

海上運送契約에 있어서 當事者關係에 관한 研究

李 鎔 根*

-
- I. 序 論
 - II. 船荷證券 移轉에 의한 當事者關係
 - III. 貨物引渡指示書에 의한 當事者關係
 - IV. 備船契約上 當事者關係
 - V. 結 論
-

I. 序 論

우리나라는 3면이 바다로 둘러싸여 있어 거의 대부분 해상운송에 의해 무역품을 운송하고 있고 CIF 조건이나 FOB 조건과 같이 해상운송계약을 체결하여 계약을 이행하는 경우에는 더욱 그러하다.

CIF 계약에 있어 매도인은 지정된 목적항까지 해상운송계약 및 해상보험계약을 체결하고, 선하증권(Bill of Lading: B/L)을 포함한 선적서류를 완비하여 매수인에게 제공해야 할 의무가 있다. FOB 계약의 경우도 매수인이 수배한 선박에 약정품을 인도함으로써 계약을 이행하므로 해상운송계약은 무역계약을 이행하는데 필수적인 요소가 된다.

대부분의 무역거래는 약정품을 化體한 선하증권 등 선적서류와 상환으로 대금결제 이루어지고 있는 까닭에 선하증권 등 권리증권의 이전(移轉)은 당사자간의 법률관계를 형성하는데 중요한 역할을 한다. 특히 CIF 계약은 물품의 인도가 상징적 인도에 의해 이루어지고 있으므로 매도인은 선하증권 등 권리증권을 이전하여 자신이 가지고 있던 운송인과의 계약관계를 이전해야 할 의무가 있고, 이러한 의무 이행에 의해 물품의 실질적 소유자가 될 당사자, 예를

* 中央大學校 經營大學 貿易學科 教授.

들어 매수인과 운송인의 계약관계를 형성케 해준다.

그러나 무역거래는 그 대금결제에 은행 등이 개입하여 화환어음의 담보로 제공되는 선하증권의 이전이 여러 당사자를 거치는 경우도 있고, 선하증권을 대체한 다른 서류들이 사용되는 경우가 많아 법적인 관점에서의 운송계약관계, 즉 계약당사자간의 채권·채무관계 또는 권리·의무관계가 항상 분쟁의 초점이 되어 왔다. 이러한 경우 분쟁의 당사자 사이에 직접적인 계약관계가 있는 경우 그 계약에 따라 당사자간의 권리·의무관계가 정하여 질 것이나, 직접 계약의 당사자가 아니면서 분쟁에 휘말리게 되는 경우도 있고 반대로 계약의 당사자이면서도 어떤 법률적 요건의 미비로 정당한 권리를 행사할 수 없는 경우도 있었다.

이에 본 논문은 해상운송계약상의 당사자관계를 영국법을 중심으로 선하증권 이전에 의한 당사자관계, 화물인도지시서에 의한 당사자관계, 용선계약에서의 당사자관계로 나누어 고찰하고 이에 관한 사례 및 관습, 규율 법규를 분석하여 이들 관계를 상세히 究明하고자 한다.

II. 船荷證券 移轉에 의한 當事者關係

1. 선하증권 이전의 법적 효과

해상운송계약상 선하증권은 물품이 운송인에게 수취되었거나 또는 실제 선적되었다는 증거로서의 역할, 운송계약의 증거로서의 역할, 권리증권(document of title)의 역할을 한다.¹⁾

선하증권의 기능중에서 운송인과 수화인간의 또는 피배서인(consignee or endorsee)간의 당사자관계를 만드는데 결정적 역할을 하는 두 가지 증거기능이 있다. 하나는 선하증권에 기재된 사실에 대한 증거(B/L as evidence of facts stated in it)로서의 기능이다. 따라서 선하증권에 기술된 선적 물품에 관한 내용, 외관상 양호한 상태로 선적되었다는 외적조건에 대한 記述²⁾, 수량이

1) A.G. Guest, *Benjamin's Sale of Goods*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London, 1992, p. 922.

2) The Peter der Grosse(1875) 1 P.D. 414.

나 증량, 선적일³⁾ 등은 선하증권 소지자(B/L holder)가 운송인에게 항변할 수 있는 증거자료가 된다.⁴⁾ 둘째, 운송계약으로서의 선하증권(B/L as a contract of carriage)의 기능이다. 선하증권이 운송계약 그 자체는 아니지만 운송계약조건의 유일한 증거임에는 틀림없다. 운송인과 송화인(shipper)간에도 이런 역할을 하지만 특히 운송인과 수화인 또는 선하증권의 피배서인간에는 선하증권 조항(B/L's terms)의 단순한 증거로서가 아니라 운송계약으로서의 역할을 한다.⁵⁾

일반적으로 송화인과 운송인간의 사전(事前) 약정은 선하증권 조항이나 약관에 우선하는 것이 상관습이다. 즉 선하증권 조항이나 이면 약관과 상충되는 약정이 운송인과 송화인간에 있었다는 것을 입증하면 당연히 이들간의 약정이 우선할 것이지만 그렇지 않은 경우에는 선하증권 조항을 적용하게 될 것이다. 매도인에 의해 양도된 선하증권을 소지하고 있는 매수인은 이러한 선하증권이 운송계약이 될 것이고⁶⁾ 그 선하증권의 조항은 운송인과 송화인간에 체결된 어떤 계약내용보다 우선하여 적용될 것이다.

선하증권의 이전(transfer) 또는 양도 내지 처분은 유가증권으로서 또한 권리증권으로서 증권상의 권리의 이전 및 물품 그 자체의 소유권 이전과 결부되어 있다. 이러한 선하증권의 이전은 세 가지 방식중 어느 하나의 방식으로 화물을 인수할 수화인(consignee)을 명시함으로써 이루어진다. 가장 일반적인 방식으로는 송화인이나 특정 은행 또는 매수인의 지시로 수화인이 결정되는 지시식이 있고, 그밖에 지참인식과 기명식이 있다. 지시식은 배서와 교부(endorsement and delivery)에 의해 양도가능하고⁷⁾, 지참인식 또는 무기명식(bearer B/L)은 단순교부에 의해 양도가능하며 단지 지참인(선하증권 소지자)에게 물품을 인도하는 방식이다. 기명식(straight consigned B/L)은 기명된 수화인에게만 물품인도가 가능한 방식으로서 유통성이 없고 은행에 대하여 담보

3) *J. Aron & Co. (Inc) v. Comptoir Wegimont* [1921] 3 K.B. 435, 437.

4) Hague-Visby Rule에서의 원칙은 추정적 증거로서의 역할을 하지만, 선하증권이 선의로 행동하는 제 3자에게 양도시에는 결정적 증거가 된다. 또한 영국의 해상물품운송법(Carriage of Goods by Sea Bill, 1991)에서는 결정적 증거가 된다고 규정하고 있다.

5) *Leduc v. Ward(1888)* 20 Q.B.D. 475, 480.; *Government of Swaziland Central Transport Administration v. Leila Maritime Co. Ltd.(The Leila)* [1985] 2 Lloyd's Rep. 172, 177.

6) *George Kallis (Manufacturers) Ltd. v. Success Insurance Ltd.* [1985] 2 Lloyd's Rep. 8, 11.

7) 상법 제 820 조~제 130 조.

로서의 가치가 없다.⁸⁾

통상적인 무역거래에는 지시식과 지참인식에 의해 선하증권이 이전하여 유통성이 부여되고 있는데 유통성(negotiability)이란 배서와 교부에 의해 양도가 능하다는 것을 의미한다.⁹⁾ 따라서 지참인식의 선하증권 소지자뿐만 아니라 기명식 선하증권에 수화인으로 기재되어 있는 자가 그 선하증권을 소지하고 있는 경우는 물론이고, 지시식 또는 배서금지 문언이 없는 단순기명식의 선하증권상 연속한 배서의 최후의 피배서인인 소지자는 선하증권상의 정당한 권리자로 추정된다.¹⁰⁾ 선하증권의 정당한 권리자 또는 소지자가 되면 통상 다음과 같은 권리를 이전받는다.

첫째, 운송물에 대한 인도청구권을 이전받는다.

선하증권은 영미법상 권리증권으로서 여기에 표창된 권리는 운송물에 대한 인도청구권이 핵심을 이룬다. 선하증권을 양도하거나 담보로 잡히는 등의 처분은 바로 운송물 인도청구권이라는 채권의 처분이다. 즉 선하증권에 표창된 운송물의 인도청구권의 양도는 양도인과 양수인간에는 물론, 제3자에 대한 관계에서도 지시식 선하증권인 경우 배서에 의한 교부로, 지참인식 선하증권의 경우는 단순교부로 이루어질 수 있다.¹¹⁾ 선하증권에 의한 운송물 인도청구권의 양도는 선의취득이 인정된다. 즉 선하증권 양도인이 횡령자이거나 절취자인 무권리자이더라도, 그 사실을 알지 못하고(즉 善意로) 또한 그 사실을 알지 못한 데 대한 중대한 과실(無重過失)이 없는 한, 적법한 배서나 교부에 의해 선하증권을 취득한 선의의 소지자는 운송물의 인도청구권을 취득한다.¹²⁾

둘째, 선하증권의 이전은 물품의 소유권을 이전한다.

선하증권은 권리증권성에 의해 매매계약의 목적물인 물품이 운송중에 있는 경우, 이를 신속·간편하게 처분할 수 있도록 하는 기능이 있다. 따라서 선하증권은 배서·교부 또는 단순교부에 의해 물품 그 자체를 처분할 수 있는 것이어야 하고 이러한 처분이 곧 물품의 인도와 동일한 효력을 가져야 할 것이다. 이러한 선하증권의 효력은 물품 소유권의 이전 또는 질권, 기타 담보권의 설정에 관한 양도·양수 당사자간의 물권관계를 정하는 효력이 있기 때문에

8) 申堀 聽, 貿易賣買, 東京: 同文館, 1990, 206면.

9) A.G. Guest, *op. cit.*, p. 938.

10) 상법, 제 513 조, 제 524 조, 제 525 조.

11) 민법, 제 508 조, 제 523 조.

12) 민법, 제 514 조, 제 524 조; 상법, 제 6 조.

이를 선하증권의 물권적 효력(dingliche wirkung)이라고 한다.

선하증권의 물권적 효력을 인정하는 이유는 선하증권 이전에 의해 소유권을 이전하여¹³⁾ 유통성을 보장하고, 저당 등 운송물의 물권적 처분을 할 수 있도록 하기 위함이다.¹⁴⁾ 영미법에서는 저당 또는 담보에 의한 선하증권 이전(transfer by pledge or security)은 일반적 소유권(general property)의 이전이 아니라 다만 특별소유권(special property) 또는 담보이익(security interest)을 이전하는 것이기 때문에¹⁵⁾ 이러한 이전을 받은 은행 등 저당권자는 운송인과 직접적인 계약관계가 생기는 것이 아니므로 선하증권하에 운임을 지불할 의무가 발생하지 않는다.

셋째, 선하증권의 이전은 운송인에 대한 소송권 등 권리·의무의 관계를 이전한다.

이미 설명한 대로 선하증권이 표창하는 권리에선 운송물의 인도청구권도 있지만 운송인과 수화인의 계약관계를 형성케 하는 운송인에 대한 소송권, 수화인에 대한 운송인의 운임청구권 등도 있다. 영국의 1855년 선하증권법(Bill of Lading Act)상에도 “선하증권 양도에 의해 소유권을 획득할 모든 수화인 또는 선하증권 피배서인(any consignee or B/L endorsee)은 운송인에 대한 소송권을 가지고, 운송계약이 마치 그들과 체결된 것처럼 운송인은 선하증권상의 책임을 진다.”고 규정되어 있으며, “선하증권에 의한 운송계약 아래 운송인에 대한 소송권은 선하증권의 적법한 소지인(lawful transferee)¹⁶⁾에게 이전된다.”고 하는 것이 영미법의 원리이며 국제상관습이다.

2. 원 송화인의 법적 지위

수화인이나 선하증권의 양수인이 물품 수취시 새로운 계약에 의거 운송계약상 권리와 의무가 있다 할지라도 원래의 송화인(original shipper)은 여전히 선

13) 민법, 제 188 조 1 항.

14) 민법, 제 330 조.

15) *Hibbert v. Carter* (1787) 1 T.R. 745; *Sewell v. Burdick* (1884) 10 App. Cas. 74; *Brandt v. Liverpool, etc., Steam Navigation Co.* [1924] 1 K.B. 575.

16) 선하증권의 적법한 소지인이란 대금을 지급하고 선의로 취득한 소지자(bona fide holder in good faith and for value), 수화인(consignee), 선하증권 양수인(B/L transferee) 등을 일컫는다.

하증권상 권리와 책임이 있다는 것이 관습법(common law)의 입장이었다.¹⁷⁾ 그러나 선하증권법 제 1 조는 선하증권의 적법한 소지인에게 운송인에 대한 소송권을 주어 더 이상 원 송화인의 권리는 없다고 규정하고 있다.

1991년 영국 해상물품운송법상에도 선하증권의 원 송화인은 선하증권이 적법한 소지인에게 이전된 후 물품을 제 3 자에게 전환(divert)할 권리가 없음을 규정하고 있고, 관습법도 같은 입장을 취하고 있다. 결과 배서에 의해 소유권이 이전되고 나면 선하증권 아래 원 송화인의 소송권 등 권리도 이전되어 더 이상 그럴 권리가 없다는 것이 상관습이다.

그러나 소유권도 이전되지 않고 아직 선하증권도 이전되지 않은 경우, 여전히 원 송화인에게 운송인에 대한 소송권이 유보되어 있다고 간주된다.¹⁸⁾ 따라서 운송인의 계약위반 결과 물품에 손실이 났다면 이러한 상황하에서는 원 송화인이 보상을 청구할 수 밖에 없을 것이다. 그 이유는 원 송화인이 물품의 소유권자이고 선하증권 아래 운송인에 대한 소송권이 있기 때문이다. 그러나 대부분의 경우 송화인(매도인)이 수화인(매수인)의 비용으로 소송하여 그 이익을 돌려주거나 선하증권 이전 등의 양도로 매수인이 소송할 수 있게 해 주는 것이 관례이다.

한편 송화인과 운송인간의 事前 약정은 선하증권 조항이나 약관에 우선하는 것이 상관습이므로 이러한 약정에 대해 운송인의 위반이 있으면 누가 소송할 수 있는지가 의문일 것이다. 이러한 경우 매수인(수화인이거나 선하증권 소지인)은 선하증권의 조항에 의해서만 운송인과의 관계가 성립하므로 일단 소송의 당사자는 아닐 것이다. 따라서 운송인이 선하증권 관계 밖에서 선하증권의 조항과 관계없이 송화인과 한 특약을 매도인이 후에 선하증권의 소지인이 될 매수인에게도 약속한 경우, 매수인은 매도인에게 손해배상을 청구하여 배상을 받고, 그 다음에 매도인이 운송인을 상대로 구상을 청구하여 배상을 받으면 된다.

17) A.G. Guest, *op. cit.*, p. 960.

18) *Obestain Inc. v. National Mineral Development Corp. Ltd. (The Sanix Ace)* [1987] 1 Lloyd's Rep. 465.

3. 은행 등 중간 양수인의 법적 지위

영국의 선하증권법 제 1 조에는 선하증권의 첫번째 피배서인(first endorsee)이 선하증권 아래 모든 책임을 지기 때문에 후속 양수인은 어떠한 책임도 없다는 해석이 가능하였는데 *Smurthwaite v. Wilkins* 사건¹⁹⁾ 이후로 이러한 해석은 적용되지 않는다. 즉 이 사건에서 화물을 수취하는 양수인이 계약당사자로서 모든 권리와 책임이 있으며, 따라서 중간 양수인은 운임 등에 대한 책임이 없음을 판결하고 있다. 영국의 해상물품운송법에서도 중간 양수인의 권리는 선하증권의 후속적인 이전에 의해 종료됨을 규정하고 있다.²⁰⁾

이와 같은 원리에 의해 선하증권을 담보로 여신을 제공한 은행 등 선하증권의 저당권자는 원칙상 선하증권의 권리와 의무관계를 이전받은 지위에 있지 않고 다만 담보권을 이전받은 것이기 때문에 선하증권을 소지하고 있다 할지라도 운송인과 어떠한 계약관계도 없는 것으로 해석된다. 따라서 은행은 매매 과정에서 저당권자로서 운임에 대한 책임이 없다.²¹⁾ 그러나 이러한 저당권자가 필요에 의해 선하증권을 제시하고 물품을 인수하게 되면 일반 계약법의 원칙에 따라 새로운 계약관계가 생긴다. 따라서 중간 양수인이 물품을 인수받고 새로 형성된 운송계약 아래 운송인에게 소송을 하는 경우, 당연히 운임에 대하여 책임을 지게 되는 것이다.

선하증권의 저당권자는 담보권만 갖는 것이 원칙이나 운임을 지불하고 물품을 인수한 때에는 묵시계약을 위반한 운송인에 대해 손상물품의 손해배상청구권을 가진다는 판결을 한 *Brandt v. Liverpool, etc., Steam Navigation Co.* 사건이 이를 입증하고 있다.²²⁾

Brandt v. Liverpool 사건의 원리는 다른 자를 위한 대리인으로서(as agent for another) 물품인수를 한 경우, 선하증권 제시에 의한 그러한 물품인수는 운송인과 선하증권 제시자간에 새로운 계약이 생겼다는 추론을 일으키지 않는다.

19) (1862) 11 C. B. (N.S.) 842.

20) The Carriage of Goods by Sea Bills, 1991, 제 2 조 (5), (b)

21) *Sewell v. Burdick* (1884) 10 App. Cas. 105.

22) [1924] 1 K.B. 575; cf. *R. & W. Paul Ltd. v. National S.S. Co. Ltd.* (1937) 59 Ll.L.R. 28.

예를 들어 *The Aliakmon* 사건에서 매도인은 매수인에게 선하증권을 인도했고, 매수인은 그 선하증권을 운송인에게 제시하고 양륙비를 지급하였다. 또한 매수인은 매도인을 대리하여 수입관세를 지급할 것을 약속하고, '매도인의 단독 지시로'(to the sole order of seller) 물품을 창고에 보관하도록 요청했다. 물품인수에 있어 매수인은 순전히 매도인의 대리인으로 행동했기 때문에 운송인과 매수인 사이에는 어떠한 묵시계약도 성립하지 않는다고 판결되었다.

한편 법정은 운임에 대해 책임이 있는 수화인이 화물을 전매하고 그 매수인에게 화물인도지시서(delivery order)를 준 경우에 수화인은 물품의 점유권을 갖고 있지 않더라도 여전히 운임에 대한 책임이 남아 있다는 판결을 하고 있다.²³⁾ 그러한 이유는 수화인이 화물인도지시서에 의해 물품을 인도한 것이 선하증권 조항에 의해 운송인과 그 매수인간에 묵시적 계약이 생기게 한 것이라고 입증하지 못하는 한, 운송인이 그 매수인에게 운임을 청구할 수 있는 권한이 없기 때문이다.

4. 수화인 · 양수인의 법적 지위

선하증권의 적법한 이전에 의해 선하증권 소지자는 소유권과 함께 선하증권상의 권리와 의무를 획득하게 된다. 이러한 선하증권의 적법한 소지자가 운송인에 대하여 가지는 권리와 의무관계는 선하증권 이전에 의한 묵시적 계약의 성립에 의해 발생된다. 그러나 이들이 계약상 권리를 얻지 못하는 경우도 있는데 그런 경우 어떠한 법적 지위를 가지고 책임있는 운송인으로부터 구제받을 수 있는지가 문제일 것이다.

(1) 묵시적 계약의 성립

운송인과 제 3 당사자간에 묵시적 계약(Implied contract)이 성립되었는지의 여부는 당사자간의 계약상 의도(contractual intention)가 있는지 없는지에 따라 판단할 수 있다. 통상의 경우 수화인 또는 피배서인이 선하증권을 제시, 인도를 청구하는 행위는 일반 계약법상 청약(offer)에 해당되는 계약상 의도일 것이고, 이에 대해 운송인이 물품을 인도하는 행위는 승낙(acceptance)에 해당되

23) *Fowler v. Knoop* (1878) 4 Q.B.D. 299.

는 계약상 의도가 될 것이다. 예를 들어 선하증권을 제시하고 물품인수를 청구하는 자가 지급해야 할 의무(운임이나 체선료)가 있음에도 불구하고 어떤 지급도 없었다는 사실은 계약상 의도가 없는 것이므로 운송인과 선하증권 제시자 간에는 어떠한 묵시계약도 성립하지 않았음을 입증한다.²⁴⁾ 그러나 운임이 선지급되어 목적항에서 지급해야 할 금액이 없는 경우에는 선하증권을 제시, 인도를 청구하는 행위 자체가 계약상 청약이 될 것이다.

당사자들의 계약상 의도에 의해 형성된 새로운 운송계약 아래 선하증권의 적법한 소지자는 미불운임 또는 체선료 등을 부담할 의무가 발생하고²⁵⁾, 운송인은 선하증권 소지자에게 운송화물에 대한 책임을 지게 된다. 즉 선하증권 양도로 소유권 이전 뿐만 아니라 운송인에 대한 소송권도 양도되어 운송인에게 책임을 돌릴 수 있는 물품의 손상이나 멸실이 있는 경우, 선하증권 소지자는 그에 대한 손해배상청구권을 가진다.

한편 계약상 의도는 선하증권이 아닌 다른 서류, 예를 들어 화물선취보증서(Letter of Guarantee나 Letter of Indemnity)²⁶⁾에 의해서도 입증될 수 있다. 사실 운송인으로부터 물품을 인도받으려면 선하증권을 제시해야 하는 것이 원칙이고 동시에 운송인도 증권과 상환으로 물품을 인도해야 할 의무가 있다. 그러나 이러한 의무는 단지 증권과 상환으로 운송물을 인도하지 아니한 경우 나중에 진정한 권리자(선하증권 소지자)가 나타나 운송물 인도청구를 하면 이에 대한 손해배상을 해야 할 책임과 결부되는 것이기 때문에 반드시 증권과 상환으로만 물품을 인도해야 할 의무가 있는 것은 아니라고 간주된다. 따라서 운송인이 자기의 위험으로 증권과 상환없이 운송물을 인도하여도 상관없다. 다만 후일에 진정한 선하증권 소지자로부터 인도청구를 받은 때에는 이미 인도한 물품에 대하여 책임을 지어야 할 것이다.²⁷⁾

24) *Kaukomarkkinat O/Y v. Elbe Transport-Union G.m.b.H. (The Kelo)* [1985] 2 Lloyd's Rep. 85, 88.

25) 이러한 의무는 C&F 또는 CIF 계약일지라도 발생한다. 우리나라 상법 제 800 조 1 항에도 수화인이 운송물을 수령한 때에는 운송계약 또는 선하증권의 취지에 따라 운임, 부수비용, 체선료, 정박료, 운송물 가액에 따른 공동해손비용, 해난구조로 인한 부담금을 지급할 의무가 있다고 규정되어 있다.

26) 이는 선하증권의 연착이나 분실의 경우 신속한 통관이나 거래를 할 필요가 있어 수화인과 개설은행이 연대보증을 함으로써 수화인인 매수인에게 편의를 제공하는 상관습이다. 영국법에서는 L/G와 L/I를 구분하지 않고 각각의 상황에 따라 '보증서'라는 용도로 사용하고 있다.

27) 김교창, 선하증권에 관한 최신판례연구, 법률신문사, 1990, p. 244.

L/G 또는 L/I에 의해 인도가 이루어지는 경우 운송인과 수화인의 관계는 새로운 묵시적 계약의 성립에 의해 운송계약관계가 형성된다. 예를 들어 *The Captain Gregos(No. 2)* 사건²⁸⁾에서 선하증권의 이전은 없었지만 소유권은 이전된 상태에서 운송인은 매수인이 제시한 L/I에 대해 물품을 인도한 결과 운송인과 매수인 사이에는 새로운 묵시계약이 생겼으며, 결과 운송인은 선하증권 조항에 의거 보호를 받을 수 있다고 판결되었다. 여기서 선하증권에 L/I 인도 등에 대한 명시적 언급이 없더라도 양당사자가 선하증권을 거래의 매개체로서 취급하였다는 증거가 있으면 묵시적 계약이 성립되는데 충분하다.

그밖에 운송인과 매수인이 운송에 관한 어떤 약정을 한 경우도 계약상 의도가 있었음을 입증한다. 예를 들어 *The Gudermes* 사건²⁹⁾에서 물품을 양륙하기 위해 환적이 필요했고 이러한 사항에 대하여 운송인과 매수인이 한 약정은 계약상 의도가 있었음을 입증하는 것이기 때문에 이들간에는 묵시계약이 성립되었다고 판정하였다.

(2) 운송인의 불법행위에 대한 소송권

선하증권의 적법한 이전에 의해 매수인(선하증권 소지자)은 운송계약의 당사자로서 운송인에게 소송을 할 수 있음은 이미 살펴 본 바와 같다. 그러나 여러 가지 이유로 매수인이 계약상 권리를 얻지 못한 경우, 매수인과 운송인간에 많은 법적 문제가 발생해 온 것이 사실이다. 즉 소유권이 이전되지 않았거나³⁰⁾, 선하증권 이전이 없어서 또는 선하증권은 단지 점유권 이전을 위해 교부되는 경우, 계약상 당사자관계가 이루어지지 않아 운송인에게 소송할 수 없는 경우가 그것이다.

먼저 소유권이 이전되지 않아 운송인에 대한 소송이 기각된 사건으로 *The Wear Breeze* 사건³¹⁾이 있다. 이 사건에서 물품의 위험은 이전되었으나 소유권이 이전하기 전에 운송중 손상이 났고, 운송인에 대한 선하증권상 권리도 이

28) [1990] 2 Lloyd's Rep. 395.

29) *Mitsui & Co. v. Novorossisk Shipping Co.(The Gudermes)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 456.

30) 이런 경우 운송인과 매수인간에는 어떠한 묵시계약(implied contract)도 형성되지 않았을 것이다.

31) *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay prince SS. Co. Ltd. (The Wear Breeze)* [1969] 1 Q.B. 619.

전된 바가 없었다. 그러나 매수인은 태만에 대한 불법행위(in tort for negligence)를 근거로 운송인에게 소송을 제기하였다. 통상 소유권을 이전받은 매수인은 운송인의 태만에 의해 손상이 야기되었음을 가정하여 운송인을 불법행위(in tort)로 소송할 수 있는 것이 영국법의 입장이었다. 따라서 위 사건에서는 매수인이 물품에 손상이 날 때 소유자도 아니고 또한 즉각적으로 물품을 점유할 권리도 없었다는 이유로 기각되었다. 이러한 판결은 매수인이 매도인의 대리인으로서 물품을 인수한 사건인 *The Aliakmon* 사건³²⁾과 같은 원리에 입각한 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 선하증권 이전이 없으면 계약상 운송인에게 소송할 수 없다고 판결한 사건으로서 *Karlshamns Oljefabriker v. Eastport Navigation Corp.(the Elafi)* 사건이 있다.³³⁾ 이 사건에서 제공된 선하증권은 양육된 6,997 톤중 6,000 톤만 커버(cover)하고 있기 때문에 유효한 선하증권이 아니라는 이유로 운송인에게 소송할 근거가 없다고 판결하였다. 그러나 이 사건은 함부르크에서 화물이 특정되어 소유권이 매수인에게 이전하였으므로 운송인의 불법행위에 대한 소송이 가능하다고 판결한 사건이었다. 결국 선하증권에 기초한 운송계약위반으로는 소송할 수 없었지만 소유권 이전에 의한 운송인의 불법행위 소송으로 승소할 수 있었던 사건이었다.

최근에 와서 *Schiffart und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd.(The Irene's Success)* 사건(1981)³⁴⁾은 운송인에 대한 소송의 근거를 확대하는 판결을 하고 있다. 즉 운송인의 계약위반으로 물품이 손상났고, CIF 계약에서 매수인에게 위험이 이전되었다면 매수인은 비록 매도인이 선하증권을 보유하고 있어 소유권을 이전받은 바 없더라도 원칙상 운송인에게 소송이 가능함을 판결했다. 이러한 소송을 손해배상을 위한 소송(action for damage)이라고 한다.³⁵⁾

결국 일반적으로는 선하증권 이전으로 책임있는 운송인에 대한 계약위반의 소송(action in breach of contract)이 가능하고, 선하증권 이전은 없더라도 소유권이전으로 운송인에 대한 불법행위 소송(action in tort for negligence)이

32) *Leigh & Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.(The Aliakmon)* [1985] Q.B. 350.

33) [1981] 2 Lloyd's Rep. 679.

34) [1981] 2 Lloyd's Rep. 635.

35) David M. Sassoon and H. Orren Merren, *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 3rd ed., Stevens & Sons, 1984. pp. 136~137.

가능하며, 마지막으로 위험이전에 의해 운송인에 대한 손해배상 소송이 가능하게 되었다. Hague-Visby Rule 상에서도 운송인에 대한 소송이 계약상이건 불법행위에 의한 소송이건 간에 물품의 손상이나 멸실에 대한 운송인에게의 어떠한 소송도 가능함을 규정하고 있어 위와 같은 관습을 뒷받침하고 있다.³⁶⁾

Ⅲ. 貨物引渡指示書에 의한 當事者關係

하나의 선하증권하에 선적된 물품을 여러 매수인에게 인도해야 하는 경우, 전체물품에 대해 발행된 선하증권을 양도하는 것은 불가능한 일일 것이다. 그와 같은 경우에 매도인은 매수인에게 일부 화물에 대한 화물인도지시서(delivery order : D/O)를 교부함으로써 자신의 의무를 수행하는 것이 일반적이다. 흔히 무역거래에서 화물인도지시서의 사용은 한 장의 선하증권하에 벌크화물(bulk cargo)이 분할되어 인도될 때 이용되는데 이러한 관습(practice)은 상당한 문제점들을 발생시킨다.

1. 화물인도지시서의 특성

화물인도지시서는 성격상 여러 종류로 발행되고 있는데, 가장 분명한 의미로서는 물품소유자(owner of goods)가 물품점유자(a person in possession of goods)에게, 예를 들어 매도인이 운송인 또는 창고업자에게 지시서에 기명된 사람에게 물품을 인도하라고 지시한 증서를 말한다. 이러한 화물인도지시서는 통상 매도인이 발행하고 기명된 사람에 의해 인수되어진다.

두번째 의미로서는 물품의 점유자, 예를 들어 운송인 또는 창고업자에 의해 발행되는 지시서로서, 이 지시서에 기명된 자나 소지자 또는 양수인(the person named in the order or holder or assignee)에게 물품을 인도할 것을 약속한 증서이다. 이러한 지시서를 흔히 'delivery warrant' 라고 한다.

세번째는 화물인도지시서상에는 현재 물품을 점유하고 있지 않은 자에게 주소가 되어 있지만 그 주소의 사람이 곧 물품의 점유자가 될 예정인 경우, 그

36) Carriage Of Goods By Sea Act 1971, art. 4 bis (1).

주소의 사람이 매도인에 의해 지명된 어떤 자³⁷⁾(예를 들어 매수인³⁸⁾)에게 물품을 인도하라는 지시서인 경우가 있다. 이것은 매도인에 의해 발행되는 것이 보통이며, 목적항에 있는 자신의 대리인(agent)에게 이러한 지시서를 송부하고 매수인에게 물품을 인도할 것을 지시하는 경우에 사용된다.

통상 화물인도지시서는 유통증권도 아니고 권리증권도 아니기 때문에 선하증권을 소지한 자의 위치에 있지 못하다.³⁹⁾ 특히 매도인이 발행한 화물인도지시서인 경우, 해당 선하증권에 근거하여 발행되지 않으면 선하증권 이전의 효력은 발생하지 않고 다만 물품의 점유권만 이전하는 역할을 한다. 따라서 화물인도지시서는 매수인으로 하여금 물품의 멸실 또는 손상에 대해 운송인에게 소송을 제기할 수 없게 만들 수 있다.⁴⁰⁾

통상의 경우 매도인이 발행한 화물인도지시서에 의해 운송인으로부터 손해배상을 받을 수 없는 경우에는 매수인은 매도인으로부터 손해를 보상받으면 된다.⁴¹⁾ 그러나 문제는 매수인이 매도인으로부터 손해배상 받는 것이 불가능한 경우, 물품점유자에게 화물인도지시서에 근거해 손해배상을 청구할 권리가 있는가 하는 것이며 또한 운송인이 화물인도지시서를 발행한 경우 매수인과 운송인간에 어떤 계약관계가 있는가 하는 점이다.

2. 화물인도지시서 양도승인의 효과

운송인이 매수인에게 화물의 양도승인(attornment)을 하였으나 매수인에게 화물을 인도하지 못한 경우, 운송인은 이에 대해 책임을 부담해야 할 것이다. 이러한 책임은 계약상 책임일 수도 있고 禁反言(estoppel)에 의한 책임일 수도 있다.

37) *Waren Import Gesellschaft Krohn & Co. v. Internationale Graanhandel Thegra N.V.* [1975] 1 Lloyd's Rep. 146.

38) *The Julia* [1949] A.C. 293.

39) 영미법은 물론 우리나라 상법의 경우 화물인도지시서는 운송물의 인도청구권만 표창하는 것에 지나지 않는다. 다만 유가증권 일반에 관한 상법 제 65 조는 적용되지 않, 선하증권에 관한 규정중 운송을 전제로 하는 규정(예컨대 운송물 처분권에 관한 상법 제 820 조~제 139 조 1 항)은 적용되지 아니한다.(이규성, "선하증권의 법률관계", 「무역상무연구」, 한국무역상무학회, 1997. 2, p. 198.)

40) *Comptoir d'Achat et ae vente du Boerenbond Belge S/A. v. Luis de Ridder Limitada(The Julia)* (1949)

41) *Alicia Hosiery v. Brown, Shipley & Co. Ltd.* [1970] 1 Q. B. 195.

먼저 계약상 측면에서 볼 때 양도승인은 추정적(prima facie)인 약속을 의미하는 것이므로 이러한 약속이 계약으로 인정되려면 계약상 의도가 있었는가 또는 약인(consideration)이 있는지가 문제이다. 계약상 의도가 있었는지의 문제는 운송인이 물품을 점유하고 있고 그가 선박의 화물인도지시서(ship's delivery order or warrant)와 같은 성격을 가진 어떤 서류를 발행하거나 양도 승인하는 경우, 운송계약의 조항, 예를 들어 선하증권 조항(B/L terms)이 그러한 서류상에 근거하여 발행되었다는 참조(reference)문언이 삽입되어 있는지의 여부에 따라 판단할 문제이다.

Cremer v. General Carrier S.A. 사건⁴²⁾의 경우, 선박의 화물인도지시서(ship's D/O)가 broken tapioca roots라는 벌크 화물을 인도하기 위해 선하증권 소지자에게 발행되었고 이 서류들이 두 명의 매수인에게 인도되었다. 이들 매수인중 한 사람이 화물인도지시서에 의해 운임을 지불하고 화물을 인도 받았다. 이 사건에서 화물인도지시서의 소지자는 운송인에 대하여 운송중 손상된 물품에 대한 운송계약위반을 이유로 손해배상을 받을 수 있다고 판결하였다. 그 이유는 그러한 화물인도지시서가 선하증권에 근거하여 발행된 것이고 이 매수인과 운송인 사이에 새로운 계약관계가 형성되었기 때문이다. 즉 운임을 지불한 것은 청약(offer)이고 운송인이 화물을 인도한 것은 승낙(acceptance)이므로 이들 간에는 묵시적 계약관계가 성립된 것이다.

그러나 *Waren Import Gesellschaft Krohn & Co. v. Internationale G ranhandel Thegra N.V.* 사건⁴³⁾에서 매도인은 용선자의 대리인(agents)앞으로 주소가 된 인도지시서를 매수인에게 제공했으나 매수인은 이 서류를 인수 거절했고 그의 인수 거절은 정당하다고 판결되었다. 결국 화물인도지시서가 매수인과 운송인의 계약관계를 형성시켜 주기 위해서는 먼저 매수인 또는 그의 대리인에게 발급되어야 함을 보여주고 있다.

약인 문제는 화물인도지시서의 소지자가 운송인이나 창고업자에게 어떤 지급의무가 있다든지 아니면 운임이나 그 밖의 수수료를 지불하였다면 쉽게 증명될 수 있는 문제이다.

둘째, 금반언의 측면에서 볼 때 금반언의 원칙을 위배한 운송인은 화물손상에 대하여 책임을 져야 하는 경우가 있다. 예를 들어 창고업자가 발행한 인도

42) (1974) 1 W.L.R. 341.

43) [1975] 1 Lloyd's Rep. 146, 154.

증권(delivery warrant)에 사실이 아닌 내용을 마치 사실인 것처럼 기재했을 경우⁴⁴⁾, 그는 그렇게 진술한 사실에 대하여 나중에 부인할 수 없다.⁴⁵⁾ 이러한 원리는 양호한 상태(good condition)로 물품이 선적되었다고 표시된 화물인도 지시서를 발행한 운송인에게도 적용되는데, 운송인이 자신의 계약위반에 의해 물품이 손상된 것이 아니라 이미 선적시에 결함 또는 손상이 있었다는 진술로 자신을 방어(defence)하는 것은 금반언의 원칙에 위배되어 받아들여지지 않는다.⁴⁶⁾ 따라서 물품상황에 대하여 명시적으로 분명하게 진술했던 것은 화물인도 지시서 등의 양도에 의해 이를 믿고 행동한 자에 대하여 후에 책임을 져야 한다는 것을 의미하는 것이다.

3. 선박의 인도지시서에 의한 당사자관계

선박의 인도지시서(ship's delivery order)는 선주에 의해 발행되거나, 명시적으로 또는 묵시적으로 인도지시서에 기명된 자 또는 인도지시서의 소지자에게 화물인도를 약속하는 서류이다.⁴⁷⁾ 그러나 선박회사(선주)에게 주소가 되어 있거나, 선주에게 양도권을 주거나, 화물인도 약속이 없는 선박의 인도지시서는 선하증권을 이전받은 자의 위치에 있지 못한 것이 상관습이다.

또한 용선자가 발행한 화물인도지시서도 CIF 계약에서 유효한 제공이 되지 못한다. 용선자 또는 채용선자에 의해 선박의 책임자(chief officer)에게 주소가 되어 있고, 그에게 지정인 또는 화물인도지시서 소지자에게 화물을 인도하라는 지시가 있는 화물인도지시서와 용선자에 의해 발행되고 목적항에 있는 그의 대리인(agent)에게 주소가 되어 있는 화물인도지시서, 그밖에 정기용선자에 의해 발행된 화물인도지시서는 이런 서류에 의해 운송인과 화물인도지시서의 소지자(예를 들어 매수인)간의 계약관계를 성립시키지 못하기 때문에 매매계약상 화물인도지시서의 제공을 허용하고 있다 할지라도 CIF 계약에서 유효한 제공이 되지 못한다.

44) 예를 들어 그의 창고에 물품이 없는데도 있다고 기재한 경우

45) *Coventry, Sheppard & Co. v. G.E.R.Y. (1883)* 11 Q.B.D. 776. : cf. *Alicia Hosiers Ltd. v. Brown Shipley & Co. Ltd.* [1970] 1 Q.B. 195, 206.

46) *Cremer v. General Carrier S.A., supra.*

47) 이러한 의미는 Roskill J. 판사가 *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay prince SS. Co.* 사건에서 표현한 것이다.

한편 계약상 화물인도지시서가 허용되지 않음에도 불구하고 이를 매수인에게 제공하는 것은 당연히 유효한 제공이 되지 못한다. 그러나 이를 묵인하고 매수인에 의해 인수되었을 때 이에 기초하여 운송인의 태만으로 발생한 화물 손상에 대해 소송을 제기할 수 있는가 하는 것이 문제이다.

Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay prince SS. Co.(1969) 사건⁴⁸⁾에서 매수인은 이와 같은 소송에 실패하였다. 그 이유는 이때까지 영국법에서는 소유권이 있어야 운송인의 불법행위에 대한 청구자소송(claimant's action)이 가능한데 이 사건에서의 화물인도지시서는 채용선자(sub-charterer)에 의해서 발행된 인도지시서이기 때문에 물품의 소유권을 양도하지 못한 것으로 판정한 것이다.

그러나 후속의 *Schiffart und Kohlen G.m.b.H. v. Chelsea Maritime Ltd.*(*The Irene's Success*) 사건(1981)에서, Lloyd J. 판사는 *Margarine Union* 사건을 따르는 것을 거부했고, 앞으로의 사법적 판결에서도 다르게 결정해야 한다는 견해를 표명하였다. 즉 Lloyd J.의 견해에서, CIF 계약에서 매도인의 선하증권 보유로 소유권이 이전되지 않았다 할지라도 물품의 위험이 매수인에게 이전되었다면 이는 운송인에 대한 소송의 충분한 근거를 주는 것이라고 판결하였다.

선박의 인도지시서와 유사한 서류로 'ship's release'라는 서류가 있다. 이것은 창고업자와 같은 제3자에게 주소가 되어 있는, 선박에 의해 발행된 지시서를 의미한다. 이 서류는 선주(ship owner)가 선적항에서 양륙항까지의 물품운송에서 자신의 태만(negligence)에 의해 물품에 손해가 발생하여도 이에 대한 책임을 지지 않는다는 성격을 가지고 있어 물품인도서류로 잘 쓰이지 않는다. 이러한 서류가 사용된 사례로 *Colin & Shields v. W. Weddel & Co.* 사건⁴⁹⁾을 들 수 있다. 여기서의 계약은 선하증권 및/또는(and/or) 선박의 인도지시서와 상환으로 현금을 지급하는 조건으로 체결되었다. 이 사건에서 매도인은 양륙항의 하역업자(master porter)로 주소가 되어 있는 'Ship's Company's release'라고 기재된 서류를 매수인에게 제공하고 그 하역업자에게 화물을 매수인에게 인도하라고 지시하였는데 매수인은 이 서류를 거절하였다. 법원은 이러한 종류의 서류는 그 서류의 소지자에게 화물인도에 대한 약속이 없기 때문에 선박의

48) [1969] 1 Q.B. 219.

49) [1952] 2 All E.R. 337.

인도지시서(ship's delivery order)가 아니고, 또한 수탁자에게 화물의 실질적인 점유권만을 주는 서류라는 이유로 매수인의 거절을 정당하다고 판결하였다.

4. 벌크화물의 경우

벌크화물의 인도와 관련하여 화물인도지시서가 사용되는 경우가 많다. 벌크화물이 여러 매수인에게 분할하여 매도된 경우나 하나의 선하증권하에 운송되는 위탁품이 여러 매수인에게 재판매되는 경우, 이들 물품이 각각의 매수인에게 특정될 때까지는 소유권이 이전될 수 없다는 규칙 때문에 많은 문제가 발생되어 왔다. 즉 이러한 문제는 양륙항에 도착한 벌크화물이 각각의 매수인에게 분할하여 인도될 때까지는 특정된 바가 없기 때문에 운송중 어느 한 부분에 손상이 발생한다면 누구의 화물인지 분간할 수가 없어 어느 당사자가 위험을 부담해야 하는지의 책임문제로 귀착된다.

벌크화물이 여러 매수인에게 분할하여 매도되고 매도인의 선적서류 제공에 대해 대금지급을 하기로 약정한 계약의 경우, 매도인은 여러 가지 방법으로 서류를 제공할 수 있을 것이다. 먼저 전체 벌크화물에 대해 1장의 선하증권만 발급된 경우 매도인은 여러 매수인에게 이 한 장의 선하증권으로 서류를 제공하는 것은 불가능하기 때문에 각각의 선하증권을 제공할 수 밖에 없을 것이다.⁵⁰⁾ 여기서 야기되는 문제점은 구별되지도 않는 화물의 일부분에 대해 발급된 선하증권이 과연 CIF 계약에서 적절한 서류제공이 될 수 있는지의 여부이다.⁵¹⁾ 물론 계약에 명시적으로 이러한 화물들에 대해 각각의 선하증권을 제공할 것을 약정한다면 적절한 제공이 될 것이다.⁵²⁾ 또한 그러한 계약이 통상적으로 벌크로 선적되는 물품의 매매계약이고 각각의 선하증권이 제공되는 것이 묵시적 관습이라면 적절한 제공이 될 수 있다.

하나의 사례에서 전체 벌크화물에 대해 1장의 선하증권을 발급받은 매도인은 위와 같은 문제를 해결하기 위해 각각의 선하증권 확보를 시도하여 정기용선자(time charterer)로부터 이들 선하증권을 입수하였다. 그러나 이 선하증

50) *Inglis v. Stock (1885)* 10 App. Cas. 263; *Ross T. Smith & Co. Ltd v. T.D. Bailey, Son & Co.* [1940] 3 All. E.R. 60.

51) *Re Reinhold & Co. and Hansloh (1896)* 12 T.L.R. 422.

52) *Dewar & Webb v. Joseph Rank Ltd. (1923)* 14 Ll.L.R. 393.

권들은 매수인에 의해 거절되었는데 그 이유는 선적시에 발급된 것이 아니고 정기용선자가 선주를 대신하여 발급한 것도 아니었기 때문이다. 법원은 이러한 이유를 받아들여 매수인의 거절을 정당하다고 판결하였다.⁵³⁾

결국 이러한 문제를 해결하는 가장 좋은 방법은 매수인과의 계약시 선하증권의 대체로서 화물인도지시서를 제공할 수 있다고 약정하는 것이다.⁵⁴⁾ 그러나 이러한 방법도 매수인의 입장에서 보면 불만족한 것인데 그 이유는 매수인이 화물인도지시서에 의해 운송인에 대해 가질 수 있는 권리가 선하증권의 그것보다는 불리하기 때문이다. 따라서 매수인이 이러한 불리함을 제거할 수 있는 방법은 화물인도지시서를 인수한 결과 자신에게 어떠한 손해도 없을 것이라는 보증(a guarantee)을 계약상 약정하는 것이다.⁵⁵⁾

그러나 문제는 벌크화물의 경우 물품이 각각의 매수인에게 특정되어 충당되지 않는 한, 그 물품의 소유권은 이전하지 않는다는 점이고, CIF에 대한 영국의 판례도 이를 확인하고 있다.⁵⁶⁾ 따라서 화물인도지시서가 발행되어 양도되었더라도 목적항에서 화물인도지시서에 있는 수량대로 각각의 매수인에게 인도되지 않는다면, 매수인에게 이전된 소유권은 없으며 매도인이 그 화물의 소유권을 유보하고 있는 것으로 간주되어진다. 이러한 경우 매수인들은 분리되지도 않은 벌크화물에 일부 멸실이나 손상이 난 경우, 여러 매수인중 누가 위험을 부담할 것인지 분쟁이 발생할 수 있다.

결국 이러한 문제에 대한 판례나 국제규칙 등 법적 해결방법을 거의 찾아볼 수 없다는 점이 문제이고 이에 대한 국제입법이 시급한 상태라고 할 수 있다. 다만 그간의 판례를 보면 어느 특정 매수인에게 손상된 부분을 할당하고 그가 대표로 운송인에게 소송하는 방법이 있을 수 있고⁵⁷⁾ 미리 매도인과 매수인간의 계약조항에 이러한 경우를 약정하고, 계약에 명시된 내용대로 여러 매수인에게 비율대로 손상품을 할당하는 방법이 있다.⁵⁸⁾

53) *S.I.A.T. di del Ferro v. Tradax Overseas S.A.* [1978] 2 Lloyd's Rep. 470.

54) *The Julia* [1949] A.C. 293.

55) *Heilbert, Symons & Co. Ltd. v. Harvey, Christie-Miller & Co.* (1922) 12 L.L.R. 455.

56) *Peter Cremer v. Brinkers Groundstoffen N.V.* [1980] 2 Lloyd's Rep. 605.

57) *Karlshamns Oljefabriker v. Eastport Navigation Corp.(the Elafi)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 679, 686. 참조(이러한 방법도 그 매수인에게 소유권이 이전된 바가 없기 때문에 운송중 화물의 손상에 대해 운송인을 상대로 불법행위 소송을 할 수 없을 것이다.)

58) *The Arpad*(1935) 51 L.L.R. 115.

IV. 傭船契約上 當事者關係

용선계약하에 물품이 매도인에 의해 선적된 경우, 선적한 증거로 선하증권이 발급되어 통상 매수인에게 이전되는 경우가 많다. 이와 같은 경우에 용선계약서의 조항과 선하증권 조항간에 상충되는 부분이 있게 되면 어떤 계약관계하에 어느 조항이 우선 적용되는가 하는 문제가 발생할 수 있다. 국제상관습에 의해 이를 분석하면 다음과 같다.

첫째, 선주(shipowner)로부터 직접 용선한 선박에 용선자인 송화인(shipper)이 물품을 선적하는 경우, 선주에 의해 또는 선주를 대신해서 발급된 선하증권은 일용 선주와 용선자간에 단순한 수취증(receipt)으로서 역할을 한다. 즉 이때의 선하증권은 선주가 물품을 수취한 사실, 선적시기, 물품의 외관상 양호한 상태 등 그 선하증권에 기재된 사실에 대한 증거가 된다. 그러나 선주와 용선자간에는 용선계약서가 우선하는 것이기 때문에 여기서의 선하증권은 운송계약의 증거가 될 수 없으며, 따라서 선하증권과 용선계약서가 충돌할 때는 용선계약서의 내용이 우선 적용된다.⁵⁹⁾ 이때 문제가 되는 것은 선하증권이 매수인에게 배서되어 인도되는 경우, 선주와 매수인의 관계가 어떻게 되는가 하는 점이다. 이런 경우 매수인과 운송인간에는 선하증권이 운송계약이 되고, 용선계약서 조항이 선하증권에 유효하게 참조되어 삽입되는 경우를 제외하고는 선하증권의 조항이 용선계약서의 조항에 우선하여 적용된다.⁶⁰⁾

둘째, 매수인에 의해 용선된 선박에 매도인이 선적한 경우, 매도인이 자신의 이름으로 그리고 자신의 지시로 된 선하증권을 수취하였다면 매도인과 운송인간에는 선하증권 조항이 추정적으로 계약관계를 지배할 것이다. 다만 이러한

59) *Rodocanachi, sons & Co. v. Milburn Bros. (1886)* 18 Q.B.D. 475, 479; *Sewell v. Burdick (1884)* 10 App. Cas. 105; *President of Indis v. Metcalfe Shipping Co. Ltd. (The Dunelmia) (1970)* 1 Q.B. 289, 305, 308; *Aktieselskaber de Danske Sukkerfabrikker v. Bajmar Compania Naviera S.A. (The Torrenia)* [1983] 2 Lloyd's Rep. 210, 216.

60) *Compania Commercial Naviera San Martin S.A. v. China National Foreign Trade Transportation Corp. (The Costanza M)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 148, 150; *Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co. Ltd. (The Varenna)* [1984] Q.B. 599.

추정적 규칙(prima facie rule)은 매도인이 매수인의 대리인으로서 행동한다는 것을 입증하면 적용이 안될 것이다. 왜냐하면 매도인이 매수인의 대리인이라면 이러한 운송계약아래 매도인의 의무와 책임은 면책될 수가 없고 본인과 대리인의 계약관계에 의해 동일한 책임을 지게 되기 때문이다.

또한 매도인이 매매계약을 이행하기 위해 이 선하증권을 배서하여 매수인에게 양도한 경우 이 선하증권이 매수인과 운송인간에 계약관계를 지배할 수 있는가 하는 문제가 야기될 수 있는데 그렇지가 못하다.⁶¹⁾ 왜냐하면 운송인과 용선자(매수인)간에는 용선계약서가 항상 우선하기 때문이다. 피배서인의 수중에 있는 선하증권 조항이 용선계약서를 우선한다는 일반원칙은 여기서는 적용되지 않는다.

셋째, 용선자에 의해 송화인(다른 매도인)에게 재용선(sub-charter)된 경우, 송화인(재용선자)이 선적했다는 증거로 선주에 의해 선하증권이 발급되었다면, 이 선하증권은 선주와 송화인간에 운송계약의 증거로 간주된다.⁶²⁾ 이 경우 선주와 송화인간에는 용선계약서가 없기 때문에 선하증권이 운송계약으로서 용선계약서에 우선할 것이며, 또한 선하증권의 피배서인이나 수화인과 운송인의 관계도 이 선하증권에 의해 규율될 것이다.⁶³⁾ 그러나 이 경우 선하증권이 용선자에 의해 또는 용선자를 대리하여 발급되었다면 이러한 관습(선주와 송화인간의 B/L 계약 성립)은 적용되지 않는다.⁶⁴⁾ 왜냐하면 용선자와 송화인간의 운송계약은 재용선계약(subcharter)에 포함되는 것이기 때문에 이때의 선하증권은 단순한 수취증에 불과한 것이 된다. 그러므로 용선자와 송화인간에 재용선계약의 내용이 선하증권의 내용에 우선한다. 따라서 선주와 송화인간에는 어떠한 계약관계도 발생하지 않으며 만일 문제가 생기면 오직 용선자와의 재용선계약서에 의해 지배받게 될 것이다.

61) *President of India v. Metcalfe Shipping Co. (The Dunelmia)* [1970] 1 Q.B. 289; *The Athenasia Comminos and George Chr. Lemos*(1979) [1990] 1 Lloyd's Rep. 277, 281.

62) *Bangladesh Chemical Industries Corp. v. Henry Stephens Shipping Co. Ltd.(The S.L.S. Everest)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 389, 391; *Heinrich Hanno & Co. BV v. Fairlight Shipping Co. Ltd.(The Kostas K)* [1985] 1 Lloyd's Rep. 231, pp. 235~236.

63) *Turner v. Haji Goolam Mahommed Azam* [1904] A.C. 826.

64) *The Forum Craftsman* [1985] 1 Lloyd's Rep. 291.

V. 結 論

본 논문은 해상운송계약상의 당사자관계를 선하증권 이전에 의한 당사자관계, 화물인도지시서에 의한 당사자관계, 용선계약에서의 당사자관계로 나누어 세 가지 관점에서 고찰하였는 바 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, CIF 계약에 있어 매수인(수화인)은 원래 해상운송계약의 당사자는 아니지만 선하증권의 적법한 이전에 의해 선하증권이 표창하고 있는 권리와 의무, 그리고 물품의 소유권을 이전받아 운송인과의 당사자관계를 형성할 수 있다. 이는 이들 당사자간의 계약상 의도에 의해 성립된 묵시계약에 근거하는데, 통상의 경우 수화인 또는 피배서인이 선하증권을 제시, 인도를 청구하는 행위는 일반 계약법상 청약(offer)에 해당되고, 이에 대해 운송인이 물품을 인도하는 행위는 승낙(acceptance)에 해당되기 때문이다. 따라서 당사자들의 계약상 의도에 의해 형성된 새로운 운송계약 아래 선하증권의 적법한 소지자는 미불 운임 또는 체선료 등을 부담할 의무가 발생하고, 운송인은 선하증권 소지자에게 운송화물에 대한 책임을 지게 된다.

그러나 선하증권이 이전된 바가 없는 경우나 소유권이 이전된 바가 없는 경우가 문제인데 결국 선하증권 이전은 없더라도 소유권 이전이 되었다면 운송인에 대한 불법행위 소송이 가능하며, 어느 것도 이전된 바가 없는 경우에는 위험이전에 의해 운송인에게 손해배상 소송이 가능하다.

둘째, 화물인도지시서를 가지고 화물을 인수할 수화인과 운송인간의 관계에 있어서 과연 수화인이 선하증권을 가지고 있는 자의 지위에서 운송인과의 당사자관계를 가질 수 있는가 하는 점이다. 통상적으로 화물인도지시서는 화물을 인수할 수화인이 기명되어 있고 물품점유자의 양도승인이나 인도 약속이 있으면 양자의 계약관계를 형성케 하는 근거는 된다. 더욱이 화물인도지시서에 선하증권 조항에 근거하여 발행되었다는 참조(reference)문언이 삽입되어 있는 경우에는 선하증권 이전에 의해 수화인 등이 가지는 지위를 동일하게 획득할 수 있다. 이런 경우 물론 화물인도지시서를 제시하고 운송물을 청구하는 청약의 행위가 있고 그에 대해 운송물을 인도하는 운송인의 승낙이 있게 되면 묵

시계약의 형성에 의해 양자는 당연히 계약관계를 형성한다.

문제는 벌크화물의 경우 화물인도지시서가 발행되어 양도되었다라도 목적항에서 화물인도지시서에 있는 수량대로 각각의 매수인에게 인도되지 않는다면, 매수인에게 이전된 소유권은 없으며 결과 매수인들은 분리되지도 않은 벌크화물에 일부 멸실이나 손상이 난 경우, 여러 매수인중 누가 위험을 부담할 것인가 하는 점인데 결국 이러한 문제에 대한 판례나 국제규칙 등 법적 해결방법은 거의 찾아볼 수 없다.

마지막으로 용선계약상 당사자관계는 양 당사자간에 용선계약서 또는 재용선계약서가 있다면 직접적인 당사자관계를 형성하고, 이때 만일 발급된 선하증권이 있다면 이것보다 용선계약서의 조항이 당사자간을 규율한다. 그러나 용선계약의 직접적 당사자가 아닌 경우, 선하증권이 발급되어 적법하게 이전되었다면 선하증권 피배서인의 수중에 있는 선하증권 조항이 용선계약서에 우선하여 적용되고 선하증권에 의해 이들 당사자간의 계약관계가 형성되는 것이 일반 원칙이다.

參 考 文 獻

- 徐希源, 英美法講座, 博英社, 1978.
末川博, 契約法の上卷, 岩波書店, 1975.
高橋正彦, 貿易契約の法理, 同文館, 1964.
田中和夫, 英美契約法, 有斐閣, 1982.
中村己喜人, 貿易契約論, 有朋堂, 1975.
中村 弘, 貿易契約の基礎, 東洋經濟新報社, 1983.
新堀 聽, アメリカ商取引法, 同文館, 1963.
新堀 聽, 貿易賣買, 東京: 同文館, 1990.
森礎, 英美契約法要說, 文久書林, 1972.
Atiyah, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1988.
Atiyah, P.S., *The Sale of Goods*, 7th ed., Pitman, 1985.
Day, D.M., *The Law of International Trade*, London, Butterworths, 1981.
Guest, A.G., *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Clarendon Press, Oxford, 1984.

- Guest, A.G., *Benjamin's Sale of Goods*, 4th ed., Sweet & Maxwell, London, 1992.
- Honnold, John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, London, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982.
- Ivamy, E.R.H., *Casebook on Sale of Goods*, 4th ed., London, Lloyd's of London Press Ltd., 1980.
- Lando, O., Contracts, *International Encyclopedia of Comparative*, vol.III, 1976.
- Metzer, Michael B., *Business Law and the Regulatory Environment: Concepts and Cases*, 7th ed., Richard D. Irwin, 1989
- Morris, J.H.C. and North, *Cases and Materials on Private International Law*, London, Butterworths, 1984.
- Morris, J.H.C., *The Conflict of Law*, 3rd ed., London, Stevens & Sons, 1986.
- Sassoon, David M. and Orren Merren H., *C.I.F. and F.O.B. Contracts*, 3rd ed., Stevens & Sons, London, 1984.
- Schaber, G.D. and Rohwer, C.D., *Contracts in a Nutshell*, 3rd ed., West Publishing Co., 1990.
- Schmitthoff, Clive M., *Schmitthoff's Exfort Trade*, 9th ed., London, Stevens & Sons, 1990.
- Schmitthoff, Clive M., *The Sources of the Law of Int'l Trade*, London, Stevens & Sons, 1986.
- Schmitthoff, Clive M. and Sarre, David A.G., *Charlesworth's Mercantile Law*, 14th ed., London, Stevens & Sons, 1984.
- Treitel, G.H., *The Law of Contract*, London, Stevens & Sons, 1970.
- Whincup, M.H., *Contract Law and Practice*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.
- United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods(CISG), 1980.

ABSTRACT

The Privity of the Contract Carriage of Goods by Sea

Lee, Yong Keun

This study is focused on the privity of the contract of carriage of goods by sea, so to speak, privity between B/L holder and carrier by transfer of bill of lading, privity by attornment to delivery order and conflict between bills of lading and charterparty terms.

Under a CIF contract, possession of the bill of lading is equivalent to possession of the goods, and delivery of the bill of lading to the buyer or to a third party may be effective to pass the property in the goods to such person. The bill of lading is a document of title enabling the holder to obtain credit from banks before the arrival of the goods, for the transfer of the bill of lading can operate as a pledge of the goods themselves. In addition, it is by virtue of the bill of lading that the buyer or his assignee can obtain redress against the carrier for any breach of its terms and of the contract of carriage that it evidences. In other words the bill of lading creates a privity between its holder and the carrier as if the contract was made between them.

The use of delivery orders in overseas sales is common where bulk cargoes are split into more parcels than there are bills of lading, and this practice gives rise to considerable difficulties. For example, where the holder of a bill of lading transferred one of the delivery orders to the buyer who presented it to the carrier and paid the freight of the goods to which the order related, it was held that there was a contract between the buyer and the carrier under which the carrier could be made liable in respect of

damage to the goods. The contract was on the same terms as that evidenced by, or contained in, the bill of lading, which was expressly incorporated by reference in the delivery order. If the transferee of the delivery order presents it and claims the goods, he may also be taken to have offered to enter into an implied contract incorporating some of the terms of the contract of carriage; and he will, on the carrier's acceptance of that offer, not only acquire rights, but also incur liabilities under that contract.

Where the terms of the charterparties conflict with those of the bills of lading, it is interpreted as below.

First, goods may be shipped in a ship chartered by the shipper directly from the shipowner. In that case any bill of lading issued by the shipowner operates, as between shipowner and charterer, as a mere receipt. But if the bill of lading has been indorsed to a third party, between that third party and carrier, the bill of lading will normally be the contract of carriage.

Secondly, goods may be shipped by a seller on a ship chartered by the buyer for taking delivery of the goods under the contract of sale. If the seller takes a bill of lading in his own name and to his own order, the terms of that bill of lading would govern the contractual relations between seller and carrier.

Thirdly, a ship may be chartered by her owner to a charterer and then subchartered by the charterer to a shipper, to whom a bill of lading may later be issued by the shipowner. In such a case, the bill of lading is regarded as evidencing a contract of carriage between the shipowner and cargo-owners.

Key Words : Privity, Transfer of B/L, Delivery Order.
