙은 독립계약자에게도 운송인의 항변을 허용하려는 의도라고 해석된다.<sup>81)</sup> 이와 같은 이유로, 함부르크 규칙 제7조 제2항과 문구가 같은 우리 상법 제798조 제2항의 해석에 대해 논란이 있는 것이다.

독립계약자 또는 독립적 계약자(independent contractor)는 우리 민법의 수급인에 해당한다.<sup>82)</sup> 수급인은 도급인의 피용자가 아니며 도급인에 대하여 독립적

77) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2007다82530 판결.

78) 대법원 2012.12.27. 선고 2011다103564 판결.

79) 정영석, 『해상법원론』, (텍스트북스, 2009), 243쪽.

80) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결.

81) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 471쪽; 지상규, 「항만운영자의 책임에 관한 연구」, 『법학연구』제45집, (한국법학회, 2012), 191쪽.

82) 고세일, 「수급인을 사용한 도급인의 불법행위책임-미국 불법행위법의 Independent Contractor의 법리를 중심으로-」, 『재산법연구』 제35권 제1호, (재산법연구학회, 2018), 35쪽.



으로 업무를 수행하고 도급인의 지휘·감독을 받지 않는다.<sup>83)</sup> 우리 민법은 수급인의 불법행위에 대한 도급인의 책임에 대한 조항(민법 제757조)은 두고 있으나 그 반대에 대해서는 규정이 없다. 즉 도급인에게 항변 및 책임제한이 주어졌을 때 수급인이 이를 원용할 수 있을지 여부에 대한 규정은 두고 있지 않는데, 이는 도급인의 지휘·감독을 받지 않고 독립적으로 업무를 수행하는 수급인에게 도급인의 항변과 책임제한을 원용하게 할 필요성이 없다고 판단한 것으로 보인다. 따라서 수급인이 도급인의 항변과 책임제한 등을 원용하기 위해서는 개개의 법 또는 계약에서 해결해야 할 것이다.<sup>84)</sup> 계약운송인의 이행보조자 중 업무 수행에 대하여 운송인의 지휘·감독의 정도가 강한 편인 직원이나 대리인을 제외한 나머지 이행보조자 즉 하역업자, 터미널운영업자, 창고업자 및 각 구간별 실제운송인은 대부분 운송인과 고용관계에 있지 않고 업무수행에 대해 운송인이 지휘·감독하지 않는 도급계약에 의해 운송 업무를 수행하는 독립적 계약자에 해당한다.<sup>85)</sup>

독립계약자에 대한 논의의 단초는 헤이그/비스비 규칙이 제공하였다. 당초 헤이그 규칙에는 히말라야 조항이 없었으나, 헤이그/비스비 규칙은 제4조의2 제2항으로 히말라야 조항을 신설하며 히말라야 조항을 원용할 수 있는 당사자로서 운송인의 사용자 또는 대리인을 지정하고 독립계약자는 해당하지 않는다는 점을 명시하였다. 그런데 그 뒤에 제정된 함부르크 규칙은 제7조 제2항으로 히말라야 조항을 도입하면서 히말라야 조항을 원용할 수 있는 운송인의 사용자 또는 대리인의 범위에서 독립계약자를 제외한다는 헤이그/비스비 규칙의 단서를 삭제하였다.

상법 역시 제798조 제2항에 헤이그/비스비 규칙과 함부르크 규칙의 히말라야 조항을 모델로 한 조항을 두면서 히말라야 조항을 원용할 수 있는 당사자를 운송인의 사용자 또는 대리인이라고 하는 한편 독립계약자가 제외된다는 내용은 넣지 않았다. 이에 대해 국내 상법에서 독립계약자가 제798조 제2항(구상법 제

83) Canty, op.cit., p.253.

84) 지상규·왕지유, 「독립계약자에 대한 히말라야 약관적용 문제 및 특별규정안의 제안」, 『법학연구』 제52호, (한국법학회, 2013), 377~378.

85) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 430쪽.

789조의3 제2항)을 원용할 수 있는지 여부에 대해 다툼이 있는데, 대법원은 독립계약자는 운송인의 사용인 또는 대리인에 해당하지 않아 제798조 제2항(구상법 제789조의3 제2항)을 원용할 수 없다고 판시하였다.<sup>86)</sup> 대법원에 따르면 “운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 ‘사용인 또는 대리인’이란 고용계약 또는 위임계약 등에 따라 운송인의 지휘·감독을 받아 그 업무를 수행하는 자를 말하고 그러한 지휘·감독과 관계없이 스스로의 판단에 따라 자기 고유의 사업을 영위하는 독립적인 계약자는 포함되지 아니하므로 그러한 독립적인 계약자는 위 법 제789조의2에 기한 운송인의 책임제한 항변을 원용할 수 없다.” 즉, 운송인의 사용인이 되기 위해서는 운송인이 계약자의 업무 방식을 구체적으로 지휘·감독하여야 하나, 당해 사건에서 운송인은 계약자의 업무 수행을 지휘·감독하지 않았고, 이러한 경우 해당 계약자는 운송인의 사용인으로 볼 수 없는 독립적 계약자에 해당하고 히말라야 조항을 원용할 수 없다고 하였다.

독립계약자 중 특히 문제가 되는 것은 하역업자 또는 터미널운영자와 같이 해상운송과 밀접하게 관련이 있는 자들이다. 해상운송구간의 독립계약자는 히말라야 조항을 원용할 수 있도록 해야 한다는 이유는 항만에서 이루어지는 운송물의 수령·선적·보관·인도 등이 해상운송의 연속선상에 있다는 점에서 찾아야 할 것이다. 이러한 취지는 상법도 확인하고 있는데, 제795조 제1항에서 “운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정하여 운송인이 운송뿐만 아니라 운송에 부수되는 물류활동에 대해서도 책임과 의무를 부담한다는 점을 시사하고 있다.<sup>87)</sup>

독립계약자에 대한 논의의 또 다른 이유로는 선하증권의 발행여부에 따른 독립계약자의 지위의 불안정함을 들 수 있다. 대부분의 선하증권에는 독립계약자

86) 대법원 2009.8.20. 선고 2007다82530 판결.

87) 이제현, 「해상운송인의 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 관한 연구」, 『해운물류연구』 제28권 제2호, (한국해운물류학회, 2012), 288쪽.

에게 국제협약이나 법상 운송인에게 허용되는 항변과 책임제한을 원용할 수 있게 하는 히말라야약관이 삽입되고 있고 그러한 약관의 효력은 우리 대법원에서도 인정받고 있다.<sup>88)</sup> 이러한 상황에서 만약 선하증권이 발행된다면, 독립계약자도 운송인의 항변과 책임제한을 향유할 수 있다는 입법이 없더라도, 선하증권의 히말라야약관을 활용하여 운송인에게 허용된 항변과 책임제한을 주장할 수 있을 것이다. 그러나 어떠한 이유로 선하증권이 발행되지 않는다면 독립계약자는 히말라야약관을 원용할 수 없게 되는 것이다. 이는 독립계약자가 통제할 수 없는 선하증권의 발행여부에 따라 독립계약자의 지위가 달라지기에 불합하다고 본다.<sup>89)</sup>

### (3) 소결

위와 같은 이유로 운송에 부수되는 물류활동에 종사하는 독립계약자도 해상 운송인에게 부여되는 항변 및 책임제한을 원용할 수 있어야 한다. 그렇지 않다면, 항만에서 발생한 사고로 인한 화물 손해에 대해서 소송이 해상운송인에게 제기되면 해상운송인은 책임제한과 면책 등 항변사유를 주장할 수 있는 반면, 같은 화물 손해에 대하여 하역업자와 같은 독립계약자에게 소송을 제기하면 하역업자는 책임제한이나 면책을 주장하지 못하는 모순이 발생할 것이다. 또 독립계약자는 자신이 통제할 수 없는 선하증권의 발행여부에 따라 운송인의 항변과 책임제한의 원용 여부가 달라진다는 불안정한 상황에 놓이는 불합리한 결과가 될 것이다.

독립계약자에 대한 위와 같은 해석상의 논란은 독립계약자라는 개념이 우리나라 법체계에는 없고 영미법에서 도입된 개념이기 때문이라고 여겨진다.<sup>90)</sup> 비록 우리나라 판례는 일관되게 독립계약자가 히말라야 조항인 상법 제798조 제2항을 원용할 수 없다고 판시하고 있지만, 헤이그/비스비 규칙을 수정하여 제정

88) 대법원 2016.9.26. 선고 2016다213237 판결.

89) 김찬영, 「해상물건운송계약에 있어 이해관계의 합리적 조정에 관한 연구 - 당사자 및 기타 이해관계인을 중심으로-」, 『고려대학교 박사학위논문』, (고려대학교, 2014), 134~135쪽.

90) 최세련, 앞의 논문, 64쪽.

한 함부르크 규칙의 내용과, 함부르크 규칙과 유사한 상법 조항 등을 고려할 때, 대법원의 해석과 다른 해석도 가능하다고 본다. 따라서, 법률 개정 등을 통하여 독립계약자에 대한 가이드를 제시하여 법적 안정성을 도모할 필요가 있다.<sup>91)</sup>

### 3. 선박사용인

#### (1) 개념

상법은 운송인의 이행보조자들의 운송물 취급에 관한 과실에 대하여 운송인이 직접 책임을 지도록 하는 한편, 이행보조자들의 선박 운항 및 관리상의 과실에 대하여는 운송인을 면책시키고 있다. 즉, 상법 제794조 및 제795조는 운송인이 자기 자신뿐만 아니라 선원이나 그 밖의 선박사용인을 이용하여 선박의 감항능력 주의의무를 이행하도록 하고 있고 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양륙과 인도 등에 관한 운송물에 관한 주의의무를 이행할 수 있도록 하고 있는데, 운송인 자신이나, 선원, 또는 그 밖의 선박사용인의 위에 언급한 운송물의 취급에 관한 과실에 대하여 운송인이 책임을 지도록 하는 한편(제794조, 제795조 제1항),<sup>92)</sup> 선장·해원·도선사 그 밖의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해에 대해서는 운

91) 한편 선하증권 약관에 ‘독립계약자도 히말라야 조항의 효력을 원용할 수 있다’는 취지의 약관을 삽입하는 경우 이러한 약관의 효력은 우리나라 대법원으로부터 인정받고 있다. 하위계약자 등이 운송인의 책임제한 등 항변을 원용할 수 있다는 취지의 이른바 ‘히말라야 약관(Himalaya Clause)’이 선하증권 이면에 기재되어 있고 약관에서 하위 계약자에 포함된다고 정한 자가 ‘누구든지 운송의 이행을 보조하는 사람’인 경우, 대법원은 “운송인과 직접적인 계약관계 없이 운송인의 선하증권에 따른 업무범위 및 책임영역에 해당하는 작업의 일부를 대행한 하역업자”가 히말라야 약관의 효력을 누릴 수 있다고 하여 운송약관에 의해서 독립계약자가 운송인의 항변 및 책임제한을 원용할 수 있는지 여부가 달라짐을 시사한 바 있다. 그런데 이 사건에서 대법원은 운송약관의 하나인 히말라야 약관의 해석에 대하여 판결을 한 것이지 상법 히말라야 조항에 독립계약자가 포함되는지 여부를 판단한 것은 아니다(대법원 2016.9.26. 선고 2016다 213237 판결).

92) 권기훈, 앞의 논문, 89쪽.

송인을 면책시키고 있다(제795조 제2항).<sup>93)</sup> 그런데 해원이란 “선박안에서 근무하는 선장이 아닌 선원”을 의미하므로<sup>94)</sup> 제795조 제2항은 선원, 도선사, 그 밖의 선박사용인이라 읽혀도 무방할 것이다.

그런데 위 규정들에서 선박사용인은 정의 조항이 없어 그 의미가 불분명하다. 영어 servant는 통상 우리말의 사용인으로 해석하고 상법 제798조 제2항의 “사용인 또는 대리인”의 해석에 대하여 대법원은<sup>95)</sup> “고용계약 또는 위임계약 등에 따라 운송인의 지휘·감독을 받아 그 업무를 수행하는 자를 말하고 그러한 지휘·감독과 관계없이 스스로의 판단에 따라 자기 고유의 사업을 영위하는 독립적인 계약자는 포함되지 아니하므로”라고 판단하여 사용인이 운송인의 협의의 이행보조자에 해당하는 점, 상법 제777조 제1항 2호 및 제781조가 선박사용인이 고용계약에 의하여 사용되는 자라는 점을 표시하는 점을 볼 때, 선박사용인은 선원 외의 자로서 운송인과 고용 또는 위임계약을 체결하고 선박에서 운송인의 이행을 보조하는 자라고 여겨진다.

## (2) 문제점

선박사용인에 관한 위의 정의에 따르면, 선박사용인은 선박소유자에 의하여 임시로 고용된 선상 근로자를 의미하는 것이며, 선박수리기사, 검사원 등 여러 목적으로 승선하여 노무를 제공하는 자가 선박사용인이 될 수 있으며, 이들은 선주의 지휘·감독을 받는 관계일 수도 있고 독립계약자가 될 수도 있다. 대부분은 독립계약자가 많을 것이다.<sup>96)</sup> 그러나, 이러한 해석을 따르면, 감항능력 주의의무가 “운송인 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인”에게만 부여된다면 그 밖의 독립계약자인 선박수리업자, 검사업자, 선용품공급업자의 과실에 대

93) 본 조의 “선장·해원·도선사 그 밖의 선박사용인”은 헤이그/비스비 규칙 제4조 제2항 (a)의 “the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship”에서 차용한 것으로 보인다.

94) 『해원』, 『해난심판 용어순화집』, (해양수산부 중앙해난심판원, 1998), 86쪽.

95) 대법원 2009.8.20. 선고 2007다82530 판결.

96) 최종현, 앞의 책, 113~115쪽; 선박사용인은 독립계약자는 포함하지 않는다는 견해도 있다(권기훈, 『해상운송에 있어서 독립적 계약자의 지위』, 『한양법학』 제21권 제4집, (한양법학회, 2010), 130쪽).

해서는 운송인이 면책될 수 있다고 해석되는 상황이 발생한다.

이에 대한 반론으로 육상운송규정인 상법 제135조는 “운송인은 자기 또는 운송주선인이나 사용인, 그 밖에 운송을 위하여 사용한 자” 라는 표현을 사용하고 있는데, 상법 제795조 제1항의 “운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인” 의 ‘그 밖의 선박사용인’ 은 ‘그 밖의 운송을 위하여 사용한 자’ 의 의미로서 운송인의 이행보조자의 예시에 불과하다는 것이다.<sup>97)</sup> 이러한 해석을 따른다면, 독립계약자인 선박사용인의 고의·과실에 대해서도 운송인에게 책임을 물을 수 있다는 점에서 장점이 있다. 그러나 표현상 “사용인 또는 대리인” 보다 더 특정한 문구인 “선박사용인” 을 “사용인 또는 대리인” 보다 넓게 해석해야 한다는 모순이 생긴다는 단점이 있다.<sup>98)</sup> 또 채무자는 자기 자신의 고의·과실뿐만 아니라 이행보조자의 고의·과실에 대해서도 책임을 지게 하는 것이 민법상 이행보조자 책임 원칙인데, 항해과실 면책은 오히려 운송인 자신뿐만 아니라 이행보조자의 과실에 대해서도 운송인을 면책시키는 것으로 단순히 이행보조자 책임 원칙으로는 설명하기 어렵다.<sup>99)</sup>

선박사용인에 대하여 위의 어느 해석에 따르더라도 모순이 발생함을 볼 수 있다. 이에 대해서는 입법으로 해결하는 것이 타당하다고 보며, 구체적인 입법론에 대해서는 후술하기로 한다.

#### 4. 소결

현행 상법은 이행보조자를 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하여 협의의 이행보조자에게는 해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하고

97) 감항능력담보를 위하여 운송인이 “선장 기타의 이행보조자”를 통해서 이행할 수 있다고 하고 있다는 주장을 통해 그 밖의 선박사용인을 이행보조자와 동일시하고 있다 (이균성, 「해상운송인의 감항능력주의의무」, 『한국해법학회지』 제2권 제1호, (한국해법학회, 1980), 55쪽).

98) 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 『상사법연구』 제33권 제2호, (한국상사법학회, 2014), 237쪽.

99) 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 233쪽.

(제798조) 이행대행자에 해당하는 독립계약자에게는 그러한 항변과 책임제한의 원용을 허용하고 있지 않는다. 그러나 독립계약자에 속하는 실제운송인에게는 운송인의 항변과 책임제한을 허용하고 있는데, 항만구역의 하역업자 또는 터미널 운영자와 같은 독립계약자가 실제운송인에 속하는지에 대한 다툼이 있다. 또 선박사용인이라는 표현은, 활용되는 양상으로 볼 때 독립계약자를 포함하는 개념이어야 하지만 법문의 표현으로는 독립계약자를 표현하지 않는 것으로 해석되어 논리상 모순이 있다.

상법이 운송인의 이행보조자 보호와 관련하여 여전히 협의의 이행보조자와 이행대행자 구분을 적용하는 듯한 법 규정을 둠으로써, 우리 법원은 운송인의 항변과 책임제한을 이행대행자인 독립계약자는 원용할 수 없다는 결론에 이르게 되었다. 이에 운송인의 독립계약자 중 일부인 실제운송인을 보호하고자 실제운송인에게는 운송인의 항변과 책임제한을 허용하고, 독립계약자를 포함하는 선상 근로자들을 보호하고자 선박사용인이라는 용어를 사용하고 있는 실정이라고 본다.

이후 살펴보듯이, 해상운송인의 이행보조자는 협의의 이행보조자인지 이행대행자인지로 구분할 것이 아니라, 어느 구간의 이행보조자인지로 보호 여부를 판단하여야 할 것이다. 우리 법의 이러한 모호함은 입법으로 해결해야 한다고 보며, 실제운송인 및 선박사용인과 같은 용어는 정확한 표현으로 다듬어야 할 것이다.

### 제3절 이행보조자 보호를 위한 법리와 판례

#### 1. 보호약관의 효력에 대한 법리와 판례

이행보조자에 대한 논의는 대부분 이행보조자의 고의나 과실에 대한 채무자의 책임을 중심으로 진행되어 왔고, 이행보조자의 권리 또는 보호 필요성에 대

한 논의는 부족한 편이다. 민법의 이행보조자 규정(제391조)이나 사용자 책임 규정(제756조) 등은 채권자 또는 피해자를 보호하기 위한 규정이다. 협의의 이행보조자 및 이행대행자에 대한 학설은 어떤 경우에 이행보조자의 고의·과실에 대하여 채무자가 책임을 부담하는가에 대한 논의에 그치고 있다.<sup>100)</sup> 그나마, 해상사건을 중심으로 하역업자 등 운송인의 이행보조자가 운송인의 책임제한이나 면책과 같은 항변을 원용할 수 있는지에 대한 논의가 있는 편이다.

계약의 당사자가 아닌 제3자의 보호에 대한 논의는 20세기 영미법 국가들에서 많이 있었다. 영국의 '직접계약관계의 법리(The Privity of Contract Doctrine)'에 따르면 계약 당사자만이 계약상의 책임과 권리의 주체가 된다.<sup>101)</sup> 따라서 운송계약의 직접 당사자가 아닌 하역업자나 정기용선된 선박의 선주는 운송계약상 면책약관이나 책임제한을 주장할 수 없다. 그런데 운송계약에 선주나 하역업자와 같은 제3자도 면책을 향유할 수 있다는 약관을 삽입하였을 때, 법원이 이러한 조항의 효력을 인정해야 하는지에 대한 논의가 생긴 것이다. 비록 대부분의 논의가 운송계약상 운송인에게 허용된 면책이나 책임제한을 운송계약의 당사자가 아닌 운송인의 이행보조자가 원용할 수 있는지에 대한 논의이나, 이러한 논의 자체가 운송인의 이행보조자를 보호할 법적·경제적·사회적 필요성을 인식하였다는 사실을 보여주는 것이며, 결국 헤이그/비스비 규칙의 히말라야 조항과 같은 국제협약 규정을 만들게 된 계기가 된 것이다.

아래에서는 운송계약의 운송인의 면책 또는 책임제한 조항을, 제3자인 운송인의 이행보조자가 원용할 수 있는지에 대한 영·미 판례를 중심으로 그 이론을 살펴보기로 한다. 영·미에서는 운송계약의 직접 당사자가 아닌 선주 또는 하역업자와 같은 제3자를 보호하기 위한 약관의 효력에 대하여, '대위면책 원칙(doctrine of vicarious immunity),'<sup>102)</sup> '위임에 의한 임치(bailment on

100) 최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 88쪽 참조.

101) 주지홍, 「영미법상 직접계약관계의(privy)원칙의 예외 확대적용에 관한 비교법적 검토」, 『법학연구』 제51권 제3호, (부산대학교 법학연구소, 2010), 55쪽.

102) 영국법에서 대위면책이란 계약당사자를 위하여 계약을 이행하는 자는 계약에 포함된 면책약관의 이익을 향유할 수 있다는 것이다(Richard Stone, *The Modern Law of Contract* 6th Ed. (Cavendish Publishing Limited, 2005), p.150).



terms),’ ‘대리인 이론(Agency Theory)’ 등의 원칙 또는 이론으로 해결을 시도하였다. 이러한 논의는 결국 1999년 ‘영국(제3자의 권리)계약법(the Contract (Rights of Third Parties) Act 1999)’ 에서 제3자도 계약 약관을 향유할 수 있는 원칙을 정함으로써 상당부분 정리가 되었다.<sup>103)</sup>

#### (1) 대위면책(Vicarious Immunity)

대위면책(vicarious immunity)이란 이행보조자가 계약을 이행하는 도중 책임이 발생하면 독자적인 불법행위책임을 지는 것이 아니라 사용자나 본인에게 허용되는 보호의 범위 안에서 책임을 진다는 원칙이다.<sup>104)</sup>

*Elder Dempster*<sup>105)</sup> 사건에서는 나무통에 든 야자유가 선적되었는데, 야자유통 위에 야자씨가 든 자루들이 선적되어 있었고, 야자씨 자루의 무게로 인해 야자유 통이 깨어져 대부분의 야자유가 손실되었다. 선하증권에는 용선자인 운송인과 선주가 화물의 적재 불량으로 인한 화물 손해에 대해 면책된다는 약관이 삽입되어 있었다. 선장이 선하증권에 서명을 하였다. 영국 귀족원(House of Lords)은 운송계약의 직접 당사자가 아닌 선주도 면책약관을 원용할 수 있다고 하였는데 다음과 같은 논리로 설명되었다. 첫째, 선하증권의 해당 면책약관에 대하여 용선자는 선주의 대리인으로 볼 수 있다. 둘째, 용선자는 자신을 면책시키는 조건이 있는 임치계약을 맺었는데, 이 면책약관이 선주와의 재임치계약에 삽입되었다. 셋째, 계약을 이행하는 대리인은 본인에게 허용되는 면책을 누릴 수 있는 권리를 갖는다.<sup>106)</sup> 여기서 세 번째 논리를 대위책임(vicarious immunity)<sup>107)</sup>이라고 하는 것이다.

---

103) Robert Merkin, *Privity of Contract*, (Informa Law from Routledge, 2013), p.68.

104) 허재창·서두호, 「해상운송인의 이행보조자의 책임」, 『산업경제』 제3권, (경상대학교 경영경제연구소, 1991), 3~4쪽.

105) *Elder Dempster & Co. v Paterson Zochonis* [1924] A.C.522

106) Jan Hallebeek, Harry Dondorp, *Contracts for a Third Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*, (Martinus NIJHOFF Publishers, 2008), p.122.

107) Robert Merkin, *op.cit.*, p.69.

비록 아래에서 보듯이 대위책임 원칙이 후속 판례에서 지지되지는 않았지만 아직 완전히 폐지된 판례가 아니며<sup>108)</sup> 이행보조자 보호에 관한 훌륭한 이론을 제시하였다.

## (2) 대리인 이론 (Agency Theory)

대위책임 원칙은 후속 판례들에 의해서 강력하게 지지되지 않았다. *Scruttons Ltd. v Midland Silicones Ltd.*<sup>109)</sup>판례에서 영국 법원은, 대위면책을 적용하기 보다는, 제3자가 계약상 권리를 주장하기 위한 요건으로 계약당사자가 제3자의 대리인 역할을 하였다고 판단되어야 한다고 하고, 다음 네 가지 조건을 충족해야 한다고 제시하였다.<sup>110)</sup>

첫째, 선하증권이 책임제한 조항에 의하여 하역업자가 보호된다는 것을 명확히 해야 한다.

둘째, 선하증권의 해당 조항이 하역업자에게 적용되게 하기 위하여 운송인이 하역업자의 대리인으로 계약을 체결한다는 점을 선하증권에 분명히 해야 한다.

셋째, 운송인이 하역업자의 위임을 받았거나 나중에 추인을 받아야 한다.

넷째, 약인(consideration)<sup>111)</sup>의 문제를 극복해야 한다.

이러한 원칙은 *New Zealand Shipping Co. v Satterthwaite & Co.*<sup>112)</sup> 판례에서

108) Guenter Treitel, F.M.B Reynolds, *Carver on Bills of Lading*, (Thomson Reuters, 2011), p.425.

109) *Scruttons Ltd. v Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446: 이 사건은 미국에서 영국으로 운송된 화학제품이 선적된 드럼(drum)에 관한 것이다. 선하증권은 미국해상법(US COGSA)을 준거법으로 하는 조항이 삽입되어 있었다. 양하지에서 하역업자의 과실로 드럼을 떨어뜨려 약 600달러의 손실을 초래했고, 하역업자는 자신들의 손해배상책임을 미국해상법에 따라서 500달러로 제한하고자 하였다. 화주는 운송인과 하역업자와의 관계를 알지 못 했다.

110) Richard Stone, *op.cit.*, p.151.

111) 영미법상의 개념으로서 계약 당사자 사이에 주고받는 반대급부를 의미한다. 영미법은 약인이 있어야 유효한 계약으로 판단한다.

112) *The Eurymedon* [1975] AC 154 : 드릴기계가 영국 리버풀에서 뉴질랜드 웰링톤

다시 확인되었는데, 추밀원(Privy Council)은 위의 네 가지 조건이 충족된 계약에서 화주와 하역업자 사이에 계약이 존재한다고 해석하였다. 결국 이러한 판정은 제3자를 계약의 당사자로 인정하는 것이기에, 영국의 ‘직접계약관계의 원칙(Privy of Contract Doctrine)’의 범위 내에서 제3자 보호를 시도한 것으로 보인다.<sup>113)</sup>

### (3) 위임에 의한 임치(계약조건에 의한 임치)(Bailment on Terms)

영국법에서 ‘위임에 의한 임치 원칙(doctrine of bailment on terms)’은 원계약에 일방 계약 당사자가 미리 합의된 조건 안에서 타인에게 자신의 채무를 위임할 수 있다고 약정한 경우, 그와 같이 채무의 이행을 위임받은 타인은 원계약상 권리를 주장할 수 있다는 원칙이다.

*The Pioneer Container KH Enterprise v. Pioneer Container*<sup>114)</sup> 사건에서, 화주인 원고는 운송인과 대만에서 홍콩으로 화물을 운송하는 계약을 체결하였고, 선하증권에는 “운송인은 화물의 취급, 적부, 또는 운송의 전부 또는 일부를 어떠한 조건으로든 하도급 계약할 수 있다”라는 문구가 기재되어 있었다. 운송주선인이었던 운송인은 피고인 선주에게 본 건 운송을 하도급 주었고, 피고가 원 운송인에게 발행한 선하증권은 준거법을 중국법으로 하고 법정지를 대만으로 하는 문구가 기재되어 있었다. 충돌사고로 선박이 침몰되자, 원고는 홍콩에서 선주를 상대로 소를 제기하였고, 선주는 원고가 대만을 법정지로 하는데 동의하였다고 주장하며 홍콩 소송의 중단을 주장하였다. 이 사건에서 홍콩법원은 운송계약의 증거 역할을 하는 선하증권에 운송 업무의 위임을 포괄적으로 용인하는 문구가 있으며 배타적 법정지 조항이 비합리적인 조항도 아니기에 하도급 운송의 법정지 조항의 효력을 인정하였다.

---

으로 운송된 사건이다. 독립계약자인 하역업자의 과실에 의해서 화물이 손상되었으나 1년이 지난 후에 하역업자를 상대로 소송이 제기된 사례이다. 선하증권에는 독립계약자를 포함한 운송인의 사용자 또는 대리인은 1년 안에 소송이 제기되지 않으면 책임을 지지 않는다는 취지의 문구가 기재되어 있었다.

113) Richard Stone, *op.cit.*, p.151.

114) [1994] 2 AC 324

#### (4) 제3자를 위한 계약 입법

위와 같은 영국법상 논의는 1999년에 ‘영국(제3자의 권리)계약법(the Contract (Rights of Third Parties) Act 1999)’ 이 제정되면서 일단락 된 것으로 보인다. 이행보조자를 보호하기 위한 대표적인 방법이 운송약관에 이행보조자가 운송인의 항변을 원용할 수 있다는 내용의 약관을 삽입하는 것이다. ‘영국(제3자의 권리)계약법(the Contract (Rights of Third Parties) Act 1999)’ 에 따르면, 이러한 약관의 효력이 인정받기 위해서는, 이행보조자가 이러한 약관을 원용할 수 있다는 명확한 조항을 두거나, 이행보조자가 원용하고자 하는 조항이 이행보조자에게 혜택을 부여하고자 목적해야 하며, 이행보조자가 그러한 조항을 원용하도록 하려는 당사자의 의도가 없었다고 해석되어서는 안된다.<sup>115)</sup>

미국 대법원은, 명시적인 입법이나 계약조항이 없는 한, 단지 운송인의 이행보조자라는 이유로 운송인의 책임제한을 원용할 수 없다는 점을 분명히 했으나 (*Herd & Co. v Krawill Machinery Corp.*<sup>116)</sup>, 한편 명시적으로 제3자(이행보조자)에게 운송인의 면책을 연장한다는 합의의 유효성을 인정하고 있다. 위 판례에서 미국 대법원은 제3자의 권리를 인정하기 위한 요건으로 다음의 네 가지를 제시하고 있다.<sup>117)</sup>

첫째, 계약당사자와 그 계약상에 규정된 이익을 주장하고자 하는 당사자 간에는 계약적인 관계가 존재하여야 하고, 또한 히말라야약관<sup>118)</sup>에 의해

115) Section 1, Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, U.K.

116) 359 U.S. 297 (1959): 메릴랜드 볼티모어에서 스페인 발렌시아까지 운송을 위해 기계가 선적되던 중, 하역업자의 과실로 선적되던 기계가 부두로 추락하였다. 선하증권은 미국해상운송법(US COGSA) 준거법 조항을 두고 있었다. 하역업자는 선하증권상의 책임제한 조항을 원용할 수 있음을 주장하였다.

117) 김선옥, 앞의 논문, 222~224쪽.

118) 아래는 히말라야 약관의 한 예이다.

If any claim is made by the Merchant against any Subcontractor, the subcontractor and the agents of each shall have the benefit of all rights, defenses, exemptions, limitations, conditions, immunities, liberties and statutory protections in this Bill of Lading benefiting the Carrier as if the provisions were expressly for the benefit of the Subcontractor to the fullest extent permitted by the law applicable to Himalaya Clauses.

서 부여된 이익을 주장하는 당사자는 계약의 일부를 이행하여야 하며, 독립계약자인 경우에는 그 계약을 이행하기 위하여 행한 업무의 범위 내에서 인정된다는 것이다.

둘째, 히말라야약관에는 누가 이 조항에 의해서 보호받게 되는지가 명확하게 표시되어 있어야 한다...히말라야약관에 특별하게 기명되어 있지 않더라도 적어도 제3자가 히말라야약관에서 명시하고 있는 수혜자에 속하는 것으로 쉽게 인지할 수 있을 정도로 적절하게 표현되어 있는 경우...

셋째, 히말라야약관에는 예를 들면, 제소기간, 책임제한조항, 면책조항 등의 조항 중에서, 어떠한 이익이 제3자에게 부여되는지에 대해서 특정하고 있어야 한다...

넷째, 히말라야약관은 사기나 횡령의 경우에는 그 유효성이 인정되지 않으며, 또한 이 약관에서 의도한 수혜자(beneficiary)만이 보호받을 수 있는 것으로 좁게 해석하여야 한다.

비록 위와 같은 미국 법원의 입장이 성문법으로 제정되지는 않았지만, Restatement (Second) of Contract<sup>119)</sup>에 ‘제3자를 위한 계약’에 관한 조항을 두고 있는 상황이다.<sup>120)</sup>

제3자를 위한 계약에 관하여는 우리 민법에도 조항을 두고 있으며(제539조), 우리 대법원은 하역업자 등 독립계약자에게 운송인의 면책과 책임제한의 원용을 허용하는 약관의 효력을 인정하고 있다.<sup>121)</sup>

---

만약 화주가 어떤 하도급업자에게 클레임을 제기하면, 하도급업자나 그러한 자의 대리인은 운송인에게 혜택을 주는 이 선하증권의 모든 권리, 항변, 면책, 책임제한, 조건, 면제, 자유, 그리고 법적 보호의 혜택을 받을 수 있다. 마치 히말라야 약관에 적용되는 법에서 허용되는 최고의 한도로 하도급업자의 이익을 위하여 그러한 규정이 명백히 기재된 것처럼 말이다.

119) 가입된 주 사이에서는 협약으로서 역할을 하며, 가입하지 않은 주에서는 판결에 영향을 미치는 중요한 참고 자료 역할을 한다.

120) Section 302, Restatement (Second) of Contracts

121) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결.

## (5) 소결

생각건대, 채무 이행을 위하여 이행보조자를 사용함으로써 이익을 보는 채무자가 이로 인한 위험도 인수해야 한다는 점에서 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임의 근거를 찾는다면, 반대로 채무자에게 허용되는 항변사유는 이행보조자에게도 허용되어야 할 것이다. 이행보조자의 과실을 채무자의 과실과 동일시했다면,<sup>122)</sup> 반대로 채무자에게 허용되는 항변사유를 이행보조자에게도 허용해야 타당하다고 생각한다. 그렇지 않다면 채무자가 인수한 운송계약의 이행을 보조한 자가 채무자보다 더 큰 위험을 부담한다는 모순이 발생하기 때문이다.

문제는 이행보조자의 행위에 대한 채무자의 책임이나 사용자책임과 같은 영역에서는 이행보조자 여부의 판단 요건 또는 사용관계 판단 요건을 점점 완화하여 채권자와 피해자를 보호하려는 경향이 있는데, 이행보조자의 보호 측면에서는 아직까지도 협의의 이행보조자와 이행대행자의 구분을 두는 경향이 있다는 것이다. 이러한 이유로 해상운송인의 협의의 이행보조자인 운송인의 사용인과 대리인은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 반면, 운송인의 독립계약자인 하역업자나 터미널 운영자는 운송인에게 허용되는 항변과 책임제한을 원용하지 못하고 있는 실정이다. 따라서 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하는 이행보조자의 범위의 책정에서 더 이상 운송인의 지휘·감독 여부를 따질 것이 아니라, 그러한 이행보조자의 보호가 해상운송단체 공통의 이익을 위한 것인지, 사회경제적인 목적이 있는 것인지 등의 관점에서 파악해야 한다고 본다.

## 2. 이행대행자(독립계약자)를 보호하는 법률 사례

계약 당사자는 아니지만, 이행대행자 또는 수급인과 같이 사용자의 지휘·감독의 강도가 약한 당사자를 보호하기 위한 법률의 예를 찾아볼 수 있다. 그런

---

122) 김준호, 앞의 책, 849쪽.

사례를 통하여 운송인의 이행보조자 중 독립계약자를 보호하는 법적 장치의 타당성을 검토해 보고자 한다.

### (1) 하도급거래 공정화에 관한 법률

「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 “하도급법”)의 경우에 하도급 수급자를 보호하기 위한 몇 가지 규정을 두고 있다. 예를 들어, 제6조는 원사업자가 발주자로부터 선급금을 받으면 비율에 따라서 수급사업자에게도 선급금을 주게 하고 있고, 제13조는 원사업자가 발주자로부터 사업대금을 현금으로 받으면 현금으로 받은 비율 이하로 수급사업자에게 현금을 지급해서는 안된다고 하고, 발주자로부터 어음을 받은 경우 수급사업자에게 주는 어음의 지급기한이 발주자로부터 받은 어음의 지급기간을 초과해서는 안된다고 규정한다. 주목할 만한 점은 원사업자의 지급정지·파산 그 밖에 이와 유사한 사유가 있는 등 하도급대금을 지급할 수 없게 된 경우에는 수급사업자는 발주자에게 하도급대금을 직접 지급할 것을 청구할 수 있고 이 경우에 발주자는 하도급대금을 직접 지급해야 한다는 점이다(제14조). 즉 발주자와 계약관계가 없는 하도급 수급자에게 계약대금의 청구권을 인정해 주고 있다. 발주자가 하수급인에게 직접 도급대금을 지급하는 경우 수급자(원사업자)의 발주자에 대한 대금 청구권은 소멸되게 된다. 이러한 하수급인의 직접 청구권은 계약관계 없이 법률에 의해 발생하는 법정채권인데, 단순히 하수급인을 배려하는 차원으로 인식하기보다는, 하수급인이 자신의 기여분에 대한 대가를 받는 것이기에 당연한 내용이라는 주장도 있다.<sup>123)</sup> 그러나, 법률에 의해 발주자에 대한 법정채권으로 인정되지 않는다면 하도급대금을 충분히 지급받지 못할 위험이 있기에 이러한 규정을 제정하였다는 점에서 하수급인을 배려한 조항이라는 점을 부인할 수 없다고 본다.

하도급법 제14조에 대해, 헌법재판소도<sup>124)</sup> “입법자는... 수급사업자를 보호하는 방법을 선택한 것이고, 이는 위탁물의 완성에 궁극적으로 이익을 얻는 발주

123) 남기연, 「하도급계약에 따른 법률관계 분석-하수급인의 권리보호를 중심으로-」, 『재산법연구』 제28권 제3호, (한국재산법학회, 2011), 285쪽.

124) 헌법재판소 2003. 5. 15. 자 2001헌바98 결정

자의 사적자치권을 제한함으로써 침해의 주관적 최소성을 충족하였다고 할 것이다” 라고 하여 동 조항이 수급사업자를 보호하기 위한 규정임을 분명히 하였다. 나아가 “원사업자가 침해받는 계약의 자유보다는 수급사업자가 하도급대금을 지급받음으로써 얻는 사회적 이익이 더 크다고 할 것이며... 원사업자의 사적 자치권의 본질적 내용을 침해할 정도까지 이르는 것으로도 보이지 않는다” 고 하여, 사적 자치권의 본질적 내용을 침해할 정도가 아니라면 사회적 이익을 위하여 사적 자치를 어느 정도 법률로 제한하는 것이 가능함을 밝히고 있다.

## (2) 전차인 보호

또 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 경우에는 우리 민법은 전차인에게 직접 계약 당사자가 아닌 임대인에게 임대청구권을 행사하거나(제 644조) 부속물 매수를 청구할 수 있는 권리를 인정하고 있다(제647조). 또 임차인이 임차권에 대하여 대항력을 갖췄다면 전차인도 제3자에 대하여 임차인의 대항력을 원용할 수 있다.<sup>125)</sup> 전대차계약에서 전차인은 임차인의 이행보조자로 본다.<sup>126)</sup> 그 밖에 전차인을 보호하기 위한 내용으로 임대인과 임차인을 계약을 해지하기로 합의한 경우에도 전차인의 권리는 소멸하지 않는다는 규정도 있다(민법 제631조). 원칙적으로는 임대인과 아무런 계약관계가 없는 전차인을 보호하기 위하여 법은 따로 규정을 두고 있는 것이다.

## (3) 선박우선평권

선박우선평권(maritime lien)이란 선박에 관한 일정한 법정채권에 대하여 다른 채권자에 우선하여 변제받을 수 있도록 하는 법정담보물권(法定擔保物權)이다.<sup>127)</sup> 즉 선박과 관련하여 재화나 서비스를 제공한 자가 그 채권의 회수를 위

125) 지원림, 앞의 책, 1435쪽.

126) 오수원, 「동의 있는 전차인의 이행보조자성과 임차인의 책임제한 문제」, 『저스티스』, (한국법학원, 2011), 21쪽.

127) 정영석, 『해상법원론』, 516쪽; 최종현, 앞의 책, 194쪽.



하여 다른 채권자보다 우선변제 받을 수 있도록 법으로 강제된 권리이다. 미국 법에서는 선박을 의인화하여 선박을 상대로 소송을 제기할 수 있는 방식(action in rem)으로 선박우선특권을 실행할 수 있고, 영국법에서는 선박이 소재한 법원에 관할권을 부여하여 선박소유자가 해당 법원에 응소하도록 강제하는 일종의 채권압류의 성질을 가지고 있다.<sup>128)</sup> 선박우선특권으로 인정받는 것으로는 “채권자의 공동이익을 위한 소송비용, 항해에 관하여 선박에 과한 제세금, 도선료·예선료, 최후 입항 후의 선박과 그 속구의 보존비·검사비, 선원과 그 밖의 선박사용인의 고용계약으로 인한 채권, 해난구조로 인한 선박에 대한 구조료 채권과 공동해손의 분담에 대한 채권(상법 제777조)” 등이다.

특히 본 주제와 관련 있는 항목은 도선료, 예선료, 선원등의 고용계약으로 인한 채권이다. 선박이 정기용선이나 선체용선되어 용선자가 도선사, 예선업자, 선원 등을 고용했을 때 계약의 당사자는 용선자와 그러한 용역 제공자이나, 법은 용역제공자의 채권 확보를 위하여 선박 경매대금으로부터 우선변제 받을 수 있도록 하고 있다.

선박우선특권을 인정하는 이유로는 첫째 채권자(선박에 재화나 서비스를 제공한 자)를 확실하게 보호하기 위함이다, 둘째 제세금 또는 선원이나 선박사용인의 고용계약에 대한 채권에 인정하는 사회정책적 이유가 있다, 셋째 채권자와 선박소유자 공동의 이익을 위한 것이다라는 점이다. 각각의 채권의 성격과 특성에 따라 선박우선특권으로 인정할지 말지를 결정해야 할 것이다.<sup>129)</sup> 이와 같이 채권자보호, 사회정책적 이유, 또는 채권자와 선박소유자의 공동의 이익이 된다고 판단될 때에는 계약관계가 없는 선주 소유의 선박(서비스의 제공이라는 연결점은 있다)에 대하여 법정 우선특권을 부여하는 것이다.

#### (4) 소결

우리 사회는 계약당사자가 아닌 제3자의 이익을 보호하기 위한 법률들을 두

128) 정영석, 『해상법원론』, 516쪽 각주 23).

129) 정영석, 『해상법원론』, 516~517쪽; 최종현, 앞의 책, 196쪽.

고 있다. 이러한 법률의 입법취지 등을 검토해 보면, 사회경제적 필요성, 공공의 이익, 형평성 등 여러 사유에 의해서 계약 외 당사자의 이익을 보호하기 위한 규정을 두고 있는 것을 알 수 있다. 그러한 법률 중 특히 계약당사자의 이행보조자를 보호하기 위한 법률의 사례를 검토해 보고, 그러한 사례를 해상운송인의 이행보조자 특히 독립계약자에게도 적용할 수 있는지를 살펴보았다.

하도급법의 경우에 헌법재판소도 하수급자가 발주자에게 직접 하도급대금을 청구할 수 있도록 한 규정에 대해 하수급업자를 보호함으로써 얻는 사회적 이익이 발주자의 사적 자치의 본질적 내용을 침해할 정도까지 이르는 것이 아니라면 가능하다고 판시한 바 있고, 민법도 임대인의 동의를 얻은 전차인의 경우에 갱신청구권과 제3자에 대한 대항력을 인정하고 있다. 또 선박에 재화와 서비스를 제공한 자에게 인정되는 선박우선평권도 계약당사자 외의 자에게 법정채권을 인정함으로써 얻는 사회경제적 및 공익적 이익이 크기 때문이다.

그렇다면, 해상운송인의 이행보조자 특히 독립계약자에게 해상운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용할지 여부는 단지 이들이 운송인의 지휘·감독을 받는 당사자인지 여부 보다는 이들에게 이러한 항변과 책임제한을 허용하는 것이 사회경제적 이익이 되는지, 이러한 기업을 육성할 필요성이 있는지, 그러한 조치가 운송단체 모두에게 이익이 되는지를 중심으로 검토해야 할 것이다. 터미널 건설에는 대단위의 자본이 투자되고, 그 곳에는 수많은 노무자들이 고용되어 일할 것이다. 또한 갈수록 터미널 운영 및 하역작업이 단순한 노무가 아니라 고도의 전문 기술이 필요한 작업으로 변화되고 있다. 이러한 터미널 운영업자 또는 하역업자는 쉽사리 육성되는 것이 아니라는 점 및 하역요율 및 터미널 보관료 등은 직·간접적으로 기업의 물류비에 영향을 주는 점을 감안한다면, 이러한 항만 구간의 이행보조자를 적극 육성하고 보호할 필요성이 있다고 본다. 그리고 이들의 책임을 제한해 주는 조치는 결국 저렴한 운임으로 연결되어 운송단체 모두의 이익이 된다는 점에서 이들을 보호하는 법 규정 제정의 필요성이 있다고 하겠다.

## 제3장 국제해상운송협약상 이행보조자

### 제1절 서설

1924년 헤이그 규칙이 제정된 이래로, 1968년 헤이그/비스비 규칙, 1978년 함부르크 규칙, 1980년 UN국제복합운송협약(미발효) 등 수차례의 해상운송관련 국제협약이 제·개정 되었다.

수차례 국제협약의 제·개정 가운데 중요한 한 가지 이슈는 이행보조자들의 보호 필요성 및 보호 방법이다. 예를 들어, 헤이그 규칙은 이행보조자에 대해 아무런 규정을 두지 않았기 때문에, 실제운송인인 선주, 선장 및 선원의 보호에 대해 적절한 장치가 없었다. 헤이그/비스비 규칙은 히말라야 조항을 도입하여 운송인의 이행보조자를 보호하고자 하였으나, 여전히 독립계약자가 히말라야 조항을 향유할 수 없어 이행보조자 보호에 충분하지 못하다. 이후 함부르크 규칙은 실제운송인 규정을 두고, 히말라야 조항에서 ‘독립계약자는 제외한다’는 단서조항을 삭제하여, 독립계약자도 운송인의 항변을 원용할 수 있도록 함으로써 이행보조자 보호에 진일보하였다. 이후 UN주도로 국제복합운송협약이 제정되었는데, 히말라야 조항에 ‘복합운송을 위하여 사용되는 모든 자’가 그 업무범위에 한하여 히말라야 조항을 향유할 수 있다고 하여, 실제운송인 및 독립계약자를 폭넓게 적용하고 있다. 2008년에 로테르담 규칙(미발효)이 제정되어 발효를 기다리고 있는 실정이다. 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념은 별도의 장으로 분리하여 논의하기로 한다.

오늘날의 국제운송에서 계약운송인이 단독으로 모든 운송 업무를 이행하리라고는 상상하지 못할 것이다. 필연적으로 다양한 이행보조자를 사용할 수밖에 없는 상황에서, 보호해야 할 이행보조자의 범위를 어디까지로 할 것인지 및 보호해야 할 이행보조자의 행위는 무엇인지 등에 대한 논의가 더 필요한 상황이다.

아래에서는 해상운송관련 국제협약들에서 이행보조자 보호를 위한 규정 등을 검토해 보고 관련 판례들을 검토함으로써, 위에서 제기한 보호해야 할 이행보조자의 범위 및 이행보조자의 행위에 대하여 검토해 보고자 한다.

## 제2절 헤이그/비스비 규칙의 이행보조자

### 1. 성립배경 및 입법현황

미국의 하터법 이후 각국이 선하증권의 면책약관을 규제하는 법을 제정하는 가운데 영국이 주도하여 국제적 통일운동이 진행되었다. 1921년 국제법학회(International Law Association)에 의해 헤이그 규칙이 처음 제정되었다. 이 1921년 헤이그 규칙은 상사과실면책 및 책임제한약관을 금지하였으며, 선장 및 해원 등의 해기과실에 대하여 운송인을 면책시키고, 일정 사유에 대하여 운송인을 당연 면책시키는 내용이었다.<sup>130)</sup> 1921년 헤이그 규칙에 수정을 가하여 국제해법회(Comité Maritime International)에서 새로운 규칙을 채택하여 이것을 1922년 헤이그 규칙이라고 부른다.<sup>131)</sup> 이때까지만 해도 헤이그 규칙은 국제협약이 아닌 요크-엔트워프규칙과 같이 당사자의 임의 채택에 맡기는 국제적 계약 조항이었다. 임의 계약조항은 그 실행을 보장할 수 없기에, 국제협약으로 만들려고 하는 노력이 있었고, 이에 1924년 8월 25일 브뤼셀에서 정식 국제협약으로 성립시키게 되었다.<sup>132)</sup>

컨테이너의 등장 등 해상운송 환경이 변화함에 따라 헤이그 규칙의 개정 필요성이 대두되었다. 1959년 국제해법회의에서 헤이그 규칙 개정에 대한 권고가 채택되어 전면적인 개정 논의가 시작되었으며, 1963년 국제해법회에서 개정안

130) 田中誠二, 吉田昂, 『國際海上物品運送法』, (東京:勁草書房, 1984), 13~14쪽., 노전구, 「해상운송인의 책임에 관한 연구 - 국제협약의 비교를 중심으로 -」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, (한국해양대학교, 2005), 15쪽.

131) 노전구, 위의 논문, 15쪽.

132) 윤민현, 『선하증권의 실무』, (한국선주상호보험조합, 2016), 83쪽.

이 채택되어 비스비(Visby)시에서 서명되었다. 그러나 이때의 규칙이 곧바로 국제협약이 된 것은 아니고, 규칙을 국제협약으로 하기 위하여 두 차례의 해사법 외교회의를 열어 마침내 1968년 헤이그/비스비 규칙이 성립되었고, 1977년 6월 발효되었다.<sup>133)</sup>

이 규칙은 1979년에 다시 한 번 개정되는데, 운송인의 책임제한의 화폐 단위로 국제통화기금의 특별인출권(Special Drawing Right, “SDR”)을 도입하였다. 이를 SDR Protocol<sup>134)</sup>이라고 부르며, 1984년에 발효되었다.

헤이그 규칙(1924)은 서명의정서(Protocol of Signature)에 체결국이 협약 자체에 대하여 법률로서 효력을 부여하거나 협약의 규칙들을 국내법에 적합한 형태로 국내법화 함으로써 협약을 실시할 수 있도록 하고 있다. 주요 국가들이 헤이그 규칙(1924)을 채택하는 방법은 아래 세 가지로 구분될 수 있다.<sup>135)</sup>

첫째, 헤이그 규칙 중 실질적인 내용을 그대로 직역한 후 약간 보충하여 자국의 단행법으로 만드는 방법이다. 영국의 1924년 해상물건운송법(The Carriage of Goods by Sea Act, 1924)과 미국의 1936년 해상물건운송법(The United States Carriage of Goods by Sea Act, 1936)이 이에 속한다.

둘째, 헤이그 규칙의 실질적인 내용이 무엇인지 분명히 한 후 이 실질적인 내용을 채택하여 자국의 독자적인 단행법으로 제정하는 것이다. 프랑스의 1936년 해상물건운송법(Law of April 2, 1936: 국내운송에만 적용된다)과 일본의 1957년 국제해상물품운송법(국제운송에 적용된다)<sup>136)</sup>을 들 수 있다. 일본은 조약의 내용을 충실히 수용하면서도 상당부분 구성을 변경하고 다수의 상법 규정을 적용 및 준용하는 규정을 만들어 특별법을 만들었다.<sup>137)</sup>

---

133) 최종현, 앞의 책, 273~274쪽.

134) 정식명칭은 “1968년 2월 23일 개정의정서에 의해 개정된 1924년 선하증권에 관한 일부 규정의 통일을 위한 국제조약을 수정하기 위한 의정서(Protocol amending the International Convention for the unification of certain rules of law relating to bills of lading, 25 August 1924, as amended by the Protocol of 23 February 1968)”이다.

135) 노전구, 앞의 논문. 17쪽.

136) 일본은 1957년 헤이그 규칙에 가입하고 이를 국내법으로 입법화 하였다(최종현, 앞의 책, 16쪽).

셋째, 헤이그 규칙의 각 규정에 대한 실질 내용을 정리하고 체계화하여 상법에 수용한다. 독일의 1936년 개정상법전과 1962년 우리나라 상법이 해당한다.<sup>138)</sup>

2020년 4월 기준으로 73개 국가가 헤이그 규칙을 비준(ratify) 또는 가입(accede)하였고,<sup>139)</sup> 대부분의 해상운송계약서에 헤이그규칙을 준거법으로 규정하거나 규칙의 내용을 계약 조항으로 삽입하고 있다.

헤이그 규칙 채택국이 모두 헤이그/비스비 규칙을 채택하지는 않았다. 호주, 덴마크, 핀란드, 홍콩, 이탈리아, 일본, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 영국 등은 헤이그 규칙을 배제하고 헤이그/비스비 규칙을 국내법으로 수용하였다.<sup>140)</sup> 그 밖에 많은 국가에서 채택국이 아니면서 국내법으로 헤이그/비스비 규칙의 전부 또는 일부를 수용하고 있다. 우리나라는 협약에 가입하지는 않고 상법 해상편에 헤이그/비스비 규칙의 중요 내용을 수용하고 있다.<sup>141)</sup>

## 2. 이행보조자관련 규정의 내용

계약운송인은 운송계약을 인수하고 대부분의 운송업무의 이행은 실제운송인 또는 하수운송인이나 대리인 또는 다양한 독립계약자와 같은 이행보조자를 통하여 이행하는 경우가 많다. 운송계약을 이행하는 것은 계약이행의 문제이지 운송인 개념과는 직접적인 관련이 없기 때문이다.<sup>142)</sup> 이러한 이행보조자에는 선장, 해원 등 선원과, 항만하역업자, 조선업자, 선급협회, 예선업자, 도선사, 하

137) 채이식, 『한중일 비교 해상법』, (세창출판사, 2013), 140~141쪽.

138) 엄윤대, 『신체계 선하증권론』, (한국해사문제연구소, 2006), 54쪽.

139) “Hague-Visby Rules”, WIKIPEDIA,

<[https://en.wikipedia.org/wiki/Hague%E2%80%93Visby\\_Rules](https://en.wikipedia.org/wiki/Hague%E2%80%93Visby_Rules)>, (최종 검색일자 2020. 4. 2), (This page was last edited on 20 October 2019, at 09:34 (UTC)).

140) 윤민현, 앞의 책, 85쪽.

141) 송상현·김현, 『해상법원론』 제5판, (박영사, 2015), 311쪽.

142) 채이식, 「선박소유자 및 해상운송인(의장자)의 개념」, 『한국해법학회지』 제24권 제1호, (한국해법학회, 2002), 48쪽.

도급운송업자(실제운송인) 등이 있을 수 있다.<sup>143)</sup>

헤이그/비스비 규칙은 단일운송주의를 표방하여 운송인이 화주에 대하여 책임의 주체가 된다.<sup>144)</sup> 헤이그/비스비 규칙이 단일운송주의를 표방하지만, 실질에서는 계약운송인이 대리인, 실제운송인 또는 독립계약자와 같은 이행보조자를 사용하여 운송계약을 이행한다. 운송인의 이행보조자의 과실로 화물에 손해가 발생하면, 화주는 운송인에게 운송계약상 채무불이행에 따른 손해배상을 청구하거나, 실제운송인 또는 독립계약자와 같은 이행보조자의 불법행위를 입증하여 민법상 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 있다.<sup>145)</sup>

그런데 오늘날 대부분의 운송계약의 이행이 이행보조자를 통하여 이루어짐에도 헤이그 규칙 및 헤이그/비스비 규칙에는 이러한 이행보조자의 정의 조항 및 책임에 대한 규정이 없다. 이로 인해서 이행보조자의 책임에 대한 다툼이 생길 수 있는데, 특히 독립계약자의 행위로 인한 운송물의 훼손 또는 멸실에 대한 운송인 또는 독립계약자의 책임이 문제가 될 수 있을 것이다.<sup>146)</sup>

아래에서는 실제운송인, 운송인의 사용인 또는 대리인 및 독립계약자, 선장 및 해원에 대한 헤이그/비스비 규칙의 내용과 관련 판례에 대해 검토해 보기로 한다.

#### (1) 실제운송인

헤이그 규칙이나 헤이그/비스비 규칙에는 실제운송인에 대한 규정이 없다. 따라서 선주나 용선자가 실제운송인의 역할을 수행하였고 화주가 불법행위에 기

143) 권기훈, 앞의 논문, 89쪽.

144) 단일운송주의를 입법주의로 하고 있는 협약은 헤이그 규칙 또는 헤이그/비스비 규칙이 있으며, 이에 대비하여 함부르크 규칙은 계약운송인 외에 실제운송인의 개념을 도입하여 복수운송주의를 택하고 있다(양석완, 「국제운송에 있어서 계약운송인과 실제운송인의 법적 책임」, 『국제거래법연구』 제19권 제1호, (국제거래법학회, 2010), 145쪽).

145) 불법행위책임을 묻기 위해서는 상대방의 과실을 입증해야 하는 등 청구자의 입증책임이 증가하여 채무불이행책임을 묻는 경우보다 불리하다(김형배·김규완·김명숙, 앞의 책, 1603쪽).

146) 권기훈, 앞의 논문, 90쪽.

하여 손해배상 청구를 한다면, 실제운송인은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 없다.<sup>147)</sup>

영국 사례를 들면 다음과 같다. *The Starsin* 사건<sup>148)</sup>에서 Starsin호는 용선자 Continental Pacific Shipping ("CPS")가 정기용선한 선박이다. 1995년 12월 8일 극동에서 목재류를 선적하고 서유럽으로 향하였으나, 항해전 적부 불량 및 환기 불량으로 화물에 손상이 발생했다. 선하증권 소지자는 선주에 대하여 계약위반 및 불법행위에 기한 손해배상 청구를 제기하였다. CPS는 파산상태였다. 용선계약상 용선자는 선장에게 선주를 대신하여 선하증권에 서명하거나 대리점으로 하여금 선하증권을 발행하게 할 수 있었다. 발행된 선하증권 앞면 상단에는 정기선 선하증권이란 취지의 문구("Liner Bill of Lading")와 CPS의 로고와 이름이 인쇄되어 있었다. 앞면 하단 오른쪽에는 선장이 선하증권에 서명한다는 취지의 문구가 프린트되어 있으나, 서명란에는 "As Agent for Continental Pacific Shipping (the Carrier)((운송인) CPS의 대리인으로서"라는 문구가 타자기로 기재되어 있으며, 그 하단에 CPS의 항구 대리점의 고무인이 찍혀 있었다. 선하증권 후면에는 표준약관이 기재되어 있었는데, 그 중 제1조C는 운송인을 "그를 위하여 선하증권이 발행된 자"라고 정의하였다. 그 밖에 선주가 운송인이라는 취지의 제33조 Identity of Carrier Clause, 제35조 Demise Clause가 인쇄되어 있었다. 이 사건에서 쟁점 중 하나는 운송계약이 선주와 화주 사이에 체결된 것인지 아니면 용선자와 화주 사이에 체결된 것인지였다. 영국 귀족원은, 해운업계의 합리적인 사람의 관점에서 해석해야 한다면, 선하증권 앞면에 분명하게 용선자가 운송인으로 기재되어 있는 점 및 대리점이 용선자인 운송인을 대신하여 서명한다는 취지의 기재 등을 들어, 이 사건의 운송인은 CPS만 해당한다고 판단하였다. 그러면 선주가 불법행위에 기한 손해배상 책임이 있는지 살펴봐야 하는데, 선하증권 약관 제5조에는 운송인의 사용인 또는 대리인 및 독립계약자는 어떠한 책임도 지지 않는다는 취지의 문구가 기재되어 있었다. 영국 귀족원은, 선주는 불법행위에 기한 책임은 져야 하는데, 선하증권의 히말라야 조항이 독립계약자도 보호하게끔 기재되어 있으므로 헤이그 규칙의 한도 내에서 선주의 책임이 정해진다고 판정하였다.<sup>149)</sup> 이 사건에서 선하증권 약관 제5조와 같이 독립계약자에게도 운송인의 항변과 책

147) 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 172쪽.

148) *The Starsin* [2003] 1 Lloyd's Rep 571

149) 헤이그 규칙 제3조 제8항에 의거하여 헤이그 규칙이 정한 것보다 운송인의 손해배상 책임을 감경하는 조항은 무효가 된다. 이 사건에서 선하증권 약관 제5조는 운송인의 사용인 또는 대리인 및 독립계약자가 모든 책임을 면한다고 하였으므로, 헤이그 규칙에서 정한 운송인의 항변과 책임제한보다 더 운송인의 손해배상 책임을 감경하는



임제한을 연장하는 조항이 없었다면 실제운송인인 선주는 독립계약자로서 책임제한 등의 항변을 못했을 것이다.

## (2) 사용인 또는 대리인

### 가. 히말라야 조항의 도입

헤이그 규칙에는 운송인의 사용인 또는 대리인의 불법행위에 대하여 화주가 손해배상 청구 시, 운송인의 사용인 또는 대리인을 보호하기 위한 장치 즉 소위 히말라야 조항이 없다. 따라서 운송약관으로 히말라야 조항을 삽입하지 않는 한, 운송인의 사용인 또는 대리인의 불법행위에 대하여 화주는 손해액 전액을 보상받을 가능성이 있다. 예를 들어, 선하증권 소지자와 운송인 사이에는 헤이그 규칙이 적용되나 선하증권 소지자와 운송인의 이행보조자에 대한 소송에는 헤이그 규칙이 적용되지 않고 일반 불법행위법이 적용될 것이다. 마찬가지로 선하증권을 소지하지 않은 화물의 실소유자의<sup>150)</sup> 운송인의 이행보조자에 대한 소송에는 헤이그 규칙이 적용될 수 없고<sup>151)</sup> 불법행위법에 의해 판단될 것이다. 이행보조자는 헤이그 규칙상 책임제한 또는 면책을 주장하지 못하고 손해액 전액을 보상할 가능성이 있으며,<sup>152)</sup> 이행보조자와 운송인간의 계약에 따라서 이러한 손해는 운송인에게 전가될 수 있다.

헤이그 규칙에서 운송인의 책임제한 또는 면책 조항을 우회하기 위하여 운송인의 이행보조자에 대하여 불법행위 책임을 묻는 경우가 발생하자, 헤이그/비스

---

셈이 된다. 따라서 해당 조항은 그러한 정도에서 무효가 된다.

150) 영국 법원은 화물의 멸실·훼손에 대하여 운송인에게 불법행위 청구를 할 수 있는 자는 불법행위가 성립될 당시 화물의 소유자이거나 곧 소유권을 확보할 예정이 있는 자이어야 한다고 판시하였다(Magarine Union v Cambay Prince [1969] 1 KB 219; The Aliakmon [1986] 2 Lloyd's Rep 1).

151) 화물에 발생한 녹손상을 이유로 선박, 선사, 및 선박관리인에게 제기된 손해배상 청구 소송에서, 미국 제5항소법원은 선박관리의 불법행위를 인정한 후 히말라야 약관의 효력 또는 미국 해상운송법(COGSA)의 효력이 선박관리인에게는 미치지 않는다고 판시하여 책임제한을 인정하지 않은 사례가 있다(Steel Coils Inc. v. MV Lake Marion, et al, 331 F.3d 422 (2003)).

152) 지상규·왕지유, 앞의 논문, 365~366쪽.; Adler v. Dickson [1955] 1 Q.B. 158.

비 규칙은 운송인을 상대로 한 소송에 대하여는, 그 청구가 계약상 청구인지 불법행위에 기한 청구인지를 묻지 않고, 운송인은 규칙에서 정하는 항변 및 책임제한이 가능하다는 내용을 신설하고(제4조의2, 제1항), 다음 항에서 운송인의 사용자 또는 대리인(독립계약자<sup>153</sup>)은 제외<sup>154</sup>)은 운송인의 항변 및 책임제한을 원용할 수 있다고 규정하였다(제4조의2, 제2항). 즉, 선하증권 소지자와 이행보조자 사이의 소송 및 화물의 실소유자와 운송인 사이의 소송에도 헤이그/비스비 규칙이 적용될 수 있도록 하였다.<sup>155)156)</sup>

#### 나. 히말라야 조항과 독립계약자

그런데, 헤이그/비스비 규칙은 제4조의2 제2항에 히말라야 조항을 신설하였지만, 독립계약자를 운송인의 면책과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에서 명시적으로 제외하였다. 당초 헤이그/비스비 규칙의 제정을 위한 논의 초기에는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 ‘사용인, 대리인, 또는 독립계약자’가 모두 포함되어 있었다. 그러다 수차례 회의가 계속되는 가운데 영국, 미국, 프랑스 등의 반대에 부딪혀 독립계약자가 삭제된 것이다.<sup>157)</sup>

따라서 헤이그/비스비 규칙에서 화주가 운송인의 독립계약자에게 불법행위를 이유로 소를 제기할 경우 독립계약자는 운송인의 책임제한 및 항변을 원용하지 못한다. 이는 과실이 있는 자가 그 과실에 대하여 책임을 져야 한다는 판단과 운송인의 지휘·감독을 받지 않는 독립계약자에게 면책이나 책임제한을 허용한다면 이들은 자신들의 과오를 수정하지 않을 수 있다는 우려에서 비롯된 것으

153) 하역회사, 항만운영자, 사용자, 대리인, 하수급인 등이 포함될 수 있다(지상규, 「항만운영자의 책임에 관한 연구」, 197쪽).

154) 헤이그/비스비 규칙과 같이 히말라야조항의 효력이 독립계약자에게 미치지 못하는 경우에도 선하증권 약관으로 독립계약자에게도 히말라야 조항의 효력이 미치도록 하였다면 이러한 약관의 효력은 인정될 것이다(대법원 1997. 1. 24. 선고 95다25237 판결).

155) 김진권, 「해상운송계약에서 독립계약자의 권리에 관한 연구 - 히말라야약관을 중심으로-」, 『해사법연구』 제19권 2호, (한국해사법학회, 2007), 242쪽.

156) ‘사용인 또는 대리인’이란 고용계약 또는 위임계약 등에 따라 운송인의 지휘감독을 받아 그 업무를 수행하는 자를 말하고 그러한 지휘감독 관계없이 스스로의 판단에 따라 자기 고유의 사업을 영위하는 독립적인 계약자는 포함되지 아니한다(대법원 2004.2.13. 선고 2001다75318 판결).

157) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 465~469쪽.

로 보인다.<sup>158)159)</sup>

헤이그/비스비 규칙에 독립계약자의 정의 조항이 없어 독립계약자의 범위에 대한 해석에 논란이 있다. 이행보조자가 사용인 또는 대리인인지 아니면 독립계약자인지 여부를 판단하는 부분에 있어서 중요한 사항은 대체로 지휘·감독 여부로 인식되고 있다.<sup>160)</sup> 선원과 같이 운송인이 업무 방식에 대해 구체적으로 지휘·감독할 수 있다면 사용인에 해당할 것이고, 보통의 하역업자와 같이 운송인이 그 업무의 결과만을 요구할 뿐 구체적인 업무 수행 방식에 대해 지휘·감독하지 않는다면 독립계약자에 해당할 것이다. 그런데 원래 대리인과 독립계약자는 명확히 분리되는 개념은 아니다.<sup>161)</sup> 변호사는 법률 대리인이지만 독립계약자인 것과 마찬가지로이다. 지휘·감독이 강하면 사용인(servant)으로 분류되고, 지휘·감독이 약하면 독립계약자로 분리한다고 보는 것이 타당하다. 미국에서는, 운송인이 하역업자의 선임·감독에 영향을 줄 수 없었다는 이유로 하역업자가 운송인의 사용인이 아니라고 본 판례가 있는데, 이로부터 운송인의 사용인인지 판단 여부에 선임·감독이 기준으로 사용되었음을 알 수 있다.<sup>162)</sup>

한편, 헤이그/비스비 규칙하에서는 운송인이 독립계약자의 선임 및 감독에 과실이 없음에도 불구하고, 면책사항이 아닌 경우에는 독립계약자의 과실로 인한 화물의 훼손 및 멸실에 대하여 운송계약위반의 책임을 져야 한다.<sup>163)</sup> 단, 독립계약자의 불법행위에 대한 책임을 지지 않는다. 즉 계약에 따른 채무불이행

158) Tetley, *op.cit.*, p.759.

159) 한편, 선하증권에 삽입되는 대부분의 히말라야약관은 독립계약자도 운송인의 항변 및 책임제한을 향유할 수 있도록 하고 있다(김진권, 앞의 논문, 242쪽).

160) Canty, *op.cit.*, p.253.

161) *Flick v. Crouch*, 434 P.2d 256, 260 (OK, 1967)

162) *Metalimport v S.S. Italia*, 426F. Supp. 770 at p. 773: S.D.N.Y. 1976: 루마니아 콘스탄자항의 하역업자의 선임에 있어서 운송인의 선택의 여지가 없었고, 하역업자는 운송인의 지시에 전혀 주의를 기울이지 않았고, 선측인도조건(Free Out)인 사안에서 하역업자의 태만에 따른 화물 손상에 대해 운송인은 책임을 면할 수 있었다(Tetley, *op.cit.*, p.519).

163) 이러한 내용은 *Metalimport v S.S. Italia*, 426F. Supp. 770 at p. 773: S.D.N.Y. 1976와 대치되는 듯하나, *Metalimport v S.S. Italia* 사건에서는 운송인이 하역업자의 선정에 어떠한 영향력도 행사할 수 없었고 운송인의 책임 구간 밖에서 벌어진 일이라는 이유로 하역업자가 운송인의 대리인 또는 사용인으로 인정되지 않았다는 점에서 다른 내용이다.

책임은 부담하나 불법행위법에 따른 책임은 부담하지 않는다는 것이다.

만약 독립계약자의 선임 및 감독상에 운송인의 과실이 있고 독립계약자의 과실로 선박이 불감항에 이른다면, 운송인은 책임제한도 상실할 것이다.<sup>164)</sup> 그런데, 설사 조선업자 등과 같은 독립계약자의 과실에 의하여 선박이 불감항에 이르렀더라도, 운송인이 선박 검사 및 수리를 의뢰함에 있어 과실이 없다면 운송인은 불감항 책임에 대하여 면제되어야 한다는 주장도 있다.<sup>165)</sup> 이는 선박의 복잡한 구조 등을 이유로 선박의 검사와 수리에 고도의 전문성이 요구되고 운송인이 직접 검사 및 수리를 하는 것보다 전문가를 통하여 업무를 수행하는 것이 훨씬 효과적인 상황에서, 이러한 전문가의 과실에 대하여 이들의 선임 및 감독에 과실 없는 운송인에게 책임을 지우는 것은 무과실책임을 인정하는 것과 같은 것이기 때문이다.

### (3) 선장 및 해원

선장과 선원은 히말라야 조항의 대표적인 수혜자다. 운송인의 사용인인 선장과 선원은 헤이그/비스비 규칙 제4조의2 제2항에 의거하여 운송인의 항변을 원용할 수 있다. 그런데 헤이그/비스비 규칙의 운송인을 확정하는 것이 쉬운 일은 아니다. 헤이그/비스비 규칙 제1조(a)에서 “‘운송인’은 송하인과 운송계약을 체결하는 선주 또는 용선자를 포함한다”라고 정의하고 있는데, ‘포함한다’라는 표현을 사용하여 선주, 용선자뿐만 아니라 다른 운송주선인 등과 같은 자도 운송인이 될 수 있는 가능성을 열어 두었다.

정기용선자가 송하인과 운송계약을 체결한다면, 정기용선자가 운송인이 되고 자칫 선장 또는 선원은 정기용선자와 고용관계가 성립하지 않아 헤이그/비스비 규칙 제4조의2 제2항을 주장하지 못할 우려가 있다. 이러한 해석상 어려움을

164) 헤이그/비스비 규칙과 같은 취지의 내용을 기재한 상법 제794조(감항능력 주의의무)의 해석에서, 독립계약자의 선임 및 감독 자체에 운송인의 과실이 있는 경우에는, 이는 불감항에 대한 운송인 자신의 고의 또는 과실이 있는 것으로 인정되어 항변을 상실한다(권기훈, 앞의 논문, 107쪽).

165) 권기훈, 앞의 논문, 107~108쪽.

해결하기 위해, 선주가 선하증권을 발행하는 경우 선주는 자기 자신을 위해서 선하증권을 발행할 뿐만 아니라 용선자의 대리인으로서 선하증권을 발행한다고 해석하고, 용선자가 선하증권을 발행하는 경우 용선자는 자기 자신을 위해서 그리고 선주의 대리인으로서 선하증권을 발행한다고 해석함으로써 해결하고자 한다.<sup>166)</sup> 즉 어느 경우이나 선주와 용선자 모두 운송인이 되게 함으로써, 선장과 선원이 히말라야 조항으로 보호받게 하려는 것이다.

그러나 반드시 선주와 용선자가 모두 운송인으로 인정되는 것은 아니다. *United Nations Children's Fund v S.S. Norstern*<sup>167)</sup> 사건에서 용선자는 자신의 선하증권 양식에 자신이 서명을 해서 선하증권을 발행했다. 선장은 선하증권에 서명하지 않았다. 이 사건에서 미국 법원은 용선자가 운송인이며 선주는 운송인이 아니라고 하였다.<sup>168)</sup> 만약 소송이 선장에게도 제기되었다면 선장은 용선계약서 제8조를 인용하며 자신이 운송인인 용선자의 사용인 또는 대리인에 해당되어 운송인의 항변을 인용할 수 있다고 주장해야 했을 것이다. 만약 선장이 용선자의 사용인 또는 대리인이 아니라고 판정된다면, 선주는 이미 운송인이 아니라고 판정되었기에 선장은 운송인의 항변을 원용하기 어려웠을 것으로 생각된다.

166) Tetley, *op.cit.*, pp.235, 262.

167) 251 F. Supp. 833 (S.D.N.Y. 1966): 추가적인 사실 관계는 다음과 같다.

- 1) 용선계약서에는 선장이 용선자의 지시에 의해 선하증권에 서명하도록 되어 있었다. "8. ... The Captain (although appointed by the Owners), shall be under the orders and directions of the Charterers as regards employment and agency and Charterers are to load, stow and trim the cargo at their expense under the supervision of the Captain, who is to sign Bills of Lading for cargo as presented, in conformity with Mate's or Tally Clerk's receipts."
- 2) 선하증권은 선장의 서명 없이 용선자 선하증권 양식에 용선자를 운송인으로 표기하여 발행되었다. 즉, 선하증권 앞면 상단에 "Sabre Line"이라는 용선자 명칭이 기재되어 있었고, 다음과 같이 운송인이 선하증권에 서명한다는 취지 문구가 기재되어 있었다. "In witness whereof, the carrier by its agent has signed 3 (three) bills of lading, all of the same tenor and date, one of which being accomplished, the others to stand void."

168) Tetley, *op.cit.*, p.243.

위와 같이, 정기용선된 선박의 선하증권이 정기용선자를 운송인으로 명시하여 정기용선자에 의하여 발행된다면, 법원에 따라서는 선주를 운송인으로 인정하지 않을 수 있고 이 경우 선장 또는 선원은 히말라야 조항을 향유하지 못할 수 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 운송계약 또는 선하증권 약관에 운송인의 항변을 원용할 수 있는 당사자를 폭넓게 규정하는 방법이 있으나 완벽한 계약 조항을 고안하는 것도 어렵고 운송인마다 다른 약관 사용으로 적절한 보호가 누락될 수 있다. 따라서 이러한 문제는, 국제협약의 제·개정 또는 입법으로 해결해야 할 것이다.<sup>169)</sup>

#### (4) 소결

헤이그/비스비 규칙의 히말라야 조항은 기존의 소위 히말라야 약관을 협약 내용으로 수용한 것이다. 헤이그/비스비 규칙은 히말라야 조항을 두면서, 운송인의 항변을 원용할 수 있는 당사자를 운송인의 사용인과 대리인으로 한정하고 독립계약자는 운송인의 항변을 원용할 수 없다는 점을 분명히 하였다(제4조의2 제2항). 일견 운송인의 간섭가능성이 큰 협의의 이행보조자는 운송인과 동시(同視)하여 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하고, 간섭가능성이 약한 이행대행자에게는 운송인의 항변을 허용하지 않은 것으로 보인다. 즉 협의의 이행보조자인 운송인의 사용인과 대리인은 운송인의 지휘·감독의 강도가 강하기에 이들에게는 운송인의 항변을 허용하고, 운송인의 지휘·감독의 강도가 약한 이행대행자 또는 독립계약자에게는 운송인의 항변을 허용하지 않는 것이다.

그러나 헤이그/비스비 규칙이 히말라야 조항을 제정하면서 독립계약자를 제외하는 것을 위한 같이 해석하는 것은 그릇된 해석이라고 생각한다. 헤이그 규칙 및 헤이그/비스비 규칙은 정기선뿐만 아니라 부정기선에 의한 운송계약에도 적용되는 국제협약이며, 오히려 두 국제협약이 제정될 당시에는 부정기선이 훨씬 더 활발한 상황이었다. 부정기선 운송에서 하역업자 및 항만운영자는 대부분

---

169) Anthony Rogers, Jason Chuah, and Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 4th Ed., (Routledge, 2016), p.358.

화주에 의하여 선임되거나 지명되는 독립계약자이다. 즉 부정기선의 독립계약자들은 화주와 계약관계가 성립되어 화주와 계약을 논의하는 과정에서 자유롭게 면책 또는 책임제한을 논의하고 이에 따라 용역대금을 책정할 수 있었다.<sup>170)</sup> 또는 부정기선의 하역업자(독립계약자)등이 설사 운송인과 계약을 체결하는 경우에도 지명권을 화주가 가짐으로써 실질적으로는 화주의 통제를 받는 자들이다. 따라서 이와 같이 운송인과 계약관계가 없고 화주와 계약관계가 있거나, 화주에 의해서 통제되는 독립계약자에게까지 운송인의 항변을 허용할 필요성이 없다고 판단한 것이다.

하지만 오늘날의 개품운송은 대부분 정기선 운항으로 이루어지고 있으며, 대부분의 하역업자나 터미널운영자는 운송인과 계약관계가 있으며, 이들은 해상운송의 필수불가결한 한 축을 담당하는 자들이다. 따라서 오늘날 정기선 개품운송에서 독립계약자들에게 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하는 법

---

170) 예를 들어 부정기선에 많이 사용되는 표준 항해용선계약인 GENCON(1994) 제5조의 내용은 다음과 같다. 여기서 Owner는 선주를 지칭하고 Charterer는 화주를 의미한다. 화물의 선적, 적부, 양하 등이 용선자인 화주의 책임인 만큼 선적 및 양하항의 하역업자 선임 등도 용선자인 화주의 책임이다.

#### 5 Loading/Discharging Costs

##### (a) Costs/Risks

The cargo shall be brought into the holds, loaded, stowed and/or trimmed, tallied, lashed and/or secured and taken from the holds and discharged by the Charterers, free of any risk, liability and expense whatsoever to the Owners. The Charterers shall provide and lay all dunnage material as required for the proper stowage and protection of the cargo on board, the Owners allowing the use of all dunnage available on board. The Charterers shall be responsible for and pay the cost of removing their dunnage after discharge of the cargo under this Charter Party and time to count until dunnage has been removed.

#### 제5조 선적/양하 비용

##### (a) 비용/책임

화물은 용선자에 의하여 선적, 적부 그리고/또는 트림, 계수, 고박, 양하되어야 하며, 선주는 어떠한 위험, 책임, 그리고 비용을 부담하지 않는다. 용선자는 화물을 선박에 적절하게 고박하고 보호하기 위하여 필요한 던니지를 보급하여야 하며, 선주는 선상의 모든 던니지를 용선자가 사용하도록 허가해야 한다. 이 용선계약상의 화물을 양하한 후 던니지를 제거하는 비용과 책임은 용선자가 부담하며, 던니지 제거에 소용되는 시간은 용선자의 부담으로 한다.

규정이 필요한 것이다.

한편, 헤이그/비스비 규칙은 선박소유자와 선하증권을 발행하는 용선자 사이에는 상호 대리관계가 존재한다는 이유로 양측 모두를 운송인으로 인정하고, 이러한 운송인과 운송인의 사용자 또는 대리인에게만 규칙상의 항변과 책임제한을 허용하고 있다. 그러나 용선계약의 내용 등에 따라 선박소유자와 용선자간에 상호 대리관계가 성립하지 않는 경우가 있고, 그러한 경우 히말라야 약관에도 불구하고 하역업자와 터미널 운영자와 같은 독립계약자에게는 운송인의 항변과 책임제한이 허용되지 않을 위험성이 있다는 점에서<sup>171)</sup> 헤이그/비스비 규칙의 입장은 해상운송에 필수적인 이행보조자를 보호하기에 부적절하다.

### 제3절 함부르크 규칙의 이행보조자

#### 1. 성립배경 및 입법현황

주로 개발도상국들을 중심으로 헤이그 규칙과 헤이그/비스비 규칙에 대한 비판이 제기되었다. 식민지시대 선주국들의 주도로 제정된 헤이그 규칙과 헤이그/비스비 규칙은 개발도상국들의 사정을 무시하고 경제발전을 저해한다는 것이다.<sup>172)</sup> 이에 UNCTAD의 발의로 국제연합국제무역법위원회(UN Commission on International Trade Law, “UNCITRAL”)에서 1972년부터 논의를 시작하여 1978년 함부르크에서 총 78개국이 참가한 표결 끝에 함부르크 규칙<sup>173)</sup>을 채택하게

171) 예를 들어, 무선박운송인이 계약운송인이고 무선박운송인과 운송계약을 맺은 정기용선자가 하역업자를 고용했으나, 무선박운송인과 정기용선자와의 운송계약에 하역업자 고용에 대한 적절한 문구가 없다면, 히말라야약관에도 불구하고 법원은 하역업자가 무선박운송인의 이행보조자가 될 수 없다고 판단하여 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하지 않을 가능성이 있다.

172) 엄윤대, 앞의 책, 58쪽.

173) 정식 명칭은 “해상화물운송에 관한 UN협약(United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978)”이다. 일명 함부르크 규칙(Hamburg Rules)이라고 부른다.



되었다. 함부르크 규칙은 발효요건으로 20개국의 비준서 또는 수락, 승인이나 가입에 관한 문서가 국제연합 사무국에 기탁된 날로부터 1년 후의 첫 달의 첫 날에 발효된다고 규정하였다. 1991년 10월 발효요건이 충족되어, 1992년 11월 1일 발효되었다.<sup>174)</sup>

함부르크규칙은 과실책임주의에 입각하여<sup>175)</sup> 운송인의 면책조항을 모두 삭제하고, 화물의 멸실 및 훼손에 대하여 운송인의 과실을 추정하여 운송인이 자신의 과실 없음을 적극적으로 입증하게 하고, 책임한도를 큰 폭으로 인상하는 등 기존 헤이그 규칙 및 헤이그/비스비 규칙과 큰 차이를 보여 선주들로부터 외면당하고 있는 현실이다.

2019년 4월 16일 현재 총 34개국이 함부르크 규칙을 비준하였다.<sup>176)</sup> 주요 국가로는 오스트리아, 체코, 이집트, 칠레, 헝가리, 요르단, 카자흐스탄, 파라과이 등으로 해상 운송에서 차지하는 비중이 크지 않은 국가들이다. 이로 인해 현재 헤이그 규칙, 헤이그/비스비 규칙과 함부르크 규칙들이 모두 활용되고 있지만, 주요 국가들 사이의 교역에서는 여전히 헤이그 규칙이나 헤이그/비스비 규칙이 더 많이 활용되고 있다. 결국 선하증권과 관련하여 헤이그 규칙을 채택한 국가들, 헤이그/비스비 규칙을 채택한 국가들, 함부르크 규칙을 채택한 국가들로 구분할 수 있는데, 주로 영국, 미국, 일본, 유럽국가 등 해운 선진국 들은 함부르크 규칙을 채택하지 않고 있다.<sup>177)</sup>

## 2. 이행보조자관련 규정의 내용

174) 정영석, 『선하증권론: 법과 실무』 제3판, (텍스트북스, 2008), 89쪽.

175) 정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로』 개정판, (법한서적주식회사, 2008), 320쪽.

176) "Status: United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 1978)(the "Hamburg Rules)", <[https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg\\_rules/status](https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status)>, 2019.4.16. 방문.

177) 심재두, 「해상법가이드/영국해상물건운송법(29): 함부르크 규칙」, 『해양한국』 제 1995권 제7호, (한국해사문제연구소, 1995), 101쪽.

함부르크 규칙의 특징은 규칙의 적용 영역을 확장했다는 것이다. 함부르크 규칙 제1조 제6항은 “해상운송계약이란 운송인이 한 항구에서 다른 항구로 운임을 대가로 화물을 운송하기로 약정하는 계약을 말한다. 그러나 계약이 해상운송과 다른 운송수단을 포함하는 경우에는, 해상운송과 관련 있는 한도에서 이 협약의 목적에 따른 해상운송으로 간주한다” 고 정의하고 있다. 한편 제1조 1호에서 “운송인이란 송하인과 본인의 명의로 또는 본인을 위해서 운송계약이 체결되는 자를 말한다” 라고 하고 있으며, 제1조 2호에서 “실제운송인이란 운송인이 운송의 전부 또는 일부의 이행을 맡긴 자 및 그러한 이행이 맡겨진 다른 자” 를 말한다고 정의하고 있다. 적용구간을 단순히 해상구간이 아닌 항구에서 항구로 확장하여 항만운영자 또는 하역업자와 같은 독립계약자에게도 운송인의 항변과 책임제한을 원용하는 것이 허용되었다. 또 계약운송인과 실제운송인의 구분을 두어 화주와 직접 계약관계가 없는 실제운송인에게도 법정책임을 부과하는 한편 실제운송인에게도 운송인의 항변과 책임제한을 허용하였다.

적용 구간의 확장은 규칙의 적용을 받는 당사자들의 확대를 의미한다. 헤이그/비스비 규칙 체계에서는 항만의 하역업자나 터미널 운영자들은 규칙의 적용 대상이 아니었으나, 함부르크 규칙은 이들까지도 적용대상으로 포섭한다. 실제 운송인 개념을 도입함으로써, 운송인이 누구인지를 밝히기 위한 많은 수고를 줄일 수 있게 되었다.

아래에서는 운송인의 이행보조자와 관련 규정을 실제운송인, 운송인의 사용인과 대리인, 선장 및 선원 등의 순서로 검토하기로 한다. 함부르크 규칙은 해상운송에 관한 주요 선진국들이 기준을 하지 않아 관련 판례를 찾기가 어렵다는 아쉬움이 있다.

### (1) 실제운송인

함부르크 규칙은, 헤이그/비스비 규칙과 마찬가지로 해상운송계약을 그 적용 대상으로 하지만, 계약운송인에 더하여 실제운송인 개념을 도입하였다.<sup>178)</sup> 규칙

178) John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 6th Ed., (Peason Education

은 실제운송인을 ‘운송인에 의해 운송계약의 이행이 위탁된 자를 말하며 그러한 이행이 다시 위탁된 자를 포함한다’고 정의하고 있다(제1조 2호). 규칙상 운송인은 계약운송인을 의미하며(제1조 1호),<sup>179)</sup> 일종의 하수급인이며 독립적 계약자인 실제 운송인과 구분을 하고 있다.<sup>180)</sup>

무선박운송인(NVOCC), 복합운송인, 용선자, 선복용선자 등이 화주와 운송계약을 체결한다면 이들은 계약운송인이 될 것이며, 이러한 계약운송인과 용선계약 또는 재운송계약을 맺은 선박소유자는 실제운송인에 해당할 것이다. 만약, 운송주선인이 화주와 운송계약을 체결하고, 자기의 명의로 선복용선자와 재운송계약을 체결하고, 이후 선복용선자와 정기용선자, 그리고 정기용선자와 선박소유자 사이에 차례로 채용선계약 관계가 성립한다면, 최초의 운송주선인이 계약운송인이 되고, 규칙상 실제운송인은 운송이 다시 위탁된 자를 포함하므로, 나머지 참여자는 모두 실제운송인에 해당할 것이다.<sup>181)</sup> 프레이트포워드(Freight Forwarder)나 우리 법상 운송주선인이 화주와 운송계약을 체결하고 해상구간에 대하여 해상운송인과 해상운송계약을 체결하면, 프레이트포워드가 운송인이 되고 해상운송인이 실제운송인이 된다.<sup>182)</sup>

앞에서 설명하였듯이, 계약운송인은 자신의 사용인, 대리인(제5조 제1항), 실제운송인과 그 사용인 또는 대리인(제10조 제1항)의 과실에 대하여 책임을 지며, 계약운송인과 실제운송인은 연대하여 책임(joint and several liability)을 부담하고(제10조 제4항) 상호 구상권을 갖는다(제10조 제6항). 실제운송인은 자신이 수행한 운송에 대하여는 화주에게 직접 책임을 지는 한편 계약운송인에게 허용되는 항변을 원용할 수 있다(제10조 제2항, 제11조 제2항).<sup>183)</sup> 직접 계약관

---

Limited, 2008), p.224.

179) 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 171쪽

180) 정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로』, 55쪽; 최종현, 앞의 책, 278쪽.

181) 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 179쪽; 임동철, 「재운송계약과 선박소유자의 책임-운송책임의 주체와 관련하여-」, 『한국해법학회지』 제15권 제1호, (한국해법학회, 1993), 28쪽.

182) D. E. Murray, "The Hamburg Rules: A Comparative Analysis", *Lawyer of the Americas*, Vol. 12, No. 1, 1980, p.72.

183) 조동오, 「함부르크규칙의 발효와 P&I Club의 수용동향」, 『월간해양수산』 제118권,

계가 없음에도 실제 운송인이 화주에게 직접 책임을 질 수 있도록 하였기 때문에 실제 운송인의 책임은 법정 책임으로 보아야 할 것이다.<sup>184)</sup> 한편, 계약 운송인이 전체 또는 일부 구간을 기명의 다른 실제운송인에게 수행하도록 한 경우, 운송계약에 실제운송인의 관리 하에서 발행한 화물 손해에 대해서 계약운송인은 책임을 지지 않는다는 약정도 가능하다(제11조 제1항).

실제운송인 개념을 도입함으로써, 함부르크 규칙은 헤이그/비스비 규칙 체계에서 운송인이 누구인지 파악하는 부분에서 있었던 어려움을 해결하였다.<sup>185)</sup> 헤이그/비스비 규칙체계에서는 운송인이 누구인지 확인하는 부분에서 어려움이 있었기 때문에, 화주는 선주, 용선자, 운송주선인 등 가능한 많은 당사자를 모두 피고로 하여 계약상 채무불이행에 따른 손해배상 및 불법행위에 기한 손해배상 소송을 제기하는 경향이 있었다. 그런데 화주와 운송계약을 체결하는 계약 운송인이 운송주선인이거나 무선박운송인인 경우에, 이들은 소규모 사업자가 많아 유사시 화주의 손해를 배상할 충분한 자력이 없는 경우가 많다. 따라서 화주들은 실제운송인인 선박 소유자에게 손해배상 청구를 하고자 하나 계약 관계를 입증하기가 쉽지 않았다.<sup>186)</sup> 반대로, 실제운송인 입장에서 자신들이 운송인이 아니라고 판명되는 경우에는 독립계약자가 되기 때문에<sup>187)</sup> 헤이그/비스비 규칙에서 운송인에게 허용되는 항변을 누릴 수 없었다.<sup>188)</sup> 그러나 함부르크 규칙에서는 실제운송인 개념을 도입하고, 계약운송인과 실제운송인이 연대책임을 지며 실제운송인은 계약운송인의 항변을 원용할 수 있도록 함으로써, 헤이그/비스비 규칙 체계에서 있었던 난관을 해결한 것이다.

## (2) 사용인 또는 대리인

함부르크 규칙도 히말라야 조항을 두어 운송인의 사용인과 대리인이 운송인

(한국해양수산개발원, 1994), 45쪽.

184) 정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로』, 56쪽.

185) Wilson, *op.cit.*, pp.224~225; Tetley, *op.cit.*, p.252.

186) 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 170쪽.

187) *The Starsin* [2003] 1 Lloyd's Rep 571

188) 양석완, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 172쪽.

의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하고 있다(제7조 제2항). 그런데 함부르크 규칙은 하역업자 및 항만운영업자와 같은 독립계약자가 히말라야 조항의 혜택을 받지 못하도록 하는 헤이그/비스비 규칙의 단서(제4조의2, 제2항)를 삭제하여(제7조 제2항), 이의 해석에 대한 논란이 있다.

“독립계약자를 제외한다”는 헤이그/비스비 규칙의 내용을 삭제한 의미에 대하여, 독립계약자를 제외한다는 내용을 삭제하였으니 자연스럽게 독립계약자에게 히말라야 조항의 적용을 허용하는 것이라고 해석할 수 있다.<sup>189)</sup> 이는 영미법에서 독립계약자(independent contractor)<sup>190)</sup>는 포괄적으로 대리인(agent)의 범주에 속한다는 점에서 타당성이 있다. 예를 들어, 변호사는 대리인이나 그 업무 수행방식에 있어서는 독립계약자에 해당할 것이다.<sup>191)</sup> 따라서, 헤이그/비스비 규칙에서는 ‘사용인(servant) 또는 대리인(agent)’에서 독립계약자를 제외한다는 단서를 달았으나, 함부르크 규칙에서는 그러한 단서를 삭제함으로써 독립계약자도 운송인의 항변을 원용할 수 있게 한 것이다.

한편, 우리 대법원은 함부르크 규칙과 비슷한 내용의 상법 제798조 제2항의 해석에 대하여 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 독립계약자가 해당하지 않는다고 하여 위 주장과는 다른 해석을 하고 있다.<sup>192)</sup> ‘사용인(servant) 또는 대리인’은 독립계약자(independent contractor)와 구분되는 개념인데 양자의 개념은 보통 운송인이 지휘 및 감독권을 가지고 있는지 여부로

189) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 471쪽; 지상규·왕지유, 앞의 논문, 367쪽; 최세련, 앞의 논문, 71쪽.

190) 헤이그/비스비 규칙에서 독립계약자는 하역업자와, 터미널운영자 등을 지칭하는데 우리 법에서는 사용하지 않는 법률용어이기 때문에 상법에서는 독립계약자라는 용어를 사용하지 않고 있다. 영미법에서 독립계약자는 포괄적으로 Agent에 포함될 수도 있으므로, 헤이그/비스비 규칙에서는 독립계약자는 제외한다고 명시적 표현을 둔 것이다(최세련, 앞의 논문, 70~71쪽).

191) *Flick v. Crouch*, 434 P.2d 256, 260 (OK, 1967); Roger LeRoy Miller, *Essentials of The Legal Environment Today* 5th Ed., (Cengage Learning, 2016), p.405.

192) 함부르크 규칙의 히말라야 조항을 모델로 하고 있는 우리 구상법 제789조의3 제2항(현상법 제798조 제2항)의 해석에 대하여 대법원은 운송인의 사용인 또는 대리인에 독립적 계약자는 포함되지 않으므로 독립계약자는 구상법 제789조의3 제2항(현상법 제798조 제2항)을 원용할 수 없다고 판시한 바 있다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2007다82530 판결).

구분하고 있다. 즉 운송인이 이행보조자가 업무를 언제, 어디서, 어떻게 행할지를 결정할 수 있다면 사용인(servant)으로 봐야 하고, 업무 수행 방식에 구체적인 지휘·감독을 하지 않는다면 독립계약자로서 운송인의 항변을 원용할 수 없다는 것이다.<sup>193)</sup>

또 다른 주장은 독립계약자가 실제운송인에 해당하고 실제운송인인 독립계약자는 운송인의 항변을 원용할 수 있게 되었다는 것이다.<sup>194)</sup> 이 주장에 따르면, 하역업자 또는 터미널 운영자와 같은 독립계약자는 화주의 손해배상 청구에 대하여 운송인의 항변을 원용할 수 있다.<sup>195)</sup>

이러한 논의는 헤이그/비스비 규칙에서 히말라야 조항의 한계를 명확히 하기 위하여 독립계약자를 제외한 것인데 독립계약자에 대한 정의 조항 없이 용어를 사용하여 빚어진 혼선이라고 보인다.<sup>196)</sup> ‘독립계약자를 제외한다’라는 단서를 함부르크 규칙에서 삭제한 것은, 독립계약자에게도 운송인의 항변 및 책임 제한을 원용할 수 있도록 하고자 한 것이라는 견해가 더 타당하다고 보인다.

### (3) 선장 및 해원

앞에서 살펴보았듯이, 헤이그/비스비 규칙에서는 선주가 운송인인지 여부에 따라 선장과 선원이 히말라야 조항을 원용할 수 있는지 모호함이 있었다. 함부르크 규칙은 실제운송인 개념을 도입함으로써 이러한 문제를 해결하였다. 규칙 제10조 제2항에서 운송인의 책임에 관한 규칙의 모든 조항이 실제운송인이 수행한 운송에 대해서 적용된다고 하였다. 동 조항은, 만약 실제운송인의 사용인 또는 대리인에게 소송이 제기되면 이들 역시 계약운송인의 항변을 원용할 수

---

193) 권기훈, 앞의 논문, 98쪽.

194) William Tetley, "The Himalaya Clause-Revisited", 9 *Journal of International Maritime Law* 40-64 (2003), p.36.

195) 김선옥, 앞의 논문, 226쪽.; 김영주·최준선, 「히말라야 약관의 효력에 관한 비교법적 고찰」, 『성균관법학』 제19권 제3호, (성균관대학교 비교법연구소, 2007), 354쪽.

196) Christof F. Lüddeke, Andrew Johnson, *A Guide to The Hamburg Rules*, (Lloyd's of London Press, 1991), p. 15, 김영주·최준선, 앞의 논문, 354쪽에서 재인용.

있다고 함으로써, 선주가 계약운송인인지 실제운송인인지와 상관없이 선장과 선원이 보호되도록 하였다.

#### (4) 소결

함부르크 규칙은 실제운송인 개념을 도입하여 선박소유자뿐만 아니라 선박소유자와 계약운송인 사이에 있는 용선자들을 실제운송인 개념 안으로 포용하였고, 히말라야 조항을 독립계약자도 향유할 수 있도록 함으로써 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 범위를 확대하였다는 장점이 있다. 그러나 실제운송인의 정의를 “해상운송계약의 이행이 위탁된 자” 라고 하여 선박소유자나 용선자와 같이 해상구간의 운송인뿐만 아니라 하역업자, 터미널 운영자까지 포함하는 개념인지에 대한 모호함이 있다. 나아가 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 독립계약자가 포함된다는 점을 명확히 기재하기 보다는 단순히 헤이그/비스비 규칙에서 “독립계약자는 제외한다” 는 단서조항을 삭제하는데 그쳐 독립계약자 포함여부에 대한 확실의 대립이 있는 상황이다.

### 제4절 UN국제복합운송협약의 이행보조자

UN국제복합운송협약은 아직까지 발효되고 있지 않은 상태다. 그러나 동 협약이 운송인의 이행보조자를 보호하는 문제를 어떻게 해결하였는지를 살펴봄으로써 우리 상법에 적용할만한 점을 검토하고자 한다.

#### 1. 성립배경 및 입법현황

컨테이너를 통한 운송 수단의 등장, 육상 운송 및 항공 운송이 발달하면서 하나의 운송 증권으로 해상뿐만 아니라 육상 운송구간도 포함하는 복합운송이

크게 증가하였다. 기존의 헤이그 규칙 체계는 내륙운송 구간에 적용되지 않아, 내륙 운송과 관련된 여러 국제협약 또는 각국의 자국법이 발전하는 가운데, 복합운송 전 구간에 적용되는 하나의 운송 증권 및 운송인의 책임 체계에 대한 입법 또는 국제협약의 필요성이 대두되었다.<sup>197)</sup>

복합운송에 관한 국제 협약을 만들고자 하는 시도로서, 국제해법회(Comité Maritime International, “CMI”)의 의뢰를 받아 1949년에 ICC(International Chamber of Commerce, “ICC”)가 복합운송계약에 관한 협약 초안을 만들었고, 이를 기초로 1961년 최초로 복합운송협약안이 채택되었다. 그러나, 선진국, 개발도상국, 선주단체, 화주단체, 보험단체 등 각 이해관계자들의 이견(異見)을 좁히는데 성공하지 못하여 통일된 국제복합운송협약이 제정되지 못하다가, UNCTAD의 주도로 1980년 국제연합국제물건복합운송협약(UN Convention on International Multimodal Transport of Goods, “복합운송협약”)이 채택되었다.<sup>198)</sup>

협약은 30개국에 비준 또는 이와 비슷한 효력의 문서를 기탁한 후 12개월 후에 발효되는데(제36조), 2019년 4월 14일 현재 부루나이, 칠레, 조지아, 레바논, 리비아, 말라위, 멕시코, 모로코, 르완다, 세네갈, 잠비아 등 11개국만이 비준을 하였고, 노르웨이와 베네수엘라는 서명은 하였으나 아직 비준을 하지 않은 상태이다.

## 2. 이행보조자관련 규정의 내용

복합운송인은 반드시 선박이나 운송수단을 보유한 자만 될 수 있는 것은 아니다. UN국제복합운송협약은 “복합운송인은, 타인의 대리인이 아닌 본인으로

197) 송양호, 「복합운송에 관한 입법론」, 『한국해법학회지』 제32권 제2호, (한국해법학회, 2010), 13~14쪽 참조.

198) 박은영, 「복합화물운송에서 운송협약규정간의 충돌시 해결방안에 관한 법적 연구」, 『한양대학교 박사학위논문』, (한양대학교, 2016), 25쪽.



서, 자기를 위하여 자신이 직접 또는 대리인을 통하여 복합운송계약을 체결하고 계약이행에 대한 책임을 부담하는 자“라고 정의하고 있고(제1자 제2항), 복합운송계약이란 “복합운송인이 운임을 대가로 하여 국제복합운송을 수행하거나 그 수행을 확보하기로 하는 계약“이라고 하여(제1조 제3항), 운송수단을 보유하고 있지 않은 운송주선인 등도 복합운송인이 될 수 있음을 시사하고 있다.<sup>199)</sup> 따라서, 복합운송인은 모든 운송 구간을 직접 수행해야만 하는 것은 아니고 다른 사람에게 일부 구간을 위탁하는 것이 가능하다(제1조 제3항).

복합운송인은 그의 사용인 또는 대리인이 자신의 업무 범위 안에서 한 작위 또는 부작위에 대하여 또는 복합운송을 위하여 운송인이 서비스를 이용한 타인의 작위 또는 부작위에 대하여 마치 복합운송인 자신의 작위 또는 부작위처럼 책임을 진다(제15조). 단, 사용인, 대리인, 또는 하수운송인등의 고의, 무모함, 또는 중대과실 등에 의해 발생한 손해에 대하여는 그렇지 아니하다(제21조 제2항). 따라서 US국제복합운송협약은 화주에 대한 책임을 복합운송인에게 집중시키는 단일책임형(single through responsibility) 협약이다(제14조 제1항).<sup>200)</sup> 단, 책임의 원인이 이행보조자에게 있을 때는 구상권을 행사 할 수 있을 것이다.<sup>201)</sup>

UN국제복합운송협약 역시 히말라야 조항을 두고 있다. 협약은 손해배상청구 소송이 계약에 근거한 것이든 불법행위에 근거한 것이든 적용되며(제20조 제1항), 복합운송인의 사용인(servant) 또는 대리인(agent), 또는 복합운송인이 복합운송을 이행하기 위하여 사용한 자(any other person of whose services he makes use for the performance of the multimodal transport contract)는 협약상 복합운송인에게 허용되는 항변과 책임제한을 향유할 수 있다(제20조 제2항). 여기서 “복합운송을 이행하기 위하여 사용한 자” 는 소위 실제운송인 및 독립계약자를 포함하는 개념이므로, 이전의 헤이그/비스비 규칙 및 함부르크 규칙이 이행보조자 보호에 대해 가지고 있던 문제점을 한꺼번에 해결하였다. 다만, 해

199) 임동길, 「국제복합운송조약의 개요와 추이」, 『해양한국』제1986권 제6호, (한국해사문제연구소, 1986년), 37쪽.

200) 정영석, 『선하증권론: 법과 실무』, 94쪽.

201) 임동길, 앞의 논문, 38쪽.

상의 이행보조자와 육상구간의 이행보조자에 대하여 각각 다른 책임제한이 적용된다(제18조). 그런데 ‘그의 서비스를 사용자’ 라고 하였으므로 운송인과 직접 계약 관계가 없더라도 운송인이 그의 서비스를 사용하면 히말라야 조항을 향유할 수 있다고 해석된다. 그러나 이 경우 운송인과 최종 서비스 제공자 사이의 중간 계약당사자 등을 상대로 소송이 제기되었을 때, 중간 계약당사자는 운송인의 항변이나 책임제한을 원용할 수 없다는 단점이 있다. 또한 운송계약의 이행을 위해서 서비스를 사용한다는 표현이 너무 모호하여, 선급, 수리업자, 구조업자 등 운송계약 이행 중 사용하게 되는 모든 자가 포함될 수 있다는 점에서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 자가 불필요하게 확대될 수 있다는 점에서 부적절한 내용이라고 본다.

## 제5절 소결

20세기 내내 해상운송관련 국제협약의 한 주제는 운송인의 이행보조자를 보호할 필요성이 있는가와 보호해야 한다면 그 범위는 어디까지 인가였다.

헤이그 규칙은 이행보조자를 보호하기 위한 별도의 규정을 두지 않았다. 화주는 면책과 책임제한 등을 향유할 수 있는 운송인 대신 선장, 선원, 하역업자와 같은 운송인의 이행보조자를 상대로 소를 제기하였고, 이러한 소송의 결과는 결국 운송인의 손해로 이어졌다. 이에 헤이그/비스비 규칙은 소위 히말라야 조항을 도입하여 독립계약자를 제외한 운송인의 사용인과 대리인이 운송인의 항변을 원용할 수 있다는 규정을 둬으로써 운송인의 이행보조자를 과도한 책임으로부터 보호하고자 하였다. 헤이그/비스비 규칙은 히말라야 조항을 두었지만, 실제운송인에 대한 규정은 두고 있지 않다.

선주가 아닌 정기용선자 등이 계약운송인일 경우 선주 및 선장과 선원을 어떻게 보호할 수 있는가의 문제가 있다. 영국 법원은 선주가 선하증권을 발행하는 경우 선주는 용선자의 대리인으로서 선하증권을 발행한다고 하여 선주와 용선자가 모두 운송인이라고 하고 그 반대도 마찬가지로 해석하여, 선주와 용선

자 모두 운송인이라고 함으로써 선주 및 선장과 선원을 보호하고자 하였다. 다만, 히말라야 조항을 향유할 수 있는 당사자에서 독립계약자를 제외함으로써 하역업자, 터미널 운영자와 같이 해상운송에서 필수적인 역할을 담당하는 자가 운송인 본인보다 더 큰 책임을 부담하는 모순이 발생했다.

함부르크 규칙은 실제운송인 개념을 도입하고, 히말라야 조항에서 ‘독립 계약자는 제외한다’는 단서조항을 삭제하여 운송인의 이행보조자 보호를 용이하게 하거나 그 폭을 넓혔다. 실제운송인은 계약운송인의 위임을 받아 운송의 전부 또는 일부를 이행하는 자로서, 정기용선자가 화주와 운송계약을 체결한다면 선주가 실제운송인이 된다. 실제운송인의 운송구간에서 발생한 화물 손해에 대하여 실제운송인은 직접 책임을 지나, 운송인의 항변을 원용할 수 있다. 손해배상 청구소송이 실제운송인 또는 실제운송인의 사용인 또는 대리인에게 제기되는 경우, 실제운송인은 운송인의 항변을 원용할 수 있다.

UN국제복합운송협약은 히말라야 조항에 복합운송인이 복합운송 이행을 위해 사용한 어떠한 자도 복합운송인의 항변을 원용할 수 있다고 함으로써, 헤이그/비스비 규칙 및 함부르크 규칙에서 이행보조자 특히 독립계약자 보호와 관련하여 문제가 되었던 점을 해결할 수 있었다. 실제운송인 및 독립계약자 모두가 복합운송인이 복합운송을 위하여 활용한 자에 해당하여, 이들뿐만 아니라 이들의 사용인 및 대리인도 복합운송인의 항변을 원용할 수 있다.

위에서 살펴보았듯이, 해상운송과 관련한 국제협약의 논의의 중요한 한 부분은 운송인의 이행보조자를 보호할 것인지 및 보호되는 이행보조자의 범위를 어떻게 할 것인지 라고 생각한다. 국제협약은 실제운송인, 운송인의 사용인 또는 대리인, 독립계약자 등을 보호해야 할 대상이라고 보고, 이들을 운송인의 항변을 원용할 수 있는 당사자에 포함시키려고 변모해 왔다. 이러한 점에서, UN국제복합운송협약의 히말라야 조항은 이행보조자를 가장 넓게 포용하고 있다고 본다. 복합운송을 위하여 사용한 어떠한 자도 그 업무 범위 안에서 복합운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 함으로써, 앞에서 살펴본 선장, 선원, 실제운송인, 및 독립계약자를 모두 포함할 수 있게 되었다. 그러나 육상 구간의 이행보조자에게도 운송인의 항변과 책임제한을 허용한다는 점은 지나친 확대라

고 보인다.

한편, 항만구간의 해상운송인의 이행보조자 즉 하역업자나 터미널 운영자와 같은 이들을 보호해야 할 필요성은 이들이 해상운송에 필수불가결한 역할을 감당하고 있다는 점, 거대한 자본 투입이 필요한 업종으로서 이들을 육성할 필요성이 있다는 점, 독립계약자들의 책임을 제한함으로써 이들의 용역비용이 줄어든다면 다시 모든 운송참여자들에게 도움이 된다는 점 등에서 찾을 수 있다. 만약 본인인 해상운송인은 책임제한과 면책을 누리지만, 필수적인 역할을 담당하는 독립계약자들이 운송인의 항변을 원용하지 못해 결과적인 책임이 더 커진다면 이는 모순된 결과일 것이다. 나아가 이러한 독립계약자들의 손해는 운송인의 손해로 이어질 것이고, 결국 운임으로 화주에게 전가되기 때문에 이행보조자 특히 독립계약자 보호의 필요성이 있다.



## 제4장 로테르담 규칙상의 이행보조자

### 제1절 서설

2008년에 제정된 로테르담 규칙(미발효)은 운송인의 이행보조자와 관련하여 이행당사자 및 해상이행당사자라는 전혀 새로운 개념을 도입하고 있다. 로테르담 규칙의 이행당사자 및 해상이행당사자 개념의 도입취지 및 양상을 검토하여 우리 해상법에 적용가능한지 고찰해 보는 것이 필요하다고 생각된다.

유엔 국제거래법 위원회(United Nations Commissions on International Trade Law, “UNCITRAL”)는 기존 여러 가지 해상 운송 협약과 내륙 운송과 관련된 법률 또는 조약들을 통일시켜 법적 안정성을 추구하고 컨테이너 및 복합운송의 발달에 걸맞은 국제운송협약을 제정하고자 1996년부터 논의를 시작한 후, CMI와 공동연구를 통하여 10여년에 걸쳐 새로운 국제운송협약을 논의하였고,<sup>202)</sup> 2008년 7월 미국 뉴욕 회의에서 ‘유엔 국제해상운송법 협약(안)’을 확정하였다. 동 협약(안)은 같은 해 12월 15일에 유엔 총회에서 정식으로 승인되었다. 정식명칭은 “전부 또는 일부가 해상운송으로 이루어지는 국제물품운송계약에 관한 유엔 협약(United Nations Convention on Contracts for International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea)”(이하 ‘로테르담 규칙’이라고 칭한다)이다. 운송계약은 반드시 해상구간을 포함해야 하며 해상운송 외의 다른 운송수단의 제공을 포함할 수 있다(제1조 1호 후문). 따라서 로테르담 규칙은 해상을 포함한 개품복합운송계약을 대상으로 하고 있음을 알 수 있다.<sup>203)</sup>

202) 한국선주협회, 『로테르담 규칙: 제정과 발효, 협약의 주요내용 해설, 우리나라 대책』, 2009, 2쪽.

203) 로테르담 규칙은 제목(... Partly by sea)에서 암시하듯 해상구간을 포함하는 복합운송도 그 대상으로 하고 있다. 해상구간이 반드시 포함되어야 하기에 해상구간 없이 내수로 구간만을 포함하는 복합운송에는 적용되지 않는다. 한편, 반드시 복합운송일 필요는 없으며 단일 운송 모드(mode)에 의한 운송계약에도 적용된다(Yvonne Baatz, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Stanland, Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules : A Practical Annotation*, (Informa

로테르담 규칙은 제18장에 발효요건을 정하고 있는데, 협약의 서명국은 유엔 사무총장에게 비준, 승인, 수락 또는 가입서를 기탁해야 하고(제88조 제4항<sup>204</sup>), 20번째 국가의 비준, 수락, 승인, 또는 가입서가 기탁된 이후 1년이 지난 다음 달의 첫 날에 발효가 된다(제94조 제1항<sup>205</sup>). 아직까지 발효 정족수 국가를 채우지 못해 발효되지 않고 있는 실정이다.<sup>206</sup>)

운송계약 측면에서 본 로테르담 규칙의 특징 중 하나는 운송계약과 관련된 당사자의 확장이다. 엄격히 말하면 계약당사자의 확대는 아니지만, 운송계약의 이행에 따른 책임과 권리의 주체를 확대함으로써 당사자 간의 계약의 한계를 극복하고자 하였다. 헤이그/비스비 규칙이나 함부르크 규칙이 해상운송계약을 위주로 주로 운송인의 책임에 초점이 맞추어져 있었다면, 로테르담 규칙은 해상을 포함한 복합운송을 중점으로 운송인, 이행당사자, 해상이행당사자, 송하인, 서류상송하인 등 다양한 당사자에 대하여 그 적용 범위를 확대하였다. 이는 그동안 해상운송협약들과 같이 단순히 운송인과 송하인을 중심으로 한 규칙 체계로는 복잡한 책임 관계를 기술하기 어렵다는 판단에서다.

특히 주목할 것은, 운송인의 다양한 이행보조자를 이행당사자로 정의하고, 다

Law, 2009), pp.15~16.: 한국선주협회, 앞의 책, 10쪽.

204) Article 88 Signature, ratification, acceptance, approval or accession

4. Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

제88조 서명, 비준, 수락, 승인 또는 가입

4. 비준, 수락, 승인 그리고 가입서는 국제연합 사무총장에게 기탁되어야 한다.

205) Article 94 Entry into force

1. This Convention enters into force on the first day of the month following the expiration of one year after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance, approval or accession.

제94조 효력의 개시

1. 이 협약은 20번째 비준, 수락, 승인 또는 가입서가 기탁된 후 1년이 지난 후 첫 달의 첫 날 효력이 발생한다.

206) 2019년 1월 15일 현재 총 25개국이 로테르담 규칙에 서명을 했으며, 그 중 카메룬, 콩고, 스페인, 토고 등 4개 나라가 비준문서를 기탁하였다("Status: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008) (the "Rotterdam Rules", <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html)>, 2019.01.15. 방문).

시 해상 구간의 이행보조자를 해상이행당사자로 구분하였다는 점이다. 선장, 선원, 실제운송인, 터미널 운영자, 하역업자, 도로운송인, 철도운송인 등 화물 운송과 관련한 운송인의 모든 이행보조자가 이행당사자가 되며, 해상이행당사자 역시 이행당사자이다. 해상이행당사자는 특히 해상 구간에서 운송인의 업무를 보조하는 자로서 하역업자, 터미널 운영자, 선박 소유자 등이 해당할 것이다.<sup>207)</sup> 로테르담 규칙이 이행당사자와 해상이행당사자 개념을 둔 점은 운송인이 일부 또는 전체 운송 업무를 제3자를 통해서 이행하는 일이 자주 있다는 점 및 규칙이 단순히 해상구간에 대한 협약이 아니라는 점을 시사한다.<sup>208)</sup>

아래에서는 운송인의 이행당사자와 해상이행당사자를 중심으로 로테르담 규칙이 어떻게 운송인의 이행보조자의 책임관계를 규율하고 이들을 보호하려고 하는지 살펴보고 우리 법에 어떤 시사점이 있는지 검토해 보기로 한다.

## 제2절 로테르담 규칙상 이행보조자

### 1. 이행당사자

로테르담 규칙은 운송인(Carrier)과 이행당사자(Performing Party), 해상이행당사자(Maritime Performing Party) 개념을 도입하였다. 운송인이란 송하인과 더불어 운송계약을 체결하는 자인데(제1조 5호<sup>209)</sup>), 이행당사자는, 직접 또는 간접적으로 운송인의 요청에 의하여 또는 운송인의 감독이나 지시에 따르는 한도 안

207) 이재성, 「국제 해상운송조약상 운송인의 책임에 관한 연구 - 로테르담 규칙을 중심으로 -」, 『성균관대학교 박사학위논문』, (성균관대학교, 2013), 89~90쪽.

208) Baatz et. all, *op.cit.*, p.3.

209) Article 1. Definitions

5. "Carrier" means a person that enters into a contract of carriage with a shipper.

제1조 정의

5. “운송인”은 송하인과 운송계약을 체결하는 자를 의미한다.

에서, 화물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양하, 인도, 처리 등과 관련하여 운송인의 의무를 대신해서 이행하거나 이행하기로 하는 이행보조자를 말한다(제1조 6호(a)<sup>210)211)</sup> 이러한 이행당사자는 터미널운영자, 하역업자, 창고운영자, 실제운송인 등 독립계약자를 포함하는 개념으로서 ‘사용인 또는 대리인’ 보다 폭넓은 개념이다.<sup>212)</sup> 그동안 여러 국제협약이나 각국 법이 제정되는 과정에서 사용되었던 여러 용어들이 법 해석상 논란이 있었으나, 이를 이행당사자와 해상이행당사자로 통칭함으로써 통일적 해석과 법 적용이 가능하도록 하였다.

한편, 규칙에서 이행당사자는 운송인의 의무를 이행하거나(perform) 이행하기로 하는(undertake) 자를 말한다고 하였으므로(제1조 6호(a)), 이행당사자는 운송인의 임무를 실제로 수행하는 당사자뿐 아니라 수행하기로 약정을 하고 다시 다른 운송인에게 위탁을 하는 소위 운송체인 중간 단계의 계약자도 이행당사자에 포함된다.<sup>213)</sup> 스스로 운송물을 취급하지 않는 무선박운송인과 같은 자는 이행당사자가 될 수 없다는 주장도 있으나,<sup>214)</sup> 이는 ‘이행하기로 하는(undertake)’ 이라는 용어를 고려하지 않은 해석이라고 보인다. 예를 들어, 선주

---

210) Article 1. Definitions

6. (a) “Performing party” means a person other than the carrier that performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, keeping, care, unloading or delivery of the goods, to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier’s request or under the carrier’s supervision or control.

제1조 정의

6. (a) “이행당사자”는 운송인 외의 자로서, 운송인의 직·간접적인 요청에 의해서 또는 운송인의 감독이나 지시에 따라 하는 한도에서, 화물의 수령, 선적, 취급, 적부, 운송, 보관, 관리, 양하, 또는 인도와 관련하여 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자를 말한다.

211) 한국선주협회, 앞의 책, 11쪽.

212) 헤이그/비스비 규칙 제4조의 2 제2항은 운송인의 사용인 또는 대리인이 운송인의 항변과 책임제한을 향유할 수 있다고 하면서 명시적으로 독립계약자는 제외하고 있다 (양석완, 「로테르담 규칙상 이행보조자로서 ‘이행당사자(performing party)’에 관한 법적 연구」, 『안암법학』 제43권, (안암법학회, 2014), 1024, 1030쪽).

213) 앞의 논문, 1031쪽.

214) 양정호·박길상, 「로테르담 규칙상 이행당사자와 히말라야 조항」, 『해운물류연구』 제26권 제3호, (한국해운물류학회, 2010), 411쪽.



A와 B가 정기용선계약을 체결하고, 다시 정기용선자 B와 C가 슬로트용선<sup>215)</sup>계약을 체결하고, 슬로트용선자 C는 다시 무선박운송인 D와 화물 운송계약을 체결하고, D가 화주와 운송계약을 체결하는 상황에서, 실제로 선박을 이용하여 화물을 운송하는 A뿐만 아니라, 중간 단계의 B, C도 운송인 D의 의무를 이행하기로 하였으므로(undertake) D의 이행당사자에 해당한다.<sup>216)</sup> 또 만약 무선박운송인 D가 화물 운송을 위해서 도로운송인 E를 사용하고, 정기용선자 B가 선적지와 양하지 터미널에서 하역업자 F와 G를 각각 고용했다면, E, F, G 모두 이행당사자가 된다.

다만, 이행당사자는 “직접 또는 간접적으로 운송인의 요청에 의하거나 또는 운송인의 지휘·감독 하에서 행동하는 한도에서” 이행당사자 자격을 갖춘다고 하였으므로(제1조 6호(a)), 위 예에서 ‘운송인’에 해당하는 무선박운송인 D와 직접 계약관계가 있는 C와 E가 이행당사자임에는 의심의 여지가 없으나, C와 계약을 맺은 A와 B, 그리고 B와 계약을 맺은 F와 G가 이행당사자가 되기 위해서는 이들이 ‘운송인’ D의 ‘간접적인 요청’에 의하여 업무를 이행했다는 것을 고용계약 등으로 입증해야 할 것이다.<sup>217)</sup> 따라서 요청받지 않거나 허가받지 않은 행동이 우연히 운송인의 업무를 이행하는 것이거나 또는 이행당사자라 하더라도 그 행동이 요구된 업무의 범위를 벗어나면 그러한 한도 내에서 이행당사자에서 제외될 것이다.<sup>218)</sup>

송하인이나, 서류상 송하인, 처분권자 또는 수하인 등 화물이해관계자에 의하여 고용된(retained) 자는 이행당사자에서는 제외되지만(제1조 제6호(b)<sup>219)</sup>), 송

215) 슬로트용선이란 주로 컨테이너 정기용선에서 많이 사용되는 개념이다. 특정 구간에 정기노선을 운항하고자 하나 선박이 없을 때는 다른 컨테이너 선박의 일부 선복을 빌려서 운송인으로서 역할을 할 수 있다. 선복을 빌린다는 측면에서 정기용선자의 성격을 가지고 있으나, 항로지정권이 선주에게 있다는 점은 항해용선과도 가깝다. 주로 선사들끼리 일부 선복을 서로 교환하는 방식으로 많이 사용된다(김인현, 『해상법』 제3판, (법문사, 2011), 55쪽).

216) 엄격히 말하자면, A, B, C 및 다음에 나오는 F와 G는 해상이행당사자이다. 그러나 여기서는 이해를 돕기 위해 이행당사자와 해상이행당사자를 구분하지 않고 이행당사자로 호칭하였다.

217) Baatz et. all, *op.cit.*, p.62, note 68.

218) John S Mo, "Determination of Performing Party's Liability Under the Rotterdam Rules", *Asia Pacific Law Review*, vol. 18, no.2, 2010, p.246.

하인에 의하여 고용된 하역업자와 같은 자들이라도 운송인의 지휘·감독을 받아 운송 업무를 이행한다면, 비록 이들이 이행당사자는 아니지만 운송인은 이들에 대해서도 책임을 질 것이다.<sup>220)</sup> 이는 우리 민법에서 이행보조자의 고의·과실에 의한 채무불이행에 대해 채무자가 책임을 지는 것과 비슷한 논리이다.<sup>221)</sup> 다만, 학설은 채무자가 책임을 지는 이행보조자에 협의의 이행보조자만 해당하는지 아니면 이행대행자도 포함하는지에 대해 다툼이 있으나, 로테르담 규칙은 협의의 이행보조자나 이행대행자를 구분하지 않고 운송인의 직·간접적인 사용의사가 있거나 운송인의 지휘·감독을 받아도 이행당사자로 분류하므로, 로테르담 규칙의 이행당사자는 우리 민법의 이행보조자보다 더 확대된 개념으로 보인다. 이에 대해 규칙의 이행당사자는 그 경계가 모호하다는 지적도 있다.<sup>222)</sup>

로테르담 규칙이 이행보조자라는 용어 대신 이행당사자라는 용어를 사용한 주 이유는 이행당사자와 해상이행당사자를 구분하기 위한 것으로 보인다.<sup>223)</sup> 규칙상 이행당사자는 화물 운송과 관련된 이행보조자로 한정하므로 이행보조자라는 표현보다는 별도 용어를 사용하는 것이 적절할 것이다. 해상구간의 이행당사자이면서 화주에 대하여 직접 책임을 지고, 운송인과 연대책임을 부담하며, 운송인의 항변과 책임제한의 원용이 허용되는 자를 해상이행당사자라고 별도로 구분하였다. 이렇게 이행당사자(비해상이행당사자)와 해상이행당사자를 구분함으로써, 해상이행당사자에게는 규칙상 책임을 강행적으로 부과할 수 있지만, 육

---

219) Article 1. Definitions

6. (b) “Performing party” does not include any person that is retained, directly or indirectly, by a shipper, by a documentary shipper, by the controlling party or by the consignee instead of by the carrier.

제1조 정의

6. (b) “이행당사자”는 운송인 대신에 송하인, 서류상 송하인, 처분권자 또는 수하인에 의해 직·간접적으로 선임된 자는 포함하지 않는다.

220) Baatz et. all, *op.cit.*, p.63.

221) 양석완, 「로테르담 규칙상 이행보조자로서 ‘이행당사자(performing party)’에 관한 법적 연구」, 1019쪽.

222) 양정호·박길상, 앞의 논문, 416쪽.

223) 양석완, 「로테르담 규칙상 이행보조자로서 ‘이행당사자(performing party)’에 관한 법적 연구」, 1035쪽.

상구간 등의 이행당사자는 해당 구간에 적용되는 강행적 국제협약이 적용될 수 있도록 함으로써 해상외의 구간에 존재하는 국제협약과의 충돌을 피할 수 있도록 하였다.<sup>224)</sup>

## 2. 해상이행당사자

로테르담 규칙은 화주의 이익도 보호하고 동시에 해상이행당사자의 이익도 보호하고자 해상이행당사자 개념을 도입하였다. 이행당사자 중 특히 해상구간의 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자를 해상이행당사자라고 하는데, 내륙운송인이 항만 내에서만 서비스를 제공하는 경우에는 내륙운송인도 해상이행당사자라고 부른다(제1조 7호<sup>225)</sup>). 따라서 해상이행당사자에는 해상구간의 운송을 담당하는 실제운송인뿐만 아니라 항구에서 운송인의 의무를 이행하는 터미널 운영자, 하역업자, 보세창고업자 등도 포함한다.<sup>226)</sup> 운송인이 반드시 지휘·감독하지 않아도 운송인이 요청하여 운송인의 의무 중 일부를 이행하면 해상이행당사자가 될 수 있으므로 해상이행당사자의 범위에 독립계약자도

224) 김선옥, 「로테르담규칙에 있어서 해상물건운송계약당사자의 의무 및 책임에 관한 법리적 연구」, 『통상법률』 제104권, (법무부 국제법무과, 2012), 81쪽.

225) Article 1 Definitions

7. "Maritime performing party" means a performing party to the extent that it performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship. An inland carrier is a maritime performing party only if it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area.

제1조 정의

7. "해상이행당사자"는 선적항에 화물이 도착한 때로부터 양하항에서 화물이 출발할 때까지의 사이에서 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 한도 내에서 이행당사자를 말한다. 내륙운송인은 항구 내에서만 배타적으로 서비스를 수행하거나 수행하기로 하는 경우 해상이행당사자이다.

226) 김훈경·지상규, 「운송주선인의 개입권 행사에 따른 운송인과 이행보조자의 책임에 관한 검토-대법원 2017. 6. 8.선고 2016다13109판결-」, 『법학연구』 제71권, (한국법학회, 2018), 145쪽; 양석완, 「로테르담 규칙상 해상이행당사자의 적용에 따른 문제점」, 『국제거래법연구』 제23권 제1호, (국제거래법학회, 2014), 249쪽.

포함될 수 있다.<sup>227)</sup> 운송인인 운송주선인으로부터 재운송계약을 받은 실제운송인 및 하역업자 등이 독립계약자의 한 사례에 해당될 것이다.

해상에서의 사고로 화물이 훼손되거나 유실되는 경우에 화주와의 운송계약 당사자는 계약운송인이기 때문에 계약운송인에게는 계약 불이행에 따른 손해배상청구를 하기가 용이하나, 실제운송인 또는 해상이행당사자는 화주와 직접적인 계약관계가 없기 때문에 계약불이행에 따른 손해배상청구를 하는 것이 어렵고 불법행위에 기한 손해배상 청구만 가능하였다.<sup>228)</sup> 이를 위해서는 화주가 해상이행당사자(실제운송인)의 불법행위를 입증하고, 자신의 손해와의 인과관계를 입증해야 하며,<sup>229)</sup> 해상운송인을 상대로 한 소송에 대하여 관할 및 준거법에 대하여 법적 분쟁을 거쳐야 했다. 계약운송인이 화주의 손해를 배상할만한 충분한 자산이나 보험을 가지고 있지 않은 경우, 화주가 해상운송인의 불법행위를 입증하지 못하면 화주는 자신의 손해를 충분히 보상받지 못하는 경우도 있을 수 있다.

해상이행당사자는 계약관계가 없는 화주에게 대하여도 직접 법정책임을 부담하기에, 비계약국의 독립계약자가 해상이행당사자로서 책임을 부담하는 것을 방지할 필요가 있다. 그렇지 않다면 로테르담 규칙을 비준하지도 않은 나라에 소재하는 해상이행당사자가 로테르담 규칙에 의해서 책임이 결정되는 불합리한 상황이 발생할 수 있다. 이에 로테르담규칙은 해상이행당사자가 계약국에서 화물을 인수 또는 인도하거나 계약국의 항구에서 활동을 하는 등 최소한의 활동이 계약국에서 이루어질 것을 요구하고 있다.<sup>230)</sup>

### 3. 선장 및 선원

227) 김인현, 「국제해상물건운송계약에 관한 2008년 UNCITRAL 조약(로테르담규칙)의 적용범위와 계약자유의 원칙」, 『법학연구』 제49권 제2호, (부산대학교 법학연구소, 2009.02), 48쪽; 양석완, 「로테르담 규칙상 해상이행당사자의 적용에 따른 문제점」, 248~249쪽; 최세련, 앞의 논문, 68쪽; 한국선주협회, 앞의 책, 32쪽.

228) 최기원, 『상법학신론(상)』, (박영사, 2009), 354쪽.

229) 양석완, 「국제운송에 있어서 계약운송인과 실제운송인의 법적 책임」, 『국제거래법연구』 제19권 제1호, (국제거래법학회, 2010), 165쪽 참조.

230) Baatz et. all, *op.cit.*, p.65.

로테르담 규칙의 정의 규정에 따르면 선장과 선원도 운송인의 이행당사자 및 해상이행당사자에 속한다. 그럼에도 불구하고, 규칙은 운송인이 책임을 부담하는(vicarious liability) 당사자 중 하나에 이행당사자에 더하여 선장과 선원을 따로 기술하고 있다(제18조). 이는 규칙 제19조<sup>231)</sup> 제4항에서 규칙의 어떤 조항도

---

231) Article 19 Liability of maritime performing parties

1. A maritime performing party is subject to the obligations and liabilities imposed on the carrier under this Convention and is entitled to the carrier's defences and limits of liability as provided for in this Convention if:

(a) The maritime performing party received the goods for carriage in a Contracting State, or delivered them in a Contracting State, or performed its activities with respect to the goods in a port in a Contracting State; and

(b) The occurrence that caused the loss, damage or delay took place: (i) during the period between the arrival of the goods at the port of loading of the ship and their departure from the port of discharge from the ship and either (ii) while the maritime performing party had custody of the goods or (iii) at any other time to the extent that it was participating in the performance of any of the activities contemplated by the contract of carriage.

2. If the carrier agrees to assume obligations other than those imposed on the carrier under this Convention, or agrees that the limits of its liability are higher than the limits specified under this Convention, a maritime performing party is not bound by this agreement unless it expressly agrees to accept such obligations or such higher limits.

3. A maritime performing party is liable for the breach of its obligations under this Convention caused by the acts or omissions of any person to which it has entrusted the performance of any of the carrier's obligations under the contract of carriage under the conditions set out in paragraph 1 of this article.

4. Nothing in this Convention imposes liability on the master or crew of the ship or on an employee of the carrier or of a maritime performing party.

제19조 해상이행당사자의 책임

1. 해상이행당사자는 다음의 경우에 이 협약에서 운송인에 부과된 의무와 책임을 지며 협약에서 제공하는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다:

(a) 해상이행당사자가 계약국에서 운송 화물을 수령하거나, 계약국에서 인도하거나, 계약국의 항구에서 화물과 관련한 활동을 하고;

(b) 멸실, 훼손 또는 지연을 초래한 사건이 (i) 화물이 선적항에 도착한 때로부터 양하항에서 화물이 출발할 때 사이에 발생하고, (ii) 해상이행당사자가 화물을 관리하던 중이거나 (iii) 운송계약상 예정된 어떤 활동의 이행에 해상이행당사자가 참여하는 중

선장 또는 선원이나 해상이행당사자의 피용자에게 책임을 지우지 않는다고 한 점과 맥락을 같이 한다. 즉 규칙은 운송과 관련한 운송인의 이행보조자를 이행당사자, 해상이행당사자, ‘선장 또는 선원’ 과 ‘운송인 또는 해상이행당사자의 피용자’ 의 세 그룹으로 구분하여 기술함으로써, 운송인이 그 과실에 대하여 책임을 지지만 자신은 화주에게 책임을 지지 않는 이행보조자인 이행당사자와, 운송인과 함께 화주에 대하여 연대책임을 지면서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행당사자인 해상이행당사자, 그리고 해상이행당사자이면서도 조약상 책임이 부과되지 않는 선장·선원 또는 운송인이나 해상이행당사자의 피용자 등으로 구분하고 있다.<sup>232)</sup>

헤이그/비스비 규칙에서는 운송인이 발항 전 및 발항 당시에 선박의 감항성 관련 주의 의무를 다하였다면, 출항 후에는 선장, 선원, 도선사 또는 운송인의 사용자 등의 항해 및 선박관리에 대한 과실에 대해 면책되도록 한 것과는(헤이그/비스비 규칙 제4조 제2항(a)) 달리, 로테르담 규칙에서는 항해 중 선장·선원의 과실에 대하여 운송인이 책임을 진다는 것이 다르다.<sup>233)</sup> 이는 로테르담 규칙이 선장, 선원 등의 해기과실에 대한 운송인의 면책을 삭제한 결과이다.

이행당사자 또는 해상이행당사자가 되기 위해서는 운송인의 직접·간접적인

인 경우

2. 만약 운송인이 협약상 운송인에게 부과되지 않은 책임을 지기로 합의하거나 협약상 책임제한액보다 더 높은 책임제한액에 합의하는 경우, 해상이행당사자가 명시적으로 그러한 책임과 책임제한액에 동의하지 않는 한 그러한 책임과 책임제한액에 구속되지 않는다.

3. 해상이행당사자는 본조 제1항에 규정된 조건하에서 자신이 운송계약상 운송인의 의무를 위탁한 자의 작위 또는 부작위에 의해 초래된 협약상 자신의 의무 위반에 대하여 책임을 진다.

4. 이 협약의 어떠한 규정도 선박의 선장이나 선원 또는 운송인이나 해상이행당사자의 사용인에게 책임을 부과하지 않는다.

232) 해상구간에서 운송인의 업무를 이행하는 선장, 선원, 운송인이나 해상이행당사자의 사용자도 로테르담 규칙의 정의상 해상이행당사자에 해당할 것이나, 이들에게 화주의 직접 청구를 허용하고 운송인과 연대책임을 지게 하는 것은 바람직하지 않다는 판단에서 규칙이 이들에게 규칙상 책임을 부과하는 것은 아니라는 점을 명시하였다(제19조 제4항)(양정호·박길상, 앞의 논문, 417~418쪽).

233) Baatz et. all, *op.cit.*, p.65, note 70; 상법도 “선장, 해원, 도선사, 그 밖의 선박 사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해”에 대해 운송인을 면책시키고 있다(제795조 제2항).

요청이 있거나 운송인의 지휘·감독을 받아 업무를 수행해야 하는데, 선주 또는 선체용선자와 운송인 사이에 채용선계약 또는 재운송계약의 고리(chain)가 수차례 반복된다면, 계약사항 또는 상황에 따라 선주나 선체용선자가 해상이행 당사자가 아니라고 판정될 수 있다. 이 경우 이행당사자 또는 해상이행당사자에게만 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용한다면, 선장 또는 선원은 해상이행당사자의 피용자로서의 보호를 상실할 위험이 있다. 따라서 규칙 제4조 제1항은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 “선장, 선원, 또는 선상에서 서비스를 이행하는 모든 사람”을 추가하여 어떠한 경우에도 선장, 선원 및 선박사용인이 운송인의 항변과 책임제한을 주장할 수 있도록 하고 있다.

### 제3절 로테르담 규칙의 이행보조자와 제3자와의 관계

#### 1. 이행당사자

이행당사자 및 기타 이행보조자의 작위 또는 부작위로 인한 운송인의 로테르담 규칙 위반에 대하여 운송인이 책임을 진다(제18조<sup>234)</sup>,<sup>235</sup>) 화주가 로테르담

234) Article 18 Liability of the carrier for other persons

The carrier is liable for the breach of its obligations under this Convention caused by the acts or omissions of:

(a) Any performing party; (b) The master or crew of the ship; (c) Employees of the carrier or a performing party; or (d) Any other person that performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations under the contract of carriage, to the extent that the person acts, either directly or indirectly, at the carrier's request or under the carrier's supervision or control.

제18조 타인에 대한 운송인의 책임

운송인은 아래에 기재된 자들의 작위 또는 부작위에 의한 협약상 의무 위반에 대해 책임을 진다:

(a) 이행당사자; (b) 선박의 선장 또는 선원; (c) 운송인이나 이행당사자의 사용인; 또는 (d) 직·간접적으로 운송인의 요청에 의해서 또는 운송인의 감독이나 지휘를 받는 한도에서 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자.

235) 로테르담 규칙도 단일책임주의를 채택하고 있다(박은영, 「국제화물운송계약에서 운

규칙 제18조에 따라서 운송인을 상대로 이행보조자의 과실로 인한 자신의 손해에 대한 배상청구를 한다면, 운송인은 화물 손해가 자신이나 제18조에 기재된 이행보조자의 과실에 의해 발생한 것이 아니라는 점을 입증하거나(제17조 제2항) 규칙이 정한 운송인의 면책사항이 화물의 멸실, 훼손, 또는 지연을 초래하였거나 그 발생에 기여했다는 점을 입증하면(제17조 제3항) 책임의 전부 또는 일부가 면제된다. 그러나, 제17조 제3항의 면책 조항에 해당되는 경우라도 화주가 화물 손해가 운송인이나 운송인의 이행보조의 과실에 의해 초래되거나 그러한 과실이 손해 발생에 기여했음을 입증하면 운송인이 책임을 지게 된다(제17조 제4항<sup>236)</sup>).

그런데, 로테르담 규칙은 구간별책임제도(network liability system)<sup>237)</sup>를 도입

---

송협약규정간 충돌 가능성에 관한 검토-로테르담 규칙을 중심으로, 『법학논총』 제38권 제2호, (전남대학교 법학연구소, 2018), 472쪽).

236) Article 17 Basis of Liability

4. Notwithstanding paragraph 3 of this article, the carrier is liable for all or part of the loss, damage, or delay:

- (a) If the claimant proves that the fault of the carrier or of a person referred to in article 18 caused or contributed to the event or circumstance on which the carrier relies; or
- (b) If the claimant proves that an event or circumstance not listed in paragraph 3 of this article contributed to the loss, damage, or delay, and the carrier cannot prove that this event or circumstance is not attributable to its fault or to the fault of any person referred to in article 18.

제17조 책임의 기초

4. 본조 제3항에도 불구하고, 운송인은 아래의 경우 멸실, 훼손, 또는 지연의 전부 또는 일부에 대하여 책임이 있다:

- (a) 청구인이 운송인이나 제18조에 규정된 자의 과실이 운송인이 면책의 근거로 삼은 사건 또는 상황을 초래하였거나 그 발생에 기여하였다는 것을 증명하는 경우; 또는
- (b) 청구인이 본조 제3항에 열거되지 아니한 사건 또는 상황이 멸실, 훼손, 또는 지연에 기여하였음을 증명하고, 운송인이 그 사건이나 상황이 자신의 과실이나 제18조에 언급된 자의 과실에 기인한 것이 아니라는 것을 증명하지 못하는 경우.

237) '구간별책임제도' 또는 '구간이종책임제도'는 운송물의 손해가 발생한 구간에 적용되는 국제협약이나 강행적인 국내법이 있으면 그러한 국제협약 또는 국내법이 적용되고, 손해발생 구간을 특정할 수 없는 경우나 그러한 국제협약이나 강행적 국내법이 없는 경우에는 미리 정해둔 책임원칙에 따라서 복합운송인의 책임을 정하는 제도를 말한다. 이에 반해 '단일책임제도' 또는 '전구간동일책임제도'는 손해가 발생한 구간을



하여 화물의 손해가 특정 구간에서 발생한 경우 해당 구간에 적용되는 강행 국제협약이 있으면 그러한 국제협약이 로테르담 규칙에 우선하여 적용되도록 하고 있다.<sup>238)</sup> 만약 화물의 손해가 발생한 구간을 특정할 수 없는 경우에는 로테르담 규칙이 적용될 것이다(제26조<sup>239)</sup>). 따라서 도로운송, 철도운송과 같은 내륙운송에 대하여 강행적인 국제협약이 존재하는 유럽과 같은 곳에서는 이행당사자의 책임에 대해서도 로테르담 규칙이 아니라 해당 구간의 강행 국제협약이

---

따지지 않고 전 구간에 대해 동일한 책임 원칙을 적용하는 것을 말한다(정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로-』, 341~343쪽).

238) 엄밀히 말하면, 로테르담 규칙 제26조에서, 손해 발생구간을 모르면 로테르담 규칙이 적용되고(전구간동일책임제도), 손해 발생구간을 알고 해당 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약이 있으면 그러한 협약을 적용하도록 하고 있으므로(구간별책임제도), 로테르담 규칙은 “제한된 구간별책임제도”라고 할 수 있다(Paul Todd, *Principles of the Carriage of Goods by Sea*, (Routledge, 2016), p.366).

239) Article 26 Carriage preceding or subsequent to sea carriage

When loss of or damage to goods, or an event or circumstance causing a delay in their delivery, occurs during the carrier's period of responsibility but solely before their loading onto the ship or solely after their discharge from the ship, the provisions of this Convention do not prevail over those provisions of another international instrument that, at the time of such loss, damage or event or circumstance causing delay:

- (a) Pursuant to the provisions of such international instrument would have applied to all or any of the carrier's activities if the shipper had made a separate and direct contract with the carrier in respect of the particular stage of carriage where the loss of, or damage to goods, or an event or circumstance causing delay in their delivery occurred;
- (b) Specifically provide for the carrier's liability, limitation of liability, or time for suit; and
- (c) Cannot be departed from by contract either at all or to the detriment of the shipper under that instrument.

#### 제26조 해상운송 전·후의 운송

운송물의 멸실 또는 훼손, 또는 지연인도를 초래하는 사건 또는 상황이 운송인의 책임기간 동안에 발생하지만 선박에 선적되기 전이나 선박에서 양하된 후에 발생하면, 그러한 멸실, 훼손 또는 지연인도를 초래하는 상황이나 환경이 발생하는 때에 다음의 조건들을 만족하는 다른 국제협약의 규정들이 이 협약의 규정들보다 우선 한다:

- (a) 운송물의 멸실, 훼손 또는 지연인도를 초래하는 사건이나 상황이 발생한 특정 운송 단계에 대하여 송하인이 운송인과 별도의 직접 계약을 체결했다면 해당 국제협약의 규정에 따라 운송인의 활동 전부 또는 어느 일부에 적용되었을 것이고;
- (b) 운송인의 책임, 책임제한 또는 제소기간에 대하여 특별한 규정이 있고;
- (c) 당해 국제협약이 규정 전부를 배제하거나 송하인에게 불리하게 하는 계약을 금지하는 경우.

적용될 가능성이 높다.

이행당사자를 상대로 화주가 불법행위에 기한 소송을 제기할 수 있는지 의문이 있다. 이에 대해, 로테르담 규칙이 화주를 두텁게 보호하기 위하여 운송인이 이행당사자들의 과실에 대하여 책임을 지도록 하고 있지만, 이것이 이행당사자들을 완전히 면책시키는 것은 아니고, 규칙에서 달리 정하지 않는 한, 화주는 이행당사자와 같은 이해보조자들에게 불법행위를 근거로 하여 손해배상청구를 할 수도 있다고 해석되고 있다.<sup>240)</sup>

그러나 다음과 같은 이유로 화주가 계약위반 또는 불법행위를 이유로 해상이행당사자가 아닌 이행당사자에게 직접 손해배상 청구를 하는 것은 허용해서는 안된다고 생각한다. 첫째, 제18조에 의해 운송인이 이행당사자의 업무상 작위 또는 부작위로 인한 운송인의 규칙위반에 책임을 지도록 하였고, 제4조 제1항<sup>241)</sup>에 의해서 운송인에 대한 불법행위 청구에도 로테르담 규칙이 적용되도록 하고 있는데,<sup>242)</sup> 만약 이행당사자에 대한 직접 청구를 허용하면, 이는 결국 로

---

240) 양석완, 「로테르담 규칙상 이해보조자로서 '이행당사자(performing party)'에 관한 법적 연구」, 1045쪽; 양정호·박길상, 앞의 논문, 420쪽.

241) Article 4 Applicability of defences and limits of liability

1. Any provision of this Convention that may provide a defense for, or limit the liability of, the carrier applies in any judicial or arbitral proceeding, whether founded in contract, in tort, or otherwise, that is instituted in respect of loss of, damage to, or delay in delivery of goods covered by a contract of carriage or for the breach of any other obligation under this Convention against:

(a) The carrier or a maritime performing party; (b) The master, crew or any other person that performs services on board the ship; or (c) Employees of the carrier or a maritime performing party.

제4조 항변과 책임제한의 적용

1. 운송인에게 항변과 책임제한을 제공하는 협약상 모든 조항은, 운송계약상 화물의 멸실, 훼손, 또는 지연인도와 관련하여나 협약상 다른 의무 위반에 관하여, 계약, 불법행위, 또는 기타 모든 사법 또는 중재 절차에 적용된다.

(a) 운송인 또는 해상이행당사자 (b) 선상에서 서비스를 제공하는 선장, 선원 또는 그 밖의 자 또는 (c) 운송인 또는 해상이행당사자의 사용자.

242) 로테르담 규칙 제4조 제1호는 히말라야 조항으로서 계약상 청구 및 불법행위 청구에서 로테르담 규칙이 적용된다는 내용과, 운송인, 해상이행당사자, 선장, 선원, 선박에서 서비스를 제공하는 자, 운송인이나 해상이행당사자의 피용자에게도 운송인의 항변이나 책임제한이 적용된다는 취지이다.

테르담 규칙을 우회하는 것을 허용하는 결과가 된다. 둘째, 육상에서 손해가 발생하고 해당 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약이 없으면 로테르담 규칙이 적용되는데(제26조), 이 경우에도 화주는 이행당사자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 청구를 제기해 손해액 전액을 보상받을 수 있는 것이다. 이는 제18조에서 운송인이 이행당사자의 과실로 인한 결과에 대하여 책임을 진다고 한 규정을 무효화시키는 것이다.

예를 들어, 도로운송 중 트럭기사의 과실로 화물이 멸실된 경우, 규칙 제18조에 의거하여 운송인이 책임을 진다. 이 때 해당 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약이 있다면 그러한 국제협약이 우선 적용될 것이며, 만약 강행적으로 적용되는 국제협약이 없다면 로테르담 규칙의 책임 원칙이 적용되어 운송인은 규칙상 항변과 책임제한을 주장할 수 있을 것이다. 만약 화주가 트럭기사를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 청구를 한다면, 해당 구간에 적용되는 강행 국제협약이 있고 동 협약에서 트럭기사를 상대로 한 소송을 허용한다면 동 협약에 따라서 도로운송인의 책임이 정해질 것이다. 그러나 해당 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약이 없으면 로테르담 규칙이 준거법이 되나, 도로운송인을 상대로 한 불법행위 소송 자체는 허용되어 결과적으로 규칙 제18조를 무효화시키고 로테르담 규칙을 우회하는 결과가 된다.

아마도 로테르담 규칙의 입안자는, 비해상구간에서 화물 손해가 발생하면 해당 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약에 따라 이행당사자의 책임이 결정될 것이니, 로테르담 규칙에서 비해상이행당사자들에 대한 소송을 제한하거나 이행당사자들에게 운송인의 항변과 책임제한을 원용하게 할 필요가 없다고 생각한 것으로 보인다. 그러나 해당 손해 발생 구간에 강행적으로 적용되는 국제협약이 없는 경우에는 로테르담 규칙이 적용될 것이고, 이 경우 화주가 이행당사자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 청구하는 것이 허용되어, 결국 규칙 제18조를 무효화시키는 결과를 가져오게 될 것이라는 점에서 시정이 필요하다.

## 2. 해상이행당사자

기본적으로 해상이행당사자의 과실에 의한 화물 손해에 대해 운송인이 책임을 진다. 로테르담 규칙 제18조(a)에 의해 ‘이행당사자(any performing party)’의 작위 또는 부작위로 인한 규칙위반에 대하여 운송인이 책임을 진다(제18조). 그 반대는 성립하지 않는다. 즉 이행당사자는 규칙상 화주에 대하여 직접 책임을 부담하지 않는다.<sup>243)</sup> ‘어떠한 이행당사자(any performing party)’라고 하였으므로 해상이행당사자의 작위·부작위로 인한 규칙 위반에 대하여도 원칙적으로 운송인이 책임을 진다. 한편, 제18조(d)는 운송인의 직·간접적인 요청에 의하거나 운송인의 지휘·감독하에서 행위를 하는 한, 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 모든 자의 작위·부작위로 인한 규칙상 의무위반에 대해 운송인이 책임이 있다고 하는데, 송하인에 의하여 고용된 하역업자가 본선 사관들의 감독하에 화물 양하·적입 등의 작업을 하는 경우가 이에 해당할 것이다.<sup>244)</sup>

그러나 비해상이행당사자와 달리 해상이행당사자는 화물 손해에 대하여 화주에게 직접 책임을 부담할 수도 있다. 해상이행당사자가 책임을 지기 위해서는 적어도 다음 두 가지 요건이 충족되어야 하는데(제19조 제1항), 둘 다 해상이행당사자의 활동이 계약국과 최소한의 연결점을 가지고 있어야 할 것을 요구하는 것이다. 첫째, 계약국에서 화물을 인수하였거나, 계약국에서 화물을 인도하거나, 계약국의 항구에서 화물과 관련한 활동을 수행해야 한다. 둘째, 화물이 선적지 항구에 도착한 때부터 양하지 항구를 떠날 때까지의 기간에 화물의 멸실, 훼손, 또는 지연이 발생해야 하며 해상이행당사자가 화물을 관리하고 있거나 그렇지 않은 경우에는 운송계약상 활동에 해상이행당사자가 참여하고 있어야 한다. 이렇게 함으로써 비계약국에서만 운송서비스를 제공한 해상이행당사자에게 로테르담 규칙이 책임을 부과하는 상황을 피하고자 하였으며 규칙상 화주에게 직접 책임을 지는 당사자는 운송인과 해상이행당사자로만 제한하게 되었다.<sup>245)</sup>

243) 양석완, 「로테르담 규칙상 이행보조자로서 ‘이행당사자(performing party)’에 관한 법적 연구」, 1024쪽.

244) Baatz et. all, *op.cit.*, p.63.

245) Baatz et. all, *op.cit.*, p.64; 양정호·박길상, 앞의 논문, 414쪽

로테르담 규칙상 해상이행당사자는 운송인과 연대하여 화주에게 직접 규칙상 책임을 진다(제20조<sup>246)</sup> 제1항). 이는 이미 확립된 법리인 ‘직접계약관계의 원칙(doctrine of privity of the contract)’의 예외에 해당하며, 이러한 책임은 법정책임이다.<sup>247)</sup> 대신 해상이행당사자는 운송인의 항변과 책임제한을 향유할 수 있다(제19조).<sup>248)</sup> 즉, 해상이행당사자는 운송인의 의무와 책임에 대하여 연대책임을 부담하는 대신, 선하증권 약관에 허말라야 조항이 있는지 여부와 상관없이 규칙이 운송인에게 부여하는 항변과 책임제한을 누릴 수 있다.<sup>249)</sup> 규칙이 강행적으로 적용되는 구간이 해상구간으로 한정되는 취지를 반영하여, 전체 이

246) Article 20 Joint and several liability

1. If the carrier and one or more maritime performing parties are liable for the loss of, damage to, or delay in delivery of the goods, their liability is joint and several but only up to the limits provided for under this Convention.

2. Without prejudice to article 61, the aggregate liability of all such persons shall not exceed the overall limits of liability under this Convention.

제20조 연대책임

1. 운송인과 하나 또는 그 이상의 해상이행당사자가 화물의 멸실, 훼손, 또는 지연인도에 대해 책임이 있는 경우 그들은 이 협약에서 정한 한도까지 연대책임을 진다.

2. 제61조의 효과를 훼손함 없이, 그러한 자들의 책임의 총합은 이 협약에서 정한 책임의 총합을 초과할 수 없다.

247) 양정호·박길상, 앞의 논문, 415쪽; 양석완, 「로테르담 규칙상 해상이행당사자의 적용에 따른 문제점」, 252쪽; 로테르담 규칙이 해상이행당사자는 운송인의 의무와 책임을 진다고 하였으므로 해상이행당사자의 책임을 계약상 책임으로 보는 견해도 있다 (Francesco Berlingieri, "A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules",

<[https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/Berlingieri\\_paper\\_comparing\\_RR\\_Hamb\\_HVR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf)>, 2019.11.06. p.14).

248) 김선옥, 「로테르담규칙에 있어서 해상물건운송계약당사자의 의무 및 책임에 관한 법리적 연구」, 81쪽.

249) Michael F. Sturley, "Modernizing and Reforming U.S. Maritime Law: The Impact of the Rotterdam Rules in the United States", *Texas International Law Journal*, vol. 44, no.3, 2009, p.449; 화주들은 이미 이행보조자의 과실에 대하여 이행보조자들에게 직접 청구해오고 있었으므로 로테르담 규칙이 해상이행보조자에게 직접 청구권을 인정한 것이 전혀 새로운 것이 아니고, 오히려 화주들의 직접 청구를 규칙의 범위 안으로 끌어들었다는 점에서 해상이행보조자에게 유리한 조치라는 의견이 있다(Michael F. Sturley, "What has Become the Rotterdam Rules?", *Journal of Transportation Law, Logistics & Policy*, vol. 83 no. 4, 2016, p.19379).

해당사자가 아닌 해상이행당사자에게만 계약운송인과 연대책임을 지우는 한편 계약운송인의 책임제한과 항변을 주장할 수 있게 하는 것이다.<sup>250)</sup>

해상이행당사자가 자신의 계약상 책임을 다른 자에게 위임했을 경우 그러한 자의 작위 또는 부작위로 인한 규칙상의 의무 위반에 대하여 해당 해상이행당사자가 책임을 진다(제19조 제3항). 예를 들어, 복합운송인으로부터 해상 운송구간의 운송을 위임받은 선박소유자가 하역업자를 사용하여 화물을 적·양하한다면, 해상이행당사자에 해당하는 선박소유자는 자신이 위임한 하역업자의 과실에 대하여 책임을 져야 한다. 만약, 재위임을 받은 하역업자에게 화주가 불법행위에 기한 손해배상 청구를 한다면, 재위임을 받은 하역업자는 자신이 운송인의 간접적인 요청을 받았거나 운송인의 지휘·감독을 받아 업무를 수행했다는 사실을 입증해서 해상이행당사자 지위를 얻어야 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있을 것이다.

해상이행당사자에 해당하는 터미널운영자, 하역업자, 창고업자 등의 독립계약자는 이제 규칙 제4조 제1항에 의하여 운송인의 항변과 책임제한을 향유할 수 있다. 규칙은 이행당사자를 정의하며(제1조 6호(a) ‘사용인 또는 대리인’이라는 표현 대신 단순히 ‘운송인 이외의 자(a person other than the carrier)’라는 포괄적인 용어를 사용함으로써 독립계약자도 해상이행당사자가 되어 운송인의 항변과 책임제한을 향유할 수 있도록 하고 있다. 이는 헤이그/비스비 규칙 이래로 독립계약자가 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는지에 대한 논란을 해결하기 위한 것으로 보인다. 해상운송에 필수적인 역할을 담당하는 해상이행당사자에게 운송인의 항변과 책임제한을 허용하지 않는다면, 이들이 오히려 운송인보다 더 큰 책임에 노출되는 불합리가 발생한다.

반면, 해상이행당사자가 아닌 이행당사자 즉 도로운송인, 철도운송인, 내수로 운송인, 내륙 창고업자 등은 해당구간에 적용되는 강행적인 국제협약이 있다면 이의 적용을 받을 것이고, 그러한 국제협약이 없다면 로테르담 규칙 제18조에 의거하여 운송인이 이들의 과실에 대하여 규칙에 의거하여 책임을 부담할 것이

---

250) 양정호·박길상, 앞의 논문, 424쪽

다. 앞에서 설명했듯이, 이행당사자를 상대로는 불법행위에 기한 손해배상 청구도 불가하다고 해석해야 할 것이다.

### 3. 선장 및 선원

로테르담 규칙은 선장, 선원, 운송인 또는 (해상)이행당사자의 피용자를 보호하기 위한 규정들을 두고 있다. 정의(definition)상 해상이행당사자에 해당하는 선장과 선원, 그리고 운송인과 이행당사자의 피용자를 별도의 그룹으로 분류하여 운송인이 책임을 지도록 하고(제18조), 나아가 규칙의 어떤 조항도 선장, 선원, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자에게 책임을 지우지 않는다고 명시하고 있다(제19조 제4항). 또 규칙 제4조는 해상이행당사자뿐만 아니라 선장, 선원, 선상에서 노무를 제공하는 자, 운송인이나 해상이행당사자의 피용자는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하고 있다.

운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 선장이나 선원은 운송인이 선주이거나 선채용선자인 경우뿐만 아니라 정기용선 선박과 같이 실제 해상 운송인이 별도로 있는 경우도 포함한다.<sup>251)</sup> 만약, 선장이나 선원에 대한 별도의 보호 규정을 두지 않고 단순히 이행당사자 또는 해상이행당사자 규정만을 둔다면, 운송계약이 재운송계약으로 여러 단계 연결될 때, 계약 내용에 따라 실제운송인의 피용자인 선장이나 선원이 계약운송인의 직·간접적인 요청을 받아 업무를 수행하거나 계약운송인의 지휘·감독을 받아 업무를 수행하는 것이 아니라고 판단 될 수 있고, 이 경우 선장이나 선원은 아무런 법적 보호 장치 없이 불법행위 청구에 노출될 우려가 있다. 이러한 결과를 방지하기 위하여, 규칙은 선장과 선원, 그리고 운송인이나 해상이행당사자의 사용인들에게 규칙이 아무런 책임을 지우지 않는다고 하고(제19조 제4항), 설혹 화주가 불법행위에 기한 청구를 하는 경우는 허말라야 조항에 의하여 이들이 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 허용함으로써(제4조 제1항), 선장과 선원 등 세 번째 그룹의

251) Baatz et. all, *op.cit.*, p.63.

이행보조자를 보호하기 위한 규정을 삽입한 것이다.

## 제4절 소결

현대 개품운송계약의 이행을 위해서 운송인은 많은 부분에서 이행보조자를 활용하여 운송 업무를 수행하고 있다. 그런데, 기존 해상운송관련 국제협약 및 우리 상법은 주로 운송인의 책임 및 권리에 대한 기술이 많고 운송인의 이행보조자에 대한 규정은 충분하지 않은 상태이다. 이는 운송인의 이행보조자들이 본인인 운송인보다 더 큰 책임에 노출되게 하고 결국 증가된 위험은 운송인과 화주에게 전가되는 상황이 발생하게 된다. 이를 해결하기 위하여 이행보조자를 보호하는 다양한 운송 약관이 사용되어 왔으나, 운송인과 화주와의 계약 관계에 따라 그 효용이 달라지고 국가마다 약관의 효력에 대한 입장이 다르다는 한계가 있다. 이에, 로테르담 규칙은 운송인의 독립계약자를 포함한 이행보조자를 보호하기 위한 다양한 제도적 장치를 도입하였다. 이는 이행보조자를 보호하기 위한 운송약관만으로는 소위 ‘직접계약관계의 원칙’의 한계를 넘지 못하는 경우가 발생하고, 이행보조자가 운송인과 화주와의 계약에 의존해야 한다는 단점을 극복하기 위한 것으로 보인다.

로테르담 규칙은 운송인의 이행보호자를 이행당사자, 해상이행당사자, 선장, 선원 및 선상노무자와 운송인과 (해상)이행당사자의 피용자로 크게 3부류로 구분하고 있다. 이행당사자란 화물 운송과 관련하여 운송인의 업무 이행을 보조하는 자를 말하고, 해상이행당사자란 이행당사자 중 특히 해상구간에서 운송인의 업무를 보조하는 자를 말한다. 이행당사자 및 해상이행당사자가 되기 위해서는 운송인의 직·간접적인 요청이 있거나 운송인의 지휘·감독을 받는 자이어야 한다.

규칙은 이행당사자의 고의·과실로 인한 규칙 위반에 대하여 운송인이 책임을 지도록 하고, 해상이행당사자는 운송인과 연대하여 화주에게 책임을 지는 대신 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다. 이러한 이행당사



자 및 해상이행당사자는 독립계약자도 포함하는 개념으로서 그동안 헤이그/비스비 규칙, 함부르크 규칙의 히말라야 조항에 독립계약자가 포함되는지에 대한 다툼을 정리하고자 하는 취지로 보인다. 또 이행당사자 및 해상이행당사자는 함부르크 규칙의 실제운송인을 포함하는 개념이다. 단, 운송인의 직·간접적인 요청이 있거나 운송인의 지휘·감독을 받아야 한다는 단서가 있다. 그밖에 선장과 선원, 운송인과 해상이행당사자에게는 규칙상 어떠한 책임도 지우지 않음을 분명히 하고, 만약 이들에게 불법행위에 기한 소송이 제기되는 경우에는 이들도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다.

로테르담 규칙의 이행보조자에 대한 보호 장치는 다음과 같이 요약해 볼 수 있다. 첫째 이행보조자에게도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 함으로써 운송인의 이행보조자가 본인인 운송인보다 더 큰 책임에 노출되는 것을 방지하고자 하였다. 둘째, 규칙상 보호를 받는 이행보조자의 범위를 확대하여 해상구간 독립계약자 및 실제운송인 등을 모두 해상이행당사자에 포함되도록 하였다. 해상이행당사자가 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다면, 독립계약자 및 실제운송인도 마찬가지이다. 셋째, 선장, 선원, 선상 노무자, 운송인과 해상이행당사자의 피용자와 같은 경제적 약자 등에게는 이행당사자 또는 해상이행당사자 여부를 묻지 않고 협약상 책임에 대해 면책시키고, 불법행위 소송에서는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다. 넷째, 해상이행당사자에게 소송을 걸 수 있는 법정지로 해상이행당사자와 어느 정도 연관성을 요구하여 비체약국의 해상이행당사자의 책임에 로테르담 규칙이 적용되지 않도록 하였다.

우리 해상법에 적용이 필요한 사항은 해상이행당사자에 대한 내용이다. 현행법은 운송인의 이행보조자를 운송인의 지휘·감독 여부에 따라 ‘사용인 또는 대리인’과 ‘독립계약자’로 구분하여 사용인 또는 대리인에게는 운송인의 항변과 책임제한을 원용하도록 하지만 독립계약자에게는 허용하지 않고 있다. 그러나 해상구간 독립계약자의 필수불가결성, 이러한 사업자의 육성 필요성, 사회경제적 이유 등을 감안하면 운송인의 지휘·감독 여부가 아닌 업무 영역에 따른 분류 또는 해상운송에 얼마나 필수적인지 등을 고려하여 분류해야 할 것으

로 사료된다. 이러한 관점에서 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념은 운송인의 지휘·감독 여부가 아닌 이행보조자의 업무 영역 또는 구간에 따른 구분으로서 적절한 구분이라고 생각된다.

로테르담 규칙은 이와 같이 이행보조자를 보호하는 규정들을 두고, 운송인에게 책임을 집중시킴으로써 법적 분쟁이 불필요하게 이행보조자에게 확대되는 것을 방지하며, 전반적인 비용 하락을 초래하여, 국제 개품 운송을 더 활발하게 할 수 있을 것으로 기대된다.



## 제5장 해상운송에서 이행보조자의 보호에 관한 입법론

### 제1절 서설

현대 개품운송의 중요한 특징은 운송인이 운송계약 전체를 직접 이행하기 보다는 다양한 이행보조자를 활용하여 운송 업무를 이행하고 있다는 점이다. 한 명의 운송인이 모든 구간의 운송을 직접 수행하기 보다는 도로, 철도, 항만, 해상 등 각 구간별로 이행보조자를 통하여 운송 업무를 이행한다. 이는 단순한 해상운송의 경우도 마찬가지로 양상을 보인다. 선박을 보유한 운송인이 직접 모든 운송을 이행하기 보다는, 계약운송인이 선체용선자, 정기용선자, 슬롯용선자 등 다양한 형태의 실제운송인 또는 이행보조자를 사용하여 운송 업무를 이행한다. 또 화물을 적·양하 및 터미널에 보관하는 과정에서 하역업자 및 터미널 운영자와 같은 이행보조자들이 활용되고 있다.

해상운송관련 국제협약 및 우리나라 상법 해상편도 이러한 추세를 반영하고자 노력하여 왔다. 함부르크 규칙 및 상법은 실제운송인에 대한 규정을 도입하고 히말라야 조항을 도입하여 실제운송인과 운송인의 사용인 또는 대리인에게 운송인의 항변 및 책임제한의 원용을 허용하였다. 그러나 이러한 노력에도 불구하고, 다양한 운송 업무 단계에서 등장하는 독립계약자는, 실제로는 운송인을 대신하여 운송 업무를 수행하였음에도 불구하고, 운송인의 항변 및 책임제한을 원용하지 못하는 사례가 발생할 수 있다. 이러한 현실은 독립계약자들의 서비스에 대한 단가 상승 및 운임의 상승으로 이어질 수 있고 결국 해상운송에 참여하는 모든 당사자들의 불이익으로 연결될 것이다.

UN국제복합운송협약은 히말라야 조항을 두면서 운송인의 이행보조자를 “복합운송을 이행하기 위하여 사용한 자” 라고 하여 포괄적으로 정의함으로써 운송인의 사용인 및 대리인뿐만 아니라 독립계약자도 포함시키려고 하였다. 그러나 이렇게 하면 육상구간의 독립계약자도 포함됨으로써 그 범위가 지나치게 확

대된다는 단점이 있다. 로테르담 규칙은 이행당사자 및 해상이행당사자 개념을 도입하여 이행보조자 특히 독립계약자와 관련한 문제를 명쾌하게 해결하려고 시도하였다. 비록 아직까지 UN국제복합운송협약이나 로테르담 규칙이 시행되지 않았지만, 이러한 협약들의 추세는 개품운송에서 이행보조자 특히 그 중에서 해상구간의 독립계약자의 보호 필요성을 역설하는 것이라고 생각한다.

운송인의 이행보조자 특히 독립계약자 보호의 필요성은 오늘날 운송 업무의 많은 부분들이 이러한 독립계약자에 의해 이행됨에도 이들을 보호하지 않는다면 결국 화주들은 운송인의 항변과 책임제한을 우회하기 위하여 운송인의 이행보조자 중 하나인 독립계약자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상 청구를 할 것이라는 데 있다. 이렇게 된다면, 계약적인 이유 또는 영업적인 이유로 이러한 독립계약자의 손해를 운송인이 보상하게 되는 경우가 늘어나거나 이들 독립계약자는 용역 대금을 인상할 것이기에 결국 운송인의 항변과 책임제한이 무색하게 된다는 것이다.<sup>252)</sup>

위와 같은 불합리를 방지하기 위하여 해상운송에는 오래 전부터 운송인의 이행보조자가 운송인의 면책이나 책임제한을 향유할 수 있다는 운송약관이 삽입되었고, 이러한 약관의 효력은 다양한 판례에서 인정되고 있다. 그러나 역시 오랫동안 굳어져 온 법원칙인 ‘직접계약관계의 원칙’으로 인하여 계약당사자가 아닌 제3자 즉 이행보조자가 계약의 권리를 주장하는 상황에 대한 거부도 강한 편이다. 그래서, 약관의 내용에 따라 이행보조자를 보호하고자 하는 약관의 효력이 인정되지 않기도 하고, 예상과는 다른 효과가 발생하기도 하는 것이다. 이와 같이 기존에 확립된 해석원칙과 운송 환경의 변화에 따른 필요성을 효과적으로 해결하는 방법은 입법으로 해결하는 것이라고 생각된다. 이러한 입법은 화물 손해와 관련하여서는 오로지 운송인만이 책임의 주체가 된다는 점과, 제3자의 과실이 화물 손해의 원인으로 밝혀지는 경우에도 이들의 책임은 운송인이 법상 향유하는 항변과 책임제한에 따라야 한다는 취지의 내용이어야 한다.<sup>253)</sup>

---

252) Baatz et. all, *op.cit.*, p.12.

253) Baatz et. all, *op.cit.*, p.13.

## 제2절 보호해야 할 이행보조자 범위

### 1. 개요

해상 운송에 활용되는 이행보조자로는 선박소유자, 정기용선자, 항해용선자, 슬로트용선자와 같은 해상운송인, 선장, 해원, 도선사, 그 밖의 선상에서 노무를 제공하는 자, 운송인의 사용인 또는 대리인, 하역업자, 터미널 운영자, 창고운영자, 예선업자, 선박검사원, 화물검수원, 수리업자, 선급 등 다양한 당사자가 있을 것이다. 오늘날 복합운송계약으로 체결되는 국제 해상개품운송의 경우에는 운송인의 이행보조자로 내륙 구간의 도로운송인 또는 철도운송인도 포함될 것이다. 이들 중 어떤 이행보조자를 어떻게 보호할 것인가에 대한 논의가 필요하다.

이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임에 있어서 이행보조자의 분류 방식에 대한 다수설을 따르면 운송인의 사용의사와 지휘·감독여부에 따라 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분할 수 있다. 협의의 이행보조자에 해당하는 자는 상법 제798조 제2항의 사용인 또는 대리인이 해당할 것이고, 이행당사자에 해당하는 자는 운송인의 지휘·감독을 받지 않고 독자적으로 업무를 수행하는 하역업자와 같은 독립계약자가 해당할 것이다. 그런데 해상운송인의 이행보조자를 보호하기 위한 법률 조항인 상법 제798조 제2항이 이러한 분류 방식을 취하고 있고, 동 조항의 해석에 있어서 우리 대법원도 같은 방식을 따르고 있다는데 문제가 있다.

그러나 이러한 분류방식은 헤이그/비스비 규칙이 제정되던 때와 같이 부정기선이 주류를 이루고 대부분의 하역업자나 터미널 운영자와 같은 독립계약자가 운송인이 아닌 화주에 의해서 선임되던 시절에 적절한 분류 방식이라고 생각된다. 화주가 선임한 독립계약자에게 해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 할 필요성이 없는 것이다. 반면에 현대 개품운송은 대부분 정기선으로 운송되고 있으며 운송인은 선장 또는 해원과 같은 사용인 및 대리인뿐만 아니

라 하역업자 및 터미널 운영자와 같은 독립계약자도 직접 고용하고 있다. 이러한 독립계약자에게 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 없도록 한다면, 운송인의 단순한 이행보조자에 불과한 자들이 운송인보다 더 큰 손해배상 책임에 노출된다는 모순이 있다.

아래에서는 해상법에서 보호해야 할 이행보조자의 범위를 정하기 위한 요건을 살펴보기로 한다.

## 2. 이행보조자 구분 요건

### (1) 업무 수행 구간

계약운송인의 모든 이행보조자 즉 육상구간을 포함한 모든 구간의 이행보조자를 보호 대상으로 하는 방안과 해상운송 구간의 이행보조자만 보호 대상으로 하는 두 가지 방안을 생각해 볼 수 있다. 원래 민법상 기본적인 책임원칙은 과실책임주의이나 해상운송인에게는 특별히 면책, 책임제한, 단기 제소기간 등을 인정하는 이유는 해상 운송에는 큰 위험이 따르는데 운송인의 책임을 가볍게 해주면 저렴한 운임으로 연결되어 결국 화주 등 모든 해상 운송 참여자에게 유리하기 때문이다.<sup>254)</sup> 때문에 육상운송의 경우에는 해상운송인의 항변과 책임제한 규정과 같은 것이 없고 과실책임주의를 따르는 것이다.

만약 해상운송계약에서 운송인의 모든 이행보조자에게 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 한다면, 오늘날 대부분의 국제개품운송계약이 복합운송으로 체결되는 상황에서 육상운송을 수행하는 이행보조자도 해상운송인의 항변이나 책임제한을 원용할 수 있다는 주장도 가능하다.<sup>255)</sup> 그렇지만, 이는 해상

254) 정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로-』, 216쪽.

255) *Norfolk Southern Ry. v. James N. Kirby, Pty Ltd.*, 543 U.S. 14 (2004), 이 사건에서 호주의 제조업자 Kirby는 운송인 International Cargo Control Pty Ltd. ("ICC")와 호주 Milperra, New South Wales에서 미국 Athens, Alabama까지 화물 운송계약을 체결하였다. 해당 운송은 미국에서의 철도운송 구간을 포함하고 있었다. ICC는 해상운송인(Hamburg Sud)과 해상운송 및 철도운송 구간에 대하여 재운송계

사업에 따르는 위험의 크기와 빈도 때문에 해상운송인에게 항변과 책임제한을 허용하는 취지와 맞지 않다. 따라서 해상구간의 이행보조자만을 보호대상으로 하는 것이 해상운송인의 항변과 책임제한을 특별히 허용한 취지에 상응한다고 보인다.

해상 구간에 더하여 항만 구간의 이행보조자도 보호해야 할 필요가 있는지의 논의가 필요하다. 함부르크 규칙에서부터 이미 협약의 적용구간을 항만으로 확장한 것은 대부분의 해상운송계약에서 운송인의 책임구간이 순수 해상 구간에서 항만 구간으로 확장된 것을 반영한 것이다. 컨테이너로 운송되는 대부분의 개품운송에서 운송인의 최소한의 책임구간이 선적지 컨테이너 야드에서 양하지 컨테이너 야드까지이기 때문이다. 특수 화물의 경우에는 화물의 선적·양하에 특수 장비가 필요하여 이러한 경우에는 화주의 책임으로 선적·양하를 실시하기도 하지만, 보통의 컨테이너 화물의 경우에는 컨테이너 야드에서 컨테이너 야드까지를 최소한의 운송인 책임 구간으로 하고 있다. 이와 같은 실무관행 및 아래 설명하는 이유로 인해 항만 구간의 이행보조자도 보호해야 할 대상으로 할 필요가 있다.

---

약을 체결하였다. ICC는 Kirby에게 선하증권을 발행했는데, 동 선하증권은 미국 COGSA(Carriage of Goods by Sea Act, 미국해상운송법)를 준거법으로 하고 ICC가 고용하는 자에게도 ICC의 책임제한을 연장하는 히말라야 조항이 있었다. Hamburg Sud도 ICC에게 선하증권을 발행하였는데, 동 선하증권도 미국 COGSA를 준거법으로 하였으며 히말라야 조항을 포함하고 있었다. Hamburg Sud는 미국 내륙운송구간에 대하여 Norfolk Southern Railway와 재운송계약을 체결하였다. 열차가 Alabama 인근에서 탈선하자, Kirby는 Norfolk Southern을 상대로 미화 1백5십만불을 청구하는 손해배상 청구 소송을 제기하였다. 미국 연방대법원은, 국제운송에서 하나의 책임제한 원칙(Hamburg Sue 선하증권)과 하나의 히말라야 약관(ICC 선하증권)이 해상과 육상에 적용되는 것이 가능하며, 운송계약 당사자들은 철도운송이 사용될 것을 예상할 수 있었다고 하여, 철도운송업자가 미국 COGSA의 운송인 책임제한을 원용하도록 하였다. 이 사건은 해상구간을 포함하는 복합운송에서 당사자가 미국 해상운송법을 육상구간에도 연장 적용하기로 한 합의의 효력을 인정한 사건이다.; Kirby 사건에서 미국 대법원은 무선박운송인(NVOCC)은, 해상운송인과 계약을 체결할 때, 책임제한에 대해서는 하위 운송인의 대리인으로서 역할을 한 것이라는 “제한된 대리인 규칙”을 제시하였다(Michael E. Crowley, "The Impact of the Rotterdam Rules on Multimodal Transport in U.S.",

<<https://www.translaw.org/documents/2012%20annual%20meeting/Impact%20of%20International%20Treaties%20on%20Global,%20Multimodal%20Shipments-Crowley%20Paper.pdf>>, 2019.11.02., p.2).

특히 이슈가 되는 것은 항만 구간의 독립계약자이다. 헤이그/비스비 규칙 이래로 운송인의 독립계약자에게는 운송인의 항변과 책임제한의 원용이 허용되지 않는 추세였기 때문에, 많은 운송인들이 이를 운송약관으로 해결하고 있는 실정이다. 항만구역의 독립계약자를 보호해야 할 필요성은 다음과 같은 점에서 찾을 수 있다. 첫째, 하역업자와 터미널 운영자와 같은 항만구역의 독립계약자는 현대 해상개품운송에 필수적인 역할을 하고 있다. 둘째, 해상 및 항만구역의 독립계약자는 대단위 자본의 투입 및 전문성이 필요하고 안정적인 물류시스템 구축을 위해서 이러한 자들을 적극적으로 양성할 필요가 있다. 셋째, 해상 및 항만구간의 독립계약자에게 책임을 제한할 수 있도록 함으로써 이들이 저렴한 보험에 가입할 수 있게 되고, 이는 다시 전체 물류비를 감소시킴으로써 운송에 참여하는 모든 자에게 도움이 된다.

위와 같은 점들을 고려할 때, 해상운송인의 이행보조자 중 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 허용해야 할 대상을 선정하는 기준은 지금까지와 같이 운송인의 선임·지휘·감독 여부가 아니라, 이들이 수행하는 업무의 성격과 업무 수행 구간으로 구분하는 것이 적절하다고 본다. 해상운송과 필수불가결하고 해상구간 또는 인접구간에서 운송인의 업무를 이행한다면 이러한 자에게는 협의의 이행보조자(사용인 또는 대리인)인지 이행대행자(독립계약자)인지 여부를 묻지 않고 해상운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요가 있다.

## (2) 이행 업무

해상구간 또는 항만구간의 이행보조자라고 하더라도 화물 운송과 직접 관련이 없는 이행보조자에게까지 운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요는 없을 것이다. 즉 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자는 화물의 선적, 적부, 취급, 보관, 양하 등과 관련된 업무를 하는 이행보조자여야 하며, 선박의 감항성과 관련 있는 업무와 기타 다른 방식으로 책임제한이 가능한 예인선업자와 같은 이행보조자에게는 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용해서는 안된다.



감항성과 관련하여 과실이 있는 경우에는 해상에서 수많은 재산에 손해가 발생하고 다수 인명에 피해가 발생할 수 있으므로 감항성과 관련있는 이행보조자 특히 독립계약자에게까지 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용해서는 안 될 것이다. 다만, 감항성과 관련이 있더라도 해상활동과 더 밀접한 관련이 있는 선장 및 해원, 그리고 항해 중 선상 노무 근로자에게는 운송인의 항변과 책임 제한의 원용을 허용하여야 할 것이다. 또 예인선업자와 같이 별도의 책임제한 제도<sup>256)</sup>가 이미 수립되어 있는 자에게도 운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요가 없다.

따라서 해상 및 항만구간에서 화물 운송과 관련한 운송인의 이행보조자에는 선박소유자, 정기용선자, 항해용선자, 슬로트용선자와 같은 실제운송인, 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 하역업자, 터미널 운영자, 검수원 등이 해당할 것이다. 동 구간에서 운송인의 이행보조자이지만 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 없는 자에는 선박 수리업자, 선급검사원, 예인선업자 등이 해당할 것으로 보인다.

### (3) 요청 또는 지휘·감독

채무자가 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 지는 경우에도 최소한의 요건으로 사용의사를 두고 사무관리와 같이 채무자의 사용의사 없이 채무자의 이행을 보조하는 경우에는 사후 시인이 아니라면 채무자에게 책임을 지우지 않는 것처럼, 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자에게도 운송인의 사용의사를 최소 요건으로 해야 한다. 운송인의 사용의사는 직접·간접적인 요청이 있는 경우 또는 그러한 요청이 없는 경우라도 운송인의 지휘·감독을 받는 경우에 한해서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 해야 할 것이다. 운송인의 협의의 이행보조자인지 또는 이행대행자인지는 묻지 않는다.

---

256) 예인선업자는 자신의 예인선박에 대하여 상법 제769조 및 제770조의 선주책임제한을 적용할 수 있다.

운송인의 직접적인 요청을 받은 경우란 운송인에 의해서 직접 선임된 이행보조자를 말할 것이다. 운송인의 간접적인 요청을 받는 경우란 실제운송인과 같이 계약운송인이 아닌 자에 의해 선임된 이행보조자를 말한다. 비록 운송인에 의해서 직접 요청을 받은 경우는 아니지만, 운송인의 위임을 받은 실제운송인에 의하여 선임된 자는 운송인의 간접적인 요청을 받은 자로 인정하여 운송인의 항변과 책임제한을 허용해야 할 것이다.

또 운송인의 요청이 없더라도 운송인의 지휘·감독을 받는 경우란, 화주에 의하여 선임된 하역업자가 운송인의 지휘·감독을 받아 작업을 하는 경우를 말한다. 업무 이행에 있어서 운송인의 지휘·감독을 받았다면 그러한 자에게는 운송인의 항변과 책임제한을 허용해야 할 것이다. 단, 화주와 계약을 체결한 후 하역작업 또는 터미널 보관 작업 등을 수행하는 이행보조자가 독자적으로 업무를 수행한 경우에는 운송인의 항변과 책임제한을 허용하지 않는다. 이들은 화주와 직접 계약 조건을 협의하여 결정할 수 있고 이에 따라 용역단가를 책정할 수 있으므로, 이와 같이 화주에 의하여 선임되는 이행보조자에게도 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용할 필요는 없을 것이다.

### 제3절 해상운송 이행보조자 보호를 위한 입법론

#### 1. 개요

앞에서 해상과 항만 구간의 운송인의 이행보조자라면 운송인의 사용인 또는 대리인뿐만 아니라 독립계약자 역시 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하도록 해야 타당함을 살펴보았다. 이러한 이행보조자에는 실제운송인도 포함되어야 할 것이다. 단, 해상법에 의해서 보호를 받는 운송인의 이행보조자는 화물 운송과 밀접한 관련이 있어야 하며, 화물운송과 긴밀한 관련이 없고 선박의 감항성과 관련한 이행보조자 또는 다른 법률로 이미 책임제한을 할 수 있는 예

인선업자와 같은 자는 제외되어야 한다. 단 감항성과 관련이 있는 업무라 하더라도 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자와 같이 자신들이 직접 승선하여 해상활동을 하는 자들은 예외적으로 보호해야 할 것이다.

위에 설명한 부류의 해상운송인의 이행보조자들을 통칭할 수 있는 개념이 바로 로테르담 규칙의 해상이행당사자이다. 해상이행당사자라는 용어를 사용하지 않고 해상이행보조자라는 표현도 쓸 수 있으나, 이 경우 해상구간의 이행보조자는 모두 해당한다고 오해를 일으킬 수 있다. 본 논문에서 해상이행당사자로 규정하고자 하는 자는 해상 구간 이행보조자 중 일부라는 점에서 새로운 용어가 필요한 것이다. 따라서 로테르담 규칙의 해상이행당사자라는 용어를 사용하기로 한다.

아래에서는 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념을 우리 실정에 맞게 적절히 수정하여 현행 해상법에 적용하여 개정하는 방안을 제시하고자 한다. 편의상 현행 해상법을 현행법이라고 부르기로 한다.

## 2. “해상이행당사자” 개념 도입

### (1) 정의

해상이행당사자는 해상 및 항만 구간에서 화물 운송과 관련한 운송인의 업무를 보조하는 자로 협의의 이행당사자인 사용자 또는 대리인뿐만 아니라 이행대행자인 독립계약자도 포함하는 개념이다. 운송인의 지휘·감독 여부를 해상이행당사자의 요건으로 하지 않고, ①이행보조자의 업무 구간(해상 및 항만) 및 ②해당 업무가 화물 운송과 밀접한 관련이 있는지, ③운송인의 직접·간접적인 요청에 의하여 운송인의 업무를 보조하는지, 또는 ④그러한 요청이 없더라도 운송인의 지휘·감독을 받아 운송인을 보조하는지 여부를 해상이행당사자의 판단 요건으로 한다. 따라서 사무관리와 같이 운송인의 직접·간접적인 요청도 없고 운송인의 지휘·감독을 받지 않는 자는 해상이행당사자에 속하지 않는다.

즉 ⑤화주에 의하여 선임되어 운송인의 지휘감독 없이 업무를 수행하는 자는 해상이행당사자에 속하지 않는다. 또 화물 운송에 밀접한 관련이 있기 보다는 ⑥해상 업무가 선박의 감항성과 관련이 있거나 예인업자와 같이 별도의 책임제한 제도를 두고 있는 자는 해상이행당사자에서 제외한다. 단, 감항성과 관련 있다 하더라도 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자와 같이 직접 승선하여 운송인의 업무를 이행하는 자들은 예외적으로 보호한다. 이와 같이 하면 그동안 논란이 되어 왔던 항만구역의 독립계약자 및 실제운송인 모두를 해상이행당사자에 포함할 수 있다.

이에 상법 제794조의2를 신설하여 해상이행당사자 정의 조항을 도입하고자 한다. 해상이행당사자는 “화물이 선적항에 도착한 때로부터 양하항에서 출발할 때까지의 운송인의 책임기간 중 운송인의 직·간접적인 요청에 의하거나 운송인의 지휘·감독을 받아, 화물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙 및 인도와 관련하여<sup>257)</sup> 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자를 말한다고 정의하고자 한다. 해상이행당사자를 선적지 항구에서 양하지 항구까지의 구간에서 운송인의 의무를 보조하는 자라고 함으로써 하역업자와 터미널 운영자와 같은 항만의 독립계약자를 보호대상에 포함시킬 수 있다. 또 화물 운송과 관련한 이행보조자의 행위를 구체적으로 나열함으로써 운송인의 이행보조자 중에서 화물의 운송 및 관리와 관련이 없으면서 선박의 감항성에 대해 책임을 지는 선급 및 선박수리업자와 자체적인 책임제한 제도를 가지고 있는 예인선업자 등을 보호대상에서 배제할 수 있다.

또 운송인의 직·간접적인 요청을 받는 경우에 더하여 그러한 요청이 없더라도 운송인의 지휘·감독을 받는 자는 해상이행당사자가 되게 함으로써, 계약운송인과 직접적인 계약관계 없이 재운송인 또는 실제운송인에 의하여 선임되었거나, 또는 화주에 의하여 선임되었더라도 운송인의 지휘·감독을 받아 운송

257) 로테르담 규칙상 화물 운송관련 활동은 화물의 수령, 선적, 취급, 적부, 운송, 보관, 관리, 양하, 또는 인도와 관련한 활동을 말하나, 상법 제795조는 화물 운송관련 활동은 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도라고 하여 “취급(handling)”과 “관리(care)” 두 용어에서 차이가 있다. 그러나 이는 화물 취급에 대한 예시규정으로서 큰 의미를 두지 않는다.

업무를 보조한 자도 해상이행당사자에 포함할 수 있다.

다만 송하인 또는 수하인에 의하여 직·간접적으로 선임되어 독자적으로 업무를 수행한 자는 해상이행당사자에서 제외하는 것이 필요하다. 이러한 자들은 송하인 또는 수하인과 계약 협상을 통하여 자신의 책임을 제한하거나 면책 규정을 둘 수 있고 운송인의 지휘·감독도 받지 않기 때문에 이들에게도 운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요는 없다고 본다. 반면 운송인에 의하여 선임된 독립계약자를 보호하지 않으면 이들은 자신들이 관여할 수 없는 운송인과 송하인 사이의 계약사항(히말라야 조항)에 의하여 자신들의 책임이 결정되는 불합리한 상황이 발생한다.

해상이행당사자에 여러 단계의 채용선계약 또는 재운송계약의 중간 단계의 운송인도 포함시키는 방안을 검토하였다. 하역업자나 터미널 운영자 등이 반드시 최종 선박소유자에 의하여 계약되는 것은 아니고 중간 단계의 계약자에 의하여 계약되는 경우도 있을 수 있다. 예를 들어 컨테이너 개품운송의 경우에 공동운항, 선복 공유, 슬로트임차 등의 여러 계약이 중간 단계에 있을 수 있고, 이 경우 반드시 최종 선복 제공자에 의하여 하역업자 등이 수배되는 것은 아니다. 따라서 해상이행당사자에 최종 선복 공급자뿐만 아니라 중간 단계의 운송인도 포함시키기 위하여 ‘운송인의 의무를 실제로 이행할 뿐만 아니라 이행하기로 약정하는 자’도 포함시켜야 한다. 이와 같이 하면 선박으로 실제 화물을 운송하는 선박소유자나 선체용선자뿐만 아니라 운송계약 연결고리에 존재하는 정기용선자, 무선박운송인 등도 포괄적으로 해상이행당사자에 포함시킬 수 있다.

육상구간의 이행보조자는 해상이행당사자가 될 수 없지만, 육상운송인이 항구 내에서만 운송인의 의무를 행할 시에는 육상운송인도 해상이행당사자가 되어 보호를 받을 수 있도록 할 필요가 있다. 이는 육상운송인이라 하더라도 항만의 하역업과 같은 업무를 병행하는 자가, 해당 운송계약에서 항만 내의 업무만 이행보조하는 경우 이들도 보호하기 위함이다.

위에 논의한 사항을 정리하여 입법안을 다음과 같이 제시하고자 한다.

현행법	개정시안
(신설)	<p>제794조의2(해상이행당사자) ①해상이행당사자는 화물이 선적항에 도착한 때로부터 양하항에서 출발할 때까지의 운송인의 책임기간 중 운송인의 직·간접적인 요청에 의하거나 운송인의 지휘·감독을 받아, 화물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙 및 인도와 관련하여 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자를 말한다(이하 “해상이행당사자”라 칭한다).</p> <p>②운송인 대신 송하인 또는 수하인에 의하여 직·간접적으로 선임되고 운송인의 지휘·감독을 받지 않는 자는 해상이행당사자가 될 수 없다.</p> <p>③육상운송인이 항구 내에서만 운송인의 의무를 행하거나 행하기로 할 시는 육상운송인도 해상이행당사자가 될 수 있다.</p>

(2) 선장, 해원, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자

해상이행당사자를 문자 그대로 해석하자면 선장 및 해원, 운송인이나 해상이행당사자의 피용자도 포괄하는 개념으로 봐야 한다. 그러나 후술하듯이 해상이행당사자는 자신의 과실로 인한 화물 손해에 대하여 운송인과 연대책임을 부담하는데, 선장 및 선원 또는 운송인이나 해상이행당사자의 피용자의 과실로 인한 화물 손해에 대하여 이들이 운송인과 연대책임을 지게 하는 것은 과도한 책임을 부담시키는 것일 수 있다. 따라서 이러한 자들을 해상이행당사자로부터

분리시키고 이들의 책임을 제한하는 별도의 보호규정을 두는 것이 타당할 것이다. 우선 신설되는 제794조의2에 제4항으로 다음과 같이 선장, 선원, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자는 해상이행당사자에서 제외한다는 규정을 신설하고, 제798조에 이들의 책임을 제한하는 내용을 삽입할 필요가 있다.

현행법	개정시안
(신설)	제794조의2(해상이행당사자) ④선장, 선원, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자는 해상이행당사자에서 제외한다.

### (3) 그 밖의 선박사용인

상법 제794조 및 제795조의 “그 밖의 선박사용인”은 그 의미가 모호하므로 삭제하거나 해상이행당사자로 대체할 필요가 있다.

제794조는 운송인의 감항능력 주의의무를 규정한 조문이다. 감항능력 주의의무는 제3자에게 양도 불가능한 의무로서 설사 운송인이 이해보조자를 사용하여 의무를 이행하더라도 책임은 운송인에게 귀속된다.<sup>258)</sup> 이러한 감항능력 주의의무의 입증책임은 운송인에게 있는데, 운송인은 단순히 이해보조자의 선임 및 감독에 과실이 없었음을 입증하는데서 나아가 운송채무를 이행하기 위하여 사용된 모든 이해보조자가 과실이 없음을 입증해야 한다.<sup>259)</sup> 한편, 감항능력 주의의무를 규정한 상법 제794조는 운송인뿐만 아니라 ‘선원이나 그 밖의 선박사용인’의 주의 해태에 대하여도 운송인이 책임을 지도록 규정하고 있다. 그런데 운송인은 선박수리업자, 검사업자, 선용품보급업자 등 여러 이해보조자를 사용하여 선박의 감항능력을 갖추 수 있으며, 이러한 이해보조자의 과실에 대하여는 민법 제391조에 의거하여 운송인이 책임을 지므로, 상법 제794조의 ‘선원이나 그밖의 선박사용인’은 감항능력 주의의무와 관련한 이해보조자의 예시

258) 정영석, 『해상법원론』, 214쪽; Baatz et. all, *op.cit.*, p.39.

259) 정영석, 『해상법원론』, 245~246쪽

에 불과하다는 것이 통설이다.<sup>260)</sup>

그러나 상법에 선박사용인의 정의가 나와 있지 않아 논란이 있다.<sup>261)</sup> 선박사용인이라는 표현이 사용된 상법 제777조 및 제781조는 모두 운송인에 의하여 “고용” 된 자라는 표현을 사용하고 있어 일견 운송인의 지휘·감독을 받는 사용인에 해당한다고 보인다. 그러나 선박사용인을 독립계약자를 포함하는 개념으로 이해하기도 한다.<sup>262)</sup> 이 경우, 이행보조자책임에 관한 다수설에 입각하여, 감항능력 주의의무와 관련하여 운송인의 지휘·감독이 약한 독립계약자의 과실에 대해서도 운송인이 책임을 지도록 하는 것은 운송인에게 무과실책임을 부여하는 것과 마찬가지로 비판이 있을 수 있다.<sup>263)</sup> 그러나, 감항능력 주의의무는 타인에게 이양불가능한 운송인의 책임이라는 점과 운송인은 독립계약자인 이행보조자가 선박의 감항능력 주의의무를 해태하지 않았음을 입증하도록 하면 책임을 면할 수 있으므로 무과실책임을 아니라고 본다.

혼선을 없애기 위해서는 상법 제794조에서는 단순히 예시에 불과한 ‘선원이나 그 밖의 선박사용인’의 표현을 삭제하는 방안이 타당하다고 본다. 그렇게 하더라도 운송인은 민법 제391조에 의하여 감항능력 주의의무를 확보하기 위하여 사용한 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 지므로 제794조의 효과에는 영향이 없을 것이다. 민법 제391조에 의한 이행보조자에 대한 책임은 이행보조자의 행위가 ‘업무 이행’과 관련이 있는 경우에 해당하므로, 채무 이행밖의 이행보조자의 불법행위로 인한 감항능력 주의의무 위반이 발생한 경우 민법 제391조에 의하여 운송인에게 책임을 묻기 어려울 수 있다는 비판이 있을 수 있다.<sup>264)</sup> 그러나 상법 제794조는 감항능력 주의의무를 운송인에게 부과하는 것이고 이러한 의무는 운송계약을 전제로 하는 의무이므로, 감항능력 주의의무 위반은 당연히 운송계약상 채무 불이행에 관한 문제로 귀결되고 선박 불감항에

260) 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 『상사법연구』 제33권 제2호, (한국상사법학회, 2014), 205~206쪽.

261) 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 236~237쪽.

262) 이원석, 『보험법해상법』, (세영사, 1987), 117쪽, 권기훈, 앞의 논문, 94쪽; 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 217쪽.

263) 이균성, 앞의 논문, 56쪽.

264) 권기훈, 앞의 논문, 93쪽.



대해서 운송인이 채무불이행 책임을 져야 할 것이다.

따라서, 상법 제794조와 관련하여, 의미가 모호하여 혼선을 빚을 수 있는 단순한 예시 규정 삭제는 다음과 같이 제안한다.

현행법	개정시안
<p><b>제794조(감항능력 주의의무)</b> 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.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것</li> <li>2. 필요한 선원의 승선, 선박의장(艙裝)과 필요품의 보급</li> <li>3. 선창·냉장실, 그밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것</li> </ol>	<p><b>제794조(감항능력 주의의무)</b> 운송인은 (삭제) 발항 당시 다음의 사항에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것</li> <li>2. 필요한 선원의 승선, 선박의장(艙裝)과 필요품의 보급</li> <li>3. 선창·냉장실, 그밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것</li> </ol>

상법 제795조 제1항은 “운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다” 고 규정한다. 여기서 “운송인 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인” 은 단지 예시 규정으로서 하역업자와 같은 독립계약자도 포함하는 개념으로 해석되어야 할 것이다.<sup>265)</sup> 즉, 제795조 제1항에서 선박사

용인은 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관한 업무를 할 수 있는데, 선원 등 선상 근무자도 이러한 업무를 하지만 항만의 하역업자도 이러한 업무를 보조하기에, 선박사용인은 독립계약자를 포함하는 의미라고 보아야 할 것이다.

그런데 앞에서 설명했듯이 선박사용인이라는 용어는 운송인의 피용자만을 의미하는지 또는 독립계약자를 포함하는지 의미가 애매하며, 오히려 상법 제773조 제1항, 제777조 제2항, 제781조의 취지로 볼 때 독립계약자는 포함하지 않고 운송인과 고용관계에 있는 자를 의미한다고 볼 수 있다. 따라서 선박사용인보다는 로테르담 규칙의 ‘해상이행당사자’ 개념을 도입하여 제795조 제1항의 의미를 보다 확실하게 할 수 있다고 본다. 해상구간에서 운송물의 취급과 관련한 운송인의 이행보조자를 해상이행당사자로 칭하여 운송인과 해상이행당사자가 운송물의 취급과 관련하여 주의를 해태하지 않았음을 입증하면 책임을 면할 수 있게 한다면 그 의미가 분명할 것이다.<sup>266)</sup>

제795조 제1항의 선박사용인을 해상이행당사자로 변경하는 개정안은 다음과 같다.

현행법	개정시안
제795조(운송물에 관한 주의의무) ①운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선	제795조(운송물에 관한 주의의무) ①운송인은 자기 또는 선원이나 해상이행당사자가 운송물의 수령·선적·

265) 정영석, 「해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, (한국해양대학교, 1995), 131쪽; 최종현, 앞의 책, 286쪽.

266) 로테르담 규칙에서는 운송인이 책임을 면하기 위하여 이행당사자를 포함한 거의 모든 이행보조자의 무과실을 입증해야 한다고 하는 반면, 헤이그/비스비 규칙 제4조 제2항(q)에 의하면 운송인은 자신의 고의나 과실 또는 대리인이나 사용인의 과실이나 게으름이 없었음을 입증해야 한다는 점에서 차이가 있다. 헤이그/비스비 규칙의 입장은 독립계약자의 과실에 대하여는 운송인이 책임을 지지 않는다는 것처럼 해석될 수 있으나, 영국판례들은 독립계약자의 피용자(employee)들도 동 조항의 목적을 위해서는 운송인의 사용인(servant)이나 대리인(agent)으로 간주되어야 한다고 판시한 바 있다 (*Heyn v Ocean SS Co* (1927) 137 LT 158; *Leesh River Tea Co v British India SN Co* [1967] 1 QB 250, Wilson, *op.cit.*, pp.272~273). 그렇다면, 로테르담 규칙과 헤이그/비스비 규칙의 입장은 크게 다르지 않다고 본다.

적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다	적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.
---	--

상법 제795조 제2항은, 운송인의 이행보조자의 해기과실 및 화재에 대해 운송인이 면책을 규정하며, 이행보조자의 범위를 “선장·해원·도선사 그 밖의 선박사용인”으로 한정하고 있다. 그런데, 동 조항의 모델이 된 헤이그/비스비 규칙 제4조 제2항(a)이 해기과실 면책의 대상이 되는 이행보조자를 “선장, 해원, 도선사 또는 운송인의 사용인(servants)”이라고 한 것으로 보아, 우리 상법 제795조 제2항의 ‘선박사용인’은 헤이그/비스비 규칙 제4조 제2항(a)의 ‘운송인의 사용인’에 대응되는 개념으로 보이고 독립계약자를 포함하지 않는 개념으로 해석할 수 있다. 제795조 제2항에서 선박사용인이 아닌 경우의 예로써 독립적 계약자에 해당하는 “도선사”를 명시하고 있는 점으로 보아, 제795조 제2항의 ‘선박사용인’은 선박의 운항과 관련하여 운송인이나 선장에 의하여 사용된 자로서 독립계약자는 제외하는 개념으로 파악해야 한다는 의견도 있다.<sup>267)</sup> 그러나 선박사용인은 통상 선원이 아닌 자로서 선상 수리 또는 유지·보수를 위하여 승선한 자일 것인데, 이러한 자들은 운송인의 사용인 또는 대리인일 수도 있지만 외부 회사 즉 독립계약자의 직원일 수도 있다. 선박사용인에서 독립계약자가 제외된다면, 운송인은 선상 수리 또는 유지보수에 대하여 면책을 받기 위하여 반드시 자신의 피용자를 승선시켜야 한다는 결론이 나오게 되어 타당하지 않다. 따라서 제795조 제2항의 선박사용인은 독립계약자를 포함하는 개념으로 해석해야 할 것이다.

한편, 로테르담 규칙은 “독립계약자인 기술자, 기계·장비·화물 등의 검정인”<sup>268)</sup>과 같은 자를 ‘선상에서 노무를 제공하는 자’라고 표현함으로써, 선장, 선원과 함께 별도의 이행보조자 그룹으로 분류하고, 이들에게 불법행위에 기한 소송이 제기되면 이들은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다고

267) 양석완, 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 216~217, 236쪽.

268) Baatz et. all, *op.cit.*, p.14.

하고 있다(제4조 제1항). 이와 같이 이들을 해상이행당사자와는 별도의 그룹으로 분리하는 이유는 이들의 행위가 자칫 화물 운송과 관련 없다고 판정되는 경우 이들이 로테르담 규칙상 히말라야 조항을 향유할 수 없게 되는 상황을 방지하기 위함이라고 생각된다.

위와 같은 논란을 해소하기 위하여, 상법 제795조 제2항에서도 선박사용인 대신 “항해 중 선상 노무 제공자” 라는 표현을 도입하는 방안을 제안한다. 선장·선원·도선사 및 선상 노무 제공자의 항해 및 선박관리상의 과실에 대하여 운송인을 면책하도록 하면 운송인과 직접 고용관계가 없는 독립계약자의 항해 및 선박관리상 과실에 대하여도 운송인이 면책된다는 취지를 명확히 할 수 있다고 생각한다. “선상 노무 제공자”에 항해 중이라는 단서를 삽입한 이유는, 운송인은 발항 전 및 발항 당시에 선박의 감항성관련 주의의무를 해태하면 안 되는데 단순히 선상 노무 제공자라고 하면 발항 전 선상에서 노무를 제공한 행위에 대해서도 면책이 된다는 주장이 가능하기 때문이다.

제795조 제2항 개정안을 다음과 같이 제안한다.

현행법	개정시안
<p><b>제795조(운송물에 관한 주의의무)</b></p> <p>②운송인은 선장·해원·도선사, 그 밖의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다. 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p><b>제795조(운송물에 관한 주의의무)</b></p> <p>②운송인은 선장·해원·도선사, 그 밖의 <b>항해 중 선상 노무 제공자의</b> 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다. 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>

### 3. 해상이행당사자의 책임

(1) 청구권자의 직접 청구 허용

앞에서 상법에 해상이행당사자 개념 도입이 필요한 이유와 그 방법을 서술하였다. 해상이행당사자 도입은 개품운송계약상 책임을 계약운송인에게 집중시키고, 혹시 독립계약자를 포함하여 운송인의 이행보조자에게 소가 제기되는 경우에는, 이들도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하는데 목적이 있다. 이렇게 함으로써 화주는 운송인의 이행보조자에게 소를 제기할 필요성이 낮아질 것이고 운송인의 이행보조자들은 저렴한 용역 단가를 제공함으로써, 더 활발한 운송을 촉진할 수 있을 것이라고 본다.

그런데 때로 계약운송인보다 실제운송인과 같은 운송인의 이행보조자의 자산이 더 많거나 계약운송인이 파산하는 경우 등에는, 화주의 손해에 대한 보상장치가 필요하다. 해상이행당사자의 책임 구간에서 화물 손해가 발생한 경우에는 해상이행당사자의 과실이 추정되고, 해상이행당사자는 계약운송인과 연대책임을 지게 한다면 이러한 필요를 충족할 수 있을 것이라고 생각한다. 해상이행당사자에게는 다음에 설명하는 바와 같이 운송인의 항변과 책임제한을 허용하는 한편, 해상이행당사자가 운송인과 연대하여 직접 화주에게 책임질 수 있게 하여 해상이행당사자를 보호하는 규정과 증가된 책임 사이에 균형을 맞추고자 하였다.<sup>269)</sup> 한편 해상이행당사자의 책임구간에서 화물 손해가 발생하면 해상이행당사자의 과실이 추정되고, 자신의 무과실을 입증하지 않는 한 해상이행당사자가 책임을 지도록 하여 입증책임을 해상이행당사자가 지도록 하였다. 화물의 손해가 해상이행당사자의 책임구간에서 발생한다는 것은 화물을 적·양하하는 동안 추락시키거나 터미널에 보관 중 수침손 또는 화재 등에 의하여 화물이 손상되었다는 것을 우선 화주가 입증한다는 것을 의미하므로 과도한 책임을 해상이행당사자에게 지우는 것은 아니라고 생각된다.

해상이행당사자의 직접 책임과 관련하여 상법 제795조 제1항에 후문을 추가하는 방안을 아래와 같이 제안한다.

현행법	개정시안
-----	------

269) 양정호·박길상, 앞의 논문, 417~418쪽.

<p><b>제795조(운송물에 관한 주의의무) ①</b> 운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다</p>	<p><b>제795조(운송물에 관한 주의의무) ①</b> 운송인은 자기 또는 선원이나 <b>해상이행당사자</b>가 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. <b>화물의 손해가 해상이행당사의 책임구간에서 발생하거나 그러한 손해를 초래하는 사건이 해상이행당사자의 책임구간에서 발생하면 해상이행당사자의 과실이 추정되며, 청구권자는 해상이행당사자에게 직접 손해배상을 청구할 수 있다.</b></p>
--	---

**(2) 운송인의 항변과 책임제한 원용 허용**

상법은 제796조에서 운송물 손해에 대해 운송인의 면책조항을 두고, 제797조에서는 운송인의 책임의 한도에 대한 규정을 두었다. 그리고 제798조에서 운송인의 항변과 책임제한의 원용이 허용되는 자로 “운송인의 사용자 또는 대리인(제2항)” 과<sup>270)</sup> “실제운송인 또는 그 사용자이나 대리인(제4항)” 까지 확대하고 있다. 상법이 해상운송인과 그 사용자 및 대리인, 실제운송인 등에게 면책과 책임제한을 인정하는 이유는 그들 업무의 공공성 때문일 것이다.<sup>271)</sup> 비록 화주

270) 상법 제794조와 제795조에서는 운송인의 이해보조자를 “선원이나 그 밖의 선박사용인”으로 표시하고 있고, 제798조에서는 “사용인 또는 대리인”이라는 표현을 사용하고 있는데 이는 상법 제 개정 시에 각각 규정이 도입된 연유에 있다고 보인다. 따라서 용어의 통일이 필요할 것이다(양석완, 「상법상 이해보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 216~217, 230쪽).

271) 이재현, 「해상운송인의 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 관한 연구」, 『해운물류 연구』 제28권 제2호, (한국해운물류학회, 2012), 305~306쪽.

및 은행 등이 일부 손실을 볼 수 있지만 해상운송에 따르는 위험의 강도와 빈도가 다른 산업보다 높기에 이들에게 책임제한과 면책을 인정하는 것이 운송과 관련된 모두의 이익이 된다고 판단하는 것이다.

상법 제798조 제2항은 히말라야 조항이라고 불리는데, 운송인의 ‘사용인 또는 대리인’에게 운송인의 항변과 책임제한을 허용하는 조항이다. 그러나 운송인의 ‘사용인 및 대리인’의 범위에 대해 학설의 대립이 있는 한편, 앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 독립 계약자는 운송인의 ‘사용인 및 대리인’의 범주에 해당하지 않아 운송인의 항변과 책임제한이 허용되지 않는다고 판시한 바 있다.

이러한 논란은 특별입법으로 해결하는 것이 타당하다고 본다.<sup>272)</sup> 예를 들어 대만해상법 제76조는 제1항에서 “본 절의 운송인은 화물의 멸실, 훼손, 또는 지연으로 인한 손해에 대하여 송하인 혹은 기타 제3자에게 항변 및 책임제한의 규정을 주장할 수 있으며, 운송인의 피용자 또는 대리인은 이를 원용할 수 있다...”고 규정하고 다시 제2항에서 “전항의 규정은 항만 상업 구역 내에서의 적재, 적하, 운반, 보관, 관리(감독), 저장, 분류작업, 고박, 던니지에 종사하는 자에게 적용된다”라고 하여 하역업자, 창고업자와 같은 독립계약자가 히말라야 조항인 제1항을 원용할 수 있도록 입법으로 해결하고 있다.<sup>273)</sup>

운송인과 계약된 하역업자 및 창고업자 등은 해상운송계약에 필수적인 업무를 이행하지만 이들이 운송계약의 구체적인 약정에 대해 개입할 수 없다는 점에서 이들이 운송인의 항변과 책임제한을 원용하는 것을 허용해야 할 타당성이 있다. 그렇지만, 화물해관계자들과 계약한 하역업자 및 창고업자 등은 계약 체결 시 자유롭게 책임제한과 항변 사항을 논의하고 계약할 수 있다는 점에서 이들에게까지 운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요는 없다고 판단된다. 다만 화주에 의하여 선임되었다고 업무 수행에 있어서 운송인의 지휘·감독을 받았다면 그러한 자들에게는 운송인의 항변과 책임제한을 허용하는 것이 바람

272) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 482쪽.

273) 지상규·왕지유, 「독립계약자에 대한 히말라야 약관적용 문제 및 특별규정의 제안」, 『법학연구』 제52호, (한국법학회, 2013), 378쪽.

직할 것이다.

우리 상법의 경우에는 운송인의 ‘사용인 또는 대리인’이라는 표현 대신 독립계약자를 포함하는 ‘해상이행당사자’ 개념을 적용하여 해결할 수 있다고 본다. 운송인과 ‘해상이행당사자’가 연대하여 책임을 지게하고 ‘해상이행당사자’에 대한 직접 청구를 허용하는 대신, ‘해상이행당사자’에게는 그 직무상 작위 또는 부작위로 인하여 발생한 운송물 손해에 대하여 운송인의 항변과 책임제한을 원용하는 것을 허용 하여 균형을 맞추는 것이 좋을 것이다. 한편, 앞서 제794조의2 신설을 제안하면서, 해상이행당사자에서 선장, 선원, 또는 운송인과 해상이행당사자의 피용자를 제외시켰으므로, 운송인의 항변과 책임제한의 원용이 허용되는 당사자로 ‘선장, 선원, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자’를 규정하는 것이 타당하다.

제794조의2 제2항에 따라서, ‘송하인 또는 수하인’과 같이 화물관계자에 의하여 선임된 자는 비록 ‘해상이행당사자’의 업무를 수행하더라도 운송인의 항변과 책임제한이 허용되는 ‘해상이행당사자’가 될 수 없다. ‘해상이행당사자’의 업무는 대부분 해상운송에 필수불가결한 업무이고, 이미 많은 해상운송 선하증권약관의 히말라야약관에서 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한이 허용되는 당사자에 독립계약자를 포함시키고 있고, ‘해상이행당사자’는 운송계약의 당사자가 아니어서 운송계약의 논의 및 구체적인 내용에 영향력을 행사할 수 없다는 점을 감안하면 ‘해상이행당사자’에게 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하는 조치는 타당한 반면, 계약 내용을 화물이해관계인과 논의할 수 있는 자들에게까지 운송인의 항변과 책임제한을 허용할 필요는 없다고 본다. 다만, 이들이 운송인의 지휘·감독을 받는 경우는 달리 취급하는 것이다.

한편, 독립계약자가 실제운송인에 해당한다는 해석으로 독립계약자 문제를 해결할 수 있다는 주장을 앞에서 살펴본 바 있다.<sup>274)</sup> 실제운송인의 개념을 확

274) 상법 항공편은 실제운송인의 정의 조항을 두고 있는데, 항공편 제900조는 “실제운송인”을 “운송계약을 체결한 운송인(이하 “계약운송인”이라 한다)의 위임을 받아 운송의 전부 또는 일부를 수행한 운송인”이라고 정의한다.



대하여 운송인의 업무를 이행하는 독립계약자를 실제운송인이라 칭하면 실제운송인인 독립계약자도 운송인의 항변과 책임제한을 주장할 수 있다는 주장이다. 상법 제900조 항공운송편의 실제운송인 조항에서 유추하여 ‘운송의 전부 또는 일부를 수행’ 하는 자를 실제운송인이라 한다면 하역업자, 터미널운영업자, 창고업자 등도 실제운송인에 포함된다고 할 수 있고 따라서 이들도 실제운송인으로서 운송인의 항변과 책임제한이 가능하다고 주장한다.<sup>275)</sup> 이에 대해, 운송업을 하지 않는 독립계약자를 실제운송인으로 해석하는 것은 무리가 있고, 차라리 우리 상법 제798조 제2항은 헤이그/비스비 규칙과 같이 ‘독립계약자를 제외한다’는 단서조항이 없으므로, 항만하역업자, 터미널 운영업자 등과 같은 독립계약자도 운송인의 ‘사용인 또는 대리인’의 범주 안에 들어 운송인의 항변과 책임제한을 주장할 수 있도록 해야 한다는 견해도 있다.<sup>276)</sup> 생각건대, ‘운송’이라 함은 장소적 이동이 포함된 개념이므로,<sup>277)</sup> 항만하역, 터미널운영, 창고운영과 같이 장소적 이동이 주가 아닌 자들을 운송인의 범주에 넣어 실제운송인이라고 칭하는 것은 무리가 있다고 보인다. 또 함부르크 규칙의 해석론에 따르면 독립계약자를 운송인의 사용인 또는 대리인의 범주에 넣는 것이 타당할 것이나, 이는 우리나라 대법원의 기존 판례 등과 대치될 수 있으니, 이 문제를 입법으로 해결하는 것이 타당할 것이다.<sup>278)</sup>

결론적으로, 상법에 해상이행당사자 개념을 도입함으로써 실제운송인과 독립계약자에 대한 논란을 해결할 수 있다. 해상이행당사자는 기존 제798조 제4항의 실제운송인 및 독립계약자를 모두 포함하는 개념으로써 이러한 모호함이 해결된다. 따라서 해상이행당사자 개념을 도입하면 기존 제798조 제4항은 삭제할 필요가 있다.<sup>279)</sup>

275) 유사한 내용이 규정된 함부르크 규칙 제10조의 실제운송인에 대한 해석 참조(김선옥, 「해상물건운송계약에 있어서 제3자의 권리에 관한 고찰-최근 영미판례를 중심으로」, 226쪽.

276) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 480~4811쪽.

277) 김흥기, 『상법강의』, (박영사, 2015), 250쪽.

278) 정영석, 「항만하역사업자의 책임」, 481쪽.

279) 기존 상법 체계에서 보호의 필요성이 있는 당사자는 결국 항만의 하역업자나 항만 운영자라고 생각된다. 왜냐하면, 해상운송인이 계약운송인의 이행보조자로서 운송업무를 할 경우에는 하역업자 또는 터미널운영자와 같은 문제가 발생하지 않을 것이기 때

제798조 개정시안은 결국 해상이행당사자들의 손해배상의무를 감소시켜 계약 단가 할인 요소가 될 것이며, 이는 다시 운임에 반영됨으로써 결과적으로는 화물관계자들에게도 유익한 결과를 초래할 것으로 본다. 또 선박을 소유하고 있는 많은 실제운송인(해상이행당사자에 포함된다)들이 계약운송인보다 더 많은 자산을 보유하고 있는 경우가 많은데, 화물 이해관계인이 계약관계가 없는 해상이행당사자를 상대로 직접 소를 제기하도록 허용하고 무과실 입증책임을 해상이행당사자에게 지움으로써 개정안은 운송인 및 화물관계자 모두에게 유익을 주는 방안이라고 판단된다.

한편, 개정시안에서 운송인과 해상이행당사자에게 연대책임을 부과하는 것이 운송인의 책임을 현행법보다 가중하는 것은 아니다. 왜냐하면, 현행법 하에서도 운송인은 ‘해상이행당사자’와 같은 이행보조자의 직무상 작위 또는 부작위로 인한 화물 손해에 대해 민법 제391조에 따른 책임을 부담하고 있기 때문이다.

다만, 현행법상 이행보조자는 화주에게 직접 책임을 지지 않고 화주가 이들에게 책임을 묻기 위해서는 이행보조자의 과실을 입증하여 불법행위 책임을 물어야 했으나, 제795조 제1항 개정시안에서는 화주가 해상이행당사자의 과실의 입증 없이 단지 ‘해상이행당사자’가 화물을 관리하는 동안 화물손해가 발생하였다는 점만 입증하면, ‘해상이행당사자’가 자신의 무과실 또는 면책을 입증하지 못하는 한 운송인과 연대하여 책임을 지도록 하여 화주의 이익을 보호하고자 한다.

상법 제798조 개정안은 다음과 같다.

현행법	개정시안
-----	------

문이다. 계약운송인의 이행보조자인 해상운송인은 화주의 불법행위에 기한 손해배상청구에 대하여 해상운송인으로서 상법 해상편 제796조(운송인의 면책사유) 또는 제797조(책임의 한도)의 효과를 직접 주장하든가. 상법 제798조 제4항의 실제운송인 지위를 이용하여 면책 또는 책임제한을 주장할 수 있을 것이다. 또 여러 차례의 재운송계약이 체결된 경우, 중간 단계의 재운송인 역시 실제운송인으로서 운송인의 항변 및 책임제한을 원용할 수 있을 것이다. 결과적으로 히말라야 조항인 제798조의 적용 여부가 문제가 되는 것은 계약운송인의 이행보조자로서 하역업자 또는 항만운영자와 같은 항구의 독립계약자인 것이다.

**제798조(비계약적 청구에 대한 적용)**

①이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.

②운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용자 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용자 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용자 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 그 사용자 또는 대리인의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다.

③제2항 본문의 경우에 운송인과 그 사용자 또는 대리인의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은

**제798조(비계약적 청구에 대한 적용)**

①이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.

②운송물에 관한 손해배상청구가 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 **이러한 자**의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**는 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다.

③제2항 본문의 경우에 운송인과 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**의

<p>제797조제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다.</p> <p>④제1항부터 제3항까지의 규정은 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인 외의 실제운송인 또는 그 사용인이나 대리인에 대하여 제기된 경우에도 적용한다.</p> <p>(신설)</p>	<p>운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조 제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다.</p> <p>(삭제)</p> <p>④운송인과 해상이행당사자는 운송물에 관한 손해배상청구에 대하여 연대하여 책임을 진다. 단, 손해배상을 한 당사자는 과실 있는 당사자에게 과실비율에 따라 구상할 수 있다.</p>
--	--

#### 제4절 소결

본 장에서는 해상운송인의 이행보조자 보호를 위하여 앞 장들에서 살펴본 이행보조자 범리를 토대로 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념을 우리 법에 수용하는 방안에 대한 입법론을 제시하였다.

기존에 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임을 논하는 과정에서 이행보조자의 분류기준으로 사용되던 채무자의 지휘·감독요건이 상법 제798조 제2항의 적용대상에도 사용되고 있던 바, 이러한 기준대신 이행보조자의 업무 수행 구간, 업무의 성격, 운송인의 사용의사가 있었는지 여부로 구분해야 함을 제시하였다. 이중 운송인의 사용의사는 운송인의 직·간접적인 요청 또는 실질

적인 지휘·감독으로 확인할 수 있다는 점을 제시하였다. 이는 점차 컨테이너를 이용한 개품운송이 대부분인 상황에서 운송인의 책임 구간이 이미 단순 해상 구간이 아닌 컨테이너 야드에서 컨테이너 야드까지 확장되었음을 반영한 것이다. 또 단순히 계약운송인이 운송의 전 과정을 직접 수행하는 것이 아니라, 선박 용선자, 공동운항자·선복공동사용자·슬로트용선자, 무선박운송인 등 여러 유형의 실제운송인 및 항만 구간의 독립계약자가 운송 업무의 대부분을 이행하고 있는 실제 상황을 반영하고자 한 것이다.

변화된 운송환경을 해상법에 적용하고자, 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념을 위에서 제시한 기준에 맞춰 우리 상법에 일부 수정하여 적용하는 방안을 제시하였다. 해상이행당사자는 해상구간 및 항만구간에서 운송인의 업무를 이행하는 당사자로서, 첫째 업무 수행 구간은 해상구간 및 항만구간으로 한정하고, 둘째 수행 업무가 화물 운송과 밀접한 관련이 있어야 하며, 셋째 운송인의 직·간접적인 요청이 있거나, 넷째 그러한 요청이 없더라도 운송인의 실질적인 지휘·감독이 있어야 한다. 다만, 선박의 감항성과 관련이 있는 독립계약자 또는 예인업자와 같이 별도의 책임제한 제도를 활용할 수 있는 자는 해상이행당사자로부터 제외하되, 감항성과 관련이 있더라도 직접 승선하여 업무를 이행하는 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자는 예외적으로 보호되는 이행보조자로 분류하였다. 이렇게 하면 실제운송인 및 항만구간의 독립계약자를 해상이행당사자라는 개념 안에 모두 포섭할 수 있다. 이러한 해상이행당사자에게는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 허용하는 한편, 해상이행당사자의 업무 수행구간에서 발생한 화물 손해에 대하여는 운송인과 연대하여 책임을 지도록 한다. 해상이행당사자는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 한편 화주에게 운송인과 연대하여 책임을 지게 된다는 점에서 책임과 권한이 적절하게 조화를 이룰 수 있다.

해상이행당사자 개념 도입의 효과는 다음과 같다. 첫째 하역업자, 항만운영자와 같이 해상운송에 필수불가결하며 공공성이 강한 독립계약자도 운송인이 주장할 수 있는 항변이나 책임제한을 원용할 수 있도록 하고, 화주는 해상이행당사자를 상대로 직접 청구를 할 수 있으며 운송인과 해상이행당사자는 연대하여

책임을 지게 함으로써, 화주입장에서는 자신의 손해를 구상 받을 가능성이 더 높아지고 운송인 입장에서는 저렴한 요율로 항만 구간의 독립계약자와 계약함으로써 저렴한 운임을 제공할 수 있게 된다. 해상 개품운송의 공공성, 항만 기업의 육성 필요성 등을 감안할 때 적절한 조치라고 생각한다. 둘째, 운송인의 지휘·감독을 받는 사용자만을 의미하는지 독립계약자를 포함하는지 모호하였던 선박사용인 용어 대신 해상이행당사자 또는 항해 중 선상 노무 제공자라는 용어를 사용하여 의미를 명확하게 하였다. ‘항해 중 선상 노무 제공자’가 화물 운송과 관련한 업무를 수행하는 경우에는 해상이행당사자에 해당되어 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있지만, 화물 운송과 관련 없이 순수한 선박 관리 업무를 수행 중에 그러한 자의 과실이 선박 사고 또는 화재로 이어지는 경우에는 선상 업무 수행의 난이도와 후속 조치의 어려움 등을 감안하여 이들에게도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다.

주목할 점은 해상이행당사자란 화물의 수령, 선적, 적부, 운송, 관리, 양하, 및 인도 등 화물 운송과 관련하여 운송계약의 이행을 보조하는 자로서, 선급, 선박 수리업자, 예인선업자와 같은 자는 해당하지 않는다는 것이다. 특히 감항성과 관련한 업무는 이들의 과실로 인한 피해가 수많은 재산 피해 및 인명에 대한 피해로 연결될 수 있다는 점에서, 이들에게 운송인의 항변과 책임제한의 원용을 허용하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.

입법방안의 개요를 조문 순서대로 살펴보면 아래와 같다.

첫째, 상법 해상편의 규정들이 수차례 개정 및 신설되면서 용어의 정의가 모호한 부분이 있다. 제794조 및 제795조의 ‘선박사용인’의 경우 독립계약자를 포함하는지 여부에 대한 논란이 있는 상황이다. 제794조는 선박의 발항 전 또는 발항 당시 운송인의 감항능력 주의의무 조항인데 운송인이 수리업자, 선용품 공급업자, 선급 등 여러 독립계약자를 이용하여 감항능력 주의의무를 이행하고 있는 상황에서 운송인의 이행보조자로 선원이나 그 밖의 선박사용인만을 예들 든 것은 자칫 혼동을 불러일으킬 수 있다. ‘선원이나 선박사용인’의 예시는 삭제하는 것이 필요하다. 제795조 제1항은 운송물에 관한 주의의무에 대하여 운송인이 이행보조자를 사용할 수 있고 운송인이나 이러한 이행보조자의

무과실을 입증하지 않으면 운송인이 책임을 지도록 하는 내용이며, 제2항은 운송인의 이행보조자의 선박 운항 및 선박관리상의 과실에 대하여 운송인을 면책시키는 내용인데, 의미가 선명하지 않은 ‘선박사용인’이라는 표현을 다른 용어로 대체할 필요성이 있다. 이에 제795조 제1항의 선박사용인은 해상이행당사자로 대체하고, 제795조 제2항의 선박사용인은 “항해 중 선상 노무 제공자”로 대체하여 의미를 분명히 하였다.

둘째, 제794조의2를 신설하여 해상이행당사자 정의 조항을 두었다. 해상이행당사자는 해상 및 항만 구간에서 화물 운송과 관련한 운송인의 업무를 보조하는 자로서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 한편 화주의 화물 손해에 대하여 운송인과 연대책임을 진다. 선장 및 해원, 운송인과 해상이행당사자의 피용자는 해상이행당사자와는 별도의 그룹으로 분리함으로써 이들은 운송인과의 연대책임 의무를 면하게 하였다.

셋째, 상법 제798조는 상법 해상편의 내용을 비계약적 청구에도 적용하도록 하는 조항으로서, 제2항에서 운송인의 ‘사용인 또는 대리인’이라는 표현 대신 ‘해상이행당사자’라는 용어를 사용하는 방안을 제안하였다. 해상이행당사자는 “화물이 선적항에 도착한 때로부터 양하항에서 출발할 때까지의 운송인의 책임기간 중 운송인의 직·간접적인 요청에 의하거나 운송인의 지휘·감독을 받아, 화물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도와 관련하여 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자”로서 독립계약자를 포함하고 화주에 대하여 운송인과 함께 연대책임을 지도록 하는 대신 운송인에게 허용되는 항변 및 책임제한을 원용할 수 있다. 송하인이나 수하인과 같은 화물관계자에 의해 선임된 자는 화물관계자와 직접 계약 협상이 가능하므로 운송인의 지휘·감독을 받지 않는 한 해상이행당사자에서 제외한다. 이렇게 함으로써 해상이행당사자를 과도한 책임으로부터 보호하는 한편, 화물관계자도 해상이행당사자를 상대로 직접 소를 제기할 수 있도록 하여 손해배상을 받을 가능성을 증대하는 방안을 제안하였다.

위의 상법 개정안을 통하여 상법 해상편에서 운송인의 이행보조자와 관련한 논의를 정리해 보고자 하였다. 해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있

는 이행보조자를 구분하기 위한 요건으로 단순히 운송인의 지휘감독 여부가 아니라, 이행보조자의 활동 구간, 업무의 성격, 운송인의 요청이 있었는지 여부 등으로 구분해야 함을 제시하였다. 로테르담 규칙의 해상이행당사자 개념을 수정하여 도입하는 입법론을 제시함으로써 해상운송인의 이행보조자를 폭넓게 보호하는 방안을 검토하였다. 이와 같이 함으로써, 실제운송인 및 현대 해상개품 운송에서 운송에 필수적인 역할을 하는 하역업자 또는 터미널운영자와 같은 독립계약자의 이익을 보호하는 한편, 그 반대로 해상이행당사자에게 직접 청구하는 방안을 허용함으로써, 화물이해관계자들의 이익도 보호 또는 증대할 수 있도록 하였다.





## 제6장 결론

그동안 이행보조자에 대한 논의는 대부분 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임에 대한 논의가 중심이 되어 왔다. 이행보조자의 고의·과실에 대한 채무자의 책임은 계약법상의 채무불이행책임에 관한 논의이며 따라서 채권관계를 전제로 한다. 이행보조자 또는 피용자의 불법행위에 대한 사용자의 책임은 불법행위법에 따른 논의이며 이 경우 채권관계를 요구하지 않는다. 채무자가 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 지기 위하여 다수설은 채무자의 선임·지휘·감독을 요건으로 하여 협의의 이행보조자와 이행대행자로 구분하여, 협의의 이행보조자의 고의·과실에 대해서만 채무자가 책임을 진다고 한다. 그러나 소수설 및 판례는 채무자가 이행보조자의 고의·과실에 대하여 책임을 지기 위하여 선임·지휘·감독을 요구하지 않고 채무자의 사용의사만을 요건으로 한다고 하고 있다. 피용자의 불법행위에 대하여 사용인이 사용자책임을 지기 위하여서는 사용관계를 요건으로 하나, 판례는 객관적·규범적 사용관계가 없더라도 실질적 사용관계가 있다고 판단하는 등 사용관계를 폭넓게 해석하고 있다. 이와 같은 추세는 채무자 또는 피해자 보호 측면에서 이행보조자 또는 피용자가 되기 위한 요건을 까다롭지 않게 하려는 것으로 보인다.

해상운송의 경우에는 그동안 직접계약관계의 원칙(the doctrine of privity of contract)에 얽매이지 않고 운송계약의 당사자가 아닌 운송인의 이행보조자를 보호하기 위한 여러 가지 시도가 있어 왔다. 이를 위하여 히말라야 약관과 같이 운송인의 이행보조자가 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다는 취지의 약관이 널리 사용되고 있으며, 법원에서는 이와 같이 계약 당사자가 아닌 이행보조자의 권리를 인정하기 위하여 대위면책(vicarious immunity), 사전 위임(계약)에 의하여 허용된 임치계약(bailment on terms), 대리인 이론(agency theory) 등의 이론을 발전시킨 바 있다. 그러다 1999년 영국(제3자의 권리)계약법과 같이 제3자를 위한 계약법을 성문법으로 제정하여 해결하고 있는 추세이다.

그러나 위와 같이 운송 약관으로 해상운송인의 이행보조자를 보호하고자 하는 시도는 운송 약관의 내용 또는 운송계약, 용선계약 등 여러 변수로 인하여 결과가 달라질 수 있기 때문에, 해상운송인의 이행보조자가 어떤 경우에 보호되어야 하며, 보호의 범위는 어떻게 해야 할지를 입법으로 해결하는 것이 바람직하다고 본다.

상법 제798조 제2항은 해상 운송인의 사용인 또는 대리인은 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다고 하고, 대법원은 사용인 또는 대리인이란 운송인의 선임·지휘·감독을 받는 자로서 독립계약자는 해당하지 않는다고 판시한 바 있다. 그러나 이는 기존 민법상의 협의의 이행보조자와 이행대행자 구분을 수용한 것으로, 현대 개품운송의 복잡한 상황에 적합하지 않은 규정이라고 본다. 특히 항만구역의 독립계약자는, 비록 운송인과의 관계는 대부분 독립계약자 형태이지만, 해상운송의 필수적인 부분을 담당하는 자로서, 그 업무의 공공성, 항만 기업의 육성 필요성, 사회경제적 이유 등으로 보호해야 할 필요성이 있다. 이에 해상운송인의 이행보조자로서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자 판단 요건으로서, 더 이상 운송인의 선임지휘감독을 기준으로 할 것이 아니라, 이행보조자의 업무 수행 구간, 업무의 성격, 운송인의 요청 여부 또는 실질적인 지휘·감독 여부 등으로 판단해야 할 것이다.

2008년 제정되었으나 아직 발효되지 않은 로테르담 규칙은, 비록 단시일 내에 발효될 가능성은 낮으나 해상이행당사자라는 새로운 개념을 도입하고 있다. 해상이행당사자는 해상 및 항만 구간에서 화물 운송과 관련한 운송인의 업무를 보조하는 자로서, 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 한편 자신의 운송구간에서 발행한 화물 손해에 대해서 운송인과 함께 연대책임을 진다. 해상이행당사자는 운송인의 사용인 또는 대리인뿐만 아니라 실제운송인 및 독립계약자를 포함하는 개념으로서, 이러한 개념을 우리 상법에 도입하면 해상운송인의 이행보조자중 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 자를 기존과 다르게 적절히 구분할 수 있을 것으로 판단된다.

따라서 본 논문에서는 해상운송인의 이행보조자 중 누구를 보호하고 보호가 필요한 경우 그 범위를 어떻게 할 것인가를 제시하기 위해 로테르담 규칙의 해

상이행당사자 개념을 도입하는 방안을 입법론적으로 검토하였다. 또한 우리 상법에 운송인의 이행보조자로 언급되는 선박사용인을 해상이행당사자로 대체할 필요성이 있는지와 그 방법을 논의하였다. 아래에서는 각 사안별로 현행법과 개정안을 정리해 보기로 한다.

해상운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 운송인의 이행보조자로 현행법은 운송인의 사용인 또는 대리인으로 한정하고 있다. 즉 운송인이 선임지휘감독을 하는 자로 한정하는 것이다. 이는 민법상 채무자가 책임을 지는 이행보조자 논의에서 협의의 이행보조자 또는 이행대행자로 구분한 것을 그대로 따르는 것이라고 보인다. 이렇게 하면 독립계약자 특히 항만 구간의 독립계약자는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 없게 된다. 이는 이들에게 소송이 집중되게 할 수 있고, 이들의 책임이 커질수록 이들의 용역 단가가 상승하고, 결국 이는 운임으로 전가되어 원활한 운송을 저해하는 결과를 초래할 것이다. 개정안은 기존 기준을 따르지 않고 이행보조자의 업무 구간, 업무의 성격, 운송인의 요청 또는 실질적인 지휘·감독 여부를 기준으로 이행보조자를 구분하는 방안을 제시하였다. 즉 해상운송에서 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 이행보조자는 해상 또는 항만 구간의 이행보조자로서, 그 이행 업무가 화물 운송과 밀접한 관련을 가지고 있어야 하며, 운송인의 직·간접적인 요청이 있어야 한다. 또는 그러한 요청이 없더라도 업무 수행과정에서 운송인의 실질적인 지휘·감독을 받으면 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 이들은 화주에 의하여 선임된 자는 제외하나, 비록 화주에 의하여 선임되었더라도 운송인의 지휘감독을 받으면 달리 취급한다. 이러한 이행보조자를 해상이행당사자라고 칭하고, 해상이행당사자는 자신의 업무 수행 구간에서 화물 손해가 발생하면 이에 대하여 운송인과 연대책임을 진다. 상법 제794조의2를 신설하여 해상이행당사자를 정의하기로 한다.

현행법은 선장, 해원, 그 밖의 선박사용인이라는 용어를 사용하고 있으나 이들의 책임관계는 별도로 정의하지 않고, 운송인의 사용인 또는 대리인이 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다는 내용만을 두고 있다. 그러나 계약운송인이 선장과 해원을 직접 고용하지 않은 경우에는 이들은 운송인의 사용인

또는 대리인에 해당하지 않게 되어 상법 제798조 제2항을 주장할 수 없게 된다. 이러한 불합리함을 피하기 위하여 상법 제798조 제4항은 실제운송인 또는 그 사용인이나 대리인도 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하고 있다. 그러나 누가 실제운송인인지 정의규정이 없어 여전히 모호함이 있는 실정이다. 개정안은 선장, 해원, 운송인과 해상이행당사자의 피용자는 해상이행당사자에서 제외하되, 제798조 제2항을 수정하여 선장, 해원, 및 운송인과 해상이행당사자의 피용자는 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있다는 점을 분명히 하였다. 이렇게 함으로써 선장과 해원은 누구에 의하여 고용되더라도, 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있는 한편, 해상이행당사자에서 제외됨으로써 화주에 대하여 법정 책임을 지지 않게 된다. 또한 그 개념이 모호한 실제운송인과 관련한 조항을 삭제하는 방안을 제시하였다. 개정안에 따르면 실제운송인과 독립계약자도 해상이행당사자에 속하게 되어 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있게 된다.

운송인의 감항능력 주의의무와 관련하여 현행법은 운송인이 이행보조자를 이용하여 감항능력 주의의무를 이행할 수 있다는 점을 인정하고 그러한 이행보조자의 예시로 선원이나 그 밖의 선박사용인을 들고 있다. 운송인 자신이나 선원 또는 그 밖의 선박사용인이 선박의 감항능력을 갖추기 위하여 주의의무를 다했다면, 설령 출항 후 선박의 불감항으로 인해 화물이 멸실, 훼손 또는 지연 도착하는 경우에도 운송인이 면책된다는 것이다. 그런데, 운송인이 감항능력 주의의무를 위해 이용하는 이행보조자에는 운송인의 고용인, 선장, 선원뿐만 아니라 선박수리업자, 선급 등과 같은 독립계약자도 포함될 수 있는데, 우리 상법의 선박사용인은 독립계약자를 포함하지 않는 의미로 해석될 여지가 많아 해석상 다툼이 있을 수 있다. 헤이그/비스비 규칙 및 로테르담 규칙은 감항능력 주의의무를 운송인이 타인에게 이양 불가능한 의무로 보고 있다. 즉, 운송인이 사용인, 대리인, 또는 독립계약자 등을 이용하여 감항능력 주의의무를 이행하는 경우, 이들의 과실은 운송인의 지휘·감독 여부와 상관없이 운송인 자신의 과실로 인정되는 것이다. 따라서 개정안에서는 단지 예시 규정일 뿐인 ‘선원이나 그 밖의 선박사용인’이라는 표현을 삭제하여 감항능력 주의의무의 책임이 운송인에

게 있음을 명확히 하고, 운송인이 이러한 주의의무를 타인에게 위임했을 때는 그러한 타인이 협의의 이행보조자인지 이행대행자인지를 묻지 않고 운송인이 책임진다는 점을 명확히 하였다.

운송물에 관한 주의의무에 대하여도 현행법은 운송인이 이행보조자를 사용하여 주의의무를 이행할 수 있음을 인정하고 운송인과 선원 또는 그 밖의 선박사용인의 무과실을 입증하지 못하면 운송인이 책임을 지도록 하고 있다. 여기서 선원 또는 그 밖의 선박사용인은 예시에 불과하며 독립계약자도 포함하는 개념으로 해석해야 할 것이다. 즉 하역업자 또는 터미널운영자와 같은 자도 운송인의 이행보조자로서 화물에 관한 주의의무를 이행할 수 있으며, 감항능력 주의의무에 관하여 설명한 것과 같이, 운송인은 화물에 관한 주의의무에 대하여 자신과 선원뿐만 아니라 독립계약자의 무과실도 입증해야 책임을 면할 수 있을 것이다. 이는 항해과실 및 선박관리상의 과실에 대한 운송인의 면책에도 적용된다. 선장, 해원, 도선사, 그 밖의 선박사용인과 같은 이행보조자의 항해과실 및 선박관리상의 과실에 대하여 운송인이 면책되는데, 이때의 선박사용인은 독립계약자를 포함하는 개념으로 해석해야 할 것이다. 그러나 현행법의 선박사용인은 독립계약자를 제외하는 개념으로 해석될 여지가 있어 적절하지 않은 표현으로 보인다. 개정안은 의미가 모호한 선박사용인 대신 독립계약자도 포함하는 해상이행당사자로 대체하는 방안을 제시하였다. 화물의 손해가 해상이행당사자의 책임구간에서 발생하면, 해상이행당사자의 과실이 추정되며 해상이행당사자가 자신의 무과실을 입증하게 하였다. 우선 화주가 해상이행당사자의 책임구간에서 화물 손해가 발생했음을 입증해야 하고, 그러한 경우에 해상이행당사자가 자신의 무과실을 입증하는 것으로서, 적절한 입증순서의 배분이라고 생각한다.

이상과 같이 해상이행당사자 개념을 도입하여 그동안 해석상 논란이 있었던 실제운송인 및 독립계약자를 포괄하여 운송인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하는 한편, 이들의 책임구간에서 발생한 손해에 대하여는 운송인과 연대책임을 지도록 하여 권리와 의무 사이에 균형을 맞추고자 하였다. 한편 선장 및 해원은 해상이행당사자에서 제외하여 이들이 법정책임을 지지 않도록 하였고, 선장, 해원, 운송인이나 해상이행당사자의 피용자는 별도 그룹으로서 운송

인의 항변과 책임제한을 원용할 수 있도록 하였다. 이렇게 함으로써 운송인의 이행보조자를 운송인의 선임·지휘·감독 요건으로 구분하던 방식에서 탈피하여 실질적인 이행보조자의 업무 범위와 성격에 따라서 보호여부를 판단할 수 있을 것이다.

위의 내용을 반영하여 현행 상법 해상편을 고찰하면 다음과 같이 입법론을 제시할 수 있다.

현행법	개정시안	비고
<p><b>제794조(감항능력 주의의무) 운송인</b>은 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.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것</li> <li>필요한 선원의 승선, 선박의 장(艙裝)과 필요품의 보급</li> <li>선창·냉장실, 그밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것</li> </ol>	<p><b>제794조(감항능력 주의의무) 운송인</b>은 (삭제) 발항 당시 다음의 사항에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>선박이 안전하게 항해를 할 수 있게 할 것</li> <li>필요한 선원의 승선, 선박의 장(艙裝)과 필요품의 보급</li> <li>선창·냉장실, 그 밖에 운송물을 적재할 선박의 부분을 운송물의 수령·운송과 보존을 위하여 적합한 상태에 둘 것</li> </ol>	조문수정
(신설)	<p><b>제794조의2(해상이행당사자)</b> ① 해상이행당사자는 화물이 선적항에 도착한 때로부터 양하항에서 출발할 때까지의 운송인의 책임기간 중 운송인의 직·</p>	신설안

	<p>간접적인 요청에 의하거나 운송인의 지휘·감독을 받아, 화물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙 및 인도와 관련하여 운송계약상 운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 하는 자를 말한다(이하 “해상이행당사자”라 칭한다).</p> <p>②운송인 대신 송하인 또는 수하인에 의하여 직·간접적으로 선임되고 운송인의 지휘·감독을 받지 않는 자는 해상이행당사자가 될 수 없다.</p> <p>③육상운송인이 항구 내에서만 운송인의 의무를 행하거나 행하기로 할 시는 육상운송인도 해상이행당사자가 될 수 있다.</p> <p>④선장, 선원, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자는 해상이행당사자에서 제외한다.</p>	
<p>제795조(운송물에 관한 주의의무)</p> <p>①운송인은 자기 또는 선원이나 그 밖의 선박사용인이 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다</p>	<p>제795조(운송물에 관한 주의의무)</p> <p>①운송인은 자기 또는 선원이나 해상이행당사자가 운송물의 수령·선적·적부·운송·보관·양륙과 인도에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실·훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다. 화물의 손해가 해상이행당사의 책임구간에서 발생하거</p>	<p>조문수정</p>

<p>②운송인은 선장·해원·도선사, 그 밖의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다. 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>나 그러한 손해를 초래하는 사건이 해상이행당사자의 책임구간에서 발생하면 해상이행당사자의 과실이 추정되며, 청구권자는 해상이행당사자에게 직접 손해배상을 청구할 수 있다.</p> <p>②운송인은 선장·해원·도선사, 그 밖의 항해 중 선상 노무 제공자의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위 또는 화재로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다. 다만, 운송인의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	
<p><b>제798조(비계약적 청구에 대한 적용)</b> ①이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.</p> <p>②운송물에 관한 손해배상청구가 운송인의 사용인 또는 대리인에 대하여 제기된 경우에 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 사용인 또는 대리인은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 그 사용인 또는 대리인의 고의 또</p>	<p><b>제798조(비계약적 청구에 대한 적용)</b> ①이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.</p> <p>②운송물에 관한 손해배상청구가 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자에게 제기된 경우에 그 손해가 이러한 자의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피</p>	<p>조문수정</p>



는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다.

③제2항 본문의 경우에 운송인과 그 사용인 또는 대리인의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다.

④제1항부터 제3항까지의 규정은 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인 외의 실제운송인 또는 그 사용인이나 대리인에 대하여 제기된 경우에도 적용한다.

용자는 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. 다만, 그 손해가 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**의 고의 또는 운송물의 멸실·훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다.

③제2항 본문의 경우에 운송인과 **선장, 해원, 항해 중 선상 노무 제공자, 해상이행당사자, 운송인 또는 해상이행당사자의 피용자**의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조 제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다.

(삭제)

④**운송인과 해상이행당사자**는 운송물에 관한 손해배상청구에

(신설)	<p>대하여 연대하여 책임을 진다. 단, 손해배상을 한 당사자는 과실 있는 당사자에게 과실비율에 따라 구상할 수 있다.</p>	
------	--	--



## <참고문헌>

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 김형배·김규완·김명숙, 『민법학강의』 제13판, 신조사, 2014.
- 김준호, 『민법강의』 신정3판, 법문사, 2003.
- 김인현, 해상법 제3판, 법문사, 2011.
- 김흥기, 『상법강의』, 박영사, 2015.
- 송상현·김현, 『해상법원론』 제5판, 박영사, 2015.
- 송옥열, 『상법강의』 제6판, 홍문사, 2016.
- 엄윤대, 『신체계 선하증권론』, 한국해사문제연구소, 2006.
- 윤민현, 『선하증권의 실무』, 한국선주상호보험조합, 2016.
- 이원석, 『보험법해상법』, 세영사, 1987.
- 정영석, 『국제해상운송법-개품운송계약을 중심으로』 개정판, 범한서적주식회사, 2008.
- \_\_\_\_\_, 『선하증권론, 법과실무』 제3판, 텍스트북스, 2008.
- \_\_\_\_\_, 『해상법원론』, 텍스트북스, 2009.
- \_\_\_\_\_, 『해운실무』, 해인출판사, 2004.
- 정찬형, 『상법강의(하)』 제16판, 박영사, 2014.
- 지원림, 『민법강의』 제14판, 홍문사, 2016.

채이식, 『한중일 비교 해상법』, 세창출판사, 2013.

최기원, 『상법학신론(상)』, 박영사, 2009.

최병조, 『로마법강의』, 박영사, 1999.

최종현, 『해상법상론』 제2판, 박영사, 2014.

현승중·조규창, 『게르만법』, 박영사, 2001.

## 2. 논문

고삼룡, 「이행보조자의 과실」, 『연세법학연구』 제3권, 연세대학교 법학연구원, 1983.

고세일, 「수급인을 사용한 도급인의 불법행위책임-미국 불법행위법의 Independent Contractor의 법리를 중심으로-」, 『재산법연구』 제35권 제1호, 재산법연구학회, 2018.

권기훈, 「이행보조자의 과실에 대한 운송인의 불감항책임」, 『해사법연구』 제20권 제1호, 한국해사법학회, 2008.

\_\_\_\_\_, 「해상운송에 있어서 독립적 계약자의 지위」, 『한양법학』 제32권, 한양법학회, 2010.

김덕중, 「사용자책임의 성립요건에 관한 고찰」, 『원광법학』 제26권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2010.

김선옥, 「로테르담 규칙에 있어서 해상물건운송계약 당사자의 의무 및 책임에 관한 법리적 연구」, 『통상법률』 제104호, 법무부국제법무과, 2012.

\_\_\_\_\_, 「해상물건운송계약에 있어서 제3자의 권리에 관한 고찰-최근 영미판례를 중심으로」, 『무역학회지』 제29권 제6호, 한국무역학회, 2004.

김선철·이길남, 「한국 해상법상 해상물건운송에서 실제운송인의 지위」, 『무

- 역학회지』 제34권 제3호, 한국무역학회, 2009.
- 김영주·최준선, 「히말라야 약관의 효력에 관한 비교법적 고찰」, 『성균관법학』 제19권 제3호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.
- 김인현, 「국제해상물건운송계약에 관한 2008년 UNCITRAL조약(로테르담 규칙)의 적용범위와 계약자유의 원칙」, 『법학연구』 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009.
- \_\_\_\_\_, 「해상운송계약에서 독립계약자의 권리에 관한 연구 - 히말라야약관을 중심으로-」, 『해사법연구』 제19권 제2호, 한국해사법학회, 2007.
- 김찬영, 「해상물건운송계약에 있어 이해관계의 합리적 조정에 관한 연구 - 당사자 및 기타 이해관계인을 중심으로-」, 『고려대학교 박사학위논문』, 고려대학교, 2014.
- \_\_\_\_\_, 「상법상 실제운송인의 손해배상책임에 관한 비판적 고찰과 입법론」, 『무역상무연구』 제69권, 한국무역상무학회, 2016.
- 김훈경·지상규, 「운송주선인의 개입권 행사에 따른 운송인과 이행보조자의 책임에 관한 검토-대법원 2017. 6. 8.선고 2016다13109판결-」, 『법학연구』 제71권, 한국법학회, 2018.
- 남기연, 「하도급계약에 따른 법률관계 분석-하수급인의 권리보호를 중심으로-」, 『재산법연구』 제28권 제3호, (한국재산법학회, 2011)
- 노전구, 「해상운송인의 책임에 관한 연구 - 국제협약의 비교를 중심으로 -」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, 한국해양대학교, 2005.
- 박은영, 「국제화물운송계약에서 운송협약규정간 충돌 가능성에 관한 검토 - 로테르담 규칙을 중심으로」, 『법학논총』 제38권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2018.
- \_\_\_\_\_, 「복합화물운송에서 운송협약규정간의 충돌시 해결방안에 관한 법적 연구」, 『한양대학교 박사학위논문』, 한양대학교, 2016.

- 부정중·금추, 「해상화물운송에서 실제운송인의 책임에 관한 연구」, 『한국해법학회지』 제27권 제2호, 한국해법학회, 2005.
- 송양호, 「복합운송에 관한 입법론」, 『한국해법학회지』 제32권 제2호, 한국해법학회, 2010.
- 신국미, 「이행대행자 법리에 관한 의문」, 『안암법학』 제23권, 홍문사, 2006.
- 심재두, 「해상법가이드/영국해상물건운송법(29): 함부르크 규칙」, 『해양한국』 제1995권 제7호, 한국해사문제연구소, 1995.
- 양석완, 「국제운송에 있어서 계약운송인과 실제운송인의 법적 책임」, 『국제거래법연구』 제19권 제1호, 국제거래법학회, 2010.
- \_\_\_\_\_, 「로테르담 규칙상 이행보조자로서 ‘이행당사자(performing party)’에 관한 법적 연구」, 『안암법학』 제43권, 안암법학회, 2014.
- \_\_\_\_\_, 「로테르담 규칙상 해상이행당사자의 적용에 따른 문제점」, 『국제거래법연구』 제23권 제1호, 국제거래법학회, 2014.
- \_\_\_\_\_. 「상법상 이행보조자로서 선박사용인의 법적 지위」, 『상사법연구』 제33권 제2호, 한국상사법학회, 2014.
- \_\_\_\_\_, 「해상물건운송에 있어서 실제운송인의 법적 지위」, 『상사판례연구』 제21권 제3호, 한국상사판례학회, 2008.
- 양정호·박길상, 「로테르담 규칙상 이행당사자와 히말라야 조항」, 『해운물류연구』 제26권 제3호, 한국해운물류학회, 2010.
- 오수원, 「동의 있는 전차인의 이행보조자성과 임차인의 책임제한 문제」, 『저스티스』, 한국법학원, 2011.
- 이군성, 「해상운송인의 감항능력주의의무」, 『한국해법학회지』 제2권 제1호, 한국해법학회, 1980.
- 이성희, 「사용자 책임에 관한 연구: 영국법상 정당화 논거를 중심으로」, 『재산법연구』 제35권 제1호, 한국재산법학회, 2018.

- 이재성, 「국제 해상운송조약상 운송인의 책임에 관한 연구 - 로테르담 규칙을 중심으로 -」, 『성균관대학교 박사학위논문』, 성균관대학교, 2013.
- 이제현, 「해상운송인의 책임제한을 원용할 수 있는 당사자에 관한 연구」, 『해운물류연구』 제28권 제2호, 한국해운물류학회, 2012.
- 임동길, 「국제복합운송조약의 개요와 추이」, 『해양한국』 제1986권 제6호, 한국해사문제연구소, 1986년.
- 임동철, 「재운송계약과 선박소유자의 책임-운송책임의 주체와 관련하여-」, 『한국해법학회지』 제15권 제1호, 한국해법학회, 1993.
- 조동오, 「함부르크규칙의 발효와 P&I Club의 수용동향」, 『월간해양수산』 제118권, 한국해양수산개발원, 1994.
- 조종주, 「로테르담 규칙하에서의 면책사유의 적용상 특징」, 『무역상무연구』 제71권, 한국무역상무학회, 2016,
- 정영석, 「운송물 손해의 발생구간과 복합운송인의 책임: 대법원 2009.8.20. 선고 2007다87016판결의 평석을 중심으로」, 『상사판례연구』 제22권 제4호, 한국상사판례학회, 2009.
- \_\_\_\_\_, 「항만하역사업자의 책임」, 『상사판례연구』 제15권, 한국상사판례학회, 2003.
- \_\_\_\_\_, 「해상운송인의 면책사유에 관한 해석론적 연구」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, 한국해양대학교, 1995.
- 지상규, 「항만운영자의 책임에 관한 연구」, 『법학연구』 제45집, 한국법학회, 2012.
- 지상규·왕지유, 「독립계약자에 대한 히말라야 약관적용 문제 및 특별규정안의 제안」, 『법학연구』 제52권, 한국법학회, 2013.
- 채이식, 「선박소유자 및 해상운송인(의장자)의 개념」, 『한국해법학회지』 제24권 제1호, 한국해법학회, 2002.

- 최성경, 「이행보조자에 관한 연구」, 『이화여자대학교 박사학위논문』, 이화여자대학교, 2004.
- \_\_\_\_\_, 「채무이행에 사용되는 제3자의 분류와 채무자이행책임감경」, 『민사법학』 제27권, 한국민사법학회, 2005.
- 최성수, 「복합운송계약상의 운송인의 책임제도에 관한 입법론적 연구」, 『한국해양대학교 박사학위논문』, 한국해양대학교, 2014.
- 최세련, 「상법 제798조 제2항의 해석 및 적용에 대한 검토」, 『해상·보험법연구』 제5권 제1호, 해상·보험법연구회, 2009.
- 최종현, 「개정 해상법 하에서의 해상운송인의 지위」, 『한국해법학회지』 제30권 제1호, 한국해법학회, 2008.
- 한삼인, 정두진, 「사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미」, 『법학연구』 제22권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2011.
- 허재창, 서두호, 「해상운송인의 이행보조자의 책임」, 『산업경제』 제3권, 경상대학교 경영경제연구소, 1991.

### 3. 기타자료

- 한국선주협회, 『로테르담 규칙: 제정과 발효, 협약의 주요내용 해설, 우리나라 대책』, 2009.
- 해양수산부 중앙해난심판원, 『해난심판 용어순화집』, 1998.

## II. 외국도서

### 1. 단행본



- Baatz, Yvonne, Charles Debattista, Filippo Lorenzon, Andrew Serdy, Hilton Stanland, and Michael Tsimplis, *The Rotterdam Rules : A Practical Annotation*, Informa Law, 2009.
- Hallebeek, Jan, Harry Dondorp, *Contracts for a Third Party Beneficiary: A Historical and Comparative Account*, Martinus NIJHOFF Publishers, 2008.
- Lüddeke, Christof F., and Andrew Johnson, *A Guide to The Hamburg Rules*, Lloyd's of London Press, 1991.
- Merkin, Robert, *Privity of Contract*, Informa Law from Routledge, 2013.
- Miller, Roger LeRoy, *Essentials of The Legal Environment Today* 5th Ed., Cengage Learning, 2016.
- Richardson, John, *The Hague and Hague-Visby Rules*, 4th Ed., LLP Limited, 1998.
- Rogers, Anthony, Jason Chuah, and Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 4th Ed., Routledge, 2016.
- Stone, Richard, *The Modern Law of Contract* 6th Ed. Cavendish Publishing Limited, 2005.
- Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd Ed., International Shipping Publication, 1988.
- Todd, Paul, *Principles of the Carriage of Goods by Sea*, Routledge, 2016.
- Treitel, Guenter, F.M.B. Reynolds, *Carver on Bills of Lading*, 3rd Ed., Thomson Reuters, 2011,
- Wilson, John F., *Carriage of Goods by Sea*, 6th Ed., Peason Education Limited, 2008.

田中誠二·吉田昂, 『國際海上物品運送法』, 東京:勁草書房, 1984.

## 2. 논문

Berlingieri, Francesco, “A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, The Hamburg Rules and The Rotterdam Rules” ,

<[https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_3/Berlingieri\\_paper\\_comparing\\_RR\\_Hamb\\_HVR.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf)>, 2019.11.06.

Canty, F.J., “Independent Contractor or Employee” , *Insurance Counsel Journal*, Vol.17, no. 3, 1950.

Crowley, Michael E., “The Impact of the Rotterdam Rules on Multimodal Transport in U.S.” ,

<<https://www.translaw.org/documents/2012%20annual%20meeting/Impact%20of%20International%20Treaties%20on%20Global,%20Multimodal%20Shipments-Crowley%20Paper.pdf>>, 2019.11.02.

Mo, John S, “Determination of Performing Party’s Liability Under the Rotterdam Rules” , *Asia Pacific Law Review*, vol. 18, no.2, 2010.

Murray, D.E., “The Hamburg Rules : A Comparative Analysis” , *Lawyer of the Americas*, Vol, 12, No. 1, 1980.

Neame, Craig, “UK: What Impact will the Rotterdam Rules have on Ship Owners?” ,

<<http://www.mondaq.com/uk/x/107610/Marine+Shipping/What+Impact+will+the+Rotterdam+Rules+have+on+Ship+Owners>>, Posted on 11th Aug 2010, p.6.

Tetley, William, “The Himalaya Clause-Revisited” , 9 *Journal of International*

*Maritime Law*. 40-64 (2003).

Sturley, Michael F., “Modernizing and Reforming U.S. Maritime Law: The Impact of the Rotterdam Rules in the United States” , *Texas International Law Journal*, vol. 44, no.3, 2009.

\_\_\_\_\_, “What has Become the Rotterdam Rules?“, *Journal of Transportation Law, Logistics & Policy*, vol. 83 no. 4, 2016,

### 3. 기타자료

“Hague-Visby Rules” , WIKIPEDIA,

<[https://en.wikipedia.org/wiki/Hague%E2%80%93Visby\\_Rules?](https://en.wikipedia.org/wiki/Hague%E2%80%93Visby_Rules?)>, (This page was last edited on 20 October 2019, at 09:34 (UTC)), 2020.4.2. 방문.

“Status: United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 1978)(the “Hamburg Rules” )” ,

<[https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg\\_rules/status](https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status)>, 2019.4.16. 방문.

“Status: United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 2008) (the “Rotterdam Rules” )” ,

<[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html)>, 2019.01.15. 방문.