

해상 거래에서 상관습법에 대한 연구

김 인 현*

논 문 요 지

상사에 관하여 상법에 규정이 없으면 상관습법에 의한다. 상거래에서 상관습법은 법원이 되기 때문에 대단히 중요하다. 해운산업에서 어떤 행위가 상관습법으로 인정되려면 거래계에서 특정사안이 반복되고 사람들로부터 법적 확신을 얻어야한다.

(i) 현재 우리나라에서 상관습법화된 것으로 대법원이 인정한 것은 부정기선화물의 경우 운송물인도지시서(D/O)를 수령하고 운송물을 인도할 의무가 창고업자에게 부과된 점이다. (ii) 대법원이 부정한 것으로는 보증도의 효력이다. 보증도를 한 경우 운송인은 여전히 선하증권 소지인에 대하여 불법행위책임이 인정되고 있기 때문에 보증도가 상관습법이라는 것은 잘못된 점이다. (iii) 기타 해운관행상 상관습법화되었다고 볼 수 있는 것은 액체화물을 제외하고 정기선 운항에서 컨테이너 박스를 운송인이 제공할 의무를 부담하는 것, 선체용선 제도에서 수선의무를 용선자가 부담하는 것, 공동해손과 관련하여 YAR을 사용하는 것이다. (iv) 아직 상관습화에까지 이르지 못하고 사실인 관습의 단계에 있는 것으로는 용선자가 선박소유자에게 부담하는 안전항 담보의무, 건조중인 선박의 소유권이 누구에게 있는가의 문제이다.

상관습법이 많다는 것은 그만큼 법적 안정성이 떨어진다는 것을 의미한다. 법원의 판단을 받기 전에는 과연 그것이 상관습법화 되어 법적 규범으로 작용을 하는지 모르기 때문이다. 상관습법화된 것은 가능하면 빨리 상법상 임의규정으로 해야 할 것이다. 상법상 운송물 인도지시서, 컨테이너 박스의 제공의무, YAR의 사용과 같은 것은 시급하게 상법 해상편에 규정을 넣어야 한다. 상법의 개정은 쉽지 않기 때문에 그 중간단계로서 표준약관으로 사용하여 법적 안정성을 찾아주는 것도 하나의 방안이다.

검색용 주제어 : 상관습법, 사실인 관습, 해상법, 인도지시서, 보증도, 컨테이너

논문접수 : 2023. 10. 11.

심사완료 : 2023. 11. 6.

게재확정 : 2023. 11. 15.

* 고려대 법학전문대학원 교수

I. 의의

상법 제1조는 본법에 규정이 없으면 상관습법에 의하고, 상관습법이 없으면 민법에 의한다고 정하고 있다. 상거래와 관련하여 상법에 규정이 있다면 상법의 규정에 의하지만, 그것이 없다면 상관습법에 의한다는 의미이므로 상관습법은 상법의 법원으로 중요한 기능을 한다.¹⁾

상관습법은 두 가지 요소가 갖추어져야 한다. 첫째, 관행이 반복되어야 한다.²⁾ 그리고 둘째, 그 관행이 거래계에서 인정되어 법적 확신이 생겨야 한다.³⁾ 모두 실제 어떤 사안이 발생하여 소송이 제기된 경우 법원의 판단으로 인정 여부가 결정될 사항이다.⁴⁾ 법원은 거래계의 상황을 보아서 결정할 것이다.⁵⁾

상법 교과서는 보증도를 상관습법 혹은 사실인 관습의 대표적인 것으로 설명한다.⁶⁾⁷⁾ 그렇지만 선하증권소지인과 운송인 사이에는 보증도는 효력이 없다는 것이 대법원의 입장이다.⁸⁾ 필자는 운송물 인도지시서(D/O)를 받고 운송물을 인도하는 것이야말로 상거래에서 인정되는 상관습법이라고 말한다.⁹⁾ 그런데 평택지역에는 이런 상관행이 있다는 것은 하급심의 입장이고 이것은 아직 대법원의 판례로 확립된 것이 아니다.¹⁰⁾ 그렇기 때문에 인천항이나 부산항에 이런 상관행이 있고 이것이 법적 확신을 얻은 상관습법인지는 아직 미지수인 셈이다.

1) 정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2022, 42-44면; 이철송, 상법총칙상행위법, 박영사, 2022, 34면.

2) 정찬형, 앞의 책(주 1), 42면; 채이식, 상법강의(상), 박영사, 1997, 19면.

3) 정찬형, 앞의 책(주 1), 42면; 채이식, 앞의 책(주 2), 19면.

4) 주식 민법은 “실제로 관습법의 존재를 확인하는 것은 쉽지 않다. 관습법 혹은 관습의 체계적인 조사는 드물다”고 한다. 한국사법행정학회, 주식민법 총칙(1), 2010, 113면. 법원행정처에서 조사한 바가 있다. 관습 실태조사(I), 호적 과태료 분석, 재판자료 7집(1980).

5) 채이식, 앞의 책(주 2), 20면.

6) 정찬형, 앞의 책(주 1), 44면; 최중현, 해상법상론, 박영사, 2014, 335면; 송옥렬 교수는 판례상 인정되는 상관습법은 서너개에 지나지 않는다고 한다. 보증도를 그 예로 든다. 송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2022, 9면; 대법원 1974.12.10. 선고 74다376판결.

7) 보험법에서는 원보험자가 청구권 대위를 행사하여 제3자로부터 회수된 금액을 재보험자에게 교부하는 상관습법이 있다고 한다. 최정식, 보험해상법, 삼영사, 2021, 82면.

8) 대법원 1991.12.10. 선고 91다14123 판결; 대법원 2009.5.28. 선고 2007다24008 판결; 대법원 2004.10.15. 선고 2004다2137 판결; 대법원 2009.10.15. 선고 2008다33818 판결.

9) 김인현, “인도지시서(D/O)와 화물선취보증장(L/I)를 이용한 인도에 대한 소고 - 인천항과 부산항의 관행을 중심으로-”, 한국해법학회지 제33권 제1호, 한국해법학회, 2011, 92면.

10) 서울고등법원 2001.4.27. 선고 99나68418 판결; 김인현, 앞의 논문(주 9), 69면, 86면.

사후적으로 상관습법이라는 것이 결정된다면 상거래에 종사하는 사람들에게 예측 가능성을 제공하지 못하는 문제점이 발생한다.¹¹⁾ 상법의 이념의 하나인 예측 가능성을 부여하여 상거래를 원활하게 하기 위해서는 상관습법의 과정에 있는 것들은 발빠르게 상법에 임의규정화해야 한다. 규정화가 어려운 경우에는 상관습법의 후보군을 만들고 제시하여 상거래 당사자들에게 도움을 주는 것이 좋다고 본다.¹²⁾ 본 논문은 이러한 관점에서 해상법상 상관습법으로 인정된 사례와 그 후보군에는 어떠한 것이 있는지 살펴본다. 이러한 목적을 달성하기 위한 수단으로 해운업계의 실무(해운회사, 화주회사, 물류회사)와 보험법무(법무팀 및 해상변호사)에 종사하는 70명에게 설문조사를 했다.¹³⁾

II. 구별개념과 법적 지위

1. 사실인 관습과의 관계

민법은 사실인 관습이 당사자의 의사해석에 참고됨을 정하고 있다(민법 제106조).¹⁴⁾ 사실인 관습은 당사자들의 의사를 해석하는 하나의 자료로서 작용한다.¹⁵⁾ 당사자들이 사적 자치에 의하여 A라는 계약을 체결한 경우 그 계약 내용이 무엇인지 잘 판단되지 않는 경우 이를 보충하는 역할을 사실인 관습이 하는 것이다.¹⁶⁾ 예를 들면, 정박기간의 계산을 “선박이 도착한 다음 날로 한다.”고 약정한 경우, 과연 다음 날 몇 시 부터 기산되는지 불분명하다. 그러나, 그 항구에서는 오전 8시부터 작업을 시작하는 오랜 관행이 있다면, 이것을 참조하여 당사자의 의사는 오전 8시부터 정박기간을 기산한다고 보는 것이다.¹⁷⁾ 이 관

11) 법원의 판단에 의하면 상관습법이 확정되기 때문이다. 사전적 기능을 하지 못한다. 송옥렬 교수도 법률관계의 불확실성을 없애기 위하여 입법화 혹은 보통거래관화의 필요성을 주장한다. 전게서, 9면.

12) 김인현, 앞의 논문(주 9), 96면에서 우선 사실인 상관습의 존재를 제대로 인정하여 이를 법해석에 반영하여야 한다는 의견이다.

13) 관습 혹은 관습법에 대한 조사연구로는 배병일, “산삼채취인의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 비교사법 창간호, 비교법학회, 1995, 397면 이하; 배병일/김선길, “송이채취에 관한 관습조사”, 인권과 정의, 변호사협회, 2003.12., 104면 이하가 있다. 채이식 교수의 경동한약상가의 상거래 관찰도 이와 유사한 시도이다. 채이식, “경동 한약상가에서의 상거래에 관한 사법적 고찰”, 안동섭교수 화갑기념논문집(상거래법의 이론과 실제), 1995.9..

14) 민법 제106조(사실인 관습) 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 당사자의 의사가 명확하지 아니한 때에는 그 관습에 의한다.

15) 김준호, 민법강의, 법문사, 2003, 227면; 이철송, 앞의 책(각주 1), 34면.

16) 법적 근거는 민법 제106조라는 법률에 의하는 점에서 관습법과 구별된다.

17) 상법에는 정박기간의 계산에 대해 선적 준비 완료 후 오후에 통지하면 그 다음날 개시시간이 6시라고 되어

행이 다른 아닌 사실인 관습이다.¹⁸⁾

사실인 관습은 법규범으로서 적용되는 것이 아니고 의사표시 해석기준일 뿐이다. 그렇기 때문에 관습법과 사실인 관습 사이에 그 적용 순서에서 모순이 있는 것은 아니다.¹⁹⁾

그런데, 이러한 사실인 관습이 반복되는 관행이 되고 거래계의 법적 확신을 얻으면 관습법이 된다.²⁰⁾ 이것이 상거래에서의 관행이라면 상관습법이 된다. 이러한 상관습법이 있다면 이는 규범으로서 당사자의 법률관계에서 적용되어야 한다. 상관습법은 규범과 같은 효력을 갖지만, 사실인 관습은 아직 그러한 단계에는 이르지 못하여 당사자의 의사해석에 참고로 사용될 뿐인 점에서 또한 다르다.²¹⁾ 상관습법은 법원의 직권조사 사항이고 이에 어긋난 판결을 하면 상고이유가 된다.²²⁾ 사실인 관습은 그러하지 아니하다.²³⁾²⁴⁾

2. 상관습법의 법적 지위

상법전에 의하면 상법에 규정이 없으면 상관습법을 적용한다고 한다. 그러므로 상관습법은 성문법을 보충하는 보충적인 기능을 한다.²⁵⁾²⁶⁾ 법률에 규정이 없는 경우에 상관습법이 적용되는 것이다. 해난구조를 한 경우 비용을 제한 다음 남은 구조료 중 절반은 선박 소

있다(제829조 제2항). 아무런 약정이 없으면 임의규정인 6시로 계산된다. 만약, 8시로 하겠다는 약정이 있었다면, 당사자자치의 원칙상 8시가 기산점이 된다. 그런데 이러한 약정이 없거나 약정에 “항구의 관행에 의한다.”고 한 경우에 “사실인 관습”이 6시를 대체하는 기능을 하게 된다.

18) 우리 대법원이 인정한 컨테이너 운송 관련 사실인 관습이 있다. 대법원 1991.4.26. 선고 91다 1523판결에서 대법원은 “우리나라 보세운송업체에 있어서는 보세운송업자가 컨테이너에 적재된 수입화물을 화주의 보세장치장까지 운송하였을 때 즉시 화물반출작업이 가능한 경우를 제외하고는 통관절차에 소요되는 시간을 일반적으로 3일 정도로 보아, 화주가 3일 이내에 화물의 통관절차를 마치고 화물을 반출하였을 때에는 별도로 사용료를 받지 아니하나, 3일이 경과하였을 때에는 시간에 따라 운송료 외에 별도로 컨테이너(새시)의 사용료를 받는 사실상의 관습이 있다.”고 판시하였다.

19) 동지, 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 2010, 110면.

20) 최종현, 앞의 논문(주 6), 24면; 이철송, 앞의 책(주 1), 34면; 김정호, 상법총칙상행위법, 법문사, 2022, 24면.

21) 이와 같은 구별설은 채이식, 앞의 책(주 2), 21면; 최종현, 앞의 책(주 6), 25면; 정경영, 상법학쟁점, 박영사, 2021, 398면; 최준선, 상법총칙상행위법, 삼영사, 2021, 66면; 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 55면. 그러나, 사실인 상관습과 상관습법을 구별하지 않는 견해도 있다. 정찬형, 앞의 책(주 1), 43면.

22) 대법원 1981.2.10. 선고 80다 2189 판결; 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 55면.

23) 대법원 1983.6.14. 선고 80다3231판결에서 관습법과 사실인 관습법의 차이, 주장 입증책임, 효력범위 등 판시. 이후 다수 판결 등장. 대법원 2019.1.24. 선고 2016다264556판결.

24) 일부 학설은 사실인 관습이 법적 확신을 얻으면 상관습법으로 승진한다고 설명한다. 그러나, 사실인 관습은 의사해석의 수단으로 사용되지만, 상관습법은 의사표시를 전제로 하지않아도 성립할 수 있기 때문에 반드시 순위승진의 문제와 같지 않다는 점을 지적하고자 한다.

25) 이철송, 앞의 책(주 1), 35면; 민법에서도 동일하다(보충적 효력설), 박운직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2018, 25면; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2020, 12면; 송덕수, 민법강의(박영사, 2022), 10면; 대법원 1983.6.14. 선고 80다3231.

26) 국제법에서는 성문법과 관습법은 동등한 효력을 갖는다. 유병화/정영환, 법학입문, 법문사, 2012, 126면.

유자가 가지고 나머지 절반은 선원 측이 가진다. 구조료를 1/2씩 나누어 가지는 것이 임의 규정으로 존재하기 때문에(상법 제889조) 이와 다른 상관습법이 있어도 특별한 약정이 없다면 선박 소유자와 선원측이 절반씩 나누어 가지게 된다. 그런데, 정기용선자가 선박소유자에 대하여 안전한 항구를 지명하여 선박을 입항시킬 의무가 있는지가 문제된 경우, 상법에는 규정이 없다. 용선계약서를 특별히 자세하게 작성하지 않는 연안해운에서라면,²⁷⁾ 상관습법이 문제된다. 정기용선자가 이런 의무를 부담하는 것이 오래된 해운계의 관행이고 법적 확신을 얻었다면 이미 상관습법이 된 것이다. 그러면 법원은 정기용선자에게 안전한 항주수의무를 부과하여 책임을 물을 수 있게 된다.

상관습법이 강행적인 성격을 가지지 않는 이상, 상관습법과 충돌이 있다고 하더라도 당사자의 약정이 먼저 적용된다.²⁸⁾ 예를 들면, 용선계약의 당사자들이 정박기간의 계산을 그 전날 입항하여 하역작업준비 완료통지를 용선자에게 그 전날에 보냈다면 오후 1시부터 시작한다고 약정을 한 경우, 비록 상관습법상으로는 오전 8시부터 기산된다고 하지만, 당사자의 약정이 우선하여 오후 1시부터 시작하는 것이다. 즉, 상관습법은 당사자의 약정보다 후순위로 적용된다.

상관습법이 상법의 임의규정과 서로 다를 경우 그 효력이 문제된다. 위 예에서 상법은 정박기간의 시작은 오후 1시라고 하였지만 오전 8시에 시작하는 상관습법이 인정되었다면, 어느 것을 먼저 적용할 것인지의 문제가 있다. 상법 제1조에서는 본법에 규정이 없으면 상관습법을 적용한다고 한 것이고, 성문법이 불문법보다 우선해야 하는 것이므로 상법의 임의규정이 우선한다고 본다.

상관습법이 있음에도 법원이 이를 반영하지 않았다면 이는 법률심의 대상으로,²⁹⁾ 대법원에 상고할 수 있다.³⁰⁾

3. 유추적용

유추적용은 적당한 법률의 규정이 없는 경우 해당 법률관계와 가장 유사한 법률규정을 찾아서 그 규정을 차용하여 해당 사항에 적용하는 것을 말한다.³¹⁾³²⁾

27) 정기용선계약에서는 NYPE 서식에 따라 용선자는 안전한 제공의무를 부담한다.

28) 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 57면.

29) 이철송, 앞의 책(주 1), 35면.

30) 법원에 의한 승인이 있어야만 비로소 관습법이 성립하는지 견해의 대립이 있다. 주석민법은 성립과 승인을 구별하지 않는다. 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 107면.

31) 헌법상의 평등원칙(제1조)에서 유추적용의 허용근거를 찾는다. 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 103면.

32) 유추적용은 준용과는 다르다. 준용의 경우는 어떤 법조문을 그와 유사한 법률관계에 적용하도록 법률이 정하고 있지만, 유추적용은 그런 법률의 규정이 없고 법원의 판례로서 정하여지는 것이다. 선채용선계약에 임

상법 해상편에 정기용선계약의 대외적인 책임에 대한 규정이 없다. 이 경우 정기용선계약의 법적 성질을 파악하니 선채용선과 유사하다는 판단을 한 다음, 선채용선의 대외적인 책임에 대한 규정인 상법 제850조를 유추 적용하는 것이 좋은 예이다.³³⁾³⁴⁾

상관습법이나 유추적용이나 모두 법률에 규정이 없음에도 법적 효과를 가진다는 점에서 동일하다. 유추적용은 법원의 판단에 의하여 법적 효력을 가지기 시작하지만, 상관습법은 법원의 판결로 인하여 규범적 효력을 가지는 것이 아니다. 이미 오랜 관행에 의하여 거래계에서 법적 효력이 인정된 것을 법원이 쟁송의 대상이 된 경우에 법원이 공식적인 효력을 인정해줄 뿐이다.

Ⅲ. 상관습법으로 인정되는 해상법상 제도³⁵⁾

1. 운송물 인도지시서(D/O)

운송인은 상법 혹은 운송계약상 운송인으로서의 주의의무를 부담한다(상법 제795조). 여기에는 인도의무도 포함한다. 양륙항에 도착하면 운송인은 정당한 수하인에게 운송물을 인도해야 한다. 통상 수하인은 운송인의 대리점에게 선하증권을 들고 와서 그 인도를 요구한다. 운송인은 선하증권을 회수하고 운송물인도지시서(Delivery Order)를 수하인에게 건네준다.³⁶⁾ 그는 이를 들고 창고업자에게 가서 운송물을 수령해간다.

우리나라에서 수입된 운송물은 보세창고에 일단 들어가게 된다. 대법원은 자가용 보세장치장에 입고되는 순간에 운송물이 수하인에게 인도된 것으로 본다.³⁷⁾ 영업용 보세장치장

대차의 규정을 준용한다고 정한 것은 전자의 예이다. 공제와 상호보험도 보험편의 규정을 준용하고 있다.
33) 해상법상 대표적인 해상법의 예는 정기용선계약에서 대외적인 책임을 정할 때 선채용선계약에서 대외적인 책임을 정하는 상법 제850조를 유추적용하는 것이다. 정기용선계약에서는 대외적인 책임에 대한 규정이 없기 때문에 선채용선계약에 대한 제850조를 빌려서 사용하는 논의가 있게 된다. 우리 대법원은 정기용선계약의 법적 성질이 선채용선과 유사하므로 유추적용이 가능하다는 입장이다(대법원 2019.7.24.선고 2017마1442판결). 김인현, 해상법, 법문사, 2023, 222면.

34) 유추적용의 민법상의 예로는 대리인이 본인임을 사칭하고 본인을 가장하여 법률행위를 한 경우에 권한을 넘은 표현대리의 법리를 유추적용할 수 있다고 판시한 사례가 있다(대법원 1988.2.9.선고 87다카279판결).

35) 최중현 변호사는 현재 해상거래에서 상관습법으로 인정되는 것은 없다고 한다. 그 아래 단계로 사실인 관습을 몇가지 언급할 뿐이다. 최중현, 앞의 책(주 6), 24면. 한편 이기수와 2인은 해상운송에서 관습법의 발달이 현저하다고한다. 이기수/최병규/김인현, 보험해상법, 박영사, 2015, 458면.

36) 김인현, 앞의 논문(주 9), 64면 및 70면.

37) 김인현, 해상법연구Ⅱ, 삼우사, 2008, 276면 이하; 김인현, 앞의 논문(주 9), 87면; 대법원 2004.10.5.선고 2004다2137판결.

에서는 창고에서 출고되는 순간에 인도된 것으로 본다. 그렇지만 선하증권이 발행된 경우는 여전히 선하증권과 상환할 의무가 있다(상법 제861, 제129조). 그래서 자가용 보세장치장의 경우 입고 시에 선하증권과 상환해야 하고 영업용 보세장치장의 경우 출고시 상환해야 한다.³⁸⁾³⁹⁾

창고업자는 반드시 D/O와 상환하여 운송물을 인도할 의무가 있는가? D/O 없이는 운송물 인도를 구하지 못하는가? 이에 대하여 많은 법적 분쟁이 발생했다.⁴⁰⁾ 그런데, 이 D/O는 상법에 아무런 규정이 없다. 대법원은 평택항에는 이런 D/O를 발행하고 이와 상환하여 운송물을 인도할 의무가 있다는 상관습법이 일부 존재한다는 판결을 내리게 되었다.⁴¹⁾ 결국, 창고업자가 법률의 규정이 없음에도 불구하고 D/O와 상환없이 운송물을 인도하면 그 가 불법 인도에 대한 책임을 선하증권 소지인에게 부담하게 된다. 즉, 운송인과 송하인이 운송계약을 체결할 때 양륙항에서 수하인에게 운송인이 D/O를 발급할 의무가 부과되고 창고업자는 이와 상환하여 운송물을 인도한다는 약정이 운송인, 송하인, 수하인 그리고 창고업자 사이에 존재하는 것이 상관습법화 되었다는 취지이다.⁴²⁾

운송인의 인도의무는 상법 제795조에 기술되어있다. 선하증권이 발행된 경우 이와 상환할 의무는 상법(상법 제861, 제129조)에 기술되어있다. 그럼에도 불구하고 운송물인도의 최종 단계인 D/O는 상법에 규정이 없다. 이에 대한 규정화가 필요하다.⁴³⁾

2011년 필자의 현장에서의 인터뷰 결과에 의하면 인천, 부산의 경우 벌크화물(부정기선)의 경우 인도지시서가 발행되고 이와 상환할 의무가 창고업자에게 부과되어있다고 판단된다.⁴⁴⁾ 2023년 설문조사에 의하면 70명 가운데 60명이 긍정적으로 답변했다.

2. 보증도

선하증권의 상환성이 오히려 운송물의 흐름을 더디게 하는 경우도 있다. 일본과 중국과 같이 항해거리는 얼마 되지 않아서 선박은 2-3일만에 도착하지만, 선하증권은 은행을 통한 교섭을 거쳐 1주일 정도 걸려서 양륙항에 도착하는 경우가 많다.⁴⁵⁾ 이러한 경우 수입

38) 대법원, 2006.12.21. 선고. 2003다47362판결

39) 선상도의 경우 자가용 보세장치장에 입고된다면 선상에서 입고되므로 선하증권과 상환해야 할 장소는 선상이다.

40) 2013년 태영상선은 인천지역 하역업체인 '청명'이 D/O없이 화물을 무단반출하여 약 20억원에 달하는 피해를 입었다. 관련 판례로는 대법원 2014.5.9. 선고2014마223판결이 있다. 김인현, 앞의 책(주 33), 81면.

41) 대법원 2015.4.23. 선고 2012다115847판결.

42) 동지 이기수외 2인, 앞의 책(주 35), 458면.

43) 김인현, 앞의 논문(주 9), 98면.

44) 김인현, 앞의 논문(주 9), 84면.

45) 김인현, "실무에서 나타나는 다양한 선하증권과 그 대응물", 국제거래법 연구 제22권 제1호, 국제거래법학

자는 자신의 화물을 수령하기 위하여 특단의 조치를 취하게 된다. 은행이 발행하는 보증장을 만들어 운송인에게 건넨다. 그 내용은, 만약 선하증권과 상환하지 못한 상태에서 운송물이 인도된 경우 발생하는 모든 법적 책임은 은행이 보증인으로서 부담한다는 것이다.⁴⁶⁾ 이를 근거로 운송인은 수입자에게 운송물을 인도해 주게 된다. 만약, 수입자가 신용장 발행은행에게 운송물에 대한 대금을 지급하지 않으면, 신용장 발행은행은 선하증권의 소지인으로서 운송인에게 운송물 멸실에 대한 손해배상청구를 하게 된다. 손해를 배상한 운송인은 보증장 발행은행에게 구상청구를 하게 된다.⁴⁷⁾

일부 상법 교과서는 보증장을 받고 인도하는 소위 보증도가 상관행이고 상관습법의 하나라고 설명한다.⁴⁸⁾ 보증장의 내용을 신뢰하고 운송인이 운송물을 선하증권 소지인이 아닌 자에게 인도하는 것은 불법행위를 구성하여, 선하증권 소지인에게 책임을 부담하는 것은 변함이 없다.⁴⁹⁾ 그렇기 때문에 불법적인 행위를 상관습법이라고 할 수 없다. 대법원은 이 점에 대하여 이는 선하증권 소지인에 대한 불법행위임을 분명히 밝히고 있다.⁵⁰⁾ 그렇기 때문에 보증도가 상관습법이라는 것은 폐기된 이론으로 보아야 한다.⁵¹⁾⁵²⁾

여기에 대하여는 상법에는 아무런 규정이 없다. 상법에 보증도의 경우에도 운송인은 선하증권과 상환할 의무를 여전히 부담한다는 규정을 두는 것이 사고의 예방을 위하여도 좋을 것이다. 본 설문조사에서도 질문자체에 포함하지 않았다.

3. 정기선운항에서 컨테이너 박스를 제공할 의무

정기선(개품) 운송에서 FCL(Full Container Load) 화물의 경우,⁵³⁾ 운송인은 컨테이너 박스를 송하인에게 송부하여 송하인이 자신의 운송물을 적재한 다음 운송인에게 보내 주면 운송인이 이를 수송하게 된다. 운송인의 의무는 수령에서 인도에까지 이르고, 수령의 무에 이러한 컨테이너 박스를 제공할 의무를 부담한다고 해석하기 어렵다.⁵⁴⁾ 운송계약을

회, 2013.07.. 278면. 선박의 항해는 1-2일에 지나지 않지만 선하증권 등 선적 및 신용장 거래 관련 서류는 은행을 거치느라 며칠간의 시간이 필요하다. 선하증권의 상환성에 의하여 운송물을 수하인이 선박의 입항과 동시에 찾지 못하는 문제가 발생한다. 이를 해결하기 위해서 무역거래의 당사자들은 선하증권 대신 상환성이 없는 해상화물운송장을 발행하거나 서렌더 선하증권을 발행한다.

46) 김인현, 앞의 논문(주 9), 72면.

47) 자세한 내용은 김인현, 앞의 책(주 33), 381-384를 참고바람.

48) 최종현, 앞의 책(주 6), 262면.

49) 김인현, 앞의 책(주 33), 383면; 최종현, 앞의 책(주 6), 261면.

50) 대법원 1991.12.10. 선고 91다14123판결; 대법원 200.10.15. 선고 2008다33818판결.

51) 김인현, 앞의 논문(주 45), 278면.

52) 箱井崇史, 現代海商法, 成文堂, 2018, 144면.

53) 컨테이너 하나에 송하인의 화물이 모두 채워지는 경우이다.

54) 김인현, “컨테이너의 해상법상 지위와 활용도 증대방안에 대한 연구”, 한국해법학회지 제43권 제1호, 한국

증명하는 선하증권에도 이러한 컨테이너 박스 제공 의무는 보이지 않는다.⁵⁵⁾ 운송물을 포장된 상태로 수령할 때 용기가 필요한데, 그 용기를 송하인이 제공하는 것은 대단히 비경제적이다.⁵⁶⁾ 양륙한 다음 컨테이너 박스를 처리하기가 곤란하다. 그래서 운송인이 제공하는 것이 경제적이고 올바른 방향이다. 이러한 연유로 정기선 운송에서는 컨테이너 박스가 운송인으로부터 송하인에게 제공되는 것으로 정착되었다고 생각된다.

운송인의 상법 제795조 상의 주의의무와 별개로 개품운송의 운송인에게 컨테이너 박스 제공의무가 있다고 보는 것이 실무계의 입장이다. 이러한 실무계의 입장은, 상법상 법률의 규정도 없고 당사자의 약정도 없는 상태이므로, 상관습법으로 운송인에게 제공의무가 인정되는 것으로 뒷받침되어야 한다. 정기선 운송의 경우 예외 없이 컨테이너 박스는 FCL의 경우 운송인이 제공할 의무가 있는 것이 거래계의 보편적인 현상이고 법적 확신을 얻었다고 판단된다. 이 번 설문조사에서 70명의 답변자 중에서 65명이 긍정적인 답을 주었다.

법원에서 이와 관련하여 판단이 난 것은 없다. 운송인이 컨테이너 박스를 제공하지 않아서 지연이 일어난 경우 송하인이 운송인에게 지연손해를 부과할 수 있는가? 이는 운송인에게 그러한 의무가 있음이 인정되어야 할 것이다. 운송계약을 체결시 운송용기인 컨테이너 박스를 제공할 의무를 운송인에게 부과하는 당사자들의 의사가 반복하여 행해지면서 법적 확신을 얻어서 상관습법이 되었다고 판단된다.

현재와 같은 상태로 두기보다는 상법 해상편 물적 설비 부분에 컨테이너 박스를 두고, 운송인의 의무에 예컨대 상법 제795조의2로 “운송인은 특별한 약정이 없는 한 컨테이너 박스를 제공하여야 한다.”는 규정을 두는 것이 좋다.⁵⁷⁾

해법학회, 2021, 90면.

55) 다만, 정기선사들은 컨테이너 박스의 반납지체료를 일당 얼마씩 수령한다는 내용을 홈페이지에 게시하고 있다. 컨테이너 박스를 운송인이 제공한다는 전제로 해석될 여지는 있다.

56) 액체화물 컨테이너의 경우 화주가 제공하는 경우가 있다. 대웅로직스의 경우 자신이 보유하는 액체화물컨테이너를 화주에게 제공한다. 대웅로직스의 경우는 계약운송인으로 영업을 하는 것이다. 이와 같이 계약운송인으로서 포워더가 컨테이너를 제공하는 것은 화주가 아니라 운송인이 제공하는 것으로 볼 수 있다. 이외에도 SOC가 제공되는 경우도 있다.

57) 다만, 계약운송인과 실제운송인 중에서 어느 편이 제공해야할지는 다름이 있다. 정의상으로는 실제운송인이 제공하는 것이다. 물류정책기본법에 의하면 국제물류주선인은 물적 설비를 가지지 않아야 정의에 포함된다.

4. 선채용선계약에서 수선의무를 선채용선자가 부담

선채용선계약은 용선자가 10년 정도 선박을 빌려 사용하고 이를 다시 선박소유자에게 돌려주는 형태의 계약이다.⁵⁸⁾ 상법은 선채용선계약에 대한 규정을 가지고 있다.(상법 제 847조) 선박만을 빌려준다고만 되어있지 수선의무에 대한 내용은 없다. 수선의무는 누가 부담하는가? 선박검사를 행한다든지 수리가 필요한 경우 비용부담의 주체는 누구인가?

우리 상법에는 그런 내용이 없다. 실무상 계약에 근거하여 이루어진다. 일반 임대차와 달리 수선의무를 선채용선자가 부담하는 것이 표준 선채용선계약에 나와 있다.⁵⁹⁾ 선채용선계약이 아예 없거나 너무 간단해서 이에 대한 언급이 없는 경우도 있다.⁶⁰⁾ 이런 경우는 상법의 임의규정이 있어야 해결될 것이다. 민법의 임대차규정이 준용된다고 하므로 임대인이 수선의무를 부담하는 것이 된다.(민법 제623조)

그러나, 모든 해상법 교과서는 수선의무를 선채용선자가 부담하는 점에서 이는 일반 임대차와 다르다고 설명한다.⁶¹⁾ 선채용선계약서에는 수선의무를 용선자가 부담하는 것으로 한다. 이런 실무가 영향을 미쳐서 그러한 계약이 없어도 선채용선자가 수선의무를 부담하는 것으로 사람들이 믿게 된 것으로 판단된다.

실무자 70명에 대한 설문 조사에서는 60명 이상이 이와 같이 보고 있다. 선채용선의 경우 수선의무는 선채용선자가 부담한다는 당사자들의 의사가 존재하며 반복되어 법적확신을 얻어 상관습법이 우리나라에 형성되어 있다고 판단된다.

상법에 규정이 없으면 민법에 의하므로 선박의 경우 수선의무는 민법 임대차규정에 의하여 임대인인 선박소유자가 부담해야한다. 그렇지만, 특별한 약정이 없는 경우 상관습법은 민법보다 우선적용되므로 상관습법이 자리잡은 이상 수선의무는 선채용선자가 부담한다고 보아야할 것이다. 역시 이러한 혼란을 없애기 위하여 상법 정의규정에 수선의무는 특별한 약정이 없다면 선채용선자가 부담한다는 규정을 둘 필요가 있다.

58) 김인현, 앞의 책(주 33), 50면

59) 정기용선 표준 계약서인 NYPE 제1항의 입장이다.

60) 선장 이하 선원을 고용할 의무는 누구에게 있는가? 이는 선채용선계약의 정의규정에서 도출해낼 수 있다. 정기용선계약의 경우 “선원이 딸린 채로” 용선이 된다고 하지만, 선채용선계약의 경우 그런 단어가 없기에 이는 상법 규정에서 그런 의무가 도출될 수 있다.

61) 최종현, 앞의 책(주 6), 497면 ; 김인현, 앞의 책(주 33), 189-191면; 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 605면.

5. 요크안티워프 규칙(YAR)

선박소유자가 운송인인 경우 선박과 화물은 공동위험체가 된다.⁶²⁾ (i)선박이 위험을 만나 위험을 피하기 위하여 화물을 투하한 경우, (ii)선박이 기관 고장으로 수리를 위한 이동 목적으로 예인선을 사용한 경우, (iii)침몰을 피하여 선장이 의도적으로 선박을 좌초시킨 경우가 발생한다. (i)의 경우에는 투하된 화주가 선주와 다른 화주에게, (ii)의 경우 예인선 비용을 지급한 선주가 화주들에게, (iii)의 선주는 화주들에게 자신이 입은 손해를 공평하게 분담하여 줄 것을 요구하는 공동해손분담금 청구권이 주어진다(상법 제866조).

이 경우 공동해손 분담금 처리를 위한 절차와 내용은 통상 요크-앵트워프규칙(YAR)이라는 표준합의서를 사용하게 된다. 세계해법회(CMI)가 만든 것인데,⁶³⁾ 이를 운송계약서에 추가하여 약관에 편입하여 활용한다.⁶⁴⁾ YAR에 의한 정산은 계약의 내용을 이루는 합의를 근거로 이루어진다.⁶⁵⁾

그런데, 운송계약서 혹은 용선계약서에 그와 같은 내용이 없는 경우에도 YAR을 활용하는 것이 통상이다. 이러한 경우 당사자들이 이의 적용을 부인할 때 상대방이 이를 상관습법이라고 하면서 그 적용을 법원에 청구할 수 있을 것인가? YAR은 외항해운업계에서는 너무나 일상화된 것이어서 그러한 것이 상관습법이라고 말할 수 있다고 본다.⁶⁶⁾ 각종 해상법 교과서, 무역 관련 교재에서도 공동해손에 대한 정산은 YAR에 의한다고 정하고 있다. 70명에 대한 설문 조사결과 60명이 이와 같이 보았다.

이에 대하여 최종현 변호사는 보수적으로 당사자의 약정이 있는 경우에만 적용된다고 한다.⁶⁷⁾ 이런 해석이라면 약정도 없고 상법에 규정이 없는 경우를 상정하여 상관습법여부를 정하는 경우에는 해결 방법이 없게 된다. YAR이 상관습법인가의 논의는 당사자의 약정이 없는 경우를 말하는 것이다.

공동해손 규정에 “특별한 사정이 없는 한, 공동해손의 정산은 YAR에 의한다.”고 정하는 것이 가장 좋은 방법이다.

62) 김인현, 앞의 책(주33), 422면.

63) 1864년 요크 국제회의에서 요크 규칙을 규정하고, 1890년 리버풀 국제회의에서 요크-앵트워프 규칙(YAR)이 성립된 이래 CMI의 주도하에 여러 차례 개정을 거쳐 현재 2016 YAR이 제정되었다; 권오, “2004 공동해손규칙(YAR)에 관한 연구”, 관세학회지 제7권 제3호, 2004, 122면 참조.

64) 한낙현/최병권, “2016년 YAR의 적용에 따른 공동해손 정산 실무에 관한 시사점”, 무역상무연구 제72권, 무역상무학회, 2016, 83면.

65) 김인현, 앞의 책(주 33), 425면.

66) 최준선 교수는 “이들의 존재가 이미 범세계적으로 널리 알려져 있어 각국 법원은 이들 규범의 내용을 그들의 판결에 충분히 참고하는 국제상관습이라고 한다. 최준선, 앞의 책(주 21), 69면.

67) 최종현, 앞의 책(주 6), 25면; 동지, 정동윤, 상법(상), 법문사, 2012, 30면; 한국사법행정학회, 앞의 책(주 4), 59면.

6. 정기용선자의 도선사 및 선박연료유 제공의무와 권리

정기용선계약에 의하면 선박소유자는 항해사항에 대하여 용선자는 상사사항에 대하여 의무를 부담하고 권리를 가진다(NYPE 제6조 및 제7조). 그러므로 도선사비용을 지급할 사람은 정기용선자이지 선박소유자가 아니다. 선박 연료유를 공급할 의무를 부담하는 자도 정기용선자이다.

상법에는 이에 대한 규정이 없다. 그러므로, 용선계약에 이에 대한 아무런 규정이 없는 경우 당사자들이 이러한 내용을 상관습법화되었다고 주장하면서 정기용선자가 권리를 가지고, 비용을 지급할 의무를 부담한다고 말할 수 있는가? 이는 워낙 광범위하게 실시되고 있어서 상관행이고 법적 확신까지 얻은 상태라고 볼 수 있다. 각종 해상법 교과서에서도 도선사비용, 선박 연료유 비용은 정기용선자가 부담하는 것으로 되어 있다.⁶⁸⁾ 설문 조사에서 70명 중에서 60명이 찬성했다.

일본과 같이 정기용선계약에서 상관습법화의 과정에 있는 것은 상법의 임의규정으로 두는 것이 좋다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾

7. 갑판적(甲板積)⁷¹⁾

원목선과 컨테이너선은 갑판에서 화물을 실어나르지 않을 수 없는 구조이다. 갑판 상에 화물을 싣지 않으면 비효율을 가져온다. 그렇지만, 갑판(deck)하에 실리는 것과 갑판 상(上)에 실리는 것은 안전 측면에서 차이가 많이 난다. 갑판 하(下)는 완전히 밀폐되어 여기에 실린 화물은 더 안전하게 운송이 가능하다. 갑판 상에 실린 화물은 비바람에 노출되어 사고를 당할 위험이 높다.

운송인과 화주가 약정을 체결, 갑판 상에 운송물을 선적함에 합의한 경우는 문제가 없지만, 갑판적에 대한 합의가 없는 경우에 갑판상에 적재된 이유로 손해가 야기된 경우 계약 위반으로 운송인이 책임을 부담할 수 있다.

68) 최종현, 앞의 책(주 6), 478면; 김인현, 앞의 책(주33), 207면.

69) 일본 2017년 개정상법은 정기용선계약에서 정기용선자가 부담할 사항을 정하고 있다. 선박연료, 도선료 및 입항료를 예시하고 있다(제706조). 箱井崇史, 前掲書, 48면.

70) 이외에도 정기용선과 관련하여 임의규정화가 필요한 것이 있다. 도선료, 예선료, 선박연료유 등의 비용부담주체가 정기용선자임을 규정할 필요성도 있다. 이에 대한 논문으로 김인현, “정기용선계약상 대내적 법률관계”, 중재연구 제30권 제4호, 중재학회, 2020.12., 175면이 있다.

71) 선박에는 갑판(갑판)이 있다. 선박의 윗부분으로 그 아래는 화물을 싣는 화물창(선창)이 있다. 이 갑판위에 또 화물을 싣도록 구조화된 선박도 있다. 원목선과 컨테이너 선박이 대표적이다. 이러한 갑판위에 화물을 싣는 것을 갑판적이라고 한다.

만약, 갑판적이 관습법화 되었다면, 운송인에게 책임을 물을 수 없을 것이다. 이 점에서 컨테이너와 원목선에서 갑판적이 관습법화 되었는지 쟁점이 된다. 원목선의 경우 갑판적이 되어도 별반 차이가 없이 운송이 된다. 실무계에서도 원목선은 갑판적을 당연시한다. 설문 조사에 응한 70명 중에서 61명이 찬성한다.⁷²⁾ 그러므로 상관습법화되었다고 볼 수 있다. 컨테이너의 경우는 약정을 통하여 갑판 하의 적재를 반드시 해달라고 하는 경우도 있다. 특별한 약정이 없는 한 갑판적이 허용된다는 것이 상관습법화되었다고 볼 수 있다. 따라서, 갑판위가 아니라 갑판하(선창안)에 신기 위해서는 특별한 약정이 있어야 한다.

8. 추천항로

상거래 분야는 아니지만, 선박 충돌 분야에서 관습법화 된 것으로 인정된 것이 있다. 선박은 항로가 설정된 경우 그 항로를 따라 항해해야 한다. 추천항로는 법률에서 절대적인 의무를 부과하지는 않지만, 가능하면 추천된 항로를 따라 항해하라는 취지로 만들어진 것이다.⁷³⁾

일본의 세토 내해에 이러한 항로가 선장협회에 의하여 설정되었다. 일본의 해난심판은 이 항로가 비록 선장협회에 의하여 추천된 것이지만, 이미 오랜 세월 동안 선원들에 의하여 관습화되었고, 법적 확신을 얻어서 관습법화되었기 때문에 선박들은 이 추천항로를 따라 항해해야 한다고 판단한 바 있다.⁷⁴⁾ 우리나라도 이의 영향을 받아, 완도추천항로에 대하여 관습법화 되어있기 때문에 추천항로를 따르지 않은 경우에 주의의무위반이 있다고 판시한 바 있다.⁷⁵⁾

72) 설문조사를 원목선과 컨테이너선을 동일하게 갑판적이 허용되는지 질의를 했다. 두 개를 구별하여 보아야 한다는 견해가 상당했다.

73) 자세한 내용은 김인현, 해상교통법, 삼우사, 2023, 104-106면을 참고바람.

74) 중앙해양안전심판원 제2010-007호, '케미컬탱커 삼호해린호 화물선 골든윙호 충돌사건'의 재결서에 따르면 "우리나라 및 일본의 판례에 따르면 일본내해에 설정된 추천항로가 법적구속력은 없지만 오랜 기간 동안 항해사들이 관행으로서 추천항로의 우측을 따라 항해하는 것이 가장 합당한 통항방법이라는 확신을 가지고 있기 때문에 양 선박의 상대위치를 불문하고 이를 준수하여야 하며 국제해상충돌예방규칙 제2조에 따라 추천항로를 따라 항해하는 선박의 진로를 방해하지 말아야 한다고 설명하고 있다.(일본 헤이세이17년 히로시마심 제103호, 부해심 제2002-24호 참조)."고 판시했다. 김인현, 앞의 책(주 73), 107면.

75) 중앙해양안전심판원 제2011-10호, '화물선 한서호·냉동운반선 하이칭2' 충돌사건.

Ⅳ. 상관습법화에 이르지 않은 경우

1. 서렌더 선하증권

선하증권의 상환성의 문제점을 해결하는 방법으로는 해상화물운송장(sea waybill)을 발행하는 것과 서렌더 선하증권을 활용하는 방법이 있다. 그 중에서 서렌더 선하증권을 활용하는 방법은 원본 선하증권을 발행하지 않고 선하증권의 앞면만 발행하는 것이다.⁷⁶⁾ 이렇게 발행된 선하증권은 상환성이 없다.⁷⁷⁾ 정식으로 발행된 선하증권이 아니기 때문이다. 그렇다면, 운송인은 수하인에게 운송물을 인도하면 되지 선하증권과 상환할 필요는 없다. 대법원은 서렌더된 선하증권의 경우 상환의무가 없다고 판시한 바가 있다.⁷⁸⁾

서렌더된 경우는 뒷면이 사용되지 않기 때문에 더 이상 유효한 선하증권이 아니다. 그럼에도 불구하고 실무에서 많이 활용되는 법적 근거는 무엇인가? 선하증권이 발행되지 않은 경우라도 상법에 의하여 법률관계가 규율된다.⁷⁹⁾ 서렌더 선하증권과 관련하여 다른 법적 근거는 필요하지 않은 것이다. 선하증권이 발행되지 않은 경우와 동일하게 법적 효과를 처리하면 된다. 상법 제140조의 정당한 수하인에게 운송물을 인도하면 된다. 그렇기 때문에 여기에는 상관습법을 적용할 필요가 없다.

서렌더 선하증권을 발행해달라고 송하인이 요구하면 이에 응할 의무가 운송인에게 있는가? 상법에는 규정이 없다. 운송계약체결시 묵시적으로 그런 의무가 있다고 보는 상관습이 있다고 보인다.

2. 안전항 지정의무

선박소유자로부터 선박을 빌려 가는 자들은 그 선박을 안전하게 사용하여야 한다. 그리고 선박을 운항하는 선장에게 그 항구에 대한 정보를 주어야 안전하게 항해가 가능할 것이다. 안전항 의무가 문제된 사례로는 일본의 Ocean Victory 사건⁸⁰⁾이 있다.⁸¹⁾ 이런 의무

76) 김인현, 앞의 논문(주45), 260면; 양석완, “서렌더(surrendered) 선하증권의 법적 지위와 당사자 관계”, 상사판례연구 제28권 제3호, 상사판례학회, 2015.9., 115면.

77) 김인현, 앞의 논문(주 45), 273면; 김인현, 앞의 책(주 33), 333면; 박영준, “서렌더 선하증권의 법적 문제점에 관한 연구”, 상사법연구 제39권 제4호, 상사법학회, 2021, 35면.

78) 대법원 2019.4.11. 선고 2016다276719판결.

79) 선하증권이 발행되지 않은 상태에서 운송물 인도청구권의 행사에 관한 상법 제104조 규정이 있다.

80) Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering co. Ltd and another. [2017] UKSC

를 안전항 지정의무라고 한다. 가령 선박의 흘수가 15미터인데, 지정된 항구의 안벽의 수심이 10미터라면 선박은 좌초하고 말 것이다. 용선자는 이런 정보를 선장에게 주어서 사고를 방지해야한다.

이런 의무는 선체용선계약서 및 정기용선계약서에 나와 있다.⁸²⁾ 즉, 당사자의 약정에 의하여 용선자는 선박소유자에 대하여 안전항 지정의무를 부담한다. 그런데, 당사자의 약정이 없는 경우는 상법상의 임의규정을 적용해야할 것이지만, 우리나라 상법에는 이에 대한 규정이 없다.

상관습법에 의하여 이러한 의무를 용선자에게 부과할 수 있을 것인가? 일본 정부는 정기용선계약에서 용선자에게 안전항 준수 의무를 입법화하려고 시도했지만, 시기상조라는 이유로 성공하지 못했다.⁸³⁾ 우리나라의 경우에는 비록 NYPE 등에 이에 대한 규정이 있지만, 아직 내항 해운에 종사하는 사람들까지 안전항 준수 의무를 이해하고 인정할 정도에 이르지는 않은 것으로 보인다. 설문조사에 의하면, 같은 정기용선의 문제이지만 off hire와 같은 정도로 널리 인식되지 않고 있다. 국내 교과서에서도 이에 대한 설명을 하는 경우가 많지 않다. 설문조사에서도 70명의 답변중 50명만 찬성했다. 아직 관습법화되었다고 보기에는 시기상조이다.

2013년 독일 상법은 정기용선자에게 안전항 지정의무를 부과하는 입법을 했다. 중국의 경우 해상법에 용선자의 안전항 지정의무가 존재한다.⁸⁴⁾

3. FIO조항

선적양하 선주 불부담 규정(Free In and Out약정)은 선적시 혹은 양륙시 하역작업을 선박소유자가 아닌 용선자가 행한다는 내용이다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 원래는 용선계약에 이런 약정이 추가되어있다.⁸⁷⁾ 석탄, 옥수수 등 벌크화물의 경우가 대부분 그러하다. 특별한 하역도구가

35. UKSC 2015/0037.

81) 자세한 소개는 김인현, 앞의 논문(주 70), 169면.

82) 한국상사중재원 정기표준계약서 5. Trading Limits The Vessel shall be employed in such lawful trades between safe ports and safe places () within () excluding () as the Charterers shall direct.

83) 松井信憲외 1, 平成30年商法改正(商事法務, 2018), 82면.

84) 자세한 내용은 김인현, 앞의 논문(주 70), 173면을 참고바람.

85) FIO약정은 용선계약을 체결하면서 용선자가 자신의 비용으로 하역작업을 하겠다고 약정한 것이다. 이와 반대되는 개념이 Gross Term이다. 정기선운항에서 나타나는 것이다.

86) 대법원은 FIO약정이 있는 경우 화주가 하역작업비용 뿐만아니라 자신의 위험과 책임하에서 양륙작업을 하기로 한 것으로 판시하였다. 대법원 2010.4.15.선고 2007다50649판결.

87) GENCON 제5조 (a)항.

필요하여 육상의 하역회사가 하역(양륙)을 더 잘 할 수 있는 경우에 선박소유자와 용선자(화주)와의 사이에 이런 약정이 체결된다. 상법 제795조에 운송인의 운송물에 대한 주의 의무로서 선적과 양륙이 정해져 있기 때문에 특단의 사정이 없는 한 운송인 혹은 선박소유자가 부담하는 것이다. 이 약정으로 인해 선박소유자 혹은 운송인이 양륙작업을 하는 것이 아니라 용선자가 하게 된다.

그런데, 용선계약하에서 선하증권이 발행된 경우 그 소지인과 운송인 사이에서는 동일한 화물에 대하여 누가 선적 및 양륙 하역작업의 의무를 부담하는지 문제된다.⁸⁸⁾ 배서 양도된 선하증권에 용선계약에 따른 FIO 약정이 기재된 경우에는 수하인으로서 선하증권 소지인이 하역작업을 부담한다. FIO약정에 의하여 하역작업의 의무를 부담한 송하인의 의무가 선하증권의 배서의 효력으로 소지인인 수하인에게 이전된 것이다.

그렇지만, 용선계약하에서는 FIO 약정이 있지만 그런 FIO 약정에 대한 기재가 선하증권에 없는 경우, 여전히 선하증권 소지인이 수하인으로서 그런 의무를 부담하는지가 문제된다. 원래 양륙 등의 하역작업은 운송인이 부담하고 특별한 약정이 있을 때에만 수하인 등 화주가 부담한다(상법 제795조).⁸⁹⁾ 이는 당사자의 의사해석의 문제로 풀어야 할 것이다. 당사자가 선하증권에 그러한 기재를 하지 않아도 합의가 있는 것으로 간주할 사실인 관습이 존재한다고 보인다면, 소지인에게 하역책임이 있음을 인정하면 될 것이다.

부정기선 영업 즉, 항해용선계약의 거래계에 그러한 상관행이 있고 이것이 상관습법화되었기 때문에 언제나 소지인이 부담한다는 판단을 내리기에는 아직 시기상조이다.

4. 선박건조계약에서 소유권의 소재

선박을 건조할 때 소유권이 발주자 혹은 건조자(조선소) 중에서 누구에게 있는지가 문제된다.⁹⁰⁾ 소유권도 약정에 의하여 정하여진다. SAJ형식을 사용하는 경우 계약의 내용에 의하면 건조중인 선박의 소유권은 조선소가 가지다가 인도를 하면서 선박소유자에게 넘어간다.⁹¹⁾

우리 법에 의하면 선박건조는 제조물 공급계약이라서 건조에 필요한 재료를 누가 제공하

88) 이와 관련하여 상법 제795조는 제799조의 강행규정의 적용대상이므로 FIO조항이 운송인의 의무를 감경하는 것으로 무효인지가 문제된다. 우리 법원은 현실적인 이유로 이를 유효한 것으로 보았다. 하역작업에 더 전문성과 효율성을 갖는 화주가 하역작업을 하는 것이 현실적으로 더 유익하다고 보았기 때문이다.

89) 김인현, 앞의 책(주 33), 248면.

90) 선박건조계약 표준서식에 대한 논문으로는 김인현, “선박건조표준계약서(SAJ)에 대한 연구”, 한국해법학회지 제34권 제2호, 한국해법학회, 2012.11., 153면 이하가 있다.

91) SAJ 서식 1974년 일본조선소협회(Shipbuilder's Association of Japan)가 만든 선박건조표준서식이다. 영국법을 준거법으로 하고 영국법은 선박건조를 매매계약으로 본다. 김인현, 앞의 논문(주 90), 159면.

는가에 따라 달라진다고 보는 입장이 있다.⁹²⁾ 선금을 지급한 경우 발주자의 소유라고 볼 수도 있다. 그런데, 표준서식을 사용하지 않은 경우에 과연 소유권은 누구에게 있는가? 대형조선소에서 빠짐없이 사용되는 SAJ 형식에 근거하여 조선소가 가진다고 할 것인가?

우리나라 중소형 조선소 혹은 해안가의 어선건조 시에는 특별한 약정이 없이 계약이 체결되는 경우가 많다. 소유권은 건조자가 가진다고 할 수 있는가? 그 법적 근거는 상관습법이라고 할 수 있다. 그런데 아직 상관습법화된 단계는 아니라고 판단된다.

설문조사에서도 분산된 답변이 나왔다. 제조물 공급계약의 예이기 때문에 대법원 판례에 따라 재료를 제공한 자가 소유권을 갖는다고 볼 수 있다. 학자들 사이에서도 소유권자가 누구인지 일치하지 않고 있다.

소유권을 누가 가지는지는 저장권의 설정, 선박건조보험의 가입 등에 중요한 기능을 하는 것이므로 상법에 임의규정을 두는 것이 좋다고 본다. 상법 해상편의 물적 설비 선박 부분에 “건조 중인 선박은 특별한 약정이 없는 한 재료를 공급한 자에게 있다.”고 규정화할 것을 제안한다.

5. 정기용선계약에서 선장의 항로선정권

선박은 정해진 목적지를 향해 항해한다. 정기용선된 선박은 정기용선자가 정한 항구 사이를 항해해야 한다. 그런데 어떤 항로를 설정하여 항해할 것인가가 문제된다. 항로선정권은 선장의 재량권의 범위에 속하면서 또한 의무이기도 하다. 안전항해와 관련되기 때문에 선박소유자도 관여하지 않는다. 그런데, 정기용선자가 지시한 항로에 대하여 선장이 이를 거부하고 자신이 재량에 따라 정할 수 있는 것인가?

정기용선계약하에서도 선장이 용선자의 지시와 무관하게 항로를 선정할 권한이 있는지가 문제 되었다. NYPE 제18조는 정기용선자의 지시에 선장이 따르도록 되어있고, 우리 상법은 이를 입법화했다.(상법 제843조 제1항) 과연 그 지시사항에 항로선정의 문제도 포함되는지가 핵심이다. 선박소유자 혹은 선장의 측에서는 이는 포함되지 않는다고 주장했다. 이것이 인정된다면 오랜 기간 바다에서 인정되어 관행이 되고 법적 확신을 얻은 상관습법이 법적 근거가 될 것이다.

그런데, 영국 대법원은 Hill Harmony 사례에서 항로의 선정은 시간과 관련되고,⁹³⁾ 이는 정기용선자의 영업에 밀접한 관련성을 맺고 있기 때문에 이는 정기용선자가 최종적으로

92) 이한무, “건조중인 선박에 관한 몇 가지 법률쟁점의 검토”, 한국해법학회지 제33권 제2호, 한국해법학회, 2011.11., 96면.

93) 자세한 내용은 김인현, 앞의 논문(주 70), 168면; 김인현, “정기용선계약하에서 선장의 항로선정권”, 해사법연구 제13권 제1호, 해사법학회, 2001.6., 31면 이하를 참고바람.

결정할 사항이므로 선장은 그 지시에 따라야 한다고 판시하였다.⁹⁴⁾ 결국, NYPE 제8조의 선장이 따라야 할 정기용선자의 지시사항에 항로선정권이 포함되게 된 것이다. 이것은 영국대법원의 판시이기 때문에 한국이나 일본과 같은 동아시아에도 적용될 것인지는 의문이다. 다만, 영국법을 준거법으로 하는 경우에는 이에 따라야 할 것이다.

한국법이 준거법인 경우에, 더구나 NYPE가 사용되지 않은 경우에는 여전히 선장의 재량권에 속한다고 볼 여지도 있다. 그러나, 일률적으로 선장의 재량권이라고 말할 수 없는 상황이다. 선장의 항로선정권은 영국 대법원의 Hill Harmony 판결의 영향으로 훼손되어 더 이상 상관습이라고 보기도 어렵다고 판단된다.

V. 개선 방안 및 결론

필자의 경험칙과 설문조사에 의하면 (i) 현재 우리나라에서 상관습법화된 것으로 대법원이 인정한 것은 부정기선화물의 경우 운송물인도지시서(D/O)를 수령하고 운송물을 인도할 의무가 창고업자에게 부과된 점이다. (ii) 대법원이 부정한 것으로는 보증도의 효력이다. 보증도를 한 경우 운송인은 여전히 선하증권 소지인에 대하여 불법행위책임이 인정되고 있기 때문에 보증도가 상관습법이라는 것은 잘못된 것이다. (iii) 기타 해운관행상 상관습법화되었다고 볼 수 있는 것은 액체화물을 제외하고 정기선 운항에서 컨테이너 박스를 운송인이 제공할 의무를 부담하는 것, 선체용선계약하에서 수선의무를 용선자가 부담하는 것, 공동해손과 관련하여 YAR을 사용하는 것이다. (iv) 아직 상관습화에까지 이르지 못하고 사실인 관습의 단계에 있는 것으로는 용선자가 선박소유자에게 부담하는 안전항 담보의무, 건조중인 선박의 소유권이 누구에게 있는가의 문제이다. (v) 기타 상거래는 아니지만, 선박충돌관련 추천항로도 선원들 사이에서 관습법화되어 규범력을 갖는다는 해양안전심판원의 판시가 있다.

상관습법이 많다는 것은 그만큼 법적 안정성이 떨어진다는 것을 의미한다. 법원의 판단을 받기 전에는 과연 그것이 상관습법화 되어 법적 규범으로 작용을 하는지 모르기 때문이다. 상거래 당사자들에게 예측 가능성을 부여하여 상거래를 원활하게 하는 것이 상법의 이

94) 정기용선자는 선장에게 거리가 짧은 대권항로로 항해할 것을 명했지만, 선장은 이를 무시하고 자신이 선호하는 항정선 항법으로 항해하였다. 선장의 기대와 달리 저기압을 만나서 선박의 항해가 길어져 선박연료유 소모량이 많아졌고 용선료 지급이 많아졌다. 이에 정기용선자는 선박소유자에게 용선계약 위반을 이유로 손해배상청구를 선박소유자에게 제기한 사안이다. 자세한 내용은 김인현, 앞의 책(주 33), 209면.

념 중의 하나이다.⁹⁵⁾ 상관습법화된 것은 가능하면 빨리 상법상 임의규정으로 해야 할 것이다.⁹⁶⁾ 상법상 운송물 인도지시서, 컨테이너 박스의 제공의무, YAR의 사용과 같은 것은 시급하게 상법 해상편에 규정을 넣어야 한다.

상법의 개정은 쉽지 않기 때문에 그 중간단계로서 표준약관으로 사용하여 법적 안정성을 찾아주는 것도 하나의 방안이다. 예를 들면, 컨테이너 박스의 제공의무를 선하증권의 이면 약관의 내용으로 추가하는 것이다. YAR과 같은 경우 국제운송에 사용되는 용선계약이나 선하증권에 추가되어있기 때문에 문제는 없지만, 국내운송에는 상세한 내용이 누락되어 있는 경우가 대부분이다. 내항용 운송계약 및 용선계약에 YAR, 컨테이너 박스 제공의무 등을 추가하여 당사자들 사이에 법적 안정성을 찾아주어야 한다. 중국, 일본, 독일의 해상법은 위와 같은 상관습 혹은 상관습법을 최근 입법화했다는 점도 우리 해상법이 고려해야할 점이다.

95) 이철송, 앞의 책(주 1), 317면.

96) 대법원이 상관습법으로 인정한 백지어음은 어음수표법에서 명문화되는 과정을 거쳤다(어음법 제10조, 수표법 제13조).

〈첨부 설문조사〉(샘플)

- 해운분야의 상관습법에 대한 설문조사 -

대한민국에서 해상법이나 해운실무를 담당하시는 분들께 질문드립니다. 아래 사항이 그러한 관행이 반복되고, 거래계에서 법적 확신이 생겨서 관습법이 되었는지요? 거래계에 속하는 사람들이 모두 인정하고 항상 이 내용을 어느 정도 받아들이는지 알고자 이 설문을 하게 되었습니다. 아래 가)나)다)라)에 표기하여 주시면 감사하겠습니다. 기타 서술식으로 적으셔도 됩니다. 저의 연구에 큰 도움이 됩니다. 미리 감사드립니다.

수신처 : captain@korea.ac.kr

2022.6.4.

고려대 법학전문대학원 교수 김인현 드림

1. 안전항

용선자는 선주에게 안전한 항구를 지명할 의무를 부담합니다. 그래서 태풍이 왔을 때 견디지 못할 정도로 약한 부두를 제공하면 안전항 의무에 위반됩니다. 이런 의무를 부담한다는 약속이 없어도 용선자는 안전항 의무에 위반되었다고 인정되어 책임을 물을 수 있다고 생각하시는지요?(긍정이라면 관습법이 되었다는 의미입니다)

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

선장의 일반적인 항해기술능력으로 그 항구의 위험을 회피할 수 없었다면 계약서에 용선주가 이런 의무를 부담한다는 약속이 없어도 안전항 의무 위반을 물을 수 있을 것으로 판단됩니다.

2. 운송물 인도지시서(D/O)

선하증권이 발행된 경우 운송인은 선하증권을 회수한 다음 수하인(수입자)에게 인도지시서를 발급해줍니다. 대리점이나 선장, 창고업자가 반드시 인도지시서를 수령한 다음 운송물을 건네 줄 것이 의무인지가 쟁점입니다. 법률에는 인도지시서라는 것도 없고 이런 의무가 부과되어있지 않습니다. 운송인이 창고업자에게 반드시 인도지시서를 받고 물건을 내어주라고 지시를 주는 서면이 있는 항구도 있습니다. 이런 서면이 없을 경우에도 우리가 창고업자에게 이런 의무를 부과시켜야하는지요(그렇다면 이는 관습법상 의무로 인정되어

창고업자는 손해배상책임을 부담해야합니다).

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

화주가 선정한 보세창고에서 화물을 보관하는 경우 운송인의 개입 없이 보세창고업자가 화주에게 무단으로 화물을 반출할 수 있으며, 이러한 이해충돌을 막기 위해서는 창고업자의 손해배상책임을 명확하게 법문화 할 필요가 있습니다.

3. 동동해손에서 YAR의 사용

공동해손과 관련하여 정산은 YAR에 의합니다. 선하증권이나 용선계약서에 이런 약정이 포함되어있습니다. 그러므로 약정을 체결한 사람들 사이에는 적용이 됩니다. 다만, 약정이 없는 경우에도 YAR에 의하는 지는 법률에 규정이 없기 때문에 이것이 관습법이 아니라면 가능합니다. 거래계에서 법적 확신을 가지고 대다수의 사람들이 이를 적용하여 본인도 그렇게 생각하는지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

공동해손을 규율하는 YAR 적용 약정이 없더라도, 공동해손 사건 발생시 이해관계자들 간에 공동해손 사건의 정산시 적용할 기준에 대한 약정은 필요해 보입니다. (질문이 다소 난해합니다.)

4. 나(선체)용선자의 수선의무

나(선체)용선에서 용선자는 수선의무를 부담합니다. 아파트의 경우 임대인이 부담을 하지만 선박의 경우는 임차인에 해당하는 용선자가 선박에 대한 수리의무를 부담합니다. 이것은 약정이 있기 때문에 그렇습니다. 만약 약정이 없다면 여전히 용선자가 수리의무를 부담한다고 생각하는지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

통상 나용선의 경우 선주는 금융권이며, 나용선주는 선주입니다. 물론, 선주와 선주 사이에 나용선계약이 실무적으로 존재합니다. 금융권과의 약정상 선박의 수리 의무가 명시되지 않는 나용선 계약은 없습니다. 설사 명시적인 수리의무가 없다 하더라도 선박의 유지 및 보수에 대한 일체의 의무를 나용선주가 부담하는 나용선계약의 특성상 타 조항의 내용을 인용 나용선주의 수리의무 부담 원칙은 성립될 것으로 판단됩니다.

5. 정기용선자의 도선료와 선박연료유 부담의무

정기용선의 경우 도선사와 연료는 정기용선자가 부담합니다. 그래서 도선료와 연료대금

은 정기용선자에게 청구합니다. 이런 내용을 가진 NYPE 서식을 선박소유자와 정기용선자가 계약으로 사용하기 때문에 그렇습니다. 만약, 약정이 없는 경우에도 용선자는 도선사와 연료대금을 지급해야한다고 생각하는지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

NYPE 서식에서 명시한 도선료도 성격상 강제적인 도선이 아닌 경우 (즉, 임의 도선) 선주의 부담이 될 가능성이 있습니다. 통상 영국 중재에서 임의 도선의 경우 그 필요한 전반적인 상황을 고려하여 선주 또는 용선주의 책임을 나누게 됩니다. NYPE 양식의 정기용선 약정상 연료대금은 정기용선자가 부담하는 것으로 명시되어 있으므로 정기용선자가 부담하나, 선주 과실(예 : 선주의 임의 이로)이 개입되는 경우 그 부담 원칙도 통상 정하게 됩니다. 정기용선 계약상 도선료와 연료대금에 대해 약정이 없는 상황은 상상하기 매우 어려우며, 정기용선 계약 당사자 간의 선행 유사 계약 체결 여부, 약정 이전 협의된 Term Sheet 협상 내용 등을 고려하여 부담 기준을 제시할 수는 있을 것으로 보입니다.

6. 컨테이너와 원목선의 갑판적

컨테이너선박이나 원목선의 경우에는 갑판적을 하지 않을 수가 없는 상황입니다. 일반선박과 달리 이들 선박의 경우 갑판적을 한다는 약정이 없어도 당연히 갑판적은 허용되므로 갑판적 때문에 운송인이 책임을 진다고 말 할 수는 없는지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

원목선의 경우 컨테이너 선박과 달리 적용될 여지는 있으나, 컨테이너 선박에 갑판적 되는 컨테이너는 밀폐된 컨테이너 용기가 아닌 경우 (즉, Flat rack, Open Top, Break Bulk 등) 갑판적을 약정하고 선하증권 등 운송 증권에 명기하지 않는 한 책임을 면하기는 어렵다는 것이 한국 판례라고 이해하고 있습니다.

7. 선박건조계약에서 소유권의 소재

대형조선소에서 맺는 계약서에는 약정을 통하여 건조중인 선박의 소유권은 건조자에게 있다고 합니다. 우리 법에는 이에 대한 규정이 없습니다. 약정으로 택하지 않은 경우에도 관행에 따라 당연히 건조자가 소유자가 된다고 생각하시는지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

법률상 선박매매계약의 해석은 분명하다 할 것입니다. 계약 조건에 부합한 선박을 건조하여 인도할 의무가 건조자에게 있으며, 만일 그러한 의무를 이행하지 못하는 상황이 발생하는 경우 선주(매수인)은 안전 장치로 Refund Guarantee를 작동시키게 됩니다. 마찬

가지로, 건조가 완료된 선박에 대해 선주(매수인)이 대금을 완납하지 못하는 경우, 건조자가 선박 처분권을 갖게 됩니다. 실무상 선박의 소유권에 대해 약정이 존재하지 않는 계약은 상상해 보기 어렵습니다.

8. 정기선 운항에서 컨테이너 박스를 제공할 의무

통상 우리나라에서는 컨테이너 운송을 위하여 빈 박스를 운송인이 제공합니다. 송하인은 이를 수령한 다음 수출할 운송물을 적재시켜서 운송인에게 보내게 됩니다. 이런 컨테이너 박스를 제공할 의무에 대하여 우리 법은 적시하지 않고 있습니다. 만약 이런 의무가 운송인에게 있다면 그러한 약정이 운송계약에 없는 이상 그것은 관습법에 의하여 인정된다고 봅니다. 그렇게 보시지요?

(가) 매우 그렇다 (나) 그렇다 (다) 아니다 (라) 전혀 아니다

운송인은 화물운송계약(선하증권 등)에서 컨테이너 박스의 사용에 관한 조항을 명시하고 있으며, 화주의 박스 사용 및 보관에 따른 조건들이 Tariff 또는 계약조건으로 사전에 합의가 됩니다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1. 단행본

- 곽윤직/김재형, 민법총칙, 박영사, 2018.
김인현, 해상교통법, 삼우사, 2023.
_____, 해상법, 법문사, 2023.
_____, 해상법연구Ⅱ, 삼우사, 2008.
김정호, 상법총칙상행위법, 법문사, 2022.
김준호, 민법강의, 법문사, 2003.
송덕수, 민법강의, 박영사, 2022.
송옥렬, 상법강의, 홍문사, 2022.
유병화/정영환, 법학입문, 법문사, 2012.
이기수/최병규/김인현, 보험해상법, 박영사, 2015.
이철송, 상법총칙상행위법, 박영사, 2022.
정동윤, 상법(상), 법문사, 2012.
정찬형, 상법강의(상), 박영사, 2022.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2020.
최정식, 보험해상법, 삼영사, 2021.
최종현, 해상법상론, 박영사, 2014.
최준선, 상법총칙상행위법, 삼영사, 2021.
채이식, 상법강의(상), 박영사, 1997.
한국사법행정학회, 주석민법 총칙(1), 2010.

2. 논문

- 김인현, “인도지시서(D/O)와 화물선취보증장(L/I)를 이용한 인도에 대한 소고 - 인천항과 부산항의 관행을 중심으로-”, 한국해법학회지 제33권 제1호, 한국해법학회, 2011.
_____, “실무에서 나타나는 다양한 선하증권과 그 대응물”, 국제거래법 연구 제22권 제1호, 국제거래법학회, 2013.07.
_____, “컨테이너의 해상법상 지위와 활용도 증대방안에 대한 연구”, 한국해법학회지 제43권 제1호,

- 한국해법학회, 2021.
- _____, “선박건조표준계약서(SAJ)에 대한 연구”, 한국해법학회지 제34권 제2호, 한국해법학회, 2012.11.
- _____, “정기용선계약하에서 선장의 항로선정권”, 해사법연구 제13권 제1호, 해사법학회, 2001.6.
- _____, “정기용선계약상 대내적 법률관계”, 중재연구 제30권 제4호, 중재학회, 2020.12.
- 박영준, “서렌더 선하증권의 법적 문제점에 관한 연구”, 상사법연구 제39권 제4호, 상사법학회, 2021.
- 배병일, “산삼채취인의 관습에 관한 법사회학적 연구”, 비교사법 창간호, 비교사법학회, 1995.
- 배병일/김선길, “송이채취에 관한 관습조사”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2003.12.
- 양석완, “서렌더(surrendered) 선하증권의 법적 지위와 당사자 관계”, 상사판례연구 제28권 제3호, 상사판례학회, 2015.9.
- 이한무, “건조중인 선박에 관한 몇 가지 법률쟁점의 검토”, 한국해법학회지 제33권 제2호, 한국해법학회, 2011.11.
- 채이식, “경동한약상가에서의 상거래에 관한 사법적 고찰”, 안동섭 교수 화갑기념논문집(상거래법의 이론과 실제), 1995.9.
- 한낙현/최병권, “2016년 YAR의 적용에 따른 공동해손 정산 실무에 관한 시사점”, 무역상무연구 제72권, 무역상무학회, 2016.

II. 외국문헌

- 箱井崇史, 現代海商法(成文堂, 2018).
- 松井信憲외 1, 平成30年商法改正(商事法務, 2018).
- 北村雅史, 商法總則商行為法(法律文化社, 2018).

A Study on the Customary Commercial Law in the Area of Maritime Transaction

In Hyeon Kim^{*}

<Abstract>

The customary commercial law can be a source of law to be applied to commercial transactions. Therefore, it is very important. If a commercial practice is accumulated and admitted by lots of people as a law in the relevant society, it can be a customary commercial law. According to the writer's research, (i) the Korean Supreme Court admitted that the practice of the inn keeper to exchange the cargo with the delivery order(D/O) may reach to a customary commercial law; (ii) The Korean Supreme Court decided that the practice in Korea for the carrier to deliver the cargo without exchange of it with the Bill of Lading was no effect to the holder of the B/L; (iii) The carrier's duty to provide a container box to the shipper, the bare boat charterer's duty to repair and maintain the borrowed vessel and the use of YAR in assessing General Average became a kind of customary commercial law; and (iv) The charter's duty to designate safe port, and who is the owner of the vessel under construction between the ship builder and the shipowner has not reached to the customary commercial law and still remain in the mere practice.

The customary commercial law is not desirable because people can not know about it until the court admits it as a law. Therefore, we need to insert customary commercial law in the Commercial Code as a default rule. Delivery Order(D/O), the carrier's duty to provide a container box to the shipper in the liner service and the use of YAR in addressing general average are good examples. If the inserting them into the law is not easy, making them as one of general terms may be a compromise.

Keywords : Customary commercial law, Practice, Maritime law, Delivery order, Container

^{*} Korea University School of Law, Professor