

船荷證券 關係當事者の 義務와 責任에 관한 比較研究*

朴南圭**

-
- I. 問題提起
 - II. 船荷證券의 性質
 - III. 船荷證券 當事者の 義務와 責任
 - IV. 結論 및 提言
-

I. 問題提起

운송계약은 당사자의 일방이 화물을 한 장소로부터 다른 장소로 운송한 뒤 정당한 권리자에게 인도하여 줄 것을 약속하고 상대방이 이에 대하여 보수(운임)를 지급할 것을 약속함으로써 성립하는 계약이다. 여기에서 운송의 인수를 하는 당사자를 운송인(carrier)이라고 하며 운송인의 상대방을 운송의뢰인, 도착지에서 화물을 인수하는 자를 수하인(consignee)이라 한다. 대체로 운송의뢰인은 출발지의 송하인(consignor)이다.

해상운송계약이 성립되면 대부분 이 계약에 기초한 선하증권이 발행된다. 송하인이 운송인에게 이 증권의 발행을 청구하면 운송인이 송하인에게 반드시 이 증권을 발행·교부하여야 한다(상법 제 813 조). 화환신용장거래에 따른 화물의 운송에는 송하인이 예외없이 운송인에게 이 증권의 발행을 청구하게 되는데 대부분의 해상운송계약에서는 이 선하증권이 발행된다.

해상운송계약에서 그 계약의 목적인 급부는 운송인이 운송의뢰인으로부터 위탁받은 화물을 도착지까지 운반한 뒤 정당한 수하인에게 이를 인도하여 주

* 建國大學校 研究費支援에 의한 論文임.

** 建國大學校 社會科學大學 貿易學科 教授.

는 것이다. 운송인이 이 일을 완성하여 주기로 약속하고 운송의뢰인이 이에 대하여 보수를 지급하기로 약속하는 것이 운송계약이다.

이러한 운송계약의 결과 발행되는 선하증권은 권리증권, 화물의 수취서, 운송계약의 증거로서 대단히 중요한 기능을 하는데 운송계약의 당사자인 운송인과 송하인 및 수하인은 어떠한 권리와 의무를 부담하는지를 잘 알아야 한다.

선하증권에 대한 상관습은 선하증권의 종류나 나라에 따라, 규율하고 있는 각종 국제규칙이나 협약에 따라 다양하며 많은 차이들이 존재하고 있기 때문에 이러한 차이에 대한 인식을 분명하게 해야 한다. 따라서 본 연구는 이와 같은 문제 인식 하에 선하증권의 세가지 기능에 대한 연구와 함께 선하증권 관계 당사자인 운송인과 송하인 및 수하인의 의무와 책임이 국내법과 국제조약 하에서 어떻게 규정되어 있으며 실제 상관습과는 어떠한 차이가 있는지 등에 대하여 연구하고자 한다.

국제물품매매가 원활하게 이루어지기 위해서는 당사자 사이에 분쟁이 발생하지 않아야 하며 분쟁이 발생한 경우에도 선하증권 당사자가 자신의 의무와 책임에 대한 분명한 인식을 하고 있다면 분쟁해결의 예측가능성을 높일 수 있다. 본 연구가 이루어짐으로서 선하증권 당사자인 운송인과 수하인 및 송하인은 운송계약상의 자신의 의무와 책임, 제분쟁 유형에 대한 명확한 인식을 통하여 분쟁의 예방과 무역거래의 원활한 이행에 큰 도움이 될 것으로 기대된다.

II. 船荷證券의 機能

선하증권은 특정 목적지로 향하는 특정 선박의 본선에 물품이 선적되었다는 것을 인정하고 수령된 물품이 운송되는 조건을 나타낸 것으로 운송인 또는 대리인, 때로는 용선계약 하에서는 용선자가 서명한 서류이다.¹⁾

선하증권의 주요한 목적은 물품이 자신의 수중이 아니라 운송인의 보관하에 있을 때 물품의 소유자에게 신속히 물품을 처분할 수 있게 하는데 있다.²⁾ 선하

1) David M. Sassoon, *C.I.F. and F.O.B. Contracts (4th ed.)*, Sweet and Maxwell, 1995, p. 89.

2) Clive M. Schmitthoff, *Export Trade: The Law and Practice of International Trade (9th ed.)*, Stevens and Sons, 1990, p. 561.

증권은 상관습의 산물이며 국제무역의 전형적인 수단으로써 보험증권, 상업송장과 함께 선적서류 가운데 가장 중요한 위치를 점하고 있다.

이러한 선하증권은 다음 3가지의 기본적 성질³⁾을 가지고 있다.

첫째, 선하증권은 선박회사에 인도된 물품의 수령증(receipt)이다.

둘째, 선하증권은 송하인(shipper)과 선박회사와의 사이에 체결된 해상운송계약의 증거(evidence)이다.

셋째, 선하증권은 그 소지인 또는 피배서인에게 물품의 인도를 청구할 수 있는 권리가 부여된 권리증권(document of title)이다.

본 논문은 위에 언급한 선하증권의 세 가지 성질을 중심으로 논구한다.

1. 운송계약의 증거로서의 선하증권

선하증권면에 기재된 사항은 송하인과 운송인 사이에 체결된 물품의 해상운송계약의 증거로서의 효력을 가지고 있다. 여기서 중요한 것은 선하증권의 내용이 운송계약 그 자체는 아니고 계약을 입증하는 하나의 증거에 지나지 않는다는 점이다.⁴⁾ 송하인과 운송인사이의 해상운송계약은 선하증권의 발행 및 물품의 선적 이전에 일반 계약과 똑같이 구두나 문서로 체결된다.⁵⁾

결국 송하인은 선하증권을 기재되지 않은 조건도 선하증권의 발행전에 운송인이 운송계약의 내용으로 승낙한 조건이 있으면 그것을 입증함으로써 운송인에게 대항하는 것이 가능하다.⁶⁾

예컨대 원고인 과실 수출업자는 선박회사의 대리점과 운송계약을 구두로 체결하였다. 원고는 화물을 선적하고 목적지인 런던으로 선박이 직항한다는 것을 약속하였다. 원고는 물품을 선적하였고 대리점은 선하증권을 원고에게 발행하였으며 그 선하증권에는 본선은 다른 항구에 기항할 자유가 있다는 취지의 조

3) *ibid.*, pp. 561~562.

4) 이에 대하여는 영국에서 1884년의 *Sewell v Burdick* 사건에서의 Bramwell 경의 다음과 같은 말을 음미해 볼 필요가 있다.

"It is receipt for the goods, stating the terms on which they were delivered to and received by the ship, and therefore excellent evidence of those terms, but it is not a contract. That has been made before the bill of lading was given"(A.G. Guest(ed.), *Benjamin's Sale of Goods (4th ed.)*, Sweet & Maxwell, 1992, p. 929).

5) *ibid.*, p. 929.

6) 新堀 聰, 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992, p. 203.

항이 인쇄되어 있었다. 본선은 사실 다른 항에 기항하였고 수입세가 상승하고 시황이 악화되어 원고는 큰 손해를 입었다. 원고는 운송인이 구두 약속을 위반하였기 때문에 손해배상을 요구하는 소송을 제기하였다.

이 사건⁷⁾에서 피고인 운송인은 원고인 과실 수출업자와의 운송계약은 선하증권 그 자체인 것이다. 선하증권의 내용이 당사자의 권리·의무를 정하기 때문에 선하증권이 중간항에 기항하는 자유를 정하고 있는 이상 런던으로 직행하는 취지의 구두의 약속에는 구속되지 않는다고 항변하였다. 이에 대하여 수석판사 Goddard 경은 “운송계약은 선하증권이 서명되기 전에 존재하고 있었기 때문에 선하증권이 계약 그 자체는 아닌 것이다. 예컨대 선하증권의 내용과 모순이 있어도 구두의 약속은 유효한 것이다”라고 판결하고 피고에게 손해배상을 명하였다. 이 사건에서 알 수 있는 것은 선적전에 운송인과 합의한 사항은 선하증권에 기재되어 있지 않고 또 선하증권의 내용과 모순이 있어도 유효한 것이다. 특히 구두의 경우에는 입증이 곤란하기 때문에 합의사항은 반드시 서류에 남겨두는 것이 바람직하다고 생각된다.

구두의 약속이 선하증권상의 인쇄조항에 우선한다는 판례⁸⁾는 다음과 같다. 영국의 수입업자가 이탈리아의 기계류를 수입하는 거래에서 운송인에게 기계가 들어있는 컨테이너를 갑판 아래 적재할 것을 의뢰하였는데 운송인은 갑판 위에는 선적하지 않겠다고 약속하였다. 그러나 컨테이너는 실제로는 갑판위에 선적되었기 때문에 본선이 대파되었을 때 떨어져 전손이 발생하였다. 수입업자의 손해배상 요구에 대하여 운송인은 운송방법의 완전한 자유를 규정한 선하증권의 인쇄조항을 들었는데 영국의 항소원은 “갑판 상에 적재하지 않는다는 취지의 운송인의 구두의 약속은 강행할 수 있는 약속으로 인쇄된 조건에 우선한다”고 판결하여 수입업자의 주장을 인정하였다. 최근의 컨테이너선은 컨테이너를 갑판 상에도 적재하도록 설계되어 있기 때문에 이러한 문제는 거의 발생하지 않는다.

일반적으로 운송인이 선하증권의 기재와 다른 약속을 하는 것은 거의 없으며 대부분의 경우 선하증권의 조항은 운송계약의 내용과 일치한다고 생각된다. 선하증권은 운송계약이며 운송계약의 증거에 지나지 않지만 특약이 있으면 선

7) *Ardennes [Cargo Owners] v. Ardennes [Shipowners]* (1951) 1 Q.B. 55.

8) *J. Evans & Son (Portsmouth) Ltd. v. Andrea Merzario Ltd.* (1976) 1 W.L.R. 1078.

하증권에 기재되지 않은 것도 유효하다는 것을 이해하는 것이 필요하다. 따라서 운송인이 선하증권외에 행한 특약을 매도인이 그대로 매수인에게 약속한 경우에 만약 운송인이 그 특약을 위반한 때에는 매수인은 매도인에게 손해배상을 요구하고 그 다음에 매도인이 운송인에게 손해배상을 청구할 수 있다.

2. 물품의 수취서로서의 선하증권

선하증권은 물품이 본선에 선적된 것을 증명하는 서류이다. 선하증권의冒頭에 대개 '외관상 양호한 상태로 선적됨(shipped in apparent good order and condition)'이라고 하는 취지가 명기되어 있는 것은 선하증권이 수취서의 기능을 하고 있다는 것을 나타낸 것이다.

선하증권은 물품의 수령증으로서 선적항에서 선적되었다는 것을 나타낸 것이기 때문에 운송인은 운송계약 상의 목적항에서 증권면에 기재된 대로 물품을 인도할 의무를 부담한다.

물품이 양호한 상태와 조건으로 본선에 선적되었다는 것을 선장 또는 대리인이 서명한 때는 물품을 목적지까지 안전하게 운송하겠다는 약속을 하주에게 한 것이다.

실제로 조건부선하증권이 발행되었어야 한 때 송하인이 선주에게 무사고 선하증권 발행을 요구한다면 무지한 피배서인과 은행을 기만할 의사가 존재하는 것이다. 따라서 그것은 불법계약이고 송하인이 선주에게 한 약속은 시행될 수 없는 것이다.

Brown Jenkinson & Co., Ltd. v. Percy Dalton (London) Ltd. (1957) 사건에서 손상을 입은 오렌지쥬스 상자가 선적되었으나 무사고선하증권이 발행되었다. 이 사건에서 판사(Pearce LJ)는 다음과 같이 설시하였다.

“무사고 선하증권에 의하여 오도된 은행 또는 구매자가 선박회사에 대하여 법률적으로 상환청구권을 가질 수 있는 것 만으로는 충분하지 않다. 그들은 법률소송을 의도한 것이 아니라 물품을 구매할 의도인 것이다. 구매자와 은행이 더 이상 선하증권의 진실성을 믿을 수 없다고 느낀다면 그것으로 인한 상거래 사회의 불편이 보상을 조건으로 무사고 선하증권을 제공하는 편리성보다 클 것이다.”

본선에 선적된 물품에 대한 수취서로서 무사고 선하증권은 상인이 구매하기를 원하는 것이 사실상 본선에 선적되었으며 선하증권이 발행된 당시에 손상되지 않았다는 것을 서면으로 명백히 나타낸 것이다.

선하증권은 선적된 화물의 수량, 중량 및 화물의 상태 등에 대한 추정적 증거(prima facie evidence)가 되므로 수하인이 서류 상에 기재된 것과 똑같은 상품의 인도를 받지 못하면 운송인에게 소송으로 대항할 수 있으며 또 이에 맞서려면 운송인은 선적된 화물이 B/L에 명시된 것과 상이하었다는 증거를 제시하여야 한다.⁹⁾

(1) 물품에 관한 선하증권의 내용

선하증권은 물품의 수령증이기 때문에 어떠한 물품을 운송인이 수령하였는지에 대한 정보가 선하증권면에 기재되어 있다. 피배서인은 기재내용을 받고 대금을 지불하기 때문에 대단히 중요하다.

가. 수량에 대한 기재내용

선하증권에 수량이 표시되어 있는 경우에는 표시된 수량이 선적되었다고 하는 추정적 증거(prima facie evidence)가 된다. 표시된 수량이 100 톤이나 실제 80 톤이 선적되었다고 하면 여기에 대한 입증책임은 운송인에게 있다. 만약 운송인이 이것을 입증하지 못하면 부족분에 대해서는 손해배상책임을 부담한다. 그러나 선하증권에 'weight, etc. ... unknown'과 같은 부지약관(unknown clause)이 있는 경우에는 증권기재의 수량이 선적된 것을 입증하는 책임은 하주측에 있다.¹⁰⁾

나. 하인 또는 품질에 대한 기재내용

선하증권에 표시된 화인은 그 화인의 물품이 선적되었다고 하는 추정적 증거가 된다.

품질에 대해서는 선장은 상품의 전문가가 아니기 때문에 품질을 기재한 선하증권에 서명함으로써 운송인을 구속할 수 없다고 해석하고 있다.¹¹⁾ 따라서

9) 이점은 1924년에 제정된 영국해상운송법(The Carriage of Goods by Sea Act, 1924)에서도 다음과 같이 규정하고 있다["Such a bill of lading shall be prima facie evidence of the receipt by the carrier of the goods as therein described in accordance with Para 3 (a), (b), and (c)(Article III Rule 4)"]

10) *New Chinese Co. v. Ocean SS. Co.*(1917) 2 K. B. 664.

입증책임은 전적으로 화주측에 있다.

다. 물품의 상태에 대한 기재내용

선하증권에는 '양호한 상태에서 선적됨'이라는 취지의 문언이 통상 기재되어 있다. 이것은 운송인이 물품을 겉으로 보아 양호한 상태에서 선적하였다는 것을 인정하는 것이며 운송인은 뒤에 선하증권의 피이서인에 대하여 이 말을 부인할 수 없다.¹²⁾ 이 문언은 물품의 외관상의 상태에 대해서만 언급한 것으로 물품의 품질을 언급한 것은 아니다. 선하증권 상에 표현된 물품의 품질과 상태는 분명히 구분해야 한다. 따라서 외관상의 상태에 대한 이 문언의 효과는 선하증권 상에 'quality unknown'이라고 기재되어 있어도 영향을 받지 아니한다. 또 선하증권에 'condition unknown'이라고 기재되어 있어도 외관상 양호한 상태에서 선적됨이라는 취지의 효과를 부정할 수 없다.¹³⁾

(2) Hague 규칙의 규정

헤이그 규칙 제 3 조 제 3 항에는 "운송인, 선장 또는 운송인의 대리인은 물품을 자기의 책임하에 인수한 후 송하인의 요구에 따라 다음 사항을 표시한 선하증권을 송하인에게 교부하여야 한다"고 규정하고 있다.

① 물품의 선적개시 전에 송하인이 서면으로 통지한 것과 동일한 물품임을 증명하는데 필요한 주요 하인(the leading marks necessary for identification of the goods).

② 송하인이 서면으로 통지한 내용과 같은 포장수 또는 개수 또는 수량이나 중량(either the number of packages or pieces, or the quantity, or weight).

③ 물품의 외관상태(the apparent order and condition of the goods).

그리고 제 4 항에는 "위의 사항이 선하증권에 기재되어 있는 경우에는 이러한 물품을 운송인이 수령한 추정적 증거가 된다"고 규정하고 있다. 따라서

a) 운송인은 주된 하인, 수량, 외관상의 상태에 대해서 선하증권에 기재해야 한다.

b) 이들 기재사항은 추정적 증거가 되기 때문에 수령한 물품이 기재와 상이한 경우에는 운송인이 입증책임을 진다.

11) 新堀 聰, 貿易賣買, 同文館, 1990, p. 223.

12) 소위 금반언(estoppel)의 원칙이 적용된다. 피배서인은 선하증권의 문언을 신뢰하고 대가를 지불하여 양수받았기 때문이다.

13) 新堀 聰, 앞의 책, p. 224.

c) 운송인은 기재내용과 모순되는 문언 예컨대 'weight and condition unknown' 등의 부지약관의 삭제를 선박회사에 요구할 수 있다.¹⁴⁾

d) 제3조 제4항의 규정은 Hague-Visby 규칙에서는 “따라서 반대의 입증은 선하증권이 선의로 행동하는 제3자에게 양도된 경우에는 허용되지 않는다”는 문장이 추가되어 선의의 양수인에 대해서는 선하증권의 기재를 최종적인 것으로 하여 양수인을 보호하고 있는 것이다.

(3) 선하증권의 날짜

선적선하증권의 날짜는 물품이 본선에 선적된 날짜이고 수취선하증권의 날짜는 물품이 운송인의 보관하에 놓인 날짜이다.¹⁵⁾ 만일 수취선하증권에 '선적함'이라고 표시되어 있으면 물품의 선적날짜는 운송인이 물품을 수령한 날짜가 아니라 표시한 날짜가 된다. 적재기간이 며칠 소요되는 경우에는 선하증권의 날짜는 적재가 완료된 날짜이어야 한다.¹⁶⁾

선하증권의 날짜는 법적인 관계에서 볼 때 다음 3가지 면에서 대단히 중요하다.¹⁷⁾ 즉 운송계약, 매매계약, 대금지급이 신용장 하에서 이루어지는 경우 은행관계에서이다.

① 운송계약에서 송하인은 선하증권의 날짜가 정확하도록 요구하고 있다. 만일 선장이나 다른 운송인의 대리인이 실수로 선하증권의 날짜를 잘못 표기한 경우에는 송하인이 그 결과 손해를 입었다고 입증하는 경우 본인인 운송인은 손상에 대한 책임이 있다.

왜냐하면 선하증권의 날짜 표기에 상당한 주의를 기울여야 하는 묵시적인 의무가 존재하기 때문이다. 그러나 잘못 표기된 것이 송하인측의 주의부족 때문이라면 운송인이 책임질 이유는 없다.

② 선하증권의 날짜와 매매계약과의 관계는 적어도 CIF 계약에서 물품이 사실상 계약기간내에 선적되었다 하더라도 잘못된 날짜의 선하증권의 제공은 조

14) D.A.Glass and V.Cashmore, *Introduction to the Law of Carriage of Goods*, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 179: 新堀 聰, 앞의 책, p. 225에서 재인용.

15) Hague-Visby Rule III(3): 운송인이 자신의 관리하에 물품을 수령한 후에 송하인은 선하증권을 요구할 권리가 있다.

16) *Rudolf A. Oetker v. IFA International Frachtagentar AG*, The Almak[1985] 1 Lloyd's Rep. 557.558.

17) Clive M. Schmitthoff, *op. cit.*, p. 583.

건의 위반으로서 매수인은 선하증권을 거절하고 계약을 해제할 권리를 갖는다.

위에 언급한 *The Almak* 사건에서 물품의 구매가격을 선하증권 날짜의 가격으로 한다고 합의하였다. 물품은 6월 27일에 적재되었는데 선하증권의 날짜는 6월 22일 이었다. 선장은 잘못된 날짜를 알리지 않고 서명하였다. 대금은 6월 27일 대신에 6월 22일을 참고로 계산되었다. 시황은 이 두 날짜 사이에 7퍼센트 떨어졌고 그 결과 매수인은 그가 지불해야 하는 가격보다 더 비싼 가격으로 매도인에게 지불하였다. 선박을 용선한 매수인은 선박의 선주에게 소송을 제기하였는데 선하증권에 잘못된 날짜의 삽입은 매수인이 서명을 위해 선장에게 잘못된 날짜의 선하증권을 제공한 주의부족에 기인한 것이기 때문에 패소하였다.

③ 대금지급이 신용장 하에서 이루어지는 경우 신용장은 유효기간에 더하여 물품의 선적날짜를 언급하고 있다. 신용장 상의 선적기간내에 맞추기 위하여 선하증권의 날짜를 선일자로 발행하는 것은 사기로 한 것이며 선하증권을 위조한 것과 같다.

(4) 수취선하증권

선하증권은 대개 물품이 본선에 선적된 후에 운송인이 발행하며 이를 선적선하증권이라고 한다. 실무 상으로는 신용장방식에 의한 대금결제인 경우 신용장은 선하증권에 대하여 “full set of clean on board bill of lading made out to order of shipper and blank endorsed”라고 규정하고 있는 것이 보통이다. 이에 비하여 수취선하증권은 단순히 물품이 운송인의 점유 하에 인도되었다는 것을 인정하는 것이기 때문에 수취선하증권은 선적을 입증하는 서류가 아닌 것이다. 실무상으로는 물품이 본선에 선적된 날짜와 본선명을 기재하고 발행자가 서명함으로써 수취선하증권은 실질적으로 선적선하증권으로 전환된다. 헤이그 규칙도 선적증명추기에 의해 수취선하증권이 선적선하증권으로 전환된다는 것을 분명히 하고 있다.¹⁸⁾

18) 제3조 제7항: 운송인의 재량에 따라 운송인, 선장 또는 운송인의 대리인은 동 권리증서에 화물이 선적된 선박명과 선적일자를 선적항에서 기재할 수 있으며, 이와 같이 기재된 권리증서가 제3조 제3항에 규정된 사항을 표시할 경우 이러한 권리증서는 본조의 취지에 따라 선적선하증권의 요건을 구비한 것으로 간주한다.

가. 수취선하증권의 효력

수취선하증권의 효력에 대해서는 헤이그규칙 제3조 제3항에서 규정한 바와 같이 인정하고 있다. 따라서 수취선하증권이 증권 자체로서 유효하다는 것, 또한 법적으로도 유효한 것에 대하여는 의심의 여지가 없다.

① CIF 또는 CFR 계약의 경우

이 경우 수취선하증권이 제공증권으로서 인정되는가 아닌가에 대해서는 각국법의 태도가 다르다.

영국에서는 1921년 *Diamond Alkali Export Corp. 대 Fl. Bourgeois* 사건¹⁹⁾에서 왕좌재판소의 McCardie판사는 “CIF계약과 관련되어 이용되는 선하증권이라는 말은 특정의 선박에 현실적으로 선적한 것을 증명하는 서류를 의미한다고 하여 수취선하증권은 CIF 계약 하에서는 유효한 선하증권이라고는 할 수 없다”고 판결하였다.

이 사건 이후 영국에서는 통상 이용되는 종류의 거래를 제외하고 수취선하증권이 계약 상 유효한 선하증권으로 인정되고 있지 않다.

스칸디나비아제국, 벨기에, 오스트리아에서는 수취선하증권을 학설, 판례 모두 CIF 계약 상 정당한 선하증권으로 인정하고 있지 않은데 비해 독일, 프랑스, 미국에서는 수취선하증권을 CIF 계약 상으로 선적선하증권과 동일시하고 있다.

일본에서는 수취선하증권은 단순히 선적을 위하여 물품을 운송인이 수취하였다는 것을 증명한 것으로 선적기간의 엄수를 요하는 CIF 계약에 있어서는 수취선하증권의 제공을 정당한 제공이라고 볼 수 없다고 하는 것이 통설이다.²⁰⁾ 단 수취선하증권에 선박의 명칭 및 선적날짜를 기재하는 경우에는 그러하지 아니한다고 해석하고 있다.

따라서 선적선하증권과 동일한 효력이 있다고 해석하는 선적증명추기가 있는 수취선하증권을 별도로 단순한 수취선하증권이 CIF 또는 CFR 계약의 제공증권으로 유효한가는 나라에 따라 견해가 다르기 때문에 실무가로서는 분쟁을 피하기 위하여 거래의 관습에 따라 명백히 인정되는 경우를 제외하고 계약에 특약하지 않는 한 수취선하증권은 피하는 것이 좋다.

즉 매도인의 입장에서는 운송인으로부터 선적선하증권이나 선적증명추기가

19) (1921) 3 K. B. 443.

20) 新堀 聰, 앞의 책, p. 229.

있는 수취선하증권을 취득하는 것이 좋으며 매수인의 입장에서는 선적증명추기가 없는 수취선하증권은 거절하는 것이 좋다.

② FOB 계약의 경우

FOB 계약에서 매도인은 물품을 본선에 적재하는 의무를 부담하기 때문에 특약 또는 관습이 없는 한 매도인은 선적선하증권 대신에 수취선하증권을 제공해서는 안된다고 해석하고 있다.²¹⁾

미국 통일상법전에서도 FOB Vessel에서 수취선하증권이 인정되지 않는다는 것을 명백하게 규정하고 있다(제 2-323 조).

3. 권리증권으로서의 선하증권

선하증권은 물품의 인도청구권을 표창한 권리증권이다. 권리증권(document of title)이란 말을 법전에서 처음으로 사용한 것은 1889년에 제정된 영국의 위탁매매법(Factors Act)이었다.²²⁾ 그 뒤를 이어 영국의 물품매매법 제 61 조에서 “물품에 대한 권리증권은 위탁매매법과 같은 의미를 가진다(Document of title to goods has the same meaning as it has in the Factors Acts)”라고 규정하여 위탁매매법의 정의를 그대로 계승하고 있다. 미국에서는 통일상법전 제 1-201 조 제 15 항에서 권리증권에 대한 정의를 내리고 있다.²³⁾ 이들의 정의를 종합해 볼 때 선하증권이 권리증권인 것은 이론의 여지가 없다. 운송중의 물품을 선하증권의 인도에 의하여 매각하는 관습은 이미 1550년 경부터 존재하고 있었다.²⁴⁾ 선하증권은 상관습의 산물이며 전형적인 국제무역의 수단이다. 16세

21) *Yelo v. S.M. Machado & Co., Ltd.*(1952) 1 Lloyd's Rep. 181.

22) 제 4 조 : The expression 'document of title' shall include any bill of lading, dock warrant, warehouse-keeper's certificate, and warrant or order for the delivery of goods, and other document used in the ordinary course of business as proof of the possession or control of goods, or authorising or purporting to authorize, either by endorsement or by delivery, the possessor of the document to transfer or receive goods thereby represented.

23) Document of title includes bill of lading, dock warrant, dock receipt, warehouse receipt or order for the delinery of goods, and also any other document which in the regular course of business or financing is treated as adequately evidencing that the person in possession of it is entitled to receive, hold and dispose of the document and the goods it covers. To be a document of title a document must purport to be issued by or addressed to a bailee and purport to cover goods in the bailee's possession which are either identified or are fungible portions of an identified mass.

기에 사용되었고 1686년에 발간된 서적에서는 선하증권은 모든 장소에서 여러 언어로 인쇄되어 보편적으로 사용되고 있다고 언급하고 있다.²⁵⁾

선하증권은 물품의 소유권을 양수인에게 이전할 의도로 대가와 교환으로 제 3자에게 배서될 수 있다. 선하증권이 이런식으로 양도될 때 소유권이 이전하고 매수인은 효과적으로 물품을 수령하여 왔다. 매수인은 실제 물품이 도착할 때까지 대금지급을 유보할 수 없다.²⁶⁾

전통 가운데 그 중 한 통의 선하증권도 소유권을 이전하기 위하여는 배서될 필요가 있다. 특정 화물의 구매자가 3통 가운데 2통만이 그에게 배서되었기 때문에 인수를 거절한 사건에서 1통이라도 충분하며 매수인은 합법적으로 화물을 거절할 수 없다고 판시되었다.

선하증권이 소유권이전 의사와 함께 양도될 때 매수인은 자신의 이름으로 그 선하증권을 청구할 수 있고 이행해야 하는 계약 상의 의무에 대하여 책임을 져야 한다.

선하증권이 채무에 대한 저당의 방법으로 양도된 경우에는 소유권 이전의사는 없는 것이며 이 때 저당권자는 물품의 소유자도 아니며 미지급운임에 대해서는 운송인에게 책임이 없다.²⁷⁾

운송인의 의무는 물품을 선하증권의 소지자에게 인도하는 것이고 인도한 경우에는 그 소지자가 물품에 대한 권리가 없는 자라 하더라도 책임을 지지 아니한다.

물품의 소유자라고 주장하나 선하증권을 제시할 수 없는 사람에게 물품을 인도한 경우에 운송인은 자신이 이미 그 물품을 사기꾼에게 인도한 후에 진정한 소유자가 자신에게 배서된 선하증권을 소유하고 있다 하더라도 운송인은 선하증권 소지인에게 횡령에 대한 책임을 져야 한다.

선하증권의 입수가 불가능하고 물품에 대한 권리가 없는 다른 사람의 수중에 있다 하더라도 물품을 인수할 권리가 있는 수하인에게 물품이 인도된 경우에는 선하증권은 적절하게 이행된 것이다.²⁸⁾

24) 新堀 聰, 앞의 책, p. 189.

25) Malynes, *Lex Mercatoria* (3rd ed.), 1686, p. 97. ; Clive M. Schmitthoff, *Export Trade* (9th ed.), 1990, p. 561.

26) Geoffrey Whitehead, *Elements of Export Law*, Woodhead-Faulkner Ltd., 1983, p. 237.

27) *ibid.*, p. 237: *Sewell v. Burdick* (1884).

선하증권의 소지인은 물품을 수탁자인 운송인에게서 수령할 권리를 가진다. 즉 운송인에 대하여 물품의 인도청구권을 가진다. 이에 대하여 운송인은 물품에 대하여 선하증권을 발행한 이상 선하증권과 교환하지 않고 물품의 인도를 할 수 없다. 따라서 선하증권을 소지하고 있는 것은 물품 그 자체를 점유하고 있는 것과 같고 선하증권의 인도는 물품 자체의 인도와 동일한 효과를 가진다.

(1) 선하증권의 유통과 그 효과

유통가능한 선하증권은 물품의 인도청구권을 표창한 물품의 상징으로서 선하증권의 유통은 물품의 유통을 의미한다.

선하증권의 유통은 선하증권의 인도에 의해서 유통하는 경우와 선하증권의 이서에 의해서 유통하는 경우의 두 가지가 있다.

가. 물품인도청구권의 이전

선하증권은 물품의 인도청구권을 표창하고 있기 때문에 선하증권의 유통에 의하여 그 청구권이 당사자 사이에 이전한다. 선하증권을 양수받은 자는 운송인에 대하여 물품의 인도를 요구할 수 있다. 물품의 인도청구권의 이전은 물품 그 자체의 점유를 이전한 것과 동일한 효과를 가지기 때문에 선하증권의 유통은 물품 점유의 이전(물품의 인도)을 의미한다.

나. 물품의 소유권의 이전

선하증권의 유통에 의하여 물품의 점유가 상징적으로 양수인에게 이전하며 물품의 인도가 일어난 것이다. 그러나 당사자 사이에 소유권이 이전한 것은 아니다.

일반적으로 물품의 소유권은 당사자의 의사에 의하여 이전하는 것으로 물품의 인도 및 대금의 지급과 소유권의 이전은 아무 관계가 없다. 소유권은 당사자의 의사에 의하여 이전하는 것으로 물품인도의 전후를 묻지 않는다.

그러나 만일 당사자가 물품의 인도와 동시에 소유권을 이전할 의사가 있으면 소유권은 이전한다. 따라서 권리증권의 유통에 의하여 상징적으로 물품의 인도를 행할 때 당사자가 물품의 소유권을 이전할 의사가 있으면 소유권은 그 때 이전한다. 대개 당사자의 의사는 당사자의 행위에서 추측하여 판단하게 되는데 권리증권의 유통의 경우에는 권리증권의 이서·인도행위 그 자체가 상관

28) *ibid.*, p. 238; *London Joint Stock Bank v. British Amsterdam Maritime Agency* (1910).

습상 소유권이전 의사를 나타낸 것이다.

물론 권리증권의 유통이 있어도 당사자가 소유권을 이전하지 않는다는 의사도 있을 수 있다. 이 경우에는 권리증권의 배서·양도에도 불구하고 당사자에게 소유권을 이전할 의사가 없다는 것을 적극적으로 입증할 것을 요구한다.

무역매매계약에서 선하증권이 대금결제에 이용되는 경우에는 선하증권의 발행형식에 따라 다른데 만일 선하증권이 매수인의 기명식 혹은 매수인의 지시식으로 매도인이 담보권을 유보할 의사가 없는 경우에는 선적과 동시에 물품의 소유권은 매수인에 이전한다. 만일 선하증권이 매도인 또는 어음매입은행 등의 제3자의 지시식 또는 매수인의 지시식이어도 증권의 점유를 매도인이 하고 있는 경우에는 매도인이 담보이익을 유보하고 있는 것으로 해석하여 선적시에는 소유권 가운데 수익이익만이 매수인에게 이전하고 대금의 지급(어음의 인수·지급)과 동시에 담보이익이 소멸하여 비로소 완전한 소유권이 이전한다. 전자의 경우에는 소유권은 당사자의 의사에 의하여 선하증권의 유통과는 관계없이 선적시에 이전하며 후자는 대금의 지급과 동시에 선하증권의 유통이 발생하고 완전한 소유권이 담보이익의 소멸에 수반하여 이전하는 것이다.

다. 물품담보권의 이전

권리증권이 채권의 담보로서 채권자에게 이서·인도된 경우에는 물품에 대한 담보권이 채무자로부터 채권자에게 이전한다. 이 경우 채권자는 물품의 담보이익만을 취득하고 물품의 수익이익은 채무자에게 남는다. 이 경우 채무자는 물품의 수익이익만을 제3자에 양도하는 것이 가능하지만 제3자는 인도청구권을 화체한 권리증권을 가진 이상 채무자의 채무를 변제하여 권리증권의 이서·반려를 받지 않는 한 물품의 인도를 받을 수 없다.

무역매매계약에서 대금결제가 매도인, 어음매입은행 등의 지시식 선하증권부의 화환어음으로 행하여진 경우 선적시에 수익이익은 매수인에게 이전하지만 어음의 매입에 의하여 은행이 취득하는 것은 담보이익만이다. 이 경우 선하증권의 유통에 의해 물품의 담보권이 어음매입은행에 이전하는 것이다.

(2) 선하증권과 물품의 인도

선하증권은 물품의 인도청구권을 표창하고 있다. 물품에 대하여 선하증권을 발행한 경우에는 운송인은 선하증권과 교환하지 않으면 물품을 인도하지 않는

다는 뜻이다.

① 운송인은 선하증권의 소지인에게 물품을 인도할 의무를 부담한다. 만일 잘못하여 다른 사람에게 물품을 인도하면 증권소지인에 대하여 횡령의 책임을 부담한다.

운송인은 인도청구권을 표창한 선하증권의 소지인에 대하여만 물품을 인도할 의무를 부담한다. 만일 운송인이 다른 사람에게 물품을 인도하면 그것은 잘못된 인도(misdelivery)가 되고 후에 증권소지인이 인도를 요구할 때 현물은 없기 때문에 물품을 회수하여 인도할 수 없는 한 횡령에 의한 손해배상 책임을 면할 수 없다.

② 운송인은 선하증권의 소지인에게 물품을 인도하면 원칙적으로 소지인이 무권리자이어도 면책이 된다.

운송인은 선하증권의 소지인이 증권을 제출하고 물품의 인도를 구할 경우에는 원칙적으로 물품을 인도해야 한다. 형식상 정당한 이서가 있으면 소지인이 물품의 인도청구권을 가지기 때문에 후에 그 소지인이 무권리자로서 정당한 권리가 별도로 존재함이 판명되어도 면책이 된다.

예컨대 정당한 권리자로부터 소지인에게 인도하라는 의뢰가 있었던 경우나 인도시에 소지인이 정당한 권리를 가지지 않았다는 정보를 알고 있었던 경우에는 인도를 강행하면 위험부담은 운송인에게 귀속하고 후일에 소지인이 정당한 권리를 가지지 못하였다는 것이 입증되면 책임을 부담해야 한다. 이 경우 운송인으로서 물품의 인도를 하지 않고 정당한 권리자를 확정하기 위해 법원의 판단을 구하는 것이 바른 태도이다.

③ 운송인이 선하증권의 소지인으로부터 물품의 인도를 요구받으면 원칙적으로 물품을 인도해야 한다.

적법한 이서가 있는 선하증권의 소지인이 운송인에게 증권을 제출하고 물품의 인도를 구한 경우에는 운송인은 원칙적으로 물품을 인도하는 의무를 부담한다. 단지 ① 운송인이 운임이나 보관료 등에 대하여 법률상 정당한 유치권을 가진 경우 ② 전항에서 언급한 바와 같은 사정으로 권리를 주장하는 자가 복수이고 어느 쪽이 바른 쪽인가를 확정할 필요가 있는 경우는 제외한다. 그러나 소지인에게 인도를 거부한 이상 거부의 이유를 입증할 책임은 운송인이 부담한다.

④ 운송인은 물품을 인도하고 선하증권을 회수하여 파기해야 한다. 무효화된 선하증권이 악용될 위험이 있기 때문이다.

운송인은 물품을 인도한 경우 선하증권을 회수하여 과기할 의무를 부담한다. 만일 물품을 인도하였음에도 불구하고 선하증권을 회수하지 않아 소지인이 증권을 유통시켜 제 3자에게 손해를 입힐 수 있기 때문이다. 따라서 회수를 해 태한 운송인은 선의의 제 3자에 대하여 책임을 부담해야 한다.

(3) 보증도의 상관행화

가. 의의

화물은 목적지에 이미 도착하였으나 선하증권이 도착하지 않아 화물을 인수하지 못한 수하인과 운송인이 겪는 어려움을 해결하기 위하여 현재 실무적으로 널리 이용되고 있는 것이 보증장(letter of guarantee, L/G)과 교환으로 화물을 인도하는 보증도이다.

보증도는 선하증권이 도착하지 아니한 경우 운송인이 선하증권을 받지 않고 화물을 인도하는 관행인 것이다. 보증장의 문언은 운송인에 따라서 다소 차이는 있으나 통상 다음과 같은 문언으로 구성되어 있다.

“In consideration of your granting us the delivery of the undermentioned cargo ex (vessel) on or about (date) consigned to the undersigned, without presentation of Bill of Lading which has not been received by us, we hereby agree and undertake to surrender the said Bill of Lading duly endorsed immediately on obtaining, or at latest within one month after this date, and further guarantee to indemnify you against all consequences that may arise from your so granting us delivery, and to pay you on demand any freight and/or charges that may be due on the cargo.”

이 경우 보증장은 엄밀히 말하면 보상장(letter of indemnity)이다. 본래 보증(guarantee)이라는 것은 3인의 관계자(채권자, 주된 채무자 및 보증인)의 존재를 전제로 하여 주된 채무자가 채무를 이행하지 아니한 경우에 보증인이 채무의 이행을 약속하는 것으로서 보증인의 의무는 2차적인 것이다.

이에 대하여 보상(indemnity)은 2당사자 사이의 약속으로서 보상인이 어떤 행위의 결과로서 상대방이 손실을 입지 않도록 할 것을 약속하는 계약이다. 이 경우 보상인의 의무는 제 1차적인 의무이다. 보증도를 함에 있어서 운송인에 대한 수하인의 약속은 제 3자의 의무이행과는 관계가 없는 제 1차적인 것이기

때문에 이 경우의 보증장은 정확하게 말하면 보상장이라고 생각된다. 그러나 국제무역에 있어서 보증이라고 하는 말이 이용되는 경우에는 단순히 보증인이 채무의 이행을 약속하는 경우가 많다. 이 경우의 보증인의 의무는 보증의 조건이 충족되는 한 제1차적으로 독립된 지불의 약속(primary and independent undertaking to pay)인 것이다. 이 점에서 *Heisler v Anglo-Dal Ltd.* 사건에서 Somervell 판사가 “보증(guarantee)이라고 하는 말은 자주 법률적인 의미 이외의 의미로 이용되고 있다. 그것은 단순히 약속(undertaking)을 의미하는 것이다”라고 실시하고 있다.²⁹⁾

보증도에 이용되는 보증장은 단순히 수하인만이 서명하는 것과 은행이 연대보증하는 것이 있다. 수하인의 신용이 좋은 경우에는 운송인은 은행의 연대보증을 요구하지 않는다. 은행이 연대보증하는 경우 그 문언은 통상 다음과 같다.

“We, the undersigned, hereby join in the above indemnity and jointly and severally guarantee due performance of the above contract, and accept all the liabilities expressed therein.”

상기 문언을 추가하여 은행이 서명함으로써 수하인이 단독으로 발행한 보증장은 은행의 연대보증부 보증장이 되는 것이다.

나. 보증도의 문제점

보증도는 운송인이 선하증권을 받지 않고 화물을 인도하는 것이기 때문에 운송인이 부담하는 위험은 대단히 크다. 선하증권은 인도청구권을 표창한 권리증권이고 운송인은 선하증권을 제출한 자에 대해서만 화물을 인도할 의무를 부담한다. 만일 선하증권을 제출받지 않고 화물을 인도한 후에 정당한 권리자가 선하증권을 제출하고 화물의 인도를 요구하는 경우에는 운송인은 화물을 회수하여 인도하지 않는한 손해배상책임을 부담해야 한다.

이 점에 대한 유명한 판례가 1959년의 *Sze Hai Tong Bank Ltd. v Rambler Cycle Co.Ltd.* 사건에서 영국 추밀원 사법위원회(Judicial Committee of the Privy Council)의 판결이다. 이 사건에서 Rambler 회사는 자전거의 부품을 선적하고 지시식의 선하증권을 수취하였다. 매수인의 이름은 통지처(Notify Party)로서 선하증권에 기재되어 있었다. 싱가포르에서 물품을 하역한 후에 운송인의 대리점은 매수인과 은행의 보상장을 의지하여 선하증권을 받지 않고

29) 新堀 聰, 貿易取引入門, p. 217.

물품을 매수인에게 인도하였다. 매수인은 아직 대금을 지불하지 않아 선적서류를 입수하지 못했기 때문에 선하증권을 제출할 수 없었던 것이다.

매수인이 대금을 지불하지 않아서 Ramber 사는 운송인에게 소송을 제기했다. 이에 대하여 추밀원 사법위원회의 Denning 경은 선박회사의 책임을 분명히 인정하고 다음과 같이 설시하였다.

“선하증권을 받지 않고 물품을 인도한 선주는 자기의 위험으로 그렇게 한 것이다. 계약에 의하면 선하증권과 교환으로 선하증권 상의 권리를 가진 사람에게 인도하도록 되어 있다. 그러나 본 사건에서는 운송인은 그러한 사람에게 물품을 인도하지 않았다. 따라서 선하증권 상에 그들을 보호하는 조항이 없는 한 계약위반의 책임을 부담한다. 따라서 운송인은 선하증권을 받지 않고 물품을 수취할 권리가 없는 자에게 물품을 인도하였기 때문에 횡령(conversion)의 책임을 진다.” 이 사건의 선하증권에는 광범위한 면책약관이 있었지만 법원은 본건과 같은 기본적인 계약위반에는 적용되지 않는다고 판단하였다. 운송인이 누구에게나 자유롭게 물품을 인도해도 좋다면 운송계약 그 자체도 성립되지 않기 때문이다.

Ⅲ. 當事者의 義務와 責任

1. 운송인의 의무와 책임

해상운송인의 의무는 운송인이 계약의 본 뜻에 좇아 송하인에게서 화물을 수령하여 출발지로부터 도착지까지 운반한 후 이를 제때에 정당한 수하인에게 인도하여 주는 것이다.

(1) 운송인의 채무불이행으로 인한 손해배상책임

해상운송인이 운송계약에 의하여 부담하는 의무를 제대로 이행하지 못하고 상대방이 이로 인하여 손해를 입은 때에는 해상운송인은 상대방에게 그 손해를 배상하여야 한다. 즉 채무불이행으로 인한 손해배상책임이다.

우리 상법은 이러한 손해배상책임에 대하여 몇 개의 조항을 두고 있다. 제

787 조 내지 790 조와 제 812 조에 의하여 준용되는 몇 개의 조항(제 121 조, 제 136 조 내지 제 138 조, 제 146 조)이 그것이다. 이것은 민법 제 387 조 이하의 채무 불이행에 관한 규정에 대한 해상운송계약상의 特別인 셈이다.

해상운송인의 의무 가운데서도 법원은 화물에 대하여 상당한 주의를 해야 할 의무와 발항시 감항능력있는 선박을 제공할 의무만은 운송인의 우선적 의무(overriding obligation)라고 하여 면책약관(exception clause)의 적용을 받을 수 없도록 하였다.³⁰⁾

우리 상법 제 187 조 내지 제 790 조는 해상운송인의 운송계약에 기한 손해배상책임에 관하여 헤이그 규칙중 이에 해당하는 규정의 취지를 대부분 그대로 수용하고 있다.

상법은 해상운송인의 과실을 헤이그 규칙에 따라 상업과실과 항해과실로 2 분하고 있다.

상업과실이란 제 788 조 제 1 항에 규정되어 있는 것으로 '운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양육과 인도'에 관한 운송인 또는 선원 기타의 선박사용인의 과실을 말한다. 즉 운송인은 '자기 또는 선원 기타의 선박사용인이 운송물의 수령, 선적, 적부, 운송, 보관, 양육과 인도'에 관하여 주의를 懈怠함으로 인하여 생긴 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착에 관한 손해를 배상할 책임이 있다.

화물이 멸실되면 운송인은 계약의 본 뜻에 좇아 운송계약상의 의무를 이행할 수 없게 되는데 그렇게 되면 상대방은 운송인에게 더 이상 화물의 인도를 청구할 수 없고 이 손해배상청구권을 행사하게 된다. 화물이 훼손된 때에는 수하인이 화물을 인도 받음과 아울러 훼손에 대한 손해배상청구권을 가지게 된다. 화물의 연착 즉 인도지연의 경우도 마찬가지이다. 제 788 조 제 1 항은 상업과실에 관하여 운송인에게 무과실의 입증책임을 지우고 있다. 운송인 자신 또는 그의 피용자에게 과실이 없었음을 증명하지 아니하면 그 책임을 면하지 못하도록 하고 있는 것이다.

항해과실이란 제 788 조 제 2 항에 규정되어 있는 것으로 '항해 또는 선박의 관리'에 대한 선장, 선원, 도선사 기타의 선박사용인의 과실을 말한다. 즉 제 788 조 제 2 항은 항해과실에 대하여는 원칙적으로 운송인이 책임을 지지 아니하는 것으로 규정하고 있다. 선박에서의 화재로 인한 손해에 대하여도 마찬가

30) 김교창, 船荷證券에 관한 最新判例研究, 法律新聞社, 1990, p. 131.

지로 규정하고 있다. 다만 운송인 자신의 고의 또는 과실로 인한 화재의 경우만은 제외한다. 이 경우에는 하주측이 운송인의 고의·과실을 입증하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하고 있다.

제 789조 제 2항은 해상운송인의 일반적 면책사유가 열거되어 있다. 여기에 열거되어 있는 11가지 사항은 모두 운송인의 귀책사유라고 볼 수 없는 것들이다. 운송인은 이런 사실이 있었다는 것과 운송물에 관한 손해가 그 사실로 보통 생길 수 있는 것임을 증명하면 그 책임을 면하게 된다. 이것은 운송인이 그의 책임을 면하기 위한 무과실의 입증책임을 경감하여 주는 것이라 볼 수 있다.³¹⁾ 이 때에도 운송인에게 계속하여 책임을 추궁하려는 사람은 위의 사실이 있었다더라도 운송인이 운송물에 관한 제 788조 제 1항의 주의를 다하였더라면 그 손해를 피할 수 있었음에도 불구하고 그 주의를 다하지 아니하였음을 증명하여야 한다(동조 단서).

(2) 운송인 등의 불법행위로 인한 손해배상책임

운송인 등 운송관계인이 그 상대방에게 고의 또는 과실로 손해를 입히면 그 가해자는 상대방에게 위 채무불이행으로 인한 손해배상책임 이외에 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다. 화물이 멸실 또는 훼손되었을 때에 거기에 운송인측의 귀책사유가 있는 경우가 그 대표적인 예이다. 이 때에 상대방은 운송인 측에 대하여 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권을 아울러 가지게 된다. 전자는 운송인이 나서서 선량한 관리자로서의 주의를 다하였다는 것을 증명하지 못하면 그 책임을 면하지 못함에 비하여, 후자는 상대방이 운송인측에 고의 또는 과실이 있음을 증명하여야 그 책임을 추궁할 수 있다고 하는 차이가 있을 뿐 두 가지의 청구권이 함께 생길 가능성이 높다.³²⁾

한편 운송인 등 운송관계인과 그 상대방 사이만이 아니라 그 밖에 해상운송거래로 부딪치는 당사자들 사이에서 어느 일방이 타방에 어떤 손해를 입히면 그 가해자는 피해자에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 된다. 이들 사이에는 어떤 계약관계가 존재하지 않으므로 채무불이행으로 인한 손해배상책

31) 앞의 책, p. 133.

32) 앞의 책, p. 138.

임은 처음부터 논의될 여지가 없고 오로지 불법행위로 인한 손해배상책임만이 거론된다.

해상운송거래에 있어서 운송인 등의 불법행위로 인한 손해배상책임에 관하여 주로 문제가 되는 것은 그 책임을 지는 사람이 한편으로 채무불이행으로 인한 손해배상책임도 아울러 질 때에 이 양자 사이의 관계에 관한 것과 운송인 등의 불법행위로 인한 손해배상책임에도 선하증권상의 면책약관 등이 적용되는가 하는 것이다. 이 중 전자의 것을 손해배상청구권을 행사하는 쪽에서 말하면 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권을 모두 가지게 된 때에 이 둘을 어떻게 행사할 수 있느냐 하는 것이다.

해상운송계약에서 운송인측의 상대방은 송하인, 수하인, 선하증권의 소지인을 들 수 있는데 이들이 운송인측에 대하여 채무불이행에 기한 손해배상청구권과 불법행위에 기한 손해배상청구권을 모두 가지게 된 때에 이들 청구권의 관계에 대하여는 크게 두 가지 학설이 있다. 하나는 운송인측의 상대방이 이 둘을 모두 행사할 수 있다는 請求權競合說이고 다른 하나는 그중 채무불이행에 기한 손해배상청구권만을 행사할 수 있다는 法條競合說이다.³³⁾

전자에 있어서는 운송인측의 상대방이 운송인측에 대하여 이 두 청구권을 모두 행사할 수 있다. 운송인측의 상대방이 이 두 가지 청구권을 모두 가지고 있을 때에 그는 이를 동시에 행사할 수도 있다. 그 중 어느 하나에 의하여 만족을 얻을 때까지 동시에 이 둘을 계속하여 행사할 수 있는 것이다. 이 둘을 소송절차에서 행사할 경우에는 청구원인으로서 이 둘을 선택적으로 주장할 수도 있고 그 중 어느 하나를 主位的으로 다른 하나를 豫備的으로 주장할 수도 있다.

후자에 있어서는 운송인측의 채무불이행책임과 불법행위책임과의 관계를 특별법과 일반법의 관계로 보아 채무불이행의 책임이 인정될 때에는 그 책임만 지우면 된다고 한다. 따라서 운송인측의 상대방은 채무불이행에 기한 손해배상청구권만을 행사할 수 있다. (현재의 통설, 판례는 청구권경합설을 취하고 있다.)

오늘날 해상운송거래에는 운송계약을 체결하는 운송인, 송하인 이외에 운송인측으로 계약상의 운송인, 실제운송인, 재운송인 그 밖의 운송인, 운송주선인, 선박대리점, 하역업자, 통관업자, 창고업자 등이 어울리고 하주측으로 수하인, 선하증권의 소지인, 그 증권 상의 통지선, 신용장개설은행, 매입은행, 보험업자

33) 앞의 책, p. 139.

등 운송관계인과 이해관계인 사이에 채무불이행책임 한 가지 만으로는 다룰 수 없고 불법행위책임을 원용하여 다루어야 할 경우가 많이 있다. 계약을 체결하는 당사자들 사이에서는 그런대로 계약법만을 적용하여도 어느 정도 문제를 풀 수 있지만 그 밖의 사람들 사이에서는 계약법만을 적용하여서는 전혀 문제를 풀기 어렵다.

운송인이 불법행위로 인하여 상대방에게 손해배상책임을 지게된 경우에 그 배상액은 어떻게 정하여 지는가에 대하여는 우리 상법에는 정하여져 있지 아니다. 우리 대법원은 상법 상의 여러 규정들은 운송인의 채무불이행책임에만 적용되는 것이고 불법행위 책임에는 적용되지 않는 것이라는 태도를 취하고 있다. 결국 운송인의 불법행위로 인하여 상대방에게 손해배상책임을 지게 된 경우에 그 배상액은 일반법인 민법에 따라 정해야 한다. 어떤 물건이 멸실된 경우에 가해자가 배상할 손해액은 그 물건이 멸실되던 당시의 교환가격이다. 운송인의 불법행위로 인한 손해배상책임에서 문제가 되는 것은 위의 손해액이 어떻게 정하여 지는가 하는 것이 아니라 상법 상, 선하증권의 면책조항, 책임 제한규정이 여기에 적용되느냐 아니냐 하는 것이다.

(3) 보증도와 운송인의 책임

가. 보증도와 운송인의 운송계약상의 책임

진정한 화물선취보증서에 의하여 화물이 인도된 경우에는 운송인이 이행하여야 할 의무는 더 없다. 운송인은 운송계약에 의하여 상대방에게 더 이상 이행할 의무를 부담하지 아니한다. 보증서를 발행한 은행이 신용장개설은행으로서 선하증권을 포함한 선적서류를 손에 넣을 것이 분명하고 선하증권이 그 은행의 손에서 운송인에게로 넘어오지 않고 다른데로 넘어갈 염려는 없기 때문이다. 운송인은 그 은행의 보증 아래 선하증권의 정당한 소지인이 될 사람에게 화물을 인도하여 주었으므로 이제 그는 그의 운송계약 상의 의무를 다 이행한 것이다.

그러나 만일 그 보증서가 신용장개설은행에 의하여 발행된 것이 아니거나 위조·변조된 것이고 선하증권의 정당한 소지인이 따로 있다고 한다면 운송인은 아직 운송계약에 의하여 상대방에게 부담하는 의무를 다 이행하지 못한 것이 된다. 즉 운송인은 화물의 인도를 정당한 수하인, 선하증권이 발행된 화물

에 있어서는 이 증권의 정당한 소지인에게 인도하여야 하는데 이를 다 이행하지 못하였으므로 이에 대한 책임을 져야 한다. 운송인은 선하증권의 소지인에게 운송계약 상의 의무, 그 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 먼저 다 이행하고 이 보증서의 발행인이나 화물을 잘못 인도받아 간 사람과의 사이에서는 별도로 그 책임을 따져야 한다.

나. 보증도와 운송인의 불법행위 책임

① 선하증권과 相換함이 없는 화물의 인도

선하증권이 발행된 경우에는 이 증권의 정당한 소지인에게 화물을 인도하여 주어야 하는데 선하증권의 정당한 소지인이 아닌 사람에게 화물을 잘못 인도하여 주어 이 증권의 정당한 소지인에게 화물을 인도하여 줄 수 없게 된 경우에는 운송인이 정당한 수하인의 권리, 선하증권의 정당한 소지인의 권리를 침해한 것이다. 즉 운송인이 운송계약 상 부담하는 주된 의무인 정당한 수하인에게 화물을 인도하여 줄 의무를 다하지 못하고 그 수하인, 소지인의 권리를 침해한 것으로 위법행위가 된다.

② 화물선취보증서에 의한 화물의 인도

보증도란 화물선취보증서에 의한 화물의 인도를 말한다. 이 보증서는 화환 신용장거래에 있어서 신용장개설은행에 의해서 발행된 것이다. 보증도가 하나의 違法性 阻却事由로 되려면 우선 그 보증서가 위 은행에 의하여 발행된 것이어야 하고 위조, 변조된 것이 아니어야 한다. 만일 이 보증서가 위의 은행에 의하여 정당하게 발행된 것이 아니거나 누군가에 의하여 위조, 변조된 것이라면 사정은 달라지며 이 때의 보증도는 정당행위로 될 수 없다. 잘못된 보증서에 의한 화물의 인도를 놓고 보증도라 말할 수도 없다.

운송인은 정당한 수하인에게 화물을 인도하여 주어야 한다. 운송인은 정당한 수하인에게 화물을 인도하여 주기까지 선량한 관리자의 주의로서 보존관리하여야 하고 화물을 인도하여 줄 때에 정당한 수하인인가를 가려서 화물을 인도하여야 한다. 운송인이 이러한 주의를 게을리 하여 화물을 타인에게 잘못 인도하여 줌으로써 선하증권소지인의 권리를 침해하였다면 운송인은 그 주의의 무위반에 대한 책임을 져야 한다. 운송인이나 그 대리점은 위 보증서를 받고 화물을 인도함에 있어서 소지인의 권리가 침해되지 않도록 마땅히 세심한 주의를 기울여야 한다.

보증도의 관행과 운송인 등의 책임 문제를 고찰한 대법원 판례(87 다카 1791 1989. 3. 14 선고)의 판결요지는 다음과 같다.

첫째, 해상운송인 또는 운송취급인이 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 그 증권의 소지인이 아닌 자에게 인도함으로 인하여 그 증권의 소지인에게 인도하여 주지 못하게 된 경우에 그 운송인 또는 운송취급인의 행위는 그 증권의 소지인의 운송물에 대한 권리의 침해로서 불법행위가 된다.

둘째, 이른바 보증도의 상관습이 있다고 하여 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 인도함으로써 선하증권소지인의 운송물에 대한 권리를 침해한 운송인 또는 운송취급인의 행위가 정당한 행위로 된다면 운송인 또는 운송취급인의 주의의무가 경감 또는 면제된다고 할 수 없다.

즉, 해상운송인 또는 운송취급인이 선하증권과 상환하지 아니하고 운송물을 다른 사람에게 인도한 행위는 선하증권소지인의 운송물에 대한 권리의 위법한 침해로서 불법행위가 된다 할 것이며 이른바 보증도의 상관습은 운송인 또는 운송취급인의 정당한 선하증권소지인에 대한 책임을 면제함을 직접 목적으로 하는 것이 아니고 오히려 보증도로 인하여 정당한 선하증권소지인이 손해를 입게 되는 경우 운송인 또는 운송취급인이 그 손해를 배상하는 것을 전제로 하고 있는 것이므로 운송인 또는 운송취급인이 보증도를 하였다하여 선하증권과 상환함이 없이 운송물을 인도함으로 인하여 선하증권소지인의 운송물에 대한 권리를 침해하는 행위가 정당한 행위로 된다면 선하증권소지인이 아닌 자에게 운송물을 인도하는 운송인 또는 운송취급인의 주의의무가 경감 또는 면제된다고 할 수 없는 것이다.

그러므로 운송인 또는 운송취급인이 이른바 보증도의 상관습에 따라 선하증권소지인 아닌 자에게 운송물을 인도하여 줌으로 인하여 선하증권소지인의 운송물에 대한 권리가 침해되어 손해가 발생한 경우에는 운송인 또는 운송취급인은 선하증권소지인에 대하여 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위책임을 진다고 할 것이다.

2. 송하인의 권리

(1) 운송인에 대한 화물인도청구권

송하인은 운송인에게 계약의 본 뜻에 좇아 송하인에게서 화물을 수령하여 출발지로부터 도착지까지 이를 운반한 후 이를 정당한 수하인에게 인도하여 줄 것을 청구하며 이것이 운송계약에 있어서 송하인이 운송인에 대하여 가지는 주된 권리이다.

운송인의 의무는 운송의 마지막 단계인 도착지에서 제때에 정당한 수하인에게 화물을 인도하여 주는 것이며 이러한 운송인에 대하여 송하인은 화물인도청구권을 갖는다.

(2) 운송인에 대한 선하증권교부청구권

운송인이 송하인에게서 화물을 수령한 때에, 또 이를 선적한 때에 송하인의 청구에 의하여 운송인은 송하인에게 수령 또는 선적 선하증권을 작성교부하여 주어야 한다(제 813 조). 이에 대응하는 송하인의 권리가 선하증권교부청구권이다.

(3) 운송인에 대한 운송물처분권

운송물처분권이란 운송중에 운송의 중지, 운송물의 반환 기타의 처분을 청구하는 권리이다(제 139 조 제 1 항, 제 812 조). 송하인은 이 청구권을 화물이 도착지에 도착된 뒤 수하인이 그 인도를 청구하기 까지 행사할 수 있다(제 139 조 제 2 항, 제 812 조).

(4) 계약의 해제, 해지권

송하인은 법정 또는 약정의 해제, 해지사유가 있는 때에 운송계약을 해제, 해지할 수 있는 것이다. 이로써 운송계약은 종료된다. 계약이 해제, 해지되면 그 효과로서 송하인은 운송인에 대하여 원상회복청구권을 가진다. 해제, 해지사유가 운송인의 귀책사유로 인하여 발생하고 이로 인하여 송하인이 어떤 손해를 입은 때에는 송하인은 원상회복 뿐만 아니라 운송인에 대하여 손해배상청구권도 행사할 수 있다.

(5) 운송인에 대한 손해배상청구권

운송인은 송하인에 대하여 운송실행의무를 부담하는데 운송인이 이 의무의 이행을 다하지 못할 때에 즉, 운송인이 계약의 본뜻에 좇아 그 의무를 이행하지 못하고 그로 인하여 송하인에게 손해를 입혔을 때에 송하인은 이를 들어 운송인에게 손해배상청구를 할 수 있는 것이다.

3. 수하인의 권리

(1) 수하인의 화물인도청구권

운송계약에 의하여 운송인이 부담하는 주된 의무는 운송실행의무이다. 운송인의 운송실행의 마지막 단계가 도착지에서 정당한 수하인에게 화물을 인도하여 주는 것이다. 화물을 도착지까지 운반하여 놓은 것으로는 운송인이 운송실행의무를 다 이행하지 못한 것이 되고 도착지에서 화물을 정당한 수하인에게 인도하여 주어야 비로소 그 의무를 다 이행한 것이 된다. 그래서 운송인의 화물인도의무를 운송인의 주된 의무라고 말하며 이를 수하인 쪽에서 보면 수하인의 화물인도청구권이 된다.

(2) 화물의 멸실·훼손 및 언착에 대한 손해배상청구권 (제 37 조, 제 787 조, 제 788 조)

수하인이 운송인을 상대로 화물인도청구권을 가지므로 운송인이 그에 대응하는 의무를 제대로 이행하지 못한 때에 그 책임을 추궁하는 권리이다. 수하인에게 운송인을 상대로 하는 화물인도청구권이 주어져 있지 않다면 수하인이 이 손해배상청구권을 가질 수 없다.

IV. 結論 및 提言

이상에서 오늘날 무역거래에서 가장 많이 이용되고 있는 서류인 선하증권을 중심으로 선하증권의 제기능과 관계당사자의 의무와 책임에 대하여 논하였다.

이상의 논의를 종합해 볼 때 우리에게 주는 시사점은 다음과 같다.

첫째, 선하증권은 운송계약이며 운송계약의 증거에 지나지 않지만 특약이 있으면 선하증권에 기재되지 않은 것도 유효하다는 점을 명심할 필요가 있다. 따라서 운송인이 선하증권 외에 행한 특약을 매도인이 그대로 매수인에게 약속한 경우에 만약 운송인이 그 특약을 위반한 때에는 매수인은 매도인에게 손해배상을 요구하고 그 다음에 매도인이 운송인에게 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.

둘째, 선하증권은 물품이 본선에 선적된 것을 증명하는 서류로서 선적선하증권인 경우보다는 수취선하증권일 때 법적인 문제가 많이 발생하고 있다. 특히 수취선하증권의 효력문제에 대하여 각국마다 태도가 다르기 때문에 실무가로서는 분쟁을 피하기 위하여 거래의 관습에 따라 명백히 인정되는 경우를 제외하고 계약에 특약하지 않는 한 수취선하증권은 피하는 것이 좋다.

셋째, 선하증권은 물품의 인도청구권을 표창한 권리증권으로서 유통에 의하여 물품의 인도청구권, 소유권, 물품담보권이 이전되기 때문에 이와 관련된 기본 메카니즘에 대한 이해가 필요하다.

넷째, 보증도와 관련된 운송인의 책임문제이다. 특히 운송인에게 귀책사유가 있을 때 운송인은 채무불이행으로 인한 손해배상책임 이외에 불법행위로 인한 손해배상책임도 져야된다는 점을 유념해야 한다.

앞으로 국제간의 교역이 더욱 증가함에 따라 선하증권의 사용도 빈번해질 것이고 이에 따른 법률문제도 수없이 제기될 것으로 예상된다. 따라서 선하증권의 관계당사자는 선하증권의 기본기능과 당사자 사이의 의무와 책임문제에 대한 인식이 어느 때보다도 절실하다 하겠다.

參 考 文 獻

- 김교창, 船荷證券에 관한 最新判例研究, 法律新聞社, 1990.
- 朴大衛, 船荷證券, 法文社, 1979.
- 新堀 聰, 貿易賣買, 同文館, 1990.
- , 貿易取引入門, 日本經濟新聞社, 1992.
- 梁暎煥·吳元奭, 貿易商務論(제 4 판), 法文社, 1996.
- 李均成, 「船荷證券의 法律關係」, 貿易商務研究(第10卷), 韓國貿易商務學會, 1997.
- Glass, D.A. and Cashmore, V., *Introduction to the Law of Carriage of Goods*, Sweet & Maxwell, 1989.
- Guest, A.G.(ed.), *Benjamin's Sale of Goods (4th ed.)*, Sweet & Maxwell, 1992.
- Sassoon, David M., *CIF and FOB Contracts (4th ed.)*, Sweet and Maxwell, 1995.
- Schmitthoff, Clive M., *Export Trade (9th ed.)*, Stevens & Sons, 1990.
- Sorkin, Saul, *Goods in Transit*, Matthew Bender, 1991.
- Whitehead, Geoffrey, *Elements of Export Law*, Woodhead-Faulkner Ltd., 1983.