

본 학회지는 한국과학기술단체 총연합회의 일부 재정지원에 의해 발간되었습.

商法上 船長の 地位와 船舶所有者의 代理權의 判例에 관한 研究

黃 錫 甲*

A Study on legal status of shipmaster and precedent of his Authority

Seok-Kap Hwang

〈目 次〉

Abstract	2. 代理權의 授權行爲
I. 序 論	3. 國際海事協約上 代理權의 立法例
II. 船長の 代理權에 대한 判例	4. 代理權의 範圍
1. 大法 1975.12.23.75다 83	5. 船長과 支配人의 代理權의 差異
2. 大法 1968.5.28.67다2422호	IV. 結 論
III. 評 釋	
1. 私法上 船長の 意義	

Abstract

The master of ship is always authorised to perform whatever acts are ordinarily necessary for the safe and proper prosecution of the voyage with regard to both ship and cargo. In other words, when a ship is away from her home port, where her business was managed, the master generally carried the owner's authority, and ordinarily he had power to enter into engagements, on their behalf, for carrying goods in the ship, or for letting her service, provided those engagements were consistent with the usual manner of employing her adopted by the owners. Accordingly he has always to decide onboard for an adequate applying of statutory law and cases whenever he acts. But the master would appear to have no such authority where he can communicate with the owners without difficulty as, now-a-days, he nearly always can. This paper, therefore, intend to review some legal guidance of his authority in accordance with the Korean Code of Commerce as well as precedent based on it. The paper is also simply to place at the disposal of young shipmasters and those who aspire to command some legal information concerning limit of master'

* 正會員, 韓國海洋大學校 海事大學 海事輸送科學科

s authority away from vessel's home port through legal commentation on the precedent, which may assist them to a better understanding of the many problems they may be faced with in the course of their careers. In order to make an efficient study of legal structure concerned for shipmaster's authority, several up-to-date precedents are selected and described herein by writer's opinion for preventing unreasonable legal dispute in this field before courts in future.

I. 序 論

船長은 海上企業의 主體인 船舶所有者의 代理人으로서 企業補助者이다. 바다를 舞臺로 하여 船舶에 의하여 전개되는 海上企業에서의 船長은 物的設備인 船舶과 積荷등 巨大한 財産과 海員 旅客 등 귀중한 人命을 도맡아 예정된 航海를 成就하여야 하는 安全運航의 最高責任者이므로 航行組織上 그 임무는 막중하다.¹⁾ 또한 船長은 그가 指揮 監督하는 船舶의 이동성 때문에 企業主인 船舶所有者를 떠나서 航行活動을 전개하는 것이 보통이므로 船長은 企業去來組織에 있어서 특수한 地位에 있다. 즉, 商法上의 船長은 船舶所有者의 被傭者이고 特定한 船舶의 乘務員의 한 사람으로서 그 船舶을 指揮하고, 또한 船舶所有者의 代理人으로서 法定權限을 가진 船員을 말한다.²⁾

그러므로 船長은 海上運送의 실행에 있어서 個品運送契約 傭船契約 및 海上保險등에 관하여 깊은 知識과 實務의 절차를 이행하는 專門家이다. 그러나 근래에 이르러 通信機關, 支店, 代理店制度의 發達, 金融網의 擴充등으로 船舶所有者가 船長에 대하여 指揮監督이 용이하게 되었고 그에 따라 종래의 船長 權限인 事項도 陸上의 商業使用人에게 委任이 가능하게 되었다. 그러므로 船長의 代理權도 그 만큼 縮小되고 船長은 단순히 船舶運航의 首長으로서의 權限에 그치고 있는 실정에 놓여 있다.^{3), 4)}

이에 따라 앞으로 商法上 船長의 權限인 代理權

을 둘러싸고 法的 시각에서 保守的인 견해와 進歩的 견해가 엇갈리어 그 다툼이 예상된다. 이 글에서는 商法上 船舶所有者로부터 船長에게 주어진 代理權에 관한 우리나라 大法院의 判例를 중심으로 筆者의 私見을 정리하고자 한다.

II. 船長의 代理權에 대한 判例

1. 大法 1975.12.23.75다 83

1) 事實의 概要

被告(商號變更前 금해세주개발주식회사)는 原告(荷主)와의 사이에 1973년 8월 19일 原告所有의 시멘트 15,500포대를 被告所有의 貨物船 金해호에 船積하여 江原道 三陟港으로부터 釜山까지 運送하기로 하는 海上物件運送契約를 締結하였다. 이 契約에 따라 金해호가 1973년 8월 14일 00:40시경 約定된 시멘트를 싣고 三陟港을 출발하여 運航하던 중 같은 날 20:10시경에 경남 울주군 서생면 나사리 간절감 燈臺 東北方 1마일 海上에서 坐礁沈沒하므로써 船積한 시멘트를 전부 바다속에 빠트려 滅失케 하였다. 事故船舶인 金해호의 船籍港은 濟州市로서 運送契約은 소외 손영수가 被告船長 김상기로부터 權限을 받아 三陟港에서 締結하였다. 그 후 金해호 船長 김상기는 1973년 8월 14일 約定된 시멘트를 싣고 航海하던 중 같은 날 12:00시경부터 氣象이 變하여 航海中인 海上은 北東風이 초속 약 4미터로 불고 있었고, 波高는 약

1) 林東喆, 船長의 法的 地位에 관하여, 韓國海法會誌, 第1卷 第1號, 1979, 91쪽.
2) 박용섭, 해상법론, (서울: 명신문화사, 1991), 145쪽.
3) 李均成, 新體系 海商法講論, (서울: 韓國海運技術院, 1988), 87-88쪽.
4) 田中誠二, 海商法詳論, (東京: 勁草書房, 1985), pp. 188-189.

1.5미터, 潮流는 약 3돛트의 속력으로 北上하고 안개가 심하여 시계가 0.5마일이었다. 같은 날 16:00시경부터는 약 2개월의 航海 經驗밖에 없는 航海士인 손영수에게 安全航海措置를 지시하지도 않은 채 航海指揮를 맡긴 후 잠을 잔 사실, 위 航海士 손영수는 이와 같은 安全航海를 위한 措置를 게을리한 채 약 8돛트의 속력으로 推測航海를 하다가 坐礁되었다.

2) 다툼점

위의 事實에 대하여 原告는 船舶의 航海指揮責任者인 船長 김상기로서는 船首에 監視者를 세우고 속도를 줄인 후 精確한 操舵命令을 하는 등 船舶安全運行을 위한 모든 措置를 다하여야 할 注意義務가 있음에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 當該 船舶을 坐礁케 한 사실을 인정할 수 있으므로 當該船舶의 坐礁沈沒에는 船長 김상기, 손영수의 過失도 그 原因이 된다고 하였다. 이에 대하여 ① 被告는 船舶坐礁로 인한 시멘트의 滅失은 被告나 또는 船員 기타 船舶使用人의 過失로 인한 것이 아니므로 船舶所有者인 被告는 그 損害賠償의 責任이 없는 것이라고 주장하였다. 아울러 ② 이 船舶坐礁事故는 船長 김상기, 船員인 손영수의 航海上的 過失로 인한 것으로서 船舶所有者인 被告로서는 그 損害를 賠償할 責任이 없다고 주장하였다. ③ 被告는 다시 交通部長官에 의하여 認許되어 海上貨物運送業者들간에 적용되는 貨物運送約款에 의하여 船舶의 衝突, 坐礁등으로 인한 損害에 대하여는 運送人은 責任을 지지 않는다는 特約이 있으므로 被告는 이 件의 船舶坐礁로 인한 損害를 賠償할 責任이 없다고 주장하였다.

原審은 ①에 대하여 事故에 있어서 被告나 船舶使用人의 過失이 없었다는 被告주장에 부합하는 原審 및 증인 김상기의 증언에서 손영수의 安全航海措置를 게을리한 사실을 인정할 수 있으므로 當該船舶의 坐礁沈沒에는 김상기, 손영수의 過失도 그 原因이 된다고 하고, ②에 대하여는 被告가 當該 시멘트 運送 중에 시멘트 運送에 관한 協定書를 작성함과 동시에 위 시멘트 등 貨物을 輸送하는 도중의 어떠한 事故로 인한 損害이든 賠償하겠

는 約定에 따라 原告는 각 貨物運送을 被告에게 委託한 사실, 當該 시멘트 運送契約을 締結함에 있어서도 被告를 代理한 손영수는 같은 내용의 約定을 하고, 原告는 그 約定에 따라 當該 시멘트 運送을 被告에게 委託한 사실등을 인정할 수 있으므로 이 約定(覺書)에 따라 被告는 소위 事故가 航海上的 過失事故라 하여도 이로 인한 損害에 관하여 責任이 있다 하고, ③에 대하여 被告의 주장과 같은 特約은 제789조(同前-免責事由)의 規定에 反하여 船舶所有者의 義務 또는 責任을 輕減하는 當事者간의 特約이라고 보여지므로 이를 제790조(船舶所有者의 責任등의 輕減禁止)에 의하여 無效라고 判決하였다. 이에 被告는 判決이 理由不備의 違法이 있다고 原審에 不服하고 上告하여 다음 要旨의 大法院 判決이 나오게 된 것이다.

3) 判決要旨

商法 제773조 제1항의 規定에 의하여 船籍港 外에서의 船長の 航海에 필요한 裁判上 또는 裁判外의 모든 行爲를 할 權限 가운데 個品運送契約에 관한 權限도 포함되고 運送 途中의 事故發生으로 인한 貨物의 被害辨償責任에 관한 特約도 運送契約 內容의 一部라 할 것이다.

2. 大法1968.5.28.67다 2422호

1) 事實의 概要

被告(石炭公社)소유의 船舶 화순호 船長은 1953년 12월 5일 原告(同船舶의 1等機關士)와의 사이에 雇傭契約을 성립시키고 그날 釜山海事局의 公認을 받은 후 原告는 1953년 12월 11일에 被告公社總裁에 의하여 위 船舶의 1等機關士로 정식 발령되었다. 그 후 原告가 1963년 12월 7일 停年退任함에 당하여 被告公社로부터 原告가 1953년 12월 11일에 入社하였음을 기초로 한 退職金 기타 諸手當을 계산하여 支給받을 것이 아니고 1953년 12월 5일을 기초로 하여야 한다고 주장하였다.

2) 다툼점

原告 화순호 1等機關士와 被告 石炭公社와의 다툼에서 原審은 被告 公社所有 船舶 화순호와 그

船長과의 사이에 1等機關士로서의 乘船契約이 성립되어 1953년 12월 5일 釜山海事局의 公認을 받아 船長에 의해 被告公社에 上申되어 그 달 11일 被告 公社總裁에 의하여 위 船舶의 1等機關士로 정식 發令되므로써 같은 날 비로소 被告公社에 入社된 사실을 인정하였다. 原告는 이에 대하여 不服하고 또한 原告는 原審에서 說示한 내용으로서 原告가 1963년 12월 17일 停年退職함에 있어서 被告公社로부터 原告가 1953년 12월 11일에 入社하였음을 기초로 한 退職金 기타 諸手當은 다 支給 받은 사실은 當事者사이에 없은 즉 그렇다면 앞서 확정된 사실과 달리 原告가 被告公社에 1953년 12월 5일에 入社하였음을 전제로 原告의 本訴請求는 더 나아가 따져볼 필요없이 이유없이 棄却한 것이 다라고 하였으나 原告는 原審에서 주장한 바와 같이 原告는 1953년 12월 5일 被告公社에 入社하여 停年期間 10년 넘어서 1963년 12월 7일까지 만 10년 3일간 계속 근무하였으므로 請求原因에 기재된 團體協約 規定에 의하여 계산된 年次手當을 191, 130원으로 請求한 것인 바 즉, 船員名簿, 船員手帖에서 엄연히 1953년 12월 4일 入社로 한 團體協約 規定을 무시하고 사실상 1965년도 그 당시의 發令簿는 紛失해 버리고 軍政時에 公社의 임의로 1965년 12월 11일 發令된 것 같이 된 것을 認容判斷한 것은 違法的이라 하였다. 判示 중 原告가 1953년 12월 11일에 入社하였음을 기초로 한 것을 주장한 것 같은 說示는 그러한 것이 아니고 1953년 12월 5일에 入社를 기초로 하여 주장하고 10년간 勤務退職金까지 받은 사실이 있는 데도 불구하고 이를 誤認한 判斷의 法律解釋이다라고 주장하였다. 또 原審은 採證法上的 違背가 있다고 하여 즉, 團體協約規定에 의한 入社日字를 1963년 12월 5일의 海員名簿, 船員手帖에 대한 뚜렷한 證據와 被告主張의 發令名簿 日字 1953년 12월 11일자에 대하여 原告主張 證據를 排斥한 法律解釋의 이유를 적시한 사실이 없는 것은 採證法則을 違反한 것이라 하고 原審에 不服하였다.

3) 判決要旨

商法 제773조 제2항 所定 船籍港 內에서 船舶에 乘務하는 海員의 雇傭은 船長 固有의 代理權에 속하는 것이므로 被告公社 所有船舶 화순호의 船長이 被告公社에 대하여 다만 原告의 採用斡旋을 한 것이 아니고, 同 船長과 1等機關士인 原告와 사이에 1953년 12월 11일 原判示와 같이 被告公社總裁에 의하여 原告가 위 船舶의 1等機關士로 정식 發令되었다면 다른 특별한 사정이 없는 이상 原告는 위 船長에 의하여 雇傭된 1953년 12월 5일에 被告公社에 入社한 것으로 보아야 할 것임에도 불구하고, 原審이 原告는 위 總裁에 의하여 정식 發令된 1953년 12월 11일에 被告公社에 入社한 것이라고 判斷한 것은 商法 제773조의 法理를 誤解한 잘못이 있고, 이는 判決結果에 영향이 있다고 보고, 이 점에 관한 上告論旨는 이유있고 原判決은 棄却을 면할 수 없다.

III. 評 釋

1. 私法上 船長의 意義

船長(Master, Kapitan, Schiffer, Capitaine)은 넓은 의미에서는 船舶所有者인 동시에 船長인 이른바 自船(同時)船長(Schifferreeder)도 포함하지만, 좁은 의미로는 船舶所有者(또는 船舶賃借人)의 被傭者(Setzchiffer)로서 特定한 船舶의 航海를 指揮·監督하고 또한 그 代理人으로서 航海에 관한 包括的인 法定權限을 가지는 사람이다.⁵⁾

통상 船長이라 할 때에는 狹義의 船長을 말한다. 船長이 被傭者로서 法律上 代理權을 가지는 점에서, 支配人·理事·船舶管理人등과 비슷하지만, 船長은 ① 特定船舶의 指揮者이고, ② 그 地位에 있어서 船員法의 船舶權力(Shiffsgewalt)이 부여되어 있으며, ③ 그 代理權의 범위가 航海單位로 정하여지는 등의 점에서 그들과 다른 특색이 있다.⁶⁾

이와 같이 船長의 代理權은 船舶所有者를 위한

5) 徐燉珩, 第三全訂版 商法講義 (下卷), (서울: 法文社, 1986), 520-521쪽.

6) 孫珠璜, 第五訂增補版 商法(下), (서울: 博英社, 1993), 774쪽.

것과 또한 積荷利害關係人을 위한 代理權으로 나뉘어 진다. 이것은 船舶의 航海가 船舶所有者의 직접 監督을 받을 수 없는 海上에서 移動성과 孤立성을 隨伴하면서 이루어지므로, 船長은 船舶과 積荷의 利害關係人의 이익을 보호하기 위한 善良한 管理者로서 注意를 다할 의무가 있다. 船長의 이러한 代理權은 서로 성질이 다른 二重的 權限으로 구성되는 또 다른 하나의 特性을 지닌다고 하겠다.⁷⁾

그러나 商法上的 船長은 다른 法律上的 船長과 반드시 일치하는 것은 아니다. 예컨대 船員法上的 船長은 廣義의 船長이므로 船舶所有者의 被傭者로서 代理權을 가짐을 요건으로 하지 않음으로 船舶의 指揮者는 모두 船長인 것이다. 또한 商法 제772조의 代船長은 商法上的 船長이지만 船員法 제22조의 代行船長은 船員法上的 船長으로서 商法上的 船長이 아니므로 船舶所有者의 代理人으로서 權限을 가지지 아니한다.

2. 代理權의 授權行爲

1) 授權行爲의 概觀

船長의 代理權은 船舶所有者등(運送人)의 授權에 의한 委任代理의 關係로 解釋하는 委任代理說이 優勢하다. 이 說은 船長의 代理權 가운데 船籍港 안에서 委任을 받은 事項 및 海員의 雇傭·解雇만을 할 수 있다는 規定을 根據로 한 見解이다. 또한 船長의 代理權은 舊民法에서 任意代理를 委任에 의한 代理(舊民 제 104조, 111조)라고 하는 原則, 즉 代理는 委任의 對外關係로 이해하는 原則에서 나온 見解이다. 그러나 現행 民法은 代理權 授與行爲인 授權行爲는 基礎的 內部關係를 발생시키는 行爲, 예컨대 委任·雇傭·都給·組合등과 구별되는 單獨行爲說을 通說로 하므로 委任代理의 성질로 볼 수 없다.

船長의 代理權은 任意代理權으로서, 船長이 船舶所有者등에게 雇傭되어 特定船舶에 乘船함으로써

효력이 발생한다. 이것은 船長의 雇傭契約이 船舶所有者등과 船長 사이의 基礎的 內部關係를 발생하게 하는 原因인 法律關係를 형성한다는 것을 말한다. 그리고 授權行爲는 그 原因이 된 雇傭契約의 수단으로 행하여 지는 것이 보통이므로 船長은 雇傭契約와 함께 代理權이 수여된다.

民法上 授權行爲는 本人과 代理人 사이의 內部關係를 발생케 하는 行爲 그 자체가 아니고, 그것과는 獨立하여 代理權의 발생만을 목적으로 하는 法律行爲이다. 따라서 代理權의 法的性質은 權利가 아니라 行爲能力과 같은 法律上 일정한 法律效果를 발생케 하는 能力 또는 資格으로 본다(資格說). 이 資格說이 우리나라의 通說로 되어 있다.⁸⁾

그러나 代理權의 授權行爲는 의견상 委任·雇傭·都給 또는 組合등과 합쳐서 생기는 경우가 많아서, 代理權이 이러한 内部的 契約關係에 의하여 발생한다고 보는 融合契約說도 있다. 이 說은 日本民法의 기초자들이 內部關係의 設定契約과 授權行爲를 하나로 보았기 때문에 나온 견해이고, 또한 委任과 代理를 일체로 보는 프랑스 民法의 영향을 받은 것이다.

그러나 우리 民法은 委任과 代理를 분명하게 구분하여 立法하였고 學說에서도 이를 通說로 하고 있다. 그리고 任意 代理權의 消滅原因에 관하여서도 이를 明記하고 있어서(民 제128조) 委任과 代理를 구별하고 있다. 授權行爲는 그 原因인 法律關係 즉, 基礎的 內部關係와는 獨立된 것이어서 그 法律關係가 終了한다고 해서 당연히 代理權도 消滅하는 것은 아니다.

그리고 授權行爲는 一般的으로 그 原因인 法律關係의 수단으로 행하여지는 것이므로, 委任·雇傭 등의 基礎的 內部關係가 終了하면 그 代理權은 撤回되는 것으로 본다. 그러므로 우리 民法에서도 이 解釋原則을 명시하고 있다(民 제128조 전단). 반면에 授權行爲의 獨立성을 인정하여 原因인 法律關係가 계속하고 있더라도 本人이 授權行爲를

7) E. R. Hardy Ivamy, Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea, (London : Butterworths, 1985), p. 200.

8) 郭潤直, 民法總則(民法講義 I), (서울 : 平和堂印刷株式會社, 1984), 411쪽.

撤回하여 그 代理權을 消滅시킬 수도 있다(民 法 제 128조 후단).

따라서 任意代理人의 授權行爲는 代理人에게 法律上으로 일정한 資格 내지 權能을 줄 뿐이고, 아무런 義務를 지우는 것이 아니므로, 본인은 代理人의 동의를 필요로 하지 아니하는 單獨行爲를 法的 性質로 한다. 이 單獨行爲說은 民法 제128조 후단에서 立法的으로 명시하고 있다.⁹⁾

船長의 代理權에 관한 授權行爲는 民法의 任意代理權의 一般原則을 적용하여야 할 것이나, 船長은 船舶所有者가 지정한 特定船舶에 乘船하여야만 代理權의 實質의 효력이 발생한다고 본다.¹⁰⁾ 따라서 乘船雇傭契約이 終了하면 自動的으로 그 代理權이 消滅하는 本質에 비추어 볼 때 授權行爲는 雇傭契約을 基礎的 內部關係로 하는 單獨行爲로 解釋하는 것이 타당하다고 생각된다. 그러므로 船長과 船舶所有者간에는 다른 委任契約이 존재하는 것이 아니라고 본다.

현재 海運實務에서 船舶所有者는 船長에게 商事事項의 代理權을 크게 制限하거나 또는 부여하지 않을 수도 있다. 오늘날 通信施設의 발달과 實際로 陸上의 人的組織內에 포트캡틴(port captain)과 포트 엔지니어(port engineer) 制度를 두어서 船長의 代理權 행사를 干涉 내지 監督하는 傾向이 增大하는 것은 船長의 代理權에 적지 않는 영향을 미친다고 생각된다.

비록 海運實務上 社規에 의하여 船舶運航에 대한 陸上監督者를 乘船시켜 船長의 職務에 관여하도록 監督權을 정하였다 하더라도 社規가 法律에 優先할 수는 없다고 본다. 船長의 權限은 私法人 商法 이외에도 公法人 船員法에서 그 職務에 대하여 廣範하게 法定되어 있기 때문이다. 商法上 船長과 포트캡틴 또는 포트 엔지니어의 對內的 法律關係는 船長이 默示的으로 指名한 代理人의 관계에 있다고 본다. 따라서 이들은 船長의 複代理人으로서 船長의 職務를 補助하는 法的 地位에 선다.

그러므로 만일 先任船長 또는 機關長 出身의 監督者가 乘船하여 船長의 職務에 干涉함으로써 公·私法의 違反이 있을 때에는 이들 監督者에게 그 責任이 歸屬되지 아니하고 船長에게 歸屬하게 된다. 그럼에도 불구하고 海運實務界에서 監督者들의 先驗的 經驗과 知識을 憑藉하여 乘務중인 船長의 職務를 補助한다는 名分下에 實際로는 船長을 指揮·監督하려는 價行은 船長의 代理權에 대한 중대한 侵害라고 생각한다. 이러한 運航實務의 制度는 結果적으로 商法上 船長의 代理權에 영향을 미칠 수 있으므로 그 運營에 있어서 慎重한 검토가 필요하다.

2) 代理權 범위에 관한 立法主義¹¹⁾

(1) 船舶所有者 所在地主義

이는 프랑스 商法(佛商 제232조)의 입장으로서 船舶所有者 또는 그 代理人의 所在地에 따라서 구별하고 그 所在地內에서는 船長은 船舶所有者의 특별한 授權이 있어야 하는 것이다.

(2) 船長主義

이는 英國法의 입장으로서 行爲의 종류를 특별한 行爲와 일반적 行爲로 구분하여, 특별한 行爲 이외의 行爲에 대하여는 廣範圍한 代理權을 인정하는 입장이다. 즉, 船長은 船舶이 어떠한 곳에 位置하고 있는가를 묻지 않고 船舶의 통상적인 사용 및 運航과 관계되는 모든 行爲를 할 수 있는 權限을 갖는다. 다만, 冒險貸借은 船舶所有者등의 指示를 適時에 받을 수 없고 不可避한 경우에만 할 수 있다. 美國도 英國과 대체로 같다.

(3) 船籍港主義

이는 獨逸法의 입장으로서 船舶所在地와 관계 없이 船籍港의 내외에 따라 구별하여, 船籍港內에서는 그 權限을 縮小하는 반면에 船籍港外에서는 擴大한다. 우리나라의 商法은 船長의 代理權의 범위에 대하여 船籍港主義를 채택하고 있다.

9) 박용섭, 앞의 책, 151-153쪽.

10) 徐燾珪, 앞의 책, 522쪽.

11) 孫珠瓚, 앞의 책, 779-780쪽; 崔基元, 앞의 책, 731쪽.

3) 第3者에 대한 효력

우리 商法은 船長の代理權의 범위를 包括的으로 法定하고 있다(商 法 제773조 내지 775조, 777조). 따라서 船舶所有者와 船長 사이의 대내적 관계에 있어서 制限된 代理權은 第3者와의 去來를 보호하고 동시에 去來의 安全을 위하여 善意의 第3者에게 對抗하지 못한다(商 法 제775조). 이러한 立法趣旨은 支配人의 代理權에 대한 制限(商 法 제113조③) 및 船舶管理人의 代理權에 대한 制限(商 法 제762조)과 같은 것이다. 다만, 船長은 船舶所有者와의 内部關係에 있어서는 法的 代理權의 범위를 擴張 또는 縮小할 수 있다.

3. 國際海事協約上 代理權의 立法例

國際協約에서는 船長을 英美法上 船舶所有者의 履行補助者(servant)로 規定하고 있다. 船舶所有者와 船長은 英美法上 이른바 使用者 責任主義의 法理에 의한 “船長과 使用인에 관한 法”(master and servant law)에 의하여 船長の 代理權이 인정되고 있다. 즉, 商人인 船舶所有者 또는 海上運送人은 自己 또는 自己의 履行補助者가 海上去來의 이행과 관련하여 발생시킨 損害에 대하여 無過失責任을 지는 것이 원칙이다.¹²⁾ 그러나 船舶所有者는 沿革의인 이유를 根據로 하여 自己 또는 履行補助者인 船長이 발생시킨 損害에 대하여 責任制限이 인정되고 있다. 協約上 船長の 代理權이 인정되는 根據로서 船主責任制限協約 외에도 헤이그·비스비 規則등에서 船長을 船舶所有者의 代理人으로 인정하고 있는 立法例를 찾아 볼 수 있다. 여기서는 協約上 船長の 代理權이 인정되는 根據를 논하

는 것이 목적이므로 각 協約에서 관련되는 모든 規定을 살피지 않고 주요한 規定만을 拔萃하여 간단히 언급하기로 한다.

1) 1924년 航海船舶所有者의 責任制限에 관한 國際協約

이 協約에서 船長을 船舶所有者의 代理人으로 인정하는 根據規定의 하나로서 제1조 제1항을 들 수 있다. 「즉, 船舶所有者는 航海에 사용한 船舶과 그 屬具, 運賃, 그 船舶에 관한 損害賠償 또는 報酬請求權 기타 船舶附屬物의 價額을 限度로 그 航海에 관하여 생긴 船長·海員·導船士 기타의 船舶使用人의 故意 또는 過失로 인하여 제3자에게 加한 損害의 賠償에 대하여 責任을 진다」¹³⁾고 規定하고 있다. 그리고 同條 제8항에서는 「船長이 船籍港 外에서 船舶保存 또는 航海繼續의 現實의 필요로 그 法定權限에 의하여 締結한 契約 또는 處分行爲로 인하여 생긴 債務, 그러나 그 필요가 航海準備의 不충분으로 裝備 또는 補給品의 不足이나 缺陷으로 인한 것인 때에는 그러하지 아니하다」¹⁴⁾고 명시하고 이 債務에 대하여 船舶所有者가 責任을 지는 것으로 한다. 이들 兩規定에서 船舶所有者가 船長の 行爲에 대하여 責任을 진다는 것은 곧 船長이 船舶所有者의 代理人임을 인정하고 있는 것이다.

2) 1957년 航海船舶所有者의 責任制限에 관한 國際協約

이 協約은 제6조 2항에서 「..., 이 協約의 規定은 傭船者, 船舶管理人 및 船舶運航者에 대하여 그리고 船長, 海員 기타의 雇用契約의 범위내에서 行

12) 이 原則은 로마法의 리셉툼에서 유래된 것이다(林東喆, 海商法·國際運送法研究, (서울:眞成社, 1990), 25-28쪽 참조).

13) Article 1 (1) : The liability of the owner of a sea-going vessel is limited to an amount equal to the value of the vessel, the freight, and the accessories of the vessel, in respect of :

1. Compensation due to third parties by reason of damage caused, whether on land or on water, by the act or fault of the master, crew, pilot, or any other person in the service of the vessel.

14) Article 1 (8) : Obligation arising out of contracts entered into or transactions carried out by the master, acting within the scope of this authority, away from the vessel's home port where such contracts, or transactions are necessary for the preservation of the vessel or the continuation of the voyage, provided that the necessity is not caused by any insufficiency or deficiency of equipment or stores at the beginning of the voyage.

爲하는 傭船者, 船舶管理人 및 船舶運航者의 使用人에 대하여도 所有者에 대한 경우와 同一하게 적용한다」¹⁵⁾고 명시하여 船長이 행한 一定事故에서 생긴 債權은 그 責任을 制限할 수 있다. 이 規定은 船長을 船舶所有者의 代理人으로 인정하여 有限責任을 진다는 立法趣旨인 것이다.

3) 1976년 海事債權에 대한 責任制限條約

이 協約은 海商法の 전통적 立法原則인 船舶所有者 保護主義에서 企業責任을 바탕으로 한 現代私法上の 責任原則을 積極的으로 도입한 것이다.¹⁶⁾ 이 協約은 責任의 主體를 제1조 제1항에서 船舶所有者와 救助者로 명시하고 다시 제1조 제2항¹⁷⁾에서 船舶所有者에 대한 구체적內容을 列擧하고 있으나 船舶所有者의 代理人으로서의 船長에 대한 구체적內容은 없다.

그러나 위의 1957년 協約에서 雇傭契約의 범위 내에서 행동하는 船長, 海員 및 기타 船舶使用人으로 規定하고 있는 것에 비추어 볼 때 이 協約에서는 船舶所有者가 法律上 責任을 져야 할 다른 사람 즉, 代理人인 船長, 導船士 기타 船舶使用人과 같은 사람을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁸⁾ 따라서 船長·海員·導船士 기타 船舶所有者·傭船者·船舶賃借人·船舶運航者의 使用人 또는 代理人의 行爲로 인하여 船舶所有者등의 責任制限權者가 損害賠償責任을 지고, 그것이 法定制限債權에 해당하는 경우, 그들 船長 기타의 船舶使用인도 責任을 지는 때에는 그 船長 기타의 船舶使用인도 그들의 責任의 制限을 주장할 수 있다고 본다.¹⁹⁾

그러므로 이 協約에서도 船長은 船舶所有者의 代理人임을 인정하고 船長의 代理權 행사에 대한 責任의 制限으로 資力이 약한 船長을 보호하려는 合理的인 立法例라 할 수 있다.

4) 1968년 헤이그·비스비 規則

헤이그·비스비 規則(Hague·Visby Rules)에서는 運送責任의 主體로서 運送인과 그의 補助者에 관하여 제3조 제3항의 船荷證券의 交付規定을 비롯한 여러 규정에 걸쳐 「運送人, 船長 또는 運送人의 代理人」(the carrier or the master or agent of the carrier) 또는 「運送人의 代理人 또는 使用人」(the agents or servants of the carrier)이라는 文言을 사용하여 船長이 運送人의 代理人임을 정하고 있다. 예컨대 제6조에는 「…, 公共의 秩序에 반하지 아니하는 한 運送人, 船長 또는 運送人의 代理人과 送荷人은 特定 物件에 관하여 運送人의 責任과 義務 및 그 物件에 관한 運送人의 權利와 免責, 또는 船舶의 勘航能力에 혹은 海上에서 運送되는 物件의 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸에 대한 使用人 또는 代理人의 注意에 관한 運送人의 義務에 어떠한 조건으로서든지 契約를 締結할 자유가 있다. 그러나 이 경우에는 船荷證券을 發行하지 아니 하였거나 또는 이를 發行하지 아니하며 또한 그 合意條件은 이를 領收證에 기재하여야 한다. 그 領收證은 非流通證券이어야 하며 또한 이에 그 뜻을 記載하여야 한다. 이와 같이 締結된 모든 特約은 完전하게 法律上の 效力이 있다.…」²⁰⁾고 규정하여 特定 物件에 대한 契約 締結權을 船長에게까지 인정하고 船長의 契約締結은

15) Article 6 (2) : ‘…’, the provisions of this Convention shall apply to the charterer, manager and operator of the ship, and to the master, members of the crew and other servants of the owner, charterer, manager or operator acting in the course of their employment, in the same way as they apply to an owner himself : ‘…’.

16) 박용섭, 앞의 책, 203쪽.

17) Article 1 (2) : The term shipowners shall mean the owner, charterer, manager and operator of a sea-going ship.

18) Patrick Griggs & R. Williams, Limitation of Liability for Maritime Claims, London, Lloyd's of London Press, 1988, p. 7.

19) 孫珠瓚, 앞의 책, 719-720쪽.

20) Article 6 : ‘…’, a carrier, master or agent of the carrier and a shipper shall in regard to any particular goods be at liberty to enter into any agreement in any terms as to the responsibility and liability of the carrier for such goods, and as to the rights and immunities of the carrier in respect of such goods, or his obligation

適法하다고 한다. 이것은 곧 船長을 運送人의 代理人으로 보기 때문에 法律上의 效力을 인정하는 것이다.

5) 히말라야 約款

히말라야 約款(Himalaya clause)은 海上運送人의 履行補助者 및 荷役人의 不法行爲와 헤이그 規則과의 사이에 존재하는 法的 마찰을 立法技術로서 그 해결을 시도한 것이다. 즉, 海上運送人이 헤이그 規則에서 누리는 것과 동일한 抗辯, 責任制限, 免責등의 利益을 海上運送人의 使用人, 代理人, 下手給人(荷役業者 포함) 등의 履行補助者에게도 海上運送人 자신과 동일하게 法的 地位를 부여한다는 것이다.²¹⁾ 約款의 내용은 「運送人의 使用人 또는 代理人(運送人이 隨時로 雇傭하는 모든 獨立契約者를 포함한다)은 作業中 또는 작업에 관여하는 사이에 自己의 作爲, 不注意 또는 過失로 直接·間接으로 생긴 어떠한 종류의 滅失·損害·遲延에 대하여도 送荷人·受荷人·荷主 및 本 船荷證券所持人에 대하여 어떠한 상황에 있어서도 모든 責任을 지지 아니하며, 또한 本條 상기 규정의 一般則을 害함이 없이 本 證券中에 포함하는 모든 免除, 制限, 條件과 自由, 이에 대하여 運送人이 이용 가능하거나 또는 運送人이 이 證券 아래 행

사할 수 있는 모든 權利, 責任으로부터 免除, 모든 종류의 抗辯 및 特權은 위와 같이 작업하는 運送人의 使用人 또는 代理人의 모든 사람을 보호하기 위하여 동일하게 이용하여 擴張 적용토록 하고, 또한 本條의 前記 規定의 모든 것을 달성하기 위하여 運送人은 隨時로 自己의 使用人 또는 代理人(獨立契約者 포함)이 되거나, 될런지도 모르는 모든 者에 대하여 또는 모든 者를 위하여 代理人·受託人으로 行爲하거나 行爲하는 것으로 간주하며 이러한 모든 者는 그 정도까지 本 船荷證券 중의 契約 또는 本 船荷證券에 증명된 契約의 當事者로 되거나, 또는 當事者가 되는 것으로 간주하여 이상의 것에 대하여 本條에서 명확히 합의한다.²²⁾고 되어 있다. 이 約款은 1968년 헤이그·비스비 規則에서 海上運送人의 履行補助者에는 船舶使用人과 代理人으로 限定하고, 英美法上 獨立契約者인 荷役業者를 제외시켰다(동 규칙 제4조의 2). 이 約款의 내용에서 反復되고 있는 「運送人의 使用人 또는 代理人」(servant or agent of the carrier)이란 함은 이 約款의 沿革과 趣旨에 비추어 볼 때 海上運送人의 履行補助者로서 당연히 船長이 포함되므로 船長도 海上運送人과 동일한 法的 地位가 인정되는 것이다.

as to seaworthiness, so far as this stipulation is not contrary to public policy, or the care or diligence of his servants or agents in regard to be loading, handling, stowge, carriage, custody, care and discharge of the goods carried by sea, provided that in this case no bill of lading has been or shall be issued and that the terms agreed shall be embodied in a receipt which shall be a non-negotiable document and shall be marked as such. Any agreement to entered into shall have full legal effect...

21) 朴容燮, 國際複合運送(船荷)證券의 解說, (서울: 螢雪出版社, 1992), 156쪽.

22) It is hereby expressly agreed that no servant or agent of the carrier(including every independent contractor from time to time employed by the carrier) shall in any circumstances whatsoever be under any liability whatsoever to the shipper, consignee or owner of the goods or to any holder of this Bill of Lading for any loss, damage or delay of whatsoever kind arising or resulting directly or indirectly from any act, neglect or default on his part while acting in the course of or in connection with his employment and, without prejudice to the generality of the foregoing provisions of this clause, every exemption, limitation, condition and liberty herein contained and every right, exemption from liability, defense and immunity of whatsoever nature applicable to the carrier or to which the carrier is entitled hereunder shall also be available and shall extend to protect every such servant or agent of the carrier acting as aforesaid and for the purpose of all the foregoing provisions of this clause the carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of all persons who are or might be his servants or agents from time to time (including independent contractors as aforesaid) and all such persons shall to this extent be or be deemed to be parties to the contract in or evidenced by this Bill of Lading.

6) 1978년 함부르크 規則

함부르크規則 (Hamburg Rules)에서 運送人이라 함은 스스로 또는 自己의 名義로 送荷人과 海上物件運送契約을 체결한 사람을 말한다. 여기서 運送人이라 함은 商人으로서 船舶所有者를 포함한다. 이 規則上 運送人의 履行補助者로서 船長의 代理權이 인정되는 根據로서 여러 규정을 例示하여 설명할 수 있겠으나 특히 제4조 제3항에서 「... 運送人 또는 受荷人에는, 運送人 또는 受荷人 외에 運送人 또는 受荷人의 使用人 또는 代理人을 포함한다」²³⁾고 明定하고 있다. 이 規定에서 運送人으로서 「船舶所有者의 使用人 또는 代理人」에 속하는 者가 바로 船長인 것이다. 또한 제5조의 제1항, 제4항, 5항 및 제7항에서 責任의 原則을 규정하고 있는 바 그 중 제1항에 의하면 「運送人은 物件의 滅失·毀損 또는 引導遲延의 原因으로 생긴 事故가 제4조에 규정된 運送人의 管理 아래에 있는 동안에 일어난 때에, 그 滅失 그리고 毀損 또는 遲延으로 인하여 생긴 損害에 대하여 責任을 진다. 그러나 運送人이 自己 그 使用人 및 代理人이 事故와 그 結果를 排除하기 위하여 合理的으로 요구되는 모든 措置를 취하였다는 것을 證明하는 때에는 그러하지 아니하다」²⁴⁾고 하여 運送人의 責任은 代理人의 立證으로 免責된다. 여기서 船長은 英美法上 運送人의 「使用人 및 代理人」(his servants or agents)의 범위에 포함되므로 運送人의 代理人으로 된다.

4. 代理權의 범위

1) 船舶所有者등(運送人)을 위한 代理權

船長은 船舶所有者등의 任意代理人으로서 船主

의 授權에 의한 委任代理人이고 그 代理權은 包括的으로 法定되어 있다. 따라서 이에 制限을 加한 때에는 善意의 제3자에 대하여 對抗할 수 없게 된다(商 제775조). 이는 去來의 安全을 보호하기 위한 것이다. 그러나 船舶所有者등과 船長과의 内部關係는 船長이 委任代理人이므로 전혀 별개의 것이라 할 수 있다. 통상 船長의 代理權은 雇傭契約期間의 滿了에 의하여 消滅하나 雇傭契約期間의 滿了 後에도 船長이 對外的으로 船舶의 地位者인 地位를 유지하고 있는 때에는 船舶所有者등은 제3자가 惡意인 경우가 아니면 表見代理의 法理에 의하여 그 責任을 면하지 못한다고 본다. 왜냐하면 船舶所有者는 船長을 解任한 때에는 즉시 새로운 船長을 選任하여 船舶의 地位에 임하도록 하여야 할 것이기 때문이다.²⁵⁾

(1) 船籍港 외에서의 代理權

가) 原則(通常代理權)

船籍港 외에서 船長은 航海를 위하여 필요한 一切의 裁判上 또는 裁判 외의 모든 行爲를 할 權限을 가진다(商 제773조1항). 여기서 “航海에 필요한 行爲”라 함은, ① 特定船舶에 관한 것이고, 이 점에서 支配人의 代理權과 다르고 그 船舶이 汽船, 帆船, 商船, 漁船인가에 따라서 法定範圍가 다르며, ② 特定航海에 관한 것임을 요하고, 特定航海라 함은 營業本據港을 出航하여 다시 回航할 때까지의 全航海를 말하고 途中의 모든 運送航海를 포함하며, ③ 航海를 위하여 필요한 것을 요하고, 이것은 技術的 의미가 아니고 經濟的 또는 商業的인 필요로 解釋된다. 또한 여기서 船籍港이라 함은 船舶所有者가 船舶의 登記와 登錄을 하고 船舶國籍證書를 교부하는 船舶法上的 船籍港을 指稱하는 것으로 생각된다.^{26) 27)}

23) Article 4 (3) : ..., reference to the carrier or to the consignee means, in addition to the carrier or the consignee, the servants or agents, respectively, of the carrier or the consignee.

24) Article 5 (1) : The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery, if the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in Article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences.

25) 崔基元, 新訂增補版 商法學新論(下), (서울: 博英社, 1992), 731쪽.

26) 林東喆, 앞의 論文, 1979, 99쪽.

27) 實定法上の 船籍港은 船舶의 登記·登錄을 하고 船舶國籍證書를 교부하는 곳으로 船籍簿에 기재되는 港(登

船長の 運送契約 締結에 관하여는 獨逸商法(獨商法 제527조2항)과 프랑스商法(佛商法 제232조)에서는 明文의 規定을 두고 있다. 그러나 우리나라와 日本은 明文規定을 두고 있지 않다. 그러므로 船長の 代理權의 범위에 대한 주장이 대립될 素地를 안고 있다 할 것이다.

나) 特則(非常代理權)

(가) 信用契約(消極의 特則)

船長은 航海繼續을 위하여 필요한 費用(船舶修繕費, 海難救助料, 導船料, 入港稅, 食料品購入費, 船舶押留에 대한 保證費用등)을 支給하기 위한 때에만 일정한 信用契約을 할 수 있다. 이 외에는 ① 船舶 또는 屬具를 擔保에 提供하거나, ② 借財하거나, ③ 積荷의 전부 또는 일부를 處分하는 行爲를 하지 못한다(상774조1항). 船長의 信用行爲는 船主의 부담으로 남기 때문에 航海繼續에 필요한 費用을 支給하기 위한 것이고 동시에 이 방법의 의할 수 밖에 없을 때에 한한다. 積荷의 處分行爲는 積荷의 賣却·入質과 事實상의 處分行爲를 포함한다.

(나) 船舶의 緊急賣却權(積極의 效力)

船長이 船籍港 外에서 船舶이 修繕하기 불가능하게 된 때에는 海運官廳의 認可를 얻어 이를 競賣할 수 있다(商 法 제777조). 船長의 權限은 船舶을 安全하게 航海하는 데 있기 때문에 船舶을 賣却한다는 것은 船長의 權限이 特則으로 擴張된 경우가 된다. 修繕不能에는 事實상의 不能과 經濟的 不能이 있고, 事實상의 不能은 다시 絕對的 不能과 相對的 不能으로 나뉜다. 여기서 相對的 不能이라 함은,

첫째 船舶이 그 現在地에서 修繕을 받을 수 없으며, 또 修繕을 할 수 있는 곳에 到達하기 不能한 때, 둘째 修繕費가 船舶價額의 4분의 3을 超過할 때를 말한다.

(2) 船籍港 內에서의 代理權

船籍港 內에서 특히 委任받은 경우를 제외하고 船長에게 주어진 法定權限은 海員의 雇傭과 解雇의 權限을 가진다(商 法 제773조1항). 海員은 船長의 指揮命令에 服從하여야 하고(船員法 제6조, 제23조 참조), 또한 海員의 適否與否는 船長이 이를 가장 잘 判斷할 수 있으므로 船籍港 內에서 船長에게 雇傭과 解雇의 權限이 인정되고 있다. 이러한 權限은 船籍港 內에서 인정되는 이상 船籍港 外에서도 인정된다.²⁸⁾ 그리고 船長은 이 밖에도 船籍港 內의를 불문하고 運送物의 引導, 運賃 기타의 替當金등의 受領 및 運送物의 留置(商 法 제800조)와 運送物의 供託(商 法 제803조), 船荷證券發行(상813조3항)등을 할 수 있다. 船籍港 內에서 船主은 船長을 直接指揮할 수 있으므로 船長의 代理權의 범위가 縮小된다.

2) 積荷利害關係人을 위한 代理權

(1) 沿革

中世에 있어서 荷主는 직접 船舶에 乘務하거나 또는 그 代理人을 乘務시켜 왔다. 그러나 船主가 船內의 事務長制度를 지양하고 船長에게 委任하게 되자 荷主도 승무를 지양하고 船長에게 委任하였다. 따라서 船長은 荷主 이른바 積荷 利害關係人의 代理權을 부여받게 되었다. 이 制度는 英國을 비롯하여 각국이 모두 인정하고 있다.

錄港으로 獨逸法의 Registerhafen에 해당한다)이며 船舶所有者의 營業本據港(獨商法 제480조의 Heinmathafen)과 다른 개념이다. 이것은 商法上의 해석으로는 타당하다고 볼 수 없으므로 商法上 船籍港이라 함은 船舶法의 船籍港과 다른 獨逸法의 營業本據港 또는 當該 船舶에 의한 企業經營의 중심적 所在地의 港으로 해석하거나 船舶이 동상적으로 航海의 起點이 되는 港을 말한다. 航海의 起點이 不明確한 경우에는 그 航海에 있어서 總括的 指揮를 하는 營業所의 所在地로 하여야 한다는 견해도 있다. 우리나라 商法에서 船籍港의 개념을 명정하고 있지 아니하므로 商法 法 제773조의 立法趣旨에 비추어 볼 때 實際적으로 營業本據港을 확정하기는 곤란한 경우가 있겠다. 우리 商法과 유사한 獨逸 商法에서는 營業本據港의 개념 및 정의를 명시하고(獨商法 제480조), 이것을 基礎로 하여 船長의 權限을 정하고 있다(獨商法 제526조·제527조). 우리나라는 商法과 船舶法에 의한 船籍港의 개념만을 정하고 있을 뿐 獨逸法과 같이 營業港의 개념에 대한 언급이 없다. 그러나 營業本據港을 船舶所有者인 회사의 本店 所在地로 본다면 營業本據港과 登錄港인 船籍港이 일치하게 되는 것이 원칙이다. 그러므로 實質적으로 兩者를 크게 구별할 필요가 없다고 본다.

28) 村田 治美, 海商法テキスト, (東京: 成山堂書店, 1984), p. 90.

(2) 對外關係

對外關係에서 船長은 積荷處分에 대하여 積荷利害關係인의 法定代理人이 된다. 여기서 積荷利害關係인이라 함은 自己의 명의로 積荷를 引導, 受取, 또는 事實상의 引導나 事實상의 受取를 하는 者를 말한다. 船長의 代理行爲의 效果는 本人인 積荷利害關係인에게 歸屬한다. 이 경우에 積荷利害關係인이 지는 責任은 積荷의 價額을 한도로 有限責任을 진다(商 法776조2항).

(3) 對內關係

船長과 積荷利害關係인의 對內關係에서 船長은 航海 中에 積荷利害關係인의 利益을 위하여 가장 적절한 方法으로 積荷를 處分하여야 한다. 이 義務를 違反한 때에는 船長은 利害關係인에 대하여 損害賠償의 責任을 진다(商 法770조). 또한 船舶 所有者도 동일하다(상746조). 이러한 對內關係는 事務管理나 委任관계가 아님에 留意하여야 한다.

5. 船長과 支配人의 代理權의 差異

船長의 代理權은 特定船舶, 特定航海, 特定事項의 범위 내로 制限되고 船舶의 位置에 따라 그 權限 범위가 변한다. 즉, 船籍港 外에서는 船長이 航海에 필요한 일체의 行爲를 할 수 있다. 그러나 船籍港 내에서는 船員의 雇傭과 解雇의 權限만을 가진다. 또한 船長은 船舶所有者의 代理權 外에 荷主의 法定代理權으로서 權限도 행사할 수 있다. 더 나아가 船長은 公法上에서도 職務權限에 관하여 法定되어 있다. 그러나 支配人은 營業主의 商號 또는 營業所를 단위로 하여 제한된다. 즉, 營業主가 數個의 商號로 數個의 營業을 할 때에는 각 商號에 의한 營業으로 하나의 單一 營業을 數個의 營業所에게 할 때에는 각 營業所로 각각 한정된다. 따라서 數個의 營業所를 總括하는 總支配人등은 數個의 支配人의 代理權을 겸한다.²⁹⁾

IV. 結 論

商法上 船長은 特定船舶의 乘務員으로서 船舶을

指揮하는 한편 船舶所有者의 代理人으로서 包括的 法定權限을 가지며, 또한 積荷利害關係인을 위한 積荷處分の 法定代理權을 가진 者이다. 우리나라 商法은 船長의 代理權의 범위를 정함에 있어서 獨逸法의 船籍港主義를 채택하여 船籍港 内에서는 縮小하고 船籍港 外에서는 擴張하고 있다. 즉, 船籍港 内에서는 특히 委任을 받은 경우를 제외하고 船長에게 주어진 法定權限은 海員의 雇傭과 解雇의 權限을 가진다. 그리고 船籍港 外에서 船長은 航海를 위하여 필요한 일체의 裁判上 또는 裁判 外의 모든 行爲를 할 權限을 가진다.

船長이 船籍港 外에서 代理權의 범위가 擴大되는 주된 이유의 하나는 船舶이 特定 航海를 위하여 船籍港을 떠남으로써 船舶所有者는 船舶·船員·航海에 관한 事項을 직접 指揮할 수 없기 때문이며 또 다른 하나는 船長과의 去來關係에 있는 제3자의 利益保護에 있다. 船主의 船長에 대한 支配權은 近世 이전에 있어서 通信網·代理店·支店網 및 金融施設·制度의 不備로 인하여 船長에게 容易하게 미치지 못함으로써 船長의 代理權의 擴張은 海上企業의 營利活動을 위하여 不可避한 것이었다.

이러한 船長의 代理權의 擴張은 帆船時代부터 비롯되었다. 즉, 船籍港 外에서는 船長이 單獨으로 運航을 하게 되며, 船舶所有者와의 신속한 연락이 不可能하여 필요한 措置에 관한 指示를 適時에 할 수 없었기 때문에 廣範한 代理權을 인정하였던 것이다.

이와 관련하여 商法 제773조에 명시한 船長이 船籍港 外에서 「航海에 필요한 行爲」의 요건은, ① 船長이 指揮하는 船舶은 特定船舶이어야 하고, ② 特定航海에 관한 것이어야 하고, ③ 航海를 위하여 필요할 것을 요한다.

그러면 앞에서 언급한 被告 金해세주개발주식회사와 原告인 荷主와의 다툼에서 실제로 船長은 特定船舶인 金해호에 乘務中이므로 ①의 特定船舶의 요건에는 별 문제될 것이 없다. ②에서 特定航海에 관한 것임을 요하므로 이 경우에 특히 「航海」가 무엇인가를 밝혀야 한다. 이에 대하여 여러가지

29) 梁承圭·朴吉俊, 改訂 商法要論, (서울: 三英社, 1991), 60쪽 참조.

說이 있으나 여기서 「航海」라 함은 船舶이 船籍港을 떠나서 다시 復歸할 때까지의 全航海를 말하고³⁰⁾한 港口에서 다른 港口까지의 특정 運送航海만을 뜻하는 것이 아니다. 그렇다면 金해호는 船籍港인 濟州港을 떠나 다시 濟州港으로 復歸中에 있으므로 ②의 요건에도 充足한다. 그리고 ③에서 「航海를 위하여 필요한 行爲」라 함은 그 船舶이 현재의 航海를 하는 목적을 표준으로 하여 具體的으로 결정할 문제이다. 예컨대 運航上의 技術的인 필요로 하는 船舶의 雇傭契約에 관한 公認行爲, 導船士의 사용, 船舶의 艙裝, 勘航能力補助를 위한 船舶의 修繕과 航海의 必要品의 調達·救助契約·船荷證券의 發行 委任³¹⁾ 등이 이에 해당한다. 이와 같이 船舶의 航行을 위한 經濟的 또는 商業的 의 미로서 航海에 필요한 行爲이면 족하다.

그런데 船長이 船籍港 外에서 締結한 運送契約에 관한 被告 金해세주개발주식회사와 原告인 荷主와의 다툼에 관하여는 商人的 勞務에 속하는 運送契約에 관한 事項이므로 이에 대한 別途의 解釋이 필요하다고 본다. 이에 관하여 船長은 企業補助者이므로 그 地位를 強調하는 한편 比較法的인 見地에서 運送契約締結權까지 船長에게 인정하고자 하는 견해가 있을 수 있겠다.

그러나 筆者의 견해로는 船長의 船籍港 外에서 代理權에 대하여 商人的 勞務에 속하는 運送契約締結權까지 船長에게 인정할 필요가 없다고 본다.

그 이유로서 첫째 船長의 代理權은 어디까지나 當該 船舶의 航海에 필요한 行爲(船舶의 艙裝, 修繕, 海員의 雇傭·解雇, 航海必要品의 調達, 救助契約의 締結등)에 限定되고, 둘째 特定船舶의 特定航海에 관한 代理權이므로 支配人의 營業에 관한 商業代理權과 다르고, 셋째 우리 商法은 獨逸과 같이 明文의 規定을 두고 있지 아니하며, 넷째 오늘날 通信施設의 발달과 支店·代理店등에 의한 連絡網을 통하여 船長은 필요할 때마다 船舶所有者나 그 代理人의 指示를 수시로 받을 수 있는 處地에 있고, 다섯째 現代에 이르러 과거의 強大한

船長의 代理權이 縮小傾向을 띠고 있으며 船長은 단순히 船舶運航의 首長에 그치고 있으므로 廣範한 代理權을 더 이상 船長에게 인정할 필요가 없다고 본다. 그러므로 船籍港을 濟州市에 두고 있는 貨物船 金해호의 船長이 三陟港에서 個品運送契約을 締結할 수 있다고 인정한 大法院의 判決은 이 해하기 곤란하다.

그리고 原告 화순호 1等機關士와 被告 石炭公社와의 다툼에서 船舶所有者인 石炭公社는 船籍港 내에서 船長을 직접 指揮할 수 있는 입장에 있으므로 海員을 雇傭하거나 解雇할 權限이 船長에게 인정될 것인가 하는 문제이다.

商法이 船籍港 내에서 船長에게 海員의 乘船契約을 인정하고 있는 이유는 船長은 船舶運航上의 首長으로서 海員의 雇傭契約에 관하여 적절한 判斷의 最適任者로 보기 때문이다. 商法에서 船長이 船籍港 내에서 海員의 雇傭과 解雇를 할 權限을 가진다는 것은 船籍港 外에서도 海員을 雇傭하고 解雇할 權限이 있음은 물론이다. 그리고 商法上 이 權限은 船長 固有의 代理權에 속한다.

그렇다면 原告 1等機關士가 特定船舶인 화순호에서 勞務를 提供하고 이에 대하여 船舶所有者인 被告 石炭公社의 總裁는 賃金を 支給할 것을 합의한 雇傭契約의 성립 時點은 곧 船長과 雇傭契約을 締結한 日자로 보아야 한다. 또한 船員雇傭契約上의 乘船, 下船, 職務變更, 契約更新등에 관한 船長의 公認은 단지 公法上의 效力에 머물지 않고 海員에게 不利益을 미치는 事項에 관하여 私法上의 效力發生 요건으로 解釋하여야 하므로 船籍港 내에서 船長固有의 代理權 행사에 의한 海員의 乘船契約日을 당연히 海員의 入社日로 보아야 한다. 여기서 私法上 船長의 權限은 船員法의 公認制度和 관련하여 勞動法상의 主體인 海員을 두터이 보호하려는 法益을 전혀 排除할 수 없다고 생각된다.

그러므로 화순호 事件에 대한 大法院의 判決은 商法上 船長固有의 代理權을 바르게 解釋하고 있으므로 筆者는 判例에 贊同한다.

30) 崔基元, 앞의 책, 732쪽.

31) 大判昭和8.12.12民集 12卷2836.

參 考 文 獻

1. 郭潤直, 民法總則, 서울: 經文社, 1984.
2. 徐燉珏, 第三全訂版 商法講義(下), 서울: 法文社, 1986.
3. 孫珠瓚, 第五訂增補版, 商法(下), 서울: 博英社, 1993.
4. 裴炳泰, 註釋 海商法, 서울: 韓國司法行政學會, 1987.
5. 박용섭, 해상법론, 서울: 명신문화사, 1991.
6. 朴容燮, 國際複合運送(船荷)證券의 解說, 서울: 螢雪出版社, 1992.
7. 梁承圭·朴吉俊, 改訂 商法要論, 서울: 三英社, 1991.
8. 李均成, 新體系 海商法講論, 서울: 韓國海運技術院, 1988.
9. 李均成, 海商法判例研究, 서울: 海運產業研究院, 1989.
10. 林東喆, 海商法 國際運送法研究, 서울: 眞成社, 1990.
11. 崔基元, 商法學新論(하), 서울: 博英社, 1992.
12. 崔基元, 海商法, 서울: 博英社, 1993.
13. 蔡利植, 商法講義(下), 서울: 博英社, 1992.
14. 韓國海法會編, 「韓國海法會誌」 第1卷 第1號, 서울: 韓國海法會, 1979.
15. 韓國海法會編, 「國際海事法條約集」, 韓國海法會, 1981.
16. 田中誠二, 海商法詳論, 東京: 勁草書房, 1985.
17. 村田 治美, 海商テキスト, 東京: 1984.
18. 藤崎道好, 海商法概論, 東京: 成山堂書店, 1978.
19. 窪田宏, 海商法, 東京: 晃洋書房, 1984.
20. 石井照久·鴻 常夫, 海商法·保險法, 東京: 勁草書房, 1976.
21. 今井 薰·岩崎憲次·栗田和彦·坂口光男·佐藤幸夫·重田晴生, 保險·海商法, 東京: 三省堂, 1989.
22. 海事判例百選(增補版), 別冊 ジュリスト No. 42, 東京: 有斐閣.
23. E. R. Hardy Ivamy, Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea, London: Butterworths, 1985.
24. F. N. Hopkins, Business and Law for the Shipmaster, Glasgow: Brown, Son & Ferguson, Ltd., 1974.
25. Robert P. Grime, Shipping Law, London: Sweet & Maxwell, 1978.
26. Raoul Colinvaux, Carver's Carriage by Sea volume 1, London: Stevens & Sons, 1971.
27. Sir Alan Abraham Mocatta Michael J. Mustill·Stewart C. Boyd, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, London: Sweet & Maxwell, 1974.
28. William Tetley & Marc nadon, Marine Cargo Claims, Toronto: Butterworths, 1978.