

海上保險契約上 堪航能力注意義務에 관한 研究

(A Study on the Obligation of the Assured to Exercise Due Diligence to Make the Ship Seaworthy in Marine Insurance Contracts)

全永遇¹⁾ · 朴容燮²⁾

本 論 文 의 目 次

第 1 章	序 論
第 1 節	研究의 目的
第 2 節	研究의 範圍와 方法
第 2 章	堪航能力注意義務의 概觀
第 1 節	堪航能力
第 2 節	堪航能力注意義務의 意義
第 3 節	沿革 및 法的 性質
第 4 節	堪航能力注意義務의 主體
第 3 章	英國海上保險法上의 堪航能力擔保
第 1 節	序言
第 2 節	保險契約上의 擔保
第 3 節	海上保險法上의 擔保
第 4 節	擔保法理에 관한 改革動向
第 4 章	堪航能力注意義務의 範圍
第 1 節	序言
第 2 節	堪航能力注意義務의 履行時期
第 3 節	堪航能力注意義務의 內容
第 4 節	積荷保險에 대한 堪航能力注意義務의 與否
第 5 章	堪航能力注意義務의 違反
第 1 節	序言
第 2 節	違反에 대한 保險者 免責根據
第 3 節	擔保危險과의 競合 및 立證責任
第 4 節	約款上의 堪航能力注意義務違反의 特質
第 6 章	結 論

1) 한국해양대학교 해사법학과 박사과정
2) 한국해양대학교 해사법학과 교수

I. 研究의 目的

우리 나라의 海上保險業界는 海上保險契約에 있어 런던保險者協會가 制定한 協會約款(Institute Clause, 以下 協會約款이라 한다)을 주로 使用하고 있는데 協會約款은 責任問題 및 精算과 관련하여 英國海上保險法(Marine Insurance Act, 1906)을 準據法으로 하고 있고 그 有效性도 認定되고 있기 때문에 이러한 重要한 問題와 관련하여 우리 商法은 아무런 役割을 하지 못하게 된다. 이러한 事情下에서 保險業界에서는 英國에서 發展된 理論의 影響을 심대하게 받고 있다. 특히, 英國의 擔保(warranty)法理는 被保險者를 保護하기보다는 保險者의 法的 地位를 強化하는 制度로서 形成된 것이다. 英國에 있어서 堪航能力을 갖출 義務는 이러한 擔保法理에 그 根據를 두고 발달한 것으로서 英國海上保險法上 가장 重要한 擔保로 認識되고 있다. 그러나, 우리 法에는 船舶의 堪航能力不足은 保險者의 法定 내지 約定 免責事由로 位置되어 있다. 그러므로 兩法에 있어서 堪航能力注意義務의 法理는 根本적으로 다르다고 할 것이다. 특히, 우리 國文約款을 使用하였을 경우에는 우리 法에 있어서의 堪航能力注意義務의 法的 構造를 바탕으로 하여 問題에 接近하여야 할 것이다.

그러나, 海上保險法上 堪航能力과 相關한 우리 商法 제706조 제1호는 그 자체가 애매모호하여 國內의 海上保險業界의 需要에 응하지 못하고 있다는 批判을 받고 있다. 이 規定의 問題點은 다음과 같이 要約할 수 있다. 첫째, 이 規定은 被保險者가 지켜야 할 船舶의 堪航能力注意義務로서 海上運送契約上 海上運送人의 堪航能力注意義務와 같은 內容인 것인지 明確하지 못하다. 그리하여, 船舶保險과 運賃保險의 경우에는 堪航能力의 3要素에서 積載能力을 요하지 않는다는 見解가 있다. 그러나 이는 堪航能力의 概念을 오해한 것으로 보이며 그에 따라 被保險者의 堪航能力注意義務違反에 대한 法的 解決에 있어서도 不合理한 解決을 하게 되는 原因이 된다.

둘째, 堪航能力注意義務의 主體에 관한 規定이 缺如되어 있다. 따라서 被保險者가 사용한 使用人의 堪航能力注意義務의 履行行爲에 대한 海上保險者의 責任과 相關한 解釋이 問題가 된다. 즉, 被保險者는 堪航能力을 갖추기 위하여 船員 또는 獨立契約者에게 그 履行을 一任하고 이들의 選任·監督에 있어서 相當한 注意를 다하였다면 이들의 過失에 의한 堪航能力不足에 대하여 責任을 회피할 수 있으나 하는 것이 問題가 된다.

셋째, 堪航能力注意義務의 主觀的 要件을 明示하지 않기 때문에 그 解釋上 過失要件必要說 또는 過失要件不要說 중 어느 것이 더 妥當한 結論을 이끌어 낼 수 있는 지를 考察할 필요가 있다. 이는 一次的으로 堪航能力注意義務의 違反에 대한 要件論과 相關되며 또한 船舶의 堪航能力不足과 인치마리約款上의 擔保危險이 競合할 경우에 海上保險契約上 責任의 所在를 어떻게 解釋하는 것이 妥當한 것인가 하는 問題와도 相關되고 있다. 그러나, 이

에 대해서는 學說이 일치되고 있지 않아 이에 대한 檢討가 필요하다.

넷째, 堪航能力注意義務의 履行時期에 대하여 發航當時라고만 規定하고 있어 段階의 理論의 適用에 대한 學說上 다툼이 있고 具體的 意味에 대해서도 解釋上 限界를 드러내고 있다. 즉, 段階의 理論은 碇泊段階와 繫船段階에 대해서까지 그러한 단계에 있어서 통상적인 堪航能力을 갖춘 義務가 요구된다는 의미이나 發航當時만 규정만을 가지고 이렇게 解釋하는 것은 그 文言의 意味를 逸脫하게 되는 문제가 있다.

다섯째, 積荷保險의 경우에 대해서는 堪航能力注意義務에 관한 規定을 立法하고 있지 않다. 그리하여 우리 判例에서는 積荷保險의 경우 被保險者의 堪航能力注意義務를 否定한 바 있다. 그러나, 積荷保險에서 被保險者에게 이러한 義務를 부과하지 않는 것은 貨主의 位置에서의 堪航能力注意義務가 要求될 필요가 있는 去來의 現實과 商法의 規定이 乖離되는 문제가 提起된다. 오늘날 貨主는 大規模化되어 船舶所有者 내지 海上運送人에 대하여 優位的 地位를 누리고 있고 이러한 地位를 이용한 權利의 濫用을 禁止시킬 必要性도 擡頭되고 있다. 따라서 積荷保險에 있어서 堪航能力注意義務의 필요성에 대한 檢討가 필요하다.

이같은 問題點은 우리 海上保險法이 去來의 需要에 응하지 못하는 것에 그치는 것이 아니라 이 規定이 死藏되어 우리 海上保險이 英國理論의 莫大한 影響을 받게 되는 하나의 理由가 되기도 한다. 그러므로, 우리 海上保險契約에 있어서 堪航能力注意義務에 관한 再檢討가 필요하고 우리 法體系에 適當한 理論을 定着시킬 必要性이 擡頭된다. 그러므로, 이 論文은 海上保險契約上 堪航能力注意義務에 관한 綜合的인 研究를 行하고 商法 제706조 제1호에 대한 法理의 再構成을 바탕으로 立法論的 提案을 하는 것을 研究의 目的으로 하고 있다.

II. 堪航能力注意義務의 法理 再構成

1. 堪航能力注意義務의 根據 再檢討

船舶의 堪航能力이란 “特定の 航海 또는 運送을 함에 있어서 一般的으로 豫想되는 危險事情에 건널 수 있는 特定船舶의 能力을 意味한다”고 할 수 있다. 이러한 堪航能力은 事實問題(a question of fact)이고 그 基準을 形式的으로 定할 수 있는 것이 아니다. 그리고 堪航能力은 모든 航海에서 모든 海上固有의 危險에 건널 수 있는 絶對的인 것이 아니고 船舶의 種類, 航海의 狀況, 航行區域, 航海季節, 船積期間, 出航時間 및 貨物의 種類, 性質 또는 數量 등에 따라 달라지는 相對的인 것으로서 船體能力, 航海能力 및 積載能力으로 構成되는 包括的인 것이다.

海上保險法上 被保險者가 堪航能力을 갖춘 義務는 中世 유럽에서 創設되어 近代 英國에서

堪航能力擔保로 確立되었는데, 當時의 人間에게 海洋은 廣大無邊의 것이고 克服하기 어려운 두려움의 對象으로 認識되었고 造船技術도 拙劣하여 船舶의 堪航能力에 대하여 無過失의 絶代義務로 할 필요가 있었다. 그러나, 오늘날 海洋은 積極的인 利用, 克服, 開發의 對象이자 아울러 環境保護와 保存의 對象이 되었고, 海上危險도 氣象觀測·豫報·支援시스템의 構築, 海上通信의 발달로 크게 줄어들었으며 또한 船舶의 建造技術의 발달은 웬만한 海上의 風波를 克服하는 것은 더 이상 어려운 것이 아니게 되었다. 그러므로, 오늘날 被保險者가 堪航能力을 갖출 義務는 이 義務의 成立當時와는 다른 現代的 觀點에서 把握할 것을 要請한다고 할 것이다. 現代的 觀點에서 堪航能力注意義務의 根據는 다음과 같이 整理할 수 있을 것이다. 첫째, 海上保險者는 多様な 海上危險을 集合的으로 引受하고, 海上保險의 對象인 海上事業은 冒險的인 性質을 가지고 있으므로 擔保危險의 統計的인 資料를 精確하게 收集·評價하기가 매우 어렵다. 그리고 오늘날 海上保險事故는 豫見할 수 없을 정도로 大規模化되었고 이러한 要因은 過去에 蓄積되었던 海上危險의 大數法則의 適合性維持를 어렵게 하여 海上保險會社의 經營을 불안하게 하고 있으며 保險契約의 引受와 保險料의 算定에 불안한 要素로 作用하여 심지어는 保險經營의 科學的 運營을 위태롭게 한다. 그러므로, 海上保險契約에 있어서는 被保險者 등의 勢力範圍에서 除去할 수 있는 海上危險을 가능한 한 除去하게 할 必要性이 絶對하게 요청된다. 둘째, 非海上保險의 경우와는 달리 海上保險의 경우 保險의 目的인 船舶이 大型化·高速化·專門化된 高度의 技術에 의한 集合物이고 또한 航海中일 경우에도 期間保險契約의 效力이 發生하는 경우도 종종 있으므로 保險者가 危險과 相關한 船舶의 狀態를 충분히 잘 알 수 있는 地位에 있지 않아 告知義務만으로는 保險의 引受與否의 決定 또는 保險料率의 算定을 合理的으로 行할 수 없는 경우가 많다. 그러므로, 被保險者에게 告知義務 이외에 별도로 堪航能力注意義務가 要求될 필요가 있다. 셋째, 海上保險은 企業保險이므로 被保險者에게 보다 嚴格한 安全義務 즉 堪航能力注意義務를 要求하는 것은 衡平에 반하지 않으며 被保險者를 不當하게 구속하는 것도 아니다. 요컨대, 海上保險의 경우 海上危險의 多様性·海上事業의 冒險性·海上事故의 大規模化, 船舶의 高度技術性, 海上保險의 企業保險性 등에서 被保險者에게 堪航能力注意義務가 要求될 필요가 있고 여기에서 現代的 意味에서의 意義를 찾을 수 있을 것이다.

2. 履行主體

우리 商法 제706조 제1호는 堪航能力注意義務의 主體를 明示하고 있지 않으나 그 義務者는 保險契約者 또는 被保險者이다. 이들의 예로는 船舶所有者, 船舶賃借人, 船舶管理業者, 貨主 등이 있다. 그런데 이들의 履行補助者의 故意·過失에 대한 被保險者의 堪航能力注意義務違反에 대해서는 우리 法의 解釋과 英國法의 解釋이 차이가 난다. 즉,

우리 法의 解釋上 商業使用人(狹義의 履行補助者)의 過失에 의한 堪航能力注意義務違反은 被保險者의 義務違反이 되고 獨立契約者의 過失에 의한 堪航能力注意義務違反의 경우에는 이들의 選任·監督上의 過失이 없는 것을 條件으로 保險者의 補償責任이 認定되는 것으로 解釋된다. 반면에 英國法은 이른바 “alter ego”의 原則에 따라 被保險者의 分身에 해당하는 자로 履行補助者의 範圍가 제한된다. 따라서 우리 法은 英國法의 慣習을 準據로 하는 海上保險의 實務去來와는 相當한 距離가 있다. 그러므로, 海上保險의 實務界 및 英美法系에서 確立되어 있는 諸理論을 우리 實定에 맞게 받아들일 필요가 있다. 그 解釋論으로 商業使用인에 대해서는 被保險者 등이 法人인 경우에 그 法人의 經營體制, 業務의 分擔, 船舶의 管理體制 등의 特性에 따라 多樣하게 나타나는 履行主體의 主觀的 範圍만을 가지고 堪航義務의 履行與否의 判斷基準으로 한다면 그 法人體 외부에서는 이를 判斷하는데 있어 難點이 있으므로 客觀的 範圍 내지 실제 相當한 注意義務의 履行與否도 동시에 고려하는 것이 妥當하다고 생각된다. 그리고 獨立契約者에 대해서는 이들의 選任·監督에 故意·過失이 없는 것을 條件으로 이들의 過失로 인한 堪航能力不足의 경우 保險者의 補償責任을 인정하도록 한다.

3. 堪航能力注意義務의 履行時期

堪航能力注意義務의 履行時期와 관련하여 大陸法系의 경우 堪航能力不足을 保險者의 法定 또는 約定의 原因免責事由로 規定하고 있으므로 期間保險과 航海保險 모두에 堪航能力注意義務를 요구하는 것과 段階의 理論을 적용하는 것이 合理的이라고 볼 수 있다. 그러나, 英國에 있어서 期間保險의 경우 保險契約의 成立시 船舶이 航海中일 경우가 많고 이 경우 被保險者는 船舶을 統制할 수 있는 地位에 있지 않기 때문에 堪航能力擔保를 緩和하여 期間保險의 경우에는 法定原因免責事由로서의 堪航能力注意義務를 요구한다. 航海保險에 있어서 大陸法系와 英國法은 兩者 모두 每 發航當時에 堪航能力을 갖추 것을 요구하나 앞의 것은 堪航能力不足으로 인한 損害에 대하여 保險者가 原因免責되는데 대하여 뒤의 것은 堪航能力不足과의 因果關係를 묻지 않고 保險者가 條件免責이 된다. 期間保險에 있어서는 兩者 모두 保險期間 중 每 出航時의 堪航能力不足으로 인한 損害에 대하여 原因免責이 되므로 大陸法系와 英國法의 堪航能力注意義務는 접근해 있다고 할 수 있다. 한편, 美國의 法理는 出항 후에도 相當한 注意를 다하여 船舶의 堪航能力을 維持시킬 義務를 부과하고 있다는 점에서 堪航能力을 갖추 義務를 出항시 또는 危險의 開始時로 制限하는 英國法 및 우리 법과는 다르다. 이것은 프랑스保險法에서도 船舶과 貨物에 대하여 시간적 制限이 없는 相當한 注意를 요구하는 것과 유사하다. 筆者는 우리 商法의 解釋上 段階理論이 적용된다고 보고 있다. 그러나, 우리 商法 規定은 發航當時라고만 되어 있어서 이것이 明確한 것은 아니고 解釋論上

그러하다는 것이다. 그러나 學說上 다툼이 있고 특히 發航當時란 文言의 意味를 碇泊段階 내지 繫船段階에 대해서까지 적용시키기에는 무리가 있다고 할 것이다. 그러므로 이러한 解釋論上의 限界를 除去하기 위해서는 海上保險의 去來에서 인정되고 있는 段階理論을 明示하는 立法論的 解決을 하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고, 오늘날 海上通信의 發達로 船舶은 더 이상 情報의 死角地帶가 아니게 되었으므로 一般的으로 船舶은 安全運航上의 問題를 通信手段을 이용하여 陸上으로부터 支援받을 수 있게 되었고 최근 汎世界的 情報網이 形成되어 있고 地球村을 하나로 묶어 人間生活을 根本적으로 變革시키고 있다. 이러한 動向은 堪航能力注意義務의 履行을 반드시 發航當時로만 局限시키는 것이 妥當할 것인지에 대한 再檢討 必要性을 擡頭시킨다. 이와 관련해서 함부르크 規則의 解釋上 海上運送人의 堪航能力注意義務가 全航海區間에 걸쳐서 지속되는 점이 示唆해주는 바가 있다. 筆者는 堪航能力注意義務의 履行時期를 發航當時로 제한시키기보다는 被保險者가 堪航能力을 갖출 수 있는 지위에 있는 한 出航後에도 相當한 注意義務를 부과하는 것이 合理的이며 堪航能力注意義務의 最大善意性에 비추어서도 타당하다고 생각한다. 그러나, 아직은 發航後에 堪航能力을 갖추기 위한 實質的 措置가 폭넓게 가능한 것은 아니고 또한 現在에는 堪航能力注意義務를 發航當時로 제한하는 思考가 支配的이므로 堪航能力注意義務의 履行時期를 擴張하는 問題는 좀더 檢討될 필요가 있을 것이다.

4. 堪航能力注意義務의 內容

船體能力을 갖추기 위해서는 海事行政法에 의하여 요구되는 船舶의 安全要件에 따라서 設計·建造된 船舶을 사용하고 各種의 法定船舶檢査를 받는 것을 基本으로 한다. 그러나, 有効한 船舶檢査證明書의 소지만으로는 不充分하고 이에 추가하여 每 發航當時에 相當한 注意를 다하여 船舶檢査를 하며 안전을 확보하기 위하여 필요한 補修管理와 修繕 등의 補充的 措置를 하는 것을 포함한다. 航海能力을 갖추는 것과 관련하여 問題視되는 것은 “필요한 書類”와 “海技免許의 所持與否”이다. 먼저, “必要한 書類”와 관련하여 英國海上保險法은 필요한 서류를 堪航能力擔保에 포함시키지 않지만 海圖 등의 書類는 堪航能力和 直接的 또는 間接적으로 관련되어 있으므로 “필요한 書類”는 航海能力을 갖추기 위한 중요한 내용을 이룬다고 본다. 다음으로 無免許者를 配乘시켜 發航한 경우 通說的 見解와 判例는 海技士免許가 없더라도 特定航海를 安全하게 遂行할 能力이 있는 선원이라면 人的 堪航能力不足이 되지 않는다고 한다. 그러나, 이 論文은 이러한 見解와 다른 結論을 내렸다. 만약, 被保險者가 無免許者를 승선시켜서 團束法規를 위반한 경우 被保險者 등은 堪航能力注意義務를 違反하였다고 一應 推定하는 것이 타당하고 이 경우 被保險者는 그 特定人이 海技能力이 있음을 反證하여야 하되 反證은 충분히 客觀的인 것이 아닌 한 허용되어서는 안된다. 오늘날은 海技資格制度가 國際적으로 普遍化되었기 때문에 海技能力은 海技專門教育과 乘務經

歷을 통하여서만 적절하게 습득될 수 있으며, 海技能力이 있다는 것을 증명하는 客觀的 方法은 海技士免許를 갖추는 것을 기본으로 하여야 할 것이다. 더욱이, 無免許者를 승선시키면 港灣國統制制度에 의하여 선박이 抑留 또는 遲滯事由가 되므로 發航當時에 堪航能力을 갖추었다고 볼 수 없는 結論에 이르게 된다. 따라서 오늘날의 觀念으로 보아 無免許者의 配乘은 堪航能力注意義務違反으로 보아야 것이다.

5. 船舶保險에서의 積載能力與否

船舶保險에 있어서 積載能力이 요구되지 않는다는 既存의 學說은 堪航能力의 包括的 概念을 誤解한 것으로 보인다. 過去 貨物問題는 貨物自體의 問題로 그치는 것으로 보았으나, 오늘날 危險貨物이 廣範圍하게 船舶에 의하여 運送되고 있으므로 貨物問題는 貨物自體의 問題로 그치지 않고 船舶의 安全에 直接的·間接的으로 영향을 미친다. 즉, 積載能力의 內容 중에서는 貨物自體에만 영향을 미치는 것이 있는 반면에 貨物의 特殊한 性質이나 貨物艙의 保護裝置의 缺陷 또는 積付不良, 過積 등으로 인하여 船舶自體의 安全에 影響을 미치는 것이 많다. 그러므로, 堪航能力을 構成하는 船體能力, 航海能力 및 積載能力은 相互影響을 미치는 關係에 있기 때문에 어느 하나를 全的으로 除外시킨다면 이것은 더 이상 堪航能力이라 할 수 없을 것이다. 즉, 船舶의 堪航能力은 船舶이 運送機關으로서의 能力을 意味하기 때문에 堪航能力의 概念에는 貨物을 積載하여 安全하게 航海할 수 있는 能力은 물론, 運送되는 貨物의 安全을 위한 積載能力도 포함된다고 보아야 한다는 것이다. 그러므로, 船舶保險에 있어서도 積載能力을 갖추어야 한다고 보는 것이 妥當하다. 結論的으로 船舶保險에 있어서 積載能力의 要求與否를 바로 論議하는 것은 적절한 方向이 아니며, 堪航能力의 相對性에 立脚하여 被保險航海와 保險의 目的에 따라서 具體的 妥當性이 있는 堪航能力의 內容을 把握하고 그것에 根據하여 堪航能力注意義務의 違反與否를 판단하여야 만 妥當한 結論에 이를 수 있다는 것이다.

6. 積荷保險에서의 堪航能力注意義務의 與否

商法上 海上積荷保險에 대해서 堪航能力注意義務에 관한 規定을 두고 있지 않은 것은, 被保險者인 貨主에 대하여 船主에게 요구되는 그러한 內容의 堪航能力注意義務를 요구하는 것은 不合理的하기 때문이다. 그러나, 貨主에게 아무런 堪航能力注意義務를 요구하지 않는 것도 合理的이라고 할 수 없다. 왜냐하면, 堪航能力注意義務는 積極的으로 또는 直接的으로 堪航能力을 갖추 수 있는 地位에 있는 자(運送人)에게만 요구되는 것이 아니라 消極的 또는 間接的으로 이를 갖추 수 있는 자(貨主)에게도 요구되어야 한다고 보는 것이 合理的이기 때문이다. 오늘날 貨主는 船主 또는 海上運送人 보다는 優位的 地位에 있고 大規模의 貨主는

이들에 대하여 커다란 影響力도 行使할 수 있다. 예컨대, 大規模의 精油會社가 自己貨物을 海上運送人에게 수송하게 하는 경우 貨主는 사실상 海上運送人을 支配하는 관계에 있고 運賃의 決定에도 막대한 影響력을 행사한다. 그러므로, 積荷保險에 있어서 被保險者에게 요구되어야 하는 堪航能力注意義務는, 명백하게 安全狀態가 나쁜 船舶 또는 不適合한 運送用具를 被保險貨物의 運送에 사용하지 않아야 할 義務, 船舶의 堪航能力不足 또는 運送用具의 不適合 狀態에 대하여 貨主로서의 注意를 기울여 事故의 發生을 防止할 義務, 貨主의 地位를 濫用하여 船主에게 無理한 運航을 強요함으로써 海難事故誘發의 原因을 提供하지 않을 義務 등을 들 수 있다. 그러므로 만약 貨主가 堪航能力이 不足한 船舶을 逆選擇하여 事故가 發生하였다면 이러한 故意의 貨主에게 保險者의 補償責任을 인정하지 않아야 할 것이다. 積荷保險에서의 堪航能力注意義務의 立法必要性의 根據는 다음과 같다. 첫째 貨主의 堪航能力注意義務는 海上保險契約의 最大善意契約性이라는 성질상 요구되어야 하고, 둘째, 貨主로서의 위치에서 가능한 堪航能力注意義務를 부과함으로써 不良危險을 除去 事故率을 감소시키게 되고 海上保險의 危險團體 全體의 利益이 되며 나아가서는 保險料率을 떨어뜨려 被保險者에게도 이익이 된다. 셋째, 大規模의 貨主에게 堪航能力注意義務를 요구하는 규정을 둬으로써 특히 經濟的 弱子인 內航海運에 있어서 事故豫防의 效果가 기대되며 넷째, 獨自的인 積荷保險約款이 개발되어 있지 않은 우리 나라의 海上保險去來의 現實을 考慮 향후의 內港海上積荷保險約款이 開發될 때 指針을 提供할 需要가 있고 다섯째, 海上保險의 中心國이라 할 수 있는 英國의 立法主義를 導入하는 것은 우리 商法의 世界化를 圖謀하는 것이다. 결론적으로 積荷保險에 대해서도 堪航能力注意義務를 立法하는 것이 바람직하다고 생각한다.

7. 免責根據의 再檢討

船舶의 堪航能力不足에 의한 事故의 免責根據로서 英國의 堪航能力擔保法理는 堪航能力前提說에 입각하고 있고 大陸法系의 商法은 保險의 目的의 缺陷說에 根據하여 立法되었다. 첫째, 堪航能力 前提說은 船舶이 堪航이어야 하는 것은 當然하다고 하나 그 理由를 明確히 밝히지 못하고 있으며 根據에 대한 說明도 附隨的인 것에 지나지 않는다. 둘째, 保險의 目的의 缺陷說은 船舶의 缺陷을 곧 保險의 目的의 缺陷으로 보고 있으나 이것은 論理의 飛躍이고 타당하지도 않다. 그리고, 船舶의 堪航能力不足은 반드시 性質的이지는 않으며 堪航能力不足이 保險事故의 本質인 偶然性을 缺하는 것도 아니다. 積荷保險의 경우에도 消極的 堪航能力注意義務가 요구될 需要가 있으며 故意의 貨主에게 保險者는 堪航能力不足에 대한 免責을 인정할 수 있다. 셋째, 公序政策說 내지 保險經營政策說은 堪航能力注意義務의 任意規定性과 背馳된다는 문제가 있다. 私見으로서는 基本的으로는 公序政策說 내지 保險經營政策說을 따르되 被保險者의 堪航能力注意義務에 관한 商法의 規定은 任意規定이므로 公序

政策과는 무관하다고 보아 公序政策에 대한 부분을 제외시킨다. 또한 保險經營政策說에서 政策이라는 용어는 國家의 經營에 적합한 용어이므로 이 說의 의미를 더 잘 나타내주는 保險經營合理化說이라는 용어를 사용하고자 한다. 즉, 海上保險契約에서 船舶堪航能力不足에 대한 保險者의 免責根據는 保險者가 代數의 法則에 따른 危險率을 산정할 때 不良危險을 除去하여야 할 필요가 있고 이를 위하여 告知義務가 있으나 이것은 그 성격상 중요한 사항을 알리는 義務에 불과하므로 不良危險의 除去에 있어 保險者를 보호하기에는 不充分하다. 따라서 被保險者에게 堪航能力注意義務를 부과함으로써 保險經營을 安定시킬 수 있는 것이다. 즉, 오늘날에 있어서의 堪航能力은 保險契約의 前提가 되어야 하는 것도 아니고 堪航能力不足을 保險의 目的의 缺陷으로 볼 것도 아니다. 堪航能力不足은 하나의 不良危險에 지나지 않고 保險經營을 安定시키기 위하여 保險者가 引受對象에서 제외시킬 危險으로 파악하여야 할 것이다. 堪航能力注意義務違反의 免責根據로서 保險經營合理化說을 취하는 筆者의 見解는 保險의 目的의 缺陷說에 입각하여 立法된 우리 商法 제706조 제1호에 대한 法理의 再構成과 立法論的 檢討의 根據가 된다.

8. 堪航能力注意義務違反의 主觀的 要件

다음으로 商法 第706條 제1호가 主觀的 要件을 明示하지 않고 있어 過失要件必要說, 過失要件不要說 및 折衷說로 說이 갈리고 있다. 그러므로 어느 說이 더 妥當한 것인지를 考察할 필요가 있다. 過失要件不要說은 船舶의 堪航能力不足에 의한 事故를 保險의 目的의 缺陷的 事故 또는 性質的 事故라고 보는데 그 根據를 두고 있다. 그러나, 保險의 目的의 缺陷說은 船舶의 堪航能力不足에는 乘務員의 不足, 船舶必需品の 準備不足, 書類의 不備와 같은 單純한 準備의 問題가 多分하게 포함되어 있고, 船舶의 堪航能力不足이 航海途中에 발생한 경우에는 保險者는 그로 인한 損害를 補償하고 있으며, 堪航能力不足이 保險事故의 本質인 偶然性을 缺하는 것이라고 할 수도 없다. 이 說은 船舶의 堪航能力不足의 概念을 誤解한 觀念 위에 세워진 것이므로 그 根據가 動搖되어 타당성을 잃었다고 할 것이다. 筆者는 解釋論上 過失要件必要說이 妥當하다고 보았는데, 그 根據로는 우선 損害保險者의 免責事由인 保險의 目的의 性質, 瑕疵 또는 自然消耗로 인한 損害(商法 제678조)와 注意義務違反인 堪航能力不足은 同視할 수 없으므로 우리 나라 商法에 있어서 船舶의 堪航能力不足을 保險의 目的의 缺陷으로 보아 被保險者의 過失을 要件으로 하지 않는 客觀的 堪航能力不足에 대하여 保險者는 免責된다고 보아야 한다고 斷言하여야 할 것은 아니고, 船舶의 堪航能力不足은 船舶이 被保險航海의 危險을 克服할 수 있도록 하기 위하여 被保險者 등이 履行하여야 할 堪航能力을 갖추기 위한 各種의 準備를 게을리한 過失에 의하여 存在하는 것으로 보는 것이 妥當하다. 둘째, 오늘날의 船舶이 大型化되고 構造가 複雜化됨에 따라 專門檢査者가 檢査를 하더라도 船舶의 堪航能力不足의

發見이 完璧하게 이루어지기는 困難하게 되었으므로, 客觀的 堪航能力不足에 의한 사고에 대해서만 保險者의 責任을 인정하는 것은 타당하지 않으며, 被保險者의 過失을 要件으로 하는 堪航能力不足에 의한 사고에 대해서만 保險者를 免責시키고 客觀的 堪航能力不足에 의한 事故에 대해서 保險者에게 責任을 負擔시키는 것이 公益에 반하는 것도 아니다. 셋째, 商法 제706조 제1호는 海上保險者의 法定免責事由로 位置되어 있고 이 規定은 이른바 招致事故에 대한 免責規定(商法 제659조)의 補充的 規定으로 해석할 수 있으므로, 招致事故가 歸責事由(故意 또는 重過失)있는 招致事故에 대하여 免責이 되는 것과 比較해 볼 때 만약 客觀的 堪航能力不足의 경우에도 保險者가 免責된다고 해석할 때에는 招致事故 免責과 均衡을 깨뜨리게 된다. 넷째, 오늘날 船舶保險約款에는 인치마리約款이 일반적으로 統合되어 있는 것이 去來의 現實이며 同約款에 의하여 擔保하는 危險 중 예컨대, 機械 또는 船體의 숨은 缺陷에 의하여 被保險目的物에 惹起된 滅失 또는 損害와 堪航能力不足이 競合할 때 일반적으로 保險者의 補償責任을 英美法系의 學說과 判例도 인정하고 있으므로 損害의 原因이 被保險者 등이 相當한 注意를 하여도 발견할 수 없는 인치마리約款上의 擔保危險과 堪航能力不足이 競合할 경우 保險者에게 補償責任을 면하게 하는 過失要件不要說 보다는 補償責任을 인정하는 過失要件必要說이 妥當하며 또 被保險者의 保險에 대한 期待에도 附合한다고 생각한다. 따라서, 海上保險契約上 堪航能力注意義務는 過失要件必要說을 취하는 것이 解釋論으로 妥當하다고 본다. 단, 歸責事由가 규정되어 있지 않은 商法 제706조 제1호에 대해서 學說上 다툼이 있으므로 明示的 規定을 둘 경우에 過失要件必要說을 취하는 것이 立法論으로도 妥當하다고 생각한다. 다만, 保險者가 堪航能力不足의 사실을 立證하면 被保險者는 相當한 注意를 다하였다는 反證을 하도록 하여 補償을 받게 하는 것이 保險者와 被保險者간에 衡平을 기하는 解決策이 될 것이다. 이 점은 인치마리約款上의 擔保事故로 인한 損害에 대해서 補償을 받기 위해서는 被保險者가 相當한 注意를 다하였다는 것을 立證해야 하는 것과 마찬가지로이다.

9. 因果關係의 與否

船舶의 堪航能力不足의 免責要件으로서 損害와 堪航能力不足과의 사이에 因果關係의 存在의 요구 여부에 대한 檢討의 結論은 다음과 같다. 英國에 있어서 堪航能力擔保는 擔保法理에 그 根據를 두고 發達, 거의 獨自的인 法理를 構築하였다. 그러나, 堪航能力擔保는 당초 매우 嚴格한 것이었으나 실질적으로는 約款에 의하여 그 嚴格성이 緩和되었다. 따라서 海上保險去來의 實情上 堪航能力을 갖출 義務가 항상 擔保法理에 根據하고 있다고 하는 것은 正當한 것이 아니다. 그리고, 擔保法理 自體도 法理論上은 그 特性 自體가 不合理하여 많은 批判과 改革의 대상으로 되어 있다. 한편, 獨逸과 日本의 約款은 因果關係의 存在를 明示的으

로 要求하여 統一的이며 특히 日本의 約款은 主觀主義를 明示的으로 취하고 있는 점이 분모이다. 英國에 있어서는 船舶保險約款에는 직접적인 規定이 없으나 積荷保險約款은 因果關係의 存在를 要求하고 船舶保險의 경우 法律의 規定에 비하여 約款이 被保險者에게 緩和되어 있다. 그러나, 우리 나라의 경우에는 商法의 規定과 約款의 規定이 다르며 아울러 約款의 文理解釋上 因果關係의 存在를 要求하지 않아 被保險者에게 더 嚴格하게 규정되어 있다. 美國의 경우에는 航海保險과 期間保險 모두에 航海의 開始時 또는 危險의 開始時에 堪航能力擔保가 默示된다. 堪航能力擔保違反의 경우 保險者가 免責되기 위해서 事故와 堪航能力不足과의 사이에 因果關係의 存在를 要求하지 않는다. 그러나, 美國에서는 여러 州의 保險法에서 因果關係의 存在를 要求하는 規定이 존재한다. 그리고 出航後에 要求되는 消極的 擔保의 경우에는 損害와 堪航能力不足의 사이에 因果關係의 存在와 被保險者側의 相當한 注意의 行使를 要求한다. 물론, 最近에 있어서는 英美法系에 있어서 堪航能力擔保法理의 統一이 필요하다는 認識下에 美國의 法院은 英國의 堪航能力法理에 접근하고 있는 것을 確認할 수 있다. 그러나, 擔保法理의 不合理性에 대하여 批判的인 立場을 취하여 重要性無關의 原則, 嚴格遵守의 原則, 事前回復無關의 原則 등에 대한 修正的 傾向을 보이고 있는 美國法院의 立場은 英國法에 비하여 더욱 合理的으로 보인다. 이러한 傾向을 고려해 볼 때 堪航能力注意義務와 相關한 우리 商法의 檢討에 있어서 因果關係를 要求하는 現行 商法規定을 存置하는 것이 適當하다고 본다.

10. 立證責任의 分配

堪航能力注意義務의 違反을 立證하여야 할 責任은 그것을 主張하는 保險者에게 있으나, 原因不明의 滅失과 숨은 缺陷의 경우에 立證責任의 分配과 相關하여 해석상 문제가 된다. 먼저, 船舶이 양호한 氣象·海上狀態에서 알 수 없는 이유로 沈沒한 경우에는 첫째, 그 沈沒이 港口內 또는 出航直後인 경우에는 堪航能力注意義務違反을 推定할 수 있으며, 둘째, 出航後 相當한 期間後인 때 또는 氣象條件과 海上狀態가 平穩하지 않은 경우의 船舶沈沒은 海上固有의 危險으로 인한 것임을 一應推定할 수 있을 것이다. 한편, 原因不明의 沈沒時 인 芝加哥約款이 통합되어 있고 숨은 缺陷이 발견되지 않은 경우의 立證責任 문제에 대해서 英國과 美國에 있어서 見解가 갈린다. 美國法院은 설명할 수 없는 缺陷에 대하여 숨은 缺陷을 推定한다. 그러나 이것은 무리가 있다고 본다. 왜냐하면, 船舶의 숨은 缺陷으로 推定하면 保險者가 堪航能力注意義務違反에 대한 立證이 어려운 점과 比較해 볼 때 立證責任分配上의 衡平에 맞지 않으므로 堪航能力注意義務違反과 海上固有의 危險의 競合問題로서 해결하여야 하는 것이 보다 合理的이라고 본다.

III. 立法論的 提案

堪航能力注意義務에 관한 法理再構成을 바탕으로 하여 改正條文을 提案하면 다음과 같다.

現 行	改 正 案	改 正 理 由
<p>제706조(海上保險者의 免責事由) 保險者는 다음의 損害와 費用을 補償할 責任이 없다.</p> <p>1. 船舶 또는 運賃을 保險에 불인 境遇에는 發航當時 安全하게 航海를 하기에 必要한 準備을 하지 아니하거나 필요한 서류를 비치하지 아니함으로 因하여 생긴 損害</p>	<p>제706조(海上保險者의 免責事由) 保險者는 다음의 損害와 費用을 補償할 責任이 없다.</p> <p>1. 船舶, 運賃 또는 積荷를 保險에 불인 경우에는 每 發航當時, 碇泊時 또는 繫船時 船舶의 堪航能力을 갖추지 아니함으로 인하여 생긴 損害. 다만, 保險契約者 또는 被保險者가 注意를 懈怠하지 아니하였음을 證明한 때에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>1. 積荷保險에 대해서도 堪航能力注意義務를 明示함.</p> <p>2. 履行時期를 每 發航當時, 碇泊時 또는 繫船時로 구체화함.</p> <p>3. 過失要件을 明示하되 立證責任을 轉換시킴</p> <p>4. 海商法 제787조의 堪航能力이란 用語를 사용함</p>

