

피용자의 불법행위 책임

박길홍*

目次

- | | |
|-----------------|-----------------------|
| I. 서론 | III. 피용인의 불법행위와 주요 논점 |
| II. 피용인의 등장과 정의 | IV. 결론 |

I. 서론

국제무역에 있어 송하인(하주)과 운송인의 책임 및 권한의 조정은 오랜 숙제였다. 이러한 경향은 운송수단의 발달로 인해 국제운송 물량이 증가하고, 거래관계가 고도화됨에 따라 이러한 문제는 더욱 커져왔다, 수차례에 걸친 국제적인 협의와 국제법규 개정에도 불구하고 이러한 작업은 아직도 진행 중에 있다. 본고에서는 이러한 관계 종사자들 중에서도 운송업무에 종사하는 ‘피용자(被用者)’의 등장과 정의, 그리고 법률상 피용자의 불법행위에 대한 법률과 판례에 대하여 살펴보고, 근본적인 질문인 해상운송에서 피용자에게 광범위하게 허용되는 면책 사유에 대한 연원과 이에 대한 논점에 대하여 언급해 보고자 한다.

■ 투고일자 : 2024년 11월 20일, 심사일자 : 2024년 12월 16일, 게재확정일자 : 2024년 12월 20일.

* 부산대학교 법학전문대학원 박사과정

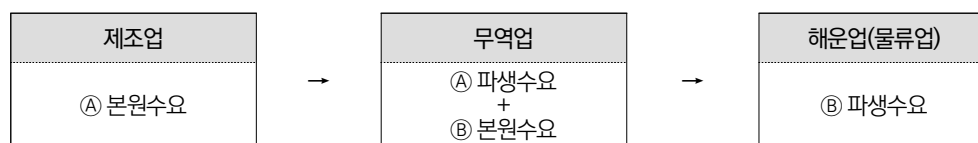
II. 피용자의 등장과 정의

1. 무역업의 분화와 전문 운송인의 등장

무역업과 해운업(또는 물류업)의 구분 시기에 대하여는 주로 역사학자들 사이에서 많은 논쟁과 정리의 노력이 있어왔다. 현대 세계경제에 큰 영역을 차지하며, 전문적인 분야로 인정을 받고 싶어 하는 해운업자들 사이에서는 해운업이 정통성 있는 비즈니스임을 강조하고 싶어 하였고, 산업혁명기 이후 해상패권을 차지하며 광범위한 선단을 경영했던 영국을 중심으로 하는 국가들은 현대의 해운업의 뿌리는 과거 해상운송업과 무역업이었음을 강조하며 본가의 전통성을 강조하려는 움직임이 보인다. 본고에서 살펴볼 '피용자의 불법행위책임'을 논함에 있어, 첫 장에서 해상운송에서 '피용자'라는 단어의 의미와 이들이 등장하게 된 배경에 대하여 현대적인 관점에서 살펴보려고 한다.

기존의 무역업과 해운업을 바라보는 관점은 주로 영미권 학자들을 중심으로 시작되었으며, 국내에는 일본을 통하여 번역, 전달이 되어왔다. 우선 무역업과 해운업의 구분에 있어, 두 가지의 주요한 관점을 언급할 수 있다. 첫째는 직접수요(Direct Demand), 간접수요(Indirect Demand) 및 결합수요(Joint Demand)라는 방식으로 무역업과 해운업의 관점으로 보는 방식이다.¹⁾ 이는 일본의 해운사 학자들에게 번역되어 본원수요(Elemental Demand)와 파생수요(Derived Demand)라는 단어로 번역되어 국내에 소개되었다.²⁾

[표 1] 기본수요-파생수요 이론, 다음 단계로의 산업 분화를 이전단계의 파생으로 보고 있다



마셜과 산페이의 이론에 따르면 유관산업들은 기본산업에 파생되어 나오며, 따라서

1) Marshall, *Principle of Economics*, p316; 고려대학교 경제연구소, 『신경제학대사전』

2) 일본의 '사와 산페이(佐波宣平)' 교수는 학계에서 혼용되어 오던 '직접수요'와 '본원수요'의 뜻을 근본적으로 동일한 개념으로 정의하였다. 佐波宣平, 『現代日本の交通經濟學』, 東洋經濟新報社, 1968, 75 頁.

물류업 역시 무역업의 규모 증가에 따라, 부수적으로 파생되어 나온 형태의 산업이라는 의견이다. 이와 관련하여 영국의 해양사학자 **랄프 데이비스(Ralph Davis)**는 그의 저서에서 “산업혁명기의 영국의 무역규모가 커짐에 따라 해운업 자체가 하나의 직업이 되었다”³⁾ 라고 기술하고 있다. 데이비스는 산업혁명으로 인한 동력선의 등장과 화물의 급증이 해운물류업이라는 분야를 하나의 고유한 영역으로 분화시킨 중요한 기점으로 보았다. 그는 이러한 아이디어를 발전시켜, 그의 저서에서는 ‘**역사적 발전단계**’라는 이름으로 전문운송인들의 등장에 대해 소개하였다.

[표 2] 역사적 발전단계, 데이비스는 산업혁명을 전문운송인이 등장하는 시점으로 보았다.

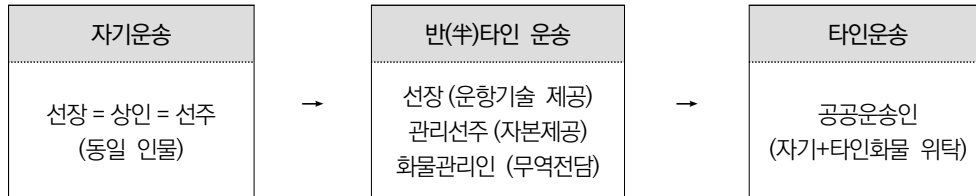
상인운송인 (Merchant Carrier)	→	공공운송인 공중운송인 (Common or Public Carrier)
상인 + 선주 + 개인운송인 (선박 소유 및 운항 결합)		상인과 선주의 분리 시작 (전문 운송인의 개념 등장)

미국학자 존슨(Jhonson)과 그레이(Grey)는 1816년, 미국 뉴욕~영국 리버풀 사이를 운항한 ‘블랙 볼 라인(Black Ball Line)’사의 384톤급 정기선 ‘퍼시픽 1호’의 취항을 근대 해운물류업의 시초라고 보았다. 이러한 견해는 큰 이견 없이 일본의 학자들에게도 수용되어, 고지마(小島), 사와산페이(佐波宣平), 구로다 히데오(黒田英雄) 같은 해양학자들에 의해 설파되어왔다. 이는 민성규(한국해양대), 윤상송(한국해사문제연구소), 기회원(목포해양대) 등의 해양사학자들에 의해 해양사의 정통론으로 정리되어 소개되었다.⁴⁾ 주목할 점은 산업혁명기에 공공운송인 또는 공중운송인으로 불리는 ‘전문운송인’들이 등장하면서 고용관계가 복잡해지기 시작했다는 점이다. 산페이 교수가 정리한 데이비스의 이론에 따르면, 각 운송의 단계는 역사적으로 ① 자기운송 → ② 반(半) 타인운송 → ③ 타인운송의 단계로 진화해 왔으며, 이를 정리하면 아래의 표와 같이 나타낼 수 있다.

3) Ralph Davis, *Rise of English Shipping Industry in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*. p.81 (1962).

4) 김성준, 『서양항해선박사』, 해안, 2015, 167~178면.

[표 3] 시대에 따른 하주와 선주, 자본가의 분화가 일어나기 시작한다.



산업혁명기 이전, 대항해시대의 무역은 ‘자기운송단계’로 배의 소유, 운항 및 화물의 매매 단계가 동일 인물에 의하여 이루어졌다면, 취급하는 화물이 증가하고 담당업무의 전문화되면서, 하주(송하인), 운송자(선장) 및 선주(자본가)가 분리되기 시작하였고, 따라서 과거에는 보이지 않던 여러 가지 계약상의 문제가 발생하였다. 바로 사용자, 피용자 및 기타 이행보조자와의 거래관계가 표면화되기 시작한 것이다.

2. 사용인들의 지위변화와 법제화에 대한 필요발생

위에서 보았듯, 복잡화된 해운환경의 변화는 기존의 선장 및 선원들의 처우에도 많은 변화를 맞게 되었다. 이에 따라 자본을 투자하는 투자자, 송하인(하주)들과 전문 운송인(선장 및 선원)에 대하여 기존에 관습적으로 적용해 오던 법제의 재정비 필요성이 발생한다. 우선 전문선주들의 대두는 기존의 선장들의 지위 약화를 가져왔다. 과거 선장들은 항해에 관련된 운항 및 화물처분에 대한 모든 행위를 관장하며, 선상에서의 재판권까지 부여받았다. 하지만, 산업혁명기 이후 사용자 중심의 시대가 되면서 선주의 『항해지시서』에 의하여 임무를 수행하며, 선주가 지정한 대리인의 조언과 지시를 따라야 하는 등의 제한사항이 많아졌다. 이러한 환경의 변화에 따라, 관습물에 의해 해결되어 오던 항해 관련 분쟁들을 정확하게 처리할 필요성이 커졌고, 이는 해상법의 체계화에 대한 여론으로 이어졌다.

아이러니하지만 19세기 초까지, 해양강국이었던 영국에서는 선장의 직무에 대한 성문화된 법전이 존재하지 않았다. 관습법 전통이 강한 영국에서는 로도스해법(Sea Law of Rhodian), 올레롱 해법(Judgement of Oleron), 비스비 해법(Sea law of Wisbuy) 등의 중세법들이 상황에 따라 통용되어 왔다.⁵⁾ 1749년 이러한 문제에 대한 입법화 움직임이 있었으

나 채택되지 못하였고, 각 분야별 지침서들과 필요에 따라 보완서들이 발간되어 빈 공백을 보충하는 방식을 택하였다. 오히려 성문화에 대한 움직임은 라이벌 국가인 프랑스에서 일어났다. 1681년 프랑스에서는 루이 14세의 재상 콜베르의 주도로, 영국 및 네덜란드의 15년간의 판례, 대서양 연안에 있는 각 도시들의 해상관습을 수집하여 법제화한 『해사칙령』을 발간하였다.⁶⁾ 해사칙령은 이후 독일의 신상법의 법원이 되었고, 일본을 거쳐 한국 해상법 체계에도 큰 영향을 주었다.⁷⁾ 1807년 프랑스 나폴레옹 정부는 대법전 정비사업을 실시하면서 기존의 해상법전을 개정하였고, 『나폴레옹 대법전 해상편』이 탄생하였다. 나폴레옹 해상법전은 기존의 해사칙령에 비하여, 변해가는 선장의 지위를 보여준다. 또 하나 기술할 자료는 1837년 ‘조셉 블런트’가 작성한 『선장안내서 및 상업집성(The Shipmaster's Assistant, and Commercial Digest)』에서 기술된 선장의 역할이다. 블런트가 기술한 선장의 지위는 ‘해외에서 용선계약을 체결할 권한’을 제외하고는 현대의 선장의 권한과 거의 동일하다. 1807년 『나폴레옹대법전』에는 선장의 지위에서 사무역에 대한 권한을 보장하고, 선주와의 공동 사업에 대한 조문이 존재하여, 과거의 화물관리인의 역할을 어느 정도 보장하고 있었으나, 1837년 블런트의 매뉴얼에는 단순한 선박 운항자의 지위로 그 권한과 역할이 축소된 점이 가장 눈에 띄는 변화라 할 것이다.⁸⁾

[표 4] 주요법령으로 살펴본 선장의 지위 변화

주요기록	년도	관리,감독	선박운항	비 고 ⁹⁾
해사칙령	1681	○	○	공동선주, 선박관리 및 화물감독
우링 선장의 항해기	1702~1721	○	○	
켈리 선장의 항해기	1778~1795	△	○	화물감독
리처드슨 선장의 항해기	1780~1819	△	○	
나폴레옹대법전	1807	X	○	선박운항
상업집성	1837	X	○	

해상운송의 발전과 교역량의 증가에 따라 전문적인 선박운항인 및 화물관리인 역시

5) 채이식, 『프랑스 해사칙령과 나폴레옹상법전 해상편』, 고려대학교출판부 2005, 8면.

6) 김성준, 전게서, 289면.

7) 관련 내용은 후면 첨부문서1, “상법개정특별분과위원회 회의록”, 460~461면 참조.

8) 김성준, 전게서, 297면.

9) 김성준, 전게서, 304면.

등장하기 시작하였다. 17세기 말경에는 이미, 배 위에 승선해 화물을 전문적으로 감독하고 국제무역 업무를 전담하는 화물감독(Supercargo)관이 등장하였으며, 이들은 선박에 승선하여 정박한 항구에서 화물을 매매하고, 내부적인 회계 등의 사업관리 업무를 수행하였다. 영국의 기록에 의하면 거래에 대한 건당 평균 5% 정도의 수수료를 하주들에게 받았던 것으로 보인다. 하지만, 당시만해도 많은 선장들이 이들의 업무를 겸임하는 경우가 많았는데 선장들은 정규 항해학교에서 항해술을 익혀 문자해독이 가능했고, 무엇보다도 미지의 항로에서 현지 항구에 대한 정보를 가장 많이 가지고 있었기 때문이었다. 하지만, 배의 규모가 점점 대형화 되고 취급 화물의 수량 역시 증가하면서, 이들 화물 감독관들의 존재 역시 중요해지기 시작했다. 무엇보다도 하주들은 배가 출항하면 어떻게 취급당할지 모를 자신들의 운송물에 대하여, 선장 한 사람에게 모든 권력을 주는 것을 부담스러워했으며, 무엇보다도 16~18세기 이루어진 선박의 분할 소유화는 이러한 경향을 가속화시켰다. 예전에는 선박을 소유한 부유한 선장을 찾아 하주들이 화물을 의뢰하는 방식이었다면, 선박에 대한 공동투자가 가능해지면서 하주들이 배를 분할소유하고 유능한 선장을 찾는 방식이 확산되기 시작하였다. 이러한 분위기는 네덜란드, 잉글랜드, 독일 등 당대 북부 유럽을 중심으로 빠르게 일반화되기 시작하였다.¹⁰⁾ 이러한 선박의 분할소유는 적은 자본으로도 사람들의 무역업에 대한 투자가 가능하도록 해주었고¹¹⁾, 대규모 자본의 축적은 장기적으로 자본(선박 및 화물소유자), 운항(선장 및 승조원), 거래(전문무역상) 행위의 분리를 촉진하였으며, 부가적인 업무행위자들(운송중개업, 전문선구점, 선원모집 등) 역시 성장하게 하였다. 이 시대의 항해업무가 어느 정도로 고도화 되었는지는 기술할 사례를 보면 단적으로 이해가 가능하다. 18세기 말, 영국을 위시한 서양 각 국가들의 해외식민지 팽창에 따라 선주나 투자자의 대리인인 선박관리인(Ship's husband) 이 승선하였으며, 이들의 업무는 기존의 화물관리 및 매매 외에도, 각 항

10) E. Baasch, *Zur Statistik des Schiffspartenwesens, Vierteljahrsschrift für Sozialund Wirtschaftsgeschichte*, Vol. XV, 1919, p211~234; A.E. Christen, *Dutch Trade to the Baltic about 1600*(Copenhagen : Einar Munksgaard, 1941), Chap. II ; 김성준, “근대 영국해운업의 발전과 전문 선주의 성장”, 『서양사론』, 제75호 한국사양사학회, 2002, 61면.

11) 1787년 영국 해운학자 Jarvis 가 『런던선박등록부』의 300척을 샘플링하여 분석한 결과에 따르면, 단독소유 비율은 25%, 2인 공동소유 18%, 3인 공동소유 15%, 4인 소유 10%, 4인 이상 소유가 32%로 분석되었다. 분할소유가 절정에 이르렀을 시기에는 선박가액의 1/64 만 투자하여도 선박에 대한 소유권 행사가 가능할 정도로 시장이 성숙하였다. Rupert Charles Jarvis, “Eighteenth-century London shipping,” p414, (1973).

구 도착시 세관에 화물신고, 손상화물에 대하여 하주들과 협상, 선원들의 급료 지급 및 보급품 보충, 통행증서 및 선원징집면제증서(전시 군함에게 선원들이 징발되지 않도록 국가에서 발급받는 증서) 신청 및 획득 등의 광범위한 업무를 처리해야 했다. 이처럼 산업혁명기를 거쳐 오면서 운항이라는 행위는 많은 이해관계자들이 참여하고, 세분화된 비즈니스로 자리매김을 하였다. 이러한 산업환경의 변화와 항해의 복잡성은 이전에는 소홀하게 처리되던 많은 쟁점에서 분쟁이 발생하게 되었고, 이에 따라 항해 사용자와 피용자들의 관계를 규율하는 구체적인 지침 마련의 필요성이 높아지고 있었다.

3. 현대사회의 도래와 해상환경의 변화

위에서 보았듯, 산업혁명으로 인한 동력선 시대의 도래와 그동안 꾸준히 이어져오던 자본축적의 고도화는 이제 더 이상, 무역업이라는 영역을 몇몇 대자본가의 게임으로 남겨놓지 않았다. 이러한 시대변화에 맞추어 하주들의 입김이 강해지고, 운송인의 지위는 극적으로 몰락할 것처럼 보였다. 이러한 시대적인 움직임에 대응하기 위하여, 이제 피용자의 위치가 된 운송인들은 자구적인 방안들을 강구하기 시작하였다. 첫 번째 역사적인 움직임 역시 영국에서 시작되었는데, 당시 영국의 상황을 이해할 필요가 있다. 영국은 앞에서 기술 하였듯이 성문화된 해양법이 존재하지 않았지만, 보통법(Common Law)에서 기술하는 공공운송인(Common Carrier)의 책임은 비교적 엄격한 편이었다. 위탁된 물건의 안전한 운송 및 인도에 대한 책임이 있었으며, 그 책임의 기간은 물건이 운송인의 수중에 있는 모든 시간 동안 적용되었다. 예외로 인정해주는 상황은 불가항력(Act of God), 공적의 행위(Act of the Queen's enemies)¹²⁾, 물건 자체에 존재하는 고유의 하자(Inherent vice in the goods themselves) 및 공동해손(General average)에 의한 경우 등이 있으나, 이 역시 운송인이 멸실 또는 훼손의 원인을 피하기 위한 모든 합리적인 조치를 취하지 않았을 때, 더하여 그 손해가 난로(難路, Bad road)가 없더라도 발생하였을 것이란 점을 증명할 수 없을 때 (즉, 일반적으로도 발생할 수 있는 상황이라는 것을 증명하지 못할 때), 또는 손해가 항해개시 당시 존재하였던 불감항 상태가 원인으로 발생하였

12) 공적(Queen's enemies)은 "King's enemies" 라는 용어로도 사용되며, 공공의 이익에 위협을 줄 수 있는 모든 적대세력을 의미한다. 이는 전시에 교전중인 적국의 선박 및 평시에 영해 및 공해상에서 위해를 줄 수 있는 '도적, 해적 및 모든 적대세력'을 뜻한다. "Queen's enemies" Ship Inspection, (2020년 10월 23일 접속, <http://shipinspection.eu/queen-s-enemies>).

을 경우에는 보통법상 면책이 되지 않는다고 판시하였다.¹³⁾

이러한 운송인의 책임사항에 대항하기 위하여, 17세기경부터 운송인들은 면책약관을 삽입하는 방식을 사용하였는데, 이는 주로 선하증권(Bill of Lading) 등에 약관 삽입을 통하여 이루어졌으며, 이러한 경향은 현대에도 이어져 사용되고 있다. 이러한 면책약관 삽입을 통한 책임회피가 가능했던 이유는 영미법의 **계약자유(Freedom of Contract)의 원칙**이 일반적으로 인정되고 있었기 때문이었다.¹⁴⁾ 이러한 면책약관의 사용은 17세기부터 사용되고 있었으나, 18세기까지는 대체로 간단한 ‘불가항력’, ‘공적행위 및 해상위험 면책’과 같은 문구를 삽입하는 정도였다.¹⁵⁾ 하지만 1795년 영국법원에서 삽입된 면책약관 조항을 단어상의 의미로 한정하여 협의의 해석을 적용함에 따라, 운송인들은 다양한 면책 조항들을 삽입하기 시작하였다. 이러한 법원들의 판결들이 나올 때 마다 운송인들은 면책조항들을 늘리는 방향으로 대응하였고, 결국 합리적인 범위를 넘어서 세간에서 운송인들은 **“운임을 받을 의무밖에 부담하지 않는다(there seems to be no other obligation on the shipowner that to receive the freight)”**라고 비난을 받을 정도로 면책조항이 남발이 극에 달했다.¹⁶⁾ 이러한 현상은 선박의 수요가 극에 달했던 19세기말 더욱 심해졌다. 이러한 선주들의 횡포에 하주들로부터 새로운 국제협약의 필요성이 대두되었다. 가장먼저 행동에 나선 것은 미국이었다.

4. 현대 국제협약을 통해보는 해운환경 변화

미국은 신흥 하주국(Consumerism)으로 대부분의 해상운송을 영국의 해운업자들에게 의존하고 있었다. 1880년대 후반, 선하증권에 면책조항을 무분별하게 삽입하는 관행이 계속되어 선주와 하주간의 분쟁이 끊이질 않았다.¹⁷⁾ 더하여 운송인의 면책약관을 공서양속(Public Policy) 위반으로 간주하고 무효라 선언했던 각 주들에 비하여, 수출입의 중심으로 떠오르던 뉴욕주 같은 경우에는 과실약관이 명백하게 지정되어 있고, 계약 과정

13) 이은섭 · 김선옥, “항해과실과 상업과실에 대한 해상운송인의 법적책임”, 『한국해운학회지』 제27호 해운물류연구, 1998, 155면.

14) Thomas Gilbert Carver, *Carriage of Goods by Sea*, p630, (1938).

15) 이균성, 『국제해상운송법연구』, 삼영사 1984, 4면.

16) Scrutton, *Charaterparties and Bills of Lading*, Sweet & Maxell, 19th ed., p.210, (1984) ; 이은섭 · 김선옥, 전제 논문, 156면.

17) 엄윤대, “미국의 하터법과 선하증권법”, Shipping News Net, (2020년 10월 26일 접속, <http://www.shippingnewsnet.com>).

에서 정직한 약정이 이루어 졌을 경우 면책약관은 유효하다는 판결을 내리고 있어 하주들의 불만이 높아지고 있었다. 더하여 미국 연방대법원에서 하주들에게 면책약관 무효를 적용할 경우, 해운업자들은 영국법원을 관할지로 지정하거나 영국법을 준거법으로 하는 약정을 체결할 것을 강요하며 사실상 저항하였다.¹⁸⁾ 이에 미국에서는 1893년 2월 「선박의 항해, 선하증권 및 화물의 운송에 따른 운송인의 권리, 의무 및 책임에 관한 법률」을 제정하였는데, 이것이 소위 말하는 「하터법(The Law of Harter Act)」이다. 하터법의 가장 큰 의의는 막연하게 논의되어오던 해상에서의 운송인의 과실을 ‘항해상의 과실(Error of Navigation and Management of Ship)’과 ‘상업상의 과실(Error of Cargo Handling and Custody)’로 구분하였다는 점이다. 이로 인하여 종래에 무분별하게 적용되던 면책약관들의 내용들이 정리되어, 면책될 수 있는 부분과 그렇지 않은 부분들에 대한 기준이 확립되었다는데 의의가 있다.¹⁹⁾ 이러한 형태는 과실을 이분화하여, 해상운송인과 하주간의 이해관계를 타협하여 조정을 꾀한 내용으로 많은 나라들의 지지를 얻게 되었다. 이러한 미국의 하터법 제정으로 영연방 식민지 국가였던 나라들에서도 이와 비슷한 면책약관제한입법 움직임이 일어났다. 1903년 뉴질랜드의 「해운과 선원법(Shipping and Seamen Act)」, 1904년 오스트레일리아의 「해상화물운송법(Carriage of Goods by Sea Act)」, 1910년 캐나다가 「수상화물운송법(Water Carriage of Goods Act)」를 제정하였고, 장기적으로는 1924년 의결되어 1931년 발효된 「선하증권에 관한 통일규칙을 위한 국제조약(헤이그규칙, Hague Rules 1924)」에도 영향을 미치게 된다. 하터법은 그 의미만큼이나 이해당사자들의 고민도 깊게 했다. 대표적인 선주국이던 영국은 반응을 유보하고 시간을 끌다 결국 헤이그 규칙을 국내에 도입하게 되는데, 「영국 해상화물운송법(UK. COGSA 1924)」을 도입하게 되었다. 미국 역시 헤이그 규칙을 수용하여 1936년에 「미국 해상화물운송법(US COGSA 1936)」이 제정되어 오늘날에 이르고 있다. 이미 언급되었던 헤이그 규칙은 국제법협회(ILA)와 국제해사위원회(IMC)의 주도하에 1921년 벨기에 헤이그에서 본격적으로 논의되었으며, 최종 협정에 이른 것은 3년이 지난 1924년 이었다. 이는 ‘운

18) 이은섭·김선옥, 전계 논문, 157면.

19) 하터법에서는 운송인의 ‘감항능력 유지’ 및 ‘운송물 관리’에 있어 운송인의 과실이 있는 경우는 운송인의 면책약관은 무효이나, 항해 및 관리상 과실에 대한 과실에는 책임이 없다는 것을 규정하였다. 하터법이 가지는 의미는 위의 두 가지 주의의무를 부과시킨 반면, 반대급부로 면책약관 및 면책제도에 대한 일정정도를 인정하고 있다는 것이다. 이를 하터법의 타협(Harter Act Compromise)라고 부르며 헤이그룰에서도 계승되었다; 이은섭·김선옥, 전계 논문, 158면.

송인의 면책범위 제한'을 명문화한 최초의 국제조약이라는 점에서 의의가 크다.

두 차례의 세계대전을 겪으면서 군사기술의 발전이 민간기술로 이양되며, 국제운송시장에도 커다란 변화가 일어나게 된다. 통신과 운송기술의 발달은 항해의 위험을 낮추어 주었다. 더하여 기존에 통용되던 헤이그규칙 역시, 각 국가들의 내부준용 과정에서 자의적으로 해석되는 경향이 많았다. 이에 따라 기존 규칙의 개정노력이 필요하다는 의견이 높아져, 1959년 9월 리제카(Rijeka)에서 개최된 IMC 제24차 총회에서 헤이그규칙 수정안에 대한 첫 검토가 이루어졌고, 1960년 11월 런던, 1961년 8월 파리회의를 거쳐, 1963년 스웨덴 스톡홀름에서는 IMC 제 26차 총회에서 개정의정서가 체결되게 되었다. 정식 명칭은 「1924년 브뤼셀에서 서명된 선하증권에 관한 약관의 규칙통일을 위한 국제조약을 개정하는 의정서」라는 긴 이름을 가지고 있으며, 편의상 회의가 열린 스톡홀름의 비스비섬의 이름을 가져와 「헤이그-비스비 규칙(Hague-Visby Rules)」이라는 이름으로 통칭하였다. 관련 규약은 1979년 12월 브뤼셀에서 서명되어 의정서로 정식 의결되었다.²⁰⁾

1960년대 냉전시기에 미·소 양쪽 어디에도 속하고 싶지 않았던 개발도상국들 주도로 비동맹 운동이 활성화 되고, 북반구와 남반구의 경제력 차이가 커짐에 따라, 이를 해소하기 위한 남남(南南)협력 등이 강화되는 등, 개발도상국들을 중심으로 한 제3세계 세력화에 대한 논의가 활발하게 일어났다. 이러한 분위기에 맞추어, 개발도상국 하주국가들은 기존의 국제조약들이 식민지 시대의 강대국들 입장 위주로 되어있음을 주장하며 개정을 요구하였다. 이에 유엔무역개발회의(UNCTAD)의 발의로 유엔무역법위원회(UNCITRAL)에서는 1972년부터 '해상화물운송에 관한 조약안'을 마련하여, 1978년 독일 함부르크에서 개최된 유엔 해상화물 전권회의(UN Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978)에서 「유엔해상화물운송조약(함부르크 규칙, Hamburg Rule 1978)」을 제정하게 된다. 제정의 배경에서 보았듯 함부르크 규칙은 개발도상국들 주도로 발의되어 입법화한 국제조약으로 운송인에 대한 송하인(하주)의 권한을 대폭 강화하였다. 운송인은 운송화물의 담보자가 되며, 운송인의 면책을 위해서는 본인이 직접 운송관련 일체의무 및 손해방지를 위한 최대한의 노력을 했다는 사실을 입증해야 했다. 이러한 개정안은 일견 과도하게 운송인측에 물려있는 권한을 제한한다는 점에서 합리적으로 보였으나, 현실적용은 쉽지 않았다. 이러한 사항은 실제 비준국가들의 현황을 봐도 알 수 있다. 실제 협

20) “헤이그-비스비 규칙”, 행정안전부 국가기록원, (2020년 10월 27일 접속, <https://www.archives.go.kr>).

정이 체결되고 나서, 13년이 지난 1991년 11월에야 아프리카 잠비아가 국내비준을 하면서, 최소발효요건(20개 국가 이상의 비준)이 성립되었고, 대한민국을 위시한 미국, 중국, 영국, 프랑스 등의 거의 대부분의 국가들이 비준을 하지 않고 있는 상황이다. 함부르크 규칙의 비준국들 대부분도 아프리카 국가들을 위시한 개발도상국들 위주이며, 이들의 전 세계 교역량의 2%에도 미치지 못할 정도로 영향력이 약한 상태이다.²¹⁾

위와 같이 국제무역에서 「헤이그-비스비 규칙」과 「함부르크 규칙」으로 이원화된 규칙들이 공존하고 있었고, 이에 대한 통일의 필요성이 높아지고 있었다. 이와 더불어 새로운 규칙의 필요성이 대두된 것은 컨테이너 운송을 이용한 복합운송 방식의 보편화에 따른 규칙 제정²²⁾과 IT 기술의 국제무역의 도입이었다. 이에 따라 국제해법협회(CMI)와 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)에서 2001년 12월 국제해상운송조약의 초안을 마련하여 제출하였다.²³⁾ 이후 7년의 심사를 거쳐 2008년 7월, 뉴욕회의에서 ‘유엔국제운송법 협약(안)’이 마련되어 확정되었고, 2008년 12월, 오스트리아 비엔나의 제63차 UN총회에서 관련 내용을 최종심의하고 제정하였다. 「국제해상의 분할 또는 전체의 화물운송 계약에 대한 유엔협약」이 그 것으로 2009년 9월 서명식이 있었던 네덜란드 로테르담의 지명을 따서 「로테르담 규칙」이라고 통칭한다. 로테르담 규칙에서 특이한 사항으로는 「하터법」 이후 유지되어 오던 ‘항해과실 면책’ 조항이 폐지가 되었고, 감항능력에 대한 주의의무 역시 ‘항해개시 시점’에서 ‘항해 전구간’에도 지속할 것을 요구하고 있다는 것이다. 비교적 운송인의 책임범위가 「헤이그-비스비 규칙」에 비하여 확대되었지만, 반대로 운송인의 감항능력 위반에 대한 입증 책임은 송하인에게 지우고 있는 등 일정부분 타협을 고려한 요소들도 보인다. 더하여 복합운송 관련한 EU 내륙운송협약(CMR)의 반영, 전자운송기록에 대한 규정 신설, 논란이 되어왔던 운송보조인 등에 대한 명확한

21) 엄윤대, “1978년 함부르크 규칙”, Shipping News Net, (2020년 11월 1일 접속, <http://www.shippingnewsnet.com>).

22) 1980년에 복합운송과 관련하여 유엔국제복합운송조약(UN Convention on International Multimodal Transport of Goods)가 제정이 되었으나, 현재까지도 최소 발효요건 (30개국 이상 비준)을 만족하지 못해 사문화 되어있다.

23) UNCITRAL은 1996년 협약 제정 방침을 정하고, 국제 해법회(CMI)와 공동연구 등을 거쳐 2002년부터 본격적으로 협약 심의에 착수하여 미국 뉴욕과 비엔나를 번갈아 해마다 두 차례씩 회의를 개최해 왔으나 선주와 하주(제조업체) 등 이해관계자의 첨예한 대립으로 제정 일정이 지연되었다; “로테르담 규칙”, 행정안전부 국가기록원, (2020년 10월 29일 접속, <https://www.archives.go.kr>).

용어적 규정을 내린점 등이 특기할만하다. 이전과는 달리 미국, 프랑스 등의 강대국이 서명하였으나, 대한민국은 서명을 유보중이며, 현재 25개국 서명, 5개국 비준²⁴⁾이라는 초라한 성적을 거두며 아직까지 조약발효 요건을 충족하지 못하고 있다.

5. 국제협약 및 국내법상 피용자의 정의

이상과 같이 국제무역에서 고민되어오며 상호 제정되었던 여러 협정들을 보았다. 이러한 협정문의 채택과 개정의 작업들은 지금도 이어져오고 있으며, 한국의 법체계에도 많은 영향을 미쳤다. 이번 단락에서는 실질적으로 국제협약에서 정의하여온 ‘피용자’의 범위에 대하여 알아보고, 이러한 규약들이 한국의 법체계에서는 어떤 영향을 미쳤는지에 대하여 알아보고자 한다. 과거와는 달리 현대의 운송에서는 하주와 운송인의 역할이 분리되어 있다. 이에따라 고용계약의 형태로 ‘사용자’와 ‘피용자’의 관계형성이 일어나게 된다. 더하여, 이러한 피고용 계약 외에도 실제로 운항과 화물의 안전을 보조하여 주는 많은 실무이행 주체들이 존재한다 (가령, 조선업자, 운송주선업자, 부두상하역원, 선급직원 등). 이들은 직접적인 피용인의 신분으로 항해업무에 종사하기도 하지만, 대부분 독립적인 법인체를 가지고 계약관계에 따라 움직이는 ‘독립계약자’의 형태가 많다. 이들을 어떻게 정의할 것인가의 문제와 이에 더하여 이들도 면책약관을 사용할 수 있는 운송인의 일부로 인정될 수 있는지에 대한 활발한 논의가 있어왔다.

이를 알아보기 위해서는 우선 최초로 국제적인 조약으로 인정된 「헤이그 규칙」 및 그 개정안인 「헤이그-비스비 규칙」에서 규정하는 운송자에 대한 문항을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 「헤이그 규칙」에서의 피용자에 준용할만한 구문은 운송인의 정의에서 볼 수 있다. 규칙 제1조(a)항에 따르면 운송인이란 “운송계약 및 송하인의 상대방인 선박소유자 또는 용선자를 포함한다(“carrier” includes the owner or the charterer who enters into a contract of carriage with a shipper)” 라고 규정되어 있다. 이러한 문구를 해석함에 있어 운송의 주체는 단순히 선박소유자 및 용선자에 한하며, 제4조 2항에서의 **대리인(Agent)** 및 **사용인(Servant)**이란 단어를 사용하였다. 하지만, 실질적인 선박을 소유하거나 사용하지 않지만 부수적으로 운송업무를 행하는 이들에 대한 설명이 모호하게 되는 문제가 발생

24) “United Nations Treaty Collection”, United Nations, (2020년 10월 31일 접속, <https://treaties.un.org>).

하였다. 더하여 현대 컨테이너 해상운송의 발달로 등장하기 시작한 NVOCC(Non Vessel Operation(Owning) Common Carrier)²⁵⁾에 역시 제외되는 문제가 발생하였다.²⁶⁾

이러한 현상을 해소하기 위하여, 「함부르크 규칙」에서는 ‘계약운송인(Contract of carriage by sea)’을 제1조2항에, ‘실제운송인(Actual carrier)’의 개념을 제1조6항에 각각 삽입하여 개념을 구분하였다. ‘계약운송인’은 ‘직·간접적으로 그의 명의로 송하인과 운송계약을 체결하는 당사자’를 뜻하며 이는 계약의 체결만을 고려하며, 기타 선박의 운항적 요소에 대하여는 고려하지 않는다. ‘실제운송인’의 경우 ‘운송인의 위탁을 받아 화물을 운송하는 자’를 뜻하며, 이러한 운송인들의 구분으로 기존에 문제가 되었던 독립계약자 및 이행보조자의 정의에 대한 부분들이 일부 개선될 수 있었다. 더하여 「로테르담 규칙」에서는 이를 더욱 구체화하기 위하여 운송인에 대한 **이행당사자(performing party)**라는 개념을 신설하였다. 규칙의 18조에는 운송인의 이행보조자로서의 정의를 ① 이행당사자(운송인의 의무를 대신하여 처리하는 자로 우리나라 법의 이행보조자 및 이행대행자에 해당), ② 선장 또는 선원, ③ 운송인이나 이행당사자의 피용인(Employee), ④ 계약상 운송인의 의무를 이행하거나 의무를 인수한자로 직간접적으로 운송인의 요청에 의하여 지시를 이행하는 자²⁷⁾로 세분하여 구분하였으며, 운송인은 이들의 행위에 대한 책임을 지게 되어있다. 이와 관련하여 로테르담 이행보조자의 책임범위가 지나치게 광범위해져 그 경계를 정하기가 쉽지 않다는 지적 역시 존재한다.²⁸⁾

[표 5] 국제규약별 운송인과 운송보조인 관련규정 유무

주요규정	헤이그, 헤이그-비스비	함부르크	로테르담
운 송 인	선박소유자, 용선인	계약운송인	운송인
운송보조인	X	실제운송인	이행당사자

25) 운송수단은 소유치 않았으나 미국내 복합운송 시스템에서 시작된 개념으로 스스로 선박을 소유하거나 운항하지는 않지만, FMC에 신고한 자기의 운임(Tariff)에 따라 자기 책임하에 해상운송건을 인수하는 업자로서, 실제 운송은 선사에게 위탁한다; “What is the difference between a NVOCC and a Freight Forwarder?”, Global Maritime hub, (2020년 11월 1일 접속, <https://globalmaritimehub.com>).

26) 양석완, 『국제운송책임법연구(IV)』, 온누리디엔피 2014, 158면.

27) Diamond QC Anthony, “The Rotterdam Rules”, LMCLQ, Part 4, p.489, (2009); 양석완, 전제서, 154면.

28) 양정호·박길상, “로테르담 규칙상 이행당사자와 히말라야 조항”, 『해운물류연구』 제26권 제3호 해운물류연구, 2010, 416면.

실제적으로 국제조약에서 ‘**피용자(Employee)**’라는 구문이 사용된 것은 로테르담 조약에서 유일한 것으로 보인다. 18조 ©항의 ‘운송인이나 이행당사자의 피용자(Employees of the carrier or a performing party)’라는 조항이 그것이다. 이를 준용해볼 때, 이전 규칙에서의 사용되어왔던 ‘**사용인(Servant)**’ 및 ‘**실제운송인(Actual Carrier)**’ 등의 용어 역시, 피용자에 준용하는 개념이었음을 유추할 수 있다.

여기서 하나의 의문이 들 수 있다. 우리나라의 법률상에서 피용자의 개념은 어디까지로 보아야 할 것인가의 문제이다. 운송인을 대상으로 본 피용자의 개념이라면, 로테르담 조항 18조 ©항과 유사한 개념이 될 것이고, 하주의 입장에서 보자면 피용자는 18조에 해당하는 모든 대상에 더하여 운송인 본인까지 대상이 될 수 있다. 계약이나 직접적인 지휘, 관리 체계가 성립하지 않는 ‘**독립계약자**’들과의 관계도 살펴보아야 할 내용이다. 이들의 운송과정에서의 자격 부여는 운송 중에 발생한 과실에 대한 면책조항 인용가부(可否) 여부와 연관하여 중요한 논의사항이 되어왔다. 더하여, 한국의 법전에서의 피용자의 개념은 여러 가지 단어로 기술되어 있다. 민법조항에서의 피용자의 단어가 상법에서 어떤 의미를 내포하는지도 먼저 살펴보아야 할 것으로 보인다. 먼저 우리나라 법률상 ‘**피용(사용당하는)**’의 의미를 가진 뜻과 유사한 구문들을 정리해 보고자 한다. 주요 관련되어 있는 법조문은 민법 및 상법에서 찾을 수 있다.

구분	조 항	조 문
민법	제 391조 (이행보조자의 고의나 과실)	채무자가 타인을 사용하여 이행하는 경우에는 법정대리인 또는 피용자 의 고의나 과실은 채무자의 고의나 과실로 본다.
민법	제 756조 (사용자의 배상책임)	① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자 가 그 사무집행에 관하여 제 삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다 ... 사용자가 피용자 선임 및 사무감독에 상당한 주의를 하였음에도 손해가 있을 경우에는 그러지 아니한다. ③ 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자의 책임이 있을 경우 사용자 또는 감독자는 피용자 에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.
상법	제 135조 (손해배상책임)	운송인의 자기 또는 운송주선인이나 사용인 , 그 밖에 운송을 위해 사용한 자 가 운송물의 수령, 인도, 보관 및 운송에 관하여 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명하지 아니하면 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.

[표 6] 법률상 대리인 및 사용인과 관련된 주요구문 정리

구분	조 항	조 문
상법	제 794조 (감항능력 주의의무)	운송인은 자기 또는 <u>선원이나 그 밖의 선박사용인</u> 이 발항당시 다음의 사항에 관하여 주의를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하면
상법	제 795조 (운송물에 관한 주의의무)	① 운송인은 자기 또는 <u>선원이나 그 밖의 선박 사용인</u> 이 운송물에 수령, 선적, 적부, 운송 ... ② 운송인은 <u>선장, 해원, 도선사, 그 밖의 선박사용인</u> 의 향해 또는 선박에 관리에 관한
상법	제 798조 (비계약적 청구에 대한 적용)	② 운송물에 관한 손해배상 청구가 운송인의 <u>사용인 또는 대리인</u> 에 의하여 제기된 경우에 그 손해가 그 <u>사용인 또는 대리인</u> 의 직무집행에 관하여 생긴 것인 때에는 그 <u>사용인 또는 대리인</u> 은 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한을 원용할 수 있다. ③ ... 운송인과 그 <u>사용인 또는 대리인</u> 의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 ... ④ ... 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인 외의 실제운송인 또는 그 <u>사용인이나 대리인</u> 에게 대하여 제기된 경우 ...

위의 구문들은 민·상법상 기술되어있는 이행보조자에 대한 조문들이다.²⁹⁾ 먼저 민법에서 규정하는 ‘**이행보조자**’라는 단어가 ‘**피용자**’의 개념으로 볼 수 있느냐 하는 점이다. 이와 관련하여 2002년 대법원에서 있었던 선고 주문은 참고할만 하다.³⁰⁾ 관련 판결에서는 송진훈 재판장은 ‘이행보조자로서의 피용자’의 의미를 정의하면서, 반드시 지시 및 감독을 받는 관계여야 함은 아니라는 것을 선고하였다. 그렇다면 민법상의 ‘**피용자**’의 의미가 상법에서 도 동일한 의미를 가지는지가 논점이 될 수 있다. 이와 관련하여, 우리나라 상법 798조 제2항에서 의미하는 ‘**사용인**’의 의미는 「헤이그-비스비 규칙」이나 「함부르크 규칙」의 ‘servant’의 번역으로 이를 피용자로 볼 것인가는 초반에 학자들간의 논의가 있었으며, ‘servant’라는 단어를 우리나라의 ‘**피용자**’와 같은 개념으로 보는 것으로 정리되었다.³¹⁾

29) 양석완, 전제서, 122면.

30) 민법 제391조에서의 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 독립적인 지위에 있는가는 문제 되지 않는다.; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다70064 판결.

‘피용자’라고 위해선 사용자가 선임하여 지휘, 감독하는 관계가 있어야 하지만, 이러한 사용관계가 고용계약 같이 법률적으로 유효한 관계여야 할 필요는 없고, 사실상의 선임, 감독 관계도 무방하며, 명시에 의한 경우 뿐 아니라 묵시에 의한 경우에도 선임, 감독관계는 성립할 수 있다.³²⁾ 이러한 관계에서 본다면 민법상의 ‘**이행보조자적 피용인**’은 상법상의 ‘**사용인**’이자 국제조약에서 이야기하는 ‘**servant**’와 같은 의미를 가진다고 정리할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 피용자의 불법행위와 주요 논점

1. 민·상법상의 불법행위 정의와 적용

행위자의 정의와 같이 검토되어야 할 사항이 운송에서의 ‘불법행위’에 대한 정의가 될 것이다. 이와 더하여, 피용자의 행위가 사용자(상법상의 ‘사용인’과 단어의 혼동을 배제하기 위하여 본고에서는 ‘사용자’란 단어를 쓰고자 한다)에게 어떠한 영향을 미치게 되는지도 살펴보아야 할 부분이다. 본 장에서는 이러한 행위에 대한 법리상의 규칙들과 대립되는 학설들을 살펴보고, 특정 사례별로 법리가 적용되는 현황들을 살펴보고자 한다.

불법행위(不法行爲, torts)의 개념은 여러 가지로 해석될 수 있을 것이다. 기본적으로는 법조항에 위배되는 모든 행위를 뜻한다고 할 수 있다. 하지만, 단어 해석의 모호함을 제거하기 위하여, 불법행위에 대한 법리적인 정의가 어떻게 되어있는지부터 살펴보고자 한다. 우선 ‘민법’에서 규정하는 ‘불법행위’에 대한 정의를 규정해 보고자 한다. 불법행위는 목적과 질서에 어긋나는 행위로 법이 허용할 수 없는 것으로 평가하는 행위를 말하며, 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 주는 위법행위로서 손해배상채무의 주요한 발생

31) ‘사용인’이란 사용자, 사용하는 사람과 의미가 같으나 상업사용인의 경우에만 ‘servant’라는 말이 들어가며 이는 민법상의 ‘피용자’와 같다, 관련 내용은 ‘첨부2’ 참조; “1987년도 제3차 해상실무소 위원회 회의록”, 법무부, 1987. 4.; “상법 제798조 2항의 해석 및 적용에 대한 검토”, 『해상·보험법연구』 제5권 1호 해상보험법연구회, 2009, 74면.

32) 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2007년, 417면.

원인이라고 할 수 있다.³³⁾ 우리 민법상 피해자에게 가해지는 불법행위 성립요건을 살펴보면 ① 행위자의 고의 또는 과실이 있을 것, ② 행위자에게 책임능력이 있을 것(의사능력이 없는 미성년자나 심신상실자는 감독의무자가 대신 책임을 진다), ③ 그 행위가 법률상 위법할 것, ④ 손해가 발생하였을 것, ⑤ 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 성립할 것(상당인과관계로도 성립하나, 인과관계의 입증책임은 피해자가 진다) 등이 주요한 불법행위 성립의 사유가 된다.³⁴⁾ 우리나라 대법원에서는 이에 따라, ‘민사책임은 타인이 법익을 침해한데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서, 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하며, 손해배상제도는 손해의 공평, 타당한 부담을 그 지도원리로 한다’³⁵⁾ 라고 판시하고 있다.

이상을 통하여 살펴보면 민법상 불법행위가 성립되기 위해서는 행위자의 고의 또는 과실이 필요하며, 손해가 발생해야하고, 인과관계의 성립이 필요하다. 이와 관련하여 민법은 ‘과실책임주의’를 기본 전제로 하고 있으며, 이는 고의 또는 과실에 의하여 타인에게 손해를 입힌 경우에만 가해자는 손해배상책임을 부담하도록 한다. 하지만, 사회의 고도화와 기술의 발달은 가해자의 과실이 없는 경우에도 피해가 발생하거나, 피해발생의 위험성을 내포하고 있는 경우가 많다. 특히 운송기구나 기계설비등은 작동의 과정에서 가해자의 과실이 없더라도 손해가 발생하는 경우들이 있다. 이러한 상황을 반영하여 고의가 없더라도 피해 상황이 발생하면, 불법행위가 성립된다는 개념이 파생되었는데, 이것이 ‘무과실책임주의’이다. 이러한 두 법리는 현대법률의 사례 적용에서 활발하게 논의되고 있는 중이다. 한국의 민법과 상법은 기본적으로 ‘과실책임주의’ 기반에서 법리를 구축하고 있다. 하지만, 상법상에는 육상 운송인의 책임에 관한 규정(상법 제135조, 제146~147조) 및 다른 특칙(상법 제794~799조, 제804조, 제839조, 제841조 1항)을 규정하여, 운송인의 주의의무 내용을 확대, 명확화 하여 면책의 범위를 통하여 운송인의 책임을 경감시키고 있다.³⁶⁾

33) 우리 법전에서는 일반불법행위를 규정하는 민법 제750조를 비롯하여 특수불법행위에 관한 행위를 규정하는 법률까지 포함하면 총 17개조가 있다.; 오지용, 『불법행위의법리』, 진원사, 2010, 19면.

34) 김만기, 『불법행위와 손해배상』, 법문북스, 2012년, 4면.

35) 대법원 2008. 2. 1. 선고2006 대6713판결.

36) 이균성, 『新해상법대계(II)』, 한국해양수산개발원, 2010년, 666~667면.

2. 상법상의 해상운송인의 의무와 불법행위

제798조(비계약적 청구에 대한 적용)

- ① 이 절의 운송인의 책임에 관한 규정은 운송인의 불법행위로 인한 손해배상의 책임에도 적용한다.
- ② 운송물에 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.
- ③ 제2항 본문의 경우에 운송인과 그 사용자 또는 대리인의 운송물에 대한 책임제한금액의 총액은 제797조 제1항에 따른 한도를 초과하지 못한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정은 운송물에 관한 손해배상청구가 운송인 외의 실제운송인 또는 그 사용자이나 대리인에 대하여 제기된 경우에도 적용한다.

우리나라 상법 제 798조는 운송계약책임을 정의하며, 하주와 해상운송인간의 이해관계의 조정에 관한 여러 가지 법률상 의의를 불법행위 책임에도 인정할 것을 목적으로 규정된 조항이다.³⁷⁾ 상기 기술한 바와 같이 운송인의 책임규정은 불법행위로 인한 손해배상 책임에도 확대하여 적용되며, 제2항 및 제4항의 경우 항변 및 책임제한 원용의 제한사항에 대하여 정의하고 있다. 특기할 점은 ‘사용인 또는 대리인’이 운송인이 주장할 수 있는 권한을 원용할 수 있다고 기술한 점이다. 이는 1990년 상법 법률안 검토당시 피용자들의 해상운송간 면책특권 누락을 방지하기 위해, ‘히말라야 약관’의 개념을 고민하였음을 보여주는 대목이기도 하다. 히말라야호 사건에서 벌어졌던 일련의 문제들은 한국의 운송인들과 그 피용자들도 겪고있는 상황이었고, 이들의 보호에 대하여 국제적인 공감대도 이루어져 있는 상황이라, 이러한 면책약관에 대한 내용은 이후의 여러 국제조약에서 반영되었다. 대표적인 조약들로는 1961년 「해상여객운송조항」 제11조, 1968년 「헤이그-비스비 규칙」 제4조 2~4항, 1974년 함부르크 규칙 제7조 2~3항, 제8조 2항, 1980년 「UN국제물건복합운송조약」 제20조 2~3항과 제21조 2항³⁸⁾, 2009년 「로테르담규칙」 제4조 등이 있다.

37) 김선옥, “해상운송인의 불법행위책임에 관한 고찰”, 『국제상학』 제29권 제4호, 2014, 56면. 해운물류연구, 1998, 155면.

38) 이균성, 전게서, 767~768면.

《히말라야 약관(Himalaya Clause)》

Alder v. Dickson Case (1955); Alder 부인은 영국의 유명 P.O.기선회사(Peninsular and Oriental Steamship Navigation Co.)의 여객선 ‘히말라야’ 호의 선객으로 해안산책을 한 후 귀선을 위하여, 부두와 본선을 연결하는 보판(gangway ladder)을 건너던 중, 불안정한 설치로 인하여 안벽으로 떨어져 중상을 입게 되었다. 사고 이후 책임소재에 대한 문제가 발생하였는데, 당시 티켓에는 ‘선객은 그 자신의 위험으로 운송되고 선박회사는 사용인의 과실로 인하여 발생한 선객의 신체적 상해에 대하여 일체 책임을 지지 않는다’라는 면책약관이 설정되어 있었다. 이에 원고는 보판을 불안정하게 설치하여 과실이 있는 운송인의 사용인(피용자) 선장과 갑판장에게 불법행위에 대한 손해배상청구소송을 제기하였다. 이 사건에서 문제가 되었던 것은 운송인의 사용인(피용자)도 운송인과 같이 면책이 될 수 있는가 하는 점이었다. 영국 법원에서는 피고들이 선객과 운송인 사이의 계약의 당사자가 아니라는 것을 이유로 그 항변을 인정하지 않고 피고(선장 및 갑판장)들에게 패소 판결을 하였다.

일반적으로 운송(특히 해상운송)에 관여하는 이들은 운송계약상 ‘**감항능력을 구비하는 것에 관한 주의의무**(상법 제794조)와 ‘**운송물에 관한 주의의무**(제795조)’ 이 두 가지 의무를 부담하고 있다. 그리고 이들 의무를 위반하는 경우에는 운송물의 멸실, 손상 또는 지연 같은 세 가지 형태의 손해가 발생하게 된다. 다시 말해, 이 두 가지의 의무 외에 발생한 선하증권 부실기재, 운송인의 운송물 인도거부, 선적 기일과 다른 기일 기재 등의 원인으로 발생한 문제 등은 불법행위의 요건을 충족했다 하더라도 책임면제 및 제한의 대상으로 되지 않는다.³⁹⁾ 2009년 로테르담 규칙의 개정안에서는 그동안 논란이 되어온 항해과실에 대한 부분이 삭제되었으나, 아직도 많은 국가에서는 항해과실 부분의 내용이 남아있으며, 각국의 국내법에 적용되어 오늘날까지 유지되고 있다. 여기서 몇 가지의 의문이 들 수 있다. 먼저 막연하게 기술되어 있는 운송자의 의무조항에 대하여, 구체적으로 어떠한 행위가 불법행위가 될 수 있는지에 대한 미시적인 물음을 할 수 있다. 더하여, 피용자의 불법행위가 사용자에게는 어떠한 의미를 미치는지에 대한 실질적인 영향에 대하여 알아봐야 할 것이다. 이를 살펴보기 위하여 일단, 광범위한 모든 운송의 형태 중에서도 비교적 많은 연구가 이루어져 있는 ‘해상운송’에 한정하여 살펴보고자 한다.

39) 김선옥, 전계 논문, 56면.

3. 불법행위 책임에 준용되는 규정

실무상으로 불법행위 의도를 가려내는 것은 쉽지가 않다. 앞에서 언급하였듯, 한국의 법체계는 ‘**과실책임주의**’ 위에서 만들어졌다. 이에 따라, 행위자의 고의나 과실의 입증 이 되지 않을 경우 불법행위의 책임을 묻기란 쉽지가 않다. 우선 상법에서 규정하는 운 송물의 수취, 선적, 적부, 운송, 보관, 양륙 및 인도 등의 행위 이행에 대하여 주의를 태 만하게 하지 않았다는 것은 운송인(피용자) 측에서 입증해야하는 의무 사항이지만, 과실 책임주의 원칙을 적용할 경우 ‘불법행위’에 대하여 가해자측의 고의 또는 과실이 있다는 것은 사용자(피해자) 측에서 증명해야하는 사항이 되기 때문이다. 이러한 경우, 해상운 송에서의 입증책임의 원칙이 변경이 되며, 결국 입증의 주체는 누가 되어야 할 것인가 에 대한 문제가 생긴다. 더하여, 『헤이그-비스비 규칙』의 제4조2항에 열거된 면책약관 은, 열거된 사실이 존재하거나 그러한 사실로 인하여 보통의 손해가 발생하였을 거라는 입증을 할 경우, 별도의 무과실을 입증할 필요 없이 운송인의 면책이 성립된다.⁴⁰⁾ 이러 한 사항을 감안하여 보면, 현실에서 운송인(피용자)에 대한 불법행위의 책임을 묻는다는 것은 쉽지 않음을 알 수 있다. 더하여, 현실에서의 운송계약에서 발생하는 청구권 문 제 역시 단순하게 정의하기 어려운 면이 있다. 운송계약상 운송물의 고의 또는 과실로 운송물의 멸실이나 파손이 발생한 경우, 사용자 또는 선하증권소지자는 운송인 당사자 에게 운송계약상의 ‘채무불이행으로 손해배상 청구의 권리’가 발생하지만, 이와 더하여 법률상 소유권 침해와 관련된 ‘불법행위로 인한 손해배상 청구의 권리’ 역시 성립되게 된다.⁴¹⁾ 이와 같이 두 가지의 청구권이 경합하게 될 때에는 어떠한 논리로 접근할 것인가에 대하여도 판례에서 살펴볼 필요가 있다.

해상운송인의 불법행위책임에 준용하여 살펴볼 수 있는 조항은 대체로 다섯 가지로 나눌 수 있다. ① 항해과실 및 선박화재에 관한 면책조항, ② 위험물을 양륙하거나 파괴 또는 무해하게 할 수 있는 권리의 인정에 관한 조항, ③ 책임제한에 관한 조항, ④ 책임 의 제소기한에 관한 조항, ⑤ 고가품의 특약에 관한 조항 등이 그것이다.⁴²⁾ 해상운송인 의 불법행위를 판단하기 위하여 상기의 조항들을 살펴보고 적용에 대한 사례들을 살펴

40) 김선옥, 전계 논문, 60면.

41) 오지용, 전게서, 21면.

42) 김선옥, 전계 논문, 58면.

보고자 한다.

가) 항해과실 및 선박화재

우선 항해과실이나 화재에 관한 조항을 살펴보고 한다. 우리나라 현행 상법에서는 이 행보조자로서의 피용자(선장, 해원, 도선사, 해상운송인이 사용하는 자)와 관련하여 해상 면책 규정을 인정하고 있다. 해상운송인과의 관계에 따라 피용자의 범위는 더욱 넓어질 수 있을 것이다. 우리나라의 상법 제795조 2항에서는 이러한 행위에 대하여 면책 조항들을 규정하고 있다.

제 795조 2항(운송물에 관한 주의의무)

② 운송인은 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.

상법 제795조 2항에서 말하는 ‘항해 또는 선박의 관리에 관한 행위’는 ‘항해과실(Navigational error)’을 말하며, ‘해기과실(nautical fault, or mechanic error)’이라고도 불린다. 이러한 행위가 법정면책사유로 인정된 이유로는 ‘선박의 관리 및 조종에 대한 사항은 운송인이 항해 중에 직접 간섭할 수 없는 기술적인 분야에 속하며, 선장 기타의 해상근무자의 경미한 과실로도 선박의 충돌 등의 경우 볼 수 있듯 막대한 손해가 일어나는 것이 보통이다. 이러한 선장 기타 선원들의 과실에 대하여 별도의 해난심판법 등에 의한 처벌이 이루어지기 때문에, 비록 항해과실에 대한 운송인의 만사책임이 면제 되더라도 손해 발생을 조장할 위험이 없다. 또한 하주가 입은 손해 역시 보통은 적하보험을 통하여 보상되기 때문에 실제로 부당한 결과는 생기지 않는다.’⁴³⁾ 는 논리에 근거한 것이다. 더하여 사고가 발생하여 사용자 및 이해관계자들에게 손해를 입혔음에도 면책을 인정하여주는 제도는 모순되어 보이기도 하지만, 당시의 해운환경 역시 고려해볼 필요가 있다. 당시 화물의 대부분은 목선(Wooden Ships)로 운송이 되어 내구성의 보장이 어려웠고, 신뢰할만한 항해 보조기구도 거의 없었다. 더하여 운송인은 바다 위에서 항해하고 있는

43) 이은섭·김선옥, 전계 논문, 156면.; 이균성, 전계서, 698면.

선박과 통신이 가능한 수단도 없었다. 이러한 시대에 해상무역은 선주들에게는 상당한 리스크를 감수하게 하는 사업이었고, 선장과 선원들은 그들의 생명을 담보로 해야 했으며, 하주들 역시 그들의 적하가 위험하였다는 의미에서 해상무역을 위험한 공동협업 (Dangerous Joint-Venture)으로 인식할 정도였다.⁴⁴⁾ 이렇듯 위험한 상황에서 바다로 나가는 것은 커다란 도전이자 모험이었기에, 각국의 정부들은 이를 보상할만한 유인책을 제시해야 했던 현실적인 이유가 있었던 것이다.

운송인의 항해과실은 '선박 운항의 실행상 과실'과 '선박자체의 취급, 관리에 관련한 과실'로 나뉘어 규정되어 있다. '운항상 과실'은 항행을 위해 필요한 수단을 강구하고, 해상위험을 피하며, 실행을 하는 모든 과정에서 기울여야 할 주의사항을 의미하며, '관리상 과실'은 선장 및 선원들이 수행하여야 할 일련의 운송물의 유지, 검사, 기기조작 및 각종 작업과 관련된 주의의무를 게을리하여 발생한 사항들을 말한다.⁴⁵⁾

하지만 이와 관련하여 무조건적인 '항해과실'은 인정되지는 않는다. 현대의 판례에서는 항해과실이 불법행위로 인정받지 않기 위해 운항전에 감항능력을 갖추었다는 의무사항을 다하였음을 증명할 필요가 있다. 항해과실과 관련한 논쟁은 아직도 진행 중에 있는데, 과거부터 많은 논쟁이 있을 수 있는 사례가 발생하기 때문이다. 가령, 운송인이 항해 과정에서 실시한 조작행위가 결과적으로 인명이나 화물에 피해를 가져왔다고 해도, 그 행위의 목적이 선박의 안전성을 유지하기 위한 행위였다고 할 때, 이러한 행위의 위법성을 어떻게 보아야 할 것인지에 대한 문제가 발생하게 된다. 아래의 사례들을 비교하여보면, 유사해 보이는 행위에도 다른 판례가 적용되었음을 알 수 있다.

44) Honnold, *Ocean Carrier and Cargo: Clarity and Fairness-Hague or Hamburg?*, JMLC, vol. 24 No1, p.104, (1993); Sweeney, *UNCITRAL and Hamburg Rules-Risk Allocation Problem in Maritime Transport of Goods*, JMLC, Vol.22 No.3, p511~533, (1991); 이은섭·김선옥, 전제 논문, 156면.

45) 이균성, 전제서, 698면.

《항해과실 인정사례》⁴⁶⁾ - 세진수산 v. 영덕해운 case

2000년 7월 28일, 피고(영덕해운)와 원고(세진수산)의 사이에 화물을 부산항에서 파키스탄 카라치(Karachi)항까지 운송하기로 하는 내용의 계약을 체결함. 피고는 화물을 스리랑카 콜롬보(Colombo)항까지 운송한 후, 그 곳에서 카라치항 사이를 정기적으로 운항하는 컨테이너 운반선인 '랑카마하폴라(Lanka Mahapola)'호에 환적한 후, 8월 16일, 콜롬보항을 출발하였다. 8월 19일 07:30경, 인도 서해안 북위 19도 3분, 동경 70도 10분 해상을 운항하던 중 갑자기 선박에 비정상적인 진동이 발생한 후, 이 사건 화물이 적재되어 있던 3번 화물창에 대량의 바닷물이 유입되어 화물이 침수되는 사고가 발생하였다. 선박을 물 밖으로 끌어올려 조사한 결과, 3번 화물창 좌현 하갑판 위쪽의 86번 프레임 부분의 철판과 87번 프레임 부분의 철판에 지름 5cm 정도의 구멍 2개가 바깥쪽에서 안쪽으로 생기고, 하갑판 바로 위쪽 바깥의 철판이 84번 프레임 부분부터 89번 프레임 부분까지 길이 5m 정도로 길게 찢어져 안쪽으로 밀려들어가 있음이 밝혀진 사실을 인정하고, 이 사건 사고는 수중 부유물인 단단한 외부 물체와의 강력한 충격으로 선박의 철판에 구멍이 생기고 철판이 찢어져 그 곳으로 많은 바닷물이 급격히 유입하여 발생한 것이라 판정하였다.

(판결)

사고가 수중에 있는 물체와 충돌하여 발생한 것인 데다가 당시 수심이 100m 정도이고 그런 수중물체가 있음을 짐작하게 하는 수면 위의 부유물도 발견할 수 없었던 관계로 사고를 예견하거나 방지할 수 없었던 점에 비추어 해상운송인의 면책사유에 관한 법리를 오해하였다는 위법사유가 없다.

《감항능력 관련 고려》⁴⁷⁾ - BHP Trading Asia Ltd. v. Oceaname Shipping Ltd. case

1989년 3월 5일, 피고(Oceaname shipping Ltd.)의 “아라와베이(Arawa Bay)”호는 7,500 미터톤의 아연도금 강철 코일의 화물을 싣고 대만의 카오슝에서 뉴사우스웨일스 남부 해안의 켄블라(Kembla)항으로 항해했다. 코일은 제조업체인 An Mau Steel Co Limited(“An Mau”)가 구매처인 원고(BHP Trade Asia Ltd.)로 전달하기 위해 선적되어 있었다. 코일은 대만에서 양호한 상태로 적재되었으며, 이는 당시 제조사와 선사가 확인한 내용이었다. 더하여 항해하기에는 매우 좋은 기상조건이었다. 하지만, 호주로 가는 항해도중 매우 거친 파도를 만났고, 3월 21일 아라와베이호가 켄블라항에 도착하여, 홀드가 열리고 코일이 검사되면서, 코일은 상당한 녹 피해를 입은 것이 확인되었다. 6월 22일까지 전수조사가 이루어 졌으며, 결국 코일 853톤(USD 107만6천) 가량이 전량 폐기되었다. 이에 원고측은 피고측이 면책이 되는 항해과실이 아닌, 출항전 감항능력을 완벽하게 이행하지 않았음을(제품의 헤치 부분이 완벽히 봉인되지 않았음) 주장하였다.

(판결)

재판부는 조사결과 녹 피해에 대하여 구체적인 인과원인을 찾을 수 없었다. 하지만, 운송인 측에서는 해치의 밀봉 사실에 대한 완벽한 입증을 하지 못하였고, 재판부는 해수에 인한 훼손이 발생하였으나, 이에 대한 원인이 밝혀지지 않았을 경우, 선박이 감항능력을 갖추지 못한 상태였다고 추정하여 피고 패소 판정을 내렸다.

46) 대법원 2004. 7. 8. 선고2004 다8494판결.; 이균성, 전게서, 700면.

첫 번째, 1959년 1월에 있는 프랑스 최고재판소(Cour de Cassation)의 판결이다. 사건은 화물의 손해가 해수의 유입에 의하여 발생하였을 경우이다. 선체 기저부의 균형을 유지해주는 밸러스트 탱크의 집합부의 불량을 보수하지 않아, 해수가 화물칸으로 역류하여 피해가 발생하였다. 이에 대하여 항해행위(평형수의 주입)에서 발생한 부주의가 아닌, 관리행위(밸러스트탱크 점검)에서 발생한 주의 태만이 원인이 되었다고 보고, 운송인에게 법적 책임을 부과하였다.

두 번째, 1957년 5월의 Rabat 재판소(Cour de Rabat)의 판결로 항해중 불안정해진 선체의 균형을 잡기 위해, 밸러스트 탱크에서 200톤 가량의 평형수를 선체 후미에서 선미로 이동시킬 것을 명령하였다. 이때, 탱크 입구의 고무패킹 집합부에서 누수가 일어나 적하물이 해수로 손상을 입게 되었다. 이러한 상황에 대하여 법원은 항해중 안전을 위한 조치였음을 인정하고, 운송인의 면책을 선고하였다.⁴⁸⁾ 이러한 두 사례들을 보면, 동일한 행위로 피해가 발생하였음에도 그 행위가 항해행위인지 관리행위인지에 따라 판결에 다르게 나오고 있음을 알 수 있다. 이러한 이원론적인 구분 방법에 대하여 효시가 되는 판결이 'Gross Millerd v. Canadian Government Merchant Marine Case (1928)'였다.

《과실에 대한 판단》 - Gross Millerd v. Canadian Government Merchant Marine Case

도크에서 수선을 하고있던 선박에 해치가 열린 상태에서 빗물에 대한 방수장치가 되어있지 않았다. 선박 수리중 강우가 이어졌으며, 적하물에 손상이 가해졌다. 관련하여 하주는 운송인들의 관리책임에 대하여 언급하였고, 운송인들은 관리상 면책 조항을 주장하였다.

(판결)

재판부의 판결은 엇갈렸다. 1심에서 Wright 판사는 피고의 손을 들어 관리상의 과실이 아니라고 판시하였으나, 항소심에서는 빗물에 대한 적절한 대응책을 강구하지 않은점이 참작되어 관리상의 과실로 판결이 났다. Scrutton과 Segant 판사는 선박 또는 설비의 일부의 과실은 선박 자체의 과실이라는 견해를 채택하였다. 하지만, Greer 판사는 반대의견을 내며, **《손해의 원인이 오로지 또는 주로 적하의 합리적 취급을 하지 않은 점에 있는 경우, 운송인은 책임을 부담하나, 손해의 책임이 선박의 전부 또는 그 일부의 안전에 대하여 합리적 취급을 하지 못해 일어난 과실이라면 운송인은 면책》** 된다는 의견을

47) BHP Trading Asia Ltd. v. Oceaname Shipping Ltd. 67 Federal court Reports(FCR) 211, 1996. (2020년 10월 31일 접속, <https://jade.io/article/214060>); 권기훈, “해상운송물 손해에 관한 감항능력 입증책임”, 『법과정책연구』 제7집 제2호, 2007, 469면.

48) 이은섭·김선옥, 전계 논문, 172면.

내놓았다.⁴⁹⁾ 즉, 의도가 선박의 안전을 위한 행위였다면 면책으로 고려해야하고, 선박의 안전과는 관계없이 오직 화물의 보호와 안전에 관련된 행위였다면, 운송인은 책임을 져야 한다는 의견이다. 이러한 구분 방법은 과실부과 여부에 선도적인 판례로 인용되어 왔다.

위 사건에서 소수 의견이었지만, Carrer 판사는 행위의 결과가 손해로 귀결되었을지라도, 의도 자체가 선박의 안전과 항해를 담보하는 행위였다면 운송인은 불법행위 책임에서 면책될 수 있다고 보았다. 그의 이러한 관점은 후에 많은 판결에서 인용되며 중요한 판단 관점이 되었다. 상법상 화재는 그것이 운송인 자신의 고의 또는 과실에 의한 경우만이 아니면 이로 인한 운송물의 손해에 대하여는 운송인이 책임을 지지 않는다. 1991년 개정된 해상법에서는 「헤이그-비스비 규칙」을 원용하여, ‘화재’라는 단어로 단어의 범위를 넓혔는데, 이로 인해 선박자체 뿐 아니라 인접한 육상이나 외부에서 발화한 화재로 인한 피해 역시 면책의 범위에 포함되게 되었다.

《화재의 범위》⁵⁰⁾ – 그린화재해상보험 v. 세계물류주식회사

화물을 실은 사건 선박이 전남 녹동항을 떠나 2000년 2월 20일 17:00 제주 성산포항에 입항하여 접안·정박하였다. 우현에 다른 어선 오상호, 그 우현에 어선 강동호가, 다시 그 우현에 3척의 어선이 더 뱃줄로 연결되어 정박 중이었으며, 같은 날 10:00 폭풍주의보가 발효되어, 북서풍이 시속 14~16m로 강동호 우현 45°각도에서 오상호 쪽으로 강하게 불고 있었다. 이로 인해 많은 어선들이 뱃줄로 묶여 있었고, 당시 바람이 강하게 불고 날이 추워 강동호에 승선하고 있던 선원들이 전기장판에 전기를 공급하기 위해 선박 내의 발전기를 계속 가동한 결과, 전기합선이 되면서 다음날인 21일 04:00 경부터 04:20경까지 사이에 위 강동호의 기관실 상부 및 식당부근에서 화재가 발생하였다. 위 화재는 당시 강하게 불던 바람에 의해 좌현에 있던 오상호로 옮겨 붙었으며, 다시 오상호의 좌현에 있던 사건 선박의 조타실과 선창 사이에 옮겨 붙어 화물 등이 손상을 입었다.

(판결)

‘화재’란, 운송물의 운송에 사용된 선박 안에 발화원인이 있는 화재 또는 직접 그 선박 안에서 발생한 화재에만 한정되는 것이 아니고, 육상이나 인접한 다른 선박 등 외부에서 발화하여 당해 선박으로 옮겨 붙은 화재도 포함한다고 해석된다. 따라서, 운송인은 운송물에 대한 손해배상책임을 면한다.

화재로 인하여 발생된 손해의 경우 증명문제에 대하여, 손해배상의 증명책임은 채무

49) Cole, Carriage of Goods by Sea 1924 3rd ed. 1937, p76; 이은섭·김선옥, 전제 논문, 167면.

50) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다39364 판결.

불이행의 경우 일반원칙에 따라, ‘운송인’이 화재손해와 예방을 위한 모든 의무를 다 하였음을 입증하여야 면책이 가능하다(상법 제795조 2항). 하지만, 사용자측이 피용자의 주장을 배척하고 불법행위 등을 주장하기 위해서는, 하주(송하인)가 피용자의 과실과 화재가 연관성이 있음을 직접 입증하여야 한다(상법 제795조 2항 단서).⁵¹⁾ 선박에서의 화재는 종종 발생하는 사고이다. 화재는 한 번 발생하면 소화가 힘들고 손해 규모 또한 대규모이기 때문에 상법은 이러한 화재의 경우, 운송인의 책임을 면하게 하는 면책규정을 두고 있다. 하지만 면책제도 역시 예외적인 조항이기에 특별한 요건을 갖춘 경우에만 인정하게 된다. ① 운송인의 고의 혹은 과실이 있는 경우에는 적용이 불가하다(상법 제795조2항 단서), ② 출항당시 감항능력을 갖추었음이 인정되어야 한다. 이러한 감항능력의 불비가 원인이 되었을 경우에는 운송인은 면책되지 않는다. 화재에 대한 면책은 항해과실 면책과는 운송인의 과실이 있을지 면책이 되지 않는다.⁵²⁾

《화재에 대한 면책 인정유무》⁵³⁾

- 한화손해보험 외 5개사 v. 에버그린 글로벌 인터내셔널 디벨로프먼트 리미티드

2011년 4월 16일, 선하증권상 선적항인 인도 칸들라항에서 화물인 채종박 5,170t 과 다른 화물인 피마자박(Castor seed extraction De-Oiled cake) 3,030t 합계 8,200t의 화물에 대한 선적작업을 완료하고 다음날 09:15경 칸들라항을 출항하였다. 선박은 항해 중이던 4월 27일 07:42경 주기관 감속기의 고장으로 추진력을 상실하여 동경 101도 54.58초, 북위 02도 09.55초 지점에 닿을 내렸는데, 당시 감속기어의 손상으로 프로펠러축이 더 이상 작동하지 않아 주기관을 사용할 수 없었던 것으로 판명되었다. 이 사건 선박의 선장은 공동해손을 선포한 후 긴급히 예인선을 수배하여, 5월 1일, 15:08경 예인선인 ‘퍼시픽 히커리(Pacific Hikory)’호가 사고 현장에 도착해 같은 날 16:30경부터 이 사건 선박을 예인하였다. 이 사건 선박은 5월 2일, 11:18경 인도네시아 바탐(Batam) 부근의 해상에 도착하여 정선하였다가, 같은 달 5일 다시 예인되어 바탐의 수리조선소인 에이에스엘(ASL)조선소에 도착하여 접안하였다.

사건 선박은 위 조선소에서 고장난 감속기에 대한 수리작업을 진행하였는데 신품 감속기의 공급이 늦어지고, 피고가 조선소 측에 수리비 지급을 지연하는 등의 사유로 인하여 수리작업은 3 개월 가량 소요되었다. 선박의 수리작업이 거의 종료될 무렵인 7월 30일경 이 사건 화물인 채종박이 적입된 2번 화물창에서 연기가 나는 사고가 발생하여 피고 측은 이산화탄소 소화장치로 소화작업을 실시하였고, 그 작업이 진행되는 동안 같은 달 31일 주기관 감속기의 수리가 완료되었다. 수리를 마친 이 사건 선

51) 운송인 과실에 대한 입증 책임을 부담해야 하는가에 대한 논란은 다툼이 있다; 최종현, 『해상법 상론』, 박영사, 2014. 292면.; 이균성, 전개서, 704면.

52) 김인현, 『해상법중요판례집(I)』, 고려대해상법연구센터, 2018. 35면.

박은 8월 5일, 싱가포르에서 연료유를 주유한 후, 8월 15일 인천항을 향해 다시 출항하여 같은 달 27일 인천항에 도착하였는데, 인천항에 접안한 후 2번 화물창의 화물을 확인한 결과 그곳에 적재된 채종 박은 선미 쪽 절반 이상이 심하게 탄화되고 곳곳에 연기가 피어오르고 있었으며, 나머지 선수 쪽 화물도 상단부 곳곳에 탄화된 흔적이 발견되었다.

(판결)

항해 중 발생한 선박 고장으로 조선소에 정박하여 수리를 하는 동안 자연발화(Spontaneous Combustion)로 화물이 손상되는 사고가 발생하였고, 이에 피보험자들에게 보험금을 지급한 보험자(원고) 등이 운송사(피고) 회사를 상대로 손해배상을 구하였는데, 선박 수리로 인하여 항해기간이 지연되는 동안의 피고의 화물 관리가 없었다는 점, 선박 고장으로 인한 정박 이후, 피고가 공동해손을 선포하였다면 화물 관리에 드는 비용 역시 공동해손 정산 결과에 따라 하주에게서 회수할 수 있으므로, 선주인 피고로서는 수리기간 동안 선박에 대한 조치와 함께 화물을 양하해 놓았다가 다른 선박으로 옮겨 싣는 등 화물에 대한 적절한 관리를 하였어야 했지만 하지 않은 점, 화물 선적시 통풍구 주변에 공기 유출입이 가능하도록 공간을 확보하는 조치를 취하였더라면 사고 발생가능성이 감소하였을 것인 점, 수리를 위하여 정박하고 있는 동안 화물이 고온다습한 환경에 장기간 노출되면서 발생한 사고인 점, 선박의 1등항해사는 화물이 통풍용 팬을 막고 있으면 주기적으로 트리밍(Trimming) 작업을 하여 이를 평평하게 만들어 주어야 하지만 이행하지 않은 점, 설령 하주가 자신의 책임과 비용으로 화물을 적재한 경우라도 운송인은 그러한 적재가 운송에 적합한지를 살펴보고, 운송을 위하여 인도받은 화물의 성질에 따라 적부를 하는 등의 방법으로 손해를 방지하기 위한 적절한 예방조치를 강구하여야 할 주의의무가 있지만 하지 않은 점, 적재 후 항해기간 동안 운송인 측의 과실로 인한 화물 손상 책임을 면할 수 없는 점 등을 고려하면, 위 사고는 '운송 중의 화재로 인한 사고'로서 면책 대상이 되지만, 피고가 운송인으로서 항해기간 동안 '화물 관리상 주의의무'를 다하지 못하여 사고가 발생하였으므로, 면책이 될 수 없다.

나) 위험물의 양륙, 파괴 및 무해하게 할 권리

우리나라 상법과 국제조약 모두에서는 위험에 대한 처분의 권한을 보장하고 있다(상법 제 801조 및 『헤이그-비스비규칙』 제4조6항). 이는 운송인이 항해의 안전 확보 등을 위해 해상에서 사용할 수 있는 재량적인 권한을 보장하여 주고 있는 것이다.

53) 인천지방법원 2012. 8. 8. 선고 2011가합19740 판결.

제 801조 (위험물의 처분)

- ① 인화성·폭발성이나 그 밖의 위험성이 있는 운송물은 운송인이 그 성질을 알고 선적한 경우에도 그 운송물이 선박이나 다른 운송물에 위해를 미칠 위험이 있는 때에는 선장은 언제든지 이를 양륙·파괴 또는 무해조치할 수 있다.
- ② 운송인은 제1항의 처분에 의하여 그 운송물에 발생한 손해에 대하여는 공동해손분담 책임을 제외하고 그 배상책임을 면한다.

폭발성, 인화성, 독성, 방사성 등의 특성 때문에 화물의 보관, 취급 중에 인명, 선박 또는 다른 화물에 위해를 입힐 염려가 있는 화물을 '위험물(Dangerous Cargo)'라고 지칭한다. 이러한 위험물에 대하여 IMO(국제해사기구)에서는 위험물을 분류하여 각각의 물품마다 용기, 포장, 적재방법 등에 대하여 규정하고 있으며, 규칙을 준수한 경우에만 출항이 허용된다. 우리나라에서는 '선박안전법' 제16조2항 및 국토해양부장관령인 '위험물 선박운송 및 저장규칙'을 제정하여 관리하고 있다. 이러한 물건을 적재하기 전에 송하인(하주)은 선장에게 위험물명세서를 제출하고 고지의무를 하여야 한다.⁵⁴⁾

《위험물 적재관련 판례》⁵⁵⁾

- Compania Sud Americana De Vapores SA v Sinochem Tianjin Import and Export Corporation

1998년 11월 28일, 각각 45킬로그램의 무게를 가진 334개통의 치아염소산칼슘(Calcium Hypochlorite, 이하 '이 사건 화물')을 적입한 컨테이너 한 대를 칠레의 산 안토니오 항으로의 운송을 위해 부산항에서 'M/V. Aconcagua호'에 선적하였다. 선하증권에서는 이 사건 화물을 '65퍼센트의 치아염소산칼슘' 및 'IMO : 5.1. UN No. : 1748'이라고 기술하였으며, 그 이면약관에서는 헤이그 규칙을 편입하고 영국법원을 재판관할로 지정하였다. 한편, 이 사건 컨테이너는 이 사건 선박의 3번 선창 내 삼면이 3번 연료유 저장 탱크(storage tank, 이하 '3번 저장탱크')로 둘러싸인 15-09-06 위치에 선적되었는데, 이 사건 선박이 1998.12. 30. 로스앤젤레스 항에서 산 안토니오 항으로 항해 중 폭발 사고가 발생하였다. 폭발 사고 당시 3번 선창 내 3번 저장 탱크에 적재된 연료유는 항해를 위해 사용될 목적으로 가열된 상태였다. 폭발 사고로 인해 선박과 다른 화물에 막대한 손해가 발생하였으며, 원고는 피고에게 화물 적재시 위험물 관련 고지를 받지 못했음을 주장하였다. 이에 피고(송하인)는 원고(운송인)가 국제해상물위험 운송규칙을 따르지 않고, 과열된 장소에 운송물이 배치되었다고 주장하여 감항의 의무를 다하지 않았다고 주장하였다.

(판결)

영국 법원은 보통법의 전통에 따라 송하인의 책임을 엄격책임으로 보고, 송하인의 엄격책임을 결정

54) 이균성, 전게서, 481~482면.

함에 있어 '신중한 운송인'의 기준을 도입하였다. 신중한 운송인이란 같은 종류의 위험물을 선적하는 통상의 경험과 기술을 가진 숙련된 운송인을 말한다. 운송인은 위험물의 알려지지 않은 특성을 알아야 필요가 없다. 따라서 송하인은 위험물의 고지와 관련하여 과실 유무를 불문하고 당해 위험물의 선적으로 발생한 손해에 대해 엄격책임을 부담한다. 감항능력주의의무는 발항 당시 요구되는 것으로, 당해 사안에서 영국 법원은 운송인이 당해 위험물을 연료유저장 탱크 근처로 적재하고 이후 항해 중 연료유 저장 탱크를 가열한 것은 감항능력주의의무 위반을 구성하지 아니한다고 보았다. 그럼에도 불구하고 영국 법원은 연료유 저장 탱크의 가열은 운송물에 관한 주의의무 위반에 해당할 수 있다는 점을 인정하였다. 그러나 영국 법원은 운송인의 이러한 행위는 헤이그 규칙 제4조 제2항 a호상의 면책과실에 해당한다고 보았고 그 결과 운송인에게 헤이그 규칙 제4조 제6항에 따른 손해배상청구권을 허용하였다.

※ 한국 상법은 송하인은 위험물선적으로 인해 발생한 손해에 대해 과실책임을 진다. 운송인이 위험물의 알려지지 않은 성질의 존재를 증명하더라도, 송하인이 위험물의 알려지지 않은 성질의 존재와 관련하여 과실 없음을 증명하면 손해배상책임을 면할 수 있다는 점에서, 운송인에게 불리하다고 할 것이다.

위에서 기술하였듯, 위험물의 선적과 관련하여 가장 많은 정보를 가지고 있는 것은 송하인이다. 따라서, 송하인의 사전 정보 고지가 운항의 안전과 가장 밀접한 관련이 있다 할 것이다. 면책을 위하여 피용자는 운항과실이 없음을 입증하여도, 전문지식을 가지고 있는 송하인과 책임소재를 따져야 한다는 점에서 불리한 점이 있다고 할 수 있다.

다) 책임제한 조항의 적용

우리나라의 상법에는 선주 및 선박의 운항활동과 관련하여, 책임을 일괄하고 법률상 채무내지 의무의 범위를 일정한 한도로 제한하는 해상법상 특유의 제도를 '총체적 책임 제한제도(global limitation of liability)' 라고 한다. 이는 채권자가 채권 전액을 변제받을 때까지 제한없이 변제를 해야하는 무한책임(unlimited liability)와는 반대되는 개념으로 일정금액을 한도로 책임제한(limit of liability)을 하고 있다.⁵⁵⁾ 이는 해상운송인과 하주측의 타협의 대상으로 운송업계 특성상 인정하고 있는 해상운송인의 책임제한 조항이라 할 수 있다.⁵⁷⁾ 이와 관련하여 '운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을

55) 김찬영, "해상운송에 있어 송하인의 위험물 선적에 따른 책임", 『한국해법학회지』, 한국해법학회 제38권 제2호, 2016, 11면.

56) 이균성, 전게서, 742~743면.

57) 김선옥, 전게 논문, 59면.

인식하면서, 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴' 운송물에 관한 손해는 상법상 인정되는 손해 배상에 관한 책임을 제한할 수 없다(상법 제797조 1항 단서조항, 「헤이그-비스비 규칙」 제4조 5항, 「함부르크 규칙」 제8조 1항) 라고 정의하고 있다. 이는 「로테르담 규칙」에서도 책임제한권이 배제 또는 상실되는 사유로 책임권한자의 '고의적 행위'가 규정되어 있다.

제 797조 (책임의한도)

① ... 다만, 운송물에 관한 손해가 운송인 자신의 고의 또는 손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에는 그러하지 아니하다.

'손해발생의 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 행한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 때' 라는 의미에 대하여 해석의 문제가 있지만, 이는 '고의로 행한 행위'의 범주에 포함시키는 것이 타당하다고 보여진다. '인식이 있는 무모한 행위'는 손해발생에 대한 의도까지는 없었더라도, 손해발생의 염려가 있다는 것을 의식하면서, 무모하게 행위를 하는 의미하는 것으로, 고의의 범주라고 할 것이다.⁵⁸⁾ '무모하게 행한 작위 또는 부작위'행위로 인한 불법행위가 성립됨이 청구인(Claimant)으로 인해 증명될 경우, 이는 '책임제한 이익의 상실(loss of the benefit of limitation of liability)'로 이어지게 되어 불법행위에 대한 피해를 구상할 수 있는 근거이자, 불법행위를 방지하는 하나의 장치로 작용한다.

라) 책임제소기간에 대한 조항

불법행위에 대한 원칙적인 기간은 다른 경우와 동일하다. 제소기간은 운송물의 인도 후 1년 이내의 기간(「헤이그-비스비 규칙」 제3조 6항 및 6항2에 준용)이며, 2년의 기간이 경과하면 해상운송인의 운송계약에 따른 책임 역시 소멸한다(「함부르크 규칙」 제 20

58) '인식 있는 무모한 행위'는 우리나라 또는 대륙법계 법제상의 개념이 아니기 때문에 구체적인 의미, 내용에 관해 종래의 '고의', '과실'의 개념과 관련지어 해석하려는 경향이 있다. 그 결과 이에 대하여, ① 중과실로 보는 견해, ② 인식있는 과실 또는 중과실로 해석하는 견해, ③ 중과실의 경우보다는 무거운 '고의에 가까운 중과실'로 파악하는 견해, ④ 손해발생 간오성 또는 개연성을 의식한데다 손해발생 결과를 인용하는 심리상태인 '미필적 고의' 또는 '해의(害意, 해를 끼치려는 의도)', ⑤ 적극적인 가해의 의도인 이른바 '적극적 고의'를 주장하는 등 견해가 대립되고 있다.; 이균성, 전게서, 304면.

조 및 「로테르담 규칙」 제62~63조),⁵⁹⁾ 이는 불법행위 및 채권소멸에 대한 모든 시효가 동일함을 의미한다.

제 840조 (선박소유자의 채권,채무의 소멸)

- ① 선박소유자의 용선자 또는 수하인에 대한 채권 및 채무는 그 청구원인의 여하에 불구하고 선박소유자가 운송물을 인도한 날 또는 인도할 날부터 2년 이내에 재판상 청구가 없으면 소멸한다. 이 경우 제814조 제1항 단서를 준용한다.
- ② 제1항의 기간을 단축하는 선박소유자와 용선자의 약정은 이를 운송계약에 명시적으로 기재하지 아니하면 그 효력이 없다.

이들 조약의 규정은 모두 운송계약의 당사자가 운송계약의 이행과 관련하여 상대방의 고의나 과실로 입은 채무불이행이나 불법행위의 책임 추궁(Claim)에 관한 내용을 규정하고 있다고 볼 수 있다. 이와 관련하여, 운송물 책임에 대한 책임제소 기간(1년)과 항해용선계약에 대한 책임제소 기간(2년)의 차이를 두는 것에 대하여는 논란의 여지가 있다.⁶⁰⁾

마) 고가품 특약에 관한 조항

운송인 배상책임에 대하여 고가물의 경우 특별 규정이 존재한다. 화폐, 유가증권 및 귀금속, 희귀금속, 보석, 미술품, 골동품 등 부피나 무게에 비하여 현저하게 비싼 물품인 고가품들에 대하여 송하인은 운송인에게 그 '종류 및 가액'을 명시하지 않으면, 운송인은 배상책임을 지지 않는다(상법 제815조, 제841조, - 제136조). 이는 고가이기 때문에 멸실시에 손해가 크며, 그러기에 고가물이라 명시된 화물은 운송인이 특별한 배려를 할 것이라는 기대가 되기 때문이다. 더하여 고가품 운송의 경우, 추가적인 할증운임이나 증가운임(ad valorem freight: according to the value 의 의미) 등의 추가운임 부가가 가능하나, 그러한 명시 없이 사고 발생 시 고액의 배상금을 지불한다는 것은 가혹하다는 의견들이 있기 때문이다. 이와 관련하여, 고가물의 금액을 실제 가액보다 현저하게 낮게 명시한 경우 분실, 파손 등의 손해가 발생하였을 경우 운송인은 명시가액을 초과하는 배

59) 김선옥, 전계 논문, 60면.

60) 두 기간의 차이를 둠으로서 계약운송인과 실제운송인 사이의 계약상 기간산정에 차이가 초래되는 등의 혼란의 여지가 존재한다.; 이균성, 전게서, 540면.

상액 청구는 하지 않는다. 가액을 명시하는 이유는 운송인이 배상해야할 최고한도액을 미리 알리기 위한 의미도 있기 때문이다. 실제 현실의 운송업에서 각국의 세관 통관시 관세납부금을 줄이거나, 운송거부 등의 사례를 피하기 위해 송하인이 금액을 감하여 신고하는 경우가 있다. 이러한 경우, 보상의 한도는 기입한 가액의 기준에 의하며, 운송인이 운송의무를 이행한도를 넘어서는 금액의 고가품일 경우, 운송인 거부 및 분할 운송 등의 다양한 방법을 강구할 수 있다.

운송이 시작된 이후, 운송인이 물품이 고가품임을 인지하게 되었을 경우, 운송인은 손해액에 대하여 미리 인지하고 있다고 추정되어 운송품 멸실시에 손해배상의무를 지게 된다. 문제가 발생하였을 경우, 불법행위 책임을 면하기 위해 운송인은 고가품 명시가 없었음을 증명해야 하며, 제3자를 이용한 경우, 상법상 명시조항이 없는 고가품에 대하여 면책이익을 누릴 수 없다.⁶¹⁾ 이와 관련하여 고가품 면책에 대하여 현재 우리나라 법조계에서 채택하고 있는 ‘청구경합설’의 입장 역시 문제가 된다고 할 것이다. 가령 상법상으로 발생하는 손해배상에 대하여는 ‘최고한도액’이 정해지는 정액배상을 통하여 운송인과 피해자의 합리적인 배상금액이 사전에 정해질 수 있으나, ‘불법행위’의 입증으로 인해 청구권이 발생할 경우, 민법상의 손해배상으로 운송인으로서의 피해보상금액 제한에 대한 이익이 소멸될 수 있는 여지가 있기 때문이다. 이러한 사항들은 법률적인 논의를 통한 조정이 필요하다.

《고가품 불고지에 대한 판결》⁶²⁾ - 남양문화방송주식회사 v. 한국기선주식회사

피고(운송인)의 과실에 의해 발화된 화재로 소유의 선박인 <도라지호>의 제1하치장에 적재하였던 이 건 원고 소유의 방송기재가 소훼되거나 침수로 인하여 훼손된 사실을 적법히 인정하고, 피고는 불법행위자로서 이에 대한 손해를 배상할 책임이 있다고 원심 판결하였다. 심리결과 이는 정당하고, 거기에 상법 제788조의 법리를 상사시호나 고가물에 대한 책임의 법리적용을 오해한 위법은 있을 수 없다.

(판결)

운송약관상의 채무불이행 책임과 불법행위로 인한 책임이 병존하는 경우에 상법상 소정의 단기소멸시효나 고가물 불고지에 따른 면책 등의 규정 또는 운송약관규정은 운송계약상의 채무불이행으로 인한 청구에만 적용되고 불법행위로 인한 손해배상청구에는 그 적용이 없다.

61) 이균성, 전게서, 730~731면.

62) 대법원 1977. 12. 13. 선고 75다

4. 손해배상 책임관계와 청구권 경합문제

이상을 통하여 상법상에서 '불법행위'로 준용될 수 있는 규정들에 대하여 살펴보았다.

본 절에서는 위에서 언급한 몇 가지의 관점들에 대하여 언급하고자 한다. 먼저 한 행위에 두 가지의 청구권이 존재하는 경우에 대한 논의를 하고자 한다. 이를 위해 상기의 판결(대법원 1977. 12.13 선고 75다107 판결)을 먼저 인용하고자 한다. 대법원에서는 피고(한국기선주식회사)의 보유선박의 화재발생시 소화작업을 통하여 발생한 방송장비 훼손에 대하여, ① 운송계약상의 의무 불이행을 통한 '채무불이행으로 인한 손해배상 청구권'과 ② 화재원인 제공 및 관리부주의로 인한 '불법행위로 인한 손해배상 청구권'의 두 가지 권리가 피해자에게 발생하였다고 판시하였다.

'계약책임'은 계약관계에서 발생하는 급부의무의 위반에 기초를 하고 있고, '불법행위책임'은 계약관계라는 특별관계 및 그로인한 특정 의무와는 관계없이, 타인의 재산적, 인격적 이익을 침해하는 행위로 인해 발생한다는 점에서 차이를 보인다.⁶³⁾ 연관이 없어 보이는 두 행위는, 위의 사례에서 보듯이 서로 동시에 발생하여 경합하는 경우들이 있다. 이에 대하여 두 가지의 학설이 존재한다. "① '청구권경합설'은 불법행위의 계약책임은 그 성립요건 및 효과가 독립된 것이므로, 하나의 사실이 두 개의 책임요건을 갖추었을 경우, 두 책임은 서로 경합하는 것이라는 견해이다. 이에 따르면, 두 책임이 경합할 경우 손해배상청구권자는 어느 한 쪽만의 청구권을 주장할 수도 있고, 양 쪽 모두 청구권을 주장할 수도 있다고 보는 관점이다. ② '법조경합설'은 불법행위법과 계약법의 관계를, 일반법과 특별법의 관계로 본다. '특별법 우선'의 원칙에 따라, 특수책임(계약법)을 일반책임(불법행위책임)에 우선한다고 보고, 일반책임의 적용이 배제되어야 한다고 주장한다.⁶⁴⁾ 이와 관련하여 법원에서는 '두 개의 손해배상청구를 인정하여, 권리자로 하여금 그 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있게 하는 것'이 피해자인 권리자를 두텁게 보호하는 길이다."라고 판시하여 청구권 경합설을 지지하는 입장을 보여주고 있다.⁶⁵⁾ 더하여, "불법행위 책임이 일반적인 사회생활에서 발생할 수 있는 배상관계라 할

63) 吉村良一, 『不法行為法』, 有斐閣, 2006, 273 頁.

64) 오지용, 전게서, 22면.

65) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80다1812 판결; 대법원 198 3. 3. 22. 선고82다카 1533 전원합의체 판결.

지라도 구체적인 배상관계는 특정한 당사자인 가해자와 피해자 사이에서 발생한 생활관계로, 마치 특정한 계약책임 당사자인 채권자와 채무자 사이에서 발생한 생활관계인 것과 다름이 없으며, 단지 그 배상청구권의 발생근거가 계약상의 의무위반이 아니라 법률에 규정된 위법행위라는 데에 계약책임과 차이가 있는바, 계약상 의무위반의 법률관계가 위법행위의 법률관계에 대하여 반드시 특별, 일반의 관계에 있다고 단정할 수 없다.”라는 판시를 하며, ‘법조경합설’의 견해를 받아들일 수 없음을 분명히 하였다.⁶⁶⁾

5. 운송관련 이행보조인 문제

각종 운송에서 주요한 계약관계자는 송하인과 운송인 이다. 하지만, 우리가 모두 주지하고 있듯이 현대 비즈니스 환경에서는 하나의 운송 프로젝트가 끝나기까지 무수히 많은 이행보조자들이 존재한다. 본 장에서는 우리 민·상법상 규정하는 사용자와 피용자의 책임관계와 이에 대하여 경합하는 학설들을 알아보고, 면책약관으로 주로 사용되는 ‘히탈라야 약관’의 사용사례와 문제점에 대하여 알아보하고자 한다.

가) 사용자와 피용자의 책임관계

현대의 운송은 과거와는 달리 매우 정교하고 복잡해졌다. 제품의 출고는 공장으로부터 시작되어, 운송주선업자들을 통하여 용선자들과 스케줄 예약을 실시하고, 그 사이에 물류업자들은 적합한 포장을 하며 치수를 산출해낸다. 컨테이너 업자들은 공간에 맞추어 화물들의 구획을 정하며, 관세사들은 통관서류 작업을 하고, 이와 동시에 선사들은 선급회사들로부터 출항에 필요한 감항능력 구비를 받았음을 증명하는 서류들을 수령한다. 더하여, 선구사들은 출항에 필요한 물품들을 공급하고 선장과 선원들은 화물들을 점검하고 선적서류들을 발급하며 출항을 준비한다. 이런 일련의 활동들은 단순히 과거의 송하인과 운송인과의 계약관계를 넘어서 무수히 많은 사람들을 무역이라는 비즈니스에 참여시키고 있다. 그렇다면, 이러한 참여자들의 상호책임관계를 정의할 필요가 있다. 우선 영미법과 독일법에서는 이들의 관계와 책임소재를 어떻게 보고 있을지 살펴보면, 영미법계 국가에서는 피용인의 책임을 사용자의 책임과 일치하여 보는 ‘사용자 책임’ 원칙을 엄격하게 적용하고 있다. 이는 대위책임(Vicarious liability, 채권보전을 위하여

66) 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1533 전원합의체 판결.

채무자에 귀속된 권리를 대신 행사할 수 있는 권리)를 통한 구상권을 보전하여 주며, 피용자 또는 대리인의 불법행위에 대하여는 사용자 책임원칙을 완화하여 ‘계약위반의 책임’을 피용자나 대리인에게 부여하고 있다. 사용자와 대리인은 사용자와 지휘, 감독관계가 있는 경우 유책행위에 대한 책임을 사용자도 져야하나, 독립계약자(지휘나 관리관계가 없는)의 경우에는 이러한 책임을 지지 않는다. 독일민법 제278조에서는 사용자와 피용자의 관계를 정의하고 있으며, 많은 부분에서 한국 민법 제391조에 영향을 주었다. 채무자는 채무이행을 위하여 사용한 자의 과책에 대하여 자신의 과책과 동일한 범위 내에서 책임을 부담한다. 독일 민법에서는 사용자와 관리, 감독 관계가 있는 피용인 또는 대리인을 ‘이행대행자(Substitut)’로 정의하고 직접적인 관리, 감독 관계가 없는 이들을 ‘이행보조자(Erfüllungsgehilfe)’로 나누어 기술하고 있다. 이러한 사용자와 피용자는 ‘채무이행을 위하여(zur Erfüllung der Verpflichtung)’ 상호 의무이행의 책임을 부여받으며, 기본적으로는 ‘무과실 책임주의’에 기반하여 그 의무를 부과한다는 것이 한국의 법과는 차이점이라 할 수 있다.

[표 7] 영미법·독일법상 사용자와 피용자의 관계

구 분	조 항	조 문
영미법	(엄격) 사용자책임	피용자, 대리인 및 독립계약자로 구분
독일법	무과실 책임주의	이행대행자와 이행보조자로 구분

우리나라의 민·상법에서는 여러 가지 이름으로 이러한 이들을 정의하는데, 앞서 언급하였듯 이행보조자적 피용인이라는 의미에서 놓고 보면, 법전에서 이들을 정의하는 용어는 1.5 절에서 살펴보았듯 여러 단어로 정의된다. 그렇다면 민법과 상법에서 서로가 정의하는 사용자와 피용자의 책임여부는 어떻게 될까? 정리하여 보면 아래와 같이 될 것이다.

[표 8] 민·상법상 사용자와 피용자의 관계

구 분	조 항	조 문
민 법	제 391조	채무자가 타인을 사용하여 채무를 이용하는 경우, 그 타인(이행보조자)의 고의나 과실에 대하여는 채무자(사용자)의 고의나 과실로 본다.
상 법	제 794~795조	피용인의 범위에 대하여 정의하여 놓은 조항은 없다, (단, 운송인의 면책조항이 존재하여 민법과 다른 해석여지가 있음)

민법에서는 기본적으로 피용자의 과실에 대한 책임소재는 채무자(사용인)에게 지우고 있다. 상법상에는 피용자의 범위에 대한 직접적인 조항은 없다. 다만 상업적 사용자에 대한 정의와 면책조항에 대한 정의가 존재하고 있는데, 해상운송과 관련하여 다양한 면책의 사례를 두고 있어 경우에 따라서는 사용자가 피용자의 과실 책임에 대하여 면책이 가능하다는 인상을 주고 있다. 이는 민법의 피용자의 범위가 상법상의 이행보조자의 면책범위보다 크기도 하고, 지속적으로 언급되지만 해상운송 환경 특유의 위험성을 반영한 상법의 특성과도 연관이 있다고 할 것이다.

상법 제795조에서는 '선박사용인'이라는 단어가 기술되어 있다. 선원과 구분되어 있는 '선박사용인'이라는 단어 역시 의미를 정의해보아야 한다. 사전적인 의미의 선박사용인은 선내 항해조직에 속하여 근로를 제공하는 자가 아니기 때문에, 선원과도 구분되는 '선박사용인(Servant on the ship)'이라는 단어로 정의된다.⁶⁷⁾ 그리고, 우리는 앞의 1.5장에서 사용인(Servant)라는 단어가 민법상의 피용자와 동일한 의미임을 확인하였다. 다시 앞에서 제기하였던 문제를 제기할 수 있는데, 민법에서 규정하는 이행보조인(피용자)의 과실이 사용자에게도 미친다는 원칙이 상법상으로도 적용이 가능한가에 대한 문제이다. 이러한 해석이 가능하다면, 선원 외에 '선박사용인'들의 행위 역시 사용자에게 귀책될 수 있다는 해석이 가능해지고, 항해상의 면책조항이 이들에게 적용 가능할지에 대한 의문도 제기될 수 있다.

이와 관련하여 두 가지의 학설이 대립한다. 우선 ① **예시규정설**로 보는 '상법 제794조(감항주의의무위반)' 및 '제795조 1항(상사과실)'에서 발생하는 해상운송인의 손해배상 책임에 관한 관점이 있다. 상법의 성격 및 내용이 민법상 일반원칙을 상법상으로 운송인에 관한 조항으로 구체화시켜 놓은 '예시규정'이라고 보는 관점이다. 다시 말해, 상법 조항의 법원은 '민법 제391조'와 같다고 보며, 민법상 사용자와 피용자의 책임의무가 동일하다고 보는 것이다. 이는 '상법 제135조(육상운송인의 책임)' 과도 동일하다고 보며, 이러한 해석에 따르면 상법 규정을 위반한 피용자의 불법책임에 대하여, 용자 역시 책임을 지게 된다. 그렇다면, '선박사용인'의 성격을 가지는 피용자들의 행위는 사용자들에게 어떤 영향을 미칠 것인지에 대한 문제가 발생한다(가령 선박출항전 감항능력

67) 이균성, 전게서, 224면.

구비를 확인하는 '선급직원'들의 행위에 대하여 사용자가 어느 정도의 책임을 져야 하는지 문제가 생긴다). 예시규정설에 따르면, 이러한 이행보조자 및 이행대행자 모두가 '광의의 이행보조자'로 보아야 하고, 민법의 법원을 가지는 상법의 영향을 받으며, 상법 제795조1항의 예시된 손해의 유형이 아닌 채무불이행이나 불법행위가 일어날 경우 '민법의 규정에 따라서' 피용자의 과실에 대하여 사용자는 배상 책임을 부담한다.⁶⁸⁾

이와 상반되는 학설로는 ② **예외규정설**이 존재한다. 이 관점은 상법 제794~795조의 조항은 「헤이그-비스비 규칙」을 한국의 실정에 맞게 적용한 규정으로, 상법상의 선원 및 선박사용인은 '협의의 이행보조자'로 보아야한다는 관점이다. 이는 '상법 제794~795조'는 '민법 제391조'의 특칙규정이며, 따라서 이들의 관계를 동일하게 보아서는 안된다고 설명하는 학설이다. 이들의 관계는 '실질적인 지휘, 감독 유무'가 중요하며, 운송인과 직접적인 고용계약 또는 지휘관계가 있는 '이행보조자'와 지휘관계 없이 계약관계만이 존재하는 '독립계약자'로 분리하여 보아야 한다는 것이다. 따라서, 실질적인 지휘, 관리 관계가 없는 피용자가 저지른 불법행위에 대한 책임은 사용자가 지지 않는다(가령 소매상에서 물건을 구매 한 소비자가, 물건의 하자가 있다고 해서 그 책임을 소매상이 아닌 도매상에게 지울 수는 없다는 논리와 동일하다). 이러한 견해로 보면, 앞에서 논의가 되었던 운송인 자신의 이행보조자 불법행위에 대한 입증책임이 상법의 취지와 같아질 수 있다. 현재 면책을 위한 항해상의 의무이행에 대한 입증은 운송인이 행하고 있지만, '불법행위'에 대한 입증의 책임은 사용자가 직접 입증해야 하는 상황이 발생하는데, 예외규정설에 따르면 상법은 민법의 예외규정이자 특칙이기 때문에 운송인이 이행보조자의 무과실에 대한 입증의 책임을 지게 되는 효과를 가져올 수 있다.⁶⁹⁾

대한민국의 법체계에서는 사용자는 운항중의 면책이익을 누리되, 피용자가 사무집행 중 다른 사람에게 위법하게 손해를 입힌 불법행위의 경우에는 사용자도 배상책임을 지게 된다(민법 제756조). 다만 상법상 규정하는 면책요건이 성립될 경우 사용자는 책임을 지지않으나, 이러한 면책이익은 '독립계약자'에게는 적용되지 않는다. 이와 관련하여 우리나라의 민법 390조의 채무불이행 해석은 2002년 개정전 독일민법⁷⁰⁾이 규정한 이행

68) 정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2014, 889면.

69) 김정호, 『상법총칙·상행위법』, 법문사, 2008, 320면.

70) 2002년 개정된 독일민법에서는 채무불이행에 대한 '포괄적 의무위반(Pflichtverletzung)'을 규정하고

지체와 이행불능, 학설과 판례에서 인정한 적극적 채권침해 등의 3가지 유형 체계에 따라 구성되어 있으며,⁷¹⁾ 이로 인해, 불법행위 입증책임 역시 피해자의 부담사항으로 규정하고 있어, 예외규정설이 들어설 자리가 없다. 이러한 배경으로 인하여, 상법과의 마찰이 발생하는데 가령, 상사과실 및 불법행위에 대한 증명 책임은 피해자에게 부담을 시키고, 운송인은 운송물에 관한 주의의무에 대하여 무과실을 증명할 필요없이 법정 면책사유가 된다는 점에서, 과연 상법이 민법의 예시규정으로 보아야 하는가와 같은 의문을 가지게 하며, 운송인의 상사과실의 경우, 무엇이 운송물에 대한 주의의무를 게을리한 것이고, 무엇이 항해과실인지 구별하는 것이 실무에서 간단하지 않다. 이러한 점에서 민법상 귀책사유를 적용하는 예외규정설이 과연 지금의 현황에 적합한지 등에 대한 쟁점들이 존재한다.⁷²⁾

나) 히말라야 약관 준용과 상법상 해석

제2.2 장에서 언급되었듯 *Adel v. Dickson* 사건 이후, 운송업에 종사하는 피용자들은 경쟁적으로 <히말라야 약관>을 삽입하여, 운송계약에서 면책과 책임제한의 보호를 받고자 했다. 히말라야 약관은 ‘독립계약자’를 위한 조항이고, 이는 ‘광의의 이행보조인’의 범위에 따른다. 이는 운송인의 손해배상 책임과 관련하여 운송인이 주장할 수 있는 항변과 책임제한의 이익이 ‘사용인과 대리인(Servant or Agent)’에 제한되어 있는 것에 대응하기 위해 ‘독립계약자(Independent Contractors)’ 들에 의해 만들어지고 삽입된 조항이기에 자세한 기술은 피하고자 한다. 다만 초기의 운항보조자들의 권익보호 및 산업보호를 위해 준용되던 선의의 의도에서, 현재는 선사들의 무분별한 남발로 인하여 문제가 되고있는 상황이다. 우리나라 상법 제799조에서는 “제794조부터 제798조까지 규정에 반하여 운송인의 의무 또는 책임을 경감 또는 면제하는 당사자 사이의 특약은 효력이 없다”라고 규정하여, 무분별한 약관의 남발로 송하인들이 피해를 입는 상황을 규제하려 하고 있다.

있다; 이은영, 『채권총론』, 박영사, 2009, 202면.

71) 박윤직, 『채권총론』, 박영사, 2007, 767면; 이은영, 전게서, 205면.

72) 양석완, 전게서, 103~107면.

《히말라야 약관 인용에 대한 판결》⁷³⁾ - 나이스무역 v. 유피에스에스씨에스코리아, 허치슨터미널

원고는 중화민국의 상해해신국제무역 유한공사로부터 안경렌즈첨가제인 IPP-27 3,000kg(이하 '이 사건 화물'이라고 한다)을 미화 22,200달러(1kg당 미화 7.4달러)에 수입하는 계약을 체결하였다. 화물은 '유피에스 오션 프레이트 서비스(UPS OCEAN FREIGHT SERVICE, INC.)'의 중국대리점인 '프릿츠 로지스틱스(FRITZ LOGISTICS CO., LTD.)'의 운송의뢰에 따라 2004년 9월 23일, 중국 상하이항에서 피고의 주식회사의 선박에 선적되어 9월 26일 부산항에 도착하였다. 그런데 화물은 유기과산화물인 디이소프로필 퍼옥시디카보네이트(Di-iso-propyl-peroxydicarbonate)를 함유하고 있어 상온에서는 자연발화하는 성질을 가지고 있었으므로, 피고의 주식회사는 '프릿츠 로지스틱스'의 의뢰에 따라 이를 냉동컨테이너에 적재하여 영하 18도의 냉동상태로 보관, 운송하였는데, 부산항에 도착하여 양하 및 화물의 장치업무를 하는 터미널운영업자인 피고 2 주식회사에게 이를 인도할 당시 위 냉동컨테이너에 위험물관리코드만 부착한채 이 사건 화물이 영하 18도의 냉동상태로 보관되어야 한다는 사실을 고지하지 아니하였다. 피고의 주식회사과의 용역계약에 따라 이 사건 화물을 인도받은 피고 2 주식회사는 위 냉동컨테이너에 부착된 위험물관리코드를 제대로 살피지 아니한 과실로 따로 온도를 관리할 필요가 없는 화물로 생각하여 위 냉동컨테이너에 전원을 연결하지 아니한 채 상온 상태로 부산 컨테이너터미널의 일반위험물 임시장치장에 이 사건 화물을 보관하였는데, 화물은 9월 30일 냉동컨테이너 안에서 자연발화하여 모두 소훼되었다.

(판결)

선하증권 뒷면에 '운송물에 대한 손해배상 청구가 운송인 이외의 운송관련자(anyone participating in the performance of the Carriage other than the Carrier)에 대하여 제기된 경우, 그 운송관련자들은 운송인이 주장할 수 있는 책임제한 등의 항변을 원용할 수 있고, 이와 같이 보호받는 운송관련자들에 하수급인(Subcontractors), 하역인부, 터미널 운영업자(terminals), 검수업자, 운송과 관련된 육상·해상·항공 운송인 및 직간접적인 하청업자가 포함되며, 여기에 열거된 자들에 한정되지 아니한다'는 취지의 이른바 '히말라야 약관'(Himalaya Clause)이 기재되어 있다면, 그 손해가 고의 또는 운송물의 멸실, 훼손 또는 연착이 생길 염려가 있음을 인식하면서 무모하게 한 작위 또는 부작위로 인하여 생긴 것인 때에 해당하지 않는 한, 독립적인 계약자인 터미널 운영업자도 위 약관조항에 따라 운송인이 주장할 수 있는 책임제한을 원용할 수 있다.

이와 같이 대법원 판결에서 육상에 정치한 재화의 보관 상태에서 발생한 사고 역시 '히말라야 약관' 적용범위 대상으로 고려하는 것에 대한 비판 여론이 많이 일고 있다. 상법 제799조의 입법취지는 약관규제법을 통하여, 계약조항이 담긴 계약서의 조건들을

73) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2007다4943 판결

받아들이거나 그렇지 않을 경우, 해상기업의 특성을 갖지 않는 터미널 운영업자, 육상운송인, 항공운송인 등에 대하여, 비록 당사자들의 특약이 있더라도 운송인의 계약상 항변과 책임제한을 원용할 수 없다고 보는 것이 옳을 것이다. 『로테르담 규칙』에서는 해상이행당사자에 육상운송인 등이라 하더라도, 항구 내에서 해상운송인의 의무를 이행하거나 이행하기로 약정한 자들을 포함하면서 육상운송인, 항만하역업자, 터미널 사업자 등도 해상이행 당사자로 운송인의 항변과 책임제한 원용이 가능한 길을 열어주고 있다. 하지만 『로테르담 규칙』의 기본 개념은 『헤이그-비스비 규칙』이 규정하고 있는 독립적 계약자와 달리 원칙적으로는 **해상(Maritime)**이라는 특질을 가지는 자들로 한정하고 있다.⁷⁴⁾

‘히말라야 약관’에 대한 논쟁은 우리에게 많은 시사점을 던져주고 있다. 앞의 1.3장에서 전술하였듯, 하주와 선주의 역사적인 대결 구도에서 선주의 힘이 약해질 무렵, 운송업자들은 약관들을 대거 동원하여 이러한 움직임을 무력화 시키려는 행동을 보여주었는데, 이러한 논쟁이 다시 재현되고 있는 것 같은 인상이 들기 때문이기도 하다. 이러한 현상은 ‘물건을 싼 가격에 적은 리스크로 보내려는 자’와 ‘물건을 비싼 가격에 적은 부담을 지며 운송하려는 자’들의 싸움이 어찌면 계속적인 분쟁과 타협을 반복하며, 앞으로의 세상을 만들어 나갈 것이라는 역사의 교훈을 주고 있는 것으로 보인다. 이러한 환경에서 균형 있는 제도정비를 위해서는 더욱 많은 사례의 분석과 고찰이 필요할 것이라 보인다.

IV. 결 론

산업혁명이 본격화 되면서, 운송업에 종사하는 인원들 역시 많은 역할 분담이 일어나게 되었다. 이러한 역사적 발전은 전문선주의 등장을 불러왔고, 이는 기존의 선박소유, 화물의 관리 및 매매, 선박의 운항 및 관리역할의 분리를 가져왔다. 이러한 상황에서 사용자-피용자의 관계는 점점 고도화 되었고, 이는 파생적으로 피용자 및 이행보조자의

74) 이정원, “히말라야약관과 상법 제799조의 관계”, 『법학연구』, 부산대학교 법학연구소, 제51권 제4호, 2010, 590면.

분화 역시 가져왔다. 그리고 역사에서 보았듯, 하주국과 선주국의 주도권 다툼은 계속 진행되어 오고 있다. 그리고 그 중심에는 법제상 유지되어오고 있는 해상에서의 ‘면책 특권’에 대한 정합성의 논쟁과 해상운항환경의 변화에 대한 이야기가 있다. 이와 관련하여 과거에 해상운송인들에게 왜 면책특권이 왜 주어졌는지를 항상 논의의 중심이 되어왔다. 면책특권의 확대적용은 현대에도 피용자(사용자)들의 과실 및 불법행위에 대한 면책시도의 빌미가 되고 있기 때문이다.

해상운송인들의 면책특권은 다음과 같은 역사적인 사실에 기인한다. 첫째, 과거의 항해는 앞에서 말했듯 굉장히 위험한 행위였다. 최초의 항해는 해류와 바람을 이용한 무동력선 항해였고, 원양항해의 손실률은 20%를 넘어섰다.⁷⁵⁾ 이러한 상황에서 ‘바다위는 위험하다’는 공감대가 보편적으로 받아들여지고 있었다⁷⁶⁾. 둘째, 항해는 위험한 활동이었지만, 성공하였을 때의 보상이 엄청났기에 국가에서 이를 장려할 필요가 있었다는 점이다. 위험하기도 한 산업에 책임까지 엄격하다면 산업에 유입되는 인력이 고갈될 것이라는 현실적인 고려가 항해면책특권의 확대를 가져왔다. 셋째, 해상운송업이 고도화되면서, 선박 소유와 항해의 분리에 따라, 항해에 직접 참여하지 않는 선주들을 피용인들의 유책행위나 불법행위로부터 보호할 필요성도 대두되었다. ‘무과실주의’로 인한 손배상 책임이 부여된다면, 이 역시 국가가 장려하는 항해산업에 장애물이 될 터였다. 넷째, 해상보험 제도의 발달 역시 논의에서 빼놓을 수 없다. 해상보험이라는 제도가 일반화되면서, 바다에서 일어나는 손실에 대하여 손배상 받을 길이 생겼다. 이는 선주나 피용

75) 16~17세기 포르투갈의 해양진출사를 분석한 미국의 역사경제학자 J.R. Meyer가 조사한 포르투갈의 자료에 따르면, 1600~1635년 사이 총 912척의 상선들이 리스본항을 출발하였는데, 이중 60척(6.5%)은 목적지에 가보지도 못하고 중도 회항하였고, 84척(9.2%)은 운항도중 실종되었으며, 목적지에 도착한 배는 최종 768척(84.2%)였다고 한다. 이후 258척(28.3%)이 상태가 나빠지거나 현지에 순찰용으로 사용되어 항해에서 이탈하였고, 510척이 귀환길에 올라, 75척(8.2%)이 다시 침몰하거나 실종되어 총 435척(47.8%)만이 리스본으로 돌아올 수 있었다고 한다. 이 중 현지에서 남겨진 배들을 제외하면, 약 24%에 달하는 배들이 평균 항해에서 난파되거나 실종되었던 것을 알 수 있다; J.R.Meyer, *The Transition to Deregulation: Developing Economic Standards for Public Policies*, Quorum Books, 1991.

76) 한 번의 항해로 약 20~30%의 선원들이 선상에서 손실되었다고 기술한다. 당시 포르투갈 인구의 10%인 10만 명 이상이 해외식민지 개척에 종사했고, 이는 포르투갈 전체 남성인구의 35%에 해당하였다. 전체 인구의 손실율은 전 연령대로 환산하였을 때, 각 연령별로 7~10%에 달하였고, 이러한 수치는 포르투갈이 장기적으로 감당하기에는 너무나 버거운 것이었다; *ibid.*

인이 직접 해상에서의 하주의 손해를 부담하지 않아도 구제받을 곳이 생겨났다는 것은 피용인의 불법행위를 눈감아주는 분위기로 발전되어 갔다.⁷⁷⁾

하지만 이러한 전통적인 선주 및 피용인들의 면책권이 현대에도 적합한지는 다시 생각되어야 한다. 현대의 해상환경은 과거와 달리 많은 부분에서 변화가 이루어 졌다. 선장의 대리권 범위가 너무 광범위하게 법으로 정해져 있어, 오히려 선주들이 항해지시를 하기 힘들다는 여론이 높고, 기상장비 및 통신장비의 발달과 운항기술의 최신화로 과거에 비하여 해상에서의 위험요인은 현저하게 줄어든 상황이다. 더하여 해상보험이라는 제도가 피용자들의 과실을 안아주면서, 실제 하주들의 부담이 높아진 것도 기존의 관행에 대한 개선요구가 높아지게 하는 점이다.⁷⁸⁾ 이러한 이유로 인하여 일부 학자들은 이러한 선주책임 제한제도를 '손해배상책임 체계의 이단아'⁷⁹⁾ 라고 까지 부르며 개정을 요구하고 있는 실정이다. 하지만 이러한 높아지는 요구에도 불구하고 많은 제약 사항이 있는 것 또한 사실이다. 운송인의 책임제한에 대한 필요성을 공감하면서도, 폐지를 하지 못하는 것은 실질적인 운송인 면책조약의 폐지는 바로 보험료 및 운임의 상승과도 직결되는 문제이기 때문이다. 더하여 운송인의 면책약관 폐지가 일어나는 경우, 한국 국적선이 외국 하주와 운송계약시에 발생할 임의의 사고에 대하여, 한국측의 선주 및 피용자들은 손해배상 청구의 대상이 되고, 외국 선주들은 면책이익을 향유하게 되는 차별 발생도 현실적인 문제라고 할 것이다. 미국, 프랑스 등이 주도하는 「로테르담 규칙」에서 기존의 운송인의 면책카탈로그 및 항해과실 면책이 폐지된 점과 일본의 「2019 개정상법」에서는 오히려 운송인의 감항의무에 대한 면책조항을 강화하고, 이행대리인들의 면책약관 사용을 강화하는 쪽으로 방향을 선회한 것은 각 국가들의 복잡한 셈법을 반영하고 있다고 할 것이다.⁸⁰⁾ 이러한 상황에서 피용자의 불법행위에 대한 광범위한 면

77) 이균성, 전게서, 264~265면.

78) 이균성, 전게서, 265면.

79) 권기훈, “해상법상 손해배상책임 제도의 문제점”, 『한양법학』, 한양대법학회, 제22권 제4집, 2011, 80면.

80) 일본은 국제운송에 적용되는 '국제해상물품운송법(COGSA)'을 따로 두어, 국내상법과 이원적으로 운용하고 있다. 일본국내에서 운송인은 감항주의 의무에 있어서는 '무과실책임주의'의 적용(개정 전 제738조)을 받았으나, 개정상법에서는 국제적인 흐름에 맞추어 '과실책임주의'로 변경하였다. 이로 인해 선박의 감항성을 갖추려는 노력이 인정되면, 손해발생시에 면책이 가능하게 되었다. 더하여 기존에 COGSA에만 유지하고 있던 '항해과실면책'에 대한 사항을 개정상법에 넣음으로써, 면책 약관 등을 사용한 운송인의 면책이익 향유가 가능해졌다; 김인현, “2018년 개정 일본해

책특권은 폐지되어야 할 필요가 있으리라 생각된다. 위에서 언급하였듯 달라진 해상환경에서 당연하듯 누려온 특권은 선주 및 피용인들의 준법의식을 약화시키고, 장기적으로는 해상운송업 발전에 저해요인이 될 것이다.

한 가지 희망적인 것은 현재 이루어지고 있는 무역환경의 변화라 할 것이다. 현대 무역의 가장 큰 트렌드는 IT기술을 접목한 '스마트(Smart)화' 바람이다. 적하장에는 사람이 더 이상 필요 없는 '스마트항만(Smart Port)'이 이미 중국에서 운영되고 있으며, 노키아, 롤스로이스 등의 유수의 기업들이 '무인선박화'를 통한 사람이 필요 없는 물류운송 환경을 구축하려 노력하고 있고, 많은 부분에서 가시적인 성과를 보이고 있다. 산업혁명 및 통신혁명에 버금가는 이러한 변화는 현재, 선주국과 하주국 사이에서 부침을 겪고 있는 무역환경에 하나의 해결책이 될 수 있다고 생각한다. 17~19세기 여러 가지 항해 보조기구들의 발달 및 내연기관의 발명이 선박 한 척당 종사하는 선원들의 수를 극적으로 감소시켰고, 이러한 기술발전으로 인한 원가의 절감과 효율화가 현대 해상운송에 기틀을 마련해 주었음을 우리는 이미 경험한 바가 있다.⁸¹⁾ 더욱 정밀화되는 시스템의 개선은 항해효율 개선 및 안전성 개선을 지속적으로 이루어나갈 것이고, 선박의 무인화와 에너지효율의 증가는 물류 고정비의 많은 부분을 절감시킬 것이다. 장기적인 이러한 환경은 국제운송에서도 보험료 하락 및 운송인 면책에 대한 논쟁을 해결시켜줄 중요한 흐름이 될 것이다. 이와 관련하여 학계를 중심으로한 건설적인 고민이 필요하리라 생각된다.

상법", 해양 한국, (2020년 11월 3일 <http://www.monthlymaritimekorea.com>).

81) 김성준, 전계서, 250~251면.

(첨부1)

- 김 현 위원 : 그렇게 하는 것이 좋겠습니다.
- 이주홍 위원 : 8월 8일, 8월 22일 그 다음 9월 중에 회의를 해서 세 번 정도 하면 될 것 같습니다.
- 채이식 위원장 : 그렇게 진행하면 되겠습니까? 그럼, 그렇게 진행해보도록 하겠습니다.
- 서태경 위원 : 기간이 단기간으로 되었으므로 논의할 바를 회의 전에 미리 나눠주어서 각자가 검토할 시간을 가지고 회의를 해야 할 것 같습니다.
- 채이식 위원장 : 오늘 제일 큰 주제로 '해상법 체계'에 관해서 논의를 하겠습니다. 이미 몇 번 논의가 있었고 얼마 전에도 저희들이 비공식적으로 만나서 유익한 논의를 하였습니다. 1991년도에 상법을 개정하면서 그 당시 큰 작업을 한 것이 내용을 변경을 하지 않았지만 운송부분에 관해서 1991년도 이전에 운송인이라는 개념이 없었고 선박소유자라고 했었는데 그것을 계약의 개념으로 바뀌어야 된다고 해서 운송인으로 바꾸었습니다. 그런데 그 당시 바꾸지 못한 것으로, 해상기업의 조직에 관해서는 아직 선박소유자 개념으로 그대로 남아 있습니다. 그래서 이번에 한 번 근대적인 의미의 해상법으로 재고해봐야 되지 않을까 합니다.

저희들이 현행법이 어떤 경로를 거쳐서 왔는가를 알아보면 좋겠다고 해서 지난번 비공식모임에서 1991년 이전의 우리 상법, 1962년 이전의 의용상법 등을 보니까 일본 상법에 기초한 것이었습니다. 일본 상법(해상편)이 1899년도에 만들어졌는데 그 이후에는 한 번도 근본적으로 개정된 일이 없고 1899년도에 만들어진 일본법은 1987년도 독일 신상법에 기초한 것입니다. 독일법도 근본체계가 그대로 유지되고 있습니다. 결국 일본과 독일 해상법은 이상하게도 별다른 개정이 없었고 우리도 그대로 유지되었습니다. 그런데 독일 신상법의 기초가 된 것은 프랑스 해상법 즉 1681년 해사칙령입니다. 지난번 비공식모임에 안 오셨던 위원님들 참고하시라고 프랑스

해사칙령, 1807년도에 만들어진 나폴레옹 상법전, 그 당시 해운을 이해하기 위한 자료로 동인도회사라는 책 등도 가져왔습니다.

1800년대 말의 해운은 100여년이 지난 오늘날에서 볼 때 완전히 다른 상태가 되었습니다. 특히 그 당시는 선박을 중심으로 한 선박단위로 운송이 이루어졌는데 지금은 선박이 운송의 수단 즉 기업의 설비로서 사용되는 것이기 때문에 이런 점을 반영해서 프랑스에서도 1960년대에 완전히 법을 바꾸어서 근대적인 의미의 법체계를 갖추었습니다. 그리고 지난번에 러시아법, 중국법 그리고 최근에 만들어진 노르웨이법, 스웨덴법, 캐나다법도 보았습니다. 최근의 해상법에 많은 영향을 미친 영미법에서의 개념을 보면 해상기업조직을 상인으로 인식하지 선박으로는 인식하는 경우가 드물기 때문에 그런 점도 고려했으면 합니다. 그리고 지난번에 존경하는 김 현 변호사님과 송상현 교수님이 쓰신 ‘해상법원론’도 보니까 그런 식으로 되어 있어서 한 번 해상법의 체계를 근대적 의미에서 또 영미법도 반영해서 ‘조직편’에 해상기업의 조직, 선박과 관련된 규정을 넣고 ‘운송편’ 용선계약 등을 포함하여 규정하는 체계로 해보았으면 합니다. 지난번에 의견이 대략 모아지기도 했습니다.

관련하여 저희들이 고려했으면 하는 것으로, 최근에 일본에서 회사법을 완전히 상법에서 분리하여 별도의 법을 만들었습니다. 그렇게 되니까 일본 상법자체에 남은 규정이 별로 없게 되었습니다. 그리고 지난주에 해상법을 전공하는 일본교수가 와서 저한테 이야기하기를 일본에서도 해상법을 개정하려는 움직임이 있고 한국에서 해상법을 개정하면 그것을 참고하려는 기대도 많이 하고 있다고 했습니다. 그리고 일본에서는 앞으로 해상법을 개정한다면, 일본 해상법도 단행법률이 될 가능성이 많다는 것입니다. 회사법도 별도의 법률이 되어서 조문이 얼마 남지 않은 상법에 해상법을 개정해서 넣는다는 것이 전체적으로 모양도 이상하고 체계도 맞지 않기 때문입니다. 그래서 그런 시각에서 본다면 그런 입법이 좀 더 선진화 된 것이 아닌가 합니다. 그리고 우리가 지난번에 검토해본 중국, 노르웨이, 스웨덴, 러시아도 상법과 분리하여 독자적인 해상법을 만들었고 프랑스도 1960년대에

(첨부2)

인 해상법은 체계가 다 그렇게 되어 있습니다. 나중에 초안을 가지고 와서 다시 보도록 하겠습니다. 그리고 선박우선평권에 관한 것이 끝부분에 있으니까 앞에서 선박우선평권을 인용하는 조문이 많이 있어서 논리적으로 맞지 않게 되어 있습니다.

□ 최준선 위원 : 앞으로 가입해야 할 국제조약에 대해 논의가 되었으면 좋겠습니다. 일단은 헤이그-비스비조약과 해사채권책임제한조약 두 가지는 우선 가입을 했으면 좋겠습니다. 그리고 다른 것도 있을까요?

□ 서동희 위원 : 지난번에 말씀하시기는 1999년 해난구조조약이 있습니다.

□ 채이식 위원장 : 그것도 우리가 가입할 수 있을 것입니다. 그리고 최근에 만들어진 것으로 선박연료유협약(Bunker Convention)도 가입해도 별문제가 없을 것 같습니다.

그리고 다음 논의할 주제는 정책적으로 아주 중요한 문제이고 원칙과도 관련이 있는 문제입니다. 역사적으로도 상당히 의미가 큰 '항해과실면책조항'을 폐지하자는 견해가 있어서 이 분야에 대해서 김 현 변호사님께서 먼저 서면을 내신 것에 대해서 말씀해주시기 바랍니다.

□ 김 현 위원 : 항해과실 면책조항은 폐지되어야 합니다. 상법 제788조 제2항은 "운송인은 선장, 해원, 도선사 기타의 선박사용인의 항해 또는 선박의 관리에 관한 행위……로 인하여 생긴 운송물에 관한 손해를 배상할 책임을 면한다."라고 규정함으로써 항해과실 면책을 규정하고 있습니다.

전통적으로 상사과실과 항해과실을 분리해 왔고, 상사과실(운송물 선적, 적부, 보관, 취급, 양륙상의 과실)에 대하여만 해상운송인에게 손해배상책임을 지우고 있으나 현실적으로 상사과실과 항해과실을 구별하기는 쉽지 않습니다. 운송인이 선박관리를 잘못하여 운송물이 훼손된 경우 항해과실과 상사과실이 중복됩니다. 그리고 항해와 선박관리는 운송인의 기본 의무인데 이

로 인하여 생긴 손해에 대해 면책시킨다는 것은 불합리합니다. 육상운송, 철도운송, 항공운송과 비교하여도 형평에 맞지 않습니다.

국제해법회(CMI)도 1974년에 이미 항해과실을 운송인의 면책사유에서 제외하자고 제안하였고 1978년 함부르크규칙, 현재 논의되고 있는 유엔국제거래법위원회(UNCITRAL)의 2003년 11월 4일자 운송계약초안도 항해과실을 면책사유에서 제외하고 있습니다.

□ **채이식 위원장** : 이것은 굉장히 중요한 문제입니다. 그리고 간과할 수 없는 현실적인 문제로 국회에서 또 선주들이 이것을 어떻게 받아들일지 또한 법을 하는 사람 양심에 비추어 어떻게 처리해야 될지 아주 어려운 문제입니다. 어떤 식으로 논의하는 것이 좋을지…….

□ **정병석 위원** : 항해과실 면책은 전에도 한 번 논의를 했었던 것 같습니다만 이런 문제는 책임제한한도액과 같이 결단을 필요로 하는 부분이기 때문에 여기서 두 세 시간을 더 논의를 한다고 해서 더 진전될 것 같지는 않습니다. 그래서 일단 우리가 전반적인 체계가 갖추어진 후에 논의를 할 텐데 결국은 하나의 안으로 정리되기는 어려울 수 있을지는 모르겠습니다만 그때 논의를 했으면 합니다. 다만 (폐지할 경우) 아직도 많은 나라들이 항해과실면책조항을 가지고 있는데 예를 들어 한국에서 발행되는 선하증권은 한국법을 준거법으로 하는 경우가 많습니다. 그래서 우리나라 선박들이 외국에서 사고를 내었는데 한국법이 적용되어서 항해상과실면책조항을 주장하지 못하고 반면에 우리나라 화주들은 외국선박에 실어서 항해과실면책 때문에 청구를 하지 못하고 하는 경우가 발생할 수 있을 것입니다. 하여튼 이것을 당위성으로서 하느냐 하는 것은 별론으로 하고 전반적으로 많은 국가들이 아직도 헤이그-비스비를 체계를 취하고 있는 것을 감안하면 누구에게 유리하게 하고 불리하게 하느냐하는 문제를 떠나서 불합리한 문제가 있는 것 같습니다.

□ **채이식 위원장** : 그 말씀을 들으니까 이 문제는 보험도 한 번 검토를 해봐

야 할 것 같습니다. 만일 이것을 폐지할 경우에 보험에는 어떤 영향이 있을지도 검토해봐야 할 것 같습니다.

□ 이주홍 위원 : 위원장님 말씀대로 1978년도 함부르크규칙에서 항해상 과실 면책조항을 폐지할 것인가를 논의를 하면서 최대 쟁점이 된 것이 보험문제입니다. 당시 선주 측에서는 보험료인상을 초래한다고 하고 중복보험문제도 논란이 되었습니다. 김 현 위원님께서 폐지를 제안하셨으니까, 검토를 해보면, 현실적인 어려움에 대한 고려는 없을 수야 없겠지만 이 규정이 존치되어야 될 당위성이라든가 이론적인 정당성은 현재 다 잃어버린 상태입니다. 그리고 육상운송, 항공운송, 철도운송과의 균형문제에서도 문제가 있고 사법의 책임의 기본원리와의 전혀 맞지 않는 것입니다. 이것이 언제 해상법에서 사라지느냐 하는 것은 시기의 문제인 것 같고 그 시기도 생각하는 것보다 좀 더 빨리 다가올 것 같습니다. 이미 1978년도에도 이론적으로는 선주국인 영국 등의 입장이 많이 밀렸다고 생각됩니다. 이것이 국회에 까지 올라가질지는 저도 상당히 의문을 갖습니다만 우리 개정위원회에서 위원님들이 어떤 생각을 가지고 있는지를 기록해두는 것이 앞으로 개정은 의가 있을 때 이부분이 중요한 안건이 되도록 하는 데 도움이 될 것 같습니다. 저는 기본적인 입장에서는 김 현 변호사님의 의견에 전적으로 동의합니다. 다만 다른 위원님들께서도 비슷하게 생각하실 것 같은데 다른 선진국들과 보조를 맞추는 것 등이 어려운 문제인 것 같습니다. 어쨌든 이 조항에 대한 입장은 우리 위원회 회의록에 기록해두는 것이 좋을 것 같습니다.

□ 채이식 위원장 : 조금 불분명한 점이 있는 것 같아서, 저희들은 안을 만들어서 내어야 하는 입장이기 때문에 이부장님의 말씀은 (폐지를) 찬성은 하지만 우리 위원회 전체의 안으로 내기에는 시기상조라는 뜻으로 해석해도 되겠습니까?

□ 이주홍 위원 : 저는 폐지를 찬성하는 안으로 하겠습니다. 다만 현실적으로 국회통과가 어려울 수가 있어서 우리나라에서 본격적인 논의가 되고 있다는 것을 보여주는 것도 의미가 있다고 생각합니다.

□ **최준선 위원** : 국제적인 추세는 항해과실 면책을 폐지하는 방향인 것 같습니다. 특히 오늘날 선박이 고도의 안전성을 가지고 있기 때문에 항해과실 자체가 발생할 소지가 많지 않다는 것이 주요인인 것 같습니다. 그런데 또 한편으로는 국제회의에서도 이것에 대한 논의가 많고 주요 선주국인 노르웨이, 덴마크 등도 항해과실면책조항을 그대로 유지하고 있습니다. 그래서 폐지해야 한다는 것은 맞지만 국제회의에서도 주로 폐지를 주장하는 국가들은 하주국들이고 선주국들은 거의 폐지를 반대하고 있습니다. 그래서 국제회의에서는 숫자로 볼 때 폐지의 논리가 우선하는 것처럼 보이고 있습니다. 제 개인적으로는 폐지되어야 한다고 생각하고 있습니다만 정책적인 면과 잘 조율이 되었으면 합니다.

□ **서태경 위원** : 김 현 변호사님께서 잘 정리해서 말씀해주신 것처럼 이론적으로나 논리적으로나 명분상으로 폐지하는 것이 맞다고 생각합니다. 그러나 다른 분들이 말씀하셨듯이 현실적으로 저희 위원회에서 폐지안을 내는 것은 너무 시기상조인 것 같습니다. 그리고 국제적인 조류도 맞추어야 되는데 지금 우리가 헤이그-비스비규칙을 이제라도 가입하고 비준해야 된다고 말한 것과는 폐지안은 모순되는 것 같습니다. 그래서 저희 위원회안은 그대로 유지하는 것을 채택하는 것이 맞지 않을까하는 것이 제 생각입니다.

□ **서동희 위원** : 저도 폐지 반대입니다. 항해과실 면책조항이 논리적으로 잘못된 것이 분명히 있기 때문에 이주홍 부장님 말씀대로 결국 언제 폐지하느냐 그리고 다른 법분야와 일관성있게 규정을 만드느냐 하는 시간의 문제라고 생각합니다. 그것은 UNCITRAL에서 만드는 초안이 성립이 되어서 발효가 되고 우리가 가입하는 그 순간에 항해과실 면책조항을 폐지하는 것이 바람직하다고 생각합니다.

□ **이 은 위원** : 저도 다른 운송과의 형평성 문제 및 원칙론적인 입장에서는 폐지로 가야한다고 공감합니다만 지금 27년 전에 나온 함부르크 원칙도 현실화되지 못하고 있고……, 폐지는 시기상조라고 생각합니다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2007
김만기, 『불법행위와 손해배상』, 법문북스, 2012
김성준, 『서양항해선박사』, 해안, 2015.
김인현, 『해상법중요판례집(I)』, 고려대해상법연구센터, 2018
김정호, 『상법총칙·상행위법』, 법문사, 2008
양석완, 『국제운송책임법연구(IV)』, 온누리디엔피, 2014
오지용, 『불법행위의법리』, 진원사, 2010
이균성, 『국제해상운송법연구』, 삼영사, 1984
이균성, 『新해상법대계(II)』, 한국해양수산개발원, 2010년
이은영, 『채권총론』, 박영사, 2009
정찬형, 『상법강의(하)』, 박영사, 2014
채이식, 『프랑스 해사직령과 나폴레옹상법전 해상편』, 고려대학교출판부, 2005
최중현, 『해상법상론』, 박영사, 2014

참고논문

- 권기훈, “해상법상 손해배상책임제도의 문제점”, 『한양법학』, 제22권 제4집, 2011
권기훈, “해상운송물 손해에 관한 감항능력 입증책임”, 『법과정책연구』, 제7집 제2호, 2007
김선옥, “해상운송인의 불법행위책임에 관한 고찰”, 『국제상학』, 제29권 제4호, 2014
김성준, “근대 영국해운업의 발전과 전문 선주의 성장”, 『서양사론』, 제75호 한국사양사학회, 2002
김찬영, “해상운송에 있어 송하인의 위험물 선적에 따른 책임”, 『한국해법학회지』, 한국해법학회 제38권 제2호, 2016
법무부, “1987년도 제3차 해상실무소위원회 회의록”, 1987
양정호·박길상, “로테르담 규칙상 이행당사자와 히말라야 조항”, 『해운물류연구』 제26권 제3호, 해운물류연구, 2010
이은섭·김선옥, “항해과실과 상업과실에 대한 해상운송인의 법적책임”, 『한국해운학회

지」 제27호, 해운물류연구, 1998

이정원, “히말라야약관과 상법 제799조의 관계”, 『법학연구』, 부산대학교 법학연구소, 제 51권 제4호, 2010

외국문헌

Diamond QC Anthony, “*The Rotterdam Rules*”, LMCLQ, Part 4, 2009

Honnold, “*Ocean Carrier and Cargo: Clarity and Fairness-Hague or Hamburg?*”, JMLC, vol. 24 No1, 1993

J.R.Meyer, 『*The Transition to Deregulation: Developing Economic Standards for Public Policies*』, Quorum Books, 1991

Ralph Devis, “*Rise of English Shipping Industry in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*”, 1962

Rupert Charles Jarvis, “*Eighteenth-century London shipping*”, 1973

Sweeney, “*UNCITRAL and Hamburg Rules-Risk Allocation Problem in Maritime Transport of Goods*”, JMLC, Vol.22 No.3, 1991

Thomas Gilbert Carver, “*Carriage of Goods by Sea*”, 1938

佐波宣平, 『現代日本の交通経済學』, 東洋経済新報社, 1968

吉村良一, 『不法行為法』, 有斐閣, 2006

<국문초록>

인류의 오랜 역사를 통해 바다를 통한 운송이 활발해 지면서 해상의 운송은 고대부터 상거래 활동에 중요한 위치를 차지하고 있었다. 대항해시대 이후, 서양에서는 바다를 통한 교역은 국가가 관리하는 중요한 산업이었다. 자본의 집종을 통한 해상운송업의 발달은 기존의 선주 및 운송인들의 지위의 분화를 가져왔고, 이 과정에서 근대적인 해운기업과 이에 종사하는 여러 피용인들이 생겨났다. 이에 따라 물건을 위탁하는 하주, 배를 내어주는 선주와 이를 운용하는 피용인들이 항해를 통해 기존에는 고민하지 못했던 여러 가지 책임소재를 분명히 해야하는 상황이 생겨났다. 이에 따라, 본고에서는 이러한 상황이 발생하게 된 역사적인 배경을 확인하고, 민법과 상법, 그리고 국제협약에서 사용되는 다양한 피용자를 의미하는 단어들을 살펴본 후 논쟁이 될 수 있는 부분들을 정리하고자 한다. 또한, 현재까지 논쟁거리가 되고 있는 항해중에 운송인들의 과실에 대한 면책범위를 살펴보고, 이후, 각 사례별로 예상되는 피용자들의 불법행위 형태를 살펴보고, 다양한 판례들을 통하여 우리 민법 및 상법에서 이러한 상황들에 대하여 어떻게 보고 있는지를 확인해 보고자 한다, 그리고, 마지막으로 이러한 피용자들의 불법행위의 유형에 대하여 면책의 적용범위에 대하여 살펴보고, 이러한 제도를 지속시키는 것이 타당할 것인지에 대해 간단히 살펴보고자 한다.

주제어 : 해상운송, 해상보험, 운송인면책, 사용자, 피용인

<Abstract>

A Responsibility of Employee's tort

Park, Gil Hong

It is for the Maritime transportation that has been an important part of global commerce since ancient, as humans have traveled by sea during the history. Since the Age of Discovery, the international trade throughout the sea that has been considered as a core state-controlled industry of the Western dynasties. The development of maritime transportation through the concentration of capital led to the differentiation of the balance between shipowners and carriers, giving rise to modern shipping companies and their various employees. As a result, subcontractors who consign goods, shipowners who charter ships, and employees who operate them have to clarify various responsibilities that those problems have not previously considered through voyages. We should review the historical background of the international maritime trade and history, examine the various words used in civil and commercial law and international conventions to refer to seafarers, and summarize the areas of controversy. This article will then examine the current controversy over the scope of carriers' immunity from liability for negligence during the voyage, examine the types of tortious acts of employees that are envisaged in each case, identify how our civil and commercial law views these situations through various case law, and finally, briefly consider the applicability of immunity to these types of tortious acts of employees and whether it is appropriate to continue this system.

Keywords : Marine Transportation, Marine Insurance, Exclusion of Carriers' Liability, Servant, Employee

