

『海上固有의 危險』에 대한 運送人과 保險者의 責任限界에 관한 小考

趙 宗 柱*

目 次	
I. 問題의 提起	2. 保險契約上의 因果關係論
II. 『海上固有의 危險』에 관한 解釋	IV. 海上運送·保險契約上의 效果分析
III. 海上運送·保險契約上의 因果關係論	1. 船舶의 不耐航性
1. 海上運送契約上의 因果關係論	2. 運送人의 過失
	3. 離 路
	V. 結 論

I. 問題의 提起

國際物品賣買契約이 이행되기 위해서는 運送契約과 保險契約의 뒷받침이 있어야 한다. 우선 物品이 賣渡人으로부터 買受人에게 수송되기 위해서는 運送契約이 필요하고 運送中에 생길지도 모를 危險에 대비하기 위하여 保險契約이 필요하다. 왜냐하면 運送人은 運送中에 損害가 발생하면, 運送契約書上의 免責危險과 個品運送契約의 準據법인 헤이그(Hague Rules), 헤이그-비스비(Hague-Visby Rules) 및 함부르그 規則(Hamburg Rules)과 各國의 商法 등의 法定免責危險에 의하여 면책되거나 또는 책임을 질 경우에도 責任限度額의 제한을 받게 되기 때문에 貨主의 입장에서는 실제의 損害額 만큼을 배상받지 못하므로 貨主는 積貨保險에 부보하게 된다.

* 全北産業大學校 貿易學科 講師.

海上運送契約에 있어서 海上固有의 危險은 오래 전부터 船貨證券上의 免責危險의 一種으로 기재되어 왔으며, 國際海上運送規則인 헤이그, 헤이그-비스비 및 함부르그 規則上에서도 運送人의 免責事項으로 규정되어 있으므로 運送人은 이에 기인된 損害에 대하여 責任을 지지 아니한다. 반면에 海上保險契約에 있어서 海上固有의 危險은 海上保險의 發生기부터 保險者가 부담하여 온 危險이며, 英國海上保險法(MIA. 1906)의 第3條에서도 海上危險일 뿐만 아니라 Lloyd's S.G. 保險證券에서도 가장 基本的인 危險이다. 이러한 海上固有의 危險은 海上運送契約과 海上保險契約에서 해석이 동일하기 때문에 海上固有의 危險으로 인하여 손해가 발생한 경우에 運送人은 면책되고, 保險者는 補償責任을 짐으로써 貨主側에서 보면 海上保險契約에 이 위험을 전가할 수 있다¹⁾는 것이 우리들의 일반적인 생각이다.

그러나 海上固有의 危險이 단독으로 損害를 발생시키는 경우에는 問題가 없으나 他危險이 그 以前 또는 結合하여 損害를 발생시키는 경우에 海上運送契約과 海上保險契約上의 因果關係를 필요로 하는데, 海上運送契約이 國際海上運送規則인 헤이그, 함부르그 規則에서는 因果關係에 대한 어떠한 規定도 없기 때문에 海上運送에 관련된 事例를 중심으로 해서 因果關係를 규명하고, 海上保險契約에서는 英國海上保險法을 기초로 해서 因果關係를 규명하고자 한다. 그리고 普通法에서는 이들 契約이 因果關係를 다루는데 近因主義가 채택되고 있으나 海上保險契約에서는 近因主義가 엄격하게 적용되고 있는 반면에 海上運送契約에서는 近因主義의 適用이 排除, 예컨대 船舶의 不耐航이 遠因이고, 海上固有의 危險이 近因이면 비록 運送人의 免責事由가 近因인 경우라 하더라도 運送人이 損害賠償責任을 지게 되는 경우가 발생함으로써 運送人의 賠償責任과 保險者의 補償責任이 달라지게 된다. 따라서 海上運送契約上의 近因主義의 排除事由, 즉 船舶의 不耐航性, 運

1) 舊協會積貨約款의 경우에는 “海上固有의 危險”이라는 用語가 사용되었으나 新協會積貨約款(1982)에서는 “海上固有의 危險”이란 用語가 削除되고 이의 중요한 危險만을 열거하고 있다.

送人の 過失, 不當한 離路에 대한 免責事由의 效果가 헤이그 및 함부르크 規則에서 어떻게 적용되어 運送人이 어느 정도의 責任을 부담하는지를 海上保險契約上 保險者의 責任과 比較하여 分析하는데 그 目的이 있다.

II. 「海上固有의 危險」에 대한 解釋

海上運送契約에 있어서 海上固有의 危險은 1554년 최초로 船貨證券에 免責²⁾으로 기재되어 현재까지 사용되어 왔으며, 하터法(Harter Act)³⁾, 國際海上運送法規인 헤이그⁴⁾, 헤이그-비스비⁵⁾ 및 함부르크 規則⁶⁾에 運送人의 免責으로 규정되어 있다.

헤이그 規則에서는 運送人 및 船舶은 海上 및 기타 航海可能 水域에서의 災害, 危險 및 事故에 의해 발생한 滅失 또는 損傷에 관해서 어떠한 책임도 지지 아니한다⁷⁾고 규정되어 perils of the seas⁸⁾에 의

2) 大崎正瑠, 船荷證券의 研究, 白鳥書房, 1988, p.5.

3) 46 U.S. Code Appendix §193.

4) 이것의 정식명칭은 “International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 1924”이다.

5) 이것의 정식명칭은 “Protocol to Amend the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 1963”이다.

6) 이것의 정식명칭은 “United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978”이며, 海上固有의 危險은 함부르크 規則上의 第5條 1項의 規定에 의하여 合理的인 措置에도 불구하고 結果發生을 피할 수 없는 運送人의 不可抗力이라고 생각되므로 免責된다.

7) 헤이그 規則 第4條 2項 c號.

8) 헤이그 規則 第4條 2項 c號에 “perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters” 등을 약칭하여 “perils of the seas”로 쓰여진다. 그러나 헤이그 規則上의 規定이 얼마나 더 큰 效果를 갖는지는 명확하지 않지만, 그 適用範圍은 강(rivers) 뿐 아니라 海上(seas) 및 港口(harbour) 또는 近海(open water)의 危險을 포함하므로 「海上固有의 危險」보다 넓다고 볼 수 있다(Colinvaux, Raoul, *Carver's Carriage by Sea*, 13rd ed., Stevens & Son Ltd., 1982, p.161. 이하 “Carver”라 칭한다).

해 발생한 손해에 대해서 運送人의 免責을 규정하고 있다.

海上固有의 危險은 海上에서 航海 또는 船舶에 特有하게 부수되고, 航海事業에 있어서 必然的이거나 또는 可能性이 있는 事故로서 船主 또는 그의 代理人이 예상할 수 없거나 예방할 수 없는 浸水, 惡天候, 衝突, 坐礁, 또는 기타의 危險에 의하여 기인된 運送物의 모든 損害를 포함한다.⁹⁾

여기에서 海上固有의 危險은 海上에서 特유하게 부수되는 事故를 나타낸다. “海上固有의”(of the seas) 의미는 예상된 事故가 항해중에 발생할 수도 있는 모든 事故가 아니라도 海上에서 船舶의 航海와 관련되어서 사용된다. 그래서, 海上에서 항해가 수행되고 있다는 특유하고 실질적인 조건하에서 발생하는 事故라는 것이다.¹⁰⁾ 결과적으로 海上 또는 航海에 특유하게 관련되지 않은 危險에 의한 損害는 항해 중에 발생했다 하더라도 運送人의 免責에 포함되지 않는다.¹¹⁾

그러나 이 免責事由가 항해를 수행하기 위한 도구에 부수되어 발생할 수 있는 事故¹²⁾를 포함하는지의 여부는 그 事故가 육상에서도 발생할 수 있는 지의 여부에 따라 결정된다. The stranna 事件¹³⁾에서 船舶이 船積中에 貨物이 우연히 갑작스럽게 기울어져서 貨物의 一部分이 船側外로 떨어졌는데 파도가 휩쓸고 가버렸다. 그 損害는 海上固有의 危險에 포함된다고 판시되었다. 반면에 Stott v. Martin 事件¹⁴⁾에서 크레인이 보일러를 들어올리고 있는 중에 밧줄이 분리되는 바람에

9) Mocatta, Alan Abraham & Mustill Michael, J., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London: Sweet & Maxwell, 1984, p.228. 이하 “Scrutton”이라 칭한다.

10) Carver, *op. cit.*, p.162.

11) 예컨대 貨物이 잘 적재되었다 하더라도 쥐 또는 바퀴벌레가 船舶에 적재된 貨物을 감움에 의해 생긴 損害 또는 船艙에서의 우연한 火災 등은 海上固有의 危險(perils of the seas)이 아니고 海上의 危險(perils on the sea)이다(Carver, *op. cit.*, p.165).

12) 예컨대 우연적인 海水의 侵入 또는 暴風雨의 존재없이 돛대가 넘어진 것인데, 海水의 侵入을 막기 위하여 통풍구를 막아서 損害가 발생한 경우는 船主가 免責된다.

13) (1938) P. 69.

14) (1916) 1 A.C. 304.

그것이 船舶의 船艙에 떨어져서 船體가 손상되었는데, 船舶이 입은 손해는 결코 바람이나 파도에 의해 기인된 것이 아니기 때문에 海上固有의 危險이 아니라고 판시되었다.¹⁵⁾ 따라서 陸上에서도 海上에서와 같이 발생할 수 있는 事故는 포함되지 않는다.¹⁶⁾

海上固有의 危險은 異例的 性質을 가지거나 또는 不可抗力 또는 피할 수 없는 事故, 또는 人間의 技術 및 신중함의 通常的 努力에 의해서 보호될 수 없는 압도적인 힘에 의해서 발생한 運送物의 損害만을 포함하는 것으로 이해되어야 한다.¹⁷⁾ 그래서 손해가 통상적이지 않은 원인들로부터 발생한다는 의미에서 異例的이어야 할 필요가 없다. 18) 특징적으로 海上危險인 激浪은 航海의 通常的 危險이다. 그러나 그것으로부터 발생한 損害는 船舶을 준비하고 관리하는데 있어서 상당한 注意를 다했다면 면책에 포함된다.

그리고 海上固有의 危險은 船主 또는 代理人이 航海事業에서 필연적이거나 또는 可能性이 있는 事故로서 예상할 수 없었거나 또는 예방할 수 없었던, 즉 偶然的인 危險의 性質을 지닌다.¹⁹⁾ 海上固有의 危險이라고 표기되는 몇 개의 危險原因으로 발생하는 항해의 通常的 結果中的의 하나로서 예상하지 못한 여하한 事故, 災難은 추정적으로 免責

15) Carver, *op. cit.*, p.162; Victor Dover, *A Hand Book to Marine Insurance*, London Witherby & Co. Ltd., 1982, p.274; Scrutton, *op. cit.*, p.228.

16) Ivamy, E.R. Hardy., *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, London: Butterworths, 1985, p.173.

17) Carver, *op. cit.*, p.211.

18) Wilson & Co. v. The Owners of the Cargo of the "Xanth" 事件에서 Herschell 判事는 風波의 異例的 격렬함에 기인하는 損害만이 海上固有의 危險이라는 주장이 있지만 그것은 너무 좁은 解釋이다. 船舶이 맑은 날씨에 暗礁에 접촉하여 침몰하면, 그것은 틀림없이 海上固有의 危險이라고 판시하였다(Ivamy, E.R. Hardy, *Casebook on Carriage by Sea*, Lloyd's of London Press Ltd., 1985, p.152).

19) Magonus v. Buttemer 事件에서 船舶이 通常의 航海中에 파도가 심한 港에서 貨物을 양륙하기 위하여 通常의 적절한 場所에 계유되었으나 계속된 潮流로 船舶이 膠沙한 결과 변형되었다. The Court of Common Pleas는 아무런 우연적인 事故가 없었으므로 그 損害는 海上固有의 危險에 기인한 것이 아니라고 판시하였다(Lambeth, R.J., *Templeman on marine insurance*, 6th ed., Pitman, 1986, p.137).

危險에 포함되지만²⁰⁾ 偶然性이 없으면 免責事由는 적용되지 않는다. 그래서 항해 중 통상적으로 예측되는 사고로부터 발생한 損害는 海上固有의 危險에 포함되지 않는다.²¹⁾ 또 損害가 의도적이었으나 의도적이지 않은 行爲의 自然的인 結果로 발생하여도 우연적일 수 있다.²²⁾

이에 반하여 海上積荷保險에서는 “perils of the seas”를 海上固有의 危險이라고 하며, 英國海上保險法 第1附則 保險證券解釋에 관한 規則에서 “perils of the seas”란 “바다의 우연한 事故 또는 災難만을 의미하며, 風波의 通常的 作用은 포함하지 않는다”라고 정의되어 있다.²³⁾ 이 定義 또한 不分明하여 이에 대한 해석을 필요로 한다. 海上固有의 危險이 어떠한 종류의 ‘事故 또는 災難’만이 우연하지 않은 것인지, 또는 고의적인 것인지가 분명하지 않다. 그러나 하나의 危險, 즉 예기되고 필연적인 결과가 아닌 예상치 않은 우연한 事故가 반드시 있어야 하고, 그것은 단순히 海上의(on the seas) 事故가 아니고 반드시 海上固有의(of the seas) 것이어야 한다.²⁴⁾ 그리고 保險의 目的物의 性質 또는 瑕疵 또는 自然의 消耗에 의한 損害는 비록 손해가 직접적으로 해수에 의해서 발생하여도 海上固有의 危險에 의한 손해라고 할수 없음과 동시에 海上固有의 危險은 반드시 바다의 異例的 作用만을 요건으로 하지 않는다.²⁵⁾ 그러나 海上固有의 危險은 해상에서 발생하는 우연적 事故만으로는 안되고 바다의 作用을 原因으로 하는 事故 또는

20) *Ibid.*, p.120.

21) *Sasson v. Western Assurance* (1912, A.C. 561) 事件에서 阿片이 부패된 船體로부터 海水의 漏水에 의해서 손상되었다. 추밀원은 “그 事件은 海水를 침입하게 하는 惡天候 또는 기타 우연적 狀況이 없고, 단지 船體의 부패된 구멍을 통하여 海水가 침수되어 아편이 손상되었으므로 海上固有의 危險이 아니라”라고 판시되었다(*Ivamy, E.R. Hardy, op. cit.* p.173).

22) *Black burn v. Liverpool Co.* (1902, 1 K.B. 209) 事件에서 技士는 밸브를 채울 의도로 밸브를 열었으나 失手로 다른 밸브를 열었다. 그 結果로 貨物을 적재한 탱크에 海水가 침입되어 貨物이 손상되었는데 그 損害는 海上固有의 危險이라고 판시되었다.

23) MIA, RCP 第7條.

24) 李在卜, “‘perils of the seas’와 그 解釋에 관한 考察”, 『保險學會誌』, 第27輯, 韓國保險學會, 1986, pp.80-81.

25) 小町谷操三, “海の危險(Perils of the Seas) について”, 『海上法研究』, 第8輯, 成山堂書店, 1984, p.175.

바다에 특수한 事故 중 어느 하나가 포함되어야 한다.²⁶⁾ 따라서 海上固有의 危險은 ① 偶然性を 지닐 것, ② 海上에서 발생할 것, ③ 바다의 作用을 主因으로 하거나 또는 바다에 特有한 것일 것을 요건으로 하여 海上에서 발생하는 偶然한 事故로서 바다의 바다의 作用에 기인하는 것 또는 바다에 特有한 것일 것으로 해석된다.²⁷⁾

이상과 같이 海上固有의 危險에 대한 解釋은 船貨證券 또는 기타 運送契約中에 사용된 경우, 그 用語는 海上保險證券에 사용된 경우와 다르게 해석되지 않는다.²⁸⁾ 그러나 海上固有의 危險은 해상에서 기인된 一切의 危險인 perils on the seas가 아니고 海水의 作用에 의한 위험만을 말하는 것이기 때문에 積貨保險의 경우에는 船舶이 이 위험에 의해서 손해를 입어도 적화가 동시에 손해를 입지 아니하는 한에 있어서 비록 결과에 있어서 적화에 손해를 발생시켜도 그 손해를 적화의 위험에 의한 손해라고 말할 수 없다. 환언하면 貨物의 危險과 損害와의 사이에 因果關係가 존재해야 한다.²⁹⁾ 그래서 海上固有의 危險에 近因하여 손해가 발생한 경우에 海上運送人은 면책되며, 保險者는 補償責任을 지게 된다.

Ⅲ. 海上運送・保險契約上の 因果關係論

海上運送貨物의 損害가 발생한 過程을 보면, 損害에 선행하여 여러 가지의 事故가 일어나고 있는 것이 通例이다. 漏損・破損 등의 損害가 발생한 경우, 그 이전에 船舶의 沈水・坐礁 등의 事故가 일어나고 있

26) 韓東湖, “海上固有의 危險의 要件에 관한 若干의 考察”, 『韓國經濟』, 第12卷 第11號, 1964. 6, p.11; 李在卜, 前揭論文, p.245.

27) 木村治郎, 海上保險實務의 基本問題, 保險研究所, 1978, p.81.

28) Ivamy, E.R. Hardy, *Chalmer's Marine Insurance*, London: Butterworths, 1976, p.155; Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, Pressional Books, 1987, pp.474-475.

29) 小町谷操三, 前揭論文, p.178.

다. 예컨대 폭풍우라든가 농무라든가 또는 航海上의 過失이 원인으로 되고 있다. 그래서 損害의 發生은 原因→事故→損害의 과정을 밟는 것이 통상의 형태이다.

그런데 중요한 問題는 그 損害를 생기게 한 原因의 確定이지만, 이것은 그리 간단하지 않다. 事故의 發生에는 여러가지의 原因이 결합되는 것이 많기 때문에 원인 그 자체를 찾아내는 것이 용이하지 않을 뿐만 아니라, 어떠한 것을 가지고 당해 事故의 原因을 인정할 것인가는 중대한 문제이고, 그 原因을 찾는 여하에 따라 責任의 所在가 결정되어 賠償 또는 補償하거나 또는 賠償 또는 補償하지 않는다. 그래서 여기서는 海上運送·保險契約上의 因果關係를 논술하고자 한다.

1. 海上運送契約上의 因果關係論³⁰⁾

海上運送契約에서 손해가 航海 또는 海上에 특유한 危險에 직접적으로 근인되고, 표면적으로 위험스럽지 않은 다른 원인이 협력된 경우, 예컨대 쥐가 船舶의 일부를 갇아 먹음으로 해서 海水가 침수되어 화물이 손상된 경우에 因果關係論의 選擇에 대한 불확실성이 상당히 오랫동안 존재했었다.

그런 損害가 dangers and accidents of the seas에 포함되는가 하는 문제는 Hamilton v. Pandorf 事件³¹⁾에서 설명된다. 그 事件은 1884년 汽船 Inchrhona호에 의해서 Akyb에서 Liverpool까지 쌀이 운반되었다. 그 船貨證券에는 船主의 免責事由로서 “the Act of God, all and every dangers or accidents of seas, rivers, and navigation, whatever nature and kind soever”라고 기재되었다. 船主는 쥐로 인

30) 헤이그, 헤이그-비스비 및 함부르크 規則에서는 因果關係에 관하여 어떠한 規定이 없어 이에 대한 責任問題에 관해서는 各國의 國內法에 委任하고 있다. 다만 함부르크 規則에서는 貨物損害의 全部 또는 一部가 運送人 또는 그 使用人 내지 代理人의 過失 또는 怠慢에 기인하지 아니하였음을 증명하는 경우에 運送人은 그 限度內에서 責任을 부담하지 아니한다고 規定하고 있을 뿐이다. 따라서 本論文에서는 海上運送에 관한 事例를 中心으로 분석해서 因果關係問題를 糾明하고자 한다.

31) (1887) 12 A.C. 518.

해서 발생한 損害에 관해서 普通法上 賠償責任을 부담하고 있었다. 航海中에 船舶의 욕실과 바다가 연결된 파이프에 쥐가 구멍을 내어서 그것을 통하여 침수한 海水로 인하여 손해가 발생하였다는 이유로 貨主는 船主에게 損害賠償訴訟을 제기하였다. 이에 대해 Lopes判事는 “損害의 直接原因(immediate cause)은 쥐가 갇은 구멍으로 海水가 침입한 것이고, 損害의 有效原因(effective cause)³²⁾은 쥐이다. dangers or accidents of the seas는 보통 perils of the seas와 同意語이다. 그리고 航海中 어떤 피하기 어려운 事故가 있고, 그것 때문에 해수가 선내에 침입하여 화물을 손상하게 되면, 그것은 運送人의 免責事由인 dangers or accidents of the seas이고, 有效原因이 人間의 支配權外에 있고, 그 결과로 해수가 침입하여 화물을 손상하게 되면, 그것은 運送契約에서 말하는 dangers or accidents of the seas이고, 그렇게 생각하는 것이 契約當事者의 眞意이다. 여기서는 해상에서 발생한 손해이고, 누구의 過失도 없기 때문에 그 損害는 運送人의 免責事由인 dangers or accidents of the seas로 인하여 발생한 것³³⁾”이라고 인정하여 近因主義를 주장하였다³⁴⁾. 그러나 이 判決은 抗訴法院³⁵⁾에서 기각되어 추밀원³⁶⁾에서는 다시 原審을 인정하였다.

위의 사례에서 보면 海上運送契約에서 損害의 原因을 어떻게 확정할 것인지가 불명확하다. 1887년 이전에 손해의 실질적 원인을 찾는 데, 단순히 近因(Causa Proxima)을 채택하는 대신에 根本原因(Causa Causans)을 채택해야 한다³⁷⁾는 判決이 있었다. 즉, Hamilton v.

32) 最近의 近因說에 의하면, “近因”이란 損害를 야기시킨 諸條件中에 最有力條件을 말한다. 諸條件을 直接原因(immediate cause)과 有效原因(effective cause)으로 區分하여 後者를 近因(causa proxima)으로 하고 있다.

33) 葛城照三, 『海上保險論輯』, 第1卷, 損害保險事業研究所, 1978, p.254-256.

34) (1885) 16 Q.B.D. 629.

35) (1886) 17 Q.B.D. 670.

36) (1887) 12 A.C. 518.

37) Goodacre는 “英國法에서는 海上保險에서의 責任과 他分野에서 발생하는 責任과의 사이에 명확하게 확립된 區別이 있다. 海上保險의 경우에 保險者의 責任은 損害의 近因만을 의존하고 있지만, 다른 分野에서는 根本原

Pandorf 事件의 抗訴法院³⁸⁾에서 Esher 判事は “Lopes 判事が 船貨證券 또는 傭船契約에 적용되지 않고 보험증권에만 적용되는 엄격한 近因主義를 이 事件에 不注意하게 적용시켰다고 주장하고, 船貨證券 또는 傭船契約에서는 近因으로 되는 것은 直接原因이 아니고 有效原因이 증시된다고 하면서 유력한 原因인 쥐가 해수를 스며들게 한 경우, 有效原因은 쥐이지 海水의 侵入이 아니라고 판시하고, 그것은 쥐에 의해서 행해진 효과이기 때문에 쥐가 효과적인 원인이다”라고 주장하면서 효과적인 원인을 증시하였다. 그리고 The Xantho 事件³⁹⁾과 Woodyly v. Michell 事件⁴⁰⁾에서 “他船의 航海過失로 충돌하여 발생한 船舶 및 貨物의 損害는 perils of the seas에 의한 손해가 아니다. 그 損害의 實質的 原因을 過失”이라고 판시하면서 根本原因說을 주장하였다.

그러나 Hamilton v. Pandorf 事件은 船主가 다시 上院에 上告하였는데, Watson 判事は “쌀이 쥐에 의해서 또는 船員에 의해서 직접적으로 손상되었다면, 바다는 그 손해의 발생에 조금도 관계가 없다. 그것은 완전히 해상에 특유하지 않은 위험으로 陸上이라든가 航海中 船舶이든가에 불문하고 그런 종류의 貨物을 보존하는 것에 부수되는 위험에 기인한 것이다. 그러나 쥐가 구멍을 내거나 또는 船員이 舷艙을 열어 놓은 채로 방치하여, 그곳에 海水가 침입하여 화물이 손상되면 그 해수가 손해의 直接原因이라고 판시하고, 損害의 直接的이고 유효

因(causa causans)에 의존하고 있다. 그런 이유로 船貨證券下에서 運送人의 責任에 관하여 損害의 실제 原動力으로 되는 原因이 증시된다. 예컨대, 어떤 특정한 諸原因에서 발생한 貨物의 損害에 대하여 運送人의 責任을 면제하여도 만일 그 損害가 運送人의 使用人의 過失에 의하여 발생하였다면, 運送人의 責任免除은 取消된다고 기술하여 海上運送契約에서는 根本原因說이 적용된다고 주장한다(Goodacre, J. Kenneth, *Marine Insurance Claims*, Witherby & Co. Ltd., 1981, p.89; 大木一男, 貨物損害賠償의 實務的 解説, 成山堂書店, 1979, p.168).

38) 原告인 貨主는 本件의 損害는 海上固有의 危險으로 인한 損害의 範圍에 들지 않는다. 따라서 船主는 貨主에 대하여 損害를 賠償할 責任이 있다고 抗訴하였다.

39) (1886) 11 P.D. 170.

40) (1883) 11 Q.B.D. 47.

한 原因이었던 危險이 船主側의 過失에 기인하였다고 하는 것이 증명되지 않았기 때문에 船主는 그 손해에 대하여 책임을 부담하지 아니한다고 하여, 同事件에서 추밀원은 近因主義가 海上運送契約에 적용되고 있다”라고 했다. 따라서 船主側에서 쥐를 제거하는데 있어서 고의, 過失 또는 怠慢이 없는 경우에는 쥐가 파이프에 구멍을 낸 것은 貨物損害의 遠因이고, 近因은 조수의 유입이다. 즉, 貨物의 損害는 상당한 주의를 다하여도 방지할 수 없는 우연한 또는 예측할 수 없는 海水의 侵入을 원인으로 해서 직접적으로 발생한 손해라는 것이다. 따라서 海水의 流入은 accident of the seas이고, accident of the seas는 船主의 免責으로 하고 있기 때문에 船主는 貨物의 損害에 대하여 賠償義務가 없다는 것이다.⁴¹⁾

그리고 同事件에서 Warton 卿은 “船主는 通常의인 注意로 貨物을 운송할 契約의 默示的 條件을 준수할 의무가 있으므로 免責의 利益을 향유하기 위하여 소송을 제기할 때, 法院은 필요한 경우에 損害의 近因이 船主 또는 船主가 책임을 지고 있는 선원들의 過失있는 行爲 또는 怠慢으로 인하여 발생할 수 있는지의 여부를 확인하기 위하여 손해의 近因裏面을 조사할 수 있다”라고 했으며⁴²⁾, 또한 The Xantho 事件에서 Herschell 卿은 “海上固有의 危險이 船貨證券 및 기타 海上運送契約中에 사용된 경우에 近因의 背景을 찾아서 어떤 것이 實質的이고 效果的인 原因인지를 조사할 수 있다”라고 하고 있다. 따라서 船主는 免責危險이 상당한 주의를 이행함에 의해 피할 수 있거나 損害의 作用原因이 船舶의 不耐航이거나 또는 約定된 航路로부터 離路한 경우에 免責事由에 의해 보호받을 수 없다는 것이다.⁴³⁾ 이런 이유로 船主는 損害의 近因이 免責危險이라 하더라도 損害의 遠因이 運送人의 過失, 不耐航性, 또는 離路가 존재하면 責任을 부담하여야 한다는

41) Carver, *op. cit.*, pp.118-170.

42) 葛城照三, 前掲書, pp.257-258.

43) Carver, *op. cit.*, p.218; John Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, Pitman, 1988, p.257.

것이다.⁴⁴⁾

이상의 견해를 종합해 볼 때, 海上運送契約에서 因果關係는 近因主義를 채택하고 있으나 船主의 默示的 確約이 있음으로 해서 近因主義가 변형으로 적용되고 있기 때문에 이것을 위반할 경우에 近因主義가 적용되지 않는다는 것을 貨主는 주의해야 한다. 그러므로 船貨證券에 免責事項이 海上固有의 危險으로만 열거되어 있고, 損害가 暴風雨의 결과로 발생된 경우, 積付上의 過失이 貨物에 損害를 입힌 暴風雨와 협력되었다면 船主는 損害賠償責任을 부담하여야 한다.⁴⁵⁾

2. 海上保險契約上의 因果關係論

海上保險契約은 航海事業에 부수되는 손해를 보상할 것을 確約하는 契約으로 海上危險, 즉 海上航行에 起因 또는 附隨되는 危險으로 保險의 目的에 생긴 被保險者의 損害를 보상할 책임을 진다. 被保險者가 입은 財産上의 損害는 保險事故와 因果關係가 있는 것이어야 한다. 그러나 단 하나의 原因이 작용할 때에 문제는 발생하지 않지만 둘 또는 그 이상의 가능한 원인이 존재할 경우에 문제가 발생한다.⁴⁶⁾

그러므로 그 損害가 어떤 하나의 被保險危險에 의하여 기인되었는지의 문제와 관련하여 당사자들의 책임은 어느 정도의 확실성에 따라서 확정하고, 이를 해결하기 위해서는 近因主義가 적용된다.⁴⁷⁾ 따라서 英國海上保險法 第55條 1項에 다음과 같이 규정되어 있다.

“本法에 별도의 규정이 있을 경우와 保險證券에 반대의 規定이 있을 경우를 제외하고, 保險者는 被保險危險에 근인하여 발생한 一切의 損害에 대하여 책임을 지지만, 被保險危險에 近因하여 일어나지 않은 일체의 손해에 대해서는 책임을 지지 않는다.”

이와 같이 英國의 海上保險法에서는 損害와 被保險危險 사이에 因

44) Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, p.190.

45) Scrutton, *op. cit.*, p.208.

46) Ivamy, E. R. Hardy, *Marine Insurance*, London: Butterworths, 1985, p.225.

47) *Ibid.*, p.226.

果關係를 적용하는데 近因主義가 채택되고 있기 때문에 被保險者는 保險金을 청구하기 위해서는 保險의 目的에 생긴 損害(loss or damage)가 被保險危險에 근인한 것임을 증명해야 한다. 옛날에 近因이란 “시간적으로 가장 近接하고, 直接的인(immediate cause) 原因”이라고 해석되었지만, 지금은 “가장 有力한 原因(cause predominant in efficiency)”이라고 해석하고 있다. 그래서 事故의 有效한 또는 有力한 原因이란 무엇인가에 관해서는 常識으로 판단해야 할 것이다.⁴⁸⁾ 그래서 被保險者는 損害가 被保險危險의 原因의 結果가 아니라 直接的인 結果일 때만 保險證券上에서 保險者에게서 보상받을 수 있다.

따라서 海上保險契約의 경우에 近因만을 고려하여 損害를 발생케한 直接的인 原因이 海上固有의 危險이면 비록 船員의 過失이 있어도 어떻게 하여 海上固有의 危險이 유발되었는지는 문제가 되지 않는다. 그 결과 海上保險契約에서 海上固有의 危險에 근인하여 損害가 발생하였다는 이유로 損害補償을 받을 수 있다.

결과적으로 海上運送契約과 保險契約의 因果關係를 요약하면, 海上保險法에서는 近因만을 고려하고 있는 반면에 海上運送契約下에서는 近因의 裏面을 조사하여 어떠한 것이 實質的이고 效果的인 原因인지를 찾고, 運送人의 過失 또는 船舶의 不耐航性 또는 離路가 遠因으로 존재하면 近因이 運送人의 면책이라 하더라도 責任을 부담한다는 것이다. 그래서 海上保險契約에서는 損害를 발생케한 直接的인 原因이 海上固有의 危險이면 비록 船員의 過失이 있어도 어떻게 하여 海上固有의 危險이 유발되었는지는 문제가 안된다. 그러나 海上運送契約에서는 그 損害의 直接原因의 背景을 조사할 수가 있어서 海上固有의 危險이라는 免責危險이 규정되어 있어도 船主는 그것의 보호를 받지 못할 수도 있다는 것이다. 그 결과 船主는 保險證券上에서 海上固有의 危險에 의해 損害가 발생했다는 이유로 損害의 보상을 받는 경우에도 선화증권상에서는 海上固有의 危險이라고 하는 免責危險으로 항상 보호

48) 井口俊明, “イギリス海上保險法における保險事故와 免責事由와의 關係”, 『損害保險研究』, 第53卷 第2號, 損害保險事業總合研究所, 1991. 8, p.112.

받을 수 없는 경우가 있다는 것이다. 그러한 차이는 海上運送契約에서의 狀況 또는 範圍 및 目的에 의한 船主의 默示的 確約으로 免責事由의 適用이 배제되기 때문에 발생하는 것이다.

IV. 海上運送⁴⁹⁾·保險契約上의 效果分析

1. 船舶의 不耐航性⁵⁰⁾

海上運送契約에서 明示的 規定이 없는 경우에 船主는 航海의 開始時에 船舶이 特定航海 및 運送品에 대하여 耐航性を 유지하도록 할 默示的 確約이 존재한다.⁵¹⁾ 그러나 이 確約은 航海中 運送品에 직면하기 쉬운 通常的 危險에 관련된 것이지 暴風雨와 같은 危險에 견딜 수 있음을 保證하는 것은 아니다.⁵²⁾ 그래서 船主는 완벽한 船舶을 제공할 義務가 있는 것이 아니라 예정된 目的을 위하여 합리적으로 적합한 船舶을 제공하면 된다.⁵³⁾ 船舶이 航海의 開始時에 不耐航狀態로 되어

49) 헤이그 및 헤이그-비스비 規則에서는 運送人의 歸責事由와 免責事由와의 結合에 의한 責任問題에 관해서 아무런 規定이 없다. 그러나 함부르그 規則에서는 貨物損害의 全部 또는 一部가 運送人 또는 그 使用人 내지 代理人의 過失 또는 怠慢에 기인하지 아니하였음을 증명하는 경우에 運送人은 그 限度內에서 責任을 부담하지 아니한다고 규정하고(第5條 7項), 其他의 原因에 기인하여 발생한 損害의 比率이 정확하게 確認되지 않는 경우에는 推定的으로 運送人이 全損害에 대하여 責任을 진다는 것이다. 따라서 本論文에서는 普通法, 헤이그 및 헤이그-비스비 規則에서는 運送人의 歸責事由와 免責事由와의 結合에 의하여 발생한 損害에 관한 運送人의 責任을 밝히기 위해서는 海上運送에 관한 事例를 中心으로 분석하고, 함부르그 規則에서는 第5條 7項의 規定에 따라 運送人의 歸責事由와 免責事由와의 結合에 의한 損害에 대한 運送人의 責任을 밝히고자 한다.

50) 船舶의 不耐航이란 船舶이 耐航能力을 구비하지 않는 것을 말한다. 船舶의 耐航能力이란 概念은 船舶이 當該 航海의 航路, 航海의 時期 및 그 期間 등을 고려하여 通常的 航海上의 危險에 견딜 수 있으나 아니냐를 말하는 것으로서, 그것은 船舶의 航海能力과 積載能力의 觀點에서 判定된다.

51) Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, pp.13-14; Carver, *op. cit.*, p.106.

52) Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, p.14.

53) John Wilson, *op. cit.*, p.11.

船主가 默示的 確約을 위반하게 되면, 不耐航이 物品의 損害의 原因일 때에 貨主는 損害賠償權을 갖는다. 그러나 運送人은 不耐航에 의하여 因果關係가 있는 損害에 대해서만 責任을 부담한다.⁵⁴⁾ 즉, 不耐航이 損害와 因果關係가 없으면 船主는 不耐航을 이유로 책임을 지지 않는다.⁵⁵⁾ 그러면 船舶의 不耐航과 損害와의 因果關係에 대한 試驗臺는 不耐航이 損害의 尤력한 原因(dominant cause)이 아니고, 損害의 단하나의 原因 또는 實質的, 效果的 또는 現實的 原因(a cause, or a real, effective, or actual cause)인가의 여부이다. 여기서 運送人의 責任은 不耐航이 損害의 直接 또는 尤력한 原因이어야 할 필요성은 없고, 船主가 면책되는 다른 原因이 損害에 기여한 경우에도 不耐航이 損害의 하나의 原因으로 因果關係만 있으면 된다. 그러므로 船舶의 不耐航이 損害의 발생에 기여한 不可避한 原因(a mere causa sine qua non) 이상의 것이어야 한다.⁵⁶⁾ 결과적으로 不耐航이 損害의 한 遠因이면, 비록 船主의 免責事由가 되는 他原因인 海上固有의 危險이 그 損害의 近因이라도 運送人은 責任을 부담하고,⁵⁷⁾ 船舶이 不耐航狀態라 하더라도 損害가 不耐航에 기인되지 아니한 경우에는 免責된다.⁵⁸⁾

이상에서 보면 船舶이 不耐航인 경우에 近因主義가 적용되지 않으므로 해서 運送人의 明示的 免責에 의하여 면제되어지는 危險이 近因이고 不耐航이 損害의 遠因이라고 하더라도 不耐航이 損害와 因果關係로 구성되면, 海上運送人은 책임을 부담한다. 그러나 免責事由에 의해서 발생한 損害와 不耐航性과의 인과관계가 단절되어야 運送人은 면책된다.

그리고 海上運送契約이 헤이그 規則의 적용을 받으면 普通法上 耐航性的의 절대적 確約이 航海의 開始時에 船舶의 耐航性維持를 위하여 상당한 注意⁵⁹⁾를 다할 確約으로 대체된다.⁶⁰⁾ 따라서 運送人은 더 이상

54) Carver, *op. cit.* p.143.

55) Scrutton, *op. cit.*, p.82.

56) Carver, *op. cit.*, pp.108-109.

57) Scrutton, *op. cit.*, p.87.

58) The "Europa" (1904~1907) All E.R. Rep. 394.

無過失의 엄격한 책임을 지지 않는 반면에, 자신의 過失 뿐만 아니라 船舶의 耐航性維持를 위하여 책임이 있는 者, 즉 그의 使用人 및 그의 代理人의 過失에 대해 책임을 져야 한다.⁶¹⁾ 그리고 헤이그 規則下에서는 내항성유지를 위한 絶對的 注意義務도 없으며, 다만 船主는 항해의 개시시에 내항성을 유지하기 위한 相當한 注意義務만 부담한다. 그래서 損害가 船舶의 不耐航에 의해서 발생한 경우에도 運送人은 상당한 주의만 다했다면 책임을 지지 아니한다.⁶²⁾

運送人은 耐航性의 維持를 위하여 상당한 注意義務를 다한 경우에 면책사유를 원용할 수 있기 때문에 海上固有의 危險을 近因으로 손해가 발생하면 면책되나, 그렇지 않은 경우에는 책임을 지게 되는데, 책임을 지게 되는 경우에도 損害와 不耐航과의 因果關係가 단절되면 運送人은 책임을 지지 않는다. 그러나 運送人의 내항성에 관한 상당한 注意義務가 결여된 경우에 損害가 海上固有의 危險을 近因으로, 不耐航을 遠因으로 발생하게 되면 因果關係가 존재하기 때문에 運送人은 全損害에 대하여 책임을 부담한다. 이 경우에 두 原因으로 발생한 손해가 구분되었을 때에도 마찬가지이다. 왜냐하면 相當한 注意는 여하한의 法定免責事由에 대한 優先的 義務이기 때문이다.⁶³⁾ 결과적으로 運送人이 耐航性維持를 위한 상당한 주의를 결여하여 不耐航인 狀態에 海上固有의 危險으로 손해가 발생하면 상당한 注意義務가 優先的 義務이기 때문에 海上運送人은 책임을 부담한다.

따라서 海上固有의 危險 기타 運送人의 免責事由에 의해 손해가 발생하고 船舶의 不耐航이 이 損害의 遠因인 경우에 運送人의 損害賠償責任은 면제되지 않는다. 다만 運送人의 責任은 普通法上의 내항성의 묵시확약에서보다는 헤이그 규칙상의 耐航성에 관한 注意義務가 완화

59) 헤이그 規則 第4條 1項.

60) Scrutton, *op. cit.*, p.82; Ivamy, E. R. Hardy, *op. cit.*, pp.100-101.

61) John Wilson, *op. cit.*, p.11.

62) W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., International Shipping Publications, 1988, p.375.

63) *Ibid.*, pp.381-382; Carver, *op. cit.*, p.500.

되어 耐航性에 대한 상당한 注意義務만을 다하면 不耐航에 대한 책임을 지지 않을 수 있다.

함부르그 規則에서는 貨物이 運送人의 免責事由와 過失과의 결합에 의하여 損害를 입은 경우에 Vallescura 原則⁶⁴⁾에 따라 船舶의 不耐航에 대한 相當한 注意義務의 不充分이 損害의 原因인 경우에 運送人은 海上固有의 危險에 기인한 損害를 증명하지 못하는 경우에 모든 損害에 대하여 責任을 부담한다. 따라서 海上運送人側의 不耐航에 관한 合理的인 措置를 취하지 않고 다른 免責事由와 결합하여 損害를 발생시킨 경우에 免責事由로 인한 損害를 입증함으로써 그 部分의 賠償責任을 면한다.

이에 반하여 海上保險契約에서는 별도의 규정이 없는 한, 船舶 또는 貨物에 관한 모든 航海保險證券은 船舶이 航海의 開始時에 항해에 대한 耐航성을 默示擔保⁶⁵⁾로 하고 있다. 그것의 意味는 船舶이 항해시에 被保險航海의 通常的 危險에 대항함에 있어 修繕, 裝備, 船員, 기타 모든 점에서 合理的으로 적합한 것을 의미한다.⁶⁶⁾

航海保險의 경우에 耐航성 默示擔保를 위반하게 되면, 保險證券上 별도의 規定이 있는 경우를 제외하고 保險者는 違反日字로부터 責任을 지지 아니하지만, 그 日字以前에 保險者에게 부과된 모든 책임을 부담한다. 이와 같이 英國海上保險法에서 내항성 담보는 항해 중에 발생한 손해에 대한 補償責任의 默示的 停止條件으로 되어 있다. 그래서 선박이 내항성을 가지는 것은 船舶保險, 積貨保險을 불문하고 保險者

64) Vallescura 事件([1934] 293 U.S. 296)은 美國聯邦最高裁判所는 어떤 損害의 原因이, 하나는 惡天候時(갑판의) 昇降口를 닫는 것이며, 또 하나는 맑은 날씨에는 昇降口를 열어 놓아야 하는 것이었다. 그것의 불이행에 의한 換氣의 不充分과 海上固有의 危險이 결합한 경우에 어떤 部分의 損害가 두개의 原因中의 하나인지 판정하는 것이 不可能하였기 때문에 運送人은 모든 損害에 대한 責任을 부담해야 한다고 판시되었다.

65) 英國海上保險法 第39條.

66) Goodacre, *op. cit.*, p.54; Mustill, M.J., Gilman, J.C.B., *Arnould's Law of Marine Insurance and Average*, London Stevens & Sons, 1981, p.548. 이하 "Arnould"라 칭한다.

의 책임발생의 당연한 前提條件이 된다. 그래서 海上保險法에서는 선박의 不耐航性에 관하여 保險者가 면책되는 요건으로서 不耐航성과 화물의 손해와의 인과관계가 존재하는 것을 필요로 하지 않는다.⁶⁷⁾ 그 결과, 선박이 발항 당시 내항성을 상실하고 있는 이상 항해중에 발생한 손해가 不耐航을 원인으로 한 것인지의 여부를 불문하고 保險者는 면책되며, 위험이 개시할 때의 不耐航의 존재는 默示的 擔保의 위반이 되어 保險者는 전적으로 損害補償責任이 해지된다. 또한 保險契約者 또는 被保險者가 船舶의 不耐航事實을 알고 있었는지의 여부 및 不耐航에 관하여 過失이 존재하고 있는지의 여부는 문제가 되지 않는다.⁶⁸⁾ 그리고 船舶이 발항당시에 不耐航이 존재하였는데 損害의 發生前에 이를 교정하여 내항성을 회복하고, 그 이후에 海上危險에 의하여 손해가 발생한 경우에도 保險者는 보상책임을 지지 아니한다.⁶⁹⁾ 그러나 船舶이 發航當時에 내항성이 유지되면, 耐航性擔保에 충족되어, 發航時에 海上危險, 기타의 작용에 의하여 선박이 不耐航 상태로 되고, 이로 인하여 손해가 발생한 경우에는 船舶이 耐航性을 계속 유지하지 않으면 안된다는 默示擔保가 없기 때문에 保險者의 보상책임을 생긴다.⁷⁰⁾

결과적으로 海上保險에서는 船舶이 發航當時 耐航性을 상실하고 있는 이상 그 이후에 海上固有의 危險에 근인한 손해가 발생하더라도 保險者는 면책된다.

2. 運送人의 過失

英國의 普通法은 一般運送人(Common Carrier)으로서 海上運送을 위하여 위탁된 화물을 안전하게 운송하고, 인도할 것을 요구하며, 海上運送中の 화물에 생긴 일질의 손해에 대해서는 그 損害가 天災, 公敵行爲, 貨物의 固有의 瑕疵, 共同海損犧牲 등 극히 제한된 免責事由

67) 今村 有, 海上保險契約法論 (中卷), 損害保險事業研究所, 1979, p.307.

68) 今村 有, 前掲書, p.304.

69) Arnould, *op. cit.*, p.549.

70) Arnould, *op. cit.*, p.552.

中の 하나에 의해서 생긴 경우를 제외하고 절대적인 責任을 지고 있다.⁷¹⁾

그러나 실제의 海上物品運送契約下에서는 契約自由의 原則에 의하여 當事者間에 船貨證券에 免責約款을 삽입하게 되어 19세기 경에 이르러서 그 절정에 달하여 過失約款도 유효하게 된다는 것이 海運業界의 일반적인 慣行이 되었다. 그런데 過失約款이 航海過失 뿐만아니라 商業過失까지도 포함하는 일절의 過失까지 확대되게 되었다.⁷²⁾ 이러한 관행은 運送人의 引渡義務가 절대적일 때 중요한 것으로 인식되지 않았던 船舶의 航海 및 貨物의 運送과 관련하여 상당한 注意(due care and skill)를 할 의무가 默示되게 되었다. 이러한 義務를 默示的 確約이라고 한다. 船主가 이 確約을 위반하게 되면, 貨主는 運送人의 過失이 滅失 또는 損傷의 하나의 原因이면 運送人에게 損害賠償請求를 할 수 있다. 그러나 중요한 것은 貨物이 海上固有의 危險에 近因하여 物品이 손상된 경우에 그 損害의 배경을 調査⁷³⁾하여 運送人의 過失이 존재하면 運送人은 그 손해에 대하여 責任을 부담한다는 것이다. 여기에서 過失이 損害의 有력한 原因이어야 할 필요는 없고, 損害의 單純한 不可避한 原因이면 충분하다.⁷⁴⁾ 그래서 海上固有의 危險이 船主의 免責事由라고 해서 過失없이 물품을 운송해야 할 義務를 완화시키는 것이 아니므로 海上固有의 危險과 過失이 협력하여 손해를 발생시킨 경우에 그 損害의 原因은 海上固有의 危險이 아니라 過失이 된다.⁷⁵⁾

그러나 貨主側의 免責約款 制限運動으로 하터法⁷⁶⁾에서는 過失을 商業過失⁷⁷⁾과 航海過失⁷⁸⁾로 구분하여 船主의 商業過失과 船舶의 耐航性

71) Carver, *op. cit.*, p.20.

72) 姉崎義史, “海上運送人の過失責任主義と英國의 積貨保險”, 『日本保險學會誌』, 第488號, 1980, p.56.

73) Carver, *op. cit.*, p.101.

74) Carver, *op. cit.*, p.108.

75) Smith, *Hogg v. Black Sea & Baltic* (1940) A.C. 997.

76) 46 U.S. Code Appendix §191-193.

77) 商業過失(carrier's risk)이란 운송되는 貨物의 積載, 積付, 運送, 保管, 管理 및 揚陸에 관한 運送人의 過失이다.

78) 航海過失(navigational risk)이란 船舶自體에 관한 海技士의 過失, 즉 船舶

注意義務에 관해서는 免責約款을 무효로 하고, 航海過失에 관해서는 法律上 당연히 船主를 면책으로 하였다.⁷⁹⁾ 그리고 1924年 헤이그 規則에서는 하티法을 이어받아 航海過失에 대하여는 運送人의 免責事由⁸⁰⁾로 하였으나, 商業過失은 運送人의 歸責事由로 하여 이에 관한 免責約款을 禁止⁸¹⁾하였다.

헤이그 規則下에서 海上運送人은 運送物의 船積, 取扱, 積付, 運送, 保管, 및 揚陸을 적절하고 신중하게 할 것을 규정하고 있어서 運送人이 화물을 안전하게 선적하고, 신속하게 안전한 양륙을 할 수 있도록 하는 것이다.⁸²⁾ 運送人의 이 義務는 第4條上의 免責事由의 보호를 받기 위해서는 절대적인데 자신 또는 그의 使用人 또는 그의 代理人의 過失에 의하여 손해가 발생하지 않아야 한다.⁸³⁾ 그러나 船主가 運送物에 대한 적절한 주의를 했는지의 與否에 관계없이 면책사유를 원용할 수 있다. 따라서 損害가 免責危險인 海上固有의 危險에 의해서 발생한 경우, 無過失을 立證⁸⁴⁾하게 되면 免責危險을 원용할 수 있어서 면책되

의 操縱 및 안전한 航海를 하는데 요하는 船舶에 관한 一切의 技術上의 行爲에 대한 過失을 말하며, 그 중에는 船舶運航의 實務上의 過失과 船舶自體의 管理에 관한 過失의 두 가지가 포함되어 있다. 船舶運航의 實務上의 過失이란 船舶의 行路의 選擇, 航行을 위하여 필요한 各種 手段의 考案 및 實行, 海上危險을 회피하기 위하여 취해야 할 注意 등에 대한 過失이며, *船舶自體의 管理에 관한 過失이란 航海上의 指揮이외에 船長, 기타의 船員이 행하여야 될 것으로 되어 있는 船舶의 裝備를 구성하는 一切의 것의 維持, 檢査, 操作 내지 作業上의 注意를 缺하는 것을 말한다.

79) 梁暎煥·吳元奭, 貿易商務論, 法文社, 1991, p.531; 林東喆, “國際物件運送人의 責任에 관한 研究”, 博士學位論文, 1987, p.40.

80) 헤이그 規則 第4條 2項.

81) 헤이그 規則 第3條 2項.

82) Tetley, W., *op. cit.*, p.527.

83) 헤이그 規則 第4條의 2項, a號, b號 및 i號는 除外: (a) Act, neglect, or default of the captain, member of the crew, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the hovercraft. (b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier. (i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative.

84) Albacora SRL v. Westcott and Laurance Line Ltd., ([1966] 2 Lloyd's Rep. 53) 事件에서 Pearce 判事は “船主가 自身の 無過失을 立證하지 못하는 한, 免責事由를 원용할 수 없다고 하는 明示의 規定이 헤이그 規則

나, 그렇지 못한 경우에 책임을 지게 된다. 책임을 지게 되는 경우에도 船主는 손해가 免責危險 또는 免責事由에 의해 발생했음을 증명해야 하며, 그 증명을 위하여 船主는 개개의 具體的 事案에 있어서 자신의 過失과의 因果關係가 단절된 증거를 제시하면 면책된다.⁸⁵⁾ 그러나 損害가 免責事由인 海上固有의 危險을 近因으로 하고, 적절한 注意義務의 缺如를 遠因으로 하여 발생한 경우에는 因果關係가 존재함으로써 運送人이 배상책임을 지게 되는데 運送人이 各原因에 의해 발생한 손해를 구별하지 못하면 全損害에 대한 책임을 부담한다.⁸⁶⁾ 運送人이 각 원인에 의한 손해를 구별할 수 있었던 경우에 그의 부적절한 주의에 의해서 발생한 손해에 대해서만 책임을 진다.

함부르그 規則에서는 責任原則으로 運送人은 滅失, 損傷 또는 引渡遲延으로 인한 損害를 방지하기 위하여 合理的인 措置를 취할 것을 規定하고 있기 때문에 헤이그 規則上の 免責事由인 航海過失을 運送人의 責任으로 하고 있다.⁸⁷⁾ 그리고 海上運送人 또는 그 使用人 또는 代理人側의 過失에 다른 原因이 結合하여 貨物의 滅失, 損傷 또는 引渡遲延을 일으킨 경우에 運送人은 運送人側의 過失로 인하지 않은 損害를 立證함으로써 그 部分의 賠償責任을 면할 수 있다는 規定에 따라 運送人은 自身の 過失에 의하여 招來된 運送物의 滅失, 損傷 또는 引渡遲延의 範圍內에서만 責任을 부담한다.⁸⁸⁾ 다만 運送人은 自身の 過失 이외의 要因에 의한 損害部分을 증명할 수 있는 경우에는 그 部分에 대하여 損害賠償責任을 지나, 그 部分을 證明하지 못하는 경우에는 推定的으로 全損害에 대하여 責任을 진다.

결과적으로 運送契約에서 運送人은 상당한 주의를 할 묵시적 契約을 위반하게 되면, 過失이 손해의 原因이면 損害賠償請求를 할 수 있다. 그러나 海上固有의 危險에 근인하여 物품이 손상된 경우에 運送人

에 포함되어 있지 않고, 默示的으로 통일된 規則이 없다”라고 판시했다.

85) Martin Dockray, *op. cit.*, p.660; Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, p.187.

86) Tetley, *op. cit.*, p.557.

87) 함부르그 規則 第5條 1項.

88) 함부르그 規則 第5條 7項.

의 過失이 損害의 遠因이면 運送人은 책임을 부담한다. 헤이그 규칙에서는 이를 航海過失과 商業過失은 분리하여 前者는 運送人의 면책으로 하고 後者는 免責約款을 무효로 하고 있다. 또한 運送人이 운송물에 대한 적절한 주의를 했는지의 여부에 관계없이 면책사유를 원용할 수 있어서 손해가 면책사유에 의해서 발생한 경우에 運送人이 無過失을 입증하게 되면 면책되나, 그렇지 않은 경우에 船主의 過失에 한 손해가 구분되면 그로 인한 損害만 부담하게 된다. 그러나 함부르그規則에서는 商業過失과 航海過失에 대하여 運送人이 責任을 지며, 이들 過失과 免責事由가 결합하여 損害를 발생시킨 경우에 運送人은 그 免責事由로 인한 損害를 구분하지 못하면 損害全體에 대하여 책임지게 되는 것이다.

이에 대하여 海上積荷保險에 있어서 保險者는 近因이 被保險危險이라 할지라도 被保險者의 고의적인 不法行爲⁸⁹⁾에 기인된 손해에 대하여 어떠한 책임을 지지 아니한다.⁹⁰⁾ 그러나 유력한 損害의 原因이 船長 또는 乘務員의 過失이고, 그 過失이 原因이 되어 손해를 발생시킨 경우가 있다. 그런 경우에 손해를 일으킨 原因이 被保險危險中の 하나이면, 그 損害가 被保險者 또는 그의 雇用人 또는 代理人의 過失이 존재하지 아니하고는 발생하지 않을 것이라는 사실에도 불구하고 保險者는 책임을 부담하여야 한다.⁹¹⁾

그러므로, 英國海上保險法 第55條 2項 a號에는 “保險者는 고의적인 不法行爲에 기인한 일체의 손해에 대하여 책임을 지지 아니한다. 그러나 保險證券에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 保險者는 被保險危險에 근인하여 일어나는 일체의 손해에 대해서는 비록 그 損害가

89) 保險者가 免責하는 被保險者의 故意的인 不法行爲는 保險者의 雇傭人이나 代理人의 不法行爲가 아닌 被保險者 自身の 不法行爲이어야 하며, 法人인 경우에는 代表機關(alter ago)의 不法行爲이어야 한다(Arnould, *op. cit.*, p.607).

90) The Charter Insurance Institute Tuition Service, *Marine Insurance*, Willmer brothers limited, 1982, p.78.

91) Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, p.213; 吳元奭, 海上保險論, 三英社, 1992, p.464.

船長이나 船員의 不法行爲 또는 過失이 없었으면 발생하지 않을 지라도 그 책임을 부담한다”라고 규정되어 있다. 여기에서 被保險者 자신의 過失에 관해서는 규정이 되어 있지 않지만, 선원의 過失과 동일하게 취급된다. 예컨대 被保險船舶이 직접적으로 海上固有의 危險에 의해서 손해를 입었을 때에 그 손해는 遠因으로서 船員의 航海過失 또는 被保險者의 過失에 의한 것이라고 하여도 保險者는 海上固有의 危險에 의해 보상책임이 있다.⁹²⁾ 그러므로 過失이 近因으로 되는 것은 過失에 의해 발생한 事故가 保險證券上의 列舉危險에 해당하지 아니하거나, 過失에 의해 발생한 事故가 被保險船舶에 外的으로 작용하지 아니하고 內的으로 작용하여 발생한 경우에 保險者는 책임을 지지 아니한다.⁹³⁾

被保險者는 過失에 대하여 일반적으로 보상받을 수 있다고 하여도 該當 行爲가 保險者로 하여금 英國海上保險法 第39條 第5項 또는 第74條 또는 保險證券上 明示的 規定을 원용하도록 할 경우에는 被保險者는 보상을 받을 수 없다.

그러면 過失을 航海過失과 商業過失로 구분하여 保險者의 책임을 알아보면, 積貨保險證券의 危險條項에는 航海過失과 商業過失이 열거되어 있지 않기 때문에 保險者가 부담하는 基本的인 危險이 아니다. 그러나 英國海上保險法 第55條 第2項 第a號에 의하면, 保險者는 過失이 被保險危險을 초래하여 손해를 발생케하거나(過失이 遠因), 過失이

92) Ivamy, E.R. Hardy, *Chalmers' Marine Insurance Act 1906*, London Butterworths, 1976. p.79.

93) 위 規定의 意味는 英國海上保險法上에서 명백히 規定을 하지 않았지만, 損害를 일으킨 危險이 被保險者 自身の 過失(不法行爲에 상당하지 않는 것)에 기인된 경우에도 保險者는 그런 過失을 이유로 책임을 벗어나지 못한다는 것이다. Trinder, Anderson & Co. v. Thames and Mersey Marine Insurance Co. 사건에서 Smith 判事는 “海上固有의 危險을 담보하는 保險證券에 의해서 保險者가 인수한 保險은 被保險目的物이 海上固有의 危險의 직접적 作用에 의하여 滅失 또는 損傷되었다면, 保險者는 責任을 부담한다는 것이다. 따라서 損害가 被保險者의 故意의 不法行爲에 기인되지 않았다는 前提에서 損害가 船長 또는 船員 또는 被保險者 自身の 航海過失을 遠因으로 발생하여도 問題가 되지 않는다”라고 말했다(井口俊明, 前掲論文, p.126; Arnould, *op. cit.*, p.605).

外部의 作用에 의하여 손해를 발생시키게 한 경우에는 책임을 지지만, 過失이 被保險危險 이외의 危險을 초래하여 손해를 생기게 하거나 過失이 직접적으로 損害를 생기게 한 경우에는 책임을 지지 아니한다는 것이다.

우선 航海過失⁹⁴⁾에 의하여 被保險危險이 발생하고 이 危險에 近因하여 貨物에 손해가 생긴 경우 또는 過失에 의한 損害가 被保險船舶에 外的으로 작용한 경우에 貨主는 保險者로부터 保險利益을 향유할 수 있는데, 航海過失을 遠因으로 한 危險은 保險證券의 危險條項에 열거된 海上固有의 危險을 초래케하여 손해를 생기게 하든가 또는 被保險船舶에 外的으로 작용하여 손해를 생기게 하지만, 직접적으로 손해를 생기게 하는 것이 드물기 때문에 일반적으로 貨主는 保險保護를 받을 수 있다.⁹⁵⁾

이에 반하여 商業過失에 의한 경우에 貨物의 損害形態⁹⁶⁾가 保險證券에 열거된 危險에 의한 손해가 적고, 또한 商業過失에 의한 사고가 被保險船舶에 外的으로 작용하는 것이 많지 않고, 直接的으로 손해가 발생하는 경우가 많기 때문에 貨主는 保險의 保護를 받을 수 없다.⁹⁷⁾

94) ① 船員의 不注意한 運航, ② 操船手의 失策 또는 不注意한 警戒, ③ 投錨地의 不注意한 選擇, ④ 不注意에 의한 暗礁上의 照明失手, ⑤ 颱風, 暴風雨, 海盜 등에 관한 氣象通報當局의 情報를 不注意에 의한 聽取漏落, ⑥ 不注意에 의한 荒天對備 등.

95) 韓東湖, “海上運送人의 責任法則變容에 따른 貨物海上保險의 諸問題”, 『韓國經濟』, 第12卷 第2號, 成均館大學校 韓國產業研究所, 1985, 2, p.253.

96) 積貨의 各段階別의 作業過程에서 생기는 商業過失에 의한 損害形態: ① 積貨捲揚機(winch, derrick)의 取扱이 不適切한 경우, 積貨의 落下에 의한 損害 또는 積貨의 船體 또는 他積貨와의 衝突에 의한 損害이다. 養育은 積載와 마찬가지로. ② 積付場所, 積付方法, 固定方法이 不適當하거나 他積貨와의 積貨 區分이 不明確하면, 積貨의 破損, 汚染損害, 漏損, 紛失損害, 盜難損害 등이 생긴다. ③ 船內驅蟲, 殺蟲의 不充分, 消毒의 不完全 등 保管上의 不適切에 의한 쥐 또는 벌레에 의한 損害, 通氣筒에 의한 換氣 혹은 窓口의 一時開放에 의한 換氣 등의 通風管理上의 不適切에 의한 곰팡이, 녹, 汗濡에 의한 損害나 變質損害, 盜難防止管理의 不充分에 의한 盜難, 拔荷, 不着에 의한 損害, 冷凍設備操作上의 不注意에 의한 腐敗損害, 船內的 清掃不充分에 의한 汚染損害 등이 積貨의 保管段階에서 생긴다.

97) 李均成, “1979年 합부르그 規則下의 運送人의 責任과 海上保險”, 『韓國海法會誌』, 韓國海法會, 1979, 8, p.36.

결과적으로 損害가 海上固有의 危險을 近因으로, 過失을 遠因으로 발생한 경우, 過失이 近因으로 되는 것은 過失에 의해 발생한 사고가 保險證券上의 列舉危險에 해당하지 않거나, 過失에 의해 발생한 事故가 被保險船舶에 外的으로 작용하지 아니하고 內的으로 작용하여 발생한 경우에 保險者는 책임을 지지 아니하는 것으로 해석되지만, 損害의 近因이 海上固有의 危險이기 때문에 航海過失과 商業過失을 모두 保險者가 보상하게 된다고 본다.

3. 離路

海上運送契約에서 船舶은 약정된 航路 또는 약정된 航路가 없으면, 通常의인 航路 또는 통상적 항로가 없으면, 直線航路로 부당한 離路가 없어야 한다는 것이 默示的 確約이다.⁹⁸⁾ 海上에서 財産을 구조하기 위한 離路는 헤이그 規則에서와는 달리 普通法에서는 離路로 인정되지 않지만, 船舶이 상당히 이유있는 離路, 즉 海上에서 生命을 구조하거나 또는 危險한 暴風雨를 피하기 위하여 離路를 하는 경우는 默示的 確約의 違反이 아니다.

헤이그 및 헤이그-비스비 規則⁹⁹⁾下에서는 運送人이 海上에서의 人命이나 財産의 救助行爲, 기타 正當한 사유로 인하여 離路를 한 경우에 그로 인한 어떠한 滅失·損傷에 대하여 책임을 지지 않는다.¹⁰⁰⁾ 離路는 “정당한 또는 이유있는”(reasonable or justifiable) 또는 “부당한”(unreasonable or unjustifiable) 것인가에 따라 運送人의 責任이 좌우된다.

적어도 100年 以上 英國의 普通法下에서 船舶이 부당한 離路를 한

98) Day, D.M., *The Law of International Trade*, London Butterworths, 1981, p.25.

99) 헤이그 및 헤이그-비스비 規則에서는 不當한 離路가 船主의 免責을 박탈한다는 原則에는 변함이 없고, 어떤 경우에도 離路의 效果에 관하여 以前의 立場에 의하여 영향을 받는다. 따라서 本論文은 運送契約上의 부당한 離路의 效果를 英國 普通法上의 離路效果에 대하여 알아 본다.

100) 헤이그 規則 第4條 4項.

경우에 貨主가 離路를 유보한 경우를 제외하고 船主는 遲延뿐만 아니라 貨物에 발생한 모든 損害에 대하여 책임을 진다. 그 경우에 船主는 契約上의 免責事由의 보호를 받을 수 없었다. 그러나 船主가 離路를 한 경우에 어떠한 效果가 발생하는지는 명확하지 않아서 離路가 契約을 自動적으로 解除시킨다거나 또는 단지 契約上의 免責事由만을 抹消시킨다거나 하는 效果問題가 발생되었지만 그 問題는 Hain SS. Co. v. Tate & Lyle 事件¹⁰¹⁾에서 부당한 離路는 運送契約의 根本條件의 違反이기 때문에 船主가 이 의무를 위반한 경우에 貨主가 원한다면 契約을 해제할 수 있고, 그렇지 않은 경우에 損害賠償에 대한 權利를 유보하고 條件의 違反을 포기하여 契約을 존속시킬 수 있다고 함으로써 명확히 해결 되었다.¹⁰²⁾

따라서 船舶이 부당한 離路를 하게 되면, 船主는 運送契約을 근본적으로 위반하는 것이 된다. 따라서 다른 當事者, 즉 貨主나 傭船者는 離路한 사실을 알게 되면, 그 契約을 解除시키거나 또는 손해에 대한 權利를 유보하고 離路를 인정할 수 있다.¹⁰³⁾

後者의 경우, 契約上의 모든 條件은 유효하게 되며, 船主는 契約으로부터 발생하는 모든 權利를 향유할 수 있을 뿐만 아니라 離路의 前, 中 또는 後에 일어난 사고에 대해 적용되는 免責條項의 혜택을 누릴 수 있고, 船主는 離路 그 자체로부터 초래되는 손해에 대해서 賠償責任만을 지게 된다. 그러나 運送人은 離路前에 免責事由에 의해서 손해가 발생한 경우에 당연히 면책되나, 손해가 離路中 또는 後에 契約上의 免責事由에 의해 損害가 발생한 경우에 문제가 되는데 그 경우에는 因果關係가 적용되지 않고, 運送人은 離路가 없어도 그러한 손해가 불가피하게 발생했을 것이 틀림없다는 것을 증명하지 못하면 항상 賠償責任을 져야 한다.¹⁰⁴⁾

101) (1936) 41 Com. Cas. 350.

102) Carver, *op. cit.*, p.881.

103) Scrutton, *op. cit.*, p.261.

104) 이 경우에 있어서 離路는 契約外의 不法行爲에 의한 것이기 때문이다 (Carver, *op. cit.*, pp.888-889).

그러나 前者의 경우, 貨主나 傭船者는 자기 貨物의 인도를 청구할 수 있으며, 船主는 契約을 제대로 이행했을 경우에만 運送契約에 삽입된 免責條項을 적용할 수 있기 때문에¹⁰⁵⁾ 離路를 하게 되면, 손해가 離路前 또는 後에 발생하든가 또는 離路和 損害와의 因果關係의 여부에 관계없이 運送契約상의 免責規定을 원용할 수 없다. 이때 船主는 一般運送人으로서의 地位에 서기 때문에 離路前에 발생한 손해에 관해서는 그런 運送人이 원용할 수 있는 普通法상의 免責事由, 즉 天災, 公敵, 또는 貨物의 固有의 瑕疵를 원용할 수 있다. 그러나 손해가 離路中 또는 離路後에 발생한 경우에 船主는 離路가 없어도 손해가 발생할 수 있음을 증명해야만 普通法의 免責事由를 원용할 수 있다. 이 증명이 되어진 후에라도 運送人은 契約상의 免責事由를 원용하지 못하고 普通法상의 免責事由만을 향유할 수 있다.¹⁰⁶⁾

결과적으로 헤이그 및 헤이그-비스비 規則에서는 損害가 海上固有의 危險을 近因으로, 運送人의 부당한 離路를 遠因으로 발생한 경우에 運送人은 普通法상의 絶對的인 責任을 지게 된다.

그러나 함부르크 規則에서 運送人은 人命救助를 위한 措置 또는 海上에서의 財産의 救助를 위한 合理的인 措置로 인한 滅失, 損傷 또는 遲延에 대하여 責任을 지지 않는다고 규정되어 離路에 대한 아무런 規定이 없기 때문에 運送人의 責任原則¹⁰⁷⁾에 따라 規律되고 있다.¹⁰⁸⁾ 따라서 離路를 행한 운송인은 離路 및 離路로 인하여 滅失, 損傷 또는 遲延을 회피하기 위하여 요구되는 合理的인 모든 措置를 취하지 못하고, 離路가 損害의 原因인 경우에만 損害賠償責任을 지게 된다.¹⁰⁹⁾ 그

105) Scrutton, *op. cit.*, pp.261-262; 李永洙, “海事判例를 통해 본 離路和 그 效果”, 『國際商學의 諸問題』, 韓東湖博士停年記念論文集, 1988, pp.357 - 358.

106) Simon Baughen, “Does deviation still matter”, *Lloyd's Mar. and Comm. L. Quar.*, 1991. 2, p.74

107) 함부르크 規則 第5條 1項.

108) Dalhouie Ocean Studies Programme, *The Future of Canadian Carriage of Goods by Water Law*, 1982. 4, p.179.

109) Waldron, A.J., “The Hamburg Rules-A Boondoggle for Lawyers?”,

리고 不當한 離路와 他原因이 결합하여 損害를 일으킨 경우에는 海上 運送人 또는 그 使用人 또는 代理人側의 過失에 다른 原因이 結合하여 貨物의 滅失, 損傷 또는 引渡遲延을 일으킨 경우에 運送人은 運送人側의 過失로 인하지 않은 損害를 立證함으로써 그 部分의 賠償責任을 면할 수 있다는 規定에 따라 運送人은 自身の 過失에 의하여 招來된 運送物의 滅失, 損傷 또는 引渡遲延의 範圍內에서만 責任을 부담한다. 다만 運送人은 自身の 過失이외의 要因에 의한 損害部分을 증명할 수 있는 경우에는 그 部分에 대하여 損害賠償責任을 지나, 그 部分을 證明하지 못하는 경우에는 推定的으로 全損害에 대하여 責任을 진다.

이에 대하여 英國海上保險法 第46條 第2項에 “다음의 경우에는 保險證券에 정하여진 航路로부터 離路가 있었던 것으로 한다. (a) 航路가 保險證券에 특히 지정된 경우에는 그 航路를 이탈하였을 때, 혹은 航路가 保險證券에 특별히 지정되어 있지 않은 경우에는 通常의이고 慣習의인 航路를 이탈하였을 때”라고 규정되어 있다. 위의 경우는 不當한 離路에 관해서 언급한 것이다. 그러므로 船舶이 適法한 事由¹¹⁰⁾ 없이 離路를 한 경우에 保險者는 離路를 한 이후부터 책임을 지지 아니한다.¹¹¹⁾ 그래서 離路는 不耐航성과 같이 처음부터 保險證券上 保險者의 책임을 면책시키지 못하고, 保險者는 離路以前에 발생한 모든 손해에 대해서는 책임을 부담해야 한다.¹¹²⁾ 그 이유는 耐航성의 默示的條件은 危險의 開始時에 船舶의 狀態와 관련되어 保險證券上의 保險

Journal of Business Law, 1991. 7, p.315.

110) 英國海上保險法 第49條 第1項. ① 保險證券에 特約으로 인정하고 있는 경우, ② 船長 및 그 使用主가 지배할 수 없는 事情에 의하여 생긴 경우, ③ 明示 또는 默示의 擔保를 충족하기 위하여 합리적으로 필요한 경우, ④ 船舶 또는 保險의 目的의 安全을 위하여 합리적으로 필요한 경우, ⑤ 人命을 구조하기 위하여, 또는 人命이 危險에 빠질지도 모르는 遭難船을 구조하기 위한 경우, ⑥ 船上에 있는 者의 內科의 또는 外科的 治療를 하기 위하여 합리적으로 필요한 경우, ⑦ 船長 또는 船員의 惡行이 被保險危險에 속할 때는 이러한 惡行行爲에 의하여 생긴 경우.

111) 英國海上保險法 第46條 第2項.

112) Arnould, *op. cit.*, p.326; Goodacre, *op. cit.*, p.78.

者の 책임에 대한 前提條件이다. 그러나 離路를 하지 말라는 默示的條件은 航海의 過程에 선박의 行爲와 관련되고, 그 關係에 의하여 離路가 되기 이전에 발생한 모든 책임을 保險者에게 소급하여 면제시키지 못한다.¹¹³⁾

保險者가 면책되기 위해서는 실질적 離路이어야 하지 실행되지 않은 단순한 의도로는 충분하지 않다. 더 나아가 통상의 航路의 離脫은 離路가 되기 위하여 자발적이어야 한다.¹¹⁴⁾

離路의 효과는 離路의 정도에 영향을 받지 아니하여 離路가 사소한 것이든 중요한 것이든 관계없이 保險者의 보상 책임을 해지한다. 그리고 선박이 손해의 발생 전에 정당한 항로로 복귀하였다고 하여 保險者의 責任이 해지되지 않는 것은 아니다. 그리고 離路가 초래한 危險의 變動에 의하여 保險證券上的 權利가 해지되기 때문에 離路와 損害와의 사이에 因果關係를 필요로 하지 않는다.¹¹⁵⁾

결과적으로 海上保險法上的 離路를 하지 말라는 默示的條件은 航海의 過程에 船舶의 行爲와 關係됨으로써 離路가 되기 이전의 保險者의 권리를 소급하여 면제시키지 못하기 때문에 保險者는 離路以前에 발생한 손해에 대해서는 책임을 지게 되나, 離路 이후에 발생한 손해에 대해서는 책임을 지지 않게 된다. 그래서 일단 離路가 존재한 이상 손해가 海上固有의 危險을 근인으로 발생한 것에 관계없이 保險者는 補償責任이 없게 된다.

V. 結 論

海上固有의 危險은 海上에서 발생하는 偶然한 事故로서 바다의 作

113) Arnould, *op. cit.*, pp.325-326.

114) 吳元爽, “離路에 관한 研究”, 『國際商學』, 第3卷, 韓國國際商學會, 1988, p.125.

115) Ivamy, E.R. Hardy, *op. cit.*, p.129.

用에 기인하는 것 또는 바다에 特有한 것일 것으로 해석되며, 이는 船貨證券 또는 기타 海上運送契約書中에 사용된 경우와 마찬가지로 保險證券에도 동일한 意味로 사용된다. 그러므로 海上固有의 危險이 損害의 近因인 경우에 海上運送人은 면책되며, 保險者는 補償責任을 지게 된다.

그러나 海上保險契約에서는 近因主義를 엄격하게 적용하고 있으나, 海上運送契約에서는 近因主義를 변형으로 적용하고 있어서 船舶의 不耐航性, 運送人의 過失 및 不當한 離路가 損害의 遠因으로 존재하면 近因이 海上固有의 危險이라 하더라도 運送人은 책임을 부담할 수도 있다. 그 결과 運送人은 保險證券上 海上固有의 危險에 近因하여 손해가 발생했다는 이유로 補償을 받는 경우에도 船貨證券上에서는 면책되지 않을 수도 있다는 것이다.

따라서 海上運送人의 默示的 確約, 즉 船舶의 不耐航性, 運送人의 過失 및 離路에 관한 海上運送·保險契約上의 效果는 다음과 같이 요약된다.

첫째, 船舶의 不耐航性의 경우, 運送人은 海上固有의 危險에 근인하여 손해가 발생한 경우에 면책되지만, 그 以前에 不耐航이 損害의 遠因으로 연결되어 있어야만 賠償責任을 지게 된다. 그러나 화주가 不耐航과 損害와의 因果關係로 연결되어 있음을 증명해야 한다. 그리고 헤이그 規則上의 不耐航성에 대한 것은 普通法上의 耐航性 默示的 確約보다 상당히 완화되어 있어 不耐航이 존재하여도 상당한 注意義務만 지면 배상책임에서 벗어나며, 不耐航이 損害와 因果關係가 있음을 증명해야 全損害에 대하여 책임을 지게 된다. 그래서 運送人은 免責事由인 海上固有의 危險에 近因하여 損害가 발생하여도 不耐航이 損害와 因果關係로 연결되면 책임을 부담할 수도 있다는 것이다. 함부르크 規則에서는 헤이그 規則上의 상당한 注意義務 대신에 合理的인 措置로 규정되어 있고, 合理的인 措置를 취하지 못한 데에 대한 過失에 대하여 責任을 진다. 다만 過失 이외의 原因으로 인한 損害를 입증하지 못하면 全損害에 대하여 責任을 진다.

한편 海上保險에서 保險者는 船舶이 發航當時 耐航性을 상실하고 있는 이상 損害가 不耐航性을 原因으로 한 것인지를 불문하고 그 이후에 책임을 지지 아니하므로 貨主는 보상받을 수 없게 되고, 선박에 대한 支配權도 없으므로 불리한 처지에 놓이게 된다. 그래서 貨主인 被保險者는 貨物의 航海保險證券中에 “被保險者와 保險者와의 사이에 있어서는 船舶이 耐航인 것을 여기에 인정한다”(The seaworthiness of the vessel as between the Assured and Underwriters is hereby admitted)라는 特約을 삽입하는 慣行이 19세기 후반부터 생기고 이와 같은 趣旨의 規定이 ICC(1963)의 第8條 耐航性承認條項(Seaworthiness Admitted Clause)과 ICC(1982)의 第5條 不耐航 및 不適合免責條項(Seaworthiness and Unfitness Clause)의 名稱으로 삽입됨으로써 이 問題는 해소된다. 따라서 保險者는 船舶의 不耐航과 海上固有의 危險이 結合하여 損害를 발생시킨 경우에 貨主인 被保險者에게 損害補償을 하고, 運送契約에서 발생한 貨主의 運送人에 대한 損害賠償責任의 權利를 代位¹¹⁶⁾받아 運送人을 상대로 求償權을 행사하게 된다.

둘째, 普通法上 運送人은 船舶의 航海와 貨物의 運送과 관련하여 상당한 注意를 다할 義務가 默示의 確約으로 되어 있어, 이것을 違反하게 되면 損害賠償責任을 지게 되며, 이 경우에 損害가 海上固有의 危險에 近因하고, 運送人의 過失이 遠因으로 발생하게 되면 運送人은 損害賠償責任을 지게 된다. 이것도 不耐航성과 마찬가지로 貨主가 過失과 損害와의 因果關係를 증명해야 損害賠償을 받을 수 있다. 그러나 헤이그 規則에서는 商業過失과 航海過失을 분리하여 航海過失에 대해서는 면책으로 하고, 商業過失에 대해서는 運送人의 歸責事由로 하여 이에 대한 免責을 금지하고 있다. 商業過失의 경우에는 損害가 免責事由와 적절한 注意義務의 결여로 발생하면, 運送人이 各原因에 의해 발생한 손해를 구별하지 못하면 全損害에 대한 책임을 부담하지만 各原

116) 保險者가 被保險者에게 保險金을 지급한 경우, 被保險者는 保險의 目的에 대해서 가지고 있는 權利, 즉 殘存物에 대한 權利 및 第3者에 대한 損害賠償請求權을 保險者에게 이전시킴으로서 實損害補償의 原則을 실현하기 위한 것이다(龜井利明, 海上保險總論, 成山堂書店, 1976, p.147).

인에 의한 손해를 구별할 수 있으면 商業過失에 대한 損害만 책임을 부담한다. 그래서 海上固有의 危險을 近因으로 하고, 商業過失을 遠因으로 하여 損害가 발생할 경우에는 運送人은 商業過失에 기인된 손해에 대해서만 損害賠償責任을 진다. 또한 함부르그 規則에서 商業過失과 航海過失을 運送人의 責任으로 하고 있으며, 이들 過失과 他原因이 結合하여 損害를 발생한 경우에 運送人은 他原因에 의한 損害를 증명해야만 全損害에 대한 責任을 지지 않는다.

한편 海上保險契約에서는 過失이 없으면 발생하지 않을 것이라 하더라도 被保險危險을 近因으로 하여 損害가 발생한 경우에 보상한다. 그래서 過失이 近因이 되기 위해서는 過失에 의해 발생한 事故가 保險證券상의 列舉危險이 아니거나 또는 過失에 의해 발생한 事故가 被保險船舶의 內的으로 작용하여 발생한 경우이다. 航海過失의 경우는 거의 海上固有의 危險으로 損害가 발생하게 되므로 貨主는 보상을 받을 수 있다. 이와는 反對로 商業過失의 경우에는 거의 補償을 받지 못하는 被保險船舶의 內的作用으로 損害가 발생하게 되어 貨主는 보상을 받기 어렵다. 그러나 本論文의 경우에는 損害의 近因이 海上固有의 危險이고 損害의 遠因이 過失이기 때문에 貨主는 전적으로 保險의 보호를 받을 수 있다.

결과적으로 海上運送人의 運送物에 대한 상당한 注意를 다할 默示的 確約의 경우에 海上固有의 危險이 近因이고 過失이 遠因이면 貨主는 因果關係를 증명하면 損害賠償을 받을 가능성이 있으며, 海上保險契約에서는 過失이 損害의 原因인 것에 관계없이 海上固有의 危險에 近因한 손해를 보상받게 된다. 또한 貨主는 헤이그 規則상의 運送物에 대한 注意義務, 즉 商業過失에 대하여 損害와의 因果關係를 증명하게 되면, 손해배상을 받을 가능성이 있고, 또한 함부르그 規則에서도 商業過失 또는 航海過失과 海上固有의 危險이 결합하여 損害를 일으킨 경우에 損害賠償을 받을 가능성이 있으나, 海上保險契約에서는 全적으로 補償받을 수 있기 때문에 代位의 事由가 발생하게 된다.

셋째, 普通法, 헤이그 및 헤이그-비스비 規則上 부당한 離路는 契約

의 根本條件을 위반한 것으로 契約을 해제할 수 있기 때문에 運送人은 契約上의 免責事由인 海上固有의 危險을 援引할 수 없게 된다. 그래서 運送人은 離路가 損害의 近因인지의 여부에 관계없이 一般運送人으로써의 損害賠償責任을 지게 되는데 離路前의 손해에 대해서는 普通法上의 免責事由, 즉 天災, 公敵, 貨物의 固有의 瑕疵를 援引할 수 있으나, 離路中 또는 離路後에 발생한 損害의 경우에 船主는 離路가 없어도 손해가 발생할 수 있음을 증명한 후에야 普通法上의 免責事由를 援引할 수 있다. 여기에서 損害의 近因이 海上固有의 危險이고 遠因이 離路라면, 運送人은 면책인 海上固有의 危險으로 면책되거나¹¹⁷⁾ 또는 貨物의 固有의 瑕疵로 항변할 수 있으나 사실상 損害賠償責任을 지게 된다. 그러나 함부르그 規則에서는 普通法上의 離路의 法理가 폐지되고 運送人은 過失에 대하여 責任을 부담하고 있고, 合理的인 措置의 不履行과 海上固有의 危險이 결합하여 損害를 발생하게 되면 運送人의 過失部分에 대해서만 損害賠償責任을 지게 된다.

한편 海上保險契約에서는 離路를 하지 말라는 默示的 條件은 離路가 사소한 것이든 중요한 것이든 상관없이 그리고 損害의 近因이 被保險危險, 즉 海上固有의 危險이더라도 保險者의 補償責任을 해지하므로 離路한 以後부터는 어떠한 損害에 대하여 책임을 지지 아니한다.

결과적으로 이들 契約上의 離路의 效果를 보면, 運送契約에서 離路를 한 경우에 離路前에도 運送人의 權利인 免責事由를 援引할 수 없게 되어 있으나, 保險契約에서는 離路以後부터 保險者의 책임이 해지됨으로써 離路前의 保險者의 權利를 부여하고 있다. 또한 海上運送人은 離路를 한 경우에 貨主에 대하여 損害賠償責任을 지게 되고 保險者는 補償責任을 지지 않게 된다. 하지만 함부르그 規則에서는 運送人의 過失에 대해서만 責任을 지게 되는 반면에, 積荷保險에서의 不當한 離路의 경우에 保險者의 責任은 解止되어 保險者는 補償을 하지 않게

117) 海上固有의 危險은 部分的으로 天災를 포함한다. 즉, 天災는 人間의 介入 없이 直接的 또는 排他的인 自然의 原因에 의한 偶發的 事故 인데 반해서 海上固有의 危險은 人間의 作爲 또는 過失에 의해서 損害가 발생할 수도 있기 때문이다.

되어 貨主는 아주 불리한 立場에 놓이게 된다.

參考文獻

- 梁映煥·吳元奭, 貿易商務論, 法文社, 1991.
- 吳元奭, 海上保險論, 三英社, 1992.
- 吳元奭, “離路에 관한 研究”, 『國際商學』, 第3卷, 韓國國際商學會, 1988.
- 李均成, “1979年 함부르크 規則下의 運送人의 責任과 海上保險”, 『韓國海法會誌』, 韓國海法會, 1979. 8.
- 李永洙, “海事判例를 통해 본 離路와 그 效果”, 『國際商學의 諸問題』, 韓東湖博士停年記念論文集, 1988.
- 李在卜, “‘perils of the seas’와 그 解釋에 관한 考察”, 『保險學會誌』, 第27輯, 韓國保險學會, 1986.
- 林東喆, “國際物件運送人의 責任에 관한 研究”, 博士學位論文, 1987.
- 韓東湖, “海上固有의 危險의 要件에 관한 若干의 考察”, 『韓國經濟』, 第12卷 第11號, 1984. 6.
- 葛城照三, 海上保險論輯 (第1卷), 損害保險事業研究所, 1978.
- 今村 有, 海上保險契約法論 (中卷), 損害保險事業研究所, 1979.
- 大木一男, 貨物損害賠償의 實務的解說, 成山堂書店, 1979.
- 小町谷操三, “海의 危險(Perils of the Seas) について”, 『海上法研究』, 第8輯, 成山堂書店, 1984.
- 木村治郎, 海上保險實務의 基本問題, 保險研究所, 1978.
- 姉崎義史, “海上運送人의 過失責任主義와 英國의 積貨保險”, 『日本保險學會誌』, 第488號, 日本保險學會, 1980.
- 井口俊明, “イギリス海上保險法における 保險事故와 免責事由와의 關係”, 『損害保險研究』, 第53卷 第2號, 損害保險事業總合研究所,

1991. 8.

Colinvaux, Raoul, *Carver's Carriage by Sea*, 13th ed., Stevens & Son Ltd., 1982.

Day, D. M., *The Law of International Trade*, London Butterworths, 1981.

Dalhouie Ocean Studies Programme, *The Future of Canadian Carriage of Goods by Water Law*, 1982.

Goodacre, J. Kenneth, *Marine Insurance Claims*, Witherby & Co. Ltd., 1981.

Ivamy, E. R. Hardy, *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, London: Butterworths, 1985.

———, *Casebook on Carriage by Sea*, Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

———, *Chalmer's Marine Insurance*, London: Butterworths, 1976.

———, *Marine Insurance*, London: Butterworths, 1985.

John Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, Pitman, 1988.

Lambeth, R.J., *Templeman on Marine Insurance*, 6th ed., Pitman, 1986.

Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, Pressional Books, 1987.

Mocatta, Alan Abraham, Mustill Michael, J., *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, London: Sweet & Maxwell, 1984.

Simon Baughen, "Does deviation still matter", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1991. 2.

Tetley, W., *Marine Cargo Claims*, 3rd ed., International Shipping Publications, 1988.

The Charter Insurance Institute Tuition Service, *Marine Insurance*,

「海上固有의 危險」에 대한 運送人과 保險者의 責任限界에 관한 小考 405

Willmerbrothers limited, 1982.

Victor Dover, *A Hand Book to Marine Insurance*, London:

Witherby & Co. Ltd., 1982.