

海上保險에 있어서 損害防止條項에 관한 史的 考察 - 積荷保險을 中心으로 -

梁 厚 烈*

目 次

- | | |
|------------------------------|----------------------------|
| I. 序 論 | III. 新協會約款上 損害防止
條項 |
| II. 損害防止條項의 變遷 | 1. 被保險者의 義務條項 |
| 1. 損害防止條項의 生成背景 | 2. 使用人의 追加 |
| 2. 被保險者의 損害防止義務를
인정한 事例 | 3. 第3者에 對한 損害賠償
請求權의 確保 |
| 3. 保險者의 損害防止費用
負擔을 인정한 事例 | IV. 結 論 |

I. 序 論

損害防止條項(Suing and Labouring Clause; Sue and Labour Clause)은 그 역사가 매우 오래되며, 이를 16세기의 地中海都市에서 행해졌던 海上保險約款에까지 소급시킬 수 있다. 영국의 해상보험증권에서는 1613년 “Tiger Policy”의 손해방지조항이 그 最初이다. 그런데 여기에는 손해방지행위를 被保險者의 義務라고 하지 않고, 그의 權利 (lawful to the assured)라고 하고 있어서 현대적인 의미와는 차이가 있었다. 따라서 어떠한 배경에서 손해방지조항이 생성되게 되었으며, 어떠한 과정을 거치면서 오늘날과 같은 의미가 부여되게 되었는가를 고찰하는 것은 손해방지조항을 이해하는데 많은 도움이 되리라고 생각한다.

* 木浦大學校 貿易學科 副教授, 經濟學博士.

그리고 런던保險業者協會(Institute of London Underwriters: 이하 I.L.U.라 칭함)는 協會積荷約款(Institute Cargo Clauses: 이하 ICC라 칭함)을 1982년에 改正하면서 손해방지조항에 관한 부분도 개정하였다. 즉, 보험증권에서 損害防止條項을 削除하고 1906년 英國海上保險法(Marine Insurance Act, 1906: 이하 MIA라 칭함)상의 관련 규정을 협회적하약관상의 “被保險者의 義務條項”(Duty of Assured)에 포함시켜 규정하는 등 명확하고 간소하게 하려고 노력하였다. 그러나 MIA 제78조 1항에는 “保險證券에 損害防止條項이 포함되어 있는 경우 …”(Where the policy contains a suing and labouring clause …) 등으로 규정되어 있는데 반하여, 새로운 海上保險證券이나 新協會約款에는 損害防止條項이 없으며, “被保險者의 義務條項”(Duty of Assured)만이 규정되어 문제가 제기되고 있다. 따라서 本稿에서는 손해방지조항에 관한 ICC의 개정에 따른 문제점을 살펴보고, 그 해결방안도 제시하고자 한다.

II. 損害防止條項의 變遷

1. 損害防止條項의 生成背景

損害防止條項의 沿革은 매우 오래되었으며, 이를 16세기의 地中海都市에서 행해졌던 海上保險約款에까지 소급시킬 수 있다.¹⁾ 영국의 해상보험증권에서는 1613년 “Tiger Policy”의 손해방지조항이 그 最初이다.²⁾ 문장의 철자 등은 다소 틀리지만 그 양식은 이미 오늘날의 그것과 거의 동일하며, 그 내용은 다음과 같다.

“And that in case of misfortune it shall & may be lawful to the

1) 加藤有作, 로이드保險證券의生成, 春秋社, 1953, pp.161-163.

2) William Gow, *Marine Insurance*, 5th ed. by D.K. Page, MacMillan, 1931, p.122; W.D. Winter, *Marine Insurance; Its Principles and Practice*, McGraw-Hill, 1953, p.195.

assureds their factors servants & assignees or any of them to sue labor & travile for in and aboute the defence safeguard & recouerie of the said Colth Lead Kearsies Iron & c. or any parte or parcell therof without any prejudice to this assurance. To the charges wherof we the assurers shall contribute each one accordinge to the rate & quantity of his Some herein assured.”

위와 같이 중세약관은 물론 영국의 보험증권과 같이 손해방지행위를 被保險者의 義務라고 하지 않고, 그의 權利(lawful to the assured)라고 하거나 또는 보험자가 이러한 權利를 被保險者에게 附與한 것이라는 趣旨를 규정하고 있다. 이러한 독특한 내용의 규정이 중세약관 및 이를 그대로 인계받은 영국이나 로이즈 보험증권에서 발견되는 것은 먼저 保險契約의 意義에 관해 당시에는 일반적이었으나 특이한 인식에서 비롯되었다는 점을 들 수 있다.

당시 해상보험 실무자의 생각에 따르면 보험자가 被保險者의 危險을 인수하는 것은 피보험물 또는 위험에 관해 보험자는 被保險者를 대신하여 그 地位에 서는 것이며,³⁾ 또한 보험관계상 보험목적은 保險者의 所有物로 간주되었다.⁴⁾ 이러한 생각을 입증하는 예로서는 1563년의 Antwerp 약관에 있는 다음과 같은 문언을 들 수 있다.

“...they insure the Assured from every Thing, and put themselves in his Place, to secure him from all Loss and Damage; ...And in Case of such unfortunate Accident as aforesaid, the Assureds beforementioned have given and do give to the said Nicolas van Eemern, the assured and his Agents, Power to use the necessary Means for preserving the said Goods and Merchandize, for the Benefit or Loss of the said Assurers, ...”

그러나 오늘날 보험자가 일정한 재산에 관해 保險 또는 危險을 引受한다고 하는 것은 被保險者의 危險狀態가 그대로 보험자에게 맡겨

3) Antwerp 約款 (1563).

4) Burgos 約款 (1538), Sevilla 約款 (1556).

지는 것이 아니고 보험자는 보험계약의 취지에 기초하여 獨立된 立場에서 이를 인수한다는⁵⁾ 점을 고려하면, 이러한 견해는 명백한 誤謬라는 것을 알 수 있다. 아무튼 당시 사람들이 保險者의 危險負擔의 意義를 정당하게 이해하지 못한 결과 피보험물의 조난시 被保險者 자신이 이러한 물건을 救助하는 것은 보험자에 대한 일종의 權利侵害이며, 不當한 干涉으로 간주되었다. 그래서 본래 이러한 행위는 그 때마다 保險者의 許諾을 받을 필요가 있었다.

그러나 이러한 결과를 방지하면 실제상 어떠한 불합리한 사태가 발생할 것이라는 것을 이들도 인식하지 않을 수 없었기 때문에 앞에서와 같은 損害防止條項을 두어 긴급한 사정하에서는 미리 스스로 被保險物을 救助할 수 있는 權利를 피보험자에게 부여함으로써 매 사고시 이를 보험자에게 通知하거나 그의 許可를 구할 必要가 없도록 하였다.

그러나 오늘날의 해석에 의하면 피보험자가 피보험재산을 재해로부터 지키는 것은 보험자로부터 附與된 權利가 아니고, 보험계약의 체결에서 발생한 중대한 그의 義務에 속한다. 따라서 이 점에 관한 증세약관의 규정은 전연 쓸모가 없으며 빗나간 것이라는 비난을 면할 수 없다. 그래서 이들 약관상의 손해방지조항이 의의를 갖는 것은 본 조항 중 損害防止費用의 負擔에 관한 부분만이라고 하여도 틀림이 없다. 이는 MIA 제78조 1항을 보더라도 명백하다.

그래서 위에서와 같은 독특한 내용의 손해방지조항이 규정되게 된 것은 반드시 現代的인 損害防止條項의 意味에서 규정된 것이 아니고 절반은, 즉 피보험자의 손해방지의무에 관한 부분에 대해서는 다른 사항, 특히 被保險者의 委付權에 대해 규정된 것을 가리킨다. 즉, 이에 따라 선박이 조난되어 緊急事態가 발생한 경우 被保險者나 다른 사람이 救助行爲에 종사하여도 委付權을 喪失하지 않는다는 趣旨를 명백히 하기 위해 규정된 것이라고 일반적으로 인정되고 있다.⁶⁾ 또한 영

5) 加藤有作 譯, 歐洲海上保險史, 巖松堂, 1944, p.40.

6) V. Dover, *A Handbook to Marine Insurance*, Witherby, 1975, p.302; Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed. by Michael

국의 보험증권상 손해방지조항의 규정도 당시의 해답을 그대로 옮겨 놓은 것에 지나지 않는다고 해석된다.

그러나 물론 委付와 損害防止는 본래 별개의 문제이므로 손해방지가 행해지는 경우 반드시 委付問題가 발생한다고는 할 수 없고, 또한 피보험물의 구조에 착수할지라도 필연적으로 委付權을 拋棄하는 것이 被保險者의 意思라고 단정지을 수 있다. 현대적인 입장에서는 이는 명백한 사실이지만, 당시로서는 반드시 그렇지는 않았을 것이다. 이와 관련하여 영국의 보험증권에는 1874년 경에 Waiver Clause(拋棄條項)라는 것이 추가되어,⁷⁾ 보험목적의 回復·救助·保存하려는 보험자 또는 피보험자의 여하한 行爲도 委付의 拋棄 또는 承諾으로 간주되지 않는다고 규정하기에 이르렀다.

2. 被保險者의 損害防止義務를 인정한 事例

위에서 살핀 바와 같이 중세약관이나 영국의 보험증권상의 이른 바 被保險者의 損害防止의 權利는 이들 약관이나 증권에 관한 特別한 事情에 기초하여 발생하였다는 것이 명백하다고 생각되는데, 그렇다면 이들 중세약관에는 현대법에서 말하는 被保險者의 損害防止義務는 존재하지 않았을 것인가. 당시 직접 이에 관해 언급한 약관이나 법규는 없지만, 災害發生時 피보험자의 거취와 행동은 保險者의 利害에는 물론 社會에도 중대한 관계를 가지며, 보험목적이 조난되어 위태롭게 된 경우 보험계약이 존재하므로 피보험자가 袖手傍觀하여도 지장이 없다고 할 수는 없다. 즉, 이러한 경우 被保險者의 怠慢行爲가 있으면 적극적인 義務違反은 발생하지 않을지라도 무엇인가 不利益이 피보험자에게 발생할 것이라는 것은 쉽게 추측할 수 있다.

생각컨대 당시에는 보험계약에 관한 이론은 충분히 발달하지 않았

J. Mustill and Jonathan Gilman, Stevens, 1981, s.41.

7) Waiver Clause: "And it is specially declared and agreed that no acts of the insurer or insured in recovering, saving, or preserving the property insured shall be considered as a waiver, or acceptance of abandonment."

으므로 오늘날 각국의 보험계약법 또는 보험약관에서 볼 수 있는 바와 같이 이를 被保險者의 특별한 義務라고 하고, 이를 위반한 경우 피보험자에게 위반에 의거한 損害賠償義務을 부담시키는 것은 인정되지 않았다. 그러나 怠慢行爲는 원래 간과할 수 없기 때문에 결국 피보험자의 이러한 不當行爲로 인해 손해가 발생한 경우에는 태만 또는 과실로 인해 손해가 발생한 것, 바꾸어 말하면 不作爲로 인해 손해가 발생한 것이라고 하여 보험자의 補償責任을 면제시켰다.

그런데 1869년의 Currie v. Bombay Native Ins. Co. 사건⁸⁾의 판결에 따라 이러한 경우 보험자는 단지 被保險者의 不作爲로 인해 발생한 손해를 부담하지 않을 뿐만 아니라 나아가 피보험자 또는 그 대리인은 그 발생을 防止할 義務를 부담하고, 만약 故意 또는 過失로 인해 이를 위반하면 보험자는 발생한 損害의 補償責任을 면한다고 해석하게 되었다.

이리하여 오늘날 손해방지조항에 관한 것 중 被保險者의 損害防止義務에 대해서도 이론의 발전을 보게 되었는데, 이러한 결과는 원래 재판소가 종래부터 사용되던 Sue and Labour Clause상 “It shall be lawful to the assured…”라는 문자의 해석으로서 채택한 것은 아니다. 그러나 실무자간에도 옛날에는 몰랐으나 당시에는 이미 긴급사태가 발생한 경우 피보험자가 救助行爲에 종사하여도 이를 委付權의 拋棄로 해석해야 할 이유가 없다는 것이 일반적으로 승인된 것이라고 추측할 수 있기 때문에 아마 당시 사용이 중지된 문자로 인정되고 있던 Sue and Labour Clause 중 위의 문언을 여기에서 되살려 이를 duty

8) 이 사건의 사실관계 및 판결은 다음과 같다. 보험증권은 목재의 적하에 관한 것으로 全損만 擔保하는 條件이었다. 이 적하를 적재한 선박 Northland호가 坐礁하여 난파되었다. 선장은 적하를 구조하기 위한 조치를 전혀 취하지 않고 보험자에 대해 적하의 委付通知를 하였다. 그리고 선박과 적하를 公賣로 매각하였다. 그런데 적하의 대부분은 그 후 구조되었다. 이러한 사정하에서 피보험자가 행한 보험자에 대한 적하의 全損金의 請求에 대해 재판소는 적하는 부분적으로는 구조될 가능성이 있었고 실제로 구조되었으므로, 거기에는 보험증권에 의거하여 보험자에게 보상을 청구할 全損은 존재하지 않는다고 판결하였다 (1869, L.R. 3 P.C. 72).

의 의미로 보아야 한다고 理解하게 되었다는 것이 위와 같은 판례가 나온 유래일 것이라고 생각된다.

따라서 손해방지조항의 이러한 許容的인 文言에 대해서는 손해방지 행위가 選擇的인(optional) 것이라고 생각해서는 안되며, 그 조항의 문언상 단순히 許容的인(permissive) 것일지라도⁹⁾ 被保險者의 義務(duty)라고 해석된다.¹⁰⁾

3. 保險者의 損害防止費用負擔을 인정한 事例

앞에서 중세 또는 로이즈 보험증권상의 손해방지조항은 결국 防止費用에 관한 部分만이 현대적 의의를 갖는다는 취지를 명백히 하았는데, 이들 조항의 대부분은 비용부담에 관해 만약 救助行爲가 정당하였다면 비록 실패로 끝났을지라도 보험자는 必要했던 費用을 償還해야 한다는 취지를 규정함으로써 상당히 자세한 규정을 두고 있다. 이는 이들 조항이 損害防止事項 자체에 대해서는 앞에서 살핀 바와 같이 애매하고 不充分한 규정밖에 하고 있지 않다는 사실에 비추어 현저한 대조를 이룬다.

그런데 이러한 약관 및 보험증권이 단지 費用이나 總費用은 보험자가 이를 償還한다고만 규정하고 있고 救助의 成敗를 不問하는가 또는 보험자는 保險金額以上으로 이를 부담해야 하는가 하는 규정을 두고 있지 않다는 점이 問題가 된다.

영국의 해상보험증권상 Sue and Labour Clause의 防止費用負擔에 관한 文言의 意義가 법률적으로 처음 확정된 것은 Kidston v. Empire Marine Insurance Co. 사건¹¹⁾ 및 Aitchison v. Lohre 사건에서¹²⁾이다.

9) Republic of China v. National Union Fire Ins. Co. (1958) A.M.C. 915 (3rd Cir.).
 10) Alex L. Parks, *Marine Insurance and Average Vol. I · II*, Cornell Maritime Press, 1987, p.658; Templeman, *Marine Insurance*, 6th ed., by R.J. Lambeth, Pitman, 1986, p.379.
 11) 원고 A 소유의 선박 Sebastopol호는, 용선료는 적하가 목적항에 도착한 후에 지불한다는 조건으로 Chincha島로부터 영국에의 항해에 대해 貨主인 C에게 용선되었다. A는 피고 B와 용선료에 대해 보험계약을 체결하

특히 후자에서 Brett 판사는 명백히 보험자의 본비용부담의 이론을 말하였다. 그에 의하면 본조항에 의해 보험자가 損害防止費用을 負擔하는 것은 본래 보험계약에 附隨的인 또한 전연 다른 性質의 約束에 의거한 것이기 때문에 구조행위의 결과가 救助物의 全損으로 끝나든 分損으로 끝나든 또는 반대로 손해가 조금도 발생하지 않을지라도 이를 負擔해야 한다고 하였다. 앞에서 살핀 바와 같이 MIA 제78조 1항은 바로 이러한 판례에 기초를 둔 규정이다.

손해방지조항은 피보험자가 救助行爲를 할지라도 委付權이 상실되지 않는다는 취지를 명확하게 하기 위해 제정된 것이지만, 위에서 살핀 과정을 거치면서 손해방지에 관한 조항은 순수한 損害防止條項이 되었으며, 그 중 위부에 관계되는 부분은 拋棄條項(Waiver Clause)으로 되었는데, 이는 시대에 부응하여 조항이 정비된 것이다. 다만 위와 같은 역사적 배경에서 생성되었기 때문에 손해방지는 被保險者의 義

였다. 보험증권은 “선박에 坐礁, 沈沒, 火災가 없는 한 單獨費用 및 投荷不擔保”(warranted free from particular average, also from jettison, unless the ship be stranded, sunk, or burnt)의 條件과 통상적인 양식의 損害防止條項을 포함하고 있었다. Sebastopol호는 항해중 심한 폭풍우와 조우하여 Rio항에 피난하였는데, 해난에 기인하는 손상이 현저하여 수선할 가치가 없어서 賣却되었다. A는 委付의 通知를 하지 않았으며, 적하는 Rio항에서 양륙되어 창고에 입고 되었다. 선장은 다른 선박 Caprice호로 적하를 목적항 Bristol에 운송하였다. A는 용선료의 전액을 적하의 소유자로부터 수취했는데, 다른 한편 Caprice호에 대한 운임 및 Rio항에서의 적하의 양륙·입출고·적재를 위한 비용을 지출하였다. 그래서 A는 이러한 비용의 보상을 보험자 B에게 청구하였다 (1867 L.R. 2 C.P. 357).

- 12) A(원고, Lohre) 소유의 선박 Crimea호는 Clyde에서 Quebec 또는 St. John's까지, 또한 거기에서 영국으로의 往復航海에 대해 보험자 B(피고, Aitchison and Brandt)에게 부보되었다. 보험증권은 통상적인 양식의 것이었고 通常的인 損害防止條項이 포함되어 있었다. Crimea호는 항해의 귀로에서 심한 폭풍우를 만나 침수때문에 운항을 할 수 없는 상태가 되어 滅失의 危險에 처하게 되었다. 救助要請에 따라 기선 Texas호는 Crimea호를 Queenstown으로 예인하였다. 그러나 예인은 보수에 대한 아무런 계약이 없이 행하였다. 그 후 선주 A는 선박의 協정보험가액을 초과하는 비용으로 수선을 하고, 수선비에 관해 보험금의 전액을 單獨海損으로서 보험자 B에게 청구함과 동시에, 거기에서 발생한 救助費 및 共同海損費用은 손해방지조항에 의거하여 보험자가 부담해야 하는 것으로서 해사재판소의 재정에 따른 救助費 중 선박의 부담부분 및 共同海損費用 중 선박의 부담부분을 B에게 청구하였다 (1879, 4 App. Cas. 755).

務임에도 불구하고 손해방지조항에는 損害防止行爲가 適法하다(lawful)는 표현이 계속 남아 있을 뿐이다.

III. 新協會約款上 損害防止條項

被保險者의 救助行爲가 委付權에 영향을 주지 않는다는 취지를 명확하게 하기 위해 제정된 損害防止條項은 위에서 살핀 바와 같은 과정을 거치면서 순수한 損害防止條項으로 되어 아무런 수정없이 계속 사용되어 오다가 1980년대 초 로이드 보험증권과 I.L.U.의 협회약관의 개정시 손해방지에 관련된 조항도 정비되었다.

ICC가 1982년에 개정되기 이전까지는 協會約款上 損害防止義務에 관한 규정은 없었고, 保險證券上에 損害防止條項(Suing and Labouring Clause)이 삽입되어 있는 경우에 한해 MIA 제78조 4항에 의거하여 피보험자나 그 대리인은 損害防止義務를 부담하고, 이러한 의무의 이행에 따른 損害防止費用은 MIA 제78조 1항 내지 3항에 의거하여 보험자가 부담하였다.

ICC의 개정으로 實質的인 面에서는 별로 변화된 것이 없지만, 形式上으로는 상당한 변화가 있었다. 손해방지조항에 관한 ICC의 주요한 개정 내용을 살펴 보면 다음과 같다.

첫째, 보험증권상에 삽입되어 있던 損害防止條項(Suing and Labouring Clause)을 삭제하고 이를 被保險者의 義務條項(Duty of Assured)¹³⁾이라는 명칭으로 변경하여 협회약관상에 규정하였으며, MIA상의 관련 규정도 여기에 포함시켰다.

둘째, 損害防止義務者로서 손해방지조항에는 포함되어 있으나 MIA 제78조 4항에서는 제외되어 있던 “使用人”(servants)을 피보험자의 의무조항에 다시 포함시켰다.

13) 신 ITC상의 정식 명칭은 Duty of Assured(Sue and Labour)이다.

셋째, 구 ICC상의 受託者條項(Bailee Clause), 즉 被保險者側의 제3자에 대한 損害賠償請求權의 確保義務를 피보험자의 의무조항에 포함시켜 규정하였다.

1. 被保險者의 義務條項(Duty of Assured)

로이즈 보험증권상에 삽입되어 있는 “損害防止條項”(Sue and Labour Clause)을 보험증권에서는 삭제하고 신 ICC의 제16조에 “被保險者의 義務條項”(Duty of Assured)이라는 명칭으로 변경하여 규정하고 있다. 앞에서 살핀 바와 같이 보험증권상의 손해방지조항은 委付權의 喪失與否를 해결하기 위해 삽입됨으로 해서 피보험자의 손해방지행위를 合法的(lawful)이라는 등 그 표현상 애매한 점이 있으며, 손해방지조항상에는 損害防止費用에 대한 保險者의 負擔關係가 규정되어 있지 않음으로 인해서 混亂이 발생할 여지가 있었다. 이러한 점을 명확히 하기 위해서 신 ICC에서는 이와 관련된 MIA의 규정을 “被保險者의 義務條項”상에 규정하였다.

MIA 제78조의 관련 규정이 保險證券上の 損害防止條項의 存在를 전제로 하는 규정인데, 이 조항이 保險證券에서 削除되고 관련 규정이 신 ICC의 “被保險者의 義務條項”에 규정됨에 따라 손해방지에 대한 被保險者의 義務와 그에 따른 費用負擔은 전적으로 신 ICC의 규정에 의존하게 되었다. 다만 유의할 점은 비록 “損害防止條項”이 “被保險者의 義務條項”으로 명칭이 변경되었다고 해서 被保險者의 義務만이 강조되고 保險者의 損害防止費用負擔의 責任이 완화된 것은 아니며, 損害防止條項의 精神은 그대로 “被保險者의 義務條項”에 계속해서 살아 있다고 해야 한다는¹⁴⁾ 점이다.

그러나 London의 海損精算人協會 會長인 Hughes가 지적한 바와 같이¹⁵⁾ “精神”(spirits)이란 不確實한 것이기 때문에 MIA 제78조의 有

14) R.H. Brown, *Analysis of Marine Insurance Clauses Book-2*, Witherby, 1983, p.19.

15) G.S. Hughes, “Sue and Labour”, *Hull Claims Analysis*, V-II, No. 3,

效性에 대한 의문을 해소시키기 위해서는 신 ICC상의 조항이 損害防止條項임을 분명히 하여야 하거나, 새로운 형태의 損害防止條項을 保險證券에 具體化시켜야 할 것이다.

2. 使用人(servants)의 追加

다음으로 신 ICC상의 피보험자의 의무조항은 손해방지의무자를 “被保險者, 그 使用人 및 代理人”(the Assured and their servants and agents)이라고 규정하여, “被保險者 및 그 代理人”(the assured and his agents)이라고만 규정하고 있는 MIA 제78조 4항에 없는 “使用人”(servants)을 추가시켰다. 이는 “被保險者, 그 代理人, 使用人 및 讓受人”(the Assured, his or their Factors, Servants and Assigns)을 규정하고 있는 損害防止條項(Sue and Labour Clause)이 보험증권상에서 삭제됨에 따라 MIA 제78조 4항에 제외되어 있던 使用人을 포함시킨 것이라고 할 수 있는데,¹⁶⁾ 보다 근본적인 이유는 The Gold Sky호의 사건¹⁷⁾에 대한 판결에서 찾아볼 수 있다. 이에 의하면 비록 損害防止條項上에는 使用人이라는 용어가 있지만, 본 조항은 피보험자측의 손해방지행위는 合法的(lawful)이라고 하고 있을 뿐, 義務라고는 규정하고 있지 않기 때문에 결국 MIA 제78조 4항에서 그 義務의 存在를 구해야 한다.

그런데 본 조항에는 “被保險者 및 그 代理人”이라고만 규정하고 있을 뿐 使用人은 포함되어 있지 않기 때문에 피보험자나 그 대리인이 아닌 船主의 使用인에 지나지 않는 船長은 선주로부터 구체적인 指示를 받지 않는 한 損害防止義務를 부담하지 않는다고 하였다. 따라서 선주의 사용인인 船長에게 損害防止義務를 부담시키기 위해 使用人을

Business Law Communications Ltd. & Richards Hogg International, 1985. 5, p.44.

16) factors는 바로 agents이며, 讓受人(assigns)은 被保險者로서 당연히 損害防止義務를 부담한다.

17) *Astrovlanis Compania Naviera S.A. v. Linard* (1972), 2 Lloyd's Rep. 187.

추가시킨 것이라고 할 수 있다.

또 다른 이유로는 MIA 제78조 1항은 損害防止費用의 全額에 대해 보험자는 보상책임이 있다고 규정하고 있으므로 손해방지요항에 의거하여 피보험자나 그 대리인이 지출한 비용은 물론 使用人이 支出한 費用에 대해서도 補償責任이 있는데, MIA 제78조 4항상의 손해방지의무자에는 使用人이 제외되어 있어 費用負擔規定과 義務規定 사이에 존재하는 不均衡을 해소시키기 위해¹⁸⁾ 신 ICC의 피보험자 의무조항에 使用人을 포함시킨 것이라는 점도 들 수 있다.

그런데 使用人이 손해방지의무자에 포함되기 이전에는 피보험자 및 그 대리인에게 損害防止義務를 부과하고 있는 MIA 제78조 4항과 船長의 不法行爲나 過失(misconduct or negligence)에 대해 담보를 규정하고 있는 MIA 제55조 2항 a호와의 抵觸이 The Gold Sky호 사건의 판결에서와 같이 MIA 제78조 4항의 適用을 制限하여 선장은 被保險者의 代理人에 속하지 않는다고 하여 해결할 수도 있었으나, 신 ICC상의 손해방지의무자에 使用人이 포함됨으로 해서 이러한 방법으로는 두 規定의 抵觸을 해결할 수 없게 되었다.

따라서 MIA 제55조 2항 a호는 保險事故 發生前의 경우에 적용되고, MIA 제78조 4항은 保險事故 發生後의 경우에 적용되는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉, 船長의 過失→ 保險事故→ 損害의 關係가 있는 경우에는 보험자는 損害補償의 責任을 지고, 保險事故→ 船長의 過失→ 損害의 擴大의 關係가 있는 경우에는 선장의 과실로 인하여 확대된 것으로 인정되는 손해에 대해 보험자는 被保險者에게 反對請求를 할 수 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

다만 보험약관상 船長의 過失이 擔保되는 경우에는¹⁹⁾ 보험자는

18) N. Geoffrey Hudson, "the Duties of Assured (and Underwriters)" Part-II, *Hull Claims Analysis*, Kluwer Law Publishers, V-3, No. 8, 1986, p.111.

19) 예컨대 신 ITC 제6조 2항 3호는 船長, 高級船員, 普通船員 또는 導船士의 過失(negligence of Masters, Officers, Crew, or Pilots)을 擔保危險으로

MIA 제78조 4항에 의거하여 면책을 주장할 수 없다. 왜냐하면 과실이 擔保危險인 한, 손해는 이러한 위험의 작용이기 때문에²⁰⁾ 이러한 過失있는 行爲가 계속되는 동안은 損害防止義務의 違反을 주장할 수 없기 때문이다.

3. 第三者에 대한 損害賠償請求權의 確保

신 ICC에서는 구 ICC 제9조상의 受託者條項(Bailee Clause)을 被保險者의 義務條項(Duty of Assured)에 포함시켜 제16조 2항에 담보손해의 발생시 운송인, 수탁자, 또는 기타 제3자에 대한 一切의 權利가 적절히 保存되고 行使되도록 하는 것은 被保險者側의 義務라고 규정하고 있다.²¹⁾

현대적인 의미의 受託者條項이 ICC상에 삽입된 것은 1958년 ICC의 개정시였는데, 1919년 I.L.U.에 의해 제정된 Alexandrian Cotton Agreement Clauses에서도 수탁자조항의 初期形態를 발견할 수 있다. 이러한 수탁자조항이 제정되게 된 역사적인 배경을 살펴 보면 다음과 같다.

1870년 경부터 船貨證券(bill of lading)에 삽입되기 시작한 “not responsible for any damage to goods however caused which can be covered by insurance”라는 문언, 즉 保險利益享受條項에 따라 선주는 자신의 책임으로 인해 발생한 손해일지라도 免責條項에 의거하여 화주에게 損害賠償責任을 지지 않으므로 보험자로서는 代位權을 행사할 기회가 없었다. 그래서 보험자 자신이 代位權을 행사할 수 있는 길을 남겨두기 위해서는 운송인에게 保險의 利益을 공여하지 않는다는 趣旨의 條項을 두든가 또는 免責條項을 가지고 대항할 필요가 있었다. 이에 따라 I.L.U.는 1919년에 Alexandrian Cotton Agreement Clauses

규정하고 있다.

20) Arnould, *op. cit.*, 16th ed., s.770.

21) 신 ICC 16. 2 to ensure that all rights against carriers, bailees or other third parties are properly and exercised.

에 保險利益不供與條項과 受託者條項을 삽입시켰다.

그런데 당시의 受託者條項에는 화주가 선화증권상의 保險利益享受條項 등으로 인해 선주로부터 손해배상을 받을 수 없는 경우에도 보험자는 손해보상책임을 지지 않기 때문에 運送人과 保險者 兩側으로부터 손해보상을 받을 수 없게 되는 不利한 立場에 처하게 되었다. 이러한 問題를 해결하기 위해 1930년의 Rubber Trade Clauses와 1934년의 Institute Bailee Clauses에 보험자에 의한 貸付金形式支給(loop form payment)과 被保險者 名義의 訴訟提起 등의 내용을 수탁자조항에 추가시켰다.²²⁾

1924년 國際法協會(International Law Association)에 의해 제정된 Hague Rules에 따르면 保險利益享受條項은 운송인의 책임을 경감시키는 조항으로 간주되어 법률상 無效가 되는데,²³⁾ 이러한 Hague Rules를 각국이 國內法化함에 따라 위와 같은 수탁자조항은 필요없게 되었다. 그래서 1958년 ICC의 개정시 수탁자조항도 다음과 같이 대폭 개정되었다.

“In case of loss or damage which may result in a claim being made hereunder, the assured undertake to cause appropriate measures to be taken to prevent any remedy against any carrier or other bailee becoming barred by reason of noncompliance with terms and conditions governing the liability of such carrier or other bailee. Should expenses be incurred thereby Underwriters will reimburse the Assured for such expenditure provided the loss or

22) 龜井利明, 英國海上保險約款論, 關西大學出版部, 1986, p.271.

23) Hague Rules 제3조 8항: Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to or in connection with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this article, or lessening such liability otherwise than as provided in this convention, shall be null and void and of no effect. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.

damage falls within the provisions of this insurance.”

이 조항은 이전의 것과는 性格이 전혀 다르다. 즉, 후자는 免責條項의 性格을 가지는 것이었으나, 전자는 일종의 損害防止義務, 즉 損害賠償請求權의 確保 및 行使라는 손해방지의 수단을 강구할 義務를 부과한 것으로서 MIA 제78조 4항의 취지를 명시한 것이다. 따라서 이 義務의 履行으로 인한 費用은 보험자의 부담이 되며, 義務의 違反時에는 그 범위내에서 손해보상책임을 지지 않는다. 이러한 것이 損害防止義務의 一種이라는 점은 1963년 ICC의 개정시보다 明確하게 되었다. 즉, 손해방지의무에 관한 규정인 MIA 제78조 4항을 Bailee Clause에도 그대로 재현시켜 다음과 같이 규정하였다.

“It is the duty of the Assured and their Agents, in all cases, to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising a loss and ensure that all rights against carriers, bailees or other third parties are properly preserved and exercised.”

그런데 1958년 조항에는 費用負擔의 規定이 있는데 반하여, 1963년 조항에는 그러한 조항이 없다. 그러나 일종의 손해방지의무를 부과할 이상 그 費用을 보험자가 부담하는 것이 衡平에 일치한다고 해석할 수 있다.

위와 같이 구 ICC(1963) 제9조의 受託者條項에서는 제3자에 대한 損害賠償請求權의 確保만을 규정하고 있을 뿐, 이에 따른 費用의 負擔에 대해 아무런 언급이 없어 비용의 부담자 및 그 부담한도가 不明確하였다. 그러나 신 ICC에서는 수탁자조항을 피보험자의 의무조항에 포함시켜 규정하고 있으므로 損害防止費用에 관한 一般原則, 즉 保險金額의 制限을 받지 않고 또한 일부보험에 적용되는 比例補償의 適用도 받지 않고 全額 補償된다는 점이 명확하게 되었다.

우리 나라 상법 제680조 1항의 해석상 피보험자측이 방지해야 할 손해의 대상은 狹義의 損害로서 제3자에 대한 損害賠償請求權의 確保는 포함되지 않는다. 이러한 점은 영국의 판례나²⁴⁾ MIA의 해석상 동

일하다고 생각된다. 즉, 손해방지행위는 보험목적(적하보험의 경우는 화물)의 防衛(defence), 保護(safeguard), 回復(recovery) 등의 행위만이 해당되며, 운송인이나 수탁자 등의 과실로 인한 손해의 경우 보험자가 피보험자에게 그 손해를 보상하였을 때 피보험자는 자기의 명의로 보험자를 위해 제3자에 대해 損害賠償請求權을 保存 및 行使하는 행위는 손해방지행위가 아니다. 따라서 보험의 목적인 화물 자체의 defence, safeguard, recovery를 위한 조치가 아닌 한 손해방지조항상의 損害防止行爲가 아니며, 또한 MIA 제78조 4항의 해석상 제3자에 대한 損害賠償請求權의 行使나 保存도 피보험자측의 의무라기보다는 保險의 目的 자체의 滅失이나 損傷을 防止·輕減하는 것만이 피보험자측의 의무라고 하는 것이 타당하다.²⁵⁾

따라서 구 ICC 제9조나 신 ICC 제16조 2항은 保險目的 자체의 滅失이나 損傷을 防止·輕減하는 것 만이 아니고 제3자에 대해 피보험자가 갖는 損害賠償請求權이나 其他 權利까지도 보존하고 행사할 수 있도록 確保할 義務를 피보험자측에게 부과하고 있다. 즉, 본 조항은 운송인, 창고업자, 부두하역업자, 부선운송업자, 기타 제3자가 운송계약, 창고보관계약, 기타 수탁계약상 또는 보통법상의 義務나 責任을 이행하도록 하며, 이를 이행하지 않는 경우에는 그러한 자에 대한 損害賠償請求權의 行使가 방해받지 않도록 피보험자측은 제3자에게 손해를 通知하고, 損害賠償의 請求를 하고, 소송기간에 지연되지 않도록 訴訟을 提起하는 등의 의무를 부과하고 있다.

다음으로 구 ICC 제10조와 신 ICC 제15조에는 受託者條項과 밀접한 관련을 갖는 保險利益不供與條項(Not to Inure Clause)²⁶⁾을 규정하고 있다. 이 조항은 앞에서 언급한 1919년의 Alexandrian Cotton Agreement Clauses에 등장하였던 것인데, 여기에 다시 등장한 것이

24) Xenos v. Fox (1869) LR 4 CP 665.

25) 葛城照三, 英文積荷保險證券論, 早稻田大學出版部, 1981, p.347.

26) This insurance shall not inure to the benefit of the carrier or other bailee.

다. 이러한 조항이 재등장한 것은 Bailee Clause의 損害防止條項化에 따른 보완적 조치로서 도입된 것이라고 할 수 있다. 즉, Bailee Clause가 완전히 유명무실한 상태가 되었음에도 불구하고 과거의 Bailee Clause의 필요성을 새로이 느껴 이를 규정하면서 保險利益不供與條項이라는 형식을 취한 것이다. 그 결과 보험이익불공여조항이 사실상의 受託者條項이 되었다.

보험자가 이러한 조치를 취하게 된 것은 1958년 Bailee Clause의 개정시 조급하게 선화증권상의 保險利益享受條項의 弊害가 해소되었다고 판단하여 이를 損害防止條項化하였기 때문이다.²⁷⁾ 원래 보험이익향수조항을 무효화한 Hague Rules 및 이를 국내법화한 각국의 해상물품운송법은 모두 航海의 全過程 및 一切의 物品에 적용되는 것이 아니다. 즉, 국내상호간의 운송, 선적전이나 양륙후의 운송과정, 생동물 및 갑판적 화물의 운송, 특수운송품의 특별조건에 의한 운송 등에는 適用되지 않는다. 따라서 해상물품운송법이 적용되지 않는 운송계약이나 기타의 수탁계약에는 오늘날에도 계속 有效하게 적용될 수 있다.

따라서 보험자로서는 安心할 수 있는 상태가 아니라는 것을 인식하고 保險利益享受條項을 삽입한 것이다. 이 조항의 규정은 간단하지만, 보험자의 代位權 喪失을 방지하기 위해 피보험자가 적절한 措置를 강구할 것을 기대하고, 결코 운송인이나 기타 수탁자로 하여금 保險의 利益을 받도록 하는 행위를 해서는 안된다는 취지이다.

IV. 結 論

중세약관은 물론 영국 보험증권까지 손해방지행위를 被保險者의 義務라고 하지 않고, 그의 權利(lawful to the assured)라고 규정하고 있는데, 이는 당시에는 피보험물의 조난시 被保險者 자신이 이러한 물건

27) 龜井利明, 前掲書, p.278.

을 救助하는 것은 보험자에 대한 일종의 權利侵害이며, 不當한 干涉으로 간주되었기 때문이다. 따라서 損害防止條項을 두어 피보험자에게 이러한 권리를 부여하였다.

그런데 이러한 손해방지조항이 규정되게 된 것은 반드시 現代的인 損害防止條項의 意味에서 규정된 것이 아니고, 절반은 緊急事態가 발생한 경우 被保險者나 다른 사람이 救助行爲에 종사하여도 委付權을 喪失하지 않는다는 趣旨을 명백히 하기 위해 규정된 것이다. 이와 관련하여 영국의 보험증권에는 1874년 경에 Waiver Clause(拋棄條項)라는 것이 추가되게 되었다.

신 ICC는 “損害防止條項”을 보험증권에서 삭제하고 제16조에 “被保險者의 義務條項”(Duty of Assured)이라는 명칭으로 변경하여 규정하고 있는데, 損害防止條項이 保險證券上에서 없어진 現狀況下에서 이의 存在를 前提로 하고 있는 MIA 제78조의 有效性 與否가 문제가 될 수 있으므로 이를 해소시키기 위해서는 契約약관상의 조항이 損害防止條項임을 분명히 하여야 하거나, 새로운 형태의 損害防止條項을 保險證券에 具體化시켜야 할 것이다.

다음으로 신 ICC상의 피보험자의 의무조항은 손해방지의무자에 선장도 포함될 수 있는 “使用人”(servants)을 추가시켰다. 그런데 MIA 제55조 2항 a호에서는 船長의 不法行爲나 過失(misconduct or negligence)을 擔保危險으로 규정하고 있어 손해방지에 대한 피보험자 및 그 대리인의 의무를 규정하고 있는 MIA 제78조 4항과 抵觸된다. 이러한 저촉을 해결하기 위해서는 保險事故招來의 규정인 MIA 제55조 2항 a호는 保險事故 發生前의 경우에 적용하고, 損害防止義務의 규정인 MIA 제78조 4항은 保險事故 發生後의 경우에 적용하는 것이 타당하다고 생각된다.

마지막으로 신 ICC에서는 구 ICC 제9조상의 受託者條項(Bailee Clause)을 被保險者의 義務條項(Duty of Assured)에 포함시켜 제16조 2항에 규정하고 있다. 구 ICC(1963) 제9조의 受託者條項에서는 제3자에 대한 損害賠償請求權의 確保만을 규정하고 있을 뿐 이에 따른 費

用의 負擔에 대해 아무런 언급이 없어 비용의 부담자 및 그 부담한도가 不明確하였으나, 신 ICC에서는 수탁자조항을 피보험자의 의무조항에 포함시켜 규정하고 있으므로 損害防止費用에 관한 一般原則, 즉 保險金額의 制限을 받지 않고 또한 일부보험에 적용되는 比例補償의 適用도 받지 않고 全額 補償된다는 점이 명확하게 되었다.

參考文獻

- 金敎善, 海上保險證券論, 韓國保險公社 保險研修院, 1980.
- 金琪植, 海上保險論, 博英社, 1980.
- 梁承圭, 保險法·海上法, 法文社, 1982.
- 李基泰, 海上保險, 法文社, 1981.
- 李相先(譯), 積荷保險約款論, 韓國保險公社 保險研修院, 1980.
- 李在卜, 積荷保險約款論, 保險監督院 保險研修院, 1991.
- 李恒培(譯), 改正積荷保險約款(ICC), 韓國保險公社 保險研修院, 1981.
- 崔秉秀(譯), 英國海上保險法, 韓國保險公社 保險研修院, 1976.
- 韓東湖, 海上保險要論, 博英社, 1980.
- 保險辭典, 韓國保險學會, 1979.
- 加藤有作, ロイド保險證券の生成, 春秋社, 1943.
- (譯), 歐洲海上保險史, 巖松堂, 1944.
- 葛城照三, 貨物海上保險普通約款論, 有斐閣, 1959.
- , 英文積荷保險證券論, 早稻田大學出版部, 1981.
- 龜井利明, 英國海上保險約款論, 關西大學出版部, 1986.
- 今村 有, 海上保險契約論(上, 中, 下), 損害保險事業研究所, 1980.
- 小町谷操三, 保險法の諸問題, 有斐閣, 1984.
- Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, 16th ed., by Michael J, Mustill and Jonathan Gilman, Stevens, 1981.

- Brown, R.H., *Analysis of Marine Insurance Clauses Book-I, II*, Witherby, 1983.
- Dover, Victor, *Analysis of Marine and Other Insurance Clauses*, 8th ed., Witherby, 1960.
- Gow, William, *Marine Insurance*, 5th ed., by D.K. Page, MacMillan, 1931.
- Ivamy, E.R. Hardy, *Marine Insurance*, 4th ed., Butterworths, 1985.
- Parks, Alex L., *Marine Insurance and Average Vol- I · II*, Cornell Maritime Press, 1987.
- Templeman, *Marine Insurance*, 6th ed., by R.J. Lambeth, Pitman, 1986.
- Turner, H.A., *The Principle of Marine Insurance*, Stone & Cox, 1986.
- Tetley, William, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., International Shipping Publications, 1988.
- Winter, William D., *Marine Insurance: Its Principles and Practice*, McGraw-Hill, 1953.
- Hull Claims Analysis, V-2 No. 3-4, V-3 No. 7-8*, Kluwer Law Publishers, 1985, 1986.