

해상적하보험에 있어서 손해방지의무의 문제점에 관한 고찰

이 시 환*

-
- I. 서론
 - II. 손해방지의무와 관련된 규정
 - 1. MIA
 - 2. 해상보험증권상의 규정
 - 3. 손해방지비용의 보상요건
 - III. 손해방지의무에 관한 문제점
 - 1. 보험증권상 손해방지약관이 없을 경우
 손해방지비용의 보상여부
 - 2. 손해방지활동의 마감일
 - 3. 피보험자 등이 손해방지의무를 게을리 한 경우의
 보험자의 책임
 - 4. 협회적하약관 제16조 피보험자의무약관 제2항
 (수탁자 약관)에 따른 의무의 범위
 - 5. 손해방지비용에 포함되는 법적 비용
 - IV. 결론
-

* 경원대학교 무역학과 교수

I. 서론

보험계약자 또는 피보험자는 손해를 방지·경감할 의무(duty to avert or minimise a loss)를 지고 있다. 이것은 손해액에 따라 보험금을 지급하는 보험자에 대한 보험계약자 등의 신의성실의 요청에 부응하고, 또 공익상의 필요에서 인정된 것이다. 만약 보험사고가 발생하였는데도 불구하고 보험계약자와 피보험자가 보험계약이 체결되어 있다고 하여 손해방지를 위해 노력하지 않는다면 국민경제상으로도 중요한 재산을 상실하게 되며, 특히 보험자의 보상책임액이 증가하게 된다. 따라서 각국의 법률 및 약관에는 손해방지의무에 관한 규정을 두고 있다.

한편 해상보험에 있어서 원칙적으로 보험자는 피보험위험으로 인하여 생긴 해상피보험이익의 멸실 또는 감소에 대하여 보상책임을 진다. 예를 들면 적하보험에 있어서는 원칙적으로 그 피보험이익인 소유이익의 멸실 또는 감소, 즉 직접손해에 대해서만 보험자는 보상책임을 지고, 소유이익을 담보하는 적하보험에 있어서 간접손해에 해당하는 피보험적하의 공동해손분담금, 손해방지비용 및 손해조사비용 등에 대해서 당연히 보상해야 하는 것은 아니다. 그렇지만 이들 간접손해에 대해서도 법률 또는 보험약관에 의해 보험자에게 보상책임을 지우고 있는 것이 보통이다.

해상보험의 준거법인 영국법과 영문 해상적하보험증권에서도 손해방지의무와 그에 따른 비용의 처리에 대한 규정을 두고 있다. 그러나 이들 규정만으로 손해방지에 관한 보험계약당사자의 권리의무와 손해방지비용의 보상여부가 명확하지 않은 경우가 있다.

여기서 이 논문은 먼저 손해방지의무와 그에 따른 비용의 처리에 관한 법규의 내용을 살펴본 다음, 이들 규정만으로 명확하게 판명되지 않는 손해방지의무와 관련된 몇 가지 문제에 관하여 신 보험증권양식과 신 협회적하약관이 도입된 1982년 이후의 판례를 검토함으로써 손해방지의무의 내용과 손해방지비용에 대한 보험자의 책임을 명확히 하려는 데에 그 목적이 있다.

II. 손해방지의무와 관련된 규정

영국해상보험법(Marine Insurance Act, 1906; 이하 “MIA”라 한다)과 해상보험증권에는 다음과 같이 손해방지의무에 대한 규정을 두고 있다.

1. MIA

MIA 제78조(suing and labour clause; 손해방지약관)는 다음과 같이 규정하고 있다.

“(1) Where the policy contains a suing and labouring clause, the engagement thereby entered into is deemed to be supplementary to the contract of insurance, and the assured may recover from the insurer any expenses properly incurred pursuant to the clause, notwithstanding that the insurer may have paid for a total loss, or that the subject-matter may have been warranted free from particular average, either wholly or under a certain percentage.

(2) General average losses and contributions and salvage charges, as defined by this Act, are not recoverable under the suing and labouring clause.

(3) Expenses incurred for the purpose of averting or diminishing any loss not covered by the policy are not recoverable under the suing and labouring clause.

(4) It is the duty of the assured and his agents, in all cases, to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising a loss.” [(1) 보험증권에 손해방지약관이 삽입되어 있는 경우에는 이 약관에 의거한 약속은 보험계약을 보충하는 것으로 간주되어 보험자가 전손에 대하여 보험금을 지급한 때에도, 또 보험의 목적물이 전부 또는 일정비율미

만의 단독해손을 담보하지 않는다는 조건으로 부보된 때에도 피보험자는 이 약관에 따라 정당하게 지출한 비용을 보험자로부터 회수할 수 있다.

(2) 이 법률에 정하는 공동해손손해, 공동해손분담금 및 구조료는 손해방지역관에 의하여 보험자로부터 회수할 수 없다.

(3) 보험증권에 의해 담보되지 않는 손해를 방지 또는 경감하기 위해 지출한 비용은 손해방지역관에 의하여 회수할 수 없다.

(4) 손해를 방지 또는 경감하기 위해 합리적인 조치를 취하는 것은 모든 경우에 있어서 피보험자 및 그 대리인의 의무로 한다.]

또 손해방지비용에 관하여는 다음과 같은 제76조 제2항이 관련이 된다.

“Where the subject-matter insured is warranted free from particular average, either wholly or under a certain percentage, the insurer is nevertheless liable for salvage charges, and for particular charges and other expenses properly incurred pursuant to the provisions of the suing and labouring clause in order to avert a loss insured against.”(보험의 목적물이 전부 또는 일정비율 미만의 단독해손을 담보하지 않는 조건으로 부보된 경우 보험자는 구조료 및 부보된 손해를 피하기 위해 손해방지역관의 규정에 의거 정당하게 지출한 특별비용 및 기타 비용에 대하여 책임을 진다.)

2. 해상보험증권상의 규정

해상보험증권에는 Lloyd's 증권(이하 “구 증권”이라 한다) 본문에 손해방지역관(sue and labour clause), 1963년에 제정된 구 협회적하약관(Institute Cargo Clauses; ICC) 제9조에 수탁자약관(bailee clause)을 두고 있고, 1982년에 제정된 신 협회적하약관에는 제16조에 피보험자 의무약관(duty of assured clause)을 두고 있다.

(1) 손해방지역관

구 증권 본문에는 다음과 같은 손해방지역관이 있다.

“and in case of any Loss or Misfortune, it shall be lawful to the Assured, his or their Factors, Servants and Assigns, to sue, labour, and travel for, in and about the Defence, Safeguard, and Recovery of the said Goods and Merchandises, or any part thereof, without prejudice to this Assurance: to the Charges whereof the said Company will contribute.”(그리고 일체의 멸실 또는 불행이 발생한 경우에는 피보험자, 그 대리인, 사용인 및 양수인이 위 화물 및 상품의 전부 또는 일부를 방위, 보호 및 회복하기 위하여 노력하는 것은 적법하며, 이 보험의 효력에 영향을 미치지 아니한다. 이에 소요되는 비용은 당 회사가 분담하는 것으로 한다.)

이 손해방지약관은 로이즈 S.G. Policy의 손해방지약관으로부터 온 것이다. 일찍이 1523년 피렌체증권을 비롯하여 프랑스, 스페인 등의 보험증권에는 거의 모두 손해방지약관을 두고 있었으나, 영국의 증권에서는 1565년의 Dragon호 증권에서 최초로 손해방지약관이 등장하고 있다. 그러나 Dragon호의 증권은 프랑스어 증권이기 때문에 그 문언은 “「sue and labour」 clause”라고 하는 로이즈증권의 그것과 전적으로 취지를 달리 하고 있다. 그 후 1613년 Tiger호 증권에 이르러 손해방지약관은 로이즈 증권상의 문언과 동일한 내용으로 바뀌고 있다. 따라서 로이즈증권에 보이는 바와 같은 손해방지약관은 1600년경에 정형화되었다고 할 수 있다.¹⁾

그런데 손해방지약관은 로이즈 S.G. 증권에도 증권 본문에 기재되고 있으나 이것은 본래 해상보험계약과는 별개의 독립된 계약으로서, 해상보험계약 그 자체와는 구별되어야 하는 것이다. 이것은 소유이익을 담보하는 선박보험에 있어서 충돌배상책임보험약관과 전적으로 동일하다. 이와 관련하여 Dixon v. Whitworth사건²⁾에서 Lindley 판사는 로이즈 S.G. 증권에 있는 손해방지약관에 대하여 다음과 같이 본래의 해상보험계약의 보충적, 그리고 별개의 계약임을 명확히 밝히고 있다.

“본 조항에 의해 보험자는 인수한 금액의 비율에 따라 만약 방지되지 않았다고 하면 보험자의 부담에 귀속되었을 손해를 방지하기 위해 피보험자가 지

1) 木村榮一, 로이즈保險證券生成史, 海文堂, 1979, 456~457면.

2) (1879), 4 Asp. M.L.C. 1348.

출한 비용을 부담할 것을 약속한 것이다.즉 모든 보험자는 피보험자의 손해 방지노력에 소요된 비용을 피보험자에게 지급할 것을 승낙하고, 또 모든 보험자는 자기가 인수한 보험금액의 비율에 따라 이것을 지급할 것을 승낙한 것이다. 그리고 이 약관의 전반부는 피보험물건에 대하여 갖는 피보험자의 이익이 아니라 피보험물건 자체를 구조하기위해 진력할 권리를 피보험자에게 부여한 것이다. 따라서 이 약관은 종종 보험증권 본문에 기재되어 보험증권의 일부를 구성하고 있지만 보험계약과는 별개의 독립된 계약이며, 오늘날에는 명확히 피보험자에게 보험금액 이상의 금액을 회수할 권리를 부여하고 있다.”

MIA는 이 판례를 받아들여 앞에서 살펴본 바와 같이 제78조 제1항에 이러한 취지를 명확히 규정하고 있다.

(2) 수탁자 약관

구 협회적하약관 제9조 수탁자약관(bailee clause)은 다음과 같이 규정하고 있다.

“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 to ensure that all rights against carriers, bailees or other third parties are properly preserved and exercised.”(모든 경우에 손해를 방지하거나 경감시키기 위해 합리적인 조치를 강구하고, 또한 운송인·수탁자 또는 기타 제3자에 대한 일체의 권리가 적절히 보존되고 행사되도록 확보해 놓는 것은 피보험자 및 그 대리인의 의무이다)

앞에서 살펴 본 구 증권 본문의 손해방지약관에서는 보험의 목적인 화물의 방위(defence)·보호(safeguard)·회복(recovery)을 위해 만전의 노력을 할 권리를 피보험자·그 대리인·사용인 및 양수인에게 부여하고 있으나, MIA 제78조 제4항은 손해를 방지·경감하기 위해 적절한 조치를 취하는 것을 피보험자 및 그 대리인의 의무로 규정하고 있다.

여기서 이 약관은 MIA 제78조 제4항의 규정을 그대로 재현하여 피보험자

및 그 대리인에게 그들의 의무로서 손해방지행위를 할 것을 요구한 것이다. 그리고 피보험위험이 운송인 기타 수탁자 등 제3자의 고의·과실로 인하여 발생하고 그로 인해 손해가 발생한 경우, 손해의 근인은 피보험위험이므로 보험자는 손해보상책임을 진다. 그러나 보험금을 지급한 보험자는 피보험자의 제3자에 대한 권리에 대위하여 피보험자의 명의로 제3자에게 구상할 수 있다(MIA 제79조). 따라서 이 약관은 보험의 목적 자체의 멸실 또는 손상을 방지·경감하기 위해 필요한 조치를 강구할 뿐만 아니라 제3자에 대하여 피보험자가 가지고 있는 손해배상청구권 및 기타 권리를 보존하고 또 행사할 수 있도록 확보하는 것을 피보험자와 그 대리인의 의무로 규정하고 있다.³⁾

(3) 피보험자 의무약관

신 협회적하약관 제16조 피보험자 의무약관(duty of assured clause)은 다음과 같이 규정하고 있다.

“It is the duty of the Assured and their servants and agents in respect of loss recoverable hereunder

16.1 to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising such loss, and

16.2 to ensure that all rights against carriers, bailees or other third parties are properly preserved and exercised

and the Underwriters will, in addition to any loss recoverable hereunder, reimburse the Assured for any charges properly and reasonably incurred in pursuance of these duties.”(이 보험에서 보상하는 손해에 관하여 다음 사항을 이행하는 것은 피보험자, 그 사용인 및 그 대리인의 의무이다.

16.1 손해를 방지하거나 경감시키기 위해 합리적인 조치를 강구하는 것, 그리고

16.2 운송인·수탁자 또는 기타 제3자에 대한 일체의 권리가 적절히 보존되고 행사되도록 확보해 놓는 것. 그리고 보험자는 이 보험에서 보상하는 손해에 대하여 상기 의무를 수행함에 있어 정당하고 합리적으로 발생한 비용을 피보

3) 이시환, 신무역보험론, 대왕사, 2001, 249면.

험자에게 보상한다.)

이 약관은 앞에서 살펴 본 구 증권 본문상의 손해방지약관과 구 협회적하약관 제9조 수탁자 약관의 문언을 수정·보완한 것이다.

수탁자약관에서는 피보험자등의 의무만을 규정하고, 그 의무이행에 소요되는 비용에 대하여는 아무런 규정이 없었으나 이 약관에서는 구 증권 본문상의 손해방지약관에 있는 내용에 따라 그러한 의무수행을 위해 정당하고(properly) 합리적으로(reasonably) 지출한 비용을 보험자가 부담하는 것으로 명시하고 있다. 또 손해방지의무자의 범위에도 MIA 제78조 제4항과 수탁자약관에서는 「피보험자와 그 대리인」만을 규정하고 있으나 이 약관에서는 손해방지약관에 있는 사용인(servant)을 추가하고 있다. 사용인을 추가한 것은 선장이나 해원과 같은 고용인이 포함된다는 것을 명확히 하기 위해서이다.⁴⁾

이 문제는 救助者가 고의적인 침몰(scuttling)⁵⁾이라고 주장한 이후 의도적으로 침몰선에 접근하지 않은 1972년의 *Astrovlanis Compania Naviera SA v. Linard(The Gold Sky)* 사건⁶⁾에서 제기되었다. 이 사건의 제1심법원에서 Mocatta 판사는 “대리인”이라는 말에 선장과 해원이 포함되지 않는 것으로 판시하였다.⁷⁾ 그러나 Mocatta 판사의 제78조 제4항에 대한 해석의 논거는 보편적으로 인정되고 있는 것과 부합되지 않는다. 그 후 1998년 *State of The Netherlands v. Youell and Hayward and Others* 사건⁸⁾에서 제78조 제4항의 관련성이 다시 거론되었는데 이 사건에 대한 控訴院(Court of Appeal)의 심의

4) Susan Hodges, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, London, Cavendish Publishing Ltd., 1999, p.766.

5) scuttling을 「船底穿孔自沈」 또는 「위장침몰」이라고도 한다.

6) 2 Lloyd's Rep. 187.

7) 이와 관련하여 Mocatta판사는 다음과 같은 의견을 개진하였다.; “MIA 제78조 제4항에 다음과 같이 규정하고 있다: 「피보험자 및 그 대리인의 의무이다」. “대리인”이라는 말은 그것이 사용된 장소와 사정에 따라 다양한 의미를 지닐 수 있다. 선장은 기본적으로 선주의 사용인이다. 선장으로서 그의 권한은 엄격하게 제한되고, 일반적으로 필수대리인으로 행동을 하여야 할 경우에 본인 및 고용자를 묶어두기 위한 대리인으로서만 폭넓은 권한을 지닌다. Gold Sky호의 선장이 Herkules호의 선장과 로이즈 구조계약을 체결한 것은 틀림없이 원고를 구속하는 것이고, 선주로부터 지시 없이도 본선의 선장은 MIA 제78조 제4항에 있는 “피보험자 및 그 대리인”에 포함되어야 하고, 선장이 합리적인 조치를 취하지 않은 것이 보험자에 대한 선주의 클레임을 방해한다고 생각하지는 않는다. 나는 「그 대리인」이라는 말이 ... 손해방지와 관련하여 무엇을 해야 하고 무엇을 해서는 안된다고 피보험자로부터 명시적으로 지시받지 않은 한, 선장과 해원에게는 적용할 수 없다고 생각한다.”

8) (1998) 1 Lloyd's Rep. 236, CA.

과정에서 Phillips 판사는 “Gold Sky사건⁹⁾에서 Mocatta 판사가 도달한 MIA 제78조 제4항의 성질과 효과에 관한 분석을 받아들일 수 없다고 느끼는 사람의 명단에 내 이름을 추가하여야 할 것이다.”라고 하면서 다시 다음과 같이 말하고 있다.

“해상위험의 결과를 방지·경감하기위한 손해방지의무는 선주가 대리인, 특히 선장에게 부득이 권한을 위임할 수밖에 없는 경우에 해상사업계약에서 발생하는 국제해상법에 부수하여 오래전에 확립되어 1906년에 법전화된 것이다....

제78조 제4항에 규정된 손해방지에 관한 대리인의 의무는 그 해상사업 수행을 위해 선장, 해원 기타 대리인에게 위임하였기 때문에 해상사업과 관련하여 발생하는 의무이다.”

따라서 선장과 해원은 필수대리인으로 행동하든 안하든, 또는 특별히 손해방지활동을 할 것을 지시 받았던 받지 않았던 상관없이 제78조 제4항의 목적상 피보험자의 대리인이다. 그러나 이에 관한 다툼의 여지를 없애기 위해 이 약관에서는 사용인을 명시하였다.

그리고 이 피보험자의무약관은 당연히 MIA 제78조에 규정된 의미의 손해방지약관이다.¹⁰⁾

3. 손해방지비용의 보상요건

위에서 언급한 각종 규정에 의하면 손해방지비용은 피보험위험이 발생한 경우 이에 의한 특정 보험목적의 손해를 방지·경감하기위해 피보험자·그 대리인·사용인 또는 양수인이 지출한 비용을 가리킨다. 따라서 특정비용이 손해방지비용으로 보상을 받기 위해서는 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다.¹¹⁾

9) (1972) 2 Lloyd's Rep. 187.

10) Noble Resources Ltd. v. Greenwood(The Vasso)(1993) 2 Lloyd's Rep. 309 사건에서 협회적하약관 제16조에 대한 Hobhouse 판사의 견해(J.C.B. Gilman, *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol. III, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 1997, p.414.).

11) 이에 관한 구체적인 검토는 김선옥·이은섭, “적하보험계약상 손해방지비용과 특별비용과의 관계”, 한국해운학회지(제34호), 한국해운학회, 2002, 64~68면 참조.

첫째, 피보험위험이 현실적으로 발생 또는 작용하고 있어야 한다.

손해방지비용은 보험의 목적인 화물 및 상품이 보험자가 부담하는 위험의 현실적인 발생으로 인해 보험자가 책임을 져야할 멸실 또는 손상을 입을 염려가 있는 경우 그 멸실 또는 손상으로부터 보험의 목적을 방위하거나 보험의 목적의 손상을 경감하는 비용이다. 이것은 손해방지약관의 최초의 문언인 “In case of any loss or misfortune”이 말해주고 있다.

손해방지비용은 피보험위험이 발생한 경우에 그 결과인 손해를 방지 및 경감하기 위한 비용이기 때문에 예를 들어 피보험적하를 적재한 선박의 전방에 태풍이 발생하였기 때문에 선장이 태풍이 멎을 때를 기다리기 위해 중간 항에 입항하여 거기서 적하를 위해 추가비용을 지출해도 그것은 손해방지비용은 아니다. 그것은 위험회피비용이라고 하여야 할 것이며 그 위험회피행위가 공동해손행위가 아닌 한 보험자는 그 비용을 부담하지 않는다. 이 경우 선장이 전방에 태풍이 있다고 하는 사실을 알면서 항해를 계속하여 태풍 한가운데로 진항하였다고 하면 그것은 피보험위험을 招致한 것으로, 경우에 따라서는 선장의 악행문제가 될 수도 있다.

둘째, 보험자가 보상하는 손해를 방지·경감하기 위한 비용이어야 한다.

MIA 제78조 제3항에 규정하는 바와 같이 보험자가 보상하지 않는 손해를 방지·경감하기 위해 지출한 비용은 광의의 손해방지비용이긴 하지만 손해방지약관에 의해 보험자로부터 회수할 수는 없다. 예를 들면 「전손담보」(total loss only; TLO)조건의 보험계약에서 분손, 그리고 「분손부담보」조건에서 단순한 漏損을 방지·경감하는 비용은 손해방지약관상 보상되지 않는다.¹²⁾ 또 「일정비율미만의 단독해손 부담보」조건의 보험계약의 경우 「일정비율」에 달하지 않는 것이 명백한 손해를 방지·경감하는 비용도 손해방지약관에 의해서는 보험자로부터 회수 할 수 없다. 다만 손해의 방지·경감을 위해 노력한

12) 보험자가 부담하지 않는 손해를 방지 경감하는 비용은 손해방지비용으로서 보험자로부터 회수할 수 없는 것을 원칙으로 하지만 FPA Clause의 말미에는 “the underwriters are ... also to pay special charges for landing warehousing and forwarding if incurred at an intermediate port of call or refuse, for which Underwriters would be liable under the standard form of English Marine Policy with the Institute Cargo Clauses (WA) attached.” [보험자는 나아가 또 협회적하약관(분손담보)부의 영국 해상보험증권 표준양식 하에서라면 보상책임을 졌을 양륙, 창고 입고 및 계반을 위한 특별비용을 기항항 또는 피난항에서 지출하였다면 이에 대해서도 보상한다] 라고 하는 특약이 행해지고 있으므로 분손부담보조건의 경우에도 보험자가 부담하지 않는 단독해손을 방지·경감하기 위한 상기 제비용은 보험자에 의해 보상된다.

결과 손해가 일정비율미만으로 그친 경우 그 비용은 손해방지비용으로서 보험자로부터 회수 할 수 있다.

셋째, 손해방지약관은 보험의 목적의 방위, 보호 및 회수에만 적용되므로 제3자에 대한 손해배상청구권의 행사 및 보존을 위한 비용은 손해방지비용은 아니다. 그러나 이러한 비용은 구 협회적하약관 제9조 수탁자 약관(bailee clause), 그리고 신 협회적하약관 제16조 피보험자의무약관에 의해 보험자로부터 보상을 받을 수 있다.

넷째, 손해방지비용은 피보험자, 그 대리인(factors), 사용인(servants) 또는 양수인(assigns)에 의해 지출된 비용일 것을 요한다.¹³⁾

이것은 손해방지행위의 실행자가 반드시 위의 네 사람이어야 한다는 것은 아니고, 손해방지행위를 실행할 것을 결의하는 자가 위의 네 사람인 경우에 한해 그 비용이 손해방지비용이 된다는 것이다. 따라서 위의 네 사람이 제3자를 고용하여 손해방지 노무에 종사시킨 경우의 노임이나 계약 구조자에게 지급하는 보수도 손해방지비용이 된다.

다섯째, 손해방지비용은 정당하게 지출될 것을 요한다.

MIA 제78조 제1항에 규정하는 대로 손해방지비용은 「정당하게 지출한 비용」(expenses properly incurred)이 아니면 안된다. 어떠한 비용이 정당한 비용인가는 손해방지행위가 정당한가 아닌가에 달려있다. 통속적으로 손해방지행위의 정도는 "to act as if uninsured" 즉 부보하지 않은 경우에 소유자가 하였을 행위가 되지만 항상 그런 것은 아니다. 예컨대, 실제가액이 US\$ 10,000인 상품에 대하여 협정보험가액과 보험금액을 모두 US\$ 5,000로 하여 부보한 경우, 만약 이 피보험자가 무보험이었다면 US\$ 10,000를 구조하기 위해 US\$ 10,000에 달하기까지의 손해방지비용을 지출하였을 것이지만, 이 때 US\$ 5,000를 초과하는 손해방지비용을 「정당하게 지출한 비용」이라고 할 수는 없다. 따라서 무조건 무보험주의를 채용할 수는 없다.

Lee v. Southern Insurance Co. 사건¹⁴⁾에 의하면 원고는 선박 Charles호의 선주를 대신하여 카메룬(Cameroon)에서 리버풀(Liverpool)까지의 항해에 대한 운임을 부보한 보험증개인이었다. 보험증권에는 손해방지약관이 삽입되어

13) 손해방지의무자에 관한 구체적인 검토는 윤일현, "해상보험에 있어서의 손해방지조항에 관한 고찰", 보험학회지(제31집), 한국보험학회, 1988, 289~292면 참조.

14) (1870) LR 5 CP 397.

있었다. 그런데 아이리시해(Irish Sea)에 당도했을 때 선박 Charles호는 악천후를 만나 Pwllheli 부근의 웨일스(Welsh) 연안에 좌초되었다. 따라서 적하인 야자기름(palm oil)은 양하되어 200파운드 이상을 들여 철도편으로 리버풀로 운송되었다. 그 후 Charles호는 수리되었고 이 선박으로 야자기름을 리버풀까지 운송한다면 70파운드밖에 소요되지 않는 것으로 추정되었다. 피보험자가 계반 운임을 청구하였으나 보험자는 철도편으로 적하를 운송함에 따라 지출한 비용에 대하여 불합리하다고 주장하면서 피보험자에 대한 보상을 거절하였다.

법원은 선주가 선박의 수리완료시까지 야자기름을 보관해 두고, 그것을 70파운드의 비용으로 원래의 선박에 다시 적재하여 운송할 수 있었으므로, 선주는 70파운드를 보험자로부터 회수할 권리가 있고 그것을 초과한 비용을 회수할 권리는 없는 것으로 판결하였다. 즉 200파운드를 정당하게 지출한 비용으로 인정하지 않은 것이다.

한편 보험증권에 별도의 규정이 없는 한 손해방지비용은 협정보험가액에 관계없이 보험자에 의해 보상되지만 보험금액을 한도로 한다. 보험금액을 초과하는 손해방지비용은 영국법에서 말한다면 정당하게 지출된 비용이 아니고, 우리 상법(제680조)에서 말하면 「필요 또는 유익하였던 비용」이 아니기 때문이다.

Ⅲ. 손해방지의무에 관한 문제점

1. 보험증권상 손해방지역관이 없을 경우 손해방지비용의 보상여부

손해방지의무와 피보험자의 손해방지활동에 대한 보상을 청구할 수 있는 권리는 별개의 문제이다. 그런데 MIA 제78조 제4항은 “손해를 방지 또는 경감하기 위해 합리적인 조치를 취하는 것은 모든 경우에 있어서 피보험자 및 그 대리인의 의무로 한다.”고 규정하고 있다. 여기서 “모든 경우에 있어서(in all cases)”라는 말은 보험증권상에 손해방지역관이 없는 경우에도 피보험자가 손해를 방지 또는 경감하기 위하여 합리적인 조치를 취해야 할 의무가 있다는 것이다.

한편 보험증권에는 손해방지역관을 둘 수도 있고 두지 않을 수도 있다. 그리

고 손해방지약관을 두고 있는 경우에도 약관상에 보상을 받을 수 있다는 규정을 둘 수도 있고 두지 않을 수도 있다. MIA하에서 이러한 비용을 회수할 권리는 제78조 제1항에 의해 규율되고 있는데, 이에 의하면 보험증권에 손해방지약관을 삽입하고 있는 경우에만 피보험자가 이 약관에 따라 정당하게 지출한 비용을 보험자로부터 회수할 수 있는 것처럼 보인다.

따라서 여기서 손해방지약관이나 손해방지비용 상환의무를 삽입하지 않은 보험증권하에서 피보험자가 보험증권에 의해 담보되는 손해를 방지 또는 경감하기 위해 지출한 비용을 보상받을 수 있는가 하는 것이 문제가 된다. 이 문제는 호주의 판례인 Emperor Goldmining Co. Ltd. v. Switzerland General Insurance Co. Ltd. 사건¹⁵⁾에서 처음으로 제기되었다.

이 사건에 의하면 원고(피보험자)는 적하인 폭발물과 일반화물에 대하여 시드니(Sydney)에서 피지(Fiji)까지의 항해에 대하여 피고(보험자)와 보험계약을 체결하였다. 보험증권은 「전손담보」 조건이었으나 손해방지약관이 삽입되어 있지 않았다. 시드니를 출항한 직후 화물을 운송하는 선박에 심하게 물이 새어 들어오는 것이 발견되어 수선을 위해 되돌아 올 수밖에 없었다. 따라서 피보험자는 적하를 양하·보관하고, 또 다른 선박을 이용하여 피지까지 운송하였다. 원고는 손해방지비용으로 모든 추가 비용의 보상을 청구하였다. 원고는 (「손해의 방지경감을 위해 합리적인 조치를 취하는 것은 모든 경우에 피보험자 및 그 대리인의 의무이다」라고 규정하고 있는) 1909년 (호주) 해상보험법 제84조 제4항¹⁶⁾의 규정이 있기 때문에 보험증권에 손해방지약관이 없다고 해도 피보험자는 이 비용에 대하여 보험자로부터 보상을 받을 권리가 있다고 주장하였다. 그러나 보험자는 이들 비용이 보험증권에 의해 명시적으로 담보되는 것이 아니라고 주장하면서 지급을 거절하였다.

이 사건에서 New South Wales 최고법원은 원고가 손해방지비용으로 회수할 수 있는 것으로 판결하였다. 법원은 (호주) 해상보험법 제84조 제4항이 손해방지약관의 존재여부에 관계없이 적용되기 때문에 명시적인 약관이 손해방지에 대한 보상청구에 필요조건은 아니라는 의견이었다. 이 판결의 논거는 보험증권에 손해방지약관이 없다고 해도 제84조 제4항을 피보험자가 자기의 비용으로 손해방지활동을 해야 하는 것으로 해석할 수는 없다는 것이다.¹⁷⁾

15) (1964) 1 Lloyd's Rep. 348, Supreme Court of New South Wales.

16) 이 규정은 MIA 제78조 제4항에 상당한 것이다.

만약 이 판결이 옳다고 한다면 보험증권에 손해방지약관을 삽입할 필요는 없다. 왜냐하면 피보험자의 비용은 그것이 정당하게(properly) 지출되지만 하였더라면 항상 보험자로부터 회수할 수 있기 때문이다.

그러나 (호주)해상보험법 제84조 제1항, 제2항 및 제3항은 모두 보험증권에 손해방지약관이 있는 것을 명문으로 규정하고 있으므로, 제4항도 또 동일 조문의 일부이기 때문에 손해방지약관을 포함한 보험증권에 대하여 규정한 것으로 상정하는 것이 합리적이다. 만약 제4항이 그러한 의미가 아니라고 하면 제4항은 다른 조항과 같이 명문으로 규정되거나, 아니면 이 문제에 대해 의문이 없도록 별도의 조문으로 규정하였을 것이다.¹⁸⁾

현행 협회적하약관 제16조(피보험자 의무약관)에 의하면 손해방지비용을 보상한다는 것을 명시적으로 규정하고 있으나, 이 약관의 전신인 구 협회적하약관 제9조 수탁자약관에는 이러한 명시규정이 없었다. 그런데 Integrated Container Service Inc. v. British Traders Insurance Co. Ltd. 사건¹⁹⁾에서 Neill 판사는 단순히 손해의 방지·경감이라는 명시적인 의무만을 부과하는 수탁자약관의 앞부분 하에서는 상환을 받을 권리가 묵시될 수 없다고 하면서, 앞에서 든 Emperor Goldmining Co. Ltd. v. Switzerland General Insurance Co. Ltd. 사건의 판결을 따르지 않았다.

한편 Netherlands Insurance Co. Est. 1845 Ltd. v. Karl Ljungberg and Co. A/B 사건²⁰⁾에 의하면 항소인(보험자)은 싱가포르에서 덴마크의 Esbjerg까지 가는 항해에 대하여 적하인 합판을 담보하는 해상보험증권을 발행하였다. 보험증권은 구 협회적하약관 전위험담보조건으로서 손해방지약관(sue and labour clause)과 피보험자에게 제3자에 대한 보험자의 권리를 보존할 의무를 부과하는 수탁자약관(bailee clause)을 삽입하고 있었다. 1980년 3월 물품이 Esbjerg에서 양하되었는데, 물품의 일부가 멸실되고 나머지는 훼손되었으며, 운송인에 대한 일체의 클레임은 1981년 3월에 시효가 끝나게 되어있었다.

따라서 운송계약에 대한 시효의 정지, 나아가 운송인에 대한 보험자의 권리

17) Susan Hodges, *op. cit.*, p.789.; M.J. Mustill & J.C.B. Gilman, *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol. II, 16th ed., London, Stevens & Sons, 1981, para. 914A.

18) E.R.H. Ivamy, *Marine Insurance*, London, Butterworth, 1985, p.451.

19) (1984) 1 Lloyd's Rep. 154, CA.

20) (1986) 2 Lloyd's Rep. 19.

를 보존하기 위해 적하의 수하인은 일본에서 운송인에게 소송을 제기한 다음 그 소송비용을 수탁자약관에 의해 보험자로부터 회수하고자 하였다. 이 사건에서 문제는 손해방지약관에는 보험자가 손해방지활동으로 인해 발생한 모든 비용을 피보험자에게 보상한다는 명시규정이 있지만 수탁자약관에는 그러한 명시규정이 없었던 것이다.

그런데 추밀원(Privy Council)은 일본에서 소송을 제기함에 따라 발생한 비용에 대하여 보험자가 적하 수하인에게 보상할 책임이 있다고 판결하였다. 보험자에 의한 묵시적인 상환의무는 손해방지약관과 수탁자 약관 양자에 모두 적용된다는 것이다. 즉 이 사건에서 추밀원은 Integrated Container Service 사건에서 Neill판사가 표명한 의견과 정반대의 결론에 도달하여, 수탁자약관의 뒷부분(운송인·수탁자 또는 기타 제3자에 대한 권리가 적절히 보존되고 행사 되도록 확보해 놓을 의무를 부과하고 있는 것) 하에서도 비용을 상환 받을 묵시적 권리가 있다고 판시한 것이다. Netherlands Insurance Co. Est. 1845 Ltd. v. Karl Ljungberg and Co. A/B 사건에 비추어 볼 때 손해방지의무만을 부과하고 그 비용보상문제에 대하여는 언급을 하지 않고 있는 약관의 경우, 비용을 보상받을 수 있는 묵시적인 권리를 부여하는 것으로 해석하여야 한다.²¹⁾

이상에서 보는 바와 같이 손해방지약관이나 손해방지비용 상환의무를 삽입하지 않은 보험계약에서 피보험자가 보험증권에 의해 담보되는 손해를 방지·경감하기 위해 지출한 비용을 보상받을 수 있느냐의 여부에 대한 판례는 일관성을 유지하고 있지 못하다. 그렇지만 손해방지의무가 제정법상의 의무이든 아니면 계약상의 의무이든, 영국법상 피보험자가 손해방지활동을 위해 지출한 비용을 당연히 보상받을 권리가 있다는 원칙은 없다. 오히려 유력한 견해는 보험법상 보험자가 손해방지비용에 대해 피보험자에게 보상해야한다는 묵시적 의무가 없다는 것이다. 따라서 보험증권상 피보험자가 손해방지비용을 보상받는다는 취지의 명시약관이 없는 한, 원칙적으로 손해를 방지 또는 경감하기 위해 지출한 비용은 보험증권에 의해 회수할 수 없다고 하여야 할 것이다.²²⁾

그런데 신 협회적하약관에서는 보상에 관한 명시적 의무를 규정하고 있는 손해방지약관을 삽입하고 있으므로 신 협회적하약관을 이용해 보험계약을 체결할 경우에는 이것이 문제가 되지는 않는다.

21) J.C.B. Gilman, *op. cit.*, para. 914A. p.418.

22) Susan Hodges, *op. cit.*, p.793.

2. 손해방지활동의 마감일

보험의 목적이 이미 전손이 되고 난 이후에도 손해방지역관에 의해 손해방지비용을 보상받을 수 있는가 하는 문제가 Kuwait Airways v. Kuwait Insurance Co. SAK 사건²³⁾에서 제기되었다. 이 사건에 의하면 1990년 8월 2일 새벽 이라크가 쿠웨이트를 침략하였다. 침략군의 기본적인 공격목표 중에는 쿠웨이트 공항이 있었다. 오전 중에 침략군은 이미 공항을 통제하고 있었다. 공항 현장에는 원고인 쿠웨이트항공사(Kuwait Airways Corporation; KAC)에 속한 15대의 항공기가 있었으나 그로부터 1주일 이내인 8월 8일까지 15대 중 14대의 비행기가 쿠웨이트를 떠났다. 그리고 임대차기간이 만료되어 이집트항공사로 반환해야 하는 이집트 航空社旗를 게양한 열 다섯번째의 에어 버스(airbus)는 耐空性이 없어 분해검사 중이었기 때문에 마지막으로 쿠웨이트를 떠났다. 또 이라크인 침략자들은 공항의 유지보수 센터 여러 건물에 저장하고 있던 쿠웨이트항공사의 항공기 부품을 약탈하였다. 쿠웨이트 항공사는 15대의 항공기와 부품에 대하여 그들의 전쟁위험 보험자에게 신속히 클레임을 제기하였다. 한편 그 이후 1991년 5월과 6월 초, 그리고 1992년 8월에 쿠웨이트항공사는 15대의 항공기중 8대를 되찾았는데 그중 한 대는 요르단, 또 한대는 이라크, 그리고 나머지 6대는 이란으로부터 회수하였다. 또 쿠웨이트항공사는 일정 금액의 부품을 이라크 등으로부터 회수하였는데 여기에는 다양한 종류의 비용이 소요되었기 때문에 피보험자는 이들 비용을 손해방지역관에 의해 보상받고자 하였다.

여기서 문제가 된 것이 손해방지활동을 할 권리가 전손에 대한 손해보상청구를 한 이후 또는 전손을 청구하는 소송개시영장(writ)²⁴⁾이 발행된 이후까지 연장되는가 하는 점이었다.

이 사건에서 법원은 소송개시영장(writ) 발행일 이후에 발생하는 비용은 손해방지역관에 의해 보상받을 수 없는 것으로 판시하였다. 이 사건을 심리한

23) (1996) 1 Lloyd's Rep. 664.

24) Writ는 영미에 특유한 제도로서 법원이 발행하는 영장을 가리키는데, 이것은 보통 법 법원에 소송을 제기하기 위해 필요한 소송개시영장(original writ)과 소송절차의 진행 또는 판결을 집행할 위한 소송진행영장(judicial writ)으로 구분된다.(田中英夫, 英米法辭典, 東京大學出版會, 1991, 918면.)

Rix 판사는 소송개시영장 발행일 또는 발행된 것으로 간주되는 날이 원칙적인 분계일로 확립되어 있는 추정전손에 관한 해상판례를 유추 적용하였다. 따라서 손해방지약관하에서 클레임 마감일은 소송절차가 개시되는 소송개시영장 발행일이라고 하였다. 그러므로 소송개시영장 발행일 이후에 발생하는 비용은 손해방지약관에 의해 회수할 수 없다. 그날 이전의 모든 회수는 클레임을 감소시키지만, 전손에 대하여 보상을 받을 수 있는 피보험자의 권리에 영향을 미치지 않는다.²⁵⁾ 이 사건이 손해방지약관 하에서 피보험자가 비용을 지출할 수 있는 권리가 언제 끝나는가 하는 문제를 직접적으로 다룬 최초의 판례이다.

3. 피보험자 등이 손해방지의무를 게을리 한 경우의 보험자의 책임

구 증권 본문상의 손해방지약관에서는 피보험자 또는 그 대리인 등이 손해방지를 할 권리가 있음을 규정하고, 그러한 의무가 있는 것으로 규정하고 있지는 않지만, MIA 제78조 제4항은 명시적으로 피보험자 및 그 대리인에게 손해방지의무를 부과하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 피보험자 또는 그 대리인이 손해방지의무를 게을리 한 경우 방지할 수 있었던 손해를 보상할 책임이 보험자에게 있느냐 없느냐 하는 점이다.

이에 관하여는 소송사건에서 법관의 견해가 일치하지 않는다.

MIA가 시행되기 전인 1869년의 *Currie v. Bombay Ins. Co.* 사건²⁶⁾에 의하면 적하인 목재가 「전손담보」 조건으로 부보되었는데 목재를 적재한 선박이 좌초하여 난파되었다. 이 때 선장은 적어도 적하의 일부는 구조할 수 있었음에도 불구하고 구조를 하지 않고 보험자에게 위부통지를 한 다음 선박과 적하를 일괄 매각하였다. 법원은 피보험자의 대리인으로 행동하는 선장이 적하를 구조하기 위해 노력하였다면 전손을 면할 수 있었던 경우에 그러한 노력을 하지 않아 전손이 생긴 때는 전손담보조건의 보험에서 피보험자가 전손을 회수할 수 없다고 판결하였다.

그러나 MIA가 시행된 이후인 1921년의 *Gaunt v. British & Foreign Mar. Ins. Co.* 사건²⁷⁾에서 Atkin 공소원 판사는 「MIA 제78조 제4항의 규정의 효과

25) J.C.B. Gilman, *op. cit.*, pp.438~439.

26) L.R. 3 P.C. 72, 81, 84.

는 피보험자 및 그 대리인에게 손해방지의무를 부과하는 효과밖에 없다」고 하였다. 또 같은 사건에서 Sumner 卿은 「피보험재산의 손해를 방지·경감하는 것은 피보험자의 의무이지만, 이것은 손해방지에 관해서만 말하는 것이고, 피보험자의 대리인이 운송 중 상당한 주의를 하지 않은 경우 피보험자는 그 대리인의 부주의에 의거 일체의 손해를 보험자로부터 회수할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다」라고 하고 있다.

한편 1984년의 *Integrated Container Service Inc. v. British Traders Insurance Co. Ltd.* 사건²⁸⁾에서 Eveleigh 판사는 손해방지의무 위반에 대한 효과와 관련하여 다음과 같이 말하고 있다.

“손해방지약관하에서 자기의 의무를 이행하지 못한 피보험자가 입게 될 모든 상반된 결과를 확실하게 말할 수는 없지만, 분명한 것은 그가 취했어야 할 조치를 취하지 않은 것이 입증된다면 멸실 또는 손상에 대한 클레임이 전체적 또는 부분적으로 거절될 위험을 초래한다는 것이다.”

또 1998년 *State of The Netherlands v. Youell* 사건²⁹⁾에 의하면 조선업자 RDM이 독일 해군용 잠수함 두 척을 건조하였으나, 결합부분과 도색부분에 중대한 결함이 있는 것이 발견되었다. 잠수함의 구매자인 해군은 그들의 보험증권에 의해 하자보수비용을 보상해주도록 요청하였으나 보험자는 해군과 RDM 모두가 위법행위를 저질렀다고 하는 이유로 보상을 거부하였다. 더 나아가 보험자는 피보험자의 대리인인 RDM이 손해를 방지·경감해야 할 제78조 제4항의 의무를 이행하지 않았다고 주장하였다.

그런데 상사법원(Commercial Court)에서 Rix 판사는 다음과 같이 말하고 있다.³⁰⁾

“MIA 제78조 제4항에 대한 가장 만족할만한 접근은 전손 또는 분손의 근인이 보험증권에 의해 담보되는 위험이 아니라 손해방지의무 위반인 경우 보험

27) 1 K.B. 903 at p.917.

28) 1 Lloyd's Rep. 154, CA.

29) 1 Lloyd's Rep. 236, CA.

30) (1997) 2 Lloyd's Rep. 441.

자로 하여금 항변할 수 있게 하는 것이다. 제78조 제4항에 규정된 「대리인」은 손해방지행위를 하는 대리인, 즉 피보험자로부터 손해방지행위를 하도록 지시를 받은 대리인 또는 필수대리인 가리킨다. ... 이 사건에서 조선업자는 대리인이라 할 수 없다. ...이 사건에서는 제78조 제4항에 규정된 손해방지의무위반이 있다고 말할 수 없다.”

보험자는 조선업자가 해군의 대리인이 아니라는 상사법원의 판결에 대하여 항소하였으나 공소원에서 Phillips 판사는 위법행위도 없었고, 또 조선업자는 피보험자의 대리인이 아니므로 제78조 제4항은 조선업자에게 적용되지 않는 것으로 판시하였다. 또 이 사건에서 공소원은 보험자가 손해방지의무 위반으로 인한 손해의 전부 또는 일부에 대해 반소 대신에 면책을 주장(항변)할 수 있는 것으로 판시하였다.³¹⁾

위에서 살펴본 판례들에 의하면 피보험자가 손해방지의무를 위반한 경우 보험자의 보상책임에 관한 판례는 크게 두 가지로 나누어진다. 하나는 1921년의 Gaunt v. British & Foreign Mar. Ins. Co. 사건에서 보는 바와 같이 피보험자가 손해방지의무를 게을리 한 경우 보험자는 피보험자의 채무불이행에서 생긴 보험자의 이익침해에 대하여 반소할 권리가 있는데 지나지 않는다는 것이다.

또 하나는 1869년의 Currie v. Bombay Ins. Co. 사건, 1984년의 Integrated Container Service Inc. v. British Traders Insurance Co. Ltd. 사건, 그리고 1998년 State of The Netherlands v. Youell 사건에서 보는 바와 같이 피보험자가 손해방지의무를 게을리 한 경우 보험자는 면책을 주장(항변)할 수 있다는 것이다. 그렇지만 1998년 State of The Netherlands v. Youell 사건에 대한 공소원의 판결에서 보험자가 손해방지의무 위반으로 발생한 손해액의 전부 또는 일부에 대하여 반소하는 대신 면책을 주장(항변)할 수 있는 것으로 판시함에 따라 피보험자 측의 과실 또는 불법행위로 손해방지의무를 위반한 경우 그 행위가 손해의 근인이고 그것이 담보위험이 아니라면 손해방지의무위반에 대해 보험자는 면책된다.

피보험자와 그 대리인은 단순한 과실에서부터 고의적인 부작위에 이르기까지 여러 가지 이유로 손해방지활동을 하지 않을 수 있다. 만약 그 대리인 또는

31) 윤일현, “손해방지의무 위반과 선박보험자의 보상”, 해운연구(2001년 가을), 한국해운학회, 2001, 102면.

사용인 측의 단순한 과실에 지나지 않는다면 그 문제는 손해의 근인이 무엇이었느냐에 따라 간단하게 해결될 수 있다.

ICC(A)조건은 「전위험」을 담보하므로 손해방지의무를 이행하지 않은 피보험자 또는 그 대리인의 과실에 근인한 경우에도 모든 손해가 담보된다. 그러나 ICC(B)와 ICC(C)는 열거된 위험만을 담보하므로 이러한 보험계약하에서 적하가 피보험자 또는 그 대리인이 손해방지활동을 하지 않은 것에 근인하여 손해가 발생한 것으로 판정이 난 경우 그러한 손해의 원인은 ICC(B)와 ICC(C)에서 피보험위험이 아니므로 피보험자는 그 손해를 보상받을 수 없게 될 것이다.

그러나 피보험자 자신의 행동이 단순한 과실이 아니라 정당한 사유 없이 손해방지활동을 노골적으로 거부한 경우에 해당하는 때는 그의 행동은 피보험자의 고의적인 위법행위라는 항변을 규정한 제55조 2항 a가 적용될 수 있다.

또 정당한 사유 없이 손해방지활동을 하지 않은 경우 피보험자 측에 악의가 있었던 증거로도 해석될 수 있다. 손해방지활동과 관련하여 비록 최대선의 의무위반이라는 항변을 한 적은 없지만, 보험의 목적의 멸실 또는 손상에 대한 클레임의 항변으로서 이것을 원용할 수 없다는 이유는 어디에서도 찾아볼 수 없다. MIA 제17조에 규정된 최대선의 원칙에 관한 법률분야에 있어서 최근의 많은 소송에서는 보험자들이 거리낌 없이 클레임에 대한 항변으로서 「악의의 항변」(plea of bad faith)에 호소하고 있다. 이러한 항변이 지지를 받는다면 보험자로 하여금 보험계약을 취소할 권리를 부여할 것이다.³²⁾

4. 협회적하약관 제16조 피보험자의무약관 제2항(수탁자 약관)에 따른 의무의 범위

MIA 제78조 제4항에 의거 피보험자가 취해야 할 합리적인 조치와 관련하여 「합리성」의 기준에 대하여 *Integrated Container Service Inc. v. British Traders Insurance Co. Ltd.* 사건³³⁾에서 Eveleigh 판사는 다음과 같이 말하고 있다.

32) Susan Hodges, *op. cit.*, p.788.

33) (1984) 1 Lloyd's Rep. 154, CA.

“MIA 제78조에 의한 의무는 「손해를 방지 또는 경감하기 위해 합리적인 조치를 취하는」 것이다. 이 말은 합리적인 사람이 보험자에게 클레임을 제기하는 대신 자기의 재산을 보호할 목적으로 행동하였을 정도로 조치를 취할 의무를 부과한 것으로 보인다. 피보험자가 보상을 받을 수 있느냐의 여부는 피보험자의 상황평가의 합리성과 그가 취한 행동에 달려있다. 비용을 보상받을 수 있는 권리는 조치의무의 필연적인 결과이므로, 내 생각으로는 성실한 피보험자가 손해를 방지할 목적으로 비정상적인 비용을 지출하였음을 입증할 수 있는 경우에 그가 합리적으로 지출한 모든 비정상적인 비용을 보상받을 수 있어야 한다.”

그런데 MIA 제78조 제4항과 ICC 제16조 제1항에 의해 화주에게 부과한 의무에 추가하여 화주는 다음과 같은 ICC 제16조 제2항(수탁자약관)에 구속된다.

“운송인·수탁자 또는 기타 제3자에 대한 일체의 권리가 적절하게 보존되고 행사되도록 확보해 놓는 것.”

그리고 이 규정과 제16조 제1항에 있는 손해방지에 관한 일반적인 의무는 보험자가 「이들 의무를 수행함에 있어 적절하고 합리적으로 발생한 비용을 피보험자에 보상」 하여야 하는 보상의무를 조건으로 한다.

수탁자약관에 관한 문제는 Netherlands Insurance Co. Est. 1845 Ltd. v. Karl Ljungberg and Co. A/B 사건³⁴⁾에서 제기되었는데 이 사건에서는 제16조에 의해 부과되는 의무의 성질과 범위, 그리고 그 의무 불이행에 대한 결과가 검토되었다.

이 사건에서는 보상을 해 준다는 확약이 수탁자약관에 적용된다는 명시적인 규정이 없었지만 추밀원은 계약상 묵시적으로 피보험자가 수탁자약관에 따라 지출한 비용을 보상받을 수 있다고 하였다. 오늘날에는 ICC 제16조 피보험자의무약관에서 명시적으로 수탁자약관상의 의무를 이행하기 위해 지출한 비용을 피보험자에게 보상하는 것으로 규정하고 있기 때문에 이 사건에서와 같은 문제는 제기되지 않는다.

34) (1986)2 Lloyd's Rep. 19, PC.

수탁자 약관과 관련하여 문제가 되는 것은 피보험자가 제3자에 대한 권리를 보존하기 위해 취해야 할 조치의 범위이다. Noble Resources Ltd. v. George Albert Greenwood(Vasso) 사건³⁵⁾에 의하면 1991년 3월 28일 원고가 적하인 57,513톤의 철광석을 중국 청도로 운송하기 위해 남아프리카 Saldanha 만에서 Vasso호에 적재하였다. 이 적하는 포괄예정보험계약에 따라 발행된 보험증명서에 의해 부보되었다. 그런데 4월 4일 선박이 누수로 인하여 침몰됨에 따라 선박과 적하 모두가 멸실되었다. 원고는 보험증권에 의거 보상청구를 하였으나 피고는 피보험자가 ICC(A) 제16조에 의한 의무를 다하지 않았다는 이유로 지급을 거절하였다.

이 사건의 항해는 영국법에 준거한 Gencon 용선계약서와 선하증권에 따라 수행되었다. 그리고 용선계약서에는 선박의 선체 및 기관이 US\$6,500,000로 평가된 것으로 기재되어 있었고, 선주는 한척의 배만 소유한 선박회사이므로 그들의 유일한 재산은 선박보험증권하에서 선박의 전손에 대한 보상액뿐인 것으로 판단되었다.

보험자는 선주가 보험을 옹기는 것을 저지하는 마레바 금지명령(Mareva injunction)³⁶⁾을 신청하는 것이 제16조 하에서 원고의 의무인데, 그렇게 하지 않은 것은 이 약관의 위반이고, 따라서 이러한 위반은 보험자로 하여금 일체의 책임을 면제하는 것이라고 주장하였다.

이 판결의 쟁점은 ① 어떠한 행동이 제16조 위반이 되느냐 하는 것과, ② 그러한 위반이 비록 그 위반으로부터 아무런 침해나 그 밖의 결과를 초래하지 않았음이 입증된 경우에도 보험자의 책임을 면제해주느냐 하는 것이었다. 이 사건에서 Hobhouse 판사는 다음과 같이 판시하였다.

첫째, 제16조의 목적은 피보험자의 손해방지경감의무를 명시하고, 그에 따라 발생한 비용에 대하여 피보험자가 보상을 받을 수 있도록 하는 것이다.

둘째, 단지 마레바 금지명령을 신청하지 않은 사실만으로는 제16조에 의해

35) (1993) 2 Lloyd's Rep. 309.

36) 마레바 금지명령은 본안 판결 전에 피고가 재산을 처분·은닉하여 원고에 손해를 끼치는 것을 방지하기 위해 법원이 피고에 대해 이러한 행위의 금지를 명하는 것이다(鴻常夫·北澤正啓, 英米商事法辭典, 商事法務研究會, 1986, 486면). 즉 법원의 관할 내에 피고의 재산이 있고, 소송의 결과 원고가 승소하여 금전에 의한 급부판결을 받을 가능성이 높으며, 또 피고가 재산을 관할 밖으로 가져갈 염려가 있는 경우에 피고에게 당해 재산의 처분이나 반출을 금지하는 假禁止命命으로서, 영국에서 이것을 인정한 Mareva Compania Naviera SA v. International Bulk Carriers SA(1975) 2 Lloyd's Rep. 509사건 때문에 이러한 명칭이 붙여졌다(田中英夫, 전거서, 541면)

부과된 의무를 이행하지 않은 것은 아니다. 피보험자는 합리적이고 정당하게 행동했다. 이 약관의 올바른 해석은 단지 어떤 조치가 취해지지 않았다는 것이 아니라, 합리적인 피보험자가 자기 자신과 보험자의 이익, 그리고 보험증권상의 규정을 고려하여 그 조치가 반드시 취해졌어야 할 적절한 하나의 조치였음을 보험자가 입증하여야 한다.

셋째, 제16조는 계약상의 담보(warranty)로 해석되어야 한다는 보험자의 주장은 이유 없다.

넷째, 제16조에 의해 부과되는 의무는 기본적으로 손해방지경감의무이다. 이 의무는 계약상의 의무였고, 그 위반은 손해배상책임을 발생시킨다.

따라서 제16조 제2항(수탁자약관)에 따른 피보험자의 의무는 합리적인 피보험자가 자기 자신과 보험자의 이익, 그리고 보험증권상의 규정을 고려하여 반드시 취했어야 할 조치를 취하는 것이라 할 수 있다.

5. 손해방지비용에 포함되는 법적 비용

Kuwait Airways v. Kuwait Insurance Co. SAK 사건³⁷⁾에서 손해를 경감하기 위해서 지출한 법적비용이 손해방지비용에 포함될 수 있는지에 관한 문제가 제기 되었다. 이 사건에서 Rix 판사는 특정 피보험재산의 회수가 목적이 아니라 기본적으로 손해배상을 목적으로 제3자에게 제기한 소송에서 발생한 법적 비용은 손해방지비용이 될 수 없고 손해방지약관의 범위 밖에 속한다고 하였다.³⁸⁾ 손해배상을 청구하기위해 지출한 비용은 보험자가 아무런 이익을 얻는 것이 없으므로 손해방지비용으로는 부적당하다는 것이다.

Rix 판사는 다음과 같이 말하고 있다.

“항공기를 돌려받는 것이 아니라 손해배상을 청구하는 소송인 한, 또는 기본적으로 손해배상을 청구하는 소송인 한, 그에 따라 발생한 비용은 손해방지비용이 될 수 없다는 주장이 제기되었다. 내 생각으로 그것은 옳다고 본다. Duus Brown v. Binning 사건³⁹⁾에서 클레임비용은 손해방지비용이 아니라 대위비용

37) (1996) 1 Lloyd's Rep. 664.

38) J.C.B. Gilman, *op. cit.*, pp.416~417.

으로 취급하였다. 그런데 1992년 가을 8대의 항공기 회수는 그 회수소송이 손해배상을 받기 위한 목적 이외에는 없었다는 것이 지적되었다. 그러나 그 때 또는 그 이전의 회수소송의 목적 또는 기본적인 목적에 관하여 평결할 수는 없다. 그것은 그 후의 심문에서 다를 뿐이다.”

IV. 결론

해상보험에 있어서 원칙적으로 보험자는 피보험위험으로 인하여 발생한 해상피보험이익의 멸실 또는 감소에 대하여 보상책임을 지고, 피보험적하의 손해방지비용과 같이 소유이익을 담보하는 적하보험에서 간접손해에 해당하는 것에 대하여 당연히 보상책임을 지는 것은 아니다. 그러나 각국의 법률 및 보험약관에서는 이에 대하여 보험자에게 보상책임을 지우고 있다.

해상보험의 준거법인 영국법과 영문 해상적하보험증권에서도 손해방지의무와 그에 따른 비용의 처리에 대하여 자세한 규정을 두고 있다. 그러나 이들 규정만으로 손해방지에 관한 보험계약당사자의 권리의무가 명확한 것은 아니다.

지금까지 살펴 본 신 협회적하약관이 도입된 1982년 이후 손해방지비용과 관련된 몇 가지 문제점에 대한 판례에 따르면 손해방지의무와 관련하여 다음과 같은 결론을 도출할 수가 있다.

첫째, 손해방지약관이나 손해방지비용 상환의무를 삽입하지 않은 보험증권하에서 피보험자가 보험증권에 의해 담보되는 손해를 방지 또는 경감하기 위해 지출한 비용을 보상받을 수 있는지에 대한 판례의 입장은 일관되지 않고 있다.

그런데 손해방지의무가 제정법상의 의무이든 계약상의 의무이든, 영국법상 피보험자가 손해방지활동을 위해 지출한 비용에 대해 당연히 보상받을 권리가 있다는 원칙은 없다. 따라서 보험증권상 피보험자가 손해방지비용을 보상받는다는 취지의 명시약관이 없는 한, 원칙적으로 손해를 방지 또는 경감하기 위해 지출한 비용은 보험증권에 의해 회수할 수 없다고 하여야 할 것이다. 다만 신 협회적하약관에서는 보상에 관한 명시적 의무를 규정하고 있는 손해방지약관

을 삽입하고 있으므로 신탁회적하약관을 이용할 경우에는 이것이 문제가 되지 않는 것이다.

둘째, 손해방지활동의 마감일은 소송절차가 개시되는 소송개시영장(writ) 발행일이다. 따라서 소송개시영장 발행일 이후에 발생하는 비용은 손해방지약관 하에서는 회수할 수 없다.

셋째, 피보험자 등이 손해방지의무를 게을리 한 경우의 보험자의 책임에 관하여도 판례가 일관성을 유지하고 있지 않다. 그동안 피보험자 등이 손해방지의무를 위반하였다고 해도 보험자는 보험계약 전체를 취소할 권리는 없고, 단지 피보험자의 채무불이행에서 생긴 보험자의 이익침해에 대하여 반소할 권리가 있는데 지나지 않는 것으로 해석해 왔다. 그러나 1998년 *State of The Netherlands v. Youell* 사건에서의 공소원의 판결을 계기로 하여 손해방지의무 위반시 보험자는 그 위반으로 인하여 생긴 손해의 전부 또는 일부에 대하여 면책을 주장(항변)할 수 있게 되었다.

넷째, 협회적하약관 제16조 피보험자의무약관 제2항(수탁자 약관)에 따른 의무는 합리적인 피보험자가 자기 자신과 보험자의 이익, 그리고 보험증권상의 규정을 고려하여 반드시 취해졌어야 할 조치를 취하는 것이다.

마지막으로, 피보험재산의 회수가 목적이 아니라 기본적으로 손해배상을 목적으로 제3자에 제기한 소송에서 발생한 법적 비용은 보험자가 아무런 이익을 얻는 것이 없으므로 손해방지비용이 될 수 없다.

參考文獻

- 김선옥·이은섭, “적하보험계약상 손해방지비용과 특별비용과의 관계”, 한국해운학회지(제34호), 한국해운학회, 2002.
- 윤일현, “해상보험에 있어서의 손해방지조항에 관한 고찰”, 보험학회지(제31집), 한국보험학회, 1988.
- 윤일현, “손해방지의무 위반과 선박보험자의 보상”, 해운연구(2001년 가을), 한국해운학회, 2001.
- 이시환, 신무역보험론, 대왕사, 2001.
- Bennett, H.N., *The Law of Marine Insurance*, Oxford, Clarendon, 1996.
- Brown, R.H., *Marine Insurance*, 6th ed., vol.1. Principles and Basic Practice, London, Witherby & Co. Ltd., 1998.
- Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol.III, 16th ed., London, Sweet & Maxwell, 1997.
- Hodges, S., *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, London, Cavendish Publishing Ltd., 1999.
- Ivamy, E.R.H., *Marine Insurance*, 4th ed., London, Butterworth, 1985.
- _____, *Chalmers' Marine Insurance Act 1906*, 8th ed., London, Butterworths, 1976.
- Mustill, M.J. & Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, vol. II), 16th ed., London, Stevens & Sons, 1981.
- Thomas, D.R. *The Modern Law of Marine Insurance*, London, LLP Limited, 1996.
- 葛城照三, 1981年版 英文積荷保險證券論, 早稻田大學出版部, 1981.
- 木村榮一, ロイズ保險證券生成史, 海文堂, 1979.
- 鴻 常夫·北澤正啓, 英米商事法辭典, 商事法務研究會, 1986.
- 田中英夫, 英米法辭典, 東京大學出版會, 1991.

ABSTRACT

The Duty to Avert or Minimise a Loss in Marine Cargo Insurance

Lee, Shie Hwan

The MIA 1906, s.78(4) provides that it is the duty of the assured and his agents, in all cases, to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising a loss. In many cases the statutory duty will be unimportant, since rights, duties and liabilities declared by the Act or implied into marine insurance contracts by law may be modified by agreement, and many contracts contains a sue and labour clause which effectively reproduces and/or to modifies the statutory duty. The effect of such contractual provisions will, of course, be a matter of construction, though modern sue and labour clauses tend to reflect the principles contains in section 78.

However, it must not be assumed that the terms of all contractual sue and labour clauses are, or will remain, identical, either with each other or with the statutory duty.

The purpose of this study is to clarify the ambit of sue and labour.

Key Words : Sue and Labour, MIA s.78(4)
